

〈특집〉

## 『서울대학교 法學』 50년의 회고: 지적재산권법 분야

朴俊錫\*

### I. 서설

지적재산권법 분야에서 ‘서울대학교 법학(이하, 법학지)’의 역사를 고찰함에 있어, 그와 불가분의 관계를 맺어 온 서울대학교 법과대학의 관련 동향을 살필 필요가 크다. 서울대학교 법과대학의 전신으로 일컬어지는 경성법학전문학교나 경성제국대학 법문학부의 교육과정 중에는 아쉽게도 지적재산권법 분야의 과목이 전혀 존재하지 않았던 것으로 보인다.<sup>1)</sup> 서울대학교 법과대학에서 최초로 지적재산권법이 독립강좌로 강의된 것은 1985년 법사회학·입법학 등 몇 개의 강좌를 교과과정에 추가하며 ‘무체재산권법’ 강좌 역시 사법학과(私法學科) 4학년 과목으로 신설된 때였다.<sup>2)</sup> 이처럼 서울대학교의 법학교육면에서 민법·상법 등과 달리 지적재산권법의 역사는 아주 짧다고 할 수 있는데, 이러한 특징이 ‘서울대학교 법학’의 지적재산권법 분야에도 그대로 드러나 있다.

즉 1972년 최초로 지적재산권법을 취급한 논문이 법학지에 등장하였으나<sup>3)</sup> 아쉽게도 이 논문은 지적재산권법뿐만 아니라 다른 법률 영역들과 함께 다루고 있는 종합적인 글이었다. 하나의 논문에서 지적재산권법만을 다룬 최초의 논문은 동일 저자에 의하여 그로부터 무려 14년 뒤인 1986년에야 등장하였다.<sup>4)</sup> 지적재산권 분야에 국한하여 볼 때 1980년대는 법학지에 총 3편의 논문이 수록되는 데 그쳤고, 1990년대 이후에야 본격적으로 활발한 논문게재가 이루어지고 있다. 즉 아래 도표와 같이, 1990년대에 14편, 2000년대에는 현재까지 13편의 논문이 수

\* 서울대학교 법과대학·법학대학원 조교수.

1) 서울대학교 법과대학 동창회, 『서울대학교 法科大學 百年史』(2004), 117-118면 및 178-179면 참조.

2) 『서울대학교 法科大學 百年史』, 341-343면 참조.

3) “컴퓨터 기술의 활용이 법학 각 분야에 미치는 영향에 관한 소고”(송상현, 1972).

4) “Experimenting With Copyright Protection of Computer Software in the Republic of Korea”(송상현, 1986).

록되었다. 한편 지적재산권법의 3대 분야로 일컬어지는 특허-저작권-상표 3개 영역으로 나누어 살펴본다면, 특허 영역이 총 10편의 논문으로 가장 다수를 점하고, 저작권 영역은 8편, 상표 영역은 3편의 각 논문을 포함하고 있다.

아울러 저자(著者)별로 보자면 기술과법 센터의 운영 등 현재 가장 왕성한 활동을 보이고 있는 정상조 교수(이하, 존칭은 생략함)가 법학지에도 단독 14편, 공저 2편의 논문을 수록하여, 그간 법학지에 실린 지적재산권법 분야 논문 중 과반(過半)을 넘는<sup>5)</sup> 압도적 지위를 점하고 있다. 그 다음으로 다수의 논문을 수록한 학자는 송상현 교수인데, 동인은 법학지 상에서 지적재산권법 분야의 태동기를 연 장본인으로서 원래 주전공이라 할 수 있는 상법, 민사소송법 분야를 제외하고도 지적재산권법 분야에서만 단독 5편, 공저 1편을 수록하고 있다.

이러한 2인의 실적을 제외하면, 그간 지적재산권법 분야에서 다른 저자들의 활동은 총 7인이 단독 8편, 공저 2편을 제출하고 있는 상황이다. 지면의 제약으로 인하여, 법학지에 수록된 지적재산권법 분야의 모든 논문을 일일이 심도 있게 검토하는 것은 곤란하므로, 이하에서는 지적재산권법 연구의 태동기에 활약하였던 송상현 교수와 지적재산권법 연구의 확립기를 거쳐 현 발전기까지 가장 큰 기여를 하고 있는 정상조 교수 등 2인의 저술을 중심으로 살펴보기로 한다.

	총론*	특허(실용신안·디자인 포함)	저작권(컴퓨터 프로그램 포함)	상표 (부정경쟁 포함)	시대별 합계
1980년대 이전	1	1	2	0	4
1990년대	6	3	4	1	14
2000년대 이후	3	6	2	2	13
분야별 합계	10	10	8	3	31

\* 한 논문의 주제가 특허·저작권·상표 중 복수 영역에 걸치는 경우는 ‘총론’의 수치에 산입하였음

법학지 지적재산권법 분야의 위 통계상으로 가장 특이한 점은,<sup>6)</sup> 법학지의 경

5) 지적재산권법 분야에서 그간 공저의 논문은 모두 2인 공저이므로 가중치를 0.5로 보고 비교한 결과이다.  
 6) 상표분야의 연구가 특허·저작권보다 수적으로 빈약한 것은 지적재산권 분야의 다른 간행물이나 연구모임에서도 공통된 현상이다.

우 시간이 갈수록 특허 대 저작권의 비율이 통상의 경우와 달리 역전이 일어나고 있다는 점이다. 즉 1990년대 말경부터 한국에서는 인터넷 시대가 본격적으로 도래함에 따라 이런 정보통신기술의 변화와 가장 밀접한 편이었던 저작권법 영역의 중요성이나 그 연구활동이 상대적으로 크게 확장되었는데, 법학지에서는 그와 반대로 2000년대에 1990년대에 비하여 상대적으로 특허법 영역의 연구결과물이 증가하였다.<sup>7)</sup>

## II. 1980년대 이전 - 지적재산권법 연구의 태동기

법학지에 지적재산권법 분야의 논문이 가장 처음 등장한 것은 현재 국제형사재판소장으로 활약 중인 송상현 교수가 모교 조교수로 부임한 해인 1972년에 게재한 “컴퓨터 기술의 활용이 법학 각 분야에 미치는 영향에 관한 소고”였다. 한국에서 국가기관용으로 컴퓨터가 처음 도입된 시점이 그보다 불과 몇 년 전인 1967년이었고<sup>8)</sup> 개인용 컴퓨터가 상업용으로 널리 시판되어 활용되기 시작한 것이 미국에서조차 1974년경 이후부터였음<sup>9)</sup> 감안할 때, 위 논문이 얼마나 당시의 시대를 앞선 글인지 쉽게 짐작할 수 있다.<sup>10)</sup> 그러나 위 논문은 컴퓨터가 특허권이나 저작권과 갖는 관계, 즉 지적재산권법 문제에만 국한하지 아니하고, 널리 법률정보학이나 증거법, 상법, 민법(프라이버시권) 상의 문제들까지 다루고 있는 것이었다.

그에 따라 법학지에서 오로지 지적재산권법의 쟁점 규명에만 전력하였던 최초 논문은 그보다 14년 이후에 등장한 “Experimenting With Copyright Protection of Computer Software in the Republic of Korea”(송상현, 1986)이라고 할 수 있다. 1986년은 법학지 뿐만 아니라 한국의 지적재산법 분야 전체로도 아주 중요한 해

7) 가장 큰 원인은 아래 설명하는 대로 2003년 ‘과학기술과 법’ 전공교수를 새로 채용함으로써 연구결과물이 상대적으로 특허분야에 집중되었기 때문으로 보인다.

8) 헤럴드경제 2008. 10. 17.자 “우리 것이 한국 최초 컴퓨터 ... 법정으로 간 원조분쟁” 기사 참조.

9) <<http://inventors.about.com/library/blcoindex.htm>>[2009. 5. 1.방문]

10) 국내에는 컴퓨터가 생소한 시절이었지만, 송상현 교수는 미국 로펌에서 생활하며 8비트짜리 X급 컴퓨터를 활용할 기회를 많이 가진 결과 선구적인 인식을 갖게 되었다는 것이 교수 본인의 회고이다. 이는 “심당 송상현 교수 정년기념대담,” 서울대학교 법학 48권 1호 (2007. 3.), 21면.

였다. 1980년대에 이르러 미국은 심각한 무역적자를 해결하기 위한 방책의 하나로 자국이 강력한 비교우위를 가져왔던 지적재산권 분야에서 타국에서의 보호강화를 피하게 되었다. 이에 미국의 레이건 행정부는 여러 개발도상국들을 개별적으로 상대한 협상들을 통하여 해당국가 내에서의 지적재산권 보호수준을 급격하게 강화할 것을 요구하는 한편, 그 요구에 불응하는 경우 무역제재 등 강력한 보복도 불사할 것을 천명하기에 이르렀다. 한국 역시 이런 상황에서 미국의 요구를 부득이 수용하였고 그에 따라 1986. 12. 31.에 특허법,<sup>11)</sup> 실용신안법, 의장법, 상표법, 저작권법<sup>12)</sup> 등 지적재산권법 전 분야의 개정이 이루어졌다. 특히 위와 같은 날짜에 새롭게 컴퓨터프로그램보호법도 제정되었는데,<sup>13)</sup> 이것은 한국에서 종래부터 존재하던 저작권법의 개정·확충이나 아니면 독립된 법률의 제정이냐를 놓고 논란이 있던 상황에서 저작권법의 기존법리를 준용하되 독립된 단행법을 제정하기로 한 획기적인 사건이었다. 그런데 앞서의 논문에서 저자는 단행법 제정의 장점을 조목조목 지적함으로써 그 입장의 이론적 배경을 제공하였을 뿐 아니라, 입법실무상으로도 ‘컴퓨터프로그램보호법’의 초안을 직접 작성하기까지 하였다.<sup>14)</sup> 이로써 저자는 컴퓨터프로그램 보호 관련 법제가 한국에 정착되는 데 사실상 가장 핵심적인 역할을 수행한 것이었다.

이후 저자는 “컴퓨터 소프트웨어의 개발자와 이용자 간의 법률관계”(1987)를 통하여서 컴퓨터 소프트웨어의 개발자가 가진 권리의 신속하고 효율적인 보호와 이용자의 정당한 이익보호라는 대립되는 이해관계를 조정하고자 시도하였다. 그 가운데, 막 걸음마 단계에 있던 컴퓨터프로그램보호법에 대한 합리적인 해석론 및 입법론을 제시하기도 하였다.

한편, 컴퓨터와 관련된 것이지만 반도체집적회로 배치설계의 법적보호는 저작권 법리에만 의지하였던 컴퓨터프로그램보호법과 달리 저작권 법리와 특허 법리를 절충한 법률로 한국에 1992년 도입되었다.<sup>15)</sup> 이를 위한 긴 논의과정에 큰 영

11) 이에 따라 한국에 처음으로 물질특허제도 등이 도입되는 등 산업계에 실로 큰 영향을 끼친 변화가 있었다.

12) 특히 저작권법의 경우 1957년 제정이후 약 30년 동안 전혀 개정이 없었을 정도로 한국에서는 거의 유명무실에 가까운 상황이다가 이때 처음 대폭적인 개정이 이루어졌다.

13) 1987. 7. 1. 시행된 컴퓨터프로그램보호법(법률 제3920호).

14) “심당 송상현 교수 정년기념대담,” 23면 및 27면. 이에 의하면, 당시 석사학위취득 후 영국유학을 준비 중이던 정상조 학생이 초안 작성에 관여하였다고 한다.

15) 1993. 9. 1.부터 시행된 반도체집적회로의배치설계에관한법률(법률 제4526호, 1992. 12. 8. 제정).

향을 끼친 “집적회로의 지적소유권에 관한 조약초안에 대한 일고”(송상현, 1989)에서 저자는 미국, 일본, EC지침의 각 내용을 상세히 소개하면서 한국에서의 도입방향을 구체적으로 제안하였다.

### III. 1990년대 - 지적재산권법 연구의 확립기

앞서 설명한 대로 이미 1980년대 중후반경 미국의 거센 지적재산권법 관련 통상압력에 직면한 한국에서는 종래에 무시되거나 개념조차 없었던 지적재산권법 연구의 필요성이 사회적으로나, 법적으로 강하게 제기되었었다.<sup>16)</sup> 이와 같이 새로운 법학 분야에 대한 사회적 수요에 시의 적절히 부응하는데 항상 선두에 섰던 서울대학교 법과대학에서는, 영국에서 학위 취득 후 1992년경부터 모교에서 무체재산권법 강의를 담당하고 있던 정상조를 1994년 봄 학기에 전임강사로 채용하였기에 이르렀다. 1990년대 들어 법학지에는 이전과는 비교할 수 없을 정도로 다수의 지적재산권법 연구결과물이 게재되기 시작하였는데, 이는 무엇보다 90년대 초반에 지적재산권법 전공 전임교수를 최초로 채용한 것이 결정적 원인이 되었다.

지적재산권법 전임교수가 수행한 역할은 가령 “국가간 지적재산권 분쟁의 해결에 관한 조약(안)에 관한 연구”(송상현, 1994)에서와 같이 비록 저자는 아니었지만 기초자료를 제공함으로써 연구에 조력하거나,<sup>17)</sup> 아래 “북미자유무역협정(NAFTA)의 지적소유권 관련규정에 관한 고찰”에서와 같이 공동저자로 기여하는 경우는 물론 나아가 94년 이후에는 다수의 단독 연구물로 등장하기 시작하였다.<sup>18)</sup>

공동저술인 “북미자유무역협정(NAFTA)의 지적소유권 관련규정에 관한 고찰”(송상현/정상조, 1993)에서 저자들은, 경제블럭화의 대표적 예인 북미자유무역협

16) “심담 송상현 교수 정년기념대담,” 24면. 이에 의하면 한미통상마찰의 협상 당시 한국의 저작권법은 그동안 전혀 쓸모가 없어서 완전히 잊힌 법률에 불과한 형편이고 지적재산권 개념조차 생소한 형편이라, 송상현 교수가 정부의 협상을 돕는 과정에서 장차 지적재산권법을 전공한 후학을 양성하기 위한 재정적 도움을 협상상대방인 선진외국에 요청한 것이 받아들여졌고 그 결과 정상조 학생이 유학을 떠나게 되었다고 한다.

17) “국가간 지적재산권 분쟁의 해결에 관한 조약(안)에 관한 연구” 중 각주1번 참조.

18) 가령 전임교수를 채용한 당해 연도(1994)에만, 그 이전 시대의 논문 편수를 모두 합한 것과 동일한, 4편의 논문이 게재되었고, 그 다음해에도 3편이 수록되었다.

정 중 지적소유권 관련규정의 내용을 일별하는 과정을 통하여, 궁극적으로는 당시 한국이 직면하고 있던 미국과의 지적재산권 보호관련 협상에서의 올바른 지침들을 제시하고 있다.

1994년에는 지적재산권 전임교수의 첫 단독연구 결과물이 등장하기 시작하였다. “유전공학의 발전과 특허법적 보호의 문제점”(정상조, 1994)은 당시 각국이 치열하게 경쟁하고 있던 유전공학의 특허법적 보호문제를 주로 균등론과 통상실시권 허여심판 제도와 관련지어 규명한 글이다.

다음으로 “특허법 개정안에 대한 검토의견”(정상조, 1994)에서 저자는 특허청이 마련한 개정안을 조목조목 비판하였는데, 가령 당시 개정안 제88조에서 특허권의 존속기간에 관하여 “... 특허출원일로부터 20년으로 한다.”고만 정한 것은 특허권등록이 이루어져야 특허권이 형성됨에 비추어 마치 특허출원일 시점까지 특허권의 존속기간이 소급하는 것으로 오해될 수 있어 부당하다는 점을 지적하였다.<sup>19)</sup> 참고로 우리 특허법 조문의 구체적 표현에까지 항상 강력한 영향을 끼쳐온 일본 특허법은 특허권의 존속기간에 관하여 현행 법률에서 “특허권의 존속기간은 특허출원일로부터 20년을 지속하고 종료한다.”고<sup>20)</sup> 정하여 여전히 우리 특허법의 당시 개정안과 같게 규정하고 있다. 그럼에도 일본의 예에 구애받지 않고 독자적인 입장을 견지한 저자의 앞서의 지적은 상당히 참신한 것이라 할 수 있었다. 위 지적은 당시 입법에 즉각 반영되지는 못하였으나 이후 개정 법률에서는 이에 맞추어 특허출원일과 등록일을 아울러 고려하는 방향으로 특허권의 존속기간을 정하게 됨으로써 결국에는 특허법에 수용되었다.<sup>21)</sup>

아울러, “1994년 저작권 판례 회고”(정상조, 1994)는 1년 동안 내려진 몇 건의 대법원과 하급심 판례를 분석한 것이었는데, 그 중에서도 서체도안 등 응용미술작품의 저작물성을 부인한 판례를 비판함에 있어서, 우리 저작권법은 일본 저작권법과 달리 응용미술작품을 저작물의 한 유형으로 예시하고 있음에도 서체도안 등의 저작물성을 판단함에 있어 마치 일본의 판례를 추종하여 일률적으로 부인하고 있는 듯한 한국의 일부 하급심판례의 입장에 의문을 제기하고 있다.

19) “특허법 개정안에 대한 검토의견,” 184면.

20) 일본 특허법(平成20年4月18日 法律 第16号) 제67조.

21) 즉 1997. 4. 10. 개정을 통하여 특허법 제88조 제1항은 “특허권의 존속기간은 특허권의 설정등록이 있는 날부터 특허출원일후 20년이 되는 날까지로 한다”로 변경되었다.

1995년에 게재된 “부정경쟁방지법상 종업원의 영업비밀유지의무”(정상조, 1995)는 여러 가지 면에서 괄목할 만한 업적이다.

첫 번째, 한국에서의 영업비밀의 법적보호와 관련하여 심도 있는 논의로는 최초의 글이라 할 수 있다. 당시 한국의 경우 이미 1991. 12. 31. 일부 개정된 부정경쟁방지법(법률 제4478호)에서 ‘영업비밀의 보호’이라는 제목 하에 제3장을 신설하여 영업비밀침해를 규제하기 시작하였지만 이에 관한 학계의 심도 있는 논의는 거의 전무하였었고,<sup>22)</sup> 저자의 위 글 등장시점 전후에 나온 몇 편의 문헌들도 대개는 외국의 선례를 소개하는데 그친 것이었다. 그러나 저자의 글은 국내의 판례를 정밀하게 분석하면서 외국 선례와 치밀하게 맞추어보는 과정을 통하여, 종업원의 비밀유지의무는 계약상 명시되지 않은 상황이나 퇴직이후 상황에도 여전히 존재할 수 있음을 논증하고 있다.

두 번째, 저자의 다른 글들도 마찬가지로 하지만 특히 위 글은 풍부한 내용과 치밀한 논증 때문에 실무가들로부터 여러 번 참조되었고<sup>23)</sup> 결과적으로 법원의 관련실무 운용방향에도 큰 영향을 미쳤다.

같은 해에 수록된 “저작권법 개정안에 관한 연구”(정상조, 1995)는 당시의 급변하는 저작권법 환경을 고스란히 반영하고 있다. 즉 1995. 1. 1.부터 WTO체제가 출범함에 따라 한국이 회원국으로서의 의무이행을 위하여 WTO협정의 내용을 반영함과 아울러 WTO 무역관련 지적재산권협정(Agreement on Trade Related Aspect of Intellectual Property Rights, TRIPs)에 따라 저작권분야의 국제규범인 베른협정가입에 대비하기 위하여 기존 한국의 저작권 보호 수준을 높이는 저작권법 개정안이 심의 중에 있었다.<sup>24)</sup> 저자는 저작권접권의 보호강화, 번역권 제한의 특칙, 외국저작물의 소급보호 등 중요문제에 관하여 타당한 방향을 상세히 제시하고 있다.

22) 거의 유일하게 찾을 수 있는 문헌으로는 김문환, “營業秘密의 法的 保護,” 『知的所有權法研究』 1권, 81-115면 정도가 있을 뿐이었으나 이는 미국, 독일, 일본 등 외국의 실황을 소개하는데 주력하고 국내법의 해설을 다룬 것은 아니었다.

23) 가령, 이성호, “勤勞者에 대한 競業禁止約定의 效力과 轉職禁止假處分の 許容 與否,” 『民事裁判의 諸問題』 제11권-민사실무연구회 편, 한국사법행정학회(2002) 중 각주 7, 16, 64, 65번; 최정환, “근로자의 전직금지약정과 영업비밀 보호의무,” 『정보법 판례백선 (I)』, 博英社(2006) 중 각주3번; 조성필, “부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률상의 영업비밀의 보호에 관한 검토 -민사적 구적 및 이에 대한 판례를 중심으로,” 『재판실무연구』, 광주지방법원(2000) 중 각주 4, 22, 34, 37, 42, 46, 48, 57, 58, 60번 등에서 위 논문을 인용하고 있다.

24) 동 개정안은 1995. 12. 6. 통과되어 1996. 7. 1.부터 법률 제5015호로 시행되었다.

한편, “지적소유권 남용의 규제”(정상조, 1995)를 저자 글들의 전체 흐름 속에서 제대로 파악하려면, 몇 년 뒤 간행된 “특허발명의 강제실시”(정상조, 1999) 및 “불공정 경쟁행위의 규제 - 기술과 시장의 변화에 대한 법적 대응 -”(정상조, 2004)과 함께 살펴볼 필요가 있다.

앞의 두 논문을 통하여 우리는, 지적재산권을 연구하는 다른 학자들이 흔히 빠지기 쉬운 함정, 즉 자신의 전공인 “지적재산권의 중요성을 강조하고 보호의 강화에만 치우친 나머지 지적재산권 효력의 범위와 한계에 관해서는”<sup>25)</sup> 등한시하는 오류를 저자가 냉철하게 경계하고 있음을 알 수 있다. 이런 냉철한 입장에서 저자는 특히 특허법의 강제실시 제도에 주목하면서 이 제도가 일면 ‘독점규제 및 공정거래에 관한 법률’(이하, 독점규제법)상 공정거래위원회에 의한 시정조치를 보충하는 기능을 하지만<sup>26)</sup> 일정 부분에서는 서로 중복되어 무용할 수 있다고<sup>27)</sup> 분석하고 있다. 마지막 논문에서는 지적재산권법 및 독점규제법 영역을 망라하여 이들 영역이 규제하는 행위에 직접 해당되지는 아니하지만 여전히 ‘불공정한 경쟁’이라고 취급되는 행태의 범위를 어떻게 포착할 것인지의 문제, 그리고 과실책임 원칙이나 손해액입증 등 기존 법리를 어떻게 변형시켜 효과적으로 규제할 것인지의 문제를 각각 다루고 있다.

이렇게 세 논문 모두에서 지적재산권법 영역을 벗어나 독점규제법 영역까지 아울러 거론하고 있음에도 그 분석이 물 흐르듯 자연스러운 것은 저자 스스로가 원래 독점규제법, 즉 협의의 경제법(經濟法)을 전공하였으며,<sup>28)</sup> 특정한 법률 규정의 타당성을 항상 비용 대 효용이라는 경제학적 틀로 분석하는 데 능하다는 사실<sup>29)</sup>에서도 그 원인을 찾을 수 있을 것이다.

그리고 “정보산업기술의 발전에 따른 저작권접권의 재조명”(정상조, 1996)은 실연자, 음반제작자, 방송사업자가 가진 저작권접권이 형성된 배경을 고찰한 다음, 당시 저작권법이 부여한 저작권접권의 의미와 입법방향을 설명한 논문이었다.

“데이터베이스의 법적 보호(I)”(정상조, 1996)는 창작성이 있는 저작물에 통상

25) 이 부분은 “지적소유권 남용의 규제,” 98면에서 인용함.

26) “지적소유권 남용의 규제,” 99면 등.

27) “특허발명의 강제실시,” 297면.

28) 정상조, “獨占禁止法の 涉外的 適用 範圍,” 서울대학교 석사학위논문(1984).

29) 송상현, 정상조 공역, 『법경제학 입문』, 경문사(1984) 등.

해당하기 어려운 데이터베이스(database)를 한국에서 보호함에 있어 과연 미국에서 처럼 부정경쟁방지의 법리에 의할 것인지, 아니면 유럽연합에서와 같이 저작권법과 유사한 독점권을 부여하는 특별법에 의할 것인지에 관한 치열한 다툼을 다루고 있다. 다만 이에 관하여 특정 입장을 취하였다기보다는 일단 문제제기를 한 것이었다. 완전히 결론까지 내려진 논문이 아니었음에도 풍부한 내용 덕택에 위 글 역시 다른 외부문헌에서의 인용례를 어렵지 않게 찾아볼 수 있다.<sup>30)</sup>

“섭외지적재산권법 시론 - 지적재산권의 준거법 -”(이호정/정상조, 1998)은 2001년 ‘국제사법’이 지적재산권의 보호에 관한 준거법 규정을 보다 분명히 명시하기에 이르렀음에 불구하고<sup>31)</sup> 지금도 여전히 학자들이나 법원실무 사이에 완전한 합의가 이루어지지 않은 문제를 취급하고 있다.<sup>32)</sup> 이는 그만큼 지적재산권 분야에서 가장 어려운 쟁점 중 하나인데,<sup>33)</sup> 이에 관하여 위 논문이 사실 선도적인 연구의 하나인 까닭에 이후 문헌에서 충실하게 원용되고 있음은 물론이다.<sup>34)</sup>

더불어 “저작권의 공동보유”(정상조, 1999)에서 저자는 ‘공유(共有)’라는 표현에 어울리지 않게 민법상 공유제도의 경우와 달리 지나치게 경직된 한국 저작권법의 자세를 비판하고 있다. 즉 다른 공유자 전원의 동의를 얻어야만 저작권의 행사와 이전이 가능하도록 규정하고 있는 우리 법의 태도를 미국은 물론 영국, 프랑스, 일본 등 실로 다양한 외국의 입법례를 꼼꼼히 비교한 다음, 주어지는 여건 하에서 최대한 우리 민법상 공유제도의 원칙을 저작권법에 반영하자고 주장(主唱)하고 있다.

30) 가령 박상구, “전자거래와 개인정보,” 『CYBER LAW의 제문제[上]』 재판자료 99편, 법원도서관(2003) 중 각주1번.

31) 제24조 (지적재산권의 보호) 지적재산권의 보호는 그 침해지법에 의한다.

32) 가령 석광현, “국제지적재산권법에 관한 小考 - 최근 일부 하급심 판결들에 대한 유감을 표시하며 -, ” 인터넷 법률신문 2008. 6. 9.자 참조.

33) 베른협약 제5조 제2항이 정한 보호국법주의와 한국의 관련법률(중전 섭외사법이나 현행 국제사법의 규정)의 원칙과의 관계, 아울러 지적재산권에 기한 물권적 금지청구와 채권적 손해배상청구의 준거법이 각기 달라야 하는 지 등이 문제되고 있다.

34) 가령 손경한, “지적재산의 국제적 분쟁해결합의,” 『중재연구』 14권2호(2004.12), 한국중재학회 중 각주 8, 15, 33번 등.

#### IV. 2000년대 - 지적재산권법 연구의 발전기

2000년대에 들어서면서 지적재산권법 연구는 내적·외적으로 크게 발전을 맞게 되었다. 우선 내적으로는 종전과 달리 보다 다양한 저자들이 법학지에 논문을 게재함으로써 연구자 층이 훨씬 다양해진 현상을 반영하였다. 다음으로 외적으로는 법학지의 충실도와 긴밀하게 관련된 환경, 가령 법과대학의 지적재산권법 교육이나 전공교수의 충원 등이 전반적으로 개선되었다. 가령 2003년에 이르러서 ‘무체재산권법’ 강좌가 ‘저작권법’ 강좌 및 ‘산업재산권법’ 강좌로 분화되고, 아울러 ‘과학기술과 법’이 인접과목으로 신설되었다.<sup>35)</sup>

2000년대에 들어 정상조 교수는 1990년대와 달리, 기술과법 센터의 월레워크숍이나 국제교류 등 여러 가지 의미 있는 활동을 개시하면서 이에 상당한 시간을 할애해야 하는 사정 때문에 법학지에 수록한 논문의 전체 편수가 다소 감소하였음에도 불구하고, 아주 중요한 의미를 가진 연구결과물들을 법학지에 수록하고 있다. 대표적인 예가 앞서 언급한 글로, 저자가 가진 거시적 시각의 경지를 보여준 “불공정 경쟁행위의 규제-기술과 시장의 변화에 대한 법적 대응-”(정상조, 2004)이다.

마찬가지로 특정 법률분야의 논의에 몰각되지 않고 폭넓은 법적 사고의 틀을 제시한 논문으로 “지적재산권에 관한 국제적 법질서와 국내법”(정상조, 2005)도 거론될 수 있다. 저자는 지적재산권법 분야의 국제조약을 한국이 국내법으로 수용해온 구체적인 실례를 여럿 언급하여 분석하고 있는데, 이런 분석은 사실 궁극적으로 국제법의 일환인 조약과 한국 국내법의 한 부분인 지적재산권법의 충돌이 생길 때 어떻게 해결할 지에 관한 정확한 답을 찾기 위한 과정이었다.

그 외에 “주지상표의 보호 - 상표법과 부정경쟁방지법의 조화를 위한 제언 -”(정상조, 2002)은 주지상표(周知商標)의 보호라는 특정 쟁점을 통하여 상표법과 부정경쟁방지법이 서로 동떨어진 법률이 아니라 특별법과 일반법의 관계에서 긴밀하게 호응하여야 할 관계의 법률로 해석되어야 할 필요성을 역설하고 있다.

다음으로 “창작과 표절의 구별기준”(정상조, 2003)에서는 저작권법상 접근(access) 및 실질성 유사성(substantial similarity)이라는 두 가지 보편적인 기준을 각각 증거법적 기준과 실체법적 기준이라고 흥미롭게 풀이하면서, 아울러 저작물

35) 『서울대학교 法科大學 百年史』, 383면 참조.

의 종류에 따라 표절로부터 보호되어야 할 창작적 표현(expression)의 범위가 변화한다는 점을 다시 한 번 지적하고 있다. 이를 원용하고 있는 외부문헌도 쉽게 발견된다.<sup>36)</sup>

## V. 맺음말

이미 말한 대로 법학지뿐만 아니라 한국 전체에서 지적재산권법이 독립된 학문으로서 도입된 시기는 다른 법학분야에 비하여 한참 늦었다. 하지만, 1990년대를 거쳐 2000년에 이르러 지적재산권법은 법학분야 중 가장 급격하게 확장되어 온 분야가 되고 있다. 단적인 예로, 1994년에 서울대학교 법과대학에 한국 최초의 지적재산권법 전임교수가 부임한 이래 불과 10여년이 지난 2008년 현재, 전국의 각 법과대학(혹은 법학전문대학원)에는 60여명이나 되는 전임교수가 지적재산권법<sup>37)</sup>을 연구하고 있으며, 법학전문대학원으로 인가받은 20여개 학교 중 여러 곳이 지적재산권 관련 분야를 특성화 분야로 삼겠다고 표방하고 있는 상황이다.<sup>38)</sup>

이런 시대적 흐름을 반영하여서인지 법학지에서도 시간이 흐름에 따라 지적재산권법 연구가 급격하게 증가하였는데, 다만 그 시점은 시기적으로 다소 앞선 1990년대 초중반으로, 이는 최초로 전임교수가 부임한 시점과 일치하는 것이었다. 실제로 1990년대부터 현재까지의 법학지는 (지적재산권법 분야의 전문학술지를 논외로 한다면) 다른 어느 학술지보다 양적으로 풍부한 지적재산권 논문들이 집적된 보고였다고 할 수 있다. 아울러 1972년 최초 지적재산권 분야의 논문이 게재된 이래 질적으로 볼 때도, 법학지는 한국에서 실로 지적재산권 분야의 가장 정련(精練)된 논문들이 발표된 모태였다. 본 지면의 제약으로 ‘태동기’-‘확립기’-‘발전기’라는 역사적인 단계 전개에 가장 많은 기여를 하였다고 보이는 송상현·정상조 2인의 글을 중심으로 살폈을 뿐, 미처 언급하지 못한 타저자들의 논

36) 가령 박익환, “저작권침해의 판단기준”, 『정보법 판례백선(I)』, 박영사(2006), 각주 2, 6, 16번 등.

37) 이는 정보기술(IT), 과학기술과 법, 엔터테인먼트법 등 널리 지적재산권법의 영역으로 인정되는 부분들도 포함한 수치이다.

38) 가령 충남대(지적재산권), 경북대(IT법), 충북대(과학기술법)에서는 지적재산권법을 유일한 특성화 영역으로 지정하였고 연세대(과학기술법), 인하대(지적재산법)에서도 지적재산권법을 복수 특성화 영역 중 하나에 포함시키고 있다.

문들도 주목받고 있는 글이 대부분임은 두말할 나위가 없다.

다만 앞으로도 이런 추세를 유지하기 위해서는, 다른 법률분야와 달리 지적재산권법 논문의 경우 저널편집에 있어 문자와 더불어 이미지가 수반될 필요성이 점차로 증가하고 있다는 점,<sup>39)</sup> 많은 경우 기술(技術) 지식과 결부되었다는 특징 때문에 법학전반을 다루는 일반학술지가 지적재산권 분야의 전문학술지보다 한 층 불리한 지위에 있다는 점을 염두에 두고, 이런 점들로 인한 도전을 슬기롭게 극복할 방안을 가지고 앞으로의 미래에 대비해 나가야 할 것이다.

---

<sup>39)</sup> 가령 상표간의 유사 여부를 비교하거나, 디지털 이미지의 저작물 침해가 문제되었거나, 시각적으로 더 용이하게 설명할 수 있는 특허상품과 관련된 논의 등이 점점 많아지고 있다.