



저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

법학석사 학위논문

응용미술저작물의
지식재산권적 보호에 관한 연구

2017 년 2 월

서울대학교 대학원

법학과 지식재산전공

박 재 원

국문초록

응용미술작품은, 오늘날 전세계적으로 산업디자인에 대한 전통적인 보호방식인 디자인권에 추가하여 저작권에 의해서도 보호되는 것이 일반적이다. 우리나라 저작권법에서도 ‘응용미술저작물’이 저작물의 예시로 추가된 이후 이에 대한 독립적인 정의 규정까지 신설됨으로써 산업디자인을 포함하는 응용미술작품이 저작권에 의하여 보호될 수 있다는 점에 대해서는 의문의 여지가 없다. 그런데 이와 같은 저작권법의 개정은 응용미술작품에 대한 전통적인 보호방식인 디자인권 제도의 한계에서 비롯되었다.

요컨대 응용미술작품은 본질적으로 관련시장의 특성에 따라 단기의 제품수명을 가지고 있음에도 불구하고, 창작 이후에도 정식의 디자인권을 취득함에 있어서는 원칙적으로 출원 및 이에 대한 실질적 심사를 거쳐 등록결정에 이르기까지 상당한 시간이 소요된다는 점에서 산업디자인을 포함하는 응용미술작품의 두터운 보호에는 미흡하다는 주장이 꾸준히 제기되었던 것이다. 그런데 응용미술작품에 대하여 무방식주의가 적용되는 저작권의 인정 가능성이 저작권법에 명문화됨으로써 응용미술저작물로서의 법적 요건이 충족되는 경우 창작과 동시에 두터운 법적 보호를 받을 수 있게 되었다.

그러나 위와 같은 장점에도 불구하고 응용미술작품에 대하여 저작권법상 장기의 배타적 보호기간이 합법적으로 보장됨에 따라 관련시장의 경쟁이 현저하게 저해될 수 있는 문제점이 발생하였다. 따라서 응용미술작품을 디자인권 및 저작권에 의하여 중첩적으로 보호하는 세계적인 추세에 역행하지 아니하면서도 이와 같은 문제점을 궁극적으로 해결하기 위해서는, 응용미술저작물에 대한 보호

기간을 단축하는 입법과 함께 디자인권 제도도 업계의 개정수요에
부응하여 전면적인 무심사제도를 도입하는 개정을 단행할 필요가
있다.

주요어 : 응용미술저작물, 저작권, 디자인권, 저작물성, 보호기간, 실
질적 심사

학 번 : 2015-21474

목 차

제 1 장 서론	1
제 1 절 연구의 필요성과 목적	1
제 2 절 연구의 범위와 방법	4
제 2 장 응용미술저작물의 개관	7
제 1 절 응용미술저작물의 개념	7
1. 응용미술작품	7
2. 응용미술저작물	8
제 2 절 응용미술저작물에 대한 법적 보호	9
1. 국외의 현황	9
2. 국내의 현황	22
제 3 절 소결	27
제 3 장 응용미술저작물에 대한 현행 지식재산권적 보호방식의 개관	30
제 1 절 디자인권 제도의 개관	30
1. 디자인의 성립요건	30
2. 디자인의 등록요건	36
3. 디자인 등록출원에 대한 심사	39
4. 디자인권의 효력	40
제 2 절 저작권 제도의 개관	43
1. 저작권의 성립요건	43
2. 저작권의 등록요건	52
3. 저작권의 효력	54
제 3 절 소결	60

제 4 장 응용미술저작물에 대한 현행 지식재산권적 보호방식의 문제점 및 개선방안	62
제 1 절 디자인권 제도의 문제점 및 개선방안	62
1. 디자인권 제도의 문제점	62
2. 디자인권 제도의 개선방안	64
제 2 절 저작권 제도의 문제점 및 개선방안	88
1. 저작권 제도의 문제점	88
2. 저작권 제도의 개선방안	94
 제 5 장 결론	 122
 참고문헌	 125
Abstract	130

표 목 차

[표 1] 응용미술저작물 관련 저작권법의 규정 연혁	23
[표 2] 연도별 디자인 일부심사출원 대상 물품류	64
[표 3] 결정계 심판청구 인용 현황	83
[표 4] 1993년도 유럽공동체 회원국들의 저작권 보호기간	90

제1장

서론

제1절 연구의 필요성과 목적

현대 사회에서 범정화된 ‘재산권’의 범위는, 전통적으로 인정되어 온 유형적인 ‘물건’ 그 자체를 소유·사용하는 등의 차원을 넘어, 이와 같은 물건을 산출할 수 있는 무형적인 ‘권리’의 차원에까지 이르고 있음은 주지의 사실이다. 후자의 영역에 속하는 ‘지식재산권’은 입법자의 결단에 의하여 창설된 권리로서, 사회의 변화에 따라 법률의 제·개정에 의하여 그 권리의 내용이 확장되거나 때로는 새로운 권리가 탄생되기도 하는 등의 동적인 특성이 있다. 그리고 이와 같은 동적인 특성은 지식재산권에 대한 일반인들의 인식이 강화되고, 자본주의 시대에 지식재산권의 엄청난 가치창출 능력에 대한 공감대가 형성되었다는 점을 반증하고 있다.¹⁾

본 논문에서 논하고자 하는 ‘응용미술저작물’과 관련하여서도 위와 같은 현상을 찾아볼 수 있다. 본래 저작권은 일반적으로 산업재산권으로 분류되는 특허권·실용신안권·상표권·디자인권과 구별되는 독자적인 지식재산권으로서 문학·학술 및 예술의 영역에서 일품(一品) 제작되는 창작성 있는 표현을 보호하고, 그 외에 산업상 대량생산에의 이용 또는 실용

1) 예컨대 디자인의 보호범위 확대 논의와 관련하여 보호객체로서의 디자인은 디자인의 창작과 유통환경과 밀접하게 연관되어 새로운 유형의 디자인이 등장하고 보호의 필요성에 대한 산업적·사회적 합의가 있고 법률적인 문제가 없다면 보호객체로서의 보호대상을 확대하는 것은 산업발전을 위한 법이념에 부합한다는 것이다. 역사적으로 견직물에 적용된 디자인을 보호하기 위하여 그 보호필요성이 제기된 디자인권이 산업발전으로 물품 및 그에 적용되는 디자인의 다양성으로 인하여 더불어 그 보호범위가 확대되었다는 점도 이와 무관하지 않다(서재용, “디자인의 보호범위 확대와 그 한계에 관한 연구”, 한국저작권위원회, 2012. pp.100-101).

적인 기능을 주된 목적으로 하여 창작되는 물품은 디자인권으로 보호한다는 인식이 일반적이었다.²⁾

그러나 디자인보호법상 ‘디자인’의 등록요건으로서 ‘공업상 이용가능성’의 전제가 될 수 있는³⁾ ‘복제가능성’이 있는 ‘응용미술저작물’이 저작물의 유형으로 저작권법에 추가되기에 이르렀고,⁴⁾ 과거에 저작권의 성립범위를 문학·학술 및 예술의 범위로 한정하는 법문(法文)도 삭제되었다. 그 결과 실질적으로 저작권의 산업재산권으로서의 지위를 인정함에 있어서 장애가 될 수 있는 요소가 입법적으로 제거되었다.⁵⁾

그리하여 현행 지식재산권 관련 법체계에서는 응용미술의 영역에 속하는 작품의 경우 디자인보호법에서 규정하는 디자인의 성립요건을 갖추고 등록절차까지 완료된 경우에는 이에 따른 보호를 받을 수 있을 뿐만 아니라, 이와 동시에 저작권법상 응용미술저작물로서의 보호적격도 구비한 경우에는 저작권법에 의한 보호도 중첩적으로 받을 수 있다. 이처럼 응용미술저작물은 디자인권과 저작권 모두에 의하여 법적인 보호를 호소할 수 있게 됨으로써, 권리자를 두텁게 보호하게 된 점은 다행스럽다고 할

2) 판례도 이와 같은 입장에서 응용미술작품에 대하여는 원칙적으로 디자인권에 의한 보호로서 충분하고 예외적으로 저작권에 의한 보호가 중첩적으로 부여된다는 입장을 취하고 있었다(대법원 1996. 2. 23. 선고 94도3266 판결; 서울고등법원 1996. 5. 16. 선고 95다10473 판결; 서울지방법원 1997. 8. 22. 선고 97가합26666 판결).

3) 디자인보호법 제33조 제1항. 우리 대법원은 ‘공업상 이용가능성’에 관하여 “공업적 방법에 의하여 양산될 수 있는 것을 의미하고, 공업적 방법이란 원자재에 물리적, 화학적 변화를 가하여 유용한 물품을 제조하는 것을 말하며, 양산이라 함은 동일한 형태의 물품을 반복적으로 계속해서 생산함을 뜻하는 것이다”라고 판시하였다(대법원 1994. 9. 9. 선고 93후1247 판결).

4) 현행 저작권법 제2조 제15호에서는 ‘응용미술저작물’에 대하여 “물품에 동일한 형상으로 복제될 수 있는 미술저작물로서 그 이용된 물품과 구분되어 독자성을 인정할 수 있는 것을 말하며, 디자인 등을 포함한다”고 규정하고 있어, 물품에 동일한 형상으로 복제될 수 있는 복제가능성을 요건으로 규정하고 있다.

5) 2006. 12. 28. 전부개정된 저작권법(법률 제8101호, 2007. 6. 29. 시행)은 제2조 제1호에서 ‘저작물’에 관하여 “인간의 사상 또는 감정을 표현한 창작물”이라고만 정의하여, 그 이전까지 “문학·학술 또는 예술의 범위에 속하는 창작물”이라고 정의했던 용어의 정의를 전면 개정하였다.

수 있다.

그러나 위와 같은 긍정적 효과에도 불구하고 응용미술저작물의 경우 대개 실용적 목적 및 공업적 방법에 의한 대량생산을 예정하고 있어서 산업계는 물론 넓은 범위의 이용자들의 일상생활과 밀착된 형태로 이용되고 있는데, 전술한 바와 같이 전통적으로 일품 제작되는 소위 작품(作品)을 보호하는 저작권에 의한 보호방식이 응용미술저작물에 대하여 적합한지는 의문이다.

대표적으로 과거에 디자인권에 의해서만 보호되어 온 대상이 저작권에 의해서도 보호됨으로써 산업에 활용되는 디자인의 보호기간이 연장되어 필연적으로 관련산업에서 경쟁이 제한되는 문제점이 발생했다. 현행 저작권법에서 규정하는 저작권의 보호기간의 적절성 여부에 대해서는 응용미술저작물 외에 다른 유형의 저작물에 대해서도 마찬가지로의 문제제기가 있을 수 있다. 그러나 응용미술 영역에 속하는 대상들에 대하여 저작권법에 의한 보호 여부와 관련하여 국내외를 막론하고 오랜 기간 동안 집중적으로 논란이 계속되어 온 저변에는 이와 동일한 문제의식이 있는 것으로 보인다.

결국 위와 같은 문제점들은 산업디자인을 저작권에 의하여 보호함으로써 파생된 결과로 볼 수 있는데, 응용미술작품에 대한 저작권에 의한 보호방식의 적합성 여부와 더불어 현행 디자인권 제도가 응용미술저작물에 속하는 디자인에 대하여 적합한지에 관해서도 재고할 필요가 있다.

왜냐하면 우리나라의 디자인권 제도가 법적으로 정당한 보호의 필요성에 부응하지 못하여 본질적으로 성격이 다른 법제도에 불가피하게 의존할 수밖에 없는 법현실이 시정되지 않고, 이로써 관련시장에서 경쟁을 제한하는 등의 문제점이 발생함으로써 일반 이용자들의 권리를 현저하게 제한하는 등의 문제점이 상존한다면, 이에 대한 근본적인 해결을 위해서

는 현행 디자인권 제도를 개선할 필요성이 있기 때문이다.

이와 같은 관점에서 본 논문에서는 현행 디자인보호법을 저작권법과 비교 분석하여 디자인에 대한 법적인 보호를 호소하는 주체들이 디자인 보호법이 아닌 저작권법에 의한 보호를 주장하여 온 근본적인 원인에 관하여 살펴본다. 이와 같은 연구는 산업디자인을 저작권법으로 보호하는 결과 초래되는 문제점을 해결하기 위한 것이기도 하지만, 현행 디자인보호법에 의한 보호방식에 공백이 있어 저작권법에 의해서라도 이를 보완할 수밖에 없는 불가피한 상황이라면, 이와 같은 점들을 보완하고 개선하는 방안을 마련하기 위한 것이기도 하다. 이로써 현행 디자인권 제도의 미비점을 파악하여 개선하는 과정을 통하여 궁극적으로 디자인권 제도의 실효성을 도모하기 위한 중요한 기초 작업이 될 수 있으리라 본다.

따라서 본 논문에서는 현행 지식재산권 법체계상 응용미술저작물에 대한 대표적 보호방식으로서 저작권법과 디자인보호법에 대하여 살펴본 다음, 각 법률에 의한 보호방식의 문제점을 분석하고 이에 대한 개선방안을 제시하도록 한다.

제2절 연구의 범위와 방법

본 논문은 우리나라의 현행 지식재산권 법체계에서 응용미술저작물을 보호하는 대표적인 방법으로 인정되는 디자인권 및 저작권에 의한 보호방식의 적합성에 관하여 재고하기 위하여, 우리나라의 현행 디자인권 및 저작권 제도를 살펴본다. 이와 더불어 상당히 오래 전부터 응용미술저작물에 대한 적절한 보호방식에 관하여 논의를 진행함으로써 지속적으로 이를 자국(自國)의 법제도에 반영하였을 뿐만 아니라 자국의 지식재산을 두텁게 보호하고 나아가 무역을 활성화하고자 하는 목적에서 우리나라를

포함하여 인접한 국가들의 지식재산권 법제도에 대해서까지 영향을 미친 해외의 주요 국가들에서 진행된 관련 논의들도 함께 살펴본다. 그리고 이와 같은 논의들을 응용미술저작물에 대한 현행 보호방식의 문제점을 개선방안을 모색함에 있어서 적용하고자 하였다. 그리하여 디자인권 및 저작권 관련 연구 보고서, 논문, 입법례 등의 자료를 조사·수집하여 응용미술저작물에 대한 현행 지식재산권적 보호방식으로서 디자인권 및 저작권 제도의 문제점을 분석하고 이에 대한 개선방안을 제시하고자 하였다.

제2장에서는 본 논문의 연구대상인 응용미술저작물의 개념에 관하여, 저작권법에서 해당 용어에 대한 정의가 신설되기 전부터 통용되던 응용미술작품이라는 용어와 함께 살펴보고, 선진 입법례에 비추어 비판적인 시각에서 우리나라의 현행 보호방식을 분석할 수 있도록 응용미술저작물에 대한 해외 주요 국가들의 입법태도를 개관하고, 나아가 국내에서의 보호 현황에 대해서도 살펴본다.

제3장에서는 우리나라의 현행 디자인권 및 저작권 제도에 의하여 응용미술저작물을 보호함으로써 발생하는 문제점을 분석하기에 앞서 각 권리의 취득 과정 및 그 법적 효과를 중심으로 살펴본다.

제4장에서는 응용미술저작물을 보호하는 현행 디자인권 및 저작권 제도의 문제점에 관하여 응용미술저작물 고유의 성격을 중심으로 분석하여, 디자인권 제도와 관련하여서는 신속한 권리화를 요구하는 입법수요에 부응하면서도 부실권리의 양산 가능성을 최소화하기 위한 방안에 관하여 살펴보고, 저작권 제도와 관련하여서는 응용미술저작물에 대해서도 다른 유형의 저작물과 마찬가지로 장기의 보호기간이 적용됨으로써 초래되는 문제점을 분석하고 이에 대한 개별적인 규율의 필요성을 강조하면서, 보호기간 단축에 관한 입법론을 제시함과 아울러 현행 저작권 제도 하에서 응용미술저작물에 대한 저작권의 성립을 제한하는 사법부의 적극

적인 역할에 대하여 강조한다.

제5장에서는 앞에서 논의한 내용들을 종합하여 현행 디자인권 및 저작권 제도에 대한 개선의 필요성을 강조하였다.

제2장

응용미술저작물의 개관

제1절

응용미술저작물의 개념

1. 응용미술작품

일반적으로 응용미술(applied art)은, 회화나 조각 등 본래 미적 감상 이외의 목적이 존재하지 않는 순수미술(fine art)에 대응하는 개념으로서, 산업상의 이용 기타 실용적 목적을 가진 미술작품을 의미한다.⁶⁾ 응용미술을 이와 같이 정의하는 경우 (1) 미술공예품, 장신구 등 실용품 자체인 것, (2) 가구에 응용된 조각 등과 같이 실용품과 결합된 것, (3) 문진(文鎭)의 모델형 등과 같이 양산되는 실용품의 모델형으로 이용될 것을 목적으로 하는 것, (4) 의류디자인 등 실용품의 모양으로 이용될 것을 목적으로 하는 것 등이 모두 포함될 수 있다.⁷⁾

우리나라 법원도 응용미술작품에 상응하는 개념으로서 ‘응용미술품’이라는 용어를 사용하면서, 그 성격에 관하여 위와 유사하게 응용미술을 순수미술과 대비하는 방식으로 다음과 같이 실시하였다.

“ 저작권의 보호대상이 되는 미술저작물은 형상 또는 색채에 의하여 평면적 또는 입체적으로 사람의 사상이나 감정이 미적으로 표현되어 있는 것으로 (1) 예술의 범위에 속하고, (2) 창작성이 있고, (3) 대외적인 표현물인 것을 의미한다고 할 것이고, 그 중에서도 응용미

6) 이해완, 『저작권법』 제3판(전면개정판), 박영사, 2015, p.92.

7) 内田晋, 『問答式 入門 著作権法』, 新日本法規出版株式會社, 1979, pp.35-45, 이해완, 전게서, p.92에서 재인용.

술이란 순수미술에 대비되는 개념으로 실용품에 응용된 미술을 말하는 바,

일반적으로 응용미술작품에는 (1) 미술공예품, 장신구 등 실용품 자체인 것, (2) 가구에 장식된 조각 등 실용품과 결합된 것, (3) 일용품의 금형 등 양산되는 실용품의 금형으로 사용될 것을 목적으로 하는 것, (4) 염직도안 등 실용품의 무늬로 이용될 것을 목적으로 하는 것 등이 포함되는 것으로 이해된다.”⁸⁾

2. 응용미술저작물

본 논문에서 중점적으로 논하고자 하는 응용미술저작물은 전술한 응용미술작품 중 일부에 해당하는 것으로서 모든 응용미술작품이 저작권법의 보호범위에 속하는 것으로 볼 수는 없고, ‘저작물’로서의 법적 보호를 추구하는 이상 저작권법에서 규정하는 성립요건을 충족한 경우에 비로소 이에 따른 보호가 가능하다.

이와 동일한 취지로 세계지식재산권기구(World Intellectual Property Organization, “WIPO”)에서 발행한 용어사전에서도, 응용미술(applied art) 또는 응용미술저작물(work of applied art)에 관하여 수공예 또는 공업적 생산품을 불문하고 실용적 목적으로 응용된 미술저작물이라고 정의하면서, 응용미술저작물에 응용된 범위는 저작권법에 의하여 정해진다고 명시하고 있다.⁹⁾

8) 서울고등법원 1996. 5. 16. 선고 95나10473 판결.

9) WIPO, 『WIPO GLOSSARY OF TERMS OF THE LAW OF COPYRIGHT AND NEIGHBORING RIGHTS』, WIPO, 1983 p.9(“An artistic work applied to objects for practical use, whether handicraft or works produced on an industrial scale. Copyright laws may determine the extent to which they apply to works of this kind”).

요컨대 위 WIPO에서 제시한 정의에 의하면 응용미술저작물이란 미술 저작물의 유형으로 분류되는 것들 중에서 실용적으로 응용된 것을 지칭하는 것으로서 생산 과정 또는 존재의 형식에 의하여 구별되는 것으로 해석되지는 않는다. 그런데 국내외에서 응용미술작품의 저작물성이 문제된 주요 사건들을 살펴보면 후술하는 바와 같이 생산 과정과 관련하여서는 공업적 방법으로 대량생산되는 물품들이 쟁점이 되었고,¹⁰⁾ 존재의 형식에 있어서는 응용미술작품이 그 적용된 물품과 분리되는 독자성이 있는지에 집중되어 왔다. 이하에서 이와 관련된 내용들을 살펴본다.

제2절 응용미술저작물에 대한 법적 보호

1. 국외의 현황

가. 미국

미국 저작권법에서 최초로 미술 작품(works of art)의 저작권에 의한 보호를 명문화한 것은 1870년 저작권법인데, 같은 법 제86조에서 순수미술 작품으로서의 완성을 의도한 그림, 조각, 모델, 디자인 등이 그 보호 대상이라고 정함으로써 응용미술에 대한 보호를 명시적으로 배제하였다.

그러나 응용미술에 대한 보호가 법질서 전체에서 배제된 것은 아니고, 1842년 이래 디자인으로서 특허법 체계 내에서 보호되어 왔고,¹¹⁾ 현행

10) 우리 법원은 “응용미술품 중 수공적(手工的)인 방법에 의하여 제작되어 개별적인 물품 그 자체가 하나의 예술품으로서의 성격을 가지는 미술공예품의 경우에는 이를 저작물로 보호하는데 별 다른 의문이 없다”고 하여, 제작의 공정이 수공적인지에 관하여 저작물성을 판단함에 있어서 고려하는 입장을 취하고 있었다(서울고등법원 1996. 5. 16. 선고 95나10473 판결; 서울지방법원 1997. 8. 2. 선고 97가합26666 판결).

미국 특허법에 의하더라도 공업적 물품에 관계되는 신규성 및 독자성 있는 장식적인 디자인에 대해서는 원칙적으로 발명의 특허(utility patent)에 관한 규정을 적용하도록 함으로써 같은 태도를 유지하고 있다.¹²⁾

그 후 1909년 저작권법에서는 저작권의 보호대상을 모든 저작물(writing)로 확대하고, 위 1870년 저작권법에서의 순수미술에 관한 조항을 폐지하여 단순히 “미술저작물에는 미술저작물을 위한 모형이 포함된다”라고만 규정하였으며, 연방저작권청규칙 제202.8조에서도 세공된 보석이나 유리 제품과 같은 미술공예품은 그 형상에 관한 한 저작물로서 보호되고 디자인특허에 의한 보호가능성도 저작권 등록적격에 영향을 미치지 않는다고 규정하여 응용미술작품을 저작권에 의하여 보호할 수 있는 가능성을 제시했다. 그러나 해당 규칙에서는 기계적 측면 또는 실용적 측면은 부정된다고 규정함으로써¹³⁾ 응용미술 영역에 속하는 실용품 전반을 저작권법에 의하여 보호하기에는 한계가 있었다.

그러나 Mazer v. Stein 사건에서의 1954년 연방대법원 판결¹⁴⁾을 계기로 응용미술의 법적 보호에 있어서 새로운 국면이 진행되었다. 실용적

11) Sarah Burstein, “MOVING BEYOND THE STANDARD CRITICISMS OF DESIGN PATENTS”, 「STANFORD TECHNOLOGY LAW REVIEW」 (Vol.17:305), 2013, p.309.

12) 35 U.S.C. §171.

13) 37 CFR sec.202.8(a. 총칙, 회화 및 조각과 같은 순수미술에 속하는 작품은 물론, 미술적 보석, 에나멜 세공, 유리제품과 같은 공표 또는 미공표 ‘미술공예품’은 기계적 측면 또는 실용적 측면에서가 아닌, 그 형상에 관한 한 본 클래스에 포함되는 것으로 하는, 다시 말해 미술공예 창작물의 형태(form) 중 기계적(mechanical) 또는 실용적(utilitarian) 부분은 미술저작물에 포함되지 않는다; b. 미술작품으로서 인정받기 위하여는 묘사 또는 형상에 어떤 창작적 저작활동을 구비하고 있어야만 한다. 미술작품의 등록적격은 해당 작품의 이용방법에 관한 창작자의 의도, 복제물의 수 또는 섬유재료 또는 섬유제품에 표시되었다는 사실에 의한 영향을 받지 않는다. 디자인특허법에 의한 보호가능성은 미술작품의 저작권 등록적격에 영향을 미치지 않으나, 특허된 디자인 또는 특허출원에 첨부된 도면 혹은 사진의 저작권 등록적격은 특허 등록된 후에는 인정되지 않는다), 이호홍, “저작권법과 디자인법의 교차영역에 관한 연구”, 한국저작권위원회, 2007, pp.39-40에서 재인용.

14) Mazer v. Stein, 347 U.S. 201.

목적으로 대량생산되는 램프(lamp)의 지지대에 부착된 무희(dancer)의 소상(塑像)에 대한 저작물성이 쟁점이 된 이 사건에서, 연방대법원은 실용적 목적으로 대량생산된 제품이 디자인특허의 대상이 된다는 점만으로 저작물성이 부정된다고 볼 수는 없다고 판시하였다.¹⁵⁾ 저작권청도 이와 같은 판례의 입장에 대하여 지지를 표명한 후 1959년에 ‘분리가능성’ 이론을 도입한 새로운 규정을 발표하였다.

그 후 1976년 저작권법 제101조에서 ‘회화, 도형 및 조각저작물(a pictorial, graphic, or sculptural work)’에 대한 정의를 아래와 같이 신설하여, 응용미술 및 실용품에 대한 개념을 명확히 하고 이에 대한 보호가능성을 명시적으로 규정하였다.¹⁶⁾ 즉 저작권법의 보호대상이 될 수 있는 응용미술의 범위를 한정하여, 기계적·실용적 특징에 대한 보호는 명시적으로 제외하고, 나아가 그 보호요건으로서 물품의 실용적 측면으로부터 분리가능성(separability) 및 독립성(independence)에 관하여 정하고 있다.

“ 회화, 도형 및 조각저작물’은 평면적 및 입체적 순수미술, 그래픽 아트, 응용미술, 사진, 판화, 미술복제, 지도, 지구의, 해도, 도표, 모형 및 기술도면(건축설계도를 포함)을 포함한다. 회화, 도형 및 조각저작물은 기계적 또는 실용적 측면에서가 아닌 형상에 관한 한 미술공예저작물을 포함한다. 본조에 의하여 정의되는 실용품 디자인은 회

15) 이 판결 이후 연방저작권청규칙 제202.10조에 “c. 물품의 유일한 기능이 그 실용성인 경우에는 그 물품이 특이하고 사람을 끌어들이는 형태라고 하더라도, 미술작품으로서의 등록적격이 인정되지 않는다. 다만, 실용품의 형상이 미술적 조상, 조각, 또는 회화적 표현과 같은 특징이 있고, 그 특징이 분리되며, 미술작품으로서 독립하여 존립할 수 있다고 확인되는 경우에는 등록적격이 있다”는 규정이 신설되었다, Alan Latman·Robert A. Gorman·Jane C. Ginsburg, 『Copyright for the Nineties』, The Nichie Co., 1991, p.200, 이호흥, 전계 보고서, p.41에서 재인용.

16) 이호흥, 전계 보고서, p.41.

화, 도형 및 조각의 특징을 갖고, 그 특징이 당해 물품의 실용적 측면에서가 아닌 형상에 관한 한 미술공예저작물을 포함한다. 본조에 의하여 정의되는 실용품 디자인은 회화, 도형 및 조각의 특징을 갖고, 그 특징이 해당 물품의 실용적 측면과 별개로 식별할 수 있으며, 독립하여 존립할 수 있는 경우에 그 범위 내에서만 회화, 도형 및 조각저작물로 본다. ‘실용품’이란 단지 물품의 외관을 표시하거나 정보를 전달하는 것에 그치지 않는 것으로서, 본래 실용적 기능을 갖는 물품을 말한다. 통상적으로 실용품의 일부분인 물품은 ‘실용품’으로 본다.”

그리하여 (1) 직물, 벽지, 용기 등의 실용품에 인쇄 또는 이용하는 경우에도 해당 실용품으로부터 분리 가능한 2차원적인 그림 또는 도화, (2) Mazer v. Stein 사건에서처럼 대량생산 제품에 장식 목적으로 부착된 상(像) 또는 조각물이 그 자체로 독립적인 미술저작물로 볼 수 있는 것 및 (3) (도기·금속 등의) 장식용 조립상, 모조 장신구, 인형, 장난감 등의 3차원적 형상도 응용미술이지만 저작권으로 보호될 수 있다.

나. 영국

본래 출판물에 대한 권리를 보호하기 위하여 제정된 영국의 저작권법은 이미 18세기 말부터 산업디자인에 대해서도 적용됨으로써 디자인을 보호하는 별도의 법제도가 없는 상황에서 이를 보충하는 역할을 하였는데,¹⁷⁾ 1839년 디자인저작권법(Copyright of Design Act 1839)은 직물

17) 이호흥, 전계 보고서, p.50(영국에서 산업디자인 영역에서 저작권을 최초로 규정한 법률은 ‘디자인과 프린트에 관한 1787년 린넨법(Designs & Printing of Linen Act, 1787)으로서, 디자인하여 프린트 한 린넨, 코튼(cottons), 모슬린

(textile)에 반영된 신규성 또는 독창성 있는 디자인(new or original design)에 대해서도 보호를 확대하여 근대 디자인법의 기초를 만들었다고 평가될 뿐만 아니라, 제품의 형상 또는 형태(shape or configuration)도 보호하였으며, 상무성(Board of Trade)의 등록관에 의한 디자인등록 제도를 도입하기도 하였다.¹⁸⁾ 그 후 1875년 디자인저작권법(Copyright of Design Act 1875)에서는 이와 같은 상무성의 업무를 특허청(Patent Office)으로 이관하도록 규정하였고, 1883년에는 디자인·특허·상표를 통합한 법률이 제정되었다.

한편 1911년 개정된 저작권법(Copyright Act 1911)은, (1) 1907년 특허·디자인법과 함께 조각작품을 보호하고, 미술공예품과 건축작품까지 포함한다고 규정하였으며, (2) 미술저작물에 의한 저작권 행사의 효력은 “일체의 형상을 불문한다(in any material form)”고 규정함으로써, 평면적인 도면에 대하여 성립한 저작권이 그 도면을 이용하여 생산된 입체적인 형상에 대해서까지 미치는 것으로 확대되었다. 이 경우에는 동시에 특허디자인법에 의한 등록디자인권의 침해도 성립하였다.

그리하여 위와 같이 대량생산 가능한 미술작품에 대하여 저작권 및 등록디자인권에 의한 중첩적 보호가 가능해지자, 저작권법 및 디자인법의 보호대상을 각 구별하여 디자인등록이 가능한 디자인에 대해서는 그 등록여부를 불문하고 저작권법에 의한 보호를 받을 수 없다고 정함으로써 양 법제도에 의한 중첩적 보호는 명시적으로 부정되기에 이르렀고,¹⁹⁾ 이

(muslins) 아트에 종사하는 사람들에게만 제한적으로 저작권을 부여하고, 각 물품에 대하여 소유자(proprietor)의 이름까지 표기되어 있는 경우에는 최초 공표일로부터 2개월 동안 프린트 및 재프린트할 수 있는 권리를 그 소유자에게 부여하였고, 1794년에는 3개월로 보호기간이 연장되는 개정법도 시행되었다).

18) 이호흥, 전계 보고서, p.51.

19) 제22조 제1항(“이 법률은 1907년 특허디자인법에 기초하여 등록될 수 있는 디자인에는 적용하지 않는다. 다만, 등록될 수 있는 디자인일지라도 공업적 수단에 의하여 양산되는 추형(雛形) 또는 패턴으로 사용되지 않거나 사용의 의도가 없는 디자인은 제외된다”), 이호흥, 전계 보고서, p.53에서 재인용.

와 같은 태도는 1949년 등록디자인법(The Registered Design Act 1949)에서도 유지되었다. 이로써 등록디자인은 특허 제도로부터 분리되어 독립적으로 규율되었으나, 1988년 저작권, 디자인 및 특허법(The Copyright, Design and Patent Act 1988, 이하 'CDPA')에 의하여 재차 통합되었다.

그 결과 현재 영국은 미적 단일성이론에 입각하여 제4조(1)(a)에서 미술작품은 그 질을 불문한다고 규정하고 있는 것의 연장선상에서 순수미술 또는 응용미술을 불문하고 저작권법에 의해서도 보호가 가능하되, 미술공예품의 경우 예술적 의도가 없는 일상용품은 저작권법의 보호대상에서 제외하고 있다.

다. 프랑스

프랑스에서는 일찍이 응용미술의 영역에 속하는 디자인을 1791년부터 저작권법의 보호대상으로 명시하고 있었다. 그리고 1793년 저작권법에 대한 관계에서 특별법의 지위에 있었던 1806년 디자인법에 의하여 사전에 등록된 경우에 한하여 등록디자인으로서 보호하고, 등록되지 않은 디자인은 위 저작권법에 의하여 보호될 수 있었다.

그 후 1902년 저작권법에서는 저작물의 가치나 용도에 관계없이 저작물을 보호하여야 한다는 뽀이에(Pouillet)의 '미의 일체성(l'unité de l'art)' 원칙을 받아들여 순수미술 또는 응용미술을 불문하고 모두 저작권법에 의하여 보호될 수 있었다.²⁰⁾ 이후 1957년 저작권법에서는 미의 일체성

20) 이와 같은 원칙이 프랑스에서 널리 받아들여질 수 있었던 원인은, 19세기 초부터 프랑스에서는 이미 저작권법에 의한 보호가 주장된 예술의 수준, 해당 예술은 창작한 사람의 직업 또는 그 창작의 목적 등의 기준에 의하여 순수미술과 응용미술을 구별하는 것은 적절하지 않다는 인식이 점차 확산되었기 때문이라고 한다. 또한 저작권법에 의한 보호여부가 쟁점이 되어 분쟁이 발생한 경우에

원칙을 더욱 강화하여 유행산업제품에 대해서까지 그 보호범위를 확장하여, ‘응용미술저작물’을 그 예시로 추가하기에 이르렀다.

그 후 프랑스에서는 저작권과 산업재산권에 관련된 각 규정을 정리하여 통합한 지식재산권법(Code de la Propriété Intellectuelle, 이하 ‘CPI’)을 제정하였는데, 여기서도 “이 법의 규정은 어떤 정신적 저작물에 대해서도 그 종류, 표현형식, 가치 또는 목적의 어느 것을 불문하고 그 저작자의 권리를 보호한다”²¹⁾고 정함으로써 미의 일체성 원칙을 고수하고 있다. 그리하여 미적 감상의 목적보다는 실용성이 강조된 ‘복장 및 장식의 유행산업 창조물’이 ‘저작물’의 예시로 규정되어 있는데,²²⁾ 이와 같은 점은 CPI에 의하면 해당 법률에서 예시하는 저작물의 종류에 대해서는 특히 정신적 저작물로 본다는 점을 명시적으로 선언하고 있기 때문에 실용품이 저작물의 영역에 속한다고 해석함에 있어서 논란의 여지가 없다.

나아가 CPI에서는 디자인의 보호요건으로 신규성과 국립공업소유권원(INPI)에 대한 기탁을 규정하고 있다. 특히 디자인과 저작권의 관계에 관해서는, 전술한 응용미술이 저작물로 인정될 수 있다는 내용의 연장선

법관의 주관적 견해에 의하여 저작물성 여부를 판단하는 것은 법적 안정성을 해한다는 사고에도 기초하고 있는 것으로 보인다(이호흥, 전계 보고서 pp.80-81). 요컨대 미의 일체성 원칙은 저작물의 용도를 기준으로 예술의 가치를 평가하고 나아가 그 보호여부를 정할 수 없다는 것으로서, 결과적으로 프랑스에서 실용적 목적으로 제작된 입체적 형상의 저작물의 보호에 대한 이론적 기초가 되었다는 것이다. 그러나 이와 같은 원칙을 산업디자인, 곧 응용미술에 대한 저작권법에 의한 보호에 있어서 그 매개체로 이용한다는 것은, 비록 예술이 무엇인가에 대한 근본적인 의문을 남기지만, 결과적으로 저작권법은 미적 감상의 대상이 되는 ‘예술’을 보호하기 위한 것이지 실용품을 보호하기 위한 것은 아니라는 사고가 그 근저에 있는 것으로 보인다.

21) 제112-1조.

22) 제112-1조에서는 각 제10호에서 응용미술저작물(les oeuvres des arts appliqués)을, 제14호에서 복식 및 장식의 유행산업(industries saisonnières)의 창조물(les créations), 유행(la mode)의 요청에 응하여 제품의 형상을 자주 일신하는 산업 특히 부인복·모피·내복류·자수·부인모자·구두·장갑·피혁제품·최신 유행의 또는 고급 부인복용의 옷감·장식품 제조자 및 피혁제조자의 제품과 함께 실내장식용 천의 제조업은 복장 및 장식의 유행산업으로 본다고 규정하고 있다.

상에서 “다른 법률규정 특히, 저작권에 의하여 별도로 보유하는 권리를 해치지 않는다”고 규정하여,²³⁾ 저작권으로 보호되는 응용미술도 디자인 권의 보호대상이 된다는 점을 명확히 함으로서 응용미술에 대한 중첩적 보호를 인정하고 있다.

이상에서 살펴본 바와 같이 프랑스에서 응용미술은 저작권 및 디자인 권에 의하여 중첩적으로 보호될 수 있고, 이는 프랑스에 뿌리 깊게 자리한 ‘미의 일체성’ 원칙에 근간을 두고 있는 것으로 보인다. 그러나 모든 응용미술이 저작권에 의하여 보호되는 것은 아니다. 즉 저작물이 화체된 형상의 기능적 요소와 분리될 수 있는지를 기준으로 하여 장식적(ornamental) 요소로 인정될 수 있는 경우에 기탁을 조건으로 하여 저작권과 디자인권에 의한 중첩적 보호가 가능하다.

라. 독일

현재 독일의 저작권법에서는 미술저작물의 범위에 응용미술저작물이 명시적으로 포함된다고 규정하여 디자인권 및 저작권 제도에 의한 중첩적 보호를 인정하고 있다.²⁴⁾ 이와 같은 태도는 후술하는 유럽공동체 지침(Directive 98/17 EC of the European Parliament and of the Council of 13 October 1998 on the Legal Protection of Designs)이 발효됨으로써 사실상 강제된 것으로 보인다.²⁵⁾

본래 1876년 조형미술저작물의 저작권에 관한 법률(Gesetz betreffend das Urheberrecht and Werken der bildenden Kunst)에서는 미술저작물이 공업제품에 응용된 경우에는 그 시점부터 저작권법에 의한 보호를 받

23) 제511-1조.

24) Sec. 2 Par. 1 No.4 German Copyright Act(Urheberrechtsgesetz).

25) 제17조 1문.

을 수 없다고 규정하여 디자인권과 저작권에 의한 중첩적 보호를 입법에 의하여 배제하였으나,²⁶⁾ 1907년 조형미술 및 사진저작물의 저작권에 관한 법률(Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Kunst und der Photographie)에서 위 조항이 삭제되어 신규성까지 갖춘 산업디자인에 대해서는 중첩적 보호가 가능하게 되었다. 그리고 그 전에도 응용미술의 영역에 속하는 산업디자인은 1876년 디자인 및 모형의 저작권에 관한 법률(Gesetz betreffend das Urheberrecht an Mustern und Modellen)에 의하여 보호되었다.

마. EU

영국, 프랑스 및 독일과 같은 유럽의 주요 국가들은 전술한 바와 같이 응용미술작품에 대하여 자국의 실정에 적합한 특색 있는 보호를 하고 있었으나, 유럽의 통합이 강조된 이후에는 시간이 경과할수록 아래와 같이 통일적인 형태로 변모하고 있다.

EU는 대표적으로 그 역내에서 재화(物)의 자유로운 이동을 확보하기 위하여 ‘디자인의 법적 보호에 관한 1998. 10. 13.의 유럽공동체 지침(Directive 98/17 EC of the European Parliament and of the Council of 13 October 1998 on the Legal Protection of Designs)’ 및 ‘디자인에 관한 2001. 12. 12.의 유럽공동체 규정(Council Regulation (EC) No 6/2002 of 12 December 2001 on Community designs)’을 통하여 각 회원국을

26) 제14조(“조형미술저작물의 저작자가 공업제품, 공장, 수공업 내지 공장적 수공업 제품에 대해 저작물이 복제되는 것을 승낙한 때에는 그 저작자는 공업제품 등에의 그 후의 복제에 대한 보호를 현행법에 따르는 것이 아닌 ‘디자인 및 모형의 저작권에 관한 법률’에 따르는 것만 향수한다”)에 의하여 저작물에 대한 복제권이 인정된다고 하더라도 실용적 목적으로 하는 복제는 저작권의 보호대상이 아니고, 순수미술 그 자체로의 복제만이 적법한 저작권의 행사로 인정될 수 있었다, 이호흥, 전계 보고서, p.94에서 재인용.

대상으로 통일적인 법적 규율을 시도하고 있다.

우선 위 지침은 각 회원국의 입법절차 없이 그 국민들에게 직접적으로 적용되지는 않으나 디자인, 제품 등의 성립요건²⁷⁾ 및 각 회원국에게 달성 의무가 부과되는 특정 목적²⁸⁾에 관하여 정하고 있고, 나아가 위 규정은 각 회원국의 국민에게 직접적으로 적용되는 효력이 있다.²⁹⁾

한편 위 지침 제17조 및 규정 제96조 제2항에서는 디자인권과 저작권의 관계에 관하여, 디자인은 그 창작 또는 고정일로부터 각 회원국의 저작권법에 의한 보호도 가능하다고 규정하여 양 권리에 의한 중첩적 보호가 가능한 것으로 정하고 있다.³⁰⁾

EU 내에서 응용미술에 대한 규율의 통일화는 EU 법원(European Court of Justice)에 의해서도 가속화되고 있다. 이에 대한 단적인 모습을 보여주는 대표적인 사례로 디자인권의 보호적격을 갖춘 유명 디자이너의 램프(a designer lamp)에 관한 사건이 있었다. 여기서의 해당 램프에 저작권이 성립하여 장기의 저작권 보호기간이 적용되어야 하는지가 쟁점이 되었다. 이에 대하여 EU 법원은 디자인도 저작권에 의하여 보호받아야 하고 각 회원국에 그 보호여부를 결정할 수 있는 재량권은 인정되지 않으며, 저작권에 의한 보호는 관련 회원국에 등록되거나 회원국과 연관된 디자인권에 의하여 보호되는 모든 디자인에 대하여 부여되어야 한다고 판시한 바 있다.³¹⁾

27) 제1조.

28) 제19조.

29) 제27조.

30) 지침의 전문(Recital 8)에서도 디자인법 및 저작권법에 의한 중첩적 보호에 관한 원칙을 수립하는 것이 중요하다고 밝히고 있다(“it is important to establish the principle of cumulation of protection under specific registered design law and under copyright law”).

31) Flos SpA v. Semeraro Casa e Famiglia SpA(Case C-168/09) (“copyright protection must be conferred on all designs protected by a design right registered in or in respect of the Member State concerned”).

바. 일본

일본의 1899년 저작권법은 저작물에 관하여 “사상 또는 감정을 창작적으로 표현한 것으로서, 문예·학술·미술 또는 음악의 범위에 속하는 것을 말한다”고 하고,³²⁾ 나아가 “미술저작물은 미술공예품을 포함하는 것으로 한다”고 규정하고 있을 뿐³³⁾ 응용미술에 관하여 명문의 규정이 없다. 그래서 이 조항에서 언급된 미술공예품이란 일품제작의 수공예품만을 의미한다고 해석하고 대량생산되는 공예품 등 응용미술작품은 저작권법의 보호대상이 아니라는 견해가 있으나,³⁴⁾ 후자의 경우에도 ‘순수미술작품’과 동일시할 수 있는 경우에는 저작권법의 보호대상이 될 수 있다는 견해가 유력한 것으로 보인다.³⁵⁾

한편 디자인에 대해서는 1888년 의장조례가 제정되면서 보호되기 시작하여, 이후 1899년 및 1921년의 개정을 거쳐 의장의 보호대상을 “물품에 관한 형상, 모양, 색채 또는 이의 결합에 관계되는 신규 의장의 공업적 고안”으로 규정하였다.³⁶⁾ 또한 의장법에서는 등록의장 또는 그와 유사한 의장이 저작권을 포함하여 선행하는 다른 사람의 지식재산권과 저촉되는 경우에는 해당 등록의장 또는 그와 유사한 의장을 업으로서 실시할 수 없다고 규정하고 있다. 이와 같이 일본에서 응용미술작품에 대한 양 권

32) 제2조 제1항 제1호.

33) 제2조 제2항.

34) 加戸守行, 『著作権法逐條講義』四訂新版, 著作権情報センター, 2003, p.65, 이호흥, 전계 보고서, p.116에서 재인용

35) 田村善之, 『著作権法概説』第2版, 有斐各, 2001, pp.32-33; 金井重彦·小倉秀夫 編著, 『著作権法』コンメンタール 上卷(1條~74條), 東京布井出版, 2000 [金井重彦 집필부분], p.26, 같은 책 [北岡弘章 집필부분], pp.106-107; 作花文雄, 『詳解 著作権法』, ぎょうせい, 2000, p.87. 이해완, 『저작권법』 제3판(전면개정판), 박영사, 2015, p.101에서 재인용.

36) 이호흥, 전계 보고서, p.113.

리의 중첩적 보호의 인정여부가 분명하지 아니함에도 불구하고, 실무에서는 미적 창작물에 대한 보호를 취득하기 위한 일반적 수단으로서 의장 등록 제도를 이용하고 있고, 이론적으로 저작권법에 의한 보호를 얻는 것도 가능하다는 점을 고려하여 중첩적 보호가 가능하다는 결론을 제시하는 견해도 있다.³⁷⁾

일본 법원도 응용미술작품에 대한 저작권법과의 중첩적 보호 여부가 쟁점이 된 대부분의 사건에서, 실용성 및 기능성을 떠나 오로지 미적 감상의 대상이 되는 것이 미술저작물로서 보호된다고 판시하여 중첩적 보호를 인정하지 아니한 판례도 있지만,³⁸⁾ 대량생산이 가능한 실용품에 대

37) 이호흥, 전계 보고서, p.124.

38) 京部地裁 平成 元年 6月 15日 判決(면 포대 띠 디자인의 저작물성이 다투어진 사건에서, “현행 저작권법은 … 실용품의 모양으로서 이용되는 것을 목적으로 하는 미적 창작물에 대해서는 원칙적으로 그 보호를 의장법 등 공업소유권제도에 맡기고, 다만 그것이 동시에 순수미술로서의 성질까지 갖는 것일 때에 한하여 미술저작물로서 저작권법에 의하여 보호해야 하는 것이라고 해석되지만 … 순수미술로서의 성질을 갖는지 여부의 판정에 있어서는 주관적으로 제작자의 의도로서 오로지 미의 표현만을 목적으로 하여 제작된 것인지 여부의 관점에서가 아니라, 대상물을 객관적으로 보아 그것이 실용면을 떠나 하나의 완결된 미술작품으로서의 미적 감상의 대상으로 될 수 있는 것인지 여부의 관점에서 판정해야 하는 것이라고 생각되는 바 … 하나의 완결된 미술작품으로서 미적감상의 대상이 될 수 있을 정도의 것이라고는 인정하기 어렵다”고 판시하여 저작물성을 부정하였다); 最高裁 平成 3年 3月 28日 判決(일명 니체어(knee chair) 사건에서는, “의자의 디자인은 문예·학술·미술 또는 음악의 범위에 속하지 않는다. 응용미술로 저작권법상 보호되는 것은 미술공예품에 한정되고, 그것은 실용성은 있더라도 실용면 및 기능면을 떠나서 그 자체가 완결된 미술작품으로서 오로지 미적감상의 대상으로 되는 것을 말한다”고 판시하여 해당 의자의 디자인은 미술공예품에 해당하지 아니할 뿐만 아니라 그 밖의 미술저작물도 아니고, 사상은 감정을 창작적으로 표현한 미술의 범주에 속하는 것도 아니라는 이유로 저작물성을 부정하였다); 東京高裁 平成 3年 12月 17日 判決(나뭇결 모양 화장지의 원화(原畫)에 대한 저작물성이 쟁점이 된 사건에서, “실용품의 모양 등으로서 사용되는 것만을 목적으로 하여 제작된 것이라도, … 고도의 예술성을 갖고 순수미술로서의 성질까지 인정하는 것이 사회통념에 따르는 것일 때에는 이를 저작권법에서 말하는 미술의 저작물에 해당한다고 해석할 수도 있을 것이다 … 본건 원화에 … 사회통념상 순수미술과 동일시할 수 있는 것이라고 인정할 수 없다”고 판시하여 저작물성을 부정하였다). 이호흥, 전계 보고서, pp.119-121에서 재인용.

하여 저작권법에 의한 보호를 인정한 판례³⁹⁾도 있다. 모두 대량생산의 가능성이 있는 응용미술작품에 관한 사건들로서 그 결론에 있어서는 판례의 태도가 일치하지 아니하나, 저작물성의 인정여부에 대한 판단 과정에서는 공업상 획일적으로 생산되는 양산품의 모형 또는 실용품의 모양으로서 이용되는 것을 기획하여 제작된 응용미술작품은 원칙적으로 의장법의 보호대상이 되는 것이지만, 그것이 순수미술에 해당될 수 있을 정도로 고도의 미적 표현을 구비하고 있어서 그 자체로 미적 감상의 대상이 될 수 있는 경우에는 미술저작물로서 보호된다는 취지의 논리가 공통적으로 발견된다.

‘고도의 미적 표현’이라는 내용에서 응용미술작품의 저작물성을 판단함에 있어서 창작성의 수준을 고려하는 독일의 단계이론과 유사한 관점을

39) 長崎地裁 佐世保支部 昭和 48年 2月 7日 決定(일명 “하카다(博多)인형”이라 불리는 채색 질그릇 인형의 저작물성이 쟁점이 된 사건에서, “미술적 작품이 양산되어 산업상 이용되는 것을 목적으로 하여 제작되었고, 현재 양산되었다고 하는 것만을 이유로 하여 그 저작물성을 부정해야 할 이유는 없다. 더욱이 본건 인형이 한편으로 의장법과 미술적 저작물의 한계는 미묘한 문제로, 양자의 중첩적 존재를 인정할 수 있다고 해석해야 하기 때문에, 의장등록의 가능성을 갖고서 저작권법의 보호의 대상에서 제외해야 하는 이유로 할 수 없다.”고 판시하여 저작물성을 인정하였다); 神戸地裁 愛支媛部 昭和 54年 7月 9日 判決(대량생산이 가능한 플라스틱제 불단조각을 제작하기 위한 목각 원형의 저작물성이 다투어진 사건에서, “공업상 획일적으로 생산되는 양산품의 모형 또는 실용품의 모양으로써 이용되는 것을 기획하여 제작된 응용미술작품도 원칙적으로 오로지 의장법 등의 보호의 대상이 되는 것이지만, 위 작품이 동시에 형상·내용 및 구성 등에 비추어 순수미술에 해당한다고 인정할 수 있는 고도의 미적표현을 구비하고 있을 때에는 미술저작물로서 저작권법의 보호의 대상이 될 수 있는 것이다. 본건 조각은 불단의 장식에 관한 것이지만 ... 단순한 불단의 부가물 내지는 관행적인 첨부물이 아니라 그 자체가 미적 감상의 대상으로 할 만한 가치가 있을 뿐만 아니라 ... 저작권법의 보호 대상인 미술저작물이라고 해야 한다”고 판시하여 저작물성을 인정하였다); 東京地方法院 昭和 56年 4月 20日 判決(티셔츠 도안의 저작물성이 다투어진 사건으로서, “응용미술에는 ... 미술공예품 외에 실용목적의 도안·모형으로 객관적·외형적으로 회화, 조각 등의 순수미술과 동일시할 수 있는 미적창작물이 미술저작물으로써 보호되는 것이라고 해석해야 한다 ... 순수미술로서의 회화와 동일시 할 수 있는 것이라고 인정되고, 저작권법상의 미술저작물에 해당한다고 할 수 있다”고 판시하여 저작물성을 인정하였다). 이호흥, 전계 보고서, pp.116-119.에서 재인용.

택하고 있기 때문에 저작물성이 인정되기 어렵다는 결론에 이를 수도 있지만, 실제 사건에서 저작물성을 인정하여 저작권으로 보호받은 사례가 있기 때문에 저작권법상 법문의 표현은 명확하지 않으나 실무상으로는 응용미술작품에 대한 의장권 및 저작권의 중첩적 보호가 인정되는 것으로 볼 수 있다.

2. 국내의 현황

가. 입법 연혁

우리나라에서는 2000. 7. 1.부터 시행된 저작권법(법률 제6134호)에서 응용미술저작물에 대한 정의 규정이 신설되었다. 이에 따르면 물품에 동일한 형상으로 복제될 수 있는 미술저작물로서 그 이용된 물품과 구분되어 독자성을 인정할 수 있는 것을 말하며, 디자인 등을 포함한다고 규정하고 있다.⁴⁰⁾ 또한 이미 1987. 7. 1.부터 시행된 저작권법(법률 제3916호)에 응용미술저작물을 미술저작물의 하위개념으로서 저작권법의 보호를 받을 수 있는 저작물의 유형으로 명시한 규정이 아래와 같이 존재하고 있었다.⁴¹⁾ 그리고 이와 같은 규정이 저작권법에 신설되기 전에도 디자인 보호법에서 규정한 요건들을 충족한 경우에는 디자인권에 의한 보호가 가능하였음은 물론이다.

40) 위 2000년 개정 저작권법에서는 제2조 제11호의2에, 현행 저작권법에서는 같은 조 제15호에 각 규정되어 조문의 위치에는 다소 변동이 있었지만, 내용은 동일하다.

41) 저작권법 제4조 제1항 제4호에서는 ‘응용미술저작물’을 ‘미술저작물’의 하위개념으로 규정하고 있다.

[표 1] 응용미술저작물 관련 저작권법의 규정 연혁⁴²⁾

1986년 개정법	2000년 개정법
[법률 제3916호, 1986.12.31, 전부개정]	[법률 제6134호, 2000.1.12, 일부개정]
저작물의 예시 규정에 응용미술작품 포함	응용미술저작물 정의 규정 신설
제4조(저작물의 예시 등) 4. 회화·서예·도안·조각·공예·응용미술작품 그밖의 미술저작물	제2조(정의) 11의2. “응용미술저작물”은 물품에 동일한 형상으로 복제될 수 있는 미술저작물로서 그 이용된 물품과 구분되어 독자성을 인정할 수 있는 것을 말하며, 디자인 등을 포함한다.

나. 주요 사건

1) 기존의 입장

응용미술저작물에 대한 법적인 정의가 저작권법에서 확립되기 전에 우리 법원은 산업상 대량생산을 목적으로 창작된 응용미술작품에 대한 저작권의 성립여부가 문제된 사건에서 디자인권과의 관계를 고려하여 저작권의 성립을 아래와 같이 명시적으로 부정하였다.

“ 본래 산업상의 대량생산에의 이용을 목적으로 하여 창작되는 응용미술품 등에 대하여 의장법 외에 저작권법에 의한 중첩적 보호가 일반적으로 인정되게 되면 신규성 요건이나 등록 요건, 단기의 존속기간

42) 이종민·진종일, “응용미술품의 저작물성 판단 기준에 대한 소고”, 「서강법률논총」 제3권 제2호, 서강대학교 법학연구소, 2014, p.247.

등 의장법의 여러 가지 제한 규정의 취지가 몰각되고 기본적으로 의장법에 의한 보호에 익숙한 산업계에 많은 혼란이 우려되는 점 등을 고려하면, 이러한 응용미술작품에 대하여는 원칙적으로 의장법에 의한 보호로써 충분하고 예외적으로 저작권법에 의한 보호가 중첩적으로 주어진다고 보는 것이 의장법 및 저작권법의 입법취지라 할 것이므로 산업상의 대량생산에의 이용을 목적으로 하여 창작되는 모든 응용미술작품이 곧바로 저작권법상의 저작물로 보호된다고 할 수는 없고, 그 중에서도 그 자체가 하나의 독립적인 예술적 특성이나 가치를 가지고 있어 위에서 말하는 예술의 범위에 속하는 창작물에 해당하여야만 저작물로서 보호된다고 할 것이다.”⁴³⁾

“ 응용미술작품이 상업적인 대량생산에의 이용 또는 실용적인 기능을 주된 목적으로 하여 창작된 경우 그 모두가 바로 저작권법상의 저작물로 보호될 수는 없고, 그 중에서도 그 자체가 하나의 독립적인 예술적 특성이나 가치를 가지고 있어 예술의 범위에 속하는 창작물에 해당하는 것만이 저작물로서 보호된다.”⁴⁴⁾

43) 대법원 1996. 2. 23. 선고 94도3266 판결; 서울고등법원 1996. 5. 16. 선고 95나 10473 판결.(이와 같은 판례의 입장에 찬성하여 응용미술을 저작권으로 보호하더라도 일정한 제한을 가할 필요가 있다는 견해가 있다: “우리 디자인보호법은 특허권처럼 신규성 등을 요구하는데다가 강력한 독점권을 주고 있는 반면 저작권법은 응용미술을 순수미술과 마찬가지로 장기간 보호를 하고 저작인격권도 제한 없이 보호하는 것으로 규정하고 있는데, 응용미술은 차단효에 의한 강력한 독점권은 불필요하고 모방금지효만 있으면 족하므로 저작권법에 의한 장기간의 보호나 저작인격권의 무제한의 불필요하다. ... 대법원도 이런 관점에서 하나의 응용미술작품에 대한 의장법과 저작권법의 중복 보호를 극히 제한적으로만 인정하는 태도를 보인 바 있다.” 윤경, “응용미술작품이 저작물로 보호되기 위한 요건, 대상판례: 대법원 2004. 7. 22. 선고 2003도7572 판결”, 「법조」 제55권 제9호, pp.225-240).

44) 대법원 2000. 3. 28. 선고 2000도79 판결; 대법원 1996. 2. 23. 선고 94도3266 판결(직물에 대하여 저작권법에 의한 보호를 인정하지 아니한 이 판결이 국내에서 후술하는 디자인 무심사제도 도입의 원인이 되었다고 지적하는 견해도 있다: “WTO/TRIPs 제25조 제2항은 각 회원국은 직물의장의 보호요건 특히, 비용·심

위와 같은 판시들은 디자인보호법에 의한 보호와 경합하는 저작권법에 의한 보호와의 상호관계를 어떻게 볼 것인지가 문제된 경우, 디자인보호법에 추가하여 저작권법에 의한 중첩적 보호를 인정하되 디자인보호법에 의하여 보호하는 취지와 충돌하지 아니하는 범위 내에서 일정한 경우에 한하여 제한적으로만 저작권에 의한 보호를 인정하여야 한다는 점을 판시한 것으로 평가되고 있다.⁴⁵⁾

또한 위 판시 내용 중 공통적인 부분을 살펴보면, 작품의 창작 당시의 의도를 기준으로 하여 원칙적으로 산업상 대량생산에의 이용을 목적으로 창작되는 응용미술작품에 대하여는 디자인권에 의한 보호만을 인정할 뿐 저작권에 의한 보호는 부정하고, 양산 또는 실용성을 주된 목적으로 창작된 응용미술작품과 그 자체로 독립적인 예술적 특성이나 가치를 가지고 있는 예술의 범위에 있는 창작물을 구별함으로써 소위 미의 일체성 원칙을 받아들이지 않는 것으로 해석될 수도 있다.

2) 최근의 입장

그러나 위와 같이 응용미술저작물에 대한 개념이 법적으로 확립된 후에는 응용미술작품 중 일부에 대해서는 아래와 같이 응용미술저작물로서 디자인보호법 외에도 저작권법에 의한 중첩적 보호가 가능하다는 취지의 판시를 하였다.

사 혹은 광고상의 요건들이 직물의장이 보호를 받을 기회를 부당하게 저해하는 것이 아니라는 것을 보장한다고 규정하고 있으나, 이 판결에 의하여 현실적으로 직물디자인이 저작권법으로도 보호받지 못하므로 직물의장을 비롯한 일부 물품에 대하여 실질적으로 보호하고자 의장법을 개정하여 무심사등록제도를 도입한 것이다” 윤선희, “의장(디자인)무심사등록제도에 관한 소고”, 「산업재산권」 제 14호, 2003, p.122 각주7); 대법원 1996. 8. 23. 선고 94누56323 판결 등.

45) 이해완, 전게서, pp.92-93.

“ 구 저작권법(2000. 1. 12. 법률 제6134호로 개정되기 전의 것, 이하 같다)은 제4조 제1항 제4호에서 ‘회화·서예·도안·조각·공예·응용미술 작품 그 밖의 미술저작물’ 등을 저작물로 예시하고 있었으나, 저작권법(2000. 7. 1.부터 시행되었다)은 제2조 제11의2호에서 ‘응용미술 저작물’을 ‘물품에 동일한 형상으로 복제될 수 있는 미술저작물로서 그 이용된 물품과 구분되어 독자성을 인정할 수 있는 것을 말하며, 디자인 등을 포함한다’고 규정하고, 제4조 제1항 제4호에서 응용미술 저작물 등을 저작물로 예시함으로써 응용미술저작물의 정의를 규정하고 응용미술저작물이 저작권의 보호대상임을 명백히 하고 있다. … ‘히딩크 넥타이’ 도안은 … 고소인은 … 직물에다가 선염 또는 나염의 방법으로 복제한 넥타이를 제작하여 판매하였고, 피고인 1 역시 같은 방법으로 복제한 넥타이를 제작하여 판매한 사실을 각 인정할 수 있고, … 위 도안이 … 응용미술작품의 일종이라면 … ‘물품에 동일한 형상으로 복제될 수 있는 미술저작물’에 해당한다고 할 것이며, 또한 그 이용된 물품(이 사건의 경우에는 넥타이)과 구분되어 독자성을 인정할 수 있는 것이라면 저작권법 제2조 제11의2호에서 정하는 응용미술저작물에 해당한다고 할 것이다.”⁴⁶⁾

기존의 판례에서는 산업적인 대량생산에의 이용 또는 실용적인 기능이 주된 목적이었는지와 같은 창작의 동기를 기준으로 저작권법에 의한 보호가능성을 구별하여 해당 목적이 있는 경우에는 원칙적으로 디자인보호법에 의하여서만 보호할 수 있다는 입장을 취하고 있었다. 이와 같은 입장은 구 저작권법에 따라 문학·학술 및 예술의 범위 내에서 저작권이 성

46) 대법원 2004. 7. 22. 선고 2003도7572 판결.

립할 수 있다는 성립범위의 제약과 후술하는 바와 같이 디자인보호법에서 규정하는 엄격한 권리의 취득절차 및 단기의 보호기간 등을 우선적으로 고려한 해석의 결과로 볼 수 있다.

그러나 2006. 12. 28. 개정된 저작권법(법률 제8101호)에서는 기존에 저작권의 성립범위를 문학·학술 및 예술의 범위로 한정된 법문을 삭제하였고, 이보다 앞서 2000. 1. 12. 개정된 저작권법(법률 제6134호)에서는 대량생산에의 이용을 전제하는 복제가능성을 개념요소로 하는 응용미술 저작물에 관한 정의 조항을 신설하는 등의 변화가 있었다. 그 결과 최근의 판례와 같이 응용미술저작물에 대해서는 저작권법에 의한 보호가 가능하다는 결론에 도달하게 된 것으로 볼 수 있다.

제3절 소결

전통적인 산업재산권이 개별 국가 단위로 설정등록에 의하여 지역적인 효력범위가 결정되는 속지주의를 택하고 있음에 반하여 저작권은 국제주의를 취하고 있으므로 적어도 저작물의 보호범위와 관련하여서는 세계적인 추세를 결코 무시할 수 없다. 앞서 살펴본 바와 같이 각 국가별로 순수미술과 응용미술을 바라보는 시각에는 차이가 있으나 응용미술작품에 대해서는 디자인권과 저작권의 중첩적 성립의 가능성을 인정하는 태도가 일반적이라는 점을 알 수 있다.

앞에서 확인한 바와 같이 우리나라 판례도 과거에는 응용미술작품에 대해서 저작권의 성립을 제한함으로써 디자인권과 저작권에 의한 중첩적 보호를 원칙적으로 부정하는 입장이었던 반면, 최근에는 산업적 목적으로의 이용을 위한 ‘복제가능성’과 당해 물품의 실용적·기능적 요소로부터의 ‘분리가능성’이라는 요건의 충족을 전제로 응용미술작품, 보다 구체적

으로 응용미술저작물에 대한 저작권의 성립을 인정하였다.⁴⁷⁾

이로써 우리나라에서는 응용미술작품에 대해서도 저작물성을 인정할 수 있다는 점을 명시적으로 규정한 저작권법의 개정이라는 입법적인 조치는 물론 이를 재차 확인하는 사법부의 판단까지 이루어짐으로써 응용미술작품에 대한 저작권법에 의한 보호가능성과 관련된 논란은 저작권법에서 규정한 보호적격을 갖추는 것을 전제로 일반적으로 보호가 가능한 것으로 종결되었다.

그런데 과거에 위와 같은 논란이 지속된 근본적인 원인은 응용미술작품에 관한 기존 판례의 입장에 비추어 볼 때 응용미술작품을 디자인권 외에 저작권에 의해서도 보호함으로써 초래될 수 있는 문제점들을 고려한 합목적적 해석이 결부된 것으로 추정된다. 즉 기존 판례의 입장을 응용미술작품에 대한 법적인 보호를 전면적으로 부정한 것으로 볼 수는 없고, 응용미술작품을 저작권법에 의하여 보호하는 경우 초래될 수 있는 문제점들을 고려할 때 이에 따른 보호방식이 적합하지 않다는 문제의식으로 인하여 응용미술작품에 대하여 저작권의 성립을 제한한 것으로 해석할 수 있다.

한편 위 2000년 저작권법의 개정으로 인하여 응용미술저작물에 대한 보호가능성이 명문화되기 전에, 응용미술작품에 대한 대표적인 지식재산권적 보호방식이었던 디자인권이 아니라 저작권에 의한 보호가 시도되었던 원인에 대해서도 분석할 필요가 있다. 이 시기에는 응용미술저작물에 대한 정확한 개념이 국내에서 법적으로 확립되지 못한 점에도 그 원인이 있겠지만, 후술하는 바와 같이 디자인권을 취득하기까지 장기간이 소요되는 디자인권 제도 자체에도 원인이 있는 것으로 보인다.

47) 대법원 2013. 4. 25. 선고 2012다41410 판결(“응용미술저작물로서 저작권법의 보호를 받기 위해서는, 산업적 목적으로의 이용을 위한 ‘복제가능성’과 당해 물품의 실용적·기능적 요소로부터의 ‘분리가능성’이라는 요건이 충족되어야 한다”).

이하에서는 위와 같은 문제점들을 상세하게 분석하고 그 개선방안을 모색하기에 앞서, 응용미술저작물에 대한 대표적인 지식재산권적 보호방식으로서 우리나라의 현행 디자인권 및 저작권 제도에 대하여 살펴본다.

제3장 응용미술저작물에 대한 현행 지식재산권적 보호방식의 개관

제1절 디자인권 제도의 개관

1. 디자인의 성립요건

디자인에 대한 실정법상 정의는 물품의 형상·모양·색채 또는 이들을 결합한 것으로서 시각을 통하여 미감을 일으키게 하는 것이다.⁴⁸⁾ 여기서 디자인의 성립요건으로서 물품성, 형태성, 시각성 및 심미성을 도출할 수 있다. 비록 우리나라는 과거 디자인보호법의 보호대상인 ‘디자인’을 ‘의장’으로 칭하여 법률의 개정을 전후하여 실정법상 사용되는 용어도 변경되었으나,⁴⁹⁾ 법률의 명칭이 ‘의장법’에서 ‘디자인보호법’으로 변경되는 등의 과정에서도 두 용어가 지칭하는 대상은 실질적으로 동일하다.⁵⁰⁾ 이하에서는 디자인의 각 성립요건에 대하여 상술한다.

48) 디자인보호법 제2조 제1호.

49) 개정이유에 대해서는 법령에 대한 국민의 기본적인 이해도를 제고하고 디자인의 창작이 장려될 수 있도록 하기 위하여 국민에게 친숙한 디자인으로 변경한 것이라고 알려져 있다

(<http://law.go.kr/lisInfoP.do?lsiSeq=66289&lsId=&efYd=20050701&chrClsCd=010202&urlMode=lsEfInfoR&viewCls=lsRvsDocInfoR#0000> 법제처 웹사이트 참조).

50) 법률의 명칭이 디자인보호법으로 개정되기 직전에 시행된 의장법(2002. 12. 11. 개정, 2003. 5. 12. 시행, 법률 제6767호) 제2조 제1호에서는 ‘의장’에 관하여 “물품(물품의 부분을 포함한다. 이하 제12조를 제외하고 같다)의 형상·모양·색채 또는 이들을 결합한 것으로서 시각을 통하여 미감을 일으키게 하는 것”이라고 정의하고 있었고, 그 후 법률의 명칭이 변경된 직후에 시행된 디자인보호법(2004. 12. 31. 개정, 2005. 7. 1. 시행, 법률 제7289호) 제2조 제1호에서도 ‘디자인’에 대해서 기존의 ‘의장’에 대한 정의를 유지하되 물품에 글자체를 포함한다는 내용만 추가하였다.

가. 물품성

디자인보호법에서는 ‘디자인’의 개념을 구성하는 ‘물품’에 대한 법적 정의를 찾아볼 수 없다. 이와 관련하여 특허청 등록실무의 처리기준에 의하면 디자인보호법상의 ‘물품’이란 독립성이 있는 구체적인 물품으로서 유체동산을 원칙으로 한다고 하여, (1) 공중전화박스, 이동화장실 등과 같이 다량생산 및 운반이 가능한 물품을 제외한 부동산, (2) 기체, 액체, 전기 등과 같이 일정한 형체가 없는 것, (3) 분상물(粉狀物) 또는 입상물(粒狀物)의 집합으로 된 것, (4) 완성형태가 다양한 조립완구의 구성각편과 같이 독립거래의 대상이 되는 것을 제외한 합성물의 구성각편, (5) 손수건 또는 타월을 접어서 이루어진 꽃모양과 같이 물품을 상업적으로 이용하는 과정에서 만들어진 디자인일 뿐 그 물품 자체의 형태로 볼 수 없는 것은 물품성이 흠결된 것으로 취급됨으로써 디자인보호법에 의한 디자인으로서의 적격을 갖추지 못하게 된다. 그러나 이 중에서 (4) 및 (5)의 경우에는 부분디자인으로 출원하여 등록을 받을 수 있다.⁵¹⁾

한편 판례에 의하면 독립성이 있는 구체적인 유체동산을 의미하는 것으로서, 이러한 물품이 등록의 대상이 되기 위해서는 통상의 상태에서 독립된 거래의 대상이 되어야 하고, 그것이 부품인 경우에는 다시 호환성을 가져야 하나, 이는 반드시 실제 거래사회에서 현실적으로 거래되고 다른 물품과 호환될 것을 요하는 것은 아니고, 독립된 거래의 대상 및 호환의 가능성만 있으면 족하다는 입장이다.⁵²⁾ 또한 물품은 형상·모양·색채 또는 그들의 결합이므로 물품을 떠나서는 존재할 수 없는 것이므로 물품이 다르면 같은 형상, 모양, 색채 또는 그들의 결합이더라도 다

51) 특허청, 『디자인심사기준』, 2014, pp.100-101.

52) 대법원 2004. 7. 9. 선고 203후274 판결; 대법원 2001. 4. 27. 선고 98후2900 판결.

른 디자인이 되고, 물품이 동일하더라도 형상, 모양, 색채 또는 그들의 결합이 다르면 역시나 다른 디자인이 된다고 판시하여,⁵³⁾ 디자인과 물품의 불가분성을 강조하고 있다.

그러나 우리나라에서도 2001년에 디자인과 물품의 불가분성의 한계로 인하여 물품을 구성하는 부분을 변형하는 방식으로 발생하는 디자인 침해에 대응하기 위하여 부분디자인 제도가 도입되었다.⁵⁴⁾ 그리하여 독립적으로 거래의 대상이 될 수 없는 물품의 부분에 핵심적인 창작성이 인정되는 경우에는 부분디자인이 적용된 물품과 동일할 것을 전제로 업으로서 부분디자인 또는 이와 유사한 부분디자인을 실시할 권리를 독점적으로 확보할 수 있다.

나. 형태성

디자인의 개념요소 중 형상·모양·색채 또는 이들의 결합을 형태라 한다. 특허청 등록실무의 처리기준에서 제시하는 위 요소들의 개념을 살펴보면, (1) ‘형상’이란 물품이 공간을 점하고 있는 윤곽을 말하며, 글자체를 제외한 모든 디자인은 형상을 수반하고, (2) ‘모양’이란 물품의 외관에 나타나는 선도(선으로 그린 도형), 색구분(공간이 선이 아닌 색채로써 구획되어 있는 것), 색흐림(색과 색의 경계를 흐리게 하여 색이 자연스럽게 옮겨가는 것같이 보이게 하는 것) 등을 말하며, (3) ‘색채’란 물체에 반사되는 빛에 의하여 인간의 망막을 자극하는 물체의 성질로서, 투명색

53) 대법원 1978. 12. 13. 선고 78다232 판결.

54) 노태정·김병진, 『디자인보호법』, 세창출판사, 2009, pp.326-327(부분디자인의 도입 취지에 대하여 “하나의 디자인에서 독창적이고 특징이 있는 창작부분이 복수 포함되어 있더라도 물품 전체로서 하나의 디자인권만 인정되기 때문에, 당해 디자인의 한 부분이 모방되어도 디자인 전체로서 모방을 회피할 수 있다면 당해 디자인의 디자인권의 효력이 미치지 못하는 상황이 발생”에 대응하기 위한 것이라고 한다).

및 금속색 등을 포함한다고 한다.⁵⁵⁾

한편 형태성이 인정됨에도 불구하고 디자인보호법에서는 물품의 기능을 확보하는 데에 불가결한 형상만으로 된 디자인을 부등록사유로 규정하고 있다.⁵⁶⁾ 해당 규정의 도입취지에 대해서는 물품의 기능을 확보하는 데에 불가결한 형상은 자연법칙을 이용한 기술적 사상의 창작에 해당되고, 이는 물품의 외관에 관한 미적 창작만을 보호대상으로 하고 있는 의장법의 보호대상이 아니므로 의장법에 등록을 배제하고 특허법 또는 실용신안법에 의거 보호받을 수 있도록 하는 것이 바람직하다는 입법자의 결단으로 알려져 있다.⁵⁷⁾

이와 관련된 특허청 등록실무 처리기준에 의하면 (1) 물품의 기술적 기능을 확보하기 위하여 필연적으로 정해진 형상으로 된 디자인은 모양·색채 또는 이들의 결합의 유무에 불구하고 부등록사유에 해당한다고 하고, (2) 물품의 호환성 등을 확보하기 위하여 표준화된 규격으로 정해진 형상으로 된 디자인도 그 규격을 정한 주목적이 기능의 발휘에 있지 않은 물품을 제외하고는 마찬가지로 하며, 이에 대한 해당 여부는 출원 디자인의 전체 형상을 기준으로 판단한다고 한다.⁵⁸⁾

이와 관련하여 우리 법원도 차량의 내외부 환경을 유리로써 차단하는 기능을 하는 자동차의 주요 부품 중의 하나인 ‘윈드실드 글래스(windshield glass)’, 즉 자동차 앞유리에 대한 디자인 등록이 위 규정에 따라 무효가 되어야 하는지가 다투어진 사건에서, 디자인의 구성 중 물품의 기능에 관련된 부분에 대하여 그 기능을 확보할 수 있는 선택가능한 대체적인 형상인지에 입각하여 등록의 무효여부를 판단한 사례가 있

55) 특허청, 전게서, p.102.

56) 디자인보호법 제34조 제4호.

57) 정상조·설범식·김기영·백강진, 『디자인보호법 주해』, 박영사, 2015, p.330.

58) 특허청, 전게서, pp.164-165.

다.59)

다. 시각성

디자인보호법에서는 디자인에 관하여 ‘시각을 통하여’ 미감을 일으킬 것을 요건으로 하고 있다. 이와 관련하여 특허청 등록실무의 처리기준에 의하면 디자인은 육안(肉眼)으로 식별할 수 있어야 한다고 하여, (1) 시각 외의 감각을 주로 하여 파악되는 것, (2) 분상물(粉狀物) 또는 입상물(粒狀物)의 하나의 단위, (3) 뚜껑을 여는 구조로 이루어진 것과 같이 내부를 외부에서 볼 수 있는 것을 제외하고 분해 또는 파괴해야 비로소 외부에서 볼 수 있는 곳, (3) 디자인에 관한 물품의 거래에서 통상적으로 확대경 등에 의해 물품의 형상 등을 확대하여 관찰하는 것을 제외하고 확대경 등에 의해 확대하여야 비로소 물품의 형상 등이 파악되는 것은 시각성 요건이 함결된 것으로 취급됨으로써 디자인보호법에 의한 디자인으로서의 적격을 갖추지 못하게 된다.⁶⁰⁾

요컨대 극소(極小) 물품의 경우 현행 등록실무에 의하면 디자인의 성립요건을 충족하지 못하여 디자인권에 의하여 보호를 받을 수 없다. 우리 법원도 디자인의 시각성 요건과 관련하여 육안으로 파악·식별할 수 있어야 함은 물론 외부로부터 보이는 것이어야 하고, 물건이 완성된 경우 시각에서 사라져 수요자나 거래자에게 미감을 자아낼 수 없는 부분, 즉 물품을 분해하거나 파괴하여야만 볼 수 있는 것은 등록대상에서 제외된다고 하여 특허청과 동일한 취지로 판시하고 있다.⁶¹⁾

59) 대법원 2016. 1. 13. 선고 2005후841 판결.

60) 특허청, 전게서, pp.102-103.

61) 대법원 1999. 7. 23. 선고 98후2689 판결.

라. 심미성

디자인보호법은 ‘미감을 일으키게 하는 것’이어야 한다고 규정하여 디자인이 적용된 물품으로부터 미를 느낄 수 있어야 법적으로 보호되는 디자인에 해당한다. ‘미감’의 의미와 관련하여 (1) 적극적인 미감을 의미하는 것이 아니라 사람의 주의를 끌기만 하면 미감을 일으킨다고 해석하여 미감을 가장 넓게 해석하는 ‘주의환기성설’, (2) 디자인이 성립하기 위해서는 심미적 가치가 있어야 한다고 함으로써 미를 해석하는 입장에 따라 고도의 미감을 요구할 수도 있기 때문에 미감을 가장 좁게 해석하는 ‘심미성설’, (3) 디자인을 보는 사람의 마음에 어떤 취미감을 환기시키는 것이라고 해석하는 ‘취미성설’ 및 (4) 디자인이 적용된 물품으로부터 미를 느낄 수 있도록 처리되어 있는 것을 말한다고 해석하는 ‘미적처리설’이 대립하고 있다.⁶²⁾

이와 관련하여 특허청 등록실무에서는 ‘미감을 일으키게 하는 것’이란 미적 처리가 되어 있는 것, 즉 해당 물품으로부터 미를 느낄 수 있도록 처리되어 있는 것이라고 하여 미적처리설의 입장인 것으로 보인다. 그래서 ‘(1) 기능·작용효과를 주목적으로 하는 경우 또는 (2) 디자인으로서 짜임새가 없고 조잡한 느낌만 주는 것으로서 전체적으로 미적 처리가 거의 되어 있지 않은 경우 등록출원을 거절하고 있다.’⁶³⁾

한편 우리 법원은 디자인의 유사여부를 판단함에 있어서 디자인의 본체는 이를 보는 사람의 마음에 어떤 미적 취미감을 환기시키는 것에 있다고 하면서 전체적인 대비 관찰을 통하여 사람의 마음에 환기될 미감과 인상의 유사성을 기준으로 제시하고 있어⁶⁴⁾ ‘취미성설’을 취하고 있는 것

62) 안원모, “디자인보호법상의 디자인의 성립성: 시각성 요건을 중심으로”, 「법학연구」 제18권 제2호, 연세대학교 법과대학 법학연구소, 2008, pp.122-123.

63) 특허청, 전게서, p.103.

으로 해석하는 견해가 있다. 이와 같은 입장에 따를 경우 디자인의 본질에 대하여 주의환기성설과 같이 단순히 보는 사람의 주의를 환기시키는 정도만으로는 부족하고 그것을 넘어서 보는 사람에게 취미감이 생길 정도가 되어야 한다.⁶⁵⁾

또한 디자인 출원등록의 거절사정 혹은 등록무효에 관한 사건에 있어서는 인용의장들과 구별되는 ‘미감적 가치’를 인정할 수 있는지에 관하여, 과거 및 현재의 것을 기초로 하여 거기에 고안자의 새로운 미감을 주는 미적 고안이 결합되어 그 전체에서 종전의 것과는 다른 미감적 가치가 인정되는 정도이면 족하다고 함으로써 후술하는 ‘신규성’ 내지 ‘객관적 창작성’ 여부를 판단하는 기준으로 이용하고 있는 것으로 보인다.⁶⁶⁾

2. 디자인의 등록요건

우리나라에서 디자인권은 설정등록에 의하여 비로소 발생하므로,⁶⁷⁾ 전술한 디자인으로서의 성립요건을 모두 갖춘 경우에도 디자인보호법에서 규정하는 등록요건에 흠결이 있는 경우에는 디자인권자로서 보호를 받을 수 없다. 디자인보호법에서는 디자인의 등록요건으로 ‘공업상 이용가능성’, ‘신규성’ 및 ‘창작비용이성’을 규정하고 있다.⁶⁸⁾ 이하에서는 이와 같은 각 요건에 대하여 상술한다.

64) 대법원 1996. 6. 28. 선고 95후1449 판결; 대법원 1995. 11. 21. 선고 94후920 판결; 대법원 1991. 6. 11. 선고 90후1024 판결 등

65) 송영식·이상정·황종환, 『지적소유권법(상)』 제9판, 육법사, 2005, p.783, 안원모, 전게 논문 p.124에서 재인용.

66) 대법원 1987. 8. 18. 선고 86후37 판결; 대법원 1989. 9. 26. 선고 88후134 판결; 대법원 1990. 2. 9. 선고 89후1295 판결; 대법원 1990. 8. 14. 선고 88후1212 판결; 대법원 1994. 6. 14. 선고 93후961 판결; 대법원 2006. 7. 28. 선고 2005후2915 판결; 대법원 208. 9. 25. 선고 2008도3797 판결.

67) 디자인보호법 제90조 제1항.

68) 디자인보호법 제33조.

가. 공업상 이용가능성

디자인보호법은 궁극적으로 산업발전에 이바지하는 것을 목적으로 하므로,⁶⁹⁾ 산업의 목적물이 될 수 없는 디자인에 대하여 디자인권을 부여할 수 없는 것은 당연하다. 판례는 ‘공업상 이용가능성’에 대하여 디자인등록을 받기 위한 적극적 요건의 하나임을 인정하고, 이것은 공업적 방법에 의하여 양산될 수 있는 것을 말하는데, 여기서 공업적 방법이란 원자재에 물리적·화학적 변화를 가하여 유용한 물품을 제조하는 것을, 양산이란 동일한 형태의 물품을 반복적으로 계속해서 생산하는 것을 각 의미한다고 판시하였다.⁷⁰⁾

나. 신규성

디자인 등록출원 전에 국내 또는 국외에서, 공지되었거나 공연히 실시된 디자인, 반포된 간행물에 게재되었거나 전기통신회선을 통하여 공중이 이용할 수 있게 된 디자인 및 이들과 유사한 디자인은 디자인등록을 받을 수 없다.⁷¹⁾ 이와 관련하여 판례는 ‘신규성’을 ‘객관적 창작성’이라고 표현하고 있는데, 과거 또는 현존의 모든 것과 유사하지 아니한 독특함만을 말하는 것은 아니므로 과거 및 현존의 것을 기초로 하여 거기에 새로운 미감을 주는 미적 창작이 결합되어 그 전체에서 종전의 디자인과는 다른 미감적 가치가 인정되는 정도면 디자인등록을 받을 수 있으나, 부분적으로는 창작성이 인정된다고 하여도 전체적으로 보아서 종전의 디자

69) 디자인보호법 제1조.

70) 대법원 1994. 9. 9. 선고 93후1247 판결.

71) 디자인보호법 제33조 제1항.

인과 다른 미감적 가치가 인정되지 않는다면 디자인등록을 받을 수 없다고 판시하고 있다.⁷²⁾

다. 창작비용이성

디자인 등록출원 전에 그 디자인이 속하는 분야에서 통상의 지식을 가진 사람이 그 출원 전에 국내외에서 공지·공용된 디자인 또는 주지의 형상·모양 등에 의하여 용이하게 창작할 수 있는 디자인은 디자인등록을 받을 수 없다.⁷³⁾ 특허법에서 특허출원 전에 국내외에서 공지된 발명에 의하여 용이하게 발명할 수 있는 발명에 대해서는 진보성을 인정하지 않는 것에 상응하는 내용으로 볼 수 있다.⁷⁴⁾ 또한 2014년도에 개정된 디자인보호법은 창작성 요건에 있어서 국제주의를 도입함으로써 국외에서 널리 알려진 주지의 형상 등도 창작이 용이한 것으로 보아 디자인권으로 보호받을 수 없도록 하였다. 해당 개정 내용은 국내 디자인의 창작성을 보다 고양시키고 모방을 방지하기 위한 사회적 분위기를 조성한 것으로 평가받고 있다.⁷⁵⁾

72) 대법원 2008. 9. 25. 선고 2008도3797 판결; 대법원 2006. 7. 28. 선고 2005후2915 판결; 2006. 7. 28. 선고 2005후2915 판결; 대법원 2006. 7. 28. 선고 2006후947 판결; 대법원 2005. 6. 10. 선고 2004후2987 판결; 대법원 2001. 6. 28. 선고 2000후3388 판결 등.

73) 디자인보호법 제33조 제2항 및 제1항.

74) 특허법 제29조(특허요건)

① 산업상 이용할 수 있는 발명으로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 것을 제외하고는 그 발명에 대하여 특허를 받을 수 있다.

1. 특허출원 전에 국내 또는 국외에서 공지되었거나 공연히 실시된 발명
2. 특허출원 전에 국내 또는 국외에서 반포된 간행물에 게재되었거나 전기통신회선을 통하여 공중이 이용할 수 있는 발명

② 특허출원 전에 그 발명이 속하는 기술분야에서 통상의 지식을 가진 사람이 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 발명에 의하여 쉽게 발명할 수 있으면 그 발명에 대해서는 제1항에도 불구하고 특허를 받을 수 없다. <후략>

75) 조재신, “2014년 디자인보호법 전문개정 의의와 과제”, 「법학논총」 제34집 제3호, 전남대학교 법학연구소, 2014, pp.269-270.

3. 디자인 등록출원에 대한 심사

가. 원칙 - 전부심사제도

디자인 등록출원에 대한 심사는 ‘방식심사’ 및 ‘실체심사’의 두 가지 측면에서 이루어진다. 구체적으로 디자인 등록출원의 절차가 디자인보호법령에서 정한 방식에 부합하는지에 관하여 심사하는 방식심사를 거쳐 등록출원된 디자인이 실체적 등록요건 등을 충족하였는지에 대한 실체심사가 진행된다. 디자인보호법에는 특허법에서와 같은 심사청구제도⁷⁶⁾에 관한 규정이 존재하지 않기 때문에 우선심사 사유가 없는 한 모든 등록출원에 대하여 그 순서에 따라 심사가 이루어진다. 통상적으로 등록출원 이후 심사를 거쳐 등록되기까지 소요되는 기간은 일반적으로 출원일로부터 약 12~14개월로 알려져 있다.

나. 예외 - 일부심사제도

원칙적으로 실체심사를 핵심으로 하는 전부심사제도를 유지하면서도, 예외적으로 유행성이 강하고 라이프사이클(life cycle)이 짧아 신속한 보호가 필요한 일부 디자인⁷⁷⁾에 대해서는 방식심사와 디자인의 성립성, 공업상 이용가능성, 창작용이성 여부에 관한 일부 사항 및 부등록사유 존재 여부에 대해서만 심사를 진행하는 일부심사등록제도가 운영되고 있다.

76) 특허법 제59조(특허출원심사의 청구)

① 특허출원에 대하여 심사청구가 있을 때에만 이를 심사한다. <후략>

77) 디자인보호법 제37조 제4항, 디자인보호법 시행규칙 제38조 제3항 및 [별표 4]. 이에 따르면 물품류 구분 중 제2류(의류), 제5류(직물류) 및 제19류(사무용품류)가 일부심사등록 대상이다.

이 경우 등록출원일로부터 약 3개월 정도의 심사기간이 소요되고, 우선 심사 신청이 있는 경우에는 약 1~2개월로 심사기간이 단축될 수 있다.⁷⁸⁾

4. 디자인권의 효력

가. 등록의 효력

1) 차단효 있는 독점권

디자인권자는 업으로서 등록디자인 또는 이와 유사한 디자인을 실시할 권리를 독점한다.⁷⁹⁾ 여기서 ‘실시’란 디자인에 관한 물품을 생산·사용·양도·대여·수출 또는 수입하거나 그 물품을 양도 또는 대여하기 위하여 청약(양도나 대여를 위한 전시를 포함한다. 이하 같다)하는 행위를 의미하는 것으로 디자인보호법에 규정되어 있다.⁸⁰⁾ 그리고 ‘업으로서’라는 부분에 대해서는 디자인보호법에서 별도의 정의 규정을 찾아볼 수 없으나, 일반적으로 가정적·개인적 실시가 아닌 산업이나 경제활동으로서의 실시를 의미하는 것이라고 해석하고 있다.

그러나 이에 대해서는 디지털(digital) 창작물이 일반화된 오늘날 개인적 실시라는 이유로 디자인권의 효력을 제한하는 것은 바람직하지 않다는 견해가 있다.⁸¹⁾ 디지털 창작물과 같이 물품성이 결여된 대상은 원칙

78) 김웅, 『디자인보호법 이론과 실제』 제2판, 특허청 국제지식재산연구원, 2015, p.20.

79) 디자인보호법 제92조.

80) 디자인보호법 제2조 제7호.

81) 이상정, “글자체디자인권의 침해에 관한 소고”, 「경희법학」 제39권 제3호, 경희법학연구소, 2005, pp.265-266.

적으로 우리나라 디자인보호법에 의하여 보호를 받기 곤란하나, 폰트(font) 파일을 통하여 시각적으로 구현되는 글자체의 경우 우리나라에서도 물품성이 의제되고 산업적 실시 외에 가정적·개인적 실시도 일반화되어 있는 점을 고려할 때 이와 같은 지적은 타당한 것으로 보인다.

한편 등록디자인에 대하여 인정되는 독점권은 차단효과 있는 배타적 권리로서 후술하는 바와 같이 모방금지권으로서의 효력만 인정되는 저작권과는 그 성격이 확연히 구별된다. 이와 같은 점은 구체적인 사건에서 저작권 침해의 성립요건으로 의거관계를 요구함으로써 저작권 침해라는 주장을 제기당한 자가 기존의 창작적인 표현과 실질적으로 유사한 표현을 한 경우라도 독자적 창작에 해당한다면 저작권 침해를 구성하지 않는 반면, 디자인권의 경우에는 독자적 창작 여부를 막론하고 원칙적으로 디자인권 침해를 구성한다는 점에서 차이가 있다.

2) 보호기간

디자인권은 그 대상이 되는 물품의 종류·성격을 불문하고 그 설정등록한 날부터 발생하여 디자인등록출원일 후 20년이 되는 날까지 존속한다.⁸²⁾ 이와 달리 앞서 살펴본 영국과 프랑스와 같은 유럽의 주요 국가에서는 디자인의 라이프사이클을 감안하여 기본적으로 그 존속기간을 5년으로 하되 4회까지 연장할 수 있는 방식으로 운영하고 있다.

나. 무등록의 효력

1) 디자인보호법에 의한 무등록 디자인의 보호 현황

82) 디자인보호법 제91조 제1항 본문.

우리나라에서 디자인권은 전술한 바와 같이 일부심사대상에 해당하는 경우를 제외하고는 실체심사를 거쳐 설정등록에 의하여 발생할 뿐이다. 물론 디자인에 대한 설정등록이 이루어지기 전에도 그와 같이 설정등록을 받을 수 있는 지위 자체는 디자인보호법에 의하여 보호되는 권리로서 처분 및 승계의 대상이다.⁸³⁾ 이는 장래에 설정등록이 이루어지는 것을 조건으로 디자인에 대한 권리를 보유한 주체와 결합되어 있는 인(人)적 지위만이 포괄적으로 이전되는 것에 지나지 않으므로, 해당 권리자와 독립하여 디자인보호법에 의하여 보장되는 물(物)적 디자인권의 본래적 효력을 누리기에는 턱없이 부족하다.

그러나 우리나라와 달리 무등록 상태에서도 디자인 관련법령에 의하여 이를 보호하되, 등록디자인에 비하여 상대적으로 낮은 수준의 보호만을 제공하는 입법례도 있다. 우리나라도 제품의 수명이 짧고 모방이 용이한 물품에 대해서는 일부심사를 통하여 출원등록에 소요되는 기간동안 발생하는 법적인 보호의 공백을 최소화하고 있지만, 이 경우에도 최소한의 방식심사는 이루어진다는 점에서 등록출원 행위가 선행될 것을 전제로 한다. 그러나 전술한 입법례의 경우에는 디자인에 대한 실질적 보호적격은 모두 갖추었지만 출원등록 행위조차 없는 상황에서도 그 권리자의 지위와 독립되는 디자인을 법적 보호의 대상으로 한다는 점에서, 디자인의 창작 후 출원등록이 이루어지기 전의 단계에서도 다른 법령에 의하지 아니하고 자체적으로 그 보호의 기능을 충실히 하고 있는 것으로 보인다.

2) 타법에 의한 무등록 디자인의 보호 현황

83) 디자인보호법 제54조 및 제57조.

결국 디자인의 설정등록을 받을 수 있는 실질적 요건을 모두 충족한 경우에도 현실적으로 설정등록을 받기 전에는 디자인권자로서 전술한 바와 같은 디자인보호법에 의한 보호효과를 누릴 수 없다. 물론 이것은 디자인보호법에 의해서만 보호받을 수 없다는 점을 의미할 뿐이므로 현행 법제도 내에서 다른 법령에서 정하는 보호요건을 충족한 경우에는 그에 따른 보호효과를 누릴 수도 있다. 그 일례로서 이 논문에서 중점적으로 논하는 저작권법에 의한 보호를 포함하여 부정경쟁방지및영업비밀보호에 관한법률에서 규정하는 ‘부정경쟁행위’에 해당하는 경우에는 이에 따른 법적 보호를 받을 수 있다. 특히 후자의 경우에는 상품으로서의 형태(형상·모양·색채·광택 또는 이들을 결합한 것을 말하며, 시제품 또는 상품소개서상의 형태를 포함한다)를 갖춘 날로부터 3년 동안은 디자인보호법에서 규정하는 ‘실시’의 개념에 상응하는 모방 상품의 양도·대여 또는 이를 위한 전시를 하거나 수입·수출하는 행위를 규제할 수 있다.⁸⁴⁾

제2절 저작권 제도의 개관

1. 저작권의 성립요건

현행 저작권법은 저작권의 보호대상인 저작물에 대하여 인간의 사상

84) 부정경쟁방지및영업비밀보호에관한법률 제2조 제1호 자목(이 조항은 2013. 7. 30. 개정법에서 신설되었는데, 그 신설 취지에 대해서는 기술의 변화 등으로 나타나는 새롭고 다양한 유형의 부정경쟁행위에 적절하게 대응하기 위하여 타인의 상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과 등을 공정한 상거래 관행이나 경쟁 질서에 반하는 방법으로 자신의 영업을 위하여 무단으로 사용함으로써 타인의 경제적 이익을 침해하는 행위를 보충적 일반조항으로 도입한 것이라고 밝히고 있다.

(<http://www.law.go.kr/lsInfoP.do?lsiSeq=142374&lsId=&efYd=20140131&chrClsCd=010202&urlMode=lsEfInfoR&viewCls=lsRvsDocInfoR#0000> 법제처 웹사이트 참조).

또는 감정을 표현한 창작물이라고 정의하고 있는바, 이로부터 ‘인간의 사상 또는 감정의 표현’ 및 ‘창작성’이라는 저작물의 성립요건을 도출할 수 있고 그 외의 추가적인 요건은 필요하지 않다.⁸⁵⁾ 그러나 2006. 12. 28. 전부개정 된 저작권법(법률 제8101호)이 시행되기 전까지는 저작물이라고 주장되는 작품이 문학·학술 또는 예술의 범위에 속할 것이라는 요건을 추가적으로 규정하고 있었다. 현재까지도 문학·학술 또는 예술 분야는 저작권과 관련된 대표적인 분야로 인식되고 있으나, 도형저작물이나 컴퓨터프로그램과 같이 문학·학술 또는 예술 분야와는 상당히 거리가 있는 기능적 창작물도 저작물의 일종으로 예시되고 있다.⁸⁶⁾

이처럼 전통적으로 일품(一品)제작되는 예술적 창작물에 대하여 부여되었던 저작권은, 실용적 창작물을 보호하는 역할을 추가적으로 담당하게 됨으로써 저작권의 성립범위는 기존에 비하여 확장되고 있다. 그리고 저작권은 근래 앞서 살펴본 디자인의 성립요건 충족에 관한 엄격한 판단 기준으로 인하여 법적인 보호의 필요성이 요청됨에도 불구하고 이를 효과적으로 보호하지 못하거나, 디자인권의 설정등록에 이르기까지 요구되는 비용과 시간으로 인하여 보호의 공백이 발생하는 문제점에 대한 대안으로서 주목받고 있다.

이하에서는 전통적인 저작권에 대한 인식과는 달리 산업발전에 이바지하는 저작권의 현대적 기능을 중심으로 저작물의 핵심적인 개념표지를 이루는 내용들에 대하여 디자인권과 비교하는 방식으로 살펴본다.

85) 저작권법 제2조 제1호.

86) 저작권법 제4조(저작물의 예시 등)

① 이 법에서 말하는 저작물을 예시하면 다음과 같다. <중략>

8. 지도·도표·설계도·약도·모형 그 밖의 도형저작물

9. 컴퓨터프로그램저작물

가. 창작성

저작권법이 예술적 창작물 또는 실용적 창작물인지를 불문하고 창작성 있는 표현만을 보호한다는 점은 법문상 분명하나, 저작권법의 보호대상을 규정하는 핵심표지인 ‘창작성’에 관한 구체적인 기준을 제시하는 규정은 존재하지 않는다. 이와 관련하여 판례는 일반적으로 창작성에 대해서는 완전한 의미의 독창성을 말하는 것이 아니라, 단지 어떠한 작품이 남의 것을 단순히 모방한 것이 아니고 작자 자신의 독자적인 사상 또는 감정의 표현을 담고 있음을 의미할 뿐이어서 이러한 요건을 충족하기 위해서는 단지 저작물에 그 저작자 나름대로의 정신적 노력의 소산으로서의 특성이 부여되어 있고, 다른 저작자의 기존의 작품과 구별할 수 있는 정도이면 충분하다는 입장을 취하고 있다.⁸⁷⁾

한편 판례는 창작성에 관하여 위와 같은 기본적인 태도를 유지하면서도 이에 덧붙여 “누가 하더라도 같거나 비슷할 수밖에 없는 표현, 즉 저작물 작성자의 창조적 개성이 드러나지 않는 표현을 담고 있는 것은 창작물이라고 할 수 없다”는 관점을 제시함으로써 ‘저작물 작성자의 창조적 개성’의 발현 여부에 따라 저작권법에 의한 보호가능성을 판단한 경우도 있다. 대표적으로 지하철 통신설비 중 화상전송설비에 대한 제안서도면,⁸⁸⁾ 아파트 평면도 및 배치도,⁸⁹⁾ 기계장치의 설계도⁹⁰⁾ 등과 같은 소위 기능적 저작물⁹¹⁾에서 이와 같은 관점이 두드러진다.

87) 대법원 2014. 2. 27. 선고 2012다28745 판결; 대법원 2003. 10. 23. 선고 2002도446 판결; 대법원 2012. 8. 30. 선고 2010다70520, 70537 판결; 대법원 2003. 10. 23. 선고 2002도446 판결; 대법원 1995. 11. 14. 선고 94도2238 판결.

88) 대법원 2005. 1. 27. 선고 2002도965 판결.

89) 대법원 2009. 1. 30. 선고 2008도29 판결.

90) 대법원 2007. 8. 24. 선고 2007도4848 판결.

91) 저작물의 목적에 따라 크게 (1) ‘예술성’의 발현을 주된 목적으로 하는 ‘문예적 저작물’과 (2) ‘기능성’의 발현을 주된 목적으로 하는 ‘기능적 저작물’로 나눌 수 있는데, 예술성과 기능성을 구분하는 근본적인 기준은 동일한 아이디어에 대한

이와 관련하여 기능적 저작물에 대해서는 일반 저작물과 달리 창작성의 수준이 높아야 한다는 해석도 가능하지만, 창작성은 기능적 저작물인지 여부를 불문하고 ‘독자적 작성’ 및 ‘창조적 개성’이라는 요건이 결합된 것이라는 해석이 타당하다.⁹²⁾ 왜냐하면 기능적 저작물에 관한 위 판례의 구체적인 설시내용에서 확인할 수 있는 바와 같이 창조적 개성은 누가 하더라도 비슷할 수밖에 없는 표현의 영역 외부에서 저작자가 저작물을 통하여 반영할 수 있는 사상과 감정의 표현인 바, 저작물성 여부를 판단하는 기준인 아이디어와 표현의 2분법에 대한 보충원리로서 합체의 원칙(Merger doctrine)이 반영된 것에 다름 아니기 때문이다.⁹³⁾

나. 인간의 사상 또는 감정의 표현

저작권법에 의하여 보호되는 저작물은 인간의 사상 또는 감정의 표현이어야 한다. 우리나라 저작권법의 연혁을 살펴보면 저작물의 정의에 관한 규정은 1957. 1. 28. 제정 저작권법에서부터 존재하였으나,⁹⁴⁾ 이와 같은 내용은 위 2006년 전부개정 된 저작권법에 이르러서야 비로소 반영되었다. 그러나 그 전에도 판례는 저작물이란 사람의 정신적 노력에 의하여 얻어진 사상 또는 감정에 관한 창작적인 표현물이라고 하거나⁹⁵⁾ 저

표현상 제약의 존부에 있다. 기능적 저작물의 경우 동일한 아이디어에 대한 표현방식이 매우 한정적이어서 부득이 다른 사람의 표현과 동일하거나 실질적으로 유사하게 표현할 수밖에 없는 제약이 있어서(권영준, 『저작권침해판단론: 실질적 유사성을 중심으로』, 박영사, 2008, pp.158-159), 결과적으로 창작성이 발현될 수 있는 여지도 적어진다.

92) 송영식·이상정, 『저작권법개설』 제9판, 세창출판사, 2015, p.38.

93) 이해완, 전게서, p.29.

94) 제정 저작권법 제2조에서는 저작물에 관하여 “표현의 방법 또는 형식의 여하를 막론하고 문서, 연설, 회화, 조각, 공예, 건축, 지도, 도형, 모형, 사진, 악곡, 악보, 가창, 무보, 각본, 연출, 음반, 녹음필름, 영화와 기타학문 또는 예술의 범위에 속하는 일체의 물건”이라고 규정하였다.

95) 대법원 1977. 12. 13. 선고 77누76 판결; 대법원 1979. 12. 28. 선고 79도1482 판

작자의 정신적 활동의 결과 그 사상이나 감정이 표현된 객관적 존재임을 요한다는 입장을 취하고 있었다.⁹⁶⁾

또한 저작권법에 의하여 보호되는 저작물은 말, 문자, 음, 색 등에 의하여 구체적으로 외부에 표현된 창작적인 표현형식이고, 그 표현되어 있는 내용 즉 아이디어나 이론 등의 인간의 사상 또는 감정 그 자체는 저작물이 될 수 없다.⁹⁷⁾ 물론 표현의 방법과 형식에는 제한이 없다. 저작권법에서는 어문·음악·연극·미술·건축·사진·영상·도형·컴퓨터프로그램을 저작물의 유형으로 규정하고, 저작권법 시행규칙에서도 이와 같은 분류에 따라 저작물 등록신청을 하도록 규정되어 있으나,⁹⁸⁾ 법문의 표현과 같이 이는 예시에 지나지 않는다.

따라서 인간의 사상 또는 감정의 표현에 창작성이 인정된다면 그 방법과 형식에 대한 제한 없이 저작권법에 의한 보호가 가능하므로, 디자인 보호법에 의해서는 과학기술의 발전으로 새로이 출현한 인간의 지적 산물에 대한 보호가 곤란한 경우에도, 저작권법에 의하는 경우에는 디자인 보호법에 비하여 상대적으로 유연하게 보호될 수 있는 장점이 있다.

다. 물품에 대한 고정 요부

미국을 비롯한 영미법계 국가에서는 저작물의 성립요건으로 유형물에 대한 고정(fixation)을 요건으로 하지만, 독일이나 프랑스 등을 중심으로 한 대륙법계 국가에서는 저작물의 성립과 관련하여 이와 같은 요건을 규정하고 있지 않다.⁹⁹⁾ 우리나라도 대륙법계 국가의 태도를 계수하여 유형

결; 대법원 1993. 6. 8. 선고 93다3073, 93다3080 판결.

96) 서울민사지법 1990. 4. 19. 선고 89가합39285 판결.

97) 대법원 1993. 6. 8. 선고 93다3073, 93다3080 판결.

98) [별지 제3호 서식] 저작권등록신청서.

99) 이해완, 전게서, p.57.

물에 대한 고정을 요건으로 하지 아니하여 무형적인 연극의 공연이나 시의 낭송과 같은 행위만으로도 전술한 바와 같이 저작자의 사상과 감정이 창작적으로 표현된 것으로 볼 수 있다면 저작물의 성립을 인정할 수 있다.

라. 응용미술저작물에 특수한 성립요건 - ‘물품과의 분리가능성’

2000년 개정 저작권법에서는 전술한 바와 같이 ‘응용미술저작물’에 관하여 “물품에 동일한 형상으로 복제될 수 있는 미술저작물로서 그 이용된 물품과 구분되어 독자성을 인정할 수 있는 것을 말하며, 디자인 등을 포함한다”는 정의를 신설하였다. 이와 같이 신설된 법적 정의에 대한 해석과 관련하여 그 개정을 전후한 시점에 아래와 같은 견해가 제시되었다.¹⁰⁰⁾

1) 응용미술저작물의 개념에 대한 해석

가) 송영식·이상정¹⁰¹⁾

2000년 개정 저작권법에서 디자인을 포함한 응용미술 일반을 저작권법으로 보호한다는 것은 명백하다. 이것은 입법적 결단이며, 이에 따라 응용미술저작물이 저작권법으로 보호되어야 할 것이다. 다만 우리 법은 응용미술저작물을 “물품에 동일한 형상으로 복제될 수 있는 미술저작물로서 그 이용된 물품과 구분되어 독자성을 인정할 수 있는 것을 말하며,

100) 이하 윤경, “응용미술작품이 저작물로 보호되기 위한 요건”, 「법조」 제55권 제9호, 2006, pp.10-11에서 재인용.

101) 송영식·이상정, 『저작권법개설』, 세창, 2003,

디자인 등을 포함한다.”고 정의함으로써 미국 저작권법의 내용과 유사하다. 따라서 미국에서의 논의와 마찬가지로 분리가능성이란 물리적인 분리가능성인가, 관념적인 분리가능성인가를 놓고 의견이 갈릴 소지는 충분하다. 그러나 적어도 직물디자인이 저작권법으로 보호되는 것만은 분명하다.

나) 김태훈¹⁰²⁾

저작권법의 기본원리에 따라 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 근거는 미약하다 할 것이다. 이에 따라 개정 저작권법에서는 응용미술저작물의 정의 규정을 신설하여 대량생산되는 실용품에 복제되어 이용되는 디자인의 경우에도 저작물성을 갖춘 경우 보호받도록 그 보호범위를 확장하였다.

다) 오승중·이해완¹⁰³⁾

2000. 7. 1.부터 시행되는 개정 저작권법 제2조(정의) 제11의2호에서는 판레이론을 받아들여 응용미술저작물을, “물품에 동일한 형상으로 복제될 수 있는 미술저작물로서 그 이용된 물품과 구분되어 독자성을 인정할 수 있는 것을 말하며, 디자인 등을 포함한다”라고 규정함으로써 분리가능성의 유무에 따라 저작권법에 의한 보호여부를 결정하도록 명문으로

102) 김태훈, “개정 저작권법의 해설”, 「계간 저작권」 제49호, 저작권심의조정위원회, 2000, pp.7-8.

103) 오승중·이해완, 『저작권법』 제4판, 박영사, 2005, p.184.

규정하였다.

라) 심재필¹⁰⁴⁾

저작권법 제2조 제11의2호를 신설한 취지는 복제될 수 있는 응용미술 작품은 그 물품과 구분되어 독자성을 인정할 수 있는 경우에만 응용미술 저작물로서 보호되고, 그렇지 않은 공예는 그러한 독자성 요건을 갖출 필요 없이 미술저작물이 될 수 있다는 취지로 해석된다.

2) 검토

위 신설 규정의 입법취지 및 견해들을 종합하면, (1) 물품에 동일한 형상으로 복제될 수 있는 미술저작물이고, (2) 그 이용된 물품과 구분되어 독자성을 인정할 수 있는 것이라면 응용미술저작물로서 저작권법의 보호를 받을 수 있다. 물론 위 견해 중 일부에서 지적하고 있는 바와 같이 이 요건들은 앞서 살펴본 미국 저작권법의 분리가능성(separability) 이론이 우리나라 저작권법에도 반영된 것으로 해석하는 견해가 유력하다.

이로써 응용미술작품이 저작물로서 보호되기 위하여 저작물로서의 일반적 요건으로서 전술한 (1) 창작성 및 (2) 인간의 사상 또는 감정의 표현이 요구된다는 점은 다른 유형의 저작물들과 동일하지만, 위 신설 규정이 도입되기 전에 기존 판례에서 추가로 요구하던 “그 자체가 하나의 독립적인 예술적 특성이나 가치를 가질 것”¹⁰⁵⁾이라는 요건은 더 이상 필

104) 심재필, “응용미술작품의 지적재산권적 보호”, 「대전지방변호사회지」 창간호, 2000, p.234.

105) 대법원 1996. 2. 23. 선고 94도3266 판결; 서울고등법원 1996. 5. 16. 선고 95나 10473 판결; 대법원 2000. 3. 28. 선고 2000도79 판결.

요하지 않게 되었다는 견해들도 있다.¹⁰⁶⁾

그러나 응용미술저작물도 미술저작물의 하나로서 인정되는 것이 저작권법의 문리적 해석상 명백하므로, 일반적인 미술저작물에 대해서는 기존의 판례의 입장을 유지하면서 응용미술저작물에 한하여 이를 완화하여 해석하는 것은 저작권법 전체를 고려하는 체계적 해석에 부합하지 아니한다.

또한 응용미술저작물이라는 개념을 인정하는 이유에는 수공적 방법으로 일품 제작되는 순수미술의 영역에 속하는 저작물과 응용미술저작물을 구별하기 위한 목적도 있었을 것이나, 오늘날 순수미술의 영역에 속하는 저작물도 실용적 목적으로 이용되는 경우가 있고 과학기술의 발전으로 그 대량생산의 가능성도 높아진 점을 고려하면, 순수미술과 응용미술을 구별할 수 있는 경계는 매우 모호하다. 그럼에도 불구하고 분쟁 발생의 시점을 기준으로 창작자 또는 이용자가 의도한 실제 용도에 따라 저작물의 성립요건을 달리 적용하는 것은 불합리하다.

따라서 응용미술저작물도 미술저작물의 일종으로 인정되는 것이므로, 미술저작물로서의 저작물성을 인정함에 있어서 “그 자체가 하나의 독립적인 예술적 특성이나 가치를 가질 것”이라는 요건을 충족할 것을 전제로 한다면 응용미술저작물에 대해서도 이와 같은 요건은 유지되어야 할 것이고, 그 외에 응용미술저작물에 고유한 개념 요소로서 그 이용된 물품과의 독자성 요건도 추가적으로 충족되는 경우에 비로소 응용미술저작물로서 저작권법에 의한 보호를 받을 수 있다고 할 것이다.

106) 윤경, 전계 논문, p.12; 차상욱, “응용미술의 저작물성 판단기준”, 「창작과 권리」 제45호, 2006, p.93

2. 저작권의 등록요건

가. 저작권 등록의 요부

저작권법에서는 “저작권은 저작물을 창작한 때부터 발생하며 어떠한 절차나 형식의 이행을 필요로 하지 아니한다”고 규정하여 배른협약상의 ‘무방식주의’를 따르고 있다.¹⁰⁷⁾ 디자인권과 같이 저작권도 저작물의 제호·종류·창작연월일·공표관련 사항 및 권리변동 등에 관련된 사항에 대하여 등록이 불가능한 것은 아니다. 그러나 이에 따라 저작권의 발생 또는 권리변동의 효력 여부가 좌우되는 것이 아니라 등록된 저작물에 대한 저작자의 추정,¹⁰⁸⁾ 권리변동 등에 대한 대항력의 부여,¹⁰⁹⁾ 등록된 저작권 등에 대한 침해행위의 발생시 과실의 추정,¹¹⁰⁾ 법정손해배상 청구의 가능성¹¹¹⁾의 측면에서 차이가 있을 뿐이다.

나. 저작권 등록관청의 심사범위

저작권 발생에 있어서의 무방식주의 및 그 등록의 효력에 관한 전술한 내용들에 대한 논리필연적 결과로서, 저작권 등록관청도 그 등록심사 과정에서 전술한 저작물의 성립요건인 창작성 여부에 관하여 실질적 심사를 할 수 있는 권한은 없고 명백히 저작물성이 결여된 등록신청의 대상을 변별하는 방식으로 소극적 심사가 이루어질 뿐이다.

관례도 저작권법의 규정 내용과 저작권 등록제도 자체의 성질 및 취지

107) 저작권법 제10조 제2항.

108) 저작권법 제53조.

109) 저작권법 제54조.

110) 저작권법 제125조 제4항.

111) 저작권법 제125조의2 제3항, 제1항.

에 비추어 보면, 현행 저작권법이나 같은법시행령이 등록관청의 심사권한이나 심사절차에 관하여 특별한 규정을 두고 있지 않다고 하더라도, 등록관청으로서는 당연히 신청된 물품이 우선 저작권법상 등록대상인 ‘저작물’에 해당될 수 있는지 여부 등의 형식적 요건에 관하여 심사할 권한이 있다고 보아야 하고, 다만 등록관청이 그와 같은 심사를 함에 있어서는 등록신청서나 제출된 물품 자체에 의하여 당해 물품이 우리 저작권법의 해석상 저작물에 해당하지 아니함이 법률상 명백한지 여부를 판단하여 그것이 저작물에 해당하지 아니함이 명백하다고 인정되는 경우에는 그 등록을 거부할 수 있지만, 더 나아가 개개 저작물의 독창성의 정도와 보호의 범위 및 저작권의 귀속관계 등 실체적 권리관계까지 심사할 권한은 없다고 판시하였다.¹¹²⁾

또한 현행 저작권법에서는 저작권 등록신청을 반려할 수 있는 경우도 ‘등록 신청한 사항이 등록할 것이 아닌 때’ 또는 ‘등록 신청이 문화체육관광부령으로 정한 서식에 적합하지 아니하거나 그 밖의 필요한 자료 또는 서류를 첨부하지 아니한 때’라고 규정하고 있고,¹¹³⁾ 이에 따른 서식에서도 저작권 등록신청의 처리기간을 불과 ‘4일’로 규정하여 저작물의 성립요건에 대한 실질적 심사기간이라고 해석하기에는 현저히 부족하다는 점을 고려할 때에도 저작권 등록은 저작권의 발생과는 무관하다는 점을 확인할 수 있다. 결국 창작성 여부 또는 창작의 시점에 대해서는 전적으로 저작권에 기초하여 구체적인 청구를 하는 자가 그 책임 하에 주장 및 입증책임을 부담한다.

그러나 전술한 바와 같이 (1) 우리나라 판례가 저작물의 성립요건으로서 요구되는 창작성에 대하여 디자인권 제도의 신규성에 비견되는 고도

112) 대법원 1996. 8. 23. 선고 94누5632 판결; 서울행정법원 2011. 11. 24. 선고 2011구합16223 판결; 울산지방법원 2014. 1. 22. 선고 2013가단2763 판결.

113) 저작권법 제55조 제2항.

의 수준을 요구하고 있지 않은 점 및 (2) 저작권법도 인간의 사상 또는 감정에 대한 표현의 결과에 창작성이 있으면 족하다고 규정하고 있을 뿐 ‘완성’을 요건으로 하고 있지 않은 점에 비추어 볼 때, 저작권을 대외적으로 행사할 있는 시점은 권리의 성립요건 및 등록요건을 실질적으로 심사한 후에 비로소 권리를 부여하는 디자인권에 비하여 현저하게 단축된다고 볼 수 있다.

3. 저작권의 효력

가. 저작권의 내용

1) 저작인격권

가) 입법 현황

저작자는 저작물을 창작한 때로부터 ‘저작인격권’과 ‘저작재산권’을 갖는다.¹¹⁴⁾ 그 중 저작인격권은 지식재산권 중 저작권에 특유한 것으로서 독일과 프랑스 등 대륙법계 국가에서 먼저 저작물에 대한 인격적 권리로서 저작인격권을 저작재산권과 함께 인정하고, 이후 1928년 베른협약 로마규정에서도 이를 명문화함으로써 저작인격권이 국제적으로 확립되었다. 또한 본래 영미법계 국가에서는 저작인격권을 인정하지 않았으나 영국은 1988년도에 저작권법 개정을 통하여, 미국은 1990년도에 시각적 예술가(visual artists)에 한정하여 저작인격권을 보호하는 규정을 연방 저작권법에 각 반영하였다.¹¹⁵⁾

114) 저작권법 제10조.

나) 내용

우리나라에서는 세 가지 측면에서 저작인격권을 보호하고 있는데, (1) 저작물을 공표하거나 공표하지 아니할 것을 저작자가 결정할 수 있는 ‘공표권’, (2) 저작물의 원본이나 그 복제물에 또는 저작물의 공표 매체에 저작자의 실명 또는 이명을 저작자의 의사에 따라 표시할 수 있는 ‘성명 표시권’ 및 (3) 저작자가 그 저작물의 내용·형식 및 제호의 동일성을 유지할 수 있는 ‘동일성유지권’이 있다.

관례는 저작인격권을 이루는 개별적인 권리들 사이의 상호관계에 대하여 저작인격권이라는 동일한 권리의 한 내용에 불과한 것이 아니라 각 독립적인 권리로 파악하여야 하므로, 그 각 권리에 기한 청구는 별개의 소송물이 된다는 입장을 취하고 있다.¹¹⁶⁾

다) 성격

저작물은 저작자의 사상과 감정에 대한 창작적 표현이라는 점에서 저작물을 통하여 저작자의 인격적 이익을 보호하는 것을 내용으로 하는 저작인격권은 일신전속적인 권리로서¹¹⁷⁾ 양도 또는 상속의 대상이 되지 않는다. 그러나 그 권한 행사에 있어서는 저작인격권의 본질을 해하지 아니하는 한도에서 대리나 위임은 가능하다고 하여 ‘행사상의 일신전속권’은 아니지만 ‘귀속상의 일신전속권’이라고 해석하는 견해가 유력하다.¹¹⁸⁾

115) 이해완, 전게서, p.384.

116) 대법원 2013. 7. 12. 선고 2013다22775 판결.

117) 저작권법 제14조 제1항.

118) 강명수, “저작인격권에 대한 고찰”, 「동아법학」 제58호, 동아대학교 법학연구소, 2013, p.751; 이해완, 전게서, p.442.

판례도 저작인격권은 저작재산권과는 달리 일신전속적인 권리로서 이를 양도하거나 이전할 수 없는 것이라 할 것이므로 비록 그 권한행사에 있어서는 이를 대리하거나 위임하는 것이 가능하다 할지라도 이는 어디까지나 저작인격권의 본질을 해하지 아니하는 한도 내에서만 가능하다 할 것이고 저작인격권 자체는 저작권자에게 귀속되어 있는 것이라고 보아야 한다는 입장이다.¹¹⁹⁾

또한 (1) 우리나라에서는 저작자의 사망 후에도 저작인격권을 침해하는 행위를 금지하고 그 판단기준으로서 그 행위의 성질 및 정도가 사회통념상 그 저작자의 명예를 훼손하는 것이라고 인정될 수 있는지를 기준으로 하고 있는 점,¹²⁰⁾ (2) 저작자의 명예를 훼손하는 방법으로 저작물을 이용하는 행위를 저작인격권 침해행위로 간주하는 점¹²¹⁾ 및 (3) 저작자의 사후에는 그 유족이나 유언집행자가 저작인격권 침해행위에 대하여 명예회복 등의 청구를 할 수 있는 점¹²²⁾에 비추어 볼 때 저작인격권을 통하여 궁극적으로 저작자의 명예를 보호하려는 의도를 엿볼 수 있다.

2) 저작재산권

가) 내용

저작권은 통상적으로 ‘권리의 다발(bundle of rights)’이라고 불리는데, 우리나라에서는 복제권·공연권·공중송신권·전시권·배포권·대여권·2차적저작물작성권이라는 7가지 측면에서 그 재산적 권리를 인정하고 있다.¹²³⁾

119) 대법원 1995. 10. 2.자 94마2217 결정.

120) 저작권법 제14조 제2항.

121) 저작권법 제124조 제2항.

122) 저작권법 제128조.

123) 이들 각 지분권의 상호관계에 대해서는 저작인격권을 이루는 권리들의 상호관

그리하여 복제권을 기본으로 하여 과학기술의 발전에 힘입어 다양화되고 있는 저작물 이용방식에서의 변화를 반영하여 저작재산권의 유형도 계속하여 추가되고 있다.

또한 디자인보호법에서는 ‘업으로서’ 디자인권을 실시하는 경우에만 독점적 지위를 보장하는 것과는 달리, 저작권법에서는 그 목적을 불문하고 위에서 열거한 7가지 방식 중의 하나로 저작물을 이용하는 경우에는 저작재산권자의 권리와 저촉될 수 있다. 그러나 저작자의 권리를 보호함과 동시에 저작물의 공정한 이용을 도모하는 것을 목적으로 하는 저작권법은 제23조부터 제35조의3에 이르기까지 저작재산권이 제한되는 경우를 규정하고 있고, 저작재산권이 제한되는 대표적인 사유로서 위 ‘업으로서’ 실시하는 것과는 대조적으로 저작물을 개인적으로만 이용하는 경우를 명문화하고 있다.¹²⁴⁾

한편 저작재산권 중 2차적저작물의 경우 원저작물과의 사이에 실질적 유사성을 유지하면서 새로운 창작성이 인정된다면¹²⁵⁾ 그 결과물이 독자적인 저작물로 인정되는 것과는 별개로,¹²⁶⁾ 원저작물을 창작한 저작자의 권리도 실질적 유사성이 인정되는 범위 내에서 그 변형의 방식 및 형태 등을 불문하고 계속하여 미치게 된다.¹²⁷⁾ 이는 통상의 상태에서 독립된

계와 마찬가지로, 각 독립적인 권리로서 각 권리에 기한 청구는 별개의 소송물이 된다는 것이 판례의 입장이다(대법원 2013. 7. 12. 선고 2013다22725 판결).

124) 저작권법 제30조.

125) 저작권법에서는 2차적저작물의 개념에 대하여 “원저작물을 번역·편곡·변형·각색·영상제작 그 밖의 방법으로 작성한 창작물”이라고만 규정하고 있으나(제5조 제1항), 판례는 “2차적저작물이 되기 위해서는 원저작물을 기초로 하되 원저작물과 실질적 유사성을 유지하고 이것에 사회통념상 새로운 저작물이 될 수 있을 정도의 수정·증감을 가하여 새로운 창작성을 부가하여야 한다”는 점을 요건으로 하고 있다(대법원 2013. 8. 22. 선고 2011도3599 판결; 대법원 2011. 5. 13. 선고 2010도7234 판결; 대법원 2011. 4. 28. 선고 2010도9498 판결; 대법원 2004. 7. 8. 선고 2004다18736 판결; 대법원 2002. 1. 25. 선고 99도863 판결 등).

126) 저작권법 제5조 제1항.

127) 저작권법 제5조 제2항.

거래의 대상이 되는 구체적인 유체동산을 의미하는 물품성을 요건으로 하면서 물품이 다르면 별개의 디자인으로 구성하는 것으로 보고 이를 법적으로 권리화하기 위해서는 원칙적으로 각 물품별로 모두 출원등록 절차를 거쳐야 하는 디자인권 제도와는 현저한 차이가 있다.¹²⁸⁾

특히 현행 저작권법에서는, 이용된 물품과 구분되는 독자성 및 동일한 형상으로 복제될 수 있는 복제가능성을 갖춘 응용미술저작물을 명시적으로 대표적인 저작물의 유형으로 명문화하고, 2차적저작물작성권 행사의 방식으로 이루어지는 저작물에 대한 다양한 형태의 응용을 저작권자의 적법한 권리로 인정하고 있기 때문에, 디자인권 제도의 물품성이라는 한계를 극복할 수 있다.¹²⁹⁾

나) 성격

저작재산권은 저작물의 이용으로부터 발생하는 배타적 이익을 보호하기 위한 권리로서, 저작재산권을 이루는 각각의 지분권은 분리하여 양도 등의 처분이 가능하다.¹³⁰⁾ 저작권법에서도 저작재산권의 일부를 양도할 수 있다는 점에 관하여 명시적으로 규정하고 있고,¹³¹⁾ 저작재산권의 전부를 양도하는 경우에도 특약이 없는 한 2차적저작물작성권까지 양도한 것으로 추정하지 않는다고 규정하여 각 지분권의 독립성을 인정하고 있다.¹³²⁾

128) 디자인보호법 제40조 및 디자인보호법 시행규칙 제38조.

129) 디자인권 침해 주장에서 물품의 부분에 디자인 창작의 핵심이 있는 경우에는 '부분디자인' 제도를 활용할 수 있지만 물품의 동일성이 전제되어야 하고, '관련디자인' 제도로 인하여 디자인의 컨셉(concept)이 공통적인 경우 다양한 변형디자인(variation design)에 대해서도 권리 보호를 확대하고 있지만 기본디자인의 출원일로부터 1년 이내로 출원시기가 제한되는 등의 한계가 있다.

130) 저작권법 제45조 및 제47조.

131) 저작권법 제45조 제1항.

132) 저작권법 제45조 제2항.

나. 저작권의 성격 - 모방금지권

저작권은 디자인권을 비롯한 산업재산권과는 달리 선행하는 저작물과 실질적으로 유사한 표현이 있는 경우에도 그 후행하는 표현이 독자적으로 창작된 것이라면 저작권 침해를 구성하지 않는다는 점에서 상대적인 독점적 권리라고 할 수 있다.¹³³⁾ 우리 판례도 복제권이나 2차적저작물작성권의 침해가 성립되기 위하여는 대비대상이 되는 저작물이 침해되었다고 주장하는 기존의 저작물에 의거하여 작성되었다는 점이 인정되어야 한다고 하면서, 두 저작물 사이에 의거관계가 인정되는지 여부와 실질적 유사성이 있는지 여부는 서로 별개의 판단대상이라는 점을 분명히 하고 있다.¹³⁴⁾ 이와 같은 성격은 저작물의 성립요건인 ‘창작성’에 대한 전술한 판례의 태도에 비추어 볼 때 필연적인 결과로 볼 수 있다.

다. 저작권의 존속기간

현행 저작권법에 의하면 저작재산권은 저작자의 생존하는 동안과 사망 후 70년까지 존속한다.¹³⁵⁾ 저작재산권의 존속기간은 저작권법의 개정이라는 방식으로 계속 연장되는 추세인데, 저작권의 효력을 유지하기 위하여 산업재산권과 같이 그 존속기간 중에 일정한 요금을 납부해야 하는

133) 이해완, 전게서, p.378.

134) 대법원 2014. 7. 24. 선고 2013다884 판결; 대법원 2014. 5. 16. 선고 2012다55068 판결; 2014. 1. 29. 선고 2012다73493, 73509 판결 등(‘실질적 유사성’과 ‘의거관계’는 서로 구별되는 저작권 침해의 판단요소이지만, 대상 저작물과 기존의 저작물이 독립적으로 작성되어 같은 결과에 이르렀을 가능성을 배제할 수 있을 정도의 현저한 유사성이 인정되는 경우에는 그러한 사정으로도 의거관계를 추정할 수 있다고 한다).

135) 저작권법 제39조.

의무가 발생하는 것도 아니다. 한편 저작인격권은 전술한 바와 같이 일신전속적 권리이므로 저작자의 사망과 동시에 소멸하지만 그 사망 후에도 명예를 훼손하는 방법으로 저작물을 이용하는 경우에는 저작인격권의 침해를 구성할 수 있다.

제3절 소결

전술한 내용들을 종합하여 볼 때 저작물의 산업에서의 활용도가 높아지면서 디자인권과 저작권의 각 보호대상이 근접하면서 서로 교차하는 영역이 발생하고 있음을 확인할 수 있다. 그리고 전체적으로 양 권리를 비교하면 (1) 권리의 '성립'의 측면에서 엄격한 성립요건이 법정화되어 있는 디자인권의 보호대상이 한정적이고, 산업재산권의 방식주의가 디자인권 제도에도 관철되어 법적인 권리화 절차도 저작권에 비하여 현저하게 엄격하지만, (2) 권리의 '효력'의 측면에서는 저작권법에 의하여 보장되는 장기의 보호기간을 제외하고는 적어도 디자인권의 보호기간 동안에는 실질적으로 유사한 표현의 발생 동기를 불문하고 '차단효'가 있는 절대적인 독점권을 부여하는 디자인권이 저작권에 비하여 월등하게 강력하다는 점을 확인할 수 있다.

그러나 디자인의 엄격한 성립요건은 디자인권의 성립을 위한 실체적 요건으로서, 디자인을 두텁게 보호하기 위함이라는 명목으로 선불리 이를 완화하는 경우에는 디자인권의 보호범위가 확장됨에 따라 다른 지식재산권들과의 관계에서 충돌이 발생할 수 있으므로 신중한 접근을 요한다. 이에 반하여 디자인권의 취득을 위한 절차적 요건들은 디자인권에 내재한 문제점으로서 실체적 요건이 충족된 보호대상에 적합한 보호방식을 모색하기 위하여 합목적적 고려가 필요하다. 왜냐하면 보호대상인 디

자인의 본질적 특성에 적합하지 아니한 절차적 요건의 충족을 의무화하는 경우 결과적으로 디자인권 제도의 이용도를 저하시킬 수도 있기 때문이다.

또한 저작권 제도의 경우 무방식주의를 채택하고 있고, 응용미술저작물에 대해서는 디자인권과 저작권에 의한 중첩적 보호가 가능하므로 저작권 제도를 이용함으로써 디자인권 취득 절차의 엄격성으로 인하여 권리화가 지연되는 문제점을 해결할 수 있는 장점이 있다. 그러나 응용미술저작물에 대하여 저작권이 성립되는 경우 장기의 배타적·독점적 보호기간을 보장받을 수 있게 됨으로써 반사적으로 관련산업 및 일반 이용자들의 저작물에 대한 자유로운 이용가능성이 그만큼 지연되는 등의 부정적인 결과를 초래할 수도 있다.

이하에서는 위와 같은 각 제도의 문제점들에 관한 논의를 발전시켜 상세하게 분석하고 이에 대한 개선방안을 모색하기로 한다.

제4장 ~~응용~~미술저작물에 대한 현행 지식재산권적 보호방식의 문제점 및 개선방안

제1절 디자인권 제도의 문제점 및 개선방안

1. 디자인권 제도의 문제점 - 디자인의 등록절차의 비신속성

지식재산권은 무형적인 권리로서 법적으로 보호되는 지식재산권으로서의 면모를 갖추기 위해서는 각 그 근거법률에 의하여 요구되는 보호요건 내지 그 성립요건이 충족될 것을 전제로 한다. 특히 저작권과 같이 ‘무방식주의’를 따르는 경우를 제외하고는 산업재산권의 경우 원칙적으로 설정등록에 의하여 권리가 발생하는 ‘방식주의’를 채택하고 있으므로 대세적으로 특정 지식재산권에 대한 관계에서 독점적·배타적인 지위를 누리기 위해서는 특허청에 등록출원을 하고 그에 따른 실제적 심사를 거쳐야 하는 등의 사전적 절차가 필요하다.

우리나라 디자인보호법에 의한 디자인의 권리화 절차를 시간적 흐름에 따라 정리하면, 디자인이 창작된 이후 (1) 특허청에 대한 등록출원을 한 다음 (2) 특허청의 방식심사 및 (3) 특허청의 실제심사를 거쳐 (4) 디자인에 대한 설정등록이 있어야 비로소 디자인권이 발생하게 된다.

현재 일부심사등록제도가 도입됨으로써 일부 물품류에 대해서는 특허청의 실제심사가 완화된 후 신속한 권리화가 가능하지만, 이 경우에도 특허청에 대한 등록출원 및 방식심사 등이 이루어져야 하고 저작권에서와 같이 보호대상의 발생만으로 그 창작 시점에 디자인의 배타적 효력을 주장할 수 없다. 위와 같은 복잡한 등록출원 절차를 감내한다고 하더라도

설정등록까지 평균적으로 1년 정도의 시간이 소요되므로 디자인의 창작 이후 설정등록을 받기 전까지 디자인보호법에 의해서는 보호의 적시성(適時性)이라는 관점에서 보호의 공백이 발생할 수 있다.

그러나 디자인권에 의하지 않더라도 기능성의 발현을 위한 표현상의 한계를 제외하고 인간의 사상과 감정이 창작적으로 표현된 것이라면, 비록 그 성립 이후 보호효과의 면에서 일부 차이점은 있지만 굳이 복잡한 등록출원이나 이에 따른 실질적 심사 절차를 거치지 않더라도, 그 창작행위의 완료와 동시에 신속하게 저작권에 의하여 보호받을 수 있으므로, 이와 관련하여 법적인 보호가 필요한 당사자로서는 자신의 구체적인 상황에 따라 상대적으로 그 충족이 용이한 저작권의 성립을 주장하고자 하는 유인을 갖지 않을 수 없다.¹³⁶⁾

136) 응용미술에 대한 디자인권과 저작권의 중첩적 보호를 인정하겠다는 것이 입법자의 의사에도 부합하는 것으로 보인다. 2000년 개정 저작권법에서 응용미술저작물에 대한 정의규정을 신설한 이유에 대하여 해당 개정작업에 깊이 관여한 것으로 알려진 문화체육관광부 소속 김태훈 서기관이 동일한 취지로 발언한 바 있다(“현행법 제1항 제4호에서는 응용미술작품을 보호되는 저작물로 예시하고 있어서 직물디자인 등 산업디자인은 저작권법과 의장법 양자에 의해 보호받을 수 있도록 되어 있으나, 양 법 모두 실질적인 보호에는 미흡한 실정이다. 특히 의장법은 보호에 필요한 등록을 할 때 상당한 시간과 비용이 소요되고 있어 동 법에 의해 보호받는 수는 제한되어 있다. 저작권법은 무방식주의를 택하여 응용미술작품의 저작권등록 여부와 관계없이 보호를 하고 있으나, 대법원 판례는 직물디자인 등 산업디자인을 저작권법으로 보호하게 되면 산업계에 혼란이 우려된다는 등의 이유로 저작권법상의 보호에 소극적 입장이었다. 최근 의장법은 등록을 위한 일부 심사절차를 거쳐 무심사방식을 도입하였지만 여전히 등록을 하기 위하여는 시간과 비용이 많이 소요되고 있어 라이프 사이클이 짧은 디자인 등 응용미술저작물의 적시성 있는 보호에는 미흡한 수준이라는 것이 지적되고 있다. 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 근거는 미약하다 할 것이다. 이에 따라 개정 저작권법에서는 응용미술저작물의 정의규정을 신설하여 대량생산되는 실용품에 복제되어 이용되는 디자인의 경우에도 저작물성을 갖춘 경우 보호받도록 그 보호범위를 확장하였다.”), 김태훈, 전계 논문, pp.7-8.

2. 디자인권 제도의 개선방안

가. 신속한 권리화 절차에 대한 입법 수요

우리나라에서 1998. 3. 1. 무심사등록제도를 도입한 이후 2014. 7. 1. 그 명칭을 일부심사로 변경하여 운영하면서 부실권리의 발생으로 인한 선의의 제3자의 예측할 수 없는 손해의 발생 가능성에도 불구하고 이 제도가 현재까지 유지되고 그 대상물품의 범위도 확대된¹³⁷⁾ 주된 이유는, 유행성이 강하고 라이프사이클이 짧은 보호대상에 대하여 신속한 권리의 취득을 요청하는 입법 수요가 있었기 때문이다.

무심사등록제도를 도입한 뒤 1998년도부터 약 4년이 지난 2002. 6. 전국경제인연합회가 외국기업을 포함하여 그 회원사 중 100개 기업 및 특허 출원 경험을 가진 주요 IT, 바이오 벤처 중 100개 기업을 합하여 총 200개 기업을 대상으로 디자인 제도와 관련하여 실시한 설문조사 결과에 의하면, 우선 (1) 디자인의 ‘심사기간’에 관하여는, 중소벤처기업의 64%

137) 일부심사출원대상 물품류 내용의 변화는 다음과 같다.

(http://www.kipo.go.kr/kpo/user.tdf?jsessionid=9863ca6b30d50574ef5bf5934836817182990a54cad2.e34RahyTbxmRb40LaxyPahaRahqQe0?a=user.html.HtmlApp&c=8039&ca tmenu=m06_03_08 특허청 웹사이트 참조)

[표 2] 연도별 디자인 일부심사출원 대상 물품류

시행	일부심사출원대상 물품류	비고
'98.3.	B1(의복), C1(침구), F3(인쇄물), F4(포장용기), M1(직물지 등)	한국분류 기준
'08.1.	A1(제조식품 및 기호품), 화상디자인 추가	6개 분류
'10.1.	B2(잡화류), B5(신발류), F1(교재류), F2(사무용품류) 추가	10개 분류
'11.4.	B3(신변용품), B4(가방 등), B9(의복 및 신변용품의 부속품), C4(가정용 보건위생용품), C7(경조용품), D1(실내소형정리용구), F5(광고용구 등), H5(전자계산기 등) 추가	18개 분류
'14.7.	제2류(의류 및 패션 잡화 용품), 제5류(섬유제품, 인조 및 천연실크 직물류), 제10류(문장구, 사무용품, 미술재료, 교재)	로카르노 기준 3개 분류

가 5~6개월 이내로의 단축을 선호했고 대기업의 54%도 이와 동일한 응답을 하였으며, 5개월 이내로 획기적으로 단축하자는 의견도 약 10%에 달했다. 또한 (2) 무심사등록제도에 관하여는 조사대상 기업들의 92%가 현행대로 유지 또는 무심사등록 대상의 확대를 선호한다고 응답하였다.¹³⁸⁾

그런데 디자인에 대한 신속한 법적 보호를 희망하는 위와 같은 입법수요가 공공의 영역(public domain)을 위협하는 지대 추구행위에 해당한다는 이유로 부정적으로만 평가할 것은 아니다. 왜냐하면 지식재산의 창출·보호 및 활용을 촉진하기 위하여 저작자·발명가·과학기술자 및 예술가 등의 지식재산 창출자에게 한정된 기간 동안 독점적·배타적 권리를 부여하는 것을 기본으로 하는 지식재산 제도의 본질을 고려할 때, 지식재산 자체를 담보 등 거래의 목적으로 이용하는 경우를 제외하고는 독점적·배타적으로 실시할 수 있도록 보장하지 않으면 권리자에 대한 충분한 보호가 될 수 없고, 법적인 흠결로 인하여 지식재산권의 가치를 극대화할 수 있는 시기에 독점성·배타성이 보장되지 않으면 지식재산권의 본질이 훼손되는 것과 다름없기 때문이다.¹³⁹⁾

이와 같은 점을 고려할 때 유행에 민감하고 짧은 라이프사이클을 지닌 디자인권의 보호대상에 대해서는 신속한 법적 보호가 우선적으로 고려될 필요가 있다. 현재 시행중인 일부심사등록제도도 앞서 살펴본 설문조사 결과와 같이 디자인에 대한 신속한 법적 보호에 기여하였다고 평가되고

138) 전국경제인연합회, “국내 지식재산권 제도의 애로에 관한 실태조사 보고서”, 2002. 9., pp.23-24.

139) 육소영, “패션디자인의 법적 보호”, 「지식재산연구」 제5권, 2010, p.88(디자인이라는 용어가 현실적으로 빈번하게 사용될 뿐만 아니라 일찍이 무심사등록출원 대상으로 분류된 의복, 직물지 등을 포함한 ‘패션’ 산업에서 유행에 따른 디자인의 창작과 상품화를 통한 빠른 유통은 패션디자인의 생명이므로, 강한 보호를 받을 수 있다고 하더라도 그 보호에 장기간의 시간이 소요된다면 패션디자인의 보호방법으로 적절하지 않다고 한다).

있으나, 이보다 공식적인 권리화의 시점을 앞당길 수 있는 제도들이 외국에서는 이미 시행중에 있다.

나. 신속한 권리화를 위한 구체적인 방안

1) 개관

앞서 살펴본 디자인의 권리화 절차를 시간적 흐름에 따라 정리한 부분에서 살펴본 바와 같이 우리나라에서는 원칙적으로 총 4단계의 절차를 거쳐 등록된 이후에야 비로소 디자인권자로서 디자인보호법에 의한 보호를 받을 수 있다. 여기서 ‘등록’이란 특허청 디자인등록부에 법이 정한 일정한 사항을 기재하는 것 또는 기재 그 자체를 말하는 것으로서, 권리의 존재를 외부에 알리는 공시적 기능을 수행한다.¹⁴⁰⁾ 우리나라 디자인보호법은 디자인권의 발생요건으로 필수적으로 설정등록을 요구하고 있다.

이에 비하여 아래에서 언급하는 제도들은 설정등록 및 이에 수반되는 절차 없이도 디자인권의 발생을 인정하거나, 디자인권의 발생에 설정등록을 요건으로 하는 경우에도 실체심사 없이 방식심사만 하는 경우가 있다. 이하에서 해당 내용에 관하여 실제로 이와 같은 제도를 설정법으로 규정한 외국의 사례를 중심으로 상세하게 살펴본다.

140) 이상정, “의장법의 개정방향에 관한 소고”, 「경희법학」 제39권 제2호, 2004, p.204.

2) 무등록디자인권 제도

설정등록에 의한 권리의 발생은 저작권적 접근방식인 ‘무방식주의’와 비교되는 산업재산권의 ‘방식주의’의 결과로서 차단효과 있는 독점권을 부여하는 권리체계에서는 거래의 안전을 보호하기 위하여 필수적인 절차로 볼 수 있다. 따라서 설정등록 절차 없이도 권리를 부여하는 무등록디자인권에 대해서는 등록디자인권과는 달리 모방금지권으로서의 효력만 부여된다는 점에서 저작권과 유사하다.

그러나 무등록디자인권을 도입한 법역(法域)에서도 등록디자인권제도를 완전히 포기하는 것은 아니고, 하나의 디자인 보호제도 내에서 등록디자인권제도와 무등록디자인권제도를 병존시키는 방식으로 운영하는 것이 일반적이다. 무등록디자인권 상태에서는 사용이나 공표 시점으로부터 권리가 발생되 그 존속기간은 단기이므로, 그보다 장기의 보호를 필요로 하는 경우에는 등록을 하여야 비로소 등록디자인권으로 보호된다.

한편 양 디자인권 제도를 규정하는 방식에 따라 단선구조(單線構造)와 복선구조(複線構造)로 구별되는데,¹⁴¹⁾ 이에 관련된 주요 입법례는 EU와 영국에서 찾아볼 수 있다.

가) EU - 단선구조(單線構造)

EU의 디자인규정은 단기와 장기의 보호방법을 모두 포함하고 있는데, 이와 같은 방식을 가리켜 단선구조 또는 더블트랙(double track)이라 부른다. EU가 이와 같은 방식을 채택한 이유는, (1) 제품의 특성을 고려하

141) 이와 같은 방식을 가리켜 특허권이나 저작권 이외의 제3의 보호방법이라는 점에서, ‘디자인 어프로치’라고 부른다고 한다(이상정, 전제 논문, p.205 각주 8)).

여 시장에서의 수명이 짧고 등록의무가 없는 간이한 제도를 선호하는 기업과 (2)제품의 시장에서의 수명이 길고 법적 확실성 있는 제도를 선호하는 기업이 공존하고 있었기 때문이다.¹⁴²⁾ 등록디자인권이나 무등록디자인권이나 보호대상이 되는 디자인의 성립요건은 신규성(novelty) 및 독특성(individual character)을 요구한다는 점 및 그 보호범위도 통상적으로 정보를 가진 사용자(informed user)를 기준으로 전체적 인상(overall impression)의 동일성 여부를 기준으로 한다는 점에서 같다.

그러나 양 권리는 다음과 같은 점에서 차이가 있다. 우선 (1) 권리의 효력과 관련하여 등록디자인권은 독점배타권임에 반하여, 무등록디자인권은 모방금지권으로서의 효력만 인정되므로 제3자가 독자적으로 창작한 디자인에 대해서는 디자인권의 침해를 주장할 수 없고, 권리의 유효성도 추정되지 아니한다. 다음으로 (2) 보호기간과 관련하여서는 등록디자인권의 경우 출원일 또는 우선권 주장이 있는 때에는 그 우선일(the filing date or where priority is claimed, the priority date)로부터 기본적으로 5년 동안 보호되며, 5년 간격으로 4회까지 갱신이 가능하여 최장 25년 동안 유지가 가능하나, 무등록디자인권의 경우에는 최초로 유럽공동체 역내에서 공중에 이용가능하게 된 날(the date on which the design was first made available to the public within the Community)로부터¹⁴³⁾ 3년 동안만 보호된다.¹⁴⁴⁾

EU의 등록디자인권은 OHIM에 등록하여야 발생하지만, 디자인의 성립요건에 대한 실체심사는 이루어지지 않고 디자인의 정의에 포섭될 수

142) EU 디자인규정 前文 (15) 내지 (17). 차상욱, 전제논문, p.5에서 재인용.

143) 무등록디자인권에 대해서 저작권적 접근방식을 택하고 있다고 할 수 없는 이유는 보호기간의 기산점을 ‘창작일’이 아니라 ‘공중에 이용에 제공한 날’이라고 명시하고 있기 때문이기도 하다. 오히려 부정경쟁방지및영업비밀보호에관한법률의 상품형태모방금지규정에 상응한다는 해석도 있다(차상욱, 전제 논문, p.14).

144) 차상욱, 전제 논문, pp.13-16.

있는지¹⁴⁵⁾ 및 공서양속의 위반 여부¹⁴⁶⁾에 관해서만 심사가 이루어지므로, 우리나라의 디자인 심사절차에 비해서는 신속할 뿐만 아니라 그 심사결과를 확인하기 전에도 무등록디자인권으로 보호될 수 있다는 점에서 차이가 있다.

이와 같이 등록디자인권이라는 ‘특허권적 보호방법’과 무등록디자인권이라는 ‘저작권적 보호방법’을 병행하는 EU의 ‘디자인적 접근방법’에 대해서는 특허권적 보호방법에 의한 권리가 발생하기 전에 디자인의 창작과정과 업계의 현실을 고려하여 무방식에 의하여 단기간 저작권적 보호를 부여하면서 권리자의 선택에 의하여 특허권적 보호방법으로 전환할 수 있도록 한 것이라고 하여, 특허권적 보호방법을 보완한 것이라고 평가되기도 한다.¹⁴⁷⁾

나) 영국 - 복선구조(複線構造)

영국의 CDPA는 무등록디자인권, 등록디자인권 및 저작권을 병존시키면서 디자인의 성격에 따라 특정한 권리만을 인정하거나 창작자의 선택에 일임하는 보호방법을 택하고 있는데, 이와 같은 방식을 가리켜 복선구조라 한다. (1) 등록디자인의 경우 신규성(novelty) 및 독특성(individual character) 요건을 충족하여야 하나, 무등록디자인의 경우 독창성(originality)이 있고 통상적이거나 혹은 평범한 디자인이 아니면(not commonplace) 족하다. 또한 (2) 등록디자인은 기능적 특징을 제외한 디자인의 전체적 외관이 디자인으로서의 실체적 요건을 갖추고 있으면 족

145) 제3조.

146) 제9조.

147) 신재호, “지적재산의 보호방법론에 관한 연구”, 한양대학교 대학원 박사학위논문, 2004, p.118, 배상철·이상정, “한국디자인보호법제의 발전방향연구”, 한국지식재산연구원, p.82에서 재인용.

하나, 무등록디자인은 3차원적인 특징만을 보호대상으로 하므로 평면적인 장식에 대해서는 인정되지 아니한다. 끝으로 (3) 등록디자인은 출원일로부터 기본적으로 5년동안 보호되고 5년 단위로 연장이 가능하여 최장 25년동안 보호가 가능하나, 무등록디자인은 보호 여부가 문제되는 디자인이 최초로 디자인문서에 기록된 날이나 해당 디자인이 물품으로 제작된 날로부터 15년 또는 해당 디자인이 적용된 물품이 판매되거나 임대될 수 있는 날로부터 10년 동안 보호되고, 보호기간의 갱신 또는 연장은 불가능하다.¹⁴⁸⁾

한편 EU 디자인규정에 근거한 무등록디자인권과의 차이점을 살펴보면, 권리발생의 시점에 있어서 EU 디자인규정은 전술한 바와 같이 최초로 유럽공동체 역내에서 공중에 이용가능하게 된 날이 기준이 됨에 비하여, 영국의 무등록디자인권은 디자인의 창작과 함께 자동적으로 발생하도록 규정되어 있어 저작권과 유사하다. 또한 권리의 효력에 있어서는 EU의 무등록디자인권과 마찬가지로 모방금지권에 불과하다. 그러나 특이한 점은 위 보호기간 중 최초 5년 동안은 제3자의 복제 행위를 차단할 수 있으므로 침해자를 상대로 손해배상 또는 침해금지 등의 청구가 가능하나, 보호기간 만료 전 5년 동안에는 누구든지 무등록디자인권자를 상대로 실시권의 허락을 청구할 수 있으므로 실질적으로 이 기간 동안에는 모방이 가능하다는 점이다.¹⁴⁹⁾

3) 무심사디자인권 제도

무심사디자인권은 전술한 무등록디자인권과 비교하면 출원등록의 절차

148) 유미특허법인, “무심사 등록 디자인권의 신뢰성 제고방안”, 특허청, 2008, p.166-167.

149) 유미특허법인, 전계 보고서, p.166.

를 거쳐야 하므로 이에 수반되는 비용이 소요될 뿐만 아니라 대외적으로 디자인권자의 추정을 받을 수 있는 시점이 다소 연기되지만, 전술한 무등록디자인권의 단점들을 보완할 수 있기 때문에 후술하는 바와 같이 오늘날 다수의 국가에서 무심사주의를 도입하였다. 무심사제도는 등록출원된 디자인에 대하여 아무런 심사도 하지 않으면서 등록이 가능하다는 의미가 아니라, 방식심사는 하되 실제심사의 일부 또는 전부를 실시하지 않고 등록이 가능하다는 것을 의미한다.

우리나라도 이와 같은 세계적인 추세에 따라 앞서 살펴본 바와 같이 유행성으로 인하여 라이프사이클이 짧은 일부 물품에 대해서는 이미 무심사주의와 비견되는 일부심사제도를 도입하였다.

그런데 일부심사제도에 대한 적극적인 업계의 호응에도 불구하고 부실 권리의 양산으로 인한 우려는 여전히 상존하고 있다. 그리하여 현행 디자인보호법은 이와 같은 폐해를 시정하기 위하여 디자인의 설정등록 후 누구든지 일정 요건 하에 이의신청을 할 수 있도록 하고 규정하고 있다. 이의신청 사유는 후발적 무효사유를 제외하고 무효사유와 동일한데, 등록의 공고일 후 3개월 동안만 시정이 가능하도록 제척기간이 설정되어 있어서,¹⁵⁰⁾ 이 기간 동안 이의신청이 없는 경우에는 취소가능성이 존재할 뿐 디자인권의 효력이 전혀 제한되지 않는다는 문제점이 내재되어 있다.¹⁵¹⁾

결국 디자인의 신속한 권리화는 디자인권 제도의 실효성을 보장하고 이를 활성화하기 위하여 긍정적으로 검토할 필요가 있다는 점에 대해서는 공감대가 형성되어 있는 것으로 보인다. 그러나 이로 인하여 발생할 수 있는 공중의 피해를 최소화하는 방안도 함께 강구되어야 디자인권 제

150) 디자인보호법 제68조.

151) 윤선희, 전계 논문, p.130.

도를 안정적으로 운영할 수 있다.

이하에서는 디자인 영역에서 전세계적으로 대세적인 흐름을 이루고 있는 무심사주의의 도입배경 및 그 내용에 관하여 외국의 주요 입법례를 중심으로 살펴본다. 이를 통하여 우리나라가 직면하고 있는 위와 같은 문제점을 해결하여 디자인권 제도의 신속성과 안정성을 동시에 보장할 수 있는 방안을 엿볼 수 있다.

가) 영국

영국에서는 전술한 무등록디자인권과 함께 복선구조의 방식으로 등록 디자인권도 보호하고 있는데, 2006년 개정 등록디자인법(Registered Designs Act)에서 실체심사제도를 폐지하였다. 이처럼 무심사등록제도로 전환한 배경으로는, 위 개정 전까지 디자인 등록출원이 있으면 예외 없이 심사관에 의하여 실체심사의 이행이 불가피하였으나 심사의 깊이는 개별 심사관의 개인적인 지식과 경험에 따라 격차가 있다는 지적이 있어 이로 인한 혼돈을 제거하고, 나아가 EU 내에서 공동체등록디자인 제도가 2003년도에 발효된 이후 EU 회원국 사이에서 디자인권 제도가 조화되어야 한다는 문제의식과 해당 발효 이후 영국법에 근거한 디자인권의 등록출원이 급감하자 무심사주의를 도입함으로써 디자인등록비용을 절감하여 상대적으로 고비용인 EU 디자인 제도를 상대로 경쟁력을 강화하기 위함인 것으로 보인다.¹⁵²⁾

한편 영국은 위 개정 등록디자인법¹⁵³⁾ 및 CDPA¹⁵⁴⁾에서 근거 없는 침해주장의 위협에 대한 구제수단(remedy for groundless threat of

152) 유미특허법인, 전계 보고서, pp.149-155.

153) 제26조.

154) 제253조.

infringement proceeding)을 규정하고 있는데, 침해주장의 근거가 된 디자인은 등록여부를 불문하고 권리를 남용한 경우, 즉 실제로 침해행위가 있었거나 특정 행위가 있었다면 침해행위가 있는 것으로 볼 수 있는 관계를 디자인권에 기한 침해주장을 하는 측에서 입증하지 못하면 상대방이 그로 인하여 받은 손해에 대하여 배상책임을 부담한다.¹⁵⁵⁾

나) 프랑스

프랑스에서는 무심사주의가 1806년 디자인법과 이를 계승한 1909년 디자인·모델법에서 채택된 이래 현재까지 유지되고 있다. 디자인으로 법적 보호를 받기 위해서는 기탁을 요구하지만 그 과정에서 형식적 요건 및 공표의 공서양속에 반하는지를 제외하고는 사전에 보호적격을 심사하지 아니하고 기탁을 수리한다.¹⁵⁶⁾ 위 1909년법에 의하여 2차원적인 디자인 및 3차원적인 모델 모두가 보호된다. 또한 디자인권의 효력은 모방금지권에 불과하고, 디자인법에 의한 보호기간은 출원시로부터 기본적으로 25년이 보장되고 갱신에 의하여 추가적으로 25년이 보장될 수 있었다.

그런데 프랑스는 2001. 7. 25. EU 지침을 수용하여 디자인법을 개정하였다. 이에 따라 보수부품(補修部品)이라도 통상의 사용과정에서 육안으로 식별이 가능하면 디자인법으로 보호되나, 기능적 목적에 의해서만 결정되어 변형의 여지가 없는 디자인은 보호될 수 없다. 보호기간은 기본적으로 5년이 부여되고 갱신을 통하여 최장 25년까지 보호될 수 있다. 신법(新法)에 의해서도 등록출원 절차에서 신규성 및 독자성 요건의 심사는 이루어지지 아니하여 무심사주의를 유지하고 있으나, 등록된 디자

155) 유미특허법인, 전계 보고서, pp.270-271.

156) 이상정·하홍준, “의장제도의 종합적 발전 방안 연구”, 한국발명진흥회, p.59.

인에 대해서는 독점배타적인 효력이 부여된다는 점에서 구법과 차이가 있다.¹⁵⁷⁾

다) 독일

독일에서도 디자인에 대한 등록출원이 있으면 방식심사만 하고¹⁵⁸⁾ 신규성 및 독창성이라는 실체적 요건에 대한 심사는 디자인권 침해소송이 있는 경우에 법원에서 한다. 요컨대 디자인은 신규성(neuheit; novelty) 및 독특성(eigenart; individual character) 요건을 갖추어야 하나,¹⁵⁹⁾ 등록과정에서 이 요건들은 심사되지 않고 독일 특허상표청은 출원된 디자인이 일응 디자인에 해당하는지¹⁶⁰⁾ 또는 기본적으로 공서양속에 반하여 보호에서 배제되는 것은 아닌지 또는 공익의 대상을 남용하는 것은 아닌지만을 심사한다.¹⁶¹⁾

과거에는 디자인권의 효력이 모방금지권으로서 20년 동안의 존속기간이 보장되었으나,¹⁶²⁾ 2004년 개정된 디자인법에서는 EU 지침을 수용하여 디자인권을 차단효 있는 독점권으로 구성하고, 보호기간에 있어서도 기본적으로 5년을 부여하고 갱신을 통하여 최장 25년까지 보호가 가능하도록 하였다. 또한 등록된 디자인은 법적으로 유효한 것으로 추정되고, 독립적인 청구에 의해서만 그 효력이 부정될 수 있으며, 누구나 그와 같은 무효 여부를 다툴 수 있다.¹⁶³⁾

157) 배상철·이상정, 전계 보고서, pp.24-25.

158) Sec. 16 GeschmMG.

159) Sec. 2 Par. 1 GeschmMG.

160) Sec. 1 no. 1 GeschmMG.

161) Sec. 3 Par. 1 No. 3 and 4 GeschmMG.

162) 배상철·이상정, 전계 보고서, p.25.

163) Sec. 33 GeschmMG.

라) 호주¹⁶⁴⁾

호주에서도 2003년 디자인법(Design Act 2003)을 통하여 무심사주의를 도입한 이래 해당 제도가 현재까지 유지되고 있다. 이 개정 전에 호주법률개정위원회(Australian Law Reform Commission: ALRC)에서 제출한 최종보고서에 의하면, 당시 시행중이었던 디자인법은 권리자 및 투자자에게 거의 가치가 없고 등록절차도 신속하지 못하며 비용도 과다하며, 특히 등록디자인을 복제하는 무단편승 행위를 실질적으로 제어하지도 못하면서도 디자인권 침해여부의 판단과 관련하여서는 승소가능성이 제한적이라는 비판이 포함되어 있었다.

이와 같은 비판을 수용하여 위 2003년 디자인법에서는 등록 전 심사(pre-grant examination)를 폐지하고 등록 후 심사(post-grant examination) 제도를 도입하였다. 등록출원 절차에서는 출원인의 인적사항, 연락처 및 디자인등록출원의 디자인 해당성 등의 형식적 사항만을 심사하고, 신규성(newness)과 독특성(distinctiveness)은 등록 후 심사에서 고려된다.

무심사주의의 결과 발생한 부실권리임에도 불구하고 그 외관을 신뢰한 공중의 이익을 보호하기 위하여 디자인권의 침해주장을 하기 위해서는 우선 심사청구를 통해 심사증명서(certificate of examination)를 발급받도록 함으로써 권리의 정당성 여부를 사전에 점검하도록 하고 있다. 또한 부실권리를 남용하는 행위를 견제하기 위하여 이와 같은 심사가 선행되지 않은 상태에서 디자인권의 침해를 주장하는 행위를 '정당화되지 않는 위협(unjustified threats)'으로 규정하고, 그 결과 상대방에게 손해가 발생한 경우에는 이를 배상하여야 하는 의무를 부과하고 있다.

164) 유미특허법인, 전계 보고서, pp.174-193.

마) 중국¹⁶⁵⁾

실제로 일찍이 심사 인력 및 자료의 부족으로 무심사주의를 취할 수밖에 없었던 중국에서도 산업재산권의 중요성이 강조된 2000년도에 (1) 권리행사가 불가능한 무가치한 등록권리가 양산되고, (2) 타인이 창작한 디자인을 등록한 후 디자인권을 행사하는 디자인 선점행위가 기승을 부렸으며, (3) 이와 같은 부실권리의 만연으로 인하여 권리보호기관인 지식산업국(SIPO, State Intellectual Property Office of the P.R.C)조차 디자인권을 신뢰하지 아니하여 진정한 권리자에 의한 권리보호 요청에 대해서도 즉각적인 구제가 이루어지지 않는 문제점이 발생하였다. 그리하여 무심사주의를 유지하면서도 이와 같은 문제점들을 완화하기 위하여 2000년 개정 전리법(專利法)에서 ‘검색보고제도’를 도입하여 권리자가 침해주장을 하는 경우 검색보고제도를 통하여 실제심사를 받도록 하고 있다.

다. 신속한 권리화에 수반되는 부작용

앞에서 살펴본 바와 같이 유럽 내에서도 공동체디자인권의 경우를 제외하고 무등록디자인권을 인정하는 국가는 드물다. 무등록디자인권의 경우에는 신속한 권리화가 가능하고 출원등록에 수반되는 비용이 없다는 점에서 순기능이 있지만, (1) 보호기간의 기산점 및 디자인권 침해의 주장시 상대방의 독자적 창작이 아닌 무등록디자인의 모방에 기인한 것이라는 점에 대한 입증의 곤란성, (2) 등록을 통한 공시적 효과를 누릴 수 없기 때문에 위협적인 효과가 없어 통상적인 경고장만으로는 상대방이

165) 유미특허법인, 전계 보고서, pp.219-229.

디자인권의 침해주장에 응하지 않을 가능성, (3) 차단호 있는 독점권이 아닌 모방금지권에 불과한 점, (4) 보호기간이 3년으로 짧은 점 및 (5) 권리의 유효성 추정을 받을 수 없고 스스로 정당한 권리자라는 점을 입증해야 하는 부담이 발생할 수 있다는 지적이 있다.¹⁶⁶⁾

한편 무심사주의를 채택하면 실체심사를 위해 필요한 방대한 양의 자료를 탐색하고, 다수의 심사관을 심사절차에 투입하는 등 물적·인적 자원의 사전 확보에 소요되는 비용을 절감할 수 있다. 그러나 이와 같은 장점에도 불구하고 무심사주의를 채택할 경우 초래될 수 있는 부실권리의 양산은 그 장점을 압도하는 최대의 단점으로 꼽히고 있다. 따라서 무심사주의를 도입하기 위해서는 부실권리의 양산으로 인한 피해를 최소화할 수 있는 제도가 함께 마련되어야 한다.¹⁶⁷⁾

라. 해결방안

1) 해결방안에 대한 의견수렴

무등록디자인권 제도나 무심사디자인권 제도나 공통적으로 부실권리의 양산이라는 단점이 있다는 점에서는 공통적이다. 그럼에도 불구하고 앞서 언급한 바와 같이 우리나라 기업들은 2002년도에 무심사등록제도와 관련하여 실시된 설문조사에서 92%가 현행대로 유지 또는 무심사등록대상의 확대를 희망한다고 응답하였다. 그리고 이와 함께 부실권리 양산에 의한 피해를 최소화시킬 수 있는 방법으로 (1) 권리행사시 구 실용신안

166) 青木博通, “歐州共同体意匠規則-市場指向型 디자인保護システムの概要とその後の進展”, 「知的財産法政策學研究」Vol.10, 2006, 211頁. 차상욱, 전계 논문, p.16에서 재인용.

167) 이 점은 저작권에 의한 보호와의 균형을 고려하여 획기적으로 무등록디자인권을 인정한다고 하더라도 마찬가지이다.

의 기술평가제도와 같은 보완장치를 마련하자는 견해, (2) 안정적인 권리 행사를 위하여 선택에 따라 심사를 받을 수 있도록 하자는 견해, (3) 심사자료에 대한 조사 없이 적용 가능한 용이창작 규정을 적용하자는 견해가 있었다.¹⁶⁸⁾

또한 위 조사가 실시된 시점과 근접한 시점인 2002. 7. 15.부터 같은 해 8. 15.까지 특허청에서 당시 시행중이던 무심사제도에 대한 운영상의 보완사항에 관한 조사결과에서도, 위와 마찬가지로 (1) 권리 행사시에 실용신안의 기술평가제도와 같은 보완장치를 마련하자는 견해가 압도적으로 많았고, 그 뒤를 이어 위 (2) 및 (3)의 견해가 제시되었으며, 그 외에도 (4) 동일 또는 유사한 디자인에 대하여 중복하여 권리설정하는 것을 방지하기 위하여 무심사출원에 대하여도 최소한의 선출원주의 규정은 적용하자는 견해를 제시한 수도 상당했다.¹⁶⁹⁾

위 조사결과를 종합하여 볼 때 공통적으로 가장 선호하는 보완책으로는 실용신안의 기술평가제도를 꼽고 있음을 알 수 있다.

2) 해결방안의 상세

가) 실용신안법형 무심사등록제도

실용신안법형 무심사등록제도는 무심사주의에 따라 실체심사 없이 권리가 발생하는 경우 부실권리를 통해 독점적 지위를 누리는 폐단이 야기될 수 있으므로, 권리 행사의 전제조건으로서 실체심사를 받도록 하는

168) 전국경제인연합회, 전계 보고서, p.24.

169) 2001년에 디자인을 10건 이상 출원한 420개의 기업, 한국디자인진흥원에 등록되어 있는 디자인 전문회사 700개, 변리사 740명과 디자인심사관 및 행정분야 심판관 30명을 합한 총 1,890명을 대상으로 특허청이 실시한 설문조사이다. 이상정, 전계 논문, p.213에서 재인용.

것이다. 구 실용신안법(법률 제7555호, 2005. 9. 1. 시행: 이하 ‘구 실용신안법’)에서는 실용신안권자 또는 전용실시권자는 실용신안등록유지결정의 등본을 제시하여 경고한 후가 아니면 자기의 실용신안권 또는 전용실시권의 침해자 등에 대하여 그 권리를 행사할 수 없다고 규정하고 있었다.¹⁷⁰⁾ 당시 실용신안등록유지결정을 받기 위해서는 무심사로 등록된 실용신안에 대한 기술평가 절차를 거쳐야만 했고,¹⁷¹⁾ 해당 절차를 통하여 비로소 실체심사가 이루어지는 구조로 운영되었다.

본래 위 제도는 디자인권에 대한 개정 입법 수요와 마찬가지로 신속한 권리설정을 목적으로 도입되었으나, 특허출원에 대한 심사처리 기간이 대폭 단축될 것으로 전망됨에 따라 본래 도입의 목적으로 인한 장점보다는 실체심사 없이 등록된 권리의 오·남용,¹⁷²⁾ 복잡한 심사절차로 인한 출원인의 부담 증가 및 심사업무의 효율성 저하 등의 문제점이 상대적으로 부각되어 결국 폐지되었다. 그리하여 현재 실용신안 제도는 특허 제도와 동일하게 실체심사 후 등록을 하는 방식으로 변경되었다.¹⁷³⁾

그러나 실용신안에 비하여 유행에 민감한 디자인에 대해서는 구 실용신안법과 같은 무심사·선등록제도의 도입을 검토할 필요가 있다. 구체적으로 이 제도의 도입을 찬성하면서도 구 실용신안법에서와 같이 기술평가를 완료해야 하는 시한을 규정하지 아니한 경우 권리 행사가 가능한 시점이 특허청의 사정에 따라 연장될 수 있어 권리자의 지위를 불안정하

170) 구 실용신안법 제44조.

171) 구 실용신안법 제25조.

172) 당시 실무상으로는 실용신안과 특허의 2중 출원이 가능한 구조로 되어 있어 동일인이 실용신안과 특허를 동시에 출원한 다음 무심사제도로 인하여 실용신안이 먼저 등록된 후 특허 출원에 대하여 실체심사를 마치고 등록결정이 이루어지면 이미 등록된 실용신안을 취하하는 등의 비효율이 초래된 것으로 알려져 있다.

173) 특허청 지식재산제도 실용신안의 이해에 관한 웹사이트 내용 참조. (http://www.kipo.go.kr/kpo/user.tdf?a=user.html.HtmlApp&c=10102&catmenu=m04_01_02).

게 할 수 있으므로, 디자인에 대한 방식심사 및 실체심사에 평균적으로 소요되는 기간이 1년 정도임을 감안하여 구 실용신안 제도의 기술평가에 상응하는 실체심사 기간을 6개월 정도로 하는 것이 바람직하다는 견해가 있다.¹⁷⁴⁾

나) 심사청구형 무심사등록제도

현행 특허법¹⁷⁵⁾ 및 실용신안법¹⁷⁶⁾은 심사청구 제도를 운영하여 모든 등록출원을 심사하지 않고 심사청구가 있는 것만을 심사하도록 규정하고 있다. 이와 같은 제도의 운영 배경에는 출원된 모든 것들이 심사할 가치가 있는 것은 아니라는 인식이 그 근거에 있다고 한다. 이로써 실질적으로 심사 가치가 있는 대상에 인적·물적 자원을 투입할 수 있기 때문에 신속한 권리화에도 긍정적인 효과를 기대할 수 있다.¹⁷⁷⁾

그러나 이 경우에도 구 실용신안법의 기술평가청구와 마찬가지로 심사청구를 할 수 있는 기한에 제한을 설정하지 않는 경우, 출원 시점으로부터 수년이 흐른 후에 디자인의 신규성 요건의 충족여부를 판단하는 것은 오히려 디자인권 제도의 실효성을 약화시킬 수 있으므로, 이를 제한하는 것이 바람직하다는 견해가 있다. 구체적으로 유럽의 법제와 같이 디자인권에 대해서 기본적으로 5년의 존속기간을 보장하고 그 기간 내에 심사청구가 없었던 디자인에 대해서는 갱신등록을 제한함으로써 사실상 심사

174) 이상정, 전계 논문, pp.218-219.

175) 특허법 제59조.

176) 실용신안법 제12조.

177) 이상정, 전계 논문, p.219 (다음과 같은 경우를 예로 제시하고 있다: “① 출원 당초에는 신규의 것이라고 출원했으나 그 후 실체요건에 문제가 있다고 생각되는 것, ② 본래 권리로 될 수 없는 것이라고 생각했지만 타인이 출원하여 권리로 하는 경우에는 무효심판 등으로 다투는 것은 귀찮으므로 오히려 출원하는 것, ③ 잘 팔리리라고 예상하고 출원했으나 유행이 지나 실시가치가 없다고 생각되는 것”)

청구가 가능한 기한을 제한하는 방안을 제시하고 있다.¹⁷⁸⁾

다) 거절조문의 확대방안

무심사주의를 전면적으로 도입하는 경우 등록무효 사유가 있는 경우라고 하더라도 등록이 된 후 이의신청이나 무효심판을 통하지 아니하고는 이들에 대하여 그 등록 전에 신규성 상실 등의 정보제공이 있더라도 거절결정을 할 수 있는 방안이 없다. 그런데 심사관이 정보제공을 통하여 출원된 디자인의 무효사유를 미리 발견한 경우까지 무심사주의 하에서 등록을 거절할 사유가 아님을 이유로 부실권리에 대하여 유효한 권리의 외관을 부여하는 것은 바람직하지 아니하므로, 정보제공의 증거에 근거하여 실체심사를 거쳐 등록 거절결정을 할 수 있도록 하여야 한다는 견해가 있다.¹⁷⁹⁾

라) 창작비용이성에 대한 심사

근본적으로 무심사주의를 도입하는 취지는 조기에 권리화를 실현함으로써 해당 디자인을 이용한 사업의 원활한 추진을 도모하도록 할 수 있다는 점에서 찾을 수 있다. 이 점에 착안하여 디자인에 대한 실체심사가 이루어지는 경우 심사지연의 원인이 되는 것은 신규성 요건 판단을 위한 물적 자료를 찾는 데에 많은 시간이 소요된다는 점을 근거로, 특별히 이와 같은 노력이 필요하지 않는 ‘창작비용이성’ 요건의 경우에는 참조자료의 범위가 국내에서 널리 알려진 형상 등으로 한정되어 비교적 대상자료

178) 이상정, 전계논문, p.220.

179) 배상철·이상정, 전계논문, p.114.

가 특정되어 있으므로 방식심사 과정에서 해당 요건을 추가하는 것이 바람직하다는 견해가 있다.¹⁸⁰⁾

마) 신규성 선서 서약서의 제출 강제

무심사주의를 악용하여 부실권리를 등록하여 거래질서를 문란하게 하는 것을 방지하고자 등록출원인에게 출원서류 중의 하나로 출원대상 디자인에 신규성이 있고 진정한 권리자임을 선서하는 서약서를 첨부하도록 함으로써, 추후 신규성 없는 디자인이라는 사실을 알면서도 출원한 점이 밝혀진 경우에는 과태료 등의 처벌규정으로 제재하자는 견해가 있다.¹⁸¹⁾

바) 디자인권의 효력 제한

방식심사만 하여 등록된 디자인에 대해서는 실체심사의 결과 등록된 디자인과 같이 차단효 있는 독점권이 아니라 모방금지권만 부여하자는 견해가 있다.¹⁸²⁾

3) 해결방안에 대한 검토

가) 심사주의의 유지 여부

무심사주의 제도의 도입으로 인한 신속한 권리화에 따른 장점으로 인하여 발생하는 부실권리의 양산이라는 최대의 단점은, 이론적으로 해당

180) 배상철·이상정, 전계 보고서, pp.114-115.

181) 배상철·이상정, 전계 보고서, p.115.

182) 배상철·이상정, 전계 보고서, p.116.

제도들의 반대편에 있는 심사주의 제도의 장점인 안정적인 권리의 발생과 대응될 것이라고 예상할 수 있다.

그런데 일부 물품류를 제외하고 원칙적으로 심사주의를 채택하고 있는 우리나라의 관련 실무 현황은 위와 같은 예상에 크게 반하는 것으로 보인다. 즉 2008년 기준으로 디자인등록거절결정에 대한 불복심판청구 결과 디자인등록 심사결과의 번복에 따른 등록결정의 비율은 약 82%로 집계되어 디자인 등록출원인에게 불필요한 심사청구 및 수수료의 부담을 부과하고 있다고 지적되었고,¹⁸³⁾ 거절결정·취소결정·보정각하결정 불복심판으로 구성되는 결정계(Ex partes) 심판의 인용률은 2014년 기준으로 최근 5년간 아래와 같이 감소하는 추세를 보이다가 2014년에는 40% 대까지 증가하였다.

[표 3] 결정계 심판청구 인용 현황 ¹⁸⁴⁾

연도	2010	2011	2012	2013	2014
인용	59	74	50	37	66
인용률(%)	38.1	39.8	37.3	30.6	42.0

신속한 권리화를 포기하면서까지 안정적인 권리의 발생이라는 목적을 실현하고자 심사주의를 유지하고 있음에도 불구하고, 그 취지를 살리지 못한 채 그 극단에 있는 단점까지 불거진다면 그 존속의 필요성에 대해

183) 배은희 의원은 2009. 4. 3. 이와 같은 통계에 근거하여 디자인등록출원인에게 심판청구의 부담을 완화시키고 디자인 등록을 받을 수 있는 기회를 최대한 보장하기 위하여 출원인이 디자인 등록거절결정에 대한 별도의 불복심판 청구 절차를 거치지 않더라도 디자인등록출원서에 첨부된 도면 등을 보정하여 제출하면 해당 디자인등록출원에 대한 재심사를 청구할 수 있도록 하자는 취지의 디자인보호법 일부개정법률안을 대표발의 하기도 하였다(의안 제1804462호).

184) 특허청 지식재산권 통계 중 심판청구 인용 현황 이와 같은 수치는 같은 기간 동안 특허 및 실용신안에 대한 결정계 심판의 인용률이 평균적으로 30% 내외에 불과한 점에 비추어 볼 때 디자인에 대한 정확한 사전적 실체심사의 가능성은 재고할 필요가 있다는 점을 보여준다.

(http://www.kipo.go.kr/kpo/user.tdf?a=user.html.HtmlApp&c=3044&catmenu=m02_05_01_03 특허청 웹사이트 참조).

여 재고할 필요가 있다. 물론 디자인의 등록요건에 대한 정확한 심사가 곤란한 원인이 부실심사로 인한 것인지 아니면 그 외의 불능사유에 기인한 것인지에 대해서는 다각도의 분석이 필요하겠으나,¹⁸⁵⁾ 이와 같은 상황에서 심사주의를 유지하는 것은 신속한 권리화의 요청마저 저버리는 것과 다름 없으므로 심사주의를 고수할 필요는 없다고 본다.

나) 무심사주의의 도입 및 그 보완 방법

(1) 무심사주의 원칙의 도입¹⁸⁶⁾

무심사주의는 앞서 살펴본 바와 같이 적지 않은 부작용이 발생할 우려가 있지만 이를 최소화할 수 있는 제도적 장치가 마련된다면 디자인권의 순기능을 극대화할 수 있고, 디자인의 신속한 권리화 필요성을 강조하는 업계의 지속적인 입법수요에 부응하기 위해서라도 일부 물품류에 대해서만 적용되는 현행 무심사주의를 전면적으로 확대하는 방식으로 개정하는 것이 바람직하다고 본다. 왜냐하면 현실적으로 무심사주의로 인

185) 우리나라와 마찬가지로 심사주의를 유지하고 있는 일본에서 이와 같은 결과에 대하여 분석한 내용은 다음과 같다: “거절이유로서 인용 제시된 선행기술의 80%는 일본의 특실공보에 기재된 것이며, 외국공보까지 추가하면 실로 90%를 넘는다. 그런데 의장의 경우 거절이유로서 인용되는 선행의장으로 공보계재의 것은 겨우 17%이다. 그 외의 35%는 의장법 9조, 선원의 규정에 의해 거절되며, 30%가 일반간행물기재의장과 유사하다고 하여 거절사정이 되어진다. 여기서 알 수 있는 바와 같이 17% 이외에는 대부분이 공개되어 있지 아니한 선원 의장을 인용하거나 혹은 일반적으로 접근하기가 용이하지 아니한 일반간행물기재 의장이 선행문헌으로 되어 있다.”는 것은 사실상 유효한 사전조사가 가능하지 않다는 것으로서 특허실용신안과 달리 디자인 심사의 커다란 장애로 분석된다고 한다(日本工業所有權法年報 제12호, 96·97頁(齊藤瞭二 報告 부분), 배상철·이상정, 전계 논문, p.108 각주 115)에서 재인용).

186) 무심사주의의 도입은 신속한 권리화 요청에 부응하기 위하여 실체심사가 등록된 후로 유보되는 것일 뿐 저작권적인 접근방식에 기초하여 모방금지권만을 부여하는 무심사제도와 구별하여야 한다(윤선희, 전계 논문 p.137 각주 41)).

한 부실권리의 발생 가능성을 예방하기 위하여 실체심사를 실시한다고 하더라도 그 성질상 심사 시점에 조사 가능한 범위 내에서 이와 같은 위험성을 최소화하는 것에 불과하여 완벽한 심사결과를 기대할 수 없다는 점은 이미 수치화된 결과로 위와 같이 입증되었고, 무심사주의로 전환하고 있는 세계적인 입법동향도 결코 무시할 수 없기 때문이다.

(2) 무심사주의의 보완 방법

무심사주의를 채택할 경우 초래될 수 있는 부실권리 양산으로 인한 피해를 최소화하기 위하여 앞에서 언급한 방안들을 살펴보면, 우선 신규성 선서 서약서의 제출을 강제하는 방안은 실질적으로 부실권리의 행사를 객관적으로 사전에 예방하는 제도가 아니라 디자인권 주장자에게 심리적 압박을 가하는 것에 불과하므로 실효성이 없다. 다음으로 등록출원 절차에서 정보제공을 활용하는 방법은 현행 디자인일부심사에서도 채택하고 있다. 즉, 본래 디자인일부심사등록출원에 대해서는 디자인의 등록요건 중에서 ‘신규성’ 및 ‘공지디자인에 의한 용이창작’ 요건은 심사하지 아니하나,¹⁸⁷⁾ 그럼에도 불구하고 정보제공에 따른 정보 및 증거의 제공이 있으면 그 증거자료에 근거하여 거절결정을 할 수 있다.¹⁸⁸⁾

또한 디자인권에 모방금지권으로서의 효력만 부여하자는 견해는, 등록을 통하여 공시되는 권리에 대한 추정력을 약화시키는 점, 저작권과의 중첩적 보호가 주장되는 상황에서 저작권과 비교할 때 디자인권의 최대의 장점인 효력에 있어서의 우월성을 무색하게 하는 점, 저작권의 주관적 창작성과 비교할 때 충족이 용이하지 아니한 신규성, 즉 객관적 창작

187) 디자인보호법 제62조 제2항.

188) 디자인보호법 제62조 제4항.

성을 요건으로 하는 디자인의 성립요건에 비추어 볼 때 저작권과 동일한 모방금지권만을 부여하는 것은 형평성에 반하는 점 및 외국의 입법례에서도 등록디자인권에 대해서는 차단효 있는 독점권을 인정하고 있는 점¹⁸⁹⁾을 고려하면, 디자인권의 효력은 현행과 같이 차단효 있는 독점권으로 유지하는 것이 타당하다.

다음으로 ‘실용신안법형 무심사등록제도’나 ‘심사청구형 무심사등록제도’는 방식심사만 거친 등록디자인에 기초하여 자체적으로 신속한 사업화를 추진하는 것은 별론으로 하되, 제3자를 상대로 디자인권의 침해를 주장하기 위해서는 실체심사를 거친 이후에야 비로소 가능하다는 점에서 그 취지가 동일하다. 그러나 현재는 폐지된 구 실용신안법의 기술평가제도에 착안한 ‘실용신안법형 무심사등록제도’는 앞서 언급한 바와 같이 기술평가를 완료하는 시한을 규정하지 아니하여 권리자의 지위를 불안정하게 할 수 있고, 출원된 디자인 중에서는 그 권리자의 사정변경에 따라 실체심사가 필요하지 않은 경우도 있으므로 ‘심사청구형 무심사등록제도’를 접목시켜 운영하는 방안이 안정성과 더불어 효율성 측면에서도 우월한 것으로 예상된다.

그러나 디자인에 대하여 무심사등록제도와 함께 심사청구제도를 접목시키는 경우 구체적인 운영의 측면에서 형식적인 요건에 흠결이 없는 한 일단 선등록 이후 심사청구가 있는 경우에 한하여 실체심사가 이루어지

189) 등록디자인권과 무등록디자인권을 병존적으로 시행하는 EU에서도 등록디자인권에 대해서는 차단효 있는 독점권을 인정하고 있는데, 그 이유에 대하여 현행 EU 규정의 시초가 된 1990년 MP(막스프랑크 연구소) 초안의 기초 연구자 중 한 사람인 Kur 박사는 “디자인을 통해서 공중과 통신관계를 설정한 자의 이익은, 일반적으로 복제로부터의 보호에만 향하여져 있는 것은 아니다: 그의 목표는 타인이 동일한 채널을 이용하는 길을 봉쇄하는 데에도 있을 것이다. 그리고 이러한 목표에 비추어 본다면 타인이 이 채널에 고의로 들어왔건 단지 우연히 들어왔건 그것은 결정적인 것은 아니다”라고 설명하였다. Kur, “The Green Paper’s Design Approach - What’s Wrong with it ?” EIPR, 1993. 10., p.377. 이상정, 전계 논문, p.215에서 재인용.

게 되므로, 현재 심사청구 제도가 반영되어 있는 특허법 또는 실용신안법에서 실제심사 이후에야 비로소 등록이 가능한 경우와는 차이가 있다는 점을 고려해야 한다.

또한 호주와 마찬가지로 실제심사 이후 등록결정이 유지되는 경우에만 하여 제3자를 상대로 디자인권을 행사할 수 있도록 함으로써 일반 공중의 피해를 최소화한다고 하더라도, 실제심사가 이루어지기 전까지는 부실권리가 유효한 권리인 것과 같은 외관이 유지된다는 점에서 기업의 자산규모가 실제 가치보다 과장됨으로써 기업의 정보가 왜곡될 우려도 있다. 따라서 이로 인하여 파생되는 문제점들에 대해서도 대비할 필요가 있다는 점을 고려할 때, 심사청구가 가능한 기간을 디자인권 등록출원인의 의사에 전적으로 맡기는 것은 바람직하지 아니하다.

이와 관련하여 현행 특허법에서는 특허출원일부터 5년 이내에 심사청구를 할 수 있고, 해당 기간 내에 심사청구가 없으면 그 특허출원은 취하한 것으로 간주하도록 규정되어 있다.¹⁹⁰⁾ 또한 이 기간은 2017. 3. 1.부터 시행 예정인 특허법에서는 3년으로 단축되는 것으로 개정되었는데, 이와 같은 개정은 특허출원 발명의 조속한 권리확정을 위한 것으로 알려져 있다.¹⁹¹⁾ 또한 실용신안의 경우에도 심사청구 가능 기간은 3년에 불과하다.¹⁹²⁾ 그 외에도 디자인권의 등록요건 중 신규성에 대한 정확한 심사를 위해서도 심사청구 기간을 가급적 단기간 내로 제한할 필요성도 있다. 이와 같은 점을 고려할 때 디자인권의 심사청구 기간도 3년 미만으로 제한하는 것이 바람직하다. 이에 부수하여 실제심사를 받기 전까지는

190) 특허법 제59조 제2항 본문 및 제5항.

191) 산업통상자원부공고 제2015-158호 특허법 일부개정법률(안) 입법예고. (<http://www.moleg.go.kr/lawinfo/lawNotice?ogLmPpSeq=24290&mappingLbicId=2000000136716&announceType=TYPE5&pageIndex=&rowIdx=6> 법제처 웹사이트 참조).

192) 실용신안법 제12조 제2항 본문 및 제5항.

과실추정을 배제함으로써 배타적 효력을 제한하는 방안도 고려할 수 있다.

다음으로 실체심사 결과에 따른 선등록 디자인권의 처리와 관련하여서는 디자인권의 성립요건 및 등록요건이 모두 충족된 경우에는 당연히 등록이 유지될 뿐만 아니라 제3자에 대해서도 디자인권을 행사할 수 있도록 하되, 실체심사 결과 등록이 유지될 수 없는 경우에는 일반적인 ‘무효’의 효과에 따라 처음부터 디자인권이 존재하지 않았던 것과 마찬가지로 그 등록을 말소하는 방식으로 운영하는 것이 부실권리의 양산을 근절한다는 측면에서 바람직할 것으로 예상된다.

제2절 저작권 제도의 문제점 및 개선방안

1. 저작권 제도의 문제점 - 보호기간의 연장

가. 저작물에 대한 보호기간의 존재 의의

저작물에 대하여 배타적인 보호기간, 달리 표현하여 저작재산권의 존속기간을 법률에 의하여 보장하는 이유는, 저작자에게 독점적 권리를 부여함으로써 저작자의 권리를 보호하기 위함이다. 그러나 다른 한편으로 선인(先人)이 이룩한 문화적 유산을 바탕으로 창작되는 저작물의 성격에 비추어 저작재산권을 영구히 보장하는 것은 저작물의 공정이용을 저해할 뿐만 아니라 문화의 향상발전을 위해서도 타당하지 않다. 그리하여 저작재산권의 보호에 일정한 시간적 한계를 설정하여 그 이후에는 저작물이 공유(public domain)의 상태에 놓이게 되어 누구나 자유롭게 이용할 수 있도록 하기 위함이라는 저작권법의 목적에서 저작권의 일정한 보호기간

의 존재 의의를 발견할 수 있다.¹⁹³⁾

요컨대 저작권의 보호기간의 장단은 저작자 외에 공중의 이해관계와도 밀접한 관련성이 있다. 저작물의 가치가 증가하는 환경에서 저작물의 수명이 길어지고 미리 법률에서 설정된 보호기간이 만료된 이후에도 여전히 경제적 가치가 남아있는 저작물들이 존재함에도 불구하고, 저작권의 보호기간을 이에 비례하여 계속하여 연장할 수 없는 원인이 바로 여기에 있다.

그러나 오늘날 저작권의 보호기간은 저작물의 이용과 관련하여 대립되는 이해관계 혹은 본 논문에서 논하는 응용미술저작물을 포함하여 개별 저작물 유형의 수명이나 경제적 가치에 대한 신중한 검토 없이 모든 유형의 저작물에 대하여 일률적으로 연장되고 있다.

나. 저작물에 대한 보호기간의 연장 원인

저작재산권에 대하여 일정한 기간 동안 배타적·독점적 효력을 인정하는 원인이 위와 같다고 하더라도 오늘날 저작권에 관한 대표적인 국제협약인 베른협약에서 정하는 50년을 월등히 초과하는 저작자 사후 70년이라는 연장된 보호기간을 인정하는 것이 국제적 추세이다. 우리나라의 경우에는 이와 같은 보호기간의 연장이 유럽 및 미국과의 대외무역관련 협정을 통하여 이루어졌기 때문에 이들 국가에서 보호기간의 연장을 시도하는 원인에 대하여 살펴볼 필요가 있다.

193) 박성호, “저작재산권의 보호기간에 대한 고찰”, 「법학논총」 제24집 제2호, 2007, pp.391-392.

1) 유럽

유럽은 경제 및 무역제도를 중심으로 통합을 추진하면서 저작재산권 보호기간의 동조화가 가속화되었다. 초기의 유럽공동체는 저작권을 각 저자의 권리(Droit d'auteur)로 인식하는 프랑스와 독일 및 복제권(Copyright)으로 인식하는 영국으로 대별되는 이질적인 법전통이 혼재되어 있었고, 각 회원국의 저작재산권 보호기간도 상이했다.¹⁹⁴⁾ 그리하여 이와 같은 보호기간의 차이는 상품의 자유로운 이동 및 서비스를 제공할 자유를 방해하고 공동시장에서의 경쟁을 왜곡할 수 있다는 문제의식이 확산되었다.

그 결과 1993. 10. 29. 「저작권 및 관련 권리의 보호기간의 조정에 관한 유럽공동체 지침(Directive 93/98/EEC of 29 October 1993 harmonizing the term of protection of copyright and certain related rights)」이 제정되어 유럽 내에서 저작자 사후 70년의 보호기간으로 조화를 꾀하였다. 이로써 당시 저작자 사후 70년의 보호기간을 실정법에 규정하고 있던 독일을 제외한 11개 회원국은 1995. 7.까지 자국의 저작권 보호기간을 연장하는 입법을 하여야 했다.

이후 2006. 12. 12. 공표된 「저작권 및 저작인접권 보호기간에 관한

194) 1993년 당시 유럽공동체 회원국들의 저작권 보호기간(황인영, “저작권 보호기간 연장의 영향요인 비교 연구: 독일, 유럽공동체, 미국, 한국을 중심으로”, 서울대학교 행정학 박사학위논문, 2012, p.108).

[표 4] 1993년도 유럽공동체 회원국들의 저작권 보호기간

저작권 보호기간	국가
저작자 사후 50년	벨기에, 프랑스, 이탈리아, 룩셈부르크, 네델란드, 덴마크, 아일랜드, 영국, 그리스
저작자 사후 60년	스페인
저작자 사후 70년	독일, 프랑스(음악저작물만)

유럽의회 및 유럽이사회의 지침(Directive 2006/116/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on the term of protection of copyright and certain related rights)」에서도 보호기간과 관련하여 선행하는 지침의 태도가 유지되었다.

그리고 현재는 2011. 9. 27. 개정된 「저작권 및 저작인접권 보호기간에 관한 유럽의회 및 유럽이사회의 지침(Directive 2011/77/EU of the European Parliament and of the Council of 27 September 2011 amending Directive 2006/116/EC on the term of protection of copyright and certain related rights)」이 시행중이다. 여기서는 실연자(performers) 및 음반제작자(record producers)가 향유하는 저작인접권의 보호기간을 사후 70년으로 규정하고 있다.¹⁹⁵⁾

위와 같이 연장된 보호기간은 정치적으로는 유럽 내에서 상대적 우위를 점하고 있는 독일과 프랑스가 사후 70년이라는 장기의 보호기간을 주장한 점에도 기인하지만, 기본적으로 유럽에 속해있는 대부분의 국가들은 저작권을 자연권으로 보는 사상에 기초하고 있는 점도 무시할 수 없는 요인이다. 이와 같은 사상적 기초에서 창작자 장려의 원칙에 무게가 실리게 된 것이다. 위 1993. 10. 29. 지침에서는 그 채택사유로서 이 점을 명시하고 있다.¹⁹⁶⁾

그러나 유럽 내에서 보호기간의 연장 입법을 주도한 독일 내부의 사정을 살펴보면, 영향력 있는 작곡가를 비롯한 저작자 및 그 유족들과 음악

195) 유럽위원회(European Commission) 웹사이트의 THE EU SINGLE MARKET. (http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/term-protection/index_en.htm 유럽위원회 웹사이트 참조)

196) 구체적으로 그 채택사유 10번에서는 저작권과 저작인접권이 정신적 창작을 위한 본질적 요건이므로, 지침안이 이들 권리를 고도로 보호해야 하며 이들 권리를 보호하는 것은 저작자와 실연자의 창작활동을 고무, 장려하고 문화산업의 제조자, 소비자 및 일반공중의 이익을 도모하는 결과가 된다고 명시되어 있다고 한다(황인영, 전계 논문, p.109).

출판사들로 이루어진 이익집단들이 베른협약이 규정하는 사후 50년의 보호기간이 인간의 수명 연장에 따라 충분하지 않고, 베른협약상의 보호기간은 최소한의 보호수준일 뿐이라는 점을 강력하게 주장함으로써 유럽 내에서 보호기간이 통일되기 전에도 최장의 보호기간을 제도화하고 있었다.

더욱이 독일의 경우에는 저작권재산권의 보호기간을 베른협약의 수준에서 사후 70년으로 연장하는 입법을 추진하는 과정에서 ‘유상공유제도’¹⁹⁷⁾도 위 저작자 및 그 유족들에 대한 보상을 제시되었으나, 결국 집행비용과 협상비용의 절감을 위해서 ‘보호기간 연장론’이 최종적으로 채택되었다고 한다.¹⁹⁸⁾ 이와 같은 점은 저작권의 법적 효력 강화에 기여하는 이익집단의 영향력을 단적으로 보여줄 뿐만 아니라 위 저작자 및 그 유족들과 달리 이해관계가 다양하게 분화되어 있는 일반 이용자들의 이해관계는 입법과정에서 신중하게 고려되지 않고 있다는 점에서 문제가 있다.

2) 미국

미국은 제도적으로 헌법에서 “의회는 저작자와 발명자에게 제한된 기간 동안 그들의 저작과 발명에 대하여 배타적인 권리를 보장해 줌으로써 학문과 유용한 기술의 발전을 촉진할 권한을 갖는다”고 규정하고 있다.¹⁹⁹⁾ 그 중 ‘제한된 기간’이라는 부분은 미국에서 저작권 보호기간 연

197) 이 제도는 저작권에 의하여 보호되지 않는 저작물의 연주 또는 복제를 업으로 하여 배포하는 경우 저작자 기금을 통하여 저작자의 유족에게 보상금을 지급하는 것을 주요내용으로 하는데, 보호기간이 만료되어 퍼블릭 도메인의 영역에 속하게 되더라도 이용자에게 그 이용에 대한 일정액을 지급하도록 함으로써 기금을 형성한 다음 저작자들의 복지를 위하여 사용하도록 하는 것을 의미한다. 우루과이에서 1937년 최초로 시행된 이후 유럽에서는 불가리아(1939), 이탈리아(1941), 루마니아(1946) 등 극히 일부 국가에서만 시행되던 제도라고 한다 (황인영, 전계 논문, pp.95-96).

198) 황인영, 전계 논문, pp.99-104.

장에 대한 핵심적인 제약 요인으로서, 저작권법과 관련된 의회의 입법권 한이자 입법한계의 기능을 하고 있다고 평가된다.

최초의 1790년 저작권법은 보호기간을 14년으로 하고 저작권자의 신청에 의하여 추가적으로 14년이 갱신될 수 있도록 규정하고 있었다. 이후 1831년의 개정으로 보호기간은 28년으로 연장되었고, 1909년의 개정에 의하여 갱신기간이 28년으로 연장됨으로써 최장 56년까지 저작권에 대한 보호가 가능했다. 그 후 1976년 저작권법에 의하여 보호기간은 75년으로 재차 연장되었다.²⁰⁰⁾

특히 역사적으로 중대한 의의가 있는 이른바 ‘소니보노법(Sonny Bono Copyright Term Extension Act)’의 이면에는 보호기간 연장의 입법을 적극적으로 추진하는 활발한 이익집단의 활동이 있다. 특히 1922년 미국의 영화 보호를 목적으로 결성된 미국영화협회(Motion Picture Association of America)나 1952년에 설립된 미국음반산업협회(Recording Industry Association of America)는 저작권 보호기간을 연장하는 입법을 주도하는 대표적인 이익단체이다. 이들은 저작권 보호기간의 연장 여부에 따라 자신들의 재산적 가치가 크게 좌우되는 기대이익을 가진 집단으로서, 전술한 독일에서 작곡가 및 그 유족들을 중심으로 저작권 보호기간의 연장 입법이 가속화된 것과 마찬가지로 양상을 찾아볼 수 있다.²⁰¹⁾

199) 미국 헌법 제1조 제8절 제8항(“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”).

200) 이해완, 전게서, pp.763-764.

201) 황인영, 전게 논문, pp.141-157

다. 응용미술저작물에 특수한 보호기간 연장의 문제점

전통적인 지식재산권 중에서 갱신의 지속가능성을 전제로 하는 상표권을 제외하고 저작권은 가장 장기의 기간 동안 법률에 의하여 배타적 보호기간이 보장되고 있는 것으로 볼 수 있다. 응용미술저작물이 디자인보호법상의 엄격한 성립요건을 충족하고 등록 절차까지 모두 완료한 후에도 그 보호기간은 등록출원 시점으로부터 20년까지라는 점을 고려하면, 응용미술저작물로서의 보호적격을 갖춘 디자인에 대해서는 상당히 장기간의 독점적·배타적 지위를 보장받게 된다.

이것은 비단 다양한 저작물의 유형 중에서 응용미술저작물에 국한하여서만 발생하는 문제점이라고 할 수는 없지만, 다른 유형에 속하는 저작물들과는 달리 대량생산의 가능성과 관련된 ‘복제가능성’ 요건의 충족을 전제로 다양한 물품에 활용되는 것을 본질로 하므로, 이미 완성된 창작물로 인한 이익을 향수하는 차원에 머무는 것이 아니라 실용적 목적으로 변형된 상태로 이용이 빈번하게 이루어질 수 있다. 그 결과 장기간 배타적 보호기간을 보장하는 경우에는 응용미술저작물의 활발한 이용을 저해할 수 있기 때문에 저작권법의 궁극적 목적인 문화 및 관련 산업의 향상 발전에 이바지한다는 목적에도 역행하는 결과를 초래할 수 있다.

2. 저작권 제도의 개선방안

응용미술저작물이 저작권법에 의하여 초래되는 보호기간 연장의 문제점을 최소화하기 위해서는 (1) 직접적으로 응용미술저작물에 대한 보호기간을 단축하는 개정을 추진하는 방안과 (2) 간접적으로 응용미술저작물이 성립되었음을 전제로 보호기간의 장단(長短)을 논하기에 앞서 응용

미술저작물의 성립을 제한함으로써 저작권에 의한 보호 효과를 차단하는 방안을 고려해 볼 수 있다.

가. 응용미술저작물에 대한 보호기간의 차별화

1) 입법례

가) 미국

미국도 전술한 바와 같이 응용미술저작물에 대하여 저작권과 디자인권의 중첩적 성립이 가능하다. 이와 관련하여 미국 저작권법에서는 공업적 물품의 창작성 있는 디자인에 대하여 디자인특허가 등록된 경우에는 저작권법에 의한 보호는 종료된다고 규정하고 있는데,²⁰²⁾ 여기에는 공업적 물품에 대하여 장기의 보호기간을 부여하는 것이 적절하지 않다는 판단이 내재되어 있는 것으로 해석된다.

나) 영국

영국도 대량생산되어 판매되는(mass-produced and marketed for sale) 미술저작물에 대해서는 일반적인 저작권의 존속기간인 70년이 아니라 25년으로 단축된 존속기간을 적용하도록 규정하고 있었다.²⁰³⁾ 그러나 현재 응용미술저작물에 대하여 저작권과 디자인권에 의한 중첩적 보

202) §1329(Relationship to design patent law) The issuance of a design patent under title 35, United States Code, for an original design for an article of manufacture shall terminate any protection of the original design under this chapter.

203) CDPA 제52조.

호와 존속기간의 비차별적인 적용을 강조하는 EU 지침의 영향으로 2016. 7. 28.부터 이 규정의 효력은 상실되었다.²⁰⁴⁾

다) 프랑스

프랑스는 1993. 10. 29. 채택된 「저작권 및 관련 권리의 보호기간의 조정에 관한 유럽공동체 지침(Directive 93/98/EEC of 29 October 1993 harmonizing the term of protection of copyright and certain related rights)」의 효력 발생 전에는 저작재산권의 보호기간으로 일률적으로 50년을 규정하고 있었으나, 음악저작물에 대해서는 예외적으로 70년의 연장된 보호기간을 적용하였다.²⁰⁵⁾

라) 우리나라

본 논문에서 논하는 응용미술저작물에 관한 규정이 저작권법에 신설되기 상당히 이전 시점이지만, 우리나라에서도 제정 저작권법(1957. 1. 28. 제정 및 시행, 법률 제432호)에서는 일부 저작물에 대해서는 보호기간을 차등적으로 적용하도록 하고 있었다. 예컨대 발행 또는 공연한 저작물에 대한 저작권은 저작자의 생존간 및 사후 30년간 존속하도록 하면서도²⁰⁶⁾

204) 현실적으로 CDPA 제52조에 대한 폐지 요청은 가구(furniture) 업계에서 주도한 것으로 알려져 있다. 중국에서 수입된 값싼 모조품들이 응용미술 작품에 대해서는 저작권의 보호기간을 단축하여 적용하는 영국을 유럽시장 진출의 기점으로 활용하는 등 위 조항을 악용한 것이 주된 이유로 지적되고 있다 (Bloomberg BNA, WORLD INTELLECTUAL PROPERTY REPORT(Vol. 26, No. 10), 2012. 10).

(<https://www.gov.uk/government/consultations/transitional-arrangements-for-the-repeal-of-section-52-cdpa> 영국 정부 웹사이트 참조).

205) 황인영, 전계 논문, p.108.

206) 제정 저작권법 제30조 제1항.

사진저작권 및 사진술과 유사한 방법에 의하여 제작한 저작물에 대해서는 10년의 단축된 존속기간을 규정하였다.²⁰⁷⁾

그러나 1986년도에 저작권법이 전부개정 되면서 이와 같은 조항들은 폐지되었는데, 이때부터 개별적인 저작물의 유형에 관계없이 일률적으로 동일한 보호기간이 적용되기 시작했다.

2) 국제협약

세계저작권협약(Universal Copyright Convention, 1952)에서는 이에 따라 보호되는 대상들을 “회화, 판화와 조각 등을 포함하여 문학적, 학술적 및 예술적 저작물”이라고 포괄적으로 규정하면서,²⁰⁸⁾ 저작물의 보호기간에 대해서는 저작자의 생존기간 및 사후 25년 이상으로 하되, 최초 발행일로부터 위 보호기간을 기산하는 방식을 택하는 경우에는 그 발행일로부터 25년 이상으로 하여야 한다고 규정하고 있다.²⁰⁹⁾ 다만 응용미술저작물을 예술적 저작물로 보호하는 체약국의 경우에는 최단 10년의 보호기간을 부여하도록 보호기간에 대한 차별적 규율을 허용한다.²¹⁰⁾

베른협약에서도 세계저작권협약과 마찬가지로 사진저작물과 응용미술저작물에 대한 보호기간의 차별적 운영이 가능하도록 하는 규정이 마련되어 있다. 즉 저작물의 보호기간은 원칙적으로 저작자의 생존기간 및 사후 50년이지만,²¹¹⁾ 사진저작물 및 응용미술저작물의 경우에는 창작 후 최단 25년의 보호기간만 보장되면 가입국의 입법을 존중하고 있다.²¹²⁾

207) 제정 저작권법 제35조 제1항 및 제37조.

208) 세계저작권협약 제1조.

209) 세계저작권협약 제4조 제2항(a).

210) 세계저작권협약 제4조 제3항.

211) 베른협약 제7조 제1항.

212) 베른협약 제7조 제4항(“It shall be a matter for legislation in the countries of the Union to determine the term of protection of photographic works and

한편 TRIPs 협정도 이른바 ‘Bern Plus’ 접근 방식에 따라 “회원국은 베른협약(1971년)의 제1조부터 제21조까지 및 그 부속서를 준수한다. 그러나 회원국은 동 협약의 제6조의2에 의하여 허용된 또는 그 규정으로부터 발생한 권리와 관련하여 어떠한 권리나 의무를 가지지 아니한다”고 규정하여 저작인격권에 관한 규정을 제외하고 베른협약의 실체적 규정들에 대한 준수의무를 그 회원국들에게 부여하고 있다.²¹³⁾²¹⁴⁾

베른협약이 저작물에 대한 보호기간의 종기를 저작자의 사망 시점으로부터 기산하도록 하는 것에 반하여, 발행일 또는 창작일로부터 50년이 경과하면 저작물의 보호기간이 만료하도록 하되, 사진저작물(photographic works)과 응용미술저작물(works of applied art)에 대해서는 이와 같은 규정의 적용을 배제하고 있다.²¹⁵⁾ 그리하여 위 국제협약들과 마찬가지로 회원국들에게 응용미술저작물에 대한 특별한 취급을 허용하고 있다.

that of works of applied art in so far as they are protected as artistic works; however, this term shall last at least until the end of a period of twenty-five years from the making of such a work.”).

213) TRIPs협정 제9조 제1항(“Relation to the Bern Convention: (1) Members shall comply with Article 1 through 21 of the Bern Convention (1971) and the Appendix thereto. However, Members shall not have rights or obligations under this Agreement in respect of the rights conferred under Article 6bis of that Convention or of the rights derived therefrom.”).

214) 저작인격권의 보호를 제외하도록 한 이 규정은 베른협약의 가입 당시 저작인격권 개념에 대하여 배척 의사를 표명한 미국의 요구에 의하여 삽입된 것이라고 한다(김대순, 『국제경제법론』, 삼영사. 1998, pp.182-184, 이해완, 전게서, p.1235에서 재인용)

215) TRIPs협정 제12조(“Term of Protection: Whenever the term of protection of a work, other than a photographic work or a work of applied art, is calculated on a basis other than the life of a natural person, such term shall be no less than 50 years from the end of the calendar year of authorized publication, or, failing such authorized publication within 50 years from the making of the work, 50 years from the end of the calendar year or making.”).

3) 소결

우리나라는 저작권의 보호기간이 저작권법의 개정을 통하여 지속적으로 연장됨으로써 응용미술저작물을 포함하여 다른 유형의 저작물의 경우에도 장기간 저작권에 의한 합법적 독점이 가능하게 되었다. 특히 2006년도에 저작권의 보호기간을 저작자 사후 70년까지로 연장하는 개정을 단행한 이유는, EU와의 FTA 체결 과정에서 EU의 보호기간 연장 요구를 우리 정부가 수용했기 때문인데,²¹⁶⁾ 회복저작물의 등장으로 이와 같은 문제점은 더욱 불거졌다.²¹⁷⁾ 이와 같이 국제거래의 대상이 확대됨으로써 외국의 통상압력은 저작권법의 보호기간에 대해서까지 영향을 미쳤지만, 보호기간의 연장에 대해서는 근본적으로 저작권법의 존재 목적을 고려하여 재고할 필요가 있다.

저작권법의 존재 목적은 저작자들의 권리를 보호하기 위한 것이기도 하지만, 이와 반대편에 있는 일반 이용자와의 이해관계를 조화롭게 규율하는 것에도 있다. 실용성 및 대량생산 가능성을 특징으로 하는 응용미술저작물의 경우 당연히 그 본질상 다른 저작물에 비하여 일상생활에서도 다른 저작물들과 비교하여 일반 이용자와 이해관계가 형성될 가

216) 2011. 6. 30. 개정 저작권법(법률 제10807호, 시행 2011. 7. 1.) 개정이유, 법제처.

217) 구 저작권법(법률 제5015호, 1996. 12. 6. 개정) 부칙 (제5015호, 1995. 12. 6) 제3조(“제3조제1항 및 제61조의 규정에 의하여 새로이 보호되는 외국인의 저작물 및 음반으로서 이 법 시행전에 공표된 것(이하 “회복저작물등”이라 한다)의 저작권과 실연자 및 음반제작자의 권리는 당해 회복저작물등이 대한민국에서 보호되었더라면 인정되었을 보호기간의 잔여기간동안 존속한다.”)에 의하여 소급적으로 보호되는 회복저작물로 인한 혼란을 최소화하기 위하여 위 부칙 제4조에서 그 이용에 관한 경과조치를 함께 규정하고 있지만, 예를 들어 회복저작물에 관한 규정이 도입되기 전에 저작권 보호기간이 경과한 외국인의 저서에 대한 국문 번역본을 해당 저자로부터 이용허락 없이 자유롭게 출판하던 중 위 규정의 시행으로 인하여 저자와의 사이에는 저작권 침해로 인한 분쟁이, 새로이 해당 저자와 출판계약을 체결한 출판사와의 사이에는 출판권 침해로 인한 분쟁에 휘말리게 되는 경우가 있다.

능성이 높다. 그럼에도 불구하고 장기의 배타적·독점적 보호기간이 부여되는 경우에는 일반 이용자들의 권리를 그 만큼 제한하는 결과를 초래하게 된다.

응용미술저작물이라는 용어가 저작권법에 명시적으로 등장하기 전에 우리나라 법원이 응용미술에 대해서는 디자인권에 의한 보호로 충분하다고 하면서 저작권에 의한 보호를 부여하는 것에 인색했던 이유에서도, 산업상의 대량생산에의 이용을 목적으로 하여 창작되는 응용미술품 등에 대하여 저작권법에 의한 보호가 일반적으로 인정되게 되면 단기의 존속기간을 규정한 의장법의 취지가 몰각되는 것에 대한 우려를 발견할 수 있다. 따라서 기존 판례의 입장 역시 이와 동일한 문제의식에 기초한 것으로 추정된다.²¹⁸⁾²¹⁹⁾

한편 위 독일이나 미국의 실례에서 확인할 수 있는 바와 같이 자국의 핵심적인 산업과 관련되는 특정 저작물의 유형에 대해서는 저작권 보호기간의 연장론이 더욱 설득력을 얻기 쉬운데, 이 주장들이 모든 저작물에 대하여 그 유형을 불문하고 제기된 것이 아니라 관련시장에서 경제적 가치가 장기간 상당한 저작물에 한해서만 이와 밀접한 이해관계가 있는 이익집단을 중심으로 제기되었다는 점도 주목할 필요가 있다.

218) 서울고등법원 1996. 5. 16. 선고 95나10473 판결(“그러나 응용미술품에 대하여 의장법 이외에 저작권법에 의한 중첩적 보호를 인정하게 되면 저작권법의 보호요건인 창작성은 있으나 의장법의 보호요건인 신규성이 없는 경우와 의장법에 의한 등록을 하지 아니한 경우 및 의장법에 규정된 10년의 존속기간이 경과된 경우에도 모두 저작권법에 의하여 저작자의 생존중 및 사후 50년까지 저작물로 보호를 받게 되어 의장법의 여러 가지 제한규정의 취지가 몰각되고 기본적으로 의장법에 의한 보호에 익숙한 산업계에 많은 혼란이 우려되는 등 문제가 대두된다”).

219) 저작권자에 대한 보호가 사회가 감내해야 하는 손실비용(deadweight loss)을 초과할 만한 충분한 유인을 생산하지 못할 경우라면 법원은 그 보호를 거절하여야 한다는 견해도 이와 동일한 취지라고 해석된다(William Fisher, 『Reconstructing the Fair Use Doctrine』, Harvard Law Review, 1988, p.1698-1714, 이영록, “저작권 보호기간의 헌법적 한계에 관한 연구”, 연세대학교 대학원 법학박사학위논문, 2012, p.11에서 재인용).

실제로 과거에 단일한 저작권법 내에서 저작물별로 상이한 보호기간을 규정한 우리나라의 제정 저작권법이나 프랑스의 기존 저작권법의 태도, 영국이나 미국에서 실용품에 응용되는 미술저작물의 경우에는 보호기간을 조정하도록 하는 점 및 대표적인 국제협약에서 모두 응용미술저작물에 대하여 차별적인 취급을 허용하는 점도 이와 동일한 선상에서 이해할 수 있다.

위와 같은 점을 종합하여 볼 때 응용미술저작물에 대하여 일반적인 저작물과 마찬가지로 저작자 사후 70년의 보호기간을 적용하는 것은 과도하다. 디자인보호법의 성립요건 또는 등록절차의 엄격함으로 인하여 저작권법상 저작물이면서 동시에 디자인보호법상 디자인에도 해당되는 응용미술저작물을 현행 법체계에서 저작권법에 의하여 신속하게 보호함으로써 법적 보호의 공백을 최소화하는 것이 불가피하다고 하더라도, 응용미술저작물의 특수성을 고려하여 보호기간이 단축될 필요가 있다.

나. 저작물성에 대한 법원의 엄격한 심사

1) 창작성 요건

가) 저작물의 창작성 수준에 관한 일반론

일반적으로 저작물이 성립되려면 표현의 ‘창작성’이 있어야 한다고 하면서, 이에 대한 법적 근거로서 저작권법 제2조 제1호의 “인간의 사상 또는 감정을 표현한 창작물을 말한다”는 조항을 거론한다. 즉 ‘창작성’ 여부는 전술한 바와 같이 장기의 배타적·독점적 보호기간이 적용될 수 있는 중요한 전제조건이지만, 창작성의 의미 또는 수준에 관한 내용을

저작권법에서 찾아보기 어렵다.²²⁰⁾ 이와 관련하여 저작권의 배타적·독점적 효력을 인정하는 근거로서 대표적으로 거론되는 이론이 ‘노동이론’과 ‘유인이론’이다.

(1) 관련이론의 개관

우선 노동이론은 저작권의 인정 근거를 노동에 대한 대가에서 찾는다. 그래서 저작자의 노동이 투입된 이상 아주 낮은 수준의 창작성만으로도 저작물로서의 보호적격을 갖출 수 있다고 한다. 한편 유인이론은 저작권의 인정 근거를 저작권법의 궁극적 목적에서 도출한다. 그 결과 문화발전을 유인할 만한 수준의 창작성이 있는 경우에만 저작물의 성립을 인정하게 된다. 유인이론에 의하면 이로써 잠재적 저작자에게 저작물의 창작에 보다 많은 시간, 노력 및 지식을 투입하도록 함으로써 저작권법의 궁극적 목적인 문화발전을 유인할 수 있다고 한다.²²¹⁾

(2) 외국의 판례

이와 관련하여 대륙법계 국가들은 단순히 남의 것을 베끼지 않았을 뿐만 아니라 문화발전을 유인할 수 있을 정도의 최소한의 가치를 지녀야 한다고 함으로써 유인이론과 가까운 입장을 취하고 있었던 반면, 미국은 전통적으로 남의 것을 베끼지 않았으면 충분하다고 하여 노동이론과 가

220) 저작권법에서는 일부 저작물의 유형에 대해서는 제2조(정의)에서 그 의미를 규정하면서 ‘창작물’이라는 용어를 언급하고 있는 점(제2조 제1호, 제13호, 제16호) 및 ‘편집저작물’에 대해서는 ‘창작성’이라는 용어를 명시적으로 사용하고 있는 점(제2조 제18호)에 비추어 볼 때, 저작물이 성립하기 위한 핵심적인 요건이라고 볼 수 있다.

221) 손홍수, “설계도면의 저작물성”, 「저스티스」 통권 제84호, 한국법학원, 2005, pp.242-243

까운 입장을 취하고 있었다고 한다.

그러나 미국도 *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co.* 사건에서 독자적 창작이라는 자작성(自作性, originality)을 넘어 최소한의 창작성(creativity)이 있어야 저작물로서의 보호적격을 갖출 수 있다고 함으로써 전통적인 입장에 수정을 가하였다.²²²⁾ 호주 연방법원도 처음에는 미국의 수정된 입장을 명백히 거부했으나 최근에는 판례를 변경하여 동일한 입장을 취하고 있는 것으로 알려져 있다.²²³⁾

(3) 국내의 판례

우리나라 법원에서 지금까지 축적된 판례에 의하면 일부 표현상의 차이는 있으나, 창작성의 의미에 관하여 전술한 바와 같이 완전한 의미의 독창성을 말하는 것이 아니라 단지 어떠한 작품이 남의 것을 단순히 모방한 것이 아니고 작자 자신의 독자적인 사상 또는 감정의 표현을 담고 있음을 의미할 뿐이어서 이러한 요건을 충족하기 위해서는 그 저작자 나름대로의 정신적 노력의 소산으로서의 특성이 부여되어 있고, 다른 저작자의 기존의 작품과 구별할 수 있는 정도이면 충분하다는 입장을 취하고 있음은 전술한 바와 같다.

222) 499 U.S. 340 (1991)(이 판결은 저작권법의 보호대상은 사실 그 자체가 아니라 창작성 있는 표현이라는 것을 설명한다는 점에서도 그 의의를 찾을 수 있으나, 노동이론의 관점에서만 판단하면 전화번호부 인명편의 제작에 상당한 양의 노동력이 투입되므로 그 노동의 대가로서 당연히 창작성이 인정되었어야 함에도 결과적으로 저작물성이 부정되었다는 점에서 기존의 입장이 수정된 것으로 평가할 수 있다). 미국 학계에서도 '창작성'의 의미를 (1) 독자적으로 제작한 것이며, 남의 것을 베낀 것은 아닐 것(not copied)과, (2) 적어도 최소한도의 창조성을 가지고 있을 것(at least minimally creative)을 의미한다고 보는 견해가 유력하다고 한다(Mary LaFRANCE, 『Copyright Law in a nutshell』 2nd ed., 2011, p.4, 송영식·이상정, 전게서, p.38에서 재인용).

223) *Telstra Corporation Limited v. Phone Directories Company Pty Ltd.* [2010], FCAFC 149 (15 December 2010), 송영식·이상정, 전게서, pp.37-38.

(4) 검토

극단적인 노동이론의 관점에서 originality만으로 창작성을 인정하기에 충분하다는 입장은, 저작권법의 존재 목적의 달성에 전혀 기여하지 못하는 것들에 대해서까지 보호하게 된다는 점, 최소한의 창작성도 인정되지 않는 노동의 산출물에 대해서도 장기의 독점권을 인정하는 경우 일반 이용자의 권리를 과도하게 제약할 수 있다는 점 및 저작권을 부여할 수 있는 수준의 노동력의 투입량을 물리적으로 산정하기 곤란하다는 점을 고려할 때, originality만으로는 부족하고 최소한의 creativity를 추가적으로 요구하는 타당하다.

그러나 현실적으로 저작물의 성립을 인정하기 위한 창작성의 수준으로서 독자적 창작이라는 관점에서 originality만을 요구할 것인지, 아니면 저작권법의 존재 의의를 고려하여 문화발전에 기여할 수 있는 더 높은 수준의 creativity를 요구할 것인지는 법정책적 문제로 귀결된다.²²⁴⁾

우리나라 저작권법은 전술한 바와 같이 저작인격권을 인정하고 무방식주의를 채택하는 등의 점에 비추어 볼 때, 기본적으로 대륙법계의 접근 방식을 취하였다고 볼 수 있다. 또한 저작권법은 “문화 및 관련 산업의 향상발전”을 궁극적인 목적으로 규정하고 있는 점을 고려할 때²²⁵⁾ 유인이론의 관점이 반영되어 있는 것으로 보인다.²²⁶⁾ 그리고 노동이론이 아닌 유인이론에 따르는 경우 저작권의 보호 여부 및 범위의 결정은 정신적 노동이 투입된 정도의 관점이 아니라 문화발전에 기여한 정도의 관점

224) 손홍수, 전계 논문, p.243; 이기리, “사진의 저작물성에 관한 사례 연구”, 「정보법학」 제10권 제2호, 한국정보법학회, 2006, p.9.

225) 저작권법 제1조.

226) 이해완, 전게서, p.38.

에서 이루어진다.²²⁷⁾

나) 응용미술저작물의 창작성

응용미술저작물의 창작성 여부를 판단함에 있어서도 법정책적 시각에서 문화발전에 기여한 정도를 기준으로 한다면 저작물성의 인정함에 있어서 엄격한 태도를 취하게 된다. 그런데 사회적으로도 오늘날 일반 이용자들이 빈번하게 이해관계를 형성하는 실용품 시장에서 단순히 ‘기능’이 아닌 ‘디자인’이라는 미적 요소가 구매의사의 결정에 미치는 영향이 증가하고, 저작물에 화체된 이익의 향수를 넘어 저작권재산권의 제한사유에 모두 포섭되지 아니하여 이와 충돌할 수 있는 방법으로 적극적으로 이용하는 소비자들이 증가하였다.

따라서 응용미술저작물에 대한 창작성의 판단 기준을 상향할수록 이와 이해관계를 형성하는 다수의 일반 이용자들을 보호할 수 있을 뿐만 아니라 고도의 창작성을 요구할수록 잠재적인 창작자들에게 문화발전에 기여할 수 있는 창작을 독려할 수 있는 장점도 있다. 이와 관련하여 독일에서 응용미술저작물에 대하여 상향된 창작성 기준을 적용하는 것은 응용미술저작물의 개념에 포섭되는 산업디자인에 대하여 저작권의 효력이 인정됨으로써 발생할 수 있는 결과들을 우려하는 우리나라의 상황에 시사하는 바가 크다.

전술한 바와 같이 EU는 응용미술저작물에 대하여 디자인권 외에 저작권에 의한 보호를 강조한다. 대표적인 EU의 회원국인 독일도 저작권법에서 응용미술에 대한 보호를 명문화하여 저작권의 성립가능성을 인정하고 있다. 그러나 실제로 응용미술저작물로서의 보호가 문제된 경우에는

227) 권영준, 전게서, p.64.

다른 유형의 저작물에 대해서는 작품성(work quality) 내지 창작성(originality) 인정여부에 있어서 상대적으로 낮은 수준의 기준(“small coin”, “kleine Münze”)을 적용하는 것과 달리 창작성의 수준을 높게 요구하고 있는 점에 특색이 있다. 심지어 독일의 헌법재판소조차 이와 같은 차별적 취급이 응용미술 작품에 대한 평등원칙에 위반되는 것은 아니라고 판시하였다.²²⁸⁾

그 결과 이론적으로는 산업디자인을 포함하는 응용미술저작물에 대하여 저작권이 성립할 수 있으나, 현실적으로는 고도의 창작성이 있는 일부 산업디자인에 대해서만 저작권의 성립을 인정하고 있다. 그래서 실제로 저작권이 인정된 디자인 제품은 드물고,²²⁹⁾ 특히 복장이나 섬유 디자인 영역에서는 거의 없는 것으로 알려져 있다.²³⁰⁾ 이와 같은 독일 법원의 태도는 디자인권과 저작권의 보호가 중첩되는 영역에서 디자인권의 보호기간이 단기라는 점을 제외하고는 실질적으로 내용 및 효력의 면에서 동일한 양 권리가 성립할 수 있다는 점을 예상하고, 저작권에 의한 장기의 보호기간이 적용됨으로써 초래될 수 있는 결과를 소위 ‘작품성론’²³¹⁾에 근거하여 제한하려는 시도로 해석할 수 있다.

228) BV erfG, 2005. 1. 26.자 결정 - 1 BvR 157/02 -, GRUR 2005, 410 - Laufendes Auge(“This does not apply, however, according to the judicature of the BGH, in the area of applied art, namely to articles of daily use with artistic design and thus to works which are not only intended to be viewed but which also serve an intended functional purpose. In this case, case law sets stricter requirements in terms of the threshold of originality and demands a significant exceeding of the average level of design for work quality and thus copyright protection. This is justified due to the possibility for industrial design protection which exists here as per the German Design Act(Geschm-MG)”).

229) 비대칭의 화병, 신문제목의 인쇄서체 등에 대해서 저작권이 부인되었다고 한다 (김원오, “상표권·의장권과 저작권간 충돌문제 해결방안”, 특허청, 2003, p.100).

230) Schricker, 『Urheberrecht Kommentar』, C.H.BECK, 1987, p.139. 이상정·하홍준, 전개 보고서, P.67에서 재인용.

231) 이를 ‘단계이론(Stufentheorie)’이라고도 하는데, 디자인권과 저작권의 보호대상이 질적으로 동등하다는 전제에서 두 권리 사이에 본질적 차이는 존재하지 않

우리나라 법원도 응용미술저작물에 대한 개념이 저작권법에 도입되기 전에는 응용미술작품에 저작권의 성립을 최대한 제한하려고 했을 뿐만 아니라 그 도입 후에도 후술하는 바와 같이 물품과의 독자성 요건 및 창작성을 엄격하게 판단함으로써 기존의 태도를 유지하고 있다.²³²⁾ 창작성 요건을 엄격하게 판단하는 것도 보호기간의 차별적 적용이 입법화되지 않은 우리나라의 현 상황에서 응용미술저작물에 대한 저작권의 성립을 제한할 수 있는 대안이 될 수 있다.

2) 물품과의 독자성

가) 미국의 동향

우리나라는 2000년 저작권법의 개정으로 ‘응용미술저작물’의 정의에 관한 조항을 신설하면서, “물품에 동일한 형상으로 복제될 수 있는 미술저작물로서 그 이용된 물품과 구분되어 독자성을 인정할 수 있는 것”이라고 규정하였다.²³³⁾ 그 후 ‘히딩크 넥타이’ 사건에서 대법원의 판결과 같이 직물 도안에 대하여 응용미술저작물로서의 법적 보호를 인정한 기념비적인 판례도 등장했다. 그러나 이로써 우리나라에서 전술한 창작성 요건이 충족되었다는 전제에서 응용미술저작물의 성립이 용이해졌다고 결론을 내릴 수는 없다.

으나 ‘단계적 차이’가 존재함에 지나지 않고, 각 권리의 보호대상은 미적창작성의 정도인 ‘형태형성의 고도성 내지 조형정도’를 징표로 단계적으로 구별된다고 하는 이론이다(차상욱, “유럽연합 디자인법에서의 무등록공동체디자인의 보호”, 「정보법학(제15권 제1호)」, 2011, p.3 각주 3)

232) 서울고등법원 2010. 8. 26. 선고 2009나122304 판결(“물품인 청바지와 구분되어 독자성을 인정할 수 있는 ‘M’과 유사한 형태 부분은 저작권법에 의한 보호를 받을 가치가 있는 정도의 창작성을 인정할 수 없으므로, … 어느모로 보나 그 창작성이 인정되기 어렵다”).

233) 현행 저작권법 제2조 제15호에서 동일하게 규정하고 있다.

실제로 우리나라의 저작권법상 물품과의 독자성 요건에 상응하는 ‘분리가능성(separability)’ 및 ‘독립성(independence)’을 응용미술저작물의 개념요소로 규정하고 있는 미국의 상황도 우리나라와 마찬가지로 보인다. 미국도 Mazer v. Stein 사건을 계기로 응용미술작품이라는 사실만으로 저작권법에 의한 보호가 부정되지 않는다는 점이 연방대법원 판결을 통하여 인정되었다. 그러나 저작권청은 외관상 판례의 입장을 지지하는 태도를 보이면서도 위 사건의 광범위한 적용을 제한하기 위한 목적에서, 특정 물품에 내재한 유일한 기능이 실용성으로만 제한된다면 독특성과 호소력을 갖춘 형태를 띠고 있다는 사실만으로는 저작권법의 보호를 받을 수 없다는 규정을 도입하기도 하였다.²³⁴⁾

그렇다면 미국의 1976년 개정 저작권법이 응용미술저작물과 관련된 구체적인 분쟁에서 최종적인 판단 권한을 보유한 법원의 태도에는 어떠한 영향을 미쳤는지에 관하여, Mazer v. Stein 사건에 대한 법원의 판결 이후에 발생한 대표적인 사건들을 중심으로 위 1976년을 전후로 살펴본다.

(1) 1976년 저작권법 시행 전의 판례

미국 법원은, Mazer v. Stein 사건에 대한 판결이 있었던 1954년 후에도 1976년 저작권법 시행 전에 응용미술저작물에 대한 저작권법에 의한 보호 여부가 다투어진 경우, 설령 저작권법에 의한 보호범위에 속할 수는 있다고 하더라도 응용미술저작물은 본질적으로 실용적 물품에 적용된 저작물이라는 기존의 관념에 갇혀있었다. 그 결과 응용미술저작물에 대해서는 저작권에 의한 보호적격을 더욱 엄격하게 요구하였을 뿐만 아니라, 그 저작물성의 인정여부에 대한 판단이 개별 법관의 재량 또는 직관

234) 37 C.F.R. §202.10(C) (1959).

에 의하여 좌우되어 일관성이 없다.²³⁵⁾

우선 Vacheron & Constantin-Le Coultre Watches, Inc. v. Benrus Watch Co. 사건²³⁶⁾에서 손목시계의 표면과 구별되는 보석 디자인에 대하여 저작권법에 의한 보호를 인정하지 않았는데, 이와 같은 판단은 해당 디자인의 독창성(originality) 또는 심미감(aesthetically pleasing) 여부에 대한 고려 없이, 오히려 해당 디자인이 적용된 손목시계라는 물품의 본질이 미술의 대상이 아니라는 점에 중점을 두었기 때문이었다.²³⁷⁾

위 사건과는 대조적으로 Ted Arnold, Ltd. v. Silvercraft Co. 사건에서는 고전적 전화기의 모조품(a simulation of an antique telephone) 내부에 집어넣도록 고안된 연필 깎기(a pencil sharpener) 디자인에 대하여 독특성(unique), 흡인력(attractive) 및 창의성(imaginative)이 있다는 점에 기초하여 저작권법에 의한 보호를 인정하였다.

(2) 1976년 저작권법 시행 후의 판례

1976년 저작권법에서 응용미술저작물에 대한 보호가능성이 명문화된 후 최초로 응용미술저작물의 저작권법에 의한 보호 여부가 쟁점이 된 사건이 Esquire, Inc. v. Ringer 사건이었다. 이 사건에서 저작권청은 현대적 장식이 부합된 원고의 조명기구에 대하여 저작권 등록을 반려하였으나, 제1심 법원은 무엇이 미술(art)에 해당하는지에 관한 국가적

235) Valerie V. Flugge, "WORKS OF APPLIED ART: AN EXPANSION OF COPYRIGHT PROTECTION", 「Southern California Law Review」 Vol. 56:241, University of Southern California, 1982, pp.247-251.

236) 155 F. Supp. 932 (S.D.N.Y. 1957).

237) 미국 법원은 위 판결에서 다음과 같이 판시하였다("This recognizes a penumbra where the object is so clearly a work of art that its utility will not preclude its registration. Such an object would be an engraved glass vase. We are used to calling such things objects of art. A wrist watch is not, however, within that class.").

(national) 기준이라는 것은 있을 수 없으므로 보다 전통적인 조각에 부여되는 것과 동일한 보호를 받을 수 있음을 이유로 이에 대한 저작권 등록을 이행하라는 집행문(a writ of mandamus)을 발부하였다.²³⁸⁾

그러나 항소심 법원은 위 부합된 부분이 미술저작물에 해당한다는 위 제1심 법원의 태도를 받아들이지 아니하고 1976년 저작권법을 엄격하게 적용하는 입장을 취하였다.²³⁹⁾ 그리하여 실령 물품의 기능적 측면뿐만 아니라 심미적 측면이 고려되는 경우라도, 실용적 대상의 전체적인 디자인(design) 또는 형상(configuration)은 저작권의 보호적격을 갖추지 못한 다고 하여 저작권법의 보호대상이 아니라는 판시를 하였다.

한편 제2 순회 항소법원은 *Kieselstein-Cord v. Accessories by Pearl, Inc.* 사건에서 위 판결과 상반되는 결론에 이르렀다. 본래 이 사건의 제1심 법원은 두 개의 장식적인 벨트의 버클 디자인이 그 실용적인 측면으로부터 분리하여 인식될 수 있거나(identified separately from) 독자적으로 존재할 수 있는(exist independently of) 회화, 도형 또는 조각으로 볼 수 없는 실용적인 물품이라는 점에 근거하여 저작권법에 의하여 보호되지 않는다고 하였다.²⁴⁰⁾ 그러나 위 항소심 법원은, 위 버클의 디자인이 해당 버클의 물리적·실용적(physical and utilitarian) 측면과 명백하게 분리되지 않는다고 하더라도 관념적 분리가능성(conceptual separability)만 있으면 1976년 저작권법에 의한 보호를 받기에 충분하다고 하면서 제1심

238) 414 F.Supp. 939, 941 (D.D.C. 1976) (“The forms represented by [the plaintiff’s] fixtures emphasize line and shape rather than the realistic or the ornate but it is not for the Register to reject them on artistic grounds. ... There cannot be and there should not be any national standard of what constitutes art and the pleasing forms of [the plaintiff’s] fixtures are entitled to the same recognition afforded more traditional sculpture.”).

239) 591 F.2d 796 (D.C.Cir. 1978) (“the overall design or configuration of a utilitarian object, even if it is determined by aesthetic as well as functional considerations, is not eligible for copyright.”).

240) 489 F.Supp. 732, 737 (S.D.N.Y. 1980).

법원의 판결을 파기하였다.²⁴¹⁾

(3) 검토

위와 같은 판례의 흐름에 비추어 볼 때 1976년 저작권법의 시행으로 인하여 응용미술저작물에 대한 보호가능성이 명문으로 인정되었지만, 응용미술저작물과 관련된 논란은 새로운 국면을 맞이한 것을 보인다. 위 개정법 시행 전의 논란은 실용적 물품의 디자인이 ‘미술저작물’, 즉 ‘응용미술저작물’로 인정될 수 있는지에 관한 일반적인 쟁점을 중심으로 전개되었다면, 위 개정법 시행 후의 논란은 보다 구체적으로 실용적 물품의 형태 또는 디자인이 해당 물품의 실용적 측면과 “분리하여 인식될 수 있는지” 및 “독자적으로 존재할 수 있는지”에 관한 논의에 무게가 실리고 있음을 알 수 있다.

그리하여 디자인을 실용품으로부터 물리적으로 분리할 수 있는 경우 저작권에 의한 보호를 인정하나, 물리적으로 분리할 수는 없지만 관념적으로만 분리할 수 있는 경우에는 이를 인정한 판례도 있으나 대부분 이를 부정하는 것으로 알려져 있다. 대표적으로 전술한 *Esquire v. Ringer* 사건 외에도 (1) *Norris Industries, Inc. v. International Telephone and Telegraph Corp.* 사건,²⁴²⁾ (2) *Fabrica Inc. v. El Dorado Corp.* 사건,²⁴³⁾ (3) *Carol Bamhart Inc.* 사건,²⁴⁴⁾ (4) *Brandir International, Inc. v. Rubie's Costume Co.* 사건²⁴⁵⁾ 및 (6) *Whimsicality, Inc. v. Rubie's*

241) 632 F.2d 989 (2d Cir. 1980).

242) 696 F.2d 918 (11th Cir.), cert. denied, 464 U.S. 818 (1983): 자동차바퀴 덮개 (wire-spoked automobile wheel covers)의 형상의 저작물성이 문제된 사건.

243) 697 F.2d 890 (9th Cir. 1983): 카페트 샘플이 포함된 접는 광고물의 저작물성이 문제된 사건.

244) 773 F.2d 411, (2nd, 1985): 해부학적으로 정확하게 제작된 실물 크기의 사람 몸통 형태의 마네킹의 저작물성이 문제된 사건.

Costume Co. 사건²⁴⁶⁾이 있다.

따라서 응용미술저작물의 개념이 저작권법에 도입되었다는 사실로 인하여 이에 대한 저작권에 의한 보호의 가능성이 확대된 것으로 단정할 수는 없다. 그 결과 직물디자인과 같은 2차원적 디자인에 대해서는 저작권에 의한 보호가능성이 일반적으로 인정되고 있으나, 미국 저작권법상 실용품(useful articles)으로 분류되는 다수의 소비재(consumer products)와 패션용품에 적용된 3차원적 디자인의 경우에는 최근까지도 논란이 이어지고 있다.²⁴⁷⁾

나) 국내의 동향

위 2000년 저작권법의 개정으로 응용미술저작물에 대한 정의 조항이 명문화된 우리나라의 상황도 미국과 유사하게 전개되고 있는 것으로 보인다. 이하에서는 위 2000년 개정을 전후하여 응용미술작품에 대한 저작권법에 의한 보호 여부가 쟁점이 된 사건들에서 우리나라 법원의 태도에 관하여 살펴본다.

(1) 2000년 저작권법 시행 전의 판례

응용미술저작물에 대한 정의 조항이 저작권법에 도입되기 전에도 1986년 개정 저작권법(1987. 7. 1. 시행, 법률 제3916호)에 이미 ‘응용미술작품’을 미술저작물의 일종으로 명시하고 있었다. 전술한 바와 같이 응용미

245) 834 F.2d 1142 (2d Cir. 1987): 자전거 바구니 선반(bicycle rack)의 저작물성이 문제된 사건.

246) 891 F.2d 1142 (2d Cir. 1989): 동물 또는 물건의 형상을 차용하여 다양한 형태로 제작된 복장의 저작물성이 문제된 사건.

247) Sarah Burstein, 전제 논문, pp.311-312.

술작품과 응용미술저작물은 각 그 개념의 외연에 있어서 차이가 있으나, 위 2000년 개정 전에도 우리나라 법원은 판결문에서 응용미술저작물이 아닌 응용미술작품이라는 용어를 사용하면서 이에 대한 저작권의 성립을 원천적으로 부정한 것은 아니었다.

대표적으로 대한방직 주식회사가 미국 법인인 코빙톤 파브릭스 코포레이션(Covington Fabrics Corporation)의 직물 도안과 유사한 도안에 기초하여 제조한 직물을 납품한 행위가 저작권 침해를 구성한다는 이유로 분쟁이 발생한 적이 있었다. 이에 대하여 우리 대법원은 “응용미술작품이 저작권법 제4조 제1항 제4호에 따라 저작권법상 보호능력이 있는 저작물의 하나로 예시되어 있는 것은 사실이다”라고 함으로써 일반적인 저작권법에 의한 보호적격을 전면적으로 부정하지 않았다. 그러나 의장법에 의한 보호 이외에 중첩적으로 저작권법의 보호를 ‘일반적으로’ 인정한다면 의장법의 여러 가지 제한규정의 취지가 몰각되고 산업계에 혼란이 초래될 수 있다는 이유로 저작권의 성립을 제한하는 결론에 이른 것으로 볼 수 있다.²⁴⁸⁾

그런데 실제로 위 개정 전에도 우리 법원이 응용미술작품에 대하여 저작권의 성립을 인정한 사건도 있었다. ‘한복치마 디자인’의 저작물성 여부가 쟁점이 된 사건이었는데, 여기서는 다른 사건들과 같이 응용미술작품에 대한 일반적인 저작권의 성립 가능성이 쟁점이 되지는 않았으나, 삼국시대 이전부터 전래되어 온 일반적인 의복제작기법에 관련된 문양에 대해서는 저작권의 성립을 부정한 반면, 한복이라는 실용적인 물품과 구분되어 독창성이 인정되는 문양의 혼합배치에 대해서는 아래와 같이 저작권의 성립을 인정하였다.²⁴⁹⁾

248) 대법원 1996. 2. 23. 선고 94도3266 판결.

249) 대법원 1991. 8. 13. 선고 91다1642 판결.

“ 어머니 저고리의 깃, 쏘, 소매, 단, 바탕 등에 바탕천과 다른 색의 띠나 일정한 문양을 넣은 띠를 수직 또는 수평으로 덧대어 실용성과 심미감을 더하는 의복제작기법은 삼국시대 이전부터 사용되어 오던 것임을 인정할 수 있으므로 원고의 위 저작물 중 치마폭 이음새마다 바탕색과 다른 색 띠나 일정한 문양을 넣은 띠를 수직으로 덧대거나 띠 안에 무늬를 넣는 방법 자체는 종래의 문화적 유산에 속하는 것이고 다만 띠의 모양을 사다리꼴로 하고 띠 안에 꽃, 나비, 추상적 문양 등을 소재로 한 무늬를 일정한 간격으로 혼합배치한 점에서 기법상의 독창성이 인정되므로 이 부분이 저작권 보호의 대상이 된다고 할 것이다. ”

위 판례는 그 후 동일하게 한복의 일종이라 볼 수 있는 ‘생활한복’의 저작물성이 문제된 사건에서는 대법원이 응용미술작품의 속성, 즉 상업적인 대량생산에의 이용 또는 실용적인 기능을 주된 목적으로 하여 창작된 것이라는 점을 강조하면서, 그 자체로 하나의 독립적인 예술적 특성이나 가치를 가지고 있어 예술의 범위에 속하는 창작물에 해당하는 것이 저작물로서 보호된다고 판시함으로써 결과적으로 저작물에 해당하지 않는다고 결론을 내린 것과는 대조적이다.²⁵⁰⁾

그러나 응용미술작품의 저작물성이 다투어진 사건에서 “그 자체로 하나의 독립적인 예술적 특성이나 가치를 가지고 있어 예술의 범위에 속하는 창작물”에 해당되는지를 고려했던 판례의 태도에 비추어 볼 때, 동일한 물품류 내에서도 이와 같은 독립적인 예술적 특성이나 가치의 존부에 따라 저작물성의 인정 여부에 있어서 결론이 달라질 수 있다는 점을 알

250) 대법원 2000. 3. 28. 선고 2000도79 판결.

수 있다.

그 후 ‘전기보온밥통’이라는 일반적인 실용품의 외부 디자인의 저작물성이 문제된 사건에서도, 응용미술작품에 대한 기존의 공통적인 판례의 태도를 유지하면서 해당 디자인의 저작물성을 부정하였다. 그런데 이 사건에 대한 판결이 선고된 시점은 위 개정 저작권법의 시행일인 2000. 7. 1.을 앞둔 같은 해 5. 4.이었는데, 그래서 아래와 같이 당시 이미 공표된 개정 저작권법에 따라 응용미술작품이 아닌 ‘응용미술저작물’이라는 용어를 사용함과 동시에 물품과의 독자성 요건을 판결이유에서 직접 언급하면서 해당 요건의 충족 여부를 직접적으로 고려했다는 점에서 기존의 판례들과 구별된다.²⁵¹⁾

“ 이 사건 문양과 같이 응용미술저작물이 당초부터 상업적인 대량생산에의 이용 또는 실용적인 기능을 주된 목적으로 하여 창작된 경우에는 그 모두가 바로 저작권법의 저작물로 보호될 수는 없고, 그 중에서도 그 자체가 그 실용품의 기능과 물리적으로 혹은 개념적으로 분리되어 식별될 수 있는 독립적인 예술적 특성이나 가치를 가지고 있는 것만이 저작물로 보호된다 할 것인데, 이 사건 문양은 그 제작경위와 목적, 외관 및 기능상의 특성 등 제반사정에 비추어 볼 때 전기보온밥통의 기능과 물리적으로 혹은 개념적으로 분리되어 식별될 수 있는 예술적 특성을 가지고 있다고는 도저히 볼 수 없다고 판단된다. 따라서 이 사건 문양은 저작권법의 보호대상이 되는 저작물에 해당하지 아니한다고 할 것이고, … ”

(2) 2000년 저작권법 시행 후의 판례

251) 수원지방법원 2000. 5. 4. 선고 99노4546 판결.

2000년 개정 저작권법 시행 후에는 앞서 언급한 ‘히딩크 넥타이’ 사건
에서와 같이 직물 디자인의 저작물성을 인정한 기념비적인 판례가 등장
했으나,²⁵²⁾ 미국과 마찬가지로 응용미술저작물의 일반적인 성립가능성을
전체로 응용미술저작물의 개념요소들의 충족 여부를 판단하면서 결론적
으로는 대부분 저작물성을 부정하였다.

우선 종교적 목적으로 이용되는 ‘묵주반지’를 복제·판매한 행위가 저작
권 침해를 구성한다는 이유로 공소가 제기된 사건이 있었다. 특히 이 사
건은 위 2000년 개정 저작권법이 시행되고 상당한 기간이 경과한 후에
공소가 제기되었으나, 위 복제·판매 행위는 응용미술저작물에 대한 정의
조항이 신설된 위 2000년 전으로 거슬러 올라가 심지어 미술저작물의 일
종으로 ‘응용미술작품’을 예시한 조항이 도입되기 전에 있었기 때문에 그
행위를 전후하여 개정된 저작권법의 태도가 구체적인 사건을 심리하는
법원에 미치는 영향을 극명하게 보여준다. 우리 법원은 다음과 같이 이
에 대하여 저작물성을 부정하였다.²⁵³⁾

252) 이 사건의 원심(2003. 11. 19. 선고 2003노7459 판결)과 제1심(서울중앙지방법원
2003. 8. 14. 선고 2003노3524 판결)은 기존의 응용미술작품에 대한 저작권의
보호법리를 인용하면서 저작권 침해의 성립을 부정하여 무죄를 선고하였다(“응
용미술작품이 상업적인 대량생산에의 이용 또는 실용적인 기능을 주된 목적으
로 하여 창작된 경우 그 모두가 저작권법상의 저작물로 보호될 수는 없고, 그
중에서도 그 자체가 하나의 독립적인 예술적 특성이나 가치를 가지고 있어 예
술의 범위에 속하는 창작물에 해당하는 것만이 저작물로서 보호된다(대법원
1996. 2. 23. 선고 94도3266 판결, 1996. 8. 23. 선고 94누5632 판결, 2000. 3. 28.
선고 2000도79 판결 등 참조). 이 사건 ‘히딩크 넥타이’ 도안은 우리 민족 전래
의 태극문양 및 팔괘문양을 상하 좌우 연속 반복한 넥타이 도안으로서 응용미
술작품의 일종에 해당된다고 할 것이나, 그 제작 경위와 목적, 색채, 문양, 표현
기법 등에 비추어 볼 때 실용물인 넥타이와 분리된 도안 그 자체가 하나의 독
립적인 예술적 특성이나 가치를 가지고 있는 창작물이라고 보기는 어려우므로
저작권법의 보호대상이 되는 저작물에 해당하지 않는다.”).

253) 서울중앙지방법원 2006. 2. 9. 선고 2005노3421 판결. 이 사건은 대법원에서 상
고가 기각됨으로써 원심판결이 확정되었다(대법원 2008. 2. 1. 선고 2006도1553
판결).

“ 구 저작권법(1986. 12. 31. 법률 제3916호로 전문개정되기 전의 것)은 미술저작물의 예시로서 ‘공예’를 규정하면서 ‘응용미술저작물’은 규정하지 아니하였다가(제2조 참조), 위와 같은 전문개정을 통하여 ‘응용미술작품’을 순수미술작품과 같이 제한 없이 규정하였다(제4조 제1항 제4호 참조), 따라서 위 구 저작권법 하에서는 응용미술이라 하더라도 양산되는 공업제품에 이용되는 경우에는 의장법에 의하여 보호하였고, 저작권법으로 보호되는 것은 일품제작의 미술공예품에 한정되었다. 그런데 위와 같이 전문개정된 저작권법 부칙 제1조는 ‘이 법은 1987년 7월 1일부터 시행한다’라고 규정하고, 제2조 제1항은 ‘이 법 시행 전에 종전의 규정에 의하여 저작권의 전부 또는 일부가 소멸하였거나 보호를 받지 못한 저작물에 대하여는 그 부분에 대하여 이 법을 적용하지 아니한다’라고 규정하고 있으므로, 응용미술작품이 1987. 7. 1. 이전에 창작되어 구 저작권법에 의하여 보호를 받지 못하였다면, 비록 그것이 ‘물품에 동일한 형상으로 복제될 수 있는 것’이라 하더라도, 위와 같이 전문개정된 저작권법에 의하여도 보호를 받을 수 없다고 할 것이다.”

위 관례에서는 저작물성이 부정된 주된 이유에 관하여 응용미술작품 또는 개정된 법문의 표현에 따라 응용미술저작물로서 저작권의 보호적격의 충족 여부가 아니라, 형법상 ‘행위시법주의’에 따라 개정 전 저작권법에 의하면 양산되는 공업제품에 대해서는 저작권법에 의한 보호가 부정되기 때문이라는 취지로 판시되어 있다. 이와 같은 태도는 위 2000년 개정 전 관례에서 응용미술작품에 대한 저작권의 성립 가능성을 일반적으로 인정하면서도 의장법과의 관계에서 그 성립을 엄격하게 제한한 태

도보다 월등히 보수적이다.

심지어 개정 저작권법에서 규정하는 ‘물품에 동일한 형상으로 복제될 수 있는 미술저작물로서 그 이용된 물품과 구분되어 독자성을 인정할 수 있는 것’의 요건을 충족하는 경우에도 결론이 달라지지 않는다는 판시내용은, 응용미술저작물에 대한 저작권의 일반적인 성립조차 저작권법의 개정이라는 입법적 결단에 의하여 비로소 가능해졌을 뿐이고 본래 가능하지 않다는 취지로 해석될 수도 있다.

그 외에 청바지 뒷면에 알파벳 대문자 ‘M’과 유사한 형태의 도형으로 장식한 디자인이 응용미술저작물로서 저작권법에 의한 보호적격이 있는지가 다투어진 사건에서는 개정 저작권법에서 규정하는 ‘응용미술저작물’의 개념 요소에 부합하는지를 중점적으로 판단하여, 물품인 청바지와 구분되어 독자성을 인정할 수 없고 창작성도 인정되지 아니한다는 이유로 저작권의 성립을 부정하였다.²⁵⁴⁾ 또한 서적의 표지·제호 디자인에 대해서도 서적 표지라는 실용적인 기능과 분리 인식되어 독립적으로 존재할 수 없다는 점을 근거로 복제가 용이한 2차원적 디자인임에도 불구하고 응용미술저작물에 해당하지 않는다고 판시한 사례도 있다.²⁵⁵⁾

그러나 위 판례와 달리 붉은 색 바탕벽에 인쇄용지를 형상화한 사각형 또는 사각틀의 형상을 불규칙하게 배치하고 그 배치된 형상에 대하여 변형을 가한 이른바 ‘아트월’이나 ‘안내데스크 정면의 무늬’에 대해서는, 각 설치된 부분과 구분되고 반복 설치가 가능하다거나 분리하여 복제할 수 있다고 하여 응용미술저작물의 성립을 인정한 경우도 있다.²⁵⁶⁾

254) 서울고등법원 2010. 8. 26. 선고 2009나122304 판결.

255) 대법원 2013. 4. 25. 선고 2012다41410 판결.

256) 서울중앙지방법원 2010. 2. 12. 선고 2009가합33025 판결.

(3) 검토

우리나라 저작권법에 ‘응용미술저작물’이라는 용어가 명시적으로 등장하면서 그 개정 전과 비교할 때 상대적으로 이에 대한 저작권의 성립을 인정한 판례도 증가한 것으로 보인다. 또한 의복의 구조(pattern)를 제외하면 적어도 직물디자인 분야에 있어서는 과거 ‘대한방직’ 사건과 비교할 때 ‘히딩크 넥타이’ 사건을 통하여 응용미술저작물의 보호가 판례상 확대된 것으로 해석할 수도 있다.

그러나 위 개정법 시행 후 십여 년 이상의 기간이 경과한 현재까지도 응용미술저작물에 관하여 저작권법의 정의 조항에 대한 일관성 있는 해석기준이 판례상 정립된 것으로 보기는 어렵고, 디자인을 포함하는 응용미술저작물의 경제적 가치가 모든 산업에서 강조되고 있음에도 불구하고 위 개정법의 시행으로 인하여 응용미술저작물에 대한 저작권의 성립이 용이해졌다고 단정할 수는 없다. 오히려 다수의 판례들은 응용미술저작물이라고 주장되는 작품이 적용된 물품과의 분리가능성을 엄격하게 해석하면서, 3차원의 입체적 디자인은 물론이고 심지어 서적의 표지를 장식하는 2차원의 평면적 디자인에 대해서도 응용미술저작물의 성립을 제한하고 있다.

물론 저작물성에 대한 판단권한이 법원에만 존재하는 상황에서 우리 법원이 응용미술저작물에 대한 해석기준을 명확하게 정립하여 일관성 있는 판례를 형성할 필요성은 있다. 그러나 무방식주의를 악용하여 저작권 침해를 주장하는 사건들이 증가하는 상황에서 실용적 물품의 속성상 양산과정을 거쳐 최종 소비자들에게 전달되어 이용되기까지 복잡한 이해관계가 형성되는 점을 고려하면, 응용미술저작물의 성립이 용이하게 인정되어 저작권의 침해를 주장할 수 있게 된다면 다수의 일반 이용자들이

저작권 침해자의 신분으로 전환될 수도 있다. 따라서 응용미술저작물의 성립 여부를 엄격하게 판단하는 법원의 태도는 바람직한 것으로 보인다. 또한 이를 통하여 부수적으로 실용품에 장기의 저작권 보호기간이 적용됨으로써 이에 대한 개량 활동이 제약을 받을 수 있는 범위도 축소될 수 있다.

3) 소결

현행 저작권 제도는, 권리의 성립 측면에서 응용미술저작물의 정의에 관한 조항을 저작권법에 신설함으로써 보호대상을 확대하고, 권리의 효력 측면에서 전술한 바와 같이 보호기간을 지속적으로 연장하고 있다. 그런데 권리의 성립요건은 강화되지 않음에도 불구하고 그 성립의 범위가 넓어지고 그 효력만이 강화되는 것은 바람직하지 않다. 기존 저작권 제도에서 인정된 권리의 보호수준이 미흡했다는 반성적 고려의 결과가 아닌 이상, 권리의 효력에 비례하여 권리의 성립 여부에 대한 심사도 강화되어야 한다. 특히 저작권의 효력을 강화할수록 상대적으로 약화되는 일반 이용자들의 지위를 고려하면 권리의 성립 여부를 신중하게 판단할 필요가 있다.

위와 같은 관점에서 현행 저작권 제도에서 채택한 무방식주의에 따라 저작물성 여부에 대한 유일한 최종적 판단기관인 법원이 응용미술저작물에 대한 위 조항이 신설된 후에도 응용미술저작물의 성립을 폭넓게 인정하지 아니하고 창작성 및 물품과의 독자성 요건의 충족 여부를 엄격하게 판단하는 태도를 견지하는 것은, 응용미술저작물의 본질상 복잡다기한 이해관계가 형성되고 특히 일반 이용자들이 일상생활에서 빈번하게 이용되는 점을 고려할 때 타당한 것으로 보인다.

직접적으로는 전술한 바와 같이 응용미술저작물에 대한 보호기간이 단축되는 입법이 되는 것이 바람직하겠으나, 현행 법체계 내에서 저작권자와 일반 이용자들의 이해관계를 조화롭게 규율하고 궁극적으로 문화 및 관련 산업의 향상발전에 이바지한다는 목적을 달성하기 위해서는 사법부의 적극적 태도가 필요하다.

제5장

결론

대량생산 혹은 공업적 이용의 가능성이 있는 응용미술은 전통적으로 디자인권의 보호대상으로 분류되었으나, 기본적으로 디자인권 제도에 내재한 특허법적 접근방법의 특성상 정형적이고 엄격한 보호요건 및 심사절차로 인하여 응용미술의 산업화 과정에서 요청되는 융통성·신속성 측면에서 보호의 한계를 드러냄으로써 저작권적 접근방법에 의한 보호 요구가 지속적으로 존재했다. 그 결과 다수의 국가에서 응용미술작품을 저작권의 보호대상으로 규정하는 입법적 조치를 단행함으로써 디자인권과 저작권의 중첩적 보호가 가능하다는 점이 분명하게 확인되었다.

우리나라에서도 위와 같은 세계적인 입법 추세에 따라 저작권법에서 응용미술저작물을 저작권의 유형으로 명시적으로 포함시키고 이에 대한 법적 정의를 신설하는 법 개정을 단행하였다. 이와 같은 개정 전에는 응용미술작품에 대한 저작권의 성립 여부에 관하여 판례를 비롯하여 부정적인 시각이 있었으나, 이로써 국내에서도 응용미술저작물의 경우 디자인권 외에 저작권도 성립할 수 있다는 점에 대해서는 더 이상 의문의 여지가 없다.

이로써 응용미술저작물의 경제적 가치가 증가하고 있는 오늘날 디자인권 및 저작권에 의하여 이에 대한 두터운 보호가 가능해졌다. 특히 현행 디자인권 제도는 권리 취득을 위한 절차적 측면에서 특허법적 접근방법의 특성상 등록출원부터 설정등록에 이르기까지 장기간이 소요되어 응용미술저작물이 적용된 물품의 짧은 수명을 고려할 때 디자인의 보호제도로서 실효성이 없다는 지적이 있었을 뿐만 아니라, 장기간의 등록절차를 감수하고 진행한 특허청의 실체심사 결과가 반복되는 등 정확성이 결여되어 있다는 문제점도 있었다. 그런데 디자인이 응용미술저작물로서 저

저작권법에 의하여 보호가 가능하게 됨에 따라 저작권 제도에 특유한 무방식주의로 인하여 신속한 법적 보호를 기대할 수 있게 되었다.

그러나 응용미술저작물에 대하여 다른 유형의 저작물들과 마찬가지로 저작권의 성립에 따른 모든 법적 효력을 인정하는 것은 그 법적 보호의 수준이 과도하여 보호방식으로서 적합하지 않다는 새로운 문제점이 제기되었다. 특히 우리나라를 포함하여 전 세계적으로 저작권의 보호기간은 저작자 사후 70년까지로 연장되고 있는 추세인데, 보호기간의 연장으로 인하여 초래되는 문제점은 전술한 중첩적 보호의 장점들을 압도할 만큼 일반 이용자들을 포함하여 산업계 전반에 혼란을 초래할 수 있을 뿐만 아니라 기존의 지적산물에 기초한 새로운 지적 산물의 창작을 어렵게 함으로써 풍요로운 문화의 발전을 더디게 할 수도 있다.

따라서 위와 같은 문제점들을 해결하기 위해서는 응용미술저작물에 대하여 적용되는 현행 디자인권 및 저작권 제도의 내용을 재고할 필요가 있다. 우선 현행 디자인권 제도의 문제점부터 살펴보면, 가장 중대한 문제점으로 지적되는 것은 등록출원 과정에서 실체심사를 진행함으로써 발생하는 권리화의 지연이다. 현재로서는 저작권에 의하여 보완이 가능하지만, 이를 방지하는 경우 디자인권 제도 자체의 이용률이 지속적으로 저하되는 등의 문제점이 발생할 수 있다.

이와 같은 문제점을 개선하려면 현행 디자인권 제도에서 일부 물품류에 대해서만 적용되는 일부심사주의를 모든 물품류에 대하여 전면적으로 확대함으로써 신속하게 관련 사업을 추진할 수 있도록 활로를 열어줄 필요가 있다. 다만 이 경우 부실권리가 양산되는 등 다른 차원의 문제점이 초래될 수 있으므로 제3자를 상대로 디자인권의 침해 주장을 하기 위해서는 우선 실체심사를 청구하여 권리의 유효성부터 확인받도록 함으로써 부실권리의 행사로 인한 피해를 최소화하는 것이 바람직하다. 이와 관련

하여 2003년 개정된 호주의 디자인법은 이에 대한 모범적 실례를 제시하고 있는 것으로 보인다. 나아가 권리관계의 신속한 안정을 위하여 심사 청구 제도를 도입하는 방안도 고려하는 것이 바람직하다.

끝으로 디자인에 대해서 저작권법에 의한 보호가 가능하게 됨으로써 초래되는 문제점들에도 불구하고, 저작권법의 개정으로 인하여 응용미술 분야에 있어서 디자인권과 저작권에 의한 중첩적 보호의 주장은 필연적으로 발생할 수밖에 없다. 다만 저작권에 의한 장기의 보호기간이 부여됨으로써 초래될 수 있는 문제점들을 최소화하기 위해서는 근본적으로 응용미술저작물의 특수성을 고려하여 보호기간을 단축하는 입법이 이루어질 필요가 있다.

그러나 이와 같은 입법적 조치가 이루어지기 전에도 응용미술저작물에 대한 저작권의 성립을 최소화하기 위하여 응용미술저작물의 성립을 해석에 의하여 제한하는 방안을 고려할 필요가 있다. 즉 응용미술저작물을 포함하여 일반적으로 저작권의 성립요건으로 요구되는 창작성 요건 및 응용미술저작물에 특유한 성립요건으로서 그 이용된 물품과의 독자성 요건에 대한 심사를 강화함으로써 응용미술저작물에 저작권이 인정되어 초래되는 문제점을 최소화할 수 있다.

현재 우리 사법부가 응용미술저작물에 대한 정의 조항이 저작권법에 신설된 후에도 저작권법에 의한 보호가 요청된 응용미술작품의 창작성 및 물품과의 독자성 요건의 충족 여부를 엄격하게 판단하는 태도를 견지하고 있는 것은 이와 같은 관점에서 바람직한 것으로 보인다. 그러나 구체적인 사건에서 사법부의 판단에만 의존하기 보다는 현행 디자인권 제도를 절차적 측면에서 개선하고, 저작권 제도에 대해서는 응용미술저작물의 특수성을 고려하여 보호기간을 단축하는 입법을 함으로써 근본적인 개선을 꾀할 필요가 있다.

참 고 문 헌

< 국내문헌 >

- 단행본 -

- 권영준, 『저작권침해판단론: 실질적 유사성을 중심으로』, 박영사, 2008
- 김용, 『디자인보호법 이론과 실제』 제2판, 특허청 국제지식재산연구원, 2015
- 김대순, 『국제경제법론』, 삼영사, 1998
- 노태정 · 김병진, 『디자인보호법』, 세창출판사, 2009
- 송영식 · 이상정, 『저작권법개설』, 세창출판사, 2011
- 송영식 · 이상정 · 황종환, 『지적소유권법(상)』 제9판, 육법사, 2005
- 오승종·이해완, 『저작권법』 제4판, 박영사, 2005
- 이해완, 『저작권법』 제3판(전면개정판), 박영사, 2015
- 정상조 · 설범식 · 김기영 · 백강진, 『디자인보호법 주해』, 박영사, 2015
- 특허청 디자인심사정책과, 『디자인심사기준』, 특허청, 2014
- 특허청 디자인심사정책과, 『통지서 예문집(개정법률 및 종전법률 합본, 디자인심사관용)』, 특허청, 2013

- 논문 -

- 강명수, “저작인격권에 대한 고찰”, 「동아법학」 제58호, 동아대학교 법학연구소, 2013
- 김태훈, “개정 저작권법 해설”, 「계간 저작권」 봄호(통권 제49호), 2000

- 박성호, “저작권재산권의 보호기간에 대한 고찰”, 「법학논총」 제24집 제2호
- 배상철 · 이상정, “한국디자인보호법제의 발전방향연구”, 한국지식재산연구원, 2004
- 손홍수, “설계도면의 저작물성”, 「저스티스」 통권 제84호, 한국법학원, 2005
- 신재호, “지적재산의 보호방법론에 관한 연구”, 한양대학교 대학원 박사학위논문, 2004
- 심재필, “응용미술작품의 지적재산권적 보호”, 「대전지방변호사회지」 창간호, 2000
- 안원모, “디자인보호법상의 디자인의 성립성: 시각성 요건을 중심으로”, 「법학연구」 제18권 제2호, 연세대학교 법과대학 법학연구소, 2008
- 육소영, “패션디자인의 법적 보호”, 지식재산연구(제5권), 2010
- 윤경, “응용미술작품이 저작물로 보호되기 위한 요건(대상판례: 대법원 2004. 7. 22. 선고 2003도7522 판결)”, 「법조」 제55권 제9호, 2006
- 윤선희, “의장(디자인) 무심사 등록제도에 관한 소고”, 「산업재산권」 제14호, 한국지식재산학회, 2003
- 이기리, “사진의 저작물성에 관한 사례 연구”, 「정보법학」 제10권 제2호, 한국정보법학회, 2006
- 이상정, “글자체디자인권의 침해에 관한 소고”, 「경희법학」 제39권 제3호, 2005
- 이상정, “의장법의 개정방향에 관한 소고”, 「경희법학」 제39권 제2호, 2004
- 이영록, “저작권 보호기간의 헌법적 한계에 관한 연구”, 연세대학교 대학원 법학박사학위논문, 2012

- 이종민 · 진종일, “응용미술품의 저작물성 판단 기준에 대한 소고”, 「서강법률논총」 제3권 제2호, 서강대학교 법학연구소, 2014
- 조재신, “2014년 디자인보호법 전문개정 의의와 과제”, 「법학논총」 제34집 제3호, 전남대학교 법학연구소, 2014
- 차상욱, “유럽연합 디자인법에서의 무등록공동체디자인의 보호”, 「정보법학」 제15권 제1호, 2011
- 차상욱, “응용미술의 저작물성 판단기준”, 「창작과 권리」 제45호, 2006
- 황인영, “저작권 보호기간 연장의 영향요인 비교 연구: 독일, 유럽공동체, 미국, 한국을 중심으로”, 서울대학교 행정학 박사학위논문, 2012,
- 연구보고서 -
- 김원오, “상표권·의장권과 저작권간 충돌문제 해결방안”, 특허청, 2003
- 서재권, “디자인의 보호범위 확대와 그 한계에 관한 연구”, 한국저작권위원회, 2012
- 유미특허법인, “무심사등록 디자인권의 신뢰성 제고방안 연구”, 특허청, 2008
- 이상정 · 하홍준, “의장제도의 종합적 발전 방안 연구”, 한국발명진흥회, 2000
- 이호흥, “저작권연구자료 52: 저작권법과 디자인법의 교차영역에 관한 연구”, 저작권위원회, 2007
- 전국경제인연합회, “국내 지식재산권 제도의 애로에 관한 실태조사 보고서”, 2002

< 외국문헌 >

Alan Latman · Robert A. Gorman · Jane C. Ginsburg, 『Copyright for the Nineties』, The Nichie Co., 1991

Bloomberg BNA, "WORLD INTELLECTUAL PROPERTY REPORT" Vol. 26:10, 2012

Kur, "The Green Paper's Design Approach: What's wrong with it?", EIPR, 1993

Mary LaFRANCE, 『Copyright Law in a Nutshell』 2nd ed., West, 2011

Sarah Burstein, "MOVING BEYOND THE STANDARD CRITICISMS OF DESIGN PATENTS, 「Stanford Technology Law Review」 Vol. 17:305, 2013

Schricker, 『Urhheberrecht Kommentar』, C.G.BECK, 1987

Valerie V. Flugge, "WORKS OF APPLIED ART: AN EXPANSION OF COPYRIGHT PROTECTION", 「Southern California Law Review」 Vol. 17:305, 2013

William Fisher, 『Reconstructing the Fair Use Doctrine』, Harvard Law Review, 1988

WIPO, 『WIPO GLOSSARY OF TERMS OF THE LAW OF COPYRIGHT AND NEIGHBORING RIGHTS』, WIPO, 1983

加戸守行, 『著作権法逐條講義』 四訂新版著, 作權情報センター, 2003

青木博通, "歐州共同体意匠規則-市場指向型 デザイン保護システムの概要とその後の 進展", 「知的財産法政策學研究」 Vol. 10, 2006

田村善之, 『著作権法概説』第2版, 有斐各, 2001
金井重彦·小倉秀夫 編著, 『著作権法 コメントール 上卷(1條~74條)』,
東京布井 出版, 2000
作花文雄, 『詳解 著作権法』, ぎょうせい, 2000
内田晋, 『問答式 入門 著作権法』, 新日本法規出版株式會社, 1979

< 웹사이트 >

<http://www.law.go.kr> (대한민국 법제처)
<http://www.kipo.go.kr> (대한민국 특허청)
<http://likms.assembly.go.kr/bill> (대한민국 의안정보시스템)
<http://www.uspto.gov> (미국 특허상표청)
<http://www.copyright.gov> (미국 저작권청)
<http://ec.europa.eu> (유럽위원회)
<http://www.gov.uk> (영국 정부)
<http://www.aippi.org> (국제지식재산보호협회)
<http://www.chinaipmagazine.com> (중국 지식재산 저널)
<http://www.wipo.int> (세계지식재산권기구)

Abstract

Study on Protection
of Works of Applied Art
by Intellectual Property Law

Jaewon Park
Intellectual Property Law
The Graduate School
Seoul National University

In a modern society, expansion of scope of property rights is accelerating in variety of areas including intellectual property rights. In particular, since intellectual property rights inherently are created or amended from time to time by legislation with a development of certain society, legal protection for products resulted from human mental activities has been becoming stronger than before.

Applied art is also an area where additional legal protection demand was represented continuously. As a result, although applied art area has been considered to be the subject to protection by Design law traditionally, nowadays most of countries provide applied art works with legal protection under Copyright law as well as Design law. Thus, it could be possible to provide legal protection to them upon creation of an industrial design according to Copyright law

regardless of completion of registration process.

However, a fundamental question could be raised: is it an appropriate way to grant copyright to industrial designs categorizing it in the section of applied art? Because it leads to long term protection of industrial design - life time of an author and 70 years after his/her death in general. It allows industrial designs to extend its exclusive legitimate monopoly term substantially longer, which might bring about a significant restriction of competition in its relevant industries. It is not questionable that industrial designs must be protected by proper legal system, but the question of how to protect them should be considered again.

To some extent, the appearance of such protection approach seemed to be triggered by the reflection of the past legal system. We had been dependent solely on Design law which had adopted the same type of protection with Patent law based on combination of substantial examination and registration of each application. However, this approach was continuously criticized for lack of rapidity in acquiring a design right so that it could not react rapidly to current industrial trend considering short life-cycle of the subject of a design right.

While some countries hold fast the conventional design protection approach up to date, a new design legal system involving entire non-examination for all applications has been spread globally. Even unregistered design right has been adopted in some regions. This kind of approach is expected to be able to react to the market demand effectively. However, despite all advantages of new legal system, there is also a negative prospect that it would cause mass production of defective design rights and justification of groundless legal claims. For these concerns Australian Design Act has prepared an effective solution allowing the performance of design right against a third party subject to acquiring 'substantial examination certificate.'

It is definite that conventional legal protection for industrial designs is too insufficient to meet market demand. However, if we fail to consider individual characteristics of each intellectual property rights seriously, it could lead to cause restriction of competition going against a genuine purpose acknowledging those legal rights. Korea has also legalized copyright protection for applied art including industrial designs subject to certain conditions. Moreover, there is no limit to protection term for the works categorized into applied art.

Therefore we need to reconsider appropriateness of current manners adopted by both Copyright law and Design law. As for the Design law, if we cannot achieve the original goal, correct substantial examination, even giving up rapidity, it is better to introduce entire non-examination system accompanied by complementary measures like Australia. Furthermore, the Copyright law is also required to renovate to accomplish balance between copyright holder and general public. In this vein, introduction of discrimination of protection term is worth acceptable. And then burden of court to determine proper level of copyright protection could be reduced.

keywords : applied art, copyright, design right, copyrightability, protection term, substantial examination

Student Number : 2015-21474