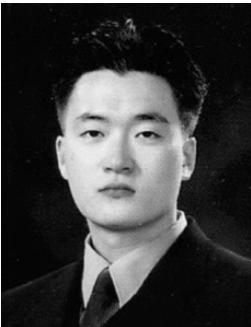


# 디자인보호법



## 김 응

연세대학교 생물학과 졸업  
고려대학교 전자공학과 졸업  
한국특허아카데미 디자인보호법 전임(2005년부터 2007년 7월까지)  
합격의법학원 디자인보호법 전임(2007년 8월부터 현재까지)  
(현) 리&록 특허법인 근무

## 제2장 디자인의 성립요건

### 제1절 서론

지난 시간을 통해 디자인보호법과 관련된 전반적인 내용에 대해 개략적으로 검토하였다. 이번 강의를 통해 디자인보호법의 보호객체인 디자인에 대해서 좀 더 명확하게 이해하고자 한다. 일반적으로 “디자인”이라는 용어는 매우 포괄적이고 광범위하게 사용되고 있음을 지난 강의 때 언급했다. 그러나 디자인보호법은 거래 실정상 포괄적인 의미로 사용되는 모든 디자인을 보호하는 것은 아니다. 이는 디자인보호법은 산업재산권의 하나로서 산업발전에 이바지해야 하는 궁극적인 목적이 있기 때문에, (법 제1조 참고) 산업 사회에서 소위 재화의 이동시 깊이 관여하는 그러한 디자인만을 보호할 수 밖에 없기 때문이다.

디자인보호법 제2조제1호는 “디자인이라 함은 물품의 형상·모양·색채 또는 이들을 결합한 것으로서 시각을 통하여 미감을 일으키게 하는 것을 말한다,”라고 규정하고 있다. 따라서 디자인보호법상 디자인으로 성립하기 위해서는 반드시 네

가지의 요건, 즉 법 제2조제1호에서 규정하고 있는 물품성, 형태성, 시각성 및 심미성을 갖추어야 하고, 이 네 가지 요건을 디자인의 성립요건이라고 한다. 이와 같은 디자인의 성립요건을 갖춘 디자인인 경우에만 디자인보호법의 보호객체, 즉 보호대상이 될 수 있고 궁극적으로는 지식재산권의 하나인 디자인권 또한 획득할 수 있게 된다. 한편, 디자인의 성립요건을 갖춘 객체만이 디자인보호법의 보호대상이 될 수 있다는 의미는 디자인의 성립요건이 디자인등록출원된 디자인이 설정등록되기 위해 반드시 거쳐야 할 디자인등록요건의 판단 이전의 전제사항이라는 점이다. 출원디자인은 종래에 이미 알려진 디자인에 비해 새로운 미감이 나타날 수 있어 객관적 창작성을 갖추어야만 디자인권을 획득할 수 있겠지만 디자인의 성립요건은 이러한 판단 이전에 먼저 갖추어야 할 요건이라는 점을 반드시 기억해야 할 것이다.

이하 디자인보호법상 디자인의 성립요건인 물품성, 형태성, 시각성 및 심미성과 관련하여 현행 심사실무와 대법원 판례를 중심으로 설명한다. 그리고 이러한 원칙적인 요건론에도 불구하고 산업 정책 및 동향에 따라 예외적으로 취급되는 디자인이 있기 때문에 이들에 대해서도 검토할 것이다.

제2절 물품성

1. 정의 및 그 취지

디자인보호법상 물품이라 함은 독립성이 있는 구체적인 물품으로서 유체동산을 말한다. 즉, 물품성은 디자인보호법상 디자인을 이루기 위해 갖추어야 할 전제되는 요건이라 할 것이다. 이는 디자인보호법은 궁극적으로 물품의 수요층대를 통하여 산업발전이라는 법목적을 달성해야 하기 때문이다.

2. 디자인보호법상 물품이 되기 위한 요건

(1) 전제

디자인보호법 심사기준과 대법원 판례는 디자인보호법상 물품이라 함은 “독립성이 있는 구체적인 물품으로서 유체동산”이라고 정의한다. 즉, 물품성을 갖추기 위해서는 다시 독립성, 구체성, 유체성 및 동산성이라는 요건을 만족해야 한다. 이와 같은 물품성의 요건을 모두 만족하는지 여부는 디자인등록출원서 및 도면 등의 “디자인의 대상이 되는 물품”란에 기재된 물품으로 판단한다. 즉, 디자인등록출원인은 출원하고자 하는 물품을 반드시 구체적으로 특정해야 하기 때문에 원칙적으로 디자인보호법 시행규칙 별표4의 물품의 구분에서 디자인의 대상이 되는 물품을 지칭하여 기재하여야 한다.(법 제9조제1항, 제2항 및 제11조제2항 참고) 만약 디자인의 대상이 되는 물품명을 기재하지 아니한 경우에는 당해 출원은 부적법한 출원으로서 반려된다.(디자인보호법 시행규칙 제2조 참고)

(2) 독립성

1) 디자인보호법상 물품은 거래실정상 독립거래의 대상이 되어야 한다. 이는 일반수요자 입장에서 언제든지 시장에서 매매 등의 행위를 통해 당해 디자인이 표현된 물품을 구입할 수 있어야 한다는 것이다. 따라서 일반거래시장에서 소비행위를 통해 구입할 수 없는 것은 디자인보호법상 물품이라고 할 수 없다. 심사실무에 의하면 양말의 뒷굽 모양, 주전자의 주둥이 부분 등과 같은 특정 물품의 일부분, 트럼프카드의 낱장 하나(예를 들어, 스페이드 에이스카드 한 장)와 같은 합성물의 구성각편은 독자적으로 구매대상이 될 수 없다는 이유로 디자인보호법상 물품으로 인정하지 않는다.

2) 다만, 상기의 독립성의 구비 여부와 관련해서 예외적으로 취급되는 경우가 있다. 앞서 언급했던 물품의 부분은 원칙적으로 독립거래의 대상이 될 수 없다는 이유로 디자인보호법상 물품으로 인정될 수 없어 결과적으로 디자인보호법상 보호객체가 될 수 없다. 그럼에도 불구하고 물품의 부분에 대해서만 디자인 창작자의 시간과 비용의 투자로 디자인의 주요부가 될 수 있고, 제3자의 물품의 일정 부분만의 모방 및 실시로부터 디자인권자를 보호할 필요성이 인정되기 시작하면서 이에 2001년 7월 1일자로 시행된 디자인보호법은 상기와 같은 특정물품의 부분에 대해서는 부분디자인제도를 통해 보호받을 수 있도록 법을 개정하였다.(법 제2조제1호괄호 참고) 따라서 물품 전체의 외관이 아닌 특정 부분에 대해서만 창작을 한 디자인 창작자도 부분디자인제도를 통해 보호받을 수 있게 된 것이다.

(3) 구체성

디자인보호법상 물품은 반드시 일정한 형태를 가지고 있어서 구체적으로 특정되어야 한다. 이와 같이 구체적인 물품이어야 함은 물품의 외관은 구체적으로 그 윤곽과 형태가 특정된 물품에 대해서만 표현 가능하기 때문이다. 따라서 심사실무는 설탕 가루 또는 시멘트 가루 등과 같은 분상물 또는 입상물의 집합, 기체, 액체, 전기, 광, 열 및 음향 등과 같이 일정한 형태를 가질 수 없는 무체물 및 손수건 또는 타월을 접어서 이루어진 꽃모양과 같이 물품자체의 형태가 아닌 상업적 과정에서 만들어지는 디자인으로서 물품 자체의 형태가 아닌 것은 구체적으로 특정될 수 없는 물품으로 보아 디자인보호법상 물품으로 보고 있지 않다.

(4) 유체성

1) 디자인보호법상 물품은 앞서 언급한 바와 같이 구체적으로 특정되어야 하는데, 무체물은 구체적으로 특정될 수 없다. 이와 같은 해석을 통해 결국 유체물이 아닌 무체물은 물품성을 갖출 수 없다고 보아야 할 것이다. 따라서 심사실무는 기체, 액체, 전기, 광, 열 및 음향 등과 같은 무체물은 디자인보호법상 물품으로 보고 있지 않다.

2) 다만, 상기와 같은 유체성의 구비 여부와 관련해서 예외

적으로 취급되는 객체가 있다. 바로 글자체디자인이다. 글자체란 구체적인 기록이나 표시, 인쇄 등에 이용될 수 있도록 한 것으로써, 보통 협의로는 인쇄 기술적 방법에 의하여 활자, 사진식자판 등 유체물의 표면에 나타난 한 벌 글자의 형상을 의미하며, 광의로는 인쇄 기술적 방법에 의하든 또는 서예·컴퓨터 등 인쇄 기술적 방법 이외의 방법에 의하든, 활자·지면·화상 등의 컴퓨터 자판, 사진식자판 등 유체물의 표면에 나타내어진 한 벌 글자의 형상을 의미한다. 종래에는 글자체 개발자는 글자체 개발시 많은 노력과 자본을 투입하였으나 유체물이라고 볼 수 없는 글자체디자인을 디자인보호법상 물품으로 인정할 수는 없었기 때문에 이를 보호해줄 수 있는 제도적 장치가 없어 경쟁업체의 도용 및 모방으로부터 무방비 상태에 놓이게 되어 글자체의 개발의욕을 상실케 하는 등의 문제점이 있었다. 이에 2005년 7월 1일 시행 디자인보호법에서는 창의적인 글자체 개발을 촉진하고자 법 제2조제1호에서 디자인의 정의규정에 글자체를 포함시켜 물품으로 의제하고, 제2조제1호의2호에서 글자체에 관한 정의규정을 신설하여 글자체디자인은 디자인보호법상 독자적인 보호객체가 되었다.

#### (5) 동산성

디자인보호법상 물품은 반드시 동산 또는 동산의 특성을 가지고 있는 물품이어야 한다. 부동산은 디자인을 표현할 일정한 영역 자체가 애매할 뿐만 아니라, 산업발전에 이바지하고자 하는 법의 취지와도 무관한 객체이기 때문에 물품으로 인정할 수 없는 문제가 생긴다. 따라서 심사실무는 부동산은 원칙적으로 물품성이 없다고 보고 있다. 그럼에도 불구하고 심사실무는 방갈로, 공중전화박스, 이동판매대, 방법초소, 승차대, 이동화장실, 조립가옥 등과 같이 다량생산이 될 수 있고 운반이 가능한 경우에는 부동산이지만 동산의 특성을 갖추고 있다고 볼 수 있으므로 물품성이 있다고 보고 있다.

#### (6) 자연물은 디자인보호법상 물품으로 인정될 수 있을까?

이에 대해 디자인보호법은 인간의 정신적 활동의 결과물을 보호하는 법이므로 정신적 활동의 소산이 아닌 천연자연력에 의해 생성된 자연물은 당연히 디자인보호법에서 말하는 물품이 아니라고 하여 디자인의 성립을 부정하는 견해와 디자인보

호법에서 말하는 물품은 단순히 유체동산을 가리키는 것에 불과하기 때문에 천연자연의 산물도 당연히 포함되므로 디자인의 성립을 인정하되 자연물은 공업적 생산방법에 의해 동일물품으로 양산될 수 없으므로 공업상 이용가능성을 부정하는 견해가 있다. 심사실무는 후자의 입장에서 판단하고 있다. 그러나 자연물은 전자 또는 후자의 어떤 입장에서든 결국 등록받을 수는 없기 때문에 실질적으로 실익이 있는 논의는 아닐 것이다. 다만, 자연물에 대한 가공을 통해 더이상 자연물이라고 볼 수 없는 독립거래의 대상이 되는 물품은 디자인등록의 대상이 될 수 있다고 보아야 한다.

### 제3절 형태성

#### 1. 정의 및 그 취지

디자인보호법상 형태란 물품의 특정한 형상, 모양, 색채 또는 이들의 결합을 말하며, 디자인의 동일 또는 유사여부는 물품의 동일 또는 유사 여부를 전제로 형태의 동일 또는 유사로 판단하기 때문에 형태성은 물품성과 함께 디자인의 성립요건 중 매우 중요한 요소이다. 디자인의 구성요소로서 형태성을 필요로 하는 이유는 디자인보호법은 물품의 “형태”를 보호하여 수요 증대를 통한 산업발전에 이바지함을 목적으로 하는 것이므로 물품에 표현된 형태에 미적 가치가 요구되기 때문이다.

#### 2. 디자인보호법상 형태를 이루는 요소

##### (1) 전제

디자인보호법상 디자인은 물품의 미적 외관이므로 앞서 언급한 바와 같이 물품은 디자인등록출원서 및 도면 등의 디자인의 대상이 되는 물품란의 기재에 의해 특정되지만 형태는 그 외관이 구체적으로 표현되어야 하므로 도면 등에 표현함에 의하여 출원디자인의 물품의 구체적인 형상, 모양, 색채 등을 파악할 수 있다.

##### (2) 형상

1) 형상이라 함은 물품이 공간을 점유하고 있는 윤곽을 말한다. 모든 물품은 그 물품을 구성하는 윤곽, 즉 형상을 반드시 지니고 있기 때문에 원칙적으로 형상이 없는 디자인은 존재할 수 없다. 형상은 입체적 형상과 평면적 형

상으로 구분되며 이로 인해 제출해야 할 도면에 차이가 생긴다. 예를 들어, 입체적 형상은 사시도 및 정투상도법에 의한 6면도로, 평면적 형상은 표면도 및 이면도로 표현해야 한다.

2) 실질적으로 형상이 없는 디자인은 존재할 수 없기 때문에 유일하게 형상을 형태성의 필수적 구성요소라고 한다. 다만, 앞서 언급한 무체물의 일종인 글자체디자인의 경우 형상을 수반하지 아니하지만, 2005년 7월 1일자 시행법에 의해서 법 규정의 개정을 통해 디자인보호법의 보호대상으로 인정될 뿐이다.

3) 한편, 형상은 물품 그 자체의 형상을 의미하고, 상업적 과정에서 형성된 2차적 형상을 의미하는 것은 아니다. 예컨대, 손수건의 네모난 평면적 형상이 손수건의 형상이라 볼 것이며, 손수건을 꽃모양으로 접었다 하여 그 꽃모양이 손수건의 형상이라고 볼 수는 없다.

(3) 모양

모양이라 함은 물품의 외관에 나타나는 선도, 색구분, 색흐림을 말한다. 즉, 물품에 표현된 무늬를 상상해 보자. 선도는 물품의 외관에 나타난 선으로 그린 도형, 색구분은 공간이 선이 아닌 색채로써 구획되어 있는 것, 색흐림은 색과 색의 경계를 흐리게 하여 색이 자연스럽게 옮겨가는 것 같이 보이게 하는 것을 말한다. 한편, 특정 물품의 형상만을 관념할 수 있으므로 그 형상에 표현되는 모양은 디자인의 임의적 구성요소라고 할 것이다. 따라서, 디자인보호법상 모양만의 디자인은 인정되지 않는다. 모양은 형상의 표면에 존재하는 것이 원칙이라고 할 것이지만 투명체의 경우에는 모양이 형상의 내부에 존재하여 표현될 수 있다.

(4) 색채

색채란 물체에 반사되는 빛에 의하여 인간의 망막을 자극하는 물체의 성질을 말한다. 색채는 크게 명도만 있는 무채색, 색상·명도·채도를 갖는 유채색으로 구분되고, 거래실정상 색채학상의 색은 아니지만 보호가치가 인정되는 디자인보호법상 특유의 색으로 금속색, 투명색이 인정된다. 특정 물품의 형상만을 관념할 수 있으므로 그 형상에 표현되는 색채는 디자인의

임의적 구성요소라고 할 것이다. 따라서, 디자인보호법상 색채만의 디자인은 인정되지 않는다. 색채는 단일색을 의미하며, 2색 이상의 경우에는 모양(색구분 또는 색흐림)을 구성한다.

(5) 형상·모양·색채의 결합 형태

현실적으로 모양(또는 모양 및 색채)이 없는 물품은 존재하지 아니하나, 도면에 형상만이 표현된 경우 그 물품을 관념화할 수 있기 때문에 디자인보호법은 상만의 디자인을 인정한다. 또한, 필수적 구성요소로서 형상은 반드시 요구되므로 형상과 모양, 형상과 색채, 형상, 모양, 색채의 결합디자인을 상정할 수 있다. 다만, 모양만의 디자인, 색채만의 디자인, 모양 및 색채만의 디자인은 인정되지 아니한다.

(6) 형태로 인정되는 것

1) 동적디자인

디자인 형태의 특이한 변화 상태에 창작의 요점이 있는 디자인을 동적디자인이라고 한다. 동작 내용의 창작도 그 보호가치가 인정되고, 출원인이 동작과정 중 각각의 상태마다 출원해야 하는 부담을 덜어주기 위하여 동적 디자인이 인정되고 있다.

2) 화상디자인

물품의 액정화면 등 표시부에 표시되는 도형 등을 화상 디자인이라고 한다. 예컨대 아이콘이 핸드폰 액정화면에 표현되면 아이콘은 핸드폰에 표현된 모양으로 취급된다. 다만, 화상디자인 자체는 물품성을 인정받지 못하기 때문에 화상디자인을 보호받기 위해서는 화상디자인을 물품에 표시하여 그 물품에 표현된 형태로서 보호받게 된다.

3) 문자 또는 표지디자인

종래에는 정보성을 갖춘 문자를 디자인의 형태 중 모양으로 인정하지 않았으나, 문자를 응용한 디자인을 충분히 보호하고 창작을 장려할 수 있도록 현행법(2003년 7월 1일 시행 심사착수 기준)은 물품에 표시된 문자에 대해 디자인을 구성하는 모양으로 취급하고 있다. 한편, 표지의 경우에도 특정관념을 일으키는 시각언어라는 점에

서 디자인보호법상 문자와 같이 취급된다.(예를 들어, 도로교통 표지판 등)

## 제4절 시각성

### 1. 정의 및 그 취지

시각성, 즉 “시각을 통하여”라 함은 육안으로 식별할 수 있는 것을 말하므로, 디자인보호법은 육안으로 식별 가능한 디자인만을 보호객체로 인정한다는 의미이다. 이는 디자인은 물품의 미적 외관이기 때문에 시각성의 요구는 수요자의 시각을 자극하여 수요를 증대하기 위한 법목적에 달성을 위한 것이다. 디자인은 시각에 의해 감지되므로 시각성은 디자인의 성립요건 중 하나라고 할 수 있지만 시각성 여부는 물품 자체로 표현되는 물품성 및 형태성과는 달리 관찰자의 입장에서 요구되는 요건이라는 점을 고려해야 할 것이다.

### 2. 디자인보호법상 시각성을 갖추기 위한 요건

#### (1) 디자인이 시각으로 파악될 것

소리, 냄새 등으로 파악이 되는 것은 시각이 아닌 감각(청각, 후각 등)으로 감지되므로 시각성이 인정되지 않는다.

#### (2) 육안으로 식별될 것

분상물 또는 입상물의 일단위같은 것은 독립거래상에서 육안으로 형태를 판별하기 어렵기 때문에 시각성이 없다. 따라서 현미경 또는 확대경과 같이 별도의 기구를 사용하여 식별이 되는 것은 시각성이 인정되지 않는다. 다만, 거래관념상 확대경이 사용되는 직물구조, 보석류의 정밀세공 등도 새로운 미감의 창작 측면에서 보호되어야 할 것이기 때문에 이와 같은 디자인이 단순히 육안으로 식별할 수 없다는 이유로 그 보호를 거절한다면 법목적에 반한다 할 것이다. 따라서 육안으로만 인식하여야 한다는 원칙을 고수하면 거래관념상 불합리한 점이 있으므로 거래관념 및 법목적에 반하지 않는 합리적인 해석이 필요하다고 본다.

#### (3) 외부에서 보일 것

분해하거나 파괴하여야 볼 수 있는 것은 시각성이 없다. 이는 거래관념상 물품은 완성된 형태 그 자체로서 거래대상이 되

기 때문이다. 대법원 판례는 이와 관련하여 등록디자인품인들은 그 자체의 완성된 형상과 모양이 거래자나 일반수요자에게 노출되어 심미감을 자아낼 수 있는 경우란 거의 없다고 볼 수 있고, 완성품인 기구의 외피를 제거 내지 훼손하지 않는 한 그 형상과 모양을 외부에서 쉽사리 파악 또는 식별할 수 없어 디자인등록의 대상이 되지 않는다고 볼 여지가 있다 할 것이라고 판시(98후2689)한 바 있다. 다만, 뚜껑을 여는 것과 같은 구조로 된 것 또는 투명한 부분을 포함하는 디자인의 경우 그 내부도 디자인의 대상이 될 수 있음은 자명하다고 할 것이다.

## 제5절 심미성

### 1. 정의 및 그 취지

심미성, 즉 “미감을 일으키게 하는 것”이라 함은 미감을 일으키게 하는 특성을 말한다. 이는 디자인이 물품의 미적외관이나 미적 가치가 없는 물품의 모든 형태가 독점배타권으로 보호받을 것을 방지하기 위함이다. “미”에 대한 정의는 극히 주관적이고, 디자인보호법상 “미”의 정의에 대한 명확한 규정이 없기 때문에 이에 대해 판단기준에 대해서 논란이 있을 수 있지만 심사실부는 미적 처리가 되어 있는 것, 즉 해당물품으로부터 미를 느낄 수 있도록 처리되어 있는 것이면 디자인으로서 심미성을 갖추고 있다고 보고 있다.

### 2. 심미성의 구체적인 판단

#### (1) 심미성의 미적 가치 기준

심미성의 미적 가치와 관련하여 디자인은 장식예술에 속하는 실용품의 외관이며 물품을 아름답게 하거나 돋보이게 하기 위하여 그 외관에 형태를 표현하는 장식미라고 보는 입장과 물품 외형의 무익한 장식은 오히려 기능을 해할 수 있는바 가능한 과도한 장식주의는 제한되어야 하며, 디자인의 심미성은 물품의 용도나 기능에 부합되도록 물품의 외형을 변화시킨 기능미로부터 찾아야 한다고 보는 입장이 있다. 물론 디자인은 상기와 같은 장식미와 기능미를 모두 갖추고 있음은 자명하다. 그럼에도 불구하고 디자인보호법은 그 목적상 장식미의 보호에서 시작되었으나 주관적인 심미성을 객관적으로 심사하기 곤란하다는 점, 디자인보호법은 저작권법과 달리 산업입법이라는 점, 물품의 구분에 기능적 물품도 포함되어 있는 실

정을 고려하면 기능미적인 접근을 완전히 배제하는 것은 옳지 않으므로 원칙적으로 장식미를 중심으로 보되 장식미와 기능미 각각에 대한 합목적적인 접근이 요구된다 하겠다.(법 제6조 제4호 참고)

(2) 심미성의 구체적인 판단

심미성 판단은 극히 주관적일 수밖에 없는 점을 고려하면 심미성 여부는 그 유무(有無)가 문제될 뿐 고저(高低)는 문제되지 않아야 한다. 즉, 미감을 일으키는 요소가 있는지 없는지 여부만을 판단하여야 할 것이고, 미감을 일으키는 요소의 미적 가치 판단은 거래상에서 일반 수요자에 의해 결정된다고 보아야 할 것이다. 따라서 심사실무에 의하면 기능, 작용, 효과를 주목적으로 한 것으로서 미감을 거의 일으키게 하지 않는 것, 디자인으로서 짜임새가 없고 조잡감만 주는 것으로서 미감을 거의 일으키게 하지 않는 것은 심미성이 없는 것으로 보고 있다.

제6절 디자인의 성립요건 흠결의 효과

디자인등록출원된 디자인이 디자인의 성립요건 중 어느 하

나라도 만족하지 못하면 제2조제1호의 정의 규정에 저촉되는 것으로 보아 제5조제1항본문에 위반하여 등록받을 수 없다.(법 제26조제1항 참고) 제3자는 이를 근거로 정보제공할 수 있으며, 착오로 등록된다 하더라도 이의신청이유, 무효사유에 해당하여 하자가 치유될 수 없다. 한편, 출원디자인이 디자인의 성립요건을 흠결한 경우 출원계속 중 보정으로 성립요건을 구비한다 하더라도 이는 최초의 출원디자인과 보정 후의 디자인이 동일하다고 볼 수 없기 때문에 요지변경에 해당하여 그 보정은 보정각하된다. 따라서 디자인등록출원시 디자인의 성립요건에 대한 명확한 이해가 반드시 필요하다 할 것이다.

제7절 결론

디자인의 정의에 대한 규정의 해석은 각국의 입법정책적인 문제라고 볼 것이다. 디자인의 정의 규정의 존재 자체가 차후 새로운 보호객체의 도입에 있어서 융통성있는 보호에 제한을 주는 것은 사실이지만 원칙적인 기준을 제시하는 측면에서는 그 필요성도 간과할 수 없다. 다만, 새로운 창작적 가치가 있는 디자인의 보호에 충실하기 위해서는 법목적에 반하지 않는 한 거래통념을 고려한 합목적적인 해석이 요구된다고 할 것이다.

발명특허 2008, 2

