울산대학교 사회과학 논집 제5권 제1호 pp. 57~131, 1995.
Journal of Social Science Vol.5, No.1, pp. 57~131, 1995.
University of Ulsan.

디자인의 보호에 관한 연구

- 산업디자인의 법적보호방법을 중심으로 -

이상정
법학과

<요 약>

1. 본 연구의 개요

本稿는 1986년 著作權法이 응용미술작품을 보호받는 저작물로 예시하면서 意匠法과의 조정조치를 전혀 취하고 있지 않은 점 및 종래의 디자인保護 基本法인 意匠法의 문제점, 그리고 산업디자인의 보호를 위하여 저작권법을 무조건 적용하는 경우의 문제점을 지적하고, 어떻게 산업디자인을 보호하는 것이 가장 적절한 보호방법인가를 연구한 논문이다. 이를 위하여 일본, 미국, 프랑스, 독일, 영국의 법제와 현재 입법과정에 있는 EC의 디자인保護規程을 살펴보았다. 이러한 연구를 통해 모든 입법에는 그 나름대로의 문제점이 있음을 밝힌 후, 결국 우리법의 문제점을 적절히 해결하기 위해서는 새로운 법의 제정에 의할 수 밖에는 없고, 그 경우 새로운 법에 포함될 주요 내용을 검토하였다.

2. 본 연구의 주요내용

종래 산업디자인을 보호하는 방법에는 특허권적 보호방법과 저작권적 보호방법이 있었다. 특허권적 보호방법은 산업디자인이 법적으로 보호받기 위해서 일정한 요건을 설정한 후, 이 요건에 합치하는 디자인만을 등록하도록 하며, 등록된 意匠에 대해서만 意匠(特許)權이라는 獨占排他的 效力(所謂 遮斷效)을 인정하는 方法을 가리킨다. 기본적으로 이러한 보호방법을 채택하는 국가는 미국과 일본이다. 이들 국가에서는 가급적 저작권법에 의한 중복보호를 인정하지 아니한다. 이러한 특허권적 보호방법은 권리발생을 위하여 시간과 비용이 필요하다는 문제점이 있으며, 이렇게 발생한 권리도 등록요건을 충족시키지 못했다는 이유로 등록 후에도 무효로 될 확률이 높다는 단점이 있다.

이에 비해 著作權的 보호방법이란 登錄과 같은 方式을 갖추지 않더라도, 법적으로 보호를 받는 방법을 가리키며, 그 권리 내용도 타인의 모방으로부터만 보호하는 方法(所謂 模倣禁止權)을 지칭한다. 프랑스의 경우는 미의 단일성이론에 의거하여, 산업디자인을 저작권법에 의해 무제한 보호한다. 이러한 방법은 산업디자인을 다른 저작물과 동일하게 보호하므로 저작권법리가 그대로 적용되어 마케팅 수단으로서의 디자인의 특성을 무시하는 단점이 있을 뿐만아니라, 보호기간이 지나치게 길게 된다는 점이 문제점으로 지적되고 있다.

한편 디자인 어프로치는 최근 EC의 디자인 保護規程을 제정하는 과정에서 입법관여자들에 의하여 공연히 사용된 용어로서, 1988년의 영국 저작권·디자인·특허법(CDPA) 및 제안된 EC 디자인보호규정(案)이 채택하고 있다. 이러한 제3의 보호방법의 특징은 사용이나 공표로부터 권리가 발생하되, 그 존속기간은 단기이며, 보다 장기의 보호를 필요로 하는

경우에는 등록을 하여야 한다. 출원전의 사용이라도 新規性喪失의 사유로 되지 아니한다. 또 등록출원을 한 경우에도 실체요건에 대한 심사는 하지 아니하고 형식요건에 대해서만 심사한다. 단기의 보호기간동안에는 模倣禁止權으로 보호하되, 등록을 하면 遮斷效있는 獨占權을 인정하는 경우(EC의 登錄디자인權의 경우)와 그대로 模倣禁止權으로 일관하는 경우(미국, 일본, 우리나라의 반도체칩법)가 있다. 이러한 디자인 어프로치 중 예컨대 EC의 디자인보호規程(案)과 같이 하나의 법에서 단기와 장기의 보호방법을 규정하는 것을 單線構造, 영국의 저작권·디자인·특허법과 같이 디자인權과 登錄디자인權, 저작권을 병존시키고, 디자인의 특성에 따라 특정한 권리만을 인정하거나 혹은 창작자의 선택에 일임하는 보호방법을 複線構造라고 한다.

본 논문에서는 산업과 문화의 접점에 있는 산업디자인의 보호를 위하여, 그리고 발명과 상표와 다른 산업디자인의 특성을 감안하여 제3의 보호방법인 디자인 어프로치를 채택할 것을 제안한다. 다만 영국과 달리 우리는 이미 "신용신안법"과 "반도체집적회로의 배치설계에 관한 법률"을 가지고 있어 순수히 기능적인 디자인은 그들 법에서 보호하면 되므로, 새로운 디자인보호법에서는 제외시키는 것이 타당하다고 본다. 또 제안된 EC 규정과 달리 등록디자인권의 경우에도 차단효를 인정하지 아니하고 무등록디자인권의 경우와 마찬가지로 모방금지권에 그치도록 제안하고 있다. 그 이유는 기본적으로 산업디자인의 보호는 모방으로부터 보호되면 충분할 뿐만아니라, 차단효있는 독점권을 부여하는 것은 경쟁자 등의 행동의 자유를 지나치게 제한하는 결과로 되기 때문이다.

3. 제안

이상의 연구결과를 바탕으로 다음과 같은 내용이 담긴 디자인보호법의 제정을 건의한다. 디자인보호법에 포함될 주요내용은 다음과 같다:

① 보호의 대상은 오로지 기술적 효과를 얻기 위해서 필요한 형태를 제외한, 인간의 감각에 의해서 판단될 수 있는 물품의 외관으로 한다. 다만 공서양속에 어긋나는 물품의 형태나 극히 평범하고 흔한 형태를 제외한다.

② 보호의 내용은 모방금지권으로 한다. 이점은 등록의 유무를 불문한다.

③ 공표로부터 권리가 발생하는 것으로 하되, 그 보호기간은 2년으로 한다. 보다 장기의 보호를 원하는자는 공표로부터 2년 이내에 등록을 하도록 하고, 등록하면 보호기간은 등록으로부터 5년으로 하며, 4회에 한하여 출원을 更新할 수 있도록 한다. 다만 최대의 보호기간은 공표로부터 25년을 넘지 않는 것으로 한다.

④ 등록을 위하여 출원하는 경우에도 실체요건에 관한 심사는 하지 아니한다.

⑤ 등록을 장려하고 분쟁시 공평한 해결을 위하여 출원등록에 대해서는 보호기간의 연장 이외에도 창작과 권리에 대한 일정한 추정효과를 부여한다.

⑥ 경쟁을 촉진하고, 혹시 있을지도 모를 독점으로부터의 폐해를 방지하기 위하여 일정한 경우에 보호의 예외를 인정한다.

⑦ 著作權과의 조정규정을 둔다. 이를 위해 산업디자인은 저작권법의 보호를 받을 수 없고, 저작권법으로 보호되는 미술저작물이라 하더라도 공업제품의 도안이나 모형으로 이용된 경우에는 오직 특별법의 보호만을 받을 수 있으며, 미술저작물을 산업디자인으로서 등록한 경우라도, 당해 미술저작물의 보호기간이 만료하면 당해 登錄디자인權은 소멸하는 것으로 한다.

A Study on the Legal Protection of Industrial Design

Lee, Sang-Jeong
Dept. of Law

<Abstract>

1. This paper is a study on the legal protection of industrial design.

2. In our country industrial design is protected by *sui generis* Industrial Design Act, and also by Copyright Act as a work of applied art. So we have taken both patent approach and copyright approach. This cummulative protection with no adjustment and no condition brings some conflicts between two approaches. Besides patent system is not suitable for design protection, especially for short-lived product design. To find out a suitable system for protecting design is the main purpose of this paper.

3. For the solution of these problems this paper surveyed some major countries' statues and case law. Those are Japan, U.S., U.K., France, Germany. And this paper also surveyed the EC proposed Regulation.

As a conclusion this paper proposes to establish new method of protection through the enactment.That's so-called design approach. So this dissertation is much influenced by CDPA of U.K. and EC proposed Regulation. Natually much of proposed contents are the same as those of CDPA of U.K. and EC proposed Regulation.

4. Designer shall be protected automatically by making the design available to the public, and by registration protection period shall be prolonged. But the proposed contents of this dissertation are different from those of CDPA and EC proposed Regulation on two points. One is that purely functional design shall not be protected by the (proposed) design law. So the proposal of this dissertation is different from CDPA on this point. It's because we have already the *sui generis* Utility Model Act and the Semiconductor Chip Protection Act. Another is that this dissertation propose the new act should not give a monopolistic right to the right holder as regards the use of the design. The right holder enjoy the exclusive right, but be protected against copying. So the right has no block effect ("Sperrwirkung"). Registered design shall not confer on the right holder "a monopolistic right" (EC Proposal calls this "a genuine exclusive right"). This is because there is no reason to give so excessive right like a monopolistic right to the designer (or his successor). The role of design is different from that of patent and trade mark. If there is no rational reason, we should not restrain the freedom of competitor.

5. If new act is legislated, the main contents of the act, this paper proposes, are as follows:

1) Designs are features of appearance of the whole or a part of a product which can be perceived by human senses. No aesthetic criteria are applied. Aesthetic and functional design equally protected, but features necessary to achieve a technical function and which leave no freedom as regards arbitrary elements are unprotectable.

Design which is contrary to public policy and which is commonplace is not protected.

2) The author of the design shall have the right to prevent copying of his design. The right commence from the date of publication. If not registration, the duration of the protection is 2 years and if registration within the 2 years from the publication or exploitation, the duration is 5 years and renewable for a maximum period of 25 years.

3) The registration system is not based on substantive examination.

4) There must be some limitations of rights and some exceptions for the competition.

5) There must be some provisions to adjust with copyright law.

제1장 서 론

제1절 연구의 目的, 연구의 範圍, 연구의 方法

1. 연구의 목적

오늘날은 실용품이라 하더라도 그 물건의 美的形態가 중요시되었다. 옷의 경우도 예전에는 옷감이 무엇이냐가 관심의 초점이었으나 오늘날은 디자인이 어떠냐가 관심의 초점이다. 자동차의 경우에도 과거에는 「어느차가 성능이 좋다더라」에서 이제는 「어느차가 모양이 좋다더라」로 구매동기가 점차 바뀌고 있다. 제품의 성능이 비슷한 곳에서는 외관 즉, 디자인이 重視되는 것은 당연하다. 실로 성숙한 공업사회에 있어서 상품의 경쟁에는 3개의 경쟁이 있다. 가격경쟁과 성능경쟁과 디자인경쟁이 그것이다. 최초에는 가격경쟁이나, 다음에는 성능경쟁으로 그리고 최후에는 디자인경쟁으로 이어진다. 그러므로 디자인경쟁에서 이기기 위한 디자인 개발은 오늘날 국가의 중요한 산업정책의 하나이다.

한편 디자인의 중요성의 증대는 디자인 모방의 증대라는 부정적 측면을 야기시켰고, 이에 따라 독창적 디자인의 모방으로부터의 보호는 점점 그 중요성이 더해가고 있다.

오늘날 미국이나 EC 등 여러 선진국에 있어서 디자인보호와 관련하여 공통되는 동향은 ① 산업정책으로서 지적소유권을 중요시하게 되었고, 그 일환으로서 디자인보호를 강화하려고 하는 점 ② 이를 위해 디자인보호 대상의 범위를 확대하려고 하는 점 ③ 신속·간편한 보호를 꾀하려고 하는 점 ④ 신속·간편한 보호를 꾀하는 제도로서 産業財産權的 어프로치 이외에 著作權的 어프로치를 고려하거나 도입하고 있는 점 등을 들 수 있다.[1]

종래 우리나라에 있어서 産業디자인 보호의 기본법은 意匠法이었다. 意匠法에 의한 보호는 신규성과 창작성의 심사를 거쳐 이러한 요건에 적합한 디자인 만을 일정기간 보호하

* 본 연구는 1993년 학술진흥재단의 공모과제 연구비에 의하여 연구되었음.

1) JIDA(일본산업디자인협회)刊, *INDUSTRIAL DESIGN* 153호 (1991.3), p.54.

는 방식이다. 1987년 7월 1일 이전까지는 이러한 보호만을 받을 수 있었다. 그러나 1987년 7월 1일 이후부터는 디자인 보호법제에 著作權法이 추가되었다.

따라서 현재 우리법상 디자인을 보호하는 기본법은 意匠法과 著作權法이다. 다시말하면 우리는 特許權的 어프로치[2]와 著作權的 어프로치[3]를 모두 택하고 있는 것이다. 이것은 언뜻 보면 디자인을 두텁게 보호하는 것으로 보일지 모르나 이러한 무조건적인 중복보호는 우리법상 다음과 같은 문제점을 일으킨다.

첫째, 意匠法은 登錄主義에 의하여 등록받은 意匠만을 보호하며, 일정한 요건(공업상 이용가능성, 신규성, 창작성)에 합치하여야만 등록이 가능하다. 또 이러한 요건을 갖춘 意匠이라 하더라도 등록을 받기 위하여서는 特許廳에 출원하여야 하며, 출원하지 아니하고 사용하면 그러한 意匠은 意匠의 創作者가 당해 意匠에 대한 독점권을 포기(혹은 공중에게 開放)한 것으로 보아 누구나 이용할 수 있도록 한다는 기본입장에 서 있다. 또 登錄意匠에 대하여 일정기간 독점권을 부여한 것은 그 기간이 지난 후에는 누구나 이용할 수 있게 함으로써 결과적으로 국가전반의 산업발전을 도모하고자 하는 취지라고 설명된다.[4]

이에 대해 著作權은 등록하여야 권리가 발생하는 것이 아니라, 創作 그 자체에 의하여 발생한다. 소위 無方式主義이다. 그러므로 등록이 없는 것은 著作者가 萬人公有로 하려는 의도가 있다고 해석하는 것 자체가 처음부터 성립할 수 없다.

登錄意匠도 應用美術의 범위에 속하는 이상 우리법하에서는 저작자 생존중 및 저작자 사후 50년까지 보호를 받는다.[5] 그러므로 意匠權存續期間이 종료해서 이를 자유로이 이용하려는 제3자는 곧바로 著作權法에 의해서 제지를 받게 된다. 이것은 意匠法의 기본정신을 근저에서부터 뒤흔드는 것이다.

둘째, 意匠權의 경우는 다른 산업재산권의 경우와 마찬가지로 先出願主義가 적용되어 먼저 출원한 자만이 意匠登錄을 받아 意匠權을 취득하며, 그밖의 자는 설사 선의로 意匠을 창작하였다 하더라도 사용할 수 없으나 著作權의 경우에는 소위 遮斷效(Sperrwirkung)가 없으므로 독자적 창작인 한 권리의 병존이 얼마든지 가능하다. 이것은 하나의 법에서 그 자신의 입법목적을 위하여 금지한 행위를 다른 법에서 허용하는 꼴이 되어 도대체 입법자의 의도가 무엇인지를 알 수 없다.

셋째, 意匠法의 경우에는 하나의 물품에 하나의 意匠權이 발생하며, 동일한 디자인이라 하더라도 물품이 다르면, 意匠權의 효력은 이에 미치지 아니하고 제 3자는 이를 이용할 수 있다. 이 경우에 부정경쟁방지법을 적용하는데는 동법이 요구하는 보호요건인 商品表示性, 周知性 등에 비추어 볼 때 한계가 있다. 그러나 그 경우 著作權은 물품에 의한 제한을 받지 아니하므로 당연히 이에 미치고 제3자의 이용행위를 금지시킬 수 있다. 이경우는 둘째 경우와 정반대의 결과이지만 입법자의 의도가 분열되어 있다는 점은 동일하다.

이상과 같은 모순이 일어나므로 각국은 여러가지 다양한 입법기술을 통하여 해결하려고 노력하여 왔지만 지적소유권분야에서는 아직도 미해결된 문제의 하나로 되어 있다. 그러나 이 문제를 그대로 방치하는 것은 規範의 혼란으로 인하여 창작자는 물론 그와 동종분야에 종사하는 경쟁자 모두에게 불만스러운 일이며, 행동방향의 모순은 이들을 혼란스럽게 만든다.

---

2) 本稿에서 特許權的 어프로치란 意匠이 법적으로 보호받기 위해서 일정한 요건을 설정한 후, 이 요건에 합치하는 意匠만을 등록하도록 하며, 등록된 意匠에 대해서만 意匠權이라는 독점배타적 효력(所謂 遮斷效; Sperrwirkung; block effect)을 인정하는 方法을 가리킨다.

3) 本稿에서 著作權的 어프로치란 등록과 같은 방식을 갖추지 않더라도 법적으로 보호를 받고, 또 그 권리내용도 타인의 모방으로부터만 保護하는 方法 (所謂 模倣禁止權)을 지칭하는 것으로 한다.

4) 의장법 제1조 참조.

5) 저작권법 제36조.

한편 이와같은 규범상의 모순뿐만 아니라 우리나라와 같이 완전실질심사에 기초하여 권리를 부여하는 意匠法制는 등록까지의 시간이 1년 이상[6] 걸려 조기에 신속한 보호를 도모할 수 없다. 즉 우리의 意匠制度는 완전심사주의를 채택, 심사의 결과 창작성·신규성이 인정된 意匠에 배타적 독점권을 인정하여 강력한 보호를 보증하고 있다. 그러나 意匠出願이 격증하고 심사자료가 방대하게 된 오늘날, 심사기간의 장기화와 意匠權 발생의 지연은 결과적으로 意匠保護制度를 매우 불충분한 것으로 만들고 있다. 출원으로부터 권리설정등록까지 평균 1년 이상이 소요되나 통계적으로 보면 意匠模倣發生率은 제품발표로 부터 1년 이내에 전체의 약 반수에 이르고 있고 출원으로부터 보면 1년 6개월 이내에 반수 이상이 모방되고 있다.[7] 따라서 권리발생의 지연은 특히 패션디자인과 같이 라이프 사이클이 짧은 디자인이나 개발 속도가 빠른 디자인에 있어서는 치명적이며, 법적으로 전혀 보호를 하지 않는 것과 마찬가지의 결과로 되는 경우가 많다. 그러므로 이와 유사한 법제를 가지고 있는 제 외국에서도 보다 근본적인 해결책을 마련하기 위하여 다양한 방안이 연구·검토중에 있으며, 1993년 12월 15일 타결된 TRIPs 협상에서도 라이프 사이클이 짧은 섬유디자인에 대한 배려를 요구하고 있다.

다른 한편 應用美術著作物을 다른 저작물과 같이 著作權으로 보호하는 경우에도 역시 문제는 있다. 이와 관련하여 지적할 수 있는 점은 미술저작물에 인정되는 展示權과 保護期間, 그리고 著作人格權 문제이다.

먼저 展示權과 관련하여 보면, 우리나라 著作權法 제19조는 "저작자는 미술저작물 등의 원작품이나 그 복제물을 전시할 권리를 가진다"고 규정한다. 많은 응용미술작품도 그 예외는 아니며, 同法 제32조의 저작재산권제한 규정으로도 모든 문제가 해결되는 것이 아니다. 이렇게 본다면 본래 소위 순수미술을 생각하고 규정한 전시권에 관한 규정은 응용미술작품에는 그대로 적용되기 힘들다.

다음으로 지적할 것은 보호기간과의 관계이다. 응용미술은 일반적으로 産業과 文化의 接點에 있다고 말해진다. 이러한 應用美術을 著作權으로 다른 저작물과 동일하게 저작자 생존중 및 사후 50년 까지 보호하는 것은 應用美術著作物의 라이프사이클이나 산업발전이라는 측면에서 결코 바람직한 것은 아니다. 이점은 베른조약이 다른 저작물의 경우와는 달리 寫眞著作物이나 應用美術著作物의 경우는 그 저작물의 제작시부터 25년 이상이면 족하다고 규정한 점이나, UCC가 10년 이상 보호하면 족하다고 규정한 점에 비추어보면 우리나라 1986년법이 다른 저작물과 전혀 구별함이 없이 동일하게 보호하고 있는 것은 재검토되어야 할 것이다. 물론 산업적으로 이용되어 대량 생산되었다는 이유로; 혹은 실용품에 적용되었다는 이유로 著作權法의 保護를 받을 수 없다고 하는 것은 찬성할 수 없으나 그렇다고 應用美術著作物의 특수성이 무시된 입법태도 역시 비판받아 마땅하다.

또 하나의 문제점은 저작인격권과의 관련이다. 특히 同一性維持權은 모든 應用美術著作物에 일률적으로 적용할 수는 없으며 그 특성에 따른 적절한 제한이 따라야 할 것이다. 이는 著作權的 어프로치를 택하면서도 저작인격권을 적절히 제한하고 있는 컴퓨터프로그램보호법이 그 좋은 예이다.

本 硏究는 이러한 법현실하에서 디자인 창작자의 권리를 신속하고 충분히 보호함과 아

6) 현재는 1년 1개월 정도가 소요되나, 장래(96년 말)는 2년 5개월 정도가 소요되리라는 예상도 있다(발명특허 317호 (1994.3) 14면). 의장제도가 우리와 비슷한 일본의 경우는 현재 대략 2년 3개월 정도 걸리고 있고 이를 단축하기 위한 DR-1계획(등록까지의 시간을 1년으로 단축하기 위한 일본 특허청의 계획)을 세우고 있으나 이 계획이 성공적으로 달성된다 하더라도 의장의 특수성에 비추어 본다면 권리보호의 조기화라는 측면에서는 크게 의미가 없다.

7) 일본 特許廳意匠課, 意匠制度檢討に關する中間報告について, パテント Vol. 43 No. 2 (1990.2), 45면. 이것은 일본자료이나 우리나라의 경우도 크게 벗어나지 않을 것으로 본다.

울러 경쟁자의 산업활동을 위축시키지 않을 法的 保護方法을 모색하는 데 그 목적이 있다

2. 硏究範圍

종래 공업제품의 외부적 형태나 특징을 창조하는 행위는 産業디자인으로 불리어 왔으므로 本稿의 주된 관심사는 많은 디자인의 분류중 産業디자인의 법적인 保護方法을 모색하는 것이다.[8]

이를 위하여 本稿에서는 먼저 디자인보호제도의 연혁을 살펴본후(본장 제2절) 제 외국의 디자인보호제도를 살펴본다(제2장). 제2장에서는 특허권적 어프로치를 채택하는 일본(제1절)과 미국(제2절), 저작권적 어프로치를 채택하는 프랑스(제3절)와 독일(제4절), 그리고 최근에 성립된 영국의 법제에 대해서 살펴본다(제5절). 제3장에서는 곧 성립될 예정으로 있는 EC의 규정에 대해서 살펴본다. 그리고 끝으로 제4장에서는 우리 법제가 나아가야 할 바람직한 보호방안의 주된 내용에 대해서 언급한 후 결론으로서 새로운 법의 제정을 제안한다(제5장).

3. 硏究方法

기본적으로는 諸外國의 법규정·판례·연구논문 등의 문헌조사를 통한 비교연구·검토에 의한다. 그러나 실제로 보호업무에 종사하는 特許廳 심사관들이나 보호의 대상인 디자인을 창작하는 디자이너들의 의견을 들어보는 것이 문제점 발견 및 해결책 발견의 첩경이라고 생각되어 이들에 대한 설문조사[9] 및 인터뷰를 병행하였다.

제2절 産業디자인保護制度의 沿革

1. 特許權的 보호- 그 歷史的 偶然

意匠保護에 관한 최초의 法令은 아마도 英國의 1787년법일 것이다. 여기서는 최초로 공표한 날로 부터 2개월간, 그 意匠의 복제에 대하여 독점권(sole right)을 부여하는 것을 내용으로 하였다.[10] 이 법률은 意匠의 등록 또는 기탁의 제도에 대해서는 규정하지 않았었다. 그것을 규정한 것은, 1839년의 법률(2 Vict., c. 17)이었다. 따라서 최초의 영국법하에서의 意匠制度는, 권리기간이 아주 짧다고는 하나, 美術的 著作權과 유사한 것이었다.[11]

---

8) 대략 종래 의장으로 불리어 왔던 산업디자인이 연구의 대상이다. 디자인을 대별하여 산업(제품)디자인, 시각디자인, 환경디자인으로 분류한다면, 관심의 대상은 산업제품디자인 및 시각디자인과 환경디자인의 일부가 된다. 그러나 어떠한 디자인을 어떻게 보호할지는 궁극적으로 입법정책의 문제이므로 대상 디자인의 정의는 최종 결론에서 다루는 것으로 한다.
디자인학에서 하고 있는 디자인분류의 자세한 것은, 정 경원, 디자인이 경쟁력이다, 21면 참조.

9) 약 300개 정도의 설문지를 디자이너에게 우송하여 조사하였다. 의뢰를 받은 분들이 매우 바쁜 디자이너들이고, 설문 내용이 법적인 것이어서 어려움도 있고, 아직 법적 문제에 부딪혀 본 경험도 많지 않아서인지 답해 주신 분은 62명으로, 그 회수율은 20%를 조금 웃도는 정도이었다. 그러나 응답해주신 분들의 응답내용은 매우 진지하고 열성적이어서 본 연구에 지대한 도움이 되었다. 바쁘신 중에도 응답해 주신 분들에게 깊히 감사드린다.

10) 「아마포, 면제품, 옥양목, 및 모스린의 意匠 및 捺染의 기술에 관한 권리를 일정의 기간, 창작자, 날염자 및 보유자에게 줌으로서, 그것을 진흥하기 위한 법률」(WM. MARSHALL FREEMAN, The Patent and Design Act 1907, HORACE COX, 1908).

11) Ladas, *Patent, Trademark, and Related Rights*, p. 829. 다만 Ricketson, *The Berne Convention for*

공업적 意匠은, 1806년의 프랑스법에 의해서 産業財産權의 일부분으로 되었으며, 이 법률이야말로 세계의 모범으로 되었고, 다른 나라에 의해 모방되었던 것이 다. 이 법률은 偶然의 産物이었다.

프랑스는 혁명기간 중, 문학적 및 미술적 著作權의 보호에 관한 1793년 7월 19일 - 24일의 법률을 제정하였다. 이 법률의 규정은 모든 종류의 디자인을 포함하기에 충분할 정도로 광범위 했다. 그러나 프랑스법원은 응용미술에 대해서 1793년의 법을 적용하는 것을 꺼렸으므로, 1806년 나폴레옹이 리용에 왔을 때, 同市의 제조업자들은 미술적 著作權에 관한 1793년법이 그들의 디자인을 충분히 보호하지 않는다는 고충을 말하였고, 나폴레옹은 선처를 약속하였다. 1806년 법은 주로, 리용의 산업에 관한 법률이며, 「意匠의 所有權保護」라는 제목이 붙은 제2편 제3조는, 공업심리회 서기과에의 기탁 및 등록을 통한 리용의 산업디자인의 보호를 다루고 있었다.

1806년법의 이들 규정은, 단지 1793년법을 보충하고, 아울러 意匠의 등록에 의해 창작과 소유권의 증거(proof of creation and ownership)를 확인한 것으로 되었다. 그러나 이 법률은 「공업적 意匠(dessins de fabricants)」에 언급하고 있고, 프랑스 법원은 공업적 意匠을 정의하고, 미술적 意匠에서 그것을 구별하려고 노력을 기울임과 아울러 特許法의 類推를 통해 意匠權 취득요건으로서 방식적 요건에 적합할 것을 요구했다.[12] 한편, 프랑스에서는 特許의 실시를 特許權者에게 강제하고, 발명에 의해 제조된 물품의 수입을 금지하는 特許法의 규정이, 意匠 및 모델에도 확대되었다. 이와 같이 당시의 過程은, 意匠을 많은 점에서 발명과 같은 지위로 만들었다.

프랑스의 법제도가 그 후의 법률에서 여러모로 발전해가는 동안, 프랑스 법제는 유럽의 대부분의 나라의 意匠法의 發展에 영향을 미쳤고, 그것은 일반적으로 著作權的 方法보다는 오히려 特許權的 方法에 의하고 있었다.[13]

재미있는 것은 미국에 있어서, 意匠이 特許法에 포함되어, 特許와 유사하게 취급되게 된 것도 또한 역사적 우연이었다. 1841년의 의회에서의 報告에서, 特許廳長은 새롭고 독창성 있는 意匠을 보호하는 제도가 없음을 지적하였고, 그와 같은 보호에 관한 법률의 제정을 권고하였다. 그 당시 미국에는, 著作權에 관한 중앙관청이 존재하지 않았으며, 著作權이 청구된 작품의 복제물은, 管轄地方法院의 서기과에 기탁되었다. 반면 特許廳은 중앙에 설치되어 있었고, 特許廳長은 "다른 사례에서 현재 채용하고 있는 조치와 동일한 제한 및 조건하에 이들 대상에 特許를 부여할 권한을 特許廳에 단지 許與하기만 하면, 이들 모든 것이 수행된다"고 진술했다. 의회가 이를 받아들인 결과, 1842년 8월 29일에 최초의 意匠法이 제정 되었다. 그것은 새롭고(신규성), 독창적 意匠을 최초로 고안한 자는 特許廳에 特許를 출원할 수 있다는 취지를 규정하고 있었다.[14]

2. 特許權的 보호방법의 문제점과 著作權法에 의한 보호의 확대

시간이 지남에 따라 일정한 방식적 요건을 갖춘 경우에만 단기간 보호하는 特許權的 어프로치에 의한 공업적 디자인 및 모델의 보호는, 국내법적 견지 및 국제적 견지에서도 아주 불만족스럽다는 것이 판명되었다. 그러한 불만족의 원인이나 이유는 여러가지가 있을 것이나[15] 기본적으로는 産業디자인은 산업화된 미술로서 그 자체 얼마든지 著作權보호적

---

the Protection of Literary and Artistic Works: 1886- 986, p 268은 보호요건을 규정한 점(new and original), 권리기간이 짧은 점(1839년 법의 경우는 12개월) 등에 비추어 특허권적 보호로 본다.

12) Ladas, ibid., p. 830.

13) ibid.

14) ibid.

격을 가지고 있음에도 연혁적 우연에 의하여, 혹은 편견때문에 著作權的 보호로 부터 제외되었다는 사실에서 유래한다. 그러나 이러한 모순을 더욱 증폭시킨 것은 사회의 변화이다. 무엇보다도 産業디자인의 경이로운 진보와 그 중요성의 급격한 증대를 들 수 있을 것이다. 이제 고객의 미적 감각이나 기호에 호소하지 못하는 제품은 시장에서 도태될 수 밖에 없게 되었다.

한편, 미적 디자인의 중요성의 증대는 해적행위를 증가시켰고, 이로써 意匠의 해적행위의 문제가 보다 절박한 문제로 대두된 점이다. 현대에 있어서의 전달 및 생산수단의 발전은, 디자인의 복제를 보다 급속히 또한 광범위하게 할 수 있게 하여 창작자의 이익의 침해가 신속히 진행되었다.

이러한 상황에서 「산업화된 창작(industrialized creation)」이라고 교묘하게 불리어진 것의 보다 적절한 보호를 원하는 많은 利害關係者側의 압력이 점차 가중되었다. 프랑스는 긴 세월에 걸쳐서, 창작적 디자인제품, 특히 패션과 스타일 창작의 최첨단에 있었고, 디자인의 보다 적절한 보호에 대한 국제적 압력의 중심원이었다. 이 압력은 점차 다른 많은 나라로 넓혀져 갔다. 일반 소비자가 구입하는 상품에 實用性과 美的 外觀과의 결합을 더욱 강하게 원함에 따라, 意匠의 발전에 대한 제조업자의 투자도 증대하여, 해적행위에 대한 보호의 요청도 강해져 갔다. 이와 같은 상황하에서, 자기들의 意匠을 제조업자에게 팔고, 또는 實施許諾을 할 수 있는지 없는지 및 자기들의 창작품에 대한 적정한 보수를 받을 수 있는지 없는지 대해서 관심을 가진 디자이너의 수가 급증했다. 그들은 예컨대, 사진사나 선전포스터의 창작자가 著作權法에 의해 취득할 수 있는 것과 동등한 보호를 자기들은 받을 수 있는 자격이 있다고 생각하고 있었다. 많은 나라에 있어서, 보호요건으로서 신규성을 요구하며, 그 외관이 공업상의 결과와 결합되어 있다는 이유로 디자인의 보호를 번번히 거절하고, (보호를 얻기 위하여 상당한 비용을 수반하는) 기탁의 조건 및 심사에 관한 행정절차 등, 이 모든 것들은 그들의 창작의 성질 및 가치와는 모순하는듯이 보였다.

그들은 가치 혹은 중요성에 있어서도, 용도 또는 목적에 있어서도, 소위 「순수」미술과 공업미술과의 간에는 실제상의 구별이 없고 따라서, 모든 意匠은 著作權法에 의해 미술적 저작물로서 보호되어야 한다고 주장하였다.

이에 따라 많은 나라의 著作權法이 그 보호범위에 미술 공예품 및 應用美術著作物을 포함시키도록 수정되거나 또는 해석되었고, 또한 보호를 요구하는 근거로서는, 「창작」이 존재하기만 하면, 어떠한 조건 또는 방식적 요건도 요구함이 없이 법률상의 보호를 받을 수 있게 되었다.

현재는 많은 나라에서 명문의 규정이 있거나, 혹은 판례를 통해 著作權法으로 응용미술을 보호하고 있다.[16]

3. 디자인의 국제적 보호

3.1 베른條約

베른조약은 당초에는 응용미술에 관한 규정을 두지 않았으며, 응용미술에 관한 언급이 처음으로 나타난 것은 베르린 개정때이다. 프랑스의 강력한 주장으로 1908년 베르린 개정에서 응용미술에 관한 규정을 두기는하였으나 동개정 제2조는 「공업적 목적에 응용된 미

15) ibid., p. 831 이하.

16) 오래된 자료이긴 하나 1959년의 조사에 의하면, 총 35개국이 저작권법상의 명문의 규정을 통해서 또는 판례법에 의해, 저작권법상 應用美術著作物을 보호하고 있었다(ibid., p. 833, note 16).

술작품은 각국의 국내법이 허용하는 한 보호한다」고 규정하는데 그쳤다. 1928년의 로마개정에서도 대략 동취지의 내용을 규정하고 있었다. 그 후 1948년 브뤼셀 改正에서는 제2조 1항에 「應用美術著作物(works of applied art)을 著作物로서 明示하였다. 그러나 同條 5항은 "應用美術著作物 및 意匠에 관한 法令의 적용범위 및 그러한 著作物 및 意匠의 保護條件은 동맹국의 법령이 정한 바에 의한다"고 하여 어떻게 보호 할 것인지는 各國의 법령에 맡기고 있다. 또 同條 5항 후단은 「본국에서 意匠(DESIGNS AND MODELS)으로만 보호된 작품은 타동맹국에서는 당해국가에서 意匠에 부여하고 있는 보호만을 받을 수 있다」고 규정한다. 다만 이 조항은 파리개정에서 개정되어 현재는 "본 조약의 제7조 4항의 규정에 따라, 應用美術著作物 및 意匠에 관한 法令의 적용범위 및 그러한 著作物 및 意匠의 保護條件은 동맹국의 법령이 정한 바에 의한다. 본국에서 意匠(DESIGNS AND MODELS)으로만 보호된 작품은 타동맹국에서는 당해국가에서 意匠에 부여하고 있는 보호만을 받을 수 있다. 다만 당해국가에서 意匠을 보호하는 특별법이 없다면 그러한 작품은 미술저작물로서 보호된다」로 되어 있다 (同 條約 제2조 7항). 한편 1967년 스톡홀름개정 제7조 4항은 「미술저작물로 보호되는 한, 寫眞著作物 및 應用美術著作物의 保護期間을 정할 권한은 각 동맹국에 유보된다. 그러나 이기간은 적어도 그 著作物의 製作時 부터 25년간 존속하지 않으면 안된다」고 규정한다. 결국 베른조약에 의하면, 一般著作物과는 달리 應用美術著作物의 保護期間은 그 著作物 製作時부터 25년 이상이면 足하다.

3.2 世界著作權條約

세계저작권조약(UCC)은 어떠한 定義규정도 두고 있지 않다. 다만 一般著作物은 著作者 生存中 및 사후 25년 이상 보호하여야 한다고 규정하고 있음에 반하여 응용미술저작물은 10년이상 保護하면 足한 것으로 하고 있다.[17]

3.3 산업재산권 보호를 위한 파리조약

意匠에 관하여 파리조약은 1958년 리스본 개정 까지는 同條約 제1조 2항에 「산업재산권의 보호는,-- 공업디자인과 모델---을 포함한다」는 규정과 優先權에 관한 제4조 C항 등이 규정되어 있을 뿐이었다. 1958년 리스본 개정때에도 이발의 형식은 변하지 않았으나 「意匠은 모든 동맹국에서 보호된다」는 규정[18]이 추가 되었다. 리스본 개정회의에 제출된 제안은 야심적인 것이었다. 意匠의 정의, 신규성 인정에 관한 규정이나 意匠의 最低保護期間에 관한 규정도 포함되어 있었다. 그러나 받아들여지지 않았으므로 이들 문제는 현재도 개별국가에 맡겨진 문제이다. 그러므로 각국이 意匠을 意匠法은 물론, 著作權法이나 부정경쟁방지법을 통해서 보호하더라도 조약상의 의무를 이행한 것이 된다.[19]

한편 리스본 외교회의에서는 意匠과 관련된 2개의 중요한 결의를 하였다.

① 파리조약, 베른조약, 世界著作權條約은 응용미술작품과 디자인에 대한 재검토를 하여 이들 조약 조항간의 재조정을 꾀함으로써 보다 효과적인 보호를 도모함과 동시에 가급적 그 갭을 메우고 오버랩을 피할 것. 이를 위해 JOINT STUDY GROUP을 결성한다.

② 공업디자인과 모델의 국제기탁에 관한 헤이그협정의 개정을 위해 1960년에 외교회의

17) 同 條約 제4조 3항.

18) 조약 제5조의 5.

19) G.H.C.Bodenhausen, 橋本良郎/後藤晴男 譯, PARIS CONVENTION FOR THE PROTECTION OF INDUSTRIAL PROPERTY, AIPPI·JAPAN, 1976, 79면.

를 개최한다. 이에 따라 헤이그협정[20]이 개정되었다.

3.4 우루과이 라운드 TRIPs에서의 디자인 保護

가) 개관

1993년 12월 15일 타결된 TRIPs에서는 제25조 및 제26조에서 디자인 보호에 대해서 규정한다. 제25조는 디자인의 보호요건(제1항), 섬유디자인에 대한 특별보호(제2항)를, 그리고 26조는 권리의 내용(제1항), 권리의 제한(제2항), 보호의 기간(제3항)에 관하여 규정한다. 本稿에서는 보호요건 및 섬유디자인의 특별보호에 대해서만 살펴보기로 한다.

나) 보호의 요건

1) TRIPs는 「회원국은 새롭거나 독창성이 있는 독립적으로 창작된 意匠에 대해서 보호를 한다」고 규정한다. 意匠으로 보호받기 위해서는 모방이 아니어야 하며, 당해 意匠이 신규성 또는 독창성이 있어야 한다. 독립적으로 창작되었다는 요건 이외에도 신규성(novelty) 또는 독창성(originality)을 요구한다. 통상의 용어법은 신규성은 객관적 의미로, 독창성은 주관적 창작성의 의미로 사용되나 본 협정안에서의 독창성은 신규성과 동등한 의미로 사용된 점이나, 독창성 이외에도 주관적 창작성(independently created)요건이 부가된 점에 비추어 보면 객관적 창작성의미로 사용된 것으로 보인다. 또 "공지된 意匠이나 공지된 意匠의 결합과 현저하게 다르지 않을 경우 그 意匠을 새롭거나 독창성이 없는 意匠이라고 할 수 있다"는 문언에 비추어 보아도 그렇게 해석된다.[21] 따라서 흔한 意匠이나 공지의 意匠을 기초로 통상의 디자이너라면 누구나 할 수 있는 상업적 변형을 한데 불과한 경우에는 신규성이나 독창성이 없다.

2) 보호의 의무가 있는 意匠은 「주관적 창작성 + 알파」의 요건을 갖춘 意匠이나 회원국에 따라서는 그 요건을 완화하여도 무방하다고 본다.

3) 기본적으로 기술적 혹은 기능적 고려에 의해서 지시된 디자인은 디자인으로 보호하지 않을 수 있다. 이것은 외관형태의 보호를 통해 기술을 독점하는 폐해를 막기 위한 규정이며, 기술보호법과의 관계를 고려한 조항이다.

다) 섬유디자인에 대한 특별보호

섬유디자인에 대해서는 그 특성을 감안하여 다음과 같이 규정한다.

「각 회원국은 직물의장의 보호요건 특히 비용·심사 혹은 공고상의 요건들이 직물의장이 보호를 받을 기회를 부당하게 저해하는 것이 아니라는 것을 보장한다. 회원국이 이 의무를 의장법 혹은 저작권법에 의해 이행할 것인지는 자유이다」

3.5 국제적 규범에 비추어 본 디자인 保護方法

20) 의장의 국제기탁에 관한 헤이그 協定은 1925년에 조인되어 1934년(London Act), 1960년(Hague Act)의 大改正을 거쳐 현재에 이르고 있는 국제적인 의장보호에 관한 節次統一條約이다. 체약국의 국민이 일정한 절차를 밟아 의장을 국제사무국(WIPO)에 기탁하여 국제등록되면 각 체약국의 법령에 따라 기탁 또는 출원한 것과 동일한 효력이 있다. 현재는 무심사제도를 기초로 한 1934년법과 심사주의 국가도 참가할 수 있도록 된 1960년법 쌍방이 효력을 가지고 있다. 우리나라는 아직 가입하고 있지 않다. 현재 改正作業이 進行中이다.

21) 이점에 관한 해석은 「new or original」을 그 요건으로 규정하고 있었던 영국 1949년의 등록의장법이 참고가 될것이다. 이에 대해서는, Ian Morris Barry Quest, *DESIGN* - The Modern Law and Practice, 1987, 106면 참조

이상 디자인 및 응용미술저작물과 관련된 국제규범을 살펴 보았다. 결국 현재의 국제규범은 산업과 미술의 중간영역에 있다고 생각되는 응용미술저작물 및 디자인에 대해서는 아직 확립된 기준을 마련하지 못한채, 최소한의 기준제시에 그치고 있고, 가장 본질적인 保護方法을 비롯, 보호기준, 보호범위, 보호기간 등을 각국에 일임하고 있는 실정이라고 할 것이다. 이하 주요국의 디자인보호규정을 살펴보기로 한다.

제2장 諸外國의 디자인 保護制度

제1절 일본

1. 서언

일본에 있어서 디자인을 보호하는 기본법은 意匠法이며, 이점은 우리나라와 대체로 비슷하다. 그러나 著作權法의 보호를 받는 것은 일품제작의 미술공예품에 한정되며 우리나라 著作權法과 같이 應用美術作品을 무제한 보호하고 있지 않다.

최근 부정경쟁방지법을 개정하여 상품형태를 등록과 관계없이 3년간 보호하는 것으로 하고 있다. 또 상품형태가 소위 secondary meaning을 취득하면 상품표시로서 보호된다.[22] 이하 차례로 살펴보기로 한다.

2. 意匠法

2.1 현행법 규정

意匠法의 보호대상인 意匠은 「物品의 形狀, 模樣 혹은 色彩 또는 이들의 결합으로 시각을 통하여 美感을 일으키는 것」이며, 이러한 意匠 중 工業的으로 利用可能하며, 새롭고(신규성) 그리고 당해 분야에서 통상의 지식을 가진자가 용이하게 창작할 수 없는 意匠은 등록을 통해 15년간 보호한다(일본 意匠法 2, 3, 21조).

일본에 있어서도 意匠을 보호받기 위한 意匠登錄의 要件으로서는 工業上 利用可能性(工業性), 新規性 및 創作性의 3要素를 필요로 한다(同法 3조).

이상의 등록요건이 갖추어져 있다 하더라도 공서양속에 반하는 意匠, 타인의 업무에 관한 물품과 혼동할 우려가 있는 意匠은 등록되지 아니한다(同法 5조)

意匠에 특유한 制度로서는 우리와 마찬가지로 한벌 物品意匠制度(同法 8조), 類似意匠登錄制度(同法 10조) 및 秘密意匠制度(同法 14조)를 두고 있다.

2.2 운영상의 문제점

일본 意匠保護制度는 산업계로 부터 주로 다음의 3점이 문제점으로 지적되고 있다.[23]

---

22) 일본 역시 우리나라와 마찬가지로 입체적 형상에 대해서는 상표보호를 인정하지 아니하므로 상표법은 보호법제 속에 포함되기 힘들다. secondary meaning에 대해서는 本稿 註) 49 참조.

23) 이밖에도 1의장 1출원의 원칙의 고집으로 시스템 제품등에서 의장관리가 곤란 한점, 유사의장의 범위가 불분명한 점 등이 지적되고 있다(佐藤恵太, 意匠保護法制の再檢討(一), 法學新報 99권 1/2호, 59면 참

① 신체요건의 심사를 거쳐 권리성립까지 평균 2년 이상이 걸리기 때문에 라이프 사이클이 짧은 제품(예컨대 섬유제품)의 보호로는 부적합하다. 즉 권리행사를 하려고 하는 때에 적절한 권리가 발생하고 있지 않기 때문에 제도목적이 충분히 달성될 수없다.

② 모방으로 인한 피해가 큼에도 불구하고 意匠法에서는 권리발생을 위하여 등록출원행위를 요구하고 있고, 이러한 절차이행의 불편때문에 意匠制度를 이용하지 아니하는 업계·기업(섬유업계의 중소기업 등)이 상당히 존재한다.

③ 등록요건을 特許法 등과 대략 동일하게 규정하여 보호받기가 힘들게 되어 있다.

결국 ① 심사의 지연, ② 절차이행의 불편, ③ 보호요건의 부적합으로 요약될 수 있고, 이들 점은 特許權的 어프로치를 채택하는 법제에 어느정도 공통된 현상으로 보인다.

3. 著作權法

3.1 서언

일본 著作權法 제10조 4호는 보호받는 저작물의 예시로서 「회화, 판화, 조각, 기타의 미술저작물」을 들고 있고 제2조 2항은 「이 법에서 말하는 미술 저작물에는 미술 공예품을 포함하는 것으로 한다」고 규정한다. 즉 일본은 현재까지도[24] 미술저작물의 보호는 원칙적으로 순수미술품에 한정되며, 應用美術의 경우는 제외시키되 다만 예외적으로 應用美術創作物中 純粹美術과 동시할 수 있는 一品製作의 미술품인 미술공예품만을 著作權法으로 보호하고 있다고 보는 것이 온당한 해석일 것이다.[25] 아마도 이는 공업적 대량생산을 목적

조).

24) 일본에 있어서 물품이 형상의 보호는 의장법에 의해야 할 것이며, 저작권법을 적용해서는 않된다는 입장이 구저작권법을 입안한 자들의 생각인 듯하다. 일본 구법의 입법자라고 전해지는 水野錬太郎博士도 응용미술의 보호는 의장법만에 의하여야 할 것이라는 입장에 서 있었다. 저작권적 보호를 인정해야 할 것이라는 입장이 적극적으로 검토된 것은 제2차대전후 著作權制度審議會에서 라고 한다. (佐藤惠太, 上揭論文, 91면)

25) 물론 이에 대해서는 논란이 있다. 즉 저작권법의 규정이 미술공예품을 예시한 것은 응용미술품 중 미술공예품만이 미술품이라고 보고 이를 보호하는 것이며 그밖의 응용미술품은 저작권보호 밖이라고하는 입법담당자의 견해(加戶守行, 3訂 著作權法逐條講義, 39면)가 있는가하면, 미술은 일반적으로 응용미술을 포함하므로 미술공예품을 포함시킨것은 주의적 규정이라고 보는 견해가 있다(神戶地裁姬路支部 昭和54年7月9日判決, 無體財産權判例集 11卷 2號 371면). 그러나 동법 개정시의 「저작권제도심의회」의 答申에 비추어 보면 前者로 해석하는 것이 옳을 것 같다. 동 答申은 다음과 같이 되어 있다.

四 응용미술의 보호

1. 응용미술에 대해서 저작권법에 의한 보호를 도모함과 아울러 현행 의장법 등 공업소유권제도와의 조정을 적극적으로 강구하는 방법으로서는 다음과 같이 조치하는 것이 적당하다고 생각된다.

(1) 보호방법

1) 실용품 자체인 작품에 대해서는 미술공예품에 한정한다.

2) 도안 기타 양산품의 雛型 또는 실용품의 모양으로서 사용되어지는 것을 목적으로 한 것에 대해서는 그 자체가 미술저작물일 수 있는 것을 대상으로 한다.

(2) 의장법, 상표법과의 조정조치

도안 등 산업상 이용을 목적으로 창작된 미술저작물은 일단 그것이 권리자에 의해 또는 권리자의 허락을 얻어 산업상 이용될 때는 그 이후의 산업상의 이용관계는 오로지 의장법 등에 의해 규제하는 것으로 한다.

2. 상기의 조정조치를 원활히 강구하는 것이 곤란한 경우는 이번의 저작권제도의 개정에 있어서는 이하에 의하는 것으로하며, 저작권제도 및 공업소유권제도를 통해서 도안 등의 보다 효과적인 보호조치를 장래의 과제로서 강구하는 것으로 한다.

(1) 미술공예품을 보호하는 것을 명확히 한다.

(2) 도안 기타 양산품의 雛型 또는 실용품의 모양으로서 사용되어지는 것을 목적으로 한 것에 대해서는 저작권법에 있어서는 특단의 조치를 강구하지 않고, 원칙적으로 의장법 등 공업소유권제도에 의한 보호에 맡기는 것으로 한다. 다만 그것이 순수미술로서의 성질을 갖는 때에는 미술저작물로서 취급하는 것으로 한다.

으로 창작된 제품디자인의 경우에는 별도의 意匠法이 있어 이법에 의해 보호되고 있으니까 著作權的인 保護를 이들에 까지 확대시키는 것은 두법의 보호요건이나 보호효과등의 상위에 비추어 용이하게 조화시킬 수 없다고 보았기 때문일 것이다. 다만 이러한 사정은 명문화되어 있는 것은 아니며, 판례에 의한 해석의 여지를 남겨두고 있다.

3.2 현행법에 대한 일본 학설·판례의 태도

응용미술작품의 著作權法에 의한 보호여부에 관한 일본 학설·판례를 정리하면 다음과 같다.

제1설은 최협의 한정설이다.[26] 이 說은 著作權法은 응용미술품중 순수미술과 同視할 수 있는 미술공예품만이 미술품이라고 보고 이를 보호하는 것이며 그밖의 응용미술품은 著作權保護 밖이라고 본다. 즉 著作權法 제2조2항은 응용미술품 중 미술공예품에 한정하여 보호한다는 취지이다.

제2설은 예시설이다. 이 說은 미술은 일반적으로 응용미술을 포함하므로 미술공예품을 포함시킨것은 예시적 규정이라고 본다. 양산성 내지 산업상 이용목적의 유무에 의해 저작물성을 부정할 이유는 없다고 하면서 미술공예품의 의미를 넓게 해석한다. 그 최초가 博多人形事件[27]이다. 量産品의 원형인 博多人形은 미적창작성 때문에 「미술공예품」이라고 인정되었다. 아울러 미적창작성을 갖는 창작성의 경우 著作權法과 意匠法의 중복보호를 인정해야 할 것이라고 판시하였다.[28] 다음은 佛壇用彫刻事件判決[29]이다. 量産品에 이용된 조각에 대해서도 저작물성을 인정했다. 보호의 조건은 표현된 미적표상이 미술적으로 감상하는 것이 될 정도이어야 한다는 것이다. 그러나 제품디자인이나 織物地의 도안과 같이 물품과 일체화되어 있어 그것만이 독립되어 미적 감상의 대상으로 되기 힘든 것은 意匠法에 의해 보호되어야 한다고 보았다. 다만 도안이라 하더라도 티셔츠에 베풀어진 도안이 그 자체 객관적 외형적으로 보아 순수미술과 동시할 수 있는 경우에는 저작물성을 인정했다(아메리카 T셔츠 사건[30]). 이에 반해 띠에 베풀어진 도안은 저작물성을 부정했다(佐賀錦袋帶事件[31]). 그 자체 미적 감상의 대상이 될 정도는 아니라는 것이다.

이렇게 본다면 아직 응용미술에 대하여 저작물성을 인정하는 기준이나 方法은 명백치 않으나 일본 판례 태도는 대략 다음과 같이 요약할 수 있을 것이다.

일품제작의 창작물이 아니라도 著作權에 의해 보호될 수는 있다. 그러나 보호되기 위해서는 [미술적 감상]의 대상으로 되는 창작물이어야 한다. 결국 어느정도는 일본 현행법하에서도 著作權에 의한 공업디자인 보호가 가능하다. 즉 방식주의에 기초한 意匠制度를 어느정도 보완하는 기능은 있다.[32] 그러나 그것은 매우 한정된 범위에 그친다.

---

(3) 포스타 등으로 작성되거나 또는 포스타 등에 이용된 회화, 사진 등에 대해서는 저작물 혹은 저작물의 복제로서 취급하는 것으로 한다.」

26) 加戸守行, 上揭書, 39면; 齊藤博, 槪說 著作權法, 60면; 大阪地裁 1984. 1. 26- 만년카렌다 사건; 東京地裁 1979. 3. 9 및 東京高裁 1983. 4. 26- 디자인書體(1) 事件 ; 大阪地裁 1989. 3. 8- 디자인書體(2) 事件; 東京地裁 1990. 7. 20, 東京高裁 1991. 12. 17- 木目化粧紙 事件; 最高裁 1991. 3. 28- 椅子디자인 事件.

27) 長崎地裁佐世保支部 1973. 2. 7, 1972(ヨ)53 決定.

28) 牛木理一辨理士는 博多人形事件의 결정이유를 기초로 공업디자인 일반에 적용하면 어떤 결과가 될것인지를 세가지 예 (織物地, 옴식용 스푼, 자동차)를 들어 설명한다. 모두 저작물성을 긍정하는 결과를 도출한다 (同, 意匠法の硏究, 318면 이하). 아마도 일본 판결 중 博多人形事件의 결정이 응용미술의 저작물성에 가장 관대한 판결이 아닌가한다.

29) 神戸地裁姬路支部 1979. 7. 9.

30) 東京地裁 1981. 4. 20.

31) 京都地裁 1989. 6. 15.

한편 意匠法의 方式性과 응용미술제품의 제한적 보호로부터 발생하는 불합리는 일정한 경우에 민법상의 불법행위 규정에 의거하여 구제하고 있고(佐賀錦袋帶事件, 木目化粧紙事件), 이러한 경향은 다음에 보는 부정경쟁방지법의 개정으로 이어진다.

4. 부정경쟁방지법

일본 부정경쟁방지법상 상품형태의 보호와 관련된 주목해야할 개정이 1993년 5월 19일에 있었다. 즉 改正不正競爭防止法의 제2조 1항은 다음의 3개의 행위를 부정경쟁행위로 규정했고 그 중 제3호의 행위는 입법자의 의도여하에도 불구하고 실제로 意匠法의 개정이라고도 말할 수 있을 것이며, 이것은 신규창작보호법인 意匠法에 커다란 충격을 준것이라고 말할 수 있을 것이다.[33] 이러한 3호의 제정동기로 된것은 그사이 일본에서 소위 데드·카피에 의한 피해가 적지않았고, 이에 대해 판례는 민법의 불법행위규정에 근거하여 보호를 꾀하는 경향이 있었다.[34] 이번 개정은 이러한 판례의 경향을 입법이 그대로 인정하여 부정경쟁행위의 하나의 유형으로 규정한 것이다. 1993년 개정에서 부정경쟁행위로 규정한 3개의 행위 유형은 다음과 같다.

(1) 제1호 : 타인의 商品等表示(사람의 업무와 관계된 성명, 상호, 상표, 표장, 상품의 용기 혹은 포장 기타 상품 또는 영업을 표시하는 것을 말한다. 이하 같다)로서 수요자사이에 널리 인식되고 있는 것과 동일 혹은 유사한 상품 등의 표시를 하거나 또는 그 商品等表示를 사용한 상품의 양도 등을 하여 타인의 상품 또는 영업과 혼동을 일으키는 행위

(2) 제2호 : 자기의 商品等表示로서 타인의 저명한 商品等表示와 동일 혹은 유사한 것을 사용하거나 또는 그 商品等表示를 사용한 상품의 양도 등을 하는 행위

(3) 제3호 : 타인의 상품(최초로 판매된 날로부터 기산해서 3년을 경과한 것을 제외함)의 형태(당해 타인의 상품과 동종의 상품(동종의 상품이 없는 경우에는 당해 타인의 상품과 그 기능 및 효용이 동일 또는 유사한 상품)이 통상 가지고 있는 형태를 제외한다)를 모방한 상품을 양도하거나 대여하거나 혹은 양도 또는 대여를 위하여 전시하거나 수출하거나 혹은 수입하는 행위

이상의 3유형중 제1호와 제2호의 행위는 종래 부정경쟁방지법에서 전통적으로 인정하여 오던 행위이나, 제3호의 행위는 종래 그 유례를 찾기 힘든 새로운 행위 유형이며, 새로운 意匠保護法의 制定이라고 하여야 할 것이다.

5. 전체적 평가

결국 일본에 있어서는 입법적으로 어느정도 보호의 대상을 분류하여 중복보호는 가급적 피하려고 하고 있다. 그러나 그럼에도 불구하고 일정한 경우(판례가 감상의 목적이 될 수 있는 창작물이라고 인정하는 경우)는 量産品이라 하더라도 著作權法의 보호를 받을 수 있다. 그러나 이러한 著作權法에 의한 보호가 법원의 판결에 의한 것이므로 예측가능성의 면에서는 일정한 한계가 있고, 결과적으로 特許權的 보호와 著作權的 보호로 입법의도가 분열된다는 문제가 일어난다. 또 타이프·휘이스와 같이 保護의 空白도 나타나게 된다. 뿐만아니라 하나의 대상에 다수의 법률이 관여함으로써 법률전문가라면 별론, 일반인은 알

32) 佐藤恵太, 前揭論文 92, 93면.

33) 牛木理一, 新不正競爭防止法と意匠の保護, パテント 1993 Vol. 46 No. 6, 27면.

34) 이러한 판례로서는 京都지방법원 1989년 6월15일의 袋帶圖柄事件, 大阪지방법원의 寫植機用文字盤事件(1989.3.8)이 있다.

기 어렵게 되어 있다. 부정경쟁방지법을 통한 무방식의 보호와 意匠法을 통한 방식주의가 혼재함으로써 결과적으로 後述하는 EC의 규정과 같이 되어 있는 듯 보이지만 무방식의 보호가 시장테스트를 위한 유예기간이 아니므로 新規性喪失을 막기위해서는 시장출하 전에 등록출원신청을 하여야 한다. 이렇게 본다면 미봉책으로 부정경쟁방지법에 의한 일시적·임시적 보호보다는 입법론으로서는 이들을 통합하여 하나의 질서를 부여하는 것이 보다 효과적이라고 본다.

제2절 미 국

1. 서언

미국에 있어서 産業디자인을 보호하는 기본법은 特許法이며, 同法 제171조는 디자인을 일정한 요건하에 意匠特許(design patent)로서 보호한다. 그러나 特許法에 의해 意匠을 보호하고자 하는 시도는 만족스럽지 못하다고 판명되었으므로[35] 特許法 이외의 수단 즉 著作權法, 상표법(및 부정경쟁방지법)에 의거하여 보호하고자 하는 노력이 이루어져 왔다. 그밖에도 미국은 별도의 디자인법을 제정하려고 하고 있다. 이하 차례로 살펴보기로 한다.

2. 特許法

2.1 법규정

미국 特許法 171조는 「공업제품에 관해서 새롭고 독창적인 장식적 意匠을 고안(invent)한 자는 본법의 규정에 따라 特許를 받을 수 있다」고 규정한다. 그러므로 미국에서 意匠은 特許法에 의해 意匠特許로서 보호된다. 본법에서 「意匠」이란 물건의 장식적 특징을 말한다. 즉 意匠特許法에서 "design"이라는 말은 미술적인 의미로 사용되고 있으며, 공학적, 기술적인 의미로 사용되고 있는 것은 아니다.

2.2 意匠特許要件

特許法 171조는 「공업제품에 관해서 새롭고 독창적인 장식적 意匠을 고안(invent)한 자는 본법이 규정하는 조건 및 요건에 따라 特許를 받을 수 있다. 發明特許에 관한 본법(of this title)의 규정은 별도의 규정이 있는 경우를 제외하고는 意匠特許에도 적용된다」고 규정한다. 따라서 技術的 發明의 특허적격을 규정한 特許法 제101조를 제외한 제102조(新規性), 제103조(非自明性)가 意匠特許에도 적용된다. 용어에 대한 해석도 기본적으로 實用特許의 경우와 동일하다.

이와 관련하여 특히 어려운 문제는 제103조의 비자명성과 관련된 것이다. 제103조는 1952년의 개정에서 성문화되었지만 그 이전부터 판례법으로 형성되어 온 법리를 성문화한 것에 불과하며, 또 당초부터 意匠을 발명한(invent) 자에게 意匠權이 부여되었으므로 어느 경우에 발명으로 볼 것인가는 비자명성, 소위 진보성을 제외하고는 논의할 수 없기 때문이다. 그러나 旣知의 요소가 결합한 意匠에 대해서 어느 경우에 발명성(invention)이 있다고 볼 것인가하는 문제가 매우 어려운 문제이다.

---

35) 미국에 있어서 의장특허법은 「무도회에 나가본적이 없는 신데렐라」(Brown,34 UCLA Law Review 1341, 1356(1987))「지적소유권법에 있어서 고아」(Pegram, 81 TMR 1 (1991))라는 비판을 받고 있다.

한편 特許廳은 이러한 意匠의 신규성 및 발명적 수완(inventorship)에 관하여 엄격한 심사를 하며, 이 基準을 충족하여야만 意匠特許가 부여된다. 실제로 기계의 발명에 관한 特許出願節次가 意匠의 경우에도 적용된다.[36]

特許가 출원되어 있는 意匠이 이미 特許되었거나 혹은 特許廳에 계속중인 다른 意匠과 동일 또는 유사한 경우에는 기계의 발명에 관한 特許의 경우와 마찬가지로 拒絶査定된다. 더나아가서 特許廳은 意匠의 미적효과 및 출원인의 발명적 기량에 대해서 판단한다.[37]

2.3 운영과정에서의 문제점

위에서 본바와 같이 미국은 산업 디자인을 意匠特許제도로 보호하고 있고, 意匠特許制度는 發明特許制度와 마찬가지로 신규성과 창작성을 요구한다. 따라서 特許廳은 이러한 요건을 갖추었는지 여부를 심사하고 이러한 요건을 갖춘 意匠에 한해서 意匠特許를 부여한다. 심사를 거쳐 등록될 때 까지는 많은 시간과 비용이 들뿐만 아니라 특히 1980년대 이전까지는 이렇게 어렵게 등록된 意匠特許權도 意匠特許權侵害訴訟에서 70%이상이 등록되지 못할 意匠이 등록된 것이라 하여 연방항소법원은 무효라고 판시하였다.[38]

종래의 업계의 관행이 새로운 産業디자인을 개발할 때 기존의 産業디자인을 참고하여 이를 약간 변형·개발하는 경우가 대부분이므로 이런 점에 비추어 본다면 엄격한 신규성과 창작성(비자명성)을 요구하고 있는 聯邦特許法上의 등록요건을 충족시키지 못했다고 판시한 연방항소법원의 판결들은 이해못할 바는 아니다.

그러나 이러한 엄격한 등록요건과 심사절차 그리고 높은 무효판정율은 意匠特許제도가 産業디자인 보호제도로서 적합한 제도가 아니라는 인식을 갖도록 하였다. 특히 오늘날과 같은 급속히 변하는 시장상황과 소비자 취향은 새로운 제도의 탄생 혹은 기존 제도 중 보다 적합한 方法에의 의존이라는 돌파구를 요구하였다.

새로운 디자인법률안의 지속적인 입법화 움직임과 産業디자인의 著作權法에 의한 보호 혹은 부정경쟁방지법에 의한 보호의 모색이 그것이다.

---

36) 그러나 실용특허와 똑같이 다룰 수는 없을 것이다 (Lipscomb III, Lipscomb's WALKER ON PATENTS(3d ed.), THE LAWYERS CO-OPERATIVE PUBLISHING CO. 1985, vol. 5, p. 29, 50). 예컨대 종류가 다른 상품에 존재하는 여러 디자인을 결합해서 디자인을 제작한 경우, 그 신규성 (및 창작성) 여부에 대해서 미국 판례는, 이런 디자인을 본 디자이너가 그 결합을 착상할 수 있는가 아닌가가 문제로 된다고 본다. Re Application of Glaves [43 CCPA 797, 230 F.2d 447].

37) 미국법원이 판시한 바와 같이 「의장은 선과 형의 재구성에 불과하고 항상 엄밀한 의미로는 오래된 요소에 의하지 않으면 안된다. ---직선,사각,원,입방체,삼각 및 구는 모두 기지의 구성요소이다. ---문제는 최종적 결과가 ---(1)기량을 갖는 기술자가 보통하는 것과는 다른 발명적 기량의 결과로서 달성되어 있고 (2)신규 (3)또한 독창적 (4)혹은 장식적인가 아닌가이다.」 (See-O-Rak Corp. v. Henry Hanger & Display Fixture Corp.(1956), 232 F. 2d 176(CA 5) *certi. denied*(1956),352 U.S. 870). Ladas, op. cit., p. 856.

38) 1980년대 이전까지의 법원의 태도와는 달리 1980년대 후반에 제기된 13건의 사건에서 연방항소법원은 오직 3건 (그 중 2건은 창작성 결여, 한건은 심미성 결여)만을 무효판정하였을 뿐이다 (丁 相朝, 英美의 산업디자인 保護法制에 관한 小考, 知的財産 1993. 9, 24면). 이러한 법원의 태도는 1980년대 후반에 일어나고 있는 지적소유권보호강화 경향과 무관하지 않을 것이다.

3. 著作權法

3.1 1976년법 규정

1976년법 제102조 a (5)는 「회화·도화 및 조각저작물(pictorial, graphic and sculptural works)」을 저작물로 예시하고, 제101조에 다음과 같은 정의를 두고 있다.

「회화 그래픽 및 조각저작물(pictorial, graphic and sculptural works)은 평면적 및 입체적인 순수, 그래픽 및 應用美術의 저작물(works of fine, graphic, and applied art)--을 포함한다. 이들 저작물에는 기계적 또는 실용적인 측면은 아니고 표현형식에 관한 한 미술공예품(artistic craftmanship)을 포함하는 것으로 한다. 이 조에서 정의하는 실용품(useful article)의 디자인은 그것이 물품의 실용적인 면으로 부터 분리해서 확인할 수 있는 한 또 그것과는 독립해서 존재할 수 있는 회화, 그래픽 또는 조각의 특징을 가지는 한, 또는 그 한도에 있어서만, 회화, 그래픽, 조각저작물로 본다.」

3.2 입법취지

하원보고서는 다음과 같이 그 입법취지를 설명하고 있다.

제101조에서 정의하는 바와 같은 수정된 어구를 채택함에 있어 위원회는 著作權으로 보호되는 應用美術저작물과 著作權으로 보호받지 못하는 産業디자인작품을 구별하는 명백한 기준을 찾고자 노력했다. 평면적인 회화나 도화는 직물, 벽지, 용기와 같은 실용품에 인쇄(print)되거나 이용(apply)되어도 의연 회화나 도화로서 인식될 수 있다. 또 조각이 공업제품의 장식으로 사용되거나 또는 Mazer사건[39]에서와 같이 미술저작물로서의 독립성을 잃지 않고서 물품속에 합체되어지는 경우도 마찬가지이다. 반면에 공업제품의 형상은 미적인 만족과 가치를 가지고 있는 경우에도 본법에 의한 보호를 하지 않으려는 것이 위원회의 의도이다. 자동차, 비행기, 婦人衣服, 調理器, 텔리비젼 受像機, 기타의 공업제품의 형상은, 제품의 실용적 측면으로 부터 분리해서 물리적으로나 관념적으로 존재를 확인할 수 없는 한 그 디자인은 본법에 의한 著作權의 보호를 받을 수 없다. 물품의 실용적 측면으로 부터의 분리가능성 여부나 독립성 여부는 디자인 그 자체의 성질에 의존하는 것은 아니다 - 즉 물품의 외관이 미적 고려하에 결정되었다 하더라도 (반대로 기능적 고려하에 결정되었다 하더라도) 오직 실용품으로부터 분리하여 그자체가 확인될 수 있는 요소(만약 그런요소가 있다고 한다면)만이 著作權法의 보호를 받을 수 있다. 그리고 예컨대 의자뒷면의 조각이나 은식기의 꽃무늬의 양각 디자인과 같이 입체적디자인이 그러한 요소를 포함하고 있는 경우에는 著作權의 보호는 오직 그러한 요소에만 미치며, 실용품 그자체의 전반적인 형상에는 미치지 아니한다. (밑줄 필자)

이렇듯 보고서는 위원회의 의도가 미적 만족을 주는 디자인이라 하더라도 일반적으로 공업제품은 보호하지 않으려고 했다는 점을 강조한다. 보고서에서 가장 주목되는 점은 물리적으로가 아니라 관념적으로만 실용품으로 부터 분리하여 확인할 수 있는 요소라면 著作權보호를 받을 가능성이 있다고 언급한 점이다. 이 文句는 미술과 비미술의 경계선을 희석시키면서 새로운 보호의 가능성을 제공하였다. 그러나 이에 대한 미국 판례의 태도는 상당히 경직되어 있다.

---

39) Mazer v. Stein, 1954. 3. 8, 74 S.Ct 460, 347 U.S. 201: 本件은 1909년법과 이에 기한 규칙하에서 실용품의 디자인에 관한 著作權問題를 다룬 판결이다. 미국 대법원은 미술저작물이 기능적 물품에 구체화되어 있다고 하더라도 저작권보호를 잃지 않는다고 판시하였다.

3.3 1976년법에 대한 판례의 태도

신용품에 응용된 디자인이 저작권법으로 보호될 수 있는지에 대해서 당해 디자인이 실용품으로 부터 물리적으로 분리할 수 있는 경우에는 미국의 판례는 이를 긍정하나 미와 기능이 일체화 되어 물리적 분리가능성이 없는 경우에는 관념적 분리가능성을 인정하여 이를 긍정하는 판례도 있으나 대부분의 판례는 이를 부정한다. 부정한 판례로는 ① Esquire v. Ringer판결[40] ② Norris Industries, Inc. v. International Telephone and Telegraph Corp. 판결[41] ③ Fabrica Inc. v. El Dorado Corp.판결[42] ④ Carol Barnhart Inc. v. Economy Cover Corp판결[43] ⑤ Brandir International, Inc. v. Cascade Pacific Lumber Co.판결[44] ⑥ Whimsicality, Inc. v. Rubie's Costume Co.판결[45]이 있다.

반면에 관념적 분리가능성을 적용하여 긍정한 판례로는 Kieselstein-Cord v. Accessories by Pearl, Inc[46]이 있다.

한편 그자체 실용품이 아니기 때문에 분리가능성 여부를 따질 것도 없이 저작권법으로 보호된다는 판결에는 ① Gay Toys, Inc. v. Buddy L Corporation판결[47] ② Poe v. Missing Persons 판결[48]이 있다.

이렇게 본다면 미국에 있어서 3차원적, 입체적 디자인인 경우는 실용적요소와 관념적으로 혹은 물리적으로 분리가능한가 여부에 의해서 著作權保護 여부를 결정한다고 되어 있으나, 적용결과는 대체로 물리적 분리가능성을 적용한 것과 같다.

결국 기능과 미가 일체화된 3차원적 물품 그 자체의 형태는 著作權으로 거의 보호받을 수 없다는 것이 미국판례의 태도가 아닌가 한다.

4. 商標法 및 不正競爭防止法

4.1 서언

미국에 있어서는 그사이의 많은 논란을 거쳐 최근에는 「트레이드 드레스」라는 이름하에 상표법 및 부정경쟁방지법에 의해서 물품의 모양을 보호한다는 입장이 정착된 것으로 보인다. 종래 물품의 모양이 상표법에 의해서 보호되기 위해서는 소위 「secondary meaning」[49]을 취득할 것을 요구했으나 최근에는 경우에 따라서는 이러한 이차적 의미를 취득하지

40) 591 F.2d 796(D.C.Cir. 1978), cert. denied, 440 U.S. 908 (1979): 이 건은 조명기구의 전체적 형상이 著作權 등록을 받을 수 있는지가 문제된 사건이다.

41) 696 F.2d 918 (11th Cir.), cert. denied, 464 U.S. 818 (1983): 자동차바퀴 덮개(wire-spoked automoble wheel covers)의 디자인은 著作權의 보호를 받을 수 있는지 여부가 문제된 사건이다.

42) 697 F.2d 890 (9th Cir. 1983): 本件은 카페트 샘플을 내포하고 있는 접는 광고지(advertising display folders containing carpet samples)가 저작권법에 의해 보호되는지 여부가 문제된 사건이다.

43) 773 F.2d 411, (2nd, 1985): 문제가 된 Carol Barnhart 작품은 포리에티렌으로 만든 4개의 實物大의 사람몸통 마네킨이다. 둘은 누드이고 둘은 옷을 입었으며, 상점에서 옷을 전시하기 위하여 만들어진 것들이다.

44) 834 F.2d 1142 (2d Cir. 1987): 본건은 자전거 고정 걸이(bicycle rack)가 著作權으로 보호받을 수 있는지 여부가 문제된 사건이다.

45) 891 F.2d 452 (2d Cir. 1989): 本件은 동물이나 물건의 다양한 형태로 디자인인 된 복장이 著作權으로 보호될 수 있는지 여부가 문제된 사건이다.

46) 632 F.2d 989 (2d Cir. 1980): 장식적 벨트 버클은 저작물성이 있는지 여부가 다투어진 사건이다.

47) 703 F.2d 970 (6th Cir. 1983): 장난감 비행기에 대한 著作權侵害가 문제가 된 사건이다.

48) 745 F.2d 1238(9th Cir. 1984): 본건은 "Aquatint No.5,"라는 이름이 붙은, 투명한 비닐로 만들어진, 그리고 그속에 채색된 바위조각으로 가득 채워진, 여자 비키니 수영복을 닮은 물품이 저작권법에 의해 보호되는지 여부가 문제된 사건이다.

아니하더라도 상표법에 의해 보호된다는 법리가 형성되었다.[50] 즉 상품의 모양이 본래적으로 식별력이 있는(inherently distinctive) 경우에는 이차적 의미를 취득하지 않더라도 연방상표법 제43조 (a)항에 의해 보호된다는 것이다. 이것은 미국에 있어서 무방식의 意匠保護制度의 정착을 의미한다.[51] 학자들 중에서도 디자인보호의 주된 法源을 랜함 상표법에서 구해야 한다는 주장도 나타나고 있다.[52]

4.2 트레이드 드레스로서의 상품형태의 보호

(1) 트레이드 드레스의 포괄범위

원래 [trade dress]란 그 용어에서 암시하는 바와 같이 물건의 포장, 容器, 레테르 등을 가리키는 말이었으나 그것이 확대되어 지금은 물건의 형태(product configuration), 물건의 외형적 느낌(雰圍氣) (the "look and feel" of products), 서비스시설의 외형적 느낌(雰圍氣) (the "look and feel" of service establishments), 심지어는 장난감가게의 販賣方法(marketing methods)에 까지 포괄하는 것으로 발전하였다. 이러한 현대적 경향을 종합하여 제11순회항소법원은 「trade dress」를 물건의 전체적 이메지 예컨대 크기, 형태, 색갈이나 색갈의 조합, 질감, 도형, 심지어는 판매기법까지 포함하는 것으로 보았다 . 따라서 지금은 식별력있고 출처를 확인할 수 있는 역할을 하는 제품의 이메지나 판매의 모든 측면이 「트레이드 드레스」로 보호된다.

(2) 트레이드 드레스로서 보호되기 위한 요건

최고법원의 판결을 통해 외관 트레이드 드레스의 보호에 있어 장애로 작용해온 소위 「이차적 의미」의 취득이 일정한 경우(본래적으로 식별력이 있는 경우:inherently distinctive)에 불필요하다고 되었다. 이러한 경향의 효시는 1976년 연방순회항소법원의 소위 TESCO판결[53]이며, 그 정점에 선것이 최근의 최고법원 판결이다. 最高裁判決은 멕시코 요리를 제공하는 레스토랑 체인의 인테어리어 및 상점건물의 외장 등을 총합한 「트레이드 드레스」에 관한 판결로서 이 판결이 상품의 형태에 그대로 적용될지는 앞으로 주목된다.

한편 이 판결이 그대로 상품형태에 적용된다 하더라도 상품형태가 상표법으로 보호받기 위해서는 당해 형태가 기능적이어서는 않된다는 것이 미국 판례가 확립한 이론이다.

---

49) 「secondary meaning(이차적 의미)」 이란 상표법상 원래는 식별력을 취득하지 못한 혼한 명칭, 표시, 도형 등이라 하더라도 계속적인 사용에 의해서 自他商品識別力을 취득한 경우를 말하며, 세컨더리 미닝을 취득하면 상표로서 보호된다.
주로 영미에서 passing-off와 관련하여 발달한 법리이며, 우리 법에도 도입되어 있다. 「이차적 의미」 취득에 의한 부정경쟁방지법상의 보호는 종래 상표 등의 표시만이 아니고, 상품의 용기포장, 색, 디자인, 크기, 상품의 형태 자체도 「이차적 의미」를 취득한 때에는 보호된다.

50) Two pesos, Inc. v. Taco Cabana, Inc.,___ U.S.___, 112 S.Ct. 2753, 2755-2756, 2761, ___ L. Ed. 2d ___, 23 U.S.P.Q.2d (BNA) 1081 (1992).
통상 「이차적 의미」의 취득을 디자인에 요구하면 다음과 같은 문제가 생긴다. 즉 당해 디자인이 「이차적 의미」를 획득하기 위해서는 시간과 비용이 드나 이렇게 시간과 비용을 들여 「이차적 의미」를 취득한 때는 이미 유행에 뒤떨어지게 되어 소비자에게 외면당할 우려도 있다.

51) 미국에 있어서는 의장특허제도는 물론 저작권제도도 방식주의를 기초로 하여 운영되고 있다고 하여도 과언이 아닐 것이다. 미국에 있어서는 베른조약 가입 후에도 미국시민이 저작권침해소송을 제기하기 위해서는 먼저 저작권청에 등록하지 않으면 안된다.

52) 예컨대 Dratler, Trademark protection for industrial design, 1988 U. Ill. L. Rev. p. 887.

53) Truck Equipment service Co. v. Fruehauf Corp., 536 F.2d 1210, 1213 & n.1, 1223(8th Cir.),*cert. denied* 429 U.S. 861 (1976).

소위 機能性理論이라는 것이다.

4.3 평가

미국법은 일찌기 상품형태가 가지는 상표적 기능에 주목하였고, 이에 따라 입체상표의 등록 등을 허용하고 있으며, 무등록 상품형태도 그것이 「2차적 의미」를 취득하면 상표로서 보호하여 왔다. 그러나 최근 본래적으로 식별력이 있는 상품형태는 트레이드 드레스로서 상표법의 보호를 받게 됨에 따라 상품형태보호의 주류적 法源이 상표법이 된 것 같은 인상이 짙다. 그러나 상표법을 통한 상품형태의 보호는 기한의 제한없이 무제한 보호가 가능하다는 의미에서 소위 기능성이론에 의한 제한에도 불구하고 「2차적 의미의 취득이라는 요건」이나 일본법과 같은 「보호기간의 설정」이 없는 한, 입법론으로도 선듯 받아들이기 어려운 것 아닌가 한다.

5. 새로운 디자인보호법(안)

디자인보호를 위하여 特許法도 著作權法도 그리 만족스러운 효과를 거두지 못했으므로 평균적인 공업적 意匠에 관한 보다 완만한 요건을 규정한 特許와 著作權의 중간적인 것 또는 양자의 특징을 갖춘 것 같은 새로운 형태의 법률제도가 필요하다는 생각이 업계로부터 일어났고, 이들의 로비활동을 통해 거의 매 회기 마다 디자인 보호법안이 제기되었다. 대체로 特許보다는 著作權의 원칙에 의한 이와같은 새로운 意匠制度를 제정하려는 노력의 역사는 주로 1914년 이후에 시작되었으나[54] 오늘날 까지도 입법화되지 못하고 있다.

지금까지 제안된 법안들의 기본적 구조는 「意匠特許로 보호받기 힘든 제품의 외관에 대해서 10년정도의 보호, 무허락의 모방을 금지할 수 있는 권리의 신설」 등을 골자로 하고 있어 그 내용이 대체로 같으나 보호의 요건(장식성의 유무, 정책적 제외조항의 유무 등)이나 著作權과의 관계에서 약간의 차이를 나타내고 있다.[55]

이러한 법안들이 입법화 되지 못하는 최대의 이유는 이익단체들의 반대 로비 때문이고, 그렇다면 이 법이 성립되기 위해서는 리치판사가 지적하는 바와 같이 이법의 성립으로 이익을 얻을 수 있는 단체가 조직화되는 것이 무엇보다도 필요할지 모른다. 그러나 이법의 최대의 옹호자로 되었을 법한, 그리고 디자인권법 제안의 시발점이 된 섬유디자인계는 섬유디자인이 著作權의 보호를 받게 됨으로써 이 법안의 성립여부에는 거의 관심이 없게 된 듯하며, 결과적으로 이 법의 성립 전망은 그리 밝지 않다. 더욱이 최근 미국에서 트레이드 드레스 법리를 통한 무방식의 디자인보호제도가 확립되었다는 것은 이 법안의 필요성을 더욱 감소시킬 것으로 보인다.

그러나 이러한 입법성립여부의 불투명에도 불구하고 디자인의 보호를 위한 意匠特許보다 손쉽고, 著作權保護期間보다 훨씬 짧은 새로운 제도가 필요하다는 것은 변함없는 사실

54) Ladas, op. cit., p. 860. 최초의 법안은 H.R. 11321 (63d Cong., 2d Sess(1914))이다. 입법사에 대해서 자세한 것은, Copyright Law Revision: hearings on H.R.2223 Before the Subcomm. on Courts, Civil Liberties and the Administration of Justice of the House Comm. on the Judiciary, 94th Cong., 1st Sess. 1007(1975)("1975 Hearings") 및 Jacques M. Dulin, Design Protection: Walking the Pirate Plank?, Bulletin, Copyright Society of the U.S.A., Vol.12, No.6, 1965.8 ; Steve W. Ackerman, Protection of the Design of Useful Articles:Current Inadequacies and Proposed Solutions, Hofstra Law Review, Vol.11, No.3, spring 1983 참조.
Goldstein교수는 신디자인보호법(안)보다 오랫동안 지속된 입법노력은 지적소유권 분야에서 없었다고 기술하고 있다(Copyright, Patent, Trademark and Related State Doctrines(1993), P. 922).

55) 佐藤恵太, 意匠保護法制の再檢討(二), 法學新報 99권 5,6호, p. 222.

이라고 본다.

제3절 프랑스

I. 프랑스 保護法制의 特徵

디자인의 보호에 있어 프랑스제도의 제1의 특징은 「디자인은 意匠法과 著作權法의 중복적 보호를 받는다」는 점이다.

프랑스의 경우는 푸이에(Pouillet)가 주장한 「美의 단일성이론 ('l'unite de l'art': Unity of Art)」을 받아 들여 1902년의 著作權法에 의해 "이 권리는 작품의 가치 및 용도의 여하를 불문하고 장식의 조각가 및 도안가에게도 적용된다"고 명정함과 아울러 1909년의 登錄意匠法에 의해 2차원적인 디자인 및 3차원적인 모델의 보호를 하게 되고, 그 以來 중복적 보호를 하고 있다.

중복적 보호의 역사적 의의는 첫째 저작물의 인정에 있어 미의 요소를 무시하는 해석론을 판례가 채택한 점, 둘째 소송법상 著作權에 기한 請求와 意匠法에 기한 청구를 등가치의 법적 관점으로 생각하여 상소심에서 소의 변경이 없더라도 법원이 자유로이 법적 관점을 선택할 수 있다는 점, 셋째 意匠法과 著作權法에 규정된 침해의 효과에 관한 규정 중의 일부가 1957년의 著作權法의 개정 혹은 그 후의 판례에 의해 대략 동일한 내용으로 접근한 점(著作權侵害罪에 대한 금고형의 도입)의 3점이다.[56]

프랑스 법제의 제2의 특징은 意匠法은 실체적 요건에 관한 심사를 함이 없이 디자인을 보호한다. 즉 무심사주의가 또 하나의 특징으로 되어 있다. 무심사주의란 보호를 받기 위해서는 기탁을 필요로 하나 형식적 요건 및 공표가 공서양속에 반하는지를 제외하고는 보호적격을 사전에 심사하지 아니하고 寄託을 受理한다는 의미이다.

무심사주의는 1806년법과 이를 계승한 1909년의 디자인·모델법에 채택되어 현재까지 유지되고 있다. 意匠法에 의한 보호기간은 출원시로 부터 50년(최초의 25년과 更新에 의한 25년)이다.

그밖에도 물품의 형상이나 외관은 상표로서 등록할 수 있으며, 노예적 모방(slavish immitation)에 대해서는 민법 제1382조에 기초한 부정경쟁방지법리에 의거 이를 금지하고 있다.[57] 本稿에서는 의장법 및 저작권법에 의한 보호에 대해서 살펴본다.

2. 意匠法

2.1 序言

1992년 법전 제5권(디자인 및 모델) 제511-1조는 「디자인 또는 모델의 창작자 또는 승계인은 모두 本卷이 정한 조건하에서, 당해 디자인(2차원적인) 또는 모델(3차원적인)을 실시하거나, 판매하는 배타적 권리를 가지며, 그 권리는 그 밖의 법률의 규정 특히, 제1권 및 제3권에 의한 권리의 향유를 방해하지 않는다」고 규정한다. 이 법률의 보호대상은 「신

56) 佐藤, 意匠保護法制の再檢討(三), 法學新報 99권 7,8호, 105면.

57) C. Fellner, The Future of Legal Protection for Industrial Design, p 113, p. 124 이하. 프랑스에서의 부정경쟁방지는 민법 제1382조에 기초한 판례법에 의거하고 있다. 이점 부정경쟁을 방지하는 독립법을 가지고 있는 독일과 다르다.

규의 意匠(디자인), 신규의 모형(모델) 및 신규성을 발생하는 현저하며, 인식가능한 외형에 의하거나 또는 독자적이며, 신규의 외관을 발생하는 1 또는 2 이상의 외부적 효과에 의해 유사의 물품에서 구별되는 신규의 공업제품」이다.(제511-3조)

意匠法에 의하여 주어지는 권리는 배타적 효력은 있으나 遮斷效는 없다. 그러므로 기본적으로 著作權的인 것이다. 기탁은 추정의 효과만 있으며, 스스로가 공표한 것에 의해 신규성이 상실되지도 아니한다.

또 보호되는 것은 특정의 구체적 형상이며 아이디어가 아니다. 책과 같은 모양의 초켈릿 상자를 만든다는 생각, 또는 새장과 같은 형태로 램프를 만든다는 생각에는 권리가 미치지 못한다; 提訴된 물품이 세부에 있어서 충분히 근접하고 있지 않으면 침해로 되지 아니한다. 이것은 패션 산업에 있어서도 동일하게 말할 수 있다. 박쥐날개 소매(batwing sleeves: 박쥐날개 처럼 진동은 넓고 소맷부리는 좁은 소매)와 같이 유행하는 형태를 따르는 것은 침해로 되지 아니하며, 침해로 되기 위해서는 세부에 걸친 模寫(copy)가 있어야 한다.[58]

2.2 保護의 要件

가) 실질적 요건 : 신규성

본법에 의해 보호되기 위한 기본적 요건은 현저한 外形 또는 독특하고 신규한 外觀이다(제 511-3조).[59]

本條에서 말하는 「신규」란 두가지로 이해되고 있다. 하나는 절대적의미이다. 즉, 때와 장소를 불문하고 종전에 존재한 것에 의해 선행되어 있지 않다라는 의미로 절대적이다. 또 하나는 상대적 의미이다. 예컨대 이미 公有(public domain)로 된 것의 개작 또는 변경과 같이, 비록 창작의 정도가 얼마되지 않는다(극히 좁다)라고할지라도, 독창성을 나타내는 「창작」이 포함되어 있다고 하는 의미에서 상대적이다.[60] 결국 프랑스법상의 신규성은 기존의 디자인과 구별가능성이 있는지 여부로 결정되는 듯이 보인다.

프랑스법상의 신규성은 공표로 인하여 상실되지 않는다(제 511-6조). 이것은 프랑스 意匠法이 著作權形의 保護를 택하고 있다는 좋은 증거이다.[61]

나) 형식적 요건 : 기탁

意匠法의 보호를 받기 위해서는 意匠의 창작자 또는 그 승계인은 이 법률의 조건에 따라 意匠을 기탁하지 않으면 안된다. 법 제511-5조는 적법하게 기탁된 디자인 또는 모델만이 본법이 정한 이익을 향유할 수 있다고 규정한다. 결국 寄託은 임의적이나 寄託을 하지

58) ibid., p. 115.

59) 보호되기 위해서 의장의 미술적 또는 미적인 성질이 필요한지는 언급되어 있지 않다. 판례의 대부분은 이를 무시하는 판결을 하고 있으나 전부 그런 것은 아니다(예컨대 편지통의 경우). 또 構造의 原理 또는 機能에 의한 形態의 決定에 관한 것에 의한 制限은 특별히 지적되어 있지 않으나 특허가능성이 있는 경우에는 의장으로 보호되지 아니함은 旣述한 바와 같다(보다 자세한 것은, ibid., p. 116 참조).

60) Ladas, op. cit., p. 865. Casalonga는 다음과 같이 설명한다.
디자인 혹은 모델은 프랑스에 있어서도 외국에 있어서도 신규의 것이 아니면 않된다. 더나아가서 그것은 독창적인 것이 아니면 않된다. 즉 디자인 혹은 모델은 전체적 외관이 독특하며, 새롭고, 이전에 창작된 것과 구별될 수 있는 것이 아니면 않된다. 그러나 이미 시장에 나와 있는 디자인에 외관이 극히 유사한 경우에도, 일반인은 구별할 수 없어도 적어도 전문가는 구별할 수 있을 정도의 근소한 차이가 있는 의장은 신규의 창조라고 말할 수 있을 것이다(豊崎 外 共譯, フランス特許·商標·意匠, 75면).

61) 프랑스 의장법 제511-6조는 다음과 같다.
"發賣 기타의 방법에 의하여 寄託보다도 앞서 되어진 디자인 혹은 모델의 公表는 그 권리와 本卷에 의하여 주어지는 특별한 보호의 失效를 가져오지 않는다."

않으면 意匠法의 보호를 받을 수 없다.

기탁이 없는 경우 청구인은 자기가 그 意匠을 창작했다는 것 또는 창작자로부터 그것을 취득하였다는 것을 입증하지 않으면 안되고, 피고가 惡意로 그것을 模倣 또는 模造한 것도 입증하지 않으면 안된다.

기탁이 있는 경우에는 意匠의 기탁자는 (a)반증이 있을 때까지는 저작자 또는 권리자로 추정되고[62], 그리고 (b)기탁일보다 후에 이루어진 침해행위에 대해 특별한 보호를 받는다. (b)를 나누어 설명하면 다음과 같다.

(1) 기탁이전에는 意匠法에 의거한 어떠한 소송도 제기할 수 없다.

(2) 기탁후 공표되기 이전에는 (즉, 意匠이 비밀을 유지하고 있는 한) 侵害訴訟에 있어서 기탁자는 피고의 악의를 입증하지 않으면 안된다.

(3) 意匠이 기탁되고 공표된 후는, 독자적 창작이라는 등, 피고가 선의를 입증하지 않으면 안된다.

결국 프랑스에서 意匠權은 模倣으로부터 보호되는 著作權的인 것이다.

2.3 평가

프랑스에서는 두법이 중복적으로 보호되는 결과, 意匠法은 위에서 본바와 같이 기탁제도라고 하는 공시수단, 재판에 있어서 證據方法의 제공이라고 하는 역할에 그칠수 밖에 없어 결국 著作權法의 보완적 기능을 수행하는데 불과하다. 그렇다면 意匠法이 독립된 법률로서 존재할 가치가 있는지 여부가 문제된다.

3. 著作權法

3.1 序言

意匠을 기탁하지 않은 자는 著作權法의 보호에 의거할 수가 있고, 著作權法의 보호를 받기위해서는 특별한 조건이나 방식을 요하지 아니한다.

著作權法은 어떠한 종류(genre), 표현형식, 효과 또는 목적이더라도 정신적 저작물이면 보호가 미친다는 취지를 명확히 규정한다(제112조의 1). 『어떠한 효과 또는 목적이더라도』라고 하는 말은 1902년 3월 11일의 법률에 의해, 1793년의 구법에 들어간 것으로 조각가

62) 말하자면 1909년법이나 현행의 1990년법에 의한 의장의 기탁은 창작(creation) 및 소유(ownership)를 입증하는 방법이다. 1992년법 511-2조는 다음과 같이 규정한다.
"디자인 또는 모델에 관한 권리(propriete)는 창작자 또는 그 승계인에게 귀속한다. 그러나 당해 디자인 또는 모델의 최초의 기탁자는 반증이 있을 때까지 당해 디자인 또는 모델의 창작자로 추정된다."
한편 이러한 기탁제도 이외에도 最先의 창작자라는 것을 입증하는 방법으로 私的登錄制度가 있다. 이것은 1909년법의 제4조(어느종류의 공업에 관하여는 특별법령으로, 공업가를 위해, 정부의 검인을 받아, 사적장부를 소유하고 있는 경우등에 있어서, 의장 또는 모델의 사용이 最先인 것을 증명할 수 있도록 필요한 방법을 규정할 수 있다)의 실시에 관한 1914년 3월 10일의 명령 및 1914년 3월 13일의 政令은 몇개의 산업(직물, 비단, 자수, 보석, 청동제품등)에서의 의장 및 모델의 창작은 (행정 관청에 의해 인가된) 私的인 登錄 및 「소로우 봉투」(Soleau envelopes: 그 창안자의 이름에서 유래한다. 소로우는 前 프랑스 공업 소유권 협회의 회장으로, 프랑스 제조업자이다)라고 불리우는 특별한 二重封套를 사용함에 의해 입증할 수가 있다는 조건을 정하고 있었다. 즉, 의장 또는 모델의 기탁을 바라지 않는 제조업자들은 여전히 그들 자신의 등록부에의 등록 및 소로우 봉투에 의해 그들의 창작을 입증하고 확인 할 수 있다. 「소로우 봉투」 제도는 창작을 입증할 필요가 있는 의장의 사본 2부가 二重封套 2개의 칸막이 속에 넣어, 공업소유권청에 송부되고 거기서 찢어지지 않는 방법으로 도달한 날짜가 봉투에 천공된다. 다음에 두개의 칸막이는 따로따로 떼어져서 한쪽은 제조업자에게 반송되고, 다른 한쪽은 공업소유권청의 기록 보관소에 보관되었다. 현행법 제511-7조도 1909년법 제4조와 동일하다.

또는 장식 디자이너에 의한 신규의 창작은 가령 그것이 공업적 복제를 의도하는 것이고, 그 미술적 수준이 높은 것이 아니라 하더라도 美術著作物로서 보호한다는 意味이다. 즉, 공업적 意匠 및 모델은 어떠한 방식도 요구됨이 없이 다른 美術著作物과 마찬가지로 보호된다.

한편 112조 제10호는 應用美術저작물을, 제14호는 소위 패션창작물을 저작물로서 예시하고 있다.

3.2 보호의 요건

意匠의 저작자는 창작했다는 사실에 의해 著作權을 취득한다. 즉 무방식주의이다. 意匠法上의 기탁의 요건을 만족시키지 못한 자라도 본법의 보호를 받을 수 있다. 문제는 創作性(originality)의 意味이다. 논자에 따라서는 본인의 제작(personal execution)으로 해석하기도 하고, 개인적 창조(personal creation)로 해석하기도 한다. 전자의 입장이 영국법적 의미에서의 「skill and labour」 기준이라면[63], 후자의 입장은 명시적이든 아니든 美的 價値(aesthetic value)라고 하는 개념을 어느정도 내포하고 있다.[64] 판례가 미적 가치의 高低를 구별하여 著作權보호 여부를 결정하는 것은 아니나 破棄院의 판결에 의하면 어느정도 장식적 성질(decorative quality)은 필요하다고 보는 것 같다.[65] 또 상당할 정도로 개인적인 취향이나 상상력의 산물임을 요구한다. 따라서 기술적 도면에 著作權을 부여하지는 않는다.[66] 다만 개인적 취향이나 상상력은 잘 알려진 기존의 디자인을 약간 변경한 경우에도 인정될 수 있다.[67]

3.3 보호기간

應用美術 著作權은 著作權을 갖는 모든 저작물의 통상의 존속기간, 즉 저작자의 생존중 및 사후의 50년간 존속된다(제 123조의 1 제2항).

3.4 중복보호의 이점 및 문제점

가) 중복보호의 이점 : 중복적 보호의 利點은 다음과 같다.[68]

(1) 기탁에 관한 利點

著作權法의 적용을 받기위해서는 특별한 요건을 필요로 하지 아니하므로 중복체계는 결과적으로 意匠에 관한 1909년법의 적용조건인 기탁요건을 개혁하는 것이다.

기탁이라는 요건을 불편하게 여기는 계절상품 등의 창작자의 보호를 가능하게 하며, 기탁이 무효라는 침해자의 항변을 봉쇄함으로써 부주의한 창작자를 모조로 부터 보호하게 된다.

63) 따라서 모방(copy)만 아니면 저작권으로 보호된다.
64) Fellner, op. cit., p. 117.
65) ibid., p. 118.
66) ibid.
67) 예컨대 1979년 10월 24일의 파리 항소법원 판결(Nestle v. General Foods). (ibid.)
68) Herman Cohen Jehoram편/ 播磨良承 譯, 意匠の保護, 52면(Marie-Angèle Pérot-Morel, フランス法における意匠の特殊な保護とこれに關する著作權保護) 이하.

(2) 보호기간에 관한 利點

意匠法에 의한 보호기간은 연장 25년을 포함하여 최대한 50년 보호되나 著作權의 경우에는 창작자 생존 중 및 사후 50년(음악저작물의 경우는 70년)이다.

이 점은 창작자 보호라는 측면에서는 장점이나 그 점이 무조건적 중복보호의 문제점으로 지적되기도 한다.

(3) 모방금지절차의 利點

著作權法 제332-1조에 의하면 침해를 받은 자는 검찰관(검찰관이 없는 경우는 판사)에게 침해물의 압류를 청구할 수 있다고 규정한다. 다만 30일 이내에 소를 제기하지 못하면 법원장은 압류의 취소를 명할 수 있다(제332-2조). 이에 대해 意匠法 제521-1조는 침해를 받은 자는 기탁후 공표전이라도 관할 제1심법원의 법원장의 명령에 따라 집달관에게 압류와 함께 또는 압류함이 없이 침해품의 명세를 작성시킬 수 있다고 규정한다. 이 경우 15일 이내에 (민사 혹은 형사의) 소가 제기되지 않으면 명세서나 압류는 무효로 된다. 양법의 효과가 대동소이하나 著作權法에 의하는 쪽이 약간 유리함을 알 수 있다.

(4) 형벌기준의 利點

意匠法은 침해자에 대해서 90프랑 이상 20,000프랑 이하의 벌금에 처한다고 규정한다(제521-4조). 累犯의 경우나 종업원 범죄의 경우는 1월 이상 6월이하의 禁錮가 병과 된다. 이에 대해 著作權法은 침해자에 대하여 3월이상 2년이내의 禁錮나 6000프랑 이상 12000프랑 이하의 벌금에 처하거나 양자를 병과할 수 있다고 규정한다(제335-2조). 통상의 경우 금고형을 병과할 수 있는 著作權法 쪽이 침해억지력이 크다고 본다.

(5) 권리승계인의 권리에 관한 利點

意匠法에는 著作權法 제123-6조와 같은 규정이 없기 때문에 상속에 관하여 민법 제767조가 적용된다. 이에 대해 著作權法 제123-6조 제1항은 "제123-1조에 정하여진 기간동안 이혼의 확정판결을 받지 않은 생존 배우자는 부부재산제 형태 및 기타 상속재산에 관한 민법 제767조의 용익권의 형태와 관계없이 저작자가 양도하지 않은 이용권의 용익권을 가진다"고 규정한다.

나) 중복보호의 문제점

현재는 著作權法上의 법리를 産業디자인에 무조건 적용하는 경우의 불합리가 지적되어 상당한 비판이 일고 있다.

(1) 권리양도문제- 권리이전계약의 요식성

프랑스 著作權法 제131-2조 1항 및 제131-3조 1항은 권리의 양도나 이용허락을 하려면 반드시 서면계약에 의할 것을 요구한다.[69] 문제는 이러한 요식성이 意匠法의 보호대상인 意匠에도 적용될 것인지에 대해서이나 1991년의 파기원판결은 상업목적 저작물의 양도라도 통상의 저작물과 다름없는, 즉 사용목적을 특별히 고려한 바 없는 판결을 하고 있다.[70]

(2) 법인의 권리자 적격

프랑스 著作權法은 저작자권리 체계를 채택하고 있으므로 법인은 원시적으로 著作權者가 될 수 없고 저작재산권을 양도받아야 한다. 이에 비해 意匠法에 의한 기탁은 법인 이름으로 하는 경우가 아주 많다고 한다. 무조건 중복체계를 채택하는 경우 이것 역시 해결

---

69) (131-2조) ① 이 編에서 규정하고 있는 공연계약, 출판계약 및 시청각저작물 제작계약은 서면으로 하여야 한다. 무료공연의 허락의 경우도 또한 같다.
(131-3조) ① 저작자권리의 이전은 양도증서에 별도로 정하여진 양도된 각각의 권리에 의거하여, 그리고 그 내용, 목적, 장소 및 기간을 정한 이용범위에 의거하여 이루어 진다.

70) Robert & Partners v. Joker (Cass. Civ. 1, 9 October 1991), [1992] 5 EIPR D-90.

되어야 할 문제이다.

제4절 독일

I. 서설

독일에 있어서 意匠은 意匠法 및 著作權法 그리고 부정경쟁방지법에 의하여 보호된다. 먼저 意匠法 부터 살펴보기로 한다.

2. 意匠法

2.1 보호의 대상(客體)

의장법의 보호의 대상은 산업상의 圖案 및 模型(gewerbliches Muster oder Modell :이하 意匠이라 한다)이다.[71] 그러나 意匠의 定義規定은 동법 중에 존재하지 아니하므로 그 개념의 확정은 전적으로 학설·판례에 맡겨져 있다.

첫째 독일 학자들은 본법의 보호대상으로서 디자인이라는 개념을 사용하지 아니한다. 디자인이라는 개념은 지나치게 광범위하여 그 형태형성의 수준이 意匠의 그것 보다 낮은 것에 대해서도 또 높은 것에 대해서도 사용할 수 있으므로 그 내용이 불분명(unscharf)하기 때문이다.[72]

둘째 意匠法의 보호의 객체로서의 意匠은 미적 영역에 속하는 형태형성, 다시말하면 취미감에 작용하는 것 혹은 미적효과 내지 미적기능을 가지는 것이 아니면 안된다. 미적효과 내지 미적기능은 시각에 호소하는 것, 즉 눈을 통해서 사람의 색채감각 또는 형태감각에 작용하는 것이 아니면 안된다.[73] 따라서 촉각, 미각, 취각에 작용하는 것은 보호받을 수 없다.

이렇듯 독일법상 意匠은 미적효과 내지 미적기능을 가져야 하나 이러한 제한은 기술보호권, 특히 실용신안권의 보호의 객체와 구별하려는데 그 의의가 있다. 그러나 기술적 목적을 가진 형태 모두를 意匠保護로 부터 배제한다는 의미는 아니다. 기술목적을 가진 것이라 하더라도 미적효과를 갖는 형태는 그 한에서 意匠의 객체로 될 수 있다.[74]

셋째 등록출원되는 것은 구체적 현실적인 형태이다. 그러나 보호의 객체는 제출된 현실적인 형태가 아니라 이 형태를 만들도록 한 背後에 있는 無形의 形態이다. 1961년 7월 14일의 聯邦法院 판결[75]은 「意匠保護는 무형의 입체적 또는 평면적 형태에 관한 것이다. 이 형태는 유형의 제작물을 작성하기 위한 원형(Vorbild)으로서 사용하기에 적합한 것이 아니면 안된다」라고 판시하였다. 그러므로 意匠은 무체재산이며, 意匠權의 보호객체는 意匠形成者의 구체화 된 形態形成上의 構想(Gestaltungskonzept)이다.[76] 다만 이 형태형성상의

---

71) 1977년도의 초안 제1조는 새롭고 특색있는 의장을 위한 의장보호는 형태미 와 색채미에 영향을 주는, 그러나 전적으로 기술에 의하여 制約되어 있는 것은 아닌 평면적 혹은 입체적 형태형성에 미친다고 되어 있었다(Eichman/ v. Falckenstein, *Geschmacksmustergesetz* (1992), S. 15).

72) *ibid.*

73) H. Hubmann, *Gewerblicher Rechtsschutz* (5. Auf.), S. 194.

74) BGH, 1968 GRUR 97, 98; BGH 1973.11.28, 1974 GRUR 406, 410— Elektroschalter (Fellner, op. cit., p. 129, note 59).

75) BGH GRUR 62, 144, 146- Buntstreifensatin (Eichman/ v.Falckenstein, a.a.O., S. 15, 56).

구상은 그 구체적인 형체화에 있어서만 보호의 객체로 되므로 추상적인 개념(eine abstrakte Idee), 스타일(der Stil), 이론 내지는 일반적인 사상(eine Lehre oder ein allgemeiner Gedanke)은 보호의 객체가 될 수 없다.

2.2 보호의 요건- 실체적·절차적 보호요건

가) 실체적 보호요건

意匠이 意匠法으로 보호되기 위해서는 산업상 이용가능성, 신규성 및 독창성이 있어야 하며, 공서양속에 반하지 않아야 한다. 여기서는 신규성과 독창성에 대해서만 살펴본다.

(1) 신규성(Neuheit)

신규성은 출원시점을 기준으로 판단하므로 출원 전에 意匠品을 사용하면 신규성을 상실하나 1986년 개정법은 이에 대한 예외를 규정한다. 즉 출원인 또는 그 승계인이 出願日前 6개월 이내에 제조물을 공표한 때에는 신규성 및 독창성의 판단에 있어서 意匠을 변경하지 아니하고서 같은 제조물에 대해서 출원된 때에는 신규성을 상실하지 아니한다(법 제7a조). 이러한 예외를 인정한 이유는 출원 전에 시장성을 판단할 수 있는 기회를 창작자에게 부여하여 출원비용을 절약하도록 하기 위한 것이나[77] 보호시점이 공표시로 소급하지 아니하므로 오히려 모방을 자극할 염려가 있다는 비판도 있다.[78]

신규성의 해석에 대해서는 객관적 신규성설[79], 주관적 신규성설[80], 상대적 신규성설[81]로 나누어 지나 판례[82]는 상대적 신규성개념(relativer Neuheits- begriff)에 입각하고 있다.[83]

상대적·객관적 신규성 개념을 채택한 이상 이 지구상의 모든 시장에 존재하는 (했던) 모든 선행 意匠이 판단기준이 되는 것은 아니다.[84]

독일 판례가 인정하는 상대적 신규성에 의하면 독일 국내의 거래계에 공지로 된 意匠이거나 관련업계나 인접 거래계에서 공지로 된 意匠을 주의깊게 관찰하면 알아 낼수 있는 意匠은 意匠法으로 보호받지 못한다. 종래 일정한 업계, 예컨대 의복(복장), 가구, 보석 등의 경우에는 기존의 잘 알려진 디자인에 의존하는 경우가 많았으므로 이들의 경우에는 신규성을 결여하는 경우가 많다.[85]

---

76) ibid.

77) *ibid.*, p. 185.

78) Kebel, 1989 GRUR 631, 633.

79) 時間的·空間的 制約없이 신규성여부 판단.

80) 著作權의 경우와 같이 模倣이 아닌 경우에 新規性 인정.

81) 時間的·空間的 制約을 가하여 신규성여부 판단.

82) BGH 1968년 5월 8일 판결 (1969 GRUR 90- Rüschenhaube).

83) H. Hubmann (*Gewerblicher Rechtsschutz*, p. 194)에 의하면 상대적 신규성개념에 입각하고 있는 판례는, BGH in NJW 68,2193; GRUR 78,168; RGZ 76,340; 120,99; RG in GRUR 41,320; OLG Koeln in GRUR 56,93; OLG Hamburg in GRUR 57,142f.등 이다. 이에 반해 다수설은 主觀的 新規性槪念을 지지한다(Furler, GRUR 56,49; Ulmer, UR 2.Aufl. S. 418; Henssler, GRUR 57,8; Nicolini, GRUR 63, 407 등; 또 판결 중에도 OLG Celle in GRUR 58, 406는 주관적 신규성 지지).
특허법과 유사한 방법을 요구하는 법원의 주류적 태도보다는 독일 의장법의 기본적인 접근방법이 저작권적인 것이라는 점에 비추어 다수설의 태도가 옳다고 본다.

84) 시간적으로 아득한 옛날에 있었던, 또 폴리네시아 섬에나 존재하는 형태라면 독일업계에서 합리적으로 예상하기 힘들다.

85) 後述하는 부정경쟁방지법에 의한 보호는 이러한 의장법으로 보호하기 힘든 모드산업 제품의 보호에 효과를 발휘한다.

(2) 독창성

意匠法으로 보호되기 위해서는 독창성(Eigentümlichkeit: originality)이 있어야 한다. 意匠에 그 심미적 효과를 부여하는 意匠의 특징이 개인의 창조적 활동의 결과로서 나타났다면 독창성은 존재한다.[86]

확립된 판례에 의하면 그 독창성의 정도는 著作權의 경우보다 높을 필요는 없으나 평균적 디자이너의 능력을 뛰어넘은 개인적 독창성이 나타나야 한다.[87] 결정적인 것은 당해 미적형태의 전체적 인상이다. 독일의 경우에도 역시 문제는 무엇을 가지고 평균적 디자이너의 수준을 결정할 것인가이다. 더나아가서 판례는 독창성 여부를 판단함에 있어 경쟁자가 당해 형태를 이용할 필요성, 패션이나 소비자 취향의 새로운 경향에 따라야 할 필요성도 참작하기 때문에 보호의 가능성을 좁히기도 한다. 이러한 점들 때문에 객관적으로 해석될 수 있는 신규성의 경우보다 해석에 어려움이 따르고 보호의 장애로 되는 경우가 자주 있다고 한다.[88]

(3) 심사기관

신규성과 독창성 유무의 판단은 등록신청시에는 행하여지지 않으며, 통상 침해소송이 제기되면 법원이 이를 판단한다.

나) 절차적 보호요건

意匠權은 출원에 의해서 발생한다. 등록은 단순한 선언적 효과를 가지는데 불과하다. 또 출원은 선출원이 후출원에 우선한다고 하는 의미에서의 우선성은 없다.

그러므로 독자적으로 창작된 동일 意匠은 선출원에 의해 신규성이 상실된 경우가 아닌 한 후출원이라는 이유만으로 意匠權의 발생에 장애가 되는 것은 아니다. 그 자체로서 意匠權의 기초가 된다.[89]

2.3 意匠權의 효력

산업적으로 이용가능하고 새롭고 독창적인 디자인을 창작한 자는 법정의 절차에 따라서 등록출원을 하면 배타적으로 복제하는 권리를 가진다. 따라서 등록된 디자인과 본질적으로 동일한 디자인을 제3자가 복제하는 것을 금지시킬 수 있다. 따라서 頒布의 목적으로 意匠權者의 허락을 받지 않고 행하는 여하한 복제(일부복제 포함)도 금지된다. 또 다음 각 경우에도 복제가 금지된다.[90]

① 원 意匠에 사용된 것과 다른 方法(공정)으로 복제를 한 경우나 또는 원 意匠과 다른 산업분야에서 사용할 목적으로 복제한 경우

② 원 意匠과 다른 공간적 크기[91]나 색채로 제작되거나 또는 특별히 주의를 기울여야만

86) Katzenberger, Industrial Design Law in Germany, *IIC* Vol. 6 No. 3 (1975), p. 308.

87) Eichman/ v.Falckenstein, a.a.O., S. 64, BGH 1969 GRUR 90 - Rüschenhaube, 1975 GRUR 81 - Dreifachkombinationsschalter, 1977 GRUR 547 - Kettenkerze, 1980 GRUR 235 - Play-Family. 따라서 통상적인 技藝(ordinary skill)는 보호받지 못한다(Katzenberger, ibid.).

88) Katzenberger, ibid.

89) Hubmann, a.a.O., S. 204.

90) 제5조 1, 2, 3호.

91) 1986년 개정법 이전에는 차원을 달리하는 복제는 허용되었다. 즉 구법 6조 2호는 2차원적 제작물에 이용될 목적으로 작성된 2차원적 평면디자인을 3차원적 입체디자인으로 하거나 그 반대의 경우(die Nachbildung von Mustern, welche für Flächenerzeugnisse bestimmt sind, durch plastische

알아차릴 수 있는 改變을 한데 불과한 경우

③ 복제품이 원 意匠으로 부터 직접 복제된 것은 아니나 원 意匠의 모조품으로 부터 간접적으로 복제된 경우

다만 기존 디자인의 개개의 모티브를 사용하여 새로운 디자인을 제작하는 것은 기존 디자인의 권리범위 밖이다. 즉 개개의 모티브는 누구라도 자유로이 이용할 수 있다.[92] 또 다음의 경우에는 복제가 허용된다.[93]

① 영업적 반포 또는 이용의 의도 없이 제작된 개인적 복제

② 문서 등(Schriftwerk)에 개개의 디자인의 복제물을 게재하는 경우

3. 著作權法

3.1 연혁

원래 意匠法과 著作權法의 2개 분야는 상호 배척적 이었다. 1876년 구 독일著作權法은 미술저작물은 그것이 공업제품에 응용된 경우에는 응용된 시점부터 著作權法에 의한 보호를 받을 수 없다고 명정하고 있었다. 그러나 1907년법은 이것을 변경, 미술저작물은 공업미술의 제품을 포함하는 것으로 규정하였다. 어쨌든 독일법원은 意匠이 著作權法의 기본적 요건을 충족한 경우, 즉 그것이 미술저작물인 경우에 著作權法에 의해 意匠을 보호한다. 이 점과 관련하여 중요한 판결은 패션의 창작을 취급한 1954년 12월 14일의 獨逸 聯邦法院의 判決이다.[94]

이 사건은 계약상의 쟁점에 관한 것으로 드레스의 意匠이 著作權法으로 보호되는가 아닌가는 쟁점이 아니었으나 이 기회에 聯邦法院은 應用美術이 著作權의 보호를 받는다는 원칙은 패션의 창작에도 적용된다는 취지를 명백히 밝혔다.

1965년의 현행법도 제2조 1항 4호에서 응용미술저작물을 보호받는 저작물로 명시하고 있다. 그러므로 어떠한 방식적 요건도 필요없이, 또 상업적 성질이나 어떠한 실용적 목적을 가지고 있는지 여부에 관계없이 저작자 사후 70년까지 보호된다.

3.2 현행법상의 보호

産業디자인은 전술한 바와 같은 일정한 요건하에 意匠法에 의해서도 보호되지만 應用美術著作物로서 著作權法에 의해 보호된다. 따라서 意匠法이 요구하는 절차적 요건을 갖추지 못했기 때문에 意匠法의 보호를 받지 못하는 도안이나 모델은 著作權法에 의해서 보호될 수 있다. 다만 종래 판례는 意匠法으로 보호받는 객체가 그대로 모두 著作權法으로 보

Erzeugnisse, und umgekerht)는 허용되는 복제로 인정하였다. 그러나 1986년 개정에서 삭제되었다. 원래 帝國議會(Reichstag)가 보호의 범위를 제한 한 것은 차원을 달리한 복제도 금지하면 다른 디자인 창작자의 행위를 제한할 우려가 있다고 보았기 때문이다.

그러나 이 조항은 연방최고법원(BGH)이 이중등록, 즉 평면적 및 입체적 디자인으로 등록이 가능하다고 판시함으로써(1973 GRUR 214 et seq.) 효력범위를 차원의 측면에서 제한한 2호의 배려는 무의미하게 되었고, 오히려 출원자 측에는 등록비용의 증가를, 등록관청에는 업무의 증가만을 가져왔다. 따라서 2호의 삭제는 종래의 실무에서 이미 쓸모없게 된 조항을 제거한데 불과하다(Michael Loschelder, The New German Model and Design Act, 19 IIC 625 (1988)).

92) 제4조 (자유이용)
"새로운 디자인을 창작하기 위하여 디자인의 개개의 모티브의 자유로운 이용은 모조(Nachbildung)로 보지 아니한다."

93) 제6조 1호, 2호.

94) 1955 GRUR 445 - Mantelmodell.

호되는 것은 아니라고 한다. 판례는 著作權法의 보호를 받기 위해서는 미적 창작성이 발현되어 있어야 할 것을 요구했다. 즉 意匠法에서 요구하고 있는 독창성의 수준을 뛰어넘는 보다 고도의 미적 내용(höheren Grad ästhetischen Gehalts)을 가지고 있어야 한다는 것이다.[95][96]

실로 독일 법원은 다른 나라 법원이 (적어도 이론상은) 산가하고 있는 미의 판단자로서의 역할을 자청하고 있는 것이다.[97]

이렇듯 다른 저작물의 경우와는 달리 應用美術에 관한 보호요건을 높이고 있는 것은 다름아닌 意匠法이 존재하기 때문임과 아울러, 수준을 낮추면 지나친 경쟁의 제한으로 되기 때문이다. 어쨌든 이 수준은 應用美術作品에 관해서는 상당히 높은 것이다.[98]

처음부터 끝까지 應用美術은 應用美術, 순수미술은 순수미술로 지속될 수 있다면 이러한 창작성의 정도에 따른 차별도 정당화 될 수 있다. 문제는 처음에는 순수미술을 의도했으나 그 후에 제품에 응용된 경우 즉 應用美術로 바뀐 경우이다.

이 경우에 순수미술에 발생한 著作權的 保護가 意匠權的 保護로 弱化되거나 상업적으로 이용되는 순간 보호가 그쳐야 할 것인가. 그러나 이러한 해결책은 현행 독일법제와 조화되기 어렵다.

解決方法은 두가지 이다. 순수미술의 보호수준을 그리 낮지 않게 하거나 혹은 應用美術製品의 보호수준을 순수미술과 같이 너그럽게 하여 단순한 장식적 물품에 대해서도 著作權保護를 부여하는 것이다.

3.3 판례

독일법원에 의하여 著作權보호가 긍정된 예와 부정된 예를 살펴보면 다음과 같다.

가) 긍정된 예 : 다음의 객체에 대하여 著作權이 부여되었다.[99]

이노센티아 훔멜(Innocentia Hummel) 修女에 의한 잘 알려진 어린애 形象(소위 훔멜 形象 제1심 판결)[100], 고슴도치 형상(Mecki-Igel)[101], 월트 디즈니의 작품들(예컨대 밤비,

---

95) Schricker, Urheberrecht Kommentar, 1987, p. 139.

96) 판례의 정착된 내용은 대략 다음과 같다.
「의장법으로 보호되는 창조적 노력과 저작권법으로 보호되는 창조적 노력 사이에는 단계적·점진적인 차이(gradual differance)만이 있을 뿐이다. 저작권적 보호는 단순히 미적 즐거움을 일으키는 정도로는 부족하며, 오직 예술적 작품이라고 부를 만큼(such a degree that the work can be deemed an artistic)의 미적 성질을 가지는 형태나 외관에 대해서만 부여된다. 個別事例에서 과연 이러한 요건을 충족시켰는지 여부는 미술을 이해할 수 있는(responsive to art), 그리고 미술의 경향에 상당정도로 친숙한 사람들(部類)의 인식에 의하여 좌우된다.」
그러나 이 기준도 개별적 사례를 판단하는 데는 그리 도움이 되지 아니한다. 특정한 사례에서 무엇이 미술적 성취(artistic achievement)를 구성하는지를 결정하는 문제가 의연히 남아 있다. 이 문제를 결정하는데는 미술 전문가의 감정(전문가 증언)이 매우 중요하다. 그러나 어쨌든 분명한 것은, 특히 제국법원의 후기 판결이나 연방최고법원 판결에 있어서, 저작권의 보호와 의장권의 보호의 경계가 그리 낮은 수준에서 설정된 것은 아니라는 사실이다(Katzenberger, op. cit., p. 312).

97) Fellner, op. cit., p. 133.

98) 응용미술이나 의장의 저작권보호요건과 순수미술의 저작권보호요건의 차이를 비교해 보면 이 점은 명백하다.
응용미술이나 의장의 보호에 관한 한 창작성의 정도는 저작권법에 있어서 뿐만 아니라 의장법에 있어서도 그리 낮지 않았다. 일정한 수준에 미달하는 경우는 전혀 보호하지 아니하였다.
그러나 순수미술의 경우에는 사정이 전혀 다르다. 독일 법원의 판결중 실제로 보호가능성을 의심해본 판결은 거의 없다(Katzenberger, op. cit., p. 313).

99) ibid., p. 314, 315.

100) 1952. 1. 21, 1952 GRUR 516; Hummel-Figuren 1.

101) 1958. 4. 1, 1958 GRUR 500; Mecki-Igel.

미키 마우스, 도날드 덕, 구피)[102], 기타의 동물형상[103], 촛대와 꽃병의 조합[104], 管으로 만든 의자[105]와 기타 형태의 안락의자[106], 詩人 스테판 게오르그의 필기체를 흉내낸 미적 인쇄서체[107], 象嵌細工의 보석을 박은 팔찌.[108]

라이히 법원의 좀더 오래된, 보다 너그러운 著作權賦與事例로서는 칼붙이 세트와 이집트 파라오인 람시즈(Ramses)의 형태속에 있는 金屬鉛筆이 있다.[109]

하급심 판결중에서 著作權保護를 인정한 예로는 美的인 줄선반 사례가 있다.[110]

나) 否認된 예 : 著作權이 부인된 예로는 다음과 같은 것이 있다.[111]

비대칭의 화병[112], 광고전단의 약간 평평한 앞장(cover page)[113], 신문제목의 인쇄서체[114], 새로운 형태의 칼붙이[115], 발터 그로피우스에 의해 디자인 된, 매우 기능적인 바우하우스 스타일의 문손잡이.[116]

論者[117]가 지적하는 바와 같이 대부분의 제품디자인이 최신 경향의 단순한 응용에 불과한 경우가 많으므로 著作權의 보호를 받을 정도의 제품은 그리 많지 않다. 특히 복장이나 섬유디자인 분야에서 著作權의 保護를 받은 예는 거의 없다.

4. 상표법

4.1 서언

자타상품의 식별력이 있는 표지는 상표로서 등록을 받을 수 있다(독일 상표법 제1조). 독일은 미국이나 베네룩스의 경우와는 달리 현행법상 문자나 도형 등이 포함되지 아니한 색채나 색채의 결합이 등록되지 아니할 뿐 아니라 3차원의 입체적 인 물품이나 포장의 형태도 상표로서 등록될 수 없다.[118] 그러나 이들의 외관이나 형태는 독일 상표법 25조에 의한 表裝權(Ausstattungsrechts)으로서 보호를 받는다. 이러한 2차적보호는 상표등록 신청이 어떠한 이유로 취하되거나 각하된 경우에도 역시 가능하다. 다만 표장권으로서 보호받

102) 1959. 10.9; Bambi, 1963. 2. 27; Micky-Maus-Orangen, 1971.3 26; Disney- Parodie.
103) 1973. 5. 25, 1974 GRUR 669 - Tierfiguren.
104) 1969. 5. 21, 1972 GRUR 38 - Vasenleuchter.
105) 1961. 2. 27, 1961 GRUR 635 - Strahlrohrstuhl.
106) 1973. 10 10, 1974 GRUR 740 - Sessel.
107) 1942. 7. 7, 1943 GRUR 45 - Stefan-George-Schrift.
108) 1932. 4. 13, 1932 GRUR 755 - Fahrnerschmuck.
109) 1929. 4. 17; 1929 GRUR 733- Besteckmuster, 1930. 4. 30; 1930 MuW 403- Metallbleistifte. 후자의 판결에서 미이라 형태 속에 들어있는 금속연필은 파라오 속에 있는 것 만큼 살아 있는 것 같은 효과(life-like effect)가 없다는 이유로 저작권부여가 거부되었다(Katzenberger, op. cit., p. 315 note 40).
110) 뷘헨지방법원 1963년 9월 24일- string-Regel (ibid. p. 315).
111) ibid., p. 315.
112) 1958. 12. 9, 1959 GRUR 289 — Rosenthal-Vase.
113) 1960. 11. 5, 1961 GRUR 85 — Pfiffikus-Dose.
114) 1956. 11. 27, 1957 GRUR 291 — Europapost; 1958. 5. 30, 1958 GRUR 562 — Candida-Schrift.
115) 1940. 5. 18, 1940 MuW 147 — Bestecke.
116) 1933. 1. 14, 1933 GRUR 323 — Türdrücker.
117) Hennig-Bodewig/Ruijsenaars, Alternative Protection For Product Design, IIC Vol. 23 No. 5 (1992), p. 646.
118) 반대설이 없는 것은 아니나 이것이 판례 및 지배적 견해이다(ibid., p. 647; Gerhard Schricker, Protection of Unregistered Marks and Get-up in the Federal Republic of Germany, IIC Vol. 11 No. 5(1980), p. 615).

기 위해서는 거래통용력(Verkehrsgeltung)을 취득하여야 한다. 즉 2차적 의미(secondary meaning)를 취득하여야 한다.

이론적 관점에서 보면 단순히 색채의 결합 以上의 것을 나타내는 도안(design)은 등록상표로서 보호받을 수도 있고, 25조에 의한 표장권으로서 보호받을 수도 있다. 그 경우 상표권으로 보호되기 위해서는 제4조에 규정된 등록요건을, 그리고 표장권으로 보호되기 위해서는 제25조에 규정된 거래통용력을 갖추어야 한다.

5. 부정경쟁방지법

意匠法, 著作權法 그리고 상표법으로도 보호받지 못한 디자인이 최후에 의거할 법은 부정경쟁방지법이다. 독일 부정경쟁방지법의 핵심은 제1조(선량한 풍속에 반하는 거래행위의 금지)[119]와 제3조(誤導的 表示의 禁止)의 일반조항이다. 이를 통해 독일 법원은 영미법에 유사한 사례별 카테고리를 발전시켜 왔다. 독일에서는 일반적으로 특별법(예컨대 特許法, 意匠法, 著作權法 등)에 의하여 보호되지 아니하는 상품형태의 모방은 「특별한 경우」를 제외하고는 자유로 인정하여 왔다.[120]

특별한 경우란 전통적으로 「불필요한 혼란을 야기하는 경우」, 「타인 명성을 부정하게 이용하는 경우」, 「부당한 방해행위의 경우」로 분류된다. 그러나 최근의 판례는 보다 넓게 그러한 특별한 경우를 인정하고 있다. 적어도 일정한 경우에는 전통적인 사례별 카테고리에서, 보다 일반적인 부정목적이용(misappropriation)으로 부터의 보호로 발전하고 있는 것 같이 보인다.[121]

특별한 사정이 없음에도 이를 금지하는 것은 特許法 등의 특별법의 입법취지를 무의미하게 만들며, 그것은 특별법 밖의 또하나의 代替專用權을 인정하는 결과로 되기 때문이다.

한편 독일 부정경쟁방지법 제1조에 의해 보호되기 위해서는 상품의 디자인이 「경쟁적 독특성(Wettbewerbliche Eigenart)」을 가지고 있어야 한다. 경쟁적 독창성은 특히 그것이 평가되는 범주(카테고리)에 의존하므로 이 개념이 정확히 무엇을 의미하는지는 분명하지 않으나 자주 사용되는 정의는 다음과 같다:

상품디자인이 일반적인 평균적 디자인의 수준을 뛰어 넘어야 한다;

단순한 대량생산품이어서는 않된다; 또는

(미적 제품에 대해서는) 패션 경향을 그대로 따르는 것만으로는 않되며, 先行美에 대해서 무언가 특별한 것을 가져야만 한다; 또는

평균을 뛰어넘는 개인적 창작성을 보여야 한다.[122]

반면 당해 디자인이 출처표시능력을 가져야 하는지의 문제와는 무관한 것으로 인정되어 왔다.[123]

---

119) 독일 부정경쟁방지법 제1조는 다음과 같다.
"업무상의 거래에 있어서 경쟁의 목적을 가지고 선량한 풍속에 반하는 행위를 한 자에 대해서는 금지 및 손해배상을 청구할 수 있다."

120) 독일부정경쟁방지법의 기본적 내용에 대해서는, Friedlich-Karl Beier, The Development and Present Status of Unfair Competition Law in Germany — An Outline, IIC Vol. 4 No. 1, (1973) 참조.

121) Henning-Bodewig/Ruijsenaars, op. cit., p. 651.

122) BGH, 1973 GRUR 478 — Fashion Novelty, 4 IIC 458 (1973); BGH 1983 GRUR 377— Brombeermuster; BGH 1984 GRUR 453—Shirt Dress, 15 IIC 777 (1984).

123) BGH, 15 IIC 777 (1984)- *Shirt Dress.*

6. 평가

독일에 있어서는 명문의 제한규정은 없지만 실무상 意匠은 제한된 범위내에서 著作權의 보호를 받는다. 그러므로 意匠保護의 기본법은 意匠法이라고 할 수 있을 것이다. 1986년의 意匠法의 개정을 통해서 등록이 보다 간편해 졌지만 그사이 디자이너 들이 이 제도에 보인 태도를 감안하면 앞으로 보호받기 위해서 등록이 필요한 意匠法을 어느정도 이용할지는 불분명하다. 특히 시장에서 이용여부가 예측하기 어려운, 철따라 유행이 변하는 모드(mode)제품의 경우에는 출원 등의 요건을 수반하는 意匠保護는 상당히 부담스러운 것이며, 더나아가서 이러한 분야에는 신규성·진보성을 요구하는 意匠法으로서는 적절한 보호가 힘들다.

이러한 공백을 메우기 위해서 부정경쟁방지법이 그 나름대로의 역할을 하지만 이러한 일반조항을 통한 보호는 보호여부가 예측하기 힘들며, 법원에 따라 구구해 질 수 있다는 단점을 가지고 있다.

실제로 루빅 큐브에 관한 사건에서 프랑크프르트 고등법원은 특정 색간의 모방이 부정경쟁방지법에 위반되지 않은 것으로 본데 반해, 함브르크 고등법원은 그 위반으로 보았다.

한편 판례가 창출한 미적 고도성을 요건으로 하여 보호하는 著作權保護는 미의 판단이 극히 주관적일 수 밖에 없다는 점에서 독일법적 태도는 문제라고 할 것이다. 또 통상 그 시대의 기호(Zeitgeschmack)에 지배되고 있는 意匠에 대해서 저작자 사후 50년 까지 보호하는 것은 타당하다고 보기 힘들다.

제5절 영국

1. 서언

영국에 있어서 디자인 보호의 기본법은 1988년의 著作權, 意匠 및 特許法(the Copyright, Design and Patent Act 1988[124]; 이하 CDPA라 한다)이다. 1988년 법은 1949년의 登錄意匠法과 (1968년의 디자인저자권법으로 개정된) 1956년의 著作權法을 수정하여 수용함과 아울러 새로운 무방식의 디자인권을 신설하고 있다. 따라서 意匠에 대해서는 (1) 著作權에 의한 보호[125] (2) 디자인권에 의한 보호[126] (3) 登錄意匠權에 의한 보호[127]가 인정되고 있다. 1988년 CDPA법은 고유의 디자인보호법과 著作權法과의 적용영역을 구분하고자한 것이지만, 이에도 불구하고 그 사이에 중첩관계가 생길 수 있으므로 이들 사이를 조정하기 위한 비교적 상세한 규정을 두고 있다.

2. CDPA의 제정의 목적

CDPA는 순수 기능적인 디자인에 대해서도 「전통적」 著作權을 인정하고 있었던 판례법의 발전경향을 억제하고, 著作權에 대신하는 그리고 著作權과 유사한 단기간의 보호제도를 마련하고자 한 입법이다. 아마도 산업디자인의 대부분은 저작자 사후 50년 까지 보호

124) 1989년 8월 1일부터 시행되었다.
125) CDPA 제51조-제53조.
126) CDPA 제213조-제264조.
127) CDPA 제265조-제273조.

하는 「전통적」인 著作權을 통한 보호에는 부적합하나 그렇다고 항상 등록제도에만 의존하는 것은 그사이의 경험에 비추어 보더라도 결코 타당한 방안은 아니다. 1988년의 CDPA는 디자이너를 과다하게 보호하지 않으면서도 산업디자인에 대한 기업의 투자의욕을 냉각시키지 않기위해서 마련된 것이다.

3. CDPA의 내용

3.1 著作權法과 디자인[128]

CDPA에 있어서 미술저작물에는 圖畵著作物(graphic work)외에 미술공예저작물(work of artistic craftsmanship)이 포함된다(CDPA 제4조 1항)[129]. 따라서 어떤 저작물이 미술공예저작물에 해당할 때는 그 물품은 미술저작물로서 직접적으로 著作權法에 의하여 보호를 받을 수 있다. 또 도화저작물에는 도면(drawing)이 포함되며(동조 2항), 이 도면에 기해서 3차원적 물품을 제작하는 것은 복제로 되므로 그런 의미에서 당해 물품은 간접적으로도 著作權의 보호를 받을 수 있다. 그러나 1988년법은 미술저작물 이외의 것에 관한 디자인에 대해서는 별도의 취급을 하고 있다. 즉 법은 디자인문서(design document) 또는 디자인모형(model)에 나타난 디자인에 따라 물품을 제작하거나 또는 물품으로 부터 복제하는 행위는 디자인이 미술저작물 또는 타이휘이스가 아닌한 디자인문서 또는 모형의 著作權을 侵害하는 것은 아니다라고 규정한다(CDPA 제51조 1항). 디자인문서란 기록이라면, 그것이 도면이든 문장에 의한 설명이든 사진이든 컴퓨터에 저장된 데이터이든 그 형식을 묻지 않는다(CDPA 제51조 3항). 제51조 1항은 도면으로 부터의 물품의 직,간접의 작성이 도면의 복제로서 著作權侵害로 된다는 원칙에 대해 예외규정을 마련한 것이다.[130]

더나아가서 1988년법은 미술저작물에 해당하는 경우라 하더라도 著作權者의 허락을 얻어 a) 工業的 方法에 의한 물품제작이라는 형태의 복제행위에 의해, 또는 b) 그렇게 제작한 물품을 유통에 두는것에 의해 이용한 경우는 처음 유통에 둔 해의 年末부터 25년이 경과한 후에는, 누구라도 당해 미술저작물을 이용하여 물품을 제작하고 판매할 수 있다고 규정한다. 즉 물품에 응용된 미술저작물의 존속기간은 다른 저작물과 달리 이용으로부터 25년 동안 존속하며, 이기간이 끝나면 당해 미술저작물의 著作權은 소멸한다(CDPA 제52조 1항, 2항). 이것은 應用美術의 보호에 관한 베른조약상의 의무를 구체화한 것이다.

---

128) design means the design of any aspect of the shape or configuration (whether internal or external) of the whole or part of the article,other than surface decoration.

129) 제4조(미술저작물) 이 編에서 미술저작물이란 다음의 것을 의미한다.
(a) 예술적 질을 불문한, 圖畵著作物(graphic work), 사진, 조각 또는 꼴라쥬;
(b) 건축물 또는 건축물을 위한 모형으로서의 건축저작물, 또는;
(c) 미술공예저작물(work of artistic craftsmanship).

130) 이러한 예외규정을 마련한 이유는 1949년의 등록디자인법에 의해 보호되지 않는 '디자인'이라고 하더라도 만약 그에 대한 도면이 존재한다면 1956년 저작권법하에서 그 디자인의 도면은 저작물로서 보호되기 때문에 그 도면에 기해서 제작된 물품도 또한 저작물의 복제물로서 저작권법에 의해서 보호된다고 하는 것이 Dorling v. Honner Marine, Ltd. and Another 사건(1964년)이래 판례법으로 확립된 원칙이었다. 그러나 등록디자인법에서 보호되는 등록디자인도 등록으로 부터 15년밖에 보호되지 않는데 오로지 기술적 기능밖에 없기 때문에 등록을 단념한 '비 디자인'이 단순히 그에 대한 도면이 존재한다고 해서 등록없이 저작자 생존중 및 사후 50년 까지 보호받는다고 하는 것은 너무나 불합리하므로 학계 및 산업계의 비판이 있었고 이 비판을 1988년 법은 수용한 것이다. 현재는 이러한 '비 디자인'은 후술하는 [디자인권]에 의하여 보호된다.

3.2 디자인權

(1) 서언

1988년 법은 상술한 바와 같이 디자인의 상당부분을 著作權의 대상으로 부터 배제했으나 그 대신 독창성을 가진 디자인을 디자인권으로 보호한다. 이것은 1988년에 의해 창설된 권리이다.

(2) 보호의 대상

保護의 客體로 되는 디자인은 登錄意匠의 객체로 되는 意匠과 같이 「시각에 호소하고 시각에 의해 판단될(appeal to and are judged by eye)」 필요가 없으므로 심미성은 그 요건이 아니며, 물품의 내부형태인가 외부형태인가를 불문한다(CDPA 제213조 2항). 따라서 미적 성질을 갖는 것은 물론 순수히 기능적인 디자인도 보호의 대상이 된다. 또 시각성을 필요로 하지 아니하므로 디자인권은 기능적 디자인 심지어는 반도체칩의 회로배치 디자인도 그 보호의 대상으로 한다. 따라서 보호의 대상이 등록디자인권의 경우보다도 넓다. 이렇듯 디자인권은 기능적형태도 배제하지 아니하나 모든 기능적 디자인이 보호의 대상으로 되는 것은 아니며, 다음과 같은 예외가 존재한다.

① 물품의 외형 또는 형상의 형태로서 당해 물품이 다른 물품에 접속되거나 또는 다른 물품중이나 주위 혹은 대향위치에 배치되도록 하여 그것에 의해서 어느 물품도 그 기능을 과할 수 있도록 한것 (CDPA 제213조 3항 (b)(i)).

② 물품의 외형 또는 형상의 형태로서 당해 물품이 당해 디자인의 디자이너에 의해 그 필수 부분을 형성하도록 의도되어 있는 다른 물품의 외관에 의존하는 것(CDPA 제213조 3항 (b)(ii)).

상기 ①에 해당하는 디자인은 must-fit의 예외라고 칭하는 것이며, ②에 해당하는 디자인은 must-match의 예외라고 칭한다. must-fit, must-match 제외조항은 그 존재자체와 더불어 적용범위에 대해서도 많은 논의가 있다. 이러한 must-fit의 예외를 규정한 이유는 연결형태를 구현한 예비부품을 자유롭게 만들수 있도록 하기 위한 것이다. 따라서 must-fit의 예외는 연결형태(linking features)에만 한정적으로 적용되며, 그러한 예비부품은 원래의 제조자(original manufacturer)가 만든 예비부품과 동일하다고 하더라도 디자인권의 침해로 되지 아니한다.

이에 해당하는 예가 전기 코넥타 (콘센트)나 레고·불록의 결합부분(the fitting [at the base of tree] which allows it to be attached to 'Lego' bricks)이다.

한편 must-match의 예외는 후술하는 등록디자인권에도 그대로 적용되며, 그 입법취지도 동일하다. 즉 물품의 형태가 본체인 다른 물품의 외관에 의해 지배되고 있는 것이며, 기계의 구성부품이나 교환부품의 분야에 있어서 기능적인 독점(functional monopoly)의 창출을 막기 위한 것이다. must-fit의 예외와 must - match의 예외는 구체적으로 다음 점에서 서로 다르다.[131] 예컨대 자동차 배기장치(exhaust system)에서 must-fit의 예외는 배기장치를 자동차에 설치하는(접합시키는) 배기장치의 부품에 대해서만 적용되는데 반하여, must-match의 예외는 배기장치를 자동차에 접합시켰을 경우에 접합된 배기장치와 자동차가 이상스럽게 보이지 않도록 하기 위하여 배기장치 그자체의 복제를 허용한다. 그러므로 must - match의 예외는 상품 전체에 적용되므로 must-fit의 예외보다 훨씬 광범위하다 할 것이다.

한편 이러한 must-fit, must-match의 예외 이외에도 표면장식 (surface decora- tion)의

131) Merkin, *Richards Butler on Copyright, Design and Patent,* (1989) p. 369.

예외가 인정된다(CDPA 제213조 3항 (c)). 표면적 장식은 著作權의 보호영역이다. 이것은 著作權과의 중복보호를 피하기 위한 것이다.[132]

(3) 보호의 요건

디자인권으로 보호되기 위해서는 독창성이 필요하다(CDPA 제213조 1항). 기능적 물품도 디자인권으로 보호함은 전술한 바와 같으나 오로지 기능적이기만 한 물품은 디자인권의 보호에 필요한 독창성을 결여한 경우가 많을 것이다. 이 독창성은 著作權에 있어서와 같은 주관적인 독창성으로는 부족하며, 당해분야에서 陳腐한 것(commmonplace)이어서는 안되나(CDPA 제213조 4항), 特許權에 있어서의 進步性만큼 高度의 것일 필요는 없다.

(4) 권리의 내용

디자인권의 존속기간은 디자인이 디자인문서에 기록되거나 또는 그 디자인이 표현된 물품이 제작된 날 중 어느 것이나 빠른 날로부터 기산하여 15년이다. 만약 5년 이내에 판매 등 유통에 둔 경우는 그 때로부터 10년이다. 디자인권은 무방식으로 발생하나, 디자인이 디자인문서에 기록되거나 또는 그 물품이 제작되어야 비로소 발생한다. 그 효력은 디자인을 영업적으로 복제 (물품제작 또는 디자인문서의 제작) 또는 유통에 두는 배타적권리(exclusive right)이다(CDPA 제226조 1항). 디자인권은 登錄意匠權과 달리 遮斷效를 갖지 아니한다.

디자인권의 보호에 관한 특징의 하나는 디자인권이 존재한다는 사실을 모르고 침해한 경우에 관한 것이다. 이런 경우라면 금지청구는 인정되지 아니하며, 합리적인 로이얄티 額을 넘지 않은 손해배상청구만이 인정된다(CDPA 제239조 9항).

그밖에도 권리의 존속기간의 최후의 5년간은 강제실시권이 인정되어 있다(CDPA 제237조, 제246조-제250조).

(5) 권리의 침해

권리의 침해가 되는 전형적인 행위는 디자인을 무단복제하여 물품을 제작하는 행위이지만 그 밖에도 물품제작을 위하여 디자인문서를 기록하는 행위도 포함되며(CDPA 제226조 1항 (b)), 수입·영업목적으로 보유하거나 통상의 거래과정에서 판매하거나 대여 등을 행한 경우(이들 경우는 침해물품임을 알거나 몰랐다 하더라도 과실이 있어야 한다)에는 침해가 되며(CDPA 제227조 1항), 또 조립물품의 경우라면 조립품의 부품도 침해물품으로 된다(CDPA 제260조).

3.3 登錄意匠權

(1) 서언

이제도는 기본적으로 1949년 登錄意匠法에 기초하나 1988년법에서 일부 개정되었으며(CDPA 제265조- 제273조), 그 全 內容은 1988년법 부표(Schedule) 4[133]로서 수록되어 있다. 대체로 종래대로이나 1988년 법에서는 15년의 존속기간이 25년으로 연장된 것 외에 등록요건이 변경되었다.

---

132) 2차원의 장식품인 경우에는 대체로 그래픽저작물로서 저작권의 보호가 가능하며, 3차원의 장식품인 경우에는 조각저작물이나 그래픽저작물로서 저작권의 보호가 가능하므로 이들과의 중복을 회피하기 위한 것이라 한다.

133) 부표 4는 1949년 등록디자인법의 개정법이다. 이하 RDA로 표기한다.

(2) 보호의 대상

보호의 대상인 디자인이란 「어떠한 工業的 方法에 의해 물품에 이용된 외형, 형상, 모양 또는 장식의 형태로서, 완성된 물품에 있어서 시각에 호소하며, 또한 시각에 의해 판단되는 것」을 말한다. 다만 ① 조각이나 문예적인 색물 등 著作權에 의한 보호에 적합한 것, ② 기능에 의해서만 결정되거나 또는 부품으로서 전체의 형태에 의해 규정되는 형태등 審美性을 고려하여 창작된 것이 아닌 디자인은 보호되지 아니한다.

(3) 등록요건

첫째, 등록되기 위해서는 새로운 것이어야 한다. 1949년법상의 「새로운 또는 독창적인 (new or original)」 것으로 부터 「새로운(new)」 디자인이면 등록받을 수 있다고 변경되었다. 「새롭다」고 볼 수 없는 경우 즉, 신규성을 충족시키지 못하는 경우란 다음과 같은 경우이다.

① 선출원된 동일 물품 혹은 다른 물품에 관련된 디자인과 동일한 것.[134]

② 출원일전에 영연방내에서 공표된 디자인과 동일한 것.[135]

③ 위 ①②의 디자인과 중요하지 아니한 細部만이 다르거나, 거래에서 통상 행해지는 정도의 변형을 가한데 불과한 경우이다.

신규성은 등록관에 의해 조사되며(RDA 제3조 3항), 신규성 판단 시점은 출원일이라고 해석되고 있다. 등록관은 신규성이 없다는 것을 이유로 등록을 거절할 수 있다(RDA 제3조 5항). 소위 심사주의를 채택한다.

둘째, 외관이 중요하지 아니한 意匠, 즉 수요자가 물품의 외관에 대해서 통상적으로 審美的 考慮를 하지않는 意匠은 등록을 받을 수 없다(RDA 제1조 3항).

그밖에도 다음의 경우에는 意匠등록을 받을 수 없다(RDA 제1조 1항 단서).

① 구성의 方法 또는 원리.

② 물품의 외형 또는 형상의 형태로서 당해 물품이 행하는 기능에 의해서만 규정되어 있는 것. 이에 대해서는 다음과 같이 해석되고 있다.[136]

가) 디자인이 그 물품의 기능적 필요성을 충족하는데 불과한 경우에는 아무리 그 외의 완전히 다른 디자인이 그 기능을 완수시킬 수 있다 하더라도 등록을 받을 수가 없다. 그러므로 어느정도 장식성을 필요로 한다.

나) 당해 디자인이 그 시각적 작용과 더불어 그것이 응용된 물품의 기능의 발휘에도 기여한다고 하는 이중의 목적을 갖는 때에는 그 디자인은 등록으로 부터 배제되지 아니한다.

③ 소위 must-match 意匠[137]

---

134) 영국에서는 우리법과 달리 법률상의 물품분류가 폐지되었으므로 예컨대 출원된 자동차외장이 신규인지 여부를 심사하는 경우에는 자동차 완구의 외장도 참조한다.

135) 이러한 점에 비추어 보면 신규성판단기준을 영연방내에서 신규일 것으로 제한하고 있고 이 점은 우리 의장법이 세계주의를 취하는 것과 다르다 (우리 의장법 제5조 참조).

136) *Merkin, op. cit.*, P. 313.

137) 1949년 등록디자인법의 개정법 제1조 1항 b (ii); features of shape or configuration of an article which are dependent upon the appearance of another article of which the article is intended by the author of the design to form an integral part< 물품의 외형 또는 형상의 형태로서 당해물품이 당해 디자인의 창작자에 의해 그 필수의 부분을 형성하도록 의도되어 있는 다른 물품의 외관에 의존하는 것>은 등록될 수 없다. 이를 must-match의 예외라고 칭하는 것이며, 물품의 형태가 본체인 다른 물품의 외관에 지배되고 있는 것이다. 이것은 기계의 구성부품이나 교환부품의 분야에 있어서 기능적인 독점의 창출을 막기 위해서 1988년 CDPA에 의하여 신설된 것이다.

(4) 권리의 내용

종래대로 遮斷效가 있는 배타적 권리이며, 이점이 著作權的 保護와 다르다. 1988년 개정에서는 그사이 계속하여 사용하여 왔던 [copyright in the registered design]라는 말을 삭제하고 단순히 [exclusive right]라는 용어만을 사용한다.

意匠의 등록은, 그 권리자에게 登錄意匠에 관한 물품에 대해서, 상업상 혹은 영업상의 판매 또는 사용을 위한 제조 혹은 수입 또는 판매 및 판매에 제공하는 것에 관한 배타적 권리를 부여한다.

(5) 意匠權의 侵害

등록디자인권의 보호의 범위는 등록 디자인과 동일한 경우 뿐만 아니라 그것과 본질적으로 다르지 않은 것(not substantially different from it)에도 미친다. 登錄意匠權이, 新參者의 意匠에 의해 침해되어 있는가 아닌가의 문제는, 기본적으로 등록적격의 심리의 경우와 동일하다. 물론 등록적격의 심리와 침해여부의 심리는 前者는 신규성에 관한 심리인데 반해 後者는 본질적 유사성에 관한 심리라고 하는 차이가 있다고는 하더라도 당해 意匠이 종전에 등록된 意匠權의 침해로 되는지 여부는 종전에 등록된 意匠權의 내용과 비교해서 신규성이 있는지 여부로 결정된다.[138] 그리고 본질적으로 새롭거나 혹은 독창적인 意匠이, 신규성 혹은 독창성이 적은 意匠 보다도 권리범위가 넓다. 즉 영국 판례법상 "디자인의 주제가 알려져 있으면 있는 만큼 보호범위는 좁게 된다"라는 원칙이 성립되어 있다.

3.4 디자인權과 著作權과의 關係

上述한 바와 같이 영국법상 미술저작물이외의 것에 관한 디자인에 대해서는 著作權에 의한 보호가 부정되나 그 자체 미술저작물인 디자인에 대해서는 著作權에 의한 보호는 물론, 디자인권에 의한 보호도 받을 수 있다. 즉 중첩적으로 보호된다. 다만 동일한 침해에 대한 구제의 중복을 피하기 위하여 著作權을 침해하는 행위는 디자인권을 침해하는 행위로는 되지 아니한다(CDPA 236조).

3.5 登錄意匠權과 著作權과의 關係

美術著作物은 1949년 登錄意匠法에 의한 디자인으로서 등록을 받을 수도 있다. 이러한 미술저작물을 등록받기 위하여 著作權者나 그의 허락을 받은 자가 출원한 경우에는 당해 저작물이 이전에 사용되었다 하더라도 그것만으로는 신규성이 상실되지 아니한다(RDA 제6조 4항). 다만 시장에 출하된 물품의 디자인으로서 이용된 경우는 그러하지 아니하다(同條 5항). 사용하고 있던 미술저작물을 意匠으로서 등록한 경우, 만약 著作權의 존속기간이 登錄意匠權의 존속기간 보다 먼저 만료하는 경우는, 登錄意匠權도 이에 따라 소멸한다(RDA 제8조 5항). 이것은 登錄意匠權이 著作權보다 장기간 존속하는 것을 방지하기 위한 규정이다.

138) Cornish, Intellectual Property (2nd), p. 377.

4. 상표법 및 부정경쟁방지법리

4.1 상표법

식별가능성(특별현저성)이 있는 상표는 특정상품을 지정상품으로하여 등록을 받을 수 있다. 영국 1938년 상표법 68조 1항의 규정[139]은 제한열거적 규정이 아니므로 예시된 것 이외에도 상표등록이 가능하다. 지금까지 식별가능한 캡슐의 色彩의 組合이 약품의 상표로서 등록되었다(colored capsules for drugs).[140] 등록신청은 캡슐의 전체적 외관에 대해서 되어졌고, 색채의 조합은 68조 1항의 의미에서의 상표가 될 수 없다고 다투어졌으나, 본 캡슐은 충분한 식별력을 가지고 있어서 타인이 사용하면 부정경쟁방지의 법리에 위반될지도 모른다는 점이 설득력있게 받아들여 졌다. 아울러 68조 1항의 규정에는 상품의 외관이나 3차원적 목적물의 상표등록을 금하는 내용은 포함되어 있지 않다고 판시되었다. 그러나 유명한 코카콜라병의 상표등록은 거부되었다.[141] 코카콜라의 병모양은 영국에서 일찌기 意匠登錄을 받았으나 권리가 1940년 소멸되었다. 본건에서 코카콜라회사는 병 그자체의 모양과 형태를 상표로서 등록받고자 하였다. 귀족원은 상표란 상품 그자체가 아니라 상품에 사용된 그 어떤 것이다: 병은 상품에 사용된 표시가 아니라 상품의 容器이며, 따라서 등록될 수 없다고 판시하였다. 본 판결의 합리성과 앞의 색채조합을 상표로 등록할 수 있다고 한 판결의 차이점을 밝혀 내는 것은 어려운 일이나, 법원은 상표등록을 통한 식별력있는 형태의 영구적 독점을 거부하고자 한 점은 명백하다. 법원은 라벨이나 포장을 달리함으로써 혼동을 피할 수 있다고 보았다. 그러나 이러한 판례의 태도에 대해서는 비판적이다.[142] 특히 상표법의 조화를 위한 EC지침이나[143], 조만간 시행될 예정으로 있는 공동체상표(CTM)제도[144]에서 입체상표를 허용하는 점에 비추어 보아도 그러하다.

4.2 부정경쟁방지법리(passing-off)

보통법상의 「詐稱通用訴訟」(action for passing-off)은 거래자의 신용(goodwill)을 보호하고 소비자의 오인혼동을 방지하기 위한 제도이다.[145] 이러한 혼동은 물품에 부착된 상표, 상호 등과 관련하여서도 일어나지만 물품의 외양(get-up)의 디자인과 관련하여서도 일어난다. 原告物品의 外觀과 거의 유사한 외관을 사용하고 있는 경쟁자는 만약 그가 공중이 혼란을 일으키지 않도록 충분한 부가적 표시(소비자에 대한 충분한 정보제공)를 하고 있다면, 대부분의 사례에 있어서 詐稱通用訴訟을 피할 수 있을 것이다. 그러나 때때로 법원은 오랫동안 사용하여 온 상품의 외관에 대해서 상당히 강한 독점적 보호를 하고 있고, 이것은 동일시장에서 유사한 디자인의 사용을 불가능하게 만든다. 예컨대 Reckitt & Colman Products Ltd v. Boden Inc.[146]사건의 경우가 그러하다. 본건의 원고는 JIF레몬쥬

---

139) "mark" includes a device, brand, heading, label, ticket, name, signiture, word, letter, numeral or any cmbination thereof.

140) *Smith Kline & French Laboratories Ltd.* v. *Sterling-Winthrop Group Ltd.* [1975] 1 WLR 914.

141) Re Coca-Cola Co.[1986] 1 WLR 695. 미국에서는 1960.4.12 등록 제696147호로서 등록되어 있다(田倉整, (海外判例紹介) 瓶自體についての商標登錄の可否, AIPPI (1988) Vol. 33 No. 2, 89면).

142) Bainbridge, Intellectual Property, 1992, p. 363.

143) 현재 영국에서도 이에 따라 상표법개정이 완료되었고, 1994년 10월 31일 부터 시행될 예정이다.

144) [共同體商標에 관한 1993.12.20 理事會規程 (EC) 40/94] (OJ No. L40, 1994. 1. 14).

145) 사칭통용소송에서 승소하기 위해서는 보호받을 만한 신용(goodwill)이 존재하고, 허위표시(misre presentation), 손해(damage)가 입증되어야 한다.

146) [1988] FSR 601.

스를 1956년도 부터 실제 레몬과 형태, 크기, 색깔이 동일한 프라스틱용기에 넣어 팔아 왔다. 피고는 원고와 경쟁하기 위해서 원고의 용기형태와 유사했으나 동일하지는 않은 레몬형태의 (원고의 것보다 크고, 초록색 모자모양의 뚜껑이 있으며, 옆이 평면인) 프라스틱용기를 개발하여 쥬스판매를 하려고 하였다. 그러나 법원은 본건 용기는 원고물품의 용기로서 너무나 알려졌기 때문에 설사 피고가 두 제품을 구별할 수 있도록 그 자신의 이름이나 그밖에 여러가지 조치를 취했다 하더라도 소비자는 의연 혼란에 빠질 것이므로 그러한 용기는 사용할 수 없다고 판시하였다.[147]

5. 평가

이상 간단히 영국의 디자인보호제도에 대해서 살펴보았다. 영국에서 무방식의 디자인권은 15년간 존속하며, 登錄意匠權은 更新節次를 거치면 25년간 존속한다. 한편 미술적저작물도 산업적으로 이용되면 그 존속기간이 25년으로 단축된다. 오늘날과 같이 應用美術이냐 純粹美術이냐의 구별이 곤란한 곳에서 단순히 산업적으로 이용되었다는 것, 혹은 대량생산이 가능하냐의 여부를 가지고 著作權으로 보호되는지의 여부를 따지는 것은 합리적이라 할 수 없으며 그사이의 영국법의 발전과정은 시사하는 바가 크다.

다만 영국법은 시각에 호소하고 시각에 의해서 판단되는 디자인과 순수히 기능적인 디자인을 하나의 보호틀 속으로 통합하고 있는 바, 본래 기술보호법제속에 포함될 내용을 意匠保護法制속에 포함시키는 이러한 입법태도는 영국에서는 여하튼 우리는 그대로 따르기 곤란하리라고 본다. 아마도 순수한 기능적 디자인의 대부분은 우리법하에서는 실용신안법 및 반도체 집적회로의 회로배치에 관한 법률로 보호될 것이다. 그러므로 우리가 새로운 디자인보호법을 마련하는 경우에는 순수 기능적인 디자인을 제외한 디자인보호법제로 일관하는 것이 타당하다고 본다.

제3장 디자인보호에 관한 모델법 - EC의 디자인 보호법

제1절 서언

EC는 상당히 일찍부터 디자인보호를 통일하는 작업을 시작하여 왔으나 각국법이 너무 구구하였으므로 特許나 상표와는 달리 큰 진전이 없었다.[148] 그러나 시장의 통합을 눈앞에 두고 EC는 그사이 미루어왔던 디자인의 보호문제에 정면으로 대응처하기에 이르렀다. 그리하여 EC위원회는 그사이의 연구 성과를 정리하여 1991년에는 그린페이퍼를 발표하였고[149], 그리고 이에 대한 의견조회를 거쳐[150] 1993년에는 의회 및 이사회 규정과 지침을 발

147) Dworkin, *Blackstone's Guide to the Copyright, Designs and Patent Act* 1988, p. 141. 한편 귀족원에서도 JIF레몬은 보호된다고 판시하였다([1990] 1 ALL ER 873 (Bainbridge, op. cit., p. 396)).

148) 통일 의장규칙에 관한 조사자체는 상당히 일찍부터 행하여졌다. 즉 1959년 조사위원회(위원장: 이태리의 로씨오니(Sig. Roscioni))를 구성하였고, 同 조사위원회는 내국법의 구조적 상위가 지나치게 크기 때문에 調和는 불가능하다고 하는 결론을 내린바 있다(2143 / IV / 62 of 17 December 1962). 다만 동위원회는 유일한 가능성으로서 내국법과 공존하는 독자의 EC입법의 가능성을 시사하고 있다(EC 그린페이퍼 1.2 (p. 8)).

149) Green Paper on the Legal Protection of Industrial Design/Working document of the services of the Commission,II/F/5131/91 EN-June 1991.

표하였다.[151] 이들 내용은 기본적으로는 1990년에 공표된 독일의 막스프랑크 外國國際特許著作權競爭法硏究所의 [유럽意匠法]에 관한 草案에 기초한 것이며, EC디자인권의 성립을 규정한 規程(Regulation)과 EC 각국의 국내법(디자인보호를 위한 특별법과 著作權法의 쌍방)을 조화시키기 위한 指針(Directive)으로 이루어져 있다.[152]

제2절 EC 디자인권의 내용

2.1 기본적 특징

EC디자인 보호제도는 등록디자인보호제도와 무등록디자인보호제도가 있고, 이들 등록디자인제도와 무등록디자인제도가 하나의 법에서 상호 연결되어 있다는 점에 특색이 있다.

(1) 등록디자인권은 등록에 기초하여 발생하는 권리이다. 등록디자인권은 遮斷效가 있는 진정한 배타적 권리이다. 우리나라 意匠權의 효력에 준하여 생각하면 되리라고 본다.

(2) 무등록디자인권은 디자인을 발표함으로써 자동적으로 발생하는 권리이다. 즉 등록을 하지 않더라도 일단 디자인권이 발생하며, 이 권리는 제3자에 의한 모방(copy)을 금지하는 권리이다. 우리나라의 著作權의 효력에 준하여 생각하면 되리라고 본다. 다만 무등록디자인권의 존속기간은 3년이므로 만약 보다 장기의 보호를 원하면 등록하여야 한다. 디자인을 창작한 자가 당해 디자인제품을 시장에 출하하여 인기가 있다든지 혹은 당장은 인기가 없더라도 장차 유행할 가능성이 있고 그것이 장기간 계속될 가능성이 있으면 등록을 할 것이다. 그러나 인기상품이라 하더라도 라이프싸이클이 짧은 계절상품과 같은 경우에는 구태어 등록함이 없이 무등록의 단기보호로 만족할 수도 있다. 따라서 창작자는 상황을 보아가면서 등록을 할것인지 여부를 결정할 수 있어 반드시 등록을 하여야만 권리가 발생하는 제도 보다 선택의 여지가 넓고, 등록까지 사실상 무방비상태로 놓여지는 것과 비교하면 권리보호가 두텁다.

2.2 보호의 객체-디자인

본규정이 보호하는 디자인은 무등록공동체디자인과 등록공동체디자인이다.

(1) 디자인은 시각이나 촉각과 같은 인간의 감각에 의해서 인식할 수 있는 물품의 외관을 말한다.[153] 규정안 제3조 (a)는 「디자인은 물품 그자체 및/또는 그 장식의 선, 윤곽, 색채, 형태 또는/및 재질의 특징으로 부터 유래하는 물품의 전체적 또는 부분적 외관을 의미

150) 1992년 2월 25일과 26일, 브뤼셀에서 공청회를 개최한 바 있다.

151) Proposal for a EUROPEAN PARLIAMENT AND COUNCIL REGULATION on the Community Design, com(93) 342 final - COD 463, Brussels, 3 December 1993 및 Proposal for a EUROPEAN PARLIAMENT AND COUNCIL DIRECTIVE on the legal protection of design, com(93) 344 final - COD 464, Brussels, 3 December 1993.

152) 장래의 EC의 디자인 제도는 기본적으로 2원화되리라고 본다. 즉 ① EC규칙에 의거 EC전역에 효력을 가진 EC디자인권 창설과 ② 기존 국내법을 그대로 존치시키고 EC지침에 의거 EC구성국가의 국내법을 조화시키는 방향이다. 발표된 그린페이퍼는 11장으로 이루어진 본문과 EC디자인권의 창설에 관한 규칙안 및 각국 국내법의 조화를 위한 지침안으로 이루어져 있다.

153) 디자인보호는 종래 시각에 의하여 판단되는 요소로 한정하는 것이 일반이었다. 이러한 경향은 MP초안이나 그린페이퍼에서도 그대로 유지되고 있다. 이에 비해 규정에 관한 개요설명에서는 촉각에 의한 것도 포함하는 것으로 설명되고 있다. 그러나 외관이라고 하는 것은 기본적으로 촉각이 아니라 시각에 의해서 인지될 수 있는 요소이므로 규정안과 합치되지 안하는 면이 있다. 또 註釋에는 무게라든가 유연성도 디자인의 특징으로 들고 있으나 「appearance」속에 포함시키기 어려운 면이 있다(Horton, European Design Law and the Spare Parts Dilemma, [1994] 2 *EIPR* 51).

한다」고 규정한다[154](밑줄 필자). 심미성을 요구하지 아니한 점 및 材質의 특징으로 부터 유래하는 미감도 디자인으로 인정한 점이 특징이다.

본 규정상 「물품」이란 디자인이 적용된 제품으로 공업적 또는 공예적 제품을 의미하며, 조립제품의 부품, 제품의 한벌이나 합성품, 포장, 외관(get-up), 그래픽 심볼, 인쇄서체(typographic typefaces)를 포함한다. 다만 반도체칩이나 컴퓨터 프로그램은 물품속에 포함되지 아니한다(규정안 제3조 (b)).

위에서 언급한 물품의 종류는 예시적일 뿐이나 예컨대 타이프페이스와 같이 나라에 따라서는 디자인으로 보호하지 아니하는 것을 본 규정이 디자인권으로 보호되는 물품으로 예시한 것은 그 의의가 크다고 본다. 또 조립부품도 그것이 개별적으로 시장에서 판매되고 그들의 디자인이 본 규정상의 디자인 보호요건을 충족하는 한 본 규정상의 물품이다.

한편 컴퓨터프로그램은 디자인될 수 없으므로 컴퓨터 프로그램의 배제는 불필요한 것 같이 보이지만 著作權으로 보호되는 프로그램이 프로그램의 「룩 엔 휠(look and feel)」이 디자인보호를 통해 보강되거나 보충되지 않는다는 점을 명시한 것은 의의가 있다고 본다.

또 반도체칩의 토포그래피의 디자인을 명시적으로 제외시키지 않으면 본 규정에 의한 보호가능성이 있으므로 EC위원회가 최근에 채택한 반도체칩제품의 토포그래피의 법적 보호를 위한 지침상의 균형을 깨지 않도록 하기 위해서 명시적으로 제외 하였다.

(2) 심미성은 문제가 되지 아니한다. 미적이거나 기능적이거나를 불문하고 동일하게 보호된다. 그러나 당해 형상이 특정한 기술적 효과를 얻기위하여 필요한 경우로서 다른 변화의 여지가 없는 경우에는 디자인보호를 통해서 기술을 독점하는 폐해를 막기 위해서 이들 형상은 디자인권으로 보호되지 아니한다. 그러한 형상은 요건이 충족되는 경우에는 特許法이나 實用新案法의 보호를 받을 수 있을 것이다.

상품의 호환성을 허용하기 위하여 조립제품(modular product)의 상호연결품을 제외한 상호연결품은 아무리 조형적 임의성이 있는 경우라도(even if arbitrary) 보호되지 아니한다. 소위 영국 1988년 著作權·意匠·特許法상의 must-fit예외와 동일한 조항을 마련하고 있다.

2.3 보호의 요건

보호를 받기위한 기본적인 요건은 ① 당해 디자인이 새로워야 하며(신규성), ② 독특성을 가지고 있어야 한다(규정안 제4조).

가) 新規性

위탁일 이전에 동일한 디자인이 공중의 이용에 제공된 바 없는 경우에는 신규성이 있는 것으로 간주한다(규정안 제5조 1항). 신규성을 인정받기 위해서는 세계 어디에도 동일한 디자인이 존재하지 않아야 한다(세계주의).

사소한 부분(중요하지 아니한 부분)만이 다른 경우에는 두 디자인은 동일한 것으로 본다. 등록 등에 의해 공보를 발행하거나, 전시되거나, 거래에서 이용되거나, 기타의 方法으로 開示된 경우에는 공중의 이용에 제공된 것으로 본다. 비밀을 유지한다는 명시적 또는 묵시적 조건하에 제3자에게 개시된 경우에는 공중의 이용에 제공된 것으로는 보지 아니한다(규정안 제5조 2항).

---

154) EC 그린페이퍼 제3조는 <디자인>은 기본적으로 제품의 외관의 2차원적 혹은 3차원적인 특징이며, 형태 혹은/및 색채에 관한 것으로 인간의 감각에 의해 파악될 수 있는 특징]이며, 실용적 기능에 필수적인 형상을 제외한다. 또 컴퓨터 프로그램이나 반도체 칩은 물품으로 보지 아니하였다.

나) 독특성(individual character)

(1) 견문이 넓은 사용자(informed user)의 눈으로 보아 당해 디자인의 전체적 인상이 다음 각호의 디자인과 현저히 달라야 한다(differs significantly).

① 기준일[155] 현재 공동체나 그 밖의 시장에서 상품화되어 있는 디자인.

② 기준일 현재 권리가 소멸되지 아니한 등록된 공동체디자인이나 개별 회원국가의 디자인으로서 등록후 공개된 디자인.

(2) 독특성이 인정되기 위해서는 기존의 디자인과 전체적 인상이 현저히 달라야 한다. 기존의 디자인과 동일하지 않으면 신규성을 취득하는 것에 비추어 보면 상당히 까다로운 조건임을 알 수 있다. 이러한 엄격한 요건을 규정한 것은 청문회 과정에서 EC의 업계 등의 요청에 의한 것이다. 이와 상응하여 권리의 범위도 전체적 인상이 동일한 경우는 물론 유사한 경우에 까지 미친다(규정안 제11조) .

(3) 독특성여부를 판단하기 위해서는 기존에 나와 있는 디자인과 비교를 하여야 하는 바 문제는 비교대상이 되는 「기존에 나와 있는 디자인」의 범위를 어디까지로 볼 것인가이다. 이전에 나와 있는 모든 디자인과 비교하여야 한다면 이 요건을 통과하는 것은 몹시 어려울 것이다. 또 특정 디자인의 침해자로 지목된 자도 이미 사라져 박물관에나 있음직한 디자인을 원용하여 당해 디자인의 유효성을 다툴 것이다. 한편 경우에 따라서는 고대디자인의 재생(revival)이라고 하더라도 가치가 있어 보호할 필요가 있는 경우도 있을 것이다.

여기서 규정(안)은 비교대상이 되는 기존의 디자인의 범위를 제한하고 있다.

첫째, 제품에 이용된 디자인으로서 현재 시장에서- EC 內外를 불문한다- 제품화되고 있는 디자인은 비교대상이지만 이미 사라져 시장에 존재하지 아니하는 디자인은 제외한다.

둘째, 디자인이 시장에서 제품화 되어 있는지 여부를 불문하고 아직 효력이 소멸되지 아니한 디자인은 독창성 여부를 판단함에 있어 참작되어야 한다.

(4) 독특성여부를 판단하기 위해서는 원칙적으로 차이가 나는 부분보다는 공통된 특징에 보다 비중을 두어야 하며, 디자인을 개발한 디자이너의 자유의 정도[156]를 고려하여야 한다(규정안 6조 3항).

(5) 전체적 인상이 다른지 여부, 즉 독특성이 있는지 여부를 판단할 수 있는 판단자는 견문이 넓은 사용자이다. 어느 경우에 견문이 넓은 사용자로 볼 수 있는지는 디자인의 특성에 따라 다르리라고 예상되나 분명한 것은 판단자가 디자인 전문가(design expert)는 아니라는 사실이다.

2.4 유예제도

규정(안) 제8조는 디자이너나 기업이 신규성을 상실함이 없이 당해 디자인의 시장테스트를 할 수 있다고 규정한다. 즉 일정한 期間內라면 디자인의 시장테스트를 할 수 있고 그 때문에 등록의 장애사유로는 되지아니한다. 이 점은 매우 중요하다. 대부분의 나라에서

155) 기준일(date of referance)은 디자인이 등록디자인인 경우와 무등록디자인인 경우에 따라 다르다.
무등록디자인인 경우: 디자이너나 그 승계인에 의해 당해 디자인을 최초로 일반공중이 이용가능하도록 한 날.
등록디자인인 경우 : 등록출원일, 우선권 주장의 경우에는 그 우선일.

156) 디자인을 개발한 디자이너의 자유의 정도란 당해 디자인을 개발함에 있어 디자이너가 표준화, 기술적 또는 물리적 제약, 뿌리깊은 고객의 요구를 고려할 필요성, 당시의 패션이 부과하는 특징 등에 의해 제약을 받는지 여부및 정도를 가리킨다. 디자이너가 그러한 제약없이 디자인을 개발하는 경우에는 자유의 정도가 높음에 대하여 그러한 제약을 강하게 받는 경우에는 自由度가 낮다.

는 당해 디자인을 시장에 출하하면 그것때문에 신규성을 상실하는 경우가 많다. 그러나 EC 규정은 출원일을 기준으로 12개월 이내에는 자신이 한 시장테스트 때문에 신규성이나 독창성을 상실하는 것이 아니라고 규정한다.

2.5 권리의 범위 및 내용

디자인권의 효력은 전체적 인상이 동일한 경우는 물론 상당히 유사한 경우에도 미친다. 그 유사여부의 판단은 독창성 판단의 경우와 마찬가지로 견문이 넓은 사용자가 기준이 된다. 판단시에 원칙적으로 차이가 나는 부분보다는 공통된 특징에 보다 비중을 두어야 하며, 디자인을 개발한 디자이너의 자유의 정도를 고려하여야 한다는 점 역시 같다 (규정안 11조 2항).

한편 등록디자인의 권리자는 디자인의 사용에 관한 독점권(monopoly right)을 가지나, 무등록공동체디자인은 복제로 부터 권리자를 보호함에 그친다(protection against reproduction and is not monopoly right). 따라서 등록디자인권은 동일·유사한 디자인을 독자적으로 개발한 자에 대해서도 그 효력이 미친다.

2.6 권리의 존속기간

무등록디자인권의 존속기간은 3년임에 반하여 등록디자인권은 등록출원일로 부터 5년간 존속하며, 4번의 更新을 통해 최대한 25년까지 연장할 수 있다. 前述한 유예제도까지 감안한다면 결과적으로 등록디자인권은 최대한 26년간 보호를 받을 수 있다.

3. 평가

이상 간단히 EC 디자인보호법의 내용에 대해서 살펴보았다. 그린페이퍼의 발표 후 규정(안)이나 지침(안)의 성립까지도 많은 논란이 있었지만 앞으로도 상당한 논란이 예상된다. 그러나 대세는 소위 design approach라고 하는 종래의 特許權的 어프로치나 著作權的 어프로치와는 다른 제3의 保護方法을 채택한 것에 상당히 호의적이며 이러한 方法의 제안자들은 그 반론에 대해서 적극적으로 대처하고 있으므로 이러한 方法은 성공적으로 정착되리라고 본다. 다만 著作權的인 요소가 보다 많이 가미되었으면 하는 아쉬움은 남는다.

제4장 논의의 정리 및 바람직한 보호방안

제1절 논의의 정리

지금까지 本稿에서는 特許權的어프로치를 택하는 日·美와 著作權的 어프로치를 택하는 獨·佛 및 디자인어프로치를 채택하는 영국, EC(안)에 대해서 살펴보았다.

特許權的 어프로치를 채택한 나라 중 일본은 심사지연의 문제로, 미국은 비자명성요건에서 오는 보호수준의 고도화의 문제로 모두 디자인 보호에 적합한 方法을 모색하기 위해서 노력은 하고 있다.

이러한 방안의 하나로 일본에서는 상품수명이 짧은 제품의 보호를 위하여 혹은 意匠登錄까지의 응급적 보호책으로서 부정경쟁방지법을 개정하여 무방식으로, 모방으로 부터의

단기간 보호를 꾀하고 있다. 미국 역시 트레이드 드레스 法理를 통한 부방식의 보호를 꾀하고 있고, 이와 아울러 새로운 법률을 제정하기 위하여 노력하고 있다. 이렇듯 미국의 150여년의 역사와 일본의 100여년의 운영과정을 통해서 얻은 경험은, 보호요건의 설정과 심사를 통해 권리가 부여되는 特許權的 어프로치는 기본적으로 디자인보호에 적합한 제도는 아닌 것 같이 보인다.

한편 著作權的 어프로치를 채택하는 프랑스와 독일은 모두 디자인보호에 관한 특별법으로서 意匠法을 가지고 있다. 이들 나라에서 인정되는 意匠權은 모방금지권이며, 著作權의 경우와 다르지 않다. 한편 이들 모두 著作權法을 통해서 무방식으로 디자인을 보호한다. 다만 前者는 미의 단일성이론에 기초한 무제한적 著作權保護로 저작인격권 등에서 오는 권리양도의 제약, 법인저작의 불인정이라는 문제가 노출되고 있고, 後者의 경우에는 意匠法이나 著作權法으로 보호를 받기위해서는 일정한 창작성이 요구되므로 이러한 수준에는 달하지 못했지만 보호할 가치 있는 디자인보호를 위해 부정경쟁방지법의 일반규정이 활용되고 있다. 독일에 있어서 창작의 고도성은 없으나 보호할 가치 있는 창작물(그들 표현대로 경쟁적 독특성이 있는 디자인)을 보호하기 위해서 著作權法 이외의 또 다른 법을 활용하는 것은, 결국 법제도 전체를 통람하여 보면 디자인에 있어서 보호수준의 고도화는 무의미하다는 것이다. 즉 마켓팅의 주요 수단으로서 디자인은 기본적으로 부정경쟁으로부터 보호받아야 하고 그 경우 보호할 가치는 고도의 예술성은 아니라는 점이다. 또 예술의 가치 판단은 법원이 판단하기에는 매우 부적합한 내용이다.

이상의 傳統的 方法과는 달리 영국 1988년의 CDPA나 유럽공동체안은 소위 디자인 어프로치를 채택하고 있다고 말해진다. 차이점은 전자가 등록디자인권, 무등록디자인권, 著作權이라는 複線構造를 채택하는데 반해 후자는 하나의 법에서 무등록디자인권과 등록디자인권이 병존되고, 이들이 연결된다는 의미에서 單線構造라고 말할 수 있을 것이다. 이러한 方法의 배후에는 1984년 미국 반도체칩법의 영향을 고려할 수 있을 것이며, 세부에 있어서는 차이가 있더라도 무방식 혹은 방식을 거친다고 하더라도 실체요건을 심사하지 아니하고 권리를 부여하는 방식은 새로운 지적소유권 보호형태로서 정착될 것으로 보인다. 현재 영국과 유럽공동체안은 前者는 시행된지 얼마되지 아니하였고, 後者는 아직 법제화되기도 전이므로 그 성과를 판단하기에는 시기상조임에는 틀림없다. 그러나 EC안이 등록의 효과를 遮斷效있는 절대적 독점권으로 구성하고 있는 점에 대해서는 찬성할 수 없다.[157]

이하 우리나라에 있어서 바람직한 디자인 보호법제에 대해서 고찰하여 보기로 한다.

제2절 우리나라에 있어서 바람직한 보호방안

1. 기본구조 - 著作權的 方法인가, 特許權的 方法인가 혹은 제3의 方法인가.

産業디자인을 산업재산권의 일부분으로 취급해야 할 것인가 또는 그것들을 미술저작물로 분류하여야 할 것인가 아닌가에 대하여, 오랫동안 심한 논의가 이루어져 왔음은 이미 본바와 같다.

통일이 되지 아니한 근본적인 이유는, 발명이나 상표와는 전혀 다른 개념인 디자인의 성격에 있었다.[158] 따라서 보호객체의 본질을 규명하는 것으로 부터 논의를 시작하는 것으로 하자.

---

157) 이점에 대해서는 후술 제2절 1. 라) (1) 참조.

158) Ladas, op. cit., p. 829.

가) 보호객체의 특질

필요는 발명의 어머니라는 말이 있듯이 발명은 과제해결을 위해서 행하여진다. Kohler는 "발명이라 함은 자연력을 이용하고 자연을 정복하여 일정한 효과를 이끌어 내어 그에 의하여 인간의 수요를 충족함에 이바지 하는 기술적으로 표시된 인간의 정신적 창작이다"고 정의한 바 있다.[159] 그러므로 기술상의 발명에 포함하는 것이, 어떤 구체적 효과를 낳고, 또는 어떤 구체적 유용성을 갖는 객관적으로 신규성있는 方法 또는 물질인 것에 대해서는, 누구나 다 의견이 일치한다. 마찬가지로 상표가 생산품과 공중의 마음을 연결시키는 역할을 하고, 시장에서 그와 같은 생산품을 같은 종류의 것으로부터 식별하기 위하여 쓸모있는 구체적 象徵 또는 標識인 것에 대해서는 異論이 없다.

반면 디자인은 교묘한 또는 독창적인 方法으로 물품에 특징적 외관을 주도록 상호 관련된 선, 면, 입체 및 윤곽의 전체적인 효과이며, 이 외관은 객관적 유형성(objective materiality)이라기 보다는 주관적 지각성(subjective perception)을 갖는 것이다.

이와 같이 형(form)과 형상(shape), 외형(configulation) 혹은 장식(ornament) 의 외관에 관련하는 意匠의 성격은, 美術著作物 일반의 창작과 같은 성질을 가진 창작이다. 그것은 미술이고, 미술에는 경계선이 없다. 조각, 회화 혹은 목판과 같은 상투적 미술의 저작물과 미적인 보목 혹은 보석의 意匠 또는 독창적인 조명기구 혹은 커프스 단추와의 사이에 경계를 마련하는 것은, 단지 그 하나의 유형의 품목이 미술관 또는 개인의 콜렉션에 보관될 예정인데 대해서 다른 유형의 품목은 그 실용성 때문에 우리들의 일상생활을 장식하는데 쓸모있다는 이유로는, 용인키 어려운 것이다. 더우기 그와 같은 외형 또는 외관의 창작은, 통상의 미술적 활동을 전형적으로 포함하는 것이다.

意匠이 3차원적 형상 또는 외형이든, 2차원적 모양(pattern) 또는 장식이든, 창작자는 조각, 석고 또는 주물의 형의 형식으로 또는 도면의 형식으로 아이디어의 재현을 꾀한다. 이것이 著作開始의 시점 또는 저작물의 제작 과정 혹은 저작물 완성의 시점에서 이루어 진다. 이것은 명백히 미술저작물의 하나이다.[160] 순수미술과 응용미술은 당초에는 모두 하나이었고 그 구분도 없었다.[161]

그러므로 "디자인은 기본적으로 著作權보호에 적합하다. 디자인행위는 인간의 상상력 활동이며, 기술적 효과를 얻기 위한 발명행위가 아니다. 발명은 몇차례고 반복될 수 있다. 디자인은 인간의 표현이고, 그러므로 개인적이며, 독특하다"라고 주장한다.[162] 현재 많은 나라가 著作權으로 디자인을 보호하고 있고 디자인행위와 미술저작물의 저작행위는 미의 표현이라는 점에서는 같은 행위라고 보여진다. 그러나 디자인은 소위 순수미술작품과 전혀 차이가 없는 것인가. 기본적으로 동질성을 인정하면서도 다음과 같은 차이점이 간과되어서도 않된다고 본다. 즉 디자인은 창작행위를 함에 있어 그 표현된 매체에 제약을 받으며, 표현된 매체에 봉사한다는 점이다. 그 궁극적 목적은 판매의 촉진이다. 과장된 표현이긴 하나 다음의 문구는 미술저작물과 디자인의 차이를 적절히 나타내고 있다.

"캔버스에 그려진 그림은 캔버스의 판매를 목표로 제작된 것은 아니나, 커피 끓이는 기계의 디자인은 당해 기계의 판매를 위해서 제작된 것이다."[163]

결국 디자인은 표현된 매체에 봉사하는 행위이고, 표현되는 매체의 제약을 받지 않을 수 없다. 앉지 못하는 의자는 미술품은 될지언정 실용품은 아니며, 이미 실용품에 응용된

159) 또 우리 특허법 제2조 제1항 發明의 定義 참조.

160) Ladas, op. cit., p. 829.

161) 크래프트에서 인더스트리얼 디자인 까지의 역사적 발전과정에 대해서는, 尹鐘康譯編, 의장법, 660면 이하 참조.

162) Jehoram, The EC Green Paper on the Legal Protection of Industrial Design, *EIPR* 1992. 3, p. 76.

163) Annette Kur, The Green Paper's Design Approach'- What's Wrong with it ?, p. 376/367.

미술도 아니다. 그러므로 디자인 행위의 목표는 기능과 미의 절묘한 조화이며, 기능을 도외시한 디자인은 그 의미가 없다. 이런 점에서 보면 과제해결을 하려는 발명행위와도 유사한 측면이 있다.[164]

결국 디자인은 문화의 산물이지만 산업에의 봉사자이다. 또 산업의 발전없는 디자인의 발전은 생각할 수도 없다. 법의 관심은 디자인이 본질적으로 미술저작물과 차이가 없다는 점에 중점을 두어야 하나 그렇다고 실용목적에 봉사하고 판매촉진수단으로 작용하는 디자인의 특성을 무시해서도 안된다.

나) 特許權的 方法은 타당한 方法인가?

위에서 살펴본 디자인의 특질을 감안할 때 어떠한 保護方法이 타당한가. 종래 特許權的 方法이 많은 나라에서 행하여져 왔으므로 먼저 特許權的 方法부터 살펴보기로 한다.

特許權的 方法은 독점권의 부여이고, 그 전제로서 신규성이나 진보성의 존재이다. 이 方法의 커다란 장점은 무엇보다도 모방자의 고의나 접근가능성을 입증할 필요없이 독점배타적 권리를 행사할 수 있게 한다는 점이다.[165] 조사에 의하면 상당수가 이 方法을 선호하는 것으로 나타났다. 그러나 발명이라면 모르되[166] 디자인의 경우에 이 方法을 택하는 것은 타당치 못하다고 본다. 무엇보다도 디자인의 경우는 다분히 문화적 산물이며, 그 선호는 개개인의 취향이나 유행에 크게 의존한다. 객관적으로 비용과 효율성의 면에서 우수한 기술이 어느 것인지의 판단은 대체로 가능하나 디자인의 경우에는 그 판단이 거의 불가능하고 또 불필요하다. 디자인의 경우는 과거에 존재했기 때문에 무의미한 것은 아니다. 이러한 디자인의 특성을 감안한다면 기술보호법적인 요건아래 그 효과를 부여하는 特許權的 어프로치는 연혁적인 우연의 산물에 불과할 뿐이며, 이를 계속 지지해야 할 합리성은 어디에서도 발견하기 힘들다. 신규성이나 創作非容易性을 고집하는 한, 또 엄정한 심사가 존재하는 한 등록될 수 있는 디자인은 그리 많지 않을 것이다.

한편 예술성이나 「미감을 일으키는지 여부」에 관한 판단은 법적판단에 친숙한 개념이 아니다. 미술에 관한 문외한으로 이루어진 特許廳이나 법원에서 창작성의 정도를 판단하는 것은 위험한 일이다.[167]

적합하지 못한 요건을 설정하고, 정확하지도 못한 판단을 위하여 비용과 시간을 사용하는 것은 현명한 태도는 아니다. 법원이 하여야 할일은 피고가 원고의 意匠을 모방·복제하였는지 여부에 국한하여야 할 것이다.

---

164) ibid., p. 376.

165) 특허적 보호방법의 장점에 대해서는, 宋永植 외, 前揭書, 544면 참조.

166) 발명은 일정한 과제를 해결하는 것으로 하나의 과제를 해결하는 방법은 제한적이며, 설사 다수 존재한다 하더라도 다수의 해결방법사이에 효율성, 우수성 판단이 불가능한 것은 아니다. 그러므로 보호를 위한 전제로서 신규성·진보성의 판단은 필요하고 또 가능하다. 또 발명은 기본적으로 아이디어이므로 이를 공개하지 아니하고 비밀로 간직하면서 이를 이용하는 것도 가능하다. 그러나 비밀로 간직되도록 방치하는 것은 사회전체의 관점에서 보았을 때 바람직하지 못하다. 그 이유는 두가지로 대별할 수 있을 것이다. 하나는 잊혀질 위험이다. 또하나는 중복투자의 위험이다. 기술발전이 인류의 복지에 도움을 준다는 전제에 서는 한 이러한 위험은 회피되어야 한다. 이러한 위험을 회피하는 방법은 무엇이겠는가. 아마도 그 개발된 기술내용을 공개하도록 유도하여 이를 보급하는 것이 최선의 정책일 것이다. 공개의 유도는 대가를 수반하고 대가가 크면 클수록 공개 유도의 효과는 크게 될 것이므로 일반인의 영업의 자유를 제한하면서도 독점권을 부여한다는 부득이한 방법을 택할 수 밖에 없다. 따라서 먼저 발명·고안한 자에게 그 내용을 공개하도록 장려하고 그에 대한 대가로서 일정기간 동안 절대적 독점권을 인정하는 제도는 그 나름대로의 합리성을 가지고 있다.

167) It would be dangerous undertaking for persons trained only to the law to constitute themselves final judges of the worth of pictorial illustrations, outside of the narrowest and most obvious limits (BLEISTEIN v. DONALDSON LITHOGRAPHING CO. 188 U.S. 239, 23 S.Ct. 298, 47 L.Ed. 460).

特許權的 어프로치를 택하여 권리자에게 遮斷效가 있는 절대적 독점권을 인정하면 법적안정성에는 도움을 줄지 모르나 이를 위해서는 심사주의를 채택하는 것이 正道이고, 심사를 거치기 위하여는 시간과 비용이 적지않게 소요된다. 또 디자인을 창작하는 자도 늦어도 시장에 출하하기 전에는 자기 意匠이 登錄意匠과 저촉되지 않는지 여부를 조사하여야 한다.[168] 어느정도 직선적으로 발전하는 기술의 경우에는 이러한 사전조사를 거치게 하는 것이 중복투자를 피하기 위해서도 필요할지 모르나 소비자의 기호의 변화에 따라 그 경향이 반복되는, 또 소비자가 누구이냐에 따라 好·不好가 결정되는 디자인의 경우에는 경향의 파악을 위한 사전조사는 필요할지 모르나 열등한 디자인의 개발을 피하고, 중복투자를 피하기 위해서 사전조사를 강요한다는 것은 넌센스에 불과하다. 결국 창작자보호를 위하여는 모방으로부터 보호하는 것으로 충분하다 할것이다.

한편 우리 意匠法은 등록요건으로서 신규성을 요구하고 그 지역적 판단기준으로서 국제주의를 채택하고 있다. 즉 공지·공용과 간행물기재 모두를 국내외를 기준으로 하고 있다. 공지·공용에 의한 신규성상실은 별론으로 하더라도 간행물기재의 경우에 신규여부를 심사하기 위해서는 디자인 관련 간행물을 전부 조사하여야 할 이치이다. 이러한 이치는 特許나 實用新案의 경우에도 동일하나 기술보호법인 特許·實用新案은 법제도가 어느정도 통일되어 있고, 새로운 기술은 대략 特許·실용신안 공보에 공개되므로 당해 기술분야의 이러한 공보를 조사함으로써 어느정도 충족될 수 있다.

그러나 디자인의 경우에는 그 사정이 전혀 다르다. 우선 意匠保護法制는 이미 본 바와 같이 구구하다. 意匠公報는 先行意匠과 동일유사로서 거절하는 경우에 이용되는 것은 별론 신규여부를 심사하는 자료로서는 극히 작은 부분을 차지할 뿐이다.[169] 따라서 간행물기재의 세계주의를 채택하여 완전한 심사를 하는 것은 거의 불가능에 가깝다. 그렇다고 國內主義를 채택하면 제 외국 간행물에 기재된 디자인을 가지고 독점권을 취득하려 할 것이므로 이 역시 취할 바 못된다는 것은 쉽게 알 수 있다. 결국 심사를 거쳐 독점권을 부여하겠다는 발상은 무용할 뿐만 아니라 불가능하기도 하다.

그러므로 디자인의 경우에는 遮斷效있는 절대적 독점권으로 구성하기 보다는 기본적으로 주관적 창작성을 요건으로 하여 경쟁자의 부정한 모방으로 부터 보호하는 것이 디자인의 특성과도 부합한다.

다) 著作權的 接近方法은 타당한 方法인가

디자인 제작행위와 미술저작물의 창작행위는 미의 표현이라는 점에서는 같은 행위이므로 特許權과 著作權 중의 택일이라면 분명 著作權에 의하는 쪽이 훨씬 타당하다. 그러나 이미 살펴본바와 같이 디자인과 순수미술저작물사이에는 간과할 수 없는 차이가 존재한다는 점에 비추어 보면 순수 著作權的 保護方法에도 문제는 내재되어 있다. 무엇보다도 저

168) 우선 우리나라 디자이너들은 의장공보가 있다는 것 자체를 거의 모르며 그들의 참고 문헌은 거의가 당해분야 디자인서적을 참고로 하였다. 특허청 발간 의장공보를 참고하는 디자이너는 62명 중 4명에 불과했다. 결국 큰(?)회사 디자인과에 근무하는 디자이너 이외에는 의장공보는 거의 참고로 하고 있지 않다.

169) 일본의 예이기는 하나 "거절이유로서 인용제시된 선행기술의 80%는 일본의 특실공보에 기재된 것이며, 외국공보까지 추가하면 실로 90%를 넘는다. 그런데 의장의 경우 거절이유로서 인용되는 선행의장으로 공보게재의 것은 겨우 17%이다. 그외의 35%는 의장법 9조, 先願의 규정에 의해 거절되며, 30%가 일반간행물기재의장과 유사하다고 하여 거절사정이 되어진다. 여기서 알 수 있는 바와 같이 17% 이외에는 대부분이 공개되어 있지 아니한 선원의장을 인용하거나 혹은 일반적으로 접근하기가 용이하지 아니한 일반간행물기재 의장이 선행문헌으로 되어 있다. 라고 하는 것은, 사실상 유효한 사전조사가 될 수 없다고 말할 수 있으며 이점이 특허실용신안과 달리 커다란 장애로 되어 있다" (日本工業所有權法年報 제12호, 96, 97면(齊藤瞭二 報告 부분)).

작물은 저작자의 인격의 발현이며, 감성의 산물이든 이성의 산물이든 그 자체가 목적이며, 표현된 유체물의 판매촉진수단이라는 성격은 표면상은 존재하지 아니한다. 그러나 판매촉진도구로서의 디자인은 당해 제품의 사용자를 염두에 두지 않을 수 없으며 사용자에 의한 선택을 목적으로 한다. 제3자에게 선택되는 것을 염두에 두고 제작된 만큼 제작자와 작품과의 인격적 거리는 통상의 저작물의 경우보다는 멀리 떨어져 있다. 통상의 저작물의 보호에 있어서 그 초점은 저작물과 저작자의 관계에 있으므로 저작인격권은 매우 중요하며, 著作權의 존속기간은 다른 지적소유권과는 달리 저작자의 생존과 연계시키고 있다. 이에 반해 판매촉진도구로서의 디자인의 역할을 수긍한다면 디자인 보호의 초점은 디자인과 소비자사이에 형성된 통신관계에 있다.[170] 그러므로 디자인의 경우는 디자이너의 인격의 표현이라고 하더라도 통상의 저작물과는 동일하게 취급할 수 없는 것이다.

더우기 통상의 저작물의 경우는 권리의 양도에 있어 저작인격권의 양도는 불가능하고 이러한 법리를 그대로 산업디자인에 적용하는 것은 디자인의 상업적 이용에 장애로 될 것이다. 타인의 디자인을 양도받아 이용하는 자는 시대의 추이에 따라 디자인을 변경할 수 있다면 매우 편리할 것이다. 결국 이 문제는 디자인창작자의 주관적 이익을 보호할 것이냐, 아니면 양수인의 상업적 이익을 옹호할 것이냐하는 선택의 문제이다. 디자인의 제작목적에 비추어 보면 후자의 이익을 우선시키는 것이 타당하다고 본다. 다만 성명표시권은 모든 창작자의 기본적 권리이며, 이는 어떠한 형태로든지 보장되어야 한다. 결국 판매촉진 등을 위하여 창작자의 동의없이 디자인이 변경된 경우에는 창작자명의 부착을 금지시킬 수 있음을 전제로 동일성유지권과 같은 권리는 인정하지 않는 것이 바람직하다고 본다.[171] 결국 디자인 보호에 著作權法 원리를 그대로 적용하는 것은 적합하지 못하다고 본다.

라) 어떠한 보호로 할 것인가

결국 特許權的인 保護도 순수 著作權的인 保護도 디자인보호에는 반드시 적합한 方法은 아니다. 그러므로 EC의 경우와 마찬가지로 제3의 方法을 모색해야 할 것이다.

(1) 遮斷效의 有無

어떠한 보호를 할 것인지는 보호의 대상과 정책목표에 따라야 할 것이다. EC의 登錄디자인權은 「권리의 범위를 복제에 대한 보호로 제한할 실질적 이유가 없는 것같이 생각된다」는 이유를 들어 실제로는 복제로 인한 분쟁이 대부분이라는 점을 인정하면서도 복제에 관한 立證의 負擔을 권리자에게 과하지 않는 독점권의 시스템을 채택했다. 遮斷效를 수반하는 독점권으로 할 경우 보호의 기간 동안은 권리자만이 당해 디자인을 독점할 수 있고

170) Kur, op. cit., p. 377. 커뮤니케이션은 디자인의 4대 속성 중의 하나이다(정 경원, 디자인이 경쟁력이다, 19면 참조).

171) 저작물로 예시되고 저작권적 보호를 하고 있음에도 컴퓨터 프로그램보호법은 저작인격권을 프로그램의 성질에 맞도록 규정하고 있다(특히 동법 제11조 참조). 우리 저작권법 자체가 제13조 2항 3호에서 「그 밖에 저작물의 성질이나 그 이용의 목적 및 형태에 비추어 부득이 하다고 인정되는 범위안에서의 변경」을 허용하고 있다.
일반법 조문으로서는 이렇게 표현할 수 밖에 없었다 하더라도 디자인 보호를 위한 특별법을 제정함에 있어서는 디자인은 그 성질, 이용목적 등에 비추어 볼때 이러한 인격권 규정은 적절히 수정되어야 할 것이다.
한편 WIPO의 「디자인·응용미술의 보호」에 관한 전문가 회의(1987.10.5-10.9)에서는 인격권 문제를 다음과 같이 취급하고 있다.
「원칙 A A 7 (1) 저작자의 재산권과는 별도로 또 재산권 이전 후에도,--, 저작자는 그 명예나 평판을 손상할 우려가 있는 작품의 변경, 절제, 기타의 변형 혹은 작품에 관련한 중상행위에 대해서 이의를 제기할 권리를 가진다.
(2) 응용미술작품이 작자의 동의 없이 변경된 경우, 응용미술작품의 작자는 (1)항에서 규정한 권리를 행사할 수 있는지 여부에 불구하고, 그 작품에 作者名을 부착하는 것을 금지하는 권리를 가진다.」

독자적 창작이라는 항변도 허용되지 아니한다. 그런 만큼 권리자 이외의 제3자의 자유로운 창작을 저해할 우려가 있다. 이러한 자유의 제한은 합리적인 이유가 있어야 한다. 발명의 경우라면 공개의 대가로서 이러한 강력한 반대 급부를 국가가 발명자에게 부여할 수도 있고, 또 상표와 같이 동일유사상표의 허용은 소비자를 오인에 빠뜨릴 우려가 있으므로 독점권을 권리자에게 부여하는 것도 나름대로의 합리성을 가지고 있으나 디자인의 경우에는 이를 합리화 시킬만한 이유를 발견하기 힘들다. EC의 경우와는 전혀 반대의 이유, 즉 「권리범위를 복제로부터의 보호 이상을 부여할 실질적 이유가 없는 것 같이 생각된다」. 판매촉진도구로서의 디자인은 물품의 외관에 관한 것이고 그것은 본질적으로 공개되지 않을 수 없다. 이러한 노출성이 모방을 용이하게 하며 창작의 의욕을 저해하는 것은 바로 이러한 표절행위이다. 이러한 도용으로 부터의 보호는 디자인보호로서 필요·충분한 것 같이 생각된다.

이 점과 관련하여 Kur 박사의 견해는 졸견과는 반대지만 매우 주목된다. 同 博士는 앞서 본바와 같이 디자인을 공중과의 통신채널로 표현한다. 그는 이 비유를 사용하여 다음과 같이 遮斷效를 합리화 시키는 주장을 한다. 즉

"디자인을 통해서 공중과 통신관계를 설정한 자의 이익은, 일반적으로 복제로 부터의 보호에만 향하여져 있는 것은 아니다: 그의 목표는 타인이 동일한 채널을 이용하는 길을 봉쇄하는데에도 있을 것이다. 그리고 이러한 목표에 비추어 본다면 타인이 이 채널에 고의로 들어왔건 단지 우연히 들어왔건 그것은 결정적인 것은 아니다."[172]

그러나 그렇다고 하더라도 상표와 같이 동일한 채널의 사용이 제3자를 해친다는 특단의 사정이 없는 한[173] 한사람의 이익을 위해서 일반인의 이익이 제한되어야 할 이유는 그 타인이 善意인 한 어디에도 없는 것이다.

한편 독점권으로 보호하기 위해서는 이를 합리화 시킬만한 요건이 필요하다. 발명에 있어서 신규성·진보성, 상표에 있어서 특별현저성이 그것이다. 창작의 영역인 디자인 보호에 있어서는 前者, 우리 意匠法의 표현을 빌리면 신규성, 창작비용이성이다. 그러나 보호의 요건으로서의 신규성이나 진보성은 디자인의 본질과 조화되지 아니함은 앞에서 검토한 바와 같다.

디자인의 보호는 「모방으로 부터의 보호」체제가 바람직하다 할 것이다.[174]

참고로 우리나라 디자이너의 의견은 遮斷效있는 독점권과 모방으로 부터의 보호중 거의 비슷하기는 했으나 후자 쪽이 약간 우세하였다.[175]

(2) 보호기간

창작자 등의 이익과 공공의 이익을 조화시키기 위한 한 표현으로 지적소유권에는 그 존속기간이 정하여져 있다. 그러나 지적소유권분야에서 보호기간을 어느정도로 하는 것이 타당한가에 대한 확정된 합리적 기준은 존재하지 않는 것 같다. 영국의 1623년의 독점조례가 14년으로 한 것은 徒弟年限(7년)의 2배를 가지고 「신규발명을 일반국민이 習熟할 때까지의 적당한 기간」으로 본데에 기인하며[176], 特許權과 마찬가지로 1709년의 앤 여왕법에

---

172) Kur, op. cit., p. 377.

173) 디자인은 시각을 통해 판단되는 이상 상표와는 달리 소비자의 기대를 배반하는 경우는 거의 없을 것이다.

174) 1977년의 영국 위포드보고서는 결론으로서 독점적 보호를 인정하는 1949년의 등록디자인법의 전면적 폐지를 권고한 바 있다 (同 報告書, 52면).

175) 「귀하가 필요로 하는 보호는」 이라는 질문에 ① 모방으로 부터의 보호 : 29 명, ② 특허형적인 보호 (타인이 당신의 것을 모방한 경우는 물론 당신의 디자인과 동일 유사하면 설사 그 타인이 독자적으로 창작했다 하더라도 무조건 사용을 금지시키는 것) : 27명, 무응답 : 5 명으로 나타났다.

176) 吉藤幸朔, 特許法概說, 1989, 448면 註) 2.

서의 보호기간도 14년 이었다. 이 기간은 그 후 미국 舊著作權法下에서의 보호기간인 28년, 56년의 기초로 된것으로 보인다. 한편 世界著作權條約이 저작자 생존중 및 사후 25년간 보호토록한 것과 베른조약이 사후 50년까지 보호토록한 것은 저작자는 물론 그의 가족도 저작물로 부터 일정한 이익을 받을 수 있도록 배려한데서 기인하는 것이다.[177] 결국 보호기간의 장단은 다분히 연혁적·입법정책적 산물이다. 그러나 다음과 같은 일반론은 성립이 가능하다고 본다.

즉 ① 보호의 가치가 크면 보호기간도 길어야 한다. 발명은 실용적 고안보다는 장기간 보호하여야 할 것이다.

② 권리가 강력하면 강력할수록 보호기간은 짧아야 한다. 독점권으로 보호하는 경우는 모방금지권으로 보호하는 경우보다 짧아야 한다.

③ 동일한 목적을 달성하기 위한 可用手段이 많으면 많을수록 보호기간이 길어도 무방하다. 동일한 목적을 꾀하는 다른 사람에 대한 제약은 적을 것이기 때문이다.

그러면 새로운 디자인보호법 제정시 어느정도의 보호기간을 규정하는 것이 타당할 것인가. 본질적으로 미술저작물이므로 다른 경우와 동일하게 창작자의 생존 중 및 사후 50년으로 규정할 수도 있으나 디자인의 산업적 이용측면, 실용품에 이용된 만큼 그 표현에 일정한 제한이 있을 수 밖에 없는 점, 베른조약 등 著作權保護條約도 응용미술을 다른 미술저작물과 달리 취급하고 있는 점, 프랑스 등의 적은 예외를 제외하면 대략 공표나 제품출하로 부터 25년에 그치고 있는 점 등을 감안하여 당해 디자인의 공표나 시장출하로 부터 최대한 25년간 보호하면 족하리라고 본다.

2. 보호의 대상

2.1 컨셉트의 보호여부

디자인보호속에 컨셉트의 보호도 포함시킬 것인지 아니면 현재와 같이 외부형태의 보호로 그쳐야 할 것인지는 하나의 문제이다. 컨셉트의 설정을 통해서 최종디자인이 나오며, 디자인행위를 할 때 컨셉트 도출이 가장 어려운 작업이므로 많은 디자이너들은 컨셉트보호의 필요성을 역설한다. 그러나 컨셉트에 까지 권리범위가 미치면 보호범위의 지나친 확대로 경쟁의 위축되며, 권리범위가 애매모호하여 끊임없이 분쟁을 야기시킬 우려가 있다. 개발과정에서의 컨셉트의 유출은 영업비밀로 보호하는 것으로 하고 그밖의 경우에는 최종형상의 보호에 그쳐야 할 것이다. 설문조사 결과에 의하면 보호의 필요성은 인정하면서도 다수의 디자이너는 컨셉트 보호에 소극적이었다.[178]

2.2 디자인의 정의

디자인의 정의는 오늘날 그 범위가 점차 넓어지고 있기는 하지만 대부분의 법제는 시

177) Stewart, *International Copyright and Neighbouring Rights*, p. 76 (4. 39).

178) 디자인의 보호범위로서 컨셉트 포함여부와 관련하여
최종 형상에 이르게 된 concept도 권리 범위에 포함시켜야 한다는 의견이 22 명, 보호할 필요는 있으나 현실적으로 어렵다거나 (20명), 보호할 필요가 없다거나 (8명), 지금과 마찬가지로 최종형상만을 보호하면 족하다는 의견이 9 명이어서 잘 모르겠다는 의견(10)을 제외하더라도 현실적인 디자인권으로서의 요구는 소수인 것으로 보인다.
한편 컨셉트 보호를 요구하는 디자이너의 분포도 제품디자인 분야가 가장 많았지만(10), 각 분야에 고루 분포되어있었다. (가구디자인(1), 인테어리어디자인(3), 섬유디자인(5), 시각디자인(1),공예제품디자인(2)).

각에 의하여 판단되는 물품의 형상, 모양, 색채 등에 한정하고 있는 것 같이 보인다. 다만 외관의 특징은 물건의 재질에 따라 좌우되는 경우도 많으므로 이러한 재질의 특징도 디자인의 보호범위에 포함되도록 정의할 필요가 있다. 또 물품의 일부분 (예컨대 전화기의 버튼부분, 구두의 끈매는 부분)에 대한 디자인도 보호되어야 할 것이다.[179] 뿐만아니라 물품의 모든 외관이 심미성을 요구함이 없이 기능적이든 미적이든 불문하고 보호되어야 할 것이다. 다만 기술보호법제와의 관계를 고려하여 오로지 기술적 이유에 의해서 형성된 형태(소위 造形的 任意性이 없는 경우)를 제외하는 것이 타당하다. 그사이 문제가 되었던 타이프훼이스 디자인도 이에 포함되도록 명정하는 것도 한 方法이다. 이상의 諸點을 고려하면 EC 規程(안)上의 디자인 정의 규정이 매우 좋은 참고가 된다.

3. 보호의 요건

3.1 실체적 요건

디자인의 보호를 모방으로 부터 보호하는 方法을 택하는 한 著作權의 경우와 같이 창작성(originality)을 요구하는 것으로 충분한 것 같이 보인다. 그러나 디자인의 경향은 반복되는 경향이 있고, 분야에 따라서는 유사한 디자인이 다수 출현할 가능성도 배제할 수 없다. 약간 먼저 시장에 나온 디자인이 그 후에 출하된 유사한 디자인의 독창성의 입증을 항상 요구한다면 자유로운 경쟁을 저해할 우려도 있다. 그러므로 권리주장을 위해서는 어떠한 객관적인 요건이 필요하다. 우리나라 반도체칩법의 보호요건이나 최근 개정된 일본 부정경쟁방지법의 보호요건인 「당해 상품이 통상 가지고 있는 형태」, 독일부정경쟁방지법상의 경쟁적 독특성, 영국 디자인권 보호요건인 「'not commonplace' test」등은 좋은 참고가 된다.

3.2 절차적 요건

디자인이 보호에 적합한 실체적 요건을 갖추고 있으면 著作權과 같이 무방식으로 창작시 부터 권리를 발생시킬 것인가, 아니면 EC案의 무등록디자인권과 같이 당해 디자인을 공표한 때 부터 보호할 것인가, 혹은 독일이나 프랑스 意匠法과 같이 출원 혹은 기탁(등록)을 하여야만 권리를 취득할 수 있는지는 절대적 독점권을 부여하는 경우와는 달리 정책적으로 결정할 문제이다. 그러므로 먼저 등록제도가 가지는 의미 내지는 효용에 대해서 살펴보기로 한다.

---

179) 독립하여 거래의 대상이 되고 또 互換性을 가진 部品은 그 자체가 의장법상의 물품으로서 보호의 대상으로 되나, 部分의 形態에 대해서는 독립적으로 보호의 대상으로 되어 있지 않다. 디자인의 유사여부는 그 전체의 통합으로서 판단되고 부분의 창작이 전체와의 관계에서 극히 적을 경우에는 결과적으로 그 부분의 창작의 여하에 관계없이 유사여부가 결정된다.
의장의 창작은 최종적으로는 전체로서의 조화를 지향해서 이루어져야 될것이라고 하더라도 특정한 부분을 특징있는 형태로 하는 것도 보호의 가치있는 창작이라고 할 것이다. 이를 위해서 디자인의 정의 부분에서 이를 명백히 할 필요가 있다 (JIDA 刊, 前揭書, 46면).

4. 등록

4.1 등록제도의 의미

원래 등기나 등록과 같은 제도는 권리의 존재를 외부에 알리는 공시적 기능을 수행한다. 그러므로 디자인보호권을 遮斷效있는 독점권으로 구성하는 경우는 반드시 공시제도가 필요하다. 그러나 모방금지권에 그치는 한 권리 공시의 필요는 그만큼 크지는 않다. 왜냐하면 遮斷效가 있다면 모르되 그렇지 않는 한 모르고 동일한 디자인을 창작하더라도 권리침해는 아니기 때문이다. 그러나 모방금지권으로 구성하더라도 등록과 같은 공시제도는 일정한 효용이 있다.

무엇보다도 당해 디자인에 관한 권리자가 누구인지, 언제부터 권리가 발생했는지, 이미 존속기간이 소멸한 것은 아닌지 하는 정보를 당해 디자인을 이용하려는 자가 손쉽게 알수 있다. 분쟁시 입증의 수단으로 이용할 수 있으며, 권리의 변동관계를 공시함으로써 제3자가 불측의 손해를 받지 않도록 할 수 있다. 창작으로 부터 권리가 발생하는 著作權法에도 일정한 경우에 등록제도를 두고 있음은 이러한 효용이 있기 때문이다. 무엇보다도 意匠情報의 集中化는 국가전체로서 커다란 재산이 된다.

4.2 등록의 효과

등록에 많은 효용이 있기는 하나 이를 강요하는 것은, 즉 권리발생과 연계시키는 것은 특정 디자인의 분야에서는 상당한 부담으로 작용할 것이다.

결국 권리의 발생은 EC안과 같이 무등록 디자인권은 공표를 통해서 발생하되 그 존속기간은 단기로 하고, 장기의 보호[180]를 얻기위해서는 공표 후 일정한 기간내에 등록하도록 하여야 할 것이다.[181]

한편 모방금지권으로 권리구성을 한다 하더라도 (일정한 경우의) 공표나 등록에 紛爭發生時 惡意推定의 效果를 부여하는 것이 권리자 보호를 위하여 바람직하다고 본다.

5. 著作權과의 조정

著作權法과 별도의 디자인보호법을 마련하고 보호기간을 달리 규정하는 한 著作權과의 조정이 필요하게 된다.

1) 우선 著作權法 중에 産業디자인은 著作權法의 보호대상이 아님을 명정하거나 혹은 새로운 법에 量産되는 실용품에 이용된 미술저작물은 모두 동법의 전속적 보호대상임을 규정할 필요가 있다.

2) 미술저작물이 처음에는 전혀 실용품에의 이용을 의도하지 아니하였다 하더라도 著作權者의 허락을 얻어 실용품에 이용된 경우가 있을 수 있다. 이런 경우에 당해 저작물에 대해서는 의연 통상의 저작물과 같이 취급을 할 것인지 혹은 산업에 이용된 측면을 강조하여 産業디자인으로서만 보호할 것인지는 커다란 문제이다. 처음의 의도보다는 이용현실에 주목하여 그러한 경우는 당해 디자인을 이용한 물품을 처음 유통에 둔 때부터 디자인

180) 이점은 베른조약상의 응용미술보호와의 관계를 고려하여 EC안과 같이 25년으로 하는 것이 바람직하다고 본다.

181) 그 기간을 모두 2년으로 하는 것을 제안한다. 등록을 위한 2년의 유예기간은 우리나라 반도체집적회로의 배치설계에 관한 법률과 균형을 맞춘것이며, 무등록디자인권의 존속기간을 2년으로 한것은 이러한 유예기간과 일치시키는 것이 권리관계처리를 간명하게 할 수 있다고 보았기 때문이다.

보호법에 의해서만 보호되는 것으로 하는 것이 타당하다고 본다. 권리의 존속기간, 보호의 요건도 디자인보호법에 의하여야 할 것이다.[182]

3) 이미 존재하고 있던 미술저작물을 디자인으로 사용한 후, 장기보호를 취득하기 위하여 등록한 경우, 만약 著作權의 존속기간이 등록디자인권의 존속기간 보다 먼저 만료하는 경우는, 등록디자인권도 이에 따라 소멸하도록 규정하여야 할 것이다. 이것은 등록디자인권이 著作權보다 장기간 존속하는 것을 방지하기 위한 규정이다.[183]

4) 문제는 어느 경우에 공업적으로 이용된 미술저작물 즉 산업디자인으로 볼 것인가 이나 영국의 경우에는 특정 디자인을 이용한 물품의 제작이 50을 넘는 경우 또 미국의 경우에는 물품의 제작이 200을 넘는 경우, 혹은 일정길이 이상의 물건을 생산한 경우로 규정한다. 우리의 경우에도 법제정시 이들 점을 참고하면 되리라고 본다.

제5장 결론 - 제안

1. 맺으며

本稿는 1986년 著作權法이 應用美術을 제한없이 보호하면서 意匠法과의 調整措置를 전혀 취하고 있지 않은 점 및 종래 디자인보호의 基本法인 意匠法의 問題점을 지적한 후, 이를 해결하기 위하여 주요국의 법제와 그 해석론을 살펴보았다.

이러한 연구를 통해 기존의 대부분의 법제는 디자인의 특성에 적합한 보호제도가 아니라는 점, 그리고 보호법제가 다른 외국의 해석론을 우리 법제에 그대로 도입되기도 힘들다는 점, 그러나 보호법의 발전과정을 살펴보면 일정한 흐름이 있다는 점을 밝혔다. 이를 통해 그 해결책은 새로운 법의 제정 밖에는 없고, 그 경우 새로운 법에 포함될 주요 내용도 검토하였다.

실로 새로운 현상에 대한 법적 규율의 발전과정을 보면 당초에는 기존법제에 의해 규율을 하다가 이윽고 이에 대한 불합리한 점을 발견하고 새로운 방법을 모색하는 과정을 거쳐 정착단계에 이르게 된다. 이것은 유가증권에 대한 物權法과 債權法의 규율을 거쳐 새로운 有價證券法의 誕生過程을 되돌아 보면 잘 알 수 있다. 지적소유권의 경우에도 이에서 벗어날 수는 없을 것이다.

종래 지적재산을 보호하는 방법에는 特許權的 方法과 著作權的 方法이 주류를 이루고 있었으나 1984년 미국의 반도체칩법의 성립을 계기로 제3의 방법이라고도 할 수 있는 보호방법이 탄생되었다. 이러한 법의 성립의 의의는 여러가지로 논의될 수 있을 것이나 적어도 旣存의 法理만으로는 새로이 발생하는 지적재산을 적절히 보호할 수 없음을 말해준다 할것이다. 산업디자인은 그동안 기존법제의 이용을 통하여 배타적으로 혹은 중복적으로 보호하여 왔다. 그러나 이제는 노출된 문제점을 교훈삼아 새로운 방법을 모색할 단계에 와 있다고 본다.

본 결론에서는 特許權과는 다른 模倣禁止權에 기초한 새로운 법의 제정을 제안하는 이

182) 이 점은 다른 저작물과 비교하여 불리한 취급이 아니냐는 의문이 있을 수 있지만 보호기간이 단축되는 것은 당해 물품으로 한정하면 큰 문제는 없다고 본다. 또 미술저작물은 다른 저작물과 달리 그 가치의 대부분이 원작품에 화체되어 있어 미술저작물은 복제권(저작권)도 중요하지만 그것 못지 않게 소유권 행사를 통해 재산적 이득을 획득한다. 즉 유체물과 유사한 면이 있다. 그러므로 복제권의 단축에서 오는 재산적 손실(?)은 모든 미술저작물에 추구권을 신설함으로써 보전될 수 있을 것이다. 追求權에 대해서는, 宋永植 外, 前揭書, 119면 참조.

183) 영국 CDPA 부칙4, 1949년 등록의장법 개정법 제8조 5항 참조.

유를 최종적으로 요약한 후 새로운 법의 제정을 제안하기로 한다.

2. 模倣禁止權으로 구성할 것을 제안하는 이유

특허법에서 발명자에게 차단효있는 獨占權을 부여하는 이유는 기본적으로는 이 제도의 당초에 기술발전을 위해서 營業特權을 賦與했다는 연혁적 이유에 의한다. 그럼에도 불구하고 이러한 방법이 오늘날에도 그대로 통용될 수 있는 것은 천재적 발명가에 의한 진보적 발명은 기술의 발전을 앞당기는 것이고, 이러한 발명을 공개하여 기술개발을 앞당긴 자에 대한 獨占權의 부여는 기술을 앞당긴 것에 대한 대가로서 그 나름대로의 합리성을 가진다. 또 기술이 공개되지 아니함으로 인한 기술의 사장이나 기술개발에의 중복투자는 국가 전체적 입장에서 바람직 하지 않다. 그러므로 특허를 통한 獨占의 폐해는 감내할 가치가 있다.

이에 반해 디자인의 경우에는 이미 살펴본 바와 같이 직선적 발전이라고 하는 것은 생각하기 힘들고 이에 대한 獨占權의 부여는 그 합리적 이유를 발견하기 힘들다. 물론 디자인도 전혀 미적인 것에서 순수 기능적인 것 까지 다양하므로 일률적으로는 말할 수 없다. 그러나 이러한 기능적 디자인은 그 기능향상 여하에 따라 특허나 실용신안에 의한 獨占的 保護도 가능하다. 이러한 경우를 제외한 통상의 디자인의 경우에 차단효 있는 獨占權의 부여는 다음과 같은 이유에서 부당하다.

1) 特許權과 동일한 이유에서 디자인을 獨占權으로 보호하려면 보호의 요건으로서 新規性이나 進步性을 구비하여야 하나, 디자인의 특성상 이러한 요건을 요구하는 것은 미국의 예에서 보는 바와 같이 합리성이 없다. 디자인의 경우는 다분히 유행이나 그 시대의 취향의 산물이므로 소비자의 선택을 떠난 우열의 판단은 불가능하고 불필요하다. 또 어느 시대, 어느 장소에서 한번 존재하였다는 사실만으로 부조건 권리를 부정하는 것도 디자인의 특성에 비추어 타당하지 못하다.

2) 새롭게 창작된 모든 디자인에 獨占權을 부여하는 것은, 당해 디자인에 지나친 잉여가치를 부여하는 것이며, 타인의 영업의 자유를 심히 해친다. 이것은 헌법의 정신과도 합치하지 아니한다. 즉 자유가 원칙이고 이에 대한 제한은 "국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여" 필요한 경우에 가능하다는 헌법의 규정과도 조화될 수 없다. 商標權이나 特許權을 獨占權으로 구성하여 타인의 영업의 자유를 제한하는 것은 그나름대로의 합리성, 즉 산업질서의 유지와 이를 통한 소비자의 보호 및 기술발전을 통한 공공복리의 향상이라는 일정한 합리적 이유를 가지고 있다. 또 발명의 경우에는 공개를 장려하여 기술이 비밀로 사장되는 위험을 제거할 필요가 있다. 그러나 마케팅도구로서의 디자인은 이와는 사정이 전혀 다르다. 디자인의 경우는 타인의 자유를 억압하고서라도 獨占적으로 보호하여야 할 합리적인 이유를 어디에서도 발견할 수 없다. EC 그린페이퍼가 「권리의 범위를 복제에 대한 보호로 제한할 실질적 이유가 없다」는 이유로 登錄디자인權에 獨占權을 부여하였으나 이것은 본말이 전도된 이론이다. 디자인의 보호는 모방으로 부터의 보호로 일관하여도 하등 불합리한 점이 없다.

3) 獨占權으로 구성하여 보호하는 경우는 심사주의를 택하는 것이 正道이고, 심사주의를 택하는 경우의 문제점은 이미 일본의 예에서 잘 살펴 보았다. 만약 이를 피하기 위하여 무심사주의를 도입하면 많은 가치 없는 디자인에 권리가 부여되어 이들이 무효로 선언될 때 까지는 진정한 권리로서 존중되게 된다. 이것은 오히려 산업발전을 저해할 우려가 크다. 또 獨占權으로 구성하면 기존 등록디자인과 저촉되지 않기 위해서 사전 조사가 필수적이다. 이에는 많은 비용과 시간이 필요하다. 이것은 창작 보다는 사전조사에 노력을 경

주하게 하여 오히려 디자인의 발전을 저해시킬 뿐만 아니라 마케팅도구로서의 디자인을 개발한 자가 신속히 시장에 접근하는 것을 방해한다. 결과적으로 국가의 산업발전을 저해한다.

4) 模倣禁止權的 體制下에서는 국가별 디자인 능력이 대략 그대로 권리화될 가능성이 높으나, 獨占權적 체제하에서는 全部 아니면 全無의 결과로 되므로 디자인 개발능력이 낮은 나라에서는 자기의 능력보다 훨씬 밑도는 권리 밖에 취득할 수 없다.

한편 EC 법과 같은 模倣禁止權을 통한 보호와 차단효 있는 獨占權을 통한 보호의 연계는, 등록이 없는 동안 제3자의 독자적 창작을 허용하다가 등록이 있으면 제3자의 독자적 창작을 금지한다는 측면에서 처음부터 獨占權으로 보호하는 경우보다도 더욱 법적안정성을 해친다.

이상의 이유에서 디자인의 보호는 登錄의 有無에 불구하고 模倣禁止權으로 일관하는 것이 타당하다고 본다.

3. 提案

끝으로 다음과 같은 내용이 담긴 디자인 보호법의 제정을 제안한다.

3.1 보호의 대상

보호의 대상은 오로지 기술적 효과를 얻기 위해서 필요한 형태를 제외한, 즉 조형적 임의성이 없는 형태를 제외한, 인간의 감각에 의해서 판단될 수 있는 물품의 외관으로 한다. 다만 공서양속에 어긋나는 물품의 형태나 극히 평범하고 흔한 형태를 제외한다. 이에 관한 法規定(案)을 예시하면 다음과 같다.

1) 산업디자인과 물품의 정의

(1) 본법상 디자인이란 물품 그자체 또는 그 장식의 선, 윤곽, 색채, 형태 또는 재질의 특징으로 부터 유래하는 물품의 전체 또는 부분의 외관을 의미한다.

(2) 본법상 물품이란 디자인이 적용된 제품으로서 대통령령으로 정하는 일정수량 이상의 공업적 또는 공예적 제품을 의미한다. 본법상의 물품에는 조립제품의 부품, 제품의 한벌이나 합성품, 포장, 그래픽 심볼, 인쇄서체를 포함한다. 다만 반도체 집적회로나 컴퓨터 프로그램은 본법상의 물품속에 포함되지 아니한다.

2) 보호에서 제외되는 디자인

오로지 기술적 효과를 얻기 위해서 필요한 형태로서 다른 형태에 의해서는 당해 기술적 효과를 얻을 수 없는 물품의 형태, 공서양속에 어긋나는 물품의 형태, 극히 평범하고 흔한 형태는 본법의 보호를 받지못한다.

3.2 권리의 내용

보호의 내용은 模倣禁止權으로 한다. 또 경쟁을 촉진하고, 혹시 있을지도 모를 獨占으로부터의 폐해를 방지하기 위하여 일정한 경우에 보호의 예외를 인정한다. 법규정(안)을 예

시하면 다음과 같다.

(1) 디자인 창작자나 창작자로 부터 권리를 승계한 자는 당해 디자인을 업으로써 배타적으로 사용할 권리를 가진다.
(2) 동일·유사한 디자인이라 하더라도 다음의 경우에는 권리가 미치지 아니한다.
① 타인이 독자적으로 창작한 디자인
② 다른 물품에 연결되거나 접속되는 물품의 형태로서 당해 물품이 기능을 발휘하기 위해서는 당해 물품의 형태가 다른 물품의 형태에 제약을 받지 않을 수 없는 경우
③ 물품의 제작자가 그 물품을 다른 물품의 수리용 부품으로서 제작한 경우로서, 다른 물품의 원상복구를 위해서, 전체를 구성하는 다른 물품속에 포함되었던, 수리를 요하는 당해 부분의 본래의 형태를 복제한 경우

3.3 권리의 존속기간 및 존속기간의 연장

공표로 부터 권리가 발생하는 것으로 하되, 그 보호기간은 2년으로 한다. 보다 장기의 보호를 원하는자는 공표로 부터 2년이내에 출원등록하도록 하고 보호기간은 등록으로 부터 5년으로 하며, 4회에 한하여 출원을 更新할 수 있도록 한다. 다만 최대의 보호기간은 공표로 부터 25년을 넘지 않는 것으로 한다. 법규정(안)을 예시하면 다음과 같다.

(1) 디자인에 관한 권리는 당해 디자인을 공표한 때로 부터 2년간 존속한다. 다만 공표로 부터 2년이내에 당해 디자인을 특허청의 등록부에 등록한 경우에는 당해 권리는 등록으로 부터 5년간 존속한다.
(2) 등록 디자인권의 권리 소멸전 6월 이내에 연장등록을 한 경우에는 당해 디자인권은 5년간 연장된다. 연장등록은 4회까지 할 수 있다.
(3) 디자인권은 공표로 부터 25년 이상 존속할 수 없다.

3.4 등록을 위하여 출원하는 경우의 심사범위 - 형식요건심사

등록을 위하여 출원하는 경우에도 형식적 심사에 그치며, 실체요건에 관한 심사는 하지 아니한다. 법규정(안)을 예시하면 다음과 같다.

(1) 디자인을 창작한자 및 그 승계인은 디자인의 공표로 부터 2년이내에 디자인권의 설정등록을 신청할 수 있다.
(2) 설정등록이 있는 경우에 특허청장은 ① 신청자가 디자인 창작자 등이 아닌 경우 ② 창작자 등이 2인 이상으로서 공동신청을 하여야 함에도 그러하지 아니한 경우 ③ 공표로 부터 2년이 경과한 후에 신청하는 경우 ④ 권리소멸 후에 연장등록신청을 하는 경우 ⑤ 신청서가 대통령령으로 정한 방식적 요건을 구비하지 못한 경우를 제외하고는 설정등록을 하여야 한다.

3.5 등록의 효과 - 권리추정, 대항력과 악의의 추정

등록을 장려하고 분쟁시 공평한 해결을 위하여 출원등록에 대해서는 보호기간의 연장이외에도 창작과 권리에 대한 일정한 추정효과를 부여한다. 법규정(안)을 예시하면 다음과

같다.

(1) 산업디자인이 특허청 등록부에 등록된 경우는 등록신청서에 창작자로 기재된 자에 의하여, 기재된 날에 창작된 것으로 추정한다.
(2) 디자인권의 양도 및 디자인권을 목적으로 하는 질권의 설정, 이전은 등록하지 아니하면 제3자에 대항할 수 없다.
(3) 등록된 디자인과 동일·유사한 디자인을 구현한 물품을 업으로써 이용하는 자는 당해 디자인이 타인에 의해 등록된 디자인임을 알고서 이용하는 것으로 추정한다.

3.6 著作權과의 調整規定

著作權과의 重複保護를 피하기 위하여 著作權과의 調整規定을 둔다.

(1) 본법이 규정하는 산업디자인은 저작권법의 보호를 받을 수 없다.
(2) 미술저작물이 본법이 정하는 물품의 디자인으로 이용된 경우에는 본법에 의한 보호만을 받을 수 있다.
(3) 미술저작물을 산업디자인으로서 등록한 경우라도, 당해 미술저작물의 보호기간이 만료하면 당해 登錄디자인權은 소멸한다.

參考文獻

(國內文獻)

[單行本]

김진평 외, 『한글 글자꼴 기초연구』, 한국출판연구소, 1990.
명승수, 『현대디자인학의 지평』, 도서출판 디자인하우스, 1986.
상공부/産業디자인포장개발원, 『産業디자인보도자료』 (1993.5-1994.5), 1994.
宋相現 외, 『EC의 商標法에 관한 硏究』, 경제기획원, 1991.
宋永植·李相정·黃宗煥, 『知的所有權法』 (제3전정판), 육법사, 1994.
스티븐 베일리/손호철 譯, 『인더스트리얼 디자인의 역사』, 悅話堂, 1985.
梁承斗, 『工業所有權法』, 法經出版社, 1984.
앤 페레비/서병기 譯, 『디자인小史』, 미진사, 1992.
尹鍾廉 編譯, 『意匠法』, 三慶堂, 1984.
李基秀·鄭陳燮·黃宗煥·李德錄·宋永植, 『知的財産權法』 (上), 한빛지적소유권센터, 1994.
이면우, 『W이론을 만들자』, 지식산업사, 1992.
이호홍, 『타이프페이스의 법적보호에 관한 연구보고서』, 著作權審議調停委員會, 1991. 12.
著作權審議調停委員會 편, 『한국 著作權 판례집』 (I) (著作權關係資料集 7), 1990.
———————————, 『한국 저작권 판례집』 (2) (저작권관계자료집 15), 1994.
張仁淑, 『著作權法原論』, 寶晉齋出版社, 1989.
정경원, 『디자인이 경쟁력이다』, 웅진출판, 1994.
黃迪仁·鄭順姬·崔現鎬, 『著作權法』, 法文社, 1988.

黃宗煥,『意匠法』, 한국공업소유권아카데미, 1989.
許嬉成,『新著作權法逐條槪說』, 汎友社, 1988.

[논문·기타]

金文煥,「金屬工藝와 知的所有權」,『국민대학교 법학논총』 제2집, 1989.
김영기,「신경제와 産業디자인」, 동아일보 1993. 6. 6, 5면.
김정술,「著作權保護의 세계적 추세」,『계간 著作權』 제3호, 著作權審議調停委員會, 1988. 10.
金宗潤,「미국에서의 産業디자인보호」,『特許文化』, 1993. 1/2.
朴文錫,「미술저작물과 意匠의 創作性에 관한 비교적 고찰 및 미술저작물의 창작성 판단 기준」,『계간 著作權』 제10호, 저작권심의조정위원회, 1990. 6.
박성호,「글자꼴 著作權 불인정 판결에 할말 많다」,『출판저널』, 1994. 5.
宋相現,「컴퓨터소프트웨어의 개발자와 이용자와의 법률관계」,『법학』 제28권 3·4호, 서울대학교 법학연구소, 1987. 12.
———,「集積回路의 知的所有權에 관한 條約草案에 대한 一考」,『법학』 제30권 3·4호, 서울대학교 법학연구소, 1989. 12.
———,「"국가간 지적소유권분쟁의 해결에 관한 조약(안)"에 관한 연구」,『법학』 제35권 1호, 서울대학교 법학연구소, 1994. 5.
정경원,「대학産業디자인학과의 교육현황과 개선방안」,『대학교육』 제71호, 한국대학교육협의회, 1994, 9/10.
丁相朝,「영·미의 産業디자인보호법제에 관한 소고」(1),『지적재산』, 1993. 9.
정호열,「부정경쟁방지법에 관한 연구」, 서울대학교 대학원(박사학위논문), 1991. 8.
許嬉成,「캐릭터의 법적 보호」(1991년도 제4차 상설 著作權講座), 著作權審議調停委員會, 1991. 12. 18.

(日本文獻)

[單行本]

豊崎 外 共譯, フランス特許·商標·意匠, AIPPI日本部會, 1973.
勝本正晃, 民法·著作權法上の諸問題, 創文社, 1974.
中川善之助/阿部浩二, 著作權, 第一法規, 1977.
高田忠, 意匠, 有斐閣, 1978.
Herman Cohen Jehoram/播磨良承 譯, 意匠の保護, 發明協會, 1983.
播磨良承, デザインの保護, 六法出版社, 1985.
齊藤瞭二, 意匠法, 發明協會, 1985.
日本特許廳, 工業所有權百年史(上, 下, 別卷), 發明協會, 1985.
日本工業所有權法學會, 意匠制度の現狀と課題-日本工業所有權學會年報 12호, 有斐閣, 1989.
川口博也, アメリカ特許法概說, 發明協會, 1990.
半田正夫=紋谷暢男編, 著作權のノウハウ(新裝第4版), 有斐閣, 1990.
————, 意匠法概說, 有斐閣, 1991.
足立光夫, 意匠實務入門, 發明協會, 1992.

財團法人 ソフトウェア情報センター譯, OTA(美國議會技術評價局)レポト, ソフトウェアと知的財産權, 日本評論社, 1993.
齊藤 博/半田正夫, 著作權判例百選, 有斐閣, 1994.
Latman 外, 內藤篤 譯, 米國著作權法詳解(上), 信山社, 1991.
半田正夫, 著作權法 概說(7판), 一粒社, 1994.
牛木理一, 意匠法の研究(四訂版), 發明協會, 1994.
田村善之, 不正競業法概說, 有斐閣, 1994.
小野昌延, 不正競爭防止法概說, 有斐閣, 1994.
山本庸幸, 不正競爭防止法入門, ぎよせい, 1994.
G. H. C. Bodenhausen, 橋本良郎/後藤晴男 譯, *PARIS CONVENTION FOR THE PROTECTION OF INDUSTRIAL PROPERTY*, AIPPI·JAPAN, 1976.

[硏究報告書]

知的財産硏究所, 短ライフサイクル意匠の保護制度に關する調査硏究- 意匠の早期保護に向けての硏究, 1991.
————————, タイプフェイスの保護制度に關する調査硏究, 1991.
————————, 意匠の國際的保護のあり方についての基礎的硏究, 1992.
————————, 不正競爭防止法に關する調査硏究, 1992.
————————, 意匠權の保護範圍の明確化に關する調査硏究, 1994.

[論文]

小泉直樹, 商品の形態の保護をめぐる競業法と創作法の調整, 法學協會雜誌 106권 6호- 8호, 1989.
————————, いわゆる美的機能性について, 日本工業所有權學會年報 16호, 有斐閣, 1992.
————————, 他人の商品等の不當な模倣, NBL No. 502, 1992.
板井一瓏, 著作權と意匠權との關係についての一考察, 工業所有權の基本的課題(下), 有斐閣, 1975.
川口博也, 著作權法による意匠の保護, 無體財産權法の諸問題, 法律文化社, 1980.
森本敬司, 意匠登錄制度改革試論, 工業所有權法硏究 No. 95, 1987. 12.
————————, 意匠登錄制度について留意點, 特技懇 No. 150, 特許廳技術懇話會, 1990. 4.
————————, 知的財産權法上の權利のない商品形態の模倣, 小野昌延先生還曆記念 判例 不正競業法, 發明協會, 1992.
馬場嚴, 應用美術の保護, 著作權硏究 No. 17, 1990.
水野みな子, 各國における意匠の表現, 特技懇 No. 150, 特許廳技術懇話會, 1990. 4.
————————, 資料で探る意匠をとりまく國際狀況, *DESIGNPROTECT* No. 9/10/12/ 14/16/18, 1990. 6/8, 1991. 1/5/12, 1992. 5.
松尾和子, スラウィツシユ·イミテーシヨンと意匠盜用, 海外商事法務 Vol. 50, 1966. 8.
————————, 物品の形狀等全體の保護, 原 增司判事退官記念 工業所有權基本的課題(下), 有斐閣, 1975.
————————, 意匠の保護-意匠制度の改革について, 特許硏究 9號, 發明協會, 1990. 3.
大瀨戶豪志, 西ドイツ意匠法について, 特技懇 No. 153, 特許廳技術懇話會, 1990. 9.
————————, 意匠·デサイン保護の新たな潮流 -イギリス法のMP草案との比較, 特許硏究 12호, 發明協會, 1991. 10.

————, [ヨーロツパ意匠法]に關するマツクス·プランク草案について, 工業所有權法研究 120호, 1992. 12.
小原三佑嘉, 應用美術の國際保護の必要性, 海外商事法務 Vol. 40, 1965. 10.
William T. Fryer III, デザインの使用者が勸める國內法の改正, ECのアプローチ及びハーモナイッションの戰略, *AIPPI* Vol. 36, No. 5, 1991.
牛木理一, 議題 73; 意匠保護の法的經濟的意義, *AIPPI* Vol. 28, No. 9, 1983.
————, 英國にみるデザイン保護の變遷と將來への展望, 無體財產權法と商事法の諸問題, 有斐閣, 1981.
————, 英國の新しいデザインの保護制度(上,中,下), パテント Vol. 42, No. 4/5/6, 1989.
————, 意匠の國際的保護の改善, *AIPPI* Vol. 36 No. 4, 1991.
————, ECにおけるデザインの法的保護に關する報告書, *AIPPI* Vol. 36, No. 11, 1991.
————, 新不正競爭防止法と意匠の保護, パテンント Vol. 46, No. 6, 1993.
生田井文, 西ドイツ法における應用美術の著作物の變遷, 知的所有權論考, 富山邦, 1985.
佐藤惠太, デザインの法的保護, 特技懇 No. 152, 特許廳技術懇話會, 1990. 4.
————, 早期保護すべき意匠及び保護のあり方に關するアンケート, *DESIGN- PROTECT* No. 16, 1991. 12.
————, 紹介·EC統一デザイン規則に關するグリーンペイパについて, 工業所有權法研究, No. 108, 1991. 10.
————, 商品形態の保護における技術的形態除外論の意義, 小野昌延先生還曆記念 判例不正競業法, 發明協會, 1992.
————, 日本の意匠法の特質について, 日本工業所有權學會年報 제17호, 有斐閣, 1993.
————, 意匠保護法制の再檢討, 法學新報 99권 1·2, 5·6, 7·8호/100권 3·4호, 中央大學法學會, 1993/1994.
池端亨一, 意匠保護のための美國著作權法改正案, 特許研究 4호, 發明協會, 1987. 4.
阿部公正, 應用美術の概念について, 特許研究 2호, 發明協會, 1986. 9.
松井正道, 應用美術の保護について, 特許研究 2호, 發明協會, 1986. 9.
滿田重昭, 最近の歐洲における意匠保護の動向について, 特許研究 10호, 發明協會, 1990. 10.
田村善之, 他人の商品のデッド·コピーと不法行爲の成否, 特許研究 14호, 發明協會, 1992. 10.
盛岡一夫, 改正西ドイツ意匠法, 比較法, 東洋大學, 1988.
紋谷暢男, 意匠制度, 特技懇 No. 143, 特許廳技術懇話會, 1989. 2.
意匠制度研究會, 意匠を考える
① 意匠と物品の關係, 發明 Vol. 81, No. 8, 1984. 8.
② 類否判斷の諸觀點, 發明 Vol. 81, No. 9, 1984. 9.
③ 美感を踏まえた類似, 發明 Vol. 81, No. 10, 1984. 10.
④ 創作容易と類似, 發明 Vol. 81, No. 11, 1984. 11.
⑤ 意匠法改正の歷史的流れからのアプローチ, 發明 Vol. 81, No. 12, 1984. 12.
⑥ システムデザインの保護, 發明 Vol. 82, No. 1, 1985. 1.
⑦⑧ 類似意匠制度(1)(2), 發明 Vol. 82, No. 2/3, 1985. 2/3.
⑨⑩ 意匠制度に救めるもの(1)(2), 發明 Vol. 82, No. 4/5, 1984. 4/5.
Otto E. Weber, 瀧野秀雄譯, 西ドイツ意匠法の改正について, 發明 Vol. 85, No. 5, 1988. 5.
久木元彰譯, 1962年8月女王の命により通商産業大臣が議會に提出した工業的意匠に關する報告書, *AIPPI* Vol. 14, No. 1-8, 1969. 1-8.
Greif, Daniel Q., グローバル企業における商標び意匠の保護とその展開, 特許管理 Vol. 41, No. 10,

1991.
Fellner, Christine, 英國の工業デザイン法, *DESIGNPROTECT* No. 15, 1991. 8.
Levin, Marianne, 歐洲における意匠の保護, 特許管理 Vol. 41, No. 11, 1991
Saber, Charles W., 藤野仁三 譯, 製品デザインの商標保護の可能性, *AIPPI* Vol. 35, No. 1, 1990.
特許廳意匠課, 意匠制度檢討に關する中間報告について, パテント Vol. 43, No. 2, 1990. 2.

(歐美文獻)

[單行本]

Bainbridge, David I., *Intellectual Property*, Pitman, 1992.
———————— , *Intellectual Property*, Pitman, 1993.
Borchard, William M., *Advanced Seminar on Trademark Law*, Practising Law Institute, 1993.
Chisum, Donald S./ Jacobs, Michael A., *WORLD INTELLECTUAL PROPERTY GUIDEBOOK, United States,* Mathew Bender & Company, 1992.
Cornish, W.R., *Intellectual Property*, Sweet & Maxwell, 1989.
———————— , *WORLD INTELLECTUAL PROPERTY GUIDEBOOK, United Kingdom*, Mattew Bender, 1991.
ed Dawid, Heinz, *Pinner's World Unfair Competition Law*, Sijthoff & Noordhoff, 1978.
DuBoff, Leonard D., *Art Law*, West Pub. Co., 1984.
Dworkin, Gerald/ Taylor, Richard D., *Blackstone's Guide to the Copyright, Designs and Patent Act 1988*, Blackstone, 1989.
Eichman, Helmut/ v. Falckenstein, Roland, *Geschmacksmustergesetz*, C. H. Beck, 1992.
Fellner, Christine, *The Future of Legal Protection for Industrial Design,* - A Report commissioned by the Common Law Institute of Intellectual Property Unit, Queen Mary College, London. published by ESC publishing Limited, Oxford, 1985.
Freeman, WM. Marshall, *The Patent and Designs Act 1907*, HORACE COX, 1908.
Furler, Hans, *Geschmacksmustergesetz* (4 Auf.), Carl Heymanns Verlag, 1985.
Greffe, Pierre /Greffe, Francois, *TRAITE DES DESSINS ET DES MODELES*, 4e edition, litec, 1988.
Goldstein, Paul, *COPYRIGHT,* Little, Brown and Company, 1989.
————————, *COPYRIGHT, PATENT, TRADEMARK and RELATED STATE DOCTRINES-Cases and Materials on the Law of Intellectual Property*, 3d ed., Foundation Press, 1993.
Halpern, Sheldon W./Shipery, David E./Abrams Howard B., *COPYRIGHT-cases and materials*, West Pub., 1992.
Hubmann, H., *Gewerblicher Rechtsschutz* (5.Auf.), C. H. Beck, 1988.
Ladas, Stephen P., *Patent, Trademark, and Related Rights-National and International*, Harvard University Press, 1975.
Latman, Gorman & Ginsburg, *Copyright for the Nineties*, cases and Materials. 3d ed., The Michie company, 1989.
MacQUEEN, HECTOR L., *Copyright, Competition and Industrial Design*, ABERDEEN UNIVERSITY PRESS, 1989.

McManis, Charles R., *Unfair Trade Practices*, West Pub. Co., 1992.
Merkin, Robert, *Richards Butler on Copyright,Design and Patent: The New Law*, Longman, 1989.
Morris, A I/ Quest, Barry, *Design: The Modern Law and Practice*, London, 1987.
Nimmer, Melville B., *NIMMER ON COPYRIGHT*, Matthew Bender, 1986.
Nimmer, Melville B./ Marcus, Paul/ Myers, David A./ Nimmer, David, cases and materials on *COPYRIGHT*, West Pub., 1991.
Ricketson, Sam, *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986*, Centre for Commercial Law Studies Queen Mary College, 1987.
ed Ruester, Bernd, *WORLD INTELLECTUAL PROPERTY GUIDEBOOK, Federal Republid of Germany, Austria, Switzerland*, Mathew Bender & Company, 1991.
Stewart, Stephen M., *International Copyright and Neighbouring Rights* (2d), Butterworths, 1989.
Thorn, Eric A., *Understanding Copyright* : A Practical Guide, Jay Books, 1989.
WIPO, *BACKGROUND READING MATERIAL ON INTELLECTUAL PROPERTY*, WIPO Publication, 1988.

[研究報告書]

Copyright and Designs Law: Report of the Committee to consider the Law on Copyright and Designs (Cmnd 6732: March 1977).
Reform of the Law relating to Copyright, Designs and Performers' Protection (Cmnd 8302: July 1981).
Intellectual Property Rights and Innovation (Cmnd 9117: December 1983).
INTELLECTUAL PROPERTY AND INNOVATION; *Presented to Parliament by the Secretary of Trade and Industry by Command of Her Majesty April 1986* (Cmnd. 9712), 1986. 4.
Commission of the European Communities, Green Paper on the Legal Protection of Industrial Design/Working document of the services of the Commission, III/F/5131/91 EN-June 1991.
———————————————, Proposal for a EUROPEAN PAR- LIAMENT AND COUNCIL REGULATION on the Community Design, COM(93) 342 final- COD 463, 1993. 12. 3.
———————————————, Proposal for a EUROPEAN PAR LIAMENT AND COUNCIL DIRECTIVE on the legal protection of designs, COM(93) 344 final- COD 464, 1993. 12. 3.

[論文]

Allen,E.S., Design Patentability, *JPOS* Vol. 9, 1927.
Aoki, Keith, Contradiction and Context in American Copyright Law, *Cardozo Art & Entertainment Law* Vol. 9, 1991.
Arrigucci, Mario, When fashion trends become property, *MIP* 1993. 7/8.

Bailie ,Iain C., A Frustration of Good Design, *EIPR,* 1991. 9.

Beir, Friedrich-Karl, The Development and Present Status of Unfair Competetion Law in Germany- An Outline, *IIC* Vol. 4, No. 1, 1973.

Berman, Charles/ Lambrecht, Nancy S., Designs in the United States and Japan, *EIPR,* 1992. 2.

Bowie, Rosemarie G., United States Legislative Activity for Alterative Industrial Design Protection, *Balt. L. Rev.* Vol. 19, No.1/2, Fall 1989/Winter 1990.

Brouer, D., New Industrial Designs Law in the Federal Republic of Germany, *INDUSTRIAL PROPERTY - June 1988.*

Brown, Ralph S., Design Protection: An Overview, *U.C.L.A. Law Review,* Vol. 34, 1987.

————————, Copyrght-like protection, *Balt. L. Rev.* Vol. 19, No. 1/2, Fall 1989/Winter 1990.

Brycman, Jean, Design law in overdrive, *MIP* 1993. 7/8

Burgunder, Lee B., Product Design Protection after *BOTINO BOATS*: Where It Belongs and How It Should Get There, *American Business Law Journal* Vol. 28, No. 1, Spring 1990.

Burke, Wallace R., Evolution of the nonobviousness standard: 35 U.S.C. Sec.103 for design patents, *Balt. L. Rev.* Vol. 19, No. 1/2, Fall 1989/Winter 1990.

Coleman, Gayle, The Protection of Useful Articles and the Elusive Concept of Conceptual Separability: *Brandir International Inc. v. Cascade Pacific Lumber Co., Nova Law Rev.,* Vol. 13, No. 3, 1989 Spring.

Comment, Copyright Protection for Mass-Produced, Commercial Products, *Chi. L. Rev.* 1971.

————, Copyrighting Three-Demensional Objects: *Norris Industries v. Intenational Telephone and Telegraph Corp, Baylor L. Rev.,* No. 35, 1983.

————, The Protection of Useful Articles and the Elusive Concept of Conceptual Separability: *Brandir International Inc. v. Cascade Pacific Lumber Co., Nova. L. Rev.* Vol. 13, 1989.

Cornish, W. R., Design Again, *EIPR,* 1991. 1.

Crowley, Richard P., The Register of Copyrights as an Art Critic, *COPYRIGHT LAW SYMPOSIUM* (ASCAP) No.11, COLUMBIA UNIVERSITY PRESS, 1962.

Cuonzo, Gabriel/Holden Julla, Design Protection for Motor Car Spare Parts ? ; Hella KG v ARIC SNC, *EIPR,* 1994. 7.

Curtin, John Michael,"Inherently Distinctive" Trade dress in the United States, *Trademark World,* 92. 11.

Denicola, Robert C., Applied Art and Industrial Design; A Suggested Approach to Copyright in Useful Articles, *Minn. L. Rev.,* Vol. 67, 1983.

Derenberg, Walter J., Copyright No-Man's Land; Fringe Rights in Literary and Artistic Property, in 1953 Copyright Problems Analyzed, 1953.

Dratler, Jay, Trademark protection for industrial design, *U. Ill. L. Rev.,* Vol. 1988, No. 4, 1988.

Durie, Robyn, UK Copyright, Designs and Patents Act 1988, *IIC,* Vol. 20, No. 5, 1989.

Eichmann, Helmut, Geschmacksmusterrecht und EWG-Vertrag, *GRUR Int.,* 1990. 2.

Englert, B., The Law of Industrial Designs in Germany- Actual State and Reform Proposals, *IIC,* Vol. 12, No. 6, 1981.

Falkies, A. Nicolas, In defense of product configulation protection, *U. Pa. J. Int'l Bus. L.*, Vol. 10, 1988.

Fellner, Christine, The New United Kingdom Industrial Design Law, *Balt. L. Rev.*, Vol. 19, No. 1/2, Fall 1989/Winter 1990.

Firth, Alison, Aspects of Design Protection in Europe, *EIPR*, 1993. 2.

Fitzpatrick, S., Protection of Functional Articles-Recent Change in Irish Law, *INDUSTRIAL PROPERTY*, December 1988.

Frijouf, Robert F., Simultaneous Copyright and Patent Protection, *COPYRIGHT LAW SYMPOSIUM* (ASCAP) No. 23, COLUMBIA UNIVERSITY PRESS, 1977.

Fryer III, William T., Design Users Suggest National Law Changes, EC Approach and Harmonisation Strategy: Federal Republic of Germany Surveys on Design Ptotcction, *EIPR*, 1990. 10.

————————, Industrial Design protection in the United States of America-Present Situation and Plans for Revision, *INDUSTRIAL PROPERTY*- March 1988: *Balt. L. Rev.* Vol. 19, No. 1/2, Fall 1989/Winter 1990

Gifford, Daniel J., The interplay of product definition, design and trade dress, *Minn. L. R.*, Vol. 75, No. 3, 1991. 2.

Hauhart, Robert C., The Eternal Wavering Line-The Contiuing Saga of Mazer v. Stein, *Hamline L.Rev.*, Vol. 6, 1983. 2.

Henning-Bodewig, Frauke/ Ruijsenaars, Heijo E., Alternative Protcction for Product Design-A Comparative View of German, Benelux and US Law, *IIC* , No. 5, 1992.

Holmes, Thomas, Product Simulation in the Eighth Circuit, *Nebraska Law Review*, Vol. 57, 1978.

Horton, Audrey A., Industrial Design Law: The Future of Europe, *EIPR*, 1991. 12.

————————, European Design Law and the Spare Parts Dilemma: The Proposed Regulation and Directive, *EIPR*, 1994. 2.

Hudson, Thomas B., A Brief History of Design Patent protection in the United States, *JPOS*, Vol. 30, No. 5, 1948.

Jeremiah, Joanna R., Passing Off the 'Buzzy Bee': When Get-up Can Be Functional, EIPR, 1994. 8.

Jehoram, Herman Cohen, The EC Green Paper on the Legal Protection of Industial Design, *EIPR*, 1992. 3.

————————, Hydrids on the boderline between copyright and industrial property law, *REVUE INTERNATIONALE DU DROIT D'AUTEUR* 153, JUILLET 1992.

Johnston, Albert C., Where is the protection for creative product design ?, *Balt. L. Rev.*, Vol. 19, No.1/2, Fall 1989/Winter 1990.

Katzenberger, Paul, Protection of Industrial Designs in Germany, *IIC*, Vol. 6, No.3, 1975.

Kelbel, Gunter, Das neue Geschmackmusterrecht, *GRUR*, 1989. 9.

Kim, Young-Chol, Trade Dress Infringement in Korea, *Trademark World*, 92. 10.

Kluth, Daniel J./ Lundberg, Steven W., Design Patents: A New Form of Intellectual Property Protection for Computer Software, *JPTOS*, 1988. 12.

Krieger, Deborah J., The broad sweep of aesthetic functionality, *Fordham L. Rev.*, Vol. 51, No. 2, 1982.

Krueger, Christof, Designs Between Copyright and Industrial Property Protection, *IIC*, Vol. 15, No. 2, 1984.

Kucsko, Guido/ Knittel, Herbert, Das neue osterreichische Musterschutzrecht, *GRUR Int.*, 1991 8/9.

Kur, Annette, EG-Geschmackmusterschutz und Kfz-Ersatzteile - Eine Erwiderung, *GRUR Int.*, 1993. 1.

————, The Green Paper's Design Approach'- What's Wrong with it ? *EIPR*, 1993. 10.

Lahore, James, The Herchel Smith Lecture 1992 : Intellectual Property Rights and Unfair Copying : Old Concepts, New Ideas, *EIPR*, 1992. 12.

Lane, Shelley, Design Copyright, *EIPR*, 1988. 10.

Lehrer, Erica, The Design of Design Law Today, *COPYRIGHT LAW SYMPOSIUM* (ASCAP) No. 35, COLUMBIA UNIVERSITY PRESS, 1989.

Levin, Marianne, Recent Developments in Nordic Design Protection, *IIC*, Vol. 19, 1988.

Lindgren, Thomas B., The Sanctity of the Design Patent; Illusion or Reality? 20 Years of Design Patent Litigation Since Compo- , 10 *Okla.City U.L. Rev.*, 1985.

Loschelder, Mlchael, The New German Model and Design Act, *IIC*, Vol. 19, 1988.

Michaelsen, Alfred L., Design Patents and Obviousness- Obvious to whom? *IDEA*, Patent Trademark & Copyright Journal of Research and Education, Vol. 13, No. 3, Fall 1969.

Milch, Neal, Protection for Utilitarian Works of Art: The Design Patent/ Copyright Conundrum, 10 *Colum.-VLA J.L.& Arts*, 1986.

Mills, Belinda, Just Pot Luck : The UK Cup Noodles Case, *EIPR*, 1994. 7.

Minoudis, Michael G., Protection of Industial Designs in Greece, *IIC*, Vol. 22, No. 4, 1991.

Miziolek, Aleksanda A., Copyright Protection for Industrial Designs under the 1976 Copyright Act, *Wayne Law Review*, No. 25, 1979.

Nimetz, Matthew, Design Protection, *COPYRIGHT LAW SYMPOSIUM* (ASCAP) No. 15, COLUMBIA UNIVERSITY PRESS, 1972.

Note, Design Protection-Time To Replace the Design Patent, 51 *Minn. L. Rev.*, 1967.

——, The Problem of functional features: trade dress infringement under section 43(a) supra., of Lanham Act, *Colum. L. Rev.*, Vol. 82, 1982.

——, Protection for the Artistic Aspects of Articles of Utility, *Harvard Law Review*, Vol. 72, 1959.

——, Protection of the Design of Useful Articles: Current Inadequacies and Proposed Solutions, *Hofstra L.Rev.*, Vol. 11, Spring 1983.

——, Unfair competition and the doctrine of functionality, *Colum. L. Rev.*, Vol. 64, 1964.

——, Works of Applied Art: an Expansion of Copyright Protection, *S. Cal. L. Rev.*, Vol. 56, 1982.

Oddi, A. Samuel, The function of "Functionality" in Trademark Law, *Hous. L. Rev.*, Vol. 22, No. 4, 1985. 7.

Opir, M., Some Recent Developments in the Israeli Patents, Designs and Trademarks Law, *INDUSTRIAL PROPERTY*- November 1991.

Pataky, T.S., Schutz modischer Muster und Modelle, *GRUR*, 1990.

Pegram, John B., The Scope of Industrial Design Protection Under Trademark and Unfair

Competition Law, *Balt. L. Rev.*, Vol. 19, No. 1/2, Fall 1989/Winter 1990.

Perlmutter, Shira, Conceptual Separability and Copyright in the Designs of Useful Articles, *The Journal of The Copyright Society of U.S.A.*, No. 37, 1990.

Plasseraud, Yves, The Importance of Product Design, *Intellectual Property in Asia and Pacific*, No.24, 1989. January-March.

Pogue, Richard W., Boderland- Where Copyright and Patent Meet, *Mich. L. Rew.*, Vol. 52, 1953.

Ponnuswami, Krishnaswami, Design Protection in India: The Design Act 1911 *Intellectual Property in Asia and Pacific*, No. 34, Oct.-Dec. 1991.

Rafeiner, O., 외, The New Austrian Design Law, *INDUSTRIAL PROPERTY* - December 1991.

Reichman, J.H., Design Protection in Domestic and Foreign Copyright Law: From the Berne Revision of 1948 to the Copyright Act of 1976, *DUKE L.J.*, 1983.

————, Design Protection after the Copyright Act of 1976: A Comparative View of the Emerging Interim Models, *J. Copyright Soc'y.* No. 31, 1984.

————, Design Protection and the new technologies: the United States experience in an international perspective, *Balt. L. Rev.*, Vol. 19, No. 1/2, Fall 1989/Winter 1990.

————, Design Protection and the New Technologies: The United States Experience in a Transnational Perspective, *INDUSTRIAL PROPERTY PROPERTY*, December 1988 - May 1991, June 1991.

————, Design Protection and the Legislative Agenda, *Law and Contemporary Problems*, Vol. 55, No. 2, 1992.

Review, Development in the Law Trade-Mark and Unfair Competition, *Havard Law Review*, Vol. 68, 1955.

Riehle, Gerhard, EG-Geschmackmusterschutz und Kraftfahrzeug-Ersatzteile, *GRUR Int.*, 1993. 1.

Ringer, The Case for Design Protection and O'Mahoney Bill, *Bull. Copyright Soc'y of the U.S.A.*, No. 7, 1960.

Rischer, Michael, Auf dem Wege zu einem europaischen Musterrecht, *GRUR Int.*, 1990. 8.

Robba, Eugenio, Trademark and Artistic Design in Italy, *Trademark World*, 1993. 2.

Ruijsenaars, Heijo E., Neue Entwicklungen im Muster- und Markenrecht der Benelux-Lander, *GRUR Int.*, 1992. 7.

Saidman, Perry J., Design patents- the whipping boy bites back, *JPTOS*, 1991. 11.

————————, The Glass Slipper Approach to Protecting Industrial Designs or When the Shoe Fits, Wear It, *Balt. L. Rev.*, Vol. 19, No.1/2, Fall 1989/Winter 1990.

———————— / Hintz, John M., The Doctrine of Functionality in Design Patent Cases, *Balt. L. Rev.*, Vol. 19, No. 1/2, Fall 1989/Winter 1990.

Schricker, Gerhard, Protection of Unregistered Marks and Gets-up in the Federal Republic of Germany, *IIC*, Vol. 11, No. 5, 1980.

Silverman, Arnold B., The Scope of Protection of Copyrights and Design Patent in the United States, *COPYRIGHT LAW SYMPOSIUM* (ASCAP) No. 12, COLUMBIA UNIVERSITY PRESS, 1962.

Suthersanen, Uma, Who owns industrial design in Europe?, *MIP*, 1993. 6.

Treis, Michal, protect your packaging, labels and containers, *MIP,* 1993. 10.

van Kaam, Matthieu JM, A Practical View of the Protection of Industrial Design in Europe, *Trademark World,* 92. 12/93. 1.

West-Walker,Gregory, Industrial Design Protection through Copyright: An Outline of Recent New Zealand Developments, *Patent World,* 1987. 3.

WIPO Meetings, Works of Applied Art, Preparatory Document for and Report of the WIPO/Unesco Committee of Governmental Experts (Geneva, October 5 to 9), *Copyright,* 1987. 10.

[illegible]

1. 귀하의 활동분야는 ? (복수선택 가)
① 공업제품디자인( )
② 가구디자인 ( )
③ 인테어리어 디자인 ( )
④ 섬유 디자인( )
⑤ 의상 디자인( )
⑥ 시각디자인( )
⑦ 공예제품디자인( )
⑧ 기타(구체적으로 기재하여 주십시요)-( )

2. 귀하의 신분은
① 회사의 디자인 파트에 근무한다 ( )
② 디자인회사를 경영한다( )
③ 교수( )
④ 후리랜서( )
⑤ 기 타 (구체적으로 기재하여 주십시요)-( )

- 意匠法에 대해서 -

<참고사항>
意匠이라 함은 「물품의 형상, 모양이나 색채 또는 이들의 결합으로 시각을 통하여 미감을 일으키게 하는 것」이라고 정의하고 있습니다.
이러한 意匠의 보호에 관하여는 1946년 구 特許法(군정법령 제 91호) 당시에는 特許法 안에서 "美匠特許"라 하여 보호되던 것이 1961.12.31. 意匠法이라는 단일법으로 제정된 이래 수차의 개정을 거쳐 현행법(법률 제 4208호)은 1990.9.1. 부터 시행되고 있습니다.
이러한 意匠法과 관련하여 몇가지 여쭈어 볼까 합니다.

1. 디자인에 대해서 직접 또는 제3자 (회사 특허부 또는 변리사 등)를 통하여 特許廳에 意匠登錄을 받았거나 신청하신 적이 있습니까?
① 있다 ( ) ② 없다 ( )

* 1.에서 「있다」고 답변하신 경우에만 답해 주십시요.
가) 평소 디자인한 대상은① 반드시 출원한다 ( )
② 원칙적으로 출원한다 ( )
③ 내용에 따라 가끔 출원한다 ( )

나) 意匠登錄을 신청하신 이유는 (복수선택 가)
① 기업의 권유가 있어서, 혹은 의무적으로 ( )
② 상품화로 연결될 가능성이 높아서 ( )
③ 등록후 로이얄티를 받기 위해서 ( )
④ 기타 (가능하면 구체적으로 기재하여 주십시요)

(　　)

다) 등록을 신청한 건수는 (　　)건, 그 중
① 등록 건수는 (　　)건
② 심사중인 건수는 (　　)건
③ 거절당한 건수는 (　　)건

2. 意匠登錄을 위하여 출원하였으나 거절당하신 경험이 있으신 경우
가) 거절 이유는 무엇이었습니까 ?
① 신규성이 없다 (즉 새롭지 않다) (　)
② 창작이 용이한 디자인이다 (　)
③ 심미성이 없다 (　)
④ 대량생산의 가능성이 없다(　)
⑤ 기타 (가능하시면 구체적으로 기재하여 주십시요.
)

나) 거절이유가 납득할 만한 것이었습니까?
① 이유가 납득할만 하였다 (　)
② 납득할 수 없는 경우가 많다 (　)
③ 전혀 납득할 수 없었다 (　)
④ 잘 모르겠다 (　)

3. 意匠登錄을 받으신 경우
신청에서 등록까지는 평균하여 시간이 대략 얼마나 소요되었습니까?
① 1년이내(　) ② 1년-1년6월(　) ③ 1년6월-2년(　) ④ 2년이상(　)

4. 귀하께서는 어느 경우에 「도용」이다, 「카피」다, 「모방」이다 라는 말을 사용하십니까?
① 외부의 형상이나 모양이 거의 동일한 경우에 사용한다 (　)
② 외부의 형상이나 모양이 유사한 경우에 사용한다 (　)
③ 외부의 형상이나 모양의 유사 여부를 불문하고 개념이 동일하면 사용한다 (　)
④ 기타 (가능하면 구체적으로 기재하여 주십시요)
(　)

5. 귀하의 디자인이 도용당하신 적은 있습니까?
① 있다(　) ② 없다 (　)

6. 등록한 意匠을 도용당하신 경험이 있으신 경우 어떠한 조치를 취하셨습니까
① 참았다 ┬어떠한 조치를 취할지 몰라 참았다 (　)
├법적 조치를 취해보아도 별 의미가 없을 것 같아 참았다 (　)
├평소 아는 사람이 한 짓이라 부득이 참았다 (　)
└기타 (가능하면 구체적으로 기재하여 주십시요)
(　)
② 도용한자에게 경고하여 도용을 중지시켰다.(　)

-- 이경우 일정한 배상을 받으셨습니까(받으셨다면 그 액수는 ?)
③ 경찰에 고발하였다 ( )
④ 법원에 금지청구 혹은 손해배상소송을 제기하였다.
-- 그 결과는 ⓐ승소하였다 ( )
ⓑ패소하였다 ( )

-- 패소하신 경우 그 이유는

7. 디자인을 特許廳에 등록신청하여 권리를 부여받는 제도에 대해서
* 가) 법전체로서의 이메지는 어떻습니까?
① 현 상태로 좋다( )
② 일부 내용이 현실에 맞지 않는다 ( )
③ 실태에 맞지 않는다 ( )
④ 잘 모르겠다 ( )

* 나) 위의 ②나 ③을 선택하신 경우 그 이유는(왜 실태에 맞지 않는다고 생각하십니까)? (복수 선택 가)
① 등록까지 너무 비용이 많이 든다 ( )
② 등록까지 너무 시간이 많이 걸려 등록될 때 쯤이면 그 디자인은 낡은 것이 되어버린다(쓸모없이 되어 버린다) ( )
③ 권리의 보호범위가 너무 좁다 ( )
④ 등록되었다 하더라도 그 후의 관리를 하기 어렵다 ( )
⑤ 기타(가능하면 구체적으로 기재하여 주십시요.)
( )

8. 현행 意匠法은 意匠法상의 意匠이라 함은 " 物品의 形象, 模樣이나 色彩 또는 이들의 결합으로 시각을 통하여 美感을 일으키게 하는 것"이다 라고 정의하고 있습니다. 이러한 意匠에 관한 정의 규정은
① 현 상태로 좋다.
② 창조행위의 범위가 넓어지고 있으니 범위를 넓힐 필요가 있다
③ 잘모르겠다.
④ 기타 (가능하면 구체적으로 기재하여 주십시요.)
( )

9. 意匠法에 관한 관심도
① 전반적으로 관심이 거의 없다 ( )
② 관심은 있으나 출원을 해야 하는 등 귀찮은 절차가 많아 그리 이용하지 않는다 ( )
③ 관심도 있고 잘 이용한다 ( )
④ 기 타 ( )

10. 意匠法과 관련하여 경험하신 바가 있거나 혹은 현 意匠法에 관한 의견이 있으시면 말씀해 주십시요.

- 著作權法에 대하여 -

<참고사항>

著作權(copyright) 은 학문이나 예술에 관한 정신적 창작물을 보호대상으로 하는 권리입니다. 著作權에 대한 보호는 헌법에 기초하고 있으며(헌법 제22조), 著作權法은 헌법정신에 따라 저작자의 권리와 인접권의 보호 및 저작물의 공정이용을 통하여 문화의 향상발전에 이바지함을 목적으로 한다(동법 1조)고 천명하고 있습니다. 우리나라의 최초의 著作權法인 1957년 著作權法하에서는 공예만을 저작물로서 예시하고 있었으나 1986년법은 應用美術作品을 저작물로 명시하고, 다른 저작물과 전혀 구별함이 없이 동일하게 보호하고 있습니다.

이러한 著作權法과 관련하여 몇가지 여쭈어 보겠습니다.

1. 디자인이 著作權으로 보호된다는 이야기를 들어보신 적이 있습니까?
   ① 있다( ) ② 없다 ( )

2. 著作權法에서 應用美術을 보호한 1986년 이후에 디자인보호와 관련하여 그 이전과 다른 어떠한 변화를 경험하신 적이 있습니까?
   ① 있다 ( ) ② 없다 ( )

   * 있으시다면 구체적으로 어떠한 것이었습니까?

3. 디자인과 화인 아-트의 구분은 ?
   ① 명백히 구별된다 ( )
   ② 구분하기가 어렵다 ( )
   ③ 무어라고 이야기 하기 어렵다 ( )

4. 應用美術의 범위와 관련하여 일본의 「著作權制度審議會答申說明書」에 의하면 應用美術에는 ① 미술공예품, 장신구 등 실용품자체인 미적창작물, ② 가구의 조각등 실용품과 결합된 미적창작물, ③ 文鎭의 모형 등 양산되는 실용품의 모형으로 이용되는 것을 목적으로하는 미적창작물, ④ 염색·도안등 실용품의 모양으로 이용되는 것을 목적으로하는 미적창작물 등이 이에 속한다고 한다고 보고 있습니다.

   * 가) 이 밖에도 應用美術의 범위에 포함될 수 있는 것이 있습니까?
   있다면 (몇개만 예시하여 주십시요)

   * 나) 그밖에 위 설명서 내용과 관련하여 의견이 있으시면 말씀해 주십시요

   * 다) 應用美術이라는 용어를 오늘날도 흔히 사용하십니까 ?
   ① 한다 ( ) ② 안한다 ( ) ③ 잘 모르겠다 ( )

   * 라) 다)의 ②를 선택하신 경우, 사용 안하시는 특별한 이유라도 있습니까?
   ① 없다 ( )

② 있다 ( ) - (그 이유를 가능하면 구체적으로 기재해 주십시요)
( )

5. 意匠法의 보호를 받기 위해서는 심사를 거쳐 등록되어야 하나 著作權法은 창작과 동시에 어떠한 절차를 거침도 없이 보호됩니다. 그러나 意匠登錄이 되면 제3자가 독자적으로 창작했는지 여부를 불문하고 이용을 금지시킬 수 있으나 著作權의 경우에는 모방만을 금지시킬 수 있습니다.

귀하가 필요로 하는 보호는 ?

① 모방으로 부터의 보호(타인이 당신의 것을 복제하지 않는 것, 따라서 이경우는 세계나 우리나라에 이미 나와 있는지 여부를 불문하고 디자이너 스스로 독자적으로 창작한 것이기만 하면 보호되어야 한다 즉, 모방한 것만 아니면 보호되어야 한다)입니까 ? ( )

② 아니면 그보다도 特許형적인 보호 즉 타인이 당신의 것을 모방한 경우는 물론 당신의 디자인과 동일 유사하면 설사 그 타인이 독자적으로 창작했다 하더라도 무조건 사용을 금지시키는 것을 원하십니까 ? ( )

- 종합의견 -

1. 디자인의 保護方法은?

① 권한 있는 기관(예, 特許廳)의 심사를 거쳐 합격한 디자인 만을 보호하는 것이 좋다 ( )

② 심사는 않더라도 국가 기관에 등록한 것만을 보호하는 것이 좋다 ( )

③ 등록절차없이(혹은 등록 여부를 묻지 않고) 독자적으로 창작한 디자인은 보호되어야 한다(남의 것을 모방하지만 않았으면 동일 유사한 것이 이미 존재하더라도 독자적으로 보호되어야 한다) ( )

④ 기타 (가능하시면 구체적으로 기재하여 주십시요)
( )

2. 심사를 거쳐 합격한 디자인 만을 보호한다고 가정할 경우 디자인이 보호받기 위해서는 어떠한 요건이 필요하다고 보십니까? (복수선택가)

① 새로워야 한다. 즉 신규성(new, novelty)이 있어야 한다 ( )

② 당해분야의 디자이너가 쉽게 창작할 수 있는 것이 아니어야 한다 ( )

③ 기타 (구체적으로 기재하여 주십시요.)
( )

* 가) 위의 ① 즉 「새로워야 한다」라는 항목을 선택하신 경우 새로움의 기준은?

① 세계에서 처음으로 디자인 된 것이어야 한다 ( )

② 우리나라에서 전혀 알려져 있지 않은 새로운 것이면 충분하다 ( )

③ 우리나라의 당해 업계에서 알려져 있지 않은 것이면 된다 ( )

④ 잘 모르겠다 ( )

* 나) 위의 ② 즉 「쉽게 창작할 수 있는 것이다」와 관련하여

① 새롭기만 하면 創作性의 정도는 전혀 문제가 않된다.( )

② 創作性이 약간은 있어야 한다. ( )

③ 기존의 것보다 創作性이 두드러 져야 한다. ( )

④ 잘 모르겠다 ( )

3. 디자인의 보호범위는
① 지금과 마찬가지로 최종형상만을 보호하면 족하다 ( )
② 거기에 이르게 된 창조성(개념; concept)도
ⓐ 보호할 필요가 있다. 즉 권리를 인정하여야 한다 ( )
ⓑ 보호할 필요는 있으나 현실적으로 어렵다 ( )
ⓒ 보호할 필요가 없다 ( )
③ 잘 모르겠다 ( )

* 위 ②의 ⓐ, ⓑ, ⓒ를 선택하신 경우 그 이유를 말씀해 주시면 고맙겠습니다.

4. 귀하가 디자인을 창작하는 경우 기존에 나와있는 디자인을 참조하십니까?
① 그렇다 ( ) ② 아니다 ( ) ③ 경우에 따라 참조한다 ( )

5. 기존의 디자인을 참조하는 이유는 ? (복수선택가)
① 디자인의 동향을 알기 위해서 ( )
② 타인의 디자인과의 중복을 피하기 위해서 ( )
③ 기타 (구체적으로 기재하여 주십시요)
( )

6. 기존 디자인의 참고시 이용매체는 ?(복수선택가)
① 特許廳 발간 意匠공보 ( )
② 디자인관련 잡지, 논문 ( )
③ 기타(구체적으로;)

7. 귀하가 활동중인 분야의 디자인은 그 보호기간이 몇년 정도가 타당하다고 생각하십니까?
① 5년 이내 ( ) ② 5-10년 ( )
③ 10- 15년 ( ) ④ 15-20년 ( ) ⑤ 20년 이상 ( )

8. 디자인 보호 제도와 관련하여 고견이 있으시면 말씀해 주십시요.