ISSN 2635-5132

The Journal of Law & IP

2020 VOL.10 NO.1

충남대학교
법학전문대학원 세종지적재산권연구소

충남대학교 세종지적재산권 연구소가 어느덧 "Law & IP" 제10권 제1호를 발간하게 되었습니다. 이번 호는 아무도 예상하지 못했던 코로나19 사태로 인하여 학사일정의 큰 변화가 생기고 모든 세미나가 중단되거나 변형된 형태로 운영될 수 밖에 없는 상황에서 발간하게 되었습니다. 그동안 "Law & IP"는 지적재산권 분야의 신구학자들이 함께 모여 새로운 동향에 대한 의견을 나누고 그 결과물을 공개하는 자리가 되어 왔었습니다. 그런데 코로나19로 인하여 만남의 장도 토론의 장도 가질 수 없는 상황에서 많은 신진학자들이 혼자만의 힘든 연구를 진행할 수 밖에 없었고, 그러한 결과 탄생한 논문을 싣는다는 점에서 더욱 의미가 있다고 생각됩니다.

또한 제10권 제1호를 발간하기 앞서 제8권 제1호와 제2호, 제9권 제1호와 제2호를 바탕으로 한국연구재단의 등재후보지 신청 작업이 이루어졌습니다. 이 자리를 빌어 제8권과 제9권에 논문을 투고해주시고 심사를 맡아주신 많은 분들께 다시 한번 감사 인사드립니다. 또한 자신이 맡은 업무가 아님에도 불구하고 헌신적으로 작업을 맡아서 진행해준 법학연구소의 김선기 박사님과 홍승희 연구원께 감사의 마음 전합니다. 저 혼자서는 많은 실수로 혼란했을 여러 작업들을 김선기 박사님과 홍승희 연구원의 도움으로 무사히 정리하여 서류를 제출할 수 있었습니다. 이번 신청 결과는 금년 말에 발표될 것으로 예상되며, 이 두 분의 헌신으로 긍정적인 결과를 가져올 것이라 기대해 봅니다.

그러나 긍정적인 결과가 "Law & IP"의 발간에 따른 모든 문제를 해결해주지 않으리라는 점은 잘 인지하고 있습니다. 지적재산권법 연구자의 수는 해마다 감소하고 있는 반면에 관련 학회지는 증가하고 있고, 학술지 발간에 따른 인적·재정적 어려움도 해결될 가능성이 낮아

보입니다. 그럼에도 불구하고 "Law & IP"의 발간에 긍정적인 마음을 가져봅니다. 사회적 관심만 있을 뿐 학문적으로는 제대로 평가받지 못하고 있는 지적재산권법 분야가 앞으로 더 깊게 자리매김하기 위해서는 지원이나 관심과 무관하게 인내심을 가지고 연구를 계속하는 누군가가 필요하다고 생각하기 때문입니다.

그런 점에서 어려움 속에서도 계속해서 "Law & IP"의 발간지원을 약속해주신 박세화 원장님, 건강상의 어려움이나 개인적 어려움에도 불구하고 도움을 주시고 지지해 주신 충남대학교 지적재산권법 교수님들께 다시 한번 감사를 드립니다.

2020년 6월 22일

세종지적재산권 연구소 소장

육 소 영

■ **발 간 사** **육소영** 세종지적재산권 연구소 소장

■ **연 구 논 문**

강기봉 | 기술적 보호조치 무력화 금지의 추가 예외 설정에 관한 국제적 동향 및 제언 ····· 1

김 홍 | 저작권법과 디자인보호법상 산업디자인 권리보호 문제 ····· 33

박윤석 | 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (카)목의 적용과 저작권 보호에 관한 小攷 ····· 69

송승은 | 부정경쟁방지법상 이른바 '저명상표 희석범죄'의 기수시기 ····· 93

이희광 | 종업원 업무 관련 지적재산권 보상제도 개선방안 연구 ····· 123

The Journal of Law & IP 제10권 제1호
Vol. 10 No. 1 June. 2020

기술적 보호조치 무력화 금지의 추가 예외 설정에 관한 국제적 동향 및 제언

강 기 봉*

〈목 차〉

Ⅰ. 서론
Ⅱ. 국내외 예외 설정의 현황
Ⅲ. 고시 제정에 대한 고려사항
Ⅳ. 결론

Ⅰ. 서론

저작권법은 제1조에 “이 법은 저작자의 권리와 이에 인접하는 권리를 보호하고 저작물의 공정한 이용을 도모함으로써 문화 및 관련 산업의 향상발전에 이바지함을 목적으로 한다.”고 규정한다. 이에 따라 저작권법은 문화 및 관련 산업의 향상발전에 이바지한다는 궁극적인 목적을 지향하면서 저작물에 대해 권리의 보호와 공정한 이용을 모두 중요하게 다루고 있다. 컴퓨터가 등장하고 그 활용이 확대되면서 디지털

◆ 투고일자: 2020. 6. 7. 심사완료일: 2020. 6. 12. 게재확정일자: 2020. 6. 21.
* 법학박사, 서강대학교 강사

형태의 저작물이 많아졌고 모바일 기기의 확산과 인터넷의 발전과 함께 디지털 형태의 저작물의 이용이 폭발적으로 증가했다. 그러나 이 과정에서 물리적인 형태로 제공되던 저작물이 그 이용자에 의해 디지털화되어 인터넷에 유통되기 쉬웠고, 저작권자에 의해 제공되는 디지털 형태의 저작물도 그 이용자에 의해 인터넷에서 유통되기도 했다. 이러한 상황을 극복하기 위해 저작권자가 디지털 형태의 저작물에 기술적 보호조치를 적용하였지만, 해킹 기술도 저작권 보호기술과 함께 발전하여 이러한 기술적 보호조치가 무력화되어 무용지물이 되었다.

이러한 일련의 과정을 겪으면서 미국에서는 1998년의 DMCA (Digital Millennium Copyright Act of 1998)를 입법함에 의해 저작권법에 기술적 보호조치에 관하여 규정하고 기술적 보호조치를 보호하게 되었다. 그런데 저작권법에 의한 기술적 보호조치의 보호가 이용자가 저작물에 접근하는 것을 원천적으로 봉쇄한다는 점에서 공정한 이용에 상당한 제약을 가하는 것이 분명했고, 이에 따라 미국은 접근통제 기술적 보호조치의 무력화 금지에 대해 예외 규정을 두고 사회의 변화에 따른 예외의 필요성을 반영하기 위해 추가적으로 3년 주기의 룰메이킹(rulemaking) 절차를 운영하였다.

이에 대해 우리나라의 구 저작권법[1]은 "저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리에 대한 침해 행위를 효과적으로 방지 또는 억제하기 위하여 그 권리자나 권리자의 동의를 얻은 자가 적용하는 기술적 조치(구 저작권법 제2조 제28호)"에 대해 제124조 제2항에 침해로 보는 행위 규정을 두고 있었다. 그렇지만 '대한민국과 미합중국 간의 자유무역협정(Free Trade Agreement between the Republic of Korea and the United States of America, 이하 "한·미 FTA"라 한다)'을 위한 협상 과정에서 관련 법률규정안이 마련되었고, 2011년

1) [시행 2010. 2. 1.] [법률 제9785호, 2009. 7. 31., 타법개정].

6월 30일에 '대한민국과 유럽연합 및 그 회원국 간의 자유무역협정(Free Trade Agreement between the Republic of Korea and the European Union and its member states)'의 이행을 위해 개정된 저작권법[2]이 동년 7월 1일에 시행되면서, 동 법률 제104조의2에 미국 저작권법의 기술적 보호조치에 관한 규정과 유사한 내용의 규정이 신설[3]되었다. 그래서 이때 저작권법 제2조 제28호는 가목에 "저작권, 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리의 행사와 관련하여 이 법에 따라 보호되는 저작물등에 대한 접근을 효과적으로 방지하거나 억제하기 위하여 그 권리자나 권리자의 동의를 받은 자가 적용하는 기술적 조치"를, 나목에 "저작권, 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리에 대한 침해 행위를 효과적으로 방지하거나 억제하기 위하여 그 권리자나 권리자의 동의를 받은 자가 적용하는 기술적 조치"를 기술적 보호조치로 정의하였는데, 일반적으로 전자를 접근통제 기술적 보호조치로 후자를 이용통제 기술적 보호조치로 기술한다. 그리고 미국 저작권법과 마찬가지로 제104조의2 제1항 각호는 접근통제 기술적 보호조치의 무력화 금지의 예외를 규정하고 있는데, 이 규정만으로는 시대적인 환경 변화에 대응하기 어려우므로 동항 제8호는 "기술적 보호조치의 무력화 금지에 의하여 특정 종류의 저작물등[4]을 정당하게 이용하는 것이 불합리하게 영향을 받거나 받을 가능성이 있다고 인정되어 대통령령으로 정하는 절차[5]에 따라 문화체육관광부장관이 정하여 고

2) [시행 2011. 7. 1.] [법률 제10807호, 2011. 6. 30., 일부개정].

3) 이 규정은 애초에는 한·미 FTA에 대한 이행 입법으로 2008년 10월 10일에 정부에 의해 제출되었던 저작권법 일부개정법률안(의안번호 1801513)에 포함되어 있었다.

4) 저작권법 제2조 제7호는 '저작물, 실연·음반·방송 또는 데이터베이스'를 '저작물등'으로 기술하고 있다.

5) 저작권법 시행령 제46조의2(기술적 보호조치의 무력화 금지에 대한 예외) 문화체육관광부장관은 법 제104조의2제1항제8호에 따라 기술적 보호조치의 무력화 금지에 대한 예외를 정하여 고시하는 경우에는 미리 저작물등의 이용자를 포함한

시하는 경우. 이 경우 그 예외의 효력은 3년으로 한다."고 규정하여, 문화체육관광부장관이 고시를 통해 추가적인 예외를 시행할 수 있도록 했다. 이에 따라 문화체육관광부는 2012년 1월 31일에 첫 번째 고시,[6] 2015년 1월 31일에 두 번째 고시,[7] 2018년 1월 31일에 세 번째 고시[8]를 마련하여 시행하였고, 2021년 1월 31일에 네 번째 『기술적 보호조치의 무력화 금지에 대한 예외』를 고시할 예정이다.

지금까지의 우리나라 고시와 관련한 주요한 연구 결과들[9]은 주로 미국의 룰메이킹 결과나 미국과 자유무역협정을 맺은 호주와 싱가포르의 추가적인 예외규정 제정 결과를 검토하는 것이었다. 미국은 정보통신분야의 기본적인 배경이 우리나라와 유사하고, 호주와 싱가포르는 미국과 자유무역협정을 맺은 국가들 중에서 관련 규정의 입법 배경이나 경제적인 수준이 우리나라와 유사하기 때문이다. 그리고 위 고시와 관련한 연구 결과들이 한정적이고 주요한 연구 결과들이 위 고시를 제정하는 것을 전제한 것들이 포함되어 있어 위 국가들의 예외 설정의 결과가 위 고시에 영향을 미쳤다고 할 수 있다.

이런 배경 하에, 본 논문은 미국, 호주 및 싱가포르의 룰메이킹 결

이해관계인의 의견을 들은 후 위원회의 심의를 거쳐야 한다.

6) 『기술적 보호조치의 무력화 금지에 대한 예외』 고시 (문화체육관광부 고시 제2012-5호).

7) 『기술적 보호조치의 무력화 금지에 대한 예외』 고시 (문화체육관광부 고시 제2015-0002호).

8) 『기술적 보호조치의 무력화 금지에 대한 예외』 고시 (문화체육관광부 고시 제2018-0008호).

9) 최진원, "KORUS FTA와 DRM 우회 금지의 예외", 「법학연구」, 제18권 제2호, 2008; 김현철·서재권, 룰메이킹에 의한 기술적 보호조치 예외 설정에 관한 연구, 저작권위원회, 2008.12; 이진태, "저작권법상 기술적 보호조치의 예외와 그 기준에 관한 연구", 고려대학교 박사학위논문, 2011.7; 강기봉·이용정, SW 관련 기술적 보호조치 무력화 금지에 대한 예외 설정에 관한 연구 - 비교법적 검토를 중심으로-, 한국저작권위원회, 2013.12; 이대희, "기술적 보호조치 무력화 금지의 예외", 「계간저작권」, 제31권 제2호, 2018.8.

과를 우선 간략하게 검토한 후에, 우리나라 고시와 관련하여 몇 가지 고려사항에 대해 살펴보고자 한다.

Ⅱ. 국내외 예외 설정의 현황[10)]

1. 미국

미국 저작권청(U.S. Copyright Office)이 저작권법 제1201조(a)(1)(C)에 규정된 절차에 따라 3년 주기로 접근통제 기술적 보호조치의 무력화 금지에 대한 추가적인 예외들을 설정하기 위한 룰메이킹 절차를 시행해 왔다. 이에 따라 2000년, 2003년, 2006년, 2010년, 2012년, 2015년 및 2018년에 추가적인 예외들이 최종 결정되었다.[11)]

미국의 룰메이킹 절차는 ① 저작권청장의 서면 청원서를 요청하는 공지(Notice of Inquiry for petitions: NOI), ② 제안된 유형의 청원서들(Petitions for Proposed Exemptions)의 공시, ③ 제안된 유형들에 대해 서면 코멘트를 요청하는 공지, ④ 제안된 유형의 저작물들에 대한 코멘트의 공시, ⑤ 공청회 개회 공지 및 개최, ⑥ 공청회 후속 질문답변 및 공시, ⑦ NTIA(National Telecommunications and Information Administration) 의견 수렴 및 공시, ⑧ 저작권청장의 권고, ⑨ 도서관장의 예외 규정의 결정 및 그 내용의 공지의 순으로 진행된다.[12)] 이러한 룰메이킹 절차는 상당히 오랜 시간에 걸

10) 이 부분은 "강기봉, 기술적 보호조치 무력화 금지 예외 설정에 관한 연구, 「법학논총」, 제38호, 2017.5, 1~24면"을 현재 시점에서 수정·추가·보완한 것이다.

11) 강기봉·이용정, 앞의 보고서, 20~21면.

12) 미국 저작권청 사이트 <https://www.copyright.gov/1201/>, (검색일 2020.5.31.) 참조.

쳐서 진행되고 룰메이킹 기간 동안 코멘트가 제출[13]되어 검토가 이뤄진다.

2017년부터 2018년까지 이뤄진 일곱 번째 룰메이킹 절차는 2017년 6월 30일의 NOI로 시작하여 최종 결정된 규정이 미국연방규정집(Code of Federal Regulations: CFR) Part 201 하에 제201.40조로 개정 입법되었고, 이 규정은 2018년 10월 26일에 공지되고 같은 달 28일에 시행되었다. 이 룰메이킹 절차에서 15개 종류의 예외(안)에 대해 논의를 거쳤고, 최종적으로 12개 종류의 예외(안)이 저작권청에 의한 권고를 거쳐 최종적으로 14개 조문이 미국연방규정집(Code of Federal Regulations: CFR) Part 201에 제201.40조로 규정되어 입법되었다. 2018년의 룰메이킹은 기존의 예외를 수정하거나 확대하기도 하고 새로운 예외를 채택하기도 했는데, 예를 들어 비평 또는 논평의 목적으로 영상의 짧은 부분을 이용하는 경우의 영상이 개정되었고, 이 엔진이 달린 육상 차량을 통제하는 컴퓨터프로그램이나 선의의 보안연구 목적인 경우의 컴퓨터프로그램에 대해 그 범위가 확대되었다. 아래에 추가적인 예외 규정들의 내용을 간략하게 정리하였다.[14]

① 다음에 대해 비평과 논평을 위한 (텔레비전 프로그램과 비디오를 포함하는) 영상의 인용

▪ *다음과 같은 자들에 의한 교육적 이용*

- 칼리지와 종합대학 또는 K-12 교수와 학생들

---

13) The Register of Copyrights, *Recommendation of the Acting register of copyrights: Section 1201 rulemaking: Seventh Triennial Proceeding to Determine Exemptions to the Prohibition on Circumvention*, October, 2018, p.2 [hereafter "Recommendation of the Register of Copyrights of *section 1201 rulemaking* (Oct, 2018)"]

14) Recommendation of the Register of Copyrights of *section 1201 rulemaking* (Oct, 2018), pp.6~7.

- *대형 개방형 온라인 강좌(MOOCs)의 교수*
- *도서관, 박물관 및 다른 비영리에 의해 제공되는 디지털 및 리터러시(literacy) 프로그램들의 교육자들과 참여자들*

▪ *논픽션 멀티미디어 이북*

▪ *그 이용이 패러디인 또는 일대기적이거나 역사적으로 중요한 성질에 대한 것인 경우에 다큐멘터리 영화 또는 다른 영화에서의 이용*

▪ *비상업적인 비디오에서의 이용*

② *장애를 가진 학생들을 위한 교육 기관의 장애인 서비스 사무소 또는 이와 유사한 구성단위에 의한 캡션 그리고/또는 오디오 설명의 제공의 대상으로 영상(텔레비전 쇼와 비디오를 포함)*

③ *시각장애인, 시각적으로 장애가 있는 개인 또는 독서 장애(print disabilities)를 가진 개인에 대한 보조 기술로 이용하기 위해 전자적으로 전송되는 어문 저작물(예를 들어 이북)*

④ *이식된 의료 장치와 이에 상응하는 개인 모니터링 시스템에 의해 생성된 자료의 모음으로 구성되는 어문저작물*

⑤ *새로운 장치나 중고 장치가 대체 무선 네트워크에 접속할 수 있도록 하기 위해 대상으로 하는, 다음 종류의 장치들을 운용하는 컴퓨터프로그램(잠금해제)*

▪ *핸드폰*

▪ *태블릿*

▪ *모바일 핫스팟*

▪ *착용형 장치(예를 들어 스마트워치)*

⑥ *장치가 상호운용할 수 있도록 하기 위해 그리고 소프트웨어 애플리케이션을 제거할 수 있도록 하기 위해 대상으로 하는, 다음 종류의 장치들을 운용하는 컴퓨터프로그램(탈옥)*

- *스마트폰*
- *태블릿과 다른 범용 모바일 컴퓨팅 장치*
- *스마트 TV*
- *음성 보조 장치*

⑦ *진단 자료에 접근하는 것을 포함하여 차량의 진단, 수리 또는 개조의 대상이 되는 농업용 장비를 포함하는 엔진이 달린 육상 차량을 통제하는 컴퓨터프로그램*

⑧ *장치 또는 시스템의 진단, 유지 또는 수리의 대상이 되는 스마트폰, 가정용 전자기기 또는 홈 시스템을 통제하는 컴퓨터프로그램*

⑨ *선의의 보안 연구의 대상이 되는 컴퓨터프로그램*

⑩ *도서관, 기록물관리기관 및 박물관이 컴퓨터프로그램과 컴퓨터프로그램에 종속된 자료들을 보존하는 경우에 그 컴퓨터프로그램 (비디오 게임을 제외)*

⑪ *(오직 보존용을 위해 콘솔 컴퓨터 코드를 필수적으로 탈옥하는 것뿐만 아니라) 게이머들에 의한 독립적인 플레이와 도서관, 기록물관리기관 및 박물관에 의한 게임의 보존을 가능하게 하고, 서버 지원을 요구하지 않는 단종된 비디오 게임들의 보존을 가능하게 하기 위한, 외부 서버 지원이 없으면 중단되는 비디오 게임*

⑫ *대체 재료의 이용을 허락하는 대상이 되는 3D 프린터를 운용하는 컴퓨터프로그램*

2. 싱가포르

2003년 5월에 체결한 「싱가포르와 미국의 자유무역협정(US-Singapore Free Trade Agreement, USSFTA)」에 따라, 싱가포르는 2005년, 2008년, 2012년에 추가적인 예외 마련을 위한 퍼블

릭 컨설테이션(Public Consultation) 절차를 거쳐 「Copyright (Excluded Works) Order」를 제정하여 시행하였고, 2006년, 2007년 및 2015년에는 제정된 명령에 대해 부분적으로 개정한 바 있었다.

그리고 2015년 3월 9일에 고시되어 2015년 3월 31일에 시행된 「Copyright (Excluded Works) (Amendment) Order 2015」[15]는 2012년의 「Copyright (Excluded Works) Order 2012」에서 제3조(1)을 삭제하고 제4조(c)(ii)의 "institution assisting handicapped readers"를 "institution assisting persons with reading disabilities"로 대체하고, 제4조(c)(ii)(B)의 "a specialised format"를 "an accessible format"으로 변경하여 약간의 수정을 하는 것에 그쳤다. 그리고 2016년의 퍼블릭 컨설테이션 절차에 따른 결과가 「COPYRIGHT (EXCLUDED WORKS) ORDER 2017」로 제정되어 2017년 1월 1일부터 2020년 12월 31일까지 효력이 있다. 2017년의 명령에서는 (a)와 (h)(기존의 (g))은 기존의 규정과 동일하지만, 기존의 (f)는 삭제되었고 (f)는 기존의 (e)와 규정의 형식만 바뀌고 내용이 동일하며, (b)(ii), (c) 및 (d)는 규정이 적용되는 범위가 확장되거나 다소 개정되었으며, (e)와 (g)는 신설되었다.

Copyright (Excluded Works) (Amendment) Order 2015	COPYRIGHT (EXCLUDED WORKS) ORDER 2017[16]
(a) 손상되거나 결함이 있는 구식 동글에 의해 접근이 통제되는 컴퓨터프로그램;	〈유지〉
(b) 컴퓨터프로그램 또는 비디오 게임 — (i) 구형 포맷으로 배포되는; 그리고 (ii) 컴퓨터프로그램 또는 비디오 게임이 사용되거나 운영되도록 고안된 원래의 매체 또는 하드웨어에 의해서만 접근이	(b) 컴퓨터프로그램 또는 비디오 게임 — (i) 구형 포맷으로 배포되는 그리고 컴퓨터프로그램 또는 비디오 게임이 사용되거나 운영되도록 고안된 원래의 매체 또는 하드웨어에 의해서만 접근이 이뤄

15) Copyright (Excluded Works) (Amendment) Order 2015 <http://sso.agc.gov.sg> (검색일 2020.5.31.).

Copyright (Excluded Works) (Amendment) Order 2015	COPYRIGHT (EXCLUDED WORKS) ORDER 2017[16]
이뤄질 수 있는, 그 컴퓨터프로그램 또는 비디오 게임에 적용되었던 기술적 접근통제 조치의 무력화가 도서관 또는 기록물 보관소에 의한 출판 디지털 저작물의 보존 또는 기록물 보관 복제의 목적인 경우에;	질 수 있는; 또는 (ii) 컴퓨터프로그램 또는 비디오 게임에 적용된 기술적 접근통제 조치에 의해 지원되는 인증 절차를 이용함에 의해서만 접근할 수 있고, 그 조치가 더 이상 사용되지 않는, 컴퓨터프로그램 또는 비디오 게임에 적용된 기술적 접근통제 조치의 무력화가 일반적인 이용을 위해 컴퓨터프로그램 또는 비디오 게임에 접근할 목적인 경우에;
(c) 어문저작물 – (i) 전자책 형태인; 그리고 (ii) 다음의 목적으로 기술적 접근통제 조치가 (독서 장애를 가진 자를 지원하는 기관에 의해 이용가능하게 만들어진 모든 디지털 텍스트 형식을 포함하여) 모든 기존의 전자책 형식의 저작물에 적용되는 경우 (A) 전자책의 음독 기능의 운영을 방해하는 것; 또는 (B) 특수 보조 기기 또는 소프트웨어(specialised assistive devices or computer software)가 텍스트를 접근 가능한 형태로 전환하는 것을 방해하는 것;	(c) 어문저작물 또는 연극저작물(dramatic work) – 〈이하 종전과 동일〉
(d) 다음의 도서관에 소장되어 있는 영화 – (i) 대학 (ii) 폴리테크닉(과학기술 전문학교) (iii) 기술 교육 기관;또는 (iv) 기타 제3의 교육기관 당해 영화에 적용된 기술적 접근통제 조치의 우회가 영화 또는 매체 연구 강사(lecturer)에 의해, 또는 이들 강사, 대학, 폴리테크닉, 기술 교육기관 또는 기타 제3의 교육기관의 지침에 따라 수행하는 기타 스태프 또는 직원에 의해 (사례가 있을 수 있으므로) 교실에서 교육적 이용을 위해 저작물 일부의 편집물을 제작할 목적으로 이루어진 경우;	(d) 영화(cinematograph film)에 적용된 기술적 접근통제 조치의 무력화가 다음 자에 의해 수행되는 경우에, 영화 또는 매체 연구의 과정을 수행하는 면제 교육 기관(exempt educational institution)의 도서관 내의 모든 영화 – (i) 면제 교육 기관의 영화 또는 매체 연구 강사; 또는 (ii) 교실에서의 교육적 이용을 위해 영화 일부의 편집물을 제작할 목적으로, 그 기관의 영화 또는 매체 연구 강사의 지시에 따라 수행하는, 면제 교육 기관의 직원 또는 스태프 구성원;

Copyright (Excluded Works) (Amendment) Order 2015	COPYRIGHT (EXCLUDED WORKS) ORDER 2017[16]
(신설)	(e) 영화에 적용된 기술적 접근통제 조치의 무력화가 영화 또는 매체 연구에 관한 대형 개방형 온라인 강좌에서 교육적 이용을 위해 저작물의 일부의 편집물을 제작할 목적으로 합법적(compliant) MOOC 강좌 제작자의 직원 또는 스태프 구성원에 의해 수행되는 경우에, 합법적 MOOC 강좌 제작자가 소장한 모든 영화
(e) 영화에 적용된 기술적 접근통제 조치의 무력화가 논평 또는 비평을 위해 또는 뉴스 보도를 위한 다큐멘터리 제작 시에 그 영화의 짧은 부분을 이용할 목적에서만 선의로(in good faith) 수행되는 경우에 영화;	(f) 영화에 적용된 기술적 접근통제 조치의 무력화가 오로지 다음을 위해 그 영화의 짧은 부분을 이용할 목적으로만 어떤 자에 의해 선의로 수행되는 경우에 그 영화 – (i) 논평 또는 비평; 또는 (ii) 뉴스 보도, 다큐멘터리 제작 시에;
(f) 다음의 녹음물 또는 영화 – (i) CD(compact disc) 형태로 배포되는; 그리고 (ii) 다음과 같은 기술적 접근통제 조치에 의해 보호되는 – (A)합법적으로 구매한 녹음물 또는 영화에 대한 접근을 통제하는 경우; 그리고 (B)개인 컴퓨터의 보안을 위협하는 보안 결함 또는 취약성을 발생시키거나 이용하는 경우 당해 녹음물 또는 영화에 적용된 기술적 접근통제 조치의 무력화가 오로지 그런 결함 또는 취약성을 선의로 테스트, 조사 또는 교정할 목적인 경우에;	(삭제)
(신설)	(g) 이것에 적용된 기술적 접근통제 조치의 무력화가 모든 다른 성문법을 위반하지 않고 다음에 따라 수행된 경우에, 모든 컴퓨터프로그램, 디지털 형태의 저작물이나 다른 대상, 음반 또는 영화 – (i) 사이버 보안 전문가 또는 사이버보안 전문가의 지시에 따라 수행하는 자에 의해 선의에서; 그리고 (ii) 사이버 보안에 관한 연구를 목적으로;

Copyright (Excluded Works) (Amendment) Order 2015	COPYRIGHT (EXCLUDED WORKS) ORDER 2017[16]
(g) 중요 또는 긴급 시스템(essential or emergency systems)에서 사용되는 컴퓨터프로그램에 적용된 기술적 접근통제 조치의 무력화가 오로지 그 컴퓨터프로그램의 교체 또는 수리를 가능하게 할 목적인 경우에 그 컴퓨터프로그램.	(h) 〈기존의 (g)를 그대로 규정〉

3. 호주

호주는 2004년 5월 18일의 호주-미국 자유무역협정(Australia-United States Free Trade Agreement, 이하 "미·호 FTA"라 한다)[17]을 이행하기 위해 저작권법(Copyright Act 1968)을 개정하였다. 특히, 2006년 12월 11일에는 저작권법에 기술적 보호조치에 관한 규정을 개정[18]하였고, 추가적인 예외의 제안과 의견 수렴, 장관의 규칙 제정 권고 및 총독의 규칙 제정의 절차를 거쳐서 접근통제 기술적 보호조치의 무력화에 관한 추가적인 예외를 2006년 12월 14일에 저작권 규칙(Copyright Regulations 1969) Schedule 10A[19]에 규정하였으며, 이렇게 2006년에 개정된 저작권법과 저작권 규칙은 2007년 1월 1일부터 시행되었다.[20]

16) Copyright (Excluded Works) (Amendment) Order 2017 <http://sso.agc.gov.sg> (검색일 2020.5.31.).

17) 호주 외교통상부의 Australia-United States FTA 공식 사이트 <http://dfat.gov.au/trade/agreements/ausfta/Pages/australia-united-states-fta.aspx> (검색일 2017.4.30.).

18) Copyright Regulations 1969의 'Endnote 4－Amendment history' 참조 <https://www.legislation.gov.au/Details/C2017C00094> (검색일 2017.4.30.).

19) Copyright Regulations 1969의 'Endnote 4－Amendment history' 참조 <https://www.legislation.gov.au/Details/F2016C00343> (검색일 2017.4.30.).

20) 강기봉, "기술적 보호조치에 관한 호주 입법 논의의 시사점", 「정보법학」, 제18권 제1호, 2014, 59~60면.

그리고 미·호 FTA 협정문 Article 17.3.7.(e)(viii)에 최소한 4년마다 추가적인 예외 규정을 마련하기 위한 절차를 시행하도록 규정하였는데, 2012년부터 2013년까지 추가적인 예외를 검토하기 위해 이에 대한 제안 및 의견수렴 과정을 거치기도 했지만,[21] 2006년 이 규정이 제정된 이후 특별한 변화는 없었다. 그렇지만 호주는 2017년 9월에 추가적인 예외 규정을 마련하기 위한 공식적인 절차를 시작하여 그 결과가 2017년 12월 22일에 저작권 규칙(Copyright Regulations) Schedule 10A에 반영되었고 2018년 4월 2일부터 시행되었다.

2007년 1월 1일 시행[22]	2018년 4월 2일 시행
1. 컴퓨터프로그램과의 상호운용성 1.1. 독립적으로 창작된 저작물과 제47D조에 언급된 환경들에서의 프로그램 또는 모든 다른 프로그램의 상호운용성을 달성하기 위한, 제47D조에 언급된 종류의 컴퓨터프로그램의 복제 또는 개작 (Note. 독립적으로 창작된 컴퓨터프로그램과의 상호운용성을 달성하기 위한 행위를 하는 것에 대해서는, 저작권법 제116AN조(3)과 제132APC조를 참조)	〈유지〉
2. 교육 기관 2.1. 저작권법 제5B편 제2A장에 언급된 환경들에서 교육기관에 의한 또는 교육기관이라는 전제하에서의 저작물의 복제 또는 공중송신(communication)	〈유지〉
〈신설〉	2.2. 저작권법 제IVA편 제4장에 따라 저작권을 침해하지 않는 자에 의한 행위 2.3. 그 이용이 저작권법 제200AB조(3)(교육 기관 관리 조직에 의한 이용) 규정에 해당하여 이에 대한 저작권법 제200AB조(1)의 규정에 따라 저작물 또는 다른 대상의 저작권 침해가 아닌, 어떤

21) 이와 관련한 사항은 '강기봉·이용정, 앞의 보고서. 135~166면' 참조.

2007년 1월 1일 시행[22]	2018년 4월 2일 시행
	자에 의한 (컴퓨터 게임을 제외한) 저작물 또는 다른 대상의 이용
3. 독서장애를 가진 자에 대한 보조 3.1. 저작권법 제5B편 제3장에 언급된 환경들에서 독서장애를 가진 자들을 보조하는 기관들에 의한 그 자들에 대한 보조를 제공하기 위한 저작물의 복제 또는 공중송신	〈유지〉
〈신설〉	3A. 장애를 가진 자에 의한 또는 그를 위한 접근 3A.1. 저작권법 제VA편 제2장(장애를 가진 자들에 의한 또는 그들을 위한 접근)의 규정에 따라 자료에 포함된 저작권을 침해하지 않는, 어떤 자에 의한, 컴퓨터 게임 이외의 저작권이 있는 자료의 공정거래, 즉 이용
4. 도서관 또는 기록보관소 4.1. 제49조에 언급된 환경에서의 조사 또는 연구를 행하는 자를 위해 저작권법 제49조에 언급된 유형의 도서관 또는 기록보관소에 의해 행해지는 저작물 또는 출판된 저작물의 일부 또는 전체의 복제 또는 공중송신 4.2. 저작권법 제50조에 언급된 환경에서의 다른 도서관 또는 기록보관소를 위해 도서관 또는 기록보관소에 의해 행해지는 저작물 또는 출판된 저작물의 일부 또는 전부의 복제 또는 공중송신 4.3. 도서관 또는 기록보관소에 의한 다음의 복제 또는 공중송신: (a) 저작권법 제51A조에 언급된 목적 및 환경인 경우의 저작물; 그리고 (b) 저작권법 제110A조에 언급된 환경에서 조사 또는 연구를 목적으로 또는 출판을 목적으로 한 경우에 출판되지 않은 녹음물 또는 영화: 그리고 (c) 저작권법 제110B조에 언급된 환경에서 녹음물 또는 영화의 보존 혹은 대체를 목적으로 한 경우 조사(research)를 위한 경우에 녹음물 또는 영화	〈유지〉

2007년 1월 1일 시행[22]	2018년 4월 2일 시행
〈신설〉	4.4. 저작권법 제VA편 제3장의 규정에 따라 저작권을 침해하지 않는 자에 의한 행위
5. 방송을 위한 녹음물 5.1. 저작권법 제107조에 언급된 환경에서 오로지 녹음물의 방송만을 위한 다른 문제와 연계한 녹음물의 복제물의 제작[23] 5.2. 저작권법 제109조에 언급된 환경에서 녹음물의 방송	〈유지〉
6. 오작동하는 기술적 보호조치 6.1. 다음의 경우에, 기술적 보호조치가 적용된 저작물에 대한 접근 행위 (a) 기술적 보호조치가 정상적으로 작동하지 않는 경우; 그리고 (b) 대체 기술적 보호조치가 합리적으로 제공되지 않는 경우 6.2. 다음의 목적으로, 설치된 제품(호스트 제품) 또는 호스트 제품과 연계하여 이용되는 다른 제품에 대해 작동을 방해하거나 손상시키는 기술적 보호조치에 의해 보호되는 저작물에 대한 접근 행위 (a) 기술적 보호조치에 의한 호스트 제품 또는 다른 제품에 대한 손상이나 추가적인 손상을 방지하기 위한 목적; 또는 (b) (기술적 보호조치의 무력화가 수리가 수행될 수 있도록 하기 위해 필요한 경우에) 호스트 제품 또는 다른 제품을 수리하기 위한 목적	〈유지〉

4. 한국

저작권법 제104조의2 제1항 제8호는 "기술적 보호조치의 무력화

22) 강기봉·이용정, 앞의 보고서. 164~166면.

23) 방송을 위해 녹음물을 일시적으로 녹음하는 경우를 말한다.

금지에 의하여 특정 종류의 저작물등을 정당하게 이용하는 것이 불합리하게 영향을 받거나 받을 가능성이 있다고 인정되어 대통령령으로 정하는 절차에 따라 문화체육관광부장관이 정하여 고시하는 경우. 이 경우 그 예외의 효력은 3년으로 한다."고 규정하여 기술적 보호조치의 무력화 금지에 대한 예외를 정하여 고시하도록 하였고, 이와 관련하여 저작권법 시행령 제46조의2는 "문화체육관광부장관은 법 제104조의2 제1항 제8호에 따라 기술적 보호조치의 무력화 금지에 대한 예외를 정하여 고시하는 경우에는 미리 저작물등의 이용자를 포함한 이해관계인의 의견을 들은 후 위원회의 심의를 거쳐야 한다."고 규정하고 있다.

이에 따라, 지금까지 문화체육관광부장관은 세 차례에 걸쳐 2012년 1월 31일 자 문화체육관광부 고시 제2012-5호로『기술적 보호조치의 무력화 금지에 대한 예외』, 2015년 1월 31일 자 문화체육관광부 고시 제2015-0002호로『기술적 보호조치의 무력화 금지에 대한 예외』및 2018년 1월 31일 자 문화체육관광부 고시 제2018-0008호로『기술적 보호조치의 무력화 금지에 대한 예외』를 고시한 바 있었다.

우선 2015년의 고시는 제1조, 제4조 및 제6조에 개정이 이뤄졌다. 제1조는 고화질 영상 기록매체에 수록된 영상물뿐만 아니라 정보통신망을 통해 취득한 영상물도 예외로 기술하였고, 그 목적도 비평 또는 논평 외에도 정당한 목적인 경우로 확대하였으며, 대상이 되는 기술적 보호조치도 접근통제 기술적 보호조치 전체로 확대하였다(이외에는 문구의 수정이 있었다). 그리고 제4조는 컴퓨터용 비디오 게임에서 휴대용 기록매체에 수록된 저작물로 그 대상을 변경하고, 이것에 적용된 기술적 보호조치가 그 매체와 연결된 주된 장치 또는 그 주된 장치와 연결된 다른 장치의 보안 문제까지 해당 저작물의 기술적 보호조치를 무력화하는 목적 범위를 상당히 넓게 규정하였다. 또한 제6조는 문장을 적절한 문장이 되도록 수정하면서 제1호에 수화기능을 포함하

여 그 대상이 되는 기능을 확대하였다.

이에 대해 2018년의 고시는 제1조에서 '고화질 영상 기록매체'로 한정되었던 것을 '영상 기록매체'로 그 범위를 넓히고, '비평 또는 논평 등'을 '비평·논평·분석·연구 등'으로 개정하였으며 제1조 제2호로 '영화분석을 위한 전자책의 제작'을 신설하였다. 그리고 제2조에서 휴대용 정보처리장치 외에 스마트 TV를 추가하고 '휴대용 정보처리장치의 응용 프로그램의 삭제'의 목적이 추가되었다. 제3항에서 행위의 주체가 삭제되어 행위자의 범위를 넓히고 휴대용 전화기를 휴대용 통신기기로 개정하여 그 적용범위를 확대하였다. 제4조는 전면적으로 개정이 되었고, 제5조에는 삼차원 프린터에 관한 규정이 신설되었다. 또한 제6조는 제1호와 제2호의 내용이 시각장애인과 청각장애인으로 구분되어 조금 더 구체화되었다. 이에 더해 제7조는 비디오 게임에 관한 내용으로 신설되었고, 제8조는 차량의 기능을 통제하는 프로그램에 관한 내용으로 신설되었다.

2015년 1월 31일 자 고시	2018년 1월 31일 자 고시
① 합법적으로 제작 · 취득한 영상물(고화질 영상 기록매체에 수록되었거나 정보통신망을 통해 취득한 경우에 한한다)의 일부를 비평 또는 논평 등의 정당한 목적으로 다음 각 호의 어느 하나에 이용하기 위하여 영상물에 적용된 접근통제 기술적 보호조치를 무력화 하는 경우 1. 영화 · 미디어 관련 교육 2. 다큐멘터리 영화의 제작 3. 비상업적인 영상물의 제작 ② 휴대용 정보처리장치(휴대용 전화기를 포함하며 게임 전용기기를 제외한다)의 운영체제와 합법적으로 취득한 응용 프로그램간의 호환을 위하여, 그 운영체제 및 펌웨어(Firmware)에 적용된 접근통	① 합법적으로 제작 · 취득한 영상물(영상기록매체에 수록되었거나 정보통신망을 통해 취득한 경우에 한한다)의 일부를 비평 · 논평 · 분석 · 연구 등 정당한 목적으로 다음 각 호의 어느 하나에 이용하기 위하여 영상물에 적용된 접근통제 기술적 보호조치를 무력화 하는 경우 1. 영화 · 미디어 관련 교육 2. 영화분석을 위한 전자책의 제작 3. 다큐멘터리 영화의 제작 4. 비상업적인 영상물의 제작 ② 휴대용 정보처리장치(휴대용 전화기를 포함하며 게임 전용기기 및 전자책 전용기기를 제외한다) 또는 스마트 TV의 운영체제와 합법적으로 취득한 응용 컴퓨터프로그램(이하 "프로그램"이라 한

2015년 1월 31일 자 고시	2018년 1월 31일 자 고시
제 기술적 보호조치를 무력화하는 경우	다)간의 호환을 위하여, 또는 위 휴대용 정보처리장치의 응용 프로그램을 삭제하기 위하여, 그 운영체제 및 펌웨어(Firmware)에 적용된 접근통제 기술적 보호조치를 무력화하는 경우
③ 프로그램 복제물 소유자가 무선 통신망에 접속하기 위하여, 휴대용 전화기를 통신망에 접속하도록 하는 프로그램에 적용된 접근통제 기술적 보호조치를 무력화하는 경우. 다만 그 통신망 운영자가 접속을 승인한 경우에 한한다.	③ 무선 통신망에 접속하기 위하여, 휴대용 통신기기(휴대용 전화기, 태블릿 컴퓨터, 휴대용 통신망 연결기기, 핫스팟 및 착용형 무선기기를 포함한다)를 통신망에 접속하도록 하는 프로그램에 적용된 접근통제 기술적 보호조치를 무력화하는 경우. 다만, 그 통신망 운영자가 접속을 승인한 경우에 한한다.
④ 휴대용 기록매체에 수록된 저작물에 적용된 기술적 보호조치가 그 매체와 연결된 주된장치 또는 그 주된 장치와 연결된 다른 장치의 보안을 취약하게 하는 경우에 이를 검사·조사·보정하기 위하여 그 기술적 보호조치를 무력화하는 경우. 다만, 이를 통해 취득한 정보는 보안 강화에 이용되어야 하며, 저작권법 또는 다른 법률의 위반을 용이하게 하지 않는 방법으로 이용되거나 관리되어야 한다.	④ 합법적으로 취득한 기기에 사용되는 프로그램의 결함이나 취약성 등을 검사 · 조사 · 보정하기 위하여 프로그램에 적용된 기술적 보호조치를 무력화하는 경우. 다만, 다음 각 호의 조건을 충족하여야 한다. 1. 검사 등을 통해 취득한 정보는 보안 강화에 이용되어야 하며 저작권을 침해하거나 다른 법률의 위반을 용이하게 하지 않는 방법으로 이용되거나 관리될 것 2. 검사 등의 행위는 개인이나 공중에 대하여 발생할 수 있는 위험을 방지할 수 있는 조건에서 실시될 것 3. 환자에게 전부 또는 일부가 이식되도록 고안된 「의료기기법」에 따른 의료기기 또는 이와 관련된 모니터링시스템의 경우에는 환자에 의하여 또는 환자를 돌보기 위하여 사용되지 않을 것
⑤ 더 이상 제조 또는 시판되지 않는 동글(Dongle)의 손상 또는 결함으로 인하여 프로그램에의 접근이 차단되었을 때, 그 프로그램에 적용된 접근통제 기술적 보호조치를 무력화하는 경우	⑤ 삼차원 프린터 제조자가 공급 또는 인증한 재료 이외의 대체 재료를 사용할 목적으로, 삼차원 프린터에 사용되는 재료의 사용을 제한하는 프로그램의 기술적 보호조치를 무력화하는 경우. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다. 1. 디자인 프로그램, 디자인 파일 또는 보호되는 데이터에 접근할 목적으로 무력화가 이루어지는 경우

2015년 1월 31일 자 고시	2018년 1월 31일 자 고시
	2. 삼차원 프린터에 의하여 생산되어 판매될 물품이 안전 등과 관련된 법률의 규제나 승인을 받아야 하는 경우
⑥ 전자적 형태의 어문저작물에 적용된 기술적 보호조치가 다음 각 호의 어느 하나의 기능을 방지하거나 억제하는 경우에 그러한 기능을 가능하게 하기 위하여 접근통제 기술적 보호조치를 무력화하는 경우. 다만, 그 기능을 제공하는 다른 전자적 형태의 동일한 어문저작물이 있는 경우에는 그러하지 아니한다. 1. 낭독 기능 또는 수화기능 2. 텍스트를 대체 형식으로 변환하는 화면 읽기(Screen Reader) 기능	⑥ 전자적 형태의 어문저작물에 적용된 기술적 보호조치가 다음 각 호의 어느 하나의 기능을 방지하거나 억제하는 경우에 그러한 기능을 가능하게 하기 위하여 접근통제 기술적 보호조치를 무력화하는 경우. 다만, 그 기능을 제공하는 다른 전자적 형태의 동일한 어문저작물이 있는 경우에는 그러하지 아니한다. 1. 음성 · 음향이나 점자 등 시각장애인 등이 인지할 수 있는 전용 기록방식으로 내용을 변환하는 기능 2. 자막이나 수어 등 청각장애인 등이 인지할 수 있는 방식으로 내용을 변환하는 기능 ⑦ 인증을 위한 서버 지원이 상당기간 중단되거나 종료된 비디오게임에 적용된 기술적 보호조치를 다음 각 호의 어느 하나의 경우를 위하여 무력화하는 경우. 다만, 비디오게임이 합법적으로 취득되고, 서버에 저장된 저작권으로 보호되는 콘텐츠에 접근하거나 이를 복제하지 않고 게임을 진행할 수 있는 것이어야 한다. 1. 이용자가 개인적으로 게임을 계속 진행하기 위하여 필요한 경우 2. 도서관 · 기록물관리기관 · 박물관 등이 게임진행이 가능한 형태로 게임을 보존하기 위하여 필요한 경우. 이 경우 상업적 이익을 목적으로 하지 아니하고 관내에서 이용제공하여야 한다. ⑧ 차량 기능의 진단, 수리, 개조 등의 목적으로 차량의 기능을 통제하는 프로그램에 대한 접근통제 기술적 보호조치를 무력화하는 경우. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다. 1. 무력화에 의한 차량 기능의 진단, 수리, 개조가 차량의 안전이나 환경 등과

2015년 1월 31일 자 고시	2018년 1월 31일 자 고시
	관련된 관련 법률을 위반하는 경우 2. 주로 차량의 텔레매틱스 및 엔터테인먼트를 통제하기 위한 프로그램에 대하여 무력화하는 경우

Ⅲ. 고시 제정에 대한 고려사항

1. 고시의 중요성

저작자에 의해 저작물에 적용된 접근통제 기술적 보호조치는 저작물에 대한 접근을 원천적으로 봉쇄하고, 저작권법은 이러한 접근통제 기술적 보호조치를 무력화하는 것을 차단한다. 그래서 저작물의 이용자는 저작물에 대한 접근권을 저작자에 의해 통제받고 저작재산권의 제한 규정에 따라 자유이용이 가능한 경우에도 저작물을 이용할 수 없게 된다. 그래서 접근통제 기술적 보호조치는 저작권을 보호하는데 효과적일 수 있지만, 저작물 이용자의 권익을 심각하게 침해할 수 있으므로 저작권법이 추구하고 있는 바와는 달리 '저작자의 권리와 이에 인접하는 권리'의 보호와 '저작물의 공정한 이용'에 심각한 불균형을 초래[24]할 수 있다. 이런 관점에서, 미국 의회 보고서는 접근통제 기술적 보호조치로 인하여 일어날 수 있는 문제들을 제시하면서 "합법적 목적의 접근을 부당하게 축소되지 않도록 보장하기 위해 저작물에 대

24) 기술적 보호조치의 문제점에 관한 견해로 '구대환, "디지털콘텐츠에 대한 기술적보호조치와 우회금지규정의 필요성과 문제점", 「산업재산권」, 제30호, 2009, 355~358면; 탁희성, "저작권 보호를 위한 기술적 보호조치에 관한 소고", 「형사정책연구」, 제77호, 2009, 1242~1246면; 윤종민, "디지털 저작권 보호와 공정이용의 조화: DRM을 중심으로", 「과학기술법연구」, 제19집 제2호, 2013, 238~243면' 참조.

한 효과적인 접근통제 기술적 보호조치의 무력화의 금지를 수정하는 것이 적절할 수 있다"[25]고 한 바 있다.

이에 따라 미국에서 룰메이킹 제도는 접근통제 기술적 보호조치로 인해 발생하는 문제를 보완하기 위한 수단[26]으로 행해지고 있다. 그리고 우리나라 저작권법에 관하여도 접근통제 기술적 보호조치의 무력화를 허용하는 규정 및 그 허용 범위를 확대하는 고시는 이러한 불균형을 해소할 수 있는 유일한 수단이자 이용자의 권익을 보호하기 위한 조치이다. 그러므로 이 고시의 설정은 저작물의 공정한 이용을 보장함에 의해 문화 및 관련 산업을 발전시키기 위해 필수불가결하다고 할 수 있다. 물론, 이 고시의 내용은 양자의 권리가 균형을 이룰 수 있도록 적절하게 설정되어야 한다.

2. 저작물의 특정과 공정한 이용

제104조의2 제1항의 예외 규정과 제8항에 의한 고시는 특정한 저작물에 대한 접근통제 기술적 보호조치의 무력화를 허용하는 것을 그 내용으로 한다. 그리고 무력화 이후에는 필연적으로 저작물의 이용으로 이어진다. 이러한 저작물의 이용은 특정한 저작물에 대한 저작재산권의 제한과 연관되어 있다. 특히 고시는 영상물, 전자적 형태의 어문저작물 등과 같이 특정 종류의 저작물등을 정당하게 이용하는 것이 불합리하게 영향을 받거나 받을 가능성이 있다고 인정하는 경우를 그 요건으로 하고 있다. 그리고 이 예외 규정들은 프로그램코드역분석과 같이 저작재산권의 제한 규정이 별도로 존재하는 경우가 있는 반면에 그

25) H.R. REP. NO. 105-551, pt. 2, at 36 (1998).

26) Recommendation of the Register of Copyrights of *section 1201 rulemaking* (Oct, 2018) at pp.2~5.

렇지 않은 경우들도 있다. 오히려 미국에서 프로그램코드역분석에 대해 공정한 이용에 대한 근거가 판례로 형성된 후에 명시적인 저작재산권의 제한 규정이 없고 접근통제 기술적 보호조치에 대한 예외 규정만 존재하는 것과 상이하지만, 결국 그 이용에 대해 저작재산권이 제한된다는 점에서는 같다. 이런 점에서 고시의 예외도 특정 저작물의 이용에 대해 저작재산권의 제한 규정 및 공정한 이용 규정과의 관련성이 고려될 수밖에 없다.

그리고 기술적 보호조치는 디지털 형태의 저작물에 적용되는데, 이런 저작물로는 컴퓨터프로그램이 대표적이지만 디지털 환경의 특성상 어문저작물, 영상저작물, 음악저작물 등도 이에 포함된다. 그래서 고시의 예외 대상에도 다양한 ICT(Information and Communications Technologies) 기기에 적용되는 컴퓨터프로그램이 주를 이루고 있고, 어문저작물과 영상물이 포함되어 있다. 그렇지만 기술적 보호조치의 무력화를 과도하게 허용하는 것을 막기 위해 예외의 대상을 일정한 범위의 저작물로 한정한다.[27] 그리고 상기한 바와 같이 이러한 예외는 한편으로 무력화 이후에 이 저작물을 이용하는 것이 공정한 이용에 해당할 수 있음을 전제하는 것이라 할 수 있다. 이때 저작재산권의 제한 규정에 포함되지 않는 저작물의 이용에 대해서는 저작권법상의 공정한 이용 규정에 의해 저작재산권의 제한 여부를 판단해야 한다. 저작권법 제104조의2 제1항 제8호에서 "기술적 보호조치의 무력화 금지에 의하여 특정 종류의 저작물등을 정당하게 이용하는 것이 불합리하게 영향을 받거나 받을 가능성이 있다고 인정"되는 경우에 그 특정 종류의 저작물등을 고시에 포함시킬 수 있도록 했다는 점도 이를 뒷받침한다.

이와 관련하여, 미국에서 접근통제 기술적 보호조치의 예외로 규정

27) 이대희, 앞의 논문, 173면.

되기 위해서는, 기본적으로 미국 저작권법 제1201조(a)(1)(B)에 따라 ① 특정 유형의 저작물일 것, ② 비침해 이용일 것, ③ 특정 저작물에 대한 우회의 금지가 해당 저작물의 비침해 이용에 상당한 악영향을 가지거나 그런 개연성이 있을 것의 요건을 갖추어야 한다. 이 중 "비침해 이용일 것"의 요건은 접근통제 기술적 보호조치를 무력화한 이후의 저작물의 이용이 비침해 이용일 것을 요한다.[28] 이러한 비침해 이용 여부는 제117조와 같은 저작재산권의 제한 규정에 의해 판단될 수도 있고, 제107조의 공정이용 규정에 부합하는지 여부에 의해 판단될 수도 있다. 이에 따라 이용자가 특정 저작물을 이용하는 것이 비침해 이용이라면, 세 번째 요건이 구체적으로 다뤄지게 된다. 또한, 제1201조 (a)(1)(C)는 (B)의 세 번째 요건을 결정함에 있어서 제1201조 (a)(1)(C)에 제시된 다섯 가지 요건들을 검토하도록 규정하고 있다.[29] 그래서 이 요건은 제1201조(a)(1)(C)에 규정된 ① 보호되는 저작물의 이용가능성, ② 비영리 기록물관리, 보존 및 교육 목적을 위한 저작물의 이용가능성, ③ 보호되는 저작물에 적용된 기술조치에 대한 무력화의 금지가 비평, 논평, 뉴스 보도, 교습, 학문 또는 조사연구에 미치는 영향, ④ 기술 조치의 무력화가 보호되는 저작물의 시장 또는 그 가치에 미치는 효과, ⑤ 도서관장이 적절하다고 생각하기에 충분한 그 밖의 요소들의 다섯 가지 요건들에 기초하여 판단된다.[30] 그리고 우리 저작권법의 접근통제 기술적 보호조치에 관한 규정이 이와 같은 미국 저작권법 체계에 기초하였다는 점을 고려할 수 있다.

---

28) The Register of Copyrights, *Recommendation of the Register of Copyrights: Fifth Triennial Proceeding to Determine Exemptions to the Prohibition on Circumvention*, October 12, 2012, p.7.

29) *Ibid.*

30) 강기봉·이용정, 앞의 보고서, 24~26면.

3. 4차산업 관련 기술의 고려

4차산업 관련 기술은 사물인터넷(IoT, Internet of Things), 3D 프린팅, 자율주행차 등을 포함한다. 우리 고시에는 3D 프린팅, 차량 및 착용형 무선기기[31]와 관련한 규정이 존재하고 이외에 탈옥 및 잠금해제와 관련한 규정 등도 직·간접적으로 사물인터넷과 관련지을 수 있다.

ICT와 관련한 분야는 그 발전의 속도가 상당히 빠른데, 특히 4차산업 관련 기술은 세계적인 공통의 이슈로 세계 각국이 관련 기술 개발에 총력을 다하고 있다. 그리고 이런 점에서 관련 분야의 법적 이슈도 자주 언급된다. 특히 미국은 룰메이킹을 통해 규정된 미국연방규정집(Code of Federal Regulations: CFR) Part 201의 제201.40조에 접근통제 기술적 보호조치의 무력화 예외로 2015년부터 대형 개방형 온라인 강좌, 3D 프린터, 인체에 완전히 또는 부분적으로 이식된 의료 장치, 웨어러블 무선 장치 등에 대해 예외를 허용하고 2018년에도 논의가 계속되어 그 예외를 유지되거나 확대하였다. 이런 점에서 4차산업 관련 기술과 관련한 위 사안들에 대한 검토가 상당히 중요해 보인다. 특히 ICT에 관한 법적 문제가 사회적 문제로 대두되는 것은 미국에 비해 일정한 기간 늦는 것이 보통이므로, 미국의 룰메이킹 절차에서 논의된 내용들을 검토하는 것이 상당히 유용해 보인다. 더욱이 미국의 룰메이킹은 기존의 규칙과 상관없이 제안된 사안에 대해서만 논의의 대상으로 하고, 그 논의의 결과에 따라 예외의 대상을 결정한다[32]는 점에서 더욱 검토의 의의가 있다.

---

31) 착용형 무선기기와 밀접하게 관련되는 것이 사물인터넷 기기이다(이대희, 앞의 논문, 160면).

32) 강기봉·이용정, 앞의 보고서, 23면; 이대희, 앞의 논문, 149면.

4. 용어의 적절성 검토

현행 고시의 규정들은 미국, 호주 및 싱가포르의 예외 규정을 참고하여 제정된 것이기 때문에 외국의 예외 규정을 번역하는 과정이 필연적으로 포함된다. 그리고 이 과정에서 그 의미가 왜곡될 수 있는 경우가 발생할 수 있고, 국내법에 규정된 용어와 다소 달리 규정되는 경우도 발생할 수 있다. 예를 들어 '호환'이라는 용어는 저작권법상에 규정되어 있는 용어이기 때문에 고시에도 동일하게 '호환'으로 기술되어 있지만, 이것이 원래 '상호운용성(interoperability)'의 의미[33]이고 위 국가들의 예외 규정에도 'interoperability'가 사용되고 있다. 그런데 용어의 의미를 조금 더 분명히 하기 위해 '호환'을 '호환(interoperability)'으로 기술하는 것을 고려할 수 있다. 법제처에서 발간한 「알기 쉬운 법령 정비기준」은 이렇게 바꾸어 쓸 적절한 우리말이 없는 경우 또는 외래어나 외국어를 바꾼 우리말이 생소하거나 어감의 차이가 있어 순화어만 제시해서는 정확한 의미를 파악하기 어려운 경우에 그 용어의 한글 표기와 원어를 함께 적을 수 있다[34]고 밝히고 있다. 그리고 고시 제8조의 '개조'는 'modification'을 번역하여 반영한 것으로 보이는데, 자동차관리법은 이와 관련하여 '튜닝'이라는 용어를 사용한다. 이 두 용어가 같은 의미인지 단정하기 어렵고 건설기계관리법에서 개조라는 용어를 사용하고 있지만, 법률 해석을 명확히 하기 위해 해외의 논의 내용을 검토하고 국내의 관련 법률에서의 용어들을 검토하여 적절한 용어를 선택할 필요가 있다. 그래서 고시에 사용되는 용어는 저작권법상의 용어에 기초하되 고시 제정에 관한 시간적인 한계를 고려하면서 특별히 문제될 수 있는 용어에 대해서는 영문

33) '강기봉, "저작권법상 호환에 관한 연구", 정보법학 제21권 제2호, 한국정보법학회, 2017.8, 15~25면; 박성호, 저작권법(제2판), 박영사, 2017, 629면' 참조.

34) 법제처, 「알기 쉬운 법령 정비기준(제9판)」, 47면.

을 병기하거나 해외의 논의 내용과 국내 타법의 용어에 대해 검토하여 선택할 필요가 있어 보인다.

Ⅳ. 결론

미국, 싱가포르 및 호주는 접근통제 기술적 보호조치의 무력화 금지에 대해 일정한 주기에 따라 추가적인 예외 마련을 위한 절차를 거쳐 추가적인 예외를 제정해 왔다. 그리고 우리나라도 3년 마다 『기술적 보호조치의 무력화 금지에 대한 예외』를 고시하고 있고, 2021년 1월 31일에 새로운 『기술적 보호조치의 무력화 금지에 대한 예외』가 고시될 예정이다. 접근통제 기술적 보호조치가 '저작물의 공정한 이용'에 상당한 영향을 미치고 있다는 점에서 이에 대한 적절한 예외의 설정은 궁극적으로 저작권법이 지향하고 있는 문화 및 관련 산업의 발전을 위해 반드시 필요하다. 그리고 이 고시의 예외는 저작권법 제104조의2 제1항 제8호에 따라 "기술적 보호조치의 무력화 금지에 의하여 특정 종류의 저작물등을 정당하게 이용하는 것이 불합리하게 영향을 받거나 받을 가능성이 있다고 인정"되는 경우여야 하므로, 이 고시에 의해 설정되는 예외의 행위 유형들은 공정한 이용으로 판단될 가능성이 높다. 그래서 이 규정들은 저작권법상의 공정한 이용 규정의 역할을 더 심화시킬 수 있다. 또한 현재 4차산업 관련 기술이 급격하게 발전하고 있다는 점에서, 이와 관련하여 고시에 이미 포함된 규정들과 해외 사례들을 잘 검토할 필요가 있다. 이에 더해 고시에 사용되는 용어는 저작권법상의 용어에 기초하면서도 특정한 경우에 외국어와 병기하거나 해외의 논의 내용을 검토하면서 국내 타법의 용어들을 검토하여 적절한 용어를 선택할 필요도 있어 보인다. 마지막으로, 『기

술적 보호조치의 무력화 금지에 대한 예외』를 설정하는 과정에서, 저작권법 체계에서 권리자의 보호와 이용자의 권익이 적절하게 조화될 수 있는 아이디어를 찾고 그와 관련한 방안들이 논의되기를 바란다.

〈참고문헌〉

강기봉, “기술적 보호조치에 관한 호주 입법 논의의 시사점”, 「정보법학」, 제18권 제1호, 2014.

_____, “기술적 보호조치 무력화 금지 예외 설정에 관한 연구”, 「법학논총」, 제38호, 2017.5.

_____, “저작권법상 호환에 관한 연구”, 정보법학 제21권 제2호, 한국정보법학회, 2017.8.

강기봉·이용정, SW 관련 기술적 보호조치 무력화 금지에 대한 예외 설정에 관한 연구-비교법적 검토를 중심으로-, 한국저작권위원회, 2013.

구대환, “디지털콘텐츠에 대한 기술적보호조치와 우회금지규정의 필요성과 문제점”, 「산업재산권」, 제30호, 2009.

김현철·서재권, 룰메이킹에 의한 기술적 보호조치 예외 설정에 관한 연구, 저작권위원회, 2008.12.

박성호, 저작권법(제2판), 박영사, 2017.

윤종민, “디지털 저작권 보호와 공정이용의 조화: DRM을 중심으로”, 「과학기술법연구」, 제19집 제2호, 2013.

이대희, “기술적 보호조치 무력화 금지의 예외”, 「계간저작권」, 제31권 제2호, 2018.

이진태, “저작권법상 기술적 보호조치의 예외와 그 기준에 관한 연구”, 고려대학교 박사학위논문, 2011.7.

최진원, “KORUS FTA와 DRM 우회 금지의 예외”, 「법학연구」, 제18권 제2호, 2008.

탁희성, “저작권 보호를 위한 기술적 보호조치에 관한 소고”, 「형사정책연구」, 제77호, 2009.

The Register of Copyrights, Recommendation of the Register of Copyrights: Fifth Triennial Proceeding to Determine Exemptions to the Prohibition on Circumvention, October 12, 2012.

The Register of Copyrights, *Recommendation of the Acting*

register of copyrights: Section 1201 rulemaking: Seventh Triennial Proceeding to Determine Exemptions to the Prohibition on Circumvention, October, 2018.

〈 국문 초록 〉

우리 정부는 2021년 1월 31일에 기술적 보호조치의 무력화 금지에 대한 예외를 고시할 예정이며, 2012년을 시작으로 이번이 네 번째 고시이다. 접근통제 기술적 보호조치가 저작권법이 목적으로 하고 있는 '저작자의 권리와 이에 인접하는 권리'의 보호와 '저작물의 공정한 이용'에 심각한 불균형을 가져올 수 있다는 점에서, 이러한 고시의 제정은 균형을 유지하고 이용자의 권익을 보호하기 위해 반드시 필요하다. 그런데 이 고시의 제정에는 미국, 호주 및 싱가포르의 룰메이킹 결과가 참고되어 왔다. 우리나라는 미국과의 자유무역협정이 미국의 저작권법의 기술적 보호조치에 관한 규정을 거의 그대로 우리 저작권법에 도입하는 계기가 되었고, 호주와 싱가포르도 이러한 사정은 마찬가지이기 때문이다. 이에 따라 본 논문은 우선 미국, 호주 및 싱가포르의 추가적인 예외에 관하여 간략하게 검토한 이후에, 우리나라 고시의 마련과 관련하여 몇 가지 고려사항들에 대해 살펴보았다.

주제어: 저작권법, 기술적 보호조치, 접근통제 기술적 보호조치, 기술적 보호조치의 무력화 금지에 대한 예외, 기술적 보호조치의 무력화 금지에 대한 예외 고시, 저작재산권의 제한, 공정이용, 4차산업, 4차산업혁명

〈Abstract〉

International Trends and Suggestions on the establishment of additional exemptions from prohibition on circumvention of technological protection measure

Kang, Gibong*

On January 31, 2021, the korean government is to announce the fourth notification on additional exemptions from prohibition on circumvention of copyright protection systems for access control technologies. The enactment of such notification is essential to protect the interests of the user in that technological protection measure could unjustifiably cause the serious imbalance in the protection of the author's right and the fair use of the works. And, in order to prepare it, it is very important to do various research and opinion gathering. And the establishment of this notification have mainly based on reviewing rulemaking results of United States, Australia and Singapore. Therefore, after briefly reviewing the results of the establishment of additional exemptions in the United States, Australia and

* Lecturer of Sogang University, Ph. D.

Singapore, this paper discussed some considerations related to the preparation of the notification as some considerations.

Key Words: copyright act, technological protection measure, access control technological protection measure, exceptive provisions pertaining to the circumvention of technological protection measure, exceptions notification, limitation on author's property right, fair use, fourth industry, fourth industrial revolution.

The Journal of Law & IP 제10권 제1호
Vol. 10 No. 1 June. 2020

저작권법과 디자인보호법상 산업디자인 권리보호 문제*

- 응용미술 개념을 중심으로 -

김 홍**

〈목 차〉

Ⅰ. 서론
Ⅱ. 응용미술의 개념 및 보호규정 검토
Ⅲ. 응용미술저작물 성립요건 규정 해석
Ⅳ. 저작권과 디자인권의 보호범위 충돌문제
Ⅴ. 결론

Ⅰ. 서론

응용미술의 개념은 저작권법 관점에서 보았을 때는 미술저작물의

◆ 투고일자: 2020. 6. 6. 심사완료일: 2020. 6. 12. 게재확정일자: 2020. 06. 21.

* 본 논문은 필자의 박사학위논문("응용미술의 법적보호 방안 연구-저작권법과 디자인보호법을 중심으로-", 광운대학교 대학원, 2017)의 내용 중 일부를 수정·보완한 것입니다.

** 녹색기술센터 Post-Doc 연구원, 광운대학교 외래강사

한 유형으로서 순수미술과 대비되는 개념인 동시에 디자인보호법상 보호대상인 디자인과의 관계에 있어 개념적·보호방법론적 검토를 요하는 주제이다. 회화나 조각 등 순수미술이 저작물에 해당된다는 점에는 의문의 여지가 없으나, 원작(또는 진품)인지 여부에 크게 구속받지 않고 생산·판매의 단계에 이르기까지 상업성이 짙은 창작물의 경우 명확한 유형의 구분이 가능한지, 응용미술저작물의 정의규정에 추가적으로 도입한 여러 요건들에 대한 면밀한 개념 검토과정 없이 국·내외 판례 이론의 동향분석으로만 적절한 권리보호 기능을 수행할 수 있는지에 대해서는 한번 쯤 고민해볼만 한 문제라고 생각한다.

응용미술은 그 개념적 양면성으로 인해 각 법에서 요구하는 일정한 기본요건을 만족하는 경우 저작물성과 더불어 디자인 성립성을 갖추게 됨으로써 저작권법과 디자인보호법 모두의 보호대상이 되고, 이로 인해 권리보호의 충돌이 일어날 수 있다. 이 같은 문제점의 해결을 위해 시도된 해외 사례들을 살펴보면 저작권 법제와 디자인 법제의 입법목적에 기초한 보호원칙을 최대한 유지하면서도, 보호범위의 충돌을 해소 내지 완화하기 위해 다양한 시도를 해왔음을 알 수 있다.[1)]

그럼에도 불구하고 현재까지 응용미술의 법적보호에 있어 명확한 기준점이라고 할 수 있을 만한 보호방법론은 아직 수립되지 않은 상황이며, 우리나라 또한 미국의 판례이론인 '분리가능성'테스트 기준을 답습하여 "물품과 물리적·관념적으로 분리 가능한지" 여부를 판가름하는 데에 논의가 집중되어 있다.

현재 미국을 비롯한 여러 나라와 우리법원이 취하고 있는 분리가능성 이론을 적용한 접근법은 다양한 관점에서의 논의를 반영함으로써 구체적 판결에 대하여 다양한 판단기준을 제시할 수 있는 장점이 있

1) 응용미술에 관한 해외 보호사례의 자세한 내용은, 김홍, "응용미술의 법적보호 방안 연구 - 저작권법과 디자인보호법을 중심으로", 광운대학교 대학원, 2017, 26-166면 참조.

다. 그러나 국·내외의 여러 판결에 적용된 분리가능성 판단과정의 본질을 짚어보면 법리적 해석을 전문적으로 훈련받은 판사로 하여금 물품의 미적 측면에 대한 직·간접적 판단을 요청하게 되는 것은 아닌지 의문이 남는다.

물론 우리나라의 법체계와 실정에 맞는 보호방법론은 무엇이며, 그에 따라 어떠한 내용으로 구성할지에 대해서는 저작권법과 디자인보호법 양 측면에서 더 많은 논의와 연구가 필요할 것이다. 다만 본고는 그러한 후속적 논의의 기초 연구로서, 응용미술저작물에 관한 저작권법상 요건분석과 더불어 보호범위 충돌문제에 대해 살펴보고자 한다.

이하에서는 저작권법상 응용미술저작물 정의규정에서의 핵심 요건들의 명확한 개념들에 대해 분석해보고, 이를 기초로 하여 저작권법과 디자인보호법 간 요건 해석문제와 보호범위 충돌문제로 인한 기타 법적 쟁점들을 요소별로 나누어 검토해보도록 한다.

Ⅱ. 응용미술의 개념 및 보호규정의 검토

1. 응용미술의 개념

(1) 응용미술의 일반적 개념

응용미술은 인간의 실생활에서 사용되는 물품(실용품)에 적용되는 미술을 가리키는 것으로서, 실용적 사용이 아닌 미적 사상의 실현을 주목적으로 하는 순수미술과 대조되는 개념이다. 그럼에도 불구하고 응용미술의 본질을 들여다보면 물품의 생산목적에 맞는 기능적 특성보다는, 물품 외관의 미적 특성을 향상시키고자 하는 목적을 갖고 있다.

이러한 응용미술은 역사적으로 보았을 때 순수미술과의 개념적 경

계지점에 대한 끊임없는 논쟁 속에서 성장해왔다. 고대에는 응용미술과 순수미술의 뚜렷한 개념 구분 없이 하나의 모방적 활동으로 취급되면서 신학, 법률, 철학, 의학 등의 자유학예의 범주에 미치지 못하는 하위 활동으로 분류되었으며,[2] 중세 이후 르네상스 미술가들이 시각미술의 사회적 위상을 높이기 위해 자신들을 공예인들과 분리시키기 위해 노력하는 과정으로부터 처음으로 순수미술과의 개념적 분리가 이루어졌다고 할 수 있다.[3] 이후 19세기 윌리엄 모리스의 미술공예운동(Art & Craft Movement)[4] 및 1차 세계대전 이후 서양 예술계의 변화과정 등을 거치면서 응용미술과 순수미술과의 구분에 대한 논쟁은 지금까지 이어져오고 있다.

이처럼 응용미술의 개념은 순수미술에 속하는 예술분야들로부터 분리되어 독창적 지위를 인정받지 못했으며, 그렇다고 해서 공업 분야에서의 디자인과 동일한 개념이라 할 수도 없다. 오늘날까지도 미술계와 디자인계에서는 응용미술과 순수미술의 경계지점 설정 등에 있어 견해의 간극을 좁히지 못하고 있다.

(2) 순수미술과의 개념적 분리 문제

응용미술은 순수미술과의 대립을 전제로 하는 개념이지만, 순수미

2) Rudolf Wittkower, “The Artist and the Liberal arts”, An Inaugural Lecture Delivered at University College, University of London, 1950, p. 12.

3) Paul Oskar Kristeller, “The modern system of arts: A Study in the History of Aesthetics (I)”, Journal of the History of Ideas Vol. 12, No. 4, University of Pennsylvania Press, 1951, pp. 504-507.

4) 미술공예운동을 촉발시킨 윌리엄 모리스는 미술과 수공예의 이상적인 결합의 중요성을 강조하며, 모든 사람들이 예술품을 생산하고 그들이 생산해낸 생산품들이 일상생활 속에서 사용되고 향유되는 것이야 말로 참된 예술임을 주장하였다(신정혜·이형규, “미술공예 운동에 대한 연구 - 윌리엄 모리스를 중심으로”, 한국디자인문화학회지 제16권 제4호, 한국디자인문화학회, 2010, 328-331면).

술과 응용미술의 개념을 정확히 구분 지을 수 있는 명확한 기준점을 도출하는 것은 쉽지 않으며, 미술계 일각에서는 순수미술과 응용미술의 구분에 대한 담론이 더 이상 무의미하다는 주장도 존재한다.[5]

순수미술과 응용미술이 서로 간에 공통적으로 불가분의 속성을 지니고 있고, 미적 측면에 대한 개개인의 가치나 기준이 다를 수밖에 없는 한 두 개념 간의 명확한 경계지점을 설정하는 것은 불가능에 가까운 일일 수도 있다. 그럼에도 응용미술의 법적 보호체계를 수립한 우리나라 및 주요 외국사례들을 보면 응용미술의 보호에 있어 디자인보호법 규정과의 모순을 완화시키는 한편 같은 저작권법상의 순수미술과 개념적 구분을 명확하게 할 목적으로 입법론적 또는 해석론적 작업을 거쳤음을 알 수 있다.

즉 응용미술 보호에 관한 법적 문제의 논의는 다음 두 가지 점으로부터 비롯된다. 첫째, 응용미술에 대해 내용이 서로 상이한 산업재산법과 저작권법의 보호대상임을 논리적으로 부정할 수 없는 이상 양법 모두에 의한 권리보호를 우선 인정할 수밖에 없다는 점, 둘째, 그럼에도 불구하고 중첩보호로 인한 문제를 해결 또는 완화할 수 있는 장치가 필요하다는 점이다.

2. 응용미술에 대한 법적 보호체계

(1) 저작권법에 의한 보호

우리나라 산업재산권법(상표법 제외)은 신규성, 산업(공업)상 이용가능성 등과 같은 공통의 보호요건을 규정하여 심사등록 및 법적 보호

5) 정무정, "미술과 공예 : 그 경계와 위상", 미술사학 제21권 제1호, 한국미술사교육학회, 2007, 246-247면.

여부를 결정하도록 하고 있다. 반면 저작권법의 경우 그 보호대상을 예시적으로 열거하여 규정하는 한편, 창작성을 제외하고는 정의규정(제2조 각 호)을 통해 각 규정내용의 해당여부에 따라 간접적으로 보호요건을 형성하는 특징을 띄고 있다. 따라서 우리나라의 응용미술에 대한 보호방식이나 내용의 변천과정 또한 저작권법의 정의규정 및 저작물의 예시 규정의 개정 연혁을 통해 알 수 있다.

우리나라 최초의 저작권법인 1957년 저작권법은 응용미술에 관한 언급 없이 저작권법의 보호를 받는 저작물로서 '공예'만을 예시하고 있었으며,[6] 1987년 개정을 통해 비로소 응용미술을 저작권법의 보호대상으로 규정하였으나 응용미술의 개념을 명확히 하지 않았다.[7] 이러한 논란을 거쳐 2000년 개정된 저작권법은 제2조 제11의 2호(현행 저작권법 제2조 제15호)에서 응용미술저작물에 대한 정의규정을 마련하여 저작물로서 보호받는 응용미술의 법적 개념 및 보호요건을 수립하였고, 이 규정은 현재까지 변동 없이 유지되고 있다. 현행 저작권법상 응용미술저작물에 대한 정의규정을 살펴보면, 응용미술저작물이란 "물품에 동일한 형상으로 복제될 수 있는 미술저작물로서 그 이용된 물품과 구분되어 독자성을 인정할 수 있는 것을 말하며, 디자인 등을 포함한다"고 명시하고 있다. 이 정의규정은 현재까지 응용미술의

---

6) 현행 저작권법이 유형별로 체계적인 예시규정(제4조)을 두고 있는 것과는 대조적으로, 1957년 저작권법 제2조(저작물)에서는 "본법에서 저작물이라 함은 표현의 방법 또는 형식의 여하를 막론하고 문서, 연술, 회화, 조각, 공예, …중략… 영화와 기타 학문 또는 예술의 범위에 속하는 일체의 물건을 말한다."고 규정하고 있었다. 이 규정과 관련하여 구 저작권법은 일품제작을 통해 제작되는 수공예품만을 그 보호대상으로 하고, 대량생산되는 물품에 이용된 응용미술의 보호는 구 의장법에 맡기고 있는 것이라고 보는 것이 통설적 견해였다(이상정, 「산업디자인과 지적소유권법」, 세창출판사, 1995, 89면 이하; 이상정, "응용미술의 보호", 계간 저작권 1995년 봄호, 저작권심의조정위원회, 1995, 60면; 오승종·이해완, 「저작권법(제4판)」, 박영사, 2005, 174면).

7) 이상정, 앞의 논문, 13면.

보호요건을 도출하기 위한 해석론의 구체적인 법적 근거로 역할하고 있다.

2000년 당시 저작권법 개정이유를 살펴보면, ① 1986년 개정 저작권법에서는 응용미술작품을 보호되는 저작물로 예시하고 있기 때문에 직물디자인 등 산업디자인은 저작권법과 의장법 양자에 의해 보호받을 수 있으나, 양 법 모두 실질적인 보호에는 미흡하다는 점, ② 의장법은 등록에 있어 상당한 시간과 비용이 소요되는 반면, 저작권법은 등록 여부와 관계없이 보호를 하고 있어 더욱 두터운 보호가 가능함에도 불구하고 대법원 판례는 저작권법에 의한 산업디자인의 보호에 소극적 입장을 보이고 있다는 점, ③ 의장법이 무심사방식(현행법상 '일부심사방식')을 도입하였음에도 불구하고 여전히 등록을 하기 위해서는 많은 시간과 비용이 소요되어 라이프 사이클(life cycle)이 짧은 디자인 등 응용미술저작물의 적시성 있는 보호에는 미흡한 수준이라는 점, ④ 저작권법의 기본원리에 따라 해당 응용미술작품이 창작성 등 요건을 갖추고 있다면 저작물로 보호되어야 하며, 순수디자인과 산업디자인의 한계가 불분명함에도 산업상 이용가능성 또는 대량생산 등을 이유로 직물디자인 등의 저작물성을 배척할 수 있는 이론적 근거가 미약한 점 등을 그 이유로 들고 있다.[8)]

한편, 우리 저작권법은 저작물성 인정의 원칙적 요건으로서 "인간의 사상 또는 감정을 표현한 창작물"인지 여부만을 판단하고 있는데, 응용미술저작물의 성립요건에 있어 "물품에 동일한 형상으로 복제될 수 있으면서도, 물품과 독자적으로 구분되는 독자성"을 요구하는 이유는 디자인보호법의 보호대상인 '(물품의) 디자인'과의 중첩보호를 해소하고자 하는 목적으로 볼 수 있다.

---

8) 김태훈, "개정저작권법 해설", 계간저작권 통권 제49호, 저작권심의조정위원회, 2000, 7-8면.

(2) 디자인보호법에 의한 보호

디자인보호법은 종래의 개정과정에서는 물론 현행 디자인보호법 규정 내에서도 응용미술에 관하여 그 어디에서도 명시적 조항을 두고 있지 않으며, 단지 특허청의 디자인심사기준에서 공업적 생산방법에 의해 양산이 가능한 것으로 볼 수 없는 디자인의 예시적 사례로 다음과 같이 명시하고 있다.[9)]

> 공업적 생산방법에 의하여 양산이 가능한 것으로 볼 수 없는 디자인은 다음과 같다.
> (1) 자연물을 디자인의 구성주체로 사용한 것으로서 다량 생산할 수 없는 것
> (예) 동물박제, 꽃꽂이, 수석
> **(2) 순수미술의 분야에 속하는 저작물**
> **(예) 그림, 유리공예작품, 도자기작품, 설치미술작품**
> (3) 물품을 상업적으로 취급하는 과정에서 만들어지는 서비스디자인

응용미술과 디자인보호법상 디자인 개념이 서로 동일한 것인지 여부를 나타내는 명확한 자료는 따로 없으나, '순수미술 분야의 저작물'을 특정하여 언급하고 있는 디자인심사기준 내용을 통해 응용미술이 우리 디자인보호법에서 요구하는 디자인 성립요건 및 공업적 생산가능성을 만족하는 디자인에 해당함을 간접적으로 나타내고 있다.

우리나라 디자인보호법은 저작권법과는 달리 동법 제2조에서 디자인의 성립요건으로서 "물품(물품의 부분(한 벌 물품 제외) 및 글자체를 포함)의 형상·모양·색채 또는 이들을 결합한 것으로서 시각을 통하여 미각을 일으키게 하는 것을 말한다"고 규정하고 있으나, 이러한 성립요건을 만족한 후에도 등록요건(공업상 이용가능성, 신규성, 창작비용이성)을 추가적으로 갖추어야만 디자인보호법상의 독점·배타권이 주어진다.

---

9) 특허청, 「디자인 심사기준」, 특허청, 2020, 88면.

(3) 현행 보호체계상의 법적 쟁점

디자인보호법은 디자인으로서의 성립요건 및 등록요건을 갖추어 심사절차를 통해 등록된 디자인에 대해서만 법적 보호를 부여하고 있기 때문에, 응용미술저작물 역시 디자인보호법에 의해 보호받기 위해서는 디자인으로서의 성립요건 및 등록요건을 만족시켜 출원을 통해 심사절차를 밟아야 함을 물론이다.

디자인보호법은 디자인이 화체된 물품의 제작과정 및 그 물품의 매매나 대여에 의한 권리 이전과 같이 산업적 측면에서 상품제작과 유통과정 전반에 보호범위의 초점을 맞추고 있는 반면, 저작권법은 문화발전의 측면에서 사상과 감정을 창작적으로 표현한 저작물의 유형에 따라 각각 그에 알맞은 저작재산권 및 인격권 보호에 알맞은 체계를 구성하는 데에 중점을 두고 있다.

디자인보호법은 응용미술에 관한 정의규정이라든가 기타 관련 조항을 두고 있지는 않다. 다만, 특허청의 디자인심사기준에서 저작권법상 응용미술개념이 우리 디자인보호법에서 요구하는 성립요건 및 공업적 생산가능성을 만족하는 디자인에 해당함을 간접적으로 나타내고 있는데, 그 디자인심사기준상의 표현에 비추어 보았을 때 이는 저작권법에서의 순수미술과 응용미술의 구별관점을 그대로 적용하여 순수미술을 보호대상에서 제외하는 것에 지나지 않는 것으로 보인다.

물품에 동일한 형상으로 복제될 수 있고, 그 이용된 물품과 구분되는 독자성이 인정되는 (응용)미술저작물이 디자인보호법상의 등록요건을 갖추어 등록된다면 저작권법과 디자인보호법 모두의 보호를 받을 수 있게 된다. 결국, 이러한 양 법상의 보호요건을 모두 만족한 응용미술의 권리자는 응용미술디자인의[10] 실시 행위에 대한 독점·배타

10) 법 실무상으로나 강학상으로 실제 사용되는 용어는 아니나, 본고에서 디자인보호법과의 관련성을 강조하기 위해 문맥에 따라 '응용미술디자인', '응용미술(디자

적 권리를 갖추게 되는 것은 물론, 미술저작물의 권리자로서 저작재산권 및 저작인격권까지 행사가능하게 되므로, 물품과 불가분적 성격을 가진 디자인의 디자인권자나 회화나 조각 등 일반적 미술저작물의 저작권자 등에 비해 넓은 법적 보호범위가 형성된다.[11]

저작권법과 디자인보호법은 권리보호의 측면에 있어 서로 상이한 입법목적 아래 보호의 대상 및 요건, 내용 기간을 규정하고 있으며, 이로 인해 보호범위의 중첩 또는 과잉보호의 문제점이 발생할 수 있다. 이에 관해 지금까지의 연구는 응용미술 보호 논의들은 저작권법상 물품과의 구분가능성 요건에 대한 해석론에 초점을 맞추어 논의를 집중하고 있는 한편, 그 외에 다른 보호요건들로 인해 발생할 수 있는 문제점이라든가 보호범위의 충돌문제에 대해서는 별로 다루어진 바 없으므로 이러한 부분에 관한 검토가 필요하다.

Ⅲ. 응용미술저작물 성립요건 규정 해석

1. 물품 개념

저작권법의 응용미술저작물 정의규정은 응용미술이 물품에 적용될 것을 요구하면서도 한편으로는 그 이용된 물품과 독자적으로 구분될 것, 즉 물품과의 구분가능성을 요구하고 있다. 앞서 살펴본 2000년 저작권법 개정취지 등에 비추어보았을 때 응용미술저작물 규정상의 이 같은 물품개념에 관해서는 디자인보호법상 물품과의 비교과정을

인)' 등으로 임의 사용하도록 한다.

11) 입체적(3차원적) 물품에 적용된 디자인 보다는, 직물이나 포장지 등 평면적(2차원적) 물품에 적용되는 디자인의 경우 양법의 요건을 모두 만족시키기 용이할 것이다.

통해 개념범위를 파악할 수 있다.

현행 디자인보호법은 디자인의 정의에 있어 "물품(…중략…)의 형상·모양·색채 또는 이들을 결합한 것으로서 시각을 통하여 미감을 일으키게 하는 것"이라고 규정하고 있으며(제2조 제1호), 응용미술의 디자인보호법상 물품성 만족여부에 대해, 유체성, 동산성, 독립성 요건으로 나누어 검토해 본다면 다음과 같다.

먼저 유체성 요건과 관련하여, 디자인보호법은 물리적인 공간에서 일정한 고정적 형상 및 모양의 정형성이 유지될 수 있는 것만을 의미하고 있다. 우리 저작권법은 원칙적으로 유형물에의 고정(fixation)을 저작물성의 판단기준으로 두지는 않으나, 응용미술저작물의 특수성에 비추어 볼 때 (이후 물품과의 구분가능성 여부의 판단은 별론으로 하고) 물품에 고정된 형태만이 표현의 대상이 될 수 있다는 점에서 디자인보호법상 요구되는 물품의 유체성 개념이 적용된다고 보아야 할 것이다.

동산성과 관련하여, 저작물 또한 디자인과 마찬가지로 액체나 기체, 유동체와 같이 정형적 형태를 지니지 않거나, 양산 불가능한 대형 건축물 등의 유체물에 표현된 것이라면 물품에의 복제가능성이 만족될 수 없을 것이라는 점에서 응용미술저작물 규정의 물품 개념 또한 디자인보호법의 물품성 속성 중 동산성을 요하는 것으로 볼 수 있다. 이러한 측면에서 생각해볼만 한 점은 특수한 일부 건축물들에 대해 건축저작물인지 아니면 응용미술저작물인지의 해당여부를 달리 볼 수 있는가 하는 문제이다. 디자인보호법은 이동식 건물과 같은 특수한 형태의 건축물의 경우 부동산이 아닌 동산의 속성을 지닌 것으로 보고 있는데,[12] 디자인보호법상 동산성 개념을 그대로 유추해서 해석하게

12) 특허청의 '디자인 심사기준'이나 대법원 판례해석에 따르면, "물품의 재질, 구조 및 형상 등에 비추어 볼 때 현장시공을 통해 건축되는 부동산으로서 공업적 생산방법으로 양산되고 운반될 가능성이 있는" 방갈로, 공중전화박스, 이동판매대, 방

되면, 디자인보호법이 건물의 운반가능성 등에 따라 동산성 여부를 달리 보는 시각 또한 저작물 유형 분류의 판단에 있어 적용될 수 있는가. 만일 그러한 관점에 따르면 건축물이라 하더라도 운반가능성 등에 의해 건축저작물로 볼 것인지 아니면 응용미술저작물로 볼 것인지에 대한 판단이 달라질 수도 있을 것이다.

독립성과 관련하여, 디자인보호법상 물품은 독립적인 거래의 대상이 되어야 하며, 물품의 부품 또한 현행법상으로는 부분디자인으로서 보호받는다. 저작권법은 문화·예술에 관한 인간의 창작을 보호하여 문화(산업)발전을 이루고자 하는 입법목적을 가지고 있으나, 디자인보호법은 물품의 미감을 부각시켜 소비자의 구매욕을 자극해 수요를 증대시켜 산업발전을 이루고자 하는 목적을 가지고 있다. 이처럼 양 법이 다소 상이한 입법목적을 가지고 있음에도 불구하고 앞서 살펴본 응용미술저작물 규정의 입법취지나 기능에 비추어 본다면, 저작권법 응용미술저작물 규정에서의 물품개념은 독립적인 거래의 대상이 되는 물품으로 해석될 여지가 있다.

요컨대 저작권법과 디자인보호법 간의 충돌범위를 파악하는 데에 있어 가장 중요하고 기초적인 '물품'의 개념해석에 있어, 저작권법 제2조 제15호에 명시된 '물품'은, '디자인보호법상의 물품개념(유체성과 동산성, 독립성을 갖춘 물품)'과 매우 근접한 개념으로 해석할 수 있다.

2. 복제(가능성) 개념

저작권법 제2조 제15호는 기존의 복제 개념이 그대로 적용되는 것인지 여부에 대한 설명 없이 '물품에 대한 복제가능성' 을 규정하고 있

범초소, 승차대, 교량, 이동화장실, 조립가옥 등의 경우 그 물품성(동산성)을 인정받을 수 있다.

으며, 이러한 복제가능성 개념은 디자인보호법에서의 공업상 이용가능성 개념과의 비교검토를 통해 보다 구체적인 해석이 가능할 것이다. 디자인보호법상 공업상 이용가능성은 공업적 생산과정[13]에 의해 실질적으로 동일한 결과물이 양산될 수 있는 것을 말한다. 이러한 공업상 이용가능성 개념을 세분화시켜 살펴보면, ① 디자인을 기재한 도면 등에 의해 동일한 형태의 물품을 반복하여 생산할 수 있는 것(반복생산성), ② 공업적 방법으로 양산 가능한 것(양산성) ③ 기술적으로 달성 가능한 것(기술적 달성가능성)이어야 한다.[14]

생각건대, 이러한 '공업상 이용가능성'의 구체적 요건 중 '반복생산성' 및 '양산성'만 놓고 본다면 저작권법상 응용미술저작물 성립요건인 '물품에의 복제가능성'과 매우 근접한 개념으로 파악할 수 있을 것이다. 한편, '기술적 달성가능성'의 경우 아이디어의 단계가 아닌, 구체적인 표현의 완료 이후 저작물성이 인정되는 저작권법 원칙에 비추어 보았을 때 응용미술저작물 정의규정에서의 '복제가능성'의 개념에 포함시키지 않더라도 큰 문제가 되지는 않을 것으로 판단된다.

결국 '복제'라는 용어는 저작재산권인 '복제권'에서의 복제개념이 아니라, '양산' 및 '반복생산'의 측면을 강조함으로써, 진품이나 원작의 개념이 존재하는 회화나 조각 등 수작업을 통한 순수한 작품창조의 목적이나 과정과 대별되는 특징을 부각하고자 하는 개념으로 파악할 수 있다. 그러나 예술에 대한 관념의 변화와 기술 발달에 따라 전문 예술인이 아닌 일반인들도 얼마든지 자신의 사상이나 감정을 회화나 조각 등의 형태로 표현할 수 있고, 다양한 기술을 활용하여 손쉽게 복제, 양산하고 심지어 출력물을 굿즈 형태로 판매할 수도 있다. 여기에서 다시금 순수미술과 응용미술과의 개념적 경계문제, 복제의 대상이 되

13) 여기서의 '공업'은 원자재에 물리적·화학적 전기적 등의 변화를 가하여 유용한 물품을 생산하는 넓은 의미의 산업개념으로 보는 것이 일반적이다.

14) 노태정·김병진, 「디자인보호법 (제3정판)」, 세창출판사, 2009, 217-218면.

는 저작물에 대한 취급문제를 생각해보아야 할 것이다.

3. 물품과의 구분가능성 개념

(1) 물품과의 구분가능성 요건에 관한 종래의 논의 검토

저작권법상 응용미술저작물로서 성립하려면 "물품과 구분되어 독자성을 인정할 수 있어야"하는데 이러한 구분이 과연 어떠한 의미의 구분을 의미하는지, 나아가 어느 정도로 구분된 상태를 의미하는 것인가가 문제된다. 2000년 저작권법 개정 이후 응용미술저작물 정의규정의 해석론에 있어 가장 중요한 쟁점이 된 사항은 바로 물품과의 구분가능성, 즉 '이용된 물품과 구분되는 독자성' 요건에 관한 것이다. 이러한 구분가능성 요건은, 디자인보호법상의 디자인 개념과 상당히 근접한 '물품'개념이나, '복제가능성' 개념과는 달리 디자인보호법과의 충돌을 피하는 기능을 수행하며, 저작권법 체계에서 유일하게 응용미술저작물의 경우에만 요구되는 특이한 요건이다.

물품과의 구분가능성은 응용미술저작물의 개념범주를 명확하게 하는 데에 있어 중요한 부분이므로 국내뿐만 아니라 외국에서도 비중 있게 논의되어 오던 쟁점으로서, 응용미술작품에 대해 물리적·관념적 분리가능성을 기준으로 하여 저작물성 인정 여부를 판단하는 미국의 판례이론으로부터 발전되어온 것이다. 현재까지의 논의를 살펴보면 있어 우리 저작권법의 응용미술저작물 정의규정은 미국의 분리가능성 이론을 적용시킨 것이라는 점에 대해 큰 이견이 없으며, 다만 분리가능성 이론의 수용 정도 등에 대해 부분적으로 견해의 차이가 있을 뿐이다.

2000년 저작권법 개정을 통해 신설된 응용미술저작물 정의 규정의

문구가 확정되기 이전 입법과정 당시 개정안에서는 "그 물품의 실용적인 면과 물리적·관념적으로 구분되어 독립하여 존재할 수 있는 미술저작물"이라고 명시한 점에 비추어 보았을 때,[15] 실질적으로 미국의 분리가능성 이론을 수용한 것이라고 보아야 할 것이다.

(2) 미국의 분리가능성 이론 검토

우리나라 저작권법상 물품과의 구분가능성 요건은 사실상 미국의 '분리가능성 이론'을 우리 저작권법에 받아들인 것이지만, 미국의 저작권법 또한 미술저작물(미국 저작권법은 "회화, 그래픽 및 조각 저작물"이라고 표현하고 있다, 이하 'PGS'라 한다)로서의 특징이 실용품의 실용적 측면과 어떤 방식으로 분리되어야하는 것인지, 분리되었다고 보는 기준은 어떤 것인지 등에 대해 아무런 설명이 없다. 1976년 미국 저작권법 개정을 통해 추가된 이 문구는 저작권의 보호를 받는 창작적인 저작물과 보호를 받지 못하는 산업디자인을 구분하기 위한 것으로서, 이 규정을 실제 분쟁사례에 적용하는 데에는 상당한 어려움이 있었다. 이에 미국 의회는 일반적인 기준만 정하고 저작권청과 법원이 각 사건별로 해석론을 취하도록 하였다.[16]

이에 미국에서는 저작권법 규정의 해석론으로서 분리가능성 요건에 대한 심도 있는 논의와 더불어 다양한 판례의 축적이 이루어져왔다. 분리가능성 이론의 핵심은 저작권 보호를 인정하기 위한 요건으로서 디자인의 장식적 측면이 실용품의 기능적 부분과 분리될 수 있는지 여부를 따져보는 것이다. '분리가능성'에 대한 미국에서의 논의는 '물리적 분리가능성(physical separability)'과 '관념적 분리가능성(conceptual separability)'의 두 가지 중 어느 한 가지가 인정되는 경우 저작물성

15) 김태훈, 앞의 논문, 7-8면.

16) H.R.Rep. No. 94-1476, 94th Cong., 2d Sess. 105(1976), pp. 54-55.

이 인정되는 것으로 정리되어 있다.

물리적 분리가능성은 실용품의 실용적인 기능에 필요한 특징을 제거한 후에도 예술적 특징이 그대로 유지된다는 것을 의미한다. 물리적 분리가능성이론에 입각한 판례로서는 Ted Arnold Ltd. v. Silvercraft Co. 판결[17]과 Esquire, Inc. v. Ringer 판결[18]을 들 수 있다. 특히 가로등 디자인의 저작물성 여부를 판단한 Esquire 항소심 판결은 물리적 분리가능성을 적용한 대표적 사례로서, 가로등 디자인의 어떤 부분도 전체적 구성으로부터 물리적으로 분리가능하지 않다고 하여 저작물성을 부정하였다.[19][20]

관념적 분리가능성 기준이 구체적으로 무엇인지에 관하여 지금까지 합의된 정의는 없지만, "물품의 실용적인 측면으로부터 장식적 또는 미적인 부분을 물리적으로 분리하는 것이 불가능한 경우,[21] 인간의

17) Ted Arnold Ltd. v. Silvercraft Co. 259 F. Supp. 733, (S.D.N.Y. 1966).

18) Esquire, Inc. v. Ringer, 591 F. 2d 796(D.C. Cir. 1978).

19) Esquire 사건에서 항소법원은 가로등 디자인의 형상에 대한 저작물성 판단에 있어 비교적 제한적인 범위의 분리가능성 판단을 했다. 즉 실용품의 디자인 전체에 대해서는 저작물성을 인정할 수 없고, 당해 실용품으로부터 분리되어 회화, 그래픽 및 조각저작물로서 독자적으로 존재할 수 있는 부분에 한해서만 저작물성이 있다는 취지로 판시한 것이다. 그러나 Esquire 사건에서 적용된 물리적 분리가능성 법리는 후속 판결에서 인정되지 않고 있으며, 학자들과 실무자들로부터 많은 비판을 받았다(Marshall Leaffer, Understanding Copyright Law(4th ed.), Matthew Bender & Co, 2006, p. 122).

20) Esquire 사건에 적용된 분리가능성 기준의 또 한 가지 결함으로는 실용품의 전체적인 형상의 보호가 부정된 점에서 이 방법은 불합리한 결과를 야기할 수 있으며, 물리적 분리가능성 이론은 판사에 따라 변동될 수 있는 자의적 판단요소가 존재한다는 비판이 있다(Barton Keyes, Alive and Well: The (Still) Ongoing Debate Surrounding Conceptual Separability in American Copyright Law, Ohio State Law Journal, Vol. 69, 2008, pp. 120-141).

21) 물리적 분리가능성의 경우 대상 물품이 2차원(평면)적 형상에 적용된 디자인인지, 아니면 3차원(입체)적 형상에 적용된 디자인인지 여부에 따라 판단의 용이성이 달라질 것이다.

관념적 사고과정을 통해 물품으로부터 그 미적 형태의 특징을 분리하여 인식할 수 있는지"의 판단이라고 할 수 있을 것이다. 그러나 인간의 관념적 사고방식을 통해 미적 측면을 물품으로부터 분리하는 것은 결국 개개인의 주관적인 가치나 생각에 따라 달라질 수밖에 없고, 결국 관념적 분리가능성 판단의 구체적 기준 또한 학설과 판례이론의 축적을 통해 여러 내용으로 발전되어왔다.[22]

4. '디자인'의 의미

저작권법의 응용미술저작물 정의규정은 "그 이용된 물품과 구분되어 독자성을 인정할 수 있는 것"이라는 요건을 두어 디자인보호법과의 충돌을 방지하고자 하면서도,[23] 한편으로는 "디자인 등을 포함한다"

22) 관념적 분리가능성에 관한 대표적인 이론들의 중심내용을 정리해보면 다음과 같다. ① 실용품의 부차적인 실용적 기능으로부터 주요한 장식적 측면들을 관념적으로 분리가능한 경우 저작물성을 인정할 수 있다는 Primary / Subsidiary Test이다. ② 디자인적 특징들을 실용품의 기능적 측면들로부터 관념적으로 분리되기 위해서는 그 물품은 '그 실용품의 실용적 기능에서 촉발된 개념'으로부터 분리되는 개념을 통해 관찰자들의 마음을 자극시켜야 하며, 실용적 기능의 관념이 모종의 예술품이라는 관념에 의해 통상의 관찰자의 마음속에서 대체될 수 있어야 관념적 분리가능성이 인정된다는 Temporal Displacement Test이다. ③ 실용품의 저작물성을 판단함에 있어 최종작품보다는 디자인 과정상 디자이너의 의도와 목적을 중시하는 입장으로서, 기능적 영향과 무관한 디자이너의 미적 판단을 반영한 디자인 요소가 확인되어야 관념적 분리가능성이 존재하며, 미적인 요소와 기능적 요소가 융합되어 있으면 분리가능성이 부정된다는 Design Process Approach이다. ④ 어떤 제품에 실용적인 용도가 전혀 없다고 하더라도 그 제품이 지닌 미적인 요소 및 그 우수성 때문에 사회 구성원 중 상당수 계층에 의해 상당한 정도로 시장에서 판매될 실질적 가능성이 있다면 관념적 분리가능성이 있다는 Marketability Test이다. ⑤ 실용품의 디자인에 편입된 회화, 그래픽 및 조각 저작물의 특징은 그것이 전통적으로 인식되는 미술저작물로서 그 존재를 유지할 수 있고, 그것이 구체화된 실용품이 그러한 특징이 없더라도 동등하게 실용적이라면 관념적 분리가능성이 있다고 보는 Traditional Aesthetic Appeal Test(Equally Useful Test)이다.

라고 규정하고 있다. 여기서의 '디자인'의 개념이 구체적으로 무엇을 의미하는지가 해석론적으로 문제될 수 있다. 특히, 응용미술저작물 또는 미술공예저작물 등을 미술저작물의 유형으로 규정하고 있는 외국 입법례와 달리 "디자인을 포함한다"는 표현을 두고 있는 경우는 우리나라가 유일하며, 외국의 저작권법 규정들과 비교해 보았을 때 규정 실익 여부에 대해서도 생각해보아야 할 문제이다.

앞서 살펴본 응용미술저작물 규정의 입법·개정취지 등에 비추어 보았을 때, '디자인'의 개념은 디자인보호법상 디자인 개념과 비교해보아야 할 것이다. 디자인보호법의 경우 디자인의 정의에 대해 "물품의 형상·모양·색채 또는 이들을 결합한 것으로서 시각을 통하여 미각을 일으키게 하는 것을 말한다"고 규정하고 있으며, 여기에서 말하는 물품에는 물품의 부분이나 글자체도 포함된다. 디자인으로서의 성립요건은 물품성, 형태성,[24] 시각성,[25] 심미성이 있다.[26]

한편 디자인보호법상의 '디자인'이라는 것은 성립요건을 갖추었을 뿐 등록요건의 만족여부(심사를 통해 공업상 이용가능성, 신규성, 창작비용이성을 인정받고 디자인출원등록이 되었는지 여부)는 명확하지 않은 상태이다. 반면 저작권법상 응용미술정의규정에서의 "물품에 동일한 형상으로 복제될 수 있는 미술저작물"은 디자인보호법상의 디자

23) 김원오, 「상표권·의장권과 저작권간 충돌문제 해결방안」, 특허청, 2003, 125면.

24) '형태성'은 디자인이 물품의 형상·모양·색채 또는 이들의 결합으로서 존재하는 것을 말하며, 형태성에서의 '형태'란 형상, 모양, 색채 또는 이들의 결합을 말한다.

25) '시각성'이란 인간의 육안으로 식별할 수 있고 외부에서 볼 수 있는 것을 말한다. 대법원 판례에 따르면 시각으로 파악되지 않는 소리나 촉감 등은 디자인의 대상이 될 수 없으며, 육안으로는 그 형상 및 보양이 식별 불가능한 것 또한 디자인의 대상이 될 수 없다(대법원 1997. 7. 23. 선고 98후2689 판결).

26) '심미성'은 미감을 일으키도록 하는 특성을 의미하며, 여기서 미감의 수준은 개개인의 차이를 떠나 공통점을 넘지 않는 범위 내에서의 미감을 일으킬 수 있으면 족한 정도로 해석되고 있다(노태정, "의장보호제도의 발전방향에 관한 소고", 지식과 권리 창간호, 대한변리사회, 2003, 78면).

인 성립요건과 더불어 공업상 이용가능성에 상당하는 요건 또한 갖춘 상태로 볼 수 있다. 그러나 "그 이용된 물품과 구분되어 독자성을 인정할 수 있는 것"은 물품과의 구분가능성을 의미하는 바, 특정 물품범주와의 불가분성을 강조하는 디자인보호법의 성격과 배치되는 지점이다. 따라서 저작권법 제2조 제15의 "디자인을 포함한다"라는 부분은 그 개념범주의 명확성 측면 또한 검토가 필요하다.

Ⅳ. 저작권과 디자인권의 보호범위 충돌문제

1. 물품과의 관계성에 관한 해석상 문제

디자인보호법상 디자인은 물품성을 전제로 하고 있고, 물품에 체화되지 않은 단순한 모티브만으로는 보호대상이 될 수 없으며, 디자인보호법이 요구하는 디자인과 물품과의 불가분성은 디자인의 동일·유사 여부 판단에도 영향을 미치게 된다[27]. 즉 디자인과 물품은 불가분의 관계에 있으며 그 형태나 모양 등이 동일하더라도 물품이 상이하면 별개의 디자인으로 보기 때문에, 디자인보호법 제2조 제1호의 물품은 '구체적인 특정 물품'으로서 적용대상이 되는 디자인의 형태와 부합하는 일정한 범위 이내의 물품을 의미하는 것으로 볼 수 있다(이하, '물품과의 구체적 관계성'이라 약칭한다).[28]

---

27) 대법원은 "디자인은 물품을 떠나서는 존재할 수 없고, 물품과 일체불가분의 관계에 있으므로 디자인이 동일·유사하다고 하려면 의장이 표현된 물품이 동일·유사하여야 하고, 이 때 물품의 동일·유사성 여부는 물품의 용도, 기능 등에 비추어 거래 통념상 동일·유사한 물품으로 인정할 수 있는지 여부에 따라 결정하여야 한다"고 하여, 디자인의 동일·유사 판단에 있어 물품간의 동일·유사 여부 판단을 우선시하는 입장을 취하고 있다(대법원 2006. 7. 28. 선고 2003후1956 판결).

28) 디자인이 적용될 수 있는 각 물품류의 범주는 디자인보호법 시행규칙 [별표4]의

한편 저작권법 제2조 제15조 또한 응용미술은 물품에 동일한 형상으로 복제될 수 있으면서도, 그 물품으로부터 독자적으로 구분될 수 있어야 함을 그 성립요건으로 하고 있지만, 특정 물품을 대상으로 하는지, 나아가 '물품과의 구체적 관계성'이 어느 정도로 요구되는지 여부에 관해서는 명확하지 않다.

동 규정에서 "그 이용된 물품으로부터 독자적으로 구분될 수 있어야 한다"는 표현에 중점을 두어 해석하여, '물품과의 구체적 관계성'이 응용미술저작물에도 디자인보호법에서 요구되는 정도와 동일하게 요구되는 것으로 본다면, 등록여부와는 상관없이 창작시에 권리가 발생하는 저작권법 전체 체계와의 조화 문제나, 디자인보호법과의 충돌을 방지하기 위한 목적이라는 이유로 저작권의 보호범위를 과도하게 제한한다는 문제가 발생할 수 있다.

저작권법상 응용미술저작물에 요구되는 '물품과의 구체적 관계성'이 디자인보호법에서 요구하는 정도보다 낮다고 보는 경우, 양 법 간 권리보호에 있어서의 형평성 문제가 제기될 수 있다. 디자인보호법의 경우에는 응용미술디자인이 그와 비교되는 디자인과 서로 대상물품이 동일하거나 유사할 경우에만 각 디자인간의 동일·유사 여부를 판단하게 되고, 물품이 서로 다르면 형상이나 모양 등이 동일하거나 유사하더라도 별개의 보호대상인 디자인으로 보아 보호되지 않는다. 반면, 저작권법의 경우 응용미술저작물의 등록여부와는 상관없이 창작에 의

물품구분표에 명시되어 있다. 다만, 디자인보호법 시행규칙상 물품의 구분은 디자인등록의 사무편의를 위한 것으로서 동종의 물품을 법정한 것은 아니므로 물품구분표상 같은 유별에 속하는 물품이라도 동일성이 없는 물품이 있을 수 있고, 서로 다른 유별에 속하는 물품이라도 동일성이 인정되는 경우도 있으며, 용도와 기능이 상이하더라도 양 물품의 형상, 모양, 색채 또는 그 결합이 유사하고 서로 섞어서 사용할 수 있는 것은 유사물품으로 본다(대법원 2004. 6. 10. 선고 2002후2570 판결; 대법원 2004. 11. 12. 선고 2003후1901 판결; 대법원 2001. 6. 29. 선고 2000후3388 판결 등).

해 권리가 발생하고, 대상물품을 특정할 필요가 없으며, 오히려 적용된 물품의 범위를 넘어 표현에 대한 실질적 유사성 판단이 이루어지므로, 그 응용미술저작물의 권리범위는 디자인권의 경우보다 상대적으로 넓어질 수밖에 없는 문제점이 있다.[29]

요컨대 현행 저작권법은 물품의 존재 및 물품과의 가분성을 응용미술저작물의 필수적 요건으로 명시하는 한편, 디자인보호법과는 달리 권리부여에 있어 등록이나 대상물품의 지정 등이 요구되지 않음에도 불구하고 앞서 검토한 바와 같이 명확한 정의나 설명이 없기 때문에 보호범위의 중첩범위를 파악함에 있어 명확한 결과를 도출하기 어렵다. 나아가 설령 '물품과의 구체적 관계성' 여부에 대한 개념이 명확해진다고 하더라도 법체계와의 조화문제나 형평성 등의 문제에 대한 논의가 필요할 것이다.[30]

---

29) 현실적인 측면에서 보았을 때, 디자인과 미술저작물의 경우, 그와 유사한 형태를 갖춘 모방품의 경우 원작이 적용된 물품 또는 적어도 그와 유사한 물품의 원형에 기초하여 표현될 가능성이 매우 높다는 측면에서 본다면, 물품의 지정여부에 따른 양 법 간 보호범위의 차이에도 불구하고, 응용미술이 적용된 물품과 동일하거나 유사한 물품에 적용된 모방품과의 침해문제가 야기됨으로 인하여 언제든지 보호범위 중첩문제 발생할 수 있게 된다.

30) 예컨대, 여기에서도 물품에 적용된 디자인(응용미술)이 평면적(2차원적)인 것인지, 아니면 입체적(3차원적)인 것인지에 따라 '물품과의 구체적 관계성'의 필요여부가 달라질 수 있다. 즉 평면적 디자인의 경우에는 물품을 굳이 특정하지 않더라도 다른 평면의 물품, 또는 물품의 평면적인 면에 용이하게 적용될 수 있으므로 '물품과의 구체적 관계성'이 크게 요구되지 않는다. 그러나 입체적 디자인의 경우에는 특정한 물품의 형태나 모양에 적용시키는 것을 목적으로 하여 창작된 것이 대부분이므로, 물품과의 관계에 있어 판단대상이 되는 물품이 구체적으로 특정되어 있어야만 하는 경우가 많다.

2. 보호대상의 충돌문제

(1) 응용미술의 양 법상 권리범위

저작권법상 저작재산권은 저작물의 이용태양을 기준으로 복제권·공연권·공중송신권·전시권·배포권·대여권·2차적저작물작성권 7가지 권리로 구성되어 있으며, 저작재산권자는 저작물 유형에 따라 이상의 7가지 지분권에 대한 독점·배타적 지배권을 가진다. 응용미술저작물은 미술저작물로 분류되므로, 복제권과 2차적저작물작성권은 물론,[31] 법리에 따라 전시권,[32] 배포권[33]이 인정된다고 보아야 할 것이다.

한편, 디자인으로 등록된 응용미술은 업으로서의 실시행위, 즉 디자인에 관한 물품을 생산·사용·양도·대여·수입·양도나 대여의 청약(양도나 대여를 위한 전시를 포함)할 수 있는 독점·배타권을 가지며, 이러한 실시행위는 각각 독립성을 가지고 있다. 나아가 동일한 디자인은 물론 유사한 디자인에도 권리범위가 미치게 된다.[34] 즉 등록된 디자

31) 2차적저작물작성권은 원저작물에 기반하여 새로운 저작물을 작성하는 행위(2차적저작물작성)를 통제할 수 있는 배타적 권리이므로, 그 복제물을 단순히 이용하는 형태로서 새로운 작성 또는 재제(再製)행위가 필요 없는 공중송신권, 공연권, 전시권, 배포권 과는 그 성격이 다르다.

32) 전시권은 원작의 개념이 명확하게 존재하는 순수미술로서의 미술저작물 보호를 위해 존재하는 것이나, 응용미술저작물은 저작권법상 미술저작물이기 때문에 전시권 또한 인정된다.

33) 배포권은 유체물의 형태로서 저작물이나 복제물이 이동하는 것에 대해서만 적용된다. 따라서 물품에의 복제가능성을 전제로 두고 있는 응용미술저작물의 경우 물품에의 적용, 즉 제작 이후 배포권의 적용대상이 된다. 그러나 저작권법상의 권리소진의 원칙은 특허권이나 상표권의 경우와는 달리 배포권 이외의 다른 저작재산권이나 인격권이 소멸되지 않는다는 특징을 가지고 있다.

34) 유사한 디자인의 범위는 ① 동일물품에 유사한 형상·모양·색채 또는 이들의 결합, ② 유사물품에 동일한 형상·모양·색채 또는 이들의 결합, ③ 유사물품에 유사한 형상·모양·색채 또는 이들의 결합을 말한다.

인과 유사한 형상·모양·색채를 가진 디자인을 실시한 경우라도, 그 실시 다자인의 대상 물품이 등록디자인과 동일·유사하지 않은 경우에는 침해를 구성하지 않게 된다.

(2) 권리 간 보호대상 충돌문제

디자인등록 된 응용미술저작물은 저작권법과 디자인보호법 양법이 보호대상으로 하고 있는 행위유형들의 권리범위 간 충돌문제가 발생할 수 있다. 디자인보호법상 디자인의 권리범위는 동일 디자인은 물론 유사 디자인에도 미치게 되는 한편 물품이 다르면 침해가 성립하지 않으나, 저작권법상 권리 침해여부를 판단할 때는 물품의 동일·유사여부를 따지지 않는 '실질적 유사성' 기준에 따르게 된다. 따라서 응용미술 디자인의 경우 해당 디자인의 저작물성이 인정될 때에는 해당 디자인의 대상물품과 동일·유사하지 않은 물품에 실시하더라도 저작권법상의 침해를 구성하거나 오히려 2차적저작물로서의 저작물성이 논의될 수 있다.[35] 또한 저작권의 보호범위는 디자인권과 달리 원칙적으로는 '업으로서의 실시'에만 한정된 것이 아니기 때문에 비사업적 실시라고 하더라도 구체적 사안에 따라 저작권 침해행위에 해당될 수 있다.

디자인보호법의 '실시'와 관련하여, 각 실시행위에 대한 디자인권의 보호범위와 저작재산권의 보호대상이 중첩되는 부분에 관하여 살펴보면 다음과 같다.

① 먼저 디자인의 '생산'과 저작물의 '복제' 또는 '2차저작물작성' 행위 간 문제이다. 디자인보호법상 디자인의 '생산'은 등록디자인이 적용된 물품을 제작하는 모든 행위를 말하는 것이다. 저작권법상 '복제'는 유형물에 고정하는 것을 의미하며 '2차적저작물작성'은 원저작물을

35) 물론 이에 대한 판단은 앞서 살펴본 물품과의 구체적 관계성에 따른 해석방향에 따라 다른 결론이 날 수 있다.

번역·편곡·변형·각색·영상제작 그 밖의 방법으로 작성한 저작물을 작성하는 것이다. '복제'와 '2차적저작물작성'은 원저작물에 기초하여 새로운 저작물을 재제(再製)하는 행위로서, 물품에 응용미술디자인을 적용시켜 '생산'하는 행위와 상당부분 중첩된다.

② 디자인보호법의 '양도'는 등록디자인이 적용된 물품의 소유권을 이전하는 것을 말한다. 이는 저작권법상 유체물 형태의 저작물이나 복제물 등을 '배포'하는 행위와 개념적으로 상당 부분 일치하므로, 이에 따른 권리범위의 중복이 발생할 수 있다. 특히나 권리소진에 있어, 디자인권은 해당 물품의 판매가 정당하게 이루어진 후 그 권리는 전부 소진된 것으로 보는 것에 반해, 저작재산권의 경우 배포권 외 다른 저작재산권이나 인격권은 소멸되지 않는 것으로 본다. 예컨대 적법하게 물품을 구매한 자가 응용미술디자인 물품을 전시한 경우 저작권 침해 문제가 발생할 수 있는 것이다.[36]

③ 디자인보호법의 '대여나 양도의 청약'은 양도나 대여하려는 의사를 표시하는 것을 말한다. 청약행위에 있어 가장 문제가 될 수 있는 부분은 바로 '전시'행위이다. 전시권이 응용미술저작물에 적용되는 경우 미술저작물의 복제물이 일반인에게 개방된 장소에 '전시'된 상황이 되어 법적 문제가 발생할 수 있다.[37]

요컨대, 응용미술의 경우 저작물성이 있으면서 또한 디자인등록이 된 경우, 저작권법상의 저작재산권이나 저작인격권에 해당하는 각 권

36) 저작권법상 인정되는 권리소진은 특허권이나 디자인권과는 달리 배포권에 국한되어, 미술저작물 등에 인정되는 전시권은 저작자의 허락에 따라 원본에 의해 일정한 장소범위 내에 전시가 가능하지만 대량 생산되는 물품의 전시에 대한 저작자의 허락은 현실적으로 이루어지기 힘들거니와, 응용미술의 특성상 그 원작의 특정이 곤란하기 때문이다.

37) 예컨대 응용미술작품이 생산되어 상점에 진열되었다고 가정했을 때, 이러한 상황을 저작권법의 측면에서 본다면, 미술저작물의 복제물이 일반인에게 개방된 장소에 '전시'된 상황이 되는 것이고, 따라서 상점 진열대에 해당 응용미술작품을 진열한 점주의 행위에 대해 저작권 침해가 성립할 수도 있다.

리에 대한 보호범위와 더불어 디자인보호법상의 실시행위에 대한 보호범위가 주어지게 되는데, 상술한 바와 같이 양법의 보호범위 간의 중첩문제가 발생할 수 있다.

3. 권리 사용권 간의 충돌문제

디자인권은 그 실시행위의 전부 또는 일부에 대해 전용실시권이나 통상실시권을 설정할 수 있다.[38] 한편 저작재산권 또한 지분권의 일부 또는 전부에 대한 이용허락을 할 수 있다. 따라서 디자인보호법상 실시권 설정과 저작권법상 저작권 이용허락에 따른 사용권자 간 권리충돌이 발생할 경우 복잡한 법적 문제가 발생할 수 있다.

응용미술은 저작권법과 디자인보호법 모두의 보호요건을 갖추어 중첩적 보호를 받을 수 있고 이로 인해 서로 다른 형태의 이용권 또는 실시권 설정이 이루어질 수 있다. 이와 관련하여 ① 양 법에서 규정하고 있는 각 이용(실시)행위가 서로 별개의 법률행위로 성립될 수 있다는 점, ② 응용미술(디자인) 권리자는 각 이용(실시권)을 각기 다른 타인에게 허락할 수 있다는 점으로부터 복잡한 문제가 발생할 수 있다.

4. 권리 공유관계로 인한 충돌문제

다수의 협력에 의해 공동으로 창작된 응용미술을 저작권법의 관점에서 본다면 공동저작물이 되고, 디자인보호법의 관점으로 본다면 공

38) 전용실시권은 강력한 독점·배타적 효력을 가지고 있으며, 디자인권자 또한 전용실시권의 설정범위 내에서 디자인권의 적극적 효력을 제한받게 된다(디자인보호법 제92조 단서, 제97조 제2항).

동디자인이 된다. 또한 현행법상 응용미술(디자인)의 경우 양법상의 요건들을 만족하면 양법 모두의 규정을 적용받는다. 각 법상 보호대상으로서의 요건만족 시점을 비교해보면, 창작(표현의 완성)만으로 보호가 이루어지는 저작권 보호가 우선하여 이루어지고, 이후 출원 및 심사, 등록과정을 통해 디자인보호법의 보호가 이루어지게 될 것이다.

따라서 응용미술(디자인)의 경우 하나의 창작물을 다수인이 공동으로 창작했을 때 각 법에서 요구되는 요건의 만족여부에 따라 단일한 대상물에 대한 공동디자인의 디자인권이자 동시에 공동저작물의 저작재산권이 발생할 수도 있다.[39] 공동저작물과 공동디자인의 권리 행사는 각 법의 규정에 따라 행사 가능하다.[40] 이는 다음과 같은 법적 문제를 야기할 수 있다.

첫째, 이와 관련한 가장 본질적인 문제로서, 응용미술이라는 하나의 대상으로 인해 발생한 둘 이상의 권리 공유관계가 존속하는 것이 현실적으로 가능한지 여부의 문제이다.

둘째, 만약 양법상의 공유관계가 공존한다고 보더라도 양법의 상이한 권리 행사요건에 의해 발생할 수 있는 사안들을 어떻게 다루어야

---

39) 한편, 공동창작이 아닌 경우에도 지분의 양도나 상속 등에 의해 그 저작권이나 디자인권을 공유하는 관계가 발생할 수 있다. 저작권법은 이 경우에 대해 아무런 규정을 두고 있지 않으나, '다른 저작자' 전원의 합의가 아닌 '다른 저작재산권자' 전원의 합의를 요하고 있는 제48조 제1항의 문언에 비추어 보았을 때, 저작권법 제48조를 유추적용하는 것이 타당하다고 본다. 이와 같은 취지의 하급심 판결로는 서울고등법원 2008. 7. 22. 선고 2007나67809 판결(일명, '두사부일체' 사건).

40) 저작권법은 공동저작물의 저작재산권은 저작재산권자 전원에 합의에 의해서만 행사할 수 있으며, 그 행사에 있어 각 저작자는 신의(信義)에 반해 합의의 성립을 방해할 수 없다고 규정하고 있다(저작권법 제48조 제1항). 반면, 디자인보호법은 각 공유자는 계약으로 특별히 약정한 경우를 제외하고는 다른 공유자의 동의를 받지 아니하고 그 등록디자인 또는 이와 유사한 디자인을 단독으로 실시할 수 있으며, 다만, 지분 이전·질권 설정·전용실시권 설정·통상실시권 허락 등의 경우에 있어서만 다른 공유자의 동의를 받도록 하고 있다(디자인보호법 제96조 제2항 내지 제4항).

하는지의 문제이다. 저작권법은 저작재산권의 행사를 저작재산권자 전원의 합의에 의해서만 가능하도록 규정하고 있으나, 디자인보호법은 다른 공유자의 동의 없이 디자인권을 실시할 수 있도록 규정하고 있다. 예컨대, 일부의 권리공유자들이 특정 권리행사를 반대하더라도, 어느 한 권리공유자가 디자인권의 실시로서 권리를 행사하는 경우가 문제될 수 있다.

5. 보호기간 차이의 문제

디자인보호법과 저작권법은 각각 상이한 권리보호 기간을 규정하고 있기 때문에 디자인보호법의 등록요건 등이 결여된 디자인(응용미술)까지도 저작권에 의한 보호를 받게 되거나, 디자인권의 존속기간이 만료되었음에도 불구하고 여전히 저작권에 의한 보호가 잔존하게 되어, 법 적용상의 혼란은 물론, 디자인보호법과 저작권법 모두에 대한 지식이 없는 동종 분야의 업자들에게 혼란을 초래할 수 있다.

이러한 점 또한 트렌드의 변화에 많은 영향을 받고 라이프 싸이클이 짧아 산업적 성격이 짙은 응용미술에 대해 문화발전을 장려하고자 하는 저작권법의 온전한 보호를 허용하는 것이 과연 적절한 것인지에 대한 의문을 불러일으킬 수 있다. 나아가, 베른협약이 25년간 보호기간을 요구한 배경에 비추어 보더라도, 응용미술에 대한 과잉보호라는 지적이 있을 수 있다.

결국 양 법의 중복보호가 가능한 현행 법제도에 따라 저작물성이 인정되는 디자인의 창작자는 디자인보호법상의 강력한 독점·배타권을 주장할 수 있는 설정등록일 전까지 출원 디자인에 대한 저작권 주장을 통해 공백 없는 보호가 가능하게 된다. 이와 관련하여 다른 디자인과의 형평성 문제는 물론, 디자인보호법상 '디자인일부심사등록출원' 제

도의 취지를 형해화 시키는 것이라는 비판이 제기될 수도 있을 것이다.[41]

Ⅴ. 결론

응용미술은 저작권법과 디자인보호법 양 법 간의 보호대상에 해당되며, 이로 인한 규정해석의 문제와 함께 권리 보호범위의 충돌이 발생하게 된다. 우리 저작권법은 권리 보호범위 충돌문제를 완화하기 위해 2000년 개정을 통해 미국의 분리가능성 이론을 저작물성 인정의 판단기준으로 삼았고, 법원 또한 일련의 판결들을 통해 미국의 분리가능성 이론을 적극 수용하는 태도를 보이고 있다.

그럼에도 불구하고 본고에서 살펴본 여러 문제점들은 여전히 남아있고, 이에 대한 독자적인 이론 구성을 위한 논의라든가, 우리나라의 저작권법과 디자인보호법의 보호체계에 적합한 독자적 보호체계 수립에 대한 입법적 노력은 미흡했다고 할 수 있다. 우리나라와 매우 유사한 저작권 및 디자인 관련 지적재산법 체계를 가지고 있는 일본의 경우 최근 기존의 보호방식에 대한 비판론을 수용하여 판례의 태도변화와 함께 응용미술에 대한 활발한 학계의 논의가 집중적으로 이루어지고 있는 점과는 대조된다.[42] 이러한 문제점을 개선하기 위해서는 먼

41) 물론 1997년 디자인보호법 개정을 통하여 일부 물품에 대한 심사요건 및 기간이 단축되었고, 특허청에서도 심사등록의 경우 그 심사기간을 단축시키려는 노력을 계속하여 옴으로써 종전보다는 그 등록까지의 기간이 많이 단축된 것은 사실이다(심재필, "응용미술작품의 지적재산권적 보호," 대전지방변호사회지 창간호, 대전지방변호사회, 2000, 208면). 그러나 이러한 경우에도 라이프 사이클이 짧은 디자인의 경우에는 상당한 보호의 공백이 발생할 수밖에 없다.

42) 응용미술저작물의 보호와 관련된 일본의 최근 사례 중 의자디자인의 저작물성을 다룬 'TRIPP TRAPP' 사건(知的財産高等裁判所平成27年4月14日判決（ネ）第

저 현행 저작권법상 응용미술저작물 규정의 요건별 개념범위의 해석과 더불어 디자인보호법과의 구체적인 충돌지점에 대해 정확한 분석이 이루어져야 할 것이다.

저작권법은 응용미술저작물의 정의규정을 살펴보면 기타의 저작물 유형들과 구별되는 특수한 성립요건으로서 '물품', '복제가능성', 그리고 '구분가능성' 개념에 대한 정확한 개념범위와 함께 '디자인'의 의미 또한 검토해 본 결과, 물품과의 불가분성을 원칙으로 하는 디자인보호법상 개념의 상당부분과 유사점이 존재하는 한편 해석상 명확한 매듭이 필요한 부분이 아직 남아있다.

또한 저작권법과 디자인보호법 간 권리 보호범위 충돌문제에 관하여, 첫째, 저작권법은 물품과의 가분성을 응용미술저작물의 필수적 요건으로 명시하는 한편, 디자인보호법과는 달리 권리부여에 있어 등록이나 대상물품의 지정 등이 요구되지 않음에도 불구하고 물품의 개념범위 대한 명확한 설명이 없어 문제가 될 수 있다. 둘째, 저작권법상 저작권 이용행위 및 디자인보호법상 디자인 실시행위 유형을 비교검토 해본 결과 양법 간의 보호대상이 중첩되는 경우가 상당부분 발생함으로써 다양한 법적 문제가 발생할 수 있다. 셋째, '저작권 이용허락'과 '디자인 실시권 설정'이 각각 달리 이루어질 경우 주된 권리 간의 문제와 더불어 복잡한 충돌문제가 발생할 수 있다. 넷째, 양 법상의 권리는 다수가 공유 가능한 반면, 양 법상 공유관계 내에서의 상이한 권리 행사요건에 따라 법적 충돌문제가 발생할 수 있다. 다섯째, 상기 여러 문제점들은 양법 간 보호기간 차이의 문제로 인해 다양한 측면에서 더욱 악화될 수 있다.

10063号 判例時報2267号91頁 (「トリップトラップ」事件))에서, 일본 법원은 종래 판례에서 인정되어왔던 '순수미술과 동일한 정도의 고도의 창작성' 기준의 적용을 배척하면서, 형태상의 공통점과 차이점에 중점을 두고 전체관찰 비교를 통하여 침해여부를 판단한 바 있다.

아직까지 산업계나 법실무에서 이로 응용미술 보호문제에 대한 큰 논의은 없었던 것으로 보인다. 그러나 오늘날 예술작품과 상품의 경계가 점차 무색해지는 현상과 더불어, 4차 산업혁명으로의 전환이라는 이슈에 따라 물품성 문제가 재점화되고 있는 점을 보았을 때, 응용미술 보호에 관한 문제는 결국 현행 산업디자인의 보호체계가 산업계의 트렌드 변화나 기술발전에 발맞추어 개선되고 있는 것인지에 대한 문제로서 심도 있는 논의가 필요한 부분이라고 생각한다.

〈참고문헌〉

〈국내단행본〉

김원오, 「상표권·의장권과 저작권간 충돌문제 해결방안」, 특허청, 2003.

노태정·김병진, 「디자인보호법 (제3정판)」, 세창출판사, 2009.

오승종·이해완, 「저작권법 (제4판)」, 박영사, 2005.

이상정, 「산업디자인과 지적소유권법」, 세창출판사, 1995.

특허청, 「디자인 심사기준」, 특허청, 2020.

〈해외 단행본〉

H.R.Rep. No. 94-1476, 94th Cong., 2d Sess. 105, 1976.

Marshall Leaffer, Understanding Copyright Law(4th ed.), Matthew Bender & Co, 2006.

Rudolf Wittkower, "The Artist and the Liberal arts", An Inaugural Lecture Delivered at University College, University of London, 1950.

〈국내 학술지〉

김태훈, "개정저작권법 해설", 계간저작권 통권 제49호, 저작권심의조정위원회, 2000.

노태정, "의장보호제도의 발전방향에 관한 소고", 지식과 권리 창간호, 대한변리사회, 2003.

신정혜·이형규, "미술공예 운동에 대한 연구 - 윌리엄 모리스를 중심으로", 한국디자인문화학회지 제16권 제4호, 한국디자인문화학회, 2010.

심재필, "응용미술작품의 지적재산권적 보호", 대전지방변호사회지 창간호, 대전지방변호사회, 2000.

이상정, "응용미술의 보호", 계간 저작권 1995년 봄호, 저작권심의조정위원회, 1995.

정무정, "미술과 공예 : 그 경계와 위상", 미술사학 제21권 제1호, 한국미술사교육학회, 2007.

〈해외 학술지〉

Barton Keyes, Alive and Well: The (Still) Ongoing Debate Surrounding Conceptual Separability in American Copyright Law, Ohio State Law Journal, Vol. 69, 2008.

Paul Oskar Kristeller, "The modern system of arts: A Study in the History of Aesthetics (I)", Journal of the History of Ideas Vol. 12, No. 4, University of Pennsylvania Press, 1951.

〈학위논문〉

김홍, "응용미술의 법적보호 방안 연구-저작권법과 디자인보호법을 중심으로-", 광운대학교 대학원, 박사학위청구논문, 2017.

차상육, "응용미술의 저작권법상 보호에 관한 연구", 한양대학교 대학원, 박사학위청구논문, 2010.

〈판례〉

서울고등법원 2008. 7. 22. 선고 2007나67809 판결.

대법원 1987. 3. 24. 선고 86후84 판결.

대법원 1997. 7. 23. 선고 98후2689 판결.

대법원 2001. 6. 29. 선고 2000후3388 판결.

대법원 2004. 6. 10. 선고 2002후2570 판결.

대법원 2004. 11. 12. 선고 2003후1901 판결.

대법원 2006. 7. 28. 선고 2003후1956 판결.

Ted Arnold Ltd. v. Silvercraft Co. 259 F. Supp. 733, (S.D.N.Y. 1966).

Esquire, Inc. v. Ringer, 591 F. 2d 796(D.C. Cir. 1978).

知的財産高等裁判所平成27年4月14日判決（ネ）第10063号　判例時報2267号91頁.

〈 국문 초록 〉

저작권법의 관점에서 보았을 때 응용미술의 개념은 창작자의 사상과 감정이 표현된 미술저작물의 일 유형으로 볼 수 있는 한편, 디자인보호법 관점에서는 산업적 공정을 통해 실용적 물품의 형태를 구현한 (산업)디자인으로 볼 수도 있다. 이러한 응용미술의 개념적 양면성은 저작권법과 디자인보호법 간의 보호범위의 중첩을 야기하게 되어 다양한 법적 문제를 발생시킨다.

우리나라의 경우 2000년 저작권법 개정을 통해 미국의 '분리가능성 이론'이라는 저작권법상의 해석론을 적극적으로 수용하여 응용미술의 보호충돌 문제를 완화시키려는 태도를 취하고 있다. 그러나 우리나라는 저작권법상의 일반적인 법리는 물론 법 규정의 구조나 체계 면에 있어 미국과는 상이한 부분이 다수 존재하기 때문에 면밀한 검토과정이 요구됨에도 불구하고 아직까지 이론의 답습단계에만 머물러 있다. 이처럼 현재까지도 구체적인 판단기준의 수립에 대해 논쟁이 종식되지 않은 외국의 해석론에만 의존하는 것은 양 법 간 충돌문제에 대한 안정성 있는 해결책으로서 기대하기 힘들다.

이에 본 연구는 응용미술의 법적 보호에 관하여 저작권법상 응용미술저작물 정의규정과 디자인보호법상 디자인개념 중심으로 보호체계를 분석하고 양법간의 보호범위 충돌로 인한 문제점을 검토하여 향후 진일보된 보호방법론 마련에 토대가 되는 선행연구로서 역할 하고자 한다.

주제어: 응용미술, 미술저작물, 응용미술저작물, 디자인, 분리가능성

〈Abstract〉

A study on Legal Protection of Industrial Design Right in the copyright law and design protection law

– Focusing on the 'applied art' –

Kim, Hong

While the concept of applied art can be as a type of art works expressing the thoughts and feelings of the creator from the viewpoint of copyright law, it can be regarded as a practical design that expresses a form of useful article through industrial processes from the view point of design protection law. Such conceptual ambivalence of applied art causes various legal problems because it causes overlap of protection scope between copyright law and design protection law.

Korea is taking attitude to alleviate the protection conflict of applied arts by actively accepting the interpretation theory of the copyright law which called "separability theory" in the United States through the revision of the copyright law in 2000. However, there are many differences

from the United States in terms of the structure and system of legal regulations as well as general legal principals in the copyright law. So Korea is still in the imitation stage of the theory despite the need for a careful review process. As such, just relying on foreign interpretation which has not ended the controversy over the establishment of concrete criteria is hard to expect as a stable solution to the conflict problem between two laws.

This study will play a role to search for improvement measures review the problems caused by protection scope of the two laws By analyzing the protection system based on the applied art revision of copyright law and the concept of design on design protection law of legal protection of applied art. In addition, this study will suggest redefining legal concept of applied art, way for reestablishment of intellectual property eligibility criteria and adjustment of protection scope and period for being duplicated protection problem of applied arts.

Key Words: Applied art, Art works, Applied art works, Design, Separability test

The Journal of Law & IP 제10권 제1호
Vol. 10 No. 1 June. 2020

부정경쟁방지법 제2조 제1호 (카)목의 적용과 저작권 보호에 관한 小攷

- 대법원 2020. 3. 26. 선고 2016다276467 판결을 중심으로 -

박 윤 석*

〈목 차〉

Ⅰ. 서론
Ⅱ. 최신판례 분석
Ⅲ. 최신 판례와 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (카)목의 관계
Ⅳ. 저작권법에서 바라본 (카)목이 적용된 최신 판례
Ⅴ. 결론

Ⅰ. 서론

부정경쟁방지 및 영업비밀보호법(이하 부정경쟁방지법) 제2조 제1호 (카)목(이하 (카)목)이 시행된지 7년이라는 시간이 지났다. 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (차)목으로 도입된 현행 (카)목은 도입시 많

◆ 투고일자: 2020. 6. 5. 심사완료일: 2020. 6. 14. 게재확정일자: 2020. 6. 21.
* 고려대학교 법학전문대학원 시간강사, 법학박사

은 찬반론을 거치면서 입법되었다.[1] 현재 (카)목은 우리나라 부정경쟁방지법에 규정된 10개의 부정경쟁행위 이외의 입법공백을 메우기 위한 보충적 일반조항의 역할을 하고 있다.[2] 그러나 보충적 일반조항 역할이 일반적인 저작권 소송에서 대부분 예비적 청구로 주장되고 있는 실정이다. 저작권법상 보호받지 못하는 창작물의 경우 (카)목에 의한 보호를 한번 더 검토해볼 수 있다는 의미에서 현재 (카)목이 널리 사용되고 있다. 그러나 최초 (카)목의 입법취지는 저작권법의 부수적 보호를 보충하는 역할로 만들어 진 것은 아닐 것이다. 물론 저작권법상 보호받지 못하는 창작물도 특별한 사정이 있다면 보호받을 근거는 충분히 있다. 타인의 성과를 부정 이용하는 행위는 금지되어야 한다. 1990년대 미국에서도 이미 National Basketball Association v. Motorola 사건[3]을 통해 저작권으로 보호받지 못하지만 보호의 필요성이 있는 것에 대한 보호법리를 인정하였다. 그러나 저작권법에서 예술과 문화발전을 위해 모든 사람이 사용할 수 있도록 허락한 부분까지도 (카)목에 의해 사용이 금지될 가능성이 높아지고 있다.

저작권법상 이용허락된 것이 부정경쟁방지법에서 금지되는 것이 저작권법의 관점에서 모든 사람들이 자유롭게 이용할 수 있는 것에 대한 제한으로 보일 수 있고 부정경쟁방지법 제15조 제1항에 따르면 저작권법의 우선 적용을 명시적으로 규정하고 있기에 저작권법에서 허용

1) 한국지식재산연구원, “현행 부정경쟁방지법의 문제점 및 개선방안”, 특허청, 2011년, 72면.

2) 대법원, 2020. 3. 26. 선고 2016다276467 판결; 대법원 2020. 3. 26.자 2019마6525 결정. 법원이 판시한 보충적 일반조항이라는 의미는 부정경쟁방지법상 규정된 부정경쟁행위 이외의 부정경쟁행위에 대한 적용 가능성을 의미하는 반면, 제한적인 일반조항이란 현재 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (카)목의 적용범위가 나머지 9개의 부정경쟁행위의 성격을 모두 반영한 일반조항의 성격을 가지지 못한다는 의미이다. 박윤석, “실질적인 부정경쟁행위와 구제수단에 관한 고찰”, 고려대학교 박사학위 논문, 2014, 19면.

3) National Basketball Association v. Motorola, 105 F.3d 841 (2d Cir. 1997).

한 행위를 부정경쟁방지법상 금지시키는 것이 저작권법의 취지를 위반하는 것인지도 문제가 된다. 마지막으로 현재 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (카)목은 모든 저작권법 침해사건에서 주장되고 있는 저작권법의 일반조항으로 이용되고 있는 상황을 엿볼 수 있다.[4)]

본 논문은 (카)목의 입법배경을 저작권법 관점에서 살펴보고 (카)목이 적용된 최신 판례를 분석해 보고 저작권법과의 관계를 정리해 본다.

Ⅱ. 최신판례 분석

1. 골프존 사건[5)]

(1) 사건의 개요

원고들은 피고가 원고들이 운영하는 골프장 골프코스들의 모습 내지 종합적인 이미지를 무단 사용하여 3D 골프코스 영상으로 제작한 후 이를 스크린골프장 운영업체에 제공한 행위가 골프장 골프코스에 관한 원고들의 저작재산권을 침해하고, 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (카)목의 성과물 도용행위에 해당한다고 주장하며 손해배상을 청구하였다.

1심에서는 원고들의 골프장을 피고들이 스크린으로 구현한 행위가 저작권 침해행위로 인정되었으나 2심에서 이러한 건축저작물의 일종으로서 골프코스에 대한 저작권자는 골프장의 설계자들이라고 인정하여 원고 골프장 운영자들의 저작권침해주장을 기각하고, 부정경쟁방지법 제2호 제1호 (차)목 부분만 인정하였다. 원고는 상고했지만 대

4) 서울고법 2020. 2. 6. 선고 2019나2031649 판결; 대법원, 2020. 3. 26. 선고 2016다276467 판결외 다수의 판결 참조.

5) 대법원 2020.03.26. 선고 2016다276467 판결.

법원은 상고를 기각 하였다.

(2) 주요 판시 내용

대법원은 골프장의 골프코스는 저작권법에 따라 보호되는 저작물에 해당하나, 저작자인 설계자들로부터 원고들이 저작권을 양수했다는 주장·증명이 없다고 보아 원고들의 저작권 침해 주장을 배척한 원심을 수긍하였고 나아가, 골프코스를 실제로 골프장 부지에 조성함으로써 외부로 표현되는 지형, 경관, 조경요소, 설치물 등이 결합된 이 사건 골프장의 종합적인 '이미지'는 골프코스 설계와는 별개로 골프장을 조성·운영하는 원고들의 상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과에 해당하고, 원고들과 경쟁관계에 있는 피고 등이 원고의 허락을 받지 않고 이 사건 골프장의 모습을 거의 그대로 재현한 스크린골프 시뮬레이션 시스템용 3D 골프코스 영상을 제작, 사용한 행위는 위 원고들의 성과 등을 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로 피고의 영업을 위하여 무단으로 사용함으로써 위 원고들의 경제적 이익을 침해하는 행위에 해당한다고 본 원심의 판단도 수긍하였다.

대법원은 이 사건에서 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (카)목의 구성요건에 대한 판단을 하였다. '성과 등'이란 유형에 제한을 두고 있지 않으므로, 유형물뿐만 아니라 무형물도 이에 포함되고, 종래 지식재산권법에 따라 보호받기 어려웠던 새로운 형태의 결과물도 포함될 수 있다. 또한 '성과 등'을 판단할 때에는 위와 같은 결과물이 갖게 된 명성이나 경제적 가치, 결과물에 화체된 고객흡인력, 해당 사업 분야에서 결과물이 차지하는 비중과 경쟁력 등을 종합적으로 고려해야 한다.

'상당한 투자나 노력으로 만들어진 것'이란 권리자가 투입한 투자나 노력의 내용과 정도를 그 성과 등이 속한 산업분야의 관행이나 실태에 비추어 구체적·개별적으로 판단하되, 성과 등을 무단으로 사용함으로

써 침해된 경제적 이익이 누구나 자유롭게 이용할 수 있는 이른바 공공영역(公共領域, public domain)에 속하지 않는다고 평가할 수 있어야 한다.

'공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로 자신의 영업을 위하여 무단으로 사용'한 경우란 권리자와 침해자가 경쟁 관계에 있거나 가까운 장래에 경쟁관계에 놓일 가능성이 있는지, 권리자가 주장하는 성과 등이 포함된 산업분야의 상거래 관행이나 경쟁질서의 내용과 그 내용이 공정한지, 위와 같은 성과 등이 침해자의 상품이나 서비스에 의해 시장에서 대체될 수 있는지, 수요자나 거래자들에게 성과 등이 어느 정도 알려졌는지, 수요자나 거래자들의 혼동가능성이 있는지 등을 종합적으로 고려해야 한다고 판시하였다.

(3) 분석

1) 골프장의 설계한 자와 골프장을 시공 및 운영한 자의 관리 관계

1심과 2심에서 문제가 된 것은 골프코스가 저작물이 될 수 있는가 여부이다. 결론적으로 저작물로 인정받은 것은 골프코스 설계도 자체에 대한 것이고 설계도대로 만들어진 골프코스 그 자체는 저작권의 보호대상이 아니라고 판단하였다. 골프코스의 설계도 상 나타난 구체적인 배치에 있어서는 각 홀마다 페어웨이의 모양이나 길이, 폭, 꺾어진 방향과 각도, 벙커나 워터 해저드의 위치, 모양 및 크기 등이 모두 달라 전체 각 홀마다 독특한 특색을 가지고 있어 창작성 있는 저작물로 인정되었다. 그리고 이 설계도에 대한 저작권은 설계자가 가지게 된다. 문제는 설계도에 따라 골프코스를 시공한 결과물이 저작권의 보호대상이 되는지 여부이다. 이에 대한 구체적 규정은 없지만 우리나라

저작권법은 건축물의 경우에는 그 건축을 위한 모형 또는 설계도서에 따라 이를 시공하는 것을 건축물의 복제행위로 인정한다. 따라서 유추적용하자면 골프코스 설계도로 만들어진 골프장은 설계도면의 복제물일 뿐 저작물로서 보호받을 수 없다. 따라서 골프장을 운영하거나 골프장을 시공한 자는 설계자로부터 저작권을 양도받지 않는 이상 골프장의 구성과 배치에 대한 저작권을 가지지 않는다.

다만, 골프장을 운영한 자는 골프장을 관리함으로써 골프장의 자연적 모습이 유지될 수 있도록 관리한 사람으로서 대법원은 골프장의 종합적인 '이미지'가 골프장을 조성하고 운영하는 자가 만들어낸 성과라고 인정하였다. 여기서 대법원은 창작적인 설계도대로 만들어진 골프장을 조성 운영하였기 때문에 부정경쟁방지법상의 성과로 인정하였는지 단지, 골프장을 만들고 운영하고 관리한 것에 따른 성과인지에 대해서는 밝히지 않았다. 성과란 것이 단순한 투자로 인해 만들어 지는 것인지 투자 이외의 무엇인가 특징적인 것이 있어야 하는지에 대해서 논란이 발생한다.[6)]

2) '성과 등'의 범위에 대한 해석

대법원은 '성과 등'의 범위에 무형물도 포함되고 특히 성과 등을 무단으로 사용함으로써 침해된 경제적 이익이 누구나 자유롭게 이용할 수 있는 이른바 공공영역(公共領域, public domain)에 속하지 않는다고 평가할 수 있어야 한다고 판단했다. 공유영역이라 함은 지식재산권의 개념상 배타적 권리에 포함되지 않는 모든 사람이 사용할 수 있는 대상을 의미한다. 주로 보호기간이 만료된 저작물과 특허발명 등을 의미한다. 그러나 이 판례에서 대법원이 언급한 공공영역이란 것의 의

6) 이규홍, "부정경쟁방지법 제2조 제1호 차목(변경 후 카목)에 대한 연구" 정보법학, 제22권 제2호(2018), 67면.

미가 명확하지 않다.

여기서 구분해야 할 것은 저작물의 예시에 포함되지만 창작성이 없는 것과 저작물 예시에 포함되지 않는 것들 간의 구별이다. 명성 내지 고객흡인력은 저작물의 예시가 아니다. 그러나 창작성 없는 사진, 창작성 없는 소설은 저작권의 보호를 받지 못하는 표현물이다. 창작성 없는 소설은 저작권의 보호를 받지 못하지만 그 소설이 "작가의 것"이라는 점은 부정할 수 없다. 그렇다면 이 창작성 없는 소설은 공유의 영역에 속하는 것인가 아니면 배타적 권리로 보호받지 못하는 개인의 소유인가 하는 점이 문제된다. 대법원의 논리에 따르면 전자라고 한다면 부정경쟁방지법 상의 성과에 해당할 수 있지만 후자라면 성과에 해당할 수 없기 때문이다. 그리고 모든 저작권으로 보호받지 못하는 표현물들은 표현한 자의 것이라는 점을 부정할 수 없다면 저작권 예시에서 언급된 모든 표현물은 부정경쟁방지법상의 성과에 해당되고 (카)목의 구성요건을 충족한다면 창작성 없는 표현물들은 적용이 가능하게 된다. 이러한 구조를 부정경쟁방지법이 지식재산권법에 있어서 보충적 역할을 한다고 설명한다.[7]

2. 방탄소년단 사건[8]

(1) 사건 개요

방탄소년단(BTS) 소속 기획사인 채권자가 연예인들의 사진, 기사 등을 주요 내용으로 하는 잡지를 제작·판매하는 채무자를 상대로 방탄소년단(BTS)의 구성원들의 사진을 대량으로 수록한 부록과 사진이

7) Piper/Ohly/Sosnitza, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 5. Aufl. 2010, EinfD, Rnrn. 56, 57.

8) 대법원 2020. 3. 26.자 2019마6525 결정.

포함된 포토카드(이하 '이 사건 특별부록') 등을 제작하여 판매하는 행위가 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (카)목의 성과물 도용 부정경쟁행위에 해당한다고 주장하며 이 사건 특별부록 등의 제작·판매 금지 등을 구하는 가처분을 신청한 사건이다.

(2) 주요 판시 사항

채권자는 전속계약에 따라 방탄소년단(BTS)의 음악, 공연, 방송, 출연 등을 기획하고, 음원, 영상 등의 콘텐츠를 제작·유통시키는 등 방탄소년단(BTS)의 활동에 상당한 투자와 노력을 하였고, 그로 인해 방탄소년단(BTS)과 관련하여 쌓인 명성·신용·고객흡인력이 상당한 수준에 이르렀는데, 이는 '상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과 등'으로 평가할 수 있고, 누구나 자유롭게 이용할 수 있는 공공영역에 속한다고 볼 수 없으므로, 타인이 이를 무단으로 사용하면 채권자의 경제적 이익을 침해하게 되고, 통상적인 정보제공의 범위를 넘어 특정 연예인에 대한 특집 기사나 사진을 대량으로 수록한 별도의 책자나 DVD 등을 제작하면서 연예인이나 소속사의 허락을 받지 않거나 대가를 지급하지 않는다면, 상거래 관행이나 공정한 거래질서에 반한다고 판단하였다. 채무자가 이 사건 특별 부록을 제작·판매하는 행위는 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로 자신의 영업을 위하여 채권자의 성과 등을 무단으로 사용하는 행위에 해당한다고 보아 이 사건 가처분결정을 일부 인가한 원심의 판단을 유지하였다.

(3) 분석

이 판결은 앞서 살펴본 골프장 사건과 매우 유사한 쌍둥이 판례라고 볼 수 있다. 성과 등이 '상당한 투자나 노력으로 만들어진' 것인지

여부는 권리자가 투입한 투자나 노력의 내용과 정도를 그 성과 등이 속한 산업분야의 관행이나 실태에 비추어 구체적, 개별적으로 판단하되, 성과 등을 무단으로 사용함으로써 침해된 경제적 이익이 누구나 자유롭게 이용할 수 있는 공공영역(public domain)에 속하지 않는다고 평가할 수 있어야 한다고 동일한 판단을 하였고, 또한 (카)목이 규정하는 '공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로 자신의 영업을 위하여 무단으로 사용'한 경우에 해당하기 위해서는 권리자와 침해자가 경쟁 관계에 있거나 가까운 장래에 경쟁관계에 놓일 가능성이 있는지, 권리자가 주장하는 성과 등이 포함된 산업분야의 상거래 관행이나 경쟁질서의 내용과 그 내용이 공정한지 여부, 위와 같은 성과 등이 침해자의 상품이나 서비스에 의해 시장에서 대체될 가능성, 수요자나 거래자들에게 성과 등이 어느 정도 알려졌는지, 수요자나 거래자들의 혼동가능성 등을 종합적으로 고려해야 한다고 판단하였다. 따라서 골프장 사건에서 무단 이용 대상이 골프장의 종합적 이미지라면 이 판례에서 무단 이용 대상은 BTS의 고객흡인력이라고 볼 수 있다.

Ⅲ. 최신 판례와 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (카)목의 관계

1. (카)목 입법 배경

부정경쟁방지법 제2조 제1호에 (차)목(현재는 (카)목) 신설 이전에 불공정한 방법의 영업과 관련된 새로운 유형의 분쟁들이 있었다. 해당 분쟁들의 대상은 보호 법익이 충분히 있으나 기존 법규들에 의해 보호할 수 없어서 일반적인 민법의 영역에서 보호받고 있었다. 이러한

상황 속에서 부정경쟁방지법상 부정경쟁행위가 상표권, 저작권 등 배타적인 권리를 침해한 것으로 판단하기 어렵지만, 관련 업계의 관습이나 관행을 위반하고 다른 경쟁업자에게 손해를 입힘으로써 위법한 것으로 판단되는 행위, 상표권의 침해는 없지만 허위의 광고를 한다거나 초상권의 침해 여부를 불문하고 저명한 연예인 등의 고객흡인력을 무단으로 이용한 경우, 저작권의 침해는 없지만 다른 경쟁업자의 상당한 투자에 의해서 수집, 제공되는 데이터를 무단으로 이용하는 행위, 다른 경쟁업자의 투자에 무임 편승하여 부당하게 이익을 도모하는 경우 등의 행위 유형까지 포섭하여야 한다는 견해가 제시되었다.[9)]

이러한 상황에서 법원에 새로운 유형의 부정경쟁행위를 판단할 수 있는 판단 근거를 제공하고, 개별 법률로는 보호할 수 없는 새로운 유형의 부정경쟁행위에 대한 규제가 가능하게 되어 법의 실효성을 제고할 수 있으며, 일반조항을 도입하고 있는 국가의 예를 들면서 도입의 필요성을 인정하는 견해[10)]와 일반조항은 그 개념이 불명확하며, 따라서 적용을 위해서는 별도로 해당 개념을 구체화해야 하고, 새로운 유형의 부정경쟁행위는 개정이 필요한 때마다 법을 개정함으로써 해결할 수 있고, 법규에 열거된 부정경쟁행위 유형에 해당하지 않는 것은 민법상 불법행위로 해결할 수 있다는 점 등을 들어 도입이 불필요하다고 주장하는 반대론이 제기되었다.[11)]

결국 우리나라는 부정경쟁방지법에 기술의 발전과 시장의 변화로 인해 지식재산의 도용, 부정한 방법의 영업과 광고 등이 등장하고, 경제적 가치를 지니는 무형적 산물 혹은 새로운 유형의 지식재산이 등장하는 환경에 적용될 수 있는 일반조항을 도입하게 되었다.

---

9) 한국지식재산연구원, “현행 부정경쟁방지법의 문제점 및 개선방안”, 특허청, 2011년, 72면.

10) 한국지식재산연구원, 위의 연구보고서, 70면 이하 참조.

11) 한국지식재산연구원, 위의 연구보고서, 70면 이하 참조.

2. 구성요건 해석

(1) '그 밖에'의 의미

부정경쟁방지법 제2조 제1호 (차)목은 '그 밖에'라는 문구로 시작하는데, 이는 기존에 열거된 개별조항의 적용을 우선 시도해 보고 난 후 보충적 · 택일적으로만 적용할 수 있는 조항임을 의도한 것으로 여겨진다. 또한, 이에 대해 경합적 · 중첩적 적용을 허용하게 되면 일반조항에의 적용 의존도를 높여 개별 구성요건의 적용이 무력화되거나 적용을 회피할 위험성이 있다는 점에서도 보충적 규정으로 해석함이 타당하다는 견해가 있다.[12] 그러나 현재 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (카)목의 일반조항은 (가)목부터 (차)목까지의 행위를 모두 포함할 수 있는 일반조항이라고 볼 수 없다.[13] 따라서 현재 (카)목의 경우 제한적인 일반조항으로서 다른 부정경쟁행위들과 병렬적으로 적용될 수밖에 없는 형태를 가지고 있다고 생각된다. 그러나 최근 판례에서 대법원은 구 부정경쟁방지법의 적용 범위에 포함되지 않았던 새로운 유형의 부정경쟁행위에 관한 규정을 신설함으로써, 새로이 등장하는 경제적 가치를 지닌 무형의 성과를 보호하고, 입법자가 부정경쟁행위의 모든 행위를 규정하지 못한 점을 보완하여 법원이 새로운 유형의 부정경쟁행위를 좀 더 명확하게 판단할 수 있도록 함으로써, 변화하는 거래관념을 적시에 반영하여 부정경쟁행위를 규율하기 위한 보충적 일반조항이라고 명시적으로 판단하였다.[14]

---

12) 김원오, "부정경쟁방지법상 신설된 일반조항의 법적성격과 그 적용의 한계", 산업재산권, 제45호, 한국지식재산 학회, 2014, 274면.

13) 박윤석, 『실질적인 부정경쟁행위와 구제수단에 관한 고찰』, 박사학위논문, 고려대학교, 2014, 62면 이하 참조.

14) 대법원 2020. 3. 26.자 선고 2019마6525 결정.

(2) 타인의 상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과 등

1) 타인

우선 타인의 범위를 경쟁자로 한정해야 하는지 아닌지가 문제 된다. 독일의 부정경쟁방지법(UWG) 제4조의 경우 성과모방행위(Nachahmung)로 인한 부정경쟁행위가 되려면 경쟁자의 지위에 있을 것을 요구하고 있고, 대법원 판결 중에는 부정한 경쟁행위로 인한 불법행위 법리가 기본적으로 경쟁자 사이의 부정경쟁행위를 규제하기 위한 것이라고 밝히고 있는 것도 있기 때문이다.[15] 하지만 (차)목은 '경쟁자'가 아닌 '타인'이라는 용어를 사용하고 있고 이러한 타인이라는 용어는 부정경쟁방지법 제1조, 제2조 제1호 (가)목부터 (차)목에도 사용되나 문언해석상 경쟁자에 국한된다고 보기 어려우므로, 이를 경쟁자에 국한되지 않는다고 해석하는 것이 타당하다. 다만 경쟁자의 지위에 있지 아니한 사람에게 부정경쟁행위로 인한 손해가 발생하기 어려울 것이고 단지 시장질서를 보호하기 위한 금지청구는 가능할 수 있다.

2) 상당한 투자나 노력으로 만들어진

'상당한'이란 표현은 항상 추상적 기준을 제시하는 것이라서 사안에 따라 개별적으로 판단해야 한다. 아직 판례상 일반적 의미에서 '상당한'에 대한 구체적 기준을 제시하고 있지 않다. 예를 들면 (차)목 신설 이전에는 의사가 병원을 홍보하기 위해 자신의 임상경력과 지식을 활용하여, 시술한 환자의 전후 모습을 촬영한 사진과 홈페이지상 상담 내용을 전문적인 지식과 경험이 투하된 성과물로 인정한 판결[16]이

15) 박윤석·박해선, "성과모방행위에 관한 고찰", 지식재산권연구 제9권 제4호, 한국지식재산연구원, 2014, 82~83면; 유영선, "부정한 경쟁행위와 관련한 불법행위 성립요건 및 그에 기한 금지청구권 허용여부", 사법논집, 제53권, 법원행정처, 2011, 135면.

있었는데, 법원은 성과물에 대한 노력을 인정하는 과정에 있어 구체적 평가나 기준은 없었다. 또한 (카)목 신설 이후 잡코리아 판결[17]에서는 채용정보 사이트의 가장 큰 성공 요인은 채용정보 게시글 확보의 정도이므로, 마케팅 및 개발 비용 등을 지출하여 채용정보를 수집하고, 이를 사이트 양식에 맞게 새롭게 작성한 HTML 소스를 상당한 투자와 노력을 통해 얻은 것이라고 보았고, JTBC 판결[18]에서는 약 24억원에 가까운 거액을 들인 것과 기밀유지를 위해 서로 각서를 체결한 것 등에 대해 정보 창출과 가치 유지를 위하여 상당한 투자와 노력을 들인 것으로 인정하였다. 이러한 판단들은 '상당한 투자나 노력'이라는 구성요건으로의 진입장벽이 높지 않음을 보여주며, 광범위한 성과 등이 (카)목의 보호범위에 포함시킬 수 있는 가능성을 열어두고 있다. 최근 대법원 판례에서도 권리자가 투입한 투자나 노력의 내용과 정도를 그 성과 등이 속한 산업분야의 관행이나 실태에 비추어 구체적, 개별적으로 판단하되, 성과 등을 무단으로 사용함으로써 침해된 경제적 이익이 누구나 자유롭게 이용할 수 있는 공공영역(public domain)에 속하지 않는다고 평가할 수 있어야 한다고 판시하였다.[19] 따라서 공중의 이용영역에 놓여야 할 성과물의 경우 (카)목의 보호대상에서 제외됨을 명확히 하였다.

3) 성과 등

법조문에서 표현하고 있는 '성과 등'에 대해 살펴보면, 성과는 유체물뿐만 아니라 무체물도 포함하는 것이며 기술적 성과는 물론이고 고객에 대한 이미지, 비즈니스 모델이나 비즈니스 플랫폼, 그리고 고객

16) 서울중앙지방법원 2007. 6. 21. 선고 2007 가합 16095 판결.
17) 서울중앙지방법원 2016. 2. 17. 선고 2015가합517982 판결.
18) 서울중앙지방법원 2015. 8. 21. 선고 2014가합43866 판결.
19) 대법원 2020. 3. 26.자 선고 2019마6525 결정.

데이터나 고객 네트워크 같은 경영적 성과도 포함될 수 있다.[20] 그런데, '상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과'이기만 하면 바로 (카)목의 보호대상이 되는지는 본 조항의 적용 범위의 한계와 관련하여 타인의 상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과물인 경우 모두 (카)목의 보호대상에 포함된다고 본다면 지식재산권에 대한 보충적 보호 역할을 담당하고 있는 부정경쟁방지법의 역할에 부합하지 않는다. 그러나 최근 대법원 판례에서도 (카)목의 보호대상인 '성과 등'의 유형에 제한을 두고 있지 않으므로, 유형물뿐만 아니라 무형물도 이에 포함되고, 종래 지식재산권법에 의해 보호받기 어려웠던 새로운 형태의 결과물도 포함될 수 있다고 판단하면서 '성과 등'을 판단할 때에는 위와 같은 결과물이 갖게 된 명성이나 경제적 가치, 결과물에 화체된 고객흡인력, 해당 사업 분야에서 결과물이 차지하는 비중과 경쟁력 등을 종합적으로 고려해야 한다고 판시하였다.

4) 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 위반하는 사용

먼저 '사용'은 타인의 성과를 본래 목적에 따라 영업활동에 이용하거나 연구, 개발사업 등에 활용하는 등으로 기업 활동에 직·간접적으로 이용하는 행위라고 할 수 있다. 하지만 부정경쟁행위 일반조항이 금지하는 것은 성과 등의 무단사용이다. 이는 '공정한 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로' 타인의 성과 등을 무단 도용하여야 적용됨을 의미한다. 이런 공정한 관행이나 경쟁질서에 반하는지의 판단은 결국 거래 관행이나 사회적 효용을 참작하여 구체적, 개별적으로 판단하여야 할 것인데, 타인의 성과 등의 무단사용이 자유로운 경쟁질서를 해하지 않고 정당한 경쟁을 촉진하거나 그 분야의 표준으로서 성과를 사용하는 것일 경우 이러한 행위는 (카)목의 부정경쟁행위로 볼 수 없다.

---

20) 최정열·이규호, 「부정경쟁방지법」, 2015, 209면.

대법원은 (카)목이 규정하는 '공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로 자신의 영업을 위하여 무단으로 사용'한 경우에 해당하기 위해서는 권리자와 침해자가 경쟁 관계에 있거나 가까운 장래에 경쟁관계에 놓일 가능성이 있는지, 권리자가 주장하는 성과 등이 포함된 산업분야의 상거래 관행이나 경쟁질서의 내용과 그 내용이 공정한지 여부, 위와 같은 성과 등이 침해자의 상품이나 서비스에 의해 시장에서 대체될 가능성, 수요자나 거래자들에게 성과 등이 어느 정도 알려졌는지, 수요자나 거래자들의 혼동가능성 등을 종합적으로 고려해야 한다고 판단하였다.[21]

3. 해외 사례 비교

(1) Kiko v Wycon 사건 개요[22]

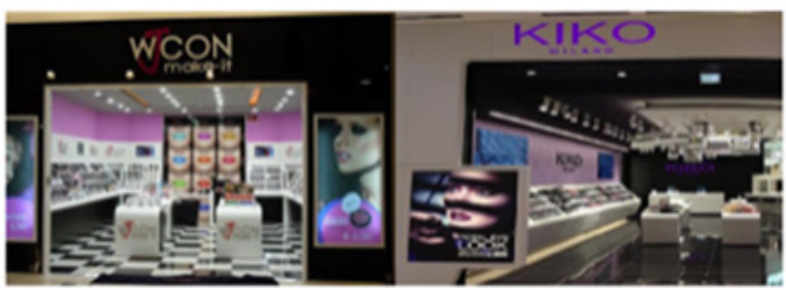
유명 이탈리아 화장품 회사인 원고는 70,000유로를 투자하여 매장의 인테리어를 완전히 바꾸는 리모델링 프로젝트를 시작하여 콘셉트 스토어를 개장하였다. 원고의 매장 인테리어는 단순함과 대칭을 특징으로 하여 최소한의 장식적 요소만을 구비하였고 원고의 매장 인테리어는 2개의 대형 역광 그래픽이 측면에 배치된 개방된 입구, 반복적인 급경사 구조로 구성되고 투명한 플렉시 유리(Plexiglas)로 이루어진 칸막이를 특징으로 하는 측면 진열 공간, 제품을 지탱하고 지지면을 제공하기 위하여 상점의 중앙에 위치한 곡선의 가장자리를 가진 아일랜드(islands), 급경사 진열대 안에 내장된 TV 스크린, 동일한 색상과 디스코 효과를 제공하는 조명의 조합으로 구성되어 있으며 흰색,

21) 대법원 2020. 3. 26.자 선고 2019마6525 결정.

22) 박경신, "[이탈리아] 법원, 매장의 인테리어 장식도 건출저작물로 저작권 보호대상에 해당한다" 저작권 동향, 한국저작권위원회, 2018. 07. 17.에서 재인용.

검정색 및 핑크색/보라색을 압도적으로 사용하였다. 원고는 경쟁 업체인 피고가 원고의 매장 인테리어를 복제하였다고 주장하면서 밀라노 지식재산법원에 저작권 침해 소송을 제기하였다.

밀라노 법원은 인테리어 디자인이라는 개념은 램프나 의자와 같은 실내 장식의 단일 구성요소와 관련이 있는 반면 이 사건에서 쟁점이 되는 인테리어는 다양한 단일 구성요소들의 결합이라는 점을 감안할 때 인테리어 장식의 개념이 보다 적합하며 이는 이탈리아 저작권법 제2조 제5항의 건축저작물에 해당한다고 판시하였다.



(2) 검토

Kiko v Wycon 사건에서 매장내의 인테리어의 구조와 배치 여러 컨셉이 어우러진 매장의 이미지를 저작권의 보호대상이 된다고 인정하였다. 물론 판결문에서 우리 골프존 사건에서와 같이 종합적인 이미지란 개념을 사용하지는 않았지만 소비자가 가지게 될 화장품 매장의 이미지에 대한 저작권 보호와 골프장을 이용하는 고객이 골프장에 대해 가지는 종합적 이미지에 대한 보호는 유사한 보호라고 보여 진다. 종합적인 이미지에 대한 보호는 주로 영미권에서 이야기 하는 트레이드드레스(tradedress)에 해당한다.

Ⅳ. 저작권법에서 바라본 (카)목이 적용된 최신 판례

1. 문제 제기

(1) 저작권자와 소유권자 그리고 이용자의 삼각 관계

먼저 골프장 사건과 관련하여 대법원의 판례에 따르면 골프장 설계도면이 저작물이고 그로 인해 만들어진 골프장의 코스는 복제물이다. 그렇다면 골프장의 코스를 디지털화화여 스크린 골프에 이용하기 위해서는 먼저 골프장 코스에 대한 저작권을 가지고 있는 저작권자의 동의가 필요하다. 여기서 저작권자와 골프장 운영자(투자자의 의미를 가짐)와 복제행위자의 관계를 살펴볼 때 대법원의 논리에 따르면 복제행위자는 저작권자의 동의 이외에 골프장 운영자의 이용허락까지 받아야 한다. 그 말은 반대로 복제행위자는 저작자의 동의만으로 골프장의 모습을 디지털화 할 수 없다는 의미이다. 따라서 복제행위자가 저작권자의 이용허락을 받고 스크린 골프장을 이용한 경우 골프장 운영자의 허락도 받아야 하는지 의문이다.

결국 대법원 판례에 따르면 복제행위자가 저작권자에게 정당한 사용료를 지불한 경우 골프장의 코스와 모습이 유사해 질 것인데 골프장 운영자에게도 허락을 받아야(부정경쟁방지법상의 권리주장을 피하기 위해)한다는 결론에 이를 수 있다. 따라서 복제행위자가 복제한 대상이 골프장의 조성된 모습 자체를 복제한 것인지, 저작물로서 설계도면을 복제하여 만들어 낸 것인지 구별이 필요할 것이다. 대법원은 단순히 설계도는 저작물이고 이 저작물에 따라 만들어진 골프장의 종합적 이미지는 성과에 해당된다고 판시하였다. 물론 자연과 어우러진 골프장의 경관은 인간의 노력이 아닌 자연이 만들어낸 모습으로 저작권의

보호를 받기 어렵다.[23]

대법원에 논리를 그대로 건축저작물로 옮겨가면 건축저작물을 화폭에 담겨나 사진, 영화에 촬영하고 싶은 자들은 소유자의 허락까지 받아야 하는가 의문이다. 대법원이 의미한 종합적 이미지란 자연경관에 한정해서 구분지을 수 있을지 의문이고 유지 관리에 시간과 비용이 투자되는 모든 건축저작물에 소유자들이 부정경쟁방지법상의 권리를 행사할 수 있게 된다면 저작권법을 우회하여 과도한 권리를 건축물 소유자가 행사할 수 있다.

(2) 퍼블리시티권의 인정여부

우리나라는 아직 대법원 판례에서 퍼블리시티권을 인정한 판례가 없고 퍼블리시티권을 인정하고 있는 명문의 규정이 없다. 그러나 (카)목에서 보호대상으로 인정하고 있는 고객흡인력이 퍼블리시티권을 우회적으로 보호하는 기능을 할 수 있다는 문제점이 있다. 고객흡인력은 주지 저명성으로 인해 고객들의 주의를 끌 수 있는 능력으로 볼 수 있고 주로 상표법상의 저명상표 개념과 연관되어 논의 된다. 그러나 앞서 살펴본 BTS 판결에서와 같이 BTS 구성원의 사진이 들어간 포토카드의 제작은 재산권적 측면과 인격권적 측면이 결합된 퍼블리시티권의 보호대상에 포함될 수 있다. 대법원이 의미하는 고객흡인력이 단순한 명칭에 따른 고객흡인력인지 아니면 퍼블리시티권을 고객흡인력이라는 개념을 통해 우회적으로 보호하려는 것인지 명확하지 않다.

---

23) Kelley v. Chi. Park Dist. - 635 F.3d 290 (7th Cir. 2011) 참조.

2. 해석론의 제안

(카)목의 입법배경 과정 중 저작권법과 관련하여 우려되었던 점은 업무상거래, 경업의 목적이라는 요건 없이 타인의 경제적 이익을 침해하면 부정경쟁행위로 인정될 소지가 있는 등 저작권법 등 타 법령에서 규율되는 행위까지 확대 해석될 소지가 있다는 점이었다. 현재 (카)목에서 규정되어 있는 타인의 범위를 구체적인 경쟁자의 범위를 넘어 일반적인 제3자로 확대시키는 경우 (카)목의 적용범위가 상당히 넓혀지게 된다.

골프존 사건에서도 타인의 골프장을 그대로 복제하여 동일한 골프장을 만들어 운영하는 경우 부정한 경쟁행위로서 골프장에 투자한 타인의 성과를 무단 이용한 행위라는 것이 인정될 수 있지만 반대로 골프장 미니어쳐 내지 스크린 골프장의 경우 일반 골프장과 구체적인 경쟁관계에 있지 않는 경우까지 (카)목으로 인해 골프장 소유자의 허락을 받아야 하는 것은 저작권법 관점에서 공유의 영역에 있어야 할 것이 개인 소유에 속하여 오히려 문화와 예술 및 산업발전을 저해할 수 있다는 우려가 발생할 수 있다.

따라서 (카)목의 타인의 범위를 구체적인 경쟁관계에 있는 자로 한정해서 해석해야 (카)목의 본래 역할에 충실할 수 있을 것이다. 여기서 구체적인 경쟁관계는 자신의 이익이 타인의 손해로 직접적으로 연결되는 것을 일반적인 구체적 경쟁관계로 판단할 수 있을 것이다.

Ⅴ. 결론

타인이 시간과 비용을 투자하여 이룩한 성과는 (카)목의 입장에서

보호받을 가치가 있을 수 있다. 그러나 부정경쟁행위의 본래적 의미를 생각한다면 단순히 타인이 시간과 비용을 투자하였다는 것만으로 부정경쟁방지법의 보호를 받기는 어려울 것이다. 타인의 성과를 모방하는 행위는 모방행위 자체가 위법한 것이 아니라 모방행위가 특별한 사정 내지 조건을 충족하는 경우 위법한 것이다. 우리나라 (카)목에 여러 가지 구성요건이 규정되어 있는 이유도 독일 부정경쟁방지법상 모방행위가 위법한 것으로 판단되는 3가지 조건이 규정되어 있는 이유도 동일한 이유이다. 더 나아가 National Basketball Association v. Motorola 사건에서도 뉴스가 부정경쟁행위로 보호받을 수 있는 조건을 미국 연방대법원은 규정하고 있다.

현재 우리나라 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (카)목이 모든 저작권법 사건의 일반 조항처럼 활용되는 것은 본래의 입법취지와 맞지 않고 저작권법에서 모든 사람에게 이용허락을 허락한 부분을 부정경쟁방지법으로 다시 제한하여 저작권법의 보호영역을 우회하여 공유영역을 축소시키는 문제를 발생시킬 수 있다. 따라서 (카)목의 타인의 범위를 제한적으로 구체적인 경쟁관계에 있는 자로 제한하여 축소 해석해야 저작권법과의 충돌을 최소화 시킬 수 있을 것이다.

〈참고문헌〉

김원오, "부정경쟁방지법상 신설된 일반조항의 법적성격과 그 적용의 한계", 산업재산권, 제45호, 한국지식재산 학회, 2014.

박윤석, "실질적인 부정경쟁행위와 구제수단에 관한 고찰", 고려대학교 박사학위 논문, 2014.

박윤석·박해선, "성과모방행위에 관한 고찰", 지식재산권연구 제9권 제4호, 한국지식재산연구원, 2014.

유영선, "부정한 경쟁행위와 관련한 불법행위 성립요건 및 그에 기한 금지청구권 허용여부", 사법논집, 제53권, 법원행정처, 2011.

이규홍, "부정경쟁방지법 제2조 제1호 차목(변경 후 카목)에 대한 연구" 정보법학, 제22권 제2호(2018).

최정열·이규호, 「부정경쟁방지법」, 2015.

한국지식재산연구원, "현행 부정경쟁방지법의 문제점 및 개선방안", 특허청, 2011년.

Piper/Ohly/Sosnitza, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 5. Aufl. 2010, EinfD, Rnrn. 56, 57.

〈 국문 초록 〉

부정경쟁방지법 제2조 제1호 (차)목으로 도입된 현행 (카)목은 도입시 많은 찬반론을 거치면서 입법되었다. 현재 (카)목은 우리나라 부정경쟁방지법에 규정된 10개의 부정경쟁행위 이외의 입법공백을 메우기 위한 보충적 일반조항의 역할을 하고 있다. 그러나 보충적 일반조항 역할이 일반적인 저작권 소송에서 대부분 예비적 청구로 주장되고 있는 실정이다. 저작권법상 보호받지 못하는 창작물의 경우 (카)목에 의한 보호를 한번 더 검토해볼 수 있다는 의미에서 현재 (키)목이 널리 사용되고 있다. 그러나 최초의 (카)목의 입법취지는 저작권법의 부수적 보호를 보충하는 역할로 만들어 진 것은 아니다. (카)목의 입법배경 과정 중 저작권법과 관련하여 우려되었던 점은 업무상거래, 경업의 목적이라는 요건 없이 타인의 경제적 이익을 침해하면 부정경쟁행위로 인정될 소지가 있는 등 저작권법 등 타 법령에서 규율되는 행위까지 확대 해석될 소지가 있다는 점이었다. 현재 (카)목에서 규정되어 있는 타인의 범위를 구체적인 경쟁자의 범위를 넘어 일반적인 제3자로 확대시키는 경우 (카)목의 적용범위가 상당히 넓혀지게 된다. 우리나라 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (카)목이 모든 저작권법 사건의 일반 조항처럼 활용되는 것은 본래의 입법취지와 맞지 않고 저작권법에서 모든 사람에게 이용허락을 허락한 부분을 부정경쟁방지법으로 다시 제한하여 저작권법의 보호영역을 우회하여 공유영역을 축소시키는 문제를 발생시킬 수 있다. 따라서 (카)목의 타인의 범위를 제한적으로 구체적인 경쟁관계에 있는 자로 제한하여 축소 해석해야 저작권법과의 충돌을 최소화 시킬 수 있을 것이다.

주제어: 부정경쟁, 부정이용, 골프존, BTS, 성과모방

〈Abstract〉

A study on the scope of the Article 2 (1) (k) of the Unfair Competition Prevention Act and copyright protection

Pak, Yunseok*

The article 2.1.(K) of the Unfair Competition Prevention Act has many pros and cons. the (K) has maily used as a supplementary general provision to fill in the legislative blanks other than the ten unfair competition acts prescribed in the Unfair Competition Prevention Act. However, the role of supplementary general provisions is mostly claimed in general copyright litigation. In the case of creative works that are not protected under the copyright law, The article 2.1.(K) is widely used in the sense that the protection under the article 2.1.(K) can be reviewed once more. However, the legislative intent was not to supplement the protection of copyright law. During the legislative process of article 2.1.(K), concern regarding copyright law is a conflict with the copyright law by the article 2.1.(K).

* Lecturer, Korea University Law School

The problem is that the article 2.1.(K) could be interpreted to be expanded by no limitation of the concept of "other persons" regulated in the article 2.1.(K). If the concept were not restricted as competitor in a concrete competition, the article 2.1.(K) the scope of application (K) would be significantly distorted. It does not match the original legislative purpose and restricts the part of the copyright law which is recognized as public domain. Therefore, it is necessary to limit the scope of others in the article 2.1.(K) to those who have a specific competitive relationship and to minimize the conflict with copyright law.

Key Words: unfair competition, misappropriation, copyright, golfzone, BTS

The Journal of Law & IP 제10권 제1호
Vol. 10 No. 1 June. 2020

부정경쟁방지법상 이른바 '저명상표 희석범죄'의 기수시기

송 승 은*

〈목 차〉

Ⅰ. 들어가며
Ⅱ. 저명상표 희석범죄의 성립요건
Ⅲ. 저명상표 희석범죄의 보호정도와 기수시기
Ⅳ. 맺으며

Ⅰ. 들어가며

오늘날 저명상표는 세계 각국에서 보편적으로 보호되고 있는데, 우리나라도 이와 같은 국제적인 추세에 맞추어 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률(이하 '부정경쟁방지법'이라 한다)에서 저명상표를 보호하고 있다.

부정경쟁방지법 제2조 제1호 다목은 "가목 또는 나목의 혼동하게

◆ 투고일자: 2020. 6. 1. 심사완료일: 2020. 6. 15. 게재확정일자: 2020. 6. 21.
* 성균관대학교 법학연구원 선임연구원, 법학박사.

하는 행위 외에 비상업적 사용 등 대통령령으로 정하는 정당한 사유 없이 국내에 널리 인식된 타인의 성명, 상호, 상표, 상품의 용기·포장, 그 밖에 타인의 상품 또는 영업임을 표시한 표지(타인의 영업임을 표시하는 표지에 관하여는 상품 판매·서비스 제공방법 또는 간판·외관·실내장식 등 영업제공 장소의 전체적인 외관을 포함한다)와 동일하거나 유사한 것을 사용하거나 이러한 것을 사용한 상품을 판매·반포 또는 수입·수출하여 타인의 표지의 식별력이나 명성을 손상하는 행위"를 부정경쟁행위의 한 종류로 정의하고 있다. 이 규정은 상표법조약(Trademark Law Treaty) 가입을 위하여 2001년 2월 부정경쟁방지법 개정시 추가된 부정경쟁행위의 유형 중 하나로 일반적으로 이를 '저명상표 희석행위' 또는 '저명상표 부정사용행위'라 한다.[1][2] 그리고 이에 따른 부정경쟁행위를 한 자는 같은 법 제18조의 벌칙규정에 따라 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처하게 된다(동조 제3항 제1호).

이렇게 형사처벌의 대상이 되는 저명상표 희석행위를 이른바 '저명상표 희석범죄'라 한다.[3] 이는 일반 소비자 사이에 널리 알려져 있어 시장에서 높은 명성을 가지고 있는 상표에 축적된 양질의 이미지나 신

1) 윤선희/김지영, 부정경쟁방지법, 법문사, 2012, 133면; 허인 외, 지식재산제도의 실효성 제고를 위한 법제도 기초연구 -부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 조문별 해설서-, 인프라 기초연구과제 최종보고서, 특허청·한국지식재산연구원, 2014.12, 105면.

2) 부정경쟁방지법은 상표법과 달리 보호대상을 '상표'에 한정하지 않고, 상호 기타 영업이나 상품을 나타내는 표지를 포함한다. 다만 희석화 개념은 '상표'를 중심으로 발전되었으므로 '저명상표 희석행위'라 하여도 무방하다. 송재섭, "상표 희석화 이론의 해석과 적용", 서울대학교 박사학위논문, 2006.2, 1면; 조정욱, "부정경쟁방지및영업비밀보호에관한법률상 희석화에 대한 연구", 「서울대학교 법학」, 제44권 제2호, 서울대학교 법학연구소, 2003.6, 102면.

3) 고아라, "저명상표 희석범죄의 판단기준 -희석화의 입증정도에 관하여-", 「계룡법조」, 통권 제10호, 대전지방변호사회, 2018.12, 77-78면.

용·고객흡인력에 편승하여 부당한 이익을 얻으려는 행위를 공정한 경쟁에 반하는 행위로 규정하여 상표권자를 보호하려는 취지로서, 소비자나 일반 거래자들 사이에서 전혀 오인이나 혼동을 초래하지 않으면서 저명상표의 식별력 또는 명성의 손상을 가져오는 행위를 규제하려는 것이다.[4)]

그러나 저명상표 희석범죄가 성립하기 위해서는 "타인의 표지에 대한 식별력 또는 명성 손상"에 이르러야 하는데, 과연 어느 정도까지 이르렀을 때 구성요건 내용을 충족했다고(즉 기수에 이르렀다고) 판단할 것인지에 대해서 아직 그 기준이 확립되어 있지 않아 논쟁의 여지가 있다.[5)] 특히 구체적 실무사례에서 일단 저명상표인 것으로 판단한 이후에 과연 어떤 경우에 그 저명상표의 식별력 또는 명성이 손상되었다고 볼 것인지가 문제되는데, 그 입증이 쉽지 않아 실무사례의 당사자들이 치열하게 다투고 있다.[6)] 즉 저명상표 희석범죄는 식별력 또는 명성 손상의 가능성만 있으면 성립하는지 아니면 실제로 식별력 또는 명성 손상이 발생하여야 하는지 여부가 문제 된다.[7)] 이는 결국 부정경쟁방지법상 저명상표 희석범죄의 범죄성격을 해석상 위험범으로 볼 것인지 침해범으로 볼 것인지와 관련된 문제인 것이다. 저명상표 희석범죄의 범죄성격을 어떻게 보느냐에 따라 '미수 및 기수의 시기가 달라짐'은 물론 '식별력 또는 명성 손상의 입증 정도'에도 영향을 미치므로 이에 대한 논의는 매우 중요한 문제라 할 수 있다.

이와 같은 문제의식 하에서 본고는 부정경쟁방지법상 형사처벌의 대상인 '저명상표 희석범죄'의 성립요건 및 범죄성격을 죄형법정주의

4) 고아라, 앞의 논문, 77면.
5) 고아라, 앞의 논문, 81면.
6) 고아라, 앞의 논문, 78면.
7) 최성준, "부정경쟁행위에 관한 몇 가지 쟁점", 「Law & Technology」, 제5권 제1호, 서울대학교 기술과법센터, 2009.1, 24-25면.

의 관점에서 재정립하고 이를 토대로 저명상표 희석범죄의 가벌성 영역을 설정하고자 한다.

Ⅱ. 저명상표 희석범죄의 성립요건

1. 의의

부정경쟁방지법 제2조 제1호 다목은 가목의 상품주체 혼동행위와 나목의 영업주체 혼동행위 이외에, 국내에 널리 인식된 타인의 상품 또는 영업표지를 비상업적 사용 등 대통령령이 정하는 정당한 사유 없이 사용하거나 사용한 상품을 판매·반포 등을 하여 타인표지의 식별력이나 명성을 손상시키는 행위를 부정경쟁행위의 한 유형으로 규정하고 있다. 이는 혼동초래행위와 달리 소비자의 혼동가능성이 없음에도 유명상표의 이미지와 신용·고객흡입력 등이 각종 상품에 분산·약화되는 방지하기 위한 규정으로, 그 본질은 유명상표의 재산적 가치를 보호하기 위한 희석화(dilution) 규제 규정으로 이해된다.[8)]

상표의 희석화는 저명상표(well-known mark)와 같이 강한 식별력과 좋은 평판이 있는 경우 제3자가 이러한 강한 식별력과 좋은 평판에 무임승차를[9)] 하여 저명상표의 좋은 이미지, 고객흡입력, 광고선

8) 송재섭, 앞의 논문, 168, 173면; 최승재, 부정경쟁행위 판단기준 및 행정조사에 관한 연구, 정책연구과제 결과보고서, 특허청, 2018.11, 47면. 그러나 부정경쟁방지법 제2조 제1호 다목이 혼동 내지 혼동가능성을 요구하지 않음을 명확하게 규정하고 있지 않다는 점과 다른 유형의 부정경쟁행위와 손해배상의 요건을 다르게 규정하고 있다는 점을 들어 희석화 방지규정이라기 보다는 유명상표 보호규정이라고 보는 것이 타당하다는 견해는 육소영, "가상공간에서의 상표침해에 대한 혼동이론 및 희석화이론의 적용", 「디지털 시대의 상표보호 세미나」, 한국발명진흥회 지식재산권연구센터, 2002, 33면(송재섭, 앞의 논문, 171면 재인용).

전력 등이 저명상표권자와 무관한 다른 상품에 흡수되어 희박하게 되거나 손상되어 버리는 것을 의미한다.[10] 부정경쟁방지법은 이러한 저명상표 희석행위를 부정경쟁행위의 하나로 정하고, 이를 위반한 자에 대하여 형사처벌까지 할 수 있도록 하고 있다(제2조 제1호 다목, 제18조 제3항 제1호). 이를 '저명상표 희석범죄'라 한다.[11] 이에 따라, 저명상표 희석범죄란 요컨대 '국내에 널리 인식된 타인의 상표 등과 동일하거나 유사한 것을 사용하여 그 식별력이나 명성을 손상하게 함으로써 성립하는 범죄'라 정의할 수 있다.

2. 성립요건

(1) 표지의 저명성

부정경쟁방지법 제2조 제1호 다목은 보호 대상을 같은 호 가목 및 나목과[12] 마찬가지로 "국내에 널리 인식된 표지"라고 규정하고 있어 그 보호대상 표지가 주지성을 갖추는 것만으로 충분한지가 해석상 문

9) 무임승차에는 두 가지 종류가 있는데, 하나는 타인의 저명표시를 사용하여 그 타인의 상품이나 영업인 것처럼 오인하도록 한다든지 그 타인의 관련 기업의 상품이나 영업인 것으로 오인하도록 하는 경우이고, 다른 하나는 상품주체나 영업주체가 타인인 것까지는 속이지 않아도 저명한 표시를 사용하여 사람들의 이목을 끄는 행위이다(요컨대 표시의 저명성만을 이용하는 행위). 윤선희/김지영, 앞의 책, 133면.

10) 조정욱, 앞의 논문, 102면.

11) 고아라, 앞의 논문, 77-78면.

12) 가목과 나목의 상품이나 영업주체 혼동행위는 국내에 널리 인식된 타인의 상품 표지나 영업표지와 동일하거 유사한 표지를 사용함으로써 자신의 상품이나 영업을 타인의 상품이나 영업과 혼동을 일으키게 하는 행위를 말한다. 여기에서 '국내에 널리 인식된 타인의 상품 등 표지'라는 의미는 일반적으로 주지성을 획득한 상품등 표지를 의미하는 것으로 해석된다. 최정열/이규호, 부정경쟁방지법(제3판), 진원사, 2019, 17, 57면.

제된다. 이에 대하여, 희석화이론에 따르면 혼동가능성이 발생하지 않는 경우에도 그 가치가 손상될 수 있는 상표만이 희석화이론의 보호 대상이 될 수 있으므로 당해 상표가 수요자·거래자 뿐만 아니라 일반 소비가 전체에 알려져 있어야 하고, 주지상표에까지 희석화를 확대할 경우 상표의 보호범위가 지나치게 확대되어 신규 시장 진입자에 대한 부당한 제한이 될 수 있으며, 입법연혁에 비추어 볼 때 본목은 저명상표의 식별력 또는 명성 손상행위의 방지를 위한 것으로 입법이 되었다는 점 등을 이유로[13] 본목의 보호 대상은 저명상표에 한정된다고 보는 것이 일반적이다.[14] 대법원도 "… 제2조 제1호 (다)목의 입법 취지와 그 입법 과정에 비추어 볼 때, 위 규정에서 사용하고 있는 '국내에 널리 인식된'이라는 용어는 국내 전역 또는 일정한 지역 범위 안에서 거래자 또는 수요자들 사이에 알려지게 된 '주지의 정도'를 넘어 관계 거래자 이외에 일반 공중의 대부분에까지 널리 알려지게 된 이른바 '저명의 정도'에 이른 것을 의미하는 것으로 해석함이 상당하다"고 판시하고 있다.[15]

이와 같이 부정경쟁방지법 제2조 제1호 다목의 상품등의 표시는 저명한 것이야 한다. 즉 동호의 가목과 나목의 요건으로서의 주지성보다는 높은 수요자의 인지도를 요구한다.[16] 일반적으로 주지성(周知性)은 '당해 상품에 관한 수요자나 거래자들 사이에 특정인의 상품 등 표

13) 보호표지의 저명성과 관련하여 주지상표까지 희석화의 범위를 확대할 경우의 문제점은 물론입법정책적, 입법론적, 비교법적 검토는 조정욱, 앞의 논문, 109-113면 참조.

14) 김병일, "저명상표의 보호 확대 방안에 관한 고찰", 「창작과 권리」, 제67호, 세창출판사, 2012, 43면; 송재섭, 앞의 논문, 175면; 윤선희/김지영, 앞의 책, 134면; 조정욱, 앞의 논문, 101-134면; 최성준, 앞의 논문, 23면; 최승재, 앞의 논문, 49면; 최정열/이규호, 앞의 책, 140면.

15) 대법원 2004. 5. 14. 선고 2002다13782 판결; 대법원 2006. 1. 26. 선고 2004도651 판결; 대법원 2017. 11. 9. 선고 2014다49180 판결.

16) 윤선희/김지영, 앞의 책, 134면.

지로서 널리 알려진 것'을 의미하는 반면, 저명성(著名性)은 '당해 상품이나 영업의 수요자나 거래자뿐만 아니라 일반 소비자들의 압도적 다수에까지 해당 상품 등 표지가 특정인의 상품 등 표지로서 널리 알려지게 되었을 뿐만 아니라 그 표지에 일정 이상의 신용·명성·평판이 확립(양질감이 화체)된 것'을 말한다.[17] 즉, 주지성은 해당 상품이나 영업의 거래자의 다수에게 널리 알려진 정도로 충분하지만, 저명성은 일반 소비자 또는 일반 공중의 대부분에게까지 비교적 우수한 품질의 상품이나 영업의 출처를 나타내는 표지로서 알려진 것을 의미한다.[18]

이러한 저명성, 즉 국내에 널리 인식되었는지의 여부를 판단하기 위해서는 그 표지의 사용, 공급, 영업활동의 기간, 방법, 태양 및 거래범위 등과 같은 그 거래실정 및 사회통념상 객관적으로 널리 알려졌느냐의 여부 등을 기준으로 하여 합목적적으로 판단하여야 한다.[19] 예를 들면 매출액, 시장점유율, 선전광고비 등이 높은 사정은 저명성을 긍정하는 요소로 고려될 수 있다.[20]

(2) 동일 또는 유사한 표지의 사용

본목의 부정경쟁행위에 해당하려면 저명표지와 동일하거나 유사한 것을 사용할 것이 요구된다. 이때 동일·유사한 표지라 함은 저명표시와 관련 주체의 1대1 대응을 붕괴하고, 희석화 등을 일으킬 정도로 흡사한 표지, 즉 용이하게 저명표지를 상기시킬 정도로 흡사한 표지이어야 한다. 또한 수요자가 어떠한 인상, 기억, 연상을 품게 되는가라는 점이 중요하므로, 표시의 자체나 문자의 색, 배열 등의 외관이 흡

17) 조정욱, 앞의 논문, 109면; 최승재, 앞의 논문, 49면; 최정열/이규호, 앞의 책, 139면.
18) 최정열/이규호, 앞의 책, 139면.
19) 대법원 2006. 1. 26. 선고 2004도651 판결; 김병일, 앞의 논문, 43면.
20) 윤선희/김지영, 앞의 책, 135면.

사하면 유사성이 긍정될 수 있다.[21]

그리고 본목은 저명표지와 동일·유사한 표지를 '사용'하여 그 식별력이나 명성을 손상하게 하는 행위를 규제하고 있는데, 상표법이 '사용'의 개념에 관하여 규정하고 있는 것[22]과 달리 부정경쟁방지법은 그 같은 규정을 두고 있지 않아서, 여기의 사용개념이 어떠한 것인지 문제된다. 본목을 혼동가능성 여부와 관계없이 유명상표의 희석화를 방지하기 위한 규정으로 이해하는 한, 여기의 '사용'은 유명상표와 동일·유사한 상표를 기존의 지정상품과는 다른 새로운 상품의 출처표시로서 사용하는 것을 의미한다고 본다.[23]

다만, 이러한 표지의 사용이 비상업적 사용 등 대통령령이 정하는 정당한 사유에 해당하면 본목의 적용이 배제된다. 이때 대통령령이 정하는 정당한 사유란 ① 비상업적으로 사용하는 경우, ② 뉴스보도 및 뉴스논평에 사용하는 경우, ③ 타인의 성명, 상호, 상표, 상품의 용기·포장 그 밖에 타인의 상품 또는 영업임을 표시한 표지(이하 '표지'라 한다)가 국내에 널리 인식되기 전에 그 표지와 동일하거나 유사한 표지를 사용해온 자(그 승계인을 포함한다)가 이를 부정한 목적 없이 사용하는 경우, 그리고 ④ 그 밖에 해당 표지의 사용이 공정한 상거래 관행에 어긋나지 아니한다고 인정되는 경우이다(부정경쟁방지법 시행령 제1조의2). 즉 비상업적 사용행위, 선사용 및 공정한 상거래 관행에 반하지 않는 행위는 비록 타인의 저명표시를 사용하는 것이라도 본목에서 규율하는 부정경쟁행위에 해당하지 않는다.[24]

---

21) 윤선희/김지영, 앞의 책, 137면.
22) 상표법 제2조 제1항 제11호.
23) 송재섭, 앞의 논문, 192면.
24) 윤선희/김지영, 앞의 책, 138면.

(3) 식별력 또는 명성의 손상

저명표시의 부정사용행위에 의하여 타인의 식별력이나 명성을 손상하여야 한다. 본목은 규제대상을 식별력 혹은 명성의 손상행위라고 규정하고 있음에도 불구하고 학설과 판례는 본목의 손상행위 개념은 영미법에서 말하는 식별력 약화(Blurring)와 상표에 대한 신뢰손상행위(Tarnishing)를 모두 포함하는 것으로 이해하고 있다.[25]

식별력의 손상이란 저명한 타인의 상표나 영업표지가 가지는 출처표시 기능이 손상되는 것을 의미한다.[26] 구체적으로는 그 표지 자체의 고유한 식별력이 약화되고 그 결과 저명표지와 저명표지가 나타내는 상품이나 영업의 주체를 연결하는 힘이 약화되는 것을 말한다.[27] 즉, 상품이나 영업을 식별하게 하고 그 출처를 표시하는 저명상표의 고유한 힘(식별력, 단일성, 독특함, 명성 등)이나 기능을 감소하게 하는 것을 말한다.[28] 예를 들면 KODAK(카메라) 상표를 피아노에 사용하는 경우, SONY(가전제품)를 초콜릿에 사용하는 경우 등이다.[29]

그리고 명성의 손상이란 어떤 좋은 이미지나 가치를 가진 주지의 표지를 부정적인 이미지를 가진 상품이나 서비스에 사용함으로써 그 표지의 좋은 이미지나 가치를 훼손하는 행위를 말한다.[30] 예를 들면,

---

25) 김병일, 앞의 논문, 46면; 박혜진, "희석화조항의 해석·적용에 관한 연구", 「Law & Technology」, 제7권 제4호, 서울대학교 기술과법센터, 2011.7, 117면; 송재섭, 앞의 논문, 194-197면; 최성준, 앞의 논문, 24면; 최승재, 앞의 논문, 51면; 최정열/이규호, 앞의 책, 144-145면.

26) 대법원 2004. 5. 14. 선고 2002다13782 판결(저명 상표인 'viagra'와 유사한 'viagra.co.kr'이라는 도메인 이름의 사용이 식별력 손상행위에 해당한다고 한 사례) 참조.

27) 최승재, 앞의 논문, 51-52면; 최정열/이규호, 앞의 책, 145면.

28) 서울중앙지방법원 2003. 8. 7. 선고 2003카합1488 판결; 윤선희/김지영, 앞의 책, 141면; 최정열/이규호, 앞의 책, 145면.

29) 특허청 산업재산보호과, 부정경쟁방지 업무 해설서, 2004.10, 38면.

30) 서울지방법원 2003. 8. 7. 선고 2003카합1488 판결; 윤선희/김지영, 앞의 책, 141면.

맥주의 상표로 유명한 'OB'를 살충제의 표지로 사용하는 행위가 그것이다.[31]

3. 소결

이상과 같이 부정경쟁방지법상 저명상표희석범죄가 성립하려면 '표지의 저명성, 동일 또는 유사한 표지의 사용, 식별력 또는 명성의 손상(희석화)'의 요건을 갖추어야 한다. 이는 저명상표희석범죄의 객관적 구성요건 요소에 해당한다.[32] 즉, 어떤 사람이 타인의 저명표지와 동일 또는 유사한 표지를 사용하여 저명한 타인의 표지의 식별력이나 명성을 손상하게 하면 본죄의 객관적 구성요건에 해당한다. 그리고 이러한 객관적 구성요건 요소를 인식하고 구성요건을 실현하려는 의사인 고의(주관적 구성요건요소)가 있어야 함은 물론이다.

그렇지만 저명표지와 동일 또는 유사한 표지의 사용이 비상업적 사용 등 대통령령이 정하는 '정당한 사유'에 해당하면 부정경쟁방지법 제2조 제1호 다목의 적용이 배제되는데, 이는 형법 제20조의 정당행위(법령에 의한 행위)에 해당하여 위법성이 조각된다고 보아야 할 것이다.[33] 다만, 위 정당한 사유 가운데 선사용자의 표지사용은 부정한

31) 김병일, 앞의 논문, 45면; 최승재, 앞의 논문, 53면.

32) 형법상 구성요건이란 '형벌부과의 대상이 되는, 추상적으로 기술된 행위유형'을 말하고, 구성요건의 객관적 요소란 외계에 나타난 현상에 해당하는 요소로 행위의 의사·목적·심정 등 주관적 요소와 독립하여 외부적으로 그 존재를 인식할 수 있는 것을 말한다. 이재상/장영민/강동범, 형법총론(제10판), 박영사, 2019, 112, 121면; 정성근/박광민, 형법총론(전정3판), 성균관대학교 출판부, 2020, 106, 113면.

33) 형법 제20조의 법령에 의한 행위는 법령상 요구되는 행위와 법령상 허용되는 행위로 구별할 수 있으며(김일수/서보학, 새로쓴 형법총론(제13판), 박영사, 2018, 234면), 여기의 법령에는 실정법률은 물론 관할권 있는 부서에서 제정·공포된 일반적·추상적인 법규와 행정명령 등도 포함된다(김성돈, 형법총론(제6판), 성균관

목적 없이 이루어져야 한다. 즉 국내에 널리 인식되기 전에(즉 저명해지기 전에) 그 표지와 동일·유사한 표지를 사용해 온 자가 부정한 목적 없이 사용하는 경우에는 본목의 부정경쟁행위에 해당하지 않는다. 이때 부정한 목적은 사용개시 시점뿐만 아니라 사용 계속 중에도 요구된다.[34]

그러나 부정경쟁방지법이 상표의 손상에 의한 희석을 부정경쟁행위로 추가하였지만, 상표의 저명성을 판단하는 기준, 상표희석화의 정의, 상표희석화의 판단기준 등이 명확하게 제시되어 있지 않아 예측가능성 및 법적 안정성을 해치고 있다는 비판을 받는다.[35] 부정경쟁방지법이 각종의 부정경쟁행위를 금지하고 이를 위반한 경우에 형사처벌하는 (광의의) 형법인 이상 형법상의 기본원칙은 준수되어야 한다. 저명상표 희석행위가 경쟁관계가 없는 업종에까지 그 법적 효과가 미치고 형사처벌까지 가능한 매우 강력한 규제조항이며, 그 적용이 확대될 경우 다른 사람의 표현의 자유와 영업의 자유를 심하게 제약할 수 있고 오히려 공정한 경쟁질서의 유지를 방해할 수 있기 때문이다.[36] 형벌규정의 명확성은 죄형법정주의의 당연한 요청이기도 하다. 즉, 법률이 처벌하고자 하는 행위가 무엇이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지를 누구나 예견할 수 있고, 그에 따라 자신의 행위를 결정할 수 있도록 구성요건을 명확하게 규정해야 한다. 그리고 이렇게 국가형벌

대학교 출판부, 2020, 330-331면).

34) 윤선희/김지영, 앞의 책, 139-140면. 희석화행위를 금지하는 것은 저명상표 보호를 위하여 헌법상 표현의 자유, 영업의 자유를 헌법 제37조 제2항에 따라 법률로써 제한하는 것이라면, 그 기본권 제한에 대한 원상회복 및 그 범위를 정하는 '정당한 사유'도 법률로써 정하는 것이 기본권의 보호와 제한에 관한 헌법의 원리에 부합하므로, 입법론적으로 이를 대통령령이 아닌 부정경쟁방지법에서 규정하도록 해야 한다는 견해는 조정욱, 앞의 논문, 125면.

35) 김병일, 앞의 논문, 49면; 최정환, "미국의 개정 상표희석화방지법에 관한 소고", 「Law & Technology」, 제3권 제1호, 서울대학교 기술과법센터, 2007.1, 42면.

36) 조정욱, 앞의 논문, 129면.

권으로서의 한계를 명확하게 설정함으로써 자의적인 국가형벌권으로부터 시민의 자유가 보장될 수 있다(보장적 기능).[37] 물론 저명상표 희석범죄의 성립요건에 해당하는 '표지의 저명성'과 '식별력 또는 명성의 손상' 개념에 대해서는 관련 판례들이 축적되고 있어 나름의 해석기준이 정립되어 가는 추세에 있다[38]고 하지만, 그럼에도 자의적 해석을 배제할 수 없으므로, 저명상표를 판단하는 기준이나 그 처벌기준에 대한 구체적이고 명확한 기준이 부정경쟁방지법에 마련되어야 할 것이다.

또한 명확성의 원칙은 범죄구성요건뿐만 아니라 소극적으로 범죄성립을 부정하는 요소를 담고 있는 위법성조각사유에도 적용된다. 왜냐하면 위법성조각사유에 해당하지 않는 경우 결국 범죄성립을 인정하는 기능을 하기 때문이다.[39] 그러므로 저명상표 희석범죄의 정당화 사정을 판단하는 요소 중 하나인 '부정한 목적'(부정경쟁방지법 시행령 제1조의2 제3호)의 정의규정이 없어 구체적으로 무엇을 의미하는지 불명확하여 죄형법정주의에 반할 우려가 있으므로 이에 판단기준이 제시되어야 할 것이다.[40]

---

37) 김성돈, 앞의 책, 46, 54면; 정성근/박광민, 앞의 책, 33, 43면.

38) 표지의 저명성 판단은 대법원 2017. 11. 9. 선고 2014다49180 판결, 식별력 손상의 판단은 서울지방법원 2003. 8. 7. 선고 2003카합1488 판결 참조.

39) 김성돈, 앞의 책, 55면; 헌재 2001. 6. 28. 99헌바31 참조.

40) 상표법 제34조 제1항 제13호의 문언에 비추어 '부당한 이익을 얻으려고 하거나 특정인에게 손해를 입히려는 가하려는 등'의 목적으로 이해하는 견해는 최순용, "상표희석화이론의 회고와 전망", 「21세기 한국민사법학의 과제와 전망」, 심당 송상현선생 화갑기념논문집, 박영사, 2002, 802면.

Ⅲ. 저명상표 희석범죄의 보호정도와 기수시기

1. 문제의 제기

저명상표 희석범죄가 성립하기 위해서는 "타인의 표지에 대한 식별력 또는 명성 손상"에 이르러야 하는데, 과연 어느 정도까지 이르렀을 때 해당 표지에 대한 침해가 있었다고 판단할 것인지가 문제로 된다.

구체적 형사실무사례에서 일단 '저명상표'인 것으로 판단한 이후에는, 과연 어떤 경우에 그 저명상표의 식별력이 약화되거나 명성이 손상되었다고 볼 것인지가 문제되는데, 특히 상대적으로 그 입증이 용이한 '명성 손상'에 비해 '식별력 약화'는 입증이 쉽지 않기 때문에 실무사례의 당사자들은 '식별력 약화가 발생하였다, 발생하지 않았다'에 대해 치열하게 다투고 있다.[41]

따라서 저명상표에 대한 희석화로 인한 침해(식별력 약화 또는 명성 손상)가 실제 발생한 경우에만 기수에 이르렀다고 볼 것인지, 아니면 실제 이러한 침해가 일어나기 전이라도 그 위험성이 인정되면 기수에 이른 것으로 볼 것인지를 판단하는 것이 중요하다. 이를 위해서는 저명상표 희석범죄가 위험범인지 침해범인지에 대한 해석이 선행되어야 한다.

2. 저명상표희석죄의 범죄성격과 기수시기

(1) 침해범과 위험범의 구분

형법상 범죄는 여러 가지 관점에 따라 그 유형을 분류할 수 있는데, 그 가운데 구성요건 내용이 법익침해까지 요하는가, 법익침해의 위험

41) 이에 대해서는 고아라, 앞의 논문, 78면.

만으로 충분한가라는 '법익보호의 정도'에 따라 침해범과 위험범으로 구별할 수 있다. 일반적으로 당해 구성요건이 보호하는 보호법익을 밝혀낸 후 그 보호법익이 당해 구성요건에서 어느 정도로 보호되고 있는지와 관련한 입법자의 결단을 확인하여, 당해 구성요건이 보호하는 보호법익의 침해가 있어야 비로소 성립하는 범죄를 침해범이라고 하고, 당해 보호법익이 현실적으로 침해되지 않아도 성립할 정도로 보호법익의 보호정도가 높은 범죄를 위험범이라고 판단한다. 여기서 위험이란 법익침해의 가능성을 말한다.[42] 침해범과 위험범의 구별실익은 기수·미수의 성립과 인과관계의 필요 여부에 있다. 침해범에 있어서는 행위와 법익침해 사이에 인과관계가 문제되며, 법익이 침해되면 기수이고, 법익이 침해되지 않거나 인과관계가 부정되면 미수가 된다. 반면 위험범의 경우는 법익침해의 위험이 있는 것만으로 기수가 된다.[43]

그리고 위험범은 구성요건이 실현되기 위해서 필요로 하는 위험의 정도에 따라 구체적 위험범과 추상적 위험범으로 구별한다. 구체적 위험범은 법익침해의 구체적 위험, 즉 현실적으로 위험이 발생할 것을 그 성립요건으로 하는 범죄이다. 이는 일반적으로 구성요건 내용에 특히 위험이 현출될 것을 요한다는 취지가 명시되어 있다. 구체적 위험범은 법익침해의 위험이 구체적으로 나타난 때에 한하여 가벌적 행위가 되며, 위험의 발생이 구성요건요소이기 때문에 위험에 대한 인식은 고의의 내용이 된다. 이에 대해 추상적 위험범은 법익침해의 일반적(추상적) 위험성만 있으면 성립하는 범죄이다. 여기의 추상적 위험은 실행행위에 전형적으로 내포하고 있는 위험을 의미하고, 구성요건실행행위만 있으면 일반적 위험이 인정된다. 따라서 추상적 위험범에 있어서는 위험이 현실적으로 발생하였는지의 여부를 법관이 심사할 필요가

42) 신동운, 형법총론(제11판), 법문사, 2019, 145면.
43) 임웅, 형법총론(제11정판), 법문사, 2019, 108면.

없으며, 행위자가 위험에 대한 인식(고의)을 가질 필요도 없다.[44]

한편 범죄를 결과발생을 요건으로 하는지에 따라 결과범과 거동범으로 나눌 수 있는데, 결과범에서의 결과를 '법익침해 및 법익침해의 구체적 위험'이라는 가치적 관점에서 파악하면, 이 경우 결과범은 침해범과 구체적 위험범을 의미한다.[45] 이에 따르면 추상적 위험범은 거동범에 속한다.[46] 따라서 구체적 위험범의 구체적 위험도 당해 범죄의 결과에 해당하므로, 침해범과 마찬가지로 행위와 결과사이에 인과관계가 인정되어야만 그 결과를 이유로 형사책임을 지울 수 있다. 반면에 추상적 위험범의 경우에는 위험발생이라는 결과를 구성요건요소로 설정하고 있지 않는 범죄이므로 원칙적으로 인과관계가 문제되지 않는다.[47]

(2) 저명상표 희석범죄의 보호정도와 기수시기

우선 부정경쟁방지법 제18조의 벌칙규정을 검토해보면 저명상표 희석범죄의 미수범을 처벌하는 규정이 없다.[48] 이렇게 미수범처벌

---

44) Günter Stratenwerth/Lothar Kuhlen, *Strafrecht AT*., 6.Aufl., Franz Vahlen, 2011, S.76, Rn.14; Helmut Frister, *Strafrecht AT*., 8.Aufl., C.H.Beck, 2018, S.38, Rn.24-26; Urs Kindhäuser, *Strafrecht AT*., 8.Aufl., Nomos, 2017, S.70, Rn.20-22; 김성돈, "침해범/위험범, 결과범/거동범, 그리고 기수/미수의 구별기준", 「형사판례연구 [17]」, 한국형사판례연구회, 2009.6, 7면; 이재상/장영민/강동범, 앞의 책, 82-83면; 정성근/박광민, 앞의 책, 81-82면.

45) 임웅, 앞의 책, 107면; Karl Lackner/Kristian Kühl, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, 23.Aufl., C.H.Beck, 1999, S.90, Rn.32.

46) 구성요건의 내용이 결과의 발생을 요하지 않고 법에 규정된 행위를 함으로써 충족되는 범죄를 거동범(단순거동범) 또는 형식범이라고 한다. 이재상/장영민/강동범, 앞의 책, 82면.

47) 다만 추상적 위험범 중에서 구성요건적 결과를 명시하고 있는 경우에는 인과관계가 인정되어야 한다(예: 형법 제146조의 현주건조물방화죄). 김성돈, 앞의 책, 188-189면.

48) 부정경쟁방지법 제18조의2(미수)는 영업비밀침해행위(제18조 제1항 및 제2항)의

규정이 없기 때문에 일반적인 처벌의 필요성을 고려하여 저명상표 희석범죄를 위험범으로 해석할 여지가 없지 않다.[49] 그러나 형법상 위험범이면서도 미수범 처벌규정을 두고 있는 범죄구성요건(예: 현주건조물방화죄)의 존재를 인정하는 한, 어떤 범죄를 위험범으로 볼 것인지 침해범으로 볼 것인지의 여부는 범죄의 형태상 당연한 것을 제외하고 실정법의 해석의 문제라고 할 것이다.[50] 즉 어떤 범죄가 침해범인지 또는 위험범인지 여부는 법문의 문리적 의미, 보호법익, 입법목적 기타 관련 법조문과의 관계 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.[51]

부정경쟁방지법 제18조 제3항 제1호는 "…사용하여 … 타인의 식별력이나 명성을 손상하는 행위에 따른 부정경쟁행위를 한 자"라고 규정되어 있는 이상 법문상 침해범으로 해석하여 식별력 또는 명성 손상의 현실적 결과발생을 요한다고 볼 수 있다. 그러나 저명상표의 명성손상의 경우 그 행위 자체만으로도 법익침해의 전형적인 위험성이 인정되고 식별력 약화의 경우에는 현실적인 법익침해의 결과가 발생하기 까지 기다렸다가는 회복하기 힘든 결과를 발생시키기 때문에 위험범으로 해석해야 한다고 볼 수도 있다.[52] 침해범으로 보면 결과가 발생할 때까지 기다렸다가 법이 개입하게 되므로 국내에 널리 알려진 상표 등을 효과적으로 보호하지 못하게 된다는 문제가 발생하고, 위험범

미수범을 처벌한다.

49) 형법이 협박죄의 미수범을 처벌하고 있는 취지에 비추어 협박죄를 침해범으로 보는 견해(임웅, 형법각론(제10정판), 법문사, 2019, 154면; 정성근/박광민, 형법각론(전정3판), 성균관대학교 출판부, 2019, 135면)에 따를 때, 당해 범죄의 미수범 처벌 규정이 없으면 위험범으로 해석할 여지가 있다.

50) 김성돈, 앞의 논문, 6-7면.

51) 권오걸/임상규, "배임죄에서의 기수시점과 공소시효의 기산점", 「법학논고」, 제57집, 경북대학교 법학연구원, 2017.2, 41면.

52) 고아라, 앞의 논문, 83-84면 참조. 참고로 미국 연방상표희석화법은 희석화의 가능성만으로도 상표사용금지청구가 가능하도록 규정하고 있다(제2조 제1항).

으로 보게 되면 저명상표의 보호범위를 넓히는 결과를 야기하여 자칫 남용될 수 있다는 점이 문제로 된다.[53] 또한 위험범으로 보면 범죄의 완성인 기수의 성립시기를 앞당김으로써 피해자(상표권자)의 법익보호(재산적 권리보호)에 충실한 해석이 되지만, 행위자의 입장에서는 다소 그 범죄완성을 피할 수 있는 시간적 여유가 줄어든다는 점에서 피고인의 이익에는 반한다.[54]

현재 저명상표 희석범죄를 추상적 위험범으로 보는 견해는 발견되지 않는다. 다만 대법원이 '부정경쟁방지법 제2조 제1호 나목 소정의 영업표지의 유사 여부'를 판단함에[55] 있어 오인혼동할 '우려'를 설시할 뿐 오인혼동의 '현실적 결과발생'을 설시하지 않았다는 점을 토대로 다목의 저명상표 희석범죄를 구체적 위험범으로 해석하는 견해[56]가 있다. 이에 대하여 부정경쟁방지법 제2조 제1호 다목이 규정하고 있는 손상은 전통적 의미에서의 상표 약화와 대비되는 것이 아니며, 본 목의 규정이 적용되기 위해서는 단지 희석가능성이 존재한다는 사실만으로는 부족하고 나아가 실제로 희석되었다는 것, 즉 상표의 식별력이나 명성이 실제로 손상되었다는 구체적인 결과가 발생하여야 한다는 견해[57]가 있다. 이 견해에 따르면 저명상표 희석범죄는 침해범으로 보게 된다.

저명상표 희석범죄를 구체적 위험범으로 보면 식별력 약화 또는 명성 손상을 발생시킬 고도의 가능성(개연성)이 있는 구체적 위험의 경우에 한하여 기수를 인정하게 된다. 이 견해는 저명상표와 동일·유사

53) 고아라, 앞의 논문, 85면; 최승재, 앞의 논문, 54면.

54) 홍승희, "대표권남용의 약속어음발행에 있어서 배임죄의 보호정도와 미수·기수 성립범위 -대법원 2017. 7. 20. 선고 2014도1104 전원합의체 판결-", 「법조」, 통권 제728호, 법조협회, 2018.4, 644면.

55) 대법원 2011. 4. 28. 선고 2009도11221 판결.

56) 고아라, 앞의 논문, 86면.

57) 송재섭, 앞의 논문, 204면; 박혜진, 앞의 논문, 119면; 조정욱, 앞의 논문, 122면.

한 ① 침해표지의 사용 태양, ② 사용 기간, ③ 사용 방법, ④ 침해자의 의도[58], ⑤ 유사 침해표지의 난립 정도 등을 규범적 요소로 고려하여, 침해행위 태양의 반(反)가치 정도가 저명상표의 보호법익을 위태롭게 하는 단계에 이르렀다고 판단되는 경우에 구체적 위험이 발생하였다고 판단한다.[59]

반면 이를 침해범으로 파악하면 식별력 약화 또는 명성의 손상이 현실적으로 발생한 때에 기수가 성립한다. 이에 따를 때, 식별력 또는 명상의 손상 여부를 판단하기 위해서는 제3자에 의한 사용 여부·상표의 식별력·상표의 관념적 의미·상표 사용자의 의도 등 제반 사정을 종합적으로 고려해야 한다고 한다.[60] 다만, 반드시 영업상 손실 등 경제적 손해의 현실적 발생을 요하는 것은 아니고, 저명상표의 재산적 가치에[61] 대한 침해가 있었다는 점이 객관적으로 입증되면 족하다고 한다.[62]

3. 소결

형법에서 위험범은 축소해석이 요청될 뿐 그 필요성이 전면 부정되지 않는다. 실행행위 그 자체만으로도 법익침해의 전형적인 위험성이 인정되거나 현실적인 법익침해의 결과가 발생하기까지 기다렸다가는 회복하기 힘든 결과를 발생시키는 상황을 초래할 가능성이 큰 경우에, 이를 미연에 방지하고자 위험범의 입법방식의 필요성을 강하게 요구

58) 침해자에게 저명상표의 명성이나 고객 흡인력에 편승하려는 의도가 있었는지 여부 등.

59) 고아라, 앞의 논문, 87면.

60) 조정욱, 앞의 논문, 118-122면.

61) 부정경쟁방지법 제2조 제1호 다목은 저명상표의 재산적 가치를 보호하기 위한 희석화 방지 규정으로 이해된다. 송재섭, 앞의 논문, 173면.

62) 박혜진, 앞의 논문, 119면.

받고 있기 때문이다.[63]

저명상표의 명성 손상의 경우에는 그 행위 자체만으로도 법익침해의 전형적인 위험성이 인정되고, 식별력 약화의 경우에는 현실적인 법익침해의 결과가 발생하기까지 기다렸다가는 회복하기 힘든 결과를 발생시키는 상황을 초래할 가능성이 크다고 보면[64], 저명상표 희석범죄를 위험범으로 해석해야 할 유인(誘引)이 존재한다. 다만 이를 추상적 위험범으로 해석할 경우 아직 법익침해의 여부가 불분명하고 그 위험성도 구체화되지 않은 단계에서 형법이 개입하게 되어 가벌성 영역의 지나친 확대를 초래함은 물론 형법의 보장적 기능을 심각하게 해칠 우려가 있다.[65] 따라서 일부견해는 저명상표 희석범죄를 식별력 약화 또는 명성 손상의 구체적·현실적 위험이 있으면 처벌하는 구체적 위험범으로 해석한다.[66]

그러나 구체적 위험범은 법익침해에 대한 구체적·현실적인 위험이 발생될 것을 범죄로서 범죄구성요건에 명문으로 위험발생을 구성요건적 결과로 규정하는 형식을 띠고 있다.[67] 즉 법익침해의 위험성이 구성요건에 명시된 범죄를 말한다.[68] 이처럼 법문언에 보호법익에 대한 현실적 위험의 발생을 명시하는 것은 위험범의 확대적용의 위험성을 방지하는 유효적절한 수단이 될 수 있다.[69] 하지만 부정경쟁방지

63) 김재현, "위험범의 본질적 구조", 「법학논총」, 제34집 제1호, 한양대학교 법학연구소, 2017.3, 146면; 김태명, "위험범의 문제점과 제한적 해석·적용", 「동아법학」, 제51호, 동아대학교 법학연구소, 2011.5, 108면; 홍승희, 앞의 논문, 644면.

64) 고아라, 앞의 논문, 84면 참조.

65) 김태명, 앞의 논문, 107면.

66) 고아라, 앞의 논문, 86면.

67) 김성돈, 형법각론(제6판), 성균관대학교 출판부, 2020, 38면.

68) Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts*, 5.Aufl., Dunker & Humblot, 1996, S.264; Helmut Frister, a.a.O., S.38, Rn.25; Hornst Schröder, Die Gefährdungsdelikte im Strafrecht, *ZStW 81* (1969), S.17; 신동운, 앞의 책, 145면; 임웅, 형법총론(제11정판), 108면.

법 제2조 제1호 다목과 제18조 제3항 제1호는 식별력이나 명성 손상의 위험발생을 요건으로 하고 있지 않다.

주지하듯이 형법해석은 법문언에 기초해야 하고 또한 법문언을 벗어나서는 안 되는 것이 원칙이다. 따라서 법문언상 당해 범죄의 본질을 침해범으로 해석할 수 있는 여지를 제공하고 있다면, 법문에 충실하게 법익의 침해를 범죄성립요건으로 요구하는 것이 합당하다.[70] 왜냐하면 법익의 침해가 아니라 침해의 위험성을 근거로 하는 경우 처벌의 범위가 확장되고 그만큼 국민의 자유와 권리를 제한하는 결과를 초래하기 때문이다.[71]

또한 표지의 식별력이나 명성이 손상되었는지 여부는 매우 추상적이고 관념적인 면이 많다는 점에서 상표권자의 입장에서는 희석화의 가능성만 있으면 경쟁자나 기타 제3자를 상대로 이를 남용할 여지가 있다.[72] 더욱이 부정경쟁방지법상의 형사처벌은 그 주된 목적이 소비자의 혼동을 야기하는 등 공익을 침해하는 행위를 제재하는 데 있다고 볼 수 있는데, 저명상표 희석행위는 혼동 여부와 관계없이 소유자의 개인적 이익을 침해하는 것이기 때문에 이에 대해 형사처벌을 가하는 것은 지나친 규제에 해당한다.[73] 왜냐하면 상표희석화이론의 초점은 소비자의 권리를 보호하는 것 보다 상표권자의 재산적 권리를 보호하는 데 있기 때문이다. 따라서 상표권자의 재산권을 형벌적인 제재방법까지 동원하여 보호하는 것은 지나친 가벌성의 확대를 가져옴은 물론 형법의 최후수단성, 비례성원칙 등의 규범원칙을 형해화할 우려가 있으므로 그 적용이 제한적이어야 한다.[74] 따라서 저명상표 희석

69) 김태명, 앞의 논문, 120면.
70) 김태명, 앞의 논문, 113, 128면.
71) 김태명, “형법상 위험개념과 형법해석”, 「성균관법학」, 제14권 제1호, 성균관대학교 비교법연구소, 2002, 134면.
72) 조정욱, 앞의 논문, 122면.
73) 입법론적 재검토를 요한다는 견해는 송재섭, 앞의 논문, 227면.

범죄의 구성요건에 대한 엄격해석을 통해 명확성, 보충성 원칙과의 조화로운 해법을 모색하여야 할 것이다. 부정경쟁방지법 제2조 제1호 다목은 본질적으로 저명상표의 재산적 가치를 보호하기 위한 희석화 방지규정으로 이해되고[75], 희석화 이론은 그 적용이 확대될 경우 타인의 표현의 자유와 영업의 자유를 심하게 제약할 수 있기[76] 때문이다.

이와 같은 이유로 부정경쟁방지법상 저명상표 희석범죄는 침해범으로서 저명상표의 식별력 약화 또는 명성의 손상이 현실적으로 발생한 때에 기수가 성립한다고 본다. 그리고 본죄의 미수범 처벌규정이 없는 것과 관련해서는 식별력 또는 명성의 손상 가능성만으로는 형사처벌을 하지 않겠다는 것이 입법자의 의도라고 파악한다.

Ⅳ. 맺으며

우리의 경제질서는 자유경쟁을 전제로 한다 하더라도 공서양속 또는 신의성실의 원칙에 어긋나는 경제적 경업(競業)의 남용은 허용되지 않는다. 이러한 취지에서 부정경쟁방지법은 일정한 유형의 부정경쟁행위를 규제하고 있다.[77] 특히 부정경쟁행위의 일유형으로서 저명상표희석행위를 금지하고 이에 대한 형사처벌 규정을 두고 있다. 즉, 부정경쟁방지법 제2조 제1호 다목과 제18조 제3항 제1호에 따르면, 국내에 널리 인식된 타인의 상품 또는 영업표지를 비상업적 사용 등 대통령령이 정하는 정당한 사유 없이 사용하거나 사용한 상품을 판매·반포 등을 하여 타인표지의 식별력이나 명성을 손상하는 행위를 한 자

74) 홍승희, 앞의 논문, 644면 참조.
75) 송재섭, 앞의 논문, 173면.
76) 조정욱, 앞의 논문, 129면.
77) 강동세, 지적재산권의 형사적 이해, 세창출판사, 2003, 238면.

는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처하게 된다. 이를 저명상표 희석범죄라 한다.

저명상표 희석범죄가 성립하려면 우선 표지의 저명성, 동일 또는 유사한 표지의 사용, 식별력 또는 명성의 손상(희석화)이라는 객관적 구성요건을 충족해야하고, 이러한 객관적 요소를 인식하고 실현하려는 고의(주관적 구성요건)가 있어야 한다. 그러나 저명표지와 동일 또는 유사한 표지의 사용이 비상업적 사용 등 대통령령이 정하는 정당한 사유에 해당하면(부정경쟁방지법 시행령 제1조의2) 법령상 허용된 행위로써 정당행위에 해당하여 위법성이 조각된다고 본다. 다만 위 정당한 사유 가운데 선사용자의 표지사용은 부정한 목적 없이 이루어져야 한다. 그러나 상표의 저명성의 판단기준, 상표희석화의 정의와 판단기준, 그리고 정당화 사유 판단 요소 중 부정한 목적이 무엇인지 명확하지 않아 예측가능성 및 법적 안정성을 해한다. 각종의 부정경쟁행위 위반에 대하여 형사처벌 조항을 두고 있는 부정경쟁방지법도 광의의 형법인 이상 형법상의 기본원칙은 준수되어야 한다. 따라서 저명상표를 판단하는 기준이나 그 처벌기준에 대한 구체적이고 명확한 기준이 부정경쟁방지법에 마련되어야 할 것이다.

그런데 저명상표 희석범죄가 성립하기 위해서는 "타인의 표지에 대한 식별력 또는 손상"에 이르러야 하는데, 과연 어느 정도 까지 이르렀을 때 해당표지에 대한 침해가 있었다고 판단할 것인지가 문제된다. 이는 저명상표 희석범죄를 형법상 범죄 유형 중 위험범으로 볼지 아니면 침해범으로 볼지에 대한 논의이다. 부정경쟁방지법 제18조 제3항 제1호가 「…사용하여 … 타인의 식별력이나 명성을 손상하는 행위에 따른 부정경쟁행위를 한 자」라고 규정하고 있으므로, 법문상 침해범으로 해석하여 식별력 또는 명성 손상의 현실적 결과발생을 요한다고 볼 수 있다. 그러나 실제 식별력 약화 또는 명성 손상이라는 결과가

발생할 때까지 기다렸다가 법이 개입하면 저명상표를 효과적으로 보호하지 못한다는 점을 이유로 위험범으로 해석할 수도 있다. 다만 이 경우 저명상표 희석범죄를 추상적 위험범으로 보면 저명상표의 보호범위를 지나치게 넓히는 결과를 야기하여 자칫 남용될 수 있으므로, 일부 견해는 구체적 위험범으로 해석하여 식별력 약화 또는 명성 손상의 구체적·현실적 위험이 발생하면 기수가 성립한다고 본다.

그러나 구체적 위험범은 위험성이 구성요건 명시되어 있는 범죄이다. 즉 당해 위험은 객관적 구성요건요소이며, 위험이 발생했을 때 비로소 객관적 구성요건이 충족된다. 하지만 부정경쟁방지법 제2조 제1호 다목과 제18조 제3항 제1호는 식별력이나 명성 손상의 위험발생을 요건으로 하고 있지 않다. 형법해석은 법문에 기초해야 하고 또한 법문언을 벗어나서는 안 되는 것이 원칙이다. 따라서 법문언상 당해 범죄를 침해범으로 해석할 여지가 있다면, 법문언에 충실하게 법익의 침해를 범죄성립요건으로 요구하는 것이 바람직하다. 또한 표지의 식별력이나 명성의 손상 여부는 매우 추상적이고 관념적인 면이 많아서 상표권자의 입장에서 희석화 가능성만 있으면 경쟁자나 제3자를 상대로 이를 남용할 여지가 있다. 더욱이 부정경쟁방지법상의 형사처벌은 그 주된 목적이 소비자의 혼동을 야기하는 등 공익을 침해하는 행위를 제재하는 데 있는데 반하여, 저명상표 희석행위는 혼동 여부와 관계없이 소유자의 개인적 이익을 침해하는 것이기 때문에 이에 대해 형사처벌을 가하는 것이 지나친 규제라는 비판이 제기된다. 상표권자의 재산권을 형사제재를 통해서 까지 보호하는 것은 지나친 가벌성의 확대는 물론 형법의 최후수단성이나 비례성원칙 등을 형해화할 우려가 있으므로 그 적용이 제한적이어야 한다. 따라서 이와 같은 이유로 부정경쟁방지법상 저명상표 희석범죄는 침해범으로서 저명상표의 식별력 약화 또는 명성의 손상이 현실적으로 발생한 때에 기수범이 성립한다고 본다.

〈참고문헌〉

김성돈, 형법총론(제6판), 성균관대학교 출판부, 2020.
_____, 형법각론(제6판), 성균관대학교 출판부, 2020.
김일수·서보학, 새로쓴 형법총론(제13판), 박영사, 2018.
성낙현, 형법총론(제3판), 박영사, 2020.
신동운, 형법총론(제11판), 법문사, 2019.
윤선희·김지영, 부정경쟁방지법, 법문사, 2012.
이재상·장영민·강동범, 형법총론(제10판), 박영사, 2019.
이형국·김혜경, 형법총론(제5판), 법문사, 2019.
임 웅, 형법총론(제11정판), 법문사, 2019.
_____, 형법각론(제10정판), 법문사, 2019.
정성근·박광민, 형법총론(전정3판), 성균관대학교 출판부, 2020.
　　, 형법각론(전정3판), 성균관대학교 출판부, 2019.
최정열·이규호, 부정경쟁방지법(제3판), 진원사, 2019.

이덕재 외, 저명상표 인정기준 및 입증방법의 수립방안에 관한 연구, 특허청, 2013.12.
전정화 외, 국내외 지식재산 법제도 비교 분석(부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률), 기초연구과제 보고서, 특허청·한국지식재산연구원, 2016.12.
최승재, 부정경쟁행위 판단기준 및 행정조사에 관한 연구, 정책연구과제 결과보고서, 특허청, 2018.11.
특허청 산업재산보호과, 부정경쟁방지 업무 해설서, 2004.10.
허인 외, 지식재산제도의 실효성 제고를 위한 법제도 기초연구 -부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 조문별 해설서-, 인프라 기초연구과제 최종보고서, 특허청·한국지식재산연구원, 2014.12.
_____, 지식재산 법제도와 정책동향 -국내외 지식재산 법제도 비교분석(부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률)-, 특허청·한국지식재산연구원, 2015.12.

홍승희, 지식재산권 관련 형벌법규 정비방안, 연구총서 06-05, 한국형사정책연구원, 2006.12.

고아라, "저명상표 희석범죄의 판단기준 -희석화의 입증정도에 관하여-", 「계룡법조」, 통권 제10호, 대전지방변호사회, 2018.12.

권오걸·임상규, "배임죄에서의 기수시점과 공소시효의 기산점", 「법학논고」, 제57집, 경북대학교 법학연구원, 2017.2.

김성돈, "침해범/위험범, 결과범/거동범, 그리고 기수/미수의 구별기준", 「형사판례연구 〔17〕」, 한국형사판례연구회, 2009.6.

김욱준, "주지상표와 저명상표 사이", 「법률신문」, www.lawtimes.co.kr, 2018.5.10.

김병일, "미국의 연방상표희석법 개정에 의한 저명상표 보호강화", 「Law & Technology」, 제3권 제1호, 서울대학교 기술과법센터, 2007.1.

_____, "저명상표의 보호 확대 방안에 관한 고찰", 「창작과 권리」, 제67호, 세창출판사, 2012.

김재현, "위험범의 본질적 구조", 「법학논총」, 제34집 제1호, 한양대학교 법학연구소, 2017.3.

김태명, "형법상 위험개념과 형법해석", 「성균관법학」, 제14권 제1호, 성균관대학교 법학연구소, 2002.

_____, "위험범의 문제점과 제한적 해석적용", 「동아법학」, 제51호, 동아대학교 법학연구소, 2011.5.

박혜진, "희석화조항의 해석·적용에 관한 연구", 「Law & Technology」, 제7권 제4호, 서울대학교 기술과법센터, 2011.7.

박홍진, "영업상의 표지로서 상호와 상표에 관한 소고", 「법학연구」, 제22집 제2권, 원광대학교 법학연구소, 2006.12.

송재섭, "상표 희석화 이론의 해석과 적용", 서울대학교 박사학위논문, 2006.2.

안원하, "형법상의 위험개념", 「법학연구」, 제48권 제1호, 부산대학교 법학연구소, 2007.8.

조정욱, "부정경쟁방지및영업비밀보호에관한법률상 희석화에 대한 연구",

「서울대학교 법학」, 제44권 제2호, 서울대학교 법학연구소, 2003. 6.

최성준, "부정경쟁행위에 관한 몇 가지 쟁점", 「Law & Technology」, 제5권 제1호, 서울대학교 기술과법센터, 2009.1.

최순용, "상표희석화이론의 회고와 전망", 「21세기 한국민사법학의 과제와 전망」, 심당 송상현선생 화갑기념논문집, 박영사, 2002.

최정환, "미국의 개정 상표희석화방지법에 관한 소고", 「Law & Technology」, 제3권 제1호, 서울대학교 기술과법센터, 2007.1.

현대호, "한국과 일본의 부정경쟁방지법에 관한 고찰", 「최신외국법제정보」, 2008-06, 한국법제연구원, 2008.8.

홍승희, "대표권남용의 약속어음발행에 있어서 배임죄의 보호정도와 미수·기수성립범위-대법원 2017. 7. 20. 선고 2014도1104 전원합의체 판결-", 「법조」, 통권 제728호, 법조협회, 2018.4.

Adolf Schöke/Horst Schröder/Peter Cramer/Günter Heine, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 26.Aufl., C.H.Beck, 2001.

Claus Roxin, *Strafrecht AT.*, Band Ⅰ, 4.Aufl., C.H.Beck, 2006.

Fritjof Haft, *Strafrecht AT.*, 9.Aufl., C.H.Beck, 2004.

Günter Stratenwerth/Lothar Kuhlen, *Strafrecht AT.*, 6.Aufl., Franz Vahlen, 2011.

Helmut Frister, *Strafrecht AT.*, 8.Aufl., C.H.Beck, 2018.

Hornst Schröder, Die Gefährdungsdelikte im Strafrecht, *ZStW 81* (1969)

Johannes Wessels/Werner Beulke/Helmut Satzger, *Strafrecht AT.*, 48.Aufl., C.F.Müller, 2018.

Jürgen Baumann/Ulrich Weber/Wolfgang Mitsch, *Strafrecht AT.*, 10.Aufl., Ernst and Werner Gieseking, 1995.

Karl Lackner/Kristian Kühl, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, 23.Aufl., C.H.Beck, 1999.

〈 국문 초록 〉

오늘날 저명상표는 세계 각국에서 보편적으로 보호되고 있는데, 우리나라도 이와 같은 국제적인 추세에 맞추어 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률(이하 '부정경쟁방지법'이라 한다)에서 저명상표를 보호하고 있다.

부정경쟁방지법 제2조 제1호 다목은 "국내에 널리 인식된 타인의 성명, 상호, 상표, 상품의 용기·포장, 그 밖에 타인의 상품 또는 영업임을 표시한 표지와 동일하거나 유사한 것을 사용하거나 이러한 것을 사용한 상품을 판매·반포 또는 수입·수출하여 타인의 표지의 식별력이나 명성을 손상하는 행위"를 부정경쟁행위의 한 종류로 정의하고, 이를 위반한 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다(제18조 제3항 제1호). 이렇게 형사처벌의 대상이 되는 저명상표 희석행위를 이른바 '저명상표 희석범죄'라 한다.

부정경쟁방지법상 저명상표희석범죄가 성립하려면 표지의 저명성, 동일 또는 유사한 표지의 사용, 식별력 또는 명성의 손상(희석화)의 요건을 갖추어야 한다. 그러나 그 사용이 비상업적 사용 등 대통령령이 정하는 정당한 사유에 해당하면 법령에 의한 행위로써 정당행위에 해당하여 위법성이 조각된다고 본다. 그리고 저명상표 희석범죄의 구성요건은 식별력 또는 명성의 손상 가능성(위험)을 명시하고 있지 않으므로, 법문언상 구체적 위험범이 아니라 침해범으로 해석하여야 한다. 따라서 저명상표의 식별력 약화 또는 명성의 손상이 현실적으로 발생한 때에 기수범이 성립한다고 본다.

그렇지만 저명상표 희석행위는 혼동 여부와 관계없이 소유자의 개인적 이익을 침해하는 것이기 때문에 이에 대해 형사처벌을 가하는 것이 지나친 규제라는 의문이 있다. 형벌은 매우 강력한 제재수단이므로 최후의 수단이어야 한다. 형법의 보충성, 형벌의 최후수단성이라는

대원칙은 부정경쟁행위와 관련된 형사책임에 있어서도 예외일 수는 없다. 따라서 저명상표 희석범죄의 구성요건에 대한 엄격해석을 통해 명확성, 보충성원칙과의 조화로운 해법이 모색되어야 할 것이다.

주제어: 부정경쟁행위, 저명상표, 희석화, 약화, 손상, 침해범, 위험범

〈Abstract〉

The Completion of the so-called Crime of the well-known Trademark Dilution under the Unfair Competition Prevention Act

Song, Seung-Eun*

Today, well-known trademarks are universally protected in many countries. Korea is also protecting well-known trademarks under the Unfair Competition Prevention and the Trade Secret Protection Act(hereinafter referred to as the 'Unfair Competition Prevention Act') in line with this international trend.

The Unfair Competition Prevention Act requires that a well-known trademark dilution crime must be meet the requirements of well-known trademark, the use of identical or similar trademark, impaired discernment or reputation (dilution). However, if the use is for a valid reason, it is not illegal to act as a law.

The requirements of a well-known trademark dilution

* Senior Researcher of the Institute for Legal Studies of Sungkyunkwan University, Ph. D. in Law

crime do not describe the possibility (risk) of blurring or tarnishment. Therefore, it should be interpreted as a depriving offence, not a endangerment offence. Therefore, it is completed when the blurring or tarnishment of the well-known trademark actually occurs.

However, it is questionable that criminal punishment is excessive regulation because the act of diluting the well-known trademark is to infringe on the personal interests of the owner, regardless of confusion. Punishment is a very strong sanction, so it should be the ultima ratio (last resort). The principle of the ultima ratio of criminal law is no exception to criminal liability related to unfair competition. Therefore, through a strict analysis of the compositional requirements of well-known trademark dilution crime, a harmonious solution with the principle of the definiteness and ultima ratio should be sought.

Key Words: unfair competition activity, well-known Trademark, dilution, blurring, tarnishment, Depriving Offences, Endangerment Offences

The Journal of Law & IP 제10권 제1호
Vol. 10 No. 1 June. 2020

종업원 업무 관련 지적재산권 보상제도 개선방안 연구

이 희 광*

〈목 차〉

Ⅰ. 서론
Ⅱ. 종업원 업무 관련 지적재산권의 귀속과 보상 법리
Ⅲ. 지적재산권 권리귀속법리의 기본 이론 검토
Ⅳ. 지적재산권의 권리귀속 이론으로 기여자주의 도입 검토
Ⅴ. 종업원 업무 관련 지적재산권 보상제도 개선방안
Ⅵ. 결론

Ⅰ. 서론

협업시스템에 의한 창작활동의 결과 신기술의 개발기간은 점차 짧아지고 있으며, 연구개발을 비롯한 콘텐츠산업의 창작은 법인 주도하에 이루어지고 있다. 이러한 현상은 특허와 저작권의 출원 및 등록신청 주체로 반증된다. 2018년 한국의 출원인별(개인·법인) 특허출원

◆ 투고일자: 2020. 6. 8. 심사완료일: 2020. 6. 14. 게재확정일자: 2020. 6. 21.
* 한국조폐공사 기술처 기술전략팀 근무

수는 총 209,992건으로 개인출원이 42,487건, 법인출원이 167,505건으로 법인출원이 전체의 80%를 차지하고 있다.[1] 2018년 한국의 저작권 등록신청주체별(개인·법인)등록신청건수는 총 39,021건으로 개인 신청이 17,683건, 법인신청이 21,338건으로 법인신청이 전체의 55%를 차지하는 결과로 나타난다.[2] 법인의 연구개발은 연구를 수행하는 사람과 그 연구를 의뢰하는 사람 혹은 법인의 계약관계에서 출발한다. 이 계약관계는 업무상 창작행위의 노무를 제공하는 종업원과 노무에 대한 대가로 보수 등을 지급하는 사용자의 고용계약으로 구속된다. 연구개발을 위한 고용계약은 사적자치에 따라 발생하는 노무제공과 보수지급의 약정으로 그 법률관계가 성립되지만, 연구개발 중 발생한 직무발명에 대해서는 고용계약과 별개로 종업원과 사용자의 이익을 조정하고 있다.

직무발명 등 지식재산의 창출 기반인 투자와 시설을 제공한 사용자와 노무를 포함한 창조적인 노력으로 창작을 수행한 종업원의 이익을 합리적으로 조정하는 법제도를 마련하고 있으며, 이는 한국 헌법 제22조의 발명가·과학기술자와 예술가의 권리에 대해 보호에 대한 세부제도이기도 하다. 지적재산권의 대표인 특허권과 저작권이 업무에 의해 창출된 경우 사적자치에 의한 규율체계 및 각 법의 입법목적에 맞춰 종업원과 사용자간의 이익관계를 조정하여야 한다. 세부적으로 직무발명은 발명진흥법 및 동법 시행령을 중심으로 그에 관한 규정의 운용에 대해 규율하고 있다. 반면, 업무상창작물의 경우 저작권법은 저작권의 소유관계만 명시할 뿐 종업원과 사용자의 이익관계 조정에 대해서는 별도 규정이 없으며, 이에 대한 절차적 이해관계 조정 방안이 필요하다고 생각된다. 더욱이, 한국 기업의 직무발명보상규정 도입

1) 특허청, 「2018 지식재산통계연보」, 2019, 25면.
2) 한국저작권위원회, 「2019 저작권 통계」, 2019년 제8권 통권 제9호, 50면.

비율은 65%로 규정의 내용은 자체 보상규정 60.6%, 특허청에서 제공하는 표준화된 직무발명보상규정의 활용은 4.3%에 그치고 있다[3]. 이는 직무발명보상에 대해 표준화된 지표보다는 사업장 내 사정에 맞춰 도입내지 적용되고 있음을 의미한다. 직무발명보상규정 표준모델은 발명진흥법 제6조 발명에 대한 인식 및 촉진에 대한 사업의 일환으로 작성된 설명서로서[4] 직무발명이 발생된 사업장의 협의주체인 종업원과 사용자간 합의 및 의결된 형태의 직무발명 보상제도의 마련이 합리적이다.

업무상저작물은 저작권법 제9조에 따라 법인 등의 명의로 공표된 경우 별도로 정한 계약 등의 사정이 없는 저작자를 법인으로 보고 있다. 본 규정 외 직무발명과 같이 업무상저작물에 대한 보상표준모델 등의 연구는 진행되지 않고 있으며, 저작권 관련 통계자료에서도 보상규정의 도입 및 법인 내 피용자와 고용자 간 보상금 지급절차에 대한 파악이 어렵다.

본 논문에서는 직무발명과 업무상창작물에 관련한 권리귀속 및 보상방안의 시사점을 제시하고, 이를 바탕으로 「발명진흥법」 및 「저작권법」 등의 지적재산권법제와 「근로기준법」, 「노동조합 및 노동관계조정법(이하'노동조합법')」, 「근로자참여 및 협력증진에 관한 법률(이하'근로자참여법')」 등 노동관계법에서 도출 가능한 업무상 창작된 지적재산권에 대한 법적 쟁점 및 발전방안을 검토하고자 한다.

---

3) 특허청, 「2017 지식재산통계연보」, 2017, 90면.

4) 특허청, 「개정 직무발명보상제도 해설 및 편람」, 2013, 2면.

Ⅱ. 종업원 업무 관련 지적재산권의 귀속과 보상 법리

1. 직무발명의 연원과 법리의 발전과정

2차 산업혁명[5] 이후 집단 시스템에 의한 인간의 창작의 비율은 증가되었고 법인에서 분업화된 전문 인력의 협력 및 분담을 통해 발전되었다. 대부분 고용계약의 형태에 의해 협력 및 분담이 이루어지며, 계약으로 인해 발생한 종업원과 사용자 사이에서 업무상 발명의 발명자의 확정과 발명에 대한 권리 및 이익분배가 문제되었다. 이러한 문제의식을 바탕으로 직무발명의 개념은 발생하였으며, 그 배경에는 특허발명 생성 환경의 변화가 있다고 판단된다. 미국의 예를 들어보면, 19세기 초 특허발명은 개인발명가의 전유물로서 발명의 주로 실행하는 과학자 수는 1,000명 내외의 소수집단이었고, 개인의 역량에 의해 발명이 이루어졌으므로 조직적 직무발명의 개념이 불필요하였다.[6] 19세기 말 기준 과학자수가 10만 명 이상으로 늘어나면서 발명의 대중화가 이루어졌다. 그 결과, 다수의 연구인력 및 발명의 대중화는 에디슨처럼 다수의 엔지니어를 고용하는 기업발명가(사업가)의 출현을 야기하였으며, 고용계약에 의해 발명의 완성에 상당한 기여를 하는 종업원들의 역할에 대한 취급문제가 대두되었다.[7] 즉 개인 발명가가 고용한 종업원들을 발명자로 인정해야하는지에 대한 고민이 시작된 것

5) 제2차 산업혁명은 1860년에서 1900년으로 판단하는 견해에 따르면 기술혁신 및 발명과 그 응용이 이전 시대보다 널리 보급된 시기였다. 특히 미국에서는 공구의 발전과 제조라인이라는 아이디어도 도입되었다.(출처 : Andrew Atkeson and Patrick J. Kehoe, “The Transition to a New Economy After the Second Industrial Revolution”, NBER Working Paper No. 8676, 2001, p.2; p.8)

6) Joshua L. Simmons, “Inventions Made for Hire,” 2 NYU J. Intell. Prop. & Ent. L. 1, 2012, pp.27~28.

7) Ibid, pp.32~36.

이다.[8]

아울러, 20세기 초까지 미국사회의 분위기는 종업원의 이직과 창업이 활발하게 이루어지는 유연한 고용여건을 보장하였다. 따라서 종업원의 퇴사로 사용자는 기술의 보호를 위해 영업비밀에 의한 보호방법보다는 특허제도에 의존하였고, 발명자로 인정받고자 하였다. 그 결과 19세기 초반과 같은 개인발명가 시대에 형성된 판례와 달리 종업원 등에게 특허권 귀속을 최소화하려고 의도가 더욱 분명해졌다.

종업원과 사용자간의 이익대립에 따라 19세기 후반부터 1930년대까지 미국 법원은 종업원 등이 기여한 발명에 관하여 다음과 같은 3가지 원칙을 확립한다. ① 고용(직무수행)기간 중 사용자의 시설과 자재를 이용해 완성시킨 발명에 대하여 암묵적 계약, 신의칙 내지 형평에 따라 사용자에 대하여 무상사용권(shop right)을 인정했다.[9] ② 특정기술 문제 해결을 위해 체결한 고용계약에서 별도의 명시적 계약이 없을 때에도 사용자는 종업원 등에게 발생한 특허권을 사용자가 양도를 요구할 수 있다는 원칙(hired-to-invent doctrine)을 인정했다.[10] ③ 종업원 등의 특허발명에 대한 공헌이 사용자의 계획과 설계에 따른 부분적인 개선이나 제안 정도라면 특허발명에 관한 권리는 사용자에게 귀속된다고 보아(employee improvements doctrine) 직원이 공동발명자인 경우와 그렇지 않은 경우의 권리귀속을 구분했다.[11] 이에 따라 미국에서 종업원 등이 근로계약 중 개발한 특허발명

8) Warner v. Goodyear, . 29 F. Cas. 256, 256~257 (C.C.D.C. 1846)(가황고무 생산의 발명자 중 하나인 굿이어와 그의 지시에 따라 기계를 제작한 직원 간 특허발명 분쟁에서 구체적 실험과 제작지시를 한 굿이어를 발명자로 인정하였으며, 후일 굿이어타이어는 사용자인 Charles Goodyear를 기리기 위해 명명되었다.)

9) McClurg v. Kingsland, 42 U.S. 202 (1843)(암묵적 계약), Gill v. United States, 160 U.S. 426 (1896)(신의칙). Beecroft & Blackman, Inc. v. Rooney, 268 F. 545 (S.D.N.Y. 1920)(형평).에 따라 shop right를 인정한 판례이다.

10) Standard Parts Co. v. Peck, 44 S.Ct. 240

은 독자적 발명으로 구성되지만 권리귀속에 관한 구체적이고 명시적인 계약이 없을 때 근로계약과 그 발명에 따라 ① 연구개발 등 발명에 그 직무가 특화된 기술자에 대해 사용자가 당해 발명을 요구했으므로 특허권의 양도청구권을 가지는 특정직무발명(specific inventions), ② 직무와 연계성이 있어 사용자가 무상 사용권을 가지는 일반직무발명(shop rights inventions), 마지막으로 ③ 근로계약 기간 중 이루어진 발명이지만 직무와 연계성이 없어 사용자가 아무런 권리를 취득하지 못하는 자유발명(free invention)으로 나뉘게 되었다.[12] 다만 특허권 귀속에 관한 내용은 종업원발명에 대해 3가지 형태로 나뉘더라도 계약내용에 따라 결정되므로 이 부분은 계약법에 대해 전속적 관할권이 있는 각 주의 계약법에 따라 발전했다.

2. 직무발명의 귀속이론에 대한 검토

미국의 직무발명의 발전방향은 특허법을 발전시킨 다른 국가에 영향을 주면서 정도의 차이는 있지만 대부분의 주요 국가에서는 특정직무발명에 대해서만 사용자에게 자동적인 귀속 내지 양도청구권을 인정하고 있다. 나아가 특정직무발명과 일반직무발명의 경우 사용자에게 귀속될 수 있는 보상대상 직무발명(service inventions)으로 보고 일정한 요건을 갖출 경우 종업원 등에게는 보상청구를 인정한다. 자유발명은 종업원 등에게 귀속시키는 제도를 채택하고 있다.[13] 고용계약에 의해 창작되는 모든 발명을 사용자에게 귀속시키는 사용자

11) Agawam Co. v. Jordan, 74 U.S. 583

12) United States v Dubilier Condenser Corp, 289 US 178

13) Elodie BAUDRAS, The Delicate Issue of Employee Inventor Compensation, 2013 (http://www.consulegis.com/wp-content/uploads/2013/11/The-Delicate-Issue-of-Employee-Inventor-Compensation.pdf), pp.6~19.(최종방문일 : 2020. 2. 11.)

주의 국가의 대표적 예로 소개된 영국, 프랑스의 경우도[14] 현재의 입법은 특정직무발명에 해당하거나 이에 가까운 것만을 사용자에게 귀속시키는 형태를 취하고 있다.[15]

발명자주의를 채택하고 있는 독일은 1957년 제정된 종업원직무발명법(Gesetz űber Arbeitnehmererfindungen)에서 특정직무발명과 일반직무발명을 구분하지 않고 보상대상 직무발명으로 그 소유권을 사용자에게 귀속시킬 수 있는 절차를 보장하고 있다.[16] 따라서 실질적인 문제는 보상대상 직무발명의 구체적 내용과 그 약인(約因)으로 주어지는 보상을 합리화할 수 있는 절차의 설계방법으로 볼 수 있다.

직무발명 및 업무상저작물 귀속과 관련된 규율은 국가별로 다르지만 귀속제도의 요점은 종업원에 대한 보상문제로 귀착된다. 창작에 대한 권리귀속과 그 보상을 부여해야한다는 논리는 다양하게 존재한다. 직무발명과 관련하여, 대표적 논리로는 ①노동자와 경영자의 힘의 불균형에 따라 노동자와 경영자간의 이익 조정을 통하여 노동자의 권익을 보호하여야 한다는 노동자 보호론, ②창작의 인센티브를 보장하고 창작의지를 고취하여, 산업발전을 이끌어 낸다는 인센티브론, ③발명자의 창작활동은 본래 보호받아 마땅하다는 발명보호론 등이 존재한다.[17]

한국 특허법 제33조에서 발명자주의를 규정하고 특허를 받을 수 있는 권리는 원시적으로 종업원에게 귀속된다. 종업원이 그 직무와 관련

14) 정차호, "2006년 개정 직무발명제도의 제 문제점 및 재개정방안", 창작과 권리 48호(2007), 7~8면.

15) 이수미 · 김원오, "업무상 저작물과 직무발명 보호제도에 관한 비교법적 연구-미국, 영국, 독일을 중심으로", 창작과 권리(2013), 70호, 59~60(영국); Elodie BAUDRAS(주 8), pp.16~18(영국, 프랑스).

16) 피용호 · 강명구,"정당한 직무발명 보상을 위한 산업군별 실시보상액 산정을 위한 연구", 특허청 2013, 65~66면.

17) 이러한 논리는 각국의 지적재산권 입법목적 및 장려정책에 산재되어 있다.

하여 발명한 것이 성질상 사용자의 업무범위에 속하고 그 발명을 하게 된 행위가 종업원의 현재 또는 과거의 직무에 해당되면 직무발명으로 본다. 직무발명이 되면, 종업원은 사용자에게 바로 직무발명 완성사실을 알려야 한다. 사용자는 그 발명에 대해 무상의 통상실시권을 갖게 되며, 또한 특허를 받을 권리 또는 특허권의 예약승계가 가능하게 된다. 이 때 종업원에 대한 정당한 보상을 받을 수 있는 권리를 부여함으로써 노무를 제공한 노동자인 종업원과 자본을 투자하고, 발명의 완성에 지원한 사용자 사이의 공평한 이익조정을 취하고 있다.[18]

3. 업무상저작물 권리귀속 법리의 발전과정

업무상저작물의 저작자 지위와 관련하여 독일법과 미국법이 각각 대륙법계와 영미법계의 이념형을 제시하고 있다면, 그 외 국가들은[19] 그것의 변형된 입법 형태를 취하고 있다. 허나 두 법계간의 차이도 많이 엷어져 가고 있으며, 주목되는 곳은 '업무상 저작'에 관한 한국과 일본의 법률이다. 양국은 대륙법계 전통을 따르는 법체계를 취하고 있음에도 불구하고 업무상 저작물에 관하여는 법인 등 사용자를 그 저작자로 본다고 규정함으로써 미국법의 고용저작물 규정과 유사한 조항을 두고 있는 점이 독특하다.

미국법과의 차이점은 한국법이나 일본법에는 법인 등 사용자가 '기획' 또는 '발의'하여야 하고 법인 등의 명의로 '공표'하여야 한다는 요건이 부가되어 있다는 점이다. 또한 미국법은 한국 및 일본과 달리 위탁

18) 생각건대 한국의 직무발명제도는 인센티브론을 취하고 있다고 판단된다.

19) 프랑스 저작권법과 스페인 저작권법의 집합저작물은 '창작자원칙'이 적용되기 어려운 경우, 즉 여러 저작자의 창작행위가 전체 저작물에 '흡수'되거나 '융합'되어 실제 창작자에게 각각 그 저작권을 귀속시키기 어려운 경우를 상정하여, 이 경우에는 그 명의공표자인 법인 등 고용자를 저작자로 간주한다.

저작물 중 일정한 유형이 고용저작물의 범주에 포함된다는 것을 명문으로 밝히고 있기도 하다. 더구나 한국법과 일본법은 법인 등 사용자에게 저작인격권까지 원시적으로 귀속시키고 있지만, 전술한 바와 같이 미국법에서는 법인 등 사용자에게 저작인격권이 귀속되는 것은 부정하고 있다.

한편 한국법과 일본법이 요구하는 법인 등 사용자 명의의 공표요건에 대해서는 이례적이라는 지적이 있고 이 점을 비판하는 견해도 있다[20]. 법인 등 사용자 명의의 공표요건은 프랑스법상 집합저작물의 성립요건에서 유래하는 것으로 판단되며, 따라서 이러한 요건이 한국법과 일본법에서만 요구되는 이례적인 것은 아닌 것이다. 이와 같은 견해로 한국법과 일본법은 프랑스의 집합저작물 제도와 미국의 고용저작물의 법리로부터 일정한 영향을 받아 이를 절충한 입법례라고 평가하는 견해가 있다[21].

4. 업무상저작물 귀속이론에 대한 검토

저작물의 경우도 저작자가 법인(기업 등)이나 단체 등 사용자에 고용되어 사용자 등의 기획 아래 업무상으로 저작물을 창작하기도 하는데 이를 '업무상 저작물'이라 한다. 업무상 저작물은 사용자와 저작자 사이에 계약 또는 근무규칙 등으로 저작자를 특정하게 정함이 없을 때에는 법인이 저작자가 되며, 이는 사용자주의의 인정으로 판단된다. 저작권법 제9조는 법인을 저작자로 보기 때문에 저작재산권은 물론

20) 김상호, "학술 · 예술 · 정보 분야에 종사하는 근로자의 저작권 보호 문제", 계간 저작권 제13권 제1호(통권 제49호), 한국저작권협회, 2000, 55면.

21) 박성호, "저작권법 제9조의 업무상저작의 요건", 계간저작권 여름호, 한국저작권협회, 1998, 22면.

저작인격권도 취득하게 된다.

이와 관련하여 법인이 인격권의 주체가 될 수 있는지 문제가 되는데, 헌법재판소는 헌법상의 기본권이 법인에게 당연 적용되지는 않으나, 기본권의 성질에 따라 법인에게 적용될 수 있는 경우에 한해 법인은 해당 기본권의 주체가 될 수 있다고 판단한다[22]. 그렇다면 창작행위에 대한 기본권은 법인에게 적용될 수 있는 경우에 한하는 것인가? 이에 대한 의문이 제기된다. 생각건대, 업무상저작물이 문제되는 법인은 일정한 목적을 위해 결합한 사람의 단체인 사단법인의 단체의사로서 창작행위의 권리능력을 인정할 수 있는가에 대한 문제라고 생각된다. 법기술의 하나로 법인이 인간의 필요해 의해 만들어졌고, 사원들의 의사에 기해 자신들의 권리능력을 사단법인에게 부여함으로써 법률효과를 사원들이 귀속받는다면 의사와 권리귀속의 절차적 합리성에 주목해야 한다.

현행 저작권법의 업무상저작물에 관한 규정은 법인 명의로 공표되었을 것을 요한다는 점에서 피용자의 성명권(성명표시권)과 내비(內秘)적 자유를 보장하는 권리(공표권)의 침해를 조장할 수 있다. 동일성유지권은 언론과 출판, 양심의 자유라고 하는 헌법의 정신이 저작권법에 반영된 것인데, 실제 창작자가 아닌 법인 등이 그에 관한 권리를 갖도록 한 것은 위헌의 소지가 있을 수 있다는 지적도 있다.[23]

저작권법 제9조는 법정요건에 따른 권리귀속주체를 예외적으로 법인으로 인정한 것으로 저작물의 활발한 유통과 안정적 창작을 위해 법인으로 저작자를 정한다[24].

법인의 목적과 사회적 기능에 비추어 볼 때 저작권법 제9조에 대한

22) 헌법재판소 2012. 8. 23. 선고 2009헌가27 결정

23) 김원오 외 3명, "저작권과 산업재산권의 보호 및 운영체제상의 주요제도 비교", 문화체육관광부, 2012, 48면.

24) 저작권법 제9조 위헌제청(2016헌가12) 결정. 11~12면.

입법자의 입법재량권은 존중되어야 한다. 허나 자연인인 사람을 전제로 하는 기본권은 예외적으로 인정되어야 하고, 인정된다고 하더라도 종업원의 창작과 관련한 인격권을 법인에게 부여함으로써 저작물의 유통과 문화산업 발달이라는 입법목적 달성을 위해 제한적으로 인정되어야 한다.

제한적 인정의 타당성을 위해 업무상저작물의 권리귀속은 창작자의 요건과 저작물 창작에 기여한 사용자의 노력의 관점에서 판단할 필요가 있다. 이를 위해 직무발명제도와 유사하게 종업원은 기명저작물, 무명저작물 및 미공표의 저작물 내지 단체명의로 공표된 저작물에 대해서도 저작자인 것으로 하되, 사용자의 공헌을 감안하여, 저작재산권의 법정양도 내지 근무규칙 및 계약에 따른 저작재산권의 포괄승계를 인정하는 방안이 필요하다고 판단된다. 또한 법인의 명예 및 저작권의 원활한 이용을 위해서라도 성명표시권, 공표권, 동일성유지권도 제한적으로 인정되어야 한다.

Ⅲ. 지적재산권 권리귀속법리의 기본 이론 검토

1. 노동이론에 의한 지적재산권 귀속 논리 및 문제점

지적재산권의 정당화 근거에 관해 외국에서 전개된 이론은 자연권 이론과 유인이론이 있으며, 자연권이론의 대표로 로크의 노동이론과 인격이론이 존재한다[25]. 노동이론은 특정인의 정신적 노동에 의한 결과물은 그에게 자연적 권리가 있다는 존 로크(John Locke)의 노

25) 박준석, “한국 지적재산권법의 과거·현재·미래”, 저스티스, 한국법학원, 2013년 125면.

동이론에서 비롯된 것으로 소유권의 정당성에 대한 자연법사상의 논리가 지적재산권의 권리부여 정당성에 근거가 된 것이다.

노동이론에 따르면 지적재산권의 창출은 '지적노동'에서 이루어지는데 그 범위 설정이 문제된다. 노동은 시간과 노력 등이 수반되며, 이에 노동제공자는 그 대상을 소유하거나 그에 상응하는 정당한 보수를 받을만한 권리가 발생한다. 지적노동의 결과물은 개인역량의 차이로 인해 제공하는 시간, 노력 등은 다르지만, 지적재산권법에서는 결과물에 대해 일괄적인 보호를 하고 있기 때문에 지적노동을 제공한 노동자의 투자한 비용 및 노력에 비례하여 적합한 보상이 이루어지지 못하고 있다. 업무상저작물은 종업원의 지적노동을 통해 창작되고 권리는 법인에 귀속되며 그에 대한 보상은 계약 또는 근무규칙이 없을 경우에는 노동자에 대한 보상은 급여 이외에는 존재하지 않는다. 즉 저작재산권과 저작인격권까지 실질적 창작자가 아닌 사용자에게 귀속된다. 그 저작물의 경제적 가치가 매우 높아진다면 사회에서 지불되는 경제적 보상액수가 저작자(법인)가 투자한 비용 및 노력에 비례하여 적합하게 지불되는 것이 아니라 과도하게 지불되고 있다는 비판이 제기될 수도 있다.

2. 인격이론에 의한 지적재산권 귀속 논리 및 문제점

헤겔의 인격이론은 지적재산권을 인격의 투영으로 보아, 저작인격권 및 발명자 권리의 확장 등에 있어 다른 재산권보다 높은 수준의 보호가 필요하다는 주장의 논거로 활용된다.[26] 아이디어는 창작자의 인격 내지 창작자의 표현이므로, 창작자 인격의 발현 자체 내지 발현

26) Jeanne L. Schroeder, "Unnatural Rights: Hegel and Intellectual Property," 60 U. Miami L. Rev. 453 (2006), pp.453~454.

을 위해 지적재산권은 정당화될 수 있다고 한다.

헤겔은 "정신적 소유의 양도: 예술적 생산과 기술적 재생산" 및 "원저작권: 원저작권의 기초, 정신적 소유의 보호에 대한 요구, 표절과 그 도덕적 차별의 비효율성"에서 직접적으로 예술작품, 기술적 산물, 정신적 노작(勞作)에 대한 이론을 전개한다.[27] 헤겔은 지적활동으로 표현되거나 구현된 기술은 완전한 권리자인 창작자의 소유이며, 창작자의 인격이 구현되었으므로 저작인격권 및 발명자의 권리는 정당화된다고 보았다. 이러한 관점은 대륙법계의 시각에서 바라보는 것처럼 저작권을 그 교환가치보다는 저작자의 권리로 특정하는 지적재산보호체계로 발전된다.

또한, 물건을 만든 소유자는 사상 내지 발명을 스스로 만듦으로써 창작품의 가치를 보유하는 것은 물론 창작품의 중복을 통해 산출할 보편적 방식 자체를 점유하게 된다고 보았다. 현대 저작재산권의 복제, 전송 등의 이용 및 특허권의 실시에 해당될 수 있는 부분이라 판단된다. 즉 창작물의 소유와 그 복제권의 분리가능성을 인정하여, 복제 자체를 하나의 지배권이 유보된 재산으로 사용될 수 있다고 보았다.[28]

다만 지적재산권을 정당화하는 논거로 인격이론을 그대로 받아들이기에는 한계가 존재한다. 왜냐하면 헤겔의 견해에 따르면 재산권은 인격의 반영이며, 인격과 관련성은 존재하나 인격적 재산권의 형태가 지적재산권으로만 구현되어야하는지에 대한 의문이다.[29] 또한 2차적 저작물 및 개량발명과 같이 기존의 창작물(원저작물, 원천특허 등)로부터 기인한 후속 창작물에 대한 정당화와 그 정당성 판단할 범위가 모호하다는 한계가 있다.

---

27) G. W. F. 헤겔(임석진 역), 「법철학 I」(지식산업사, 1989) 108면.

28) 상게서 144면.

29) Justin Hughes, "Philosophy of Intellectual Property", 1988 p.346.

3. 유인이론에 의한 지적재산권 귀속 논리 및 문제점

유인이론은 저작권의 철학적 논거로서 고려되는 이론으로, 영국의 앤여왕법 이후 미국헌법 및 사법부에서도 발명과 저작에 대한 개인의 노력을 독려하기 위해 지적재산권에 관한 입법권한을 의회에 부여한 것이다.[30]

지적재산권과 관련된 유인이론의 논리는 다음과 같이 정리될 수 있다. 국가가 개인에게 창작과 발명의 유인을 주어 장려한다면, ① 비록 창작 또는 발명에 시간과 비용이 들더라도 이를 통하여 누릴 경제적 이익이 클 것이라고 예상하고, 그러한 권리가 보호될 것이라고 신뢰할 수 있다면, 그는 창작 또는 발명행위를 할 것이다. ② 잠재적 창작가 또는 발명가가 배타적 권리로부터 나오는 경제적 이익을 향유하는 다른 창작자 또는 발명가의 상태를 보고 창작 또는 발명을 할 동력이 된다. ③ 이러한 창작 또는 발명행위를 통하여 창의적, 진보적이고 새로운 정신적 노작의 효용은 그러한 제도를 보장하지 않았을 때 보다 크므로, 지적재산권의 배타적 보호는 정당하다.[31]

또한 막대한 연구비용을 투자하여 지적재산권을 창출하여도 역설계 내지 기타 회피수단을 통해 지적재산권의 침해가 이루어진다면, 연구개발에 투자 및 혁신이 일어나지 않아 사회공동체 발전을 저해하게 된다. 따라서 창작자 내지 창작의 기여자에게 연구개발 투자를 유도하려

30) 미국헌법 제1조 제8절 제8항(The Congress shall have Power To lay and collect Taxes, Duties, Imposts and Excises, to pay the Debts and provide for the common Defence and general Welfare of the United States; but all Duties, Imposts and Excises shall be uniform throughout the United States;
To promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries;) 및 대표판례로는 Mazer v. Stein, 347 U.S. 201, 219(1954)

31) 신혜원, “저작재산권의 입법형성에 관한 연구”, 서울대학교, 2017, 58~59면.

면 무임승차를 막고, 경제적 이익을 보장하는[32] 인센티브는 연구추진 및 자본투자의 핵심적 고려요소이다.

다만 유인(인센티브)이론은 다음과 같은 한계점이 존재한다. 첫째, 특허와 저작권에 있어 인센티브의 편차가 있음을 부인하기 어렵다. 발명자의 허락 없이 발명품을 실시할 경우, 그 행위를 방치한다면 발명동기가 훼손된다는 것은 쉽게 예상 가능하다. 따라서 특허권에 독점기간과 그에 대한 보상을 인정함으로써 특허제도의 효용은 증명된다.[33] 저작권은 경제적 요인외 심미적 요인을 무시할 수 없었기에 경제적 유인이론만으로 저작권의 정당성을 논증하는데 부족하다.[34]

둘째, 과도한 인센티브로 인해 새로운 창작의욕의 고양보다 감소시키는 역효과가 생긴다는 지적이 있다[35]. 소니보노저작권연장법(Sonny Bono Copyright Term Extension Act)처럼 새로운 창작과 발명을 촉진하기보다 기성품에 안주하는 경향이 심화되어 기술발전 및 문화발달이라는 지적재산권제도의 정책적 목표와 배치될 수도 있다.

---

32) Richard A. Posner, Economic analysis of law, 8th ed. (Aspen Publishers, 2011). p. 40.

33) Catherine Seville, “Talfourd and His Contemporaries: The Making of the 1842 Copyright Act”, (「Perspectives on Intellectual Property_The Prehistory abd Development of Intellectual Property System」, edited by Alison Firth), Sweet & Maxwell, 1997, pp.53~54.

34) Ibid p.53.

35) 남형두, “퍼블리시티권의 철학적 기반(상)-‘호사유피 인사유명’의 현대적 변용”, 한국법학원, 저스티스 통권 제97호, 2007, 9. 162~164면.

Ⅳ. 지적재산권의 권리귀속 이론으로 기여자주의 도입 검토

1. 검토의 배경

발명자와 저작자에게 배타적 권리인 특허권과 저작권을 부여하여, 지식재산에 대한 권리를 자연권으로 고려하고 있는 관점이 존재한다. 이와 달리 발명자와 저작자의 창작활동의 촉진을 위한 도구로써 재산권이 부여하는 공리주의 관점에서 지식재산의 인격권 부문을 간과하는 관점이 있음을 확인하였다. 지적재산권을 자연권으로 볼 것인가, 창작활동의 촉진을 한 수단으로 볼 것인가는 결국 특허법이나 저작권법이 근간으로 하는 기본인 철학적 사상이 무엇이냐는 문제로 귀결된다. 나아가 한국의 특허법(발명진흥법)과 저작권법의 목적조항을 기준으로 4차 산업혁명 및 데이터의 공유 및 축적이 이루어지는 2020년의 기준에서 이러한 업무상 창작에 대한 논의가 자원의 효율적 배분을 초래하는지에 대한 의문이 발생한다. 즉, 법인 내지 일정 조직에서 창작자와 창작자 외 일정한 기여를 한 자의 협력을 통해 발생한 지적재산권에 대해, 그 재산권을 명확히 배정될 때만이 경제적 효율성이 보장되는가에 대한 의문이 제기된다.

재산권이 명확히 배정될 때만이 경제적 효율성이 보증된다는 사회과학의 재산권 이론에 대해 비판적 관점이 존재한다. 즉, 개인주의 및 경쟁 문화를 기반으로 건설된 영미 문화를 일반화한 하나의 '신화'내지 '이데올로기'의 산물로 보는 것이다.[36] 그에 따르면 2차 산업혁명은 산업사회를 심화시키고 생산방법의 효율화와 대량생산을 가능케 한다. 자연대상은 물리·화학적 과정으로 분해되어 원하는 방향으로 재구

36) 최배근, "탈공업화 시대의 경제학 강의", 법문사, 2015, 19~20면.

성됨으로써 생산방법의 효율화와 대량생산을 가져오며, 대량생산체제는 대규모 시설 투자의 필요와 산업의 위험요소관리 및 최종 소비재 시장의 안정적 확보를 요구하였다.

소비사장 확보를 위해 주식회사와 자본시장이 발달하였고, 노동운동도 생산조직의 대규모화 및 작업장의 대형화에 따라 자유계약은 산업별 단체협상으로 진화하였다. 이후 디지털혁명이 주도한 3차 산업혁명은 네트워크화 및 다원화를 촉진하였고, 그 결과 산업사회의 해체와 산업사회 이후의 새로운 사회의 도래를 전망하고 있다. 그 결과 산업사회의 도그마들의 근본적인 도전을 받고 있다.

지식재산에 대한 보호는 혁신적 창조에 대한 인센티브 제공을 통해 창작을 장려해야 한다는 주장과 혁신의 급속한 사회적 확산을 촉진시켜 소비자에게 이익이 가도록 혁신도입자의 독점력을 줄여나가야 한다는 견해가 대립되어 왔다.[37] 지적재산권 보호의 강화, 지식재산의 자격을 부여하는 영역의 확대, 부여에 대한 기준의 완화 등은 혁신적 노력들에 대해 인센티브를 제공한다는 의도된 목표를 넘어 지적재산의 역할을 광범위하게 확대시켰다.

발명과 저작물이 고용계약에 따라 종업원의 창작에 의해 창출되고 있는 상황에서, 창작활동을 지원하는 사용자와 창작자인 종업원 간의 이익배분이 가장 주요한 이슈로 떠오르고 있다. 이와 관련해 막대한 재원을 투자한 사용자에게는 경제 이익을 누릴 수 있는 방안을, 단순한 노동이 아니라 지식재산 보호법이 보호하는 창작 노력을 투여한 종업원에게는 통상의 기여 외의 추가인 경제적 인센티브와 함께 인격 이익을 누릴 수 있는 방안을 고민해야 한다.

고민의 해결책으로 검토 가능한 것이 기여자주의이다. 지식재산의 생산에는 창작행위를 한 기여자와 비창작 기여자로 나눌 수 있다. 창

37) 최배근, 상게서 21면.

작 기여자와 비창작적 기여자 간 기여의 정도를 통해 권리의 귀속을 인정할 수 있는가에 대한 기준마련과 권리귀속의 방법론이 문제된다. 공기업의 경우 귀속방법에 대해 엄격하게 법정하는 것이 아니라 창작 기여자들의 사적자치에 따른 합의 내지 기업 내 취업규칙 및 보상제도 규정 등으로 보상기준을 마련하고 있다. 공기업 및 공공기관의 취업규칙에서는 사용자 등 기업으로 권리귀속을 보장하는 내용으로 취업규칙 내지 보상 제도를 마련하고 있으나, 창작자 외 기여자에 대한 직접적인 권리의 귀속내용은 확인되지 않았고 다만 경제적 보상을 인정하는 내용을 담고 있다.[38]

2. 기여자주의에 따른 입법례 및 판례

(1) 해외 입법례

해외 입법례에서 직접적으로 기여자주의를 적시하고 있지는 않으나, 창작자인 종업원(수탁자)와 사용자(위탁자) 간 계약체결로 저작권 및 특허를 받을 수 있는 권리의 원시적 귀속을 인정하고 있다. 미국 저작권법은 업무상저작물의 법리를 위탁저작물까지 확장하고 있으며,[39] 영국 저작권법도 위탁창작에 있어 당사자의 합의로 그 권리를 위탁자에게 원시적으로 귀속시킬 수 있도록 허용하고 있으며 방송의 경우 방송제작자가 방송저작물의 저작자로 되고[40] 영화의 경우에는

38) 민간기업의 경우 내부규정의 공개가 이루어지지 않아 공공기관 경영정보 공개 시스템 내 공기업(시장형 및 준시장형) 36개사의 내부 규정을 검색한 결과 인천국제공항공사 등에서 창작행위자 외 기여자에게도 보상을 할 수 있는 규정을 마련하고 있으나, 권리에 대한 직접적 귀속규정은 존재하지 않았다.

39) 미국저작권법 제101조, 제201조

40) 영국저작권법 제9조(2)(b)는 방송에 대한 창작적 기여를 따지지 않고 방송을 제작하는 자(the person making the broadcast)를 저작자라고 규정하고 있다.

영화제작자와 총감독이 공동 저작자가 될 수 있다.[41]

일본 저작권법은 업무상저작물에 대한 저작자를 사용자로 보는 규정이나 영화저작물의 저작권은 영화제작자에게 귀속시키는 규정, 방송사업자가 제작한 영화저작물의 경우 저작자가 제작에 참여하기로 약속하였는지를 불문하고 방송사업자에게 일정한 권리[42]가 귀속하는 특칙이 있다. 중국 저작권법은 위탁저작물의 저작권은 수탁자 귀속이 원칙이나 계약으로 위탁자에게 원시적 귀속이 가능하게 하고 있으며, 계약 등으로 위탁자에게 저작권 귀속이 이루어지지 않더라도 위탁인은 창작을 위탁한 목적 범위에서 무상의 사용권을 인정한다.[43]

(2) 국내 판례 및 학설

한국 대법원은 업무상 창작한 프로그램과 관련한 규정(舊컴퓨터프로그램보호법 제7조)의 적용기준 판단에 대해 "프로그램 제작에 관한 도급계약에는 적용되지 않는 것이 원칙이나, 주문자가 전적으로 프로그램에 대한 기획을 하고 자금을 투자하면서 개발업자의 인력만을 빌어 그에게 개발을 위탁하고 이를 위탁받은 개발업자는 당해 프로그램을 오로지 주문자만을 위해서 개발·납품하여 결국 주문자의 명의로 공표하는 것과 같은 예외적인 경우에는 법인 등의 업무에 종사하는 자가 업무상 창작한 프로그램에 준하는 것으로 보아 법 제7조를 준용하여 주문자를 프로그램저작자로 볼 수 있다"는 결론을[44] 내려 컴퓨터프로

41) 영국저작권법 제9조(2)(ab).

42) 전송권, 배포권, 복제권 등

43) 중국 저작권법 제17조, 중국 저작권 분쟁사건에 적용할 법률문제에 관한 최고인민법원 해석(最高人民法院關於1套理著作權民事糾紛案件適用法律若干問題的解釋) 제12조

44) 대법원 2000. 11. 10. 선고 98다60590 판결; 대법원 2013. 5. 9. 선고 2011다69725 판결.

그램에 대해 기획과 자본 등의 투자 기여를 인정한 입장을 취하였다.

방송 제작계약은 방송사업자가 독립제작사에게 방송프로그램의 제작을 위탁하는 도급계약의 형식으로 이루어지는 것이 일반적이다. 따라서 독립제작사는 독립된 지위에서 방송프로그램을 재량껏 제작하며, 이에 대한 저작자가 된다. 이와 달리 방송사업자가 독립제작사를 수족처럼 이용하여 도구로서 방송프로그램을 제작하게 하였다면 방송사업자와 독립제작사의 관계는 도급인과 수급인의 도급계약이라기 보다는 노무제공계약이라고 보는 견해가 있다.[45] 방송사업자가 방송프로그램의 제작을 기획하고, 독립제작사가 방송사업자와 사용관계에 따른 방송프로그램을 제작하였다면, 컴퓨터프로그램에 대한 업무상저작물 규정이 도급계약에 적용되는지 판단한 대법원 판례[46]와 같이 고용계약을 맺은 것은 아니나 방송사업자의 지휘·감독에 따르는 관계에 있을 때에는 업무상창작물로 볼 수 있을 것이다. 이에 대해 사용관계를 넓게 판단하는 견해(광의설)는 고용계약을 체결하지 않더라도 실질적 사용자와 피용자 간 지휘·감독관계가 있는 경우라면 고용계약에 한정하지 않고 위임계약이나 조합계약에 기초한 경우라도 사용관계가 있다고 본다.[47]

이에 반해 협의설은 사용관계는 실질적인 지휘·감독관계에 있어야 하는 것은 물론이고 법인 등과 고용관계에 있는 경우에 사용관계가 인정된다고 한다.[48] 판례는 컴퓨터프로그램에 대한 업무상저작물 규정이 도급계약에도 적용될 수 있다는 광의설에 따라 판시한 것으로 판단된다.

---

45) 오승종, 이해완, 저작권법, 박영사, 2005, 225면.

46) 대법원 2000. 11. 10. 선고 98다60590 판결; 대법원 2013. 5. 9. 선고 2011다69725 판결.

47) 박성호, "저작권법 제9조의 '업무상저작'의 요건", 계간 저작권, 42호, 1998, 13면.

48) 오승종, 이해완, 상게서, 225면; 허희성, 신저작권법축조해설, 2000, 157면.

사견으로 업무상저작물이 별도 계약이 없을 경우 사용자인 법인에게 귀속된다는 한국 저작권법 제9조 규정은 종업원과 사용자의 고용관계를 상정(想定)한 규정이다. 따라서 종업원의 노무제공에 따라 사용자는 임금지급을 하며 종업원이 행한 노무결과는 고용계약 범위 내에서 사용자의 지시·감독에 의한 산출물임을 가정하여 단정하는 것이라 판단된다. 이에 대한 직접적인 논거는 한국의 판례가 아닌 미국의 판례들이 존재한다. 사용자 지위에 있는 고용인 내지 주문자가 해당 저작물의 저작자로 추정된다는 고용관계의 실질적 통제 원칙이 적용된 판례로는 Yardley v. Houghton Miffin Co. 사건(108 F.2d 28(2d Cir. 1939))이 존재하며, 업무상저작물 법리에 따라 임금지급에 따른 노무제공의무에 대해서는 의뢰 및 비용의 기준을 제시한 Brattleboro Publishing Co. v. Wiinmill Publishing Co. 사건(369 F.2d 565(2d Cir. 1966))이 존재한다. 또한 사용자가 지시·감독할 권한에 따른 업무상저작물의 성립여부를 감안한 Scherr v. Universal March Corp. 사건(417 F.2d 497(2d. Cir. 1969))에 따라 고용관계에 따른 업무상저작물의 요건을 검토할 수 있다.

3. 기여자 합의에 따른 저작권 귀속의 입법방향

첫째, 업무상창작물에 있어 기여자주의가 성립하기 위해서는 창작적 기여와 비창작적 기여를 구분하여 창작자와 기여자에게 권리 또는 보상이 부여되도록 하여야 한다. 둘째, 기여자 간의 이해 조정 문제를 구체적 기획 및 창작적 기여에 따른 원시적 귀속여부의 인정으로 판단한다. 다만 기여가 인정되지 않을 경우 양도의 타당성을 확보할 수 있는 방안을 마련한다. 셋째, 재산권과 인격권을 분리하여 재산권의 귀속에도 불구하고 인격권은 창작자에게 유보하도록 하고, 넷째, 일괄

권리귀속제도의 활용이나 공동창작자간에도 일부 창작자에게 귀속하기로 하는 합의의 유효성을 인정하고, 다섯째, 권리를 가지지 못하는 자에 대하여 적정한 보상을 확실하게 인정하는 것을 들 수 있다.

Ⅴ. 종업원 업무 관련 지적재산권 보상제도 개선방안

1. 업무상저작물의 권리귀속 및 보상 검토

업무상 창작에 대한 권리의 향유 및 경제적 이익 분배 구조와 관련하여, 일관된 제도적 장치를 마련하자는 연구가 있다.[49] 직무발명과 업무상저작물을 동일하게 규율하거나 특허법과 저작권법 중 직무발명과 업무상저작물 부분의 통합법을 제정하자는 주장보다는 원시적 귀속의 주체, 보상의무 등의 규율 등 종업원과 사용자 간 이익을 조정하자는 견해이다. 이와 관련해서는 다양한 선행연구 등이 존재하였고,[50] 특허권 보다 인격적 요소가 상대적으로 보호정도가 강하다고 평가되는 저작권에 대해서는 저작인격권의 행사 제한의 특약과 저작재산권의 특징을 반영한 입법이 필요하다고 생각된다. 다만 영상제작자 및 실연자에 대한 저작재산권과 저작인격권 규정과 같이 업무상저작물과 차이를 보이는 저작물에 대대 세심한 입법이 필요할 것으로 판단된다.

업무상저작물의 가장 주요한 쟁점은 창작적 기여와 비창작적 기여에 대한 이해관계의 조정이며, 이 경우 기존의 논의처럼 종업원과 사

49) 이상희, “업무상 창작에 대한 지적재산권의 귀속에 관한 연구(업무상저작물과 직무발명 제도 간 비교를 중심으로)”, 박사학위논문, 서울대학교, 2017년, 214면.

50) 원세환, 정차호, “위탁창작물의 권리귀속에 관한 소고”, 일감법학 제28호, 건국대학교 법학연구소, 2014년; 조영선, “현행 업무상저작물 제도의 문제점과 입법적 제언”, 「계간 저작권」, 가을호, 2013년; 이상희(2017)의 상게논문이 있다.

용자 간 이해관계에 더하여, 불특정 다수 이용자의 이해관계의 조정도 필요하다.

온라인게임의 경우 기능성저작물로 분류되는 일반컴퓨터프로그램과 다르게 영상저작물의 속성을 지니고 있으며, 게임저작물의 종류에 따라 차이는 있으나 개발과정에서 다수의 저작자가 관여한다. 예를 들어 당중접속 역할수행게임(Massively Multi-Player Online Role-Playing Game; MMORPG)의 경우, 3~4년에 걸쳐 수백억 원대의 비용이 투자되고 100명 이상이 개발과 창작에 참여한다.

특히 AI를 비롯한 컴퓨터의 창의력은 인간에 비해 창의력에 대한 기술적 제약이 있었던 반면, 무한한 상호작용과 사고 가치관을 가진 유저들이 서로 동료 혹은 적이 되어 어울리고 부딪치며 가상의 세계를 자유롭게 누비는 상상과 활동을 MMORPG의 구성과 콘텐츠의 발전을 가져왔다. 이러한 발전은 네트워크 인프라에 힘입어 MMORPG의 성장과 함께 개발기업에게 엄청난 경제적 이익을 가져왔다.

또한 직접 개발하지 않더라도 품질 및 게임관리, 영업유통 등에 다양한 직군의 인력이 관여한다. 이러한 복잡한 구성 속에 특정인을 단수로 하여 저작자로 보기에는 무리가 있다. 영상제작자 및 영화제작의 경우와 같이 일정 기준에 부합하는 영화저작자에게 단독으로 인격권을 부여해야 한다는 주장은 경청할 만하다.[51]

2. 업무상저작물의 권리귀속 관련 절차제도 개선 방향

업무상 창작(직무발명)에 대한 권리귀속을 위해 발명진흥법 등에서

51) S. K. Kauffmann, “Motion pictures, moral rights, and the incentive theory of copyright: the independent film producer as author”, Cardozo Arts & Entertainment Law Journal, Vol. 17, pp. 749~786, 1999.

보장하고 있는 절차를 저작권법제 역시 규정할 필요가 있다. 현 제도와 같이 규율체제를 상이하게 두는 것은 헌가12결정[52]과 같이 입법의 형평에 대한 불신과 혼란을 초래할 수 있다.

저작권법의 개정이 필요한 이유는 창작물에 다수의 지적재산권이 이용되는 경우가 많다.[53] 게임저작물과 같이 문예적 기능적 저작물이 최초 자본과 시설을 투자한 창작자와 기여자 이외 게임마케팅, 유통배급업자, 게임방송PD 등과 같이 게임저작물에 인접한 기여자들도 공동저작자 내지 일정 부분 권리의 귀속 배분을 할 필요가 존재한다. 특히 탈공업화의 가속화와 더불어 경제에서 무형재 비중이 증대하고 있으며, 아이디어 집약 재화인 무형재 특히 지식재산은 경합성과 배제성에 기초한 유형재(사적 재화)와 달리 반경합성과 포괄성을 지닌 협력재의 성격을 갖고 있다.[54]

업무상저작물에 대해 창작자주의 원칙의 예외로 사용자귀속을 정한 것에서 벗어나 창작자인 종업원으로의 권리귀속을 마련할 필요가 있다. 다만, 개인의 창의적 노동력 이외에 상당한 수준의 비용과 시설의 투자에 따라 발생한 집약적 저작물의 발생 상황을 감안하여, 창작자 이외 제작에 자본을 투자한 사용자의 경제적 이익을 보호해야 한다. 나아가 협력재의 성격을 지닌 지식재산의 유통과 활성화에 기여한 자들의 상호이익을 증가시키는 방향으로 업무상저작물에 대한 권리귀속 원칙과 보상체제를 마련할 필요가 있다.

MMORPG와 같이 앱 스토어(app store) 모델에서도 애플사가 제공한 아이폰 운영체제와 대중의 아이디어의 결합은 애플사와 앱 개발

52) 저작권법 제9조 위헌제청(2016헌가12) 결정.

53) 산업디자인처럼 디자인과 저작물이 동시에 지니는 응용미술저작물과 컴퓨터프로그램의 등장은 오래된 일이다.

54) 최배근 “무형재의 딜레마와 수요의 내부화 그리고 협력의 경제학”, 상경연구 제38권 제2호, 건국대학교, 2013, 121면.

자들의 상호이익을 증가시켰다. 집단지성을 활용하는 개방형 협력적 혁신(open collaborative innovation)', '소셜 매뉴팩처링(social manufacturing)', '이타자리(利他自利)형 비즈니스 모델' 등 이른바 '공동창조(co-creation)' 개념이 혁신의 원천으로 부상하고 있다.[55] 무형재는 다수의 능력이나 아이디어를 모아 시너지를 발생시키고 함께하면 성공할 수 있는 속성을 갖고 있기 때문이다. 이러한 시너지를 발생시키는데 최적화된 것이 직무발명과 업무상저작물이다. 다만 상술한 바와 같이 권리귀속과 그 보상체제에 대한 접근방식은 매우 상이하다. 상이한 차이점을 극복하고 창작자와 창작 외 기여자의 업무상창작물에 대한 권리향유를 인정하고, 종업원, 사용자, 소비자 등 개별 경제주체의 사적 소유를 전제로 혁신을 위해 가치의 공동창조 방식, 즉 아이디어 공유의 필요성을 주장하는 것이다. 이러한 공유를 위한 권리의 분배 체제와 보상체계를 개편할 필요가 있다.

그러나 현재까지 진행되는 '공동창조'의 개념에 따른 업무상창작물의 귀속에 대한 법리와 보상원리는 무형재의 생산 측면으로 설계되었다는 한계를 갖는다. 즉 사회적 후생의 극대화를 해결해야 하는 과제를 여전히 갖고 있다. 이에 업무상창작 규율제도 개선의 고려사항에 있어 무형재의 생산 측면에서 탈피한 '공동창조'의 개념으로 사회적 후생을 극대화하는 방안으로 규율제도의 개선안을 검토할 필요가 있다.

그러나 현재까지 진행되는 '공동창조'의 개념에 따른 업무상창작물의 귀속에 대한 법리와 보상원리는 무형재의 생산 측면으로 설계되었다는 한계를 갖는다. 즉 사회적 후생의 극대화를 해결해야 하는 과제를 여전히 갖고 있다.

55) 최배근 상게논문 135~136면.

3. 업무상저작물에 대한 사용자의 보상의무 부과

직무발명과 달리 한국 저작권법 내 업무상저작물 및 영상저작물에 대해 보상규정은 존재하지 않으며, 영상저작물에 대한 특례 조항인 동법 제100조는 영상저작물의 제작에 협력할 것을 약정한 자(종업원)의 권리는 영상저작물의 이용을 위해 영상제작자(사용자)에게 양도된 것으로 추정한다. 양도된 것으로 추정될 때 양도된 권리에 대한 청구권 규정의 미비와 다수의 협력과 사용자로 볼 수 있는 영상제작자의 투자로 인해 창작되는 영상저작물의 경우 업무상저작물로 볼 수 있어, 저작권법 내 어떤 규정이 우선적으로 적용될 것인가에 대한 견해가 있다.[56]

제조업의 디지털화에 따라 PC나 스마트 단말기에서 등장한 어플리케이션 및 알고리즘에 기반한 산업재산권의 다양화, 유전자 조작과 세포융합에 의한 신품종 및 생명공학의 융합응용에 따른 첨단 산업재산권의 등장, 데이터베이스 및 영업비밀 등 정보산업재산권 등의 신지적재산권은 기존의 산업재산권과 저작권의 이분법으로 구분하기 힘들다.

신지적재산권은 직무발명으로 보호되는 방법 이외 업무상저작물의 형태로 구현될 수 있으며, 사용자 및 기업 등의 상당한 투자와 종업원의 고도의 지적노동을 통한 창작성으로 완성된다. 또한 데이터와 아이디어의 상품화가 이루어짐으로써 기존의 무형콘텐츠의 배제성에서 포괄성으로 진화했다.

즉, 기존의 무형재는 대가를 지불하지 않는 사람을 사용에서 제외할 수 있는 속성인 배제성[57]을 띄고 있었으나, 모바일 어플리케이션과 같은 신지적재산권은 많은 사람들이 사용할수록 해당 지식재산 혹

56) 정상조 저작권법 주해, 박영사, 2007, 942~945면.
57) DRM이 대표적이다.

은 지식재산의 가치와 효용이 증가한다는 점에서 포괄성과 역경합성의 속성을 갖는다.[58] 이와 같은 속성으로 인해 기존의 종업원과 사용자의 독립적 생산방식을 종업원, 사용자 및 소비자의 공동창조방식이 대체하고 있다.

포괄성과 역경합성의 속성으로 인해 지식재산으로 인한 발생이익을 측정은 더욱 곤란하며, 그에 대한 정당한 대가의 부여기준도 불확실하다. 더욱이 사용자의 우월적 교섭지위를 바탕으로 종업원 및 종업원 대표단체(노동조합)를 파트너로 인식하지 않고, 종업원에게 월급을 준다는 지배종속적인 생각으로는 원활한 이익의 분배는 곤란하다. 따라서 창출된 업무상창작물을 공유로 귀속하고, 지분에 대해 양도받고자 할 경우, 그에 대한 정당한 보상이 이루어지도록 업무상저작물 및 영상저작물 등에 대한 보상받을 권리를 명문화하여야 한다.

사용자의 보상은 상여·일시금, 스톡옵션, 연구비 증액 등 금전적 보상에만 한정하지 않고, 표창, 승진·승격, 연구재량권 확대, 핵심인력으로 지정, 안식년 부여 등 비금전적 보상도 대안으로 생각할 수 있다. 일본 특허법은 2015년 개정에서 '상당한 보상'을 '상당한 이익'으로 바꾸어 그 형태를 비금전적 보상방안으로 마련했다.

이와 같은 경제적인 이익은 사용자의 비용으로 이어지기 때문에 경영의 부담으로 존재한다는 견해가 있다. 종업원에 대한 보상은 사용자의 이윤에 의해 지급되는 것이기에 이윤이 없다면 지급은 불가능하다.

이에 정부가 직접적으로 보상에 대해 보전을 할 수는 없으나, 사용자의 지출을 감소시켜, 보상을 유도할 수는 있다.

한국 소득세법 제12조 및 동법 시행령 제18조[59]에서 규정한 직무

---

58) 앱(Apps)개발자가 iOS와 안드로이드를 많이 이용할수록, 개발된 앱을 소비자가 많이 사용할수록 이익과 가치가 창출되고 해당 앱의 사용에서 발생하는 효용이 증가된다.

59) ① 소득세법 제12조 【비과세소득】 다음 각 호의 소득에 대해서는 소득세를 과

발명의 정의와 500만원의 비과세 소득범위를 확장하는 것이 필요하다. 즉, 비과세소득의 범위에 발명진흥법의 직무발명에 저작권법의 업무상저작물 및 영상저작물을 추가해야 한다. 현재 보상금의 비과세 소득 대상으로는 직무발명만을 규정하고 있기에, 기업의 보상금 지급의 유인을 위해 소득세법 및 동 법 시행령의 개정 논의가 필요하다. 정부는 계약당사자가 될 수 없어 직접적으로 창작자에게 보상금을 지급할 수 없기에 기업의 비과세 소득 범위 확장은 대안이 될 수 있을 것이다.

보상의 세부구분으로 직무발명 제도에서는, 사용자가 승계 받은 발명을 특허출원하기 전에 지급하는 보상(제안보상), 특허출원에 따른 보상(출원보상), 그 발명이 특허 등록되었을 때의 보상(등록보상), 그리고 사용자가 출원 중 또는 특허 등록된 발명을 실시하여 수익화한 경우 그 수익에 따라 차등 지급하는 보상(실시보상), 특허권을 타인에게 양도 또는 실시 허락하는 경우 그 처분 금액에 따른 보상(처분보상), 직무발명 공개 시 손해가 발생할 우려가 있거나 영업비밀로 하기

세하지 아니한다.

3. 근로소득과 퇴직소득 중 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 소득(2009.12.31 개정)

어목 「발명진흥법」 제2조 제2호에 따른 직무발명으로 받는 다음의 보상금으로서 대통령령으로 정하는 금액

5. 기타소득 중 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 소득

라. 종업원등 또는 대학의 교직원이 퇴직한 후에 지급받는 직무발명보상금으로서 대통령령으로 정하는 금액

② 소득세법 시행령 제17조의 3【비과세되는 직무발명보상금의 범위】 법 제12조 제3호 어목1)·2) 외의 부분에서 "대통령령으로 정하는 금액"이란 연 300만원 이하의 금액을 말한다.

③ 소득세법 시행령 제18조【비과세되는 기타소득의 범위】 법 제12조 제5호 라목에서 "대통령령으로 정하는 금액"이란 연 300만원(해당 과세기간에 법 제12조 제3호 어목에 따라 비과세되는 금액이 있는 경우에는 300만원에서 해당 금액을 차감한 금액으로 한다) 이하의 금액을 말한다.

위해 출원을 유보하는 경우에 지급하는 보상(출원유보보상) 등이 있다. 업무상저작물의 경우는 저작권의 절차 상 제안보상, 등록보상, 이용보상, 처분보상 등을 고려할 수 있을 것이다.

업무상저작물과 관련된 보상에 대한 규정은 아직 미비한 상태이기에 이에 대한 소득세법의 비과세 소득범위의 논의는 무리하다고 생각된다.

Ⅵ. 결론

법인에서 종업원과 사용자간의 근로계약을 통해 창작 및 연구개발이 이루어지고, 창작물에 대한 귀속에 대해 많은 논의가 있어 왔으며, 한국 지적재산권 보호체계에서는 직무발명과 업무상저작물의 이원적 보호방식을 채택하여 왔다.

직무발명의 경우 발명진흥법 및 특허법 등에서 직무발명에 대해 귀속주체의 결정과 보상제도에 대해 절차적인 체계가 마련되어 있다. 이러한 절차는 노동관계법 및 발명진흥법의 개정을 통해 직무발명에 관한 규정의 운용과 보상에 대한 종업원과 사용자간의 이견조정 절차의 정당성 및 민주성을 제고할 것이라 기대된다.

노동조합 조직률이 저조한 사업장의 경우, 노동조합과 사용자가 체결하는 단체협약보다는 노사협의회를 통해 근로조건이 결정되게 된다. 직무발명의 도입율도 2017년 기준 대기업은 92.6%, 중견기업은 91.6%로 기업평균(65.0%)을 상회한다. 중소기업의 경우, 60.2%로 점차 나아지고 있으나, 기업의 경쟁력 강화 및 강소기업 육성을 위해서도 이와 같은 저조한 상황의 개선 필요성은 점차 증대되고 있다.[60]

허나 벤처 및 중소기업은 성과관리 및 인사체계가 중견, 대기업에 비해 상대적으로 부족하기 때문에 개인별 성과평가나 승진 등 비금전적 보상은 실질적으로 받기 힘들다. 즉, 직무발명에 대한 창작적 기여에 대한 보상수단은 금전적 보상이 유일한 상황이다. 하지만 벤처·중소기업은 노동조합이 미조직된 경우가 대다수이며, 무노조사업장에서 노사협의회는 협의주체로서 기능하고, 유노조사업장에서는 협의형식으로 기능한다.[61] 따라서 종업원의 근무조건은 법에서 정한 노사협의회의 운영을 통해 협의되거나 사용자의 취업규칙의 제정을 통해 일방적으로 정해지는 경우가 대부분이다.

노사협의회의 근본 목적은 근로조건의 향상이 아닌 근로자의 경영참여 및 사용자와 협력기회 제공이라는 관점에서 볼 때,[62] 지적노동에 대한 보상의 문제는 근로계약, 취업규칙 등 근로조건 형성의 차원에서 신중하게 접근해야 한다. 이러한 관점에서 위의 개선방향은 노사협의회에 근로조건의 형성권한을 민주적이고 합리적으로 확보하는 것이라 생각된다.

직무발명과 달리 업무상저작물의 경우 절차적 시스템이 미비된 점이 있다. 본고에서 제시한 기여자공유주의가 적용된 개정방향은 종업원과 사용자 및 저작권법의 입법목적 달성의 관점에서 이익이 될 수 있다고 생각한다. 종업원은 지적창작과 인격적 가치를 반영한 업무상저작물의 창작자로 인정받고 그에 따른 재산권과 인격권을 취득하게 된다. 그리고 자신에게 귀속된 재산권 지분과 인격권 대표행사에 따른

60) 하홍준 외, 「직무발명보상금과 조세제도 분석 및 시사점」, 한국지식재산연구원, 2018, 2면.

61) 신권철, "노사협의회의 법적 지위와 역할", 노동법연구, 서울대학교 노동법연구회, 2013, 268~269면.

62) 근로자참여 및 협력증진에 관한 법률 제1조(목적) 이 법은 근로자와 사용자 쌍방이 참여와 협력을 통하여 노사 공동의 이익을 증진함으로써 산업 평화를 도모하고 국민경제 발전에 이바지함을 목적으로 한다.

보상청구권을 사용자에게 행사할 수 있다.

종업원은 자신이 창작한 업무상저작물에 대해 대표행사자를 사용자로 정하고, 사용자가 공표 시 종업원의 명예나 인격적 가치를 훼손하는 방법으로 공표 등의 방법으로 저작인격권을 훼손했다면, 대표행사에 대한 합의는 유지되기 힘들 것이기 때문에 대표행사에 대하여 제한할 수 있을 것이다. 저작인격권을 종업원에게 원시적으로 귀속시키는 것은 여전히 의미가 있으며, 종업원에게 귀속된 저작인격권의 일신전속성 보호도 가능할 것이다. 저작재산권의 경우도 대표행사자를 사용자로 지정하거나, 저작재산권의 포기하는 방식으로 사용자가 저작재산권의 전부 취득이 가능하기 때문에, 선행연구들에서 제시한 저작재산권의 양도와 동일한 법적효과를 기대할 수 있다. 저작재산권 지분포기에 따른 노사 간 보상금 지급에 대해 계약 및 근로규칙 등으로 규정하거나 그에 대한 근거규정으로 작용가능하다.

장래에 업무상저작물 이용에 따른 현저한 이익이 발생하였고, 종업원이 임금을 받는 것만으로 사용자와 이익분배에서 과도하게 불공정하다면, 저작재산권 지분포기가 아닌 대표행사자를 사용자로 지정 합의 시 계약 내지 근무규칙 등으로 사용자가 종업원에 대해 보상청구권 의무를 명문화하여야 할 것이다.

사용자는 종업원이 창작한 저작권에 대해 행사의 대표행사의 권원을 획득하게 되어 자유로운 이용을 통한 경제적인 이익을 얻을 수 있게 된다. 현행 한국 저작권법은 사용자의 저작권에 대한 원시적 취득을 보장하고 있지만, 이는 창작자주의와도 괴리가 존재하며, 저작인격권의 양도불가능성 원칙의 중대한 예외일 것이다. 인격권이란 일반적으로 권리주체와 분리될 수 없는 인격적 이익(생명, 신체, 건강, 명예, 정조, 성명, 초상 등)의 향유를 내용으로 하는 권리이기에[63] 인

63) 권영성, 「헌법학원론」, 2009, 법문사, 449면.

간의 존엄과 가치에서 유래하는 인격권에 하나인 저작인격권을 법인에게 귀속되는 것은 논리모순이라 판단된다. 다만 저작물의 유통과 이용 등 제3자와의 거래관계에서 안전과 원활을 도모하고, 법인 등의 투자와 위험부담의 보존을 통한 문화산업 발전을 위해 특별히 인정되는 것이다. 즉, 법인의 성질상 법인이 누릴 수 있는 기본권에 한하여 법인에게 인정 내지 적용되는 것이다[64]. 따라서 저작권법 제9조는 엄격히 해석하여 제한적으로 해석되어야 하는 것이기에, 공동저작물의 규정을 유추하여 적용하는 것은 현행 법규에서의 업무상저작물을 합리적이고 효율적인 운영할 수 있을 것이다.

64) 헌재 1991. 6. 3. 90헌마56

〈참고문헌〉

1. 국내도서

권영성, 헌법학원론, 법문사, 2009.
김동준, "직무발명에 대한 보상 : 보상방법의 협의 및 마련 ", 직무발명제도 해설, 한국특허법학회 편, 박영사, 2015.
김원오 외 3명, 저작권과 산업재산권의 보호 및 운영체제상의 주요제도 비교, 문화체육관광부, 2012.
김홍준, "서론", 근로기준법 주해 Ⅰ, 노동법실무연구회 편, 박영사, 2010.
법제처, 법령 입안·심사 기준, 2017.
오승종, 이해완, 저작권법, 박영사, 2005.
정상조 저작권법 주해, 박영사, 2007.
최배근, "탈공업화 시대의 경제학 강의", 법문사, 2015.
특허청, 2017 지식재산통계연보, 2018.
_____, 2018 지식재산통계연보, 2019.
_____, 개정 직무발명보상제도 해설 및 편람, 2013.
피용호·강명구, 정당한 직무발명 보상을 위한 산업군별 실시보상액 산정을 위한 연구, 특허청 2013.
하홍준 외, 직무발명보상금과 조세제도 분석 및 시사점, 한국지식재산연구원, 2018.
한국저작권위원회, 2018년 저작권 통계, 2018년 제7권 통권 제8호.
허희성, 신저작권법축조해설, 2000.
G.W.F. 헤겔(임석진 역), 법철학Ⅰ, 지식산업사, 1989.

2. 국내논문

김상호, "학술·예술·정보 분야에 종사하는 근로자의 저작권 보호 문제", 「계간저작권」, 제13권 제1호(통권 제49호), 한국저작권협회, 2000년.
김선정, "미국에 있어서 종업원 발명의 법적 취급", 「경영법률」, 제14집 제1호, 한국경영법률학회, 2003년.
남형두, "퍼블리시티권의 철학적 기반(상)-'호사유피 인사유명'의 현대적 변

용", 한국법학원, 「저스티스」 통권 제97호, 2007년.
박성호, "저작권법 제9조의 업무상저작의 요건", 「계간저작권」 여름호, 한국저작권협회, 1998년.
박준석, "한국 지적재산권법의 과거·현재·미래", 저스티스, 한국법학원, 2013년.
신권철, "노사협의회의 법적 지위와 역할", 「노동법연구」, 서울대학교 노동법연구회, 2013년.
신혜원, "저작재산권의 입법형성에 관한 연구", 서울대학교, 박사학위 논문, 2017년.
원세환·정차호, "위탁창작물의 권리귀속에 관한 소고", 「일감법학」 제28호, 건국대학교 법학연구소, 2014년.
이상희, "업무상 창작에 대한 지적재산권의 귀속에 관한 연구(업무상저작물과 직무발명 제도 간 비교를 중심으로)", 박사학위논문, 서울대학교, 2017년.
이수미·김원오, "업무상 저작물과 직무발명 보호제도에 관한 비교법적 연구–미국, 영국, 독일을 중심으로", 「창작과 권리」, 2013년, 70호.
정차호, "2006년 개정 직무발명제도의 제 문제점 및 재개정방안", 「창작과 권리」 48호, 2007년.
조영선, "현행 업무상저작물 제도의 문제점과 입법적 제언", 「계간 저작권」, 가을호, 2013년.
최배근 "무형재의 딜레마와 수요의 내부화 그리고 협력의 경제학", 「상경연구」 제38권 제2호, 건국대학교, 2013년.

3. 국내판례

대법원 2000. 11. 10. 선고 98다60590 판결.
대법원 2013. 5. 9. 선고 2011다69725 판결.
대법원 2000. 11. 10. 선고 98다60590 판결
대법원 2013. 5. 9. 선고 2011다69725 판결.
저작권법 제9조 위헌제청(2016헌가12) 결정.
방송법 제100조 제1항 제1호(2009헌가27) 결정.
영화법 제12조(90헌마56) 결정.

4. 해외도서

Catherine Seville,"Talfourd and His Contemporaries: The Making of the 1842 Copyright Act",(「Perspectives on Intellectual Property_The Prehistory abd Development of Intellectual Property System」, edited by Alison Firth), Sweet & Maxwell, 1997.

Committee of Experts on Model Provisions for Legislation in the Field of Copyright First Session, CE/MPC/I/2-II.

Jeanne L. Schroeder, "Unnatural Rights: Hegel and Intellectual Property," 60 U. Miami L. Rev. 453 (2006).

Joshua L. Simmons, "Inventions Made for Hire," 2 NYU J. Intell. Prop. & Ent. L. 1, 2012.

Justin Hughes,"Philosophy of Intellectual Property", 1988.

Richard A. Posner, Economic analysis of law, 8th ed. (Aspen Publishers, 2011).

半田正夫 松田政行 編,「著作權法 コンメンクール(I)」, 動草書房(2008).

法谷達紀「知的財産法講義(II)」, 有裝閣, 2004, 50면.

潮海久雄,「職務著作制度の基礎理論』, 東京大出版會, 2005.

5. 해외논문

Michael Abramowicz· John F. Duffy, "The Inducement Standard of Patentability," Yale Law Journal, May, 2011 (120 Yale L.J. 1590).

Robert P. Merges, "The Law and Economics of Employee Inventions", 13 Harv. J.L. & Tech. 1 (1999).

S. K. Kauffman, "Motion pictures, moral rights, and the incentive theory of copyright: the independent film producer as author", Cardozo Arts & Entertainment Law Journal, Vol. 17.

6. 기타문헌

한국일보, “미국 제조업 상징하던 GE, 다우지수에서 퇴출 신세”, 2018. 6.20.

Elodie BAUDRAS, The Delicate Issue of Employee Inventor Compensation, 2013 (http://www.consulegis.com/wp-content/uploads/2013/11/The-Delicate-Issue-of-Employee-Inventor-Compensation.pdf)

〈 국문 초록 〉

지적재산권 창출은 개인의 단독 창작행위가 아닌 법인시스템에서 대부분 발생한다. 법인시스템은 연구를 수행하는 자와 연구를 의뢰하는 자 사이의 계약으로 정해지며, 창작에 대한 권리의 귀속 내지 창출된 이익의 분배에 대해 분쟁이 지속적으로 증가하고 있다.

창작행위의 결과물은 지적재산권의 종류에 따라 다른 권리자에게 귀속되기에, 지식재산을 창출할 수 있는 기반인 연구개발 투자와 시설을 제공한 사용자와 노무를 포함한 창조적인 노력으로 창작을 수행한 종업원의 이익을 합리적 조정이 필요하다.

한국 헌법 제22조는 발명가·과학기술자와 예술가의 권리에 대해 보호하고 있으며, 특허권과 저작권이 종업원의 업무에 의해 창작된 경우 당사자 사적자치에 의한 규율체계 및 각 법의 입법목적에 맞춰 종업원과 사용자간의 이익관계를 조정하고 있다.

직무발명으로 대표되는 특허제도는 발명자주의를 기본으로 하여, 노무제공자(종업원)의 권리귀속을 원칙적으로 인정하며, 그에 따라 노무제공자의 보상과 사용자의 이익관계를 조정하는 방법으로 양자의 이익을 조절하고 있다.

이에 반해, 업무상저작물로 대표되는 저작권 제도는 업무상저작물의 저작자를 법인인 사용자로 판단하여 그에 대한 권리를 사용자에게 귀속시키면서도 노무제공자인 종업원에 대한 보상에 침묵하는 것에 대한 문제가 있다. 이 문제에 대해 본 논문은 종업원과 사용자의 이해를 조절하는 제도의 설계 아이디어를 검증하고자 하였다. 검증의 방법으로 창작자주의의 보완과 사용자의 이익보호를 위해 종업원과 사용자의 권리를 공유관계로 판단 가능성을 검토하고, 관련 규정의 개정방안을 논의한다.

세부적으로 고용관계에서 창작된 저작물을 폭넓게 업무상저작물로

인정하고, 그에 대한 권리관계를 공유로 정하여, 종업원에게는 그에 상응하는 보상을 받을 수 있도록 제도적 보장책을 마련한다.

제도적 보장방안으로 본 고에서는 발명진흥법의 심의위원회 운영규정에 노사협의회 규정의 절차적 보완이 가능한지 검토해 보았다.

나아가 업무상저작물에 대해서는 한국저작권법 제9조의 수정안을 연구하였으며, 수정안의 기본적인 아이디어로 공동저작물의 규정을 노무제공자인 종업원 및 창작의 기여자, 사용자 사이에 유추 적용하여, 업무상저작물을 합리적이고 효율적으로 운영하고, 그에 대한 합당한 보상방안을 제시하여 보았다.

주제어: 고용관계, 직무발명, 업무상저작물, 발명진흥법, 저작권법, 노동관계법

〈Abstract〉

A Study on the Amendment of Intellectual Property of Works For Hire by an Employee

Lee, Hee-Kwang*

The creation of intellectual property rights occurs mostly in the corporate organization, not individual creation. The corporate organization is established as a contract between the person conducting the research and the person requesting the research, and disputes continue to increase over the attribution of the right to creation or the distribution of the generated profits.

The result of the creative act belongs to different right holders according to the type of intellectual property rights. It is necessary to rationally adjust the interests of employees who have created with creative efforts, including users and labor, who provided research and development investments and facilities, which are the basis for creating intellectual property.

CONSTITUTION OF THE REPUBLIC OF KOREA article

* Assistant Manager. Technology Strategy Team, KOMSCO.

22 protects the rights of inventors, science engineers and artists. Intellectual property rights are created by the work of employees, the interests relationship between employees and employers is adjusted in accordance with the discipline system by the private autonomy of the parties and the legislative purpose of each law.

The patent system represented by employee's invention is based on the inventor's principle and recognizes the attribution of the rights of employees.

In accordance with this, the interests of both are controlled by adjusting the compensation of employees and the interests of employers.

The Copyrights system represented by Author of Works Made for Hire has a problem of judging the author of a business work as a legal person, while attributing the rights to the employer to the employer, while still being silent on compensation for employees who are labor providers.

On this issue, this article attempted to verify the design idea of the system that regulates the interests of employees and employers.

In detail, the work created in the employment relationship is widely recognized as Author of Works Made for Hire and the right relationship is decided to be shared, and institutional systems are prepared to receive remuneration for employees.

We think that the regulation should be improved and so we make following suggestions.

The first option is that amendments for an INVENTION PROMOTION ACT Article 17(Operation, etc. of Deliberative Committee on Employee's Inventions) must be enhanced so as to complement the rules of procedure.

The second options is that amendments for an COPYRIGHT ACT Article 9(Author of Works Made for Hire) should be joint works between actual creator and legal person.

Key Words: Labor Contract, Author of Works Made for Hire, INVENTION PROMOTION ACT, COPYRIGHT ACT, ACT ON THE PROMOTION OF EMPLOYEES' PARTICIPATION AND COOPERATION

「Law & IP」 간행 규정

제정 2018. 6. 30.
개정 2019. 6. 30.
개정 2020. 4. 25.

제1조(목적) 이 규정은 세종지적재산권연구소(이하 "연구소"라 한다)가 발행하는 학술지 「Law & IP」의 간행에 관한 사항을 정함을 목적으로 한다.

제2조(간행) ①「Law & IP」은 연 2회 발간한다.
②「Law & IP」의 발행일자는 매년 6월 30일, 12월 31일로 한다.

제3조(논문의 투고자격) ①국내외 각 대학교 전임교원, 박사학위 소지자, 변호사 자격 소지자, 변리사 자격 소지자 등은 단독으로 투고할 수 있다.
②제1항에 해당하지 않는 자도 편집위원회가 전 항의 투고자에 준하는 자격을 가진 것으로 인정하는 경우에는 단독으로 논문을 투고할 수 있다.

제4조(논문의 투고 방법 및 요건) ①「Law & IP」에 논문을 게재하고자 하는 자는 연구소에 매년 5월 31일, 11월 30일까지 원고를 전자우편(E-mail)으로 제출하여야 한다.
②「Law & IP」에 투고하는 논문의 다음 각 호의 요건을 갖추어야 한다.

1. 본 학술지가 추구하는 목적에 합치하는 연구논문, 판례평석 또는 번역문 등의 어느 하나에 해당할 것
2. 독창성을 갖춘 것으로서 다른 학술지 또는 간행물에 게재된 적이 없을 것

제5조(논문의 작성요령) 「Law & IP」에 게재하기 위한 논문은 논문투고규정에서 정하는 원고작성요령에 따라 작성하여 제출되어야 한다.

제6조(논문의 심사) ①「Law & IP」에 게재하기 위하여 제출된 논문은 편집위원회의 추천을 받아 편집위원회 위원장이 위촉한 3인의 심사위원에 의한 심사를 받아야 한다.

②편집위원회는 심사위원들의 심사결과에 따라 논문의 수정·보완을 요구하거나 게재를 유보할 수 있다.

③논문심사에 관한 절차 및 기준에 대해서는 「Law & IP」 편집위원회 규정에 따른다.

제7조(저작권) 「Law & IP」에 게재된 논문의 저작권은 세종지적재산권연구소와 저자의 공동소유로 한다.

제8조(기타) 「Law & IP」의 간행과 관련하여 본 규정에 명시되지 아니한 사항에 대해서는 「Law & IP」 편집위원회 규정에 따른다.

부 칙(2018. 6. 30.)

제1조(효력발생)이 규정은 2018. 6. 30. 부터 효력이 발생한다.

부 칙(2019. 6. 30.)

제1조(효력발생) 이 규정은 2019. 6. 30. 부터 효력이 발생한다.

부 칙(2020. 4. 25.)

제1조(효력발생) 이 규정은 2020. 4. 25. 부터 효력이 발생한다.

「Law & IP」 투고 규정

제정 2018. 6. 30.
개정 2020. 4. 30.

제1조(목적) 이 규정은 세종지적재산권연구소(이하 "연구소"라 한다)가 발행하는 학술지인 「Law & IP」에 투고되는 논문의 작성요령 및 투고에 관한 사항을 정함을 목적으로 한다.

제2조(논문의 투고시기) 「Law & IP」에 논문을 게재하고자 하는 자는 연구소에 매년 5월 31일, 11월 30일까지 원고를 전자우편(e-mail)으로 제출하여야 한다.

제3조(투고서류) ①「Law & IP」에 논문을 게재하고자 하는 자는 투고논문과 함께 "논문게재신청서", "저작물 이용 동의서" 및 "연구윤리 서약서"를 제출하여야 한다.
②논문게재신청서에는 논문제목, 성명, 소속, 주소, 이메일 주소, 전화번호(자택 또는 사무실) 등을 기재하여야 한다.

제4조(원고의 작성) 원고는 별지 1의 「Law & IP」원고작성요령에 따라 작성되어야 하며 이를 준수하지 않은 원고는 게재가 거절될 수 있다.

부 칙(2018. 6. 30.)

제1조(효력발생) 이 규정은 2018. 6. 30. 부터 효력이 발생한다.

부 칙(2020. 4. 30.)

제1조(효력발생) 이 규정은 2020. 4. 30. 부터 효력이 발생한다.

[별지 1]「Law & IP」 원고작성요령

1. 논문은 제목, 저자, 목차, 본문, 국문 초록, 국문 주제어, 외국어 초록, 외국어 주제어 및 별지의 순으로 구성한다.

2. 본문은 한글로 작성함을 원칙으로 하되, 필요한 경우 한문 또는 외국어를 병기할 수 있다.

3. 논문의 저자가 2인 이상인 경우에는 주저자와 공동저자를 구분하여 주저자, 공동저자의 순서로 표시하여야 한다.

4. 원고 본문의 목차 순서 및 글자 모양은 다음과 같다.
   I. (로마 숫자)
   1. (아라비아 숫자)
   (1) (괄호 숫자) / 1) (반괄호 숫자) / (가) (괄호 한글)

5. 논문의 글자체는 한글은 휴먼명조체로 하고, 영문은 Times New Roman체로 하며, 본문의 글자 크기는 11호, 장평 100%, 행간은 160%로 하고, 각주의 크기는 10호, 장평 95%, 행간은 130%로 한다.

6. 본문 중의 법조문을 포함한 재인용 및 인용문은 인용부호(“”)로 명확히 표시하여야 한다.

7. 주는 각주로 표시하는 것을 원칙으로 하며, 각주의 기재사항과 순서는 다음과 같은 형식에 따른다.

(1) 국내문헌 및 일본문헌

① 저서인용 : 저자명, 서명, 출판사, 출판년도, 면수

예) 성삼문, 법철학, 심지출판사, 2007, OOO면.

② 정기간행물 인용 : 저자명, "논문제목", 「잡지명」, 제 … 권 ‥ 호, 년도, 면수.

예) 성삼문, "지적재산권의 국제적 규제체제",「法學硏究」, 제 OOO호, 2007년, OOO면

③ 기념논문집 인용 : 저자명, "논문제목", 「기념논문집명」(…선생 …기념논문집), 출판년도, 면수.

④ 성삼문, "계약구속력의 정당성", 「민사법의 현대적 과제와 전망: OOO교수 정년 기념논문집」, 2007년, OOO면

⑤ 판결 인용 : 대법원 19OO. OO. OO. 선고 OO다OOOO 판결. 대판 19OO. OO. OO. OO다OOOO.

예) 대법원 2001. 2. 23. 선고 98다 59309 판결.

⑥ 각주(脚註)에서 이미 앞에서 인용한 문헌 또는 논문을 뒤에서 다시 인용하는 경우에 "앞의 책" 또는 "앞의 논문"으로 표기한다.

(2) 외국문헌(일본문헌 제외)

① 저서인용 : 저자명, 서명, 출판사, 출판년도, 페이지.

② 논문인용 : 저자명, "논문제목", 논문집명, 출판사, 출판년도, 페이지.

③ 외국 판례의 인용은 인용대상 국가의 일반적 용례에 따른다.

8. 국문 원고 본문 중의 외국어나 외래어는 학술지, 고유명사 등 부득이한 경우를 제외하고는 국문으로 풀어 쓰거나 한글로 표기하고, 필요한 경우에 한하여 ( )안에 원어로 밝힌다.

9. 외국어 초록 및 주제어는 영어, 독일어 혹은 프랑스어로 작성함을 원칙으로 하되, 편집위원회가 승인하는 경우에는 다른 외국어로 작성할 수 있다.

10. 원고는 국문 초록 및 외국어(영어, 프랑스어, 독일어) 초록과 국문 주제어 및 외국어(영어, 프랑스어, 독일어) 주제어를 첨부하여야 하고, 초록은 1면 이상 ~ 2면 이내로 작성한다.

11. 참고문헌은 논문 말에 별도로 표기하며, 작성순서는 동양문헌, 서양문헌, 자료, 기타 순으로 한다.

12. 원고마감일 이후 접수된 논문은 당회 간행에서 제외하며 투고자의 의사에 따라 다음 회 간행을 위해 접수한 것으로 할 수 있다.

13. 이 논문 투고 요령은 2018년 6월 30일부터 시행한다.

「세종지적재산권연구소」 연구윤리 규정

제정 2018. 6. 30.

제1조(목적) 이 규정은 세종지적재산권연구소(이하 "연구소"라 한다)가 발행하는 학술지 「Law & IP」에 투고하는 자(이하 "투고자"라 한다), 투고물에 대하여 심사의뢰를 받은 자(이하 "심사자"라 한다) 및 연구소가 준수해야 할 윤리적 원칙과 기준 및 이의 위반에 대한 제재사항을 정하는 것을 그 목적으로 한다.

제2조(기본원칙) ①"투고자" 및 "심사자"는 윤리성과 학자적 양심에 충실하여야 한다.

②"심사자"는 학문적 양심에 따라 공정하게 심사하여야 하며, 연구소는 공정심사의 여건을 보장하여야 한다.

제3조(표절 및 중복게재의 금지) ①"투고자"는 타인의 연구물이나 저술 또는 논문에 나타난 결과나 논리를 임의로 사용하거나 타인의 저술이나 논문의 문구를 출처를 밝히지 않고 원문 그대로 사용하는 등 "표절"(이하 "표절"이라 한다)을 하여서는 아니 된다.

②"투고자"는 이미 다른 학술지에 게재한 논문과 동일 또는 유사한 내용의 논문을 투고(이하 "중복게재"라 한다)하여서는 아니 된다.

③제1항의 "표절" 및 제2항의 "중복게재"에 해당하는지 여부는 "연구소" 편집위원회의 위원 과반수이상의 출석과 출석위원 3분의 2이상의 동의를 얻어 결정한다.

제4조(심사자 및 연구소의 윤리준칙) ①심사자는 제3조에 규정된 표절의 의심이 있는 경우 연구소 편집위원회에 그 사실을 통보하여야 한다.
②심사자가 연구소 편집위원회에 심사결과를 통보할 때는 심사결과의 근거를 명확히 하여야 한다.
③연구소는 해당 분야의 전문가를 심사자로 선정하여야 하며, 심사의뢰 시 투고자의 인적사항을 알 수 있는 일체의 표시를 삭제하는 등 공정심사에 필요한 조치를 취하여야 한다.
④연구소는 정당한 사유가 없는 한 탈락 논문 및 투고자에 관한 일체의 사항을 외부에 누설해서는 아니 된다.

제5조(위반에 대한 조치) ①"연구소"가 발행한 학술지에 게재된 논문이 편집위원회에 의해 제3조의 규정에 의한 "표절"이나 "중복게재"로 결정된 경우 "연구소"는 다음 각 호의 조치를 취한다.
1. "연구소" 발행 학술지에 대한 논문 투고를 5년간 금지한다.
2. "연구소" 웹사이트에 게시된 당해 논문을 삭제하고 그 사유를 게재한다.
3. 한국학술진흥재단 및 관련 학회 등 유관 기관에 당해 사실을 통보한다.

②심사자 및 연구소가 제4조에 위반한 때에는 즉시 심사의뢰를 철회하거나 재심사를 의뢰하여야 한다.

제6조(기타) 연구소는 투고자에 대하여 이 지침을 교부함으로써 투고자로 하여금 스스로 교정할 수 있는 기회를 부여한다.

부 칙

제1조(효력발생) 이 규정은 2018. 6. 30. 부터 효력이 발생한다.

「Law & IP」 편집위원회 규정

제정 2018. 6. 30.

제1조(목적) 이 규정은 세종지적재산권연구소(이하 "연구소"라 한다)가 발행하는 학술지인 「Law & IP」의 편집위원회에 관한 사항을 정함을 목적으로 한다.

제2조(구성) ①편집위원회는 편집위원장과 편집위원으로 구성한다.
②편집위원장은 연구소장이 겸임한다.
③편집위원은 연구소 운영위원회의 추천을 받아 연구소장이 임명한다.
④편집위원의 임기는 2년으로 하며 연임할 수 있다.

제3조(편집위원회의 업무) 편집위원회의 업무는 다음과 같다.
1. 투고된 논문의 게재여부 결정
2. 게재예정증명서의 발급
3. 논문심사위원의 추천
4. 기타 「Law & IP」의 편집과 관련된 중요한 사항

제4조(편집위원회의 운영) ①편집위원회는 편집위원장이 개최한다.
②편집위원회는 재적위원 과반수의 출석과 출석위원 과반수의 찬성으로 의결한다.
③편집위원장은 위원회의 업무를 효율적으로 수행하기 위하여 편집간사를 둘 수 있다.

제5조(논문심사) ①「Law & IP」에 투고된 원고는 각 원고별로 3인 이상의 심사위원에 의하여 심사된다.

②심사위원의 자격은 다음과 같다.

1. 대학원 전임강사 이상의 교수직에 있는 자
2. 박사학위 소지자
3. 석사학위 소지자로서 법률 분야에서 5년 이상의 연구경력을 가진 자

③심사위원은 투고자와 동일기관 소속이어서는 안 된다.

제6조(심사기준) 심사위원은 다음 각 호의 기준을 고려하여 종합적으로 심사의견을 제출하여야 한다.

1. 연구소의 투고규정에서 정한 논문제출 기준
2. 연구주제의 창의성 및 연구의 필요성
3. 연구방법의 논리적 체계성 및 적절성
4. 연구결과의 학술적 완성도 및 학문적 기여도
5. 참고문헌 인용의 적절성 및 객관성

제7조(심사위원별 논문심사의 판정) 심사위원은 심사대상 논문에 대하여 다음 각 호에 따라 "판정의견"을 제출한다.

1. 게재
2. 수정 후 게재
3. 수정 후 재심사
4. 게재불가

제8조(종합판정) ①심사위원 전원의 심사결과가 "게재"와 "수정 후 게재"인 경우에는 게재를 허락한다. 다만 "수정 후 게재"의 경우에는

투고자가 수정요구에 응하는 경우에만 게재를 허락한다.

②심사위원의 심사의견이 다를 때에는 다수의견에 따른다. 다만 3인의 심사위원의 의견이 각기 다를 때에는 다수의견을 판단하는데 있어 "게재"는 "수정 후 게재"와 동일한 것으로, "수정 후 재심사"는 "게재 불가"와 동일한 것으로 본다.

③심사위원의 다수의견이 "게재"와 "수정 후 게재"인 경우에는 게재를 허락한다. 다만 심사위원의 다수의견이 "수정 후 게재"인 경우에는 투고자가 수정요구에 응하는 경우에만 게재를 허락한다.

④심사위원의 다수의견이 "수정 후 재심사"인 경우에 수정 후 편집위원회에서 게재여부를 결정한다.

⑤심사의 공정성을 우려할 만한 사정이 있는 경우에는 편집위원회에서 그 공정성 여부를 결정한다.

제9조(심사결과의 통보 및 수정요청) ①편집위원장은 제8조에 따른 종합판정 결과 및 심사위원의 심사요지를 논문제출자에게 통지한다.

②종합판정 결과가 "수정 후 게재" 또는 "수정 후 재심사" 판정을 받은 논문에 대하여는 편집위원장이 수정을 요청하여야 한다.

③편집위원회는 논문제출자가 제2항의 수정요청에 따르지 않거나 재심사를 위해 고지된 기한 내에 수정된 논문을 제출하지 않을 때에는 처음 제출된 논문을 "게재불가"로 최종 판정한다.

제10조(심사결과에 대한 이의제기) ①종합판정 결과 "게재불가" 결정을 통지받은 투고자는 통지받은 날로부터 7일 이내에 편집위원장에게 서면으로 이의를 제기할 수 있다.

②제1항에 의한 이의가 제기된 경우에 편집위원장은 즉시 편집위원회를 소집하여야 한다.

③제2항의 규정에 의하여 소집된 편집위원회는 심사결과가 현저하게 비합리적으로 이루어졌는지 여부를 심사하여 원고의 게재 여부를 최종적으로 결정하여야 하며 그 결정내용을 지체 없이 투고자에게 서면으로 통지하여야 한다.

④제3항에 따른 편집위원회의 결정은 최종적이며 이에 대하여 이의를 제기할 수 없다.

부 칙

제1조(효력발생) 이 규정은 2018. 6. 30. 부터 효력이 발생한다.

Law & IP 편집위원 명단

2020년 6월 30일

편집위원 성명	소속	직위
박준우	서강대학교 법학전문대학원	iplawkorea@sogang.ac.kr
손승우	단국대학교 법과대학	legalssw@gmail.com
정진근	강원대학교 법학전문대학원	jkjeong@kangwon.ac.kr
정태호	경기대학교 지식재산학과	jungtho@hanmail.net
이동형	영남대학교 법학전문대학원	hyong@ynu.ac.kr
계승균	부산대학교 법학전문대학원	doktorkye@pusan.ac.kr
김은주	제주대학교 법학전문대학원	ejkim@jejunu.ac.kr
김동준	충남대학교 법학전문대학원	dongjunk@cnu.ac.kr
육소영	충남대학교 법학전문대학원	syook@cnu.ac.kr

The Journal of Law & IP

2020년 6월 25일 인쇄
2020년 6월 30일 발행

발행자 **박 세 화**
편집자 **육 소 영**
발행처 **충남대학교 세종지적재산권연구소**
인쇄처 **도서출판 이화**

ISSN 2635-5132