

지정토논요지

저자: 정상조

발행년도: 2006

문헌: 저스티스

권호: 92호(2006.07) (2006년)

출처: 한국법학원

소속: 서울대학교 법과대학 교수

[302]

지적재산권의 세계화는 여러 가지 측면에서 말해볼 수 있겠지만, 크게 보면 ① 지적재산권 보호의 강화, ② 새로운 종류의 지적재산권의 등장, ③ 지적재산권 남용 규제의 필요성 증가, ④ 창작과 혁신을 둘러싼 공정한 경쟁질서의 필요성 증가, ⑤ 국제규범의 증가 등으로 그 특징을 요약해볼 수 있다. ① 내지 ③ 즉 지적재산권 보호의 강화, 새로운 종류의 지적재산권, 남용 규제의 필요성 증가에 대해서는 국내에 이미 많이 소개되어 있어서, 다시 반복할 필요가 없을 것이다. 여기에서는 혁신과 경쟁의 세계화 및 국제규범의 증가에 대해서 간단히 살펴보도록 한다.

혁신과 경쟁의 세계화는 한편으로는 Microsoft 사건에서 볼 수 있는 것처럼 창작과 혁신의 보호가 자유롭고 공정한 경쟁질서와 충돌하는 경우에 경쟁을 통한 미래의 혁신을 촉진하기 위해서 현재의 혁신결과물에 관한 재산권 행사를 제한하는 경향으로 나타난다. 다른 한편으로, 타인의 혁신이나 투자의 결과에 무임편승하는 일련의 행위가 성문법상의 특허권, 저작권, 상표권 등 지적재산권의 침해에 해당되지 않지만 그럼에도 불구하고 위법하고 불공정한 경쟁행위에 해당된다고 볼 수 있는 사례가 늘고 있다. 예컨대, eBay에 관한 미국사례로 경쟁업체가 로봇에 의한 반복적인 검색을 통해서 eBay의 상품목록을 복제해 나가자 eBay는 그 경쟁업체의 검색 로봇의 복제행위로 인해서 고객들의 웹사이트 방문 및 이용이 방해받았고 로봇을 통한 정보의 검색과 이용은 위법한 무임편승이라고 주장하면서, 로봇이 웹사이트 서버를 검색하는 것은 이용자에 대한 묵시적 허락의 범위를 벗어난 무단침입(trespass)으로 불법행위에 해당된다고 주장한 바 있다(eBay, Inc., v. Bidder's Edge, Inc., 100F.Supp.2d 1058). 국내 사례로는 인터넷 포털 사이트가 전자지도를 개발한 사람의 허락을 받지 않고 그 전자지도를 자신의 포털 사이트 프레임 속에 링크해서 볼 수 있도록 하는 소위 framed linking의 경우에 전자지도에 관한 저작권의 침해가 없더라도 포털 사이트의 위법한 행위로 인해서 전자지도 개발인에게 입힌 손해를 배상해야 한다고 판시한 하급심 판결이 있다([서울지방법원 2001.12.7. 선고 2000가합54067 판결](#)). 로봇을 활용한 서버검색이나 framed linking은 예컨대 길을 건다가 다른 사람의 정원에서 재배되고 있는 장미꽃의 향기를 맡는 것처럼 자유롭게 할 수 있는 행위에 해당되는가 아니면, 예컨대, 결혼식장에 초대받지 않은 사람이 하객인 것처럼 가장하고 들어가서 결혼식을 방해하는 주거침입과 마찬가지로 위법행위로 취급되어야 하는가? 전형적인 불법행위는 자동차 사고에서와 같이 일

회적이고 물리적인 침해가 주된 유형으로 되어 왔지만, 후기산업사회에 와서는 공해와 같이 계속적이고 무형적인 침해 (nonphysical intrusions)가 새로운 유형의 불법행위로 자리잡게 되었고, 21세기의 지식기반사회에서는 소프트웨어 로봇이나 framed linking 등에 의한 인터넷상의 행위가 새로운 유형의 불공정 경쟁행위에 해당되는지 여부에 관한 논쟁이 시작된 것이다. 공해배출이라고 하는 불법행위는 공해와 소유물 또는 소유권자에의 손해와의 인과관계

[303]

그리고 공해배출업자의 주의의무의 정도가 논의의 핵심이었지만, 인터넷 웹사이트의 상품목록이나 전자지도에 대한 무형적인 침해는 기본적으로 그것을 침해로 볼 것인가 여부 즉 부작위의무를 부과하는 상도덕이나 관습 또는 법이 존재하고 있는지 여부에서부터 논쟁의 대상이 된다.

지적재산권의 세계화에 관해서 마지막으로 지적할 수 있는 것은 지적재산권의 국제적 조화 내지 국제적 규범의 증가이다. 국제규범의 증가에 따라서 조약의 효력이 무엇인가 특히 조약과 국내법이 충돌하는 경우에 무엇이 우선하는 효력을 가지는가의 문제가 중요한 문제로 제기된다. 지적재산권에 관한 국제조약은 다수 존재하는데, 특히 1883년 체결된 파리조약 (Paris Convention for the Protection of Industrial Property)과 1994년에 체결된 세계무역기구(WTO) 무역관련지적재산권 부속협정(TRIPs) 등은 국내법과의 관계가 어려운 문제로 제기된 바 있다. 우리나라 [헌법 제6조 제1항](#)은 “헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다”고 규정하고 있으므로, 조약은 체결·공포만으로 국내법으로서의 효력을 가진다. 따라서, 어느 조약의 국내적 실시에 있어서 따로 국내법에 의한 구체화가 없더라도 내용상 그대로 국내법으로서 직접 적용할 수 있을 정도의 명확성과 완전성을 갖추고 있다고 판단된 조약 즉 자기집행적 조약(self-executing treaty)은 국내법으로서의 효력을 가지고, 관련 국내법의 연원이 된다는 점에서 사실상 국내법에 우선하는 효력을 인정받을 수 있다. 예컨대, 미합중국 공군의 공식기장과 외관상 극히 유사한 상표의 등록이 유효한 것인지 여부에 관한 상표등록무효심판청구사건에서, 특정 국가의 다양한 기장들은 국기(National flag)와 달리 다른 가맹국이 반드시 알 수 있다고 볼 수 없고 상표법이 파리조약 가맹국의 기장과 동일 또는 유사한 상표의 등록을 금지한 것은 파리조약의 관련 규정을 입법한 것이므로, 상표법에 따라 파리조약 가맹국의 기장이 보호받기 위하여는 파리조약의 규정에 따라 그 보호대상인 기장 등이 국제사무국을 통하여 우리나라에 통지되어야 하고 그러한 통지가 없는 경우에 가맹국의 기장과 동일·유사하다는 이유만으로 상표등록이 무효라고 볼 수 없다고 판시한 바 있다([대법원 1999.12.7. 선고 97후 3289 판결](#)). 다시말해서, 가맹국 기장의 보호를 위해서 국제사무국을 통한 통지가 필요한 것인지 여부에 관해서 파리조약은 구체적인 규정을 두고 있는 반면에 우리 상표법의 관련 규정은 그러한 통지의무를 부과함이 없이 가맹국 기장을 보호한다고 규정하고 있어서 파리조약과 상표법은 상호모순된 규정을 두고 있는 경우에, 파리조약이 구체성과 명확성을 갖추고 있어서 직접 적용할 수 있는 성질의 규정을 두고 있다면 그러한 조약규정은 상표법에 우선하는 효력을 가지고 국내법원에 의해서 직접 적용될 수 있다고 해석된 것이다. 그러나, 대부분의 경우에 우리 법원은 조약규정의 구체적인 의미를 밝히려고 하는 노력없이 그리고 국내법이 우선 적용되어야 하는 근거를 제시함도 없이 단순히 국내법의 해석만으로 문제를 해결하고 있다. 예컨대, TRIPs 협정은 그 효력발생일 이전에는 보호해주지 않던 외

국저작물이라도 효력발생일 당시 저작권이 만료되지 아니한 외국저작물에 대해서 보호를 해주어야 한다고 하는 소위 소급보호 (retroactive protection)에 관한 규정을 두고 있는데, 소급보호로 인해서 가맹국 국민이 새로이 취득하게 될 저작권과 기존의 상표권 등의 권리가 충돌되는 경우에 어느 권리가 우선하는지 문제된 사안에서, 서울지방법원은 소급보호가 부여되기 시작한 시점 즉 개정 저작권법의 효력발생일을 저작권의 발생 시점으로

[304]

보아서 그 이전에 이미 내국인에 의해서 출원되었거나 등록된 상표권은 회복저작물의 보호에도 불구하고 저작권침해의 염려없이 계속적으로 상표를 사용할 수 있다고 판시한 바 있다 ([서울지방법원 1998.10.7. 선고 98카합2231 판결](#)). 그러나, 개정 저작권법의 효력발생일을 회복저작물의 저작권 발생시점을 파악하는 것은 사실상 TRIPs의 소급보호 취지에 반하는 결과를 초래하는 것이 아닌가 하는 의문이 제기된다. 이러한 해석상 문제점을 고려해서, 유사한 사안에서 서울지방법원은 외국저작물의 저작권과 그 외국저작물을 토대로 내국인에 의해서 창작된 2차적 저작물의 저작권의 조화를 도모하고 있는 저작권법 부칙규정을 근거로 해서, 내국인의 등록상표를 그 외국저작물의 2차적저작물로 파악한 바 있다([서울지방법원 1999.4.2. 선고 98가합72475 판결](#)).
