

# 무형문화유산 관련 지적재산권 보호와 공동체의 역할과 과제

박필호  
뉴욕주 변호사

## 1. 문제의 제기

무형문화유산에서 공동체(communities)라는 개념이 등장하는 이유는 공동체의 대부분이 무형문화유산을 보유하고 있거나 무형문화유산을 실행하는 주체이기 때문이다. 공동체를 어떻게 정의하여야 하는가에 대하여는 다음에 논의를 하겠으나 공동체라는 단어를 빼놓고는 무형문화유산을 논할 수 없는 것은 명백한 사실이다. 물론 무형문화유산의 주체로서 단체(groups) 혹은 개인(individuals)도 당연히 포함되는 것이나 비중으로 보면 공동체가 다른 주체들을 압도한다.

이와같이, 공동체가 무형문화유산에서 차지하는 비중은 매우 크다. 그러나 여기에 지적재산권의 문제가 등장하면 공동체의 비중은 갑자기 가벼워지는 느낌이 들고 그 위상 혹은 위치가 모호해 지는 것은 부인할 수 없는 사실이다. 왜 그런 일이 일어날까? 그 이유는 공동체는 무형문화유산의 보호의 주체로서 그리고 실행의 주체로서의 확고한 지위를 확보하고 있음에도 권리의 주체로서의 지위가 확고하지 않은데에 그 원인이 있기 때문이다.

지적재산권이라는 것은 재산적 권리에 관한 문제이고 그 권리를 보유한다는 것은 소유권(ownership)이고 그것을 행사하면 권능(power)이 된다. 그것을 경제적 개

념으로 바라보면 또한 가치 *value*가 된다. 그렇지만 이러한 권리의 보유, 행사, 그에 대한 가치는 법의 보호 *protection*와 구제 *remedy*라는 장치가 있을 때에만 논할 수 있는 것이므로 이곳에서는 무형문화유산의 보존과 실행의 주체로서의 공동체가 그 기능과 활동을 보장받기 위한 법률과의 관계는 어떠한 것인지를 살펴보기로 한다.

## II. 지적재산권의 주체에 관한 개념 정의

### 1. 공동체 *Communities*

공동체라는 단어는 상당히 넓은 의미를 내포하고 있다. 공동체는 대규모 부족일 수도 있고 몇 개의 지역에 분포한 소규모 부족을 가리킬 수도 있으면 한 마을공동체 일수도 있고 소규모 공동체 일 수도 있다. 2003년도의 무형문화유산 보호협약 *Convention for the Safeguarding of Intangible Cultural Heritage: ICH Convention*에는 공동체에 관하여 정의를 내리지 않고 다만 무형문화유산 생산, 보호, 유지, 재창조 하는 주체 중의 하나로 공동체를 열거하거나<sup>1)</sup> 존중되어야 하는 무형문화유산의 소유주체로서 공동체를 언급하거나<sup>2)</sup> 공동체가 인식하고 있어야 하는 무형문화유산의 형태를 예시하기 위하여 언급하거나<sup>3)</sup> 무형문화유산을 보호하는데 국가가 참여시켜야 할 대상 중의 하나로<sup>4)</sup> 언급하는데 그치고 있다.

학자들도 공동체를 몇 가지 방법으로 나름대로 정의하고 있으나 모두 일관된 것은 아니다. 이와 관련하여 유네스코 *UNESCO*는 2006년에 열린 전문가 회의에서는 여러 가지 논란 끝에 공동체에 관한 정의를 내린 바 있다. 즉, 무형문화유산과 관련하여 공동체란:

“무형문화유산을 실행하거나 전수하거나 혹은 무형문화유산과의 관련성의 근원에 관한 문제에 대하여 역사적으로 공유하는 상호관계를 함께 나눌 수 있을 때 우리나라는

1\_ See Convention for the Safeguarding of Intangible Cultural Heritage (ICH Convention of 2003 hereafter) preamble para. 7.

2\_ Id. Convention art. 1(b).

3\_ Id. Convention art. 1(b).

4\_ Id. Convention art. 15.

동질성 혹은 그런 연결고리를 가진 사람들 간의 연결조직”<sup>5)</sup>

이라고 정의하였다. 그러나 이렇게 내린 공동체에 관한 정의가 언제나 혹은 어느 곳에서나 그리고 어느 사람에게나 받아들여지는 것은 아니다. 또한 그렇게 내린 정의 자체가 애매모호하여 무엇이 역사적으로 공유하는 상호연관성*a shared historical relationship*이고 무엇이 동질성 혹은 그런 연결고리를 가진 사람들*people of whose sense of identity or connectedness*을 뜻하는지 다시 정의를 내려야만 할 것이다. 같은 맥락에서 공동체와 등식으로 사용된 연결조직*network*이라는 말도 그 범위와 의미를 다시 정의해야만 하는 것을 피할 수 없을 것이다. 그렇지 않으면 ‘공동체=연결조직’이라는 등식이 개념정리를 서로 의지하는 순환논리에 빠질 수 있기 때문이다.

## 2. 단체 *Groups*

단체라는 용어도 무형문화유산보호협약에 개념에 대한 정의를 하지 않고 단순히 공동체와 더불어 열거만 하였다. 이 용어도 위에 언급한 바와 같이 전문가 회의에서 정의를 한 바 있다. 즉, 단체란:

“기술, 경험과 특정지식과 같은 어떤 특성있는 것을 서로 나누어 가지면서 어떤 문화의 보유자, 실행자, 수련자와 같이 무형문화유산의 현재와 미래의 실행, 재창조 그리고 전수하는 역할을 수행하는 공동체 내부 혹은 여러 공동체에 걸쳐 있는 사람들”<sup>6)</sup>

이라고 정의하였다. 이 ‘단체’라는 개념은 공동체보다 범위가 작아서인지 공동체보다는 더 명료하게 정리된 듯한 느낌이 있다.

5\_ [C]ommunities “are networks of people whose sense of identity or connectedness emerges from a shared historical relationship that is rooted in the practice and transmission of, or engagement with, their ICH...” See Expert Meeting on Community Involvement in Safeguarding Intangible Cultural Heritage: Towards the Implementation of the 2003 Convention, 13-15 March 2006, Tokyo, Japan REPORT 8-9 (visited 10/06/2010).

6\_ [G]roups “comprise people within or across communities who share characteristics such as skills, experience and special knowledge, and thus perform specific roles in the present and future practice, re-creation and/or transmission of their intangible cultural heritage as, for example, cultural custodians, practitioners or apprentices...” See id. Expert Meeting REPORT 8-9.

### 3. 개인 *Individuals*

개인에 관한 정의도 마찬가지로 정리되었다. 즉, 개인이란:

“독특한 기술, 지식, 경험이나 다른 어떤 특징적 요소를 가지고 있으면서 문화의 보유자, 실행자 그리고 때로는 수련자로서 무형문화유산의 현재와 미래의 실행, 재창조 혹은 전수하는 특정한 역할을 수행하는 공동체 내부 혹은 여러 공동체에 걸쳐 있는 사람”<sup>7)</sup>

이라고 정의 하였다. 이 역시 범위가 좁아서 공동체보다 비교적 명료하게 정의가 된 듯하다.

## III. 무형문화유산의 소유 주체

### 1. 문화의 소유자

무형문화유산의 소유주를 밝히기 이전에 먼저 어떤 특정문화는 특정의 사람 혹은 단체가 소유할 수 있는가에 관한 논의가 우선 되어야 한다. 아니 그 전에도 대체 문화란 무엇인가라는 문제가 먼저 해결되지 않으면 다른 문제를 논의할 수 없을 것이다.

우리는 일상생활에서 문화라는 용어를 자주 그리고 광범위하게 사용하고 있다. 정치문화가 어떻고 외국문화가 어떠하고 청년문화는 이러하며 전통문화는 저러하는 등 수없이 많은 기회에 문화라는 용어를 사용하고 있다. 따라서 우리들의 생활에서 그렇게 쉽게 많이 사용하는 용어를 개념정리를 하고 넘어 갈 필요가 있을까 하는 생각이 든다. 왜냐면 구태어 논리적으로 따지지 않아도 모두 이해할 수 있는 것이기 때문이다. 그러나 역설적으로 보면 그렇게 광범위하게 자주 쓰이기 때문에 반드시 그 용어를 정리할 필요가 있는 것이다. 광범위하게

7\_ [I]ndividuals “are those within or across communities who have distinct skills, knowledge, experience or other characteristics, and thus perform specific roles in the present and future practice, re-creation and/or transmission of their intangible cultural heritage as, for example, cultural custodians, practitioners and, where appropriate, apprentices...”

See id. Expert Meeting REPORT 8-9.

민도수가 높게 쓰인다는 것은 어쩌면 그 문화라는 것이 개인의 재산권이기에 이전에 공유영역 *public domain*에 속한 것으로 분류되어 개인재산권을 둘러싸고 있는 특징적 요소들인 소유 *ownership*와 권능 *power*, 가치 *value*, 침해 *infringement* 그리고 보호 *protection* 등과 먼 거리에 떨어져 있을 수도 있기 때문이다. 이와 관련하여 유네스코 *UNESCO*에서 정의하는 문화는:

“사회나 사회적 집단을 특징짓는 독특한 정신적, 물질적, 지적, 정서적 형태의 큰 복합체이다. 문화는 예술과 문학뿐만이 아니라 삶의 형태, 인간의 기본권, 가치체계, 전통과 신앙까지도 모두 포함하는 것이다.”<sup>8)</sup>

라고 한다. 이렇게 문화의 정의를 살펴보면 문화를 구성하는 큰 단위 즉, 사회나 사회적 집단을 특징짓는 독특한 정신적, 물질적, 지적, 정서적 형태의 큰 복합체는 공공영역 *public domain*에 존재하는 공공재임이 당연한 것이지만 이런 공공재를 구성하는 개개의 문화는 사유재산의 대상이 될 수도 있다는 것을 보여주는 것이라 할 수 있다.<sup>9)</sup> 문화가 예술, 문학, 삶의 형태 그리고 전통까지도 포괄하는 것이라면 그런 문화를 구성하는 요소들은 당연히 사적 영역에 많이 널려 있기 때문이다. 따라서 그러한 예술과 전통 등을 창조하는 사람들에게 사유 재산적 권리를 주는 것은 논리적으로도 모순은 없는 것이다.

비록 많은 논란이 있으나 전통문화라고 하여 그 전통문화를 구성하는 개개의 예술적 요소들 혹은 삶의 형태들을 무한정 공공영역에 존재하고 것으로만 해석하는 것도 많은 문제를 안고 있다. 전통문화를 공공영역에만 놓아 둔다는 것은 누구나 접근이 용이하다는 장점도 있는 반면에 그런 문화의 보존과 재연 그리고 발전에 관하여 체계적인 관리가 되지 않아 소멸할 수도 있다는 것이다. 이런 문제를 방지하기 위하여 전통문화를 구성하는 개개의 작품들에 대하여 일정한 정도의 재산적 가치를 인정하고 그 재산권의 주체를 인정함으로써 전통문화가 계속 유지되고 재창조할 수 있는 기회를 마련해 주어야 하는 것이 무형문

8\_ [C]ulture may now be said to be “the whole complex of distinctive spiritual, material, intellectual and emotional features that characterize a society or social group. It includes not only the arts and letters, but also modes of life, the fundamental rights of the human being, value systems, traditions and beliefs...” See Preamble para. 6. U N E S C O Mexico City Declaration on Cultural Policies World Conference on Cultural Policies Mexico City, 26 July–6August 1982(visited10/06/2010).

9\_ 예컨대, Rock and Roll 문화는 특정 개인이나 단체의 전유물이 될 수는 없지만 이를 구성하는 Beatles 혹은 Rolling Stones의 개별 음악은 사유재산이 될 수 있는 것이다.

화유산보호협약의 정신이라 할 것이다.

## 2. 무형문화유산의 소유 주체

무형문화유산이라는 말은 유산<sup>heritage</sup>이라는 말을 사용함으로써 그 의미를 상당히 혼란스럽게 만들고 있다. 왜냐면 무형문화유산에 지적재산권을 인정한다면 신규성<sup>novelty</sup>, 차별성<sup>distinctiveness</sup> 혹은 독창성<sup>originality</sup>을 가지고 있어야 하는데 유산이라는 개념을 대입하면 그런 참신성 혹은 원천성과 같은 기준을 적용할 여지가 없어지기 때문이다.

일반적으로 유산이라 함은 사망한 사람으로부터 어떤 무엇 특히 물질이나 가치로 환산이 될 수 있는 것을 물려받는 것을 말한다. 여기에 ‘정신적’ 유산 같이 유산이라는 단어 앞에 수식어를 붙임으로써 비물질을 물려받는 것으로 표현하는 방법으로 쓰이고 있는 것이다. 그러나 법률적으로 보면 아무리 위대한 부모나 조부모 등을 두었다고 하여도 그 선조들의 권리를 수반하지 않는 비물질적 유산은 보호의 대상이 되지 않는 것이다. 즉, 피카소의 후손이 그 천재적 재능을 물려받았거나 헤겔의 후손이 변증법적 철학관을 물려받았다고 하여도 그런 것들은 법적 보호의 객체가 되지 않는 것과 마찬가지로이다.

같은 논리로 무형문화 ‘유산’에 있어서 어떤 개인이나 집단 혹은 공동체가 특정 혹은 불특정 선조들로부터 무형의 자산을 물려받았을 경우 그것이 법적 보호의 객체가 되지 않음은 명백하다. 더구나 무형문화유산의 경우는 일반적으로 법적 보호대상으로서 갖추어야 할 유산의 기본적 요건 즉, 무형문화의 소유권자가 누구인가 하는 문제에서부터 그 소유주가 정해졌다 해도 유산을 받을 수 있는 기본요건인 가족관계나 명시적 유증의사 같은 것이 결여되어 있으므로 유산은 성립하지 않는다. 따라서 무형문화유산에서 사용하는 유산이라는 말은 법률적인 의미를 내포하고 있지않은 일반적으로 통용되는 수사적인 용어에 지나지 않는 것이다.

무형문화유산이 법적으로 보호될 수 없는 존재라는 것은 이 유산이 공유의 영역<sup>public domain</sup>에 존재하는 공공재라는 뜻이다. 공공재라는 것은 물이나 공기처럼 비용을 지불하지 않고도 사용하거나 즐길 수 있는 것을 말한다. 조선왕조실록을 인용하여도 책을 지어 팔아도 저작권에 위반하지 않고 아리랑을 극장에서 돈을 받고 수백번을 불러도 저작권을 침해하는 것이 아닌 것과 같다. 이들 모두가

공공영역에 존재하는 공공재이기 때문이다. 그러나 그런 공공재를 이용하여 돈을 크게 벌거나<sup>10)</sup> 특허를 출원하여 배타적인 권리를 취득하는 사람들이 있다. 약초를 배합하거나 가공하여 치료를 하는 민간요법을 어떤 제약회사가 알아내어 이를 특허를 출원하여 배타적 권리를 취득하고 천문학적인 돈을 버는 경우도 있다.<sup>11)</sup>

반면에 공공재를 보존하고 유지하고 발전시키는 당사자들인 공동체, 단체, 개인들에게는 아무런 법적 권리가 없어서 법적인 보호를 받지 못하는 것이다. 그렇다면 무형문화유산을 보유하고 시연하는 사람들은 다만 그 전통문화의 보유계승자로서의 위치에 만족할 수 밖에 없는 현실 속에서 이런 무형의 전통문화를 상업적으로 활용하여 큰 돈을 벌어들이고 이름을 날리는 사람들을 바라만 보고 있어야 한단 말인가?<sup>12)</sup> 그렇다면 세월이 갈 수록 무형의 전통문화를 보존하려는 사람들은 줄어들고 결국은 그런 유산은 후대에 전승되지 못하고 사라질지도 모르는 것이다.<sup>13)</sup>

위에서 살펴 본 바와 같이 문화자체는 공공영역에 속하는 것으로서 그런 문화 자체를 사유재산의 대상이 될 수는 없는 노릇이다. 그러나 그런 큰 문화를 구성하는 개개의 작품들 즉, 주제를 달리하는 개별 작품들은 뒤에 언급하는 바와 같이 재산 소유주의 요건을 갖추어 공공영역에 존재하는 개별 작품들을 재산권

10. Simon & Garfunkel은 영국의 민요인 Scarborough Fair를 불러 크게 돈을 벌었지만 이를 전수해준 영국의 민요가수는 한 푼도 받을 권리가 없었다. 조용필의 '한오백년'도 마찬가지 일 것이다. 왜냐면 이들 노래들이 무형문화유산으로 공공영역에 존재하면서 동시에 그 보존과 실행의 주체를 특정지을 수 없었기 때문이다.

11. 인도에서는 2001년에 민간사회에서 사용되던 tumeric이라는 식물을 이용한 치료법으로 미국 특허를 출원하여 특허를 받은 적이 있었다. 그러나 나중에 이의를 제기한 인도의 전통지식 보존기관에 의하여 그 특허가 취소 된 적이 있다. See WORLD HEALTH ORGANIZATION, Regional Consultation on Development of Traditional Medicine in the South East Asia Region, Pyongyang, DPR Korea, 22-24 June 2005 By Mr V.K. Gupta, 1. (visited on 10/05/2010). 이 사례에서는 전통지식을 직접적으로 보호하려던 것이 아니고 특허권을 부여하는 기준인 신규성(novelty)가 결여되어 있다는 것이 이유이므로 이와 관련된 전통지식은 반사적인 이익을 얻은 셈이다.

12. 호주에서는 근래 개정입법을 통하여 민속예술(folklore)을 녹음할 때에 그 수행자(performer)가 대가를 받지 않았다면 그 녹음에 대하여 부분적인 저작권을 인정한다고 한다. 무형문화유산의 보호에 관하여 아주 진보적인 입법이라 할 수 있을 것이다. 물론 이에 관하여도 뒤에 언급하는 공정사용(fair use)과 비슷한 예외가 있다고 한다. See T. Janke, Indigeneous Intangible Cultural Heritage and Ownership of Copyright in T. Kono (ed.), Intangible Cultural Heritage and Intellectual Property: Communities, Cultural Diversity and Sustainable Development at 170, 2009.

13. 안동의 하회탈춤을 주제로 한 새로운 뮤지컬이 기획되고 있다. '난타'를 만든 PMC 프로덕션(대표 송승환)은 안동 하회탈을 현대적으로 재해석한 '탈'이라는 뮤지컬을 새로 선 보일 예정이라고 한다. See (10/10/2010visited), 만약에 전통무형문화인 안동하회탈춤에 저작권이 인정된다면 이는 저작권자의 허락을 받아야만 하는 사항일 것이다.

의 주체가 있는 것으로 전환 시킬 수 있는 것이다. 다만 이런 경우에 지적재산권의 기본요건인 신규성<sup>novelty</sup>, 차별성<sup>distinctiveness</sup> 혹은 독창성<sup>originality</sup> 등을 갖추기 위하여 입법적인 뒷받침이 필요하거나 원래의 작품을 새로운 형태로 재창조<sup>re-creation</sup>하는 절차가 선행되어야 할 것이다.

그렇게 소유권의 주체를 정하고 지적재산권의 요건을 갖출 수 있는 환경을 조성하는 것이 바로 무형문화유산보호협약<sup>ICH Convention</sup>이 탄생한 이유이며 그런 환경을 조성하는데 국가의 역할을 촉구한 것이 바로 무형문화유산보호협약에서 규정하고 있는 바이다.<sup>14)</sup>

### 3. 공동체의 소유권

현대의 지적재산권법 체계에서 소유의 주체가 누구이나 하는 것은 그 자체로서 큰 이슈가 되는 것은 아니다. 지적 재산권에서 권리 소유의 주체는 법적으로 판정이 날 때 까지는 그것을 자기 것이라고 주장하는 ‘사람’이 되기 때문이다. 따라서 지적 재산권 소유의 주체는 다른 재산권과 마찬가지로 사람이어야 한다. 자연인이 되었든 법인이 되었든 사람이어야 한다. 물론 예외적으로 법인의 지위에 이르지 못한 ‘사실상의 법인’도 소유의 주체가 될 수 있는 것이다. 그러나 이 소유의 주체와 무형문화유산을 한데 모아 놓으면 다소 어려운 문제들이 발생하게 된다.

무형문화유산이 지적재산권의 객체가 된다고 가정한다면 무형문화를 누가 소유자라고 주장할 수 있을 것인가? 정신 아리랑의 저작권을 정신군민 모두가 주장하고 강릉 단오제에 관련된 지적재산권을 강릉시민 전부가 주장할 수 있을까? 아프리카에 스와질랜드라는 나라에서는 무형문화유산으로 14세 이상 모든 미혼 여성이 참여하는 갈대 축제라는 것이 있는데 이에 관한 지적 재산권이 성립한다면 과거와 현재에 미혼으로 참여했던 모든 여성국민이 그 소유권을 주장할 수 있을까? 결국 이 문제는 공동체의 정의를 어떤 방법으로 하느냐의 문제로 다시 돌아온다.

위에서 살펴 본 바와 같이 유네스코에서 내린 ‘공동체’의 정의는 애매모호하기 짝이 없다. 공동체에 관하여 명백하게 정의를 내릴 수 없는 이유는 공동체가

14\_ See ICH Convention section III art. 11~18.

속한 나라 혹은 사회의 지리적, 역사적, 문화적 배경 등이 모두 다르기 때문에 이들 모두를 아우르는 명확한 개념을 찾을 수가 없었기 때문일 것이다. 그러나 손쉽게 공동체를 정의할 수 없다고 하여도 무형문화에 관하여 공동체의 소유권을 인정하지 않으면 이의 보존과 발전을 기할 수 없는 것이 현실이고 이런 현실을 감안하여 결국은 어떤 형태로든 재산의 소유권과 관련한 공동체의 범위를 결정하지 않으면 안되는 것이다. 그것이 바로 무형문화유산의 보호에 관한 유네스코 협약의 정신이다.

유네스코 협약의 정신에 따라 무형문화유산의 주체를 정하여 이를 보존하고 발전시키기 위하여 가장 효과적인 방법은 공동체에 법인격을 취득하는 것이다. 무형문화유산의 보존을 위한 유네스코의 여러 가지 인위적 조치에 반대하는 목소리도 만만치 않게 있다.<sup>15)</sup> 그런 법인격을 취득하는 방법으로는 공동체는: ① 국가의 입법조치를 통하여 법인격을 취득하거나;<sup>16)</sup> ② 법적 해석을 통하여 판례 등에 의하여 법인격을 부여받거나; 혹은 ③ 스스로 결사체를 조직하여 법인격을 취득하는 방법을 생각해 볼 수 있다. 물론 법인격을 취득하지 않고 무형문화의 소유권을 공동체 구성원 모두가 공동으로 소유한다는 개념으로 접근할 수도 있지만 그럴 경우 법률관계를 상당히 복잡하게 하므로 좋은 방법은 아닐 것이다.<sup>17)</sup> 이렇게 공동체가 법인격을 취득할 수 있다고 하여 모든 문제가 간단하게 해결되는 것은 아니다. 우선 공동체 구성원의 범위를 어떻게 정하느냐 하는 현실적인 문제에 봉착하게 될 것이다. 대규모 공동체가 어떤 한 무형문화유산을 소유하고 있을 경우 그 결사체를 구성하는 것은 결코 쉬운 일이 아닐 것이다. 결사체를 구성할 때에 위에 언급한 ‘공동체’의 정의에 따라 역사적으로 공유하는 상호 연관성 *a shared historical relationship*과 연결고리를 가진 사람들 *people of whose sense of identity or connectedness*의 연결조직 *network*이라는 기준을 정하여야 할 것이다. 그러나 그에 관한 세부적 지침은 결국 해당 결사체를 준비하는 공동체와 이를 지원하는 관련

15\_ 상세는 T. Kono, *Convention for the Safeguarding of Intangible Cultural Heritage: Unsolved Issues and Unanswered Questions* in T. Kono (ed.), *Intangible Cultural Heritage and Intellectual Property: Communities, Cultural Diversity and Sustainable Development* at 35, 2009 참조.

16\_ See ICH Convention of 2003 art. 13 (d). 이 조항에서는 회원국들이 무형문화유산을 보호하기 위하여 적절한 입법조치를 취할 것을 권고하고 있는 것이다.

17\_ 복수의 사람들(법인을 포함)이 재산을 공동으로 소유하는 형태의 하나로 *tenancy in common*와 *joint tenancy*라는 것이 있다. 이는 복수의 사람들이 단일한 재산에 관하여 불가분적으로 재산을 공유하는 방법이다. 즉, 열 사람이 하나의 재산을 *tenancy in common*이나 *joint tenancy* 형태로 소유한다면 각자 1/10씩 소유하는 것이 아니라 재산이 분할 되기 전까지는 열 명 모두가 재산 전체에 대한 소유권을 증첩적으로 가지고 있는 것이다. 이런 형태는 규모가 큰 공동체(*community*) 보다는 단체(*group*)의 재산권을 인정할 때에 더욱 적합한 것이라고 할 것이다.

행정기관의 노력에 따라 최종적으로 결정이 되어야 할 것이다. 회원국들이 그런 노력을 기울여 줄 것을 바로 무형문화유산보호협약이 촉구하는 것이다.

이런 노력을 경주하여 공동체가 법인격을 취득하여도 이를 조직적으로 관리 운영하는 내부조직이 형성되어야 하고 구성원 총회와 이의 위임을 받은 이사회와 같은 조직이 필요할 것이다. 구성원의 가입과 탈퇴에 따른 복잡한 법률관계도 발생할 수도 있을 것이다. 따라서 무형문화유산보호협약에 따라 보호조치를 취하지 않을 때 보다 더욱 복잡한 문제가 발생할 것은 명약관화하다. 그러나 이는 재산권을 가지게 될 때에 이를 유지하기 위하여 당연히 소요되는 비용으로 취급하여야 할 것이다. 결론적으로 말하면 현행 여러 나라의 법률적 제도를 살펴 볼 때에 무형문화유산의 소유권과 법적인 보호의 문제를 논하기 위해서는 어떤 형태로든 법인격을 취득하는 것이 선결 요건이라 하겠다.<sup>18)</sup>

#### 4. 단체와 개인의 소유권

둘 이상의 개인이나 공동체 보다 더 적은 규모의 사람들이 모여 구성할 수 있는 단체가 보유한 무형의 전통문화에 대하여 소유권을 인정할 수 있을 것인가 하는 문제는 위의 공동체의 문제에서 본 것과 크게 다르지 않다. 단체에게는 위의 공동체에서 언급한 방법에 의하여 법인격을 부여하거나 공동재산의 개념 *tenancy in common* 혹은 *joint tenancy*을 도입하면 될 것이다.<sup>19)</sup> 개인은 그 자체가 소유권의 주체로 되는데 특별한 절차를 거쳐야 하는 것은 아니므로 소유권의 주체가 되는 것에 관하여 특별히 논할 것은 없다. 다만 개인이 무형문화유산의 주체가 된다고 할 경우에 다른 주체 즉, 단체나 공동체의 경우와 마찬가지로 무형의 전통문화에 대하여 공공재의 성격을 부정하거나 제한하고 소유권의 주체로 인정될 수 있는가의 문제만 남는 것이다.

18\_ 무형문화의 소유권의 주체를 어떤 방법으로 인식 혹은 규정하여야 하느냐에 관하여 근대 서유럽을 중심으로 발달되어 온 법률이론을 비판하는 견해도 있으나 대안을 내놓지는 못하고 있다. See I. Mgbeoji, On the Shoulders of the "Othered": Intellectual Property Rights in Intangible Cultural Heritage and the Persistence of Indigenous Peoples' Texts and Inter-Texts in a Contextual World in T. Kono (ed.), Intangible Cultural Heritage and Intellectual Property: Communities, Cultural Diversity and Sustainable Development 210 and 220, 2009.

19\_ 공동 소유에 관한 이 두개의 법률개념은 소유자간의 긴밀도나 대외적인 관계 그리고 상속 등에 관하여 다른 특색을 가지고 있으나 이런 점들은 무형문화유산의 소유권과 그 주체에 관하여 구체적인 논의를 할 때에 그 상세를 논하는 것이 좋을 것이다.

#### Ⅳ. 제반 문제점

무형문화유산에 소유권의 주체를 인정하고 이를 지적재산권의 보호대상이 되는 객체로서의 요건을 충족시킨 다음 이를 보존하고 더욱 발전 시키는데에는 넘어야 할 산이 한두 가지가 아니다. 그 중 소유권의 주체를 결정하는 문제가 위에서 토론한 바에 따라 해결되었다고 가정을 한다면 제일 먼저 해결해야 할 문제가 그 무형문화유산을 보호의 대상이 될 수 있도록 객관화 시키는 작업이라 할 것이다.<sup>20)</sup> 즉, 특허를 적용하는 경우에는 무형문화유산을 응용(application)하여 이를 어떤 생산품(product)이나 과정(process)로 변환을 시키지 않으면 보호의 객체가 될 수 없는 것이다. 상표권의 경우에는 등록을 하여야 하고 저작권의 경우에는 저작권을 주장하고 보호의 대상이 될 것을 어떤 물질적인 형태로(fixed in any tangible medium of expression) 바꾸어 놓지 않으면 보호의 객체로 인정받을 수 없는 것이다. 판소리 같은 음악은 악보에 가지고 있어야 하고 소리는 녹음이라도 해 놓아야 한다. 춤사위는 영상녹화를 해 놓거나 춤을 추는 방법을 기술한 책자라도 있어야 그 저작권을 얘기할 수 있는 것이 대부분의 국가에서 요구하는 것이다. 그러나 불란서 저작권법은 예외적으로 이런 물질적 형태가 없어도 보호를 받을 수 있다고 한다. 무형문화유산과 저작권법의 관계에서 깊이 참고할 사항이라 하겠다.<sup>21)</sup>

그 다음으로 제기되는 문제는 위에서 언급한 바와 같이 무형문화유산의 소유 주체와 더불어 가장 중요한 문제가 바로 신규성(novelty), 차별성(distinctiveness), 독창성(originality)과 같은 지적 재산권이 될 수 있는 개관적 기준을 어떻게 충족시키느냐의 문제이다. 무형문화유산은 그 언어 자체에 의미를 내포하고 있는 것처럼 오랜 세월을 두고 형성이 된 문화이므로 그것을 지적재산권 보호의 기준을 충족시키기 위해 응용하거나 표현 매개체를 통해 표현을 해 놓더라도 과연 독창성이나 신규성을 가지고 있느냐의 문제가 등장하기 때문이다. 결국 이 문제는 일부는 입법적 지원에 의하여 해결을 하고 일부는 재창조를 함으로서 지적재산권 형

20\_ Idea 그 자체는 지적 재산권 보호의 대상이 아니다.

21\_ See T. Janke, supra note 12 at 165.

성의 기준을 통과하는 수밖에 없을 것이다.<sup>22)</sup>

또한 무형문화유산을 지적 재산권의 보호를 받게 하기 위하여 배타적 소유권을 공동체나 단체 혹은 개인 등에게 부여하는 경우 이의 배타적 남용이 우려될 수 있다. 원래 무형문화유산을 보호하기 위하여 지적 재산권에 관한 문제가 등장한 것인데 어느 누군가가 배타적 소유권을 주장하는 경우 원래의 공공재적 성격이 강한 이 무형문화유산이 널리 공공 목적으로 사용되거나 더욱 더 많은 사람들이 즐길 수 있는 기회를 빼앗을 수도 있는 것이다.<sup>23)</sup> 이 문제에 관한 심각한 정책적 고려가 있어야 할 것이다.

무형문화유산에 재산권이 인정된다고 할 때에 소유권의 존속기간에 관한 고찰이 있어야 한다. 미국법의 예로 든다면 특허는 17년, 저작권은 일반적으로 자연인의 경우 생존기간과 사후 70년, 고용되어 창작한 경우 창작된 날로부터 120년 혹은 출판된 날로부터 95년 등의 규정이 있다. 무형문화유산은 그 소유권의 존속 기간을 어떠한 방법으로 규정하느냐 하는 아주 어려운 문제를 안고 있다. 왜냐면 전통문화는 오랜 세월을 두고 전승되어야 하는데 갑자기 일정기간에만 재산적 권리를 인정하고 그 다음부터는 방치할 수 없기 때문이다.

22\_ 입법적 지원으로는 예컨대, “무형문화재로 지정된 전통문화는 지적 재산권의 보호를 받을 수 있는 객체의 기준을 심사함에 있어서 국가나 지방자치단체가 그 전통문화의 소유권의 주체를 인정한 날로 부터 신규성이나 독창성을 가진 것으로 본다.”라는 법조문을 관련 법에 삽입하는 방법을 사용할 수 있을 것이다. 또한 소유권의 주체가 무형의 전통문화를 재창조한다는 것은 무형의 전통문화를 저작권의 보호를 받을 수 있는 객체로 만드는 작업 예컨대, 영상녹화 혹은 음성녹음 등의 과정에서 전통적인 방법과 더불어 독창성의 기준에 부합될 수 있는 다소 변형된 여러가지 형태의 시연을 하여 그것을 매개체적 자료로 남겨 놓는 방법을 생각해 볼 수 있을 것이다.

23\_ 저작권법위반의 예외로 공정사용(fair use)라는 것이 있다. 이 원칙은 영리목적이 아닌 예컨대, 교육활동, 보도활동, 문학적 비평, 풍자, 그리고 언론의 자유 등과 관련된 사용은 저작권자의 허락이 없이 사용하여도 저작권을 침해하는 것이 아니라는 것이다. 무형문화유산이 지적재산권을 인정받는 경우 무형문화유산 그 자체의 역사성과 공공성을 감안하여 침해가 면제되는 범위를 일반의 저작권법에서 규정하는 것 보다 더욱 넓게 확대하여야 할 것이다.

## V. 맺는 말

위에서 살펴 본 바와 같이 무형문화유산을 지적 재산권을 통하여 보호하려고 할 경우 해결해야 할 문제가 한두 가지가 아니다. 그러나 무형문화유산을 보호하기 위한 수단 중 하나로 지적 재산권을 사용하려면 공동체가 스스로 할 수 있는 역할은 아주 제한적일 수밖에 없다. 왜냐하면 공동체는 무형문화 소유의 주체이면서 동시에 보호의 객체이기 때문에 능동적으로 역할을 수행하는데 한계가 있기 때문이다. 결국은 무형문화유산보호협약에서 권고한 바에 따라 국가가 여러 가지 보호수단을 강구하는 조치가 선행되어야 하며 그 과정에서 공동체가 활동을 할 수 있는 환경이 조성되었을 때에 비로소 공동체가 자신의 역할을 수행할 수 있는 것이다. 따라서 이 시점에서 공동체가 할 수 있는 역할이라는 것은 우선 무형문화유산의 소유자로서의 지위를 인정받기 위하여 노력을 경주하는 일과 자신이 보유하고 있는 무형문화유산이 지적재산권 보호의 객체가 될 수 있도록 법률적 요건을 갖추기 위하여 노력하는 일을 우선적으로 수행하여야 할 것이다.