

## 공간미의 권리화와 삶의 빈곤화\*

이 상 돈\*\*

### < 목 차 >

- I. 건축저작권의 성찰 필요성
- II. 기능과 형식의 이분법과 해체
- III. 건축물의 창작성과 예술성
- IV. 저작권 침해의 경계와 인식의 불확실성
- V. 결론(요약)

### I. 건축저작권의 성찰 필요성

건축은 어문, 음악, 연극, 사진, 영상, 도형, 컴퓨터프로그램과 함께 저작권법(제4조 제1항 5호: “건축물·건축을 위한 모형 및 설계도서 그 밖의 건축저작물”)이 인정하는 저작물 유형의 하나이다. 따라서 건축이 “인간의 사상 또는 감정을 표현한 창작물”(제2조 1호)이면 저작권이 인정된다. 건축은 한편으로 의·식·주(衣·食·住)라고 말할 때 주(住)에 해당하는 필수 생활재이면서 다른 한편 역사상 유명한 수많은 건축물에서 보듯 예술작품이 되기도 한다. 건축저작권의 인정문제는 주로 이 두 유형 사이에 위치하는 건축물, 즉 나름의 독특함이나 미학적 요소를 갖고는 있지만 예술작품이라고까지 보기는 어려운 건축물에서 발생한다.

\* 이 논문은 고려대학교 법학전문대학원 특별연구비에 의하여 수행되었음.

\*\* 고려대학교 법학전문대학원 교수.

## 1. 테라로사건물의 저작권침해사건

그 대표적인 예가 강릉시의 유명한 카페 테라로사 (Terrarosa)<sup>1)</sup> 건물의 저작권침해사건이다. 대법원은 테라로사건물을 모방한 사천시의 카페건물(이하 모방건물)을 설계한 건축가에게 저작(재산)권침해죄(저작권법 제136조 제1항 제1호)를 인정하였다.<sup>2)</sup> 이 테라로사건물(사진의 上)의 특징은 다음과 같다.



“외벽과 지붕슬래브가 곡선으로 이어져 1층, 2층 사이의 슬래브에 이르기까지 분절 없이 하나의 선으로 연결되어 마치 건축물 전체가 하나의 거대한 판에 의하여 말려 있는 것처럼 보이는 형태를 보이면서, 외벽과 연결된 슬래브가 건축물의 3분의 2 부분까지만 돌출되어 있고 그 끝이 45도 각도로 마감되어 있으며, 아래보다 위가 더 넓은 모양으로 양면 외벽이 비슷하게 기울어져 있는 특징이 있고, 또한, 송관무<sup>3)</sup>의 노출콘크리트로 마감한 외피, 건축물 원면 부분에 1, 2층 창을 연결한 점, 돌출시킨 2층 바닥 슬래브를 제외하고는 전면부를 모두 창으로 한 점, 건축물 오른쪽 2층에 창이 없는 테라스로 한 점이 조합되어 전체적인 외관이 투명하고 세련된 느낌을 주는 사실이 인정된다.”<sup>4)</sup>

대법원은 테라로사건물이 “일반적인 표현방법 등에 따라 기능 또는 실용적인 사상을 나타내고 있을 뿐”인 경우가 아니라 “사상이나 감정에 대한 창작자 자신의 독자적인 표현을 담고 있어 창작자의 창조적 개성이 나타나 있는 경우”에 해당한다고 보아 저작권을 인정하였다. 또한 이 건물의 디자인을 모방하여 설계하고 건축하여 사용승인을 받은 사천시의 카페건물(사진 下)은 테라로사건물과

1) 카페 테라로사라는 이름은 아마도 라틴어 terra rossa (붉은 땅), 즉 이탈리아 등의 지중해 연안에서 석회암의 풍과 결과로 형성된 적색토양으로 염기가 많은 편인 비옥한 토양을 가리키는 말에서 온 것으로 추측된다. 카페 테라로사의 공장건물들도 대체로 붉은 계통의 벽돌로 외벽마감이 되어 있다.

2) 대법원 2020. 4. 29. 선고 2019도9601 판결.

3) 송관무란 송관무늬를 말한 것으로 보인다.

4) 창원지방법원 진주지원 2018. 10. 18. 선고 2018고정81 판결 참조.

실질적 유사성이 인정되므로 테라로사건물의 건축저작권을 침해한다고 보았다.

## 2. 성찰의 과제

이 판결은 향후 건축저작권에 관한 중요한 지침이 될 것으로 보인다. 카페는 주거와 사무공간이 아닌 제3자의 공간으로서 특히 한국사회에서는 시민생활의 매우 중요한 장소이다. 이러한 판결로 인해 앞으로는 테라로사 건축저작권자가 동의하지 않는다면 그 건물의 위와 같은 특징적인 공간미를 따라하는 건축을 할 수 없으며, 그 한에서는 그와 같은 공간미 속에서 커피를 즐기는 시민들의 일상이 위축될 수 있다. 그러나 과연 테라로사건물이 보여주는 공간미가 특정 건축가에게 배타적인 권리를 부여하고, 모든 사람의 보편적 향유를 배제할 정도로 그 사람의 “사상 또는 감정을 표현한 창작물”<sup>5)</sup>일까? 만일 이 의문이 정당하다면, 위 판결은 모든 사람들에게서 공간생활의 풍요로움을 빼앗고 특정 건축가의 소유만을 풍요롭게 만드는 것이 된다. 법경제학적으로 말하면 그와 같은 건축저작권 인정은 건축물의 사회적 총효용을 현저하게 감소시킬 위험이 높고, 그로 인해 저작권법의 목적인 “저작물의 공정한 이용을 도모”(저작권법 제1조)하는 것도 더 어렵게 된다. 여기서 이와 같은 건축저작권의 사회적 역기능을 견제하기 위해서 이 글은 다음 세 가지 성찰을 하려고 한다.

- **기능과 형식의 이분법** 건물의 기능과 용도와 무관한 “독자적인 표현”은 건축미학의 이론적 용어로 말하면 건축의 ‘기능’과 ‘형식’(양식)을 엄격히 구분하는 이분법(dichotomy)을 전제한다. 그러나 현대건축에서 기능과 형태는 서로 분리되기 어렵기 때문에 기능과 무관한 독자적인 표현이 있다는 점만으로 건축저작권을 인정하는 것이 과연 타당한 것일까?(아래 II).
- **창작성과 예술성의 구분** 저작권법은 “표현하는 창작물”이라고 규정하여 창작적 표현을 저작권 인정을 위한 미학적 요건으로 삼고 있지만, 다른 저작물과 달리 건축물의 경우에도 예술성에 이르지 못한 미학적 요소, 예컨대 미감美感만으로 저작권을 인정하는 것은 과연 타당한

5) 필자가 법학전문대학원의 한 세미나에서 수강생들과 이 판례를 분석하면서 이와 같은 건축저작권을 인정하는 것이 타당한지에 관해 의견을 물어본 결과 대체로 회의적인 입장이 많았다.

것일까?(아래 III.).

- **모방, 표절, 저작권침해의 구분 없음** 판례처럼 모방, 표절, 저작권 침해를 이론적으로 엄정하게 구별하지 않은 채 저작권이 인정된 다른 건축물과 ‘실질적 유사성’이 있는 건축이면 저작권침해를 인정하는 것은 과연 타당한 것일까? 또한 모방, 표절, 저작권침해를 이론적으로 섬세하게 구분한다면, 이 사건의 피고인인 건축가의 미의식(인식)과 판결(법현실) 사이의 불일치(착오)는 법적으로 어떻게 다루어야 하는 것일까?(아래 IV.).

이러한 세 가지 성찰을 하기에 앞서 미리 밝혀둘 점이 있다. 첫째, 이 글은 테라로사카페건물에 대한 세밀한 건축미학적 비평을 하는 글이 아니다. 그것은 저자의 역량에는 힘겨운 일이고, 건축학자들의 분석과 비평을 중심으로 한 건축미학적 담론에 맡겨야 할 것 같다. 이 글의 주된 목적은 건축저작권을 인정한 법원의 건축미학적 ‘인식구조’(episteme)를 비판적으로 분석하고, 그것을 바탕으로 건축저작권과 그 침해죄의 법적 운영에 올바른 방향을 설정하는 것이다. 둘째, 이 글은 위 판결에 대한 (특히 형사)판례평석을 하는 글이 아니다. 이 글의 주된 목적은 공간생활의 빈곤을 가져오는 건축저작권의 과도한 인정과 형법(건축저작권침해죄)의 과잉을 경계하기 위한 법철학적·법이론적 성찰을 하는 것이다. 그렇기에 위 판결들에 등장한 판결이유들을 빠짐 없이 분석·검토하지 않으며 다른 한편 판결이유로 등장하지 않은 요소들, 특히 법원의 건축미학적 인식구조를 분석하는데 필요한 요소들을 함께 논의(예: 파놉티쿰구조 설명)할 것이다.

## II. 기능과 형식의 이분법과 해체

판례가 보여주는 건축미학적 인식구조를 밝히기 위해서는 건축패러다임의 변화를 파악하는 개념인 ‘기능’과 ‘형식’의 관계를 살펴볼 필요가 있다.

### 1. 판례의 건축미학과 이클렉티시즘

서양 건축양식의 역사는 그리스 건축양식에서부터 18세기의 고딕 중심의 건축

양식, 그리고 19세기의 역사주의에 이르기까지 가히 서양 예술사라고 할만하다.

### 1) 기능과 형식의 이분법과 이클렉티시즘

오랜 세월 서양 건축사에서 건축의 기능과 예술의 형식은 서로 융합되어 있는 것이 아니라 건축물에다 건축의 기능과는 무관한 예술적 표현을 덧입힌 모습을 보여준다. 즉 건축에서 형식과 기능은 서로 무관하고 독립적인 관계를 이룬다. 이를 기능과 형식의 이분법(dichotomy)이라고 부른다. 물론 건축물의 기능과 건축물에 덧입힌 예술적 표현은 ‘정신과 육체의 이분법’과 그 둘 사이의 예정된 조화<sup>6)</sup>와 같이 서로 조화를 이룬다는 믿음이 각 시대의 건축사조에 바탕이 되어 있긴 하다.

테라로사건물에 저작권을 인정한 법원의 건축미학적 인식구조를 이해하기 위해서는 모더니즘(modernism)의 건축이 등장하기 이전인 19세기(1820년대전후 ~20세기초) 근대건축의 미학적 특징에 주목할 필요가 있다. 이 시대의 건축은 과거의 어떤 건축양식이든 그것을 ‘전례’典例로 삼되 눈부시게 발전한 산업화와 과학기술에 의해 개발된 새로운 소재와 공법을 활용하면서, 다양한 사회적 요구(예: 실용성 추구)에 부응하는 선택적인 결합의 특징을 보여준다.<sup>7)</sup> 이를 고전주의와 낭만주의를 절충하는 ‘이클렉티시즘’(eclecticism 절충주의)이라고 부른다. 가령 프랑스의 네오바로크(예: 보자르 양식의 파리오페라극장), 영국의 빅토리안 고딕(예: 영국 국회의사당), 독일의 네오로마네스크(예: 디즈니 성의 모델인 노이슈반슈타인 성) 등은 대표적인 절충주의 건축양식이다. 이들의 양식 사이에서도 많은 디테일의 차이가 있지만, 기능과 무관한 다양한 표현들이 건축

6) 전도서 12:7 [흙은 여전히 땅으로 돌아가고 영은 그것을 주신 하나님께로 돌아가기 전에 기억하라]; 고린도전서 5:3,5 [내가 실로 몸으로는 떠나 있으나 영으로는 함께 있어서 거기 있는 것 같이 이런 일 행한 자를 이미 판단하였노라]; 마태복음 6:25 등에서 보듯이 정신과 육체는 구분되지만 하나님이 인간을 창조할 때 그 둘은 예정된 조화(preestablished Harmony)를 이루도록 되어 있다. 이와 같은 정신과 육체의 관계는 똑같은 시각을 알려주도록 정밀하게 조율된 ‘두 시계’(two clocks)에 비유된다. 두 시계의 형이상학에 관해 W. Hamilton, 『Lectures on Metaphysics and Logic, Vol. 1, Boston, 1859, 211면.

7) 절충주의의 특성에 대해 자세히는 배준현·전명현, “현대건축의 절충적 표현특성에 관한 연구”, 『한국실내디자인학회논문집』 제17호, 한국실내디자인학회, 1998, 167면 아래 참조; 이 시대 절충주의는 포스트모더니즘의 절충적 성향(예: 스타일의 이중코드, 대중적 다원론적 기호론적 형태, 전통과 선택, 예술가/건축주, 엘리트 겸 참여자, 단편적, 대표자/행동주의자로서의 건축가 등)과 맥을 같이한다고 본다.

물의 기능과도 나를 잘 어우러져 예술적 가치를 생성시킨다. 하지만 이런 19세기 이클렉티시즘 건축물들은 자신의 예술적 가치를 건축물의 기능과 융합되지 않은 채 역사적으로 이미 예술성이 인정된 바 있는 건축양식의 전례(예: 바로크양식, 고딕양식, 로마네스크양식 등)에 의존한다. 이렇게 볼 때 현대건축의 시대가 열리기 전까지 건축미학의 패러다임은 ‘형식은 기능과 무관하며, 전례를 따르는 것’(Form follows precedent)이었다고 말할 수 있다. 즉, 건축의 예술성은 그 전례에 근거하는 것이다.

## 2) 테라로사건물 판결에서 근대건축미학의 요소

법원이 테라로사건물에 대해 저작권을 인정한 핵심근거도 이런 19세기적 건축미학에 가까운 것으로 바라볼 수도 있다. 가령 테라로사사건의 제1심 법원이 테라로사건물에 저작권을 인정한 이유를 보자.

“시공이 어렵고 공간 활용이 효율적이지 않다는 점에서 그 용도나 기능 자체와 무관한 것이고, 외관의 아름다움을 고려한 디자인 형태로서 전체적인 외관에 미적 창의성을 갖춘 것으로 저작물로 인정된다.”<sup>8)</sup>

여기서 판례가 말하는 용도나 기능은 건축물의 기능(function)에, 외관이나 표현은 그 형식(form)에 해당한다. 따라서 기능과 무관한 형식(형태)에 미적 창의성이 있으면 건축저작권이 인정된다는 것이다. 대법원도 같은 이유로 저작권을 인정하였다.

“건축저작물은…기능적 저작물로서, 건축분야의 일반적인 표현방법…등에 따라 기능 또는 실용적인 사상을 나타내고 있을 뿐이라면 창작성을 인정하기 어렵지만, 사상이나 감정에 대한 창작자 자신의 독자적인 표현을 담고 있어 창작자의 창조적 개성이 나타나 있는 경우라면 창작성을 인정할 수 있으므로 저작물로서 보호를 받을 수 있다.”<sup>9)</sup>

8) 창원지방법원 진주지원 2018. 10. 18. 선고 2018고정81 판결 참조.

9) 대법원 2020. 4. 29. 선고 2019도9601 판결 참조.

대법원은 “일반적인 표현”과 “독자적인 표현”을 구분하여, 후자의 경우에 저작권을 인정하는 셈이다. 건축의 일반적인 표현도 미적 표현일 수 있지만, 저작권을 인정하지 않는다는 점에서 법적으로는 건축물의 ‘기능’으로 의제되는 셈이다. 즉 대법원이 이해하는 건축물의 기능은 이미 법(미학)적 개념이다. 물론 이처럼 법적인 의미에서 건축물의 기능으로 의제된 미적 표현의 수준은 시대와 사회마다 다르고, 문화예술이 발전한 사회일수록 높다고 말할 수 있다. 독자적인 표현은 이와 같은 건축물의 기능과 무관하거나 그것을 넘어서는 미적 표현이 된다. 이처럼 기능의 개념을 법적으로 구성하긴 하였지만 대법원도 크게 보면 기능과 형식을 준별하는 이분법 패러다임에 서있다고 볼 수 있다.

## 2. 형식과 기능의 관계

건물의 기능과 무관한 건물의 ‘형식이 전례를 따른다는 근대건축의 이클렉티시즘을 다르게 표현해본다면, 건축물의 기능은 형식을 따르지 않고, 형식도 기능을 따르지 않는다는 것이다. 하지만 현대건축에서는 기능과 형식은 일정한 관계를 설정한다.

### 1) 기능주의적 모더니즘과 미니멀리즘적 카페건물

먼저 19세기 후반에서 20세기 초반에 오게 되면, 근대건축은 현대(모더니즘) 건축으로 발전하는데, 현대건축의 특징은 아르누보 양식을 쓴 점을 제외한다면 미국의 건축가 루이스 설리번(Louis Henry Sullivan)의 건축사상, 즉 ‘형식은 기능을 따른다’(Form follows function)로 요약할 수 있다. 그의 이 사상은 19세기말 미국 시카고에서 시작된 철골고층건물과 같은 고층빌딩의 설계에서 비롯되었다. 그는 고층빌딩의 용도는 비즈니스나 거래이기에 설계 역시 미학적 가치를 취해야 하는 로비의 예외를 제외하면 순전히 빌딩의 효용성과 경제성 요구를 충족시키는 방향으로 정해져야 한다고 보았다.<sup>10)</sup> 이를 일반화하면 건물은 그 기능에 최적화된 표현양식(형식)을 취해야 한다는 것이다. 줄여서 형식은 기능에 충실해야 하는 것이다. 이런 사상은 독일 바이마르 시대 예술과 기술의

10) Louis Henry Sullivan, “The tall office building artistically considered”, 『Lippincott’s Magazine』, March 1886, 2면.

통일을 지향한 종합예술학교 바우하우스(1919~1933)의 혁신적 교육으로도 이어졌다. 바우하우스의 정신은 오늘날 기능에 맞도록 단순하고 편리하게 설계된 일상생활품의 미적 표현으로 이어지고 있다. 특히 형식이 기능을 따르는 정도가 심화되면, 형식이 기능에 ‘환원’(reduction)된다고 말할 수 있게 된다. 그런 기능주의의 극단을 보여주는 미학을 흔히 미니멀리즘(minimalism)이라고 부른다.

테라로사건물은 노출콘크리트 공법을 따르고 있는데, 이는 구조물을 덮는 장식들, 심지어 구조물을 덮은 색상(페인트)까지 구조물(철근콘크리트)의 기능으로 환원시켜버린 것이다. 그 한에서 테라로사건물은 현대건축의 극단적 특징인 미니멀리즘의 요소를 갖고 있다고 볼 수 있다. 하지만 노출콘크리트 공법은 안도 다다오(安藤忠雄)의 건축미학 이래로 우리사회에서 점차 보편화된 공법이다. 이처럼 보편화된 공법은 건물의 일반적인 표현과 마찬가지로 법적으로는 건축물의 기능으로 환원되어 버린다. 그러므로 그 노출콘크리트공법은 테라로사건물만의 독창적인 모더니즘적 건축미학을 표현해줄 수 없다.

## 2) 기능과 형식의 관계의 전복

형식이 기능을 따른다는 현대건축의 공리는 포스트모던 사회에서는 전복된다. 미니멀리즘과 같이 기능으로 환원된 형식의 미학이 합리성의 정점을 찍었다면, 포스트모던 건축문화는 기능으로 환원된 형식이 다시 그 기능을 전복·顛覆시키는 현상을 보여주고 있다. 가령 외적 미관의 비실용적 공간은 물리적으로는 비기능적이고, 때로는 역기능적이기도 하지만, 건축물의 아름다움을 찾고 향유하려는 고객의 욕구를 충족시키는 한에서는 이미 기능적인 것이 된다. 이런 의미에서 포스트모던 건축에서 ‘기능은 형식을 따른다’(Function follows form)다고 말할 수 있다.

이 점은 카페건물의 경우에 더욱 명확하다. 창고건물과 달리 카페건물의 이용자들은 공간의 미적 수준에 대하여 매우 예민하고, 높은 미적 욕구를 갖고 있다. 그렇기에 카페건물의 외관은 곧 카페건물 이용자의 효용을 충족시켜주는 기능을 수행한다. 사람들에게 인기가 많은 카페들은 대개 형식(외관이나 실내 인테리어)이 남다르고 특별한 경우가 대부분인 점도, 카페건물의 형식은 일정한 기능(예: 카페영업과 고객의 이용)을 수행하는 것임을 알 수 있다.<sup>11)</sup> 그런 점에서 카페건물에서는 ‘기능은 형식을 따른다’라는 포스트모던적인 전복이 이



미 보편화되어 있다. 이때 형식은 이미 기능을 내재하고 있기 때문에 이 명제는 궁극적으로는 기능이 형식을 따르고 형식이 기능을 따르는 융합<sup>12)</sup>의 현상을 예정한다. 이런 의미의 포스트모던 전복은 오늘날 모든 건축물에서 일어나고 있다. 즉 오늘날 건축물의 사회적 이용가치나 기능적 효용은 이미 그 건축물의 외관이나 형식의 미적 표현에 내재된 가치(intrinsic value)가 되고 있다.

건축법 제1조도 이런 명제 아래서 재해석할 수 있다. 제1조는 “이 법은 건축물의 대지·구조·설비 기준 및 용도 등을 정하여 건축물의 안전·기능·환경 및 미관을 향상시킴으로써 공공복리의 증진에 이바지하는 것을 목적으로 한다”고 규정한다. 법은 용어상 기능과 미관을 구분하지만, 미관의 향상은 공공복리의 증진이라는 가치에 기여한다는 사고를 보여준다. 공공복리의 증진을 건축물의 ‘기능’으로 보고, 건축물의 미관을 ‘형식’으로 본다면, 공공복리 증진은 미관의 향상에 따른 결과라는 사고가 제1조에 전제되어 있는 것이다. 이 사고는 바로 ‘기능은 형식을 따른다’는 명제로 합류할 수 있다.

### 3. 포스트모던 건축과 판례의 한계

포스트모던 건축물에서 ‘기능이 형식을 따른다’고 할 때 그 형식의 건축미학적 의미를 이해하면, 테라로사판결의 한계가 더욱 분명해진다.

#### 1) 포스트모던 건축의 특징들

건축물의 기능이 형식을 따른다고 할 때 그 ‘형식’은 특정한 표현양식이 아니며, 단일한 양식으로 통일되지도 않는다. 포스트모던 건축의 형식은 다양한 동시대 또는 역사적 건물들의 다양한 요소들을 우연적이며, 주관적인 선택에 의해 ‘인용’<sup>13)</sup>(또는 따라)하고 그 요소들을 복잡성과 모순성으로<sup>14)</sup> 구성하거나 부

11) 이런 명제는 다양한 분야에 응용되어 왔는데, 심지어 의학(두개안면외과)에서도 인간 신체의 형식(형태·구조 등)이 기능을 개선한다고 보고 이 같은 명제를 주장하기로 한다. Kun Hwang, “Form follows Function, Function follows Form”, 『The Journal of Craniofacial Surgery』, Vol.31, No. 2, 2020, 333면 아래 참조.

12) 오늘날 가구디자인 등의 대량생산 일상용품에서는 형식이 “기능을 삼켜먹었다”(swallowed function)고 말하는 Stephen Poon, “Hybridisation of Form and Function in Overarching Movement and Designed Objects”, 『Journal of Sustainable Development Studies』, Vol. 8, No. 2, 2015, 290면 참조.

정합성과 모호성(ambiguity)으로 표현하기도 한다. 이때 인용은 겉보기엔 표절이라는 일상어 및 복제라는 법적 개념과 교차되어 보이지만, 단순한 표절이나 복제가 아니라 원본을 “해석하고 재기호화하여 의미를 함축하는 패러디적인 표현”<sup>15)</sup>의 건축을 말한다. 또한 기존의 다양한 건축물들의 구성요소를 즉흥적으로(Ad·hocism)<sup>16)</sup> 이용하는, 즉 집적(병치)이나 단편(fragmentation)들을 상호 결합하는 플라쥬<sup>17)</sup>의 방식으로 이용하거나, 균형미에 대한 반란, 즉 비대칭성이나 효용이 없는 로스(loss)를 남겨두는 방식(건축물의 잠재적 공간)<sup>18)</sup> 등도 포스트모던 건축미학의 또 다른 특징을 이룬다. 그렇기에 선행 건축물의 양식을 이용하는 의미는 단순한 절충을 넘어 혼성적(hybrid) 모방이 되기도 한다. 포스트모던 건축물의 이와 같은 구성은 기존의 예술작품이나 기념비적인 건축물을 인용하는 19세기적 근대건축의 이클렉티시즘(eclecticism)과 비슷하면서도 다른 점이다.

이처럼 포스트모던 건축의 구성원리들은 모방이나 표절을 통해서도 법적으로는 새로운 건축저작권을 생성시킬 수 있음을 말해준다. 창작과 표절의 엄정한 이분법이 해체된다. 그렇기에 인용이나 표절도 때로는 기존 건축저작권을 침해하는 것이 아닐 수 있다. 물론 건축저작권 침해를 하지 않는다는 점이 곧 스스로 새로운 저작권을 생성시킨다는 것을 의미하지는 않는다. 테라로사건물을 모방하여 지은 카페건물도 바로 그런 경우에 해당한다.

13) 배준현·전명현, 앞의 논문, 167면 아래.

14) 대표적으로 그림같음(Picturesqueness)이나 단순함(simplification)과 대조되는 복잡성과 모순성을 설명하는 Robert Venturi, *Complexity and Contradiction in Architecture: Selections from a Forthcoming Book*, 『Perspecta』, Vol. 9, No. 10, 1965, 17-56면 참조.

15) 김혜경, 포스트 모던에 나타난 패러디 건축과 패션이미지 비교 분석에 관한 연구, 『한국패션디자인학회지』 제5권 제2호, 한국패션디자인학회, 2005, 77면.

16) 현대건축의 경향의 하나로 애드·혹시즘(Ad·hocism), 즉흥성의 사례를 드는 Charles Jencks, 『Architecture Today』 (최두길 역, 『현대건축의 동향』, 태림문화사, 1987) 참조.

17) 건축에서 플라쥬는 사회콘텍스트의 서로 관계가 없어 보이는 단편들을 모아, 가령 변화하는 오늘날의 사회를 묘사하는 표현을 말한다. 예를 들면 스튜트가르트 국립미술관을 보면, 알테스미술관의 원형을 토대로 평면을 삼고, 입구홀의 구부러진 벽체는 통상교회(La Chapelle de Ronchamp)의 벽에서, 전시장 건물 외벽의 처마는 샹디가(Chandigarh) 대법원 벽체의 처마에서 인용하여 플라쥬하는 것이다. 이에 관해 자세히는 김명옥, “포스트모던 미술관 건축의 확장된 건축개념에 관한 비교연구”, 『한국실내디자인학회학회지』 제14호, 한국실내디자인학회, 1998, 86면 아래 참조.

18) 김은지·이정옥, “현대 건축의 신디자인 개념에 관한 연구. 포스트모던 건축의 수사학적 표현 기법을 중심으로”, 『한국실내디자인학회학회지』 제20호, 한국실내디자인학회, 1999, 28면.

## 2) 포스트모더니즘 앞에 선 판결

오늘날 카페건축물들은 그 규모나 수준의 면에서는 대단하지는 않지만, 그 경향성에서는 포스트모던 건축양식들, 즉 상호적인 인용과 병치, 폴라쥬 등에 의한 혼성적 모방(파스티슈 Pastiche), 공간구성의 다양성과 즉흥성, 이질성과 부정합성, 다문화성과 역사초월성(초맥락성)을 표현하는 경우가 많다. 카페는 능동적으로 공간미학을 즐기려는 경향의 손님이 주로 방문하는 공간이기 때문이다. 이런 점에서 카페건물에서는 ‘기능이 형식이 되고, 형식이 기능이 된다’고 보아야 한다. 그렇기에 그러므로 제1심 법원이 실시하는 바와 같이 ‘외관에 미적 창의성’이 있다는 점만으로 곧바로 카페건물에 기능과 구분되는 형식이 존재하고, 그 형식이 저작권을 생성시킨다고 단정할 수 없다. 또한 대법원이 실시하는 바와 같은 ‘독자적 표현’이 있다고 해서 그 카페건물에다 기능이나 실용과 구분되는 형식, 특히 저작권을 생성시킬만한 형식(양식)을 곧바로 인정해서도 안 된다. 그런 판결들은 기능주의의 현대건축이나 포스트모던건축의 구성원리를 외면하는 것이고, 이클렉티시즘(eclecticism)의 근대건축 패러다임에 갇혀 있다는 비판에서 자유롭기 어렵다. 테라로사사건에서 법원은 아마도 이런 점들을 의식하지 않았을 것으로 보인다. 물론 위 판결에서 법원의 논증(Argumentation)과 결정(Entscheidung)은 달랐을 가능성도 있다. 즉 법원은 포스트모던건축의 경향을 어느 정도 알고는 있었고, 그 점을 건축저작권 판단에도 고려하였지만, 단지 논증을 통해 드러내지 않았을 뿐이라는 것이다. 만약 그렇다면 법원은 재판의 실질(결정)을 좌우한 (포스트모던적) 건축미학적 판단을 판결의 논증에 드러내야 하는 의무를 이행하지 않은 것이 된다. 논증의무의 이행은 결정을 단지 사후적으로 설명하는 언어적 작업에 그치지 않고, 결정에 영향을 미치는 구성적 요소로도 작용한다. 그렇기에 판결의 실체가 어떤 것이었던간에 오늘날 건축저작권을 판단하는 법원은 결정에서든 논증에서든 포스트모더니즘 건축의 문제를 피해갈 수 없음을 분명해보인다.

### Ⅲ. 건축물의 창작성과 예술성

건축물에 저작권을 인정한다(저작권법 제4조 제1항 5호)는 것은 그 건축물이

이 “인간의 사상 또는 감정을 표현한 창작물”(제2조)임을 말한다. 여기서 창작성(創作性)의 의미는 무엇이며, 카페건축물의 서로 분리되지 않는 형식과 기능은 언제 저작권의 인정요건인 ‘창작성’을 갖추었다고 볼 수 있는 것일까?

## 1. 창작성과 최소예술성

결론부터 말한다면, 창작성은 ‘비유사성’을 넘어서지만 새로운 것(novum)을 창출하는 미적 ‘발명’에 이르지 않아도 인정될 수 있고, 디자인(권)에 요구되는 미감(美感)을 넘어서지만 그 자체로서 완전한 예술작품에 이르지 않고 최소한의 예술성 또는 예술지향성을 갖춘 표현으로도 인정될 수 있다. 이를 고유성(originality), 더 정확하기는 표현적 고유성이라고 부를 수 있다.

### 1) 비유사성을 넘지만 발명에 못 미침

테라로사사건 제1심 판결<sup>19)</sup>은 테라로사건물에 창작성을 인정하는 근거로 건물의 기능과 구별되는 외관과 함께 “다른 건축물의 전체적인 외관과 유사”<sup>20)</sup>성이 없다는 점을 들고 있다. 먼저 테라로사건물이 지어지기 이전에 그와 외관상 유사성이 있는 건물이 없었는지부터 매우 의문이다. 카페건물이 아니지만<sup>21)</sup> 공공기관 건물 등의 건축미학으로 비슷한 지붕선(경사진 기하형)을 취한 건물들이 적지 않았기 때문이다. 그러나 더 큰 문제는 창작성은 그와 같이 다른 건물의 외관과 유사성이 없다는 소극적인 의미에 그치지 않는다는 점이다. 유사성이 없다는 것은 가령 건축설계자가 테라로사 카페건물을 설계할 때 “타인의 상품 또는 영업임을 표시한 표지”에 포함되는 “판매 또는 서비스제공 영업제공 장소의 전체적인 외관과 동일하거나 유사한 것을 사용”(부정경쟁방지법 제2조 제1호 다목.)하지 않았다는 점, 즉 부정경쟁방지법을 위반하지 않았다는 점을

19) 창원지방법원 전주지원 2018. 10. 18. 선고 2018고정81 판결.

20) 이를 건물의 기능과 구별되는 외관과 함께 창작성을 인정하는 근거로 삼은 테라로사사건 1심 판결인 창원지방법원 전주지원 2018. 10. 18. 선고 2018고정81 판결 참조.

21) 상표권은 “지정상품”의 분류(예: 제43류 [카페서비스업 등]) 영역에 국한되는 권리이지만, 저작권은 그와 같은 영역의 분류가 없이 소유권처럼 전면적 배타적 권리라는 점에서 카페설계에서는 처음이더라도 공공기관의 설계에서 사용되었다면 그 점은 저작권 판단에서 고려되어야 함에 주의를 요한다.

확인하는데 도움을 주는 요소일 뿐이다. 카페건물설계의 창작성은 건물의 외관 창출이 부정경쟁이 아니라는 소극적 의미를 넘어서 적극적인 창의성을 요구하는 개념이다. 그렇기 때문에 테라로사건물과 유사한 카페건물을 설계했다는 것도 그 자체로 이미 저작권 침해라는 결론에 이르는 것도 아니다. 이처럼 창작성이 유사성 없음이라는 소극적 의미에 그치지 않는다는 점은 대법원도 같이 한다.

“창작성은 완전한 의미의 독창성을 요구하는 것은 아니라고 하더라도 창작성이 인정되려면 적어도 어떠한 작품이 단순히 남의 것을 모방한 것이어서는 안 되고 사상이나 감정에 대한 창작자 자신의 독자적인 표현을 담고 있어야 한다.”<sup>22)</sup>

다만 대법원이 창작성의 의미를 ‘독자적인 표현’으로만 설명하는 것은 앞서 분석한대로 형식(표현)과 기능의 분리 불가능성을 바라보지 못하는 것이다. 여기서 더 중요한 점은 ‘독자적 표현’의 개념은 창작성의 동어반복적인 수사修辭라는 점이다. 이 수사는 마치 ‘인간의 존엄’과 같은 빈 공식에 가깝다. 그렇기에 대법원 판결의 숨은 취지는 독자적 표현의 의미를 사건의 구체적 맥락에서 작품에 대한 평가를 통해 구체화하여 판단하라는 화용론적(pragmatic) 의미로 이해해볼 수 있다. 다른 한편 창작성은 국어사전적 의미인 “새로운 것을 처음 만들어 내는 성질”<sup>23)</sup>에 이르러야만 인정되는 것은 아니다. 새로운 것(novum)을 처음 만들어내는 것은 법적으로는 ‘발명’發明에 해당한다. 이는 저작권이 아니라 특허권의 인정요건이 된다. 즉 창작성은 다른 건축물의 외관과의 실질적 유사성이 없음을 넘어서야 하지만 그렇다고 이전에 전혀 볼 수 없었던 새로운 모습의 건축물을 만들 때 비로소 인정되는 것은 아니다.

## 2) 독자성을 넘는 최소예술성

여기서 저작물의 창작성은 작품이 저작자 인격의 발현이라는 점과 사상이나

22) 대법원 2020. 4. 29. 선고 2019도9601 판결; 2011. 2. 10. 선고 2009도291 판결; 2018. 5. 15. 선고 2016다227625 판결 참조.

23) 이는 네이버 어학사전의 정의임.

감정의 (인격발현적) 표현이 독자적이며 예술적인 요소를 지니고 있는 것을 의미한다고 해석할 수 있다. 독자성은 창작성의 필요조건이지만, 충분조건은 아니다. “독자적인 표현”이라는 대법원의 입장은 바로 이 점을 간과한다. 물론 저작권법은 1957년 제정 당시에는 저작물을 (학문 또는) “예술의 범위에 속하는 창작물”이라고 하여 예술 개념을 명시적으로 사용했던 반면, 2007.6. 개정 이후의 저작권법은 “인간의 사상 또는 감정을 표현한 창작물”이라고 규정함으로써 얼핏 저작물의 개념에서 예술 개념을 삭제한 것으로 볼 수 있다. 대법원의 입장은 이런 법의 변화에 맞춘 것이면서, 저작물의 범위가 예술로 선뜻 분류하기 어려운 영역으로 늘어난 점도 고려한 것일 수 있다. 그러나 만일 ‘독자적인 표현’만으로 저작물이 될 수 있다면, 저작물 개념요소인 사상 또는 감정, 표현성, 창작성 가운데서 창작성은 ‘독자성’으로 환원된다. 하지만 독자성은 응용미술저작물에서 응용미술부분이 물품과 구분되는 성격<sup>24)</sup>을 가리키는 데서 볼 수 있듯이, 저작물이 되기 위한 창작성의 의미를 전부 담아낼 수 없다. 그렇기 때문에 2007년 저작권법 개정에도 불구하고 창작성에는 여전히 고정된 크기를 말할 수는 없지만 ‘최소한의 예술성’(이하 최소예술성)<sup>25)</sup> 또는 예술지향성이 필요하다고 보아야 한다. 독일연방법원도 건축저작권의 요건으로 “충분한 창의적 개성”(ausreichende schöpferische Individualität)<sup>26)</sup>을 요구하는데, 이 요건은 단지 독자적 표현이 있다는 것만으로는 부족하며, 비록 저작물영역마다 요구되는 정도는 차이 날 수 있지만<sup>27)</sup> 적어도 어떤 예술가적 특성(künstlerische Qualität)을 보여주어야 함을 의미한다.

### 3) 디자인의 미감을 넘는 최소예술성

법체계적으로 보면 저작권은 “물품의 형상·모양·색채 또는 이들을 결합한

24) 이에 관해 자세히는 이상돈, 「예술형법」, 박영사, 2014, 265-267면 참조.

25) 최소예술성에 관해 자세히는 이상돈, 「법의 예술」, 법문사, 2020, 17면 아래 참조.

26) 독일의 St.-Gottfried 교회를 설계한 건축가의 상속인이 교회가 그 내부를 재구성한 것이 저작권침해라고 소송을 제기한 사건에서 독일연방법원은 교회건물의 저작권과 교회의 자기결정권 사이의 이익형량을 하였는데, 그 전제로서 저작권은 “특별한 자기만의 창의가 작용한 형상”이 있는 경우에만 인정된다고 보았다. 자세히는 BGH Urteil vom 19. 3. GRUR 2008, 984면 참조.

27) Gernot Schulze, “Urheberrecht der Architekten - Teil 1”, 「NZbau」, 2007, Heft 9, 537면 아래 참조.

것으로서 시각을 통하여 미감美感을 일으키게 하는”(디자인보호법 제2조 1호) 디자인의 등록으로 발생하는 디자인권보다 훨씬 강한 권리이다. 저작권은 디자인권보다 존속기간이 훨씬 길고 인격권으로서도 보호된다. 그렇기에 저작권의 인정은 디자인권에 요구되는 미감(sense of beauty)을 일으키게 하는 것으로는 부족하고, ‘미학적 쾌락’(aesthetic pleasure)을 가져오는 것이어야 한다. 미감은 아름다움의 느낌이고, 만일 이 미감만으로 저작물이 될 수 있다면, 사상 또는 감정, 표현성, 창작성으로 구성된 저작물 개념은 사실상 사상 또는 감정의 요소로 환원되어버릴 수 있기 때문이다.

물론 미감과 미학적 쾌락을 구분하는 것은 매우 어려운 일이다 그러나 대표적으로 칸트(Kant)의 사상에 의거해서 파악해보면, 미학적 쾌락이란 아름다운 느낌 자체가 아니라 그런 느낌이 계속되기를 원하는 상태, 즉 의향성(intentionality)에 자신이 빠져 있다는 점에 대한 주체의 의식을 말한다.<sup>28)</sup> 또한 미학적 쾌락은 디자인과 같이 어떤 (상품판매를 높이려는) 목적성에 지향된 것이 아니라 삶의 해방감에 대한 체험이다. 미학적 쾌락은 예술성의 핵심이지만, 저작권 인정에 필요한 예술성은 최소한만이 요구될 뿐이다. 이 ‘최소예술성’은 예술작품 그 자체라고 일컬어지는 건축물들에는 비견할 수는 없지만, 건물을 관람하거나 이용하는 사람들이 그 건물의 외관에 대해 ‘미학적 쾌락’을 느끼고, 그런 쾌락 체험이 보편적일 것까지는 아니어도 상당한 정도로 공감을 형성할 수 있어서, 사회적으로도 미학적 가치를 인정할 수 있는 것을 말한다. 이것은 다른 건물과 외관이 유사하지 않다는 소극적 요건이 아니라 적극적인 요건이다. 과거의 저작권법의 저작물 개념에서 예술 개념이 삭제되었어도, 저작물의 본질상 이와 같은 의미의 최소예술성은 요구하지 않을 수 없는 것이다. 그래서 최소예술성은 창작물의 개념에 내재되어 있는 요소로 보아야 한다. 따라서 예술 개념을 사용한 (구) 저작권법 하의 판례, 예컨대 “모든 응용미술작품이 곧바로 저작권법상의 저작물로 보호된다고 할 수는 없고, 그 중에서도 그 자체가 하나의 독립적인 예술적 특성이나 가치를 가지고 있어 위에서 말하는 예술의 범위에 속하는 창작물에 해당하여야만 저작물로서 보호된다”<sup>29)</sup>는 입장은 현행 저작권법의 해석에서도 상당한 정도로 유지되어야 한다는 것이다.

28) 이런 이해로 Rachel Zuckert, “A New Look at Kant’s Theory of Pleasure”, 『The Journal of Aesthetics and Art Criticism』, Vol. 60, No. 3, 2002, 239-252면 참조.

29) 대법원 1996. 2. 23. 선고 94도3266 판결.

#### 4) 직관적 판단과 예술비평적 판단

건축설계의 미학적 양식과 건축물 자체는 물리적으로 분리되지 않는다. 건축설계가 저작물이 되려면 그 건축설계의 미학적 양식이 건물 자체와 구분되는 독자성, 즉 관념적 분리가능성(conceptual separability)이 있어야 한다. 그러나 여기서 말하는 분리가능성이 건축저작권이 건물의 기능과 구분되는 외관만으로 판단됨을 뜻하지는 않는다. 오늘날 건축의 작품성은 건물의 기능과 외관의 상호작용을 통해서 구성되는 것이기 때문이다. 독자성의 의미는 여기까지이다. 대법원은 “독자적인 표현”이라고 말했지만, 실제 판단할 때는 독자성을 넘어서는 표현의 창작성, 즉 최소예술성을 고려하는 것일 수 있다. 다만 그 점이 판결문에서 논증되지 않을 뿐이다(논증의 생략). 그런데 ‘독자적인 표현’이라는 논증언어 아래서 저작물 여부를 판단하면, 그 판단은 직관적(intuitive) 판단이 되기 쉽다. 직관적 판단은 어떤 단편적인 분석적 요소에 치우치지 않는 종합판단(Synthetisches Urteil)이긴 하지만, 주관성이 높다는 문제점을 안고 있다. 예컨대 테라로사건물 사건에서도 항소법원이 테라로사카페의 “건축물은 창작성이 없고, 피고인이 피해자 건축물의 디자인을 모방하지도 않았다”<sup>30)</sup>고 판시한 반면, 대법원은 그 건축물이 “창작자의 창조적 개성을 나타내고 있”다고 하여 창작성을 인정하고 있다. 이러한 직관적(종합적) 판단은 그 실질적 기준이 전혀 드러나지 않는다.

여기서 저작물 판단의 주관성을 극복하기 위해서는 최소예술성의 판단을 이론적·분석적 예술비평을 거친 종합적인 판단이 되도록 하여야 함을 알 수 있다. 가령 카페건물이 “테라로사건물 참 멋지네, 근사하네” 등의 감정美感を 불러일으키는 것만으로는 저작물이 될 수 없고, 그런 감정이 건축미학적이거나 예술비평이론적 분석으로 밝혀지는 특성들에 충분히 근거하고 있을 때 비로소 저작물이 될 수 있다. 그런 분석은 넓은 의미에서 예술비평<sup>31)</sup>에 속한다. 이 최소예술성은 물론 저작권법 제1조가 정하고 있는 다양한 저작물의 장르마다 그 분야의 지배적인 비평담론이 생산하는 예술비평에 의해 세분화되고 다양화될 수 있다.

30) 창원지방법원 2019. 6. 19. 선고 2018노2564 판결.

31) 이런 비평을 법예술비평이라고 부르는 이상돈, 앞의 ‘법의 예술’, 41면 이하 참조.



## 2. 의식주 저작권의 차등화

다양한 저작물에 대한 저작권 판단은 단지 창작성이라는 내재적 요소 뿐만 아니라 외재적 요소, 즉 각 저작물이 만들어지고 사용되는 사회영역의 특수성, 일반인들의 수요나 기대수준, 공유영역으로 남겨둘 필요성과 그 정도 등에 의해서도 좌우될 수 있다.

### 1) 삶의 기본욕구와 저작권

가령 건축물을 향유하는 시민들의 욕구나 문화적 특수성 등과 같은 외재적 요소, 그 가운데에서도 건축물이 의식주(衣·食·住)라는 기본욕구의 하나라는 점에 주목해보자. 예부터 건축물이 제공하는 공간과 그 아름다움의 향유는 의·식·주(衣·食·住), 즉 먹고, 입는 것과 함께 인간의 삶을 가능케 하고 풍요롭게 한다. 어떤 사람이 지은 건물이 삶을 행복하게 만드는 공간미를 보여주면 다른 사람들도 그 공간미를 따르는 건축물을 만들어 행복하게 살고 싶은 욕구를 가진다. 이런 욕구는 누군가의 음식이 맛있다고 느끼면 그 음식과 같은 음식을 만들어 먹고 싶고, 누군가 만든 옷이 멋지다고 느끼면 그 옷과 같은 옷을 지어 입고 싶은 욕구와 다르지 않다. 의·식·주에 관한 욕구들은 문학작품, 학술저작, 음악, 미술, 영화와 연극, 뮤지컬 등을 즐기는 욕구와 달리 사람에 따른 차이가 별로 없고, 거의 모든 사람에게 공통된 욕구이다. 그렇기에 그런 욕구를 충족시키는 재화, 즉 의식주는 삶의 기본조건이 되며, 그런 욕구를 인간의 기본욕구(basic needs)라고 부를 수 있다. 이처럼 기본욕구를 충족시키는 음식물과 그 레시피, 의상과 그 패션디자인, 건축물과 그 설계를 특정 개인의 배타적 소유(저작권)에 귀속시킬수록 모든 사람들의 기본적인 삶은 그 만큼 더 빈곤해진다.

### 2) 집과 음식·옷의 비교

특히 음식은 사람의 몸 안에 들어가 그 생물적 존속을 가능케 하는 점에서 일상에서 먹는 음식물의 창작이나 그 레시피는 저작권이 인정되지 않아야 한다. 레시피는 아이디어일 뿐이어서 저작물 개념요소인 ‘표현성’이 없다는 점에

서 저작물이 아니라는 법리구성도 이런 관점을 뒷받침한다. 음식저작권을 인정하지 않아야 시민들은 가령 온갖 종류의 불닭, 찜닭, 온갖 종류의 와인숙성 삼겹살·오겹살, 온갖 종류의 케이크와 디저트, 유행처럼 한 해를 휩쓴 기호음식들도 즐길 수 있는 것이다. 최초의 레시피를 만든 사람에게 음식저작권을 인정했다면, 저작권사용계약을 맺고 그 비용을 지불해야만 같은 음식을 만들 수 있기 때문에 것처럼 쉽게 번지고, 많은 시민들이 누릴 수 없었을 것이다.

옷은 몸과 분리되지 않는 재화이지만 인간의 생물적 존속을 가능케 하는 음식과 달리 몸 밖에서 ‘사회적 실존’을 구성하는 재화이다. 예부터 “의복이 날개다”라는 말은 이를 잘 보여준다. 그렇기에 옷은 음식보다는 더 많이 보호될 여지가 있다. 하지만 옷은 건축물과 달리 개인의 몸에 직접 사용되는 재화이고, 음식 다음으로 필수적인 삶의 기본재화라는 점에서 건축물보다는 적게 보호되어야 한다. 법도 이를 반영하듯 건축저작권은 명문으로 인정하지만 패션저작권은 명시하지 않는다. 사람들이 일상적으로, 실용적으로 입는 옷의 창작과 그 패션디자인은 저작권이 인정되지 않고(건물보다 옷의 적은 권리보호), 단지 20년간 지속되는 디자인권(디자인보호법 제90조 이하)이 인정될 뿐이다(음식보다 옷의 많은 권리보호). 이렇듯 저작권을 인정하지 않기에 시민들은 가령 동대문의 의류산업계에서 명품패션을 모방하거나 다소 변주하여 디자인한 다양한 종류의 옷을 풍요롭게 누릴 수 있는 것이다. 물론 예외적으로는 옷도 저작물이 될 수 있다. 가령 19세기부터 프랑스에서 성장한 오트쿠튀르(HauteCouture)처럼 양식적으로 비기능적이고 비실용적이며 비일상적인 모습을 띠고, 사상적으로 개인을 사회적 페르소나로부터 해방시키면서, 디자이너 서명(label)까지 부착하는 옷, 1960년대부터 일어난 미국의 패션아트(Fashion Art) 운동처럼 예술과 융합되어 “실물성, 관념성, 상호 작용성, 장소 특정성 그리고 매개 다양성” 등의 설치미술의 특성을 보이는 옷,<sup>32)</sup> 21세기 콜라주, 그래피티, 추상화의 표현 기법이나 대표적인 미술운동의 이미지를 차용하는 그래픽디자이너 적용된 패션<sup>33)</sup> 등은 예술저작물에 가깝다. 다만 현행 저작권법으로는 의상저작권이 인정되지 않으므로 이런 류의 옷은 그 전체를 공예저작물로 보거나 옷에 사용된 도

32) 이런 분석으로 무원·김순구, “패션아트에 있어서 설치미술 표현 특성 연구”, 『예술과 미디어』 제16권 제1호, 예술과미디어학회, 2017, 143-179면 참조.

33) 이런 분석으로 조민정, “패션 트렌드에 나타난 그래픽 디자인의 예술적 표현”, 『한국디자인포럼』 제48권, 한국디자인트렌드학회, 2015, 337-346면 참조.

형이 분리가능한 경우에 그 도형을 응용미술작품(제4조 제1항 4호)으로 보아 그 저작권을 인정할 수밖에 없다.

### 3) 공간미와 저작권

건축물은 음식과 옷과 같은 기본재화이지만 몸(의 안과 밖)에 직접 사용되는 재화가 아니고 단지 삶의 공간(환경)을 만드는 재화라는 점에서 음식과 옷보다도 원칙적으로 더 강한 법적 보호를 받을 여지가 있다. 현행 저작권법도 건축저작권을 인정한다. 즉, 건축 저작권은 디자인권처럼 등록할 수는 있으나 등록 없이도 권리로서 인정되고, 기간도 70

	기능성	예술성 & 일상성	예술성 & 비일상성
음식 食	×	×	×
옷 衣	×	×	○ 오투쿠튀르
건축 住	×	○	○

★ 의식주의 창작물과 저작권 인정여부 (○ 인정 × 불인정)

년이나 지속되며(제39조), 재산권뿐만 아니라 포기 또는 양도가 불가능한 인격권(제11조~제15조)으로도 보호된다. 하지만 건축물은 여전히 의·식·주라는 인간의 3대 기본욕구에 속한다는 점에서 저작권법 제4조 제1항이 의식주 외의 저작물로 예시하는 어문(1호), 음악(2호), 연극(3호), 미술(4호), 사진(6호), 영상(7호), 지도 등의 도형(8호), 컴퓨터프로그램(9호) 등 보다는 저작권을 좁게 인정하는 것이 바람직하다. 건축저작권을 쉽게 널리 인정하면 공간과 공간미에 대한 사람들의 기본욕구는 채워지기 어렵게 되기 때문이다. 그렇기에 건축저작권은 공간(미)에 대한 ‘인간의 기본욕구를 보편적으로 충족시키라’는 절대명령(Imperative)과 ‘건축가에게 인센티브를 제공하여 새롭게 아름다운 공간을 창출하라’는 절대명령 사이의 긴장 아래 놓인다. 바꿔 말해 건축저작권은 공간미의 보편적 향유와 건축미학(또는 예술)의 창의적 발전, 그 사이에 위치한다.

두 가지 절대명령 가운데 어느 하나가 지배하는 건축을 비교해보자. 가령 안도 다다오(安藤忠雄)의 작품이나 프랭크 게리(Frank Gehry)의 해체주의 건축 작품처럼 건축이 일상을 영위하는 공간이 아니라 그 자체로서 예술이 되는 경우는 ‘모든’ 사람들의 행복한 공간생활과 직접 관계가 없기 때문에 건축저작권이 당연히 인정된다. 반면 비슷비슷한 아파트나 빌라 또는 상가건물들과 그 설계는 모든 사람들이 일상을 영위하는 공간으로서 건축저작권이 인정되기 어렵다. 카페건물이 저작물이 될 수 있으려면 그 공간미의 고유성이 비록 모든 사람은

아닐지라도 상당히 많은 사람들에게 “예술적 가치가 얼마나 높은 것인지는 잘 모르지만, 적어도 저건 예술작품으로 분류할 만하다”는 식의 반응을 보일 정도로 공감(최소예술성)을 얻을 수 있어야 한다. 여기서 말하는 최소예술성은 이를테면 역사적 건축물로서 대표되는 건물들과 같이 건축예술로 평가되는 건축물에 한하여 건축저작권을 인정하자는 입장<sup>34)</sup>와 테라로사 카페건물과 같은 건축물에도 저작권을 인정한 판례와 같은 입장, 그 둘 사이에 위치한다고 보인다.

### 3. 카페건축물의 표현적 고유성 판단

그러면 테라로사건물이 그러한 최소예술성이 있는 고유한 표현을 지닌 창작물일까?

#### 1) 경관우수건물과 건축저작물

이 건물은 “2011년 건축전문도서인 ‘건축세계’에 실렸고, 2012년 강원도 경관우수건축물로 선정되어 우수상도 수상한 바 있으며, 건축사 협회 월간지인 ‘건축사협회’지에 수록되는 등 건축계에 널리 알려져 있는 건축물”이라고 한다. 이런 반응은 건축저작물이 되는 데 유리한 점이다. 특히 도서나 회지에 수록된 점보다 강원도 경관우수건축물로 선정된 수상경력은 고려할 만하다. ‘경관景觀 우수’란 건물의 외관이 그 건물이 위치하는 지역의 경치와 잘 어울리는 멋지진 모습임을 말한다. 주변경치와 함께 그 건물을 바라볼 때 아름답다는 감정, 즉 미감을 일으킨다는 것이다. 하지만 이런 미감은 예술작품성이 없어도 일어날 수 있다. 그렇기 때문에 테라로사건물이 경관우수건축물로 선정되었다는 점은 디자인권을 인정할만한 요소이지, 저작권을 인정하게 만드는 요소는 아직 아닌 것이다. 다시 말해 경관우수건축물은 디자인보호법의 보호대상은 될 수 있어도 곧바로 저작권법의 보호대상이 되는 것은 아니다. 그렇기에 테라로사건물에 대한 좀 더 분석적인 예술비평을 해볼 필요가 있다.

34) 허희성, 「신저작권법축조개설」, 명문프리컴, 2007, 80면; 기본 방향에서 같은 입장으로 최우령, “건축저작물의 저작물성 판단기준에 대한 소고-대법원 2020. 4. 29. 선고 2019도 9601 판결-”, 「안암법학」 제61호, 안암법학회, 2020, 436면.

## 2) 테라로사건물 구조의 표현적 고유성

테라로사건물은 세부적인 측면에서는 여러 고유성이 있지만, 가장 핵심적인 조형미는 이 사건의 판례에서 언급되고 있는 슬라브와 외벽연결구조(경사진 ㄱ형)와 판례에서 언급되고 있는 바는 아니지만 실내의 파놉티콘 구조의 조합에 있다고 보인다. 이런 분석대상의 중점설정은 “저작권의 보호 대상은 인간의 사상 또는 감정을…구체적으로 외부에 표현한 창작적인 표현형식이고,” 따라서 저작권(의 침해) 여부를 판단함에 있어서도 “창작적인 표현형식에 해당하는 것만을 가지고 대비해 보아야”한다는 판례<sup>35)</sup>에 의하더라도 타당하다. 따라서 테라로사건물과 모방건물이 건축물 원면 부분의 1~2층 창을 연결한 점, 건축물 정면을 전체 유리창으로 시공한 점 등과 같은 익스테리어(exterior) 부분, 내부 마감재와 그 시공방법 등의 인테리어(interior) 부분 등은 저작권(의 침해) 여부 판단에서 별로 중요하지 않다. 물론 그런 요소들도 건축가들의 건축미학적 담론에서는 중요한 것일 수 있고, 더 나아가 그런 부분이 서양의 기하학적 조형미와 구별되는 동양적인 질감미(texture)의 양식적 표현으로 바라볼 여지가 없는 것도 아니다. 하지만 그런 가능성은 그다지 높아보이지 않기에 이 글에서는 논의하지 않기로 한다.

첫째, 이 건물은 슬라브와 외벽의 연결이 경사진 ㄱ자 형으로 이루어진 점이 가장 특징적이다.<sup>36)</sup> 테라로사건물이 슬라브와 외벽의 연결구조를 취한 건축물의 효시를 이루었다면 건축(예술)사적인 의미를 가질 수 있지만, 그렇지 않다면 저작물의 창작성 요건을 충족할 수는 없다. 가령 언론에 자주 보도 되어 세간의 이목을 끌었던 2010년의 YG엔터테인먼트 신사옥이나 미려하고 독특한 디자인으로 유명한 용산구청도 소재(마감재)는 달라도 슬라브에 해당하는 지붕과 외벽이 ㄱ자형으로 연결되는 구조를 갖고 있다. 그렇기에 테라로사건물이 건축사적 의미를 갖기는 어려워 보인다. 하지만 슬라브와 외벽의 연결구조를 보여주는 구체적인 표현(양식)이 예술적 터치를 갖고 있다면 테라로사건물은 여전히 저작물이 될 여지가 있다. 하지만 송판무의 노출콘크리트에 의한 표현은 널

35) 대법원 2011. 2. 10. 선고 2009도291 판결; 2013. 8. 22. 선고 2011도3599 판결.

36) 물론 이런 구조는 건축물의 스케일을 비대칭적으로 조작하는 측면이 있다는 점에서 포스트모던건축의 특징에 속한다고 볼 수 있다. 스케일의 조작-과장을 현대건축의 절충적 표현특성으로 보는 배준현·전명현, 앞의 논문, 170-171면.

리 사용되고 있는 것이어서 표현적인 고유성을 갖고 있는 것으로 보기 어렵다.

둘째, 테라로사건물의 건축미학적 특징 가운데 뚜렷한 다른 하나는 실내가 1층과 2층이 트여있고, 이층에서 일층으로 일층에서 이층으로 시선이 오갈 수 있는 설계이다. 테라로사건물을 모방했다는 피고인

의 건물 실내도 이와 비슷한 구조이다. 그러나 이런 구조는 건축사적으로 보면 넓게는 파놉티콘 구조에 속한다. 파놉티콘 panopticon은 범(pan 凡)과 시선(opticon)의 결합어인데, 건물의 한 지점에 서서 바라보면, 건물의 모든 구석들이 보이는 것을 말한다. ‘최대다수의 최대행복’으로 유명한 철학자 벤담은 그의 사유를 연장하여 ‘최소자에 의한 최대감시’로 최대효율을 만들어내는 사설 감옥구조를 창안하였다.<sup>37)</sup> 이후 일반 공장의 구조도 감시와 통제



효율을 통해 생산성을 높이기 위해 그와 같은 감옥구조로 발전하기도 했다. 테라로사건물의 실내설계도 이런 범시선적 구조를 취하고 있다. 그러나 그 구조는 테라로서건물에 고유한 것이 아니고 건축사에서 이미 장구한 시간을 차지해 온 보편적인 것이다.

셋째, 테라로사건물이 슬라브와 벽의 ㄱ자형 연결 외부구조와 (직사각형) 파놉티콘형 내부구조를 조합한 점은 참신한 것일 수 있다. 이는 단지 아이디어는 아니지만, 이 조합이 과연 저작권을 인정할 만한 표현적 고유성을 가진 것인지, 아니면 음식의 레시피에 상응하는 건축의 레시피와 같은 것인지는 단언하기 어렵다. 이런 조합을 사용하는 건축물도 그 너비(W)·높이(H)·깊이(D)의 크기와 비율, 마감재나 가공방법 등이 다를 수 있지만, 이런 변수들은 단지 건축의 미감을 변화시킬 뿐이다. 하지만 이런 조합과 실행상의 변수들을 선택·결정하는 것도 일종의 표현으로 본다면, 그 표현의 고유성은 테라로사건물에다 건축물저작권을 인정하게 만들 수 있다. 하지만 그 경우에도 테라로사건물의 표현적 고유성은 오로지 카페건축물에 한정해서만 인정될 정도의 것으로 보인다. 그러므로 테라로사건물이 저작권을 인정받으려면 상표권의 지정상품 분류처럼 일정한 영역에서만 효력을 갖는 저작권, 예컨대 카페건축물저작권이 창설되어

37) 제레미 벤담(Jeremy Bentham) (신건수 옮김), 「파놉티콘」, 책세상문고, 2019, 22면 참조.

야 할 법하다. 이를 가칭 하위저작권이라고 이름 지어보자. 하위저작권은 이론적으로는 입법에 의하지 않고 판례법의 형태로도 인정하는 것을 생각해볼 수는 있다. 하지만 실무적으로 하위저작권의 효력영역을 상표권의 분류목록처럼 체계적이고 종합적으로 정립하지 않는 한, 그와 같은 판례법의 발전도 역시 기대하기는 어렵다.

### 3) 의미의 전복과 개념예술적 요소

이처럼 테라로사건물의 표현적 고유성이 건물의 구체적인 표현방식에서 충분한 근거를 확보할 수 없는 상황에서 테라로사건물에 저작권을 인정할 다른 가능성을 찾아보자. 그것은 테라로사건물을 개념예술(conceptual art)로 바라볼 수 있는나의 문제이다. 무엇보다 사람들이 휴식하고, 사람을 만나고, 대화를 즐기고 하는 카페공간에 파놉티콘의 감옥구조를 차용한 것은 표현적 고유성을 인정할 여지를 준다. 왜냐하면 카페의 파놉티콘 구조 채용은 파놉티콘의 의미를 전복시킬 수 있기 때문이다. 특히 현대사회에서도 모든 사람들의 일상에 미치는 미시적 권력의 의미를 갖게 된<sup>38)</sup> 파놉티콘의 의미인 감시와 통제(규율)가 카페공간에서는 소통과 개방의 의미로 뒤집혀져 있다는 것이다. 하지만 이런 의미의 전복도 이미 널리 이루어져 온 것이다. 가령 파놉티콘이 감시와 통제의 효율에서 소수권력자에 대한 언론의 감시로 역전되기도 하였다. 바로 이 ‘역전된 파놉티콘’(reverse panopticon)인 시놉티콘(synopticon)이 이미 19세기부터 성장해왔다. 포스트모던 건축에서 파놉티콘의 의미는 이를 넘어 모순적으로 뒤바뀐 상호시선적 구조, 즉 소통과 교감의 디자인구조로 더 잡았다. 바로 그런 점에서 테라로사건물은 파놉티콘의 의미를 전복시키는 일종의 개념예술로서도 저작권을 인정받기 어렵다.

테라로사카페공간을 이용하는 시민들은 그 공간의 참신함이나 소통과 교감의 상징구조 등을 체험할 수는 있지만 듀상이 샘(fountain)이라는 이름으로 소변기를 전시한 갤러리의 관람객처럼 그것을 개념예술로 받아들일 수 있게 하는 조건들을 만나지 못한다. 어떤 요소들이 개념예술로 인정하기 위한 필요충분조건인지에 관해 단일한 이론은 없다. 그러나 적어도 듀상의 샘의 예에서 보듯이,

38) 이 점을 규명한 미셸 푸코 (오생근 옮김), 「감시와 처벌. 감옥의 탄생」, 나남, 2003 참조.

적어도 개념의 독창성, 해방의 미학적 쾌락, 의미의 전복, 그로테스크(grotesque) 함을 갖추고 있는지가 중요하다.<sup>39)</sup> 이 네 가지 요소를 살펴보자. 첫째, 테라로사건물의 ㄱ자형 연결구조나 파놉티콘 실내구조는 카페건물에 적용한 점에서는 참신하지만, 독창적이라고 말할 정도는 아니다. 둘째, 미학적 쾌락도 일상에서 벗어나는 여유로운 미감을 주긴 하지만, 안도 타다오의 <빛의 교회>처럼 일상(의 상징계)을 초월하는 듯한 해방의 미학적 쾌락에는 전혀 다다르지 못한다. 셋째, 파놉티콘 구조는 서양사회에서 근대감옥의 원형을 이루었지만 우리나라에서는 그런 감옥의 원형을 이룬 적이 없기에 감옥의 의미를 소통과 교감으로 역전시키는 의미의 전복도 존재한다고 보기 어렵다. 넷째, 이 카페건물은 갤러리에서 일반 소변기를 전시물로 마주할 때, 마치 인간 밖의 존재에게 예술작품으로 인정되는 물건을 마주한 것 아닌가 하는 섬뜩한 느낌, 즉 그로테스크함도 느낄 수 없다. 이렇게 볼 때, 테라로사건물의 외관은 건물에서 개념예술을 표현하는 고유함을 갖고 있지 않다.

#### IV. 저작권 침해의 경계와 인식의 불확실성

이처럼 테라로사건물이 저작물로서 갖추어야 하는 표현적 고유성이 없는데도 모방건축을 저작권침해로 바라 보는 인식은 모방과 표절, 저작권침해를 구분하지 못하는 내재적 결함에서 비롯되기도 한다. 또한 설령 저작권침해를 인정하더라도 테라로사건물을 모방한 건축가의 인식적 결함(착오)을 법은 어떻게 고려할 것인가도 문제로 남아 있다.

##### 1. 모방, 표절, 저작권 침해의 혼동

일반인들은 테라로사사건에서도 피고인의 건물설계가 테라로사건물을 모방했다면, 표절한 것이고, 표절했다면 저작권을 침해한 것으로 생각할 것이다. 많은 법률가들도 모방(mimesis)과 표절(剽竊 plagiarism), 그리고 저작권침해의 차이를 알지 못한다. 미디어에서도 모방과 표절과 저작권침해를 뭉뚱그려 사실상

39) 이런 입장의 자세한 내용은 이상돈, “회화제작의 예술적 자유와 회화거래의 형법적 한계”, 『형사정책연구』 제31권 제3호, 한국형사법무정책연구원, 2020, 12면 아래 참조.



동의어로 사용하기도 한다. 그러나 모방, 표절, 저작권침해는 구별되어야 한다.

## 1) 모방

‘모방은 창조의 어머니’라는 말은 누구나 아는 격언이다. 예술도 애당초 자연에 대한 모방(mimesis)에서 시작된다는 아리스토텔레스의 사상이나, 에피스테메(인식 episteme)는 일종의 소유에 불과하며 미메시스가 더 우위에 있다고 본 벤야민(Benjamin)의 사상에서 보면 예술은 모방의 모방, 즉 선행하는 모방을 조금씩 다르게 모방하는 것이다. 아도르노(Adorno)의 비판이론에서 보면<sup>40)</sup> ‘조금씩 다른 모방’이란 이전의 예술작품을 본받되, 그 부정성을 부정하는 식으로 답아 감을 말한다. 그렇기에 모방은 복제와 다르며, 나름의 고유성(originality)을 갖는 창작의 과정이다. 물론 미메시스는 고유성을 넘어 새로움(novum)을 창출하기도 한다. 루카치는 미메시스의 의미를 현실의 본질적 특성을 그려내면서도 현실과 구별되는 새로운 현실을 창조하는 것<sup>41)</sup>으로 보았다. 창작을 낳는 미메시스는 “비개념적인 인식(begriffslose Erkenntnis)이며 참된 인식”으로까지 칭송되기도 한다.<sup>42)</sup> 가령 인상주의 회화와 같은 모던 미술은 그 이전 시대의 회화가 갖지 못했던 새로움을 가져왔다. 예컨대 고흐(Vincent van Gogh)의 유명한 <별이 빛나는 밤(The Starry Night)>은 자연의 모방이었던 이전시대의 회화를 ‘다르게 모방’한다. 즉, 자연을 모방하되 자연의 색채와는 무관한 색상을 사용하여 화가 자신의 주관적 감정의 실존적 상태를 표현하고 그것을 통해 자연과는 또 다른 자연의 이미지를 생성시킨다. 이로써 내면의 세계가 자연 속으로 객관화되고, 객관의 세계인 자연이 내면의 옷을 입는 새로움이 만들어진다. 크리스테바(Kristeva)가 말하는 상호텍스트성(Intertextuality)<sup>43)</sup>, 즉 모든 작가는 의식적으로든 무의식적으로든 한 사회에서 말해지거나 쓰인 타자의 ‘텍스트’

40) 이에 관한 자세한 설명으로 한상원, “미메시스, 인식론적, 미학적, 정치철학적 고찰”, 『시대와 철학』 제27권 제1호, 한국철학사상연구회, 2016, 263-294면 참조.

41) 미술에서 루카치의 미메시스 이론이 갖는 의미를 자세히 밝힌 이원숙, “미메시스(Mimesis)로서의 문학과 미술 — 루카치미학의 리얼리즘을 중심으로”, 『철학논총』 제59집 제1권, 새한철학회, 2010, 223면 아래 참조.

42) 문병호 “아도르노의 「예술 이론」에 있어서 미메시스와 합리성의 변증법 — 원리, 문제점, 발전적 전개 가능성”, 『독어독문학』 제50권, 한국독어독문학회, 1993, 229면 참조.

43) Julia Kristeva, 『Semiotikè: Recherches pour une sèmanalyse』, Seuil, 1969, 144면; Peter von Zima, 『Textsoziologie. Eine kritische Einführung』, Metzler, 1980, 81면.

들에 동화되어 작품을 만든다는 통찰도 모방의 창조기능을 약한 버전으로 보여 준다. 가다머(Gadamer)가 말하듯 하나의 작품이 전통이 되어 다른 후대의 작품에 영향을 미치는 전통의 영향사(Wirkungsgeschichte)<sup>44)</sup>도 모방이 모든 시대를 넘어서 은연히 창조에 스며든다는 점을 말해준다. 그리고 포스트모던 사회에서 주류문화와 하부문화, 서로 다른 민족·국가의 (예술)문화들을 가로지르고 그 사이의 소통을 수행하는 상호문화성(interculturality)<sup>45)</sup>도 상호적인 모방 없이는 구현되기 어렵다. 이렇듯 모방은 정도의 차이는 있어도 전근대, 근대, 탈근대 시대 등 모든 시대의 예술작품들을 관통하며 예술성을 생성시키는 내적 요소이거나 적어도 그런 요소와 불가분한 요소임을 알 수 있다.

건축에서도 가령 퇴계 선생의 도산서원을 모방한 가온건축의 금산주택<sup>46)</sup>도 모방이 전통을 계승함으로써 오히려 가장 현대적인 창작물을 가져올 수 있음을 보여준다. 그렇기에 모방을 통해 생성되는 예술성은 다른 저작물의 모방을 규제하는 저작권법의 ‘외곽’을 설정할 수 있어야 한다. 가령 모방이 다른 저작물의 아이디어만 훔치는데 그치고, 그 아이디어를 고유하게 표현한 작품은 저작권법상 새로운 창작물이 된다.

## 2) 표절

그러나 모방이 창작의 힘이 되는 것이 아니라 법이나 법외의 사회규범(윤리)에 위배하여 다른 저작물을 베끼는 방편인 경우에는 표절(plagiarism)이 된다. 표절은 법적 개념이 아니라<sup>47)</sup> 사회학적, 사회윤리적 개념이다. 표절의 한자어 표(剽)와 절(竊)은 모두 훔친다는 뜻이다. 그러나 한편으로는 아이디어를 훔치는 것은 아직 표절이 아니고, 다른 한편으로는 구체적인 표현까지 훔쳐야만 비로소 표절이 되는 것도 아니다. 즉, 표절은 아이디어(사상)의 차원을 넘어 작품의 구조 또는 구성이 기존의 다른 저작물과 실질적 유사성을 갖는 경우에 이미

44) Hans Georg Gadamer, 『Wahrheit und Methode: Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik』, Tübingen, 1979, 285면.

45) 상호문화성의 의미를 다각적으로 해명하는 박인철, 『현상학과 상호문화성』, 아카넷, 2015 참조.

46) 이 주택의 사진은 <https://blog.naver.com/draegon3/100145851958> 참조.

47) 저작권법, 디자인보호법, 상표법, 부정경쟁방지법, 건축법 등 표절의 현상을 다루는 법률은 표절이란 법문언을 전혀 갖고 있지 않다.

인정될 수 있다. 판례의 저작권침해 개념은 저작권침해를 사실상 이런 표절의 의미로 환원시키고 있다.

“저작권 침해가 인정되기 위해서는 침해자의 저작물이 저작권자의 저작물에 의거하여 그것을 이용하였어야 하고, 침해자의 저작물과 저작권자의 저작물 사이에 실질적 유사성이 인정되어야 한다. … 두 저작물 사이에 실질적인 유사성이 있는지를 판단할 때에는 창작적인 표현형식에 해당하는 것만을 가지고 대비해 보아야 한다.”<sup>48)</sup>

#### (1) 음악저작물의 표절과 창작

가령 MC몽의 ‘너에게 쓰는 편지’는 6년 앞서 공표된 밴드 더더의 음악저작물 It’s you의 창작적 표현에 ‘의거해’ 이를 이용하였다고 추정되고, 곡을 향유하는 수요자의 입장에서 볼 때 두 곡이 양과 질의 측면에서 실질적으로 유사하다는 이유로 저작권침해의 판결을 받은 바 있다.<sup>49)</sup> 이 두 곡을 비교하여 들어보면, 가락(melody), 리듬(rhythm), 화성(chord)의 선택·배열에 따라 형성되는 음악적 구조가 실질적으로 매우 유사함을 누구나 알 수 있다. 그렇기에 MC몽의 곡이 더더의 곡을 표절했다고 말할 수 있다. 그러나 이것만으로 저작(인격)권침해까지 곧바로 인정되는 것은 아니다. 더더의 곡과 음악적 구조가 실질적으로 유사하지만 MC몽의 곡은 더더의 곡과 다른 표현적 고유성이 있기 때문이다. 무엇보다 비보이(피플크루) 출신인 MC몽의 곡은 랩을 많이 사용하고, 이 랩은 비주류의 저항정신과 기존문화를 전복시키는 하부문화적 표현성을 갖고 있는데 반해, 더더의 곡은 그런 류의 표현적 요소가 거의 없다. 그렇기에 MC몽의 곡은 사회(윤리)적으로는 표절이지만 법적으로는 오히려 새로운 저작권을 생성시킨다고 볼 수도 있다. 여기서 표절에 관련한 사회규범(윤리)과 법과의 간극과 충돌을 확인할 수 있다.

#### (2) 건축저작물의 표절과 창작

음악저작물의 가락, 리듬, 화성에 상응하는 건축저작물의 요소는 건물의 ‘구조’, ‘기능’(쓰임새), ‘미’(외관)라고 볼 수 있다. 테라로사건물과 모방건물은 똑같

48) 대법원 2020. 4. 29. 선고 2019도9601 판결 참조.

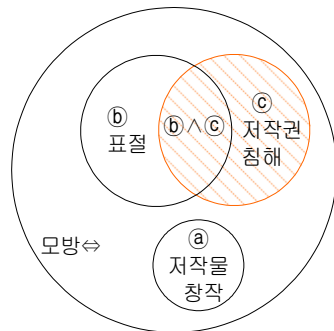
49) 수원지방법원 2006. 10. 20. 선고 2006가합3533 판결.

이 카페건물로서 그 기능(쓰임새)이 같고, 미(외관)는 비슷한 면과 다른 면들이 있으며, 구조는 슬라브와 외벽의 ㄱ자형 연결의 외부구조와 파놉티콘 형의 내부구조를 취한다는 점에서 많이 같다. 이렇게 볼 때 모방건물은 테라로사건물을 의거해 설계되었고, 실질적 유사성도 상당히 많다. 따라서 모방건물은 테라로사건물을 ‘표절’했다고 말할 수 있을 것이다. 그러나 테라로사건물이 한편으로는 그 자체로서 저작물이 되기 위한 표현적 고유성이 명확하지 않고, 다른 한편 모방건물도 디테일한 표현에서는 테라로사건물의 고유한 표현에 필적할 만한 고유한 표현을 갖고 있다고 볼 여지도 있다. 그런 점에서 모방건물은 표절건물이지만, 이 점이 곧바로 테라로사건물의 저작권을 침해했다고 말할 수 있는 것은 아니다. 사실 테라로사건물 사건에서 저작(인격)권침해를 인정한 판결은 엄밀히 말하면 표절을 인정한 것일 뿐, 두 건물의 표현적 고유성에 대해서는 판단을 거의 하지 않고 있다.

여기서 주목해야 할 점은 포스트모던 건축에서는 표절을 통해서도 건축가가 그의 고유한 표현을 표절건축물에 구현한다면 새로운 창작물이 될 수 있다는 점이다. 가령 20세기 건축계를 대표하는 사람의 한 명인 미스 반 데어 로에(Mies van der Rohe)<sup>50</sup>가 설계한 ‘판스워드하우스’(Farnsworth House 1946) 뿐만 아니라 이를 모방(표절)한 현대건축의 대변자 필립 존스(Philip Cortelou Johnson)의 ‘글래스 하우스’(Glass House 1949)도 세기의 건축물로 인정된다. 이처럼 현시대의 건축문화에서 창작과 표절은 작품성의 인정에서는 더 이상 준별되지도 않고, 차별될 수도 없다.

### 3) 저작권침해

모방이 다른 저작물의 아이디어를 베끼고, 다른 저작물과 구조나 구성까지 실질적으로 유사한데(표절) 그치지 않고, 다른 저작물의 구체적인 표현(양식)까지 베낀 경우에는 법적인 의미에서 저작권침해가 된다. 즉, 저작권 침해는 다른 저작물의 아이디어, 구조나 구성 그리고 (구체적) 표현까지 베낀 것



50) 미스는 독일 바우하우스 교장(1930~1933)을 지내고 나치를 피해 도미하여 미국 일리노이 공대 건축과 교수를 지냈다.

일 때 비로소 성립하는 것이다. 가령 다른 사람의 논문을 자신의 학위논문에 10여 면 분량 그대로 옮겨 쓰고 각주에 출처만 밝힌 글은 그 10여 면의 사상, (논증의) 구성, 그리고 표현까지 베낀 점에서 표절이면서 저작권침해가 된다(아래 도표 ㉞^㉟). 물론 저작권침해는 표절에 의하지 않고도 발생한다. 가령 자신의 논문에 대한 저작권을 제3자(예: 학회)에게 양도 후 그 제3자의 동의 없이 사용하는 경우에는 표절은 아니지만 저작(재산)권침해가 인정된다(도표 ㉟). 또한 (특히 미국의) 학술논문에서는 다른 논문과 ‘여섯 단어 연속 동일’이라는 기준에 위배되지 않도록 하거나 모든 문장을 다른 언어로 ‘표현’(속칭‘발갈이’)하면 저작권침해는 인정되지 않지만, 다른 논문의 사상과 논증의 구성에서 실질적 유사성 또는 심지어 동일성을 보임으로써 표절(도표 ㉞)이 될 수도 있다.

#### 4) 표절과 저작권침해 사이에

테라로사카페사건에서 모방건축물은 표절에 그친 것인가 아니면 저작권침해에 이른 것인가? 판결이 인정한 이 사건의 공소사실은 “모방한 건축물을 복제”하여 건축하였다는 것이었다. 여기서 “복제”는 통상적으로 모방이나 구조나 구성의 실질적 유사성이 있는 표절을 넘어 고유한 표현까지 베낀 것임을 의미한다고 보아야 할 것이다.

“甲은 乙이 설계 및 시공한 카페 테라로사’의 건축물…의 디자인을 모방하여 건물을 설계 및 시공하기로 마음먹고…丙으로부터 건축을 의뢰받고, 그때부터 설계하여…000에 카페‘C’를…완공 후 사용승인을 받아 乙의 창작물인 건축디자인을 모방한 건축물을 복제하여 건축함으로써 저작권을 침해하였다.”<sup>51)</sup>

그러나 판결은 어떤 점에서 테라로사건물의 표현적 고유성을 침해한 것인지를 명확하게 밝히고 있지 않다. 아마 이를 밝힐 수도 없을 것이다. 미학적 표현이 질적으로나 양적으로 뚜렷하지 않은 건축물, 비록 눈에 좀 띠기는 하지만 누구나 예술작품이나 그에 근접한 작품으로 볼 정도가 아닌 일상의 건축물들에

51) 창원지방법원 진주지원 2018. 10. 18. 선고 2018고정81 판결 참조.

서 표현적 고유성의 유무와 그 침해여부를 판단해주는 건축미학적 (예술)비평과 이론은 없기 때문이다. 그런 이론은 앞으로도 개발되지 않을 것이다. 그렇기에 이런 류의 건축물 모방은 아무리 규제중심의 관점에서 보더라도 기껏해야 표절과 저작권 침해, 그 사이에(inbetween) 위치한다고 말할 수 있을 것이다. 이런 영역에 대해 저작권의 영역을 더욱 넓혀, 저작권침해를 더 쉽게 인정할 것인지, 아니면 다소 눈에 띄는 건축미학적 표현을 사람들이 널리 향유하도록 저작권 및 그에 대한 침해를 인정하지 않을 것인지는 단순한 법률해석의 문제가 아니라 법정정책 사항이다. 앞서 설명한 바와 같이 건축물, 특히 일상의 건축물은 의식주라는 인간다운 삶의 기본재화에 속한다는 점을 고려할 때, 테라로사건물과 같은 정도의 미적 건물에 대해 건축저작권을 넓게 인정하는 것은 타당하지 않다.

## 2. 저작권침해 인식의 불확실성과 법적 책임귀속

이상의 논의에서 테라로사카페의 건물은 저작물이 되기에는 표현적 고유성이 약할 뿐만 아니라, 모방건물은 테라로사건물을 표절하였지만 법적 의미의 저작권을 침해했다고는 보기 어려움을 알 수 있다.

### 1) 부정경쟁의 심정에 대한 법적 통제의 한계

그런데 이 사건은 세칭, 잘 나가는 성공한 카페의 건물을 본 따 영업에 도움을 받으려는 심정에서 비롯됐었을 것이라는 추측을 해볼 수 있다. 이 추측이 틀릴 수 있겠지만, 일단 합리적인 추측이라고 전제해보자. 그러면 그와 같은 심정은 법적으로 옳기면 부정경쟁의 심정(Gesinnung)이 될 수 있다. 첫째, 이와 같은 부정경쟁의 심정을 통제하기 위해 법원은 저작권(침해) 판단을 건축물의 구조, 기능, 외관에서 실질적 유사성이 있는지(표절) 여부로 축소해서는 안 된다. 그러면 저작권침해가 부정경쟁의 심정으로 변질되고, 저작재산권침해죄(제136조 제1항 1호)나 저작권격권침해죄(제136조 제2항 1호)는 범치국가원리가 금지하는 가장 위험한 형법인 심정형벌(Gesinnungsstrafrecht)으로 전락할 수 있기 때문이다.

둘째, 모방건물의 건축이 카페운영자와 부정경쟁죄(부정경쟁방지법 제2조 1

호 나목, 제18조 제3항 1호)의 공범이 되는지도 의문이다. 부정경쟁이 되려면 모방건물의 카페가 테라로사카페의 건물과 구조적으로 실질적으로 유사할 뿐만 아니라 상품 판매·서비스 제공방법 또는 간판·실내장식 등도 종합 고려하여 테라로사 카페의 영업임을 표시하는 표지와 유사하거나 동일한 것을 사용했어야 하기 때문이다. 무엇보다 고객의 입장에서 모방건물의 카페 고객들이 그 카페와 테라로사카페를 혼동할 정도에 이르지 않았다면 부정경쟁법 위반으로 보기 어렵다. 그럼에도 불구하고 부정경쟁의 심정에 대한 부정적인 가치판단과 통제의지가 저작권침해를 인정하는 실질적인 힘이 되는 식의 법적용은 법치국가의 한계를 넘어선 것이 된다.

## 2) 저작물성의 착오와 법적 통제의 한계

모방건축물의 건축사는 테라로사건물을 직접 또는 사진을 보고 설계했다면 그는 그 건물의 특징을 슬라브와 외벽의 T자형연결의 외부구조와 파놉티콘 형의 내부구조라고 보고, 그 구조를 모방하였던 것이고, 따라서 그 집에 대한 인식은 갖고 있었을 것이다. 그러나 그런 표절의 인식과 부정경쟁의 심정만으로 건축저작물침해의 고의가 인정될 수 있을까? 저작권침해는 저작물을 전제하는데, 저작물은 “사상 또는 감정을 표현한 창작물”로서 일종의 규범적 구성요건(normativer Tatbestand)이라는 점이 문제이다. 고의의 내용으로서 규범적 구성요건에 대한 인식은 그 요건의 정확한 법적 의미(판례)가 아니라 그것과 구별<sup>52)</sup>되는 사회적 의미의 인식이다. 사회적 의미는 그 요건이 법률전문가가 아닌 보통사람들의 일상소통에서 갖는 의미를 가리킨다. 형법학계에 널리 사용되는 독일형법학의 유명한 법형상(Rechtsfigur)으로 표현한다면 “보통사람들의 가치평가(Parallelwertung in der Laiensphäre<sup>53)</sup>)”<sup>54)</sup>를 가리키는 것이다. 과학기술화된 현대사회에서 그런 의미는 매우 불확실하고 하부문화에 따라 다양할 수 있다. 건축저작물도 건축가나 예술비평가 등 전문가사회의 하부문화(subculture)

52) 이 구별을 하지 않으면 “객관적 구성요건요소의 의미...에 대한 착오는 포섭의 착오가 된다”(이정원, “구성요건적 고의의 인식대상에 관한 소고”, 『형사법연구』 제13호, 한국형사법학회, 2000, 112면)는 오해가 생긴다.

53) Ulfrid Neumann, 『NomosKommentar zum StGB』, Aufl. 5, 2017, § 17 Rn. 39.

54) 이를 “문의한으로서의 소박한 가치평가”라고 번역한 이재상, 『형법총론』, 박영사, 2008, § 12-12 참조. 그러나 이런 표현은 다소 비하적인 수사법이어서 적절하지 않다.

에서 생성되고, 상호이해되는 의미로서 인식되어야 한다. 그러나 테라로사건물이 그런 의미에서 창작물인지에 대한 의견, 즉 건축미학적 판단은 매우 다양하고, 상당히 분분할 것으로 보인다. 그렇기에 모방건물의 건축사에게 테라로사건물이 창작물이라는 사실에 대한 인식이 있었다고 보기 어렵다. 앞서 설명한 바와 같이 표절과 저작권침해를 구별한다면 이 사건의 모방건축가는 자신이 표절한다는 사실은 인식하였지만 저작권법 제136조 제1항 제1호의 ‘저작권을 복제의 방법으로 침해한다’는 사실은 인식하지 못한 것이다. 따라서 설령 법원이 테라로사건물을 건축저작물로 인정하더라도, 모방건물의 건축사는 사실의 착오에 빠져 있는 것이며, 형법 제13조(고의)를 적용하면 그에게 저작권침해의 고의를 귀속시킬 수가 없다.

### 3) 포섭착오와 법적 통제의 한계

하지만 테라로사건물이 판례처럼 저작물이라고 보고 또한 모방건물의 건축사가 테라로사건물이 사회적 의미의 저작물임 인식했다고 전제한다면 저작권침해의 고의는 인정될 수 있다. 하지만 이 경우에도 여전히 형사책임인 저작권침해죄의 적용에는 법률의 착오 문제가 등장한다. 즉 모방건물의 건축사는 테라로사건물의 ㄱ자형 연결의 외부구조와 파놉티콘 형의 내부구조를 따라하여 설계·건축하더라도, 가령 포스트모던 건축에서 널리 행해지는 모방(또는 표절)을 한 것일 뿐, 저작권을 ‘복제의 방법으로 침해’한 것이 아니라고 생각할 수도 있다. 왜냐하면 자기 나름의 공간구조상의 변주, 외장과 인테리어의 많은 차이점을 통해 테라로사건물과는 다른 모습의 고유한 표현, 즉 변모(morphosis)를 만들어 내고 있고, 심지어 새로운 저작물을 생성시킨다고 생각할 수도 있기 때문이다. 이런 건축사의 의식은 그의 모방설계(또는 표절설계)를 저작권침해라고 본 대법원 판결과 — 그 판결이 형성하는 구체적 범규범의 현실과 — 불일치한다. 이런 착오는 자신의 설계가 저작권을 “복제의 방법으로 침해”(함)에 해당함(“포섭됨”)을 인식하지 못한 포섭착오(Subsumtionsirrtum)이며, 이는 법률의 착오(형법 제16조)에 속한다.<sup>55)</sup> 여기서 표절과 저작권침해를 앞의 설명처럼

55) 대법원도 법률의 존재를 모른 경우, 즉 법의 부지는 법률의 착오로 보지 않지만, 법률의 존재는 알았지만 자신의 행위가 그 법률에 해당함을 모른 경우는 법률의 착오로 본다. 가령 ① 면허정지처분을 받고 면허증을 반납하지 않은 기간의 운전이 무면허운전행위에 해



구분함을 전제로 하면, 이 포섭착오는 모방건물의 건축가가 - 저작권침해를 금지하고 처벌하는 법의 존재는 알았지만 - 테라로사건물을 표절하면서도 나름의 고유한 표현을 하였기에 테라로사건물의 고유한 표현까지 베낀 저작권침해에 이른 것이 아니라고 생각한 착오이다. 달리 말해 모방건물의 건축가는 ‘저작권복제(침해)’라는 표시의 해석에 관해 법원과 다른 해석, 즉 해석착오<sup>56)</sup>(Auslegungsirrtum)를 하고 있는 셈이다.

그러면 이와 같은 착오는 정당한 이유가 인정될 수 있을까? 다른 저작물의 구조나 구성과 실질적 유사성이 있는 표절을 하면서 그 표절한 건축물의 고유한 표현(저작권)을 침해하지 않는다는 생각은 미학적 판단이기 때문에 주관적일 수밖에 없다. 보편성은 없지만 널리 통용되는 윤리규범에 위반되는 경우 위법여부를 법전문가에게 문의할 의무가 있는 것처럼, 표절을 하는 경우에는 저작권침해여부를 심사해 볼 계기가 주어진 것이고, 이에 관해 법전문가에게 문의할 의무(Erkundigungspflicht)가 일단 인정될 수 있다. 그러나 이 문의의무(의 위반)는 포섭착오의 “정당한 이유”(형법 제16조)에 관한 귀속기준이 되기 어렵다. 왜냐하면 모방하려는 건축물이 표현적 고유성을 지닌 저작물인지를 판단하는 법적 규칙(rule)이나 어떤 모방까지가 표절이고, 어떤 모방부터 표절을 넘어 저작권침해에 해당하는지를 말해주는 법적 규칙을 법원과 법전문가를 포함하여 누구도 갖고 있지 않기 때문이다. 즉, 다른 건물을 모방하려는 건축가는 건축저작권침해여부에 관한 장래의 법적 판단에 관하여 신뢰할만한 전문가(축적된 판례나 법률가)를 만날 수가 없다. 이는 근본적으로 건축저작권 인정여부와 그 침해여부에 관한 판단이 그때그때 달라질 수 있는 미학적 판단이며 예술 비평에 따라 좌우되는 점에서 비롯된다. 여기서 주목할 점은 건축가들은 대체로 나름의 건축미학을 추구하는 전문가들이고, 그렇기에 모방하려는 건축물의 예술적, 표현적 고유성이 명백하지 않는 한, 건축가가 모방과 (포스트모던적) 표절을 통해 건축미학적 표현을 하는 것은 오늘날의 건축가사회에서는 상당한

---

당하지 않은 것으로 오인한 경우에서 정당한 이유를 검토해야 한다고 본 판례(1993. 4. 13. 선고 92도2309판결)는 포섭착오와 법률의 부지를 구별하고 법률의 착오로 바라보는 셈이다. 하지만 ② “압류물의 효력이 없어진 것으로 착오하였거나 또는 봉인 등을 손상 또는 효력을 해할 권리가 있다고 오인한 경우에는 형벌법규의 부지와 구별되어 범의를 조각한다”(대법원 1970. 9. 22. 선고 70도1206 판결)는 포섭착오를 고의(조각)의 문제로 본다(‘고의설’).

56) 포섭착오를 해석착오(Auslegungsirrtum)로 설명하는 Claus Roxin, 『Strafrecht Allgemeiner Teil』, 4.Auflage, 2006, §21-23 참조.

것, 즉 일종의 하부문화(subculture)가 되고 있다는 점이다.<sup>57)</sup> 이런 하부문화를 근거로 형법 제16조의 정당한 이유를 인정하는 것은 국가(또는 법원)가 법규범을 권위적으로 독점하지 않고, 사회와 소통하면서 나눠 갖는 일종의 법다원주의(legal pluralism)의 실현으로 볼 수 있다. 물론 건축가 사회에 그와 같은 하부문화가 없거나 법다원주의를 외면한다면, 표절을 한 건축가는 적법성 심사의 계기가 있고, 문의의무가 주어지므로, 자신의 주관적 미학적 판단만을 믿은 경우에는 자기위험부담 원칙에 의해 포섭착오는 정당한 이유가 없는 것이 될 것이다.

### 3. 공간미를 향유하는 삶의 자유와 법의 통제완화

건축저작권과 그 침해의 판단은 이처럼 고도의 불확실성에 시달리는 법인식 일 수밖에 없다. 그런 불확실성에도 불구하고, 법원이 누구나 예술성을 느끼는 수준의 작품성을 갖추지 못하고, 건축물의 기능과 구분(이원주의)되는 외관의 독특함이나 참신함만으로 저작권을 인정한다면, 그 외관이 변주를 통해 창출할 수 있는 다양한 건축미학의 영역을 특정 개인의 배타적인 권리 아래 두는 것이 된다. 이는 시민들에게 다채로운 공간미학을 자유롭게 향유할 가능성을 앗아가고, 기본재화(의·식·주)의 3분의 1 영역에서 시민들의 삶을 빈곤하게 만드는 것이다. 다시 말해 건축저작권(침해)을 쉽게 인정할수록 공간미는 특정 개인에게 배타적 권리로 독점되고, 자유롭게 공간미를 향유하는 시민들의 공간적 삶은 점점 더 빈곤해진다. 이처럼 공간미의 권리화와 삶의 빈곤화는 함께 이루어지는 것이다.

그렇기에 건축저작권 인정은 “국가적·민족적 또는 세계적 유산으로서 역사적·예술적·학술적 또는 경관적 가치가 큰” 문화재(문화재보호법 제2조 제1항)가 될 정도까지는 아니더라도 상당히 높은 수준의 예술성이 명백하게 있는 경우에 국한하여야 한다. 또한 표절을 통하지만 다른 표현적 요소를 더하여 또 다른 미적 가치를 창출하는 변모(morphosis)<sup>58)</sup>의 미학적 자유를 건축사들에게

57) 이런 하부문화는 물론 테라로사 판결을 계기로 뒤늦게 부정적인 하부문화로 재인식될 수 있다. 그러나 건축에서 모방과 표절은 국내 건축 발전에 ‘창조의 어머니’ 같은 기여를 해왔다고 말할 때(권재현 기자, “건축표절시비에 새 이정표 세워질 소용”, 주간동아 2020.2.5. 참조) 이런 하부문화는 저작권침해의 범죄문화가 아니라 포스트모던 건축의 새로운 에피스테메(episteme)를 형성하는 지층이 될 수 있음을 간과할 수 없다.

빼앗아가서는 안 된다. 이를 위해 법원도 건축저작권을 좁게 인정해야 하고, 그에 대한 침해도 매우 엄격하고 신중하게 인정하여야 한다.

## V. 결론(요약)

대법원은 테라로사카페의 건물이 용도(기능)과 무관한 외관에 미적 창의성이 있다는 이유로 저작권을 인정하고, 그 건물의 외관과 실질적으로 유사한 외관의 건물을 설계한 건축사에게 저작권침해죄의 유죄를 인정하였다. 첫째, 이 판결은 건축에서 기능과 형식(외관)을 분리하는 이분법과 19세기적인 근대건축의 절충주의(eclecticism) 패러다임에서 있는 것이며, 형식이 기능을 따르고, 기능이 형식을 따르는 현대건축과 포스트모던 건축의 미학적 구성원리를 알지 못하거나 외면하는 것이다.

둘째, 건축저작권이 인정되려면 새로운 것(novum)을 창출하는 미적 발명에는 이르지 않는다고 되지만 디자인권에 요구되는 미감을 넘어서야 하고, 비록 예술작품일 필요까지는 없지만 최소한의 예술성이 있는 고유한 표현이 있어야 한다. 특히 건축물이 삶의 기본재화(의·식·주)에 속한다는 점을 고려할 때, 건축저작권은 좁게 인정되어야 한다. 특히 건축물의 고유한 표현성은 예술사적 분석으로 밝혀지는 건축미학적 근거에 의해 설명될 만한 것일 때 비로소 저작권을 생성시킬 수 있다고 보아야 한다. 테라로사카페의 건물은 슬라브와 외벽 연결구조(경사진 ㄱ형) 및 실내의 파넬티콘 구조의 조합에서 나름의 미감을 주지만, 최소한의 예술적 표현적 고유성이 인정될만한 건축미학적 특성을 보여준다고 보기는 어렵다. 테라로사건물과 같은 정도의 외관의 독특함이나 참신함만으로 저작권을 인정한다면, 다채로운 공간미를 자유롭게 향유하는 시민들의 삶은 빈곤하게 될 것이다. 공간미의 권리화(저작권인정)와 삶의 빈곤화는 함께 이루어진다.

셋째, 예술이론적 개념인 모방(mimesis), 사회윤리적 일탈행위 개념인 표절, 법적 개념인 저작권침해는 구별되어야 한다. 모방은 모든 창작과정의 불가결한 요소이다. 모방이 아이디어 베끼기를 넘어 구조적으로 — 건축물의 구조, 기능,

58) 이 변모의 미학에 관하여 자세히는 이상돈, 앞의 '범의 예술', 2020, 108-109면.

외관 등에서 — 기존의 창작물과 실질적 유사성을 띠게 되면, 그 모방은 표절이 된다. 하지만 저작권침해는 모방과 표절을 넘어 기존 창작물의 고유한 구체적 표현까지 배긴 경우에 비로소 성립한다. 테라로사건물에 저작권을 인정하더라도, 피고인 건축가의 모방은 아무리 규제중심의 관점에서 보더라도 표절과 저작권침해 사이에 위치할 뿐이다.

넷째, 설령 테라로사건물에 저작권을 인정하고, 이 사건의 모방건축이 저작권 침해에 해당한다고 보더라도, 모방건축물의 설계자는 건축물에서 “사상이나 감정을 표현한 창작물”의 규범적 의미를 인식하지 못하였다면, 사실의 착오를 한 것이 되어 형법 제13조에 따라 저작권침해의 고의가 배제된다. 또한 저작권침해의 고의를 인정한다고 하더라도, 모방건축물의 설계자는 나름의 고유한 표현을 하였기에 자신의 모방(표절)이 테라로사건물의 고유한 표현까지 모방하는 행위, 즉 저작권침해에 해당함을 알지 못했을 수 있다. 그런 착오는 포섭의 착오 또는 해석의 착오로서 법률의 착오에 속한다. 모방건축물의 건축가에게는 그의 표절인식을 근거로 그의 모방건축이 저작권침해에 해당하는지를 문의할 의무가 주어질 수 있다. 그러나 테라로사건물의 저작권 여부와 그에 대한 침해의 판단은 법적 규칙으로 존재하지 않고, 그 판단에 관해 신뢰할만한 전문가(판례, 법률가)도 존재하지 않는다. 그렇기에 모방하려는 건물의 예술적 표현적 고유성이 상당히 높고 명백하지 않는 한 건축가가 모방을 통해 나름의 건축미학적 표현을 추구하는 것은 건축가사회에서는 상당한 것(하부문화)이며, 그런 하부문화를 근거로 형법 제16조의 정당한 이유를 인정한다면 법다원주의의 확장적 실현에도 기여하는 것이 된다.

투고일 : 2022.10.9. / 심사완료일 : 2022.12.9. / 게재확정일 : 2022.12.16.

## [참고문헌]

- 박인철, 「현상학과 상호문화성」, 아카넷, 2015.
- 이상돈, 「법의 예술」, 법문사, 2020.
- 이재상, 「형법총론」, 박영사, 2008.
- 허희성, 「신저작권법측조개설」, 명문프리컴, 2007.
- 미셸 푸코 (오생근 옮김), 「감시와 처벌. 감옥의 탄생」, 나남, 2003.
- 제레미 벤담 (신건수 옮김), 「파놉티콘」, 책세상문고, 2019.
- 김명옥, “포스트모던 미술관 건축의 확장된 건축개념에 관한 비교연구”, 「한국실내디자인학회학회지」 제14호, 한국실내디자인학회, 1998.
- 김은지 · 이정옥, “현대 건축의 신디자인 개념에 관한 연구. 포스트모던 건축의 수사학적 표현 기법을 중심으로”, 「한국실내디자인학회학회지」 제20호, 한국실내디자인학회, 1999.
- 김혜경, “포스트 모던에 나타난 패러디 건축과 패션이미지 비교 분석에 관한 연구”, 「한국패션디자인학회지」 제5권 제2호, 한국패션디자인학회, 2005.
- 문병호 “아도르노의 「예술 이론」에 있어서 미메시스와 합리성의 변증법 — 원리, 문제점, 발전적 전개 가능성”, 「독어독문학」 제50권, 한국독어독문학회, 1993.
- 무 원 · 김순구, “패션아트에 있어서 설치미술 표현 특성 연구”, 「예술과 미디어」 제16권 제1호, 예술과미디어학회, 2017.
- 배준현 · 전명현, “현대건축의 절충적 표현특성에 관한 연구”, 「한국실내디자인학회논문집」 제17호, 한국실내디자인학회, 1998.
- 이상돈, “회화제작의 예술적 자유와 회화거래의 형법적 한계”, 「형사정책연구」 제31권 제3호, 한국형사법무정책연구원, 2020.
- 이원숙, “미메시스(Mimesis)로서의 문학과 미술 — 루카치미학의 리얼리즘을 중심으로”, 「철학논총」 제59집 제1권, 새한철학회, 2010.
- 이정원, “구성요건적 고의의 인식대상에 관한 소고”, 「형사법연구」 제13호, 한국형사법학회, 2000.
- 조민정, “패션 트렌드에 나타난 그래픽 디자인의 예술적 표현”, 「한국디자인포럼」 제48권, 한국디자인트렌드학회, 2015.
- 최우령, “건축저작물의 저작물성 판단기준에 대한 소고-대법원 2020. 4. 29. 선고 2019도9601 판결-”, 「안암법학」 제61호, 안암법학회, 2020.
- 한상원, “미메시스. 인식론적, 미학적, 정치철학적 고찰”, 「시대와 철학」 제27권 제1호,

한국철학사상연구회, 2016.

Charles Jencks, 「Architecture Today」 (최두길 역, 「현대건축의 동향」, 태림문화사, 1987).

Claus Roxin, 「Strafrecht. Allgemeiner Teil」, 4. Auflage, 2006.

Hans-Georg Gadamer, 「Wahrheit und Methode: Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik」, Tübingen, 1979.

Gernot Schulze, “Urheberrecht der Architekten - Teil 1”, 「Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht」, 2007, Heft 9, 537-542면.

Julia Kristeva, 「Semiotikè: Recherches pour une sémanalyse」, Seuil, 1969.

Kun Hwang, “Form follows Function, Function follows Form”, 「The Journal of Craniofacial Surgery」, Vol. 31, No. 2, 2020, 333면.

Louis Henry Sullivan, “The tall office building artistically considered”, 「Lippincott’s Magazine」, March 1986, 1-6면.

Peter von Zima, 「Textsoziologie. Eine kritische Einführung」, Metzler, 1980.

Rachel Zuckert, “A New Look at Kant’s Theory of Pleasure”, 「The Journal of Aesthetics and Art Criticism」, Vol. 60, No. 3, 2002, 239-252면.

Robert Venturi, Complexity and Contradiction in Architecture: Selections from a Forthcoming Book.” 「Perspecta」, Vol. 9, No. 10, 1965, 17-56.

Stephen Poon, “Hybridisation of Form and Function in Overarching Movement and Designed Objects”, 「Journal of Sustainable Development Studies」, Vol. 8, No. 2, 2015, 275-293면.

Ulfrid Neumann, 「NomosKommentar zum StGB」, 5. Auflage, 2017, § 17.

William Hamilton, 「Lectures on Metaphysics and Logic, Vol. 1」, Boston, 1859.

[국문초록]

## 공간미의 권리화와 삶의 빈곤화

이 상 돈\*

대법원은 카페건물이 용도와 무관한 외관에 미적 창의성이 있으면 저작권을 인정하고, 그 카페건물의 외관과 실질적으로 유사한 외관의 카페건물을 설계한 건축사에게 저작권침해죄의 유죄를 인정한 바 있다. 이 판결은 다채로운 공간미를 자유롭게 향유하는 시민들의 삶을 빈곤하게 만든다. 이 판결은 건축에서 기능과 형식(외관)을 분리하는 이분법 및 19세기 근대건축의 절충주의(eclecticism) 패러다임에서 있는 것이며, 모던건축과 포스트모던 건축미학을 알지 못하거나 외면한다. 건축물에 저작권이 인정되려면 새로운 것(novuum)을 창출하는 미적 발명에는 이르지 않는아도 되지만 디자인권에 요구되는 미감을 넘어서고, 최소한의 예술성이 있는 고유한 표현이 있어야 한다. 특히 건물이 삶의 기본재화(의·식·주)라는 점을 고려할 때, 건축물의 예술적 표현적 고유성은 예술비평 이론적으로 밝혀지는 건축미학적 근거에 의해 설명될 만한 것일 때 비로소 저작권을 생성시킬 수 있다. 예술이론적 의미에서 모방(mimesis)은 모든 창작과정의 불가결한 요소이다. 모방이 아이디어 베끼기를 넘어 건축물의 구조, 기능, 외관 등에서 기존의 건축저작물과 실질적 유사성을 띠게 될 때, 그 모방은 사회(윤리)적 의미에서 표절이 된다. 하지만 법적 의미의 저작권침해는 모방과 표절을 넘어 기존 창작물의 고유한 표현까지 베낀 경우에 비로소 성립한다. 또한 모방건물의 설계자가 “사상이나 감정을 표현한 창작물”의 규범적 의미를 인식하지 못한 경우에는 형법 제13조를 적용하여 저작권침해의 고의가 배제된다. 아울러 그가 나름의 고유한 표현을 함으로써 자신의 모방이 기존 건축저작권의 침해에 해당함을 인식하지 못한 경우에는 법률의 착오가 된다. 기존 건축저작물의 예술적 표현적 고유성이 상당히 높고 명백하지 않는 한 건축가사회의 하부문화를 고려할 때 그런 착오는 형법 제16조의 정당한 이유를 인정함으로써 법다원주의가 한 걸음 더 나아갈 수 있다.

\* 고려대학교 법학전문대학원 교수.

주제어 : 건축저작권, 절충주의, 모방, 표절, 저작권침해



[Abstract]

## Rights of Architecture Aesthetics and Impoverishment of Life

Sang-Don Yi\*

The Supreme Court recognized copyright when a cafe building has beautiful appearance separated from its function(use), and convicted an architect who designed a building with substantial similarity to that building for copyright infringement. This ruling impoverishes the lives of citizens who freely enjoy the various aesthetics of architectural space. This ruling presupposes the dichotomy that separates function and form(appearance) in architecture and the eclecticism of 19th century architecture, and on the other side fails to consider modern and postmodern architectural aesthetics. The architectural copyright can be recognized in a building bearing expressive originality with minimal artistry that must go beyond a feeling of beauty required for a design right, and also needs not to reach aesthetic invention (novuum) to create something new. In particular, considering that a building is one of the basic goods of life (clothing, food, and dwelling), a architectural copyright should be set up only when its minimal artistic value and expressive originality can be reasonably justified through art criticism.

In the sense of art theory, mimesis is an essential element in the process of all creation. When a design of building through mimesis gets a substantially structural similarity to an existing architectural work, it becomes plagiarism in a social and ethical sense. However, copyright infringement in the legal sense is established just when the authentic expression of an existing work is borrowed in addition to copying its ideas and structural characteristic of appearance. If the designer of the imitation building does not understand the normative meaning of the legal text “creations expressing ideas or emotions”,

---

\* Korea University Law School.

the intention of copyright infringement is excluded on the base of Article 13 of the Criminal Code. Also, if he does not know that his imitating falls legally under infringement of the existing architectural copyright, he has a understanding mistake of law and could be personally excused on the base of Article 16 of the Criminal Code and according to the practices in the architect community.

Key words : architectural copyright, eclecticism, mimesis, plagiarism,  
copyright infringement