

한국 지적재산권법과 다른 법률들과의 관계

서울대학교 법과대학 · 법학대학원 부교수 朴俊錫

논문요약

이 글은 ‘한국 지적재산권법이란 무엇인가’를 다룬 3부작 중 마지막 부분이다. 이 글에서는 한국 지적재산권법과 한국의 민법·상법·헌법·행정법·경제법 등과의 관계를 각각 대가족 구성원 중에서 지적재산권법 3형제에 대한 어머니·아버지·할아버지·삼촌·시촌동생의 지위에 비유하였다.

어머니 민법은 타당한 해석론을 제공해줄 뿐 아니라 현실의 연구인력 공급원이기도 하다. 자녀들 중 특히 저작권법이 어머니와 친숙하다. 그런데 지적재산권법 3형제 전체를 기준으로 한다면 법정손해배상 제도의 도입이나 퍼블리시티권의 영역 논란에서처럼 어머니에 대한 반발도 존재한다. 한국 상법은 한국 지적재산권법과 상호 간에 조문상의 접점이 거의 존재하지 않는다는 점 때문에 서로 별다른 관련이 없다고 자주 오해를 받는다. 그러나 현실의 공간에서 지적재산권을 행사하는 주체가 주로 상법상의 주식회사 등이라는 점, 지적재산권을 산출하기 위한 노력이 실제로 자본을 집중할 수 있는 주식회사에 의해 대거 수행된다는 점 등을 고려할 때 한국 상법은 배후에서 지적재산권법을 잉태시키고 길러주는 아버지와 같다. 마찬가지로 한국 헌법은 특허법원의 탄생을 둘러싼 결정적 변화에 이바지하였다는 점에서 할아버지로서의 권위 있는 지시를 내린 적이 있다. 한국 행정법이 삼촌과도 같다고 본 것은 그것이, 공법 영역에 속함에도, 사권으로 분류되는 특허권의 등록절차 등에 크게 관여하고 오늘날 과학기술행정법을 통하여 지적재산권이 창출되는데 조력하기 때문이다. 끝으로 한국 지적재산권법과 한국 경제법은 각각 사법과 공법의 일가에 따로 속하면서도 공히 자본주의의 히의 독점을 대상으로 한다는 점에서 공통되므로 사촌관계에 비유된다. 한국 경제법은 조만간

한국 특허법과는 더욱 자주 충돌할 것이다. 하지만 부정경쟁방지법과는 법리적으로 가
 까워, 두 법률이 같은 영역에 속한다고 주장되기도 한다.

이 글에서는 이상과 같은 대가족적 비유를 통하여 한국법이란 하나의 지붕 아래서
 한국 지적재산권법을 둘러싼 여러 법률들의 상호 위치를 통합하여 고찰해 보았다. 나
 아가 이런 통합적 고찰을 통하여 다음과 같은 점들을 추가로 제시하였다. 한국 지적재
 산권법이 한국법 안에서조차 상대적으로 급격히 팽창하고 있다는 점, 그 중요 원인으
 로 민법·상법·헌법·행정법의 큰 도움이 있었다는 점, 이런 고마움을 갚는 기본적
 방향은 다름 아니라 한국 지적재산권법의 장치 운영에 있어 외국 지적재산권법의 기묘
 한 논리에 너무 주목하기보다 한국의 다른 법률들의 앞선 제시내용 또는 한국의 총체
 적 상황이 더 중요하게 고려되어야 함을 잊지 않는 것이라는 점 등이 그것들이다.

[주제어] 한국 지적재산권법, 한국 지식재산권법, 특허법, 저작권법, 민법, 상법, 행정법,
 경제법, 공정거래법과의 관계
 Korean Intellectual Property law, patent law, copyright law, the relationship with
 Korean civil law, commercial law, administrative law, antitrust law

* 논문접수 : 2013. 6. 23. * 심사개시 : 2013. 7. 8. * 게재확정 : 2013. 7. 29.

目 次

I. 서론	1. 총설
II. 한국 민법과의 관계	2. 지적재산권 일부는 행정법 상의 권 리로서의 성격을 가지고 있음
1. 지적재산권법의 어머니와 같은 민법	3. 한국 지적재산권법 전반은 행정법 에서처럼 위임입법을 널리 활용함
2. 저작권법은 3자녀들 중 어머니를 가장 잘 따르는 자녀임	4. 지적재산권의 창출·활용의 지원자 로서의 한국 행정법
3. 그러나 지적재산권법 삼형제가 극 진한 효자는 아님	
III. 한국 상법과의 관계	VI. 한국 경제법과의 관계
1. 총설	1. 서
2. 지적재산권법의 아버지와 같은 상 법의 역할	2. 사촌들 사이의 차이점
	3. 사촌들 사이의 친밀성

3. 소 결
IV. 한국 헌법과의 관계
V. 한국 행정법과의 관계

VII. 여타 법률 분야들과의 관계
1. 서
2. 여타 법률들과의 관계에서의 쟁점
VIII. 결 론

I. 서 론

한국에서도 지적재산권법은 비교적 짧은 시간에 걸쳐 놀라운 기세로 확장되어 왔으므로 지적재산권법 영역에 종사하는 수많은 한국의 법조인·실무가·학자들은 오늘도 어디선가 새로 펼쳐지고 있는 세부적인 법률 이슈들을 해결하는데 우선적인 노력을 기울이고 있다. 지적재산권법은 상황변화에 맞추어 언제든지 유연하게 그 결론이 달라질 수 있는 정책판단의 결과물이라는 성격이 유난히 강한 영역이므로, 구체적 이슈에 관한 해결방법들 중 무엇이 정책 달성을 위해 효과적인 방법인가를 찾는 데 더 관심을 기울이는 것이 필자를 비롯한 한국 지적재산권법 종사자의 가장 급선무이다. 하지만 그런 이슈 해결의 노력과 당장의 관심 추구가 지적재산권법 분야에서는 거의 항상 한국이 아니라 외국에서의 관련 동향을 소개하는 데 상당부분 쓸릴 수밖에 없었던 것은 필자 뿐만 아니라 아마도 한국 지적재산권법 종사자 모두에게 내내 큰 아쉬움이었을 것이다.

이렇게 느낀 아쉬움뿐만 아니라, 장래에 한국 지적재산권법을 공부하고자 하는 입문자(入門者)나 지적재산권법 이외 법률 분야의 종사자들에게 한국 지적재산권법만의 모습을 부득이 설명하여야 할 몇

변의 기회를 통하여 필자는 위와 같은 노력과 병행하여 또 다른 방향의 연구도 일정부분 필요하다고 생각하게 되었다. 그것은 다른 아님 아니라 일반적인 의미의 지적재산권법이 아니라 ‘한국 지적재산권법’의 모습에 보다 주목하여 이것을 일목요연하게 이야기하고 분석하는 것이다. 이런 시각에서 기획된 3부작 중 앞선 2개의 글들에서는, 한국 지적재산권법이 해방 이후 지금까지 벌써 3번이나 그 총칭(總稱) 자체를 무체재산권·지적소유권·지적재산권·지식재산권 순서로 정신없이 바꾸어 온 연혁을 비판적인 분석대상으로 삼거나, 혹은 한국 지적재산권법의 진정한 목적을 모색한 다음 그 안에 위치한 한국의 특허법·상표법·저작권법이 과거부터 현재까지 걸어온 역사를 되새겨보면서 미래에 나아갈 방향을 모색해보고자 하였었다. 그것들에 이은 마지막 글로, 여기서는 한국 지적재산권법이 한국법(韓國法)이라는 큰 울타리 속에서 헌법·행정법·민법·상법·경제법 등 한국의 다른 법률들과 어떤 관계를 맺고 있는지를 살펴보고자 한다.

굳이 하나의 글에서 한국 지적재산권법과 다른 법률들과의 관계를 살피는 것은 가령 지적재산권법과 민법의 관계 혹은 지적재산권법과 경제법의 관계와 같이 특정 쟁점을 세밀하게 연구한 선행문헌들에 비하여 어떤 의미가 있을까? 첫째, 이 글에서는 일반적인 지적재산권법이 아니라 한국의 그것만을 집중 조망하고자 한다. 선행 문헌들은 외국의 동향까지 포함한 일반적인 의미에서의 지적재산권법과 다른 법의 관계를 분석한 경우가 대부분으로, 특정 논문 참고자료의 현실적 범위가 한국법에 제한되는 경우가 설령 있었을지는 몰라도 의도적으로 한국법 속에서의 상호관계에만 주목한 선행문헌은 찾기 어려운 듯하다. 둘째, 다른 통합적 분석에서도 마찬가지로겠지만, 적어도 비교대상이 될 정도로 최소한의 공통점은 이미 보유한 것들을 나란히

두고 한 번에 분석할 때라야 획득할 수 있는 전체적 흐름에 대한 통찰을 얻을 수 있다. 이런 통찰의 결과는 결론 부분에서 설명한다.

필자의 3부작 중 앞선 2개의 글들에서는 한국 지적재산권법이 그동안 일본이나 미국 등에 의한 외적 압력(外的 壓力)에 반응하여 격변하는 과정에서 전반적으로 너무나 황망하게 변화해온 모습을 그리려다보니 무거운 고민이 앞섰었다. 하지만 한국법이라는 따뜻한 품안에서의 상호 비교에서라면 조금은 다를 것이다. 한국 지적재산권법이 한국의 다른 법률들과 어울리는데 있어서는, 간혹 불협화음 정도라면 있을 수 있을지 몰라도, 생존투쟁과도 같은 치열함까지 필요하다고는 할 수 없는 것이다. 그런 만큼 3부작을 마무리하는 이번 글에서는 한국의 다른 법들과 어울리고 있는 모습을 비교적 가벼운 마음으로 분석하고자 한다. 아울러 여기서 ‘가볍다’는 의미 속에는, 비록 한국법의 내용만을 다룬 것은 아닐지라도 이 글이 언급하고자 하는 내용 일부에 해당하는 개별 쟁점들(가령, 지적재산권법과 민법의 관계)만을 심도 있게 언급한 좋은 선행문헌들이 국내에 많기 때문에, 이 글에서 아무리 깊게 설명하고 싶더라도 하나의 글에서 여러 개별 쟁점들을 아우른다는 지면제약이 분명하다는 한계(限界)가 있고, 필자는 그런 한계를 다분히 주관적이기는 하지만 비유(比喩)를 통하여 한국 지적재산권법이 다른 법률들과 맺고 있는 관계를 단적으로 드러내는 간명한 분석결과를 제공하는 방법으로 돌파(突破)하겠다는 의미가 포함된다. 이런 비유는 일단 한국법 전체를 한국 사회라는 더 큰 집단 속에 거주하는 대가족(大家族)에 비유하는 데서 출발한다. 때로는 불협화음이 있지만 기본적으로는 싫든 좋든 다른 구성원들을 아껴주고 화합하여야 가장 중요할 수도 있는 스스로의 정신적 행복(幸福)도 달성할 수 있는 공동운명체로 보는 것이다. 다만 한국 지적

재산권법의 입장만을 중심으로 이런 비유를 진행하다보면, 그와 다른 법 영역을 중심으로 파악할 때와는 사뭇 다르게 느껴질 수 있는 설명도 있을 수 있을 것이다.¹⁾ 하지만 개별 쟁점에 관해서는 지극히 짧게 서술할 수밖에 없는 한계를 효율적인 비유로 돌파함으로써, 지적재산권법 입문자 등 독자들의 쉬운 이해를 꾀하는 한편 필자가 한국 지적재산권법을 바라보는 시각(視覺)을 보다 극명하게 드러내고자 하니 이 점을 선배 제현들께서 해량(海諒)해 주시길 바란다.

이런 견지에서 비유를 진행하자면 다음과 같다. 한국 지적재산권법은 크게 특허·상표·저작권²⁾이라는 세자매 혹은 삼형제(이하, 편의상 3형제라고만 함)³⁾가 모여 사는 일가이다. 이런 3형제의 어머니에 해

* 이 글은 ‘한국 지적재산권법이란 무엇인가?’라는 스스로의 의문에 따라 연구한 결과물의 후반부이며, 그 전반부는 “무체재산권·지적소유권·지적재산권·지식재산권 -한국 지재법 총칭(總稱) 변화의 연혁적·실증적 비판”, 서울대 법학(제53권 제4호), (2012. 12.)에, 중반부는 “한국 지적재산권법의 과거·현재·미래”, 저스티스(통권 136호), (2013. 6.)에 각각 게재되나 있다. 2011년 시행된 ‘지식재산 기본법’은 ‘지식재산권’이란 용어를 강제하고 있으나 독자들에게 더 익숙한 ‘지적재산권’이라 용어를 여기서도 편의상 사용한다.

- 1) 가령, 사법(私法)의 어머니인 민법의 자녀가 될 만한 것은 비단 지적재산권법 3형제뿐만이 아니고, 널리 사법(私法) 영역에 속하는 거의 모든 하위 법률분야가 그 자녀임을 주장할 수 있을 것이다. 하지만 ‘한국 지적재산권법이란 무엇인가?’를 알고자 하는 이 글의 목적과 관련하여, 굳이 그렇게 또 다른 자녀가 있음을 이 글에서 일일이 설명하는 것은 불필요할 뿐만 아니라 유해하다. 하지만 해당 법률에 종사하는 입장에서는 당혹감을 느끼실 수도 있다.
- 2) 여기서 특허·상표·저작권이란, 광의의 개념이다. 가령 특허의 경우 실용신안법·디자인보호법·식물신품종보호법 등 널리 그 특허 범리를 공통으로 하는 분야를 통칭한 것이고 상표의 경우 상표법뿐만 아니라 그와 이관성 쌍둥이와 같은 ‘부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률’을 포함한다.
- 3) 헌법을 위시한 여러 법률들을 포함하는 비유의 편의상 대가족(大家族)을 전제하여야 하는데, 아쉽게도 이런 대가족 제도는 모계(母系)중심이거나 양성평등이 아니라 부계(父系) 중심으로 발달해온 까닭에 부계 중심인 전근대적(前近代的) 분류에 따르지 않으면 불필요한 혼란만 부를 수 있

당하는 것은 다름 아니라 민법(民法)이다. 민법에게 자녀와 같은 지위에 있는 특별법으로 지적재산권법만을 꼽을 수 있는 것은 아닐지라도, 적어도 지적재산권법의 시각으로 볼 때 그 어머니의 지위에 있는 것이 민법임은 분명하다. 마찬가지로 지적재산권법에 가까운 인접법률들을 찾아 나서자면 아버지에 해당하는 것은 많은 입문자들에게는 의외겠지만 상법(商法)이며, 할아버지에 해당하는 것은 너무나 당연하게 최고규범인 헌법(憲法)이라고 할 수 있다. 나아가 한국법이라는 대가족의 울타리 속에서 지적재산권법의 삼촌에 해당하는 것이 행정법(行政法)이요, 그 삼촌 집에 있는 사촌(四寸) 동생에 해당하는 것이 경제법(經濟法)이다.

II. 한국 민법과의 관계

1. 지적재산권법의 어머니와 같은 민법

과거에 쓰인 무체재산권(無體財產權)·지적소유권(知的所有權) 혹은 지금도 쓰이는 지적재산권(知的財產權)이라는 명칭, 나아가 최근 등장한 지식재산권(知識財產權)이란 명칭의 공통점에서 쉽게 암시되었듯이, 지적재산권법은 무형의 지적산물에 대해 소유권 유사의 재산권을 부여하는 법제도이므로⁴⁾ 그런 재산권을 다루는⁵⁾ 기본법인 민법과 불가

다. 따라서 부득이 그에 맞추어 세부적인 비유를 진행하고자 한다.

- 4) 다만 이것은 거칠게 표현한 것이다. 발명과 창작에 대한 대가 내지 장려수 단으로 주어지는 것이어서 분명 한국법이 부여하는 지적재산권의 일종임에도 실상은 민법상 채권에 다름 아닌 예외적 경우도 존재한다(가령 특허법 제65조가 부여하는, 출원공개에 따른 보상금지급청구권이나 저작권법 제65조의2가 실연자에게 부여하는 판매용 음반의 공연행위에 대한 보상청구권 등). 이에 관해 자세히는 박준식, “무체재산권·지적소유권·지적재산권·지식재산권 -한국 지재법 총칭(總稱) 변화의 연혁적·실증적 비판-”,

분의 관계에 있다. 모법(母法)인 한국 민법은 한국 지적재산권법에 대하여 다음과 같이 물심양면(物心兩面)의 도움을 주고 있다.

우선 규범적 도움의 면을 살펴보면, 지적재산권법이 특별한 규정을 가지고 있지 못한 부분에서는 민법의 내용에 의지하게 된다. 가령 한국 지적재산권법의 손해배상 규정(특허법 제128조, 상표법 제67조, 저작권법 제125조)은 모두 민법의 일반원칙을 당연히 전제한 다음 그 특칙을 정하고 있을 뿐이다. 이것이 너무나 당연시되어 민법의 해당 규정을 원용한다는 취지(準用)조차 명기하지 않고 있다. 우리 법원도 여러 사건에 걸쳐,⁶⁾ 당사자가 먼저 내세웠던 지적재산권 침해책임이 설령 인정되지 않더라도 여전히 민법상 일반불법행위 책임은 인정될 수 있다고 판시하고 있는바, 이것은 민법상의 보호를 보충적으로 부여함으로써 지적재산권법의 흠을 채울 수 있음을 확인해주는 것이다.

다음으로 현실적 도움의 면을 살펴보면, 다음과 같다. 한국에서는 1990년대 들어서야 극소수 대학에서 지적재산권법 전임교수를 최초로 채용하기 시작하였고 심지어 그 이후로도 한동안 지적재산권법

131면 및 135면 참조.

- 5) 한국 민법에서는 재산권을 크게 삼분(三分)하면서, 한국 지적재산권법의 권리를 민법상 물권·채권에 이어 제3의 대상으로 열거하고 있다(가령 광운직·김재형, 「민법총칙」(제8판), 박영사(2012), 62면). 그러면서도 지적재산권의 배타적 속성에 주목하여 지적재산권은 넓은 의미의 물권에 속한다고 이해하고 있다(가령 광운직 대표판저, 「민법주해 IV」-物權1-, 박영사(1992), 6면, 김황식 집필부분).
- 6) 서울지방법원 1997. 2. 14. 선고 96가합7170 판결(세칭 ‘하이트 열감지 테이프’ 사건)부터 시작하여 같은 법원의 2001. 12. 7. 선고 2000가합54067 판결(세칭 ‘전자지도’ 사건); 서울중앙지방법원 2007. 6. 21. 선고 2007가합16095 판결(세칭 ‘모발이식 사진’ 사건); 서울고등법원 2008. 9. 23.자 2008라618 결정(세칭 ‘인터넷채널21’ 사건) 등을 비롯하여 최근에는 대법원 2012. 3. 29. 선고 2010다20044 판결(세칭 ‘헬로키티 인형’ 사건)에 이르기까지 다수의 판례가 있다.

연구자들을 위한 물질적 기반을 찾기 어려웠다. 1990년대 이전까지 지적재산권법을 우리 학계에서 연구한 주체는 대개 민법 전임교수였거나 혹은 지적재산권법 전공 학자가 부득이 민법 교수로 정착하여 민법과 지적재산권법을 함께 담당하였던 이들이었다.⁷⁾ 현재도 적지 않은 학자들이 민법학자의 본분을 유지한 채, 혹은 민법학자를 겸하여 한국 지적재산권법을 연구하고 있다.⁸⁾

이상과 같이 한국의 민법은 법적으로나 현실적으로나 한국 지적재산권법의 발전에 더할 수 없는 기여를 한 존재로 헌신적인 어머니(母法)와 같은 존재이다.

2. 저작권법은 3자녀들 중 어머니를 가장 잘 따르는 자녀임

한국의 지적재산권법 3형제, 즉 특허법·상표법·저작권법 중에서도 저작권법이 어머니 민법과 가장 밀접한 관계에 있는 자녀이다.⁹⁾

- 7) 전자의 예로 서울대 황적인 교수, 후자의 예로 경희대 이상정 교수를 들 수 있다. 선구적인 지적재산권법 연구자들 중 상법·민사소송법을 전공하며 지적재산권법을 연구하였던 서울대 송상현 교수나, 행정법을 전공하며 구 공업소유권법(현 산업재산권법)을 연구하였던 연세대 양승두 교수와 같은 예는 상당히 드문 예에 속하였다.
- 8) 이런 경우 아래 설명하듯이 지적재산권법 3형제 중 어머니와 가장 친한 저작권법을 연구대상으로 삼은 경우가 대부분이다.
- 9) 필자는 지면 제약상 한국법을 중심으로 지적재산권법에서 바라본 민법의 의미에 관해 비교적 짧게 적고 있다. 그것과 달리 널리 일반론을 중심으로 양법의 관계, 특히 저작권법과 민법의 관계를 검토한 대표적인 선행문헌은 아래와 같다. 민법학자의 입장에서 본 저작권법의 모습에 관해서는 양창수, “민법의 관점에서 본 지적재산권법 - 저작권침해의 구제수단을 중심으로-”, 정상조 편, 지적재산권법강의, 홍문사(1997), 45면 이하, 중간자(中間者)적인 입장에서 민법상 소유권과 저작권의 각 특징을 나란히 비교한 모습에 관해서는 권영준, “저작권과 소유권의 상호관계 -독점과 공유의 측면에서-”, 경제규제와 법(제3권 제1호), 서울대 공익산업법센터(2010. 5.), 160면 이하, 저작권법의 개별규정 속에서 민법상 소유권이 가진 상충적인 의미에

첫째, 법의 기본 성격 면에서 그러하다. 특허권 등 산업재산권도 분명히 사권(私權)에 속한다는데 다름이 없지만¹⁰⁾ 이들 권리들은 일정 부분 행정법과도 깊은 관련을 맺고 있다. 즉 특허권·상표권은 특허청(特許廳)이라는 행정관청에의 출원 및 그에 의한 심사·등록이 있어야 성립하는 권리여서 국가의 행정행위(行政行爲)가 인정된 독점권이며 그에 관한 다름이 생기면 특허청 산하 특허심판원에서 특허심판(特許審判)이라는 특수한 행정심판을 거치게 된다. 반면 저작권은 별도의 등록절차 없이도 창작이 끝나는 즉시 자동적으로 인정되는 권리이므로 행정법과 위와 같은 관련성은 존재하지 않는다. 그렇기 때문에 저작권법은 지적재산권법의 여러 법률 중에서도 사법(私法)으로서의 성격이 가장 뚜렷하여 사법의 기본법인 민법과 상대적으로 더 가깝다.

둘째, 개별조문을 살펴볼 것 같으면 특허법·상표법과 다르게 한국 저작권법은 근대 민법의 소유권절대의 원칙에도 큰 영향을 주었던 자연권(自然權) 사상에 다분히 더 잡은 저작인격권을 인정하고 있다. 저작인격권은 일신 전속적이며 그 제한이 상당히 곤란한 권리이다.¹¹⁾ 한국의 저

관해서는 이상정, “소유권과 저작권의 충돌과 조화에 관한 일고”, 산업재산권(제33호), 산업재산권법학회(2010. 12.), 231면 이하 등이다.

- 10) 학설은 물론이고 우리 대법원(대법원 2012. 1. 19. 선고 2010다95390 전원합의체 판결)도 “특허권도 사적 재산권의 하나인 이상 그 특허발명의 실질적 가치에 부응하여 정의와 공평의 이념에 맞게 행사되어야 할 것”이라고 판시하여 특허권이 사권(私權)임을 인정하고 있다.
- 11) 자연권이 아니라 국가의 정책적 판단에 따라 인위적으로 부여된 권리라면 저작재산권에 대한 다양한 공정이용의 제한(저작권법 제23조부터 제35조의3까지 참조)에서처럼 합리적인 범위 내에서 비교적 자유롭게 권리제한조항이 설정될 것이다. 하지만, 우리 저작권법은 가령 성명표시권이나 동일성유지권이 오직 ‘부득이하다고 인정되는’ 경우에만 제한될 수 있다는 요지로 규정하고 있다(저작권법 제12조 제2항 단서 및 제13조 제2항 제5호 참조). 동일성유지권에 관해 제13조 제2항의 제1호 내지 제4호에서 다양한 제한사유들을 인정하는 것처럼 보이지만 이것은 실질적으로 ‘부득이하다고 인정되는’ 경우들의 예시에 불과하다.

작권을 전체적으로 평가할 때 이를 자연권이라고 총평하는 것은 오히려 재산권의 비중이 훨씬 크다는 사정을 고려할 때 무리이고 심지어 저작인격권이 자연권의 하나라고 단언하는 것도 정확한 설명이 아닐 것이다. 하지만, 특허법 등 다른 지적재산권법 분야와 비교할 때 저작인격권을 가진 저작권법이 자연법(自然法) 논리와 더 친숙한 것만큼은 분명하다. 한국 저작권법에 영향력을 증가시키고 있는 미국의 저작권법은 원래 엄밀한 의미의 인격권을 전혀 인정하지 않았었다.¹²⁾ 한국 저작권법은 독일 저작권법의 일원론(一元論)적 법리¹³⁾를 변형적으로 계수한 일본 저작권법의 이원론(二元論) 체계¹⁴⁾를 쫓아 저작인격권을 따로 부여하고 있는 것이다. 이렇듯 한국 저작권법은 그 출발에서는 독일법을 계수한

12) 미국의 저작권법은 연방헌법이 명시한 대로 철저하게 유인(incentive)이론에 바탕을 둔 정책적 견지에서 성립된 권리에 가까워 원래 저작인격권을 인정하지 않고 있다가, 한참 나중에야 배른협약 가입을 위한 전제조건 충족을 위하여 특별법(Visual Artists Rights Act of 1990, VARA)으로 일부 저작물에만 인격권을 부여하였을 따름이다. 이에 관한 간명한 설명은 Robert P. Merges, Peter S. Menell & Mark A. Lemley, *Intellectual Property in the New Technological Age* (6th Edition), ASPEN (2012), p. 594.

13) 독일 저작권법은 다분히 천부인권론의 영향을 받은 듯 저작인격권을 인정하는데 그치지 아니하고 저작재산권(독일법상 ‘이용권’)에 관하여도 저작인격권과 유기적으로 결합된 하나의 권리로 파악하는 입장(著作權一元論)에서 유증·사망의 경우를 제외하고는 일체의 양도를 금하고 있다(독일 저작권법 제29조 제1항).

14) 일본법은 저작권에서 인격적 요소를 중시한 독일법을 따르면서도 저작권을 양도가능한 저작재산권과 일신전속적인 저작인격권으로 나누는 법리를 취하였고 우리가 이를 따르고 있다. 이런 이원론적 분석의 시초는 독일 지적재산권법의 기초를 닦은 학자 Kohler였다. 그는 저작권이 재산권적 성격과 인격권적 성격이라는 이원적 성질을 가진다고 보았다. 하지만 이런 분석은 독일에서 재산권과 인격권 부분으로 권리를 분리함으로써 그것들이 서로 다른 주체에게 귀속되어 상충되는 결과를 낳을 수 있다는 비판적 평가를 받는다. 이는 Claire Dietz, *Der Werkintegritätsschutz im Deutschen und US-amerikanischen Recht*, 2009, S. 17.

일본법을 토대로 하면서도 현재 그 변화내용에 있어서는 점점 미국법의 영향을 많이 받고 있는 상황에 처해 있다.¹⁵⁾ 이런 상황에서 한국의 저작권법을 만일 원류(原流)라고 할 수 있는 독일적 시각을 중심으로 파악하는 경우 자연권적 색채가 강조되어 더욱 한국 민법과 친숙한 법으로 보이게 되고, 반대로 새로 이식된 미국적 시각을 중심으로 고찰하는 때에는 특허법과 마찬가지로 창작을 고무하기 위한 동기부여 내지 유인(誘因, incentive)의 정책적 도구에 불과하다는 특징이 강조되어 앞서의 시각에서보다는 민법과 거리가 있는 법으로 여겨지게 될 것이다.

셋째, 저작권법 곳곳에서 어머니 민법의 말씀, 더 구체적으로는 민법상 소유권 제도의 취지를 충분히 존중하고 있다. 화가의 그림과 같은 특정한 유형물이 거래대상이 되어 소유권이 이전하더라도 그런 유형물에 관한 저작권은 이전하지 않고 저작권자에게 여전히 유보된 채 무형적인 형태로 그 유형물에 항상 추급(追及)하게 된다. 환언하여 소유권이 화가 甲으로부터 그림을 매수한 乙로 이전하였더라도 그림에 관한 저작권은 여전히 甲에게 남아 있어 당해 그림 이용행위에 관한 저작권을 행사할 수 있다. 여기서 소유권자 乙이 자신의 소유물인 그림을 전시(展示)하거나 공표(公表)하는 경우 민법상으로는 소유권의 행사로 당연히 인정될 행위일지 몰라도 저작권법상으로는 일응 전시권 및 공표권의 침해행위가 될 수 있다는 권리 상호간 혹은 법률 상호간의 충돌이 생길 수 있다. 이런 충돌을 피하려고 저작권법은 민법의 의사를 먼저 존중하고 있는 바, 그 구체적 모습은 다음과 같다. ① 미술저작물 등의 소유권을 보유한 자라면 일정범위의 전시(展示)를 하더라도 저작권자로 하여금 전시권 침해를 주장할 수 없도록 규정하고 있고,¹⁶⁾ ② 판매용 음반·영상

15) 단적인 예로 가장 최근의 중요개정이었던 2011. 12. 2.자 개정은 한·미 자유무역협정에서 미국이 이미 채택하고 있는 다양한 제도를 한국 저작권법에 도입한 것이었다.

저작물의 소유자가 일정범위의 공연(公演)을 하더라도 저작권자로 하여금 공연권 침해를 주장하지 못하도록 하였으며,¹⁷⁾ ③ 미술저작물 등의 소유자가 일정범위의 공표(公表)를 하더라도 역시 저작권자로서는 특별한 사정이 없는 한 공표권 침해를 내세우지 못하도록 정하고 있다.¹⁸⁾

덧붙여, 다소 생뚱맞으면서도 흥미로운 점이지만 저작권법은 민법상 인격권을 직접 대상으로 삼아 보호하는 조항¹⁹⁾조차 가지고 있다. 이상과 같이 한국 저작권법은 지적재산권법 3형제 중에서 어머니 민법과 가장 친숙한 자녀라는 비유에 전혀 손색이 없다.

3. 그러나 지적재산권법 삼형제가 극진한 효자는 아님

저작권법 등 지적재산권법 삼형제가 어머니 민법의 말씀을 항상 잘 듣는 자식들인 것은 아니다.

첫째, 내국인, 외국인을 불문하고 사람(人)이면 누구나 인간으로서

-
- 16) 제35조 (미술저작물등의 전시 또는 복제) ① 미술저작물등의 원본의 소유자나 그의 동의를 얻은 자는 그 저작물을 원본에 의하여 전시할 수 있다. 다만, 가로·공원·건축물의 외벽 그 밖에 공중에게 개방된 장소에 항상 전시하는 경우에는 그러하지 아니하다.
- 17) 제29조(영리를 목적으로 하지 아니하는 공연·방송) ② 청중이나 관중으로부터 당해 공연에 대한 반대급부를 받지 아니하는 경우에는 판매용 음반 또는 판매용 영상저작물을 재생하여 공중에게 공연할 수 있다. 다만, 대통령령이 정하는 경우에는 그러하지 아니하다.
- 18) 제11조 (공표권) ③ 저작자가 공표되지 아니한 미술저작물·건축저작물 또는 사진저작물(이하 “미술저작물등”이라 한다)의 원본을 양도한 경우에는 그 상대방에게 저작물의 원본의 전시방식에 의한 공표를 동의한 것으로 추정한다.
- 19) “위탁에 의한 초상화 또는 이와 유사한 사진저작물의 경우에는 위탁자의 동의가 없는 때에는 이를 이용할 수 없다.”고 정한 저작권법 제35조 제4항이 그것이다. 이는 두말할 나위도 없이 초상의 주체가 가진 인격적 이익을 당해 초상의 입의사용에 의한 피해로부터 보호하려는 취지이다.

의 권리능력을 부여하겠다는 자상한 어머니 민법의 가장 기본적인 기대와는 다르게, 한국의 지적재산권법은 냉정하게 외국인에게는 ‘원칙적으로’ 권리능력을 부정하고 있다. 사실 한국 지적재산권법의 이런 부정적 태도에 관해 어머니 민법은 “일부 특별법에서 외국인의 권리능력을 제한하는 경우가 있고 특허법의 경우 상호주의에 따라 제한될 수 있다”는 요지로 설명하여²⁰⁾ 마치 특허법에서 외국인의 권리능력에 관해 원칙적으로 인정하되 ‘상호주의에 따라’ 예외적으로 제한하고 있어 민법의 기대에 어긋나지 않는 것처럼 풀이하려 하지만, 실상 지적재산권법은 상이한 시각으로 규정하고 있다. 한국 특허법의 경우 제25조에서 “외국인은 다음 각호의 1에 해당하는 경우(그 외국이 상호주의에 의하거나 조약에 따라 대한민국 국민을 보호해주는 경우 등임; 筆者註)를 제외하고 특허권 또는 특허에 관한 권리를 향유할 수 없다”고 규정함으로써 외국인의 권리능력 부정(否定)을 가장 원칙적인 형태로 삼고 있는 것이다.²¹⁾ 특허법 제1조에서 선언하고 있듯이 특허권 부여를 오로지 자국산업 발전을 위한 정책적 도구로 이해한 결과이다. 상표법도 특허법의 위 조문과 동일한 규정을 두고 있다.²²⁾ 한편 저작권법의 경우 앞서 말한 대로 민법과 더 친숙하다는 점이 반영된 탓인지 몰라도 제3조 제1항에서 “외국인의 저작물은 대한민국이 가입 또는 체결한 조약에 따라 보호된다.”고 규정하여 부정

20) 이는 광윤직 대표편저, 「민법주해 I-총칙(1)」, 박영사(1992), 260면 (양삼승 집필부분).

21) 1961년 특허법(1961년 12월 31일, 법률 제950호) 제39조는 “국내에 주소 또는 영업소를 유하지 아니한 외국인은 특허권, 특허에 관한 권리를 향유함을 부득(不得)함.”이라고 정하고, 그 단서에서 예외를 정함으로써, 현재 특허법 제25조와 실질적 내용은 흡사하지만 특허법의 원칙이 외국인 권리능력 부정(否定)임을 더욱 명확히 드러내고 있었다.

22) 상표법(2011. 12. 2. 법률 제10885호로 개정된 것) 제5조의24.

이 아니라 긍정의 말미문구를 취함으로써 외형상 민법의 기대에 일면 호응하는 듯한 태도를 취하고 있다. 하지만 이것도 실상은 외국인이 사람(人)이기 때문에 저작권법상 권리능력을 인정받는 것이 아니라 ‘대한민국이 가입 또는 체결한 조약’에 따른 것일 뿐이어서 그런 조약이 없으면 결국 외국인은 보호되지 않으므로 앞서 특허법에서의 법적 효과와 별로 다르지 않다.

둘째, 그간 어머니 민법에 의해 어머니 당신의 쓰이는 바대로 잘 간직되어 오던 귀중품을 한국 지적재산권법이 성장함에 따라 이제 자녀 본인의 필요에 쓰겠다며 내놓으라고 요구하는 경우도 있다. 퍼블리시티권(right of publicity)²³⁾을 둘러싼 최근의 논란이 좋은 예이다. 퍼블리시티권의 대상은 종전까지 한국에서 민법상 초상권(肖像權) 등 인격권(人格權)의 일부로 보호되던 대상과 일견 중복된다.²⁴⁾ 그렇지만 한국 지적재산권법의 입장에서는 위 대상을 앞으로는 지적재산권 법리에 따라 규율하자고 제안하면서 그 법리에 근거한 입법을 다양하게 제안하고 있다. 이미 민법으로 보호되어 온 인격권 속에는 영리적 측면의 보호도 이미 포함되어 있고, 인격에 관한 것을 함부로 재산권으로 취급해 양도가 가능하도록 하면 인격의 상품화로 인한 피해가 우려된다는 것이 어머니 민법의 권유이지만,²⁵⁾ 인격권을 중심으로 퍼블리시티 문제를 파악하는 민법의 태도는 아무래도 재산

23) 특정인의 초상, 성명, 음성이나 그 밖의 유사물(likeness)을 광고 혹은 상품판매 등 널리 상업적으로 사용할 수 있는 권리를 의미한다.

24) 이에 관한 민법 차원의 의미 있는 선행문헌으로는 김재형, “인격권 일반 - 언론 기타 표현행위에 의한 인격권 침해를 중심으로-”, 민사판례연구(제21권), 박영사(1999. 7.), 631면 이하를 참조할 것.

25) 이런 민법 입장을 잘 정리하였다고 할 최근의 문헌으로는 권태상, “퍼블리시티권의 이론적 구성에 관한 연구 - 인격권에 의한 보호를 중심으로-”, 서울대 법학박사학위논문(2012. 2.)이 있다.

권적 보호가 핵심이어야 할 퍼블리시티권의 속성에 맞지 않으므로²⁶⁾ 이제에는 그렇게 재산권적 보호를 더 강조하는 한국 지적재산권법의 일부로 떠나보내야 옳다는 것이 자녀들인 지적재산권법의 주장인 셈이다. 그 주장의 당부를 떠나 어머니 민법의 입장에서는 일면, 성장한 자녀의 기막힌 행동으로 느낄 수 있다. 침언하자면, 필자는 지적재산권법 종사자라 그런지 모르지만 퍼블리시티권을 이제 지적재산권법의 영역으로 포섭하는 것이 더 바람직하다는 입장이다. ‘인격의 상품화’를 걱정하는 것이 어머니의 마음이지만²⁷⁾ 아쉽게도 자녀의 현실은 어머니 몰래 이미 그 단계를 훨씬 넘어서버린 상황이다. 가령 상표법에서는 당사자의 동의만 있으면 성명·초상이 해당 성명·초상의 주체와 분리되어 상표권의 객체로 거래객체가 될 수 있음을 오래전부터 명시하고 있었고,²⁸⁾ 그 실례도 드물지 않다.

셋째, 현실의 자녀양육에서도 종종 그러하듯이 자녀 지적재산권법에 대한 어머니 민법의 간섭이 너무 지나칠 경우 오히려 자녀의 반발 등 부작용을 낳을 수도 있으므로 이를 주의해야 한다. 먼저 지적

26) 가령 고상한 모습으로 등장하는 커피광고를 둘러싼 분쟁을 가정할 때 피해자의 주된 관심은 침해자가 거둔 부당한 수익에 있음에도, 이를 법원이 사회적 평가 저하로 인한 정신적 충격의 위자(慰藉) 문제로 처리하는 것은 사실상 의제이다. 바꾸어 말하면, 인격권 침해에 대하여는 재산상 손해배상이 아닌 위자료가 중심이 되는데 그러다보니 침해자가 영리적으로 얻은 수익보다 피해자의 정신적 충격 정도에 초점이 잘못 맞추어질 수 있고, 판례에서 실제 인정되는 손해배상액도 지나치게 소액이 되곤 한다.

27) 권태상, 앞의 논문, 246면.

28) 제7조 (상표등록을 받을 수 없는 상표) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 상표는 제6조의 규정에 불구하고 상표등록을 받을 수 없다.... (중간생략)

6. 저명한 타인의 성명·명칭 또는 상호·초상·서명·인장·아호·예명·필명 또는 이들의 약칭을 포함하는 상표. 다만, 그 타인의 승낙을 얻은 경우에는 그러하지 아니하다.

재산권 침해책임이 설령 인정되지 않더라도 여전히 민법상 일반불법 행위 책임은 인정할 수 있음이 우리 판례라는 이 글 앞에서의 설명²⁹⁾을 여기서 환기할 필요가 있다. 이렇게 민법이 지적재산권법의 흠을 메워주는 역할을 하는 것이 원칙적으로 긍정적이라는 점에 이론(異論)의 여지가 없다. 하지만, 그것이 너무 지나칠 경우에는 문제가 생길 수 있다. 미리 입법자가 비교적 분명한 범위의 독점권 부여를 약속함으로써 발명·창작 등을 장려하는 한편 그런 독점권 밖의 대상들은 타인이 자유롭게 활용할 수 있도록 하자는 것이 지적재산권 법률들의 근본취지이다. 그렇게 독점권 부여대상에서 제외³⁰⁾한 대상을 다시 어머니 민법이 나서 개별적·구체적 사정에 따라 일반불법행위로 보호하는 것은 사실 지적재산권법으로서는 당초 예정한 모습이 아니어서 오히려 법적 불안을 초래할 수 있다.³¹⁾ 당장의 사건들

29) 각주 6번 참조.

30) 그런 제외는 민법상 불법행위로의 예외적 구제까지 배제한 것은 아니라는 반박이 있을 수 있고, 필자 역시 적어도 이론상으로는 그 반박에 공감한다. 하지만 문제는 그런 예외적 구제가 실제 우리 판례에서 현재 너무 자주 발동되고 있다는 점이다. 입법자가 고민하여 구체적으로 확정된 지적재산권 관련조항의 적용가능성 여부에 대해 치밀하게 검토하는 대신 민법상 불법행위라는 일종의 일반조항으로 도피할 우려가 커지고 있는 상황인 것이다.

31) 일본에서 위 본문과 같은 취지의 주장으로 田村善之, “知的財産權と不法行爲”, 『新世代知的財産法政策學の創成』有斐閣(2008). 이는 같은 이의 “知的財産法と不法行爲”, Westlawjapan 今週のコラム, シリーズ(第3回), (2008. 3. 31.) <www.westlawjapan.com/column/2008/080331>(2013. 6. 20. 최종방문, 이하 같음)에서 재인용. 마찬가지로 한국에서의 비슷한 주장으로는 박성호, “지적재산법의 비침해행위와 일반불법행위 -불법행위법리에 의한 지적재산법의 보완 문제를 중심으로-”, 정보법학(15권 1호), 한국정보법학회(2011. 4.), 192면 이하 참조. 다만 첨언하자면, 필자를 비롯하여 위 주장자들은 모두 지적재산권법 전공자이다. 따라서 민법학자의 주장은 전혀 판이할 수 있을 것이다. 이 글 말미에서 지적한 대로 한국법(韓國法)이란 큰 울타리 속에서의 조화와 상호협조라는 차원에서

중 아주 심각한 흠이 아니라면 어머니가 나서 교정할 것이 아니라 자녀의 자율(더 구체적으로는 지적재산권 입법의 수정 등)에 맡겨야 한다. 한편, 역시 앞서 설명한 대로 민법의 손해배상 규정이 지적재산권법 분야에도 원칙적 규정으로 적용되는데 그동안 우리 법원이 입증책임 완화를 피한 지적재산권 법률들의 다양한 특칙을 적극적으로 활용하려 하기보다 민법의 실손해(實損害) 입증을 액면 그대로 관찰하는 태도를 지적재산권법 사건에도 적용하여 온 결과, 그런 입증이 불가능에 가까웠던 거의 대부분의 지적재산권 사건들에서 손해배상 청구는 침해에 대한 유효적절한 수단으로서의 가치를 사실상 잃고 있었다.³²⁾ 이에 자녀들 중 저작권법 및 상표법은 각각 2011. 12. 2. 개정을 통하여 법정손해배상(法定損害賠償) 제도를 도입하여³³⁾ 그러한 실손해 입증의 필요성을 정면으로 제거함으로써 제한적이지만 어머니 민법에 반발하기에 이르렀다.³⁴⁾ ‘반발’이란 표현을 사용한 것은 지적재산권법이 미국으로부터 도입한 법정손해배상 제도가 단순히 민법의 원칙에 대한 특칙³⁵⁾이라기보다, 아예 실손해배상 원칙을

볼 때, 독자들은 최대한 제3자적인 시각에서 양 주장의 당부를 판정할 필요가 있다.

- 32) 이와 관련하여서는 박준석, “콘텐츠 산업에서의 저작권 -최근 1년간의 관련 판례들을 중심으로-”, 창작과권리, 세창출판사(2012. 6.), 143면 이하 참조.
- 33) 저작권법 제125조의2 및 상표법 제67조의2 참조. 가령 전자의 조항에서는 ‘실제 손해액이나 제125조 또는 제126조에 따라 정해지는 손해액을 갈음하여’ 침해저작물 1개당 법정금액(1천만원) 범위 내에서 상당한 금액의 배상을 청구할 수 있도록 규정하고 있다.
- 34) 자녀들은 그 동안 불만을 품고 있었을 뿐 감히 어머니에게 노골적으로 반대하지는 못하고 있었는데 정면으로 반발한 계기가 자녀들 본인의 의지라기보다 타인의 사주(미국의 법정손해배상 관련요청을 그대로 수용한 2011년 한·미 자유무역협정 발효)에 의한 것이라는 점도 현실에서의 부모와 자녀 간의 미묘한 모습과도 같은 듯하다.
- 35) 가령 실손해배상원칙을 전제하되 침해자가 얻은 이익액(利益額)을 그런

부정한 것이어서 사법(私法)의 다른 분야에서³⁶⁾ 비슷한 예를 찾기 힘들기 때문이다.

Ⅲ. 한국 상법과의 관계

1. 총 설

순수 법리적으로야³⁷⁾ 상법(商法)이 민법과 대등한 별개의 영역이 아니라 민법의 특별법 중 하나일 뿐이라고 파악하는 것이 가능할지 몰라도 현실에서의 상법은 민법 못지않은 독자적인 영역을 구축하고 있다. 이 글에서는 상법을 지적재산권법의 아버지라고 칭하고자 하는데 상법과 지적재산권법의 다소 묘한(?) 관계를 쉽게 설명하는 데에만 표현이 없다고 사료되기 때문이다.

양법은 사실 인간을 바라보는 기본적인 시각이 동일하다. 한국 지적재산권법에서 상정하는 인간은 공익적 헌신을 위해서가 아니라 자신을 위한 독점권을 먼저 획득하기 위해 발명·창작에 전력 매진하는 인간이다. 그런데 이것은 이기적 인간상(利己的 人間像)으로, 한국 상법이 대전제로 삼고 있는 영리성(營利性)의 추구를 다른 표현으로 치환한 것에 다름 아닌 것이다.

2. 지적재산권법의 아버지와 같은 상법의 역할

손해액으로 추정하는 저작권법 제125조 제1항 등이 그러하다.

36) 민법상 실손해배상 원칙에 배치되는 것으로 경제법 영역에 이른바 정벌적 손해배상 제도가 2011년 도입된바 있다(공정거래법의 특별법인 ‘하도급거래 공정화에 관한 법률’ 제35조 제2항 참조). 그러나 경제법은 공법의 일부일 뿐이다.

37) 제1조 (상사적용범규) 상사에 관하여 본법에 규정이 없으면 상관습법에 의하고 상관습법이 없으면 민법의 규정에 의한다.

여기서는 서두에서 양해를 구한대로 논의의 편의상, 자녀와 친밀한 현대사회의 아버지 상(相)이 아니라 그 옛날 가부장 시대의 부친이 가진 모습을 염두에 두고 있다. 어머니와 달리 평소 유년기(幼年期) 어린 자녀에게는 아버지와의 거리가 멀게만 느껴지다가 나중에 자녀가 사회에 나갈 정도로 성장(成長)하여서야 새삼 아버지의 소중함을 깨닫게 된다. 이런 성장(成長)에의 비유(比喩)는 다음과 같은 이중적인 의미이다.

첫 번째, 한국 지적재산권법을 막 배우기 시작한 입문자(入門者) 입장에서 보면 마치 상법이 지적재산권법과 별다른 관계가 없는 것처럼 보이지만, 나중에 공부를 마치고 지적재산권법을 실무에서 활용하고자 하는 상황에서는 상법상의 고려가 수반되는 상황에 자주 직면하게 된다.

일단 상표법 및 '부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률'(이하, 부정경쟁방지법)의 일부 조문³⁸⁾을 제외하고는 한국 지적재산권법의 수많은 관련조문 어디에서도 상법 조문과 직접 연결되는 접점(接點)을 발견하기 어렵다. 실제로도 지적재산권법을 공부하는 과정에서는 상법이란 존재에 무심해도 거의 지장이 없다. 만일 어머니 민법의 도움이 없다면 지적재산권 법조문의 해석부터 벽에 부딪힐 상황과 대비된다.

그렇지만 사회에 나가 지적재산권법을 실제 활용하는 주체를 살펴보면 전혀 사정이 다르다. 현대사회에서 지적재산권의 보유자, 정확

38) 상법상 '상호(商號)'와 관련된 규정이 그것들이다. 상표법 제7조 및 제51조·부정경쟁방지법 제2조 등에서 표지(標識) 사용행위가 타인의 상호(商號)와 충돌하는 것을 막기 위한 규정을 두고 있다. 반대로 상법 영역에서는 상법 제23조에서 '부정한 목적으로 타인의 영업으로 오인할 수 있는 상호를 사용'하는 것을 금지하고 있는바, 이런 행위는 많은 경우 부정경쟁방지법 상의 영업표지 모용행위에 해당한다 (부정경쟁방지법 제2조 제1호 나. 목). 또한 '상표....의 사용허락에 의한 영업에 관한 행위'를 기본적 상행위로 정한 상법 제46조 제20호가 있다.

히 말하면 지적재산권을 실제 행사하는 주체는 자연인이 아니라 회사이거나 그렇지 않더라도 상인(商人)인 경우가 태반이다. 사실 한국 특허법 및 저작권법에서는 원래 자연인(自然人)이 발명자나 저작자일 것을 전제하고 있다. 그렇지만 실제로는 법률의 예외규정에 의하거나 혹은 계약을 통한 양수의 방법으로 많은 권리들, 특히 가치 있는 지적재산권은 거의 예외 없이 회사 등에게 이전된다.³⁹⁾ 저작권법 제9조⁴⁰⁾에 따라 법인이 근로자가 창작한 저작물의 권리를 원시취득하거

39) 이상의 설명을 실증할 수 있는 유의미한 통계가 있다. 특허청이 2011년도 기준으로 산업재산권 각 분야의 출원·등록·심판건수를 조사한 통계가 그것이다(이는 특허청, 2011년 지식재산백서(2012. 4.), 538면 이하 참조). 여기서는 법인과 개인으로 나누고 있는데, 이때 ‘법인’에는 상법상 회사 외에도 이론상 공법인(公法人)·민법상 비영리법인이 포함될 수 있을 것이지만 공법인에 속할 공공기관의 비중은 아주 작고(가령 전체 출원건수 178,834건 중 8,917건에 불과함, 이는 앞의 책, 538면 및 546면) 민법상 비영리법인은 실제 산업될 일이 거의 없을 것이다. 결국 위 법인과 개인은 대체로 ‘회사’와 ‘자연인’을 각각 의미한다고 볼 수 있다. 이렇게 보면 2011년 한국에서는 특허출원인의 경우 회사가 약 80%, 자연인이 약20%였고(143,511건 대 35,323건), PCT 국제출원의 경우 회사가 약81%, 자연인이 약18%(8,452건 대 1,960건)의 비율이었으며, 특허등록인의 경우 회사가 약85%, 자연인이 15%(80,437건 대 14,283건)이었고, 한편 소발명(小發明)제도인 실용신안의 등록은 회사가 오히려 자연인보다 작았다(2,769건 대 3,084건). 이런 수치를 통해 첫째, 특허법상 특허출원인이 될 자격, 즉 발명자권(發明者權)은 자연인에게 분명히 귀속함에도 벌써 출원단계부터 법인이 권리 상당부분을 양수하고 있다는 점(발명진흥법상 예약승계조항 등에 의한 것으로 짐작됨), 둘째, 특허등록·PCT출원·특허등록 순으로 자연인의 점유율이 감소하고 회사가 증가하는 것은 대체로 그런 순서대로 시간과 비용이 더 소요되는 반면 그럴수록 실제 더 가치 있는 대상이 되는 셈인데 이렇게 가치가 증대할수록 개인보다 회사에 권리가 집중되는 현상이 나타난다는 점을 실증적으로 확인할 수 있다. 이때 두 번째 사실은 특허권보다 통상 가치가 떨어지는 실용신안의 경우에는 회사의 점유율이 현저히 낮아지는 점을 통해서도 확인된다.

40) “업무상저작물은 법인·단체 그 밖의 사용자...의 기획 하에 법인 등의

나 동법 제100조의 추정에 따라 영상저작물제작자가 그 제작에 협력한 자들이 취득한 권리를 양도받은 것으로 인정되는 경우 혹은 발명진흥법 제13조 제2항에 따라 종업원이 이룬 발명에 관해 예약승계(豫約承繼) 합의⁴¹⁾에 근거해 그 권리를 승계하는 경우⁴²⁾ 등이다. 상표권의 경우, 상표법 제2조 제1항 제1호에서 상표 사용의 주체에 관해 ‘상품을 생산·가공 또는 판매하는 것을 업으로 영위하는 자’라고 규정하여 아예 상인(商人)을 전제하고 있어 회사 등 상인이 아닌 권리자를 상정하기조차 어렵다.

따라서 거래관계의 쌍방이 회사일 경우는 물론 일방만이 회사이더라도 다양한 상법규정이 적용되게 된다.⁴³⁾ 아울러 현물출자⁴⁴⁾·영업양도·합병·회사분할·청산과 관련하여 그 대상으로서의 지적재산권의 처리라는 문제가 고려되어야 한다. 이런 현황을 넘어 조만간 한국에서

업무에 종사하는 자가 업무상 작성하는 저작물을 말한다.”고 정한 저작권법 제2조 제31호 및 “법인등의 명의로 공표되는 업무상저작물의 저작자는 계약 또는 근무규칙 등에 다른 정함이 없는 때에는 그 법인등이 된다...”고 정한 저작권법 제9조.

- 41) 발명진흥법 제10조 제3항의 반대해석상 이런 예약승계(豫約承繼)가 유효하다는 것이 통설·판례이다.
- 42) 원시적으로 회사에 귀속하는 것이 아니라, 일단 자연인에게 귀속했던 당해 권리를 회사가 승계하는 것이지만, 우리 기업 현장에서는 이미 거의 예외 없이 이런 예약승계약정을 체결하고 있어 사실상 거의 언제나 종업원이 아니라 그 고용자인 회사가 권리를 취득하고 있다.
- 43) 가령 특허권 실시허락계약에서 정한 실시료(實施料)를 지체하였을 경우 민사법정이율이 아닌 상사법정이율이 적용되는 것(상사법정이율을 정한 상법 제54조, 보조적 상행위에 관한 제47조 각 참조)이 오히려 일반적인 상황이 된다.
- 44) 가령 발명자가 자신의 발명을 현물출자하는 방식으로 벤처회사를 설립하는 것과 같다. 지적재산권의 현물출자도 납입기일에 지체 없는 납입(상법 제295조), 감사인에 의한 조사(제299조)와 같은 엄격한 규정을 적용받는 한편 ‘공인된 감정인’의 감정으로 위 조사에 갈음할 수 있다는 점은(제299조의2) 마찬가지이다.

도 상사거래에서 지적재산권이 거래의 단독객체로 전면에 등장할 것이다.⁴⁵⁾ 미국의 예이지만, 그곳에서는 지적재산권을 유형물과 분리하여 독립된 거래대상으로 삼는 지적재산권 거래(IP transaction)가 활성화되어 있고 회사의 재산 중 가장 중요한 부분이 다름 아니라 지적재산권인 경우가 드물지 않은 결과 현물출자나 인수합병, 파산 국면이 아니라도 특허권 등 지적재산권이 상사거래의 객체로 자주 등장하고 있다. 장차 한국의 수준이 이렇게 발전할 경우 지적재산권 산물의 규율에 있어 상행위 편(編)이나 회사법 편(編)의 상법규정들이 더욱 폭넓게 적용되는 상황이 도래할 것이다.

두 번째, 자녀 지적재산권법이 처음 태어나는데 있어 상법이 크게 기여한다. 쉽게 보이지 않을 뿐이다. 더 정확하게 말하자면 지적재산권 산물의 창출(創出)을 더욱 활성화시킴으로써 결과적으로 지적재산권법이 사회에서 확고히 자리 잡고 발전하는데 회사(會社)와 같은 상법상 제도가 결정적으로 이바지한다. 소발명(小發明)인 실용신안법의 고안(考案)이라면 모르겠으나 특허법상의 발명이라면 그것을 완성하는 데 점점 더 긴 시간과 막대한 자본투자가 요청되고 있다. 영화제작과 같이 현대에서 각광받는 저작물의 작성에 있어서도 사정은 마찬가지이다. 이때 소요되는 비용과 시간을 개인 혼자서는 감당하기 곤란하므로 그런 위험을 분산할 수 있는 법제도의 도움이 불가피하다. 그 때문에 특허·상표·저작권을 망라한 모든 지적재산권 분야에 걸쳐 상법상 주식회사 혹은 회사, 상인과 같은 주체가 당해 지적재산

45) 한국에서는 이것이 아직 강화상 논의되는 수준이다. 가령 최근의 논의로는 현물출자의 대상으로 특허권 등을 포함하고 있는 송옥렬, 『회사법』, 홍문사(2011), 696면 등. 한국에서 2000년 제정된 기술이전촉진법에서는 ‘한국기술거래소’를 설립하여 지적재산권을 거래대상으로 규정하였고 이는 2006년 ‘기술의 이전 및 사업화 촉진에 관한 법률’에도 이어지고 있다. 그러나 이것이 아직까지는 잘 활용되지 못하고 있는 실정이다.

권 창출의 상당한 부분에서 실질적인 원동력이 되고 있다.⁴⁶⁾ 이미 한국에서도 글로벌기업 수준에 이른 일부 대기업이 아니라도 많은 기업들이 활발한 연구개발 활동을 통하여 한국 지적재산권법의 실질적 대상인 발명이나 저작물 창출에 결정적 기여를 하고 있다.

첫 번째와 두 번째 모두, 아버지 상법은 어머니 민법이 한국 지적재산권법과 맺고 있는 규범적 관계를 통해서가 아니라 현실공간에서 한국 지적재산권법을 지지하고 있는 셈이다. 그런데 이런 현실적인 지지들은 한국에서 지적재산권법이 강화상의 언어유희(言語遊戲)에 그치지 않고 진정한 규범으로 자리 잡는데 직접적인 영향을 미치는 것이다. 아직 한국에서는, 외국의 일부 좋은 예에서처럼, 지적재산권 창출이나 활용을 당초부터 염두에 두고 주식회사 자본의 의도적인 집중이 이루어진 뒤 그런 기반에 따라 회사가 자연인을 고용하여 발명·창작을 직접 행하거나 외부의 자연인이 이미 이룬 산물에 관한 권리를 양수하고 나아가 그런 지적재산권을 활용하여 거둔 수익을 새롭게 확장 투자하는 구조가 아주 일반화된 것은 아니다. 하지만 이런 구조는 한국의 자본주의가 고도로 성장할수록 더욱 보편화될 것이다.⁴⁷⁾

3. 소 결

한국 지적재산권법과 한국 상법과의 관계를 정리하자면, 다음과 같

46) 가령 2011년도 한국에 가장 특허를 많이 출원한 외국인은 다국적 제약 회사 노바티스(Novartis)였고, 같은 내국인의 순위는 삼성전자와 엘지전자가 각각 1위와 2위를 차지하고 있다. 이는 특허청, 2011년 지식재산백서(2012. 4.), 549면.

47) 가령, 앞서 특허청의 통계자료 중 PCT 국제출원 부분 최근 5년간 통계(앞의 책, 557면)를 보면 시간이 갈수록 회사의 점유비율은 상승(2005년도 73%에서 2011년도 81%로 완만하게 상승)함과 반대로 개인의 그것은 완만하게 하강하는 것을 확인할 수 있다.

다. 민법이 상정하는 자연인이 아니라 상법상의 주체인 회사 등이 한국에서 지적재산권을 실제 보유하는 자일 뿐 아니라 주식회사·상인과 같은 상법상 제도들이 있어야 현실에서 가장 높은 가치를 가지는 지적재산권 창출이 이루어질 수 있다. 이렇게 상법은 지적재산권법과 무척 밀접한 관계에 위치하면서 나아가 지적재산권법 발전에 큰 기여를 하고 있지만 이런 관계나 기여는 현실공간의 특정 주체에 의한 행동의 결과로 이루어지는 것일 뿐, 한국 지적재산권법이 가령 불법행위에 있어 원칙적 규범은 아예 민법에 의탁하고 있는 것처럼 상호법리 사이에 불가분의 관계가 있음에 기인한 것은 아니다. 환언하여 한국 상법의 기여는 규범적 기여가 아니라 현장에서의 기여이기 때문에 입문자(入門者)가 한국의 지적재산권법 조문과 상법 조문만을 그냥 무심코 살펴보는 상법의 위와 같은 기여가 있고서야 한국 지적재산권법이 탁상공론(卓上空論)이 아니라 실효성 있는 규범이 될 수 있고 나아가 현장의 필요성에 따라 지적재산권법의 규범적 내용까지 팽창일로에 있게 되었다는 사실을 감지하기 어렵다.

앞서 들었던 ‘성장(成長)에의 비유(比喩)’와 다른 방향에서 설명하자면, 어머니 민법은 세 자녀인 지적재산권법을 차례로 포태(胞胎)·출산한 것으로 모두가 쉽게 그 부모의 자격을 인정하지만(규범 차원에서의 연결점점의 산재 혹은 개별 논리의 유사성), 아버지 상법은 애당초 남들에게 부(夫)임을 직접 증명할 길은 없었던 처지여서⁴⁸⁾ 단지 처와 혼인관계를 유지하면서 자녀를 현재 데리고 살고 있고⁴⁹⁾ 그 자녀를 포태하는데 일응 큰 기여를 한 것 같다는 점⁵⁰⁾에 기인하여서야 비로

48) 이것은 상법과 지적재산권법의 각 조문 사이에 별다른 연결고리가 없음을 가리키는 비유이다.

49) 이것은 앞서 ‘성장(成長)에의 비유’ 중 첫 번째 설명대로, 상법상 회사 등이 지적재산권을 현실에서 주로 보유한 자임을 가리킨다.

소 자녀들에 대한 친생추정(親生推定)이 부여되는 셈이다.

IV. 한국 헌법과의 관계

민법을 지적재산권의 어머니, 상법을 그 아버지에 비유하였다면 한국 헌법은 한국 지적재산권법의 할아버지라 할만하다. 이것은 규범적 차원과 실제 사건에서의 결정적 역할을 고려한 표현이다.

우선 헌법의 위임으로부터 지적재산권법의 존재가 비롯되었다. 미국의 경우 연방헌법⁵¹⁾에서 연방의회로 하여금 발명과 창작을 장려하기 위한 특별법을 수립하도록 적극적으로 위임하고 있는데,⁵²⁾ 한국에서도 우리 헌법이 제22조 제2항에서 “저작자·발명가·과학기술자와 예술가의 권리는 법률로써 보호한다.”고 특별히 명시하여 저작권법·특허법·실용신안법·디자인보호법에 관한 확실히 헌법적 근거를 제시하고 있다. 여기서 비록 상표권 등은 제외하고 있지만 재산권을 보장한 헌법 제23조 등이 상표권 등의 헌법적 근거가 된다.⁵³⁾ 이렇게 지적재산권법의 뿌리가 출발한 곳이 헌법이긴 하지만, 사법(私法)으로 대별되는 지적재산권법과 달리 헌법은 국가공권력을 핵심대상으로 삼은

50) 이것은 ‘성장에의 비유’ 중 두 번째 설명대로, 상법상 회사 등이 지적재산권 창출을 이끄는 원동력임을 가리킨다.

51) 미국 연방헌법 제1조 제8항 제8문(Article 1, Sec. 8, Clause 8).

52) 미국 연방헌법 제1조 제8항 제8문은 발명과 창작만을 언급하고 있어 미국 연방상표법은 한참 나중에 주간통상조항(州間通商條項, interstate commerce clause)이라는 다른 헌법조문에 근거하여 발족되었다.

53) 다만 저작인격권의 헌법적 근거에 관해서는 다소 모호함이 있다. 저작인격권이 통상의 재산권과 구별되는 것으로 자연권적인 색채를 가지고 있음은 이미 설명하였다. 그 점 때문에 저작인격권의 우리 헌법상 근거를 인격적 이익보호에 관한 제10조에서 찾는 견해가 있다. 이는 박성호, “지적재산권에 관한 헌법 제22조 제2항의 의미와 내용”, 법학논총(제24집 제1호), 한양대(2010), 105-106면. 지면제약으로 사건의 언급은 줄인다.

광의의 공법(公法)에 속한다는 차이점이나 지적재산권이 문제되는 많은 현실 상황에서 헌법은 대개 멀리 위치한다는 거리감 때문이라도 조부모에 비유할 수 있다.

그렇지만 엄밀히 따져 비단 지적재산권법 뿐만 아니라 한국의 모든 법률들에 대한 관계에서 헌법은 그런 관계에 있다고 볼 수 있다. 그럼에도 이 글에서 유독 한국 지적재산권법과의 관계를 할아버지라는 비유를 통하여 강조하는 것은 다음과 같이 한국 헌법이 한국 지적재산권법의 역동적 변화에 결정적 기여를 한 사실이 있기 때문이다. 집안에서 적어도 외형상 가장 권위 있는 말씀이 조부모의 그것인 듯이, 한국의 헌법은 아주 가끔이지만 한국의 지적재산권 형제가 사는 집안에 분란이 생겼을 때 그 세월의 권위가 실린 일사분란한 호령(號令)으로 분란의 해결방안을 제시해왔다.

지금까지 한국 헌법이 그런 권위 있는 할아버지 역할을 수행한 경우로는 다음과 같이 4건이 가장 눈에 뜨인다.⁵⁴⁾ 그 중에서도 으뜸으로 중요한 것은, 특허청 심판소·항고심판소에서의 절차 후 사실심(事實審) 절차 없이 오직 대법원에 불복할 수 있다고만 정한 구(舊) 특

54) 헌법재판소 결정 중에는 헌법재판소 2003. 7. 24. 선고 2002헌바31 전원재판부 결정(상표법 제6조 제1항 제7호에서 상표의 식별력 요건을 갖추고 있는지의 판단시점을 출원시가 아니라 등록결정시 또는 심결시로 하고 있는 것은 위헌이 아님)과 같이 지적재산권법의 실체에 직접 관련된 사안은 물론 특허법 제186조 제7항에 관한 헌법재판소 1999. 5. 27. 선고 98헌마372 전원재판부 결정(동 조항은 상고할 수 있다는 허용규정일 뿐이어서 상고기간과 무관하므로, 기간도과를 이유로 한 상고장 각하로 인한 기본권 침해와 관련이 없음)이나 변리사법 제3조 제1항에 관한 헌법재판소 2001. 9. 27. 선고 2000헌마208·501(병합) 전원재판부 결정(특허청 경력공무원에게 변리사자격을 더 이상 자동 부여하지 않고 시험을 보기로 정한 위 조항은 직업선택의 자유를 침해하지 않음) 등과 같이 넓게 보아 지적재산권법과 일부 관련되는 결정들 여러 건이 더 있다. 이는, 지면 제약으로 더 상세한 언급을 생략한다.

허법 제186조 제1항은 헌법이 국민에게 보장한 법관에 의한 재판을 받을 권리의 본질적 내용을 침해하는 위헌이라고 판단한 1995년 헌법불합치결정이다.⁵⁵⁾ 이로 인하여⁵⁶⁾ 우리 특허 분야에서 큰 지각변동이 있었다. 무엇보다 특허법원이 출범하게 되어 특허법 분야에서 법조인의 활약이 비약적으로 증가하는 원동력이 되었다.⁵⁷⁾

다음으로 선출원상표가 무효심결에 의해 효력을 잃게 되더라도 여전히 나중 출원상표의 출원당시를 기준으로 선출원상표와 동일·유사한지를 판단하여 그 등록을 금지한 구 상표법 제7조 제3항 일부 문구가 위헌이라고 판단한 적이 있다.⁵⁸⁾ 또한 웹하드(web-hard) 등과 같은 특수한 서비스를 염두에 두고 저작권법 제104조가 불법전송을 차단할 목적 하에 위 서비스제공자에게 소정의 기술(技術)적인 조치를 장착할 것을 의무화한 것은 헌법상 포괄위임입법 금지원칙이나 과잉 금지원칙에 위배하지 않는다고 판단한 예,⁵⁹⁾ 변리사법 제8조는 변리사의 대리권에 관하여 특허침해소송에서의 대리까지는 포함하지 않는다는 취지로 규정한 것으로⁶⁰⁾ 그것이 직업선택의 자유를 침해하

55) 헌법재판소 1995. 9. 28, 92헌가11, 93헌가8·9·10(병합).

56) 정확히는 특허법 개정 등 변화가 헌법재판소 결정 이전에 이루어졌다. 하지만, 반대 입장에 있었던 특허청과의 개정안 타협, 개정 법률안의 국회통과 등이 비교적 순조롭게 이루어질 수 있었던 것은 위 특허법 규정이 헌법상 재판받을 권리에 대한 심대한 제약이라는 방향으로 헌법재판소가 판단을 내릴 것으로 예상되었기 때문이다. 비슷한 취지로 보이는 것은 한동수, “한국 특허법원의 역할과 과제”, Law & technology(제3권 제6호), 서울대 기술과법센터(2007. 11), 6면 및 최공웅, “특허법원 1년의 회고와 전망”, 지식재산21(통권 제53호), 특허청(1999. 3), 7-8면.

57) 더 자세히는 박준석, “한국 지적재산권법의 과거·현재·미래”, 저스티스(통권 제136호), (2013. 6), 145-146면.

58) 헌법재판소 2009. 4. 30. 선고 2006헌마113·114(병합) 전원재판부.

59) 헌법재판소 2011. 2. 24. 선고 2009헌마13·52·110(병합) 전원재판부.

60) ‘변리사는 특허, 실용신안, 의장 또는 상표에 관한 사항에 관하여 소송대리인이 될 수 있다.’는 조문을 헌법재판소는 이렇게 해석하는 것을 전제

지는 않는다고 판단할 예 등이 거론될 수 있다.⁶¹⁾

V. 한국 행정법과의 관계

1. 총설

비단 한국뿐만 아니라 다른 국가에서도 지적재산권법과 행정법의 관계가 긴밀함은 어렵지 않게 감지할 수 있다. 왜냐하면 특허권을 위시한 여러 산업재산권법의 창설에서 특허청이라는 국가기관이 출원, 심사 및 등록, 그리고 심판이라는 여러 과정에 걸쳐 막중한 역할을 수행하기 때문이다. 또한 이들 지적재산권법 법률은 그 외형에서 형식적 의미의 법률뿐 아니라 하위의 위임입법(委任立法)이 실질적으로 중요한 비중을 차지하기도 한다는 점에서 행정법의 그것과 닮아있다. 나아가 한국에서도, 현재 과학기술행정법(科學技術 行政法)이라고 통칭할 수 있는 실로 다양한 행정규범들이 얼마 전부터 등장하였는데 이런 규범들은 한국의 행정주체가 지적재산권 창출(創出)이나 활용(活用)을 배후에서 지원하는 내용을 담고 있다.

이처럼 한국 행정법은, 지적재산권과 같은 사권(私權)을 다루는 것이 아니라 공법적 영역의 규범이며 비록 한국 상법처럼 직접 지적재산권의 보유주체가 되거나 지적재산권 창출·활용의 주체가 되는 것은 아닐지라도 지적재산권이 탄생하는 데 옆에서 조력을 하고 그렇게 탄생한 지적재산권법 역시 한국 행정법의 모습을 일부 닮아 있다는 점에서 삼촌(三寸)이라 불릴 충분한 자격이 있다.

한 뒤 기본권 침해여부의 판단으로 나아가고 있다.

61) 헌법재판소 2012. 8. 23. 선고 2010헌마740.

2. 지적재산권 일부는 행정법 상의 권리로서의 성격을 가지고 있음

가. 서

기존 학계에서는, 특허권·상표권 등의 산업재산권(産業財産權)은 그 권리의 발생·변경·소멸에 있어 특허청의 행정처분이 필요한 점에서 행정법과 관련이 깊지만 반대로 저작권의 경우 한국저작권위원회에 의한 조정 등 일부 영역만이 관련된다고 설명한다.⁶²⁾ 이는 타당한 지적이다. 일본의 논의⁶³⁾도 비슷한 맥락이다. 그렇지만 위와 같은 설명만으로는 부족하므로, 필자가 더 부연하자면 다음과 같다.

나. 산업재산권은 행정법상의 권리로서의 성격이 상대적으로 강함

(1) 행정처분의 결과물로서의 특허권

한국 지적재산권법 중 저작권법 이외의 영역을 통칭하는 ‘산업재산권법’의 대부분⁶⁴⁾ 영역에서는 출원(出願) 등⁶⁵⁾의 권리부여요청 및 특

62) 송영식, 앞의 책, 63면.

63) 특허법 등 산업재산권법의 중요한 지주(支柱) 중 하나가 행정법이라고 설명하는 中山信弘, 앞의 책, 23면 참조. 반대로 일본 저작권법 및 부정경쟁방지법에서처럼 등록 없이도 인정되는 권리를 가진 법률들은 “행정의 개입여지가 거의 없다”고 中山 교수는 주장한다. 그러나 이것은 (지면 제약으로 일본의 사정까지는 논하지 않는다하더라도) 후술하듯이 한국 사정에 들어맞는 말이 아니다.

64) 산업재산권을 구성하는 여러 법률들 중 유독 부정경쟁방지법은 제외된다. 독일에서는 부정경쟁방지법을 지적재산권법의 일부가 아니라 경제법의 영역에 속하는 것으로 분류하는 등 다소 이질적인 성격을 가지고 있다. 이에 관해서는 아래, VI. 한국 경제법과의 관계에서 더 설명한다.

65) 반도체집적회로의 배치설계권에 관해서만 유독 ‘설정등록 신청’이라고 칭하고 있을 뿐(‘반도체집적회로의 배치설계에 관한 법률’ 제19조) 다른 권리들은 모두 ‘출원’이라는 행위가 사인(私人)에 의해 필요하다. 참고로 현행 농수산물품질관리법(구 농산물품질관리법)은 2009. 6. 9. 개정 이래 이른바 ‘지리적표시권’을 새로운 지적재산권의 하나라고 정의하면서 새

허청 등⁶⁶⁾에 의한 심사(審査)절차, 나아가 권리부여결정을 받는 절차가 권리창설에 반드시 필요하다. 이런 유형의 산업재산권 창설에 있어 국가기관에 의한 개입이 다름 아니라 행정법상의 행정처분(行政處分)인 것은 비교적 분명하다.

다만 행정처분 중 구체적으로 어떤 유형에 해당하는지는 검토가 필요하다. 우리 행정법은 주지하다시피 그 출발에서 일본을 통해 독일의 행정법을 계수하여 그 기본개념에 따랐는데, 여기서는 행정행위(行政行爲)의 종류 중에 인가·허가 등과 구별되는 이른바 ‘강학상의 특허(特許)’⁶⁷⁾가 등장한다. 이때의 특허란 널리, 특정인에 대하여 새로운 권리·능력 또는 포괄적인 법률관계를 설정하는 행정행위를 가리킨다.⁶⁸⁾ 그렇지만 적어도 현재 한국의 통설은 특허권의 성질을 ‘강학상의 특허’와 분명히 구별 짓는 입장이다. 즉 특허청 심사관의 심사·등록행위를 특허권⁶⁹⁾ 형성을 위한 행위로 보기보다, 특허청 심사관은 단지 특허법 소정의 특허요건이 구비되어 있는지를 확인하는 역할만을 담당하고 그런 확인이 있게 되면 특허법에 의하여 정해진 법률효과가 부여된다는 논리를 취하여 특허법상의 특허는 ‘강학상의 특허(特許)’가 아니라 확인(確認)적 성질을 가진 준법률행위(準法律行

로 보호하고 있지만, 이것은 기존 상표법상 ‘지리적 표시 단체표장’과 상당부분 중첩되는 제도일 뿐만 아니라 아직 제대로 자리 잡지 못한 제도로 사료되므로 여기서는 논외로 한다.

66) 식물신품중보호법(구 종자산업법)에서만 농림축산식품부장관이 담당자일 뿐 다른 법률들은 모두 특허청장이 담당한다. 여기서도 마찬가지로 농수산물관리법에 따른 ‘지리적표시권’은 논외로 한다.

67) 대법원 2006. 3. 9. 선고 2004다31074 판결 및 대법원 1998. 2. 27. 선고 97누1105 판결 등.

68) 이것이 한국 행정법학의 통설이다. 가령 홍정선, 「행정법 특강」(제12판), 박영사(2013), 221면 등.

69) 이하 설명은 편의상 특허권만을 대상으로 하지만, 나머지 산업재산권들에 대하여도 그 논의는 대동소이하다.

爲)적 행정행위라고 파악하는 것이다.⁷⁰⁾

그것이 권리를 설정하는 행위이든 아니면 확인적 행위이든지 간에 어쨌든, 한국 행정법의 논리체계에 일단 따르자면,⁷¹⁾ 우리 특허법상의 특허는 행정행위의 일종에 불과하므로 널리 행정법의 직접적인 규율대상이 될 수도 있었을 것이다. 아울러 권리부여의 효력을 다투는 절차에 있어 행정심판의 특수한 형태인 특허심판(特許審判) 등⁷²⁾에 의하도록 한국 지적재산권법이 규율하고 있는 점, 이런 특허심판의 심결 등에 불복하는 절차도 성질상 행정법상 항고소송(抗告訴訟)의 일종이라는 점⁷³⁾까지 고려하면 그런 가능성은 한층 높아진다고도 볼 수 있다. 현실적으로도 한국 산업재산권법의 초기 국면에서 행정법 전공자들의 관여가 드물지 않았다.⁷⁴⁾

70) 이런 풀이로는 가령 정차호·강현호, “특허청의 착오로 잘못 등록된 PCT 자기지정 특허의 유효 여부”, 성균관법학(20권 3호), (2008), 1172면 및 홍정선, 앞의 책, 228면 참조.

71) 미국의 행정법은 그 역사도 짧은데다 주된 내용도, 독일법계에서처럼 강학상 특허나 준법률행위적 행정행위 등을 망라한 행정실체법 쪽이 아니라, 행정절차법 쪽을 중심으로 발달하여 왔다. 때문에 행정법을 오히려 연원이 오랜 특허법 등과 긴밀하게 연결시키는 사고방식이 생소하다.

72) 이것은 특허법 자체에 국한하지 않고 널리 산업재산권 일반에 걸쳐 특허심판원에 의해 이루어지는 광의(廣義)의 특허심판을 가리킨다. 다만 식물신품종보호법에서는 농림축산식품부 산하의 품종보호심판위원회가 위 특허심판원의 역할을 대신 맡게 되는데 행정부처 간의 소관이 달라 그런 것일 뿐 이것도 동법 제98조가 특허법을 준용하고 있어 특허심판과 성질상 다를 바 없다.

73) “심판은 특허심판원에서의 행정절차이며 심결은 행정처분에 해당하고, 그에 대한 불복의 소송인 심결취소소송은 항고소송에 해당(한다)”고 판시한 대법원 2002. 6. 25. 선고 2000후1290 판결.

74) 가령 한국에서 1980년대 이전까지 거의 유일한 학계의 교과서였던 양승두 교수의 ‘공업소유권법’은 동인이 행정법을 전공하며 아울러 성취한 결과물이었다. 이는 균제(均齊) 양승두교수 화갑기념논문집 간행위원회, “양승두 교수 연보(年譜)” 및 “헌정사(獻呈詞)”, 현대사회와 법의 발달, 홍문사(1994. 12) 참조. 또 다른 예로 서울대에서 배출한 최초의 지적재

(2) 하지만 행정법상의 절차와는 많이 다른 특허심판절차

하지만 한국에서 특허심판 및 그에 불복하는 소송의 실제 면면을 살펴보면 행정법이 영향력을 크게 미치는 행정쟁송(行政爭訟) 절차라는 측면보다는 그것과는 확연히 다른 특수한 쟁송절차라는 측면이 두드러진다. 가령 현재 임의적인 전치절차(前置節次)일 뿐인 통상의 행정심판⁷⁵⁾과는 달리 특허심판은 필요적 전치절차일 뿐만 아니라 특허무효 등을 직접 다투는 불복절차에서는 사실심(事實審) 1심을 갈음하는 지위를 차지하고 있는 점,⁷⁶⁾ 위법이 다투어지는 당해 행정처분에 관해 소송에 이르러서야 제출된 새로운 사유도 심리범위로 삼을 수 있다는 행정법학의 일반론⁷⁷⁾을 그대로 관찰하지 아니하고 특허소송 중 특허거절결정이 위법함을 다투는 경우에는 새로운 사유를 피고 특허청장이 제출할 수 없도록 한 점⁷⁸⁾ 등이 그러하다.

산권법 관련 박사학위 논문은 1994년 “특별 행정쟁송제도에 관한 연구: 특허·해난(特許·海難) 쟁송에 있어서, 법률가와 분야별 전문가 사이의 역할분담문제를 중심으로”(신운환 저)라는 행정법학의 논문이었다.

75) 행정소송법 제18조 제1항 참조.

76) 반면 미국에서는 2011년 개정 특허법(American Invention Act)에 불구하고 한국의 특허무효심판에 직접 대응할만한 절차가 존재하지 않으므로(즉, 별도로 제기된 침해소송에서 무효주장이 있는 경우라면 아예 심판청구가 허용되지 않거나 주장할 수 있는 무효사유에 제한이 있음) 침해소송을 담당한 1심법원에서부터 그 판단에 의해 이루어지게 된다. 특히 개정 이전의 상황에 관해 자세히는 박준석, “특허권 등 지적재산권의 남용을 긍정한 우리 판례들의 논리분석,” 민사판례연구(제34권), 민사판례연구회(2012. 2), 1020-1023면 참조.

77) 판례는 기본적 사실관계가 동일하다고 인정되는 한도 내에서 당해 처분에 대한 새로운 사유도 심리범위에 포함시킬 수 있다는 입장이고, 행정법학의 통설인 제한적 긍정설도 같은 취지로 이해된다(홍정선, 앞의 책, 766면 이하 참조).

78) 이것이 과연 심리범위의 무제한설 원칙의 예외를 긍정한 것인지는 여기서 논하지 않는다. 필자가 지적하려는 점은, 예외를 인정한 것이 아니라 특허출원인에게 불측의 불이익이 가해지는 것을 막기 위한 배려일 뿐이

(3) 특허권의 기본적 성격은 공권이 아니라 사권임

이상에서 설명한대로 특허권이 행정처분의 결과물이고 나아가 절차법적인 측면에서는 아주 특이한 성격을 가졌더라도, 특허권의 기본적 성격은 실체법적으로 공권(公權)이 아니라 사권(私權)이다. 한국 내부의 사정을 벗어나 부연하자면, 종전까지 행정법의 영역 안에 위치하였다고 취급되던 특허권 등이 그 영역을 벗어나 독립하게 된 데는 19세기 독일의 법학자 Josef Kohler의 공로가 지대하였다. 그는 국가의 행정행위에 의하여 인정된 독점권으로 지적재산권을 파악하던 종전의 입장을 벗어나 이를 사권(私權)이라고 분명하게 파악하였고⁷⁹⁾ 그 때문에 오늘날까지 독일 지적재산권법의 새 역사를 연 학자로 여겨지고 있다. 한국의 특허권도 현재 사권으로 분명히 취급된다.⁸⁰⁾

다. 반면 저작권은 행정법 상의 권리라는 성격이 미약함

행정법상의 권리로서의 성격은 한국 지적재산권법의 각 분야마다 조금씩 다른 강도로 나타난다. 저작권법은 한국 지적재산권법 3형제 중 어머니 민법과 가장 친숙한 자녀라고 설명하였는데, 그런 설명과는 동전의 양면처럼, 한국 저작권법은 공권(公權)을 주된 관심으로 하는 삼촌 행정법과 가장 먼 거리에 위치한 조카이다. 무엇보다 이런 조카의 특징은 특허청 등 국가기관의 개입이 필요 없이 저작물 창작이 완료되는 순간 저작권이 부여되기 때문에 생겨난다.

라는 설명(정상조·박성수 공편(共編), 『특허법 주해 上』, 박영사(2010, 최성준 집필부분), 793 -798면)에 따르더라도 그렇게 배려되는 상황이 전체 특허소송 중 차지하는 비중이 만만치 않다는 점이다.

79) Claus Ahrens, *Gewerblicher Rechtsschutz*, Mohr Siebeck, 1. Aufl., 2008, S. 7.

80) “특허권도 사적 재산권의 하나...”라고 판시한 2010다95390 판결(각주 10번 참조).

하지만 저작권법도 모법인 민법과 비교할 때는 행정법적 색채가 분명히 존재한다. 저작권 등록제도가 행정관청인 문화체육관광부 장관(이하, 문화부 장관) 및 그로부터 위임받은 한국저작권위원회에 의해 운영되고 있지만⁸¹⁾ 이것은 행정법적 색채라고 지칭하기에 다소 부족하다. 마치 민법상 등기(登記)제도가 공적 기관에 의해 지탱되고 있더라도 이것은 한국 민법학 본연의 문제가 아니라 부동산등기법과 관련하여 부수적인 행정절차적 문제에 불과하듯이, 저작권법에서도 등록은 그런 부수적 사항에 불과하다. 다만 그 사항이 저작권법 내에 규정되어 있다는 것이 다를 뿐이다.

그것보다는 문화부 장관이나 한국저작권위원회로 하여금 행정법상의 우월한 지위에서 저작물의 이용관계나 저작물 관리, 혹은 저작권보호를 강구해나가도록 한 여러 조항들이 그런 행정법적 요소에 해당한다고 할 것이다. 가령 저작권법은, 당사자의 사적자치(私的自治)에만 거래를 맡기지 않고, 법 소정의 요건을 구비한 경우 문화부 장관으로 하여금 저작권자의 동의 없이도 저작물이용관계(법정허락, 法定許諾)를 성립시킬 권한을 부여하고 있다(저작권법 제50조 내지 제52조). 그 밖에도 문화부 장관은 일부 공정이용 조항에 따른 보상금 징수·분배를 담당하고(가령 법 제25조 제4항 및 제5항), 저작권위탁관리업의 감독책임을 부담하며(법 제105조 및 제109조), 다양한 방법으로 저작권침해방지 및 근절 대책을 강구하는 주체가 된다(법 제104조, 제133조 및 제133조의 2). 뿐만 아니라 저작권법은 한국저작권위원회를 창설한 다음 그것에 많은 지위와 권한을 부여하고 있다(법 제8장). 문화부나 한국저작권위원회가 저작권 제도에 미치는 역할을 특허청이 특허권·상표권 제도에 끼치는 막대한 영향과 비교하기에는 아직 무리가 있지만, 한국 저작권

81) 저작권법 제53조 이하 참조.

법 내에서 문화부나 한국저작권위원회 등 행정기관의 역할이 차지하는 비중이 점점 증가하고 있는 추세에 있음은 주목할 만한 점이다.

3. 한국 지적재산권법 전반은 행정법에서처럼 위임입법을 널리 활용

한국 지적재산권법이 가진 행정법적인 특징으로 놓치지 말아야 할 것은 본연의 행정법 영역에 속하는 법률들 못지않게 위임입법(委任立法)을 광범위하게 활용하고 있다는 점이다. 형식적 의미의 법률이 아닌 시행령, 시행규칙에 정작 핵심적인 기준이 담겨있다고 볼 경우도 드물지 않다.⁸²⁾ 가령 특허법 제42조 제8항의 위임에 따라 특허청 구범위의 구체적 기재방법(독립항과 종속항과의 관계 등)을 규정한 동 시행령 제5조, 저작권법 제29조 제2항에 따라 공정이용으로 인정되는 이른바 상대적(相對的) 비영리 공연에서 제외되는 범위를 규정한 동 시행령 제11조, 상표법 제10조 제1항 전단에 따라 상표권의 효력과 직결되는 상품류 구분이나 서비스업류 구분을 일응 정한 상표법 시행규칙 제40조 별표 1과 2 등이 좋은 예이다. 그 때문에 한국 지적재산권법을 배우는 입문자들은 많은 경우 각 시행령까지, 또한 일부 상황에서는 그 시행규칙까지 파악하여야 비로소 당해 규범의 전모(全貌)를 제대로 파악할 수 있다는 점을 유의하여야 한다.

4. 지적재산권의 창출·활용의 지원자로서의 한국 행정법

82) 이런 경우 헌법상 포괄위임입법 금지원칙의 위반여부가 문제될 여지도 없지 아니하다. 실제로 신청인의 위헌 주장이 배척되기는 하였지만 헌법재판소에서 저작권법 제104조를 대상으로 이런 논쟁이 있기도 하였다(각주 59번의 헌법재판소 결정 참조).

자신이 직접 낳은 자식은 아니지만 조카를 볼 때마다 귀여워하고
아껴주는 넉넉한 삼촌의 모습을 한국 행정법에서도 찾을 수 있다. 다
양한 행정법규를 통하여 지적재산권 창출·활용을 간접적으로 지원
하는 것이 그것이다. 그리고 이런 삼촌의 모습은 정확히 말하자면 한
국 행정법에만 국한된 현상이 아니라 세계 각국의 행정법규에 보편
화된 모습이다.

지적재산권법을 둘러싼 행정법의 태도는 다음과 같이 시대에 따라 바
뀌어 왔다. 가장 처음에는 대륙법적 사고에 따라 특허권 등이 은혜로운
행정처분의 산물일 뿐이라고 이해하는 방식이었다. 그러다가 발명자·창
작자의 기여에 따른 개인적 소산(所産)이라는 측면에 보다 집중하여 지
적재산권이 사권(私權)임을 분명히 인정하는 단계로 이행하였다. 현대에
는 지적재산권을 개인 간의 사권 문제로 놓아둘 것이 아니라 국가가 적
극적으로 나서 지적재산권을 활발하게 창출하고 이를 활용·보호하는
데 행정적 지원을 집중하고 있는 양상이다. 이런 현대의 배경에는 날로
치열해지고 있는 국가 간의 기술혁신 경쟁이 한몫을 하고 있다.

그 중 지적재산권의 보호단계에서는 민법 등 실체법과 민사소송법
등 소송법이 주로 동원되지만, 나머지 지적재산권의 창출(創出)이나
활용(活用)을 지원하는 데 행정법이 핵심적 역할을 담당한다. 전자의
창출을 지원하는 행정법들은 대체적으로, 특허발명 등 지적재산권을
산출하기 위한 연구개발 진흥을 위해 효율적 투자를 유도하려는 목적
을 갖고 있다. 후자의 활용을 지원하려는 행정법규들은 창출된 지적
재산권이 사장(死藏)되지 않고 시장에서 활발하게 거래되고 이용될
수 있도록 지적재산권 자체의 양도·담보제공이나 라이선싱(licensing)
이 보다 쉽게 이루어질 수 있도록 지원하려는 목적을 갖고 있는 것이
대부분이다. 이런 행정법적 지원은 다양한 각도에서 세세하게 수립되

고 있고 그 입법에 수반하는 예산 규모도 실로 어마어마한 까닭에 한국에서도 이미 가칭 과학기술행정법(科學技術行政法) 혹은 지적재산행정법(知的財産行政法)이라고 통칭해도 좋은 만큼 수많은 행정법 규가 최근 생겨나고 있다. 이때의 행정법규들이 목적조항에서 직접 지향하는 것은 크게 보아 ‘과학기술의 혁신’이지만 그런 과학기술의 혁신을 위해 기업이나 개인으로 하여금 매진하게 하는 데 지적재산권만큼 좋은 동기부여가 없는 까닭에 위 내용 중 중요부분이 지적재산권과 관련된 것이다. 가령 과학기술기본법의 경우 국가가 주도하는 연구개발사업을 전제한 다음 그 수행과정의 결과물 중 지적재산권 등을 실제 연구개발을 주관한 기관에게 귀속시키도록 규정하고 있고,⁸³⁾ 산업기술혁신 촉진법의 경우 정부와의 협약에 따른 연구개발의 성과로서 정부에 귀속된 지적재산권 중 산업발전에 특히 필요하다고 인정되는 것은 국유재산법(國有財産法)에도 불구하고 실제 연구개발을 수행한 자 등에게 무상으로 넘겨줄 수 있다고 정하고 있다.⁸⁴⁾ 그 외에도 여러 법률이 존재한다.⁸⁵⁾

이렇게 지적재산권 관련 규정을 포함한 과학기술행정법은 협의의 지적재산권법과 서로 구별하기 어려울 정도로 긴밀하게 연결되기도

83) 동법 제11조의3 및 동 시행령인 국가연구개발사업의 관리 등에 관한 규정 제20조 제1항 참조.

84) 동법 제13조의2 제1항 참조. 이렇게 사인(私人)이 특허권 등 지적재산권을 넘겨받는 경우, 국가에 권리가 남겨진 경우보다, 훨씬 적극적으로 그 권리를 확보하고 활용하게 됨으로써 궁극적으로 산업발전에 긍정적 영향을 가져올 것이라는 기대가 전제된 것이다.

85) 산업기술단지 지원에 관한 특례법, 혹은 엔지니어링산업 진흥법 등. 가령 엔지니어링산업 진흥법에서는 “정부는 신규성, 진보성 및 현장 적용성이 있다고 판단되는 엔지니어링기술을 우선적으로 연구·개발 및 보급하도록 한다.”고 제9조 제2항에서 정함으로써 동법의 엔지니어링기술이 실상은 특허법상 제29조의 신규성 및 진보성 등 요건을 갖춘 발명을 염두에 둔 것임을 드러내고 있다.

한다. 가령 ‘산업기술의 유출방지 및 보호에 관한 법률’은 과학기술행정법 중 드물게 지적재산권 창출이나 활용이 아닌 보호를 주된 목적으로 삼은 규범인바, 여기에서 산업기술의 외국유출을 형사처벌하는 구체적 내용(동법 제36조 및 제14조)은 한국 부정경쟁방지법상의 영업비밀 보호규정(동법 제18조 제1항)과 아주 흡사하다. 한편 ‘기술의 이전 및 사업화 촉진에 관한 법률’에서는 동법의 기술이 다른 아닌 특허발명을 중심으로 한다는 사실을 동법 제2조에서 명시한 다음, 기술이전과 사업화 촉진을 다룰 전담조직을 설치하도록 규정하고 있는바, 발명진흥법 제10조에서 그런 규정의 취지에 호응하면서 일정한 경우 위 전담조직에게 발명에 관한 권리를 귀속시키도록 정하고 있다.⁸⁶⁾

이상과 같이 한국 행정법이 과학기술행정법을 통하여 지적재산권에 주는 도움은 직접 지적재산권 창출이나 활용의 주체로 행정기관이 나서는 것이 아니라 그런 주체를 위한 다양한 우대와 지원책을 마련할 뿐이라는 점에서 간접적인 지원이다. 그 점에서, 지적재산권의 창출이나 활용을 직접 담당하는 주체로 나서 한국 지적재산권법을 현장에서 지원하는 한국 상법과는 다르다.

VI. 한국 경제법과의 관계

1. 서

지적재산권법과 경제법의 상호 관계에 관해, 외국에서는 이미 오래 전부터 분쟁이 잦았고 그에 따라 활발한 연구가 이루어진 결과⁸⁷⁾ 독

86) 이와 관련하여서는 위 전담조직을 승계하는 ‘산학협력단’을 국공립대학에 설치하도록 새로 정한 ‘산업교육진흥 및 산학협력촉진에 관한 법률’ 제25조 및 제27조 제2항도 참조할 것.

립한 과목으로 가르쳐도 전혀 손색이 없을 정도이다. 지면제약상, 여기서는 비교적 간단한 설명으로 줄이기로 한다.

이 글 서두에 경제법을 지적재산권법의 사촌(四寸) 동생으로 표현한 것은 사권(私權) 보호와 관련된 지적재산권법과 달리 공적 규제(公的 規制)를 주로 동원하는 경제법은 다른 일가(一家)인 공법 계열에 속하면서 행정법(그 중에서도 규제행정법)의 영향을 한층 강하게 받고 있다는 차이가 있지만, 그런 차이에 불구하고 양자 모두 ‘자본주의체제 하에서의 독점’을 다룬다는 공통점이 있기 때문이다. 물론 현대의 경제법은 다양한 불공정거래행위까지 규제하여 반드시 독점을 전제하고 있다고는 볼 수 없지만, 적어도 경제법이 핵심적으로 규제하고자 하는 대상이 독점 내지 그에 준한 현상인 것만큼은 분명하다.⁸⁸⁾ 경제법을 사촌 중 동생이라고 칭하는 것은 연혁적으로 한국이나 외국에서 경제법이 독립된 법률 영역으로 등장한 시기가 지적재산권법의 그것보다 나중이었음을 의미함에 불과하다.⁸⁹⁾

2. 사촌들 사이의 차이점

가. 본질적인 차이로 인한 충돌가능성

87) 이런 예로 Steven Anderman & Ariel Ezrachi, *Intellectual Property and Competition Law -New Frontiers-* (Oxford University Press, 2011).

88) 한국 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제2장의 ‘시장 지배적 지위의 남용’이나 제3장 기업결합, 제4장 부당한 공동행위 등이 그것에 해당한다.

89) 한국 지적재산권법의 연혁은 가령 특허법에 국한하여 살펴보면, 1882년 지식영의 상소(上疏), 1908년 한국 특허령, 1910년 일제 칙령 335호, 1946년 미군정법령 44호, 1961년 특허법 순으로 발달해왔다. 이는 박준석, “한국 지적재산권법의 과거·현재·미래”, 142면. 한편 한국 경제법은 (후술하듯이 논란이 되는 부정경쟁방지법을 제외하면) 1980년 제정된 ‘독점규제 및 공정거래에 관한 법률’이 시작이다.

두 법이 모두 독점을 대상으로 삼고 있지만, 지적재산권법의 독점은 발명·창작 등에의 유인(誘因)을 위해 인위적으로 설정된 독점으로(적어도 부여할 당시에는) 긍정적인 의미의 독점임에 비하여 공정거래법의 독점은 20세기 거대자본주의의 병폐를 낳는 것이어서 사라져야만할 부정적인 의미의 독점이라는 근본적인 차이가 있다. 많은 이들이, 자본주의 하의 건전한 경쟁질서 확립이라는 목적에서 두 법이 서로 궁극적으로 만난다고 하여, 조화로운 설명을 시도하기도 한다. 그 설명 자체가 그릇되지는 않았지만, 경제법에서는 그런 경쟁질서의 확립이 전면적 목적(全面的 目的)임에 비하여 지적재산권법에서는 독점권을 부여할 때 그러한 질서 확립에 반하지 않도록 유의하는 한계선(限界線) 혹은 사회적 손익(損益)을 형량(衡量)하는 정책판단과정에서 독점권과 대척점(對蹠點)에 있는 이념적 상대방일 뿐이라는 중요한 차이점을 위 설명은 자칫하면 희석시킬 수 있다. 즉 경제법과 지적재산권법은 기본적으로는 충돌하기 쉬운 사이이다. 대가족의 비유로 돌아가자면, 물론 사촌 간에도 크게는 대가족의 일원이므로 집안이 화평하도록 서로 웬만해서는 조화를 이루며 살지 않겠느냐는 통설적인 설명이 타당한 것이기는 하지만, 필자가 더 중요하다고 보는 부분은 이들 사촌의 성향이 기본적으로 판이하다는 점이다.

나. 한국의 관련 상황

이렇게 다른 성향을 가진 한국의 경제법과 지적재산권법이지만, 직접 충돌한 사례는 불과 몇 년 전까지만 하더라도 찾기 어려웠다. 왜냐하면 경제법상 문제가 되는 독점이라면 시장을 지배하거나 그에 준하는 수준의 거대한 독점에 이르러야 하는데, 한국의 지적재산권 보호가 그간 충분하지 않았던 결과 그런 수준의 독점에 이른 예를 찾기 힘들

었고, 설령 그런 수준에 이른 극소수 지적재산권의 횡포⁹⁰⁾가 있더라도 얼마 전까지는 경제법 차원에서 왈가왈부하지 않았기 때문이다.

하지만 외국으로 눈을 돌려보면 사촌형의 횡포에 관하여 사촌동생이 대드는 경우가 아주 많았다. 그리고 이것이 중국에 누구에게 유리하게 해결되는지는 (비록 개별사안마다 사정이 제각각이고 각국이 적용하는 실제 규범에 다소간 차이가 있음을 간과해서는 곤란하겠지만) 전체적으로는 당해 집안의 가풍(家風), 혹은 할아버지가 어떤 분인가에 상당히 영향 받고 있는 듯하다. 셔먼법(Sherman Act)을 위시한 경제법의 오랜 역사나 판례법을 통해 실제 그 논의가 축적된 발달과정을 보면 미국에서의 경제법 발달이 유럽연합의 그것보다 절대로 뒤떨어지는 것이 아님에도, 자국이 종래부터 절대적 비교우위를 가지고 있었던 지적재산권의 가치를 아무래도 가볍게 생각하기 힘들다는 것이 미국의 형편이라고 할 수 있다. 반면 유럽연합은 그에 반대되는 이해관계를 가진 때가 많았다. 그 때문에 사실상 동일한 사안에 대하여도 미국은 지적재산권자의 독점을 옹호하는 입장을, 유럽연합은 공적 이익을 내세워 경제법적 규제를 가하려는 입장을 각각 취하려는 경향이 은근히 강하였다고 할 수 있다.⁹¹⁾ 굳이 따지자면 한국의 가풍은 적어도 지금까지는 지적재산권 보호에 수세적이던 입장, 환언하여 지적재산권법과 경제법의 충돌에 있어서는 미국보다는 유

90) 가령 시장에서 압도적인 고객흡입력을 가졌고 다른 대체품이 없는 의약품에 관해 다국적 제약사가 한국의 특허권을 획득하여 행사하던 일부 사례가 여기에 해당할 수 있다.

91) 미국에서도 논란 자체는 있었지만 실제 규제까지는 내려지지 않았던 마이크로소프트(MS)의 익스플로러 검색엔진 끼워팔기, 구글의 검색결과 제시방식이 유럽연합에서는 반독점적 제재를 받았던 것이 좋은 예이다. 이와 관련하여 Joe Wilcox, "Google's antitrust defense sounds like Microsoft's" (2011. 6. 25.), <<http://betanews.com/2011/06/25/google-s-antitrust-defense-sounds-like-microsoft-s>> 참조.

럽연합의 가풍에 가까운 면이 있었다. 이런 가풍이 앞으로도 타당한지는 심각한 검토가 필요하겠지만 어쨌든 그러하기에, 당장은 지적재산권 보호가 여러 면에서 미흡하여 표면화되고 있지 않을 뿐, 앞으로 한국에서 지적재산권 보호가 더욱 숙성하여 시장을 지배하는 수준에 이른 지적재산권 독점이 속속 출현하게 되면 그에 대한 한국 경제법의 발동 사례가 확연히 급증할 것임은 어느 정도 분명하다.⁹²⁾

이렇게 사촌 사이에 다툼이 벌어진다고 할 때 지적재산권 3형제 중 경제법과 가장 자주 다투게 될 주체는 특허법이다. 저작권법의 경우, 특허제품과 달리 저작물을 가령 복제 등의 방법으로 침해하는데 별다른 기술적(技術的) 장벽(障壁)이 존재하지 않는 점, 가령 인터넷을 통해 전송하는 방법으로 침해가 이루어질 수 있는 것처럼 권리의 무형적(無形的)인 성격이 더욱 강하여 침해에 더욱 취약한 점, 아이디어가 아닌 표현만을 보호한다는 저작권의 본질상 타인이 그 표현만을 비교적 쉽게 우회할 수 있다는 점 때문에 시장에서 독점적 지위를 얻기가 특허보다 한층 어렵다. 그래서 저작권에 관해 의미 있는 반독점 사례⁹³⁾는 지적재산권 보호가 극도로 충실한 미국과 같은 국가에서나 간혹 등장할 뿐이다.

3. 사촌들 사이의 친밀성

가. 쌍방의 존재를 배려한 명문규정의 존재

92) 이런 사례 급증 원인에 관해, 특허권자 등은 종전부터 보다 공격적으로 시장정책을 펼치고 있고 정책당국 역시 시장지배적 지위에 있는지 여부, 그것을 남용하는지 여부를 판단할 테크닉을 세밀하게 개발해왔기 때문이라는 설명은 Steven Anderman & Ariel Ezrachi, *op. cit.*, p. 5.

93) 가령 방대한 분량의 도서스캔 서비스인 구글북(Google Book)과 관련하여 반독점 혐의가 제기되어 결국 좌절되었던 것이 그 예이다.

지적재산권법과 경제법은 자본주의 체제에서의 독점을 다룬다는 공통점이 있는 이상 서로 불가피하게 만나지 않을 수 없는 관계이다. 그 때문에 한국에서도 두 법은 상대방의 존재를 인식한 명문 규정을 두고 있다. 지적재산권⁹⁴⁾에 의한 ‘권리의 정당한 행사’에는 공정거래법을 적용하지 않겠다는 요지의 공정거래법 제59조⁹⁵⁾와 불공정거래행위로 판정된 사항을 시정하기 위해 이루어지는 특허권 강제실시(強制實施)에 관한 특허법 제107조 제1항 제4호가 그것이다.

나. 경제법과 법리적으로 가장 가까운 부정경쟁방지법

특허권은 특허제품의 대체제를 쉽게 발견하기 어렵다는 특징 때문에, 앞서 설명한 저작권은 물론 상표권과 비교하더라도 상대적으로 경제법이 경계하는 시장지배적 지위를 획득하기가 가장 용이한 지적재산권이다. 그 때문에 특허법은 성질상 경제법과 충돌할 가능성이 가장 많고, 특정 분쟁사례에서 특허침해 문제와 반독점(한국 경제법 상으로 ‘시장지배적지위의 남용’) 문제가 함께 등장하는 경우가 외국에서는 드물지 않다.⁹⁶⁾ 그러나 이것은 특허법이 지적재산권법 중에

94) 참고로 공정거래법 제59조의 조문제목은 ‘무체재산권’이라고 규정하고 있는바, 이것은 한국에서 그동안 ‘무체재산권’이란 통칭에 같음하여 지적 소유권, 지적재산권, 지식재산권 등이 순차로 등장하였던 상황을 미처 반영하지 못한 결과이므로 시정이 필요하다고 사료된다.

95) 뿐만 아니라 더 구체적으로는 ‘지식재산권의 부당한 행사에 대한 심사 지침’(2013. 3. 21. 일부개정, 공정거래위원회 예규 제17280호) 참조.

96) 가령, 최근 한국 전체의 큰 관심을 끌었던 삼성전자 대 애플의 특허전쟁에서, 당초 출발점은 특허권 분쟁이었다. 하지만 싸움이 확대된 결과 현재 삼성전자가 애플을 제압하는데 이른바 경제법 상의 프랜드(fair, reasonable, and non-discriminatory terms, FRAND) 법리, 즉 표준특허권을 가진 자라면 누구에게나 공정하고 비차별적으로 실시허락을 제공할 구속을 받는다는 법리가 큰 제약으로 작용하고 있다. 이 문제를 다룬 쟁송 중 하나로는 Apple Inc. v. Samsung Electronics Co., Ltd.

서도 경제법과 가장 긴장관계에 있기 때문일 뿐, 특허법의 법리 자체가 경제법의 그것과 가깝다거나 친하다고는 할 수 없다. 이들 사촌간에 자주 싸우는 모습을 타인이 입소문으로 옮김에 있어 ‘둘이 자주 어울렸다’고 설명하게 되면 제3자에게는 마치 둘이 친한 것처럼 오해를 부를 수 있는 것이다.

그러지만 한국 지적재산권법 안의 다른 법률들을 살펴보자면, 아직 주목받지는 않고 있으나, 법의 외형이나 그 기본법리 측면에서 경제법과 정말 가까운 규범이 존재한다. 다름 아니라 세칭 부정경쟁방지법이라 약칭되는 ‘부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률’이 그것이다. 한국의 부정경쟁방지법은 제1조의 목적에서 “(다양한 형태의 부정경쟁행위를 방지하여; 筆者註) 건전한 거래질서를 유지함”을 지향하므로 각 제1조에서 예외 없이 특허권·저작권·상표권과 같은 권리보호를 언급하고 있는 나머지 지적재산권 법률들과 차이가 있다. 오히려 “(독점이나 불공정 거래행위 등을 규제함으로써; 筆者註) 공정하고 자유로운 경쟁을 촉진”하겠다는 목적을 선언한 한국의 경제법(여기서는 독점규제 및 공정거래에 관한 법률) 제1조와 맥락이 닿는다고도 볼 수 있다. 그 구체적 내용에 있어서도 흔히 부정경쟁방지법과 나란히 취급되는 상표법이 특허법·저작권법과 마찬가지로 상표권이라는 배타적 권리를 적극적으로 부여하는 방식을 취함에 비하여, 부정경쟁방지법은 타인의 부정경쟁행위에 대하여 소극적으로 금지청구 등을 구할 수 있는 지위를 부여할 뿐이다. 거기에 그칠 뿐 그런 지위를 일정한 존속기간을 가진 권리로 인정함으로써 양도가 가능하게 하는 방식으로 보호하고 있지는 않다. 더 나아가 아직 한국에서는 거의 활용되고 있지 않지만 부정경쟁행위를 공적기관이 조사하고 시정권고를 할 수 있다는 조항(동법 제7조 내지 제9조)은

{2012 WL 1672493 (N.D.Cal. May 14, 2012)} 참조.

현재 활발하게 활용되고 있는 경제법의 비슷한 조문들을 연상하게 한다.

독일에서는 부정경쟁방지법(UWG, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb)을 경제법의 일부로 취급하고 있고, 부정경쟁방지법상에 일반조항을 두어 폭넓게 부정경쟁행위 일반을 규제하고 있다. 반면 미국에서는 보통법으로부터 발달해온 부정경쟁방지법이 경제법과는 별다른 관련이 없다. 한국에서는 일본의 입법방식을 따랐는데, 이것은 대체로 미국의 취급방식에 따라 부정경쟁방지법을 운영하고 있는 것이다.

그런데 독일에서와 마찬가지로 한국에서도 부정경쟁방지법을 경제법의 일환(一環)으로 통합하는 것이 합리적이라는 주장이 개진되고 있다.⁹⁷⁾ 그 주장을 옮기자면 우리가 본받았던 일본 부정경쟁방지법은 사실 일본에서 급하게 국제조약의 요청을 자국법 안에 수용하느라 지적재산권법 안에 넣는 잘못된 체계를 전제로 입법된 것이라는 설명으로, 한국에서도 마찬가지로 지적재산권법의 일부로 잘못 인식되고 있고 나중에는 영업비밀 보호조항까지 넣게 되자 이런 경향이 더욱 심화되었다는 것이다. 그 주장의 당부까지 여기서 검토하지는 않는다. 다만 필자가 환기하고 싶은 사실은, 앞에서 설명한 대로 부정경쟁방지법의 성격 안에 경제법과 친숙한 면이 있다는 점, 장차 부정경쟁방지법상에 일반조항(一般條項)을 신설하자는 일각의 견해⁹⁸⁾와 관련하여 만일 그 견해대로 입법이 될 경우 한국 부정경쟁방지법의 전체적 성격이 종전보다 한층 경제법의 그것에 가까워질 것임을 유념할 필요가 있다는 점 등이다.

97) 정호열, 『경제법』 제2권, 박영사(2008), 22-23면, 55-56면.

98) 이런 움직임의 하나가 2011. 9. 16. 김성조 의원 등 10인이 제안하였던 부정경쟁방지법 개정안이었다. 여기서는 제2조 제1호 차.목으로 “그 밖에 영업주체가 시장에서 거래를 함에 있어서 건전한 거래질서를 저해하는 행위”를 규정하려 하였지만 좌절되었다.

VII. 여타 법률 분야들과의 관계

1. 서

이상까지 필자는 한국 지적재산권법과 한국 민법, 상법, 헌법, 행정법, 경제법과의 관계를 순차로 분석하였다. 후자의 규범들은, 한국 지적재산권법의 모습을 제대로 이해하는 데 반드시 알아야할 위치에 있는 것들이거나 혹은 지적재산권법과의 상호관계를 쟁점별로 다루었던 선행문헌들에서 간과된 쟁점들을 포함하고 있는 것들이었다.

그렇지만 민법, 상법, 헌법, 행정법, 경제법이 아니더라도 한국법 안에서 지적재산권법과 교차하는 여러 법률 영역이 존재한다. 논의의 실익이 상대적으로 적다고 보아 이상의 설명에서 제외하였을 뿐 여타 법률들과의 관계 역시 한국 지적재산권법이 건전하게 발전하는데 경우에 따라 요긴하다는 점에서 일정한 언급이 필요하다.

2. 여타 법률들과의 관계에서의 쟁점

가. 한국 형법과의 관계

우선 한국 형법(刑法)과의 관계이다. 이것은 특허법·상표법·저작권법 등 한국 지적재산권 법률들의 말미에 거의 예외 없이 형사처벌 조항이 존재하는 까닭에 가장 먼저 눈에 띄는 것이다. 이것들은 친고죄(親告罪) 여부와 관련하여 상표법과 같이 비친고죄로 규정된 경우, 특허법과 같이 친고죄인 경우, 저작권법과 같이 원래 친고죄였다가 점차 비친고죄 비중을 늘려가고 있는 경우⁹⁹⁾ 등으로 일단 나누어 볼 수 있다.

99) 이것은 한·미 자유무역협정(제18.10조 제27의바항)에서의 요청 등에 따른 것이다.

지적재산권법 영역의 경우 민사적 손해배상청구가 그 손해입증의 현저한 어려움으로 인하여 실효성이 낮았던 까닭에 오랫동안 일단 형사고소를 진행한 다음 고소를 취하하는 대가로 합의금을 징수하는 관행이 존재하여 왔다. 바꾸어 말하면 지적재산권 침해로 인한 손해배상 청구에 갈음하여 금전적 전보를 받는 현실적 대안으로 형사처벌 조항이 활용되어 왔다. 그렇더라도 형사처벌 조항의 존재만으로 지적재산권법이 다른 법률 영역보다 형법과 본질적으로 더 가까운 지위에 있다고는 보기 어렵다. 환언하여 지적재산권법이 실효성 있는 규범이 되는데 민사적 집행수단은 반드시 구비되어야 하지만 형사적 처벌은 필수불가결한 관계에 있지 않다. 가령 미국의 경우 저작권법·상표법에서와 달리 특허법에는 아예 형사처벌 조항이 존재하지 않는다.¹⁰⁰⁾

한국 지적재산권법 내의 형사처벌 조항은 그 적용대상이 지나치게 광범위하다는 점에서 특히 행정법 영역을 중심으로 형사처벌 조항이 범람하는 현상의 한 단면에 불과하다고 사료된다. 어쨌든 한국의 실무에서 지적재산권법 문제에 관해 형사법규의 적용문제가 거론되는 것은 주로 저작권법이나 상표법 관련 사건들이다. 이것은 아무래도 특허권의 경우 침해 여부의 판단이 어려운 까닭에 형사처벌 절차가 진행되는 사건수 자체가 많지 않은 데 영향을 받은 것이다.¹⁰¹⁾

100) 미국의 지적재산권 집행을 위한 민사 및 형사적 수단을 잘 정리한 최신자료로는 Brian T. Yeh, “Intellectual Property Rights Violations: Federal Civil Remedies and Criminal Penalties Related to Copyrights, Trademarks, and Patents”, *US Congressional Research Service* 7-5700 (December 13, 2012)을 참조할 것. 특허권침해에 형사처벌이 결여되었다는 점은 위 보고서 3면 및 목차 참조.

101) 가령 2010년 한 해 동안 저작권법 위반 형사사건 수(검찰행정통계 기준)는 29,876건이었음에 반하여 특허법 위반 형사사건 수는 804건에 불과하였다. 이는 대검찰청, 검찰연감 2011년도, (2011. 10.) 참조.

나. 그 이외의 법률들과의 관계

한국 민사소송법(民事訴訟法)과의 관계도 무시할 수 없다. 한국 민사소송법은 지적재산권에 관한 특별재판적 규정¹⁰²⁾을 두고 있고, 더 나아가 지적재산권의 관할에 관해서는 특허법원으로서의 침해소송 관할집중이 2012년 현재 국가지식재산위원회에 결정되어 추진되고 있다.¹⁰³⁾ 아울러 한국에서 지적재산권이 실효성 있는 권리가 되는데 있어 아직 실제 보호수준이 많이 못 미친다고 지적받고 있는데 이런 보호수준 고양을 위해서라도 한국 민사소송법의 조력이 필수적이다. 이런 사정들 때문에 양법의 관계는 점점 더 긴밀해질 것이다.

한국 노동법(勞動法)과는 마치 앞서 경제법과의 관계에서처럼 대립이 드러나기도 한다. 가령 종업원의 전직금지(轉職禁止) 조항에 관해 한국 노동법의 시각이라면 직업선택의 자유를 폭넓게 보장하기 위해 이를 최대한 제한하려는 방향일 것이다. 하지만 한국 지적재산권법에서는 심지어 사용자가 그런 조항을 종업원과 미리 합의하지 않았더라도 영업비밀 보호를 위해 불가피한 상황이라면 부정경쟁방지법 상의 금지청구권 행사의 일환으로 전직금지를 인정하려 한다.¹⁰⁴⁾ 이런 대립을 현실에서 한국의 법원이 각 사건마다 조정하고 있는 셈이다. 종업원이 발명이나 창작을 하였을 경우 그 결과물의 귀속에 관해서도 노동법적 고려를 중시하면 사용자의 권리개입을 가급

102) “제24조(지식재산권 등에 관한 특별재판적) 지식재산권과 국제거래에 관한 소를 제기하는 경우에는 제2조 내지 제23조의 규정에 따른 관할 법원 소재지를 관할하는 고등법원이 있는 곳의 지방법원에 제기할 수 있다.”

103) 국가지식재산위원회 제7차 회의 보도자료(2012. 12. 12.자) 참조. 특허 침해소송 1심의 경우 서울중앙지법과 대전지법의 2곳으로 집중하고, 항소심의 경우 특허법원 한곳으로 집중한다는 복안이라고 한다.

104) 대법원 2003. 7.16.자 2002마4380 결정 참조.

적 제한하려는 방향으로, 지적재산권법적인 고려가 중시되면 발명진흥법이 우회적으로 유효함을 긍정하고 있는¹⁰⁵⁾ 예약승계 조항이나 저작권법상 업무상 저작물 조항에서처럼 사용자에게 일정부분 권리가 귀속되게 함으로써 그의 향후 자본투자를 계속 유도하는 방향으로 논의가 진행되게 된다. 물론 노동법적 시각이라고 후자의 방향을, 지적재산권법적 시각이라고 전자의 방향을 완전히 도외시하는 것은 아닐지라도 각각의 논의에서 강조하는 측면이 다른 것은 분명하다.

또한 지적재산권의 국제적 확산이 국가 간의 1:1 개별협상을 통하기도 하지만 가령 파리협약이나 베른협약과 같은 국제조약을 통하는 경우 국제법(國際法)과 지적재산권법의 접점이 생긴다. 그와 비슷하게, 선진제국은 통상 문제를 지적재산권 보호와 결부시키는 방법, 즉 선진국들의 시장에 접근하려면 그들이 요구하는 수준의 지적재산권 보호를 일단 개발도상국 스스로가 입법하도록 요구하는 방법을 자주 동원하여 왔으므로 한국의 지적재산권법도 WTO Trips 협정이나 최근의 각종 자유무역협정에 이르기까지 국제통상법(國際通商法)과의 현실적인 관련성이 증가하고 있다. 뿐만 아니라 지적재산권 산물의 국제적 이동이 상당히 활발한 상황이라 지적재산권법과 국제사법(國際私法)의 관계도 주로 저작권법을 중심으로 한국에 등장하고 있다.

VIII. 결 론

이 글은 ‘한국 지적재산권법이란 무엇인가’에 관해 다룬 3부작 중 마지막 글이다. 이상의 고찰을 통하여 필자는, 한국 지적재산권법에 대한 한국의 민법·상법·헌법·행정법·경제법 등의 관계가 마치

105) 발명진흥법 제10조 제3항 참조.

대가족(大家族) 제도 하에서 특허법·상표법·저작권법으로 이루어진 지적재산권법 3형제에 대한 어머니·아버지·할아버지·삼촌·사촌 동생의 지위에 비유하여도 전혀 손색이 없음을 논증하였다.

한국 민법은 지적재산권법 해석에의 도움을 줄 뿐만 아니라 현실적으로도 한국 지적재산권법 연구자의 훌륭한 공급원이 되었다는 점에서 마치 어머니와 같다. 지적재산권법 3형제 중에서도 저작권법은 저작인격권을 긍정하는 한편 저작권자와 민법상 소유권자의 충돌이 생겼을 경우 저작권자가 양보하도록 곳곳에서 조정하는 등 어머니의 말씀을 가장 잘 따르는 자녀라고 할 수 있다. 하지만 지적재산권법 3형제 모두 외국인의 권리능력에 관해 어머니 민법과는 다른 원칙을 명시하고 있고, 일부에서는 최근 법정손해배상을 도입함으로써 민법의 실손해배상 원칙을 부정하는 등 어머니의 원칙에 반발하기도 한다. 아울러 퍼블리시티권을 둘러싼 민법학자와 지적재산권법학자 사이의 논란에서 알 수 있듯이 어느덧 성인으로 커버린 지적재산권법이 이제는 어머니 법이 취급하였던 영역을 자신의 영역 안으로 떼어 오려는 모습도 보이고 있다.

한국 상법은 입문자가 보기에 한국 지적재산권법과 조문 한 두 개 외에는 별다른 접점이 없다. 하지만 필자가 이를 아버지라 칭하는 것은, 마치 가부장 제도 하의 아버지가 그러하였듯이, 입문자가 공부를 마치고 실무에서 지적재산권법을 활용하려 할 경우 현실의 지적재산권 보유자 대부분이 상법상 주식회사이거나 상인이라는 점 때문에 불가피하게 상법상의 문제가 다방면으로 개입된다는 사실, 아울러 쉽게 눈에 띄지는 않지만 막대한 시간과 자본이 투자되는 현대사회의 지적재산권 산물은 대부분 상법상 주식회사와 같은 위험분산 제도를 통한 자본집중이 이루어져야 가능하다는 사실 때문에 그러하다. 실제로도 한국의 많은 기업들이 한국 지적재산권법의 실질적 대상인 발

명 등의 창출과 활용에서 결정적 기여를 하고 있다.

한국 헌법을 할아버지로 여기는 것은, 단지 그것이 한국에서 최고 규범이라는 이론적 차원이 아니라, 가령 구 특허법 제186조 제1항의 위헌판결을 통하여 특허법 분야에서 법조인의 활약을 비약적으로 증가시키는 등 한국 지적재산권법의 중요국면마다 최고의 권위 있는 호령으로 큰 영향을 주었기 때문이다.

한편 한국 행정법은 한국 지적재산권법에게 마치 삼촌과 같다. 비록 사권(私權)을 취급하는 후자와 달리 한국 행정법은 공법(公法) 영역에 위치한다는 차이가 있지만, 다음과 같이 긴밀한 관계에 있기 때문이다. 특허권을 위시한 산업재산권법의 창설에서 특허청이라는 국가기관이 출원·심사 절차 및 사후 심판이라는 여러 과정에 걸쳐 막중한 역할을 수행하는 점, 형식적 의미의 법률뿐 아니라 하위의 위임 입법이 실질적으로 중요한 비중을 차지하기도 하는 모습이 두 법률 영역 간에 서로 비슷한 점, 과학기술행정법(科學技術 行政法)이라고 통칭할 수 있는 다양한 행정규범들이 현재 한국의 지적재산권 산물이 만들어지고 널리 쓰이는 데 조력하고 있다는 점에서 그러하다.

한국 지적재산권법과 한국 경제법 사이의 관계는 최근 집중 조망되고 있는 부분이다. 사권(私權) 보호에 초점을 둔 지적재산권법과 달리, 경제법은 행정법의 영향을 한층 강하게 받을 뿐 아니라 공적 규제(公的 規制)를 주로 동원하는 공법이라는 차이가 있다. 그렇지만 그런 차이에 불구하고 양자 모두 자본주의체제 하에서의 독점 문제를 다룬다는 공통점도 존재한다. 그런 차이와 공통점을 함께 고려할 때, 양법의 관계는 서로 다른 일가(一家)에 속하지만 비슷한 젊음을 가진 사촌 관계에 비유할 수 있다. 경제법이 단지 등장시기에서 다소 늦었으므로 사촌동생에 해당할 것이다. 그런데 다른 나라에서와 마찬가지로

가지로 한국에서도 지적재산권법과 경제법은 독점을 바라보는 근본적인 출발점이 다르다는 점에서 기본적으로 긴장관계에 있다. 실제 분쟁사례에서 경제법 문제와 충돌하여 자주 등장하는 것은 지적재산권법들 중 특허법이지만, 잘 알고 보면 법리의 내용 면에서 경제법의 그것과 가장 가까운 것은 사실 부정경쟁방지법이다.

이상에서의 필자 분석처럼 굳이 하나의 글에서 한국 지적재산권법과 한국의 다른 법률들과의 관계를 일괄하여 살핀 것은, 무엇보다 한국 지적재산권법의 시각을 기준으로 그 주변의 다른 법률들이 각각 어디쯤 위치하고 있는지를 상관관계(相關關係) 속에서 찾아볼 수 있었기 때문이다. 이것이 이 글의 가장 큰 특징이며, 앞서 대가족에 비유한 여러 예시를 통하여 한국 지적재산권법의 시각을 중심으로 한 상관관계를 분석하였다.

거기에 덧붙여, 다른 통합적 분석에서와 마찬가지로 비교대상이 될 만한 것들을 나란히 두고 한 번에 일괄 분석할 때라야 비로소 획득할 수 있는 이점(利點)이 존재한다. 그것은, 가령 지적재산권법과 민법의 관계 혹은 지적재산권법과 경제법의 관계와 같이 특정 쟁점을 세밀하게 연구한 선행문헌들과 다르게, 전체적 흐름에 대한 통찰이 가능하다는 것이다. 그런 면에서 이 글의 분석에서 얻어진 통찰은 첫째 한국 지적재산권법이 놀랍게 팽창하여 왔다는 점, 둘째 그런 팽창의 전제가 다름 아니라 자녀 혹은 조카 또는 손자를 응원하고 키워준 민법·상법·헌법·행정법의 도움이 있어서야 가능했다는 점, 셋째 이런 경향에서 예외처럼 보이는 것이 한국 경제법과의 관계로서 여기서는 오히려 사촌동생인 경제법이 한국 지적재산권법의 일정한 희생 내지 협력을 요구하고 있다는 점 등이다.

첫 번째 통찰과 관련하여, 한국 지적재산권법과 한국의 다른 법률

들과의 관계를 일람하여 보는 과정에서 공통적으로 드러나거나 적어도 분명히 암시된 것은 한국 지적재산권법이 계속 팽창(膨脹)하고 있다는 사실이다. 한국의 모든 법률 영역이 모두 시간의 흐름에 따라 발전과 확장을 거듭하여 온 만큼, 필자가 말하려는 것은 한국 지적재산권법이 한국법(韓國法)이라는 대가족 안의 다른 구성원들과 비교하여서도 상대적으로 팽창하여 왔다는 의미이다. 그런 추세가 한동안 계속될 것으로 보인다는 점에서 한국 지적재산권법이 한국법 안의 특정한 법률 영역에 그치지 않고 아예 기본법(基本法)의 하나로 언급될 날도 멀지 않았다는 낙관적 전망까지 해볼 수 있다. 이런 과정에서 한국 지적재산권법은 한국법 안에서 다른 법률(헌법 포함)과 협력하는 관계는 물론 경우에 따라서는 대립하거나 혹은 아예 상대방 법률의 영역을 새로 옮겨와 흡수하는 것도 마다하지 않는 형상이다. 가령 어머니 민법이 아끼고 키워온 퍼블리시티권 등 대상을 떼어내어 한국 지적재산권법의 대상으로 넘겨받으려 하면서 팽창을 시도하거나 어머니가 세워온 자연인에 대한 권리능력 부여 혹은 실손해배상 등의 원칙에 반발하면서 대립하기도 한다. 비슷하게, 점점 중요해지는 아버지 상법의 지도에 따라 지적재산권 창출이나 거래를 활성화하려는 단계에 있으며, 과거 할아버지 역할을 톡톡히 하였던 헌법 덕택에 수립된 특허법원과 대폭 증가된 관련 법조인의 활약을 바탕으로 특허법 등에서 종전에 없이 많은 판례를 쏟아내며 도약을 하려고 있다. 그리고 한국 지적재산권법은 어엿한 사권으로 독립한 데 그치지 않고 이제 한국 행정법의 조력을 받아 지적재산권 창출·활용의 붐을 한국에 조성하려고 한다. 물론 지적재산권법에 헌신하고 있는 종사자들에게는 한국 지적재산권법의 팽창이 결코 나쁜 소식일 수 없겠다. 하지만 잊지 말아야 할 것은 한국 지적재산권법도 어디까

지나 한국법의 일부일 뿐이라는 기본 전제이다. 이것은 바로 아래 두 번째 통찰과 관련되므로 뒷부분에서 다시 부연한다.

두 번째 통찰은 한국 지적재산권법의 팽창이 그동안 가능했던 것은 상당부분에서 자녀 혹은 조카 또는 손자에 해당하는 한국 지적재산권법을 낳아주고 키워주거나 응원해준 민법·상법·헌법·행정법의 도움이 있어서야 가능했다는 점이다. 가령 만일 어머니 민법의 도움이 없다면, 아직도 외국과의 협상에서 약속한 내용을 이행하느라 급하게 입법된 까닭에 조문 자체부터 흠이 많은 한국 지적재산권법은 해석론(解釋論)이라는 오묘한 힘을 빌려 그 흠을 극복할 근거를 얻지 못했을 것이고, 해방 이후 비교적 최근까지 항상 극심한 인력부족에 시달려온 지적재산권법 분야에서 신규의 연구자를 지속적으로 지원받을 기회를 갖지 못했을 것이다. 만일 아버지 상법이 아니라면 한국 지적재산권법은 철저하게 강학상 언어유희(言語遊戲)에 그칠 뿐 실무에 나가서는 아무런 쓸모를 인정받지 못하였거나 혹은 가끔 질시 어린 동경의 대상이 되기도 하는 외국의 현실이 언젠가 아버지의 지도하에 한국의 미래가 될 것이라는 꿈을 감히 꾸지 못할 것이다. 마찬가지로 할아버지 헌법의 도움이 없었다면 가령 특허법원 등의 신설을 통해 법조인이 특허법 등에서 비약적으로 활약하는 기회는 애당초 생기지 않았을 것이다. 삼촌 행정법이 없었다면 과거 특허법 등에서 권리 창설과 관련한 제도 운영의 토대가 제대로 마련되지 못하였을 것임은 물론, 한국 지적재산권법이 현재 과학기술행정의 산물이기도 한 지적재산권 성과물을 풍부하게 보유할 것을 기대하기는 무리일 것이다. 이런 고마운 도움들을 한국 지적재산권법이 잇을 수 없다. 필자가 여기서 한국 지적재산권법이 한국의 민법·상법·헌법·행정법 등에게 빚진 것을 어떻게 각각 되갚을 수 있을지 아주

구체적으로 제안하는 것은 주제넘은 짓이자 무리이다. 하지만 기본적인 방향만큼은 굳이 언급하지 않더라도 분명하다. 그것은 위에서도 언급하였지만 한국 지적재산권법 종사자들로서는 자신들이 헌신하는 한국 지적재산권법이 한국법(韓國法)의 일부라는 점을 잊지 말아야 한다는 점이다. 설 새 없이 팽창하고 있는 한국 지적재산권법의 여러 문제를 급하게 해결하다보니 특정 이슈에 관해, 이미 한국의 다른 법률 영역에서 먼저 확립한 기존 논리와는 충분히 비교하지 못한 채, 한국 지적재산권법 스스로의 힘만으로 풀어나가려는 경우가 있다. 그런데 한국 지적재산권법이 아직 법리(法理)에서 완전히 독립된 자족적(自足的)인 논리체계는 아니라는 한계 때문에, 한국 지적재산권법 스스로의 힘이란 실제로는 일본이나 미국 등에서 그들 지적재산권법의 논리로 제시된 내용을 한국에 그대로 답습하는 것에 불과한 때가 왕왕 존재한다. 필자는 이 점을 지적하려는 것이다. 정리하자면 한국의 다른 법률들이 준 고마움을 갚는 기본적인 방향은 다른 아니라 한국 지적재산권법의 장차 운영에 있어 외국 지적재산권법의 논리에 너무 주목하기보다 한국의 다른 법률들의 앞선 제시내용, 그것들이 빚어내는 한국 나름의 총체적 상황이 더 중요함을 잊지 않는 것이다.

세 번째 통찰과 관련하여, 필자가 앞서의 설명에서 한국 지적재산권법에 도움을 준 법률들을 열거하며 굳이 한국 경제법을 포함시키지 않은 것은 경제법으로부터의 도움이 없어서라기보다 경제법과의 ‘색다른’ 관계를 강조하기 위함임을 먼저 말하고 싶다. 여기서 색다르다고 표현하는 것은 다른 법률들은 공통적으로 지적재산권법보다 먼저 존재하면서 후발주자인 지적재산권법이 그 도움을 받았던 관계이지만, 경제법과의 관계에서는 오히려 그것이 역전되는 현상이 있기 때문이다. 이런 관계의 역전을 통하여 한국 지적재산권법 종사자가 앞서 한국의 민법·상법·헌

법·행정법과의 맺었던 관계에 대해 다시 한 번 역지사지(易地思之)로 생각해볼 기회를 얻었다고 본다. 가령 한국 경제법의 시각에서는, 1961년 제정 이래 수십 년 동안 적어도 한국 지적재산권법 시각에서는 그 영역의 일부라는 점에 한 치의 의심도 제기되지 않았던, 부정경쟁방지법을 향후 경제법의 일부로 전환하자는 제안을 하고 있다. 이것은 마치 뒤늦게 등장한 한국 지적재산권법에서 한국 민법이 오랫동안 간직해온 대상을 퍼블리시티권의 영역으로 떼어 오려고 하는 것과 적어도 외형상 동일한 양상이다. 물론 필자는 지적재산권법 전공자라서 그럴지 몰라도 퍼블리시티권에 관해서는 한국 지적재산권법이 규율해야 타당하다고 생각함은 앞서 밝힌 바이지만, 여기서 굳이 위와 같은 2가지 비슷한 사실, 그러나 한국 지적재산권법이 처한 이해관계는 정반대인 사실들을 대조하는 이유는 다음과 같다. 먼저, 이런 대조를 통하여 앞으로 더욱 팽창해나갈 한국 지적재산권법의 앞날에 비슷한 다툼이 다시 생겼을 때 역지사지를 할 가능성이 더 커질 수 있다는 점이다. 한국 지적재산권법 종사자인 우리보다 경우에 따라서는 더 오래 해당 영역을 지탱해온 상대방 종사자들의 입장에 설령 쉽게 동의하지는 못하더라도 적어도 더 이해할 수 있는 계기가 역지사지를 통하여 마련될 수 있을 것이다. 다음으로, 급격히 팽창해온 한국 지적재산권법 종사자들이 상대적으로 이런 문제에 더 자주 직면하는 것일 뿐 한국법(韓國法)의 일부를 지탱하는 다른 법률들 사이에서도 비슷한 다툼이 간혹 생기는 바, 이들에게도 이런 대조가 좋은 간접경험을 줄 수 있으리라 본다. 요컨대 한국법의 서로 다른 법률영역 종사자들 사이에서 특정 대상을 둘러싼 다툼 혹은 선의의 경쟁이 진행되는 과정에서 각 법률 종사자가 서로 대립되는 소견을 피력하고 반대당사자의 의견을 청취함에 있어 한국법(韓國法)이란 큰 울타리 속에서의 상호간 대화와 협조라는 기본적 틀만큼은 잊지 말자는 것이다.

■ abstract ■

The relationship between Intellectual property law and other laws in Korea

Jun-seok Park*

This article is the last part of a trilogy on 'what is Korean intellectual property law'. In this article, the relationship of civil law, commercial law, constitutional law, administrative law and antitrust law in the Korea to Korean intellectual property law are compared respectively to the relationship of mother, father, grandfather, uncle and cousin to IP three brothers (patent, trademark and copyright).

The mother of IP three brothers, civil law, has provided not only theoretical basis for sound interpretation of Korean IP law but also human resources for research of the law. Among three brothers, Korean copyright law is closest to their mother. But, in the whole perspective of the three brothers, there are growing rebellions against their mother such as introduction of statutory damage system and territorial disputes over the right of publicity. Korean commercial law is often misunderstood as having almost nothing to do with Korean IP law because the statutory clauses of the two laws are having rare connection with each other. However, given the facts that the entities who own and exercise intellectual property rights in most cases are nothing but corporations established by Korean commercial law and such corporations have made the most significant effort to produce intellectual property in Korea by concentrating and centralizing capital, Korean commercial law is nothing

* Associate Professor, School of Law, Seoul National University

less than the father who gave a birth to Korean IP law and has brought it up. Similarly, Korean constitutional law as a grandfather of Korean IP law has given authoritative instructions including crucial contribution to the birth of the Korean Patent Court. The reason why Korean administrative law is like an uncle to Korean IP law would be that the former law has been deeply involved in the registration process of intellectual property for creation of the rights in the private law even though the former law itself is in the public law and administrative law of science & technology today plays an important role indirectly in the creation of intellectual property. Finally, the relationship of cousins shall be used as a metaphor for the relations between Korean IP law and Korean antitrust Law because the two laws are commonly dealing with monopoly under capitalism while each law belongs to different category, private law and public law. Korean antitrust Law is likely to conflict with Korean patent law in near future. On the contrary, Korean antitrust law and Korean Unfair Competition Prevention Act are so close to each other in their legal principle that they could arguably be classified as the same type of laws by some assertors.

Through the metaphor of a big family as above, this article tries to reveal the correlation and relative position of other laws surrounding Korean IP law under the same roof, the whole Korean law. Furthermore, by this integrated observation, this article also shows some important points as below: Korean IP law has been relatively rapidly expanding even among the growing Korean laws, the main reason for such expansion is big helps from Korean civil law, Korean commercial law, Korean constitutional law and Korean administrative law, the sound attitude to return such favors from other Korean laws is not to forget that we should focus rather on prior discussions on the same issue by other Korean laws or a specific situation in our country than too much on a weird logic based upon foreign IP laws.

[참고문헌]

1. 국내문헌

〈국내도서〉

곽윤직 대표편저, 「민법주해 I」 및 「민법주해 IV」, 박영사(1992)

곽윤직·김재형, 「민법총칙」(제8판), 박영사(2012)

대검찰청, 검찰연감 2011년도, (2011. 10.)

송옥렬, 「회사법」, 홍문사(2011)

정상조·박성수 공편(共編), 「특허법 주해 上」, 박영사(2010)

정호열, 「경제법」(제2판), 박영사(2008)

특허청, 2011년 지식재산백서, (2012. 4.)

홍정선, 「행정법 특강」(제12판), 박영사(2013)

〈국내논문 등〉

권영준, “저작권과 소유권의 상호관계 -독점과 공유의 측면에서-”, 경제규제와 법(제3권 제1호), 서울대 공익산업법센터(2010. 5.)

권태상, “퍼블리시티권의 이론적 구성에 관한 연구 -인격권에 의한 보호를 중심으로-”, 법학박사학위논문, 서울대(2012. 2.)

균제(均齊) 양승두교수 화갑기념논문집 간행위원회, “양승두 교수 연보(年譜)” 및 “헌정사(獻呈詞)”, 현대사회와 법의 발달, 홍문사(1994. 12.)

김재형, “인격권 일반 -언론 기타 표현행위에 의한 인격권 침해를 중심으로-”, 민사판례연구(제21권), 박영사(1999. 7.)

박성호, “지적재산권에 관한 헌법 제22조 제2항의 의미와 내용”, 법학논총(제24집 제1호), 한양대(2010)

_____, “지적재산법의 비침해행위와 일반불법행위 -불법행위법리에 의한 지적재산법의 보완 문제를 중심으로-”, 정보법학(15권 1호), (2011. 4.)

박준석, “무체재산권·지적소유권·지적재산권·지식재산권 -한국 지재법 총칭(總稱) 변화의 연혁적·실증적 비판-”, 서울대법학(제53권 제4호), (2012. 12.)

_____, “한국 지적재산권법의 과거·현재·미래”, 저스티스(통권 136호), (2013. 6.)

- 양창수, “민법의 관점에서 본 지적재산권법 - 저작권침해의 구제수단을 중심으로-”, 정상조 편, 지적재산권법강의, 홍문사(1997. 3.)
- 이상정, “소유권과 저작권의 충돌과 조화에 관한 일고”, 산업재산권(제33호), 산업재산권법학회(2010. 12.)
- 정차호·강현호, “특허청의 착오로 잘못 등록된 PCT 자기지정 특허의 유효 여부”, 상권법학(20권 3호), (2008)
- 최공웅, “특허법원 1년의 회고와 전망”, 지식재산21(통권 제53호), 특허청(1999. 3)
- 한동수, “한국 특허법원의 역할과 과제”, Law & technology(제3권 제6호), 기술과법센터, 서울대(2007. 11)

2. 외국문헌

- Robert P. Merges, Peter S. Menell & Mark A. Lemley, *Intellectual Property in the New Technological Age* (6th Edition), ASPEN (2012)
- Steven Anderman & Ariel Ezrachi, *Intellectual Property and Competition Law -New Frontiers-* (Oxford University Press, 2011)
- Brian T. Yeh, “Intellectual Property Rights Violations: Federal Civil Remedies and Criminal Penalties Related to Copyrights, Trademarks, and Patents”, *US Congressional Research Service* 7-5700 (December 13, 2012)
- Claire Dietz, *Der Werkintegritätsschutz im Deutschen und US-amerikanischen Recht*, 2009
- Claus Ahrens, *Gewerblicher Rechtsschutz*, Mohr Siebeck, 1. Aufl., 2008
- 田村善之, “知的財産法と不法行爲”, Westlawjapan 今週のコラム, シリーズ 第3回 (2008. 3. 31.)