



제2장

무형문화유산 보호와 지적재산권
쟁점과 과제

무형문화유산에 분야 지적재산권 보호의 문제와 당면 과제

육소영

충남대학교 법학전문대학원 교수

1. 무형문화유산의 특징과 보호의 필요성

무형문화유산협약(Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage 2003) 제2조 제1항에서는 무형문화유산을 “공동체, 집단 및 개인들이 그들의 문화유산의 일부분으로 인식하는 실행, 표출, 표현, 지식 및 기술뿐만 아니라 이와 관련된 전달도구, 사물, 유물 및 문화공간 모두를 의미”하는 것으로 정의하고 있다. 이와 같이 정의된 무형문화유산의 예로서는 무형문화유산의 전달체로서의 언어를 포함한 구전 전통 및 표현, 공연예술, 사회적 풍습·의식·축제, 자연과 우주에 대한 지식 및 의식, 전통공예를 들 수 있다(무형문화유산협약 제2조 제2항). 이러한 정의는 세계지적재산권기구(World Intellectual Property Organization: WIPO)에서 논의하고 있는 전통지식과 전통문화표현물/민간전승물의 개념과 유사하다고 할 수 있다. WIPO에서는 전통지식에 대하여 직접적인 정의를 하고 있지는 않지만 전통지식의 예로서 식품, 농산물, 환경, 생명다양성의 보존, 보건, 전통의약, 인권, 토착적 사안들을 들고 있으며, 전통문화표현물로서 음악, 예술, 디자인, 이름, 기호, 상징, 공연, 건축양식, 수공예, 이야기 등을 들고 있다.¹⁾

1_ www.wipo.org (2010. 10. 14. 방문).

이들 무형문화유산의 특징을 분류해 보면 첫째, 무형의 문화자산이며, 둘째, 여러 세대를 통해 집단적이고 점진적으로 발달된다. 셋째, 무정형의 형식에 의해 한 세대로부터 다음 세대로 이전되며, 넷째, 한 개인에 의해 창조되는 것이 아닌 집단적인 창작물이다. 다섯째, 이것이 유래한 사회 속에서 계속적으로 사용되고 진화된다.²⁾ 무형문화유산은 물리적, 생물학적, 지리적 특성들과 멸종식물이나 동물의 서식지, 과학적 심미적 가치를 지닌 장소로서 보호할 가치가 있는 곳을 말하는 자연문화유산과 구별된다. 또한 무형문화유산은 유형의 형태로써 널리 알려진 문화유산을 의미라는 유형문화유산과도 구별된다.³⁾

무형문화유산은 형태가 없다는 점과 창작물이라는 점에서는 지적재산권과 유사하지만 여러 세대를 통해 점진적으로 발달되며 한 사회 속에서 계속적으로 사용되고 진화된다는 점에서는 지적재산권과 차별된다. 따라서 무형문화유산이라는 점진적이고 집단적 창작물을 어떻게 보호해야 할 것인지 문제가 아닐 수 없다. 만일 무형문화유산에 대한 적절한 법적 보호 장치가 마련되지 않는 경우에는 실제로 무형문화유산을 창작한 자가 아닌 기존의 법적 장치에 익숙하고 이를 이용할 수 있는 경제적 능력을 가진 자들에 의해 무형문화유산이 소유될 가능성이 생긴다. 이런 현상이 일어나면 실제로 무형문화유산을 오랜 세대에 걸쳐 보유하고 발전시켜 온 소유자들은 무형문화유산을 통한 경제적 이용에서 배제될 뿐만 아니라 그들의 삶의 뿌리가 되고 있는 무형문화유산 자체를 자유롭게 사용할 수 없게 된다.

즉 무형문화유산을 보유하고 있는 지역주민이나 토착민들은 무형문화유산의 발견, 개발 및 보존에 일차적 책임을 지는 중요한 역할과 공헌을 함에도 불구하고 무형문화유산을 통해 부과되는 모든 경제적, 사회적 가치는 진보된 과학기술, 마케팅 능력 및 자금력을 가진 기업들이 보유하는 상황이 발생할 수 있다. 더 나아가 이들 기업들은 지역주민이나 토착민들의 무형문화유산의 이용을 통제할 수 있게 된다. 또한 무형문화유산을 보유한 자 이외의 자들에 의해 무형문화유산인 부족의 이름이나 상징, 문양 등이 사용되게 되면 부족들이 이들에게 부여했던 믿음이나 신앙적 요소가 사라지게 되고 이는 이들 부족의 사생활의 자유 내지 정신적 자유를 침해하게 된다. 더 나아가 비록 무형문화유산을 보유한

2_ Srividhya Ragavan, Protection of Traditional Knowledge, 2 Minn. Intell. Prop. Rev. 1, 4 (2001).

3_ Erin K. Slattery, Preserving The United States' Intangible Cultural Heritage: An Evaluation Of The 2003 UNESCO Convention For The Safeguarding Of The Intangible Cultural Heritage As A Means To Overcome The Problems Posed By Intellectual Property Law, 16 Depaul-LCA J. Art & Ent. L. 201, 205-206 (2006).

부족이 이의 사용을 허락한다 하여도 이들의 이용은 원 부족이 이용하던 방법과 상이할 수 있으며 이는 무형문화유산의 원형을 손상시키게 된다.

II. 지적재산권으로서의 무형문화유산의 보호

무형문화유산을 보호하는 방법에는 두 가지가 있다. 하나는 무형문화유산을 보전하고 연구하기 위한 목록을 만드는 방법이며 다른 하나는 무형문화유산을 지적재산권에 의해 보호하는 방법이다. 전통적으로 무형문화유산은 전자의 방법에 의해 보호되어 왔고 무형문화유산협약에서도 이 방법을 취하고 있다. 그러나 무형문화유산을 보유한 지역주민이나 토착민들은 자신들의 무형문화유산에 대하여 강한 공유의식을 가지고 있으며, 따라서 이러한 소유권 개념에서 출발하여 무형문화유산을 지적재산권으로 보호하는 방법이 논의되고 있다.

그러나 지적재산권법에 의한 무형문화유산의 보호를 논하기 위해서는 먼저 세 가지 요소가 고려되어야 한다. 첫째, 무형문화유산은 먼 옛날부터 누적적 방법을 통하여 집적된 역사적 정보를 나타낸다. 이는 새로운 것이 아니며, 인류공통의 유물로서 공유의 영역에 속한다. 따라서 이는 어느 때고 필요할 때 모든 사람들이 자유롭게 이용할 수 있는 것이어야 한다. 둘째, 과학이나 산업에 의해 상업화되고 개발되기 전에는 무형문화유산은 단지 공지의 지식일 뿐이다. 혁신적이고 발명적인 단계 또는 상업화가 이루어지기 전에는 이는 어떠한 금전적인 이윤도 창출하지 않는다. 셋째, 무형문화유산을 보존하기 위해 그 근원지가 되는 국가와 지역사회는 그 사용에 대한 상당한 정도의 통제권을 유지해야만 한다. 만약 그들이 계속해서 무형문화유산의 이용에서 제외된다면, 이들은 무형문화유산의 보존 및 유지에 본질적인 기초를 제공하는 그들의 전통적 관습을 포기할 지도 모른다.

무형문화유산이 지적재산권으로 보호되기 위해서는 법률에서 정하고 있는 보호요건을 갖추어야 한다. 그러나 위에서 기술한 무형문화유산의 특징 때문에 무형문화유산이 실제로 지적재산권의 보호요건을 갖추기에는 한계를 가질 수밖에 없다. 이하에서는 지적재산권에 의한 무형문화유산의 보호와 그 한계를 각 지적재산권 별로 분류하여 논하려고 한다.

1. 저작권법

저작권 일반

무형문화유산을 지적재산권으로 보호하는 가장 쉬운 방법은 저작권으로 보호하는 것이다. 저작권법에서는 창작성을 갖춘 저작물이지만 하면 보호를 인정하며, 무형문화유산은 창작성을 갖춘 저작물이라고 할 수 있기 때문이다. 그러나 한편으로 무형문화유산은 저작권법에 의해 보호받기 곤란한 측면을 가지고 있는데, 우선 창작자라고 할 수 있는 저작자를 특정하기 어려우며, 오랜 시간을 거쳐 점진적으로 발달되어 왔기 때문에 창작성을 확정하기도 곤란하다. 또한 저작권의 보호기간이 제한적이라는 점도 저작권법에 의한 무형문화유산의 보호를 적절하지 않게 한다. 무형문화유산의 집단적 특성은 이를 창작한 단체들이 비영리적 목적을 위하여 무형문화유산을 영구히 소유하고자 하며 이는 유한성을 가진 저작권법의 속성과 맞지 않는다. 더 나아가 저작재산권의 제한 내지 공정이용의 원리가 무형문화유산의 특성과 맞지 않을 수 있다. 저작권법은 교육, 보도, 비평, 연구 등을 위하여 저작권자 이외의 자가 저작물을 사용할 수 있도록 허용하고 있다. 그러나 무형문화유산을 보유한 집단은 집단 밖의 자들이 자신들의 문화유산을 사용한다는 것 자체를 그 사회적 효용성 여부를 떠나 받아들이지 않는 경우가 많다. 특히 무형문화유산을 보유한 집단이 자신의 집단 내에서 문화유산의 원형을 유지, 전승하기를 원하는 경우에 외부자에 의한 사용은 이들의 목적에 상당한 위협으로 인식될 수 있다.

저작인격권

저작인격권에는 공표권, 성명표시권, 동일성유지권이 있으며⁴⁾ 이 중 무형문화유산의 보호와 밀접한 관련성을 갖는 것은 동일성유지권이다. 동일성유지권은 저작물의 내용, 형식 및 제호의 동일성을 유지할 수 있는 권리로서 저작권자에게 불법적인 저작물의 변경이나 왜곡, 훼손 등을 규제할 수 있는 권한을 부여한다. 따라서 저작인격권은 무형문화유산을 보유한 지역주민이나 토착민들에게 외부인들에 의한 사용에 의해 무형문화유산이 변형되거나 왜곡되는 것을 방지할 수 있는 효과적인 수단을 제공하게 된다. 그러나 저작인격권이 무형문화유산보호에 가지는 한계점은 저작인격권이 근본적으로는 저작권이라는 점에서 저

4_ 저작권법 제13조 참조.

작권 일반이 무형문화유산보호에 가지고 있는 문제점을 그대로 가지고 있다는 점이다. 예를 들어 저작권이 창작자라는 특정인의 소유권을 전제로 하는 개념인 반면 무형문화유산은 집단적 개념이라는 것이 가장 대표적이라고 할 수 있다.

2. 특허법

무형문화유산 중 자연과 우주에 대한 지식이나 기술은 특허법에 의해 보호 받을 수 있을 것이다. 특허는 새롭고 유용하며 진보된 방법이나 물건을 창작한 자가 최초로 출원한 자인 경우에 특허권이라는 독점배타권을 일정기간 부여하는 제도이다.⁵⁾ 그러나 무형문화유산이 특허로 보호를 받기 위해서는 네 가지 걸림돌에 직면하게 된다. 첫째, 특허법이 발명을 한 개인의 성과로 다루는 반면 무형문화유산은 공동으로 소유되고 생산된다. 둘째, 특허를 받으려면 어떤 혁신성을 증명해야 한다. 셋째, 특허권을 인정받기 위해서는 심사관이 이해할 수 있도록 특허 명세서가 기술적인 방법으로 기술되어야 한다. 넷째, 특허출원이나 유지에는 많은 비용이 소요된다.⁶⁾

첫 번째 문제와 관련하여, 무형문화유산은 공동으로 소유되고 생산되기 때문에 특허출원과정에서 필요로 하는 발명자를 정확하게 밝혀내는 것이 불가능하다. 특허는 분명한 소유자를 필요로 하는 무형의 개인재산이지만 무형문화유산은 혁신적인 단계에서의 창작자, 즉 발명가가 없다는 문제점을 안고 있다.

두 번째 문제와 관련하여 특허 출원인은 그의 발명이 새롭고 유용하며 공지의 기술을 넘어서 자명하지 않은 진보성이 있음을 증명해야 한다. 그러나 누적적 특성을 가진 무형문화유산은 신규성이나 그 분야에서 숙련된 기술자에게 자명하지 않은 혁신적 단계인 진보성을 입증할 수 없다.

세 번째 문제와 관련하여 무형문화유산을 보유하고 있는 집단에게는 무형문화유산에 대한 특허 명세서를 완성하는 것이 쉽지 않다. 비록 무형문화유산의 유용성에 대하여 잘 알고 있다고 하여도 그 지식들은 구두를 통해 기록되고 전수되었기 때문에 그것의 유용성을 과학적 언어로 설명하는 것은 매우 어렵다. 비록 전문가의 도움을 통해 명세서가 작성될 수 있다고 하지만, 높은 비용으로

5_ 특허법 제2조 및 제29조 참조.

6_ Graham Dutfield, Trips-Related Aspects of Traditional Knowledge, 22 Case W. Res. J. Int'l 233, 254 (2001).

인해 특허출원준비에 있어서는 재정 및 인적자원이 풍부한 기업이 무형문화유산을 보유한 집단보다 더 유리하게 된다. 네 번째 문제인 특허출원과 그 집행비용과 관련해서, 특허 출원과 소송에 따른 높은 비용으로 인하여 무형문화유산을 보유하고 있는 집단은 특허제도를 통하여 보호받기가 매우 힘들다.

따라서 표면적으로는 무형문화유산이 특허로서 보호받을 수 있는 가능성이 열려 있는 반면 실제로 무형문화유산을 보유한 집단이 그들의 무형문화유산에 대한 특허권을 얻는 데는 큰 어려움이 존재한다.

3. 영업비밀보호법

영업비밀보호법은 무형문화유산에 대하여 또 다른 형식의 보호수단을 제공한다. 무형문화유산을 영업비밀로 유지하기 위해서는 두 가지 주요 요건을 만족시켜야 한다. 첫째, 무형문화유산의 내용을 비밀로 유지하기 위한 합리적인 노력이 존재해야 한다. 둘째, 무형문화유산의 내용은 일반적으로 알려지지 않거나 쉽게 다른 사람들에 의해 인식될 수 없다는 것으로부터 경제적인 가치를 창출해야 한다.

무형문화유산을 영업비밀로 보호하는 것이 다른 권리로 보호하는 것보다 비용 면에서 효율적이고 신속하며 용이할 수 있으며 비밀성이 유지되는 한 영구적으로 보호될 수 있다. 하지만, 영업비밀로 보호받기 위한 요건들은 무형문화유산이 영업비밀로 보호되는 것을 현실적으로 불가능하게 한다. 영업비밀의 소유자가 그 비밀성을 유지하기 위한 조치를 취하여야 하고 그 비밀성이 소유자의 산업에서 상당한 정도로 유지되어야 한다는 요건은 무형문화유산에는 적용하기 어렵기 때문이다. 비밀이라는 것은 소수만이 그 정보에 접근할 수 있어야 하는 반면, 무형문화유산은 보통 전체 지역사회에 의해 공유된다. 만약 비밀요건이 충족될 수만 있다면, 무형문화유산은 그 사용자에게 실제적 혹은 잠재적 경제적 이점을 제공함으로써 경제적인 가치를 가지므로 두 번째 요건을 충족시키기에는 어려움이 없을 것으로 보인다.

무엇보다도 영업비밀은 타인에 의한 불법적 이용에 대해서만 보호를 받을 수 있다. 따라서 영업비밀 소유자와 아무런 관계가 없는 자에 의해 영업비밀이 획득되었을 때 그 영업비밀이 부당한 방법에 의해 획득되었는지 여부가 문제가

된다. 도청, 뇌물, 사기 그리고 절도 등이 부당한 수단으로 예가 될 수 있으며, 비밀성을 유지하기 위한 합리적 노력을 극복하고자 하는 모든 행위들이 부당한 수단이 된다. 즉, 외부인이 무형문화유산을 사용하고자 할 때, 비밀성이 유지된 경우에만 그 사용이 영업비밀침해를 구성하게 된다. 그러나 근본적으로 이러한 비밀성에 관한 문제는 무형문화유산의 경우에는 매우 극복하기 어렵다.

4. 기타

저작권법, 특허법 및 영업비밀보호법 이외에 무형문화유산을 상표법이나 디자인보호법에 의해 보호하는 방법을 생각해 볼 수 있다. 먼저 무형문화유산을 상표법에 의해 보호하기 위해서는 무형문화유산이 상표의 개념에 해당해야 한다. 상표법에서는 상표를 상품을 생산·가공·증명 또는 판매하는 것을 업으로 영위하는 자가 사용하는 기호·문자·도형 등으로 정의하고 있다.⁷⁾ 따라서 무형문화유산 중 언어적 표현, 기호, 상징 등이 상표의 구성요소가 될 수 있을 것이다. 그러나 무형문화유산을 보유한 집단은 상업적 상품을 생산·가공·증명 또는 판매하는 것을 업으로 영위하는 자라고 보기 어려운 경우가 많고 무형문화유산의 상품화가 이루어진 경우에도 해당 명칭은 보통명칭으로서 상표등록이 불가능한 경우가 많아서 무형문화유산은 상표법에 의해 보호받기 어렵다고 평가된다.⁸⁾ 더 나아가 무형문화유산인 언어적 상징 등을 그 보유자 집단에 속하지 않는 자가 상표등록을 받으려고 하는 경우에도 이를 금지할 수 있는 방법이 없다.

무형문화유산의 디자인보호법에 의한 보호도 상표법과 유사한 문제를 야기한다. 디자인보호법에 의해 보호되는 디자인이란 물품의 형상·모양·색채의 요소를 통하여 미감을 일으키게 하는 것으로서 신규성, 창작성 및 공업상이용가능성(대량생산가능성)이 있어야 한다.⁹⁾ 무형문화유산 중 전통적 표현들 예를 들어 전통문양이나 상징들은 디자인보호법에 의해 보호되는 디자인이 될 수 있지만 이를 위해서는 물품에 표현될 것 그 물품이 대량생산가능할 것이 요구된다. 그러나 무형문화유산을 보유한 집단의 특성 상 기계적 방법에 의한 대량생산을

7_ 상표법 제2조 제1항 참조.

8_ 상표법 제6조 제1항 참조.

9_ 디자인보호법 제2조 및 제5조 참조.

하기 어려운 경우가 많으며, 비록 대량생산가능성을 만족한다 하여도 무형문화유산의 점진성, 누적적 창작성 및 혁신성의 부족이라는 특징은 무형문화유산의 디자인보호법에 의한 보호를 어렵게 한다.

III. 외국의 무형문화유산 보호

1. 미국

미국 정부는 문화유산의 중요성에 대하여 오래전부터 인식해왔던 것으로 보임에도 불구하고 실제로 이를 위한 노력은 유형문화유산에 치우쳐져 있었다. 미국 정부의 문화유산 보호를 위한 입법화는 1909년 유물보호법 *Antiquities Act*를 통하여 가시화되었다. 이 법의 목적은 고고학적 장소의 발굴을 규제하고 역사적 물건들의 처분을 제한함으로써 유형문화유산을 보호하고자 함에 있다. 1935년에는 사적지, 역사적 건물, 유물보호법을 제정함으로써 사적지, 역사적 건물 등을 미국민의 영감과 이익을 위하여 보존하고자 하였다. 이 법에서는 미국의 유형문화유산을 보존하기 위한 다양한 정책을 담고 있다. 1966년에는 국립역사보존법 *National Historic Preservation Act*을 제정하여 유형문화유산에 대한 등록체제를 갖추었다. 또한 1979년에는 유물보호법과 유사한 고고학적 보호법을 제정하였다.¹⁰⁾

이처럼 미국 정부의 관심은 유형문화유산에 집중되어 있으며 의회의 입법적 노력도 유형문화유산의 보존에 편중되어 있다. 따라서 무형문화유산을 보호하기 위한 법률은 미국에 존재하지 않는 것으로 판단되며 그 원인은 유형문화유산에만 집중되어 있는 전 세계적 정책의 경향과 이민자로 구성된 미국민의 특성에서 찾을 수 있을 것이다. 미국에서 무형문화유산을 찾자면 미국 원주민(인디언 부족)들의 문화를 들 수 있을 것이다. 미국 정부는 1990년 미 원주민 분묘 보호 및 송환법을 제정하여 인디언과 하와이 원주민들의 유물과 문화재에 대한 소유권과 통제권을 해당 부족에게 부여하였다. 이에 따라 연방기관과 연방정부의 지원을 받는 박물관은 인디언들의 유골과 연계된 부장물 및 문화재의 요약이나 목록을 제공해야 한다. 이외에도 미정부는 인디언 부족에 대하여 자치권을 부여함으로써 연방정부의 동의 없이는 주정부의 법이 인디언 부족에 적용되지 못하도록

10_ Slattery, *supra* 3, at 216-217.

록 하고 있다. 따라서 인디언 부족들은 과거와 유사하게 자신들의 부족법에 의한 자치권을 행사할 수 있다. 그러나 이러한 자치권이 연방정부에 의한 인디언 부족의 통제권을 배제하는 것은 아니다.¹¹⁾

인디언 부족의 무형문화유산으로는 전통적 인디언 언어, 노래, 의식 등이 있을 수 있다. 이 중 가장 관심을 가져야 하는 부분은 인디언 언어 부분이다. 인디언 언어는 미국 원주민들의 문화, 문학, 역사, 종교, 정치체계 및 가치를 전승하고 이의 보존을 위하여 반드시 필요한 요소이다. 예를 들어 인디언들의 생태지식, 지역에 얽힌 이야기들, 지역명칭과 그 의미 및 가족명칭, 가족력, 의식과 생태과정들 사이의 핵심적 논리관계들이 토착민들의 언어로 문서화되어 있다. 그러므로 미국 원주민들의 문화, 문학 등을 이해하기 위해서는 인디언부족의 토착어를 이해하는 것이 매우 중요함에도 불구하고 인디언 부족들의 후손들이 더 이상 부족의 토착어를 말할 수 없게 됨에 따라 부족의 원로들에 의해 기억되고 있는 많은 생태학적 역사적 지식들의 보존이 어려워지고 있다. 이를 해결하기 위해서 뒤늦게 의회와 연방정부가 관심을 갖고 연방기금을 조성하여 재건을 위해 노력하고 있으나 여전히 재건에 어려움을 겪고 있다.¹²⁾

이처럼 인디언 부족들의 문화에 대한 관심과 보호가 증가하고 있지만 이들은 유형문화유산에 한정되어 있고 실제 인디언 부족들의 문화를 보호하는 법의 적용범위도 유형문화유산에 국한되어 있다. 따라서 음악, 상징과 같은 무형문화유산에 대한 인디언 부족들의 통제권을 보호하는 법률은 존재하지 않는다. 그러므로 미국의 무형문화유산의 보호는 기존의 지적재산권법 체계를 무형문화유산에 적용하여 그 체계 내에서 보호를 시도하는 방법만이 있을 뿐이다. 인디언 예술 및 수공예법 *Indian Arts and Crafts Act*에서는 연방 인디언 예술 및 수공예 위원회에 인디언 부족과 각각의 인디언 예술가들을 위하여 식별력 있는 상표를 창출한 권한을 부여하고 있으며 해당 물품이 인디언에 의해 만들어진 것으로 오해를 야기하는 것을 금지한다. 그러나 이 법은 인디언 문화유산에 있어 전통적 노래, 음악, 상징, 춤 또는 기타 요소들을 남용하거나 부당하게 이용하는 공연, 전시 또는 예술품의 판매를 금지하지 않는다. 그러므로 인디언 의식에서 녹음된 음악을 판

11_ James A. R. Nafziger, The Underlying Constitutionalism Of The Law Governing Archaeological And Other Cultural Heritage, 30 Willamette L. Rev. 581, 594-595 (1994).

12_ Russel R. Barsh, Ground Visions: Native American Conceptions Of Landscapes And Ceremony, 13 St. Thomas L. Rev. 127, 133-134 (2000).

매하는 행위 등을 이 법은 규제하지 않는다.¹³⁾

이들 인디언 의식에 참여한 자들은 그 창작의 집단성 및 집진성으로 인하여 자신들의 의식을 저작권법에 의해 보호받기도 어렵다. 즉 미국의 경우에도 위에서 설명한 무형문화유산의 지적재산권법으로의 보호에 따른 어려움이 그대로 적용된다 할 것이다.

2. 호주

호주에서는 원주민들의 예술 예를 들어 시각 예술, 노래, 춤, 이야기 등에 대한 수요가 급격히 증가하고 있음에도 불구하고 이를 보호할 수 있는 체계가 정비되어 있지 않아 수요의 증가와 더불어 토착민의 전통문화에 대한 오남용이 발생하고 있다. 1994년의 *Milpurruru v. Indofurn Pty. Lmt.* 판결을 통하여 호주연방법원도 토착예술가에 의해 창작된 다양한 디자인을 허가 없이 카페트의 생산에 이용한 기업에 대하여 궁극적으로 개인 가정에서 사용자에 의해 유린되어질 카페트의 신성한 이미지의 불법적 재생산은 예술가들만이 아니라 그 예술가들이 속한 각 공동체에게도 부적절하며 침해적이라고 판결한 바 있다.¹⁴⁾

이들 원주민들이 보유하고 있는 무형문화유산인 민간전승물을 보호하는 방법에 있어 정부는 기존의 저작권을 통하여 보호하고자 하며 원주민들은 자신들의 전통적 관습법에 의해 이를 보호하고자 한다. 저작권법은 특정인에게 독점배타권을 인정하는 방식인 반면 전통적 관습법은 부족의 전통과 문화를 반영하여 이루어진 창작물에 대한 공동체 전체의 공동소유를 인정하려는 것이다. 호주 정부는 이런 원주민들의 의견을 반영하여 2000년 저작권법을 개정하여 창작자에게 저작인격권을 부여하였다. 창작자에게 저작인격권을 인정함으로써 민간전승물로부터 만들어진 저작물의 완전성이 유지될 수 있는 가능성이 제공되었지만 여전히 민간전승물에 대하여 이해관계를 가진 원주민들의 공동체는 보호에서 배제되었다. 따라서 정부는 이후에도 원주민들의 공동체 전원에게 저작인격권을 부여하는 방법을 마련하고자 하였으나 성공하지 못하였다. 또한 근거법이 부재한 상황에서 사법부에 의한 공동체가 공유하는 민간전승물의 보호는 장벽에

13_ Id. at 141.

14_ *Milpurruru v. Indofurn Pty. Ltd.* (1994) 54 F.C.R. 240.

부딪힐 수밖에 없었다.¹⁵⁾

이와 같이 기존의 저작권법은 민간전승물의 보호에 한계가 있고 이런 문제점의 해결을 위한 저작권법의 개정이 용이하지 않은 상황에서 1984년 제정된 유산보호법(*Heritage Protection Act*)에 의한 민간전승물의 보호를 생각해 볼 수 있다. 비록 유산보호법의 대상이 고고학적 또는 과학적 가치를 가진 유형의 대상과 지역에 한정되어 민간전승물의 현대적 해석 작품은 보호받을 수 없는 문제를 안고 있지만 최근에는 이들 민간전승물의 현대적 해석 작품에 대해서도 제한적 보호를 인정하고 있는 것으로 판단된다. 1987년 개정법은 빅토리아에 한정하여 적용되기는 하지만 원주민의 문화유산의 정의에 지역이나 유형의 대상에 한정하지 않고 민간전승물을 포함하는 것으로 수정하였다. 더 나아가 원주민의 민간전승물을 원주민의 문화적 삶(예를 들어 음악, 제식, 의식, 춤, 예술, 관습과 정신적 믿음)의 일부이거나 이들과 연계되고 원주민의 전통에 따라 원주민에게 특별한 의미를 가진 전통 또는 구두의 역사라고 정의하고 있다. 그러나 이 내용은 2006년 폐지되어 유산보호법은 현재와 같이 유형의 대상과 지역에 한정하여 적용되는 것으로 수정되었다.¹⁶⁾

그러므로 현재 유산보호법은 원주민들에게 그들의 무형의 문화유산에 대하여 어떠한 권리도 인정하고 있지 않으며, 이들 무형문화유산에 대한 권리는 원주민보호부에서 가지고 있다. 만일 원주민 공동체가 자신들의 문화적 대상이나 장소에 대하여 위협이 가해지고 있다고 느낀다면 이에 대한 이의신청을 원주민보호부에 제기해야 한다. 그러나 원주민보호부가 보호 대상이나 장소를 선연해야 할 의무는 없다. 장관은 원주민 공동체가 특정 지역의 보호를 요청하는 경우에 그에 대한 보고서를 작성해야 할 의무는 있지만 그 지역을 보호구역으로 지정해야 할 의무는 당연히 없다. 만일 문화적 유형물에 대한 보호 요청이 있다면 장관은 해당 부서나 주와 논의하여 결정한다. 결론적으로 유산보호법은 그 보호대상을 특정 지역이나 유형의 대상에 한정하고 있고 이들 지역이나 유형의 대상에 대한 보호도 그 보호요청이 원주민에 의해 제기된 경우에 보호여부에 대한 최종 결정은 정부 규제자들에 의해 이루어지도록 하고 있다. 그러므로 원주민들은 자신들의 유형의 문화유산에 대한 통제권을 갖고 있지 않으며 무형의 문화유산에 대

15_ Jake Phillips, *Australia's Heritage Protection Act: An Alternative To Copyright In The Struggle To Protect Communal Interest In Authored Works Of Folklore*, 18 Pac. Rim L. & Pol'y J. 547, 552-558 (2009).

16_ *Id.* at 568.

해서는 정부의 무관심에 놓여있다. 따라서 호주의 경우에도 만일 원주민 집단이 무형문화유산에 대한 지적재산권법에 의한 보호를 자발적으로 요구할 수는 있지만 위의 저작권법의 예에서 알 수 있는 바와 같이 현실적으로 원주민들이 원하는 수준의 보호를 받기는 어렵다.¹⁷⁾

3. 인도

인도는 불교와 힌두교를 바탕으로 한 독특한 문화를 발전시켜 온 나라로서 인도 고유의 음악, 춤, 의식, 민간설화 등의 무형문화유산을 가지고 있다. 인도의 경우 협의의 전통지식 즉 과학이나 자연현상에 대한 지식에 대해서는 어떠한 방법으로 보호할 것인지에 대하여 사회적으로 논란이 된 바 있다. 이런 논란 과정에서 전통지식을 지적재산권 또는 지적재산권 이외의 방법에 의해 보호하는 방안이 논의되었으며 검토 결과 지적재산권에 의한 보호가 불가능하다는 결론에 도달한 바 있다. 문제가 된 인도의 전통지식들은 주로 의약적 효과가 있는 것으로 알려진 것으로서 아유르베다요법 *Ayurveda*, 유사요법, 자연요법, 시다 *Siddha*, 유나니 *Unani*와 요가 등이 있다. 이 중 심황뿌리, 바스마티, 님 등의 특허출원이 미국과 유럽 등에서 문제가 되면서 인도 정부는 자국의 전통의학지식의 보호를 모색하게 되었다. 그러나 인도 정부가 도달한 방안은 적극적인 보호방안 강구보다 방어적 방안으로 전통지식에 대한 디지털 도서관 *Traditional Knowledge Digital Library*를 설립하여 전통지식을 데이터 베이스화하는 것이었다.¹⁸⁾

인도에서 전통지식과는 달리 무형문화유산에 대한 특별한 입법이나 보호방안은 강구되지 않은 것으로 보인다. 다만 INTACH *The Indian National Trust for Art and Cultural Heritage*(예술 및 문화유산을 위한 인도 신탁)이라는 비영리단체에 의한 인도 무형문화유산에 대한 보존 노력을 살펴볼 필요가 있다. INTACH에서는 무형문화유산의 문서화작업을 진행하고 있으며 소멸위기에 있는 인도 언어에 대한 세미나를 개최하는 등 다양한 세미나와 워크샵의 개최 등 무형문화유산을 보존

17_ Id. at 568-569.

18_ Chidi Oguamanam, *Patents and Traditional Medicine: Digital Capture, Creative Legal Interventions, And The Dialectics Of Knowledge Transformation*, 15 Ind. J. Global, Legal Stud. 489 (2008).

하기 위한 작업을 하고 있다.¹⁹⁾

따라서 인도에서도 기존의 지적재산권법에 의해 무형문화유산이 보호되어야 할 것으로 보이며 이를 위한 특별 개정입법이 알려지지 않고 있다. 그렇다면 자국의 전통지식보호를 위해 인도정부가 지적재산권이 아닌 데이터 작업을 선택할 수 밖에 없었던 예에서 알 수 있는 것처럼 무형문화유산의 보호는 기존 지적재산권법의 사각지대에 놓여있는 것으로 보인다.

IV. 지적재산권 보호 대안의 필요성

이상에서 살펴 본 바와 같이 무형문화유산의 집단성, 점진적 창작성을 고려할 때 기존의 지적재산권법에 의한 보호에 어려움이 있다. 한편으로 설사 지적재산권법에 의한 보호가 인정된다 하여도 그 보호기간이 제한적이어서 원형의 계속적 유지를 필요로 하는 무형문화유산의 보호에 한계가 있을 수 밖에 없다. 그런 이유로 위에서 살펴 본 국가들에서도 유형문화유산의 보호에 적극적인 반면 무형문화유산의 보호에는 소극적인 입장을 취하고 있는 것으로 보인다. 무형문화유산은 점진성을 가진 것으로서 원형을 유지하는 것도 중요하지만 시간의 흐름에 따라 새로운 창작성을 가미하는 발전적 변화를 모색하는 것도 필요하다고 본다. 그렇다면 호주에서 한때 고려했던 것과 같이 무형문화유산을 보유한 집단에 대하여 집단적 저작권권을 부여하는 것은 창작성에 중요한 장애가 될 수 있다는 점에서 바람직하지 않다. 그러나 무형문화유산의 보유자라고 볼 수 없는 자가 권리자가 명확하지 않음을 기화로 무형문화유산에 대한 지적재산권을 획득할 가능성을 갖는다는 것도 바람직하지 않다. 그러므로 인도의 전통지식에 대한 데이터베이스화의 경험에서 지혜를 빌려 무형문화유산을 데이터화하여 원형을 유지하고 이에 새로운 창작성을 가미하여 창작행위를 한 자의 결과물도 역시 데이터에 등록함과 동시에 지적재산권으로의 보호를 인정하지만 다만 데이터에 기록된 원형의 무형문화유산의 보유자들에게 지적재산권으로 인하여 생긴 이득의 일부를 반환하게 하는 방법을 대안으로 생각해 볼 수 있을 것이다.

19_ www.intach.org (2010. 10. 13. 방문).