
산업재산권의 공동소유 관계의 법적 성질에 대하여

– 대법원 2014. 8. 20. 선고 2013다41578 판결 –

우 원 상*

목 차

- I. 사안의 개요
 - 1. 사실관계
 - 2. 원심법원의 판단
 - 3. 대법원의 판단
- II. 민법상 공동소유
 - 1. 민법상 공동소유의 모습
 - 2. 공유와 합유
- III. 산업재산권의 공동소유
 - 1. 지식재산은 왜 재산권의 객체가 되었을까?
 - 2. 산업재산권의 공동소유 발생의 원인관계
 - 3. 기존 학설과 대법원의 판단
 - 4. 검토
 - 5. 결론 – 저작권법의 경우
- IV. 대상 판결의 의의

* 문화체육관광부 공익법무관, 한양대학교 법과대학 박사과정, r.overnine@gmail.com.

초록

민법 제278조에서는 준공동소유 규정을 두면서 민법상 공동소유 규정을 다른 재산권의 공동소유에 대해서 준용할 수 있도록 하고 있다. 한편, 산업재산권의 공유 관계는 용어상 단순히 ‘공유’라고 되어 있으나, 개별법상 구체적인 규정은 민법상 공유와 그 성질이 다소 다른 점이 존재한다. 그래서 기존 대법원 판결이나 지식재산권법 학계의 논의에서 산업재산권의 공동소유의 법적 성질에 대한 논란이 있었다. 특히 이 법적 성질에 관련하여 문제된 것 중 하나는 공동소유자 중 1인의 분할청구 가능성이다. 이 점에 대하여 대법원은 2014. 8. 20. 선고한 판결을 통하여 그 분할청구 가능성을 명시적으로 긍정하게 되었다.

본 논문에서는 이러한 대법원 판결과 기존 대법원 판결들, 그리고 기존 지식재산권법 학계에서의 논의를 소개하고, 지식재산권이 권리의 객체가 되게 된 배경 등을 종합적으로 살펴보면서, 산업재산권의 공동소유의 법적 성질에 대하여 검토한다. 그리고 저작재산권의 공동소유의 법적 성질에 대해서도 짧게 검토한다. 마지막으로 대상판결이 가져올 문제점을 분석하고, 향후 연구가 필요한 부분에 대해서 검토하고자 한다.

주제어

산업재산권 공유, 저작재산권 공유, 준공동소유, 분할청구, 지식재산권의 역사

I. 사안의 개요

1. 사실관계

원고는 망인 X의 상속인으로 X는 피고들과 이 사건 특허권 및 디자인권(이하 '특허권 등')을 공유(共有)하고 있었고, 원고는 X의 사망으로 그 지분을 협의 분할에 의한 상속으로 취득한 자이다. 이후 원고는 특허권 등의 공유자로서 특허권 등의 등록령 제26조 제2항, 민법 제268조 제2항에 따라 특허권 등의 경매에 의한 대금분할을 청구하는 소송을 제기하였다.

2. 원심법원의 판단

1) 당사자들의 주장

원고는 특허권 등의 공유 관계에서도 민법상 공유에 대한 규정이 적용되며 이에 따라 민법 제268조 제2항에 따른 대금분할이 가능하다고 주장하였다. 피고는 이에 대해서 특허권 등 공유의 법적 성질은 합유로 분할 청구를 할 수 없고 합유자의 지위는 일신전속적이므로 X의 지분은 원고가 아닌 자신들에게 귀속된다고 주장했다.

2) 법원의 판단

원심 법원¹⁾은 “공유인 특허권 등의 분할을 금지하는 법률 규정이 없는 점, 우리 민법은 소유권의 공동소유의 형태로서 공유, 합유, 총유에 관하여 규정하고 이를 다른 재산권에도 준용하고 있는 점, 특허권 등도 환가 가능한 재산권인 점, 특허권 등의 등록령 제26조 제2항에 ‘등록권리자가 둘 이상인 경우에는 민법 제268조 제1항 단서에 따른 약정(공유물 분할금지 약정)이 있을 때에는 등록신청서에 그 약정을 적을 수 있다’는 취지의 규정이 있는데, 이는 특허권 등의

1) 창원지방법원 2012. 5. 03. 선고 2011가합9181 판결.

분할을 전제로 하고 있다고 해석되는 점 등에 비추어 보면, 공유인 특허권 등의 분할이 법률상 또는 성질상 금지된다고 할 수 없다.”고 선언한 뒤, 피고들이 인용한 특허권의 공유는 합유에 준한다는 취지의 대법원 판결²⁾에 대해서 대법원이 상표권에 관하여 민법상 공유 규정을 적용할 수 있다는 취지로 판시³⁾한 것을 원용하면서, 피고들이 제시한 대법원 판결의 취지는 특허발명의 실시는 다른 유체물의 사용과 다르고, 투하하는 자본의 규모와 특허발명을 실시하는 사람의 기술과 능력 등에 따라 효과가 현저하게 달라져 다른 공유자 지분의 경제적 가치에도 변동을 가져오게 하는 등 특허권의 특수성을 고려하여 그 지분의 양도에 일정한 제약을 두는 등 특허법이 민법의 공유 규정에 대한 특별 규정을 두고 있어, 특허권의 공유관계가 민법상의 공유관계와 다른 점이 있다는 것일 뿐, 특허권의 공유관계에 민법상 합유에 관한 모든 규정을 준용하여야 함을 선언한 것으로 볼 수는 없으므로 공유인 특허권 등의 분할이 금지된다고 볼 수는 없다고 판단했다.

한편, 분할 방법으로는 공유물의 원칙적인 분할 방법은 현물분할이나 현물분할이 불가능한 경우 경매에 의한 대금분할 등을 예정하고 있는데(민법 제269조 제2항), 이 불가능에 대한 요건은 공유물의 성질, 위치나 면적, 이용 상황, 분할 후의 사용가치 등에 비추어 보아 현물분할을 하는 것은 곤란하거나 부적당한 경우를 포함한다는 대법원 판결⁴⁾을 원용하여 대금분할을 선택했다.

또한, 특허권 등에 민법상 공유에 대한 규정이 적용됨에 따라 원고가 망인 X

2) “특허권을 공유하는 경우에 각 공유자는 다른 공유자의 동의를 얻지 아니하면 그 지분을 양도 또는 그 지분을 목적으로 하는 질권을 설정할 수 없으며, 그 특허권에 대하여 전용실시권 또는 통상실시권을 허락할 수 없는 등 특허권의 공유관계는 합유에 준하는 성질을 가진다.”(대법원 1999. 3. 26. 선고 97다41295 판결).

3) 대법원 2004. 12. 9. 선고 2002후567 판결.

4) “상표권이 공유인 경우에 각 공유자는 다른 공유자의 동의를 얻지 아니하면 그 지분을 양도하거나 그 지분을 목적으로 하는 질권을 설정할 수 없고 그 상표권에 대하여 전용사용권 또는 통상사용권을 설정할 수도 없는 등 일정한 제약을 받아 그 범위에서 합유와 유사한 성질을 가지지만, 이러한 제약은 상표권이 무체재산권인 특수성에서 유래한 것으로 보일 뿐이고, 상표권의 공유자들이 반드시 공동목적이나 동업관계를 기초로 조합체를 형성하여 상표권을 소유한다고 볼 수 없을 뿐만 아니라 상표법에 상표권의 공유를 합유관계로 본다는 명문의 규정도 없는 이상, 상표권의 공유에도 상표법의 다른 규정이나 그 본질에 반하지 아니하는 범위 내에서는 민법상의 공유의 규정이 적용될 수 있다.”(대법원 2002. 4. 12. 선고 2002다4580 판결).

의 지분을 상속할 수 있고 이와 다른 주장을 하는 피고들의 주장은 이유가 없다고 판단하며, 원고 승소판결을 내렸다.

3. 대법원의 판단

이에 피고들은 항소하였으나 항소법원에서는 원심의 판단을 그대로 원용하여 항소인의 항소를 기각하였고⁵⁾ 이에 피고들은 상고를 제기하였다.

상고심⁶⁾(이하 ‘대상 판결’)에서 대법원은 원심과 유사하게 “특허권이 공유인 경우에 각 공유자는 다른 공유자의 동의를 얻지 아니하면 그 지분을 양도하거나 그 지분을 목적으로 하는 질권을 설정할 수 없고 또한 그 특허권에 대하여 전용 실시권을 설정하거나 통상실시권을 허락할 수 없는 등[특허법(2014. 6. 11. 법률 12753호로 개정되기 전의 것. 이하 같다) 제99조 제2항, 제4항 참조] 그 권리의 행사에 일정한 제약을 받아 그 범위에서는 합유와 유사한 성질을 가진다. 그러나 일반적으로는 특허권의 공유자들이 반드시 공동 목적이나 동업관계를 기초로 조합체를 형성하여 특허권을 보유한다고 볼 수 없을 뿐만 아니라 특허법에 특허권의 공유를 합유관계로 본다는 등의 명문의 규정도 없는 이상, 특허법의 다른 규정이나 특허의 본질에 반하지 아니하는 등의 특별한 사정이 없는 한 공유에 관한 민법의 일반 규정이 특허권의 공유에도 적용된다고 할 것이다.”라고 판단하였다.

그리고 특허법 제99조 제2항 및 제4항의 규정취지는 “공유자 외의 제3자가 특허권 지분을 양도받거나 그에 관한 실시권을 설정받을 경우 그 제3자가 투입하는 자본의 규모·기술 및 능력 등에 따라 그 경제적 효과가 현저하게 달라지게 되어 다른 공유자 지분의 경제적 가치에도 상당한 변동은 가져올 수 있는 특허권의 공유관계의 특수성을 고려하여, 다른 공유자의 동의 없는 지분의 양도 및 실시권 설정 등을 금지한다는 데에 있다.”고 하여 공유관계를 해소하기 위한 수단으로서의 각 공유자에게 민법상의 공유물분할청구권을 인정하여도 특허법 제99조 제2항 및 제4항에 반하지 아니하고, 이를 달리 규정하는 특허법 규정이

5) 부산고등법원 2013. 5. 9. 선고 (창원)2012나2197 판결.

6) 대법원 2014. 8. 20. 선고 2013다41578 판결.

없다고 하여서 공유물분할청구가 가능하다고 판단하였다.

그리고 그 분할 방식에 대해서는 “특허권은 발명실시에 대한 독점권으로서 그 대상은 형체가 없을 뿐만 아니라 각 공유자에게 특허권을 부여하는 방식의 현물분할을 인정하면 하나의 특허권이 사실상 내용이 동일한 복수의 특허권으로 증가하는 부당한 결과를 초래하게 되므로” 현물분할에 의한 분할이 허용되지 않는다고 하였다. 그리고 이와 같은 법리는 디자인권에도 그대로 적용된다고 판단하여서 상고인들의 상고를 기각하였다.

II. 민법상 공동소유

1. 민법상 공동소유의 모습

민법 제2편 제3장 제3절(제262조 이하)에서는 공동소유에 대해 규정하고 있다. 우리 민법에서 규정하고 있는 공동소유의 형태로는 공유(共有), 합유(合有), 총유(總有)의 3가지가 있다.⁷⁾ 이 3가지 공동소유의 유형은 공동소유자 간의 인적결합의 물권법적 반영이라고 할 수 있다.⁸⁾ 이하에서는 이 세 가지 유형에 대

7) 민법이 규정하는 것이 이 세 가지 종류라는 것이고, 사실 다른 유형의 공동소유 형태도 존재할 수 있다(곽윤직 대표판집, 민법주해(V), 박영사, 1992, 540면[민일영 집필부분] 참조); 다만, 현재 이와 같은 공동소유 규정을 입법하는 과정에서 입법관여자였던 김중환 박사는 인간의 결합관계를 법인, 권리능력 없는 사단, 합수적 조합 그리고 로마법상의 조합(societas)의 4유형에 전부 포섭되는 규정을 뒀다고 보고 이를 총 망라하기 위한 규정을 만들고자 하였다고 한다(양창수, 민법연구, 제6권, 박영사, 2001, 122면 이하 참조 그리고 이를 반영한 것이 현재의 민법상 공동소유 규정이라고 한다). 다만 이하에서 살펴보고자 하는 것은 민법상 원칙에 대한 것과 이것이 민법의 특별법이라고 할 수 있는 지식재산권법 영역에서 어떻게 적용 가능한 지에 대한 것이다.

8) 이는 오늘날 다수설적인 견해이다(곽윤직, 물권법, 박영사, 2004, 207면; 김중환·김학동 공저, 물권법, 1998, 303면; 김상용, 물권법, 화산미디어, 2013, 394면; 김준호, 물권법, 법문사, 2013, 251면; 박종두, 물권법, 삼영사, 2010, 367면; 송덕수, 물권법, 박영사, 2014, 342면 등; 양창수, 전거서, 149-150면도 그와 같이 우리 민법상 공동소유규정을 정리하고 있다); 그러나 과거에는 이와 달리 공동소유목적물에 대한 사용수익권능과 관리처분권능이 다수인에게 어떻게 귀속되는지에 따라 구분할 수 있다는 견해도 존재했었다. 그리고 이러한 견해의 대립은 공동소유의 형태를 어느 관점에서 보았느냐에 따라 차이가 있는 것일 뿐 서로 배타적인 것이 아니고 오히려 두 가지 분류관점을 결합함으로써 공유·합유·총유의 특질을 보다 정확하게 파악할 수 있다고 있다고 하는 견해도 있었다(곽윤직 대표판집, 전거서, 541면[민일영 집필부분]; 이영준, 새로운 체계에 의한 한국민법학[물권편], 박영사, 2004, 532-533면 각 참조). 이러한 견해대

하여 개괄적인 형태의 기술을 하도록 하겠다.

먼저, 공유는 공동소유자간의 인적 결합관계 내지 단체적 통제가 없고 목적물에 대한 각 공유자의 지배권한은 서로 완전히 자유·독립적이며, 다만 목적물이 동일하기 때문에 그 행사에 제한을 받고 있는데 지나지 않는 모습의 것이다.⁹⁾ 이로 인하여 공유는 공동소유자의 개성이 가장 크게 발현되는 대단히 개인주의 형태의 공동소유 유형이다.¹⁰⁾ 이에 따라 공동소유자들은 원칙적으로 언제든지 공유관계를 해소하고 단독소유로 전환할 수 있게 된다. 한편, 역사적으로 공유는 로마법에서부터 '다툼의 원인'이라 하여 공동자 사이의 유대·공동목적에 의한 구속을 아주 약하게 하였고, 그 지분을 다른 공유자의 동의 없이 얼마든지 양도할 수 있게 하였다. 이를 무정부한 상태로 내버려 두어서 분할청구 등을 인용한 것으로¹¹⁾ 이러한 로마법 이래의 전통은 오늘날 우리 민법에도 이어지고 있는 것이다.

한편, 합유는 조합의 소유유형으로 조합의 구성원은 조합재산에 대하여 각각 지분을 가지고 있기는 하나 그들 구성원은 서로 인적인 결합관계를 가지고 있어서 약하기는 하지만 단체를 이루고 있기 때문에 조합재산에 대한 지분의 양도는 제한되고 일정한 사유에 의하여 조합관계가 끝날 때 까지는 분할을 청구하지 못한다.¹²⁾ 역사적으로 이는 게르만 사회에서 복수적 상속인은 합수적 공동체 내지 공동상속인단체를 형성하고 있었던 것에 기인한다.¹³⁾ 이와 같은 상속재산의 관

립은 오늘날 민법학계에서는 큰 의미가 없어보이는데, 이하에서 살펴본 지식재산권법 학계에서의 견해 대립이 발생한 원인은 개별 지식재산권법의 규정상 정의된 공동소유자들의 권능을 기반으로 그 법적 성격을 평가할 것인지 아니면 인적관계를 기반으로 그 법적 성격을 평가할 것인지와 관련하여 생긴 것이므로 큰 참조가 된다고 보인다. 그리고 오늘날 민법학계의 다수설과 같이 우리 민법이 평가되는 이상 민법의 특별법인 지식재산권법에서도 동일하게 평가해야 된다는 것이 필자의 견해를 미리 밝혀둔다.

9) 박윤직, 전거서, 207면.

10) 박윤직, 전거서, 208면.

11) 박윤직, 전거서, 208-209면; 박윤직 대표편집, 전거서, 543면[민일영 집필부분]; 이영준, 전거서, 535면 등 참조.

12) 박윤직, 전거서, 208면. 다만 분할금지규정(민법 제273조 제2항)은 임의규정으로 해석하는 것이 보통이어서 당사자 간의 특약으로 이를 배제할 수 있다(박윤직, 전거서, 219면; 박윤직 대표편집, 전거서, 613면 [민일영 집필부분]; 김중환·김학동 공저, 전거서, 327면 등 참조).

13) 박윤직, 전거서, 209면; 박윤직 대표편집, 전거서, 543면[민일영 집필부분]; 이영준, 전거서, 535면 등 참조. 이에 더하여 김중환·김학동 공저, 전거서, 326면에 따르면, 중세 게르만법에서도 합유는 계약으로 성립할 수 있었다고 기술하고 있다.

리·처분은 합수성의 원리(전원 일치의 원리)에 따라 행하여졌고, 이러한 합유는 합유관계가 소멸할 때까지 지분이 잠재적으로만 존재하는 공동소유였는데 게르만 사회에서 로마법의 계수 후에는 그의 영향으로 각 합유자는 지분을 가지고 있으나 그 지분을 자유로이 처분하지 못하는 공유의 특수유형으로 취급되었다.¹⁴⁾

마지막으로 총유는 다수인이 하나의 단체로서 결합하고 있고 목적물의 권리·처분은 단체 자체의 권한으로 하지만 단체의 구성원들은 일정한 범위 내에서 각자 사용·수익하는 권능이 인정되는 공동소유의 모습이다.¹⁵⁾ 학자들은 게르만의 “총락공동체”에서 총유의 원형이 있던 것으로 보고 있다.¹⁶⁾ 총유는 매우 단체주의적 공동소유의 모습을 보이고 있는데 단체의 소유형태이지만 그 단체의 성질이 법인과는 달라서 완전히 그 구성원으로부터 독립된 것은 아니라는 점에 주의하여야 한다.¹⁷⁾

이상에서 살펴본 우리 민법상 공동소유에 대해서 정리하면 공유는 그 소유자간의 단체성이 가장 희박하고 총유는 반대로 그 단체성이 가장 높고 합유는 그 중간적인 성질을 갖는다는 것을 알 수 있다. 이는 그 공동소유자간의 단체의 성질을 보면 더 명확한데, 공유는 어떠한 단체가 구성될 필요가 없지만 합유는 개인의 지분이 존재하는 조합이라는 형태가 요구되고 총유는 비법인 사단이라는 형태가 요구된다는 것을 알 수 있다.

그런데 우리 민법에서 소유권이 대상이 되는 물건의 정의에 자연력까지는 포함되지만(제98조) 일반적인 무체물은 포함하지 않는 것으로 하고 있다. 이에 따라 무체물을 객체로 하는 재산권은 민법이 아닌 개별적 법률의 규정을 따르게 되는데 지식재산권도 이러한 예 중 하나이다. 이에 따라, 무체물인 지식재산을 객체¹⁸⁾로 하는 지식재산권법의 각 개별법¹⁹⁾에서 공동소유관계에 규정하고 있

14) 박윤직, 전게서, 209면; 김중환·김학동 공저, 전게서, 327면 등 참조.

15) 박윤직, 전게서, 208면.

16) 박윤직, 전게서, 209면; 박윤직 대표편집, 전게서, 543면[민일영 집필부분]; 이영준, 전게서, 535면 등 참조. 다만, 김중환·김학동 공저, 전게서, 331면에 따르면 게르만 법학자들이 총유의 원형을 이리한 공동체(마르크단체)에서 찾았다고 하여 총유라는 것이 언제나 마르크단체에서와 꼭 같은 모습을 가져야 한다는 것을 의미하는 것은 아니라고 기술하고 있다는 점에 유의해야 할 것이다.

17) 박윤직, 전게서, 209면.

18) 이러한 법 전통에 대한 법철학적 근거에 관하여는 밑에서 따로 기술하도록 한다.

다.²⁰⁾ 한편, 민법 제278조에서 준공동소유를 규정하여, 소유권 외의 재산권에 대한 공동소유 관계를 설정하는 것을 인정하고 있다. 그리고 이 때 민법상 공동소유 규정을 준용하게 하고 있다. 통상적으로 이 준공동소유의 객체가 되는 재산권에는 용익물권과 지식재산권을 포함한 무체재산권 등이 속한다고 보고 있다.²¹⁾ 이에 따라 민법의 특별법이라고 할 수 있는 지식재산권법 영역에서도 민법상 공동소유에 대한 규정이 적용될 수 있다. 그런데 문제는 지식재산권법의 개별법에서 공동소유에 대한 표현을 단순히 ‘공유’라고 사용하고 있으나 그 실제 내용은 민법상 ‘공유’와 다소 차이가 있어서, 지식재산권법 개별법의 흠결이 있는 영역에 대하여 민법상 공동소유 규정 중 어느 것을 적용해야 하는지에 대한 의문이 남게 되어서, 대상 판결과 같이 법률적 해석이 요구되게 되었다. 자세한 것은 뒤에서 살펴보기로 하고 여기서는 대상 판결 등 기존 지식재산권의 공동소유에 관련하여 특히 문제가 된 공유와 합유 개념에 대해서 더 살펴보기로 하자.

2. 공유와 합유

앞서 언급한 바와 같이 공유는 개인 간의 어떠한 단체구성에 대한 의사가 필요 없다. 한편, 합유는 소위 ‘합수적 조합(合手的 組合)’이라는 개인 간의 어떠한 단체구성에 대한 의사가 필요하다는 것을 그 특징으로 하고 있다.

법연혁적으로도 개인주의적 성격이 강한 로마법상에서 그 유래를 찾을 수 있는 공유와 달리 합유는 개인주의적 성격이 로마법에 비해 약한 게르만법상 공동상속인들의 상속재산 소유형태를 그 원형으로 한다는 것은 앞에서 언급한 바와

19) 특허법 등 산업재산권법과 저작권법, 넓게 보았을 때 소위 신지식재산으로 불리는 도메인 네임, 반도체 칩 설계 등에 대해 규정한 법률을 포함하며, 여기에서 부정경쟁방지법 등 행위규제형으로 법이 규정되어 있어서 법률에서 해당 재산에 대한 직접적인 재산권을 정하지 않은 법은 제외한다.

20) 물론 이러한 법규정이 생략된 법도 존재한다. 대표적으로 「인터넷주소자원에 관한 법률」이 그것인데, 이 법에는 명문으로 공유에 대한 사항이 규정되어 있지 않고, 제17조 제1항 제1호의 내용상 공동권리자로 등록이 가능할 것이라고 짐작할 수 있을 따름이다.

21) 박윤직, 전거서, 222면; 박윤직 대표편집, 전거서, 622면 [민일영 집필부분]; 김충한·김학동 공저, 337-338면; 송덕수, 전거서, 364면; 이영준, 전거서, 595면 등 참조.

같다. 이에 따라 정리해보면 공유는 개인주의적인 색채가 강한 공동소유 형태이고 합유는 그렇지 않다고 할 수 있다

근대법이 개인주의적 법원리에 기초하여 법률을 규정하게 되면서 독일에서는 과거 게르만법상 공동소유 유형인 합유나 총유에 대하여 적극적으로 민법전을 통해 규율하는 것에 부정적인 태도였다.²²⁾ 이에 따라, 게르만족의 적통 계승자라고 할 수 있는 독일 민법전에서 조차 총유 규정은 아예 존재하지 않고, 합유 역시 물권법이 아니라 개별적인 법률관계(이를테면, 조합재산(독일민법전 제 718조 이하)이나 부부공동재산(독일민법전 제 1437조 이하), 공동상속재산(독일민법전 제 2032조 이하) 등)에서만 규율하고 있는 형태를 취하고 있다. 그래서 우리 법을 평가할 때 “독일민법보다도 더 독일적이며 게르만적”²³⁾이라고 하기도 한다. 결론적으로 우리 법에서 합유나 총유에 대한 규정을 두고 있는 것은 비교법적으로 보아도 독특한 형태이기 때문에 해당 규정에 따른 공동소유관계를 규정할 때에는 우리의 현실에 맞는 법해석이 필요하다고 할 수 있다.

한편, 우리 민법에서는 공동소유에 대하여 규정하면서 공동소유의 원칙이 어떠한 것인지는 정하고 있지 아니하다. 단순히 공유, 합유, 총유 순으로 규정하고 있을 뿐, 공동소유 당사자들 간의 인적 관련성에 대하여 해석이 불분명할 때 무엇을 기준으로 해야 하는지는 정하고 있지 아니하다. 이에 대하여 생각해보면, 일단 우리 민법에서 공동소유의 원칙은 기본적으로는 공유일 것으로 보인다.²⁴⁾ 왜냐하면, 근대법적 법원리에 입각하여 개인주의적인 법원리에 충실한 입법을 하여서 우리 헌법이나 민법이 임의의 개인 간의 단체가 항상 구성됨을 예정하고 있지 않기 때문이다. 이러한 점에 의하여 개인의 재산권 행사에 제한을 가져오는 형태의 공동소유는 공동소유의 원칙으로 선언될 수는 없다고 보인다. 또한, 우리 민법 개별 규정 중 경계표의 공유추정 규정(제 239조), 동산의 부합(제 257조), 혼화(제 258조), 공동 상속(제 1006조)²⁵⁾ 등 공동소유이나 그 구체적인 소유

22) 박윤직 대표편집, 전거서, 543-544면 [민일영 집필부분] 참조.

23) 박윤직 대표편집, 전거서, 545면 [민일영 집필부분] 참조.

24) 물론 공동소유 의사 자체는 추정될 때를 가정한단.

25) 이에 대해서는 민법의 공동상속에 대한 다른 규정 등에서 지분의 처분이 일부 제한되고(민법 제1011조 제1항), 공동상속재산 분할에 관한 특별규정도 있으며(민법 제1012조 이하), 상속재산분할의 소급효가 인정되고(민법 제1015조), 채권도 상속재산의 목적이 되고(민법 제1017조), 공동상속인들 상호간에는 혈

형태가 정해지지 않으면 공유로 추정하고 있기 때문에 일정한 사인 간의 명시적 또는 묵시적 약정이 없으면 일응 공유로 볼 수 있을 것으로 보인다. 결론적으로 공동소유자들 간에 어떠한 단체 구성의 명시적 또는 묵시적 합의가 없으면 합유나 총유적 소유 의사를 추단할 수 없을 것이라고 생각된다. 그리고 이러한 점은 사인 간의 법률관계를 구성하는 기타 민사법 영역 일반에서도 동일하게 적용될 것이다. 즉, 준공동소유 관계에서도 마찬가지로 특별한 사정이 없는 한, 이를 준공유로 보는 것이 타당할 것이다.

결론적으로 적어도 우리 민사법상으로는 공동소유자 상호간에 공동의 사업 경영 목적의 존재와 이를 달성하기 위한 단체 구성의사 추단이 되지 않는다면, 그 공동소유의 유형은 공유라고 할 것이다. 또한, 여기서 더 나아가서 조합 구성원들이 공동으로 소유하고 있는 재산이라고 하더라도 당사자들이 해당 재산을 조합재산으로 활용한다는 의사가 추단되지 않는다면, 이는 조합 구성원들 간의 합유가 아니라 공유관계에 있다고 할 것이다.²⁶⁾ 그리고 이러한 구분은 준공유와 준합유에 있어서도 마찬가지이다.

Ⅲ. 산업재산권의 공동소유

1. 지식재산은 왜 재산권의 객체가 되었을까?

산업재산권을 포함한 무체재산권에 있어서 공동소유에 대해서 논하기 이전에 먼저 소유 개념에 대해서 간단하게 논할 필요가 있다. 일반적인 유체물과 달

족으로서 인적관계가 형성되어 있는 만큼 합유로 보아야 한다는 반대 견해가 존재한다(윤철홍, 물권법, 법원사, 2013, 296면; 소수설에 대하여 잘 소개한 자료로 이영준, 전제 서, 543면). 한편, 대법원은 이에 대하여 공유라고 판단하는 것이 확립된 판례로 보인다(대법원 1964. 12. 29. 선고 64다1054 판결, 대법원 1972. 6. 27. 선고 72다555 판결 등).

26) 이는 소위 '지분적 조합' 이어서 그럴 수도 있고, 조합이라고 하더라도 합유적 소유관계를 탈피하기 위한 목적일 수도 있다. 대법원 2012. 5. 17. 선고 2009다105406 전원합의체 판결에서도 조합재산이 합유가 아니라 공유형태로도 보유될 수 있다는 취지로 판시한 바 있다. 이에 따라, 2014년 법무부 민법개정위원회에서 조합재산이 합유가 아닐 수도 있게끔 민법 제704조를 변경하고자 하는 논의가 진행되었다(윤진수, "공동소유에 관한 민법 개정안", 민사법학, 제68호(2014), 142-146면 참조).

리 무체재산권에서는 전통적인 소유 개념이 어색하기 때문이다. ‘소유’라는 단어에 대해서 국어사전은 ‘가지고 있음. 또는 그 물건.’이라고 뜻을 풀이를 하고 있다.²⁷⁾ 여기서 ‘가지고 있다’라는 것은 ‘가지다’라는 의미를 포함하는데 통상적으로 가질 수 있는 대상에 무체물을 두는 것은 어색하기 때문이다.

한편, 현재 법률적으로는 소유권의 의미를 물건을 사용·수익·처분할 수 있는 권리라고 규정하고 있으므로(민법 제211조), 법률적으로 소유라는 것은 ‘물건을 사용·수익·처분하는 것’을 의미한다고 할 수 있다. 그런데 민법상 물건의 정의를 “유체물 및 전기 기타 관리할 수 있는 자연력”이라고 하고 있으므로(민법 제98조) 이 관점에서 역시 무체물은 전기 같은 관리가능한 자연력이 아니어서 소유권의 객체가 되기 어려운 것이다.

이러한 까닭에 지식재산권에서 공동소유라는 표현을 쓴다고 하면 이는 민법 상으로는 어색한 것으로 소위 ‘준소유(準所有)’²⁸⁾라고 할 수 있는 재산권이라고 보는 것이 타당할 것이다. 그런데 왜 지식재산은 재산권의 객체가 되었을까? 이 점에 대해서는 상당히 역사적인 고찰이 필요하다고 할 수 있다. 지식재산에 대한 법적 보호가 인정된 것은 아무리 길게 잡는다고 하더라도 4세기 남짓 이전이라고 할 수 있기 때문이다. 이 부분에 대해서 법철학적 발전과정과 더불어서 이에 대한 연구를 한 미국의 법학자 피터 드라우스(Peter Drahos)의 견해를 간략히 소개해보고자 한다. 그의 연구는 영국법제사를 중심으로 전개되었지만, 저작권 제도에 대해서는 세계 최초의 저작권법이 다른 아닌 영국의 앤 여왕법이라고 일컬어지고, 이후 프랑스 혁명시기 이 법의 영향을 받아서 저작권법이 제정된 이후 유럽 전역으로 확산된 것이므로, 영국법제사에서 지식재산제도에 대한 발전과정이 지식재산권법제사에서는 유효하다고 할 수 있어서 이하에서는 이를 소개하고자 한다.

27) 국립국어원 표준국어대사전, <<http://stdweb2.korean.go.kr/main.jsp>>, 검색일: 2015. 2. 27.

28) 우리 민법에서는 준점유(제210조)나 준공동소유(제278조)를 규정하고 있지만 준소유 자체를 규정하고 있지 아니하다. 다만, 준점유나 준공동소유 규정을 통해서 보면, 소유권 이외의 재산권을 보유하는 것을 준소유라고 정의할 수 있을 것이다. 다만, 여기서 채권은 제외되는데 우리 민법이 재산권을 대륙법체계에 따라 우선 물권과 채권으로 나눈 후 각 부분을 규율하고 있어서, 채권에 대하여 물권의 규정을 적용할 필요가 없기 때문이다. 따라서 소위 ‘준소유’의 객체가 되는 것은 소유권 이외의 채권을 제외한 ‘물권 유사’의 재산권이라고 할 수 있을 것이다.

먼저, 오늘날 유체물에 유사한 유형물(corporeal things)과 무체물에 유사한 무형물(incorporeal things)의 구별은 로마법의 고전(古典)이라고 할 수 있는 『가이우스 법학 제요(Institutes of Gaius)』에서도 하고 있다. 가이우스 법학 제요에서는 corporeal과 incorporeal의 구별에 대하여 사물에 대한 법(the law of things)²⁹⁾에서 기술한다.³⁰⁾

드라우스는 이러한 가이우스 법학 제요의 기술의 근거를 스토아 철학에서 찾고 있다. 그는 로마법상의 무형물의 범주는 무형체(incorporeals)에 대한 스토아 철학의 관념으로부터 도출되었을 가능성이 있다고 기술하면서, 시간(time), 공간(space), 공허(void), 의미(lekta)의 4가지를 스토아 철학에서 분석한 무형체라고 보고 있다.³¹⁾ 즉, 이에 따르면 무형물은 실존하는 것(existent)이 아니라 자존하는 것(subsistent)이라고 할 수 있다. 그는 이 중 의미가 지식재산권 영역에 적용될 수 있는 것이라고 보고 있다. 그는 의미가 무형물의 영역에서 유체성(coporeality)을 획득하고 유형물로 나아가서 법적 규제의 대상이 되는 과정에 대하여 기술하고 있다.³²⁾

29) 가이우스 법학 제요에서는 법을 사람에 대한 법, 물건에 대한 법, 소송법의 세 가지 카테고리로 나누어 기술하고 있다(Peter Drahos, *A Philosophy of Intellectual Property*, Dartmouth Pub Co, 1996, p. 16).

30) 12. 또, 물건은 유형체(corporeal)와 무형체(incorporeal)로 나뉜다. 13. 유형물(corporeal things)은 예를 들면, 토지, 노예, 옷, 금, 은 및 기타 다수와 같은 형태가 있는 것을 말한다. 14. 무형물(incorporeal things)은 예를 들면, 상속 재산, 용역권 각종 계약상의 의무와 같이 법에서만 존재하는 것 같은 형태가 없는 것을 말한다(*The Institutes of Gaius* (F. De Zulueta (ed. and tr.), Oxford at the Clarendon Press, 1946), Book II, 12-14: *Id.*, p.16에서 재인용).

31) *Id.*, p.16.

32) “(전략) 무형체의 표현 가능한 것이 사람의 신념에 유입되는 단계에서는 그것은 유형체의 영향력을 갖는다. 그래서 무형물의 법적 범주에 대한 형이상학적 성질에 관하여 하나의 견해가 존재한다. 저작권이든, 특허권이든, 디자인권이든 보호 대상에 대하여 어떤 구체적인 특정(specification)이 있어야만, 지식재산권을 주장할 수 있다. 이 특정 프로세스는 형식(예를 들어, 특허의 등록)을 포함할 수 있거나 또는 무형식(그저 영업비밀 보호의 객체가 될 수 있는 정보 만드는 것)일 수 있다. 보호 대상의 특징은 두 가지를 행한다. 그것은 기표(記標, 물리적인 표현물)를 생성한다. 그것은 또한 스토아 학파의 언어로 “표현 가능한 것(an expressible)”의 생성에 상당하는 특정한 의미를 가진 실체를 생성한다. 표현 가능한 것은 추상적 실체이다. 또한 그것은 편리한 관념적 허구이다. 그것은 정신의 구성물로 자존한다. 추상적 객체(abstract object)는 corporeal의 세계에서는 존재하지 않는다. 그러나 일단 추상적 객체가 구현된 신념이 된다는 것에 의하여 유체성(coporeality)을 획득하면, 적어도 물건(things)에 대한 스토아 철학의 체계(scheme)에서는 사람들의 사회적 그리고 생산적 관계에서 인과적 역할을 할 수 있다. 동시에 추상적 객체는 인간의 행동에 영향을 주기 때문에, 법적 규제의 잠재적 후보가 된다 (후략)”, *Id.*, pp.17-18.

그의 분석에 따르면 의미라는 무형의 존재가 하나의 물리적인 표현물을 생성하게 되면 실체가 형성되면서 유형체의 세계로 나오게 되는 것이고, 의미와 같은 추상적 객체는 인간의 행동에 영향을 주기 때문에 일정한 법적 규제의 잠재적 대상이 된다는 것이다.³³⁾ 다만, 로마법 시대에서는 직접적으로 이러한 의미와 같은 정신의 구성물로 자존하는 추상적 객체에 대하여 직접적인 법적 규제가 이루어지지 않았다고 한다.³⁴⁾ 의미와 같은 로마법상 무형물에 해당하는 지식재산이 법적 규제의 대상이 되기 시작한 것은 이후 11세기 이후에 로마법의 재발견이 이루어진 후, 영국 법을 통하여 무체재산(chose in action)³⁵⁾의 형태에 지식재산을 포함하면서 부터이다.

한편, 드라우스는 왜 영국 법에서 지식재산이 무체재산으로 불리게 되었는지에 대해서도 다루었다.³⁶⁾ 드라우스의 분석에 따르면, 영국에서 지식재산이 무체재산으로 된 것은 ① 지식재산권이 영국에 대두하던 시기 채권양도 금지 법리가 쇠퇴하였고, ② 무체재산이 되는 것이 재산관계에 대한 속지성을 무너뜨리는 데

33) *Id.*, p.17.

34) *Id.*, p.18.

35) 통상적인 영미법 번역용어를 선택한 것으로, 채권으로 번역되기도 한다. 영국 재산법에서는 재산의 범주가 부동산과 동산으로 나뉘어서 우리와 같은 대륙법체계처럼 물건과 채권의 분류 형태로 되어있지 않기 때문이다. 이에 따라 간혹 chose in action을 논자에 따라서 무체동산이라고 번역하기도 한다.

36) “왜 지식재산권은 무체재산으로 불리게 되었을까? 그 답은 논리의 적용보다는 우연, 역사 그리고 영국 법제도의 내부 역학 등과 관계가 있을 것이다. (중략) 보통법 역사의 초기에서는 채권양도를 금지하는 법칙이 존재했다. 그 주된 이유는 채권은 고도로 사적인 것이어서, 양도에 적합하지 않고, 어쨌든 채권양도가 너무 많은 소송을 일으킬 가능성이 있기 때문이었다. 그러나 특하나 저작권이 대두되던 시기에 채권의 비양도성 법칙은 형평법 법원에 의해 실질적으로 쇠퇴되었다. 이것은 특하나 저작권을 채권, 즉, 무체재산의 범주에 포함하는 것을 쉽게 했다. 이들의 형태가 양도 가능한 것은 상업상의 요청이기도 하다. 양도 금지 규정은 점차 약화되어 갔다. 이러한 유형의 재산이 양도 가능하게 하는 것은 상업적인 필요가 있었고, 양도의 금지는 점차 약화되었다. 이러한 분류에 영향을 준 다른 요인은 그 incorporeal한 성질이었다. (중략) 홀즈워스(Holdsworth)는 형평법 법원이 채권양도 금지 규칙의 결론을 수정하지 않았으면, 지식재산권이 무체 유산(incorporeal hereditaments)으로 취급되었을 것이라고 주장한다. (중략) 블랙스톤(Blackstone)이 열거한(지역권이나 채취권을 예로 든다) 무체 유산은 강한 속지성을 가지고 있다. 대부분의 무체 유산은 어떠한 형태로든 경계를 가진 부동산과 관련되어 있다. 한편, 채권은 다른 재산 형태 - 폴록(Pollock)이 영국 재산의 ‘물건과 유사한 것’이라고 명명한 것과 관련성이 있는 - 속지성이나 유체성의 흔적을 지우는 데 보다 더 적합하다. 이러한 동산의 새로운 유형은 어떤 의미에서는 덜 사적이었는데, 이들은 재산의 관습적이고 봉건적 형태에 해당하는 강한 형태로 공동체를 구속하지 않기 때문이었다. 오히려 이들 새로운 유형은 소유자와 제3자와의 비개인적 관계, 즉, 20세기에 재산 관계에 대한 통상의 속지성을 무너뜨리고 진정으로 범용적이 된 관계가 익명으로 가능하게 하였다.”(*Id.*, pp.19-20).

적합하다고 판단되었기 때문이라는 것이다. 결국 이는 논리에 기반을 둔 것이 아니라 오히려 역사적인 배경이나 영국 법제도의 내부 역학관계에 의한 것이라고 할 수 있다. 그리고 이러한 법리가 유럽대륙과 일본을 거쳐서 우리나라에 까지 이르게 된 것이다.

이러한 관점에서 생각해보면 사실 지식재산이 물건 유사 권리의 객체가 된 것은 어떠한 논리적인 필연성에서 기인한 것이 아니라 우연의 산물과 그 실용성 때문이라고 할 수 있다. 그리고 이후 프랑스 등 대륙법계 국가에서도 지식재산권법제에 물건적 청구권을 규정하고 있는 것도 이러한 실용주의적 관점에서 접근한 영국의 영향을 받은 것으로 보인다.³⁷⁾ 그리고 이러한 입법의 영향은 프랑스를 거쳐서 유럽 전역에 확산되고 이후 이러한 취지에 따라 지식재산권법체계가 확립된 것이라고 할 수 있다.³⁸⁾ 이에 따라 생각건대, 지식재산권은 원래 보호 대상이 될 수 없는 추상적 객체(abstract object)에 대하여 시장 수요에 의하여 실용주의적 관점에서 법정책적으로 이를 보호의 대상으로 삼은 것이므로, 이를 해석함에 있어서도 실용주의적 관점을 반영할 필요성이 있다고 보인다. 이러한 관점에서 지식재산권의 하나인 산업재산권의 공동소유에 대한 법해석을 하여야 할 것이다.

2. 산업재산권의 공동소유 발생의 원인관계

산업재산권의 공동소유 관계는 권리취득 전에도 그리고 그 후에도 발생할 수 있다. 전자의 경우로는 공동발명 등으로 인한 권리 취득(특허법 제33조 제2항, 디자인보호법 제3조 제2항 등)이나 특허 등을 받을 수 있는 권리를 복수 당사자

37) Jane C. Ginsburg의 초기 프랑스 저작권법 입법과정에 대한 연구자료에 의하면(Jane C. Ginsburg, "A Tale of Two Copyrights: Literary Property In Revolutionary France and America", *Tul. L. Rev.*, Vol.64 No.5(1990), pp.1005-1007), 프랑스 저작권법 입법과정에 실용주의적인 영향이 미쳤고 이에 따라 영국 저작권법제도의 영향을 받았음을 확인할 수 있다. 한편, 프랑스 혁명시기에 만들어진 프랑스 특허법 역시 마찬가지로 실용주의적인 영향을 받아서 당시 영국 특허법의 영향을 일부 받았다고 한다(*Id.*, pp.1011-1012 참조).

38) 오늘날에는 이러한 법연혁적 발전과정과 별도로 소위 '인센티브론'에 따라 지식재산권의 정당화 근거를 찾고 있다. 다만, 이 '인센티브론'은 어디까지나 사후적으로 권리를 왜 유지시켜야 하는지에 대한 논거라고 할 수 있어서, 직접적으로 왜 '물권 유사의 권리'가 되었는지를 설명하기 어려운 부분이 있다.

에게 이전한 이후 출원 및 등록되어 권리 취득(특허법 제37조 제1항 등에 따른 해석)되는 것이 있고 후자로는 특허 취득 이후에 사후적으로 지분을 일부 양도하거나 공동상속이 발생하는 경우가 있을 수 있다.³⁹⁾ 이와 같이 산업재산권에 대한 공동소유 발생은 사전적 사후적 모두 가능하다.⁴⁰⁾

3. 기존 학설과 대법원의 판단

산업재산권의 공동소유에 대하여 대상판결이 나오기 이전까지는 기존 대법원에서 산업재산권의 공동소유 관계에 대하여 준합유로 판단한 것처럼 보이는 것도 준공유로 판단한 것처럼 보이는 것이 병존하였다. 이에 따라 과거 산업재산권 공동소유의 성질에 대하여 견해의 대립이 있었다. 이하에서는 기존의 대립된 해석론들과 이러한 해석상 이론(異論)을 불러온 대법원의 판례를 소개하고자 한다.

1) 학설

(1) 합유설

특허법 등 산업재산권법의 규정에서 공유자들 중 1인이 지분을 처분하려면

39) 보다 구체적인 공동소유 발생 원인관계에 대한 논문으로, 최지경, “지식재산권의 공동소유 관계에 관한 비교법적 고찰”, 고려대학교, 석사, 2009, 44-50면; 조영선, “특허권 공유의 법률관계 - 특허법 제99조의 해석론과 입법론”, 법조, 제654호(2011), 46-49면 등 참조.

40) 한편, 저작권법에서는 산업재산권처럼 별도의 공유규정을 두지 않고 있다. 다만, 공동저작물 경우 저작재산권 행사에 대하여 개별적 규정을 통하여 이를 처리하고 있는데(저작권법 제48조), 사후적으로 저작재산권이 공유관계로 되었을 때에도 이 규정을 적용할 수 있는지에 대하여 견해가 대립된다. 다수설적인 견해는 적용설 내지 유추적용설을 따르는 것으로 보인다(오승중, 저작권법, 박영사, 2013, 307면; 정상조 편, 저작권법 주해, 박영사, 2007, 667-668면 [정상조 집필부분] 등 참조). 또한, 일부 하급심도 이러한 해석론을 전제한 바 있다(서울고등법원 2008. 7. 22. 선고 2007나67809 판결). 이에 반하여 박성호, 저작권법, 박영사, 2014, 241면 이하에서는 저작권법의 법률의 흠결에 대해서는 민법으로 돌아가서 준공동소유 규정을 통하여, 민법상 공유관계 규정을 적용해야 한다고 주장한다. 한편, 일본은 법해석론으로 우리나라 다수설과 같은 견해를 취하다가 우리 저작권법 제48조에 대응되는 일본 저작권법 제65조를 개정하여 조항제목을 ‘공유저작권의 행사’라고 하고 공유저작권의 정의를 ‘공동저작물의 저작권 기타 공유와 관련된 저작권’이라고 하여서 입법적으로 이를 해결한 상태이다. 생각건대, 우리 저작권법도 민법의 특별법의 성격을 갖고 있으므로 저작권법에서는 민법상 준공동소유 규정의 적용을 통해서 이를 해결해야 한다는 소수설의 견해에 동의한다.

다른 공유자의 동의를 얻어야 하고(특허법 제99조 제2항 등), 공유인 특허권에 관한 심판을 제기할 때에는 모든 공유자가 같이 심판을 청구해야 한다고 하여 마치 고유필수적 공동심판인 것처럼 규정하고 있으므로(특허법 제139조 제2항 등), 이 규정들의 취지에 따라 산업재산법의 공유는 민법상의 준공유와 달리 준 합유에 가깝다는 견해이다.⁴¹⁾

(2) 공유설

산업재산권법의 규정에서 제한을 가한 것은 공유자들 사이에 공동 목적이 있거나 단체적 제약이 있기 때문이 아니라 무체재산권이 특수성에서 유래하는 것으로 그 본질은 민법상 준공유에 해당한다는 견해이다.⁴²⁾

(3) 절충설

이 견해는 특허권의 공동소유가 합유인지 공유인지에 관한 이론상 논의는 실 무적인 실익이 없고 구체적 사례에 있어서 특허권의 권리관계를 어떻게 해결해야 할 것인지가 중요하므로 각 공동소유자와 해당특허발명을 실시하고자 하는 제3자의 이익을 비교형량하여 어떻게 권리관계를 규율하는 것이 발명을 장려하고 그 이용을 도모함으로써 산업발전에 기여하려는 특허법의 목적에 부합하는 지를 구체적 사례로서 판단해야 한다는 견해이다.⁴³⁾

(4) 혼합설(특유한 공동소유관계설)

이 견해는 산업재산권 영역에서 법의 흠결이 있으면 민법상 준공동소유의 규

41) 이상경, 지적재산권소송법, 육법사, 1998, 66면; 정상조·박성수 공편, 특허법 주해(Ⅰ), 박영사, 2010, 1224-1225면 [박정희 집필부분]; 민사소송법 학계에서는 이 견해를 보통 취하는 것으로 보인다(김홍엽, 민사소송법, 박영사, 2013, 912-913면; 이시윤, 신민사소송법, 박영사, 2013, 701면; 호문혁, 민사소송법, 법문사, 2013, 851면 등).

42) 송영식 외 6인 공저, 지적소유권법(상), 육법사, 2013, 459면; 조영선, 전계논문, 65-66면; 강명구, "특허 권 공유에 관한 소송에 있어서 원고 적격에 관하여", 과학기술법연구, 제16집 제2호(2010), 한남대학교 과학기술법연구소, 80면.

43) 신혜은, "특허권의 공유에 관한 비교법적고찰 및 실무상 유의점", 산업재산권, 제23호(2007), 320면.

정을 적용받기는 하지만 그 본질에 있어서 지식재산의 공동소유 관계는 민법상 준합유나 준공유에 해당하지 않고 그 고유의 공동소유 관계에 해당한다는 견해이다.⁴⁴⁾

2) 기존 대법원의 판례

(1) 합유설을 따른 듯한 판례

2000년대에 들어서기 전에 대법원의 대다수의 판례는 이 입장에 서 있었다. 가령 대법원 1982. 6. 22. 선고 81후43 판결에서 “의장법 제37조에서 준용되는 특허법 제54조 제2, 3항은 특허권이 공유인 경우에 각 공유자는 타공유자의 동의없이 그 지분을 양도 또는 그 지분을 목적으로 하는 질권을 설정할 수 없으며 그 특허권에 대하여 전용실시권 또는 통상실시권을 허여할 수 없다고 규정하고 있으므로 의장의 공유관계는 민법 제273조에 규정된 ‘합유’에 준하는 (소위 준공유관계) 것이라 할 것이다.”라고 판시하여, 오늘날 디자인권의 법적 성질을 준합유라고 판단하였다.

또한, 대법원 1987. 12. 8. 선고 87후111 판결에서는 “특허법 제54조 제2, 3항은 특허권이 공유인 경우에 각 공유자는 타 공유자의 동의없이 그 지분을 양도 또는 그 지분을 목적으로 하는 질권을 설정할 수 없으며 그 특허권에 대하여 전용실시권 또는 통상실시권을 허여할 수 없다고 규정하고 있으므로 특허의 공유관계는 민법 제273조에 규정된 합유에 준하는 것이라 할 것”이라고 판시하여서 특허권의 법적 성질도 준합유라고 판단하였다.

이러한 대법원의 견해는 비단 심결취소소송에서만 나타나는 것이 아니어서 민사사건이었던 대법원 1999. 3. 26. 선고 97다41295 판결에서는 위 87후111

44) 김원준, 특허법, 박영사, 2001, 502-503면; 윤선희, 특허법, 법문사, 2012, 647면(다만, 윤선희, 상표법, 법문사, 2014, 507면에서 상표법 교과서를 개정하면서, 공유물의 분할청구가 가능하다는 입장을 기술하고, 기존 상표법 교과서나 특허법 교과서에서 기술한 산업재산권 공유의 구체적인 법적성질에 대해 언급한 부분을 삭제하였다. 이것이 견해의 변경인지는 명확하지 않기에, 우선 이 부분에 기술해둔다); 천효남, 특허법, 법경사 21c, 2006, 623-624면; 강신하, “특허권 공유의 성립 및 법적성질과 관련된 제문제”, 중양법학, 제11집 제3호(2009), 중양법학회, 447-448면; 고영수, “공유특허권의 실시와 실시허락”, 지식재산연구, 제1권 제1호(2006), 한국지식재산연구원, 21-22면.

판결을 인용하며, “특허권을 공유하는 경우에 각 공유자는 다른 공유자의 동의를 얻지 아니하면 그 지분을 양도하거나 그 지분을 목적으로 하는 질권을 설정할 수 없고, 그 특허권에 대하여 전용실시권을 설정하거나 통상실시권을 허락할 수 없는 등 특허권의 공유관계는 합유에 준하는 성질을 가진다.”고 판시했다.

이처럼 2000년 이전에 판결이 난 사안에 대해서는 대법원은 산업재산권의 공유를 준합유로 보는 듯한 태도를 보였다. 그런데 2004년 상표권에 대한 판결에서 이와 같은 견해를 유지하면서도 공유설을 따른 듯한 태도를 보이기 시작했다.

그리고 미간행 판결이지만 2004년 이후에도 합유설을 따른 듯한 판단을 한 바 있다. 특허권압류명령에 대한 사건인 대법원 2012. 4. 16. 자 2011마2412 결정 사건에서는 “특허권을 공유하는 경우에 각 공유자는 다른 공유자의 동의를 얻지 아니하면 그 지분을 양도하거나 그 지분을 목적으로 하는 질권을 설정할 수 없고, 그 특허권에 대하여 전용실시권을 설정하거나 통상실시권을 허락할 수 없는 등 특허권의 공유관계는 합유에 준하는 성질을 갖는 것”이라면서 과거 97다41295 판결을 인용하여 판단하여 특허권에 대해서는 여전히 준합유의 영역으로 판단하는 것 같은 태도를 취하였다. 이 결정문에서는 “특허법이 위와 같이 공유지분의 자유로운 양도 등을 금지하는 것은 다른 공유자의 이익을 보호하려는 데 그 목적이 있으므로”라고 하여 과거 판결과 달리 준합유에 해당하는 조문을 둔 이유에 대해서도 밝히고 있다.

(2) 공유설을 따른 듯한 판례

대법원 2004. 12. 9. 선고 2002후567 판결에서 대법원은 “상표권이 공유인 경우에 각 공유자는 다른 공유자의 동의를 얻지 아니하면 그 지분을 양도하거나 그 지분을 목적으로 하는 질권을 설정할 수 없고 그 상표권에 대하여 전용사용권 또는 통상사용권을 설정할 수도 없는 등 일정한 제약을 받아 그 범위에서 합유와 유사한 성질을 가지는 점은 원심이 설시한 바와 같지만, 이러한 제약은 상표권이 무체재산권인 특수성에서 유래한 것으로 보일 뿐이고, 상표권의 공유자들이 반드시 공동목적이나 동업관계를 기초로 조합체를 형성하여 상표권을 소유한다고 볼 수 없을 뿐만 아니라 상표법에 상표권의 공유를 합유관계로 본다는

명문의 규정도 없는 이상, 상표권의 공유에도 상표법의 다른 규정이나 그 본질에 반하지 아니하는 범위 내에서는 민법상의 공유의 규정이 적용될 수 있다고 할 것이다.”라고 판시하였다. 이 판결에서 상고인인 원고는 앞에서 언급한 판례들을 들면서 상표권의 공유 관계를 준합유라고 주장하였으나, 이에 대하여 전면적으로 다른 해석을 한 것이다. 그러나 이 판결에서 대법원이 전원합의체 판결을 내리면서 기존 판례를 변경한 것이 아니어서, 논란의 여지를 남겨 두었다. 특히 앞서 언급한 2011마2412 결정에서 다시 한 번 특허권에 대해서는 준합유라고 판단하여서 대법원이 명확한 입장을 정하지 않은 것처럼 보이는 인상을 준 것이다.

그래서 이에 대하여 다툼이 있다가 대상 판결이 선고되면서 위와 같은 법리가 상표권에 국한되는 것이 아니라 특허권, 실용신안권이나 디자인권과 같은 다른 산업재산권에도 동일하게 적용되는 것으로 대법원이 판단한 것으로 보인다.

(3) 소결

먼저, 대상판결 이전 과거 대법원 판결 등에서 다뤄진 사안은 무효심결에 대한 심결취소소송사안(81후43)과 권리범위확인심판에 대한 사안(87후111, 2002후567)과 공유 지분 중 일부에 대한 보전처분이 되어 있는 상황에서 권리 이전이 발생하였을 때에 대한 분쟁사안(97다41295), 특허권압류명령에 대한 사안(2011마2412) 등이었다. 이러한 사안들은 지분권자가 적극적으로 자신이 갖고 있는 지분을 처분하는 것에 대한 사안이 아니고, 심결취소소송이 고유필수적 공동소송인지에 대하여 판단하는 것이라거나 일부 지분에 대한 보전처분이 발생한 경우 다른 지분권자가 어떻게 대응할 수 있는지에 대하여 판단한 사안들이었다. 그래서 과거 대법원 판결 등은 공유와 합유의 중요한 차이점인 분할청구 가능성에 대하여는 판단하지 않았다.

그리고 대법원 판결에서 2002후567 판결이 등장하기 전까지는 개별적 산업재산권의 구체적 조문의 성질을 살핀 다음, 산업재산권의 공유관계는 민법상 ‘합유에 준하는 것’이라는 표현을 사용하였을 뿐 명시적으로 민법상 공유 규정을 적용하지 않고 민법상 합유 규정에 의한 분쟁해결을 시도하여야 한다고 판단

하지는 않아왔다. 이에 따라 2002후567 판결에서 ‘합유에 준하는 것’ 이지만 민법상 공유 규정의 적용이 가능하다고 판단하여서, 기존 판례와 병치되면서도 다른 결론을 내는 듯한 효과를 내면서 전원합의체 판결을 통한 기존 판례 변경을 하지 않아도 되었던 것으로 보인다. 그래서 생각건대, 과거 대법원 판결 등이 판단한 것은 ‘산업재산권의 범조문을 통하여 볼 때, 산업재산권의 공유는 민법상 합유에 준하는 성질을 가지고 있다’는 점뿐이므로, 이 표현만을 가지고 산업재산권의 공유의 법적 성질이 민법상 준합유라고 선언하였다고 보기는 어렵다고 생각된다.

4. 검토

이러한 일련의 논의를 통해서 우선 실무상 별다른 논의의 이익이 없다는 취지의 다른 절충설은 대상판결과 같이 산업재산권 공유자 중 1인이 분할청구를 할 수 있는지 여부는 실무적으로도 중요한 가치를 가지고 있는 것이고 이 상황에서 특허법상 별도의 규정을 두고 있지 않아서, 그 법적 성질을 민법상 준공유로 보는지 준합유로 보는지에 따라 준용 규정이 달라져서 결론에서 차이를 보이므로 학설의 취지 자체는 옳바르다고 생각되나 구체적인 학설로는 타당성을 다소 결여하였다고 생각된다.

또한, 혼합설에 대해서는 산업재산권법을 포함한 모든 지식재산권법은 민사법의 영역에서는 어디까지나 민법의 특별법이라고 할 것이어서 민법의 영역에서 해석하여야 하는데 이를 넘어서서 산업재산권 특유의 법률관계를 구축하려고 하였다는 점에서 타당하지 않다고 생각된다. 물론 민법에서 공유, 합유, 총유의 3가지 유형의 공동소유관계를 규정한 것은 어디까지나 대표적인 예시로서 세 가지에 관하여 규정하고 있는 것이므로⁴⁵⁾ 다른 유형의 공동소유관계를 인정할 수 있기는 할 것이다. 그러나 산업재산권법 영역에서 법률의 흠결이 있는 분할청구 가능성 등에 대하여 판단할 때 특유의 법률관계라고 해버리면 구체적 사건에서 법률분쟁이 발생할 때 어떠한 규정이 적용되는지에 대해 여전히 의문으

45) 박윤직 대표편집, 전거서, 540면 [민일영 집필부분].

로 남기 때문에⁴⁶⁾ 실무적인 입장에서는 적절한 견해라고 보기 어렵다고 생각된다. 그렇다고 하면 결국 공유설과 합유설의 견해로 초점이 모아지게 된다. 이에 따라 이하에서는 이 점에 초점을 맞추어서 기술하고자 한다.

먼저, 산업재산권의 공동소유 관계를 합유라고 해석할 때의 장점은 우선 ① 일부 권리자의 일방적인 지분처분을 제한할 수 있어서 다른 권리자가 불측의 손해를 입는 것을 방지할 수 있다는 점이다. 이는 대개의 산업재산권이 그 권리를 보유하고 있는 것만으로는 라이선스 계약체결을 하는 등의 방법을 제외하고는 권리를 적극적으로 행사할 수 없어서, 스스로 사업 설비 등을 갖추어야 하는 경우가 많은데 산업재산권의 공동소유에서는 지분이 얼마가 되든지에 무관하게 지분을 갖고 있는 것만으로도 권리를 실시할 수 있기 때문이다. 그래서 지분을 임의대로 처분하는 것을 허용하면 다른 권리자가 스스로 권리를 실시하기 위해서 설비를 준비했을 때에 타격을 입을 수도 있다. 또한, ② 소송관계에 있어서도 합유물에 대한 소송은 보존행위에 대한 소송⁴⁷⁾을 제외하면 고유필수적 공동소송이라고 보는 것이 학설⁴⁸⁾ 및 판례⁴⁹⁾의 입장이므로, 소송을 통한 법률적 분쟁의 일회적 해결에도 유용한 수단이라고 할 수 있다.

한편, 산업재산권이 공동소유 관계를 공유라고 해석할 때의 장점은 우선 ① 지분의 자유로운 처분이 가능하여서 지분권이라는 개인의 재산권의 행사에 제한을 두지 않는다는 점이 있다. 이렇게 되면 개인은 자신이 지분을 갖고 있으나 실시하지 않고 있고 또한 향후 실시할 의사도 없는 산업재산권에 대하여 지분을 매각하는 등의 방법을 통하여 적극적으로 권리를 행사할 수 있게 된다. 또한, ② 소송관계에서 공유물에 대한 소송은 합유물에 대한 소송과 비교하면 고유필수적 공동소송으로 인정되는 경우가 상대적으로 적으므로 다른 권리자와의 의사 연락 없이 소송을 통하여 직접 권리를 적극적으로 행사할 여지가 크다는 점에서 권리자의 보호를 도모할 수 있게 된다.

46) 특히, 현재 산업재산권법 공유관계에 대한 법률의 흠결이 있는 부분에 대하여 현재 관습법이 성립되어 있다고 보기도 어려운 상황이어서 더욱 그러하다.

47) 이는 단독으로도 제기할 수 있는데 기판력은 다른 합유자들에게도 미친다.

48) 김홍엽, 전거서, 912-914면; 이시윤, 전거서, 701-702면; 호문혁, 전거서, 851면

49) 대법원 1983. 10. 25. 선고 83다카850 판결 등 다수; 보존행위에 대해서 단독으로 할 수 있다는 판례로 대법원 1997. 9. 9. 선고 96다16896 판결 참조.

이렇듯 어떠한 견해를 취하든 다 나름의 장·단점이 있기 때문에, 앞에서 언급한 원칙으로 돌아가야 할 것이다. 즉, 민법상 공동소유의 원칙은 ‘공유’라는 점과 지식재산권법에 있어서 법해석을 할 때에는 실용주의적인 관점을 고려해야 하는 것을 염두에 두어야 할 것이다. 이하에서는 이러한 점들을 염두에 두면서 기술해보도록 한다.

민법상 합유에 대해서 생각해보면 ‘공동의 목적’을 가지고 소유한다는 점이 중요하므로 산업재산권은 일견 공동의 목적을 가지고 창작행위로 나아간다는 측면이 있어서 공유보다는 합유에 더 가까워 보이는 것이 사실이다.⁵⁰⁾ 그러나 합유에 대한 민법 규정을 보면 “법률의 규정 또는 계약에 의하여”, “수인이 조합체로서” 소유할 것을 요구하고 있으므로 공동의 목적 이외에도 ① 법률의 규정이나 계약의 존재와 ② 소유자 간 조합체로서의 성질이 요구된다고 할 것이다. 공동 창작자 사이에 각 요건이 충족되는지에 대해서 살펴보자.

먼저, 법률의 규정이나 계약의 존재와 관련하여, 지식재산권의 공동 창작자 사이에 권리에 대한 명시적인 준합유 계약 또는 조합 계약이 있다면 당연히 이 계약에 의한다고 할 것이어서 이는 문제되지 않을 것이다. 그런데 통상적으로 준합유 계약이나 조합 계약을 한 상태로 연구개발에 착수한다거나 상표 등을 제작하는 경우는 많지 않을 것이다.⁵¹⁾ 따라서 합유 약정의 존재는 대개의 사례에서 부정될 것이다. 한편, 법률의 규정에 대해서 살펴보면 앞에서 언급한 바와 같이 지식재산권법에서는 ‘공유’라는 용어를 쓰고 있고, ‘합유’라는 용어를 사용하고 있지 아니하므로 법률의 규정은 없다고 할 것이다.⁵²⁾ 따라서 이 요건은 당

50) 밑에서 보론적인 차원에서 저작권법 부분에서 언급하겠지만, 사후적으로 산업재산권의 공유가 발생하는 경우는 이와는 조금 다르다고 생각된다. 이때에는 ‘공동의 목적’이라는 것 자체를 인정하기 어려우므로, 보다 더 준공유에 가깝게 그 성질을 이해할 수 있을 것이다. 다만, 통일적인 법규범을 만들기 위하여 별도로 이에 대한 입법을 하지 않았다고 평가할 수 있을 것으로 보인다.

51) 일단 우리의 법률적 현실을 통해서 보면 법률가가 아닌 일반인 간에 어떠한 법률적 의미를 분명히 갖는 계약서를 작성하고 행위로 나아가는 경우는 주택 매매나 임대차나 약관을 통한 거래 등을 제외하면 극히 적다. 또한 일반인의 관점에서 보면 ‘합유’라고 하는 개념이 아직은 낯선 것이라고 할 수 있어서 계약서를 작성한다고 하더라도 ‘합유’라는 문구나 이에 상응하는 문구를 포함하여 작성하는 것을 기대하는 것은 아직은 곤란하다고 할 수 있다. 향후 표준계약서 등이 더 보편화되고, 변호사 등의 법률전문가가 계약체결 단계에서 법률적인 조언을 하는 등의 상황이 발생하면 다르게 생각할 수 있기도 하겠으나, 오늘날 현실은 그렇지 않다는 점에서 이러한 진술이 나오게 된 것임을 밝혀둔다.

52) 이에 대하여 산업재산권 영역에서 ‘공유’라고 표기한 것은 민법상 ‘준합유’를 의미한 것으로 구체적인

사자의 명시적인 의사가 없이는 충족되지 않는다고 해석해야 할 것이다.

이어서 조합체로서의 성질에 대해서 살펴보자. 조합에 대한 민법의 규정을 살펴보면 “조합은 2인 이상이 상호출자하여 공동사업을 경영할 것을 약정”할 것을 요구하고 있다(제703조 제1항). 상호출자의 방법은 노무여도 상관없이 없기 때문에(동조 제2항), 창작행위의 방법으로 하여도 무관하다고 할 것이다. 문제는 공동사업의 경영과 법규정에 내재되어 있는 ‘조합 구성의 의사’라고 할 것이다. 민법에서 예정하고 있는 조합은 사업을 영위하기 위한 법인과 개인의 중간 단계의 공동체로 비법인사단과 견줄 수 있을 것이다.⁵³⁾ 그런데 여기에서 말하는 사업은 그 종류와 성질은 제한이 없으나⁵⁴⁾ 공동발명을 한다는 것 그 자체를 사업으로 볼 수 있을지 의문이 된다고 할 것이다.⁵⁵⁾ 만일 그렇지 않고 이를 사업행위

법 규정을 살펴볼 때 그렇게 풀이하는 것이 타당할 것이라는 반론이 있을 수 있다. 왜냐하면, 실제로 산업재산권을 포함한 지식재산권 영역에서 공유를 규정하면서 지분을 처분하는 데 다른 공유자 전원의 동의를 요구하는 규정을 가지고 있기 때문이다(특허법 제99조 제2항, 제4항 등 참조). 그런데 이러한 규정은 민법상 준공유보다 그 지분처분의 엄격성을 부과한 것에 불과하다고 할 것이고 그 본질까지 변경한다고 보기는 어려울 것이다. 왜냐하면, 앞에서 살펴본 바와 같이 공유관계와 합유관계의 구별점은 공동의 목적뿐만 아니라 공동체 구성 의사의 추단 가능성이라고 할 것인데 별도의 특약이 없이 단지 창작활동을 같이 하였다고 하였다는 이유로 공동체 구성 의사를 추단해버리는 것은 권리자 입장에서 너무 과도한 제한이기 때문이다. 즉, 산업재산권 영역에서 권리 처분에 일정한 제한을 둔 것은 유체물과 달리 무체재산은 비경합성을 가지고 있어서 해당 권리의 지분만으로도 전부의 실시 또는 사용이 가능하므로(특허법 제99조 제3항 등도 이러한 취지를 반영하고 있다) 특정 지분권자의 권리 처분 등이 다른 공동권리자의 이해관계에 반하는 상황이 발생할 수 있어서, 이를 법정책적으로 해결하고자 하는 시도에서 이루어진 것이라고 보는 것이 타당하다고 생각된다.

53) 조합의 단계성이 보다 더 강하게 여겨진다.

54) 박윤직 대표편집, 민법주해(XVI), 박영사, 1997, 43면 [김재형 집필부분] 등 참조.

55) 물론 벤처기업 창업 단계에서 조합으로 구성된 창업자들이 공동으로 개발하는 경우를 상정해볼 수도 있기는 하나, 대개의 경우 공동발명 그 자체를 하나의 사업경영을 위한 행위라고 보기는 어려울 것이다. 또한, 대법원 2011. 7. 28. 선고 2009다75178판결에서 공동발명자가 되기 위한 요건을 실시하면서 “공동발명자가 되기 위해서는 발명의 완성을 위하여 실질적으로 상호 협력하는 관계가 있어야 하므로, 단순히 발명에 대한 기본적인 과제와 아이디어만을 제공하였거나, 연구자를 일반적으로 관리하였거나, 연구자의 지시로 데이터의 정리와 실험만을 하였거나, 자금·설비 등을 제공하여 발명의 완성을 후원·위탁하였을 뿐인 정도 등에 그치지 않고, 발명의 기술적 과제를 해결하기 위한 구체적인 착상을 새롭게 제시·부가·보완하거나, 실험 등을 통하여 새로운 착상을 구체화하거나, 발명의 목적 및 효과를 달성하기 위한 구체적인 수단과 방법의 제공 또는 구체적인 조언·지도를 통하여 발명을 가능하게 한 경우 등과 같이 기술적 사상의 창작행위에 실질적으로 기여하기에 이르러야 공동발명자에 해당한다.”라고 하여 ‘실질적인 상호 협력 관계’를 요구하였을 뿐, 조합체로서까지의 인적결합을 요구하고 있지 아니한 점에 비추어보아도, 공동발명 그 자체를 조합체 구성적 행위로 보기는 어려울 것이다. 비슷한 입장에서 공동발명자 간의 조합체 구성의사를 추단할 수 없다는 견해로, 조영선, 전개논문, 65-66면 참조.

로 본다면, 산업재산권에 있어서 권리 등록을 신청했으나 최종적으로 특허청에 의하여 그 권리 등록이 불허된다면 조합의 외관은 있으나 조합재산도 없고 조합의 공동사업도 없는 상황이 발생할 수 있게 되는 문제점이 발생할 수 있다.

결론적으로 공동 창작 행위 그 자체는 공동의 목적을 가지고 행하는 행위가 될 수 있기는 하나 그것만으로 공동 창작자들이 조합을 구성한다는 의사를 가지고 해당 산업재산권을 합유로 하기로 한다는 명시적 또는 묵시적인 계약이 존재하는 것이 입증되지 않는 한 산업재산권의 공유란 민법의 '준공유'라고 보는 것이 타당할 것이다. 다만, 실용주의적인 관점에 따라 산업재산권 개별 규정에서 공동 권리자의 이익균형을 도모하기 위하여 민법상 합유 규정에 상응하는 규정을 둔 것이라고 할 수 있다. 이에 따라 생각해 보면 과거 대법원이 판단한 사례들에서 적시된 '합유에 준하는 성질'이라는 것은 단순히 권리자들 상호간의 이익균형을 위해 도입된 각 산업재산권 개별 규정의 법적 성질 그 자체를 적시한 것에 불과할 뿐, 이 자체로 산업재산권의 공유는 민법상 준합유에 해당한다고 보기는 어려울 것이다.

5. 토론 - 저작권법의 경우

한편, 저작권 공유의 법적 성질에 대하여 기존에 대법원이 명시적으로 판단한 경우는 없다. 그리고 공동저작물의 법적 성질에 대해서는 기존 학설은 명확하게 정리하지 않고 개인의 인적결합 정도에 따라 공유일 수도 있고 합유일 수도 있다는 식으로 언급하여 왔다.⁵⁶⁾ 이에 따라 공동저작물에 대한 저작재산권의 분할 가능성에 대해서는 앞으로 대상 판결 사안과 같이 분쟁이 발생할 가능성이 있어서⁵⁷⁾ 이하에서 이를 살핀다.

56) 정상조, "저작권의 공동보유", 법학, 제40권 제2호(1999), 서울대학교 법학연구소, 235-236면. 혹은 합유에 가까운 성질을 가지고 있다면서 민법상 공동소유의 세 가지 유형 모두를 포함하는 넓은 의미로 해석해야 한다고 하는 견해도 있다(오승중, 전거서, 305면 참조); 이와 달리, 합유설을 취한 것 같은 견해로, 이해완, 저작권법, 박영사, 2012, 237면.

57) 한편, 저작인격권 부분은 이러한 분쟁이 생길 가능성이 없다. 왜냐하면 저작인격권은 공동저작물이라고 하더라도 공동 저작자 개인이 각자 보유하는 것으로 공유의 대상이 아니고 또한 이는 일신전속적인 권리로 상속대상이 되지도, 이전 가능하지도 않기 때문이다.

저작권법에서는 특허법 등 산업재산권과 권리 공유의 규정에 있어서 다소 상이한 점이 있다. 저작권법 제48조 제1항⁵⁸⁾에 의하면 산업재산권과 달리 저작재산권은 모든 공유자가 각자 행사할 수 없으며, 반드시 공유자 전원의 동의가 있을 것을 요구하고 있다. 다만, 해당 조항 제2문에서 신의칙에 반하는 부동의를 제한하여서 일정한 제한을 가하고 있는데, 해당 조항은 민법 제2조 제1항의 신의성실의 원칙이나 제2항 권리 남용 금지의 원칙을 재확인하는 규정에 불과하다고 생각된다. 그리고 동조 제3항의 규정⁵⁹⁾과 동조 제4항이 준용하는 공동저작물의 저작인격권 행사에 대한 규정인 제15조 제2항과 제3항⁶⁰⁾의 규정을 살펴보면 민법상 조합 규정과 매우 유사한 규정을 두고 있음을 확인할 수 있다. 즉, 권리 행사를 위한 대표자를 선임할 수 있고, 지분의 포기가 가능하고 상속자가 없는 경우 민법의 규정에 따라 해당 지분이 국고로 귀속되는 것이 아니라(민법 제1058조 제1항) 다른 공동소유자에게 귀속되는 것으로 정하고 있다.

이러한 저작권법의 개별적 규정을 통해서 보면 산업재산권보다는 훨씬 준합유적인 성격을 강하게 가지고 있기는 하지만 지분을 포기할 수 있다고 규정을 하고 있을 뿐 지분의 자유로운 처분행위 중 하나인 분할청구가능성 자체는 열어 두고 있기 때문에 준공유적인 성격이 여전히 남아있는 것을 확인할 수 있다. 이에 따라 생각해 보면 앞에서 언급한 산업재산권에서의 논의와 마찬가지로 저작권도 그 법적 성질은 민법상 준공유에 해당한다고 생각된다. 왜냐하면 먼저 공동의 목적을 가지고 창작을 하는 것은 인정이 되지만 우리 민법상 합유 규정의 취지 등을 고려해보면 단지 창작행위를 한다는 것 그 자체가 어떠한 공동의 사업을 영위할 목적으로 한 것이라고 보기는 어려울 것이기 때문이다. 또한 그 개

58) 제48조 (공동저작물의 저작재산권의 행사)

① 동저작물의 저작재산권은 그 저작재산권자 전원의 합의에 의하지 아니하고는 이를 행사할 수 없으며, 다른 저작재산권자의 동의가 없으면 그 지분을 양도하거나 질권의 목적으로 할 수 없다. 이 경우 각 저작재산권자는 신의에 반하여 합의의 성립을 방해하거나 동의를 거부할 수 없다.

59) 제48조 ③ 공동저작물의 저작재산권자는 그 공동저작물에 대한 자신의 지분을 포기할 수 있으며, 포기하거나 상속인 없이 사망한 경우에 그 지분은 다른 저작재산권자에게 그 지분의 비율에 따라 배분된다.

60) 제15조(공동저작물의 저작인격권)

② 공동저작물의 저작자는 그들 중에서 저작인격권을 대표하여 행사할 수 있는 자를 정할 수 있다.

③ 제2항의 규정에 따라 권리를 대표하여 행사하는 자의 대표권에 가하여진 제한이 있을 때에 그 제한은 선의의 제3자에게 대항할 수 없다.

인 간에 어떠한 계약관계 없이 합유로 보는 것은 우리 민법이 공유를 원칙으로 하고 있는 점에 비추어보면 부당하다고 보이기 때문이다. 다만, 산업재산권보다 더 권리자 간의 이익균형에 신중을 기하는 입법을 보인 것은 저작권법은 무방식주의를 취하고 있어서 외부적으로 누가 권리자인지 공시가 되지 않아서 공동저작물에 대해서는 대외적으로 권리자를 표상하여 이용자의 이익을 보호해줄 필요가 있고, 그 권리가 저작인격권과 저작재산권으로 나뉘어 있어서 인격적 이익의 도모도 고려하여야 하기 때문이라고 생각된다. 결국 이러한 문제점들이 있어서 민법상 규정보다 보다 엄격한 권리행사를 정한 것일 뿐 그 본질적인 성격은 민법상 준공유라는 점은 변함이 없을 것이라고 생각된다.⁶¹⁾

IV. 대상 판결의 의의

위와 같은 관점에서 대상 판결을 바라보자. 결국 대상판결은 산업재산권의 공동소유의 법적성질에 관하여 기존 대법원 판례가 상표권과 기타 산업재산권을 나누어 판단하는 듯한 태도를 보인 것을 2004년 상표권에 대한 판례(2002후 567)와 같은 취지로 정리하면서 민법상 공유 규정을 준용할 수 있다고 해석하여, 이를 사실상 민법상 준공유에 해당하거나 최소한 그에 가깝다고 본 것이라고 할 수 있다.⁶²⁾ 이는 개인의 재산권의 처분을 제한하는 정도가 강한 준합유로

61) 이에 따라 각주 40)에서 언급했던 사후적으로 저작재산권이 공유로 되는 경우에도 그 공유관계의 법적 성질은 민법상 준공유가 원칙이라고 생각된다. 다만, 산업재산권의 경우와 마찬가지로 당사자들 사이에 별도의 특약이 존재한다면 준합유도 될 수 있다고 생각된다.

62) 최근 선고된 특허를 받을 수 있는 권리가 공유인 경우에 있어서 지분관계 산정 방법에 대한 대법원 2014. 11. 13. 선고 2011다77313, 77320 판결에서 대법원이 “특허를 받을 수 있는 권리 역시 재산권이므로 그 성질에 반하지 아니하는 범위에서는 민법의 공유에 관한 규정을 준용할 수 있다고 할 것이다.”라고 선언하면서 이러한 태도를 다시 나타낸 것이라고 볼 수도 있다. 그런데 사실 지분 비율 추정에 대해서는 민법상 합유쪽이나 조합에서 별다른 규정을 두지 않고 민법 제271조 제2항에서 “합유에 관하여는 전항의 규정 또는 계약에 의하는 외에 다음 3조의 규정에 의한다.”라고 하여 합유관계에서도 공유관계와 동일하게 민법 제262조 제2항에 의하여 지분 비율을 균등한 것으로 추정하게 된다. 따라서 위 판결은 민법상 공유에 관한 규정을 준용할 수 있다는 선언에 불과할 뿐 구체적으로 준공유에 해당한다고 선언한 것이라고 보기는 어렵다고 보인다. 다만 대상판결의 태도와 같이 본다면 ‘합유적인 성질을 가진 공유관계’라는 전제를 가지고 대법원이 논지를 전개한 것이라고 추측할 수 있다.

그리고 이와 동시에 대법원이 대상 판결을 전원합의체 판결로 내지 않아서 기존 판결을 폐기하지는 않

해석할 경우 다른 지분권자의 이익을 보호할 수는 있기는 하지만, 개인의 재산권에 대한 과도한 제한이 발생할 수 있다는 법정정책적 관점이 어느 정도 반영된 것이라고 보인다.⁶³⁾

다만, 대상 판결이 산업재산권을 민법상 준공유에 해당하는 것처럼 해석함에 따라 앞으로 문제점이 발생할 수 있는 영역이 존재한다. 이하에서는 이를 살펴 보도록 한다.

먼저, 무효심결에 대한 심결취소소송이 고유필수적 공동소송에 해당할 수 있을지에 대한 것이다. 앞에서 언급한 대법원 판단 중에 이 부분에 대해서는 과거 판결인 81후43과 2002후567 판결의 견해가 엇갈린 것처럼 보일 수 있다. 왜냐 하면 대상판결에서 심결취소소송이 필수적 공동소송에 해당하는지에 대하여는 견해가 일치하지만 전자는 준합유라고 판단한 이후에 언급한 것이어서 고유필수적 공동소송에 해당하는 것으로 보았고, 후자는 준합유라고 판단하여서 유사 필수적 공동소송에 해당하는 것으로 보았기 때문이다. 구체적으로 먼저 81후43 판결에 있어서는 공동소유자 중 1인이 무효심결에 대한 항고소송을 제기한 것에 대하여 “이런 때에는 심판의 목적인 법률 관계의 성질상 심판절차는 공동당사자의 전원에 대하여 동일하게 진행되어야 할 것이니 공동당사자의 1인의 심판절차에 관한 행위라도 그 전원에게 이익이 되는 것은 그 전원에게 대하여 효력이 있다고 할 것이다.”라고 판시하였다. 그리고 이러한 견해는 2002후567 판결에서 “상표권의 공유자가 그 상표권의 효력에 관한 심판에서 패소한 경우에 제기할 심결취소소송은 공유자 전원이 공동으로 제기하여야만 하는 고유필수적 공동소송이라고 할 수 없고, 공유자의 1인이라도 당해 상표등록을 무효로 하거나 권리

았는데 이는 앞서 언급한 바와 같이 단순히 기존에 마치 산업재산권의 공유가 민법상 준합유인 것처럼 해석될 수 있던 판결들에서는 명확하게 ‘합유’라고 실시하지 않고 ‘합유적인 성격’을 가진 것이라고 실시하였기 때문이다.

63) 한편, 우리 지식재산권법에 있어서 영향력이 강한 일본에서는 산업재산권이나 저작권에 대하여 대금분할에 의한 분할청구를 인정하는 것이 통설적인 입장으로 보이는데(中山信弘, 特許法, 弘文堂, 2012, 305면; 中山信弘, 著作權法, 有斐閣, 2014, 226면 등 참조), 이는 일본 물권법상에는 공동소유 형태로 공유만을 규정하고 있어서, 모든 공동소유 관계에 공유물분할청구 규정이 적용될 수 있게 해주었기 때문이다. 이에 따라, 일본에서는 대상 판결과 같은 분쟁은 발생할 여지가 없다고 보인다. 사실 합유나 총유를 개별적인 형태로 규정하는 입법 형태는 전 세계적으로 일반적인 것은 아니어서, 우리 민법이 ‘독일민법보다 더 독일적’이라는 평가를 받고 있음은 앞에서 언급한 바와 같다.

행사를 제한·방해하는 심결이 있는 때에는 그 권리의 소멸을 방지하거나 그 권리행사방해배제를 위하여 단독으로 그 심결의 취소를 구할 수 있다 할 것”이라고 판시하였다. 그런데 이와 같은 결론을 대상판결에서 산업재산권은 민법상 준공유에 해당한다고 판단한 것에 비추어보면, 81후43 판결은 단순히 준합유에 해당하는 것처럼 판시한 다음 필수적 공동소송에 해당한다고 언급한 것이어서, 이를 해석할 때 고유필수적 공동소송에 해당하는 것처럼 기존에 생각해 왔던 것에 불과한 것이라고 할 수 있다. 따라서 적어도 무효심결에 대한 심결취소소송은 2002후567 판결과 같이 해석하여 유사필수적 공동소송이라고 보는 것이 타당할 것이다.⁶⁴⁾

또 다른 문제는 대상 판결이 단순히 사례판결에 불과할 수 있다는 의구심이 생길 수 있다는 점이다. 즉, 대상 판결은 구체적인 사례에서의 공평을 기하기 위한 판단일 뿐 이를 일반화 할 수는 없다는 주장이 있을 수 있다. 이 점에 대해서는 2000년대 이후 대법원 판결의 흐름은 일정하게 민법상 준공유에 해당하는 것처럼 판단하는게 주류였고, 이와 다르게 판단한 2011마2412 결정을 미공간 판결로 둔 것에 비추어보면 대법원이 이제는 산업재산권의 공유 관계를 민법상 준공유라고 판단하기로 한 것이라고 볼 수 있어서 대상 판결은 단순한 사례판결이 아니라 이제 2000년대 이후의 견해에 대하여 상표권에만 적용하는 것처럼 생각되지 않도록 정리한 것이라고 생각된다.

마지막 문제는 대상판결에 따라 공유물에 대한 대금분할을 할 때의 구체적인 실천방안에 대한 것이다. 공유물에 대한 대금분할을 할 때에는 경매의 수단을 사용하게 된다(민법 제269조 제2항). 그런데 산업재산권을 경매를 한다면 필연

64) 필자의 견해와 달리 산업재산권의 공동소유를 민법상 준합유로 보더라도 무효심결에 대한 심결취소소송은 보존행위로 보아서 지분권자 각자가 소제기를 할 수 있다고 하여야 할 것이다(민법 제272조 후문). 이는 보존행위에 대한 개념을 목적물의 멸실·훼손을 방지하고 그 현상을 유지하기 위하여 하는 사실상·법률상 행위를 의미하는 것으로 보기 때문에(곽윤직 대표편집, 앞의 책(주 8), 574면 [민일영 집필부분] 참조), 무효심결이 확정될 경우 공유 목적물인 산업재산권이 소멸하는 결과를 초래되기 때문에, 다른 지분권자와의 의사연락이 닿지 않아서 자신의 권리가 소멸되는 부당한 상황을 막기 위한 행위로서의 일부 지분권자의 심결취소소송에서의 소송행위는 보존행위로 보는 것이 타당하다고 생각된다. 그리고 이러한 소송은 법률관계의 합일적 확정필요성은 있기 때문에 유사필수적 공동소송에 해당한다고 볼 수 있다(비슷한 견해로, 윤기승, “공동심판의 심결에 대한 취소소송에서의 당사자적격”, 지식재산연구, 제4권 제3호(2009), 한국지식재산연구원, 20-22면).

적으로 가치평가가 이루어져야 할 것인데 이에 대하여 아직까지 유체물의 경우와 달리 보편적으로 통용 가능한 구체적인 방법이 마련되어 있지 아니한 점이 문제로 된다.⁶⁵⁾ 최근 지식재산권 가치평가에 대한 연구가 지식재산권 담보 등과 관련하여 이루어지고 있으나⁶⁶⁾ 이러한 연구 결과를 토대로 바로 현실에서 실천적인 가치평가를 하기까지는 남아있는 과제가 많은 상황이다. 또한, 산업재산권을 경락받은 자가 이를 실시하기 위해서는 설비를 별도로 갖추어야 한다는 점에서 고부가가치의 산업재산권이 아니라면 경매가 잘 이루어지지 않아서 수차례 유찰될 수 있어서 환가가 더해진다면 지분권자가 생각하는 만큼의 환가가 이루어지지 않을 수도 있다. 그리고 만일 대상 산업재산권에 통상실시권자나 전용 실시권자 등 제3의 이해관계인이 있다면 더욱 그 권리를 매각하는 과정에서 복잡한 문제가 발생할 수 있고 또한 그 이후 이해관계인과 경락인 간에 분쟁이 발생할 소지도 존재한다. 이에 따라 향후 이 점에 대한 실무적인 연구가 속행되어야만 대상판결에서 선언한 대금분할을 합리적으로 운용할 수 있을 것으로 보인다. 왜냐하면 대상판결과 같은 태도가 앞으로도 견지된다면 산업재산권뿐만 아니라 저작권을 포함한 지식재산권 일반에 대해서도 권리 공유의 법적 성격이 민법상 준공유로 판단되어서 분할소송 등이 제기될 수 있기 때문이다.

65) 기존에 구체적인 경매실무와 관련한 논문으로, 박종학, “특허권에 대한 경매절차”, 민사집행법연구, 제4권(2008), 한국민사집행법학회, 2008, 89-115면이 있다. 이 논문에서 104면 67면 각주에서 특허권에 대한 평가방법을 세 가지 소개하고 있는데, 가장 선호되는 수단으로 수익접근법을 소개하고 있다. 그러나 이 논문에서도 구체적인 사례에서 어떻게 가치 평가를 하여 매각 대금을 설정할 수 있는지 등에 대한 방법은 논하고 있지 아니하다.

66) 가령, 김용길, “지적재산권의 담보활용 방안에 관한 고찰”, 동아법학, 제51호(2011), 동아대학교 법학연구소, 441-472면; 박철일, “지식재산권 담보설정계약 당사자의 권리와 의무”, 지식재산연구, 제8권 제3호(2013), 한국지식재산연구원, 16-26면; 손승우, “UNCITRAL 지적재산권 담보 논의와 국내 입법 방향”, 법학논총, 제32권 제2호(2008), 단국대학교 법학연구소, 3-25면; 최병규, “지적재산권 가치평가와 거래에 대한 연구”, 산업재산권, 제10호(2001), 한국산업재산권법학회, 131-145면; 최승재, “지식재산권 가치평가와 경쟁법”, 산업재산권, 제39호(2012), 한국산업재산권법학회, 1-46면 등이 그 예라고 할 수 있다.

참고문헌

〈국내 단행본〉

- 곽윤직 대표편집, 민법주해(V), 박영사, 1992.
 _____, 민법주해(XVII), 박영사, 1997.
 곽윤직, 물권법, 박영사, 2004.
 김상용, 물권법, 화산미디어, 2013.
 김원준, 특허법, 박영사, 2001.
 김준호, 물권법, 법문사, 2013.
 김증한·김학동 공저, 물권법, 박영사, 1998.
 김홍엽, 민사소송법, 박영사, 2013.
 박성호, 저작권법, 박영사, 2014.
 박종두, 물권법, 삼영사, 2010.
 송덕수, 물권법, 박영사, 2014.
 송영식 외 6인 공저, 지적소유권법(상), 육법사, 2013.
 양창수, 민법연구, 제6권, 박영사, 2001.
 오승종, 저작권법, 박영사, 2013.
 윤선희, 특허법, 법문사, 2012.
 _____, 상표법, 법문사, 2014.
 윤철홍, 물권법, 법원사, 2013.
 이상경, 지적재산권소송법, 육법사, 1998.
 이시윤, 신민사소송법, 박영사, 2013.
 이영준, 새로운 체계에 의한 한국민법학[물권편], 박영사, 2004.
 이해완, 저작권법, 박영사, 2012.
 정상조 편, 저작권법 주해, 박영사, 2007.
 정상조·박성수 공편, 특허법 주해(I), 박영사, 2010.
 천효남, 특허법, 법경사 21c, 2006.
 호문혁, 민사소송법, 법문사, 2013.

〈해외 단행본〉

Peter Drahos, *A Philosophy of Intellectual Property*, Dartmouth Pub Co, 1996.

中山信弘, 特許法, 弘文堂, 2012.

中山信弘, 著作權法, 有斐閣, 2014.

〈국내 학술지〉

강명구, “특허권 공유에 관한 소송에 있어서 원고 적격에 관하여”, 과학기술법연구, 제16집 제2호(2010), 한남대학교 과학기술법연구소.

강신하, “특허권 공유의 성립 및 법적 성질과 관련된 제문제”, 중앙법학, 제11집 제3호(2009), 중앙법학회.

고영수, “공유특허권의 실시와 실시허락”, 지식재산연구, 제1권 제1호(2006), 한국지식재산연구원.

김용길, “지적재산권의 담보활용 방안에 관한 고찰”, 동아법학, 제51호(2011), 동아대학교 법학연구소.

박종학, “특허권에 대한 경매절차”, 민사집행법연구, 제4권(2008), 한국민사집행법학회.

박현일, “지식재산권 담보설정계약 당사자의 권리와 의무”, 지식재산연구, 제8권 제3호(2013), 한국지식재산연구원.

손승우, “UNCITRAL 지적재산권 담보 논의와 국내 입법 방향”, 법학논총, 제32권 제2호(2008), 단국대학교 법학연구소.

신혜은, “특허권의 공유에 관한 비교법적고찰 및 실무상 유의점”, 산업재산권, 제23호(2007), 한국산업재산권법학회.

윤기승, “공동심판의 심결에 대한 취소소송에서의 당사자적격”, 지식재산연구, 제4권 제3호(2009), 한국지식재산연구원.

윤진수, “공동소유에 관한 민법 개정안”, 민사법학, 제68호(2014), 한국민사법학회.

정상조, “저작권의 공동보유”, 법학, 제40권 제2호(1999), 서울대학교 법학연구소.

조영선, “특허권 공유의 법률관계 - 특허법 제99조의 해석론과 입법론”, 법조, 제654호(2011), 법조협회.

최병규, “지적재산권 가치평가와 거래에 대한 연구”, 산업재산권, 제10호

(2001), 한국산업재산권법학회.

최승재, “지식재산권 가치평가와 경쟁법”, 산업재산권, 제39호(2012), 한국산업
재산권법학회.

〈학위논문〉

최지경, “지적재산권의 공동소유 관계에 관한 비교법적 고찰”, 고려대학교, 석사,
2009.

〈인터넷 자료〉

국립국어원 표준국어대사전, <<http://stdweb2.korean.go.kr/main.jsp>>, 검색
일: 2015. 2. 27.

A Study on the Legal Nature of the Joint Ownership of Industrial Property Rights

- Korean Supreme Court Decision 2013Da41578
delivered on August 20, 2014 -

Woo, Won-Sang

Abstract

Article 278 of Korean Civil Act (Quasi-joint Ownership) said “The provisions of this Section shall apply mutatis mutandis to property rights other than ownership.” The problem is the legal nature of the co-ownership in the industrial property right. The possibility of partition claim is the one of that. Korean Supreme Court made a decision that admitted that possibility at August 20, 2014.

This paper studies on the legal nature of industrial property rights by several factors and we shortly review the character of joint ownership of copyright. Finally, we examine the problem which could occur by this decision of Korean supreme court and what is needed as a further research.

Keywords

joint ownership of industrial property rights, joint ownership of copyright, quasi-joint ownership, partition claim, history of intellectual property rights