

지식독점에 맞서 생명과 인권을 옹호했던 변리사

# 인권의 관점에서 본

# 전지구적 지적재산권 체제

: 한-미 FTA 및 한-EU FTA 사례 연구와 함께

남희섭 씀

# 인권의 관점에서 본 전지구적 지적재산권 체제

: 한-미 FTA 및 한-EU FTA 사례 연구와 함께

남희섭 씀

## 알려두기

1. 이 책은 Nam Heeseob, Human Rights Approach in Global Intellectual Property Regime : with Case Studies on The US-Korea FTA and The EU-Korea FTA(2017)를 우리말로 옮긴 것입니다.
2. 이 책의 원문은 남희섭 아카이브(<https://namheesob.org>)에서 내려받을 수 있습니다.
3. 이 책의 본문은 '을유1945' 서체를 사용했습니다. 본 저작물은 공공누리 제1유형에 따라 문화체육관광부([mcst.go.kr](http://mcst.go.kr))와 한국출판인회의([www.kopus.org](http://www.kopus.org))의 공공저작물(폰트)을 포함하고 있습니다.

남희섭

박사 학위 논문  
상법 연구 센터  
퀸 메리 런던대학교  
2017

## 휴립스를 추구했던 동생, 희섭이를 추억하며

부모님이 지어주셔서 기억나지도 않는 어린 시절부터 그 이름이었던 동생의 이름, 희섭이를 불러봅니다. 입으로 소리내어 부르고 싶지만 그럴 때마다 입술이 떨리고 자꾸 입이 일그러져 마음 속으로만 부릅니다. 마음 속으로만 불러서 그런지 대답이 없습니다. 자다가도 어느 순간 깨어 일어나 불러보다가 대답을 듣지 못하고 잠들곤 했습니다.

그래도 3년의 시간이 지나면서 조금씩 무디어갑니다. 이제는 희섭이 이름을 이렇게 타자로 칠 수도 있게 되었고 전처럼 가슴이 뭉하고 무너지는 것 같은 느낌은 많이 잦아들었습니다.

저에게는 개구쟁이 동생의 모습으로 더 많이 남아 있는 희섭이는 당찬 포부를 가진 사람이었습니다. 희섭이가 하늘의 별이 되고 난 후 저는 희섭이가 영국에서 유학하며 쓴 박사학위논문을 읽게 되었습니다. 아주 오래 전에는 희섭이가 백혈병 관련하여 글리벡 이야기도 했고 또 그 후에는 한미 FTA 관련 문건을 들고 와 설명하기도 하고 그랬습니다. 그때 나름 열심히 듣고 이야기도 나누기는 했습니다만 저의 전공인 사회복지와는 워낙 다른 분야인데다 기술적인 내용이 많아 중요하다고 생각은 했지만 그냥 동생이 열심히 하나 보다고만 생각했습니다.

하지만 희섭이가 쓴 박사학위논문을 읽으면서 희섭이가 가진 생각을 더 깊게 들여다보게 되었습니다. 마침 이은우 변호사님이 희섭이 박사학위논문을 번역하여 출판할 계획이라고 해서 내가 한번 번역을 해볼까 욕심도 생겼고 그렇게 하는 것이 그렇게 고통 속에 있을 때 아무 것도 해주지 못했던 것을 그나마 메우는 것이 아닌가 생각되었습니다. 모르는 용어가 많아 사전을 찾고 이런저런 정보도 검색하고 동생이 평소에 썼던 여러 글들도 보면서 읽어가다보니 재미있기도 하고 제가 전공으로 하는 사회복지와 맞닿는

부분도 있다는 점을 알게 되었습니다. 무엇보다 무역중심적 지재권체제를 대표하는 트립스(TRIPs)와 대비되어 쓰이는 휴립스(HURIPs)라는 용어가 가슴에 와닿았습니다. 하지만 제 일도 있고 하다 보니 동생 논문의 번역 작업은 2장까지 진행되고 중단되었습니다.

휴립스(HURIPs)는 인권중심적 지재권(human right related IP rights) 체제의 약자로 정확히 언제인지는 모르지만 희섭이가 만든 약자인 것 같습니다. 희섭이는 이 휴립스라는 단어를 자신의 이메일주소로도 사용해서 저도 그 주소를 알고 있었지만 그게 어떤 의미인지는 잘 몰랐습니다. 살아생전에 물어본다 물어본다 하면서도 만나면 만나는 대로 전화하면 전화하는 대로 그때 할 얘기를 하다보니 물어보는 걸 잊어버리고 그랬습니다. 그러다가 동생이 더 이상은 어려운 상황에 놓였을 때는 그걸 물어볼 계제가 아니게 되었습니다. 저는 동생의 학위논문을 읽으면서 휴립스가 어떤 의미인지 알게 되었고 그렇게 늦게 알게 된 제가 한없이 원망스러웠습니다.

희섭이는 모든 사람의 진정한 자유를 위해 휴립스를 이야기한 것이 아닌가 생각합니다. 자본의 이윤추구나 권력에 의해 침해당하지 않는 자유 말입니다. 희섭이가 쓴 논문을 읽으면서 지금은 거의 부르지 않지만 옛날에 가끔 불렀던 노래 중 ‘이 세상 사는 동안’이라는 노래가 오버랩되었습니다. 그 노래에는 ‘아무도 빼지 못할 생의 자유를 되찾자’라는 구절이 있는데 희섭이는 이런 ‘아무도 빼지 못할 삶의 자유’를 찾기 위해 노력했던 것 같습니다. 그 수많은 폐해에도 불구하고 아직 신자유주의와 트립스체제가 여전히 사그라들지 않은 상황에서 우리가 아직 ‘아무도 빼지 못할 삶의 자유’를 되찾은 것은 아니지만 희섭이는 그 자신이 이제는 ‘이 세상 사는 동안 받았던 상처가 다 씻긴 곳에서 아무에게도 빼앗기지 않을 자유’를 누리는 존재가 되었습니다. 아무도 빼지 못할 삶의 자유를 되찾기 위한 노력은 남은 자들의 몫일 것입니다.

이번에 희섭이의 3주기를 맞아 정보공유연대의 오병일, 허민호, 권미란 활동가의 책임으로 희섭이의 학위논문이 책자로 번역되어 나오니 감사하게 생각합니다. 이 번역 책자가 휴립스의 한 초석이 되기를 희망합니다. 희섭이가 추구했던 휴립스를 비롯한 여러 가치들과 그것을 위한 실천들은 이제 정보공유연대의 공유자산이 된 것이 아닌가 합니다. 보통의 사람들은 가족들이나 지인들 사이에서 공유자산이 되지만 희섭이는 좀 더 넓은 범위에서 공유자산이 되는 것 같습니다. 희섭이를 공유자산으로 기억해주시는 여

러분들께 희섭이의 한 혈육으로서 감사하게 생각합니다.

하늘의 별이 된 희섭이도 보람되게 느끼리라 생각합니다. 또 희섭이라는 이름을 지어주시고 지금은 희섭이를 만나러 우리 가족들 중 가장 먼저 하늘로 가신 아버지도 희섭이와 함께 기뻐하시리라 생각합니다. 3년 전 희섭이가 하늘로 간 뒤로 병세가 급진전되어 지금은 병원에 계신 어머니에게도 희섭이의 꿈이 전해지리라 생각합니다. 남편을 잃고 혼자가 된 제수씨에게도 이 번역 책자가 희섭이의 발자취를 기억하는 또 하나의 거리가 되리라 생각합니다. 남은 우리 형제들도 희섭이를 추억하며 각자의 장에서 성실히 살아야겠지요.

인권중심적 지재권 체제와 지식의 공유를 위해 활동하시는 여러분들의 실천과 노력이 하나씩 결실을 맺어가기를 진심으로 바랍니다. 모든 분들의 건승을 기원합니다.

2024년 5월

희섭이의 3주기를 맞으며

휴립스를 이루고자 각자의 장에서 노력하고자 다짐하는 우리 가족들을 대신하여

남찬섭 씀

지적재산권은 그것이 처음 등장할 때나 점점 더 확장해나갈 때나 언제나 무역과 연관되어 있었다. 하지만 1970년대 말에 이르러 미국이 자국 기업의 이해관계를 내세워 강력한 압력을 행사하면서부터 무역이 지적재산권 규범의 중심적인 자리를 차지하기 시작하였다. 이러한 무역중심적 지적재산권 규범은 미국과 유럽연합(EU)이라는 가장 적극적인 두 행위자들이 추진한 무역관련 지적재산권협정(TRIPS)과 그에 뒤이은 트립스-플러스(TRIPS-plus) 규칙에 의해 형성되고 촉진되었다. 이 논문의 가설은, 이렇게하여 형성된 무역중심적 지적재산권 규범은 그것이 당초 의도한 지적재산권 보호라는 목적을 달성하지 못하고 있다는 것이다. 지적 생산물을 상업거래 중심으로 규범화하는 것은 인권에 중대한 영향을 미치는 다양한 경제적, 사회적, 문화적 가치와 충돌을 일으킨다. 이 논문의 목표는 (1)현대 지적재산권 규범에서 무역이 우세한 상황을 비판적으로 검토하고, (2)지적재산권 정책의 개혁을 위한 대항 프레임워크를 제공하는 것이다. 이를 위해 이 논문은 지적재산권 규범의 이론적·경험적 측면을 인권이라는 기준에 비추어 살펴보고자 한다.

이 연구에서는 한국이 미국 및 유럽연합과 체결한 두 개의 자유무역협정(FTA)에 대한 사례 연구를 통해 가설을 증명하고자 한다. 이 논문의 결론은, 인권이라는 맥락이 전체적으로 보아 다양한 쟁점들을 통합할 수 있는 정당한 대항프레임워크를 제공해준다는 것이다. 인권이 정부간 기구에 의해 제도화되고 이를 지지하는 초국가적 옹호네트워크에 의해 지원되는 국제적 합의규범에 의해 강화되고 있다는 점을 고려할 때 더욱 타당하다고 하겠다. 그럼에도 불구하고 이 논문은 인권담론에서 국가와 개인을 지나치게 강조하는 것에 대해 글로벌 경제규범의 지배력, 비정부 행위자들의 지배적인 역할, 지적재산권 규범의 문화적 상대성을 고려하여 이의를 제기할 필요가 있다고 주장한다.

---

· 추모의 글 .....	004
· 초록 .....	007

## 1장. 도입

1-1. 연구의 배경과 맥락	017
1-2. 주요 개념의 정의 및 논의 범위	023
1-2-1. 지적재산	023
1-2-2. 인권	028
1-3. 연구 질문, 장 구조 및 방법론	030

## 2장. 지적재산권의 무역 측면

2-1. 도입	035
2-2. 역사적 층위	036
2-2-1. 중상주의 무역 정책과 특허 관습 시대	037
2-2-2. 특허 관습 기간의 무역 관련성	039
2-2-3. 19세기 이후의 무역 관련성	043
2-2-4. 초기 특허 법령에 반영된 무역 관련 우려 사항	045
2-3. 다양성의 층위	048
2-3-1. 동아시아에서 특허의 비존재	048

---

2-3-2. 중국 역사에서 저작권의 비존재	050
2-3-3. 한국 역사에서 저작권의 비존재	053
2-4. 국제 정치 경제적 층위	056
2-5. 실체적 층위	060
2-6. 결과적 층위	065
2-7. 결론	070

### 3장. 지적재산권의 인권적 측면

3-1. 도입	075
3-2. 인권과 지적재산권이 교차하는 역사적 풍경	077
3-2-1. 세계인권선언과 사회권규약에서 과학문화권의 등장	077
3-2-2. 오랜 무시의 기간	087
3-2-3. 지적재산권과 인권의 충돌 또는 비충돌에 대한 토론	089
3-2-4. 공존 또는 화해 접근 방식	093
3-3. 과학문화권의 보호 측면	097
3-3-1. 저작자	097
3-3-2. 모든 과학적, 문학적 또는 예술적 생산물	102
3-3-3. 도덕적 및 물질적 이익	104
3-3-4. 의무와 이행	107
3-4. 과학문화권의 보급 측면	110
3-4-1. 문화생활에 참여할 권리	110
3-4-2. 과학적 진보와 그 응용의 혜택을 누릴 권리	115

---

3-5. 규범 설정 프로세스	121
3-6. 지적재산권의 인권 모델	124
3-6-1. 새로운 균형과 제한 및 예외(L&E)	124
3-6-2. 저작자의 물질적 이익 보호를 위한 책임 규정	126
3-6-3. 발명에 대한 권리	130
3-7. 결론	135

## 4장. 사례 연구: 한-미 FTA

4-1. 도입	141
4-2. 한미 FTA 협상 및 이행	144
4-2-1. 간략한 연대기	144
4-2-2. 지적재산권 협상	145
4-2-3. 토론 및 분석	149
4-3. 한미 FTA 일반규정	152
4-3-1. 한미 FTA 에 따른 의무	152
4-3-2. 토론 및 분석	152
4-4. 저작권	154
4-4-1. 복제권 및 일시적 저장	154
4-4-2. 보호 기간	159
4-4-3. 만료된 저작권접권의 권리 회복	160
4-4-4. 기술적 조치의 보호	162
4-4-5. 3단계 테스트 및 공정 이용	164
4-5. 특허	167
4-5-1. 특허 가능한 발명	167
4-5-2. 특허 취소 및 이의제기	169
4-5-3. 특허 기간 연장	173
4-5-4. 유예 기간	174

---

4-6. 의약품 및 트립스-플러스 보호	176
4-6-1. 데이터 독점권	176
4-6-2. 허가-특허 연계	177
4-7. 집행	191
4-7-1. 총론	191
4-7-2. 민사 집행	193
4-7-3. 행정 집행	196
4-7-4. 형사 집행	200
4-7-5. 온라인 집행: 인터넷 사이트 차단	205
4-8. 결론	208

## 5장. 사례 연구: 한-EU FTA

5-1. 도입	215
5-2. EU 와 한국의 협상 역사와 전략	217
5-2-1. 협상 진행 상황	217
5-2-2. 한-EU FTA 이행	219
5-2-3. 한국과의 양자 무역협정에서 EU 의 지적재산권 전략	221
5-2-4. EU 와의 양자 무역협정에서 한국의 지적재산권 전략	223
5-2-5. 토론 및 분석	223
5-3. 한-EU FTA 지적재산권 챕터의 원칙과 목적	226
5-3-1. 고려와 정당성의 균형 부족	226
5-3-2. 기술 이전과 그 효과	227
5-3-3. NT, MFN 및 불평등 연합 효과	228
5-4. 저작권	230
5-4-1. 총평	230
5-4-2. 보호 기간	230
5-4-3. 실연자 및 음반 제작자의 공중전달권 및 보상권	233

---

5-4-4. 인터넷을 통한 텔레비전 신호 재송신 금지	237
5-4-5. 예술가의 재판매권	238
<b>5-5. 특허, 공중 보건 및 의약품 보호</b>	<b>240</b>
5-5-1. 총평	240
5-5-2. 공중 보건 및 도하 선언	241
5-5-3. 의약품 허가 절차 지연을 보상하기 위한 특허 기간 연장	243
5-5-4. 데이터 독점권	244
5-5-5. 허가-특허 연계	250
<b>5-6. 지적재산권 집행</b>	<b>252</b>
5-6-1. 트립스-플러스와 EU 법률의 '잘라내어 붙여넣기'	252
5-6-2. 민사 집행 및 중개자에 대한 금지 명령	253
5-6-3. 형사 집행 및 EU-Plus 모델	254
5-6-4. 온라인 집행: 중개자 책임 및 일반적 모니터링 의무의 금지	260
<b>5-7. 결론</b>	<b>270</b>

## 6장. 결론

6-1. 연구 질문 및 주요 연구 결과	275
6-2. 인권 담론의 장점과 한계	279
6-3. 한계 및 향후 연구	282

---

---

· 감사의 말	284
· 약어표	285
· 법률	286
· 참고문헌	287





# 01

## CHAPTER

도입

## 연구의 배경 및 맥락

지적재산권(intellectual property; IP)을 인권의 측면에서 학술적으로 고찰하는 문헌이 늘어나고 있다. 지적재산권과 인권은 오랜 기간 서로 아무 관련이 없는 것으로 취급되어 왔는데 이러한 두 주제가 최근 함께 다루어지게 된 계기는 무엇인가? 인권의 개념이 지적재산권 체제에 영향을 미칠 수 있는가, 혹은 영향을 미쳐야 하는가?

지적재산권에 관한 인권적 담론은 무역중심적 지적재산권 규범에 의해 촉발된 것인데, 이 무역중심적 지적재산권 규범은 1970년대 후반부터 1980년대 초반에 미국에서 일어난 변화에 그 역사적 뿌리를 두고 있다.

그 변화가 일어난 시기 이전의 대략 75년에 걸친 기간 동안 미국의 지적재산권 문화는 한마디로 반(反)특허주의라 할 수 있는 성격을 가지고 있었다. 즉, 그것은 “특허의 범위와 타당성에 대한 법률적 비판 및 적극적인 반(反)독점정책의 실행”을 특징으로 하는 것이었다.<sup>1)</sup> 변화는 1980년 미국 연방대법원이 도슨 화학(Dawson Chem. Co) 판결<sup>2)</sup>에서 특허권을 지지하는 공공정책과 자유 경쟁을 지지하는 공공정책을 동등한 위치에 두는 결정을 하면서 시작되었는데, 이로써 특허법에 대한 반독점법의 우위가 종식되었다.<sup>3)</sup> 또

1) Sell, 2003, p. 66

2) Dawson Chem. 448 U.S. 176 (1980)

3) Sell, 2003, pp. 66-67; Gallini, 2002, p. 133

한 “태양 아래 인간이 만든 모든 것”이라는 슬로건 아래<sup>4)</sup>, 법원은 특허 대상을 차크라바티 사건<sup>5)</sup>에서 살아있는 유기체로, 디어 사건<sup>6)</sup>에서는 컴퓨터 프로그램으로 확대했다. 또한 1982년 연방순회항소법원(CAFC)의 설립이라는 의도치 않은 우발적 사건도 지적재산권 보호를 강화하는 사법적 전환에 중요한 역할을 했다. 이 새로운 사법 기관은 원래 여러 순회 법원에서 특허법이 불균등하게 적용되는 문제를 해결하기 위한 것이었다. 그러나 손해배상액을 높이고 특허의 유효성을 옹호함으로써 특허의 경제적 힘을 강화하는 의도치 않은 결과를 초래했다. 입법부도 1981년에 공적 지원 연구의 상업화를 촉진하기 위한 목적으로 ‘베이-돌(Bayh-Dole) 법’<sup>7)</sup>을 제정하여 이러한 움직임에 동참했다. 베이-돌 법은 미국이 지적재산권에 의존한 산업에서 다른 경쟁국들에 밀려 우위를 잃을 수 있다는 우려에 대한 의회의 대응이었다.<sup>8)</sup> 이러한 사법적, 입법적 변화는 ‘친특허’ 시대의 토대를 마련하고 지적재산권과 무역을 연계하려는 민간 부문의 노력에 보다 우호적인 환경을 조성했다.

지적재산권 보호를 정치화하는 데 성공한 미국 기업(특허 및 저작권 업계)은 국내 정책 입안자들에게 ‘미국 무역 및 관세법’ 및 ‘북미자유무역협정’(NAFTA), ‘카리브해 무역 이니셔티브’와 같은 지역 무역 협정에서 지적재산권 보호를 무역과 연계하도록 압력을 가했다.<sup>9)</sup> 미국 의회는 지적재산권으로부터 이익을 얻는 업계의 로비에 영향을 받으며 무역 기반 지적재산권 보호라는 개념을 받아들였고 1984년 무역 및 관세법의 새로운 개정안을 채택했다. 이 개정안은 외국의 행위, 관행 또는 정책이 “미국의 국제법적 권리”를 침해하지 않더라도, “적절하고 효과적인 지적재산권 보호의 공정하고 공평한 제공”을 거부하는 것으로 여겨지는 경우 “불합리한” 것으로 규정했다.<sup>10)</sup> 또한 개정된 조항은 민간 부문이 미국 무역대표부(USTR)에 외국 무역 파트너의 지적재산권 관행을 조사하도록 청원

4)이 문구는 1952년 미국 특허법 개정을 위한 2인 위원회에 참여했던 Giles S. Rich 판사가 만든 말이다. 리치 판사는 90대의 나이에 비즈니스 방법 발명의 특허성을 인정할 악명 높은 스테이트 스트리트 판결을 이끌었다(State Street Bank & Trust Co. v. Signature Financial Grp., Inc., 149 F.3d 1368 (Fed. Cir. 1998)). “태양 아래 모든 것”이라는 문장이 어떻게 입법 역사의 원래 맥락에서 벗어나 법원에 의해 잘못 적용되어 특허 가능한 대상을 지나치게 확장했는지에 대한 비판적 분석은 Oddi, 2002; 및 CClA, 2008 을 참조하라.

5)Diamond v. Chakrabarty 447 U.S. 303 (1980)

6)Diamond v. Diehr 450 U.S. 175 (1981)

7)Pub. L. 96-517, December 12, 1980.

8)Drahos & Braithwaite, 2002, p. 163

9)미국에서 IP에 대한 무역 기반 접근의 기원과 발전에 대해서는 Sell, 2003, 특허 4장 참조하라.

10)Sell, 2003, pp. 85-86.

할 수 있도록 허용하고, USTR이 직권으로 소위 301조 조치를 개시할 수 있는 권한을 부여했다. 또한, 이 개정안은 일반특혜관세제도(GSP) 프로그램하에서 지적재산권 보호를 비호해적 무역 양허와 처음으로 연계시켰다.<sup>11)</sup>

신흥 산업국들을 겨냥한 이 새로운 무역법은 한국과 브라질을 대상으로 처음 적용되었다. 1985년 가을, USTR은 301조에 따라 조사를 시작했고, 이는 한국과의 양자 협상으로 이어졌다. 이 양자 협의는 협상이 실패할 경우 한국에 대한 무역 제재를 가할 수 있다는 암묵적 위협을 전제로 진행됐다.<sup>12)</sup> 1986년 7월, 약 10개월간의 협상 끝에 한국 정부는 미국의 요구를 어쩔 수 없이 거의 모두 수용했다. 그 결과 1986년 말 한국의 모든 지적재산권 관련 법률이 전면적으로 개정되었다. 이 개정안에는 물질특허 도입, 음반 제작자에 대한 저작권과 유사한 보호, 독자적인 컴퓨터 프로그램 보호, 특허와 저작권의 보호 기간 연장, 특허 오남용에 대한 국내 재량권 축소, 지적재산권 침해자에 대한 형사 제재 강화 등이 포함되었다. 또한 한국 측 공약에는 의약품 특허 보호와 컴퓨터 프로그램의 독자적 보호에 대해 미국 업계에만 법률이 아닌 행정 조치를 통해 적용하는 등 논란이 많았던 조치도 포함되어 있었다. 당시 지적재산권 보호 강화는 한국의 경제적 이익에 반하는 것으로 널리 인식되어 있었기 때문에 개정안은 미국에 굴욕적으로 양보한 것으로 간주되었다.<sup>13)</sup>

한국 수출품에 대한 무역 보복 위협과 GSP에 따른 혜택 상실과 같은 미국의 경제적 압박은 새로운 규제에 대한 한국의 항복을 이끌어내는 데 핵심적인 무기였다. 또 다른 중요한 요인은 한국 정부의 취약한 정치적 입지였다. 당시 한국은 전두환 군사 정권이 통치하고 있었다. 취약한 정치적 정통성을 잃을 수 있다는 두려움 때문에 한국 정부는 대다수 한국 국민에게 ‘혈맹’으로 여겨지던 미국의 요구에 더욱 수용적이었다. 한국과 달리 브라질은 의약품 특허에 대한 정책 변경을 거부했다. 이는 1988년에 301조에 따른 미국의 실제 무역 보복으로 이어졌다.<sup>14)</sup>

1984년 미국 무역법 개정안은 미국 산업계를 만족시키기에는 불충분했다. 그들은 무역

11) Sell, 2003, p. 86.

12) Ryan, 1998, p. 75.

13) Morin & Bannerman, 2015, p. 227. 일본의 한 학자인 나카야마 노부히로는 이 결과를 미국이 군사적 승리 후 피해자로부터 전리품을 탈취하는 것으로 묘사했다.

14) Drahos & Braithwaite, 2002, p. 104.

법을 더욱 강화하기 위해 의회에 지속적으로 로비를 펼쳤고, 그 결과 1988년 개정안이 통과되었다. 1988년 개정안은 민간 영역이 무역 협상 절차에 참여할 수 있도록 제도화했고, USTR이 매년 지적재산권 우선 심사 대상국을 파악하고, 파악 후 30일 이내에 우선 심사 대상국에 대한 조사를 자체적으로 개시하도록 의무화했다.<sup>15)</sup> 1988년 법안이 통과된 후 USTR은 매년 무역 파트너의 지적재산권 법률, 정책 및 관행을 검토하고, 평가에 따라 세 그룹으로 분류해야 했다: 우선 협상 대상국(가장 부담스럽거나 심각한 정책을 시행해 미국의 지적재산권 보유자 또는 제품에 가장 큰 악영향을 미치는 것으로 USTR이 판단한 국가), 우선 감시 대상국(적절한 지적재산권 보호 및 집행, 또는 지적재산권 보호에 의존하는 미국인에게 시장 접근을 적절히 제공하지 않는 국가), 감시 대상국(잠재하는 지적재산권 문제를 해결하기 위해 양자 간 주의를 필요하다고 USTR이 판단한 국가).<sup>16)</sup> 스페셜 301조 조항은 관세 및 무역에 관한 일반협정(GATT) 참여국을 비롯한 국제 사회와 법률 전문가들로부터 많은 비난을 받았지만 상당히 효과적이었다. 무역 상대국이 보고서에 등재될 때마다 무역 제재의 잠재적 위협에 놓이게 되었기 때문이다.

무역과 지적재산권을 연계하는 전략은 효과가 있었다. 1985년에서 1995년 사이에 최소 18개 개발도상국이 특허 보호를 강화하는 방향으로 법률을 개정했다.<sup>17)</sup> 지속적인 일방적 압력과 강력한 지적재산권 보호 및 집행 조항을 포함하는 양자 간 무역 협정의 증가는 1995년 발효된 세계무역기구(WTO) 내 무역 관련 지적재산권 협정(TRIPS, 트립스 협정)의 수립에 추진력을 제공했다.

트립스 협정 이후 양자 혹은 지역 무역 협정을 통해 지적재산권 보호 및 집행에 대한 기준이 계속 강화되고 있다. 미국과 EU가 추진한 이러한 무역 협정에는 트립스 협정에서 규정하는 것보다 더 엄격한 지적재산권 보호 및 집행에 관한 실체적 규정을 부과하고, 트립스 협정에 규정된 유연성을 없애며, 트립스 협상 테이블에서 얻지 못한 지적재산권 보호 및 집행에 관한 새로운 조항을 도입하기 위한 트립스 플러스(TRIPS-PLUS) 조항이 포함되었다. “강력한 지적재산권 보호는 좋은 것이고, 더 강력한 지적재산권 보호는 더 좋은 것”이라는 전제 하에,<sup>18)</sup> 기업 이익단체와 이들의 지원을 받는 선진국들은 트립스

15) Sell, 2003, p. 92.

16) Deere, 2009, pp. 49-50.

17) Deere, 2009, p. 51.

18) Benkler, 2006, p. 317.

협정을 “천장이 아닌 바닥”으로 보고 있다.<sup>19)</sup> 브라질, 중국, 인도, 한국, 대만 등 신흥 경제 강국들의 도전에 직면한 미국과 EU는 국내외에서의 강력한 지적재산권 보호만이 경쟁 우위를 유지할 수 있는 유일한 방법이라고 생각해왔다.<sup>20)</sup> 이들은 또한 “포럼 확산(forum proliferation)” 전략<sup>21)</sup>을 사용하여 지적재산권 집행에 초점을 맞춘 트립스 플러스 의제를 추진하고 있다. 지적재산권 보호를 극대화시켜야 한다는 관점을 지닌 이들(maximalist)은 전통적인 다자간 포럼을 우회하여, 위조방지무역협정(ACTA), 환태평양경제동반자협정(TPP), 범대서양무역투자동반자협정(TTIP), 역내포괄적경제동반자협정(RCEP)<sup>22)</sup>과 같은 양자, 지역 또는 복수국가 무역협정을 통해 지적재산권의 보호 및 집행을 강화하고자 했다.

트립스 플러스 의제에 대한 지속적인 추진은, ‘비판적 현실주의’ 용어로는 ‘행위자(agency)’라 불리는, 새로운 실행자를 탄생시켰다.<sup>23)</sup> 이러한 실행자에는 두 그룹이 있다. 한 그룹은 국내 특허 또는 저작권 정책에서 행정력을 가진 지적재산권 전문가들로 구성된다. 이들은 지적재산권 보호를 극대화해야 한다는 관점을 지지하는 지적재산권 변호사, 학자 등 소수의 전문가 집단과 협력한다. 이 그룹은 정책 결정 과정을 관장하고 구조와 행위자의 상호 작용에 핵심적인 제도를 장악하고 있다는 점에서, 초기에 트립스 도입을 추진했던 민간 기업 부문과는 다르다. 다른 그룹은 무역 중심의 지적재산권 규범에 반대하거나 저항하는 그룹이다. 여기에는 무역 중심적 지적재산권 체제로 인해 부정적인 영향을 받고 지적재산권과 관련된 공공의 이익에 초점을 맞추는 사람들이 포함된다. 무역 중심의 지적재산권 체제가 ‘구조화된 행위(structured agent)<sup>24)</sup>의 산물인 것처럼, 이 저항 그룹도 트립스와 트립스 플러스 체제가 구축한 새로운 구조에 의해 형성되었다. 트립스에 저항하는 움직임은 의약품, 농산물, 소프트웨어에 대한 특허와 같이 트립스가 가혹한 영향을 미치는 분야에서 나타났다. 지적재산권 보호를 극대화하려는 규

19) Sell, 2010a, p. 2.

20) Ruse-Khan, 2009, p. 60.

21) May, 2006, p. 93.

22) RCEP은 아세안 10개 회원국과 이들의 6개 FTA 파트너(호주, 중국, 인도, 일본, 한국) 간의 지역 협정을 위해 2012년 11월에 공식적으로 출범했다.

23) 1970년대와 1980년대 자연과학과 사회과학의 포스트 실증주의 위기 상황에서 등장한 비판적 현실주의는 존재론, 인과관계, 구조, 사람, 설명의 형식 등 다양한 문제에 대한 일련의 철학적 입장으로, 인과관계, 행위자, 구조, 관계의 본질과 우리가 사용하고 있는 암묵적 또는 명시적 존재론에 관심을 두고 있다(Archer 외(2016)).

24) Sell, 2003, pp. 24-30.

범이 범위와 폭을 넓혀가면서, 처음에는 각자의 영역에 흩어져 있던 저항 집단들은 서로가 무언가 공통된 것을 하고 있다는 것을 깨닫기 시작했다. 이들은 서로 겹치는 의제를 발전시키고 행동을 조율했다.<sup>25)</sup> 이들 대부분은 지적재산권에 반대하는 이들이 아니라 오히려 확장에 반대하는 이들이다.<sup>26)</sup> 이들은 글로벌 지적재산권 규범을 무역 규칙으로 보지 않고, 자유 문화, 문화 환경, 퍼블릭 도메인, 분배 정의, 개발, 접근권, 반검열, 인권 등 다양한 언어를 사용하여 극대화된 보호만을 주장하는 지적재산권 규범의 개혁을 추구한다.

이러한 대안적 프레임워크에서 인권의 언어는 강력해 보인다. 인권에 기반한 대안적 지적재산권 프레임워크는 현대 국제 지적재산권법의 균형을 회복하거나<sup>27)</sup> 글로벌 규제 체계의 약자를 위한 ‘프레임워크 조약’을 제공할 수 있는 비옥한 토대를 제공할 수 있다고 주장된다.<sup>28)</sup> 인권이라는 개념이 현대 지적재산권 규범의 근본적인 개혁을 추구하는 사람들에게 포괄적인 대항 프레임워크를 얼마나 제공할 수 있을지는 아직 더 많은 연구가 필요하다.

---

25)Coombe, 1998.

26)Silbey, 2010, p. 219.

27)Shaver 2009, p. 9.

28)Drahos 2005, p. 3.

## 1장. 도입

### 1-2

# 주요 개념의 정의 및 논의 범위

## 1-2-1. 지적재산(Intellectual Property)

“지적재산”이라는 용어는 학계와 실무 영역 모두에서 널리 사용되고 있으며 국제적으로 수용되고 있다. 대부분의 국내법에서는 지적재산 자체를 정의하지 않지만,<sup>29)</sup> 다자간 및 양자간 국제 협약에는 지적재산에 대한 정의 조항이 포함되어 있다. 그러나 이러한 조항은 지적재산의 개념이나 본질적인 성격을 규정하지는 않는다. 그 대신 다양한 범주의 법적 권리를 열거할 뿐이다. 예를 들어, 세계지적재산권기구(WIPO) 협약과 트립스 협정은 저작권, 상표, 지리적 표시, 산업 디자인, 특허, 집적 회로 배치설계, 특정 미공개 정보 등 지적재산권 목록에 포함된 항목들을 나열하고 있을 뿐이다.<sup>30)</sup> 대부분의 트립스-플러스 양자 협정은 지적재산 정의에 이 ‘목록 모델’을 따르고 있다.<sup>31)</sup>

29) 이는 모든 범주의 지적재산을 다루는 국가 법률이 거의 없기 때문이다. 몇 가지 예외로 프랑스 지적재산권법(Code de la propriété intellectuelle, 2017년 3월 17일 개정, 정의 규정 없음), 일본 지적재산권 기본법(법률 번호 2002의 122호, 다양한 범주의 IP를 언급하고 있는데, 여기에는 인간의 창조적 활동을 통해 생산된 기타 재산과 기업 활동에 유용한 기술 또는 사업 정보 등을 포괄함), 한국 지식재산기본법(2007년 제정, IP를 인간의 창조적 활동 또는 경험 등에 의하여 창출되거나 발견된 지식·정보·기술, 사상이나 감정의 표현, 영업이나 물건의 표시, 생물의 품종이나 유전자원, 그 밖에 무형적인 것으로서 재산적 가치가 실현될 수 있는 것을 폭넓게 포괄하는 것으로 정의) 등이 있다.

30) 세계지적재산권기구 설립 협약 제2조(viii) 및 TRIPS 제1조(2)(“본 계약의 목적상, ‘지적재산권’이라는 용어는 제2부 제1조부터 제7조까지에 해당하는 모든 범주의 지적재산권을 의미한다”).

31) 예를 들어, 한-EU FTA 제10.2조 제2항 및 TPP 제18.1조 제1항을 참조. 이와 대조적으로, 미국 FTA는 거의 모든 범주의 지적재산권을 간접적으로 포괄하고 있다(제18.1조 6항).

지적재산의 명확한 경계가 없는 무역 관련 지적재산권 조약의 ‘목록 모델’은 지적재산을 보다 광범위하게 보호할 수 있는 문을 열어주는 역할을 해왔다.<sup>32)</sup> 또한, 제한을 두지 않는 지적재산권 조약의 열거형 목록 모델은 회원국에 지적재산의 새로운 주제를 창안할 수 있는 자유를 제공하고, 개인의 창의적 노력을 보호하기보다는 투자를 보호하는 방향<sup>33)</sup>으로 지적재산권이 수렴되도록 유도한다.

지적재산권 조약에 지적재산에 대한 명확한 개념 정의가 없는 이유는 무엇일까? WIPO의 전사(前史)를 살펴보면 해답의 실마리를 찾을 수 있다. 간단히 말해, WIPO의 전신 기관은 산업재산권과 저작권이라는 서로 다른 두 가지 법적 권리를 결합하기 위해 ‘지적재산’이라는 단어를 ‘포괄적 용어<sup>34)</sup>로 채택했으며, 산업재산권의 모호한 특성이 지적재산 정의의 목록 모델에 영향을 미쳤다.

WIPO의 전신은 프랑스 약어인 BIRPI<sup>35)</sup>로 잘 알려진 ‘지적재산권 보호를 위한 연합국 제사무소’이다. BIRPI는 산업재산권 보호를 위한 파리 연합(1883년)과 문학 및 예술 작품 보호를 위한 베른 연합(1886년)을 하나의 사무국 아래 통합하여 1893년에 설립되었다.<sup>36)</sup> 1967년 스톡홀름 회의에서 설립된 WIPO는 1974년에 유엔의 전문 기관이 되었다.<sup>37)</sup> 많은 사람들이 헛갈려하지만, BIRPI가 지적재산권이라는 용어가 포함된 제목으로 시작된 것은 아니다. 원래 BIRPI의 ‘PI’는 산업재산권의 약자로, 1950년대 중반에 지적재산권으로 명칭이 변경되었다.<sup>38)</sup> 그 이전에는 ‘산업재산권’과 ‘문학 및 예술 작품의 재산권’이라는 용어가 일반적으로 사용되었다. ‘산업재산권’이라는 용어는 주로 발명, 상표, 산업 디자인에 대한 권리를 지칭하는 데 사용되었지만 ‘문학 및 예술 작품의 재산권’이라는 표현은 ‘지적재산’ 또는 ‘저작권’과 혼용하여 사용되었다.<sup>39)</sup> 1950년대부터 지적재산권이라

32)Hilty, 2016, p. 187.

33)Westkamp, 2005, pp. 97-100.

34)Nard, Barnes & Madison, 2008, p. 2.

35)Bureau International réunis pour la protection de la propriété intellectuelle.

36)Bogsch, 1992, pp. 7-8; May, 2007, p. 19 (파리 협약과 베른 협약의 회원국들은 이 두 협약이 상당한 공통점이 있다는 것을 깨닫고 공동 사무국을 설립하는 것이 합리적이라고 생각했으며, BIRPI의 설립은 지적재산권 보호의 국제적 시대의 시작을 의미한다고 설명함).

37)유네스코와 ILO가 아닌 WIPO가 그러한 기관이 될 수 있었던 요인에 대해서는 Marx, 2010, pp. 188-190참조, WIPO가 유엔 특별기구가 된 과정에 대해서는 Halbert, 2006, pp. 259-273 and May, 2017 참조하라.

38)Halbert, 2006, p. 257; Bogsch, 1992, p. 8.

39)Bogsch, 1992, p. 8. 19세기와 20세기 초에 “지적재산권”이라는 용어는 프랑스, 이탈리아, 스페인 국내 법학에서 저작권을 의미하는 용어로 사용되어 왔다(Hughes, 2012, pp. 1304-1316). 1879년 스페인 지적재산권법은 “지적재산권은 ... 어

는 개념이 널리 사용되었으며<sup>40)</sup> 이는 산업재산권과 저작권을 모두 포괄하는 것으로 이해되었다.<sup>41)</sup>

지적재산의 개념을 정의할 때 나타나는 모호함과 난해함은 주로 그 구성 요소인 산업재산권의 모호한 특성에서 비롯된다. 산업재산권이 모호한 이유는 넓은 의미의 ‘산업’이라는 용어가 ‘모든 종류의 인간 노동’을 포함할 수 있고 산업재산권에는 ‘매우 이질적인 종류의 이익과 권리’가 포함될 수 있기 때문이다.<sup>42)</sup> 따라서 산업재산권으로 분류되는 모든 하위 권리를 포괄할 수 있는 명확하게 통일된 법적 개념을 제시하는 것이 불가능했기 때문에 현재의 지적재산권 조약의 지적재산 정의 조항에 ‘목록 모델’이 등장하게 되었다.

1990년대부터 지적재산권의 사회적, 경제적, 문화적 측면의 중요성이 커짐에 따라 많은 학자들이 ‘지적재산’의 이론화를 시도해 왔다. 윌리엄 피셔는 지적재산에 관한 네 가지 주요 이론적 문헌을 다음과 같이 개괄했다. (1)공리주의(벤담의 ‘최대 다수의 최대 이익’이라는 이상에 기반을 둔다), (2)자연법 또는 노동 이론(로크의 정당화 이론에 기반을 둔다), (3)인격 이론(칸트 및 헤겔 철학에 기반을 둔다), (4)사회 계획 이론(제퍼슨과 초기 마르크스의 사상에서 영감을 얻었다).<sup>43)</sup> 그러나 ‘지적재산’은 여전히 하나의 이론으로 정당화되기 어렵다.<sup>44)</sup> 철학적 또는 경제적 측면에서 다양한 지적재산권 범주를 적절히 포괄하기에 적합한 단일한 정당화 이론이나 관점은 존재하지 않는다.<sup>45)</sup> 혹자는 지적재산권으로 분류되는 공통 요소는 무체 또는 무형의 대상에 대한 재산의 존재<sup>46)</sup>, “무형물에 대한 재산 보호<sup>47)</sup> 또는 “정신의

면 방법으로도 생성될 수 있는 과학적, 문학적 또는 예술적 저작물로 구성된다”고 명시했다(Vallés, 2009, p. 104).

40)Halbert, 2006, p. 257. 이와 대조적으로, 휴즈(Hughes)는 1950년대에는 ‘지적재산권’이라는 용어를 사용하는 관행이 일관되지 않았다고 설명한다(2012, p. 1300).

41)Bogsch, 1992, p. 8. 이전에는 이러한 권리를 “무형의 권리” 또는 “무형 재산권”, “지적 권리” 또는 “지적재산권” 등으로 다양하게 불렀다(Ladas, 1975, p. 61).

42)Ladas, 1975, p. 1. 파리협약 이전에는 산업재산권의 개념이 훨씬 광범위하게 이해되었다. 파리협약의 전신인, 1878년 파리에서 개최된 산업재산권에 관한 국제회의의 참가자들은 “특허, 상표, 디자인 및 모델, 사진 저작물, 상호, 산업적 보상과 관련된 모든 문제”에 대해 논의했다(Ladas, 1975, p. 61).

43)Fisher, 2001, pp. 169-173. 그는 이 중에서도 판사, 입법자, 변호사들이 주로 의존하는 것은 공리주의적 지적재산권 이론이라고 보았다.

44)Menell, 1999, p. 163 (“지적재산권에 대한 전통적 또는 새로운 합리화 중 어느 것도 모든 지적재산권 체계를 완전하거나 만족스럽게 설명하지 못한다”); Oguanam, 2009, p. 105.

45)Cornish & Llewelyn, 2007, p. 3 (“그것 [특허, 저작권, 상표] 모두를 만족스럽게 포괄하는 단일 일반 용어는 없다.”).

46)Leaffer, 1990, p. 2.

47)Bently & Sherman, 2009, pp. 1-2.

창조물<sup>48)</sup>이라고 말하지만, 또 다른 이들은 (지적재산권은) 다른 사람이 무언가를 하지 못하게 할 수 있도록 부여되는 권리라는, 그것의 부정적 특성에 초점을 맞춘다.<sup>49)</sup>

그러나 이러한 공통점만으로는 지적재산권 내에 내재된 긴장, 즉 보호와 확산(또는 보급) 사이의 긴장을 설명할 수 없다.<sup>50)</sup> 예를 들어, 지적재산권 목록의 핵심 항목 중 하나인 상표를 무단 사용으로부터 보호하는 것은 상표가 전달하는 상징적 정보의 확산이나 상표 창출의 장려와는 아무런 관련이 없다.<sup>51)</sup> 상표의 광범위한 보급은 상표법의 정책 목표가 아니다. 미공개 정보, 즉 영업비밀에 대해서도 같은 논리를 적용할 수 있다. 영업비밀에 대한 법적 보호의 목적은 영업비밀의 더 많은 생산을 장려하는 것도 아니고 더 광범위한 사용을 촉진하는 것도 아니다. 따라서 상표와 미공개 정보에는 보호와 확산 사이의 긴장이 존재하지 않는다.

보호와 보급 사이에 내재된 지적재산권의 긴장은 영미식 “공리주의, 즉 결과 지향적<sup>52)</sup> 기본 프레임워크에서 비롯된다. 공리주의적 의제는 무역 중심의 지적재산권 규범을 지배하는 개념이며<sup>53)</sup>, 자연법적 정당성에 의해 강화된 것이다.<sup>54)</sup> 혁신과 창조를 장려하는 공리주의 이론에 근거해 특허법과 저작권법은 창조적 생산이라는 인위적 희소성을 만들어낸다. 특허와 저작권 대상의 공공재적 성격(비경합성, 비배제성)때문에 “배제성은 인위적으로 형성될 필요가 있다.” 또한 “지식을 재산으로 만듦으로써, 지적재산권은 그것을 일시적으로 배제성을 가진 것으로 만들어 시장을 창출”하도록 고안되었다.<sup>55)</sup> 이러한 의

48)Bently & Sherman, 2009, pp. 1-2.

49)Cornish & Llewelyn, 2007, p. 6.

50)이러한 긴장은 학자들에 의해 널리 인정되고 있다: Fisher, 2001, p. 169 (“창작을 자극하는 배타적 권리의 힘과 ... 그 창작물에 대한 광범위한 대중의 향유” 사이의 긴장); Sell, 2003, p. 15 (창작과 확산 사이의 긴장); Fink & Elliott, 2008, p. 215 (지적재산권 보호와 확산 사이의 긴장); Nard, Barnes & Madison, 2008, p. 13 (“창의적이고 기술적인 표현의 촉진과 그 결실의 보급 및 접근” 사이의 긴장); Flynn, Baker, Kaminski & Koo, 2013, p.118 (IP 소유자와 이용자 및 더 큰 커뮤니티의 이익 사이의 긴장 또는 균형); Wallot, 2016, p. 236 (IP 소유자에 대한 보상과 대중의 정보 접근권 사이의 긴장 또는 균형); Syam & Tellez, 2016, p. 15 (보호와 접근 사이의 긴장).

51)이와는 대조적으로 Manta(2016)는 상표법이 출처 식별, 광고, 품질 보증이라는 널리 알려진 세 가지 기능 외에도 상표 창작자에 대한 인센티브 기능도 가지고 있다고 주장한다.

52)Nard, Barnes & Madison, 2008, p. 12.

53)Bashir, 2013, p. 65 (선진국의 경제적 우위 때문이라고 주장);

54)로크주의적 설명과 공리주의적 설명이 (지적재산권에 대한 완전한 정당성을 부여하기 위해) 경합하는 것이 아니라 상호 보완적이라는 주장에 대해서는 Kenneally, 2014 참조. 미국 대법원은 “의회에 특허와 저작권 부여 권한을 부여한 조항의 이면에 있는 경제 정책은 ‘과학적이고 유용한 예술’ 분야의 작가와 발명가의 재능을 통해 공공 복지를 증진하는 것이 최선의 방법이라는 확산”이라고 판시함으로써 이를 확인했다(Marer v. Stein, 347 U.S. 201, 219(1954)).

55)Archibugi & Filippetti, 2015, pp 484, 488.

미에서 지적재산권은 본질적으로 정부 규제의 한 형태이며, “다른 방법으로는 존재하지 않는 희소성을 인위적으로 복제하기 위해 고안된 것”이다.<sup>56)</sup> 공리주의적 접근법은 지적 재산권을 고유한 권리라기보다는 특정 목적을 달성하기 위한 도구로 간주하지만<sup>57)</sup>, 이 도구는 결코 단순한 도구가 아니며, 항상 목표를 수정한다.<sup>58)</sup>

지적재산에 내재된 긴장은 인권이라는 개념이 지적재산 논의에 개입할 수 있는 주요한 입구다. 이러한 이유로 이 논문에서는 보호와 보급 사이의 긴장에 내재되어 있는 두 가지 범주의 지적재산, 즉 특허와 저작권에 초점을 맞출 것이다. 이러한 초점은 지적재산의 보호와 인권을 연관시킨다. 특허와 저작권은 모두 창작에 관한 것이며, 창작은 인권과 지적재산권을 연결하는 다리 역할을 한다. 국제인권법이 지적재산권의 일부 속성을 인권으로 인정하는 이유는 개인의 창조적 생산물과 인간의 존엄성 사이에 인격적 연결 고리가 존재하기 때문이다.<sup>59)</sup> 그러나 인권 보호를 위한 저작자와 창작물 간의 인격적 연결의 정도는 특허와 저작권에서 동일하지 않으며, 이는 저작자와 발명가에 대한 인권 보호의 정도가 다르다는 것을 의미한다. 저작권의 경우 인격의 연결이 쉽게 형성된다. 하지만 발명가는 자신의 발명이 인격적 연관성이 강한 경우에만 인권 보호를 주장할 수 있다.<sup>60)</sup>

지적재산권과 인권에 대한 논의에서 전통지식은 그 중요성에도 불구하고 이 연구에서는 다루지 않는다. 전통지식의 지적재산권 보호에 대한 확장된 논의는 전통문화 표현물, 민간전승표현물과 같은 ‘창조적 생산물’과, WIPO의 용어에 따르면, “노하우, 기술, 혁신, 관행, 지식”을 포괄한다.<sup>61)</sup> 그러나 전통지식에 대한 지적재산권 보호의 근거는 특허 및 저작권 보호의 근거나 창작자의 도덕적, 물질적 이익에 대한 인권 보호와는 다르다. 전통지식의 보호는 교정적 정의(corrective justice), 공동체의 자유권, 공동체의 정체성을 위해 정당화된다.<sup>62)</sup> 전통지식의 적극적 보호는 전통지식의 창출과 같은 공리주의적 동

56)Lemley, 2015, p. 506.

57)Draho, 1999, p. 5.

58)Gibson, 2006, p. 3.

59)일반논평 제17호, ¶ 2 및 ¶ 13.

60)2015년 유엔 특허 보고서(A/70/279), ¶ 34.

61)Farah & Tremolada, 2015, p. 464.

62)상업적 도용 방지(유네스코 무형문화유산 보호협약 이행을 위한 운영지침, ¶ 117; Munzer, 2012, pp. 59-60 (토착민을 위한 교정적 정의의 논거로 보상적 정의(법에서 금전적 손해배상에 대한 도덕적 유사 개념) 및 회복적 정의의 두 가지 구성요

기에 의해서는 정당화되지 않는다.

## 1-2-2. 인권

많은 국제법, 지역법, 국내법이 인권을 인정하고 있지만, 이 논문에서는 세계인권선언(UDHR)과 경제적-사회적-문화적 권리에 관한 국제규약(ICESCR)이라는 두 가지 국제 인권법에 초점을 맞추고 있다. UDHR 제27조와 ICESCR 제15조에는 모두 여기서 ‘과학과 문화에 대한 권리(right to science and culture)’라고 지칭하는 것을 포함하고 있다.<sup>63)</sup> 이 권리를 인정하는 유일한 지역의 인권 제도는 ‘1948년 미국 인간의 권리와 의무 선언’이다.

인권의 다섯 가지 범주(시민적, 정치적, 경제적, 사회적, 문화적 권리) 중 과학문화권은 문화권으로 분류된다. 또 다른 분류에 따르면, UDHR의 구조는 네 개의 기둥 위에 세워진 신전으로 설명되는데, 첫 번째 기둥인 시민적 및 개인적 권리, 개인이 참여하는 집단과의 관계에서 개인에게 속하는 사회적 권리, 정부 기관의 형성에 기여하거나 의사 결정 과정에 참여하기 위해 행사되는 정치적 권리, 그리고 경제 및 문화적 영역에서 행사되는 권리가 바로 그것이다.<sup>64)</sup> 과학문화권은 네 번째 기둥에 위치하지만, 다른 대부분의 인권과 마찬가지로 다른 기둥에 속하는 권리와 상호 연관되어 있다.

과학문화권은 개인의 자기개발과 개인의 자유로운 참여를 통해 공익과 모두의 이익을 위한 과학 발전을 촉진하는 제도를 모두 포괄하는 다차원적인 권리다.<sup>65)</sup> 이는 또한 자유, 그리고 “사람들의 자존감과 정체성에 대한 감각”과도 연결된다.<sup>66)</sup>

과학문화권의 개념은 초기 단계이긴 하지만, 일반적으로 세 가지 요소를 포함하는 것으로 이해되고 있다: 자신의 저작물로 인한 도덕적, 물질적 이익을 보호받을 권리(여기서는 ‘저작자 조항’이라 함), 문화생활에 참여할 권리, 과학의 발전과 그 응용의 혜택을 누릴 권리

---

소를 제시).

63) 과학과 문화에 대한 권리라는 용어는 2009년 셰이버(Shaver)와 스강가(Sganga)에 의해 만들어졌으며, 학자들과 국제 인권 기구에서 널리 사용되어 왔는데, 특히 유엔 (문화권) 특별보고관이 일련의 두 보고서인, 2014년 유엔 저작권 보고서(A/HRC/28/57)와 2015년 유엔 특허 보고서(A/70/279) 에서 사용했다.

64) Claude, 2002, p. 21-22.

65) Plomer, 2015, p. 34.

66) Stamatopoulou, 2008, p. 37.

(후자의 두 가지를 통틀어 '보급 측면'이라 함).<sup>67)</sup> ICESCR은 과학과 문화의 보존, 발전 및 확산, 그리고 과학 연구 및 창작 활동에 필수적인 자유를 위해 필요한 조치를 취할 국가의 의무를 포함하여, 과학과 문화에 대한 권리를 UDHR보다 더 확장하여 규정하고 있다.<sup>68)</sup>

총체적 측면에서 인권에 접근하기 위해, 과학문화권은 다른 모든 인권과의 상호관계를 충분히 고려하여 논의될 필요가 있다. 그러나 본 연구에서는 과학문화권의 규범적 내용과 이에 따른 국가의 의무에 초점을 맞추어 인권과 지적재산권의 접점을 논의하고자 한다. 이렇게 초점을 맞춘 연구는 과학문화권이 지적재산권과 가장 밀접하게 연관되어 있고, 창의적 지식과 정보의 생산과 유통에 대한 대안적 모델의 가능성을 제시할 수 있다는 점에서 의미와 목적이 있다. 따라서 건강권, 식량권, 교육권, 언론의 자유 등 지적재산권 체제와 인권의 연관성에 대해 학자들과 국제법제기관에서 폭넓게 논의되어 온 다른 인권 범주에 대해서는 자세히 다루지 않았다.

이 논문이 과학문화권에 초점을 맞추는 또 다른 이유는 지적재산권에 대한 포괄적 접근을 허용하기 때문이다. 지적재산권과 인권의 접점에 대한 기존의 논의에서 지적재산권은 인권과 무관한 것으로 취급되어 왔으며, 인권과 지적재산권이 충돌할 경우 지적재산권에 인권의 외부 압력을 가하는 방식으로 둘 사이의 갈등을 해결하는 방안이 제시되어 왔다.<sup>69)</sup> 과학문화권에 초점을 맞춘 총체적 접근의 장점은 인권과 지적재산권 간의 관계 분석에서 지적재산권을 내부 변수로 포용할 수 있다는 점이다.

67)2014년 유엔 저작권 보고서, ¶ 4.

68)ICESCR 제15조(2) 및 (3).

69)표현의 자유와 저작권의 맥락에서 이러한 갈등 해결 방식에 대한 설명은 Drassinower, 2015, p. 203 참조.

## 연구 질문, 장 구조 및 방법론

이 논문의 가설은 현대의 지적재산권 규범이 무역 중심적이지만, 의도한 목적을 달성하지 못하고 있으며, 인권에 중대한 영향을 미치는 다양한 경제적, 사회적, 문화적 가치와 충돌을 일으킨다는 것이다. 이 논문은 인권이라는 개념이 무역 중심적인 지적재산권 규범에 대항할 수 있는 프레임워크를 제공할 수 있다고 가정한다. 이 가정을 검증한 후, 이 논문은 무역 중심적 지적재산권 체제에 대한 대항 프레임워크, 특히 지적재산권의 인권 관련 측면과 무역 중심적 지적재산권 규범에 대한 사례 연구를 통해 도출할 수 있는 대안적 지적재산권 모델을 제시하고자 한다. 이를 위해 본 논문에서는 지적재산권 체제가 무역 중심으로 변모해 온 과정을 살펴보고, 무역 중심 지적재산권 체제와 인권 사이에 발생하는 갈등의 성격을 파악한다. 이러한 분석을 통해 본 논문은 기존 지적재산권 규범을 무역 중심에서 인권 친화적으로 패러다임을 전환하기 위한 이론적, 실천적 근거를 제시한다. 이는 이론적 연구와 실증적 연구를 통해 수행된다.

이론적 연구를 위해, 2장과 3장에서는 지적재산권의 무역 측면과 인권 측면을 모두 검토한다. 2장에서는 역사, 문화 다양성, 국제 정치 경제, 국제법 등 여러 학문 분야의 관점에서 지적재산권의 무역 측면을 살펴본다. 서유럽에서 무역과 지적재산권이 연결되는 역사적 발전 과정과 동아시아에서 지적재산권 개념 부재의 연원을 검토함으로써, 2장

에서는 무역이 지적재산권 보호와 필연적인 인과관계가 없다는 사실을 드러내고자 한다. 또한 현대의 무역 중심적 지적재산권 체제가 한 줌의 민간 부문의 전략적 행동에 의해 전 세계로 확산된 과정을 역사적 맥락에서 살펴보고, 이러한 무역 중심적 의제가 왜 그리고 어떻게 지적재산권 보호라는 의도된 목적을 달성하지 못했는지 밝힌다.

3장에서는 지적재산권이 인권에 미치는 영향이 어느 정도인지 검토한다. 이를 위해서는 UDHR과 ICESCR에 담긴 과학문화권의 의미에 대한 심도 있는 연구가 필요하다. 저작자 조항에 의한 창작자의 도덕적, 물질적 이익 보호는 그 내재적 한계와 협상의 역사를 충분히 검토해야만 제대로 이해할 수 있다. 저작자 조항의 내재적 한계, 결국 지적재산권 보호의 내재적 한계는 인권의 총체적 본질에서 비롯된다. 저작자 조항에 의해 보호되는 도덕적, 물질적 이익은 독립된 권리가 아니다. 오히려 과학문화권의 다른 보다 근본적인 구성 요소인 문화생활에 참여할 권리, 과학 발전의 혜택을 누릴 권리와 본질적으로 상호 연관되어 있다. 3장에서는 과학문화권의 재정의된 의미를 바탕으로 기존의 무역 중심의 지적재산권 규범에서 인권 친화적인 창작물 생산 및 유통 모델로 패러다임을 전환하기 위한 제안을 제시한다. 제안된 프레임워크에는 다음이 포함된다: (1) 지적 생산물의 보호와 보급 사이에 균형을 이루는 새로운 모델, (2) 지적 생산물 보호를 위한 재산권 규칙에서 책임 규칙으로의 규범 변화, (3) 과학문화권에 명시된 저작자의 권리에 부합하는, 발명의 보호를 위한 개념적, 실제적 전환.

지적재산권의 두 가지 차원(무역과 인권 차원)에 대한 이론적 연구는 주로 문헌 연구를 기반으로 한다. 데이터의 주요 출처는 책, 기사, 저널, 국제기구의 공식 문서다. 수집된 데이터는 위에서 설명한 바와 같이 이 연구의 핵심 질문과 관련하여 처리 및 분석되었다.

이 논문은 지적재산권과 인권의 교차점에 대한 실증적 연구를 위해 지적재산권에 대한 가장 강력한 무역 중심적 접근 방식인 한-미 자유무역협정(KORUS)과 한-EU 자유무역협정(FTA)을 선택했다. 4장과 5장에서는 이 두 협정에서 지적재산권의 두 가지 차원, 즉 무역과 인권의 차원이 어떻게 그리고 왜 반영되거나 누락되었는지 분석하고 과학문화권에 미치는 영향을 평가할 것이다. 이러한 선택의 배경에는 두 가지 이유가 있다.

첫째, 미국과 EU는 무역 중심의 지적재산권 규범을 형성하는 데 가장 관련성이 높은 실

행자이며, 이들이 추진한 FTA는 지적재산권 보호 및 집행을 위한 가장 강력한 조항을 포함하고 있어 인권에 중대한 영향을 미친다. 둘째, 이 두 FTA에 대한 연구, 특히 인권 관점에서의 영향 평가가 거의 이루어지지 않았다. 지금까지 한국, 미국, EU 등 체결 당사국들은 주로 경제적 영향에 대한 평가를 실시해 왔다. 미국, 한국과 달리 EU는 경제, 사회, 환경 등 다양한 측면에서 FTA에 대한 폭넓은 분석을 수행했다.<sup>70)</sup> 최근 EU는 '2012 인권과 민주주의에 관한 EU 전략 프레임워크 및 행동계획'에 따라 무역협정에 대한 인권영향평가를 실시하기 시작했다. 특히 EC는 지속가능 발전과 인권에 대한 영향 분석을 포함한 한-EU FTA 사후평가 연구를 진행 중이며, 2017년 4분기 중 완료 예정이다. 그러나 인권영향평가의 경우, 협소하게 정의된 5개 분야만 선정하고 지적재산권 관련 분야는 제외되었다.<sup>71)</sup>

---

70) 이는 2008년 한-EU FTA의 무역지속가능성 영향평가([http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2008/december/tradoc\\_141660.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2008/december/tradoc_141660.pdf))를 포함하는데, 이 영향평가는 한국과 EU에 미치는 경제적 영향에만 초점을 맞췄고, 사회-환경적 영향 평가는 매우 제한적이었다.

71) 이 5개 부문은 자동차 부문, 소비자 전자 제품, 농업 부문, 환경 상품 및 서비스, 우편 부문이다(유럽위원회. (2016). EU와 그 회원국 및 대한민국 간의 자유 무역 협정 이행 평가 (개시 보고서). [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2016/october/tradoc\\_155014.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2016/october/tradoc_155014.pdf)).



# 02

## CHAPTER

지적재산권의  
무역 측면

## 2장. 지적재산권의 무역측면

---

### 2-1

## 도입

이 장에서는 지적재산권의 무역 측면을 역사, 다양성, 국제 정치 경제, 실제적 규칙, 결과물이라는, 서로 다르지만 상호 연관성이 있는 다섯 가지 맥락에서 살펴본다. 다양한 분야의 관점에서 지적재산권의 무역 측면을 살펴봄으로써, 무역과 지적재산권 보호가 필연적인 인과관계에 있지 않다는 사실을 드러내는 것을 목표로 한다. 또한 현대의 무역 중심적 지적재산권 체제가 한 줌의 민간 부문의 전략적 행동에 의해 전 세계로 확산되어 온 과정을 역사적 맥락에서 살펴본다. 또한 이러한 무역 중심 의제가 왜, 그리고 어떻게 지적재산권 보호라는 의도된 목적을 달성하지 못했는지를 밝힌다.

## 역사적 층위

지적재산권은 그 등장 이후, 처음에는 유럽, 그 다음에는 식민지, 그리고 마침내 전 세계로 확장되는 과정에서 무역과 분리된 적이 없다.<sup>72)</sup> 특히는 중세 후기 이탈리아 도시에서 무역 정책의 일부로 등장하여 서유럽으로 확산되었다. 저작권의 출현 역시 국가의 도서 거래 통제의 산물이다. 하지만 그렇다고 해서 무역 자체가 지적재산권의 출현과 발전에 결정적인 요인이었던 것은 아니다. 또한 무역과 지적재산권의 관계가 선형적으로 형성되고 발전한 것도 아니다. 무역을 “사람이나 국가 간에 상품이나 서비스를 사고 팔거나 교환하는” 활동으로 정의한다면<sup>73)</sup>, 우리는 인류 역사 어디에서나 그러한 활동의 사례로 넘쳐나는 것을 발견할 수 있을 것이다. 그렇다면 어떤 사회적 힘이 지적재산권 개념의 출현과 오늘날의 무역 중심 지적재산권 규범 확장의 원인인지에 대한 질문이 제기될 수 있다.

넓게 보면 지적재산권의 발전은 자본주의<sup>74)</sup> 및 자유 시장 체제의 움직임과 밀접한 관련이 있다. 자본주의의 복잡한 역사와 마찬가지로 지적재산권의 역사도 첫 단계에서 다음

72)Drahos, 2002, p. 176 (“무역과 지적재산권의 관계는 새로운 것이 아니다. 그것은 항상 존재해 왔다.”).

73)Balaam, 2008, p. 16.

74)Rubin & Klumpp, 2012, p. 213 (“지적재산권 보호의 전반적인 추세는 자본주의의 부상과 광범위하게 연관되어 있다.”).

단계로 규칙적으로 발전하는 일련의 단계로 설명할 수는 없다.<sup>75)</sup> 다양한 요인이 지적재산권의 발전에 영향을 미쳤다. 정치 구조(중세 도시 국가와 근대 국민 국가), 생산에서 민간 부문의 사회적 지위와 역할(공예 길드, 출판사 길드, 제조업), 이데올로기(중상주의, 소유적 개인주의, 자유방임주의, 신자유주의), 우발적인 사건(십자군 전쟁, 흑사병, 워터게이트 스캔들)이 지적재산권의 발전에 영향을 미쳤다. 콕스의 비판 이론에서 영감을 받은 메이(May)와 셀(Sell)은 지적재산권의 역사를 물질적 역량, 제도, 이데올로기라는 세 가지 요소가 상호작용을 하는 과정으로 설명한다.<sup>76)</sup> 이 장에서 지적재산권의 출현과 발전에 기여한 모든 사회적 힘을 살펴보고자 하는 것은 아니다. 대신 두 가지 측면, 즉 역사적으로 무역이 지적재산권과 어느 정도 연관되어 있었는지, 그리고 무역에 대한 관심이 초기 특허 관습과 법령에 어떻게 반영되었는지에 초점을 맞추고자 한다.

## 2-2-1. 중상주의 무역 정책과 특허 관행 시대

지적재산권의 개념은 르네상스 이탈리아에서 시작된 것으로 널리 알려져 있다. 베니스, 피렌체, 제노아와 같은 중세 이탈리아의 도시 국가들은 영토에 새로운 사업을 도입하는 이들에게 특허 특권을 부여하는 관행이 있었다. 베니스에서는 13세기에 몇 가지 특허 특권이 부여되었고, 이 관행은 15세기까지 꾸준히 성장했다.<sup>77)</sup> 이 ‘특허 관행’<sup>78)</sup>이 이탈리아 도시 국가들에서 어떻게 발생했는지에 대한 설명은 여러가지가 있다. 발명가의 권리를 승인하는 방식으로 베니스에서 우선적으로 시행되었는데 만디치(Mandich)는 초기의 특허 특권이 생산에 대한 인가 및 보조금과 결합되었다고 본다.<sup>79)</sup> 롱(Long)은 특허 관행 시대가 도래하고 1474년 베니스 특허법이 제정된 것은 길드의 규제와 공예 지식을 무형 재산으로 인정하는 독특한 문화 때문이라고 설명한다.<sup>80)</sup> 메이와 셀은 경쟁 우위 및 효과적인 경제 조직을 발전시키기 위한 시 정부의 전략적 선택과 길드를 통제하

75) Braudel, 1992, p. 621.

76) May & Sell, 2006, p. 106.

77) Long, 1991, p. 875

78) “특허 관행”이라는 용어는 특허법 시대 이전의 시기를 지칭한다. 이러한 용어는 Prager(1961, pp. 310-311)가 만들었고 Walterscheid(1993)와 Meshbesh(1996, p. 601, f.n. 33)가 논의했다.

79) Mandich, 1948, pp. 171-174.

80) Long, 1991.

기 위한 공공정책을 제시한다.<sup>81)</sup> 이 필자들이 공유하는 것은 중상주의 경제 정책이다.

기본적으로 중상주의 경제 정책은 주로 수입보다 수출량을 늘려 무역 흑자를 추구하는 경제 민족주의다.<sup>82)</sup> 중상주의 체제의 부상은 12세기에 발전한 도시 간 무역과 경쟁의 증가와 관련이 있으며, 이는 농노가 아닌 자유민의 화폐 사용 증가와 새로운 생산 양식의 영향을 받았다. 자유민 중 숙련된 장인들은 길드라는 자발적인 협회를 만들었다. 이는 자신들만을 위한 것은 아니었고, 지방 당국, 봉건 영주, 왕 모두 장인들을 한데 모으는 것이 바람직하다고 생각했다.<sup>83)</sup> 당국은 장인들에게 길드를 결성하고 사업을 독점할 수 있는 권리를 부여했으며, 그 대가로 길드는 세금을 내고, 당국의 규제 및 통제에 따랐다. 결국 길드는 대개 특정 기술 분야의 노동자들의 연합체가 되어 법적 독점권을 누리며 정부에 책임을 지며 정부의 통제를 받았다.<sup>84)</sup> 초기의 특허 특권은 지방 통치자가 부여하는 보조금과 다르지 않았다.

이탈리아의 특허 특권 부여 관행은 15세기에서 17세기에 걸쳐 유럽 대륙과 영국으로 퍼져나갔다. 그러나 1474년 베니스 특허법이 제정된 이후 수백 년 동안, 특허 부여는 법적 권리가 아닌 특권에 머물렀다. 영국, 프랑스, 독일, 네덜란드에서는 베니스의 법적 실험이 18세기 말과 19세기 초까지 발명에 대한 법적 권리 제도를 개발하는 데 영감을 주지 못했다.<sup>85)</sup> 다수의 역사가와 법학자들은 영국의 1624년 ‘독점 법령’을 발명가의 권리를 인정한 최초의 근대 특허법으로 간주한다.<sup>86)</sup> 하지만 이는 과장된 표현일 뿐이다. ‘독점 법령’은 발명가의 법적 지위를 변화시키지 않았고, 법적인 의미에서 새로운 특허법 시대를 열지 못했다.<sup>87)</sup> ‘독점 법령’에도 불구하고 특허 특권은 여전히 왕실의 재량에 속하는 것으로 남아있었고, 발명가나 외국 기술 수입업자는 발명에 대한 법적 권리를 갖

81) May & Sell, 2006, p. 71.

82) Prager, 1944, p. 721.

83) Clough & Cole, 1952, p. 28.

84) Ibid, p. 29.

85) 이 진술에는 이견이 있을 수 있다. 예를 들어, 폴만(Pohlmann)은 작센과 제국 도시 뉘른베르크에서 특허를 부여하는 광범위하고 지속적인 관행이 1600년에 이르러 법적 구속력이 있는 관습이 되었다고 주장한다(1961, pp. 122-126). 그러나 그는 1474년 베니스 특허법이 발명가에게 특허권을 부여했다는 사실을 부인했다(ibid, p. 121 f.n. 3).

86) Mossoff, 2001, pp. 1272-1273. North & Thomas, 1973, pp. 148, 155 (“1624년 독점 법령은 ... 진정한 혁신을 장려하기 위한 특허 제도를 법으로 구체화했”고 “혁신을 장려하기 위한 최초의 특허법의 탄생”이다.)

87) Meshbesh, 1996, p. 602; Bracha, 2005, p. 16 (“독점 법령과 관습법은 특허 시스템을 구축하려고 시도하지 않았다. 그것들은 특허법이라고 부를 수 있는 어떤 것도 만들지 않았다.”); May & Sell, 2006, p. 75 (“독점 법령과 함께 본격적인 현대 특허 시스템이 등장했다고 가정하는 것은 잘못이다.”).

지 못했다.<sup>88)</sup> 18세기 말이나 19세기 초에 이르러서야 근대적 의미의 특허법이 제정<sup>89)</sup>되었고, 제조업계와 발명가들은 특허권을 전략적으로 활용하기 시작했다.<sup>90)</sup> 오랫동안 지속된 특허 관행 기간 동안 중상주의 교리가 정치적 지배력을 확보했고 무역은 절대주의 국가들의 주요 수입원이 되었다. 중상주의는 19세기 중반 즈음부터 시작된, 자유 무역업자들의 승리와 영국의 자유무역 시대로 막을 내렸다.<sup>91)</sup> 특허 관행은 아래에서 논의하듯이 그 실효성에 의문이 제기되었지만, 중상주의 정책의 한 형태로 살아남았다.

## 2-2-2. 특허 관행 기간의 무역 관련성

특허 특권은 무역 흑자를 달성하기 위한 상업 무역 정책에서 역할을 수행하기 위한 것이었다. 이러한 역할은 외부로부터 새로운 사업 영역을 도입하고 새로운 산업의 현지 생산을 장려하는 두 가지 방식으로 달성될 수 있다.

이 중 외부로부터의 새로운 사업 영역 도입을 장려하는 것이 특허 특권을 부여한 사람들의 주요 관심사였다. 14세기에 특허는 주권자의 영토에 새로운 기술을 도입한 사람에게 부여되는 특권이었고, 통치자들은 장인들을 자신의 영토에 유치하고 소속시키고자 했다.<sup>92)</sup> 따라서 초기 특허 특권의 대부분이 외국인에게 부여된 것은 우연이 아니다. 예를 들어, 1416년 베니스 특허는 그리스 로도스 섬 출신으로 베니스에 비잔틴 방식을 도입한 사람에게 부여되었으며, 1444년 프랑스의 안토니오 마리니에게도 특허가 부여되었다.<sup>93)</sup> 이는 또한 근대 이전 대부분의 유럽에서도 마찬가지였다. 예를 들어, 16세기와 17세기 대부분의 기간 동안 영국에서 특허 부여의 대부분은 수입 물품을 대상으로 한 특허였다.<sup>94)</sup> 따라서 1624년 영국 독점 법령에서 '발명가'라는 용어는 유용한 기술을 최초로 습득하거나 발견한 사람이 아니라 새로운 기술의 도입에 실제로 기여한 사람

88)Federico, 1929, pp. 303-304 ("독점 법령은 발명가들의 지위를 바꾸지 않았다. 그들은 특허에 대한 권리가 없었고, 법령은 그들에게 그러한 권리를 부여하지 않았다. 그들은 여전히 왕의 은총을 간청하는 초라한 청원자의 위치에 있었다").

89)법을 기록이 이를 뒷받침한다: 1851년 영국, 1791년 프랑스, 1793년 미국, 1820년 오스트리아, 1812년 러시아, 1815년 프로이센, 1817년 벨기에와 네덜란드, 1820년 스페인, 1825년 바이에른, 1826년 사르데냐, 1833년 바티칸, 1834년 스웨덴, 1836년 뷔르템베르크, 1837년 포르투갈, 1843년 작센에서 특허법이 제정되었다(Machlup & Penrose, 1950, pp. 2-3).

90)Epstein, 1998, pp. 703-704; MacLeod, 1991, p. 90.

91)(Held et al., 1999, p. 154).

92)May & Sell, 2006, p. 109.

93)Mandich, 1960, p. 379.

94)Walterscheid, 1993, p. 777.

을 가리켰다.<sup>95)</sup>

이와 관련하여 초기 특허 특권의 무역 관련성은 장인의 국경 간 이동, 즉 장인의 영내 유입을 의미한다. 장인의 이동은 세 가지 방식으로 이루어졌다. 첫째, 장인의 영구적인 이주와 일반 기술자의 일시적인 이주가 있을 수 있다. 두 가지 모두 장인과 기술자의 이동성을 높이는 길드 시스템의 기능적 결과였다.<sup>96)</sup> 그러나 이러한 유형의 기술 확산은 제도적, 경제적, 문화적으로 유사한 지역 내에서만 제한적으로 이루어졌다.<sup>97)</sup> 둘째, 장인들은 종교적 박해, 경제적 어려움, 전염병 또는 전쟁을 피해 다른 지역으로 이동할 수 있다.<sup>98)</sup> 장인이 이동하는 세 번째 경로는 재정적 또는 법적 유인책과 길드의 방해로부터의 보호였다. 특허 특권은 장인의 국경 이동을 촉진하는 세 번째 형태의 일부였다.

특허 특권은 장인의 국경 이동성 향상에 어떤 영향을 미쳤을까? 역사적 기록에 따르면 특허 특권이 노동 이동성 향상에 실제로 기여한 바는 크지 않았다. 중세와 근대 초기 길드의 구조와 규제를 보면 그 기여도가 미미했던 이유를 알 수 있다. 길드의 규제는 구성원의 이동을 극도로 제한했다. 예를 들어, 15세기 베니스에서는 유리공예 길드원들이 해외에서 기술 활동을 하려다 사형에 처해지기도 했다.<sup>99)</sup> 또한, 교통비와 지역 간 문화적 차이도 장인의 이동을 방해할 수 있다. 이러한 이유로 초기 특허 특권의 대부분은 발명가에게 보상을 제공하기 위해 특허보다 더 일반적이었던 세금 면제, “일자리, 연금, 작위, 현금 보상”과 같은 다른 인센티브와 결합되었다.<sup>100)</sup> 또한, 발명에 대한 가장 중요한 전근대적 인센티브는 특허가 아니라, 기술적 비밀을 통해 제공되는 지대 포착 능력이었다.<sup>101)</sup> 발명을 통제하기 위해 비밀 유지 또는 개인적 계약에 의존하는 것은 1852년 특허 개혁법에 의해 특허 취득 및 집행에 드는 높은 비용이 크게 감소한 19세기 후반까지 영

95)Hulme, 1900, p. 151.

96)Epstein, 1998, 702.

97)Epstein, 2004, p. 385.

98)Kohn, 2008, pp. 4-5 (“16세기와 17세기의 전쟁과 박해는 특허 내실있는 기술 이전의 원천이었으며, 영국과 네덜란드가 가장 큰 수혜자였다”고 설명). 반면, 벨파니에 따르면 16~18세기 이탈리아 북부에서는 장인의 이동을 장려하는 첫 번째와 두 번째 방법이 무관하다고 한다(Belfani, 2004, p. 571).

99)(Shao, 2006, p. 12).

100)Biagioli, 2006, p. 143. 특허 특권 대신 왕실 서비스에서 직함이나 일자리를 구한 영국 발명가에 대해서는, MacLeod, 1988, p. 34. 참조.

101)Epstein, 1998, p. 704.

국에서도 마찬가지였다.<sup>102)</sup>

이는 또한 초기 특허 특권이 특정 사업이나 산업에 대한 독점권을 부여하지 않았던 이유를 설명해 준다. 즉, 이는 일종의 여권이나 가맹점 영업권(franchise)이었다.<sup>103)</sup> 영국의 경우, 적어도 에드워드 3세(1327~1377) 통치 이래의 초기 특허는 배타적 독점권에는 미치지 못했으며, 새로운 사업의 발명가 또는 도입자에게 보호와 가맹점 영업권을 제공했다.<sup>104)</sup> 패터슨(Patterson)의 표현을 빌리자면, 초기 허가는 “여권에 지나지 않았”<sup>105)</sup>으며, 길드 및 기타 유사한 제한과 제약에도 불구하고 외국인에 대한 왕실의 보호와 사업을 할 수 있는 면허를 제공하는 것이었다.<sup>106)</sup> 비독점적 특허는 튜더 왕조(1485~1603년)에 이르러 허가에 “독점 조항”을 포함시킴으로써 변화를 겪었다.<sup>107)</sup> 특히 엘리자베스 1세 여왕(1533~1603)의 통치 시기에 영국의 특허 관행이 뿌리내리고 번성했는데, 그녀는 우수한 대륙 기술을 유치하려는 목적으로 외국의 장인들을 유인하기 위해 특허 독점권을 부여했다.<sup>108)</sup> 하지만 이 특허<sup>109)</sup>은 지속적으로 남용되었고, 결국 독점권 사건으로 이어졌다.<sup>110)</sup>

장인들의 국경 간 이동 외에도 특허 특권은 영토 내 이동, 즉 길드에 가입하지 않은 장인들의 이동에 기여했을 수 있다. 실제로 1736년 베니스에서는 10,000명이 넘는 장인 중 32%만이 길드에 가입되어 있었다.<sup>111)</sup> 또한 근대 이전의 장인들은 마을이나 소도시가 아닌 대도시에서 주로 공예 길드로 조직되어 있었다.<sup>112)</sup> 이러한 유형의 장인의 이동은 앞서 언급한 특허 특권의 두 번째 역할과 관련이 있다.

102) May & Sell, 2006, p. 109.

103) Prager, 1944, p. 714 (“초기 특허는 배타적 권리가 아니었다”).

104) Walterscheid, 1993, p. 692; MacLeod, 1988, p. 10.

105) Patterson, 1968, p. 83.

106) 또한, 프랑스에서도 배타적 특권과 일반 특권의 두 가지 특권이 존재했다. 일반 특권은 길드 상인들이 발명가의 활동을 방해하는 것을 금지하는 것이 목적이었다. 예를 들어, 왕의 양말 제작자였던 자크 드 라 루비에르(Jacques de la Rouvière)는 1757년에 비단 직물 제작자나 양말 제작자 또는 상인에게 방해받지 않고 비단과 유사한 신소재를 사용할 수 있는 특권을 부여 받았다(Hilaire-Perez, 1991, p. 915).

107) Patterson, 1968, p. 83.

108) Devaiah, 2004, p. 5; Hulme, 1900, p. 52.

109) 그녀는 1597년 의회에서 독점 법령 제정에 반대할 때, 그것을 “경원의 최상급 꽃”, “그녀 왕관의 주요한 상급 진주(the principal and head Pearl in her Crown and Diadem)”라고 불렀다(패터슨 1968, 84).

110) Darcy v. Allen 74 Eng. Rep. 1131 (1603).

111) Epstein, 1998, p. 689.

112) Clough & Cole, 1952, pp 26-27.

특허 특권의 두 번째 역할은 기술의 국내 혁신 및 지역 보급과 관련이 있다. 다수의 필자들은 초기 특허권 부여가 공예 길드원들이 비밀로 유지하던 기술을 공개하고, 공개된 기술을 더 널리 보급하고 사용하도록 장려하기 위한 일종의 공공 정책이었다고 주장한다. 이론적으로는 그럴 수도 있다. 하지만 역사적으로나 경제적으로 볼 때 이는 두 가지 측면에서 부적절하다.

첫째, 기술 정보가 공개되면 널리 전파될 것이라는 가정은 기술 정보의 정보 비용과 학습 비용을 무시한 것이다. 중세 말기와 근대 초기에 기술 정보는 논문에 의해 공유되는 것이 아니었다. 기술은 암묵적이고 실용적인 지식이었으며, 그 기술을 소유한 사람들에게 체화되었고 용례를 통해서만 사람과 사람 사이에 전달될 수 있었다.<sup>113)</sup> 엡스타인(Epstein)은 전근대 제조업에서 기술 지식을 적용하는 데 드는 비용은 “기술 지식의 암묵적인 성격 때문에 발생했으며, 이로 인해 일대일 교육이 필요했다”고 지적했다.<sup>114)</sup> 이 설명은 또한 기술 혁신이 이동하는 장인과 엔지니어에 의해 이전되어야 했다는 초기 특허 특권의 전제를 뒷받침한다. 따라서 산업화 이전 유럽에서, 대부분의 기술 발전은 새로운 발명이 아니라 더 나은 기술이 점점 더 많은 생산자에게 확산되는 데서 비롯되었다.<sup>115)</sup>

둘째, 기존의 통념은 길드의 구조와 관행에 맞지 않는다. 기술 정보는 길드원들 사이에서 공유되었고, 길드 내에서 비밀을 유지하는 것은 다른 사람들과의 경쟁에서 지대를 확보하기 위한 주요 도구였다. 이런 점에서 길드가 가혹한 지대추구자이며, 따라서 반혁신적이지 않느냐는 질문이 제기될 수 있다. 길드의 역할은 도시와 주에 따라 영향력이 달랐지만, 특허의 발전에 결정적이었다. 그들은 생산 및 기술 혁신의 주요 원천이자 특허 특권과 관련된 주요 이익 집단이었다. 대부분의 학자들은 길드가 상업 거래와 제조를 독점했기 때문에 대체로 반혁신적이었다고 주장한다. 그러나 최근에 이러한 주장에 의문을 제기하는 학자는 거의 없다. 예를 들어, 엡스타인은 주류적 견해가 길드의 기능과 그 기술적 결과를 잘못 전달하고 있다고 비판하며<sup>116)</sup>, 리처드슨은 영국에 초점을

113)Kohn, 2008, p. 4.

114)Epstein, 2004, pp. 384-5.

115)Kohn, 2008, p. 6.

116)Epstein, 1998.

맞춰 이러한 주장이 신화라고 설명한다.<sup>117)</sup>

이는 초기 특허 특권이 기술 발전에 미친 긍정적인 영향을 부정하는 것이 아니다. 여기서 살펴봐야 할 문제는 특허 특권의 효과가 특허 부여자가 의도한 대로 기술 혁신에 충분했는지 여부이다.

### 2-2-3. 19세기 이후의 무역 관련성

공예 길드와 봉건적 특권은 18세기와 19세기에 서유럽 전역에서 법적으로 폐지되었지만<sup>118)</sup>, 특허 특권은 같은 운명에 직면하지 않았다. 19세기 말에서 20세기 초에 걸쳐 특허 허가를 전략적으로 활용하기 시작한 것은 제조업체들이었다. 이로 인해 특허의 무역 관련성이 변화했다. 이 기간 동안 특허 사용의 증가에 대한 설명은 역사가들 사이에서 일관되지 않다. 더턴(Dutton, 1984)과 설리반(Sullivan, 1989)은 이 현상이 발명 활동의 증가에 따른 것이라고 설명한다.<sup>119)</sup> 이와는 대조적으로 맥레오드(MacLeod)는 그러한 전략적 사용을 신흥 자본주의, 비즈니스 사이클, 특허 독점의 이점에 대한 인식의 증가가 결합된 것으로 보았다.<sup>120)</sup>

19세기에는 제조업계의 이해관계자들이 특허 제도를 개혁하려고 노력했다. 맥레오드의 말처럼 이들은 특허 제도를 형성하는 데 중요한 역할을 했다.<sup>121)</sup> 이들의 주요 관심사는 특허를 획득, 보호, 집행하는 데 드는 비용과 사법적 판단의 불확실성이었다. 이로 인해 특허 옹호 그룹과 특허 폐지론자 사이에 특허의 정당성을 둘러싼 논쟁이 벌어졌다. 이 논쟁에서 지적재산권 개념 일반, 특히 특허의 개념은 자유무역의 개념과 정면으로 충돌하는 것으로 간주되었다.<sup>122)</sup> 따라서 영국에서는 의회의 선정위원회가 특허 보호의 완전한 폐지를 제안했고, 독일에서는 무역협회와 상공회의소가 특허법의 개혁 또는 폐지를 권고하는 보고서를 제출했다.<sup>123)</sup> 자유 무역을 옹호하는 사람들은 특허 보호에 기

117)Richardson, 2004.

118)Polany, 1944/2001, pp. 74-75.

119)Dutton, 1984; Sullivan, 1989.

120)MacLeod, 1988, Ch. 8.

121)MacLeod, 2004, p. 14.

122)May & Sell, 2006, p. 115 (“이 논쟁은 자유무역과 IP 사이의 긴장을 강조했다”).

123)Machlup & Penrose, 1950, pp. 3-4.

특권을 가진 엔지니어, 발명가, 변리사 및 산업가들로 구성된 그룹과 대립했다. 특히 폐지론자들의 패배로 끝난 이 논쟁은 특허의 무역 관련성과 관련된 두 가지 변화를 가져왔다.<sup>124)</sup> 첫째, 지식의 소유권 개념이 정부, 정책 결정자, 상업적 이해관계자들 사이에서 받아들여졌고, 개인의 창작물에 대한 자연권을 정당화하는 낭만적 개념이 공리주의에 의해 도전받게 되었다.<sup>125)</sup> 둘째, 여러 국가 간의 지적재산권 협정이 등장했다. 여전히 지적재산권은 무역에 대한 제한으로 간주되었지만, 국익에 도움이 되고 외국에도 적용될 수 있는 한 그러한 제한은 더 이상 문제로 간주되지 않았다.<sup>126)</sup>

국가 간 지적재산권 협약은 처음에는 양자 간 조약을 통해 추진되었다.<sup>127)</sup> 19세기 후반에는 1883년 산업재산권 보호를 위한 파리협약과 1886년 문학 및 예술 작품 보호를 위한 베른협약이라는 두 가지 주요 협약이 채택되었다. 이 협약은 국제 지적재산권 협약의 시초로 알려져 있다.<sup>128)</sup> 그러나 이들 협약은 적어도 참여국 수에 있어서는 국제적이라고 할 수 있는 요소가 부족했기 때문에, ‘복수’ 또는 ‘지역’ 협약이라고 부르는 것이 더 정확할 것이다. 1883년 파리 협약의 최초 서명국은 유럽 9개국과 라틴아메리카 2개국을 포함한 11개국에 불과했다.<sup>129)</sup> 게다가 라틴아메리카 국가들은 서명 직후 탈퇴했고, 유럽 3개국(네덜란드, 세르비아, 스위스)을 포함한 초기 서명국 중 절반은 국내 특허 제도가 없었다.<sup>130)</sup> 20세기 중반에 이르러서야 국제 협약이라고 할 수 있을 정도로 회원국이 늘어났다.<sup>131)</sup> 베른 협약은 파리 협약과는 근본적으로 다른 방식으로 등장하고 발전했다. 파리 협약과 마찬가지로 1886년 10개국이 서명한 “소규모 조약”<sup>132)</sup>으로 체결되었다.<sup>133)</sup> 베른 협약은 빅토르 위고로부터 영감을 받은 유럽 작가와 예술가들의 28년 간의 노력

124)자유무역에 대한 지지의 감소(Machlup & Penrose, 1950, pp. 4-6)와 1883년에 결의된 영국의 국내 특허 개혁(May & Sell, 2006, p. 116)은 폐지론자들의 동력을 상실하게 만든 것으로 알려져 있다.

125)May & Sell, 2006, pp. 108, 117.

126)Ibid, pp. 116-117.

127)Bently & Sherman, 2009, p. 5.

128)Drahos, 1999, pp. 352-353.

129)유럽에서는 벨기에, 프랑스, 이탈리아, 네덜란드, 포르투갈, 살바도르, 세르비아, 스페인, 스위스; 라틴 아메리카에서는 브라질과 과테말라. 파리협약이 1884년에 비준되었을 때 에콰도르, 튀니지, 영국 등 3개국이 추가로 가입서를 기탁했다 (Bodenhause, 1968, p. 9).

130)Roffe & Vea, 2009, pp. 83-84.

131)1958년에는 파리협약 체결국 수가 47개국으로, 1973년에는 80개국으로 증가했다.

132)Bently & Sherman, 2009, p. 40.

133)벨기에, 프랑스, 독일, 아이티, 이탈리아, 라이베리아, 스페인, 스위스, 튀니지, 영국.

의 산물이었다. 그러나 파리 협약과 달리, 경쟁적인 지역 협약, 즉 ‘문학 및 예술적 재산에 관한 조약’이 1889년에 탄생했으며, 이는 이른바 “범미주(pan-American)” 저작권 제도의 첫걸음이었다.<sup>134)</sup> 트립스 협정이 체결되기 전까지 국제 저작권 체계는 두 개의 지역 체계로 나뉘어져 있었다.<sup>135)</sup>

파리 및 베른 협약은 최소한의 보호 수준과 내국민 대우라는 두 가지 원칙을 기반으로 한다. 그러나 파리 및 베른 협약의 최소 보호 원칙은 국가 주권을 침해하지 않는다는 점에서, 트립스 협정과는다르다. 이들은 단지 “합의된 입장”을 반영했을 뿐이다. 즉, 협약은 서명국들의 기존 관행을 성문화한 것에 불과했다.<sup>136)</sup> 현재까지 유지되고 있는 내국민 대우 원칙은 회원국 내에서 외국 창작자를 차별하지 않고 동일한 보호를 보장하는 것이다.

20세기 중반까지 많은 개발도상국이 파리협약과 베른협약에 가입했다. 여기서 우리는 20세기 중반(1960년대)의 발전과 서유럽의 초기 역사 사이에 흥미로운 유사점을 발견할 수 있다. 여러 개발도상국이 국제 특허 조약에 가입하고 특허 정책을 채택한 주된 이유는 선진국으로부터의 기술 이전을 촉진할 수 있을 것이라는 기대 때문이었다. 그러나 아래 2-6 “결과적 층위”에서 볼 수 있듯이, 개발도상국의 정책 목표는 거의 달성되지 못했다.

1980년대에 이르러서야 지적재산권이 무역 문제와 밀접하게 연관되고 지적재산권 보호 및 집행을 위한 실제적인 조항이 무역 체제에 의해 규율되기 시작했다. 이에 대해서는 2-4절 국제 정치 경제적 층위에서 설명한다.

#### 2-2-4. 초기 특허 법령에 반영된 무역 관련 우려 사항

무역에 대한 우려는 초기 특허 법령에 다양한 형태로 반영되었다. 발명가 개념, 신규성 개념, 실행 조항(working clause), 보호 기간 등 최소한 네 가지는 논의할 가치가 있다.

앞서 설명한 바와 같이, 초기 특허법에서 발명가는 새로운 사업이나 산업을 영토에 도

134)Chartrand, 2007, p. xv.

135)유네스코의 1952년 세계 저작권 협약은 이러한 격차를 메우기 위한 노력의 일환으로 제정되었지만 성공하지 못했다.

136)Dinwoodie, 2007, p. 2.

입하는 사람을 의미한다.<sup>137)</sup> 이와 관련하여 브라차(Bracha)는 새로운 기술이나 어떤 발견이 “새로운 상업 거래의 수입업자의 것과 유사하다는 이유만으로” 특허 특권에 포함되었다고 주장한다.<sup>138)</sup> 도입자가 실제로 발견하거나 발명했는지 여부는 중요하지 않았다. 따라서 1474년 베니스 특허법에 따라 장치를 처음 수입한 사람은 진정한 발명가와 마찬가지로 특허를 받을 수 있었으며, 이는 독창적이거나 새로운 것이 아니라 이전 관행을 명문화한 것이었다.<sup>139)</sup> 영국에서도 마찬가지였다. “새로운 제조물”의 “진정한 최초 발명가”라는 1624년 독점법의 문구와는 반대로 외국 발명의 최초 도입자를 발명가로 인정했다. 이러한 의미에서 발명가라는 개념은 신규성 개념과 분리할 수 없다. 즉, 새로운 발명이 아니더라도 당시 영국에서 그러한 산업이 운영되지 않는 한 특허는 신규성을 인정받아 법적으로 유효했다.<sup>140)</sup> 최근 기억에 이미 알려진 산업이 영국에서 운영되지 않는 경우에도 신규성은 부정되지 않았다.<sup>141)</sup>

또한 베니스 법령의 “새롭고 독창적인 장치”는 베니스에서 제조되지 않은 외국에서 수입한 장치도 포함했다. 프랑스의 이야기는 적어도 신규성과 발명가의 개념과 관련해서는 영국이나 베니스의 이야기와 크게 다르지 않다. 현대 프랑스 특허 제도는 1791년과 1844년의 법률에 따라 확립되었다. 혁명의회는 “모든 유형의 산업에서, 모든 발견이나 발명은 그 창조자의 재산이며, 따라서 법은 그에게 그것의 완전한 향유를 보장한다”는 전제하에 발명가가 특허 재산을 획득할 수 있다는 자연권을 도입함으로써 남용적인 특허 부여를 방지하고 과거와 구별되는 제도를 만들려고 했다. 그러나 실제로는 옛 제도의 많은 특징이 혁명 이후에도 살아남았다. 예를 들어, 외국 특허의 적용을 받는 발명을 최초로 도입한 사람은 독창적인 발명이나 개량품의 특허권자와 동일한 “자연권”을 누릴 수 있었다.<sup>142)</sup>

미국은 유럽과는 상당히 다른 방식으로 신규성 원칙을 발전시켜 왔다. 1790년 최초의 미국 특허법이 논의될 당시, 쟁점 중 하나가 수입 특허(importation patent)에 관한 것이었다.

137)Nard & Morriss, 2006, p. 9.

138)Bracha, 2005, §, p. 38.

139)Long, 1991, p. 878.

140)MacLeod, 2002, p. 21; Wallace et al, 1900, p. 31.

141)Walterscheid, 1993, p. 777.

142)Khan, 2005, pp. 42, 45.

조지 워싱턴과 텐치 콕스 같은 영향력 있는 정부 관리들은 수입 특허를 선호했지만, 이에 강력히 반대하는 목소리도 있었다.<sup>143)</sup> 리처드 웰스는 미국인들이 영국의 발명품을 모방할 수 있는 이점을 박탈당해서는 안 된다고 주장했다. 결국 하원에서 수입 특허에 반대하는 의견이 우세해졌고 수입 특허는 금지되었다.<sup>144)</sup> 지리적으로 유럽과 고립되어 있고 천연자원이 풍부한 미국은 유럽에서 숙련된 장인들의 이민을 장려하기 위해 특허라는 당근을 제공할 유인이 적었다.<sup>145)</sup> 이는 두 가지 중요한 함의를 가진다. 첫째, 외국 발명가들이 미국 특허를 신청하지 않는 경우, 미국인들은 외국 기술의 혜택을 자유롭게 누릴 수 있었다. 둘째, 미국 발명가들은 단순히 해외의 기존 발명에 대한 독점권을 획득하기보다는 (특허를 받을 수 있는) 차용 기술을 유용하게 개량하는 데 큰 동기를 부여받았다.<sup>146)</sup>

초기 특허에 반영된 무역 관련 세 번째 요소는 실행 조항이다. 특허 관행의 일차적 목표가 새로운 사업의 실제 실행이었기 때문에, 현지 실행의 요건은 엄격했다. 비밀의 공개보다는 새로운 기술이나 산업의 효과적인 도입을 통한 사업의 발전이 주로 요구되었고, 단순한 개량에 대한 특허 부여는 피했다.<sup>147)</sup> 일정 기간 동안 실제로 사업이 수행되지 않으면 특허가 취소되었다. 예를 들어, 프랑스에서는 특허권자가 최초 특허를 받은 후 2년 이내에 발명을 실행해야 했다.<sup>148)</sup>

마지막으로, 특허 기간은 현지 장인이 새로운 기술을 교육받는 기간을 기준으로 결정되었다. 마클럽(Machlup)에 따르면, “1624년 이후 영국 특허의 14년이라는 기간은 두 그룹의 견습생이 각각 7년 동안 새로운 기술을 훈련받아야 한다는 생각에 근거한 것”이었다.<sup>149)</sup> 특허의 보호 기간에는 이러한 역사적 선례가 있었다.<sup>150)</sup>

143)Nard & Morriss, 2006, p. 62.

144)Oliar, 2004, p. 52.

145)미국 초기의 수입 특허에 대한 논쟁은 Walterscheid, 1993, p. 800- 참조.

146)Khan, 2005, pp. 56-57.

147)MacLeod, 1988, p. 13.

148)Khan, 2005, p. 45.

149)Machlup, 1958, p. 9.

150)Machlup & Penrose, 1958, p. 9; UNCTAD 보고서 “행동으로 배우는 학습(Learning by Doing)” 1974, ¶ 369.

## 다양성의 증위

생산의 증가, 무역의 증가, 무역에서 지대를 추구하려는 이해관계를 가진 민간 행위자의 존재는 서유럽에서 지적재산권 개념의 출현과 그 제도화를 설명하는 데 중요한 역할을 했다. 그러나 이러한 요인들이 결과를 결정짓는 요인은 아니었다. 이는 서유럽 이외의 다른 국가들의 경험으로 뒷받침될 수 있다. 이 절에서는 지적재산권이 부재했던 동아시아의 역사를 살펴본다. 여기서 말하는 “다양성”은 단순히 여러 문화와 사회 사이의 차이를 의미하지 않는다. 오히려 이 절은 서유럽 이외의 사회에서 지적재산권 비존재(non-existence)의 연원을 발견하는 것을 목표로 한다. 지적재산권이 서유럽의 개념 또는 ‘유럽 계몽주의의 산물’<sup>151)</sup>이라고 말하는 것은 지적재산권 개념이 보편타당성에 대한 철학적 또는 문화적 근거가 부족하다는 것을 주장하기 위한 것이 아니다. 이 절의 주된 목적은 지적재산권을 역사적 순간에 놓고 “역사적 변화의 지속적인 과정”으로 보고 “지배적인 질서에 대한 가능한 다양한 대안을 명확히 하기 위한 것”이다.<sup>152)</sup>

### 2-3-1. 동아시아에서 특허의 비존재(non-existence)

전근대 동아시아, 특히 중국에서 기술 발전은 중세 유럽을 능가했으며<sup>153)</sup>, 르네상스 유

151)Hesse, 2002, p. 26.

152)Cox, 1987, pp. 89-90.

153)당시 중국은 관개 및 비료 기술, 철제 쟁기, 물레, 나침반, 종이, 지폐, 도자기, 화약, 의약품, 시계 등 세계 최고의 발명품

럽의 상인 길드처럼 상업 무역이 번성하고 주로 민간 단체에 의해 통제되었다. 또한 중국의 경제 성장은 서유럽에서 초기 특허가 등장한 시기에 가장 두드러졌다. 게다가 서유럽에서 자본주의 출현의 전조로 여겨지는 많은 조건이 중국에도 존재했다. 이러한 조건에는 노동력 징집의 철폐, 농민들이 곡물이 아닌 화폐로 세금을 납부할 수 있도록 한 세제 개혁, 인구 증가로 인한 도시 성장 촉진, 세계 최대 규모의 도시 형성, 화폐의 도입과 신용의 발달로 국내외 무역이 활성화된 점 등이 포함된다.<sup>154)</sup> 그렇다면 중국에서는 왜 특허라는 개념이 등장하지 않았을까? 경제 구조, 정치 조직, 지리적 조건이 이 질문을 풀 수 있는 실마리를 제공한다.<sup>155)</sup>

경제 구조와 관련하여 중국은 오랫동안 관개 농업 경제를 유지해 왔다. 전통적인 중국 사회는 농업을 중시했고 공업과 상업의 발전이 분산되어 있었다.<sup>156)</sup> 농경 사회의 특성상 이윤 추구를 비윤리적인 것으로 간주하고 상업 활동이 국가의 부와 권력을 증가시키지 않는다고 믿었다.<sup>157)</sup> 따라서 정부는 무역과 상업을 통제했다. 사회적 이득을 가져다주는 중요한 재화와 사치품의 생산은 정부가 지배하거나 통제했다.<sup>158)</sup>

정치 조직과 관련하여 중국은 관료제 구조를 가지고 있었다. 국가 시험을 통해 선발된 관료는 자신이 속한 집단의 이익이 아니라 국가와 국민의 이익을 대변했다. 이는 의회 제도를 통해 재산을 소유한 엘리트 계층이 자기 계층의 이익을 국가 전체에 이익이 되는 것으로 대변함으로써 이익을 증진할 수 있었던 영국과 큰 차이가 있다.<sup>159)</sup> 중국 상인 계급은 권력을 잡을 수 없었기 때문에 상업과 산업의 중요성에 대해 정부에 영향을 미칠 수 있는 정치적 수단이 부족했다.<sup>160)</sup> 또한 유럽과 달리 중국에서는 정부 간 경쟁이 거의 없었기 때문에 정부가 경제 발전과 성장에 더 도움이 되도록 해야 한다는 압력이 거

---

의 주요 공급원이었다(Mokyr, 1990, pp. 31-56, 210; Goldstone, 2009, pp. 8, 13, 90).

154) Monteiro & Pereira, 2006, pp. 19-20.

155) 리우(Liu)는 유교가 저작권과 특허에 미치는 영향이 다르다는 점을 강조한다. 즉, 유교의 가르침이 학자들에게 미친 영향과 장인 및 상인들에게 미친 영향은 구별된다는 것이다. 이윤 추구와 상인 계급에 대한 비난이 중국 역사에서 상업과 무역의 번영을 막지는 못했다(Liu, 2009, p. 123).

156) Yang, 2003, p. 133 (이러한 태도는 초대 황제 진시황(기원전 390~338년) 시대부터 19세기 후반까지 지속되었다고 설명한다).

157) Liu, 2009, pp. 124-125.

158) Shao, 2006, pp. 12-13.

159) Liu, 2009, p. 128.

160) Ibid, p. 129.

의 없었다.<sup>161)</sup> 하지만 샤오(Shao)에 따르면 이것이 경제 발전이나 성장이 더딘 것을 의미하지는 않는다. 오히려 중국은 근대 이전의 영국이나 독일과 달리 외국 기술을 유치할 동기가 거의 없었는데, 그 이유는 중국은 정부가 대부분의 중요한 발명과 그 발명이 거대한 영토에 확산되는 것을 촉진하고 유치할 수 있는 여러 메커니즘을 가지고 있었기 때문이다.<sup>162)</sup>

전근대 중국에서 특허가 존재하지 않는 이유에 대한 지리적 조건은 독점 발명에 대한 법적 권리의 효과와 관련이 있다. 중국 제국은 경제 활동을 통제할 수 있는 권력을 유지하려고 노력했고 많은 제조 기업을 직접 관리했다.<sup>163)</sup> 무역과 상업에 대한 황실의 엄격한 정책에도 불구하고 그 효과는 의심스러웠다.<sup>164)</sup>

### 2-3-2. 중국 역사에서 저작권의 부존재

한국과 중국에서 기계식 인쇄기는 구텐베르크가 활자를 발명한 1450년대보다 최소 400년 이상 앞서 발명되었다.<sup>165)</sup> 그렇다면 왜 중국과 한국은 저작권이라는 개념을 발전시키지 못했는지 의문을 제기하는 것이 합리적일 것이다.<sup>166)</sup>

많은 학자들은 동아시아(주로 중국 문화)에서 지적재산권의 결여가 주로 철학과 문화 때문이라고 주장한다.<sup>167)</sup> 이러한 관점에 대한 가장 영향력 있는 연구 중 하나는 윌리엄 앨포드(William Alford)의 연구이다. 그는 유교 문화가 중국에서 지적재산권 보호의 출현을 막았다고 주장한다.<sup>168)</sup> 다른 사람들은 “중국 문화는 여전히 무형 자산의 가치를 평가하는

161)Kohn, 2008, p. 17.

162)Shao, 2006, p. 12.

163)Fu, 1993, p. 93.

164)Liu, 2009, p. 126.

165)최초의 인쇄용 활자 시스템은 서기 1040년경 중국에서 발명되었다(Needham & Tsien, 1985, p. 201). 그러나 이 활자는 점토로 만들어져 내구성이 부족하여 실용적이지 않은 것으로 판명되었다. 금속 활자가 처음 발명된 시기는 문헌 기록으로 확인되지 않는다. 청주박물관에 따르면, 한국에서는 문종(1047~1083), 숙종 7년(1102), 예종 15년(1120), 충렬왕 23년(1297), 고종 19년(1232)에 발명되었다(청주박물관, n.d.).

166)가네아(Ganea)와 하이준(Haijun)에 따르면, 10~13세기 중국에서 독점 인쇄, 특정 소금 증류 및 철 제련에 대한 특권을 부여하는 제도가 발견되었지만, 이는 지방 당국의 재량에 따른 것으로 실제 특권 제도가 아닌 초보적인 IP 개념이었다(2009, p. 17).

167)이슬람 및 불교 문화권에서 IP 보호에 대한 서구의 개념과 종교적 갈등에 대해서는, Mun, 2008, p. 57. 참조하라.

168)Alford, 1995, pp. 19-22.

데 어려움을 겪고 있는 것 같다”고 덧붙인다.<sup>169)</sup>

기원전 6세기에서 기원전 3세기 사이에 뿌리를 둔 유교<sup>170)</sup>는 20세기 초까지 중국 사회는 물론 한국, 일본, 베트남 등 다른 동아시아 국가에도 큰 영향을 미쳤다. 유교 사상은 주로 ‘인(仁)<sup>171)</sup>이라는 개념을 중심으로 전개되는데, 인은 ‘자비’, ‘인간성’, ‘연민’, ‘타인에 대한 사랑’으로 번역될 수 있다. 인은 다른 사람과의 조화를 바탕으로 한 도덕적 가치이며, 그래서 유교에서는 다른 사람과의 관계를 강조한다. 이는 “자신이 원하지 않는 것은 남에게도 해서는 안 된다”는 황금률이라는 실천적 규칙을 통해 나타난다. 공자는 조화로운 사회와 공동체를 위해 통치자와 피통치자, 부모와 자식, 남편과 아내, 연장자와 젊은이 사이의 관계에 주의를 기울일 것을 당부했다. 이러한 도덕적 원리는 힘에 의한 정부를 덕에 의한 정부로 대체하고자 하는 정치 철학<sup>172)</sup>뿐만 아니라 개인의 학습에도 적용되었다. 자기 절제를 배운다는 것은 윗사람에 대한 존경심을 표현하고 스스로 존경과 찬사를 받을 수 있도록 사회에서 자신의 역할을 수행하는 의례 형식과 예의 규칙인 리(禮)를 연구하고 습득하는 것을 포함한다. 따라서 공자 자신은 자신의 가르침을 고대로부터 전승된 교훈으로 표현했다. 특히 그는 자신이 “창조자가 아니라 전달자”이며 자신이 한 모든 일은 “선조에 대한 의존과 사랑”을 반영한다고 주장했다.<sup>173)</sup>

유교 철학과 서양의 지적재산권 개념의 충돌은 이러한 전통에서 비롯된 것으로 알려져 있다. 앨포드에게 과거와의 관계를 강조하는 것은 모든 중국인의 공통 유산에 대한 광범위한 접근을 보장하는 것과 같은 딜레마를 야기했으며, 이러한 전통은 지적 노력의 결실을 사유재산으로 여기는 생각에 대립되는 것이었다.<sup>174)</sup> 앨포드의 분석을 받아들여 많은 저자들은 유교가 “중국인들이 과거의 지식에 대한 자유로운 접근을 중시”하도록 했고, 이로 인해 지식 재산이 15세기 베니스와 서유럽에서 볼 수 있었던 것과 같이 발전하지 못했다고 상정한다.<sup>175)</sup> 요컨대, 동아시아의 문화적 기반인 유교는 지적재산권 개념

169)Suttmeier & Yao, 2011, p. 19.

170)Yang, 2003, p. 134.

171)Riegel, 2008, ¶ 2.

172)Blackburn, 2008, p. 73.

173)공자, “논어” 제2편 제7장, 논어 온라인 영문 번역본, 인터넷 고전 아카이브(MIT) (<http://classics.mit.edu/Confucius/analects.2.2.html>)

174) Alford, 1995, p. 20.

175)May & Sell, 2006, p. 72. 동의하는 관점에 대해서는 Low, 2002, p. 2; Yang, 2003 참조하라. 과거에 대한 존중이 이

과 완전히 반대되는 것이었다.<sup>176)</sup>

최근 학자들은 아시아에서 지적재산권 개념의 비존재를 설명하는 데 철학과 문화가 지배적인 이유로 작동했다는 데 이의를 제기했다. 그들은 왜 중국에서 지적재산권 제도, 특히 저작권 제도가 꽃을 피우지 못했는지 설명하기 위해 유교 철학과 문화가 아닌 다른 요인들을 지적한다. 그중에서도 케 샹오(Ke Shao)는 앨포드가 다른 역사적 조건을 무시하고 과거나 전통의 중요성을 지나치게 강조했다고 비판했다.<sup>177)</sup> 즉, 전근대 중국에서 지적재산권의 비존재 문제는 철학적 요소로 환원될 수 없으며, 앨포드의 분석은 문화적 결정론으로 폄하된다. 2-2절에서 논의한 콕스의 삼각형에서 “물질적 조건”과 “제도적 변화”가 중요해 진다.

문(Mun)은 물질적 역량으로 한자의 특징과 인쇄 산업의 구조를 제시한다. 한자는 표의 문자(logogram)를 기반으로 하며, 각각 독립적이고 완전한 의미를 가지고 있다.<sup>178)</sup> 이는 활자를 자르고 조판하는 작업이 노동집약적이고 시간이 많이 걸린다는 것을 의미한다. 또한 일부 한자는 상형문자로 구성되어 있어 그래픽적인 성격을 띠고 있으며, 이러한 시각적 매력으로 인해 서예의 위상이 높아졌다. 문(Mun)은 이러한 한자의 특징 때문에 금속 활자보다 목판 인쇄가 더 적합했다고 말한다.<sup>179)</sup> 또한 이러한 특징이 송나라(960~1279년) 시대 인쇄 산업의 구조를 좌우했다고 주장한다. 주조, 보관, 특수 기계, 기술력 등 고비용이 필요한 금속활자 인쇄와 달리 글자가 적힌 종이를 목판에 붙여서 만든 목판 인쇄는 초기 투자비용이 적게 들었기 때문이다. 따라서 문(Mun)에 따르면, 중국에서 목판 인쇄의 유행은 인쇄술의 대규모화와 산업화에 걸림돌이 되었고 인쇄업의 위험성을 낮춰, 16~17세기 영국에서 근대적 저작권 제도가 출현하는 데 핵심적 요인이 된 시장 지향

---

처럼 중요한 의미를 갖는다면, 르네상스 유럽에서 과거에 대한 인식의 변화가 IP 개념의 출현을 위한 길을 닦았다고 할 수 있다. 맥멀린(McMullin)에 따르면, 중세에는 전통이 매우 중요했고 중세 작가들은 독창성 그 자체만으로는 가치가 없다고 생각했다. 그들에게 지식이란 다른 사람이 먼저 쓴 글에 대해 논평하는 것이었다. 반면 르네상스 유럽 작가들은 선대에 대한 의존을 숨기고 때로는 독창적 발견을 상당히 부당하게 주장하기도 했다(McMullin, 1985, p. 17).

176) Yang, 2003, p. 134. 한 냉소적인 평론가는 왜곡된 유교를 버리지 않는 한 아시아 지역은 서구를 뒤따를 것이라며 공자를 해체할 때가 되었다고 주장하기도 했다(Shi, 2008, p. 11).

177) Shao, 2005, p. 412. 샹오는 13세기 송나라의 역사적 기록에 따르면 무단 복제 및 출판에 대한 저작자와 인쇄업자들의 우려가 정부의 결정에 반영되었으며, 이는 중국 역사에서 지적재산권 개념이 이질적이지 않다는 것을 보여준다고 주장한다(Shao, 2006, p. 10; Shao, 2005, pp. 400-431). 그러나 이러한 주장은 무단 사용에 대한 규제가 저작자나 인쇄업자의 경제적 또는 개인적 이익을 보호하기 위한 것이 아니라 텍스트의 정확성을 통제하기 위한 것이라는 점에서 정당하지 않다.

178) Mun, 2008, p. 138. 9세기의 한 사전은 약 25,000자를 편집했다.

179) Mun, 2008, p. 139.

적 생산 시스템을 개발할 동기가 적었다는 것이다.<sup>180)</sup>

### 2-3-3. 한국 역사에서 저작권의 비존재

한자의 특징에서 비롯된 중국 인쇄 산업의 물적 조건을 일반화하기는 어렵다. 한국의 금속활자 개발은 이에 대한 강력한 반박 증거가 된다. 1440년대에 한글이 발명되어 19세기 후반에 공식 문자가 되기 전까지 한국에서는 한자가 기록 언어로 사용되었다. 그러나 표의문자나 상형문자와 같은 한자의 특징이 목판 인쇄의 확산을 조건짓는 요인은 아니었다. 적어도 세 가지 이유가 있다.

첫째, 금속활자 기술은 12세기에 이미 한국에서 성숙해 있었기 때문에 목판 인쇄의 장점은 한국에서 경제적으로 의미가 없었다. 드 빈(De Vinne)에 따르면, 금속활자 발명의 핵심은 금속판과 이를 고정하는 금속 막대가 필요한 활자 주형<sup>181)</sup>이다. 금속활자는 13세기 전반에 한국에서 발명되었으며, 글꼴 제작을 위한 주형 주조 방식은 청동으로 된 동전, 종, 법전의 주조 경험을 바탕으로 했다.<sup>182)</sup> 이런 점에서 활자 인쇄는 기존의 금속 가공 기술을 응용한 새로운 형태였다.<sup>183)</sup> 1234년경 고려(918~1392년) 장인들이 몽골의 침입에 저항하기 위해 고려 정부가 피신한 강화도에서 상정예문(의례의 상세하고 정확한 규범)의 주조 활자 28부를 인쇄했다.<sup>184)</sup> 금속활자로 인쇄된 현존하는 가장 오래된 책이 고려의 산물이라는 것은 결코 우연이 아니다.<sup>185)</sup> 금속활자 인쇄는 많은 부수의 책이 필요할 때 가장 유용했다. 한국의 금속활자의 발전은 종교와 세속을 막론하고 다양한 종류의 책에 대한 수요가 많았던 것에 대한 대응이었다.<sup>186)</sup> 또한 중국에서 사용되는 배나무와 대추나무에 필적할 만한 적절한 경목이 상대적으로 부족했던 것도 금속활자 인쇄가 한국에서 널리 사용된 이유 중 하나였다. 하지만 소실된 장서를 복구해야 할 필요성이 더 컸다.

180)Mun, 2008, pp. 140-44.

181)De Vinne, 1876, pp. 67-68.

182)Christensen, 2006.

183)Sohn, 1997, p. 4.

184)Jeon, 1974, pp. 174-175. 반면에 카터(Carter)는 28부의 출판이 1241년에 이루어졌다고 주장한다(1955, p. 224).

185)‘불교 성현과 고승의 엄선된 가르침(불조직지심체요절)’에는 1377년으로 추정되는 날짜가 적혀 있으며 유네스코 세계 기록유산으로 등재되었다.

186)Kim, 2003, p. 13, also cited in Christensen, 2006.

둘째, 몽골의 침략이라는 역사적 사건과 그에 따른 정치적 상황은 고려에서 금속활자 인쇄술의 발명과 사용을 촉진했다. 몽골의 침입 이전에 고려 사회는 방대한 양의 중국 고전과 불교 경전을 출판하고 배포했다. 10세기 이후 고려 왕조는 중국 모델을 따라 관료 채용을 위한 국가 시험 제도인 과거 제도를 도입했고, 불교를 국교로 삼았다. 이를 위해 목판 인쇄술이 널리 사용되었는데, 목판 한 장으로 약 5만 부를 인쇄할 수 있었기 때문이다.<sup>187)</sup> 1231년부터 몽골군은 30년 동안 고려 왕조를 공격했다. 전쟁 중에 불교 경전 전집이 담긴 왕실 장서와 목판이 불에 탔다. 수많은 장서가 소실되고 중국 송나라가 몽골의 지배를 받게 되자 고려 왕조는 한정된 수량의 다양한 책을 인쇄할 수 있는 새로운 방법을 찾아야만 했다. 목판 인쇄는 이러한 요구에 적합하지 않았는데, 예를 들어 약 8만 장이 필요한 불교 경전은 목판 인쇄로는 복구할 수 없었기 때문이다. 청동 활자는 내구성이 뛰어나고, 각각의 활자를 재배열하여 새로운 책을 인쇄할 수 있었다. 이러한 이유로 고려의 인쇄술은 12세기 후반에 이르러 목판에서 금속활자로 전환되었다. 그러나 이것이 목판 인쇄의 종말을 의미하지는 않았다. 금속활자 인쇄는 수요가 적고 상대적으로 품질이 낮은 책에 사용되었지만, 목판 인쇄는 수요가 많은 책(족보, 초상화, 무덤 지도 등)에 계속 사용되었다. 이러한 관행은 20세기 초까지 계속되었다.<sup>188)</sup>

셋째, 한국에서는 인쇄업에 대한 중앙 통제가 지속되었다. 금속은 국가 안보와 경제 통제에 중요한 무기나 주화 생산에 사용될 수 있었기 때문에, 금속 생산은 정부에 의해 전적으로 통제되었다. 목판 인쇄도 다르지 않았다. 중앙 정부의 통제를 받던 한국 활자 인쇄의 가장 이른 시기는 1392년에 활자 주조와 책 인쇄를 담당할 ‘서적부’가 발족한 때이다.<sup>189)</sup> 또한 1403년에는 정부의 활자 주조소가 설립되었다. 17세기나 18세기에 민간 출판업이 등장했지만, 주로 목판으로 인쇄되어 양반과 부농을 위한 족보와 일반 백성을 위한 소설 등 한글로 쓰인 작품이 주를 이뤘다.<sup>190)</sup> 그럼에도 불구하고 주조와 인쇄는 여전히 정부의 통제 하에 있었기 때문에 민간의 기여는 제한적이었다.<sup>191)</sup>

이러한 한국의 초기 출판 산업 구조와 인쇄에 대한 정부의 중앙 통제는 중국의 역사와

187)Shon, 1997, p. 3.

188)Shon, 1997, p. 5.

189)Carter, 1955, p. 224.

190)Shon, 1997, p. 5.

191)Jeon, 1974, p. 164.

대비된다. 송나라 황실은 시닝제(Xi Ning, 1068~77년) 이후 경전 인쇄에 대한 독점권을 포기했고, 따라서 출판에 대한 정부의 통제는 단기간에 그쳤으며 제한적이었다고 한다.<sup>192)</sup> 근대 이전의 중국 정부는 출판 산업을 통제할 충분한 동기를 가지고 있었지만, 중국의 인쇄 산업은 초기 한국 산업은 물론 영국 산업과도 다르게 탈중앙화되어 있었다.

---

192)Mun, 2008, p. 186.

## 국제 정치 경제적 층위

국제정치경제학(ΙPE)은 국가, 시장, 사회의 국제적 관계에 초점을 맞춰 이들의 정치적 반응이 경제적 상호작용이 발생하는 전지구적 시스템을 어떻게 형성하는지를 분석한다. 국제정치경제학의 주요 특징 중 하나는 자유 무역과 자본의 흐름을 촉진하기 위해 고안된 경제 및 정치 제도의 네트워크다.<sup>193)</sup> 수잔 스트레인저(Susan Stranger)가 지적했듯이, 경제 및 정치적 상호작용의 네트워크는 “인간이 만든 제도와 스스로 정한 규칙과 관습의 맥락에서 내린 결정”의 결과물이다.<sup>194)</sup> 이 절의 핵심 질문은 왜 다양한 선택지 중에서 지적재산권 보호와 집행을 강화하는 특정 조치들, 특히 트립스와 트립스-플러스가 선택되었는가 하는 것이다.<sup>195)</sup>

공공 선택 이론 또는 합리적 선택 이론은 지적재산권 규범의 세계화를 행위자(국가 및 사회적 영역의 행위자)의 합리적 선택으로 설명한다. 랜즈(Landes)와 포스너(Posner)는 지적재산권의 끊임없는 확장을 설명하기 위해 두 가지 종류의 비대칭성을 제시한다. 첫 번째 비대칭은 지적재산권의 창작자와 복제자 사이의 가치에서 발생한다. 복제 또는 무임승차 비용이 지적재산권을 창작하는 데 드는 비용을 초과하는 경우, 지적재산권 창작자는 지적재산권을 보호하기 위해 제도적 조치에 의존할 필요가 없다. 그러나 기술의 발전으로

193)Griffiths, 2008, p. 173.

194)Stranger, 1988, p. 18.

195)Balaam & Veseth, 2008, p. 82.

복제에 드는 비용이 감소하여 이러한 상황이 발생하지 않는다면, “지적재산권 창작자가 재산권 보유에 두는 가치와 복제자가 라이선스 없이 자유롭게 복제할 수 있는 가치 사이에” 내재적인 비대칭성이 존재하게 된다.<sup>196)</sup> 따라서 지적재산권 보유자들은 합리적으로 지적재산권 보호 및 집행 기준을 상향 조정하기 위해 집단행동에 참여하기로 결정한다. 그렇다면 지적재산권 권리 강화를 위한 지속적이고 거침없는 압력이 지적재산권 보유자에게는 항상 합리적일 수 있다. 그러나 이론적으로 이러한 압력은 일정 수준을 넘어설 수 없는데, 왜냐하면 지적재산권 보유자가 타인이 만든 지적재산권을 사용해야 하기 때문이다. 따라서 그 수준은 지적재산권 보호 강화의 가치와 비용 간의 균형에 따라 결정되어야 하며, 이는 “지적재산권 보유자의 이익과 사회 전체의 이익을 일치”시키는 것일 수도 있다.<sup>197)</sup> 지적재산권의 끊임없는 확장을 설명하는 두 번째 비대칭성은 지적재산권을 인정할 때와 부정할 때의 사적 이익의 불균형에서 비롯된다. 랜즈와 포스너가 보기에, 이는 소니 노보 저작권 보호기간 연장법에서 볼 수 있듯이 지적재산권 확장주의에 대한 심각한 반대가 존재하지 않는다는 것을 의미한다.<sup>198)</sup> 그러나 이것은 지적재산권의 사적 가치와 공적 가치의 대립을 의미하는 것이 아니라, 지적재산권의 사적 가치와 퍼블릭 도메인의 사적 가치 사이에 긴장이 존재한다는 것을 의미한다.<sup>199)</sup> 첫 번째 비대칭성은 영리주의의 관점에서 국제적 맥락으로 확장된다. 이들은 “지적재산권 생산에 비교우위를 가진 국가가 그렇지 않은 국가보다 지적재산권을 더 선호할 가능성이 높다”고 주장한다.<sup>200)</sup>

공공 선택 이론은 다른 모델에서 국제화될 수 있다. 이 모델에서 개발도상국은 지적재산권 수출국으로부터의 기술 이전과 선진국으로의 시장 접근성 확대를 통해 얻을 수 있는 이익을 기대했기 때문에 트립스 협상에서 이들의 선택은 합리적이었다. 예를 들어, 스코치머(Scotchmer)는 국내적 맥락에서 지적재산권 보호의 이익(혁신 증가)과 비용(혁신에 대한 사중손실) 사이의 균형을 국제적 맥락, 특히 트립스 합의 맥락에서 외국인 투자자에 대한 이익 유출을 고려하여 수정할 필요가 있다고 주장한다.<sup>201)</sup> 이 주장은 집단행동 문제 또는 ‘죄수의 딜레마’를 바탕으로 한다. 이 모델에서는 A국가가 자국 영토에서 지적

196)Landes & Posner, 2003, p. 407.

197)Ibid, p. 408.

198)Sonny Bono Copyright Term Extension Act, Pub. L. No. 105-298, tit. I, 112 Stat. 2827 (1998).

199)Landes & Posner, 2003, p. 409.

200)Ibid, p. 410.

201)Scotchmer, 2004.

재산권 보호를 강화하면, 내국민대우 원칙이 모든 국가에 적용되기 때문에 A국가뿐만 아니라 다른 국가에서도 더 많은 혁신을 장려하기 때문에 세계 전체의 편익이 증가한다고 가정한다. 그러나 A국가는 국내적으로 발생하는 이익과 비용에만 관심을 가질 뿐, 다른 국가의 소비자들과 혁신가들의 이익에는 관심을 기울이지 않는다.<sup>202)</sup> 이 주장은 A국가뿐만 아니라 다른 국가에도 대칭적으로 적용된다. 결과적으로 각국은 글로벌 총후생을 극대화하고 조화를 이루는 것보다 덜 보호하는 것을 선택할 것이다.<sup>203)</sup>

또한 사이크스(Sykes)는 집단행동 문제를 개발도상국에도 비슷한 방식으로 적용한다. 그에 따르면, 개발도상국 전체에 걸쳐 강력한 특허 보호가 이루어지면 가치 있는 연구가 촉진될 수 있지만, 각 국가는 특허 보호가 약하거나 없을 때 얻을 수 있는 혜택(예: 국내의 약품 가격 인하)을 충분히 누리기 위해 특허 보호를 하지 않으려는 유혹을 받을 수 있다.<sup>204)</sup> 따라서 그 비용은 모든 개발도상국이 부담하게 되고 각 개발도상국의 행동은 특허의 과소 보호로 이어진다. 트립스 협정은 모든 회원국이 최소한의 기준, 특히 특허 수명을 단축하지 않도록 의무화함으로써 이 문제를 해결한다. 이러한 의무를 부과함으로써 선진국과 개발도상국을 막론하고 회원국들은 자유롭게 정책을 선택하는 것보다 더 나은 혜택을 누릴 수 있게 되었다.<sup>205)</sup>

공공 선택 이론에 기반한 모델은 행동의 동기로서 물질적 또는 경제적 이익을 지나치게 강조한다는 비판을 받을 수 있다. 또한, 공공 선택 이론의 접근법은 트립스 이후 A2K 운동과 같이, 더 강력한 지적재산권 표준에 반대하는 운동을 설명할 수 없다는 한계가 있다. 무역 중심의 지적재산권 규범의 세계화를 설명하는 또 다른 방법은 거시적 차원의 구조에 초점을 맞추는 것이다. 이 모델에서는, 글로벌 자본주의의 구조적 변화가 초국적 자본가 계급이 경제적으로 지배적인 국가와 협력하여 자신들의 이익에 부합하는 글로벌 규범을 구축할 수 있도록 한다. 트립스로 대표되는 글로벌 지적재산권 규칙은 이러한 구조적 힘에 의한 거스를 수 없는 흐름으로 존재한다. 하지만 구조적 결정론에 대해서는 경계할 필요가 있다. 구조적 힘은 현대 지적재산권 규범의 형성에 중요한 역할을 했지만 모든 결과를 결정하는 힘은 아니다. 수잔 셀은 구조적 결정론의 한계를

202)Ibid, p. 333.

203)Ibid, p. 334.

204)Sykes, 2002, PP. 68-70.

205)Scotchmer, 2004, p. 334.

밝히기 위해 트립스 협정과 다른 WTO 협정을 비교한다. 서비스 무역에 관한 일반협정(GATS)과 무역 관련 투자 조치에 관한 협정(TRIMS)은 동일한 구조적 맥락에서 동일한 민간 단체에 의해 추진되었다. 그러나 민간 부문은 트립스 협정에서 달성한 성과와는 달리 GATS와 TRIMS에서 목표를 달성하는 데 실패했다.<sup>206)</sup>

이러한 견해는 우리가 행위자(agents)의 역할에 더 많은 관심을 기울이도록 한다. 그러나 행위자에 기반한 미시적 수준의 설명도 불완전한데, 이는 자칫 몰역사적 분석을 유도하여 ‘행동의 틀을 제공하고 행동을 형성하는 구조’의 특징을 무시하게 만들 수 있기 때문이다.<sup>207)</sup> 전지구적 지적재산권 규범의 출현을 충실히 이해하기 위해서는 행위자 및 그들의 구조와의 상호 작용을 검토해야 한다. ‘구조화된 행위자’이라는 개념은 트립스 협정의 출현을 설명하는 데 핵심적인 역할을 할 뿐만 아니라 트립스 이후 움직임, 즉 트립스 플러스와 이에 대한 반발을 이해하는 데도 중요한 역할을 한다. 셀(Sell)은 비판적 현실주의, 특히 마거릿 아처(Margaret Archer)의 형태발생학적 관점을 바탕으로 구조화된 행위자의 개념을 행위자와 구조 간의 상호 건설적인 관계로 설명한다.<sup>208)</sup> 트립스 이전의 두 가지 구조적(그리고 물질적) 변화, 즉 신기술의 발전과 지적재산권의 가치 상승은 행위자들의 이해관계를 변화시켰고 특정 행위자들을 특히 효율적으로 만들었다. 동시에 세계 경제의 구조적 변화의 네 가지 측면(금융의 세계화, 생산의 국제화, 기술의 역할 변화, 규제 완화의 정치)은 미국에서 시작해 국제기구로 이어지며 제도적 변화를 초래했다. 구조적 변화가 특정 행위자들(예: 지적재산권 의존 산업)에게 힘을 실어준다고 해서, 그러한 행위자들이 아무것도 할 수 없다는 의미는 아니다. 구조적 요인이 “주어진 변화의 잠재력을 결정할 수는 있지만, 그러한 힘을 가진 사람들이 이를 활용하지 못하거나 상당한 힘을 배치해도 실제로 변화를 일으키지 못할 수도 있다”는 것이다.<sup>209)</sup> 따라서 프레임을 형성하는 행위자들의 기술, 행위자들의 조직적 형태, 행위자들과 제도의 상호작용이 중요해진다.

206) Sell, 2003, pp. 165-72. 세 가지 WTO 협정(TRIPS, GATS, TRIMS)을 스펙트럼에 놓고 보면, 트립스는 가장 권위 있는 협정이고, GATS는 그 중간이며, TRIMS 협정은 가장 권위 없는 협정이다(ibid at p. 164).

207) Cox, 1987, p. 395.

208) Sell, 2003, Chapters 1, 2 and 7. 요약하자면, “행위자는 자신의 행동을 가능하게 하는 구조에 내재되어 있다. 제도는 구조와 행위자 사이를 두 방향으로 매개한다. 구조는 제도를 바꾸고 새로운 행위자를 만들어낸다. 다시 행위자는 제도를 바꾸고 새로운 구조를 만들어낸다. 요소들의 다양한 조합은 매우 다른 결과를 초래할 수 있다(ibid at p. 7)”.

209) Archer, 1990, p. 81.

## 실체적 층위

무역 중심의 지적재산권 규범은 지적재산권 보호 및 집행을 위한 실체적 조항의 변화를 가져왔다. 이러한 변화는 세 가지 형태로 트립스 및 트립스 플러스 제도에 반영되었다.

우선, 관세 및 무역에 관한 일반협정(GATT)의 두 가지 원칙인 내국민대우 원칙(NTP)과 최혜국대우 원칙(MFN)이 글로벌 지적재산권 규범의 주요 축이 되었다. 이러한 원칙에 따른 지적재산권 보호는 트립스에 포함된 “지적재산권의 가용성, 취득, 범위, 유지 및 집행에 영향을 미치는 사항뿐만 아니라 지적재산권의 사용에 영향을 미치는 사항”을 포함할 정도로 광범위하다.<sup>210)</sup> 트립스의 내국민대우 원칙은 파리 협정(제2조 제1항)의 “동일한 보호” 또는 베른 협정(제5조 제2항)의 “동일한 권리”에 반영된 “동등한 대우(equivalent treatment)” 기준이 아닌 “덜 유리하지 않은(no less favourable)” 기준에 기초한다. 이는 외국인에 대한 더 많은 보호를 초래할 수 있으며<sup>211)</sup>, 협상 역사를 보면 “덜 유리하지 않은”이라는 기준은 엄격한 “동등한 대우”로 인해 최혜국대우 조항이 필요하지 않을 수 있다는 초안 작성자들의 우려를 반영한 것이다.<sup>212)</sup> 무역 자유화를 달성하기 위한 한 가지 방법인 최혜국대우 원칙<sup>213)</sup>은 국제 지적재산권 프레임워크의 “새로운 요소”로서 트립스에 통합

210)제3조(1) 각주 3.

211)Amani, 2009, p. 164.

212)UNCTAD-ICTSD, 2005, p. 66.

213)다른 방법은 특정 거래 파트너에게는 더 나은 시장 접근성을 제공하지만 다른 파트너에게는 제공하지 않는 특별 대우이다.

되었으며<sup>214)</sup>, 제4조에서 “지적재산권 보호와 관련하여 회원국이 다른 모든 회원국의 국민에게 부여하는 모든 이점, 호의, 특권 또는 면책”을 요구하고 있다. 양자 간 FTA에 트립스의 최혜국대우 원칙이 적용되는지 여부는 자명하지 않다. 트립스 제4조 (d)항에 열거된 최혜국대우의 예외에는 트립스 이후 협정한 협정 내에서의 차등적 지적재산권 대우가 포함되지 않는다는 점에 비추어 볼 때, 트립스 플러스 규정을 포함하는 양자간 또는 지역간 협정에는 최혜국대우 원칙이 적용될 수 있을 것으로 보인다.<sup>215)</sup>

두 번째 변화는 지적재산 보호를 극대화하자는 지적재산권 개념이 트립스 및 트립스-플러스 조항에 도입된 것이다. 보호 대상의 확대, 보호 기간의 연장, 지적재산권의 제한 및 예외에 대한 국가 재량권의 축소, 지적재산권 집행의 강화는 최대주의적 지적재산권 개념의 전형적인 요소이다.

트립스 협정은 저작권이 적용되는 대상을 컴퓨터 프로그램과 데이터 편집물까지 확대한다(제10조).<sup>216)</sup> 두 개의 WIPO “인터넷 조약”<sup>217)</sup>은 중요한 트립스-플러스 의무를 도입하는데, 이에선 저작자를 위한 제한적 대여권(WCT 제7조), 저작자를 위한 배포권(WCT 제6조), 확대된 복제권(WCT 제1조 제4항에 관한 합의문), 저작자가 자신의 저작물을 인터넷을 통해 이용가능하게 할 수 있는지 여부를 통제할 수 있는 공중전달권(communication right)의 도입(WCT 제8조), 저작자가 자신의 기술적 보호조치(TPM)를 보호하고 저작물에 포함된 권리 관리 정보의 수정을 방지할 수 있는 새로운 권리(WCT 제11조 및 제12조) 등이 포함된다.<sup>218)</sup> 또한 특허 보호가 모든 기술 분야로 차별 없이 확대된다(제27조 제1항). 따라서 소프트웨어, 의약품, 식품 및 생명체도 특허 보호 대상이 된다.<sup>219)</sup> 또한, 트립스 제28조 제1항 (b)에 따라 제법특허(process patent)에 대한 권리는 해당 공정에 의해 직접적으로 얻어지

214)Gervais, 1998, p. 54.

215)UNCTAD-ICTSD(2005, p. 88)는 제4조 (d)항에서 (1)지적재산권 보호에 국한되지 않는, 일반적인 성격의 사법 지원 및 법 집행 협정, (2)베른 및 로마 협약에 따른 외국인에 대한 상호 대우, (3)트립스에 규정되지 않은 실연자, 제작자 및 방송 단체의 권리, (4)트립스 이전에 발효된 지적재산권 보호 관련 국제 협정 등 네 가지 유형의 최혜국대우 의무 경감을 허용하고 있다고 설명한다. 반면에 트립스-플러스는 사실상의 최혜국대우 차별을 초래할 수 있다(Abbott, 2005, p. 97).

216)이러한 점에서 트립스는 미국 기업이 전 세계적으로 지배적인 역할을 하고 있는 소프트웨어, 데이터베이스, 음반 산업의 시장 지위를 강화했다고 할 수 있다(Corra, 2000, p. 12).

217)1996년 WIPO 저작권 조약(WCT) 및 1996년 WIPO 실연 및 음반 조약(WPPT) .

218)Suthersanen, 2005, p. 4.

219)회원국은 공공의 질서 또는 공서양속의 보호를 위해 필요한 경우(제27조 제2항), 인간 또는 동물의 치료를 위한 진단 방법, 요법 및 외과적 방법(제27조 제3항 (a)), 식물 또는 동물과 식물 또는 동물의 생산을 위한 본질적으로 생물학적 제법(제27조 제3항 (b))은 특허 대상 발명에서 제외할 수 있다.

는 제품에까지 확대된다. 미국이 맺은 일부 FTA는 특허 대상을 알려진 물질의 새로운 용도 또는 사용 방법까지 확대하고<sup>220)</sup>, 식물에 대한 특허 제의를 배제한다.<sup>221)</sup> 또한 미국과 유럽연합이 주도하는 FTA는 의약품<sup>222)</sup> 및 식물 보호 제품<sup>223)</sup>의 시판 승인을 위해 제출된 데이터에 대한 새로운 형태의 독점권을 도입한다.

저작자의 저작권 보호 기간은 트립스에서 일정하게 유지된 반면, 음반 제작자의 저작권 보호 기간은 로마 협약의 20년에서 고정일로부터 최소 50년으로 연장되었다(제14조 5항). 유럽연합과 미국의 FTA는 저작권 보호 기간을 저작자의 생존기간에 70년을 더한 기간으로 연장한다.<sup>224)</sup> 특허 보호와 관련하여 트립스는 회원국에게 출원일로부터 최소 20년을 보장할 의무를 부과하고 있으며(제33조), 이 특허 보호 기간은 미국 FTA에 의해 두 가지 방식으로 추가로 연장된다. 첫 번째 형태의 연장은 미국 해치-왁스만 법(Hatch-Waxman Act)에 근거한 것으로, 시판 승인 절차 지연에 대한 연장을 규정하고 있다.<sup>225)</sup> 두 번째 연장은 미국 국내법<sup>226)</sup>에 따른 것으로, 특허권 부여 지연에 대한 보상을 규정하고 있다.<sup>227)</sup>

트립스 협정은 복제권에 적용되는 베른협약의 3단계 테스트를 모든 형태의 저작권으로 확대하여 저작권의 제한 또는 예외를 입법화하는 회원국의 재량권을 제한하고 있다(제13조).<sup>228)</sup> 트립스 제30조에 따르면 특허권의 예외는 4단계 또는 3단계 테스트를 충족해야 하며, 특허발명의 강제실시는 제31조에 규정된 복잡한 조건을 따라야 한다. 트립스에서 특허 발명의 강제실시는 ‘조건 접근법(condition approach)’이 아닌 ‘근거 접근법(ground

220)미국-호주 FTA 제17.9조 제1항, 미국-바레인 FTA 제14.8조 제1항 및 미국-한국 FTA 제18.8조 제1항.

221)미국-바레인 FTA 제14.8조(1).

222)미국-칠레 FTA 제17.10조, 미국-싱가포르 FTA 제16.8조, 미국-호주 FTA 제17.10조, 미국-바레인 FTA 제14.9조, 미국-한국 FTA 제18.9조 및 유럽연합-한국 FTA 제10.36(2) 조문.

223)한-EU FTA 제10.37조.

224)한-EU FTA 제10.6조, 한-미 FTA 제18.4(4)조.

225)미국-칠레 FTA 제17.10조 2항(a), 미국-싱가포르 FTA 제16.8조 4항(a), 미국-호주 FTA 제17.9조 8항(b) 및 미국-한미 FTA 제18.8조 6항(b).

226)미국 특허법, Section 154.

227)자세한 내용은 Section 4-5-3 참조.

228)3단계 테스트에 따르면, 저작권에 대한 제한과 예외는 특정한 특수한 경우로 제한되어야 하고, 저작물의 정상적인 이용과 충돌하지 않아야 하며, 권리자의 정당한 이익을 부당하게 침해하지 않아야 한다는 세 가지 조건을 충족하는 경우에만 허용된다. 세 번째 조건의 경우 베른 협약은 ‘권리자’ 대신 ‘저작자’라는 용어를 사용한다. 한편, 미국 저작권법 section 110(5)에 대한 분쟁에서, 유럽 공동체는 트립스의 3단계 테스트는 트립스에 추가된 권리에만 적용되며, 트립스에 참조로 통합된 베른 협약의 조항에는 적용되지 않는다고 주장한다. 그러나 이 주장은 패널에 의해 거부되었다(패널 보고서, 세계무역기구, WT/DS160/R, 2000년 6월 15일, ¶¶ 6.75, 6.80 및 6.81).

approach)’을 따르며, 이는 도하 선언문 5(b)항에서 확인된다: “각 회원국은 강제실시를 부여할 권리와 그러한 라이선스가 부여되는 근거를 결정할 자유를 가진다”. 이러한 재량권은 미국 FTA에 의해 제한되는데, 그 근거를 공공의 비상업적 사용 또는 국가 비상사태와 같은 특정 경우 또는 반경쟁적 관행을 시정하기 위해 강제실시가 필요한 경우로 제한된다.<sup>229)</sup>

지적재산권 집행을 위해 트립스에는 민사, 행정, 형사 절차 및 구제책이 포함되어 있다. 트립스의 지적재산권 집행 범위는 광범위하고 선진국의 기획을 반영하고 있지만<sup>230)</sup> 지적재산권 집행의 기준은 상대적으로 약하다. 국가별 법체계의 차이를 고려하여 공정하고 공평한 조치가 보장되어야 하기 때문이다. 특히, 제41조 5항은 지적재산권 집행 조항이 “일반적인 법 집행과 구별되는, 지적재산권 권리 집행을 위한 사법 시스템을 마련할 의무를 부과하지 않는다”고 규정하고 있다. 게다가, 많은 조항이 명백한 의무 조항은 아니며, 사법 당국은 특정 조치를 의무화하지 않고도 그 특정 조치를 취할 수 있다. 더불어 일부 조항은 특정 상황에서 의무 조항이지만, 많은 조항은 선택 조항이다.<sup>231)</sup> 그러나 미국 및 EU FTA에서는 이러한 선택 조항이 의무화되고 국가 간 차이와 절차적 정의에 대한 우려도 제거된다. 또한 미국 및 EU FTA는 법정 손해배상 규정, 캠퍼더 조항, 웹사이트 폐쇄 조항, 강화된 중개자 책임 규정 등 지적재산권 집행에 관한 새로운 규정을 신설했다.

셋째, 분쟁 해결 메커니즘은 트립스의 가장 두드러진 특징이다. 선진국들이 트립스를 추진하게 된 주요 동기 중 하나는 세계지적재산권기구가 관리하는 국제 지적재산권 협정에 효과적인 국제 분쟁 해결 절차가 없기 때문이다. 트립스 협정 제64조 1항은 분쟁 해결에 관한 규칙 및 절차에 관한 양해각서(DSU)에 명시된 바와 같이 트립스에 따른 분쟁을 일반 WTO 조항에 따르도록 규정하고 있다.<sup>232)</sup> DSU에는 상소 심사 및 효과적인 무역 제재를 포함한 심판 절차가 있다.<sup>233)</sup> 즉, 트립스에 명시된 의무를 준수하지 않는 국가

229)미국-싱가포르 FTA 제16.7조(6)(a) 및 미국-호주 FTA 제17.9조(7).

230)Matthews, 2002, p. 66.

231)고의적인 상표권 침해 및 상업적 저작권 침해에 대한 예비적 구제, 금지명령, 선언적 구제, 손해배상, 밀수품의 폐기 또는 파기, 형사 제재는 특정 상황에서 의무적인 반면, 침해자의 이익 회수, 변호사 수수료 및 비용, 법정 손해배상, 직권 국경 조치와 같은 다른 구제책은 선택 조항이다(UNCTAD-ICTSD, 2005, p. 577).

232)Matthews, 2002, p. 88.

233)Goldstein, 2001, p. 111.

는 WTO 분쟁해결기구가 승인한 무역 보복을 당할 수 있다. 이러한 무역 ‘이빨’을 가진 분쟁 해결 기구와 트립스 이사회의 트립스 준수 모니터링 시스템은 트립스 조항 이행을 위해 지적재산권 업계에 의해 전략적으로 활용되고 있다.<sup>234)</sup>

그러나 트립스가 DSU의 완전한 적용을 보장하는 것은 아니다. 트립스 협상가들은 제64조 2항에서 다른 회원국이 협정을 위반하지 않은 경우에도 WTO 회원국이 분쟁 해결 절차를 개시할 수 있는 소위 “비위반 분쟁”을 5년 유예했다. 비위반 제소는 한 회원국이 협정으로부터 기대하는 이익이 무효화 및 손상되었거나, (a)협정 조항과 상충되는지 여부와 무관하게 다른 회원국이 적용한 어떤 조치 또는 (b)다른 상황의 존재로 인해 협정의 목적 달성이 방해받고 있다는 이유로 허용된다.<sup>235)</sup> 트립스에 대한 비위반 분쟁의 유예는 트립스와 GATT나 GATS와 같은 다른 WTO 협정과의 실질적인 차이점, 즉 트립스에는 예정된 관세 양허와 서비스 무역 약속의 교환에서 발생하는 것과 유사한 권리 및 의무의 균형이 없다는 점을 보여준다.<sup>236)</sup> 협상가들이 트립스와 관련하여 비위반 분쟁을 허용하는 것을 꺼리는 또 다른 이유는 회원국의 정책 권한에 미칠 수 있는 잠재적 영향 때문이다.<sup>237)</sup> 이러한 우려를 반영하여 트립스 이사회는 2년마다 정기적으로 유예를 연장해 왔으며, 2015년에는 2017년 12월 11일부터 14일까지 부에노스아이레스에서 열릴 예정인 2017년 WTO 각료회의까지 유예를 추가로 연장하기로 합의했다.<sup>238)</sup> 그러나 일부 미국 FTA는 비위반 분쟁 조항을 도입하여 이러한 정책적 우려를 약화시키려고 시도하고 있다. 예를 들어, 미국-호주 FTA 제21.2조(c)는 정당한 기대가 무효화된 경우 분쟁 해결 절차를 개시할 수 있도록 허용하고 있는데, 이는 의약품 가격결정 메커니즘을 개정하려는 호주의 조치를 무력화할 수 있다는 우려를 불러 일으켰다.<sup>239)</sup>

234)미국 산업계의 전략적 활용에 대해서는 Sell, 2003, pp. 122-138 참조.

235)Gervais, 1998, p. 249.

236)Sun, 2002, pp. 5-6.

237)Stilwell & Tuerk, 2001, p. 6. “협상 과정에서 일부 개발도상국은 “지적재산권에서 비위반 구제수단을 격용하면 새롭고 어쩌면 중요한 사회, 경제 개발, 보건, 환경 및 문화 조치를 도입하려는 회원국의 능력을 제약할 수 있다”는 캐나다의 우려를 공유했다.”

238)WTO, 2015. 대부분의 WTO 회원국은 유예의 무기한 연장을 선호하지만, 미국과 스위스는 유예를 영구적으로 해제할 것을 주장하고 있다(Saez, 2017).

239)Fauce et al., 2005, p. 6.

## 결과적 층위

국제법 이론에 따르면, 결과는 권력과 규범의 성과를 모두 반영한다. 반대로 이러한 결과는 규범을 수정하고 권력을 재배치한다.<sup>240)</sup> 앞의 2-4절에서 논의한 바와 같이, 트립스 이전은 약한 규범이 어떻게 강력한 권력을 동원하여 결과를 이끌어 냈는지 알려주고, 트립스 이후는 지적재산권과 관련하여 권력 관계가 어떻게 재배치되었는지를 보여준다. 이 절에서는 지적재산권 보호의 목적과 지적재산권 수출국으로부터 지적재산권 수입국으로의 기술이전이라는 두 가지 측면에 초점을 맞춰 트립스 이후 초래된 지적재산권 규범의 결과를 살펴본다.

지적재산권의 목적은 창작 활동을 장려하고 지식과 창의적 표현을 더 널리 보급하는 것이다. 이를 위해 지적재산권 제도는 타인이 지적재산권의 결과물을 사용하지 못하도록 하는 일시적인 법적 권리를 제공한다. 따라서 지적재산권의 목적은 광범위한 공공정책을 고려하여 보호와 확산 사이의 균형을 맞추는 작업을 통해 달성될 수 있다. 트립스는 제7조에서 이러한 균형과 공공정책에 대한 우려를 반영하여, 지적재산권 보호가 “기술 혁신의 촉진과 기술의 이전 및 보급, 기술 지식의 생산자와 사용자의 상호 이익, 사회 및 경제적 복지에 도움이 되는 방식으로, 권리와 의무의 균형에 기여할 것”을 요구하고 있

240)Cheng, 2006, p. 111.

다. 또한 제8조에 명시된 트립스의 원칙은 회원국이 “공중 보건과 영양을 보호하고 사회경제적 및 기술적 발전에 매우 중요한 분야에서 공익을 증진하는 데 필요한 조치를 채택”하도록 보장한다.

트립스 협상 과정에 나타난 개발도상국의 목소리를 반영한 이러한 관심과 노력은 특징적이다. 파리 및 베른 협약과 같은 다른 국제 지적재산권 협약에는 이와 유사한 조항이 없기 때문이다.<sup>241)</sup> 또한 회원국이 협정을 이행하는 방식이나 WTO 분쟁해결기구가 판결을 내리는 방식에 대한 가이드라인을 제공한다. 그러나 이것은 예외 조항의 형태로 명시되어 있고 실질적인 운영 조항이 부족하다는 점에서 그 효력이 제한적이다. 또한 회원국이 제8조 원칙에 따라 취할 수 있는 조치는 해당 조치가 트립스 협정 조항과 일치하는 경우로 제한된다. 트립스 조항의 대부분은 지적재산권 보호 및 집행을 위한 의무 규정으로 구성되어 있다. 따라서 예를 들어 공중 보건을 보호할 필요가 있는 경우에도 회원국은 특정 의약품의 특허 보호를 포기하거나 특허 출원일로부터 20년 미만의 기간으로 특허 보호 기간을 축소할 수 없다.<sup>242)</sup> 이 때문에 일부 학자들은 트립스의 목적과 원칙에 대한 조항에 명시된 균형과 공공 정책적 우려가 단지 ‘겉치레’에 불과하다고 비판한다. 예를 들어, 캐나다-의약품 특허 사건에서 유럽연합 집행위원회(EC)는 트립스 제7조와 제8조는 선언적 규정이며, 다른 조항(이 사건에서는 제30조)을 해석할 때 제7조와 제8조에 언급된 가치를 두 번 이상 고려하게 되는 것이므로 해당 조항에서 언급된 이익을 다시 끌어와서는 안 된다고 주장했다(¶ 7.25). 소송의 패널들은 EC의 이러한 주장에 명시적으로 반대하는 결정을 내렸지만, 제30조를 해석하는 동안 제7조와 제8조에 대해서는 언급하지 않았다.<sup>243)</sup>

이와 관련하여 트립스 협정에 내재된 균형은 상당히 다른 각도에서 평가할 필요가 있다. 바르보사(Barbosa)와 촌(Chon)이 지적한 바와 같이, 개발도상국이 ‘지나치게 낮은 수준의 지적재산권 보호’를 유지하기 위해 국가 자율성을 포기하는 것과 ‘시장 접근 및 기술

241) Dutfield & Suthersanen, 2008, p. 224.

242) 이러한 “호환성 조항”으로 인해 제8조는 트립스에서 제공하는 IP 보호에 대한 적절한 예외가 아니라고 설명된다(Brand, 2009, p. 197). 트립스의 호환성 조항과 달리, 1994년 GATT 제 XX조 및 GATS 제 XIV조에는 해당 호환성 조항이 없으므로 적절한 예외가 된다.

243) KeBler, 2009, pp. 185-186.

이전'으로부터 얻는 이익 사이에 균형이 이루어져야 한다.<sup>244)</sup> 따라서 트립스의 결과를 평가할 때 시장 접근과 기술이전으로 인한 기대 이익이 중요해진다.<sup>245)</sup>

기술 이전<sup>246)</sup>과 지적재산권 보호 수준과의 관계는 경제학자들 사이에서 항상 논란의 대상이 되어 왔다. 기술 이전 문제를 기술이 발달한 나라에서 개발도상국으로의 흐름으로 좁혀보면 이론적으로 긍정적인 측면과 부정적인 측면이 있다. 긍정적인 측면에는 혁신에 대한 인센티브와 혁신의 전유성(appropriability, 專有性)이 포함된다. 새로운 제품, 정보, 창의적 활동의 도입은 혁신에 대한 인센티브 증가로 얻는 장기적인 큰 이득이다.<sup>247)</sup> 혁신의 전유성은 외국 기업이 개발도상국에 투자하고 혁신을 일으키는 데 도움이 될 것이다. 개발도상국으로의 확산의 부정적인 영향은 기술 정보에 접근하는 데 드는 비용 증가도 포함한다.

지적재산권의 강화가 기술의 국제적 확산에 미치는 순 효과(net effect)는 실증적인 문제이다. 핑크와 마스크스(Fink & Maskus)에 따르면, 기존 연구들에서 볼 수 있듯이 지적재산권 제도를 강화한 국가에 갑자기 외국인직접투자(FDI) 유입이 증가할 가능성은 낮으며, 실증적 증거는 지적재산권이 국경 간 기술이전을 촉진하는 데 긍정적인 역할을 한다는 것을 보여주지 못한다.<sup>248)</sup> 반면, 미국 기업의 지적재산권 담당 임원들과의 인터뷰를 바탕으로 한 맨스필드(Mansfield)의 연구에서는, 화학 및 제약 산업에 종사하는 응답자의 상당수가 외국인직접투자 결정이 지적재산권 보호 수준에 따라 영향을 받는다고 답했다.<sup>249)</sup> 또 다른 실증 연구에 따르면 지적재산권과 기술이전 간에는 긍정적인 관계가 있으며, 1994년부터 2000년까지 특허 보호가 강화되면서 OECD 국가로부터 비식민지 개발도상국으로 특허에 민감한 기술 이전이 크게 증가했다.<sup>250)</sup> 트립스 이후 특허 개혁으

244)Barbosa & Chon, 2007, p. 90.

245)기술이전의 중요성은 트립스를 체결해야 하는 이유 중 하나였다. 일찍이 1992년에 GATT 사무국은 "IP의 보호는 기술 발전의 한 요소로서 국가 간 기술이전을 촉진하여 투자와 일자리로 이어질 수 있다"는 이유를 제시했다(GATT, 1992, p. 17).

246)기술 이전의 의미에 대한 명확한 합의는 없지만, 기술 이전에 관한 국제 행동 강령 초안에서는 기술 이전을 "제품의 제조, 공정의 적용 또는 서비스의 제공을 위한 체계적인 지식의 이전으로서, 단순한 상품의 판매 또는 임대에는 적용되지 않는다"(UNCTAD, 2014, p. 1)고 정의하고 있다.

247)Fink & Maskus, 2005, p. 3.

248)Fink & Maskus, 2005, p. 8.

249)UNCTAD-ICTSD Policy Discussion Paper, 2003, p. 87.

250)lvus, 2010.

로 인해 신흥국의 대미 제조업 수출이 20%나 증가했다고 한다.<sup>251)</sup> 반면, 터키의 연구에 따르면 의약품 특허 금지가 외국인직접투자, 기술이전, 국내 혁신 수준에 큰 영향을 미치지 않는 것으로 나타났으며, 제조업 전체를 대상으로 한 브라질의 실증 연구에서도 외국인직접투자 수준이 특허 보호에 크게 영향을 받는다는 증거는 발견되지 않았다.<sup>252)</sup> 2차 세계대전 이후 일본은 잘 관리된 특허 제도와 함께 외국인직접투자에 대한 철저한 제한을 통한 기술이전 라이선스 우대가 기술 추격에 기여한 반면, 한국은<sup>253)</sup> 취약한 지적재산권이 창의적 모방을 조장하고 기술 및 산업 역량에 기여한 것으로 나타났다.<sup>254)</sup>

렘리(Lemly)가 관찰한 바와 같이, 경험적 연구들이 그런 그림은 결정적이지 않고, 모순되거나 복잡하다.<sup>255)</sup> 기술 이전이 다양한 경로를 통해 이루어질 수 있고 그 중 대부분은 지적재산권과 무관하며,<sup>256)</sup> 다양한 조건이 기술 이전에 영향을 미친다는 점을 고려할 때, 지적재산권의 역할은 제한적이며 결과를 좌우하지 않는다.<sup>257)</sup> 그러나 트립스 및 트립스-플러스 제도는 기술 이전을 촉진하기 위해 고안된 제도가 아니라고 보는 것이 타당할 것이다. 앞의 2-2절 “역사적 층위”에서 특허 특권의 초기 부여는 비록 그 효과는 불확실하지만 기술이전을 장려하기 위한 것이었고, 이러한 정책 목표는 특허 제도에 일정한 규칙을 도입함으로써 추구되었다는 것을 알 수 있다. 여기에는 기술 수입자를 발명가로 인정하고, 현지에 국한된 신규성 개념, 현지 실시(local working) 및 특허 보호 기간의 연계, 신기술의 현지 학습 기간 등이 포함된다. 그러나 기술 이전을 장려하기 위해 고안된 이러한 규칙은 트립스 및 트립스-플러스 조항으로 인해 완전히 삭제되거나 상당히 약화되었다.

251)Maskus & Saggi, 2015, ¶ 83.

252)UNCTAD-ICTSD Policy Discussion Paper, 2003, p. 87.

253)Hoekman, Maskus & Saggi, 2004, pp. 17-18.

254)UNCTAD, 2014, pp. 27-28.

255)Lemley, 2015a, p. 1343.

256)Maskus와 Saggi(2015)는 국제 기술이전을 위한 6가지 채널을 제시한다: (a)새로운 아이디어를 구현하는 상품과 서비스의 무역, (b)외국인 직접투자, (c)영업비밀 라이선싱을 포함한 IP 라이선싱, (d)개방형 혁신, (e)이주, (f)글로벌 혁신 네트워크(GIN, 글로벌 기업 내에서 서로 다른 위치에 있는 하나 이상의 R&D 시설 설립과 이와 관련된 관리 결정 및 그들과 모회사 간의 정보 교환을 지칭함, ¶ 75) (전자의 세 가지가 전통적인 채널인 반면, 후자의 세 가지는 새로운 형태의 기술이전(¶ 81)으로서 기술 정보에 더 잘 접근할 수 있는 새로운 기회를 제공한다(¶ 124).

257)출발지 및 목적지 시장의 지리적 위치, 시장 규모 및 경쟁력, 상업적 전망, 인적 역량 및 기술 개발 수준, 거버넌스, 인프라 등 다양한 요인이 기술 이전에 영향을 미친다(UNCTAD, 2014, p. 3).

기술 이전을 장려하기 위한 가장 중요한 규칙인 현지 실시는 더 이상 특허 부여의 조건이 아니다. 특허 제품을 수입하는 특허권자는 특허가 부여된 국가로 특허 제품을 수입해도 특허가 몰수되지 않기 때문에 실시 요건을 충족할 수 있다.<sup>258)</sup> 특허 발명을 실시하지 않거나 불충분하게 실시하는 것은 강제실시권을 부여하는 사유 중 하나로 격하되었다. 또한 이러한 강제실시권은 특허 출원일로부터 4년 또는 특허권 부여일로부터 3년 중 더 늦게 만료되는 기간이 만기가 되기 전에는 발급할 수 없다. 강제실시로 특허권의 무실시 남용을 방지하기에 불충분한 경우에만 최초 강제실시 부여일로부터 2년이 경과했다는 추가 조건을 붙여 특허의 몰수가 허용된다.<sup>259)</sup> 특허제품<sup>260)</sup>은 특허에 따라 제조된 제품을 의미하며, 특허의 대상인 제품 자체와 특허 공정을 통해 제조된 제품을 포함한다.<sup>261)</sup> 따라서 특허 제품을 단순히 수입하는 것만으로는 공정 기술이 이전되지 않을 수 있다. 또한, 물질특허가 실용 기술에 관한 것이라면 해당 특허가 기술이전을 촉진한다고 보기 어렵다.

특허 보호 기간은 현지 장인이 발명(기술)을 배우는 기간 동안 특허 보호가 지속된다는 초기 특허의 정책 조치와 분리되었다. 이제 특허 수명은 기술 공개에 대한 보상 또는 특허권자가 투자금을 회수할 수 있는 기간의 관점에서 논의된다.

258)파리협약 제5조(A)(1) 및 트립스 협정 제2조(1). 1883년 파리협약의 원문에는 특허 물품의 수입 시 특허권자는 특허 물품을 도입한 국가의 법률에 따라 특허를 이용할 의무가 있다는 조항이 포함되어 있었다(Bodenhausen, 1968, p. 68).

259)파리 협약 제5조(A)(2).

260)파리 협약은 유럽연합의 모든 국가에서 "제조된 물품의 ... 수입"이라는 용어를 사용한다.

261)Bodenhausen, 1968, p. 68.

## 결론

이 장에서는 지적재산의 무역 측면을 다섯 가지 상호 연관된 관점(역사, 다양성, 국제정치경제, 실체, 결과)에서 살펴봤다. 서유럽에서 지적재산권의 출현에 대한 역사적 분석과 동아시아에서 지적재산권의 부재에 대한 연구는 무역과 지적재산권 사이에 필연적인 인과관계가 존재하지 않음을 보여준다. 산업화 이전 서유럽에서 지적재산권의 개념은 무역 정책으로 등장했지만 무역과의 연관성은 미미했고 상당한 변동을 겪었다. 역사적으로 볼 때 지적재산권이 항상 무역과 긍정적으로 연결된 것은 아니었으며, 19세기에는 지적재산권이 자유무역의 개념과 정면으로 충돌하는 것으로 여겨지기도 했다.

서유럽에서 특허가 출현하게 된 결정적인 요인 중 하나는 중상주의 무역 정책이었으며, 그 주요 목적은 장인의 국경 간 이동성을 높이고 현지 기술 혁신을 장려하여 무역 흑자를 달성하는 것이었다. 그러나 중세 및 근대 초기 길드의 구조와 규제가 장인의 국경 간 이동을 촉진하는 데 제한적이었고, 암묵적이고 실용적인 기술의 특성상 기술 학습 비용이 상대적으로 높았기 때문에 초기 특허 제도가 이러한 정책 목표에 실제로 기여한 바는 미미했다. 따라서 초기 특허법에는 정책 목표를 달성하기 위한 엄격한 규칙이 포함되어 있었다. 그 규칙은 (1)수입특허의 허용, (2)외국기술의 수입자 또는 도입자를 발명가로 인정, (3)엄격한 현지 실시 조건, (4)특허의 보호기간과 특허발명의 현지 학습기간

의 연계 등이다. 이는 초기 특허 역사의 무역 관련성인데, 트립스 및 트립스-플러스 조항에서 완전히 삭제되었다.

이 장에서는 19세기 말과 20세기 초에 제조업계에서 특허 제도를 전략적으로 이용하면서 특허 보호의 개념이 바뀌고 서구의 여러 국가 간에 특허 보호에 관한 양자 간 조약이 등장했음을 보여주었다. 그러나 특허 제도의 국제화는 19세기 파리 협약이 아니라, 20세기 중반에 많은 개발도상국이 선진국으로부터의 기술이전과 외국인 직접 투자를 늘리기 위해 협약에 가입하면서 시작되었다. 그러나 특허는 국제 무역의 주요 관심사로 간주되지 않았다. 1980년대에 이르러서야 지적재산권이 무역 문제와 밀접하게 연관되고 지적재산권 보호 및 집행을 위한 실체적 조항이 무역 체제의 지배를 받게 되었다. 이러한 극적인 변화는 미국, EU 등 경제적으로 강력한 국가의 지원을 받은 민간 부문의 전략적 행동에 의해 발생했다. 거시적 차원의 구조나 미시적 차원의 행위자에 기초한 합리적 선택 이론과 설명은 트립스와 트립스-플러스로 이어진 1980년대의 변화를 설명하기에 불충분하다. 이 장에서는 행위자 간 상호 건설적인 상호작용과 그러한 상호작용을 매개하는 구조 및 제도에 초점을 맞춘 비판적 현실주의의 관점이 현대 지적재산권 규범이 왜 그리고 어떻게 무역 중심으로 변화 되었는지 분석하는 데 더 나은 도구를 제공한다고 제안한다. 또한, 합리적 선택 접근법과는 달리 비판적 현실주의의 관점은 트립스 이후 더 강력한 지적재산권 표준에 반대하는 운동의 출현을 분석할 수 있게 해준다.

무역 중심의 지적재산권 체제 하에서 국가 간 지적재산권 보호 및 집행 기준의 차이는 가능한 한 완전히 제거해야 하는 무역 장벽으로 간주된다. 트립스와 트립스-플러스는 이러한 무역 장벽을 제거하기 위해 지적재산권 표준을 상향 조정하고, 지적재산권 보호 및 집행의 실체적 규칙에 변화를 가져오도록 설계되었다. 내국민대우 원칙과 최혜국대우 원칙이라는 GATT의 두 가지 원칙이 글로벌 지적재산권 규범에 통합되었다. 보호 대상 확대, 보호 기간 연장, 지적재산권의 제한 및 예외에 대한 국가 재량권 축소, 지적재산권 집행 강화와 같은 (지적재산권 보호를 극대화하려는) 최대주의적 지적재산권 의제는 트립스와 트립스-플러스 규범의 주요 축이 되었다. 트립스는 WTO의 분쟁 해결 메커니즘에 기반한 구속력 있는 규범으로, 트립스에 명시된 의무를 준수하지 않는 국가는 WTO

분쟁 해결 기구에서 승인한 무역 보복을 당할 수 있다.

글로벌 지적재산권 규범을 규율하는 변경된 규칙은 지적재산권 보호의 목적(창작 활동 장려, 지식과 창의적 표현의 광범위한 보급)을 달성하지 못했다. 지적재산권의 목적은 지적재산권 결과물의 보호와 확산 사이에 공정한 균형을 이룰 때 달성될 수 있다. 보호와 확산 사이의 균형에 대한 우려는 트립스 제7조에 명시되어 있고, 공공정책적 목표는 트립스 제8조에 글로벌 지적재산권 협정의 원칙으로 선언되어 있지만, 이는 예외의 형태이며 지적재산권 보호 및 집행을 위한 세부적이고 의무적인 조항과 달리 실질적인 운영 조항이 부재하다. 트립스 협상에서 지적재산권 수출국과 수입국 간의 쟁점 중 하나인 기술이전은 실증적 근거가 부족하고, 무엇보다도 당초 기술이전을 촉진하기 위해 고안된 일부 규정이 트립스 및 트립스-플러스 조항에서 완전히 삭제되거나 실질적으로 약화되었다.

다음 장에서는 지적재산권의 인권적 차원으로 전환하여 무역 중심의 현대 지적재산권 규범이 국제 인권 규범과 어떻게 교차하는지 살펴보고, 인권의 관점에서 지적 창작물 보호를 위한 새로운 접근법을 제안한다.



# 03

## CHAPTER

지적재산권의  
인권적 측면

## 도입

이 장에서는 지적재산권의 인권적 측면을 살펴본다. 앞선 2장에서 설명한 바와 같이, 지적재산권 규범은 무역과의 관련성을 좇아 발전해 왔다. 무역은 또한 학자들과 국제 인권 기구들이 인권의 관점에서 지적재산권을 논의하도록 자극하는 데 중요한 역할을 했다. 무역의 중요성이 커지고 지적재산권 규범이 세계화되면서 지적재산권 보호가 전 세계적으로나 지역적으로 과도하게 확대되어 인권과 충돌을 일으키고 특정 지역에서는 인권이 위협받고 있다. 따라서 무역은 지적재산권의 무역적 측면과 인권적 측면을 모두 설명할 수 있는 공통된 키워드이다. 그러나 두 차원에서 무역이 불러일으키는 방향은 다르다. 무역이 지적재산권의 범위를 확장하는 데 긍정적으로 작용하는 반면, 인권 차원에서는 무역이 지적재산권의 확장에 역행하는 필수적인 촉매제 역할을 해왔다.

글로벌 지적재산권 체제의 무역 중심성이 인권 침해에 대한 열띤 논쟁을 불러일으킨다면, 지적재산권의 인권적 차원을 설명하는 간단한 방법은 지적재산권 체제가 다양한 인권과 충돌을 일으키는 영역을 기술하는 것이다. 많은 학자, 국제법 전문가, 인권 옹호 단체들이 식량, 건강, 교육, 언론의 자유, 프라이버시, 정보 공유의 권리와 지적재산권의 충돌을 확인해 왔다. 그러나 이 논문은 지적재산권과 인권의 교차점을 총체적으로 접근함으로써 한 걸음 더 나아가고자 한다.

총체적인 접근 방식은 ‘과학문화권’이라는 용어로 개념화할 수 있다.<sup>262)</sup> 과학문화권에 대한 개념적, 법적, 규범적 근거는 세계인권선언(UDHR) 제27조와 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약(ICESCR, 사회권규약) 제15조에서 찾을 수 있다. 이 조항들은 전통적인 지적재산권 제도가 의도하는 주제인 지적 창작의 보호와 보급 측면을 모두 보장한다. 여기서 ‘보호 측면’은 (이 논문에서는 저작자 조항이라고 부른다) 자신이 저작자인 과학적, 문학적 또는 예술적 생산물로 인해 발생하는 도덕적, 물질적 이익을 보호받을 수 있는 모든 사람의 권리를 의미한다.<sup>263)</sup> ‘보급 측면’은 국제인권규약의 두 가지 조항, 즉 (a) 모든 사람이 문화생활에 참여할 권리, (b) 과학적 진보와 그 응용의 혜택을 누릴 권리를 보장하는 조항에서 비롯된다.<sup>264)</sup> 사회권규약은 과학과 문화의 보존, 발전, 확산<sup>265)</sup>과 과학 연구 및 창작 활동에 필수적인 자유를 모두 보장함으로써 보급 측면을 확대한다.<sup>266)</sup>

이 장의 첫 번째 부분에서는 지적재산권과 과학문화권 사이의 관계에 대한 담론의 역사적 진화를 추적한다. 과학문화권의 본래의 의미를 밝히고, 재발견하고, 맥락화하기 위해, 세계인권선언 및 사회권규약에서 과학문화권이라는 개념이 처음으로 구체화된 1990년대 중반까지 거슬러 올라간다. 그런 다음 오랫동안 잊혀진 과학문화권의 시기를 거쳐 최근의 지적재산권과 인권의 충돌 여부 및 인권과 지적재산권 체제의 조화 방안에 대한 논쟁으로 연대기적으로 옮겨간다. 이어서 과학문화권에서 상충하는 것으로 보이는 두 가지 측면(제3-3절 보호 측면, 제3-4절 보급 측면)과 인권의 관점에서 본 지적재산권의 규범 설정 과정(제3-5절)에 대해 논의한다. 3-6절에서는 과학문화권의 규범적, 실천적 의미에 대한 연구를 바탕으로 대안적 지적재산권 모델을 제시한다.

262) ‘과학문화권’이라는 용어는 2009년 셰이버(Shaver)와 스강가(Sganga)에 의해 처음 만들어졌으며, 유엔 문화권 분야 특별보고관이 2014년 유엔 저작권 보고서(A/HRC/28/57)와 2015년 유엔 특허 보고서(A/70/279) 연속 보고서에서 사용했다. 연이은 보고서의 연원과 과정, OHCHR 내 국가 대표 간의 논의에 대해서는 Bidault, 2016, pp. 25-28; Shaver, 2016, pp. 31-32. 참조하라.

263) 세계인권선언 제27조 2항 및 사회권규약 제15조 1항(c).

264) 사회권규약 제15조 제1항(a)호 및 (b)호, 세계인권선언 제27조 제1항. 이 두 조항의 표현상의 차이와 보급 측면에서 사회권규약의 세계인권선언보다 더 포괄적이고 광범위한 범위에 대해서는 아래 3-4절을 참조하라.

265) 사회권규약 제15조 2항.

266) 사회권규약 제15조 3항.

## 인권과 지적재산권이 교차하는 역사적 풍경

지적재산권의 일부 속성이 인권으로 인정받기에는 그 역사가 짧다. 지적재산권과 인권은 서로 다른 규범적 토대를 가지고 있으며 독립적으로 발전해 왔다. 그러나 지난 몇 년 동안 많은 문헌에서 인권의 관점에서 지적재산권을 논의되고 있다.

세계인권선언과 사회권규약의 초안 작성 역사를 살펴보면서 과거를 돌아봄으로써 앞으로 나아가고자 한다. 이 절에서는 과학문화권에 대한 국제법적 원천의 준비 작업을 살펴봄으로써 반세기도 더 전에 성문화된 권리를 재맥락화하고 그 현대적 함의에 대한 통찰을 제공하고자 한다.

### 3-2-1. 세계인권선언과 사회권규약에서 과학문화권의 등장

#### 3-2-1-1. 세계인권선언과 과학문화권 초안 작성의 역사

세계인권선언은 전쟁의 잿더미 위에 세워졌다.<sup>267)</sup> 세계인권선언 초안 작성자들은 “전쟁의 피해를 복구하고 정의로운 평화의 토대를 구축하기 위해” 노력했다.<sup>268)</sup> 이러한 역사적 뿌리는 시민적, 정치적 권리에 비해 약하지만 과학문화권과도 관련이 있다.

267)Brown, 2016, p. 29.

268)Prost & Winter, 2013, p. 238.

## 저작자 조항에 대한 토론

세계인권선언은 한 사람에 의해 작성된 것이 아니다. 모싱크(Morsink)의 표현을 빌리자면 “수십 개국의 수많은 공식 대표들이 수백 차례의 회의를 통해 수백 개의 수정안을 만들고 천 개 이상의 표를 던졌다.”<sup>269)</sup> 세계인권선언의 초안 작성에는 (1)인권위원회 제1차 회의, (2)인권위원회가 설립한 초안 작성 위원회 제1차 회의, (3)인권위원회 제2차 회의, (4)초안 작성 위원회 제2차 회의, (5)인권위원회 제3차 회의, (6)총회 제3(사회 및 인도주의) 위원회(1948년 9월부터 12월까지 개최), (7)같은 1948년 총회의 본회의 등 총 7단계의 공식적인 작성 단계가 있다.<sup>270)</sup>

캐나다 학자이자 유엔 인권위원회 사무국 대표인 존 험프리(John Humphrey)는 400페이지에 달하는 세계인권선언의 청사진을 준비했으며, 이는 세계인권선언 제정 동안 초안 작성 위원회<sup>271)</sup>의 자문을 받았다.<sup>272)</sup> 험프리는 그 문서에 오늘날의 저작자 조항과 유사한 내용을 포함시키지 않았다. 저작자 조항을 포함할 것을 제안한 것은 프랑스 대표단의 르네 카신(René Cassin)이었다.<sup>273)</sup> 그러나 1947년 초안 작성 위원회 제1차 회의에서는 저작자 조항을 세계인권선언에 포함시키지 않기로 결정했다.<sup>274)</sup>

이듬해인 1948년 5월 24일부터 6월 18일까지 열린 제3차 인권위원회 회의에서 프랑스 대표단은 문체를 약간 수정한 저작자 조항을 다시 제안했다.<sup>275)</sup> 프랑스의 제안은 멕시코, 쿠바, 칠레, 우루과이 등 라틴아메리카 대표단으로부터 지지를 받았다.<sup>276)</sup> 그러나 반대 의견이 더 많았다. 이들은 저작자의 물질적 이익을 보호하는 것은 기본적 인권에 해

269)Morsink, 1999, p. 28.

270)United Nations, 1950, pp. 524-527; Morsink, 1999, pp. 4, 11.

271)1947년 6월 9일부터 25일까지 열린 국제인권장전 초안 작성 위원회, 첫 번째 회의.

272)United Nations (n.d.). History of the Document. 2016년 11월 9일 조회. <http://www.un.org/en/sections/universal-declaration/history-document/index.html>.

273)Shaver & Sganga, 2009, p. 29. 르네 카신은 부적절하게도 세계인권선언의 주요 저자로서 인정받았다(Shaver, 2010, p. 145).

274)Morsink, 1999, p. 220.

275)Ibid.

276)멕시코 대표단은 미국 선언의 IP 조항을 성공적으로 제안하였는데, 이는 세계인권선언 논의에 큰 영향을 미쳤으며, 라틴아메리카 국가 중 에콰도르는 문학적, 과학적 재산의 보호는 재산권 일반조항에서 다루어야 한다는 이유로 반대 입장을 취했다(Haugen, 2007a, pp. 174-175).

당하지 않으며, 재산권을 추가로 보호할 특별한 필요성이 없다는 논리를 폈다.<sup>277)</sup> 특히 미국 대표단은 저작권은 국제법상의 문제라는 이유로 이 제안에 반대했다.<sup>278)</sup> 결국 세 번째 회의에서 프랑스 제안은 6표 대 5표, 기권 5표로 부결되었다.

그러나 이 표결은 제3위원회, 특히 152차 세션에서 뒤집혔다.<sup>279)</sup> 처음에 프랑스 대표단이 제안한 저작자 조항에 대해서는 관습법(common law) 전통 국가와 대륙법(civil law) 국가 간의 입장이 크게 나뉘었다.<sup>280)</sup> 대륙법 전통의 영향 아래에 있던 대부분의 라틴아메리카 국가들은 프랑스 제안을 지지했다. 반면, 관습법 전통을 가진 미국 대표단은 제안된 저작자 조항의 주요 요소인 저작자 보호가 저작권의 영역에 속한다는 이유로 반대했다. 또한 영국 대표단은 “저작권은 기본적 인권이 아니며 모든 사람에게 유효한 원칙이 아니라 특정 계층의 사람들을 대상으로 한 권리를 포함하는 것이기에 반대한다”고 주장했다.<sup>281)</sup> 관습법의 영향을 받던 인도도 미국, 영국과 함께 반대에 동참했다.<sup>282)</sup> 이러한 반대에도 불구하고 제안된 저작자 조항은 제3위원회를 통과했다. 모싱크는 제3위원회에 라틴아메리카 대표들이 훨씬 더 많았고 제안자들이 그 라틴아메리카 표를 기대할 수 있었기 때문이라고 설명한다.<sup>283)</sup>

### ‘보급 측면’에 대한 토론

저작자 조항과 달리, 초안 작성자들은 문화생활에 참여할 권리와 모든 사람이 과학 발전의 혜택을 누릴 권리를 포함시키는 데 비교적 쉽게 합의에 도달했다.

문화생활에 참여할 권리에 대한 대부분의 논쟁은 국가 이외의 특정 집단, 특히 소수 집단의 권리를 인정해야 하는지에 관한 것이었다. 일부 정부에서는 집단의 권리가 국민 국가와 영토 보전을 위협할 수 있다고 주장했다.<sup>284)</sup> 따라서 세계인권선언 제27조의 문

277)Helfer & Austin, 2011, pp. 177-178.

278)Morsink, 1999, p. 221.

279)유엔총회, 제3위원회, A/C.3/SR/152 (2948년 11월 22). 제3위원회의 정식 명칭은 1948년 9월부터 12월까지 개최된 ‘총회의 사회 및 인도주의 위원회’이다.

280)Haugen, 2007, p. 176; Shaver, 2010, p. 148.

281)Morsink, 1999, p. 221.

282)Shaver & Sganga, 2009, p. 32.

283)Morsink, 1999, p. 221.

284)Stamatopoulou, 2008, p. 8.

구는 문화적 참여가 ‘국민국가’라는 ‘하나의’ 문화에서 이루어진다고 가정함으로써 다양성과 다원주의를 존중하지 않는 것으로 보이는데,<sup>285)</sup> 이는 이후 사회권 규약에서 개선되었다.<sup>286)</sup> “참여하다”라는 문구 뒤의 “자유롭게”라는 단어는 페루 대표단이 제안하였고 영국 대표가 “공동체의 문화생활에 대한 참여가 자유로워야 한다는 점을 강조하는 데 유용하다”고 생각하여 지지하였다.<sup>287)</sup>

과학적 진보와 그 응용을 공유할 권리와 관련하여, 이는 부분적으로 과학이 인간의 삶과 생활 조건을 개선할 잠재력을 가지고 있다는 초안 작성자들의 낙관적인 견해를 반영한 것으로,<sup>288)</sup> 이념적 기반에 대해서는 약간의 의견 차이가 있었다. 소련과 그 동맹국이 주도하는 사회주의 블록은 “과학을 국제 평화와 경제 발전에 기여하는 정치적으로 규정된 목표에 국한”시키거나<sup>289)</sup>, 과학이 “진보와 민주주의를 위해 복무”하기를 원했다.<sup>290)</sup> 서방 그룹은 이러한 표현이 과학을 “정치에 복무하는 것”으로 만들 수 있다는 우려 때문에 강력히 반대했다.<sup>291)</sup> 이러한 반대에 부딪힌 소련의 파블로프(Mr. Pavlov)는 서방 국가들을 “과학이 군국주의에 종속되어 있고... 수백만 명의 평화로운 인류를 파괴하기 위한 끔찍한 침략 무기를 생산하는 데 지적인 힘이 집중되어 있는 곳”이라고 비난했다.<sup>292)</sup> 이 논쟁은 결국 소련 블록의 수정안 거부로 끝났다.

### 3-2-1-2. 사회권규약과 과학문화권 초안 작성의 역사

1966년 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제 규약(ICCPR)과 함께 채택된 사회권규약은 1948년의 세계인권선언을 법적 구속력이 있는 의무로 전환하기 위한 약 20년간의 협상

285)Ibid.

286)스타마토폴루(Stamatopoulou)는 최종 문안에서 세계인권선언 제27조는 ‘공동체의 문화생활에 자유롭게 참여할 권리 (the right freely to participate in the cultural life of the community)’라는 문구에 규범적 단어 ‘the’를 포함하고 있는 반면, 사회권규약에서는 ‘the’라는 단어가 의도적으로 삭제되었다고 설명한다: ‘the right of everyone to take part in cultural life’(2008, p. 10). 따라서 동질적 권리에서 다문화적 권리로, 즉 소수자 및 다른 공동체와 집단의 문화적 권리를 포함하는 권리로 개선되었다.

287)유엔 총회 기록 (1948): 항목 77: 국제 인권 선언 초안(E/800), p. 624.

288)London, Cox & Coomans, 2016, p. 27.

289)Claude, 2002, p. 12.

290)유엔 총회 기록 (1948): 항목 77: 국제 인권 선언 초안(E/800), p. 623.

291)Ibid, p. 620.

292)Ibid, p. 623

의 산물이다. 1946년, 유엔 경제사회이사회(ECOSOC) 산하의 유엔 인권위원회<sup>293)</sup>는 “인간의 기본적 권리와 자유를 보호하는 국제법적 구조를 짜기 위해” 설립되었다.<sup>294)</sup> 1950년 위원회가 마련한 규약의 처음 초안에 시민적, 정치적 권리 외에 경제적, 사회적, 문화적 권리에 관한 조항을 추가하라는 총회의 요청에 따라, 위원회는 국제노동기구, 유네스코, 세계보건기구(WHO)의 도움을 받아 1951년 새로운 초안을 완성했다.<sup>295)</sup> 오랜 기간의 논의 끝에 제3위원회(사회적, 인도주의 및 문화적 문제)는 1966년 유엔 총회에 완성된 규약 초안을 제출할 수 있었다.<sup>296)</sup> 문화권 조항은 제7차(1951년 4월~5월) 및 제8차(1952년 5월) 인권위원회와 제12차 총회 제3위원회(1957년 10월~11월) 회의에서 실질적으로 논의되었다.<sup>297)</sup>

1951년 경제사회이사회(ECOSCO)가 인권규약에 경제적, 사회적, 문화적 권리를 포함시키는 것을 처음 고려했을 때 유네스코는 과학문화권 조항을 제안했다. 15조에 대한 대부분의 논의는 문화생활에 참여할 권리에 집중되었다.<sup>298)</sup> 제7차 회의에서 위원회 논의의 기초가 된 유네스코 초안<sup>299)</sup>은 다음과 같다:

서명국은 모든 적절한 수단을 통해 과학과 문화의 보존, 발전 및 확산을 장려할 것을 약속한다.

그들은 모든 사람에게 다음을 허용하는 조건을 보장하는 것이 그들의 주요 목표 중 하나라는 것을 인식한다:

1. 문화 생활에 참여하는 것;
2. 과학의 발전과 그 응용으로 인한 혜택을 누리는 것;
3. 자신이 저작자인 문학적, 예술적 또는 과학적 저작물로 인한 자신의 도덕적, 물질적 이익을 보호받는 것.

293)이 기구는 2006년 유엔 총회에서 인권이사회로 대체되었다.

294)Canada's Human Right Commitments, 2015.

295)Ibid.

296)사회권규약 초안 작성에 관한 공식 기록은 유엔에서 제공하는 국제법 시청각 도서관의 절차적 역사(<http://legal.un.org/avl/ha/cescr/cescr.html>)와 유엔의 다그 디지털 리포지토리(repository.un.org) 참조.

297)Green, 2000, pp. 4-13.

298)Saul, Kinley & Mowbray, 2014, p. 1177.

299)Green, 2000, ¶17.

각 서명국은 자국의 조직과 자원을 고려하여, 그리고 본 규약 제1조 제1항에 명시된 차별금지 원칙에 따라, 관할권 내 영토에서 이러한 목적을 달성하는 데 필요한 조치를 점진적으로 취할 것을 서약한다.<sup>300)</sup>

## 저작자 조항에 대한 토론

문화생활 참여와 과학적 진보의 혜택을 보장하는 조항과 달리 저작자의 권리에 관한 조항은 처음부터 논란이 되었다. 유네스코 대표는 “저작자의 권리는 이미 세계인권선언에 포함되어 있으며 창작자를 위한 보호와 격려를 의미한다”는 이유로 저작자의 권리 포함을 지지했다.<sup>301)</sup> 하지만 반대 의견이 더 많았고, 결국 저작자의 권리 제안은 7표 대 7표, 기권 4표로 부결되었다.<sup>302)</sup>

1년 후 열린 8차 위원회 회의에서도 같은 형태의 논의가 반복되었다. 프랑스 대표단은 원래의 조항을 다시 제출하면서 “전문직 종사자”에 대한 보상을 위해 저작자 보호 조항이 필요하며 “이는 물질적 권리의 문제만이 아니라 과학자와 예술가는 표절, 도용, 훼손, 무단 도용 등으로부터 자신의 저작물을 보호받을 도덕적 권리”라고 주장했다.<sup>303)</sup> 미국, 영국, 유고슬라비아 대표단은 이 문제가 규약에 포함되기에는 너무 복잡하며 다른 곳에서 다루어야 한다고 주장하며 반대를 거듭했고, 결국 저작자의 권리에 관한 조항은 다시 한 번 부결되었다.<sup>304)</sup>

이러한 이유로 1957년 위원회가 총회 제3위원회 제12차 회의에 제출한 규약 초안에는 저작자 조항이 포함되지 않았다.<sup>305)</sup> 이때 프랑스 대표단은 저작자 권리 제안을 다시 제출하는 것을 포기했다.<sup>306)</sup> 대신 우루과이와 코스타리카 대표<sup>307)</sup>가 저작자 조항을 도입

300)UNESCO Document E/CN.4/AC.14/2, p. 4. 유네스코는 위원회에 두 가지 버전(긴 버전과 짧은 버전)의 조항 초안을 제출했다. 긴 버전은 Green, 2000, ¶115 참조.

301)ECOSOC Document E/CN.4/SR.228, ¶ 13.

302)Green, 2000, ¶¶ 21, 25.

303)ECOSOC Document E/CN.4/SR.292, ¶¶ 8-9.

304)Green, 2000, ¶¶ 28, 31.

305)Helfer & Austin, 2011, p. 178.

306)그러나 나중에 위원회 주재 프랑스 대표는 저작자의 권리에 대한 조항을 제안했다(UNGA, Third Committee, A/2929, chap. VIII, ¶ 54).

307)코스타리카는 우루과이 대표의 초청으로 공동발의국이 되었다(UNGA, Third Committee, A/C.3/SR.798, ¶ 31, 또한 UNGA, Third Committee, A/C.3/L.636/Add.1 참조).

하는 수정안을 공동 발의했다.<sup>308)</sup> 그들의 근거는 1951년 유네스코의 제안과 1952년 프랑스 제안의 근거와 동일했다. 즉 세계인권선언에 이러한 조항이 포함되어 있다는 것이다.<sup>309)</sup> 프랑스 대표단과 유네스코 대표는 저작자 조항의 포함을 지지했다.

우루과이 대표단은 기존 인권 규약, 즉 세계인권선언과의 일관성과 저작권 침해 방지를 위한 국제 협력의 필요성을 강조하며 다른 대표단의 지지를 강력히 요청했다.<sup>310)</sup> 이에 대해 소련 대표는 세계인권선언에 저작자 조항이 포함되었다는 사실이 “사회권규약에 자동적으로 반복되어야 한다는 것을 의미하지는 않는다”고 지적하며 제안의 근거를 반박하려 했고, 저작자 조항이 모든 인류에 관한 권리가 아니라 특정 집단에 관한 권리라며 그것의 비보편적 성격을 지적했다.<sup>311)</sup> 그는 또한 영국의 입장 변화를 비판하며 “오랜 논의 끝에 인권위원회가 저작자 권리에 대한 제안을 압도적 다수로 거부했다”고 상기시켰다.<sup>312)</sup> 소련 대표단은 자신의 입장을 관철하기 위해 저작자의 권리가 국내법에 의해 보호받을 수 있도록 제안서를 수정할 것을 제안했고, 루마니아가 이를 지지했다.<sup>313)</sup> 소련과 다른 대표들의 반대에 직면한 우루과이 대표단은 다른 근거를 제시하며 자신의 제안을 유지하겠다는 확고한 의지를 표명했다:

“다른 훌륭한 이유도 있었기 때문에 그렇게 하는 것이 더욱 정당하다고 생각했습니다. 첫째, 이 조항을 추가해도 제16조 본문이 지나치게 길어지지 않습니다. 둘째, 유네스코는 이미 이 문제에서 탁월한 성공을 거두었으며, 이 조항의 채택은 유네스코의 업무에 새로운 자극을 주고 그 위상을 높일 것입니다. 마지막으로 저작자의 권리와 대중의 권리는 서로 상반되는 것이 아니라 보완됩니다. 저작자의 권리에 대한 존중은 대중에게 작품의 진위를 보장할 수 있을 것입니다.”<sup>314)</sup>

308) UNGA Document A/C.3/L.636/Rev.1).

309) Saul, Kinley & Mowbray, 2014, p. 1225.

310) UNGA Third Committee, A/C.3/SR.799, ¶ 30 (테헤라 씨(우루과이)는 소련 대표에게 “대부분의 국가에서 저작자의 도덕적, 물질적 이익이 국내법에 의해 보호되고 있음을 인정하지만, 국내법에 자극을 주고 기존의 국제 조약과 일치하도록 하기 위해서는 규약 초안에 이 주제에 관한 조항을 삽입하는 것이 필요하다”고 답변했다.); UNGA Third Committee, A/C.3./SR.797 ¶ 17 (“테헤라 씨(우루과이)는 ... 저작자의 저작권에 대한 언급이 필수적이라고 생각했다. 예를 들어, 문학 및 과학 저작물은 국제적 보호가 부족하여 외국에서 해적판이 자주 발생했으며, 저작자에게 로열티를 지불하지 않았다.”).

311) UNGA, Third Committee, A/C.3/SR.798, ¶ 19.

312) Ibid, ¶ 18.

313) Ibid, ¶ 52.

314) UNGA, Third Committee, A/C.3/SR.798, ¶ 32.

우루과이가 제안한 수정안은 39표 대 9표, 기권 24표로 최종 채택되었다.<sup>315)</sup> 저작자 권리를 지지하는 측이 승리할 수 있었던 결정적인 요인은 세계인권선언에 저작자 조항이 존재했기 때문이다. 세계인권선언 덕분에 1951년과 1952년 제7-8차 위원회에서 ‘반대’ 입장이었던 영국과 칠레 대표단이 1957년 제3위원회에서는 ‘찬성’으로 입장을 바꿨다.<sup>316)</sup> 세계인권선언의 저작자 조항은 이스라엘<sup>317)</sup>을 포함한 다른 대표단이 이전보다 저작자 보호에 더 공감하게 만드는 데도 기여했다. 또한 제안자인 우루과이 대표단은 매우 강력하게 목소리를 낼 수 있었다:

“나는 세계인권선언 제27조에 이미 채택된 문구를 삽입하는 것에 반대하는 대표단이 타당한 이유를 가지고 있다고 생각하지 않습니다. 세계인권선언의 이행을 거부하려는 것이 아니라면, 그 문구에 반대표를 던질 이유가 없습니다.”<sup>318)</sup>

발명가에 대해, ‘발명가’ 또는 ‘발견’이라는 단어를 언급한 대표단은 없었으며, 한 대표단(사우디아라비아)만이 “위원회는 재산권에 관한 어떠한 조항도 채택하지 않았으며, 본질적으로 코스타리카와 우루과이의 수정안은 과학자와 발명가의 권리뿐만 아니라 문학 및 예술적 재산을 다루고 있다는 점이 지적되어야 한다”고 말했다.<sup>319)</sup>

### ‘보급 측면’에 대한 토론

유네스코<sup>320)</sup>가 제안한 문화생활에 참여할 권리라는 아이디어는 인권위원회와 총회에 참석한 국가들이 대체로 중요한 인권으로 지지했다.<sup>321)</sup> 유네스코 초안에 포함된 특정 개념이나 생각, 즉 문화 참여권을 ‘자신이 속한 공동체의 권리’로 명시할지 여부에 대해서는 다양한 견해가 있었다.<sup>322)</sup>

315) UNGA, Third Committee, A/C.3/SR.799, p. 190.

316) 영국 대표단은 심지어 이전 회의에서 영국 대표단이 어떤 입장을 취했는지 모른다고 진술하기도 했다(UNGA, Third Committee, A/C.3/SR.799, ¶ 16 “그는 인권위원회가 유사한 권고를 거부한 이유나 영국 대표단이 어떤 입장을 취했는지 정확히 기억하지 못했다. 그러나 이제 그에게 세계인권선언 제27조 2항에 상응하는 조항을 사회권규약에 포함시키는 것은 필수적으로 보였다. 그는 우루과이 대표의 발의를 축하하며 개정안에 찬성표를 던질 것이라고 말했다.”).

317) 이스라엘 대표는 우루과이 수정안에 대한 지지를 설명하면서 사회권규약이 세계인권선언보다 약화되어서는 안 된다고 말했다(UNGA, Third Committee, A/C.3/SR.798, ¶ 37).

318) UNGA, Third Committee, A/C.3/SR.798, ¶ 53.

319) A/C.3/SR.798, ¶ 56, p. 185.

320) ECOSOC Document, E/CN.4/541(의제 3항, 유네스코 사무총장이 제출한 제안, 1951년 4월 18일).

321) Donders, 2008, p. 3.

322) UNGA, A/3764 (Report of the Third Committee, 5 December 1957), ¶ 75.

과학적 권리의 경우, 사회권규약 초안 작성자들은 세계인권선언 초안 작성 시와 마찬가지로 과학적 진보의 목표 또는 기능에 대해 토론했다. 체코슬로바키아 대표단은 “국가 간 평화와 협력의 유지를 위해”라는 문구를 삽입할 것을 제안했다.<sup>323)</sup> 기술 및 과학적 진보가 잘못된 목적으로 적용될 경우 인류에 해를 끼칠 수 있다는 것은 상식이었기 때문에, 그녀는 이 수정안이 반대에 부딪히지 않을 것이라고 생각했다. 그러나 실제로는 반대가 우세했고 일부 대표단(예를 들어, 그리스)은 이 수정안이 “심지어 위험하다”<sup>324)</sup>거나 과학 연구와 창작 활동에 대한 국가 통제의 빌미를 제공할 수 있다고 생각했다(영국 대표단).<sup>325)</sup> 다른 대표단은 과학적, 문화적 자유를 최대한 보장하는 것이 평화를 가장 잘 증진할 수 있는 방법이라고 주장했다.<sup>326)</sup> 유네스코 대표는 체코슬로바키아의 제안이 유네스코 헌법에 따라 창작의 자유를 해친다고 보지 않았으며, 제안의 문구를 예시적인 방식으로 변경(“특히”를 삽입하여)할 것을 제안했고,<sup>327)</sup> 체코슬로바키아 대표는 이를 수락했다.<sup>328)</sup> 그럼에도 불구하고 위원회는 체코슬로바키아의 수정안을 35표 대 21표, 기권 16표로 부결시켰다.<sup>329)</sup>

### 3-2-1-3. 세계인권선언과 사회권규약의 초안 작성 역사에서 얻은 교훈

세계인권선언과 사회권규약의 초안 작성 역사에서 얻은 첫 번째 교훈은 그 근본적인 목적이 “과학과 문화에 대한 보편적 접근을 촉진”하는 것이었다는 것이다.<sup>330)</sup> 초안 작성 과정에 참여한 대부분의 대표단은 저작자의 도덕적, 물질적 이익보다는 모든 사람이 문화에 참여할 수 있는 권리에 더 큰 관심을 가졌다. 2000년 사회권규약의 초안 작성 과정에 대한 배경 보고서를 작성한 마리아 그린(Maria Green)은 모든 사람이 과학 발전의 혜택을 누릴 권리라는 개념에는 큰 이견이 없었지만, 저작자의 권리에 대한 논의는 더 복잡

323)UNGA, Third Committee, A/C.3/SR.795, ¶ 7.

324)Ibid, ¶ 8.

325)Ibid, ¶ 10. 체코슬로바키아의 제안에 대한 지지는 사우디아라비아와 소련에서 나왔다(UNGA, Third Committee, A/C.3/SR.797, ¶¶ 4 and 6 참조).

326)UNGA, A/3764 (Report of the Third Committee, 5 December 1957), ¶ 78.

327)UNGA, Third Committee, A/C.3/SR.796 ¶¶ 5 -7. 유네스코 헌법 제1조는 교육, 과학, 문화가 평화의 도구라고 선언했지만 과학 발전의 혜택을 누릴 권리에 대한 개념은 새로운 것이며 진화하는 과정이라고 생각했다.

328)UNGA, Third Committee, A/C.3/SR.797 ¶ 3.

329)UNGA, A/3764 (Report of the Third Committee, 5 December 1957), p. 25.

330)Shaver, 2010, p. 128.

하고 어려웠다고 말한다.<sup>331)</sup> 많은 대표단이 제안된 저작자 조항을 수정하거나 완전히 삭제하려고 했다. 이러한 반대의 강도는 국제 권리장전 역사상 유례가 없는 것으로 보인다.<sup>332)</sup> 이는 저작자 조항이 “자명한 것과는 거리가 멀다”<sup>333)</sup>는 것을 의미하며, 초안 작성의 역사는 “지적재산권을 인권으로서의 주장하는 것은 상대적으로 (정당성이) 약하다는 것”을 뒷받침한다.<sup>334)</sup>

둘째, 과학문화권의 보호 측면, 즉 저작자의 권리는 보급 측면과 불가분의 관계에 있으며 인권 주장에 대한 독립적인 근거를 갖지 못한다. 세계인권선언과 사회권규약의 작업 과정에 따르면 저작자 조항은 “다른 권리를 실현하는 데 있어 도구적 성격 때문에 주로 지지”되었음을 알 수 있다.<sup>335)</sup> 이 논문에서 살펴본 바와 같이 과학문화권을 이해하기 위해서는 총체적인 접근이 필요하다. 총체적 접근을 통해 무역 중심의 현대 지적재산권 체제의 균형을 맞추는 과제는 문화적 참여 및 과학적 진보와 그 응용의 혜택에 대한 폭넓은 접근을 더 강조하는 방향으로 재조정될 필요가 있다.

셋째, 저작자 조항에서 저작자의 물질적 이익 보호는 도덕적 이익에 비해 덜 주목을 받았다. 일부 대표단은 저작자의 도덕적 이익 보호를 “출판사의 부적절한 행위로부터” 지적 노동자를 보호하기 위한 수단으로 생각했다.<sup>336)</sup> 예를 들어, 저작자 조항의 가장 강력한 지지자 중 한 명이자 미국 선언의 저작자 조항을 설계한 멕시코 대표단은 저작자의 권리를 “지적 노동자, 과학자 또는 작가로서 개인의 권리”로 옹호했으며,<sup>337)</sup> 호주 대표단은 저작자 조항에 반대하면서 “지적 노동자의 명백한 권리는 사상의 자유, 종교의 자유 또는 노동권과 같은 보다 보편적인 성격의 기본권과 나란히 명시될 수는 없다”고 주장했다.<sup>338)</sup> 또한 저작자의 인격권은 인간 존엄성이라는 표현을 보호하는 데 필요한 법적 또는 도덕적 도구로 주장되지도 않았다. 카테리나 스강가(Caterina Sganga)는 저작권법이 시간이 지남에 따라 주로 출판사의 경제적 이익을 보호하는 방향으로 발전해 왔지만,

331)Green, 2000, ¶¶ 3-4.

332)Shaver & Sganga, 2009, p. 30.

333)Yu, 2004, p. 17.

334)Chapman, 2002, p. 314; Helfer & Austin, 2011, p. 179.

335)Helfer & Austin, 2011, p. 179.

336)UNGA, A/3764 (Report of the Third Committee, 5 December 1957), ¶ 76.

337)UNGA, Third Committee, A/C.3/SR.150, p. 617.

338)Morsink, 1999, p. 221.

인격권이라는 자연법적 개념은 원래 출판업자로부터 저작자를 보호하기 위해 고안된 것이라고 지적한다.<sup>339)</sup>

넷째, 저작자가 아닌 발명가의 이익 보호에 대한 합의는 매우 의심스럽다. 다음 3-2-2-2 절에서 살펴볼 것처럼, 발명가는 저작자 조항에서 의도적으로 삭제되었다. 따라서 기존 특허법으로는 인권을 지지하는 주장을 할 수 없으며,<sup>340)</sup> 사회권규약 “제15조에 따라 특허 보호에 인권이란 없다”고 주장 할 수 있다.<sup>341)</sup>

### 3-2-2. 오랜 무시의 기간

국제인권규약에서 과학문화권의 존재는 오랫동안 무시되어 왔다. 반세기 이상 과학문화권은 학계, 실무자, 국제 인권 단체의 관심에서 벗어나 있었고 그 내용과 범위도 정밀하게 구성되지 못했다.<sup>342)</sup> 오드리 채프먼(Audrey Chapman)은 “이 권리는 너무 모호하고 그 해석이 너무 험거워서 인권 옹호자, 정부, 국제 인권기구의 압도적 다수가 그 존재를 모르고 있는 것처럼 보인다”고 지적한다.<sup>343)</sup>

오랜 기간 무시되었던 이유는 두 가지로 설명할 수 있다. 첫째, 과학문화권의 규범적 내용이나 범위의 모호성과 불확실성이 이러한 무시의 원인으로 작용했다. 이러한 모호성으로 인해 국가들은 자유권규약의 권리는 즉시 보장하고 집행한 반면, 사회권규약의 권리는 국가의 재량에 따라 사법적 집행이 불가능하고,<sup>344)</sup> 시민적, 정치적, 사회적, 경제적 권리의 충족이 문화생활 참여의 전제조건으로 간주되어 왔다고 믿었다.<sup>345)</sup> 따라서 국제법학자 위원회는 규범적 내용의 모호성 또는 정의의 부재로 인해 경제적, 사회적, 문화적 권리에 대한 비평가들이 종종 문화생활에 참여할 권리를 필수적인 명확성이 결여된 권리로 간주한다고 언급했다.<sup>346)</sup>

339)Shaver, 2009, p. 34.

340)Gordon, 2010.

341)2015년 유엔 특허 보고서, A/70/279, ¶ 90.

342)Sganga, 2015, p. 568.

343)Chapman, 2009, p. 1

344)Dean, 2010, p. 1445.

345)Sganga, 2015, p. 561.

346)국제 법학자 위원회 (2008). 문화생활에 참여할 권리(사회권규약 제15조(1)(a)). 사회권위원회에 제출, U.N. Doc. E/

둘째, 인권 옹호자, 학자, 국제 인권 기구들이 인권의 관점에서 지적재산권을 논의할 유 인책과 동기가 없거나 거의 없었다는 점이다. 또한 지적재산권 학자, 실무자, 정책 입안 자들도 인권의 관점에서 지적재산권에 접근하려는 동기가 거의 없었다. 지적재산권 정책 입안자들은 지적재산권의 경제적 측면, 국가 경쟁력, 국내 산업 발전에 우선순위를 두고 있다. 그들은 그렇게 하는 것이 자국의 이익에 부합한다고 믿는다. 예를 들어, 각국 특허청은 “서비스 이용료 기반<sup>347)</sup>”으로 운영되며 특허 출원인과 특허 보유자를 고객으로 간주한다. 특허를 더 많이 보유하도록 장려하는 것은 특허청의 수입뿐만 아니라 조직의 권한 강화에도 도움이 된다. 특허청에서 인권의 관점에서 특허제도에 접근하도록 할 동력이 없다. 지적재산권 전문가 집단인 변리사들은 대기업의 많은 특허 출원이 주요 수입원이기 때문에 편향된 직업적 이해관계를 가지고 있다.<sup>348)</sup> 이들에게 지적재산권의 인권적 측면은 민감한 문제가 아니다. 기껏해야 자신들의 업무 및 특허제도 운영과 접치는 부분이 거의 없는 사소한 문제일 뿐이다. 저작권도 다르지 않다. 저작권 정책 입안자들은 저작권 제도를 경제 성장과 산업 발전을 위한 도구로 간주한다. 따라서 각 법 제도는 저마다의 고유한 관심사에 몰두하고 있다.<sup>349)</sup>

오랜 침묵은 트립스에 의해 깨졌다. 1995년 WTO의 출범으로 촉발된 지적재산권 체제에서 무역 규칙의 우위는 인권 측면에서 지적재산권에 대한 논의를 촉발했다.<sup>350)</sup> 인권 프레임워크는 국제 인권 조약에 기반을 두고 있기 때문에 무역과 인권에 대한 논의는 유엔 인권 기구의 영향을 많이 받았다. 1999년 유엔 인권최고대표사무소(OHCHR)는 “세계화 및 그것이 모든 인권의 완전한 향유에 미치는 영향”이라는 표제를 두고 광범위한 작업 프로그램을 시작했다.<sup>351)</sup> 이 프로그램은 무역 협정보다 인권이 우선한다는 전제하에 “인권 규범과 기준의 우선성이 국제 및 지역 무역, 투자, 금융 정책, 협정 및 관행에 더

C.12/40/7, ¶4.

347)Drahos, 2010, p. 159.

348)예를 들어, 삼성과 애플 간의 전 세계적인 특허 소송과 같은 특허 전쟁의 최종 승자는 양측을 대리하는 변호사들이다.

349)Helfer & Austin, 2011, p. 34.

350)헬퍼와 오스틴(Helfer and Austin)은 지적재산권과 인권의 교차점에 대한 논쟁을 촉발시킨 두 가지 촉매제로 트립스에 의한 IP 보호 및 집행 메커니즘의 강화, 그리고 인권법의 변화를 제시한다(2011, p. 34).

351)부분적으로 이 프로그램은 인구나 개발에 관한 국제회의(1994년 카이로), 사회개발을 위한 세계정상회의(1995년 코펜하겐), 제4차 여성회의(1995년 베이징) 등 그 이전 몇 년간 개최된 다양한 대규모 유엔 회의의 결과물이었다(Lang, 2007, p. 337 at n. 2).

잘 반영되고 더 잘 알려질 수 있는 방법과 수단”을 제안하는 것을 목표로 삼았다.<sup>352)</sup>

이 프로그램과 함께 무역과 인권에 대한 상세한 분석이 담긴 일련의 보고서가 발표되었다. 2001년에 발표된 첫 번째 보고서는 트립스와 공중보건의 관계에 대해 다루었다.<sup>353)</sup>

그 이후로 농업 자유화와 식량권, 서비스 무역 자유화, 투자 자유화, 무역 정책의 맥락에서 적용되는 차별 금지와 참여의 원칙 등이 주제로 다루어졌다.<sup>354)</sup>

이 시리즈 보고서에서 다루는 분야는 WTO 체제가 제기한 ‘새로운’ 문제와 그것들이 인권에 미치는 영향이다.<sup>355)</sup> 유엔 인권 기구의 활동은 진공 상태에서 생겨난 것이 아니다. 인권과 무역 자유화의 관계는 주로 시민 사회의 의해 의제로 제기되었고, 그들의 활동은 대부분 시민 사회 운동에 대한 반응이었다.<sup>356)</sup>

### 3-2-3. 지적재산권과 인권의 충돌 또는 비충돌에 대한 토론

지적재산권과 인권의 교차점과 관계에 대한 접근 방식은 두 가지로 나눌 수 있는데, 하나는 대립과 충돌의 상황을 이론화하는 것이고<sup>357)</sup> 다른 하나는 갈등을 부정하고 지적재산권과 인권을 동등하게 취급하는 것이다. 앞서 설명한 역사적 전개에서 직관적으로 알 수 있듯이, 초기 논의는 지적재산권과 인권의 상충을 지적하는 관점이 지배적이었고, 유엔 인권기구의 작업은 대부분 상충을 확인하고 국가가 지적재산권 제도가 인권에 미치는 영향을 충분히 고려할 것을 촉구하는 것이었다. 그러나 트립스 및 트립스-플러스 운동이 반발을 불러일으키면서 지적재산권의 상반된 측면을 강조하는 흐름이 반대 흐름을 형성했는데, 처음에는 지적재산권 업계에서, 최근에는 국가들에서 그런 흐름이 나

352)UNCHR (Sub-Commission) resolution 1998/12, Human rights as the primary objective of trade, investment and financial policy, 20 August 1998, ¶ 4. 최종 보고서는 2003년에 J. 올로카-오양고(J. Oloka-Onyango)와 디피카 우다가마(Deepika Udagama)가 소위원회 결정 2002/105, 2003년 6월 25일, E/CN.4/Sub.2/2003/14에 따라 제출했다. UN ECOSOC, Economic, Social and Cultural Rights: Globalization and its Impact on the Full Enjoyment of Human Rights 참조.

353)UNCHR (Sub-Commission), The impact of the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights on human rights: Report of the High Commissioner, (27 June 2001), UN Doc. E/CN.4/Sub.2/2001/13.

354)Lang, 2007, p. 339. 유엔 인권기구의 후속 발전에 대해서는 Lang, 2013, pp. 112-121; Helfer & Austin, 2011, pp. 53-56. 참조.

355)Preliminary Report of the “Globalization and its impact on the full enjoyment of all human rights”, ¶14.

356)Kaufmann 2005, p. 114.

357)Sganga, 2015, p. 563.

타나고 있다.

## 충돌 접근 방식

학자들과 유엔 인권 기구는 15년 이상 지적재산권과 인권의 상충에 대해 주장해 왔다. 채프먼(Chapman)은 지적재산권, 특히 트립스 이후 지적재산권 규범이 인권 의무와 충돌할 수 있다고 지적한다.<sup>358)</sup> 인권에 관한 베니스 선언에서도 “과학적 진보와 그 응용의 혜택을 누릴 권리가 지적재산권 체제와 긴장을 초래할 수 있다”고 명시하고 있다.<sup>359)</sup> 2001년 초, 최고대표(소위원회)는 트립스의 이행과 경제적, 사회적, 문화적 권리의 실현 사이에 실제 또는 잠재적 충돌이 존재한다는 것을 확인했다.<sup>360)</sup> 또한 2001년 성명서에서 경제사회이사회는 “당사국이 건강, 식량, 교육 또는 규약에 명시된 기타 권리와 관련하여 핵심 의무를 준수하는 것을 더 어렵게 만드는 모든 지적재산권 제도는 당사국의 법적 구속력이 있는 의무와 일치하지 않는다”고 강조했다.<sup>361)</sup>

충돌 접근 방식의 개념적 틀의 근간에는 경제 정책과 협정보다 인권이 우선한다는 개념이 자리 잡고 있다.<sup>362)</sup> 학자들과 시민사회도 시장 참여의 자유보다 인권의 우위를 옹호한다. 예를 들어, 알스톤(Alston)은 WTO 협정으로 생기는 경제적 권리는 인권과 유사하지 않으며, 인권과 유사하다고 간주되어서도 안 된다고 주장하며 두 규범의 목적에 근본적인 차이가 있음을 지적한다.<sup>363)</sup> 피치오토(Picciotto)는 재산권과 시장 자유를 옹호하는 ‘초자유주의적(ultra-liberal)’ 관점에 기반한 비충돌 접근 방식을 비판하면서, 이는 단순히 사회경제적 불평등을 정당화하는 효과만 가져온다고 비판한다.<sup>364)</sup>

358)Chapman, 2001, p. 19-20.

359)Venice Statement on the Right to Enjoy the Benefits of Scientific Progress and its Applications, 유네스코가 이탈리아 베니스에서 소집한 전문가 그룹 선언문, 2009년 7월 16~17일, ¶ 10, <http://unesdoc.unesco.org/images/0018/001855/185558e.pdf> 에서 검색.

360)OHCHR, Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights, Resolution 2001/21, U.N. Doc. E.CN.4/Sub.2.RES/2001/21 (16 August 2001), p. 2.

361)ECOSOC, Statement by the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, Substantive issues arising in the implementation of the international Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: Human rights and intellectual property, UN Doc. E/C12/2001/15 (14 December 2001), ¶ 12.

362)OHCHR, Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights, Intellectual Property Rights and Human Rights, Res. 2000/7, E/CN.4/Sub.2/2000/L.20, ¶ 3.

363)Alston, 2002, p. 826.

364)Picciotto, 2002, p. 233.

무역 체제에 포함된 지적재산권과 인권 간의 충돌은 근본적으로 둘의 성격이 다르기 때문에 발생한다. 일반논평 제17호는 다음과 같이 설명한다:

“인권과 달리 지적재산권은 일반적으로 일시적인 성격을 가지며, 취소, 인가(licensed) 혹은 타인에게 양도될 수 있다. 대부분의 지적재산권 제도 하에서 저작인격권을 제외한 지적재산권은 할당되고, 시간 및 범위가 제한되고, 거래되고, 수정되고, 심지어 몰수될 수 있지만, 인권은 인간의 기본적 권리에 대한 영속적인 표현이다.”<sup>365)</sup>

지적재산권과 인권의 충돌은 상당 부분 불가피하며, 트립스 협정이 화학, 제약 및 생명공학 분야 기업들의 전략적 행동의 결과물<sup>366)</sup>이자 “구조화된 행위자”, 즉 민간 비즈니스 부문의 산물이라는 점에서 (충돌이) 내재되어 있다.<sup>367)</sup> 그러나 인권 규범이 작동하기 위해서는 충돌의 본질을 파악하고 국가가 지적재산권 정책을 채택할 때 따라야 할 구체적인 행동 규범을 제시할 필요가 있으며, 이는 이 논문에서 제안한 과학문화권에 대한 총체적 접근을 통해 가능하다.

### 비충돌 접근 방식

인권 보호에 있어 무역의 긍정적인 역할을 지지하는 사람들은 지적재산권 역시 인권이므로 둘은 충돌하지 않는다고 본다. 이러한 관점의 강력한 버전은 WTO의 임원들로부터 나온다. 앤더슨(Anderson)과 웨거(Wager)는 “무역 자유화는 모든 참여자들에게 부를 창출하고, 이를 통해 인권의 완전한 실현에 필요한 자원을 창출하는 데 도움이 된다”고 주장한다.<sup>368)</sup> 이들에게 시장 참여의 자유는 시민적, 정치적 권리며, 이러한 의미에서 WTO 규칙은 “시민권을 직접적으로 지지”하고 경제 성장을 촉진하여 “그러한 권리를 실현하는 데 필요한 자원을 창출하는 데 도움이 된다”는 것이다.<sup>369)</sup> 피터스만(Petersmann)은 이러한 관점에 대한 이론적, 법적 근거를 제공하기 위해 WTO 규칙을 궁극적으로 인

365)일반논평 제17호, ¶ 2. 그러나 유엔 기관들은 IP 권리 자체가 인권과 충돌한다고 선언하지 않았다는 점에 유의해야 한다. 오히려 그들에 따르면 문제는 무역 중심의 IP 규범을 이행하는 데 있다(Dutfield & Suthersanen, 2008, p. 225).

366)Drahos & Braithwaite 2002, p. 474.

367)Sell, 2003.

368)Anderson & Wager, 2006, p. 708

369)Anderson & Wager, 2006, p. 710.

권 실현에 필요한 국제 시장 규제를 위한 “입헌의(constitutional) 틀”로 간주하는 “입헌주의(constitutionalism)” 접근법을 제안한다.<sup>370)</sup> 이 관점의 핵심은 인간 본성에 내재한 소유의 권리다.<sup>371)</sup> WTO 규칙, 특히 트립스 협정에 의해 세계화된 지적재산권 규범은 재산권을 보완하는 도구<sup>372)</sup>이자 시장 실패를 해결해 시장의 건전한 운영을 보장하는 수단으로 간주된다.<sup>373)</sup> 이러한 방식으로 인권 개념을 사용하여 지적재산권을 확장하는 것에 대한 두려움 때문에 일부 논평가들은 지적재산권을 인권의 관점에서 논의하는 것을 피한다.<sup>374)</sup>

비충돌을 주장하는 이들은 다양한 스펙트럼을 보이는데, 그 중 또 다른 축을 차지하는 이들은 지적재산권 제도와 인권 사이의 공통된 근거에 기반을 두고 있다. 예를 들어, 미네로(Minero)는 인권과 지적재산권은 위계적 관계를 갖지 않으며 동일한 성격을 공유하는데, 두 가지가 모든 경우에 반드시 동일한 목표나 가치를 따르는 것은 아니라고 주장한다.<sup>375)</sup> 비충돌 접근 방식에서는 국제 인권 규범의 저작자 조항을 현대 저작권과 동일시한다.<sup>376)</sup> 이 등식은 저작권 소유자 협회에 의해 더욱 강화된다.<sup>377)</sup> 이들은 충돌 접근 방식이 특정 상황에서 지적재산권의 실질적인 효과에만 지나치게 초점을 맞추고 더 넓은 그림을 다루지 못하고 있으며,<sup>378)</sup> 지적재산권이 촉진하는 장기적인 혁신에 대한 근본적인 인식의 실패를 보여주는 잘못된 관점이라고 비판한다.<sup>379)</sup>

최근 거대한 지역적 무역 협정을 추진했던 일부 유엔 회원국들도 같은 입장을 취했다. 2016년 6월, 호주와 캐나다를 제외한 TPP 서명국들은 TPP의 인권 의무 위반 가능성과 관련한 인권최고대표사무소에 대한 답변에서 “[우리는] TPP의 특정 조항이 인권 향유에 악영향을 미칠 수 있다는 주장을 거부한다”며 “[그 어떤 TPP 협상 참여국도] 저렴한

370)Petersmann, 2005, p. 43.

371)Cornides, 2004, pp. 141-143.

372)Petersmann, 2005.

373)Anderson & Wager 2006, p. 714.

374)Helfer 2007, p. 1015.

375)Minero, 2015, pp. 164-165.

376)Torremans, 2004, p. 7; Minero, 2015, p. 169. 미네로(Minero)의 말에 따르면, 저작자 조항은 “경제적 권리와 저작 인격권을 모두 포함하므로 저작권 전체를 포괄한다”고 한다.

377)예를 들어, 국제음반산업연맹(IFPI)은 저작권의 지위를 문화권의 ‘초석’이자 과학문화권 향유를 위한 필수 전제조건으로 격상시켰다(IFPI, 2014).

378)Torremans, 2015, p. 222.

379)U.S. Chamber of Commerce, 2017, p. 17.

의약품에 대한 접근성을 부당하게 제약하는 협상 결과의 당사자가 되는 것을 고려하지 않았을 것이다”고 주장했다.<sup>380)</sup> 2014년 6월 문화권 분야 특별보고관이 주최한 지적재산권 제도가 과학문화권 향유에 미치는 영향에 관한 공개 협의에서, 유엔 주재 미국 대표는 지적재산권을 통해 저작자와 발명가에게 보상하는 것은 “대중의 이익을 위해 문화, 과학 및 예술을 육성하고 증진”하는 것이며, 지적재산권 제도가 문화 접근을 방해하는 영역이 있다면 이는 예외적인 경우(“특정한 방식으로 시행되는 경우” 또는 “지리적 표시를 보호하기 위한 특정 시스템”)라고 주장했다.<sup>381)</sup>

### 3-2-4. 공존 또는 화해의 접근 방식

총체적인 접근을 위해서는 과학문화권의 보호와 보급 측면을 모두 포괄하는 관점에서 과학문화권에 접근해야 한다. 다른 모든 인권과 마찬가지로 과학문화권은 인권에 내재된 일련의 권리이다. 사회권규약 초안 작성자들은 과학문화권의 세 가지 구성 요소는 “본질적으로 서로 연관되어 있다”고 간주했다.<sup>382)</sup> 이러한 총체적 관점은 사회권규약 제 15조 자체에서도 뒷받침된다. 제15조 제2항은 제15조 제1항(a)부터 (c)까지에 명시된 권리, 즉 과학문화권을 지칭할 때 단수 명사를 사용한다.<sup>383)</sup> 따라서 총체적인 관점에서 과학문화권은 “(a)문화적 참여, (b)과학기술의 혜택에 대한 접근, (c)저작자 보호”라는 세 가지 상호 연관된 측면을 가진 하나의 권리로 이해할 수 있다.<sup>384)</sup>

많은 논평가들은 위에서 설명한 충돌 관점과 비충돌 관점 사이의 중간 입장을 취하는데, 여기서는 이를 ‘공존 또는 화해’ 접근법으로 느슨하게 분류한다. WTO에서도 무역 중심의 지적재산권 협약과 인권 기준의 공존을 주장하고 있다.<sup>385)</sup> 그러나 이들 모두가

380)환태평양경제동반자협정(TPP)의 여러 조항과 관련된 인권에 대한 부정적 영향 주장에 대한 국가(뉴질랜드)의 답변(Communication Ref. JAL NZL 1/2016), 2016년 6월 30일, [https://spdb.ohchr.org/hrdb/33rd/NZL\\_30.06.16\\_\(1.2016\).pdf](https://spdb.ohchr.org/hrdb/33rd/NZL_30.06.16_(1.2016).pdf)에서 검색.

381)지적 재산권 제도가 과학문화권의 향유에 미치는 영향에 대한 공개 협의에 대한 미국의 서면 의견(2014년 11월 5일). <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/CulturalRights/ConsultationIntellectualproperty/USA.pdf> 에서 검색됨.

382)Helfer & Austin, 2011, p. 179

383)사회권규약 제15조 2항은 “이 권리(this right)의 완전한 실현을 위해 본 규약의 당사국이 취해야 할 조치에는 과학과 문화의 보존, 발전 및 확산에 필요한 조치가 포함되어야 한다”고 명시하고 있다. (강조 표시 추가)

384)Information Society Project at Yale Law School (2008) Access to knowledge and the right to take part in cultural life. 경제적, 사회적 및 문화적 권리위원회에 제출 (41차 세션, 2008년 11월 3-21일), p. 1.

385)Intellectual Property and Human Rights: Report of the Secretary-General, ESCOR, Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights, 52nd Sess., Provisional Agenda Item 4, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/2001/12 (2001) (submission by WTO), ¶ 8.

총체적인 접근 방식을 취하는 것은 아니다. 공존과 화해 관점의 스펙트럼은 매우 넓지만, 한 가지 공통점은 지적재산권과 인권 사이의 긴장을 완화할 수 있는 방법을 모색한다는 것이다.

국제법의 틀 안에서 논의되는 대부분의 법적 담론은 해석적 접근인데, 이는 WTO 틀 안에 인권 원칙을 포함시킬 수 있는지에 관한 것이다.

헤스터마이어(Hestermeyer)는 트립스와 의약품 접근성 간의 충돌을 해결하기 위한 규칙 변경 메커니즘에 의문을 제기하면서, WTO 법리, 즉 패널의 권한이 인권법을 WTO의 법에 도입하는 가장 유력한 경로가 될 수 있다는 전제하에 WTO 분쟁해결 절차를 통한 해결책을 제시한다.<sup>386)</sup> 피터스만(Petersman)은 시장권과 인권의 양립 가능성과 이를 조화시킬 수 있는 잠재력을 보여주며, 일반 소비자 및 시민의 이익을 고려하는 균형 잡힌 접근 방식을 제안한다.<sup>387)</sup> 그러나 피치오토(Picciotto)는 이러한 접근 방식이 “권력 불평등의 현실”을 간과하고 있다고 비판한다.<sup>388)</sup>

애보트(Abbott)는 이미 존재하는 국제법 내에서 균형을 맞추기 위해 2단계 접근법을 제안한다. 첫 번째 단계로 애보트는 “핵심” 인권 규칙과 강행 규범(res cojens)의 개념을 도입한다. 애보트가 말하는 ‘핵심’ 권리는 일반논평 3호(1990년)에서 언급된 ‘핵심’ 의무에서 비롯된다.<sup>389)</sup> 그는 조약법에 관한 비엔나협약(VCLT) 제52조는 강행규범(res cojens)과 충돌하는 조약을 금지(또는 무효화)하고 있으며, 트립스 협정의 조항이 강행규범(예: 핵심 인권에 대한 국가의 의무)과 충돌하는 경우, 해당 조항은 무효라고 지적한다. 규칙을 수정할 수 있는 기관은 WTO 각료회이나 사법 또는 분쟁 해결 기구이다.<sup>390)</sup> 규칙 변경에 적합한 기구에 대해 애보트는 헤스터마이어와 마찬가지로 구조적 불균형(WTO의 협상은 주로 생산자 단체의 이익을 대변하는 무역 대표단에 의해 수행됨)과 각국 정부가 지금까지 보여준 WTO의 의사 결정 과정의 개혁을 꺼려하는 점 때문에 WTO가 적합하지 않다는 점을 인정한다(Ibid).

386)헤스터마이어에 따르면, 개발도상국은 선진국이 무역 제재를 정당화하기 위해 인권 조항을 사용할 수 있다는 우려 때문에 인권을 수용하기 위해 WTO 협정을 개정하는 것은 정치적으로 불가능하다. 또한 도하 선언과 같이 덜 야심찬 개정안도 일부 강력한 선진국의 명백한 반대로 인해 정치적으로 실현 불가능하다. 또한 WTO와 인권 관련 기관 및 단체 간의 제도적 연계를 구축하자는 제안은 거의 희망이 없는 것으로 보여진다(Hestermeyer 2007, 287).

387)Petersman, 2005, p. 87.

388)Picciotto, 2007, p. 11.

389)Abbott, 2006, p. 147.

390)Ibid, p. 156.

‘핵심’ 인권을 식별하기 어렵고<sup>391)</sup> 규칙 변경의 가능성이 낮다는 점을 고려할 때, 두 번째 단계는 사법부, 즉 WTO 상소기구(AB)를 통한 해결 방안이다. 트립스를 포함한 관련 협정의 해석을 결정하는 것이 상소기구의 임무이므로, 사법부 입장에서는 WTO의 틀 내에서 인권조약에 기반한 규범이 우선시되어야 한다고 결론을 내리기 어려울 것이다.<sup>392)</sup>

사이먼 워커(Simon Walker)도 인권에 대한 일관된 해석을 지지하지만, 트립스-플러스 정책을 이행하라는 선진국의 정치적, 외교적 압력으로 인해 개발도상국이 직면하는 어려움이라는 중요한 문제를 제기한다.<sup>393)</sup> 워커는 2001년 보고서를 언급하며 트립스 협정이 인권에 대한 일관된 접근 방식을 취하고 있지 않다고 적절하게 지적한다. 무엇보다도 인권에 대한 고려는 예외의 형태로 트립스 협정에 규정되어 있으며, 협정은 지적재산권 보유자가 공익 목적에 대한 책임을 어느 정도까지 지는지 명확하게 규정하지 않고 있다.<sup>394)</sup> 더트필드(Dutfield)와 서더사넨(Suthersanen)도 비슷한 입장을 취하며, “사회권규약 제 15조 제1항 (c)의 올바른 해석은 지적재산권에 대한 ‘권리’가 개별 창작자에게 부여된 인 권이라는 것을 의미하며”, 문제는 규범 자체가 아니라 지적재산권 규범의 이행에 있다고 주장한다.<sup>395)</sup>

헬퍼(Helfer)와 오스틴(Austin)은 총체적인 접근 방식을 취하여, 지적재산권의 맥락에서 인권의 두 가지 변별적 차원, 즉 보호적 차원과 제한적 차원에 기반을 둔 지적재산권의 인권 프레임워크를 제안한다.<sup>396)</sup> 보호적 차원은 지적재산권 보유자에게 기회와 위험을 모두 제공한다. 창작자의 권리가 “더 제한적”이고 “온건”해지기 때문에 위험하다.<sup>397)</sup> 첫째, 창작물의 경제적 활용에 대한 법적 보호가 법인에게는 적용되지 않는다. 둘째, 권리의 범위는 국가에 따라 다양하다. 일부 국가는 지적재산권 조약과 법령에 명시된 것과 동일한 배타적 권리를 인정하지만 보호 조건은 대폭 축소하고 예외와 제한은 확대하는 반면, 그 대신에 (또는 더 위협적으로) 국가는 배타적 지적재산권 보호 모델을 포기하고 그것

391)에보트는 일반논평 제17호에서 저작자의 물질적 이익 보호 권리의 일부 측면을 사회권규약의 ‘핵심’ 권리로 인정한다고 간주하지 않는 것으로 보인다. 그는 생명권 및 건강권 측면에서 ‘핵심’ 권리에 대해 논의한다.

392)Abbott, 2006, p. 159.

393)Walker, 2006, pp. 175-178.

394)Walker, 2006, pp. 173-174.

395)Dutfield & Suthersanen, 2008, pp. 220-221.

396)Helfer & Austin, 2011, p. 512.

397)Ibid, p. 513.

을 “책임 규정, 부과금 또는 정부 보조금 시스템”으로 대체할 수 있다.<sup>398)</sup> 토착민 그룹과 권리의 핵심 구성 요소인 “축소할 수 없는 권리의 핵심”에 대해, 부과되는 제한을 평가하기 위한 보다 엄격한 테스트를 수행할 수 있는 기회가 제공된다.<sup>399)</sup>

유엔 문화권 분야 특별보고관은 기존의 지적재산권과 인권의 조화를 위해 지식 혁신과 확산에 대한 공공재 접근법을 채택할 것을 제안하고, 현재의 최대주의적 지적재산권 접근법을 재고할 것을 추천한다.<sup>400)</sup> 이 제안은 국제 지적재산권법이 근본적으로 그리고 체계적으로 인권 규범과 긴장 관계에 있다는 셰이버(Shaver)의 생각<sup>401)</sup>에 기초하여 과학과 문화를 글로벌 공공재로 취급할 것을 제안한다. 이 제안은 매력적이지만 3-4-2절에서 논의한 바와 같이 지식의 암묵적 특성을 고려하여 구체화할 필요가 있다.

---

398)Ibid, p. 514.

399)Ibid, pp. 514-515.

400)Human Rights Council, Report of the Special Rapporteur in the Field of Cultural Rights on the right to enjoy the benefits of scientific progress and its applications, A/HRC/20/26 (14 May 2012), ¶ 65.

401)Shaver, 2010, p. 124.

## 과학문화권의 보호 측면

### 3-3-1. 저작자

#### 3-3-1-1. 저작자 개념

저작자 조항은 과학적, 문학적 또는 예술적 생산물의 저작자에게 부여된 권리를 규정한다. 일반논평 제17호에서는 저작자를 창작자와 동일시하며 작가와 예술가가 저작자 조항의 보호의 수혜자라고 설명한다.<sup>402)</sup>

과학문화권의 자격이 부여되는 저작자는 저작권법에서 정의하는 저작자와는 다르다. 저작권법상 저작자는 저작권 보호를 받을 수 있는 무언가를 창작한 개인을 의미하지만, 과학문화권에서 저작자는 “저작권으로 보호받을 수 없는 저작물이라도 저작물을 창작한” 개인, 단체 또는 공동체를 포함한다.<sup>403)</sup> 그러나 과학문화권의 적용을 받는 “저작권이 적용되지 않는” 창작물의 경계는 명확하지 않다. “창작”이라는 용어는, “저작권이 부여될 수 있는 대상과 부여될 수 없는 대상을 구분하는”, 일정 수준의 창의성과 독창성을 요구하는 것으로 해석 지침을 제공할 수 있다.<sup>404)</sup> 따라서 인권법상 저작자의 범위가 저작권법상 저작자의 개념을 넘어 과도하게 확장되는 것은 아니다.

402)일반논평 제17호, ¶ 7.

403)유엔 저작권 보고서 2014, ¶ 27.

404)Drassinower, 2015, p. 218. 저작권 시스템에서의 독창성과의 차이에 대해서는 3-6-3절 참조.

국제인권규약에서 저작자의 권리가 인정되는 이유는 저작자와 창작물 또는 생산물 사이의 인격적인 관계 때문이다. 따라서 1차적 권리 보유자는 자연인이며, 일반논평 제17호에서는 법인은 사회권규약 제15(1)(c)조의 보호 대상이 아님을 분명히 하고 있다.<sup>405)</sup> 2014년 유엔 저작권 보고서에서도 저작자에 대한 인권 보호는 출판사나 유통사 등 법인을 제외한 창작자 개인만이 주장할 수 있음을 확인했다.<sup>406)</sup> 그러나 저작자는 자신의 권리를 행정적으로 허가받을 수 있으므로 기업도 파생적으로 보호받을 수 있다.<sup>407)</sup> 세계인권선언과 사회권규약의 초안 작성 당시에는 개인들로 구성된 집단을 염두에 두지 않았지만, 이후 유엔 인권기구들은 집단과 공동체를 권리 보유자에 포함시키는 확장 해석을 취하고 있다.<sup>408)</sup>

### 3-3-1-2. 발명가 및 저작자

세계인권선언 제27(2)조와 사회권규약 제15(1)(c)조는 ‘저작자’만을 언급하고 있기 때문에, 발명가가 국제 인권 프레임워크의 적용을 받는지 여부가 문제시 된다. “특허 보호에 인권은 없다”고 선언한 문화권 분야 특별보고관은 2015년에 “과학문화권에서 ‘저작자’라는 용어는 발명가와 과학적 발견자를 포함하는 것으로 해석할 수 있다”고 결론을 내렸다.<sup>409)</sup> 또한 사회권위원회는 ‘과학적 생산물’에 과학적 출판뿐만 아니라 혁신도 포함된다고 해석한다.<sup>410)</sup> 세계인권선언과 사회권규약의 초안 작성 경위에 대한 사회권위원회의 검토에 따르면, 특허는 저작권보다 덜 주목받기는 했지만 명시적으로 배제되지는 않았다.<sup>411)</sup> 대다수의 학자들은 협상의 역사에서 발명가에 대한 지원이 미약하다는 점

405)일반논평 제17호, ¶ 7. 이러한 인간 저작자 요건에 따르면, 원숭이가 찍은 사진(Natuto v. David John Slater et al. 사건과 같이, No. 3:2015cv04324 (N.D. Cal. 2016) )과 마이크로소프트의 인공지능이 그린 그림 ‘The Next Rembrandt’는 저작자 권리 보호를 주장할 여지가 없다.

406)유엔 저작권 보고서 2014, ¶ 28. 이와 대조적으로, 유럽재판소는 유럽인권조약에 따라 보호되는 인권을 법인에까지 확대했다: 예를 들어, 10조(표현의 자유), 6조(공정한 재판) 및 11조(평화적 집회 및 결사의 자유). 유럽재판소는 개인의 ‘사생활’과 ‘가정’을 보호받을 권리까지도 법인에게 확장될 수 있다고 결정하였고, 이에 따라 유럽재판소의 판례에서 재산권이 법인에게 부여된 것은 놀라운 일이 아니다(Banning, 2002, p. 172).

407)Abbott, 2006, p. 149.

408)일반논평 제17호, ¶ 1.

409)2015년 유엔 특허 보고서, ¶ 34.

410)일반논평 제17호, ¶ 9(“저작자의 도덕적, 물질적 이익에 대한 보호에 어느 정도 주의를 기울였는데, 저작권 보호에 중점을 두었으며, 특허에는 덜 중점을 두었다.”).

411)Green 2000, ¶ 6; 또한 U.N. Econ. & Soc. Council, Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights, The Impact of the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights on Human Rights: Report of the High Commissioner, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/2001/13 (2001), ¶21-22. 참조

에 대해서는 동의하지만, 국제인권규약에 발명가가 권리 보유자로 포함되는 것을 부정하지는 않는다.<sup>412)</sup> 그러나 발명가가 세계인권선언 제27(2)조 및 사회권규약 제15조(1)(c)조의 권리 보유자라고 주장하기는 어렵다. 저작자 조항의 통상적인 의미와 세계인권선언의 초안 작성 역사를 볼 때 발명가가 저작자라고 신뢰할만한 결론을 내리기는 쉽지 않다.

1948년 제3위원회에 제출된 세계인권선언 초안은 프랑스 대표단이 제안했으며, 쿠바와 멕시코 대표단이 이에 동참하여 수정했다. 프랑스 대표단이 제안한 원문은 다음과 같다.

“모든 예술적, 문학적, 과학적 저작물의 저작자와 발명가는 노동에 대한 보상 외에도 저작물 및/또는 발견에 대한 도덕적 권리를 보유하며, 이러한 저작물 및/또는 발견이 인류의 공동 재산이 된 후에도 사라지지 않을 것이다.” [강조 표시는 필자]

프랑스, 쿠바, 멕시코 대표단의 공동 수정안에는 다음과 같은 내용이 포함되었다:

“모든 사람은 마찬가지로 자신이 저작자인 모든 발명품이나 문학적, 과학적 또는 예술적 작품에 대해 자신의 도덕적, 물질적 이익을 보호받을 권리를 가진다.”<sup>413)</sup>

이들 후 중국 대표단인 창(Chang)은 다음과 같은 절충안을 제안했다:

“모든 사람은 자신이 저작자인 과학적, 문학적 또는 예술적 생산물로 인해 발생하는 도덕적, 물질적 이익을 보호받을 권리가 있다.”<sup>414)</sup>

위의 세 가지 초안을 비교했을 때, 중국 대표단의 절충안에서 저작자의 권리가 아닌 발명가의 권리를 의미하는 것으로 합리적으로 이해되는 문구가 삭제된 것이 분명해졌다.

412) Cullet, 2004, p. 4; Chapman, 2002, p. 314; and Walker, 2006. 반면에 더트필드(Dutfield)와 서더사넨(Suthersanen)은 일반논평 제 17 호에 발명가가 포함된 것을 “혼란스러운 입장과 언어”라고 비판했다 (2008, p. 219). 더 많은 학계의 입장과 그 근거에 대해서는 Yu, 2016, pp. 45-53 참조하라.

413) A/C.3/360, 세계인권선언 초안: 선언 초안 제25조에 대한 공동 수정안(E/800) / 쿠바, 프랑스, 멕시코: 1948년 11월 20일.

414) A/C.3/361, 세계인권선언 초안: 선언문 초안 제25조에 대한 절충안(E/800).

원안에 포함된 ‘발명가’ 및 ‘발견’이라는 용어와 공동 수정안에 포함된 ‘모든 발명품에 대해’라는 문구는 중국 측 절충안에서 삭제되었다. 이 절충안은 제25(2)조<sup>415)</sup>로 제3위원회를 통과한 후 현행 제27(2)조로 총회를 통과했다. 또한, 세계인권선언 협상 과정에서 채택된 지역 인권 조약(미주인권선언<sup>416)</sup>)은 저작자의 권리와 구분되는 발명가의 권리를 명확하게 표현한 저작자 조항에 대한 라틴아메리카 대표단의 지지의 원천이 되었다. 미주인권선언은 제13조에 지적재산권 조항을 포함하고 있는데, 이는 모든 사람은 “공동체의 문화생활에 참여할 권리”를 가진다고 언급하고, “마찬가지로 자신이 저작자인 발명품이나 문학적, 과학적 또는 예술적 저작물과 관련하여 자신의 도덕적, 물질적 이익을 보호받을 권리도 가진다”고 덧붙였다.

그렇다면 협상의 역사를 보면 초안 작성자들은 의도적으로 저작자 조항에서 발명 또는 발견에 대한 권리를 삭제한 것으로 보인다. 초안 작성자들이 중국 측 절충안에 투표했을 때 저작자 보호가 발명에 대한 보호를 포함할 만큼 충분히 광범위하다는 점을 염두에 두고 있었다고 주장할 수도 있다. 또는 초안 작성자들이 저작자와 발명가를 명확하게 구분하지 않았다고 가정할 수도 있다. 이러한 추정 중 어느 것도 준비작업(travaux préparatoires)에서 별 의미를 갖지 못했다. 세계인권선언 협상 기간 동안 81번의 회의가 열렸고, 다양한 조항에 대한 수정안이 포함된 168개의 공식 결의안 초안이 제출되었다.<sup>417)</sup> 그러나 각 조항에 대한 세부적인 검토는 1948년 10월 6일부터 12월 7일까지 비교적 짧은 기간에 이루어졌다. 저작자 조항에 대한 공식 제안은 5건 미만이었고, 대부분의 논의는 1948년 11월 20일부터 22일까지 열린 제3위원회 150차 및 152차 회의에서 이루어졌다.<sup>418)</sup>

이 회의에서 많은 대표단은 저작자의 권리와 발명가의 권리, 저작권과 특허를 구분했다. 회의 기록에 따르면 멕시코 대표단은 “저작자의 권리와 발명가의 특허”라는 용어를 사용했으며,<sup>419)</sup> 에콰도르 대표단도 “멕시코, 쿠바, 프랑스 수정안은 저작재산권과 발명

415) 여러 가지 수정안이 제안되었지만 소련의 제안이 거부된 후 중국이 제안한 조항에 대한 절충안이 먼저 문단 단위로 채택되었고 마침내 수정된 전체 조항이 채택되었다(United Nations Bulletin, January 15, 1949, Vol. VI, Number 2, p. 95).

416) The American Declaration of the Rights and Duties of Man of 1948.

417) UN, 1950, p. 526.

418) 1948년 12월 6일 제3위원회 178차 회의에서 선언문 초안이 거수 투표 29대 0, 기권 7표로 채택되었다. 이 초안은 1948년 12월 9일부터 10일까지 열린 180차 ~ 183차 총회 본회의에서 심의되었다(UN, 1950, pp. 529-530).

419) UNGA, Third Committee, A/C.3/SR.150, p. 617.

가의 권리에 관한 새로운 요소를 도입했다”고 밝혔다.<sup>420)</sup> 페루 대표도 “멕시코, 쿠바, 프랑스 대표단이 제출한 수정안은 작가의 권리와 발명가의 특허권을 보호하기 위해 고안되었다”고 표현했다.<sup>421)</sup> 프랑스 대표인 카신(Mr.Cassin)은 발명가의 도덕적 이익을 주장하면서 “로열티와 특허가 그러한 사람들[다수의 학자와 예술가들]을 보호하기에 충분하다고 주장할 수도 있습니다. 그러나 나는 그렇게 생각하지 않습니다. 나의 제안은 문제의 물질적 측면을 고려했을뿐만 아니라 예술가와 발명가의 도덕적 이익을 보호하기 위해 고안되었습니다”라고 언급했다.<sup>422)</sup> 브라질 대표는 “과학자, 발명가 및 예술 작업에 종사하는 사람들의 도덕적, 물질적 이익 보호”라고 말했고,<sup>423)</sup> 영국 대표는 “프랑스 대표는 한편으로는 발명의 저작자에 대한 인정(매우 정당한 주장)에 대해, 다른 한편으로는 발명에 대한 소유권 보호에 대해 이야기했습니다. 이는 매우 다른 개념입니다”라고 주장했다.<sup>424)</sup> 또한 칠레와 캐나다의 대표단은 “저작자의 저작권과 특허”를 구분했다.<sup>425)</sup>

그러나 모든 대표단이 이러한 구분을 한 것은 아니다. 흥미롭게도 그중 한 명이 중국 대표단이었다. 그는 공동 수정안에서 “모든 발명에 대해”라는 문구를 삭제한 절충안을 제안하면서 자신의 제안을 공동 수정안의 사소한 변경이라고 설명했다. 이는 “쿠바, 프랑스, 멕시코의 공동 수정안의 두 번째 단락에서 몇 가지 초안 변경”<sup>426)</sup>이라는 문구에서 확인할 수 있다. 이에 대해 쿠바 대표단은 “공동 수정안의 원문을 명확히 하고 개선한 것”이라며 환영하며 수락했다.<sup>427)</sup> 프랑스 대표단은 중국 제안에 대해서는 언급조차 하지 않고 페루의 수정안에 대한 지지만을 표명했다.<sup>428)</sup> 표결 직전 중국 대표단은 “두 번째 단락은 쿠바, 프랑스, 멕시코의 공동 제안이었으며, 별도로 표결해야 한다”고 요청했다.<sup>429)</sup>

이러한 기록을 통해 “모든 발명에 대한 이익”이라는 문구를 삭제한 것은 의도적이었지

420)Ibid, pp. 618-619.

421)Ibid, p. 619.

422)Ibid, p. 620.

423)Ibid, p. 621.

424)Ibid, p. 624.

425)UNGA, Third Committee, A/C.3/SR.151, p. 632.

426)Ibid, p. 628.

427)Ibid, p. 628.

428)Ibid, p. 631. 페루의 수정안은 저작자 조항이 아닌 첫 번째 단락에 대해 이루어졌다(A/C.3/SR.150, p. 619).

429)UNGA, Third Committee, A/C.3/SR.152, p. 633.

만 제3위원회 초안 작성자들 사이에서 사소한 변경으로 받아 들여졌다는 결론을 내릴 수 있다.<sup>430)</sup> 초안 협상 과정에서 대부분의 논의는 첫 번째 단락과 소련의 제안에 집중되었다. 두 번째 단락에 저작자 조항을 포함시키는 것에 대해서는 논의가 덜 이루어졌고, 저작권과 특허의 구분은 많은 초안 작성자들이 그 구분을 인정했지만 문제가 되지 않았다.

한편, 공동 수정안의 “과학적 ... 작업(works)”을 창(Chang)의 절충안에서 “과학적 ... 생산물(production)”로 수정한 것은 인권법의 저작자가 발명가를 포함한다는 결론에 대한 문맥적, 역사적 근거를 제공하지 않는다. 자세한 내용은 아래 3-3-3절에서 다룬다.

위에서 설명한 근거를 바탕으로 본 논문은 ‘저작자 조항’의 의미 내에서의 저작자는 기존 특허법의 의미 내에서의 발명가를 포함하지 않는다고 주장한다. 이러한 결론은 ‘저작자 조항’이 있는 텍스트의 통상적인 의미와도 일치한다. 조약법에 관한 비엔나 협약에 따르면, 조약 해석의 원칙은 “조약의 목표와 목적에 비추어 그 문맥 내에서 조약의 용어에 부여되는 통상적인 의미에 따라 신의성실의 원칙에 따라” 조약을 해석해야 한다는 것이다.<sup>431)</sup> 그렇다면 과학적 생산물에 대한 저작자의 물질적 이익의 권리 범위가 어디까지인지가 문제되는데, 이에 대해서는 다음 절에서 논의한다.

### 3-3-2. 모든 과학적, 문학적 또는 예술적 생산물

‘저작자 조항’에서 보호는 “모든 과학적, 문학적 또는 예술적 생산물”에 적용된다. 사회권위원회는 이러한 생산물을 과학적 생산물과 문학적 또는 예술적 생산물의 두 가지로 구분한다. 이러한 구분은 저작자 조항의 대상을 지적재산권의 두 가지 주요 영역인 특허와 저작권의 대상과 일치시키려고 할 때 의미가 있다. 문학적 및 예술적 생산물은 “시, 소설, 회화, 조각, 음악 작곡, 연극 및 영화 작품, 공연 및 구전 전통”과 같은 저작권법의 대상에 해당할 수 있다.<sup>432)</sup> 반면, 과학적 생산물은 저작권과 특허의 대상은 물론 “토착민

430)문화 분야 특별보고관은 또한 저작자 조항 초안 작성자들이 협상 과정에서 발명가를 언급하는 문구를 삭제했다고 지적했지만(A/70/279 ¶ 30), 저작자 조항의 저작자에는 발명가와 과학적 발견자가 포함된다는 결론을 내렸다(A/70/279 ¶ 34).

431)비엔나 협약 제31조 1항.

432)일반논평 제17호, ¶ 9.

및 지역 공동체의 지식, 혁신 및 관행을 포함한 과학적 출판물 및 혁신"과 같이 특허 대상이 아닌 것까지 포함할 정도로 광범위하게 해석된다.<sup>433)</sup> 2015년 유엔 특허 보고서에서 문화권 분야 특별보고관은 과학적 생산물에 대한 이러한 광범위한 해석에 반박하지 않고, 과학적 생산물 또는 특허의 광범위한 해석에 대한 구체적인 매개변수와 안전장치에 대한 주의를 환기했을 뿐이다.<sup>434)</sup>

과학적 생산물에 대한 해석의 확장은 전통 지식과 토착 공동체를 포괄하려는 노력으로 보인다. 그러나 세계인권선언의 협상 역사는 이러한 확장 해석을 인정하지 않으며, 전통 지식과 토착 공동체의 보호는 저작자 조항에 직접 의존하지 않고도 가능하다.

협상 과정에서 '모든 과학적, 문학적 또는 예술적 생산물'이라는 문구는 다음과 같은 수정을 거쳐 채택되었다:

- 원본 문구: "모든 예술적, 문학적, 과학적 저작물의 저자 및 발명가";
- 공동 수정안: "자신이 저작자인 발명품이나 문학적, 과학적 또는 예술적 저작물에 대해"; 그리고
- 타협안 문구: "자신이 저작자인 모든 과학적, 문학적 또는 예술적 생산물".

이는 초안 작성자가 발명가에게 '독창성'이라는 요건을 부여할 의도가 없었음을 보여준다. 독창성은 저작권이 있는 저작물의 요건이며, 특허를 받을 수 있는 발명의 요건, 즉 신규성은 발명의 출처와는 아무런 관련이 없다. 공동 수정안의 "저작물"을 타협안 문구에서 "생산물"로 변경한 것은 발명 또는 발견에 독창성을 부여하려는 의도가 아닌 것으로 보인다. 역사적으로 볼 때, 초기 특허 관행 시대의 "진정한 최초 발명가"라는 개념은 2-2절에서 논의한 바와 같이 독창적인 발명과 거의 관련이 없었으며, 이는 세계인권선언 초안이 작성된 20세기 중반에도 그대로 유지되고 있었다. 중요한 것은 새로운 사업이나 혁신의 도입 그 자체였지 이를 도입한 주체가 아니었다. 따라서 저작자 인권 보호

433)Ibid.

434)A/70/279 ¶32. 이러한 안전장치는 유엔 인권기구가 반복적으로 언급해 온 바와 같이, 지적재산권과 인권의 근본적인 차이를 고려할 때 IP 제도를 저작자 조항에 따른 인권 보호와 동일시하는 것은 잘못된 것이며 오해를 불러일으킬 수 있다.

의 기본 전제인 인격적 연관성<sup>435)</sup>은 발명이나 과학적 생산물에는 결여되어 있다.<sup>436)</sup>

또한 브링크호프(Brinkhof)에 따르면 “과학적 생산은 '발명'과 동의어로 이해될 수 없다,”<sup>437)</sup> “과학적 생산은 특허와 동의어가 아니다. ... 세계인권선언이나 사회권규약은 특허에 대한 권리가 인권에 속해야 한다는 견해에 대한 충분한 법적 근거를 제공하지 않는다”고 말한다.<sup>438)</sup>

### 3-3-3. 도덕적 및 물질적 이익

유엔 인권 기구들은 ‘저작자’의 인권을 보호하는 것과 기존 지적재산권 제도를 보호하는 것 사이에 차이가 있음을 반복해서 인정해 왔다. 일반논평 제17호는 제15(1)(c)조의 저작자 권리의 “보호 범위”가 “국내법 또는 국제 협약에서 지적재산권이라고 불리는 것과 반드시 일치하는 것은 아니다”라는 기본적인 논란의 여지가 없는 주장으로 시작한다.<sup>439)</sup> 그러나 이러한 차이가 정확히 어떤 범위인지에 대해서는 명확하게 정의되어 있지 않다.

국제 인권법에서 저작자의 보호 범위는 저작자의 도덕적 이익과 물질적 이익이라는 두 가지 요소에 대한 분석에 기반을 두고 검토된다.

저작자의 도덕적 이익은 세계인권선언과 사회권규약 초안 작성자들의 주요 관심사였다. 이들은 지적 창작물은 저작자의 인격의 표현이며, 저작자의 도덕적 이익 보호는 지적 생산물과 저작자를 연결하는 데 필요한 도구라고 생각했다.<sup>440)</sup> 또한 초안 작성자들은 당시 저작권에 관한 국제 협약인, 저작자의 인격권을 보호하고 있던 베른 협약의 영향을 받았다.<sup>441)</sup> 따라서 도덕적 이익의 보호는 베른협약 제6bis조에 규정된 ‘인격권’에

435)일반논평 제17호, ¶ 23(“제15조 제1(c)항의 권리 보호의 본질은 ... 저작자와 창작물 사이의 인격적 연관성을 보호하는 데 있다”) 및 A/70/279 ¶ 32(“과학적, 문학적, 예술적 창작물로 인한 도덕적, 물질적 이익의 보호로부터 혜택을 얻을 수 있는 인권은 저작자와 창작물 사이의 인격적 연관성을 보호한다”) 참조.

436)드레푸스(Drefuss)는 발명이나 발견의 가치는 발명가의 정체성이 아니라 기능에 있기 때문에 발명에 있어서 개인적 연관성은 존재하지 않는다고 지적한다(2010, p. 80).

437)Brinkhof, 2010, pp. 147-148.

438)Ibid, p. 149.

439)일반논평 17번, ¶¶ 2 ~ 3.

440)Ibid, ¶ 12; A/70/279, ¶ 34.

441)인격권은 1928년 로마에서 개정된 베른 협약에서 명문화되었다.

가까운 것으로 해석할 수 있다. 성명표시권(right to attribution)<sup>442)</sup> 및 동일성유지권(right to integrity)<sup>443)</sup>이 그것이다.<sup>444)</sup>

도덕적 이익과 관련하여 해결되지 않은 문제 중 하나는 발명가의 도덕적 이익의 범위이다. 이전 절에서 논의한 바와 같이, 세계인권선언과 사회권규약의 초안 작성자는 저작자 조항의 저작자 개념에서 발명가를 의도적으로 제외했다. 그러나 이후 유엔 인권기구의 해석은 과학적 또는 기술적 혁신과 발견을 포함하는 ‘과학적 생산물’을 확대 해석하여, 저작자의 개념을 발명가 또는 혁신가까지 포함하도록 확장했다. 그렇다면 발명가와 혁신가의 도덕적 이익을 어떻게 보장할 수 있을까? 일반논평 제17호에서는 “저작자 ... 와 발명가는 ... 자신의 저작물 및/또는 발견에 대한 인격권을 보유한다”고 간단히 언급하며 베른협약에 정의된 저작자의 성명표시권과 동일성유지권에 대한 인격권을 되풀이하고 있다.<sup>445)</sup> 2015년 유엔 특허 보고서에서는 발명가의 인격권에 대한 자세한 설명 없이 이 까다로운 문제를 피하고 있다.

저작자 조항의 저자가 발명가를 포함하는 것으로 해석될 경우, 현행 특허법은 발명가의 도덕적 이익을 충분히 보호하지 못하고 있다. 대부분의 국제 및 국내 특허법은 발명가와 발명 사이의 인격적 연관성을 인정하지 않는다. 예를 들어, 유럽특허협약(EPC)은 유럽 특허의 최초 권리만 발명가에게 귀속되는 것으로 인정한다(제60조 제1항). 일부에서는 이 조항이 세계인권선언의 저작자 조항의 직접적인 산물이라고 보지만,<sup>446)</sup> 유럽특허협약 제60조는 두 가지 이유로 발명가의 도덕적 이익을 보호하기에 불충분하다. 첫째, 유럽특허협약이 보장하는 최초의 권리는 성명표시권 및 동일성유지권과는 아무런 관련이 없다. 둘째, 자격은 최초 출원인에게 주어진다.<sup>447)</sup> 발명가의 성명표시권에 대해 유

442) 저작자가 과학적, 문학적 및 예술적 생산물의 창작자로 인정받을 권리.

443) 해당 생산물과 관련하여, 명예와 평판을 해칠 수 있는 왜곡, 훼손 또는 기타 수정이나 기타 경멸적인 행동에 대해 이익을 제기할 권리.

444) 이와는 대조적으로, 트립스 협정은 저작자의 인격권을 존중하지 않는다. 이는 트립스 체제 하에서는 지식 생산자의 권리보다 지식 자본가(소유자)의 권리가 우선된다는 것을 나타낸다(May, 2000, p. 73).

445) 일반논평 17번, ¶¶ 12-13.

446) 실패한 1975년 공동체 특허 협약에 대한 논의 과정에서 국제발명가협회(IFIA)는 출원인이 승계인을 증명하지 못할 경우 진정한 발명가가 유럽 특허 출원의 양도를 요청할 수 있도록 허용하는 EPC 조항(특히 제60조)이 “세계인권선언 제27조 제2항의 직접적인 결과”라고 주장했다 (General Secretary of the Council of the European Communities, 1981, p. 21).

447) 유럽특허법 제60조 2항에 따르면 “두 명 이상의 개인이 서로 독립적으로 발명을 한 경우, 유럽특허에 대한 권리는 유럽 특허 출원일이 가장 빠른 사람에게 귀속된다”고 규정하고 있다.

특허협약 제62조에서는 발명가가 유럽 특허의 출원인 또는 소유자에 대해, 유럽 특허청에 그 사실을 언급할 수 있는 권리를 갖는다고 명시하고 있다. 이 조항은 “발명가는 특허에 발명가로 언급될 권리를 가진다”는 파리협약 제4ter조에 근거를 두고 있다. 그러나 일반적으로 발명가의 인격권으로 인식되는 이 권리는 포기될 수 있으며, 그 보호 여부는 국가 법률에 따라 결정된다.<sup>448)</sup> 이에 더해, 언급될 권리의 측면은 과학적 생산물 또는 창작물에 발명가로 이름을 올릴 권리로 확장되지 않을 뿐 아니라 발명가에게 동일성 유지권을 주장할 권리도 보장되지 않는다는 점이다. 따라서 기존의 발명가의 인격권 규정은 발명가의 도덕적 이익에 대한 인권 보호와는 거리가 멀다.

물질적 이익의 보호 범위는 도덕적 이익에 비해 덜 확실하다. 물질적 이익의 보호 범위에 대한 첫 번째 통찰은 세계인권선언 제17조에 명시된 재산 소유권 또는 세계인권선언 제11조 제1항에 보장된 적절한 생활수준을 누릴 권리 향유와의 연관성이다. 재산권이 지적 재산권을 포함한다고 보는 견해가 있는 반면,<sup>449)</sup> 다른 견해는 이러한 견해에 의문을 제기하며 물질적 이익 보호에 내재된 한계를 강조한다.<sup>450)</sup> 유엔 인권기구는 저작자의 물질적 이익 보호와 적절한 생활수준에 대한 권리의 직접적인 관계를 강조하고 있다.<sup>451)</sup>

두 번째 통찰은 물질적 이익 보호에 담겨있는 내재적 한계를 살펴보는 것이다. 사회권 규약 제15조와 세계인권선언 제27조에서 인정하는 다른 권리는 물질적 이익 보호의 범위를 해석하는 데 지침을 제공한다. 한 가지 주의할 점은 재산권과의 연관성에도 불구하고 물질적 이익의 보호가 현대 지적재산권법 상의 보호와 동일시되어서는 안 된다는 것이다. 즉, 물질적 이익을 보호 받을 권리가 모든 형태의 경제적 이익을 포괄하는 것은 아니다. 전통적인 경제적 권리와 달리 물질적 이익은 시장 효율성 및 공리주의의 목적과 연계되지 않는다.<sup>452)</sup> 또한, 세계인권선언과 사회권규약의 협상 기록(travaux)은 물질적 이익이 보다 좁은 유형의 경제적 이익, 즉 지적 노동에 대한 보상을 받을 권리를 가리킨

448) Bodenhausen, 1968, p. 64 (“발명가는 특허에 언급될 권리만 가지므로, 국가 법률이 달리 규정하지 않는 한 이 권리를 포기할 수 있다. 이 조항에 대한 원래 제안에는 이 조항에 반하는 모든 계약은 무효라는 조항이 포함되어 있었지만 이 조항은 받아들여지지 않았다.”).

449) 예를 들어, Cornides, 2004, pp. 139-141(재산권이 유형 자산에 국한되지 않는다는 근거에서); 유럽인권협약 제1조에 대한 스트라스부르 유럽인권재판소.

450) Wong, 2009, p. 44; Amani, 2009, pp. 196-8.

451) 일반논평 제17호, ¶15 및 A/70/279, ¶10 (위원회가 이러한 해석 접근 방식을 취하는 목적은 “특히 개인 창작자가 아닌 법인이 보유한 경우, 이 용어가 재산권 또는 배제권과 혼동되는 것”을 피하기 위한 것임).

452) Wong, 2009, p. 46.

다고 지적한다.<sup>453)</sup>

### 3-3-4. 의무와 이행

세계인권선언과 사회권규약에는 국가의 의무가 명확하게 기재되어 있다.<sup>454)</sup> 그렇다면 민간 당사자, 즉 기업이나 세계무역기구, 세계지적재산권기구 등의 국제기구와 같은 비국가 행위자는 국제 인권 규범의 구속을 받지 않는가?

비국가 행위자는 사회권규약 및 세계인권선언에 직접적으로 구속되지는 않지만, 국제 인권 규범을 위반할 자유는 없다.<sup>455)</sup> 유엔 인권기구는 비국가 행위자에 의한 인권 침해를 인정하고 비국가 행위자의 책임과 이러한 인권 침해를 방지하기 위한 국가의 의무를 제시하고 있다.<sup>456)</sup> 또한 사회권규약 제5조 제1항은 “본 규약의 어떠한 내용도 국가, 단체 또는 개인이 이 규약에서 인정된 권리 또는 자유의 파괴를 목적으로 하는 어떠한 활동에 관여하거나 행위를 수행할 권리를 의미하는 것으로 해석될 수 없다”고 명시하고 있다.

헤스터마이어(Hestermeyer)는 인권 규범을 국가와 사적 당사자에 의한 권리 침해로부터 개인을 보호해야 할 국가의 의무가 포함되도록 해석해야 한다고 제안한다.<sup>457)</sup> 다른 학자들도 국가가 조약의 의무를 이행하기 위해서는 개별 당사자를 규제해야 한다는 점을 근거로 같은 입장을 취하고 있다.<sup>458)</sup>

1999년 이후 유엔 인권기구는 ‘핵심’ 의무를 건강, 식량, 교육 또는 문화생활에 참여할 권리, 과학적 진보의 혜택을 누릴 권리 등의 측면에서 해석하고 있으며, 이는 일반논평

453) Yu, 2004, pp. 1087-1088; Cullet, 2007, p. 409. 컬렛(Cullet)은 “이 조항은 독점 지대를 보장하는 것이 아니라 새로운 과학적, 문학적 또는 예술적 생산물을 개발하고 적절한 생활 수준을 조성하는 데 발생하는 실질적 비용에 대한 기본적인 물질적 보상을 보장해야 한다”고 제안한다.

454) 일반논평 제17호는 국가(state)만 언급하고 있다. 그러나 이는 그 역할이 국가에 대한 해석 기준을 제공하는 것이기 때문에, 국가에 대해서만 언급하고 있는 것이다.

455) Hestermeyer, 2007, p. 97.

456) Clapham, 2006, pp. 324-32 참조. 식량에 대한 권리와 관련하여서는 사회권위원회 일반논평 제12호 ¶ 19, 물에 대한 권리와 관련하여서는 사회권위원회 일반논평 제15호 ¶ 23 및 ¶ 24, 건강에 대한 권리에 대해서는 사회권위원회 일반논평 제14호 ¶ 35 및 ¶ 42 참조. (“국가만이 규약의 당사국이므로 규약 준수에 대한 궁극적인 책임이 있지만, 보건 전문가, 가족, 지역사회, 정부 간 및 비정부 기구, 시민사회단체, 민간 기업 부문을 포함한 모든 사회 구성원들은 건강권 실현에 대한 책임이 있다. 따라서 당사국은 이러한 책임의 이행을 촉진하는 환경을 제공해야 한다.”).

457) 그는 또한 WTO는 자체 조약에 따른 직접적인 인권 의무는 없지만 일반 국제법에서 특정 의무를 부과할 수 있다고 주장한다.

458) Helfer, 2007, p. 12.

제17호에서 반복적으로 언급되고 있다. 이러한 접근법의 핵심은 “당사국이 특히 건강, 식량, 교육, 또는 규약에 명시된 기타 권리와 관련하여 핵심 의무를 준수하는 것을 더 어렵게 하는 지적재산 제도는 당사국의 법적 구속력이 있는 의무와 모순된다”는 것이다.<sup>459)</sup>

일반논평 제17호는 먼저 도덕적 및 물질적 이익의 보호에 대한 권리와 관련하여 “핵심” 의무를 매우 상세하게 설명하고 있다. 이는 즉각적인 효력을 갖는 최소 5가지 핵심 의무를 명시함으로써 새로운 ‘핵심’ 권리를 창출한다:

- (a) 저작자의 도덕적, 물질적 이익을 효과적으로 보호하기 위해 입법 및 기타 필요한 조치를 취할 것;
- (b) 과학적, 문학적 및 예술적 생산물의 창작자로 인정받을 수 있는 저작자의 권리를 보호하고, 저작자의 명예나 평판을 해칠 수 있는 작품의 왜곡, 훼손 또는 기타 수정이나 기타 경멸적인 행위에 반대할 수 있는 권리를 보호할 것;
- (c) 저작자가 적절한 생활 수준을 누릴 수 있도록 하는 데 필요한, 과학적, 문학적 또는 예술적 생산물로 인해 발생하는 저작자의 기본적인 물질적 이익을 존중하고 보호할 것;
- (d) 특히 불우하고 소외된 집단에 속한 저작자의 경우, 저작자의 도덕적, 물질적 이익이 침해된 경우 이를 구제할 수 있는 행정적, 사법적 또는 기타 적절한 구제 수단에 대한 동등한 접근을 보장할 것;
- (e) 저작자의 도덕적, 물질적 이익의 효과적인 보호와 식량, 건강 및 교육에 대한 권리, 문화생활에 참여하고 과학적 진보와 그 응용의 혜택을 누릴 권리 또는 규약에서 인정하는 기타 권리와 관련된 당사국의 의무 사이에 적절한 균형을 유지할 것.

이 접근 방식은 여러 가지 이유로 문제가 있다.

첫째, 물질적 이익의 보호에 관한 권리가 ‘점진적 실현’의 대상이 아닌 ‘핵심적’ 의무를 필요로 하는 기본권으로 분류될 수 있는지 의문이다.<sup>460)</sup> “최소한의 필수적 수준의 권리

459)경제적, 사회적 및 문화적 권리 위원회 성명, UN Doc. E/C. 12/2001/15 (2001), ¶ 12.

460)일반논평 제3호는 핵심 의무를 정의한다: 각 권리의 최소한의 필수적 수준의 충족을 보장하기 위한 최소한의 핵심 의무는 모든 당사국에게 있다. 따라서 예를 들어, 상당수의 개인이 필수적인 식량, 필수적인 1차 의료, 기본적인 주거, 또는 가장

충족을 보장”해야 하는 권리는 그 향유가 다른 모든 권리의 향유에 필수적이라는 의미에서 기본권으로 간주될 수 있다.<sup>461)</sup> 핵심 권리의 개념이 통용된다면, ‘생명권’은 분명 핵심 권리에 속할 것이다.<sup>462)</sup> 예를 들어, 언론의 자유에 대한 권리는 신체적 위협을 받는 사람이 누릴 수 없으며, 불충분한 영양을 섭취하는 사람이 고용에 대한 권리를 누릴 수 없는 것과 마찬가지이다.<sup>463)</sup> 저작자의 적절한 생활 수준을 누릴 권리가 지적 생산물에 대한 보상에 의해서만 보장될 수 있다면 물질적 이익 보호의 권리는 ‘핵심’ 의무의 대상이 될 수 있겠지만, 실제로는 거의 그렇지 않다.

둘째, 저작자의 물질적 이익 보호가 “핵심” 의무의 대상이라면, 정부가 이를 규제할 수 있는 권한은 극히 제한적이어야 한다. 헬퍼(Helfer)가 제시한 것처럼, 이 기준에 따르면 저작자의 권리에 대한 정부의 제한은 “(1)법률에 의해 결정되어야 하고, (2)권리의 본질에 부합하는 방식으로 이루어져야 하며, (3)정당한 목적을 추구해야 하고, (4)민주 사회에서 일반 복리 증진을 위해 엄격하게 요구되어야 한다. 나아가 (5)그러한 제한이 비례적이어야 하며, (6)여러 유형의 제한을 가할 수 있는 경우 가장 제한이 적은 조치를 채택해야 한다”는 요건을 충족해야 한다.<sup>464)</sup> 따라서 이는 현행 저작권이나 특허 제도보다 더 엄격한 보호 체계를 초래할 수 있다.

셋째, 일반논평 제17호는 자유 소프트웨어 및 크리에이티브 커먼즈와 같이 “과학적 또는 예술적 생산물”의 자유로운 공유를 위해 경제적 보상에 의존하지 않으면서, 새롭게 등장하고 있는 실행 가능한 대안 시스템에 대해 충분한 주의를 기울이지 않고 있다. 일부 논평가들은 사회권위원회가 그 이전의 프로젝트에서 했던 것과 비교할 때, 일반논평 제17호를 인권과 지적재산권 사이의 긴장 관계에 초점을 맞추지 못한 것에 대해 실망감을 표시하고 있다.<sup>465)</sup>

---

기본적인 형태의 교육을 박탈당하는 당사국은 원론적으로 규약에 따른 의무를 이행하지 않는 것이다(일반논평 제3호, ¶ 10). 이와 대조적으로, 점진적 의무는 인권의 완전한 실현이 국가의 자원에 의존하는 의무와 관련이 있다. 따라서 “점진적” 실현은 “당사국은 규약에 명시된 모든 권리의 완전한 실현을 향해 가능한 한 신속하고 효과적으로 나아가야 할 구체적인 지속적인 의무가 있다”는 것을 의미한다(사회권위원회 성명, UN Doc. E/C. 12/2001/15 (2001), ¶11).

461)Vincent, 1986, p. 125.

462)Abbott 2006, p. 148.

463)Vincent, 1986, p. 125.

464)Helfer, 2007, p. 994

465)Cullet 2004 (“[당시] 제안된 일반논평은 2001년 성명서와 달리 지식에 대한 개별 기여자의 권리에 주로 초점을 맞추고 있으며 지적재산권이 인권에 미치는 영향에 관한 질문은 거의 다루지 않는다”고 주장한다.)

## 과학문화권의 보급 측면

### 3-4-1. 문화생활에 참여할 권리

#### 3-4-1-1. 공동체의 문화와 문화 생활

문화생활에 참여할 권리는 다섯 가지 문화 인권 중 가장 광범위한 권리이다.<sup>466)</sup> 이 권리의 범위는 문화와 문화생활의 “무정형적이고 복합적인 성격”<sup>467)</sup>으로 인해 가장 광범위하다. 가장 넓은 의미에서 문화는 인간과 자연을 구별하는 인간의 삶과 관련된 모든 것을 포함한다. 인류학적 의미에서 문화는 “다의적 가치”를 가지며,<sup>468)</sup> “특정 인간 집단에 고유하고 그 집단을 다른 집단과 구별하는 언어, 규범, 가치, 신념, 관습과 같은 삶의 측면”을 포괄한다.<sup>469)</sup> 세계인권선언과 사회권규약의 초안 작성자들은 좁은 의미의 문화, 즉 대부분 미술, 연극, 박물관 및 기타 유형의 문화 요소와 같은 문화의 ‘고도의’ 물질적 측면<sup>470)</sup>을 염두에 두고 있었다.

466)Stamatopoulou, 2008, p. 3. 다른 네 가지 권리는 교육받을 권리, 과학적 진보와 그 응용의 혜택을 누릴 권리, 저작자 조항에 따른 권리, 과학 연구 및 창작 활동의 자유이다.

467)Thornberry, 2008, p. 4.

468)Farah & Tremolada, 2015, p. 463.

469)Helfer & Austin, 2011, p. 238.

470)Donders, 2008, p. 4.

이후 유엔 기구들은 더 넓은 의미의 문화 개념을 채택했다. 예를 들어, 1976년 유네스코는 문화를 “집단과 개인의 모든 형태의 창의성과 표현”을 포괄하는 것으로 규정하는 권고안을 발표했으며,<sup>471)</sup> 1992년과 2008년에 개최된 일반 토론의 날 참가자들은 유네스코 문화 다양성 선언의 정의에 따라 ‘문화’의 개념에 대한 폭넓은 이해를 지지했다.<sup>472)</sup> 인류학적 접근<sup>473)</sup>을 따르고 있는 일반논평 제21호는 ‘문화’를 “인간 존재의 모든 표현을 포괄하는 것”으로 정의하고, ‘문화적 삶’을 “과거, 현재, 미래가 있고 역사적이고 역동적이며 진화하는 살아있는 과정으로서의 문화에 대한 명시적 언급”으로 특징지었다.<sup>474)</sup>

과학 및 문화에 대한 인권의 관점에서 기존의 국제 지적재산권 규범을 평가하고, 이 권리가 “식별 가능하고 실행 가능한 권리와 의무를 발생시킬 수 있을 정도로 충분히 구체화”되는 수준까지 과학문화권을 운용하기 위해서는<sup>475)</sup> 구체적이고 제한된 의미의 문화권으로 초점을 좁혀야 한다. 여기서 ‘운용화(operationalization)’란 과학문화권이 현실 세계에서 작동할 수 있도록 하는 노력과 법규범의 규범력을 결정적으로 구성하는 요소를 의미한다.<sup>476)</sup> 운용화가 이루어지지 않는다면, 어떻게 각국의 법원, 행정기관, 입법자들이 2014년 유엔 저작권 보고서에서 권고한 바와 같이, “과학문화권을 포함한 인권 기준에 따라” 각국의 저작권 및 특허 규정을 해석할 수 있을 것인가?<sup>477)</sup> 이러한 운용 과정에는 “개념적 보충성 버전”<sup>478)</sup>이 필요한데, 이는 광범위한 개념을 보다 기초에 가깝게 가져와 인권의 관점에서 상황을 다루는 것이다. ‘지식에 대한 접근’이라는 개념은 유용한 개념적 보충성을 제공할 수 있다. ‘지식에 대한 접근’은 “인류 문화와 학습의 산물에 대한 대중의 보다 공평한 접근”<sup>479)</sup>과 궁극적으로는 지식과 정보의 생산 및 공유를 위한 대안적

471) UNESCO. (1976). Recommendation on participation by the people at large in cultural life. UNESCO Doc. 19 C/Resolutions. (¶ 1.3(a)).

472) 선언문 서문의 다섯 번째 문단에서 ‘문화’는 “사회 또는 사회 집단의 독특한 정신적, 물질적, 지적, 정서적 특징의 집합”으로서 “예술과 문학, 생활양식, 함께 사는 방식, 가치 체계, 전통 및 신념”을 포괄하는 것으로 간주된다.

473) Romainville, 2015, p. 426.

474) 일반논평 제21호, ¶ 11.

475) 1986년 12월 4일자 유엔 총회 결의안 41/120호.

476) Romainville, 2015, p. 427.

477) 유엔 저작권 보고서 2014, ¶ 97

478) Thornberry, 2008, p. 6.

479) Malcolm, 2010, p. 2. 벤클러(Benkler)는 지식에 대한 접근 운동의 출현을 설명하기 위해 (1)세계화된 자유 무역 체제의 부상, (2)정보 경제의 부상, (3)그 이후 네트워크화된 정보 사회의 발생, (4)이상으로서의 인권 일반과 자유로서의 발전 관념의 부상이라는 네 가지 장기적인 지적 및 물질적 역사적 추세를 설명한다(Benkler, 2010, p. 222-223). 카프친스키(Kapczynski)는 A2K 운동을 정보 처리 기술의 구조적 추세에 대한 반응이자 지적재산권 확장이라는 최대주의적 의제를 정

모델 실현을 목표로 하는 다양한 운동을 지칭하는 포괄적인 용어이다. 이는 “과학, 교육, 연구 및 기타 여러 공공 정책 분야”와 같은 부문 간 의제를 다룬다.<sup>480)</sup> 지식에 대한 접근(A2K)의 중심 주제는 “정보 커먼즈와 퍼블릭 도메인,”<sup>481)</sup> “퍼블릭 도메인, 커먼즈, 공유 및 개방성” 또는 “지적재산권과 퍼블릭 도메인 보호의 균형이라는 발상”으로 설명된다.<sup>482)</sup>

개념적 보충성으로서 ‘지식에 대한 접근’이라는 개념을 채택함으로써, 과학문화권의 의미에서 문화는 인류학적 문화와 초기의 좁은 문화 개념 사이에 놓인 것으로 재정의된다. 재정의된 문화는 “문화적 표현과 유산, 그리고 이해, 표현, 학습, 소통, 창조의 과정”, 을 지칭할 수 있다.<sup>483)</sup> 이렇게 재정의된 문화 개념은 (1)‘자본으로서의 문화’(인류 전체 또는 특정 인간 집단의 축적된 물질적 유산), (2)‘창의성으로서의 문화’(예술적, 과학적 창조의 과정), (3)‘총체적 삶의 방식으로서의 문화’의 세 가지 문화 클러스터를 정의한 로돌포 스타벤하겐(Rodolfo Stavenhagen)의 첫 번째 및 두 번째 문화 클러스터와 비교할 수 있다.<sup>484)</sup> 조안(Joan)은 ‘창의성으로서의 문화’에 대한 두 번째 견해가 지적재산권법에서 “문화의 보다 전통적인 특성”에 해당하며, 세 번째 설명은 보다 인류학적이며 원주민의 전통 지식을 보호하는 데 가장 적합하다고 본다.<sup>485)</sup>

과학문화권의 추가적인 운용화를 수행하기 위해 다음 절에서는 권리의 다른 요소에 대해 논의한다. 이 절에서 주목해야 할 것은 권리라는 근본적 개념의 역동적인 특성이다. 문화는 “고정된 인공물”이 아니라 “문화를 구성하는 사람들 사이의 역동적인 참여 과정”이며,<sup>486)</sup> 사회권위원회가 규정했듯이, 문화생활은 “과거, 현재, 미래가 있고 역사적이고 역동적이며 진화하는 살아있는 과정으로서의 문화에 대한 언급”을 통해 가장 잘 이

---

당화하는 담론에 대한 개념적 비판으로 파악한다(Kapczynski, 2010, pp. 18-30).

480)Latif, 2010, p. 112.

481)Kapczynski, 2008, p. 853.

482)Boyle, 2008, p. 243.

483)Romainville, 2015, p. 429. 로맹빌(Romainville)은 슌스타인(Sunstein)의 ‘불완전하게 이론화된 구체적 합의’ 이론에서 영감을 받아, 문화생활에 참여할 권리를 “일련의 명확한 예술작품에 접근할 권리”라는 제한적인 정의와 “일반논평 제21호에 제시된 인류학적 정의” 사이에 있는 새로운 정의 방식을 제시한다(ibid, p. 428). 그녀에 따르면, 이러한 접근은 문화생활에 참여할 권리가 개인에게 의미하는 여섯 가지 특권, 즉 창작의 자유, 문화유산과 표현의 다양성을 보존, 개발 및 확산할 권리, 문화생활과 문화정보에 대한 접근, 문화생활에 대한 기여, 선택의 자유, 문화 관련 의사결정에 대한 참여를 파악할 수 있게 해준다(ibid, pp. 430-435).

484)Stavenhagen, 2001, p. 87.

485)Joan, 2016, p. 65.

486)Benkler, 2006, p. 282.

해될 수 있다.<sup>487)</sup>

### 3-4-1-2. “참여한다는 것”

문화 생활에 참여하거나 참여할 권리의 주요 구성 요소는 다음과 같다: (a)문화생활에 대한 참여, (b)문화생활에 대한 접근, (c)문화생활에 대한 기여.<sup>488)</sup>

참여 요소는 ‘문화적, 종교적, 사회적, 경제적, 공적 생활’에 대한 ‘일반적인 참여’뿐만 아니라 국가 및 지역 차원의 결정에 대한 효과적인 참여까지 포함하는 능동적인 요소를 포함한다.<sup>489)</sup> 접근성 요소는 “교육과 정보를 통해 자신과 타인의 문화를 알고 이해할 권리, 문화적 정체성을 고려한 양질의 교육과 훈련을 받을 권리”를 포괄하는 것으로 폭넓게 해석된다.<sup>490)</sup> 세 번째 요소인 문화생활에 대한 기여는 ‘공동체의 정신적, 물질적, 지적, 정서적 표현’을 창조하는 등의 창작 활동에 참여할 수 있는 권리를 의미한다.<sup>491)</sup>

이 세 가지 구성 요소 중 접근 요소는 역사적으로 문화생활에 참여할 권리를 지지하는 중심이 되어 왔으며,<sup>492)</sup> 이 권리와 지적재산권의 교차점을 분석하는 데 필수적이다. 과학에 대한 권리와 더불어 문화에 대한 권리 개념은 ‘지식에 대한 접근권’이라는 문구로 가장 잘 표현할 수 있다.<sup>493)</sup> 모든 사람의 문화에 대한 권리란 모든 사람이 지식, 모든 사람의 예술과 문학에 접근할 수 있는 권리를 포함하며,<sup>494)</sup> 접근을 제한하는 성격의 지적재산권은 문화에 대한 권리와 내재적이고 근본적이며 체계적인 긴장 관계를 형성한다.<sup>495)</sup>

로맹빌(Romainville)에 따르면 접근 요소에는 두 가지 차원이 있다. 하나는 보다 저렴한 공

487)일반논평 제21호, ¶ 12.

488)Ibid, ¶ 15.

489)Thornberry, 2008, p. 7.

490)일반논평 제21호, ¶ 15.

491)Ibid, ¶ 15.

492)Romainville, 2015, p. 433.

493)예일대 로스쿨 정보사회 프로젝트가 사회권위원회에 제출한 자료(41차 세션, 2008년 11월 3-21일), p. 1.

494)Boutros-Ghali, 1970, p. 73.

495)2007년 4월, 유럽의회는 “문화 상품과 서비스에 대한 자유롭고 공정한 접근, 즉 접근이 거부될 경우 ”위조와 불법 복제의 근본 원인”이 될 수 있는 접근을 더 잘 보장하기 위해 지적재산권을 철저히 개정할 것”을 집행위원회에 촉구했다 (European Parliament, European agenda for culture in a globalising world, Resolution P6\_TA (2008) 0124 (April 2007), ¶ 52, cited in ISP of Yale, 2008, fn. 34).

연, 활동, 문화 기관, 동등하게 접근 가능한 문화 인프라를 의미하는 물질적 차원이고, 다른 하나는 문화 정보와 미디어에 대한 접근, 문화 자본과 문화의 출처에 대한 접근과 풍요로움에 초점을 맞추는 지적 차원이다.<sup>496)</sup> 지적재산권과 과학문화권의 교차점에 초점을 맞출 때, 두 번째 차원은 분배 정의와 자유를 함축한다. 접근권 요구는 배제된 자들의 주장으로, 지적재산에 대한 주장과 밀접하게 연관되어 있는 에이즈 치료제에 대한 접근권 운동에서 가장 잘 드러나듯이, 분배 정의에 대한 요구에 기반을 두고 있다.<sup>497)</sup> ‘정보 공유지’의 행동의 자유는 ‘행동할 수 있는 권한이 있는, 현존하는 정보 자원의 세계’를 조건으로 보장될 수 있다.<sup>498)</sup> 그러나 저작권이나 특허와 같은 지적재산권은 특정 정보 및 문화 자원에 대한 행동 권한을 제거하고 그러한 권한을 지적재산권 보유자의 손에 넘겨준다.<sup>499)</sup>

### 3-4-1-3. 문화생활에 참여할 권리 실현을 위한 요소

문화생활에 참여할 권리의 완전한 실현을 위해서는 문화와 문화유산을 보호하고 보존하는 것만으로는 충분하지 않으며, 모든 사람이 “지속적이고 발전적인 방식으로 문화생활에 접근하고, 참여하고, 기여할 수 있도록” 보장하는 조건과 환경이 조성되어야 한다.<sup>500)</sup>

사회권위원회는 평등과 차별금지를 기반으로 충족되어야 할 필수 조건으로 다음과 같은 사항을 강조했다: (a)문화 상품과 서비스의 이용가능성, (b)개인과 공동체가 문화를 충분히 향유할 수 있는 접근성, (c)문화 정책과 조치의 수용성, (d)국가가 채택한 문화 정책, 전략, 프로그램 및 조치의 적응성, (e)적절성(또는 문화적 적정성)이 그것이다.<sup>501)</sup>

여건과 환경의 중요성은 인간의 ‘타고난 능력’과 ‘외부적 기회’와 관련된 누스바움(Nussbaum)의 이론인 ‘결합된 역량(combined capability)’으로 설명할 수 있다.<sup>502)</sup> 이를 위해서

496)Romainville, 2015, pp. 433-434.

497)Kapczynski, 2010, pp. 37-38.

498)Benkler, 2010, p. 227.

499)Ibid, p. 228.

500)유엔 인권이사회, 특별보고관 보고서, A/HRC/31/59 (2016년 2월 3일), ¶ 8.

501)일반논평 제21호, ¶ 16.

502)누스바움이 ‘기본 역량’이라고 부르는 타고난 능력은 더 높은 수준의 역량을 개발하는 데 필요한 개인이 타고난 능력을 말한다(Nussbaum, 1997, p. 289).

는 개인이 “실제로 그 역량을 누릴 수 있도록” ‘가능성과 제도적 인프라’를 조성하는 적극적인 조치가 필요하다.<sup>503)</sup> 누구나 문화생활에 접근하고 참여하고 기여할 수 있는 실질적 기회를 보장하기 위한 인프라를 구축하는 조치는 개인의 자유와 참여적 역할과 연결되는데, 이는 문화상품을 가져와 ‘자르고 붙이고 섞고 자기 것으로 만드는’ 개인의 자유가 주로 저작권법에 의한 법적 제약에 의해 제한된다는 점에서 지적재산권의 배타적 성격과 긴장관계에 있다.<sup>504)</sup>

#### 3-4-1-4. 국가의 의무

문화 생활에 참여할 권리를 통해 당사국에 부과되는 의무는 즉각적이며, 여기에는 문화적 관행을 인정하고 그 향유와 발전에 대한 간섭을 자제하는 것이 포함된다.<sup>505)</sup> 인권에 대한 총체적 접근 방식에 따라 적극적인 조치도 부과된다. 따라서 국가는 과학과 문화의 보존, 발전 및 보급에 필요한 조치와 과학 연구 및 창작 활동에 필수적인 자유를 존중하기 위한 조치를 취해야 한다.<sup>506)</sup>

사회권규약에 명시된 다른 권리와 마찬가지로, 문화생활에 참여할 권리는 당사국에게 권리의 (a)존중, (b)보호, (c)이행의 세 가지 유형의 법적 의무를 부과한다. 문화에 참여할 권리와 관련된 최소한의 핵심 의무에는 특히 “사상, 신념 및 종교의 자유를 존중하면서 모든 사람이 자신의 문화적 실천에 참여할 수 있는 권리를 존중하고 보호할 의무”가 포함된다.<sup>507)</sup>

### 3-4-2. 과학적 진보와 그 응용의 혜택을 누릴 권리

#### 3-4-2-1. 과학, 그 발전과 응용

인권 중에서도 과학적 진보의 혜택을 누릴 권리는 ‘소외된’ 인권이다. 세계인권선언과 사회권규약은 모든 사람이 과학적 진보와 그 응용의 혜택을 향유할 수 있는 권리를 보

503)Romainville, 2015, p. 416.

504)Benkler, 2006, p. 276.

505)일반논평 제21호, ¶ 44.

506)Ibid, ¶ 47.

507)일반논평 제21호, ¶ 55(c).

장한다. 이 권리는 오래 전에 국제인권규약에 삽입되었지만 오랫동안 인권 및 과학계의 관심을 끌지 못했으며,<sup>508)</sup> 사회권규약 제15조 1항에서 아직까지 사회권위원회가 유권해석을 내리지 않고 있는 유일한 조항이다.<sup>509)</sup>

‘과학적 진보’에서 ‘과학’의 개념은 기술을 지칭하는 좁은 의미가 아니라 “사회과학을 포함한 모든 탐구 분야에서 검증과 반박이 가능하고 모든 연구를 포괄하는 지식”을 광범위하게 포괄한다.<sup>510)</sup>

3-3-1절에서 수행한, 문화생활에 참여할 권리에 대한 ‘운용화’ 작업과 병행하여 ‘과학’의 개념을 좁혀볼 필요가 있다. 가장 좁은 개념에서 과학은 “과학에 의존하는 전문적 기술 지식에 기반을 둔 산업과 생산에 적용되는 것으로서 ... 인간의 물질적 복지를 위해 자연을 조작하여 인간의 문화적 지향에 광범위한 영향을 미치는 것”으로 볼 수 있다.<sup>511)</sup> 이러한 과학의 개념은 베니스 선언의 주요 우려 사항, 즉 연구 개발을 위한 자원, 역량 및 인프라의 가용성에 관한 국가 간 격차 증가와 민간 행위자가 과학적 진보와 기술 발전의 주요 생산자가 되어 사람들 사이의 불평등을 초래하는 두 가지 요인으로 인해 인권이 받는 영향의 증가를 포함하도록 확장될 필요가 있다.<sup>512)</sup>

무역 중심의 지적재산권 규범과의 교차점을 고려하여, 과학은 “국제 무역 자유화로 인해 가장 직접적인 도전을 받는 것으로 확인된”<sup>513)</sup> 창의적 생산 및 관련 정책을 포괄하는 것으로 광범위하게 정의되며, 여기에는 특허의 적용을 받을 수 있는 기술 및 발견이 분명히 포함된다.<sup>514)</sup> 또한, “적절한 생활수준과 문화 및 과학에 참여하는 것과 같은 인권의 실현에 필수적인”<sup>515)</sup> 것으로 간주되고, 특허 독점과 신기술에 대한 광범위한 접근의 필요성 사이의 긴장을 드러내는<sup>516)</sup> 광범위한 기술도 과학 및 그 응용의 개념에 포함될 수

508)Chapman & Wyndham, 2013, p. 1291; London, Cox & Coomans, 2016, p. 26.

509)Yu, 2016, p. 41.

510)인권이사회, A/HRC/20/26 (2012년 5월 14일), ¶ 24.

511)Otieno, 1970, p. 70.

512)베니스 선언문, ¶¶ 3-5.

513)Morijn, 2008, p. 293.

514)유엔 특허 보고서 2015, ¶ 46.

515)Shaver, 2016, p. 38. ‘진보’와 ‘혜택’이라는 용어가 경제적, 사회적, 문화적 인권의 점진적 실현과 연관되어 있기 때문에 일부 학자들은 과학적 진보와 그 응용의 혜택을 누릴 권리가 그 자체가 목적이 아니라 건강권 등 다른 인권을 달성하기 위한 수단이라고 본다(London, Cox & Commans, 2016, p. 27).

516)유엔 특허 보고서 2015, ¶¶ 47-55.

있다.

### 3-4-2-2. 혜택의 공유와 향유

과학, 과학적 진보 및 그 응용의 ‘혜택’이라는 용어는 물질적 혜택과 비물질적 혜택을 모두 포함하며,<sup>517)</sup> 사람들의 복지와 인권 실현에 긍정적인 영향을 미친다는 생각을 전파한다.<sup>518)</sup> 이러한 혜택은 비차별적인 방식으로 향유되어야 한다. 이러한 평등의 원칙은 소수자 및 취약 계층뿐만 아니라 과학적 진보에 참여하지 못한 사람들에게도 적용된다. 카신(Cassin)이 세계인권선언 초안 작성 과정에서 선언했듯이, “모든 사람이 과학적 진보에 동등한 역할을 할 수 없더라도, 과학적 진보에서 파생되는 혜택에는 틀림없이 참여할 수 있어야 한다.”<sup>519)</sup>

이러한 맥락에서 과학적 진보와 그 응용의 혜택을 누릴 권리는 분배 정의와 연결되어 있으며, 과학에 대한 권리가 “기술 발전으로 인한 낙수 효과의 혜택을 기다릴 권리로 축소되지 않도록”<sup>520)</sup> “적극적 우대 조치(affirmative actions)”가 필요하다.<sup>521)</sup> 따라서 과학의 혜택에 참여할 수 있는 권리는 무엇보다도 인간성의 충분한 발전을 위한 전제 조건인 저렴한 의약품을 받을 수 있다는 것을 의미한다.<sup>522)</sup> 그렇다면 이 권리는 베니스 선언의 표현을 빌리자면 “일시적 독점”인 지적재산권, 특히 특허와 내재적 긴장 관계에 있다.<sup>523)</sup>

‘혜택 공유’의 또 다른 중요한 측면은 과학과 그 사용에 관한 의사 결정에의 대중의 참여이다.<sup>524)</sup> 이러한 측면은 과학 거버넌스의 자기 결정 원칙과 참여 민주주의 모델에 의해 정당화될 수 있다. 이러한 원칙에 따르면 과학과 그 응용에 관한 우선순위와 정책에 대

517)비물질적 이익에는 “인권의 전체 구조에 직접적인 위협이 되는 특정 편견, 예를 들어 인종적 편견의 제거(인권위원회, 1951, p. 11), 과학적 방법론 및 도구(인권이사회, A/HRC/20/26, ¶¶ 22, 24)”가 포함될 수 있다.

518)유엔 인권이사회, A/HRC/20/26, ¶ 24/

519)Morsink, 1999, p. 219.

520)Helfer & Austin, 2011, p. 237.

521)Chapman, 2009, p. 14.

522)Morsink, 1999, p. 219.

523)베니스 선언문, ¶ 10(“과학적 진보와 그 응용의 혜택을 누릴 권리는, 모든 사람의 이익보다 일부의 이익이 용납될 수 없는 우선순위를 갖는 것을 방지하기 위해 공동의 책임에 따라 관리되어야 하는 가치 있는 사회적 기능을 가진 일시적 독점인 지적재산권 제도와 긴장을 초래할 수 있다.”).

524)Saul, Kinley & Mowbray, 2014, p. 1218.

한 주요 결정은 한 사회 내의 다양한 공동체의 의견을 수렴하여 이루어져야 한다.<sup>525)</sup> 의사 결정 과정에 대한 대중의 참여는 안전과도 관련이 있는데, 농업 생명공학 및 인공 지능의 사례에서 볼 수 있듯이 특정 과학 발전은 해롭고 위험할 수 있기 때문이다.

의사결정 과정에의 참여는 과학적 진보의 혜택을 누릴 권리의 성격에 비추어 볼 때도 매우 중요하다. 이 권리는 개인이나 집단에게 과학적 진보의 혜택을 요구할 수 있는 집행 가능한 권리를 직접 부여하는 것은 아니다. 그보다는 사람들이 “과학적 진보의 혜택을 이용 가능하고 접근 가능하게 하는 것을 목표로 하는 정책 프레임워크의 채택 및 시행”을 요구할 수 있는 권리를 수반한다.<sup>526)</sup> 이러한 혜택의 이용가능성과 접근성은 과학적 발전과 혁신을 촉진하는 것뿐만 아니라 사람들이 기존의 과학적 지식과 생산물에 접근하고 사용하는 데 방해가 되는 장애물을 제거함으로써 보장될 수 있다. 여기서 무역 중심의 지적재산권 규범의 설정 과정은 과학문화권과 충돌을 야기하며, 이에 대해서는 3-5절과 이어지는 사례 연구 장에서 논의할 것이다.

### 3-4-2-3. 규범적 내용

이 권리의 규범적 내용을 살펴보기 위해서는 이 권리의 상호 연계성을 고려해야 한다. 과학적 진보와 그 응용으로부터 혜택을 받을 권리는 사회권규약 제15조 제3항의 과학적 연구와 진보에 필수적인 자유, 저작자 조항에 따른 권리, 식량권(사회권규약 제11조), 건강권(사회권규약 제12조), 깨끗한 환경, 교육, 정보, 노동권, 사회보장, 지속가능한 개발, 물과 같은 기타 권리 등 다양한 다른 인권과 불가분의 관계를 맺고 있다.<sup>527)</sup>

과학적 진보 및 그 응용의 혜택을 누릴 권리의 규범적 내용은 (a)과학적 연구와 의사소통의 자유, (b)과학적 진보의 혜택 향유, (c)과학의 부정적 영향으로부터의 보호라는 세 가지 측면을 고려하여 논의할 수 있다.<sup>528)</sup> 이러한 전제를 바탕으로 특별보고관은 과학 권에 대한 네 가지 규범적 내용으로 (a)모든 사람이 차별 없이 과학의 혜택을 누릴 권리, (b)모든 사람이 과학 사업에 기여할 수 있는 기회와 과학 연구에 필수적인 자유, (c)의사

525)Chapman, 2009, p. 15.

526)London, Cox & Coomans, 2016, p. 28.

527)베니스 선언문, ¶ 12(d).

528)Saul, Kinley & Mowbray, 2014, p. 1215.

결정에 개인과 공동체의 참여, (d)과학 기술의 보존, 개발 및 확산을 촉진하는 환경을 제  
안한다.<sup>529)</sup>

이 중 과학 연구와 커뮤니케이션의 자유는 의견 개진과 표현, 정보의 탐색, 수신, 전달의  
자유, 모든 공공 및 민간 행위자의 동등한 접근과 참여, 역량 강화와 교육을 위한 참여  
환경을 조성함으로써 보장될 수 있다.<sup>530)</sup>

문화생활에 참여할 권리와 마찬가지로 과학에 대한 권리의 실현을 위해서는 과학 지식  
에 대한 접근이 필수적이다.<sup>531)</sup> 과학 지식이 완전히 (독점적으로) 보호되면, 과학에 대한 권  
리를 누리고 행사할 수 있는 방법을 찾기 어렵다.<sup>532)</sup> 따라서 특별보고관은 개인이 과학  
적 진보의 결실을 누릴 기회를 박탈할 정도로 지식의 사유화가 촉진되는 것을 경계해야  
한다고 강조한다.<sup>533)</sup> 실질적 의미에서 과학에 대한 권리는 정수(淨水), 필수 의약품, 전기,  
전화, 인터넷 서비스와 같은 필수 기술에 대한 보편적 접근과 과학 교육 및 학습 도구에  
대한 접근을 우선시하는 것을 의미한다.<sup>534)</sup>

과학기술의 확산을 촉진하기 위한 환경 조성은 과학기술 지식의 암묵적 특성을 고려하  
여 문화생활 참여권과는 다르게 접근할 필요가 있다. 앞선 2-2-2절에서 살펴본 바와 같  
이 과학기술 지식은 암묵적이고 실용적인 지식으로 정보비용과 학습비용을 필요로 한  
다. 따라서 과학기술에는 ‘순수한’ 공공재 이론이 적용되지 않는다. 이전 등을 통해 기술  
정보에 자유롭게 접근할 수 있더라도 “수신자가 이를 검색하고 이해하고 활용할 수 있  
는 기본 지식이 있어야 한다”는 것이다.<sup>535)</sup> 따라서 과학기술 지식을 공공재로서의 정보  
와 동일시하는 것은 잘못된 것이다. 이러한 견해는 남과 북 사이의 기술 이전에서 중요  
한 의미를 가지는데, 이는 트립스(2-5절 및 2-6절 참조)와 트립스-플러스 양자 간의 깨진 약  
속이 되었다(한-EU FTA와의 비교 분석은 5-3-2절 참조).

529)유엔 인권이사회, A/HRC/20/26, ¶ 25; Bidault, 2016, p. 21.

530)베니스 선언문, ¶ 13.

531)유엔 인권이사회, A/HRC/20/26, ¶ 27.

532)Yu, 2016, p. 77.

533)유엔 인권이사회, A/HRC/20/26, ¶ 65.

534)유엔 총회, 과학 발전의 혜택 및 그 응용을 누릴 권리에 대한 세미나에 관한 OHCHR 보고서, A/HRC/26/19 (2014년  
4월 1일), ¶ 11 (샤버(Shaver) 씨의 발표를 요약한 것).

535)Archibugi & Filippetti, 2015, p. 486.

#### 3-4-2-4. 국가의 의무

과학권에 대한 국가의 의무에는 다음과 같은 것이 포함된다: (a)사상의 자유, 간섭 없이 의견을 제시하고 모든 종류의 정보와 아이디어를 구하고, 받고, 전달하는 등 과학적 연구와 창작 활동에 필수적인 자유를 존중하고, 인권과 기본적 자유의 향유를 제한하거나 방해할 수 있는 방식으로 과학기술이 이용되는 것을 방지하기 위한 적절한 조치를 취할 것, (b)제3자가 인권을 해치는 과학기술을 이용하는 것을 금지하고 방지하는 조치를 취함으로써 권리를 보호하고, 특히 정보에 대한 권리와 자유롭고 충분한 정보에 입각한 동의를 보장할 것, (c)과학기술의 발전과 확산을 촉진하기 위한 법적 및 정책적 프레임워크를 채택하고 제도를 확립하며, 과학의 혜택과 그 응용에 대한 접근을 비차별적으로 촉진함으로써 이를 이행할 것.<sup>536)</sup>

---

536)베니스 선언문 11 14-16.

## 규범 설정 프로세스

2014년 유엔 저작권 보고서와 2015년 특허 보고서는 모두 국제 지적재산권 규범 설정의 투명성과 민주적 절차에 대해 상당한 우려를 표명하고 있다. 특히, 극비리에 진행되었고 기업의 참여는 상당 부분 허용되지만 이에 상응하는 공익적 목소리는 배제되는 양자 간, 지역 간 또는 다자간 무역 협상(예: ACTA 및 TPP)은 공공의 복지나 인권을 희생하여 사익을 증진할 우려가 있다.<sup>537)</sup> 이러한 민주주의의 결핍은 시민적 및 문화적 권리에 관한 자유권규약 제25조에 명시된 공적 업무에 참여할 권리<sup>538)</sup> 및 과학문화권과 충돌할 수 있다.<sup>539)</sup>

양자 간 무역 협상에서 규범 설정의 투명성과 대중의 참여는 WIPO나 WTO와 같은 다자간 논의에 비해 훨씬 덜 보장된다. 양자 간 포럼에서는 오히려 비밀주의가 오랫동안 표준이 되어 왔다. 덜 투명한 협상 포럼으로의 전환은 “사회 운동에 의해 아직 도전받지 않은 새로운 불평등 규범을 다른 포럼에서 제도화하려는 강력한 행위자들의 노력의 일

537)2014년 유엔 저작권 보고서, ¶ 19. TPP의 경우, 법률가들은 초안에 접근할 수 없었지만, 소위 “무역 자문가”들은 종종 TPP 초안의 주요 부분에 접근할 수 있었는데, 이러한 “무역 자문가”들은 “단순히 미국 기업의 이익을 대변하는 로비스트들”이었다(Rubinson, 2017, p. 454).

538)공적 업무의 수행은 공공 행정의 모든 측면과 국제적, 국가적, 지역적, 지방적 차원의 정책 수립 및 집행을 포괄하는 광범위한 개념이다(공공 업무 참여권, 투표권 및 공공 서비스에 대한 동등한 접근권에 관한 일반논평 제21호, ¶ 5).

539)문화생활에 참여할 권리는 문화생활에 기여할 권리를 포함하며, 이는 개인의 문화적 권리 행사에 영향을 미치는 정책과 결정의 정의, 구체화 및 이행에 참여할 권리에 의해 뒷받침된다(일반논평 제21호, ¶ 15(c)).

환”이며,<sup>540)</sup> “협정에서 제안되는 기준에 대한 공개적인 논쟁”을 피하기 위한 것이다.<sup>541)</sup> 양자 간 무역 협상에 참여하는 정부 관료들은 비공개 협상 전략을 선택할 재량권이 있으며, 외교관과 협상가들의 입장에서는 비밀을 유지하는 것이 원활하고 효율적인 협상 과정을 가능하게 하고 협상가들에게 신뢰감을 주는 환경을 조성한다는 점에서 가치 있는 것처럼 보인다.<sup>542)</sup> 그러나 양자 간 무역 포럼에서 이루어지는 지적재산권 관련 협상은 개방성이 잘 확립된 규범으로 되어 있는 국내법과 직접적으로 연계되어 있고, 점점 더 다양한 계층에 영향을 미치는 다양한 이슈를 다루고 있다는 점을 고려할 때, 이러한 재량은 무역 협상의 투명성과 대중의 참여를 통해 보장될 수 있는 공공의 이익과 균형을 이를 필요가 있다.

따라서 워싱턴 선언에서 선포한 바와 같이, “지적재산권 정책 결정은 광범위한 대중의 참여를 장려하는 투명성과 개방성의 메커니즘을 통해 이루어져야 하고 ... [그리고] 새로운 규칙은 기존의 포럼 내에서 만들어져야 하며 ... 제안서의 텍스트와 이를 논의하기 위한 포럼은 공개되어야 한다”, 그리고 “[모든] 새로운 지적재산권 표준은 민주적 견제와 균형의 적용을 받아야 한다”고 선언하고 있다.<sup>543)</sup>

앞서 3-4-1절과 3-4-2절에서 논의한 바와 같이 개인이 과학문화권을 실제로 누릴 수 있는 가능성을 창출하는 적극적 우대 조치와 제도적 인프라, 그리고 문화-과학 정책의 의사결정 과정에 대한 대중의 참여가 필요하다는 과학문화권의 적극적 성격에 비추어 볼 때, 투명성만으로는 충분하지 않다. 투명성은 정보의 개방성 또는 정보에 대한 접근성 향상을 의미하며, 주로 정보 형평성에 초점을 맞추고 있다.<sup>544)</sup> 투명성은 정보의 비대칭성을 제거하여 정부와 국민 간의 권력 구조를 변화시키고, 보다 민주적이고 인권 친화적인 규범 설정에 기여할 수 있다.<sup>545)</sup> 그러나 투명성이 반드시 적극적인 참여를 보장하는 것은 아니다. 적극적인 참여를 위해서는, 정책 결정자로서 정부의 재량권을 인정

540) Flynn, Baker, Kaminski & Koo, 2013, pp. 110-111 (citing Morin, J-F. (2006). 양자 간 협정에서 지적재산권과 보편을 둘러싼 TRIPS 논쟁 유도하기, *International Journal of Intellectual Property Management*, 1, 37)

541) Flynn, Baker, Kaminski & Koo, 2013, p. 110.

542) Limenta, 2012, pp. 78-79, 86.

543) 2011년 8월 25일부터 27일까지 32개국 180여 명의 전문가가 참석한 가운데 열린 ‘지적재산과 공익에 관한 국제회의 (Global Congress on Intellectual Property and the Public Interest)’에서 채택된 ‘지적재산과 공익에 관한 워싱턴 선언’.

544) Limenta, 2012, p. 92.

545) 이에 대해서는 나중에 FTA에 대한 사례 연구, 특히 형사 집행 규칙의 조화를 위한 EC의 노력에 대한 5-6-3절 참조.

하면서도, 영향을 받는 개인과 집단이 의사결정에 영향을 미치고 의제 설정과 실제 논의에 참여할 수 있는 능력을 갖도록 보장되어야 한다.

지적재산권 규범 설정 과정의 투명성과 대중의 참여는 인권규약이 국가에 부과하는 의무이다. 그러나 지적재산권 정책이 민주적인 방식으로 만들어지기 위해서는 정책 결정자들에게 투명성과 대중 참여의 이점을 설득할 필요가 있다.<sup>546)</sup> 민주적 절차의 부재는 규범의 효율성과 정당성에 의문을 제기하게 한다.<sup>547)</sup> 리멘타(Limenta)의 말처럼 “투명성과 대중의 참여는 무역 협상 과정의 신뢰성을 높이는 데 중요한 역할을 한다. 신뢰도가 높을수록 규범도 더 잘 준수된다.”<sup>548)</sup> 또한 규범 설정에 있어 투명하고 민주적인 절차는 보호와 보급 사이의 공정한 균형을 유지하는 데 필수적이며, 그렇지 않으면 지적재산권 제도는 신뢰를 잃게 될 것이다.<sup>549)</sup>

또한, 이러한 방식으로 제정된 국제 지적재산권 규범은 접근 지향적 입법과 같은 대안적 모델의 가능성을 봉쇄하고 있다. 이로 인해 A2K 운동이 해결하고자 하는, 접근 지향 모델에 대한 엄격한 제한과 함께 독점적 모델의 확산이라는 일종의 경로 의존성이 생겨났다.<sup>550)</sup> 따라서 무역 협정을 포함한 국제 지적재산권 제도는 대중의 참여와 논평을 허용하는 투명한 방식으로 협상되어야 하며, 혁신가와 일반 대중의 의견을 수렴하여 광범위한 참여를 촉진하는 포럼에서 국가 특허법과 정책을 채택하고 검토할 것이 권장된다.<sup>551)</sup>

546)Limenta, 2012, p. 93.

547)Drahos, 2002, p. 180.

548)Limenta, 2012, p. 77.

549)투명하고 민주적인 절차에 대한 모범 사례 중 하나는 2014년 영국의 저작권법 개정 과정이다. 새로운 법안은 광범위한 협의의 과정을 거쳐 채택되었으며, 그 결과 저작권 예외와 제한을 확대하고 몇 가지 중요한 제한을 더 이상 사적 계약으로 무시할 수 없도록 하는 법안이 마련되었다(2014년 유엔 저작권 보고서, ¶ 86).

550)Bannerman, 2016, p. 18.

551)2015년 유엔 특허 보고서, ¶¶ 92-93.

## 지적재산권의 인권 모델

### 3-6-1. 새로운 균형과 제한 및 예외(L&E)

균형은 지적재산권 제도의 기본 요소이다. 균형은 지적재산권에서만 기본적인 것이 아니라 법 전반의 핵심적인 문제이다. 인류 집단의 평화로운 공존을 유지하는 법의 역할은 상반된 이해관계 간의 균형을 통해서만 달성될 수 있다.<sup>552)</sup> 그러나 무역 중심의 지적재산권 체제에서는 그 균형이 권리 보유자에게 유리하게 편향되어 있다. 베른협약이나 파리협약과 달리 트립스 협정은 제7조에서 권리와 의무 간의 '균형'이라는 용어를 사용하고 있다. 그러나 균형 조항은 지적재산권의 강력한 보호와 집행을 위한 다수의 실제적 조항에 의해 그 의미가 상쇄되고 있다. 또한 균형 조항은 트립스 적용에 있어 독립적인 비중이 거의 혹은 전혀 없다.<sup>553)</sup> 균형 조항은 트립스의 불균형에 대한 우려를 전혀 해소하지 못한다.

게다가 트립스-플러스 양자 및 지역 무역 협정에는 균형 조항도 없다. 웨슬러(Wechsler)의 연구에 따르면 미국이 주도하는 17개의 FTA 중 단 한 개, 미-칠레 FTA만이 “보호 대

552) Geiger, 2015, access right, p. 6.

553) Wechsler, 2009, p. 4. (2009년까지 25건의 트립스 분쟁 해결 사건에서 “지적재산권법 맥락에서 ‘균형’이라는 용어를 명시적으로 언급한 상소기구 보고서는 1건, 패널 보고서는 3건에 불과했다.”)

상 저작물과 관련하여 권리자와 사용자 및 공동체의 정당한 이익 간의 균형을 달성할 필요성”을 명시적으로 인정하고 있다.<sup>554)</sup> 일부 EU FTA는 더 심하다. 예를 들어, 한-EU FTA는 제10조 1항에서 지적재산권 챕터의 목표를 다음과 같이 제시하며 균형을 명시적으로 무시하는 노골적인 조항을 포함하고 있다: “(a) 양 당사국에서 혁신적이고 창의적인 제품의 생산과 상업화를 촉진하고, (b) 적절하고 효과적인 수준의 지적재산권 보호 및 집행을 달성하는 것.”<sup>555)</sup>

지적재산권에 대한 인권적 접근은 무역 중심적 지적재산권 규범의 무너진 균형을 회복하는 데 도움이 될 수 있다. 공정하게 균형을 잡기 위해서는 먼저 균형을 잡아야 할 두 개의 대립되는 극을 설정하는 것이 중요하다. 인권 모델에서 과학문화권의 보급 측면은 지적재산권 보유자의 사적 이익과 균형을 이루어야 한다. 그리고 균형을 맞출 때 사적 이익이 지나치게 우선되어서는 안 되며, 창작물에 대한 폭넓은 접근을 누리는 공익이 충분히 고려되어야 한다.<sup>556)</sup>

두 번째 단계는 더 폭넓은 관점을 취하는 것이다. 브레이크키(Breakey)의 말처럼 저작권 예외 조항은 “타인의 저작물 복제를 근본적으로 금지하는 큰 바다 속의 작은 섬”이 아니다.<sup>557)</sup> 오히려 “지적재산권이 더 큰 대륙의 작은 호수에 불과하며, 언론의 자유와 같이 훨씬 더 넓고 근본적인 권리에 대한 제한적이고 잠정적인 예외”에 해당한다.<sup>558)</sup> 이러한 접근 방식은 과학문화권의 총체적 접근 방식과 일치한다. 이로부터 보다 적극적인 사용자의 권리가 구성될 수 있다.

이전 절에서 논의한 바와 같이 저작자의 도덕적, 물질적 이익의 보호는 다른 인권, 특히 문화권의 완전한 향유를 촉진할 때에만 정당화될 수 있다. 문화권이 적극적 권리라는 점을 고려할 때, 균형 잡기 작업은 도덕적, 물질적 이익 보호에 대한 단순한 제한이나 예

554) Wechsler, 2009, p. 3.

555) 2012년 6월 29일에 서명된 EU-콜롬비아 및 페루 FTA 제195조와 비교할 것 (“이 표제(title)의 목적은 다음과 같다: (a) 혁신과 창의성을 촉진하고 양 당사국 간의 혁신적이고 창의적인 제품의 생산 및 상업화를 촉진하며, (b) 기술의 이전 및 보급에 기여하고, 사회경제적 복지 및 지적재산권 보유자의 권리와 공익 간의 균형을 촉진하는 적절하고 효과적인 수준의 지적재산권 보호 및 집행을 달성하는 것”). 협정 파트너의 경제 개발 목표의 우선순위를 인정하는 EU FTA의 목적 조항의 문구가 변경된 이유 중 하나는 EU 협상가들이 이전 EU FTA의 트립스-플러스 의제에 대한 상당한 비판을 의식했기 때문일 수 있다 (Maskus, 2014, pp. 171-172).

556) 일반논평 제17호, ¶ 35.

557) Breakey, 2016, p. 2.

558) *ibid.*

외를 의미하는 것이 아니다. 따라서 제한과 예외에 대한 제한적 해석의 원칙은 더 이상 균형 잡기 작업에 적용되지 않는다. 문화생활에 참여할 권리와 과학적 진보의 혜택을 누릴 권리는 지적재산권 보호의 '제한과 예외' 또는 트립스의 유연성에 의존하지 않고도 충분히 정당화될 수 있다.

이러한 균형 잡기 작업에서 중요한 것은 무역 중심적인 지적재산권 규범의 성격을 이해하는 것이다. 이러한 규범은 개인의 창의적 활동을 장려하는 것을 목표로 하지 않는다. 오히려 4장과 5장에서 살펴본 바와 같이 기술 및 문화 산업에서 제품을 상업화하고 무역 상대국 투자자들의 지대 추구를 촉진하는 것을 목표로 한다.

### 3-6-2. 저작자의 물질적 이익 보호를 위한 책임 규정

재산권 규칙과 책임 규칙은 자격에 대한 법적 보호의 두 가지 다른 형태이다. 칼라브레시(Calabresi)와 멜라메드(Melamed)는 이 두 가지를 구분하는데, 재산권 규칙 하에서는 특정 행위를 하거나 특정 침해를 받지 않을 절대적인 권리가 부여되는 반면, 책임 규칙 하에서는 손해배상이 있는 한 타인의 침해를 수용해야 한다.<sup>559)</sup>

법에 대한 경제적 비용 편익 분석에서 재산권과 책임 규칙 사이의 선택은 외부효과와 거래 비용이라는 두 가지 요소에 따라 달라진다. 코즈(Coase)는 그의 중요한 논문에서 외부효과가 존재하더라도 시장 시스템을 통한 사적 협상이 최적의 결과를 이끌어낼 수 있다고 주장한다.<sup>560)</sup> 또한 거래 비용이 0이라면 초기 자격의 배분은 중요하지 않다.<sup>561)</sup> 즉, 재산권 규칙이나 책임 규칙에 따라 누가 자격을 갖는지는 결과에 영향을 미치지 않는다. 그러나 코즈 자신도 인정했듯이 거래 비용이 없다는 것은 “매우 비현실적인 가정”이다.<sup>562)</sup> 그렇다면 거래 비용이 존재할 때 두 가지 질문이 발생하는데, 바로 자격을 어떻게 할당할 것인가와 어떤 규칙을 적용할 것인가이다. 기존의 통념은 가장 비용이 적게 드는 해결책을 가진 사람에게 의무를 부과하는 방식으로 자격을 부여하며, 거래 비용이 낮을 때는 재산권 규칙이 더 나은 반면, 거래 비용이 높을 때는 책임 규칙이 더 효율적인

559) Calabresi & Melamed, 1972, p. 1091.

560) Coase, 1960.

561) Merges, 1994, p. 2565 (f.n. 6).

562) Coase, 1960, p. 15.

결과를 낳고 외부효과가 내부화된다는 것이다.<sup>563)</sup> 재산권 규칙은 법원이나 공공 정책 입안자가 손해배상액을 산정하기 어려운 경우에도 선택된다.

지적재산권의 맥락에서 볼 때, 대부분의 창의적 저작물과 혁신은 긍정적인 외부효과를 발휘하며, 자유 시장에서는 창의적 재화의 과소 생산이 발생할 수 있다.<sup>564)</sup> 이는 현재 지적재산권에 대한 지배적인 정당화, 즉 공리주의적 정당화로 설명할 수 있다.<sup>565)</sup> 창작자는 무임승차자가 창의적 재화를 통해 누리는 혜택을 완전히 포섭하거나 ‘내부화’할 수 없는데, 이는 창의적 재화가 비경합적이고 비배제적이기 때문이다. 이러한 ‘공공재’ 문제 또는 ‘공유지의 비극’ 문제로 인해 창작자는 창작에 필요한 비용을 부담하는 것을 꺼리게 되고, 이는 과소생산으로 이어진다. 따라서 창작자 보호를 위한 재산권은 긍정적인 외부효과를 내부화하기 위한 도구로 등장한다.<sup>566)</sup> “재산권 규칙의 고전적 사례”<sup>567)</sup>인 지적재산권은 코즈 모델(Coasean Model)과 뎀세츠 모델(Demsetzian Model) 모두에서 다양한 설명으로 정당화된다.

예를 들어, 머지스(Merges)는 코즈 모델의 재산권 규칙을 지지한다. 그 이유는 (1)지적재산권 거래에서 두 당사자만 있고, (2)거래 비용이 낮으며, (3)창의적 아이디어의 추상적 특성과 지적재산권 자산이 활용되는 다양하고 복잡한 비즈니스 환경을 고려할 때 법원이 교환 조건을 설정하는 데 어려움이 있는데, 코즈 모델의 재산권 규칙이 지적재산권과 관련된 상황에서 효과적으로 작동하기 때문이다.<sup>568)</sup> 뎀세츠의 모델을 발전시킨 키에프(Kieff)는 지적재산권의 강력한 재산권 보호가 지적재산권 자산의 상업화에 효율적이

563)Krauss, 1999, p. 788; Merges, 1994, p. 2655. 낮은 거래 비용의 놀라운 사례 중 하나는 양봉업자와 농부 사이의 협상이다. 꿀벌은 멀리 날아다니지 않기 때문에 한 양봉업자가 한 농부와 수분 서비스를 계약할 수 있다. 여기서는 방관자가 없고 재산권이 명확하다. 즉, 양봉업자는 꿀벌을, 농부는 농작물을 소유한다. 따라서 꿀벌이 인근 농장의 작물을 수분함으로써 발생하는 외부효과는 모두 내부화된다(Cheung, 1973). 거래비용이 높은 사례로는 휴대전화를 사용하면서 운전하기(타인의 안전에 부정적 외부효과가 있지만, 사람들은 모든 운전자와 계약할 수 없다), 독감 예방주사(긍정적 외부효과가 나타나지만, 지하철에서 재채기를 하지 않는 등 수혜자를 알기 어렵다), ‘담배를 피우지 않아서 고마워’(긍정적 외부효과가 나타나지만 2차 흡연의 잠재적 피해자와 효율적인 거래를 하기 어렵다) 등 많은 사례가 있다.

564)Langus, Neven & Shier, 2013, p. 40. 이와는 대조적으로, 머지스(Merges)는 창의적 아이디어의 추상적 특성으로 인해, 지적재산권에 외부효과가 존재하는지조차 논쟁의 여지가 있다고 지적한다(1996, p. 2658).

565)Fromer, 2010, p. 1458.

566)Kieff, 2006, p. 338; Demsetz, 1976, p. 354 (“재산권은 외부효과의 영향을 받는 사람들이 이익과 비용을 내재화하는 것이 경제적이 될 때 발생한다”고 주장함).

567)Merges, 1994, p. 2655.

568)Ibid, p. 2664.

라고 주장한다.<sup>569)</sup>

비평가들은 지적재산권 사안에서 재산권 규칙을 적용할 때 가장 큰 위험은 지적재산권 보유자가 타인의 사용을 승인하는 조건으로 전체 가치를 요구할 수 있게 되어, 사회가 후속 창작자에 의한 개선의 혜택을 누리지 못하게 하는 ‘강탈’이라고 지적한다.<sup>570)</sup> 더 중요한 것은 재산권 선택 규칙의 기본 가정과 달리, 지적재산권 협상에서 거래 비용이 낮지 않다는 점이다. 지적재산권 협상에서 거래 비용이 높은 이유는 보호 영역과 비보호 영역의 경계를 구분하는 데 드는 비용 때문이다. 특허와 저작권의 범위는 특허의 경우 ‘동등성의 원칙’, 저작권의 경우 ‘실질적 유사성’과 같은 불확실한 해석 규칙에 의해 결정된다. 이러한 규칙도 다양하다. 또한 특허의 경우 대부분의 특허가 소송에서 무효로 판명되기 때문에 권리의 유효성이 불확실하다. 따라서 경제학자, 특히 정보 경제학자들은 지적재산권의 재산권 원칙을 명확하게 지지하지 않거나 덜 지지한다.<sup>571)</sup>

인권 담론이 재산권과 책임 규칙 사이의 선택에 개입할 수 있는 한 가지 지점은 법경제학의 기본 전제에 있다. 코즈 모델의 ‘최적 결과’는 소득의 분배가 아닌 경제적 효율성, 즉 자원의 효율적 배분이라는 측면에서 결정된다.<sup>572)</sup> 문제는 이 경제 모델이 경제적 효율성을 평가하는 기준으로서 정의(justice)를 완전히 거부하지는 않지만, 정책의 정의와 분배적 결과를 심각하게 고려하지 않는다는 것이다.<sup>573)</sup> 3-2-1절에서 살펴본 바와 같이 창작자의 도덕적, 물질적 이익에 대한 인권 보호는 독립적인 기반이 없고 보급 측면과 불가분의 관계에 있다는 점을 고려할 때, 자원의 공평한 배분과 분배적 정의에 대한 고려는 지적재산권 인권 모델의 기본 조건이다. 공리주의적인 경제적 효율성의 목표, 즉 총후생 극대화가 정의를 대신할 수 없으며, 지적재산권을 포함한 특정 법규에 반영된 가치가 공리주의적 계산의 단순한 요소로 환원되어서는 안 된다.<sup>574)</sup>

(신)고전 경제 모델의 또 다른 문제점은 합리적 행위자는 효용을 극대화하는 이기적 행

569)Kieff, 2006, p. 332.

570)Lemley, 2012, p. 468.

571)Kapczynski, 2012, p. 988.

572)Coase, 1960.

573)Posner, 1998, p. 30.

574)Lee, 2000, p. 26.

위자이고, 효용은 양적으로만 변하기 때문에 측정 가능하다는 전제이다.<sup>575)</sup> 그러나 이기심은 창작자의 주된 동기가 아니며 행위자는 합리적으로 행동하지만은 않는다. 행동 경제학자들은 기부 효과, 후회 회피, 낙관주의/소유 편향 등 다양한 요인이 행위자의 행동에 영향을 미친다고 말한다. 저작권 저작물의 경우, '창조성 효과'로 인해 합리적인 창작자는 구매자보다 자신의 저작물을 더 높게 평가하므로 저작물의 최적 거래를 위해서는 재산권 규칙보다 책임 규칙이 더 낫다는 것이다.<sup>576)</sup>

지적재산권에 대한 인권적 접근은 재산권 규칙보다는 책임 규칙을 지지한다. 책임 규칙은 이 장에서 논의한 과학문화권의 세 가지 구성 요소 모두에서 지지된다. 첫 번째 구성요소인 저작자 조항에서 저작자의 도덕적, 물질적 이익의 보호를 위해 반드시 재산적 보호가 필요한 것은 아니다. 오히려 지적재산권에 대한 인권적 접근에서는 재산권 규칙을 부정한다.<sup>577)</sup> 보호를 극대화하는 최대주의적 지적재산권 개념은 지적재산권의 대상이 비경합성, 비배제성의 특징을 지닌 공공재라는 전제하에, 과소생산이나 무임승차의 문제를 재산권의 보호와 유사한 지적재산권의 배타적 재산권으로 해결해야 한다는 것이다. 그러나 이러한 주장은 실증적 근거가 부족하다.<sup>578)</sup> 그럼에도 불구하고 현대의 지적재산권 기준은 점점 더 높은 보호 수준, 즉 제임스 보일이 '증거 없는 영역'이라고 지칭한 것으로 나아가고 있다.<sup>579)</sup>

지적재산권의 인권 모델에서는 보호 수준을, '개별 창작자가 적절한 생활수준을 누릴 수 있는 능력'과 연결되는 창작자의 물질적 이익으로 제한하여 지적재산권을 재구성할 것을 제안한다.<sup>580)</sup> 적절한 생활수준을 누릴 권리는 일시금을 통해 달성할 수 있으며,<sup>581)</sup> 이를 기반으로 한 책임 규칙은 로열티보다 높은 거래 비용을 방지하고 기본권 제한이 적

575)Nussbaum, 1997, p. 1197.

576)Buccaffusco & Sprigman, 2011, p. 32.

577)재산권과 관련하여, 과학문화권에 대한 세계인권선언과 사회권규약의 표현은 세계인권선언 제17조의 재산권 보호와는 상당히 다르다는 점에 유의해야 한다(Helfer & Austin, 2011, p.186).

578)Lemley, 2015a, pp. 1336, 1338 (실증적 증거를 제시하지 못하는 학자들은 종교와 같은 "증거를 전혀 필요로 하지 않는 신념 체계"에 의지하고 "지적재산권을 그 자체로 목적으로 믿는다"고 주장한다); Merges, 2011, p. 3 ("나는 사람들이 지적재산권법이 없을 때보다 있을 때 더 잘 산다는 검증 가능한 데이터에 근거해 현재의 지적재산권 시스템을 정당화할 수는 없다"고 고백했다).

579)Boyle, 2008, p. 205.

580)A/70/279 ¶ 10 및 A/HRC/28/57 ¶ 12. 특별보고관은 물질적 이익에 대한 권리가 재산권이나 배제의 권리와 혼동되어서는 안 된다고 지적했다.

581)일반논평 제17호, ¶ 16.

으며 창작자에게 적절한 수입을 보장하는 데 더 효과적일 수 있다.<sup>582)</sup> 책임 규칙은 헬퍼(Helfer)와 오스틴(Austin)이 제안한 것처럼 “책임 규칙, 부담금, 정부 보조금” 등의 대안 모델을 결합하고 “최소한의 성명표시권 및 동일성유지권을 제외하고는 독점권을 완전히 포기”하는 방식으로 점진적으로 시행할 수 있다.<sup>583)</sup>

### 3-6-3. 발명에 대한 권리

#### 3-6-3-1. 표현으로서의 발명

인권 모델은 발명권 또는 특허권의 개념에 다소 급진적인 변화를 요구한다. 3-3절에서 살펴본 바와 같이, 저작자 조항의 협상 역사를 보면 초안 작성자들이 지적재산권에 대한 인권적 접근 방식에서 특허권과 같은 보호를 명시적으로 제거했음을 알 수 있다. 또한 조약 해석의 원칙에 따라 저작자 조항을 해석하면 저작자의 물질적 이익 보호가 다른 사람이 발명을 사용하지 못하도록 배제하는 특허권을 포함하지 않는다는 것을 알 수 있다. 그러나 특허권이 저작자 조항의 범위에서 제외된다고 해서 발명에 대한 권리가 발명의 보호에 대한 인권적 접근과 상충된다고 주장하는 것은 아니다. 인권의 관점에서 발명은 기존의 국내 및 국제 특허법과는 상당히 다른 방식으로 정의된다. 발명이 발명가가 지닌 인간 정신의 “본질적으로 개인적인 특성”<sup>584)</sup>을 재현하는 한, 발명가는 저작자 조항의 의미에 따라 저작자로서 인권 보호를 주장할 수 있다.

발명가를 저작자로 재개념화하거나 발명을 표현으로 재구성하기 위해서는 발명 및 저작권 저작물의 성격과 발명이 생산(‘발명 과정’)되고 저작물이 저작(‘저작 과정’)되는 과정을 검토할 필요가 있다.

발명과 저작물은 특허법과 저작권법의 핵심이지만, 여러 관할권에 걸쳐 적용 가능한 일관된 발명 및 저작물 이론이 없고, ‘발명 과정’과 ‘저작 과정’에 대한 연구도 미흡한 실정이다. 발명의 본질과 관련하여 일부 국가 법률은 발명이 무엇인지에 대해 적극적으로

582) Mylly, 2015, p. 109.

583) Helfer & Austin, 2011, p. 514.

584) 일반논평 제17호, ¶ 12.

정의하고 있으며,<sup>585)</sup> 어떤 국가의 법률은 특허 대상 발명에서 제외되는 범주를 단순히 나열하고 있다.<sup>586)</sup> 적극적인 정의 규정이 없는 경우, 특히 신기술 분야에서는 발명의 개념에 포함되는 범주와 포함되지 않는 범주의 경계를 명확히 구분하기 어렵다.<sup>587)</sup> 이러한 비밀관성과 난해함은 저작권에서도 발견된다. 대부분의 국내 및 국제 저작권법은 문학 및 예술 작품이 무엇인지 정의하지 않는다. 저작물에 대한 “일관된 이론의 부재”에도 불구하고,<sup>588)</sup> 저작물은 “저작자가 아이디어를 표현하기 위해 채택한 독창적인 형식”<sup>589)</sup> 또는 “저작자가 아이디어나 정보를 세상에 전달하는 특정한 표현 형식”<sup>590)</sup>이라는 데 대체적인 합의가 이루어지고 있다.

그러나 '독창성'의 요건이 성문화되고 해석되는 방식은 법적 전통에 따라 다르며, 그 의미도 일반적으로 생각하는 것만큼 자명하지 않다.<sup>591)</sup> 관습법 하의 저작권 체계에서 독창성이란 “저작물이 이전 출처에서 복사한 것이 아니라, 저작권 소유자로부터 유래한 것”을 의미하므로,<sup>592)</sup> 영국 저작권 체계에서는 “문화적 또는 예술적 가치가 있거나 제작자 또는 저작자의 개성이 어떤 식으로든 반영될 필요는 없다”고 규정하고 있다.<sup>593)</sup> 반면 대륙법상 저작자 권리 제도에서는 저작물이 독창적이기 위해서는 어느 정도의 창작성이 있어야 한다. 따라서 저작권 보호를 받을 수 있는 저작물의 창작성 정도는 대륙법 전통의 관할권에서 상대적으로 높게 유지되고 있으나,<sup>594)</sup> 이러한 차이는 관할권에 따라

585) 주목할 만한 사례는 동북아시아 국가의 특허법에서 찾아볼 수 있다(중국 특허법 제2조 - “발명이란 제품, 공정 또는 그 개선을 위해 처리된 새로운 기술적 해결책을 의미한다”, 일본 및 한국 특허법 제2조 - “자연법칙을 이용한 기술적 사상의 창작으로서 고도(高度)한 것을 말한다”). 미국 국내법은 매우 느슨하고 재귀적인 정의를 포함하고 있는데, 100(a)조에서 “발명이라는 용어는 발명 또는 발견을 의미한다”고 규정하고 있으며, 미국 법원은 오랫동안 “자연법칙, 자연현상 및 추상적인 아이디어”는 특허 대상에서 제외된다고 판시해 왔다(Alice Corp. Pty. Ltd. v. CLS Bank Intern., 134 S. Ct. 2347 (2014)).

586) 발견, 과학적 이론, 수학적 방법, 미적 창작물, 정신적 행위의 수행이나 게임 또는 사업 수행을 위한 계획, 규칙 및 방법, 컴퓨터 프로그램 등을 제외하고 있는 유럽특허조약(EPC) 제52조 참조. 유럽특허조약의 제외 범주의 기원은 1960년대 독일과 네덜란드가 당시 논의 중이던 공동체 특허법에 대한 제안에서 비롯되었다(Pila & Torremans, 2016, p. 172). 이러한 제외는 명확한 기본 원칙이 없으며 적격 조건, 즉 “있는 그대로” 조건의 적용을 받는다(Colston & Galloway, 2010, p. 111).

587) Pila & Torremans, 2016, p. 155.

588) Pila, 2010, p. 241.

589) Latreille, 2009, P. 134.

590) Hollinrake v Truswell [1894] 3 Ch 420, 424 (Lord Herschell LC).

591) Fisher, 2016, p. 438.

592) Nimmer, 2001, pp. 14-15.

593) Ohly, 2009, p. 288.

594) 관습법 체계에서는 “최소한의 창작성”이 요구된다(Feist Publications, Inc. v. Rural Tel. Serv. Co., 499 U.S. 340, 345). 창작성의 정도는 대륙법 관할권에서도 다르다. 프랑스 법은 창작성 요소를 명시적으로 언급하지 않지만(CPI 1992, Art. L. 112-4), 독일 법은 ‘개인적 지적 창작’(Art. 2(2) UrhG 1965)을 명시적으로 언급하고 있고, 오스트리아 법은 ‘뚜렷한 지적 창

점차 줄어들고 있다.<sup>595)</sup>

특허와 저작권의 기본 개념은 일관된 이론이 없고 관할권마다 차이가 있지만, 특허와 저작권을 구분하는 가장 보편적인 기준은 특허는 기능성을 보호하는 반면 저작권은 비 기능적인 측면을 보호한다는 것이다.<sup>596)</sup> 즉, 창작물의 기능적 측면은 특허의 영역에만 속한다.<sup>597)</sup> 벨디만(Beldiman)은 기능성을 “주어진 특정한, 구체적이고, 실용적이며, 유용한 작업을 수행하는 것”으로 정의했고,<sup>598)</sup> 부카푸스코(Buccafusco)는 발명의 기능적 측면을 “물건을 더 튼튼하고, 가볍고, 빠르고, 효율적이고, 사용하기 쉽게 만드는 것”으로 서술하고 있다.<sup>599)</sup> 따라서 창작의 기능적 측면은 저작권 영역에 속하는 표현과 구별된다. 표현은 저작물에 저작자 고유의 개성이 담긴 ‘표식(mark)’ 또는 ‘각인(stamp)’으로,<sup>600)</sup> 사람들의 “감정, 판단, 미적 감각 등”에 호소하는 것이다.<sup>601)</sup> 저작물은 사람이 말을 통해 다른 사람에게 전달하는 ‘의사소통 행위’라고 정의한 드라시나워(Drassinower)의 견해에 따르면, 저작권은 사람들 사이의 관계에 관한 것이고 특허는 사람과 물건 사이의 관계에 관한 것이다.<sup>602)</sup>

이러한 구분은 일반적으로 특허 및 저작권 제도의 정책 목표를 설정하는데 유효하다. 그러나 이는 순전히 법적인 이분법으로, 지적재산권법의 특정 맥락에서 유효성을 지닌다. 창작성에 대한 연구는 다른 이야기를 들려준다.<sup>603)</sup> 창작성에 관한 한 심리학 연구에

---

작'(Art. 1(1) UrhG 1936)을 요구한다(Rahmatian, 2009, p. 293).

595)Fisher, 2016, p. 447; Rahmatian, 2009, p. 294 (현실에서 대륙법과 관습법 전통 사이에 모순이 없다고 주장함).

596)Karjala, 2003, p. 451; Beldiman, 2008 p. 123.

597)특허로만 기능성을 보호하는 것은 특허 보호의 문턱이 다른 지적재산권보다 높고 보호 기간이 짧은 이유로 정당화된다(Buccafusco & Lemely, 2016, p. 2).

598)Beldiman, 2008, p. 121.

599)Buccafusco, 2016, p. 1266. 또한, Buccafusco & Lemely, 2016, p. 9 (“기능성에 대한 특허 보호는 제품이 어떤 식으로든 작동하거나, 더 잘 작동하거나, 결함이 적거나, 더 저렴하게 작동하도록 하는 것을 보호하는 것을 의미한다.”).

600)Rahmantian, 2009, p. 293.

601)Beldiman, 2008, p. 125.

602)Drassinower, 2015, pp. 8, 65.

603)창작성 연구는 창작성 향상을 위한 교육, 제도 및 공공 정책, 개인, 공동체 및 기업이 창작물을 창출하는 과정, 창작성과 국가 경제 성장 간의 관계 등에 대한 광범위한 연구를 말한다. 창작 과정에 초점을 맞출 때, 창작성 연구는 세 가지 물결을 거치며 발전해 왔는데, (1)1950년대와 1960년대에 시작된 첫 번째 물결은 뛰어난 창작자들의 개인적 특성에 초점을 맞추었고, (2)1970년대와 1980년대에 인지심리학에 기반을 둔 두 번째 물결은 사람들이 창작적 행동을 하는 동안 일어나는 내적 정신 과정에 초점을 맞추었으며, (3)1980년대와 1990년대의 세 번째 물결은 사회문화적 접근법이라고 불리는데, 창의적 사회 시스템과 사회문화적 맥락에 초점을 맞추었다(Sawyer, 2012, p. 4). 뒤의 두 가지 물결을 결합하여 네르세시안(Nersessian)은 환경적 접근법을 제안한다(Nersessian, 2005).

서는 “과학적 창작성과 예술적 창작성 사이에는 차이가 없으며, 메커니즘은 동일하다”고 말한다.<sup>604)</sup> 창작성에 대한 정의는 개인주의적 정의와 사회문화적 정의 두 가지가 있다. 개인주의적 정의에 따르면, 창작성은 표현되지 않은 아이디어를 제외하고 세상에 표현되는 새로운 정신적 조합을 의미하며, 사회문화적 정의에 따르면 창작성은 참신하고 적절하며 유용하거나 가치가 있다고 판단되는 결과물을 만들어내는 것이다.<sup>605)</sup> 두 정의 모두에서 창작 과정의 두 단계, 즉 ‘문제 발견’과 ‘문제 해결’ 단계<sup>606)</sup>는 ‘발명 과정’과 ‘저작 과정’에서 공통적으로 나타난다.

‘발명 과정’에서의 문제 발견은 발명가를 둘러싼 사회적, 문화적 맥락에서 이루어진다. 발명가가 제시하는 문제의 해결책은 소통하는 행위이다. 이런 의미에서 발명은 발명가가 사회를 향해 표출하는 표현이라고 볼 수 있다. 고먼(Gorman)과 칼슨(Carlson)은 벨과 에디슨의 전화기 발명에 대한 연구를 통해 ‘발명 과정’을 “추상적 아이디어와 유형적 대상을 결합하는 역동적 과정”으로 볼 수 있으며, “다른 분야의 창의적인 사람들과 마찬가지로 발명가도 기계적 표현의 측면에서 정신적 모델을 구현함으로써 성공한다”는 것을 보여주었다.<sup>607)</sup> ‘정신적 모델’은 발명가가 아이디어를 사물과 결합하는 과정을 말하며,<sup>608)</sup> “발명가들이 사회적, 경제적 압력과 개인적 선호에 반응함으로써 형성된다”고 한다.<sup>609)</sup> 한 발명가가 개발한 정신적 모델은 “이해하고자 하는 동일한 대상에 대해 다른 모든 발명가의 것과 완전히 또는 세부적으로 다르다”고 한다.<sup>610)</sup> 그렇다면 발명은 발명가의 고유한 표현이 표출된 것으로 간주될 수 있다.

발명을 표현으로 생각한다면 특허법상 최소 4가지의 변경이 필요하다. 첫째, ‘문제 발견’ 또는 ‘문제 해결’ 단계가 없는 발견은 특허 보호를 받을 수 없다. 예를 들어, 무의식적으로 발견한 새로운 분자나 알려진 물질의 새로운 용도는 보호 대상에서 제외된다. 둘

604)Fishman, 2015, p. 1341.

605)Sawyer, 2012, p. 7.

606)프로머(Fromer)는 창의적 과정에는 준비(문제 발견 및 필요한 정보 수집), 인큐베이션(문제 해결을 위한 무의식적 정보 처리, 해결책을 향해 돌진), 조명(갑자기 의식적으로 떠오르는 ‘아하’하는 통찰의 순간), 검증(아이디어를 테스트하고 완전히 개발)의 네 단계가 있으며, 그 중 핵심은 (준비와 관련된) 문제 발견과 (다음 세 단계와 관련된) 문제 해결이라고 설명한다 (Fromer, 2010, pp. 1463-1466).

607)Gorman & Carlson, 1990, p. 156.

608)Ibid, p 134.

609)Ibid, p 156.

610)Seel, 2013, p. 1244.

째, ‘정신적 모델’이 표현하는 것은 실시예(embodiments)이기 때문에 특히 청구항의 역할은 특허 출원에 기재된 실시예로 대체된다. 셋째, ‘낭만적 저자’와 ‘고독한 발명가’의 개념이 수정될 필요가 있다. 넷째, ‘문제발견’과 ‘문제해결’에 독창성을 가진 자, 즉 독립적 발명가가 보호받을 수 있는데, 이에 대해서는 다음 절에서 자세히 논의한다.

### 3-6-3-2. 저작자로 보호받는 독립적 발명가

발명의 개념적 변화는 특허 보호 범위에 대한 새로운 접근 방식으로 이어질 수 있다. 특허 보호는 특허 발명의 동일하거나 동등한 기능을 포함하도록 확장되지 않으며, 특허 출원에 기재된 동일하거나 동등한 실시예만을 포함한다. 설명된 실시예는 발명가가 자신의 발명을 표현하는 주요 수단이다.

또한, 발명 보호의 개념적 변화는 현행 특허권의 절대주의적 성격에 대한 상당한 수정을 수반한다. 특허권을 절대적이라고 하는 이유는 특허 발명을 모방하거나 무임승차한 자뿐만 아니라 무임승차 문제에 책임이 없는 독립적인 발명가도 특허권에서 배제될 수 있기 때문이다. 과학문화권의 의미에서는 동일하거나 동등한 발명을 독립적으로(동시에) 발명한 사람도 저작자에 포함될 수 있다.<sup>611)</sup> 현행 특허법은 국제인권규약의 저작자 조항의 의미에 따른 창작자 개념과 맞지 않기 때문에, 승자독식 원칙은 인권적 관점이 아닌 공리주의적 또는 경제적 측면에서 타당할 수 있다.<sup>612)</sup>

여기서 제안하는 인권 모델에서 독립적 발명가는 물질적 이익을 보호받을 권리가 있다. 그러나 이러한 권리는 ‘재산권 규칙’이 아닌 ‘책임 규칙’에 근거한 비배타적이고 방어적인 성격의 권리이다. 독립적 발명가의 권리는 공정성을 보장할 뿐만 아니라, 발명 유인을 유지하면서 독점으로 인한 폐해를 줄이는 데도 효과적이다. 또한 특허 괴물이나 ‘비실시 업체(NPE, non-practicing entities)’와 같은 특허 제도 악용 문제를 해결할 수 있다.<sup>613)</sup>

611) 독립적 발명가의 보호는 저작자 조항에서 요구되는 것으로 간주된다. Gordon, 2010, p. 162 참조(과학적 저자에 대해 말하는 사회권규약은 “독립적으로 만들거나 창조한 ... 시간적으로 두 번째인 사람”을 포함한다는 것을 의미한다고 주장한다).

612) Gordon, 2010, pp. 166-167.

613) 비실시업체(NPE)는 “침해 혐의자에 대해 특허를 집행할 목적으로 특허를 보유”하고 “소송 위협으로 막대한 라이선스 비용을 요구”함으로써 특허 시스템을 해치기 때문에 남용적이고 해롭다(Halo Elecs., Inc. v. Pulse Elecs., Inc., 136 S. Ct. 1923, 1935 (2016)). 이러한 남용 행위는 점진적인 혁신을 크게 저해할 수 있다(미국 대통령 행정실(2013) 특허 주장과 미국의 혁신).

## 결론

이 장에서는 과학문화권이라는 렌즈를 통해 지적재산권의 인권적 측면을 살펴보았다. 건강권, 식량권, 교육권, 정보권, 표현의 자유와 같은 다른 인권 렌즈도 지적재산권의 인권적 측면에 대한 다른 시각을 제공할 수 있다. 과학문화권 렌즈의 장점은 지적재산권과 인권에 대한 포괄적인 접근을 허용한다는 점이다. 이를 통해 지적재산권을 내부 변수로 수용하고 지적재산권 고유의 긴장, 즉 보호와 보급 사이의 긴장을 인권의 틀 안에서 다룰 수 있다. 과학문화권의 보호 측면, 즉 자신이 저자인 과학적, 문학적 또는 예술적 창작물로 인한 도덕적, 물질적 이익의 보호로부터 혜택을 받을 수 있는 모든 사람의 권리(여기서는 '저작자 조항'이라고 함)는 기존의 지적재산권 규범에서 볼 수 있는 것과 개념적, 규범적으로 구별된다. 이는 저작자와 발명가의 개념과 그 보호 범위에 대해 신선한 통찰을 제공한다. 과학문화권의 보급 측면, 즉 문화생활에 참여하고 과학적 진보와 그 응용의 혜택을 누릴 수 있는 인권은 사람들이 자유롭고 보다 민주적인 방식으로 창작 활동에 참여하고, 창의적인 정보와 지식을 공유하며, 무역 중심의 지적재산권 규범이 만들어낸 장벽을 제거할 수 있는 창의적 지식의 생산체계 모델이라는 대안적 인식을 제공한다.

과학문화권의 보호 측면과 관련하여, 이 장에서는 지적재산권 업계와 FTA 참여국들의

주장과 달리 저작자 조항은 지적재산권의 인권 보호에 대한 근거가 미약하며, 저작자 조항에 따른 지적재산권의 범위는 기존의 무역 중심의 지적재산권 규범에 비해 훨씬 협소하다는 점을 발견하였다. 저작자 조항은 자신이 저작자인 과학적, 문학적, 예술적 창작물에서 발생하는 도덕적, 물질적 이익에 대한 권리만을 다룬다. 이는 상표권, 미공개 정보, 그리고 논란의 여지가 있지만, 특허권은 ‘국제인권장전’에 포함되지 않는다는 것을 의미한다. 또한 저작자 조항에 의해 보호되는 물질적 이익은 모든 형태의 경제적 이익을 포괄하지 않는다. 저작자의 물질적 이익에 대한 권리는 재산권보다는 적절한 생활 수준에 대한 권리와 더 직접적인 관련이 있다. 또한 저작자 권리의 경계는 본질적으로 과학과 문화에 대한 광범위한 권리에 의해 제한된다.

다음으로, 과학문화권의 보급 측면과 관련하여 이 장에서는 지적재산권과 인권의 교차점을 이해하고 지적재산권 자체에 내재한 긴장과 지적재산권과 인권 간의 긴장을 조화시키기 위한 개념적, 실천적 모델을 제시했다.

첫째, 이 장에서는 개념적 보충성으로 ‘지식에 대한 접근’과 ‘역량 접근법’이라는 개념을 채택하여, 과학문화권의 두 가지 구성요소, 즉 문화생활에 참여할 권리와 과학 발전의 혜택을 누릴 권리의 개념을 재개념화하고 운용화하려고 시도했다. 이 운용화에 따르면 문화는 인류학적 문화와 초기의 협의의 문화 개념 사이 어딘가에 위치하는 것으로 재정 의되며, “문화적 표현과 유산, 이해, 표현, 학습, 소통, 창조의 과정”을 의미한다.<sup>614)</sup> 그러나 이러한 문화 개념은 정적인 것이 아니라 문화를 구성하는 사람들의 참여에 의해 진화하고 권리의 규범적 내용을 개념화하는 방식에 따라 역동적으로 재정되는 살아있는 과정으로 가장 잘 이해될 수 있다. 과학적 진보의 혜택을 누릴 권리와 기존 지적재산권 규범의 교차점을 연구하기 위해, 과학은 적절한 생활수준이라는 인권의 실현에 필수적인 창의적 생산, 혁신, 특허의 적용을 받을 수 있는 기술 지식과 광범위한 과학 지식을 포괄하도록 재정되었다고 하며, 특허 독점과 신기술에 대한 광범위한 접근의 필요성 사이의 긴장을 드러낸다.<sup>615)</sup>

둘째, 지적재산권의 공리주의적 정당화에서는 무시되었던 분배적 정의는 과학문화권의 보급 측면의 적극적 성격에서 그 기반을 찾을 수 있다. 문화생활에 참여할 권리는 문

614) Romainville, 2015, p. 429.

615) 2015년 유엔 특허 보고서, ¶¶ 47-55.

화 정보에 대한 접근권이라는 적극적 요소를 핵심 규범적 내용으로 포함하고 있다. 접근에 대한 요구는 배제된 사람들의 주장이며, 이는 분배 정의에 대한 요구에 기반을 두고 있다. 과학적 진보의 혜택을 공유하거나 향유할 권리 또한 인권 실현에 긍정적인 영향을 미친다. 이 권리는 과학적 진보에 동등한 역할을 하지 못하거나 할 수 없는 사람들을 포함하며, 사람들이 과학적 진보와 그 적용이 자신에게 확산되기를 기다리는 권리로 축소되지 않는다.

셋째, 역량 접근법과 지식 접근권 운동의 관점에서 과학문화권을 실현하기 위해서는 여건과 환경이 매우 중요하다. 문화생활에 참여할 권리와 과학적 진보의 혜택을 누릴 권리는 그 긍정적 성격에도 불구하고 개인이나 집단이 창작자를 상대로 창작물에 대한 접근이나 혜택을 청구할 수 있는 강제적 권리를 부여하는 것으로 해석하기는 어렵다. 오히려 사람들이 문화 및 과학적 창작물을 이용하고 접근할 수 있는 방식으로 문화 및 과학 정책을 수립하도록 요구할 수 있는 권리를 수반한다. 문화 및 과학적 창작물의 가용성과 접근성을 위한 진정한 기회는 사람들이 그러한 창작물에 접근하고 사용하는 것을 막는 장벽을 제거함으로써 보장된다. 특허와 저작권이 부과하는 장벽은 문화 생활 참여자와 과학 연구자의 자유에 영향을 미친다.

마지막으로, 유엔 문화권 특별보고관이 제안한 화해 모델, 즉 공공재 접근법은 좋은 출발점이다. 그러나 공공재 모델은 지식의 암묵적 특성과 사회적 차원을 고려하여 간소화될 필요가 있다. 지식의 내재적 형태인 암묵적 지식은 생산과 전파를 위해 대인 관계 속에서 전달되고 존재한다.<sup>616)</sup>

이 장의 연구 결과는 인권의 관점에 기반한 창작물의 생산과 보급을 위한 대안적 모델을 가능하게 한다. 제안된 모델에는 (a)기존의 재산권 규칙에서 책임 규칙으로의 전환, (b)독립적 발명가의 권리 인정, (c)산업적 또는 기술적 표현으로서의 발명의 개념적-실질적 변화, (d)과학문화권의 적극적 특성을 고려하여 지적재산권의 보호와 확산 사이의 전통적인 균형의 수정 등이 포함된다.

---

616)Ramello, 2008, p. 80.





# 04

## CHAPTER

사례 연구:  
한-미 FTA

## 4장. 사례연구 : 한-미 FTA

### 4-1

## 도입

이 장에서는 지적재산권과 인권의 접점에 대한 실증적 연구를 위해 한미 자유무역협정(이하 '한미 FTA')을 살펴본다. 한미 FTA는 가장 강력한 무역 중심적 지적재산권 접근법 중 하나라는 점에서 한미 FTA에 대한 사례 연구는 의미가 있다. 2007년 한미 FTA 타결 당시 미 무역대표부(USTR)의 최고 자문위원회는 미국 대통령에게 제출한 보고서에서 한미 FTA의 최종 문안을 “역대 가장 강력한 양자 간 지적재산권 보호”라고 평가하며 향후 FTA 협상의 모델이 될 수 있다고 호평했다.<sup>617)</sup> 미국 재계에서도 한미 FTA의 지적재산권 챕터가 역대 가장 강력하다고 평가했다.<sup>618)</sup> 실제로 미국의 환태평양경제동반자협정(TPPA) 지적재산권 챕터 제안은 한미 FTA를 기반으로 했다. 그러나 결국 많은 부분이 희석되었다. 때문에 미국 재계, 특히 제약업계는 합의된 TPPA 문안에 대해 “한미 FTA에 비해 덜 강력하다”고 불만을 토로했다.<sup>619)</sup>

617)USTR, 2007, p. 5 (“정책 및 협상 자문위원회(ACTPN) 위원들은 지적재산권에 대한 역대 가장 강력한 양자 간 보호조치를 확보한 미국 협상단을 칭찬한다 ... 우리는 이를 매우 중요한 결과이자 협정의 매우 강력한 부분으로 간주한다. 이는 앞으로의 모델이 될 것이다.”).

618)The U.S.-Korea Business Council and the Chamber of Commerce of the United States, 2007, p. 17 (“한미 FTA는 미국 무역 협정 중 가장 강력한 지적재산권 보호 및 집행 규칙을 포함하고 있다. ... 이 FTA는 ... 다른 주요 아시아 시장에 대한 지적재산권 보호 및 집행에 대한 강력한 선례를 남겼다”).

619)CRS Report 2016 on TPP at p. 47. 반면, USTR의 지적재산권 문제 자문위원회는 “특히 제약 분야의 일부 비즈니스 그룹은 지적재산권 챕터에 대해 대체로 지지하면서도 특정 측면이 한미 FTA에 비해 덜 강력할 수 있다는 우려를 표명하는 반면, 다른 그룹은 TPP의 신중한 집행이 한미 FTA의 수준과 실질적인 차이를 초래하지 않을 것이라고 말한다.”[FN131:“The Trans-Pacific Partnership Agreement: Report of the Industry Trade Advisory Committee on Intellectual Property Rights

한미 FTA 사례 연구의 주요 초점은 2장에서 논의한 지적재산권의 무역 측면과 3장에서 논의한 인권 측면이 한미 FTA에서는 어떻게 반영되거나 무시되는지 살펴보는 것이다. 지적재산권의 무역 측면과 관련하여, 이 장에서는 초기의 통상에서 제기된 우려와 트립스-플러스 규정을 한미 FTA라는 렌즈를 통해 살펴볼 것이다. 초기 통상에서 제기된 우려 사항은 다음과 같다: (1)장인의 국경 간 이동, (2)기술 지식 및 정보의 현지 작업, (3)2-2절에서 논의한 새로운 무역의 실제 관행이 그것이다. 2-5절에서 논의된 바와 같이 여기서 검토할 트립스-플러스 규정은 다음과 같다: (1)GATT의 두 기동인 내국민대우 원칙과 최혜국대우 원칙, (2)보호 대상의 확대, 보호 기간의 연장, 지적재산권의 제한 및 예외에 대한 국가 재량의 축소, 집행 조치의 강화와 같은 최대주의적 지적재산권의 제의 전형적인 요소들. 또한 이 장에서는 2-3절에서 논의한 바와 같이 특정 지적재산권 관련 제도와 이념을 활성화하거나 비활성화할 수 있는 정치, 사회, 문화적 맥락을 포함한 지적재산권의 무역 차원의 다양성의 층위에 나타난 요소와 2-6절에서 논의한 바와 같이 지적재산권과 기술 이전의 목적과 균형을 포함한 결과의 층위에 나타난 요소를 살펴본다.

지적재산권의 인권적 차원과 관련하여, 이 장에서는 한미 FTA에서 3장에서 논의한 과학문화권과 지적재산권의 교차하는 지점이 어느 정도인지 살펴볼 것이다. 과학문화권의 보호 측면, 즉 3-2절과 3-3절에서 논의한 저작자 조항에 따른 저작자의 도덕적, 물질적 이익의 보호와 3-4절에서 논의한 문화생활에 참여하고 과학적 진보의 혜택을 누릴 권리라는 보급 측면 모두에서 과학문화권을 검토할 것이다. 과학과 문화에 대한 인권의 관점에서 한미 FTA를 실증적으로 연구하려면 필연적으로 인권영향평가(HRIA)가 필요하다.

인권영향평가의 방법론은 무역협정에 대한 인권영향평가에 관한 최근의 학술 문헌을 바탕으로 작성된 EC의 2015년 가이드라인<sup>620</sup>에서 차용한 것이다. 이 가이드라인은 인권의 규범적 프레임워크에 기반하여 인권영향평가를 실시하고, 평가의 심도와 범위를 무역 조치의 유형과 예상되는 인권에 미치는 영향의 규모에 맞게 조정할 것을 요구한

(ITAC-15)", 2015년 12월 3일]. ... "또한 지적재산권 챕터에는 한미 FTA와 같은 기존 미국 FTA를 뛰어넘는 몇 가지 새로운 조항이 포함되어 있다."(Ibid).

620)European Commission, 2015a. EC의 2015년 가이드라인은 무역 정책이 EU와 회원국의 인권에 미칠 수 있는 영향을 파악하고 예방하여 부정적인 영향을 피하고 긍정적인 영향을 강화하는 것을 목표로 한다.

다.<sup>621)</sup> 이 장에서는 가이드라인을 모델로 하여 다음과 같은 세 단계를 통해 인권영향평가를 수행하려고 하였다: **검사**(screening, 평가할 이슈의 목록을 좁히고 주요 인권 이슈를 식별), **범위 설정**(scoping, 나열된 이슈의 내용 범위를 명확히 하고, 인권에 미칠 수 있는 영향을 설명하고, 그 영향이 유익한지[인권 증진] 또는 부정적인지[인권 제한] 표시), **세부 평가**(detailed assessment)가 그것이다.<sup>622)</sup>

검사, 즉 한미 FTA의 주요 인권 이슈를 좁히고 식별하기 위한 목적으로, 이 장에서는 가장 강력한 무역 중심 협정이 탄생하게 된 과정을 살펴보기 위해 협상의 역사부터 시작한다. 그런 다음 이 장에서는 과학문화권에 영향을 미치는 구체적인 조항을 살펴본다. 한미FTA에 대한 실증적 연구를 위해, 실제 인권에 중대한 영향을 미쳤거나 미칠 가능성이 있는 핵심 쟁점을 선정하고, 그 쟁점이 지적재산권 정책과 후속 발전에 미치는 영향을 분석한다. 영향 평가는 상표와 영업비밀을 제외한 일반규정, 특허, 저작권 및 집행에 관한 한미 FTA 의무를 대상으로 수행되며, 한미 FTA가 미국에는 거의 변화를 가져오지 않았기 때문에 주로 한국을 대상으로 한다. 예를 들어, 한미 FTA로 인해 한국의 모든 지적재산권 관련 법률이 개정된 반면, 미국의 법률은 한미 FTA의 영향을 받지 않았다.<sup>623)</sup> 본 장에서 수행된 사후 영향 평가는 2012년 3월 15일 한미 FTA 발효 이후 증거 기반 정보의 가용성이 고르지 않고, 강력한 데이터와 증거를 수집하기에 충분한 시간이 지나지 않았기 때문에 각 항목마다 차이가 있다.

621)European Commission, 2015a, pp. 5-6.

622)인권영향평가를 수행하기 위한 핵심 방법론적 단계는 여러 연구 기관에서 대체로 공통적이다. 예를 들어, The World Bank & the Nordic Trust Fund (2013), Study on human rights impact assessment: A Review of the Literature, Differences with other forms of Assessments and Relevance for Development' p.22 (준비, 검사, 범위 설정, 증거 수집, 자문, 분석, 권고 및 결론) 참조.

623)한미 FTA는 한국이 최소한 20개 이상의 국내법을 개정하도록 했는데, 그 중 지적재산권 관련 법률이 절반 이상이다.

## 한미 FTA의 협상 및 이행

### 4-2-1. 간략한 연대기

한미 FTA만큼 우여곡절을 겪은 FTA도 드물 것이다. 한미 FTA 협상은 2006년 2월, 한국 정부의 갑작스러운 제안으로 시작되었다. 거센 저항과 논란에도 불구하고 한미 FTA 협상은 9개월 만에 타결되었다. 이후 2007년과 2010년 두 차례에 걸쳐 타결된 협정문이 공개되었고, 세 차례에 걸쳐 한미 FTA 비준 동의안이 국회에 제출되었다. 한미 FTA가 양국에서 법적 구속력을 갖는 조약이 되기까지 5년이 걸렸다. 또 다시 5년이 지난 현재, 한미 FTA는 종료 또는 재협상 위기에 직면해 있다.<sup>624)</sup> 한미 FTA의 연대기적 기록은 이러한 우여곡절을 보여준다:

- 2006년 2월 2일: 서울에서 공청회 개최;
- 2006년 2월 3일: 한미 FTA 협상 공식 개시;
- 2006년 6월 5일부터 2007년 3월 12일까지: 여덟 차례의 공식 협상;
- 2007년 3월 19일부터 22일까지: 고위급 토론;
- 2007년 3월 26일부터 4월 2일까지: 장관급 회담;
- 2007년 4월 2일: 협상 타결;

624) Rucker, 2017 (미국 대통령이 2017년 4월 28일 인터뷰에서 한미 FTA는 "끔찍한 협상"이며 "결코 체결되어서는 안 되므로" 한미 FTA를 종료하겠다고 위협했다고 보도).

- 2007년 5월 25일: 한미 FTA 협정문 공개;
- 2007년 6월 21일부터 22일까지: (첫번째) 재협상;<sup>625)</sup>
- 2007년 6월 30일: FTA 협정문에 서명;
- 2007년 9월 7일: (첫번째) 한국의 한미 FTA 비준 동의안 발의;
- 2008년 10월 8일: (두번째) 한국의 한미 FTA 비준 동의안 발의;
- 2010년 11월 30일에서 12월 3일까지: (두번째) 재협상;<sup>626)</sup>
- 2011년 5월 4일: 두번째 비준 동의안 철회;<sup>627)</sup>
- 2011년 6월 3일: (세번째) 한국의 한미 FTA 비준 동의안 발의;
- 2011년 10월 3일: 미국의 한미 FTA 비준 동의안 발의;
- 2011년 10월 12일: 미국 동의안 비준;
- 2011년 11월 22일: 한국 동의안 비준;
- 2012년 1월 27일부터 2월 20일까지: 한미 FTA 이행에 관한 협의
- 2012년 3월 15일: 한미 FTA 발효.

#### 4-2-2. 지적재산권 협상

지적재산권은 한미 FTA 협상에서 가장 논란이 많았던 쟁점 중 하나였다. 2007년 3월 12일 최종 라운드의 협상이 끝났을 때, 농업, 자동차, 무역구제, 방송, 지적재산권 등 일부 쟁점에 대한 합의가 이뤄지지 않아 고위급 논의로 넘어가야 했다. 한국 통상교섭본

625) 첫 번째 재협상은 미국 정치권의 요구를 반영한 것이었다. 2007년 1월 중간선거에서 하원과 상원에서 다수 의석을 차지한 민주당은 부시 행정부의 통상 정책을 변경했고, 2007년 5월 10일 '미국의 새로운 통상 정책'이라는 행정부와의 초당적 합의를 발표했다. 이 5월 10일 합의에 따르면 페루, 파나마뿐만 아니라 한국, 콜롬비아와의 FTA를 재개하고 개정할 것을 요구했는데, 이는 민주당의 우선순위를 집행 가능한 언어로 반영하기 위한 것이다(Kim, 2007). 여기에는 노동, 환경 및 지구 온난화, 특허 및 의약품 접근성, 투자에 대한 새로운 기준이 포함된다. 5월 10일 합의가 발표되기 훨씬 전부터 한국 정부는 양국 간 고도의 타협이 불가피하게 파기된 만큼 재협상은 없을 것이라고 여러 차례 공언했다. 그러나 한국 정부는 미국의 요구를 수용하는 것 외에 다른 대안이 없었다. 5월 10일 합의의 전개 과정과 정치적 함의에 대해서는 Destler, 2007 참조하라.

626) 2차 재협상은 다시 미국 주도로 시작되었다. 한국 정부와 달리 미국 정부는 2007년 한미 FTA를 타결하고도 2010년까지 의회 비준을 받지 않았다. 민주당 지도부가 자동차와 쇠고기에 대한 약속에 불만을 제기했기 때문이다. 2차 재협상에서 이루어진 수정 사항은 '서한 교환'과 두 개의 '합의 의사록' 형태로 한미 FTA에 반영되었다.

627) 두 번째 동의안 철회는 한국 협상단의 준비 부족을 드러낸 것이며, 한국에서의 지적재산권 관련 조약의 효력과 관련하여 특별한 의미를 가진다. 두 번째 동의안은 한미 FTA 영문본의 부정확한 한글 번역으로 인해 철회되었다. 한국이 체결한 다른 FTA와 달리 한미 FTA는 영문본과 국문본, 두 합의문을 "동등한 원본"(제24.6조)으로 인정하고 있다. 대한민국 헌법은 헌법에 따라 비준, 공포된 조약이 국내법과 동일한 효력을 갖는다고 인정하고 있지만, 특허법(제26조), 상표법(제5조) 등 일부 국내 지적재산권법에서는 국제협약이 국내법에 우선한다고 규정하고 있다. 한국 산업재산권법의 조약 우선 원칙은 1961년 이후 수십 년 동안 유지되어 왔으며, 그 취지는 산업재산권법의 국제적 조화를 존중하기 위한 것이라고 특허청은 설명한다. 이 규정은 2011년 한미 FTA가 국회에서 비준될 때 한미 간 불평등한 적용에 대한 국회의원들의 우려로 전면 폐지되었다(참고로 미국의 경우 한미 FTA는 미국 헌법상 조약이 아니며, 의회-행정부 간 합의로 직접적인 적용 효력이 없고 상충되는 연방법보다 열등한 지위를 가진다).

부장이 한국 대통령에게 고위급 논의 결과를 보고한 후에도 지적재산권은 여전히 논의가 진행 중이었는데, 이는 미국이 논란이 되고 있는 지적재산권에 대한 비위반 분쟁절차를 포함해야 한다는 입장을 고수했기 때문이다.<sup>628)</sup> 미해결 쟁점은 장관급 회의에서 모두 정리되었는데, 특허 및 저작권 정책 소관부처 협상단은 여기서 배제된 채 최종 발언권을 갖지 못했다.

저작권 협상과 관련하여 한국 협상단은 미국의 트립스-플러스 및 WIPO 저작권 조약/실연음반 조약(WCT/WPPT) 플러스 조항 추진에 대해 강력히 반대했다. 3차 협상 이후 문화부 협상단이 작성한 중간 메모와 1, 2차 협상 이후 통상장관이 국회에 보고한 공식 보고서에 따르면, 한국 협상단은 다음과 같은 이유로 미국 측 제안에 대해 단호한 입장을 취했다:

- **저작권 기간 연장:** 보호 기간은 균형 잡힌 저작권 보호를 위해 가장 중요한 요소이다. 저작권 보호 기간을 사후 50년에서 70년으로 연장하자는 미국의 요구는 사회적, 문화적으로 큰 악영향을 미칠 수 있기 때문에 수용할 수 없다;
- **일시적 복제:** 저작자의 복제권을 일시적 복제에까지 확대하는 것은 저작물의 이용을 저해하고 이용자의 정보 접근을 제한하는 등의 폐해가 발생하므로 수용할 수 없다;
- **기술적 보호조치:** 디지털 네트워크 환경에서 접근 통제를 위한 기술적 보호조치(TPM)는 저작권자를 이용자에 비해 지나치게 과잉 보호하는 것이므로 수용할 수 없다;
- **ISP 책임:** 인터넷 서비스 제공자(ISP)가 저작권자에게 이용자의 개인정보를 제공하도록 의무화하는 미국의 제안은 ISP의 사업을 위태롭게 할 수 있으므로 신중한 검토가 필요하며, 새로운 유형의 서비스가 등장할 수 있다는 점을 고려할 때 미국의 '디지털 밀레니엄 저작권법'(DMCA)에서와 같이 ISP를 4가지 유형으로 분류하는 것은 필요하지 않다.
- **법정 손해배상:** 사전설정 손해배상을 도입하는 것은 대륙법 전통의 한국 법체계 하에서 실제 손해배상 원칙과 상충되므로 바람직하지 않다.

628) WTO/TRIPS 위원회의 비위반 분쟁에 대한 자세한 내용은 섹션 2-5를 참조하라.

특허청이 참여한 특허 협상과 보건복지부가 한국 협상단을 이끌고 참여한 의약품의 트립스-플러스 보호에 대해서도 한국 협상단은 다음과 같은 이유로 미국 측 제안에 대해 단호하게 반대 입장을 표명했다:

- 특허권 부여 지연에 따른 특허 기간 연장: 국내 산업계의 로열티 지급이 증가하여 특허 제품의 가격 상승 및 소비자 후생 감소로 이어질 수 있으므로 수용할 수 없다;
- 의약품 승인 절차 지연에 따른 특허 기간 연장: 의약품 승인 절차에 외국 당국에 의한 지연을 포함하라는 미국의 요구는 수용할 수 없다;
- 데이터 독점권: 데이터 독점권을 공개 정보 및 ‘유사 제품’까지 확대하는 것은 ‘유사 제품’의 의미와 범위가 불분명하고, 광범위한 보호로 인해 국내 제약업체의 강력한 반발을 촉발할 수 있기 때문에 수용할 수 없다;
- 특허-허가 연계: 의약품 허가 절차와 특허 지위 간의 연계는 수용할 수 없는 데, 그 이유는 연계 제도 없이도 특허권자가 소송을 통해 침해자를 상대로 구제를 받을 수 있고, 한국 사법제도 하에서 침해 분쟁은 재판을 통해 쉽고 저렴하게 판단할 수 있기 때문이다.
- 강제실시 허가 사유의 제한: 특허발명의 강제실시 허용 사유를 국가비상사태 등 예외적인 경우로 제한하라는 미국의 요구는 현행 국내법에서 허용하는 사유보다 협소하므로 수용할 수 없다.

그러나 한국 협상단의 반대는 오래가지 못했다. 2006년 9월 3차 협상이 끝나자 통상장관은 문화부, 특허청, 법무부<sup>629)</sup> 협상단에게 미국의 요구를 수용할 것을 촉구했다. 여러 현지 언론 보도에 따르면, 통상부는 지적재산권 분과가 유일하게 5일간 전체 논의를 진행하기로 되어 있던 4차 협상에서 미국 협상가들에게 “전폭적으로 협조”할 것을 관련 부처 협상가들에게 요청했다.<sup>630)</sup> 당시 미국은 개별 쟁점에 대한 한국 협상단의 반발을 달래기 위해 ‘하나씩 하나씩 무찌르는’ 전략을 취했다. 예를 들어, 미국 협상단은 저작권 문제는 문화부 협상단과만, 특허 문제는 특허청 협상단과만 논의하기를 원했다. 한국 통상부는 미국 협상단의 눈치를 보며 관련 부처에 미국이 원하는 대로 하라고 촉구했다.

629)법무부는 지적재산권 집행 부문에 대한 논의를 위해 협상에 참여했다.

630)Noh, 2006 (코리아 타임즈가 입수한 정부 부처 내부 문건과 의령의 법무부 관계자 인터뷰 인용).

대부분의 지적재산권 관련 이슈에서 미국이 주로 요구자이고 한국은 수세적인 입장이었다. 그러나 미국의 모든 요구가 협상 타결의 목표는 아니었다. 미국은 협상 카드로 트립스-플러스 의제를 요구하기도 했다. 여기에는 다음이 포함된다: (1)저작물의 병행 수입 금지,<sup>631)</sup> (2)인간과 동물의 치료를 위한 진단, 치료 및 수술 방법을 포함하도록 특허 대상 확대, (3)고의적 특허 침해에 대한 3배 손해배상, (4)제3국에서 발생한 지연을 포함한 모든 지연으로 인한 특허 기간 연장, (5)상표권을 ‘관련 상품 또는 서비스’까지 확대하는 것 등이었다.

또한 한국 협상단은 단순히 방어적이지 않다는 것을 과시하고 협상카드를 확보하기 위해 미국 측에 새로운 조항을 제안하기도 했다. 제안한 내용에는 (1)저작인격권 보호 의무,<sup>632)</sup> (2)저작권 규정, 특히 복제권에서 고정성 요건 삭제,<sup>633)</sup> (3)모든 특허 출원서 공개 의무화, (4)특허 심사청구제 도입, (5)특허성 판단 시 선행기술 개념의 국제주의 의무화,<sup>634)</sup> (6)힐머 원칙 폐지가 있었다.<sup>635)</sup>

이러한 협상 카드는 서로 교환되었고, 서로 상대방으로부터 양보를 얻어냈다고 주장하며 국내적으로 남용되었다. 협상 당사자 간의 교환과 절충의 전모를 보여주는 문서는 존재하지 않는다. 그러나 한국 국회 기록과 협상단의 중간 메모에 따르면 다음과 같은 거래가 이루어졌다고 한다:

631)특허 제품의 병행 수입과 관련하여 미국 의회는 2005년에 USTR이 무역 파트너에게 어떠한 제한도 부과하지 못하도록 금지했다. Section 631 of the Science, State, Justice, Commerce, and Related Agencies Appropriation Act of 2005 (Public Law No. 109-108) 참조. 의회의 이러한 조치는 특허로 인해 미국 국민이 캐나다 등 외국에서 판매되는 저렴한 의약품의 경쟁 우위를 누리지 못할 수 있다는 우려를 반영한 것이다. 2017년 5월, 미국 연방대법원은 특허권의 국제적 소진을 일반적으로 인정하여 (Impression Products v. Lexmark International, No. 15-1189.) 2013년 저작물에 대한 법원 판결과 마찬가지로 특허 토너 카트리지의 병행 수입을 허용했다 (Kirtsaeng v. John Wiley & Sons, Inc., 133 S. Ct. 2351 (2013)).

632)이 제안에 대해 미국 협상단은 한국 측에 한국 저작자가 미국에서 저작인격권을 제대로 보호받지 못하고 있다는 실증적 근거를 제시할 것을 요청했다. 미국 저작권법이 저작인격권을 완전히 보호하고 있지는 않지만, 미국 재계와 정치권, 일부 학자들은 불법행위법, 계약법 등 다양한 주법과 연방법을 통해 저작인격권을 보호하고 있다고 주장해 왔다. 심지어 WIPO 사무총장(Dr. Boggs)도 미국 의회에서 미국이 “베른협약 제6 bis조를 준수하기 위해 저작인격권에 관한 법을 조항을 제정할 필요가 없다”고 증언했다(US Copyright Office, 2017, p. 7871). 현재 미국 정부는 이 문제에 대한 공식적인 연구를 진행하고 있다. US Copyright Office, 2017. 참조.

633)미국 저작권법과 달리 한국 저작권법은 저작물이 유형물에 ‘고정’될 것을 요구하지 않는다. 한국 협상단의 우려 중 하나는 고정 요건으로 인해 라이브 공연이 보호받지 못할 수 있다는 점이었다.

634)미국 특허법 제102조에 따르면, 발명이 미국 이외의 국가에서 공개적으로 알려지거나 사용된 경우 신규성 또는 비자명성 판단 시 선행기술에 해당하지 않는다. 한국 협상단은 미국 측에 전 세계 어디에서나 공지된 선행기술을 법적 기준으로 삼을 것을 요구했다.

635)힐머 원칙(Hilmer doctrine)은 미국 법원이 확립한 규칙(In re Hilmer, 424 F.2d 1108 (C.C.P.A. 1970))에 따라 외국 특허 출원이 외국 출원일의 선행기술로 간주되지 않는다는 원칙으로, 2013년 3월 16일 미국 발명법에 의해 폐지되었다 (Randall, 2013, pp. 20-21).

- 2006년 12월 5차 협상에서 한국의 저작권권 보호 요구는 미국의 저작물 병행 수입 금지 요구와 교환되었다;
- 형사 절차에서 법원을 위한 구속력 있는 양형 지침을 한미 FTA에 삽입하려는 미국의 요구는 5차 회의에서 구속력이 없는 권고 사항으로 축소되었다.<sup>636)</sup>
- 특허 청구의 서면 요건에 대한 미국 측 제안은 한국 협상단이 제안한 대로 합의되었고,<sup>637)</sup> 저작권 규정에서 고정 요건을 삭제해 달라는 한국 측 요구는 5차 협상에서 철회되었다;<sup>638)</sup>
- 자동차에 대한 한국의 약속은 2010년 11월 2차 재협상에서 특허-허가 연계 이행기간의 3년 연장에 대한 미국의 약속과 교환되었다;
- 2007년 3월 고위급 회담에서 이루어진 패키지 협상의 일환으로, 한국은 저작권 기간 연장을 양보하고 미국은 법정손해배상 및 데이터 독점권에 대한 기존 입장을 완화했다.
- 2007년 3월 마지막 8차 협상에서 한국이 미국의 요구를 수용하고, 미국이 특허 심사절차 지연에 따른 특허 기간 연장(미국 요구대로 2년이 아닌 심사청구일로부터 3년)을 양보함으로써 특허 관련 미해결 쟁점에 대한 일괄 타결이 이루어졌다.

#### 4-2-3. 토론 및 분석

한미FTA의 협상 과정은 3-5절에서 논의한 지적재산권의 인권적 접근의 주요 요소인 투명성과 대중의 참여가 부족했음을 보여준다. 4-2-1절의 ‘간략한 연대기’의 첫 두 줄은 한미 FTA 공청회가 양국 정부가 한미 FTA 협상의 공식 개시를 발표하기 불과 하루 전에 열렸음을 보여주며, 이는 통상협상의 투명성과 대중의 참여에 대한 인권적 우려를 의도적으로 무시했음을 보여준다. 한국 정부는 공청회 절차를 의무적으로 거쳐야 했다.

636)관련 한미 FTA 본문은 제18.10조 27(a)항의 두 번째 문장으로, “[각 당사국은] 사법 당국이 추가 침해에 대한 역지력을 제공하기에 충분한 수준에서 이러한 벌금을 부과하도록 더욱 장려한다...”이다.

637)이는 한국 통상교섭본부장이 국회에 보고한 내용이지만, 제18.8조 10항의 서면 요건은 미국 판례를 모델로 한 것이기 때문에 한국 협상단이 제안한 내용이 무엇인지 불분명하다.

638)한미 FTA 제18.4조 1항 각주 7(영문 협정문) “양 당사국은 저작물과 음반이 어떤 물질적 형태로 고정되지 않는 한 저작권으로 보호되지 아니한다고 규정하는 것은 각 당사국의 법률에 관한 문제임을 재확인한다”.

자유무역협정에 관한 대통령령<sup>639)</sup>에 따르면, 통상장관<sup>640)</sup>이 협상에 적합하다고 판단한 FTA는 사전 공청회 없이는 개시할 수 없다. 또한 정부의 FTA 추진 여부는 사전 공청회 결과에 따라 결정되어야 했다. 한미 FTA 공청회는 정부 싱크탱크 연구진만 초청한 채 진행됐고, 농민들의 시위로 중간에 중단됐다. 그러나 이는 FTA 협상 개시에 영향을 미치지 않았다. 한국 정부에게 공청회는 절차적 요건 위반에 대한 논란을 피하기 위한 요식행위에 불과했다.

대통령령은 또한 국민 참여를 위한 두 가지 추가 절차, 즉 FTA 협상 중 그리고 협상 후의 절차를 요구하고 있지만 정부는 이 중 어느 것도 지키지 않았다. 재계, 전문가, 심지어 국회의원을 포함한 이해관계자들은 협상문 초안과 세부 협상 정보에 접근할 수 없었다. 협상 내용은 비밀에 부쳐졌고 소수의 우호적인 학자들에게만 한미 FTA 협상에 대한 제한된 정보를 공유했다. 따라서 민주적 견제와 균형이 결여된 한미 FTA는 영향을 받게 될 당사자들의 목소리를 반영할 수 없었다.

한미FTA의 협상 역사는 2-4절에서 논의한 국제화된 버전의 공공선택이론 또는 합리적 선택이론이 한미FTA 협상에는 적용되지 않음을 보여준다. 한국은 지적재산권 기준을 상향 조정하는 대가로 미국으로부터 기술이전이나 국내 혁신의 증대를 기대하지 않았다. 지적재산권 협상은 미국과의 양자 무역 협정 체결을 위한 희생양이었다. 따라서 지적재산권 협상은 지적재산권의 본래 목적과 초기 무역에서 제기된 우려, 즉 장인의 국경 간 이동, 신기술의 현지 작업 및 무역과 같은 것들을 무시한 채 최대주의적 지적재산권 의제의 거의 모든 핵심 요소를 포함하고 있다.

한국 정부 내 통상 정책의 정치적 맥락과 거버넌스 구조는 다시 불평등한 협상력을 확대하였으며, 이는 한국이 미국의 트립스-플러스 의제를 수용한 주요 원인으로 작용했을 수 있다.

한미 FTA 지적재산권 협상의 경우, 미국은 “저작물의 불법 온라인 유통 및 전송에 대한 한국 내 조치 강화를 포함하여 한국이 제공하는 지적재산권 보호를 더욱 개선”하고,<sup>641)</sup>

639) 2004년 6월 8일에 제정된 법령 제121호.

640) 당시 통상부의 이전 명칭은 외교통상부였다. 한미 FTA가 발효된 후 통상 기능은 산업통상자원부로 이관되었다. 이 논문에서 “통상부” 또는 “통상 장관”이라는 용어는 두 부처의 행정부서를 지칭하는 데 사용된다.

641) 미 하원에 보내는 USTR 서한(2006년 2월 2일).

“미국 법률과 유사한” 지적재산권 보호 기준을 수출한다는 명확한 목표를 가지고 있었다.<sup>642)</sup> 반면 한국은 지적재산권 협상과 관련한 구체적인 목표가 없었다. 협상 목표는 커녕 한국 협상단은 미국 측 제안의 의미를 파악하기에도 바빴고, 충분한 준비 시간도 없이 미국 국내법이 정한 빠빠한 협상 일정을 따라야 했다.<sup>643)</sup> 의약품 관련 지적재산권 협상을 총괄했던 보건복지부 장관은 3차 협상에 대한 국회 보고에서 자신의 주 역할이 촉구 경기에서 상대팀의 골을 막는 수비였다고 고백했다. 심지어 특허청은 2006년 10월 한 국회의원에 제출한 서면 답변서에서 미국의 통상 압력에 대응하기 위한 최선의 방법은 “미국과의 통상 협상을 통해 한국 지적재산권법을 합리화하거나 현대화하는 것”이라고 인정하기도 했다. 미국의 트립스-플러스와 WIPO 저작권 조약/WIPO 실연음반조약(WCT/WPPT) 플러스 제안에 대해 유일하게 거부 입장을 고수한 부처는 문화부였다. 문화부는 통상부가 저작권 협상단에 4차 협상을 위해 미국 측에 전폭적인 협조를 촉구하자, 문화부 장관에게 직접 통상부 장관을 만나 통상부의 압박을 완화해달라고 요청했다. 또한 특허청 및 법무부와의 공동 대응도 촉구했다.

이 모든 노력은 성공하지 못하고 끝났다. 가장 큰 이유는 한미 FTA 협상이 대통령의 지원을 등에 업은 통상부의 통제 하에 있었기 때문이다. 통상 관료들에게는 미국과의 FTA 체결 자체가 최우선 목표였다. 교역 상대국과의 양자 협상에서 어떤 약속을 했던 간에 체결과 실패라는 이분법적 선택으로 성과를 평가했다. 게다가 한국 대통령은 전략적 유연성 원칙, 동북아 강대국 사이에서 균형자 역할, 외부 충격을 통한 한국 경제 구조, 특히 서비스업의 개혁 등 호호하지만 고도의 정치적 목적을 위해 한미 FTA를 추진했다. 이 과정에서 지적재산권의 공공정책적 측면과 권리의 보호와 보급 사이의 공정한 균형은 물론 인권적 측면은 전혀 또는 거의 고려되지 않았다.

642) 19 U.S. Code § 3802(b)(4)(iii). 이후 미국은 사이버 도난을 해결하고 영업 비밀 및 독점 정보를 보호하기 위해 TPP에 새로운 목표를 추가했다. (The U.S. Congressional Research Service Report No. R44489, ‘The Trans-Pacific Partnership (TPP): Key Provisions and Issues for Congress’, May 4, 2016, at page 45).

643) 한미 FTA 공식 협상은 2002년 제정된 초당적 무역촉진법에 따라 설정된 촉박한 일정으로 인해 9개월 만에 종료되었는데, 이 법에 따라 미국 대통령은 패스트트랙 무역 권한이라고 불리는 무역촉진권한에 따라 한국과의 FTA 체결 의사를 미 의회에 통보해야 하며, 이 권한은 2007년 4월 1일에 법적으로 만료되었다. 패스트트랙 무역권한은 2007년 이후 8년 동안 갱신되지 않다가 2015년 오바마 행정부가 환태평양경제동반자협정(TPP)에 대한 권한을 부여받았다.

## 한미 FTA 일반규정

### 4-3-1. 한미 FTA에 따른 의무

한미 FTA의 지적재산권 챕터는 총 12개 단락으로 구성된 일반규정(제18.1조)으로 시작한다. 이 조항은 양 당사국이 비준해야 하거나 비준을 위해 모든 합리적인 노력을 기울여야 하는 국제 지적재산권 조약인 트립스에 따른 권리와 의무의 확인, 역진방지(ratchet) 조항,<sup>644)</sup> 내국민 대우 조항, 기존의 대상물 및 이전의 행위에 대한 적용, 투명성(WTO에서 요구하는 '내부 투명성'과 동일) 등을 다루고 있다.<sup>645)</sup>

### 4-3-2. 토론 및 분석

일반규정은 한미 FTA의 성격을 보여준다. 첫째, 한미 FTA는 2-5절에서 논의한 무역 중심의 지적재산권 규범이 가져온 실제적 규칙의 변화를 반영하고 있다. 내국민대우

644)한미 FTA 지적재산권 챕터의 래치 조항은 서비스 챕터의 래치 조항과 다르다. 서비스 챕터에서는 한 당사국이 서비스 시장의 추가 자유화를 위한 조치를 취할 때마다 그 조항에 구속된다. 반면, 지적재산권 챕터의 래치 조항은 지적재산권의 보다 광범위한 보호와 집행을 허용할 뿐이며, 당사국은 더 높은 기준에서 한미 FTA가 규정하는 최소 기준으로 자유롭게 복구할 수 있다.

645)무역에 영향을 미치는 법률, 규정, 사법적 결정 및 행정적 판결을 공개하도록 체약 당사국에게 의무를 부과하는 GATT 제X조를 내부 투명성이라고 한다(Limenta, 2012, pp. 79-80).

(NTP), 최혜국대우(MFN) 등 GATT의 원칙이 한미 FTA에 통합되었다. 한미 FTA는 명시적으로 최혜국대우 의무를 규정하고 있지는 않지만, 트립스에 따른 권리와 의무를 확인하는 제18.1조 2항에 따라 양 당사국은 트립스 제4조의 최혜국대우 의무에서 벗어날 수 없다. 그러나 트립스에 따른 최혜국대우 의무의 범위가 트립스에서 규정하는 지적재산권 보호에만 적용되는지, 아니면 한미 FTA 또는 다른 양자 협정이나 지역 협정에서 제공하는 지적재산권의 보호 및 집행에까지 확대되는지 등에 대해서는 불확실하다.

둘째, 더 중요한 것은 다른 다자간 지적재산권 조약이나 이전 미국과의 FTA(예: 미-칠레 FTA)와는 달리 한미 FTA에는 지적 생산물의 보호, 보급 및 접근에 있어 공공의 이익, 그리고 사익과 공익 간의 균형을 언급하는 조항이 전혀 없다.<sup>646)</sup> 이러한 왜곡된 조항은, 지적재산권의 실체적 보호 및 집행과 관련된 대부분의 다른 조항들에 대한 일방적인 해석과 적용을 야기할 수 있다. '조약법에 관한 비엔나 협약'에 따르면 조약의 "목표와 목적"은 조약 해석에 있어 중요한 요소이며(제31조), WTO 패널은 목표 조항을 나머지 조항을 협상자의 의도에 맞게 해석하는 데 도움이 되는 기본 원칙으로 간주했다 - "해석에 색채, 질감, 음영을 더할 수 있다"고 하면서 말이다.<sup>647)</sup>

균형 조항이 없는 한미FTA의 일반규정은 협정의 본질을 그대로 보여주며, 한미 지적재산권 정책 협상자들이 지적재산권의 인권적 측면에 대해 얼마나 무관심한지를 드러낸다.

646)트립스 제7조 및 제8조, TPP 제18.4조("국가 시스템의 근본적인 공공 정책 목표"를 수용하고 "혁신과 창의성 증진"과 "정보, 지식, 기술, 문화 및 예술의 확산 촉진"의 필요성을 인정), 그리고 한국이 체결한 최신 FTA("권리자의 권리와 공익 간의 균형 유지"와 기술이전의 필요성을 인정하고 "권리자의 지적재산권 남용 방지" 조치를 허용하고 있는 한-콜롬비아 FTA 제 15.5조)와 비교해보라.

647)Weatherall 2015a, 5.

## 저작권

### 4-4-1. 복제권(Reproduction Right) 및 일시적 저장(Temporary Storage)

#### 4-4-1-1. 한미 FTA에 따른 의무

한미 FTA 제18.4조 1항은 일시적 저장이 저작권, 즉 복제권의 통제 하에 있음을 분명히 하고 있다. 환태평양경제동반자협정(TPPA)와 달리 한미 FTA는 “전자적 형태의 일시적 저장”이라는 용어를 사용하며, 이러한 권리가 저작자와 “권리 승계인”뿐만 아니라 음반의 실연자 및 제작자에게도 부여된다고 확정한다.<sup>648)</sup> 또한, EU 정보사회지침과 달리 한미 FTA는 이 권리에 대한 의무적 예외를 규정하고 있지 않다.<sup>649)</sup> 반대로, 한미 FTA는 일시적 저장에 대한 복제권의 제한 또는 예외는 논란이 되고 있는 3단계 테스트로 제한되어야 하며, 양 당사국이 개방형 공정 이용 제한을 도입하는 경우에도 3단계 테스트가 우선한다고 확정한다.

648) 해당 조항 각주 8. 이와 대조적으로, TPP 제18.58조는 “일시적 저장”이라는 용어를 사용하지 않는다. 대신 “전자적 형태를 포함하여 어떤 방식이나 형태로든 저작물, 실연 또는 음반의 모든 복제를 허가하거나 금지할 수 있는 배타적 권리”라고 명시하고 있다.

649) 정보사회지침에 따라 회원국은 다음과 같은 몇 가지 조건에 따라 일시적 복제를 복제권에서 면제해야 한다: (1) 일시적 복제 행위가 일시적이거나 부수적이고 기술적 프로세스의 내재적이고 필수적인 부분일 것, (2) 그 유일한 목적이 (a) 중개자에 의한 제3자 간의 네트워크 전송 또는 (b) 저작물 또는 기타 대상의 합법적인 이용을 가능하게 하는 것일 것, (3) 독립적인 경제적 의미가 없을 것(지침 2001/29/EC 제5조 제1항).

#### 4-4-1-2. 일시적 저장에 대한 논란

일시적 저장에 대한 의무는 협상 과정에서 큰 논란이 되었다. 한국 협상단은 일시적 저장에 대한 미국 측 제안에 강력히 반대했고, 이견은 마지막 협상(8차)까지 해결되지 않았다. 통상부와 함께 한국 측 지적재산권 협상 분과를 공동 주재한 문화부의 반대 입장은 매우 완강했다. 1차 협상이 종료된 후 문화부는 미국 측 제안이 “저작물의 (공정한) 이용 촉진을 약화시키고 정보 접근성을 저해할 것”이라고 보고 수용하지 않기로 결정했다.<sup>650)</sup> 또한 통상부는 2차 협상 결과를 국회에 보고하면서, 한국 협상단은 일시적 저장 문제는 영구 복제권, 공중전달권, 기술적 보호조치 보호 등을 통해 간접적으로 해결할 수 있기 때문에 일시적 저장 도입에 반대한다고 밝혔다. 그러나 한국의 협상 전 과정을 통제했던 통상부 장관은 이후 입장을 바꿔 저작권 담당자들에게 일시적 저장에 대한 미국 측 제안을 수용할 것을 촉구했다. 협상단의 중간 문서에 따르면, 저작권 담당자들은 문화부 장관에게 통상부 장관을 직접 만나 이 이슈에 대한 압박을 중단하도록 설득해달라고 요청한 것으로 드러났다. 문화부 장관과 국가저작권위원회는 방어 전략 마련을 위해 저작권 전문가, 업계, 활동가들과 간담회를 열었지만 결국 실패로 끝났다.

한국에서 일시적 저장 이슈는 국회 비준 과정에서 다시 불거졌다. 이번에는 일시적 저장을 저작권자의 통제 하에 두는 저작권 정책 변경이 허용되는지 여부가 아니라, 미국이 한미 FTA의 일시적 저장 의무를 이행하는지 여부가 쟁점이었다.

미국 저작권법은 ‘복제물(copies)’을 정의하면서 고정(fixation)이라는 개념을 언급하고 있다. 한미 FTA 협정 체결 후 판결이 내려진 미국의 카툰 네트워크 사건<sup>651)</sup>에서 연방법원은 저작물이 “고정”되려면 구현 요건(저작물이 “감지, 복제 또는 다른 방식으로 전달될 수 있는 매체에 있음”)과 지속 요건(저작물의 구현이 “잠시 지속되는 것 이상의 기간 동안” 지속되어야 함)의 두 가지 조건을 충족해야 한다고 판시한 바 있다. 카툰 네트워크 사건을 담당할 법원은 라우터의 버퍼 메모리 사본을 0.1초 동안 저장하고 TV 프로그램을 최대 1.2초 동안 유지하는 것은 ‘지속 요건’을 충족하지 않으므로 미국 저작권법의 의미에서 ‘복제물’이 아니라고 판시했다.

650)Anonymous, 2006.

651)Cartoon Network LP, LLLP v. CSC Holdings, Inc., 536 F.3d 121 (2d Cir. 2008).

이번 결정은 미국 협상단이 일시적 저장 제안을 추진하고 미국이 일시적 저장을 법적으로 인정한다고 한국 협상단을 이해시키는 데 초석이 되었던 MAI 시스템 결정<sup>652)</sup>과는 구별된다. 카툰네트워크 결정은 미국의 한미 FTA 이행 문제에 대한 논쟁을 촉발시켰다. 2011년 11월, 국내 5개 야당 의원 70명은 이 문제에 대해 통상부 장관을 상대로 형사소송을 제기했다. 이러한 압박에 따라 통상부는 미국 저작권법과 한미 FTA 의무의 양립 가능성에 대해 미국과 한국의 여러 로펌에 자문을 구하기 시작했다. 또한 2011년 12월부터 2012년 2월까지 진행된 이행 검토 과정에서 통상부는 미무역대표부(USTR)를 상대로 일시적 저장 의무에 대한 문제를 제기했다. 그러나 USTR은 미국 법률을 준수하고 있다는 답변만 했을 뿐, 한국 정부의 추가적인 대응은 없었다.

#### 4-4-1-3. 토론 및 분석

일시적 저장에 대해 배타적 권리를 부여하는 것은 디지털 환경에서 저작권 제도의 근본적인 성격을 변화시킨다.<sup>653)</sup> 이용자나 통신 서비스 제공자의 모든 온라인 활동에는 전자적 형태의 정보의 일시적 저장이 수반된다. 웹 브라우저는 원격 호스트로부터 정보를 수신하고 해당 정보에 대한 데이터 패킷을 일시적으로 저장하지 않고는 화면에 정보를 표시할 수 없다.<sup>654)</sup> 따라서 전자적 형태의 일시적 저장에 대해 복제권을 부여하는 것은 저작권자에게 인터넷을 통제할 수 있는 권한, 즉 온라인 정보에 대한 접근을 완전히 통제할 수 있는 권한을 부여하는 것과 유사하다.<sup>655)</sup> 이러한 권리는 책 읽기, 음악 듣기, 영화 보기를 통제할 수 있는 권한과 유사하다. 그렇다면 일시적 저장 의무는 3-3-4절에서 논의한 저작자의 물질적 이익에 대한 인권 보호를 지나치게 넘어서는 것이다.

일시적 저장은 단지 이론적 문제가 아니다. 실질적 함의가 있다. 또한 일시적 저장이 제

652) MAI Systems Corp. v. Peak Computer, Inc., 991 F.2d 511 (9th Cir. 1993).

653) 일시적 저장에 대한 가장 광범위한 사법적 해석 중 하나는 미국 Intellectual Reserve, Inc. v. Utah Lighthouse Ministry, Inc. 75 F. Supp. 2d 1290, 1294 (D. Utah 1999) 판결이다("법원은 어떤 사람이 웹사이트를 검색하여 핸드북을 표시하면 컴퓨터의 랜덤 액세스 메모리(RAM)에 핸드북의 사본이 만들어져 자료를 볼 수 있게 된다. 그리고 일시적인 것일지라도 사본을 만들면 검색한 사람은 저작권을 침해하는 것이다"고 판결했다.)

654) 성선 경(Lord Sumption)은 "최종 이용자가 자신의 컴퓨터에서 웹 페이지를 보는 경우, ... 화면에 임시 복사본을 만들며 ... 그것이 없는 웹 페이지를 볼 수 없다"고 설명했다. (Public Relations Consultants Association Ltd. v. The Newspaper Licensing Agency Ltd. [2103] UKSC 18 (2013년 4월 17일).)

655) Weatherall, 2015b, p. 7: "따라서 복제권에 일시적 복제물을 포함시키는 것은 저작권을 저작권 소유자가 모든 이용자, 그리고 모든 종류의 저작권 자료(텍스트, 이미지, 사운드)와 상호작용하는 이용자에게 기술을 용이하게 하거나 제공하는 모든 중개자를 상대로 조치를 취할 수 있는 '접근권'으로 전환하는 경향이 있다."

안되고 시행되는 과정은 '미국법 플러스' 의제를 교역 상대국에 강요하는 USTR의 전략과 교역 상대국이 규정의 한 측면만 수입할 때 저작권 정책의 균형이 어떻게 깨지는지를 보여준다. 미국 법은 '고정'을 '기간 요건'을 기준으로 엄격하게 정의하고 있다. 그러나 한국에서는 고정이 법적 요건이 아니기 때문에 한국 법원은 배경음악 스트리밍, 화면 캡처 컴퓨터 프로그램을 RAM에 로딩하는 행위, TV 프로그램 스트리밍 장치와 관련된 다양한 사례에서 볼 수 있듯이 기간 요건을 고려하지 않고 있다.

음악 스트리밍 사건에서 법원은 원래 저작권 실시권자가 소유한 음반에 녹음된 디지털 음원이 피고의 컴퓨터로 전송되어 피고가 재생할 수 있도록 스트리밍되는 경우 일시적으로 유형 매체에 고정되어 복제권 침해가 발생한다고 판시했다.<sup>656)</sup> 이 판결에서 법원은 스트리밍된 음원이 얼마나 오래 지속되는지는 고려하지 않았다.

RAM 복제 사건에서 법원은 다시 한 번 일시적 저장의 단기적인 특성을 무시했다.<sup>657)</sup> 법원은 화면 캡처를 위한 컴퓨터 프로그램(오픈 캡처라고 함)은 윈도우 OS의 메모리(논리 메모리)에 프로그램을 로딩하는 것을 수반하며, 그 결과 프로그램이 물리적 유형 매체(RAM)에 (전자적 형태로 일시적으로) 고정되므로 프로그램 로딩 자체가 저작권법에서 말하는 일시적 복제에 해당한다고 판시했다. 심지어 법원은 RAM 복제본의 지속 시간이 너무 짧아 순간적일뿐이라는 침해혐의자의 주장을 배척하고, 프로그램이 실행되는 동안 RAM 복제본이 충분히 오래 존재한다고 판단했다.

오픈 캡처 법원의 '램 복제 원칙'은 미국 MAI System 법원이나 EU의 정보사회(InfoSoc) 지침의 일시적 복제 기준보다 훨씬 광범위한데, 이는 오픈 캡처 법원이 다음과 같이 보았기 때문이다:

- 1) 일시적 복제 예외의 법적 요건인 '원활하고 효율적인 정보 처리를 위한 필요성'은 인터넷 검색, 전송된 디지털 저작물의 이용, 컴퓨터 저장매체에 저장된 저작물의 이용 과정에서 발생하는 버퍼링이나 캐싱과 같은 일시적 저장을 의미한다;
- 2) 컴퓨터 프로그램의 RAM 복제본은 효율적인 데이터 처리를 위한 것이 아니

656)서울고등법원 2013나2007547, 2013년 11월 28일.

657)서울중앙지방법원, 2013가합63771, 2014년 2월 21일.

었다;

- 3) RAM 복제본으로 컴퓨터 프로그램의 기능을 수행하는 것은 그 자체로 별도의 경제적 가치를 갖는, 이 프로그램 판매의 필수적인 부분이었다;
- 4) 새로 추가된 일시적 복제에 대한 예외 조항(2012년 저작권법 제35bis조)은 컴퓨터의 수리 및 유지 보수 목적으로만 허용하는 것으로, 컴퓨터 프로그램의 정상적인 작동 중에 생성되는 RAM 복제를 제외하려는 입법 의도가 반영된 것이다.<sup>658)</sup>

TV 프로그램 스트리밍 기기 사건에서 서울지방법원은 기기 제조업체나 스트리밍 서비스 제공업체가 아닌 스트리밍 가능 기기 판매업체에 일시적 복제권의 직접 침해에 대한 책임이 있다고 판결했다.<sup>659)</sup> 이용자도 P2P의 변형인 P4P 기술을 통해 수신한 TV 신호를 다른 이용자에게 재전송하는 행위에 관여했다는 이유로 공중전달권을 침해하는 직접 침해자로서의 책임을 인정받았다.

일시적 저장 의무는 FTA의 폐해인 ‘락인 효과’, 즉 국내 개혁에 역행하는 FTA의 폐해를 드러낸다. 한미 FTA의 일시적 저장 의무가 광범위하게 적용될 것을 우려한 국회의원들은 2013년 1월 ‘기간 요건’을 삽입하는 저작권법 개정안을 발의했다. 이 법안은 ‘복제’의 정의에서 “일시적 또는 영구적으로 고정”을 “고정(저작물의 복제가 가능할 정도로 영구적 또는 충분히 안정적인 기간 동안 고정이 지속되는 경우를 말함)”이라는 문구로 대체했다. 이러한 법 개정에 대해 통상부는 국회에 반대 의견을 제출하며 한미 FTA 위반 가능성을 간접적으로 시사했다. 또한 국제음반산업협회(IFPI)는 국회에 제출한 의견서를 통해 개정안이 ‘특수한 형태의 복제, 즉 일시적 복제’를 제외함으로써 한국이 베른협약 및 WCT, WPPT에 따른 국제조약 의무를 위반하게 되었다고 주장했다.<sup>660)</sup> 게다가 문화부는 일시적 저장을 모든 형태의 저작물 스트리밍 서비스를 포함하는 광범위한 개념으로 보았다. 문화부(저작권보호과)는 파일락커 제공업체의 모바일 서비스가 ‘저작권법’ 제104조의 특수한 유형의 온라인서비스제공자에 해당하는지 여부를 판단함에 있어, 제2조 제22호가 복제에 일시적 저장을 포함한다고 정의하고 있으므로 이용자가 파일락커의 스트리밍 서비스에서 제공하는 콘텐츠를 즐길 때 이용자의 모바일 기기에서 생성되는 RAM 복제본은

658) 이 판결은 항소심(서울고등법원 2014나19631, 2014년 11월 20일)에서 파기환송되어 현재 대법원에 계류 중이다.

659) 서울중앙지방법원, 2014가합534942, 2015년 9월 4일.

660) IFPI, 2013, pp. 2-3.

복제에 해당한다고 판단하고 있다.

## 4-4-2. 보호 기간

### 4-4-2-1. 한미 FTA에 따른 의무

한미 FTA는 저작권 보호 기간을 최소한 저작자 생존기간에 70년을 더한 기간 또는 저작물, 실연 및 음반의 출판이나 창작 후 70년으로 규정하고 있다.<sup>661)</sup> 이에 따라 한국은 저작권법을 개정하여 저작권 보호 기간을 20년 더 연장해야 한다.<sup>662)</sup>

### 4-4-2-2. 토론 및 분석

저작권 보호 기간 연장 의무화는 학계, 시민사회, 심지어 저작권 업계의 저항과 반발을 불러 일으켰다. 특히 출판업계는 저작권 보호기간은 국가 정책의 영역에 속하는 것으로 대외 무역을 위한 조건이 될 수 없다고 주장하며, 미국의 요구는 미국 저작권 업계가 한국으로부터 저작권 사용료를 받을 수 있는 기간을 연장하는 것에 지나지 않는다고 주장했다.<sup>663)</sup>

저작권 보호 기간은 저작권자의 사적 이익과 공공의 이익 사이에서 공정한 균형을 유지하는 데 있어 핵심적인 요소 중 하나이다. 인권의 관점에서 볼 때, 저작자의 도덕적 이익은 영원히 지속될 수 있지만 저작자의 물질적 이익은 “모든 창작자가 자유롭게 활용할 수 있는 공유 문화유산의 활기찬 퍼블릭 도메인”을 보장하기 위해 한시적으로 제한될 필요가 있다.<sup>664)</sup> 일반논평 제17호에서 지적한 바와 같이, 저작자의 물질적 이익 보호의 인권적 측면은 저작자가 적절한 생활 수준을 누릴 수 있도록 하는 것이며, 이는 일회성 지급으로 달성될 수 있으므로 저작자의 물질적 이익 보호 기간이 저작자의 전체 생애에

661)제18.4조 4항(a) 및 (b).

662)한국 저작권법은 한미 FTA보다 늦게 체결되었지만 한미 FTA보다 먼저 (잠정적으로) 발효된 한-EU FTA에 따라 저작자의 권리를 20년간 추가로 보호하도록 개정되었다. 그러나 저작인접권에 대한 추가 20년간의 보호를 위한 개정안은 한미 FTA에 의해 발효되었다. 한국 저작권법은 한미 FTA보다 늦게 체결되었지만 한미 FTA보다 먼저 (잠정적으로) 발효된 한-EU FTA에 따라 저작자의 권리를 20년간 추가로 보호하도록 개정되었다. 그러나 저작인접권에 대한 추가 20년간의 보호를 위한 개정안은 한미 FTA에 의해 발효되었다.

663)한국출판협회(Korean Publishers Association), 2006; 한국출판협회, 2007.

664)2014년 유엔 저작권 보고서, ¶ 50

걸쳐 연장될 필요는 없다.<sup>665)</sup>

공식적으로 한국 협상단은 이들 반대 단체의 편에 섰다. 1차 협상부터 한국 협상단은 미국의 요구는 사회경제적 파장이 커서 받아들일 수 없다는 입장을 고수했고, 트립스와 베른협약 등 국제 기준에 따라 저작자의 생존기간에 50년을 더한 기간을 유지하겠다는 입장을 국회에 보고했다. 저작권 기간 연장은 마지막까지 첨예하게 대립한 쟁점 중 하나였다. 2007년 3월 8일부터 12일까지 진행된 마지막 협상에서 지적재산권 챗터의 미 해결 쟁점은 대부분 해결되었다. 그러나 저작권 기간 연장은 그 목록에 포함되지 않았다. 2007년 3월 19일부터 22일까지 열린 장관급이 참여한 고위급 회담에서야 한국 협상단은 저작권 보호기간을 20년 연장하자는 미국의 요구를 수용하고, 그 대신 미국은 법정손해배상과 데이터 독점권 조항을 양보하는 패키지 딜을 제안했다.<sup>666)</sup>

그러나 한국 협상단은 처음부터 저작권 기간 연장에 대한 미국의 요구에 대한 거부를 관철시키기 어렵다는 것을 인정했다. 공식 협상 전에 작성된 중간 보고서에 따르면, 협상단은 저작권 기간 연장과 같은 주요 조항에서 미국 측과 상반된 입장을 견지하기 어려울 것으로 봤다. 그들은 미국으로부터 얻을 수 있는 최대 약속이 과도기적 기간이라는 것을 알고 있었다.<sup>667)</sup>

저작권 보호 기간 연장은 한-EU FTA 발효에 따른 것으로, 그 영향은 다음 5장<sup>(5-4-2절)</sup>에서 논의한다.

### 4-4-3. 만료된 저작권점권의 권리 회복

#### 4-4-3-1. 한미 FTA에 따른 의무

저작권 보호를 복원하는 것은 FTA의 의무가 아니다. 이와는 반대로, 한미 FTA 제18.1조

665)일반논평 제17호, ¶16.

666)패키지 딜은 김현중 당시 통상교섭본부장의 자서전 출간을 통해 밝혀졌다. 하지만 미국이 법정손해배상과 데이터 독점권에 대해 어떤 약속을 했는지는 여전히 알려지지 않았다.

667)Anonymous, 2005. 이 보고서는 한국저작권위원회 선임연구원과 법학 교수가 2005년 8월 3일부터 10일까지 호주를 방문하여 호주 법무부 저작권법 컨설턴트 및 선임 법무관, 호주 외교통상부 담당관, 호주 국립대학교 및 공과대학 학자 3명, 호주 저작권위원회 및 관련 기관 전문가들과 면담한 후 초안을 작성하였다. 이 보고서는 한국 정부에 의해 기밀로 분류되어 공개되지 않았으나, 민주화를 위한 전국교수협의회 홈페이지 <[http://www.professornet.org/\\_new/idx.html?Qy=pds4&nid=161&page=64](http://www.professornet.org/_new/idx.html?Qy=pds4&nid=161&page=64)>에서 다운로드할 수 있다.

제1항 제10호는 “당사국은 이 협정의 발효일에 보호가 요구된 당사국의 영역에서 퍼블릭 도메인으로 넘어간 보호 대상에 대하여 보호를 복원할 의무가 없다”고 규정하고 있다. 이에 대한 유일한 예외는 지적재산권 칩터에서 별도로 규정하는 경우에 적용된다. 베른 협약 제18조(“협약 발효 시점에 존재하는 저작물”) 및 트립스 협정 제14.6조 등이 그 예이다.<sup>668)</sup> 따라서 한미 FTA 발효일인 2012년 3월 15일 이전에 한국 저작권법상 기간 만료로 퍼블릭 도메인에 포함된 저작물 중 저작권접권의 대상은 연장된 보호를 위해 복원할 필요가 없다.

#### 4-4-3-2. 토론 및 분석

한-EU FTA와 한미 FTA에 의해 의무화된 저작권 기간 연장은 만료된 저작권접권의 회복이라는 기이하고 전례 없는 결과를 낳았다. 이행 검토 기간 동안 미국은 기존 한국 저작권법을 개정해 소멸된 저작권접권을 복원하고 한미 FTA에 따른 한국의 트립스 의무를 이행할 것을 요구했다.

이러한 압력에 따라 한미 FTA 이행법(저작권법 개정안)은 1987년 7월 1일부터 1994년 6월 30일 사이에 고정되어, 고정일로부터 20년이 경과하여 2012년 3월 15일 이전에 만료된 음반에 대한 권리를 복원하고, 부활된 권리는 고정일로부터 50년간 효력을 유지하도록 했다. 이러한 권리복원은 공연에도 적용된다.

한국 저작권법상 저작권접권 보호기간은 20년으로 트립스에서 요구하는 50년보다 짧지만, 20년이 넘는 기간 동안 다른 트립스 회원국에서는 단 한 번도 이의를 제기한 적이 없다. 소급 보호는 큰 영향을 미친다. 1987년 7월 1일부터 1994년 6월 30일까지 발행된 음반은 5천여 개, 5만 6천여 곡으로 추산된다. 이 개정안이 헌법재판소에 제기되었을 때, 헌법재판소는 소급 보호가 위헌이 아니라는 판결을 내렸다.<sup>669)</sup> 보호 기간이 지난 음반 수백 장을 리메이크하는 사업을 하던 청구인은 한미 FTA 이행을 위한 개정 저작권법이 위헌적인 소급입법이며, 헌법상 보장된 영업의 자유와 충돌한다고 주장했다. 그러나 헌법재판소는 관련 권리 회복은 개정법 시행 이후 음반에 대한 활동만을 규제하는 것이므로 소급입법에 해당하지 않는다고 판단했다. 또한 헌법재판소는 청구인의 이익

668)한미 FTA 18.4조 5항.

669)대한민국 헌법재판소, 2012헌마770, 2013.11.28.

은 특정한 권리가 아니라 금전 취득을 위한 이익이나 기회 또는 사업 활동의 법적 또는 현실적 상황에 불과하여 재산의 박탈이 발생하지 않는다고 판단했다. 영업의 자유와 관련하여, 헌법재판소는 저작자의 저작권 보호기간은 지속적으로 연장되어 온 반면, 저작권 인접권의 보호기간을 20년으로 연장하지 않는 것은 불충분하고 불합리하며, 개정안 하에서도 신청인은 여전히 로열티를 지불하고 음반을 사용할 수 있다는 점에서 개정안이 비례의 원칙에 부합한다고 판시했다. 또한, 개정안은 2년간의 유예기간을 두어 이미 생산된 음반을 시장에서 판매할 수 있도록 하였으므로, 관련 권리의 회복은 헌법에 위배되지 않는다고 법원은 판단했다.

#### 4-4-4. 기술적 조치의 보호

##### 4-4-4-1. 한미 FTA에 따른 의무

한미 FTA는 기술보호조치(TPM)를 WCT 및 WPPT와 같은 국제 표준보다 훨씬 광범위하게 보호한다.<sup>670)</sup> 첫째, 한미 FTA는 ‘복제 통제’뿐만 아니라 WCT와 WPPT에서 의무화하지 않은 ‘접근 통제’도 TPM에 포함된다는 점을 명확히 하고 있다.<sup>671)</sup> 둘째, 우회 행위와 우회 장치를 거래하는 행위를 모두 금지한다. 셋째, TPM을 우회하는 행위를 알면서 행하는 경우 민사 및 형사 처벌의 대상이 된다.<sup>672)</sup>

한미 FTA는 또한 TPM의 제한과 예외를 한정하고 있다. 미국법(17 USC §1201)을 모델로 하여 우회 금지에 대한 8가지 영구적 예외만을 허용하고 있다: 오로지 상호운용성을 달성할 목적으로 컴퓨터 프로그램의 리버스 엔지니어링(18.4.7(d)(i)), 적절한 자격을 갖춘 연구자에 의한 암호화 연구(18.4.7(d)(ii)), 미성년자의 부적절한 온라인 콘텐츠 접근 방지(18.4.7(d)(iii)), 보안 테스트(Art. 18.4.7(d)(iv)), 개인 식별 정보의 보호(제18.4.7(d)(v)), 법 집행을 위

670)한미 FTA에서 TPM은 ‘정상적인 작동 과정에서 보호되는 저작물, 공연, 음반 또는 기타 보호 대상에 대한 접근을 통제하거나 저작권 또는 저작권과 관련된 권리를 보호하는 기술, 장치 또는 구성 요소’를 의미한다고 정의된다(제18.4.조 7항(f)).

671)WCT와 WPPT는 “접근 통제” TPM에 대한 보호를 의무화하지 않는다. WCT 제11조와 WPPT 제18조는 “[저작자의] 권리 행사와 관련하여” 사용되는 효과적인 기술적 조치의 우회에 대해 “적절한 법적 보호와 효과적인 법적 구제 수단”을 요구하고 있으며, 저작자가 “허가하지 않은” 행위를 제한할 것을 요구하고 있을 뿐이다. “접근 통제”는 저작물에 대한 접근을 통제하기 위한 TPM을 의미하지만, “복제 통제”는 저작권법에 따라 “저작권자에게 부여된 배타적 권리”를 보호하기 위한 TPM을 의미한다. 미국 의회도서관의 미국 저작권청 섹션 1201 연구에 관한 통지, 2015년 12월 29일(80 FR 81369-01, 2015 WL 9460398) p. 2 참조.

672)“알았다”는 표현은 “알 수 있는 합리적 근거” 조항을 추가한 한미 FTA와 미-싱가포르 FTA(16.4.7(a)조)에서 미-칠레 FTA(17.7.5(a)조)보다 더 광범위하다. (Handler & Mercurio, 2016, p. 330).

한 정부의 행위(제18.4:7(d)(vi)), 비영리 도서관, 기록보관소 또는 교육기관의 취득 여부의 결정만을 목적으로 한 접근(제18.4:7(d)(vii)), 당사국이 3년마다 의무적으로 검토하여 면제하는 특정 사용(18.4:7(d)(viii))만을 허용한다.<sup>673)</sup>

#### 4-4-4-2. 토론 및 분석

접근 통제로 확장된 TPM의 광범위한 보호는 저작권자가 반경쟁적 사업에 사용하고, 표현의 자유와 과학적 연구를 억압하며, 지나치게 좁은 예외인 공정 이용과 같은 비침해적 사용을 막고,<sup>674)</sup> 비영리 단체가 부적절한 조건때문에 변화하는 기술을 따라잡지 못하게 한다는 비판이 널리 제기되어 왔다.<sup>675)</sup>

이러한 문제점을 인식한 한국 정부는 오랫동안 국제 기준보다 더 강력한 TPM 보호를 거부해 왔다. 따라서 한국 협상단이 미국의 TPM 보호 확대 요구에 대해 강력히 반대한 것은 당연한 일이었다. 2차 협상을 준비하면서 한국 협상단은 접근 통제 TPM의 우회에 대한 처벌이 이용자의 정보 접근권을 침해하고 저작권자를 지나치게 광범위하게 보호할 수 있다는 점을 제기했다. 한국 협상단은 TPM의 보호가 디지털 환경에서 저작권자의 효과적인 활용을 보장하기 위한 보조적인 도구로 남아야 한다고 보았다. 이러한 입장은 적어도 6차 협상까지 유지되었다. 국회 청문회에서 통상부 장관도 3차 협상에서 한국 협상단의 전략이 접근 통제 TPM의 우회를 금지하지 않는 국내 저작권법의 테두리 안에서 TPM을 협상하는 것이었음을 확인했다. 그러나 TPM의 보호 강화는 미국의 협상 불가 통상 정책 중 하나였고, 한국은 미국이 요구한 내용을 그대로 받아들였다.

한미 FTA를 이행하기 위해 한국 저작권법은 접근 통제 TPM의 보호를 포함하도록 개정되었다. 아직 그 영향은 제한적이다. 한미 FTA가 발효되기 전, 한국 법원은 “복제 통제”를 위한 TPM을 컴퓨터 게임의 액세스 코드까지 포함할 정도로 광범위하게 해석했다. 예를 들어, 한국 대법원은 “플레이스테이션(PlayStation) 2 모드 칩” 사건<sup>676)</sup>에서 “플레이스

673)TPP는 또한 비침해적 사용에 대한 특정 예외를 전제로, TPM을 우회하거나 TPM을 위반하는 기기 및 서비스를 판매할 경우 민사, 행정 및 형사 처벌을 요구한다. 한미 FTA는 예외와 제한을 특정 조치에 국한하는 것으로 보이지만, TPP는 TPM 우회에 대한 예외와 제한을 제공하기 위해 더 광범위한 매개변수를 설정하는 것으로 보인다. USTR에 따르면, “TPP의 우회 방지 조항은 휴대폰 잠금 해제와 같은 새로운 예외를 배제하지 않으면서도 합법적인 디지털 거래에 관여하는 새로운 온라인 서비스를 보호한다(USTR, n.d.)”고 한다.

674)Handler & Bryan Mercurio, 2016, p. 331.

675)미국 저작권청, 2015, p. 81373. 이 고시에 따르면 미국 저작권청은 리버스 엔지니어링, 암호 연구, 보안 테스트 및 비영리 단체의 활동에 대한 법적 면제가 실득력이 있다고 결론지었다.

676)대법원, 2004도2743, 2006년 2월 24일.

레이션”의 액세스 코드가 컴퓨터프로그램보호법(“CPPA”)에 있는 기술적 보호조치에 해당한다고 판시한 바 있다.<sup>677)</sup> 이용자는 플레이스테이션2 게임 프로그램을 복사하여 실행할 수 없으며, 일반적인 기기 및 소프트웨어로는 액세스 코드의 복제가 불가능하다. 또한 액세스 코드나 부트 롬 자체는 프로그램의 물리적 복제를 차단할 수 없었다. 그렇다면 피고가 제조-판매한 우회 장치인 ‘블루 메시아 칩’이라는 모드 칩은 물리적 복제를 방지하는 수단, 즉 컴퓨터프로그램보호법에서 가리키는 TPM에 해당한다고 법원은 판단했다. 즉, 법원은 모드 칩이 액세스 코드의 기능을 대체한다고 본 것이다. 이후 대법원은 (1)위성 방송 서비스 제공업체가 전송하는 암호화된 제어 단어를 무단으로 해독하여 사용자가 방송 프로그램을 자유롭게 시청할 수 있도록 하는 패치 프로그램,<sup>678)</sup> (2)닌텐도의 DS 게임기가 불법 복제된 게임 소프트웨어를 정식 라이선스를 받은 것처럼 처리하도록 하는 우회 도구,<sup>679)</sup> (3)노래방 사업자가 음악 저작권자에게 비용을 지불하지 않고도 새로 발매된 노래를 고객에게 공연할 수 있도록 하는 우회 도구<sup>680)</sup>에 대응하기 위한 기술적 조치를 보호할 수 있다고 판결한 바 있다.

#### 4-4-5. 3단계 테스트 및 공정 이용

##### 4-4-5-1. 한미 FTA에 따른 의무

한미 FTA는 저작권의 제한과 예외를 규정하고 있지 않다. 대신 논란이 되고 있는 3 단계 테스트가 복제권에 적용되며, 이는 일시적 복제<sup>681)</sup>, 그리고 저작권 및 관련 권리 조항에 의해 보장되는 모든 배타적 권리에까지 확대 적용된다.<sup>682)</sup> 지상파, 케이블, 위성 등 텔레비전 신호와 관련하여 인터넷 재전송에 대한 어떠한 제한이나 예외도 절대적으로 금지된다.<sup>683)</sup>

677)컴퓨터프로그램보호법(CCPA)은 저작권법의 특별법으로 1986년 한-미 양국 간 협정에 따라 제정되었으며, 미국 시민이 만든 컴퓨터 프로그램을 5년 소급하여 보호하는 것을 목적으로 했다. 한편, 대법원은 대리운전 서비스에 사용되는 컴퓨터 프로그램에 대한 접근을 금지하는 기술적 조치를 기각한 바 있다(대법원 2012. 2. 23. 선고 2010도1422 판결).

678)대법원, 2007도10735, 2009년 10월 29일.

679)대법원, 2010도1441, 2011년 7월 14일.

680)대법원 2015도3352, 2015년 7월 9일. 이 사건에서 법원은 우회장치에 의해 4천여 곡이 불법 유통되어 저작권자에게 13억 원에 달하는 심각한 피해를 입힌 사실을 인정하고, 우회장치의 핵심 부품을 제작한 피고인에게 징역 2년 6개월을 선고했다.

681) 제18.4조 1항의 각주 11.

682)제18.4:10(a).

683)제18.4:10(b).

한미 FTA는 제18.4조 1항의 각주 11에서 두 가지 제한 사항, 즉 복제권과의 연계와 3단계 테스트를 통한 적격성 심사를 통해 보다 유연한 공정 이용의 여지를 허용하고 있다.

#### 4-4-5-2. 토론 및 분석

공정 이용 각주는 개방적이고 유연한 제한과 예외를 완전히 보장하기 위한 것이 아니라, 전자적 형태의 일시적 저장에 대한 복제권의 광범위한 보호로 인해 발생할 수 있는 부작용에 대한 우려를 반영한 것일 뿐이다. 또한, 한미 FTA는 공정 이용의 적용을 3단계 테스트의 범위 내로 제한하고 있다. 이러한 제한에 따라 한국은 미국 저작권법 제107조의 네 가지 요건<sup>684)</sup>과 3단계 테스트의 두 번째, 세 번째 요소를 혼합하여 공정이용 조항(한국 저작권법 제35조의3)을 입법화하게 되었다.<sup>685)</sup>

공정 이용 조항이 제정되기 전에는 저작권 침해 주장에 대한 가장 일반적인 방어 방법이 인용 및 사적 사용에 대한 일정한 제한이었다.<sup>686)</sup> 그러나 두 가지 모두 제한적인 용어로 성문화되어 있었고 법원은 이를 좁게 해석했다. 첫째, 인용이 허용되려면 소위 ‘주종관계’가 충족되어야 한다. 주종관계의 요건은 1990년대 한국 대법원이 일본 판례를 모델로 하여 개발한 것이다. 이 요건은 “인용하는 저작물이 지배적이고, 피인용 저작물은 종속적”이어야 한다는 것이다.<sup>687)</sup> 따라서 저작물의 전부 또는 상당 부분을 복제하는 것은 허용되는 인용에서 제외된다. 이후 한국 대법원은 검색 엔진의 썸네일 이미지 복제를 합법화함으로써 주종 관계를 완화했다.<sup>688)</sup>

개방형 공정 이용 조항은 느끼기는 하지만 사법 관행의 변화를 유도했다. 예를 들어, 2015년 서울서부지방법원은 사진 저작권 소송에서 공정 이용 조항을 인정했고, 항소심 법원도 이를 지지했다.<sup>689)</sup> 이 사건의 저작권자는 한국에서 악명 높은 저작권 괴물 중 하나인 ‘이미지메이킹’이었다. 피고는 ‘전쟁없는세상’이라는 평화운동 NGO였다. 이미지메

684)네 가지 요건은 다음과 같다: (1)사용 목적 및 성격, (2)저작물의 성격, (3)저작물과 관련하여 사용된 부분의 양과 상당성, (4) 저작물의 잠재적 시장 또는 가치에 대한 사용의 영향.

685)3단계 테스트의 첫 번째 요소인 ‘일정한 특수한 경우는 입법자들이 개방형 공정 이용의 개념과 맞지 않는다고 판단하여 한국 저작권법에 명문화하지 않았다. 3단계 테스트가 개방형 예외를 제한하지 않는다는 상반된 해석에 대해서는 Geiger, Gervais & Senftleben, 2014 참고하라.

686)Jong, 2013, pp. 176-194.

687)Ueno, 2009, p.170.

688)2005도7793, 2006년 2월 9일.

689)서울서부지방법원 2015나33407, 2015년 11월 26일.

이킹은 블로그 포스팅에 광어회 사진을 사용했다는 이유로 민사 소송을 통해 200만 원의 손해배상을 요구했다.<sup>690)</sup>

항소법원은 하급 법원의 모든 논리를 유지하면서 해당 사용은 제35조의3에 따라 공정하다고 판단했다. 법원은 비침해 결론을 내리면서 다음과 같은 요소를 고려했다: (1)사용 목적이 채식을 장려하기 위한 비영리 목적이라는 점, (2)블로그에 사용된 사진이 상당하지 않다는 점, (3)문제가 된 사진의 주요 고객이 광고 회사와 요식업체이므로 저작물의 시장이나 사업에 미칠 잠재적 영향이 적다는 점, (4)사진에 저작권 표시가 없어 전쟁없는 세상이 저작권의 존재를 인식하기 어려웠다는 점, (5)사진의 창작성이 낮다는 점, (6)사용된 사진이 원본보다 품질이 낮다는 점 등이다.<sup>691)</sup>

한국 법원이 공정 이용 항변을 인정하지 않은 사례도 있다. 예를 들어 주류 도매업체가 자사 직원들만 볼 수 있도록 뉴스 기사를 게시한 경우, 법원은 저작물의 통상적인 이용과 상충하고 저작권자의 정당한 이익을 부당하게 침해한다고 판단한 바 있다.<sup>692)</sup> 또한, 한 회사가 원고가 판매한 교재를 사용한 온라인 강의용 시청각 자료를 제작한 경우, 법원은 해당 교재가 영리 목적으로 사용되어 잠재적 시장 가치가 현저히 훼손될 수 있다는 이유로 공정하지 않다고 판단했다.<sup>693)</sup>

유엔 인권기구는 “국가 법원과 행정기관은 과학문화권을 포함한 인권 기준에 따라 국가 저작권 규정을 일관되게 해석해야 한다”고 권고하며, 새로운 창의성을 강화하고 교육 기회를 증진하며 비상업적 문화를 위한 공간을 확대하기 위한 저작권 제한과 예외의 중요성에 주목하였다.<sup>694)</sup> 최근 한국 저작권법에 도입된 개방형 공정이용 조항은 다양한 사례에서 권고된 국가의 의무를 달성하고 저작권자와 이용자 간에 유연한 방식으로 공정한 균형을 맞추는 데 어떠한 역할을 하고 있는지 보여주고 있다.

690)저작권자의 가격표에 따르면 소매가는 300,000원이었다.

691)하급심 법원은 우선 피고가 소매가격의 절반(150,000원)을 지급하라는 화해조정을 명령했다. 그러나 피고는 이 명령에 대해 이의를 제기하며 법원에 정식 판결을 내려달라고 요청했다.

692)서울중앙지방법원, 2013나36100, 2014년 2월 11일.

693)서울중앙지방법원, 2012가합541175, 2015년 2월 12일.

694)문화권 분야 특별보고관, 저작권 정책과 과학문화권, 유엔 총회, Doc. A/HRC/28/57 (Dec. 24, 2014).

4-5

특허

4-5-1. 특허 가능한 발명

4-5-1-1. 한미 FTA에 따른 의무

한미 FTA 제18.8조 1항은 특허 보호를 받을 수 있거나 받을 수 없는 발명과 특허 등록 요건을 규정하고 있다. 첫 번째 문장은 양 당사국이 기술 분야에 관계없이 물질 또는 공정에 관한 발명으로서, 새롭고 진보적이며 산업적으로 적용 가능한 모든 발명에 대해 특허를 제공할 것을 의무화하고 있다.

한미 FTA 제18.8조 2(b)항은 양 당사국이 “인간 또는 동물의 치료를 위한 진단, 치료 및 수술 절차”를 특허 대상 발명에서 제외할 수 있도록 허용한다. 또한 같은 조항은 인간, 동물 또는 식물의 생명 또는 건강을 보호하거나 환경에 대한 심각한 침해를 피하는 등 공공 질서 또는 도덕을 보호하기 위한 목적에 대해서는 예외를 허용한다.

4-5-1-2. 토론 및 분석

특허를 받을 수 있는 발명의 범위는 자신이 저자인 과학적 생산물로 인한 물질적 이익을 보호받을 권리와 과학적 진보로부터 혜택을 받을 권리 모두에 직접적인 영향을 미친

다. 국내 특허법 및 국제 지적재산권 조약에 따른 특허 가능한 발명은 국제인권규약의 “과학적 생산” 또는 “과학적 진보 및 그 응용”과 동일하지 않다. 둘은 범위뿐만 아니라 근본적인 목적이 다르다. 인권의 관점에서 과학적 생산물의 도덕적, 물질적 이익은 과학적 생산물과 창작자 사이의 인격적 연결 고리가 존재하는 한 보호된다. 또한 국제 인권법의 저작자 조항은 도덕적, 물질적 이익의 보호를 위해 저작자임을 요구한다. 이와 대조적으로 특허를 받을 수 있는 발명은 산업상 이용가능성, 신규성, 진보성 등 상당히 다른 요건에 의해 결정된다. 여기에서는 인격적 연결이 필요하지 않다.<sup>695)</sup>

특허 가능한 발명에 대한 한미 FTA 제18.8조 1항의 첫 번째 문장은 트립스 제27조 1항과 동일하다. 그러나 한미 FTA 제18.8조 1항의 두 번째 문장은 “알려진 물질의 새로운 용도(new uses) 또는 사용 방법(new method)”을 포함하기 때문에 트립스-플러스이다. 한미 FTA에서 사용되는 언어는 TPP와 약간 다르다. 한미 FTA는 “각 당사국은 알려진 물질의 새로운 용도 또는 사용 방법에 대해 특허를 부여할 수 있음을 확인한다”고 명시한 반면, TPP는 “각 당사국은 알려진 물질의 새로운 용도(new uses), 알려진 물질의 새로운 사용 방법(new method) 또는 알려진 물질을 사용하는 새로운 생산방법(new processes) 중 하나 이상으로 청구된 발명에 대해 특허를 부여할 수 있음을 확인한다”고 규정하고 있다.<sup>696)</sup> 또한, TPP는 “당사국은 이러한 새로운 생산방법을 제품의 용도를 청구하지 않는 생산방법으로 제한할 수 있다”고 의무를 완화했다.

이 “새로운 용도” 조항은 발명의 특허성을 판단할 때 국가가 재량권을 행사할 수 있도록 허용하는 트립스의 유연성을 제한할 수 있다. 또한, 한 의약품에 대한 특허 보호를 끝없이 연장하는, 제약회사의 ‘에버그리닝’ 전략을 제도적으로 보장할 수 있다.<sup>697)</sup> 사익과 공익 사이의 적절한 균형을 맞추는 동시에 광범위한 인권 존중을 보장하기 위해 국가 정부가 유연한 특허성 요건과 특허 제외 대상을 활용할 것이 권장된다.<sup>698)</sup>

695)고든은 현행 지적재산권법에는 누가 창작자로 간주되는지에 대한 두 가지 주요 개념, 즉 주관적 독창성과 객관적 ‘최초’라는 개념이 있지만 특허법 체계는 이 두 개념을 일관되게 따르지 않는다고 지적한다.(2010, 163쪽).

696)TPP 제18.37조 2항.

697)‘에버그리닝’이라는 용어는 특허 보호 기간 또는 시장 독점 유효 기간을 연장하기 위한 제약 업계의 특허 또는 마케팅 전략을 설명하는 데 사용되며, 이는 정당하지 않으므로 남용으로 간주된다(UN 사무총장 산하 의약품 접근성에 관한 고위급 패널 (2016) 최종 보고서: 보건 기술에 대한 혁신과 접근성 증진, p. 5).

698)2015년 유엔 특허 보고서, ¶¶ 64-65.

“진단, 치료 및 수술 절차”에 대한 예외조항은 트립스 제27조 (3)(a)항을 모델로 하되, 약간 변경한 것이다(트립스의 “방법(method)”을 한미 FTA에서는 “절차(procedures)”로 대체했다). 한국과 미국 특허법에는 이러한 절차를 발명에서 배제하는 조항이 없다. 대신, 한국의 관행에 따르면 진단, 치료 및 수술 방법은 산업상 이용가능성이 없는 것으로 간주된다.<sup>699)</sup> 한미 FTA에는 트립스(제27조 제3(b)항)와 TPP(제18.37조 제3(b)항 및 4항)에서 제외되는 동식물에 대한 예외 조항이 없다. 때문에 USTR의 자문위원회는 특히 바이오 산업에 대한 이러한 광범위한 특허 보호에 만족했다.<sup>700)</sup>

## 4-5-2. 특허 취소 및 이의제기

### 4-5-2-1. 한미 FTA에 따른 의무

특허법 제18.8조 4항은 특허 취소 사유를 특허 등록 거절 사유와 동일하게 규정하고 있다. 거절 사유는 의무 사항으로 명시되어 있지 않다. 오히려 사기, 허위진술, 불공정한 행위 등 특정 사유를 열거하고 있을 뿐이며, 이러한 사유는 미국 특허법에는 명문화되어 있지만 한국법에는 없다.<sup>701)</sup>

제18.8조 4항의 세 번째 문장은 허가 전 이의제기 제도를 금지하고 있다.

### 4-5-2-2. 토론 및 분석

특허 취소 사유를 특허 허가를 거부한 경우로 제한하면 특허권의 취소 또는 몰수에 대한 트립스 유연성을 사용할 수 있는 국가의 재량권이 제한된다.<sup>702)</sup> 또한 특허권자의 미실시 등 권리 남용에 대해 국가가 사후 조치를 취하는 것을 막는다. 2-2절에서 논의한 바와 같이, 역사적으로 현지 실시는 기술 이전을 위한 장치이자 특허권자의 독점적 권리와 공공의 이익에 기여해야 하는 의무 사이의 균형을 맞추기 위한 도구로

699)한국 특허청 특허 심사기준(2016. 2. 11. 개정, 특허청 예규 제89호) 제5조 제1항.

700)ITAC-15 보고서 2007, 14-15] “동식물에 대한 특허를 포함하는 이 의무는 현재 한국에 존재하는 표준을 강화하고 생명공학 제품에 대한 광범위한 특허 적격성을 배제 없이 확대하는 것의 중요성을 입증한다”.

701)한미 FTA 제18.8조 제4항 제2문은 사기, 허위진술 또는 불공정한 행위를 이유로 양 당사국이 특허를 취소하거나 특허를 집행할 수 없도록 하는 조항으로, 공익을 위한 균형 조항 중 하나이다. 그러나 우리 정부는 이 조항이 강제 조항이 아니라는 이유로 국내법에 반영하는 데 소극적이었다.

702)2015년 유엔 특허 보고서, ¶ 69.

여겨져 왔다.<sup>703)</sup>

미국의 허가 전 이의신청 금지 제안은 2006년 한국이 이의신청 제도 자체를 전면 폐지하는 촉매제가 되었다.<sup>704)</sup> 특허권 설정 전 이의신청 제도에 대한 전통적인 반대 논거는 경쟁사에 의한 남용과 특허권 부여 지연으로 발명가 보호가 미흡해진다는 것이다. 그러나 실증적 데이터는 이러한 주장을 뒷받침하지 않는다.

**<표 4-1> 1971년부터 1998년까지 사전 허가 이의신청 제도**

연도	1971	1972	1973	1974	1975	1976	1977	1978	1979	1980
이의신청	228	218	211	248	323	361	221	327	443	350
특허거절	38	144	124	50	68	85	35	60	66	122
허가	1,370	1,363	1,118	2,173	1,488	1,594	851	1,426	3,200	3,385
연도	1981	1982	1983	1984	1985	1986	1987	1988	1989	1990
이의신청	310	364	302	472	530	620	450	384	314	359
특허거절	113	125	63	97	140	121	101	111	52	96
허가	3,499	5,123	4,512	4,725	4,569	4,652	5,749	5,282	9,283	16,608
연도	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	합계	
이의신청	199	236	221	223	344	426	421	389	9,494	
특허거절	58	57	55	78	73	66	73	24	2,295	
허가	17,060	18,372	19,038	19,500	20,661	25,707	38,292	39,430	318,646	

<표 4-1>에서 보는 바와 같이, 1971년부터 1998년까지 허가 전 이의신청 기간 동안 국내 특허 및 실용신안 총 허가 건수는 280,030건이며, 9,494건의 특허공고에 대해 이의신청이 제기되었다. 따라서 이의신청 비율은 3.39%이며, 이의신청된 특허공고 중 24.17%가 등록되지 않았다.<sup>705)</sup> 기간을 연간 특허출원 건수가 1만 건을 넘어섰고, 출원 전 이의신청 제도 폐지 논의가 대두되던 시기, 즉 1992년부터 1998년까지로 집중하면 특허 및 실용신안 총 허가 건수는 181,000건, 이의신청 건수는 2,260건, 등록되지 않은

703)Ganguli, 2014, p. 68.

704)당시 한국 특허법은 1998년 3월 1일에 시행되었는데, 사후 이의신청만을 허용하고 있었다.

705)이의신청 비율은 특허 심사관이 등록이 가능하다고 판단한 특허 공고 건수를 기준으로 계산해야 한다. 그러나 특허청에서 제공하는 데이터베이스에는 이러한 공고에 대한 데이터가 제공되지 않는다. 허가 건당 이의신청 건수가 적다는 점을 고려할 때, 허가 건수로 계산한 이의신청 비율은 유효한 근사치이다.

특허공고는 426건으로 집계된다. 따라서 이의 제기 비율은 1.25%에 불과했다(이 중 이의 제기된 특허공고의 18.85%가 등록되지 않았다). 이 수치는 아래 <표 4-2>에서 볼 수 있듯이 1999년부터 2007년까지의 특허 부여 후 이의신청 기간 동안 큰 변화가 없었다(이의신청률 0.32%, 특허 취소율 22.97%).<sup>706)</sup>

<표 4-2> 1999~2007년 특허 허가 후 이의신청 제도

연도	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	합계
이의신청	453	377	265	301	274	244	329	378	213	2,834
특허취소	18	56	58	69	84	94	80	83	109	651
허가	95,503	76,701	78,517	85,273	81,437	83,250	106,228	150,526	126,500	883,935

허가 전 이의신청 제도는 저품질 특허와 특허 괴물로 인한 사회적 비용을 해결하는 처방전 역할을 해왔다.<sup>707)</sup> 여러 특허청을 대상으로 광범위한 인터뷰를 진행한 드라호스(Drahos)에 따르면, 허가 전 이의신청 제도는 특허 품질을 유지하는 데 성공적이었다.<sup>708)</sup> 인도의 경험에서 알 수 있듯이, 허가 전 이의신청 제도는 필수약품에 대한 환자들의 접근권을 위해 특히 중요하다.<sup>709)</sup> <표 4-1>과 <표 4-2>의 실증 데이터는 허가 전 이의신청 제도가 특허 허가의 남용적 지연을 초래하지 않으면서도 구제 기능을 수행하고 있음을 보여준다. 그러나 미국은 무역 상대국에 대해 허가 전 이의신청 제도를 폐지하도록 압력을 행사해왔다.<sup>710)</sup> 한국뿐만 아니라 일본도 1980년대 말 일본 기업이 미국 발명에 대한 특허 허가를 의도적으로 지연시키기 위해 허가 전 이의신청을 제기한다고 미국이 불만을 제기하자 미국과의 양자 협의를 통해 허가 전 이의신청을 폐지한 바 있다.<sup>711)</sup>

낮은 특허 품질로 인한 비용은 분명하다. 부여되지 말았어야 할 특허는 사회에 대한 적

706)2015년 유럽 특허청의 수치와 비교해보면, 이의 제기 비율은 4.4%, 특허의 31%가 취소되었다(유럽 특허청, 2015, p. 2).  
 707)워렐(Worrel)은 허가 전 이의신청은 “심사 과정의 효율성을 높이고, 잘못 부여되는 특허의 수를 줄이며, NTP와 같이 특허 출원인에게 부당한 보호를 제공하는 것을 피하기 위한 것”이라고 설명한다(2011, p. 834).  
 708)Drahos, 2010, p. 148 (“20세기에 큰 영향력을 발휘한 독일과 영국의 특허 행정 모델 모두 허가 전 이의 신청이 있었고 호주와 인도와 같은 일부 국가에서는 이를 제도의 일부로 유지하고 있다. 독일 특허청의 인터뷰에서는 허가 전 이의 신청이 특허 품질에 매우 중요한 도구라고 말했다.”).  
 709)Ho, 2009, p. 699 (인도 글리벡 특허 거부는 인도 암 환자 지원 협회가 제기한 허가 전 이의 신청에 의해 촉진된 것으로 보인다고 설명).  
 710)Drahos, 2010, p. 172.  
 711)일본 특허청, 2016, p. 2, 각주 1.

절한 보상 없이 가격을 높인다. 이러한 특허는 “경쟁을 저해하고 결국 혁신 인센티브를 훼손하여 소비자에게 해로운 영향을 미칠 수 있다.”<sup>712)</sup> 이는 특허의 품질에 대한 규정과 관계없이 타당한데, ‘특허의 기본 발명에 의해 창출되는 기술-경제적 품질’ 또는 ‘집행 가능한 재산권으로서의 특허의 신뢰성에 의해 창출되는 법적 품질’로 정의할 수 있다.<sup>713)</sup>

특허 품질이 악화될수록 허가 전 이의신청의 역할은 더욱 분명해진다. 하호프(Harhoff) 등은 낮은 심사 기준으로 인해 특허 품질이 오랫동안 저하되어 왔으며, 이는 결과적으로 특허 출원 증가를 촉진했다는 사실을 입증하였다.<sup>714)</sup> 특허 보호가 강화되면 특허 출원도 증가하여 발명가에게 특허가 더 많은 수익을 가져다준다. 따라서 “명백한 발명의 소유자는 특허를 추구할 사적 인센티브를 갖는다.”<sup>715)</sup>

특허청의 심사 품질이 떨어지는 것은 특허 심사관의 숙련도가 낮아서가 아니다. 특허청의 인센티브가 약하고 업무량이 많기 때문이다. 미국 회계감사원(GAO)이 미국 특허청 심사관을 대상으로 실시한 설문조사에 따르면, 심사관의 70%가 “일반적인 업무량을 고려할 때 철저한 심사를 할 시간이 충분하지 않다”고 인정했다.<sup>716)</sup> 심사관에게 특허 심사에 할당된 시간이 적을수록 시간이 많이 걸리는 선행 기술 거절 결정을 내릴 가능성이 줄어들고 특허를 허가할 가능성이 높아진다.<sup>717)</sup> 또한 심사관들은 당근도 채찍도 없기 때문에 인센티브가 적다. 즉, 그들은 더 많은 특허 신청을 거절해도 보상을 받지 못하고, 잘못 부여된 특허에 대한 책임도 지지 않는다.

특히 한국과 같이 특허 품질이 낮은 경향을 보이는 국가, 즉 많은 특허 출원 건수, 낮은 심사 기준, 특허 심사관의 낮은 인센티브, 높은 업무량 등 특허 품질 저하의 요인이 모두 존재하는 국가에서는 허가 전 이의신청 제도를 재도입할 필요가 있다. 한국의 경우 2011년부터 2015년까지 5년간 특허 무효율은 1심 심결 기준으로 평균 50.5%에 달하며, 한국 특허 심사관의 업무량은 유럽 특허청 대비 5배 이상 높은 것으로 나타났다. 2014

712) Scellato et al., 2011, p. 19.

713) Burke & Reitzing, 2007.

714) Harhoff et al., 2007, p. 93.

715) Scellato et al., 2011, p. 3.

716) USGAO, 2016, p. 2.

717) USGAO, 2016, p. 10 (미국특허청 심사관은 각 신청서에 대해 시작부터 최종 결정까지 평균 약 22시간을 소요한다).

년 한국 특허 심사관들은 평균 230건의 특허 출원을 심사해야 했는데, 이는 일본 특허청 160건, 유럽 특허청 47건(2013년 기준), 미국 특허청 77건 등 다른 특허청의 업무량과는 비교할 수 없을 정도로 높은 수치이다.<sup>718)</sup> 허가 전 이의신청 제도를 복원하려면 미국과의 양자 협상이 필요하다. 그러나, TPP 협상 과정에서 미국이 허가 전 이의신청 제도를 지지하는 쪽으로 입장을 바꾼 만큼 양자 협상이 가능할 것으로 보인다.<sup>719)</sup>

### 4-5-3. 특허 기간 연장

#### 4-5-3-1. 한미 FTA에 따른 의무

한미 FTA에서는 의약품 허가 절차 지연과 특허 심사 절차 지연의 두 가지 지연에 대한 보상으로 특허 기간 연장이 가능한데, 후자는 한국에 처음 도입된 제도이다.

한미 FTA 제18.8조 6(a)항은 양 당사국이 특허 부여의 불합리한 지연에 대한 보상을 위해 특허 기간 연장을 허용하도록 요구한다. 불합리한 지연에는 특허 출원일로부터 4년 또는 심사 요청 후 3년 중 더 늦은 시점까지 특허 발급이 지연된 경우가 포함된다.<sup>720)</sup> 이 조항은 한미 FTA 발효일과 관계없이 소급 적용되며, 2008년 1월 1일 이후에 출원된 모든 특허 출원에 대해 특허 기간 연장을 받을 수 있다.

#### 4-5-3-2. 토론 및 분석

한미 FTA 협상 당시 우리 정부는 등록 특허 중 심사 지연에 따른 특허 기간 연장의 대상이 되는 특허는 0.2%에 불과하고, 2008년 1월 이후 출원된 특허 중 기간 연장 혜택을 받을 수 있는 특허는 월 10건 미만일 것으로 추정했다. 따라서 경제적 영향이 미미하고 중대하지 않은 것으로 결론을 내렸다. 또한 특허청은 평균 심사기간을 9.8개월로 유지하고 16개월 이내로 관리하겠다고 국회에 보고했다.<sup>721)</sup> 한미 FTA 발효 이후 심사 지연에

718)대한민국 특허청, 2016, p. 3.

719)New, 2013.

720)이 연장에는 두 가지 모델이 있다. 미-칠레 FTA(17.9(6)조)와 CAFTA(15.9(6)(a))는 출원일로부터 5년 또는 심사청구일로부터 3년 중 늦은 시점까지 특허권 부여가 지연된 경우 연장을 허용하는 반면, 대부분의 FTA(미국-싱가포르 FTA, 미국-모로코 FTA, 미국-호주 FTA, 미국-바레인 FTA, 한미 FTA)는 출원일로부터 4년 또는 심사청구일로부터 2년 미만 지연된 경우 연장을 허용하고 있다.

721)국회 검토보고서 (2011) p.783.

따른 기간 연장 신청은 단 한 건이 접수되었으나, 특허청은 법정 요건을 충족하지 못한  
다는 이유로 기각했다. 직접적인 영향은 관찰되지 않았지만, 특허 기간 연장에 대한 한  
미 FTA 의무는 간접적으로 더 해로운 영향을 미칠 수 있다. 이 의무는 특허청으로 하여  
금 심사 절차를 빠르게 진행하도록 압박하여 결국 특허의 품질 저하로 이어질 수 있다.  
앞서 4-5-2-2절에서 설명한 바와 같이, 특허청은 이미 낮은 특허 품질이라는 요건을 충  
족하고 있으며, 기간 연장은 이러한 요건을 더욱 악화시킬 것이다.

의약품 허가 절차 지연을 보상하기 위한 기간 연장은 2007년부터 2016년 8월까지 10년  
간 487건에 적용되었다. 이러한 현실적인 영향 외에도 특허권은 긍정적 권리가 아닌 배  
타적 권리라는 점에서 트립스-플러스 조항은 이론적으로도 결함이 있다. 특허가 부여  
되면 특허권자는 본인이 자신의 물질 또는 방법을 실행할 수 있는지 여부와 관계없이,  
누구든지 동의 없이 특허 청구범위에 해당하는 제품을 생산, 판매, 배포 또는 사용하거  
나 방법을 사용하는 것을 금지할 수 있다. 따라서 특허권자가 의약품을 판매할 수 없는  
기간을 보상하기 위한 기간 연장은 이론적 근거가 부족하다.

#### 4-5-4. 공지에의 기간

##### 4-5-4-1. 한미 FTA에 따른 의무

한미 FTA는 12개월의 공지에의 기간(*grace period*)을 규정하고 있다.<sup>722)</sup> 이에 따라 한국에  
서 공중에게 공개된 정보가 선행기술의 일부로 간주되지 않을 수 있는 기존 공지에의  
기간이 6개월 더 연장된다.

##### 4-5-4-2. 토론 및 분석

추가 공지에의 기간은 동일한 의약품 또는 의료 기술 분야에서 일하는 다른 사람들이  
12개월 후에 특허 출원이 제기될 수 있다는 두려움 때문에 특정인이 공개한 특정 의약  
품 또는 의료 기술을 연구하거나 생산할 수 있는지 여부에 대한 불확실성이 증가한다는  
것을 의미한다.<sup>723)</sup>

722) 제18.8조 7항(b).

723) UNITAID, 2014, p. 25.

공지예외 기간 연장에 대한 종합적인 정성적 평가는 추가 연구가 필요하지만,<sup>724)</sup> 다음 자료는 잠재적인 부정적 영향을 보여주기에 충분하다. 한미 FTA 발효 이후 한국 특허청에 접수된 공지예외 기간 연장 신청은 1만 건이 넘으며, 대부분(99.6%)이 허가되었다.

〈표 4-3〉 공지예외 기간 연장 신청 및 부여 현황

2012년 3월 15일부터 2016년 8월 31일까지	6개월 이전	6개월 이후
예외 신청	15,002	11,396
예외 허용	14,912	11,355

724) 공지예외 기간이 제3자의 정보에 대한 권리에 미칠 수 있는 부정적 영향에 대해서는 공지예외 기간에 반대하는 학계의 견해가 대다수이다. 영국 특허청, 2012 참조. 영국 특허청의 분석에 따르면, 응답자들의 주된 견해는 공지예외 기간이 필요하지 않다는 것인데, 그 이유는 공지예외 기간을 두면 “사람들이 해당 정보가 특허 출원의 대상이라는 사실을 나중에 실제로 출원이 공개될 때까지 깨닫지 못하더라도 특허 출원에 의해 공개적으로 이용 가능한 정보의 사용을 제한할 수 있기 때문”이다(ibid, p. 15).

## 의약품 및 트립스-플러스 보호

### 4-6-1. 데이터 독점권

데이터 독점권은 의약품을 과잉 보호하여 제네릭 출시를 지연시키고 환자의 의약품에 대한 접근권을 제한하는 가장 강력한 트립스-플러스 조항 중 하나다. 또한 제네릭 생산 업체가 환자를 대상으로 중복 임상시험을 실시하도록 강요함으로써 비윤리적이라는 비판을 받기도 한다.<sup>725)</sup>

한미 FTA는 “데이터 독점권(data exclusivity)”이라는 용어를 사용하지 않는다. 대신, 허가 당국이 오리지널 회사가 제출한 안전성 또는 유효성에 관한 자료를 근거로 제네릭 회사의 시판을 허가하는 것을 금지하고 있다.<sup>726)</sup> 데이터 독점권은 EC의 통상압력에 의해 한국에 도입되었고, 현행 규정은 1990년대 초 한국과 EC가 합의한 내용과 거의 동일하므로 다음 장에서 자세히 논의하기로 한다(5-5-4절 참조).

725)USFTC, 2003, p. 9 (“FDA는 기본 의약품이 안전하고 효과적인 경우 제네릭 의약품에 대한 재시험은 낭비라고 간주했다. 또한 이러한 재시험은 일부 위험 환자에게 위약을 복용하게 하고 효과가 있는 것으로 알려진 치료를 거부하도록 요구하기 때문에 비윤리적이다.”). 데이터 독점권에 대한 논쟁은 섹션 5-5-4를 참조하라.

726)제18.9조 1항 및 2항.

## 4-6-2. 허가특허연계

### 4-6-2-1. 한미 FTA에 따른 의무: '더 어려운' 연계 모델

의약품 허가 절차는 허가 심사 중인 의약품에 적용될 수 있는 특허의 상태와 “구별되고 분리”된다.<sup>727)</sup> 특허 지위와 의약품 허가 절차의 연계는 1984년 미국에서 고안되었으며,<sup>728)</sup> 미국은 양자 및 지역 무역 협정을 통해 이 연계 시스템을 확산시켰다.<sup>729)</sup> 미국에서 그 목적은 “선구적 혁신 촉진과 제네릭 진입 촉진이라는 상충하는 목표 사이의 균형을 맞추는 것<sup>730)</sup>과 “오늘의 저렴한 약과 내일의 더 나은 약” 사이의 균형을 달성하는 것이었다.<sup>731)</sup> 그러나 제약 산업 구조와 의약품 규제 체계가 다른 국가에서는 연계 제도가 의도한 대로 작동하지 않을 수 있다. 이 제도는 혁신적 제품의 감소, 제네릭 진입의 상당한 지연, 독점 가격의 상승, 낭비적인 소송, 공중 보건 비용의 증가를 초래할 수 있다.<sup>732)</sup> 공중 보건에 미칠 수 있는 잠재적인 악영향으로 인해, 미국 정치권의 5월 10일 합의에서도 FTA에서 연계 조항을 삭제할 것을 권고했다.<sup>733)</sup>

이러한 우려를 반영하듯 연계 제도는 한미 FTA 협상에서 가장 논란이 많았던 쟁점 중 하나였다. 이는 공중보건 옹호단체, 환자단체, 국내 제약업계의 강력한 반대에 오랫동안 부딪혔다. 한미 FTA 협상 초기부터 한국 협상단은 미국의 연계 제도 요구에 대해 단호하게 반대했다. 그러나 이는 미국의 협상 불가 통상 정책이었다. USTR과 미 의회는 “한국의 상대적으로 높은 경제발전 수준을 고려해” 5월 10일 합의를 한국에 적용하지

727)Bayer Corp. v. Union of India, LPA 443/2009 (Delhi H.C.) (India) at ¶ 28 (cited in Bouchard et al., 2011, p. 440).

728)미국은 해차-왁스만법(1984년 약가 경쟁 및 특허 기간 회복법, 21 U.S.C § 355)에 의해 연계 규정을 제정했다.

729)1993년 캐나다가 북미자유무역협정(NAFTA)에 따라 연계 제도를 도입했고, 2003년 멕시코가 그 뒤를 따랐다. 그 외 호주, 바레인, 칠레, 싱가포르, 한국 등 대부분의 국가가 미국과 양자 또는 지역 무역 협정을 체결하여 연계 제도를 도입했다. 일본과 중국은 예외이지만 미국의 압력에서 완전히 자유롭지는 않다. 중국의 사례는 Liu, 2012 참조. 2017년 5월 중국 식품의약품감독관리국(CFDA)은 모든 의약품 허가 신청자가 관련 특허권자에게 이를 통보해야 하고, 특허권자가 특허 침해 소송을 제기한 사실을 통보받은 CFDA는 최대 24개월 동안 의약품 허가를 연기할 수 있는 새로운 연계 제도를 제안했다. 중국 정부의 공식 통지에 대한 비공식 영어 번역본은 [https://www.cov.com/-/media/files/corporate/publications/file\\_repository/alert\\_circular\\_55.pdf](https://www.cov.com/-/media/files/corporate/publications/file_repository/alert_circular_55.pdf) 을 참조하라.

730)Bouchard et al., 2011, p. 439.

731)Epstein & Kuhlik, 2004, p.11.

732)Bouchard et al., 2011, p. 435.

733)5월 10일 합의는 2007년 5월 10일 미국 의회와 행정부가 채택한 “미국을 위한 새로운 무역 정책”을 의미하며(4-2-1절 참조), USTR로 하여금 “의약품 규제 기관과 특허 문제 간의 “연계” 요건, 특히 의약품 규제 기관이 제네릭이 시판될 경우 특허 침해가 없음을 증명할 때까지 제네릭의 허가를 보류할 것을 요구하지 않도록 FTA를 개정할 것”을 요구하고 있다.

않기로 결정했다.<sup>734)</sup> 두 차례의 재협상 끝에 한국이 미국으로부터 얻어낸 최대 약속은 연계 의무를 완전히 이행하기 위한 3년의 이행 기간이었다.

허가특허연계는 두 가지 형태로 이루어질 수 있다. ‘소프트’ 모델에서는 특허청이 허가하고 의약품 승인 기관이 등재한 특허와 충돌할 수 있는 모든 제네릭 출원에 대해 특허권자가 통지받을 수 있다. ‘하드’ 모델에서는 의약품 허가 기관이 등재된 관련 특허가 있는 경우 제네릭 의약품의 마케팅을 허가하지 않을 의무가 있다. ‘하드’ 모델에서 특허권자는 “제네릭 허가를 금지하기 위해 사적인 권리 집행을 추구할 필요가 없다.”<sup>735)</sup> 따라서 특허권자는 단순히 특허를 등재하는 것만으로도 “법원이 제네릭 허가 발급을 금지하기 전에 요구할 수 있는 기준을 충족하지 않고도 … 금지 가져본 명령에 해당하는 효과를 얻을 수 있다.”<sup>736)</sup> 플린(Flynn) 등이 언급했듯이, 연계 규정은 “시장 접근이 차단된 제네릭 회사가 시장 접근을 위해 특허권자를 적극적으로 고소하도록 책임을 역전시키는 것”이다.<sup>737)</sup> 한미 FTA는 하드 모델을 채택하고 있다. 이는 두 가지 측면에서 기존 미국의 FTA들과 미국 국내 제도보다 더 강력하다.

첫째, 한미 FTA 협정문에서는 의약품 허가 절차와 연계되는 특허를 “해당 제품 또는 그 허가된 사용 방법을 다루는(covering) 것으로 허가 당국에 통보된 특허(강조 표시 추가)”로 정의하고 있다.<sup>738)</sup> 여기서 ‘해당 제품’은 이전에 허가된 의약품, 즉 오리지널 제품을 의미한다. 그러나 이 특허가 물질 특허와 용도 특허에 국한되는 것인지, 아니면 제법 특허를 광범위하게 포함하는 것인지가 불분명하다. 이러한 모호함은 ‘다루는(covering)’이라는 단어에서 비롯된다. 호주-미국 FTA는 “해당 제품이 특허에 청구된(claimed) 경우”를 요구하고, TPP는 “허가된 의약품 또는 그 허가된 용도를 청구하는(claiming) 해당 특허”(강조 표시 추가)를 요구하는 것과 달리,<sup>739)</sup> 한미 FTA에 따라 의약품을 다루는(covering) 특허는 트립스에 따라 제법 청구항(process claim)을 포함할 수 있다. 트립스 제28조 제1항(b)에 따르면, 제법에 대한 특허권자는 “해당 제조방법에 의해 직접 획득한” 제품에 대해 독점권을 갖

734)USGAO, 2007, p. 42.

735)Rubinson, 2017, p. 460. ‘소프트’ 및 ‘하드’ 모델은 TPP 서명국이 취할 수 있는 두 가지 옵션에서 비롯되었다(TPP 제 18.51조).

736)Bouchard et al., 2011, p. 436.

737)Flynn, Baker, Kaminski & Koo, 2013, p. 178.

738)제18.9조 5(a)항.

739)호주-미국 FTA 제17.10조 4항(a)(i) 및 TPP 제18.53조 1항(c).

는다. 따라서 한미 FTA 하에서, 제법 청구항(예: 의약품 생산 방법에 관한 청구항)은 오리지널 제품에 적용되는(covering) 것으로 통지될 수 있으며, 한미 FTA 연계는 ‘에버그리닝 남용’에 더 취약하다.

둘째, 한미 FTA에는 자동 보류를 허용하는 명시적인 문구가 없다. 자동 보류란 제네릭 허가가 금지되는 기간을 말한다. 미국 법에 따르면 특허권자가 제네릭 신청자를 상대로 법적 조치를 취하면 제네릭 허가 절차가 최대 30개월 동안 자동으로 중단된다.<sup>740)</sup> 캐나다에서는 자동 보류 기간이 최대 24개월까지 지속된다.<sup>741)</sup> 미리 정해진 보류 기간이 없는 경우, 의약품 허가 기관은 등재된 특허가 무효이거나 제네릭이 등재된 특허를 침해하지 않는다는 법원의 최종 판결이 나올 때까지 제네릭을 허가하기 전에 기다려야 한다.<sup>742)</sup> 그러면 소송에서 패소할 가능성이 높은 특허권자는 법정 소송을 최대한 오래 지연시키려는 강력한 유인을 갖게 된다. 앞서 4-5-2-2절에서 살펴본 바와 같이 등재된 특허 대부분이 무효로 판명되거나 4-6-2-3절에서 살펴볼 바와 같이 제네릭을 포함하지 않는다는 점을 고려할 때, 지연하려는 유인은 특허권자를 지연 소송으로 몰아넣을 만큼 현실적이고 크다. 따라서 자동 보류기간은 취약한 특허의 퇴출을 촉진하고 특허 분쟁의 적시 해결을 유도함으로써 특허 연계 제도의 균형을 맞추기 위한 메커니즘으로 간주된다.<sup>743)</sup> 그러나 한미 FTA는 이러한 우려를 해소하지 못하고 있다. 오히려 “특허권자의 동의 또는 묵인”이 없는 경우 “특허 기간 동안” 제네릭 허가를 금지하도록 규정하고 있다. 더 심각한 문제는 협상 테이블에서 한국 협상단이 자동 보류를 명시적으로 지지하는 문구를 삽입하자는 미국 측 제안을 받아들이지 않았다는 점이다. 이는 한국 협상단이 자동 보류의 기능과 근본적인 정책 목표를 충분히 이해하지 못했기 때문이다. 이로 인해 논란이 일자 한국 협상단은 양측이 각각 적절하다고 판단하는 적절한 방식으로 연계의무를 이행하기로 합의했다고 주장하며 변명했지만, 이는 문서로 확정되지 않았다.

이 두 가지 ‘강력한’ 연계 규제 요소는 실제로 한국에서 이행되고 있지 않다. 그러나 이

740)21 U.S.C. §355(j)(5)(B)(iii). 30개월의 기간은 법원에 의해 연장되거나 단축될 수 있다.

741)Regulations Amending the Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/98-166, March 12, 1998, s. 6(1)(2)(3), amending s. 7(1)(e) and 7(5). 1998년 캐나다는 불필요한 소송을 줄이고 소송 절차를 간소화하기 위해 자동 보류 기간을 30개월에서 24개월로 단축했다(Government of Canada, 1998, p. 1055).

742)특허 등록은 미국에서는 ‘오렌지북’에, 한국에서는 ‘그린리스트’에 등재된다.

743)2006년 3월 2일에 USTR에 보낸 GPhA의 서신.

두 가지 요소는 협상자들이 연계 제도의 유해한 영향을 완화하기 위한 균형 잡힌 접근 방식과는 거리가 멀었음을 보여주기에 충분하다. 또한, 합의된 더 ‘강력’한 모델은 무역 중심의 지적재산권 규범이 트립스와 미국 국내법의 의무를 넘어 어디까지 확대될 수 있는지를 보여준다. 미국 국내법을 넘어선 것은 2015년 초 한국이 생물학적 제제와 관련하여 연계 의무를 완전히 이행하게 되면서부터이다. 생물학적 제제의 연계는 한미 FTA 조차 넘어서고 있다.

#### 4-6-2-2. 한미 FTA-플러스 구현 - 생물학적 제제

한미 FTA 연계 조항은 연계 특혜를 받을 수 있는 의약품의 범위를 정의하고 있지 않다. 그 범위는 한미 FTA 지적재산권 장의 다른 조항에서 유추할 수 있다. 의약품 허가 절차 지연에 대한 보상을 위한 특허 기간 연장에 관한 제18.8조 제6항(b)는 “신약”을 생물학적 제제에 대한 언급 없이 새로운 화학적 개체를 포함하는 제품으로 정의하고 있다. 반면, 제5장(의약품 및 의료기기) 제5.8조는 의약품에 생물학적 제제를 포함한다고 명시하고 있다.<sup>744)</sup> 이러한 광범위한 정의는 한미 FTA 제5장의 목적에 한해서만 유효하며, 따라서 협상자들은 생물학적 제제를 포함하도록 연계 규정을 확대 적용할 의도가 없었다고 결론을 내리는 것이 타당하다. 이러한 결론은 한미 FTA 연계 조항의 모델이 된 미국 국내법인 해치-왁스만법(Hatch-Waxman Act)에 의해서도 뒷받침된다. 해치-왁스만법은 생물학적 제제에는 적용되지 않는다. 대신 미국은 한미 FTA 체결 후, 연계 규정이 아닌 데이터 독점권을 통해 생물학적 제제를 추가로 보호하기 위한 새로운 규정인 ‘생물학적 제제 가격 경쟁 및 혁신법(BPCIA)’을 제정했다.<sup>745)</sup> 무엇보다도 BPCIA에는 허가특허 연계를 위한 ‘소프트’ 모델(통지 절차)이 포함되어 있지 않다.<sup>746)</sup>

그럼에도 불구하고 미국 정부는 한국에 생물학적 제제에 적용되는 허가-특허 연계 제

744)“이 장의 목적상: ... 의약품 또는 의료기기는 의약품, 생물학적 제제, 의료 기기 또는 진단 제품을 의미한다.”

745)Pub. L. 111-148, §§ 7001-7003(42 U.S.C. § 262). BPCIA는 후속 생물학적 제제 또는 바이오시밀러 제품에 대한 간소화된 허가 경로를 제공하며, 동시에 오리지널(참조 제품 스폰서)에게 더 긴 기간(12년)의 데이터 독점권을 제공함으로써 혁신을 장려하고자 한다(Rubinson, 2017, p. 464).

746)해치-왁스만법의 통지 절차는 미국 법원이 확인한 바와 같이 선택사항인 BPCIA에 따른 오리지널(참조 제품 스폰서)과 바이오시밀러 신청자(“특허댄스”라고 함) 간의 일련의 정보 교환 일정과 구별된다(Amgen Inc. v. Sandoz, Inc., 794 F.3d 1347 (Fed. Cir. 2015)). Kim (2012, pp. 234-236)은 한미 FTA의 특허연계가 생물학적 제제에 적용되지 않는다고 주장하는데, 그 이유는 (1)미국 BPCIA는 허가기관에 통보된 특허를 대상으로 하지 않고(대신 오리지널 제약사와 제네릭 제약사 간에 특허목록을 교환함), (2)BPCIA의 입법 취지가 특허연계제도가 아닌 데이터 독점권에 의한 오리지널 생물학적 제제의 보호를 위한 것이었기 때문이다.

도를 제정할 것을 촉구했다. 주한미국대사는 2015년 2월 17일자 한국 식품의약품안전처장에게 보낸 서한에서 “미국은 해치 왁스만 법과 생물학적제제 가격경쟁 및 혁신법(BPCIA)을 통해 이러한 의무를 이행하고 있으며, 따라서 미국의 제도는 한미 FTA를 준수하고 있다”고 주장했다.<sup>747)</sup> 그는 “한국이 한미 FTA에 따라 모든 의약품에 포괄하는 특허 연계 제도를 도입하는 것이 중요하다”는 점을 재확인했다.<sup>748)</sup> 미국 대사가 이런 서한을 보낸 것은 생물학적 제제를 연계 제도에서 제외하고 제네릭 독점권을 금지하는 것을 골자로 하는 한국 국회의원과 시민사회단체가 공동 발의한 법안을 저지하기 위해서였다. 이 법안이 국회에서 과반수의 지지를 얻지 못한 데에는 미국의 압력이 작용했다. 한국 정부도 생물학적 제제에 연계 규정을 적용해야 한다는 입장을 취했다.

#### 4-6-2-3. 연계 규정의 영향

2007년 한국 정부는 지적재산권 분야에서 연계에 따른 잠재적 영향이 가장 심각할 것으로 예상했다. FTA 협상 타결 직후인 2007년 4월 27일에 발표된 한국 정부의 공식 보고서에서 추정된 허가-특허 연계의 잠재적 영향은 아래 <표 4-4>와 같이 요약할 수 있다.<sup>749)</sup>

<표 4-4> 허가-특허 연계의 사전 추정치

카테고리	결과(10년간 연평균)
국내 의약품 생산 손실액(10억 원)	67.3 ~ 145.8
일자리 감소(명)	275 ~ 595
국민건강보험 약제비 증가액(10억 원)	51.7 ~ 175.4

2007년의 사전 추정치는 다음과 같은 가정을 기반으로 한다: (1)허가-특허 연계로 인해 제네릭 의약품의 시장 진입이 9개월 지연되고, (2)제네릭 의약품과 오리지널 의약품 간의 특허 침해 소송이 40% 증가하며, (3)외국 기업과의 특허 분쟁에서 국내 제약사의 승소율이 66.7%로 유지된다.<sup>750)</sup>

747)편지의 스캔본은 Nam, 2015를 참조하라.

748)Nam, 2015.

749)대한민국 정부, 2007, pp. 66-71 이 추정치는 2010년 12월의 한미 FTA 재협상을 반영하기 위해 수행된 2011년 8월의 정부 재평가 보고서에서도 거의 동일하게 유지되었다.

750)Ibid. 승소율 66.7%는 1988년 이후 81건의 의약품 특허 소송에서 국내 기업이 54건에서 승소한 경험적 데이터를 통해 얻은 결과이다. 패소된 국내 기업은 제네릭 제품을 판매할 수 없어 제네릭 진입 지연에 영향을 미치지 않아 정부 평가에서

허가-특허 연계가 의약품 생산, 일자리, 공중보건 비용에 미치는 부정적 영향에 대한 추정치는 비록 방법론이 미흡하고 가정이 너무 대략적이지만 광범위한 지지를 받았다. 그러나 현실은 다소 다른 것으로 나타났다. 2016년의 종합적인 사후 평가에서 연계의 실제 영향은 미미한 것으로 평가되었다. 이 평가는 연계 시행법<sup>751)</sup>에 의해 의무화되어 있으며 다음과 같은 조건으로 실시되었다.<sup>752)</sup>

- 2012년부터 2016년 5월 31일까지 그린 리스트에 등재된 특허 수: 908;
- 등록된 특허의 보호를 받는 오리지널 제품 수(같은 기간): 1,186;
- 제네릭 신청: 2012년 12월 12일부터 2016년 5월 31일까지 등재된 151개 오리지널 제품에 대해 2,146개의 제네릭 제품이 시판 허가를 신청했으며, 2015년 3월 15일부터 2016년 5월 31일까지 등재된 108개 오리지널 제품에 대해 672개의 제네릭 제품이 시판 허가를 신청했다;
- 특허 분쟁: 2015년 3월 15일부터 2016년 5월 31일까지 1,869건의 특허 재판이 진행되었다;
- 제네릭 허가 금지: 오리지널 제약사가 제네릭 허가를 금지해 달라는 요청을 17건 제기했으며, 3건 승인, 2건 거부, 3건 철회, 9건 보류 중이다. 제네릭 독점권: 2015년 3월 15일부터 2016년 5월 31일까지 52개 등재된 오리지널 제품에 대해 204개의 제네릭이 제네릭 독점권을 신청했다(이 중 152개 제네릭 제품에 대해 제네릭 독점권이 부여되었다).

266페이지에 달하는 이 보고서에서 평가된 영향은 아래 <표 4-5>와 같이 요약될 수 있다.

<표 4-5> 허가-특허 연계의 사후 영향 평가 결과

카테고리	결과	
국내 의약품 생산 손실액(십억 원)	0.016~0.037 또는 0.010~0.024	
일자리 감소(명)	오리지널 기업	2.75 ~ 4.66
	제네릭 기업	3.41 ~ 5.98
국민건강보험 약제비 증가액(십억 원)	0.18 ~ 0.34	

순수율은 총유해자(대한민국정부, 2007년 16차)에 따라 산출된 손실액, 일자리 감소, 공중 보건 비용 측면에서 연계의 751)약사법 제50조의11(2015년 3월 13일 개정)은 식품의약품안전처가 국내 제약산업, 보건정책, 일자리 등에 미치는 영향에 관한 세부사항을 제공할 수 있을 정도로 매개변수 평가에 이상치로 인한 결과(752)Lee, 2016, pp. 51-70.

다. 첫째, 전면 시행 후 짧은 시간 경과(단지 15개월)를 고려할 때 실제 영향을 평가하기에는 시기상조이다.<sup>753)</sup> 둘째, 그 결과 실제로 제네릭 허가가 금지된 사례는 3건에 불과하며, 제네릭 진입이 금지된 기간도 평균 1.4개월에 불과했다.<sup>754)</sup> 그러나 오리지널사의 제네릭 허가 금지 요청이 극히 일부(2,146건의 제네릭 신청에 대해 17건만 요청)라는 점<sup>755)</sup>과 특허 분쟁의 급격한 증가(아래에서 설명하다시피, 평가 기간 동안 1,869건, 2013년 대비 2015년에 약 40배 급증)는 다른 해석을 필요로 한다.

‘일반 시스템 이론’에 기초해 부샤르(Bouchard) 등은 다양한 연계 제도의 구조적 측면과 기능적 측면을 모두 조사하여 목표와 목적에 따른 연계 제도의 성과를 평가할 것을 제안한다.<sup>756)</sup> 구조-기능 분석에서 ‘구조적 측면’은 “각기 다른 관할권에서 연계 제도의 광범위한 행정적, 법적, 정책적 특징”을 의미하며, ‘기능적 측면’은 “각 관할권에서 규제 산출물”을 의미한다.<sup>757)</sup> 그들은 구조와 기능이 일련의 긍정적 및 부정적 피드백 루프를 통해 상호 영향력 있는 관계를 맺고 있음을 보여주며, 개별적인 법적 메커니즘과 이러한 메커니즘이 특허법 및 식품의약품법의 관련 조항과 상호 작용하는 방식이 결과와 산출물을 실질적으로 변화시킬 수 있는 잠재력을 가지고 있음을 보여준다.<sup>758)</sup>

2016년의 사후 영향에 일차적으로 영향을 미치는 개별적인 법적 메커니즘 중 하나는 제네릭 독점권이다. 이차적 영향은 자동 보류 기간을 지나치게 축소하는 법적 메커니즘에서 비롯된다. 이 두 가지 요소는 이전 4-6-2-1절에서 설명한 바와 같이 한미 FTA의 요건이 아니다. 따라서 엄밀한 의미에서 2016년의 사후 영향은 한미 FTA의 영향이 아니다. 이는 한국 고유의 연계 제도의 ‘행정적, 법적, 정책적 특징’의 기능적 측면 또는 산출물이다. 요약하면, (1)9개월의 제네릭 독점권은 등재된 특허에 성공적으로 도전한 제네릭 신청인에게 과도한 보상을 제공하는 기능을 함으로써, ‘최초’ 제네릭이 되기 위한

753)이 보고서는 또한 연계제도가 운영 초기 단계이기 때문에 제약업계(주로 원개발사)에서 활용도가 낮다고 설명한다(Lee, 2016, 78쪽).

754)Lee, 2016, p. 88.

755)국내 연계 제도 하에서는 오리지널사가 제네릭 신청인에 대한 법적 소송을 제기하고 제네릭 허가를 금지하는 별도의 요청서를 허가 기관에 제출해야 한다는 점에 유의하라.

756)Bouchard et al., 2011, pp. 402-403.

757)Ibid, pp. 403-405.

758)Ibid, p. 455.

14일의 기간과 함께<sup>759)</sup> 제네릭 기업 간의 과도한 경쟁을 유발하고, (2)제네릭 독점권과 동일한 기간인 9개월이라는 짧은 자동 보류기간은 오리지널 제약사가 연계 특권에 의존하지 않도록 유도한다는 것이다. 이러한 결론은 특허 분쟁에 대한 실증적 데이터를 통해서도 확인할 수 있다.

아래 <표 4-6>는 ‘소프트’ 연계 모델이 시행된) 2013년부터의 특허 분쟁 발생 건수와 (‘하드’ 연계 모델이 시행된) 2015년부터 특허 분쟁이 급격히 증가한 것을 심판 건수<sup>760)</sup> 기준으로 보여주고 있다.

**<표 4-6> 그린 리스트에 등재된 특허 관련 특허심판 건수**

(출처: 특허청, 의약품 허가 관련 특허심판 연착륙(2017년 4월 4일자 보도자료))

연도	2013	2014	2015	2016	2017 (3월)	합계
청구	49	216	1,957	311	154	2,687
결정	37	207	606	63	0	913
철회	12	9	703	13	2	739
절차적 기각	0	0	288	0	0	288
보류	0	0	360	235	152	747

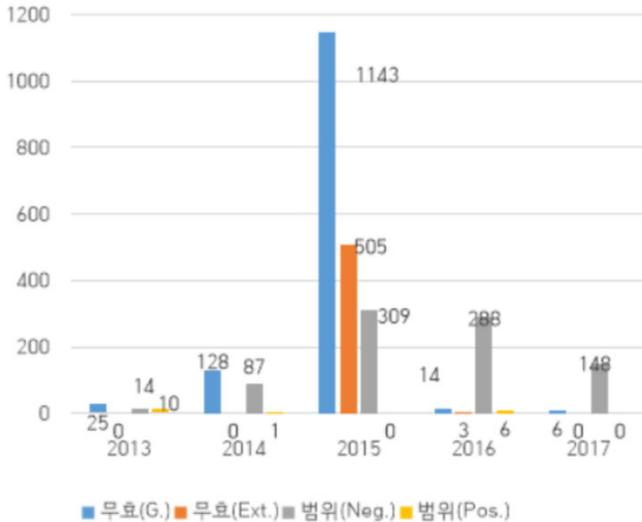
<그림 4-1>은 특허 분쟁의 압도적 다수가 제네릭 독점권을 추구하는 제네릭 신청인에 의해 시작되었음을 보여준다. 제네릭 신청인만이 제기할 수 있는 엄청난 수의 심판(‘무효(G.)’, ‘무효(Ext.)’, ‘범위(Neg.)’)과 오리지널사가 제기한 소수의 심판(‘범위(Pos.)’)의 수를 비교해보라. 제네릭 신청인이 2,670건을 제기한 반면, 오리지널사는 제네릭 신청인을 상대로 17건만 소송을 제기했으며 2015년과 2017년에는 소송을 제기하지 않았다.

759)미국의 해치-왁스만 모델과 달리, 한국의 연계 제도는 ‘최초’ 제네릭의 권리 범위를 14일로 인정하고 있다. 즉, 제네릭 허가 신청자는 다른 제네릭 허가 신청자가 ‘진정한’ 첫 번째 도전을 시작한 날로부터 14일 이내에 등재된 특허에 대해 이의를 제기하는 경우이다. 이 14일의 기간으로 인해 다수의 제네릭 허가 신청자가 하나의 특허에 이의를 제기하게 되고, 그 결과 특허 소송과 제네릭 독점권 소유자 모두가 많아지게 된다.

760)특허심판은 특허청 내에 설치된 특허심판원(PTAB)에서 진행되는 절차로, 특허법원과 대법원까지 총 3심 절차로 구성된다.

### 〈그림 4-1〉 특허 심판 유형별 현황

(출처: 특허청, 의약품 허가 관련 특허심판 연착륙(2017년 4월 4일자 보도자료))



- 무효(G.): 특허 허가에 대한 무효 심판.
- 무효(Ext.): 특허 기간 연장에 대한 무효 심판.
- 범위(Neg.): 잠재적 침해자가 특허권자를 상대로 제기하는 특허권 범위 확인 심판으로, 비침해 결정을 소극적으로 구하는 소송.
- 범위(Pos.): 특허권자가 잠재적 침해자를 상대로 제기하는 특허권 범위 확인 심판으로, 침해 판단을 적극적으로 구하는 소송.

위의 특허 분쟁에 대한 실증적 데이터에서 알 수 있듯이, 연계 제도의 운영은 ‘제네릭 독점권’이라는 하나의 법적 메커니즘에 의해 좌우된다. 다시 한 번 강조하지만, 제네릭 독점권은 한미 FTA에 규정되어 있지 않다. 제네릭 독점권은 미국 법률에 명문화되어 있으며, 연계된 특허에 성공적으로 도전하는 최초의 제네릭 회사가 180일 동안 다른 제네릭을 배제할 수 있도록 허용한다.<sup>761)</sup> 제네릭 독점권의 목적은 제네릭 회사가 특허의 유효성에 이의를 제기하는 위험을 감수할 수 있도록 인센티브를 제공하는 것이다.

국내 특허 연계 시행법 입법 과정에서 제네릭 독점권이 논란이 되었다. 이를 지지하는

761)허가-특허 연계 제도를 시행하는 다른 국가에서는 미국식 제네릭 독점권 모델을 허용하지 않고 있는데, 이는 주로 제약 특허에 도전할 인센티브를 제공할 필요성을 느끼지 못하기 때문이다. 한 가지 예외는 대만이다. 2016년 8월, 대만은 TPP 가입을 위해 국내법을 개정하여 허가-특허 연계 제도(특허 등재 및 15개월의 자동 보류)를 도입하고, 등재된 특허에 성공적으로 도전하는 최초의 제네릭에 대해 12개월 동안 마케팅 독점권을 부여했다(Chen, 2016).

단체들은 인센티브 논리를 내세웠다.<sup>762)</sup> 미국의 경우 소송 비용이 높기 때문에 도전에 대한 인센티브가 필요할 수 있다.<sup>763)</sup>

반면 한국의 특허 분쟁 비용은 평균적으로 미국의 1% 수준으로 훨씬 적다. 특허 분쟁의 조기 해결과 같은 제네릭 독점권의 이익보다 다음과 같은 사회적 비용이 더 크다: (1) 특허 침해 위험이 없는 경우에도 후속 제네릭 출시가 지연되고, (2) 특허권자와 최초 도전자 간의 지연 보상 합의가 조장될 가능성이 있으며, (3) 특허가 무효 또는 집행 불가능한 것으로 판명된 경우에도 특허권자가 시장을 복점할 수 있어 특허권자에게 부당한 이익을 주며,<sup>764)</sup> (4) 다른 기술 분야의 특허 관련 분쟁에서는 이러한 보상이 없다는 점에서 최초 도전자에게 불평등하고 불균형적인 보상이 주어질 수 있다. 이러한 사회적 비용에도 불구하고 한국의 법제는 “9 + 2” 개월 동안 제네릭 독점권을 부여하고 있다.<sup>765)</sup>

이 두 가지 개별적인 법적 메커니즘(제네릭 독점권과 자동 보류 기간 단축)은 의도하지 않은, 다소 역설적인 결과를 낳았다: 오리지널사의 과소 활용과 제네릭 제조사의 과잉 활용이라는 결과 말이다. 오리지널사의 과소 활용은 연계 제도의 정책 목표 중 하나인 ‘선구적 혁신 촉진’<sup>766)</sup>이 달성되지 못했음을 나타낸다.<sup>767)</sup> 2016년 사후 영향평가에서도 제약업계 응답자의 86%가 연계 제도가 신약 R&D 투자에 영향을 미치지 않았다고 응답했으며, 오리지널사의 R&D 투자는 오히려 3400만 원에서 5800만 원 정도 감소한 것으로 추정했다.<sup>768)</sup> 제네릭 제조사의 과잉 활용과 특허 분쟁의 급격한 증가는 최초 제네릭 독점권이 제도의 취지대로 작동하지 않는다는 것을 의미한다. 이는 아래 <표 4-6>

762)Shin, 2014, p. 1109. 대규모 제네릭 기업, 오리지널사, 변리사, 한국 정부 등이 이를 지지하고 있다.

763)Ohly, 2010, p. 16. 미국 지적재산권법협회에 따르면, 2011년 미국의 특허 소송 평균 비용은 600만 달러로 추산된다(Liu, 2012, p. 646).

764)최초 제네릭에 부여된 마케팅 독점권은 특허권자의 마케팅을 배제할 수 없는데, 최초 제네릭 이후의 마케팅 허가만 금지할 수 있기 때문이다. 따라서 제네릭 독점 기간인 9개월 동안은 특허권자가 최초 제네릭과 함께 시장을 지배할 수 있다. 즉, 제네릭 독점권은 특허가 무효이거나 집행 불가능한 것으로 판명된 오리지널 제조업체에 대해 독점권을 부여하는 것과 마찬가지로 가지는다.

765)추가 2개월의 독점권은 선택 사항인데, 제네릭 제품이 국민건강보험의 급여 체계에 포함되는 경우에만 부여된다.

766)Bouchard et al., 2011, p. 439

767)또한, 오리지널사의 과소 이용은 한국에서 ‘에버그린 남용’이 거의 나타나지 않음을 보여주는데, 이는 의도하지 않은 조치로 인해 방지되고 있다. “호주 법무장관이 브랜드 특허권자가 제네릭 제조업체를 상대로 제기한 판매금지 가처분 신청에 참여하여 가격 상승이 발생할 경우 손해배상을 청구할 수 있도록 하는 에버그린 방지 조치”를 입법화한 호주와 비교해보면 알 수 있다(Tully, 2016, pp. 409-410).

768)Lee, 2016, pp. 152, 245.

에서 보는 바와 같이 ‘심판 집중’ 현상으로 설명할 수 있다.

**<표 4-7> 상위 10대 특허권자 및 심판 건수(2017년 6월 15일 기준)**

(출처: 한국 식품의약품안전처 그린 리스트, <https://medipatent.mfds.go.kr>)

번호	상위 10개 특허권자		분쟁에 연루된 상위 10개 제조사	
	기업	등재된 특허 수	특허권자/오리지널사	심판(관련 특허)(특허당 심판 횟수)
1	노바티스	44	아스트라제네카	447 (16) (27.9)
2	MSD	36	아스텔라스	280 (11) (25.5)
3	안센	34	베링거인겔하임	252 (13) (19.4)
4	GSK	32	화이자	212 (10) (21.2)
5	로슈	28	바이엘	101 (8) (12.6)
6	화이자	27	안센	97 (11) (8.82)
7	바이엘	26	다케다 제약	76 (4) (19)
8	아스트라제네카	26	BMS	76 (7) (10.9)
9	다케다 제약	24	미쓰비시 다나베 제약	75 (3) (25)
10	베링거인겔하임	23	산텐 제약	72 (3) (24)
<b>합계</b>		<b>300</b>		<b>1,688 (86) (19.6)</b>

11) ‘심판’: <그림 4-1>의 네 가지 유형의 심판을 포함하여 특허심판원(IPTAB)에 접수된 특허 심판 건수 ‘관련 특허’: 심판에 관련된 모든 특허의 수 ‘특허당 심판 건수’: 특허당 평균 심판 건수

\* 그린 리스트에 등재된 모든 특허의 수: 1,504

<표 4-7>은 대부분의 심판이 소수의 오리지널 제조사가 보유한 소수의 특허에 집중되어 있음을 보여준다. 1,504개 특허 중 86개 특허에 대한 심판이 전체 심판 건수의 62.8%를 차지하고 있다. 심판이 집중되는 이유는 동일한 특허에 대해 여러 제네릭 신청인이 ‘14일의 기간’ 내에 소송을 제기했기 때문이다. 언뜻 보기에는 제네릭 독점권이 주된 동기로 보인다. 가장 많은 제네릭 신청자가 참여한 심판 사례는 ‘아모잘탄(Amozaltan)’(고혈압 치료제) 특허에 관한 것이다. 20개 제네릭 제조사가 공동으로 이 특허(등록번호 10-1232296)에 이의를 제기하여 45개 제네릭 제품에 대한 독점권을 획득했다. 시장 독점권을 통해 기대되는 사적 이익이 중요한 동기였을 뿐만 아니라, 시장 규모도 중요했다. 대부분의 경우 시장 규모가 클수록 기대되는 수익성이 특허 도전의 주요 동기가 된다. ‘아모잘탄’은 국내에서 슈퍼 블록버스터 의약품 중 하나였다. 중국에서 화이자의 ‘비아그라’와 GSK의 ‘로지글리타존(Rosiglitazone)’ 특허에 대한 공동 도전에서 볼 수 있듯이, 시장 규모

가 크면 제네릭 제조사들은 “특히 수익성이 높은 의약품의 특허에 대해 함께 뭉쳐서 도전”하게 된다.<sup>769)</sup> 특허 도전에 대한 제네릭 제조사의 행동은 특정 제네릭 제품의 개발 역량, 특허의 ‘약점’, 성공적인 도전 가능성, 특허성 한계에 대한 사법부의 해석 등 다양한 요인에 따라 달라질 수 있다.<sup>770)</sup> 그러나 여러 학술 연구에서 입증했듯이, 시장 규모에서 기대되는 수익성이 제네릭 제조사의 특허 도전에 결정적인 영향을 미치는 요소이다. 예를 들어, 미국에서는 1995년부터 2000년까지 거의 모든 블록버스터 의약품이 특허 도전을 받았으며,<sup>771)</sup> 2000년부터 2010년까지 오렌지북에 등재된 특허의 경우 “매출이 높은 의약품에 대한 도전이 훨씬 더 흔했다”고 한다.<sup>772)</sup> 이는 도전이 성공하지 못했을 때에도 마찬가지이다. 그라보스키(Grabowski)에 따르면, 특허권자가 대다수 활성 성분(AI) 특허 소송에서 승소하더라도(60%), 새로운 분자에 대한 특허 도전은 점점 더 강력한 활성 성분(AI) 및 핵심 특허로 확대되고 있다.<sup>773)</sup>

#### 4-6-2-4. 토론 및 분석

위에서 살펴본 바와 같이 연계 제도의 경쟁적 목표는 좌절된 것으로 나타났다. 전체 의약품 시장 규모가 미국과 비교할 수 없을 정도로 작은 한국에서는 이러한 목표가 달성될 가능성이 낮다.<sup>774)</sup> 한미 FTA가 설정한 연계 제도는 선구적 혁신을 촉진하는 데 실패했다. 제네릭의 조기 진입을 촉진하기 위한 정책 목표도 소폭만 달성했다. 2016년 사후평가 결과 ‘아모잘탄’의 경우 제네릭 진입이 8.2개월 단축된 것으로 나타났지만(‘아모잘탄’은 제네릭 진입 단축에 대한 평가가 진행된 유일한 사례이다), 9개월의 제네릭 독점기간이 종료된 이후 추가 제네릭 진입은 없었다.<sup>775)</sup>

769)Liu, 2012, p. 647.

770)한국의 연계 경험에 특유한 또 다른 요인은 ‘시류에 편승하는 것(밴드왜건에 올라타기)’이다. 2015년의 급격한 심판의 증가(표 4-5) 및 <그림 4-1> 참조는 ‘하드’ 연계 모델이 시행된 3월과 4월에 청구가 몰린 결과이다(3월 698건, 4월 861건으로 2015년 전체 청구의 79.7%를 차지). ‘하드’ 모델의 영향에 대한 불확실성이 인지적 편향으로 작용하여 여러 제네릭 제조사가 ‘14일’ 기간 내에 진입하기 위해 경쟁하게 되었다. <그림 4-1>에서 볼 수 있듯이 2016년에 제기 건수와 무효심판 건수 모두 급격히 감소한 것도 밴드왜건 효과를 뒷받침한다.

771) Grabowski & Kyle, 2007, p. 497.

772)Hemphill & Sampat, 2012, p. 328.

773)Grabowski, 2014, pp. 26-27.

774)IMS 보고서에 따르면 2016년 한국의 시장 규모는 미국의 3%에 불과하다(130억 달러 대 4,617억 달러, 의약품 지출액 기준)(Aitken, Kleinrock & Nass, 2016, pp. 8-9). 1인당 의약품 지출도 비교할 수 없다(미국 1,955달러, 한국 295달러, Ibid, p. 45). 제네릭 산업에 대한 합의된 견해는 허가-특허 연계 제도는 단일 분자로부터 상당한 수익을 보장할 수 있을 만큼 시장 규모가 클 때 작동한다는 것이다(Storton, 2012, pp. 5, 10).

775)Lee, 2016, p. 129.

그렇다면 특허 및 산업 정책적 측면에서 볼 때 연계 제도를 유지할 이유가 거의 없다. 그러나 한국의 연계 제도의 결과, 즉 기능적 측면이 '일반 시스템 이론'이 기대하는 것처럼 구조적 측면에 상호 영향을 미칠 수 있을지는 확실하지 않다. 이유 중 하나는 제도의 운영 초기 단계라는 점이다. 다른 하나는, 이것이 더 중요한 것인데, 정책 재량의 제한이다. 연계 규정은 조약상 의무사항으로 미국과의 고도의 정치적 협상을 통해 개정해야 할 사항이라는 점이다.

인권 담론은 연계 의무를 개혁하는 데 정책적 여지를 제공할 수 있다. 연계 제도 하에서의 제약 특허 보호는 제약 발명가의 실질적 이익 보호와 너무 동떨어져 있다. 첫째, 9개월의 제네릭 진입 자동 보류 기간은 미국 모델의 30개월에 비해 짧은 기간이지만, 발명가의 적절한 생활수준과는 아무런 관련이 없으며, 3-3-4절과 3-3-5절에서 논의한 바와 같이 저작자의 물질적 이익 보호와 보다 더 직접적인 관련이 있다. 오히려 의약품 허가 당국을 제약회사의 사적 후견인으로 전락시키고, 특허권자의 권리행사를 위한 사적 비용을 사회적 부담으로 전환시키는 결과를 초래한다. 둘째, 제네릭 독점권은 창작자의 물질적 이익 보호 원칙에 반한다. 특허에 성공적으로 도전한 제네릭 신청인은 보호를 받을 자격이 없는데, 왜냐하면 그들의 행위가 창작과 관련이 없기 때문이다.

과학문화권의 보급 측면의 적극적인 성격을 고려할 때, 문화 및 과학 정책은 문화 및 과학 창작물을 이용할 수 있고 접근할 수 있도록 하고, 사람들이 그러한 창작물에 접근하고 사용하는 것을 방해하는 장벽을 제거하는 방식으로 수립되어야 한다(3-4-2절). 연계 제도는 최대주의적 지적재산권 보호의 극단적 버전에 속하는 경우에도 혁신적 의약품의 가용성을 향상시키는 기능이 거의 없는 것으로 밝혀졌다. 접근 장벽은 보통 수준인 것으로 파악된다.

연계 규제를 유지하지 말아야 할 또 다른 강력한 이유가 있다. 별도의 평가를 보면 88.4%의 사례에서 등재된 특허가 무효로 판정되었고, 등재된 특허의 91.5%가 집행 불가능한 것으로 밝혀졌다.<sup>776)</sup> 이 수치는 2013년부터 2015년 7월까지 제기된 235건의 심판 사례를 분석하여 얻은 것이다. 이는 연계 제도 유지에 따른 사회적 비용이 혁신적 제약기업에 대한 강력한 보호라는 사회적 편익에 비해 불균형적으로 높다는 것을 의미한다.

776)Chon, 2015. 또한 2014년 특허 무효율은 100%로, 2014년 특허 20건이 모두 특허심판원(IPTAB)에 의해 무효화되었다는 것을 알 수 있다.

다. 불균형이 심한 이유는, 특허가 잘못 부여되어 의약품 허가 과정에 연계될 경우 그 비용을 사회가 부담하게 되는 반면, 제네릭이 잘못 허가되어 특허 침해로 이어질 경우 특허권자는 특허 침해로 인해 발생한 모든 비용을 회수할 수 있기 때문이다. 특허 무효화 비율이 높다는 것은 제네릭 독점권이 아닌 다른 방법으로 ‘나쁜’ 특허 문제를 해결할 수 있음을 시사한다. 제네릭 독점권은 특허 도전의 위험을 감수하는 민간 기업에 보상을 제공하기 위해 고안된 시장 기반 인센티브다. 위에서 설명한 바와 같이, 관련 의약품의 거대한 시장에서 기대되는 사적 이익은 특허 도전에 대한 충분한 인센티브를 제공할 수 있다.<sup>777)</sup> 잘못 발급된 특허의 사회적 특성을 고려할 때, 이 문제는 공공 정책으로 해결해야 한다. 한 가지 가능한 방법은 특허 발급 기관의 실수를 바로잡을 수 있는 독립적인 심사 기관을 두는 것이다.

마지막으로, 이 절에서 제시된 증거는 연계 규제가 새로운 사업의 실제 관행과 새로운 기술의 현지 실시와 같은 지적재산권의 초기 무역 관심사(2-2-4 절)와는 거리가 멀다는 것을 보여준다. 그리고 2-2-4절에서 논의된, 기술이전 및 외국인 직접투자에 따른 이익 때문에 개발도상국이 트립스-플러스 규정을 선택하는 것이 합리적이라는 공공선택이론은 한미 FTA의 연계 사례에는 적용되지 않는다. 이는 2-5절에서 논의된 최대주의적 지적재산권 개념이 극단적인 형태로 반영된 경우에만 해당된다. 한미 FTA 연계 제도의 수혜자는 오리지널 또는 제네릭 생산자인 제약사가 아니다. 환자도 아니다. 주요 수혜자는 변리사인 것으로 드러났다.

777) 이것이 TPP에 제네릭 독점권이 포함되지 않은 이유 중 하나다. 2013년 TPP 초안에는 제네릭 독점권 조항이 포함되었는데(QQ.E.17조 1(d)항 - “당사국이 5(b)(i)항에 따라 시판 허가 부여를 지연하는 경우, 특허의 유효성 또는 적용 가능성에 대한 성공적인 이의 제기 등에 대해 본 협정의 규정에 따라 효과적인 보상을 제공한다.” ...FN 116 - “당사국은 특허에 대하여 최초로 이의를 제기한 자에게 적절한 상황에서 마케팅 독점기간을 제공함으로써 5(d)항을 준수할 수 있다.”) 2014년 초안에서는 삭제되었다.

## 집행

### 4-7-1. 총론

미국이 양자 협상에서 추구하는 주요 목표 중 하나는 지적재산권 집행, 특히 미국이 트립스 협상에서 요구했지만 달성하지 못한 집행 조항을 강화하는 것이다. 한미 FTA 협상에서 한국 협상단은 미국의 트립스-플러스 제안에 어느 정도 동조했다. 한국 협상단의 결론은 국내 입법 변경을 최소화하는 것이었다. 이는 국회 비준 과정에서 발생할 수 있는 정치적 논쟁을 피하고, 미국으로부터의 제소나 무역 제재를 방지하기 위해서였다.

이러한 협상 결과는 세 가지 측면에서 문제가 있다. 첫째, 한미 FTA의 집행 조항은 트립스에 비해 국가의 재량권을 지나치게 좁게 규정하고 있다. WTO 패널이 중국-지적재산권 사건<sup>778)</sup>에서 지적한 바와 같이, 트립스는 지적재산권 보호(트립스 제2부)보다 집행(트립스 제3부)에 더 많은 재량권을 허용하고 있다.<sup>779)</sup> 그러나 한미 FTA는 이러한 재량적 유연성을 제거한다. 둘째, 한미 FTA는 적법절차와 절차적 정의의 기본 원칙과 충돌하여 인권, 특히 국제인권기구에 명시된 모든 사람의 공정한 재판을 받을 권리를 보호해야 할

778)중국 - 지적재산권 보호 및 집행에 영향을 미치는 조치(중국 - 지적재산권), 패널 보고서(2009년 3월 20일 채택) WT/DS362/R.

779)Yamane, 2011, p. 419.

국가의 의무를 약화시킨다.<sup>780)</sup> 모든 사람이 공정한 재판을 받을 권리는 법치주의를 수호하기 위한 인권의 핵심 요소이다. 마지막으로, 한미 FTA는 지적재산권 보유자와 침해 혐의자 사이의 불공정하고 불평등한 절차를 제도화하고 있는데, 이는 법치주의가 아닌 ‘지적재산권 예외주의’라고 할 수 있다. 지적재산권 보유자의 이익을 위해 사법 절차에서 지나치게 많은 특권을 부여하고, 당사자 간 불평등, 양측의 불공정한 반박의 기회, 입증책임의 불공평한 배분 등을 초래한다. 대표적인 예가 추정 의무이다.

한미 FTA 제18.10조 3항은 저작권의 저작자 및 존속, 등록된 특허권 및 상표권의 유효성에 대한 법적 추정을 규정하고 있다. 권리자에게 유리한 이러한 강력한 추정은 침해 혐의자에게 입증 책임을 전가하는 것으로, 민사 및 행정 절차뿐만 아니라 형사 절차에도 적용되어야 한다.<sup>781)</sup> 형사 절차에서의 추정은 검사가 범죄의 모든 요소를 입증하고 침해 혐의가 있는 행위가 ‘위법성 조각 사유’에 해당하지 않음을 입증해야 하는 무죄 추정의 기본 원칙과 충돌할 수 있다. 이러한 부담을 전환함으로써 침해 혐의자는 자신의 무죄를 입증해야 한다.

플린(Flynn) 등의 말을 빌리자면, 지적재산권 예외주의 집행 규칙은 “자유와 재산의 부당한 박탈에 대한 적법 절차와 절차적 보호를 의미하며, 합법적인 경쟁과 표현을 억제할 수 있다.”<sup>782)</sup>

이행 측면에서는 미국과 한국의 국내법 모두 추정 의무를 완전하게 이행하고 있지 않다는 점을 지적할 수 있다. 미국에서는 “저작물, 실연 또는 음반의 저작자, 제작자, 실연자 또는 발행인으로 통상적인 방법으로 이름이 표시된 자”에 대한 저작자 추정이나 저작물에 대한 저작권의 존속 추정이 존재하지 않는다. 한국에서는 저작자만 추정하고 등록 특허 및 상표의 유효성은 추정하지 않는다. 대신 한국 특허법에서는 침해자의 과실을 추정하고 있는데,<sup>783)</sup> 이는 한미 FTA에 따른 의무는 아니다.

780)세계인권선언 제10조.

781)반면, 한-캐나다 FTA는 저작권 및 인접권과 관련된 민사 소송에서만 저작자 및 권리 존속의 추정을 규정하고 있다(제 16.13조 5항).

782)Flynn, Baker, Kaminski & Koo, 2013, p. 184

783)한국 특허법 제130조.

## 4-7-2. 민사 집행

민사 집행 조항은 지적재산권 보유자의 경제적 이익을 최대한 보장하기 위한 것이다. 이들을 위한 완전한 보상을 위해 한미 FTA는 손해배상액 산정 방식에 개입한다. 한미 FTA는 “침해로 인해 권리자가 입은 손해”의 배상을 보장할 뿐만 아니라, 침해 혐의자의 이익을 손해액으로 추정하고, 법원이 손해액을 산정할 때 “시장 가격,<sup>784)</sup> 권장 소매 가격 또는 권리자가 제출한 기타 정당한 가치 측정에 의해 산정된” 침해된 상품의 가치를 고려하도록 강제하고 있다.<sup>785)</sup>

### 4-7-2-1. 사전 설정 또는 법정 손해배상

한미 FTA는 사전 설정 또는 법정 손해배상 규정을 도입하여 지적재산권 보유자가 침해와 인과관계가 있는 실제 피해를 입증해야 하는 부담을 면제한다.<sup>786)</sup> 또한 한미 FTA는 법정 손해배상의 성격을 미국 법원이 정의하는 것과는 다르게 정의하고 있다.

첫째, 저작권 및 상표권자는 실제 손해 및 침해자 추정 이익과 같은 주요 구제수단 대신 미리 정해진 손해배상을 선택할 수 있으므로 실제 손해배상 규정을 보완하는 것이 아니라 대체할 수 있다. 법정 손해배상액을 선택할 경우 권리자는 실제 피해나 이익을 입증하기 어렵다는 점을 보여줄 필요가 없다.

둘째, 한미 FTA는 “사전 설정된 손해배상액은 향후 침해에 대한 억지력을 발휘하기에 충분한 금액이어야 한다”고 규정하고 있고, 무고한 침해자나 일반 침해자에 대한 예외를 생각하고 있다는 점에서 보상적이지 않고 징벌적이다.

징벌적 성격과 달리, 미국 대법원은 “오로지 구제적 목적만을 위한 것이라고 공정하게 말할 수 없고 보복 또는 억제 목적도 겸하는 것으로 설명될 수 있는 민사 제재는 형벌”이라고 판시했다.<sup>787)</sup> 무고한 침해자의 자격 요건과 관련하여, 미국 법원은 미국 저작권법 504(c)(2)조에 따라 “침해자가 자신의 행위가 저작권 침해를 구성한다는 사실을 인

784) ‘합리적 로열티’를 계산할 때의 시장 가치와 관련하여, 일부 미국 법원은 손해배상을 실제 침해가 입증된 사례로 제한하도록 요구한다(Yamene, 2011, p. 495).

785) 제18.10조 5항(a) 및 (b).

786) 제18.10조 6항.

787) *Austin v. United States*, 509 U.S. 602, 610 (1993) (quoted in Samuleson & Wheatland, 2009, p. 461).

식하지 못했고 그렇게 믿을 이유가 없는 경우” 법정 손해배상액을 최소 손해배상액보다 낮게 감액할 수 있다.

법정 손해배상의 개념은 대륙법 관할권에서는 낮은 개념이다. 손해배상의 기본 원칙은 불법 행위로 인한 실제 손해에 대한 완전한 배상을 보장하는 것이다. 따라서 불법 행위와 손해 사이의 인과관계가 원칙적으로 원고 또는 피해자에 의해 입증되어야 한다. 실제적이고 인과적인 피해가 없는 경우, 불법행위가 발생하더라도 불법행위를 저지른 사람은 책임을 지지 않는다. 이러한 이유로 한미 FTA 협상 초기에는 한국 협상단이 법정 손해배상 규정에 대한 미국 측 제안을 받아들일기를 꺼려했다.<sup>788)</sup> 하지만 결국 낮은 규정을 수용했다. 한국 특허청은 그 이유를 상표권자 보호 강화를 위해 필요하다고 판단했기 때문이라고 설명했고, 한국 정부 부처도 공동으로 저작권 및 상표 관련 민사소송에서 권리자가 실제 손해액을 입증하기 어렵고 한국 법원이 실제 인정한 손해액이 턱없이 낮다는 (아마도 미국 협상단의) 우려를 고려했다고 설명했다.

지금까지 한국에서는 법정 손해배상 규정이 제한적으로 적용되어 미국에서 볼 수 있는 “자의적이고, 일관성이 없고, 원칙이 없고, 때로는 지나치게 과도한”<sup>789)</sup> 법정 손해배상 판결이 나오지는 않았다. 이는 한국이 저작권과 상표 모두에 대해 미리 정해진 손해배상액 상한만을 제정하여 제한적으로 시행하고 있고,<sup>790)</sup> 상표권자가 유효하게 등록된 상표를 실제로 사용하고 침해 혐의가 있는 상표와 상품/서비스가 등록된 상표 및 상품/서비스와 동일할 경우에만 적용하고 있기 때문이다.<sup>791)</sup>

#### 4-7-2-2. 침해 상품, 재료 및 도구의 파기

한미 FTA에 따르면, 지적재산권 보유자가 침해를 주장하는 경우, 상품, 재료, 도구 및 상표 위조의 경우 문서까지 압수할 수 있으며,<sup>792)</sup> 불법복제하거나 위조한 것으로 판명된

788)법정 손해배상 규정은 미국 법률을 모델로 삼았다. 저작권의 법정 손해배상 제도를 개혁하기 위한 미국 정부의 권고 사항은 2016년 1월 28일에 발행된 리믹스, 최초 판매 및 법정 손해배상에 관한 백서(미국 특허청(USPTO) 및 국가통신정보국(NTIA)) 참조.

789)Samuelson & Wheatland, 2009, p. 441.

790)저작권 침해의 경우 고의적, 영리적 침해의 경우 5배인 저작물 1건당 1천만 원, 상표권 침해의 경우 5,000만 원으로 상한이 정해져 있다. 고의적 위조의 경우 최대 200만 달러인 것과 달리, 국내에서는 상표 위조의 경우 상한액이 없다.

791)“동등한(equivalent)”이라는 용어는 한미 FTA의 “위조 상품 상품”에 대한 정의를 반영한 것이다: “본질적인 측면에서 해당 상표와 구별할 수 없는 ... 상표가 부착된 ... 모든 상품”(국경 조치를 목적으로 하는 제18.10조 19항 각주 30).

792)제18.10조 8항. 본 조에 따른 압류의 경우, 침해 혐의가 있는 상품, 재료 및 도구가 침해 행위와 관련성이 있으면 총

경우 해당 침해 상품을 폐기하고 침해 상품 제조에 사용된 재료와 도구는 폐기하거나 거래 채널 외부로 처분해야 한다.<sup>793)</sup>

이러한 의무는 트립스의 유연성을 감소시킨다. 트립스 제46조와 달리, 한미 FTA에서는 침해 상품의 제조에 사용된 재료 및 도구의 “주된 사용” 요건이 요구되지 않으며, 침해의 심각성과 구제 명령 사이의 비례성 및 트립스의 제3자 이익의 필요성이 한미 FTA에서는 생략되어 있다. 또한, 침해 상품의 제조에 사용된 모든 재료와 도구의 범위는 미국 국내법보다 더 광범위하다. 미국 저작권법 503(b)조는 법원이 “그러한 사본이나 음반을 복제할 수 있는 모든 판, 주형, 매트릭스, 마스터, 테이프, 네거티브 필름 또는 기타 물품의 파기 또는 기타 합리적인 처분을 명령”할 수 있도록 허용한다.<sup>794)</sup>

#### 4-7-2-3. 잠정 구제

한미 FTA는 불균형적인 방식으로 지적재산권 보유자에 대한 임시 구제를 강제한다. 제 18.10조 17항은 “각 당사국은 일방적(*inaudita altera parte*)<sup>795)</sup> 잠정 조치 요청에 대해 신속히 조치해야 한다”고 규정하고 있다.

이는 “지연이 권리자에게 돌이킬 수 없는 피해를 입힐 가능성이 있는 경우” 또는 “증거가 인멸될 명백한 위험이 있는 경우”와 같이 트립스 제50조 2항에 규정된 “그러한 명령에 대해 트립스가 마련한 안전장치 및 제한”<sup>796)</sup>을 의도적으로 제거한 것이다. 또한, 트립스 제50조 3항 및 제50조 4항에서 권리자에게 “신청인이 권리자이고 신청인의 권리가 침해되고 있거나 그러한 침해가 임박했음을 충분히 확신할 수 있는 합리적으로 이용 가능한 증거”를 제공하도록 요구하고, “일방적(*inaudita altera parte*) 조치에서, 침해혐의자에게 해당 조치의 집행에 대해 통지하고, 피신청인의 요청에 따라 해당 조치의 수정, 취소 또는 확정 여부를 결정하기 위한 검토가 이루어져야 한다”고 규정하고 있는 ‘전제와 균형’ 조항이 존재하지 않는다.

---

분하다.

793)제18.10조 9항(a) 및 (b).

794)Griffin, 2011, p. 7.

795)라틴어로 “상대방의 말을 듣지 않고”라는 뜻이다(UNCTAD-ICTSD, 2005, p. 604).

796)Weatherall, 2015c, p. 32.

미국과 한국 모두 협상 당시나 이행 단계에서 상대방을 심리 대상에서 제외하는 잠정 조치를 원칙적으로 허용하는 입법이나 판례가 없었다. 대신 미국 법원은 오랫동안 (1) 원고가 본안에서 승소할 가능성이 있고, (2)피고의 행위로 인해 회복할 수 없는 손해를 입게 되며, (3)가처분이 발령될 경우 피고가 입게 될 손해가 가처분이 발령되지 않을 경우 원고보다 적고, (4)공익이 원고에게 유리하다는 점을 입증하는 경우에만 가처분을 허용해 왔다.<sup>797)</sup>

또한, 한국 민법은 상대방이 심리에 참여할 수 있도록 하고, 심리를 통해 금지명령의 목적을 달성할 수 없는 경우에만 법원이 상대방의 심리를 거치지 않고 가처분 결정을 내릴 수 있도록 하는 것을 원칙으로 하고 있다.<sup>798)</sup> 우리 정부는 일방적(*inaudita altera parte*)의 무 이행을 위한 국내 법률 개정의 필요성과 관련하여, 한미 FTA는 당사국이 잠정조치 신청에 대해 신속하게 조치할 것을 요구하고 있을 뿐 모든 잠정조치를 침해혐의자의 청문 없이 진행하도록 의무화하고 있는 것은 아니므로 별도의 법률 개정이 필요한 것은 아니라고 설명한다.

### 4-7-3. 행정 집행

#### 4-7-3-1. 국경 조치

한미 FTA는 관리자가 “적절한 증거”를 가지고 요청하는 경우 위조 또는 불법복제물로 의심되는 상품의 자유 유통을 중단할 수 있는 권한을 세관 당국에 부여한다.<sup>799)</sup> 이 중단 조치는 “해당 영토로 들어오는 모든 입국 지점”에 적용되어야 하며 최소 1년 동안 유지되어야 한다.<sup>800)</sup> 관리자의 요청에 따라 개시되는 국경 조치는 수입만을 통제하지만, 직권(*ex officio*) 조치는 수입, 수출, 운송 중 선적의 세 가지 유형의 상품 흐름을 규제한다.<sup>801)</sup>

797)Griffin, 2011, p. 8.

798)대한민국 민사집행법 제304조.

799)'적절한(adequate) 증거'의 요건은 트립스 제51조의 '일견 확실한(prima facie) 증거'보다 덜 엄격하다.

800)제18.10조 19항.

801)제18.10조 22항. 직권 조치는 “사적 당사자 또는 관리자의 공식적인 불만을 요구하지 않는”(동조 각주 31) 조치를 의미하며, 직권조치의 목적상 운송 중 물품은 “통관 절차의 간소화 및 조화에 관한 국제협약(교토 협약)에 정의된 “세관 통과” 중인 상품 및 “환적” 상품”을 의미한다(동조 각주 31).

한미 FTA 제18.10조 22항의 문헌상 수출 또는 운송 중인 화물에 대해 수입국의 법률에 따라 조치를 취하는 것인지 불분명하지만, 그 취지는 국경 조치를 취하는 국가의 법률을 적용하여 위조 또는 불법복제 의심 상품의 국제 거래를 차단하기 위한 것이다. 이는 상품이 원산지 및 목적지 국가에서 지적재산권을 침해하지 않더라도, 지적재산권자가 자신의 권리를 행사할 수 있기 때문에 그들의 경제적 이익을 역외로 확대할 수 있게 한다. 2008년 네덜란드 당국이 인도산 제네릭 의약품을 압수한 것이 이러한 논란을 촉발시켰다.<sup>802)</sup> 지적재산권은 영토적이며, 국제사법에서 준거법은 결정하고자 하는 법적 쟁점에 대한 가장 강력한 영토적 연관성 또는 연결성을 기준으로 결정되어야 한다.<sup>803)</sup> 한미 FTA에서는 이 원칙이 무시되고 있다.

또한 한미 FTA의 국경 조치는 지적재산권 보유자와 의심되는 상품 사이에 불평등한 대우를 강요하고 있다. 지적재산권 보유자는 “합리적인 담보 또는 이에 상응하는 보증”을 제공함으로써 의심되는 상품의 압류를 요청할 수 있지만, 제18.10조 20항은 수입업자가 보증금이나 기타 담보를 제공하는 경우를 포함하여 어떠한 경우에도 수입업자가 위조품 또는 해적판 의심 물품의 소유권을 취득하지 못하도록 금지하고 있다.<sup>804)</sup> 한미 FTA 협상 당시, 한국 법은 상표권 및 저작권 침해가 의심되는 물품에 대해서만 국경 조치를 적용하고, 상품 수입업자가 보증금 또는 기타 담보를 제공하여 요청하는 경우 압수된 상품의 반출을 허용했다.

#### 4-7-3-2. 도서 불법 복제 방지를 위한 일방적인 약속

한미 FTA에는 대학 캠퍼스 내 도서 불법 복제를 대상으로 한 전례 없는 행정 집행 약속이 포함되어 있다.<sup>805)</sup> 한미 FTA 지적재산권 장의 두 번째 부속서한<sup>806)</sup>에서 한국 정부는

802)네덜란드 당국은 유럽 공동체 이사회 규정 제1383/2003호(EC 규정 제1383/2003호)에 따라 브라질 및 기타 국가로 향하는 인도에서 생산된 제네릭 의약품을 압수하고 EC 경우 국가의 법률을 적용했다. 네덜란드 법원도 운송 중인 제품의 법적 지위는 네덜란드에서 제조된 것처럼 평가되어야 한다는 이유로 운송 중인 제품이 네덜란드의 특허를 침해한 것으로 판정했다(유럽 연합 및 회원국 - 운송 중인 제네릭 의약품의 압류, 브라질의 협의 요청, WT/DS409/1, 2010년 5월 19일, p. 3).

803)Ruse-Khan, 2011a, p. 682.

804)ACTA 제18조(당사국은 예외적인 상황 또는 사법 명령에 따른 경우에만, 피고가 보증금 또는 기타 담보를 제공함으로써 의심되는 물품의 소유권을 취득하도록 허용할 수 있다)와 비교해보라. 그리고 트립스 제53조 2항은 특정 형태의 지적재산권 침해 혐의에 대해 해당 상품의 소유자/수입업자가 해당 상품을 출시하기 위해 담보를 제공할 수 있도록 허용하고 있다(Ruse-Khan, 2011a, p. 676).

805)USTR에 의해 “저작물 보호 및 효과적인 집행 촉진”이라는 제목이 붙었다.

806)2004년 지적재산권 종합추진계획(원 한글 제목은 “지적재산권 보호”라는 용어를 포함)은 국내 지적재산권 침해에 대한 외국의 통상 압력에 대응하기 위해 마련되었다. 이 계획은 지적재산권 집행, 보호 및 대국민 인식 제고를 위한 범정부적 조치

2004년 지적재산권 종합추진계획에 따라 ‘대학 캠퍼스 내 도서 불법복제’를 단속하고 불법 도서 인쇄 활동을 근절하기 위한 노력을 강화할 것을 다짐하고 있다.

이 일방적 약속에 따라 한국은 한미 FTA 발효일로부터 6개월 이내에 다음과 같은 구체적인 조치를 취해야 했다: (1)대학 캠퍼스 내 학생, 강사, 서점, 복사소 등이 적법한 자료를 이용하도록 장려하는 정책을 시행하고, (2)도서 불법복제 단속에 관한 교육 활동을 강화하고 단속 요원들의 인식을 제고하며, (3)지하 도서 불법복제 조직에 대한 단속 활동을 강화하고, (4)표적화된 대중 교육 캠페인을 개발 및 추진한다.

도서 불법복제 근절은 미국 출판업계의 오랜 숙원 중 하나였다. 미국 출판업계는 2000년 한국의 도서 불법복제로 인해 1995년 대비 56% 증가한 3,900만 달러의 손실을 입은 것으로 추산했으며,<sup>807)</sup> USTR은 2004년 한국을 감시 대상국에서 스페셜 301조 우선감시대상국으로 격상하였다.<sup>808)</sup> 이후 국제지적재산권협회(IPA)는 “대학 캠퍼스 안팎의 대규모 불법 복제와 더욱 복잡해진 해적판 인쇄 작업”이 한국 내 도서 출판사들이 직면한 가장 큰 문제라고 지속적으로 호소해 왔다. IPA는 2005년 3월 한국 교육부 장관에게 각 대학이 캠퍼스 내 도서 불법 복제를 줄이기 위한 실행 계획을 수립하도록 독려해 줄 것을 요청했다.<sup>809)</sup> 그러나 교육부는 대학에 공문만 보냈을 뿐 2006년 이후에는 별다른 관심을 보이지 않았으며, 교육부가 실행 계획을 구체적으로 이행하거나 의미 있는 후속 조치를 취했다는 증거도 발견되지 않았다고 IPA는 밝혔다.<sup>810)</sup> 따라서 IPA는 한미 FTA 부속서한이 교육부의 협조 하에 2005년의 사업에 기반한 것으로 보고 있다.<sup>811)</sup> 그러나 부속서한의 약속이 순전히 일방적이고, 도서 불법복제가 한국만의 문제가 아니라는 점

---

를 위해 국무총리실에서 관리했다.

807)Choi, 2003, p. 665. 그러나 미국 저작권 업계가 추정 손실 계산을 위해 의존한 방법론이 얼마나 신뢰할 수 있고 객관적인지는 아직 알려지지 않았다. 이후 2013년에 IPA는 저작권 불법 복제의 영향을 평가하는 방법론을 발표했지만, 여기에는 소프트웨어(업무용 컴퓨터 프로그램 및 엔터테인먼트 소프트웨어 포함), 영화, 음반 및 음악의 세 가지 범주만 포함되었다. IPA, 2013 참조.

808)한국은 2009년에 감시 대상국에서 해제되었다. 2004년 한국이 우선감시대상국 명단에 올랐을 당시 대학 캠퍼스 내 불법복제 근절을 위한 한국 정부의 노력이 긍정적인 조치 중 하나로 평가되었고, USTR의 2010년 대외무역장벽 국가별 무역추계 보고서에서는 한국에 대해 “온라인 불법복제, 기업 최종 사용자 소프트웨어 불법복제, 대학 내 도서 불법복제, 소비자 제품 위조, 특허 침해 제품에 대한 판매 허가 발급을 막기 위한 한국 보건당국과 지적재산권 당국 간의 협력 부족이 여전히 우려된다”고 언급했다는 점은 흥미롭다.

809)IPA, 2006, p. 387.

810)IPA, 2009, p. 293.

811)Ibid.

을 고려할 때,<sup>812)</sup> 이는 한-미 협상단의 일괄 합의의 결과로 보는 것이 합리적일 것이다.

#### 4-7-3-3. 도서 불법 복제 방지 대책의 효과

2007년 6월 한미 FTA 협정이 정식으로 체결된 후, 한국 정부는 도서 불법복제 단속을 대폭 강화했다. 주한 미국대사관에서 유출된 정보에 따르면, 한국 정부는 “2007년 10,068권에서 2008년 17,811권의 불법복제 도서를 압수했고, 2007년 323만 권에서 2008년 1,216만 권의 온라인 인쇄 출판물을 삭제했다”고 한다.<sup>813)</sup> 또한 (당시 정부 기관 중 하나였던) 저작권보호센터와 경찰, 검찰은 2008년 4월부터 6월까지 100일간 특별 단속을 실시하여 2007년 같은 기간에 압수한 불법 DVD, 테이프, CD, 도서 및 복제 장비의 4배에 달하는 172,081점을 압수했다.<sup>814)</sup> 그 후로 대학 캠퍼스 안팎에서, 특히 새 학기가 시작되는 3월과 9월에 복사 및 인쇄에 대한 공식적인 단속이 연례행사가 되었다.

도서 불법 복제에 반대하는 부속서한에는 적어도 두 가지 문제가 있다. 하나는 민간기업의 이익을 위해 공공 자원을 동원하는 것이고, 다른 하나는 학생들의 공정 이용 기회를 빼앗는 것이다.

자원 배분의 문제는 개인적인 학습 또는 교육 목적으로 교육 자료를 복사할 수 있는 정당한 권리가 있는 학생의 인식과 행동에 영향을 미친다. 한미 FTA 협상 당시 발효된 한국 저작권법 제25조 3항에 따르면,<sup>815)</sup> 교육기관에서 교육을 받는 자는 교육 목적상 필요하다고 인정되는 경우 저작물을 복제하거나 공중에게 제공할 수 있다.<sup>816)</sup> 여기서 교육 목적이란 공식적인 수업 과정뿐만 아니라 학교에서 운영하는 자원 활동, 동아리 활동 등 방과 후 과정, 보충 교과 과정, 시험 준비 과정 등을 포함하는 것으로 폭넓게 해석된다. 또한, 법은 저작물의 성격, 이용 목적 및 형태 등에 비추어 불가피한 경우에는 학생의 저작물 전체에 대한 복제를 허용하고 있다.<sup>817)</sup> 교육기관 자체의 저작물 이용과 달리 학생의 이용은 보상금 제도의 적용을 받지 않는다. 또한 저작권법 제30조는 저작물의

812)IIIPA는 2014년 특별 301조 보고서를 위해 USTR에 제출한 서면 보고서에서 수년 동안 많은 개발도상국에서 인쇄물 불법 복제가 만연해 있다며 법 집행 당국의 적극적인 조치를 촉구했다.

813)Wikileaks Cablegate - US Embassy Seoul, 2009 Special 301 - Post Recommendation (16 March 2009).

814)Ibid.

815)2006년 12월 28일에 개정되어 2007년 6월 29일부터 시행된 법률 8101호.

816)공중 제공 예외 허용은 온라인 교육에 참여하는 학생의 합법적인 사용을 보장하기 위한 것이다.

817)일본(2003년 개정된 일본 저작권법 제35조 제1항)과 호주에서도 학생의 복사가 제한된 범위 내에서 허용된다.

이용이 개인적이고 비영리적인 목적에 국한되며 가정과 같은 한정된 공간 안에서 이루어지는 경우 사적 복제를 저작권 침해에서 면제하고 있다. 따라서 학생 본인이 직접, 또는 타인이 대신하여, 교육을 받기 위한 사적 학습이나 교육 목적의 복제는 과거에도 그랬고 지금도 합법적인 행위이다. 도서 불법 복제에 대한 강력한 단속은 복제가 합법적인 경우에도 학생들에게 죄책감을 느끼게 할 뿐만 아니라 교육적 목적을 위한 학생들의 공정한 이용을 실제로 제한한다.

#### 4-7-4. 형사 집행

##### 4-7-4-1. 상업적 규모 및 “가치 있는 모든 것”

한미 FTA는 형사 절차가 적용되어야 하는 범위를 확대한다. 한미 FTA는 트립스와 동일한 “상업적 규모”라는 용어를 사용하지만, 고의적인 저작권 침해를 “금전적 이득의 직접적 동기가 없는 경우”와 “상업적 이익 또는 사적인 금전적 이득을 목적으로 하는 경우”를 포함하는 것으로 정의하며, 여기에는 “가치 있는 것의 수령 또는 기대”가 포함된다.<sup>818)</sup>

중국-지적재산권 사건<sup>819)</sup>에서 트립스 참여국들은 “상업적 규모”를 질적 및 양적 측면에서 해석하면서 상업적 규모가 “기본적으로 사소하거나 최소한의 활동을 제외한 ‘상업적’인 모든 것”을 의미한다는 미국의 해석에 반대했다(¶ 7.576). 그러나 한미 FTA에서 ‘상업적 규모’는 “상당한 규모의 침해를 요구하는 양적 요소 또는 상업적 이익 또는 금전적 이득을 목적으로 하는 질적 요소로 축소”된다.<sup>820)</sup>

또한 한미 FTA의 “가치 있는 모든 것”이라는 문구는 “정의상 수신자에게 가치 있는 것을 제공할 수밖에 없는, 모든 ‘고의적인’ 침해 행위를 범죄화하는 것처럼 보이는 매우 광범위한 정의”이다.<sup>821)</sup> 상업적 규모의 기준은 도미니카공화국 및 중미 5개국과 미국 간 FTA(DR-CAFTA) 제15.11조 26항에서 최소한의 금전적 피해 이상의 경우 형사 책임을 요

818) 제18.10조 26항(a) 및 (b) 및 각주 33. 이는 미국 저작권법 제101조(“금전적 이익”에 대한 정의) 및 제506조에 근거한다. 819) WT/DS362/R (2009년 1월 26일).

820) Geiger, 2012, p. 187.

821) Flynn et al., 2012, p. 195.

구하고, 미-칠레 FTA 제17.11조 22항 각주 34에서 최소한의 침해를 배제하기 위한 상업적 이익 또는 금전적 이득을 정의한 것보다 다소 높다. 그럼에도 불구하고 한미 FTA의 “금전적 이득”에 대한 정의는 인터넷상의 모든 파일 공유를 포괄할 수 있을 정도로 낮다.<sup>822)</sup>

“금전적 이득”은 미국 전자 도용 금지법을 모델로 하고 있는데,<sup>823)</sup> 이 법은 물물교환(저작물의 침해 복제본을 다른 물품과 교환하는 행위)을 다루는 것을 특별히 목적으로 하고 있으며,<sup>824)</sup> 일부 미국 법원은 다음과 같은 경우에 “금전적 이득” 또는 “상업적 이익”이 있다고 폭넓게 해석하고 있다: 저작권을 침해하는 자료를 무료로 제공하는 경우,<sup>825)</sup> 호텔에서 고객이 공연료를 지불하지 않아도 음악을 연주하는 경우,<sup>826)</sup> 개인이 불법 장치를 사용하여 케이블 방송을 수신하여 유료 프로그램을 시청하는 경우,<sup>827)</sup> 기술 회사에서 불법 복제된 제도 소프트웨어를 사용하여 간접비를 낮추는 경우 등이다.<sup>828)</sup>

#### 4-7-4-2. 새로운 비즈니스 모델로서의 형사 집행

‘금전적 이득’의 낮은 기준이 한국 법률에 입법화되지는 않았지만, 한미 FTA는 형사 집행의 남용을 해결하기 위한 저작권 개혁 시도를 차단하는 역할을 하고 있다.

한미 FTA 협정 체결 직후인 2007년부터 저작권 범죄 고소 건수가 급격히 증가했다. 한 해에 약 10만 명이 저작권 침해로 고소당했고, 2008년에는 청소년 피해자가 24%를 차지했다.<sup>829)</sup> 그러나 검찰의 실제 기소는 매우 적었는데, 2005년부터 2013년까지 평균적으로 고소 건수의 7.38%만이 법원에 기소되었다. 대부분은 약식기소였고 정식 재판은 0.22%에 불과했다.<sup>830)</sup> 특히 2008년에는 90,979건에 달하는 고소 중 단 8건(0.00879%)만

822) USTR의 자문위원회는 문턱을 낮게 유지할 것을 강조한다((ITAC-15 Report, 2007, p.379).

823) Pub. L. No. 105-147, 111 Stat. 2678 (1997)

824) USDoJ, 2013, p.57.

825) A&M Records, Inc., 239 F.3d 1004, 1023(9th Cir. 2001)

826) Herbert v. Shanley Co., 242 U.S. 591, 595(1917).

827) Charter Commc'ns Entm't I, LLC v. Burdulis, 367 F. Supp. 2d 16, 32 (D. Mass. 2005).

828) USDoJ, 2013, p.58.

829) 2010년 문화부와 검찰이 저작권 침해 범죄에 처음 연루된 사람이나 미성년자는 기소하지 않는 임시조치를 취한 이후 고소 건수가 절반으로 줄었다.

830) 약식 기소라고도 하는 약식 절차는 판사가 피고인의 출석 없이 벌금 또는 과태료를 명령하는 법원 절차를 말한다. 대한민국 법무부의 형사사건 절차는 <http://fgn.kics.go.kr/en/jsp/cjp/criminalCaseProcedures09.jsp>를 참조하라.

이 정식 재판으로 이어졌다. 2008년 검찰이 불기소 처분한 고소 사건 중 고소인이 고소를 취하한 건수는 약 60%에 달했다.

이러한 상상할 수 없는 수치, 즉 한편으로는 형사 고소가 급증하는데 비해 한편으로는 그 중 극히 일부분만이 실제 재판으로 이어지는 데에는 두 가지 이유가 있다.

첫째, 형사 절차에 들어가기 위한 문턱이 너무 낮다. 거의 없다고 해도 좋다. 유일한 기준은 고의성이다. 모든 침해 행위는 위반의 성격이나 심각성에 관계없이 형사 처벌을 받게 된다.

둘째, 저작권자와 변호사들이 형사 집행을 전략적으로 악용하고 있다. 형사 처벌 위협은 한미 FTA가 공식 체결된 2007년 이후 새로운 비즈니스 모델이 되었다. 2008년 고소의 대부분인 63%가 로펌에 의해 제기되었다. 이들은 특수 직원을 고용해 인터넷을 정기적으로 모니터링하고 기술적으로 저작권을 침해하는 활동을 한 개인에게 경고장을 보내 형사 조치를 취하겠다고 협박했다. 그리고 형사 조치를 중단하는 대신 현금 합의를 요구했다. 형사 절차는 권리자의 고소가 있어야 개시되기 때문에 저작권자는 형사 조치의 위협을 이용해 영향력을 행사할 수 있다.

이른바 '저작권 합의금 장사'로 불리는 이 현상은 한국에서 10년 가까이 만연하여 심각한 사회문제로 대두되고 있다. 이 문제를 해결하기 위해 국회에서는 저작권 불법행위의 기준을 높이는 법안이 여러 차례 발의되었다. 가장 최근에 발의된 법안은 영리 목적, 100만 원 이상의 저작권자에 대한 피해 또는 상해 등 형사처벌의 법적 요건을 강화하는 내용을 담고 있다.<sup>831)</sup> 이 법안이 2014년 4월 소관 위원회를 통과하고 법제사법위원회 심사를 앞두고 있을 때 저작권 업계와 이에 동조하는 학자 및 실무자들은 한 목소리로 반대 입장을 표명했다. 이들의 반대 근거는 외국과의 분쟁 가능성, 외국 저작자의 불만 예상, 저작권 보호에 대한 일반 국민의 인식 저하, 사적 금전적 이익을 목적으로 한 저작권 침해를 형사처벌하도록 한 한미 FTA 협정 위반 등이었다. 이들의 강력한 저항에 부딪혀, 2016년 5월에 개혁 법안은 결국 좌초되었다.

831) 100만 원이라는 기준은 '180일 동안 ... 총 소매가가 1,000달러를 초과하는 경우(17 U.S.C. § 506(1)(1)(B))'라는 미국 법률을 모델로 삼았다.

#### 4-7-4-3. 위조 라벨

형사 집행을 강화하기 위해 한미 FTA는 위조 라벨과 무단 캠퍼터를 대상으로 하는 낯선 규정을 다시 도입했는데, 이 두 가지 모두 미국 법률에만 근거하고 있으며 정책 목표가 의심스러운 규정이다.

한미 FTA 제18.10조 28(a)항은 고의적인 상표 위조나 저작권 불법 복제가 없더라도 저작물에 부착된 위조 또는 불법 라벨을 알면서 거래하는 것을 금지한다.<sup>832)</sup> 또한 위조된 문서나 불법 복제물의 포장을 거래하는 행위도 금지하고 있다. 이러한 부수적 위반 행위에 대한 강제적 형사 제재는 트립스에는 없으며 TPPA에서 그 범위가 좁혀져있다.<sup>833)</sup>

한미 FTA 의무는 미국법 이상을 요구하기 때문에 그 자체로 문제가 있다. 첫째, 한미 FTA의 위조 또는 불법 라벨 금지 조항은 문서와 포장이 물리적 형태일 것을 요구하는 미국 국내법의 요건을 결여하고 있다(§2318(b)(5)). 둘째, 문서 및 포장 자체가 “저작권”이 있어야 한다는 범위의 제한<sup>834)</sup>이 한미 FTA에는 누락되어 있다.

#### 4-7-4-4. 캠퍼터 녹화 방지 조항

한미 FTA 제18.10조 29항에 명시된 캠퍼터 녹화 방지 조항은 저작권자 보호와 문화생활에 참여할 수 있는 인권이라는 두 가지 측면에서 문제가 있다. 이 조항은 소위 ‘캠퍼터 버전’으로 불리는 영화에 대한 형사 절차를 규정하고 있다. 이 법은 “고의로 ... 시청각 녹화 장치를 사용하여 ... 공공 영화 상영 시설에서 ... 상영되는 영화로부터 ... 영화를 전송하거나 그 복제본을 만든 사람”에게 적용된다. 시청각 녹화 장치를 실제로 사용한 사람 뿐만 아니라 장치를 “사용하려고 시도”하는 사람도 형사 처벌 대상이 된다. 시청각 녹화 장치를 사용하는 것은 저작권자가 독점적으로 향유할 수 있는 권리의 범위에 속하지 않는다. 또한 녹화 장치를 사용하려는 시도도 마찬가지이다. 이러한 의미에서 한미 FTA는 일종의 예비 행위에 대한 형사 범죄를 구성한다. 원칙적으로 형사 제재는 실제로 범죄

832)한미 FTA는 불법 라벨을 정의하지 않지만, 모범인 18 USC §2318(b)(4)에 따르면 이 용어는 저작권 소유자가 저작물이 저작권을 침해하지 않는다는 것을 확인하기 위해 일반적으로 사용하는 경품 인증서, 라이선스 문서, 등록 카드 또는 이와 유사한 라벨 구성 요소이지만 소유자의 허가 없이 배포되거나 배포할 의도가 있는 라벨을 의미한다.

833)TPPA 제18.77조 3항은 “교역을 통한 상업적 규모의 고의적인 수입 및 국내 사용”만을 요구하며, 등록 상표와 동일한 상표가 동일한 상품 또는 서비스에 적용되고 사용하려는 경우에 적용된다.

834)(§2318(c)(4)) USDol, 2013, pp.288-289.

가 발생한 행위에 적용되며, 예비 행위에 대한 처벌은 살인이나 국가의 안전에 대한 범죄와 같은 예외적인 중대 범죄의 경우에만 허용된다.<sup>835)</sup>

또 다른 문제는 공정 이용 방어에 대한 면책 조항에서 발생한다. 캠코더 녹화 방지 조항 위반은 복제, 배포, 공중전달권의 침해와는 별개로 별도의 소송 사유를 구성한다. 따라서 공정 이용 및 최종 이용자의 사적복제와 같은 저작권에 대한 제한 또는 예외가 적용되지 않는다. 또한 ‘고의로(knowingly)’라는 범의(犯意)(mens rea) 요건은 형사 저작권 범죄의 ‘의도성(willfulness)’ 요건보다 낮으며, 저작권 침해를 입증할 필요도 없다.<sup>836)</sup> 때문에 미국 영화 산업계는 미국 콘텐츠 제작자에게 상당한 혜택을 가져다주는 4대 ‘황금 표준’ 조항 중 하나로 한미 FTA의 캠코더 녹화 방지 조항을 꼽았다.<sup>837)</sup>

캠코더 녹화 방지 조항의 모범은 미국 엔터테인먼트 업계가 만든 과장되고 오해의 소지가 있는 수치를 근거로 제정한 ‘미국 가정용 오락물 및 저작권법’(18 USC §2319B)이다. 미국 영화 업계는 미국 의회에서 ‘캠코더 버전’이 상당 부분을 차지하는 소비재 불법 복제로 인해 영화 산업이 연간 35억 달러의 손실을 입는다고 발표했다.<sup>838)</sup> 또한 “극장 개봉 영화의 캠코더 버전이 인터넷에서 불법으로 유통되는 영화 초판본의 90% 이상을 차지한다”고 불만을 토로했다.<sup>839)</sup> 이러한 주장에 따라, 미국 의회는 캠코더의 오용으로부터 영화 산업을 보호하는 것이 중요하고 시급하다는 것을 인정했다. 당연히 이러한 추정치는 독립적인 검토를 거치지 않았는데, 가이스트(Geist)와 AT&T 연구소에 따르면 영화 불법 복제의 대부분은 영화 산업 내부자로부터 비롯되며, 실제로 불법 복제 영화의 77%는 업계 내부자와 영화 평론가에게 제공되는 사전 감상용 사본에서 비롯된 것으로 나타났다.<sup>840)</sup>

2012년 캠코더 녹화 방지 조항이 시행된 이후 약 5년 동안 한국에서는 극장에서 캠코더를 악용한 실제 사례가 보고되지 않았다. 저작권보호센터도 연례 보고서에서 캠코더 불

835)TPPA에는 캠코더 녹화를 대상으로 하는 의무 조항이 없으며(18.77조), ACTA는 선택 사항으로, 실제 “영화 저작물의 복제”(23.3조)만을 금지하고 있다.

836)USDoJ, 2013, p. 84.

837)2007년 6월 21일, 미국 국제무역위원회에 제출한 타임 워너사의 서면 의견.

838)미국 하원 보고서 109-33 - 2005년 가정용 오락물 및 저작권법, p. 2

839)Ibid.

840)Geist, 2007; Simon, 2003.

법 복제에 대해 언급하지 않고 있다. 이는 캠코더 녹화 방지 법제의 억제 효과가 의도한 대로 작동하고 있다는 것을 암시하는 것처럼 보인다. 그러나 실제로는 캠코더 버전의 이미지와 사운드 모두 낮은 품질로 인해 캠코더 영화의 유통이 억제되고 있다. DVD나 블루레이 화질의 영상에 익숙한 사람들은 캠코더 버전을 다운로드하여 시청하지 않는 경향이 있다.

캠코더 녹화 방지 조항의 실제 영향은 예상치 못한 영역에서 발생했다. 2017년 유명 영화배우들이 극장에서 영화를 관람하며 찍은 사진 몇 장을 자신의 ‘인스타그램’ 페이지에 공유했다가 저작권법 위반으로 고발당하는 사건이 발생했다. 대중의 비난에 직면한 그들은 사진을 삭제했고 소속사는 공식적으로 사과했다. 이 일화는 미국 저작권 업계가 만들어낸 ‘허구<sup>841)</sup>와 그들의 지속적인 로비가 개인의 문화 활동과 표현의 자유에 영향을 미친다는 점을 보여준다. 일반 극장에서 스틸 사진을 찍어 친구들과 공유하는 행위는 캠코더 녹화 금지법의 적용 대상이 아니다. 미국 의회는 이 법이 “카메라, 전화기 또는 기타 사진 장치를 사용하여 영화 상영 중 정지 사진을 촬영하는 사람의 행위에는 적용되지 않으며, 그렇게 하려는 의도도 없다”<sup>842)</sup> 의도된 범위와 달리, 이 법은 문화 생활에 참여하는 개인의 비위반 행위에게까지 적용되었다.

#### 4-7-5. 온라인 집행: 인터넷 사이트 차단

##### 4-7-5-1. 한미 FTA에 따른 의무

한미 FTA에는 “온라인 불법복제 방지”라는 전례 없고 보기 드문 부속서한이 포함되어 있다. 이는 저작권이 있는 저작물의 무단 복제, 배포, 전송을 허용하는 인터넷 사이트를 폐쇄하는 것을 목표로 한다. 이 끔찍한 부속 합의는 USTR의 자문위원회에서 “FTA 원칙에 대한 매우 환영할 만한 보완책”이라고 칭송했지만,<sup>843)</sup> 이후 미국이나 다른 트립스-플러스 요구 회원국과 관련된 양자, 지역 또는 다자 무역 협정에서 다시는 등장하지 않았다. 유일한 선례는 2006년 러시아가 WTO 클럽 가입을 시도할 때 러시아 연방과

841) Geist, 2007.

842) 미국 하원 보고서 109-33, p. 2.

843) ITAC-15 보고서, 2007, p. 381.

USTR 간에 주고받은 서한이다.<sup>844)</sup>

이 부속서한이 어떻게 한미 FTA 협정의 일부가 되었는지는 아직 알려지지 않았다. 그러나 러시아 서한과 의도된 정책 목표, 내용, 시기 등이 유사하다는 점에서 한국 정부가 미국 측을 달래고 단기간에 협상을 타결하기 위해 한미 FTA 부속서한을 작성했을 가능성이 높다. 부속서한은 총 9개 문장의 약속으로 구성되어 있다. 양 당사국에 의한 인터넷 사이트 폐쇄라는 개방형 정책 목표를 선언한 첫 번째 문장을 제외한 나머지 8개 문장은 “미국 정부에 대한 한국의 매우 구체적인 일방적 의무”이다.<sup>845)</sup> 한국은 웹하드 서비스 및 P2P 서비스에 대해 “보다 효과적인 집행”을 제공하고, “민간 부문과 미국 및 기타 외국 당국”과 협력하여 “한국의 지적재산권 집행을 강화”할 것을 인정하고 있다. 또한, 한국은 온라인 불법 복제에 대한 효과적인 단속을 위해 공동 조사팀을 구성하는 구체적인 정책 지침을 한미 FTA 발효 후 6개월 이내에 발표할 것을 약속한다. 또한, 한국은 권리자에게 투명한 방식으로 조치를 취하고 “침해를 효과적으로 유도하는 서비스를 개발 및 유지함으로써 이익을 얻는 개인 및 기업”을 기소하는 데 동의한다.

#### 4-7-5-2. 토론 및 분석

이 부속서한의 정책 목표는 ISP 회피 조항(safe harbor) 프레임워크와 상충되기 때문에 한국과 미국이 합의할 수 있는 사항이 될 수 없다. 사이트 차단 부속서한은 저작물의 ‘무단’ 복제, 배포, 전송을 허용하는 인터넷 사이트를 대상으로 한다.<sup>846)</sup> 그러나 저작권이 있든 없든 디지털 자료의 무단 유통을 허용하는 것은 ISP의 기본적인 기능이다. 미국과 한국의 법률에 따르면, 어떤 ISP도 ‘허가된’ 자료로 서비스를 제공해야 할 의무는 없다. 한미 FTA의 세이프하버 조항에 정의된 ISP는 이용자 간 저작물의 무단 복제, 배포, 전송을 허용하는 경우에도 책임이 면제된다.<sup>847)</sup>

USTR 자문위원회의 높은 평가에도 불구하고 미국 정부와 저작권 업계는 한국의 사이

844)미국 저작권 업계와 USTR의 공동 작업물(Mendenhall, 2005)인 러시아 서한은 <http://www.state.gov/documents/organization/96620.pdf>에서 확인할 수 있다.

845)Gwen, 2007.

846)‘불법복제된 자료’, ‘불법복제 웹사이트 폐쇄’, ‘저작권 및 인접권에 의해 보호되는 콘텐츠의 불법 배포’라는 용어를 사용하는 러시아 서한과 비교해 보라.

847)한미 FTA 제18.10조 30항.

트차단 의무 이행에 대해 무관심한 태도를 보이고 있다.<sup>848)</sup> 직접적으로 사이트차단 의무 때문이 아니라, 한미 FTA 협상 이후 한국이 엄격한 저작권 집행 조치를 취해왔기 때문이다. 한국 정부는 2009년 4월 점진적 대응 시스템, 즉 삼진아웃을 법제화하여 2009년부터 2012년까지 487명의 이용자 계정을 정지시켰고, 240,938명의 이용자에게 경고를 보냈다.<sup>849)</sup> 또한, 한국의 삼진아웃제에 따라 문화부는 웹하드나 사이버락커와 같은 온라인 게시판 서비스에 대해 서비스 중단을 명령할 수 있다. 심지어 하이퍼링크도 삼진아웃제 규제의 대상이 되었다. 2013년 9월, 한국 정부는 불법 영화 링크 정보를 제공한 게시물 200건을 삭제하도록 ISP에게 명령했다. 이러한 행정 조치는 법원 판결과 상충된다. 대법원은 링크 정보 제공이 직간접적으로 저작권 침해에 해당하지 않는다는 점을 여러 차례 분명히 밝힌 바 있다. 한국이 취한 보다 엄격한 조치로는 사이버락커, P2P 서비스 제공업체 등 특정 유형의 ISP에 대한 필터링 의무, 이른바 웹하드 등록제 등이 있다.<sup>850)</sup> 한국 정부가 자발적으로 취한 이러한 엄격한 조치들은 사이트차단 조항의 엄격한 집행 없이도 미국 저작권 업계를 만족시킬 수 있었을 것이다.

---

848)2013년 3월, 문화부는 한 국회의원의 질의에 대해 미국 측이 인터넷 사이트 차단 정책에 대한 정보를 한국에 요청한 적이 없으며, 한미FTA 이행 감독을 위해 한미FTA 제22.2조 규정에 따라 설치되고, USTR과 한국 통상부 장관이 공동의장을 맡고 있는 공동위원회나 분과위원회, 작업반 등에서 양 당사국 간 논의가 없었다고 답변한 바 있다.

849)2013년 3월, 한국 국가인권위원회는 삼진아웃제 폐지를 검토할 것을 권고했다(Giblin, 2013, p. 165; Nam, 2013).

850)필터링 의무와 웹하드 등록제는 일반적인 모니터링 의무를 금지하고 있는 한-EU FTA와 밀접한 관련이 있다. 따라서 이에 대해서는 제5장에서 자세히 논의할 예정이다(5-6-4절 참조).

## 결론

제2장에서 논의한 지적재산권의 무역 측면과 관련하여, 이 장에서는 한미 FTA가 초기의 통상적 우려와는 달리 트립스-플러스 시대의 최대주의적 지적재산권 의제를 충분히 반영하고 있음을 보여준다. 또한, 이 장에서는 무역 중심의 지적재산권 규정이 투명성과 대중의 참여라는 민주적 절차 없이 만들어졌으며, 과학문화권에 부정적인 영향을 미칠 수 있는 조항이 다수 포함되어 있음을 밝혔다. 인권 증진에 도움이 되는 조항은 거의 찾아보기 어려우며, 한미 FTA에서 직접적으로 규정하지 않은 공정이용 조항에서만 찾아볼 수 있는데, 이는 한국 정부가 일시적 저장의 저작권을 지나치게 광범위하게 보호하는 과정에서 생긴 일종의 부산물이다(4-4-1, 4-4-5절).

이 장에서는 규범적 차원에서, 지적재산권의 인권적 접근과 무역 중심의 지적재산권 규범 사이에 존재하는 간극이 해소할 수 없을 정도로, 좁혀질 수 없을 정도로 크다는 것을 보여준다. 한미FTA 협상의 역사를 보면 저작자의 인권 보호는 협상카드로만 활용되었고, 트립스/WCT/WPPT-플러스 의제의 거의 모든 핵심 조항이 법적 구속력이 있는 조약으로 체결되었다는 것을 알 수 있다. 협상 당사국 간의 절충은 양국 개인의 창의성을 증진하거나 개인이 “실제로 특정 능력을 누릴 수 있도록”하는 방식으로 이루어지지 않았다.<sup>851)</sup> 이 장에서 살펴본 바와 같이, 한미 FTA의 지적재산권 보호 및 집행 수준은 일

851) Romainville, 2015, p. 416.

시적 저장(제4-4-1절), 생물학적 제제에 대한 허가-특허 연계(제4-6-2-2절), 잠정 구제(제4-7-2-3절), 법정 손해배상(제4-7-2-1절), 위조 라벨(제4-7-4-3조)에서 미국의 법령이나 판례를 뛰어넘고 있다.

한미 FTA의 협상 역사를 심층적으로 검토한 결과, 이 협정이 한국의 정책 목표에 부합하기 위해 만들어진 것이 아니며, 협상공간을 양자 간 무역협정 협상으로 '수직적'으로 전환하려는 미국의 전략이 얼마나 성공적이었는지를 알 수 있다.<sup>852)</sup> 풀뿌리 민중과 정치권의 실패한 저항, 일부 정부 부처(저작권, 공중보건 등)의 반대 등 협상의 역사를 통해 한미 FTA가 '신자유주의 정책 추진 과정에서 매우 효율적인 도구'였음을 확인할 수 있다.<sup>853)</sup>

그러나 인권에 미치는 영향 수준에서는 다소 복잡한 결과를 보여준다. 일부 영역에서는 명백한 부정적 영향이 확인된 반면, 다른 영역에서는 영향이 없거나 미미한 것으로 나타났다. 두 가지 설명이 제시될 수 있다.

첫째, 이행 방식이 중요하다. 한미 FTA의 모든 의무가 협정이 요구하는 대로 이행된 것은 아니다. 국내법에서 완전히 무시되거나 제한적인 방식으로 이행된 경우도 있었는데, 그 예는 다음과 같다: (1)저작자 추정, 저작권의 존속, 상표권 및 특허권의 유효성(미국에서는 저작자 추정 및 저작권의 존속이 없고, 한국에서는 저작권의 존속 및 상표권 또는 특허권의 유효성이 추정되지 않음, 4-7-1절 참조); (2)저작권 또는 상표권 침해에 대한 법정손해배상(한국에서는 제한적으로 시행됨, 제4-7-2-1절), (3)일방적 잠정 구제(양 국에서 실제 적용되지 않음, 제4-7-2-3절), (4)인터넷 사이트 폐쇄를 목적으로 하는 온라인 집행(한국에서는 시행되지 않지만 다른 집행 수단을 통해 동등한 효력이 있음, 제4-7-5절).

두 번째는 지적재산권 보호의 '맥락 민감성'으로, 이는 특정 산업에 따라 크게 달라질 수 있다.<sup>854)</sup> 허가-특허 연계 사례 연구에서도 알 수 있듯이, 시장 규모가 비교할 수 없을 정도로 작고 소송 비용이 적게 드는 국내 제약 산업의 구조와 제네릭 허가 자동 보류 기간 단축 등 독특한 시행 방식에 따라 국내 제약 산업의 생산 손실과 공중보건 비용 측면에

852)Sell, 2003.

853)Krikorian, 2010, p. 305.

854)Machnicka, 2016, p. 440.

서 미미한 영향을 미쳤다. 또한, 연계 사례 연구를 통해 극단적인 버전의 트립스-플러스에도 불구하고 연계 보호가 '선구적 혁신 촉진'이라는 소기의 목적을 달성하지 못했음을 알 수 있다.<sup>855)</sup> 또한 저작권 보호기간 연장(제4-4-3절), 특허권 부여 전 의의신청 금지(제4-5-2절), 공지에외 기간 연장(제4-5-4-2절), 특허권 부여 지연 보상을 위한 특허기간 연장(제4-5-3절), 도서 불법복제 대응 조치(제4-7-3-2절), 캠코더 녹화 방지 조항(제4-7-4-4절) 등 인권에 유해한 영향이 관측되는 조항의 경우, 한미 FTA 협정문의 직접적인 영향이 아닌 의도하지 않은 결과가 감지되고 있다.

한미 FTA는 미국이 미국 기업의 이익을 위해 추가적인 자유주의적 조치를 취하도록 한국을 압박하는 수단이 되고 있다. 한국이 TPP에 관심을 표명하자 미국은 한국의 추가 양보와 한미 FTA의 완전한 이행이라는 조건을 달았는데, 이는 인권에 악영향을 미칠 수 있다. 이러한 조건에는 고배기가스 차량에 대한 환경 규제, 금융 개인정보 국외 이전, 의약품 및 의료기기에 대한 공중보건 메커니즘 등이 포함되어 있다.

한미 FTA의 영향은 한국 국경 안에만 머무르지 않는다. 국경을 넘어 해외 교역 상대국에도 영향을 미친다. 2007년 한미 FTA 체결 직후, 한국 정부는 여러 분야에서 한미 FTA를 후속 무역 협상에서 따라야 할 지적재산권 보호 및 집행의 최소한의 기준이자 모델로 간주하기 시작했다. 모린(Morin)은 이를 연쇄 반응을 의미하는 도미노 효과라는 개념으로 설명한다.<sup>856)</sup> 모린에 따르면, 미국 양자주의의 가장 광범위한 목표는 대상 국가를 넘어 측정 가능한 효과를 창출하는 것이며, 이 목표를 달성하는 한 가지 방법은 연쇄 반응을 일으키는 것이다.<sup>857)</sup> 로버트 졸릭 전 USTR 대표가 설명했듯이, 새로운 파트너들이 제3국과의 조약에서 유사한 조항을 적극적으로 협상하기를 희망하면서, "선도적인 개혁자들과 함께 [...] 시작한 다음, 시간이 지남에 따라 다른 국가들도 이에 동참하도록 하는 것"이다.<sup>858)</sup> 한국이 역내포괄적경제동반자협정(RCEP) 협상에서 하고 있는 일이 바로 이것이다. RCEP에서 한국은 의약품 접근권에 부정적 영향을 미칠 수 있는 트립스-플러스 조항을 제안했다. 또한 한국의 제안서에는 상습 침해자로부터 저작권을 보호하기 위

855)Bouchard et al., 2011, p. 439.

856)Tso, 2014.

857)Morin, 2009, p. 178.

858)Ibid, p. 177.

한 악명 높은 삼진아웃제가 포함되어 있다.<sup>859)</sup>

FTA 본문이나 협상의 역사에서 드러나지 않는 한미 FTA의 더 심오한 영향은 이념적 차원에 있다. 지적재산권 보호주의, 최대주의적 지적재산권 의제, 지적재산권 예외주의는 정책 입안자와 일반 대중의 가치관과 인식에 영향을 미쳐 이념적 변화를 일으켰다. 지적재산권 침해는 개별 지적재산권 소유자의 사적인 문제에 머물지 않고 공적 자원을 투입하여 해결해야 할 사회적 문제로 간주되고 있다. 따라서 지적재산권 보호 강화를 위해 공공 자원을 확대하고 재분배하는 것이 지지를 얻고 있다. 지적재산권에 대한 일반적인 인식은 렘리(Lemley)가 말하듯 ‘신앙적, 종교적 신념’의 지위로 격상되어 지적재산권을 그 자체로 목적이라고 믿고, 실증적 증거 없이도 발명가와 창작자가 누릴 수 있는, 일종의 이미 존재하는 정치 이전의 권리로 간주된다.<sup>860)</sup> 이는 다시 지적재산권 정책 기관의 구조와 기능에 변화를 불러일으키고, 지적재산권 기관의 내부자 지배구조를 강화하여 규제 포획(regulatory capture)에 더욱 취약하게 만든다.<sup>861)</sup> 그러면 정책 입안자들이 지적재산권의 인권 측면을 고려하기가 더욱 어려워진다. 이런 의미에서 락인 효과와 트립스 유연성을 위한 정책 공간의 제한은 한미 FTA와 내부자 모두로부터 비롯된 것이다.

문제를 해결하려면 근본 원인을 파악하는 것이 중요하다. 이념적 변화의 뿌리는 외생적이었지만 지금은 내생적이다. 한미 FTA의 추진 동력은 ‘한국과 미국의 경제 엘리트,<sup>862)</sup> 즉 초국적 기업 간의 거래’로 설명되거나 ‘중국, 일본과 한국 자본가의 경쟁’으로 설명되기도 한다.<sup>863)</sup> 박(Park)에 따르면, 다른 아시아 국가들과의 FTA 경쟁에서 뒤처질 것을 우려한 삼성을 비롯한 한국 자본이 FTA 체결을 밀어붙였다.<sup>864)</sup> 이는 일반적으로는 맞는 말이지만 지적재산권 정책의 변화를 설명하기에는 부족하다. 한국 자본의 경쟁 우위는 주로 전자, 자동차, 선박, 반도체, 철강 등 제조업에 있다. 이들 분야에서는 미국의 시장 장벽이 충분히 낮으며, 무역협상에서 그들이 선호하는 분야는 서비스, 전자상거래, 정부조달, 투자자 보호 등 특정 분야로 제한되어 있었다. 이러한 의견은 한국의 지적재산

859)X.G.7 조: 유출된 역내포괄적경제동반자협정(RCEP) 협상 문서의 인터넷 상 반복적인 저작권 침해자에 대한 조치.

860)Lemley, 2015, pp. 1337-1338.

861)Deere, 2009a, p. 116.

862)Martin, 2011, p. 327.

863)Park, 2009, p. 454.

864)Ibid.

권 정책 변화를 설명하기 위한 모린(Morin)과 배너먼(Banneman)의 '3단계' 모델을 수정할 것을 요구한다. '3단계' 모델에 따르면, (1)미국의 강압적 압력으로 한국의 국내 지적재산권 기준이 강화되고(1단계),<sup>865)</sup> (2)제도적 변화로 국내 산업이 복제 모방에서 창조적 모방 또는 진정한 혁신으로 전환되어, 적절한 지적재산권 보호에 대한 열성적인 옹호자 및 효과적인 전파자가 생겨나고, 강력한 지적재산권 보호에 공감하는 아이디어가 확산되며(2단계),<sup>866)</sup> (3)한국의 지배적인 패러다임과 국익에 대한 인식이 강력한 지적재산권 보호를 선호하도록 변화되었다(3단계)는 것이다.<sup>867)</sup>

1-1절과 2-4절에서 살펴본 바와 같이, 모린과 배너먼의 모델에서 '2단계'에서 힘을 얻는 주요 주체는 민간 기업이 아니라 특허청이다. 이들은 국내 특허 또는 저작권 정책에서 행정적 권한을 가지고 있으며, 정책 결정 과정을 관리하고 구조와 행위자의 상호 작용에서 중요한 기관을 통제한다는 점에서 민간 기업 부문과 구별된다.

---

865)Morin & Bannerman, 2015, pp. 226-229.

866)Ibid, pp. 229-230.

867)Ibid, pp. 221, 230.



# 05

## CHAPTER

사례 연구:  
한-EU FTA

## 도입

이 장에서는 무역 중심의 지적재산권 규범과 인권의 교차점에 대한 사례 연구로 유럽 연합-한국의 사례를 살펴본다. 이 사례 연구의 주된 목적은 본 논문의 가설, 즉 무역 중심의 지적재산권 규범이 소기의 목적을 달성하지 못하고 인권 갈등을 야기한다는 점을 검증하는 것이다. 한-EU FTA에 대한 사례 연구를 진행하는 이유는 한-EU FTA가 수많은 유럽연합의 FTA 중에서 가장 광범위하고 포괄적인 무역협정 중 하나이며, 트립스/WCT/WPPT-플러스 조항을 포함하고 있고, 유럽연합이 가장 야심차게 추진한 FTA이기 때문이다.<sup>868)</sup>

앞선 4장에서 한미 FTA를 평가하기 위해 취한 방법론이 여기에도 동일하게 적용된다. 그러나 한-EU FTA에는 인권 및 지적재산권 정책에 영향을 미치는 조항이 적기 때문에 이 장에서 논의하는 범위와 폭은 한미 FTA에 대한 논의보다 좁다. 또한 두 FTA의 일부 중복되는 내용은 이미 제4장에서 다루었다. 한-EU FTA는 한미 FTA에 비해 논란이 덜했다. 유럽연합에서는 상대적으로 논란이 적었는데, 그 이유는 한국과 미국이 이미 체결한 트립스/WCT/WPPT-플러스의 혜택을 받을 수 있었기 때문이다. 한국에서는 일반 대중, 정책 입안자, 시민사회, 협상 당사자들이 한미 FTA 때문에 유럽연합과의 협상을 덜 심각하게 여겼기 때문에 논란이 덜했다.

<sup>868)</sup>European Commission, 2016 (Report on the FTA), p. 2.

한-EU FTA를 분석하기 위해 이 장에서는 우선 한국과 EU의 협상 역사와 전략을 다룬다. 그런 다음, 이 장에서는 인권, 특히 과학문화권에 영향을 미칠 수 있는 구체적인 조항들을 자세히 살펴본다. 이 장에서 다루는 인권영향평가는 총칙 조항, 특허 및 의약품 보호, 저작권 및 인접권 보호, 지적재산권 집행에 관한 의무에 따른 결과를 다룬다.

## EU와 한국의 협상 역사와 전략

### 5-2-1. 협상 진행 상황

한-EU FTA 협상은 한미 FTA 체결 한 달 전인 2007년 5월 7일에 공식적으로 시작되었다. 2007년 5월부터 2009년 3월까지 약 2년 동안 8차례의 공식 실무 협상을 거쳐 2009년 10월 15일에 무역 협정이 가서명되었다. 2010년 10월 6일 브뤼셀에서 열린 한-EU 정상회담에서 서명되었고,<sup>869)</sup> 2011년 2월 17일 유럽의회가 한-EU FTA에 비준동의함으로써 2011년 7월 1일부로 잠정 발효되었으며, 2015년 12월 13일에 정식 발효되었다.<sup>870)</sup>

한-EU FTA가 협상되기 훨씬 이전부터 많은 유럽 국가들과 한국은 긴밀한 통상 관계를 유지해 왔다. 1996년 한-EU 무역 및 협력에 관한 기본 협정이 체결되었고,<sup>871)</sup> 2005년 12월 15일에는 유럽자유무역연합(EFTA)과의 FTA가 체결되었다. 그러나 이러한 관계에서 무역이 각 체결 당사국의 지적재산권 정책의 중심이 되지는 못했다. 1996년 기본 협정에는 지적재산권에 대한 조항이 단 하나(제9조)만 포함되어 있다. 이 조항이 포함되어 있음에도 불구하고 지적재산권 보호 및 집행에 대한 법적 구속력이 있는 의무를 부과하지

869) Lakatos & Nilsson, 2016, p. 4.

870) 이 협정은 2014년에 크로아티아 공화국이 가입할 수 있도록 개정되었다.

871) 업그레이드된 버전은 2010년 5월에 서명되어 2014년 6월 1일에 발효되었다.

않았으며, 단지 트립스의 이행을 확인했을 뿐이다.<sup>872)</sup> 또한, 한국과 유럽자유무역연합(EFTA) 회원국 간의 FTA에는 트립스-플러스 조항이 없었다.<sup>873)</sup> 한-EU FTA는 이러한 관계를 완전히 바꾸어 놓았다. 한-EU FTA는 트립스/WCT/WPPT-플러스 의무를 부과하고, 심지어 EU-플러스 의무(인터넷을 통한 텔레비전 신호 재전송에 대한 엄격한 금지 및 형사집행 조항 등)를 추가했다. 이러한 변화는 양측이 함께 추진한 것이다.

2000년대 중반부터 EC는 양자 간 협정에서 지적재산권에 관한 통상 정책을 변경했는데, 이는 EC의 전략 보고서인 2006년 글로벌 유럽<sup>874)</sup> 및 2005년 지적재산권 집행 전략(IPR Enforcement Strategy)에 공개되어 있다.<sup>875)</sup> 전통적으로 유럽연합은 각국의 재량권을 존중하여 무역 파트너에게 트립스와 같은 다자간 협정에서 요구하는 것보다 높은 수준의 지적재산권 기준을 수용하도록 요구하지 않았다. 새로운 무역 정책은 미국의 FTA 관행으로 수렴될 가능성이 높은데,<sup>876)</sup> 트립스를 뛰어넘고 EU 법률에 명시되어 있는 높은 수준의 지적재산권 기준을 요구하고 있다.<sup>877)</sup> 한국도 2000년대 중반부터 미국, EU, 중국 등 세계 거대 경제권과의 포괄적이고 높은 수준의 FTA를 추진하는 방향으로 통상 정책을 변경했다. 그러나 이러한 움직임에도 불구하고 한국은 지적재산권과 관련된 구체적인 정책 틀을 마련하지 못했다. 2007년 한미 FTA 체결 당시, 한국이 한미 FTA 지적재산권 분야에서 약속한 사항은 이후 양자 협상의 최소한의 기준이 되었다. 즉, 한국은 한미 FTA를 초과하거나 입법적 변화를 초래하지 않는 범위 내에서 EU가 제안한 트립스/WCT/WPPT-플러스 조항을 수용할 준비가 되어 있었다는 의미이다.<sup>878)</sup>

그 결과 한-EU FTA 체결 과정에서 지적재산권 분야는 논란의 여지가 적었다. 협상자간에 이견이 있었던 특정 이슈들은 초기 단계에서 해결되었는데, 다음과 같은 것들이

872) 지적재산권 조항은 2010년 업그레이드된 본문에서 삭제되고 지적재산권과 무관하게 무역 및 투자에 대한 조항으로 대체되었다.

873) FTA 제7장 및 부속서 XIII 참조.

874) European Commission, External Trade (2006) Global Europe: Competing in the World (November 13, 2006).

875) Strategy for the enforcement of intellectual property rights in third countries. OJC 29/3 (26 May 2005).

876) CIEL, 2007, p. 4.

877) 와탈(Watal)에 따르면, EU와 미국 FTA의 유일한 명백한 차이점은 EU FTA에 트립스보다 더 광범위한 지리적표시(GI)와 집행이 포함되어 있다는 점이다(2014, p. 48).

878) 한-EU FTA는 외국인 직접투자에 대한 장이 없고, 노동 및 환경 조항 위반에 대한 무역제재 불허, 서비스 시장 개방을 위한 포지티브 리스트 메커니즘 등 몇 가지 예외를 제외하고는 일반적으로 한미 FTA의 범위를 반영하고 있다(Cooper, Jureans, Platzer & Mark, 2011, pp. 1, 16).

다: 상표법에 관한 싱가포르 조약 가입(제10.16조),<sup>879)</sup> 미등록 디자인의 보호(제10.29조),<sup>880)</sup> 등록 디자인의 보호 기간(제10.30조),<sup>881)</sup> 특허법 조약의 준수(제10.33조),<sup>882)</sup> 지적재산권 침해 혐의자의 은행, 금융 또는 상업 문서 등의 증거 제출을 위한 사법 명령(제10.43조),<sup>883)</sup> 지적 재산권 침해 상품을 폐기하거나 해당 상품을 상거래 채널에서 제거하라는 법원의 시정 조치(제10.47조 1항), 예술가의 재판매권(제10.10조), 데이터 독점권(제10.36조 및 10.37조). 상표와 디자인에 관한 조항은 쉽게 합의된 반면, 지리적 표시(GI, geographical indications)의 보호는 가장 논란이 많은 쟁점이었다.<sup>884)</sup>

6차 협상(2008년 1월 28일)에서 미해결된 모든 지적재산권 이슈가 해결되었지만, GI와 실연자 및 음반제작자의 음악 공중 공연에 대한 보상권은 제외되었다.<sup>885)</sup> 이 이슈들을 해결하는 패키지 협상이 마지막 단계에서 타결되었다. EU는 실연자 및 음반제작자의 공중 공연에 대한 보상권과 10년의 데이터 독점권에 대한 요구를 철회했다. 그 대신 한국은 저작권 및 상표와 더불어 특허와 GI에까지 국경 조치를 확대하기로 합의했다. 예술가의 재판매권은 FTA 발효 후 2년 후에 재검토하기로 합의했다.<sup>886)</sup> 형사집행 규칙과 관련하여 양측은 제8차 협상(2009년 3월 24일)에서 실무급 논의가 공식적으로 종료될 때 협상을 개시하였는데, 이에 대해서는 5-6-3절에서 상세히 논의할 것이다.

## 5-2-2. 한-EU FTA 이행

한-EU FTA의 이행은 양측의 무역 기관이 독점적으로 관리한다. 한-EU FTA에서는 한

879)EU 협상단은 싱가포르 조약의 의무적 준수를 요구한 반면, 한국 측은 당시 조약이 발효되지 않았기 때문에 의무를 완화하려고 했다. 결국 양측 모두 조약 "준수를 위해 모든 합리적인 노력을 기울인다"로 의무를 완화하는 데 합의했다.

880)EU는 미등록 외관에 대해 대중에게 알려진 경우에도 독점권을 인정해 줄 것을 요구한 반면, 한국은 이러한 보호의 실익이 없다고 지적했다. 결국 한국은 알 수 없는 이유로 미등록 디자인을 부정경쟁방지 및 영업비밀보호법(제10.29조 각주 12(a))에 의해 계속 보호하기로 합의했다.

881)등록 디자인권 보호를 위해, EU는 최대 25년을 제안했으나, 한국은 트립스에 따라 최소 15년으로 낮추는 것으로 대응에 성공했다.

882)당시 EU 회원국 중 영국만 특허법 조약에 가입했기 때문에 최종 텍스트에서 양측이 조약을 준수하도록 의무화하지는 않았다.

883)2차 협상까지 한국은 이 제안에 대해 아무런 입장이 없었으나 결국 EU의 제안을 받아들였다.

884)한국은 지리적표시(GI) 보호 대상 품목이 적어서 그 보호 대상을 축소하려 했다. 당초 EU는 2900여 개의 농산물과 식품에 대해 지리적표시를 요구했지만, 결국 160여 개로 축소하고 새로운 지리적표시를 추가하기 위한 후속 논의를 하기로 하고 협상을 마무리했다.

885)보상권은 최종 텍스트에 포함되지 않았지만 5-4-3절에서 설명한 대로 제10.9조와 관련이 있다.

886)그러나 2016년까지는 재판매권에 대해 논의하지 않았다(5-4-5절 참조).

국 통상부 장관과 EC의 무역 담당 집행위원이 공동 의장을 맡는 무역위원회를 설치했다. 무역위원회의 임무는 FTA의 적절한 운영, 감독 및 이행과 적용을 촉진하는 것이다.<sup>887)</sup> 무역위원회 산하에 여러 전문 분과위원회와 작업반이 설치되어 있으며, 지적재산권 보호 및 집행과 관련된 주제를 다루는 지적재산권 대화창구(IP Dialogue)가 지적재산권 챗터의 합의에 따라 설립되었다.<sup>888)</sup>

다양한 이행기구의 논의는 대중의 참여와 논평을 허용하지 않고 비공개로 진행되어 왔으며, 논의의 세부 사항은 비밀에 부쳐져 왔다. 그러나 EC가 유럽의회에 제출한 한-EU FTA 이행에 관한 연례 보고서를 보면, 이행 논의가 유럽 산업계의 민원을 해결하는 창구 역할을 하고 있음을 알 수 있다. 또한 양측의 통상 당국자들은 보건 관련 정책과 같은 공공 정책을 제거해야 할 무역 장벽으로 본다.

EC는 EU의 대 한국 상품 수출(FTA 이행 4년차에 55%)과 서비스 수출(2013년 대비 2014년에 11%)이 예상치 못한 높은 증가세를 보임에 따라 EU에서는 한-EU FTA가 “매우 잘 작동”하고 있다고 평가했다.<sup>889)</sup> 이러한 무역 우위를 유지하기 위해, EC는 교역 상대국의 공공정책을 무역 장벽으로 접근하는 태도를 버리지 않았다. 예를 들어, EC는 의약품 및 의료기기 작업반 회의 때마다 한국 공공보건의료 하의 약가제도 및 관행, 한국의 의약품 및 의료기기 급여 가격 결정에 있어 혁신적 특허 의약품의 가치에 대한 적절한 인정 등의 문제를 제기해왔다.<sup>890)</sup>

지적재산권에 대한 이행 논의는 지적재산권 대화창구와 지리적표시 워킹 그룹(GI 워킹 그룹)의 두 가지 경로에서 진행되었다. 이 두 경로에서는 유럽 기업의 불만이 주요 주제였으며, 지적재산권 업계의 이해관계에 영향을 미칠 수 있는 사안이 의제로 올라왔다. 여기에는 상표 무단선점, 한국 특허 제도의 무효율, 공연과 관련한 저작권 조항의 이행, 표준필수특허와 한국의 경쟁 정책과의 관계 등 FTA에서 구체적으로 다루지 않은 사안

887)한-EU FTA 제15.1조 3항. 한 가지 예외는 문화 협력에 관한 의정서이다.

888)제10.69조 2항.

889)European Commission, 2016 - FTA Implementation Report, p. 12.

890)European Commission, 2015 - FTA Implementation Report, p. 6 (워킹 그룹은 2012년 4월 26~27일 첫 회의를 가졌으며 2014년부터 매년 회의를 개최하고 있다.); European Commission, 2016 - FTA Implementation Report, p. 8.

들이 포함된다.<sup>891)</sup> GI 워킹 그룹의 주요 목표는 새로운 GI 목록을 추가하는 것이다.<sup>892)</sup>

### 5-2-3. 한국과의 양자 무역 협정에서 EU의 지적재산권 전략

2005년과 2006년에 EU와 한국이 무역 협정 체결을 위한 예비 협상을 진행했을 때,<sup>893)</sup> EU는 한국과의 양자 무역 협정에서 지적재산권 집행을 최우선 순위로 고려했다. EC의 통상총국(DG Trade)의 지적재산권 부서장 퓌 데비뉴(Luc Devigne)는 “지적재산권, 특히 효과적인 집행은 매우 높은 우선순위가 될 것”이라며 “여러 무역협상에서 EU는 트립스의 최소 기준을 넘어설 계획”이라고 확인했다.<sup>894)</sup> EC의 통상총국은 지적재산권의 불충분한 집행을 EU 산업계에 대한 심각한 피해로 간주했으며, 이를 해결하는 것이 EC의 새롭고 야심찬 무역 정책의 핵심 목표가 되었다. 전 세계적으로 EU 산업의 경쟁력을 강화하여 유럽의 성장 촉진과 일자리 창출을 목표로 하는 2006년 글로벌 유럽<sup>895)</sup>에서,<sup>896)</sup> EC는 특히 “중국, 러시아, 아세안, 한국, 메르코수르, 칠레, 우크라이나”를 상대로 “향후 양자 간 협정에서 지적재산권 조항을 강화하고 기존 약속을 이행하여 지적재산권 위반과 위조품의 생산 및 수출을 줄이겠다”고 약속했다.<sup>897)</sup>

그러나 지적재산권 집행만이 EC의 유일한 목표는 아니었으며, 미국 스타일에 더 가깝고 “디자인권 보호, 집행, 지리적 표시”를 포괄하는 보다 상세한 지적재산권 챕터도 EU가 FTA에 포함시켜야 할 중요한 사항으로 추진했다.<sup>898)</sup> EC가 “우선순위 국가”와 FTA

891)European Commission, 2013 - Annual Report, p. 7; European Commission, 2014 - Annual Report p. 7; European Commission, 2016 Annual Report pp.9-10. 공연권은 5-4-3절에서 설명한 바와 같이 FTA 의무의 일부를 구성하지 않는다. 그럼에도 불구하고 EC는 한국의 공연권 이행이 미흡하다고 매년 문제를 제기하였다.

892)European Commission, 2014 - Annual Report, p. 7; European Commission, 2015 - Annual Report, p. 8; European Commission, 2016 - Annual Report p. 9.

893)2007년 5월 한-EU FTA 협상을 공식 개시하기 전, 한국과 EU는 2005년 5월 한-EU 통상장관회의에서 처음으로 무역 협정 체결 가능성을 논의하고 2006년 7월과 9월 두 차례에 걸쳐 예비협의를 가졌다(한국 외교통상부(2006, 9. 25) 제 2 차 한-EU FTA 예비 협의 개최 [한-EU FTA 제2차 예비 협의 회의] [보도 자료]. <http://www.fta.go.kr/ea/>에서 검색됨.

894)Gerhardsen, 2007.

895)European Commission, External Trade (2006) Global Europe: Competing in the World (November 13, 2006).

896)EC, 2006 - Global Europe, pp. 2 and 6. 이후 2010년에 EC는 글로벌 유럽을 보완했는데, 주요 메시지는 매우 유사하지만 브라질, 중국, 인도, 일본, 러시아 및 미국과의 협력을 강조함으로써 EU의 전략적 무역 차원에 대한 새로운 요소를 추가하였다(Pitschas, 2014, p. 214; European Commission (2010) Communication: Trade, growth and world affairs. Trade policy as a core component of the EU's 2020 strategy, COM(2010) 612 final).

897)EC, 2006 - Global Europe, p. 13.

898)Gerhardsen, 2007.

협상 의제를 선정하는 과정은 민주적인 국제 협상 과정에 필요한 “대표성 조건”과<sup>899)</sup> 국제 지적재산권 규범 설정 과정에 대한 광범위한 대중의 참여가 결여되어 있음을 보여준다.<sup>900)</sup>

“우선순위 국가”는 EC가 63개국에 대해 설문조사를 실시하여 주로 EU 내 저작권 및 상표 업계의 290개 응답을 바탕으로 선정했다.<sup>901)</sup> 이 설문조사는 2005년의 지적재산권 집행 전략<sup>902)</sup>에 공개된 EC의 실행 계획의 일부로, 일방적이고 통일된 전략으로 이어졌다. 이는 제3국에 ‘일방적인 해결책’을 강요하지 않고, 지적재산권 집행을 촉진하기 위한 ‘획일적인 접근법’을 제안하지 않겠다고 선언했음에도 불구하고 이루어진 것이다.<sup>903)</sup> EC는 한국에 대해 지적재산권 위반과 관련한 주요 우려 사항으로 다음과 같은 점을 지적했다: 위조(위조에 대한 전통적인 해석에서 벗어나 상표권 침해뿐만 아니라 디자인권 침해도 포함), 1957년 이전 저작권 보호 미비(더 짧은 저작권 보호 기간을 의미), 지리적 표시의 무단 사용, 제약회사의 의약품 특허 라이선스 제한이 그에 해당한다.<sup>904)</sup>

유럽 경제계는 한-EU FTA의 공식적인 논의 과정에 자신들의 목소리를 담아 광범위하고 폭넓은 희망 목록을 제시했다. 예를 들어, 2007년 주한유럽상공회의소는 무역협정을 통해 해결해야 할 필요가 있다고 판단되는 정보를 EC에 제공했다. 이 정보는 상공회의소 내 다양한 위원회에서 수집한 것이었는데, 맥주-와인-증류주 위원회, 지적재산권 위원회, 보건의료 위원회 등이다. 이들은 지적재산권 침해자에 대한 불충분한 법원 판결, 의약품 허가를 위해 제출된 자료의 불충분한 보호 등 다양한 문제에 대해 불만을 토로하고, 특히 형사 집행과 같은 집행 조치의 개선을 요구했다.<sup>905)</sup>

899)Drahoš, 2002, p. 161.

900)2014년 유엔 저작권 보고서, ¶93.

901)EC (2006, October) Enforcement Survey 2006. 출처: [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2010/february/tradoc\\_145795.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2010/february/tradoc_145795.pdf)

902)European Commission (2005) Strategy for the enforcement of intellectual property rights in third countries, 2005/C 129/03.

903)Ibid, p. 1.

904)European Commission (2004) Summary of Survey (Country: South Korea), [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2004/august/tradoc\\_113217.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2004/august/tradoc_113217.pdf) 에서 검색됨.

905)The European Chamber of Commerce in Korea, (2007), Trade Issues and Recommendations 2007, <http://trade.eucck.org/site/2007/> 에서 검색됨.

## 5-2-4. EU와의 양자 무역 협정에서 한국의 지적재산권 전략

2004년까지만 해도 EU와의 자유무역협정은 한국의 중장기 프로젝트의 일부였다. 그러다가 2005년을 전후로 한미 FTA가 논의되면서 ‘한국을 국제 FTA 네트워크의 허브로 육성한다’는 슬로건 아래 세계 거대 경제권과의 FTA 추진이 한국 통상 정책의 주요 전략으로 자리 잡게 되었다. 그러나 이러한 정책 변화는 광범위한 국민 참여는커녕 관련 분야 이해관계자들의 목소리를 투명하게 수렴하는 과정을 거치지 않았다.

이러한 맥락에서 한-EU FTA 협상에서 한국 협상단은 지적재산권과 관련하여 구체적인 전략을 가지고 있지 않았다. 앞서 설명한 바와 같이 한국은 한미 FTA를 뛰어넘지 않는 범위 내에서 트립스-플러스 의제를 받아들일 준비가 되어 있었다. 따라서 한국 정부는 한-EU FTA 협상 결과를 낙관적으로 평가했는데, 이는 다음과 같다:

- 트립스에서 요구하는 수준 이상으로 지적재산권 집행 강화;
- 기술 환경 변화에 따른 저작권 보호 수준 강화(한미 FTA와 동일한 수준);
- 상표 등록 절차와 관련된 의무의 명확화;
- 등록 및 미등록 디자인 또는 외관에 대한 보호 수준 명확화;
- 한미 FTA의 범위 내에서 제약 특허 및 데이터 독점권의 보호 기간 연장 규제;
- 부속서 10에 등록된 GI 보호에 상호 합의함으로써 유럽 영토 내에서 한국의 지리적 표시의 보호 보장(한국 GI 64개 품목, EU GI 162개 품목);
- 지적재산권 침해에 대한 민사 및 형사 구제 절차를 명확히 제공하여 지적재산권 보호의 예측 가능성과 법적 안정성 확보;
- 국경 조치의 범위를 확대하여 지적재산권 침해 상품의 국경 간 거래 억제.<sup>906)</sup>

## 5-2-5. 토론 및 분석

1980년대 중반부터 2000년대까지 무역 중심의 지적재산권 규범이 전 세계적으로 확산 되었을 때, 미국, EU 등 일부 지적재산권 수출국들은 ‘당근과 채찍 접근법’을 채택했는데, 이는 상대국을 상업적 보복으로 위협하거나 경제적 이익을 인센티브로 삼아 더 강

906)대한민국 정부, 2010, p. 367.

력한 지적재산권 보호를 강요하는 전술이었다.<sup>907)</sup> 여기서 살펴본 협상의 역사를 보면 한국의 자발적인 자유화 덕분에 EU는 당근과 채찍에 대한 비용을 절감할 수 있었다.

특히 한국이 WTO/트립스를 통한 지적재산권 세계화의 최대 피해국으로 평가받는 상황에서, 자발적으로 시장을 개방하고 지적재산권 규제를 완화하기로 한 한국의 선택을 설명하기란 쉽지 않다.<sup>908)</sup> 한 가지 가능한 설명은 한국 정부가 지적재산권 규제 완화에 따른 비용보다 해외 시장 접근성 증가로 인한 이익이 더 클 것이라고 기대했다는 것이다. 이러한 설명에서 트립스-플러스 규칙은 자유화된 무역환경을 추구하기 위한 필요 악으로 간주되며, 한국의 국내 산업계는 세계 경제의 기업들과 경쟁하는 과정에서 트립스-플러스 규범을 불가피하게 받아들일 수밖에 없다. 또 다른 설명은 앞 장에서 살펴본 바와 같이 1980년대 이후 ‘개혁 성향의 자유주의 경제학자 및 정책 입안자’들이 한국 정부 내에서 영향력을 확대하는 데 성공했다는 것이다.<sup>909)</sup> 이들의 의제 수행 과정에서 지적재산권은 희생양이 되었다. 또한, 국내 지적재산권 보호 수준을 높이라는 미국과 EU의 대외 통상 압력으로 인해 정책 입안자들은 지적재산권 최대주의 의제를 내면화할 수밖에 없었다.

한-EU FTA의 협상 및 이행 단계에 대한 사례 연구는 특정 이해관계자, 즉 재계와 무역 정책 입안자들이 전체 과정을 지배하고 의제 설정의 권한을 획득했음을 보여준다. 한국에서는 지적재산권 협상의 의제 설정에 대중이 참여할 수 있는 절차가 거의 없었다. EU에서는 주로 액세서리 및 의류 명품, 엔터테인먼트 소프트웨어 업체, 140여 개 유럽 회원사를 대표하는 저작권 협회 등 지적재산권 관련 산업계와 주로 협의가 진행되었다.<sup>910)</sup> 이들은 충분한 근거 자료와 신뢰할 수 있는 방법론도 없이 한국에서 만연한 저작

907)Krikorian, 2010, p. 296.

908)세계은행의 연구는 트립스에 의한 특허 보호 강화로 인한 로열티 및 라이선스 비용 지불의 변화 측면에서 가장 큰 영향을 받는 국가는 한국일 것이라고 추정했다(The International Bank for Reconstruction and Development (2002) Global economic prospects and the developing countries, p. 133 (한국의 특허 사용료 손실을 15,333(millions of 2000 dollars)으로 예측했는데, 이는 두 번째로 큰 피해국인 중국(5,121(millions of 2000 dollars))의 거의 3배임)). 번역자 주: 특허 사용료(로열티 및 라이선스 수수료) 계산은 제조업에서 미국 라이선스 물량에 대한 특허권의 영향을 계량경제학적으로 분석한 계수를 사용했는데, 이 계수는 1995년 로열티 수수료에 적용하여 2000년 달러가치를 반영한 것이다.

909)Ministry of Strategy and Finance & KDI School of Public Policy and Management (2015) South Korea's voluntary unilateral import liberalization during the 1st half of 1980s, p. 29

910)European Commission (2006) A summary of the replies to the 2006 enforcement survey relating to South Korea. [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2006/october/tradoc\\_130429.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2006/october/tradoc_130429.pdf) 에서 검색됨.

권 불법복제와 수많은 위조 상품에 대해 보고했으며, 한국 당국이 국내 엔터테인먼트 소프트웨어 산업에 대한 차별적인 보호와 외국 산업 보호 지원을 거부하는 것에 대해 불만을 토로했다.<sup>911)</sup>

또한, 협상과 이행 논의는 극비리에 진행되었으며, “[유럽] 기업의 참여는 상당 부분 이루어졌지만 공익 단체의 의견은 동등하게 반영되지 않았다.”<sup>912)</sup> 협상 기간 동안 어떤 협상 문서도 공개되지 않았다. 협정이 국내법과 동일한 효력을 갖는 구속력 있는 규범으로 전환된 후에도 자세한 설명이 제공되지 않았고, FTA 이행을 위한 협의는 비밀로 유지되었다.<sup>913)</sup>

이러한 민주적 절차의 부재는 지적재산권의 인권적 측면을 고려하지 못하는 결과를 초래하고, 규범의 효율성과 정당성에 의문을 제기한다.<sup>914)</sup> 대체로 FTA는 재계가 공공의 복지와 인권을 희생시키면서 사익을 증진하는 도구로 사용되었다. 이 장에서 살펴본 무역 중심의 지적재산권 규범 설정 과정의 가장 큰 문제점은 지적재산권 자체의 고유한 정책 목표가 보다 광범위하고 일반적인 무역 자유화 정책과 고위급 정치인의 모호한 정책 목표에 종속될 수밖에 없다는 데 있다. 지적재산권의 근본적인 정책 목표, 즉 “저작자의 도덕적, 물질적 이익의 효과적인 보호와 ... 문화생활에 참여하고 과학적 진보와 그 응용의 혜택을 누릴 권리”<sup>915)</sup> 또는 “이용의 규칙과 확산의 규칙”<sup>916)</sup> 사이의 공정한 균형을 맞추는 것은 이 과정에서 그 근거를 상실했는데, 이에 대해서는 다음 절에서 상세히 다루었다.

---

911)Ibid.

912)2014년 유엔 저작권 보고서, ¶ 19.

913)필자가 2016년 6월에 한-EU 지적재산권 협상에서 주고받은 전체 문서 목록에 대한 정보공개를 청구하자, 한국 정부는 2016년 7월 4일에 5개 문서 목록을 전체 목록이라고 공개했다. 공개된 목록은 다음과 같다: 저작자 또는 소유권 추정(2008. 01. 28.), GI 보호 수준(2008. 12. 09.), EU 식품 GI의 한글 표기(2008. 12. 12.), EU 증류주 GI의 한글 표기(2008. 12. 12.), EU 포도주 GI의 한글 표기(2008. 12. 12.).

914)Drahos, 2002, p. 180.

915)일반논평 제17호, ¶ 39(e).

916) Drahos, 2002, p. 162.

## 한-EU FTA 지적재산권 챕터의 원칙과 목적

### 5-3-1. 고려와 정당성의 균형 부족

법은 사회 내 권력 역학 관계의 산물이지만, 두 가지 이유로 일반 대중의 이익을 위해 존재하는 척한다. 첫째, 법은 승자의 이익을 적나라하게 표현하지 않음으로써 사람들의 복종을 강요할 수 있다. 따라서 공동의 이익을 증진하는 것처럼 보이는 법조문만 검토하면 법이 실제로 추구하고자 하는 이익을 드러내지 못할 수 있다. 둘째, 통치자가 약자를 완전히 억압할 수 없을 때는 양보해야 한다. 이 경우 법은 강자의 이익을 반영하기보다는 구성원 모두의 이익을 반영하는 외관을 갖게 된다.<sup>917)</sup>

그러나 한-EU FTA는 지적재산권에서의 권력 관계를 노골적으로 표현하고 있다. 지적재산권 챕터의 목적은 지적재산권 제품의 ‘상업화’를 촉진하고, 적절하고 효과적인 수준의 지적재산권 보호 및 집행을 달성하는 것이라고 선언하고 있다.<sup>918)</sup> 이처럼 지적재산권 보유자의 상업적 이익이 명시적으로 드러나면 FTA는 그 정당성을 잃게 된다. 트립스 협정의 사적 이익과 공익 사이의 균형, 과학문화권의 보호와 보급 사이의 균형은

917) Lee, 1999.

918) 제10.1조(a) 및 (b).

한-EU FTA에서 무너졌다.<sup>919)</sup> 이러한 정당성의 파괴로 인해 사회 구성원들의 자발적인 준수를 기대하기는 어렵다. 이러한 규범의 유지를 위해서는 민형사상의 집행과 보복적 무역조치와 같은 강력하고 강제적인 수단이 뒷받침되어야 한다.

### 5-3-2. 기술 이전과 그 효과

한-EU FTA와 한미 FTA의 가장 두드러진 차이점 중 하나는 기술 이전에 대한 약속에 있다. 한미 FTA와 달리 한-EU FTA에는 기술 이전에 대한 조항이 포함되어 있다. 인권 의 관점에서 볼 때, 기술 이전은 지적 생산물의 물질적, 도덕적 이익을 보호하기 위한 모든 시스템에서 필수적인 요소이다.<sup>920)</sup> 이는 또한 특허 제도의 기본 요소를 형성한다.<sup>921)</sup> 또한, 앞서 2-5절과 2-6절에서 논의한 바와 같이, 기술 이전은 외국인 직접 투자 증가에 대한 기대와 함께 개발도상국이 무역 중심의 글로벌 지적재산권 규범에 동참하도록 하는 결정적인 인센티브였다. 트립스를 글로벌 무역을 위한 안전한 환경 조성을 추구하는 것이라고 여긴다면, 지적재산권은 주로 기술 이전을 촉진하는 수단으로 간주된다.<sup>922)</sup> 이러한 긍정적인 측면에도 불구하고 한-EU FTA에서 기술 이전 약속의 실효성은 상당한 한계로 인해 의문시되고 있다.

첫째, 한-EU FTA의 기술 이전 의무는 확고한 의무가 없는 가벼운 약속이다.<sup>923)</sup> 한-EU FTA 제10.3조 1항은 기술 이전에 영향을 미치는 관행과 정책에 대한 의견과 정보 교환을 장려할 뿐이다. 또한 기술 이전을 위한 적절한 환경을 조성하는 데 필요한 조건에 대해 특별한 주의를 기울일 것을 요구할 뿐이다. 트립스의 경우, 개발도상국은 기술 이전에 대한 확고한 의무를 요구했으나 반영되지 못했다.<sup>924)</sup> 확고한 의무의 부재는 의미 있는 결과를 거의 만들어내지 못한 것으로 나타났다.<sup>925)</sup> 2-2-2절과 3-4-2-3절에서 논의한

919)한-EU FTA의 이러한 접근 방식은 권리자와 이용자뿐만 아니라 서비스 제공자와 대중까지 광범위한 이해관계를 인정하고(18.4조), 퍼블릭 도메인의 중요성을 인정하는(18.15조) TPP와는 상당히 다르다.

920)일반논평 제17호, ¶ 38.

921)2015년 특허 보고서, ¶ 4.

922)Westkamp, 2005, p 98.

923)Abbott, 2014, p. 168.

924)Watal, 2014, p. 51. 트립스 제7조는 지적재산권의 보호와 집행이 기술 이전에 기여해야 한다고 규정하고 있으며, 제 66.2조는 선진국에게만 “최빈개도국 당사국으로서의 기술 이전을 촉진하고 장려하기 위해 자국 영토 내 기업 및 기관에 인센티브를 제공”하겠다는 가벼운 약속을 부과하고 있다.

925)Abbott, 2014, p. 168.

바와 같이 정보 비용과 학습 비용이 필요한 기술 지식의 암묵적 특성을 고려할 때, 환경 조성을 위한 확고한 프로그램이 매우 중요하다.<sup>926)</sup>

둘째, 반경쟁적 라이선싱 관행을 방지하기 위한, 기술이전에 대한 보다 의미 있는 조항도 그 범위가 제한적이다.<sup>927)</sup> 한-EU FTA에 따라 각 당사국은 두 가지 유형의 지적재산권 관련 관행과 조건을 방지하거나 통제하기 위한 조치를 취해야 한다: (1)기술의 국제적 이전에 부정적인 영향을 미치는 관행, 이는 관련 시장에서의 경쟁에 대한 부정적 영향을 요건으로 하는 트립스 제40조 제2항과는 다른데, 이 관행을 방지해야 한다. (2)지적재산권자의 (지배적 지위 남용이 아닌) 권리 남용을 방지해야 한다.<sup>928)</sup> 또한, 한-EU FTA는 라이선스 제공자와 라이선스 사용자 간의 불균등한 협상력을 고려하지 않는다.<sup>929)</sup>

### 5-3-3. NT, MFN 및 불평등한 연합 효과(coalition effect)

앞서 2-5절에서 설명한 바와 같이, 내국민 대우(NT)<sup>930)</sup>와 최혜국 대우(MFN) 원칙은 글로벌 무역 중심의 지적재산권에서 중요한 축을 이루고 있다. 이러한 주요 요소들이 한-EU FTA에는 빠져 있다.<sup>931)</sup>

이처럼 내국민 대우와 최혜국 대우가 없는 배경에는 트립스가 있다. 트립스에 가입함으로써<sup>932)</sup> EU와 한국은 지적재산권 보호와 관련하여 다른 FTA에서 상대방이 부여한 모든 혜택, 특혜, 특권 또는 면제를 누릴 수 있다.<sup>933)</sup> 의심할 여지없이, 한미 FTA를 포함한 이전의 FTA에서 미국에 의해 설정된 높은 수준의 지적재산권 기준으로 인해 EU는

926) 많은 경제학 연구에 따르면, 선진국에서 개발도상국으로의 기술 이전은 여건 조성의 부족으로 인해 실패한 것으로 나타났다(Archibugi & Filippetti, 2015, p. 486).

927) EU FTA의 기술이전 약속에 따른 EU 경쟁법의 해석 및 적용 가능성에 대한 논의는 Drexl, 2014, pp. 280-283 참조하라.

928) 제10.3조 2항.

929) 반면, EU-카리포럼 FTA에서는 명백한 정보 비대칭성의 남용은 지적재산권 남용과는 별개로 조치를 취할 수 있는 별도의 조치 사유가 된다.

930) 더 정확히 말하자면, 내국민 대우는 엄격한 동등 대우 기준이라기보다는 '불리하게 하지 않은' 기준이다.

931) 모든 EU FTA가 이 모델을 따르는 것은 아니다. 예를 들어, EU-페루-콜롬비아 FTA(제6.1조 3항 및 4항) 참조. 미국과 아시아의 FTA의 경우, 소수만이 내국민 대우 및 최혜국 대우 조항을 포함하고 있는 반면, EU FTA의 경우 3분의 2 이상이 이러한 조항을 포함하고 있다(Valdés & McCann, 2014, p. 16).

932) 한-EU FTA 제10.2조 1항은 트립스의 효과적인 이행을 의무화하고 있으며, FTA가 트립스에 따른 의무를 보완하고 있음을 확인한다.

933) Aleman, 2014, pp. 68-69; Drexl, 2016, p. 63.

한국보다 이 점에서 더 많은 것을 얻을 수 있다.<sup>934)</sup> 최혜국 대우 조항이 없더라도, 대부분의 지적재산권 조항이 국경에서 특별히 적용되는 조치가 아니라 일반적으로 적용되는 국내법의 형태를 취하고 있기 때문에 EU는 한미 FTA의 약속을 통해 혜택을 볼 수 있다.<sup>935)</sup> 이러한 방식으로 EU는 1980년대 미국의 한국에 대한 미국통상법 301조(Section 301)에서 그러했듯이,<sup>936)</sup> 그리고 다음 5-5-3절 및 5-5-4절에서 설명한 바와 같이 한미 FTA에 무임승차할 수 있다.

전 세계 지적재산권 보유자가 다양한 무역 거래에서 FTA 체결국이 제공하는 높은 수준의 지적재산권 기준을 누릴 수 있도록 하는 내국민 대우 및 최혜국 대우 기준의 ‘다자화 효과’(multilateralization effect)<sup>937)</sup>는 EU와 한국이 서로 다르다. EU는 한-EU FTA를 포함한 FTA의 직접 적용을 부정하는 반면,<sup>938)</sup> 한국은 헌법에 따라 비준-공포된 조약은 국내법과 동일한 효력을 갖는다고 인정하고 있다.

다자화 효과는 “연합 효과(coalition effect)”를 창출하는 조약 가입 또는 준수 조항을 통해 강화된다.<sup>939)</sup> 이러한 조항은 총칙에는 포함되어 있지 않지만 한-EU FTA의 지적재산권 챗터 곳곳에 흩어져 있다.<sup>940)</sup>

934)Watal, 2014, p. 48.

935)Valdés & McCann, 2014, p. 39.

936)Draho & Braithwaite 2002, p. 127.

937)Ruse-Khan, 2016, p. 170.

938)이사회 결정 8525/10호 제8조는 한-EU FTA가 “유럽연합 또는 회원국의 법원 및 재판소에 직접 제소할 수 있는 권리를 부여하거나 의무를 부과하는 것으로 해석되어서는 안 된다”고 명시하고 있다. 자체 집행 효력을 명시적으로 부인하는 FTA 조항은 부속서 7-A-1 EU 당사국, 제7조의7(국경 간 공급 또는 서비스)에 따른 약속 목록에서만 찾아볼 수 있는데, 이는 “아래 목록에서 발생하는 권리와 의무는 자체 집행 효력이 없으므로 자연인 또는 법인에게 직접 권리를 부여하지 않는다”라고 하고 있다.

939)모린(Morin)은 연합 효과를 다자간 환경에서 같은 생각을 가진 국가들이 전략적 동맹을 맺는 것으로 설명한다(2009, pp. 182~184).

940)예를 들어, 로마 협약, 베른 협약, WCT 및 WPPT 10.5조, 싱가포르 조약 10.16조, 특허법 조약 10.33조, UPOV 10.39조 등.

5-4

## 저작권

### 5-4-1. 총평

한-EU FTA에는 2014년 유엔 저작권 보고서에서 모범 사례로 언급된 규칙에 대한 조항이 포함되어 있지 않다. 대신 로마 협약, 베른 협약, WCT, WPPT 등 국제 조약에 따른 저작권 및 인접권에 대한 구체적인 보호 규정을 준수할 것을 의무화하고 있다.<sup>941)</sup> 한-EU FTA는 대부분 EU의 관련 법률을 그대로 도입하여 저작권 보호 기간, 집중 관리, 공중 전달권, 기술적 보호조치, 권리관리정보, 제한 및 예외 등을 구체적으로 규정하고 있다. 한-EU FTA 저작권 조항의 특징 중 하나는 실연자, 음반제작자, 방송사업자의 권리를 강조하고 있다는 점이다.<sup>942)</sup>

### 5-4-2. 보호 기간

#### 5-4-2-1. 저작자를 위한 생존기간 플러스 70년

한-EU FTA 제10.6조는 저작권 보호 기간을 최소한 저작자의 생존기간에 70년을 더한

---

941) 제10.5조.

942) 한-EU FTA에는 복제권에 대한 규정이 없는데, 이는 EU-인도 FTA 초안(제11.4bis조)이나 정보사회지침 제2조를 반영한 EU-태국 FTA와는 대조적이다.

기간으로 연장하고 있다.<sup>943)</sup> 이 조항은 저작자의 권리만을 다루고 있으며, 보호 기간이 자연인을 기준으로 계산되는 경우를 규율하고 있다.<sup>944)</sup> 이러한 제한적인 범위는 두 가지 이유 때문에 나타난다.

첫째, FTA 협상 당시 EU는 실연자와 음반 제작자의 권리 보호 기간 연장 가능성에 대해 논의하고 있었다. 따라서 EU는 관련 권리에 대한 기간 연장을 제안할 수 없었다.<sup>945)</sup>

둘째, EU와 한국의 협상가들은 각자의 국내법 사이의 간극을 조율하고 해소할 수 없다는 것을 깨달았다. 예를 들어, 유럽 법에 따르면<sup>946)</sup> 저작자의 보호 기간은 저작자의 사망 일로부터 기산하지 않는 저작물의 경우 창작일로부터 70년으로 규정하고 있다.<sup>947)</sup> 이에 반해 한국 저작권법은 고용되어 만든 저작물의 보호 기간을 공표된 날부터 기산한다.<sup>948)</sup> 또한, EU의 법은 영화 또는 시청각저작물의 보호기간을 저작물의 창작에 기여한 자 중 마지막 사람이 사망한 후 70년이 경과한 날에 만료한다고 규정하고 있는 반면,<sup>949)</sup> 한국 법은 저작자가 될 수 있는 자를 열거하지 않고 저작물이 공표된 때로부터 보호기간을 기산한다고 규정하고 있다.<sup>950)</sup>

#### 5-4-2-2. 기간 연장의 영향

저작권 기간 연장이 시행된 지 3년밖에 지나지 않은 상황에서 전반적인 사회 복지나 과학문화권 측면에서 저작권 기간 연장에 대한 종합적인 영향 평가는 시기상조일 수 있다. 그러나 저작권 기간 연장이 보급에 미치는 효과는 다음의 사례에서 확인할 수 있다.

2012년 상반기에 헤밍웨이(Ernest Hemingway)의 작품이 폭발적으로 출판되어 서점가를 강타했다. 미국의 소설가 어니스트 헤밍웨이는 1961년 사망했고, 개정 저작권법의 기간 연장이 2013년 3월 15일까지 시행되지 않아 그의 작품에 대한 저작권은 2011년 말에 만

943)이 의무는 한국의 경우 2년간 면제된다(제10.14조).

944)방송 사업자에 대해 한가지 예외가 적용된다. 제10.7조는 케이블 또는 위성을 포함하여 유선 또는 무선으로 방송을 처음 송출한 날로부터 50년 이상의 보호 기간을 보장한다.

945)2011년에 EU는 보호 기간을 EC의 원래 제안인 95년이 아니라, 70년으로 연장했다. 저작권 및 특정 관련 권리의 보호 기간에 관한 지침 2006/116/EC를 개정하는 2011년 9월 27일 유럽의회 및 유럽이사회 지침 2011/77/EU 참조.

946)저작권 및 특정 관련 권리의 보호 기간에 관한 2006년 12월 12일 유럽의회 및 유럽이사회 지침 2006/116/EC.

947)지침 2006/116/EC 제1조 6항.

948)대한민국 저작권법 제41조.

949)지침 2006/116/EC 제2조 2항.

950)대한민국 저작권법 제42조.

료되었다. ‘무기여 잘 있거라’, ‘노인과 바다’, ‘태양은 다시 떠오른다’ 등 20여 편의 작품<sup>951)</sup>이 한국어로 번역되어 2012년 초에 약 40만 부가 출간되었다. 이는 이전 10년간 발행된 부수와 맞먹는 수치이다. 이전 출판물의 대부분은 저작권 라이선스 없이 인쇄된 ‘해적판’이었다. 헤밍웨이의 미망인 메리 헤밍웨이가 1965년 설립해 헤밍웨이 작품의 저작권을 보유하고 있는 어니스트 헤밍웨이 재단은 한국어판 출판에 관심이 없었다. 국내 출판사들은 재단 측에 허가를 받기 위해 연락을 시도했지만 소통 자체가 쉽지 않았다. 재단 측과 연락이 닿아도 허가를 단순히 거부하거나 재단이 요구하는 로열티 비율이 너무 높았다.<sup>952)</sup> 국내의 한 대형 출판사는 헤밍웨이가 전 세계적으로나 국내에서도 가장 유명한 작가 중 한 명인 만큼 그의 작품을 출판하기 위해 15년 동안 재단에 연락해 허가를 받으려고 노력했지만 거절당하기만 했다고 전했다.<sup>953)</sup>

저작권 만료는 이러한 모든 장애물을 제거하고 출판의 폭발적인 증가를 불러 일으켰다. 그러나 가격 경쟁을 유발하지는 않았다. 새로운 출판물은 이전에 판매된 것과 동일한 가격 또는 그 이상의 가격으로 판매되었다. 그 대신 번역 품질 경쟁을 불러 일으켰다. 출판사들은 미국 문학 전문가와 교수를 고용하고 서로 경쟁하면서 헤밍웨이 작품의 독특하고 다양한 아름다움을 즐길 수 있는 기회를 독자들에게 제공했다. 또한 현지 언어로 번역되지 않아 상대적으로 덜 알려진 헤밍웨이의 작품도 출간했다. 독일 태생의 스위스 시인이자 소설가, 화가인 헤르만 카를 헤세(Herman Karl Hesse)와 미국 작가이자 노벨문학상 수상자인 윌리엄 포크너(William Faulkner) 등의 작가들의 계약 기간이 만료된 2013년에도 동일한 현상이 발생했다.

헤밍웨이 사례는 3-4절에서 논의한 바와 같이, 지불 의사가 있는 자에 대한 저작권 장벽의 문제와 문화 상품의 입수 가능성에 대한 실질적 기회的重要性을 보여준다. 또한 재산권 기반 저작권은 실제 협상이 불가능할 정도로 거래 비용을 높일 수 있으며, 3-6-2절에서 논의한 바와 같이 책임 규정이 더 효율적인 결과를 낳을 수 있음을 시사한다. 20

951)미국에서는 헤밍웨이의 작품이 여전히 저작권 보호를 받고 있다. 예를 들어, ‘태양은 다시 떠오른다’는 1926년 저작권 고지와 함께 처음 출판된 후 28년 만에 갱신되었기 때문에 2022년까지 보호된다. (<http://librarycopyright.net/resources/genie/example.pdf>)

952)Kim, 2012a (재단이 요구한 최소 로열티율은 작품당 10만 달러로, 한국 출판사의 일반적인 고전 저작물 로열티율보다 2~3배 높았다고 보고됨).

953)Ibid.

년간의 기간 연장으로 인해 한국의 이용자들은 1963년에 사망한 작가의 저작물에 대해 헤밍웨이와 같은 효과를 보려면 2034년까지 기다려야 한다.

### 5-4-3. 실연자 및 음반 제작자의 공중전달권 및 보상권

#### 5-4-3-1. 공연 보상권에 대한 논란과 타협안

협상에서 논란이 된 쟁점 중 하나는 실연자와 음반 제작자의 공연에 대한 보상권이였다. 이 이슈는 2차 협상(2007년 7월 16~20일)에서 EU가 제기하였다. 한국 정부에 따르면, EU는 주점, 카페, 식당 등 공공장소에서 음반이 실연에 사용되는 경우 양 당사국이 실연자와 음반제작자에 대한 보상권을 법제화할 것을 제안했다.<sup>954)</sup>

이 제안에 대해 한국 협상단은 이 이슈가 생소하다는 반응을 보이며 내부 논의를 위한 시간을 달라고 요청했다. 이후 그들은 세 가지 근거를 들어 이 제안에 반대하는 입장을 취했다. 첫째, 실연자와 음반제작자에게 지급되는 보상금은 소규모 사업자에게 큰 부담이 될 것이며, 최악의 경우 주점이나 카페를 찾는 소비자들이 음악을 듣지 못하거나 그 비용이 소비자에게 전가될 수 있다는 것이다. 둘째, 한미 FTA에서 저작권법 보호 기간을 70년으로 연장하기로 합의했는데, 이러한 광범위한 보호는 유럽인에게도 마찬가지로 적용되며, 실연자와 음반 제작자에게 충분한 보상이 될 수 있다.<sup>955)</sup> 셋째, EU 법에도 불구하고 EU 회원국들은 국내법에 보상권을 완전히 이행하지 않고 있다.<sup>956)</sup>

협상 후반에 EU는 요구를 철회했다. 하지만 대가 없는 양보는 아니었다. 그 대가로 EU는 한국으로부터 저작권과 상표뿐 아니라 특허, 디자인, 식물신품종, 지리적 표시 등에 대한 광범위한 국경 조치를 양보받을 수 있었다. 이러한 주고받기식 타협은 EU의 제안이 음반의 공연까지 확대될 수 없기 때문에 결함이 있다. 이번 사례 연구 결과는 한국 협상팀의 전문성 부족을 드러냄과 동시에 제안을 지나치게 광범위하게 해석하여 자신이 원하는 것을 얻어내려는 EU의 전략을 드러내고 있다.

954)한국 문화관광부 장관의 보도자료(2007년 8월 31일).

955)Nam, 2008, p. 12.

956)2016년 11월 16일, 한-EU FTA 협상을 위해 저작권 팀을 이끌었던 한국 정부 관계자와 익명을 전제로 개인적으로 나눈 대화이다.

### 5-4-3-2. 공중전달권과 그것이 공연을 포괄하는지에 대한 해석

협상가들 사이에서는 EU의 제안이 임대 지침 제8조 2항을 모델로 삼았다는 데 의심의 여지가 없었다.<sup>957)</sup> 제8조 2항은 로마 협약 제12조에서 영감을 받았다.<sup>958)</sup> EU의 제안을 해석하기 위해서는 첫째, 임대 지침 제8조 제2항의 “공중 전달(communication to the public)”이 공연을 포괄하는지, 둘째, EU 제안의 “공중 전달”이 공연을 포괄하는지 여부를 판단할 필요가 있다.

임대 지침 제8조 2항의 “공중 전달”에는 공연이 포함되는 것이 분명하다. 정보사회 지침에 따른 공중 전달은 통신이 시작된 장소에 공중이 존재하지 않는 경우로 제한되지만, 임대 지침 제8조 제2항에 따라 부여된 공중전달권은 통신 장소에 공중이 존재하는 경우를 포함하여 공중에 대한 모든 통신에 적용된다.<sup>959)</sup>

두 번째 쟁점과 관련하여, 2차 협상을 위해 EU가 제안한 문안은 아래 문안 초안에서 볼 수 있듯이 공연 또는 ‘현장’ 통신<sup>960)</sup>을 제외한 것으로 간주된다.<sup>961)</sup>

#### 2007년 7월 6일 EC 초안

(2007년 7월 16일부터 20일까지의 2차 협상을 위해 마련됨)

#### 제5.5조 - 방송 및 공중 전달

1. 이 조항의 목적상, 공중전달권은 통신이 시작된 장소에 존재하지 않는 공중에 대한 모든 통신을 포함하는 것으로 이해된다. 이 권리는 방송을 포함하여 유선 또는 무선 수단을 통해 저작물을 공중에게 송신하거나 재송신하는 모든 행위를 포함한다. 이 권리는 다른 행위에는 적용되지 않는다.

...

3. 대한민국과 EC는 상업적 목적으로 공표된 음반 또는 그 음반의 복제물이 무

957)지침 92/100/EEC를 폐지하고 제정된, 지적재산권 분야의 임대권 및 대여권, 저작권과 관련된 특정 권리에 관한 2006년 12월 12일 유럽의회 및 유럽이사회 지침 2006/115/EC.

958)Vanheusden, 2007, p. 17 (로마 협약을 이행하면서 임대 지침은 “직접 사용”에 대한 제한을 없애고, 상업적 목적으로 출판된 음반의 간접 사용에 대해 추가로 지불할 수 있도록 보상권을 확대했다).

959)Ramalho, 2016, p. 165. 두 지침이 “공중 전달”이라는 동일한 용어를 사용하면서도, 개념과 범위가 다르기 때문에 특히 혼란스럽다(Echoud, 2009, p. 82).

960)Echoud, 2009, p. 82.

961)작성자와 함께 파일에 있는 미공개 텍스트.

선수단에 의한 방송 또는 공중전달을 위하여 사용되는 경우 이용자로부터 공평한 단일보수를 지급받고, 이 보수가 관련 실연자와 음반제작자 간에 분배되도록 보장하기 위한 권리를 규정한다. 대한민국과 EC는 실연자와 음반제작자 간의 합의가 없는 경우, 실연자와 음반제작자 간의 보수 분배에 관한 조건을 정할 수 있다.

제안된 제5.5조 3항은 실연자와 음반 제작자의 보상권(“사용자가 지급하는 단일 공평한 보상금”)을 목표로 한다. 이 권리는 음반의 2차적 사용으로, 즉 “음반이 ... 공중 전달을 위하여 사용되는 경우”로 국한된다. 공중 전달의 의미는 제5.5조 제1항에서 “현장” 통신을 제외한 것으로 정의된다. 이 조항은 통신이 “통신이 시작된 장소에 존재하지 않는 공중에 대한 모든 통신”을 의미한다고 규정하고 있다. 또한 이 조항은 “이 조항의 목적상”이라고 그 목적을 명확히 하는 문구로 시작된다. 따라서 EU가 보상권을 제안했을 때 공연은 제외할 의도가 있었음이 분명하다. 이 구조는 5차 협상까지 유지되었다.<sup>962)</sup>

한 가지 주목할 만한 변화는 EC가 요구를 철회한 것으로 알려진 7차 회의 이후 발생했다. 이전 제안에서 ‘현장’ 통신을 제외한다는 표현이 삭제된 것이다. 대신 EC의 제안은 공중 전달에 대한 새로운 정의로 “모든 수단에 의한 공중에 대한 송신”을 도입하였으며, 방송을 공중 전달의 개념에서 분리했다. 또한 EC는 아래와 같이 보상권을 두 개의 하위 조항으로 나누었다.<sup>963)</sup>

## 2008년 10월 EC 초안

(7차 라운드(2008년 5월)와 8차 라운드(2009년 3월)협상 사이)

### 제9.5.5조 - 방송 및 공중 전달

#### 1. 이 조항의 목적:

...

- b) 공중 전달이란 실연의 음 또는 음반에 고정된 음이나 음의 표현을, 방송이 아닌 다른 매체를 통해, 공중에게 송신(transmission)하는 것을 의미한다. 그러나,

962) 명확히 하는 문구와 “통신이 시작된 장소에 존재하지 않음”이라는 제한은 정보사회 지침의 서설 23에서 비롯되었으며, 2007년 12월 12일의 EC 제안서(2008년 1월 28일부터 2월 1일까지의 6차 라운드 협상에 대비하여 준비됨) 문안에도 나와 있다.

963) 작성자와 함께 파일에 있는 미공개 텍스트.

제5항의 목적상 공중 전달에는 음반에 고정된 음 또는 음의 표현을 공중이 들을 수 있도록 하는 것도 포함된다.

...

3. 각 당사자는 상업적 목적으로 발행된 음반 또는 그러한 음반의 복제물이 무선 수단에 의한 방송 또는 공중 전달을 위해 사용되는 경우, 사용자가 공평한 단일 보수를 지불하도록 보장하기 위한 권리를 제공한다.
4. 각 당사국은 실연자 또는 음반제작자 또는 양자가 이용자에게 공평한 단일 보수를 청구할 수 있도록 자국 법률에 규정한다. 양 당사국은 실연자와 음반제작자 간의 합의가 없는 경우, 실연자와 음반제작자가 공평한 단일 보수를 분배하는 조건을 정하는 법률을 제정할 수 있다.

이 제안이 한-EU FTA 제10.9조 최종문안으로 채택되었는데, 동일한 제목과 동일한 하위 문단 구조로 되어 있다. 최종 제안은 WPPT의 15조를 모델로 하였다. 최종문안에서는 “현장” 통신을 제외한다는 제한적 표현을 삭제하였지만, 공중전달권을 정의할 때 “송신(transmission)”이라는 용어를 사용하고 있기 때문에 동 조항이 음반의 공연을 포함하지 않음은 분명하다. “송신”이라는 용어는 임대 지침에서는 사용되지 않는다. 이 용어는 정보사회 지침, 서설 23에서 “[전달권은] 방송을 포함하여 유선 또는 무선 수단을 통해 저작물을 공중에 송신하거나 재송신하는 것을 포함한다”고 규정하고 있다. 정의상 송신은 유형물의 형태로 저작물을 배포하는 것을 제외한다. 또한 유선 또는 무선 수단 없이 수행되는 비-복제 통신도 제외된다.

#### 5-4-3-3. 토론 및 분석

이 사례 연구는 EU와 한국 간의 타협에 결함이 있음을 드러낸다. 또한 지적재산권 규범 설정에 있어 투명성이 얼마나 중요한지를 보여준다. 협상 문안이 소수의 협상가들에게만 비밀로 유지되지 않고 법률 전문가들이 검토할 수 있도록 제한적으로 공개되었다면, 협상은 상당히 다른 방식으로 타결되었을 것이며 한국이 국경 조치를 모든 지적재산권 침해로 확대하기 위해 법을 개정하지 않아도 되었을 것이다.

또한 실연자와 음반제작자의 보상권에 대한 논쟁은 한국에서도 독립적인 입법 변화를 촉발했다. EU의 제안에 영감을 받은 실연자와 음반제작자들은 2009년 3월 한국 국회

에서 공연 보상권을 법제화하기 위한 로비에 성공했다.<sup>964)</sup> 한국 정부는 EU와의 협상이 소비자와 카페 주인 등 영세 자영업자를 위한 성공적인 협상이었다고 홍보했지만, 이것이 현실이었다.

#### 5-4-4. 인터넷을 통한 텔레비전 신호 재송신 금지

한-EU FTA는 제10.9조 5항에서 방송사업자에게 재방송 및 방송 고정에 대한 배타적 권리를 부여하고 있다. 입장료를 지불하지 않고 일반인이 접근할 수 있는 장소에서 이루어지는 텔레비전 방송의 공중에 대한 통신을 통제할 수 있는 권리는 한국에 처음 도입된 것이다. 또한 한-EU FTA는 제10.7조 2항에서 인터넷을 통한 텔레비전 신호의 재송신을 금지하고 있다.

이러한 금지가 엄격한 금지인지 아니면 제10.11조에 명시된 제한 및 예외(L&E)의 적용 대상인지는 불확실하다. L&E 조항이 10.5조부터 10.10조까지를 언급하고 있지만, 협상자들이 3단계 테스트의 누적 조건이 충족되는 경우 인터넷에서 텔레비전 신호의 재송신을 허용할 의도가 있었는지는 의문이다. L&E 조항은 그 범위를 “자국 법률”로 제한하고 있으며 “10.5조부터 10.10조에 언급된 권리 보유자에게 부여된 권리”에만 적용된다. 반면, 인터넷을 통한 텔레비전 신호 재송신 금지는 각 “당사국”에 적용된다. 한-EU FTA에서 “당사국”은 대한민국, EU 및 그 회원국의 중앙 또는 지방의 모든 입법, 행정 및 사법 기관을 포함한다. 따라서 법원이 특정 인터넷 재송신에 대해 저작권 침해를 면제하는 경우, 해당 결정은 제10.7조와 충돌할 수 있으며, 당사국은 적용가능한 범위, 즉 입법적 조치가 아니므로 L&E 조항에 의지할 수 없다. 또한, 금지 조항은 L&E 조항에서 언급된 “부여된 권리”로 간주되기 어렵다.

부여된 권리와 금지 조항에 대한 불일치 외에도, L&E 조항의 참조 조항도 부정확하다. 제10.6조의 L&E 조항에 대한 언급은 자연인 저작자의 보호 기간을 규정하고 있다. 그러나 교육적 가치가 높은 저작물이 절판되었고 재출판을 통해 얻을 수 있는 상업적 이익이 낮은 경우와 같은 특수한 경우에 보호 기간을 단축하는 법률을 제정하는 것은 EU나 한국에서 불가능하다. 그렇다면 한-EU FTA의 L&E 조항은 3단계 심사를 한-EU 무역협

964)2009년 3월 25일에 개정되어 2009년 9월 26일부터 시행된 저작권법.

정에 포함시키겠다는 협상 당사자들의 일반적인 의사를 표명한 것으로 볼 수 있다.<sup>965)</sup>

인터넷에서의 텔레비전 신호 재송신 금지가 L&E 조항과 “권리 클리어링 제도(right clearing scheme)<sup>966)</sup>의 적용을 배제하는 절대적 성격의 것이라면, 시청각 미디어 서비스의 자유로운 유통을 촉진하고,<sup>967)</sup> 과학적 진보와 그 응용의 혜택을 누릴 수 있는 인권을 보호하려는 공공 정책 목표에 심각한 문제를 야기할 수 있다.<sup>968)</sup>

#### 5-4-5. 예술가의 재판매권

2014년 유엔 저작권 보고서에서는 저작자의 물질적 이익을 보호하기 위한 인권적 조치로 저작자의 재판매권(droit de suite)을 권고하고 있다.<sup>969)</sup> 이 권리는 출판사 및 유통업체에 대한 개별 저작자의 법적 전문성과 협상력의 불평등 문제를 해결하기 위해 필요한 것으로 간주된다. 이 보고서는 저작권법에 의한 창작자의 권리 지원과 제약 사이의 미묘하고 균형 잡힌 접근을 위해 창작자가 향후 저작물 판매 수익금을 공유할 수 있는 권리를 옹호한다.<sup>970)</sup>

유엔 저작권 보고서와 달리 한-EU FTA 협상단은 재판매권을 인권의 관점에서 접근하지 않았다. EU는 자국의 보호 수준을 이식하려 했다.<sup>971)</sup> 협상 과정에서 한국 협상단은 재판매권이 한국에서는 생소한 개념이며, 예술가 및 관련 업계, 이해관계자들과 협의를 거쳐야 하므로 상당한 시간이 소요될 것임을 강조했다. EU는 이를 받아들여 재판매권 문제를 재검토하되, FTA에서 의무화하지는 않기로 합의했다. 따라서 제10.10조는 양측이 FTA 발효 후 2년 이내에 재판매권 도입의 바람직성 및 타당성을 검토하기 위한 협의

965) 2016년 11월 16일, 한-EU FTA 저작권 협상팀을 이끌고 있는 한국 정부 관계자와 익명을 전제로 개인적으로 나눈 대화이다.

966) 이 계획에는 위성 방송 지침 93/83/EC 9.6조에 따른 케이블 재송신이 포함된다.

967) 이는 기술 중립적이며 TV, 인터넷 및 휴대폰에서 제공하는 모든 서비스를 포괄하는 시청각 미디어 서비스 지침 2010/13/EU에 명시되어 있다(유럽 위원회, (2015). 시청각 미디어 서비스 지침(AVMSD)에 대한 공개 협의에 대한 질문과 답변. <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/questions-and-answers-public-consultation-avmsd>).

968) FTA 텍스트에서 규정하는 이 금지의 유일한 예외는 당사국 국경 외부에서 접근할 수 없는 폐쇄적이고 정의된 가입자 네트워크를 통한 재송신이다(제10.7조 2항 각주1). 한미 FTA에서 비롯된 이 예외 조항은 인터넷 프로토콜 TV(IPTV)를 통한 재송신을 면제하기 위한 것이다.

969) A/HRC/28/57, ¶ 101.

970) Ibid, ¶ 45.

971) 일본 예술 작품 저작자의 이익을 위한 재판매 권리에 관한, 2001년 9월 27일 유럽의회 및 유럽이사회 지침 2001/84/EC 지침.

를 개시하도록 의무화하고 있다. 그러나 2017년 6월 현재까지 재판매권에 대한 재검토는 이루어지지 않았으며, 한-EU FTA 이행에 관한 집행위원회의 연례 보고서에서도 재판매권 논의 움직임은 언급되지 않고 있다.

## 특허, 공중 보건 및 의약품 보호

### 5-5-1. 총평

한-EU FTA에 특허와 관련된 조항은 특허법 조약 준수 의무(제10.33조),<sup>972)</sup> 도하 선언의 인정(제10.34조), 특허 기간 연장(제10.34조) 등 3개 조항만 포함되어 있다.<sup>973)</sup> 특허에 대한 하위 섹션 E의 나머지 두 조항은 특허와 관련이 없는 것으로, 의약품의 시판 허가를 위해 제출된 데이터 독점권(제10.36조) 및 농화학 제품(제10.37조)이다.<sup>974)</sup>

특허 관련 조항이 거의 없는 이유는 세 가지로 설명할 수 있다. 첫째, EU에는 특허에 대한 통일된 규정이 없다. 특허 자격과 특허 심사 및 부여 절차는 유럽특허협약(EPC)이 규율하는데, 이것은 EU 기관이 관리하는 조약이 아니다. 또한 2013년 1월 20일에 발효된 EU 규정인 단일 특허<sup>975)</sup>는 EU의 공식 기관이 아닌 유럽 특허청(EPO)에서 부여한 범유럽적 효력만 있으며, 이 역시 EPC의 규칙과 절차에 따른다. 둘째, 한국의 특허 범위 및 부

972)특허법 조약 준수를 위해 노력할 의무는 보다 강력한 지적재산권 보호로서의 '원활한 전환'을 위한 메커니즘으로, 최혜국 대우 조항으로 인해 트립스 상 의무의 일부가 된다(Aleman, 2014, p. 78).

973)한편, 유전자원, 전통지식 및 민속에 대한 조항(제10.40조)은 양 당사국이 토착민 및 지역사회의 지식, 혁신 및 관행의 활용으로 인해 발생하는 이익의 공평한 공유를 장려하도록 규정하고 있다. 그러나 특허 출원인이 특허 출원에 사용되어 발명의 일부로 기술된 생물학적 물질의 출처를 밝히도록 특별히 요구하지는 않는다(EU-카리포럼 FTA 제164조와 대조적).

974)농화학 제품은FTA 텍스트의 언어로는 식물 보호 제품이다.

975)EPO, 2016.

여에 대한 실제적 규정이나 관행에 대해 유럽 재계에서 불만을 제기한 사례는 거의 없다. 이들의 우려는 대부분 지적재산권 집행 조항으로 해결할 수 있다. 셋째, 특허 보호를 위한 실질적 트립스-플러스 조항이 없더라도, EU는 한미 FTA를 통해 트립스-플러스 약속의 혜택을 받을 수 있다.<sup>976)</sup>

## 5-5-2. 공중 보건 및 도하 선언

무역 중심의 지적재산권 규범에 대해 가장 널리 인용되는 논쟁은 강력한 특허 보호, 의약품 독점 및 강화된 집행 조치로 인해 방해받을 수 있는 의약품 접근성에 관한 것이다.<sup>977)</sup> 의약품에 대한 트립스-플러스 보호가 한미 FTA에 비해 상대적으로 취약함에도 불구하고, 한-EU FTA가 공중보건 우려를 해소하기에 충분한지 의문이다. 한-EU FTA 제10.34조는 도하 선언의 중요성을 인식하고 양 당사국이 후속 6항 해결책의 이행에 기여할 것을 요구하고 있다.

일부 학자들은 트립스-플러스 FTA에서 도하 선언을 언급한 점을 높이 평가한다. 예를 들어, 아콘치(Acconci) 등은 다음과 같이 설명한다.<sup>978)</sup>

근본적인 공공의 필요가 투자자의 지적재산권과 균형을 이루도록 합당한 고려가 이루어져야 한다는 점에서, 도하 원칙에 대한 언급은 단순한 트립스에 대한 언급보다 트립스 유연성의 해석에 더 큰 영향을 미친다는 것은 의심의 여지가 없다. ... 트립스/도하는 조약법에 관한 비엔나협약 제31.3조 (a)항의 의미에서 '조약의 해석 또는 조항의 적용에 관한 당사자 간의 후속 합의'로서 관련성이 있는 것으로 간주될 수 있으며, 따라서 트립스 협정을 해석하는 과정에서 '문맥과 함께 고려되어야 한다'. 이는 대중의 우려와 관련하여 때때로 이해하기 어려운 WTO/트립스 판례에서도 전환점이 될 수 있다.

그러나 도하선언 참조 조항을 조약 해석의 원칙, 즉 문언의 통상적 의미의 기준에 따라 해석할 경우, 한-EU FTA는 수많은 공중보건 우려를 해소하기에는 불충분하다. 예를 들

976)한미 FTA의 약속에 대한 자세한 내용은 4-5절 참조.

977)Yu, 2014, p. 118.

978)Acconci, Valenti & De Luca. 2014, pp. 205-206.

어, 참조 조항에 따라, 도하 선언문 4항에서 선언한 바와 같이 한국과 EU가 공중 보건을 보호하고 모든 사람의 의약품 접근성을 증진할 수 있는 자국의 권리를 지지하는 방식으로 한-EU FTA의 트립스-플러스 조항을 해석하고 이행할 수 있을까? 아니면 아르헨티나와 브라질이 세계지적재산권기구의 개발 의제 수립을 위해 권고한 바와 같이,<sup>979)</sup> 한국이 국제인권조약에 따른 공중보건 목표에 반하지 않는 방식으로 한-EU FTA를 운영할 수 있을까? 적어도 세 가지 설명이 그러한 가능성을 차단한다.

첫째, 트립스-플러스 FTA에는 도하 선언을 참조하는 네 가지 모델이 있다. 각 모델은 트립스 유연성과 국가 재량 및 주권을 보장하는 정도에 따라 차이가 있다.<sup>980)</sup> 이 중 한-EU FTA는 가장 약한 모델을 채택하고 있는데, 단순히 도하 선언의 중요성을 인정하고 있을 뿐 구체적으로 실행 가능한 조항이 없다.

둘째, 간단한 참조 조항은 다른 조항이 모호할 때 공중 보건을 위해 유리하게 해석하는데 도움이 될 수 있다. 그러나 한-EU FTA에서는 지적재산권 보호 및 집행에 관한 대부분의 실제적 규정이 명확하게 정의되어 있다.

셋째, 더 중요한 것은 한-EU FTA의 도하 선언 조항이 특허에 관한 협정문의 하위 섹션 E에만 적용되도록 제한하고 있다는 점이다.<sup>981)</sup> 이 조건은 다른 EU FTA와 비교할 때 과도한 제한이다. EU-베트남 FTA의 경우, 도하 선언은 전체 지적재산권 챕터에 적용된다.<sup>982)</sup> 이는 EU-콜롬비아-페루 FTA와 EU-중앙아메리카 FTA에서도 마찬가지이다.<sup>983)</sup> 또한, 한국-캐나다 FTA도 전체 지적재산권 챕터에 도하 선언의 적용을 보장하고 있다.<sup>984)</sup> 또한 의약품에 대한 접근성을 증진하고 공중보건을 보호할 수 있는 국가의 역할

979) Helfer & Austin, 2011, p. 125.

980) Ruse-Khan, 2011, pp. 353-357 (첫 번째 가장 약한 모델은 일반적인 성격의 모델이다(“원칙을 인정한다”, “약속을 확인한다” 또는 “다음의 중요성을 인식한다”는 용어를 사용한다). 두 번째는 법적 구속력이 있는 언어로 도하 선언의 일관성을 보장한다. 보다 견항적인 세 번째 모델은 “당사국은 도하 선언에 따라 공중 보건을 보호하기 위한 조치를 취할 수 있다”와 같은 문구를 포함시키는 것이다. 마지막 모델은 도하 선언의 실제 문구를 사용하거나 “이 협정의 어떠한 조항도 의약품에 대한 접근성을 증진하기 위한 당사국의 능력을 손상시키는 것으로 해석되어서는 안 된다”는 추가 보장 문구를 포함한다.

981) 제10.34조 1항의 두 번째 문단 “이 하위 섹션에 따른 권리와 의무를 해석하고 이행함에 있어 양 당사자는 도하 선언에 의존할 권한이 있다”는 문구.

982) 제8.2조 1항.

983) EU-콜롬비아-페루 FTA 제197.2조 및 EU-중앙아메리카 FTA 제229조 2(a)항.

984) 제16.5조.

을 보장하는 문장이 한-EU FTA에는 누락되어 있다.<sup>985)</sup>

### 5-5-3. 의약품 허가 절차 지연을 보상하기 위한 특허 기간 연장

한-EU FTA는 의약품 및 식물 보호 제품의 시판 허가 절차 지연에 따른 보상을 위해 특허 기간 연장을 의무화하고 있다.<sup>986)</sup> 의약품은 의학적 진단, 질병의 치료 또는 예방, 생리적 기능 또는 구조의 회복, 교정 또는 수정을 목적으로 인체에 투여할 수 있는 모든 물질 또는 물질의 조합을 말한다.<sup>987)</sup> 한미 FTA와 달리 한-EU FTA는 의약품에 백신, 유전자 치료제, 세포 치료제 등 생물학적 제제가 포함됨을 명시하고 있다.<sup>988)</sup> 최대 연장 기간은 5년으로 제한되며, 소아용의 경우 추가 연장이 가능하다.<sup>989)</sup>

기간 연장이 '신약'에만 국한된 것은 아니지만, 최근까지 한국 특허청은 신약에 대해서만 존속기간 연장을 허용했다. 기간 연장은 미국과의 양자 무역 협정으로 인한 1986년 특허법 개정에 따라 도입되었다. 1999년부터 2007년까지는 신약과 제네릭 의약품 모두에 대해 존속기간 연장이 허용되었으나, 2012년부터는 제네릭 의약품에 대한 기간 연장 신청은 특허청에 의해 모두 거절되고 있다. 그러나 최근 특허법원의 판결로 인해 이러한 관행이 바뀔 예정이다.<sup>990)</sup>

특허 기간 연장의 목적은 “각 시장에 제품을 출시할 수 있는 최초의 허가”가 지연되어 발생하는 “특허권자의 유효 특허 기간 단축에 대한 보상”이다.<sup>991)</sup> 그러나 앞서 4-5-3절에서 설명한 바와 같이, 특허권의 배타적 특성을 고려할 때 특허 기간 연장은 이론적으로 결함이 있다. 특허 기간 연장의 이면에는 특허 수명이 너무 일찍 시작된다는 사실이

985) 이러한 문장은 2010년 4월에 체결된 EU-인도 FTA 초안(양자 사이에 2007년 6월에 시작되어 2016년 12월 현재 진행 중인 협상)의 제13.2조에서 찾아볼 수 있다. - “이 협정의 어떠한 조항도 의약품에 대한 접근을 촉진하고 공중 보건을 보호하는 양 당사국의 능력을 손상시키는 것으로 해석되어서는 안 된다”. 이후 EC는 향후 투자 조항이 이 명확한 약속과 완전히 일치해야 하며, FTA의 어떤 조항도 “인도가 의약품을 필요로 하는 다른 개발도상국에 대한 의약품 제조 및 수출을 포함하여 강제 실시를 사용하는 것을 방해해서는 안 된다”고 확인했다(EC, 2011a).

986) 제10.35조 1항 및 2항.

987) 부록 2-D 제6조 및 제10.35조(1)의 각주 15.

988) 부록 2D 제6조 제2항.

989) 제10.35조 1항의 각주 17.

990) 2015후1256(2016.1.29.) (특허 기간 연장이 신약에만 국한되지 않는다고 판시함).

991) 제1035조 2항.

있다. 특히 제도의 승자독식 구조는 과도한 특허 경쟁을 유발하며, 특허 수명을 앞당기도록 유도한다. 승자가 얻는 것이 많을수록 특허 경쟁이 치열해지는데, 제약 분야가 대표적이다.

#### 5-5-4. 데이터 독점권

##### 5-5-4-1. 협상 과정 및 합의

유엔 고위급 패널은 데이터 독점권을 공중 보건과 환자의 의약품 접근권에 중대한 영향을 미치는 주목할만한 트립스-플러스 조항 중 하나로 꼽고 있다.<sup>992)</sup> 그럼에도 불구하고 데이터 독점권은 모든 트립스-플러스 FTA에서 가장 많은 수렴을 보이는 분야이다.<sup>993)</sup> 트립스에서 현재보다 더 높은 수준의 시험 데이터 보호를 가장 적극적으로 요구하는 국가는 미국이다. 반면 EU는 칠레, 남아프리카공화국, 카리포럼 등 1세대 FTA에서는 이러한 요구를 하지 않았으나 페루-콜롬비아, 한국 등 2세대 FTA에서는 이러한 입장이 바뀌었다.<sup>994)</sup>

한국과의 협상 과정에서 EU는 오리지널 제품의 시판허가권자의 명시적 동의 없이는 후속 시판허가를 받을 수 없는 데이터 독점권 기간을 10년으로 요구했다. 또한, EU는 최초 6년 동안 오리지널 보유자가 동일한 제품에 대해 하나 이상의 새로운 치료 적응증에 대한 허가를 획득한 경우 이 기간을 최대 11년까지 연장할 수 있도록 요구했다. 이러한 요구는 대부분 EU의 지침을 본뜬 것이다.<sup>995)</sup> 이러한 요구에 대해 한국은 시험 데이터의 보호 수준을 트립스 제39조 3항에 명시된 수준으로 낮추려고 노력했다. 트립스에 따른 데이터 보호는 데이터 독점권과 구별되며, 미공개 정보나 영업비밀에 상응하는 수준의 일반적인 보호를 제공한다.<sup>996)</sup> 이에 대해 한국은 국내법 범위 내에서 테스트 데이터

992)Secretary-General, U.N., 2016, p. 25. 드렉슬(Drexli)은 시험 데이터 독점권이 의약품을 더 비싸게 만들고 선진국의 사회보장제도에 예산 제약을 초래할 것이며, 의료 시스템이 열악한 개발도상국에서는 환자의 의약품 접근을 배제할 수도 있다고 지적한다(2016, p. 75). 국경없는의사회(MSF)는 데이터 독점권은 제네릭 경쟁을 저해하고 인위적으로 높은 가격을 유지하여 의약품에 대한 접근성을 제한하는 수단이라고 주장한다.

993)Watal, 2014, p. 50.

994)Roffe, 2014, p. 24; Drexli, 2016, pp. 65-66.

995)인체용 의약품에 관한 공동체 규정에 관한 지침 2001/83/EC를 개정하는 2004년 3월 31일 유럽의회 및 유럽이사회 지침 2004/27/EC.

996)Valdés & McCann, 2014, p. 26; Flynn, Baker, Kaminski & Koo, 2013, pp. 167-168; and Shugurov, 2015, p. 54.

를 보호할 것을 제안했다. 양국의 의견 차이는 마지막 협상까지 이어졌다.<sup>997)</sup>

최종 문안은 대체로 EU의 입장을 반영하되, 독점기간을 최소 5년으로 단축하고, 최대 11년까지 연장할 수 있는 조항을 삭제했다. 한-EU FTA 제10.36조는 시험 데이터의 기밀성, 비공개 및 비의존성<sup>998)</sup>을 보장하고 의약품 당국이 최소 5년 동안 제네릭 제품의 후속 시판 허가를 내주지 못하도록 하는 입법 조치를 의무화한다.<sup>999)</sup> 한미 FTA와 달리 한-EU FTA는 ‘유사한 제품’과 같은 모호한 용어<sup>1000)</sup>를 포함하고 있지 않으며, 트립스 제 39조를 참조하여 ‘데이터’를 정의함으로써 ‘상당한 노력’과 ‘비공개’ 시험 데이터를 암묵적으로 요구하고 있다.<sup>1001)</sup> 트립스의 “새로운 화학 물질(new chemical entities)”과는 대조적으로, 한-EU FTA는 알려진 화학 물질로 생산될 수 있는 새로운 의약품(new pharmaceutical product)에 대해 데이터 독점권을 제공한다.

#### 5-5-4-2. FTA와 국내 관행의 차이점

역사적으로 EU에서는 스페인, 포르투갈 등 의약품에 특허를 부여하지 않는 일부 회원국에서 오리지널 제약사에게 독자적인(sui generis) 보호를 제공하기 위해 1986년에 데이터 독점권이 도입되었다.<sup>1002)</sup> 그러나 데이터 독점권은 오리지널 제약사에게 추가적인 별도의 법적 보호 역시 제공하고 있다.

데이터 독점권 보호에 대한 영향 평가가 어려운 이유는 양 당사국이 데이터 독점권 제도를 FTA와 상당히 다르게 운영하고 있기 때문이다.

---

트립스 협상의 역사와 트립스 제39조 제3항이 데이터 독점성을 요구한다는 취지의 해석을 지지하지 않는 이유에 대해서는 Fellmeth, 2004, pp. 454-460; Correa, 2002, pp. 72-84. 참조.

997)공식적인 이야기는 다르다. 한국 정부는 6차 협상에서 EU가 10년 데이터 독점권 요구를 철회했다고 발표했다. 그러나 실제 초안을 보면 보호 기간에 대한 합의에 이르지 못한 것으로 드러났다. 여기서 실제 초안은 2008년 9월 현재 각 당사국의 입장이 반영된 한-EU FTA 협정문 미공개(작성자와 함께 파일 형태) 초안을 말한다(최종 8차 실무협상은 2009년 3월 23-24일, 7차 협상은 2008년 5월 12~15일 개최되었다).

998)“기밀성 및 비공개”의 의미는 명확하지만, 비의존성의 개념은 명확하지 않다. EU와 미국은 비의존성이라는 용어를 통해 생물학적 동등성 시험(화학적 및 독성 수준 측면에서 참조 제품과 제네릭을 비교하는 시험)에서 오리지널사의 시험 데이터에 의존하는 것을 포함하여, 의약품 당국의 모든 형태의 의존(직접, 간접, 적극적 및 소극적 의존)을 금지하는 것을 목표로 한다(Pugatch, 2004, p. 7).

999)제10.36조. 농화학 제품의 경우, 독점 기간은 최소 10년이다.

1000)반면, EU-싱가포르 FTA는 동일하거나 “유사한 제품”에 대한 후속 시판 허가를 금지한다(제11.33조).

1001)그러나 실제로 EU와 한국에서는 시험 데이터의 출처에 대한 ‘상당한 노력’이 명시적으로 요구되지 않는다.

1002)Junod, 2004, pp. 502-503. EU에서는 지침 87/21/EEC를 수정한, 1986년 지침 65/65/EEC를 통해 데이터 독점권이 도입되었다.

유럽 모델은 “(8+2)+1” 공식으로 불린다.<sup>1003)</sup> 제한적 의미의 ‘데이터 독점권’ 기간으로 불리는 8년 동안은 제네릭 제품(하이브리드 및 바이오시밀러 제품 포함) 신청 시 참조 제품의 시험 데이터를 참고할 수 없는데, 이는 신청서 제출 자체가 유럽의약품청 등 의약품 당국에 의해 받아들여지지 않음을 의미한다.<sup>1004)</sup> 이후 2년은 앞의 8년과 함께 총 10년의 마케팅 독점 기간이 되며, 2년 동안 제네릭 허가 신청은 허용되지만 제네릭은 시장에 출시할 수 없다. 이미 확립된 물질에 대해 새로운 적응증을 신청하는 경우, 새로운 적응증과 관련하여 중요한 전임상 또는 임상 연구가 수행되었다면 1년의 비누적 기간이 추가로 부여된다.<sup>1005)</sup>

참조 의약품이 국가적으로 허가된 경우, 회원국에 따라 6년의 기간이 적용될 수 있다.<sup>1006)</sup> 이러한 국가는 쿡(Cook)이 ‘특허 만료 이후가 아님(not-beyond patent expiry)’이라고 부르는 옵션을 선택할 수 있다.<sup>1007)</sup> 즉, 참조 의약품을 보호하는 특허가 만료되는 시점으로 데이터 독점 기간의 상한을 제한할 수 있다.<sup>1008)</sup>

한국에서도 ‘시판 후 조사(PMS)’라는 자체적인 시스템을 운영하고 있다. 의약품 당국, 특히 식품의약품안전처(식약처)는 새로 허가된 의약품을 재심사 대상으로 지정할 수 있다.<sup>1009)</sup> PMS의 목적은 시판 허가 후 새롭게 나타나는 적응 증상에 대해 조사하고 실제 복용량의 추가 데이터를 수집하는 것이다. PMS 재심사는 최초 허가일로부터 6년(신약의 경우)<sup>1010)</sup> 또는 4년(신규 적응증의 경우)<sup>1011)</sup>의 기간이 만료될 때, 3개월 이내에 실시한다. 오리 지널사가 데이터 사용에 동의하지 않으면 6년 또는 4년의 기간 동안 제네릭 의약품은

1003)이 공식은 개정된 지침(2004/27/EC)에 의해 도입되었으며, 2005년 11월 20일 이전에 최초 제출이 이루어진, EU의 중앙집중식 절차를 통해 시판 허가를 받은 의약품(European Medicines Agency, 2016a, p. 21)과 여러 회원국에서의 판매에 의무적으로 적용되는 상호 인정 절차(EC, 2004, p. 14 (Vol. 2A, Ch. 1))에 적용된다.

1004)참조 제품은 회원국 또는 집행위원회가 완전한 서류, 즉 지침 2001/83/EC 8(3), 10a, 10b 또는 10c 조항에 따라 적격, 전임상 및 임상 데이터를 제출하여 판매 허가를 부여한 의약품을 의미한다(European Medicines Agency, 2016, p. 8)

1005)지침 2001/83/EC 제10조 5항, European Medicines Agency, 2016, p. 22.

1006)European Medicines Agency, 2016a, p. 15. EFTA 국가들도 6년 기간을 적용한다.

1007)Cook, 2000, p. 43.

1008)Junod, 2004, p. 504. 추가 보호 증명서(SPC)가 특허 수명을 연장하는 경우, SPC가 만료되면 상한이 설정된다. 그리스, 스페인, 포르투갈 3개국 이 방법을 선택했다.

1009)식품의약품안전처의 의약품 품목허가-신고-심사 규정 제25조.

1010)신약은 새로운 의약품, 활성성분(API) 종류 또는 구성이 다른 처방의약품, 성분은 동일하지만 허가된 의약품과 투여 형태가 다른 처방의약품을 말한다.

1011)새로운 적응증에 대한 PMS에는 활성성분과 투여 형태는 동일하지만 효과나 효능이 명확하게 다른 처방의약품, 기타 식약처장이 지정하는 의약품이 포함된다.

오리지널 데이터와 동등하거나 그 이상의 데이터를 제출해야 하거나 PMS 기간 만료 후 허가를 신청한다.<sup>1012)</sup> 4년의 기간은 식약처가 새로운 적응증을 가진 의약품을 PMS 대상 의약품으로 지정할 때마다 적용되기 때문에 누적된다. ‘특허 만료 이후가 아님’이라는 옵션도 사용할 수 없다.

한국에서 사용되는 6년 공식은 1980년대와 1990년대 초에 체결된 EU와의 양자 협정에서 유래되었다. 1986년 미국이 양자간 지적재산권 협상에서 한국을 압박하자(1-1절 참조), EU는 한국의 GSP 특혜를 중단하겠다고 협박하며 동일한 수준의 보호를 요구했다.<sup>1013)</sup> 결국 한국은 PMS 제도에 의한 6년간의 데이터 보호 등 EU가 요구한 사항을 수용했다.<sup>1014)</sup>

### 5-5-4-3. 영향 평가

데이터 독점권의 영향 평가를 위해서는 잠재적 이익과 비용을 모두 평가해야 한다.

오리지널 제약사들은 데이터 독점권을 혁신에 필요한 인센티브로 지지한다.<sup>1015)</sup> 일부 논평가들은 데이터 독점권이 곧 특허를 능가하는 제약산업 혁신의 주요 동력이 될 것이라고 예측한다.<sup>1016)</sup> 주노드(Junod)는 제약회사가 의약품을 판매하려면 시험 데이터를 제출할 수밖에 없기 때문에 이러한 주장을 거부한다.<sup>1017)</sup> 펠메스(Fellmeth)는 인센티브 주장은 경험적으로 입증되지 않았으며, 의약품 등재(registering)에 따른 ‘선점 효과’가 시판 허가를 받는 데 드는 비용보다 더 크다고 지적한다.<sup>1018)</sup> 미국 공정거래위원회는 독점 기간 연장(생물학적 제제의 경우 12~14년)에 대한 인센티브 주장을 인정하지 않는데, 그 이유는 “이 제도가 신약 개발을 촉진하지 않기” 때문이다.<sup>1019)</sup> 한국과 같이 시장이 작고 혁신적 신약을 개발할 여력이 거의 없는 국가에서는 데이터 독점권이 자국 내 혁신에 약간의 인센

1012)FPMA, 2011, p. 76.

1013)Drahos, 2002, p. 178.

1014)한-EU 양해각서 (1993년 4월) 제2.2.c조는 “한국에서 신약의 최초 시판허가 후 6년 동안, 최초 신청자가 제공한 시험 자료에 의존하고자 하는 동일한 제품을 제조 및/또는 시판하고자 하는 제2자 또는 후속 신청자의 허가 신청은 후속 신청자가 직접 작성한 1상, 2상 및 3상 임상시험자료 전체를 첨부한 경우에만 허용된다”고 규정하고 있다(Kang, 2007, p. 9).

1015)FPMA, 2000, p. 1.

1016)Morgan, 2010; Thomas, 2015, p. 42.

1017)Juno, 2004, p. 485.

1018)Fellmeth, 2004, pp. 469-470. 펠메스(Fellmeth)는 데이터 독점권 대신 제네릭 제약사가 재조정 가능한 로열티 시스템을 통해 의약품 최초 등록자에게 보상하는 대안적인 비용 분담 모델을 제안한다(2004, pp. 482~499).

1019) US FTC, 2009, p. 44.

티브를 제공할 수 있다.

데이터 독점권의 대가에는 약가, 제네릭 경쟁 및 시장 진입, 강제실시와 같은 트립스 유연성의 가용성<sup>1020)</sup>에 대한, 따라서 의약품 접근성에 대한 잠재적인 부정적 영향이 포함될 수 있다.<sup>1021)</sup> 신뢰할 수 있는 원 데이터가 부족하기 때문에 한국의 대가를 포괄적이고 실증적이며 정량적인 방식으로 평가하는 것은 불가능하다. 예를 들어, 아래 표에서 볼 수 있듯이 신약 허가 건수와 PMS 의약품 수 사이의 관계는 불분명하다. 제네릭 진입 지연과 약가에 미치는 영향을 추정하는 데 있어 핵심 변수 중 하나인 제네릭 침투율도 현 재로서는 파악할 수 없다.<sup>1022)</sup>

2011년 한국 정부는 105페이지 분량의 한미 FTA 영향 분석 보고서를 발표하면서 한미 FTA 발효 후 첫 10년간 데이터 독점권으로 인한 비용이 1,338억 원<sup>1023)</sup>이 될 것으로 추산했다(<표 5-1>). 또한 같은 기간 동안 데이터 독점권으로 인해 443명이 일자리를 잃을 것으로 추정했다. 그러나 이 추정에 사용된 방법론은 공개되지 않았으며 여전히 기밀로 유지되고 있다. 또한 데이터 독점권의 영향은 ‘공개된’ 시험 데이터를 보호하기 위해 데이터 독점권 기간이 연장된 경우에 대해서만 수행되었다. 이 제한적 영향 평가에서는 제네릭의 9.6%가 공개된 데이터에 의존한다고 가정했다.<sup>1024)</sup> 9.6%라는 수치는 신뢰도가 낮은데, 2006년 7월에 특허 관련 부서가 있는 24개 제약회사 관계자를 대상으로 실시한 설문조사에서 얻은 것이기 때문이다.<sup>1025)</sup> 또한 설문조사 응답률은 아직 알려지지 않았다.<sup>1026)</sup>

1020)강제실시와 EU-인도 FTA 협상과 관련하여, EU는 도하 선언 참조 조항으로 인해 데이터 독점권이 강제실시의 효과적인 사용을 방해하지 않을 것이라고 밝혔으며, 데이터 독점권 규정과 강제실시가 충돌하는 경우 후자가 전자에 우선한다고 확인했다(European Commission (2010) EU-인도 FTA 협상과 의약품 접근성: 질문과 답변, ¶ 4.). 이러한 주장은 지적재산권 제품의 상업화와 지적재산권의 적절하고 효과적인 보호 및 집행을 강조하는 제10.1조에 구체화된 목적과, 위에서 논의한 바와 같이 도하 선언에 대한 참조 모델이 가장 약하다는 점에서 실제 한-EU FTA 관련 분쟁에서 적용될 가능성이 적다.

1021)Forman & MacNaughton, 2016, p. 55.

1022)제네릭 침투율은 오리지널 제품을 제네릭으로 대체하는 정도를 의미하며, 의약품, 시장 규모, 관련 산업, 보조금 및 약제비 환급 정책과 같은 공공 정책에 따라 달라진다.

1023)1,338억 원은 표의 726(생산 손실), 484(소득 손실), 128(소비자 후생)을 합한 금액이다.

1024)9.6%는 12% (“개량신약”이 전체 제네릭 의약품의 12%를 차지)와 80% (“개량신약”의 80%에 공개 데이터가 사용될 것이라고 응답한 응답을 바탕으로 가정한 수치)의 곱이다(대한민국 정부). (2011년 8월 5일). 한미 FTA의 경제적 영향 재평가, 97쪽). ‘개량신약’이란 오리지널 신약과 성분과 효능은 유사하지만 사용 편의성을 높이기 위해 성질이나 제형을 변경한 의약품을 말한다(Kang, 2016).

1025)한국 보건복지부 (2007) 보도 자료 (언론 설명 자료, 2007년 4월 13일).

1026)특허 연계에 대한 설문에는 24명 중 14명만이 응답했다. 특허연계제도 도입으로 인한 특허분쟁 증가 가능성에 대한 추정치도 30%에서 3,000%까지 편차가 너무 컸다. 그럼에도 불구하고 정부는 단순히 50% 증가할 것으로 추정하고 영향

### 〈표 5-1〉 한미 FTA가 제약 산업에 미치는 예상 영향

(출처: 대한민국 정부. (2011.8.5). 한미 FTA의 경제적 효과 재평가, p. 100)

		연평균(첫 5년)	연평균(두번째 5년)	10년간 누적
생산(판매) 손실 [1]	특허 허가 연계	274 ~ 592	604 ~ 1,308	4,390~9,500
	데이터 독점권	64	81	726
소득 손실 [1]	특허 허가 연계	182 ~ 394	402~871	2,924 ~ 6,327
	데이터 독점권	43	54	484
일자리 손실 [2]	특허 허가 연계	167 ~ 361	368 ~ 798	2,678 ~ 5,795
	데이터 독점권	39	49	443
소비자 후생* [1]	특허 허가 연계	-306 ~ -623	-647 ~ -2,707	-4,760 ~ -16,648
	데이터 독점권	-11	-14	-128

\* 소비자 후생에 미치는 영향은 국민건강보험 약제비 환급에 따른 정부 지출 증가, 제네릭 시장 진입 지연에 따른 환자 본인부담금 증가 등을 포함한다.

[1]: 1억 원

[2]: 명

따라서 실증적 증거는 아직 충분하지 않다. 그러나 ‘데이터 독점권 보호에 대한 의약품의 민감도’에 대한 실증 데이터<sup>1027)</sup>를 통해 데이터 독점권이 제네릭에 상당한 배제적 영향을 미친다는 결론을 도출할 수 있다. 남(Nam) 등은 특허가 만료된 신약 중 26개 제품(신약)과 81개 제품(신규 적응증)에 대해 PMS 제도 하에서 데이터 독점권이 특허보다 더 오래 지속되고 있다고 보고했다.<sup>1028)</sup> 미국에서도 이와 유사한 실증 연구가 보고된 바 있다.<sup>1029)</sup> 또한 아래 <표 5-2>에서 보는 바와 같이 허가된 신약보다 PMS로 보호받는 제품이 더 많다. 이는 새로운 진단 적응증에 대한 4년간의 누적된 PMS 때문인 것으로 보인다. 그렇다면, 앞으로도 신약보다 PMS 보호를 받는 제품이 더 많은 추세가 지속될 것이다.

평가를 마무리했다.

1027)Pugatch, 2004, p. 21.

1028)Nam, Lee, Kim, & Oh, 2007, p. 489.

1029)주노드(Junod)에 따르면 1998년부터 2004년 2월까지 미국 FDA가 허가한 137개 의약품 중 23개 의약품이 마지막 특허 만료 후에도 데이터 독점권으로 보호받고 있으며, (23개 의약품 중) 22개 의약품은 오렌지북에 등재된 특허가 없었다 (2004, p. 487).

## 〈표 5-2〉 신약 및 PMS 대상 제품

출처: 대한민국 정부, 식품의약품안전처. (2016). 2016 식품의약품통계연보(제18권), pp. 332, 337, 442.

연도	신약 허가	PMS 지정 의약품	재심사 지정 바이오 의약품	재심사 합계
2004	52	59	9	68
2005	48	42	12	54
2006	60	32	23	55
2007	65	69	33	102
2008	39	68	20	88
2009	21	75	36	91
2010	48	56	16	82
2011	28	63	17	80
2012	17	63	13	76
2013	23	72	10	82
2014	49	95	22	117
2015	38	151	11	162
<b>합계</b>	<b>488</b>	<b>845</b>	<b>222</b>	<b>1057</b>

### 5-5-5. 허가-특허 연계

특허 연계는 한-EU FTA의 일부가 아니라 한미 FTA에 포함되어 있다.<sup>1030)</sup> 한-EU FTA에는 포함되지 않았지만, 협상 과정에서 특허 연계에 대한 부정적 영향을 완화하는 방향으로 논의하지 않았다는 점에서 협상 경과를 살펴볼 필요가 있다. 오히려 유럽 특허권자나 오리지널 제약업체에 최대한의 혜택을 제공하는 방향으로 접근했다. 또한 이 결과는 EU가 과거 미국의 지적재산권 공세에 대한 '조용한 무임승차자'였음을 확인시켜 준다.<sup>1031)</sup>

협상 후반부까지 한-EU 협상단은 부속서한에서 한미 FTA 연계 조항을 통해 특허권자 보호를 보장하기로 합의했는데, 그 내용은 다음과 같다.<sup>1032)</sup>

“대한민국은 안전성 또는 유효성 정보를 최초로 제출한 자 이외의 자에게 의약품의 시판을 허가하는 조건으로, 그 안전성, 유효성 정보 또는 이전에 허가된 제품의 안전성, 유효성 정보의 근거(해당 지역 또는 다른 지역에서의 이전 시판허가 근거와

1030)한미 FTA 연계 모델에 대한 자세한 내용은 4-6-2절 참조.

1031)Drahos, 2002, p. 178.

1032)2008년 9월 현재 각 당사국의 입장을 반영한 한-EU FTA 협정문 초안 제9.9.5조(특허 연계).

같은)에 의존하는 것을 허용하는 경우, 대한민국은 다음과 같이 해야 한다:

- (a) 해당 제품 또는 허가된 사용 방법(method of use)을 다루는 특허가 허가 기관에 통보되면, 그 특허의 기간 동안 시장 진입을 위해 시판 허가를 요청하는 다른 사람의 신원을 특허 소유자에게 통지하도록 규정한다.
- (b) 해당 제품 또는 허가된 사용 방법(method of use)을 다루는 특허가 허가 기관에 통보되면, 그 특허의 기간 동안 다른 사람이 특허 소유자의 동의나 묵인없이 제품을 시판하는 것을 방지하기 위한 조치를 시판 허가 과정에서 이행해야 한다.”

유럽연합 법률은 연계를 금지하고 있다.<sup>1033)</sup> 지침 2001/83/EC 10조 1항과 규정 726/2004 3조 3(b)항은 의약품 허가 기관이 시판 허가를 특허의 지위와 연계하는 것을 허용하지 않는다. 회원국이 특허 연계를 위한 은밀한 방법을 도입하려 하자 EC는 조치를 취했다. 예를 들어, 2011년 3월 14일 EC는 이탈리아의 법제 변경이 특허 연계에 해당한다며 이탈리아를 상대로 공식적인 침해 소송을 시작했다.<sup>1034)</sup> 또한 2012년에 EC는 이탈리아를 상대로 특허와 제네릭 의약품 허가 간의 연계를 제거하라는 공식 요청을 발표했다.<sup>1035)</sup> 유럽 제네릭 업계는 한국과의 무역 협정에 특허 연계가 포함될 수 있다는 사실을 인지하고, 유럽연합의 관련 지침과 규정에서 이미 확립된 법적 프레임워크에 따라 협정을 추진할 것을 무역총국에 요구했다.<sup>1036)</sup> 유럽 제네릭 업계의 주요 우려는 유럽식 데이터 독점권과 미국식 특허 연계가 결합되어 한국에서 의약품을 생산하고 판매하려는 유럽 제네릭 회사들이 심각한 지장을 받게 될 것이라는 점이다.<sup>1037)</sup>

EC가 한 일은 트립스의 최혜국 대우 특혜를 기대하며 제안된 부속서한을 삭제한 것뿐이다. EU가 한-EU FTA에 EU 법률을 이식하려는 목적이 있었다면, 최혜국 대우 조항을 포기하는 것에 대한 논의가 있었어야 한다. 또는 제네릭 경쟁을 촉진하거나 연계 특허에 대한 제네릭의 특허 도전을 장려하는 제도를 제안할 수도 있었을 것이다.

1033)European Commission, 2009 - Inquiry, p. 315 (“유럽연합 법률에 따라 제품에 대한 시판 허가 부여를 오리지널 회사의 참조 제품의 특허 상태와 연계하는 것은 불법이다.”).

1034)Marchesoni, 2011.

1035)IPWatch (2012, January 31).

1036)2009년 1월 19일자 유럽 제네릭 의약품 협회(EGA)가 통상총국에 보낸 서신.

1037)2009년 3월 12일자 유럽 제네릭 의약품 협회(EGA)가 통상총국에 보낸 서신.

## 지적재산권 집행

### 5-6-1. 트립스-플러스와 EU 법률의 ‘잘라내어 붙여넣기’

한-EU FTA의 집행 조항 구조는 저작자 및 소유권 추정(한미 FTA와 달리 민사 집행에만 적용), 형사 집행, 온라인 집행 조항을 제외하고는 다른 EU FTA와 유사하다.<sup>1038)</sup>

지적재산권 집행 측면에서, EU의 FTA는 1세대 FTA, 2세대 FTA, ACTA 이후 FTA의 세 가지 범주로 나눌 수 있다. 1세대 FTA는 EU가 WTO-플러스 조항을 요구하지 않고 단순히 트립스 의무를 재확인하는 데 그친 FTA를 말한다. 남아프리카공화국, 멕시코, 칠레와의 FTA가 그 예이다.<sup>1039)</sup> 반면, 2세대 FTA는 지적재산권, 집행 조치, 보호되는 지리적 표시 목록, 국경 조치, 그리고 경우에 따라서는 인터넷 조항과 생물자원 보호에 대한 완전한 서술을 포함하고 있다.<sup>1040)</sup> 한-EU FTA의 집행 조항은 EU 집행 지침<sup>1041)</sup>을 ‘잘라내어 붙여넣기’한 것이다.

1038)집행의 일반적인 전제 조건인 공정성, 효과성, 비례성을 제시하는 것으로 시작하여, 소송을 제기할 수 있는 자의 정의, 증거 수집 및 보존에 관한 조항, 지적재산권 보유자의 알 권리, 임시 및 예방 조치, 시정 및 금지 조치, 손해배상, 법률 비용, 사법 결정에 관한 홍보 조치, 국경 조치 등을 규정하고 있다(Jaeger, 2014, pp. 191-192)

1039)European Union, 2013-ACTA, p. 12.

1040)Ibid, pp. 12-13. 2세대 FTA의 전환점이 된 것은 2005년 5월 유럽연합 집행위원회가 승인한 제3국에서의 지적재산권 집행 전략이었다([http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2010/december/tradoc\\_147070.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2010/december/tradoc_147070.pdf)).

1041)지적재산권 집행에 관한 2004년 4월 29일 유럽의회 및 유럽이사회 지침 2004/48/EC.

## 5-6-2. 민사 집행 및 중개자에 대한 금지 명령

한-EU FTA의 민사 집행 조항에는 특허를 제외한 지적재산권 침해자가 이용한 서비스의 중개자에 대한 금지 명령이라는 EU가 ACTA에 제안한 내용이 포함되어 있다.<sup>1042)</sup> 이는 EU 법률<sup>1043)</sup>을 모델로 한 것으로, 침해 상품을 배송 또는 유통하는 자 및 온라인 서비스 제공자를 포괄할 정도로 중개자를 광범위하게 정의하고 있다. 중개자에 대한 금지 명령은 중개자의 2차 책임 여부와 관계없이 허용된다.<sup>1044)</sup>

이는 2015년 3월 광범위한 인권 옹호자들이 채택한 ‘중개자 책임에 관한 마닐라 원칙’과 충돌할 가능성이 있다. 이 원칙은 국제 인권 기구에 따라 온라인 표현의 자유와 이용자의 권리를 존중하면서 혁신을 촉진할 수 있는 책임 제도의 정책 개발을 장려하는 것을 목표로 한다.<sup>1045)</sup> 한-EU FTA의 모조항들(The parent provisions)은 다양한 사례에서 온라인 중개자가 인터넷 사이트에 대한 접근을 차단하도록 강요하는 데 사용되어 왔으며, 취급 상품을 검사할 일반적인 주의 의무가 없는 운송업체에 대해서도 적용되고 있다.<sup>1046)</sup> 이러한 광범위한 적용은 대륙법 전통에 따른 한국의 관행과 충돌을 일으킬 수도 있다.

미국 불법행위 이론에 따른 기여, 대리 또는 유도 책임; 영연방 국가에 따른 승인, 공동 불법행위 및 각종 책임; 대륙법 전통에 따른 주의 의무 또는 방해자 책임(Störerhaftung doctrine) 등 법적 전통에 따라 금지명령 구제책이 달라진다. 어떤 조건에서 어느 범위까지 비침해자가 책임을 지는지는 일반 민사 법리에 따라 결정된다. 지적재산권과 관련된 민사 분쟁에만 적용되는 예외를 만드는 것은 드문 일이다.

한-EU FTA의 금지명령 구제 규정은 비침해 중개자에 대한 금지명령 구제를 예외가 아닌 원칙으로 규정함으로써 원칙과 예외를 뒤집고 있다. 한국의 지적재산권법은 ‘보호되는 권리를 침해하거나 침해할 우려가 있는 자’에 대한 금지명령을 허용하고 있다.<sup>1047)</sup> 여기서 보호되는 권리를 침해할 가능성이 있는 자에는 원칙적으로 비침해 중개자는 포함

1042)제10.46조 1항 및 제10.48조 2항

1043)정보사회 지침 8조 3항 및 집행 지침 11조.

1044)경보 사회를 위한 단일 시장의 법적 분석에 관한 EU 연구: 새로운 시대를 위한 새로운 규칙? - 6. 온라인 중개자의 책임. 2009년 11월, p. 21.

1045)<https://www.manilaprinciples.org/> 및 중개자 책임에 관한 마닐라 원칙 배경 문서(2015년 3월 30일자 1.0 버전).

1046)BGH Case Xa ZR 2/08 - MP3 플레이어 수입, 2009년 9월 17일

1047)특허법 제126조, 상표법 제65조, 저작권법 제123조, 부정경쟁방지법 제10조 등

되지 않는다. 다만, 민법은 일반적으로 제3자의 민사 책임을 인정할 여지를 두고 있다. 제760조 제3항은 “선동자 또는 방조자는 공동으로 행위한 것으로 본다”고 규정하고 있다. 그러나 제750조는 “고의 또는 과실로, 위법한 행위로 타인에게 손실을 가하거나 상해를 입힌 자는 그로 인하여 발생한 손해를 배상할 책임이 있다”고 규정하여, 선동자 또는 방조자에 대한 구체책은 배상에 한정되어 있다. 따라서 제3자가 해당 서비스를 이용하여 지적재산권을 침해하였다는 사실만으로는 해당 서비스를 제공하는 중개자에게 제3자의 침해를 회피하거나 방지하는 조치를 취하도록 명령할 수 없다.

그렇다고 해서 한국의 법제에서 중개자에 대한 금지명령 구제가 전면적으로 부정되는 것은 아니다. 예외적인 경우 법원은 서비스 제공자에 대한 금지명령을 내릴 수 있다. 예를 들어, 권리(이 사건에서는 인격권)가 침해된 후 (금전적 보상이나 훼손된 명예의 회복 등) 완전한 피해 회복이 불가능하고 손해의 전액 배상을 기대하기 어려운 경우 금지명령 구제가 인정된다.<sup>1048)</sup> 지적재산권 침해 사건과 관련하여 한국 법원은 소리바다 사건<sup>1049)</sup>에서 MP3 음악 파일 공유를 위해 특별히 고안된 P2P 서비스 제공자에게 저작권 침해의 책임이 있다고 판시한 바 있다. 그러나 법원은 P2P 서비스 제공자(소리바다)가 중개자로서 책임을 지기 위해 충족해야 할 몇 가지 조건을 열거했는데, 중개자가:

- 이용자의 침해를 알았거나 알았어야 하고;
- 불법 파일 공유를 제어할 수 있고;
- 서비스를 통해 수익을 창출할 계획이 있고;
- 아무것도 하지 않았지만, 알림을 표시하였고;
- 사용자의 저작권 침해를 방조한 경우.

### 5-6-3. 형사 집행 및 EU-Plus 모델

#### 5-6-3-1. 한-EU FTA에 따른 의무사항

EU가 체결한 다른 FTA와 달리 한-EU FTA는 지적재산권의 형사 집행에 관한 실질적인

<sup>1048)</sup>대법원, 93다40614, 40621, 1996년 4월 21일.

<sup>1049)</sup>서울고등법원, 2003나21140, 2005년 1월 12일.

규정을 포함하고 있다. 협정의 지적재산권 챗터의 하위 섹션 B에는 위조 및 불법복제에 대한 형사 집행을 위해 EU와 한국이 취해야 할 입법적, 사법적 조치를 규정하는 8개 조항이 있다. 비록 한미 FTA에 비해 의무가 약하고, 한미 FTA의 ‘금전적 이득’이라는 낮은 기준과 위조 라벨이나 무단 캠퍼더 촬영에 대한 규정<sup>1050)</sup>이 한-EU FTA에는 누락되어 있지만, 여전히 트립스 의무를 넘어서고 있다.

한-EU FTA의 형사 집행 조항은 ‘상업적 규모’로 행해지는 상표 위조와 저작권 불법 복제에 적용되어야 할 법인의 책임, 방조, 압수, 벌금, 몰수 등을 포괄할 정도로 매우 광범위하다.<sup>1051)</sup> 유럽 의회가 2000년대 중반에 수년동안 지적재산권 형사 집행에 관한 EC의 지침 제안의 채택을 거부하고<sup>1052)</sup> 2012년 7월 4일 ACTA를 거부했음에도 불구하고, 2011년 2월에 이 협정을 승인한 이유는 아직 밝혀지지 않았다. 일부 학자들은 방조죄에 대한 형사처벌을 의무화하는 내용을 담은 한-EU FTA를 승인한 것은 매우 이례적이고 놀라운 일이라고 평가한다.<sup>1053)</sup> 한-EU FTA의 협상 경과와 다른 EU FTA 및 ACTA에 대한 비교연구에 따르면, 이는 EU 집행위원회와 EU 회원국 통상관료들의 전략적인 행동이었다.

### 5-6-3-2. 형사 제재 포함을 위한 협상

한-EU FTA 최종 협상(2009년 3월 23일부터 24일까지 열린 8차 협상)까지 EU는 지적재산권 형사 집행에 대한 구체적인 조항을 제안하지 않았다. 형사 제재를 위해 유보된 조항은 제 9.24조<sup>1054)</sup>였으며, 이 조항은 괄호 안에 "명시될 것"이라는 문구로 묶여 있었다. 따라서 이 조항은 한-EU FTA 협상이 시작된 2007년 5월부터 약 2년간 공식 논의 대상에서 제외되었다. 협상이 진행되는 동안 한국 협상단은 EU 측에 9.24조 형사 제재에 대한 구체적인 제안을 해줄 것을 수차례 요청했다.<sup>1055)</sup> 그러나 EU 협상단은 지적재산권 형사집행

1050)자세한 내용은 4-7-4절 참조. 이 절에서 설명한 바와 같이, 한-EU FTA 협상 과정에서 EU가 위조 라벨에 대한 규정을 제안했지만, 한국의 반대로 FTA 문안에서 삭제되었다.

1051)한-EU FTA 제10.54조. 지리적 표시 및 디자인 위조와 관련하여 형사 집행 규칙은 의무사항이 아니다. 그러나 양 당사국은 "자국의 국내법 또는 헌법 및 규정에 따라" "형사책임을 수립하기 위한 조치의 채택을 고려"해야 한다(한-EU FTA 제10.55조).

1052)Summers, 2014, p135.

1053)Drexel, 2014, p.274; Geiger, 2016, p. 654.

1054)한-EU FTA 협상 과정에서 지적재산권은 제9장에서 논의되었고, 최종 텍스트에서는 제10장이 되었다.

1055)이는 한국 협상단이 협정의 지적재산권 형사 집행에 관한 규정을 마련하는 데 소극적이었다는 것을 보여준다. 한국은 2007년 5월 한-EU FTA 1차 협상이 종료된 직후인 2007년 6월 상표 위조 및 저작권 불법 복제에 대한 광범위한 형사 제재 조

에 관한 지침안이 유럽사회에서 채택되지 않았기 때문에 그렇게 하기 어렵다는 답변만 되풀이했다. 2009년 3월 24일 실무협상이 공식적으로 종료된 후 약 한 달 뒤인 2009년 4월 20일, EU 협상단은 이메일 메시지를 통해 지적재산권 형사집행에 관한 제안서를 전달했다.<sup>1056)</sup> 한국 정부는 조속한 협정 체결을 원했기 때문에 EU의 제안에 대해 논의하는 것을 꺼려했고, 형사 집행에 대한 논의를 FTA 발효 후 3년 후로 미루자고 역제안했다. 이 역제안은 2009년 5월 7일에, 이메일을 통해 EU에 전달된 것으로 짐작된다. 그러나 EU 의장국(체코)은 2009년 5월 26일 형사 집행 규칙이 한-EU FTA 최종본에 포함되어야 한다는 EU 회원국들의 주장이 담긴 서한을 보내왔다. 한-EU 양측 수석 협상대표는 2009년 6월 5일 전화 통화를 갖고 계류 중인 EU 측 제안에 대해 논의하기 위해 원격회의를 갖기로 합의했다. 3개월 후인 2009년 9월, 양측은 합의에 도달했다.

EU 제안서에는 최종본의 8개 조항(제10.54조~제10.61조)이 아닌 제10.24조 1항부터 10항까지 10개 조항이 포함되어 있었다. 한국 협상단의 EU 제안에 대한 반응은 대체로 국내법 개정이 수반되는 제안은 수용하지 않겠다는 입장이었다. 그들은 지적재산권 형사 집행 규정은 당시 논의 중이던 ACTA를 통해 국제적으로 조화를 이룰 수 있는 사안으로 간주했다. 한국 협상단은 다음 두 가지 EU의 제안을 거부하는 데 성공했다: (1) 위조 상표 라벨 사용 및 수입에 대한 형사 제재,<sup>1057)</sup> (2) 한-EU FTA 발효 후 3년 내에 형사 집행 규칙에 대한 추가 검토.<sup>1058)</sup> 한 가지 논의된 제안은 제10.24조 2항의 지리적 표시 및 디자인 위조에 대한 형사 집행으로, 이는 권고적 성격의 제안이었다. 한국 협상단은 지리적 표시 위조에 대한 형사 절차가 한국 법제 하에서 조화를 이룰 수 없다고 주장하며, 이 제안은 의무사항이 아니므로 삭제할 것을 제안했다. 그러나 이 제안은 최종본의 제10.55조로 존치되었다. 한국 협상단은 나머지 제안들은 수용했는데, 한미 FTA와 한국 국내법에 이미 반영된 것으로 간주했기 때문이다.

항이 포함된 한미 FTA 협정에 서명했으므로, 한미 FTA 또는 한국 국내법을 모델로 한 자체 조항을 제안할 수 있었을 것이다.

1056) Kim, 2009, p. 164.

1057) 한국의 반대 논리는 위조 라벨은 일종의 상표권 2차 침해에 해당하며, 한국 법제 하에서는 2차 침해가 반드시 형사처벌의 대상이 되는지 불확실하다는 것이었다. 또한, EU 제안서에 기재된 '수입'은 한국 상표법상 침해 행위로 규정되어 있지 않았다.

1058) 한국 협상단은 이 제안의 추가 검토에 대해 한-EU FTA에 따라 구성될 공동작업반에서 논의할 것을 제안하고, 제안된 제10.24조 10항을 삭제했다.

### 5-6-3-3. 지적재산권 행사 집행에 관한 조화로운 규칙을 위한 EC의 노력

1990년대부터 EC는 지적재산권의 효과적인 집행을 위한 공동체 차원의 제도를 입법화하기 위해 오랫동안 노력해 왔다. 1998년 10월 녹서<sup>1059)</sup>에서 EC는 위조와 불법 복제를 단일 시장의 적절한 기능에 대한 심각한 위협으로 간주하고, 2004년에 지침 2004/48/EC<sup>1060)</sup>가 된 지침 제안을 포함한 야심찬 행동 계획<sup>1061)</sup>을 제시했다. 지침 2004/48/EC의 초기 초안에는 위조 및 불법 복제뿐만 아니라 모든 지적재산권에 대한 형사 제재 조항이 포함되어 있었다.<sup>1062)</sup> 그러나 유럽 의회는 이러한 조항을 삭제하고 지침 2004/48/EC의 적용 범위에서 특허를 제외했다. 김슨(Gibson)은 형사 제재 제안이 거부된 이유에 대해 경제 및 사회 정책을 다루는 EC가 이를 제안하는 것이 허용되는지 여부가 불확실했기 때문에 전적으로 실용적인 이유였다고 설명한다.<sup>1063)</sup> 그러나 2005년 유럽사법재판소(ECJ)의 환경 프레임워크 결정<sup>1064)</sup>은 EC가 지적재산권의 행사 집행을 위한 별도의 지침을 목표로 하는 지침을 제안할 수 있는 길을 열었다.<sup>1065)</sup> 이 제안과 그 개정안<sup>1066)</sup>은 유럽의회에서 처음에 환영을 받았지만,<sup>1067)</sup> EC의 형법적 권한을 둘러싼 논란으로 인해 채택되지 못했다.<sup>1068)</sup>

1059)단일 시장에서의 위조 및 불법 복제 방지 COM(98) 0569 최종.

1060)지적재산권 집행에 관한 2004년 4월 29일 유럽의회 및 유럽이사회 지침 2004/48/EC [2004] OJ L195/16. Seville, 2016, p. 505. 자세한 내용은 Mylly, 2011, pp. 213-244. 참조.

1061)집행위원회에서 이사회, 유럽의회 및 경제사회위원회에 보내는 커뮤니케이션 - 단일 시장에서의 위조 및 불법 복제 방지에 관한 녹서의 후속 조치, COM(2000) 0789 최종.

1062)Gibson, 2011, p. 4. 원안에서 형사 집행을 위한 두 개의 조항은 다음과 같다: 효과적이고 비례적이며 역지력이 있는 형벌로 지적재산권 침해를 처벌할 수 있도록 규정하는 제4조, 그리고 모든 심각한 지적재산권 침해를 형사 범죄로 취급하는 제20조.

1063)Gibson, 2011, p. 5.

1064)Commission v. Council and Parliament, C-176-03 [2005] 3 CMLR 20.

1065)지적재산권의 집행을 보장하기 위한 형사 조치에 관한 유럽 의회 및 이사회 지침 제안, 브뤼셀, 2005년 7월 12일, COM (2005) 276 최종.

1066)지적재산권의 집행을 보장하기 위한 형사 조치에 관한 유럽 의회 및 이사회 지침에 대한 수정 제안, 브뤼셀, 2006년 4월 26일, COM (2006) 168 최종.

1067)지적재산권 집행을 보장하기 위한 형사 조치에 관한 유럽의회 및 이사회 지침 수정 제안에 대한 2007년 4월 25일 유럽의회 입법 결의(COM (2006) 0168 - C6-0233/2005 0 2005/0127 (COD)), P6\_TA (2007) 0145).

1068)Summers, Schwarzenegger, Ege & Young, 2014, p. 135. 지적재산권 침해를 범죄화하기 위한 지침을 제안할 수 있는 EC의 권한은 2006년 6월 29일 네덜란드 의회 양원(Staten-Generaal)에 의해 공식적으로 거부되었다(지적재산권 집행 지침). Open Rights Group 위키에서 검색됨: [https://wiki.openrightsgroup.org/wiki/Intellectual\\_Property\\_Rights\\_Enforcement\\_Directive](https://wiki.openrightsgroup.org/wiki/Intellectual_Property_Rights_Enforcement_Directive)).

2010년에 형사 집행 제안이 최종적으로 철회될 때까지,<sup>1069)</sup> 그리고 철회된 이후에도 EC는 조화로운 집행 규칙을 모색하기 위한 광범위하고 포괄적인 시도를 멈추지 않았다. 2008년,<sup>1070)</sup> EC는 지적재산권 전반에 걸친 통합 전략을 고려하기 시작했고,<sup>1071)</sup> 2009년에는 위조 및 불법 복제에 관한 유럽 관측소를 설립했다.<sup>1072)</sup> 그러나 EU 내에서 조화된 형사 제재를 위한 규칙은 구체적으로 추진되지 않았다.<sup>1073)</sup> “형사법적 조치가 필요한지에 대한 불확실성 때문이 아니라 ACTA의 비준을 추진함으로써 동일한 결과를 달성할 계획이었기 때문”이었다.<sup>1074)</sup> 하지만 ACTA만이 EC가 목표를 달성하기 위한 유일한 수단은 아니었다. 양자 간 무역 협정, 특히 2세대 FTA는 EC 및 같은 생각을 가진 유럽 회원국의 무역 관료들이 EU의 내부 법제화 과정을 우회하여 지적재산권 형사 집행을 위한 범유럽 규칙을 모색하는 데 있어 또 다른 매력적인 채널이었다.

#### 5-6-3-4. 토론 및 분석

한-EU FTA는 2세대 FTA 중 최종 문안에 광범위하고 폭넓은 강제적 형사 제재 규정이 포함되어 있는 유일한 사례이다. EU가 한-EU FTA와 비슷한 시기에 논의에 참여한 두 개의 FTA는 인도와 아세안이다.<sup>1075)</sup> EU-인도 FTA의 공식 협상은 2007년에 시작되었지만 형사 제재에 대한 제안은 없었다.<sup>1076)</sup> 또한 2007년에 시작된 EU-아세안 FTA 협상은 싱가포르, 말레이시아, 베트남, 인도네시아, 미얀마 등 아세안 회원국과의 양자 협정 체결을 위해 2009년에 중단되었는데, 광범위한 형사 집행 규칙을 추구하지 않았

1069)폐기된 위원회 제안 철회, OJ C 252, 2010년 9월 18일.

1070)Green Paper, An industrial Property Rights Strategy for Europe, COM(2008) 0465 final (16 July 2008).

1071)Seville, 2016, p. 506.

1072)Geiger, 2014, p. 314.

1073)예를 들어, 2009년 11월 9일 유럽 집행위원회가 유럽 이사회와 유럽 의회에 보낸 내부 시장에서의 지적재산권 집행 강화를 위한 커뮤니케이션에서, EC는 위조 및 불법 복제가 비즈니스, 혁신, 경제 성장, 일자리 창출, 유럽 시민의 건강과 안전에 미치는 극적이고 해로운 영향을 해결하기 위한 법적 프레임워크를 강조하면서 형사 집행 지침이 이사회에서 논의의 중이라고 간단히 언급했다(COM(2009) 0467 최종).

1074)Summers, Schwarzenegger, Ege & Young, 2014, pp. 135-136.

1075)“글로벌 유럽(2006년 10월)”에서 확인된 바와 같이, 인도 및 아세안과의 양자 무역협정을 위한 EU의 협상은 WTO와 DDA를 통해 달성한 자유화 수준을 넘어 새로운 성장 기회를 창출하기 위한 EC의 무역정책 구상의 결과로 시작되었다(European Commission, DG for Trade (2007) Invitation to tender related to one or several contracts to provide 4 Trade Sustainability Impact Assessments (Trade SIAs). Brussels: author at p. 7)

1076)2010년 7월 유희진 문서([http://www.bilaterals.org/IMG/pdf/ip\\_euindia\\_july2010.pdf](http://www.bilaterals.org/IMG/pdf/ip_euindia_july2010.pdf))와 2013년 문서(<http://www.bilaterals.org/?eu-india-fta-ip-chapter-draft-text&lang=en>)에는 지적재산권 형사 집행에 관한 조항이 포함되어 있지 않았다. 또한 EC, 무역총국 (2010) EU-인도 FTA 협상 및 의약품 접근성 : 질문과 답변 참조, [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2010/may/tradoc\\_146191.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2010/may/tradoc_146191.pdf)에서 검색됨.

다. 2008년 유출된 EU-아세안 FTA 지적재산권 관련 초안에서 EU는 형사 제재 조항을 향후 제안할 수 있는 권리로 유보했다.<sup>1077)</sup>

다른 2세대 FTA로는 EU-콜롬비아/페루/에콰도르 FTA와 EU-중양아메리카 FTA가 있다. EC 대외정책총국은 이 두 FTA를 형사 조치가 포함된 것으로 분류했지만,<sup>1078)</sup> 실제 문안에는 형사 조치가 전혀 포함되어 있지 않거나 훨씬 덜 광범위한 조항이 포함되어 있다. 2012년 6월에 콜롬비아, 페루와 체결하고 2016년 11월 11일 에콰도르가 가입한 EU-콜롬비아/페루/에콰도르 FTA에는 형사 제재에 관한 규정이 없다. 2012년 6월 29일에 체결된 EU-중양아메리카 FTA는 형사 제재에 관한 조항이 단 한 개뿐이며, 법인, 방조, 문서 증거 및 기타 자산의 압수, 침해 상품, 재료, 도구 및 자산의 몰수 등에 대한 의무를 부과하지 않는다.<sup>1079)</sup>

ACTA 이후의 첫 번째 FTA는 EU-캐나다 FTA(CETA)였다.<sup>1080)</sup> 2012년 2월에 유출된 CETA의 초안이 공개되면서 ACTA와 유사한 조항이 포함되어 있다는 사실이 밝혀졌다. 따라서 이 조약은 특히 형사 집행 및 인터넷 침해에 관한 장으로 인해 많은 비판을 받았다. 2012년 7월 유럽 의회가 ACTA를 부결시킨 후, 집행위원회는 EU 의장단에 형사 집행 조항의 철회를 요청했다고 발표했다.<sup>1081)</sup> 그 이후로 ACTA 이후 체결된 EU FTA에는 형사 집행 조항이 없다.<sup>1082)</sup>

1077)괄호 처리된 제26조는 “제26조 형사 제재 [EU는 특허를 제외한 모든 고의적인 지적재산권 침해가 제재되도록 보장하는 구체적인 문구를 제안할 권리를 보유한다. 이러한 제재는 효과적이고 비례적이며 설득력이 있어야 한다.]”라고 되어 있다.

1078)European Union, 2013, p. 15.

1079)제271조는 “양 당사국은 적어도 상업적 규모의 고의적인 상표 위조 또는 저작권 불법 복제의 경우에 적용될 형사 절차와 처벌을 규정한다. 이용 가능한 구체적에는 해당 범죄의 중대성에 상응하는 처벌 수준과 일관되게 역지력을 발휘하기에 충분한 징역형 및/또는 금전적 벌금이 포함되어야 한다. 적절한 경우, 이용 가능한 구제 수단에는 침해 상품 및 위반 행위에 주로 사용된 모든 자료 및 장비의 압수, 몰수 및 파기 또한 포함된다. 당사국은 특히 고의적이고 상업적인 규모로 자행된 지적재산권 침해의 다른 경우에 적용될 형사 절차 및 처벌을 규정할 수 있다.” 지적재산권 철폐는 이 협정의 제4부(무역), 제6장(지적재산권)에 포함되어 있다. 한편, 2008년의 EU 제안서에는 “시도, 방조 및 선동”, 몰수 및 법인에 대한 규정이 포함되어 있다.

1080)European Union, 2013, p. 18.

1081)최종 EU-캐나다 FTA 본문에는 캄보디아 활용에 대한 형사 조항 하나를 제외하고는 (20장에) 형사 집행에 관한 조항이 없다.

1082)예를 들어, 2016년 10월 16일에 협상이 종료된 유럽연합-동아프리카국가연합 FTA(임시 경제동반자협정)는 지적재산권 철폐가 전혀 없는 대신 양 당사국은 지적재산권 및 서비스, 경쟁정책, 투자 등 기타 이슈에 대한 협상을 마무리하기로 합의했다(제1부 총칙, 제3조(량데부 조항)); 2014년 10월 17일에 개시된 EU-싱가포르 FTA, 2016년 2월 1일에 협상이 타결된 EU-베트남 FTA는 형사집행에 관한 규정이 없다; 2012년 5월 11일에 서명된 EU-이라크 FTA(파트너십 및 협력 협정)(제3장 및 부속서 2), 제3장에 지적재산권 관련 조항이 하나만 있고(제60조) 지적재산권 집행 규칙에 관한 언급이 없다; 유럽연합-서아프리카 FTA(2016년 9월 3일부터 잠정적으로 적용되는 경제동반자협정)는 지적재산권 장이 없다(대신 량데

EU-플러스 성격의 형사 집행은 그 자체로 문제가 있다. FTA는 향후 EC가 지적재산권 형사 규정의 조화에 대한 실패한 의제를 다시 추진하기 위해 사용될 수 있다. 한-EU FTA 역시 한국 지적재산권 업계와 이들의 유럽 동맹자들에 의해 같은 목적으로 이용될 수 있다. 위에서 살펴본 바와 같이 정보 유출은 긍정적 효과를 가지며, 3-5절에서 논의한 바와 같이 지적재산권 규범 설정에 있어 투명성과 대중 참여의 필요성을 보여준다. EU-캐나다 FTA 초안이 유출되었을 때 투명성이 높아지고 대중의 감시가 강화되어 형사 집행 조항이 철회되는 결과를 가져왔다. 협상 당사자의 의도를 있는 그대로 드러냄으로써, 정보의 비대칭성을 제거해 정부와 국민 간의 권력 구조를 변화시킨다. 개방성과 정보 투명성은 보다 민주적이고 인권 친화적인 규범 설정에 기여한다.

통상 협상의 투명성을 확보하기 위해서는 △EU 이사회 의장국이 한국 협상단에게 최종 협상 단계에서 형사집행 규정의 포함을 요구하는 이메일을 보낸 과정 △이사회 결정이 EC와 독립적으로 이루어졌는지 여부 △회원국들이 만장일치로 이를 지지하는 의견을 작성한 이유 등에 대한 추가 연구와 정보 수집이 필요하다.

## 5-6-4. 온라인 집행: 중개자 책임 및 일반적 모니터링 의무의 금지

### 5-6-4-1. 한-EU FTA에 따른 중개자 책임에 관한 법적 프레임워크

한-EU FTA 제10.62조부터 제10.66조까지는 온라인 서비스 제공자(OSP)의 책임을 규정하고 있다.<sup>1083)</sup> 이 조항들은 EU의 전자상거래 지침<sup>1084)</sup> 제12조부터 제15조까지를 그대로

부 조항 제106조 제2항 제2호 포함); 유럽연합-남아프리카개발공동체(SADC) FTA(2016년 10월 10일 서명되어 잠정적으로 적용되는 경제동반자협정)은 지적재산권 보호 또는 집행에 관한 실질적인 규정이 없다(집행에 관한 일반규정은 지리적 표시(제8조)에만 국한되어 있음); 2013년 3월에 협상이 시작된 EU-태국 FTA는 2013년 9월 20일 2차 협상을 마무리한 이후 더 이상의 진전이 없었으며, 2013년 9월에 유출된 문건에 따르면 형사 집행에 대한 조항이 없는 것으로 나타났다(<http://www.bilaterals.org/?eu-thailand-fta-ip-chapter-draft&lang=en>); 협상 중인 대서양 횡단 무역 투자 파트너십(TTIP)과 2015년 3월 20일자 지적재산권에 대한 EU 입장문에도 형사 집행에 대한 언급이 없다. ([http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/april/tradoc\\_153331.7%20IPR%20EU%20position%20paper%20%20March%202015.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/april/tradoc_153331.7%20IPR%20EU%20position%20paper%20%20March%202015.pdf)).

1083) FTA 본문에서 "온라인 서비스 제공자"라는 용어는 "정보사회 서비스" 및 "중개 서비스 제공자"라는 용어와 상호 교환적으로 사용되며, 전자상거래 지침에서는 후자의 두 용어만 사용된다. 유럽법상 온라인 서비스 제공자는 원격지에서, 전자적으로, 보수를 받지 않고 서비스 수신자의 요청에 따라 제공되는 서비스를 포함하여 상품 및 서비스의 광범위한 전자상거래 거래 영역을 포괄할 수 있을 정도로 광범위하게 정의된다(European Commission, 2011 Staff Working Paper, p. 4). 그러나 책임 면제의 혜택을 받기 위해서는 제공자가 "전송된 정보에 어떠한 방식으로든 관여하지 않아야" 하는데, 이는 한-EU FTA에 따라 모든 서비스 제공자에게 요구되는 사항이며(제10.62조), 전자상거래 지침에서는 '단순한 도관' 및 '개상' 서비스 제공자에게만 요구된다(서설 43).

1084) 내부 시장에서 정보사회 서비스, 특히 전자상거래의 특정 법적 측면에 관한 2000년 6월 8일 유럽의회 및 유럽이사회

옮겨 놓은 것으로, 중개 서비스 제공자에 대한 세이프하버(safe harbor) 또는 책임 면제에 관한 법적 프레임워크를 제공한다. 중개자 책임에 대한 자신의 법적 프레임워크를 양자 무역 협정에 포함시키자는 유럽 측의 제안을 한국 협상단이 별다른 논의 없이 받아들인 것은 유럽 모델이 이전에 한미 FTA에 통합된 미국 모델<sup>1085)</sup>과 충돌하는 부분이 없다고 판단했기 때문이다.<sup>1086)</sup>

한-EU FTA와 전자상거래 지침의 두 가지 차이점은 목적과 적용 범위이다. 전자상거래 지침의 목적 또는 취지는 “정보사회 서비스의 자유로운 이동을 보장하기 위한 법적 프레임워크를 만드는 것”이지만,<sup>1087)</sup> 한-EU FTA는 디지털 환경에서의 지적재산권 집행이라는 추가적인 목적을 가지고 있다(제10.62조). 전자상거래 지침의 책임 면제 규정은 지적재산권 침해 자료, 아동 포르노, 인종차별 및 외국인 혐오 콘텐츠, 명예훼손, 불법 의약품 제공 등 모든 불법 온라인 콘텐츠에 적용되는 반면,<sup>1088)</sup> 한-EU FTA의 규정은 지적재산권 침해 콘텐츠에만 적용된다. 이러한 차이는 인터넷 서비스 제공자(ISP) 책임 규정이 지적재산권만을 다루고 있는 한-EU FTA 제10장에 명시되어 있기 때문이다. 또한 양측 협상단이 책임 면제 규정을, 한-EU FTA 제7장에서 다루고 있는 서비스 또는 전자상거래로 확대하기로 합의했다는 증거는 없다.

전자상거래 지침을 모델로 한 한-EU FTA는 세이프하버 또는 책임 면제를 위한 중요한 조건을 규정하고 있다. 조건의 유형은 온라인 서비스 제공자가 수행하는 활동에 따라 각각 적용된다: ‘단순한 도관’, ‘캐싱’, ‘호스팅’ 등이다. 미국 모델과 달리 유럽 모델은 검색 엔진 서비스나 하이퍼링크 서비스와 같은 위치 도구 서비스 제공자에 대한 명시적인 세이프하버 조항이 없다.<sup>1089)</sup> 한국이 직면한 과제 중 하나는 두 가지 다른 모델을 어떻게 결합하여 하나의 국내법으로 구현할 것인가 하는 것이었다.<sup>1090)</sup> 한국이 선택한 방법은

---

지침 2000/31/EC(전자상거래에 관한 지침).

1085)17 USC §512.

1086)제18.10조 30항.

1087)전자상거래 지침 서설 8.

1088)그러나, 과세 및 데이터 보호 지침과 관련된 사항, 도박 활동 등 유럽 내부 시장의 적절한 기능을 위해 규제해야 하는 활동에는 전자상거래 지침이 적용되지 않는다(제1조 제5항 및 서설 12).

1089)EU에서 위치 도구의 책임 면제는 국내법의 문제이다. 오스트리아, 헝가리, 스페인, 포르투갈 등 일부 회원국에서는 검색 엔진 및 하이퍼링크 서비스에 대한 특정 규정을 채택하고 있다(European Commission, 2011 Staff Working Paper, p. 26).

1090)이 문제는 두 모델 간의 세이프 하버 조건의 차이에서 비롯된다. 예를 들어, 미국 모델(17 USC §512(c))의 금전적 이득 요소는 유럽 모델에서는 요구되지 않는다. 금전적 이득 기준은 미국 법원이 개발한 대리 책임의 원칙, 특히 마로비-FL, Inc. v.

한-EU FTA에서 규정하고 있는 면제 규정을 무시하는 것이었다. 한국은 한국 저작권법 개정안의 목적이 한-EU FTA의 의무를 이행하기 위한 것임을 명시적으로 밝혔음에도 불구하고 한미 FTA에 포함된 세이프하버 조건을 그대로 성문화했다.

#### 5-6-4-2. 일반 모니터링 의무 금지

한-EU 무역 중심 협정의 긍정적인 측면 중 하나는 온라인 서비스 제공자에게 일반적인 모니터링 의무를 부과하지 않는다는 점이다. 양 당사국은 서비스 제공자가 전송 또는 저장하는 정보를 모니터링하거나 불법 활동을 나타내는 사실 또는 상황을 적극적으로 탐색하도록 강요하는 것을 금지한다. ‘안할 수 있다(may not)’는 표현 대신 ‘해서는 안 된다(shall not)’는 표현을 사용하므로 이는 엄격하게 금지된다.

한-EU FTA에 ‘일반적 모니터링’과 ‘적극적 탐색’의 의미에 대한 정의나 설명은 없다. 이 조항은 전자상거래 지침을 ‘복사하여 붙여넣기’한 것이므로, 한국 협상단이 전자상거래 지침의 의미로 해석하는 데 전적으로 동의했다고 보는 것이 합리적이다. 2011년 7월 한-EU FTA가 잠정 발효된 이후 유럽사법재판소와 독일, 프랑스 국내법원은 수많은 사건에서 그 의미를 연속적으로 해석해 왔다.

스칼렛(Scarlet) 사건<sup>1091)</sup>에서 유럽 법원은 P2P 파일 공유를 방지하기 위해 필터링 시스템을 설치하라고 벨기에 법원이 중개자(Scarlet, 구 Tiscali)에 부과한 명령은 중개자가 전자상거래 지침 제15조 제1항에서 금지하는 일반적 모니터링을 수행하도록 요구하는 것이라고 판시했다. 법원은 사밤(SABAM)이 공동으로 관리하는 음악 저작물의 저작권을 침해할 가능성이 있는, 스칼렛 이용자들의 전자적 통신을 식별하여 차단하는 필터링 의무는 △ 중개자의 네트워크를 통해 이루어지는 모든 전자적 통신에 적용되고 △ 시간적 제한이 없으며 △ 장래의 모든 침해행위를 대상으로 한다는 점에서 일반적 성격을 가진다고 보았다(¶ 47). 또한, 법원은 일반적 필터링 의무가 중개자의 사업 수행의 자유를 심각하게 침해하는 결과를 초래할 수 있다고 판결했다(¶ 48).

전국소방장비유통협회, 983 F. Supp. 1167 (N.D. Ill. 1997) (H. R. Rep. No. 105-551 WIPO 저작권 조약 이행 및 온라인 저작권 침해 책임 제한, 1998년 5월 22일, 2장, p. 54)을 입법적으로 반영한 결과이다. 또한, 상습 침해자의 계정을 해지하는 정책(17 USC §512(i))과 저작권 자료의 전송 사슬을 시작하지 않는 요건(제18.10:30(b)(iii))은 유럽 모델에 따른 책임 면제의 조건이 되지 않는다.

1091)Scarlet v SABAM, C-70/10 (유럽사법재판소 2011).

이러한 추론은 이후 유사한 넷로그(Netlog) 사건에서도 문자 그대로 동일하게 유지되었다.<sup>1092)</sup> 유일한 차이점은 온라인 중개자의 유형인데, 넷로그 판결에서는 호스팅 서비스 제공자(페이스북과 유사한 소셜 네트워킹 플랫폼), 스칼렛 판결에서는 ‘단순한 도관’ 서비스 제공자였다.

일반 모니터링 금지의 핵심 쟁점 중 하나는 ISP가 플랫폼에서 저작권을 침해하는 자료의 존재를 통지받거나 인지한 경우, 추가적인 저작권 침해를 방지하기 위한 조치를 취할 의무가 있는지 여부이다. 미국 모델<sup>1093)</sup>의 ‘게시 차단(takedown)’ 조치와 대비되는 ‘게시 정지(staydown)’ 조치라고 불리는 이 조치는 2012년 7월 프랑스와 독일 대법원에서 구체적으로 다루어졌다.

2012년 7월 12일, 프랑스 대법원은 구글 프랑스와 관련된 유사한 세 건의 사건에서,<sup>1094)</sup> 파리 고등법원의 판결을 뒤집고 ISP가 이용자의 동일한 저작권 침해 자료 업로드를 막기 위해 정지(staydown) 조치를 취할 의무가 없다고 판결했다.<sup>1095)</sup> 이 판결은 스칼렛 및 넷로그 판결에서 확립된 유럽사법재판소의 원칙을 따르고, 게시 정지 의무를 부과해 온 하급 법원의 관행을 종식시킨 것으로 높이 평가받고 있다. 프랑스 최고법원에 따르면, 이러한 게시 정지 의무는 구글이 불법 업로드를 찾아내고 시간 제한이 없는 차단 메커니즘을 구현하도록 강제하는데, 이는 금지된 일반 모니터링을 하지 않고는 수행할 수 없다.<sup>1096)</sup>

같은 날, 독일 대법원(BGH)은 유럽사법재판소의 정지 금지 원칙을 다른 방식으로 적용

1092)SABAM v Netlog, C-360/10 (유럽사법재판소 2012)

1093)Carroll, 2016, p. 190.

1094)La société Bac films vs. La société Google France and Inc (1 & 2) (Arrêt n° 828 du 12 July 2012 (11-13.666) (이 사건은 다큐멘터리 영화 ‘레 디시물뤼르(Les Dissimulateurs)’와 사용자가 영화 전체를 스트리밍 방식으로 볼 수 있도록 구글 프랑스에서 제공한 하이퍼링크에 관한 사건이다. 저작권자의 요청에 따라 구글 프랑스는 하이퍼링크를 삭제했고 이후 동일한 영화에 대한 또 다른 하이퍼링크가 발견되었다); La société Bac films vs. La société Google France (Arrêt n° 831 du 12 juillet 2012 (11-13.669) (또 다른 다큐멘터리 영화 “L’affaire Clearstream(클리어스트림 사건)” 관련); Aufeminin.com v. Google France (Arrêt n° 827 du 12 July 2012 (11-15165; 11-15188) (2001년 마라케시 영화제에서 촬영된 가수과 배우의 사진 작품 관련).

1095)프랑스 대법원은 호스팅 서비스 제공자(DailyMotion)와 관련된 또 다른 사건에서도 ISP가 통지 시에만 게시 중단 조치를 취할 의무가 있다고 판결했다(Christian C., Nord Ouest Production v. DailyMotion, Arrêt n° 165 du 17 février 2011 (09-67.896), cited in Ficsor, 2012, p. 39).

1096)Angelopoulos, 2016, p. 126.

했다. 레피드쉐어(Rapidshare)(Alone in the Dark) 사건<sup>1097)</sup>에서 독일 대법원은 권리자의 통지를 통해 저작권을 침해하는 자료를 인지한 ISP가 타인의 피해를 방지하기 위해 합리적으로 행동해야 할 의무를 무시한 경우 책임을 질 수 있다고 판결했다. 다만, 독일 대법원은 이러한 예방 조치가 기술적으로나 경제적으로 합리적인 경우로 주의 의무를 제한했다. 이 사건의 법원에 따르면, 합리적인 조치에는 저작권자인 ‘알타리(Altari)’의 컴퓨터 게임 소프트웨어 ‘Alone in the Dark’를 침해할 수 있는 레피드쉐어의 콘텐츠에 대한 이용자의 액세스를 가능하게 하는 링크 모음<sup>1098)</sup>을 제공하는 적정하게 ‘소수인’ 제3자 사이트를 모니터링하는 것이 포함될 수 있다.<sup>1099)</sup>

#### 5-6-4-3. 한국의 일반적 모니터링 금지 의무 위반

한-EU FTA에 따른 일반적 모니터링 금지 의무가 한국에서는 지켜지지 않고 있다. 이러한 위반은 2011년 FTA 잠정 적용 이후 5년 동안 지속되고 있다. 그럼에도 불구하고 유럽 측에서는 이러한 의무 불이행에 대해 문제를 제기한 적이 없다.

2006년 한국 저작권법이 개정되면서 특수한 유형의 온라인 중개자에 대한 특별 규정이 도입되었다. 정의에 따르면, 특수한 유형의 온라인 중개자는 주로 이용자 간의 저작물 쌍방향 전송을 목적으로 하는 온라인 중개자를 말한다(제104조). 이 규정의 주요 대상은 온라인 파일 저장소(“파일라커” 또는 “웹하드 서비스”라고도 함)와 P2P 서비스 제공자이다. 이들에게 부과된 법적 의무는 권리자의 요청에 따라 저작권 침해 자료의 업로드 및 다운로드를 방지하기 위한 필터링 조치이다.

이 요청은 저작권자가 온라인 중개자에게 침해 자료의 위치(예: URL)를 알리지 않고도 요청할 수 있다는 점에서 통지 및 차단(notice-and-takedown) 시스템의 통지와는 다르다. 통지 및 차단 모델의 통지에는 위치에 대한 정보가 의무적으로 포함되어야 한다. 따라서 필터링 조치에는 사전 예방 조치가 포함되며, 이 의무는 요청 및 정지(request-and-

1097)BGH, Rapidshare I, 12 July 2012, IZR 18/11.

1098)레피드쉐어(RapidShare)의 서비스는 다른 사용자가 업로드한 자료를 찾을 수 있는 검색 기능을 제공하지 않는다는 점에서 기존 호스팅 서비스와 차별화된다. 대신 업로드된 자료에 대한 하이퍼링크 모음을 제공하는 타사 사이트가 존재한다.

1099)Angelopoulos, 2016, p. 157. 그 다음 해에 BGH는 레피드쉐어의 사업이 저작권 침해를 상당히 용이하게 한다는 다른 사실관계에 근거하여 더 엄격한 예방 조치를 부과했다(BGH, Rapidshare III, 15 August 2013, IZR 80/12). 그 후 독일 하급 법원은 레피드쉐어에 대한 BGH의 판결에 따라 유튜브를 포함한 ISP에 자동 필터링 의무를 부과했는데, 이는 “기본 EU 법률과 양립할 수 없음이 분명하다”(Angelopoulos, 2016, pp. 158-159).

staydown) 의무와 동일하다. 특수 중개자가 필터링 의무를 불완전하게 이행한 것으로 확인되면 최대 3,000만 원의 과태료를 부과받게 된다. 통틀어 약 600여 개의 중개자에 총 25억 원의 과태료가 부과되었다(아래 <표 5-3> 참조).<sup>1100)</sup>

**<표 5-3> 특수 중개자의 필터링 의무 및 과태료 부과 현황(금액: 백만 원)**

연도	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	합계
OSP 수	80	88	56	76	0	0	0	0	0	598
벌금 금액	674	725	250	862	0	0	0	0	0	251

2012년부터 특수 중개자는 지속적으로 강화된 규제 체제에 직면해 있다. 비즈니스를 하려면 정부에 등록해야 한다.<sup>1101)</sup> 등록을 위해 특수 중개자는 필터링 소프트웨어를 포함한 다양한 기술적 조치를 취해야 한다. 어떤 필터링 소프트웨어를 사용할지 선택할 수 없다. 필터링 솔루션이 불법 파일 공유를 효과적으로 차단한다는 것을 정부 기관인 한국저작권위원회(KCC)로부터 검증받아야 한다. 오디오 콘텐츠의 경우 필터링 성공률이 97% 이상, 동영상 콘텐츠의 경우 성공률이 95% 이상이어야 하며,<sup>1102)</sup> KCC의 현장 테스트를 통과해야 하는 등 검증 기준이 엄격하다. 또한, 특수 중개자는 모든 이용자와 주고받는 모든 트래픽을 모니터링하면서, 하루 24시간 필터링 조치를 적용해야 한다. 또한 최소 2명의 직원이 저작권을 침해하거나 기타 불법적인 정보를 24시간 모니터링해야 한다. 또한 특수 중개자는 권리가 침해된 저작권자에게 보상하는 방법을 설명하는 문서와 그 이행 계획을 정부에 제출해야 한다. 또한 특수 중개자는 모든 이용자의 모든 수신 및 발신 트래픽을 보여주는 로그 기록을 2년 이상 보관해야 한다. 이 기록에는 업로더의 신원 정보, 공유 콘텐츠 목록, 모든 거래의 날짜 및 결제 내역이 포함된다.<sup>1103)</sup>

1100)과태료는 개정 규정이 시행된 2008년에 처음 부과되었고, 아래 설명하는 바와 같이 웹하드 등록제가 도입되면서 2012년에 중단되었다.

1101)한국 법률인 전기통신사업법에 따라 온라인 중개자(인터넷접속서비스 제공자 등 기간통신사업자 제외)는 사전 등록 없이 사업을 할 수 있다.

1102)이러한 기준은 지문 기술을 사용하는 필터링 솔루션에 적용된다. 전 세계 콘텐츠 인식 기술에 대한 다양한 제도와 공급 업체에 대해서는 유럽 위원회(2016) 위원회 직원 실무 문서: EU 저작권 규정의 현대화에 대한 영향 평가(파트 3/3)의 부록 12A 참조. SWD(2016) 301 최종.

1103)2015년 4월, 의무 필터링 조치가 (아동 포르노에 국한되지 않는) 포르노 콘텐츠까지 확대되었다. 또한 이러한 조치는 24시간 동안 이루어져야 하며, 그 로그 기록은 최소 2년간 보관해야 한다. 필터링 조치의 이행을 보장하기 위해 정부 당국은 특수 OSP를 조사할 수 있는 권한을 가지고 있다.

특수 중개자의 필터링 의무는 스칼렛 및 넷로그 판결에서 발전시킨 유럽사법재판소의 원칙에 비추어 볼 때 한-EU FTA 의무와 직접적으로 상충된다. 한국 저작권법상 필터링 조치는 “이용자가 호스팅 서비스 제공자에 저장한 파일을 적극적으로 관찰해야 하고, 그렇게 저장된 거의 모든 정보와 해당 제공자의 모든 서비스 이용자를 포함”하기 때문에 금지된 일반적 모니터링에 해당한다.<sup>1104)</sup> 또한 특수한 유형의 중개자에게 “향후 침해를 방지하기 위해 모든 서비스 이용자와 관련된 거의 모든 데이터를 적극적으로 모니터링”하고 “지침 2000/31/EC 제15조 1항에 의해 금지된 일반적 모니터링을 수행”할 의무를 부과하고 있다.<sup>1105)</sup>

이러한 주장에도 불구하고 한국 정부와 저작권 업계는 두 가지 근거를 들어 충돌이 없다고 부인하며, 2013년 저작권법 개정안에서 일반적 모니터링 금지 의무를 명문화하고 필터링 의무를 삭제하는 것에 대해 강력히 반대했다.<sup>1106)</sup>

이들이 부정하고 반대하는 첫 번째 근거는 미국 모델에 따른 “모니터링 의무 없음(no-duty-to-monitor)”<sup>1107)</sup> 의무이다. “모니터링 의무 없음” 개념은 한국 저작권법에 규정되어 있으며 한미 FTA에 근거하고 있다. 이에 따라 표준 기술 조치에 부합하는 경우를 제외하고는, ISP의 서비스 모니터링에 따라 세이프 하버 자격을 조건부로 부여하거나 침해 행위를 나타내는 사실을 적극적으로 탐색하도록 요구할 수 없다.<sup>1108)</sup> 그러나 모니터링 의무 없음 규정은 “일반 모니터링 금지(no general monitoring)” 의무와는 근본적으로 다르다. 일반 모니터링은 중개자가 이용자의 저작권 침해 활동에 대한 책임이 있는지 여부와 관계없이 엄격하게 금지된다. 달리 말하면, 유럽 모델에 따르면 법원은 책임이 있는 중개자라 할지라도, 그것이 일반적인 성격의 것인 한 침해 활동의 모니터링이나 적극적인 탐색을 명령할 수 없다. 반면, 미국 모델은 세이프 하버의 이익을 위한 일반적인 모니터링을 전면적으로 금지하지 않으며, 모니터링의 일반적 성격과 특정적 성격을 구분하지

1104)넷로그 결정문 ¶ 37 및 스칼렛 결정문 ¶ 39.

1105)넷로그 결정문 ¶ 38 및 스칼렛 결정문 ¶ 40.

1106)이 법안(의안번호 1903349, 2013년 1월 17일 발의)은 다른 FTA의 균형 잡기 조항을 반영하여 저작권법을 현대화할 것을 제안하는 내용도 담고 있다([http://likms.assembly.go.kr/bill/jsp/BillDetail.jsp?bill\\_id=PRC\\_R1H3I0E101F7M1C8D1B2Q0S7M8U0H8](http://likms.assembly.go.kr/bill/jsp/BillDetail.jsp?bill_id=PRC_R1H3I0E101F7M1C8D1B2Q0S7M8U0H8) 참조).

1107)Carroll, 2016, p. 190.

1108)미국 저작권법 제512(m)조 및 한미 FTA 제18.10:30(b)(vii).

않고, 자격에 모니터링을 연결하는 것만 금지한다.<sup>1109)</sup>

한국 정부와 저작권 업계가 내세우는 두 번째 근거는 ‘일반적 모니터링 금지’ 의무의 개념을 잘못 이해한 데서 비롯된다. 이들은 ‘일반적’의 의미를 단순히 권리자의 요청 없이 온라인 중개자에게 필터링 조치를 취하도록 하는 것으로 좁게 해석한다.<sup>1110)</sup> 한국 저작권법상 필터링 의무는 저작권자가 특수 중개자에게 필터링 조치를 요청하는 경우에만 발생하며, 따라서 필터링 의무는 일반적 의무가 아닌 특정한 의무라는 것이 이들의 주장이다.<sup>1111)</sup> 이러한 해석은 유럽사법재판소의 스칼렛 및 넷로그 판결, 프랑스 대법원의 구글 프랑스 판결에 비추어 볼 때 근거가 없다.

#### 5-6-4-4. 토론 및 분석

중개자 책임과 일반적 모니터링 의무 금지에 대한 사례 연구는 한-EU FTA를 설계하고 이행하는 사람들이 지적재산권 보호와 다른 기본권 간의 균형에 무관심하다는 것을 보여준다. 유럽사법재판소의 스칼렛 및 넷로그 판결에서 알 수 있듯이, 지적재산권의 집행은 기업 활동의 자유, 개인정보 보호권, 정보 수신 및 전달의 자유 등 다른 권리를 고려하여 균형 있게 이루어져야 한다.<sup>1112)</sup> 온라인 중개자에 대한 일반적인 모니터링을 엄격하게 금지하는 것은 균형 잡힌 작업의 핵심 요소이다. 한국은 5년이 넘는 기간 동안 이 핵심 균형 요소를 의도적으로 무시해왔지만, 한-EU 간 지적재산권 관련 정례 대화

1109)“통지 및 경고(notice-to-staydown)” 조치와 관련하여, 입법 연혁에 따르면 중개자에게 그러한 조치를 취하도록 명령할 수 있다(H.R. Rep. No. 105-551 (Part I) p. 26 (“일단 그러한 침해에 알게 되면 [] 추가 확인 의무를 가질 수 있다”). 그러나 실제로는 저작권자의 통지에 따라 저작권을 침해하는 자료가 삭제된 후에도 중개자가 저작권 침해 자료가 서비스에 다시 업로드되는 것을 차단할 의무는 없다(Carroll, 2016, p. 190).

1110)이러한 좁은 해석은 한국 헌법재판소가 특수한 유형의 온라인 중개자에게 부과된 필터링 의무가 제한적 의무라고 판시한 이후 일부 국회의원들이 받아들이고 있는 해석이기도 하다. 헌법재판소는 제한적 의무와 달리 일반적 의무에 대해서는 언급하지 않았다. 헌법재판소는 필터링 의무가 저작권자의 사전 요청을 전제로 하는 조건부 의무라고 판단하여 비례적이고 헌법에 합치한다고 판시했다(99헌바13, 52, 110, 2011.2.24.).

1111)한국 외교부(주브뤼셀대한민국대사관 이태원 참사관)는 유럽의회 의원(Amelia Andersdotter)의 질의에 대해 “우선 우리 정부는 2011년 일반적 모니터링 의무를 규정하지 않도록 저작권법을 개정했다. 제102조 3항은 온라인 서비스 제공자의 책임과 관련하여 OSP가 서비스 내에서 발생할 수 있는 침해를 모니터링하고 적극적으로 침해를 조사할 책임이 없음을 명확히 규정하고 있다. 이 조항은 한-EU FTA 제10.66조에 따른 것이다. 둘째, 저작권법 제104조는 일반적인 온라인 인터넷 서비스 제공자가 아닌 특수한 유형의 온라인 서비스 제공자를 대상으로 한다. 이 조항은 P2P, 웹하드 등 다운로드나 파일 공유를 제공하는 일부 OSP를 대상으로 하고 있다”고 공식 답변했다. (이태원이 아멜리아에게 보낸 이메일 메시지, 2012년 10월 3일).

1112)유럽사법재판소가 사업 수행의 자유를 지적재산권에 대한 일차적 균형추로, 사용자의 프라이버시와 표현의 자유를 부차적 균형추로 인정할 것에 대한 비판적 분석에 대해서는 Milly 2015, pp. 114-116 참조 (“유럽사법재판소가 데이터 보호와 표현의 자유가 독립적으로 금지 명령에 대한 균형추를 기울일 수 있는지 불분명하게 남긴 것은 유감이다.”).

(지적재산권 대화)나 유럽의회에 제출하는 FTA 이행에 관한 EC의 연례 보고서에서 한 번도 관심을 끌지 못했다.

반사실적 분석도 이러한 견해를 뒷받침한다. 한국의 위반이 FTA 부속서 10-A에 등록된 GI인 ‘보르도’ 또는 ‘뮌헨 맥주’의 보호 혹은 불법복제나 위조품에 대한 형사처벌에서 발생하면 어떻게 되었을까? 그러면 EC의 통상총국은 민간 이해관계자의 제소를 기다리지 않고 한국에 대한 조치를 취했을 것이다. 단기간에 FTA 위반이 해결되지 않을 경우, EC는 FTA 제14장에 따라 분쟁 해결 절차를 개시하여 무역 보복을 추진할 수 있다. 개인정보 보호와 이용자의 정보 수신 및 전달의 자유는 말할 것도 없고, 온라인 중개업체의 사업 수행의 자유와의 균형도 EC의 관심을 끌기에 충분하지 않다. 이는 유럽 인터넷 서비스 제공자들이 한국의 FTA 위반 가능성을 공개적으로 제기했을 때도 마찬가지였다.<sup>1113)</sup>

필터링 조치와 일반적 모니터링 의무 금지의 양립 가능성은 2016년 9월에 발표된 EC의 저작권 개혁안에서 촉발되었다.<sup>1114)</sup> EC가 제안한 필터링 의무는 “이용자가 업로드한 대량의 저작물 또는 기타 대상에 대한 접근을 저장하고 공중에게 제공하는” 모든 호스팅 서비스 제공업체가 필터링 또는 “효과적인 콘텐츠 인식” 기술을 도입해야 한다는 점에서 현행 한국의 경우보다 더 광범위하다.<sup>1115)</sup> EC의 제안은 필터링 조치에 대한 권리자의 사전 요청을 요구하지 않는다. 대신, 온라인 중개자가 자신의 서비스에서 저작권이 있는 저작물을 사용할 수 있는지에 대해 권리자와 계약을 체결하도록 강제하고 있다.

한국의 경험에 비추어 볼 때, 중개자의 필터링 조치는 일반적인 모니터링 없이는 불가능하다. 원치 않는 콘텐츠를 필터링하기 위해서는 중개자가 모든 콘텐츠를 모니터링해야 한다. 또한 필터링 조치가 온라인 저작권 침해를 줄이고 중개자와 저작권자 간의 ‘가치 격차’를 해소하는 데 미치는 효과는 신뢰할 수 있는 실증적 데이터에 의해 입증되지

1113)EuroISP, 2015: “한국의 규제 전망은 특히 최근 한국 저작권법 개정안이 한-EU 자유무역협정(FTA)과 상충될 수 있다는 ICT 커뮤니티의 우려를 고려할 때 유럽 ISP에게 특별한 관심사이다. 실제로 한국에서 활동하는 온라인 서비스 제공자가 사실상 통지 및 경지 메커니즘에 따라 콘텐츠를 필터링해야 하는 의무는 FTA와 모순되며, 특히 필터링 의무가 요구하는 종류의 일반적인 모니터링을 금지하는 최근 EU 사법재판소 판결의 맥락에서 볼 때 더욱 그러하다.”.

1114)디지털 단일 시장의 저작권에 관한 유럽의회 및 유럽이사회 지침 제안. COM(2016) 593 최종.

1115)제안된 지침의 제13조.

않았다. 오히려 필터링 의무화는 풍선 효과를 낳았다: 아래 <표 5-4>에서 볼 수 있는 바와 같이, 특수한 유형의 중개자(P2P 및 웹하드 서비스 제공자)를 엄격한 규제에 압박하면 다른 쪽(토렌트 사이트)에서 더 큰 불법 복제를 유발한다는 것이다.<sup>1116)</sup>

<표 5-4> 중개자의 불법 자료

연도	P2P		웹하드		토렌트		포털	
	Vol.*	Var.**	Vol.	Var.	Vol.	Var.	Vol.	Var.
2010	442,362	-48.4%	860,379	+48.4%	-	-	304,884	-11.5%
2011	245,067	-44.6%	731,532	-15.0%	525,724	-	293,981	-3.6%
2012	209,359	-14.6%	664,758	-9.1%	745,067	+41.7%	222,704	-24/2%
2013	183,646	-12.3%	759,241	+14.2%	874,351	+17.4%	289,316	+29.9%
2014	215,039	+17.1%	333,942	-56.0%	772,592	-11.6%	313,235	+8.3%
2015	196,418	-8.66%	295,423	-11.5%	598,822	-22.5%	301,233	-3.83%

\* 양: 저작권보호센터가 온라인에서 적발한 해적판 자료 수(천 건)\*\* 변동: 전년 대비 변화양 데이터는 2016년 정보기관으로 전환한 한국저작권단체연합회의 지부 단체인 저작권보호센터가 발간한 '저작권 보호 연차보고서(2011~2016년)'를 통해 확보한 데이터이다.

필터링 의무화는 또한 저작권자에게 유리한 협상력의 변화를 촉진한다. 필터링 솔루션을 통해 저작권자는 침해 이전에 예방 조치를 요청할 수 있고 온라인 중개자의 서비스에서 공유되는 콘텐츠를 제어할 수 있다. 이를 통해 중개자는 저작권자가 요구하는 반경쟁적 조건을 수락할 수밖에 없다. 예를 들어, 한국의 특수한 유형의 중개자들은 주요 방송사와 계약을 체결했는데, 저작권자는 다운로드 이용자가 지불한 수수료의 77%를 보상받고, 이용자는 모바일 플랫폼, 스트리밍 서비스 및 기타 OTT 서비스를 제외한 유선 인터넷과 데스크톱 PC를 통해서만 텔레비전 방송을 다운로드할 수 있도록 하고 있다.

1116) 이러한 풍선효과에 대응하기 위해, 한국 문화부 산하 저작권 경찰청에서는 2013년과 2015년에 토렌트 사이트에 대한 집중 단속을 실시하여 토렌트 사이트를 운영한 12명과 토렌트 시드 파일을 업로드한 41명을 기소했다.

## 결론

한-EU FTA의 협상 과정을 면밀히 살펴보면, 무역협정에서 지적재산권에 대한 미국의 공세에 무임승차하는 EU의 전통적 관행이 여전히 유효하다는 것을 알 수 있다. 동시에 경로의존성, 즉 한국이 과거 미국과의 협상에서 내린 일련의 결정이 어떻게 적은 비용으로 지적재산권 최대주의 의제를 강화하는지를 보여준다. 또한 통상 관료들에 의해 독점적으로 통제되는 협상과 이행 과정이 특정 이익집단이나 재계가 자신들의 이익을 위해 원하는 것을 달성하는 수단으로 전략했음을 보여준다. 이로 인해 공공의 이익과 과학 및 문화에 대한 인권이 고려될 여지가 거의 없어졌다. 이것이 기술 이전 조항, 예술가의 재판매권 조항, 도하 선언과 관련된 공중 보건, 실연자 및 음반 제작자의 보상권, 허가-특허 연계, 형사 집행, 온라인 중개자에 대한 일반적 모니터링 의무 금지에 대한 사례 연구를 통해 입증되었다.

무역 중심 지적재산권 규범의 무너진 균형을 회복하기 위해서는 규범 설정의 민주적 과정과 정보 투명성이 매우 중요하다. 이러한 필요성은 한-EU FTA의 협상 및 이행 절차에 대한 사례 연구와 실연자 및 음반제작자의 보상권 조항 및 형사 집행에 대한 연구를 통해 입증된 바 있다. 보상권에 대한 EC의 제안이 공개적으로 검토될 수 있도록 공개되었다면 어떻게 되었을까? 형사 집행 규칙의 초안이 유출되었다면? 그렇다면 광범위

한 국경 조치에 대한 결함이 있는 타협안이 수정될 수 있었을 것이고, 형사 제재를 위한 EU-플러스 모델은 협정에서 제외되었을 것이다. 인터넷을 통한 텔레비전 신호의 재송신을 엄격하게 금지하는 조항도 마찬가지였을 것이다.

학자들과 인권 옹호자들은 무역 중심의 트립스-플러스 모델이 개인의 인권 향유와 국제 인권 조약에 따른 국가 의무에 부정적인 영향을 미치고 더 큰 위협을 가하는 것으로 간주해 왔다. 이 장의 연구 결과는 이러한 영향을 식별하고 정량화하는 것이 항상 간단한 것은 아님을 보여준다. 이에 대해 두 가지 설명이 제공될 수 있다. 데이터 독점권 사례 연구에서 살펴본 바와 같이 FTA의 법조문의 이론적 분석에서 예상되는 영향은 국내 이행 수준, 관련 사회, 문화, 산업 구조 및 제도 등 다양한 변수에 따라 현실에서 다른 양상으로 나타난다. 부정적 영향을 정량화하기 어려운 이유는 실증적 자료의 부족과 FTA 발효 후 시간 경과가 충분하지 않기 때문이다.

한-EU FTA와 무역 중심의 복잡한 지적재산권 협정 네트워크의 더 중요한 효과는 국내 개혁의 봉쇄와 정책 전환의 방지이다.<sup>1117)</sup> 이러한 효과는 FTA와의 인과관계가 눈에 보이지 않고 암묵적이기 때문에 명확하게 드러나지 않는다. 트립스-플러스 FTA가 더 많이 체결될수록 지적재산권 최대주의 클럽의 통합은 더욱 심화될 것이다. 국내 지적재산권 법제가 법적 구속력이 있는 국제 무역 협정에 점점 더 종속되면서 지적재산권 규범을 개혁하는 것은 더 어려워지고 있다.

이 장의 분석은 무역 중심주의가 더 강력하고 광범위한 트립스-플러스 기준을 지지한다는 가설이 실제 EU와 한국 사이에서 강력하게 작동하고 있음을 확인시켜 준다. 또한 무역 중심의 지적재산권 규범과 인권적 관점의 지적재산권 사이에 얼마나 큰 간극이 있는지를 보여준다. 이 간극을 좁히고 지적재산권 보유자의 사적 이익 보호와 공공의 이익 보존이라는 본래의 균형을 회복하기 위해서는 기존 지적재산권 규범과 통상정책의 근본적인 개혁이 필요하다. 제3장에서 논의한 인권 담론은 이러한 개혁의 길을 열어줄 수 있다.

---

1117)Valdés & McCann, 2014, p. 39.





# 06

## CHAPTER

결론

## 연구 질문 및 주요 연구 결과

신자유주의 또는 영미식 공리주의에 기반한 기존의 글로벌 지적재산권 체제 모델은 지속 가능하지 않다. 창작에 대한 인센티브를 상업화에 대한 인센티브로 바꾸는 것은 한 측면에 불과하다. 무역 중심의 글로벌 지적재산권 체제, 특히 트립스-플러스 체제의 목표는 보호와 보급 사이의 균형이 아니다. 이 제도는 투자자에게 독점적 지대를 추구할 수 있는 특권을 제공하는 것을 목표로 한다. 이 모델이 목표로 하는 대상은 창작물을 통해 인간의 존엄성을 표현하는 개인이 아니다. 그들은 자본주의적 생산자이다. 이 모델에서는 분배 정의가 무시된다. 또한 지적재산권의 인문주의적 요소, 즉 문화 창작과 유통의 역동성을 포착하지 못한다.<sup>1118)</sup> 인권에 기반한 접근 방식이 무역 중심의 지적재산권 체제에 강력한 대항 프레임워크를 제공할 수 있을까? 이것이 이 연구의 주요 연구 질문이다.

대항 프레임워크를 모색하기 위해, 이 논문은 지적재산권의 상호 관련성이 높은 두 가지 측면, 즉 무역과 인권 측면을 검토했다. 2장에서 살펴본 지적재산권의 무역 측면은 단순한 무역과의 관련성보다는 질적, 양적으로 지적재산권에서 무역이 차지하는 중심성을 의미한다. 무역 중심성을 이해하는 데 있어 중요한 것은 지적재산권과 무역 사이에 논리적으로 필연적인 연관성이 없다는 사실이다. 19세기와 20세기 초 유럽과 미국

1118)Sunder, 2006, p. 283.

의 제조업이 특허를 전략적으로 사용하면서 지식에 대한 재산권이라는 개념이 정부 간에 수용되고 지적재산권에 관한 국제 협약이 등장함으로써 무역 중심주의의 토대가 마련되었다(2-2-3절). 1980년대부터 유럽 및 일본과 협력한 미국 민간 부문의 전략적 행동은 무역 중심적 지적재산권 체제를 글로벌하게 형성하는 데 결정적인 역할을 했으며, 이는 비판적 현실주의의 '구조화된 대리인'이라는 렌즈를 통해 더 잘 이해할 수 있다(2-4절). 현재의 무역 중심 지적재산권 모델은 초기 무역 관련 지적재산권 모델의 정책 목표인 장인의 국경 간 이동, 국내 혁신, 기술의 보급(2-2-2절), 기술의 국제 이전, 지식의 실제 또는 현지 작업(2-2-3절~2-2-4절)으로부터 벗어나 있다. 또한 2장에서는 창의적 노동을 장려하고 보상하는 시스템은 다양한 방식으로 설계될 수 있으며, 지적재산권에 기반한 보상 시스템은 보편성과 문화 간 타당성과는 거리가 멀다는 것을 보여준다(2-3절).

3장에서 오랫동안 잊혀진 과학문화권이라는 렌즈를 통해 지적재산권의 인권적 측면을 연구한 것은 지적재산권과 인권에 대한 총체적 접근을 제공하는 장점이 있다. 보호와 보급이라는 두 가지 측면을 모두 가지고 있는 과학문화권은 인권과 지적재산권의 교차점을 분석하는데 있어 지적재산권을 내재적 요소로 포용할 수 있도록 해준다. 또 다른 장점은 과학문화권이 창의적 지식과 정보의 생산과 보급을 위한 대안적 모델을 제시한다는 점이다.

본 논문은 '보호 측면', 즉 저작자 조항의 입안 경위를 면밀히 검토하여 도덕적, 물질적 이익의 보호를 위한 저작자에 기존 특허법상 의미의 발명가가 포함되지 않음을 주장한다. 이 연구의 또 다른 발견은 저작자 조항에 따른 지적재산권의 범위가 무역 중심 지적재산권 체제에서 발견되는 것보다 훨씬 좁다는 것이다(3-3절). 이러한 발견은 특허 시스템의 근본적인 개혁을 위한 시발점이 될 수 있다. 개혁된 모델에서 발명은 발명가와 발명을 연결하는 표현으로 재정의되어 특허 보호 범위에 대한 새로운 접근 방식으로 이어진다. 특허권자와 동일하거나 동등한 발명을 발명(또는 저작자 조항의 의미에 따라 '저술')한 독립적인 혁신가를 배제하지 않도록 특허권이 제한된다(3-6-3절). 저작자의 물질적 이익 보호는 현대 지적재산권법이 부여하는 독점권과 동일하지도 않고 모든 형태의 경제적 이익을 포괄하지도 않으며, 보다 좁은 유형의 경제적 이익인 지적 노동에 대한 보상권으로 보장된다(3-3-4절). 이는 무역 중심 지적재산권 체제의 기본 설계를 변경하여 재산권

에서 책임 규정으로 전환할 것을 요구한다(3-6-2절).

제3장에서는 과학문화권의 개념, 특히 그 보급 측면을 다시 포착하여 이러한 권리가 “식별 가능하고 실행 가능한 권리와 의무”<sup>1119)</sup> 및 “법적 규범의 규범적 힘의 결정적 요소”로서 작동할 수 있도록 했다.<sup>1120)</sup> ‘지식에 대한 접근’과 ‘역량 접근’이라는 개념을 보충적 개념으로 삼아 ‘문화’와 ‘과학’은 재정의되고(3-4-1절 및 3-4-2절), 모든 사람이 문화생활에 참여하고 과학 발전의 혜택을 누릴 수 있는 권리는 지식과 정보에 대한 접근권의 적극적 요소로서 자신의 토대를 마련한다. 그러나 이러한 적극적 요소는 개인이 창작자에 대해 창작물에 대한 접근권이나 창작물의 혜택을 청구할 수 있는 강제적 권리를 부여하는 것은 아니다. 오히려 사람들이 문화 및 과학적 창작물을 이용하고 접근할 수 있는 방식으로 문화 및 과학 정책을 수립하도록 요구할 수 있는 권리를 수반한다. 따라서 과학문화권의 실현을 위해서는 여건과 환경이 매우 중요하다. 모든 사람에게 실질적인 기회와 특별한 역량을 보장하기 위해서는 의사 결정 과정에의 참여와 문화 및 과학 창작물에 대한 접근과 이용을 가로막는 장벽의 제거, 두 가지 조건이 필수적이다. 이러한 측면에서 볼 때 트립스-플러스 지적재산권 규범은 지적재산권 규범 설정 과정에 대중의 참여가 거부되고 장벽이 높아짐에 따라 인권과 직접적으로 충돌한다.

4장과 5장에서 살펴본 두 개의 트립스-플러스 양자협정인 한-미 FTA와 한-EU FTA에 대한 사례 연구는 이들 FTA가 초기 지적재산권 시대의 통상 우려와 얼마나 동떨어져 있는지, 그리고 인권적 측면이 얼마나 소홀히 다루어지고 있는지를 보여준다. 이는 두 FTA가 트립스-플러스 행진의 정점에 있다는 점에서 더 이상의 설명이 필요 없는 당연한 결과라고 할 수 있다. 그러나 사례 연구 결과, 한미 FTA의 허가-특허 연계(4-6-2절)와 한-EU FTA의 데이터 독점권(5-5-4절) 사례에서 보듯이 인권과 지적재산권의 접점은 조항마다 다양하며, FTA 의무 이행 방식에 따라 상당한 차이가 있음을 알 수 있다. 또한 최대주의적 지적재산권 의제가 FTA 협정문에 성공적으로 반영되는 과정도 각기 달랐다는 것을 알 수 있다. 한미 FTA는 풀뿌리, 시민사회, 농민, 노동조합, 정치권뿐만 아니라 한국의 협상가들, 특히 저작권 정책을 담당했던 사람들의 강력한 반대에 부딪혔지만, 고도의 정치적 목적으로 한미 FTA를 추진했던 고위급 정치인들의 지원을 받은 통상 관

1119)1986년 12월 4일자 유엔 총회 결의안 41/120호.

1120)Romainville, 2015, p. 427.

료들이 협상 과정을 주도했기 때문에 단기간에 성공적으로 타결될 수 있었다. 반면, EU는 경로의존성, 즉 한국이 한미 FTA에서 이미 내린 일련의 결정들 때문에 상대적으로 쉽게 원하는 것을 얻어낼 수 있었다.

이 사례 연구는 또한 2014년 유엔 저작권 보고서와 2015년 특허 보고서에서 지적한 지적재산권 규범 설정의 투명성과 민주적 절차에 대한 우려의 심각성을 보여준다. 두 FTA의 협상과 이행에 관한 후속 논의는 대중의 참여와 논평을 허용하지 않은 채 비공개로 진행되었다. 투명성과 참여적 절차의 부족은 규범의 효율성 뿐만 아니라 정당성에 의문을 제기한다. 또한 무역 협상가들 사이에 결함이 있는 타협이 이루어져 일반 대중의 이익을 희생시키면서 소수 사회 집단의 이익에 기여하게 된다(예를 들어 5-4-3절의 실연자 및 음반제작자의 공중전달권 및 보상권에 대한 사례 연구 참조).

## 인권 담론의 장점과 한계

인권에 기반하여 기존 무역 중심의 지적재산권 규범에 대항할 수 있는 프레임워크를 마련하기 위해서는 인권 담론의 강점과 약점을 고려해야 한다.

인권이라는 개념은 법학적, 사회적, 정치적, 철학적 사고에 동기를 부여하는 가장 강력한 개념 중 하나이다.<sup>1121)</sup> 잭 도넬리(Jack Donnelly)의 말처럼, 인권은 현대 국제 사회의 ‘헤게모니적 정치 담론’이자 ‘정착된 규범’이다.<sup>1122)</sup> 보편적으로 적용되는 도덕적, 법적 규범인 국제 인권 기준은 지배적인 집단뿐만 아니라 국제 사회의 다양한 행위자들에게 영향을 미친다. 이는 비주류 집단에게 도덕적, 정치적 무기를 제공할 수 있다. 인권 옹호자들에게 세계인권선언과 두 규약은 유용한 플랫폼이 되었다.<sup>1123)</sup> 인권에 대한 호소가 원주민이나 여성 운동 등 비주류 집단이 정치적 요구를 관철하기 위한 성공적인 도구가 된 사례는 많다.<sup>1124)</sup> 켈(Keck)과 시킨크(Sikkink)(1998)의 견해처럼, 많은 NGO에게 국제 인권 규범은 국내 정치 및 사회 투쟁의 주요 수단이다.

1121) Rosenbaum, 1980, pp. 22-23.

1122) Donnelly, 2003, p. 38.

1123) Morsink, 2009, p. 1.

1124) Cox & Schechter, 2002, p. 62. 저자들은 “이런 점에서 인권 분야는 인권의 개념이 지속적으로 진화하는 투쟁의 지형으로 남아 있다”고 말한다.

예를 들어, 1970~80년대 아르헨티나와 멕시코에서 열악한 인권 상황을 개선하기 위해 국내 NGO가 국가를 우회하여 직접 국제 인권 동맹을 찾아 자국에 압력을 가하는 사례도 있다.<sup>1125)</sup> 인권 운동은 주로 시민적, 정치적 권리와 관련되어 있지만, 2세대 권리와 관련된 이슈가 인권에 대한 국제적 참여의 중심이 되고 있다.<sup>1126)</sup> 일례로 1998년 국제 인권 커뮤니티는 지적재산권 체제와 건강권의 관계를 문제 삼았고,<sup>1127)</sup> 그 결과 인권최고대표는 2001년 의약품 접근권을 중심으로 지적재산권 협정이 인권에 미치는 영향에 대한 보고서를 발표했다. NGO와 국제 인권 기구의 노력으로 지적재산권에 대한 논의가 혁신, 경제 발전, 불법 복제와 같은 전통적인 관점에서 인권이라는 새로운 관점으로 전환되었다.

일부 논평가들은 인권 운동의 성공 가능성을 국제 및 법적 관점에서 인권의 우위에 대해 설명한다. 인권의 기본 원칙은 전 세계적으로 확립되어 있으며 인권 보호에 대한 의무는 모든 국가의 관심사가 되었다.<sup>1128)</sup> 그러나 도멘(Dommen)이 정확하게 지적했듯이, 정치적 차원에서 인권 운동은 세계무역기구(WTO)와 같은 주요 정부 간 기구에서 덜 발전되어 있으며, 인권 문제를 어떻게 어디서 제기하여 목소리를 낼 수 있을지 고민할 필요가 있다.<sup>1129)</sup>

근본적으로 인권이라는 개념이 종교적, 도덕적 신념이 다른 모든 문화와 사회에서 철학적으로 정당화될 수 있는지, 그리고 세계 권력 정치 속에서 정치적으로 실현 가능한지는 논란의 여지가 있다. 일부 지역에서는 국제인권장전이 비주류 집단의 정치적 요구를 관철하는 데 유용한 플랫폼이 된 것도 사실이며,<sup>1130)</sup> 국제 인권 커뮤니티는 1998년부터 유엔 인권기구를 동원하여 인권 측면에서 지적재산권을 다루는 일련의 보고서, 권고, 결의안을 발표하는 데 성공했다. 이처럼 인권 옹호자들이 경제 성장, 혁신, 불법복제라는 전통적인 관점에서 인권이라는 새로운 관점으로 지적재산권에 대한 논의를 전환한 성공 사례는 20년이라는 역사를 가지고 있다. 그러나 인권 담론은 학자들은 물론이

1125)Keck & Sikkink, 1998, pp. 12, 79-80.

1126)Sen, 2009, pp. 380-381.

1127)Deere, 2009, p. 130.

1128)Donnelly 2003, p. 38.

1129)Dommen, 2002, pp. 49-50.

1130)Cox & Schechter, 2002, p. 62.

고 지적재산권 정책 입안자와 실무자들에게도 여전히 지배적인 관점과는 거리가 멀다.

인권의 타당성을 당연시하거나 명시적 또는 암묵적으로 인권이 지적재산권 보호보다 우월하다고 가정하는 것은 피해야 한다. 또한 인권과 인간성의 개념이 사회적으로 구성되어 왔다는 점을 이해하는 것이 중요하다. 절대적인 도덕적 질서가 우연적인 역사적, 사회적 조건과 무관하게 존재하며 모든 인간에게 항상 적용된다는 철학적 믿음에 기초한 인권의 도덕적 보편주의는 인권의 문화적 상대성을 고려하여 수정될 필요가 있다. 보편성이라는 개념 자체를 전적으로 거부할 필요는 없지만, 그러한 보편성은 외부로부터 부과되는 것이 아니라 문화 안에서 달성되어야 한다는 점을 이해해야 한다.<sup>1131)</sup> 인권의 개념은 법적, 도덕적, 정치적, 철학적 동기가 매우 복잡하게 발전한 산물이다.<sup>1132)</sup> 인권의 개념을 의미 있게 만들기 위해서는 오늘날의 경험과 상황에 비추어 인권의 개념을 재정의할 필요가 있다.<sup>1133)</sup> 이러한 재정의의 위하여 현대 지적재산권 규범의 무역 중심주의의 본질과 인권과의 교차점에 대한 검토가 필요하다. 또한 인권에 대한 지나친 법적 접근, 즉 법이 말하는 것에만 초점을 맞추는 것을 피하고, 인권을 실제 권리로 어떻게 전환할 것인지에 초점을 맞출 것을 요구한다.<sup>1134)</sup> 이러한 재정의의 작업은 지적재산권에도 적용된다. 이 작업에서 우리는 지적재산권이 창의성을 촉진하는 것이라는 명제에서 벗어나 지적재산권은 달라져야 한다고 주장해야 한다.<sup>1135)</sup>

1131)Rajagopal, 2003, p. 211. 특히 안나임(An-Na'im, 2003, p. 2)은 인권의 보편성은 국제적 선언을 통해 발견되거나 선포되고 조약을 통해 법적 구속력을 갖게 되는 '주어진' 개념과 미리 정해진 구체적인 규범적 내용이라기보다는 과정의 산물로 보아야 한다고 주장한다.

1132)Menke & Pollmann, 2007.

1133)Arendt, 1949, p. 34.

1134)Chitonge, 2015, p. 15.

1135)Drassinower, 2015, p. 151.

## 6장. 결론

### 6-3

## 한계 및 향후 연구

이 논문은 지적재산권과 인권의 교차점을 연구하기 위해 한미 FTA와 한-EU FTA에 대한 사례 연구를 진행했다. 이 두 FTA의 사례 연구는 트립스-플러스 성격이 강하다는 점에서 특히 흥미롭다. 하지만 몇 가지 한계도 존재한다.

첫 번째 한계는 일반화 가능성의 문제와 관련이 있다. 사례 연구 결과에 따르면 FTA의 영향은 이행 방식에 따라 크게 달라지는 것으로 나타났다. 일부 트립스-플러스 의무는 과도하게 이행되는 반면, 다른 의무는 무시되거나 FTA에서 요구하는 것과는 전혀 다른 방식으로 이행된다. 또한 허가-특허 연계 사례에서 볼 수 있듯이, FTA 의무를 이행하는데 있어 작은 제도적 변화만으로도 상당히 다른 결과를 초래할 수 있다.

두 번째 한계는 종합적인 인권 영향 평가를 위한 신뢰할 수 있는 데이터가 부족하다는 데서 기인한다. 그 이유는 다음과 같다: (1) FTA 발효 후 충분히 시간이 경과하지 않음, (2) 미가공 원 자료의 부재, (3) 협상 및 후속 이행 단계에서 생산된 문서와 정보에 대한 정부의 은폐. 이러한 이유로 특정 분야에서는 영향을 관찰할 수 있지만 대부분의 분야에서는 종합적인 영향 평가가 이루어지기 어렵다.

이 논문의 연구 결과는 향후 연구를 위한 몇 가지 길을 제시했다. 예를 들어, 한미 FTA

및 한-EU FTA와 유사한 트립스-플러스 조항을 가진 다른 FTA를 조사하고, 두 FTA와 다른 결과를 초래하는 요인이 존재한다면 그것을 파악하는 연구가 필요하다. 또한 이 논문이 제안하는 것처럼 지적재산권과 인권이 충돌하는 맥락과 그러한 충돌을 유발하고 심화시키는 사회적 힘을 찾아내고 이해할 필요가 있다. 이를 알면 지적재산권과 인권의 충돌과 공존이라는 이분법적 선택을 넘어서고, 지적재산권 체제의 무역 중심성을 재구성할 수 있을 것이다.

이 논문은 무역 중심의 현대 지적재산권 규범을 근본적으로 개혁하기 위한 지적재산권 인권 모델, 보호와 보급 사이의 새로운 균형, 창작자의 물질적 이익 보호를 위한 재산권 규정이 아닌 책임 규정, 표현으로서의 발명 개념에 기반하고 독립적인 발명을 허용하는 발명권의 개념적 전환을 제안한다. 그러나 이 모델은 창작자와 과학적, 문학적 또는 예술적 창작물 사이에 개인적인 연결 고리가 존재한다는 전제를 확고히 하고 있다. 창작물은 창작자의 인간적 존엄성을 표현하는 것으로 간주되기 때문에 개인적 연결은 창작자의 인권 보호에 대한 주요한 정당화 근거이다. 향후 연구에서는 창작 과정에서 개인을 강조하고 커먼즈와 창작의 사회적 본질을 무시하는 낭만적 저작자 개념과 개인적 연결고리의 관계에 대해 다룰 필요가 있다.

## Ⅰ 감사의 말

오랫동안 중단했던 논문을 다시 시작한다는 것이 생각만큼 쉽지는 않았습니다. 많은 분들의 도움이 없었다면 이 논문은 불가능했을 것입니다. 우선 지도교수님인 우마 수더사넨(Uma Suthersanen) 교수님과 가에타노 디트마(Gaetano Ditma) 박사님의 심사와 조언, 격려에 감사드립니다. 두 분과 함께 연구 아이디어를 논의할 수 있었던 것은 정말 행운이었습니다. 제 개인적인 상황을 따뜻하게 배려해주시고 투병 중에도 공부를 계속할 수 있도록 격려해주신 법학전문대학원 분들께 진심으로 감사드립니다. 또한 제 연구 초기 단계를 지원해 준 허셜 스미스 재단과 선정위원회에도 감사를 표합니다. 마지막으로, 지난 수년 간 연구와 논문작업에 진력하는 동안 아낌없는 지원을 해준 가족들에게 특별한 감사의 말씀을 전합니다.

A2K	지식에 대한 접근
ACTA	위조 방지 무역 협정
CESCR	경제·사회·문화적 권리 위원회
CJEU	유럽 사법 재판소
DSU	분쟁 해결에 관한 규칙 및 절차에 대한 양해
EPC	유럽 특허 협약
EPO	유럽 특허청
ICESCR	경제, 사회 및 문화적 권리에 관한 국제 규약
ICCPR	시민적 및 정치적 권리에 관한 국제 규약
IFPI	국제 음반 산업 연맹
GSP	일반특혜관세제도
ISP	인터넷 서비스 제공자
NAFTA	북미 자유무역협정
PMS	시판 후 조사
RCEP	역내포괄적경제동반자협정
TPA	무역진흥청
TPM	기술적 보호 조치
TPPA	환태평양경제동반자협정
TRIPS	1994년 4월 15일 무역관련 지적재산권 협정
TTIP	범대서양 무역투자동반자협정
UDHR	세계인권선언
USTR	미무역 대표부
WCT	WIPO 저작권 조약
WIPO	세계지적재산권기구
WPPT	WIPO 실연음반 조약

## | 법률

베른 협약	문학 및 예술 저작물 보호를 위한 베른 협약
DMCA	1998 디지털 밀레니엄 저작권법 , Pub. L. 105-304 Stat., 112 Stat. 2860 (1998)
전자상거래 지침	내부 시장, 특히 전자상거래에서 정보사회서비스의 특정 법적 측면에 관한 2000년 6월 8일 유럽의회 및 유럽이사회 지침 2000/31/EC
InfoSoc 지침	정보 사회에서 저작권 및 인접권의 특정 측면의 조화에 관한 2001년 5월 22일 유럽 의회 및 유럽 이사회의 지침 2001/29/EC
대여 지침	대여권 및 대출권, 지적재산권 분야의 저작권과 관련된 특정 권리에 관한 2006년 12월 12일 유럽의회 및 유럽이사회의 지침 2006/115/EC(성문화된 버전)
로마 협약	실연자, 음반 제작자 및 방송 단체의 보호를 위한 로마 협약

- Abbott, F. M. (2006). TRIPS and human rights: Preliminary reflections. In F. M. Abbott, C. Breining-Kaufmann & T. Cottier (Eds.), *International trade and human rights: Foundations and conceptual issues* (World Trade Forum, Volume 5) (pp. 145-170). University of Michigan Press.
- Abbott, F. M. (2014). Trade costs and shadow benefits: EU Economic Partnership Agreements as models for progressive development of international IP law. In J. Drexler, H. G. Ruse-Khan, S. Nadde-Phlix (Eds.), *EU Bilateral Trade Agreements and Intellectual Property: For Better Or Worse?* (pp. 159-170). Springer.
- Acconci, P., Valenti, M., & De Luca, A. (2014). *General Interests of Host States in International Investment Law* (Vol. 13). G. Sacerdoti (Ed.), Cambridge University Press.
- Aitken, M., Kleinrock, M. & Nass, D. (2016). *Outlook for global medicine through 2021: Balancing cost and value*. QuintilesIMS Institute: New Jersey.
- Aleman, M. M. (2014). Impact of TRIPS-plus obligation in economic partnership and free trade agreements on international IP law. In J. Drexler, H. G. Ruse-Khan, S. Nadde-Phlix (Eds.), *EU Bilateral Trade Agreements and Intellectual Property: For better or worse?* (pp. 61-86). Berlin: Springer.
- Alford, W. P. (1995). *To steal a book is an elegant offense: Intellectual property law in Chinese civilization*. Stanford, Calif.: Stanford University Press.
- Alston, P. (2002). Resisting the merger and acquisition of human rights by trade law: A reply to Petersmann. *European Journal of International Law*, 13(4), 815.
- Amani, B. (2009). *State agency and the patenting of life in international law: Merchants and missionaries in a global society*. Farnham: Ashgate.
- American Association for the Advancement of Science [AAAS]. (2013). *Defining the right to enjoy the benefits of scientific progress and its applications: American scientists' perspectives*. DOI: 10.1126/srhl.aaa0028.

- An-Na'im, A. A. (2003). Introduction: "Area expression" and the universality of human rights - Mediating a contingent relationship. In D. P. Forsythe & P. C. McMahon (Eds.), *Human Rights and diversity: Area studies revisited*. University of Nebraska Press.
- Anderson, R. D. & Wager, H. (2006). Human rights, development, and the WTO: The cases of intellectual property and competition policy. *Journal of International Economic Law*, 9 (3), 707.
- Angelopoulos, C. J. (2016). *European intermediary liability in copyright: A tort-based analysis* (doctoral dissertation, University of Amsterdam). Retrieved from [https://pure.uva.nl/ws/files/2738365/172299\\_Angelopoulos\\_thesis\\_complete.pdf](https://pure.uva.nl/ws/files/2738365/172299_Angelopoulos_thesis_complete.pdf).
- Anonymous. (2005). Report of business trip to Australia for preparing conclusion of the Korea-US FTA copyright sector. (unpublished, on file with author).
- Anonymous. (2006). Hanmi FTA jeojaggwon bunya hyeobsangui jeonmanggwa daechaeg [Prospect and strategy for copyright negotiation in the KORUS FTA]. (Interim note of negotiators in the Ministry of Culture, unpublished, on file with author).
- Aplin, T. (2009). Subject matter. In E. Derlaye (Ed.), *Research Handbook on the Future of EU Copyright*, Edward Elgar Publishing.
- Appel, I., Farre-Mensa, J & Simintzi, E. (2016). Patent trolls and small business employment. Retrieved from <https://ssrn.com/abstract=2887104>
- Araujo, B. A. M. (2013). Intellectual property and the EU's deep trade agenda. *Journal of International Economic Law*, 16(2), 439-474.
- Archer, M. et al. (2016). What is critical realism? Retrieved from <http://www.asatheory.org/current-newsletter-online/what-is-critical-realism>
- Archibugi D. & Filippetti A. (2015). Knowledge as global public good. In D. Archibugi & A. Filippetti (Eds.), *The Handbook of Global Science, Technology, and Innovation* (pp. 479-503). John Wiley & Sons.
- Arendt, H. (1949). The rights of man: What are they. *Modern Review*, 3(1), 24-36.
- Article 19. (2013). The right to share: Principles on freedom of expression and copyright in the digital age, *International Standards Series* (London, 2013). Retrieved from [www.article19.org/data/files/medialibrary/3716/13-04-23-rightto-share-EN.pdf](http://www.article19.org/data/files/medialibrary/3716/13-04-23-rightto-share-EN.pdf).
- Balaam, D. N. & Veseth, M. (2008). *Introduction to international political economy*. Upper Saddle River, NJ: Prentice Hall.
- Bannerman, S. (2016). *International copyright and access to knowledge*. Cambridge University Press.
- Banning, T. R. G. (2002). The human right to property. *Intersentia nv*.
- Barbosa, D. B. & Chon, M. (2007). Slouching towards development in intellectual property. *Michigan State Law Review*, 2007(1), 71-141.
- Bartels, L. (2014). A model human rights clause for the EU's international trade agreements. *German Institute for Human Rights and MISEREOR*.
- Bashir, A. (2013). Re-visioning international law making on intellectual property: A joint East-West perspective. In. H. Bahir, P. W. Gray & E. Masad (Eds.), *Co-existing in a globalized world*. Lexington Books.
- Batliwala, S. (2002). Grassroots movements as transnational actors: Implications for global civil society. *International Journal of Voluntary and Nonprofit Organizations*, 13(4), 393-410.
- Beiter, K. D. (2016). Establishing conformity between TRIPS and human rights: Hierarchy in international

law, human rights obligations of the WTO and extraterritorial state obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. In Ullrich, H., Hilty, R. M., Lamping, M. & Drexl, J. (Eds.), *TRIPS plus 20: From Trade Rules to Market Principles* (pp. 446-500). Springer.

- Beldiman, D. (2008). *Functionality, information works, and copyright*. Yorkhill Law Publishing.
- Benkler, Y. (2006). *The wealth of networks: How social production transforms markets and freedom*. Yale University Press.
- Bently, L. & Sherman, B. (2009). *Intellectual property law* (3rd ed.). Oxford: Oxford University Press.
- Bettig, R. V. (1996). *Copyrighting culture: The political economy of intellectual property*. Oxford: Westview.
- Biagioli, M. (2006). From print to patents: Living on instruments in early modern Europe. *History of Science*, 44(2), 139-86.
- Bidault M. (2016). Intellectual property polices and the right to science and culture: The work of the special rapporteur in context. In C. Geiger (Ed.) *Intellectual property and access to science and culture: Convergence of conflict?* (pp. 21-29). CEIP-HCTSD publication series.
- Bodenhausen, G. H. C. (1968). *Guide to the application of the Paris Convention for the Protection of Industrial Property as revised at Stockholm in 1967*. United International Bureau for the Protection of Intellectual Property: Geneva.
- Bogden, M. A. (2011). Fixing fixation: the RAM copy doctrine, *Arizona State Law Review*, 43, 181.
- Bogsch, A. (1992). Brief history of the first 25 years of the World Intellectual Property Organization. WIPO.
- Bouchard, R., Cahoy, D. R., Domeij, B., Dutfield, G., Faunce, T., Hollis, A., ... & Serrano, J. L. (2011). Structure-function analysis of global pharmaceutical linkage regulations. *Minnesota Journal of Law, Science & Technology*, 12(2).
- Boutros-Ghali, B. (1970). The right to culture and the Universal Declaration of Human Rights. In UNESCO (Ed.), *Cultural rights as human rights*. Retrieved from <http://unesdoc.unesco.org/images/0000/000011/001194eo.pdf>
- Boyle, J. (2008). *The public domain: Enclosing the commons of the mind*. Yale University Press.
- Bracha, O. (2005). *Owning ideas: a history of Anglo-American intellectual property* (Doctoral dissertation). Harvard Law School.
- Braudel, F. (1992). *Civilization and capitalism, 15th-18th century, Vol. 3: The perspective of the world*. University of California Press.
- Breakey, H. (2016). *Intellectual liberty: Natural rights and intellectual property*. Routledge (First published in 2012 by Ashgate Publishing).
- Brinhof, J. (2010). On patents and human rights. In W. Grosheide (Ed.), *Intellectual property and human rights: a paradox* (pp. 140-154). Edward Elgar Publishing.
- Brousseau, E. (1998). The link between regulation and innovation: Some preliminary remarks. In J. Hemmelskamp & F. Leone (Eds.), *The impact of EUregulation on innovation of European Industry*. European Commission. Joint Research Centre.
- Brown, A. E. L. (2013). *Intellectual property, human rights and competition: Access to essential innovation and technology*, Edward Elgar Publishing.
- Brown, G. (Ed.). (2016). *The Universal Declaration of Human Rights in the 21st Century: A living*

document in a changing world. Open Book Publishers.

- Buccafusco, C. (2016). A theory of copyright authorship, *Virginia Law Review*, 102.
- Buccafusco, C. & Lemley, M. A. (2016). Functionality screens. *Stanford Public Law Working Paper No. 2888094*; *Cardozo Legal Studies Research Paper No. 509*. Retrieved from <https://ssrn.com/abstract=2888094>.
- Buccafusco, C. & Sprigman, C. J. (2011). The creativity effect. *The University of Chicago Law Review*, 78, 31.
- Buchanan, A. & Golove, D. Philosophy of international law. In J. Coleman & S. Shapiro (Eds.), *The Oxford handbook of jurisprudence & philosophy of law*.
- Burke, P. & Reitzing, M. (2007). Measuring patent assessment quality: Analyzing the degree and kind of (in)consistency in patent offices' decision making. *Research Policy*, 36(6), 1401-1430.
- Calabresi, G. & Melamed, A. D. (1972). Property rules, liability rules, and inalienability: One view of the Cathedral. *Harvard Law Review*, 85(6), 1089-1128.
- Canada's Human Right Commitments. (2015). History of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. Retrieved from <http://humanrightscommitments.ca/2015/11/history-of-the-internationalcovenant-on-economic-social-and-cultural-rights/>
- Carr, E. H. (1946). *The twenty years' crisis, 1919-1939*. London: Macmillan.
- Carroll, M. (2016). Safe harbors from intermediary liability and social media. In J. Rothchild (Ed.), *Research Handbook on electronic commerce law* (pp. 168-184). Edward Elgar Publishing.
- Carsten, F. & Maskus, K. E. (2005). Why we study intellectual property rights and what we have learned. In F. Carsten & K. E. Maskus (Eds.), *Intellectual property and development: lessons from recent economic research*. The World Bank & Oxford University Press.
- Carter, T. F. (1955). *The invention of printing in China and its spread westward* (2d edn. Ronald Press Co.: New York.
- Center for International Environmental Law (CIEL). (2007). *The European approach to intellectual property in European Partnership Agreements with the African, Caribbean and Pacific Group of Countries*. Discussion Paper of April 2007: Author.
- Centre for Intellectual Property and Information Law (2006). *Review of the economic evidence relating to an extension of the term of copyright in sound recordings*, University of Cambridge.
- Chapman, A. (2001). Approaching intellectual property as a human right: Obligations related to Articles 15(1)(c). *Copyright Bull.*
- Chapman, A. (2002). Core obligations related to the right to health. *Core obligations: Building a framework for economic, social and cultural rights*, 185- 215.
- Chapman, A. (2009) Towards an understanding of the right to enjoy the benefits of scientific progress and its applications. *Journal of Human Rights*, 8, 1-36.
- Chapman, A. & Wyndham J. (2013). A human right to science. *Science*, 340(6183), 1291.
- Chartrand, H. H. (2007). *The Compleat multilateral copyright & related 1886-2007*. Compiler Press: Saskatchewan, Canada.
- Chen, J. (2016). Draft amendment to Pharmaceutical Affairs Act introduces patent linkage system and revised data exclusivity. Retrieved from <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=b50d0454-39c9-4694-a827-45d6d5acf8d>

- Cheng, T-H. (2006). Power, norms, and international intellectual property law. *Michigan Journal of International Law*, 28, 109-155.
- Cheongju Museum. (n.d.). The beginning of metal type printing. Retrieved from [http://jikjiworld.cheongju.go.kr/app3/jikjiworld/content/english/metal/index.jsp?top=02&sub=0&left=02&url=mn020/mn020\\_010.jsp](http://jikjiworld.cheongju.go.kr/app3/jikjiworld/content/english/metal/index.jsp?top=02&sub=0&left=02&url=mn020/mn020_010.jsp).
- Cheung, S. N. S. (1973). The fable of the bees: An economic investigation. *Journal of Law and Economics*, 16(1), 11-13.
- Chitonge, H. (2015). *Beyond Parliament: Human Rights and the Politics of Social Change in the Global South*. Brill.
- Choe, K. S. (2013). Protection of Broadcast Signals in Korea from the Perspective of Copyright Law. *The Asian Business Lawyer*, 11, 107-124.
- Choi, Y. (2003). Development of Copyright Protection in Korea: Its History, Inherent Limits, and Suggested Solutions. *Brooklyn Journal of International Law* 28(2).
- Chon, S. (2015). Uiyagpum teugheo muhyoyul gineseubug deungjae sujun: 88.4% [Invalidation rate of pharmaceutical patent, 88.4%, high enough to be recorded in the Guinness Book of Records] [Press release].
- Christensen, T. (2006). Did East Asian printing traditions influence the European Renaissance?. Retrieved from [www.rightreading.com/printing/gutenberg.asia/gutenberg-asia-9-korea.htm](http://www.rightreading.com/printing/gutenberg.asia/gutenberg-asia-9-korea.htm).
- Clapham, A. (2006). *Human rights obligations of non-state actors*. Oxford University Press.
- Claude, R. P. (2002). *Science in the service of human rights*. University of Pennsylvania Press.
- Clough, S. B. & Cole, C. W. (1952). *Economic history of Europe* (3rd edn.). Heath & Co.: Boston.
- Coase, R. H. (1960). The problem of social cost. *The Journal of Law & Economics*, III.
- Coleman, J. L. & Shapiro, S. (2002). *The Oxford handbook of jurisprudence and philosophy of law*. Oxford University Press.
- Colston, C. & Galloway, J. (2010). *Modern intellectual property law 3/e*. Routledge.
- Commission on Human Rights. (1951). Summary Record of the Two Hundred and Twenty-Eighth Meeting, Seventh Session, 5 May 1951, (E/CN.4/SR.228, Geneva).
- Computer & Communications Industry Association (CCIA). (2008). Amicus Curiae in the Bilski case (April 7, 2008). Retrieved from <http://cdn.cciainet.org/wp-content/uploads/library/CCIA-Bilski-Amicus.pdf>.
- Cook, T. M. (2000). *The protection of regulatory data in pharmaceutical and other sectors*. Sweet & Maxwell.
- Coombe, R. J. (1998). Intellectual property, human rights and sovereignty: New dilemmas in international law posed by recognition of indigenous knowledge and the conservation of biodiversity. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 6, 59.
- Cooper, W. H., Jurenas, R., Platzer, M. D. & Mark E. M. (2011). *EU-South Korea Free Trade Agreement and Its Implications for the United States*, DIANE Publishing.
- Cornides, J (2004). Human Rights and Intellectual Property-Conflict or Convergence?. *Journal of World Intellectual Property*, 7 (2). 135.
- Cornish, W. R. & Llewelyn, D. (2007). *Intellectual property: Patents, copyright, trademarks & allied rights*. Sweet & Maxwell: London.

- Correa, C. M. (2000). Intellectual property rights, the WTO, and developing countries: the TRIPS agreement and policy options. Zed Books.
- Correa, C. M. (2002). Unfair Competition Under the TRIPS Agreement: Protection of Data Submitted for the Registration of Pharmaceuticals. *Chi. J. Int'l L.*, 3, 69.
- Cotropia, C. & Lemely, M. (2009). Copying in patent Law. *N.C. L. Rev.* 87.
- Cox, R. W. & Schechter, M. G. (2002). The political economy of a plural world: Critical reflections on power, morals and civilization. Routledge: London.
- Cox, R. W. (1987). Production, power, and world order: Social forces in the making of history. Columbia University Press: New York.
- Cullet, P. (2004). Human Rights and Intellectual Property Rights: Need for a new Perspective. IELRC working paper 2004. Retrieved from [www.ierlc.org/content/w0404.pdf](http://www.ierlc.org/content/w0404.pdf).
- Cullet, P. (2005). Seeds regulation, food security and sustainable development. *Economic and Political Weekly*, 40 (32).
- Cullet, P. (2007). Human rights and intellectual property protection in the TRIPS era. *Human Rights Quarterly*, 29 (2). 403.
- Dean, A. (2010). Unveiling the complexities surrounding the right to take part in cultural life: The effect of General Comment No. 21 on the legality of the French burqa ban under the ICESCR. *Am. U. Int'l L. Rev.*, 26, 1437.
- Decreux, Y., Milner, C., & Péridy, N. (2010). The Economic Impact of the Free Trade Agreement (FTA) between the European Union and Korea, Report for the European Commission, DG Trade [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2007/may/tradoc\\_134706.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2007/may/tradoc_134706.pdf).
- Deere, C. (2009). The implementation game: the TRIPS agreement and the global politics of intellectual property reform in developing countries. Oxford University Press.
- Deere, C. (2009a). The politics of intellectual property reform in developing countries. In N. W. Netanel (Ed.), *The development agenda* (pp. 111-133). Oxford University Press.
- Demsetz, H. (1967). Toward a theory of property rights. *The American Economic Review*, 57(2).
- Destler, I. M. (2007). American trade politics in 2007: Building bipartisan compromise. Peterson Institute Policy Brief. Retrieved from <https://www.ciaonet.org/attachments/4500/uploads>
- Devaiah, V. (2004). A history of patent law. Retrieved from [www.altlawforum.org/intellectual-property/publications/a-history-of-patentlaw](http://www.altlawforum.org/intellectual-property/publications/a-history-of-patentlaw), accessed 18012010.
- Dinwoodie, G. B. (2007). The architecture of international intellectual property system. In P. K. Yu (Ed.), *Intellectual property and Information wealth: issues and practices in the digital age*. (Volume 4: Greenwood Publishing Group). 481.
- Dommen, C. (2002). Raising human rights concerns in the World Trade Organization: Actors, processes and possible strategies. *Human Rights Quarterly*, 24(1), 1.
- Doners, Y. (2008). Cultural life in the context of human rights. Background paper for Day of General Discussion on the right to take part in cultural life, Committee on Economic, Social and Cultural Rights, Geneva, 8 May 2008(E/C.12/40/13).
- Donnelly, J. (2003). *Universal human rights in theory and practice*. Cornell University Press.
- Donnelly, J. (2007). The relative universality of human rights. *Human Rights Quarterly*, 29, 281-306.
- Drahos, P (1999). Intellectual property and human rights. *Intellectual Property Quarterly*, 349-371.

- Drahos, P (2002). Negotiating intellectual property rights: between coercion and dialogue. In P. Drahos & R. Mayne (eds.), *Global intellectual property rights: Knowledge, access and development* (pp. 161-182). New York: Palgrave Macmillan.
- Drahos, P. (2003). Expanding intellectual property's empire: the role of FTAs. Regulatory Institutions Network. Research School of Social Sciences, Australian National University.
- Drahos, P. (2005). An alternative framework for the global regulation of intellectual property rights. *Austrian Journal of Development Studies*, (1).
- Drahos, P (2010). *The global governance of knowledge: patent offices and their clients*. Cambridge University Press.
- Drahos, P. & Braithwaite, J. (2002). *Information feudalism: Who owns the knowledge economy?*. Earthscan.
- Drassinower, A. (2015). *What's wrong with copying?* Harvard University Press.
- Drexl, J. (2014). Intellectual property and implementation of recent bilateral trade agreement in the EU. In J. Drexl, H. G. Ruse-Khan & S. Nadde-Phlix (Eds.), *EU Bilateral Trade Agreements and Intellectual Property: For Better Or Worse?* (pp. 265-291). Berlin: Springer.
- Drexl, J. (2016). The concept of trade-relatedness of intellectual property rights in times of post-TRIPS bilateralism. In H. Ullrich, R. M. Hiltuy, M. Lamping & J. Drexl (Eds.), *TRIPS plus 20: From trade rules to market principles* (Vol. 25). Springer.
- Dreyfuss, R. C. (2015). Patents and human rights: The paradox reexamined. New York University School of Law, Public law and legal theory research paper series, working paper No. 15-35.
- Duffy, J. F. (2004). Rethinking the prospect theory of patents. *The University of Chicago Law Review*, 439-510.
- Dusollier, S., Ker, C., Iglesias, M. & Smits, Y. (2014). Contractual arrangements applicable to creators: Law and practice of selected member states. European Parliament.
- Dutfield, G. & Suthersanen, U. (2008). *Global intellectual property law* (Cheltenham: Edward Elgar) ix, 370 p.
- Dutfield, G. & Suthersanen, U. (2005). Harmonisation or differentiation in intellectual property protection? *The lessons of history*, *Prometheus*, 23:2, 131-147
- Eechoud, M. M. (2009). *Harmonizing European copyright law: the challenges of better lawmaking* (Vol. 19). Kluwer Law International.
- Eko, L. S. (2013). *American Exceptionalism, the French Exception, and Digital Media Law*, Lexington books.
- Epstein, S. R. (1998). Craft guilds, apprenticeship, and technological change in preindustrial Europe. *The Journal of Economic History*, 58(3), 684-713.
- Epstein, S. R. (2004). Property rights to technical knowledge in premodern Europe, 1300-1800. *The American Economic Review*, 94 (2), 382-387.
- Epstein, S. R. & Kuhlik B. N. (2004). Navigating the anticommons for pharmaceutical patents: Steady the course on Hatch-Waxman 1-14. Univ. of Chi. Law & Econ., Working Paper No. 209.
- Erikson, T. (2001). Between universalism and relativism: a critique of the UNESCO concepts of culture. In J. Cowan, M. B. Dembour & R. Wilson (Eds.). *Culture and rights: Anthropological perspectives*. Cambridge University Press.

- EuroISP (2015). EuroISP in South Korea to promote innovation-friendly intermediary liability environment, [Press Release]. Retrieved from <http://www.euroispa.org/euroispa-president-addresses-south-korean-ictcommunity-benefits-innovation-friendly-intermediary-liability-environment/>
- European Commission. (2004). Notice to applications, procedures for marketing authorisation, Vol. 2A, Ch. 1, Marketing Authorisation.
- European Commission. (2009) Pharmaceutical Sector Inquiry Final Report. SEC (2009) 952 final.
- European Commission. (2011). Online services, including e-commerce, in the single market [Commission staff working paper]. (COM(2011) 942). (SEC(2011) 1640). Brussels: Author.
- European Commission. (2011a). Answer given by Mr. De Gucht on behalf of the Commission. Retrieved from <http://www.europarl.europa.eu/sides/getAllAnswers.do?reference=P-2011-002242&language=HU>.
- European Commission. (2013). Report from the Commission to the European Parliament and the Council: Annual Report on the implementation of the EUKorea Free Trade Agreement. COM(2013) 100 final. Brussels: Author.
- European Commission Staff Working Document (2014). "Trade, growth and intellectual property - Strategy for the protection and enforcement of intellectual property rights in third countries" SWD(2014) 204 final, Strasbourg, 1. 7. 2014.
- European Commission. (2014). Report from the Commission to the European Parliament and the Council: Annual Report on the implementation of the EUKorea Free Trade Agreement. COM(2014) 109 final. Brussels: Author.
- European Commission. Staff Working Document (2015) "Report on the protection and enforcement of Intellectual property rights in third countries" Brussels, 1. 7. 2015 SWD(105) 132 final.
- European Commission. (2015). Report from the Commission to the European Parliament and the Council: Annual Report on the implementation of the EUKorea Free Trade Agreement. COM(2015) 139 final. Brussels: Author.
- European Commission. (2015a). Guidelines on the analysis of human rights impacts in impact assessment for trade-related policy initiatives. Brussels: Author.
- European Commission (2016). Commission Staff Working Document: Impact assessment on the modernisation of EU copyright rules (Part 3/3). SWD(2016) 301 final.
- European Commission. (2016). Evaluation of the implementation of the Free Trade Agreement between the EU and its Member States and the Republic of Korea (Inception Report). p. 75. Retrieved from [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2016/october/tradoc\\_155014.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2016/october/tradoc_155014.pdf)
- European Commission. (2016). Report from the Commission to the European Parliament and the Council: Annual Report on the implementation of the EUKorea Free Trade Agreement. COM(2016) 268 final. Brussels: Author.
- European Medicines Agency (2016) EMA Procedural advice for users of the centralised procedure for generic/hybrid applications.
- European Medicines Agency. (2016a). European Medicines Agency preauthorisation procedural advice for users of the centralized procedure.
- European Parliament. (2017). Implementation of the EU-Korea Free Trade Agreement: European Parliament resolution of 18 May 2017 on the implementation of the Free Trade Agreement between the European Union and the Republic of Korea. (2015/2059(INI)).

- European Patent Office (EPO). (2015). Annual Report 2015 - Searches, examination, oppositions. Retrieved from [http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/4C30F69F33211B6EC1257F6A0049308F/\\$File/searches\\_examinations\\_oppositions\\_en.pdf](http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/4C30F69F33211B6EC1257F6A0049308F/$File/searches_examinations_oppositions_en.pdf).
- European Union. DG for External Policies. (2013). Does ACTA still matter? Protecting intellectual property rights in international trade. Policy Briefing, EXPO/B/INTA?2013/26 (14 January 2013)
- Farah, P. D. & Tremolada, R. (2015). Global governance and intangible cultural heritage in the information society: At the crossroads of IPRs and innovation. In D. Archibugi & A. Filippetti (Eds.), *The Handbook of Global Science, Technology, and Innovation* (pp. 458-475). John Wiley & Sons.
- Faunce, T, et al. (2005). Assessing the impact of the Australia-United States Free Trade Agreement on Australian and global medicines policy. *Globalization and Health*, 1(1), 15.
- Federico, P. J. (1929). Origin and early history of patents. *Journal of the Patent Office Society*, 11, 292-305.
- Fellmeth, A. X. (2004). Secrecy, monopoly, and access to pharmaceuticals in international trade law: protection of marketing approval data under the TRIPs Agreement. *Harvard International Law Journal*, 45.
- Ficsor, M., & Mihly, J. (2012, October). The WIPO "Internet Treaties" and copyright in the "cloud". In ALAI Congress.
- Fink, C. & Elliott, K. A. (2008). Tripping over Health: U.S. policy on patents and drug access in developing countries. In N. Birdsall (Ed.), *The White House and the world: A global development agenda for the next U.S. President*. Center for Global Development: Washington, DC.
- Fisher, W. (2001). Theories of intellectual property. In S. R. Munzer (Ed.) *New Essays on the Legal and Political Theory of Property*. Cambridge.
- Fisher, W. (2016). Recalibrating originality. *Houston Law Review*, 54(2). Fishman, J. P. (2015). Creating around copyright. *Harvard Law Review*, 128, 1333.
- Flynn, S. M., Baker, B. K., Kaminski, M. E., & Koo, J. (2013). The US proposal for an intellectual property chapter in the Trans-Pacific Partnership Agreement, *American University International Law Review*, 28(1), 105-202.
- Foley, S. (2010). Buffering and the reproduction right: When is a copy a copy?, *Cybaris Intellectual Property Law Review*, 1(99).
- Forman, L. (2012). From TRIPS-Plus to Rights-Plus? Exploring right to health impact assessment of trade-related intellectual property rights through the Thai experience, *Asian Journal of WTO and International Health Law and Policy*, 7(2). 347-375.
- Forman, L., & MacNaughton, G. (2016). Lessons learned: a framework methodology for human rights impact assessment of intellectual property protections in trade agreements. *Impact Assessment and Project Appraisal*, 34(1), 55-71.
- Forsythe, D. P. (2000) *Human Rights in International Relations*.
- Frankel, S. (2012). The legitimacy and purpose of intellectual property chapters in FTAs.
- Freeman, M. (2002). *Human rights: An interdisciplinary approach*. Polity: Oxford.
- Fromer, J. C. (2010). A psychology of intellectual property. *Northwestern University Law Review*, 104(4).
- Fu, Zhengyuan (1993). *Autocratic Tradition and Chinese Politics* (London: Cambridge University Press) 401 p.

- Gallini, N. (2002). The Economics of Patents: Lessons from recent U.S. patent reform. *Journal of Economic Perspectives*, 16(2), 131-154.
- Gana, L. (1996). The myth of development, the progress of rights: Human rights to intellectual property and development. *Law & Policy* 18(2-3). 315-354.
- Ganea, Peter and Haijun, Jin (2009). 'China', in Paul Goldstein (ed.).
- Intellectual Property in Asia: Law, Economics, History and Politics (Volume 9 of MPI studies on intellectual property, competition and tax law: Springer). 357.
- Ganguli, P. (2014). The issue of working of patents and its implications for domestic trade, economic development and technology transfer. WIPO-WTO Colloquium Papers: Research papers from the WIPO-WTO colloquium for teachers of intellectual property law 2014.
- GATT. (1992). The Uruguay Round: A giant step for trade and development and a response to the challenges of the modern world. Geneva: GATT Publication Services.
- Geiger, C. (2012). *Criminal Enforcement of Intellectual Property: A handbook of contemporary research*, Edward Elgar Publishing.
- Geiger, C. (2014). Assessing the implications of ACTA for the European Union: Legitimate aim but wrong means. In Roffe, P., & Seuba, X. (Eds.). (2014). *The ACTA and the plurilateral enforcement agenda: genesis and aftermath*. Cambridge University Press.
- Geiger, C. (2015a). Copyright as an Access Right, Securing Cultural Participation Through the Protection of Creators' Interests, What if We Could Reimagine Copyright, 15-07.
- Geiger, C. (2016). Towards a balanced international legal framework for criminal enforcement of intellectual property rights. In Ullrich, H., Hilty, R. M., Lamping, M., & Drexler, J. (Eds.). (2016). *TRIPS plus 20: From Trade Rules to Market Principles* (Vol. 25). Springer. (pp. 645-680).
- Geiger, C., Gervais, D. & Senftleben, M. (2014). The three-step test revisited: How to use the test's flexibility in national copyright law. *American University International Law Review*, 29(3).
- Geist, M. (2007, February 6). The fact and fiction of camcord piracy. BBC News. Retrieved from <http://news.bbc.co.uk/2/hi/technology/6334913.stm>.
- General Secretary of the Council of the European Communities. (1981). *Records of Luxembourg Conference on the Community patent*. ECSC-EECEAEC (Luxembourg)
- George A. (2015). The metaphysics of intellectual property. *WIPO Journal* 7(1). 16-28.
- Gerhardsen, T. I. (2007, January 31). Japan resurfaces global enforcement framework: EU refers to FTAs. Retrieved from <http://www.ipwatch.org/2007/01/31/japan-resurfaces-global-enforcement-framework-eurefers-to-ftas/>.
- Gervais, D. (1998). *The TRIPS agreement: drafting history and analysis*. London: Sweet & Maxwell.
- Gervais, D. (2015). The protection of performers under U.S. law in comparative perspective. *IP Theory*, 5(1), Retrieved from <http://www.repository.law.indiana.edu/ipt/vol5/iss1/8>
- Gervais, D. (2015a). How intellectual property and human rights can live together: an updated perspective. In P. Torremans (Ed.), *Intellectual property law and human rights*. Wolter Kluwer.
- Gervais, D. (2015b). Human rights and the philosophical foundation of intellectual property. In C. Geiger (Ed.), *Research handbook on human rights and intellectual property* (pp. 89-97). Edward Elgar Publishing.
- Ghosh, S. (2003). Globalization, patents, and traditional knowledge. *Columbia Journal of Asian Law*, 17,

- Giblin, R. (2013). Evaluating graduated response. *Colum. JL & Arts*, 37, 147.
- Gibson, J. (2006). *Creating selves: Intellectual property and the narration of culture*. Ashgate Publishing.
- Gibson, J. (2011). The Directive proposal on criminal sanctions. Retrieved from <https://ssrn.com/abstract=1857174>
- Ginsburg, J. C. (2015). The author's place in the future of copyright. Columbia Law School Working Paper No. 512.
- Godoy, A. (2013). *Of medicines and markets: intellectual property and human rights in the free trade era*, Stanford University Press.
- Gold, E. R. (2013). Patents and human rights: A heterodox analysis, *The Journal of Law, Medicine & Ethics*, 41(1). 185-198.
- Goldstein, P. (2001). *International intellectual property law: Cases and materials*. New York: Foundation Press.
- Goldstone, J. A. (2009). *Why Europe?: The rise of the West in world history 1500-1850*. McGraw Hill
- Gordon, W. J. (2010). Current patent laws cannot claim the backing of human rights. In W. Grosheide (Ed.), *Intellectual Property and Human Rights: A Paradox*, (pp. 155-171). Edward Elgar.
- Gorlin, J. (1999). *An analysis of the pharmaceutical-related provisions of the WTO TRIPS (Intellectual Property) Agreement*. London: Intellectual Property Institute.
- Gorman, M. E. & Carlson, W. B. (1990). Interpreting invention as a cognitive process: The case of Alexander Graham Bell, Thomas Edison, and the telephone. *Science, Technology & Human Values*, 15(2), 131-164.
- Government of Canada. (1998). Regulatory impact analysis statement, *Canada Gazette Part 11, Vol. 132, No. 7*.
- Government of Republic of Korea. (2007). Hanmi FTA gyeongjejeok hyogwa buseok [Economic impact assessment of the Korea-US FTA]
- Government of Republic of Korea. (2010). Han-EU FTA ju-yo nae-yong [Main contents of the Korea-EU FTA].
- Grabowski, H. (2014, June). Pharmaceutical Patent Challenges and Their Implications for Innovation and Generic Competition. In *Health & Healthcare in America: From Economics to Policy*. Ashecon.
- Grabowski, H. & Kyle, M. (2007). Generic competition and market exclusivity periods in pharmaceuticals. *Managerial and Decision Economics*, 28, 491-502
- Green, M. (2000). Drafting history of the Article 15(1)(c) of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. U.N. Doc. E/C.12/2000/15.
- Griffin, J. (2011). Inconsistencies between the TPP and U.S. Law, *Public Knowledge*
- Griffiths, M., O'Callaghan, T. & Roach, S. C. (2008). *International relations: The key concepts*. London: Routledge.
- Grosheide, F. W. (2010). *Intellectual property and human rights: a paradox*. Edward Elgar Publishing.
- Gwen, H. (2007). Latest U.S. Free Trade Agreement contains new twist [Web log post]. Retrieved from <https://www.eff.org/deeplinks/2007/06/latest-u-s-fretrade-agreement-contains-new-twist>
- Halbert, D. J. (2006). The World Intellectual Property Organization: Past, Present and Future. *J. Copyright*

Soc'y USA, 54, 253.

- Handler, M. & Mercurio, B. (2016). Intellectual property. In S. Lester, B. Mercurio & L. Bartels (Eds.), *Bilateral and regional trade agreements: Analysis and commentary*. Cambridge University Press.
- Harhoff, D. et al. (2007). *The strategic use of patents and its implications for enterprise and competition policies*. Report for the European Commission.
- Harrison, J. & Goller, A. (2008). Trade and human rights: What does 'impact assessment have to offer?'. *Human Rights Law Review*, 8(4).
- Hart-Landsberg, M. (2011). Capitalism, the Korea-US Free Trade Agreement, and resistance. *Critical Asian Studies*, 43(3). 319-348.
- Haugen, H. M. (2007). Patent rights and human rights: Exploring their relationship. *The Journal of World Intellectual Property*, 10(2), 97-124.
- Haugen, H. M. (2007a). *The right to food and the TRIPS Agreement: With a particular emphasis on developing countries' measures for food production and distribution*. Brill: Linden.
- Hauns, S., & Kohlmorgen, L. (2010). Conflicts about intellectual property claims: The role and function of collective action networks. *Journal of European Public Policy*, 17(2). 242-262.
- Helfer, L. R. (2007). Toward a human rights framework for intellectual property. *UC Davis Law Review*, 40, 971.
- Helfer, L. R. (2016). Human rights and intellectual property: Mapping an evolving and contested relationship. In R. C. Dreyfuss & J. Pila (Eds.), *The Oxford handbook of intellectual property*. Oxford University Press (forthcoming), Retrieved from <https://ssrn.com/abstract=2832417>
- Helfer, L. R. & Austin, G. W. (2011). *Human rights and intellectual property: Mapping the global interface*. Cambridge University Press.
- Hemel, D. J., & Ouellette, L. L. (2016). Knowledge Goods and Nation- States. *Minnesota Law Review*. Retrieved from <https://ssrn.com/abstract=2745632>.
- Hemphill, C. S. & Sampat, B. N. (2012). Evergreening, patent challenges, and effective market life in pharmaceuticals. *Journal of Health Economics*, 21, 327- 339.
- Hesse, C. (2002). The rise of intellectual property, 700 BC-AD 2000: An idea in the balance. *Daedalus*, 131(2), 26-45.
- Hestermeyer, H. P. (2007). *Human rights and the WTO: the case of patents and access to medicines* (Oxford: Oxford University Press) xxxvi, 369 p.
- Hestermeyer, H. P. (2013). The notion of "trade-related" aspects of intellectual property rights: from world trade to EU law - and back again. *IIC International Review of Intellectual Property and Competition Law* Vol. 44 No. 8 (pp. 925-931).
- Hilaire-Perez, L. (1991). Invention and the state in 18th-century France. *Technology and Culture*, 32(4). 911-931.
- Hilty, R. M. (2016). Ways out of the trap of Article 1(1) TRIPS. In H. Ullrich, R. Hilty, M. Lamping & J. Drexel (Eds.). (2016). *TRIPS plus 20: From Trade Rules to Market Principles* (Vol. 25). Springer. (pp. 185-210).
- Ho, C. M. (2009). Current controversies concerning patent rights and public health in a world of international norm. In T. Takenake (Ed.) *Patent Law and Theory*. Edward Elgar Publishing.
- Hoeknam, B. M., Maskus, K. E. & Saggi, K. (2004). *Transfer of technology to developing countries: Unilateral and multilateral policy options*. Institute of Behavioral Science, Working Paper PEC2004-0003.

- Hughes, J. (2012). A short history of “intellectual property” in relation to copyright. *Cardozo L. Rev.*, 33(4), 1293-1340.
- Hulme, E. W. (1900). The history of the patent system under the prerogative and at common law: A sequel. *Law Quarterly Review*, 16, 44.
- IBM Belgium in association with DMI, TAC & TICON (commissioned and financed by DG Trade). ‘Trade Sustainability Impact Assessment of the EUKorea FTA: Final Report - (Phase 3)’, March 2008 Revised June 2008, URL [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2008/december/tradoc\\_141660.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2008/december/tradoc_141660.pdf)
- International Federation of the Phonographic Industry (IFPI) (2014). A written contribution of IFPI for the public consultation on the impact of intellectual property regimes on enjoyment of the right to science and culture (5 November 2014). Retrieved from [http://www.ohchr.org/Documents/Issues/CulturalRights/ConsultationIntellectual property/IFPI\\_recording\\_industry.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Issues/CulturalRights/ConsultationIntellectual%20property/IFPI_recording_industry.pdf).
- Inside US Trade (August 1, 2014) Korea moves to resolve issues flagged by U.S. as hurdles to TPP entry
- Inside US Trade (March 17, 2014). Official: U.S. hopes to consult further with Korea on TPP within weeks
- Inside US Trade (March 17, 2016). Hatch Claims KORUS Violation On Reimbursement; Others Cite Progress
- Inside US Trade (March 2015) Korea accuses U.S. of failing to provide ‘patent linkage’ for biologics
- Inside US Trade, (October 15, 2015) Froman says TPP cannot be renegotiated: Announces enforcement plan
- Intellectual Property Alliance (IIPA). (2006). 2006 Special 301 Report: South Korea. Retrieved from [http://www.iipawebsite.com/pdf/IIPA\\_KoreaFTA\\_TPSCRequest\\_to\\_Testify\\_0306.pdf](http://www.iipawebsite.com/pdf/IIPA_KoreaFTA_TPSCRequest_to_Testify_0306.pdf).
- Intellectual Property Alliance (IIPA). (2009). 2009 Special 301 Report: South Korea.
- Intellectual Property Alliance (IIPA). (2013). 2013 Special 301 Report on copyright protection and enforcement: Appendix B: Methodology. Retrieved from <http://www.iipawebsite.com/pdf/2013spec301methodology.pdf>.
- Intellectual Property and Human Rights: Report of the Secretary-General, ESCOR, Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights, 52nd Sess., Provisional Agenda Item 4, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/2001/12 (2001).
- International Federation of Pharmaceutical Manufacturers & Associations (IFPMA) (2000). Encouragement of new clinical drug development: The role of data exclusivity. Retrieved from [http://www.eldis.org/go/home&id=29224&type=Document#.WFJn\\_6KLQJE](http://www.eldis.org/go/home&id=29224&type=Document#.WFJn_6KLQJE).
- International Federation of Pharmaceutical Manufacturers & Associations (IFPMA) (2011) Data Exclusivity: Encouraging development of new medicines. Retrieved from [http://www.ifpma.org/wpcontent/uploads/2016/01/IFPMA\\_2011\\_Data\\_Exclusivity\\_\\_En\\_Web.pdf](http://www.ifpma.org/wpcontent/uploads/2016/01/IFPMA_2011_Data_Exclusivity__En_Web.pdf).
- International Federation of the Phonographic Industry (IFPI). (2013). IFPI Comments on the partial amendment of the Copyright Act in the Republic of Korea. Retrieved from <http://opennet.or.kr/wp-content/uploads/2013/04/IFPIComments-on-Partial-Amendment-of-Copyright-Act-in-South-Korea-March-20131.pdf>.
- IPWatch (2012, January 31) Brief: European Commission orders Italy to drop patent linkage delaying generics. Retrieved from <http://www.ipwatch.org/2012/01/31/european-commission-orders-italy-to-drop-patentlinkage-delaying-generics/>.
- Ishay, M. R. (2004). The history of human rights: From ancient times to the globalization era. University of California Press.

- Ivus, O. (2010). Do stronger patent rights raise high-tech exports to the developing world?. *Journal of International Economics*, 81(1), 38-47.
- Jaeger, T. (2014). IP enforcement provisions in EU Economic Partnership Agreements, In *EU Bilateral Trade Agreements and Intellectual Property: For Better or Worse?* (pp. 189-205). Berlin Heidelberg: Springer.
- Japan Patent Office. (2016). History of opposition to grant of patent. Submission to the WIPO Standing Committee on Patent. Retrieved from [http://www.wipo.int/export/sites/www/scp/en/meetings/session\\_25/comments\\_received/japan\\_3.pdf](http://www.wipo.int/export/sites/www/scp/en/meetings/session_25/comments_received/japan_3.pdf)
- Jeon, S. (1974). *Science and Technology in Korea*. Cambridge, Mass.: MIT Press. 406 p.
- Joan, C. (2016). *Law in and as Culture: Intellectual Property, Minority Rights, and the Rights of Indigenous Peoples*. Rowman & Littlefield.
- Jong, S. (2013). Fair use: a tale of two cities. In T. Takenaka (Ed.), *Intellectual property in common law and civil law* (pp. 176-194). Northampton: Edward Elgar.
- Junod, V. (2004) Drug marketing exclusivity under United States and European Union. *Food & Drug Law Journal*. Vol. 59.
- Kang, D. (2016, December 10). Korea United Pharm accelerates development of incrementally modified new drugs. (the Korea Post). Retrieved from <http://www.koreapost.com/news/articleView.html?idxno=2011>
- Kang, J-H. (2007). Understanding of Data Protection System, [presentation]
- Kapczynski, A. (2008) The access to knowledge mobilization and the new politics of intellectual property. *Yale Law Journal*, 117(5).
- Kapczynski, A. (2010). A conceptual genealogy. In G. Krikorian & A.
- Kapczynski (Eds.), *Access to knowledge in the age of intellectual property* (pp. 17-56). Brooklyn, NY: Zone Books.
- Kapczynski, A. (2012). The cost of price: Why and how to get beyond intellectual property internalism. *UCLA Law Review*, 59.
- Karjala, D. S. (2003). Distinguishing patent and copyright subject matter. *Connecticut Law Review*, 35.
- Kawohl, F. (2010). The Berlin publisher Friedrich Nicolai and the reprinting sections of the Prussian Statute Book of 1794. In R. Deazley, M. Kretschmer & L. Bently (Eds), *Privileges and property: Essays on the history of copyright*. Open Book Publishers.
- Keck, M. E. & Sikkink, K. (1998). *Activists beyond borders: Advocacy networks in international politics*. Cornell University Press.
- Kenneally, M. E. (2014). *Intellectual property rights and institutions: a pluralist account*. Doctoral dissertation, Harvard University.
- KeBler, F. (2009). Article 7. In P-T. Stoll, J. Busche & K. Arend (Eds.), *WTO -Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*. Max Planck Commentaries on World Trade Law, 7: Martinus Jijhoff Publishers.
- Khan, B. Z. (2005). *The democratization of invention: Patents and copyrights in American economic development, 1790-1920*. Cambridge University Press.
- Kieff, F. S. (2006). Coordination, property & intellectual property: An unconventional approach to anticompetitive effects & downstream access. *Emory Law Journal*, 56.

- Kim, C. (2017, May 11). Labor, drugmakers not sold on new trade accord rules. Bloomberg.
- Kim, H. C. (2012). Some consideration about the applicability of biologics to the approval-linkage system in KORUS FTA, *Ewha Law Journal*, 17(1).
- Kim, G. (2012a, June 1). Heming-wei jeojaggwonlyo 0 won... seojeom-en 'noingwa bada' milmlul [Hemingway royalty rate of KRW 0 ... tide of 'The Old Man and Sea' in bookstore]. Chosun Ilbo. Retrieved from [http://news.chosun.com/site/data/html\\_dir/2012/05/31/2012053103020.html](http://news.chosun.com/site/data/html_dir/2012/05/31/2012053103020.html).
- Kim, W. (2009). A Study on the Agreement Scheme of Trademark and Design Regimes in light of the Negotiation for the FTA between the Republic of Korea and the European Union. (Research Report for the Korean Patent Office, 31 August 2009).
- Kitch, E. W. (1977). The nature and function of the patent system. *The Journal of Law and Economics*, 20(2), 265-290.
- Kohn, M. (2008). How and why economies develop and grow: Lessons from preindustrial Europe and China. *Penn Economic History Forum*.
- Kolakowski, L. (1983). Marxism and human rights, *DAEDALUS* 112(4) Human Rights (Fall, 1983) 81-92.
- Korea Patent Office. (2016). Teugheobeob sil-yongsin-anbeob ilbu gaejeong beoblyul seolmyeongjalyl [Guide for amended laws on patent and utility model].
- Korean Publishers Association. (2006). Statement on the Korea-US FTA intellectual property negotiations. Retrieved from <http://www.kpa21.or.kr>.
- Korean Publishers Association. (2007). The second statement on the Korea-US FTA intellectual property negotiations. Retrieved from <http://www.kpa21.or.kr>. Krauss, M. I. (1999). Property rules vs. liability rules. *Encyclopedia of Law and Economics*.
- Krikorian, G. (2010). Free-trade agreements and neoliberalism: how to derail the political rationales that impose strong intellectual property protection. In G.
- Krikorian & A. Kapczynski (Eds.), *Access to knowledge in the age of intellectual property* (pp. 293-328). Brooklyn, NY: Zone Books.
- Krikorian, G. & Dorota, M. S. (2007). Intellectual property rights in the making: the evolution of intellectual property provisions in US free trade agreements and access to medicine, *The Journal of World Intellectual Property* 10.5, pp. 388-418.
- Ladas, S. P. (1975). *Patents, trademarks, and related rights: national and international protection* (Vol. 1). Harvard University Press.
- Lakatos S. & Nilsson L. (2016). The EU-Korea Free Trade Agreement: Anticipation, trade policy uncertainty and impact. Retrieved from [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/july/tradoc\\_153601.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/july/tradoc_153601.pdf).
- Landman, T. (2006). *Studying human rights*. London: Routledge.
- Lang, A. (2007). Re-thinking trade and human rights. *Tulane Journal of International and Comparative Law*, 15(2), 335-413.
- Lang, A. (2013). *World Trade Law after Neoliberalism: Reimagining the Global Economic Order*. Oxford University Press.
- Langus, G., Neven D. & Shier, G. (2013). *Assessing the economic impacts of adapting certain limitations and exceptions to copyright and related rights in the EU*. Charles River Associates study report commissioned by DG MARKT, European Commission.
- Latif, A. (2010). The emergence of the A2K movement: Reminiscences and reflections of a developing-

- country delegate. In G. Krikorian & A. Kapczynski (Eds.) *Access to knowledge in the age of intellectual property* (pp. 99-125). Brooklyn, NY: Zone Books.
- Latreille, A. (2009). *From idea to fixation: A view of protected work*. In E. Derclaye (Ed.), *Research Handbook on the Future of EU Copyright*, Edward Elgar Publishing.
  - Leaffer, M. A. (1990). *International Treaties on Intellectual Property*. Bureau of National Affairs.
  - Lee, I. B. (2000) *In search of a theory of state liability in the European Union*. Harvard Jean Monnet Working Paper 9/99.
  - Lee, S. (1999). *Ib-beob-eul tong-han sa-hoe-byeon-dong-jeon-lyag-ui yu-yongseong-gwa han-gye* [Usefulness and limitations of social reform strategy through legislative movements]. *Democratic Legal Studies*, 15. Retrieved from [http://delsa.or.kr/xe/index.php?mid=dls&page=39&document\\_srl=4460](http://delsa.or.kr/xe/index.php?mid=dls&page=39&document_srl=4460).
  - Lee, T. J. (2016). *Uiyakpum heogateukheoyeongyejedo yeonghyangpyeongga* [Impact assessment of pharmaceutical approval and patent linkage system]. Report commissioned by the Korean Ministry of Food and Drug Safety.
  - Leepuengtham, T. (2017). *The protection of intellectual property rights in outer space activities*. Edward Elgar Publishing.
  - Lemley, M. A. (2012). Contracting around liability rules, *Calif. L. Rev.*, 100.
  - Lemley, M. A. (2015). IP in a world without scarcity. *New York Law Review*, 90.
  - Lemley, M. A. (2015a). Faith-based intellectual property. *UCLA L. Rev.*, 62, 1328.
  - Lever, A. (2012). *New frontiers in the philosophy of intellectual property*, (Vol. 18). Cambridge University Press.
  - Liivak, O. & Pe alver, E. M. (2013). The right not to use in property and patent law, *Cornell Law Faculty Publications*, 98, 1437-1493.
  - Limenta, M. (2012). Open trade negotiations as opposed to secret trade negotiations: From transparency to public participation. *New Zealand Yearbook of International Law*, 10, 73-95.
  - Liu, B. P. (2012). Fighting poison with poison? The Chinese experience with pharmaceutical patent linkage. *John Marshall Review of Intellectual Property Law*, 11, 623.
  - Liu, D. (2009). Reflections on lack of a patent system throughout China's long history. *The Journal of World Intellectual Property*, 12(2), 122-136.
  - London, L., Cox, H. & Coomans, F. (2016). Multidrug-resistant TB: Implementing the right to health through the right to enjoy the benefits of scientific progress, *Health and Human Rights Journal*, 18(1), 25-41.
  - Long, P. O. (1991). Invention, authorship, "intellectual property," and the origin of patents: Notes toward a conceptual history. *Technology and Culture*, 32(4), 846-84.
  - Machlup, F & Penrose, E (1950). The patent controversy in the nineteenth century. *The Journal of Economic History*, 10 (1). 1-29.
  - Machlup, F. (1958). *An economic review of the patent system* (Study No. 15 of the U.S. Senate Subcommittee on Patents, Trademarks and Copyrights). U.S. Government Printing Office.
  - Machnicka, A. A. (2016). TRIPS and climate change in the international economic order. In H. Ullrich, R. Hilty, M. Lamping & J. Drexel (Eds.), *TRIPS plus 20: From Trade Rules to Market Principles* (pp. 416-443). Springer.
  - MacLeod, C (1988). *Inventing the industrial revolution: The English patent system, 1660-1800*.

Cambridge University Press.

- MacLeod, C (1991). The paradoxes of patenting: Invention and its diffusion in 18th- and 19th-century Britain, France, and North America. *Technology and Culture*, 32 (4). 885-910.
- Malcolm, J. (2010). *Access to Knowledge: A Guide for Everyone*. Consumers International.
- Mandich, G. (1948). Venetian patents (1450-1550). *Journal of Patent and Trademark Office Society*, 30, 166.
- Manta, I. D. (2016). Branded. *Southern Methodist University Law Review*, 69, 713-757.
- Manyin, M. E. & Cooper, W. H. (2006 - [CRS-Report 2006]) The proposed South Korea-U.S. Free Trade Agreement (KORUSFTA). CRS Report for Congress.
- Marchesoni, E. (2011). Commission commences action against Italy over to Article 68.1bis IPC. Retrieved from <http://www.twobirds.com/en/news/articles/2012/commission-commencesaction-against-italy>.
- Martin, H-L. (2011). Capitalism, the Korea-U.S. Free Trade Agreement, and resistance. *Critical Asian Studies*, 43(3), 319-348.
- Marx, J. (2010). Path dependency and change in international relations: Institutional dynamics in the field of intellectual property rights. *Historical Social Research*, 35(3), 175-199.
- Maskus, K. E. (2014). Assessing the development promise of IP provisions in EU economic partnership agreements. In J. Drexler, H. G. Ruse-Khan & S. Nadde-Phlix (Eds.), *EU Bilateral Trade Agreements and Intellectual Property: For Better or Worse?* (pp. 171-188), Springer.
- Maskus, K. E. & Saggi, K. (2015). International technology transfer: An analysis from the perspective from developing countries. WIPO CDIP/14/INF/11, Annex I.
- Matthews, D. (2002). *Globalising intellectual property rights: The TRIPs agreement*. London: Routledge.
- May, C. (2000). *A global political economy of intellectual property rights: The new enclosures?*. New York: Routledge.
- May, C. (2006). The Venetian moment: New technologies, legal innovation and the institutional origins of intellectual property. In D. Vaver (Ed.), *Intellectual property rights: Critical concepts in law*, (pp. 7-30). Routledge.
- May, C. (2007). *The World Intellectual Property Organization: Resurgence and the Development Agenda*. Routledge.
- May, C. & Sell, S. (2006). *Intellectual property rights: A critical history*. Lynne Rienner Publishers.
- McMullin, E. (1985). Openness and secrecy in science: Some notes on early history. *Science, Technology & Human Value*, 10 (2). 14-22.
- Médecins Sans Frontières (MSF). (2005). Data exclusivity in international trade agreements: What consequences for access to medicines?
- Meltzer, E. K. (2015). TPP: What the government use of software provisions mean, IPWatchdog. Retrieved from <http://www.ipwatchdog.com/2015/11/02/tpp-what-the-government-use-ofsoftware-provisions-mean/id=62801/>
- Mendenhall, J. (2005). Testimony of James Mendenhall (General Counsel for the Office of the USTR) before the US Senate. Retrieved from <https://www.judiciary.senate.gov/imo/media/doc/Mendenhall%20Testimony%20052605.pdf>.
- Menell, P. S. (1999). Intellectual property: General theories. In B. Bouckaert & G. de Geest (Eds.) *Encyclopedia of law and economics*. Elgar: Northampton, UK. 129-188.

- Menke, C., & Pollmann, A. (2007). *Philosophie der Menschenrechte zur Einführung*. Hamburg: Junius.
  - Merges, R. P. (1994). Of property rules, Coase, and intellectual property, *Columbia Law Review*, 94, 2655.
  - Merges, R. P. (1996). Contracting into liability rules: intellectual property rights and collective rights organizations, *CALIF. L. REV.*, 84.
  - Merges, R. P. (2011). *Justifying intellectual property*. Harvard University Press.
- Meshbeshier, T. M. (1996). Role of history in comparative patent law. *Journal of Patent and Trademark Office Society*, 78, 594.
- Milly, T. (2015). The constitutionalization of the European legal order: Impact of human rights on intellectual property in the EU. In C. Geiger (Ed.) *Research Handbook on Human Rights and Intellectual Property*. Edward Elgar Publishing. (pp. 103-131).
  - Minero, G. (2015). Intellectual property rights and human rights: Coinciding and cooperating. In P. Torremans (Ed.), *Intellectual Property and human rights*. (Vol. 34, Third Edition). Kluwer Law International (pp. 163-184).
  - Moky, J. (1990). *The lever of riches: Technological creativity and economic progress*. Oxford University Press.
  - Monteiro, G. & Pereira, A. (2010). From growth spurts to sustained growth. *Discussion Papers in Economics*. Retrieved from [www.lse.ac.uk/collections/economicHistory/seminars/pereira.pdf](http://www.lse.ac.uk/collections/economicHistory/seminars/pereira.pdf).
  - Moon, S. & Wolfgang H. (2013). *Informal norms in global governance: Human rights, intellectual property rules and access to medicines*, Ashgate Publishing, Ltd.
  - Moore, A. D. (2003). Intellectual property, innovation, and social progress: The case against incentive based arguments. *Hamline L. Rev.*, 26, 601-713.
  - Morgan, M. R. (2010). Regulation of innovation under follow-on biologics legislation: FDA exclusivity as an efficient incentive mechanism. *Colum. Sci. & Tech. L. Rev.*, 11, 93-100.
  - Morgera, E. (2015). Fair and equitable benefit-sharing at the cross-roads of the human right to science and international biodiversity law, *Laws*, 4(4), 803-831.
  - Morijn, J. (2008). The place of cultural rights in the WTO system. In M. Scheinin (Ed.), *Cultural human rights*. Martinus Nijhoff Publishers.
  - Morin, J. F. (2009). Multilateralizing TRIPs-plus agreements: Is the US strategy a failure?. *The Journal of World Intellectual Property*, 12(3), 175-197.
  - Morin, J. F. & Bannerman, S. (2015). Tigers and dragons at the world intellectual property organization. In *Rising Powers and Multilateral Institutions* (pp. 219-237). Palgrave Macmillan UK.
  - Morsink, J. (1999). *The Universal Declaration of Human Rights: Origins and intent*. University of Pennsylvania Press.
  - Mun, S. H. (2008). *Culture-related aspects of intellectual property rights: A cross-cultural analysis of copyright*. PhD Dissertation, University of Texas at Austin.
  - Mungan, M. C. (2015). Less protection, more innovation?. *Supreme Court Economic Review*, 22(1), 123-146.
  - Munzer, S. R. (2012). Corrective justice and intellectual property rights in traditional knowledge. In A. Lever (Ed.) *New frontiers in the philosophy of intellectual property*. Cambridge University Press.
  - Mylly, T. (2011). Criminal enforcement and European Union Law. In Geiger C. (Eds.). *Criminal*

enforcement of intellectual property: A handbook of contemporary research. Edward Elgar Publishing.

- Mylly, T. (2015). The constitutionalization of the European legal order: Impact of human rights on intellectual property in the EU. In C. Geiger (Ed.), *Research Handbook on Human Rights and Intellectual Property*. Edward Elgar Publishing.
- Nam, H. (2013). National human rights body recommends abolishing threestrike-out rule [Web log post]. Retrieved from <http://hurips.blogspot.kr/2013/03/national-human-rights-bodyrecommends.html>.
- Nam, H. (2015). US Ambassador confirmed patent linkage under FTA includes biologics [Web log post]. Retrieved from <http://hurips.blogspot.kr/2015/03/usambassador-confirmed-patent-linkage.html>.
- Nam, H., Lee, E., Kim, J. & Oh, B. (2007). *Comprehensive analysis report on the Korea-US FTA*, Korean National Assembly.
- Nam, Y. (2008). Han-EU FTA hyeob-sang-ui jeo-jag-gwon non-ui-e gwan-han so-go [A study on negotiation of copyright at the Korea-EU FTA]. *Copyright Quarterly* Vol. 82 (pp. 4-19).
- Nard, C. A. & Morriss, A. P. (2006). Constitutionalizing patents: from Venice to Philadelphia. *Review of Law and Economics*, 2(2).
- Nard, C. A., Barnes, D. W. & Madison, M. J. (2008). *The law of intellectual property* (2nd edition). Aspen Publishing.
- Needham, J. & Tsien, T. (1985). *Science and civilisation in China*. Volume 5, *Chemistry and chemical technology*. Cambridge University Press.
- Nersessian, N. J. (2005). Interpreting scientific and engineering practices: Integrating the cognitive, social, and cultural dimensions. In K. Gorman, R.
- Tweney, D. Gooding & A. Kincannon (Eds.), *New directions in scientific and technical thinking*. Erlbaum.
- New, W. (2013, November 28). USTR says its TPP proposal on IP and public health shows flexibility. IP-Watch. Retrieved from <http://www.ipwatch.org/2013/11/28/ustr-says-its-tpm-proposal-on-ip-and-public-healthshows-flexibility>.
- Nimmer, D. (2001). Copyright in the dead sea scrolls: Authorship and originality, *Hous. L. Rev.*, 38.
- Noh, J. H. (2006, October 26). Ooetongbu, daleun jeongbubucheoe 'jjaegwon' ablyeog [Trade Ministry's pressure on other government departments for IPRs]. *Pressian News*.
- North, D. C. & Thomas, R. P. (1973). *The rise of the Western world: A new economic history*. Cambridge University Press.
- Nussbaum, M. C. (1997). Capabilities and human rights. *Fordham Law Review*, 66(2).
- Nussbaum, M. C. (1997a) Flawed foundations: The philosophical critique of (a particular type of) economics. *The University of Chicago Law Review*, 64(4).
- Oddi, A. S. (2002). Assault on the Citadel: Judge Rich and computer-related inventions. *Houston L. Rev.*, 39, 1033
- Oguamanam, C. (2009). Beyond theories: Intellectual property dynamics in the global knowledge economy. *Wake Forest Intellectual Property Law Journal* 9(2).
- Ohly, A. (2009). Economic rights. In E. Derclaye (Ed.), *Research Handbook on the Future of EU Copyright*. Edward Elgar Publishing.
- Ohly, D. (2010). Hatch-Waxman Act: Prescriptions for innovative and inexpensive medicines. First presented at the AIPLA 2010 Spring Meeting, 2010.

- Okediji, R. (2007). The limits of development strategies at the intersection of intellectual property and human rights. In D. J. Gervais (Ed.), *Intellectual property, trade and development*. Oxford University Press.
- Oliar, D. (2004). The origins and meaning of the intellectual property clause. Retrieved from [cyber.law.harvard.edu/ip/oliar\\_ipclause.pdf](http://cyber.law.harvard.edu/ip/oliar_ipclause.pdf).
- Otieno, N. C. (1970). Science and culture. In UNESCO. (Ed.). *Cultural rights as human rights: Studies and documents on cultural policies*.
- Pagano, U. (2014). The crisis of intellectual monopoly capitalism. *Cambridge Journal of Economics*, beu025.
- Park, M. (2009). Framing free trade agreements: The politics of nationalism in the anti-neoliberal globalization movement in South Korea. *Globalizations*, 6(4), 451-466.
- Patterson, L. R. (1968). *Copyright in historical perspective*. Vanderbilt University Press.
- Peng, M., Aslstrom D., Carraher, S. & Shi W. (2017). History and the debate over intellectual property. *Management and Organization Review*, 13(1), 15-38.
- Petersmann, E-U. (2005). Human rights and international trade law: Defining and connecting the two fields. In T. Cottier, J. Pauwelyn & E. Burgi. (Eds.). *Human Rights and International Trade*. Oxford University Press.
- Pharmaceutical Research and Manufacturers of America (PhRMA) (February 11, 2016). Written Submission, Trans-Pacific Partnership Agreement: Likely impact of on the U.S. economy and on specific industry sectors, Investigation No. TPA-105-001.
- Picciotto, S. (2002). Defending Public Interests in TRIPS and WTO. In P. Drahos & R. Mayne (Eds.). *Global Intellectual Property Rights: Knowledge, Access and Development* (pp. 224-243). Palgrave Macmillan UK.
- Picciotto, S. (2007). The WTO as a node of global governance: economic regulation and human rights discourses, *Law, Social Justice & Global Development Journal (LGD)*, 2007:1.
- Pila, J. (2010). Copyright and its categories of original works. *Oxford Journal of Legal Studies*. 30(2), 229-254.
- Pila, J. & Torremans, P. (2016) *European intellectual property law*. Oxford University Press.
- Pitschas, C. (2014). Economic Partnership Agreements and EU trade policy: Objectives, competences, and implementation. In J. Drexl, H. G. Ruse-Khan, & S. Nadde-Phlix. (Eds.). *EU Bilateral Trade Agreements and Intellectual Property: For Better Or Worse?* (pp. 209-240). Berlin: Springer.
- Plomer, A. (2013). The human rights paradox: Intellectual property rights and rights of access to science. *Human Rights Quarterly*, 35(1), 143-175.
- Plomer, A. (2015). *Patents, human rights and access to science*. Edward Elgar Publishing.
- Pohlmann, H. (1961). The inventor's right in early German law: Materials of the time from 1531 to 1700. *Journal of Patent Office Society*, 43, 121-39.
- Posner, R. A. (1998). *Economic analysis of law*. Aspen Publisher.
- Prager, F. D. (1944). A history of intellectual property from 1545 to 1787. *Journal of Patent Office Society*, 26(11), 711-760.
- Prager, F. D. (1961). Historical background and foundation of American patent law. *Am. J. Leg. Hist.*, 5.
- Prost, A., & Winter, J. (2013). *René Cassin and human rights: from the Great War to the Universal Declaration*. Cambridge University Press.

- Prott, L. (1998). Understanding one another on cultural rights. In H. Niec. (Ed.). *Cultural rights and wrongs - A collection of essays in commemoration of the 50th anniversary of the Universal Declaration of Human Rights*. UNESCO Publishing: Paris.
- Pugatch, M. P. (2004). Intellectual property and pharmaceutical data exclusivity in the context of innovation and market access. *ICTSD-UNCTAD Dialogue on Ensuring Policy Options for Affordable Access to Essential Medicines*, Bellagio, Italy.
- Rahmatian, A. (2009). Dealing with rights in copyright-protected works: assignments and licenses. In E. Derclaye (Ed.) *Research Handbook on the Future of EU Copyright*, Edward Elgar Publishing.
- Rajagopal, B. (2003). International law and social movements: Challenges of theorizing resistance. *Colum. J. Transnat'l L.*, 41, 397.
- Ramalho, A. (2016). The competence of the European Union in copyright lawmaking: A normative perspective of EU powers for copyright harmonization. Springer.
- Ramello, G. B. (2008). Access to vs. exclusion from knowledge: Intellectual property efficiency and social justice. In A. Gosseries, A. Marciano & A. Strowel (Eds.) *Intellectual property and theories of justice* (pp. 73-93). Palgrave Macmillan.
- Randall, T. (2013). Patent harmonization in the 21st century: Narrowing the issues. *Virginia State Bar*
- Report of the Special Rapporteur in the field of cultural rights: Patent policy and the right to science and culture (2015) UN Doc A/70/279
- Report of the Special Rapporteur in the field of cultural rights: Copyright policy and the right to science and culture (2014) UN Doc A/HRC/28/57
- Richardson, G. (2004). Guilds, laws, and markets for manufactured merchandise in late-medieval England. *Explorations in Economic History*, 41(1), 1-25.
- Riegel, J. (2008). Confucius. In E. N. Zalta. (Ed.) *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*.
- Rodolfo, A. R. Manuel Perez Rocha L.m (2007) "The EU-Mexico Free Trade Agreement Seven Years On - A warning to the global South" *Transnational Institute Mexican Action Network on Free Trade (RMALC) ICCO*, June 2007.
- Roffe, P. (2014). Intellectual property chapters in free trade agreements: Their significance and systemic implications. In J. Drexler, H. G. Ruse-Khan, S. Nadde-Phlix. (Eds.). *EU Bilateral Trade Agreements and Intellectual Property: For Better Or Worse?* (pp. 17-40) Berlin: Springer.
- Roffe, P. & Veal, G. (2009). The WIPO Development Agenda in an historical and political context. In N. W. Netanel. (Ed.). *The development agenda: Global intellectual property and developing countries*. Oxford University Press, 79-110.
- Romainville, C. (2015). Defining the right to participate in cultural life as a human right. *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 33(4), 405-436.
- Rosenbaum, A. S. (1980). *The philosophy of human rights: International perspectives*. Aldwych: London.
- Rubin, P. H. & Klumpp, T. (2012). Property rights and capitalism. In D. C. Mueller (Ed.) *The Oxford handbook of capitalism*. Oxford University Press.
- Rubinson, M. (2017). Exploring the Trans-Pacific Partnership's complexities through the lens of its intellectual property rights chapter. *Emory Int'l L. Rev.*, 31, 449.
- Rucker, P. (2017, April 28). Trump: 'We may terminate' U.S.-South Korea trade agreement. *The Washington Post, Politics News*.

- Ruse-Khan, H. G. (2009). Time for a paradigm shift?: Exploring maximum standards in international intellectual property protection. *Trade, Law and Development*, 1 (1). 56-102.
- Ruse-Khan, H. G. (2011). The international law relations between TRIPS and subsequent TRIPS -plus free trade agreements: towards safeguarding TRIPS flexibilities?. *Journal of Intellectual Property Law*, 18(2), 1.
- Ruse-Khan, H. G. (2011a). A trade agreement creating barriers to international trade?: ACTA border measures and goods in transit. *American University International Law Review* 26 no. 3 (2011): 645-726.
- Ruse-Khan, H. G. (2016) IP and trade in a post-TRIPS environment. In H. Ullrich, R. Hilty, M. Lamping & J. Drexler (Eds.), *TRIPS plus 20: From Trade Rules to Market Principles* (pp. 163-184). Springer.
- Ryan, M. P. (1998). *Knowledge diplomacy: global competition and the politics of intellectual property*. Washington, D.C.: Brookings Institution Press.
- Saez, C. (2017, June 15). TRIPS Council members: Defining IP rights and the public interest. Retrieved from <https://www.ip-watch.org/2017/06/15/trips-council-members-defining-ip-rights-public-interest/>
- Samuelson, P. (2015). Justifications for copyright limitations & exceptions. Forthcoming chapter in R. Okediji. (Ed.). *Copyright Law in an Age of Limitations and Exceptions*. Retrieved from <https://ssrn.com/abstract=2476669>
- Samuelson, P. & Wheatland, T. (2009). Statutory damages in copyright law: A remedy in need of reform. *William & Mary Law Review*, 51, 439; UC Berkeley Public Law Research Paper No. 1375604.
- Saul, B., Kinley, D., & Mowbray, J. (2014). *The international covenant on economic, social and cultural rights: commentary, cases, and materials*. OUP Oxford.
- Sawyer, R. K. (2012). *Explaining creativity: the science of human innovation*. (2nd edition). Oxford University Press.
- Scellato, G. et al. (2011). *Study on the quality of the patent system in Europe*. Report to the European Commission.
- Schankerman, M. & Schuett, F. (2017). *Screening for patent quality: Examination, fees, and the courts*. Written submission to the USPTO. Retrieved from [https://www.uspto.gov/sites/default/files/documents/Schankerman\\_patent\\_screening\\_final.pdf](https://www.uspto.gov/sites/default/files/documents/Schankerman_patent_screening_final.pdf).
- Scotchmer, S. (2004). *Innovation and incentives*. The MIT Press.
- Secretary-General, U. N. (2016). *The United Nations Secretary-General's High-Level Panel on Access to Medicines Report: promoting innovation and access to health technologies*. Retrieved from <http://www.unsgaccessmeds.org/finalreport/>.
- Seel, N. M. (2013). Mental models and creative invention. In E. G. Carayannis (Ed.), *Encyclopedia of Creativity, Invention, Innovation, and Entrepreneurship* (pp 1244-1251). Springer.
- Sell, S. K. (2003). *Private power, public law: the globalization of intellectual property rights* (Cambridge studies in international relations: Cambridge: Cambridge University Press) xv, 218 p.
- Sell, S. K. (2010). TRIPS was never enough: Vertical forum shifting, FTAs, ACTA, and TPP. *J. Intell. Prop. L.*, 18, 447.
- Sell, S. K. (2010a). *The global IP upward ratchet, anti-counterfeiting and piracy enforcement efforts: The state of play*. PIIP Research Paper no. 15. American University Washington College of Law, Washington, DC.
- Sell, S. K. (2013). Revenge of the "Nerds": Collective action against intellectual property maximalism in the global information age. *International Studies Review*, 15(1). 67-85.

- Sen, A. K. (2009). *The ideas of justice*. Penguin Books.
- Seuba, X. (2008). Human rights and intellectual property rights. In C. M. Correa (Ed.). *Intellectual property and international trade: The TRIPS Agreement*. Kluwer Law International.
- Seville, C. (2016). *EU intellectual property law and policy*. (2nd edition) Edward Elgar Publishing.
- Sganga, C. (2015). Right to culture and copyright: Participation and access. In C. Geiger (Ed.). *Research Handbook on Human Rights and Intellectual Property*, Edward Elgar Publishing.
- Shao, K. (2005). Alien to copyright?: A reconsideration of the Chinese historical episodes of copyright. *Intellectual Property Quarterly*, 4, 400.
- Shao, K. (2006). What may validate intellectual property in the traditional Chinese mind?: Examining the US-China IP disputes through a historical inquiry. *Journal of Information, Law & Technology*, 1, 1-22.
- Shaver, L. (2010). The Right to science and culture. *Wisconsin Law Review*, 6(1), 121-184.
- Shaver, L. (2016). Intellectual property and the right to science and culture: The reports of the Special Rapporteur in the field of cultural rights. In C. Geiger. (Ed.). *Intellectual property and access to science and culture: Convergence of conflict?* (pp. 30-41). CEIPI-ICTSD publication series.
- Shaver, L. & Sganga, C. (2009). The right to take part in cultural life: Copyright and human rights. *Wis. Int'l LJ*, 27, 63.
- Shi, J. (2013). *Free trade and cultural diversity in international law*. Bloomsbury Publishing.
- Shi, W. (2008). *Intellectual property in the global trading system: EU-China perspective*. Berlin: Springer.
- Shin, H. E. (2014). Ulinala jeyagsan-eob siljeong-e buhabhaneun hangughyeong heogateugheoyeongyejedoui sihaengbang-an [Implementation scheme of the Korean-type patent-approval linkage system in accordance with Korean pharmaceutical industries]. *Anam Law Review*, 43(0), 1083-1118.
- Shugurov M. V. (2015). Perspectives of international technology transfer in the TRIPS-plus era: Problems and solutions. *European Journal of Social and Human Societies*, 5(1).
- Silbey, J. (2010). Comparative tales of origins and access: Intellectual property and the rhetoric of social science. *Case Western Reserve Law Review*, 61(1), 195-267.
- Simon, B. (2003). Analysis of security vulnerabilities in the movie production and distribution process. The 2003 ACM Workshop on DRM.
- Smiers, J. (2008). No copyright and no domination of cultural markets: Two conditions for realizing active participation in cultural life. UN CESCRE/C.12/40/6
- Sohn, P. (1997). Invention of metal movable type in Goryeo. In Korean National Commission for UNESCO (Ed.), *Ancient Printing Culture in the West and the East*, 139.
- Spinello, R. A. & Tavani, H. T. (2005). *Intellectual property rights in a networked world: theory and practice*. Idea Group Pub.
- Stamatopoulou, E. (2008). The right to take part in cultural life. UN CESCRE/C.12/40/9
- Stavenhagen, R. (2001). Cultural rights: A social science perspective. In A. Eide, C. Krause & A. Rosas (Eds.) *Economic, social and cultural rights*. The Hague: Kluwer Law International.
- Stilwell, M & Tuerk, E. (2010). Non-violation complaints and the TRIPS Agreement: Some consideration for WTO members. Retrieved from [www.ciel.org/Publications/Nonviolation\\_Paper1.pdf](http://www.ciel.org/Publications/Nonviolation_Paper1.pdf).
- Storton, G. (2012). Patent linkage and the TPP: Commercial considerations relevant to TPP [PowerPoint

slides]. Retrieved from <http://infojustice.org/wpcontent/uploads/2012/03/Storton-Geraldine-HSP-TPP-Patent-Linkage-thehypothetical-case.pptx>.

- Summers, S., Schwarzenegger, C., Ege, G., & Young, F. (2014). *The emergence of EU criminal law: Cyber crime and the regulation of the information society*. Bloomsbury Publishing.
- Sun, H. (2010). *TRIPS and non-violation complaints: From a public health perspective*. Retrieved from [www.cid.harvard.edu/cidtrade/Papers/Sun-TRIPS.pdf](http://www.cid.harvard.edu/cidtrade/Papers/Sun-TRIPS.pdf).
- Sunder M. (2006). *IP3*. *Stanford Law Review* 59, 257-332.
- Susan, S. (1988). *States and markets*. London: Pinter.
- Suthersanen, U. (2005). The future of copyright reform in developing countries: Teleological interpretation, localized globalism and the “public interest” rule. In UNCTAD-ICTSD dialogue on IPRs and sustainable development: Intellectual property and sustainable development: revising the agenda in a new context. (Bellagio, Italy).
- Suttmeier, R. P. & Yao, X. (2011). *China’s IP transition: Rethinking intellectual property rights in a rising China*. NBR Special Report 29. Seattle: National Bureau of Asian Research.
- Syam, N. & Tellez, V. M. (2016). *Innovation and global intellectual property regulatory regimes: The tension between protection and access*. South Center.
- Sykes, A. O. (2002). *TRIPS, pharmaceuticals, developing countries, and the Doha solution*. *Chicago Journal of International Law*, 3(1), 47-68.
- Tamura, Y. (2009). *Rethinking copyright institution for the digital age*. *The WIPO Journal*, 2009(1), 63-74.
- The Advisory Committee for Trade Policy and Negotiations (2007). *Report to the President, the Congress and the United States Trade Representative on the U.S.-Korea Free Trade Agreement (KORUS)*. April 26, 2007.
- The Committee on Economic, Social and Cultural Rights (1990). *General Comment No. 3: The Nature of States Parties Obligations (Art. 2, Par. 1)*. ¶ 10, U.N. Doc. E/1991/23 (Dec. 14, 1990).
- The Committee on Economic, Social and Cultural Rights (2001). *Substantive issues arising in the implementation of the international covenant on economic, social and cultural rights: Human rights and intellectual property*, UN Doc. E/C. 12/2001/15.
- The Committee on Economic, Social and Cultural Rights (2006). *General Comment No. 17: The Right of Everyone to Benefit from the Protection of the Moral and Material Interests Resulting from Any Scientific, Literary or Artistic Production of Which He Is the Author (Art. 15(1)(c))*. U.N. Doc. E/C.12/GC/17 (Jan. 12, 2006).
- The European Patent Office (EPO). (2016). *Unitary patent & Unified Patent Court*. Retrieved from <https://www.epo.org/law-practice/unitary.html>.
- The Industry Trade Advisory Committee on Intellectual Property Rights (ITAC-15). *Advisory Committee Report to the President, the Congress and the U.S. Trade Representative on the Trans-Pacific Partnership Trade Agreement*, December 3, 2015
- Thomas, J. R. (2015). *End of patent medicines: Thoughts on the rise of regulatory exclusivities*. *Food & Drug LJ*, 70, 39.
- Thornberry, P. (2008). *Cultural rights and universality of human rights*. Background paper for Day of General Discussion on the right to take part in cultural life, Committee on Economic, Social and Cultural Rights, Geneva, 8 May 2008 (E/C.12/40/15).

- Timmermann, C. (2014). Sharing in or benefiting from scientific advancement?. *Science and Engineering Ethics*, 20(1), 111-133.
- Torremans, P. (2004). Copyright as a human right. In P. Torremans (Ed.), *Copyright and human rights: Freedom of expression, intellectual property, privacy*. Kluwer Law International.
- Torremans, P. (2015). Copyright (and other intellectual property rights) as a human right. In P. Torremans (Ed.), *Intellectual Property and human rights*. Kluwer Law International.
- Tso, C-D. (2014). The role of the United States in cross-strait economic integration [presentation paper at the Conference on "The Politics of Polarization: Taiwan in Comparative Perspective", Center on Democracy, Development, and the Rule of Law, Stanford University, October 17 - 18, 2014] retrieved from <https://cddrl.fsi.stanford.edu/sites/default/files/tso.us-role-incross-strait-economic-integration-1018.pdf>.
- Tully, S. R. (2016). Free Trade Agreements with the United States: 8 Lessons for Prospective Parties from Australia's Experience. *British Journal of American Legal Studies*, 5, 395.
- U.N. Econ. & Soc. Council (2000). Sub-Commission on the Protection and Promotion of Human Rights, 'Intellectual Property Rights and Human Rights', Res. 2000/7, E/CN.4/Sub.2/2000/L.20, para 3. (2000)
- U.N. Econ. & Soc. Council (2001). Sub-Commission on the Promotion & Prot. of Human Rights, 'The Impact of the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights on Human Rights: Report of the High Commissioner', U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/2001/13.
- U.N. Econ. & Soc. Council (2003). 'Economic, Social and Cultural Rights: Globalization and its Impact on the Full Enjoyment of Human Rights' (Final Report submitted by J. Oloka-Onyango and Deepika Udagama, in accordance with Sub-Commission decision 2002/105, 25 June 2003). E/CN.4/Sub.2/2003/14.
- U.S. Chamber of Commerce. (2017). The roots of innovation: International IP Index (Fifth Edition). Retrieved from [http://www.theglobalipcenter.com/wpcontent/uploads/2017/02/GIPC\\_IP\\_Index\\_2017\\_Report.pdf](http://www.theglobalipcenter.com/wpcontent/uploads/2017/02/GIPC_IP_Index_2017_Report.pdf).
- U.S. Copyright Office. (2017). Study on the moral rights of attribution and integrity. *Federal Register* Vol. 82, No. 13 [Docket No. 2017-2].
- U.S. Department of Justice. (USDoJ) (2013). *Prosecuting intellectual property crimes* (4th Ed.).
- U.S. Federal Trade Commission. (2009). *Emerging health care issues: followon biologic drug competition*. Federal Trade Commission, Washington.
- Ueno, T. (2009). Rethinking the provisions on limitations of rights in the Japanese Copyright Act - Toward a Japanese-style "fair use" clause. *AIPPI Journal*, July 2009.
- Ueno, T. (2009). Rethinking the provisions on limitations of rights in the Japanese Copyright Act - Toward a Japanese-style "fair use" clause -. *AIPPI Journal*, July 2009.
- UK Patent Office. (2012). Analysis of the responses to the UK consultation on grace periods for patents (April 30, 2002). Retrieved from <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140603093549/http://www.ipo.gov.uk/response-grace.pdf>.
- UNCTAD-ICTSD, United Nations Conference on Trade Development & The International Centre for Trade Sustainable Development (2005). *Resource Book on TRIPS and Development*. (Cambridge University Press) 829p.
- UNCTAD, United Nations Conference of Trade and Development. (2014).
- *Transfer of technology and knowledge sharing for development: Science, technology and innovation issues for developing countries*. United Nations Publication.

- United Nations Conference on Trade and Development, UNCTAD (1974). 'Major issues arising from the transfer of technology. A Case Study of Spain', Report by the UNCTAD secretariat.
- United Nations. (1950). Yearbook of the United Nations 1948-1949. United National Publications: U.S.A.
- United State Copyright Office. (2017). Study on the moral rights of attribution and integrity. Notice of Inquiry: January 23, 2017. Retrieved from <https://www.copyright.gov/policy/moralrights/>.
- United States Copyright Office. (2015). Section 1201 Study: Notice and request for public comment. Federal Register, 80(249).
- United States Federal Trade Commission (USFTC). (2003). To Promote Innovation: The Proper Balance of Competition and Patent Law and Policy.
- United States Government Accountability Office (USGAO). (2007). Intellectual property: U.S. trade policy guidance on WTO declaration on access to medicines may need clarification (Report to congressional requesters).
- United States Government Accountability Office (USGAO). (2016). Intellectual property: Patent Office should define quality, reassesses incentives, and improve clarity (Report to the Chairman, Committee on the Judiciary, House of Representatives).
- United States Trade Representative (USTR). (2007). The Advisory Committee for Trade Policy and Negotiations, Report to the President, the Congress and the United States Trade Representative on the U.S.-Korea Free Trade Agreement (KORUS), April 26, 2007, The U.S.-Korea Free Trade Agreement: Economic Opportunity, Strategic Imperative.
- United States Trade Representative (USTR). (n. d.). TPP Made in America: the Trans-Pacific Partnership. Retrieved from <https://ustr.gov/sites/default/files/TPP-Promoting-Digital-Trade-Fact-Sheet.pdf>.
- Valdés, R. & McCann, M. (2014). Intellectual property provisions in regional trade agreement: revision and update. (WTO Staff Working Paper ERSD-2014-14).
- Vallés, R. C. (2009). The requirement of originality. In E. Derclaye (Ed.) Research Handbook on the Future of EU Copyright, Edward Elgar Publishing.
- Van Overwalle, G. (2010). Human rights limitations in patent law, Intellectual Property and Human Rights: A Paradox (2010): 236-271.
- Vanheusden, E. (2007). Performer's rights in European legislation: situation and elements for improvement. Retrieved from [http://www.aepoartis.org/usr/AEPOARTIS%20Studies/Study%20Performers%20Rights%20in%20Acquis\\_AEPOARTIS.pdf](http://www.aepoartis.org/usr/AEPOARTIS%20Studies/Study%20Performers%20Rights%20in%20Acquis_AEPOARTIS.pdf)
- Vincent, R. J. (1986). Human rights and international relations. Cambridge University Press.
- von Lewinski, S. (2008). Indigenous heritage and intellectual property: genetic resources, traditional knowledge, and folklore. Kluwer Law Intl.
- Walker, S. (2006) A human rights approach to the WTO's TRIPS Agreement. In F. M. Abbott, C. Breining-Kaufmann & T. Cottier (Eds.). International trade and human rights: Foundations and conceptual issues (pp. 171-180). The University of Michigan press.
- Wallace, R. W. & Williamson, J. B. (1900). The law and practice relating to letters patent for inventions. W. Clowes and sons, limited.
- Wallot, M. (2016). The proportionality principle in the TRIPS Agreement. In H. Ullrich, R. M. Hiltuy, M. Lamping & J. Drexel (Eds.). TRIPS plus 20: From trade rules to market principles (Vol. 25). Springer.
- Walterscheid, E.C. (1993). Novelty in historical perspective (Part II). J. Pat. & Trademark Off. Soc'y, 75, 689-777.

- Watal, J. (2014). Is TRIPS a balanced agreement from the perspective of recent free trade Agreements? In J. Drexel, H. G. Ruse-Khan, S. Nadde-Phlix (Eds.), *EU Bilateral Trade Agreements and Intellectual Property: For Better Or Worse?* (pp. 41-57). Berlin: Springer.
- Weatherall, K. G. (2015a). Section by section commentary on the TPP final IP Chapter published 6 November 2015 - Part 1 - General provisions, trade marks, GIs, designs. Retrieved from <http://works.bepress.com/kimweatherall/31/>.
- Weatherall, K. G. (2015b). Section by section commentary on the TPP final IP Chapter published 6 November 2015 - Part 2 - Copyright. Retrieved from <http://works.bepress.com/kimweatherall/32/>.
- Weatherall, K. G. (2015c). Section by section commentary on the TPP final IP Chapter published 5 November 2015 - Part 3 - Enforcement. Retrieved from <http://works.bepress.com/kimweatherall/33/>.
- Wechsler, A. (2009). The quest for balance in intellectual property law: An emerging paradigm or a fad?. Retrieved from <http://hdl.handle.net/11858/00-001M-0000-0014-C52D-8>.
- Weissbrodt, D. & Schoff, K. (2003). Human rights approach to intellectual property protection: The genesis and application of Sub-Commission Resolution 2000/7. *Minn. Intell. Prop. Rev.*, 5, i.
- Welkowitz, D. S. (2013). Privatizing Human Rights: Creating Intellectual Property Rights from Human Rights Principles, *Akron L. Rev.*, 46, 675.
- Westkamp, G. (2005). Overlapping intellectual property protection and the proportionality principle in international trade regulation. In F. W. Grosche & N. N. Brinkhof (Eds.), *Intellectual Property Law 2004*. Intersentia.
- WIPO (World Intellectual Property Organization). (2003). What is Intellectual Property? (No. 450). WIPO.
- Wittel, A. (2016). Digital Mark: Toward a political economy of distributed media. In C. Fuch & V. Mosco (Eds.), *Marx in the age of digital capitalism* (pp.68-104). Brill: Leiden, The Netherland.
- Wong, MWS. (2008). Toward an alternative normative framework for copyright: From private property to human rights. *Cardozo Arts & Ent. L. J.*, 26, 775.
- World Trade Organization [WTO] (2015). Draft decision agreed on "nonviolation" cases in intellectual property. Retrieved from [https://www.wto.org/english/news\\_e/news15\\_e/trip\\_ss\\_23nov15\\_e.htm](https://www.wto.org/english/news_e/news15_e/trip_ss_23nov15_e.htm)
- Worrel, C. J. (2011). Improving the patent system: Community sourcing and pre-grant opposition. *University of Toledo Law Review*, 42, 833-858.
- Wyndham, J. (2013). Defining the right to benefit from science: purpose and progress. *Professional Ethics Report*, 26(2).
- Yamane, H. (2011). *Interpreting TRIPS: globalisation of intellectual property rights and access to medicines*. Bloomsbury Publishing.
- Yang, D. (2003). The development of intellectual property in China. *World Patent Information*, 25 (2). 131-42.
- Yu, P. K. (2004). Introduction-Intellectual Property at a Crossroads: Why History Matters. *Loy. LAL Rev.*, 38, 1.
- Yu, P. K. (2014). EU Economic Partnership Agreement and international human rights. In J. Drexel, H. G. Ruse-Khan & S. Nadde-Phlix (Eds.), *EU Bilateral Trade Agreements and Intellectual Property: For Better Or Worse?* (pp. 110-129). Berlin: Springer.
- Yu, P. K. (2016). The anatomy of the human rights framework for intellectual property. *SMU Law Review* 69.

# 인권의 관점에서 본 전지구적 지적재산권 체제

: 한-미 FTA와 한-EU FTA 사례 연구를 중심으로

- 초판 1쇄 : 2024년 5월 4일
- 발행일 : 2024년 5월 10일
- 지은이 : 남희섭
- 기획 : 정보공유연대 IPLeft
- 번역 : 오병일, 허민호, 권미란
- 발행 : 탐탐
- 출판등록 : 2018년 6월 4일 제25100-2018-000031호
- 이메일 : antiropy@gmail.com
- ISBN\_ 979-11-971810-2-3

원 논문의 저작권은 남희섭에게 있으며, 번역본의 저작권은 역자에게 있습니다. 다만, 누구나 자유롭게 본 논문의 내용을 인용하거나 복제, 전송할 수 있습니다.

이 콘텐츠의 저작권/ 라이선스는 정보공유라이선스2.0:‘허용’을 따릅니다. 따라서 출처를 알맞게 표시한후에 영리적 이용, 2차적 저작물 작성과 이용이 허락됩니다. (자세한 내용은 정보공유라이선스 2.0 안내(<http://www.freeuse.or.kr>)를 참조하세요.)



