저작권법과 디자인보호법상 산업디자인 권리보호 문제*

- 응용미술 개념을 중심으로 -

김 흥**

〈목 차〉

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

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 한번쯤 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 입법 목적에 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 독자적 지위를 인정받지 못했으며, 그렇다고 해서 공업 분야에서 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 것이야말로 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 이용 가능성 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 보호 대상으로 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 구의 장법에 맡기고 있는 것이라고 보는 것이 통설적 견해였다(이상정, 『산업디자인과 지적소유권법』, 세창출판사, 1995, 89면 이하; 이상정, “응용미술의 보호”, 계간 저작권 1995년 봄호, 저작권심의조정위원회, 1995, 60면; 오승중·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 보호 받을 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 별 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 정의규정이란가 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 응용미술디자인의¹⁰⁾ 실시 행위에 대한 독점·배타

10) 법 실무상으로는 강학상으로 실제 사용되는 용어는 아니나, 본고에서 디자인보호법과의 관련성을 강조하기 위해 문맥에 따라 ‘응용미술디자인’, ‘응용미술(디자인)’

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 유형물예의 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 물품예의 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 생산 방법으로 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 입법목적¹⁾을 가지고 있으나, 디자인보호법은 물품의 미감을 부각시켜 소비자의 구매욕을 자극해 수요를 증대시켜 산업발전을 이루고자 하는 목적²⁾을 가지고 있다. 이처럼 양 법이 다소 상이한 입법목적³⁾을 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

¹⁾ 범초소, 승차대, 교량, 이동화장실, 조립가옥 등의 경우 그 물품성(동산성)을 인정 받을 수 있다.

으며, 이러한 복제가능성 개념은 디자인보호법에서의 공업상 이용가능성 개념과의 비교검토를 통해 보다 구체적인 해석이 가능할 것이다. 디자인보호법상 공업상 이용가능성은 공업적 생산과정¹³⁾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 굵즈 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 분리되어야 하는 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.* 판결¹⁷⁾과 *Esquire, Inc. v. Ringer* 판결¹⁸⁾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 확실과 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 Test**이다. 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 Test**이다. 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 Approach**이다. 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 Test**이다. 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 미감을 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 관례에 따르면 시각으로 파악되지 않는 소리나 촉감 등은 디자인의 대상이 될 수 없으며, 육안으로는 그 형상 및 모양이 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 된다²⁷⁾. 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 의상이 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⁾ 배포권³³⁾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 디자인의 대상 물품이 등록디자인과 동일·유사하지 않은 경우에는 침해를 구성하지 않게 된다.

(2) 권리 간 보호대상 충돌문제

디자인등록된 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 특징이 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 사용자 간 권리 충돌이 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).

동디자이너가 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 사이클이 짧아 산업적 성격이 짙은 응용미술에 대해 문화발전을 장려하고자 하는 저작권법의 온전한 보호를 허용하는 것이 과연 적절한 것인지에 대한 의문을 불러일으킬 수 있다. 나아가, 배른협약이 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 남아 있고, 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 비교 검토 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 논의는 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.
오승중·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.

차상욱, "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