

무형문화유산 실연자들의 지적재산권 보호

박필호

Park Law Firm PLLC, 미국 뉴욕주 변호사, 법학박사(S.J.D.).

I. 시작하면서

무형문화유산보호협약(이하 ‘협약’ 혹은 ‘무형문화유산협약’)은 2003년에 채택되고 2006년에 효력이 발생하였다. 이 협약은 비준 당사국들에게 무형문화유산을 보호하기 위하여 여러가지 수단을 사용하거나 동원할 것을 요구하고 있다.

협약은 비록 무형문화유산의 보호에 관하여 상세한 법적 수단을 직접적으로 언급하고 있지는 않으나 무형문화유산과 그 보유자들을 보호하기 위한 지적재산권이 협약의 전 조항에 걸쳐 내포되어 있다. 협약의 정신을 실행하기 위한 유네스코의 운영지침은 다음과 같이 언급함으로써 보호수단으로서의 지적재산권의 적용을 명백하게 밝히고 있다.

당사국들은 특히 지적재산권, 사생활에 관한 권리, 그리고 실정에 맞는 형태의 법적 보호를 적용하여, 무형문화유산을 창조하고 보유하며 전승시키는 공동체, 집단, 그리고 개인들의 권리가 적절히 보호되도록...¹

무형문화유산 분야에서 법적 보호의 한 형태로서의 지적재산권은 수많은 기회에 유형문화유산의 문제와 더불어 오랫동안 토의되어 왔다. 그러나 현실적으로 어떠한 특정 문화유산에 재산적 권리를 부여하는 데에는 많은 장애물이 자리 잡고 있다.

무형문화유산이란 실물로서 존재하는 것도 아니고 만져볼 수도 없는 문화적 유산의 한 형태이다. 어떤 사람에게 법적 권리를 부여하기 위해서 저작권에 관한 현대법의 원칙은 권리보호를 위한 여러 가지 요소 중의 하나로 유형의 매개체를 요구하고 있다. 그러나 무형문화유산은 그 본연의 특성 상 그러한 유형의 매개체를 가지고 있지 않다.

또한 비록 무형문화유산이 지적재산의 권리로서 인정을 받고 따라서 그 권리가 무형문화유산의 소유자에게 귀속이 될 수 있다고 하여도 누가 그 권리의 소유자가 되어야 하느냐 하는 문제는 아직도 분명하지 않다. 왜냐면 많은 경우에 무형문화유산의 소유자를 특정하는 일이 쉽지 않기 때문이다.

지적재산권은 전통적인 부동산이나 동산 재산권에 비해 비교적 새롭게 발전된 법률 개념이다. 지적재산권에 관한 이론은 주로 유럽적 문화에서 발달한 것이다. 나머지 국가들은 지적재산권 발달에 있어서는 비교적 짧은 역사를 가지고 있으며 자신들 고유의 법 이론을 개발하거나 자신들의 법 적용 경험을 축적하여 관습법으로 발전시킬 수 있는 충분한 시간이나 기회를 가지지 못한 채 유럽의 지적재산법을 모방할 수밖에 없었다.

오늘날 대부분의 지적재산권은 성문법에 의하여 규율되고 있으므로 관습법이 자리잡을 여지는 아주 적은 편이다. 지적재산권의 성문법들은 마치 낯선 사람들을 잘 받아들이지 않는 잘 구축된 요새처럼 침해에 관한 주장이든 권리의 보호를 위한 것이든 잘 정의된 구성요소들로 무장하고 있다. 이러한 상황에서 협약의 정신은 각 당사국들에게 무형문화유산 보호를 위한 방편으로 공동체, 단체, 개인들을 위한 지적재산권을 확보하도록 요구하고 있는 것이다.

1_ 무형문화유산보호협약 실행 운영지침(Operational Directives for the Implementation of the Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage adopted by the General Assembly of the States Parties to the Convention at its second ordinary session (Paris, France, 16 to 19 June 2008), amended at its third session (Paris, France, 22 to 24 June 2010)) 제 104구절, 2003.

II. 지적재산권 일반

법적 용어로서의 지적재산이란 전통적으로 특허, 상표, 저작권의 세 분야를 포괄하는 것으로 다소 특별한 형태의 창조적 정신을 일컫는다. 이를 규정한 지적재산권법에서는 기술, 음악, 문학, 미술 등 다양한 형태의 작품으로 표현된 무형의 자산에 대하여 배타적 권리가 그 소유권자에게 부여될 수 있다.

1. 특허

특허는 새롭고 유용한 공정,² 기계, 제조, 합성물질 혹은 그런 것들에 대한 새롭고 유용한 개선방법을 발견하거나 발명한 사람에게 부여된다.³ 특허 출원자가 특허를 얻기 위해서는 특허 출원서에 그가 이룩해 낸 것을 잘 보여줘야만 한다.

출원서는 상세한 내역과 주창하는 바를 담고 있어야 한다. 상세 내역서는 발명이 어떻게 작용하는 것인지를 서술하는 것이며 주창서는 상세 내역이 특허가 가능한 것임을 주장하는 것이다. 특허가 수여되면 특허권자는 그가 발명한 것을 제조, 사용, 판매할 수 있으며, 또한 다른 사람에게 발명 자체를 판매할 수도 있는 배타적인 권리를 취득하게 된다.⁴

특허를 취득하기 위해서는 발명 혹은 발견이 법이 정한 기준을 충족시켜야 한다. 법에서 요구하는 기본적인 사항은 신규성과 비명백성이다. 신규성이란 출원한 발명이 이전의 어떤 기술 작품과도 다르기 때문에 똑같은 것을 찾아 볼 수 없을 정도를 요구하는 것이며⁵ 비명백성이란 출원한 발명이 이전의 어떤 기술 작품과 반드시 뚜렷하게 다를 것까지는 없지만 그래도 상당히 의미 있는 정도는 달라야 한다는 것이다.⁶

2_ 이 맥락에서 '공정'이란 용어는 과정, 기술 혹은 방법 그리고 이미 알려진 작업이나 물질의 공정, 기계, 제조, 합성 등을 가리킨다. 미국연방법전 35 U.S.C.A. § 100 참조.

3_ 미국연방법전 35 U.S.C.A. § 101 참조.

4_ 미국연방법전 35 U.S.C.A. § 154 (d) 참조.

5_ 저작권의 경우에는 단지 저작권을 가진 작품이 다른 것의 복사물이 아닐 것을 요구한다. 신규성이란 간단히 말해 특허를 받기 위해서는 '새로운' 것이어야 함을 뜻한다. 발명이 '새로운' 것이어야 하는 것에 대한 법적 설명은 미국연방법전 35 U.S.C.A. § 102 참조.

6_ "만약 특허를 받고자 하는 것과 이전에 존재했던 것과의 차이점이 해당 분야의 기술을 가진 보통사람들이 보기에 특별히 드러나 보이지 않는 정도라면 특허를 취득할 수 없다." 미국연방법전 35 U.S.C.A. § 103 참조.

즉, 신규성이라는 요건을 충족시키기 위해서는, 발명은 일반인이 알고 있거나 사용하는 것과 비슷해서는 안된다는 것이다. 반면에 비명백성 요건이란 발명은 이미 과거에 만들어진 것과 일정한 정도는 달라야만 한다는 것이다.

특허에 있어서는 이 두 가지 요건 때문에 특허의 보호를 받는 지위를 얻는 것이 다른 지적재산권의 경우보다 더욱 더 엄격하다. 그러나 이미 특허를 취득한 경우라도 그 특허에 대하여 이의신청이 제기되어 법원에 의해 취소되는 경우도 흔히 있는 일이다. 특허에는 유용성 특허, 식물 특허, 디자인 특허 등의 세 종류가 있다.

유용성 특허란 다른 아닌 우리가 보통 특허라고 생각하는 '발명 특허'이다. 일반적으로 보아서 유용성 특허는 발명된 것이 발명된 그대로 쓰이고 기능하는 것을 보호하는 것이다. 유용성 특허는 새롭고 유용한 공정, 기계, 제조, 합성 등이나 그런 것들에 대한 새롭고 유용한 개선방법을 발명한 사람에게 수여된다. 미국의 경우 이런 형태의 특허는 특허를 출원한 날로부터 20년간 부여된다. 이 기간 동안 특허권자는 다른 사람이 이 발명을 만들거나 사용하거나 판매하는 것을 금지할 수 있는 배타적 권리를 향유한다.⁷

식물 특허란 식물을 새롭고 특이한 방법으로 발명 혹은 발견하여 새롭고 특이한 방법으로 무성생식을 한 사람에게 수여된다. 이 특허가 수여되면 역시 20년 동안 배타적 권리를 향유할 수 있다.⁸

디자인 특허란 어떤 제조물에 새롭고 독창적이고 장식적인 디자인을 발명한 사람에게 수여되는 것이다.⁹ 디자인 특허는 단지 제조물의 외관만을 보호하는 것이지 그것의 구조적이거나 실용적인 측면을 보호하는 것이 아니다. 이 디자인 특허는 수여된 날로부터 14년 간 보호를 받는다.¹⁰

2. 상표

상표란 상업적으로 사용하거나 사용할 목적을 가진 어느 제조자나 판매자의 상품

7_ 미국연방법전 35 U.S.C.A. §161 및 미국 특허 및 상표 사무소(U.S. Patent and Trademark Office (PTO)) 웹사이트 참조(<http://www.uspto.gov/web/offices/ac/ido/oeip/taf/patdesc.htm>). 근래에 수여된 약 90%의 특허는 유용성 특허이다. <2011.11.07. 방문>

8_ 미국연방법전 35 U.S.C.A. §161 참조, U.S. PTO 웹사이트 참조(<http://www.uspto.gov/web/offices/pac/plant/#1>). <2011.11.07. 방문>

9_ 미국연방법전 35 U.S.C.A. §171 참조.

10_ 미국연방법전 35 U.S.C.A. §173 참조.

이 다른 제조자나 판매자의 상품과 구분되고 식별되며 또한 그 상품의 출처를 특정 짓기 위한 것으로 어떤 형태의 글자, 상징, 장치 혹은 그런 여러 가지의 복합체를 포괄하는 것을 이른다.¹¹ 다시 말해, 어떤 탄산음료가 '코카콜라'가 되고 어떤 컴퓨터가 '델'이라는 상품의 이름을 갖는 것과 같은 것이다.

상표법은 일반적으로 세 가지 목적을 가지고 있는데 (1) 판매자의 호의와 평판을 보호하는 일, (2) 소비자들이 구매한 상품이나 서비스를 누가 생산한 것인지에 대하여 소비자들이 속임수를 당하거나 혼동을 일으키지 않도록 하는 일, 그리고 (3) 시장에서 경쟁을 증진시키는 일 등이다.¹²

상표권의 가장 기본적 성질은 상표의 상업적 사용이라는 점이다.

상표는 소비자들이 상품을 선택하는 데 도움을 준다. 상품의 출처가 식별됨으로써 상품은 소비자들에게 가치있는 정보를 낮은 가격으로 전달하는 셈이 된다. 상표는 가치있는 자산이며 사업상 '호의'의 한 부분을 이루는 것이 된다. 상표의 가치는 어떤 의미에서는 소비자의 '인질'이 되기도 한다. 즉, 판매자가 소비자를 실망시킨다면 소비자는 그 상표의 가치를 낮게 쳐 주는 것으로 반응을 하기 때문이다.¹³

상표가 하나의 지적재산권으로 등록되고 보호받기 위해서는 구별성이 있어야 한다. 이 구별성의 기준은 약간 모호한 것이지만 자의적이거나 암시적이거나 상상적인 것이 아닌 어떤 다름을 가지고 있어야 한다. 상표는 사과라는 상품에 '사과'라고 한다든지 위스키에다 '독한 술'이라고 하는 식으로 어떤 범주나 생산물을 가리키는 일반적 이름을 사용해서는 안되며 '짤' 소금이나 '달콤한' 사탕 같이 제품의 이름이나 범주의 성질에 관한 것을 서술적으로 표시해도 안된다.

상표의 소유권은 어떤 선의의 의도를 가진 사람이 그 자신이 처한 환경에서 선의임을 보여주고 상업 목적으로 상표를 사용하기 위해 우선적으로 상표의 등록 신청을 한 사람에게 주어진다.¹⁴ 이와 같이 상표의 보호는 상업적으로 사용할 의도를 가진 사람

11_ 미국연방법전 15 U.S.C.A. §1127 참조, U.S.PTO 웹사이트 참조(<http://www.uspto.gov/trademarks/process/index.jsp>.) <2011.11.07. 방문> 서비스마크도 이와 비슷하게 정의 되지만 미국에서는 상표와 구분하는데 반해 영국에서는 두 개념을 통합했다.

12_ GARY MYERS, PRINCIPLES OF INTELLECTUAL PROPERTY LAW, 2008 at 162

13_ Scandia Down Corp. v. Euroquilt, Inc., 772 F.2d 1423 (7th Cir.1985)

14_ 미국연방법전 15 U.S.C.A. §1051(b) 참조.

에게 주어지는 것이다. 상표의 등록 기간은 10년으로 상표의 만기가 도래했을 당시에 계속 사용되고 있거나 하다면 10년 단위로 무한정 연장될 수 있다.¹⁵

3. 저작권

저작권은 문학, 드라마, 음악, 예술 등에 관한 작품 저작자의 배타적 권리를 보호하는 개인 재산권이다. 입법적으로 보호되는 작품의 범주를 보면 (1) 문학작품, (2) 음악적 작품과 그에 수반되는 언어, (3) 드라마적 작품과 그에 수반되는 음악, (4) 무언극과 무용 작품, (5) 회화, 그래픽, 조각 작품, (6) 영화와 시청각 작품 (7) 음성 녹음, (8) 건축 작품 등이다.¹⁶ 이러한 작품들이 영화, 음향, 그리고 방송 등에서 다시 표현되는 경우에도 별도의 저작권이 발생한다.

저작권의 보호는 어떤 형태로든 유형의 표현 매개체에 고정되어 있는 저작자의 원작품에 존재한다. 그 유형의 표현 매개체 속에 있는 원작품은 직접적으로 혹은 어떤 기계나 장치를 사용하여 감지할 수 있고 재생산이 가능하며 어떤 방법으로든 소통될 수 있는 것으로서 현존하거나 나중에라도 존재하는 것이어야 한다.¹⁷

저작권은 “저작권의 필수적 조건(sine qua non)¹⁸은 독창성이다. 저작자의 작품이 독창적이어야만 저작권의 보호를 받을 수 있는 것이다. 저작권에서 독창성이란 그 작품이 다른 작품을 베낀 것이 아니라 그 저작자에 의해 독자적으로 창작되었을 뿐만 아니라 최소한도의 창조성을 가지고 있어야 한다는 것을 가리키는 것”이라고 설명된다.¹⁹ 따라서 저작권의 대상이 될 수 있는 작품은 독창성과 최소한도의 창조성을 보여줄 수 있어야 한다.

저작권은 해당 작품 속에 어떤 생각, 절차, 과정, 시스템, 운영 방법, 개념, 원칙, 발견 등이 그 작품 속에 묘사되고 설명되고 삽화로 그려지고 구체화되었더라도 그런 것들까지 보호하는 것은 아니다.²⁰

15_ 미국연방법전 15 U.S.C.A. § 1058 참조.

16_ 미국연방법전 17 U.S.C.A. § 102(a) 참조.

17_ 위의 조항

18_ 이 라틴어는 ‘필수적 요건 혹은 조건’이라는 말로 해석될 수 있을 것이다.

19_ Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co., 499 U.S. 340 (1991) para. 10.

20_ 미국연방법전 17 U.S.C.A. § 102(b) 참조.

생각은 저작권의 대상은 아니지만 그 생각의 표현은 저작권의 대상이 된다.²¹ 또한 저작권은 기능적 특성을 보호하는 것은 아니다. 따라서 디자인적 요소가 어떤 미적 기능 속에 녹아들어 있다면 그 디자인 요소들은 별개로 저작권 보호의 대상이 될 수가 없다. 별개의 저작권 보호 대상이 되지 않는 것을 예시하면, 이름, 제목, 슬로건과 같은 단어들과 짧은 구절, 계획, 장치, 백지 서식, 공공재에 속하는 정보로 구성된 작품,²² 그리고 서체(활자)²³ 등을 들 수 있다.

위에 언급한 바와 같이 저작권의 대상이 되는 작품은 표현이 유형의 매개체에 고정되어 있어야 한다. 다시 말해 작품이란 “원작자의 허가 아래 복제물이나 음반 속에 저작의 구체화가 영구적으로나 안정적으로 이루어져 일순간이 아닌 일정 기간 동안 그 작품이 감지되고 재생산되고 소통될 수 있는 것으로서 유형의 매개체를 통해 표현이 고정된 것”을 이른다.²⁴

‘고정’이란 뜻은 다음과 같이 설명 될 수 있다. 즉, 만약에 어떤 것이 전파되는 순간 저작으로서 성립이 되는 것이 있다면, 전파되고 있는 음향이나 영상, 혹은 그 두 개 모두로 구성되는 저작품은 저작권법적 관점으로 보아 ‘고정’된 것으로 간주된다.²⁵ 다시 말해 어떤 저작권 대상물이 유형의 매개체에 표현되는 순간 저작권 보호는 자동적으로 뒤따른다는 뜻이다.

컴퓨터 프로그램도 충분한 독창성과 저술자를 가지고 있다면 저술로서 간주되므로 저작권의 대상이 된다. 음악과 같이 녹음한 것도 저작권 대상이 된다. 음악의 작곡가, 음반 등의 제작자, 공연자들도 일반적으로 저작권법의 보호 대상이다. 원작에 의해 파생된 작품도 보호 대상이다.²⁶ 저작권 보호 대상 작품들을 공연하는 것도 역시 법에 의해 저작권의 보호를 받는다.²⁷

21_ 아인슈타인의 상대성 이론은 저작권의 대상이 아니지만 그것을 저술한다면 그 책은 저작권법의 보호 대상이 된다.

22_ 이런 작품들의 예로는 보통의 달력, 길이와 무게 환산표, 출자, 체육행사표와 공문서나 일반적으로 얻을 수 있는 자료로부터 나온 각종 명단 혹은 표 등을 들 수 있다. 미국연방법전 37 C.F.R. § 202.1. 참조.

23_ 미국연방법전 37 C.F.R. § 202.1. 참조.

24_ 미국연방법전 17 U.S.C.A. § 101. 참조.

25_ 위의 조항

26_ ‘파생 작품’에 대한 법적 정의는 아주 광범위하다. 이것은 기존 작품에 기반을 둔 것으로 다음과 같은 것들이 있다. 번역, 음악의 편곡, 소설 등을 기반으로 한 드라마 원고, 각색, 영화 시나리오, 녹음, 예술의 재생산, 요약, 축약, 혹은 기타 원작을 변형시키거나, 재조명하거나, 재구성한 작품들이 해당된다. 미국연방법전 17 U.S.C.A. § 101 참조.

27_ 보호되는 공연으로는 문학적, 음악적, 드라마와 무용 작품, 무언극과 영화 그리고 영상 작품들이다. 미국연방법전 17 U.S.C.A. § 106(4) 참조.

III. 무형문화유산 소유 주체의 식별²⁸

실연자들이란 무형문화유산을 실행 혹은 공연하는 사람들이다. 실연자들은 집단이나 공동체의 개별적 구성원을 집단적으로 가리킬 수도 있고 독립적으로 연행하는 사람들을 가리킬 수도 있다. 또한 공동체 전체나 집단을 한 단위로 묶어서 실연자라고 부를 수도 있다. 지적재산권은 자연인이건 법인이건 사람에게 귀속된다. 복수의 소유자들도 하나의 지적재산에 대하여 공동으로 소유권을 가질 수 있다. 무형문화유산의 권리에 관한 문제는 그런 권리가 누군가에게 부여될 수 있다는 가정 아래 시작되어야 한다. 그 다음에는 어떤 특정의 무형문화유산에 대한 소유의 주체를 식별하는 일이야말로 지적재산권의 보호를 위한 첫 번째 조치가 될 것이다. 이 문제는 결국 누가 무형문화유산의 소유자가 되느냐 하는 것으로 귀착된다.

1. 무형문화유산의 소유주체

무형문화유산이라는 말은 ‘유산(heritage)’이라는 말을 사용함으로써 그 의미를 상당히 혼란스럽게 만들고 있다. 왜냐하면 무형문화유산에 지적재산권을 인정한다면 신규성(novelty), 차별성(distinctiveness) 혹은 독창성(originality)을 가지고 있어야 하는데 ‘유산’이라는 개념을 대입하면 그런 참신성 혹은 원천성과 같은 기준을 적용할 여지가 없어지기 때문이다.

일반적으로 유산이라 함은 사망한 사람으로 부터 어떤 무엇, 특히 물질이나 가치로 환산이 될 수 있는 것을 물려받는 것을 말한다. 여기에 ‘정신적’ 유산 같이 유산이라는 단어 앞에 수식어를 붙임으로서 비물질적 유산을 물려받는 것을 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 않는다. 즉, 피카소의 후손이 그 천재적 재능을 물려받았거나 헤겔의 후손이 변증법적 철학을 물려받았다고 하여도 그런 것들은 법적 보호의 객체가 되지 않는 것과 마찬가지로 이다.

28. 본 챕터의 다수 내용은 유네스코아태무형유산센터의 2010년 전문가 회의 보고서 “무형문화유산 보호와 지적재산권: 현황과 과제”에 실린 동 저자의 글 ‘무형문화유산 분야에서 지적재산권 보호와 관련된 무형문화유산 공동체 이슈의 내용을 담고 있다.

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 정해 졌다 해도 유산을 받을 수 있는 기본요건인 가족관계나 명시적 유증의사 같은 것이 결여되어 있으므로 유산은 성립하지 않는다. 따라서 무형문화유산에서 사용하는 유산이라는 말은 법률적인 의미를 내포하고 있지 않은 일반적으로 통용되는 수사적인 용어에 지나지 않는 것이다.

무형문화유산이 법적으로 보호될 수 없는 존재라는 것은 이 유산이 공공의 영역(public domain)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 수백 번을 불러도 저작권을 침해하는 것이 아닌 것과 같다. 이들 모두가 공공영역에 존재하는 공공재이기 때문이다. 그러나 그런 공공재를 이용하여 돈을 크게 벌거나²⁹ 특허를 출원하여 배타적인 권리를 취득하는 사람들이 있다. 약초를 배합하거나 가공하여 치료를 하는 민간요법을 어떤 제약회사가 알아내어 이를 특허를 출원하여 배타적 권리를 취득하고 전문학적인 돈을 버는 경우도 있다.³⁰

반면에 공공재를 보존하고 유지하고 발전시키는 당사자들인 공동체, 단체, 개인들에게는 아무런 법적 권리가 없어서 법적인 보호를 받지 못하는 것이다. 그렇다면 무형문화유산을 상업적으로 활용하여 큰 돈을 벌어들이고 명성을 얻고 있는 사람들이 존재하는 가운데, 무형문화유산을 보유하고 시연하는 사람들이 다만 그 전통문화의 보유 계승자로서의 위치에 그저 만족해야만 할 것인가?³¹ 그렇다면 세월이 지날수록 무형의 전통문화를 보존하려는 사람들은 줄어들고 결국은 그런 유산은 후대에 전승되지 못하고 사라질지도 모른다.

29_ 미국인 듀엣 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. 왜냐하면 이들 노래들이 무형문화유산으로 공공영역에 존재하면서 동시에 그 보존과 실행의 주체를 특정시킬 수 없기 때문이다.

30_ 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 취소된 적이 있다. V.K. Gupta, WORLD HEALTH ORGANIZATION, Regional Consultation on Development of Traditional Medicine in the South East Asia Region, Pyongyang, DPR Korea, 22-24 June 200 참조. http://www.searo.who.int/linkfiles/meetings_document16.pdf (2010.10.05. 검색). 이 사례에서는 전통지식을 직접적으로 보호하려던 것이 아니고 특허권을 부여하는 기존인 신규성(novelty)가 결여되어 있다는 것이 이유이므로 이와 관련된 전통지식은 반사적인 이익을 얻은 셈이다.

위에서 살펴 본 바와 같이 문화 자체는 공공영역에 속하는 것으로서 그런 문화 자체가 사유재산의 대상이 될 수는 없는 노릇이다. 그러나 그러한 큰 문화를 구성하는 개개의 작품들 즉, 주제를 달리하는 개별 작품들은 뒤에 언급하는 바와 같이 재산 소유주의 요건을 갖추어 공공영역에 존재하는 개별 작품들을 재산권의 주체가 있는 것으로 전환시킬 수 있는 것이다. 다만 이런 경우에 지적재산권의 기본요건인 신규성(novelty), 차별성(distinctiveness) 혹은 독창성(originality) 등을 갖추기 위하여 입법적인 뒷받침이 필요하거나 원래의 작품을 새로운 형태로 재창조(re-creation)하는 절차가 선행되어야 할 것이다.

그렇게 소유권의 주체를 정하고 지적재산권의 요건을 갖출 수 있는 환경을 조성하는 것이 바로 2003년 협약이 탄생한 이유이며 그런 환경을 조성하는 데 국가의 역할을 촉구한 것이 바로 동 협약에서 규정하고 있는 바이다.³²

2. 공동체 실연자들을 위한 소유권

현대의 지적재산권법 체계에서 소유의 주체가 누구이나 하는 것은 그 자체로 큰 이슈가 되는 것은 아니다. 지적재산권에서 권리 소유의 주체는 법적으로 판정이 날 때 까지는 그것을 자기 것이라고 주장하는 '사람'이 되기 때문이다. 따라서 지적재산권 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? 정선아리랑의 저작권을 정선군민 모두가 주장하고 강릉 단오제에 관련된 지적재산권을 강릉시민 전부가 주장할 수 있을까? 아프리카의 스와질랜드라는 나라에서는 14세 이상 모든 미혼 여성이 참여하는 갈대 축제라는 무형문화

31_ 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. 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.

32_ 무형문화유산보호협약 III장 11~18조 참조, 2003.

유산이 있는데, 이에 관한 지적재산권이 성립한다면 과거와 현재에 미혼으로 참여했던 모든 여성국민이 그 소유권을 주장할 수 있을까? 결국 이 문제는 공동체의 정의를 어떤 방법으로 하느냐의 문제로 다시 돌아온다.

유네스코에서 내린 '공동체'의 정의는 매우 모호하다.³³ 공동체에 관하여 명백하게 정의를 내릴 수 없는 이유는 공동체가 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 안 되는 것이다. 그것이 바로 무형문화유산의 보호에 관한 유네스코 협약의 정신이다.

유네스코 협약의 정신에 따라 무형문화유산의 주체를 정하여 이를 보존하고 발전시키기 위한 가장 효과적인 방법은 공동체에 법인격을 취득하는 것이다.³⁴ 그런 법인격을 취득하는 방법으로는 공동체가 (1) 국가의 입법조치를 통하여 법인격을 취득하거나,³⁵ (2) 법적 해석을 통하여 판례 등에 의하여 법인격을 부여받거나, (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 그러한 경우 법률관계가 복잡해지기 때문에 좋은 방법은 아닐 것이다.³⁶

이렇게 공동체가 법인격을 취득할 수 있다고 하여 모든 문제가 간단하게 해결 되는 것은 아니다. 우선 공동체 구성원의 범위를 어떻게 정하느냐 하는 현실적인 문

33_ 유네스코에서 정의하는 공동체란 “무형문화유산을 실행하거나 전수하거나 혹은 무형문화유산과의 관련성의 근원에 관한 문제에 대하여 역사적으로 공유하는 상호관계를 함께 나눌 수 있을 때 우리나라는 동질성 혹은 그런 연결고리를 가진 사람들 간의 연결조직...”이라고 한다. 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. <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001459/145919e.pdf> (2010.10.06. 검색).

34_ 무형문화유산의 보존을 위한 유네스코의 여러가지 인위적 조치에 반대하는 목소리도 적지 않다. 상세한 내용은 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

35_ 2003년 무형문화유산보호협약 13 (d). 이 조항에서는 회원국들이 무형문화유산을 보호하기 위하여 적절한 입법조치를 취할 것을 권고하고 있다.

36_ 복수의 사람들(법인을 포함)이 재산을 공동으로 소유하는 형태의 하나로 tenancy in common과 joint tenancy라는 것이 있다. 이는 복수의 사람들이 단일한 재산에 관하여 불가분적으로 재산을 공유하는 방법이다. 즉, 열 사람이 하나의 재산을 tenancy in common이나 joint tenancy 형태로 소유한다면 각자 1/10씩 소유하는 것이 아니라 재산이 분할되기 전까지는 열 명 모두가 재산 전체에 대한 소유권을 중첩적으로 가지고 있는 것이다. 이런 형태는 규모가 큰 공동체(communitiy) 보다는 단체(group)의 재산권을 인정할 때에 더욱 적합한 것이라고 할 것이다.

제에 봉착하게 될 것이다. 대규모 공동체가 어떤 한 무형문화유산을 소유하고 있을 경우 그 결사체를 구성하는 것은 결코 쉬운 일이 아닐 것이다. 결사체를 구성할 때 위에 언급한 ‘공동체’의 정의에 따라 역사적으로 공유하는 상호연관성(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 행정기관의 노력에 따라 최종적으로 결정이 되어야 할 것이다. 회원국들이 그런 노력을 기울여 줄 것을 바로 2003년 협약이 촉구하는 것이다.³⁷

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 수 있을 것이다. 따라서 2003년 협약에 따라 보호조치를 취하지 않을 때 보다 더욱 복잡한 문제가 발생할 것은 자명하다. 그러나 이는 지적재산권을 가지게 될 때에 이를 유지하기 위하여 당연히 소요되는 비용으로 취급하여야 할 것이다. 결론적으로 말하면 여러 나라의 현행 법률 제도를 살펴 볼 때 무형문화유산의 소유권과 법적인 보호의 문제를 논하기 위해서는 어떤 형태로든 법인격을 취득하는 것이 선결 요건이라 하겠다.³⁸

3. 단체와 개인의 소유권

둘 이상의 개인이나 공동체 보다는 더 적은 규모의 사람들이 모여 구성할 수 있는 것이 단체인데 이런 단체가 보유한 무형의 전통문화에 대하여 소유권을 인정할 수 있을 것인가 하는 문제는 위의 공동체의 문제에서 살핀 것과 크게 다르지 않다. 단체에게는 위의 공동체에서 언급한 방법에 의하여 법인격을 부여하거나 공동재산의 개념(tenancy in common 혹은 joint tenancy)을 도입하면 될 것이다.³⁹ 개인은 그 자체가 소

37_ 무형문화유산보호협약 13조, 2003.

38_ 무형문화의 소유권의 주체를 어떤 방법으로 인식 혹은 규정하여야 하느냐에 관하여 근대 서유럽을 중심으로 발달되어 온 법률이론을 비판하는 견해도 있으나 대안을 내놓지는 못하고 있다. 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 at 210 and 220, 2009.

39_ 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 상체를 논하는 것이 좋을 것이다.

유권의 주체가 되는 데 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.

IV. 무형문화유산 실연자의 권리 보호

무형문화유산을 현대의 지적재산권법 체계에 적용하는 작업은 무형문화유산의 보호라는 임무를 수행하는 데 가장 힘든 문제 중의 하나이다. 우선 지적재산권을 보호하기 위해서는 실연자가 그러한 권리를 가지고 있어야 한다. 실연자가 그러한 권리를 가지기 위해서는 법이 정한 몇 가지 요건을 극복하여야 한다. 법이 정한 신규성, 차별성, 또는 독창성 등은 무형문화유산에 적용시키기에는 너무 엄격한 요건들이다. 그러나 여러 나라와 국제기구들 그리고 민간기구들이 그러한 법적 요건을 극복하기 위하여 다각적인 노력을 기울여 오고 있다. 이러한 노력들은 전통지식 분야와 전통문화표현(혹은 전통민속표현) 분야에서 주로 발견되고 있다.

1. 전통지식

전통지식이란 어떤 특정 공동체의 토착민이 보유하고 있는 지식이다. 이는 또한 “전통에 근거를 둔 문학, 예술 또는 과학적 작품, 공연, 발명, 과학적 발견, 표시, 이름과 기호, 공개된 정보, 그리고 산업적, 과학적, 문학적, 예술적 분야에서 지적 활동의 결과로 나타나는 기타의 모든 전통에 기반한 혁신과 창조”를 가리키기도 한다.⁴⁰

공동체들에게 전통지식은 전반적 세계관의 일부를 형성하는 것이며 그들의 생활

40_ World Intellectual Property Organization (WIPO), Intellectual Property Needs and Expectations of Traditional Knowledge, WIPO Report on Fact-finding Missions on Intellectual Property and Traditional Knowledge (1998-1999) at 25.

방식이나 문화적 가치, 종교적 믿음과 관습법적 체계로부터 분리할 수 없는 것이다.⁴¹ 전통지식은 소위 선진사회 구성원이라 일컫는 자들이 종종 전통기술의 원리를 추출하여 특허를 내는 방법으로 그 자신들의 이익을 위해 사용하는 방법으로 오용되기도 한다.⁴²

오늘날 전통지식의 보유자들이 그 지식을 유지하고 후대에 전승시키는 일을 수행하는 데 많은 어려움을 안고 있다. 그 주된 어려움은 국내적이든 국제적이든 전통지식을 보호할 수 있는 관련 정책이나 법적 제도가 없다는 것에 기인한다. 비록 국제적 차원에서 전통지식의 보호를 위한 여러가지 방안이 만들어지기는 하였어도 아직은 미흡한 상태이다.⁴³

외부적, 사회적 그리고 환경적 영향에 의하여 더 어려운 일들이 일어나고 있는데 이는 전통지식을 보유하거나 물려받을 공동체의 구성원들이 자신들의 동지를 떠나기도 하고 현대적 생활방식이 그들에게 스며들기도 하면서 전통방식의 삶이 흔들리고 있다는 사실이다. 따라서 전통지식은 현재 소멸위기에 있는 것이다. 이런 현상에 더해 전통지식 보유자들이 자기들이 보유한 것에 대한 체계적인 지식의 결합은 어려움을 더하는 또 다른 현실이기도 하다. 많은 경우에 전통지식 보유자들은 자기들이 전통적인 방법으로 병을 고치기 위해 사용하는 물질들로부터 화학적 성분을 추출해 낼 줄을 모른다. 게다가 그 사람들이 가진 전통지식은 종종 상업적으로 이용당하기도 한다.⁴⁴

전통지식을 보호하기 위하여 가장 중요한 것은 어떤 정책이나 법률을 통하여 전통지식 보유자들에게 재산권적 권리를 인정해 주는 일이다. 이런 조치는 전통지식의 보호를 위한 적극적 방법에 해당될 것이다. 이렇게 해서 일단 재산권적 권리가 부여되면 재산적 권리를 침해하는 어떤 행동에 대하여 법적 구제 수단을 갖게 될 것이다. 이것은 전통지식 보호를 위한 방어적 방법이 될 것이다. 전통지식의 효과적인 보호를 위해서 두 가지 방법을 적절히 사용하여야 한다.

41_ WIPO, Intellectual Property and Traditional Knowledge at 1.

42_ supra note 30 참조

43_ 생물다양성협약(Convention on Biological Diversity of 1992), 유엔 사막화방지조약(UN Convention to Combat Desertification of 1994 by UNEP), 세계보건기구 알마아타 보건선언(Primary Health Care Declaration of Alma Ata of 1978 by WHO), 세계통상기구 지적재산 통상분야 합의서(Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property by WTO), 식량농업기구 식물유전자원에 관한 국제사업(International Undertaking on Plant Genetic Resources of 1983 by FAO) 등 많은 활동이 WIPO와 여러 국제기구들에 의해 전개되어 왔다.

44_ supra WIPO Report 7-8.

(1) 수이 제네리스

지적재산권법에서 수이 제네리스⁴⁵ 방법을 사용하는 것은 전통지식의 보호를 위한 한 수단이 될 수 있다. 지적재산권법에서 수이 제네리스란 전통적인 지적재산권법 원리의 영역 밖에 있는 어떤 권리를 보호하기 위하여 전통적인 법률 개념을 확장 적용한 것이다. 따라서 그런 개념이 인정된다면 수이 제네리스는 전통지식의 보유자에게 지적재산권을 수여할 수 있게 된다. 이미 여러 나라들이 수이 제네리스 방법을 기존의 지적재산권법 체계에 접목시키고 있는 중이다. 예를 들면, 중국은 중국의 전통의술로 진찰과 치료를 하는 방법에 특허를 내 줌으로써 전통지식에 대하여 지적재산권을 인정하였다.⁴⁶

(2) 공정한 경쟁

법률적 관점에서 부정경쟁이란 상품이나 서비스와 관련하여 어떤 사람이 혼동이나 실수를 유발할 수 있는 단어, 용어, 이름, 상징, 장치, 잘못된 원산지 표기, 사실에 관하여 잘못된 혹은 현혹시키는 표현 등을 사용하는 식의 올바르지 않은 사업 거래를 이른다. 부정경쟁 행위는 기만적인 혹은 부정한 사업 거래를 함으로써 다른 사업자에게 경제적 손실을 입히는 불법행위이다.⁴⁷

만약 어떤 사람이 어떤 제품을 두고 그것을 토착민이 정품으로 인정한 것이라고 하거나 어떤 특정 공동체, 집단, 개인이 생산했다거나 보증해 줬다거나 아니면 그들과 관련이 있다고 허위 주장을 하는 경우에 이로 인해 불이익을 당한 사람은 법적 구제수단을 동원할 수 있는 것이다.

(3) 신뢰와 영업비밀

영업비밀은 상업적 가치를 지녔지만 일반인이 알 수 없는 비밀 정보를 이른다. 이것은 어떤 제조법일 수도 있고 관행이나 디자인, 도구, 특정한 형태 혹은 정보를 집약해

45_ Sui generic라는 뜻은 'of its/his/her/their own kind or unique'로서 '그 자체 혹은 유일한'이라고 할 수 있을 것이다.

46_ 중국전통의학에 관한 중화인민공화국 규정(Regulations of the People's Republic of China on Chinese Traditional Medicine) 제 23조. 수이 제네리스 방법은 무형보다는 유형문화유산의 보호를 위해 더 자주 쓰이는 경향이 있다. 물론 둘 사이의 경계가 항상 분명한 것은 아니다. 미국은 '미국 토착부족의 휘장의 테이터베이스'를 통해 다른 사람들이 미국 인디언의 휘장을 사용하지 못하도록 보호하고 있다. <http://www.uspto.gov/trademarks/law/tribal/index.jsp> (2011.11.11. 검색). 또한 뉴질랜드의 통상법 제 19조도 어떤 사람이 상표를 등록할 당시에 다른 사람의 이름이나 상징이 포함된 경우 그 다른 사람의 동의서를 문서로 받아 오도록 하였다. 이것은 일반 사람들이 뉴질랜드 토착민인 '마오리'족의 허가 없이 마오리족의 상징이나 문양 등을 무단으로 사용하는 것을 방지하기 위한 것이다.

47_ 미국연방법전 15 U.S.C.A. § 1125(a) 참조.

놓은 것일 수도 있다. 만약에 어떤 사람이 허가없이 영업비밀을 훔치거나 탈취하거나 다른 곳으로 옮겨 놓거나 감추거나 복사하거나 복제를 하면 이는 범죄 요건을 구성하는 것이 된다.⁴⁸

신뢰와 영업비밀에 관한 법률은 공동체나 집단 혹은 개인이 보유한 전통지식의 보호를 위해 사용될 수도 있다. 전통적 공동체는 간혹 어떤 지식이나 정보가 내부의 제한된 사람에게만 공개될 것을 정할 수 있다. 이런 경우 관습법을 적용하여 신뢰와 영업비밀을 보호할 수 있을 것이다.⁴⁹ 토착민 공동체의 신성시되는 비밀 자료를 무단으로 일반에 공개하는 경우에도 이를 법적 보호가 필요한 전통지식으로 인정한 사례도 있다.⁵⁰

2. 전통문화표현/민속

전통문화표현(또는 전통민속표현)은 한 공동체, 집단 혹은 개인의 전통 예술적 기대감을 반영하는 어떤 특정 사회에서 공동체, 집단 혹은 개인 등에 의해 발전되고 유지되어 온 전통예술유산의 특정한 요소를 이루고 있는 생산물을 가리킨다.⁵¹ 전통문화표현은 구술표현,⁵² 음악표현,⁵³ 행위표현,⁵⁴ 유형물을 통한 표현⁵⁵ 등을 포괄하는 것이다. 이런 전통문화표현은 유형일 수도 있고 무형일 수도 있지만 대부분의 경우에는 그 두 가지가 혼합된 형태로 표현된다.⁵⁶

전통문화표현을 어떻게 보호하느냐의 문제는 지적재산권법의 다른 분야보다는 저

48. 미국연방법전 18 U.S.C.A. § 1832 참조.

49. 미국 연방법원은 미국 인디안의 관습법을 원용하여 워싱턴 주에 사는 튜라립 부족에게 법적 구제수단을 인정하였다. 이 사건은 '스토리베이스 A'라는 이름의 전통치료법을 디지털로 제작하여 튜라립 부족의 내부자들만 열람할 수 있도록 하였으나 이를 입수한 사람이 일반에게 공개하려고 하자 튜라립 부족이 이의를 제기하여 인디언 관습법을 적용하여 금지 시킨 사례이다.

50. 호주의 Foster v. Mountford and Rigby Ltd. (1977) 사건 참조. 이 사건에서 법원은 호주 원주민의 비밀스러운 의식이 담겨져 있는 사진의 출판을 금지 시켰다. 이 판결에서 이유로 삼은 것은 책이 출판됨으로써 "(그렇지 않아도) 사정이 어려운 공동체의 사회적 종교적 안정성을 약화시킬 수 있다"는 것이었다.

51. WIPO, Intellectual Property and Traditional Cultural Expressions/Folklore at 6.

52. 이는 민속적인 이야기, 시, 수수께끼, 기호, 단어, 상징, 암시 등을 포함한다.

53. 이는 민속적인 노래와 기악을 포함한다.

54. 이는 민속적인 춤, 연극, 그리고 의례의 예술적인 형식을 포함한다.

55. 이는 그림, 조각, 도자기, 테라코타, 모자이크, 목공예, 금속공예, 보석, 바구니 짜기, 바느질, 직물, 카펫, 의상, 악기, 건축 형식 등의 민속예술을 포함한다.

56. WIPO, supra note 51. 참조

저작권법과 더 밀접하게 관련되어 있다. 전통문화표현을 보호하는 것이 항상 현대 법 제도에 적합하지는 않은데, 지적재산권법의 개념은 무형문화유산의 보호를 특별히 고려하지 않고 발전해왔기 때문이다.

이러한 상황 속에서 전통문화표현 관계자들이나 해당 기관은 전통문화표현의 보호라는 목표를 달성시키기 위해 많은 노력을 기울여야 할 것이다. 이런 노력은 법률적인 수단과 비법률적인 수단 모두를 포괄하는 것이어야 한다. 즉, 취할 수 있는 수단으로는 아직 널리 공개되지 않은 무명의 전통 표현물을 보호하기 위한 입법조치를 취하는 일, 전통표현을 보호하기 위한 정책목표 수립, 단체를 결성하는 방법을 통하여 해당 공동체, 집단 등이 법인격을 취득시키는 일, 기존의 지적재산권법 체계에 수이 제네리스 방법에 의한 지적재산권을 접목시키는 일, 그리고 문화표현을 문서화하고 녹화·녹음하는 일 등을 들 수 있다.

현재의 법률 제도는 전통표현을 지적재산권으로 보호하기 위한 장치로써는 적절하지 않다. 법은 정책 목표의 산물이며 따라서 적절한 법률 제도를 만들기 위한 정책 목표를 수립하는 일은 실연자들의 지적재산권을 보호하자는 무형문화유산협약의 당사국들에게는 아주 중요한 임무가 될 것이다. 이곳에서는 법적 수단으로 가능성이 있는 것을 몇 가지를 검토해 보겠다.

(1) 무명 및 미공개 작품

베른협약은 무명 및 미공개 작품들을 보호한다.⁵⁷ 국내적 입법조치를 통해 이 협약의 관련된 조항들을 전통문화표현을 보호하기 위한 수단으로 활용할 수 있을 것이다. 전통문화표현의 실행자는 자기 나라가 전통문화표현과 관련한 조약을 체결했다면 이를 통해 보호를 받을 수도 있을 것이다. 실연자는 또한 그 자신의 생생한 기운이 느껴지는 공연이나 음반에 수록된 공연이 자기 자신의 것이라고 인증을 할 수 있는 권리가 있다.⁵⁸ 이것은 공연자의 도덕적 권리라는 새로운 개념에 관한 것이다.⁵⁹ 그리고 실연자는 음반이나 녹화물 같은 유형의 매개물에 고정되어 있지 않은 자신의 공연을 일반 대중에게 방송을 하고 통신을 하는 것을 허가해 주거나 그런 유형의 매개물에 아직 고정되어 있지 않은 자신의 공연을 유형의 매개체에 고정시킬 수 있는 배타적 권리를 가지

57. Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Worksart.15.

58. WIPO Performances and Phonograms Treaty (WPPT) art. 5.

59. 도덕적 권리는 자연인인 개인만이 가질 수 있다. 단체와 공동체는 자신들의 작품에 대하여 도덕적 권리를 주장할 수 없다. 호주는 2000년도에 1968년도에 제정된 저작권법을 개정하여 도덕적 권리를 신규로 삽입하였다. Copyright Law of Australia part IX 참조. 이 개정에서 도덕적 권리로 정의된 것은: (1) 저작자에게 귀속되는 권리; (2) 저작자에게 잘못 귀속되는 권리; (3) 저작자의 진실성 등이다.

고 있다.⁶⁰ 이 배타적 권리는 그 공연에 대한 경제적 권리를 포함한다.

(2) 법인격 취득

전통문화표현은 저작권과 밀접하게 관련되어 있다. 현대의 저작권법 아래에서는 복수의 사람들이 하나의 권리를 나누어 가질 수 있다. 전통문화표현은 종종 공동체나 집단의 구성원들이 집단적으로 공연을 한다. 그 구성원들이 저작권을 보유할 수 있는 법적 요건을 구비하기 위해 법인격을 가지는 단체를 결성할 수 있다. 저작권을 가지기 위해서는 전통표현에 의한 작품이 전송된 것을 단순히 반복하여 공연하는 것이 아니라 또한 독창적이어야 한다. 독창성에 관한 문제는 만약 그 전통문화표현이 유형의 매개체에 고정된다면 작품의 재창작을 통하여 해결할 수도 있을 것이다. 전통표현에 권리가 귀속되기만 하면 법적 구제도 가능함은 물론이다.

(3) 수이 제네리스 방안

근래에 이르러 많은 나라들이 기존의 저작권법을 개정하거나 새로운 조항을 추가하는 방법을 통해 전통문화표현의 보호를 위한 수이 제네리스 방안을 채택하고 있다. 또 어떤 나라들은 전통문화표현의 보호를 위해 아예 별개의 독립된 법률을 만들기도 한다. 전통문화표현을 보호하기 위해 제시된 모델법은 입법을 하는 경우 어떤 그리고 무슨 요소들이 포함되어야 하는가와 새로운 법적 보호 체계를 수립하는 과정에서 고려하여야 할 사항들에 관하여 방향을 제시하고 있다.⁶¹ 이 모델법에 근거하여 여러 나라들이 전통문화표현과 그 부수적 작품까지도 새로운 형태의 저작권으로 규정하였다.

(4) 녹음녹화와 문서화

전통문화표현의 녹음녹화와 문서화는 무형문화유산의 보호에서 중요한 역할을 수행한다. 녹음녹화와 문서화는 목록작성, 데이터베이스, 무형문화유산의 보호 등을 위해 반드시 필요한 작업이다. 그러나 현대의 저작권법적 원칙에 의하면 무형의 표현을 녹음녹화하고 문서화했다고 하여 그 전통표현 공연자에 대한 저작권법의 보호가 자동적으로 이루어지는 것은 아니다. 저작권법은 일반적으로 유형의 매개체에 의해 고정된 표현을 요구하고 있다. 전통문화표현은 그 자체로서는 저작권보호의 객체가 될 수 없

60_ WPPT art. 6. 어떤 국가가 세계지적재산권기구 공연과 음반 조약(WPPT)을 비준하면 그 국가는 무형문화유산의 실연자들이 그들 공연에 대한 녹음녹화를 허가할 수 있는 권한을 주게 된다.

61_ UNESCO and WIPO's Model Provisions for National Laws on the Protection of Expression of Folklore against Illicit Exploitation and other forms of Prejudicial Action of 1982.

는데 그 이유는 이것이 '무형'이며 고정시킬 수가 없는 '살아있는' 예술이기 때문인 것이다. 이런 원칙아래에서 저작권은 사전에 어떤 합의가 이루어 지지 않는 한 전통표현을 실연한 공동체, 단체 혹은 개인 등에게 주어지는 것이 아니라 그것을 녹화하거나 문서화 시킨 사람에게 돌아 갈 것이다.

V. 제언 및 결론

무형문화유산 실연자들의 지적재산권을 어떻게 보호하느냐 하는 것은 무형문화유산보호협약 당사국들에게 주어진 협약 실행의 중요한 임무 중의 하나이다. 대부분의 나라에서 운영중인 현재의 법률체계는 무형문화유산 실연자들의 지적재산권을 보호하기 알맞게 설계된 것이 아니다. 그간 관련 국제기구들은 개별 국가들이 무형문화유산을 보호하기 위한 적절한 조치를 취할 수 있도록 하는 노력을 기울여 왔다. 그런 노력에 힘입어 일부 국가에서 약간의 변화가 일어났다. 작은 변화이지만 그러한 변화는 다른 나라들에게는 변화를 위한 중요한 단서가 될 수 있다

현대의 법체계에서 무형문화유산 실연자들의 지적재산권 보호는 일부 몇 나라에서 조금씩 이루어지고 있으며, 이는 일반적인 지적재산권에 비해 제대로 잘 갖추어진 권리가 아니다. 그보다는 이 세상에 있는 거의 대부분의 실연자들의 지적재산권이 보호받고 있지 못하는 것이 현실이다. 대부분의 나라에서는 실연자들에게 그러한 권리 자체가 주어진 적도 없었다. 그러나 다행스러운 것은 비록 목표 달성을 위해 가야 할 길이 멀더라도 긍정적인 방향으로 움직이고 있다는 사실이다. 사실상 수 세기 동안 유지해 온 현재의 법률 원칙을 바꾸지 않고서는 무형문화유산 실연자들에게 지적재산권을 부여하는 일은 대단히 힘든 일이다. 법률체계나 원칙을 변화시키는 일은 각자의 마음을 변화시키는 데에서 시작하는 것이다. 모든 관련자들은 이 생각을 마음속에 항상 간직하고 있어야 할 것이다.