

TPP 현황과 전망: 토론문 - 지적재산권 분야를 중심으로

2014. 4. 남희섭 Heesob Nam (hurips@gmail.com)

<국문>

1. 지적재산권은 독자적인 정책이 아님. 다른 정책의 하위 정책임. 가령 특허는 산업정책의 일환이고 저작권은 문화정책에 따라 운용되어야 함. 그런데 지적재산권이 통상협정에 들어가면서 독자적인 의미를 띠게 되었음. 문제는 통상과 연계된 지적재산권은 상위 정책들을 훼손한다는 점임. 그리고 지적재산권 “보호와 집행”만 지나치게 강조하여 국제인권조약의 기본적 인권(건강권, 표현의 자유, 문화향유권)과 충돌하고 인터넷의 자유를 심각하게 저해함.
2. 국제적으로 지적재산권이 통상과 연계되기 시작한 것은 1990년대 세계무역기구협정(WTO)부터이지만, 한국은 그 전부터 외국의 통상압력으로 지적재산권 제도가 재편되었음. 한국 땅에 지적재산권 제도가 처음 도입된 계기는 1908년 미-일조약임. 이 조약으로 일본의 지적재산권 법률이 조선 땅에 의용되었는데, 이는 조선인의 지적창작을 장려하려는 목적이 아니라 이미 기득권을 가지고 있던 일본과 미국의 산업계의 권리를 조선에 그대로 적용하려는 의도였음. 이처럼 외국의 압력 또는 대외통상으로 한국의 지적재산권 제도를 뜯어고친 일은 1980년대 미국 레이건 행정부의 통상법 301조 발동으로 인한 한미 지적재산권협상, 그리고 한-EU FTA, 한미 FTA 임. 이제 TPP를 하면 한국 지적재산권 제도는 더 왜곡되고, 산업정책·문화정책의 실패와 인권의 후퇴를 초래할 것임.
3. 작년 11월에 유출된 TPP IP 챕터를 보면, 미국의 이중성과 편파성을 볼 수 있음. 이중성이란 국제무대에서 표출되는 미국의 입장이 미국 내에 적용되는 정책과는 다르다는 것을 말함. 편파성이란 국제무대에 등장하는 미국 협상단은 미국 사회의 특정 집단의 이해만 편파적으로 반영한다는 의미임(이유는 주로 산업계와 통상관료 간의 회전문 때문). 따라서 미국의 입장이 지적재산권 제도의 선진화라는 한국 정부의 미사여구(한미 FTA에서 우리 정부는 이런 주장을 펼침)는 미국의 거대기업의 이해를 대변하는 터무니없는 소리임.
4. 한미 FTA 협상 과정에서 철회했던 미국의 요구는 아래와 같은데, 이 중 TPP를 통해 부활하는 것들로는 (i) “사람이나 동물의 진단 방법, 치료 방법, 수술 방법”에 대한 특허 부여, (ii) 특허침해에 대한 징벌적 손해배상제도(실제 손해의 3배

배상, 삼성-애플 미국 특허소송에서 애플이 주장하는 배상액) 도입, (iii) 저작물의 병행수입 금지(병행수입은 최근 한국 정부가 추진하겠다고 밝힌 해외직구매를 말함) 등이 있음.

- **의약품 허가-지연으로 인한 특허보호기간 연장:** 미국은 다른 당사국에서의 의약품 품목허가 지연 기간을 보상하는 특허보호기간 연장을 요구하였음.
- **특허청의 심사 지연으로 인한 특허보호기간 연장:** 미국은 다른 당사국의 특허심사로 자국에 특허를 등록해 주는 제도를 마련하는 경우, 다른 당사국에서 인정한 특허보호기간 연장도 인정해주자고 요구하였음.
- **특허대상 확대:** 미국은 “사람이나 동물의 진단 방법, 치료 방법, 수술 방법”도 특허 대상으로 하자고 요구하였음(이는 TPP IP 챕터 QQ.E.1:3(b)에 미국 제안으로 포함되어 있음).
- **특허발명의 강제실시 제한:** 미국은 특허발명의 강제실시를 불공정경쟁행위의 시정, 공적인 비영리 실시 또는 국가비상사태인 경우만 가능하도록 제한하자고 요구하였음.
- **특허청의 심사지연으로 인한 특허보호기간 연장 기산점:** 미국은 특허청의 심사지연으로 인한 특허보호기간 연장을 심사청구일로부터 2년을 기산점으로 하자고 요구했음. 이 요구는 철회되고 한미 FTA 협정문에는 “3년”을 기산점으로 삼음. TPP IP 챕터에는 “2년”이 미국의 제안임(QQ.E.XX조(QQ.E.13조 바로 앞의 조문))
- **상표권 보호 확대:** 미국은 상표권을 “관련 상품이나 서비스”로 확대하자고 요구했음
- **징벌적 손해배상:** 미국은 특허침해인 경우 피해액의 최대 3배까지 손해배상이 가능하도록 하자고 요구했음. 이 징벌적 손해배상은 삼성-애플 특허분쟁에서 애플이 주장하는 배상액이기도 함. TPP IP 챕터에는 미국의 동일한 제안을 하고 있음(QQ.H.4.Y). 미국은 한미 FTA 협상에서 부가적 손해배상(권리자의 피해액 + 침해자의 이득액)을 요구했음.
- **저작물의 병행수입 금지:** 미국은 저작물의 병행수입 금지를 요구했다가 철회한 바 있음. 그런데 TPP IP 챕터에는 미국 제안으로 병행수입 금지가 포함되어 있음(QQ.G.3). 병행수입은 얼마 전 정부가 발표한 해외직구매(‘직구’)와 관련 있음.

5. 그리고 한미 FTA에는 없는 것 중 대표적인 미국의 요구는 (i) 바이오의약품에 대한 자료독점권 12년(한미 FTA는 5년), (ii) 에버그리닝 방지 조항의 금지화 등

이 있음(에버그리닝은 이미 특허받은 의약품의 제형 등 사소한 변경을 통해 계속 특허보호를 연장하여 제네릭 출시를 지연시키는 대표적인 다국적제약사들의 관행을 말함).

6. 마지막으로 한미 FTA 발효 이후 상황을 살펴보겠습니다.

6.1. 우선 건강권 또는 의약품접근권과 관련하여 허가-특허 연계는 발효 2년부터 전면 이행하기로 하였음. 2014년 1월말 기준 의약품특허목록집(일명 green list, 미국은 오렌지북)에 등재된 특허만 1,448건(대부분 다국적제약사의 특허). 등재 특허에 대한 제네릭 허가 신청이 510건, 이 중 특허권자에게 통보한 건수 406건. 따라서 만약 내년 3월에 허가-특허 연계를 전면 이행하면, 406건 이상의 제네릭 의약품의 출시가 지연되고(1년 또는 2년 이상), 그만큼 환자들의 건강권·의약품접근권이 침해됨. 한편 다국적제약사들은 특허의약품목록집 등재와 관련하여 벌써 이의신청 87건, 행정소송 74건이나 진행하였고, 한국 정부에 공식 의견을 제출하여 특허청이 등록해준 특허는 식약처에서 아무런 심사도 하지 말고 그대로 특허의약품 목록집에 등재하라고 항의하고 있음.

6.2.1. 문화향유권, 인터넷 자유와 관련해서는, 미국에서 위키피디아 영문판이 블랙아웃되는 등 논란이 많았던 SOPA (Stop Online Piracy Act) 규정이 한미 FTA 서명(2007년 6월 30일) 이후 한국에서 실제로 적용되고 있음. 즉, 방송통신심의위원회는 한미 FTA 서명(2007년 6월 30일) 직후인 2008년부터 지재권 침해 해외 사이트를 차단하는 조치를 하였으며, 2011년까지 차단당한 사이트가 무려 862개나 됨(아래 표 참조). P2P 사이트와 웹하드 사이트 차단 부속서한에 대한 의무를 한국만 일방적으로 부담한다는 점을 고려하면 앞으로 행정부의 자의적인 사이트 차단으로 인터넷의 자유는 심각하게 저해될 것임.

연도	접속차단 건수
2008년	118
2009년	192
2010년	341
2011년	211
계	862

6.2.2. 소프트웨어 저작권과 관련하여 마이크로소프트는 한국의 국방부를 비롯한 수십 개의 지방자치단체와 분쟁을 벌였음. 마이크로소프트의 한국 정부를 상대로 한 저작권 침해 주장은 2014년 USTR의 국별 무역장벽보고서에도 등장함.

6.2.3 저작권 침해 단속이 강화되고 소프트웨어 라이선스의 감시(audit) 조항을 적극 활용하여 권리자들이 직접 단속에 나서거나, 경찰이나 저작권 경찰의 단속 과정에 민간인인 저작권자들이 참여하거나 관련 정보를 받고 있음. 한미 FTA 부속서한은 저작권 단속반은 “민간부문...과 협력”하고 “권리자에게 투명한 방식”으로 형사조치를 취하겠다고 미국에 약속한 바 있음. 이는 법치국가에서는 상상할 수 없는 저작권자들의 자력구제를 허용하고, 공권력의 사유화를 조장하는 것임.

6.2.4 한-호주 FTA에 저작권 삼진아웃제가 포함됨. 국가인권위원회도 폐지를 권고했고, 국회에서 폐지 법안까지 발의했는데 FTA를 통해 국회의 입법권을 침해하고 있음. 정부는 이 조항이 반드시 저작권 삼진아웃제를 말하는 것은 아니라고 하지만 삼진아웃제도의 도입 경위에 비추어보면 타당하지 않은 주장임.

6.2.5 저작물의 일시적 저장과 관련하여, 미국 저작권법은 한미 FTA의 규정을 제대로 이행하고 있지 않은데 한국만 일방적으로 일시적 저장을 복제권으로 인정하고 있음(미국 저작권법은 일시적 저장을 전면적으로 인정하지 않고 “잠시 지속되는 것 이상의 기간 동안” 저작물이 고정되는 “충분히 영구적이거나 안정적”인 경우에만 복제권을 인정함). 최근 ‘오픈캡처’ 프로그램에 대해 서울지방법원은 이용자가 비록 저작권자의 허락을 얻어 ‘오픈캡처’ 프로그램을 설치했다고 하더라도 이용 과정에서 프로그램이 컴퓨터의 메모리에 일시적으로 저장되는 행위는 ‘일시적 복제권’ 침해라는 판결을 한 바 있음. 일시적 저장을 복제권을 인정하는 것은 인터넷에서의 일상적인 행위(웹 브라우징 등의 행위)를 저작권자의 통제 하에 놓겠다는 대단히 위험한 태도임.

<영문>

1. IP is not a stand-alone policy: it is a subset of another policy. For instance, patent is a part of an industrial policy and copyright needs to be shaped according to a domestic cultural policy. But the trade pacts which incorporate IP chapter have made IP reborn as a stand-alone policy. The problem is that the trade-related IP

unduly emphasizes the “protection and enforcement” of IPRs, undermines the broader policy objectives and brings about a direct conflict with basic human rights enshrined in the international human rights instruments, such as right to free expression, right to health and right to culture. Further it severely undercut the Internet freedom.

2. Internationally IP was officially linked to trade by the WTO agreement of mid-1990s. But Korea has experienced dramatic changes in IP system long before the WTO. The first IP system was introduced in this country through an agreement between the U.S. and Japan in 1908. The purpose of the agreement is not to encourage innovation and creation of Korean people, but to extend vested interests of Japanese and American industries to Korean territory. Restructuring Korean IP systems reoccurred consecutively: bilateral IP talk between the U.S. and Korea invoked by Trade Act 301 investigation of Reagan Administration in the mid-1980s, and the Korea-EU FTA and the KORUS FTA in 21th centuries. Now Korean government tries to join TPP negotiation, which is certain to further distort domestic IP system, lead to failure of broader industrial and cultural policies, and cause a retreat of basic human rights.
3. The TPP IP Chapter leaked by Wikileaks November last year shows “duplicity” and “bias” of the U.S. “Duplicity” refers to a difference of US position exposed in the international forum from policy domestically applied in the U.S. “Bias” means the US negotiation team unilaterally reflects a handful number of specific interest groups within the American society, i.e., the interests of big business. Accordingly, it is absurd to say that the demand of U.S. is an institutional advancement of IP system, which was one of the main justifications of Korean governments during the debate of the KORUS FTA.
4. The followings were demanded by the U.S. negotiators but eventually withdrawn during the KORUS FTA talks. Among others, the US tries to revive, through TPP, (i) patenting on “diagnostic, therapeutic, and surgical methods for the treatment of humans or animals”, (ii) triple damages in case of patent infringement (Apple insists this triple punitive damages in patent disputes with Samsung in the U.S. court), and (iii) prohibition of parallel importation of copyrighted work (the parallel importation

is closely related to “direct purchase” recently driven by the Korean government for consumers’ welfare).

- **Patent term extension due to an approval delay:** The US demanded a patent term extension to compensate delay of a marketing approval process in “another” Party.
- **Recognition of patent term extension:** When a Party introduces a system in which a patent is registered on the basis of a substantial patent examination conducted by another Party, the extended patent term provided by the another Party is also recognized in the Party.
- **Patentable subject matter:** The US demanded to include “diagnostic, therapeutic, and surgical methods for the treatment of humans or animals for the subject matter of patent (See Article QQ.E.1:3(b) of the leaked TPP IP Chapter).
- **Restrictions to the grounds for issuing a compulsory license of the patent invention:** The US demanded an unauthorized use of patented invention be permitted only to remedy anticompetitive practices, for public non-commercial use or national emergency or extreme urgency.
- **Patent term extension due to a granting delay:** For determining an unreasonable delay in the granting of a patent, the initial demand of the US was “two years” after a request for examination of the application has been made. In the final FTA text, it is “three years.” (Compare “two years” in Article QQ.E.XX (before QQ.E.13) of the leaked TPP IP Chapter and “three years” in Article 18.8:6(a) of the US-Korea FTA.¹⁾
- **Scope of right of trademark:** U.S. demanded to broaden the scope of trademark right to cover “related goods or services.” (it’s not clear from the negotiators’ notes but I guess this is not only for the well-known mark.)
- **Triple damages:** See Article QQ.H.4.Y US’ proposal of “up to three times the amount of the injury found or assessed,” in case of patent infringement, which was insisted by Apple in the US litigation against Samsung. The US also demanded additional damages (“injury to the right holder” plus “profits of infringer”) during the KORUS FTA negotiation.
- **Prohibition of parallel importation of copyrighted work:** See Article QQ.G.3 of the TPP IP Chapter. The parallel importation is closely related to “direct purchase” recently driven by the Korean government for consumers’ welfare

1) http://www.ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/fta/korus/asset_upload_file273_12717.pdf

5. For the KORUS Plus provisions, TPP may extend a data exclusivity to 12 years from 5 years in KORUS at least for bio-similar drugs, and prohibit anti-evergreening measure. The evergreening refers to practices of multinational pharmaceutical companies to get patents over patents on the same drug by making minor changes on the existing patent for purpose of extending patent protection.

6. Finally, the impact of KORUS FTA is discussed.

6.1. Regarding the right to health and access to medicine, Korea commissioned to fully implement the patent-approval linkage of KORUS (Art. 18.9:5) in two years from the effective date (March 15, 2012). As of January 31, 2014, in total 1,448 patents, mostly owned by multinational pharmaceutical companies, have been registered in the patented medicines list (so called “green list”, in the U.S. called “orange book”). When a patent is listed in the green list, a patentee is notified any request of marketing approval of generic drugs. For 510 generic requests, 406 notices have been sent to patentees. This means that when the patent-approval linkage is fully implemented in March next year, more than 406 generic drugs will be delayed (for more than one or year years) and the right to health and the access to medicine of Korean patients is to be restricted by laws. Further, as of January 31st, 2014, 87 appeals and 74 administrative litigations have been brought by the original drug companies concerning the registration rule of the green list. The multinational pharmaceutical companies officially complained to the Korean government that the rule is too stringent and all of the patents granted by the Korean Patent Office have to be registered without any scrutiny by the drug approval authority.

6.2.1. Concerning the right to culture and the Internet freedom, surprisingly enough the controversial provisions of Stop Online Piracy Act (SOPA), which caused a blackout of Wikipedia English site, have been in force in Korea from 2008 soon after the signing of KORUS (June 30, 2007). From 2008 to 2011, Korean government (KCSC: Korea Communication Standard Commission) has disconnected as many as 862 foreign Internet sites based on right holders’ allegations of IPR infringement (for detail, refer to Table below). When considering the side letter of KORUS imposing unilateral obligation to Korea for “shutting down Internet sites

that permit the unauthorized reproduction, distribution, or transmission of copyright works ... including so-called webhard services ... peer-to-peer (P2P) services”, the Internet freedom will be significantly undercut by the arbitrary actions by Korean administrative bodies.

Year	Disconnection
2008	118
2009	192
2010	341
2011	211
Total	862

6.2.2. Concerning the software copyright, Microsoft has brought disputes with Korean central and regional governments, including the Ministry of Defence for several years. The private argument of Microsoft alleging copyright infringement of Korean government is translated into public complaint of the U.S. government in the National Trade Estimate Report on Foreign Trade Barriers of 2014, which says:

“With respect to unauthorized use of software in the public sector, the U.S. Government worked closely with Korea and the affected stakeholder to resolve a specific case with one Korean government ministry in 2013. Nevertheless, the Korean government could take further steps to ensure, on a systematic, across-the-board basis, that all government agencies fully comply with the Korean Presidential Decree mandating that government agencies use only legitimate, fully licensed software. This includes taking action to investigate and ensure that a sufficient number of licenses have been acquired to cover all users of the software in the respective agency. The U.S. Government continues to work with Korea to seek improvements in this area.”

6.2.3. Since KORUS, crackdown on copyright infringement has been significantly reinforced. The copyright holders actively rely upon “audit” provision contained in the software license agreement and directly investigate users. Or the private parties take part in the investigation process of police, prosecutors or the copyright police, or receive the relevant information directly from them. Korea commissioned to

“work with the private sector” and the joint investigation team will take criminal actions “in a manner that is transparent to right holders” through the side letter of KORUS. This is tantamount to allowing a self-help of copyright holders, a privatization of public power, which is unimaginable in a law-governing democratic society.

6.2.4. Copyright three-strikes-out rule is included in Korea-Australia FTA (Article 13.9:28 “Each Party shall provide measures to curtail repeated copyright and related right infringement on the Internet”), which was recommended to be abolished by the National Human Rights Commission. And last year a lawmaker, with collaboration with Korean civil societies and support from international human rights activists, introduced bill to repeal the three-strikes-out rule. This shows how the trade pact impedes the legislative power of constitutional law making body. Korean government defends itself by saying the Korea-Australia FTA does not necessarily mean the three-strikes-out rule. But this is incorrect in that the legislative history clearly shows that the curtailing of repeated copyright infringement of the original bill to be modified to three-strikes-out rule.

6.2.5. Concerning the temporary reproduction, unlike U.S., Korea fully implemented the KORUS obligation of copyright protection on “temporary storage” of copyright works “in electronic form” (Art. 18.4:1). Under the U.S. Copyright Act, the reproduction right covers only the case where any fixation of a copyright work is “sufficiently permanent or stable ... for a period of more than transitory duration.” Last month, the Seoul District Court broadly recognized the reproduction right on electronic temporary storage of software, holding that notwithstanding users acquired a permission from the copyright holder for installing a computer program for screen capture (OpenCapture program), they are liable for copyright infringement because temporary storage of parts of program codes into computer memory during running of the program was not authorized. Copyright on the temporary storage is highly dangerous because such a right can control every users’ activity on Internet.

/End/