
디자인의 유사성 및 창작성 판단에 관한 프레임워크 연구

진 선 태*

목 차

- I. 연구배경 및 목적
- II. 디자인의 유사성 및 창작성의 정의
 - 1. 디자인의 유사성 개념
 - 2. 디자인의 창작성 개념
- III. 디자인 유사성 판단의 해석
 - 1. 유사판단의 기준
 - 2. 유사의 폭
- IV. 디자인 창작성 판단의 해석
 - 1. 디자인 창작과정과 용이창작의 정의
 - 2. 용이창작의 유형
 - 3. 용이창작의 판단기준
- V. 유사성 및 창작성 판단 프레임워크
 - 1. 유사성과 창작성의 연관관계
 - 2. 유사성 판단 프레임워크
 - 3. 창작성 판단 프레임워크
- VI. 결론

* 특허청 상표디자인심사국 심사관.

초록

디자인 보호의 기초구성요건인 유사성 판단과 창작성 판단은 디자인의 본질적 특성과 관계되기 때문에 공통된 법리적용의 가능성을 가지고 있다. 그동안 유사성과 창작성은 디자인 이론적 배경을 통한 법률용어와 판단기준의 체계적 확립이 부족하였는데, 디자인조형과 창작과정분석과 같은 이론적 적용의 검토가 필요하다고 할 것이다.

본 연구에서는 유사성 판단과 창작성 판단을 위한 방법과 관점을 기존의 판단 태도와 연관하여 디자인 이론을 접목하고, 두 개념 간 연관모형과 각각의 유사성 판단 프레임워크와 창작성 판단 프레임워크로 제시하였다. 연구결과 유사성과 창작성은 유사범위와 창작범위를 포괄하는 연관관계가 파악되었고, 공통으로 디자인 조형요소를 구분하고 분석하는 방법적용이 가능하였다. 두 개념의 특징에서 유사성 판단은 유사의 폭과 식별력에 따른 관찰방법의 영향을 받는 양 디자인비교 법리가 적용되고, 창작성 판단은 디자인의 창작과정을 통해 얻어진 결과물의 미적 판단이 법리로 적용될 수 있는 것으로 나타났다.

주제어

디자인 이론, 디자인 유사성, 디자인 창작성, 유사성과 창작성의 연관모형, 유사성 판단 프레임워크, 창작성 판단 프레임워크

I. 연구배경 및 목적

디자인이 보호받기 위해서는 디자인 창작성을 전제로 타디자인과 차별화된 형상 및 모양으로 구성되었는가에 대한 판단이 핵심적으로 요구된다. 이와 관련 규정인 디자인보호법의 신규성(제5조1항), 유사디자인(제7조), 선출원(제16조), 용이창작(제5조2항)은 디자인의 유사성과 창작성에 관한 개념에서 비롯되는 것이다. 심사실무와 판례에서의 두 개념에 대한 판단은 별개의 법리가 적용되어 왔는데, 실제로 이 두 개념은 디자인의 본질적 특징과 관련되어 공통적인 법리 적용의 가능성을 가지고 있다. 그러나 유사성과 창작성은 디자인 이론과의 접목을 통해 법률용어와 관점의 체계화가 미진하였고 디자인조형과 창작과정분석과 같은 이론적 적용을 필요로 한다. 또한, 유사성과 창작성의 판단은 심사실무나 판결에서 고유의 지적 판단 및 의사결정영역으로서 그 지식이 형식지(形式知, explicit knowledge)보다는 암묵지(暗默知, tacit knowledge)적¹⁾ 성격을 가지기 때문에, 주체에 따라 달리 적용될 가능성이 매우 크다. 따라서 유사성과 창작성 판단이 객관성을 확보하기 위해서는 공통기준 및 모델 적용을 통한 기준확립이 요구된다고 할 것이다. 본 연구에서는 이러한 문제 인식에 따라 유사성과 창작성 판단을 위한 기존 판단태도와 관점을 디자인 이론과 접목하여 해석하고, 두 개념 간 연관모형과 판단 프레임워크 제시를 연구에서 다루기로 한다.

II. 디자인의 유사성 및 창작성의 정의

1. 디자인의 유사성 개념

디자인에서의 유사성은 독립된 디자인이 가진 조형적, 기능적 특성들이 다른

1) 형식지는 “공유가 가능한 언어나 기호로 표현될 수 있는 지식으로서 사람들에게 학습을 통해 쉽게 전파되는 구구단 같은 지식이며, 암묵지는 기호로 표시되기는 어렵지만, 숙련을 통해 자연스럽게 체화되는 지식으로서 자전거타기 같은 것을 말한다. 참고: Polanyi Michael, *The tacit dimension*, MA: Gloucester, 1966.

디자인과 비교하였을 때 실질적으로 유사한 미감의 발생 또는 유사한 컨셉을 나타내는 것으로 이를 디자이너 또는 소비자, 사용자들이 디자인을 보았을 때 유사하게 인식할 가능성을 의미한다. 디자인보호법상 “신규성(novelty)은 다른 디자인과 차별화되는 유사 또는 동일하지 않은 형태, 용도, 기능을 구비해야 하는 것으로서, 법적으로 국내외에서 알려진 적이 없는 신규한 디자인이어야 한다는 객관적 창작성을 말한다. 디자인계의 신기성(新奇性)이 새로운 개념과 조형을 통해 주도적으로 신시장과 가치, 사용자경험을 창출하는 의미인 데 반해, 디자인보호법상 신규성은 그 권리객체의 대상이 되는 물품의 외관에 배타적으로 부여되는 법적 권리의 판단기준으로서 일정 시기와 기준 관점을 정의한 것이다.”²⁾ 또한, 디자인보호법 제7조에서 유사디자인은 “자기의 등록디자인 또는 디자인 등록출원한 디자인(이하 기본디자인)에만 유사한 디자인에 대해서만 유사디자인등록을 받을 수 있는 것”으로 규정한다. 유사디자인은 디자인개발과정 중 동일한 모티브의 변형된 디자인³⁾을 말하는 것으로 독립적 디자인 권리라기보다 인접한 권리로 해석하여 보호하는 개념이다.

2. 디자인의 창작성 개념

디자인에서 ‘창조성’ 또는 ‘창의성’은 영어의 ‘creativity’로 표기되는 동의적 개념으로서 신기성(新奇性)과 유용성(有用性)을 가진 차별화된 디자인컨셉을 창출하는 기제이며, 디자이너에게 요구되는 가장 기본적인 전문적인 자질을 말한다. 한편 ‘창작성’은 디자이너의 창조성을 기반으로 창작된 디자인의 독창성(originality)을 말하는 것으로 디자인보호법에서는 ‘용이창작’과 관련지어 “최소한의 창작성, 좁은 의미의 창작성으로서 모방, 표절의 방지를 위한 규정으로 해석할 수 있고, 디자인 보호에서 창작성은 디자인 가치를 높이기 위해 요구

2) 진선태, “디자인과 디자인보호분야사이의 통념차이”, 디자인학연구, Vol.24 No.3(2011), 258면.

3) 개발과정 중 메이저체인지(Major change)는 신제품을 개발하면서 기존의 디자인과 다른 개발프로세스, 형상, 재질, 색상, 제조방법 등 혁신적인 디자인의 변화를 이루는 것을 말하고, 마이너체인지(Minor change)는 시장에서 소비자에게 소구할 수 있는 다양한 모델을 만들기 위해 기존 디자인에 형상, 색상, 재질, 표면처리, 모양 등의 변화를 통해 기존 디자인의 아이덴티티는 유지하면서 비교적 작은 변화를 주는 것을 말한다.

되는 높은 수준의 판단이 적용되는 것이 아니라 디자인등록절차상 판별되는 소극적 의미의 적용개념⁴⁾으로 이해된다. 즉 디자이너의 창조적 사고를 통한 고도의 디자인에 대한 창작의 질을 판단하는 개념이라기보다는 등록받고자 하는 디자인이 공공영역과 타인의 창작영역을 침해했는가를 판단하는 수단적 개념으로 이해된다. 이러한 창작성을 디자인보호에서 다루는 이유는 다음과 같다. 첫째, 창작적 노력이 없이 쉽게 창작된 디자인에 권리를 부여하는 것은 디자인보호법상 창작독려의 취지와 부합하지 않기 때문이다. 둘째, 공공의 영역에 속하거나 공시된 형상·모양은 누구나 응용하여 창작할 수 있는 공공재의 성격을 가지는 자유실시영역이므로 특정인에게 배타적으로 디자인권리를 부여할 수 없기 때문이다. 셋째, 용이창작이 용인된 디자인은 강력한 디자인권을 행사할 가능성이 크기 때문이다. 즉 기본형상에 가까울수록 해당 디자인권리는 강력해서 주변 디자인을 배제하거나 순수한 창작물의 디자인등록을 배제시킬 수 있기 때문이다.

한편, 디자인 분야에서 창작되는 대상은 크게 4가지의 요소로 나눌 수 있다. 첫째, 기능(Function)의 창작으로서 디자인 자체 구조나 형태를 통해 물품의 용도를 구현하기 위한 실질적인 작동내용을 말하며, 여러 개 기능이 하나의 사용 목적을 위해 존재할 수 있다. 둘째, 조형(Form)의 창작으로서 기존 조형과 구별되는 독창적인 미적 특징이 표출되는 것을 말한다. 셋째, 사용자경험(User experiences)의 창작은 사용자가 제품을 사용하면서 맥락적, 감각적으로 경험하는 디자인의 새로운 서비스내용을 말한다.⁵⁾ 넷째, 컨셉(Concept)은 디자인의 독창적인 면을 부각하는 차별화된 용도나 특징이 창출되는 것을 말한다. 현 디자인보호법에서의 보호대상은 물품의 외관에 한정하고 있어서 조형중심의 창작만을 인정하고 있다.⁶⁾

4) 진선택, 앞의 논문(주 2), 258면.

5) HCI(Human Computer Interaction)로부터 시작되어 인터랙션디자인(Interaction Design), 사용자경험디자인(User Experience Design), 서비스디자인(Service Design)이란 용어들로 확산되고 있다.

6) 미국의 디자인특허에서는 물품에 적용되는 장식적 외관디자인으로서 하나의 디자인개념(concept)을 보호하고 있으며, 유럽공동체 및 많은 유럽국가들 또한 물품에 화제될 수 있는 장식적 디자인외관을 의미하기 때문에 컨셉 보호라는 관점이 강하다.

III. 디자인 유사성 판단의 해석

1. 유사판단의 기준

1) 물품의 동일유사판단

디자인은 조형적 판단과 관련하여 형상, 모양, 색채로 구성된 가시적 요소(visible factors)와 물품성 판단과 관련한 기능과 용도라는 비가시적 요소(invisible factors)로 나뉜다. 가시적 요소는 디자인의 미적 요소로서 동일, 유사, 비유사로 판단되고, 비가시적 요소는 물품구분⁷⁾ 및 업계의 거래 관행 등에 의해 좌우되는 요소로서 기능과 용도의 상관관계를 통해 동일, 유사, 비유사 물품으로 판단한다. 디자인 분야에서는 “비시각적 요소도 중시되는 반면 디자인보호법상 디자인 성립요건들은 시각적 요소를 중심으로 물품성에 관련된 체계로 구성되어”⁸⁾ 용도와 기능을 단순한 물품 구분의 기준으로만 활용하고 있다. 그러나 실제로 용도와 기능 또한 디자인 창작을 통해 디자인 컨셉의 중요한 결과적 요소이기 때문에 유사판단에서 고려되어야 한다.

물품에서 용도(use)는 소비자가 물품을 통해 얻으려는 사용 목적을 말하고, 기능(function)은 디자인 자체적으로 용도를 실현할 수 있는 구조적, 형태적 특징에 의한 작용을 의미한다. 디자인은 자체적인 ‘용도(사용 목적)’가 존재하고 이를 달성하기 위해 작동되는 ‘기능(작용)’이 연쇄적으로 존재하는 것이다. 이러한 용도와 기능의 상관관계에 의해 유사물품은 용도는 같고 기능이 상이한 것을 말하고, 비유사물품은 용도와 기능이 상이한 것을 말한다.⁹⁾ 또한 혼용은 용도가 상이하지만, 기능이 동일한 물품을 서로 바꿔서 사용하는 것을 말하고, 전용은 용도와 기능이 상이한 다른 물품의 형상 그대로를 사용하는 것을 말한다.¹⁰⁾ 디

7) 디자인 물품분류구분에 관한 고시(2012-35호, 2012. 11. 1. 시행)에 의한 물품구분표.

8) 진선태, 앞의 논문(주 2), 259면.

9) 예를 들어 캠코더와 디지털카메라는 이미지를 저장한다라는 용도는 같으나 사진저장, 동영상저장이라는 기능에서 다른 것이다. 오디오와 가습기는 음악청취, 습도조절이라는 용도가 다르고 음악재생, 수증기발생이라는 기능이 다르다.

10) 예를 들어 샐러드볼과 유리화본은 샐러드와 화초수납이라는 용도는 다르나 담는 기능에서는 같은 혼용

자인보호에서 효력이 미치는 범위는 동일 또는 유사물품까지로 보고 이러한 용도와 기능의 상관관계를 기준으로 물품의 동일·유사 여부를 판단하고 있다. 시장에서 거래되는 물품들은 그 사용용도에 따라 동일 또는 유사관계가 성립할 수 있기 때문에 동일·유사물품에 대한 판단은 용도와 기능의 상관관계뿐 아니라 상거래상 실제유형을 적용하여 판단하여야 한다.¹¹⁾

2) 관찰부분의 선정

디자인보호법 법리에서 디자인조형은 요부, 비요부, 공지부의 형상·모양으로 나뉜다. 요부와 비요부는 식별력의 정도에 따라 구분되고, 공지부는 식별력과 상관없이 창작성의 정도가 낮은 부분을 의미한다. 이 모든 요소는 전체조형을 구성하면서 조형의 구성원리를 만들어 낸다.

요부는 일반수요자의 관점에서 디자인을 볼 때 가장 눈에 먼저 인지되는 형상이나 모양으로서 “이것을 관찰하여 심미감에 차이가 생기게 하는지 여부가 전체 디자인의 심미감의 차이를 가져오는 결정적 요소이므로 요부의 관찰이 중요한 의미를 가진다.”¹²⁾ 요부의 선정에는 인지적, 감성적, 문화적, 물리적 접근이 가능하지만, 인지심리학적 접근이 우선으로 고려되어야 한다. 인간이 제품형태를 볼 때에는 “감각기를 통해 형태를 인식하는 형태재인(形態再認)을 하고 정보의 가치에 따라 단기 기억과 장기 기억에 저장한다. 감각기와 기억에 의해 형성된 시각적 심상의 이용은 종종 재생이나 재인에 극적인 향상을 유발하지만 대부분 사람의 심상은 그 상세함이나 명료함에는 한계가 있는 것”¹³⁾으로 제품의 첫인상에 의해 요부가 결정되고, 형태, 색채, 재질은 인지선도호에 따라 다르게 나타

이고, 승용차와 미니어처는 형상을 그대로 가져와 다른 용도로 쓸 수 있기 때문에 전용관계에 놓여 있다고 할 수 있다.

11) 이와 관련된 판결은 “디자인은 물품에 화체된 형태이기 때문에 물품을 떠나서는 존재할 수 없고 물품과 일체불가분의 관계에 있으므로 디자인이 동일·유사하다고 하려면 디자인이 표현된 물품과 디자인의 형태가 동일·유사하여야 할 것인바, 물품의 동일성 여부는 물품의 용도, 기능 등에 비추어 거래 통념상 동일 종류의 물품으로 인정할 수 있는지 여부에 따라 결정하여야 한다.” 대법원 1999. 12. 28. 선고, 98후 492 판결.

12) 안원모, “부분디자인의 유사판단에 관한 연구”, 산업재산권, 제29호(2009), 95면.

13) 김영채·박권생, 인지심리학, 박영사, 1992, 201면.

난다.¹⁴⁾ 대체로 조형에서는 세부형상이 적고 단조로운 형상의 경우, 정교하고 구체적인 형상과 모양이 표현된 부분에 시선이 집중되기 때문에 이 부분을 요부로 보아야 하고, 세부형상이 많은 경우, 시선은 분산되기 때문에 여러 개의 요부가 인식의 차이 없이 생겨날 수 있다. 또한, 전체형상이 디자인 특징의 대부분을 차지할 경우에는 전체가 하나로 인식되기 때문에 요부보다는 조형의 구성원리를 중점적으로 판단해야 한다.

3) 관찰방법

디자인의 유사판단은 각 제품의 형상이 관찰자 심상에 일어나는 이미지의 재생(representation)과 기존 형태에 대한 정보가 재인(recognition)되는 과정으로 이해된다. 양 디자인의 조형적 특성이 파악된 후 관찰자의 조형에 대한 사전정보가 판단에 활용되는 것이다. 이때 “공통요소가 많을수록 유사성이 큰 것으로 결정되고 각각의 특유한 요소가 적을수록 유사해지는데”¹⁵⁾ 기본원리가 작용한다. 디자인보호법의 유사판단에는 창작설, 주의환기설, 혼동성과 판례에 의한 판단 기준이 확립되어 왔다. 창작설은 창작이 실제로 일어나는 부분을 중심으로 판단하는 것이고, 혼동설과 주의환기설은 관찰하는 사람의 주의를 끄는 형태를 요부라고 보고 수요자입장에서의 혼동가능성을 판단하는 것이다. 창작설은 “창작자 내지 당업자의 수준에서 판단하게 되므로 지나친 주관에 흐를 염려가 있고”¹⁶⁾ 혼동설과 주의환기설은 디자인의 창작적 특성이 누락되어 있고, 주관에 따라 좌우되거나 요부가 아닌 부분에 대한 과소판단의 우려가 있다. 현재 공통적인 유사판단의 태도는 부분적으로 유사하더라도 전체적 인상(overall impression)이 같으면 유사한 것으로 보는 태도로서 구체적 형상보다는 전체적 형상의 유사 여부에 중점을 두고 있다. 대법원판결에서도 “의장의 유사 여부는 이를 구성하는

14) 오미겐타로, 조형심리, 권민(역), 동국출판사, 1991 참고. 사람들에게 대체적으로 색채는 쾌활하거나 화려한, 정열적인 느낌 같은 자극적이거나 다이내믹한 것들에 대한 이끌림이 강하고, 형태에 있어서는 안정된, 정돈된, 익숙한 등의 친밀한 것들에 대한 선호가 많으며, 재질에서는 문화사회적 차이성이 있지만 매끈매끈한, 윤기 있는, 부드러운 같은 것에 대한 이끌림이 많은 것으로 나타났다.

15) 김병옥·박규원, “디자인의 시각적 유사성판단을 위한 체크리스트 설정 연구”, 디지털디자인학연구, 제11권(2006), 328면.

16) 노태정·김병진, 디자인보호법, 세창출판사, 2009, 408면.

각 요소를 분리하여 개별적으로 대비할 것이 아니라 그 외관을 전체적으로 대비 관찰하여 보는 사람으로 하여금 상이한 심미감을 느끼게 하는지의 여부에 따라 판단하여야 하므로, 그 지배적인 특징이 유사하다면 세부적인 점에 다소 차이가 있을지라도 유사하다고 보아야 하고”¹⁷⁾라고 판결하고 있다. 전체관찰은 “등록 디자인 또는 출원디자인 간 공통되는 공지된 부분을 제외하고 비교할 때 나머지 부분만의 차이만이 드러나서 충분한 창작성이 없는 디자인이 손쉽게 등록 요건을 갖추었다고 판단되는 모순이 생길 수 있어 이를 차단하기 위한 법리의 진정성이 있다고 보는”¹⁸⁾ 견해처럼 여러 법리적 모순을 최소화시킨 태도가 할 수 있다.

전체관찰원칙과 함께 부가적으로 해당 디자인 요소 중 요부의 비중을 높게 두고 기타 공지된 부분이나 비요부는 비중을 적게 두는 것을 원칙으로 하고 있다. 수요자 관점에서 요부가 비요부보다 인지 강도가 강하고, 신규한 부분이나 창작된 부분 또한 해당 디자인 권리주장의 근거가 되기 때문에 부차적인 중요도를 두고 관찰하여야 한다. 한편, 유사판단에서 공지의 형상과 모양은 그 중요도가 낮게 평가되는데, 디자인조형은 공지의 형상과 새로이 창작된 형상이 혼합된 상태이기 때문에 “해당 부분이 물품의 기본적 내지 기능적 형태인지 여부는 당해물품에 있어 선행디자인들을 살펴본 후에 결정될 수 있는 문제”¹⁹⁾이다. 단 공지된 부분만으로 구성된 디자인이라도 판례에서 “등록된 의장을 구성하는 개개의 형상, 모양이 공지공용에 속하는 것이라도 이것들이 결합하여 새로운 미감을 불러일으키는 경우에는 이를 의장의 유사여부판단으로 대상으로 삼을 수 있는 것”²⁰⁾으로 보아 공지된 형상이 판단에서 제외되는 것은 아니고, 전체 조형에서 차지하는 중요도 및 구성원리를 따져 판단해야 한다.

17) 대법원 1999. 10. 8. 선고, 97후3586 판결.

18) 백인경·우광제, “디자인의 유사판단에 관한 소고-대법원 판례를 중심으로-”, 부산대학교 법학연구, 제 49권 제1호(2008), 222면.

19) 위의 논문, 232면. 공지형상의 조합이라 하더라도 전체적으로 미감이 동일하면 유사한 것으로 태도를 보이는 것으로 디자인의 구성요소중 물품의 기능을 확보하는 데 필요한 형상 또는 공지의 형상부분이 있다고 하여도 그것이 특별한 심미감을 불러일으키는 요소가 되지 못하는 것이 아닌 한 그것까지 포함하여 전체로서 관찰하여 느껴지는 장식적 심미감에 따라 판단해야 한다고 판결하고 있다(대법원 2009. 1. 30. 선고, 2007후4830 판결 참고).

20) 대법원 2006. 7. 28. 선고, 2005후2922 판결.

4) 관찰관점

디자인 유사판단은 일반 수요자(Consumer)의 관점에서 혼동가능성을 따지고 있는데, 그 이유는 당업자의 수준으로 판단하였을 때 유사범위가 좁아지거나 선등록 디자인의 권리범위가 넓어지는 결과가 생길 수 있기 때문이다. 유럽공동체디자인에서도 ‘특이성(individual character)’을 판단할 때 “전문이 넓은 사용자(the informed user)가 그 디자인에 대해 가지는 전체적 인상이 다른 경우에 특이성이 있는 것”²¹⁾으로 보아 해당 지식이나 식견을 가진 사용자를 지칭하고 있으나, 고도의 당업자와는 낮은 수준을 말하는 것이다. 미국 디자인특허에서는 “평균관찰자 테스트(average observer test)를 통해 청구된 디자인과 공지디자인의 비교에서 공지디자인과 다르고 그 변형이 아닌 것으로 파악될 때 신규성이 있는 것”²²⁾으로 보고 있다. 이처럼 디자인 유사판단은 창작성 판단과 달리 실제 거래에서 이루어지는 소비자나 사용자의 시각에서 양 디자인 간의 권리침해 여부를 판단하는 시장중심적 태도가 사용되고 있다.

5) 디자인요소의 판단

디자인조형이론에서는 심미성에 관하여 “객관적 심미성을 형태, 구성, 질감, 색채로 나누고 추상적 심미성을 단순/복잡, 조화, 새로움, 계위탈트, 시대성, 균형, 통일성, 율동성, 비례, 전형성으로 나뉘어”²³⁾ 정리하고 있다. 객관적 심미성은 조형을 이루는 구성요소이고, 추상적 심미성은 이 요소들을 조합하는 원리를 말하는 것으로 디자인 조형은 이러한 요소를 포괄한 종합적 결과물로 나타나는 것이다. 디자인심사기준에서는 구체적 디자인요소를 다음과 같은 기준²⁴⁾으로 판단하고 있다.

첫째, 물품의 크기는 고려대상으로 인정되지 않는다. 디자인 형상에서 크기

21) EU 공동체 디자인보호지침 제5조.

22) Manual of patent examining procedure 1504.02, USPTO.

23) 조광수·홍정표, “심미적 영향요소 중 단순/복잡과 균형의 관계”, 기초조형학연구, 제6권 제4호(2005), 114면.

24) 디자인심사기준 제5부 제2장 디자인의 유사여부 판단.

변화는 디자인의 본질적 변화가 아니라 동일 축척에 의한 비례변화를 의미하고, 실제 디자인개발에서 크기변형에 의한 모델개발이 이루어지는 실례를 볼 때 디자인창작으로 보기 어렵기 때문이다. 둘째, 디자인에서 일반적인 색상변화(color variation)는 동일한 모티브의 디자인에서 도료나 재질의 변형범위에 속함으로 형상이 기본적으로 동일하면 색상차이는 판단대상이 될 수 없다. 단 순색상이 아니라 모양으로서 표현된 경우, 창작적 관점에서 색상에 디자인창작의 주안점을 두고 전혀 다른 미감을 만들어 낸다면 이 부분의 신규성을 인정하여 판단해야 한다. 기존 디자인형상과 동일·유사하더라도 색상 패턴을 통해 독특한 모양을 형성하는 경우에는 기존 형상을 극복한 비유사한 디자인으로 판단하는 것이다. 셋째, 재질은 그 자체가 모양이나 색상으로서 표현되는 경우에만 판단되는데, 다른 재질의 적용은 기구적, 제조기술적 측면이 고려된 것이기 때문이다. 현재 디자인보호법상 질감(texture)은 디자인의 구성요소가 아니지만, 안원모의 “디자인을 파악하는 수단으로 시각 외에 촉각을 추가하는 것은 설득력이 있고 질감은 시각과 촉각에 의해 그 실체를 상세히 파악할 수 있다.”²⁵⁾는 주장처럼 질감은 제품의 표면마감에 의해 표출되는 미감으로서 형태와 함께 전체적 인상을 좌우할 수 있는 요소이다. 특히 직물지와 같은 평면적 물품에서 질감은 미감을 발생시키고, 오늘날 사용자에게 새로운 사용경험을 유발하는 차별화된 감성기술로 보아야 한다. 넷째, 기능, 구조, 정밀도, 내구력, 제조방법 등은 실제 양산과정상의 방법적 구현이고 디자인은 물품의 외관을 보호하기 때문에 실용신안이나 특허적 권리범위에 속하는 특성을 고려하는 것은 디자인보호법의 취지에 부합하지 않는다. 다만, 기구적 특성이 있는 물품에서 양 디자인 간의 외부형상에 차이가 없고, 내부 단면이나 기구적 배치 등을 통해 비교해야 할 때에는 양 디자인의 구조적 특성이 판단시에 반영되어야 한다.

6) 부분디자인의 유사판단

부분디자인의 유사판단은 전체디자인과 달리 권리주장범위가 일정치 않기 때문에 전체관찰과 부분관찰의 방법론에서 차이가 난다. 또한, 해당 부분 간에

25) 안원모, “디자인보호법상 디자인의 성립성-시각성요건을 중심으로”, 법학연구, 제18권 제2호(2008), 126면.

형태가 유사한지 여부 외에 부분의 위치, 크기, 범위가 추가로 고려되어야 한다는 점에서 일반적 유사판단기준과 다르다. 근본적으로 부분디자인의 판단대상을 정하는 데는 논란이 있을 수 있는데, 관련 학설에는 부분디자인과 물품 전체와의 관련성을 고려하는 요부설, 실선 부분만을 판단하는 독립설과 파선부는 공지부의 예에 불과하여 이 부분의 변화 폭에 따라 유사판단 정도를 정하는 요동설이 있다. 이 학설들의 장단점을 비교하면, 요부설은 “파선부의 기재가 다르면 미감의 차이가 다르고 그 물품에 대한 혼동이 일어나지 않기 때문에 비유사로 볼 가능성이 커지게 되는”²⁶⁾ 단점과 기능적, 형태적 관련성을 따져서 대비대상을 판단의 보조정보로 활용할 수 있는 장점이 있다. 독립설은 “실선으로 나타나는 부분자체의 형태에 의해 유사판단을 함으로 창작중심적 사고방식을 나타내는”²⁷⁾ 단점과 엄격하게 디자인등록을 받고자 하는 형상만을 구분하고 다른 부분은 배제한다는 점에서 명확한 비교판단이 가능하다. 요동설은 요부설과 마찬가지로 전체형상에서의 파선부분이 가진 의미를 확장하고 세분화하는 절차를 나타낸 것임으로 단계가 복잡하고 판단의 명료함이 떨어진다.

또한, 요부를 어디로 볼 것인가에 관한 학설도 상이한데, 창작설 관점에서는 실제로 창작이 일어난 부분을 중심으로 보는 것이고, 혼동설이나 주의환기설의 관점에서는 보는 사람의 주의를 끄는 부분 또는 형태의 특징적인 부분을 중심으로 판단하는 것이다. 종합적으로 판단할 때, 대부분 물품에서 디자인등록을 받고자 하는 실선부위 외의 나머지 파선부위가 인위적 혼동을 줄 만큼 비정상적인 표현일 가능성은 크지 않기 때문에 대비대상을 실선부위로 한정하는 것이 합리적으로 보인다. 다만, 양 디자인 간에 구조적 특성 때문에 엄밀한 판단이 불가능할 때 보조적으로 파선부위를 포함하여 판단하는 것이 효과적이라 생각된다.

2. 유사의 폭

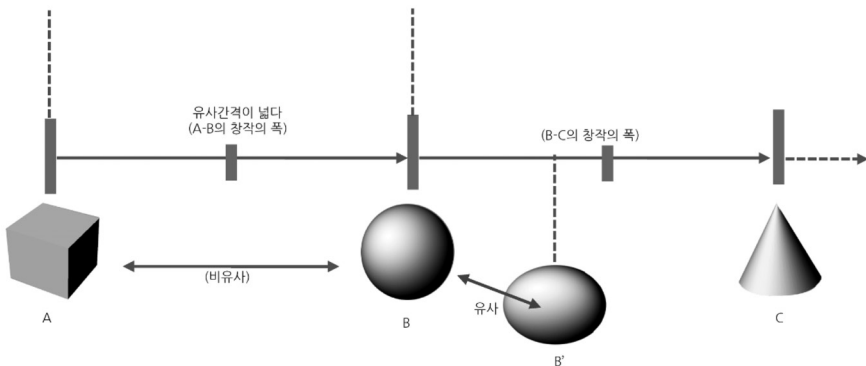
디자인 유사판단의 폭이 물품마다 다른 이유는 해당 물품의 제조상황과 디자

26) 안원모, 앞의 논문(주 12), 109면. 현 디자인심사기준은 일본과 마찬가지로 요부설을 따르는 경향을 보이고 있고, 미국은 독립설의 심사태도를 취하고 있다.

27) 안원모, 앞의 논문(주 12), 116면.

인창작 특성에 따라 디자인등록출원 및 선행디자인의 수에 편차를 보이기 때문이다.²⁸⁾ 유사의 폭이 넓다는 것은 조형변화의 여지가 많아서 신규한 부분이 적은 디자인은 선행디자인의 유사범위에 포함될 가능성이 많은 것을 의미한다. 특히 물품에서 신규한 부분이 많고 최초로 창작된 형상을 포함하는 경우는 선행창작에 대한 고려에서 유사의 폭을 넓게 해석하고 있다. 반면 유사의 폭이 좁다는 것은 조형변화의 여지가 적어서 작은 디자인변화도 신규한 부분으로 보아 선행디자인과 비유사한 디자인으로서 디자인등록이 가능하다는 의미이다(그림1, 2 참조). 또한 형상변화의 폭이 좁은 디자인은 공지된 형상과의 결합이나 기능과 밀접한 디자인에 해당함으로 유사의 폭을 좁게 보고 있다.²⁹⁾ 이는 산업재치럼 스타일링 소구목적보다는 물품의 기능적 목적달성에 있는 물품의 디자인 권리 획득을 비교적 넓게 용인하는 취지로 이해된다.

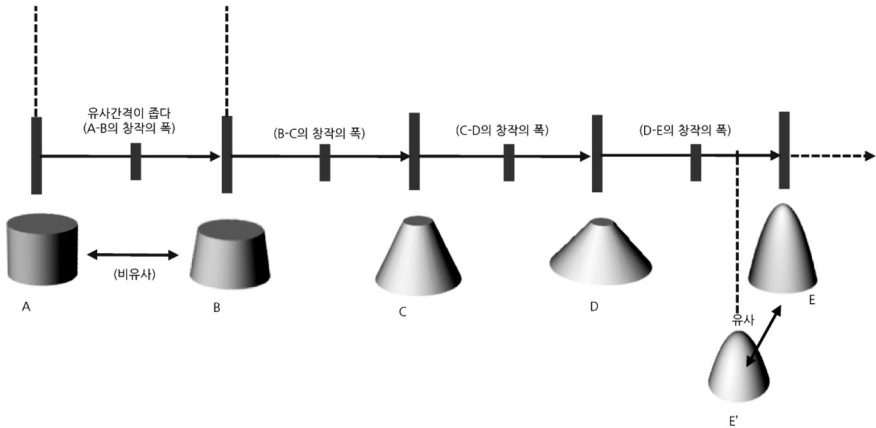
〈그림 1〉 디자인유사의 폭이 넓은 경우



28) 현 디자인심사기준 제5부 제2장 디자인의 유사여부판단에서는 “유사품(창작품)이 넓은 경우는 참신한 디자인이 많이 나오는 제품이거나, 동일 물품이라도 새로운 창작부분이 많이 포함된 제품, 특이한 형상 또는 모양이 많이 표현된 제품이고, 유사품(창작품)이 좁은 경우는 오래전부터 흔히 사용되어 이미 창작이 많이 이루어진 제품이나, 비슷한 디자인이 많이 나오고 있는 제품, 구조적으로 디자인을 크게 변화시킬 수 없는 제품, 유행변화에 영향을 받지 않아 창작의 한계가 있는 제품”을 들고 있다.

29) “디자인의 요소가 물품의 기능과 밀접하게 관련이 되어 있어 누가 창작하더라도 같거나 비슷할 수밖에 없는 경우 또는 이미 그와 유사한 디자인요소가 다양하게 공지되어 있는 경우에는 유사범위는 좁게 보는 것이 상당하다.” 특허법원 2002. 11. 7. 선고, 2002허5173 판결.

〈그림 2〉 디자인 유사의 폭이 좁은 경우



IV. 디자인 창작성 판단의 해석

1. 디자인 창작과정과 용이창작의 정의

1) 디자인의 창작과정

디자인은 “소위 창조적 도약(creative leap)이라 불리는 중요한 행동의 발생에 의해”³⁰⁾ 디자이너 고유의 사고과정 속에서 기존 개념을 넘어서는 신규한 조형과 컨셉을 창작해 낸다. 이러한 디자인창작과정에 대한 여러 연구가 이루어졌는데, Kruger와 Cross에 의하면 디자인과정은 “정보수집-정보의 유효성 및 가치평가-요구와 제약의 정의-행위와 환경에 대한 모델링-문제와 가능성 정의-부분해결안생성-해결안평가-최종해결안종합”³¹⁾으로 이해되고 있다. 디자

“만일 주의를 끌기 쉬운 부분인 요부가 변형의 가능성이 적은 것이라면 가급적 유사의 폭을 좁게 해석하여야 할 것이다.” 특허법원 2001. 3. 29. 선고, 2000허3371 판결 참고.

30) Dorst, Kee and Nigel Cross, “Creativity in the design process: co-evolution of problem-solution”, *Design Studies*, Vol.22(2001), p427. 디자인사고과정 중 어느 순간 중요한 디자인창작의 아이디어나 해결책을 얻어내는 것을 말한다.

31) Kruger, C. and Nigel C., “Modeling cognitive strategies in creative design”, J. Gero & M. Mather(Eds.), *Computational and cognitive models of creative design V*, University of Sidney, 2001, p209.

인은 주어진 과제에 관한 주변정보를 수집하고 디자인문제에 적합한 정보들을 선별하고 구조화하는 과정 중에서 여러 대안을 구상하고 구체화해 최종 해결안을 만드는 과정으로 보는 것이다. 디자이너는 “매체의 범위 내에서 아이디어를 시각화하고 관점을 통합하여 컨셉을 만드는 과정”³²⁾을 통해 새로운 조형을 창작하는 능력을 숙련해 왔기 때문에 이러한 디자인창작과정의 이해는 창작성 판단에 중요한 실마리를 제공할 수 있다.

〈표 1〉 전문디자이너와 비전문디자이너의 디자인창작시 차이³³⁾

전문디자이너	초보디자이너, 비전문가
- 디자인의 맥락적인 사전정보에 대한 탐색이 많음. - 디자인프로세스의 활동을 균등하게 배분 관리함. - 디자인과정 중 끊임없이 상황을 평가하고 이를 반영함. - 사용자, 양산성을 많이 고려함. - 디자인정교화 능력이 뛰어남.	- 디자인과정이 불규칙함. - 디자인에 대한 평가전략이 매우 적음. - AHA반응, 창조적 도약(Creative leap)이 약함. - 우발적, 임시변통적 디자인이 많음. - 기존 디자인사례를 모방하거나 차용함.

디자인창작을 인지적 과정으로 접근하면, 모티브가 되는 대상을 언어, 이미지, 소리 등 다중감각을 통해 받아들이고 디자인사고과정을 통해 조형으로 시각화해 내는 작업으로 볼 수 있다. 이러한 모티브의 원천은 “디자인사고에서 맥락을 정의하고 아이디어생성을 도와 디자이너의 정신적 재현(mental representation)을 구조화하는 중요한 역할”³⁴⁾을 한다. 모티브에는 기존의 다양한 형상이나, 경험에 의한 주변지식이 포함되는데, 창작은 이러한 기존지식을

32) Owen, Charles L., "Design Thinking: Driving Innovation, Institute of Design", ILLINOIS INSTITUTE OF TECHNOLOGY(2006), p4.

33) 진선태, “사용자 디자인암묵지(暗黙知)의 탐색적 개념과 특성연구”, 디자인학연구, Vol.22 No.1(2009), 48-49면.

34) Eckert C. and Stacey M., "Sources of inspiration: a language of design", *Design Studies*, Vol.21(2000), p524.

새롭게 구조화되는 과정에서 독창적 조형을 만들어 내는 과정인 것이다. 디자인 창작성 판단에서는 이러한 인용디자인을 창작과정에서 얼마나 전문적이고 정교한 디자인사고를 통해 만들어 내는가에 대한 주된 판단이고 이 부분이 창작성 판단의 주요 법리로 다루어져야 한다. 실제로 <표 1>에서 정규교육을 거친 전문 디자이너와 훈련경험이 부족한 초보디자이너나 비전문가들은 디자인사고의 유연성과 기법 등의 차이 때문에 창작결과물의 완성도에서 차이를 보이는 것으로 나타났다. 디자인보호법상 용이창작된 디자인 또한 비전문가와 같이 디자인과정의 불규칙성과 사고의 불완전함으로 인하여 기존 디자인을 답습하는 디자인으로 이해되는 것이다.

2) 용이창작의 정의

Gero와 Tang에 의하면, 디자인은 “창작가능한 영역 안에서 무수히 많은 디자인과 그 안에 혁신적 디자인이 존재할 수 있으며, 창의적 디자인은 이 영역과 별개의 새로운 접근에 의해 창조될 수 있는 것”³⁵⁾으로 보았다. 용이창작된 디자인은 창작가능한 디자인영역의 외부에 존재하는 것으로 창작성의 인정 여부가 불완전한 상태로 이해된다. 대법원 판결에서 용이창작은 “디자인의 형상·모양·색채 또는 이들의 결합을 거의 그대로 모방 또는 전용하였거나, 이를 부분적으로 변형하였다고 하더라도 그것이 전체적으로 볼 때 다른 미감적 가치가 인정되지 않는 상업적·기능적 변형에 불과하거나, 또는 그 디자인 분야에서 흔히 창작수법이나 표현방법에 의해 이를 변경·조합하거나 전용하였음에 불과한 디자인 등과 같이 창작수준이 낮은 디자인은 그 디자인이 속하는 분야에서 통상의 지식을 가진 자가 용이하게 창작할 수 있는 것이어서 디자인등록을 받을 수 없다는 데 있다.”³⁶⁾로 판결하고 있다. 디자인보호법상 용이창작은 비전문적 창작자가 기존디자인을 인용하여 낮은 수준의 창작기법과 디자인사고를 통한 선행 디자인과 차별되지 않는 정도의 완성도가 낮은 창작을 말하는 것이다.

35) Gero, John, S., “Design prototype: a knowledge representation schema for design”, *AI Magazine*, Vol.11 No.4(1990), pp.34-35.

36) 대법원 2010. 5. 13. 선고, 2008후2800 판결.

2. 용이창작의 유형

1) 인용디자인의 종류

용이창작에 있어서 인용할 수 있는 디자인의 종류에는 자연물, 건조물, 저작물, 디자인(형상, 모양)이 있으며 이는 공지와 주지단계에 따라 구분될 수 있다. 공지는 “전시, 반포에 의해, 불특정 다수에게 알려질 수 있는 상태”를 말하며, 주지는 “다수 사람에게 두루 알게 되어 쉽게 인식, 연상되는 상태”를 말한다. 창작성 판단에서는 이러한 모티브를 사용하였더라도 합리적인 디자인창작과정을 통해 어떤 결과물이 나왔는지가 판단의 근거가 되어야 한다.

2) 주지디자인 · 형상 · 모양에 기초한 창작

디자인심사기준에서는 “주지의 디자인이나 형상 · 모양을 거의 그대로 표현하거나 그 변화의 정도가 미미할 경우에는 용이창작에 해당한 것”³⁷⁾으로 본다. 이는 주지의 디자인이나 형상 · 모양은 누구나 접근할 수 있는 공용의 영역이므로 이를 그대로 표현하거나 창작적 진전이 없는 디자인은 창작성이 없는 것으로 보는 것이다.³⁸⁾ 또한, 주지의 디자인은 이미 사람의 뇌리에서 널리 인지되어 있거나 그 주체가 명확하여 상표적 가치를 가지는 디자인이므로 누군가 이를 모방하거나 표절하는 것은 주지의 디자인이 가진 명성과 상업적 가치를 훼손하거나 이익에 편승할 목적으로 주지디자인의 창작적 가치를 부정하는 행위가 된다.

3) 주지 · 공지디자인 간의 용이한 결합

용이창작의 유형에서 인용디자인을 주지의 디자인, 형상 · 모양과 공지디자

37) 디자인심사기준 제4부 디자인등록의 요건 제6장 용이창작.

38) 주지의 디자인은 이미 널리 알려져 창작적 가치가 더는 입증될 수 없는 상태이고, 주지의 형상과 모양인 사각박스, 원통, 스트라이프 무늬, 별모양 등은 오래전부터 쓰여온 형상과 모양으로서 디자인과정에 사용되는 기본 조형요소가기 때문이다. 그러나 미니멀리즘(minimalism)디자인같이 단순하고 절제된 형태적 특이성을 보이더라도 전체적으로 보이는 디자인 조형언어가 다르므로 주지의 형상과 모양을 그대로 표현한 용이창작된 디자인과는 명백히 구분되어야 한다.

인으로 구분하는 것은 창작성 판단 법리를 한정시키는 단점이 있다. 실제 창작에서는 주지의 형상·모양 또는 공지디자인 간의 결합이 상호 간에 다양한 양상으로 이루어지기 때문에 주지 또는 공지단계에 상관없이 인용디자인을 통한 용이한 형상과 모양의 창작이 이루어졌는지가 중심이 되어야 한다. 이러한 판단방향은 창작성의 판단 법리를 기계적 잣대로 판단할 것이 아니라, 창작의 다양한 유형을 인정하는 동시에 창작기법이나 결과물판단을 강화하여 창작성 있는 디자인과 창작성이 없는 디자인 양자를 법의 영역에서 합리적으로 판단하는 것으로 생각된다.

4) 공지디자인의 결합에 의한 용이창작

디자인심사기준이나 판례에서는 공지디자인 간의 결합은 기존에 2 이상의 공지된 디자인의 결합을 의미하였고, 공지디자인은 디자인 공보에 기재된 디자인을 말하였다. 바뀐 창작성 판단의 태도는 1개의 공지디자인으로부터의 용이창작도 인정하고³⁹⁾ 있다. 용이창작에서 공지디자인 간의 결합방식에는 치환, 조합, 구성배치변경이 있고⁴⁰⁾ 이 기법은 실제 디자인창작기법과 공통성을 가지고 있다. 디자인발상법 중 골텐버그의 창조성 템플릿이론(Creativity Template Theory)은 창조의 원리를 속성의존(Attribute Dependency), 제거(Displacement), 교체(Replacement), 구성품제어(Component Control), 배분(Division)으로 설명하고 있는데,⁴¹⁾ 이 중 교체 템플릿(Replacement Template)은 치환과 마찬가지로 구성요소 일부가 다른 요소로 교체되는 방식의 창작을 말한다. 이처럼 디자인창작기법은 창작뿐 아니라 모방 또는 표절의 기법으로 사용될 수 있다. 따라서 공지디자인 간의 결합수법은 창작성 판단 법리로 사용될 수

39) “디자인보호법 5조2항은 그 디자인이 속하는 분야에서 통상의 지식을 가진 자가 1항 1호 또는 2호에 해당하는 디자인의 결합에 의하여 용이하게 창작할 수 있는 것은 디자인등록을 받을 수 없도록 규정하고 있는데, 여기에는 위 각 호에 해당하는 디자인의 결합뿐만 아니라 위 디자인 각각에 의하여 용이하게 창작할 수 있는 디자인도 포함된다고 봄이 타당하다.” 특허법원 2011허3001 판결.

40) 디자인심사기준에 의하면 “치환은 디자인의 구성요소의 일부분을 다른 디자인으로 바꾸는 방법이고, 조합은 복수의 디자인을 조합하여 하나의 디자인을 구성하는 방법이며, 구성배치변경은 디자인의 구성요소를 그대로 배치나 배열만 변경하는 것”을 말한다.

41) Goldenberg, J., and Mazursky, D., *Creativity in product innovation*, Cambridge University Press, 2002.

있지만, 동시에 창작원리가 될 수 있으므로 실제 창작과정의 정교함과 결과물의 질을 기준으로 판단하여야 한다.

5) 자연물, 유명건조물, 저작물에 기초한 용이창작

디자인심사기준에서는 “자연물, 유명한 건조물, 유명한 경치, 저작물 등을 기초로 한 용이창작 또는 이들의 결합을 기초로 한 디자인은 용이창작으로 본다.”⁴²⁾라고 규정하고 있다. 이러한 모티브는 이미 주지단계로서 누구나 쉽게 접근할 수 있는 공적 모티브성격을 가지기 때문에 이를 활용한 디자인권리는 배제되는 것이다. 또한, 디자인심사기준에서는 “자연물, 건조물이나 경치 등의 저작물이 보는 각도나 표현방법이 특이한 경우에는 주지로 보지 않는 것”⁴³⁾은 인용디자인이 유명한 저작물 등이라 할지라도 창작의 고도성과 진전이 있으면 그 창작성을 인정하는 태도이다. 이는 모티브의 응용 같은 디자이너의 자유도는 보장되어야 하고, 2차적 저작물이나 창작물의 가치도 인정되어야 하기 때문이다. 한편, 창작성 판단의 대상이 되는 저작물은 저명한 사진저작물, 회화, 응용미술저작물이고 다만, 타인의 저작물을 이용하는 것은 디자인보호법 제45조제3항⁴⁴⁾에 관련된 타인의 저작권에 관한 이용저촉에 해당하는 사항이므로 창작성 법리에는 적용되지 않는다.

6) 상업·기능적 변형과 전용

상업적 변형이나 기능적 변형⁴⁵⁾은 당해 물품의 당업자⁴⁶⁾의 수준에서 이루어

42) 디자인심사기준 제4부 디자인등록의 요건 제6장 용이창작.

43) 디자인심사기준 제4부 디자인등록의 요건 제6장 용이창작.

44) “디자인권자·전용실시권자·통상실시권자는 등록디자인 또는 이와 유사한 디자인이 그 디자인등록출원일전에 발생한 타인의 저작권을 이용하거나 저촉되는 경우에는 저작권자의 허락을 얻지 아니하고는 자기의 등록디자인 또는 이와 유사한 디자인을 업으로 실시할 수 없다.”

45) 상업적 변형은 당 업계에서 통상의 지식을 가진 자라면 누구나 해당 디자인이 그 물품 또는 기능에 맞게 가할 수 있을 정도의 변화로서 물품의 창작 또는 제작과정상 통용되는 일반적 방법에 의해 모방을 회피하기 위해 변형시키는 것을 말한다. 기능적 변형은 당 업계에서 통상의 지식을 가진 자라면 누구나 해당 디자인이 그 물품의 기능과 전체구조에 적합하도록 창작 또는 제작과정에서 주는 변형을 말한다.

46) 창작성 판단의 주체는 해당 디자인이 창작되는 업계의 통상적인 지식을 가진 자를 말하는 것으로 일본

지는 일반적인 창작기법을 지칭하는 것이다. 당업자는 해당 물품에 관련된 디자인이나 생산이나 판매 등 물품의 제조과정상 해당 지식을 가진 자이기 때문에 이러한 지식을 통해 주지디자인이나 공지디자인을 쉽게 바꿀 수 있다. 따라서 이 정도의 변형이 이루어진다고 한다면, 이는 새로운 창작이 아니라 기존디자인과 유사한 모방이거나 기존디자인의 명성을 이용하려는 상업적 편승일 가능성이 크다. 상업적 변형은 디자인의 창작논리가 아니라 당업자의 영업적 수단에 의해 강구될 수 있는 디자인의 변형이고, 이는 엄밀하게 디자인창작이 아닌 이득추구를 위한 행위에 해당하는 것이다. 기능적 변형 또한 해당 디자인에서 형상이나 모양을 물품의 변형범위 내에서 적용(adaptation)하는 기법으로 디자인의 창작보다는 기능적 변화로서 기술적 사상의 소극적인 개량으로 보아야 한다.

한편, 디자인심사기준에서는 ‘전용’에 대한 판단을 규정하고 있는데, “용도와 기능이 전혀 다른 이종 물품 간 디자인의 전용이 그 업계의 관행으로 되어 있는 경우에는 용이창작에 해당하고, 그렇지 않은 전용의 경우에는 해당 물품에 있어서 그러한 사례가 존재했는지 여부, 해당 물품에 맞도록 적절한 변형과 창작이 이루어졌는가를 판단하여야 한다.”⁴⁷⁾고 규정한다. 전자는 타 물품이 가지고 있는 디자인의 형상과 모양을 그대로 두고 용도와 기능을 변경하는 것임으로 현행 디자인보호법에서 용도와 기능의 창작을 인정하지 않는 흐름에 따른 것이다. 후자는 타인의 디자인이라 할지라도 새롭게 해석하여 다른 물품에 적용한 디자인까지 배제하는 것은 일률적 적용에 문제가 있기 때문에 전용이라 하더라도 창작의 질을 따지는 것이다.⁴⁸⁾ 따라서 전용에 대한 심사실무적 판단은 업계 동향과 해당 물품의 관행을 파악하여 적용되어야 한다.

의장에서 “그 의장이 속하는 분야에서 통상의 지식을 가진 자를 당업자라고 하고 그 의장에 관한 물품을 제조하거나 판매하는 업계에서 당해 의장등록출원시 그 업계의 의장에 관한 통상의 지식을 가진자(일본의창심사기준 제2부 제3장)”로 하고 있다. 미국 디자인특허에서 창작성 규정인 비자명성(Non-obviousness)에서는 “해당 분야에서 통상의 지식을 가진 디자인관점에서 디자인특징을 삭제하거나 인용문헌의 디자인특징으로 치환하거나 추가함으로써 변형하는 것 등의 암시가 공지디자인에 존재하여야 한다.(Manual of patent examining procedure 1504.03, USPTO)”와 같이 규정하여 디자인을 판단주체로 보고 있다.

47) 디자인심사기준 제4부 디자인등록의 요건 제6장 용이창작.

48) 공지된 디자인을 통한 창작은 가능하기 때문에 이때 문제가 되는 것은 얼마나 참신한 용도와 기능을 부여하고 그에 따른 변형이 이루어졌는가를 판단하는 것이다. 예를 들어 포스트잇이라 하더라도 이를 적

3. 용이창작의 판단기준

창작성 판단은 기본적으로 창작적 가치가 없는 디자인의 등록을 배제하는 것이지만, 창작성은 충분히 있지만, 당 업계의 창작실정 등이 고려되지 않아 용이창작으로 거절되는 사례를 방지하는 것이다. 창작과 용이창작의 경계는 창작기법과 결과물을 통해 나타나는 심미감에 있기 때문에 창작성 판단은 인용디자인에 의한 대입식 판단보다는 해당 물품의 창작과정에 대한 이해 및 디자인조형에 대한 기술적 판단을 통해 엄밀히 판단되어야 한다. 한편, 창작성 판단에서는 인용디자인에 따라 창작의 고도성이 달리 판단되는데, 즉 주지의 형상·모양으로부터의 창작은 이미 잘 알려진 공용의 권리영역에 속하고 접근이 용이하기 때문에 이와 차별화된 디자인이 등록받기 위해서는 고도의 창작적 완성이 요구된다. 반면 타인의 권리영역에 속하는 공지의 형상·모양으로부터의 창작은 타인의 디자인 유사범위를 벗어나 구별될 정도의 창작적 완성을 요함으로 창작의 고도성이 낮다고 할 수 있다.

창작성 판단에서 고려해야 할 사항은 첫째, 모티브가 되는 주지나 공지의 형상·모양이 표현되어 있더라도 구체적 디자인표현의 존재 여부를 판단하여야 한다. 즉 주지나 공지형상·모양이 전체에서 큰 비중을 차지하더라도 세부형상 관찰을 통해 구체적인 부분에 창작적 진전이 있는 형상이나 모양이 존재한다면, 주지나 공지의 형상·모양을 극복한 디자인으로 보아야 한다. 둘째, 디자인의 형상·모양이 인용디자인과 유사하더라도 이를 단순화하여 주지나 공지의 형상·모양으로 환원시키는 것은 잘못된 판단을 가져올 수 있다. 즉 디자인에서 기존 형상과 모양을 기반으로 조형이 구성되었더라도 조형구성원리가 다른 스타일의 디자인이 나올 수 있기 때문에 구체적인 결합형식과 미감을 분석해야 한다. 셋째, 주지나 공지형상에 독특한 모양이 결합하여 새로운 미감이 생기는 경우에는 모양에 대한 창작성을 판단하여야 한다. 주지나 공지형상 외에 모양이

절히 변형하여 휴대폰 액세서리 등으로 변형하고 새로운 미감을 창출하고 있다면, 이는 단순한 전용이 아니라 패러디상품이라는 영역에서의 창작으로 이해되어야 한다. 실제로 팬시제품에서 이러한 경향이 많이 일어나고 있는데, 양초형상을 한 조명이라든지, 아이디어가 들어간 위트 있는 제품들이 창작되고 있어서, 이를 획일적으로 용이한 창작으로 판단하는 것은 무리가 있다.

창작에서 큰 비중을 차지하고 심미감이 기존 디자인과 현저하게 다를 경우에는 주지나 공지형상을 극복한 디자인으로 보아야 한다. 넷째, 부분디자인의 용이창작에 관한 판단은 요부 판단과 독립적 판단을 병행해야 한다. 원칙적으로 대상 디자인에서 실선으로 도시된 부분만이 권리를 받고자 하는 부분이기 때문에 이 부분을 전체형상과 모양에서 분리하여 심미감이 있는가를 독립적으로 판단하여야 한다. 그러나 이 기준에 의해 창작성을 일률적으로 판단하는 경우에 형상과 모양이 단순화되어 객관적 판단이 불가능할 수 있기 때문에 부가적으로 전체형상에서 해당 부분이 차지하는 위치, 중요도와 기구적 특성을 감안하여 조형요소의 배열과 목적을 고려하여 판단하여야 한다.⁴⁹⁾

V. 유사성 및 창작성 판단 프레임워크

1. 유사성과 창작성의 연관관계

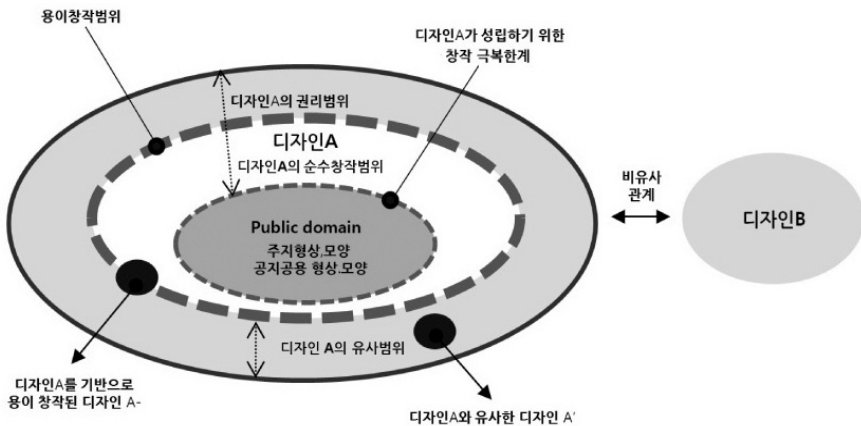
디자인보호에서 유사성과 창작성을 권리영역으로 이해하면 상호 법적인 취지는 다르지만, 이론적인 중첩영역이 존재할 수 있다. 이 두 개념은 각각 판단 법리에 따라 적용규정이 다르지만, 모형을 통한 공통적 해석의 가능성을 가지고 있다. 이러한 연관성을 <그림 3>에서 보면, 디자인 A가 독립적인 등록 가능한 디자인이 되기 위해서는 기본적으로 주지의 형상·모양 또는 공지공용의 형상·모양을 극복한 창작이어야 하고,⁵⁰⁾ 디자인 B와는 비유사한 디자인이어야 한다. 디자인 A가 등록이 가능하다면 디자인 A 주변에는 A의 유사범위가 존재하고, 순수창작범위로부터 이 범위까지가 디자인 A의 권리범위가 된다. 또한,

49) 심사실무에서는 부분디자인으로 받고자 하는 부분을 특허기술적으로 그 범위를 축소하여 창작성을 인정 받지 못하는 경우가 발생한다. 등록받고자 하는 부분을 특정할 때에는 그 부분이 해당 물품에서 기존과 다른 독창적인 부분이라는 것이 객관화되어 표현되어야 하는데, 기술적 고안에만 염두를 두고 실제 외관표현에서 이를 고려하지 않고 특정하는 경우가 있다. 따라서 창작성 판단에서는 유사판단과 달리 미감적 가치와 함께 기능적인 면도 함께 고려해야 한다.

50) 이상적으로 완전히 새로운 형상의 창작은 존재하기 어렵고, 기본형상이나 기존의 조형모티브를 기반으로 디자인사고과정을 통해 창작되기 때문이다.

디자인 A의 순수창작범위 주변에는 A로부터의 용이창작범위가 존재할 수 있다. 이 범위에 속하는 디자인 A'는 창작비용이성(제5조제2항)에 의해 거절되고, 디자인 A'가 A의 유사범위에 속해 있으면, 유사한 디자인 A'로 판단되어 신규성(제5조제1항)이나 선출원(제16조)규정, 유사디자인(제7조)규정적용을 받게 된다.

〈그림 3〉 유사성과 창작성의 연관모형(SCRM; Similarity and Creativity Relation Model)



지금까지 앞장에서 살펴본 유사성과 창작성 판단을 목적, 관찰부분, 방법, 관점 등에서 비교하면 다음 〈표 2〉와 같이 정리된다.

〈표 2〉 유사성 판단과 창작성 판단의 비교

	유사성 판단	창작성 판단
목적	- 물품의 외관에 배타적으로 부여되는 법적 권리명확화 - 동일·유사한 권리 간 권리충돌방지 및 명확화	- 공지·공용의 권리영역보호 - 정상적 디자인창작에 대한 보호 - 디자인창작의 장려
물품구분	물품의 동일·유사여부고려	물품의 동일·유사미고려
관찰부분	- 요부 - 비요부, 공지부 - 조형구성원리	- 창작부 - 미창작부(주지형상·모양, 공지형상·모양)

관찰방법	- 전체관찰(전체형상, 조형구성원리) - 부분관찰(요부, 비요부)	- 창작부, 미창작부의 구분 및 비율 판단 - 창작기법판단 - 결과물의 미감판단
관점	- 수요자 - 견문이 넓은 사용자 - 평균관찰자	- 당업자, 디자이너
기타요소	- 모양으로 표현된 색상여부 - 모양/색상으로 표현된 재질여부 - 사이즈, 기능, 구조, 제조방법 미고려	- 모양의 창작비중이 높은 디자인 고려 - 미창작부 외 세부형상의 존재여부 - 상식적이지 않은 미창작부의 결합 여부
부분디자인	- 독립적 관찰(실선부 간의 대비) - 요부적관찰(전체형상에서의 위치, 비례 등을 고려)	- 독립적 판단(실선부위의 심미적 판단) - 부가적 판단(전체형상에서의 기능적, 중요도 판단)

2. 유사성 판단 프레임워크

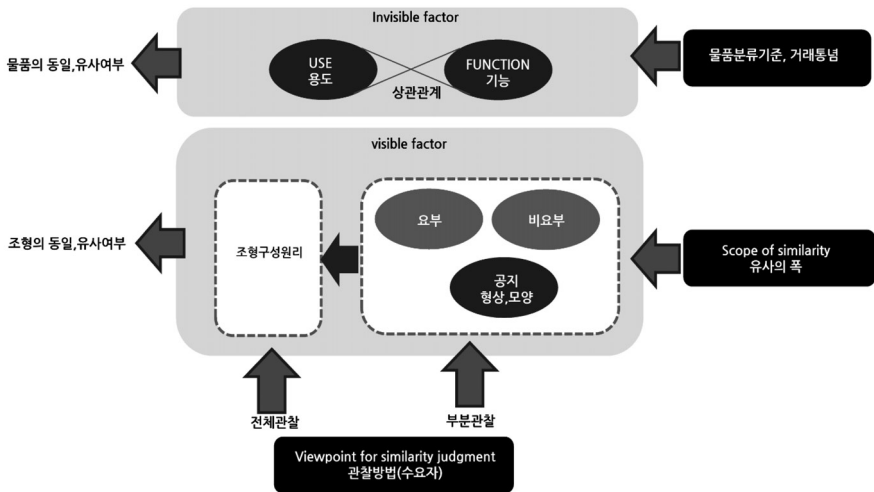
유사판단의 방법은 다음 <그림 4>와 같이 프레임워크로 종합할 수 있고 크게 물품의 동일·유사 여부와 조형의 동일·유사 여부로 나뉜다.

1단계는 물품의 유사판단에 관한 것으로 비시각적 요소인 용도와 기능의 상관관계에 의해 동일, 유사, 비유사, 혼용여부를 파악한다. 이때 물품에 부여된 분류코드와 시장에서의 거래 통념을 통해 파악된 정보를 적용하고, 비유사로 판단된 경우에는 조형의 동일·유사 여부의 판단은 생략한다.

2단계는 조형요소의 구분으로 크게 요부, 비요부, 공지의 형상·모양으로 구분하고, 이 요소들이 전체조형을 어떻게 구성하는지 단순한 형태로 환원하여 조형의 구성원리를 파악한다. 일반적으로 식별력이 높거나 신규한 부분을 요부로 보고, 창작되지 않은 부분은 공지의 형상·모양으로 분리한다. 이때 나머지 부분은 자연스럽게 비요부로 파악된다.

3단계는 해당 물품의 특성에 따라 유사의 폭을 정하고 각 조형요소 또는 조

〈그림 4〉 유사성 판단 프레임워크(Framework of Similarity Judgment)



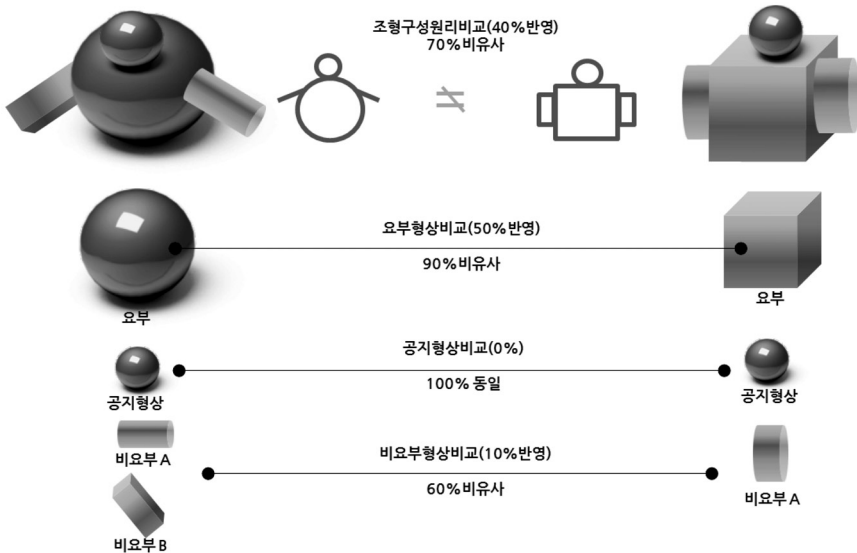
형구성원리를 판단에서 얼마나 반영할지를 정한다. 이는 양 디자인의 조형구성 원리와 각 조형 요소의 중요도를 정하여 판단시 가중치를 부여하기 위한 것이다. 물품에 따라 전체형상의 인식이 중요할 때는 조형구성원리의 비중을 높이고 요 부가 상호 중요하게 부각되는 경우에는 이 비율을 높여 판단하도록 한다. 공지 형상·모양은 기본적으로 조형의 구성원리에 포함되어 있기 때문에 판단비율에 서는 배제한다.

4단계는 관찰방법에 관한 것으로 실거래계의 수요자관점을 기준으로 하되, 조형의 구성원리는 전체관찰을 적용하고, 각 조형요소는 부분관찰을 원칙으로 한다. 조형의 구성원리는 세부형상을 분리하여 관찰하는 것이 아니라 전체의 구 성과 배열방법을 종합적으로 나타내는 것임으로 양 디자인 간의 전체적 인상을 판단해야 한다. 반면 요부와 비요부는 부분관찰을 통해 상호간 대비가 가능함으 로 조형요소 간의 유사 여부를 판단하도록 한다.

5단계는 각 조형요소의 반영비율에 따라 관찰된 유사비율을 종합적으로 판 단하여 유사와 비유사 중 어느 쪽에 가까운가를 보아 동일·유사 여부를 최종적 으로 판단한다. 다음 〈그림 5〉는 이러한 단계별 방법에 따라 조형의 구성요소를

나누고 이 반영비율을 계산하여 양 디자인 간의 유사 여부를 판단하는 예를 보여주는 것이다.

〈그림 5〉 디자인조형 분석에 의한 유사성 판단의 예

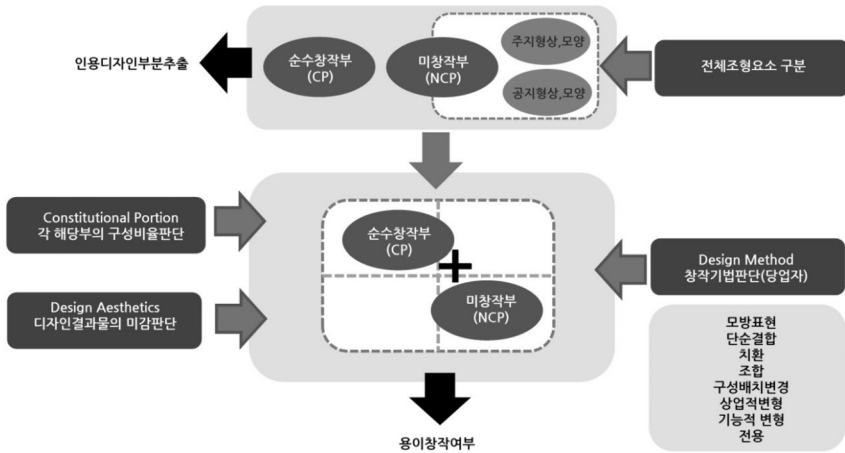


3. 창작성 판단 프레임워크

창작성 판단을 종합하면 〈그림 6〉과 같이 전체조형요소의 구분과 각 해당부의 구성비율판단, 창작기법의 판단, 디자인 결과물의 미감판단으로 모형화할 수 있다.

1단계는 전체형상을 조형요소로 구분하는 단계로서, 창작성 판단 법리에서는 항상 인용디자인을 포함하기 때문에 이를 디자인에서 창작되지 않은 미창작부(NCP: Non Created Parts)로 보고 나머지 창작자가 창작한 부분을 순수창작부(CP: Created Parts)로 구분한다. 미창작부는 주지의 형상·모양이나 공지의 형상·모양으로 나뉘면서 창작적 기법을 판단하는 근거가 되고, 순수창작부는 대상디자인에서만 나타나는 독특한 형상·모양으로서 창작적 가치를 판단할 수 있다.

〈그림 6〉 창작성 판단 프레임워크(Framework of Creativity Judgment)



2단계에서는 전체 조형에서 차지하는 미창작부와 순수창작부의 구성 비율을 조형관찰을 통해 판단한다. 전체조형에서 순수창작부의 구성비율과 중요도가 낮으면 용이창작에 해당할 가능성이 크나 미창작부의 비율이 높다고 하여 용이창작에 해당하는 것이 아니라 창작의 구성기법을 판단해야 한다.

3단계에서는 해당 디자인의 창작에 사용된 디자인 창작기법을 판단한다. 당업자의 관점에서 디자인이 인용디자인으로부터 모방표현, 단순결합, 치환, 조합, 구성배치변경, 상업적 변형, 기능적 변형, 전용 등 어떤 방식으로 용이하게 창작되었는지를 판단한다. 창작기법의 판단은 해당 물품의 특성을 이해하고 당업계의 창작 관행이 어떻게 이루어지는지를 파악하고 판단에 대입하여야 한다.

4단계는 창작과정을 통해 나온 디자인결과물이 주지의 형상·모양이나 공지의 형상·모양과 다른 미감이 형성되었는지, 또는 차별화된 창작부분이 형성되었는지를 판단하는 것이다.

5단계에서는 순수창작부와 미창작부의 반영비율과 창작기법, 결과물의 심미성 판단을 종합하여 결과적으로 용이한 창작에 해당하는지를 판단하여야 한다. 이러한 판단에도 불구하고 판단이 쉽지 않으면 추가로 조형, 기능, 경험, 컨셉 등에서 기존 물품과 비교하여 창작적 요소가 존재하는지를 판단하도록 한다.

VI. 결론

지금까지 유사성과 창작성의 개념 및 판단기준에 관해 기존 심사실무와 판례 경향을 살펴보고 이를 디자인 이론적 관점에서 해석하였다. 그 결과 첫째, 개념에 있어서 유사성과 창작성은 법 목적, 물품구분, 관점에서는 차이가 있었고, 관찰부분과 방법에 있어서는 공통되는 디자인이론 적용이 가능한 것으로 나타났다. 또한, 두 개념 간의 연관관계를 보여주는 모형이 제시되었는데, 이 모형 안에서 창작범위, 유사범위, 권리범위가 상호관계에 의해 설정되고 있었다. 둘째, 판단기준에 있어서, 유사성은 관찰부분을 세분화하여 요부 및 기타부분을 객관적으로 식별하는 이론적 적용이 가능하였고, 창작성은 디자인창작이론을 접목하여 용이창작의 개념적 보완과 디자인창작중심의 법리해석이 가능하였다.

한편, 5장에서 유사성과 창작성판단 프레임워크제안을 통해 실무적인 판단 방법을 제시하였는데, 공통적으로 디자인을 여러 조형요소로 구분하고 구성비율에 따라 유사여부와 창작성을 분석하는 방법적용이 가능하였다. 이를 통해 유사성 판단에는 유사의 폭과 식별력에 따른 관찰방법의 영향을 받는 양 디자인의 비교 법리가 적용되고, 창작성 판단에는 디자인 창작과정을 통해 얻어진 결과물에 대한 미적 판단이 법리로 적용될 수 있었다. 향후 유사성과 창작성 판단의 객관적 모형화를 통해 심사실무와 판결에서 정량적인 이론화와 용어확립 등 일관성 있고 체계적인 판단 방법론의 모색이 활발하게 이루어질 것으로 기대한다.

참고문헌

- 김병옥·박규원, “디자인의 시각적 유사성판단을 위한 체크리스트 설정연구”, 디지털 디자인학연구, 제11권(2006).
- 김영채·박권생, 인지심리학, 박영사, 1992.
- 노태정·김병진, 디자인보호법, 세창출판사, 2009.
- 백인경·우광제, “디자인의 유사판단에 관한 소고- 대법원 판례를 중심으로-”, 부산 대학교 법학연구, 제49권 제1호(2008).
- 안원모, “부분디자인의 유사판단에 관한 연구”, 산업재산권, 제29호(2009).
- _____, “디자인보호법상 디자인의 성립성-시각성요건을 중심으로-”, 법학연구, 제18 권 제2호(2008).
- 오미겐타로, 조형심리, 권민(역), 동국출판사, 1991.
- 조광수·홍정표, “심미적 영향요소중 단순/복잡과 균형의 관계”, 기초조형학연구, 제6 권 제4호(2005).
- 진선태, “디자인과 디자인보호분야사이의 통념차이”, 디자인학연구, Vol.24 No.3(2011).
- _____, “사용자 디자인암묵지(暗黙知)의 탐색적 개념과 특성연구”, 디자인학연구, Vol. 22 No.1(2009).
- 특허심판원, 2008-2010 대법원 판례분석집(상표, 디자인), 2011.
- 특허청, 미국디자인특허심사기준, 2011.
- _____, 디자인용이창작 심결 및 판결 사례집, 2009.
- _____, 일본특허청 의장심사기준, 2011.
- Dorst, Kee and Nigel Cross, “Creativity in the design process: co-evolution of problem-solution”, *Design Studies*, Vol.22(2001).
- Eckert C. and Stacey M., “Sources of inspiration: a language of design”, *Design Studies*, Vol.21(2000).
- Gero, John, S. “Design prototype; a knowledge representation schema for design”, *AI Magazine*, Vol.11 No.4(1990).
- Goldenberg, J. and Mazursky, D., *Creativity in product innovation*, Cambridge University Press, 2002

- Kruger, C. and Nigel C., “Modeling cognitive strategies in creative design”, J. Gero & M. Mather(Eds.), *Computational and cognitive models of creative design V*, University of Sidney, 2001.
- Maier Paul, Schlötelburg Martin., *Manual on the European community design*, Heymanns, 2003.
- Owen, Charles L., “Design Thinking: Driving Innovation, Institute of Design”, ILLINOIS INSTITUTE OF TECHNOLOGY(2006).
- Polanyi Michael, *The tacit dimension*, MA: Gloucester, 1966.

A Study on the Framework for Design Similarity and Creativity Judgment

Sun Tai Jin

Abstract

Similarity and creativity judgment constituting basic requirement for design protection could be subject to a common legal principle because they are related with design nature and features. There seems to be no established theory to explain systematically legal terms and standard of judgment respecting design similarity and creativity based on design theory. Therefore, it is necessary to consider applying design theoretical background such as analyzing design form and design process.

In this paper, an integration of design theory into existing aspect of judgment concerning methodology and viewpoint for similarity and creativity judgment was processed, and SCRM(Similarity and Creativity Relation Model), Framework of Similarity Judgment, and Framework of Creativity Judgment were proposed.

As a result, the relations between similarity and creativity including scope of similarity and creation are discovered, and in common, the method for classification and analysis of design formative factors could be applied. Also, two fact that the legal principle of mutual comparison influenced by span of similarity and observation method under its discrimination could apply to similarity judgment, in case of creativity judgment, the legal principle of aesthetic judgment regarding design derived from design process could be applied were verified.

Keywords

design theory, design similarity, design creativity, SCRM(Similarity and Creativity Relation Model), Framework of Similarity Judgment, Framework of Creativity Judgment