



저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

법학석사 학위논문

국제 FTA에 비취본
한-중 FTA의 지식재산권 전략

2014년 2월

서울대학교 대학원
법학과 지식재산전공
이 지 환

국제 FTA에 비취본 한-중 FTA의 지식재산권 전략

지도교수 정 상 조

이 논문을 법학석사 학위논문으로 제출함
2013년 11월

서울대학교 대학원
법학과 지식재산전공
이 지 환

이지환의 석사 학위논문을 인준함
2014년 1월

위 원 장 차俊錫 (인) 
부위원장 권영준 (인) 
위 원 정상조 (인) 

국문초록

본 논문은 현재 한창 협상중인 한국-중국 자유무역협정(FTA)에 있어서 한국정부가 취해야할 지식재산권 분야 협상전략에 대하여 연구하고자 한다. 이를 위하여, 우선 지식재산권 관련 국제법 규범들에 대해 세계지식재산권기구(WIPO) 조약들과 세계무역기구(WTO) 부속협정인 무역관련 지식재산권에 관한 협정(TRIPs)을 중심으로 검토한다. 이어서 그러한 국제법규범들이 존재함에도 불구하고, 왜 일부 국가들이, 특히 양자간 자유무역협정(FTA)을 체결하여 TRIPs보다 강화된 법적 보호를 규정하는지에 관하여 살펴본다. 그리고는 이를 바탕으로 한국과 중국이 각각 당사국인 FTA를 집약적으로 분석한 다음, 결론적으로 한국의 대 중국 지식재산권 분야 협상 전략을 제시하고자 한다.

현재 한국과 중국을 포함한 세계 주요 교역국들을 규율하는 지식재산권 관련 국제법규범은 크게 세 가지가 있는데, (1) WIPO가 관장하는 23개 조약 중 자국이 가입한 국제조약들, (2) WTO 부속협정인 TRIPs, (3) WTO의 핵심원칙인 비차별주의에 대한 합법적인 예외로 인정되는 체결당사국간 FTA가 그것이다. 따라서 본 논문에서는 다자협정인 WIPO가 존재함에도 불구하고 WTO TRIPs가 체결된 이유를 논의한 다음, 세계 여러 나라들은 왜 또다시 WTO TRIPs와 상이한 지식재산권 법규를 FTA에 규정하고자 하는지 살펴보았다. 이를 통하여, WIPO의 23개 조약들은 각 국가들이 자신의 입장에 따라 선택적 가입이 가능할 뿐만 아니라 해당 조약들의 집행규정과 분쟁해결조항도 실효적이지 못했음을 알게 된다. 이를 해결하기 위하여 WTO TRIPs는 기존 WIPO조약들 일부를 TRIPs 내에 포함시키는 동시에, 회원국이 최소한 지켜야 하는 최저기준을 설정하고 집행규정과 분쟁해결조항도 동시에 강화하였다. 그러나 WTO TRIPs는

기본적으로 다자협정이므로 지식재산 강국과 약소국 간의 갈등은 물론 지식재산 강국들 간의 갈등이 쉽게 조정되기 어려웠다. 따라서 이해관계 조율이 용이한 국가들끼리 소수만 참여하는 FTA라는 새로운 무역체제를 모색하게 되었고, 각 FTA 체결당사국들은 이를 통해 WTO TRIPs 협정과는 상이한 지식재산권 법규범을 자신들에게만 적용할 수 있게 되었으며, 한국과 중국도 그 예외는 아니었다.

한국이 국제적으로 체결한 FTA에서 지식재산권법 규정은, 한-미 FTA 및 한-EU FTA와 같이 높은 수준의 협정이 있는가 하면, 그렇지 않은 협정들도 있는 등 크게 들로 나뉜다. 그리고 이들 협정들 내에서는 일반규정, 저작권, 상표(지리적 표시 포함), 특허, 지식재산권의 집행, 그리고 전통지식/유전자원의 여섯가지 세부 분야가 발견된다. 물론, 한-미, 한-EU FTA처럼 이들 여섯가지 모두를 포함한 협정도 있고, 이 중 일부만 포함하고 있는 협정도 있다. 본 논문에서는 이들 협정상 지식재산권 규정을 일별하여, 그중에서도 한국에 크게 영향을 미칠 수 있는 주요 지식재산권 조항들을 상호간 비교·분석하여 그 차이점이 어떠한 이유로 발생하는지 검토하였다. 이와 함께 한국에게 유리한 또는 불리한 지식재산권 조항을 각각 파악하였다.

이를 위하여, 한국이 체결한 FTA 중 일반규정 부분에서는 특히 TRIPs 협정상 자국 의무 재확인, “더 광범위한 보호”, 그리고 권리소진원칙 규정 여부에 대해서 중점적으로 검토하였다. 저작권 부분에서는 저작자 권리존속기간, 예술가의 재판매권, 기술조치, 권리관리정보, 대학가 불법복제를 중심으로 논의하였다. 이어 상표 및 지리적 표시 분야에서는 등록 가능 상표의 범위, 증명표장, 효력발생을 위한 상표 전용사용권의 등록요건 여부, 지리적 표시의 보호 현황, 보호수준, 상표와의 관계를 중심으로 분석하였다. 특허 부분에서는 인간 또는 동물의 진단·치료·수술방법에 관한 특허 인정여부,

불합리한 등록 지연에 대한 특허 존속기간 연장, 공지예외 적용기간 연장, 의약품 허가-특허 연계의무, 의약품 및 농약품 안전성 및 유효성 정보 관련 자료보호 제도를 중점적으로 논의하였다. 지식재산권의 집행 부분에서는 민사구제, 형사집행, 국경조치, 온라인서비스 제공자(OSP)의 책임을 검토하였고, 전통지식 및 유전자원 분야에서는 WTO TRIPs가 왜 이 분야를 효과적으로 보호하기 어려운지 지식재산권을 바라보는 시각차에 대한 근본적 검토를 한 후, 한국이 체결한 FTA상의 규정을 분석하였다.

한국에 대한 분석에 이어서, 중국이 국제적으로 체결한 FTA의 지식재산권 규정들을 비교·검토하였다. 이를 통해 중국의 주요 FTA 협정문상 지식재산권 규정들은 서로 어떠한 차이가 있으며, 그 이유와 이러한 규정들의 문제점은 무엇인지 파악하였다. 일반적으로 중국이 체결한 FTA의 지식재산권 규정은 매우 기초적이고, 한-미 및 한-EU FTA에 비교한다면 그 보호수준이 매우 낮다. 다만, 가장 최근에 체결한 중-스위스 FTA상 지식재산권 규정은 기존 협정의 보호 수준보다 상당부분 강화되었으며, 한국이 체결한 FTA상의 6가지 세부분야가 모두 포함되어 있는 유일한 협정이어서, 한-중 FTA의 지식재산권 협상에 있어 참고할 만한 사례이다. 중국의 경우도 상기 한국의 경우처럼 일반규정, 특허, 저작권, 상표, 지리적 표시 및 지식재산권의 집행 등 각 지식재산권 분야별로 분석하여, 이를 기반으로 한국과 중국 각 국가의 이해관계가 각 분야별로 어떻게 다르며, 향후 협상에 어떻게 활용하면 좋을지 검토하였다.

상기 연구 분석 결과들을 모아 볼 때, 한-중 FTA에 의하여 양국을 새로이 규율할 지식재산권의 법적 보호수준은, 한-미 FTA, 한-EU FTA에는 미치지 못하더라도 한국이 여타 국가들과 체결한 FTA 및 중국이 스위스와 체결한 중-스위스 FTA의 지식

재산권 보호수준보다는 높게 장치되도록, 아래 요약과 같은 세부적 협상력을 발휘할 필요가 있다.

(1) 일반규정 분야에서는, TRIPs 협정상 한중 양국의 기존 다자체제에서의 법적 의무를 재확인하면서 “더 광범위한 보호” 규정을 삽입하도록 하며, 지식재산권 보호 및 집행의 투명성을 규정하되, 필요시 지식재산권자와 사용자 간 이익균형 규정을 허용하고, 권리소진원칙을 배제하는 규정을 명시한다.

(2) 저작권 분야에서는, 필요시 중국에 유예기간을 허용하더라도 한류 문화 콘텐츠 보호를 위해 저작권의 존속기간을 저작자 사망 후 70년으로 연장시키고, 저작인격권을 명시하며, 재판매권은 한국에서 먼저 논의할 필요가 없으며, 기술조치는 접근통제까지는 아니더라도 이용통제 정도는 중국이 수용하도록 해야 하고, 권리관리정보에 대한 규정과 대화가 불법 복제를 금하는 규정도 포함해야 할 것이다.

(3) 상표 및 지리적 표시에서는, 등록 가능 상표의 범위를 비시각적 상표로 확대하되 유연하게 추진하고, 증명표장 제도 역시 임의규정으로라도 반영시키고, 지리적 표시에 있어서도 기존 TRIPs의 보호수준을 유지하면서 보호대상 범위를 농식품 및 주류 이외의 분야로 확대하도록 한다.

(4) 특허 분야에서는, 효과적인 지식재산권 집행을 모색하도록 하고, 공지의 적용기간 연장을 최소한 6개월 수준에서라도 중국이 수용하도록 해야 할 것이며, 의약품/농약품 안전성 및 유효성 정보 관련 자료 보호 제도를 규정하도록 하여야 한다.

(5) 지식재산권의 집행 부분에서는, 민사구제에 있어 법정손해배상

제도를 실손해배상의 청구에 갈음하여 선택적 청구가 가능하도록 하되, 고의적 침해에 대해서는 배상액 증액도 가능하도록 규정하고, 소규모 저작권 침해에 대하여는 대체분쟁해결제도를 임의규정으로 삽입하고, 정보제공명령권한을 법원에 부여토록 한다. 형사집행의 범위를 저작인접권과 지리적 표시에 대한 침해까지 확장하도록 하고, 처벌 유형도 압수, 자유형, 재산형으로 규정해야 한다. 비친고죄도 중국을 잘 설득하여 반영시키도록 노력하고, 영화관 내 도촬 금지 조항 역시 삽입할 필요가 있다. 국경조치는 한-EU FTA 수준까지도 중국측에 제시해 보면서, 세관당국의 직권조치를 강화하고, 지식재산권 침해 상품 관련 정보제공 의무를 규정한다. 또한 온라인서비스 제공자의 책임은 초보적인 규정이라도 삽입해야 할 것이다.

(6) 전통지식 및 유전자원에 대해서는, 저작권, 상표(지리적 표시), 특허 분야에서 별도의 해결책을 모색하되, 한국에게 불리할 정도의 높은 법적 의무를 창설하는 것은 피해야 할 것이다.

결론적으로 요약하자면, 한-중 FTA 상 한국의 지식재산권 협상 전략은, 한-미 FTA, 한-EU FTA와 중-스위스 FTA의 중간 수준의 지식재산권 법규범을 창설하여, 중국에 과도한 법적 부담을 일시에 지우지 않으면서도, 한국에 실효적인 지식재산권 보호 규범을 이끌어내도록 하는 상생적 협상 전략이어야 할 것이다.

**주요어 : 한국-중국 FTA, 한국-미국 FTA, 한국-EU FTA, 중국-스위스 FTA,
WIPO, WTO TRIPs**

학 번 : 2012-21310

목 차

제 1 장 서론	1
제 1 절 연구의 목적	1
제 2 절 연구의 범위 및 방법	3
제 2 장 국제통상문제로서의 지식재산권 관련 국제법규범	5
제 1 절 WIPO (세계지식재산권기구)	5
I. WIPO와 WIPO 산하 지식재산권 보호조약들의 의의	5
II. WIPO 산하 국제조약들의 문제점	6
제 2 절 WTO TRIPs (세계무역기구 부속, 무역관련 지식재산권협정)	8
I. WTO TRIPs 협정의 의의	8
II. WTO TRIPs 협정의 주요 기본원칙: WIPO 조약들과의 차이점을 중심으로 ...	9
III. 지식재산권의 집행과 분쟁해결절차에의 강제력 부여	14
제 3 절 FTA (자유무역협정)	24
I. WTO 체제 내 FTA 확산의 의의	24
II. FTA: WTO 핵심원칙인 비차별원칙의 합법적 예외	29
III. FTA의 확산과 지식재산권법 규범에의 영향: TRIPs와 FTA의 차이점	32
제 3 장 한국이 체결한 FTA 속의 지식재산권	35
제 1 절 서론	35
제 2 절 한국이 체결한 FTA상 지식재산권 조항 비교 분석	35
I. 서론	35
II. 일반규정	36
III. 저작권	40
IV. 상표 및 지리적 표시	51
V. 특허	66

VI. 지식재산권의 집행	72
VII. 전통지식 및 유전자원	88
제 4 장 중국이 체결한 FTA 속의 지식재산권 ...	93
제 1 절 서론	93
제 2 절 중국이 체결한 FTA상 지식재산권 조항 비교 분석	94
I. 서론	94
II. 일반규정	95
III. 저작권	98
IV. 상표 및 지리적 표시	100
V. 특허	103
VI. 지식재산권의 집행	104
VII. 전통지식 및 유전자원	108
제 5 장 한-중 FTA상 한국의 지식재산권 전략	110
제 1 절 서론	110
제 2 절 한-중 FTA의 의의	110
I. 또 하나의 거대경제권과 FTA 체결을 통한 미래성장동력 확보	110
II. 중국 내 한국의 이익확보 기반 구축	111
III. 중국 내수시장의 선점	111
IV. 동아시아 경제통합 논의 주도권 확보 및 글로벌 FTA 허브국가 완성	112
제 3 절 한-중 FTA 추진경과	112
제 4 절 한-중 FTA상 한국의 지식재산권 전략	114
I. 한-중 FTA 협상 방식의 대원칙: 단계별 협상방식	114
II. 중국이 기체결한 FTA의 네가지 유형과 한-중 FTA	117
III. 한-중 FTA상 한국의 지식재산권 협상 전략	119
제 6 장 결론	150

참고문헌	155
Abstract	161

표	목	차
[표 1]	한국이 체결한 국가별 FTA의 발효일자	29
[표 2]	한국에 발효한 FTA의 지리적 표시 보호 현황	58
[표 3]	현행 국내법(관세법), 한-미, 한-EU FTA 비교	83
[표 4]	중국의 FTA 체결·발효 현황과 지식재산권 분야 반영 여부	94
[표 5]	중국이 체결한 FTA에서 독립적 조항으로 규정되는 지식재산권 분야	95
[표 6]	중국이 체결한 FTA에서 보호되는 지리적 표시의 개수 및 현황	102
[표 7]	한-중 FTA의 일지	113
[표 8]	한-중 FTA 협상 구조 (단계별 협상)	116
[표 9]	중국의 누리꾼 수 및 인터넷 보급률	143

제 1 장 서론

제 1 절 연구의 목적

2003년 한국-칠레 간 자유무역협정의 체결을 시작으로 여러 나라들과 동시다발적인 자유무역협정(Free Trade Agreement: FTA, 이하 FTA라 함)을 체결 및 추진해 온 한국은 현재 제1위 교역대상국인 중국과 FTA를 체결하기 위하여 협상 중이다. 본 연구는 한국과 중국이 각자 기 체결한 FTA 협정문 중 지식재산권 분야를 추출한 다음 다양한 측면에서 비교·분석·고찰하여 지식재산권에 대한 국제규범을 통찰하고, 한국과 중국간 FTA 지식재산권 분야 협상에서 구사할 수 있는 한국의 전략에 대해 연구하고자 한다.

현재 한국과 중국을 포함한 세계 주요 교역국들을 규율하는 지식재산권 관련 국제법규범은 크게 세 가지로 구분할 수 있다. 그 첫째로 세계지식재산권기구(World Intellectual Property Organization: WIPO, 이하 WIPO라 함)가 관장하는 23개 조약 중 자국이 가입한 국제조약들, 둘째로는 세계무역기구(World Trade Organization: WTO, 이하 WTO라 함) 부속협정인 무역 관련 지식재산권에 관한 협정(Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights: TRIPs, 이하 TRIPs라 함), 그리고 셋째로 WTO의 핵심원칙인 비차별주의에 대한 합법적인 예외로 인정되는 체결당사국간 자유무역협정(Free Trade Agreement: FTA, 이하 FTA라 함)이 그것이다.

상기 세 가지 지식재산권 관련 국제법규범 중 가장 새로운 분야는 바로 FTA 상의 지식재산권법 규정들인데, FTA 상에서 발견되는 지식재산권 관련 조약규정들을 분석해 보면, 최초로 지식재산권의 국제적 규율을 체계화한 WIPO 산하 국제조약들 및 그것을 한층 강화하여 분쟁해결절차와 지식재산권의 집행(enforcement) 분야를 개선한 WTO TRIPs

협정과 같은 다자무역체제에서 FTA 체결국들이 느꼈을 한계를 엿볼 수 있다. 즉, WIPO나 WTO와 같은 다자무역체제의 예외를 구성하는 FTA 양자무역체제 구축을 통하여, 이해관계가 합치하는 FTA 체결국 간에는 더욱 광범위한 보호(extensive protection)를 지식재산권에 부여하겠다는 것이다.

이와 같은 양자무역체제인 FTA의 확산으로 인하여, 기존의 다자무역체제에 성실히 참여해 왔던 한국도 2000년대에 들어서서는 FTA를 동시다발적으로 추진하여 2013년 11월 현재 47개국과 9건의 FTA가 발효된 상황이다. 그리하여 한국은 자신이 가입한 WIPO의 일부조약들을 비롯하여, WTO TRIPs의 규율을 받음과 동시에, FTA 당사국 간에는 FTA 상의 지식재산권 규정을 적용받게 된다. 즉, 한국은 세계 통상시장에서 주요 국제 교역국들 간에 진행되는 FTA체결 확산이라는 생태계 변화에 발 빠르게 적응하여, WIPO상의 규범을 개선한 WTO TRIPs 상의 지식재산권 규범보다도 한층 더 강화된 FTA 상의 지식재산권 국제법규범 형성 및 적용에 동참하고 있는 것이다.

본 논문에서는, 이와 같이 FTA 체결을 통하여 한층 더 강화되고 있는 국제 지식재산권 보호 환경 하에서, 한국이 자신의 가장 큰 교역대상국인 중국과 체결하는 FTA에서 한국의 지식재산권 보호를 위해 양국 간 협정문에 어떠한 사안을 반영해야 하는지 연구하려고 한다. 이를 위하여 본 논문에서는 각종 지식재산권 관련 국제법규범은 물론 한국-미국간 FTA와 한국-유럽연합(European Union: EU)간 FTA를 비롯한 여러 국제 FTA에 대한 다양한 법률문제를 차례로 고찰한 후, 한국의 대중국 FTA에서의 구체적인 지식재산권 분야 협상 전략을 제시해보고자 한다.

제 2 절 연구의 범위 및 방법

본 연구는, 위에서 언급한 바와 같이, 우선 한국과 중국이 당사국인 지식재산권 관련 국제법규범들에 대해 전반적으로 검토한다. 이어서 그러한 국제법규범들 중 특히 한국과 중국이 각각 당사국인 FTA를 집약적으로 분석한 다음, 결론적으로는 한국과 중국 간의 FTA 체결을 위한 협상 과정에서 한국이 지식재산권 분야 협정문에 반영해야 하는 제반 사항들을 전략적으로 제시하고자 한다.

이를 위하여 본 논문은 다음과 같은 구성으로 기술하였다.

제1장에서는, 본 연구의 목적과 연구범위 및 방법에 관하여 기술하였다.

제2장에서는, 지식재산권 관련 국제법규범에 대한 일반론적 검토를 하였다. 즉, 다자협정인 WIPO가 존재함에도 불구하고 왜 WTO TRIPs가 체결되었는지를 논의한 다음, 세계 여러 나라들은 왜 WTO TRIPs와 상이한 지식재산권 법규를 FTA에 규정하고자 하는지 살펴보았다. 이를 통하여 WIPO, WTO TRIPs 그리고 FTA 상에서 발견되는 지식재산권 법규범의 특징과 유사점 및 차이점을 비교 분석하였다.

제3장에서는, 한국이 여러 다른 나라들과 체결한 FTA 상의 지식재산권 규정을 일별한 다음, 그중에서도 한국에 크게 영향을 미칠 수 있는 주요 FTA에 규정되어 있는 지식재산권 조항들을 상호간 비교·분석하여 그 차이점이 어떠한 이유로 발생하는지 검토하였다. 이 과정에서 본 논문은 한국에게 유리한 지식재산권 조항 또는 불리한 조항을 각각 파악하였다. 이 부분에서 한-미 FTA와 한-EU FTA는 중요한 연구사례가 되어 주었다.

제4장에서는, 중국이 다른 나라들과 체결한 여러 FTA 상의 지식

재산권 규정들을 비교·분석하였다. 중국이 기체결한 주요 FTA 협정문들에서 지식재산권 규정들은 서로 어떠한 차이가 있으며, 그 이유와 문제점들은 무엇인지 파악하고자 하였다. 아울러 중국이 기체결한 FTA 상에서 발생한 그러한 문제점들은 향후 한국과 중국 간 FTA에서 역으로 한국 쪽에서 유용하게 활용될 단서가 될 수도 있으므로, 이를 세밀하게 분석하고 정리하여 현재 진행 중인 한-중 FTA 협상에서 한국의 국익에 유리한 지식재산권 전략을 수립할 수 있도록 연구해 보았다.

즉, 제3장과 제4장에서는, 한-중 양국이 기체결한 FTA협정상에서 체결상대국에 따라 일반규정, 특허, 저작권, 상표, 지리적 표시 및 지식재산권의 집행 등 각 지식재산권 분야별로 한국과 중국 각 국가의 이해관계가 어떻게 다르며, 어떠한 경과를 통해서 그러한 차이점이 협정문에 반영되었는지, 양국이 기체결한 FTA 중 중요사례를 선별하여 분석하였다.

제5장에서는, 상기의 과정을 거쳐 도출된 분석결과를 통해, 한-중 FTA 지식재산권 분야에서 한국에게 유리한 협상 결과 달성을 위한 한국의 전략 수립 방향을 제시하여 보았다. 양국간 FTA 체결에서 유리한 입장을 선점하거나 반영시키기 위해서는 이러한 전략 수립이 반드시 필요하며, 한-중 FTA의 경우 기체결된 한-미 FTA 및 한-EU FTA상에서 한국정부가 취한 지식재산권 전략과 어떻게 달라야 하는지 분석하였다.

제6장에서는, 본 논문의 내용에 대한 전체적인 요약과 함께 결론을 제시하며 본 논문을 마무리하고자 한다.

제 2 장 국제통상문제로서의 지식재산권 관련 국제법규범

제 1 절 WIPO (세계지식재산권기구)

I. WIPO와 WIPO 산하 지식재산권 보호조약들의 의의

1. WIPO의 주요업무

1970년 설립되어 스위스 제네바에 소재한 WIPO의 주요업무는 지식재산권에 관한 23개 조약¹⁾을 관장하는 것 외에도, 지식재산권에 대한 국제출원 및 등록 시스템 운영과 신지식재산권 이슈에 대한 연구 및 규범 형성 그리고 지식재산권 분야 개발도상국 지원 사업 전개, 지식재산권 교육 훈련 프로그램 운영 그리고 지식재산권 중재센터 운영 등이 있다.²⁾ WIPO는 1883년 파리협약과 1886년 베른협약의 채택과 함께 설립된 이들 협정을 관장하는 두 사무국(secretariat)들이 합쳐지면서 발전되어 탄생하게 되었다.³⁾

2. WIPO 산하 국제조약들의 의의

-
- 1) 23개 조약으로는 WIPO 설립조약, 산업재산권 보호에 관한 파리협약, 문학 및 예술 저작물 보호에 관한 베른협약, 특허협력조약(PCT), 국제상표등록에 관한 마드리드협정 및 의정서, 산업디자인의 국제등록에 관한 헤이그협정, 지리적표시의 국제등록에 관한 리스본협정, 국제특허분류에 관한 조약, 미생물 기탁에 관한 부다페스트 조약, 상표등록에 있어서 국제상품분류에 관한 니스협정, 도형상표의 국제분류에 관한 비엔나 협정, 산업디자인의 국제적 분류에 관한 로카르노 협정, 특허법 조약, 상표법 조약, 상표법에 관한 싱가포르 조약, 올림픽 표장의 보호에 관한 나이로비 조약, 출처표시에 관한 마드리드 협정, 반도체 집적회로 보호에 관한 워싱턴 조약, 실연자·음반제작자·방송사업자의 권리에 관한 로마협약, 불법복제로부터 음반제작자 보호에 관한 협약, 위성에 의해 송출된 프로그램 탑재신호의 보호에 관한 브뤼셀 조약, WIPO 저작권 조약, WIPO 실연·음반 조약이 있다.
 - 2) <http://www.wipo.int/expport/sites/www/about-ip/en/iprm/pdf/ch1.pdf>, "WIPO Intellectual Property Handbook: Policy, Law and Use", p.6
 - 3) 앞의 웹사이트, p.4

FTA는 물론 WTO TRIPs협정이 존재하지 않았을 때에는, 기본적으로 파리협약과 베른협약 등 WIPO가 관장하는 조약들로만 지식재산권⁴⁾의 국제적 보호가 이루어져 왔었다. 즉 특히, 상표 등 산업재산권에 대해서는 “산업재산권보호를 위한 파리협약”, 일반저작물에 대해서는 “저작권의 국제적 보호를 위한 베른협약”, 저작인접권에 대해서는 “실연자, 음반제작자 및 방송기관의 보호에 관한 로마협약” 등 WIPO가 주관하는 각종 조약을 통해 지식재산권을 국제적으로 보호하였다.

3. 한국이 가입한 WIPO 산하 국제조약들

현재 한국이 가입한 조약은 WIPO 설립조약, 산업재산권 보호에 관한 파리협약, 문학 및 예술 저작물 보호에 관한 베른협약, 특허협력조약(PCT), 국제상표등록에 관한 마드리드협정의 의정서, 국제특허분류에 관한 조약, 미생물 기탁에 관한 부다페스트 조약, 상표등록에 있어서 국제상품분류에 관한 니스협정, 상표법 조약, WIPO 실연·음반조약, 불법복제로부터 음반제작자 보호에 관한 협약, WIPO 저작권 조약, 산업디자인의 국제적 분류에 관한 로카르노 협정이 있다.

II. WIPO 산하 국제조약들의 문제점

1. 지식재산권 보호조약의 선택적 가입 가능

상기 우리나라의 예에서 볼 수 있듯이, 각 국가는 WIPO의 23개 조약 중 자신이 법적으로 구속 받기 원하는 조약에만 선택적으로 가입하는 것이 가능하며, 모든 조약을 가입할 법적 의무가 없다. 특정 조약에

4) 정상조, 박준석, 지식재산권법, 홍문사 (2013) pp.5-8에 의하면, 지식재산권(Intellectual Property)이란, 발명·고안·디자인·상표·창작물 등의 지식재산을, 일정기간 동안, 배타적으로 사용·수익·처분할 수 있는 권리를 말한다. 지식재산권은 크게 나누어 산업재산권과 문화재산권으로 구분되는데, 산업재산권에는 특허권·실용신안권·디자인권·상표권, 더 나아가 품종보호권·원산지표시·영업비밀·부정경쟁방지법상 보호이익 등이 있고, 문화재산권은 창작적 표현물에 대한 저작권을 말한다. 그러나 오늘날 소프트웨어·산업디자인·데이터베이스·반도체집적회로배치설계와 같은 중간적 형태들도 등장하고 있다.

가입하지 않는다고 해서 법적으로 처벌을 받는 것도 아니고 기타 제재가 있는 것도 아니기 때문이다. 따라서 WIPO 조약 체제하에서는 각 나라마다 가입되어 있는 조약들이 상이하기 때문에 체계적인 지식재산권 보호가 어려웠다.

일례로 지식재산권 강국 미국 역시 1988년까지 베른협약의 회원국이 아니었다. 1886년 베른협약이 만들어지는 협상 과정에서 독일을 비롯한 몇몇 국가들은 동 협약이 저작권에 대한 유일한 국제법 규범이 되기를 바랐지만, 이는 현실화되지 못했다. 지식재산권법의 발전과 보호수준은 개별 국가의 문화, 관습 역사 그리고 기타 사회 요소를 반영하기 때문에 1886년 협상 과정에서 이미 각 국가의 지식재산권법 체계를 모두 조화시켜 단일의 법질서를 모든 협상국에 적용시키는 것은 불가능하였다. 그 대신, 내국민대우(National Treatment)⁵⁾에 기반하여 모든 체약국에 대해 내외국민 차별없이 저작권 보호를 부여하는 큰 틀을 만들고 그러한 틀 안에서 저작권 보호를 위한 최소한의 기준만을 규정하도록 하였다. 물론 이러한 최소한의 기준에 대해서도 동의할 수 없다면, 그러한 국가는 가입을 하지 않으면 그만이었다. 미국의 경우, 저작인격권(moral rights)과 저작권 존속기간 및 작품상 저작권 표시여부와 관련된 기존 자국법 규정을 베른협약 규정과 조화시킬 수 없다고 판단하여 서명하지 않았던 것이다.⁶⁾

2. 지식재산권 집행규정과 분쟁해결조항의 실효성 부재

WIPO가 관장하는 23개 조약 가운데 9개 조약만이 분쟁해결 및 조약집행에 관한 규정을 두고 있는데, 그 중 8개 조약은 강제관할권이 없는 국제사법재판소(International Court of Justice: ICJ)에 분쟁을 의뢰할 수 있도록 규정하고 있을 뿐이어서 당사국간 분쟁해결에 효과적인 도움을 주기 어려웠다. 이와 같이 WIPO가 주관하는 각종 지식재산권 조약

5) 내국민대우란, 외국산 제품을 내국산 제품에 비해 불공정하게 대우하지 말라는 것을 의미한다. 한국국제경제법학회, 신국제경제법, 박영사 (2013), p.85

6) Robert S. Chaloupka, International HR Journal, Volume 15, Issue 4, Fall 2006, "International Aspects of Copyright Law," pp.1-2

들은 집행에 관한 규정이 미비하고, 분쟁해결에 관해 실질적이고 실효성 있는 규정을 갖추지 못했음이 주요 교역국들 사이에서 불만으로 제기되었다.⁷⁾

제 2 절 WTO TRIPs (세계무역기구 부속, 무역관련 지식재산권 협정)

I. WTO TRIPs 협정의 의의

1. 탄생 배경

위에서 보았듯이, 지식재산권 보호를 위한 국제법규범에는 이미 WIPO 주관하의 조약들이 존재하였다. 그럼에도 불구하고 WTO는 우루과이라운드를 통해 무역 관련 지식재산권 보호에 관한 새로운 조약 TRIPs를 채택하였는데, 이는 개인의 재산권이나 국가의 경제적 능력 평가에 있어 지식재산권이 차지하는 비중이 급속도로 커지고 있는 시대적 배경 하에서 제조업 상품무역 분야의 경쟁력을 상실한 미국을 중심으로 한 일부 주요 교역국들이 자국의 과학기술 및 지식정보의 우위를 지키려는 의도에서 탄생한 바가 컸다.⁸⁾ 이를 통해, 무역(trade)과 지식재산권(intellectual property)이 서로 연결(link)되게 되었다.⁹⁾

2. WTO TRIPs와 WIPO의 차이점

WIPO의 23개 조약들로 파편화되어 지식재산권을 보호해온 기존의 국제적 지식재산권 보호체제와 비교하여, TRIPs협정은 (1) 당사국 수가 비약적으로 증가했을 뿐만 아니라¹⁰⁾, 최저기준 원칙에 기반하여 지식

7) 한국국제경제법학회, 앞의 책, p.497

8) 한국국제경제법학회, 앞의 책, p.530

9) Molly Land, Michigan Journal of International Law, Spring 2012, "Rebalancing TRIPs," p.2

10) 즉, TRIPs는 후술할 국제협약 플러스 방식을 채택하고 있으므로, WIPO의 일부 주요협약이 TRIPs에 편입됨으로써 적용대상국이 증가할 수 있는데, 특히 반도체집적회로에 관한 워싱턴 협약은 TRIPs에 편입됨으로써 가입국이 8개국에서 149개국으로 증가하였다, 한국국제경제법학회, 앞의 책, p.496

재산권 보호규범 영역이 확장될 여지를 제공했으며, (2) 지식재산권의 효과적 보호를 위해 강제력이 부여된 지식재산권 집행(enforcement) 규정들이 존재하며, (3) WTO 회원국들을 법적으로 구속하는 분쟁해결체제를 이용하는 것이 가능하며, (4) 권리소진 원칙이나 저작인격권과 같이 주요 교역국들간 이해관계가 대립되는 문제에 관하여는 협정 적용을 배제하도록 명시하여, 최대한 다수 회원국들을 포함토록 한 포괄적인 협정이다.

그리하여 일부에서는 그 동안 WIPO가 개별 지식재산권 조약에 의해 규율해 오던 지식재산권 보호의 문제를 이제는 WTO가 범세계적 차원에서 무역과 관련한 지식재산권 보호의 통일된 기준을 정하여 규율하게 되었다고 평가하기도 한다.¹¹⁾

II. WTO TRIPs 협정상의 주요 기본원칙 WPO 조약들과의 차이점을 중심으로

1. 회원국에 적용되는 최저기준(minimum standard) 원칙

(1) 규정 내용: TRIPs 협정 제1조

TRIPs협정 제1조는 회원국이 준수해야 하는 의무의 성격과 범위를 다음과 같이 규정한다. "회원국은 이 협정의 제규정을 실시한다. 회원국은 이 협정의 규정에 위배되지 아니하는 경우, 자기나라의 법을 통해서 이 협정에 의해서 요구되는 것보다 더 광범위한 보호를 실시할 수 있으나, 그렇게 할 의무를 지지는 아니한다. 회원국은 자기나라의 고유한 법제도 및 관행 내에서 이 협정의 제규정에 대한 적절한 이행방법을 자유로이 결정한다."

즉, 회원국은 자국법을 통해 자신의 재량으로 협정보다 더 광범위한 보호를 실시할 수 있으며, 그 이행방법에 대해서는 각 국가가 자유로이 결정할 수 있다.

11) 한국국제경제법학회, 앞의 책, p.498

(2) 최저기준 원칙의 정의

TRIPs협정상의 최저기준 원칙이란, 협정에 일률적인 지식재산권 보호 규정을 정하여 두는 것이 아니라, 각 회원국이 최소한 지켜야 할 기준만을 규정하고, 그 구체적인 실천방안은 회원국 재량에 맡겨 두는 것을 의미한다.¹²⁾ 예를 들어, 저작권 보호기간과 관련하여, TRIPs협정은 동협정 제12조에서 저작자의 생존 기간과 사후 50년 동안 저작권을 보호하도록 규정하고 있지만 미국과 유럽연합 등 각 개별 회원국들이 이를 70년간 보장하는 것을 허용하고 있다.

(3) WIPO 조약들과의 차이점: 지식재산 법규범의 체계성 강화

WIPO조약들에서는 최저기준 원칙이 모든 조약에서 발견되는 것이 아니라 일부에만 규정되어 있어서, 마치 일부 지식재산권 영역에만 최저기준 원칙이 적용될 수 있는 것처럼 혼란의 여지가 있었다. 예를 들어, “문화예술 저작물 보호를 위한 베른협약”에서는 보호기간과 관련하여 동협약 제7조 (6)에 최저기준 원칙이 규정되어 있으나, “산업재산권 보호를 위한 파리협약”에는 특허와 관련하여 유사한 규정을 찾아볼 수 없다. 따라서 TRIPs협정은 최저기준원칙을 WTO회원국들 모두에게 부과하여, WIPO 조약들의 파편화된 지식재산권 규범을 하나로 모아 체계성을 강화했다고 볼 수 있다.

2. 기존 지식재산권 조약들과의 관계: 국제협약 플러스 방식

(1) 규정: TRIPs 협정 제2조

협정 제2조는 TRIPs 협정과 WIPO 산하의 기존 지식재산권 협정들간 관계에 대해서 규정하고 있다. “1. 이 협정의 제2부(지식재산권의 취득가능성, 범위 및 사용에 관한 기준), 제3부(지식재산권의 집행) 및 제4부(지식재산권의 취득, 유지 및 관련 당사자간 절차)와 관련, 회원국

12) 한국국제경제법학회, 앞의 책, p.501

은 파리협약(1967년)의 제1조에서 제12조까지 및 제19조를 준수한다. 2. 이 협정의 제1부에서 제4부까지의 어느 규정도 파리협약, 베른협약, 로마협약, 그리고 집적회로에 관한 지식재산권조약에 따라 회원국 상호간에 존재하는 의무를 면제하지 아니한다.”

(2) 국제협약 플러스 방식의 정의

국제협약 플러스 방식이란, TRIPs협정에 WIPO가 관장하는 기존 지식재산권협약의 범규범을 대부분 가감없이 받아들이고, 이에 더하여 각 회원국에 추가적 의무를 부과함을 의미한다. 그렇기 때문에 TRIPs협정은 단 73개 조항으로 WIPO 조약들이 규정하는 광범위한 내용을 아우르고, 이에 더하여 기존 조약들이 다루지 못한 지리적 표시, 저작권접권 및 미공개정보 분야 등까지도 보호범위를 확대할 수 있는 것이다.

(3) 국제협약 플러스 방식의 구체적 적용

① 각 지식재산권 영역별 적용

TRIPs협정 제2조 제1항은 특허, 실용신안 및 상표와 관련하여 파리협약을 기초로 하여 회원국에 추가적 의무를 부담시키는 파리협약 플러스 방식을 규정하고 있다. 동 협정은 파리협약 플러스 방식에 더하여, 저작권에 대해서는 제9조에서 베른협약 플러스 방식, 반도체회로 배치설계권에 대해서는 제35조에서 집적회로에 관한 지식재산권조약 플러스 방식의 방법을 채택하고 있다.

② 분쟁해결절차에의 강제력 부여

국제협약 플러스 방식은 특허, 저작권, 상표 등의 개별 영역에 대한 회원국의 보호 의무를 확대할 뿐만 아니라, 분쟁해결절차의 WTO회원국에 대한 구속력도 강화시켰다. 이에 대해서는 파리협약을 예로 들어 설명할 수 있다. 즉, 주요 교역국들은 파리협약의 제28조상 분쟁해결절차

가 재판 회부 여부를 회원국에 강제할 수 없는 국제사법재판소(International Court of Justice: ICJ)에 의지하고 있기 때문에, WTO의 DSU 분쟁해결절차를 이용하기 위해 이를 시정할 것을 강력 요구했는데, 이로 인해 파리협약 미가입국도 파리협약 위반시 WTO 분쟁해결기관인 패널 및 항소기구에 제소되어 무역제재를 받을 수 있는 강제력이 생겼다. 이와 같이 파리협약 실체조항에 대해 WTO 분쟁해결절차를 활용하여 강제력을 부여한 것은 TRIPs 협정이 거둔 가장 중요한 성과 중 하나로 평가받고 있다.¹³⁾

3. 기타 중요원칙의 반영 및 배제

① 최혜국대우원칙의 도입

TRIPs협정은 최혜국대우 원칙(Most-Favored Nation Treatment: MFN대우)을 규정하고 있는데, 최혜국대우 원칙이란 제4조에 규정된 바와 같이 “지식재산권의 보호와 관련, 일방 회원국에 의해 다른 회원국의 국민에게 부여되는 이익, 혜택, 특권 또는 면제는 즉시, 그리고 무조건적으로 다른 모든 회원국의 국민에게 부여”됨을 의미한다. 지식재산권 보호에 관한 협약 중 최초로 최혜국대우 원칙을 도입하였다는 데 그 중요성이 있다.¹⁴⁾

② 회원국간 미합의 내용 제외

WTO는 7년여에 걸친 우루과이라운드 협상 결과 출범하였는데, 우루과이라운드 협상기간 동안 지식재산권을 풍부하게 보유한 국가와 그렇지 못한 국가간의 이해관계 대립으로 인해 논란을 불러일으킨 조항들이 몇 가지 있었다. 이렇게 논란이 있었던 조항들은 결국 TRIPs협정에서 제외되었는데, 그 대표적인 것이 권리소진원칙 인정 여부와 저자인격권 인정 여부이다.¹⁵⁾ 이렇듯 TRIPs 협정은 무조건적으로 WIPO 조약 내

13) 한국국제경제법학회, 신국제경제법, 박영사 (2013), p.503

14) 한국국제경제법학회, 앞의 책, p.505

용들을 수용한 것이 아니라 회원국간 이해관계가 극심하게 대립한 내용들은 일단 배제하는 유연성을 보여주었다.

(가) 권리소진원칙의 배제: 제6조

권리소진원칙(Exhaustion of Rights)이란, 특허권자가 특허품을 타인에게 양도한 경우와 같이 특허권의 정당한 행사가 있으면 그 특허권은 이미 소진되어 당해 특허제품의 후속적인 양도나 기타의 처분에 특허권의 효력이 미치지 않음을 의미한다. 권리소진원칙은 특허법 뿐만 아니라 상표법에서 진정상품의 병행수입(parallel imports)과 저작권법에서 배포권 관련 최초판매의 원칙(first sale doctrine)과도 관련되어 있다.¹⁶⁾

병행수입 허용 여부 등 권리소진원칙은 국제적으로도 이해관계가 크게 대립되어, TRIPs는 제6조에서 “...이 협정의 어떠한 규정도 지식재산권의 소진문제를 다루기 위하여 사용되지 아니한다”고 명시하여 협정에서 권리소진원칙이 적용 배제됨을 밝히고, 결국 회원국들이 자유롭게 권리소진 문제 및 병행수입 허용 여부 등을 결정할 수 있도록 하였다.¹⁷⁾

(나) 저작인격권의 배제: 제9조

저작인격권(Moral Rights)이란 공표권, 성명표시권, 동일성유지권 등 그 성질상 일신전속적이고 양도가 불가능하며, 저작자가 자신의 창작물에 대해 갖는 인격적 이익의 보호를 목적으로 하는 권리이다.¹⁸⁾ 저작인격권을 인정하는 대륙법계와는 달리, 영미법계의 저작권법은 전통적으로 저작권을 저작자의 창작을 유도하기 위한 인센티브로 보기 때문에¹⁹⁾ 저작인격권 보호에 소극적이었다. 즉, 미국법은 지식재산권 보호에 있어 그 목적이 과학과 예술을 진흥하는 것 못지 않게 경제적 가치 또한 추구

15) 한국국제경제법학회, 앞의 책, p.507

16) 정상조, 박준석, 지식재산권법, 홍문사 (2013), p.159

17) 정상조, 박준석, 앞의 책, p.638

18) 정상조, 박준석, 앞의 책, pp.357-358

19) 정상조, 박준석, 앞의 책, p.358

하는 것이어서 실용주의적 입장이 강했지만, 저작권격권은 자연법(natural law)적 접근에서 비롯된 면이 강하였다. 저작자는 저작권격을 가져야 하기 때문에 갖는 것이지, 별도의 이유가 필요하지 않다는 것이다. ("Authors were given [moral rights] because they should have them, rather than to promote some other interest.")²⁰⁾ TRIPs협정은 이러한 미국의 입장을 반영하여 동협정 제9조 제1항에서 저작권격을 규정한 베른협약 제6조의 2를 적용하지 않기로 규정하였다.

Ⅲ. 지식재산권의 집행과 분쟁해결절차에의 강제력 부여

1. 지식재산권의 집행(enforcement) 관련 국제규범 강화

(1) 지식재산권 집행의 정의

지식재산권의 집행(enforcement)이라 함은, 지식재산권 침해를 방지함과 아울러 침해에 대한 구제방법을 확보하는 것을 의미한다.²¹⁾ 즉, TRIPs협정은 기존의 지식재산권을 인정하도록 하는 데 그치지 않고 WTO회원국들이 그러한 지식재산권을 국내적으로 철저히 보호하도록 요구하고 있다. 집행조항의 강화는 지식재산권 보호가 실질적으로 이루어지는 데 중요한 역할을 하며, 집행조항이 미약한 WIPO 조약들과의 가장 큰 차이점 중 하나를 이룬다.

(2) 지식재산권 집행을 위한 각종 조치들

① 관련 규정: TRIPs 협정 제3부

TRIPs 협정 제3부는 지식재산권의 집행을 규정하고 있으며, 이는 제41조부터 제61조까지 21개의 규정으로 이루어져 있다.

20) Robert S. Chaloupka, International HR Journal, Volume 15, Issue 4, Fall 2006, "International Aspects of Copyright Law," p.2

21) 한국국제경제법학회, 신국제경제법, 박영사 (2013), p.531

② 각종 조치들의 종류

동협정 제3부에서는 집행과 관련한 일반적 의무뿐만 아니라, 민사 및 행정절차, 잠정조치, 국경조치 그리고 형사절차를 통한 각종 조치들을 각 회원국들의 국내법에 마련하여 지식재산권에 대한 보호를 요구하고 있다.

(3) 집행 관련 국제규범 강화 배경

TRIPs협정 이전의 기존 WIPO 조약들은 지식재산권의 집행 문제를 다루는 조항을 두고 있지 않은 것이 대부분이고, 집행 문제에 관한 조항을 두고 있는 조약의 경우에도 법적 구제를 제공할 일반적 의무만을 최소한으로 규정하고 있었다. 즉, 특정한 경우에 한하여 침해물품의 압류 (seizure)를 규정하고 나머지는 모두 체약국의 국내법에 위임하고 있는 상황이었다.²²⁾ 즉, WIPO산하 조약들은 국가간의 권리, 의무 관계를 정하거나 개인의 권리를 설정하는 실체법적 내용을 규정하는 것이 보통이어서, 권리행사 보호에 관한 절차는 대체로 각국의 자율적인 영역으로 남아 있었다. 주요 교역국들은 지식재산권의 충분한 보호를 위해서는 실체적 보호 수준을 높이는 것과 동시에 권리행사 절차를 정비하는 것도 중요하다라는 인식 하에, 재판절차 등을 포함한 권리행사 절차에 관한 상세한 규정을 TRIPs협정 상에 규정할 것을 주장하였다.²³⁾

(4) 집행체제 수립 의무화와 해당 의무 이행방법에 대한 자유화

① 집행체제 수립의 의무: TRIPs 협정 제41조 제1항

WTO 설립을 위한 마라케쉬협정 제16조 제4항은 “각 회원국은 자기나라의 법률, 규정 및 행정절차가 부속협정에 규정된 자기나라의 의무

22) 한국국제경제법학회, 신국제경제법, 박영사 (2013), p.530

23) 한국국제경제법학회, 앞의 책, p. 531

에 합치될 것을 보장한다”고 규정하고 있다. 따라서 각 회원국은 TRIPs 협정 제41조 제1항에 규정된, “회원국은 침해방지를 위한 신속한(expeditious) 구제 및 추가침해를 억제하는 구제를 포함, 이 협정에서 다루고 있는 지식재산권 침해행위에 대한 효과적인(effective) 대응조치가 허용되도록 하기 위하여 이 부에서 명시된 바와 같이 집행절차가 자기나라의 법률에 따라 이용가능하도록 보장한다”는 규정에 따라 포괄적 집행체제의 수립을 의무로 부담한다.

② 집행체제 수립 의무의 이행방법에 대한 각 회원국의 자유 부여

다만, TRIPs 협정은 상기 포괄적 집행체제의 수립 방법에 대해서는, 상기 제41조 제1항의 “자기나라의 법률에 따라”라는 문구에서도 파악할 수 있듯이, 각 회원국이 협정의 지식재산권 집행 규정에 관한 이행방법을 자유로이 결정하도록 하고 있다. 뿐만 아니라 동협정은 “신속한(expeditious)” 또는 “효과적인(effective)”이란 용어를 법적으로 정의하고 있지 않기 때문에, 각 국가의 여건(national conditions)이나 지역적 상황(local context)에 맞게 이들 용어를 해석할 여지를 남겨두고 있다.²⁴⁾

또한 동조 제5항에서도 “이 부는 일반적인 법 시행을 위한 사법제도와는 다른 지식재산권의 시행을 위한 사법제도를 마련할 의무를 부과하는 것이 아니며, 회원국의 일반적인 법 집행 능력에 영향을 미치지 아니하는 것으로 이해된다. 이 부의 어느 규정도 지식재산권의 집행과 일반적인 법 집행간의 예산배분에 관한 의무를 부과하지 아니한다”고 밝히고 있어, TRIPs 협정이 회원국들에게 지식재산권 집행을 위한 별도의 통일적이거나 획일화된 사법제도를 강요하지 않음을 명시하고, 예산 배분도 별도로 할 필요가 없음을 확실하게 보여주고 있다.

③ 관련 판례: *China-Intellectual Property Rights Case*

이렇게 TRIPs가 각 회원국에 부여한 이행방법상의 재량은 WTO 패널에서도 지지되고 있는데, 이 사건에서 다루어진 여러 쟁점 중 패널

24) Molly Land, Michigan Journal of International Law, Spring 2012, “Rebalancing TRIPs,” p.5

이 중국의 제61조상 의무 위반 여부에 대해서 판단한 부분이 그 예이다. 즉, 미국은 중국을 WTO 패널에 *China-Measures Affecting the Protection and Enforcement of Intellectual Property Rights* 사건(이하 *China-Intellectual Property Rights* 사건)에서 TRIPs의 집행체제 수립 의무를 위반하였고 그 중 제61조상 의무도 위반하였다고 제소하였다. 동협정 제61조는 “상업적 규모(on a commercial scale)”의 침해행위를 불법으로 규정하는 집행체제를 수립하도록 하고 있다. 패널은 제1조의 최저기준원칙과 제41조의 이행방법상 자유에 비추어, TRIPs는 특정형태의 집행체제만을 강요하지 않으며, 회원국은 “실제 적용될 형사소송절차와 형벌을 사실상 허용해 놓고(in fact provides for criminal procedures and penalties to be applied)” 있기만 하면 집행체제 의무를 충족한 것이라고 하였다. 패널은 이에 더하여 “만약 특정 회원국의 이행방법이 집행체제 의무를 충족하지 않는다고 주장하려면, 이를 증거로 입증해야만 할 것(If it is alleged that a Member’s method of implementation does not so provide in such cases, that allegation must be proven with evidence.)”이라고 판시하였다. 결국 패널은 미국이 중국의 관련시장(relevant markets)에서 무엇이 상업적 규모의 침해행위를 구성하는지 충분한 증거를 제공하지 않았다고 판단하여 제61조 의무 위반과 관련하여 미국의 주장을 배척하고, 중국의 이행방법상 재량권을 인정하였다.²⁵⁾

(5) 집행조치 중 하나인 국경조치 규정의 강화

① 국경조치의 정의

국경조치(Border Measure)란, 상표권 등 지식재산권 침해물품에 대한 세관의 통관유예조치로, 그 기원은 유럽의 통관제도에 있다. 국경조치가 발동되는 주된 대상은 상표, 저작권 침해 물품이다. 즉, 세관은 상표권 등을 침해한 물품의 수출입시 통관단계에서 그 침해 여부를 조사하여 침해품으로 인정되는 경우, 해당 상품의 통관을 보류시키고 관계기관에 고발할 수 있다.²⁶⁾

25) Molly Land, 위의 논문, pp.12-13

② WIPO 조약들과의 차이점

(가) 기존 WIPO조약들의 문제점: 국경조치 규정 부재 또는 실효성 부재

TRIPs협정이 체결되기 전까지, 기존 WIPO산하 지식재산권 보호 조약들의 경우 국경조치의 실효성이 높지 않았다. 국경조치 규정이 존재하지만 형식적인 규정에 불과하거나 아예 규정자체가 없는 조약들도 있었다. 일례로, 저작권 관련 WIPO산하의 조약들인 베른협약과 WIPO 저작권조약 어디에도 국경조치 규정을 찾을 수 없다. 또한 파리협약의 경우 제9조와 제10조에 불법상표 또는 상호를 부착한 수입품과, 원산지 또는 생산자에 관한 허위표시를 부착한 수입품의 압류를 규정하였으나, 통관유예에 관한 상세한 방법과 절차에 대해서는 규정하고 있지 않아 실효성이 높지 않은 상황이었다.

(나) TRIPs 협정의 국경조치 규정 강화

상기 WIPO 조약들과는 달리, TRIPs협정은 통관유예의 방법과 절차에 대해서 상세한 규정을 두고 있으며, 이렇게 강화된 국경조치는 제 51조부터 제60조까지 10개의 규정에 반영되어 있다. 특히, 동 협정 제51조를 보면, 회원국은 상표권 또는 저작권 침해상품의 권리자가 통관보류를 서면으로 청구할 수 있는 절차를 “권한있는 행정 또는 사법 당국”에 요청할 수 있도록 규정하고 있다. WTO 각 회원국은 이러한 TRIPs 협정상의 상세한 국경조치 규범에 기반하여 자국의 국내법에 지식재산권 보호를 위한 세관의 통관보류 조치를 규정하여야만 한다. 한국의 경우 관세법에, 일본의 경우 관세정률법에²⁷⁾, 그리고 미국의 경우 관세법 제 337조가 국경조치를 통한 지식재산권 침해상품의 통관금지를 규정하고 있다.

26) 특허청, 지식재산권 용어사전 (2008.2), pp.39-40

27) 특허청, 앞의 책, p.39

(다) TRIPs 협정상 국경조치 강화에 있어서의 교역국들간 의견 절충

위에서 보았듯이, TRIPs협정의 국경조치는 기존 WIPO조약들에 비교하면 그 법적 실효성이 강화된 규정이다. 하지만, EC의 경우에는 지식재산권의 종류별로 차별을 둘 수 없다는 이유로, 모든 지식재산권에 통관보류조치를 적용할 것을 주장하였다. 그러나 논의 결과, TRIPs협정 제51조의 전단과 후단에 명시되어 있듯이, 상표권 또는 저작권 침해상품에 대해서는 반드시(shall) 통관보류조치를 적용토록 하되, 기타 지식재산권 침해물품에 대해서는 적용할 수도 있다는 임의(may)규정으로 하는 중재안이 성립되었다.²⁸⁾

2. 지식재산권 관련 분쟁해결절차에의 강제력 부여

(1) 관련 규정: TRIPs 협정 제64조

TRIPs 협정은 분쟁해결절차에 대해서 규정하고 있는데, 제64조 제1항에서 다음과 같이 규정하고 있다. “1. 분쟁해결양해(DSU)에 의해 발전되고 적용되는 1994년도 GATT (General Agreement on Tariffs and Trade, 관세 및 통상에 관한 일반협정) 제22조 및 제23조의 규정은 이 협정에서 특별히 달리 규정하는 경우를 제외하고는 이 협정에 따른 협의와 분쟁해결에 적용된다.” 즉, 지식재산권 관련 분쟁이 발생할 경우, 모든 WTO회원국에 대해 법적 구속력을 가지는 강제적인 DSU 분쟁해결절차가 적용됨을 밝히고 있는 것이다.

(2) WIPO 조약들과의 차이점

① 분쟁해결절차 회부에의 강제력 부여

(가) 의의

28) 한국국제경제법학회, 신국제경제법, 박영사 (2013), p.536

기존 WIPO 조약들 중 핵심축을 이루는 파리조약과 베른협약과 TRIPs 협정을 비교하면, WIPO 조약들과 달리 TRIPs 협정의 분쟁해결절차는 분쟁의 양 당사자 모두 반드시 WTO 분쟁해결절차에 참여하도록 강제하고 있음을 알 수 있다. 즉, WIPO 조약들의 분쟁해결조항은 일방 당사자가 ICJ 분쟁해결절차에 대한 참여를 타방에 요청해도, 타방은 이에 응하지 않을 수 있었지만, TRIPs 협정의 분쟁해결조항은 일방의 DSU절차 참여 요청에 반드시 타방이 응할 수 밖에 없도록 강제하고 있다.²⁹⁾

(나) 관련규정 비교: 파리협약 제28조 및 베른협약 제33조와의 비교를 통해

파리협약 제28조와 베른협약 제33조는 분쟁해결조항으로 서로 매우 유사한 규정을 갖고 있다. 즉, 두 조문 모두 3개항으로 이루어져 있으며, 제1항은 둘 이상의 동맹국간 분쟁이 교섭에 의해 해결되지 않고, 또한 다른 방법으로 해결되도록 합의되지 않은 경우, 일방 당사국이 국제사법재판소(ICJ)에 분쟁을 제기할 수 있다고 규정하고 있다. 그리고 제2항은 해당 조약 가입국들이 제1항에 대해 구속을 받지 않기를 선언할 수 있음을 규정하고 있으며, 제3항은 이러한 선언을 추후에 철회할 수 있음을 규정한다. 즉, 제1항과 제2항에 비추어 보아 WIPO 조약들에 존재하는 분쟁해결조항은 사실상 실효성이 높지 않음을 알 수 있는데, 우선 제2항의 경우 제1항을 통한 ICJ에의 분쟁해결절차에 대한 참여를 조약 가입시부터 배제시킬 수 있는 가능성을 열어 놓았기 때문이다. 또한 제1항에 구속을 받기로 결정한 국가들 간에도 사실상 분쟁해결절차의 실효성이 떨어지는바, 이는 제1항의 규정에 명시된 ICJ는 분쟁해결절차에의 회부를 강제할 수 없는 기관이기 때문이다. 즉, 분쟁의 타방 당사국이 ICJ의 재판절차에 불참을 선언할 경우 분쟁을 제기한 국가는 참여를 강제할 수단이 없다.

29) Joseph Straus, American Intellectual Property Law Association, AIPLA Quarterly Journal, Fall 2012, "A Marriage of Convenience: World Economy and Intellectual Property from 1990 to 2012," p.6

이에 반하여 TRIPs 협정은 제64조에서 명시적으로 분쟁해결양해(DSU)에 의해 발전되고 적용되는 1994년도 GATT 제22조(협의) 및 제23조(무효화 또는 침해)의 규정이 분쟁해결에 적용됨을 밝히고 있는 것이다.

② 교차보복조치의 허용

(가) 의의

TRIPs 협정은 상기와 같이 WIPO 산하의 조약체제에서 미비했던 분쟁해결절차에의 참여를 강제하고 있다. 하지만 분쟁해결절차 참여만을 강제하고 그러한 절차를 통해 도출된 판결에 대해서 이행이 실효적으로 확보되지 않으면, 분쟁해결제도의 법적 완결성이 감소될 수밖에 없다. 따라서, TRIPs 협정에서는 실효적인 판결 이행수단을 규정하고 있는데, 바로 이것이 교차보복조치이다.

(나) 교차보복조치의 정의와 관련 규정: DSU 제22조 제3항 (c)

교차보복조치란, 어느 한 분야의 조약상 의무위반에 대해 다른 분야에도 보복조치를 허용하는 것이다.³⁰⁾ 이는 DSU 제22조(보상 및 양허의 정지) 3항 (c)에 규정되어 있다. 즉, DSU 제22조 3항 (c)는 다음과 같이 규정하고 있다. “어떠한 양허 또는 그 밖의 의무를 정지할 것인지를 검토하는 데 있어서 제소국은 다음의 원칙과 절차를 적용한다...(c) 동 제소국이 동일 협정상의 다른 분야에서 양허 또는 그 밖의 의무를 정지하는 것이 비현실적 또는 비효과적이며 상황이 충분히 심각하다고 간주하는 경우, 다른 대상 협정상의 양허 또는 그 밖의 의무의 정지를 추구할 수 있다.”

30) 한국국제경제법학회, 신국제경제법, 박영사 (2013), p.496

(다) 교차보복조치 허용의 효과

교차보복조치가 허용될 경우, 각 회원국들은 자국 내에서 지식재산권 관련 보호를 강화할 수밖에 없을 것이다. 왜냐하면, 지식재산권 관련 분쟁 발생시 권리 침해를 주장하는 국가가 WTO분쟁해결절차에 제소하게 될 것이고, 이러한 분쟁해결절차에서 패소할 경우, 지식재산권 분야가 아닌 상품무역 분야나 서비스 무역 분야에서 보복조치를 당하여 자국의 경제적 이익을 심각하게 위협할 것이기 때문이다. 요컨대, 교차보복조치는 WTO 회원국의 국내법을 TRIPs협정에 합치시키는 노력을 한층 촉진시키는 효과를 갖는다고 분석할 수 있다.

(라) 교차보복조치 관련 판례: *United States-Upland Cotton Case*

이와 같은 교차보복조치의 효과를 대표적으로 보여 준 사례가 미국과 브라질간 *Upland Cotton* 사건이다. 2002년 브라질은 미국이 국내사용자와 수출업자에 각종 지원을 통해 Upland Cotton의 수출을 촉진시켜, 보조금(SCM)협정과 농업협정상 의무를 위반했다고 주장하였다. WTO 패널과 상소기구는 브라질의 주장을 받아들였으며, 미국이 이를 시정하도록 결론지었다. 그러나 미국의 미온적인 태도는 2005년 브라질이 TRIPs협정과 GATS협정을 통한 교차보복조치를 요청하도록 만들었으며, 결국 패널과 상소기구는 이를 허용하여 어떠한 교차보복조치가 취해져야 하는지에 대해 중재절차가 시작되었다.

중재 과정에서 중재인(Arbitrator)은 분쟁해결양해(DSU)와 보조금협정상의 “적절한 대항조치(appropriate countermeasures)”의 의미에 대해 설명하였다. 이에 따르면 적절한 대항조치란, 피제소국의 WTO상 의무 위반조치와 그 효과가 전적으로 동일한 조치만에 한정되는 것이 아니라, 보조금협정 각주9에 비추어 볼 때 각 사안별로 상황에 따라 (유연하게) 적용되는 것(“...[A]n appropriate countermeasure is not limited to exact equivalence with the level of its adverse trade effects on the complaining Member...[T]he terms appropriate countermeasures, as

informed by footnote 9 of the SCM Agreement, entitle the complaining party to countermeasures that are suited to the circumstances of the case”)이라고 실시하였다.³¹⁾ 즉, 이 사안에서는 미국이 보조금협정상의 의무를 위반하였다면 브라질이 보조금협정상의 의무만을 통해 보복할 수 있는 것이 아니라, TRIPs 협정을 통해서도 보복조치가 가능하다는 것이다.

이에 따라 브라질은 교차보복조치로 TRIPs협정상 보호되는 미국의 지식재산권에 대해 보호의무가 없음을 발표하였고, 이는 미국의 상표, 특허, 저작권, 소프트웨어, 지리적 표시, 영업비밀 등을 모두 포함하였다. 결국 미국은 2010년 브라질과 협상을 통해 자국의 위반사항을 구체적으로 시정하기로 합의하였다.

이처럼 *Upland Cotton* 사건은 *European Communities-Regime for the Importation, Sale, and Distribution of Bananas Case*와 *United States-Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services Case*와 함께 교차보복조치가 WTO 회원국으로 하여금 WTO 협정들을 준수하도록 강제할 수 있음을 보여준 사례이다. 이는 결국 분쟁해결절차에 강제력이 부여되었기 때문에 가능하였다. 상기 사건들은 기타 분야에서의 분쟁이 지식재산권 관련 보복조치 가능성을 통해 해결된 경우이지만, 그와 반대로 역시나 WTO 체제에서 지식재산권 관련 분쟁이 발생하였을 경우에도 다른 분야에서의 보복조치 가능성을 통해 분쟁이 해결되도록 적용될 수 있는 것이다.

(3) 소결

상기에서 밝혔듯이 국제협약 플러스 방식의 TRIPs를 통해 기존 WIPO가 관장하는 다양한 지식재산권 국제협약들이 WTO체제 내에서도 보호되게 되었고, 그 결과 WTO내로 편입된 WIPO 조약상의 의무 위반 문제는 바로 TRIPs 위반으로 귀결된다. 이는 WIPO 조약의 위반이 WTO 분쟁해

31) Joseph Straus, 앞의 논문, p.7

결절차의 회부 대상이 됨을 의미한다. 즉, 지식재산권 관련 분쟁 발생시 분쟁 당사국들은 TRIPs를 통해 WTO가 모든 회원국에 대해 강제하고 있는 분쟁해결제도를 이용할 수 있게 되었을 뿐만 아니라, 이러한 분쟁해결절차의 이용을 통해 도출된 판정결과를 승소국은 교차보복제도를 통해 패소국에 이행을 강제할 수 있게 되었다. 이러한 분쟁해결절차에의 참여와 그 이행에 대해 강제력을 부여한 TRIPs 협정은 기존 WIPO협약들보다 지식재산권 보호관련 국제법규범을 강화했다는 평가를 내릴 수 있다.

제 3 절 FTA (자유무역협정)

I. WTO 체제 내 FTA 확산의 의의

1. FTA의 정의

자유무역협정 (Free Trade Agreement, FTA)이라 함은, 특정 국가 간에 상품, 서비스, 지식재산권 등의 자유로운 통상을 위하여 관세철폐 내지 인하 등 무역장벽을 제거하는 배타적인 무역특혜 협정을 말한다.

즉, 특정 국가 간의 상호 무역증진을 위하여 재화나 서비스 이동을 자유화시키는 협정으로, 제반 무역장벽을 완화하거나 철폐하여 무역자유화를 실현하기 위한 양국 간 또는 지역 간에 체결하는 특혜무역협정이다.

FTA는 양자주의 및 지역주의적 특혜무역체제로, 협정국에만 무관세나 낮은 관세를 적용하므로, 시장이 크게 확대되어 비교우위에 있는 상품의 수출과 투자가 촉진되고 무역창출효과를 거둘 수 있다는 장점이 있으나, 협정상대국에 비하여 경쟁력이 낮은 산업은 보호막이 없어져 고사당하는 상황이 발생할 수도 있는 단점이 있다.³²⁾

32) 한국국제경제법학회, 신국제경제법, 박영사 (2013), pp.549-554

따라서 예컨대 지식재산권 측면만을 보더라도 특허, 상표, 저작권 등 각 항목별 비교우위에 따라 자국 산업의 보호와 이익을 위하여 어떤 협정문을 도출할 것인지 FTA체결 과정에서 치열한 밀고 당김의 협상전략이 구사되고 있는 것이 현실이다.

2. WTO 체제 내 FTA의 확산 배경

제2절에서 보았듯이, WTO 체제 내의 TRIPs 협정은 지식재산권 보호규범을 WIPO에 비하여 집행(enforcement) 측면이나 분쟁해결절차 측면 그리고 당사국 수 측면에서 강화한 국제협정이었다. 그렇다면, 어째서 WTO 회원국들은 다자무역체제인 WTO의 핵심원칙인 비차별원칙을 일견 훼손해 가면서까지 양자무역체제인 FTA 협정을 체결한 것인지 의문이 생기게 된다. 물론 WTO 체제 내에서 모든 형태의 FTA가 무분별하게 허용되는 것이 아니라 GATT 협정 제24조에 합치되는 FTA만이 합법적으로 WTO 체제 내에서 비차별원칙의 예외를 구성하게 된다.

(1) 확산 배경 1: 도하개발어젠다 협상의 표류

도하개발어젠다(Doha Development Agenda: DDA, 이하 DDA라 함) 협상은 카타르 도하에서 개최된 제4차 WTO 각료회의 결정에 의해 2001년 11월 출범한 다자무역협상으로, WTO는 우루과이라운드 이후의 새로운 다자 무역협상을 출범시키면서, 개발도상국들의 주장을 받아들여 라운드라는 이름 대신에 위와 같은 이름을 채택하였다.³³⁾ 다만, 굳이 라운드라는 단어를 계속 사용하고자 할 경우에는 뉴라운드(New Round)라고도 불리운다.

DDA에서는 개발도상국들의 관심사항인 개발 이슈가 중점적으로 다루어졌음은 물론, 개발도상국들이 자신들의 이익확보를 위해 더욱 적극적으로 나서게 되었다.

33) 특허청, 지식재산권 용어사전 (2008.2), p. 86

이어 2003년 9월 멕시코 칸쿤에서 개최된 제5차 WTO 각료회의의 실패는 전 세계적인 FTA 확산의 기폭제가 되었다.³⁴⁾ 즉, 제5차 각료회의의 실패는 2001년 제4차 각료회의를 통해 출범한 DDA협상이 선진 교역국 그룹과 개발도상국 그룹간 이해관계 대립으로 표류하는 상황에서, 일부 주요 교역국들 간에서도 의견이 불일치되고 이해관계가 대립되는 교착상태가 지속되자, WTO 회원국들이 대안적인 무역체제 수립을 모색하게 된 것이다.

(2) 확산 배경 2: 이해관계 조율이 용이한 소수 참가자간 무역체제 모색

이렇듯 DDA협상이 표류하는 와중에, 다자무역체제의 내재적 한계인 다수 협상참가자들 간 이해관계 조율의 어려움에 WTO 회원국들은 피로감을 느낄 수밖에 없었고, 이러한 요인들이 FTA를 전세계적으로 확산시키는데 일조하였다. 즉, 다수 참가자가 존재하는 무역체제에서 공통된 합의를 도출해 내는 데에 시간과 비용을 들이는 것보다, FTA를 통해 자신들과 이해관계가 합치하는 소수의 나라들끼리만 더욱 긴밀한 무역관계를 수립하겠다는 의미이다.

이러한 다자주의의 한계는 비단 DDA협상에서만 발견되는 것이 아니다. 예를 들어, 1994년 1월 1일 발효한 북미자유무역협정(NAFTA)만 해도 다자무역체제의 불확실성과 더딘 협상 진행속도에 피로를 느낀 미국이 주도한바가 컸다. NAFTA 창설을 위한 협상이 진행되던 20여년 전의 세계는 기존 “관세와 무역에 관한 일반협정(GATT)” 및 WIPO체제의 문제가 노정되던 시기였다. 1986년 9월 우루과이 Punta del Este에서 GATT의 개선을 위해 다수 협상국이 참여한 우루과이 라운드(결국 이 라운드를 통해 WTO가 출범하나 그 시기는 1995년 1월 1일)가 표류하는 와중에, 세계 무역시장은 1993년 11월 1일 마스트리히트조약으로 설립된 유럽연합(EU)과 1991년 3월 26일 아순시온 협약으로 설립된 남미공동시장(MERCOSUR)으로 분할되고 있었다. 기존 다자조약체제인 WIPO체제는 효과적인 집행조치 및 분쟁해결제도가 없었고, GATT 등에서 무역분쟁이 발생할 경우 분쟁당사국들은 무역 전쟁, 보이콧, 무역체제 및 기타

34) 정영진, 이재민, 글로벌시대를 위한 신통상법 및 통상정책, 박영사 (2012.6), p.98

일방적인 보복조치에 의존할 수밖에 없었다. 즉, 이 과정에서 미국은 자신과 이해관계가 합치하는 소수의 나라들끼리만 더욱 긴밀한 무역관계를 수립하게 된 것이다. 이러한 다자무역체제의 문제점은 WTO에서도 마찬가지로였다.³⁵⁾

다시 말하여, 수많은 회원국들의 입장이 첨예하게 대립하는 WTO 체제에서는 자신들이 희망하는 교역체제의 수립이 요원하다는 점을 DDA협상 난항을 통하여 절감한 회원국들이 의기투합하여 교역상대방과 자신들만의 교역체제를 수립하고자 노력하게 된 것이 바로 FTA 체결 움직임으로 나타나게 된 것이라고 분석되고 있다.³⁶⁾ 즉, LIKE MINDED COUNTRIES끼리 일종의 무역 CLUB을 형성하는 움직임을 보이고 있으며, 통합 개선된 다자무역체제의 수립가능성에 대한 각국의 회의감 내지 피로감이 곧 FTA의 등장과 확산으로 나타나고 있다는 것이다.³⁷⁾

(3) 확산 배경 3: 선발 FTA의 긍정성에 대한 선망 심리의 작용

NAFTA 이후 멕시코 등에서 보았듯이 FTA체결이 외국인 직접투자 유치에 큰 도움이 된 사례가 긍정적 교훈으로 작용하여, FTA에 의한 무역 및 외국인 직접투자의 유입이 자국에 대한 경제성장의 원동력이 될 수 있으며, FTA를 체결하면 개방을 통해 경쟁을 심화시킴으로써 생산성 향상 및 소득증대에도 기여할 수 있다는 실리적 측면에서 무역부문의 중요한 개혁조치로 인식되어 선발 FTA를 따라가고자 하는 선망심리가 작용한 바가 컸다. 더 나아가 주로 선진국들에 의하여 주장된 논리로써, FTA처럼 역내 국가 간의 보다 높은 자유화 추진이 다자체제의 자유화를 선도할 수 있다는 명분론까지 가세하여 FTA의 확산에 일조하였다고 볼 수 있다.

35) James M. Cooper, California Western International Law Journal, Fall 2012, "The NAFTA and Its Legacy on the Resolution of International Property Disputes," pp.2-3

36) 정영진, 이재민, 앞의 책, p.89

37) 정영진, 이재민, 앞의 책, p.89

3. 전세계 FTA 현황과 관련 무역 규모

2013년 7월 30일을 기준으로, 220건의 FTA가 GATT/WTO 체제 내에서 발효 중이다.³⁸⁾ 또한 WTO의 2013 World Trade Report에 따르면 1990년과 2010년 사이에 FTA를 포함한 지역무역협정은 약 70여건에서 300여건으로 세 배 이상 증가하였다.³⁹⁾ 즉, 통계에 따르면 현재 FTA는 급격한 증가 추세에 있다. WTO는 EC/EU를 포함할 경우, 2008년 기준으로 전 세계 무역량의 50.8%를 FTA를 비롯한 지역무역협정을 통한 교역으로 추산한다.⁴⁰⁾ 아이러니하게도 다자무역체제인 WTO의 예외가 다자무역체제의 교역량 증 반 이상을 차지하고 있는 것이다.

4. 한국의 FTA 추진현황

이렇듯 확산된 전세계적 FTA 체결에 우리나라도 동참하여 최초의 FTA협상이었던 한-칠레 FTA를 타결짓고 2003년 2월 서명한 것을 시발로 동시다발적인 FTA를 추진하게 되었다. 우리나라는 현재 47개국과 9건의 FTA가 발효 중이며⁴¹⁾ 콜롬비아와 2013년 2월 FTA를 타결하였고, 현재 중국, 인도네시아, 베트남 등과 협상 중이다.⁴²⁾ 특히 미국 및 EU와의 FTA가 발효되어 (EU는 잠정발효), 그간 WTO를 중심으로 운용되어 오던 우리 통상체제가 상당한 변화를 겪을 전망이다.⁴³⁾ 실제로 한-ASEAN FTA상품협정 발효 후 4주년 만에 ASEAN은 우리의 제5위 교역대상국에서 제2위 교역대상국으로 부상하였다.⁴⁴⁾ 향후 우리나라는

38) WTO 웹사이트, Regional Trade Agreements: RTA Database, Regional Trade Agreements Information System (RTA-IS), <http://rtais.wto.org/UI/publicsummarytable.aspx>

39) WTO, "World Trade Report 2013," *Factors Shaping the Future of World Trade*, p.75, http://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/world_trade_report13_e.pdf

40) WTO, "World Trade Report 2011," *The WTO and Preferential Trade Agreements: From Co-existence to Coherence*, p.64, http://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/anrep_e/wtr11-2b_e.pdf

41) FTA 종합지원포털, 우리나라 FTA: FTA 추진체계 및 현황 <http://www.ftahub.go.kr/situation/sign/01/>

42) 산업통상자원부 공식 자유무역협정 FTA 웹사이트, 우리나라의 FTA: FTA 추진현황, http://www.fta.go.kr/new2/ftakorea/ftakorea2010_c.asp

43) 정영진, 이재민, 글로벌시대를 위한 신통상법 및 통상정책, 박영사 (2012.6), p.88

44) 외교부 보도자료, "이제안 한-아세안 FTA상품협정 발효 4주년만에 우리의 제2위 교역대상국으로 부상" 제11-464호, 2011.5.31. 배포

FTA체제를 우리 통상체제의 기본골격으로 삼는다는 계획을 밝히고 있어 지속적인 FTA 체결과 그로 인한 당해 국가와의 교역량 증가 추세를 계속될 것으로 보인다.⁴⁵⁾

위와 같은 한국의 FTA 현황을 요약하자면 아래의 표에서 보는 바와 같다.

표 1: 한국이 체결한 국가별 FTA의 발효일자

구분	발효 일자
한-칠레 FTA	2004.4.1
한-싱가포르 FTA	2006.3.2
한-EFTA FTA	2006.9.1
한-ASEAN FTA	2007.6.1(상품), 2009.5(서비스), 2009.9.1(투자), 지식재산권 부재
한-인도 CEPA	2010.1.1
한-EU FTA	2011.7.1 잠정발효
한-페루 FTA	2011.8.1
한-미 FTA	2012.3.15
한-터키 FTA	2013.5.1

II. FTA: WTO 핵심원칙인 비차별원칙의 합법적 예외

1. 근거조항: GATT 제24조

WTO 회원국은 국제 무역에서 외국간 또는 내외국간 차별을 금지해야할 의무가 있는데, 이를 비차별원칙이라고 한다. 이러한 원칙에 비추어보면, FTA는 특정 국가에 특혜를 주는 제도이므로 사실상 다자무역체제에 반하는 제도이다. 따라서 WTO 체제 하 GATT협정은 FTA에 대한 예외조항을 명문으로 도입하여 FTA체결을 허용하고 있다. 바로 GATT 제24조가 그것이다. GATT 제24조는 12개의 항으로 구성된 방대한 조항이며, 동 조항의 규정에 부합하는 FTA만이 WTO 체제 내에서

45) 정영진, 이재민, 앞의 책, p.88

합법적으로 인정받게 된다.

2. GATT 제24조에서 허용하는 FTA의 요건: “GATT 테스트”⁴⁶⁾

WTO체제에서 허용되는 FTA는 다음과 같은 세 가지 요건을 충족해야 한다. WTO에서 이러한 요건을 요구하는 것을 GATT 테스트라고 부르기도 한다. 첫째, WTO에 FTA 협정 체결을 통보해야할 의무, 둘째, 전반적인 보호의 수준을 FTA 체결 전보다 높이지 않으면서 FTA 비당사국인 제3국의 시장접근을 더 어렵게 하지 않을 의무 (역외요건) 그리고 셋째, FTA 체결국간 실질적으로 모든 무역을 자유화할 의무 (역내요건) 이렇게 세 가지이다.

3. GATT 제24조에서 예외를 허용하는 이유

그렇다면 WTO체제 내에서 이렇게 FTA라는 예외를 허용하게 된 이유가 무엇인지 알아볼 필요가 있다. 대략 두 가지 이유가 있는 것으로 보인다.⁴⁷⁾

(1) WTO와 FTA의 궁극적 목표의 일치: 자유무역의 구현

WTO체제는 다자무역체제를 통한 자유무역의 구현을 궁극적 목표로 하고 있다. FTA체제 역시 양자무역 또는 체결당사국들 간의 자유무역을 그 최종목표로 하고 있다. 비록 FTA가 특정국가 간에 특혜를 부여하는 협정이지만 양자 간의 교역은 더욱 높은 수준의 무역자유화를 달성할 것이기 때문에, 보다 강화된 수준의 자유무역 체제를 당사국간 도입하는 것을 허용하는 것이 전 세계적 자유무역의 구현에도 도움이 될 것이라는 인식에서 이러한 예외를 도입하게 되었던 것이다.

46) Mitsuo Matsushita, Thomas J. Schoenbaum & Petros C. Mavroidis, *The World Trade Organization: Law, Practice and Policy*, The Oxford International Law Library, p.347

47) 정영진, 이재민, 앞의 책, pp.60-61

(2) 무역자유화의 관성

또한 무역자유화는 일종의 관성의 법칙이 적용되어 한 번 자유화가 달성되면 이를 다시 후퇴시키는 것이 용이하지 않다는 현실적 인식도 고려되었다. 즉, 어떤 국가가 양자간 협정인 FTA를 통해 일단 특정 품목 및 항목에 대한 자유화를 달성하면 이 국가는 다자간 차원에서도 그러한 자유화를 유지할 가능성이 더욱 높아지기 때문이다. 시장개방이 처음에는 국내적 반발 등으로 쉽지 않으나 일단 개방이 된 이후 그 과실을 향유하게 되면 더욱 개방이 촉진되는 성향이 있으므로, 양자간이든 다자간이든 일단 자유화를 달성하면 WTO체제의 유지 및 발전에도 도움이 된다는 논리이다.

4. GATT 제24조의 한계와 WTO에 대한 도전

다만, 상기와 같은 논리로 FTA를 정당화하기에는 GATT 제24조의 한계가 지적되고 있다. 즉, 상기 GATT 테스트가 과연 효과적인지에 대한 비판적 의견이 존재한다. 특히 역내요건과 관련하여, 과연 실질적으로 모든 무역이 무엇을 의미하는지 엄밀한 법적인 정의가 부재하다는 점이 있다. 그리고 역외요건과 관련하여, 기본적으로 양자간 특혜를 부여하는 협정이 FTA인데, FTA 협정 체결 전에 비하여 제3국에게 시장접근을 더 어렵지 않게 하는 것이 현실적으로 가능한가에 대한 비판이 존재한다. 또한 FTA체제의 확산이 다자간 무역체제에 대한 불만과 우려의 결과를 반영하고 있다는 점, 그리고 FTA체제의 확산으로 다자간 무역체제의 근간을 이루고 있는 최혜국대우원칙에 대한 중대한 침해를 가져온다는 점에서, 이러한 FTA 확산은 WTO체제에 큰 우려를 초래하고 있는 상황이라는 견해도 있다.⁴⁸⁾

5. 소결

여러 논란이 없지 않으나 기본적으로 FTA예외조항은 다자간 무

48) 정영진, 이재민, 앞의 책, p.89

역체제의 유지 및 발전에도 중요한 촉매제로 작용한다는 것이 일반적인 입장으로 받아들여지고 있다. 향후 GATT 제24조에 규정된 FTA 허용조건들에 대한 규정이 철저하게 적용되고 FTA심사가 제대로 진행된다면 FTA와 WTO는 상호 시너지 효과를 발휘할 수 있도록 운영될 수 있을 것이다.⁴⁹⁾

III. FTA의 확산과 지식재산권법 규범에의 영향: TRIPs와 FTA의 차이점

1. 의의

지금까지의 WTO TRIPs 중심의 다자간 무역체제 내에서 지식재산권 법규범은 모든 회원국에 동일하게 적용되고, 협정상 규정된 의무 위반시 이에 대한 제재 수단이 명확하였다. 다자간 무역협상을 거쳐 채택된 단일한 규범이었고, 이러한 규범을 적용함에 있어 WTO의 분쟁해결 절차를 모든 회원국이 동일하게 이용할 수 있었기 때문이다.

그러나 FTA는 체결당사국 간에 자신들이 원하는 수준의 지식재산권법 규범을 독자적·임의적으로 체결할 수 있기 때문에 TRIPs에 비해 지식재산권 보호의 수준과 범위가 높고 넓을 수 있다. 따라서 각 FTA별로 상이한 규범과 상이한 분쟁해결절차가 규정될 수 있는 것이다.

2. TRIPs 협정보다 강화된 보호의 수준

FTA상의 지식재산권 법규범은 TRIPs 협정의 의무보다 더욱 강화될 소지가 높다. 왜냐하면, FTA의 경우에는 WTO의 지식재산권 보호수준이 충분하지 않다고 여긴 국가들끼리 더욱 강화된 법규범을 위해 체결하는 경우가 많기 때문이다.

예를 들어, TRIPs의 경우에는 동협정 제15조 제1항이 회원국은 시각적으로 인식될 수 있는 상표만을 등록요건으로 요구할 수 있음을 규

49) 정영진, 이재민, 앞의 책, p.61

정하는데, 한-미 FTA는 제18.2조 1에서 “어떠한 당사국도 등록의 요건으로 표지가 시각적으로 인식가능할 것을 요구할 수 없으며, 어떠한 당사국도 상표를 구성하는 표지가 소리 또는 냄새라는 이유만으로 상표의 등록을 거부할 수 없다”고 명시적으로 상반된 내용을 규정하고 있다. 즉, 미국의 경우 WTO TRIPs 협정 하에서는 자국의 소리 또는 냄새상표가 보호받기 어렵기 때문에, FTA 체결국과의 사이에서는 한층 강화된 법규범을 통해 이들을 보호하고자 하는 것이다.

3. 동일 사안에 대한 각 FTA 협정별 상이한 규범의 적용

FTA체제에서는 각 FTA 협정별로 규정하는 내용이 상이할 수 있으며, 이러한 상이한 의무를 파악하고 또 이를 국내법에 수용하여 적절한 이행입법 및 이행조치를 채택하는 것도 염두에 두어야 한다. 즉, TRIPs에서는 모든 당사국에 동일한 법규범이 적용되었지만, FTA 체제에서는 각 FTA별로 동일한 사안에 대해 적용되는 법규범이 다를 수 있다.

일례로, TRIPs에서는 미국의 반대로 저작권권이 배제됐지만, 한-EU FTA에서는 제10.5조 나.에서 “양 당사자는 다음을 준수한다...문학·예술 저작물의 보호를 위한 베른협약 제1조부터 제18조까지의 규정...”이라고 명시하여 베른협약 제6조의2에 규정된 저작권권을 보호함을 명시하고 있다.

반면, 한-미 FTA에서는 제18.1조 2에서 “...TRIPs 협정상 서로에 대한 자국의 기존의 권리 및 의무를 확인한다”고 규정하여 TRIPs 협정 제9조상 규정된 저작권권의 배제를 다시금 확인하여 한-미 FTA에서는 저작권권을 인정하지 않고 있다.

4. 분쟁해결절차의 파편화

뿐만 아니라 이러한 FTA들은 모두 개별적인 분쟁해결절차를 가

지고 있다. 즉, 종전까지는 오로지 WTO분쟁해결절차라는 단일의 통상 분쟁해결 메커니즘을 갖고 있었으나, FTA가 정착되면 WTO분쟁해결절차와 함께 30-40개의 개별적인 분쟁해결 메커니즘이 병존하게 될 것이다.⁵⁰⁾

WIPO 체제 하에서 파편화되었던 분쟁해결절차를 통일시키고 강화시킨 것이 WTO TRIPs 협정이었는데, FTA의 확산과 함께 분쟁해결절차가 다시금 파편화될 소지가 있는 것이다.

일례로, EU와의 FTA에는 EU의 그간 우려사항을 반영하여 미국과의 FTA에서는 볼 수 없는 비관세무역장벽(NTB) 신속분쟁해결절차를 도입하고 있는 것이 그것이다(부속서 14-가 비관세조치에 대한 중개 메커니즘).⁵¹⁾

50) 정영진, 이재민, 앞의 책, p.90

51) 정영진, 이재민, 앞의 책, p.90

제 3 장 한국이 체결한 FTA 속의 지식재산권

제 1 절 서론

우리나라는 2013년 11월 현재 47개국과 9건의 FTA가 발효 중인데, 각 FTA별로 다양한 지식재산권법 규정이 존재한다. 상기 제2장에서 밝혔듯이, 각 FTA 체결당사국은 협상을 통해 WTO TRIPs 협정과는 다르게 자신들에게만 적용되는 지식재산권 법규범을 선택할 수 있다. 즉, WTO TRIPs보다 지식재산권 보호를 강화할 수도 있지만, TRIPs 협정상의 보호 정도만 부여하도록 선택할 수도 있는 것이다. 따라서 일부 FTA에서는 기존 TRIPs 협정상의 의무만 재확인할 뿐, 더 강화된 지식재산권 법규범을 채택하고 있지 않다. 하지만 몇몇 FTA에서는 WTO TRIPs 협정보다 더욱 강화된 지식재산권 보호를 규정하는바, 특히 한-미 FTA와 한-EU FTA가 그러하다.

이하에서는 우리나라에 대해 발효한 주요 FTA의 지식재산권법 규정간 차이점을 분석할 것이며, 이는 제5장에서 논의할 한-중 FTA 지식재산권 관련 협상전략에 유의미한 분석이 될 것이다.

제 2 절 한국이 체결한 FTA상 지식재산권 조항 비교 분석

I. 서론

지금부터는 한국에 대해 발효한 9개의 FTA 중에서, 지식재산권 조항이 없는 한-ASEAN FTA를 제외하고, 나머지 8개의 FTA 중 지식재산권법 조항들을 일반규정, 저작권, 상표 (지리적 표시 포함), 특허, 지식재산권의 집행, 그리고 전통지식/유전자원의 여섯가지 세부 분야로 나누어 비교·분석하겠다.

II. 일반규정

1. TRIPs 협정상 자국 의무 재확인

다소의 문구 차이에도 불구하고, 8개의 FTA에서 공통적으로 발견되는 일반규정은 각 FTA가 TRIPs 협정 상 자국의 의무를 재확인한다는 것이다. 일례로, 한-싱가포르 FTA 제17.2조는 “각 당사국은 무역 관련 지식재산권에 관한 협정상의 자국의 의무를 재확인하고, 무역 관련 지식재산권에 관한 협정에 따라 자국 영역 안에서 타방 당사국의 국민에게 지식재산권의 적절하고 효과적인 보호를 제공한다” (“Each Party re-affirms its obligations under the TRIPs Agreement, and, in accordance with the TRIPs Agreement, shall provide adequate and effective protection of intellectual property rights to the nationals of the other Party in its territory.”)고 규정하고 있다. 이는 한-칠레 FTA 제16.1조 2, 한-EFTA FTA 제7.1조 1, 한-인도 CEPA 제12.2조, 한-페루 FTA 제17.2조, 한-미 FTA 제18.1조 2, 그리고 한-EU FTA 제10.2조 1에서 모두 유사하게 규정되어 있다. 즉, 한국과 타방 FTA 상대국은 자신들의 FTA를 TRIPs 협정에 부합하도록 하겠다는 의지를 천명한 것이다.

2. “더 광범위한 보호”의 규정 여부

(1) 서론

상기 TRIPs 협정 준수 의무 규정은 8개의 협정에서 거의 유사하게 모두 찾아볼 수 있는 공통적인 조항이다. 이는 자신들의 FTA가 WTO 체제 내에서 합법적인 예외를 구성할 것을 천명한 것이므로 일견 당연한

것으로 보인다.

하지만 이와 달리, “더 광범위한 보호 (More Extensive Protection)” 규정은 일부 협정에서는 찾아볼 수 없다. 또한 해당 규정이 존재하는 협정도 각 협정마다 그 규정 내용상 미묘한 차이가 존재한다.

(2) TRIPs 협정보다 더 강화된 보호

한-칠레 FTA는 제16.2조에서 “당사국은 국내법으로 이 협정에 따라 요구되는 것보다 더 광범위하게 지식재산권을 보호할 수 있다. 다만, 그러한 보호는 이 협정과 TRIPs 협정에 불합치하지 아니하여야 한다” (“A Party may implement in its domestic law more extensive protection of intellectual property rights than is required under this Agreement, provided that such protection is not inconsistent with this Agreement and the TRIPs Agreement.”)라고 규정하면서, 양국의 국내법은 TRIPs 협정에 기반한 한-칠레 FTA보다 더 강화된 지식재산권 보호규범을 규정할 수 있다고 한다. 이는 지식재산권 보호규범을 대폭 강화한 것이다. 왜냐하면 FTA의 경우 TRIPs 협정에 합치만 한다면 동 협정보다 더 강화된 지식재산권 보호를 계약당사국간 규정할 수 있는데, 그렇게 강화된 FTA보다도 더 광범위한 지식재산권 보호를 각국 국내법에 규정할 수 있다는 의지를 표명한 것이기 때문이다. 물론 이는 강제규정(shall)이 아닌 임의규정(may)이다. 이는 한-싱가포르 FTA 제17.4조에서도 찾아볼 수 있다.

(3) TRIPs 협정 수준의 보호

한-칠레 FTA, 한-싱가포르 FTA에 비하여 한-인도 포괄적경제동반자협정 (Comprehensive Economic Partnership Agreement: CEPA)⁵²⁾

52) 포괄적경제동반자협정(CEPA)이란 상품교역, 서비스교역, 투자, 경제협력 등 경제관계 전반을 포괄하는 내용을 강조하기 위해 채택된 용어로서 실질적으로 자유무역협정

의 경우 그 규정 내용에 미묘한 차이가 있다. 즉, 한-인도 CEPA 제12.3 조도 더 광범위한 보호를 규정하고 있지만, 그 문구는 다음과 같다. “각 당사국은 자국의 국내법에서 TRIPs 협정상 부여되는 것보다 더 강화된 지식재산권에 대한 보호를 규정할 수 있다. 다만, 이 협정과 불합치해서는 아니 된다” (“Each party may provide in its laws more extensive protection of intellectual property rights than is accorded under the TRIPs Agreement, provided that it is not inconsistent with this Agreement.”) 한-칠레 FTA에서는, “...이 협정(FTA)에 따라 요구되는 것보다...”라고 규정하였지만, 한-인도 CEPA의 경우에는 “...TRIPs 협정상 부여되는 것보다...”로 한 단계 낮게 규정하고 있다. 즉, 한-인도 CEPA의 경우 동 협정상에서 지식재산권법 규범을 강화할 의지가 높지 않은 것으로 보이며, 단순히 TRIPs 협정 수준의 보호만을 CEPA를 통해 양국에 부여하자는 뜻으로 보인다. 한-인도 CEPA의 경우, 제12장 지식재산권 부분은 6개의 짧은 규정들로 이루어져 있으며, TRIPs 협정보다 강화된 보호를 부여하는 부분은 존재하지 않는다.

(4) TRIPs 협정보다 더 강화된 보호 “및 집행”

한-미 FTA나 한-페루 FTA의 경우, TRIPs 협정보다 더 광범위한 보호를 규정할 뿐만 아니라 지식재산권의 집행(enforcement)까지도 더 강화할 수 있음을 규정하고 있다. 한-미 FTA 제18.1조 5는 “당사국은 지식재산권에 대하여 이 장이 요구하는 것보다 더 광범위한 보호 및 집행을 자국법으로 규정할 수 있다. 다만, 그러한 더 광범위한 보호는 이 장에 저촉되지 아니하여야 한다” (“A Party may provide more extensive protection for, **and enforcement of**, intellectual property rights under its law than this Chapter requires, provided that the more extensive protection does not contravene this Chapter.”)라고 규정하면서 지식재산권의 집행(enforcement)이라는 문구를 추가하였다. 이는 미국의 경우, 1974년 통상법 (Trade Act of 1974) 제182조에 의거하

(FTA)과 동일한 성격임. 한-인도 CEPA 상세설명자료, p. 9

여 USTR(미국무역대표부)이 주요 교역국의 지식재산권 보호 및 집행 현황을 검토하여 매년 발간하는 스페셜 제301조 보고서에서 한국이 1989년부터 FTA 협상 당시까지도 우선감시대상국 또는 감시대상국으로 지정되어 왔기 때문에,⁵³⁾ 한국에 대한 지식재산권의 보호 뿐만 아니라 위반에 대한 효과적인 제재수단을 한-미 FTA에 규정하려했던 것으로 판단된다.

이와 유사하게, 한-페루 FTA의 제17.3조도 더 강화된 집행을 규정하고 있는데, 이는 한국이 페루에 비하여 더 강화된 지식재산권의 집행을 규정하는 것이 유리했기 때문인 것으로 분석된다. 한-미 FTA가 2007년에 협상이 타결되고 한-페루 FTA가 2010년에 타결된 것으로 미루어 볼 때, 한국이 미국의 FTA 지식재산권 협상전략을 경험한 후 반영한 조항이 아닌가 판단된다.

3. 권리소진 원칙

상기 제2장 제2절 WTO TRIPs 부분 II.3에서 밝혔듯이, TRIPs의 경우 제6조에서 권리소진원칙의 적용 배제를 규정하고 있다. 그러나 한국에 발효된 FTA에서는 한-EU FTA 제10.4조를 제외하고는 명확하게 권리소진원칙의 적용 또는 배제를 규정한 조항이 없다. 다만, TRIPs 협정 상의 의무를 이들 FTA에서 모두 재확인하고 있으므로 권리소진 원칙도 동 FTA 협정들에서 적용 배제되는 것을 간접적으로 알 수 있다.

한-EU FTA의 경우 제10.4조에서 “양 당사자는 지식재산권의 소진에 대한 자신의 체도를 수립할 자유가 있다” (“The Parties shall be free to establish their own regime for the exhaustion of intellectual property rights.”)라고 명시적으로 소진 원칙의 적용 배제를 밝히고 있다.

53) 정영진, 이재민, 글로벌시대를 위한 신통상법 및 통상정책, 박영사 (2012.6), p.286

Ⅲ 저작권

저작권(Copyright)이라 함은 창작적 표현물(저작물)을 창작한 사람(저작자)이 가지는 저작인격권(공표권, 성명표시권, 동일성유지권) 및 저작재산권(복제권, 배포권, 공연권, 방송·전송권, 전시권, 2차저작물 작성권)을 말한다.⁵⁴⁾ 이하에서는 한국이 체결하여 발효된 한-페루, 미국, EU, 터키 FTA를 중심으로 FTA 속의 저작권 개방 및 보호에 관한 각국의 밀고 당김의 과정과 전략 등에 대해 살펴보기로 한다.

1. 저작자 권리의 존속기간

저작자 권리의 존속기간에 대해서 명문으로 규정하고 있는 FTA는 한-미, 한-EU 그리고 한-페루 FTA 세 가지 뿐이다. 그러나 이 세 협정은 서로 존속기간에 대해서 규정하고 있는 내용이 미묘하게 다르다.

(1) 권리 존속기간의 연장

세 협정 중 가장 먼저 우리나라가 협상에 임한 한-미 FTA의 경우, 제18.4조 4에서 다음과 같이 규정하고 있다.

“각 당사국은 저작물(사진 저작물을 포함한다)·실연 또는 음반의 보호기간을 산정하는 경우, 다음을 규정한다.

가. 자연인의 수명에 기초하는 경우, 그 기간은 저작자의 생존기간과 저작자의 사후 70년 이상이다. 그리고

나. 자연인의 수명 이외의 것에 기초하는 경우, 그 기간은

1) 저작물·실연 또는 음반이 최초로 허락되어 발행된 연도 말로부터 70

54) 정상조, 박준석, 지식재산권법, 홍문사 (2013), pp.278-390

년 이상이다. 또는

- 2) 저작물·실연 또는 음반의 창작으로부터 25년 이내에 그러한 허락된 발행을 하지 못한 경우, 저작물·실연 또는 음반이 창작된 연도 말로부터 70년 이상이다.”

이 규정을 통해, 우리나라 저작권 보호기간은 저작자의 생존기간과 저작자 사후 50년에서, 사후 70년으로 연장되었다.⁵⁵⁾ 저작권 보호기간은 저작자와 자손 2세대까지 보호한다는 취지로, 최근 평균수명 연장 등의 이유로 전세계 약 70여개 국가가 70년 이상 보호기간을 부여하고 있다고 한다.⁵⁶⁾ 뿐만 아니라 자연인인 저작자의 수명에 근거하지 않을 경우, 저작물의 발행 이후 70년이라는 보호기간이 새로 도입되었다. 즉, 저작물이 합법적으로 발행된 연도 말로부터 최소 70년의 보호기간이 부여되고, 만약 저작물 창작 이후 25년 이내에 합법적으로 발행되지 못한 경우 창작된 연도 말로부터 최소 70년의 보호기간이 부여된 것이다.

다만, 한-페루 FTA의 경우 제17.7조 2에서는 “저작물, 실연 또는 음반의 창작부터 50년 이내에 승인된 발행을 하지 못한 경우, 저작물, 실연 또는 음반이 창작된 연도 말부터 70년 이상이다”라고 “창작부터 50년”으로 규정하여 “창작부터 25년”을 규정한 한-미 FTA보다 그 보호기간을 더욱 강화하고 있다. 이는 미국과의 저작권 관련 협상에서는 저작권료를 대체로 지불하는 입장인 한국과 달리, 페루와의 협상에서는 저작권 관련 보호기간을 강화해도 한국에 불리할 것이 없다고 판단한 우리측의 전략이었던 것으로 분석된다.

미국 측은 당초 저작자가 자연인인 경우 저작자 사후 70년, 자연인이 아닌 경우 발행 후 95년 또는 창작 후 120년까지 요구한 것으로 알려져 있다. 그러나 한국 측은 이 주장을 수용하지 않았고, 그 결과 자연인인 경우와 마찬가지로 자연인이 아닌 경우도 모두 70년으로 기간이 통

55) 정상조, 박준석, 앞의 책, pp.390-392

56) 외교통상부, 한-미 FTA 상세설명자료 (2011.7), p.148

일되었다. 또한 50년에서 20년이 더 증가한 70년의 보호기간 적용 시점도 협정문 발효 후 2년간 유예하게 되었다. 2년의 유예기간은 미국이 체결한 FTA에는 전례가 없다고 한다.

정부 측 자료에 의하면, 보호기간 연장시 향후 20년간(2007-2026) 대내외에 추가로 지급해야할 로열티 규모는 연간 100억원 정도로, 2005년 국내 총저작권료가 8,308억원이었던 것에 비하면 그 증가 규모가 미미할 것으로 보이나, 향후 계속 주시해야 할 것이다.⁵⁷⁾

(2) 한-EU FTA상 발행 또는 창작연도에 근거한 권리존속기간 규정의 부재

한-EU FTA의 경우, 자연인의 수명에 근거한 존속기간만이 규정되어 있어, 한-미 FTA나 한-페루 FTA와 같이 자연인이 아닌 경우에 근거한 저작권 존속기간 규정과는 큰 차이를 보인다.

한-EU FTA 제10.6조를 보면 다음과 같이 규정되어 있다.

“각 당사자는 저작물의 보호기간을 자연인의 수명에 근거하여 산정하는 경우, 그 기간이 저작자의 생존기간과 저작자의 사후 70년 이상이 되도록 규정한다.”

즉, 저작물이 발행되거나 창작된 연도를 기준으로 한 권리존속기간이 규정되어 있지 않은데, 이는 한-EU FTA만이 도입하고 있는 재판매권(Resale Right)과 관련이 있는 것으로 짐작해 본다. 즉, 동협정 제 10.10조의 “예술가의 예술저작물에 대한 재판매권” 또는 추급권에 대해 협정 발효 2년 후 재협상을 해야 하는 시점에서, 자연인의 수명에만 근거하여 협상을 진행해야 재판매권이 종료되는 시점을 계산하기 수월했던 것으로 보인다. 발행 또는 창작에 기초할 경우, 예술가의 재판매권 권리 존속기간에 대한 시점 계산이 복잡해 질 우려도 있었던 것으로 보인다.

57) 외교통상부, 앞의 책, p.148

2. 예술가의 예술저작물에 대한 재판매권 규정 존부 여부

(1) 의의

상기에서 언급한 예술가의 재판매권(Artists' Resale Right)이란, 미술품이 재판매 될 때 작가(저작자)가 판매액의 일정 몫을 받을 수 있는 권리로서, 1920년 프랑스에서 처음으로 도입되었다. 현재 기초예술이 발달한 유럽을 중심으로 40여개국에서 시행되고 있으며, 1948년 베른협약에서도 채택되어 동협약 제14조의 3에 근거를 두고 있으나, 임의규정이기 때문에 각국이 도입 여부를 결정하는 것이 가능하다.

(2) 관련 FTA상의 규정

한-EU FTA 협정 제10.10조는 다음과 같이 규정한다. “양 당사자는 예술가의 재판매권에 관한 관행 및 정책에 대한 견해와 정보를 교환하기로 합의한다. 이 협정의 발효로부터 2년 이내에 양 당사자는 대한민국에서 예술가의 예술저작물에 대한 재판매권 도입의 타당성 및 실행 가능성을 검토하기 위한 협의를 개시한다.” 즉, 현재 한국은 재판매권을 도입하고 있지 않으며, 정식발효 후 2년 뒤 재협상을 하도록 규정하였다.

(3) FTA 협정간 비교

현재 한국에 발효된 FTA상에서 재판매권을 명시적으로 언급하고 있는 FTA는 한-EU FTA뿐으로, 한-미 FTA에서는 추급권이 협상대상이 아니었다.⁵⁸⁾ 지식재산권 보호규범 강화에 관심이 많은 미국마저도 도입하고 있지 않은 재판매권은, 예술품 거래 및 미술경매시장이 활성화된 유럽에서 특히 인정되고 있는 권리가기 때문에 EU는 한-EU FTA 협정

58) 손경한, 박진아, 통상법률 2007-6, “한·EU 자유무역협정상 지적재산권 규정,” p.29

문에서 비록 재협상을 단서로 규정하더라도 일단 협정문에 반영하려 했던 것으로 보인다.

3. 기술조치 (Technological Measures)

(1) 기술조치의 정의

기술조치 또는 기술적 보호조치⁵⁹⁾란, 저작자가 저작물에 대한 접근을 제한하거나 복제를 방지하기 위하여 취하는 통제조치를 의미하며, 접근통제와 이용통제로 구분된다.⁶⁰⁾ 즉, 저작물에 대한 기술적 보호조치를 무력화하는 행위를 금지하는 조치(접근통제) 및 저작물을 기술적으로 보호하는 조치를 불법적으로 무력화할 수 있는 수단 등을 제공하는 등의 행위를 금지하는 조치(이용통제)를 말한다.

기술조치에 대해 명시적으로 규정하고 있는 FTA는 한-미, 한-EU 그리고 한-터키 FTA 3개 협정이지만, 한-터키 FTA는 기술조치에 대한 "충분한 법적 보호(adequate legal protection)"와 기술조치 우회행위에 대한 "효과적인 법적 구제 (effective legal remedies)"를 제공할 것만을 기본협정 제2.2조 2에서 간략하게 기술하고 있기 때문에, 이하에서는 기술조치에 대해 상세한 규정을 두고 있는 한-미 그리고 한-EU FTA를 중심으로 살펴본다.

(2) 기술조치의 종류: 접근통제와 이용통제

① 접근통제

59) 정상조, 박준석, 지식재산권법, 홍문사 (2013), pp.506-510

60) 외교통상부, 앞의 책, p.149

접근통제(access control)는 저작물에 대한 접근 자체를 통제하는 것으로, 그 예로는 인터넷상의 웹사이트에 접속할 경우 아이디(ID) 및 패스워드를 입력토록 하는 것이다. 한국의 경우, 기존에는 접근통제를 인정하지 않았으나, 한-미 FTA 18.4조 7항 (1)(ii)를 통해 접근통제 위반행위도 금지하고 있다. 다만, 기술적 보호조치를 우회하는 행위(접근통제)의 경우, 고의·과실이 없으면 침해가 성립되지 않으며, 이는 한-미 FTA와 한-EU FTA 모두 동일하게 규정하고 있다.

② 이용통제

이용통제(use control)는 저작물을 복제, 방송, 배포하는 행위를 통제하는 것으로, 영화 DVD를 복제할 경우 화질을 떨어지게 하는 경우를 예로 들 수 있다.

한국은 이미 저작권법 제124조 제2항 및 제136조 제2항 제5호, 온라인디지털콘텐츠산업발전법 제18조 제2항 그리고 컴퓨터프로그램보호법 제30조 제1항 등에서 이용통제를 위한 기술적 보호조치 무력화장치 거래를 금지하여 왔었다. 현행 저작권법 제104조 (특수한 유형의 온라인서비스제공자의 의무 등) 제1항에 의하면, 다른 사람들 상호 간에 컴퓨터 등을 이용하여 영화·음악 등 저작물 등을 전송하도록 하는 것을 주된 목적으로 하는 온라인서비스 제공자는 권리자의 요청이 있는 경우, 당해 저작물 등의 불법적인 전송을 차단하는 기술조치 등 필요한 조치를 하여야 한다고 규정하고 있다.

(3) 예외 및 제한사유: 한-미 FTA와 한-EU FTA의 차이점을 중심으로

한편 위와 같이 저작권 보호를 위한 기술적 조치를 규정하는 한-미 FTA와 한-EU FTA도 예외규정을 통해, 필요한 경우에는 협정 당사국들이 일정한 요건을 갖추어 기술조치를 정당하게 무력화시킬 수 있는 여지를 두고 있다. 다만, 양 협정은 예외 및 제한사유를 규정함에 있어

상이한 접근법을 취하고 있다.

① 한-미 FTA의 규정방식: 개별적 열거주의

한-미 FTA협정은 이러한 예외사유를 개별적으로 열거하고 있다. 즉, 동협정 제18.4조 7항 라호는 8가지 사유를 명시적으로 한정하여 규정하고 있다. 그리고 라호 8목을 통하여 향후 기술발전에 따라 3년마다 추가 예외를 설정할 수 있는 협의 근거도 마련하고 있다.

기술조치에 대한 8가지의 예외사유는 다음과 같다.

1) 컴퓨터 프로그램 복제물에 대한 역분석⁶¹⁾ 행위, 2) 정보의 스크램블링 또는 디스크램블링을 위한 기술의 취약성 등을 연구하는 행위, 3) 미성년자 보호행위, 4) 컴퓨터 등의 보안을 시험·검사하는 행위, 5) 개인 정보 수집·배포 방지를 위한 행위, 6) 법 집행 목적, 정보 수집, 안보 사항 등 정부의 행위, 7) 비영리 도서관, 기록보존소, 교육기관 등에 의한 저작물 접근 행위 그리고 8) 특정 유형의 저작물 등에 대한 비침해적(non-infringing) 이용 행위

② 한-EU FTA의 규정방식: 원칙만의 천명

한-EU FTA는 예외 및 제한사유를 국내법 및 국제규범에 따라 마련할 수 있도록 그 원칙만을 규정하고 있을 뿐, 한-미 FTA처럼 개별 규정을 통해 예외를 한정하고 있지 않다. 한-EU FTA 제10.12조 4는 “각 당사자는 자신의 법령과 제10.5조에 언급된 관련 국제협정에 따라 제1항 및 제2항을 이행하는 조치에 대한 예외 및 제한을 규정할 수 있다”고 하면서, 구체적인 규정을 두고 있지는 않다.

61) 역분석(Reverse Engineering): 기술정보 등을 알아내기 위해 구입한 컴퓨터 하드웨어를 분해 또는 분석하는 것

③ 소결

상기에서 보았듯이, EU와의 FTA에서 기술조치에 대한 예외사유를 국내법 및 국제규범에 따라 마련할 수 있다고 규정할 뿐, 한-미 FTA처럼 구체적으로 명시하고 있지 않아서 한국과 EU회원국 간에 적용될 수 있는 예외사유가 불명확하다는 단점이 있다. 이럴 경우, 한-미 FTA보다 접근통제나 이용통제가 더욱 확대될 수 있어서, 지식재산권자의 권리가 상대적으로 더 제약될 수도 있는 것이다.

협상전략적으로 비교하자면, 미국의 경우, EU처럼 27개 회원국마다 이해관계가 상이하지 않고, 단일한 주권국가이므로 상대적으로 명확하게 예외사유를 열거해서 정해놓고 추후에 예외규정을 추가할 수 있도록 규정했던 것으로 분석할 수 있다.

4. 권리관리정보 (Rights Management Information)

(1) 정의

권리관리정보의 정의에 대하여는 “권리자에 의하여 제공되는 정보로서 이 협정에 언급된 저작물이나 그 밖의 대상물, 저작자나 그 밖의 권리자를 식별하는 정보, 저작물이나 그 밖의 대상물의 이용 조건에 관한 정보, 그리고 그러한 정보를 나타내는 숫자나 코드를 말한다”고 한-EU FTA 제10.13조 2항이 규정하고 있다.

이러한 정의는 한-EU뿐만 아니라 한-미, 한-터 FTA 모두에 동일하게 규정되어 있다. 즉, 권리관리정보는 저작물, 권리자, 이용조건 등을 식별하는 정보로서 저작물에 부착되거나 그 공연, 방송 또는 전송에 수반되는 것을 지칭한다.⁶²⁾

62) 정상조, 박준석, 앞의 책, pp.512-513

(2) FTA협정별 권리관리정보에 대한 보호 부여 범위의 차이

① 한-EU 및 한-터키 FTA: 기존 한국 국내법 수준의 보호 범위

한-미, 한-EU 그리고 한-터키 FTA의 경우, 권리관리정보에 대한 다음 두 가지 행위는 공통적으로 금지되어 있다. 1) “고의로 권리관리정보를 제거·변경하는 행위” 그리고 2) “권리관리정보가 제거·변경된 사실을 알고 저작물 등을 배포·공연·방송 또는 전송하거나 배포의 목적으로 수입하는 행위”는 세 협정 모두 금지하는 행위들이다.

그러나 이들 두 행위 유형은 이미 한국 현행법에도 규정되어 있는 것으로 FTA협정 체결로 권리관리정보의 보호 범위가 확대된 것이라고 볼 수 없다.

② 한-미 FTA: 기존 한국 국내법보다 더 강화된 보호 범위

다만, 한-미 FTA는 이에 추가적으로 “권리관리정보가 제거·변경된 사실을 알고 동 권리관리정보를 배포하거나 배포를 위해 수입하는 행위”도 금지하여 한-미 양국간에는 더욱 강화된 권리관리정보 규범이 존재하게 되었다.

(3) 권리관리정보 규정 적용 예외 조항 및 집행 조항의 존부

① 예외 조항: 한-미 FTA에만 유일하게 규정

한-미 FTA는 제18.4조 8항 나호에서 “각 당사국은 가호를 이행하는 조치에 대한 예외 및 제한을 정부 직원, 대리인 또는 계약업자가 법 집행·정보활동·필수적 안보 또는 이와 유사한 정부 목적을 위하여 수행하는 적법하게 허락된 행위로 한정한다”고 명시적으로 그 예외를 열거하여 규정한다.

이와는 달리, 한-EU FTA나 한-터키 FTA의 경우 권리관리정보

규정이 적용되지 않는 예외에 대한 규정을 찾을 수 없다.

② 규정 위반시 집행 조항의 존부: 한-미 FTA만 유일하게 규정

뿐만 아니라, 권리관리정보 규정을 위반한 경우 이를 집행(enforcement)하는 규정을 한-미 FTA만 제18.4조 8항 가호 후반부에 규정하고 있다. 즉, “각 당사국은, 비영리 도서관, 기록보존소, 교육기관 또는 공공의 비상업적 방송기관 이외의 어떠한 인(人)이 고의로 그리고 상업적 이익 또는 사적인 금전적 이득을 목적으로” 한-미 FTA상 금지되는 세 가지 행위 중 하나에 “관여한 것으로 판명되는 때에 적용될 형사 절차 및 처벌을 규정할” 것을 동 협정은 요구하고 있으며, 이러한 형사 절차 및 처벌은 한-미 FTA 제18.10조 제27항에 규정된 제반 집행(enforcement) 관련 규정을 준용할 수 있음을 밝히고 있다.

(4) 소결

한국에 발효된 9건의 FTA 중 3건의 FTA만이 권리관리정보를 규정하고 있다. 그러나 그 중에서도 한-EU, 한-터 FTA는 기존 한국 국내법에 규정되어 있는 범위 정도의 보호만을 부여하고 있기 때문에, 한-미 FTA만이 더욱 강화된 권리관리정보 규범을 도입하였다고 평가할 수 있다. 한-미 FTA의 경우, 보호 범위가 넓어졌을 뿐만 아니라, 예외 조항을 통해 합리성을 갖추었으며, 위반시 한-미 FTA상의 집행 규정을 이용할 수 있도록 하여 법적 실효성을 높였다고 판단된다.

5. 대학가 불법복제에 관한 서한

(1) 의의

한국 대학가에서 사용 중인 소위 “원서”라고 불리는 교과서들은 대부분 미국 저작자들이 집필한 경우가 많다. 그러한 사정을 알고 있는 미국측의 특별한 관심과 요구에 의하여 교과서 불법복제에 대한 지식재산권 보호강화 내용이 양해되었는바, 이것은 한국과 미국간의 FTA에서 만 찾아볼 수 있는 내용이다. 이는 미국만큼 한국 대학에서 사용되는 교과서의 저작권에 이해관계를 가진 국가가 없기 때문이다.

이 내용은 한-미 FTA 제18장 지식재산권 부분에 규정되지는 않고, 한-미 FTA의 네 가지 부속서한 중 하나에 양해된 내용이다.

(2) 부속서한의 내용

국문본에는 “저작물 보호 및 효과적 집행 증진”이라는 명칭으로, 영문본에는 “Promoting Protection and Effective Enforcement of Copyrighted works on University Campuses”로 제목이 되어있는 이 부속서한은, 한국이 대학가에서의 저작물 불법 복제·배포에 대한 집행 수준을 강화하기로 합의한 내용을 담고 있다.

한국은 2004년 5월 지식재산권 종합추진계획(Master Plan for IPR)에 따라, 대학가에서의 저작권 침해행위에 대한 인식을 개선하고 저작물의 무단 복제·배포를 방지하기 위한 노력을 강화하기로 하였을 뿐만 아니라, 협정 발효 6개월 이내에 다음과 같은 4가지 조치를 취하기로 합의하였다.

1) 대학구내의 학생, 교수나 강사, 서점 및 복사업소에서 적법한 저작물을 사용토록 장려, 2) 서적 불법복제를 감독하는 집행 요원의 훈련활동 강화, 3) 비밀리에 운영되는 서적 불법복제에 대한 집행 수준 강화, 4) 서적의 무단 인쇄와 상업적인 규모의 저작물 불법복제 등에 대한 공공캠페인 실시. 한-미 FTA 상세설명자료에 의하면, 상기 네 가지 조치는 이미 취하고 있는 조치로 추가 의무는 발생하지 않는다고 분석하고 있다.

(3) 소결: 추후 협상에의 시사점

위에서 보았듯이, 한-미 FTA는 미국 저작자들이 집필한 교과서에 대해서 한국이 보호할 것을 명시적으로 규정하고 있다. 양국 FTA이기 때문에 미국측의 관심사항이 반영된 것은 일견 당연한 것이겠으나, 부속서한의 내용을 보면 한국의 대학가에서 이루어지고 있는 교과서의 저작권 침해 활동이 국가간 교역에 영향을 줄만큼 심각한 수준인 것처럼 오해를 불러일으킬 수 있는데, 그것은 문구상 한국만이 상기 네 가지 조치를 취하는 것을 규정하고 있기 때문이다. 즉, 부속서한을 보면 “...Korea agrees to take the following actions as soon as possible...” 이라고 규정하고 있어, 한국만을 구속하는 내용임을 확실히 밝히고 있다. 미국 내에서 한국 집필진의 저작물이 교과서로 사용되는 경우의 유무는 별론으로 하더라도, 이미 한국 정부가 지식재산권 종합추진계획에 의거하여 상기 네 조치를 이행하고 있음에도 불구하고 추가적으로 부속서한을 통해 한국에 대해서만 법적 의무를 규정한 것은 법적 형평성에 어긋나지 않았나 판단된다.

또한, 상기 조치 중 첫 번째 조치와 관련하여서는 “...모든 대학으로부터 협조와 정보를 구할 것(seek cooperation and information from all universities)”을 규정하고 있는데, 미국의 모든 대학은 이러한 규정 내용에서부터 자유롭고, 한국의 모든 대학은 이러한 규정 내용을 엄두에 두어야 하는 것을 너무 성급하게 협정에 반영한 것은 아닌지 다시금 생각해 볼 필요가 있다.

IV 상표 및 지리적 표시

1. 서론

상품의 출처표시 및 식별표지인 상표(Trademark)와 특산지 표시인 지리적 표시(Geographical Indication)에 관련된 각 FTA별 지식재산권 규범은 크게 한-미 FTA의 접근법과 한-EU FTA 접근법이 있다.

한-미 FTA는 상표와 지리적 표시를 묶어서 같이 제18.2조 내에서 규정하고 있으며, 동조의 제목은 “지리적 표시를 포함한 상표(Trademarks including Geographical Indications)”로 상표가 지리적 표시보다 더 포괄적인 개념임을 명시적으로 밝히고 있다. 동협정 제18.2조는 15개 항으로 구성되었는데, 그 중 2개 항만이 지리적 표시를 전적으로 다루고 있다.

한-EU FTA는 제2판에서 상표를, 그리고 제3판에서 지리적 표시를 별도로 규정하고 있다. 또한 상표를 다루는 제2판의 경우, “상표 등록 절차,” “국제협정” 그리고 “상표에 의하여 부여되는 권리에 대한 예외” 단 세 가지 조항으로 이루어져 있는 반면, 제3판 지리적 표시는 9개 조항으로 이루어져 있어 상표보다 더욱 상세히 규정되어 있다. 뿐만 아니라, 제10.23조에서는 지리적 표시에 대한 상표의 관계를 명시적으로 규정하여 상표와 지리적 표시는 대등한 것임을 밝히고 있다.

이와 같은 두 협정간 차이는 유럽의 와인이나 위스키 등 유명 주류는 물론 치즈 등 각종 농산품이 EU 회원국의 각 지방 이름과 관련된 현실과 무관하지 않다. 즉, 미국의 경우 유럽처럼 특정 상품이나 서비스가 자국의 특정 지방과 연관되어 있는 경우가 적으므로, 지리적 표시를 특별히 보호할 필요가 적었던 반면, 유럽의 경우 지리적 표시에 대한 이해관계가 각별한 만큼 이러한 현실이 반영된 것으로 보인다. 사실 이러한 차이는 지리적 표시를 국제협정 중 처음 도입한 WTO TRIPs의 협상과정에서 이미 나타난 바 있다. 미국과 유럽은 지리적 표시 분야에 있어서 충돌했는데, 미국은 상표에 지리적 표시를 통합하거나 아예 배제할 것을 주장했고, European Communities(EU의 전신인 EC)는 지리적 표시를 상표와 별도로 규정할 뿐만 아니라 와인과 증류주에도 기존보다 더 높은 보호를 부여할 것을 주장했다. 결국 TRIPs에서는 EC의 주장이 받아들여졌지만, 미국은 이에 만족할 수 없었다.⁶³⁾

이하에서는 이러한 차이점을 염두에 두고 한-미, 한-EU FTA를 중심으로 기타 FTA협정의 상표 관련 규정을 비교 분석해 본다.

2. 등록할 수 있는 상표의 범위 확대

한-미 FTA 제18.2조 1항은 “어떠한 당사국도 등록의 요건으로 표지가 시각적으로 인식가능할 것을 요구할 수 없으며, 어떠한 당사국도 상표를 구성하는 표지가 소리 또는 냄새라는 이유만으로 상표의 등록을 거부할 수 없다”고 규정하고 있다. 즉, 냄새 또는 소리로만 구성된 상표도 상표로서 등록 가능하도록 규정하고 있으며, Intel사의 효과음이나 마이크로소프트사의 윈도우 시작음(소리 상표), 그리고 레이저 프린터 토너의 아몬드향(냄새 상표)과 같이 실제로 기업이 사용하고 식별력이 있는 경우 비시각적인 상표도 권리로서 보호받을 수 있게 되었다.⁶⁴⁾

한-EU FTA의 경우, 한-미 FTA처럼 명시적으로 비시각적 상표도 등록이 가능하다고 밝히는 규정은 없으나, 한-EU FTA협정 제10.16조에서 “대한민국과 유럽연합은 상표법조약(1994)을 준수하며 상표법에 관한 싱가포르 조약(2006)을 준수하기 위하여 모든 합리적인 노력을 한다”고 규정하여, 간접적으로 비시각적 상표의 등록이 가능함을 밝히고 있다. 즉, 2006년 3월 채택된 “상표법에 관한 싱가포르 조약(2009.3월 발효)”은 비시각적 상표를 보호하기 때문에 한-EU FTA에서도 비시각적 상표가 보호될 수 있다.

한-미, 한-EU FTA 모두에서 한국 정부가 소리상표나 냄새상표 등 비시각적 상표를 인정한 배경은, 국제적으로 소리 및 냄새 상표를 실제 사용하는 기업들이 증가하면서 EC, 미국, 독일, 프랑스, 영국 등 주요

63) Sonali Maulik, Chicago Journal of International Law, Summer 2012, "Skirting the Issue: How International Law Fails to Protect Traditional Cultural Marks from IP Theft," p.6

64) 특허청, 「2012.3.15. 새로 도입된 소리·냄새상표 및 증명표장 출원 가이드북」 (2012.3), p.5

교역국들이 이를 인정하자, 주요 교역국 중 하나인 우리나라도 상표 등록 범위를 확대시킨 것으로 보인다.

3. 증명표장 제도의 도입 여부

(1) 증명표장의 정의

증명표장(Certification Marks)이란, 소비자의 품질 오인이나 출처의 혼동을 방지할 목적으로 상품이나 서비스업의 특징을 증명하기 위하여 사용하는 상표이다.⁶⁵⁾ 증명표장의 예로는 미국에서 섬유제품이나 전자제품 등에서 찾아볼 수 있는 Good Housekeeping Seal, UL (Underwriters' Laboratory) 마크 등과 영국에서 이탈리아 햄의 원산지를 증명하는 PARMA HAM CROWN 등이 있다.⁶⁶⁾

(2) 한국의 증명표장 도입 배경

상표의 품질보증기능 강화, 소비자에게 올바른 상품 선택의 정보 및 기준 제공, 각종 인증마크제를 활성화하여 기업이 우수한 품질의 상품을 생산하도록 유도 가능 등 한국은 동 제도의 긍정적인 측면을 고려하여 이를 도입하기로 결정하였다.⁶⁷⁾

미국과 중국, 호주 등이 증명표장 제도를 시행하고 있으며, EU 중에는 영국과 독일 등 일부 국가만이 증명표장을 인정하고 있다.

(3) 관련 규정: 한-미 FTA 제18.2조 제2항 및 한-터 FTA 제2.3조 제1항

65) 정상조, 박준석, 앞의 책, pp.575-576

66) 특허청, 앞의 책, p.24

67) 외교통상부, 한-미 FTA 상세설명자료 (2011.7), p.152

한국에 발효된 FTA 중에서는 한-미 FTA와 한-터 FTA만이 증명표장 도입에 대해 명시적으로 규정하고 있다. 한-미 FTA 제18.2조 2항은 “각 당사국은 상표가 증명표장을 포함하도록 규정한다...(Each Party shall provide that trademarks shall include certification marks)”고 밝히고 있으며, 한-터 FTA 제2.3조 1항은 “각 당사국은 상표가 증명표장 또는 보증표장을 포함하도록 규정할 수 있다 (Each Party may provide that trademarks include certification marks or guarantee marks)”고 규정하고 있다.

(4) 각 FTA간 규정의 차이점

위에서 보았듯이, 한-미, 한-터 FTA 모두 증명표장 제도를 규정하고 있다. 그러나 한-미 FTA와 한-터 FTA의 관련규정은 미묘한 차이가 있는데, 한-미 FTA의 경우 증명표장 도입이 하나의 의무(shall provide)이지만, 한-터의 경우 임의규정(may provide)이므로 증명표장 도입이 의무가 아니다. 즉, 한-미 FTA만이 사실상 유일하게 증명표장제도 도입의무를 규정하고 있다. 이는 미국이 증명표장 제도가 활성화되었고 발달된 국가임에 기인한 것으로 보인다.

또한 한-미 FTA와 달리 한-EU FTA에서는 증명표장 규정을 찾아볼 수 없는데, 이는 EU가 미국처럼 단일 법제도를 둔 단일국가가 아니라 회원국들의 연합체이기 때문에 그러한 것으로 보인다. 즉, 회원국들은 상이한 국내법 제도를 유지할 권한이 있는데, 이에 따라 EU 일부 회원국들은 증명표장을 인정하지 않는다. EU 상표규정도 증명표장에 대해서는 규정을 두고 있지 않다.⁶⁸⁾

68) 손경한, 박진아, 통상법률 2007-6, “한·EU 자유무역협정상 지적재산권 규정,” p.42

4. 효력발생을 위한 상표 전용사용권의 등록요건 폐지

(1) 서론

한국의 종전 상표법 제56조는 전용사용권(Exclusive License, 상표권자와의 계약에 의해 당해 상표를 배타적으로 사용할 수 있는 권리)이 효력을 발생하려면 ‘등록’을 해야 한다고 요구하고 있었다.

하지만 한-미 FTA는 이러한 전용사용권 등록 요건을 폐지하였다. 그리고 그러한 합의에 따라 2011.12.2. 상표법을 개정하여 현행법에는 등록요건이 삭제되었다.⁶⁹⁾

(2) 관련 규정

한국에 발효된 FTA 중에서는 한-미 FTA만이 이를 규정하고 있다. 한-미 FTA 제18.2조 13항은 “어떠한 당사국도 사용권의 유효성을 확립하거나, 상표에 대한 권리를 주장하거나, 또는 그 밖의 다른 목적을 위하여 상표 사용권을 등록할 것을 요구할 수 없다 (Neither Party may require recordation of trademark licenses to establish the validity of the license, to assert any rights in a trademark, or for other purposes)”고 규정하고 있다. 그리하여 미등록 전용사용권자도 상표침해로부터 구제받을 수 있게 됨으로써 상표권자의 권리가 강화되었다.⁷⁰⁾

(3) 기타 FTA와의 차이점

한-EU FTA에는 전용사용권과 통상사용권 등에 대한 효력발생요건으로 등록을 요구하는 명시적 규정이 없다. EU 주요회원국인 영국의

69) 정상조, 박준석, 지식재산권법, 홍문사 (2013), p.655

70) 외교통상부, 앞의 책, p.152

상표법에서는 상표권의 이전, 전용실시권, 그리고 이를 목적으로 하는 질권 등의 설정 및 이전에 있어서 등록이 효력발생요건이 아니며, 독일의 경우에도 동일함에도 불구하고, 한-EU FTA는 이러한 효력발생을 위한 등록요건을 폐지하는 규정이 없다.⁷¹⁾ 아마도 선의의 사용자가 등록을 하지 않은 전용사용권자 등으로부터 예측하지 못한 침해금지청구를 당할 위험이 있다는 한국정부의 입장이 관철된 것으로 판단된다.

5. 지리적 표시

(1) 지리적 표시의 정의

지리적 표시(Geographical Indication: GI)란 상품의 특정 품질·명성 또는 그 밖의 특성이 본질적으로 특정 지역에서 비롯된 경우에 그 지역에서 생산·제조 또는 가공된 상품임을 나타내는 표시를 말한다.⁷²⁾ WTO TRIPs도 동협정 제22조에서 지리적 표시란 “상품의 특정 품질, 명성 또는 그 밖의 특성이 본질적으로 지리적 근원에서 비롯된 경우, 특정 지역, 지방 또는 국가를 원산지로 하는 상품임을 명시하는 표시”라고 정의하고 있다.

(2) FTA를 통한 협정별 지리적 표시 보호 현황

한국에 발효된 9개의 FTA 협정 중 지리적 표시를 보호하겠다는 원칙을 천명한 FTA는 많지만, 그 중에서 구체적으로 어떠한 지리적 표시를 보호할 것인지를 밝힌 FTA는 한-칠레, 한-EU, 한-페루 그리고 한-터키 FTA로 4개에 불과하다. 이들 FTA는 모두 별도의 부속서에 한국에서 보호되는 자국 지리적 표시와 이들 나라에서 보호되는 한국의 지리적 표시를 명시하고 있다. 아래의 표는 이들 FTA 부속서에서 보호되는

71) 손경한, 박진아, 앞의 논문, p.43

72) 대한민국 상표법 제2조 1항 3호의 2, 정상조, 박준석, 지식재산권법, 홍문사 (2013), p.600

지리적 표시의 개수를 정리한 것이다.

표 2: 한국에 발효한 FTA의 지리적 표시 보호 현황

구분	한-칠레 FTA	한-EU FTA	한-페루 FTA	한-터키 FTA
한국	3	64	82	2
상대국	3	162	4	2

(3) 지리적 표시 보호대상의 추가 가능성

상기 표에서 보았듯이, 각 FTA별로 보호되는 지리적 표시가 모두 상이하다. 다만, 이들 지리적 표시는 한정적인 것이 아니라, 협정발효 후에도 양국 합의에 의하여 지리적 표시 보호대상의 추가가 가능하다. 이 내용은 한-칠레 FTA 제16.4조 5항, 한-페루 FTA 제17.6조 4항, 한-터키 FTA 제2.4조 4항, 그리고 한-EU FTA 제10.24조에 모두 공통적으로 규정되어 있다.

(4) 보호되는 한국의 지리적 표시

한-칠레 FTA에서 한국은 고려인삼(Korean Ginseng), 한국김치(Korean Kimchi), 보성녹차(Boseong) 3가지를, 한-터키 FTA에서는 고려홍삼(Korean Red Ginseng), 고려백삼(Korean White Ginseng) 2가지를 보호하기로 합의하였다. 한-EU의 경우, 보성녹차(Boseong Green Tea), 하동녹차(Hadong Green Tea), 순창전통고추장(Sunchang Traditional Gochujang), 이천쌀(Icheon Rice), 고려홍삼(Korean Red Ginseng), 진도홍주(Jindo Hongju), 고창복분자(Gochang Black Raspberry Wine) 등으로 확대되었고, 한-페루의 경우 단일 FTA로는 가

장 많은 수의 82개가 지리적 표시로 부속서에 포함되었다.

(5) 협정별로 보호되는 지리적 표시가 상이한 이유

① 한국 정부의 지리적 표시 보호대상 명확화 및 구체화

이렇게 협정별로 보호되는 지리적 표시 수가 차이나는 이유 중의 하나로는 한국 정부의 협상 경험이 아닐까 판단된다. 즉, 한국은 칠레, EU 그리고 페루의 순서로 FTA를 협상, 체결 및 발효시켰는데, 그 순서대로 보호되는 지리적 표시가 증가하였다. 이전 협상의 경험을 통해 어떠한 지리적 표시를 보호할 것인지 명확화, 구체화해 가게 된 것으로 보인다. 일례로, 최초의 FTA 협정이었던 한-칠레 FTA의 경우, 고려인삼(Korean Ginseng)으로 포괄적으로 표현하였던 것을 그 다음 한-EU FTA의 경우, 고려홍삼(Korean Red Ginseng), 고려백삼(Korean White Ginseng), 고려태극삼(Korean Taekuk Ginseng) 세 가지로 구체화시켰다. 또한 한-칠레의 경우 보성녹차를 단순히 Boseong이라고 표현하고 for Tea라는 상품분류만을 하였지만, 한-EU에서는 명확하게 Boseong Green Tea라고 정하여 표기하였다.

② 지리적 표시 적용 대상의 차이

다만, 한-페루의 경우 그 수의 급격한 증가가 단순히 한국 정부의 협상 경험 증가 뿐만 아니라, 지리적 표시의 적용 대상 차이에 기인한 것으로 보인다. 즉, 한-EU의 경우에는 지리적 표시의 적용 대상이 농산물 및 식품, 그리고 포도주, 방향포도주 및 증류주로 한정되는 반면, 한-페루의 경우 이러한 제한이 없어서 삼베(Hemp Cloth), 모시(Mosi), 도자기(Ceramic), 청자(Celadon) 그리고 목기(Wooden Vessel)도 포함되었기 때문이다.

③ 협정의 성격에 따른 차이

한-터키 FTA의 경우 네 개의 FTA 중 가장 최근에 체결한 협정임에도 불구하고, 보호되는 지리적 표시의 개수가 2개로 가장 적다. 이는 아무래도 한-터키 FTA는 상품무역협정에 중점을 두고 체결되고, 기타 분야의 경우 한-터키 양국간의 기본협정(Framework Agreement)에 기본적인 내용만이 규정되었으므로 독자적인 지식재산권 관련 상세규정이 없었음에 비추어 아마도 그 수가 가장 적었던 것으로 보인다.

(6) 지리적 표시의 보호수준

① 서론

지리적 표시의 보호수준은 네 가지 FTA 중 한-EU FTA가 그 범위는 가장 좁고, 보호수준의 정도가 가장 높다. 즉, 한-EU FTA는 보호범위를 농산물 및 식품과 포도주 (Agricultural Products, Foodstuffs and Wines) 그리고 특정 포도주, 방향포도주 및 증류주 (Wines, Aromatised Wines and Spirits)로 한정짓고 있지만, 나머지 세 가지 FTA는 이러한 제한이 없어서 공산품 등도 포함이 가능하다. 일례로, 한-페루는 한국측이 삼베, 모시, 도자기(Ceramic) 등을 포함하고 있으며, 한-터키에서는 터키측이 카펫을 명시하고 있다. 그러나 한-EU의 경우, TRIPs협정 제23조 수준의 보호를 포도주 등 주류뿐만 아니라, 농산물과 식품에도 동일 수준의 보호를 부여함으로써, 농산물 및 식품의 지리적 표시 보호수준을 기타 세 협정보다 더욱 강화시켰다.

② 한-칠레, 한-페루, 한-터키 FTA 수준의 보호

(가) 관련 규정 내용

한-EU FTA가 부여하는 보호수준을 살펴보기 전에, 기타 세 협정이 부여하는 보호수준을 알아볼 필요가 있다. 한-터키 FTA 제2.4조 1항은 “지리적 표시 보호의 중요성을 인정하면서, 각 당사국은 지리적 표시에 관한 TRIPs 협정 제2부 제3절 (제22조, 제23조 그리고 제24조 3개 조항으로 구성)에 따라 지리적 표시 보호제도를 규정하고, 자국 법령에 따라 타방 당사국의 지리적 표시를 보호한다”고 규정하고 있으며, 이는 한-칠레 제16.4조 2항, 한-페루 제17.6조 1항에 모두 유사하게 규정되어 있다.

(나) 3개 협정의 보호수준: TRIPs 협정의 보호수준

즉, 이들 3개 협정의 경우 TRIPs 협정의 보호수준만을 제공함을 밝힌 것으로, TRIPs 협정 제22조의 경우 (1) 상품의 지리적 출처에 대하여 대중의 오인을 유발하는 방식으로 진정한 산지가 아닌 지역을 원산지로 한다고 표시하거나 암시하는 행위와 (2) 파리협약 제10조의 2의 의미 내에서의 불공정경쟁행위를 구성하는 행위로부터 지리적 표시를 보호할 것을 규정하고 있다. WTO TRIPs 협정 제22조는 모든 지리적 표시가 그 적용 대상이다.

반면, 동협정 제23조는 포도주와 주류의 지리적표시에 대해서만 적용되는데, 이들 주류에 대해서는 추가적인 보호를 규정하고 있다. 이는 포도주 등 주류에 대해 유럽국가들이 특히 더 강화된 보호를 원했기 때문에 반영된 조항이다. 제23조가 부여하는 보호는 제22조보다 더 강력한데, 제23조는 지리적표시를 다음의 행위로부터 보호한다. 즉, 진정한 산지가 표시되거나, 지리적 표시가 번역 또는 음역되어 사용되거나, 또는 “종류”, “유형”, “양식”, “모조품” 등의 표현이 수반되는 경우에도, 당해 지리적 표시에 나타난 장소를 원산지로 하지 아니하는 유사상품에 지리

적 표시를 사용하는 행위를 금지한다.

모든 지리적 표시에 적용되는 TRIPs 협정 제22조는 대중에게 출처를 오인하게 하는 방식으로 지리적 표시를 사용하는 것을 금지하고 있으나, 제23조는 특히, 포도주, 증류주의 지리적 표시를 표시된 지역에서 유래하지 않는 포도주, 증류주에 사용하는 경우, 출처오인 여부를 불문하고 (1) 진정한 원산지가 표시되거나 (2) 지리적 표시가 번역되어 사용되거나 또는 (3) “종류”, “유형”, “양식”, “모조품” 등의 표현이 수반되는 경우에도 사용을 금지토록 규정하고 있어서 더욱 엄격하게 보호하고 있다.⁷³⁾

③ 한-EU FTA 협정의 보호수준: 농산물 및 식품의 보호수준 강화

(가) 관련 규정 내용

한-EU FTA 제10.21조는 1항에서 다음과 같이 규정하고 있다.

“1. 제10.18조(농산물 및 식품과 포도주에 대한 지리적 표시의 인정) 및 제10.19조(포도주, 방향포도주 및 증류주에 대한 특정 지리적 표시의 인정)에 언급된 지리적 표시는 다음의 행위로부터 보호된다...”라고 하면서 상기 TRIPs 제22조와 제23조에서 금지하는 세 가지 행위를 동일하게 규정하고 있다.

즉, (1) 상품의 지리적 출처에 대하여 대중의 오인을 유발하는 방식으로 진정한 산지가 아닌 지역을 원산지로 한다고 표시하거나 암시하는 행위 (2) 진정한 산지가 표시되거나, 지리적 표시가 번역 또는 음역되어 사용되거나, 또는 “종류”, “유형”, “양식”, “모조품” 등의 표현이 수반되는 경우에도, 당해 지리적 표시에 나타난 장소를 원산지로 하지 아니하는 유

73) 관계부처 합동, 한-EU FTA 상세설명자료 (2009.10), p.136

사상품에 지리적 표시를 사용하는 행위 (3) 파리협약 제10조의 2 의미 내에서의 불공정경쟁행위를 구성하는 행위 이렇게 세 가지로, 한-칠레, 한-페루, 한-터키 FTA가 금지하는 세 가지 행위와 정확히 일치한다.

(나) 기타 협정과 비교: 보호범위 축소

위와 같이, 금지하는 세 가지 행위는 한-EU와 기타 세 협정이 동일하지만, 상기 세 협정은 TRIPs 협정 제22조와 제23조에 따른 보호를 부여하므로, 그 보호범위가 한-EU FTA보다 넓다. 즉, 제22조의 모든 지리적 표시에 대해서 금지되는 행위와 제23조의 포도주 등 주류와 관련하여 금지되는 행위로 나누어 보호를 부여하기 때문에, 일정 행위에 대해서는 모든 지리적 표시에서 금지되므로 그 보호범위가 넓지만, 한-EU FTA 제10.21조는 오로지 농산물과 식품 그리고 포도주 등 주류에만 한정되어 그 보호범위는 오히려 좁아졌다.

(다) 기타 협정과 비교: 보호정도 강화

그러나 보호수준의 정도는 한-EU FTA가 더욱 강화되었는데, 상기 세 유형의 행위 중 (1), (3)은 TRIPs협정 제22조 수준의 보호에 해당되나, (2)는 동협정 제23조 수준의 보호에 해당된다. 따라서, TRIPs협정 제23조는 포도주 등 주류에 관련된 지리적 표시의 경우에만 상품의 출처에 대해 소비자를 오인시키는지 여부와 관계없이 보호를 부여하고 있지만, 한-EU FTA는 농산물과 식품에도 동일한 수준의 보호를 부여함으로써, 이들에 대한 지리적 표시의 보호 정도를 대폭 강화한 것이다.

(7) 지리적 표시의 상표와의 관계

① 선행상표와의 관계

(가) 선행상표의 정의

선행상표란, 한-EU FTA 발효 전에 출원 또는 등록된 상표 또는 사용에 의해 확립된 상표를 말한다. 사용에 의해 확립된 상표는 국내 수요자간에 그 상표가 특정인의 상품을 표시하는 것으로 인식되어 있음을 의미한다.⁷⁴⁾

(나) 관련 규정 내용

이러한 선행상표는 지리적 표시의 보호와 상관없이 보장되는데, 한-EU FTA 제10.21조 제5항은 다음과 같이 규정하고 있다. “이 조에 따른 지리적 표시의 보호는 지리적 표시의 보호 또는 인정을 위한 출원일 이전에 어느 한 쪽 당사자의 영역에서 출원, 등록되었거나 또는, 그 가능성이 해당 법령에 의하여 규정된 경우, 사용에 의하여 확립된 상표의 지속적인 사용을 저해하지 아니한다...” 즉, FTA 체결 전에 당사국 영역 내에서 이미 타방 당사국의 특정 지리적 표시가 수요자간에 널리 알려져 있어서, 그 사용에 의해 해당 상표와 특정 상품의 연관성이 매우 높은 상태라면, 해당 지리적 표시는 FTA와 무관하게 계속 사용할 수 있다는 것이다.

② 지리적 표시 보호범위를 침해하는 상표와의 관계

(가) 지리적 표시 보호범위를 침해하는 상표의 정의

지리적 표시 보호범위를 침해하는 상표란, 위에서 살펴보았듯이 동협정 제 10.21조 1항에 규정된 (1) 상품의 지리적 출처에 대하여 대중

74) 관계부처 합동, 앞의 책, p.136

의 오인을 유발하는 방식으로 진정한 산지가 아닌 지역을 원산지로 한다고 표시하거나 암시하는 행위 (2) 진정한 산지가 표시되거나, 지리적 표시가 번역 또는 음역되어 사용되거나, 또는 “종류”, “유형”, “양식”, “모조품” 등의 표현이 수반되는 경우에도, 당해 지리적 표시에 나타난 장소를 원산지로 하지 아니하는 유사상품에 지리적 표시를 사용하는 행위 (3) 파리협약 제10조의 2의 의미 내에서의 불공정경쟁행위를 구성하는 행위 이렇게 세 가지를 의미한다.

(나) 관련 규정 내용

한-EU FTA 제10.23조는 1항에서 “보호되는 지리적 표시와 관련하여 제10.21조 제1항에 언급된 [세 가지] 상황 중 하나에 해당하는 상표의 유사상품에 대한 등록은, 상표 등록 출원이 해당 영역에서 지리적 표시의 보호 또는 인정을 위한 출원일 후에 제출되는 한, 양 당사자에 의하여 거절되거나 무효화된다”고 규정하여, 협정발효 후, 지리적 표시의 보호범위를 침해하는 상표가 유사상품에 출원될 경우, 거절 또는 무효의 대상임을 명시하고 있다. 즉, 보호되는 지리적 표시를 침해하는 상표의 경우, 동일한 상품은 물론 유사상품에까지도 사용할 수 없다는 것이다.

(다) 지리적 표시와 일반명칭의 구분

다만, 이러한 지리적 표시가 보호된다고 해서 우리가 흔히 알고 있는 모든 유럽과 관련된 농산물, 식품 등에 대한 명칭이 사용 금지되는 것은 아니다. 지리적 출처를 표시하는 지리적 표시와 단순 상품을 나타내는 일반명칭은 구별해야 하기 때문이다. 즉, 까망베르, 모짜렐라, 에멘탈, 브리 등은 지리적 표시가 아니라 제품의 유형을 나타내는 일반명칭으로서 EU 지리적 표시의 보호와 상관없이 계속 사용이 가능하다. 예컨대, 프랑스산 치즈의 지리적 표시인 까망베르 드 노르망디(Camembert de Normandie)의 경우, 지리적 명칭에 해당하는 부분은 “노르망디”로서,

치즈의 종류를 나타내는 “까망베르”는 계속 사용 가능하다.⁷⁵⁾

또한 유의해야 할 부분은 유사상품의 범위는 WTO TRIPs 협정 제23조에 따라, 포도주의 지리적 표시를 포도주에 쓰는 경우, 증류주의 지리적 표시를 증류주에 쓰는 경우에 준하여 해석하므로, 포도주의 지리적 표시인 샴페인을 TV와 같이 포도주와 유사하지 않은 상품에 쓰는 것은 가능하다. 일례로, 삼성TV 중에 보르도 평면TV라는 제품이 존재하는데, 이와 같이 보르도라는 지리적 표시를 포도주와 동일 또는 유사 상품이 아니라 TV같이 전혀 다른 상품에는 사용할 수 있다는 것이다.

V. 특허

1. 인간 또는 동물의 진단·치료·수술방법에 관한 특허 불인정

한국이 인간 또는 동물의 진단·치료·수술방법은 인도주의적인 측면 등을 고려, 특허하여 대상으로부터 제외되어야 함을 주장하였고, 미국은 이를 수용하여, 양국은 한-미 FTA 제18.8조 2항 나에 “인간 또는 동물의 치료를 위한 진단방법·치료방법 및 외과적 방법”은 특허 대상으로부터 제외할 수 있음을 규정하였다.

이는 한-EFTA FTA에서 부속서 XIII 제2조에 의하여 우리나라와 아이슬란드, 리히텐슈타인 및 스위스 (노르웨이는 자국법을 따를 것을 규정)가 TRIPs 협정 제27조 제2항상 특허예외사항에 더하여 1) 인간의 치료를 위한 진단, 치료 및 외과적 방법 또는 동물의 신체에 행해진 그러한 방법, 2) 식물 또는 동물 변종, 또는 식물 또는 동물의 생산을 위해 본질적으로 생물학적인 제조법은 특허대상에서 제외하기로 한 것과 유사하다.

75) 관계부처 합동, 앞의 책, p.136

2. 불합리한 등록 지연에 대한 특허 존속기간 연장

(1) 서론

특허등록 후 출원일로부터 20년인 특허권 보호기간이 불합리한 지연으로 인해 실질적으로 감축될 경우 이에 대한 보상 차원에서 불합리한 지연기간만큼 연장 가능토록 한-미 FTA와 한-EU FTA는 규정하고 있다. 이 두 FTA를 제외하고 기타 FTA에서는 특허 존속기간 연장과 관련된 규정은 찾아볼 수 없다.

(2) 관련 규정 내용

한-미 FTA 제18.8조 6항 가는 “각 당사국은 특허를 허여하는 데 발생한 불합리한 지연을 보상하기 위하여, 특허권자의 요청이 있는 경우 특허존속기간을 조정한다. 이 호의 목적상, 불합리한 지연이란 당사국 영역에서 출원일로부터 4년 또는 출원에 대한 심사청구 후 3년의 기간 중 더 늦은 기간을 초과하는 특허 설정등록의 지연을 최소한 포함한다. 특허출원인의 행위에 기인하는 기간은 그러한 지연의 결정에 포함될 필요가 없다”고 규정하고 있다.

한-EU FTA도 제10.35조(특허보호에 의해 부여되는 권리의 존속기간의 연장) 제2항에서 “양 당사자는 특허권자의 요청이 있는 경우, 각각의 시장에 제품을 출시하기 위한 최초허가의 결과로서 유효한 특허존속기간이 단축된 데 대하여 특허권자에게 보상하기 위하여, 특허보호에 의하여 부여되는 권리의 존속기간의 연장을 규정한다. 특허보호에 의하여 부여되는 권리의 존속기간의 연장은 5년을 초과할 수 없다”고 규정하여, 불합리한 등록지연에 있어 발생하는 보호기간의 손실을 보전하여 20년의 특허권을 온전하게 보호하도록 규정하고 있다.

(3) 한국에 미칠 영향

한국의 경우, 특허청의 심사지연 등 등록 지연에 대한 합리적인 보상책 도입 차원에서 이 규정을 수용하였다. 이 제도를 도입할 시 우리나라의 기술사용료가 대폭 증가할 수 있다는 우려가 있으나, 한국 정부의 입장은 2007년 등록된 특허를 분석한 결과 0.3%만이 실제 연장대상에 해당되며, 더구나 심사처리기간이 계속 단축되는 추세에 있어 향후 연장대상 특허는 극소수에 불과할 것으로 예상한다고 밝히고 있다.⁷⁶⁾

3. 공지에의 적용기간의 연장

(1) 의의

공지 예외란, 특허 출원 이전에 공개(공지)된 발명은 특허를 받을 수 없으나 발명자 자신이 공지한 발명에 한해 일정기간 예외를 인정하는 것을 의미한다.

공지예외 기간에 관하여 한국, 일본, 유럽 등은 6개월을 인정하고, 미국, 호주, 캐나다 등은 12개월을 인정하고 있다. 그런데 최근 국제적인 추세 및 발명가에게 특허출원시기를 선택할 수 있는 기회의 폭을 넓혀 주어 발명자의 편익을 증진시킨다는 차원에서 한-미 FTA에서는 한국도 6개월의 공지 예외 적용기간을 12개월로 연장하는 것에 합의하였다.⁷⁷⁾ 이러한 공지 예외는 한-미 FTA에서만 발견되는 규정이다.

(2) 관련 규정 내용

76) 외교통상부, 한-미 FTA 상세설명자료 (2011.7), pp.153-154

77) 외교통상부, 앞의 책, p.154

한-미 FTA 제18.8조 7항은 “각 당사국은 공지가 다음에 해당하는 경우, 발명이 신규성 또는 진보성이 있는지 여부를 결정하기 위하여 사용되는, 공지에 포함된 정보를 무시한다. 가. 공지가 특허출원인에 의하여 실시 또는 승인되거나, 특허출원인으로부터 기인한 경우, 그리고 나. 공지가 당사국의 영역에서 출원일 이전 12월 이내에 발생한 경우 (Each Party shall disregard information contained in public disclosures used to determine if an invention is novel or has an inventive step if the public disclosure: (a) was made or authorized by, or derived from, the patent applicant, and (b) occurred within 12 months prior to the date of filing of the application in the territory of the Party)”라고 규정하여 이들 두 경우에는 한국과 미국 양국이 신규성과 진보성 요건 충족에 더욱 관대한 입장을 취해야 한다.

4. 의약품 허가-특허 연계 의무

(1) 의의

의약품 허가-특허 연계 의무란, 의약품 시판허가를 받기 위해 원 개발자가 제출한 자료를 기초로 하여 후발신청자가 허가를 신청하는 경우, 허가단계에서 특허침해 방지 조치를 취해야 하는 의무이다.⁷⁸⁾ 즉, 복제 의약품 (제네릭 의약품) 시판허가를 받기 위해 원 개발자가 제출한 자료를 기초로 하여 후발신청자가 식약청에 시판허가를 신청하는 경우, 허가단계에서 복제약 시판허가를 신청한 사람의 신원과 특허권자 동의 없이 후발 신청자 제품이 판매되지 않도록 특허 침해 방지 조치를 취해야 하는 의무를 의미한다. 이는 후술하는 한-미, 한-EU FTA에 모두 존재하는 의약품 안전성 및 유효성 정보 관련 자료보호 제도와는 상이한 것으로, 한-미 FTA만 규정되어 있다.

78) 외교통상부, 앞의 책, p.45

(2) 관련 규정 내용

상기 의무는 한-미 FTA 제18.9조 제5항 가호와 나호에 규정되어 있는데, 복제 의약품 (제네릭 의약품) 시판허가를 받기 위해 원 개발자가 제출한 자료를 기초로 하여 후발신청자가 식약청에 시판허가를 신청하는 경우 신청을 받은 식약청이 1) 특허기간 도중 시장에 진입하기 위해 복제약 시판허가를 신청한 사람의 신원을 특허권자에게 통보하고 (한미 FTA 제18.9조 제5항 가호), 2) 특허권자의 동의 또는 묵인이 없이는 후발 신청자의 제품이 판매되지 않도록 허가 단계에서 조치를 취하는 것을 말한다. (한미 FTA 제18.9조 제5항 나호) 단, 의약품 관련 모든 특허를 의미하는 것이 아니라, 의약품 관련 제품특허 및 용도특허에만 적용되며, 제법특허, 포장특허 등은 적용되지 않는다.⁷⁹⁾

나호와 관련하여 협상 도중 미국은 당초 특허권자의 소송제기시 시판허가 부여를 일정기간(30개월) 자동 정지할 것을 요구하였으나, 우리 측은 이를 수용하지 않고 국내적으로 이행가능한 적절한 이행방안을 강구하는 선에서 합의하였다.⁸⁰⁾

(3) 적용시기

한-미 FTA 제18.12조 경과규정에 따라 제18.9조 제5항 가호의 조치는 발효일에 즉시 한국과 미국을 구속하지만, 2007년 6월 30일에 교환한 “의약품 특허 연계 분쟁해결”에 관한 부속서한에 따라 제18.9조 제5항 나호의 시판방제조치는 협정 발효후 18개월 동안 분쟁해결절차에 회부할 수 없도록 하였었다. 그러나 2011년 2월 10일 서한교환을 통한 한-미 FTA 추가협상 합의문을 통해 나호의 조치는 한국에 대한 이행자체가 협정 발효 후 3년간 유예되었다. 즉, 추가협상 합의문 제5절 “의약품

79) 외교통상부, 앞의 책, p.45

80) 외교통상부, 앞의 책, p.45

과 관련된 조치”는 “한미 FTA 협정 제18.12조 (경과규정) 제1항에도 불구하고, 한미 FTA 협정 제18.9조 (특정 규제제품과 관련된 조치) 제5항 나호는 한미 FTA 협정이 발효된 날로부터 3년이 지난 시점부터 대한민국에 적용”된다고 명시하고 있다.

(4) 한국에의 영향

일단, 특허-허가 연계의무는 오리지널 의약품의 특허기간 도중 시판되는 복제약품만 적용되므로, 특허기간 만료 후 출시되는 대부분의 복제약품에는 적용되지 않는다.

신약 출시 비중이 매우 낮은 국내 제약업계의 현실을 감안할 때, 동 의무이행 유예는 우리 제약업계에 도움이 될 것으로 예상되며, 우리 복제 의약품의 경쟁력 제고를 위한 시간을 확보하는데 기여할 것으로 예상된다. 한미FTA 경제적 효과에 대한 11개 국책연구기관 분석(2007.4월)에 따르면, 허가-특허 연계로 인한 제약업계의 첫 5년간 기대매출 손실(제네릭 의약품 시판이 9개월 지연될 경우를 상정)을 연간 367~794억 원으로 추정하며, 3년간 유예 합의로 총 1,100~2,382억원의 기대매출 손실을 방지하는 효과가 있다고 한다. 한국제약협회는 한-미 FTA 추가협상 결과에 대해, 국내제약업계의 피해가 상대적으로 줄어들고, 보다 면밀히 제도를 준비할 수 있게 되어 환영한다는 입장을 표명하였다고 한다.⁸¹⁾

추후 한국정부는 제약업계의 의견을 충분히 수렴하여 협정문과 불합치되지 않는 범위 내에서 업계의 부담을 최소화할 수 있는 방안을 마련하고 국내 입법화 (약사법 및 동 시행규칙) 절차를 진행할 것으로 보인다. 이러한 부담을 최소화할 수 있는 방안으로는 제네릭 허가 신청사실을 통보받은 특허권자가 동 신청사실에 이의 제기시 특허 재송이 해결될 때까지 제네릭 의약품의 제조 및 시판을 최대 12개월까지 금지하는

81) 외교통상부, 한-미 FTA 추가협상 결과 합의문서 상세설명자료 (2011.2), p.32

조건부 허가를 부여하는 방안이 있을 것이다. 또한 특허권자의 소송남발 방지 대책 및 부실 특허에 도전하는 제네릭 의약품에 대하여 인센티브를 부여하는 방안도 가능할 것이다.⁸²⁾

5. 의약품 및 농약품 안전성 및 유효성 정보 관련 자료보호 제도

한-EU FTA는 동협정 제10.36조에서 신약의 판매허가를 얻기 위해 최초로 제출된 의약품의 안전성, 유효성에 관한 자료로서 TRIPs 협정 제39조를 충족시키는 자료의 경우, 최초 판매허가일로부터 최소 5년간 보호하도록 규정하고 있으며, 이는 한-미 FTA 제18.9조 1항에 동일하게 규정되어 있다. TRIPs 협정 제39조 (미공개정보의 보호)는 제3항에서 보호대상이 되는 자료에 “작성에 상당한 노력이 소요될 것 (origination which involves a considerable effort)”을 요구하고 있으며, 이는 한-미 FTA에도 그대로 반영되었다.⁸³⁾ 또한 한-EU FTA 제10.37조 식물보호제품(농약) 자료보호 규정에서는 식물보호제품의 판매허가를 얻기 위해 최초로 제출된 자료의 경우, 최초 판매허가일로부터 최소 10년간 보호하도록 규정하고 있으며, 역시 한-미 FTA 제18.9조 1항에 동일하게 규정되어 있다.

VI. 지식재산권의 집행

1. 의의

지식재산권의 집행(enforcement)이라 함은, 지식재산권의 침해를 사전적으로 방지함은 물론 사후적으로 침해에 대한 구제방법을 확보하는 것을 의미한다.⁸⁴⁾ TRIPs는 기존 WIPO 체제 하의 조약들보다 집행 관련

82) 외교통상부, 한-미 FTA 상세설명자료 (2011.7), pp.45-46

83) 관계부처 합동, 한-EU FTA 상세설명자료 (2009.10), p.138

84) 예컨대, 현행 국내법 상 저작권 침해에 관한 구제방법으로는, ‘민사적 구제’로써 ①

조치들을 강화하였지만, WTO의 모든 회원국을 만족시킬 수 있는 보호 수준은 아니었다. 즉, 각 WTO 회원국마다 지식재산권의 발전 정도가 상이하였기 때문에 주요교역국 및 지식재산권 강국들은 TRIPs 집행 조치를 더욱 강화시킬 유인이 있었다. 이러한 맥락에서 주요 교역국간 체결되는 FTA에서는 체결 당사국간 집행 조치들을 더욱 강화하게 되었던 것이다. 이는 한국이 체결한 FTA들도 마찬가지로, 주요 교역국들과 체결한 FTA일수록 더욱 집행 조치가 강화되었고 규정 내용도 세밀하다. 특히, 한-미 FTA와 한-EU FTA의 집행 조치 규정은 방대하고 구체적이다.

이하에서는 한국에 발효된 FTA 중 집행(enforcement) 부분을 한-미, 한-EU FTA를 중심으로 민사구제, 형사집행, 국경조치 그리고 온라인서비스제공자의 책임 4가지로 나누어 분석한다.

2. 한-미, 한-EU FTA와 기타 FTA 간의 집행 규정 차이점

한국에 발효된 9건의 FTA에는 모두 집행 규정이 존재하는데, 이로 미루어보아 한국을 비롯한 FTA 체결국들이 효과적인 집행 조치의 실현에 많은 기대를 하고 있는 것을 알 수 있다. 그러나 한-미, 한-EU FTA를 제외하면, 나머지 7건의 FTA는 집행규정이 매우 간단하고, TRIPs 협정 수준의 집행 조치만을 각국 국내법에 규정하도록 하여 한-미, 한-EU와 달리 집행조치가 WTO TRIPs 협정보다 강화되지 않았다. 즉, TRIPs 협정의 집행조치 의무를 재확인한 것에 불과하다.

이러한 TRIPs 협정의 재확인 은 한-칠레 FTA 제16.5조, 한-싱가

침해정지 청구(저작권법 제123조), ② (임시)가처분 신청(저작권법 제123조), ③ 손해배상 청구(민법 제750조, 저작권법 제125조, 제126조, 제125조의2), ④ 부당이득 반환 청구(민법 제741조), ⑤ 명예회복 청구(저작권법 제127조), ⑥ 저작권위원회에 조정 신청(저작권법 제112조) 등이 있고, '형사적 구제'로써 저작권법 제136조~제138조에 의한 벌칙, 제139조의 몰수가 있으며, '행정적 구제'로써 저작권법 제133조의 불법 복제물의 수거·폐기 및 삭제, 저작권법 제133조의2의 정보통신망을 통한 불법복제물 등의 삭제명령 등이 있다.

포르 FTA 제17.3조, 한-인도 CEPA 제12.4조, 한-EFTA FTA 제7조, 한-페루 FTA 제17.8조 그리고 한-터키 FTA 제2.5조에 모두 유사하게 규정되어 있다. 일례로, 한-칠레 FTA 제16.5조의 “양 당사국은 자국법에 TRIPs 협정 중 특히 제41조 내지 제61조에 합치하는 지식재산권의 집행에 대해 규정한다”는 문언이 한-미, 한-EU를 제외한 7개 협정에 대동소이하게 규정되어 있다. 물론 한-페루 FTA는 양 당사국간의 협력증진을, 그리고 한-터키 FTA의 경우 인터넷상의 반복적인 저작권 및 저작인접권 침해를 줄이기 위한 조치를 추가적으로 규정하고 있지만, 29개조로 이루어진 한-EU FTA의 집행 부분(제3절)과 단일 조문으로는 가장 많은 30개 항으로 구성된 한-미 FTA 제18장, 제18.10조의 지식재산권 집행 규정과 비교하면 여타 7개 협정의 집행규정은 매우 단순하다.

이러한 국가간 차이점은 미국과 EU가 지식재산권 강국이며, 집행조치의 강화로부터 얻을 이익이 가장 컸기 때문으로 판단된다. 또한 미국은, 1994.1.1. 발효한 NAFTA 이후 체결된 FTA에서 집행조치를 꾸준히 강화해 왔으며⁸⁵⁾, 한-미 FTA도 예외는 아니었다.

이러한 미국이나 EU의 집행조치 강화 이유는 다음과 같다. EU는 물론 특히 미국은 비용절감을 통한 경쟁력 상승을 위하여 저임금 미숙련 노동력이 풍부한 멕시코나 중국과 같은 개발도상국으로 수백만개의 제조업 일자리를 아웃소싱했고, 이는 미국의 경제성장이 지식재산권이 반영된 서비스업과 기술혁신에 기반할 수 있게끔 하였다. 따라서 잘 정비된 지식재산권 집행 체제는 이들 국가 발전에 핵심적 부분을 구성하게 된 것이었고, 미국과 EU 이외 국가들과의 집행 규정상 차이점은 이러한 국가 발전 전략간 차이점에 영향을 받았다.⁸⁶⁾

85) James M. Cooper, California Western International Law Journal, Fall 2012, "The NAFTA and Its Legacy on the Resolution of International Property Disputes," p.6

86) James M. Cooper, 위의 논문, pp.6-7

3. 민사구제

(1) 법정손해배상제도

① 의의

법정손해배상(Statutory Damages)제도란 상표권 및 저작권 침해에 대해 손해액의 상한과 하한을 미리 법령에 규정해놓고 권리자가 실손해 대신 선택할 수 있도록 하는 제도이다.⁸⁷⁾ 실손해 산정이 어려울 경우 대체배상이 가능토록 하여 손해배상의 실효성을 보장할 뿐만 아니라 장래의 침해를 억제하기 위한 목적으로 도입되었다. 특히, 상표권 및 저작권 침해사건은 실손해 입증이 용이하지 않으며, 민사소송시 받을 수 있는 배상액이 충분하지 못하다는 지적을 감안하였다.^{88),89)}

② 관련 규정 내용

한-미 FTA 제18.10조 제6항은 “민사 사법절차에서, 각 당사국은 최소한 저작권 또는 저작인접권에 의하여 보호되는 저작물, 음반 및 실연에 대하여, 그리고 상표위조의 경우에, 권리자의 선택에 따라 이용가능한 법정손해배상액을 수립하거나 유지한다(shall). 법정손해배상액은 장래의 침해를 억제하고 침해로부터 야기된 피해를 권리자에게 완전히 보상하기에 충분한 액수이어야 한다”고 규정하고 있다.

87) 정상조, 박준석, 지식재산권법, 홍문사 (2013), p.525

88) 외교통상부, 한-미 FTA 상세설명자료 (2011.7), p.154

89) 현행 국내법 상 저작권, 특허권의 침해에 대한 손해배상의 청구로는, 민법 제750조에 의한 불법행위 책임을 묻는 방법 외에, 저작권법과 특허법에 의하여 피해자의 증명 책임을 완화한 방법이 있다. 즉, 저작권 침해로 인한 손해액의 산정과 관련하여 ① 저작권법 제125조에서는 ‘손해액의 추정’, ② 제126조에서는 ‘법관의 재량에 따른 손해액 산정’, ③ 제125조의 2에서는 손해배상의 청구에 갈음하여 ‘법정손해배상’을 청구할 수 있다. 또한 특허권 침해로 인한 손해액의 산정과 관련하여 특허법 제128조는 ① ‘판매이익’, ‘통상 실시권’ 등을 손해액으로 산정하거나, ② 입증곤란 시 법원이 변론의 전체 취지에 기초하여 ‘상당한 손해액’을 인정할 수 있도록 하고 있다.

한-EU FTA도 매우 유사하게 규정되어 있는데, 제10.50조 3항에 이를 규정하고 있다.

③ 한-미 FTA와 한-EU FTA의 차이점

두 협정 모두 저작권과 상표권에 있어서는 법정손해배상제도를 언급하고 있다. 하지만 두 협정에는 큰 차이점이 존재하는데, 한-미 FTA의 경우 저작권 및 상표권에 대한 법정손해배상제도의 도입이 의무이지만, 한-EU FTA의 경우 제10.50조 3항에서 “...사전설정 손해배상액을 수립하거나 유지할 수 있다(may)”와 같이 임의규정으로 되어있다. 즉, 상표권 및 저작권 또는 저작권접권 침해의 경우 법정손해배상제도를 도입 또는 유지할 수 있도록 규정하고 있을 뿐이다.

④ 한-미 FTA와 한-EU FTA간 차이점의 원인

이러한 차이가 발생한 이유는, EU의 경우, 각 회원국의 입법이 통일되어 있지 않을뿐더러, 법정손해배상제도를 바라보는 시각에 차이가 있기 때문이다. 영국의 경우 1964년 Rookes v. Barnard사건에서 Lord Devlin 재판장이 징벌적 손해배상이 인정되는 세 가지의 범주를 한정하여 판결한 점에서 볼 수 있듯이, 이러한 법정손해배상제도와 같은 징벌적 손해배상제도는 영국에서 제한적으로 인정되고 있다.

즉, 징벌적 손해배상은 흔히 Rookes의 원칙으로 불리는 이하의 세 경우에 한해 인정되어야 한다고 제한하였다. 첫째, 정부공무원이 강압적, 자의적 내지는 위헌적 행위를 행한 경우, 둘째, 가해자가 자신의 불법행위로부터 얻어질 이익이 피해자에게 지급하여야 할 진보적 손해배상을 공제하고도 이득이라는 계산 하에 불법행위를 행한 경우 그리고 셋째, 제정법에서 명시적으로 징벌적 손해배상의 부과를 규정한 경우에 한정된다. 뿐만 아니라 상기 세 경우에도 다음의 3가지 요건이 추가적으로 고

려되어야 한다고 하였는데, ① 원고 자신이 가해자의 강압적 행위에 의해 희생되고 ② 징벌적 손해배상의 산정은 무제한적인 것이 아니라 합리적인 일정한 제한이 설정되어야 하며 ③ 손해배상 산정에 있어 당사자의 자력을 고려해야만 한다는 것이다.⁹⁰⁾

영국뿐만 아니라 독일의 경우 아예 상표나 저작권 등에 있어서 징벌적 손해배상제도를 인정하고 있지 않다.⁹¹⁾ 즉, 일부 EU 회원국의 경우, 법정손해배상제도가 실손해배상 원칙을 훼손한다고 간주하여 각 회원국의 사법권 행사의 자유를 보장하기 위해서, 미국과 같이 의무로 규정하지 못하고 단지 임의규정으로 동 제도의 도입가능성만을 열어두게 된 것이다.

이러한 실손해배상 원칙을 존중하는 일부 EU 회원국들의 태도는 손해배상을 결정할 때 고려하는 요소에 있어 차이점으로도 드러난다. 한-미 FTA는 제18.10조 5항 나에서 “...손해배상을 결정함에 있어서 사법당국은 특히 시장가격, 권장소비자가격 또는 권리자가 제시한 그 밖의 정당한 가치추정에 의하여 산정된 침해된 상품 또는 서비스의 가치” 정도를 고려하도록 하지만, EU의 경우 훨씬 더 많은 요소를 고려하도록 하고 있다. 즉, 제10.50조 가에서 “사법당국은 피해 당사자가 입은 실질 이익을 포함한 부정적인 경제적 결과, 침해자가 얻은 부당이득 그리고... 침해에 의해 권리자에게 야기된 정신적 손해와 같은 경제적 요인 외의 요소” 등 모든 측면을 고려하도록 하고, 이에 대한 대안으로서 침해자가 지식재산권의 사용승인을 요청하였다라면 지불하였어야 할 로열티까지도 감안하도록 하여, 실손해액을 정확히 평가하기 위해 한-미 FTA보다 상세한 규정을 두고 있다고 판단된다.

(2) 대체분쟁해결제도 (ADR)

90) 복진요, 지식재산21, 2010년 4월, “지재권 분야에 징벌적 손해배상제도 도입 가능성에 관한 연구,” p.23

91) 손경한, 박진아, 통상법률 2007-6, “한·EU 자유무역협정상 지적재산권 규정,” p.49

이는 한-미 FTA에 고유한 절차로, 상업적 규모가 아닌 소규모의 저작권 침해 발생시, 법적 소송 대신 절차적으로 간편한 조정 등을 통해 분쟁의 조기해결을 목표로 하는 제도이다.

한-미 FTA는 제18.10조 16항에서 “각 당사국은 지식재산권에 관한 민사 분쟁을 해결할 수 있는 대체적 분쟁해결절차(Alternative Dispute Resolution, ADR)의 사용을 허용할 수 있다(may)”고 규정하여 대체분쟁해결제도 도입의 근거를 마련하고 있다.

미국에서는 조정 등의 ADR절차가 민간에서 이뤄지고 있으며, 우리나라에서는 한국저작권위원회 조정부에서 당사자의 조정신청에 따라 저작권 침해사례를 조정한다. 법적 절차와 달리 반드시 조정해야할 의무는 없으나, 조정이 이뤄질 경우 그 내용은 확정판결과 동일한 효력을 발생하며, 저작권 분쟁 발생시 상당한 정도의 시간 및 비용 절감 효과를 기대할 수 있다.⁹²⁾

(3) 정보제공명령 권한

한-미 FTA와 한-EU FTA 모두 법원이 침해와 관련된 모든 정보를 제공하도록 명령할 수 있는 권한에 대해 규정하고 있다. 다만 한-미 FTA는 제18.10조 제10항에서 법원이 침해자에게 이러한 정보제공명령을 내리도록 규정하고 있지만, 한-EU FTA는 제10.45조에서 “침해자 및/또는 그 밖의 인(人)으로서 소송의 당사자 또는 증인인 인(人)에게”까지 그 대상 범위를 확대하고 있다. 다만, “그 밖의 인(人)”은 동조 1항가에서 그 대상을 열거하여 규정하고 있다.

다만, 두 FTA의 차이점은 한-미 FTA의 경우, 제18.10조 11항 나에서 소송 관계자가 재판과정에서 드러난 비밀정보를 법원의 명령에 위반하여 유출하였을 경우 법원이 제재할 수 있도록 권한을 부여하고 있지

92) 외교통상부, 앞의 책, p.155

만, 한-EU FTA의 경우 이러한 제재 규정이 존재하지 않는다는 점이다. 미국의 경우, 소송과정에서 제출되는 정보에 대해서 더욱 보안을 강화하였다는 평가를 할 수 있다.

(4) 유효한 명령 불복시 제재 규정

이 규정 역시 한-미 FTA에서만 발견되는 규정으로, 제18.10조 11항가는 민사절차에서 법원의 유효한 명령에 불복할 경우 이를 제재할 수 있는 근거 규정을 마련하였다.

즉, 각 당사국은 사법당국이 다음의 권한을 가지도록 국내법에 규정해야 하는데, 이는 “사법당국이 내린 유효한 명령을 지키지 못한 민사사법절차의 당사자에게 과태료를 부과하거나, 그 당사자를 감치할 수 있는 권한”을 의미한다. 이러한 민사사법절차는 소송뿐만 아니라 가처분 등 민사상 절차를 모두 포함하는 것이며, 제재는 금전에 의한 과태료 또는 인신 억류에 의한 감치가 모두 가능하다.

미국은 단순히 집행 조치만을 TRIPs 협정보다 강화하는 것에 머무르지 않고, 이렇게 강화된 집행 규정을 실질적으로 이행하도록 강제하는 수단까지도 협정에 명시적으로 반영하여 지식재산권 침해 조치에 대한 강력하고 실효적인 집행 수단을 확보하고자 했던 것으로 보인다.

4. 형사집행

(1) 형사집행의 범위

한-미 FTA 제18.10조 26항과 한-EU FTA 제10.54조는 형사집행의 범위를 거의 동일하게 규정하고 있다. 한-EU FTA는 “각 당사자는 최소한 상업적 규모의 고의적인 상표위조와 저작권 및 저작인접권 침해의 경우에 적용될 형사 절차 및 처벌을 규정한다”고 하여, 최소한 상업적 규모의 고의적인 상표 위조와 저작권 및 저작인접권 침해의 경우 형사절차 및 처벌을 부여하도록 의무화하고 있다.

더 나아가 EU는 제10.55조에서 지리적 표시 등을 위조할 경우에도 자국법과 규정에 따라 형사책임 도입 여부를 고려토록 하는바, 이는 지리적 표시를 상표 못지않게 중시하는 EU의 입장을 반영한 것이다.

(2) 형사절차 및 처벌의 유형

한-미 FTA는 제18.10조 27항에서, 한-EU FTA는 제10.58조, 59조, 60조에서 공통적으로 위조 또는 복제상품, 관련 재료 및 도구, 증거서류 및 그 밖의 침해행위와 관련된 자산의 압수, 징역형 또는 벌금형, 그리고 위조 또는 복제상품, 관련 재료와 도구 및 그 밖의 침해행위와 관련된 자산의 몰수를 규정하고 있다. 즉, 압수, 징역형 또는 벌금형, 그리고 몰수를 형사절차 및 처벌의 유형으로 규정하고 있다.

(3) 비친고죄 도입 여부

① 의의

친고죄란 고소 또는 고발이 있어야만 공소를 제기할 수 있는 범죄이며, 비친고죄는 고소가 없이도 수사기관의 직권으로 공소 제기 가능한 범죄를 의미한다. 비친고죄는 한-미 FTA에만 도입되었다. 미국은 지식재산권 침해에 대해 비친고죄로 다루고 있기 때문에, 협상과정에서도 우리에게 미국법과 일치시킬 것을 계속적으로 요구하였고, 한-미 FTA에서는 상업적이고 지속적인 저작권 침해에 대해서만 고소 없이 기소할 수 있는 권한을 사법당국에 부여하도록 하였다.⁹³⁾ 우리나라는 이미 2006년 12월, 2011년 12월 등 수차례의 저작권법 개정을 통해 비친고죄를 확장 도입한 바 있다.⁹⁴⁾

② 관련 규정 내용

93) 손경환, 박진아, 앞의 논문 p.50

94) 정상조, 박준석, 지식재산권법, 홍문사 (2013), pp.535-536

한-미 FTA는 제18.10조 27항 바에서 “자국의 권한 있는 당국은 이 장에 기술된 위법행위에 대하여 사인이나 권리자의 공식적인 고소없이 직권으로 법적 조치를 개시할 수 있다 (Each Party shall provide that its authorities may initiate legal action *ex officio* with respect to the offenses described in this Chapter, without the need for a formal complaint by a private party or right holder.)”고 규정하였다.

③ 한국에의 영향

대규모 저작권 침해 사건에 대한 효과적 처벌 기반을 마련했다는 평가이다. 더군다나, 소규모 사건들에 대해서는 대체분쟁해결절차(조정 등), 민사절차(특히 법정손해배상제도) 등을 통해 신속하고도 유연한 해결을 유인할 수 있는 장치도 유지하고 있다.⁹⁵⁾

(4) 영화관 내 도촬 금지 조항

이 규정 역시 한-미 FTA에만 유일한 규정으로, 제18.10조 29항에는 영화관에서 비디오카메라 등을 통해 영화 또는 그 밖의 영상저작물을 촬영하거나 촬영을 시도하는 행위에 대한 형사처벌 절차를 규정할 의무를 부과하고 있다. 이는 헐리우드로 대표되는 미국 영화산업계만큼 영향력 있는 영화산업계가 한국이 FTA를 체결한 기타 국가에 존재하지 않기 때문에, 한-미 FTA에서만 독특하게 찾아볼 수 있는 것으로 판단된다.

5. 국경조치

95) 외교통상부, 앞의 책, p.157

(1) 의의

국경조치(Border Measure)란, 상표권 등 지식재산권 침해물품에 대한 세관의 통관유예조치를 의미한다. 국경조치는 WTO TRIPs에서도 규정되어 있었고 WTO 출범 이전의 WIPO 조약들보다 더욱 강화되었지만, FTA를 통해서 한층 더 강화되었다.

즉, EC의 경우에는 이미 TRIPs협정 협상과정에서 지식재산권의 종류별로 차별을 둘 수 없으므로, 모든 지식재산권에 통관보류조치를 적용하여 그 범위를 확대할 것을 주장하였었다. 그러나 상기 TRIPs 협정 부분에서 논하였듯이, TRIPs에서는 상표권 또는 저작권 침해상품에 대해서만 국경조치 의무를 규정하는 중재안이 성립되었다.

결국 EU의 경우, 한-EU FTA를 통해서 국경조치 적용범위를 확대하였다. 한국에 발효한 FTA중 국경조치를 규정하는 FTA는 한-EU, 한-미 그리고 한-페루 FTA 세가지이며, 이하에서는 한-EU, 한-미 FTA를 중심으로 분석한다.

(2) 국경조치 적용범위의 확대: 한-EU FTA

한-EU FTA는 국경조치의 적용범위를 확대하여, TRIPs 협정보다 더욱 강화된 국경조치 규정을 적용하게 되었다. 즉, 한-EU FTA 협정 제10.67조에서 통관보류조치 적용대상을 현행 “상표권·저작권 및 저작인접권 침해상품”에서 “특허·등록 디자인·지리적 표시·식물신품종권 침해상품”에까지 확대하였다. 다만, 특허와 등록 디자인의 경우 동조 제4항에서 시행을 위해 사전준비가 필요함을 고려하여 협정 발효 후 2년간의 유예기간을 두도록 규정하였다.

아래의 표는 현행 국내법 및 한-미, 한-EU FTA의 국경조치 적용대상을 비교하여 작성한 표이다.

표 3: 현행 국내법(관세법), 한-미, 한-EU FTA 비교

	국내법(관세법)	한-미 FTA	한-EU FTA
국경조치 적용대상	1) 위조된 상표 상품 2) 불법복제된 저작권 및 저작인접권 상품	1) 위조된 상표 상품 2) 불법복제된 저작권 및 저작인접권 상품	1) 위조된 상표 상품 2) 불법복제된 저작권 및 저작인접권 상품 3) 특허, 디자인, 지리적표시, 식물신품종권 침해상품

(3) 세관당국의 직권조치 강화

① 의의

한-미, 한-EU FTA 그리고 한-페루 FTA까지도 세관당국이 직권으로 국경조치를 통한 통관보류를 집행할 수 있는 권한을 부여하여, 세관당국의 권한을 TRIPs 협정보다 강화하였다. 즉, TRIPs 협정 제58조는 상표권 및 저작권을 침해하는 물품이 국내로 수입, 유통되는 것을 방지하기 위해 권리자가 권한있는 당국에 통관 보류를 요청하기 위한 절차를 규정하는데, 이러한 통관보류가 권리자의 요청없이 권한있는 당국의 직권만으로도 가능하게 된 것이다.

② 관련 규정 내용

한-미 FTA 제18.10조 22항은 “각 당사국은 권한 있는 당국이 위조되거나 혼동을 일으킬 정도로 유사한 상표 상품 또는 불법복제된 저작권 상품으로 의심되는 수입·수출...물품에 대하여 직권으로 국경조치를

개시할 수 있도록 규정한다”고 되어 있으며, 한-EU FTA도 제10.67조 2항에서 세관당국이 지식재산권 보유자의 신청 전에 지식재산권 침해 의심 상품에 대해 반출 정지 또는 유치할 권한을 가진다고 규정한다. 이는 한-페루 FTA 제17.9조 4항에도 규정되어 있다.

(4) 역담보제도 폐지

역담보제도란, 권리자가 세관에 담보를 제공할 경우 위조상품 또는 저작권을 침해하는 불법복제품에 대한 통관보류가 가능한 것과 유사하게, “역담보 제도”는 반대로 수입업자가 통관보류된 물품에 대한 역담보를 제공하면 통관이 허용되는 제도를 의미한다. 한-미 FTA에만 규정되어 있는 사항으로 제18.10조 20항에서 이를 폐지하는 것으로 규정하고 있다.

한국은 위조상품 또는 저작권을 침해하는 불법복제품의 통관을 허용하는 것은 지식재산권 보호제도 취지에도 부합되지 않으며, 실제 역담보 제도가 거의 이용되지 않는 사문화된 규정임을 감안, 한미 FTA를 계기로 동 제도 폐지에 합의하였다고 한다.⁹⁶⁾

(5) 지식재산권 침해 상품 관련 정보제공 의무

이는 한-미 FTA와 한-페루 FTA에 규정되어 있는데, 한-미 FTA의 경우가 한-페루 FTA보다 더욱 상세한 침해 상품 관련 정보를 제공하도록 규정하고 있다. 즉, 한-미 FTA 제18.10조 21항은 “권한 있는 당국이 위조된 또는 불법복제된 상품을 압수한 경우, 당사국은 압수일로부터 30일 이내에 권리자에게 탁송인·수입자·수출자 또는 수탁인의 이름과 주소를 알리고, 그 물품의 명세, 그 물품의 수량, 알려진 경우 그 물품의 원산지국을 권리자에게 제공할” 것을 규정하고 있다.

96) 외교통상부, 앞의 책, p.157

한-페루 FTA의 경우, 제17.9조 3항에서는, 한-미 FTA처럼 압수된 경우가 아니라 “권한있는 당국이 상품이 위조 또는 불법 복제되었다는 결정을 내린 경우”에만 “탁송인, 수입업자, 수탁인의 이름과 주소 및 해당 물품의 수량”을 권리자에게 통보할 의무를 두고 있어, 권한있는 당국이 압수만 해서는 안되고, 확실히 위조 또는 불법 결정을 내려야만 정보제공이 가능하고 또한 침해상품의 수출자일 경우를 제외했다는 점, 그리고 물품의 명세 또는 원산지국을 통보할 의무는 규정하지 않아 한-미 FTA보다는 다소 약화되어 있다.

(6) 소결

WIPO체제보다 강화된 TRIPs 협정상의 집행조치 규정은 각국이 체결한 FTA에서 더욱 확대되거나 구체화되었다. 이는 한국이 주요 교역국들과 체결한 FTA에서 보면 알 수 있듯이, EU와의 FTA는 집행조치의 적용범위를 상표권 및 저작권 이외의 지식재산권 영역으로까지 확대하였고, 미국과의 FTA는 직권조치 강화, 역담보제도 폐지, 압수된 지식재산권 침해상품 관련 정보제공 강화 등으로 TRIPs 협정보다 더욱 구체화된 집행 조치를 규정하였다. 즉, TRIPs 협정에서 아쉬웠던 사항을 FTA에서 더욱 강화한 것이며, 이렇게 자신들의 입맛에 맞게 지식재산권 보호규범을 강화할 수 있었던 점이 주요 교역국들을 다자주의에서 양자주의 FTA 노선으로 선회하도록 만든 것으로 보인다.

6. 온라인서비스 제공자(OSP)의 책임

(1) 의의

온라인서비스 제공자(Online Service Provider, OSP)의 책임에 대

한 규정은 WIPO체제의 조약들과 WTO체제의 TRIPs 협정에서는 찾아볼 수 없는, 최근 몇 년 사이에 등장한 새로운 지식재산권 관련 이슈이다. 즉, 전통적인 지식재산권 영역이 아니라서 WIPO 조약들이나 TRIPs 협정과 같이 다자주의 하에서 그에 관한 새로운 규범을 창출해 내기 위해서는 수많은 조약당사국 또는 회원국 간의 협상을 거쳐야 하기 때문에 그에 대한 규범 창출 및 합의 도출이 오래 걸리게 된다. 그러나 규범 형성이 오래 걸리는 사이 온라인 세계에서의 지식재산권 침해는 시시각각 실시간으로 이루어지기 때문에, 실질적 규율이 어렵고 지식재산권 보호는 요원하게 된다. 따라서 주요 교역국들은 이러한 온라인 서비스 특성에 보폭을 맞추어 FTA를 통해 신속하게 온라인서비스 관련 지식재산권 규범을 창출하게 된 것이다.

즉, FTA를 통해, 온라인서비스제공자에게 온라인상에서 발생하는 지식재산권 침해에 상응하는 책임을 부과하는 한편, 권리자의 요청시 침해자로 추정되는 자의 개인정보를 제공토록 의무화하였다.⁹⁷⁾

(2) 온라인서비스 제공자의 정의

온라인서비스 제공자에 대한 규정을 두고 있는 것은 한-미 FTA와 한-EU FTA뿐이다. 온라인서비스 제공자에 대한 정의는 두 FTA협정이 일치하며(한-미 FTA 제18.10조 나. 12, 한-EU FTA 제10.62조 각주 23), 단순도관(Mere Conduit) 기능 상 온라인서비스 제공자는 “이용자가 선택한 자료를, 그 내용의 수정 없이 이용자가 명시하는 지점 사이에 디지털온라인 통신을 위하여 전송, 라우팅 또는 접속시키는 제공자”를 의미하며, 그 이외의 기능일 경우, “온라인 서비스 또는 네트워크 접근을 위한 설비의 제공자 또는 운영자”를 의미한다.

(3) 온라인서비스 제공자의 유형

97) 정상조, 박준석, 앞의 책, pp.539-556

① FTA별 유형 구분

한-미 FTA는 네 가지(단순도관, 캐싱, 게시판, 웹사이트 링크)로, 그리고 한-EU FTA는 세 가지(단순도관, 캐싱, 호스팅)로 온라인서비스 제공자의 유형을 나누고 있다. 이렇게 여러 유형으로 구분한 후, 유형별로 지식재산권 침해에 대한 기여도가 다른 점을 감안하여 차등화된 면책 규정을 적용하게 된다. 한-EU FTA의 호스팅 기능이 한-미 FTA의 게시판 기능에 해당하므로, 한-미 FTA는 웹사이트 링크 기능을 하나 더 추가하여 한-EU FTA보다 세분화된 유형 구분을 하고 있다.

② 각 기능의 정의

단순도관(Mere Conduit) 기능이란, 정보통신망을 통한 정보의 단순전송 기능을 의미하며, 캐싱(Caching) 기능이란, 정보통신망을 통한 정보의 효율적 전송을 위한 정보의 자동적, 중개적, 임시적 저장 기능이며, 한-EU FTA상 호스팅(Hosting) 또는 한-미 FTA상 게시판 (Storage) 기능이란 정보통신망을 통한 정보의 저장 기능을 의미한다. 웹사이트 링크 기능이란, 하이퍼링크 등을 통해 이용자를 온라인상의 장소에 연결하는 기능을 의미한다.

③ 효과

이렇게 유형별 구분을 통해 각 당사국은 온라인서비스 제공자에게 자국이 정한 행정적 또는 사법적인 공개절차에 따라 개인정보 제출 권한을 부여하게 된다.

현재 한국의 경우, 온라인서비스제공자가 영장 없이는 개인정보를 제공하지 않아도 되는 등 온라인 지식재산권 침해에 대해서는 실질적으로 민사소송이 불가능한 점을 개선하기 위해, 관련 법령을 개정할 계획인바, 그 경우 개정법령에 공개절차, 관련 정보공개 범위, 공개 및 사용 조

건 등을 반영할 예정이다. 이러한 법령 개정을 통하여 온라인상 벌어지는 침해 행위에 대한 서비스제공자들의 적극적 대처를 유도하며, 다수의 누리꾼들이 부지불식간에 범법행위를 자행하는 것을 차단할 수 있을 것으로 기대된다.⁹⁸⁾

(4) 감시할 일반적 의무의 면제

그러나 온라인서비스 제공자가 자신의 서비스를 스스로 감시하거나, 침해행위를 능동적으로 찾아내야 하는 의무까지 짊어지는 것은 아니다. 이는 한-미 FTA 제18.10조 나. 7과, 한-EU FTA 제10.66조 1항에 각각 규정되어 있다. 즉, 온라인서비스 제공자가 지식재산권 침해행위의 발생 시 이를 방조하지 못하게 하는 것일 뿐, 정보의 홍수라고 불리우는 온라인 세상에서 지식재산권 침해행위를 적극적으로 찾아내도록까지 하는 것은 결국 온라인서비스 제공을 불가능하게 만들 것이기 때문이다.

VII. 전통지식 및 유전자원

1. 의의

전통지식(Traditional Knowledge)이란, 법적으로 통일된 정의는 아직 없지만 일반적으로 일정지역을 기반으로 원주민 또는 공동체에 의해 수대에 걸쳐 소유되고 계승되는 지식을 총칭하며, 유전자원(Genetic Resource)이란, 유전의 기능적 단위를 포함하는 식물, 동물, 미생물 가운데 실질적 또는 잠재적 가치를 가진 물질("genetic material of actual or potential value"⁹⁹⁾)을 의미한다. 전통지식과 유전자원은 의료, 농업, 원예 및 생명공학 분야에서 새로운 발명이나 이와 관련된 상품생산에 중요한

98) 외교통상부, 앞의 책, pp.158-159

99) 생물다양성협약(Biodiversity Convention on Biological Diversity) 웹사이트 <http://www.cbd.int/convention/articles/default.html?articleid=102>
동협약 제조(Use of Terms)

단서나 아이디어를 제공하는데,¹⁰⁰⁾ 이들 시장은 계속 커지고 있다. 일례로, 의료 분야나 농업 분야에서 주목받고 있는 약초 제품(herbal products)의 시장규모는 2004년 60조원을 넘었으며, 2020년에는 무려 5300조원에 육박할 것으로 예상되고 있다.¹⁰¹⁾

그러나 한국이 체결하는 FTA에서 전통지식이나 유전자원 분야가 분석을 요하는 이유는 단순히 이 분야의 미래 시장 전망이 밝기 때문만이 아니다. 오히려 한국의 FTA 중에서 현재 이 분야의 규정을 두고 있는 FTA는 한-EU FTA와 한-페루 FTA뿐이다. 전통지식 및 유전자원 분야를 논하는 또 다른 의의는 바로 이 분야의 지식재산권이 현재 거의 유일한 실효적 지식재산권 관련 다자협정인 TRIPs에서 규정되는 다양한 지식재산권과의 성격이 다소 다르며, 추후 중국과의 FTA를 대비하여 반드시 이 차이점을 짚고 넘어가야 하기 때문이다.

2. 지식재산권을 바라보는 시각차: 개인의 권리 대 집단의 권리

TRIPs의 경우, 지식재산권을 지극히 개인적인 권리로 바라보는 시각이 강하다. 물론 지리적 표시나 단체표장 등 일부 예외가 있지만, 기본적으로 특허, 저작권, 상표는 특정 사인(私人)인 특허권자, 저작권자 그리고 상표권자에 귀속되는 것이 특징이다. 일부 학자들에 따르면 이는 지극히 서구적인 시각으로, 데카르트가 주창한 정신과 육체 이분구조("duality of mind and body")에 따라 지식재산권은 개인의 정신적 산물("products of individual minds")이라는 것이다.¹⁰²⁾

100) Kerry ten Kate and Sarah A. Laird, "Bioprospecting Agreements and Benefit Sharing with Local Communities," p.134. In J. Michael Finger, Philip Schuler, eds. 2004. *Poor People's Knowledge: Promoting Intellectual Property in Developing Countries*, World Bank and Oxford University Press

101) Dr. Konstantia Koutouki and Katharina Rogalla von Bieberstein, Vermont Journal of Environmental Law, Spring 2012, "The Nagoya Protocol: Sustainable Access and Benefits-Sharing for Indigenous and Local Communities," p.2

102) Coenraad J. Visser, "Making Intellectual Property Laws Work for Traditional Knowledge," p.210. In J. Michael Finger, Philip Schuler, eds. 2004. *Poor*

그러나 이러한 TRIPs 협정의 시각은 어느 특정 집단 전체가 수 세기 동안 발전시켜오고 보호해 온 지식재산권에는 적용되기 어렵다 (“Rights belonging to the public, or a sector of it, do not fit easily.”),¹⁰³⁾ 즉, 전통지식 및 특정 토착 공동체(indigenous community)가 보존해 온 유전자원에 기초한 지식재산권은 특정 집단 전체가 자신의 생활환경 또는 종교환경에 뿌리내려 영적인 측면과 본능에 입각하였고, 또 공동체가 전체로서 발전시켜 온 지식이기 때문에 TRIPs가 규정하는 서구 교역국들의 개인적이고 지극히 사적인 지식재산권과는 근본적으로 다른 성격이며 따라서 그 보호에 있어 다른 접근법이 필요하다는 것이다.

이러한 시각차는 2001년 국제연합(United Nations)이 내놓은 통계로 인해 전통지식 및 유전자원이 풍부한 개발도상국에게 다시금 주목을 받게 되었다.¹⁰⁴⁾ 즉, 다국적 기업이 전통지식을 무단 도용하여 사용료(royalty)를 내지 않아 연간 5조원에 이르는 손해를 개발도상국들이 입고 있다는 통계였다. 이에 대한 대응으로 전통지식 및 유전자원이 풍부한 국가들은 “이들 자원에 대한 접근과 이에 따른 이익 분배(Access and Benefits-Sharing)”라는 원칙을 TRIPs에 반영시키려 하였으나, 이러한 시도는 지식재산권 강국들의 적극적인 태도 부재 등으로 TRIPs내 구속력있는 법적 의무 창설 등과 같은 큰 성공을 거두지는 못하였다. 따라서, 다자간 협정에서 반영하지 못한 개선안을 양자 협정인 FTA에서만만큼 반영하려 하는 것으로 보인다.

3. 한-EU와 한-페루 FTA 규정간 차이점

위와 같은 맥락 하에서 이제 한국이 체결한 EU와 페루에서의 규정을 살펴보도록 하겠다. 전통지식 및 유전자원과 관련하여 가장 강력한

People's Knowledge: Promoting Intellectual Property in Developing Countries,
World Bank and Oxford University Press

103) World Bank and Oxford University, 앞의 책, p.210

104) World Bank and Oxford University, 앞의 책, p.213

규정은 한-페루 FTA에 존재하며, 양국은 제17.5조 1항에서 기존 관련 협정(WTO TRIPs협정과 생물다양성협약)과의 관계 등을 언급한 2001년 WTO 도하각료선언(「TRIPs 협정과 생물다양성협약 간의 관계 및 유전자원, 전통지식 및 민간전승물의 보호에 관한 각료선언」, WT/MIN(01)/DEC/1) 제19항을 인정하였다. 즉, 생물다양성 및 전통지식의 중요성, 전통지식에 대한 토착민들의 기여 등을 인정한 것이며, 전통지식과 유전자원에 기반을 둔 특허 출원에 대한 정보를 공유하도록 노력하고 관련 국제기구에서 논의되는 사항에 대한 견해를 교환 및 향후 국제법 또는 양측 국내법 발전 동향에 따라 추가 논의하기로 하였다.¹⁰⁵⁾

특히 한국은 페루와 관련해서 국내법 발전 동향에 따른 추가 논의 규정을 항시 유념해야 하는데, 페루는 전통지식 및 유전자원 관련 국내법 논의가 활발한 국가이기 때문이다. 예를 들어, 페루는 볼리비아, 콜롬비아, 에콰도르 그리고 베네수엘라와 함께 안데스 공동시장(The Andean Community) 구성국인데, 이들은 Decision 391을 통해서 유전자원 또는 전통지식에 접근하고 싶은 신청인들은 반드시 해당 지식의 제공자를 밝히고 이들과 이익 분배에 관한 합의(a benefit-sharing agreement)를 할 것을 규정하고 있다. 또한 이미 2000년 Decision 486을 통해 TRIPs와 생물다양성협약(CBD)의 조화를 모색한 바 있다. 이 결정을 통해 특정 생명체(certain life forms)는 발명으로 간주되지 않음을 규정하고, 특정 지역의 유전자원에 기반한 특허출원의 경우 반드시 접근권에 대한 계약서 사본을 첨부하도록 하고 있으며, 전통지식에 기반한 발명의 특허출원을 할 경우 해당 토착 지역으로부터 사용허락 계약서 사본을 포함시키도록 규정하고 있다.¹⁰⁶⁾

한-EU FTA의 경우, 제10.40조 1항에서 한-페루 FTA 제17.5조 3

105) 관계부처 합동, 한-페루 FTA 상세설명자료 (2010.12), p.85

106) Kerry ten Kate and Sarah A. Laird, "Bioprospecting Agreements and Benefit Sharing with Local Communities," pp.137-139. In J. Michael Finger, Philip Schuler, eds. 2004. *Poor People's Knowledge: Promoting Intellectual Property in Developing Countries*, World Bank and Oxford University Press

항과 유사하게 생물다양성의 보존, 전통지식 등을 존중, 보존 및 유지하고 이로부터 발생하는 혜택의 공평한 공유를 장려하도록 규정한다. 하지만 한-페루 FTA처럼 2001년 WTO 도하각료선언 제19항을 인정하지는 않고, 제10.40조 2항에서 WIPO 관련 조약들, WTO TRIPs 그리고 생물다양성 협약에서 전통지식과 유전자원에 관련된 문제들에 대해 한국과의 의견 및 정보를 교환하는 수준에서 합의하였다.

4. 추후 한국에의 시사점

오래된 역사와 전통을 자랑하는 국가들일수록, 그리고 이러한 전통지식 및 유전자원에 대한 향후 시장 전망을 밝게 기대하는 국가들일수록 이 분야에 대한 관심을 강하게 보이는 것으로 판단된다. 따라서 상대적으로 역사가 짧고 전통지식이 강하지 않은 미국의 경우, 이러한 분야를 아예 협정문에 반영하지 않은 것으로 판단된다.

따라서 우리가 향후 중국과의 FTA를 추진한다면, 유럽과 중남미보다도 더욱 오래된 역사와 전통을 자랑하는 중국의 경우, 이러한 전통지식 및 유전자원 부분에서 치열한 협상이 진행될 수도 있다. 특히, 한의학과 중의학간의 약초 명칭, 진료 방법, 보약 제조방법 등의 유사점, 그리고 전통지식인 단오제 관련 여러 전통문화 사항들의 UNESCO 등재추진에서 발생한 양국 여론의 충돌 등에서 보듯이 한국과 중국은 전통지식 및 유전자원에 있어서 양국간 입장차이에서 발생하는 주도권 다툼이 발생할 수 있기 때문에 관련 협정과 각국 국내법의 조화가 필요할 것으로 보인다.

제 4 장 중국이 체결한 FTA 속의 지식재산권

제 1 절 서론

2013.11. 현재, 중국은 12개의 FTA를 체결하였다. 이 중 10개 협정이 발효하였는데, 발효된 협정 중 오로지 4개의 협정(뉴질랜드, 페루, 코스타리카, 대만¹⁰⁷)만이 별도의 지식재산권(知识产权) 챕터를 두고 있으며, 그나마 이들 규정은 매우 기초적인 수준이다. 따라서 유의미한 분석을 위하여 현재 체결되었으나 아직 미발효한 아이슬란드와 스위스와의 2개 FTA 협정을 포함하여 총 6개의 협정을 중심으로 중국이 체결한 FTA상 지식재산권 규정을 분석하도록 한다.

별도의 독립된 지식재산권 분야를 둔 이들 6개 협정을 살펴보면, 극히 일부를 제외하고는 대부분 기존 TRIPs 협정상의 보호수준을 부여할 뿐이며, 한국-미국 FTA 또는 한국-EU FTA 수준의 지식재산권 보호규범은 찾아보기 어렵다. 심지어 대만과의 “해협양안 지식재산권보호협력협약(海峡两岸知识产权保护合作协议)”의 경우, TRIPs 수준의 보호도 향유하기 어렵다고 볼 수 있을 정도로 조문이 구체적이지 못하고 추상적이다.

아래의 표는 중국이 체결한 FTA와 발효일자, 그리고 이들 중 별도의 지식재산권 분야를 보유한 FTA를 알기 쉽게 정리한 표이다.

107) 대만의 경우, FTA가 아니라 ECFA(Economic Cooperation Framework Agreement)로, 중국어 명칭은 “중-대만 양안경제협력골격협정(两岸经济合作架构协议)”이며 중국과 대만 양안간 경제협력 증진을 위한 추후 본격적 협상의제와 일정을 규정한 협정이다. 다만, 기본협정과는 별도로 지식재산권 보호에 대해 별도의 협의를 체결하였으므로, 논의의 편의상 대만을 포함시켰다. 지식재산권 관련 별도 협의는 “해협양안 지식재산권보호협력협약(海峡两岸知识产权保护合作协议)”이다.

표 4: 중국의 FTA 체결·발효 현황과 지식재산권 분야 반영 여부

	지식재산권 분야 반영 여부	발효일자
홍콩	-	2003.6.29
마카오	-	2003.10.17
ASEAN	-	2005.1.1(상품), 2007.7.1(서비스)
칠레	-	2006.10.1(상품), 2010.8.1(서비스)
파키스탄	-	2007.7.1(상품), 2009.10.10(서비스)
뉴질랜드	○	2008.10.1
싱가포르	-	2009.1.1
페루	○	2010.3.1
대만	○	2010.6.29
코스타리카	○	2011.8.1
아이슬란드	○	2013.4.15 체결, 현재 미발효
스위스	○	2013.7.6 체결, 현재 미발효

제 2 절 중국이 체결한 FTA상 지식재산권 조항 비교

I. 서론

중국의 지식재산권은 전리(专利), 상표, 저작권으로 분류되며, 전리는 특허(발명전리, 发明专利), 실용신안(실용신형, 实用新型), 디자인(외관 설계, 外观设计)을 포괄한다. 전리의 출원 및 등록은 중국 국가지식산권국 전리국에서 담당하며, 상표의 출원 및 등록은 국가공상행정관리총국 상표국에서, 그리고 저작권은 국가판권국에서 각각 담당하고 있다.¹⁰⁸⁾

이러한 지식재산권에 대해 규정하고 있는 6건의 중국 FTA 협정문을 보면, 한국이 미국과의 FTA를 체결하기 이전에 협상에 임했던 칠레, 싱가포르, 인도, EFTA 수준의 지식재산권 보호규범을 규정하고 있다. 즉, 2013.7.에 체결된 중국과 스위스간 FTA는 지식재산권 보호규범이 상당히 구체화되었으므로 별론으로 하더라도, 기존 5개 협정문은 특

108) Newipbiz 웹사이트, 특허동향 및 전략(중국지재권), <http://www.newipbiz/>

허, 저작권 및 상표에 대한 독립적인 조항 자체가 부재하여 중국과 상대방 체결국이 지식재산권 보호규범 강화에 관심이 높지 않았음을 보여준다.

다음은 중국이 체결한 FTA 중에서 독립적인 조항으로 명확하게 다루어지는 지식재산권 분야를 간단히 표로 정리한 것이다.

표 5: 중국이 체결한 FTA에서 독립적 조항으로 규정되는 지식재산권 분야

	특허	저작권	상표	지리적표시	유전자원 및 전통지식	집행
뉴질랜드	-	-	-	-	○	-
페루	-	-	-	○	○	국경조치만 규정
코스타리카	-	-	-	○	○	국경조치만 규정
대만	-	-	-	-	-	-
아이슬란드	-	-	-	-	-	-
스위스	○	○	○	○	○	가장 상세하게 규정

II. 일반규정

1. TRIPs 협정상 자국 의무 재확인

WTO TRIPs 협정상의 의무를 존중하겠다는 규정은 중국이 체결한 FTA에서 공통적으로 발견된다. 중국-페루 FTA 제144조 3항은 “Each party reaffirms its commitment established in existing international agreements in the field of intellectual property rights, to which both are Parties, including TRIPs Agreement. (各締約方重申双

方共同参加的、包括TRIPS协定在内的与知识产权有关的国际协定中的承诺。)109)” 라고 규정하고 있으며, ECFA인 대만을 제외하고, 중-뉴질랜드 FTA 제161조 2항, 중-코스타리카 FTA 제110조 1항, 중-아이슬란드 FTA 제64조, 그리고 중-스위스 FTA 제11.3조 1항에서도 TRIPs 협정 및 양국이 모두 당사국인 기타 국제협정 준수 의무를 거의 동일한 문언으로 규정한다. 즉, 중국과 타방 FTA 상대국은 자신들의 FTA에서 TRIPs 협정만큼의 지식재산권 보호수준은 보장하겠다는 의지를 밝히고 있다.

2. 더 광범위한 보호의 규정 여부

중국이 체결한 FTA는 모두 TRIPs 협정을 준수하겠다고 명시하고 있을 뿐, TRIPs 협정 또는 중국 국내법에 규율된 사항보다 더욱 광범위하고 강화된 보호를 부여하겠다는 의지를 밝힌 규정은 존재하지 않는다. 이는 한국이 체결한 상당수의 FTA들이 더 광범위한 보호를 규정한 것과는 대비된다.

3. 지식재산권 보호 및 집행에 있어 투명성의 규정

(1) 의의

중국이 체결한 FTA에 모두 규정되어 있는 또 하나의 의무는 지식재산권 보호 및 집행에 있어 확실성(certainty)을 가진 지식재산권 체제를 수립하자는 것이다. 이는 지식재산권 보호에 적극적이지 않다는 의심을 받는 중국에 대해 상대방 당사국들이 적극적으로 요구하였거나, 중국이 이러한 의심을 불식시키기 위해 삼입한 조항으로 보인다.

109) “각 당사국은 무역 관련 지식재산권에 관한 협정을 포함하여, 양국이 모두 당사국인 지식재산권 관련 기존 국제 협약상의 책무를 재확인한다.”

(2) 관련 규정

중-뉴질랜드 FTA 제161조 1항 (a)는 “Each Party shall establish and maintain transparent intellectual property rights regimes and systems that provide certainty over the protection and enforcement of intellectual property rights. (各方应当建立和维持透明的知识产权体制与体系, 以便: (一) 为知识产权保护和执法带来确定性)¹¹⁰⁾”라고 규정하여, 지식재산권 보호나 집행에 있어 투명하고 객관적인 제도를 설립 및 유지할 것을 의무화하고 있다. 이는 중국이 체결한 페루(제144조 5항), 코스타리카(제110조 2항), 아이슬란드(제63조 3항), 그리고 스위스(제11.1조 1항)와의 FTA에 모두 규정되어 있다.

(3) 시사점

중국의 경우, 사법제도가 아직 객관적이고 투명하지 못하며, 인간 관계에 따른 왜곡 등 비법률적인 요소가 개입된다고 많은 국가들이 생각하고 있는 것이 현실이므로, 이러한 불신에서 비롯된 의심이 반영된 조항으로 판단된다. 즉, 투명하고도 누구나 이해할 수 있을 만한 공정한 사법 제도에 대한 요구를 달리 표현한 것으로 보인다.

4. 지식재산권 권리자와 지식재산권 사용자간 이익균형 규정

(1) 의의

중국은 현재 개발도상국으로서 여러 지식재산권을 가져다 사용하는 측면이 강하고, 지식재산권에 대한 권리 주장을 통한 이익확보 측면

110) “각 당사국은 지식재산권 보호와 집행과 관련하여 확실성을 가진, 투명한 지식재산권 체제 및 체계를 설립 및 유지한다.”

은 미약하다. 따라서 중국은 계약 당사국간 지식재산권을 통한 이익 확보에 있어 권리자와 사용자 간 또는 사익과 공익 사이의 균형을 규정하여, 개발도상국인 자국의 현실이 고려되도록 FTA 협정문에 모두 반영시켰다. 다만, 이는 의무규정이 아니라 단순히 인지(recognize)하는 수준에서 합의되었다. 이러한 규정은 한국에 발효한 FTA에서는 찾아볼 수 없는 규정이다.

(2) 관련 규정 내용

중-코스타리카 FTA 제109조 2항은 “The Parties recognize the need to achieve a balance between the rights of right holders of intellectual property rights and the legitimate interests of users and society with regard to protected subject matter. (締約雙方认识到, 关于知识产权保护, 应在权利人权利与使用人及社会的合法权益间实现平衡。)111)”라고 규정하여, 지식재산권자의 권리가 사회나 지식재산권 사용자의 합법적 이해에 우선하는 것이 절대 아님을 명시하고 있다. 이는 중국이 체결한 나머지 FTA에서 공히 발견되는 규정이다.

III. 저작권

1. 서론

중국이 저작권에 대해서 별도로 조항을 두어 구체적으로 규정하고 있는 FTA는 중-스위스 FTA 협정뿐이며, 동 협정의 보호수준도 구체적이고 포괄적인 한-미, 한-EU FTA 수준에 미치지 못한다. 따라서 상기 제3장에서 분석한 재판매권, 기술조치, 권리관리정보 또는 대학가 불법복제 서한 등과 관련된 규정은 전무하다.

111) “보호되는 지식재산권 관련, 양 당사국은 지식재산권자의 권리와 지식재산권 사용자 및 사회의 합법적인 이익간 균형의 필요성을 인지한다.”

이하에서는 중-스위스 FTA에 규정된 저작자 권리의 존속기간과 저작인격권을 중심으로 중국이 체결한 FTA상 저작권 보호규범에 대해 분석하고자 한다.

2. 저작자 권리의 존속기간

중-스위스 FTA 제11.3조 1항 (c)에서 양 당사국은 WIPO 체제하의 국제협정인 베른협약 준수를 규정하며, 따라서 베른협약 제7조가 부여하는 보호기간인 저작자의 생존기간과 저작자 사망 후 50년이 적용된다. 이는 TRIPs 수준의 보호이며, 한-미 FTA나 한-EU FTA에서 부여하는 70년간의 보호기간과 한국 저작권법 제39조상 70년의 보호기간보다 짧다. 이러한 보호기간의 차이에 관하여는 추후 한-중 FTA 협상과정에서 의제로 다뤄지게 될 것이다.

3. 저작인격권의 인정

(1) 의의

저작인격권(Moral Rights)이란 공표권, 성명표시권, 동일성유지권 등 그 성질상 일신전속적이고 양도가 불가능하며, 저작자가 자신의 창작물에 대해 갖는 인격적 이익의 보호를 목적으로 하는 권리이다.¹¹²⁾

TRIPs협정은 이를 인정하는 대륙법계와 이를 부정하는 영미법계의 대립으로 동협정 제9조 1항에서 저작인격권을 규정한 베른협약 제6조의 2를 적용하지 않기로 규정하였는데, 중-스위스 FTA는 이와 달리 제 11.6조 5항에서 저작인격권을 인정하고 있다.

112) 정상조, 박준석, 지식재산권법, 홍문사 (2013), pp.357-358

(2) 관련 규정

중-스위스 FTA 제11.6조 제5항은 “Each Party shall ensure that the author has the right, independently of the author’s economic rights, and even after the transfer of the said rights, to claim authorship of the work and to object to any modification, distortion, mutilation or other derogatory action in relation to the said work, which would be prejudicial to his or her honour or reputation.”¹¹³⁾이라고 규정하여, 저작재산권과 구별되는 저작인격권을 인정하고 있다. 또한 상기 규정은 작품의 동일성을 해치는 행위를 금지하고 있어서 동일성유지권에 대해 특별히 강조하고 있다. 뿐만 아니라 동조 제6항의 경우, 저작인격권이 저작자의 사후에도 저작재산권이 인정되는 기간까지 인정됨을 규정하고, 이럴 경우 당사국 법령에 의해 인정받은 사람 또는 단체가 이러한 권리를 행사함을 규정하고 있다. 이러한 규정은 한국에 현재 발효한 그 어떠한 FTA에서도 찾아볼 수 없다.

IV. 상표 및 지리적 표시

1. 의의

중국이 체결한 FTA에서 상표(Trademark)에 관련된 조항은 스위스와의 FTA에서만 발견되며, 지리적 표시의 경우 페루, 코스타리카 그리고 스위스와의 FTA에서만 발견된다. 아직은 국제적으로 경쟁력 있는 상표가 부족한 중국의 입장이 반영되어 협정 체결에서 배제된 것으로 보인다. 또한 지리적 표시의 경우에도 페루와의 FTA에서만 부속서10을 통해서 구체적으로 중국의 지리적 표시를 규정하며, 코스타리카의 경우 부

113) “각 당사국은 저작자가, 저작재산권과는 별개로 그리고 저작재산권의 양도 이후에도, 저작물에 대한 원저작자임을 주장할 권리와 저작자의 명예와 명성을 침해하는 그 어떠한 수정, 왜곡, 훼손 또는 기타 모욕적인 행위에 반대할 권리를 가짐을 보장한다.”

속서 9에서 양국이 중국의 지리적 표시에 합의하지 못했음을 밝히고 있고, 스위스의 경우 아예 부속서가 존재하지 않는다. 즉, 상표와 지리적 표시도 저작권처럼 규범의 완성도가 높지 않다.

2. 등록할 수 있는 상표의 범위

중-스위스 FTA 제11.7조 제1항 마지막 부분을 보면, “Parties may require, as a condition of registration, that signs be visually perceptible.” 이라고 규정하여, 상표가 시각적으로 인식이 될 수 있어야만 등록을 할 수 있다고 명시적으로 밝히고 있다. 이는 소리 및 냄새 상표를 인정하지 않음을 밝힌 것이다.

한-미 FTA는 그에 반하여 소리 및 냄새 상표를 인정하는 명시적 규정을 도입하고 있고, 한-EU FTA처럼 명시적인 규정이 없어도 상표법 조약(1994)이나 상표법에 관한 싱가포르 조약(2006)을 준수함을 밝혀 간접적으로 이를 인정한다. 그러나 중국과 스위스가 준수한다는 국제협정에는 이들 두 조약은 없다. 즉, 한-미, 한-EU FTA와는 정반대의 입장을 규정하고 있다.

3. 지리적 표시

(1) 지리적 표시에 대한 정의 규정

중국이 체결한 FTA에서 지리적 표시(Geographical Indication: GI)를 정의하고 있는 FTA는 스위스와의 FTA가 유일한데, WTO TRIPs협정 제22조를 그대로 옮겨 규정하고 있다. 즉, 동협정 제11.13조 2항은 지리적 표시를 “상품의 특정 품질, 명성 또는 그 밖의 특성이 본질적으로 지리적 근원에서 비롯된 경우, 특정 지역, 지방 또는 국가를 원산지로 하는 상품임을 명시하는 표시”로 정의한다.

(2) FTA를 통한 협정별 지리적 표시 보호 현황

중국이 체결한 FTA 중 지리적 표시의 보호를 규정한 협정은 페루 (제146조), 코스타리카(제116조) 그리고 스위스(제11.13조)와의 FTA 3개에 불과하다. 한국의 경우 부속서에 구체적인 지리적 표시를 규정한 협정이 4개이지만, 중국의 경우 오로지 중-페루 FTA에서만 양국이 모두 부속서에 지리적 표시를 구체화했다. 또한 나머지의 경우 중-코스타리카 FTA는 코스타리카의 지리적 표시에만 합의했을 뿐, 중국의 지리적 표시에는 양국이 합의에 도달하지 못했다. 중-스위스 FTA의 경우 아예 이러한 부속서가 양국 모두 없다.

아래의 표는 이들 FTA 부속서에서 보호되는 지리적 표시의 개수 및 현황을 정리한 것이다.

표 6: 중국이 체결한 FTA에서 보호되는 지리적 표시의 개수 및 현황

구분	중-페루 FTA	중-코스타리카 FTA	중-스위스 FTA
중국	22	미합의, 협상 진행중	부속서 부재
상대국	4	10	부속서 부재

(3) 지리적 표시 보호대상의 추가 가능성

지리적 표시 보호대상은 추가가 가능하며, 이는 중-페루 FTA 제 146조 제3항에, 중-코스타리카 FTA는 제116조 제3항에 규정되어 있다. 스위스의 경우, 구체적으로 어떤 지리적 표시가 보호되는지 양국이 별도 부속서로 규정하지 않았으므로, 보호대상의 추가 가능성도 규정하고 있지 않다. 중-스위스 FTA의 지리적 표시 보호규범이 3개 협정 중 가장 구체성이 미흡하며, 동 협정 제11.13조 제3항은 지리적 표시 보호에 있어

TRIPs 협정 제22조와 제23조를 적용할 것임을 밝히고 있을 뿐이다.

(4) 지리적 표시의 보호대상

중-페루 FTA와 중-코스타리카 FTA의 부속서를 보면, “안계 철관음 차(안시 티에관인, Anxi Tie Guanyin Tea, 安溪铁观音),” “서호 용정차(시후 룡징, Xihu Longjing Tea, 西湖龙井茶)” 등 차(茶), 주류, 배 등이 규정되어 있어서 농산물, 식품 및 주류는 물론 청자(Celadon)와 도기(Pottery) 등도 보호된다. 또한 중-코스타리카 FTA의 경우 커피는 물론 Guanacaste Madera라는 목재도 보호되고 있고, 중-페루 FTA의 경우 농산품 및 도자기가 보호된다. 즉, 한국의 경우에는, 한-EU FTA처럼 농산물 및 식품, 그리고 포도주, 방향포도주 및 증류주로 한정되는 FTA도 있고 이러한 제한이 없는 FTA도 있지만, 중국의 경우 한-EU FTA 형태의 보호대상 제한은 없는 것으로 판단된다.

V. 특허

1. 서론

중국이 체결한 FTA 중 유일하게 특허에 대해 독립적인 조항을 두고 있는 중-스위스 FTA는, 한국이 EFTA(스위스가 회원국임)와 체결한 FTA 부속서 XIII 제2조(특허)상의 특허요건과 특허예외사항이 거의 동일하게 규정되어 있다.

2. 특허 요건

중-스위스 FTA 제11.8조 1항은 “기술의 전 분야에서 발명을 위한 충분하고 효과적인 특허 보호”를 각 체결 당사국 국내법으로 보장하도록 규정한다. 단, “발명은 신규성, 진보성 및 산업상 이용가능성이 있어야” 할 것을 요구하고 있다.

3. 특허 예외사항

중-스위스 FTA 제11.8조 2항에서 양국은 TRIPs 협정 제27조 2항상 특허예외사항에 대하여 1) 인간의 치료를 위한 진단, 치료 및 외과적 방법 또는 동물의 신체에 행해진 그러한 방법, 2) 식물 또는 동물 변동, 또는 식물 또는 동물의 생산을 위해 본질적으로 생물학적인 제조법은 특허대상에서 제외하기로 하였는데, 이는 한-EFTA의 내용과 거의 동일하다.

VI. 지식재산권의 집행

1. 의의

지식재산권의 집행(enforcement)이라 함은, 지식재산권 침해를 방지하고 침해에 대한 구제방법을 확보하는 것으로, FTA 체결 후, 체결 당사국 내에서 지식재산권 침해 발생 또는 발생 예상시 지식재산권자의 이익을 보호하기 위한 조치이다.

중국이 체결한 FTA에서도 집행 규정들이 존재하지만, 중-페루, 중-코스타리카 그리고 중-스위스 FTA 3건에서만 규정되어 있다. 그리고 한국-미국, 한국-EU FTA와 비교시 중국-페루, 중국-코스타리카 FTA에서는 집행조치 중 국경조치 부분만 규정되어 있어, 민사구제, 형사집행, 온라인서비스제공자의 책임에 관한 부분은 아예 규정되어 있지 않다. 중국-스위스 FTA가 가장 상세한 집행 규정을 갖고 있어 국경조

치, 민사구제 그리고 형사집행을 규정하고 있다. 하지만 한-미, 한-EU FTA의 집행 규정 수준에는 미달하고 있다.

2. 중-페루, 중-코스타리카 FTA상 국경조치 규정

중-페루 FTA와 중-코스타리카 FTA상의 유일한 집행(enforcement) 관련 규정인 국경조치는 각각 제147조와 제114조에서 규정되어 있다. 이들 두 규정은 단어 몇 개를 제외하고는 완전히 동일한 구조로 이루어져 있으며, 이는 TRIPs 협정의 국경조치 부분을 적절히 가공하여 옮겨 놓은 것이다. 중-페루 FTA 제147조와 중-코스타리카 FTA 제114조는 공통적으로 4개항을 갖고 있으며, 그 규정 내용도 동일하다.

제1항은 TRIPs협정 제51조(세관당국에 의한 반출 정지)와 제52조(신청) 부분을 일부 그대로 옮겨와 합쳐 놓은 것이다. 즉, 상표권 또는 저작권침해 의심 상품 (“suspected counterfeit trademark or pirated copyright goods,” 嫌疑假冒商标或者盜版的貨物)의 자유로운 유통 저지를 개시하는 권리자는 권한 있는 당국에게 협정 당사국의 관련 법률에 따라 자신의 지식재산권에 대한 일견 명백한 (“*prima facie*”) 침해가 있음을 납득시키기 위한 적절한 증거를 제공하고, 세관당국이 합리적으로 인지할 수 있도록 (“reasonably recognizable”¹¹⁴) 충분한 정보를 제공하도록 요구된다.

제2항의 경우, 피고인과 권한있는 당국을 보호하고 남용방지를 위해 신청인이 충분한 담보 또는 이에 상당하는 보증 (Security or Equivalent Assurance)을 제공토록 권한있는 당국이 요구할 것을 규정하고 있으며, TRIPs 협정 제53조(담보 또는 이에 상당하는 보증)의 일부를 그대로 옮겨왔다.

114) 이는 중-페루 FTA 제147조 1항의 문구로 TRIPs 협정 제52조의 문구와는 다소 다르며, 중-코스타리카는 제114조 1항에서 “readily recognizable, 용이하게 인지할 수 있도록” 이라는 문구를 사용하여 TRIPs 협정 제52조 문구를 그대로 사용하고 있다.

또한 제3항의 경우, TRIPs 협정 제57조(검사 및 정보권)의 후반부를 옮겨왔으며, 권한 있는 당국이 지식재산권 침해 결정을 내리면, 권리자의 요청이 있을 경우 그 당국이 권리자에게 탁송인, 수입자 및 수탁인의 이름, 주소 및 당해 상품의 수량을 통보할 권한을 부여할 것을 규정한다.

제4항의 경우, TRIPs 협정 제58조의 직권조치를 통한 통관보류가 권리자의 요청없이 권한있는 당국의 직권만으로도 가능함을 규정하여, TRIPs 협정보다 강화된 규범을 규정한다.

3. 중-스위스 FTA상 국경조치 규정

중-스위스 FTA는 제11.16조에서는 반출 정지 및 직권조치를, 제11.17조에서는 검사권, 그리고 제11.18조에서는 담보 또는 이에 상당하는 보증에 대해서 규정하고 있다. 이들 3개 조항은 중-스위스 FTA에서의 국경조치 규정을 이루며, 중-페루나 중-코스타리카 FTA보다 더욱 그 적용범위가 확대되었다. 즉, 제11.16조 1항을 보면 “The Parties shall adopt procedures to enable a right holder, who has valid grounds for suspecting that importation or exportation of goods infringing patents, industrial designs, trademarks or copyright...”¹¹⁵⁾이라고 규정하여 상표와 저작권 외에도 특허와 디자인까지 국경조치의 적용범위를 확대하였음을 알 수 있다.

또한 검사권(Right of Inspection) 행사에 있어서도 페루나 코스타리카와의 FTA보다 더욱 강화된 규범을 도입하였다. 즉, 제11.17조 제2항은 권리자의 요청이 있을시 권한있는 당국은 지식재산권 침해 의심상품의 견본(sample)을 권리자에게 보내서 권리자로 하여금 해당 상품을 분석하거나 추후 절차를 취할 수 있도록 규정하고 있다. 이러한 규정은 페루나 코스타리카와의 FTA에서는 찾아 볼 수 없는 내용이다.

115) “양 당사국은 특허, 산업 디자인, 상표 또는 저작권을 침해하는 것으로 의심되는 수입품 또는 수출품에 대해 타당한 근거를 가진 권리자에게 다음의 절차를 채택한다...”

정리하자면, 중-스위스 FTA의 국경조치 규정은 3개조 11개항으로 이루어져 있으며, 해당 내용은 페루나 코스타리카와의 FTA에서는 1개조 4개항으로 규율되고 있다. 즉, 스위스와의 FTA가 페루나 코스타리카와의 FTA보다 더욱 강화된 국경조치 규정을 가지고 있다고 판단할 수 있다.

4. 민사구제

(1) 한-미, 한-EU FTA와 유사한 법정손해배상제도 부재

중-스위스 FTA에 규정되어 있는 손해배상제도는 한-미, 한-EU FTA가 도입하고 있는 법정손해배상제도가 아니다. 즉, 중-스위스 FTA 제11.19조 (a)와 (b)는 손해배상을 규정하는데, 손해의 산정에 있어서 “실손해액” (actual damage) 또는 로열티만을 고려요소로 언급하고 있다. 즉, 엄격히 산정된 실손해액만을 손해배상의 기준으로 채택하여, 한-미, 한-EU FTA가 추구하는 징벌적 손해배상제도를 인정하지 않겠다는 의미이다.

참고로 언급하자면, 중국 국내법상의 법정손해배상제도는 당사자가 직접 법정손해배상을 청구할 수 없고 실손해액 산정이 곤란한 경우에만 법정손해배상액(하한 1만 위안 ~ 상한 100만 위안)에 따른 손해배상을 적용하는 보충적 성격을 가진다고 할 수 있다.^{116),117)}

(2) 시정조치, 잠정조치 및 금지명령

중-스위스 FTA 제11.19조 (c)는 시정조치(corrective measure)를

116) 오승중, 법정손해배상제도에 관한 연구 (2012.11), p.74~81, (중화인민공화국 특허법 제65조: 권리자의 손실, 침해자가 얻은 이익과 특허허가실시료 모두 확정하기 어려운 경우, 인민법원은 특허권의 유형·침해행위의 성질 및 사정 등의 요소를 고려하여 1만 위안 이상 100만 위안 이하의 배상을 확정할 수 있다.)

117) 2013.10.21.기준 1위안 = 174.07원

규정하고 있으며, 지식재산권 침해 상품의 폐기 또는 그러한 상품을 상거래로부터 확실히 제거하기 위한 그 밖의 조치를 취할 수 있다고 밝힌다. 또한 이러한 상품의 생성 또는 제조에 주로 사용된 재료 및 도구의 폐기도 가능하며, 이러한 시정조치 요청이 들어올 경우, 제3자의 이익과 함께 침해의 심각성 정도와 발동될 구제조치 간 비례성(propportionality)도 고려할 것을 규정한다. 또한 제11.20조는 잠정조치 및 금지명령을 규정하고 있어, 중국의 FTA에도 잠정조치와 금지명령이 최초로 규정되게 되었다.

5. 형사집행

중-스위스 FTA 제11.21조는 중국이 체결한 FTA에서 형사집행을 규정하는 유일한 조항이며, 상업적 규모의 고의적인 상표위조와 저작권 침해의 경우에 적용될 형사절차 및 처벌을 규정할 의무를 중국과 스위스에 각각 부과하고 있다. 이 조항은 한-미 FTA 제10.54조 형사집행의 범위와 비교했을 때, 저작권접권 침해를 제외하여 한-미 FTA보다 형사집행 범위가 좁음을 알 수 있다.

VII. 전통지식 및 유전자원

1. 의의

중국이 체결한 FTA 중에서 가장 많은 4건의 협정에 공통적으로 규정되어 있는 지식재산권 분야가 바로 전통지식 및 유전자원 부분이다. 이는 중국이 해당 분야에 대해 잠재가치를 높이 평가할 뿐만 아니라, 자국의 경쟁력을 자신하는 방증이기도 하다. 중국-뉴질랜드 FTA 제165조, 중국-페루 FTA 제145조, 중국-코스타리카 FTA 제111조 그리고 중국-스위스 FTA 제11.9조에 규정되어 있는 바, 이하에서는, 전통지식 및 유전자원 등의 보호조치 마련 가능성만을 간단히 규정한 뉴질랜드와의 FTA를 제외하고, 나머지 3개 협정을 중심으로 분석하겠다.

2. 3개 협정의 공통점

3개 협정은 전통지식 및 유전자원이 과학, 문화 및 경제 발전에 기여한 부분을 인정한다고 공통적으로 규정하고 있으며, 생물다양성협약상의 원칙을 인정하고 재확인하며, TRIPs 협정과 생물다양성협약 간의 상호보완적 관계를 증진시키려고 노력함을 공히 협정에 반영하였다. 또한 생물다양성의 보존, 전통지식 등을 존중, 보존 및 유지하고 이로부터 발생하는 혜택의 공평한 공유를 장려하도록 규정하고 있다.

3. 3개 협정의 차이점

다만, 이들 협정은 전통지식이나 유전자원을 이용한 특허가 출원되었을 경우를 다룰 때 차이점을 보이는데, 중-스위스 FTA가 가장 상세하게 규정되어 있다. 즉, 전통지식이나 유전자원을 이용한 특허가 출원되었을 경우, 중-스위스 FTA는 이들 전통지식이나 유전자원의 출처를 밝히도록 체결당사국들이 요구할 수 있다고 규정하고 있다. 또한 이러한 특허출원이 출처를 밝히도록 한 요건을 지키지 못할 경우 일정 기간 동안 보정할 수 있게 하고, 이를 지키지 않을 경우 출원을 거부하거나 출원이 철회되었다고 간주할 수 있는 규정을 두었다.

제 5 장 한-중 FTA상 한국의 지식재산권 전략

제 1 절 서론

한-중 경제관계는 “정냉경열(政冷經熱:정치 분야와 달리 경제교류는 뜨겁다)”이라는 말이 생길 정도로, 1992년 수교 이래 20년간 가파른 상승세를 보여주었다. 2012년 기준으로, 중국은 한국의 최대 수출, 수입, 교역 대상국이며, 중국에 있어 한국은 (홍콩 제외 시) 수출대상국 3위, 수입대상국 2위로 제3위 교역대상국이다.¹¹⁸⁾ 뿐만 아니라 한국무역협회(KOTIS)의 통계에 따르면, 중국은 한국의 최대 무역수지 흑자국이기도 하며, 그 규모도 독보적이다. 즉, 2012년 한국의 대중국 흑자규모는 535억 달러였으며, 2위인 홍콩을 합칠 경우 840억 달러에 달하여, 홍콩을 제외하더라도 3위 미국의 151억 달러를 세배 이상 상회한다.¹¹⁹⁾ 1992년 수교 당시 64억 달러에 불과하던 양국 교역액은 2012년 2,151억 달러를 기록하여 우리나라 총 교역액의 20.1%를 차지한다. 한국과 중국 양국은 교역액을 3,000억 달러로 확대하기 위해 협력하기로 합의한 바 있으며, 이러한 배경하에서 한-중 FTA가 추진되고 있다. 한-중 FTA 협정문은 한-중 경제관계 전반을 규율할 것인바, 한국 경제에 있어 매우 중요한 중국과의 FTA 협상에서 지식재산권을 어떻게 다루어야 할지 전략적으로 고찰, 제언코자 한다.

제 2 절 한-중 FTA의 의의

I. 또 하나의 거대경제권과 FTA 체결을 통한 미래성장동력 확보

한국은 미국과 EU 등의 거대경제권과 FTA를 기체결하였고, 중국과의 FTA를 통해 또 다른 거대 시장을 확보하여 미래성장동력을 확보

118) 외교부, 2013 외교백서 (2013.7), p.197

119) 외교부, 앞의 책, p.368

할 수 있다. 한-중 FTA를 체결하면 미국, EU 진출을 겨냥한 중국의 대한(對韓) 투자가 증가하고, 다른 한편으로 중국 시장 진출을 위한 미국, EU 등의 대한 투자가 증가할 것으로 기대되며, 이러한 외국인 직접투자의 증가는 고용 창출로 이어질 수 있다.¹²⁰⁾

II. 중국 내 한국의 이익확보 기반 구축

현재 중국에 진출한 우리 기업은 약 2만 3천개로, 한국의 제조업 300대 기업중 70퍼센트가 중국에 진출해 있다. 즉, 중국은 한국의 누적액 기준 2위, 기업수 기준 1위인 투자대상국이며, 2003년부터 2012년 10년동안 한국의 대중국 투자는 꾸준한 상승세를 보여왔다. 그럼에도 상당수 중소기업이 중국에 투자 중이지만, 중국의 불투명한 제도로 인해 어려움에 직면 중이라고 한다.¹²¹⁾ 이 점에서 한-중 FTA를 통해 양국간에 적용될 명확한 법규범을 형성시킨다면, 한국 기업의 보호를 위한 기반이 될 것이다.

III. 중국 내수시장의 선점

중국은 최근의 세계금융위기로 미국, 유럽 등 주요 수출시장이 경기가 침체하여 중국의 수출실적이 급격히 악화되자, 그간의 수출주도 성장에서 소비주도 성장으로 전환 중인바, 그 여파로 중간재 수출 위주인 한국의 수출내용에 방향 전환이 필요하다. 즉, 현재까지는 중국이 제3국으로 수출할 가공무역을 중시했다면, 소비주도 성장으로 변화할 경우 내수용 수입이 증가할 것이다. 단적으로, 중국의 전체 무역 규모 중 2007년에는 가공무역을 45.3퍼센트를 차지했다면, 2010년에는 38.9퍼센트로 감소하였다. 반면, 내수용 수입은 동 기간동안 44.8퍼센트에서 55.8퍼센트로 증가하였다.¹²²⁾ 특히, 중-대만 ECFA 후속논의가 가속화되어 우리나라

120) 관세와 무역 2012년 5·6월 통합호 “한·중 FTA협상 현황과 전망” 한국관세무역개발원 박정현 p16-17

121) 외교통상부 통상교섭본부, 한·중 FTA 추진계획 (2012.4), p.1

122) 외교통상부 통상교섭본부, 한·중 FTA 추진계획 (2012.4), p.1

의 경쟁국인 대만의 입지가 넓어질 소지가 높으며, 이미 중국과 FTA를 체결한 ASEAN이 ASEAN-EU FTA를 추진 중이므로 EU의 ASEAN을 통한 중국으로의 우회수출 가능성도 높아지는 상황이기 때문에 미리 한-중 FTA가 체결된다면 그만큼 중국 내수시장을 선점하는 효과가 있는 것이다.

IV. 동아시아 경제통합 논의 주도권 확보 및 글로벌 FTA 허브국가 완성

한-중 FTA를 통해 한국은 동아시아 경제통합 논의에 적극 참여할 수 있다. 현재 동아시아지역에는 한-중 FTA, 한-일 FTA, 한-중-일 FTA, ASEAN+3 (ASEAN 국가들과 한·중·일 경제통합), ASEAN+6 (ASEAN 국가들과 한·중·일·인도·호주·뉴질랜드 경제통합), 환태평양경제동반자협정(TPP) 등의 추진으로 중층적 경제통합 구도가 형성되고 있다. 한국은 이미 한-ASEAN FTA를 체결·발효시켰고, 한-일 FTA도 추진 중이므로 한-중 FTA 체결은 곧 동아시아가 한국이 기체결한 FTA를 통해 서로 연결됨을 뜻한다.¹²³⁾ 따라서 한-중 FTA 체결은 동아시아 경제통합 논의를 더욱 활성화시키고, 이러한 통합논의에 대한 주도권을 확보할 수 있게 된다. 뿐만 아니라, 한-중 FTA 체결시, 한국은 세계 3대 경제권인 미국, EU, 중국과 FTA를 모두 체결한 유일한 동아시아 국가가 되는 것이다.

제 3 절 한-중 FTA 추진경과

위에서 보았듯이 우리 경제에 많은 영향을 끼칠 한-중 FTA는 2004년 ASEAN+3 경제장관회의에서 향후 체결 가능성을 논의하면서 시작되어, 2년간 민간공동연구를 거치고 2007년부터 2010년까지 약 3년간의 산관학 공동연구를 거쳐, 마침내 2012년 5월 본격적으로 한-중 FTA 협상이 개시되었다. 그 후 2012년 10월 경주에서의 제4차 협상 결과, 본 논문

123) 관세와 무역 2012년 5·6월 통합호, “한·중 FTA협상 현황과 전망,” 한국관세무역개발원 박정현 p17

의 주제인 지식재산권 분야를 FTA 협정문에 포함시킬 협상 분야로 확정하였다.¹²⁴⁾

표 9: 한-중 FTA의 일지¹²⁵⁾

2004.09	ASEAN+3 경제장관회의 계기 한-중국 통상장관 회담시 민간공동연구 개시 추진 합의
2005.	2005년부터 중국의 국무원발전연구중심(DRC)과 대외경제정책연구원(KIEP)간 공동연구 개시, 1년차 연구수행
2006.	민간공동연구 2년차 연구수행 후 11월 연구종료
2006.11.17	APEC 각료회의 계기 한·중 통상장관회담에서 한-중 FTA 산관학 공동연구를 2007년부터 개시하기로 합의
2007.03.22-23	한-중국 FTA 산관학 공동연구 제1차 회의 개최(북경)
2007.07.03-04	한-중국 FTA 산관학 공동연구 제2차 회의 개최(서울)
2007.10.23-25	한-중국 FTA 산관학 공동연구 제3차 회의 개최(위해)
2008.02.18-20	한-중국 FTA 산관학 공동연구 제4차 회의 개최(제주)
2008.06.11-13	한-중국 FTA 산관학 공동연구 제5차 회의 개최(북경)
2010.02	한-중국 FTA 산관학 공동연구 수석대표간 협의(북경)
2010.05.23	한-중 통상장관 회담시 산관학 공동연구 종료 방안 논의(서울)
2010.05.28	양국 정상 임석하에 양국 통상장관, 산관학 공동연구 종료관련 양해각서 서명 (서울)
2010.09.28-29	한-중 FTA 정부간 사전협의 제1차 회의 개최(북경)
2011.04.11	한-중 통상장관회담(북경)
2012.02.24	한-중 FTA 공청회
2012.03.01-02	한-중 FTA 추진 관련 사전 실무협의 개최(서울)
2012.03.22-23/04.05	한-중 FTA 추진 관련 사전 실무협의 개최(북경)
2012.05.02	한-중 FTA 협상개시 선언 (북경)
2012.05.14	제1차 협상(Kick-off meeting) 개최(베이징)
2012.07.03-05	제2차 협상 개최(제주)
2012.08.22-24	제3차 협상 개최(위해)
2012.10.30-11.1	제4차 협상 개최(경주)
2013.04.26-28	제5차 협상 개최 (하얼빈)
2013.07.02-04	제6차 협상 개최 (부산)
2013.09.03-05	제7차 협상 개최 (웨이팡) 및 1단계 협상 마무리
2013.11.18-22	제8차 협상 개최 (인천) 및 2단계 협상 개시

124) 외교통상부 통상교섭본부, 한·중 FTA 협상 추진 동향 (2012.11), p.4

125) 산업통상자원부 한-중 FTA 홈페이지, <http://www.fta.go.kr/china/policy/diary.asp>

제 4 절 한-중 FTA상 한국의 지식재산권 전략

I. 한-중 FTA 협상 방식의 대원칙: 단계별 협상방식

1. 단계별 협상방식의 정의

한국과 중국 양국은 2012.5.2. 협상 개시를 선언하면서, 한·중 양국 통상장관은 공동성명문을 통해 한-중 FTA는 단계별 협상이 대원칙임을 발표하였다. 한-중 FTA상 단계별 협상방식이란, 민감분야 보호를 위하여 2단계로 협상을 진행함을 의미한다. 즉, 1단계 협상에서 지식재산권, 상품, 서비스, 투자 등 전 분야의 협상 가이드라인 또는 모델리티(분야별 협상지침)에 대한 합의를 도출한 후, 2단계 협상에서 합의된 모델리티에 기반하여 전면적으로 협상을 진행하는 것이다.¹²⁶⁾ 1단계 협상에서 농림 수산물 등 민감품목군에 대한 충분한 보호장치를 마련한 후 서면 합의를 하고, 1단계 협상에서 합의된 모델리티를 바탕으로 2단계 협상에서 지식재산권, 상품, 서비스 등 전 분야에 대한 본격 협상을 추진한다는 것이다.

2. 1단계 협상 방식

1단계 협상에서는 지식재산권, 상품, 서비스, 투자, 규범, 협력 등 협상 분야의 모델리티를 도출하는 것이다. 양국은 2013년 9월 중국 웨이팡에서 1단계 협상을 마무리하고, 2단계 협상 개시의 토대를 마련하였다. 상품 분야에서는 품목을 일반(NT: Normal Track), 민감(ST: Sensitive Track), 초민감품목군(HST: Highly Sensitive Track)으로 구분하고, 10년 이내 관세철폐, 10년 초과 관세철폐, 양허제외, 관세할당 등 다양한 보호방식을 마련하고 있다. 지식재산권 등의 여타 분야에서는 질의·응답

126) 외교통상부 통상교섭본부, 한·중 FTA 협상 추진 동향 (2012.11), p.1

세션을 가지고 서로의 관심분야에 대한 의견 교환(signalling)을 통해 이를 2 단계 협상의 기초로 활용하고자 하였다. 1단계 협상결과는 양국간 서면합의를 추진하며, 1단계 협상에 대해 합의 없이는 2단계 협상으로 나아갈 수 없는 방식으로 진행하였다.¹²⁷⁾

이 단계의 협상에서 양측은 협상 모델리티 문안에 합의하였고, 향후 2단계 협상에서 해당 문안을 기초로 지식재산권 분야를 포함한 전 분야의 협정문(text) 및 시장개방 양허안에 대해 본격 협상을 진행하게 된다. 특히, 1단계 협상에서 기존에 중국측이 논의에 소극적이었던 지식재산권 분야를 향후 협상대상에 포함시키게 되어 한-중 FTA에서 지식재산권이 협상대상으로 확정되었다. 양측은 질의·응답 세션에서 지식재산권 보호수준 강화, 침해에 대한 집행조치 강화, 행정절차 개선, 협력 확대 등에 대해서 언급하였다.¹²⁸⁾

3. 2단계 협상 방식

일괄타결 방식(single undertaking)의 전면 협상 진행을 통해 포괄적인 FTA 협정을 체결하려 한다. 즉, 1단계 협상 결과를 바탕으로, 지식재산권 등 전 분야에 대한 본격 협상을 진행한다.

이하의 표는 한-중 FTA의 단계별 협상방식을 표로 정리한 것이다.

127) 외교통상부 통상교섭본부, 한·중 FTA 추진계획 (2012.4), p.6

128) 산업통상자원부 동아시아FTA추진기획단, 보도자료 “한-중 FTA 제1단계 협상 마무리” (2013.9.6)

표 10: 한-중 FTA 협상 구조 (단계별 협상)¹²⁹⁾

협상개시 선언		1단계 협상 타결
(사전협약)	(1단계 협상)	(2단계 협상)
민감분야 보호를 위한 협상의 구조 합의	민감분야 보호방식 합의	지식재산권, 상품 양허, 서비스 등 전 분야 본격 협상

4. 단계별 협상 방식과 한국

(1) 대중국 교역 특성 감안

외교부에 따르면, 우리가 단계별 협상방식을 채택한 이유는 기체결한 한-미, 한-EU FTA 등과는 달리, 중국과의 지리적 근접성, 중국이 한국의 최대 수출입 교역국으로서 가지는 경제적 위상 등 대중국 교역 특성을 감안하여, 한-중 FTA 체결시 민감분야에 예상되는 피해를 최소화하기 위함이었다. 따라서, 최근 마무리된 1단계 협상에서 민감분야를 고려한 분야별 협상지침에 합의한 후, 2단계 협상에서 구체적인 협상을 하게 되었으므로, 민감분야 보호를 위한 안전장치를 사전에 확보하게 되었다는 것이다.¹³⁰⁾

(2) 분야별 명시적 이익확보를 동시에 고려

다만, 각자의 민감분야 보호에만 집중하다 보면, 최종 FTA 협정문은 실익이 없는 공허한 문건이 될 수 있으므로, 한국은 노동집약적 제조업, 임가공업, 농수축산물 등 민감분야를 충분히 보호하면서도 전략적으로 우리의 대중국 이익확보를 반드시 이루어내야 한다. 특히, 지식재산권 분야는 한-중 관계에서 중국에게는 민감분야이나, 한국에게는 적극적

129) 외교통상부 통상교섭본부, 한·중 FTA 추진 참고자료 (2012.5), p.7

130) 외교통상부 통상교섭본부, 한·중 FTA 협상 추진 동향 (2012.11), p.3

으로 자신의 권리를 주장하고 보호해야 하는 분야이므로, 민감분야를 고려한 협상 가이드라인을 도출하는 단계의 협상에서 중국에게 지나치게 많은 부분을 양보하지 않아야 할 것이다. 만약 중국이 원하는 방향으로만 진행되어 지식재산권 분야의 법규범 수준이 낮은 수준에 머문다면, 제4장에서 논의한 중국의 6개 FTA 수준 정도에 머무르고 말 것이다. 이러한 경우, EU와 미국보다도 더 긴밀한 경제관계를 맺고 있는 한국과 중국의 FTA가 한-EU, 한-미 FTA의 지식재산권 규범에 훨씬 못미치게 되어, 중국의 지식재산 무임승차로 인하여 한국이 창조적 이익을 확보하는 데에 실패하는 중대한 오류를 범하게 될 것이다.

II. 중국이 기체결한 FTA의 네가지 유형과 한-중 FTA

1. 중국이 기체결한 FTA의 네가지 유형

제4장에서 보았듯이, 중국은 2013.8. 현재 12개의 FTA를 체결하였는데, 이들 FTA는 그 체결 대상국을 기준으로 네 가지 유형으로 나뉜다.¹³¹⁾

첫째, 중국의 지난 100여 년간의 역사가 녹아있는 1국가 2체제 구조를 반영한 홍콩, 마카오, 대만과의 FTA이다. 이 세 가지 FTA는, 일반적으로 체결되는 국가와 국가(독립 관세영역 포함)간 FTA 뿐만 아니라 중국이 체결한 여타 FTA와도 규제방식 및 내용에서 사뭇 다른 특색을 지니며, 중국이 체결한 최초의 FTA들로서 중국의 상기 관세영역에 대한 관대함이 포함되어 있다.

둘째, FTA를 통한 경제적 효과보다는 중화경제권역의 설립·유지를 통한 외교적 이익을 고려한 ASEAN, 싱가포르, 파키스탄과의 FTA이다. 이들과의 협상에서는 중국이 많은 분야에서 상당한 양보를 제공하였다고 한다.

셋째, 개발도상국과 개발도상국간의 FTA로, 칠레, 페루, 코스타리

131) 이상모, 현안분석 2012-12, "중국이 체결한 FTA 주요조문 비교분석," 한국법제연구원, pp.14-15

카와 체결한 FTA는 개발도상국 중국이 여타 개발도상국과 체결한 FTA이다. 이들 FTA는 규범의 수준은 낮을 수 있지만, 상당히 종합적이고 포괄적이라고 한다.

넷째, 뉴질랜드, 아이슬란드, 스위스 등 상당한 경제력을 갖춘 국가들과 체결한 FTA이다. 그러나 지식재산권 분야에 한정하여 본다면 중국이 뉴질랜드, 아이슬란드와 체결한 FTA는 실망스러운 수준이다. 다만, 중-스위스 FTA가 다루는 지식재산권 규범수준이 중국의 기체결 FTA 중 가장 높고, 무엇보다도 동 협정은 유일하게 특허, 저작권, 상표 분야를 명시적으로 규정하고 있는 협정이기 때문에, 지식재산권 전략을 다루는 본 논문의 목적상 중-스위스 FTA는 눈여겨볼 점이 적지 않다.

2. 한-중 FTA의 유형 및 중-스위스 FTA의 중요성

엄밀히 말하자면, 한-중 FTA가 체결될 경우, 상기 네 가지와는 다른 다섯 번째 유형의 FTA가 탄생하는 것이라고 판단된다. 왜냐하면 그나마 한국과 가장 유사하다고 말할 수 있는 네 번째 유형의 국가들도 한국의 경제규모에 미치지 못하며, 한-중간 교역규모에 필적하는 국가는 중국이 기체결한 국가들 중 단일국가로는 없기 때문이다. 한-중 양국 교역액은 2012년 2,151억 달러로 중국에 있어 한국은 제3위 교역대상국인 반면, 중국과 FTA를 기체결한 국가들 중 그나마 가장 영향력 있는 경제력을 가진 스위스도 2012년 교역액이 263억 달러¹³²⁾에 불과하여 스위스는 중국에 있어 제19위 교역대상국이기 때문이다. 이렇듯 한-중 FTA는 한국에 있어서는 자신의 최대 교역국과의 FTA라는 특수성과, 중국에 있어서는 자신이 기체결한 FTA 국가들과의 교역액을 훨씬 상회하는 가장 큰 규모의 경제력을 갖춘 교역국과의 FTA라는 특수성을 가진다.

다만, 네 번째 유형의 국가들 중에서 스위스는 중국이 FTA를 기체결한 국가 중 경제규모가 2012년 기준 세계 20위(6,209억 달러)로 15

132) 국제금융 이슈 22권 30호(2013.7.20-26), “중국과 스위스의 FTA체결: 주요 배경 및 시사점,” p. 16

위인 대한민국(1조 1,635억 달러)과 제일 유사하며, 자유시장경제 자본주의 국가로 법치주의에 기반하여 법제도적 측면에서도 유의미한 비교가 가능하므로 이하의 논문에서 중점적으로 참고할 것이다. 뿐만 아니라, 중-스위스 FTA의 지식재산권 협정문은 중국의 FTA 중에서 가장 높은 수준을 규정하고 있으며 기체결 FTA 중 유일하게 특허, 저작권 및 상표 분야를 독립적이고 명시적으로 규정한 협정이므로, 한-중 FTA협상의 중요 비교 및 참조 사례가 된다. 즉, 본 논문에서 중-스위스 FTA는 비록 상기에서 언급한 네 번째 유형의 FTA로 분류되지만, 지식재산권 분야 협정문이 뉴질랜드, 아이슬란드와 중국간 FTA에 비해 대폭 강화되었으므로 새로운 다섯 번째 유형인 한국-중국 FTA 전략 구상에 있어서 유의미한 협상 참고 사례 및 선례로 다룰 것이다.

Ⅲ. 한-중 FTA상 한국의 지식재산권 협상 전략

1. 서론

이렇듯 한-중 FTA는 한국과 중국 모두에게 특수성을 갖는 협정인바, 중국은 지금까지 자신이 기체결한 FTA 내 지식재산권 분야에서 보여준 소극적인 태도를 지양하고 세계적인 추세에 입각하여 한국이 기체결한 한-미, 한-EU FTA를 참고해야 할 것이다. 이러한 한-미, 한-EU FTA는 전세계적으로 주요 교역국간 강화되는 지식재산권 보호 추세에 발맞추어 체결된 FTA이기 때문이다.

물론, 아직까지는 지식재산권의 생산보다 소비에 집중되어 있는 후발산업국인 중국으로부터 한-미, 한-EU FTA 수준의 높은 지식재산권 보호규범을 즉시 기대할 수는 없을 것이나, 빠른 속도로 발전하여 우리를 추격해오고 있는 중국의 저력을 감안할 때, 무단복제, 무임승차를 방치했다가는 조만간 지식재산권 강국의 입지가 역전될 수도 있음을 고려하여, 한국은 최소한 중국이 기체결한 FTA가 머물고 있는 기초적 수

준의 지식재산권 보호수준보다는 더 높은 보호를 받드시 이뤄내야 할 것이다. 즉, “중국의 기체결 FTA-플러스” 접근법을 취해야 한다.

특히, 앞에서 언급한 바와 같이 스위스는 경제규모면에서 한국보다는 작지만 가장 유사하고, 중-스위스 FTA는 특허, 저작권 및 상표 분야를 독립적으로 규정한 유일한 협정일 뿐만 아니라, 지식재산권 법규범 수준을 중국이 기체결한 FTA 중 가장 높게 협상을 마무리지은 FTA이므로, 한국은 이를 참고하여 최소한 중-스위스 FTA 이상의 법규범을 창설해야 할 것이다.

한국정부는 이제 막 시작되어 진행중인 2단계 협상에서 중국이 지식재산권 분야에 관하여 과도히 자국 편향적으로 사고하지 않도록 대화 및 유도해야 할 것이며, 중국이 지식재산권에 관하여 미국이나 EU 수준의 전향적 시각을 가질 때 국제사회에서 명실상부한 종합적인 주요교역국으로 자리잡게 될 뿐만 아니라, 중국의 지식재산 창조경제에도 제도적인 활력소가 될 수 있다는 점을 강조해야 할 것이다.

이하의 분석에서는 1단계 협상에서 2단계 협상분야로 확정된 지식재산권 분야에서 한국이 각 지식재산권 분야별로 어떠한 내용과 어떠한 수준의 법규범을 FTA협정문에 반영해야 할 것인지에 대해 고찰해 보고자 하는바, 이 분석에 있어서는 제3장과 제4장에서의 논의를 통합적으로 활용할 것이다. 또한 각 지식재산권 분야의 분석 마무리에는 각 분야 협상항목의 우선순위별 협상전략 요지를 정리하여 제시할 것이다.

2. 일반규정

(1) TRIPs 협정상 자국 의무 재확인 규정

WTO TRIPs협정상의 의무를 존중한다는 규정은 한국과 중국이 각각 다른 나라들과 체결한 FTA 협정에서 모두 발견되는 내용이므로, 한-중 FTA에서도 역시 이를 반영해야 할 것이다. 이는 양국이 WTO 체제를 준수한다고 선포하는 것뿐만 아니라, TRIPs 수준의 보호만큼은 최소한 서로에게 부여한다는 의지를 밝히는 것이다. 다만, 한국 입장에서는 지식재산권 분야에서 TRIPs 협정수준의 보호만을 부여받는 것 그 이상을 확보해야 할 것이다. TRIPs 수준의 보호는 WTO 회원국 모두 누리는 혜택으로, 양국간 특혜 무역협정인 FTA에서는 그 이상을 목표로 삼아야 할 것이기 때문이다.

(2) 더 광범위한 보호 규정 필요

“더 광범위한 보호”를 한-중 FTA가 규정하는지 여부에 따라 양국이 지식재산권 보호에 대해 합의를 이루었는지 알 수 있을 정도로 중요한 의미가 있기 때문에 한국은 반드시 이 규정을 삽입해야 한다. 물론 한국이 체결한 모든 FTA에서 “더 광범위한 보호 (More Extensive Protection)”규정이 존재하는 것은 아니고, 해당 규정이 임의규정이기도 하지만, 상징적 의미가 강한 규정이므로 반드시 삽입해야 할 것이다. 왜냐하면 중국의 경우, 기체결한 FTA에서는 “더 광범위한 보호” 규정 자체가 없으므로 이번에 이를 삽입하도록 이끌어낸다면 한-중 FTA상 지식재산권 분야가 높은 수준의 보호규범을 지향하는 것을 단적으로 보여 주는 규정이 될 것이다.

한-미 FTA나 한-페루 FTA처럼 TRIPs 협정보다 더 광범위한 보호와 함께 더욱 강화된 지식재산권의 집행(enforcement)까지도 선포한다면 한국으로서는 최선이겠지만, 중국이 이에 대해 반감을 표한다면, 최소한 한-칠레 FTA 제16.2조 “당사국은 국내법으로 이 협정에 따라 요구되는 것보다 더 광범위하게 지식재산권을 보호할 수 있다. 다만, 그러한 보호는 이 협정과 TRIPs 협정에 불합치하지 아니하여야 한다” 정도 수준의 문언은 요구해야 할 것이다. 단, 이에 대해서도 거부감을 표시할 경우

이보다도 한 단계 낮은 한-인도 CEPA 제12.3조의 “각 당사국은 자국의 국내법에서 TRIPs 협정상 부여되는 것보다 더 강화된 지식재산권에 대한 보호를 규정할 수 있다. 다만, 이 협정과 불합치해서는 아니 된다”라는 수준을 삽입하는 것도 아예 삽입하지 않는 것보다는 나은 것이다.

(3) 지식재산권 보호 및 집행에 있어 투명성의 규정

이 규정은 중-뉴질랜드 FTA 제161조 1항 (a), 페루(제144조 5항), 코스타리카(제110조 2항), 아이슬란드(제63조 3항) 그리고 스위스(제11.1조 1항) 등 중국이 체결한 FTA에 모두 규정되어 있는 조항으로, 지식재산권 보호 및 집행에 있어 확실성(certainty)을 가진 투명한 지식재산권 체제를 수립하자는 내용을 규정하고 있다. 이는 투명하고 누구나 납득할 만한 공정한 사법제도에 대한 요구를 달리 표현한 것이므로, 중국의 사법제도가 아직은 법의 지배(Rule of Law)가 아닌 인간관계 등 비법률적인 요소가 개입된다는 의심이 불식되지 않고 있는 현실을 고려하여, 한국도 이러한 규정을 넣어야 할 것이다.

(4) 지식재산권 권리자와 지식재산권 사용자간 이익균형 규정

이 규정은 중국이 기체결한 FTA 모두에서 발견되는 규정인 반면, 한국은 이러한 규정을 삽입한 FTA가 단 한 건도 없다. 중국은 현재 개발도상국으로서 지식재산권을 사용하는 사용자적 측면이 강하고, 지식재산권의 권리자로서의 주장을 통한 이익확보 측면은 미약하므로, 비록 이 규정의 내용이 의무를 부과하는 것은 아닐지라도 중국이 한국에 삽입을 요청할 수도 있다. 그렇다면 이 규정의 취지가 지식재산권자의 권리자 사회나 지식재산권 사용자의 합법적 이해에 우선하는 것이 아님을 명시하고 있는 것임을 감안하여, 한국은 해당 조항이 법적으로 한국을 구속하지 않는다는 조건하에서 수용할 수 있을 것이다. 특히 한국이 “더 광범위한 보호” 규정을 삽입하는 대신에, 이러한 조항을 수용하는 전략도

가능하다.

(5) 권리소진원칙

TRIPs의 경우 제6조에서 권리소진원칙의 적용 배제를 규정하고 있으며, 양국은 모두 동 협정의 당사국이다. 한국도 한-EU FTA 제10.4조를 제외하고는 명확하게 소진 원칙의 적용 또는 배제를 규정한 조항이 없지만, 이를 한-중 FTA에서 규정하지 않을 경우 양국이 TRIPs 협정상 의무를 모두 재확인할 것이므로 권리소진 원칙도 동 협정들에서 적용 배제될 것이다. 따라서 명시적으로 “양 당사자는 지식재산권의 소진에 대한 자신의 제도를 수립할 자유가 있다” 정도의 문구를 삽입하여 양국의 입장을 명확히 한다면 권리소진원칙 관련 정책수립에 자율성을 제고할 수 있을 것이다.

(6) 일반규정 분야 협상전략 요지

상기 논의를 종합해 보면, 일반규정 분야의 협상 전략은 다음과 같이 정리할 수 있다. (1)번 의제인 “TRIPs 협정상 자국 의무 재확인 규정”은 한국과 중국이 체결한 모든 FTA에 기본적으로 포함되므로, 협상을 통해 주고 받을 사항이라기보다는, 당연적인 규정사항이 될 것이다. (3)번 “지식재산권 보호 및 집행에 있어 투명성의 규정” 역시 중국이 기 체결한 모든 FTA에 규정되어 있으므로, 한국이 원한다면 한-중 FTA에도 무리없이 규정될 수 있을 것이다.

다만, (2)번 “더 광범위한 보호 규정”은 임의규정임에도 불구하고 상징성이 강한 규정이므로 반드시 취해야 할 우선적 협상 항목이지만, 중국의 FTA에서는 발견할 수 없는 조항이다. 따라서 중국이 자신의 모든 FTA에 규정하였지만 한국의 기체결 FTA에서는 발견할 수 없는 (4) “지식재산권 권리자와 지식재산권 사용자간 이익균형 규정”과 맞교환할

수 있도록 협상을 이끌어야 하겠다.

(5)번 “권리소진원칙” 규정은 어차피 양국 모두 회원국인 TRIPs에 규정되어 자동적으로 한국과 중국에 적용 배제되고 있으므로, 더욱 명확히 할 의사가 양국 모두에게 존재하지 않는다면 규정하지 않아도 무방할 것이다.

3. 저작권

(1) 서론

한국이 체결한 FTA 중에서 한-미, 한-EU FTA는 매우 포괄적이고 상세한 저작권 규정을 두고 있는 반면, 중국이 체결한 FTA 중에서 저작권 관련 별도 조항을 둔 협정은 중-스위스 FTA뿐이다. 따라서 스위스와의 선례가 있으므로 중국이 우리의 저작권 조항 별도 신설에 대해 거부하지는 못하겠지만 한-미, 한-EU FTA 수준의 상세한 규정은 회피하려 할 수 있다. 그렇다면 한국은 아래에서 자세히 보는 바와 같이 한-미, 한-EU FTA와 중-스위스 FTA의 중간 수준 정도로 법 규범을 강화시켜 규정한다면 비교적 성공적인 저작권 분야 협상전략을 구사하는 것이라고 볼 수 있겠다.

(2) 저작자 권리의 존속기간

한국은 저작자 권리의 존속기간을 TRIPs협정이 부여하는 저작자 생존기간과 저작자 사망 후 50년보다 더 강화한 사망 후 70년으로 규정하고 있지만, 중국의 경우 TRIPs협정 수준의 사망 후 50년만 부여할 뿐이다. 또한 중국이 기체결한 FTA에서는 저작자 권리의 존속기간에 대한 명시적 규정도 부재하므로, 한-중 FTA에는 이를 명시적으로 규정할 필

요가 있다. 더군다나 최근 한류 열풍을 타고 각종 연예인 프로필을 담은 사진 저작물, 한국 드라마 저작물, 음악 콘서트 등의 실연을 녹화한 작품들이나 음반에 대한 수요가 폭발적으로 늘어난 상황에서 저작자 권리의 존속기간을 70년으로 증가시키는 작업이 반드시 필요하다.

70년으로의 증가가 필요한 이유로는 특히 다음과 같은 두 가지가 있다. 우선, 미국과 EU를 비롯하여 전세계적인 추세가 저작권 보호기간의 연장 쪽으로 가닥을 잡아가고 있고 고도로 통합된 국제무역관계상 보호기간이 상이할 경우 법 집행 및 상업 거래상 혼란이 있을 수 있으므로, 한국도 중국에게 이를 근거로 연장을 요구해야 한다. 또한 두 번째로, 한국 정부가 중국-스위스 FTA 이상의 법규범 창설을 목표로 할 경우, 최소한 중-스위스 FTA 이상의 보호기간을 얻어내야 성공한 협상이라고 할 수 있을 것이다.

한국의 경우, 저작자 권리의 존속기간에 대해서 명문으로 규정하고 있는 FTA는 한-미, 한-EU 그리고 한-페루 FTA 세가지인데, 제3장에서 논했듯이 각각 그 규정이 다르다. 중국과의 협상에서 한국은, 자연인의 수명 이외의 요건도 고려하는 경우를 제외한 한-EU 형식은 피하고, 한-미 FTA 제18.4조 4 수준을 반영하는 것이 바람직할 것이다. 한-미 FTA 제18.4조는 저작물(사진 저작물 포함)·실연 또는 음반의 보호기간을 산정하는 경우, 자연인의 수명에 기초하면 저작자의 생존기간과 저작자의 사후 70년 이상이라고 규정하고 있다. 그리고 자연인의 수명 이외의 요건에 기초하면 그 기간은 저작물·실연 또는 음반이 합법적으로 최초 발행된 연도 말로부터 70년 이상이거나 저작물 등의 창작 25년 이내에 발행 못 했을 경우, 창작 연도 말로부터 70년 이상이라고 규정한다.

현재 한-중 저작권 시장에 있어서, 중국은 삼국지, 수호지, 유교 경전 등 고전분야에 경쟁력을 가지고 있으며, 한국은 현대 음악, 드라마, 대중 문화 분야에 경쟁력을 가지고 있다. 그러나 중국 고전분야의 경우,

저작권을 주장하기 어려울만큼 창작 후 오랜 시간이 지났기 때문에 FTA에 의하여 저작권을 보호받을 수 없지만, 한국의 문예창작물의 경우는 저작권 보호를 통한 국익 확보가 가능한 현재진행형 시제이다. 따라서 한-중 FTA에서 저작권 보호 규범을 제대로 정립한다면, 한국은 향후 한-중 문화시장에서 정당한 권익을 유지하게 될 것임은 물론 중국도 국제규범에 적합한 법제에 한걸음 다가서는 일이 될 것이다. 다만, 우리가 미국에 2년간의 유예기간을 요구하여 관철시킨 것처럼, 우리도 중국이 원할 경우 중국에 대해 합리적인 유예기간을 허용할 수는 있을 것이다.

(3) 저작인격권의 인정

위에서 논했듯이, TRIPs협정은 저작인격권을 인정하지 않았는데, 중-스위스 FTA는 이와 달리 제11.6조 5항에서 저작인격권을 인정하였다. 오히려 한국의 경우, 국내적으로는 저작인격권을 인정함에도 불구하고 한국에 현재 발효한 FTA에서 이를 규정한 경우를 찾을 수 없었다. 그러나 한국과 중국이 모두 저작인격권을 인정하고 있으므로 어렵지 않게 한-중 FTA에 해당 내용을 명시적으로 규정할 수 있을 것이다.

(4) 예술가의 예술저작물에 대한 재판매권 규정

재판매권은 한국에서도 아직 낯설은 개념이며, 중국도 자신이 체결한 그 어떠한 FTA에서도 이를 규정한 경우가 없다. 그리고 이하와 같은 한-중 양국의 이유로 해당 조항은 논의가 될 소지가 높지 않아 보인다.

우선, 한국측 이유로는 재판매권에 대해서 가장 관심이 높았던 한-EU FTA도 재판매권 포함 여부에 대해 추후 재협상할 것만을 규정하고 있고, 재판매권 인정 근거인 베른협약 제14조의 3도 임의규정일 뿐이

어서 회원국에 도입 여부 재량이 주어져 있으며, 한-EU FTA 못지않게 지식재산권 규범을 높게 규정한 한-미 FTA에서는 협정문 자체에도 포함되지 못하였음을 들 수 있다. 중국측에서도 자신의 기체결 FTA에 단 한번도 언급되거나 규정된바 없으므로 이러한 근거로 보아 논의 소지가 낮다고 할 수 있다.

(5) 기술조치

기술조치란, 저작자가 저작물에 대한 접근을 제한하거나 복제를 방지하기 위한 통제조치를 의미하며, 접근통제와 이용통제로 구분됨을 제3장에서 이미 논한 바 있다. 한국은 한-미 FTA를 통해 이용통제뿐만 아니라 접근통제까지도 인정하게 되었는데, 한-중 FTA에서도 기술조치에 대해 확실하게 규정할 필요가 있다. 중국의 경우, 기술조치에 대해 규정한 FTA는 부재하므로 이를 규정하는 것에 거부감을 나타낼 소지가 높다. 따라서 만약 이용통제와 접근통제라는 두 가지 기술조치를 수용시키기 어렵다면, 최소한 이용통제에 대해서만 반드시 규정을 해야 할 것이다. 왜냐하면, 이용통제(use control)는 저작물을 복제, 방송, 배포하는 행위를 통제하는 것으로, 영화 DVD를 복제할 경우 화질을 떨어지게 하는 경우 등을 예로 들 수 있는데, 한류 열풍을 통해 각종 콘텐츠가 온-오프라인에서 불법유통되는 것을 막기 위해서는 기술적 보호조치에 관한 무력화 장치의 거래를 금지하는 것이 필수적이기 때문이다. 다만, 한-미 FTA 제18.4조 7항 라호처럼 열거적으로 예외규정을 도입하거나, 한-EU FTA 제10.12조 4처럼 예외를 추후에 규정할 수 있다는 원칙만을 천명하도록 유연하게 규정할 수 있을 것이다.

(6) 권리관리정보

권리관리정보란 저작물, 권리자, 이용조건 등을 식별하는 정보로서 저작물에 부착되거나 그 공연, 방송 또는 전송에 수반되는 것을 의미한다.

다. 한국의 경우, 3건의 FTA만이 이를 규정하고 한-미 FTA를 제외하고는 기존 한국 국내법 정도의 보호만을 부여하고 있다. 중국의 경우 권리관리정보에 대한 규정은 기체결한 FTA에서는 부재하다. 다만, 거대한 중국 시장에서 한류 열풍으로 대변되는 한국 저작물의 유통과정에서 해당 권리관리정보를 명시하도록 요구하는 것은 일견 당연한 것으로 보인다. 한국에게 가장 바람직한 전략은 한-미 FTA처럼 보호 범위를 넓힐 뿐만 아니라, 예외 조항과 위반시 이를 제재할 집행 규정을 이용할 수 있도록 하는 것이지만, 중국이 이에 대해 난색을 표명할 경우, 한-EU 및 한-터키 FTA처럼 기존 한국 국내법 수준의 보호 범위라도 반드시 협정에 반영시켜야 하겠다. 이들 두 FTA는 고의로 권리관리정보를 제거·변경하는 행위와 권리관리정보가 제거·변경된 사실을 알고 저작물 등을 배포·공연·방송 또는 전송하거나 배포의 목적으로 수입하는 행위 두 가지를 금지하고 있다.

(7) 대학가 불법 복제

이는 한-미 FTA 부속서한에만 규정된 내용으로, 중국어 저자가 직접 집필한 대학교재가 한국에서 널리 사용되지 않는 현 상황에 비추어 보아 이러한 내용이 한-중 FTA에서 쟁점이 될 소지는 높지 않다. 다만, 중국어 학습에 대한 관심이 나날이 증대되는 한국의 경우, 중국어를 배우기 위해 중국어 저자가 집필한 어학교재가 대학가 등에서도 복제되어 사용될 수 있으므로, 중국이 이에 대해 선제적으로 해당 규정을 요청할 수도 있겠다. 또한, 중국에서 한국어 학습에 대한 열기가 뜨거워진 현 상황에서 한국인 저자가 집필한 한국어 교재가 중국 대학가에서 복제 유통되지 말라는 법도 없기 때문에, 이에 대한 대비책으로 대학가 불법복제에 관하여 규정할 수도 있을 것이다. 중국 내 대학 수는 한국 대학 수에 비할 바가 안 될 정도로 훨씬 많으므로, 해당 규정을 삽입하게 될 경우 한국의 권익보호에 더 유익할 것이다.

(8) 저작권 분야 협상전략 요지

저작권 분야를 정리하자면 이하와 같다. (3)번 “저작인격권의 인정”은 중국-스위스 FTA에 이미 규정되어 있고, 한국 국내법상 인정되는 항목이므로 한-중 FTA에도 어려움 없이 기본적으로 포함될 수 있을 것이다.

우선적 협상 대상으로는 (2) “저작자 권리의 존속기간”을 연장시키는 것을 들 수 있다. 상기에서 밝힌 이유와 같이 전 세계적 추세가 저작권 보호기간 연장쪽으로 나아가고 있으며, 중-스위스 FTA 이상의 규범을 창출하기 위해서는 70년으로 연장할 필요가 있으므로, 반드시 취해야 할 부분이다. 또한 (5)번 “기술조치”와 (6)번 “권리관리정보” 역시 취해야 할 의제들이지만, 본문에서 밝힌 바와 같이 일정 수준의 양보가 가능한 상황이다. 즉, “기술조치” 부분에서는 이용통제를 최소한 취하고 접근통제를 양보 가능하며, “권리관리정보” 규정 수준을 한-미 FTA에서 완화시켜 한-EU, 한-터키 FTA 수준으로 양보 가능함을 설명하였다. 이렇게 (5)와 (6)에서의 양보에 대한 맞교환으로 (7) “대학가 불법 복제” 금지 규정을 한-미 FTA 내용을 참고하여 삽입하는 전략을 사용할 수 있겠다.

(4) “예술가의 예술저작물에 대한 재판매권 규정”은 상기에서 논한 한국과 중국 양측의 이유로 인해 논의될 소지가 높지 않음을 보였으므로, 한국이 부담을 가질 필요가 낮은 것으로 사료된다.

4. 상표 및 지리적 표시

(1) 서론

한국은 한-미 FTA를 통해 상표를, 한-EU FTA를 통해 지리적 표시를 규율하는 법규범이 대폭 강화되었다. 반면, 중국은 중-스위스

FTA를 통해 처음으로 자신의 FTA에서 상표 분야를 반영하였고, 지리적 표시의 경우 중-페루 FTA에서만 중국이 보호하려는 자신의 구체적인 지리적 표시를 부속서에 규정해 놓았다. 이렇듯 양국이 기체결한 협정 내용이 많은 차이를 보이는 상황에서, 어느 한 쪽만의 요구사항을 관철하기는 어려울 것으로 보인다. 즉, 한국이 중국에 한-미, 한-EU FTA 수준을 요구하거나, 중국이 자신이 기체결한 FTA에 규정된 매우 낮은 수준의 범규범을 요구할 수 없다는 것이다. 따라서 한국은 자신에게 필요한 필수적 내용은 한-미, 한-EU FTA에 비추어 한-중 FTA에서 반영토록 관철시키되, 그 외의 사항은 처음으로 상표 분야를 반영한 중-스위스 FTA와, 중국 자신의 구체적인 지리적 표시를 유일하게 규정한 중-페루 FTA의 맥락에 맞추어 전략적으로 유연성 있게 판단해야 할 것이다.

(2) 등록할 수 있는 상표의 범위

중-스위스 FTA 제11.7조 1항은 상표가 시각적으로 인식이 될 수 있어야만 등록 가능함을 밝히고 있다. 이는 소리 및 냄새 상표를 인정하지 않는 것으로, 한-미, 한-EU FTA와는 상반되는 사항이다. 한국 정부가 미국과 EU와의 협상에서 소리 및 냄새 상표를 인정한 이유는 주요교역국간 무역에서 이를 사용하는 기업들이 증가하였기 때문이라고 상술한 바 있다. 하지만 현재 우리나라의 경우, 인지도가 높은 냄새 상표는 찾기 어렵고, 소리 상표와 가장 유사한 것도 SK Telecom의 ‘생각대로 T 리듬’ 정도뿐이다. 따라서 해당 규정은 향후 추가 협상 가능성만을 협정에 규정하고, 만약 중국이 비시각적 상표를 인정하기 어렵다는 입장이라면 현재로서는 유연한 입장을 취할 수도 있을 것이다.

(3) 증명표장 제도의 도입 여부

증명표장 제도는 한-미 FTA를 통해 한국도 처음 도입하기로 결

정한 사안이며, 중국은 자국 내에서 이미 증명표장 제도를 시행하고 있지만 기체결한 FTA들에서는 증명표장 제도를 명시적으로 규정하지는 않았다. 오히려 한국보다도 중국에서 먼저 증명표장 제도가 시행되고 있었기 때문에 한국은 어렵지 않게 해당 내용을 FTA에 반영시킬 수 있을 것으로 판단된다. 증명표장은 소비자의 품질 오인 및 출처혼동 방지 목적으로 사용되는 상표이므로, 상표의 품질보증기능 강화 및 기업의 우수 상품생산 유도 등의 긍정적 효과를 위해 양국이 이를 협정에 명시적으로 규정해야 할 것이다. 다만, 한국은 증명표장 제도를 도입한 지 얼마 되지 않았으므로, 한-미 FTA처럼 의무규정을 들 것이 아니라 한-터키 FTA처럼 임의규정으로 도입하는 방안도 있을 것이다.

(4) 지리적 표시

지리적 표시의 보호와 관련하여 한국은 그 보호대상 범위를 잘 설정해야 할 것이다. 즉, 한-EU FTA처럼 농산물 및 식품, 그리고 포도주, 방향포도주 및 증류주로 보호대상이 한정되지만 그 보호정도는 강화된 FTA도 있고, 보호대상에 제한은 없지만 보호정도는 TRIPs 협정 수준인 FTA도 있다. 중국의 경우 한-EU FTA 형태의 보호대상 제한은 없고, 보호정도도 TRIPs 협정 수준의 FTA만을 기체결한바 있다. 한국의 경우, 현재 농산물 및 식품 분야는 중국과의 FTA 체결시 가장 큰 타격을 입게 될 분야로 예상되는데, 한-EU FTA의 EU처럼 경쟁력있는 농산물을 다수 보유하고 있지는 않은 것으로 파악된다. 따라서 농식품 및 주류 분야에 한정하여 지리적 표시 보호를 강화하는 것보다, 보호대상 범위를 넓히고 보호수준도 TRIPs 협정 수준으로 규정한 중-페루 FTA처럼 결정한다면 중국과의 합의가 어렵지 않을 것으로 보인다. 지리적 표시 분야에서 특히 중-페루 FTA를 언급한 이유는, 제3장에서 밝혔듯이 중-스위스 FTA는 구체적인 지리적 표시 목록을 포함하고 있지 않아 중-페루 FTA가 더욱 유의미한 비교 대상이 되기 때문임을 밝혀둔다.

(5) 상표 및 지리적 표시 분야 협상전략 요지

상표 분야에서는 한-중 양국이 기체결 FTA에 공통적으로 규정하여 무리 없이 협정문에 규정될 기본적인 사항은 없는 것으로 보인다. 다만, (2) “등록할 수 있는 상표의 범위”에서 비시각적 상표를 제외할 수 있는 전략적 유연성이 한국에게 있음을 잘 활용해야 할 것이다. 즉, 중국은 현재 중-스위스 FTA에서 명시적으로 시각적 상표만을 인정하고 있으며, 한국도 현재 비시각적 상표를 최근에는 한-미, 한-EU FTA를 통해 인정했으므로 비시각적 상표 규정의 이익 실현이 근시일내에는 다소 요원하다. 따라서 이 전략적 유연성을 (3) “증명표장 제도의 도입 여부”를 결정함에 있어 한국이 동 제도를 한-중 FTA에 규정하도록 요구하는데 맞교환할 항목으로 사용할 수 있을 것이다. 중국의 경우 증명표장 제도를 국내에서 시행하고 있지만 FTA에서는 단 한번도 명문화한 적이 없으므로 한-중 FTA에서도 규정하려 하지 않을 소지가 높기 때문에, 비시각적 상표를 양보하고 증명표장 제도를 취하도록 한국정부가 협상할 수 있을 것이다.

지리적 표시 분야에서는 중-스위스보다는 중-페루를 참고해야 함을 밝혔으며, 중-페루 수준의 지리적 표시 보호를 규정한다면 한-중 FTA에 큰 무리없이 규정될 수 있는 기본 규정사항으로 볼 수 있을 것이다. 즉, 중-페루 FTA는 보호정도를 TRIPs 정도로 두었으며, 보호대상도 한-EU FTA처럼 농식품 및 주류에 한정하지 않아 보호범위도 넓다. 중-페루 FTA 수준의 보호는, 농식품 및 주류 분야에 세계적 경쟁력을 아직 갖추지 못한 한-중 양국의 이익 모두에 부합하므로, 일단 지리적 표시 구체 목록을 규정해 놓고 추후 보호대상 추가 가능성을 규정해 놓는다면 바람직한 협상 결과가 될 것이다.

5. 특허

(1) 서론

한국과 중국은 특허 관련 규범에 있어 공유하고 있는 부분이 한 가지 있다. 즉, 유일하게 특허에 대해 독립적인 조항을 두고 있는 중-스위스 FTA는, 한국이 스위스가 회원국인 EFTA와 체결한 FTA와 동일하게 특허요건과 특허예외사항을 규정하고 있다. 즉, 인간 또는 동물의 진단·치료·수술방법은 인도주의적인 측면 등을 고려, 특허허여 대상으로부터 제외되어야 함을 한-중 양국이 공유하고 있는 것이다.

그러나 이러한 특허 부여금지 사유를 제외하고 중국은 자신의 FTA에서 특허를 어떻게 부여하고 보호할 것인지에 대한 실제법규가 부재하다고 할 수 있을 정도로 소극적인 태도를 보이고 있다. 다시 말하자면, 중-스위스 FTA는 제11.8조 1항에서 특허 받을 수 있는 발명이 신규성, 진보성 및 산업상 이용가능성이 있을 것과, 발명의 충분하고 효과적인 보호를 보장하는 것만을 추상적으로 규정하고 있으므로, 중국이 특허 분야에서 보호할 사항을 법규범화 하는 것에 소극적임을 알 수 있다.

그렇다면, 한국은 이러한 후발 산업국이자 왕성한 특허권 사용국인 중국의 소극적 태도를 염두에 두면서도, 효과적인 특허 보호 확보를 위해 한-미, 한-EU FTA 규정사항과 비교하면서 필수적으로 취할 것은 취하고, 이를 위해 일부 교환할 것은 교환하는 협상을 진행해야 하겠다.

(2) 불합리한 등록 지연에 대한 특허 존속기간 연장

특허등록 후 출원일로부터 20년인 특허권 보호기간이 불합리한 지연으로 인해 실질적으로 감축될 경우, 이에 대한 보상 차원에서 불합리한 지연기간만큼 연장 가능토록한 이 규정은, 한-미 FTA와 한-EU FTA 두 FTA에서만 규정하고 있는바, 한국도 기타 FTA 체결국과의 협상에서는 해당 내용을 강력하게 주장한 사안이 아니다. 또한 특허 보호에 소극적인 중국이 이러한 내용에 대해서 선제적으로 요구할 사안도 아

니므로, 한-중 FTA에서는 이 내용이 반영될 소지는 높지 않아 보인다.

그렇다면 한국은 특허 존속기간을 단순히 수치상으로 연장하여 보장받기 위해 노력하기보다는 일단 중국 내에서 특허 존속기간 내 효과적인 집행을 통하여 확실하게 권리 구제를 받고, 또한 공지예외 적용기간 연장을 통해 특허 인정을 용이하게 받는 쪽으로 전략을 수립해야 할 것이다.

(3) 공지예외 적용기간의 연장

공지 예외란, 특허 출원 이전 공개(공지)된 발명은 특허를 받을 수 없으나 발명자 자신이 공지한 발명에 한해 일정기간 예외를 인정하는 것으로, 한국은 당초 국내법상 6개월로 규정되어 있었으나, 한-미 FTA에서 12개월로 공지예외기간을 연장한 바 있다. 현재 한국의 중소기업이 중국에 많이 진출해 있으면서 산업박람회 등에서 자사 기술 홍보를 하다가 자칫 추후 특허등록시에 공지 기술로 오인될 소지가 높기 때문에, 한-미 FTA처럼 12개월 연장은 아니더라도 최소한 6개월의 공지예외 적용기간을 한-중 FTA에 반영토록 중국에 요청할 수 있을 것이다.

(4) 의약품 허가-특허 연계 의무

의약품 허가-특허 연계 의무란, 복제 의약품 시판허가를 받기 위해 원 개발자가 제출한 자료를 기초로 하여 후발신청자가 식약청에 시판허가를 신청하는 경우, 허가단계에서 복제약 시판허가를 신청한 사람의 신원을 특허권자에게 통지하고 특허권자 동의 없이 복제 의약품이 판매되지 않도록 하는 의무로, 한-미 FTA만이 규정하고 있는 사안이다. 신약 출시 비중이 매우 낮은 한국 제약업계의 현실상 당장은 한-중 FTA에서 이를 반드시 규정해야 할 필요성은 낮아 보인다.

다만 한국 제약업계도 이미 내부적으로 R&D에 심혈을 기울여오고 있는 등 그 결실을 맺을 것에 대비하여 아래의 자료보호 제도와 연계하여 협상전략을 수립해야 할 것이다.

(5) 의약품 및 농약품 안전성 및 유효성 정보 관련 자료보호 제도

상기 의약품 허가-특허 연계 의무는 한-중 FTA에서 반영하지 않는다 하더라도, 한-미, 한-EU FTA에 모두 규정된 의약품 및 농약품 안전성 및 유효성 정보 관련 자료보호 제도는 한국과 중국이 모두 회원국인 TRIPs 협정 제39조와 관련되어 있는 사안이므로, 추후 한국의 의약품 및 농약품 관련 기술이 발달할 경우를 상정하여 일단 규정하는 방안도 나쁘지 않을 것이다.

(6) 특허 분야 협상전략 요지

한-미, 한-EU FTA 규정내용과 중-스위스 FTA에서 노정되는 중국의 소극적 태도를 염두에 두면서 분석한 상기 전략 내용을 종합하자면 다음과 같다. (3) “공지예외 적용기간의 연장”은 한국 중소기업 등의 이익 확보를 위해 우선적으로 취해야 할 것이며, 이를 얻기 위해 (2) “불합리한 등록 지연에 대한 특허 존속기간 연장”을 교환할 수 있을 것이다. 즉, 위에서도 밝혔듯이 단순히 수치상으로 보호받는 기간을 연장하는 것보다, 중국당국으로부터 특허를 받을 수 없는 경우의 수를 줄여 특허권을 확보하는 것이 더 실용적인 것으로 보인다.

또한, (4) “의약품 허가-특허 연계 의무”는 신약 출시 비중이 매우 낮은 한국 제약업계의 현실상 일단 협정에 규정할 것을 요구한 후 중국이 반대하면 물러나면서, 그 반대급부로 (5) “의약품 및 농약품 안전성 및 유효성 정보 관련 자료보호 제도”를 협정에 반영하는 전략을 구사할 수 있겠다. 물론, (4)와 (5) 모두 신약 개발과 새로운 농약품 개발을 전

제로 하고 있지만, (5)는 의약품에 더하여 농약품까지도 포함하고 있어 향후 관련산업 발전시 보호받을 수 있는 대상이 더 많고, 비록 우리 제약업계가 신약개발 비중이 낮아도 중국 제약업계보다는 앞서 있으므로 장기적으로 볼 때 (5)를 규정해 놓는 것은 유익할 것으로 보인다.

6. 지식재산권의 집행

(1) 서론

지식재산권의 집행 부분은 지식재산권 침해를 방지하고 침해에 대한 구제방법을 확보하는 수단을 규정하는 것인데, 한국은 한-미, 한-EU FTA에서 민사구제, 형사집행, 국경조치, 온라인서비스제공자의 책임 등에 대한 매우 상세한 집행 규정을 두었다. 중국은 중-페루, 중-코스타리카 FTA에서는 국경조치 규정만을, 중-스위스 FTA에는 민사구제, 형사집행 그리고 국경조치를 규정하고 있다. 즉, 중국이 체결한 FTA에서는 온라인서비스제공자에 대한 규정은 찾아볼 수 없다.

한국은 실효성이 있는 집행규정을 협정문에 반영하기 위해 노력하여야 하며, 이를 통해 한국의 지식재산권자가 중국에서 충분한 사전 보호와 사후 구제를 받을 수 있어야 한다. 그러나 집행 규정은 침해국 국민을 민사적으로나 형사적으로 직접적인 제재를 가한다는 점에서 민감한 협상 부분이 될 소지가 높으며, 중국측이 더욱 예민하게 반응할 부분이기도 하다.

이하에서는 민사구제, 형사집행, 국경조치 그리고 온라인서비스제공자의 책임 순서로 한-중 FTA상 한국의 전략에 대해서 논하도록 한다.

(2) 민사구제

① 법정손해배상제도

2007.4.2. 타결되어 2012.3.15. 발효된 한-미 FTA에서, 미국은 미국의 연방 저작권법과 연방 상표법에 규정된 법정손해배상(Statutory Damages)¹³³⁾과 유사한 제도가 포함되기를 요구하여 반영시켰다. 그 결과 한국에도 2011.12.2. 개정 저작권법 제125조의 2에 ‘법정손해배상의 청구’라는 표제로 법정손해배상제도가 신설되기에 이르렀다.

그 입법취지는, 저작권의 침해로 인한 손해는 그 실질적인 손해를 측정함에 있어서 통상의 물적 손해로 인한 손해배상의 경우에 비하여 손해액의 산정이나 증명이 용이하지 않고, 때로는 실손해가 소송비용보다 적은 경우도 있어 배상을 받더라도 현실적으로 부적절한 배상이 될 수 있기 때문에, 실손해액의 증명을 피해자인 저작권자에게 부담시키지 않고 일정한 범위 내에서 손해액을 산정할 수 있도록 법정손해배상제도를 도입한 것이다.

따라서 저작권법 제125조의 2에 의하여, 등록된 저작물의 저작재산권자 등은 고의 또는 과실로 권리를 침해한 자에 대하여, 사실심(1,2심)의 변론이 종결되기 전까지, 실제 손해액이나 제125조 또는 제126조에 따라 정하여지는 손해액에 갈음하여 법정손해배상을 선택적으로 청구할 수 있는데, 법원은 그 청구에 대하여 변론의 취지와 증거조사의 결과를 고려하여 침해된 각 저작물 등마다 1천만원 이하의 범위에서 상당한 금액의 배상을 산정할 수 있고, 특히 영리를 목적으로 고의로 권리를 침해한 경우에는 5천만원까지 손해산정액을 증액할 수 있도록 하고 있다.

한편, 중국은 지식재산권 침해로 인한 손해에 대하여 원칙적으로

133) 이규호, 미국 연방저작권법상 법정손해배상제도에 대한 연구, 정보법학 제11권1호, 2007, p.91, ‘법정손해배상제도(Statutory Damages)는 법률에 규정된 바에 따라 권리침해가 인정되는 경우에 일정한 요건이 충족되면 법에 규정된 일정액 또는 일정 범위의 액을 법원이 손해배상액으로 부과할 수 있도록 하는 것으로서, 연방저작권법 제504조 제c항 제1호에 따라 저작권자는 중국판결 전까지 그의 선택에 따라 실제 손해액 및 침해자가 침해로 인하여 얻은 이익에 갈음하여 법정손해배상을 청구할 수 있다.’

불법행위자가 권리자의 실제 손해를 전부 배상하도록 하고 있으나, 권리자의 실제손해 또는 불법행위자의 불법소득을 확정하기가 곤란하고 기타의 방법을 통하여 불법행위자의 배상액수를 확정할 수 없는 경우에 보충적으로 법원이 법정액(1만 위안 이상 100만 위안 이하) 한도 내에서 구체적인 배상액을 확정하는 법정손해배상제도를 운용하고 있다.¹³⁴⁾¹³⁵⁾

각국의 법정손해배상제도의 법적 성격을 살펴보면, 미국의 법정손해배상제도는 사실상 징벌적 손해배상의 성격을 내포하고 있다는 점(하한 750달러 이상 ~ 상한 30,000달러 이하이되, 고의침해는 150,000달러까지 증액 가능하고, 과실침해는 200달러까지 인하 가능)을 부정할 수 없고, 이와 달리 중국의 법정손해배상제도는 당사자가 직접 법정손해배상을 청구할 수 없고 실제 손해배상의 산정이 곤란한 경우에만 법정손해배상에 따른 손해배상을 적용하는 보충적 성격을 가진다고 할 수 있다. 반면, 한국의 법정손해배상은 실손해배상의 청구에 갈음하여 선택청구할 수 있으며, 손해액 산정에 있어서 상한만을 두고 있을 뿐 하한을 규정하고 있지 않다는 점에서는 미국과 중국의 두 가지 유형이 혼합된 형태로 볼 수 있을 것이지만, 손해배상액의 하한 1만 위안과 상한 100만 위안만을 규정하고 있는 중국의 법정손해배상과 달리, 한국 저작권법 제125조의 2가 영리목적의 고의침해에 관하여 배상액의 증액을 규정한 것으로 볼 때, 한국 저작권법상의 법정손해배상은 실손해배상 외에 징벌적 배상의 요소를 포함한 미국의 그것에 가까운 ‘혼합형’ 정도로 평가할 수 있을 것이다.¹³⁶⁾

그렇다면 결론적으로, 한-중 FTA에서의 법정손해배상은, 실손해배상의 청구에 갈음하여 선택적 청구가 가능하도록 할 뿐만 아니라, 고의적 침해에 대하여는 배상액을 증액할 수 있도록 하는 것이 한국의 입장에서는 바람직할 것이다.

134) 오승중, 법정손해배상제도에 관한 연구 (2012.11), p.74, 78

135) 2013.10.21.기준 1위안 = 174.07원

136) 오승중, 앞의 논문, pp.91~92

② 대체분쟁해결제도

이는 한-미 FTA에서만 규정되어 있는 제도로, 소규모의 지식재산권 침해 발생시 법적 소송 대신 절차적으로 간편한 조정 등에 의한 분쟁의 조기해결을 목표로 한다. 중국은 특히 한국과 지리적으로 인접할 뿐만 아니라 생활감각적으로도 유사하여 상업적이 아닌 소규모의 지식재산권 침해 발생사태가 많을 것으로 판단되므로, 이 제도를 협정에 삽입할 필요가 있을 것으로 보인다. 한-미 FTA에서도 임의규정으로 되어 있듯이, 중국과의 경우도 동일하게 규정할 수 있을 것이다.

③ 정보제공명령 권한

한-미 FTA와 한-EU FTA 모두 법원이 침해와 관련된 모든 정보를 제공하도록 명령할 수 있는 권한에 대해 규정하고 있다. 다만, 한-미 FTA에는 소송 관계자가 재판과정상의 비밀정보를 유출하였을 경우 법원이 제재할 수 있다는 규정까지 있지만, 한-EU FTA에는 그러한 제재 규정이 없다. 중국과의 FTA에서 한국도 정보제공명령 규정과 함께 이러한 제재 규정을 삽입하여 소송과정에서 요구되는 자료가 더 큰 지식재산권 침해를 방조하게 되는 상황을 막아야 할 것이다.

④ 유효한 명령 불복시 제재 규정

이 규정 역시 한-미 FTA에서만 발견되는 규정으로, 민사절차에서 법원의 유효한 명령에 불복할 경우 이를 제재할 수 있는 근거 규정을 마련하였다. 제재는 금전적 과태료 또는 인신억류적 감치가 모두 가능하다. 미국처럼 한국도 단순히 집행 조치만을 TRIPs 협정보다 강화하는 것에 머무르지 말고, 이렇게 강화된 집행 규정을 실질적으로 이행하도록 강제하는 수단을 협정에 명시적으로 반영해야 할 것이다.

(3) 형사집행

① 형사집행의 범위

중-스위스 FTA는 형사집행을 규정한 유일한 FTA이며, 상업적 규모의 고의적 상표위조와 저작권 침해의 경우에 적용될 형사절차 및 처벌을 규정하고 있다. 그러나 이 조항은, 한-미 FTA의 형사집행 범위와 비교했을 때 저작권접권 침해행위에 대한 처벌을, 한-EU FTA와 비교했을 때에는 저작권접권과 지리적 표시 침해행위에 대한 처벌을 각각 배제하고 있다. 따라서 한국은 중국이 이미 고의적 상표위조와 저작권 침해를 형사집행 범위 내에 수용한바 있으므로, 저작권접권과 지리적 표시에 대한 침해까지도 확장하도록 요구할 수 있을 것이다.

② 형사절차 및 처벌의 유형

한-미, 한-EU FTA는 공통적으로 압수, 자유형(징역), 재산형(벌금·몰수)을 형사절차 및 처벌의 유형으로 규정하고 있다. 한-중 FTA도 이를 규정하도록 추진하여야 할 것이다.

③ 비친고죄 도입 여부

우리나라는 이미 2006.12. 등 수차례의 저작권법 개정을 통해 비친고죄를 도입하였고, 이는 한-미 FTA에도 규정된 사항이다. 고소 없이 수사기관 직권으로 공소 제기가 가능한 비친고죄는 지식재산권 강국인 미국의 영향을 많이 받은 규정이다. 따라서 한국에 발효된 기타 FTA에서는 비친고죄 규정이 없으므로, 중국측에서도 이를 근거로 비친고죄 규정에 소극적인 의사를 표할 수 있다. 그러나 저간의 중국내 위반사례를 입증하여 고의적·상습적·영리적 침해행위에 대하여는 피해자의 고소없이도 처벌할 수 있도록 중국측을 설득하여야 할 것이다.

④ 영화관 내 도촬 금지 조항

한국의 경우, 이 규정은 한-미 FTA에서만 규정된 사항이지만, 중국과의 FTA 협정문에 반드시 삽입할 필요가 있는 조항이다. 영화관에서 비디오카메라 등을 통해 영화 또는 그밖의 영상저작물을 촬영하거나 촬영을 시도하는 행위에 대한 형사처벌 절차를 규정할 의무를 부과하여, 중국에서 큰 인기를 끌고 있는 한국 영화에 대한 보호를 확실히 해 둘 필요가 있기 때문이다.

(4) 국경조치

① 서론

중국이 체결한 FTA 중 페루, 코스타리카, 스위스와의 3개 FTA만이 국경조치를 규정하고 있으며, 중-스위스 FTA는 페루, 코스타리카와의 FTA보다 그 규범이 강화되었다. 페루, 코스타리카와의 FTA에서도 국경조치는 TRIPs 협정보다 강화된 부분이 있음을 제4장에서 확인한 바 있다. 따라서 국경조치 부분에 있어서는 한국도 중-스위스 FTA 플러스 방식을 취하여, 한-미, 한-EU FTA에는 상응하지 못하더라도 중국의 기 체결 FTA보다는 국경조치를 강화하려고 노력해야 할 것이다.

② 국경조치 적용범위의 확대

한-EU FTA는 국경조치의 적용범위를 확대하여, 통관보류조치 적용대상을 현행 “상표권·저작권 및 저작인접권 침해상품”에서 “특허·등록 디자인·지리적 표시·식물신품종권 침해상품”에까지 확대한 바 있는데, 중국도 스위스와의 FTA에서 상표와 저작권 외에 특허와 디자인까지 국경조치의 적용범위를 확대하였다. 따라서 한국은 중국이 이미 중-스위스 FTA에서 국경조치 적용범위를 확대한 것처럼, 특허와 디자인까지 포함

하여 TRIPs 협정보다 더 넓은 범위의 국경조치를 한-중 FTA에 규정할 수 있을 것이다. 또한 지리적 표시와 식물신품종권 침해상품까지도 협정문에 규정하면 더욱 좋을 것이며, 만약 그렇게 된다면 우리가 EU로부터 확대되는 적용범위에 대해서는 2년의 유예기간을 받아낸 만큼, 중국에게도 일정 유예기간을 부여할 수 있을 것이다.

③ 세관당국의 직권조치 강화

한-미, 한-EU FTA 그리고 한-페루 FTA는 세관당국이 직권으로 국경조치를 통한 통관보류를 집행할 수 있는 권한을 부여하여, 세관당국의 권한을 TRIPs 협정 제58조보다 강화하였다. 또한 중-페루, 중-코스타리카 그리고 중-스위스 FTA도 TRIPs 협정 제58조의 직권조치를 통한 통관보류가 권리자의 요청없이 권한있는 당국의 직권만으로도 가능함을 규정하여, TRIPs 협정보다 강화된 규범을 규정하고 있다. 그렇다면 한-중 FTA도 직권조치를 강화하는 데에는 큰 무리가 없을 것으로 보인다.

④ 지식재산권 침해 상품 관련 정보 제공 의무

이는 한-미 FTA와 한-페루 FTA에 규정되어 있는데, 한-미 FTA가 한-페루 FTA보다 침해 상품 관련 정보를 더욱 상세하게 제공하도록 규정하고 있다. 즉, 한-미 FTA는 세관당국이 지식재산권 침해상품을 압수한 경우, 압수일로부터 30일내에 권리자에게 탁송인·수입자·수출자 또는 수탁인의 이름과 주소를 알리고, 그 물품의 명세, 그 물품의 수량, 알려진 경우 그 물품의 원산지국을 권리자에게 제공하도록 규정하고 있다. 한-페루 FTA는, 상품이 지식재산권을 침해한다고 결정내린 경우, 탁송인, 수입업자, 수탁인의 이름과 주소 및 해당 물품의 수량만을 알릴 것을 규정하여 다소 완화된 상태이다. 따라서 한-중 FTA에서는 최소한 한-페루 FTA 수준 상당의 규정을 반영하고자 노력해야 할 것이다.

(5) 온라인서비스 제공자의 책임

온라인서비스 제공자의 책임에 대한 규정은 최근 몇 년 사이에 등장한 새로운 지식재산권 관련 이슈임을 상술한 바 있다. 한국도 한-미, 한-EU FTA에서만 규정하고 있는 내용이며, 한-미 FTA는 네 가지(단순도판, 캐싱, 게시판, 웹사이트 링크)로, 그리고 한-EU FTA는 세 가지(단순도판, 캐싱, 호스팅)로 온라인서비스 제공자의 유형을 나누어 차등적인 내용을 규정하고 있다. 반면에, 중국이 기체결한 FTA에서는 온라인서비스 제공자와 관련된 내용은 전무하며, 따라서 한국이 해당 내용을 요청할 경우, 협상과정에서 상당한 진통을 겪을 수 있다. 그러나 해당 내용은 한-미, 한-EU 수준에는 못 이르더라도 명문으로 규정하는 것이 긴요한데, 중국의 누리꾼 수는 아래 표에서 보듯이 2013년 현재 약 6억명에 이르고 계속 증가 추세이므로 이들에 의한 지식재산권 침해의 규모도 계속 증가할 수 있기 때문이다. 따라서, 한-중 FTA를 통하여 중국 누리꾼들이 이용하는 중국의 온라인서비스 제공자들에게 일정한 지식재산권 보호 의무를 부담시킬 필요가 있다.

표 11: 중국의 누리꾼 수 및 인터넷 보급률¹³⁷⁾



137) CNNIC (중국인터넷데이터센터, 中国互联网络信息中心), 2013년제 30차 중국인터넷발전 상황통계보고서 (第30次中国互联网络发展状况统计报告)

(6) 집행 분야 협상전략 요지

집행 분야 협상전략은 다음과 같다. 민사구제 부분에서는, 중국이 이미 법률에 규정되어 있는 ① 법정손해배상제도를 협정문에 단순히 반영하는 것은 어렵지 않을 수 있으나 한국의 현제도와 유사하게 규정하는 것은 상기에서 밝혔듯이 양국 법정손해배상제도 성격 차이에 기인하여 쉽지 않을 것으로 보인다. 따라서 ② 대체분쟁해결제도를 처음에는 의무 규정으로 요구하다가 법정손해배상제도를 한국에 유사하게 변경할 것을 요구하면서 대체분쟁해결제도를 임의규정으로 변경하는 것도 가능할 것이다. 또한 ③ 정보제공명령 권한을 요구하면서도 ④ 유효한 명령 불복시 제재 규정도 같이 요구하여 둘 중 하나는 얻어내는 전략도 구사해야 하겠다.

형사집행 부분에서는, 중국으로 하여금 중-스위스 FTA보다 확장된 ① 형사집행 범위를 요구하여 ② 그 절차 및 처벌 유형을 한국과 같은 수준으로 높일 필요가 있다. 사실상 FTA에서 지식재산권 보호를 위한 가장 가시적인 결과는 집행 조치의 효과적 이행을 통해 알 수 있기 때문이다. 따라서 ①과 ②는 강력하게 요구하여 반영하면서, ③ 비친고죄 도입 여부와 ④ 영화관 내 도촬 금지 조항에서 다소 유연성을 보일 수 있겠다.

국경조치에서는 역시 ② 국경조치 적용범위 확대와 ③ 세관당국 직권조치 강화는 반드시 요구하여 관철시키되, ④ 지식재산권 침해 상품 관련 정보 제공 의무에서는 한발 양보할 수 있을 것이다.

온라인서비스 제공자의 책임은 중국의 경우 단 한번도 해당 사항을 규정한 FTA가 없으므로 이 조항을 반영시키는 것은 어려울 것으로 보인다. 다만 상기에서 밝혔듯이 추후 재협상 가능성만이라도 밝히는 규정을 삽입해 놓으면 단기적으로는 나쁘지 않은 전략으로 보인다.

7. 전통지식 및 유전자원

(1) 서론

전통지식 및 유전자원 분야는 중국이 체결한 FTA 중에서 가장 많은 4건의 협정에 공통적으로 규정되어 있는데, 중국은 자국의 역사와 전통이 깊고, 다양한 토착 소수민족이 중국 전역에 걸쳐 존재하므로, 향후 이 분야에서 많은 이익을 기대한 것이 아닐까 판단된다. 다만 중국의 기체결 FTA에서는 구체적인 실체법 규범보다는 상징적 의미의 규정들이 많다.

가장 상세한 규정을 보유한 중-스위스 FTA는 전통지식이나 유전자원을 이용한 특허가 출원되었을 경우, 이들 전통지식이나 유전자원의 출처를 밝히도록 체결당사국들이 요구할 수 있다고 규정하고, 이를 충족시키지 못할 경우 특허출원이 거부되거나 출원 철회로 간주할 수 있음을 규정하고 있다. 이러한 특허출원 거부 또는 출원철회 간주 규정은 한국에 발효된 FTA상의 내용보다 더욱 발전된 내용으로, 중국이 동일 내용을 한국에 요구할 수도 있을 것이다. 그러할 경우, 한국이 이러한 중국의 제안을 수용하여도 큰 무리는 없을 것으로 보인다.

다만, 한국과 중국의 지리적 근접성 및 역사적 특수성으로 인하여 한-중 양국이 서로 유사한 전통지식이나 유전자원에 대해 자국에서 유래한 것이라고 주장하여 분쟁이 발생할 소지가 있으므로, 이에 대한 대비를 단단히 해야 할 것이다. 그러나 한국과 중국이 기존에 각각 체결한 협정상의 관련 규정들로는 이러한 대비가 불충분해 보이므로, 이하에서는 전통지식 및 유전자원과 관련하여 각 지식재산권 분야별로 한-중 FTA에 반영할 수 있는 더욱 구체적이고 강화된 법규범을 제시해 보자 한다.¹³⁸⁾

138) Coenraad J. Visser, "Making Intellectual Property Laws Work for Traditional Knowledge," pp.232-233. In J. Michael Finger, Philip Schuler, eds. 2004. *Poor People's Knowledge: Promoting Intellectual Property in Developing Countries*,

(2) 저작권

아이디어-표현 이분법(Idea-Expression Dichotomy)에 기반한 저작권법 분야에서는 전통지식 및 전통문화와 관련된 표현(traditional cultural expressions)과 관련하여 저작권 보호를 받기 위해서 이를 유체에 반드시 고정할 필요(a fixation requirement for copyright protection)가 없도록 양국이 합의할 수 있을 것이다. 특히 이러한 규정은 양국의 전통음악(traditional musical cultural expressions)을 보호하는데 큰 도움을 줄 것이다.

뿐만 아니라 저작권법 보호요건 중 하나인 창작성(originality) 요건을 전통지식에 기반한 저작물에 대하여는 완화하는 방안이 있다. 즉, 민간에 전승되어 오거나 특정 집단이 오랜 기간 공유한 전통지식에 기반한 저작물은 TRIPs에서는 창작성 요건이 부정되어 보호가 어렵다. 그러나 기존 법규범에서 이러한 창작성 요건을 충족하지 못하는 저작물에 대해서 별도의 데이터베이스를 구축하여 이들 저작물을 수집, 기록 및 보존하여 양국이 공유하고, 이들이 특정 저작자에게 귀속되는 저작물만을 보호하는 TRIPs적 사고에서 벗어나, 전통지식은 특정 공동체가 보유하는 저작물임을 인정하고 이를 보호하는 법체계를 구축할 수 있을 것이다.

(3) 상표 및 지리적 표시

상표법 분야에서는 특정 상표가 특정 토착 공동체의 명예를 훼손하거나 모욕을 줄 경우, 그리고 특정 공동체와의 잘못된 연관성을 암시하는 경우 상표 등록을 거절하거나 취소할 수 있도록 양국이 합의할 수 있을 것이다.

지리적 표시 관련, 기존 TRIPs상 보호범위를 확장·변형하여 현

재 와인 또는 증류주에만 부여되는 제23조상의 보호를 전통지식 및 유전자원 관련 상품에게까지도 확대하는 강화방안을 생각해 볼 수 있다. 동협정 제23조가 TRIPs 협상과정 중 프랑스 등 일부 와인 강국 등의 강력한 주장에 의해 반영된 것임을 고려한다면, 그리고 또 와인·증류주는 이러한 강한 보호가 허용되지만 같은 주류에 해당하는 맥주나 보드카는 왜 부여받지 못하는지 명확한 기준이 없는 점을 고려한다면, 전통지식 및 유전자원에 대해서 양국이 더욱 강력한 보호를 부여하는 것에 대해서는 큰 문제가 없어 보인다.

(4) 특허

특허의 경우, 전통지식 및 유전자원을 응용하여 특허출원하는 상품에 대해서 특허권을 원천 금지하는 것은 아님을 분명히 하되, 추후에 해당 특허권이 이하의 경우에 해당한다면 취소됨을 규정할 수 있을 것이다.

즉, 특허권 취소를 구하는 신청인이 해당 특허가 전통지식 또는 유전자원을 보유한 공동체와 이들 자원에 대한 접근과 이익 분배 (Access and Benefit-Sharing)와 관련한 협상을 통해 합의에 이르지 않았음을 성공적으로 증명해 낼 경우, 한-중 양국에서 모두 당해 특허가 무효임을 규정하는 것이다.

이와 같은 규정은 현재 중-스위스 FTA에 규정된 전통지식이나 유전자원의 출처를 밝히도록 체결당사국들이 요구할 수 있고, 이를 충족시키지 못할 경우 특허출원이 거부되거나 출원 철회로 간주할 수 있는 규정과 함께 전통지식 및 유전자원에 대한 보호수준을 높일 수 있을 것이다.

(5) 전통지식 및 유전자원 분야 협상전략 요지: 한국이 유의할 사항

이렇듯 한국과 중국은 자국의 FTA에서 기존 TRIPs의 맹점을 보완하고, 각각 기존에 체결한 협정의 관련 규정보다도 더욱 구체적이고 강력한 규범을 규정하여 전통지식 및 유전자원과 관련한 보호수준을 높일 수 있다. 하지만 한국의 경우, 중국과 전통지식 및 유전자원의 교집합이 넓을 수 있고 중국 국가규모의 광활함과 소수민족의 다양성에 비추어 볼 때 지나치게 높은 범규범을 한-중 FTA에 창설한다면 한국으로서는 법적 의무만 부여받게 되고 권리 향유를 통한 이익 창출 및 한국의 전통지식 및 유전자원 보호가 어려워질 수 있다.

따라서 양국간의 전통지식 및 유전자원의 유사부분을 단순히 교집합으로만 볼 것이 아니라 이를 세부적으로 상세히 구분하여 한국과 중국의 일견 유사해 보이는 이들 자원이 사실은 다른 것임을 주장할 수 있도록 해당 분야에 있어 한국의 사전준비와 노력이 절실히 필요할 것으로 보인다.

8. 소결

지금까지 한-미, 한-EU FTA 및 중-스위스 FTA를 비롯한 한국 및 중국이 기체결한 국제 FTA를 면밀히 비교 검토 분석하는 과정을 통해 한-중 FTA에서는 어떻게 한국의 지식재산권 전략이 수립되어야 하는지를 일반규정, 저작권, 상표 및 지리적표시, 특허, 집행 그리고 전통지식 및 유전자원의 여섯가지 세부 지식재산권 분야로 나누어 살펴보았다.

그 결과, 새로이 양국을 규율할 지식재산권의 법적 보호수준은 한-미 FTA, 한-EU FTA에는 미치지 못하더라도 여타 국가들과 한국이 체결한 FTA의 지식재산권 보호수준보다는 높아야 한다고 생각하며, 이러한 기본입장에 기반하여 여섯가지 세부 지식재산권 분야별로 협상전략을 수립할 것을 제시하였다. 즉, 대중국 전략은, 한-미, 한-EU FTA에서 대한민국이 근시일내에 지식재산권 강국이 되기 위한 발판으로 지식재산권 강국들과 체결한 협정에서 높은 지식재산권 보호를 지향하고 이를 적

극 반영한 한국정부의 전략과는 달라야 하지만, 지나치게 낮은 보호수준을 용인할 수는 없다.

다시 말하면, 중국으로 하여금 그들이 지금까지 체결한 기존 협정들보다 각 분야별로 상당히 높은 수준의 지식재산권 보호에 동의하도록 이끌어야 한다고 판단되지만, 본 논문이 제시한 이들 분야에서의 협상전략을 실제 한-중 FTA에서 모두 관철시키는 것은 쉽지 않을 것으로 전망된다. 왜냐하면 중국은 기본적으로 FTA에 지식재산권 규정을 두는 것에 소극적이며, 지식재산권 생산국이라기보다 소비국인 자신의 특성상 한-미 FTA나 한-EU FTA처럼 강력한 WTO-플러스 방식을 취하는 것에 반감을 보일 것이기 때문이다.¹³⁹⁾

그렇다면 중국이 그와 같이 높은 수준의 협정에 대하여 거부감이나 소극적 태도를 보이지 않도록 한국은 최소한 중-스위스 FTA를 협상의 시작점으로 삼아 예열하면서, 지식재산권 보호수준이 전방위적으로 강화되어 있는 한-미, 한-EU FTA를 참고점으로 삼아 세부 핵심 쟁점에 따라 점증적, 순차적으로 가열해 나가는 전략이 필요하 다 할 것이다. 스위스와는 비교가 되지 않을 정도로 큰 한국의 경제 규모와 한-중 양국간 교역량 규모를 모두 고려한다면, 한국으로서는 단순히 중-스위스 FTA 수준점의 지식재산권 보호만으로는 만족할 수 없기 때문이다.

따라서 상기 세부분야별 전략을 협정문에 관철시키기 위해 최대한 노력하되, 한국과 중국의 지식재산권 분야 발전상황과 양국이 지금까지 체결해 온 FTA 규정내용들을 모두 고려하여 양국 공히 수용할 수 있는 협상결과를 도출해야 할 것이다.

139) 최원목, 한·중 FTA 공청회(2012.2.24) 발제자료, “한-중 FTA 협상의 기초와 과제: 기타규범 분야,” p.128

제 6 장 결론

국제적인 통상거래에 있어서 관련 당사국들 간에 경제수준 및 기술수준의 격차로 인하여 지식재산권 보호에 관한 시각 차이와 갈등 및 분쟁이 있어왔다. 그리하여 이를 해결하기 위하여 WIPO, WTO TRIPs 그리고 FTA까지 다양한 무역체제를 통한 국제법적, 그리고 이를 반영한 국내법적 해결책이 모색되었다. 그만큼 지식재산권은 중요한 통상문제의 하나인 것이다.

그런데 지금까지 미국, EU와 같은 주요 교역국들은 자국의 강력한 지식기반과 기술을 국제통상에 있어 중요한 협상 수단으로 사용하면서, 거래 상대국들에게, 지식재산권 보호정책을 개선하지 않은 채 지식재산권 침해물품 거래 및 무단복제 등을 방관하면 무역보복을 하겠다고 압박하면서 자국의 이익을 추구해 왔다. 그로 인하여 후발국들은 자칫 지식재산 생산국에 대한 기술적 예속과 경제적 종속이 영구화될 우려도 있었던 것이 사실이다.

따라서 지식재산권 소비국이자 생산국이기도 한 현재의 우리나라로서는 국내적으로 지식재산 생산기반을 발전시키고 지식재산권법을 재정비하는 한편, 국제적으로는 기존 WIPO 산하 조약들과 WTO TRIPs와 같은 다자국제 지식재산권법 체제에 적극 참여하여 지식재산권 강국으로 발전하기 위해 노력해 왔다. 그리고 이에 더하여 양자간의 국제적 지식재산권법 체계인 FTA 협정 체결을 통해 지식재산권법의 국제적, 국내적 정비를 통한 이익확보를 도모하고 있다.

이러한 맥락에서 본 논문은 제2장에서 WIPO체제 하에서 최초의 지식재산권 관련 다자 규범을 살펴본 후, 이를 발전·강화시킨 WTO체제 하의 TRIPs 협정에서의 지식재산권 규범을 분석하였다. 하지만 이렇게 강화된 지식재산권 국제법규범도 일부 주요 교역국들 간에는 충분히 만

족스럽지 못했으며, 그 결과로 TRIPs 협정의 부족한 부분을 보충하기 위해 FTA를 체결하게 된 이유를 살펴보았다.

한국은 이러한 주요교역국 간 FTA를 체결하는 시대적 추세에 발맞추어, 글로벌 FTA 허브국가로 발돋움하기 위한 FTA의 동시다발적 추진 전략을 구사하였음을 제3장에서 살펴보았다. 즉, 한국은 2013.11. 현재 47개국과 9건의 FTA가 발효된 상황이며, 한국은 자신이 가입한 WIPO의 일부 조약들을 비롯하여 WTO TRIPs의 규율을 받음과 동시에 FTA 당사국간에는 FTA상의 지식재산권법 규정을 적용받게 된다. 다만 각 FTA별로 규율하는 내용이 다르고 지식재산권 규범의 수준도 상이하다. 한국은 특히 한-미, 한-EU FTA에서 매우 강력한 WTO-플러스 방식의 FTA를 체결하였는데, 모든 조항이 한국에 유리하지만은 않았다. 한국 정부는 기본적으로 한국 내 지식재산권 보호 수준을 강화하는 것을 통하여 한국의 지식재산권 경쟁력을 강화하려 한 것으로 보인다.

반면, 제4장에서는 한국과 상반되게 FTA에서 소극적인 지식재산권 전략을 추구하는 중국의 입장을 살펴보았다. 중국 정부는 기본적으로 강력한 WTO-플러스 방식에 대해 반대하고 있으며, 따라서 중국이 기체결한 FTA들에서는 지식재산권 보호규범의 내용과 수준이 그다지 높지 않았다. 한-미, 한-EU FTA와 비교한다면, 매우 기초적인 내용만을 담고 있는 FTA들이 대다수이며, 2013.7. 체결된 중-스위스 FTA만이 향후 중국이 체결할 FTA에서 지식재산권 법규범 강화에 대한 긍정적 가능성을 보여주는 정도에 불과하다.

따라서 이러한 한국과 중국의 상반된 접근 방식을 염두에 두면서 제5장에서는 최근 1단계 협상이 마무리되고, 2단계 협상이 진행 중인 한-중 FTA에서 한국의 지식재산권 전략에 대해 고찰해 보았다. 한국은 기본적으로 한-중 FTA의 지식재산권 보호수준이 한-미, 한-EU FTA와 동일할 수는 없겠지만, 한국의 기타 FTA 보호수준보다는 높아야 함을 주장해야 한다. 하지만 한-미, 한-EU FTA 수준의 지식재산권 법규범을

지금 당장 한-중 FTA에서 규정하기에는 중국의 기존 협상 사례들에 비추어 볼 때 상당히 요원하다. 따라서 한-중 FTA에서 한국의 협상전략은 미국과 EU와 진행한 FTA 협상에서의 한국 입장과는 달라야 함을 반영하려 하였다.

이를 위해서 중국이 그간 체결한 FTA 중 가장 높은 수준의 지식재산권 규정을 지닌 중-스위스 FTA를 협상의 시작점으로 잡고, 지식재산권 보호수준이 전방위적으로 강화되어 있는 한-미, 한-EU FTA를 참고점으로 삼아, 각 지식재산권 세부분야별로 다음과 같이 한-중 FTA의 협상 전략을 제시하였다.

(1) 일반규정 분야에서는, TRIPs 협정상 한-중 양국의 기존 다자 체제에서의 법적 의무를 재확인하도록 하고, “더 광범위한 보호” 규정을 삽입할 것을 주문하였다. 또한 지식재산권 보호 및 집행에 있어 투명성을 규정하도록 하고, 필요시 중국의 요구에 따라 지식재산권자와 사용자 간 이익균형 규정을 삽입하도록 하였다. 또한 명시적으로 권리소진원칙을 배제하는 규정에 양국이 동의할 수 있을 것이다.

(2) 저작권 분야에서는, 필요시 중국에 유예기간을 허용하더라도 한류 문화 콘텐츠 보호를 위해 저작자 권리의 존속기간을 저작자 사망 후 70년으로 연장시키고, 양국이 모두 인정하는 저작인격권을 명시적으로 협정에 반영해야 할 것이다. 또한 재판매권 규정은 한국에서 먼저 논의할 필요가 없으며, 기술조치와 관련하여서는 접근통제까지는 아니더라도 이용통제는 중국이 수용하도록 해야 하며, 예외 규정을 두어 중국을 설득해야 할 필요성을 보였다. 뿐만 아니라 권리관리정보에 대한 규정과 대학가 불법 복제를 금하는 규정도 포함해야 할 것으로 보인다.

(3) 상표 및 지리적 표시에서는, 등록 가능 상표의 범위를 비시각적 상표로 확대하는 것은 바람직하되 한국의 현 상황에서는 유연성을 받

취할 수도 있을 것이라는 견해를 보였고, 증명표장 제도 역시 의무규정이 어렵다면 임의규정으로 반영하는 탄력적 태도가 가능함을 주장하였다.

지리적 표시에 있어서도, EU처럼 농식품 및 주류 분야에 한정하여 지리적 표시 보호를 강화할 것이 아니라 양국이 모두 회원국인 기존 TRIPs의 보호수준을 유지하면서 보호대상 범위를 농식품 및 주류 이외의 분야로 확대하는 방안을 모색하였다.

(4) 특허 분야에서는, 한국이 불합리한 등록 지연에 대한 특허 존속기간 연장을 단순히 수치상으로 보장받기 위해 노력하기보다는 효과적인 지식재산권 집행을 모색하도록 하였고, 공지예외 적용기간 연장을 최소한 6개월 수준에서라도 중국이 수용하도록 해야 함을 밝혔다. 의약품 허가-특허 연계 의무는 신약 출시 비중이 매우 낮은 한국 제약업계 현실상 한-중 FTA에서 당장 이를 강력히 주장하지는 않더라도, 의약품/농약품 안전성 및 유효성 정보 관련 자료보호 제도는 장래를 위해 규정하도록 주장하였다.

(5) 지식재산권의 집행 부분에서는, 민사구제, 형사집행, 국경조치, 온라인서비스 제공자의 책임이라는 네 개의 하위분야로 나누어 분석하였다.

민사구제에서는, 법정손해배상제도를 실손해배상의 청구에 갈음하여 선택적 청구가 가능하도록 할 뿐만 아니라, 고의적 침해에 대해서는 배상액 증액이 가능하도록 규정할 것과 소규모 저작권 침해에 대비하여 대체분쟁해결제도를 임의규정으로 삽입하고, 정보제공명령권한을 법원에 부여할 필요가 있다.

형사집행과 관련해서는, 집행 범위를 중-스위스 FTA 수준에서 좀 더 나아가 저작인접권과 지리적 표시에 대한 침해까지 확장하도록 요구하고, 처벌 유형을 압수, 자유형, 재산형으로 규정해야 한다. 비친고죄 도입 여부에 대해서는 중국을 잘 설득하여 반영시키도록 노력하고, 영화 관 내 도촬 금지 조항 역시 삽입할 필요가 있다.

국경조치에서도, 유예기간을 중국에 부여하는 한이 있더라도, 중-스위스 수준보다 더 강화된 한-EU FTA 수준까지도 중국측에 제시해 볼 수 있을 것이다. 세관당국의 직권조치를 강화하고, 지식재산권 침해 상품 관련 정보 제공 의무를 최소한 한-페루 FTA 수준으로 규정할 수 있도록 하여야 하겠다.

또한 온라인서비스 제공자의 책임은, 중국의 기체결 FTA에 관련 내용이 전무하지만, 6억명에 이르는 중국 누리꾼 수를 고려한다면 초보적인 규정이라도 삽입해야 할 것이다.

(6) 전통지식 및 유전자원에 대해서는, 중-스위스 FTA 규정만으로는 부족하고, 서구 중심의 TRIPs적 시각에서 시선을 돌려 저작권, 상표(지리적 표시), 특허 분야에서 별도의 해결책을 모색하되, 한국에게 불리할 정도의 높은 법적 의무를 창설하는 것은 피해야 함을 주장하였다.

재차 밝히지만, 위에 제시된 촘촘한 협상 전략들이 단번에 반영되기는 어려울 것이다. 그러나 만약 중국이 신흥강국임을 애써 부인하면서, 지금까지 자국이 체결해 온 FTA 상의 낮은 지식재산권 법규범 수준을 한국에 대해 끝까지 고집한다면, 이는 한-중 간의 경제/교역규모, 양국이 각기 체결한 기존 FTA 협정들의 특성 및 국제적인 지식재산권 보호강화 추세 등을 균형감 있게 고려하지 못한 실망스러운 결과일 것이다.

그리하여 결론적으로 간략히 요약하자면, 가장 바람직한 한-중 FTA상 한국의 지식재산권 협상 전략은, 중국이 지식재산권 분야 협상에 관하여 과도히 자국 편향적으로 사고하는 것은 중국의 창조성을 고사시키는 근시안적이고 소탐대실하는 과보호에 불과함을 자각하게 하여, 한-중 FTA에서 중국 스스로 국제적 지식재산권 법규범에 적합한 전향적 시각에 입각하여 한-미, 한-EU FTA와 중-스위스 FTA 중간 수준의 지식재산권 법규범을 창설토록 기회를 부여하여, 중국에 과도한 법적 부담을 일시에 지우지 않으면서도, 한국에 실효적인 지식재산권 보호 규범을 이끌어내도록 하는 상생적 협상전략이어야 할 것이다. /끝/

참 고 문 헌

1. 단행본 (이하 본 논문 인용순)

- 정상조, 박준석, 지식재산권법, 홍문사 (2013)
- 한국국제경제법학회, 신국제경제법, 박영사 (2013)
- 정영진, 이재민, 글로벌시대를 위한 신통상법 및 통상정책, 박영사(2012.6)
- Mitsuo Matsushita.; Thomas J. Schoenbaum.; and Petros C. Mavroidis, *The World Trade Organization*
- 외교통상부, 한-미 FTA 상세설명자료 (2011.7)
- 관계부처 합동, 한-EU FTA 상세설명자료 (2009.10)
- 외교통상부, 한-미 FTA 추가협상 결과 합의문서 상세설명자료 (2011.2)
- 관계부처 합동, 한-페루 FTA 상세설명자료 (2010.12)
- 외교부, 2013 외교백서 (2013.7)
- J. Michael Finger, Philip Schuler, eds. 2004. *Poor People's Knowledge: Promoting Intellectual Property in Developing Countries*, World Bank and Oxford University Press
- 외교통상부, 한-칠레 FTA의 주요 내용 (2003.3)
- 외교통상부, 한-싱가포르 FTA의 주요 내용 (2005.8)
- 외교통상부, 한-EFTA FTA의 주요 내용 (2005.12)
- 외교통상부, 한-ASEAN FTA 주요 내용 (2007.4)
- 외교통상부, 한-인도 CEPA의 주요 내용 (2009.10)
- 관계부처 합동, 한-터키 FTA 상세설명자료 (2012.7)

2. 국제협정

- 공업소유권의 보호를 위한 1883년 파리 협약
- 문화예술적 저작물의 보호를 위한 1886년 베른 협약

- 무역관련 지식재산권에 관한 협정 (Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights)
- 1947년도 관세 및 무역에 관한 일반협정 (General Agreement on Tariffs and Trade)
- 분쟁해결규칙 및 절차에 관한 양해 (Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes)
- 대한민국 정부와 칠레공화국 정부 간의 자유무역협정 (FREE TRADE AGREEMENT BETWEEN THE GOVERNMENT OF THE REPUBLIC OF KOREA AND THE GOVERNMENT OF THE REPUBLIC OF CHILE)
- 대한민국 정부와 싱가포르공화국 정부 간의 자유무역협정 (FREE TRADE AGREEMENT BETWEEN THE GOVERNMENT OF THE REPUBLIC OF KOREA AND THE GOVERNMENT OF THE REPUBLIC OF SINGAPORE)
- 대한민국과 유럽자유무역연합 회원국 간의 자유무역협정에 대한 최종 의정서 (FREE TRADE AGREEMENT BETWEEN THE REPUBLIC OF KOREA AND THE EFTA STATES)
- 대한민국과 동남아시아국가연합 회원국 정부 간의 포괄적 경제협력에 관한 기본협정 (FRAMEWORK AGREEMENT ON COMPREHENSIVE ECONOMIC COOPERATION AMONG THE GOVERNMENTS OF THE REPUBLIC OF KOREA AND THE MEMBER COUNTRIES OF THE ASSOCIATION OF SOUTHEAST ASIAN NATIONS)
- 대한민국과 인도공화국 간의 포괄적경제동반자협정 (COMPREHENSIVE ECONOMIC PARTNERSHIP AGREEMENT BETWEEN THE REPUBLIC OF KOREA AND THE REPUBLIC OF INDIA)
- 대한민국과 유럽연합 및 그 회원국 간의 자유무역협정 (FREE TRADE AGREEMENT BETWEEN THE REPUBLIC OF KOREA, OF THE ONE PART, AND THE EUROPEAN UNION AND ITS MEMBER STATES, OF THE OTHER PART)
- 대한민국과 페루공화국 간의 자유무역협정 (FREE TRADE AGREEMENT BETWEEN THE REPUBLIC OF KOREA AND THE REPUBLIC OF PERU)
- 대한민국과 미합중국 간의 자유무역협정 (Free Trade Agreement between

- the Republic of Korea and the United States of America)
- 대한민국과 터키공화국 간의 자유무역지대를 창설하는 기본 협정 (FRAMEWORK AGREEMENT ESTABLISHING A FREE TRADE AREA BETWEEN THE REPUBLIC OF KOREA AND THE REPUBLIC OF TURKEY)
 - 중화인민공화국정부와 뉴질랜드정부 간의 자유무역협정, 中华人民共和国政府和新西兰政府自由贸易协定 (Free Trade Agreement Between The Government of the People's Republic of China And The Government of New Zealand)
 - 중화인민공화국정부와 페루정부 간의 자유무역협정, 中华人民共和国政府与秘鲁共和国政府自由贸易协定 (FREE TRADE AGREEMENT BETWEEN THE GOVERNMENT OF THE PEOPLE'S REPUBLIC OF CHINA AND THE GOVERNMENT OF THE REPUBLIC OF PERU)
 - 중화인민공화국정부와 대만 간의 양안경제협력골격협정, 两岸经济合作架构协议 (China-Taiwan Economic Cooperation Framework Agreement)
 - 海峡两岸知识产权保护合作协议 (해협양안 지식재산권보호협력협약)
 - 중화인민공화국정부와 코스타리카정부 간의 자유무역협정, 中华人民共和国政府和哥斯达黎加共和国政府自由贸易协定 (FREE TRADE AGREEMENT BETWEEN THE GOVERNMENT OF THE PEOPLE'S REPUBLIC OF CHINA AND THE GOVERNMENT OF THE REPUBLIC OF COSTA RICA)
 - 중화인민공화국정부와 아이슬란드정부 간의 자유무역협정, 中华人民共和国政府和冰岛政府自由贸易协定 (FREE TRADE AGREEMENT BETWEEN THE GOVERNMENT OF THE PEOPLE'S REPUBLIC OF CHINA AND THE GOVERNMENT OF ICELAND)
 - 중화인민공화국정부와 스위스정부 간의 자유무역협정, 中华人民共和国政府和瑞士联邦政府自由贸易协定 (FREE TRADE AGREEMENT BETWEEN THE SWISS CONFEDERATION AND THE PEOPLE'S REPUBLIC OF CHINA)

3. 기타문헌

- 특허청, 지식재산권 용어사전 (2008.2)
- 외교부, 보도자료 “아세안, 한/아세안 FTA상품협정 발효 4주년만에 우리의 제2위 교역대상국으로 부상,” 제11-464호 (2011.5.31)
- 외교통상부 통상교섭본부, 한·중 FTA 추진계획 (2012.4)
- 외교통상부 통상교섭본부, 한·중 FTA 협상 추진 동향 (2012.11)
- 산업통상자원부 동아시아FTA추진기획단, 보도자료 “한-중 FTA 제1단계 협상 마무리” (2013.9.6)
- 외교통상부 통상교섭본부, 한·중 FTA 추진 참고자료 (2012.5)
- CNNIC (중국인터넷데이터센터, 中国互联网络信息中心), 2013년제 30차 중국인터넷발전 상황통계보고서 (第30次中国互联网络发展状况统计报告)
- 한·중 FTA 공청회(2012.2.24) 발제자료, “한-중 FTA 협상의 기초와 과제: 기타규범 분야”
- 한미FTA에 관한 서한교환 (2011.2.10) 설명자료

4. 웹사이트

- <http://www.wipo.int/export/sites/www/about-ip/en/iprm/pdf/ch1.pdf>, "WIPO Intellectual Property Handbook: Policy, Law and Use"
- WTO 웹사이트, Regional Trade Agreements: RTA Database, Regional Trade Agreements Information System (RTA-IS), <http://rtais.wto.org/UI/publicsummarytable.aspx>
- http://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/world_trade_report13.epdf, WTO, "World Trade Report 2013" *Factors Shaping the Future of World Trade*
- WTO "World Trade Report 2011," *The WTO and Preferential Trade Agreements: From Co-existence to Coherence*, http://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/arep_e/wtr11-2b.epdf
- FTA 종합자원포털 우리나라FTA: FTA 추진체계 및 현황 <http://www.ftahub.go.kr/situation/sign/01/>
- 산업통상자원부 공식 자유무역협정 FTA 웹사이트, 우리나라의 FTA: FTA 추진현황, http://www.fta.go.kr/new2/ftakorea/ftakorea2010_c.asp
- 생물다양성협약 웹사이트, <http://www.cbd.int>
- Newip.biz (지식재산 관련기업 코마나스와 대일국제특허법률사무소 제공)

- <http://www.fta.go.kr/china/policy/diary.asp>, 산업통상자원부 한-중 FTA 홈페이지
- <http://fta.mofcom.gov.cn/english/index.shtml>, China FTA Network
- 법제처 국가법령정보센터

5. 논문

- Robert S. Chaloupka, *International HR Journal*, Volume 15, Issue 4, Fall 2006, "International Aspects of Copyright Law"
- Molly Land, *Michigan Journal of International Law*, Spring 2012, "Rebalancing TRIPs"
- Joseph Straus, *American Intellectual Property Law Association, AIPLA Quarterly Journal*, Fall 2012, "A Marriage of Convenience: World Economy and Intellectual Property from 1990 to 2012"
- James M. Cooper, *California Western International Law Journal*, Fall 2012, "The NAFTA and Its Legacy on the Resolution of International Property Disputes"
- 복진요, *지식재산21*, 2010년 4월, "지재권 분야에 징벌적 손해배상제도 도입 가능성에 관한 연구"
- Dr. Konstantia Koutouki and Katharina Rogalla von Bieberstein, *Vermont Journal of Environmental Law*, Spring 2012, "The Nagoya Protocol: Sustainable Access and Benefits-Sharing for Indigenous and Local Communities"
- 손경한, 박진아, *통상법률* 2007-6, "한·EU 자유무역협정상 지적재산권 규정"
- Sonali Maulik, *Chicago Journal of International Law*, Summer 2012, "Skirting the Issue: How International Law Fails to Protect Traditional Cultural Marks from IP Theft"
- 박정현 *관세와 무역* 2012년 5·6월 통합호, "한·중 FTA협상 현황과 전망" 한국관세무역개발원
- 이상모, *현안분석* 2012-12, "중국이 체결한 FTA 주요조문 비교분석," 한국법제연구원
- 국제금융 이슈 22권 30호(2013.7.20-26), "중국과 스위스의 FTA체결: 주요 배경 및 시사점"
- 이규호, *정보법학* 제11권1호, 2007, "미국 연방저작권법상 법정손해배상제도에 대한 연구"

- 오승중, 2012.11, “법정손해배상제도에 관한 연구: 법정손해액산정을 중심으로”

6. 판례

- *China-Measures Affecting the Protection and Enforcement of Intellectual Property Rights* 사건 (WT/DS362/R)(Jan.26, 2009)
- *United States-Subsidies on Upland Cotton* 사건 (DS267)
- *Rookes v. Barnard* 사건 (UKHL1)

Abstract

Korea's Intellectual Property Law Strategies in the Korea–China FTA Negotiations in Light of the International FTAs

LEE Jihwan

Intellectual Property Law

The Graduate School of Law

Seoul National University

This thesis delves into Korea's strategies for the intellectual property law section of the upcoming negotiations on the Free Trade Agreement (FTA) between the Republic of Korea and the People's Republic of China. Before unveiling the strategies, this thesis reviews the existing international intellectual property laws and focuses on the World Intellectual Property Organization's treaties and the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPs). Following the review, an explanation is provided on why some countries contract FTAs—bilateral FTAs in particular—to establish a more strengthened protection regulation regarding intellectual property despite the presence of WIPO treaties and TRIPs. It will be shown through this explanation that the FTAs resulted in stronger protection for intellectual property. Based on these analyses, this thesis

reviews the intellectual property sections in the FTAs that Korea and China have concluded so far, and proposes strategies for Korea for the intellectual property law section in the Korea-China FTA.

As of now, there are three types of international intellectual property laws that bind major trading countries: (1) particular treaties among the WIPO's 23 treaties to which a country is party, (2) WTO's TRIPs, and (3) intellectual property provisions in the FTAs that are accepted as legal exceptions to the WTO's non-discrimination principle. This thesis discusses why the WTO TRIPs was formed despite the already existing WIPO treaties, and then searches for the reasons behind the eagerness of the increasingly large number of countries to stipulate new intellectual property regulations in the FTAs, some of which are quite different from those of the WTO TRIPs. The readers will come to realize that countries are able to select which of the 23 WIPO treaties they bind themselves to, and that enforcement regulations as well as dispute settlement regulations of the treaties are hardly effective. The WTO TRIPs was established to overcome such drawbacks of the WIPO treaties. By integrating a part of the WIPO treaties to the WTO TRIPs, a minimum standard of legal obligations required by all member countries was set, and enforcement and dispute settlement clauses were strengthened. However, because the TRIPs is a multilateral treaty, it is hard to close not only the gap between national interests of intellectual property powerhouses and those that are not, but also the deep and wide split among the robust intellectual-property-producing countries. These difficulties, accordingly, led to a new trade system called the FTA, in which a small number of like-minded countries participate to form their own trade league. This search for a new system enabled the FTA-concluding parties to apply to themselves intellectual property norms

different from those of the TRIPs. In this global search for the new system, Korea and China have also been active participants.

There are two types of intellectual property provisions in Korea's FTAs: those in which strong intellectual property laws are reflected such as the Korea-US FTA and the Korea-EU FTA, and those that do not. Intellectual property law provisions comprise of six sub-sections: general provisions, copyrights, trademarks (including geographical indications), patents, enforcement measures, and traditional knowledge/genetic resources. Some FTAs such as the Korea-US FTA and the Korea-EU FTA include all six sub-sections, while some FTAs include only a few. With this in mind, this thesis compares and analyzes the important intellectual property clauses of these agreements and discusses the reasons to the differences between these agreements. Moreover, favorable and unfavorable clauses to Korea's national interests are also discussed.

This thesis pays particular attention to the following clauses in each sub-section of Korea's FTAs. For general provisions, these range from "affirming existing rights and obligations with respect to each other under the TRIPs" and "more extensive protection" to "exhaustion of intellectual property rights." For copyrights, "duration of authors' rights," "artists' resale right in works of art," "technological measures," "rights management information" and "promoting protection and effective enforcement of copyrighted works on university campuses." For trademarks and geographical indications, "scope of trademarks available for registration," "certification marks," "exclusive license," "protectable geographical indications," "degree of protection" and "relationship with trademarks." For patents, "diagnostic, therapeutic, and surgical procedures for the treatment of humans or animals," "extension of the duration of the rights conferred by patent protection,"

"protection of data submitted to obtain marketing authorization for pharmaceutical and plant protection products." For the enforcement sub-section, "civil measures," "criminal enforcement," "border measures" and "liability of online service providers." For traditional knowledge/genetic resources, the thesis reviews why the WTO TRIPs has not been an effective institution to protect the interests of the right holders of this type of intellectual property.

After the analysis of Korea's FTAs comes an analysis of China's intellectual property provisions in its FTAs. Differences in intellectual property provisions among China's FTAs, reasons why there are such discrepancies, and problems arising out of these differences are discussed in this section. Generally speaking, China's intellectual property clauses in its FTAs are of elementary nature—even more so when compared to those of the Korea-US and the Korea-EU FTAs. Thus, when we only look at China's precedents in this area, the prospect for future negotiations in the intellectual property section is quite grim. On the bright side, however, the most recently concluded China-Switzerland FTA contains several significantly strengthened intellectual property norms compared to China's other FTAs. Furthermore, this FTA is the only agreement containing all six sub-sections of intellectual property provisions among China's FTAs. This is an important precedent for Korea's reference. Similar to the analysis of Korea's FTAs, the analysis of China's FTAs shows that China's FTAs also cover the aforementioned six sub-sections: namely, general provisions, patents, copyrights, trademarks (and geographical indications), enforcement measures and traditional knowledge/genetic resources. This thesis explains the difference between the national interests of the two countries in the

intellectual property section. This fact serves as the starting point for this thesis in setting up strategies for future Korea-China FTA negotiations.

Against this backdrop, although the protection level of the new intellectual property laws that will bind Korea and China may not reach the level shown in the Korea-US or Korea-EU FTAs, Korea must persuade China to raise it above that of the China-Switzerland FTA or of any of Korea's other FTAs. To this end, the Korean negotiators may find the following strategies in the six sub-sections worthy of consideration.

(1) General provisions: the two countries need to reaffirm the existing rights and obligations with respect to each other under the TRIPs agreement, accept the "more extensive protection" clause, and guarantee transparency in the protection and enforcement of intellectual property rights and laws. When deemed necessary, the two countries should agree to insert the "balance between the interests of intellectual property rights holders and those of consumers" while clearly excluding the "exhaustion of intellectual property rights."

(2) Copyrights: to protect Korea's cultural contents, Korea needs to extend the duration of authors' rights to 70 years after the death of authors and include the moral rights clause. While there is no need for Korea to mention the "artists' resale right in works of art," the two countries should discuss the appropriate level of "technological measures" and "rights management information" clauses. Moreover, the two need to talk about articles "promoting protection and effective enforcement of copyrighted work on university campuses."

(3) Trademarks: it would be advantageous for Korea in the long run if the scope of trademarks is expanded to non-visible marks, but there is currently no need to rush. Yet, articles on the certification marks—though they may be non-mandatory ones—should be included in the FTA. For geographical indications, the two countries need to expand the "scope" of protection to products other than the current categories of agricultural products, food, and wine, while maintaining the current "TRIPs level" of protection to the geographical indications.

(4) Patents: while effective enforcement measures are particularly necessary for effective patent protection, the two countries should also discuss the following substantive clauses. For the clause concerning prior art, the two should agree that there is an exception clause that stipulates certain cases are not to be considered as prior art, that inventors can be granted at least six months of grace period. Moreover, the two countries need to agree to the "protection of data submitted to obtain marketing authorization for pharmaceutical and plant protection products."

(5) Enforcement measures: this can be categorized into "civil measures," "criminal enforcement," "border measures," and "liability of online service providers." Within the civil measures, the two countries should make the statutory damages available as an alternative to the actual damages. When the violations are intentional, the amount of damages should be allowed to increase. Also, to effectively address the issue of small scale copyright violations, there should be a non-mandatory clause of the alternative dispute resolutions (ADR). In addition, the two countries should not forget about empowering the court to order the parties to submit relevant information on intellectual property violations. For criminal measures, the scope should be expanded to include neighboring rights and geographical indications. The

types of punishment should be seizure, imprisonment, and pecuniary punishment. Korea should persuade China to enable China's prosecutors to indict intellectual property violators without a formal accusation from the victims, and stricter enforcement measures against video recording at theaters should be included in the agreement. For border measures, the two should come to terms with each other on strengthening the power of customs authorities and adopting clauses that require the relevant parties to submit information on the allegedly intellectual-property-rights-infringing products. For liability of online service providers, basic regulations should be inserted at the least.

(6) Traditional knowledge and genetic resources: the two countries are strongly advised to integrate the protective measures of traditional knowledge and genetic resources to the other three sub-sections (namely copyrights, trademarks/geographical indications, and patents) and thus create new types of remedies within the three sub-sections, because the existing TRIPs norms on this type of intellectual property do not fare well in protecting these rights. Yet, Korea should be careful not to create significantly strong norms that would harm Korea's interests in the long run.

This thesis, in conclusion, suggests that Korea's strategies in the ongoing bilateral negotiations with China pursue mutually beneficial results for the two influential trading countries, while not burdening each other too much. To do that, Seoul and Beijing should carve out creative clauses so that the protection level of the new intellectual property norms falls somewhere in between that of the Korea-US and the Korea-EU FTA and that of the China-Switzerland FTA.

**keywords : Korea–China FTA, Korea–U.S.A. FTA, Korea–E.U.
FTA, China–Switzerland FTA, WIPO, WTO TRIPs**

Student Number : 2012–21310