

초점

지적재산권의 헌법적 한계

- 헌법상의 언론자유조항과 지적재산권조항의 긴장과 조화 -

I. 지적재산권의 보호와 기술발전의 상관관계

지적재산권을 비롯한 모든 재산적 권리의 효과적인 보호는 단순히 국가의 강제규범인 법에 의해서만 달성되는 것이 아니다. 그 밖에도 사회규범, 시장, 그리고 기술이 복잡하게 얽혀 일정한 보호수준을 결정한다.¹⁾ 창작물인 정보의 유통에 대한 통제권을 그 창작자에게 부여하고 있는 지적재산권에 있어서 그 보호수준은 특히 기술의 변화와 밀접한 관계를 가지고 있다.

흔히 저작권은 인쇄혁명의 산물로서 인쇄시대 이전에는 존재하지 않았다고 말하여진다.²⁾ 인쇄기가 사용되기 전에는 수기된 정보에 대한 저작자의 권리를 인정할 필요가 없었다. 필사하는 비용이 굉장히 비쌌을 뿐만 아니라 필사본의 생산량은 인간능력의 한계로 인해 매우 낮았기 때문에 그 자체가 보호수단이 될 수 있었다. 더 중요하게는, 대량의 동일한 인쇄정보와는 달리 소량의 필사된 정보는 그 사회적 가치와 중요성이 낮았기 때문에 그만큼 저작물의 보호가치를 낮게 평가하는 사회규범이 형성되어 있었다. 그러나 인쇄혁명은 이러한 관계를 역전시켜 놓았고, 저작권이라는 새로운 법적 개념을 형성시켰다. 이제 디지털 정보혁명은 다시 한번 법, 사회규범, 시장, 그리고 기술의 상관관계를 재설정하도록 강요하고 있다.

1) 예컨대, 내가 집 뒤에 장작더미를 쌓아 두어도 아무도 그것을 훔쳐가지 않는다. 장작더미를 훔쳐가는 것보다 그것을 구입하는 것이 싸기 때문에 시장이 나의 장작더미를 보호한다. 그러나 수요가 증가하여 장작이 부족해진다면 그때는 시장이 보호기능을 수행하는 것이 아니라 나의 장작더미에 대한 위협요인이 된다. 마찬가지로, 자전거를 밤새도록 밖에 내놓는다면 그 자전거는 없어질 것이다. 훔친 자전거는 쉽게 팔리기 때문에 시장은 나의 자전거에 대해 특별한 위협이 된다. 그렇지만 나는 자전거에 기술적 보호장치, 즉 자물쇠를 채워 보호수준을 높일 수도 있다. 이상의 사례와 아이디어는 로렌스 레식/김정오(역), 『코드: 사이버공간의 법이론』(나남출판, 2000), 278-279면에서 인용.

2) M. Ethan Katsh, *The Electronic Media and the Transformation of Law* (New York: Oxford University Press, 1989), p. 172.

인터넷을 중심으로 하는 디지털 정보혁명은 그 몇 가지 기술적 특성으로 인해 종래의 지적재산권의 법리, 즉 저작권과 저작인격권, 상표권, 특허권, 그리고 기업비밀 등의 법적 보호에 엄청난 충격을 주고 있다.

정보의 디지털화(digitalization), 정보의 네트워크화(networking), 정보전달의 상호작용성(interactivity) 등의 기술적 특성으로 인해, 이제 수많은 사람들이 인터넷을 통해 정보를 생산하고 배포함으로써 지적재산권의 잠재적인 공급원으로서 존재하며, 동시에 수많은 사람들이 그 정보에 대한 잠재적 이용자가 되었다. 모든 표현물이 디지털 형태로 유지되고 배포되기 때문에, 인터넷상에서 이용가능한 모든 표현물은 그 원본과 완전히 동일한 수많은 사본들이 사실상 순식간에 배포될 수 있다. 사실 인터넷은 컴퓨터 파일의 동일한 사본을 배포하는 능력에 기초하여 작동되고 있다. “또든 디지털장치는 커뮤니케이션을 하기 위해서 사본을 뜬다. 그들 장치는 그 본질상 복사기이며, 자유자재로 완벽한 사본을 재생해낼 수 있다.”³⁾ 우리가 이메일 메시지를 받거나 또는 웹사이트를 방문할 때, 컴퓨터 문서의 동일한 사본이 전송되어지는 것이고, 그 때 그 파일의 사본이 메시지 수령자 또는 웹사이트 방문자의 컴퓨터에 존재하게 되는 것이다. 나아가 문자, 소리, 그림, 동영상 등 어떤 매체에 담긴 어떤 형태의 표현물도 디지털파일로 쉽게 변환되어 인터넷상에서 누구나 이용가능하게 되었고, 이용자들은 이들 다양한 표현물들을 쉽게 조작·변형하여 그 완벽한 사본을 인터넷상에서 시공을 초월하여 거의 무한대로 생산하고 배포할 수 있게 되었다.

디지털 정보혁명이 일으킨 이러한 커뮤니케이션 환경은 지적재산권에 대한 전통적인 법적 보호를 필연적으로 약화시킨다. 법의 보호가치를 약화시킬 뿐만 아니라 법의 집행기능마저도 심각하게 위협하고 있다. 이 점을 강조하여 네그로폰테(Nicholas Negroponte)는 현재의 저작권법의 폐기를 주장한 바 있다. 즉 “저작권법은 완전히 시대에 뒤떨어졌다. 그것은 구텐베르

3) Richard Solomon, "Computers and the Concept of Intellectual Copyright", in: *Electronic Publishing Plus*, ed. Martin Greenberger (White Plains, N.Y.: Knowledge Industry Publications, 1985), p. 238. 또한 네그로폰테도 동일한 설명을 하고 있다. 즉 “디지털 복사는 원본만큼 완벽하고, 고성능의 컴퓨터 작업을 할 경우 원본보다 질이 더 낫다. 비트열(bit strings)의 오류를 정정할 수 있는 것과 같은 방식으로 복사는 깔끔하고 더 좋게 할 수 있으며, 잡음도 제거할 수 있다. 복사물은 완벽하다.” 니콜라스 네그로폰테/백옥인(역), 『디지털이다』 (박영률출판사, 1995), 57면.

크의 유물이다. 저작권법은 반동적인 태도이기 때문에 고치기보다는 완전히 폐기해야 마땅하다.”⁴⁾ 한편, 이와는 약간 다른 각도에서 지적재산권에 대한 법적 보호장치를 제거해야 한다는 주장이 있다. 즉 디지털세계에서는 법이 정당한 사용(legitimate use)과 정당하지 못한 사용(illegitimate use)을 구별하는 것 자체가 어려워 법적 비용이 엄청나게 높아지는 반면에, 지적재산권자가 기술적 보호장치를 직접 쉽고 싸게 만들 수 있기 때문에, 지적재산권에 대한 법의 직접적인 보호장치를 해제하고 지적재산권자에게 그 부담을 전가시켜야 한다는 것이다.⁵⁾

그러나 이러한 주장에도 불구하고, 지적재산권의 법률가들과 이익집단들은 디지털정보혁명의 시대에 여전히 법이 지적재산권을 보호하는 데 주력해야 한다고 압력을 가하고 있다. 그 결과 최근에는 심지어 사실(fact)과 아이디어(idea)에까지 그 보호영역을 확대하는 등 오히려 법에 의한 보호강도를 높이고 있음이 주목된다. 바야흐로 제2의 인클로저 운동(the second enclosure movement)이 전개되고 있다고 할 수 있을 것이다.⁶⁾

그렇지만 지적재산권, 즉 정보유통에 대한 통제권의 확대는 자유로운 정보유통의 이념을 표방하고 있는 자유민주국가의 헌법체제에서 분명한 헌법적 한계를 지닌다.

II. 우리 헌법상의 정보법질서

자유민주주의를 지향하는 현행 헌법상의 정보법질서는 자유로운 정보유통의 이념에 입각하여, 정보유통에 대한 통제권을 각기 다른 차원에서 개인에게 부여함으로써 개인의 자유와 민주주의를 확보하고자 하는 기본정책을 표방하고 있다.

헌법은 제21조 제1항에서 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유를 보장하고, 제2항에서 검열금지의 원칙을 선언하고 있으며, 제22조 제1항에서는

4) 니콜라스 네그로폰테/백옥인(역), 위의 책, 57면.

5) Harold S. Reeves, "Property in Cyberspace", 63 *Univ. of Chicago Law Review* 761 (1996) 참조.

6) 상세는 James Boyle, "The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain", proceedings at the Conference on the Public Domain, Duke University School of Law, Nov. 9-11, 2001 참조. <<http://www.law.duke.edu/pd>>

학문의 자유⁷⁾와 예술의 자유⁸⁾, 제26조은 청원권, 제27조 제3항은 공개재판을 받을 권리, 제31조는 교육을 받을 권리와 대학의 자율성을 보장하고 있다. 그리고 제45조는 국회의원의 면책특권을 보장하고, 제50조에서는 국회의원회의 공개의 원칙, 제109조는 재판의 심리·판결의 공개원칙을 선언하고 있으며, 나아가 제127조에서는 국가의 정보개발의무를 규정하고 있다. 이들 헌법 규정에는 사회 내 자유로운 정보유통이 촉진되어야 한다는 기본정책이 담겨 있다. 이에 더 나아가, 정부가 보유하는 정보에 대한 접근권인 정보공개청구권의 헌법적 보장의 확인⁹⁾ 및 이를 구체화하는 공공기관의 정보공개에 관한 법률은 자유로운 정보유통의 이념을 보다 적극적으로 구현하고 있는 것이다. 결국 이들 기본권과 원칙들은 “公的 性格의 情報”를 정부가 독점하거나 지배하지 못하도록 함으로써 사회와 개인의 권력과 자유를 확보하는 기능을 수행한다.

그러나 반면에, 현행의 정보법질서는 특정한 목적을 위해 일정한 정보에 대해서는 위와 같은 헌법상의 개인의 통제권을 박탈하거나 제한함으로써 자유로운 정보유통을 억제하기도 한다. 예컨대, 헌법 제21조 제4항은 타인의 명예·권리 및 공중도덕의 보호를 위한 언론·출판의 한계를 밝히고 있고, 이에 따라 형사 및 민사의 명예훼손법은 타인의 명예를 훼손하는 정보의 유통을 금지시키며, 음란처벌법 및 미성년자 보호를 위한 규제입법들은 일정

7) 학문의 자유는 진리를 탐구하는 자유를 의미하는데, 그것은 단순한 진리탐구에 그치지 않고 탐구한 결과에 대한 발표의 자유 내지 가르치는 자유 등을 포함하는 것이다.”(헌재 1992. 11. 12. 89헌마88, 판례집 4, 739, 756). 이러한 학문의 자유에는 진리탐구에 필요한 정보의 자유로운 수집과 탐구결과의 자유로운 전파라고 하는 자유로운 정보유통의 이념이 내재되어 있다.

8) 예술의 자유의 내용으로서는 예술창작의 자유, 예술표현의 자유, 예술적 집회 및 결사의 자유가 포함된다.”(헌재 1993. 5. 13. 91헌바17, 판례집 5-1, 275, 283).

9) 헌법재판소는 일찍이 정보공개청구권이 헌법상의 기본권적 성격을 가지고 있다는 점을 인정한 바 있다. 헌재 1989. 9. 4. 88헌마22, 판례집 1, 176; 헌재 1991. 5. 13. 90헌마133, 판례집 3, 234. 이후 이들 결정에서 제시된 정보공개청구권의 헌법적 근거 및 이론구성에 대해 상당한 비판이 제기되었다. 예컨대, 강경근, “국민의 정보공개청구권”, 법률신문 제 1881호, 1989. 10. 16; 홍준형, “정보공개청구권과 정보의 자유”, 『현대법의 이론과 실제』(김철수교수화갑기념논문집, 1993); 경건, “정보공개청구제도에 관한 연구”(서울대 법학박사학위논문, 1998) 등 참조. 그러나 긍정적 평가도 없지 않았다(이승우, “국민의 알권리에 관한 헌법재판소 결정의 평석”, 『사법행정』 1990년 4월호). 이들 결정에 대한 최근의 예리한 분석으로는, 전광석, “정보화사회의 헌법구조”, 『헌법학연구』 제5권 제2호 (한국헌법학회, 1999), 289-301면 참조.

한 표현내용의 제작 또는 유통을 금지시키고 있다. 이 외에도 국가안보를 위협하는 정보나 기업비밀에 해당하는 정보의 유통을 금지하는 여러 입법들이 존재한다. 또 헌법 제22조 제2항은 저작자·발명가·예술가 등의 권리를 인정함으로써 그 보호범위에 드는 정보의 유통에 대한 통제권을 그 정보생산자에게 부여하고 있고, 그 한도 내에서 자유로운 정보유통은 제한을 받게 된다.

그렇지만, 이러한 정보유통의 억제는 결코 그 자체가 목적이 될 수 없다. 단지, 국가안보나 타인의 권리보호 또는 기술혁신과 사회진보의 달성이라고 하는 정당하고도 구체적인 목적을 위해서 예외적으로 허용되는 수단으로서의 성격을 가진다는 점에 유의하여야 한다. 그러므로 예외적인 정보유통의 억제수단이 헌법적으로 정당화되기 위해서는 비례의 원칙과 법률유보의 원칙을 준수하여야 한다. 즉 정당하고도 구체적인 목적이 존재하여야 하고, 그 목적 달성을 위해 필요한 최소한의 범위 내에서 정보유통을 억제하여야 한다(비례의 원칙). 또 그러한 억제정책은 민주적 정치과정인 입법절차에 의해 명확하게 표명되어야 한다(법률유보의 원칙).

한편 이와는 다른 차원에서, 헌법은 “私的 性格의 情報”에 대한 통제권을 당해 정보주체에게 줌으로써 정부나 타인의 자의적인 지배가능성으로부터 정보주체의 권력과 자유를 확보하고자 한다. 예컨대, 헌법 제12조 제1항의 압수·수색·심문의 법정주의, 동조 제2항의 불리한 진술거부권, 동조 제3항의 압수·수색의 영장주의, 제16조 제2문의 주거에 대한 압수·수색의 영장주의, 제17조의 사생활비밀의 보장, 제18조의 통신비밀의 보장 등이 그것이다. 나아가, 최근에 논의되고 있는 개인정보자기결정권은 타인(정부 또는 사기업체)이 축적·처리하고 있는 개인정보에 대해 정보주체에게 그 수집, 이용 및 유통에 대한 통제권을 부여함으로써 더욱 적극적으로 개인의 자유를 확보하고자 하는 것이다.

물론 이 경우에도 국가안보나 형사사법의 집행 등 정당하고도 구체적인 목적을 위해 정보주체의 통제권을 제한함으로써 사적 성격의 정보의 유통을 예외적으로 허용할 수 있다. 그러나 그것은 어디까지나 예외적으로 채택되는 수단적 성격의 것이기 때문에, 그것이 헌법적으로 정당화되기 위해서는 비례의 원칙과 법률유보의 원칙, 그리고 일정한 경우에는 영장주의를 준수

하여야 한다.

이상을 요약하면, 현행의 정보법질서는 자유로운 정보유통의 이념 하에 公的 性格의 情報에 대해서는 “모든 개인”에게 그 유통에 대한 통제권을 인정함으로써 개인의 존엄과 자유의 조건을 확보하고 동시에 민주적 정치과정을 촉진하고자 하는 기본정책을 채택하고 있다. 한편, 私的 性格의 情報에 대해서는 “당해 정보주체”에게 그 유통에 대한 통제권을 부여함으로써 개인의 존엄과 자유의 조건을 확보하고자 하고 있는 것이다. 이 두 가지 방향의 기본정책은 개인의 존엄과 자유를 보장하고 민주적 정치과정을 확보하고자 하는 모든 자유민주국가에서 그 정보법질서의 근간을 이루는 것이라고 할 것이다.

III. 자유로운 정보유통의 이념과 지적재산권 보호의 상관관계

1. 자유로운 정보유통의 이념

인쇄가 야기한 새로운 정보환경은 결국 구체제를 극복한 근대 입헌민주국가의 성립에서부터 언론자유 의 헌법적 보장으로 나타났다. 예컨대, 1789년 프랑스의 『人間과 市民의 權利宣言』 제11조는 “사상 및 의견의 자유로운 커뮤니케이션은 인간의 가장 귀중한 권리의 하나이다. 따라서 모든 시민은 자유롭게 말하고, 저작하고 출판할 수 있다. 단 모든 시민은 법률에 규정된 경우에만 이 자유의 남용에 대해 책임을 진다”고 규정하였으며, 미국 버지니아주 權利宣言(1776) 제12조도 “언론·출판의 자유를 침해하는 것은 전제정부라고 할 수 있다”고 천명하였다. 이어서 미연방헌법은 그 권리장전(Bill of Rights)의 첫머리에서 “비합중국의회는 언론 또는 출판의 자유, 평온하게 집회할 권리, 그리고 고충의 시정을 위하여 정부에 청원할 권리를 침해하는 법률을 제정하여서는 아니 된다.”(증보 제1조)고 분명히 선언하였다. 우리 헌법 제21조도 제1항에서 “모든 국민은 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유를 가진다.”고 규정하고, 제2항에서는 “언론·출판에 대한 허가나 검열과 집회·결사에 대한 허가는 인정되지 아니한다.”고 선언하고 있다.

실로 근대 입헌민주국가에 있어서 언론·출판의 자유 내지 표현의 자유는 “그 정치·사회질서의 중추신경에 해당하는 기본권”,¹⁰⁾ 또는 개인의 자유로운 인격발전 및 민주주의적 정치질서에 있어 결코 빠뜨리거나 양보할 수 없는 전제조건”¹¹⁾ 등으로 평가될 만큼 입헌민주체제의 핵심적인 요소이다. 사회구성원이 자신의 생각과 의견을 자유롭게 표현할 수 있다는 것이야말로 실로 모든 민주사회의 기초이자 생명선이 아닐 수 없다.¹²⁾ 왜냐하면, 사상의 자유로운 교환을 위한 열린 공간이 확보되지 않고서 민주정치는 결코 기대할 수 없기 때문이다. 헌법재판소도 음란물출판사등록취소사건에서, “언론·출판의 자유는 민주체제에 있어서 불가결의 본질적 요소이다. . . 민주주의는 사회 내 여러 다양한 사상과 의견이 자유로운 교환과정을 통하여 여과 없이 사회 구석구석에 전달되고 자유로운 비판과 토론이 활발하게 이루어질 때에 비로소 그 꽃을 피울 수 있게 된다.”고 판시하였다.¹³⁾

그런데 이러한 언론자유는 18세기 후반에 그 제도적 표현을 획득하였지만, 그 사상적 기초는 이미 17세기에 전개되었다. 특히 존 밀턴은 1644년에 출판한 『아레오파지티카』에서 당시의 권위주의적 언론통제에 대해 항변하는 가운데 오늘날 언론자유에 중요한 이론적 토대인 이른바 ‘사상의 자유시장론(free trade in ideas)’을 제시하였다: 眞理와 虛僞가 대결하게 하라. . . 모든 사람으로 하여금 자유롭게 말할 수 있게 하라. 그러면 진리의 편이 반드시 생존하고 승리한다. 허위와 불건전은 思想의 公開市場(the open market place of ideas)에서 다투다가 마침내는 패배하리라. 權力은 이러한 선악의 싸움에 일체 개입하지 말라. 설혹 허위가 일시적으로 득세하는 일이 있더라도 선악과 진위가 자유롭게 싸워 간다면 마침내 선과 진이 자기교정과정(self-righting process)을 거쳐 궁극적인 승리를 얻게 되리라.”¹⁴⁾ 밀턴의 이 사상은 미국에서 Holmes 대법관에 의하여 새로이 꽃을 피우게 되었고¹⁵⁾,

10) 허영, 『한국헌법론』 (박영사, 1994), 511면.

11) 권영설, 언론의 자유와 공익의 문제, 『언론중재』 통권 제12호 (언론중재위원회, 1984 가을), 16면.

12) 성낙인, 『표현의 자유』, 『기본권의 개념과 범위에 관한 연구』 (헌법재판연구 제6권, 1995.6), 169면.

13) 헌재 1998. 4. 30. 95헌가16, 판례집 10-1, 327, 338.

14) John Milton, Areopagitica; A Speech of Mr. John Milton for the Liberty of Unlicenc'd Printing, to the Parliament of England (1644). 인용은 김동민(편), 『언론법제의 이론과 현실』 (한나래, 1993), 15면에서.

오늘날 자유민주국가에 있어서 언론자유와 법리전개에 그 이론적 토대가 되고 있음은 물론이다.

사상의 자유시장론에 따르면, 어떤 사상과 견해가 옳고 그른지, 또는 가치 있고 가치 없는 것인지를 평가하고 결정하는 것은 ‘정부’가 아니라 ‘사상의 공개시장’이라는 것이다. 설령 유해한 사상이나 표현이라 하더라도 그 해악의 교정은 사상의 공개시장에서 대립되는 사상이나 표현에 의한 경합을 통해 이루어져야 한다는 믿음인 것이다. 이처럼 어떤 사상이나 표현의 가치를 평가하는 주체는 원칙적으로 국민의 대리인인 정부가 될 수 없으며 오직 사상의 공개시장, 즉 국민 스스로일 뿐이라는 생각이야말로 언론자유와 이념적 바탕이 아닐 수 없다.

헌법재판소도 음란물출판사등록취소사건¹⁶⁾에서, “꼭가는 단순히 어떤 표현(내용)이 가치 없거나 유해하다는 주장만으로 그 표현에 대한 규제를 정당화시킬 수는 없다.”고 판시하면서, 그 논거로 사상의 경쟁메커니즘이 시민사회 내부에 존재하고 있다는 점을 제시하고 있음에 주목할 필요가 있다. 즉, 언론·출판에 대한 규제는 통상 그 언론·출판으로 말미암은 해악을 시정하고 방지하기 위한 것이고 이러한 국가의 노력은 정당하고 필요한 것이기는 하나, 국가의 개입에 앞서 그 해악을 해소시킬 수 있는 1차적 메커니즘, 즉 사상의 경쟁메커니즘이 시민사회 내부에 존재한다는 사실이다. 그리하여 만일 시민사회 내부에서 서로 대립되는 다양한 사상과 의견들의 경쟁을 통하여 유해한 언론·출판의 해악이 자체적으로 해소될 수 있다면 국가의 개입은 최소한도에 그쳐야 할 것이다. 입헌민주국가에서 언론·출판의 자유를 거론할 때 견해의 다양성과 공개토론이 강조되는 소리가 여기에 있는 것이다.”¹⁷⁾고 판시하고 있다.

결국, 사상의 자유시장론은 사상의 공개경쟁을 통해서만 선과 진, 그리고 사회진보가 확보될 수 있다는 신념을 전제로 하고 있고, 다시 그 밑바탕

15) Homes 대법관은 *Abrams v. U.S.* 사건(1919)의 반대의견에서 다음과 같이 이를 표현하였다: “요망되는 궁극적인 선은 사상의 자유로운 교환에 의해 더 잘 이루어질 수 있다는 것 - 즉, 진리의 가장 올바른 기준은 시장에서의 경쟁 속에서 자신을 수용시킬 수 있는 사상의 힘에 있는 것이며, 또한 그 진리야말로 인간의 소망이 안전하게 실현될 수 있는 유일한 터전인 것이다.” *Abrams v. U.S.*, 250 U.S. 616 (1919).

16) 헌재 1998. 4. 30. 95헌가16, 판례집 10-1, 327.

17) 판례집 10-1, 327, 340-341.

에는 인간이성에 대한 무한한 신뢰가 깔려 있다고 하겠다.¹⁸⁾ 이제 인간은 지도받고 명령받는 예측적 존재가 아니라, 서로 대립되는 증거에 직면하거나 어느 한 편을 선택할 필요에 놓일 경우에는 진실과 허위, 좋은 것과 나쁜 것을 분간할 수 있는 이성적 존재라고 여겨진다. 따라서 진리는 이제 권력의 전유물이 아니게 된다. 오히려 진리를 탐구하는 권리는 인간의 불가양 의 권리라고 여겨진다.

헌법재판소도 언론의 자유와 진리추구의 관계를 문화진보의 관점에서 이렇게 설명하고 있다: “언론·출판의 자유가 보장되지 않는다면, 사상은 억제되고 진리는 더 이상 존재하지 않게 될 것이다. 문화의 진보는 한때 공식적인 진리로 생각되었던 오류가 새로운 믿음에 의해 대체되고 새로운 진리에 자리를 양보하는 과정 속에서 이루어진다. 진리를 추구할 권리는 우리 사회가 경화되지 않고 민주적으로 성장해가기 위한 원동력이며 불가결의 필요조건인 것이다.”¹⁹⁾

요컨대, 자유민주체제에서 언론의 자유가 지니는 가치와 기능은 다음과 같이 4가지로 요약될 수 있다. 첫째, “견해의 다양성”과 “공개토론”을 가능하게 함으로써 민주체제에 있어서 자기통치의 기본적 수단이라는 것, 둘째, 개인이 타인과의 커뮤니케이션을 통해 공동사회의 일원으로 기능하게 한다는 것, 셋째, 개인이 자신의 인격을 발현하는데 있어 가장 유효하고 직접적인 수단이라는 것, 넷째, 진리의 확보를 통해 문화 및 사회의 진보를 가능하게 한다는 것이 그것이다.

2. 언론자유조항과 지적재산권조항의 관계설정

헌법 제22조 제2항은 “저작자·발명가·과학기술자와 예술가의 권리는

18) 미연방대법원의 Louis Brandeis 대법관은 일찍이 이 점을 다음과 같이 표현하였다. “특별을 쟁취해 낸 건국의 아버지들은, 公開討論(public discussion)은 하나의 정치적 의무이며 이것이야말로 미국 정치의 기본원리가 되어야 한다고 믿고 있었다. ... 그들은 공개토론을 통해 발휘될 이성의 힘을 믿으면서, 가장 최악의 힘의 논리라고 할 수 있는 법에 의해 강요되는 침묵을 철저히 배제하였다. 그들은 지배하는 다수의 폭정의 가능성을 인식하면서, 헌법의 증보를 통해 자유로운 언론과 집회를 보장하였던 것이다.” Whitney v. California, 274 U.S. 357, 375-76 (1927) (Brandeis, J., concurring).

19) 판례집 10-1, 327, 338

법률로써 보호한다.”고 규정하고 있다. 이 지적재산권조항의 목적은 지식, 과학, 예술을 촉진하는 데에 있다. 이 목적을 위해 헌법은, 지식·과학·예술을 촉진시키는 유용한 정보를 처음으로 생산한 자(창작자)가 그 창작된 정보의 유통을 배타적으로 통제할 수 있는 사적 권리를 창설하는 권한을 입법자에게 주고 있는 것이다. 따라서 이러한 지적재산권, 즉 창작된 정보의 이용 및 유통에 대한 배타적 통제권이 그 창작자에게 부여되는 범위만큼, 그 정보를 자유로이 이용하고 유통시킬 수 있는 다른 모든 사람의 언론의 자유는 제한된다. 이렇게 볼 때, 헌법상의 지적재산권조항과 언론자유조항은 일정한 긴장관계를 가지고 있다.

그러나 근본적으로 추구하고자 하는 이념의 차원에서는 양자는 서로 충돌하지 않는다. 지적재산권을 보호하는 목적은 창작자의 지적 활동을 경제적으로 보상함으로써 지식·과학·예술활동을 촉진시키고, 그 지적 창작의 결과를 공중이 널리 이용하고 공유함으로써 궁극적으로 진리의 발견과 문화의 진보를 달성하고자 하는 데에 있다. 이러한 진리발견과 문화진보는 위에서 살핀 바와 같이 언론자유조항의 핵심적인 목적이자 이념인 것이다.

우리 헌법상의 지적재산권조항과 유사한 조항을 이미 215년 전인 1787년에 연방헌법전에 수록하였던 미국의 경우²⁰⁾, 연방대법원은 이러한 지적재산권조항과 언론자유조항(연방헌법 증보 제1조)의 관계에 대해 양자가 충돌하는 것으로 이해하는 것은 잘못된 것이라고 판시하고 있다. 즉, 연방헌법의 제정자들은 저작권(copyright) 자체를 표현의 자유를 위한 수단으로 의도하였다. 어떤 사람의 표현(expression)에 대해 판매가능한 권리를 확립함으로써, 저작권은 아이디어(ideas)를 생산해내고 전파할 수 있는 경제적 인센티브를 제공한다.”는 것이다.²¹⁾

IV. 지적재산권조항과 일반 재산권조항의 관계

20) 미국 연방헌법 제1조 제8항 제8호 : 헌방의회는 저작자와 발명가에게 그들의 저작과 발명에 대해 한정된 기간 동안 배타적 권리를 보장해 줌으로써, 과학과 유용한 기술의 발전을 촉진시킬 권한을 가진다.”(The Congress shall have power to promote the progress of science and useful arts, by securing for limited times to authors and inventors the exclusive right to their respective writings and discoveries.)

21) Harper & Row, Publishers, Inc., v. Nation Enters., 471 U.S. 539, 558 (1985).

이처럼 헌법상의 언론자유조항과 지적재산권조항은 상호 이념적으로 충돌하는 것이 아니며, 오히려 후자는 전자의 이념을 촉진하는 수단적 성격을 갖는 것으로 이해되어야 한다. 이렇게 이해할 때, 헌법 제22조 제2항의 ‘저작자 . . . 의 권리는 법률로 정한다.’는 헌법문언의 의미를 적정하게 파악할 수 있다.

우선, 이 조항과 헌법 제23조의 재산권조항이 어떤 관계에 있는가 하는 점이 문제될 수 있다. 판단컨대, 양 조항은 분리되어 이해되어야 한다고 생각된다. 제23조가 보장하는 재산권은 전통적으로 천부인권으로 인정되어 왔다. 물론 20세기 이후 사회 내 경제적 불균형이 심각해지는 사회현실에서 재산권의 사회적 기속성이 강조되고, 이에 따라 우리 헌법도 그 점을 명시하고 있긴 하지만,²²⁾ 그럼에도 불구하고 여전히 재산권의 천부인권성은 쉽게 부정되기 어렵다. 헌법 제23조 제1항 제1문이 ‘모든 국민의 재산권은 보장된다.’고 우선적으로 선언하고 있기 때문이다. 또한 그렇기 때문에, 제23조 제1항 제2문이 ‘그 내용과 한계는 법률로 정한다.’고 했을 때, 그것은 입법자에게 재산권 형성에 대한 절대적이고 무한정한 권한을 수권한 것이라고 볼 수 없다.²³⁾

그러나 반면에, 헌법 제22조 제2항의 ‘저작자 . . . 의 권리는 법률로 정한다.’는 규정은 저작자들의 권리가 천부인권성을 가진다는 것을 전제로 하고 있지 않다. 이 헌법조항은 ‘모든 국민의 재산권은 보장된다.’고 하는 제23조 제1항과는 다른 규범구조를 가지고 있기 때문이다. 그러므로 제22조 제2항의 ‘권리’는 제23조 제1항의 ‘재산권’과 그 본질이 같지 않으며, 제22조 제2항의 권리는 법률에 의해서 비로소 형성되는 권리인 것이다. 그리고

22) 헌법 제23조 ① 모든 국민의 재산권은 보장된다. 그 내용과 한계는 법률로 정한다.

② 재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 하여야 한다.

23) 최근 헌법재판소는 일련의 재산권 관련 결정에서 이른바 ‘분리이론’을 채택하여 재산권 제한입법에 대해 비례의 원칙을 엄격하게 적용시키고 있다. 예컨대, 그린벨트사건(헌재 1998. 12. 24. 89헌마214, 판례집 10-2, 927), 택지소유상한제사건(헌재 1999. 4. 29. 94헌바37등, 판례집 11-1, 289), 도시계획시설결정미집행사건(헌재 1999. 10. 21. 97헌바26, 판례집 11-2, 383)을 들 수 있다. 분리이론에 대한 상세한 분석은, 최갑선, ‘헌법 제23조 제1항 제2문에 의거한 재산권의 내용- 및 한계규정’, 『공법학의 현대적 지평』(심천계획열박사화갑기념논문집, 1995), 271-298면 참조.

그 만큼 입법자는 이 권리를 창설함에 있어 보다 넓은 입법형성권을 가지는 것이다.

V. 지적재산권을 형성하는 입법권의 헌법적 한계

그렇지만, 입법자는 이 권리를 창설함에 있어 언론자유조항에 의한 헌법적 한계를 가지고 있다. 지적재산권조항은 언론자유조항의 이념, 즉 자유로운 정보유통의 가치를 궁극적으로 실현하기 위한 수단적 성격의 것이기 때문이다. 진리의 발견과 문화의 진보를 촉진하기 위한 수단으로서의 지적재산권의 창설이 오히려 그 궁극적인 목적의 달성을 저해하는 방향으로 이루어져서는 안 될 것이다.²⁴⁾ 정보, 지식, 그리고 문화를 생산한다는 것은 시간과 공간을 넘어선 창조적인 인간들 상호간의 대화를 의미한다. 과도한 지적재산권을 창설함으로써 그 대화를 방해하는 것은 근본적으로 우리들의 사회적 및 문화적 복지를 위협하게 될 것이다.²⁵⁾

여기에 바로 지적재산권의 보호가 무한히 확장될 수 없는 한계가 놓여 있는 것이다. 예컨대, 우리의 저작권법 제2조 제1호가 명시하고 있듯이,²⁶⁾ 입법자는 창작물(original works)에 대해서만, 그리고 일정한 기간에 한해서만 창작자에게 정보유통에 대한 배타적인 통제권을 부여할 수 있을 뿐이다. 그러므로 입법자는 이미 공중이 이용하고 있는 정보나 지식에 대해 그 접근을 봉쇄하거나 부담을 주는 형태로 그러한 권리를 창설할 수 없다고 하겠

24) 이시우, “지적재산권의 헌법적 의미에 관한 소고”, 『저작권』 제34호(1996년 여름호), 12면이 지적재산권 보장의 의미는 불법적인 저작물의 이용을 금지시킬 수 있다는 데에 있는 것이 아니라, 오히려 더 많은 경우에는 그 저작물에 대한 공공의 이해 때문에, 일괄적인 보상을 받음을 통하여 사회에 양도하는 권리로서의 의미에 국한되는, 일종의 의무와도 같은 그런 뜻을 내포하고 있다는 데에 있다”고 하고 있는 것도 유사한 입장에서 서 있는 것이 아닌가 추정된다.

25) 미국 연방헌법의 지적재산권조항(제1조 제8항 제8호)이 “진보”(Progress)라는 개념을 사용하고 있는 것은 이러한 맥락에서 이해되어야 하며, 그것은 현 세대가 미래 세대의 참여를 희생시키면서 이러한 대화의 상당 부분을 독점하는 것을 막고자 하는 것이다. Yochai Benkler, Constitutional Bounds of Database Protection: The Role of Judicial Review in the Creation and Definition of Private Rights in Information, 15 *Berkeley Tech. L. J.* 535, 569-574 (2000) 참조.

26) 저작권법 제2조 제1호는 “저작물”의 개념을 “문학·학술 또는 예술의 범위에 속하는 창작물을 말한다.”고 규정하고 있다.

다. 그리고 입법자는 사실(facts)이나 아이디어(ideas)를 통제할 수 있는 배타적 권리를 부여할 수 없다.

미연방대법원은 이러한 지적재산권의 한계를 일찍부터 인정해 오고 있다. 즉 연방의회는 인간지식의 寶庫에 독창적으로 기여하는 것을 보호하기 위해서만(only to protect original contributions to the wealth of human knowledge) 지적재산권을 창설할 수 있는 입법권한을 행사할 수 있다는 것이다.²⁷⁾ 독창성 내지 창작성(originality)은 정보가 배타적 권리의 객체가 될 수 있기 위한 선결요건인 것이다. 이 기본법리는 이후 만장일치 또는 거의 만장일치로 연방대법원에 의해서 지금까지 지지되어 오고 있다.²⁸⁾

또한 미연방대법원은 *Graham v. John Deere Co.* 사건²⁹⁾에서, 특허권과 관련하여 연방의회는 (a) 배타적 권리를 연장하는 것이 “기술혁신, 진보를 촉진시키고, . . . 유용한 지식의 창고에 보탬이 될 경우에만” 입법적 조치를 취할 수 있고, (b) “그 효과가 기성의 지식을 공공의 영역(public domain)으로부터 제거하거나, 또는 이미 이용되고 있는 정보에 자유로이 접근하는 것을 제한하는 것일 때에는” 배타적 권리를 인정해서는 안 된다고 판시하였다.

나아가, 1991년에도 연방대법원은 저작권과 관련해서 이러한 법리를 만장일치로 재확인하였다.³⁰⁾ 연방의회가 사실(facts)에 대한 배타적인 사적 권리를 인정하는 것은 헌법적으로 허용되지 않는다는 것이다. “독창성은 저작권보호를 위한 헌법적으로 명령된 전제조건이다.”³¹⁾ 따라서 사실(facts)은 헌법적으로 저작권보호의 객체가 될 수 없다는 것이다. ‘사실(facts)은 인간이 그것들에 대해 언급하기 전에 이미 존재하고 있다’는 개념의 전제하에, 일련의 사실들을 제일 먼저 기술했다고 해서 그로 인해 그 사람이 그 사실의 창작자가 되는 것은 아니라는 논리이다. 이로써 연방대법원은 입법자가 배타적인 사적 권리를 창설함으로써 기성의 정보와 사실들을 인클로저(enclosure)해서는 안 된다는 헌법적 한계를 제시한 것이라고 하겠다. 그리

27) Trade-Mark Cases, 100 U.S. 82 (1879).

28) *Feist Publications, Inc. v. Rural Tel. Serv. Co., Inc.*, 499 U.S. 340, 346-47 (1991); *Bonito Boats, Inc. v. Thunder Craft Boats, Inc.*, 489 U.S. 141, 146 (1989); *Sears, Roebuck & Co. v. Stiffel Co.*, 376 U.S. 225, 230-31 (1964); *Compco Corp. v. Day-Brite Lighting, Inc.*, 376 U.S. 234, 237-38 (1964).

29) 383 U.S. 1 (1966).

30) *Feist Publications, Inc. v. Rural Tel. Serv. Co.*, 499 U.S. 340 (1991).

31) *Id.* at 351.

하여 창작자의 독창적인 표현에 대해 권리를 보장해 줌과 동시에, 다른 사람들이 그 창작물이 전달하는 아이디어(ideas)와 정보에 기초해서 자유로이 의견을 내세우도록 고무하기 위한 헌법적 틀을 마련한 것이다.³²⁾ 연방대법원은 3년 뒤 다시 만장일치로 이러한 입장을 재확인하면서, 이번에는 독창성뿐만 아니라, 일정한 형태의 “공정사용”(fair use)을 헌법적 한계로 제시하고 있다.³³⁾ 이러한 연방대법원의 태도는 우리들에게 시사하는 바가 크다고 하겠다.

요컨대, 우리 헌법상의 지적재산권조항은 언론자유조항의 이념, 즉 자유로운 정보유통을 궁극적으로 촉진하기 위한 수단적 성격을 가지며, 그러한 의미에서 양 조항은 이념적으로 충돌관계에 있지 않다. 동시에 바로 그렇기 때문에 지적재산권의 입법적 형성은 언론자유조항에 의한 헌법적 한계를 가지게 되는 것이다. 구체적인 입법형성이 그 헌법적 한계를 일탈했는지 여부는 세밀한 이익형량판단을 통해 결정되게 될 것이다.

李仁皓 (중앙대학교 조교수·법학박사)

32) Yochai Benkler, op. cit., p. 545.

33) Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569, 575(1994).