

# 정보화시대의 소유권개념의 재조명

저자: 정상조

발행년도: 1995

문헌: 민법학논총 제이;후암곽윤직선생고회기념

출처: 후암 곽윤직 선생 고회기념논문집 편찬위원회

[32]

## 1. 머리말

소유권의 객체는 무엇인가? 우리나라 민법에 의하면 소유권의 객체는 물건이고 민법상 물건이란 '유체물 기타 관리할 수 있는 자연력'을 말하는 것으로 개념정의되어 있다. 소유권의 개념이 때와 곳에 따라 변천해 온 역사적 개념<sup>1)</sup>이라는 점을 고려해 볼 때, 소유권의 객체가 현행 민법상 정의되어 있는 물건에 한정될 필요가 있는가, 그러한 역사적 배경은 무엇인가, 그리고 소유권의 효력이 미치는 지상 또는 지하의 물적 범위는 무엇인가 등의 의문점들이 제기된다. 특히, 과거에는 주로 농사에 필요한 물이 다툼의 대상이었고 오늘날에는 공업용수 및 생활용수로서의 물과 그러한 물의 원천이 되는 구름 등에 대해서까지 개인간·기업간·국가간 다툼의 대상이 되고 있어서, 동서고금을 통하여 물(수)을 둘러싼 다툼이 계속되어 있는바, 물에 관한 배타적 지배권은 누구에게 있는 것인가 하는 문제가 새롭게 제기되고 있다.<sup>2)</sup>

지적소유권법을 전공하는 필자로서는, 역사적으로 변천해 온 소유권개념이 오늘날의 정보화 시대에 있어서 정보에 대한 배타적 지배권을 둘러싼 다툼에 많은 시사점을 주는 것으로 보인다. 기술과 정보에 대하여 인정되는 지적소유권은 우리나라 민법상 소유권에 포함될 수 없는 개념이지만, 토지 등 유

[33]

형물에 대한 소유권(tangible property right)에 대비하여 기술과 정보 등의 무형물에 대한 무체재산권 또는 지적소유권(intangible property right)의 개념과 보호대상 등을 살펴봄으로써,<sup>3)</sup> 정보화시대를 맞이하여 소유권개념을 재조명해 볼 수도 있을 것이다. 따라서, 본고에서는 소유권이라는 용어를 현행 민법상의 소유권개념 뿐만 아니라 보다 널리 배타적이고 대세적인 지배권을 포괄하는 광의의 소유권(property rights)으로 사용하고자 한다. 특히, 기술과 정보 등 지적 산물에 대한 배타적 지배권을 둘러싼 국가간, 개인간 다툼이 치열해지고 있는 오늘날, 소유권개념을 재조명해봄으로써만 비로소 지적 산물에 대한 배타적 지배권으로서의 지적소유권의 적절한 보호대상과 합리적인 보호범위를 모색할 수 있을 것이기 때문이다. 과거에 유목시대에서 정착농경시대로 발전해 오면서 토지를 특정인의 배타적 지배권의 대상으로 볼 것인가에 관심이 집중된 것처럼, 산업혁명 후 정보화시대로 발전하면서 오늘날 선진국과 선발개도국(한국포함)들은 기술과 지식에 대한 배타적 지배권을 서로 주장하는 치열한 경쟁을 벌이고 있고 그러한 기술과 지식 가운데는 과거의 책 속의 정보 뿐만

아니라 자연계에 존재하는 미생물이나 심지어는 인간의 유전인자 자체에 대해서까지도 특정한 배타적 지배를 인정하려고 하는 경향이 있다.주4)

이하에서는 소유권의 객체에 관한 검토를 배경으로 하여 지적소유권의 객체를 동일한 맥락에서 재조명해보고자 한다.

## 2. 소유권개념의 역사적 고찰

소유권의 개념을 역사적으로 되돌아 보면, 소유권은 사유재산 또는 재산의 사적 소유의 법적 표현으로서 때와 곳에 따라 소유권의 개념과 소유권의 객체 및 소유권의 권리내용은 커다란 변화를 해왔다. 특히, 토지에 대한 소유권은, 유목시대에는 인정될 필요조차 없었지만, 한 곳에 정착하여 농업을 경영하는

[34]

시대에는 절실히 필요하게 된 개념으로서,주5) 생산방식의 변화 및 사회의 수요에 따라서 소유권의 객체와 권리내용이 변화되는 것을 볼 수 있다. 우선, 소유권개념의 역사적 기원을 추적해보기 위하여, 소유권제도에 관하여 일반화되어 있는 법경제학적 분석을 간략히 소개한다.주6)

소유권제도의 기원을 추적해보기 위하여 우선 가상의 협상모델을 소개한다. 예컨대, 아담(A)은 상태가 양호한 1957년 컨버터블 Chevy자동차를 가지고 있고 그 자동차는 아담에게 3,000달러어치의 가치(효용)가 있다고 가정한다. 이 차를 몇년 동안이나 탐내오던 블래어(B)는 5,000달러의 현금을 가지고 있고, 아담의 자동차를 조사해본 후 블래어는 그 차를 소유하고 운전하는 즐거움이 그녀에게 4,000달러어치의 효용이 있다고 생각한다고 가정한다. 이러한 가정하에서 동일한 자동차를 3,000달러만큼의 가치가 있다고 생각하는 아담으로서 그 자동차를 4,000달러만큼의 가치가 있다고 생각하는 블래어에게 3,001달러 이상 3,999달러 이하의 가격으로 판매하려고 할 것이다. 잠재적 매도인의 잠재적 매수인보다 그 차의 가치를 덜 평가하고 있고, 따라서 협상을 위한 여지가 있게 되고, 그 가격은 3,001달러 이상 3,999달러 이하의 어딘가에서 결정되어질 것이다. 합리적인 가격은 아마도 그 둘을 반으로 나눈 3,500달러가 될 것이다.

이러한 상황은 소위 ‘협동적 게임’(cooperative game)이라고 불려질 수 있는데 이는 양 당사자가 상호협동을 통해서 모두 이익을 얻을 수 있기 때문이다. 구체적으로 말하면 그들은 일정한 물자(즉, 자동차)를 이에 대해 가치를 상대적으로 덜 부여하는 자(즉, 아담)로부터 그 가치를 상대적으로 높이 평가하는 자(즉, 블래어)에게 양도할 수 있는 것이다. 이 사안에서 그 물자가 아담에게서 블래어에게로 양도됨으로써 1,000달러의 가치가 창조된 셈이다. 물자를 그것이 더 가치있는 이용자에게 양도함으로써 창조되는 가치는 양 당사자가 나누어 가질 수가 있다. 각자가 얻는 몫은 그 차가 처분되는 가격에 의존하는데, 만약 3,500달러에 그 차가 팔렸다면 각각은 교환에 의해 창조된 가치인 500달러의 균등한 몫을 향유할 수 있다. 그러나 가격에 대한 의견의 불일치가 있거나 협상비용 등 기타의 협동장

[35]

애요인이 생기게 되면 자동차의 매매는 성립될 수 없을 것이다. 이러한 경우를 비협동적 해결이라고 하고, 앞에서 본 협동적 해결과 비교해 볼 필요가 있다. 비협동적 해결에서는 당사자들이 협상에 실패하여 자신들의 현상태를 유지하게 될 것이다. 그렇다면 협동에 실패하

여 얻어지는 모든 가치는 아담의 자동차의 가치인 3,000달러와 블래어가 가지고 있는 돈의 가치인 5,000달러를 합친 8,000달러가 된다.

이와 반대로 협동적 해결(cooperative solution)의 경우에는 블래어가 그녀에게 4,000달러의 가치를 갖는 그 자동차를 소유하게 되고 이와 동시에 양 당사자는 블래어의 돈 5,000달러를 나누어 가지는 것이 된다(예컨대, 아담이 그 자동차의 대가로 3,500달러를 수령한다면 블래어는 그녀에게 4,000달러의 가치를 가지는 자동차와 현금 1,500달러를 갖게 된다). 따라서 협동적 해결의 가치는 4,000달러와 5,000달러의 합인 9,000달러이며 이러한 협동으로 얻어지는 초과이익(surplus)은 협동적 해결의 경우에서 비협동적 해결의 경우를 제외한 것이 된다. 즉, 9,000달러에서 8,000달러를 뺀 1,000달러인 것이다.

위의 협상모델에 관한 분석은 협동이 어떻게 모두에게 이익이 되는 초과이익을 생산하는가를 보여 주고, 나아가 재산권제도의 기원을 이해하는 데에 도움을 주게 된다. 예컨대, 사람들이 있고 토지가 있으며 농업기술과 군사기술이 있으나 법원과 정부가 없는 가상적 세계를 상상해보자. 이러한 가상의 세계에서 사람들은 그들의 생계에 기초가 되는 토지에 대한 도덕적 주장을 할 것이나 정부가 없는 이유로 이러한 주장을 보호하거나 강제할 수 없다. 이러한 소유권 주장은 개인이나 가정 또는 가정들의 연합에 의해 그들이 방어하고자 하고 방어할 수 있는 범위의 재산의 범위에서 자체적으로 보호되어질 것이다. 왜 사람들이 토지를 방어하기 위해 시간과 노력을 투자하는 것일까? 경제학적으로 보자면 그 방어비용보다 그 토지의 가치가 더 크기 때문이다. 이러한 가상적 세계에서는 토지에 대한 배타적 지배가 법제도에 의해서가 아니라 점유자의 군사적 방어에 의해서만 가능하게 될 것이고 그러한 군사적 방어의 상당한 비용을 필요로 하게 될 것이다. 만약 사람들이 합리적이라면 자신들의 유한한 자원들을 토지를 지키는 데 드는 한계비용과 그 한계이윤이 같아지도록 배분할 것이다. 이러한 사실은 농부가 동시에 군인이 되는 것을 뜻하고, 그것이 개별적으로 합리적임에도 불구하고 그것이 사회적으로 효율적인가 하는 것은 의문이다.

[36]

이와 같은 개인적인 군사적 방어의 비효율성에 대한 대안으로는, 개인의 토지에 대한 배타적 지배를 소유권으로 인정하여 법적으로 강제할 수 있는 체제이다. 이러한 법적 강제체제를 운영하는 비용이 개인적인 군사적 방어비용의 총합보다 저렴하다고 해보자. 이는 예컨대 개개인이 부담하는 세금이 개인적 방어의 비용보다 저렴하다는 것이 될 것이다. 경제학적 용어를 빌자면 일종의 규모의 경제가 있는 셈이다. 여기에서 우리는 이러한 법적 강제체제 또는 소위 정부를 설립하는 조건에 관해서 협상을 하는 것을 상상해 볼 수 있을 것이다. 사람들이 합리적으로 생각한다면 자신들의 토지를 보호하는 데 있어 규모의 경제가 실현될 수 있다는 점에서 협상의 동기를 찾을 것이다. 하나의 군대에 뒷받침되는 하나의 정부를 갖기 위한 합의의 달성을 통해 모든 사람은 더 많은 복지와 안정을 누릴 수 있게 될 것이다. 궁극적으로 협상을 통해 달성될 이 합의는 철학자들에 의해 소위 '사회계약'이라고 불릴 수도 있을 것이다. 왜냐하면 그것은 사회적 삶에 대한 조건을 결정하는 사회적 성격의 합의이기 때문이다. 토지에 대한 배타적 지배뿐만 아니라 사람들이 경제적 가치를 인정하는 유형 또는 무형의 재산에 대해서도 그러한 협상모델이 그대로 타당하게 될 것이다. 즉, 유목시대에는 길들여진 동물들에 대해서, 농경시대에는 경작할 토지에 대해서, 그리고 산업혁명 이후에는 다양한 생산수단들에 대해서 정부의 강제력을 배경으로 한 물권적 지배를 인정하는 사회계약이 이루어진 것이라고 볼 수 있다. 생산수단에 관한 소유권 보호가 자본주의경제질서

의 기초가 된다는 것은 이미 노벨경제학상을 수상한 Douglass C. North 교수 등의 신제도 주의경제학파에 의하여 잘 설명된 바 있고, 해방 이후 우리나라의 경제발전도 소유권제도를 토대로 하여 이루어진 것이라고 볼 수 있다.주7)

그리고, 최근에는 물과 공기 또는 유전인자와 우주공간 또는 일반적으로 각종 정보와 지식에 대한 물권적 지배를 인정할 것인가를 둘러싸고 많은 논란이 있다. 다음에서는 현행 민법상 소유권의 개념과 기타의 현행법에서 인정되는 물권적 지배의 대상을 살펴보도록 한다.

[37]

### 3. 현행 민법상의 소유권개념

현행 민법상 소유권의 객체는 물건이고, 물건은 ‘유체물 기타 관리할 수 있는 자연력’으로 동산과 부동산으로 구분된다. 그리고 토지에 대한 소유권의 범위는 “정당한 이익있는 범위 내에서 토지의 상하에 미친다.”주8)

건물은 토지의 정착물이지만 우리 현행 민법하에서는 토지로부터 완전히 독립한 별개의 부동산으로 소유권의 객체가 되지만, 기타의 토지 정착물이나 지상·지하는 원칙적으로 독립된 별개의 소유권의 객체로 되지 못한다고 해석되고 있다. 예컨대, 수목도 토지의 정착물로서 독립한 소유권의 객체로 되지 못하는 것이 원칙이고 예외적으로 ‘입목에 관한 법률’에 의하여 등기된 수목의 집단이나 판례에 의하여 명인방법을 갖춘 경우에 토지를 떠나 독립한 부동산으로 다루어진다는지, 또는 지중의 광물이 광업법에 의하여 광업권의 객체로 될 뿐이다. 근본적으로 우리 현행 민법은 토지소유권의 객체인 토지는 지상 및 지하를 포함하는 것이고, 지상 또는 지하의 공기나 물 등은 사회적으로 독립한 경제적 가치를 가지고 있지 않기 때문에 토지의 구성부분에 불과하고 독립한 별개의 소유권의 객체로 되지 못하고 상린관계의 규정에 의하여 해결될 뿐이라고 해석되는 것으로 보인다.주9)

현행 민법이 토지 소유권이 지표 및 지상과 지하에 미치는 것으로 규정하고 지상과 지하에 관한 독립한 별개의 소유권을 인정하지 않는 것은 현재까지 지상과 지하를 별개의 소유권객체로 인정할만큼 중요한 사회적 가치가 인정되지 않았기 때문이라고 보인다. 그러나 산업화가 더 진전되면서 지상과 지하의 공기와 물 그리고 흙 등이 독립한 경제적 가치를 가지게 되면 소유권의 개념과 그 객체는 어떻게 될 것인가? 우리나라 광업법에 의하여 인정되어 있는 광업권이 그에 대한 하나의 해결책을 제시해주고 있다. 광업법은 광업권을 일정한 광구에서 광물을 채굴·취득하는 권리라고 개념정의하고 광업권은 물권으로서 민법상 물권에 관한 규정의 준용을 받는 것으로 규정하고 있다.주10)

이러

[38]

한 광업권은 광물에 대한 직접적인 지배권을 의미하는 것이 아니라 광물을 채굴하여 그에 대한 소유권을 취득할 수 있는 것을 내용으로 하기 때문에 일반적으로 물권적 기대권이라고 설명되고 있다. 광업권은 현행 민법상 물권이 아니지만, 광물이라고 하는 지하자원을 독립한 별개의 경제적 가치있는 객체로 보아서 광업권이라고 하는 물권 유사의 배타적 지배권을 부여함으로써, 지하자원의 효율적 분배와 활용을 위한 하나의 해결책을 제시해준 것이다. 지하수에 대하여는 누가 배타적 지배권을 가지는가? 우리나라 민법은 이웃간의 지하수이용

권에 관한 규정을 상린관계규정으로 두고 있을 뿐이고주11) 지하수의 배타적 지배에 관한 별도의 규정을 두지 않고 있다. 그리고 토지의 소유권이 지하수에까지 미치는 것으로 해석되는 것은 지하수가 토지의 구성부분을 이루고 있기 때문이지 지하수에 대한 별도의 물권적 지배권이 있다고 해석되지는 않는다.주12)

@ 자신의 토지 밑에 있는 지하수를 뽑아올려 이용하는 것은 자신의 토지소유권의 한 권능으로서 가능한 것이지만, 이웃 토지 밑의 지하수에 영향을 미쳐서 당해 이웃 토지소유자의 용수를 방해하는 것은 소유권의 남용에 해당되는 것으로 허용될 수 없다. 우리나라 대법원도 공중목욕탕이 용수조달을 위하여 지하수를 개발함으로써 인근주민의 생활용수로 사용하는 우물물의 감수 등의 영향을 미치게 될 건축허가신청을 반려될 수 있음을 전제로 한 판시를 한 바 있지만, 문제된 사안에서는 인근주민들이 생활용수로 사용하는 지하수는 지하 40미터 이내의 연암층에서 뽑아올리는 지표수인데 반하여 목욕탕이 개발하고자 하는 지하수는 지하 100미터 이상의 대수층에서 뽑아올리는 것이어서 인근주민에 영향이 없다는 이유로 동 목욕탕의 지하수개발에 아무런 문제가 없다고 판시하였다.주13)

@ 다른 한편, 지하수 가운데 섭씨 25도 이상의 온천수에 관해서는 온천법에 의한 보호가 있다. 온천지구로 지정된 지구 내의 토지소유자는 자신의 토지 밑에서 섭씨 25도 미만의 지하수를 뽑아올려 사용하더라도 당해 온천지구 내의 온천의 용출량, 온도, 또는 성분에 현저한 영향을 미치는 경우에는 그러한 지하수 이용이 금지된다.주14)

온천지구 내에서 어느 숙박업자가 자신의 토지 밑에서 섭씨 23도의 지하수를 뽑아올려 사용한 경우에, 관할 구청장이 동 숙박업자

[39]

의 지하수 취수로 인하여 온천의 용출량과 온도 등에 현저한 악영향이 미치기 때문에 공익상 필요에 의하여 동 숙박업자에게 원상복구의 조치를 명령하였고, 이 사건에서 우리나라 대법원은 당해 구청장의 원상복구를 명하는 처분은 온천법의 규정에 따른 적법한 것이라고 판시하였다.주15)

온천수의 보호에 관하여 온천법이 있으나 그 보호방법은 광업법에서와는 다르다. 광업법은 석유와 석탄등의 광물을 채굴 및 취득하는 광업권이라고 하는 물권 유사의 배타적 지배권을 설정하여 주는데 반하여 온천법은 도지사의 허가가 없는 한 온천지구 내에서 온천수를 뽑아올려 사용할 수 없도록 하는 소극적 금지에 의하여 온천수를 보호할 뿐이기 때문이다. 여기에서 잠정적으로 추론해보자면, 우리 민법은 지하의 석유나 석탄 등을 토지의 구성부분으로 보고 토지소유권이 미치도록 하고 별개의 독립한 소유권 객체로 보지 아니하지만, 광업법은 석유나 석탄 등의 광물을 채굴하여 취득할 수 있는 권리를 광업권으로 보호함으로써 간접적으로나마 광물을 독립한 객체로 하는 물권 유사의 배타적 지배권을 인정하고 있는바, 이것은 민법상의 소유권개념이 확대·응용된 것으로 생각된다.

#### 4. 배타적 지배권으로서의 지적소유권

떠돌아 다니는 유목시대에서부터 일정한 토지 위에 정착된 농경시대로 바뀔에 따라서, 토지에 대한 배타적 지배권으로서의 토지소유권이 인정되기 시작한 것처럼, 산업혁명 이후 지적노력의 결과 만들어지거나 발견하게 된 정보가 중요한 경제적 가치를 가지게 되자 정보에 대한 배타적 지배권으로서의 지적소유권이 인정되기 시작하였다. 농경시대에는 노동인력 전

체의 생산성을 높이기 위하여 기상정보 등 관련된 정보가 무상으로 널리 공급·배포되도록 하였지만, 산업혁명이 진행되면서부터는 지적 산물로서의 정보가 상품과 함께 별도의 독립한 경제적 가치를 가지게 되었고 그러한 변화는 지적 소유권이라고 하는 배타적 지배권의 객체로 인정되기 시작한 것이다.주16)

중요한 생산요소의 하나

[40]

인 토지 등의 물적 자원의 효율적 배분을 위하여 소유권제도가 필요했던 것처럼, 지적소유권도 경제학적 측면에서 보면 발명과 창작 등을 가능하게 하는 인적 자원이 비효율적인 분야에 투입되지 않고 효율적으로 활용되도록 유도하기 위하여 지적 산물에 대하여 인정한 배타적 지배권이라고 하는 경제적 인센티브라고 볼 수 있다. 즉, 예를 들어서 특허권이나 저작권이 존재하지 않는다면 발명활동과 창작활동은 비밀로 유지될 수 있는 성질의 발명이나 창작에만 집중될 것이고 대부분의 인적 자원이 비밀유지 또는 타인의 발명이나 창작의 모방에 투입될 것이기 때문에 인적 자원은 극히 비효율적으로 배분되는 결과가 초래될 것이다. 여기에서 지적소유권법제도가 발명과 창작을 유도하는 경제적 인센티브가 되어서 인적 자원의 효율적 배분을 가능하게 해주는 법제도임을 알 수 있게 된다.주17)

그러나, 지적 산물에 대하여 배타적 지배를 허용할 것인가 또는 지적 산물에 대한 배타적 지배를 법적으로 강제하는 것이 과연 사회적 초과이윤을 가져다 주는 것인가 하는 문제를 검토함에 있어서 토지와 지적 산물의 차이점을 생각해보아야 한다. 우선, 소유권에 의하여 보호되는 상품의 생산에 소요되는 한계비용(Marginal cost)은 어떻게 산정되는가? 특히 경제학적인 관점에서 본 지적소유권 관련상품이나 서비스의 특징은, 통상의 경제재와는 달리 그 물질적인 생산에 소요되는 한계비용이 아주 적다는 점이 다르다. 다시 말하면, 현재 특허권, 실용신안권, 저작권 등의 보호대상으로 되어 있는 발명기계, 발명의약물질, 기타의 발명상품 또는 책, 영화, 음악, 컴퓨터프로그램 등을 연구하고 개발 또는 창작하는 데는 막대한 자금이 소요되지만 일단 개발된 발명상품이나 저작물 등과 동일한 것을 추가적으로 복제·생산하는 데 소요되는 비용은 비교적 적기 때문에, 소비자의 수가 많아지더라도 총생산비는 그렇게 크게 증가하지 않게 된다. 즉, 지적소유권 관련상품 또는 서비스의 최초 연구개발비는 막대하지만 반복적인 생산에 소요되는 한계비용은 상대적으로 경미한 것이다. 지적소유권 관련상품의 이러한 특징만을 고려해서, 지적소유권 관련상품의 가격에 그 한계비용에 상응한 가격으로 아주 낮게 책정되어야 자원의 효율적인 배분과 이용이 이루어질 수 있다고 주장하는 경제학자들이 있을 수 있는 것이고, 따라서 지적 자산에 대한 배타적 지배는 그러한 낮은 가격으로 유통을 방

[41]

해하기 때문에 허용되어서는 안 된다는 결론에 도달할 수도 있다. 그러나 여기에서 지적소유권상품의 한계비용을 계산할 때에, 통상의 경제재의 경우와 마찬가지로 발명상품이나 저작물의 추가적인 생산 또는 추가적인 복제 및 제본에 소요되는 비용만을 기준으로 해서 한계비용을 산정한다면, 그들 지적소유권상품의 가격이 지나치게 낮은 가격으로 되어서, 무단 복제의 필요성은 없어질 것이고 소비자들은 시장에서의 구입으로 만족하게 될 것이지만, 발명과 창작 등의 지적 노력을 한 자들은 자신의 지적 노력에 대한 충분한 보상을 받을 수 없게 되고 특히 발명과 창작 등에 소요된 실경비마저도 회수할 수 없게 되며 따라서 더 이상의 지적 노력을 계속하려고 하지 아니할 것이다. 물론 아주 헌신적인 발명자나 저작자

의 경우에는 아무런 보상을 염두에 두지 않고 발명 또는 창작활동에 전념하는 사람도 없지 않겠지만, 대부분의 발명자 또는 저작자의 경우, 특히 영리법인의 발명·저작물·디자인을 기획하는 경우에는 자신(또는 회사 자체)의 일정한 창작에 관한 노력과 자본의 투입에 대한 보상이 전혀 없다면 그러한 노력과 자본의 투입을 억제하고 장기적으로는 완전히 포기하게 될 것이다. 따라서, 지적소유권 보호는 한편으로는 타인의 무단복제를 방지함으로써 지적소유권 관련 상품의 시장가격을 그 한계비용보다 높은 가격으로 결정되도록 허용함으로써 야기되는 경제적 손실과 다른 한편으로 지적 노력과 투자를 한 자에 대한 충분한 경제적 인센티브를 줌으로써 발명과 창작을 장려함으로써 얻어지는 경제적 이익과를 비교하여 후자의 경제적 이익이 전자의 경제적 손실보다 많도록 하기 위한 법제도로 파악될 수 있는 것이다. 지적 자산에 대하여 배타적 지배권 또는 물권 유사의 지배권을 인정하는 것에 대한 사회적 합의가 이루어진 것이라고 보더라도, 지적소유권법제도가 인적 자원의 효율적 배분을 가능하게 해주는 법제도가 되기 위해서는 발명과 창작 등에 대한 경제적 인센티브가 적절한 것 이어야 할 것을 전제로 하고 있고, 그러한 경제적 인센티브가 때로는 지나치게 많은 발명활동이나 창작활동을 유도하고 관련된 부분에 지나치게 비효율적으로 과다한 투자가 이루어지게 될 수도 있는 것이다.

즉 지적소유권이라고 하는 배타적 권리가 독점적으로 이윤을 확보할 수 있는 권리로 되어 효율적인 수준 이상으로 인적·물적 투자가 이루어질 수도 있다. 예컨대, 특정 기계장치를 발명한 기업이 특허권을 취득함으로써 100의 재산적 가치를 가지는 독점적 지위를 가지게 되고 그 기업이 1년 만에 당해 발명을 하기 위하여 10 정도의 개발비용이 들었다고 가정하고, 다른

[42]

기업이 동일한 발명을 하는데 20의 개발비용을 투입하면 전자의 기업보다 1주일정도 개발기간을 단축할 수 있다고 가정하면, 후자의 기업은 틀림없이 20을 투자하여 100의 재산적 가치가 있는 독점적 지위를 가지려고 할 것이지만, 동일한 발명이 1주일 먼저 완성된다고 하는 것이 사회전체에 10의 가치가 있는 것인지는 극히 의문시될 것이다.주18)

이러한 과다투자의 문제를 고려해보면 특허권이나 저작권 등의 지적소유권이 통상의 소유권 처럼 영구히 존속하는 것이 아니라 일정한 존속기간을 가지고 있고 그러한 존속기간이 만료되면 지적소유권도 소멸하게 되어 있는 이유를 이해할 수 있게 된다. 또한 발명이나 창작 등은 하늘에서 떨어진 것처럼 기상천외한 것이 아니라 대부분의 경우에는 기존의 발명이나 창작을 고려하고 기존의 작품을 응용하여 이루어지기 때문에 지적소유권의 존속기간을 영구적인 것으로 규정하게 된다면 현재의 지적소유권자도 자신의 발명이나 창작물을 이용하기 위하여 기존의 수많은 특허권자 또는 저작권자들에게 허락을 받고 이용료를 지급해야 할 것이라는 현실적으로 거의 불가능한 문제가 발생하게 되는 것이다. 이러한 문제점들과 경제적 인센티브조절의 문제는 지적소유권의 보호범위를 둘러싼 논란이나 유전인자, 산업디자인 등의 보호여부 등을 둘러싼 논란에서 항상 제기될 수 있는 것으로 아래에서 살펴보도록 한다.

## 5. 현행법상 지적소유권의 보호대상

소유권의 개념과 객체가 역사적으로 변화해온 것처럼, 지적소유권의 보호대상도 많은 변화를 해왔고 현재도 변화중에 있는 것이라고 생각된다. 지적소유권의 보호대상은 발명과 저작

물 등이지만 구체적으로 무엇이 특허발명이고 저작물에 해당되는가는 해석론적으로 뿐만 아니라 입법론적으로 재조명해보아야 할 것이다. 아래에서는 유전자원 및 산업디자인에 관한 물권 유사의 배타적 지배권이 인정되어야 하는지에 관하여 살펴보고, 다른 한편으로 저작권을 포함한 지적소유권의 제한이 정보의 배타적 지배와 유통에 관하여 가지는 의미를 재조명해보도록 한다.

[43]

#### I. 유전자원에 대한 배타적 지배권

@ 자연환경이 보존되어 있어야 다양한 생물로부터 필요한 유전인자를 발견 이용할 수 있다는 차원에서, 환경보호를 위한 조약 가운데 지난 1992년 6월 5일 리오데자네이로에서 체결된 생물다양성협약(주19)은 유전자원 또는 유전정보의 보전·접근·활용 및 관련된 지적소유권의 양도 또는 이용허락에 관한 상세한 국제규범을 마련하게 되었다. 오늘날의 유전공학이 필요로 하는 유전자원 또는 유전정보의 상당부분이 열대밀림지역에서만 발견될 수 있고 그러한 유전자원이 경제개발이라는 명목하에 파괴될 위험에 직면해 있다는 데에 문제의 심각성이 인정된 것이다. 현재 우리 지구상에 생존하고 있는 생물은 약 일천만 종류의 생물로 추정되고 있고, 그 중 약 일백만 또는 이백만 종의 생물이 20세기말까지 파괴될 위험에 직면해 있는데, 모든 생물자원의 절반 또는 아직 발견되지는 않았지만 존재하는 것으로 추정되는 생물·생물의 대부분이 열대밀림지역에서 서식하고 있어서 당해 후진국의 밀림파괴 및 경제개발과 함께 지구상 대부분의 희귀 유전자원이 사라질 위험에 직면해 있는 것이다.주 20)

이러한 상황에서, 당해 열대밀림지역의 국가는 유전자원에 대하여 어떠한 권리를 가지고 유전공학이 발전된 선진국들은 어떠한 조건으로 당해 유전자원에 대한 접근을 할 수 있는가 그리고 당해 유전인자를 이용하여 제품을 개발하고 특허권을 취득하고 상업적 이윤을 발생한 경우에 당해 유전인자를 공급했던 열대밀림지역의 후진국은 어떠한 보상 또는 특허발명 이용허락을 받을 수 있는가 하는 이해조정 of 심각한 문제를 해결하기 위한 국제규범이 마련된 것이다.주21)

생물다양성협약이 체결되기 이전부터 열대밀림지역의 중요한 유전자원의 보호와 활용에 관한 선진국 및 후진국간의 대립과 협력이 진행되어 왔다. 협력적 관계의 대표적 사례로는 미국의 제약회사인 Merck회사와 코스타리카의 생물다양성연구소(INBio)주22)와의 사이에 유전자원의 활용을 위하여 체결된 계약

[44]

을 들 수 있다. 여기에서 Merck회사는 코스타리카에서 서식하는 생물로부터 유전정보를 수집하고 분석하여 의약품질을 비롯한 상업적 제품을 만들 수 있는 권리를 취득하는 대가로 INBio에 대하여 미화 일백만 달러를 지급하였다. 더 나아가 동 계약에 의하면, Merck가 코스타리카에서 수집한 유전정보를 활용하여 시판가능한 상업적 제품을 개발한 경우에 그에 관한 특허권은 Merck가 취득하지만 INBio에 대하여는 1 내지 3%의 로열티(주23)를 지급하기로 합의하였고, INBio는 Merck로부터 받은 금액의 일정비율을 반드시 코스타리카의 유전자원보전을 위하여 투자해야 하는 의무를 가지는 것으로 규정하고 있다. 이러한 협력사례는 소유권의 역사적 기원에 관하여 앞에서 살펴본 바와 같이, 중고자동차에 관한 협동적 게임에 의하여 초과이익이 발생하고 그러한 초과이익을 분배하는 협동적 해결의 사례에 해당된다.



이러한 협력사례에서 Merck가 INBio에 대하여 일정한 선금과 로열티를 지급한 것은 유전자원 자체에 대한 재산권을 인정한 것으로도 볼 수 있는 바, 리오테자네이로에서 체결된 생물다양성협약은 전반적으로 그러한 모델에 입각하고 있는 것이 아닌가 생각된다. 생물다양성협약에 의하면 유전자원에 대한 계약국의 주권을 전제로 하여, 각 계약국은 국내법에 의하여 유전자원에 대한 접근에 관한 규제를 할 수 있게 함으로써, 유전자원에 대한 배타적 권리를 인정하게 되었고, 그와 동시에 다른 계약국이 환경보호의 목적으로 유전자원을 이용하고자 하는 경우에 그러한 환경보호 목적의 유전자원에 대한 접근을 제한해서는 아니된다고 규정하고 있다.주24)

여기에서 중요한 사실은 유전자원에 접근하기 위해서는 관련된 계약국의 사전동의를 얻어야 하고 그러한 사전 동의는 관련된 계약국 상호간의 접근조건에 관한 합의를 전제로 해야 하며, 유전자원을 제공한 계약국은 당해 유전자원의 상업적 이용으로부터 발생한 이윤의 일부를 분배받을 수 있는 권리를 가진다고 하는 점이다. 이러한 이해조정이, 유전자원을 활용한 발명에 대한 특허권 및 기타의 지적소유권을 둘러싼 이해조정으로 연결되는 것은 또다른 어려운 문제로 보인다. 생물다양성협약에 의하면, 개발도상국은 선진국으로부터 가장 호의적인 조건으로 유전공학기술을 이전받거나 이용허락을 받을 수 있다. 또한, 생물다양성협약은 당해 유전공학기

[45]

술이 특허권 또는 기타의 지적소유권에 의하여 보호되는 기술에 해당되는 경우에는, 개발도상국에의 기술이전 또는 기술이용허락은 지적소유권의 보호와 모순되지 않도록 이루어져야 한다고 주의적인 규정을 두고 있다.주25)

요컨대, 원시림에서의 유전인자 등의 자원의 경제적 가치가 높아짐에 따라서 유전자원에 대한 배타적 지배권을 인정하기 시작한 것이고, 소유권개념의 확산 또는 지적소유권 보호대상의 확대와 같은 맥락에서 이해될 수 있다.

## II. 저작권의 보호대상으로서의 산업디자인

앞에서 지하수가 별개의 독립한 소유권의 객체로 될 수 있는가에 대하여 살펴봄으로써 소유권의 기원 또는 소유권의 객체를 재조명해본 것과 같은 맥락에서 산업디자인이 저작권의 보호대상으로 될 수 있는가를 살펴봄으로써 지적 자산에 대한 배타적 지배권을 재조명해 볼 수 있을 것이다. 우리나라 저작권법은 응용미술작품을 저작물의 하나로 열거하고 있기 때문에주26) 산업디자인이 저작권의 보호대상으로 될 수 없다고 말할 수는 없을 것이다. 다만, 산업디자인 가운데 응용미술작품으로서 저작권 보호대상으로 되는지 여부가 최근에 논란의 대상이 된 것으로 글자꼴디자인 또는 서체도안과 염직도안을 생각해볼 수 있다. 우선 글자꼴디자인에 관해서 보면, 그것이 저작물로서 보호될 수 있는가에 대하여 대법원이 판단한 적은 없으나, 최근에 서울고등법원에서 아래와 같이 글자꼴의 저작물성을 부인한 판결을 내린바 있다. 서울고등법원은 안상수 씨 등의 서체도안이 창작적 표현물로 보기에 미흡하고 만인공유의 대상이 되어야 할 글자의 사용에 대하여 지나친 제약을 가할 위험을 방지해야 한다는 근거에서 저작물로서의 성질을 부인하고, 따라서 문화체육부가 등록관청으로서 저작물에 해당되지 아니하는 서체도안에 대하여 등록을 거절함은 적법하다고 판시하였다.

이 사건에서 서울고등법원은, “서체도안은 일부 창작성이 포함되어 있고 문자의 실용성에 부수하여 미감을 불러일으킬 수 있는 점은 인정되나 그 미적 요소 내지 창작성이 문자의 본

래의 기능으로부터 분리, 독립되어 별도의 감상

[46]

의 대상이 될 정도의 독자적 존재를 인정하기는 어렵다 할 것이어서 그 자체가 예술에 관한 사상 또는 감정의 창작적 표현물이라고 인정하기에는 미흡하다고 보여지므로 이를 저작권법상 보호의 대상인 저작물 내지는 미술저작물로 인정하기 어렵다”고 판시하였다. 이와 같이 저작물의 개념을 제한적으로 해석하는 근거로서 서울고등법원은, “서체도안의 창작자에게 저작권법상의 모든 권리(저작권격권과 저작재산권)를 인정할 경우 종래의 문화유산으로서 만인공유의 대상이 되고 의사, 사상, 감정 등의 전달, 표현 등의 기본적 수단인 글자 내지 문자의 사용에 관하여 지나친 제약을 가하는 결과가 될 것이 명백하고 결과적으로는 서체도안의 창작자에게 문자에 대한 일종의 독점권을 부여하는 효과를 가져올 우려가 있어 이는 문화의 향상·발전에 이바지함을 목적으로 하는 저작권법의 입법취지에 오히려 반하게 될 것”이라고 판시하고 있다.주27)

앞에서 소유권의 기원과 객체에 관하여 살펴본 바와 같이, 이러한 논리는 글자꼴이 공기나 물과 같은 공공재(Public goods)로 남아 있어야 한다는 입장을 암시하고 있는 것으로 보인다.

이 사건에서 문화체육부가 서체도안에 대하여 저작권등록을 거절한 처분이 저작물성에 관한 심사숙고 끝에 내부적으로 확고한 기준을 가지고 내린 처분인지 여부는 극히 의문시 된다. 안상수 씨 등의 서체도안에 대한 저작권등록을 거절하기 이전인 1988년도에 문화체육부는 구모 씨의 서체도안에 대하여 저작권등록을 받아들여서 저작권등록증을 교부한 바가 있기 때문이다. 또한 서울고등법원이 내린 상기판결도 창작적 표현물로 보기에 미흡하다고 판시하는 것만으로 설득력이 있는지 의문시된다. 더욱이 만인공유로 되어야 할 글자의 사용에 대한 제약으로 되어서는 아니된다는 점을 근거로 제시한 점은 일본의 동경고등법원이 1983년에 내린 판결주28) 을 연상케하는 바, 일본에서 서체도안이 미술저작물에 해당되지 않는다고 판시되었기 때문에 우리나라에서도 동일한 판단이 될 수 있다고 생각하는 것은 곤란하다. 일본 저작권법은 응용미술작품을 포함시키고 있지 않기 때문에 산업상 이용되는 디자인의 저작물이 의문시 될 수 있지만, 우리나라 저작권법은 일본 저작권법과는 달리 미술저작물의 범위 속에서 명백히 응용미술작품을 포함시키고 있기 때문에 서체도안에 대한 저작권법적 보호가 우리나라와 일본에서 반드시 동일한 것이어야 할 이유가 없

[47]

는 것이기 때문이다.

참고로, 미국의 저작권등록의 권한을 가지고 있는 저작권청(Copyright Office)도 글자꼴에 대한 저작권등록을 거절한 바 있고 미국연방항소법원에 의하여 확인된 바도 있다.주29)

글자꼴에 대한 저작권등록을 거절한 가장 주된 근거로는 글자꼴디자인에 대한 저작권자가 동 디자인에 따라 제작된 인쇄장비에 대한 독점을 하게 됨으로써 인쇄산업 또는 인쇄장비산업에서의 부당한 경쟁제한이 초래될 위험이 있다는 점을 들고 있고, 오늘날처럼 탁상인쇄(DTP)가 일반화된 경우에는 일반 소비자도 프린터이용에 따라서 자신도 모르게 글자꼴에 관한 저작권을 침해하게 된다는 문제점을 들고 있다. 이러한 근거에서 미국 저작권청은 디지털화된 글자꼴 또는 각종 프로그램에 들어가는 폰트데이터(typefont data)에 대한 저작권등록도 거절한다는 점을 분명히 하고 있다.주30)

그러나 대조적으로 영국에서는 글자꼴(Typefaces)디자인 또는 서체도안이 저작권법에 의해

서도 보호받을 수 있고 다만 그 존속기간이 25년간으로 제한되어 있다.주31)

글자꼴이 저작권 보호대상으로 될 수 있는가에 대하여 논란이 있었던 것과 마찬가지로 배경에서, 염직도안을 저작권법에 의하여 보호해야 할 것인가에 대해서도 우리나라 법원은 명료하고 설득력 있는 입장을 보여 주지 못하고 있다. 예컨대, 1994년 5월 25일에 서울형사지방법원은 염직도안의 저작물성을 부인하여 피고인 대한방직주식회사가 저작권침해죄를 범하지 아니한 것으로 판시한 바 있는데 그 후에 동일한 염직도안에 관하여 저작물성을 인정한 서울민사지방법원의 판결주32) 과 상반되는 것이기 때문이다.주33)

이 사건에서 서울형사지방법원은 저작권법과 의장법과의 차이점을 세 가지로 정리한 후, 그와 같은 양제도의 취지나 오늘날 산업의 발달에 따라서 응용미술이 산업분야에 광범위하게 진출하고 있는 현실에서 의장권에 의한 보호로 충분한 경우까지 무분별하게 저작권법에 의하여 중첩적으로 보호하는 경우에 발생할 수 있는 산업계의 혼란 등을 고려하여 본다면, 응용미술작품 중 염직도안이나 실용품의 모델

[48]

등과 같이 본래 산업상의 이용을 목적으로 하여 창작되는 경우에는 원칙적으로 저작물성을 인정할 수 없다고 판시하였다. 이 사건에서 피고의 저작권침해에 관한 고의가 없음을 이유로 하여 무죄를 선고함은 별론으로 하더라도, 서울형사지방법원이 의장권과 저작권에 의한 중첩적 보호의 폐단을 근거로 하여 저작물성을 부인한 것은 저작권법에 관한 해석의 권한을 넘어서 일종의 입법적 해석에 유사한 해석을 한 것이다. 즉, 저작권법의 개정을 통해서 의장법과의 적용범위를 조정하는 규정을 두거나 응용미술작품에 대한 저작권 제한을 위한 별도의 규정을 두지 아니한 상태에서 법원이 저작권법의 해석만으로 응용미술작품에 대한 저작권법적 보호를 부인하는 이론적 근거가 무엇인지 궁금하다. 또한, 염직도안은 저작권의 보호대상으로 볼 수 없다고 판시한 서울형사지방법원의 입장은 한복문양의 저작물성을 인정한 대법원판례주34) 와 공존할 수 있는 것인지 의문시된다. 글자꼴디자인과 염직도안의 저작물성(Copy-rightability)에 관한 판례들을 보면, 산업적 이용을 전제로 하여 만들어지는 일련의 새로운 지적 산물에 대하여 저작권이라고 하는 물권유사의 배타적 지배권을 인정해야 할 것인가에 관하여 아직까지 사회적 합의가 도출되지 못한 과도기에 있음을 알 수 있게 된다.

### III. 지적소유권의 제한

토지소유권도 공공복리를 위하여 필요한 경우에는 제한될 수 있는 것과 마찬가지로 지적소유권도 그 취지에 기한 내재적인 한계와 공공복리나 기타의 외부적 요소에 의한 제한이 있게 된다. 저작권법이 저작물의 표현에 대한 배타적 지배는 인정하지만 그러한 저작물에 의하여 전달되는 아이디어(idea)와 사실(facts) 및 기술 자체는 널리 일반 소비자와 경쟁업자들이 이용할 수 있는 공유물(Public domain)로 보는 소위 아이디어/표현 2분법도, 공공복리를 위한 토지소유권의 제한과 마찬가지로 맥락에서 이해할 수 있는 것이다. 또한 표현의 자유가 보호되어야 하기 때문에 저작권보호가 제한될 수도 있는 바,주35) 책이든 그림이든 또는 영화, 음악, 디자인, 소프트웨어 그 어느 것이든 동일한 저작물

[49]

에 대하여 저작권이라고 하는 배타적 지배를 통하여 동 저작물 속의 정보에 대한 간접적인 물권 유사의 지배가 이루어지는 반면, 또한 동시에 저작권법의 아이디어/표현 2분법과 표현

의 자유 등의 원칙들은 동일한 저작물 속의 정보가 자유롭게 널리 전달되도록 유도하고 있다. 양자의 경계선은 생산방식이 바뀌고 사회가 변함에 따라서 상이하게 결정지워질 것이다. 아래에서는 편집저작물 또는 데이터베이스에 대한 저작권보호의 제한과 산업적인 디자인에 대한 저작인격권의 제한을 살펴해보도록 한다.

정보화시대에 있어서 지적소유권이 정보의 창출을 지원하고 유인한다는 긍정적인 기능도 있지만 동시에 지적소유권자에 의하여 지배되는 한도에서 정보의 유통이 제한되는 부정적인 기능도 내포하고 있다. 이러한 양면성으로 인하여 우리 사회가 정보화 및 컴퓨터화하면서, 저작권에 의하여 보호해야 할 창작적인 정보와 그렇지 아니하고 공유물로 되어야 할 정보를 구별하는 어려움이 다시금 제기되고 있다. 90년대에 들어와서 저작권 보호대상에 커다란 변화를 보여준 미국 사례를 참고해 보자면, 예컨대 전화번호부의 제작이 과거에는 수작업에 의해서 이루어져왔지만 오늘날 전화가입자에 대한 모든 정보가 컴퓨터 내에 디지털정보로 입력되어 있어서 그러한 정보의 기계적인 출력에 의하여 제작되게 됨에 따라서, 전화번호부에 포함된 전화가입자 등 정보의 선택·배열에 창작성이 없기 때문에 저작권에 의한 보호를 받을 수 없고 따라서 그러한 정보는 소비자 및 경쟁업자에 의하여 자유롭게 이용될 수 있는 것이라고 판시된 바가 있다.주36)

전화가입자에 관한 정보가 비밀로 유지·관리되고 부정한 목적으로 제3자에게 유출되어서는 안 된다는 Privacy보호 또는 개인정보보호(Data protection)의 필요성이 있는가 하면, 다른 한편으로는 이미 특정 기업에서 발행한 전화번호부에 포함된 전화가입자 정보는 더 이상 당해 기업만이 배타적 지배의 대상이 될 수 없다는 것이다. 이러한 대법원 판례는 종전까지만 해도 연방하급심법원에서 전화번호부에 대하여 저작권보호를 인정해오던 과거의 입장을 정면으로 뒤엎은 것이라는 점에서 더욱 중요한 의미를 가진다.

전술한 대법원 판례는 전화가입자에 관한 정보뿐만 아니라 주식정보, 기상정보, 판례정보 등에 있어서도 커다란 파급효과를 미칠 것으로 예상된다. 판례정보에 관하여 물권적 지배를 인정할 것인가에 관해서도, 미국의 최대 판례데이터베이스 Westlaw와 Lexis간의 분쟁에서 연방대법원은 Westlaw의 일련의

[50]

페이지인용체제(Star pagination)가 저작권보호대상이라고 판시한바 있어서주37) 판례정보에 대한 완전한 물권적 지배가 인정된 것이라고도 볼 수 있다. 그 이후 저작권 보호대상을 엄격하게 해석하여 전화번호부에 대한 부정적인 결론을 내린 판례가 나오게 됨에 따라서, 판례정보에 대한 저작권보호에 있어서도 상당한 변화가 생기게 될 것이라고 예상되고 있다. 또한 미국 법무부가 West와의 협정에 따라서 공개하지 않고 있던 판례데이터베이스를 정보공개법에 따라서 공개해야 할 것인지 여부가 논란의 대상이 되고 있다.주38)

이와 같이 정보에 대한 물권적 지배를 제한하려고 하는 경향은, 저작권법이 표현만을 보호할 뿐이고 아이디어 자체는 보호하지 않는다고 하는 소위 아이디어/표현 2분법을 토대로 하여 정보화시대에 있어서 정보에 대한 효율적인 물권적 지배범위를 모색해 나가는 노력의 일환이라고 생각된다.

우리나라에서도 산업적으로 이용되는 저작물에 대한 저작권보호를 다룬 사례가 몇 건 있었는데, 전술한 산업디자인도 그 일부라고 볼 수 있고, 특히 저작인격권을 제한적으로 해석한 대법원 판례는 그 대표적인 사례이다. 롯데월드라는 개점준비작업으로서 광고대행업체 대흥기획으로 하여금 동물을 주제로 한 롯데월드의 상징적 도안을 제작해주도록 하였고, 동

광고대행업체는 다수의 디자인작가로부터 출품받은 도안 가운데 롯데라는 이름의 의인화된 너구리 도안을 채택하고 도안채택료로 5,000,000만원을 지급하고 동 너구리도안에 관한 저작권은 광고대행업체에 양도하기로 약정한 후, 곧 이어 채택된 도안을 기본도안으로 하여 응용도안을 개발하기로 하면서 작품료는 20,000,000원으로 하고 완성된 응용도안에 관한 저작권은 광고대행업체에 귀속하는 것으로 약정하였다. 광고대행업체는 기본도안과 응용도안에 관한 저작권을 롯데월드에 양도했거나 양도하기로 하였다. 개발중인 응용도안에 대하여 수 차례에 걸쳐서 광고대행업체와 롯데월드는 불만을 표시하는 우여곡절을 거쳐서 응용도안 29매가 제출되었다. 그러나 롯데월드는 응용도안이 완성되기 전부터 이미 제3의 디자인작가에 의뢰하여 개발한 너구리도안을 상표로 하여 상품에 부착하여 판매하기 시작하였다. 기본도안과 응용도안을 제출한 디자인작가는 롯데월드가 자신이 개발한 너구리 디자인을 무단으로 변경하여 이용한 것은 자신의 저작인격

[51]

권을 침해한 것이라고 주장하였다.

이러한 주장에 대하여 지방법원은 롯데월드의 너구리도안은 제3의 디자인작가가 전혀 별개의 제작과정을 거쳐서 만든 것이기 때문에 원고의 저작인격권을 침해한 것이 아니라고 판시하였다. 주39)

패소한 원고는 고등법원에 항소하였고, 고등법원은 후에 만들어진 도안 등 저작물이 먼저 만들어진 저작물의 무단 변경이라고 인정되기 위해서는 첫째, 후에 만들어진 저작물을 만든 자가 저작물을 만드는 과정에서 먼저 만들어진 저작물을 보거나 이용할 수 있는 상황이었는지의 여부와 둘째, 위 두 저작물이 외형상 객관적으로 보아 현저하게 유사한지의 여부(즉 후에 만들어진 저작물이 새로운 창작물인가의 여부) 등을 종합적으로 판단하여야 한다고 전제한 후, 양 도안을 비교해볼 때 ① 너구리가 착용한 턱시도 복장, ② 너구리의 얼굴크기와 방향, ③ 너구리의 앞 이빨이 하나이고 웃을 때 혀가 보이는 점, ④ 너구리가 착용한 넥타이, 조끼, 구두, ⑤ 너구리가 발을 벌리고 선 각도, ⑥ 너구리의 오른손에 스틱을 잡고 서 있는 모양, ⑦ 너구리 꼬리의 위치와 얼룩무늬, ⑧ 너구리의 3등신 비형, ⑨ 너구리가 왼손으로 환영하고 있는 모습 등이 매우 유사하며 마치 하나의 도안이 연속된 것과 같은 느낌이 들 정도로 유사하기 때문에, 롯데월드의 디자인은 원고 디자인을 무단으로 변경한 것으로 원고의 동일성유지권을 포함한 저작인격권을 침해한 것이라고 판시하였다.주40)

흥미로운 사실은 롯데월드가 저작인격권도 자신에게 있는 것이고 디자인작가는 가처분신청의 피보전권리인 저작인격권을 가지고 있지 않기 때문에 가처분신청을 인용한 고등법원의 결정은 취소되어야 한다고 주장하였고, 이러한 롯데월드의 주장을 받아들여 고등법원은 디자인작가에 저작인격권이라고 하는 피보전권리 자체가 없기 때문에 가처분신청을 기각하였다. 여기에서 고등법원은, 디자인 제작과정에서부터 기업의 아이디어와 주문에 따라 제작하고 그 후에도 기업의 요구대로 변경을 수용함으로써 제작자 자신의 미술적 표현이나 사상의 독자적 가치를 굳이 표면에 내세우지 않는 경우가 있을 수 있는 바, 이런 경우에는 캐릭터의 저작권이 제작자에게 귀속되었다가 제작주문기업에게 양도되는 것이 아니라 처음부터 제작주문기업에서 귀속되어야 한다고 전제하고, 너구리도안의 제작을 주문한 롯데월드가 저작재산권은 물론 저작인격권까

[52]

지를 포함하는 전체 저작권 자체를 처음부터 취득하는 것으로 계약을 체결한 것이고 따라서

디자인 작가에게는 저작인격권도 가지고 있지 않고 따라서 가처분신청은 이유없다고 판시한 것이다. 주41)

이에 디자인 작가는 대법원에 상고하였고, 대법원은 기본도안과 응용도안을 제출한 디자인 작가 롯데월드의 디자인 변경에 묵시적으로 동의한 것이라고 하면서 저작인격권의 침해는 없다고 판시하였다. 대법원은 저작권은 디자인작가에게 일단 귀속되었다가 계약규정에 의하여 저작재산권만 주문기업에 양도되는 것이라는 원칙을 재확인하고, 이점에 관하여 고등법원이 법리의 오해가 있었음을 인정하면서도, 롯데월드측의 저작인격권침해는 인정되지 않는다고 판시한 것이다. 대법원은 너구리도안제작계약에 의하여 롯데월드측에 도안에 관한 소유권이나 저작권 등의 모든 권리는 물론 도안의 변경을 요구할 권리까지 유보하고 있음을 강조하면서, 롯데월드측의 도안 수정요구에 대하여 디자인작가가 몇 차례 수정을 하다가 자기로서는 수정을 하여도 같은 도안밖에 나오지 않는다면 더 이상의 수정을 거절한 사실까지 보태어보면, 디자인작가는 도안수정을 거절함으로써 롯데월드측이 자신의 도안을 변경하더라도 이의하지 않겠다는 취지의 묵시적인 동의를 하였다고 인정할 수 있다고 하면서, 저작인격권자의 묵시적인 동의하에 저작재산권자가 도안을 변경한 행위는 저작인격권침해로 될 수 없는 것이라고 판시하였다.주42)

이 사건에서 우리 대법원은 너구리도안에 대한 저작인격권이라고 하는 배타적 권리는 창작자에 귀속되는 것을 인정하면서도 저작물 또는 정보의 효율적 이용을 위하여 물권적 지배를 제한적으로 해석하는 입장을 보여 주고 있는 것이다.

---

주1)

곽윤직, 「물권법」(서울, 박영사, 1992), 286면 이하; 양창수 “민법의 관점에서 본 저작권법,” 「계간 저작권」(1988년 가을호), 제30면 이하

주2)

[대판 1983.11.22. 83누479](#); [대판 1989.3.28. 88누10541](#).

주3)

유전자원에 대한 소유권과 지적소유권을 대비하여 본 문헌으로, John Robertson and Doug Calhoun, Treaty on Biological Diversity: Ownership Issues and Access to Genetic Materials in New Zealand, 5 EIPR 219 [1995]

참조.

주4)

후술하는 Rio환경회의 등에서의 선진국들의 주장이 그러한 경향을 보여 준다.

주5)

곽윤직, 「물권법」(서울, 박영사, 1992), 287면 이하.

주6)

아래의 경제학적 분석은 Robert Cooter & Thomas Ulen, Law and Economics(Illinois, Scott, Foresman & Co., 1988), p.92 이하의 내용을 요약소개한 것이다.

주7)

공병호, 「한국경제의 권력이동」(서울, 창해, 1995), 52-64면.

주8)

[민법 제98조](#), [제99조](#), [제211조](#), [제212조](#).

주9)

곽윤직, 「물권법」(서울, 박영사, 1992), 27면 이하.

주10)

[광업법 제5조](#), [제12조](#), [제52조](#).

주11)

[민법 제235조](#) 및 [제236조](#).

주12)

곽윤직, 「물권법」(서울, 박영사, 1992), 301면.

주13)

[대판 1989.3.28, 88누10541](#).

주14)

[온천법 제9조](#).

주15)

[대판 1983.11.22, 83누479](#).

주16)

Anne Wells Branscomb, *Who Owns Information?: From Privacy to Public Access* (New York, Harper Collins, 1994), p.184.

주17)

Richard A.Posner, *Economic Analysis of Law*(Little, Brown and Company, Boston and Toronto, 1977), p.54.

주18)

William R.Cornish, *Intellectual Property* (London, Sweet &Maxwell, 1989), p.53.

주19)

Convention on Biological Diversity.

주20)

Reid G.Adler, *Biotechnology Development and Transfer*, 11 *Rutgers Computer &Technology Law Journal* 469(1992), pp.471-472.

주21)

Roger A.Sedjo, *Property Rights, Genetic Resources, and Biotechnological Change*, 35 *Journal of Law &Economics* 199(1992).

주22)

Institute of Biodiversity(INBio), Costa Rica.

주23)

여기에서 로열티는 특허발명에 대한 이용료가 아니고 유전자원의 이용대가라고 볼 수 있다는 점에서 코스타리카의 유전자원에 대한 일정한 재산권적 가치를 전제로 하고 있음을 볼 수 있다.

주24)

Article 15, the Convention on Biological Diversity.

주25)

Joseph Straus, *The Rio Biodiversity Convention and Intellectual Property*, 324 *II C*



602(1993), pp.607-610.

주26)

[저작권법 제4조 1항 4호.](#)

주27)

[서울고등법원 제5특별부 1994.4.6. 판결, 93구25075.](#)

주28)

동경고판 소화 58.4.26, 무체재집 15권 340면.

주29)

Eltra Corp. v. Ringer, 579 F.2d 294(4th Cir. 1978).

주30)

Ralph S.Brown and Robert C.Denicola, Cases on Copyright(New York, Foundation Press, 1990), p.183.

주31)

Copyright, Designs and Patents Act 1988, Section 54.

주32)

[서울민사지법 제22부 93가합48477](#)(법률신문 1995.3.6. 12면).

주33)

[서울형사지방법원 제6부 1994.5.26 판결, 94노2571](#)(법률신문 1994.12.1.)

주34)

[대판 1991.8.13, 91다1462 손해배상\(기\).](#)

주35)

Anne Wells Branscomb, Who Owns Information?: From Privacy to Public Access(New York, Harper Collins, 1994), p.174.

주36)

Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co., 499 U.S. 340.

주37)

West Publishing Co. v. Mead Data Central, Inc., 799 F.2d 1219, certiorari denied 479 U.S. 1070(1987).

주38)

Keith Aoki, Authors, Inventors and Trademark Owners: Private Intellectual Property and the Public Domain, 18 Columbia-VLA Journal of Law &the Arts 1, p.41.

주39)

[서울민사지방법원 제50부 1989.5.2. 결정, 89카2956.](#)

주40)

[서울고등법원 제2민사부 1990.6.25. 결정, 89라55.](#)

주41)

[서울고등법원 제2민사부 1992.6.26. 판결, 91카98.](#)

주42)

[대판 1992.12.24, 92다31309.](#)