

지적재산권에 관한 헌법 제22조 제2항의 의미와 내용

박 성 호*

<目 次>

- | | |
|------------------------------------|--------------------------|
| I. 서 론 | III. 헌법 제22조 제2항의 체계적 이해 |
| II. 헌법 제23조의 재산권 보장규정과 지적 재산권과의 관계 | IV. 마치면서 |

I. 서 론

1. 지적재산권의 의의

지적재산권(intellectual property)을 일반적으로 정의한다면 인간의 지적·정신적 활동의 산산으로서의 창작물과 영업상의 표지에 대한 절대적 지배권의 총칭이다. 지적·정신적 활동의 창작물이란 내용에 가치가 있는 새로운 정보의 창출이라 할 수 있고, 영업상의 표지란 그 표지에 내재되어 있는 영업상의 신용을 상징하는 것으로서 이는 소비자가 영업자에 관하여 갖고 있는 신용에 관한 정보를 말하며, 이것은 시장에서의 행동을 원활하게 하는 정보를 말하는 것이다. 요컨대, 지적재산권은 가치 있고 유용한 정보를 보호하는 것이라고 말할 수 있다.¹⁾ 지적재산권은 지적소유권이란 용어와 혼용되기도 하고, 또 독일의 Joseph Kohler의 명명에서 유래한 무체재산권(Immaterialgüterrecht)이란 명칭으로 불리기도 하지만, 최근에는 지적재산

* 한양대 법대 교수, 법학박사, 변호사

1) 中山信弘, “知的財産制度の新しい動き”, 「日本法のトレンド」, 有斐閣, 1993, 227면 이하 참조.

권이란 용어를 사용하는 것이 일반적이다.

이러한 지적재산권은 통상 특허권·실용신안권·디자인권·상표권 등의 산업재산권과 저작권의 두 가지 유형으로 크게 나누어진다. 지적재산권은 저작물·발명·고안·디자인·상표 등의 지적재산을 타인의 경합적 이용을 배제하고 독점·배타적으로 이용할 수 있는 재산권이다. 이러한 배타적이고 독점적 지배는 소유권과 유사한 성질을 가지지만, 소유권의 객체가 일정한 동산·부동산과 같은 유체물인데 반하여 지적재산권은 그 객체가 무형적인 사상의 표현·발명·고안·디자인 또는 영업상의 표지와 같은 관념적인 무체물이라는 점에서 큰 차이점이 있다.²⁾ 그런데 이러한 지적재산권 중 저작권, 특허권, 실용신안권, 디자인권은 전술한 것처럼 인간의 지적·정신적 창작활동에 의한 창작물을 보호하고 있는 것임에 반하여, 상표·서비스마크 등은 산업활동에서의 식별표지에 관한 권리로서 그 보호객체는 영업상의 표지이지만 그 진정한 보호대상은 그 표지에 화체되어 있는 영업상의 신용이기 때문에 인간의 지적·정신적 창작물을 보호하는 것이라고는 말할 수 없다. 이러한 이유 때문에 저작권, 특허권, 실용신안권, 디자인 등과 같이 지적재산권의 보호대상이 인간의 지적·정신적 활동에 의한 창작물인 경우를 創作法이라 하고, 상표나 서비스마크 등과 같이 그 보호대상이 인간의 지적·정신적 창작물이 아니라 영업상의 표지에 화체된 영업상의 신용인 경우를 標識法이라 한다.³⁾

이와 같이 지적재산권법을 창작법과 표지법으로 분류하는 것은 후술하는 것처럼 헌법 제22조 제2항의 규범적 의미를 체계적으로 이해하는 데에 유용한 관점을 제공해준다.

2. 지적재산권의 헌법적 보장에 관한 논의의 필요성

지적재산권도 재산권의 일종이므로 우선 헌법 제23조의 재산권 보장규정과 관련이 있다. 그런데 우리 헌법은 재산권 보장규정과 별도로 제22조 제2항에 저작자·발명가·과학기술자·예술가의 권리보호 규정을 두고 있기 때문에, 지적재산권의 헌법적 보장문제와 관련해서는 좀더 체계적인 접근과 이해를 필요로 한다. 이에 관한 국내 헌법 학자들의 본격적인 논의는 아직 이루어진 바 없고,⁴⁾ 지적재산권법 학자들은 개별 분야의 여러 제도에 관한 입법론이

2) 이에 대해서는, 황적인, “지적소유권의 본질과 지위”, 「경제법·상사법 논집」 손주찬 교수 정년기념, 박영사, 1989, 111면 이하; 정상조 편, 「지적재산권법강의」, 홍문사, 1997, 3면 이하; 紋谷暢男, 윤선희 역, 「무체재산권법개론(제4판)」, 법경출판사, 1991, 31면 이하; 中山信弘, 「工業所有權法 上(第2版 増補版)」, 弘文堂, 2000, 11면 이하 각 참조.

3) 中山信弘, 앞의 책, 11면 이하; 水野忠恒 編, 「現代法の諸相」, 放送大學教育振興會, 1995, 72면 이하(玉井克哉 집필부분) 각 참조.

4) 이에 관한 헌법 학계의 맹아적 논의로는, 이강혁, “정신적 재산권의 헌법적 보장: 저작권을 중심으로”, 「고시연구」(1986. 10.) 및 육종수, “헌법상 무체재산권의 보장”, 「공법연구」 제15집(1987)이 있으나 학술사적인 의미만이 있을 뿐이다. 최근의 논의로는 박민영, “미국 연방헌법상 지적재산권 조항과 소프트웨어의 법적 보호”, 「미국헌법연구」 제12호(2001. 6.)가 있지만 연혁적인 전개 상황을 열거하는 것에 그

나 해석론에 집중한 나머지 지적재산권의 헌법적 보장에 관한 문제의식은 아직 희박한 형편이다.⁵⁾ 이 논문은 지적재산권법 전공자의 관점에서 제기하는 최초의 문제 제기라고 할 수 있는데, 특히 전술한 創作法의 유형에 속하는 지적재산권을 핵심 개념으로 삼아 헌법 제22조 제2항의 규범적 의미를 해명하고자 시도한다는 점에서 그 의의를 발견할 수 있을 것으로 생각한다.

II. 헌법 제23조의 재산권 보장규정과 지적재산권과의 관계

1. 헌법 제23조의 재산권 개념

헌법 제23조가 보장하는 재산권의 내용과 한계는 법률로 정해지기 때문에(제1항 2문) 재산권의 범위는 그 시대의 사회적 관념에 따라 재산권을 구체화하는 입법 작용에 의하여 정해지는 것이고 그 절대적 개념은 존재하지 않는다고 설명된다.⁶⁾ 그러나 통상적으로 헌법이 보장하는 재산권(Eigentum)은 '사적인 유용성(Privatnützigkeit)'과 임의적인 처분기능(Verfügungsbefugnis)이 인정되는 모든 재산 가치 있는 권리를 의미한다고 정의된다.⁷⁾ 우리 헌법재판소도 재산권이란 "민법상의 소유권뿐만 아니라 재산적 가치 있는 사법상의 물권, 채권 등 모든 권리를 포함하며, ...공법상의 권리도 포함된다"고 한다.⁸⁾ 그러므로 이러한 개념 정의에 따르면, 저작권이나 특허권, 상표권 등과 같은 '정신적 재산권(geistiges Eigentum)'도 헌법이 보장하는 재산권에 포함됨은 물론이다. 그래서 제기되는 문제가 우리 헌법 제23조의 재산권 보장 규정과 제22조 제2항이 규정하는 '저작자·발명가·과학기술자·예술가의 권리' 보호 규정과의 관계 정립이다.

2. 헌법상 재산권 보장 규정에 의한 지적재산권의 보호

비교헌법적으로 고찰할 때에 후술하는 것처럼 우리 헌법 제22조 제2항과 같은 지적재산권

치고 있다.

- 5) 이에 관하여 상사법(특히, 보험법) 전공자가 제기한 논의로, 최병규, "지적재산권과 헌법의 관계", 「지적재산권」 제6호(2005. 2.)가 있지만, 양자의 관계를 단순히 병렬적으로 거론하고 있을 뿐이다.
- 6) 홍성방, 「헌법학(개정3판)」, 현암사, 2006, 520면.
- 7) 허영, 「헌법이론과 헌법(신정11판)」, 박영사, 2006, 594면.
- 8) 헌재 2000. 6. 29. 선고 99헌마289 결정. 그 밖에도 헌재는 "헌법이 보장하고 있는 재산권은 경제적 가치가 있는 모든 공법상·사법상의 권리를 뜻하고, 그 재산적 가액의 다과를 불문한다"(헌재 1992. 6. 26. 선고 90헌바26 결정)고 하고, 또 상속인의 상속권도 재산권에 포함된다고 한다(헌재 1998. 8. 27. 선고 96헌가22 결정).

에 관한 헌법적 보장 규정을 두고 있는 국가는 예외에 속한다. 오히려 대부분의 나라들의 재산권 보장 규정만을 두고 있을 뿐이고, 이러한 재산권 보장 규정에 의해 지적재산권에 관한 전반적인 보호가 이루어진다고 설명한다. 이에 관한 독일과 일본의 헌법학계 논의를 살펴보면 다음과 같다.

독일 기본법 제14조(재산권, 상속권, 공용수용) 제1항은 “재산권 및 상속권은 이를 보장한다. 그 내용 및 제한은 법률로 정한다”고 규정하고 있다. 제14조 제1항 1단이 의미하는 재산 개념에는 私法上의 모든 재산적 가치가 있는 권리가 포함되는데, 이는 바이마르 헌법 제153조에 대한 논의의 성과라고 한다. 즉, 19세기에는 물적 재산권의 보호, 특히 토지소유권의 보호가 경제적 생존의 보장을 위한 중요한 경제적 기초이었지만, 오늘날에는 금전적 소유권이나 그 밖의 재산적 권리에도 마찬가지로 의의가 인정되기 때문이라고 한다.⁹⁾ 따라서 토지소유권 외에 이러한 재산권에 속하는 것에는 저작권,¹⁰⁾ 특허권,¹¹⁾ 상표권¹²⁾ 등과 같은 지적재산권도 이에 해당한다고 설명한다.¹³⁾

일본의 明治憲法 제27조는 “일본 臣民은 그의 소유권이 침해받지 않으며, 공익을 위하여 필요한 처분은 법률이 정하는 바에 의한다”고 규정하였다. 이러한 명치헌법의 소유권 분위의 표현과는 달리 현행 일본 헌법 제29조는 “재산권은 이를 침해해서는 안 된다”(제1항), “재산권의 내용은 공공의 복지에 적합하도록 법률로 이를 정한다”(제2항)고 규정함으로써 소유권 이외에 재산적 권리도 그 대상으로 하고 있음에 의문의 여지가 없다고 한다. 재산권이란 개인이 갖는 구체적인 재산상의 권리를 보장하는 것을 말하지만, 다른 한편 객관적으로는 추상적인 제도, 즉 사유재산제를 보장하는 것을 말한다고 한다. 개인의 개별적이고 구체적인 권리로써의 재산권 중에는 소유권이나 그 밖의 물권, 채권 외에 특허권, 저작권 등의 무체재산권, 광업권, 어업권 등의 특별법에 의한 권리나 일정한 영업상의 이익까지 다양한 것을 포함한다고 하는데, 이것이 일본의 통설이라고 한다.¹⁴⁾

9) Bodo Pieroth/Bernhard Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, C.F. Müller Verlag, 1999, Rd. 903; 永田秀樹·松本和彦·倉田原志 譯, 「現代ドイツ基本權」, 法律文化社, 2001, 326면.

10) BVerfGE 79, 29/40.

11) BVerfGE 36, 281/290.

12) BVerfGE 51, 193/217.

13) Bodo Pieroth/Bernhart Schlink, a.a.O., Rd. 904; 永田秀樹·松本和彦·倉田原志 譯, 앞의 책, 324면.

14) 樋口陽一 外, 「注釋 日本國 憲法 上」, 青林書院, 1984, 제29조 부분(中村睦男 집필부분); 栗城壽夫, “憲法と財産權”, 「公法研究」 第51号, 1989, 63면 이하; 山下健次·畑中和夫 編, 「憲法入門」, 法律文化社, 1996, 111면(中島茂樹 集필부분) 이하 각 참조.

III. 헌법 제22조 제2항의 체계적 이해

1. 입법적 연혁

우리 건국 헌법은 그 제14조 후단에서 “저작자, 발명가와 예술가의 권리는 법률로써 보호한다”고 규정하였으며, 1962년 제3공화국 헌법 제19조 제2항에서 이것을 별도의 항으로 규정 한 이래 현행 헌법 제22조 제2항에 이르기까지 그대로 계승되고 있다.¹⁵⁾ 지적재산권을 별도로 규정하고 있는 입법례는 많지 않은 데, 우리 헌법이 위 조항을 규정한 의미를 적극적으로 평가하는 견해에 따르면 우리 헌법은 지적재산권의 중요성을 깊이 인식하여 위와 같은 조항을 둔 것이라고 설명한다.¹⁶⁾

헌법상 지적재산권의 보장에 관하여 별도의 규정을 둔 입법례는 미국 헌법 제1조 제8항 제8호, 1919년 독일 바이마르 헌법 제158조, 구소련 헌법 제47조, 구동독 헌법 제11조 등이다. 독일 기본법, 일본 헌법을 비롯한 대부분의 국가들은 별도의 지적재산권 보장규정을 두지 않고 일반 재산권 보장 조항에 의하여 보호하고 있다.¹⁷⁾ 지적재산권의 보장에 관한 별도의 규정을 둔(또는 두었던) 각국의 헌법 조항들을 살펴보면, 먼저 미국 헌법 제1조 제8항 제8호는 “일정한 기간 동안 저작자와 발명가에게 저작과 발명에 관한 배타적 권리를 보유하게 함으로써 과학과 유용한 예술의 진보를 촉진하는 것”에 관한 권한을 미 연방의회가 가진다고 규정한다. 독일 바이마르 헌법 제158조는 “정신적 勞作과 저작자, 발명가 및 예술가의 권리는 독일국의 보호를 받는다”(제1항), “독일의 학술, 예술 및 기술의 창작물은 국가간의 합의에 따라 외국에서도 유효하게 보호되어야 한다”(제2항)고 규정한 바 있다. 또한 구소련 헌법 제47조 후단은 “작가, 발명가, 합리화제안자의 권리는 법률에 의해 보호된다”고 규정하였고, 구동독 헌법 제11조는 “저작권과 발명특허권은 사회주의 국가의 보호를 받는다”고 규정하였다.¹⁸⁾

이러한 헌법 규정들 중에서 비교헌법상 중요한 의미를 가지는 것은, 미국 헌법 제1조 제8항 제8호와 바이마르 헌법 제158조 라고 할 수 있다. 우리나라는 미국 헌법과 독일 바이마르 헌법의 이러한 조항들로부터 영향을 받아 건국 헌법 이래 현행 헌법 제22조 제2항에 이르기까지 지적재산권에 관한 보장 규정을 둔 것으로 생각된다.¹⁹⁾ 그 중에서 특히 바이마르 헌법

15) 다만, 1987년 제정된 현행 헌법에 이르러 과학기술자를 추가하여 “저작자, 발명가, 과학기술자와 예술가의 권리는 법률로써 보호한다”고 규정하고 있다.

16) 육종수, “헌법상 무체재산권의 보장”, 「공법연구」 제15집, 1987, 142면.

17) 육종수, 앞의 논문, 138~141면 참조.

18) 육종수, 앞의 논문, 139~140면.

19) 바이마르 헌법이 우리 건국헌법에 미친 영향 전반에 관한 고찰로는, 김효전, “한국헌법과 바이마르 헌

은 우리 헌법의 재산권 일반에 관한 보장 규정인 제23조와 유사한 제153조를 두고 있었다. 바이마르 헌법 제153조는 “소유권은 헌법에 의하여 보장된다. 그 내용과 한계는 법률로 정한다”(제1항), “공용수용은 법률이 정하는 바에 의하여 공공복리를 위한 필요에 한해서만 실시될 수 있다”(제2항), “소유권은 의무를 수반한다. 그 행사는 동시에 공공복리에 적합하여야 한다”(제3항)고 규정하였다. 제153조의 소유권 개념을 둘러싼 논의와 관련하여 물권법학자였던 Martin Wolff는 그의 논저 <제국헌법과 소유권>에서 제153조의 “보장된다”는 의미는 소유권의 제도적 보장을 말한다고 지적하여²⁰⁾ 제도보장론의 개념을 처음으로 제창하였고²¹⁾ “민법상의 의미의 소유권뿐만 아니라 모든 사적 재산권, 예컨대 청구권, 채권, 주식권, 著作權 등도 헌법에서 보장되어야 한다”는 의미로 보아야 한다고 지적한 바 있다.²²⁾

그러면 바이마르 헌법 제153조가 존재함에도 재차 제158조를 규정하면서 ‘저작자’나 ‘발명가’뿐 아니라 ‘예술가’의 권리를 헌법적으로 보호하고자 시도한 이유는 무엇일까. 독일은 괴테나 쉴러, 바하와 베토벤이 탄생한 나라이며, 예술을 尊崇하는 분위기가 매우 강한 나라이다. 이러한 문화적 배경과 아울러 독일은 각 州(란트)마다 독자적인 법률을 제정하는 것이 허용되고 있으므로, 전국적인 수준에서의 표준을 정하기 위하여 각 란트에 대하여 특허권이나 저작권에 관한 규정을 두는 것을 헌법이 제도적으로 보장한 것이라고 설명한다.²³⁾ 또한 자본주의적 경제질서의 보장을 전제로 사회권을 최초로 규정한 바이마르헌법의 법제사적인 특성과 제158조의 법조문 위치 등을 고려하면, 노동력의 보호(제157조), 단결권(제159조), 사회보장(제161조), 노동자에 대한 사회권의 보장(제162조), 노동자의 실업과 생활보호(제163조) 등과 함께 제158조는 ‘정신적 생산자의 보호’에 대한 국가적 배려를 의미하는 社會權의 부류에 속하는 것으로 평가할 수 있다고 한다.²⁴⁾ 특히 제158조는 경제·사회·문화의 여러 영역에 국가가 적극 개입하고자 하는 의도에 따라 규정된 일련의 사회권 조항들 중에서도 文化法的 領域에 속하는 것이라고 설명한다.²⁵⁾

법”, 「공법연구」 제14집, 1986, 7면 이하 참조. 그러나 아쉽게도 이 논문에서는 건국헌법 제14조 후단과 바이마르 헌법 제158조의 관계에 관하여 아무런 언급도 하고 있지 않다.

20) 김상용, 「토지소유권의 법사상」, 민음사, 1995, 314면.

21) 影山日出彌, “ヴァイマル憲法における‘社會權’”, 「基本的人權」第3卷, 東京大出版會, 1968, 국순옥 역음, 「자본주의와 헌법」, 까치, 1987, 91면; 정국원, 「헌법국가와 기본권」, 한국조세신문사, 2002, 163면.

22) M. Wolff, Reichsverfassung und Eigentum, in: Festgabe für W. Kahl, Tübingen 1923, S.3; 윤철홍, 「소유권의 역사」, 법원사, 1995, 119~121면에서 재인용.

23) Christoph Gusy, Die Weimarer Reichsverfassung, Mohr Siebeck, 1997, 그즈이 著, 原田武夫 譯, 「ヴァイマル憲法」, 風行社, 2002, 421면 참조.

24) 影山日出彌, 앞의 논문, 92면 참조.

25) 樋口陽一, 「比較憲法(全訂第3版)」, 青林書院, 1992, 174면. 樋口 교수는 바이마르 헌법의 사회권 조항들을 편의상 경제법적 영역, 생존보장법적 영역, 노동법적 영역, 문화법적 영역의 네 유형으로 나눌 수 있다고 한다(위의 책, 173~174면).

2. 헌법 제22조 제2항의 의미와 내용

(1) 헌법 학계의 논의 상황

이제 헌법 제22조 제2항에 대한 우리 헌법 학계의 논의 상황을 살펴보면 다음과 같다.

우선 이 조항에 의해 저작자·발명가·과학기술자와 예술가의 권리를 보호하고자 하는 것은, 학문과 예술의 자유를 제도적으로 뒷받침해주고 학문과 예술의 자유에 내포된 문화국가 실현의 실효성을 높이기 위해서라고 한다. 또한 이들 권리를 보호하는 것은 학문과 예술을 발전·진흥시키고 문화국가를 실현시키기 위한 불가결한 수단일 뿐 아니라 학자·발명가·과학기술자·예술가의 지적재산권도 보호한다는 의미도 함께 가지고 있다고 한다.²⁶⁾ 현재도 헌법 제22조 제2항에 대하여 “이는 과학·기술의 자유롭고 창조적인 연구개발을 촉진하여 이론과 실제 양면에 있어서 그 연구와 소산을 보호함으로써 문화 창달을 제고하려는 데 그 목적이 있는 것”이며 이에 의한 하위 법률로써 저작권법, 특허법 등이 있는 것이라고 하였다.²⁷⁾ 또한 제22조 제2항은 제23조의 보호 대상인 지적재산권에 대한 특별한 법적 보호의 근거를 마련한 것으로 이해하고,²⁸⁾ 제23조에 의해 보장되는 ‘재산권의 유형과 범위(재산권의 객체)’를 논의함에 있어서 지적재산권을 토지소유권과 함께 병렬적으로 거론하고 있다.²⁹⁾ 이와 같이 제22조 제2항의 의미를 긍정하는 논의가 대부분이지만, 그 문언상의 의미와 관련하여 의문을 표시하는 견해도 있다. 예술가라는 것은 선형적 존재가 아니고 예술가든 과학자든 저작자든 일반국민이든 그의 지적재산권이 모두 동일하게 보호되는 상황에서 예술가, 발명가, 저작자 등의 권리 보호를 명시할 필요가 있는 것인지 반문하면서 헌법 제22조와 같은 문언은 재검토해 볼 필요가 있다는 것이다.³⁰⁾

한편, 헌법 제22조 제2항이 규정하는 ‘저작자·발명가·과학기술자와 예술가의 권리’에서 말하는 ‘권리’의 의미가 무엇인지에 관해서도 논란이 제기된다. 이미 존재하고 있는 권리를 법률로써 확인한다는 의미인지 아니면 새로운 권리의 창설을 법률로서 가능하도록 한다는 의미인지 분명하지 않기 때문이다.³¹⁾

먼저 헌법 제23조의 재산권이 사회권적 성격을 가지는데 대하여, 헌법 제22조 2항의 지적재산권은 자연권적 자유권의 성격이 강하기 때문에 보다 고도의 보호가 요청된다고 주장하면

26) 허영, 앞의 책, 553면.

27) 헌재 1993. 11. 25. 선고 92헌마87 결정.

28) 장영수, 「헌법학(제2판)」, 홍문사, 2007, 755면. 같은 취지로, 홍성방, 앞의 책, 521면 참조.

29) 권영성, 「헌법학원론(개정판)」, 법문사, 2007, 546~547면 참조.

30) 정종섭, 「헌법학원론(개정판)」, 법문사, 2007, 485면.

31) 이러한 논의와 관련한 문제제기에 대해서는, 황적인·정순희·최현호, 「저작권법」, 법문사, 1988, 209면(최현호 집필부분) 이하 참조.

서 지적재산권을 자연법적인 권리로 이해하는 견해가 있다. 이와 함께 지적재산권은 자연권적인 주관적 권리로서의 차원을 넘어서 객관적 법질서로서의 성격도 함께 가지고 있다고 한다. 즉, 지적재산권의 보장은 국민들의 자유로운 사회생활의 물질적인 터전을 확보해 준다는 것이다.³²⁾ 여기서 나아가 제22조 제2항의 권리에 자유권은 포함될 수 있으나, 그 중심이 되는 것은 국가의 지원을 요청하는 급부청구권 및 절차적 보호를 위한 청구권 등 사회권이라고 이해하는 견해도 있다.³³⁾

이에 반하여 제22조 제2항의 권리는 그 성질상 자유권 그 자체는 아니지만, 문화국가의 책무로서 학문과 예술의 연구 및 발전을 도모하고 문화적인 창작을 장려하기 위하여 보호되는 것이라는 견해가 있다.³⁴⁾ 마찬가지로 제22조 제2항의 권리는 엄격히 말해 자유권이 아니지만, 국가가 이들 정신적·문화적·기술적 창작자들의 권리를 법률로써 특히 보장함으로써 문화를 향상시키는데 그 의미가 있다는 견해도 있다.³⁵⁾ 이들 견해는 명시적으로 표명하고 있지는 않지만 지적재산권을 실정법상의 권리로 이해하는 것이 아닌가 생각된다. 나아가 보다 명시적으로 지적재산권은 실정법상의 권리일 따름이고 헌법 이전의 자연법적인 권리가 아니라는 입장을 표명한 견해도 보인다.³⁶⁾ 지적재산권을 포함한 재산권의 내용은 헌법 이전에 정해져 있거나 또는 헌법에 의하여 확정되는 것이 아니라, 법률로써 정해지며 그 법률에 의해 정해진 재산권이 바로 현행 헌법 아래에서 재산권 보장의 대상이 되는 재산권이라는 것이다. 또한 재산권의 내용이 법률에 의해서 정해진다는 함은 법률제정권자인 입법자가 그 재산권에 대한 형성권을 가짐을 의미하며, 다만 헌법 제37조 제2항에서 규정하고 있는 바와 같이 재산권의 본질적 내용을 침해할 수 없다는 것이다.³⁷⁾

(2) ‘저작자·발명가·과학기술자와 예술가의 권리’라는 문언의 지적재산권법적 의미

지적재산권의 관점에서 파악하자면, 헌법 제22조 제2항의 예술가는 저작자의 범주에, 과학기술자는 발명자의 범주에 각 속하는 것으로 이해할 수 있다. 그리고 여기서 말하는 저작자와 발명자란, 개괄적으로 표현하면, 무엇인가 새로운 것을 창작하는 사람을 가리킨다.

저작자란 어떠한 작품(저작물)을 창작한 자를 말하고, 창작을 하였다는 사실로부터 곧바로 저작권이란 권리가 당해 저작자에게 원시적으로 발생한다. 민법의 관점에서 고찰하면, 저작물의 창작이라는 법률사실이 법률요건을 구성하고, 여기서 바로 저작권이란 법률효과가 발생한다.

32) 육종수, 앞의 논문, 134~135면, 142~143면 각 참조.

33) 양건, 「헌법강의 I」, 법문사, 2007, 422면.

34) 김철수, 「헌법학개론(제18전정신판)」, 박영사, 2006, 709면.

35) 홍성방, 앞의 책, 517면.

36) 이강혁, 앞의 논문, 16면.

37) 이강혁, 앞의 논문, 16~17면.

다. 저작물의 창작행위는 법률요건을 구성하는 개개의 법률사실 중에서도 특히 ‘사실행위’에 해당하고,³⁸⁾ 그 중에서도 ‘순수사실행위’에 속한다.³⁹⁾ 이와 같이 창작행위는 정신적·신체적 활동에 의하여 저작물을 만들어 내는 사실행위이기 때문에 自然人만이 이를 행할 수 있고, 언제나 당해 저작물을 실제로 창작한 자연인만이 저작권을 원시적으로 취득한다. 이를 ‘創作者主義(Schöpferprinzip)’라고 한다.⁴⁰⁾ 이를 미학적 관점에서 분석하면, 작품(저작물)은 창작행위를 한 저작자에게 원시적으로 귀속하며, 저작자는 저작물을 지배하게 된다. 작품(저작물)에 대한 저작자의 이러한 관계를 가리켜 ‘작품지배(Werkherrschaft)’라고 부르는데, 작품(저작물)에 대한 지배는 작품(저작물)의 창작이라는 사실행위로부터 도출되는 것이고 작품(저작물)을 개작할 권리도 여기서 유래된다고 한다.⁴¹⁾

발명자의 경우도 마찬가지이다. 발명자란 기술적 사상의 창작인 발명을 실제로 행한 자연인을 말한다. 발명자는 자기가 행한 발명을 그 발명의 완성과 동시에 원시적으로 취득한다.⁴²⁾ 발명도 저작물의 창작과 마찬가지로 민법상 ‘순수사실행위’에 속한다.⁴³⁾ 따라서 ‘특허권을 취득할 수 있는 권리’의 주체는 실제로 발명행위를 한 자연인으로서의 발명자 및 그 승계인에 한하는데, 이러한 원칙을 ‘發明者主義(Erfinderprinzip)’라고 부른다.⁴⁴⁾

이와 같이 저작자와 발명자는 모두 사실행위로서의 창작행위를 행한 자연인을 전제로 하며 이러한 창작행위로부터 권리가 발생하게 된다. 다만, 저작자와 발명자에게 발생하는 권리의 차이는, 저작자의 경우에는 창작과 동시에 바로 저작권이 저작자에게 발생하는데 반하여,⁴⁵⁾ 발명자에게는 특허권이 아니라 ‘특허권을 취득할 수 있는 권리’가 발생할 뿐이므로 특허권을 취득하기 위해서는 특허법 소정의 출원과 심사를 거쳐 등록이 완료되어야 한다는 점이다.⁴⁶⁾ 결국 헌법 제22조 제2항이 규정하는 저작자 및 발명자란 사실행위로서의 창작행위를 행하는

38) 박성호, 「저작권법의 이론과 현실」, 현암사, 2006, 141면.

39) 광운직 편집대표, 「민법주해 II」, 박영사, 1992, 154면(송덕수 집필부분); 이영준, 「한국민법론 총칙편(수정판)」, 박영사, 2004, 142면.

40) K. Fromm/W. Nordemann, Urheberrecht, 8. Aufl., Kohlhammer, 1994, S.102; M. Rehbinder, Urheberrecht, 14. Aufl., C.H. Beck, 2006, S.94.

41) 작품에 대한 저작자의 지배를 의미하는 ‘작품지배(Werkherrschaft)’라는 용어는 독일의 법학자 Ernst E. Hirsch가 처음 사용한 것인데, 그에 따르면 ‘작품지배’란 입법에 의해서 비로소 성립하는 것이 아니라, 사실에 근거를 둔 것이라고 한다. E.E. Hirsch, "Die Werkherrschaft", Persönlichkeit und Technik im Lichte des Urheber-, Film- und Theaterrechts, Ehrengabe für E. Hirsch, Baden-Baden, 1969. Cf. R.S. Zons, "Über den Ursprung des litterarischen Werks aus dem Geist der Autorschaft", in Oelmüller, S.108, Anm. 8; 佐佐木健一, 「作品の哲學」, 東京大出版會, 1985, 248면에서 인용 및 재인용.

42) 中山信弘, 「發明者權の研究」, 東京大出版會, 1987, 204면, 211면 이하 참조.

43) 광운직 편집대표, 앞의 책, 154면(송덕수 집필부분); 이영준, 앞의 책, 142면.

44) 中山信弘, 「工業所有權法 上(第2版 增補版)」, 弘文堂, 2000, 57면 참조.

45) 저작권법 제10조 제2항 참조.

46) 특허법 제2장 특허요건 및 특허출원(제29조 내지 제56조), 제3장 심사(제57조 내지 제78조의2), 제4장 특허료 및 특허등록 등(제79조 내지 86조), 제5장 특허권(제87조 내지 제125조의2) 각 참조.

자연인을 말하는 것이라고 정의할 수 있고, 따라서 제22조 제2항의 규범적 의미는 바로 이러한 창작성을 요건으로 권리가 발생하는 지적재산권을 헌법적으로 보장하려는 것이라고 말할 수 있다. 다시 말해, 헌법 제22조 제2항의 지적재산권적 의미는, 예술가를 포함하는 저작자의 권리는 저작권법에 의해 보호되고, 과학기술자를 포함하는 발명자의 권리는 특허법에 의해 보호된다는 의미이다. 또한, 이것은 발명자의 小發明을 보호하는 실용신안권, 디자인의 창작을 보호하는 디자인권 등이 각 실용신안법, 디자인보호법 등에 의하여 보호된다는 의미이기도 하다. 그러므로 헌법 제22조 제2항은 이 논문의 서론(I.)에서 언급한 인간의 지적·정신적 창작물을 보호대상으로 하는 創作法에 대한 특별한 법적 보호의 근거를 마련한 것이라 할 것이고, 영업상의 표지에 화체된 영업상의 신용을 보호대상으로 하는(즉, 인간의 지적·정신적 창작물을 보호대상으로 하지 않는) 標識法에 대한 법적 보호의 근거는 아니라 할 것이다.⁴⁷⁾ 이와 아울러 1948년 12월 유엔총회에서 채택된 ‘세계인권선언’ 제27조 제2항은 “모든 사람은 자신이 창조한 모든 과학적, 문학적, 예술적 창작물에서 생기는 정신적, 물질적 이익을 보호받을 권리를 가진다”고 규정하고, 1966년 12월 유엔총회에서 채택된 ‘경제적·사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약(A규약)’ 제15조 제1항(c)은 “자기가 저작한 모든 과학적, 문학적 또는 예술적 창작품으로부터 생기는 정신적, 물질적 이익의 보호로부터 이익을 받을 권리”를 가진다고 규정한다. 이와 같이 세계인권선언과 A규약에 의하더라도 인권으로서 보호되는 지적재산권이란 창작성을 전제로 정당화되는 권리라는 점을 확인할 수 있다.⁴⁸⁾

따라서 우리 헌법 제22조 제2항이 저작자, 발명가, 과학기술자와 예술가의 권리를 법률로써 보호하는 이유는 이들이 창작적 행위를 하였기 때문인 것이다. 즉, 비배타적, 비경쟁적 속성을 갖는 公共財로서의 정보를⁴⁹⁾ 私의 獨占化 할 수 있는 권리 부여의 정당화 근거는 바로 ‘창작성’이란 요건에 있다고 할 것이고, 제22조 제2항의 규범적 의미는 이 점을 강조하는 데에서 찾을 수 있다고 할 것이다. 결국 헌법 제22조 제2항은 創作法의 유형의 속하는 지적재산권, 다시 말해 인간의 지적·정신적 창작물을 보호대상으로 하는 지적재산권의 보호를 강조하려는 의도 아래 규정된 조항이라고 이해할 수 있을 것이다.

47) 그러므로 헌법 제22조 제2항에 의해 標識法인 상표법이 보호된다는 설명(가령, 홍성방, 앞의 책, 517면 참조)은 이 조항의 규범적 의미를 오해한 것이라고 말할 수 있다.

48) 이에 관해서는, 박성호, “지적재산권과 인권”, 『과학기술과 인권』, 당대, 2001, 122면 이하 참조.

49) 정보의 공공재로서의 성격을 부각시키는 일례로 Thomas Jefferson이 Isaac McPherson에게 보낸 편지 내용이 흔히 인용된다: “나에게서 어떤 아이디어를 받은 사람은—마치 내 초에서 불을 붙여 가는 사람이 내 초의 불빛을 조금도 어두워지게 하지 않고서도 자신의 초에 불을 밝힐 수 있는 것과 마찬가지로—나의 아이디어를 하나도 해치지 않으면서 그 자신이 가르침을 받을 수 있다.” Paul Goldstein, Copyright, Patent, Trademark and Related States Doctrine, 5th ed., Foundation Press, 2004, p.17에서 재인용.

(3) 지적재산권의 인격적 이익보호의 헌법적 근거

한편, 인간의 지적·정신적 창작활동을 보호하는 경우에는 재산권적 요소 이외에 그 인격적 이익도 보호가 고려되지 않으면 안 된다. 그 전형적인 예가 저작권이다. 저작권은 저작인격권과 저작재산권으로 보호되는데, 전자는 저작자가 자신의 창작물에 대해서 가지는 인격적 이익의 보호를 목적으로 하는 것으로서 이에 공표권, 성명표시권, 동일성유지권의 세 가지가 인정되고(저작권법 제11조 내지 제13조), 후자는 저작자의 재산적 이익을 보호하려는 것으로서 복제권, 공연권, 방송권, 전시권, 배포권 등이 포함된다. 특허권, 실용신안권, 디자인권 등의 산업재산권에 있어서도 그것이 재산권으로 성립되는 과정에 인격권적 요소가 존재하게 되므로, 가령 발명을 완성하게 되면 그와 동시에 이른바 發明者人格權을 취득하게 된다.⁵⁰⁾ 즉, 특허법은 특허출원서에 발명자의 성명표시 의무를 규정하고(특허법 제42조 제1항 제5호), 실용신안권(실용신안법 제8조 제1항 제4호), 디자인권(디자인보호법 제9조 제1항 제6호)의 경우도 이와 마찬가지로이다. 그러나 이는 발명자 등의 성명표시 의무가 법에 규정됨으로써 講學上 인정되는 일종의 반사적 이익에 불과할 뿐이고,⁵¹⁾ 발명자의 인격권 등이 특허법 등에 명문으로 규정되어 있지는 않다.⁵²⁾ 이에 반하여 저작인격권은 명문으로 규정되어 있고 침해자의 행위에 대하여 정지청구권 등의 강력한 권리가 인정되고 있기 때문에(저작권법 제123조), 동일한 인격권이라고는 해도 발명자의 인격권과 저작자의 인격권은 실무에 주는 영향이 전혀 다르다.⁵³⁾

그러므로 인격적 이익의 보호가 명문으로 규정된 저작자의 저작인격권에 관해서만 그 헌법적 근거를 살펴볼 필요가 있다. 독일의 경우에는 1949년 이후 저작권에 관한 입법과 그 이론이 같은 해에 채택된 독일 기본법의 영향을 받아 발전해 왔는데, 기본법 제14조에 의해서는 저작자의 저작재산권이 보장되고, 인간의 존엄성의 불가침성 및 인격보호에 관한 제1조와 제2조 제1항에 의해서는 저작자의 저작인격권이 보장된다고 한다.⁵⁴⁾ 그런데 독일 기본법 제14조 제1항의 규정 내용은 우리 헌법 제23조 제1항과 거의 동일하다.⁵⁵⁾ 그러므로 독일의 해석론을

50) 파리조약은 발명자의 인격권 보호를 국제적으로 도모하기 위해 특허증에 발명자로서 기재될 권리, 즉 발명자의 인격권을 발명자의 고유의 권리로서 인정하고 있지만(파리조약 제4조의3 “발명자는 특허증에 발명자로 기재될 권리를 가진다”), 우리 특허법에는 이에 관한 명문의 규정이 없다.

51) 송영식·이상정·황중환, 「지적소유권법 상(제9판)」, 육법사, 2005, 278면의 각주(146); 황중환, 「특허법」, 한빛지적소유권센터, 1991, 189면; 中山信弘, 「工業所有權法 上(第2版 增補版)」, 167면, 300면 각 참조. 발명자 인격권은 ‘발명자 명예권’ 또는 ‘발명자 게재권’이라고도 부른다.

52) 따라서 자기가 완성한 발명에 대해 타인이 발명자로 출원한 경우에는 특허권의 침해가 아니라 발명자의 인격권 침해로서 민법상의 불법행위를 구성하게 될 뿐이다. 송영식·이상정·황중환, 앞의 책, 279면 참조.

53) 中山信弘 編著, 「注解 特許法 上卷(第3版)」, 靑林書院, 2000, 318면(中山信弘 집필부분) 참조.

54) Gillian Davies, Copyright and the Public Interest, 2nd ed., Sweet&Maxwell, 2002, pp.202~203.

55) 우리 헌법은 독일과는 달리 상속권에 관해서는 언급이 없지만 상속권도 재산권에 포함되는 것이기 때

참조하면, 우리의 경우에도 저작자의 저작인격권은 헌법 제10조의 ‘인간으로서의 존엄과 가치’에서 그 근거를 찾을 수 있을 것이다.⁵⁶⁾ 그렇다면 이 논문의 III. 2. (2)에서 언급한 것처럼 저작권 중 저작재산권은 헌법 제22조 제2항에서, 저작인격권은 제10조에서 그 헌법적 근거를 찾을 수 있을 것이다.⁵⁷⁾

(4) 소결

지금까지의 논의를 정리하면, 헌법 제22조 제2항은 지적재산권 중에서 이른바 創作法이 규율하는 저작권, 특허권, 실용신안권, 디자인권 등의 보호에 관해서 규정한 것으로 이해할 수 있을 것이다. 요컨대, 제22조 제2항의 핵심은 저작자, 발명가, 과학기술자, 예술가의 창작행위로부터 발생하는 각 권리를 헌법적으로 보장하는 데에 있다. 또한, 이러한 저작재산권 중 저작권의 인격적 이익에 관한 보호는 헌법 제10조에 의하여 보호된다고 할 수 있다. 그 밖에 지적재산권 중에서 영업상의 표지와 같이 인간의 지적·정신적 창작물이 아닌, 그래서 그 자체로서는 보호되어야 할 이유를 도출하는 것이 곤란한 상표 등과 같이 이른바 標識法의 영역에 속하는 지적재산권은 헌법 제22조 제2항이 아니라 재산권 일반에 관한 보장 규정인 제23조에 의하여 보호된다고 하겠다.

그러면 헌법 제22조 제2항에 의해 보장되는 이들 권리의 법적 성격은 어떻게 이해하여야 할 것인가. 당초 전국가적·초국가적 자유권에서 출발한 권리이지만 오늘날 새로운 유형의 創作法이 제정되는 현실을 고려하면 실정법상의 자유권으로 이해해야 하는 측면도 무시할 수 없다. 더구나 제22조 제2항에 의해 보호되는 권리에 대해서 오늘날 사회권으로서의 성격이 보다 강조되는 상황⁵⁸⁾을 고려하면 더욱 그러하다.

이에 관해서 좀더 구체적으로 설명하면 다음과 같다. 연혁적으로 John Locke의 소유권 사상에서 영향을 받아 생성되어온 지적재산권은 자연법적 권리로서 발생된 것이 분명하다. “인간은 노동을 하여 생산한 것에 대해 자연적 소유권(natural right of property)을 갖는다. 문학

문에 그 내용은 마찬가지로이다. 허영, 앞의 책, 595면; 현재 1998. 8. 27. 선고 96헌가22 등(병합) 결정 참조.

56) 헌법 제10조가 명예권, 성명권, 초상권을 포함하는 일반적 인격권의 헌법적 근거가 된다는 견해로는, 김철수, 앞의 책, 405~406면 참조.

57) 그런데, 논자에 따라서는 헌법 제22조 제2항은 지적재산권의 개인적인 인격권과 관련된 보호범위에 초점이 맞추어진 것이고, 헌법 제23조는 지적재산권의 재산권으로서의 사용과 수익의 측면을 보장하는 것이라고 주장한다(이시우, “지적재산권의 헌법적 의미에 관한 소고”, 「계간 저작권」, 1996년 여름호, 5~6면 참조). 그러나 이러한 주장은 위 본문에서 언급한 것처럼 저작자의 저작인격권과 관련된 보호를 독일 기본법 제1조와 제2조 제1항에서 구하고, 저작재산권으로서의 측면을 제14조에서 구하고 있는 독일의 해석론을 오해한 것일 뿐만 아니라 우리 헌법 제10조와 제22조 제2항의 규정 취지를 무시한 견해로서 타당하지 않다.

58) 가령, 양건, 앞의 책, 422면 참조.

작품은 노동의 결과이다. 따라서 저작자는 그의 저작물에 대해 자연적 소유권을 갖는다”⁵⁹⁾는 주장은 이를 예증한다. 그러나 한편으로 지적재산권의 보호범위는, 오늘날 과학기술의 발달에 따라 그 확대를 거듭하고 있다. 반도체배치설계에 관한 권리보호를 비롯하여 컴퓨터프로그램에 관한 권리보호, 생명공학과 관련된 각종 특허권의 확대 등이 그러하다. 이러한 권리들은 어느 것이나 창작성을 요건으로 하여 발생하는 創作法의 영역에 속하는 것들이지만, 그 보호 내용이 법률에 의해 형성되지 않으면 재산권으로서 보장되기 어려운 것들이다. 한편, 헌법 제9조 등의 문화국가의 책무를 강조하는 관점에서 보면, 헌법 제22조 제2항은 문화관계 조항으로서 이른바 ‘문화권’의 보호에 관하여 규정한 것으로 이해될 수도 있다.⁶⁰⁾ 실제로 저작권은 문화정책이나 예술경영의 측면에서 중요한 권리이고, 헌법 제22조 제2항은 지적재산권 뿐 아니라 과학과 문화의 보존·발전 및 보급에 필요한 제반 법률의 제정과도 관련이 있기 때문에, 사회의 문화적 진보를 촉진하고 문화의 다양성을 확보하기 위한 문화권의 보호에 관한 규정이라 할 수 있다. 그런데 이러한 문화권이라는 것은 문화영역의 자율성 확보에 주목하면 자연권으로서의 자유권적 성격이 부각되지만, 문화행정의 배려와 문화생활의 향유라는 점을 고려하면 사회권적 성격이 강조될 수밖에 없을 것이다.⁶¹⁾ 따라서 헌법 제22조 제2항에 의해 보호되는 지적재산권이나 그 개념적 외연이 넓은 이른바 문화권에 대해서는, 이들 권리가 개별적 구체적 권리로서는 자연권 내지 실정법상의 자유권으로 이해되는 경우가 있음은 물론이고, 사회권으로서의 성격을 가지는 경우도 있다고 할 것이다. 뿐만 아니라 객관적으로는 개인이 이들 권리를 향유할 수 있도록 보장하기 위한 추상적인 법제도로서도 이해되어야 할 것이다.

3. 미국 헌법의 ‘지적재산권 조항’과의 비교

(1) 미국 헌법 제1조 제8항 제8호의 이해

미국 헌법 제1조 제8항 제8호는 “일정한 기간 동안 저작자와 발명가에게 저작과 발명에 관한 배타적 권리를 보유하게 함으로써 과학과 유용한 예술의 진보를 촉진하는 것”에 관한 입법권한을 미 연방의회가 가진다고 규정한다.⁶²⁾ 이 규정은 흔히 ‘지적재산권 조항(intellectual property clause)’ 혹은 ‘특허 및 저작권 조항(patent and copyright clause)’으로 불린다. 이 조

59) W. Enfield, *Observation on Liberty Property*, 1774, p.21; M. Rose, “The Author as Proprietor: Donaldson v. Becket and the Genealogy of Modern Authorship”, *Of Authors and Origins*, Clarendon Press, 1994, p.28에서 재인용.

60) 이에 관해서는, 김수갑, “문화국가원리에 관한 연구”, 고려대학교원 박사학위논문, 1993. 8., 121면 참조.

61) 伊藤裕夫 外 4人, 「アーツ・マネジメント概論(新訂版)」, 水曜社, 2004, 77면(小林眞理 집필부분)이하 참조.

62) 이 헌법 규정의 제정과 관련하여 헌법제정회의에 제출된 Madison 초안, Pinckney 초안 등 이 조항의 제정 경위에 관해서는, Layman Ray Patterson, *Copyright in Historical Perspective*, Vanderbilt University Press, 1968, pp.192~196.

항의 제정과 관련하여 초안을 제출하였던 James Madison은 “이 권한의 유용성은 거의 의심할 여지가 없다. 영국에서는 저작자의 저작권을 관습법의 한 권리로 엄숙히 인정하고 있으며 유용한 발명품들에 대한 발명가들의 권리도 마찬가지이다. 두 경우 모두 공익은 개인의 권리 주장과 완전히 일치하고 있음을 알 수 있다”고 하였다.⁶³⁾

이 조항의 취지는 과거 16~17세기 영국 왕실이 公有(public domain)에 속해 있던 기존의 지식에 대해서까지 무분별하게 특허권을 부여하던 관행에 반대하여, 충분히 혁신적이지 않은 기술 개선에 대해서는 의회가 특허권을 부여할 수 없다는 것을 분명히 한 것으로서, 이 조항은 권한의 부여와 함께 제한을 부가하는 것으로 이해된다.⁶⁴⁾ 또한 전화번호부의 인명편(white pages)에 관한 저작권 보호가 문제되었던 유명한 Feist 사건에서 O'Connor 대법관은, 헌법의 지적재산권 조항에 따라 저작권을 보호하기 위해서는 독창성(originality)이 요구되는데, 이것은 다시 해당 저작물이 독립적으로 창작되었다는 것과 최소한의 창작성(some minimal degree of creativity)을 가지고 있어야 한다는 것을 의미한다고 하면서, 아무리 많은 노력을 기울였더라도 전화가입자의 이름을 단순히 알파벳순으로 나열한 것에는 최소한의 창작성 요건도 충족하지 못하므로 저작권에 의해 보호를 받을 수 없다고 하였다.⁶⁵⁾ 이러한 미 연방대법원의 혁신성이나 독창성 요건은 어디까지나 과학과 유용한 예술의 진보를 위해서 요구되는 것이므로, 헌법의 지적재산권 조항은 특허의 부여나 저작권 보호를 위해서는 최소한의 신규성 기준(a minimum novelty standard)이나 최소한의 창작성 기준(a minimum creativity standard)이 부과되어야 한다는 것으로 이해되고 있다.⁶⁶⁾

따라서 미 연방의회가 이 지적재산권 조항을 근거로 법률을 제정하여 보호할 수 있는 권리라는 것은 창작성을 전제로 성립하는 권리만을 의미하고, 창작성이 없음에도 경제적 손해가 발생할 우려가 있다는 이유로 배타적 권리를 창설할 수는 없다는 것으로 이해된다.⁶⁷⁾ 따라서 만일 누군가가 창작성이 없는 저작물에 대해 아무런 대가도 지불하지 않고 자유롭게 이용하는 경우 이러한 행위는 일응 부당하게 보일 수도 있지만, 이는 법제도가 미처 예상하지 못한 결과가 아니라 오히려 창작성이 없으므로 보호되지 않는다는 저작권의 본질을 보여준 것이고, 그것이 바로 헌법상 지적재산권 조항의 취지라는 것이다.⁶⁸⁾ 그러나 특허법이나 저작권법과는

63) A. Hamilton/J. Madison/J. Jay, *The Federalist Papers*, No. 43, 김동영 옮김, 「페더럴리스트 페이지」, 한울, 1995, 265면.

64) *Graham v. John Deere Co.*, 383 U.S. 1, 5-6 (1966).

65) *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co.*, 499 U.S. 340 (1991).

66) Donald S. Chisum/Michael A. Jacobs, *Understanding Intellectual Property Law*, Matthew Bender, 1992, pp.1-9~1-10 참조.

67) Malla Pollack, “The Right To Know?: Delimiting Database Protection at the Juncture of the Commerce Clause, the Intellectual Property Clause, and the First Amendment”, *Cardozo Arts and Entertainment Law Journal*, Vol. 17, 1999, pp.58~59 참조.

달리 상표법은 이 지적재산권 조항에 의해 제정되지 않는다. 미 연방대법원은 저작권이란 독창성(originality)이 있는 인간의 지적·정신적 노동의 결과물을 보호하는 것이므로 이 지적재산권 조항은 상표 보호를 위한 근거 조항이 될 수 없다고 하였다. 그 이유는 상표권은 상표를 단순히 채택함으로써 취득되는 것이 아니라 사용(use)을 통해 이용되어야 하는 것이고, 결국 상표권은 선사용(priority of use)이 있어야 비로소 보통법상의 배타적 권리가 부여되는 것이기 때문이라는 것이다.⁶⁹⁾ 그래서 오늘날 미 연방상표법은 헌법상의 지적재산권 조항이 아닌 헌법 제1조 제8항 제3호의 通商條項(commerce clause), 즉 州 사이의 거래(interstate commerce)나 외국과의 거래(commerce with foreign nations)에 관하여 미 의회에 입법권한을 부여하는 조항을 근거로 제정되고 있다.⁷⁰⁾

미국 헌법의 지적재산권 조항은 미 연방의회에 입법권한과 관련하여 규정된 것이지만, 그 핵심사항은 누구나 자유롭게 이용 가능한 公有 영역에 존재하는 공공재를 사적 독점의 지배 아래 위치시키기 위해서는, 즉 지적재산권으로 보호하기 위해서는, 그 전제로서 창작성 요건을 필요로 한다는 점에서 우리 헌법 제22조 제2항과 동일한 규범적 의미를 가지는 것으로 이해할 수 있을 것이다.

(2) 미국 헌법의 지적재산권 조항과 데이터베이스 보호법제

미국에서는 1991년의 Feist 판결로 인하여 창작성 없는 데이터베이스를 저작권법으로 보호하는 것이 어렵게 되자 별도의 입법으로 창작성 없는 데이터베이스를 보호하려는 노력들이 몇 번에 걸쳐 시도되었다. 최초의 입법안은 1996년 5월에 제출된 ‘데이터베이스 투자 및 지적재산 침해금지법안’(H.R. 3531)⁷¹⁾이다. 1997년 10월에는 ‘정보수집물 침해금지법안’(H.R. 2652)⁷²⁾이 제출되었고, 1999년에는 위 법안(H.R. 2652)을 보완한 동일한 명칭의 법안(H.R. 354)⁷³⁾이 제출되었다. 그리고 같은 해 ‘소비자 및 투자자의 정보접근법안’(H.R. 1858)⁷⁴⁾이 제출되었으며, 2003년 10월에는 ‘정보 데이터베이스 수집물 부정이용금지법안’(H.R. 3261)⁷⁵⁾이 제

68) Ibid., p.53.

69) United States v. Steffens, 100 U.S. 82, 93-4 (1879).

70) Sheldon W. Halpern/Craig Allen Nard/Kenneth L. Port, Fundamentals of United States Intellectual Property Law, Kluwer Law International, 1999, p.275 참조.

71) Database Investment and Intellectual Property Antipiracy Act of 1996, H.R. 3531, 104th Cong., 2d Sess. 1996.

72) Collection of Information Antipiracy Act, H.R. 2652 IHIS, 105th Cong., 1st Sess. October 9, 1997.

73) Collection of Information Antipiracy Act, H.R. 354, 106th Cong., 1st Sess. January 19, 1999.

74) Customers and Investors Access to Information Act of 1999, H.R. 1858, 106 Cong., 2nd Sess. July 29, 1999.

75) Database Collections of Information Misappropriation Act, H.R. 3261, 108th Cong., 1st Sess. Oct. 8, 2003.

출되었다. 또한, 2004년 3월에는 ‘소비자 정보접근법안’(H.R. 3872)⁷⁶⁾이 제출되었다.

최초 입법안(H.R. 3531)은 유럽연합의 데이터베이스 보호지침이 채택된 지 불과 두 달 후에 제출된 것으로서 상당 부분 유럽연합의 지침과 유사한 것이었다. 특히 데이터베이스 제작자에게 배타적 권리를 부여하고 있는 유럽연합의 권리부여 방식 모델을 채택하였다는 점에서 그러하였다. 그러나 이 때문에 위 법안은 학술 및 교육단체로부터 상당한 비판을 받았다.⁷⁷⁾ 또한 전술한 Feist 판결에 따르면 최소한의 창작성 요건은 헌법상의 지적재산권 조항에 의해 요구되는 요건이기 때문에, 창작성이 없는 데이터베이스에 대해서까지 배타적 권리를 부여하는 방식으로 보호하는 것은 헌법 위반으로서 불가능하게 된다.⁷⁸⁾ 이와 같이 여러 가지 비판에 직면하여 위 법안은 폐기되었고 이를 계기로 그 후속 법안들은⁷⁹⁾ 권리부여 방식 쪽에서 부정이용(misappropriation)의 규제와 같은 행위규제 방식 쪽으로 옮겨감으로써⁸⁰⁾ 데이터베이스 제작자의 시장을 보호하는 쪽으로 초점을 맞추게 되었다.⁸¹⁾ 그런데 행위규제 방식으로 입법을 하는 경우에는 헌법 제1조 제8항 제3항의 통상조항에서 그 근거를 찾게 된다. 그러나 통상조항에 근거하여 창작성이 없는 데이터베이스를 보호하는 경우에도 시장실패(market failure)라는 제한된 상황의 경우에만 그 보호가 정당화될 수 있다고 할 것이므로, 그렇지 않은 상황 하에서 입법을 시도하게 되면 역시 위헌 논란에 휩싸이게 된다.⁸²⁾ 이와 같이 권리부여 방식이 아닌 행위규제 방식에 의한 입법의 경우에 있어서도 여러 가지 헌법적 문제 상황이 대두된다고 보고 있기 때문에, 미국은 현재까지도 데이터베이스 보호법안의 제정에 신중한 태도를 보이고 있다.

창작성이 없는 데이터베이스의 법적 보호 문제와 관련하여 미국에서 전개된 다양한 입법적

76) Consumer Access to Information Act, H.R. 3872, 108th Cong., 2nd Sess. March. 2. 2004.

77) Mark J. Davison, *The Legal Protection of Databases*, Cambridge University Press, 2003, pp.190~191, p.193.

78) Paul J. Heald, "The Extraction/Duplication Dichotomy: Constitutional Line-Drawing in the Database Debate", *Ohio State Law Journal*, Vol. 62, 2001, p.933 참조.

79) H.R. 2652 법안은 권리부여 방식과 행위규제 방식이 혼용된 입법안이지만, H.R. 354 법안부터는 행위규제 방식에만 입각하고 있다.

80) 지적재산(권)의 보호형태는 권리부여 방식과 행위규제 방식으로 나뉜다. 전자는 物權을 보호객체로 하는 物權(특히 소유권)의 개념을 借用하여 지적재산권의 보호대상인 무체물을 準物權 방식으로 보호하는 것을 말한다. 저작권과 특허권과 같이 ‘○○권’으로 명명된 지적재산권이 모두 여기에 속한다. 후자는 지적재산을 보호함에 있어서 전자처럼 物權에 準하는 권리를 부여하는 방식으로 보호하는 것이 아니라 부정한 경쟁행위에 대하여(against) 이를 규제한다는 형식을 취하는 것이다. 이러한 행위규제 방식을 택한 대표적 입법이 부정경쟁방지법이다.

81) Davison, op. cit., p.193.

82) Pollack, op. cit., p.61. 1997년 10월 제출된 ‘정보수집물 침해금지법안’(H.R. 2652)이 1998년 5월 19일 하원을 통과하여 상원에 상정되자, Pollack 교수는 위 법안이 비록 헌법의 통상조항에 근거를 둔 부정이용 규제 방식이 가미된 입법이지만, 그러한 경우에 있어서도 시장실패가 명백하지 않은 상황 하에서 과도하게 데이터베이스 제작자를 보호하려는 법안이기 때문에 위헌이라는 견해를 밝히고 있다. Ibid., p.47 이하.

논의들은, 우리나라에 있어서도 지적재산권과 관련된 구체적인 입법 과정에서 헌법 제22조 제2항의 규범적 의미를 어떻게 실천적으로 작동시켜 나갈 것인가 하는 과제를 해결하는 데에 적지 않은 시사점을 준다고 말할 수 있다. 실제로 우리나라의 경우에 있어서도 헌법 제22조 제2항의 규범적 의미가 영향을 끼친 사례 하나를 거론할 수 있다.

4. 하나의 사례 : 헌법 제22조 제2항과 ‘온라인디지털콘텐츠산업발전법’ 등의 제정 문제

‘디지털 신세계’를 운운하면서 “산업화에는 뒤졌지만 정보화에는 앞서자”라는 70년대 突貫공사 식 구호를 앞세우고 법안 홍보를 전개하였던 것이 2000년 제안된 가칭 ‘디지털 콘텐츠산업육성법(안)’이다.⁸³⁾ 이 법안은 정통부가 실질적으로는 입안한 것이었지만 표면적으로는 의원(당시 정동영 국회의원)입법 형식을 빌려 추진되었다. 법안의 골자는 창작성이 없는 데이터베이스에 대하여 유럽연합의 데이터베이스 보호지침과 마찬가지로 권리부여 방식으로 보호하려는 것이었다. 이에 대하여 필자는 위 법안과 관련하여 개최된 각계 전문가들을 대상으로 한 회의 단계에서부터 위 법안은 “헌법 제22조 제2항에 위반하여 위헌의 소지가 많다”는 주장을 펼친 적이 있다. 창작성이 없어 만인의 공유(public domain) 재산에 속할 수밖에 없는 데이터베이스를 특정인의 사적 독점의 영역에 놓이도록 특권을 부여하는 것은 일반 국민의 ‘알 권리’ 내지 ‘정보접근권’에 대한 침해를 야기할 것이기 때문이었다.⁸⁴⁾

전술한 것처럼 ‘세계인권선언’ 제27조 제2항과 ‘경제적·사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약(A규약)’ 제15조 제1항(c)이 창작성을 전제로 지적재산권의 보호를 강조하고 있고, 미국 헌법 제1조 제8항 제8호에 관한 미 연방대법원 판례로도 알 수 있듯이 지적재산권이라는 권리부여의 정당화 근거는 바로 ‘창작성’에 있다고 할 것이다. 따라서 우리 헌법 제22조 제2항이 이러한 창작성을 전제로 지적재산권을 보장하는 것은 당연하다고 할 것이다. 이에 대하여 일부 견해는, 우리 헌법이 국회에 모든 입법권을 부여하고 있기 때문에 창작성이 없는 데이터베이스를 보호하는 것도 입법권의 재량에 속하는 것이어서 아무런 문제가 없다고 한다.⁸⁵⁾ 그러나 이러한 주장은 입법권에도 ‘내재적 한계’가 있다는 것을 도외시한 것으로서 타당하지 않다. 공공재인 정보를 사적 독점의 영역으로 전환하여 특정인에게 일정 기간 동안 권리를 부여하는 것은 바로 특정인에게 ‘특권’을 부여하는 것이다. 이러한 ‘특권’부여에 일정한 기준이 없다면 그것은 입법권의 남용이 될 것이기 때문이다. 요컨대, 지적재산권에 관한 입법권의 행사

83) 「동아일보」 2000년 12월 30일자 “토요쟁점토론—디지털콘텐츠 법적보호” 참조.

84) 가령, 박성호, 앞의 논문, 141~142면 참조.

85) 이상정, “데이터베이스의 보호: 창작성 없는 데이터베이스의 보호를 중심으로”, 「디지털시대의 저작권」, 한국문예학술저작권협회, 2000. 11. 17., 12면; 채명기·이영록, “데이터베이스의 추가보호”, 「저작권연구자료(34)」, 저작권심의조정위원회, 2000. 12., 117면 각 참조.

를 정당화하는 요소는 바로 ‘창작성’이고, 따라서 이를 일탈한 입법권의 행사는 내재적 한계를 벗어난 것이 된다고 보아야 한다. 이러한 점에서 創作法의 영역에 속하는 지적재산권의 보호를 규정한 헌법 제22조 제2항의 규범적 의미를 다시 한번 되새겨 볼 필요가 있다고 생각한다.

한편, 이 논문의 III. 2. (4)에서는 상표 등과 같이 이른바 標識法의 영역에 속하는 지적재산권은 헌법 제22조 제2항이 아니라 재산권 일반에 관한 보장 규정인 제23조에 의하여 보호된다고 언급한 바 있다. 그런데 이러한 재산권 일반에 관해서도 입법권자의 형성권이 행사되는 경우에는 사유재산제도와 사유재산을 바탕으로 하는 구체적인 권리가 존중될 수 있도록 이루어져야 하는 헌법적 제약이 있음은 물론이다.⁸⁶⁾ 그렇기 때문에 설령 標識法의 영역에 속하는 새로운 권리의 창출을 염두에 두고 입법이 고려되더라도 ‘계약의 자유’와 ‘경쟁의 자유’ 그리고 ‘영업의 자유’ 등이 보장될 수 있도록 입법권이 행사되지 않으면 안 된다.

‘디지털 콘텐츠산업육성법(안)’에 대해 제기된 이러한 헌법적 문제들을 반영한 때문인지는 몰라도 위 법안의 입법취지를 그대로 계승하여 2002년 1월 14일 법률 제6603호로 제정된 ‘온라인디지털콘텐츠산업발전법’은 위 법안 단계에서 채택하였던 권리부여 방식을 포기하고 그 대신에 행위규제 방식에 입각하여 입법을 하고 있다. 그런데 이와는 달리 문화관광부는 2003년 5월 27일 법률 제6881호로 저작권법을 개정하여 창작성이 없는 데이터베이스 제작자에게 저작인접권을 인정하는 권리부여 방식의 입법을 택하였다. 이는 유럽연합의 데이터베이스 보호지침의 입법태도를 그대로 수용한 것으로 생각되는데, 창작성이 없는 데이터베이스에 대해서 저작권에 유사한 배타적 권리를 부여하였다는 점에서 저작권법의 기본 목적 및 취지에 반할 뿐만 아니라 지적재산권 보호의 헌법적 근거인 우리 헌법 제22조 제2항에 위반될 소지가 있다는 비판을 받고 있다.⁸⁷⁾ 생각건대, 헌법 제22조 제2항의 규범적 의미는 公有에 속하는 公共財를 지적재산권으로 보호하기 위해서는 그 전제로서 창작성 요건을 필요로 한다는 데에 있다고 할 것이고, 그러한 점에서 창작성이 결여된 데이터베이스를 행위규제 방식이 아닌 권리부여 방식으로 보호하는 것은 위헌적 요소가 크다고 할 것이다.

IV. 마치면서

주지하다시피 1994년 ‘세계무역기구(WTO)’ 체제의 출범과 ‘무역관련 지적재산권(TRIPs)’

86) 허영, 「한국헌법론」, 박영사, 2001, 460면 참조.

87) 정상조, “우리나라의 데이터베이스 보호”, 「세계의 언론법제」 통권 제19호, 한국언론재단, 2006년 상권, 24면; 같은 취지, 한지영, “데이터베이스의 법적 보호에 관한 연구”, 서울대대학원 박사학위논문, 2005. 8., 167면.

협정의 성립을 전후하여 과학기술 중심의 경제를 지원하기 위해서는 지적재산권에 대한 보호를 더욱 강화해야 한다는 신자유주의 경제체제의 흐름이 강조되고 있다. 오늘날 정보통신기술과 생명공학기술의 발전에 의해 추동되는 신자유주의 경제의 흐름 아래에서 전개되는 이러한 지적재산권의 보호강화 움직임으로 지적재산권이 포괄하는 대상은 나날이 확대되고 있다. 그러나 이러한 영역 확대에는 누구나 자유롭게 이용할 수 있는 公有 영역이 침탈된다는 역기능이 반드시 따르게 마련이다. 지적재산권의 外延 확대와 이로 인해 초래되는 역기능을 최소화하고 또 公益과 私益의 조화를 도모하기 위해서는 헌법 제22조 제2항의 의미와 내용을 고찰하면서 지적재산권 자체의 理論的 整合性을 검토해 나가지 않으면 안 될 것이다. 이 글의 論旨은 창작성이 전제된 지적재산권만이 법률로써 보호되어야 한다는 것이 헌법 제22조 제2항의 규범적 의미라는 것이고, 따라서 지적재산권의 外延을 확대하여 창작성이 결여된 정보까지 보호하려는 입법적 시도는 헌법에 위반될 소지가 크다는 것이다. 이 논문의 이러한 문제 제기를 계기로 하여 앞으로 헌법 학계와 지적재산권법 학계 상호간에 지적재산권의 헌법적 보호에 관한 활발한 논의가 전개되었으면 한다.

(논문게재 확정일자 2007.04.16)

주제어 : 헌법 제22조 제2항, 지적재산권 조항, 권리부여 방식, 행위규제 방식, 데이터 베이스, 데이터베이스의 법적 보호

<참고문헌>

- 박윤직 편집대표, 「민법주해 II」, 박영사, 1992.
 국순옥 엮음, 「자본주의와 헌법」, 까치, 1987.
 권영성, 「헌법학원론(개정판)」, 법문사, 2007.
 김상용, 「토지소유권의 법사상」, 민음사, 1995.
 김철수, 「헌법학개론(제18전정신판)」, 박영사, 2006.
 박성호, 「저작권법의 이론과 현실」, 현암사, 2006.
 송영식·이상정·황중환, 「지적소유권법 상(제9판)」, 육법사, 2005.
 양 건, 「헌법강의 I」, 법문사, 2007.
 이영준, 「한국민법론 총칙편(수정판)」, 박영사, 2004.
 윤철홍, 「소유권의 역사」, 법원사, 1995.
 장영수, 「헌법학(제2판)」, 홍문사, 2007.
 정극원, 「헌법국가와 기본권」, 한국조세신문사, 2002.
 정상조 편, 「지적재산권법강의」, 홍문사, 1997.
 정중섭, 「헌법학원론(개정판)」, 법문사, 2007.
 허 영, 「한국헌법론」, 박영사, 2001.
 허 영, 「헌법이론과 헌법(신정11판)」, 박영사, 2006.
 홍성방, 「헌법학(개정3판)」, 현암사, 2006.
 황적인·정순희·최현호, 「저작권법」, 법문사, 1988.
 황중환, 「특허법」, 한빛지적소유권센터, 1991.
- 김수갑, “문화국가원리에 관한 연구”, 고려대학교원 박사학위논문, 1993. 8.
 김효진, “한국헌법과 바이마르 헌법”, 「공법연구」 제14집, 1986.
 박민영, “미국 연방헌법상 지적재산권 조항과 소프트웨어의 법적 보호”, 「미국헌법연구」 제12호, 2001. 6.
 박성호, “지적재산권과 인권”, 「과학기술과 인권」, 당대, 2001.
 육종수, “헌법상 무체재산권의 보장”, 「공법연구」 제15집, 1987.
 이강혁, “정신적 재산권의 헌법적 보장: 저작권을 중심으로”, 「고시연구」 1986. 10.
 이상정, “데이터베이스의 보호: 창작성 없는 데이터베이스의 보호를 중심으로”, 「디지털시대의 저작권」, 한국문예학술저작권협회, 2000. 11. 17.
 정상조, “우리나라의 데이터베이스 보호”, 「세계의 언론법제」 통권 제19호, 한국언론재단, 2006년 상권.
 채명기·이영록, “데이터베이스의 추가보호”, 「저작권연구자료(34)」, 저작권심의조정위원회, 2000. 12.
 최병규, “지적재산권과 헌법의 관계”, 「지적재산권」 제6호, 2005. 2.
 한지영, “데이터베이스의 법적 보호에 관한 연구”, 서울대학교원 박사학위논문, 2005. 8.
 황적인, “지적소유권의 본질과 지위”, 「경제법·상사법 논집」 손주찬 교수 정년기념, 박영사, 1989.
- 紋谷暢男, 윤선희 역, 「무체재산권법개론(제4판)」, 법경출판사, 1991.
 山下健次·畑中和夫 編, 「憲法入門」, 法律文化社, 1996.
 水野忠恒 編, 「現代法の諸相」, 放送大學教育振興會, 1995.
 伊藤裕夫 外 4人, 「アーツ・マネジメント概論(新訂版)」, 水曜社, 2004.
 佐佐木健一, 「作品の哲學」, 東京大出版會, 1985.
 中山信弘, 「發明者權の研究」, 東京大出版會, 1987.
 中山信弘, 「工業所有權法 上(第2版 增補版)」, 弘文堂, 2000.
 中山信弘 編著, 「注解 特許法 上卷(第3版)」, 青林書院, 2000.
 樋口陽一, 「比較憲法(全訂第3版)」, 青林書院, 1992.
 樋口陽一 外, 「注釋 日本國 憲法 上」, 青林書院, 1984.
 影山日出彌, “ヴァイマル憲法における‘社會權’”, 「基本的人權」第3卷, 東京大學出版會, 1968.
 栗城壽夫, “憲法と財産權”, 「公法研究」第51号, 1989.

中山信弘, “知的財産制度の新しい動き”, 「日本法のトレンド」, 有斐閣, 1993.

Donald S. Chisum/Michael A. Jacobs, Understanding Intellectual Property Law, Matthew Bender, 1992.

Gillian Davies, Copyright and the Public Interest, 2nd ed., Sweet&Maxwell, 2002.

Mark J. Davison, The Legal Protection of Databases, Cambridge University Press, 2003.

K. Fromm/W. Nordemann, Urheberrecht, 8. Aufl., Kohlhammer, 1994.

Paul Goldstein, Copyright, Patent, Trademark and Related States Doctrine, 5th ed., Foundation Press, 2004.

Christoph Gusy, Die Weimarer Reichsverfassung, Mohr Siebeck, 1997, 그즈이 著, 原田武夫 譯, 「ヴァイマル憲法」, 風行社, 2002.

Sheldon W. Halpern/Craig Allen Nard/Kenneth L. Port, Fundamentals of United States Intellectual Property Law, Kluwer Law International, 1999.

A. Hamilton/J. Madison/J. Jay, The Federalist Papers, No. 43, 김동영 옮김, 「페더럴리스트 페이퍼」, 한울, 1995.

Layman Ray Patterson, Copyright in Historical Perspective, Vanderbilt University Press, 1968.

Bodo Pieroth/Bernhard Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, C.F. Müller Verlag, 1999, 永田秀樹·松本和彦·倉田原志 譯, 「現代ドイツ基本権」, 法律文化社, 2001.

M. Reh binder, Urheberrecht, 14. Aufl., C.H. Beck, 2006.

Paul J. Heald, "The Extraction/Duplication Dichotomy: Constitutional Line-Drawing in the Database Debate", Ohio State Law Journal, Vol. 62, 2001.

Malla Pollack, "The Right To Know?: Delimiting Database Protection at the Juncture of the Commerce Clause, the Intellectual Property Clause, and the First Amendment", Cardozo Arts and Entertainment Law Journal, Vol. 17, 1999.

M. Rose, "The Author as Proprietor: Donaldson v. Becket and the Genealogy of Modern Authorship", Of Authors and Origins, Clarendon Press, 1994.

<Abstract>

The Meaning and Contents of Article 22 (2) of the Constitution on Intellectual Property

Park seongho

Article 22 (2) of the Constitution prescribes that the rights of authors, inventors, scientists, engineers and artists shall be protected by Act. This Article is directly relevant to intellectual property, that is, Intellectual Property Clause. On the other hand, under Article 23 (1) of the Constitution, the right of property of all citizens shall be guaranteed. This is the Article of guarantees of property in the Constitution. Intellectual property which is a kind of general property, is also protected by Article 23. Hence, it is possible for intellectual property to be protected by both Article 22 (2) and Article 23. Then, what is the affirmative meaning of Article 22 (2)?

The objective of this paper is to examine the legal meaning and contents of Article 22 (2) by considering the origin of Article 22 (2) and comparing with the United States Constitution Article 1 (8) (viii). My view is that Article 22 (2) can not protect subject matter that does not constitute a 'creative work' or a 'creative invention' in the constitutional sense. If non-creative subject matter (for example, databases) is protected by a new type of intellectual property law based on the exclusive property model (for example, the first draft bill of "Online Digital Contents Industry Development Act" for legal protection of databases), that law does not conform to the Constitution. Hence, the legal meaning of Article 22 (2) is to protect a creative subject matter by intellectual property law based on the exclusive property model. Therefore, as far as non-creative subject matter is concerned, it is only possible to protect not by the exclusive property model, but by the tort of misappropriation model. If not so, it is unconstitutional exercise of the Intellectual Property Clause of the Constitution. I concluded that a intellectual property law based on the exclusive property model can pass constitutional scrutiny only

if the law protect a creative subject matter.

Key Words : Article 22 (2) of the Constitution, Intellectual Property Clause, the exclusive property model, the tort of misappropriation model, databases, the legal protection of databases

