

동북아 지적재산권분쟁해결을 위한 ADR센터필요성에 관하여

박영길*

I. 서론

II. 동북아비교법연구의 특수성문제

1. 동북아비교법연구에 있어서 특수성
2. 동북아 지적재산권법 비교의 특수성

III. 동북아에 있어서 지적재산권법의 공통법의 성립가능성

1. 개설
2. 지적재산권의 국제화
3. 동북아의 지적재산권법의 통일
4. 지적재산권분쟁처리의 방법

IV. 결론

* 동국대학교 법과대학 명예교수

 초 록

이 논문은 동북아시아에 있어서의 지적재산권분쟁이 발생한 경우에 있어서 분쟁해결 기관으로서 ADR의 설치문제를 검토하고 있다. 이 논문의 구성은 II에서는 한, 중, 일 간의 비교법을 연구함에 있어서는 특수적 문제로서, 첫째 중국법체계의 배경을 이루고 있는 사상과 철학을 이해하여야 하고, 둘째, 동북아시아 각국의 법체계에서 법이란 무엇인가의 문제를 다루고 있다. III에서는 동북아시아에 있어서 지적재산권법의 공통법의 성립가능성을 검토하였다. 현재 “경제를 발전”시켜야 한다는 명제는 한·중·일 3국의 공통된 인식으로 하고 있으면서도, 팽팽한 대립관계가 내재되어 있다는 특수성이 있다. 한·중·일 3국 모두 WTO에 가입되어 있기 때문에 지적재산권법의 내용은 거의 유사하여 통일법이 형성될 가능성은 크게 확대되었다고 할 수 있다. 그러나 현실적으로 공통법이 성립될 가능성은 시기적으로 아직은 빠르다고 생각한다. 특히 공통법의 성립가능성을 저해하는 요소로서 중국의 사회주의 경제체제의 확립문제를 생각할 수 있으나, 중국도 이제는 2008년 개정 특허법에서 볼 수 있는 바와 같이 사회주의적 요소를 제거하려고 노력하고 있는 듯하다. 그렇다면 공통지적재산권법이 성립된 경우는 물론이고, 공통법이 성립되지 않은 현재, 현실적으로 발생하고 있는 한·중·일간의 지적재산권분쟁을 어떻게 해결하여야 할 것인가의 문제로서 각국의 재판에 의한 방법에는 많은 문제점이 있기 때문에 한·중·일간에 발생하는 지적재산권분쟁을 해결하기 위한 제도로써 “동북아시아지적재산권ADR센터”의 설치를 제안하고 있다. 동북아시아지적재산권ADR센터는 민간기구로서 국제성을 가지는 단체가 되어야 할 것이다.

주제어 : 동북아시아, 중국사회주의 법체계, 공통법, ADR

I. 서론

지금 세계는 종래의 WTO협정일변도의 통상정책에서 자유무역협정(FTA)을 적극적으로 추진하면서, 또한 그러한 방향으로 진행되고 있다. 이에 따른 FTA교섭에서 지적재산권분야가 중요한 위치를 차지하고 있음은 주지의 사실이다. 마찬가지로 동북아시아 3개국 즉 한국을 비롯하여 일본이나 중국도 FTA 교섭을 적극적인 정책으로 실시하고 있으며, 특히 일본은 2002년에 “지적재산권전략대강”을, 중국은 2008년에 “국가지식산권전략강요”를 발표한바 있다.

그런데 2008년에 미국에서 시작된 금융위기는 전 세계경제를 파탄의 늪으로 빠지게 함으로써, 각 국가는 자국의 경제를 살리기 위하여 “새로운 지역주의”가 형성되어 가고 있으며, 여기에는 “위법한 수단에 의한 자국이익의 추구”라는 현상까지도 나타나고 있다. 지금 세계는 “공정한 경쟁”이라는 탈을 쓰고 “약육강식”이라는 현상이 나타나고 있는 것이다.

이 논문에서 다루고 있는 동북아시아 즉, 한국·중국·일본과의 관계는 참으로 미묘한 관계에 있다. 중국 북경이나 연변의 어느 거리를 걷다보면 상점의 간판에 한자와 한글이 그리고 일본의 JR의 역이나 공항 또는 북경의 공항에도 한글로 된 안내문을 찾아 볼 수 있다. 그러면서도 한국·중국·일본(이하“한·중·일”이라고 한다)의 관계라고 하면, 역사인식, 渤海史, 교과서, 위안부, 신사참배와 같은 단어를 떠오르게 한다. 한·중·일 3국은 지역적, 종교적, 문화적인 관계에서 기나긴 역사를 같이하여 왔으며, 언어는 서로 달라도 한자라는 문자를 공동으로 사용하여 왔다. 그렇기 때문에 이들 3국은 서로를 잘 이해하고 있으면서도, 다른 한편으로는 말로 표현할 수 없는 미묘한 라이벌적 의식을 갖고 있다. 한·중·일 간의 관계는 참으로 가까운 나라이면서도 또 한 번 나라이다.

이와 같은 한·중·일 3국은 후술하는 바와 같이 동질적인 요소와 이질적인 요소가 그리고 긍정적인 면과 부정적인 면이 팽팽하게 대립하고 있으나, 이러한 기준은 이 논문에서 검토하고 있는 지적재산권법에 있어서의 공통법의 성립가능성이나 지적재산권 ADR센터의 설립가능성문제를 가름하는 절대적인 기준이 된다고는 말할 수 없다. 물론 유럽과 비교할 때 동북아는 정치적, 역사적 혹은 사회·문화적 공통기반이 약하고, 경제면에서도 다양한 발전단계가 병존하기 때문에 유럽과 같은 지역주의의 전통이 부족한 것은 부정할 수 없다. 그러나 1997년 말의 통화위기사태를 비롯하여 2008년에 미

국에서 발생한 금융위기는 동북아지역의 결속을 강화하게 되었고, 그 결과 지역적 경제공동체로서의 결합가능성을 한층 높이고 있다고 할 수 있다. 그러기 때문에 지적재산권과 관련하여 섭외적 분쟁이 발생한 경우에 신속하고 경제적으로 분쟁을 해결하는 것도 한·중·일 각국의 경제발전에 이바지할 것이라고 생각한다.

이 논문은 먼저 II에서는 동북아비교법학연구의 특수성문제로서, 특히 중국법이 가지고 있는 특수성을 고려하면서 비교법적 연구를 하여야 함을 간단하게 검토하고 있다. 물론 이 문제는 견해에 따라서는 논리적으로 보아 이 논문에서 연구하고자 하는 주제와 특별한 연관성을 가진다고 하기에는 곤란하다는 견해도 있을 수 있다. 그러나 II의 부분은 논리적인 문제를 떠나서 동북아비교법연구에 있어서 일반적이면서도 특수성을 가진 문제로서 고려되어야 할 문제라고 생각하였기 때문에 여기에서 검토하고 있는 것이다. III에서는 동북아에서의 공통의 지적재산권법의 성립가능성문제와 현실적으로 공통법의 성립가능성을 기대하기 어렵다든지 혹은, 공통법이 성립된 경우에도 지적재산권과 관련된 분쟁의 신속한 해결처리를 위한 하나의 제도로서 “동북아지적재산권ADR센터”의 설립의 필요성을 검토하고자 한다. 그리고 IV에서는 동북아의 역내협력 체제로서 “동북아지적재산권ADR센터”를 설치할 것을 제안하는 것으로 결론에 대신하였다¹⁾.

II. 동북아비교법연구의 특수성문제

1. 동북아비교법연구에 있어서 특수성

비교법연구에 있어서 비교연구의 방법이 어떻게 이루어져야 하는가는 매우 중요한 것이다. 비교연구는 비교법에 대한 이해, 법 개혁 작업 그리고 국제사회의 통일화 추세 등의 목표를 수행하는데 있어서 중요한 역할을 하고 있다. 우리가 비교방법을 말하면서 같은 범주에서 논의하는 것은 “비교법”에 대한 것이다. 비교법은 법학이라는 학문의 범위 내에서 비교라는 명백한 방법을 통해 연구·분석하는 법원칙을 말한다.²⁾ 비

1) 본인은 비교법학을 전공하지는 않았지만, 이 글은 평소에 본인이 생각하고 있던 것을 정리한 것으로서, 한·중·일 3국의 자료를 중심으로 작성하여 보았다.

2) 박찬호, “비교법연구 방법론에 대한 고찰”, 『비교법제연구』, 2006-05(2006), 56-57면 참조.

교법학의 방법론으로서는 많은 견해가 논의되고 있으나, 이 논문에서는 다음의 두 가지 점에 중점을 두고 연구하였다.

첫째, 동북아 각국의 법체계의 배경을 이루고 있는 공통적 요소가 무엇인가를 찾아보고, 그러한 요소가 이 논문에서 다루고자 하는 주제의 장애요소가 될 수 있는가를 검토한다. 동북아 법을 이해하는데 있어서 장애요소가 되는 것은 문화적·종교적 다양성문제라고 할 수 있다. 이들 3국간에 공통적인 요소를 갖고 있는가에 관해서는 종교적, 문화적, 정치적, 경제적인 사정 등에 있어서 공통적인 요소를 갖는다고 보는 견해와 공통적인 요소를 찾는다는 것은 매우 어렵다는 견해로 나누어지고 있는 듯하다.

공통적인 요소를 갖는다고 보는 견해에 따르면, 지역적으로는 서로 연결되어 있고, 문화적으로는 불교와 유교문화를 공유하면서 교류하여 왔으며, 언어상으로는 언어는 서로 달라도 한자를 공통적으로 사용하고 있다는 점 등을 들고 있다.³⁾

이에 대하여 공통적인 요소를 찾는다는 것은 매우 곤란하다는 견해에 따르면 예컨대 한국과 일본은 기본적으로는 각각 하나의 인종, 하나의 민족, 하나의 언어로 이루어져 있다.⁴⁾ 그러나 중국은 한족이 다수를 차지하고 있는 가운데 56개 소수민족으로 구성되어 있다. 한국과 일본은 자본주의국가이지만 중국은 사회주의 국가이다. 언어학적인 의미에서도 공통적인 요소가 성립하지 않는다. 또한 종교적인 면에서도 한·중·일 등을 일체화 시킬 수 있는 종교도 존재하지 않는다. 즉 한·중·일 등에는 불교, 기독교, 천주교, 유교, 이슬람교 등등 다수의 종교가 어깨를 나란히 하며 공존하고 있다. 때문에 한·중·일 간에 있어서 종교는 한·중·일 등 3국을 일체화시키는 기능은 발휘하지 못하고 있다.⁵⁾

사실 이들 3국은 전통적으로는 중국법문화권 내지 중국문화권에 속하였으나, 근대화이후에는 한국은 30여 년간을 일본의 식민지 지배를 경험하였음에 반하여, 중국은 일본의 침략은 받았지만 식민지 지배를 받지 않았다⁶⁾는 과거역사에 대한 문제와 최근에 와서는 소위 역사인식에 관한 문제가 존재하고 있다. 역사인식의 문제는 한·중·일 3국을 중심으로 클로즈업 되고 있으나 그 기본적 구도는 일본의 역사인식이 진원지로 되고, 한국과 중국이 이의를 제기하고 있다는 것이다⁷⁾. 또한 최근의 새로운 동향

3) 김상용, “동북아보통법의 형성가능성에 대한 검토와 전망”, 『아시아법제연구』, 제5호(2006.3), 10면.

4) Lawrence M. Friedman, The Nature and Legitimacy of Modern Law : Some Comparative and Global Perspectives, 多文化世界における比較法, 中央大學出版部, 2000, 85면.

5) BILL EMMOTT, 『RIVALS』(2008), p43.

6) 박병호, “동아시아에서의 법과 근대성”, 『법사학연구』, 26호, 6면.

으로서는 기원전후에 부흥하였던 고구려가 한국과 중국 간의 새로운 역사문제로 대두되고 있다⁸⁾. 그러나 이와 같은 상황은 종교적 철학적 배경은 윤리적 성질을 가진 법을 이해하는데 있어서는 중요한 요소가 된다고 할 수 있지만, 기술적 성질을 가진 법은 상대적으로 그 중요성에 있어서 그리 크지 않다고 할 수 있다.

또한 중국의 법 또는 법이론을 이해하기 위해서는 사회주의법 일반의 원리적 특색뿐만 아니라, 그러한 것이 중국의 구체적인 조건에 아래에서 어떻게 발전되고 있는가를 알아야 한다. 그러기 위해서는 중국법이 다른 사회주의법과는 다른 점이 무엇인가를 자본주의법과 사회주의법간의 비교법적인 관점에서, 그리고 사회주의법에 내재하는 다양성을 고려하면서 중국법을 비교·분석하는 것이 필요하다⁹⁾.

현대 중국의 법이론은 중화인민공화국 성립 이래, 60년간 많은 변화가 있었다.¹⁰⁾ 중국은 2001년에 WTO에 가맹한 후, 지적재산권법정비에 있어서 선진국이 100년에 걸쳐서 이루었던 것을 10년간에 이루었다고 평가하고 있다. 이에 대한 부작용으로서는 형식적인 법의 규정과 현실과의 괴리현상이 심해지고 있다는 것이다. 또한 2008년 6월 5일 국무원에서는 “국가지식산권전략강요”를 발표하였다. 이는 동북아시아에서는 일본이 2002년 7월에 발표한 “지적재산권전략대강”이 두 번째로 나온 것으로 양자 간에는 유사한 점이 많다¹¹⁾. 중국의 지적재산권법이 형성된 배경에는 국가를 중심으로 하는 전통적법의식, 구소련의 영향을 받은 사회주의적 요소 그리고 미국 등 자본주의국가로부터 계수한 법¹²⁾ 등의 영향을 받았다. 그 결과 중국의 독특한 사회주의적 지적재산권법이 형성되었다고 할 수 있었다.¹³⁾ 그러나 2008년 12월 27일의 중국의 특허법

7) 이 문제에 관해서는 日本朝日新聞取材班, 「歴史は生きている」, 일본과 중국, 한국, 대만, 베트남간의 근현대사에서 나타난 역사문제를 다루고 있다. (2008), 일본과 한국은 동시발행하였다.

8) 西川潤・平野健一郎, 「東アジア共同体の構築3 国際移動と社会変容」, 岩波書店, 2007, 39-40면 참조.

9) 浅井敦, “中國の法を考える”, 「法經論集」, 愛知大学法経学会, 143호(1997.3), 211면.

10) 이 기간은, (1) 구소련의 이론을 모델로 하여 국가건설과 법체계의 구축을 목표로 하면서, 점차 소련 모델로부터 이탈하여 독자적인 이론을 모색하기 시작한 최초의 약 20년, (2) 구소련과도 동유럽과도 다른 독자적인 사회주의이론을 수립하면서 극좌이론의 강력한 영향아래에서 “문화대혁명”의 무법상태에 있었던 약10년의 기간, (3) 현대화노선에 기한 “개혁·개방”정책에 따라 법제 정비를 시작한 1979년 이후 현재에 이르는 기간, 으로 3단계로 그 시기를 구분할 수 있다; 浅井敦, 상계서, 200면.

11) 중국과 일본의 비교는 梅術文・王超政, “中,日國家知識產權戰略的比較思考”, 「國家知識產權戰略實施策略与績效評論 國際研討會」, 中國・廣州大學城, 華南理工大學, 2009, 616면 參照.

12) 이를 移入法 이라고 하는 견해도 있다. 아시아아법에 관하여 많은 연구를 한 일본 나고야(名古屋)대학의 安田信之교수는 동남아시아 법의 유형을 固有法, 移入法, 開發法으로 나누고, 이에 대해서 공동법리, 시장법리, 지령법리의 3대 법리를 제시하고 있다; 安田信之, 「東南アジア法: ASEAN法」, 日本評論社, 2000, 45-50면.

13) 夏雨, “中國における知的財産權保護に関する沿革的考察”, 「法經論集」, 18호(2006), 2면.

제3차 개정을 “중국이 중국을 위하여 처음으로 본격적인 중국의 특허법으로 개정된 것이라고 평가”하고 있는데¹⁴⁾, 특히 2008년 개정특허법 제1조에는 개정 전 특허법 제1조에서 “……사회주의 근대화건설의 요청에……”라는 문언이 삭제되었다. 이러한 현상은 중국의 특허법이 사회주의적 특허법으로서의 성격을 탈피하기 위한 노력의 일환이라고 할 수 있을 것이다.

또한 중국은 한국과 일본에는 없는 독특한 제도를 두고 있는데 이를 한국과 일본에서도 수용할 수 있을까라는 의문이 있다. 중국은 개혁개방이래 기업과 회사에 관련된 법률을 많이 제정하였다¹⁵⁾. 이 중에서 2005년 10월에 개정된 회사법 제5조에서 “회사의 경영활동에 있어서는 법령을 준수하고, 사회공덕, 상업도덕을 지키며, 신의성실의 원칙을 견지하고, 정부와 대중의 감독을 받으면서, 사회적 책임을 부담한다.”라고 명정하고 있다. 또한 2006년 8월에 개정된 “공동출자기업법” 제7조에서도 “공동출자기업 및 그 출자자는 법령을 준수하고 사회도덕, 상업도덕을 지켜할 사회에 대한 책임을 부담한다.”고 규정하고 있다. 이와 같이 기업의 사회적 책임을 법률에다 명문으로 규정한 것은 중국의 기업입법사상 중요한 의의를 가지는 것으로서 동북아 회사법의 발전사에 있어서도 획기적인 것이라고 할 것이다.

사실 한국에서도 기업의 사회적 책임문제에 관하여 많은 논의가 있었지만 법률에 명문으로 규정하는데까지는 이르지 못하고 있다. 이와 같은 중국회사법이 앞으로 동북아 각국 회사법에 어떠한 영향을 미칠 것인가에 관하여 주목된다. 이 문제는 본 논문에서 다루고자 하는 지적재산권법의 통일문제와는 직접적인 관계는 없다고 하여도 지적재산권을 보유하고 있는 기업이 지적재산권을 행사함에 있어서의 지적재산권의 독점적 배타적인 법적성격과 기업의 사회적 책임과의 관계에서 문제가 제기될 수도 있을 것이다.

둘째, 동북아 각국의 법체계에서 법이란 무엇인가의 문제이다. 한국과 일본은 일반적으로 대륙법계라고 분류하는 것에 대해서는 특별한 이론이 없다. 그러나 중국에 대해서는 중국의 개혁 개방 정책이 실시된 이후, 중국적특색을 가지는 사회주의라는 말을 자주 볼 수 있다. 따라서 중국에서는 법이란 무엇이고 중국법계라는 개념이 성립될 수 있는가는 의문이 제기되지만, 법이란 무엇인가에 관해서는 법의 정의를 어떻게 이

14) 長澤幸男・古谷眞帆, 「知的財産法で見る中國」, 發明協會, 2009, 176면.

15) 예컨대, “회사법”, “공동출자기업법”, “개인독자기업법”, “중소기업촉진법”, “농민전업합작법”, “중외합작경영기업법”, “외자기업법”, “중외합작경영기업법”, “향진기업법” 등이다.

해하는가에 따라 달라질 수 있다. 그런데 중국 입법법 제78조에서 중국법의 법원으로 헌법, 법률, 행정법규, 지방성법규, 자치조례, 단행조례, 규장을 규정하고 있다.

또한 일반적으로 중국에서는 세계 각국의 법률을 6가지 법계로 구분하고 그 중에 하나로서 중국법계가 형성되어 있다고 하는 견해가 있는 듯하다.¹⁶⁾ 법계라는 것을 자신의 고유의 법과 다른 나라로부터 계수한 법 및 자국에서 오랜 역사 속에서 누적되어온 법이 합쳐하여 형성된 것이라고 한다면¹⁷⁾, 이러한 의미에서 중국법계를 설명할 수 있는가도 의문이며, 만일 그러한 법체계를 긍정한다고 하면 법이란 무엇인가 등의 문제에 관하여 먼저 정리가 되어야 할 것이다¹⁸⁾¹⁹⁾.

이와 같이 동북아 각국의 법을 비교·연구함에 있어서는, 물론 법의 성질에 따라 그 차지하는 비중에는 차이가 있겠지만, 동북아 각국의 제정법 내지 실정법의 형식적인 비교연구에 그쳐서는 안 되고 그러한 법이 존재하게 된 도덕과 윤리 그리고 종교적 사회적 기타 여러 문화적 요인 등을 종합적으로 비교 검토하여야 한다.

또한 동북아 각국의 법을 비교 연구하는 목적이 통일법의 성립가능성을 연구하는데 있다고 한다면, 여기에서 특히 필요한 것은 동북아 각국의 갈등관계가 아직도 완전히 해소된 것은 아니기 때문에, 자국중심의 입장에서 연구할 것이 아니라, 상대방에 대한 상호이해와 존중이라는 자세에서 객관적인 입장에서 비교·연구하는 자세를 갖추어야 할 것이다.

16) 蔣禮泉, “中華法系立法之演述”, 『中華法系的回顧與前瞻』, 中國政法大學出版社, 2007, 365면.

17) 小口彦太, “最近の中國における“中華法系”論について”, 『社會主義法研究年報』, No.9. アジアの社會主義法,, 社會主義法研究會編, 法律文化社, 1989, 114면.

18) 현대 중국법의 근본문제의 하나는 “법치”의 법구조문제로서, 중국적 법치의 특색이 rule of law인가 rule by law 인가를 파악하는 것이 중요하다고 한다. 淺井敦, 전게서, 215면. 그러나 이 문제에 관해서는 지면관계상 생략한다.

19) 그런데 「중국공산당의 정책과 입법의 관계에 관하여 중국에서는 정책이 법에 우선한다, 즉 법률보다 공산당의 지배가 우선한다고 보는 견해도 있다. 그러나 이와 같은 견해는 중국헌법에 명백하게 반하는 것이다. 중국법은 공산당에 어떠한 우월적 지위도 인정하지 않고 있다. 정책이란 정치가 추구하여야 할 목표와 그 달성의 계획을 제시한 것이다. 이러한 의미에서 중국공산당의 정책이 입법에 영향을 미친다고 하여도, 그것은 집권당의 정치력이 국가기관의 입법행위에 영향을 미친다는 사실상태가 존재할 뿐이며, 그 것 자체는 중국헌법에 따르면 위법, 위헌상태라고 하여야 할 것이다」고 하는 견해가 있다; 長澤幸男·古谷眞帆, 전게서, 137면.

2. 동북아 지적재산권법 비교의 특수성

1) 지적재산권관련조약에 의한 비교 · 연구

특허법을 비롯하여 저작권법은 그 탄생에 있어서 파리협약이나 베른협약과 같이 국제조약에 그 기초를 두고 창설된 제도이기 때문에 법률자체가 국제적이다. 따라서 이러한 법을 연구함에 있어서는 그 성질상 비교법적 연구방법을 필요로 하는 법분야라고 할 수 있다²⁰⁾.

다른 법분야를 비교법적으로 연구하는 경우도 마찬가지겠지만 앞에서 말한 바와 같이 지적재산권법을 비교법적으로 연구함에 있어서는 그 연구의 목적을 명확히 하여야 한다. 오늘날 국제적으로 보면 지적재산권법은 국제경제의 기본적인 요소로 되어 경제전략의 도구로 이용되고 있다. 때문에 지적재산권법의 규정은 국익적 관점에서 당해 국가의 경제 질서와 밀접한 관계를 갖고, 구체적인 법 규정이 발현되고 있는 것이다. 그 결과 국제적인 통일이라는 이념을 가지고 성립된 파리 협약이나 베른협약의 이념과는 괴리되는 현상이 각국의 특허법이나 저작권법규정에서 나타나고 있다.

따라서 지적재산권법을 비교 연구함에 있어서는 여러 접근방법이 있을 수 있으나, 기본적으로는 해당 지적재산권법의 기초를 이루고 있는 해당 국가가 가입한 국제조약을 통하여 연구하는 방법을 취하는 것이 가장 바람직하다고 할 수 있다. 예컨대, 지적재산권에 관한 조약을 세 가지 유형 즉 표준설정 조약, 국제적인 보호시스템조약, 분류조약 등의 유형으로 나눌 수 있는데, 이들 조약에 대한 한·중·일 3국의 가입여부 그리고 가입한 경우에 있어서도 현실적으로 지적재산권이 침해된 경우에 있어서 실제로 얼마나 그 집행이 이루어지고 있는가 등, 실질적인 문제에 관해서도 실증적인 비교 연구가 이루어져야 할 것이다²¹⁾.

그런데 한·중·일 3국의 지적재산권제도를 이들 3국이 가입한 국제조약을 통하여 검토하면 표준설정조약으로서 파리협약, 베른협약, WCT, WPPT 등에는 한국이나 중국 모두 가입하고 있으나, 상표권조약(Trademark Law Treaty)에는 중국은 아직 가입하지 않고 있다²²⁾. 그렇지만 한·중·일 3국은 TRIPS가 요구하는 최소수준을 표면적으로는

20) 久々 濤伸一, “著作権法と比較法”, 「民法と著作権法の諸問題」, 法學書院, 1993, 677면.

21) 이근, “한·중·일 FTA체결과정에서의 지적재산권 문제”, 「2004년 종합본 지식재산권 연구 포럼」, 한국발명진흥회 지식재산권연구센터, 72면.

22) 그 밖에 중국의 국제적인 시스템조약이나 분류조약에 가입여부는 曲三强, 「現代知識產權法」, 北京大

이미 확보되고 있다²³⁾는 의미에서 본다면, 한·중·일 3국의 지적재산권법제도는 거의 유사하다고 할 수 있을 것이다²⁴⁾.

2) 집행의 실질적인 문제의 비교 연구

한·중·일 3국은 모두 WTO에 가입하고 있다. 따라서 이들 국가 모두는 TRIPS협정을 준수하고 지적재산권의 보호를 위한 입법, 시책을 수행하여야 한다. 따라서 이들 지적재산권업무를 집행하는 행정기관의 형태, 지적재산권의 침해에 대한 보호방법 등에 관한 비교도 이루어져야 할 것이다. 그런데 특히 중국의 경우에는 지적재산권에 관한 행정업무에 행정기관이 너무 세분화하여 관여하고 있는 것이 아닌가 생각된다. 예를 들면 발명·실용신안·외관설계(한국에서는 디자인)에 관계된 것은 국가지식산업국에서 상표법, 부정경쟁방지법 등에 관계된 사항은 국가공상행정관리국, 저작권법은 판권국등으로 세분화되어 있다. 물론 중국은 국토가 넓고 인구가 많기 때문에 지적재산권에 관한 업무를 수행하는 행정기관을 나누어서 관장하게 하고 있다고 할 수 있으나 집행의 실질을 비교 연구함에 있어서는 불편함이 많다고 할 수 있다. 지적재산권의 보호방법으로서 중국에서는 행정보호, 민사보호 그리고 형사보호의 방법이 있다. 행정보호는 한국과 일본에는 없는 제도이다. 이러한 보호방법이 중국의 지방보호주의와의 관계에서 어떻게 집행되고 있는가를 비교 연구하는 것이 필요하다. 왜냐하면 중국의 경우에는 법에 규정된 사항이 실제로는 집행되지 못하고 있는 사건이 현실적으로 발생하고 있기 때문이다.

3) 법률용어의 상이

이 문제는 물론 지적재산권법뿐만 아니라 모든 법을 비교 연구함에 있어서 항상 주의하여야 할 요소이다. 그러나 특히 중국과의 관계에서는 중국이 오랫동안 사회주의법제도를 유지하고 있었기 때문에 자본주의법제도를 유지해온 한국과 일본에서 사용하고

學出版社, 2009, 542-543면 참조.

23) 이근, 전제서, 67면.

24) 한국과 중국의 특허법에 관한 비교는 특허청, 「5개국(한·미·일·EPO·중국)특허법 비교고찰」, 특허청, 2008, 참조.

있는 법률용어와는 중국은 같은 한자를 쓰고 있으면서도 서로 상이한 예를 보이고 있다. 다시 말하면, 한·중·일 3국은 “한자문화권” 또는 “한자권”이라고 할 수 있지만, 그러나 같은 한자라고 하여도 한·중·일 3국에서 반드시 같은 의미로 사용하고 있는 것은 아니다 라는 점이다. 예컨대 우리가 사용하는 “특허”는 중국에서는 “전리”를 의미하고, 중국에서 사용하고 있는 “특허”는 우리의 “특허”와는 전혀 다른 의미로 사용하고 있다. 예를 들면 중국에서는 “특허”라는 문자를 상점의 간판 등에서 찾아 볼 수 있는데, 여기서 사용하는 “특허”의 의미는 중국정부 혹은 지방정부로부터 “특별허가”를 받은 특정한 상품을 독점적으로 판매한다든지, 특정서비스를 독점적으로 제공하고 있다는 의미로 사용하고 있는 것이다²⁵⁾. 따라서 한·중·일 3국은 법률용어의 통일이 필요하지만, 현실적으로는 가까운 시일내에 이루어지기는 곤란하다 하여도 꾸준한 비교 연구를 함으로써, 용어상의 문제가 발생하지 않도록 하여야 할 것이다.

Ⅲ. 동북아에 있어서 지적재산권법의 공통법의 성립가능성

1. 개설

비교법학의 유용성은 비교법적 연구방법을 취한 연구목적에 따라 다르다고 하겠다²⁶⁾. 예컨대, 자국법의 입법, 해석 및 법의 흠결의 보충, 법의 계수, 법의 일반원칙의 발견, 법의 통일, 법학교육 등에 그 유용성이 인정된다고 한다²⁷⁾. 비교법의 가장 중요한, 그리고 궁극적인 목적은 법을 국제적으로 통일하는데 있다²⁸⁾.

이와 같은 공통법은 세계법적 성질을 가진 것으로서 초국가적인 법의 통일을 의미한다. 공통법은 초국가적인 법의 일반원칙에 의하여 다양한 개별국가의 서로 다른 법의 상위를 동일 또는 유사하게 조정하거나 서로 다른 것을 제거하는 법정정책 계획의 실천으로서²⁹⁾ 실행가능한 법의 영역에서 이루어 질 수 있는 것이다.

25) 創英知的財産研究所, 「中國の知的財産法」, 東洋經濟新聞社, 2006, 5면.

26) 부동산 연구방법과 목적에 근거하여 비교법학은 부동산 작용을 발생시킨다. 吳漢東, 「智識產權法」, 北京大學出版社, 2009, 365면.

27) 김상용, “비교법과 비교법학”, 「법학연구」, 12권 4호(2002), 111면.

28) 이에 관하여 법의 통일은 특히 “사법을 국제적으로 통일” 하는데 있다고 한다. 김상용, 상계서, 119면.

29) 김상용, 상계서, 119면.

국제적으로 법의 통일을 이룰 수 있는 법은 어떠한 범주의 법인가. 이에 관해서는 어떠한 절대적인 기준이 있다고는 생각하지 않는다. 어떠한 세계관적 가치관을 가지고 있느냐에 따라서 그 정도에 차이가 있을 뿐이라고 보아야 할 것이나³⁰⁾, 일반적으로는 법의 성격이 어떤 민족의 전통, 습관, 종교 등과 민족정신에 기초한 고유의 전통법은 자국의 독자성과 정체성을 확립하기 위한 수단으로 활용³¹⁾될 수 있기 때문에 이러한 법의 분야에 대해서는 법의 통일에 의한 공통법의 성립은 어려우나, 그렇지 않은 분야 즉 경제적 합리주의가 지배하는 기술적 성질을 가진 법 분야이거나 또는 법 자체가 국제조약에 근거하여 성립한 것은 법의 통일이 가능할 것이다.

국제적인 법의 통일은 세계적으로 법의 통일을 이룬 분야도 있고, 지역적으로 법의 통일을 이룬 분야도 있다. 국제항공, 국제우편, 국제해상 등의 분야에서는 세계적인 법의 통일을 이루고 있다. 지역적으로 법의 통일을 이룬 지역으로서 대표적인 것은 유럽 연합의 경우를 들 수 있다³²⁾.

이와 같이 국제적으로는 제한적이기는 하지만 세계적인 법의 통일에 의한 공통법의 성립이 점차 확대되어 가고 있음을 알 수 있다. 그러면 동북아 에서도 법의 통일에 의한 공통법이 싹틀 수 있는 토양은 갖추어져 있는가는 의문이다.

동북아의 공통법이 성장하는데 있어서 장애요소가 될 수 있는 것은 중국법에 여전히 남아있는 사회주의적 요소이다. 이러한 사회주의적 체제의 영향이 공통법화의 장애가 될 가능성을 완전하게 불식할 수는 없을 것이다³³⁾. 또한 유럽과 비교할 때 동북아는 정치적, 역사적 혹은 사회·문화적 공통기반이 약하고, 경제면에서도 다양한 발전 단계가 병존하기 때문에 유럽과 같은 지역주의의 전통도 부족하다.

그 밖에도 한·중·일 상호간에는 동질적인 요소와 이질적인 요소가 팽팽하게 대립 관계에 있다는 특수한 관계가 내재되어 있다는 사실을 항상 염두에 두어야 한다.

그러나 1997년 말의 통화위기사태를 비롯하여 2008년에 발생한 금융위기는 동북아 지역의 결속을 강화하게 되었고, 또한 2008년도 미국발 금융위기로부터 하루빨리 벗어나 “경제발전”을 이룩하여야 한다는 명제는 동북아 3개국에 공통된 슬로건으로 되었

30) 고전적인 것이나 세계주의자 국제주의자는 원칙적으로 법의 통일을 낙관적으로 보는 낙관론자이고, 민족주의자 국가주의자는 원칙적으로 통일이 불가능하다는 비관론자 내지 회의론자라고 한다; 田中耕太郎, 續世界法の理論,(上), 有斐閣, 1972, 71면.

31) 김상용, “동북아보통법의 형성가능성에 대한 검토와 전망”, 『아시아법제연구』, 제5호(2006.3), 20면.

32) 김상용, 전제서(각주 27), 120면.

33) 宇田川幸則, 『東アジア共通法の可能性』, 한국법제연구원, 2008, 14면.

다. 이에 수반하여 동북아 3개국의 경제관련법들이 동일하거나 유사한 법제도로 변경되고 있다. 이러한 의미에서 본다면 경제적 합리성이 지배하는 법이나, 그 탄생배경을 동일한 국제조약에 두고 있는 법제도인 경우에는, 예컨대 지적재산권법의 경우에는 동북아에서도 공통법을 형성을 요청하는 또는 형성할 수 있는 기본적인 토양은 존재한다고 평가할 수 있을 것이다³⁴⁾.

2. 지적재산권의 국제화

지적재산권이 가지는 권리로서의 성질에 관하여는 인간의 창조적 지적활동에서 생긴 재산으로서 보편적으로 보호되어야 할 재산권이라고 보는 견해와 국가의 산업정책이나 문화정책과 밀접한 관계를 가진 권리로서 국가성을 강조하고 있는 견해가 있다³⁵⁾. 이에 따라 지적재산보호의 이론 내지 사상에 있어서도 지적재산권을 자연권으로 파악하는 견해와 국가주권사상으로 보는 견해가 있는데, 역사적으로 보면 국가와 시대에 따라 취하고 있는 견해를 달리하고 있다. 그러나 이 문제는 권리의 종류에 따라 약간의 차이가 있다고 할 수 있다. 예컨대, 특허와 같이 어느 국가에서나 등록을 함으로서 권리가 발생하는 경우에는 권리의 국가성이 강조되고 있음에 반하여, 저작권과 같이 권리의 등록을 요구하고 있지 않은 권리에 대해서는 권리의 보편성이 강조되고 있다³⁶⁾.

특허권이나 저작권 등 지적재산권은 국경을 벗어나 유통되고 있기 때문에 지적재산권의 해외에서의 보호가 요구되고 있다. 각국의 지적재산권보호법제는 서로 다르며, 또한 국제사법에 의하여 해결하는 것에도 한계가 있다. 여기에서 지적재산권의 국제적 보호규제가 필요하게 된 것이다. 이에 따라 작성된 것이 베른협약, 세계저작권조약(UCC), 파리협약 및 TRIPS협정을 중심으로 하는 조약이나 협정이다³⁷⁾.

그러나 지적재산권은 연혁적이유에서 속지주의 원칙이 지배되고 있다. 지적재산권은 문화, 산업정책 등에 기하여 국가가 법에서 규정함으로서, 그 영역 내에서 보호받고 있다. 따라서 어떤 국가에서 권리로서 보호받고 있다고 하여도, 그 권리가 다른 국가에서까지 배타적 권리를 행사할 수 있는 것은 아니다.

34) 이와 관련하여 국제사법상의 문제로서 국제재판관할권, 준거법, 외국판결의 승인과 집행에 관해서 한국의 국제사법학회, 중국국제사법학회 그리고 일본 早稻田大學의 21세기COE企業法制と法創造總合研究所간에 동아시아공통원칙을 작성하기 위하여 활동 중에 있다.

35) 木柵照一, 「國際知的財産法」, 日本評論社, 2009, 22면.

36) 木柵照一, 상게서, 23면.

37) 紋谷暢男, 「知的財産權法概論」, 有斐閣, 2009, 358면.

또한 특허권이든 저작권이든 권리의 보호는 권리자는 어느 국가의 국민이라는 자격에서 보호되고 있는 것이다. 국외에서 모방된 경우는 그 국가의 법에 의하여 침해인가의 여부가 판단된다. 그런데 각국의 법제도가 동일한 것은 아니어서, 권리행사가 곤란하기 때문에 다국간의 조약에 의한 국제협력이 19세기 후반부터 시작된 것이다. 그 결과 지적재산권의 보호도 권리자가 특정 국가의 구성원이라는 자격에서 조약이나 협정 또는 국제관습법에 의해서도 보호를 받고 있다고 할 수 있다.

선진국을 중심으로 지적재산권 보호에 관한 2개의 축인 파리협약³⁸⁾과 베른협약³⁹⁾등의 전통적인 조약은 지적재산권에 관하여 동맹국의 자주적 결정을 존중하면서도, 개정회의를 통하는 방법으로 오랜 시간에 걸쳐서 통일법의 틀을 정착시켜왔으며,⁴⁰⁾ TRIPS 협정이 발효된 후에는 TRIPS 협정에 의하여 WTO의 가입국에 있어서는 파리협약, 베른협약 등의 수준을 초월하여 지적재산법제가 일정한 수준에서 통일화되게 되었다⁴¹⁾. 이에 따라, 지적재산에 관한 통일법이 형성될 가능성이 크게 확대되었다고 할 수 있다⁴²⁾.

3. 동북아의 지적재산권법의 통일⁴³⁾

지적재산권법의 통일문제가 활발하게 국제사회에서 논의된 것은 자본주의 국가에서는 파리협약이나 베른협약 등에서 볼 수 있는 바와 같이 19세기부터라고 할 수 있으나, 중국에서는 20세기 90년대 이후에 전개된 경제적 세계화운동에서 열리기 시작하였다고 할 수 있다. 중국에서는 법의 통일문제를 세계화와 관련하여 “세계화는 우리의

38) 파리 협약은 여러 차례 개정되었으나, 국제무역이나 국제경제의 글로벌화에 수반하여, 파리협약체제가 충분한 기능을 발휘할 수 없게 되어, 1970년에 특허협력조약(PCT)이 성립하는 등 질차적 측면의 간이화, 신속화를 도모하고 있다. 그 밖에 상표에 관해서는 TLT, 디자인권에 관해서는 1925년에 헤이그 협정이 체결되었다.

39) 베른협약은 1896년의 파리추가규정을 포함하여 여러 차례 개정되었으며, 저작권점권에 관해서는 로마협약이 있다. 최근에는 WCT 와 WPPT가 발효되었다.

40) 木柵照一, “知的財産法の統一に關する沿革の考察”, 「知的財産法の系譜」, 青林書院, 2002, 27면.

41) 미국, 일본, EC등 지재권 선진 41개국은 2006년 9월25일 제네바에서 개최된 SPLT회의에서 선출원주의 원칙을 합의한바 있다. 이는 미국이 선발명주의를 포기하고 선출원주의를 도입하겠다는 의사를 나타낸 것으로 특허법통일의 전망을 한층 밝게 한 계기라고 하는 견해가 있다. 나지원, “특허법통일과 미국특허법개정”, 인터넷법률신문,

(<http://www.lawtimes.co.kr/LawPnnn/Accs/PnnynPrint.aspx?serial=1813>), 작성일: 2007. 11. 19.

42) 木柵照一, 전게서(각주 40), 27면.

43) 여기에서 사용하는 법의 통일은 좁은 의미 즉, 조약에 의하여 실체법이 완전히 하나로 되는 것뿐만 아니라 법의 동화, 접근, 적용, 조화 등을 포함하는 넓은 의미로 사용하고 있다.

시대의 중요한 특징이다. 세계화는 중요한 경제적 정치적 현상일 뿐만 아니라 정부의 정치와 경제정책에 영향을 미치고 국민의 정치생활과 경제생활에 영향을 미칠 뿐만 아니라 일종의 문화와 학술현상이며 인간의 사유방식과 연구시각에도 영향을 미친다”⁴⁴⁾고 말하면서, 세계화는 시장경제와 정보사회가 힘을 합하여 이루어졌기 때문에 “국제사회에서 가장 주목받는 것의 하나가 지적재산권국제보호제도의 통일성”이라고 하고 있다.

그런데 한·중·일 3국은 특허권의 경우에는 파리협약 등에 의하여, 저작권의 경우에는 베른협약⁴⁵⁾ 등에 의하여 제한된 범위이지만 특허법이나 저작권법의 내용이 정도의 차이는 있으나 거의 동일하다는 의미에서 통일을 이루었다고 할 수 있을 것이다⁴⁶⁾.

예컨대 파리협약은 내국민대우의 원칙, 우선권제도, 최소한의 실정법규정의 통일을 기초로 하여 완전한 통일법을 형성하였으나, 전자산업이나 바이오기술에 관한 산업 등에서 급속한 기술혁신과 시장의 글로벌화에 따른 현대적 요청에 대응할 수 없다는 문제점이 도출되게 되어, 이러한 문제점을 타개하고 새로운 시대적인 요청에 부응하여 각국 산업재산권법의 조화를 실현할 수 있는가는 WTO의 커다란 과제이다⁴⁷⁾. 또한 베른협약의 경우에는 앞에서 말한 바와 같이 해당 저작권법규정에 베른협약에서 요구하고 있는 3가지 원칙, 즉 무방식주의, 보호저작물의 보호강제, 저작자사후 50년의 보호 등 이들 3가지를 저작권법공통의 요건으로 정하고 있다. 또한 국제적인 저작권제도는 지질구조와 같이 각각 법리의 차이를 존속시킨 채로 하나의 법시스템을 형성하는 모델로 되고 있다. 그러나 오늘날 요구되는 합리적인 저작권법시스템은 영미법계의 이념이나 대륙법계의 이념에 내포된 국제적인 조약 등에 2가지의 저작권시스템에 관한 사조(思潮)를 재구축하는 것이 요구되고 있다⁴⁸⁾⁴⁹⁾. 물론 이러한 것을 가지고 법의 통일이라고 말할 수도 있지만, 그것은 국제조약에 의한 간접적인 통일이지, 동북아 각국이

44) 俞可平, “全球化与新的思维向度和观察角度”, 「全球化和全球史」, 社會科學文獻出版社, 2007, 241면.

45) 1858년 브뤼셀 회의에서 저작권의 국제적 보호에 관하여 5가지 결의가 있었는데, 그 중 하나가 “통일화된 저작권보호입법을 모든 국가에서 취하는 것이 바람직하다”는 것이었다: 菱沼 剛, 「知的財産權保護の國際規範」, 信山社, (2009), 15 면.

46) 그 특허법의 구체적인 이동에 관해서는, 특허청, 「5개국(한·미·일·EPO·중국)특허법 비교고찰」, 특허청, 2008, 참조.

47) 木柵照一, 전거서(각주 40), 10면.

48) 兒玉晴男, 「著作物の傳達に關するauthor's rightの法理とcopyrightの法理とのシンセシス」, 現代先端法學の展開, 信山社, 2001, 461면.

49) 중국의 저작권법은 양법계를 융합한 선봉적 위치에 있다고 하고 있다.; 李明德·許超, 「著作權法」, 法律出版社, 2009, 16면 참조.

적극적이며 직접적으로 법의 통일을 이룬 것은 아니다.

이와 같은 지적재산권법의 법적성질이나 국제적환경등에 불구하고, 한·중·일 간에는 현실적으로 경제를 발전시켜야 한다는 필요성에 관해서는 그 인식을 같이 하고 있으면서도, 이들 3개국 간에는 전술한 전통적으로 장애가 될 수 있는 요인 외에, 입법 정책적인 면에서 보면 지적재산권법의 경우에도 그 나라의 산업정책이나 문화정책 등이 반영되기 때문에 마찰이 생기고, 조정하여야 할 문제가 발생하는 등 여러 가지 요인으로 인하여 공통법의 성립가능성을 곤란하게 하고 있다. 특히 중국의 지적재산권법이 가지고 있는 배경이 한국이나 일본 등 자본주의 국가와는 다른 점이 있다는 것이다. 중국의 지적재산권법에는 자본주의 여러 나라의 지적재산권법과는 법규의 내용적 상위의 문제에 그치지 않은 측면이 존재한다.

또한 중국이 사회주의 경제체제를 그 법제도적인 측면에서는 탈피하려고 노력하고 있다고 하여도, 아직은 사회주의 경제체제를 확립하고 있는 가운데, 연해와 내륙, 한민족지역과 소수민족지역의 격차가 현저하기 때문에, 중국지적재산권법의 제정환경은 복잡한 중층구조로 이루어 질 수도 있다는 것도 예상된다는 등의 문제점이 존재하고 있다⁵⁰⁾.

이러한 점을 고려할 때 EU의 EPC와 같은 형태의 조약으로서 동북아 지적재산권법의 통일을 논의하는 것은 시기적으로 아직 빠르지 않을까 생각한다.

4. 지적재산권분쟁처리의 방법

위와 같이 현실적으로 공통의 지적재산권법이 성립할 수 있는 그 가능성이 이루어지기 어려운 경우는 물론이고 장래적으로 공통법이 성립한 경우에도 지적재산권과 관련하여 발생한 분쟁을 신속하게 처리하는 것도 경제발전을 위하여 필요한 중요한 수단이 될 수 있다.

1) 분쟁처리제도의 의의와 종류

(1) 개설

사회에는 항상 크고 작은 여러 가지 분쟁이 발생하고 있다. 국제간에서도 마찬가지로

50) 夏雨, 전게서, 2면.

다. 그러한 분쟁은 사회를 구성하는 행위주체간의 이해나 가치관 등의 대립을 전제로 하여, 자신의 주장을 관철하기 위하여 어떠한 외면적 행동이 행하여지는 것에 의한 현상이다⁵¹⁾. 이러한 분쟁을 해결하기 위하여 국가는 여러 가지 분쟁해결제도를 법률에 규정하고 있다. 분쟁해결제도는 그 나라의 역사적 배경, 정치체제, 경제사회 상황, 문화적 요인 등의 영향을 받아 제도로써 규정하고 있는 것이다. 또한 분쟁처리는 법제도에 부여된 가장 중요한 기능이며, 또한 법의 실효성·타당성을 확인하는 절차이기도 한다. 이러한 분쟁처리과정에는 해당 국가·사회에 있어서의 법의 기능에 관련되는 사회적·문화적인 요인이 크게 작용하고 있다.

민사상분쟁은 외국적 요소가 있는(이하 “섭외적”이라 한다) 사인간의 분쟁과 순수한 국내사법상의 분쟁으로 구분할 수 있으며, 그러한 분쟁의 해결방법은 재판에 의한 분쟁처리와 재판외분쟁처리 내지 代替的分쟁처리(Alternative Dispute Resolution: 이하 “ADR”이라한다) 제도로 구별할 수 있다.

한국·일본과 중국간의 소송제도의 법체제에서 크게 차이가 있는 것은 지적재산권의 침해에 대한 구제제도이다⁵²⁾. 즉 침해구제방법에 있어서 한국과 일본에서는 침해사건은 민사사건에 해당하기 때문에, 행정은 관여하지 않고, 당사자 간의 분쟁으로서 “司法”의 판단에 맡기고 있다. 그러나 중국에서는 침해 구제의 경우에는 사법이 판단하는 이외에 “행정”이 이를 판단할 수도 있다.

(2) 중국의 지적재산권보호제도

한국이나 일본에서는 침해사건은 민사사건이고 행정관청은 관여하지 않고 사법의 판단에 맡기고 있다. 그러나 중국에서는 지적재산권의 침해에 대한 구제제도로써 한국과는 달리 사법이 판단하는 외에 행정이 이를 판단하는 제도가 있다. 전자를 사법보호(민사보호), 후자를 행정보호라고 부르고 있다.

① 행정보호제도

지적재산권의 행정보호제도의 개념은 견해가 나뉘고 있으나, 다수의 견해는 법에서 직접적으로 사용하고 있는 개념이 아니고, 저작권, 상표권, 전리권 기타 지적재산권의

51) 小林昌之・今泉愼也, 「アジア諸國の紛争處理制度」, アジア經濟研究所, 2003, 3면.

52) 이에 관해서는 “アジア諸國における知的財産權の行使”, 「NBL」, No.109, 商事法務에 자세하게 기술하고 있다.

행정법률책임에 관하여 이론적으로 간접적으로 사용되고 있는 개념이라고 하고 있다. 다수설에 따라 행정보호를 간단히 설명하면 ㉠ 지적재산권의 행정보호는 지적재산권이 침해당한 후에 행정기관의 권리자의 신청 혹은 직권으로 권리자의 합법적인 권익과 사회정상질서를 유지하기 위한 활동이다. ㉡ 지적재산권의 행정보호는 사법구제를 통하여 실현된다. ㉢ 행정보호라는 용어는 법률에서 사용하고 있는 법적 용어는 아니고, 사실상 사용되고 있는 용어이다. ㉣ 지적재산권의 행정보호는 국가행정기관이 중대한 지적재산권법의 위반행위에 대해서 행정처벌을 하는 것이다. ㉤ 지적재산권의 행정보호는 지적재산권행정관리기구가 행정수단을 사용하여 지적재산권을 침해하는 불법행위를 처벌하고 합법적 권리자의 이익을 보호하는 활동이다. ㉥ 지적재산권의 행정보호는 국가행정기관이 행정수단을 사용하여 지적재산권의 전면적인 실시를 법률로서 보호하는 행정관리와 행정집행을 포괄하고 있다⁵³⁾.

이와 같이 지적재산권행정보호의 개념은 포괄적 개념이나 일반적으로 중국에서는 지적재산권의 침해행위가 이루어진 경우 각 행정지역에 있는 “지방지적재산권관리기구”에 소를 제기하면 이들 행정기구가 침해, 비침해의 여부를 판단하고, 침해물품에 대한 단속을 하는 제도로서 이해하고 있다.

지적재산권행정보호제도는 근거법률이나 법규에 규정된 바에 따라 행정기관이 지적재산권의 권리자 혹은 관계자의 합법적 권리를 보호하는 것으로서, 이 제도는 보호범위와 정신이 TRIPS 협정과 일치한다고 하고 있다. 중국은 80년대 개혁개방이래 이와 같은 지적재산권행정보호제도를 체계화하였다⁵⁴⁾. 즉, 저작권, 상표권, 전리권, 부정경쟁방지, 지적재산권특수행정보호⁵⁵⁾, 기타 지적재산권행정보호제도⁵⁶⁾로 체계화하여 해당 법에 근거규정을 두고 있다⁵⁷⁾.

53) 曲三强, 전거서, 87-88면.

54) 이 제도는 1949년10월에 중화인민공화국정부가 탄생하면서 중전의 국민당정부의 사법제도를 전면적으로 폐지하였다. 그 결과 사법 기능의 약화와 행정기관의 강화라는 결과를 초래하였다. 이에 따라 사법기능을 담당하여야할 인민법원은 사실상 그 기능을 발휘할 수 없게 되었다. 그런데 중국이 80년대 들어서서 개혁개방 정책을 실시하면서 경제를 적정하게 활성화시키기 위해서는 법제도의 정비 가 필요하게 되었다. 이러한 문제에 대응할 수 없게 된 행정이 사법의 역할을 다시 인민법원에 맡기게 되었다. 이와 같이 행정과 사법이 병주(併走)한 것을 “兩條腿走路”라고 하는 것으로 “양조퇴주”의 어원은 인간이 두발로 밸런스를 유지하면서 걷는다는 것을 말한다; 創英知的財産研究所, 전거서, 63-64면.

55) 1987년 해관(세관)법, 2003년 지식산권해관보호조례에 의한 해관보호제도가 이에 해당한다.

56) 2007년 식물신품종보호조례 등에 의한 보호제도가 이에 해당한다.

57) 예를 들면 저작권행정보호법률제도는 2001년 저작권법 제21조, 2002년 저작권법실시조례 제36조 등 관련법에 근거규정을 두고 있다. 자세한 것은 曲三强, 전거서, 89-90면 참조.

그 특징으로서는 ① 주동성, ② 수단다양성, ③ 직접성, ④ 효력선정성, ⑤ 가소성 등을 들 수 있다⁵⁸⁾. 그러면서도 이 제도는 관할기관이 많기 때문에 기관 상호 간의 상하관계가 복잡하고, 또한 기관 간에 업무를 직권으로 교차할 수 있기 때문에 분쟁이 발생할 우려가 있다. 때문에 그 보호의 효력도 저하되는 현상이 용이하게 발생되고 있으며, 특히 지방보호주의 혹은 부분보호주의 등이 용이하게 발생할 수도 있다는 등의 문제점이 지적되고 있다.

② 사법보호제도

중국도 민사사건의 해결은 사법판단에 맡기고 있다. 지적재산권의 침해행위가 이루어진 경우에도 민사적 구제를 받고자 하는 경우에는 사법적 보호로서 법원에 소송을 제기할 수 있다. 민사보호의 특징으로서는 ① 피동성으로서 민사소송에 있어서 不告不理의 원칙이 적용되고, ② 직접성, 그리고 ③ 선봉성을 들고 있다⁵⁹⁾.

그런데 중국에서는 지적재산권분쟁에 관해서는 종래는 부정상품처리(상표권침해사건)가 중심을 이루었기에 공상행정관리기관에 의하여 해결하는 것이 주류를 이루고 있었다. 그러나 최근에는 지적재산권분쟁이 인민법원에 제소하는 건수가 증가하고 있으며, 특히 특허권침해사건은 인민법원의 사법절차를 해결수단으로서 선택하는 경향이 나타나고 있다.⁶⁰⁾

③ 양 제도의 활용비율

이러한 지적재산권의 보호제도로서 행정보호제도와 사법보호제도 2가지의 활용의 정도는 미처 파악하지 못하였으나, 중약(Chinese Medicine)과 관련된 자료를 보면, 기업이 중약보호를 신청할 때 먼저 선택하는 보호형식의 순서는 중성약 품종보호(행정보호) 47개 기업(75.81%), 신약보호(행정보호) 39개 기업(62.90%), 특허보호(사법보호) 27개 기업(43.55%), 등록상표보호 31개 기업 (50%), 저작권보호 2개 기업 (3.23%)이다. 이와 같이 중국의 행정보호제도는 사법적인 보호보다도 상대적으로 활용도가 높다. 이러한 현상은 신약준비제도와 행정보호체제와 관계되는 문제로서, 중국에서는 중약지적재산권보호의 내용, 범위와 관련되는 법률법규와 국제관례가 일치하지 않는데

58) 자세한 것은 曲三强, 전계서, 88-89면 참조.

59) 曲三强, 상계서, 92-93면.

60) 中島敏, “中國における知的財産法制度の新展開”, 「中國知的財産保護の新展開」, 雄松堂, 2003, 337면.

있다고 한다⁶¹⁾. 또한 지적재산권이 침해를 받았을 때 선택하는 구제수단으로서는 대부분의 기업이 사법구제(47개 기업, 점유율 75.81%)를 선택하고, 21개 기업(점유율 33.87%)만이 행정 구제를 선택하였다⁶²⁾.

④ 분쟁해결절차의 실제에서 제기되는 문제

④ 지방보호주의

중국은 넓은 토지를 갖고 있기 때문에 지방은 지방에서 자신들의 이익을 보호하기 위하여 독자적인 행동을 함으로서 국가시책과는 맞지 않은 대응을 하는 경우가 있다. 즉 지방의 산업을 보호하기 위해서 행정이나 사법이 공정한 판단이나 법의 집행을 할 수 없다는 것을 말하는 것으로서 이를 지방보호주의라고 한다. 특히 재판 또는 법관이 지역경제 등에 미치는 영향 등을 고려하여, 이에 따라 판결이나 집행에 영향을 받게 되는 문제를 재판에 있어서의 지방보호주의라고 할 수 있다.

중국에서 재판을 하고자 하는 경우에는 법원과 변호사의 선택에 관하여 가장 신경을 써야 할 것 중의 하나라고 한다. 그것은 중국에서 재판을 하고자 하는 경우에 가장 먼저 직면한 것은 지방보호주의이기 때문이다. 중국의 지방보호주의가 판결의 집행에 있어서 주요한 장애물의 하나라고 할 수 있다⁶³⁾. 재판에 있어서의 지방보호주의의 연원은 법관임면권의 소재와 재정부담의 문제 그리고 법관의 자질 등에 관한 문제가 복합적으로 작용한 결과라고 할 수 있다. 중국은 법관의 임면권을 지방각급인민법원의 원장은 지방각급인민대표대회에서 임면하고, 부원장, 정장, 부정장, 심판위원 및 재판관은 지방각급인민대표대회상무위원회가 임면하고 있다⁶⁴⁾. 또한 임명된 법관의 출신에 대해서도 1995년 이전까지는 당, 행정부, 군 등에서 법관을 임명하였는데, 이들 대부분은 법률전문가가 아니었기에 법관으로서의 자신감이 결여되어 지방정부보호주의가 발붙일 수 있었던 원인 중의 하나였다고 할 수 있다⁶⁵⁾. 물론 중국도 2002년부터 “국가통일사법시험”이 실시되고 있기 때문에 법관의 자질문제는 점차적으로 해소될 것으로 보인다.

⑤ 보호제도에 내재하는 과제

61) 洪淨, 「中藥知識產權保護」, 中國中醫藥出版社, 2003, 124면.

62) 洪淨, 상계서, 124면.

63) Randall Peerenboom, “Seek Truth from FACTS: An Empirical Study of Enforcement of Arbitral ; L. 249, 2001.

64) 島敏, 전계서, 356면.

65) 지방정부보호에 관해서는 김선정교수의 다음 논문에서 자세하게 논하고 있다. 김선정, “중국에 있어서 외국중재판정의 승인 및 집행거절사유인 공서와 법의 지배”, 「중재연구」, 18권 3호(2008.12), 38면.

앞에서 말한 바와 같이 침해에 대한 구제방법이 두 가지라는 것이 중국의 지적재산권보호(구제)의 특징이다. 중국이 이러한 방법을 채용한 배경에는 중국의 정치적 역사와 관련이 있다. 행정보호제도의 특징의 하나인 가소성에 따라 행정의 판단을 법원에 소를 제기할 수 있는데, 이에 따라 법원에서 행정의 판단을 반복하는 사례가 나타나고 있다. 즉 중국에서 지적재산권의 침해사례로서 빈번하게 일어나고 있는 외관설계(industrial design)에 관하여 살펴보면, 2005년 1월부터 11월까지 북경시 복심위원회의 패소율이 30% 가까이 된 것으로 비공식조사이지만 조사되고 있다. 이렇게 나타난 현상을 어떻게 평가할 것인가에 관하여 의문이 있으나, 이러한 수치가 고율인가의 여부 문제를 떠나서, 이러한 현상이 나타난 것은 단순한 모방사건은 감소한 반면, 복잡 미묘한 분쟁이 증가하고 있음을 나타내고 있다 할 것이다⁶⁶⁾.

그런데 재판에서 지방보호주의가 발생하는 원인의 하나가 법관의 자질에 문제가 있는 것으로 보고 있는데⁶⁷⁾, 지금 같이 지적재산권의 침해형태와 기술이 점차 전문화되고 고도화됨에 따라 보호기관도 전문화되어야 할 필요가 있다. 중국은 2008년에 발표한 “국가지식재산권전략강요”에서는 지적재산권을 담당하는 전문법원을 설치하는 것으로 되어 있다. 전문법원이 설치되면 지방보호주의가 개선될 것으로 생각한다. 그러나 앞에서 말한 바와 같이 행정보호제도가 가지는 문제점과 사법제도가 안고 있는 제 문제점을 어떻게 해결하여야 할 것인가가 보호제도에 내재하는 하나의 과제라고 할 수 있다.

(3) 분쟁해결을 위한 제도

현재의 소송제도는 서구에서 유래한 것으로 동북아 각국의 근대화 과정이나 식민지 정책 또는 실재상 필요성 등 여러 원인에서 도입된 제도이다. 따라서 각국은 사법제도 개혁의 과정을 거치면서 제도개선이 이루어지고, 경제발전이나 국민의 권리의식 수준이 높아짐에 따라 소송의 이용이 증가되고 있다고 하여도 아직도 소송중심주의의 사고는 국민의 감정과는 갭이 있다고 할 수 있다.

66) 비공식인 데이터이지만 2005년 1월부터 11월 까지 북경시제1중급인민법원(지재)과 북경시 고급인민법원(고재)의 재판 예를 조사해본 결과, 중급인민법원에서는 77건에 대하여 판결이 있었는데, 복심위원회의 판단이 인정된 것이 66건(85.7%), 복심위원회패소가 11건(14.3%)이었고, 2심인 고급인민법원은 46건의 판결 중에서 복심위원회의 승소가 31건(67.4%), 패소가 15건(32.6%)으로 되어, 전체적으로는 복심위원회의 판단이 그대로 유지된 율이 71.2 %이고, 판단과는 반대로 된 판결은 28.8%이다. 馬場鍊成・經志强, 「變貌する中國知財現場」, 日刊工業新聞社, 2006, 115면.

67) 김선정, 전계서, 38면.

또한 소송에 의하여 분쟁을 해결하고자 하는 경우에도 재판관할권, 준거법, 외국재판의 승인과 집행에 관한 문제 등에 관하여 문제가 발생할 수 있다⁶⁸⁾. 그래서 이러한 문제를 국제사법에 의하여 법의 저촉문제를 해결하는 방법을 고려할 수 있다. 이와 관련하여서는 지난 2003년부터 한·중·일의 국제사법학회가 중심이 되어 동아시아의 공동원칙을 책정하는 문제가 논의되고 있는 것으로 알고 있다⁶⁹⁾ 70).

또한 앞에서 이미 설명한 바와 같이 한국이나 일본에서는 지적재산권의 침해사건은 민사사건으로서 사법의 판단에 맡기고 행정관청은 관여하지 않고 있다. 그러나 중국에서는 지적재산권의 침해에 대한 구제제도로서 사법제도 이외에 지적재산권 행정보호제도를 두고 있다. 이 제도는 중국의 특수한 역사적 배경에서 탄생된 것이라는 점을 고려하면 폐지하기 어려울 것이나, 섭외적 지적재산권침해사건에 대해서는 적용되지 않은 것으로 관련법을 개정할 수도 있을 것이다.

그러나 보다 중요한 것은 앞에서 누차 언급한 바와 같이, 한·중·일 간에는 아직도 해결되지 않고 서로들 얹혀 있는 역사적 배경에 따른 문제점으로 인하여 각국의 국민은 상대방의 국가의 재판권에 복종한다는 것을 감정적으로 용인하기 곤란하다는 면이 내재하고 있다는 것은 부정할 수 없다.

여기에서 그 대안으로 제기되는 것이 ADR제도⁷¹⁾이다. ADR제도는 당사자 간의 관계를 회복시키는 것을 주안으로 하는 제도로서, 동북아 각국의 전통과도 부합하는 제도이다. 특히 최근 들어 동북아 각국에서도 상사중재 등의 분쟁사건의 처리에 중재 등 ADR시스템의 이용이 증가하고 있다. 또한 소송중심주의 대표적인 나라인 미국에서는 최근 들어 ADR제도를 활발하게 이용하고 있다고 한다. 그러한 원인은 자치의 정신을 배경으로 하는 것으로서 자신들의 분쟁은 자신들이 해결한다는 움직임의 결과라고도 하지만, 보다 중요한 원인은 미국은 다민족국가로서 異民族相互間에서 분쟁이 발생한 경우는 그 해결을 공통의 법정에 의하게 할 수는 없다는 것이다. 이는 각 민족마다

68) 이에 관해서는 小林秀之·村上正子, 「國際民事訴訟法」, 弘文堂, 2009, 2-10면 참조.

69) 동아시아에 있어서의 지적재산분쟁해결에 관하여 국제사법의 공동원칙의 가능성에 관한 연구로서는 제6회 한일지적재산권·국제사법심포지움, 2006.9.2-3; 高林龍, 「知的財産法制の再構築」, 木柵照一, “知的財産紛争に關する國際私法規則の調整と調和の試み”, 283면 以下. 國際私法 입장에서 연구는 木柵照一교수의 연구가 독보적이다.

70) 이에 따라 한국 측은, 지적재산권에 관한 국제사법원칙의 조정과 조화를 위하여 일반규정, 국제재판관할권, 준거법, 외국재판의 승인과 집행 외에 중재에 의한 분쟁해결의 경우를 포함한 5부로 구성된 초안을 제시하였다고 하나, 그 내용을 미처 확인하지 못하였다.

71) 이 논문에서 말하는 ADR제도에는 중재를 포함한 개념으로 사용한다.

생활규범을 달리하는 면이 있기 때문이라고 한다⁷²⁾.

이러한 원인 외에, 분쟁의 원인이 지적재산권과 관련된 경우에는, 기술개발의 진보와 밀접한 관계가 있다는 점에서 신속성이 요구되고, 또한 기술개발에 투입된 연구비가 막대하기 때문에, 경제 대 비용효과라는 요소가 요구된다⁷³⁾. 그리고 동북아 각국의 상이한 사법제도 등을 고려할 때 낮은 코스트에서 전문가의 판단을 기대할 수 있는 ADR시스템에 의하여 지적재산권에 관한 분쟁을 해결하는 것이 보다 바람직하다고 할 수 있다⁷⁴⁾⁷⁵⁾. 그러나 물론 지적재산권분쟁에 있어서 실효적인 ADR시스템을 갖추어야 할 과제가 있다. 예컨대 중재지 및 승인·집행예정국에서 유효성이 인정되기 위해서는 중재합의가 필요하다. 이와 같은 문제에 대해서는 각국의 중재법에 규정되어 있다. 그러나 중재대상이 되기 위해서는 중재적격성이 인정되어야 한다. 지적재산권에 관련된 분쟁의 모두에 중재적격성인 인정되는 것은 아니다. 예컨대 지적재산권의 유효성의 문제는 중재적격성을 인정하기 곤란하고, 중재판정의 집행을 거부하기 위한 사유로서 “공익성의 개념”과 관련하여 “지방정부보호”주의와 어떻게 운용될 것인가 등등 실제로 운용하는 과정에서 보면, 여러 가지 제기되는 문제를 안고 있다. 이와 같이 ADR제도 또한 소송과 같이 어느 국가의 재판권에 복종하여야 한다는 점을 제외하고는 해결하여야 할 많은 문제점이 있다.⁷⁶⁾ 여기에서 동북아지적재산권ADR센터의 설립의 필요성이 그 힘을 갖게 된다.

72) 石川明・三上威彦, 「比較裁判外紛争解決制度」, 慶應義塾大學出版會, 1997, 7면.

73) 일반적으로 중재에 의한 섭외분쟁의 해결의 이점으로서 ① 해결의 신속성, ② 소송에 의한 것보다 는 비용에 있어서 경제성, ③ 기밀성의 유지, ④ 비공식성 ⑤ 중재판정의 국제적집행의 용이성을 들 수 있다.

74) 한국 저작권법 제112조 이하에서 저작권에 관한 분쟁의 해결제도로서 조정과 알선(2009.4.22 개정에서 추가)을 규정하고 있는데, 조정제도는 그 동안 저작권분쟁해결제도로서 많은 역할을 하여 왔다. 이 제도를 활성화하기 위한 개선 방안에 대해서는 「저작권심의조정위원회 조정제도의 개선방안에 대한 연구」 문화관광부, 2003. 12. 참조.

75) 일본의 사법제도개혁심의회 의견서에는 중재·ADR에 대하여, “소송절차에 의하지 않고 유연한 해결을 가능하게 하는 것”이 기대되고, “법원이 사안에 따라 전문성을 가진 ADR전문기관에 절차의 전부 또는 일부를 맡길 수 있는 절차의 정비 등 소송과의 제휴를 강화해야 할” 것을 제언하고 있다.; 丹羽一彦, “知的財産權紛争と仲裁”, 「NBL」, No. 759. (2003. 4), 50면.

76) 이에 관해서는 손경한, “국제지적재산분쟁의 ADR원칙”, 세미나 자료 「제6호 한일지적재산권·국제사법심포지움(II)」, 한국국제사법학회·技術と法研究所, (2006.2-3), 649-682 면에서 국제지적재산권분쟁을 ADR에 의하여 해결함에 있어서 고려하여야 할 논점을 구체적으로 지적하고 있다.

3) 동북아지적재산권ADR센터의 설립을 제안

21세기는 글로벌화·인터넷·하이테크 분야의 기술폭주화에 의해서 지적재산분야에서의 전문성이 높은 분쟁처리요구가 높다. 또한 지적재산과 다른 분야의 전문적 지식을 필요로 하는 복잡화한 분쟁도 증가하고 있다. 재판 제도도 이러한 시대적 요청에 부응하여 한국과 일본은 지적재산을 전문 관할로 하는 법원을 설립하였고, 중국은 계획 중에 있는 것으로 알고 있다. 이에 따라 국내적으로는 지적재산권분쟁의 처리는 그 대부분이 재판에 의하여 처리되고 있다.

그러나 한·중·일간의 섭외적 지적재산권분쟁은 국제성⁷⁷⁾과 신속성을 가지는 처리가 요구되고 있으면서도, 다른 한편으로는 전문한 여러 가지 역사적, 정치적, 문화적, 사회적 요인 등은 지적재산권분쟁처리를 위하여 동북아공통의 법원을 설립한다는 생각은 현실적으로 더욱 곤란하게 하고 있다. ADR제도도 지적재산권분쟁을 해결하는데 있어서 바람직한 제도이면서도, 이 제도의 이용의 활성화를 위해서는 해결하여야 할 많은 과제가 있는 것 또한 사실이다. 현재도 한·중·일 3국간에 이루어진 중재판정의 집행력 등, 그 실효성을 확보함에 있어서 많은 문제점이 나타나고 있다.

이와 같이 소송이나 ADR에 의한 방법에도 역시 해결하여야 할 과제가 많다면, 이제라도 동북아에서 발생하는 섭외적 지적재산권분쟁의 처리를 효율적으로 하기 위해서 동북아의 역내협력체제로서 “동북아 중재 조정센터” 혹은 “동북아지적재산권ADR센터”를 설치하여 동북아에서 발생하는 섭외적 지적재산권분쟁처리를 담당하게 하는 것이 필요하지 않을까 생각한다.

이에 대한 하나의 모델로서 WIPO 조정·중재센터(WIPO Arbitration And Mediation Center)를 상정할 수 있는데,⁷⁸⁾ 이 밖에도 여러 모델을 종합하는 등, 동북아에서의 지적재산권분쟁발생원인과 효율적인 해결방법 등 특수한 여러 요인을 감안하여 모델을 만들어야 할 것이다. 아울러 ADR센터가 실효적인 ADR시스템으로서 기능을 발휘할 수 있도록 하기 위해서는 ① 전문성 있는 판단을 위한 중재인의 선정과 구성방식, ② 법

77) 이 경우의 국제성은 국가주권으로부터 일정한 거리를 두고 국경을 넘어서 분쟁을 해결함으로써, 국가를 초월한 동북아 시장에 적용할 수 있는 공동의 분쟁해결방법을 원활하게 하고, 국제시장에서의 법적 안정성 및 예견가능성을 강화할 수 있다.

78) WIPO Arbitration Center는 International Center for the Resolution of Intellectual Property Dispute로서 1993년 9월 WIPO총회에서 승인을 받아, 1994년 10월부터 활동을 시작하였는데, 여기에서는 조정(mediation), 중재(arbitration), 간이중재(expedited arbitration) 그리고 중재비용조정(mediation followed, in the absence of a settlement, by arbitration) 등 4가지 분쟁해결방법이 제공되고 있다.

형성기능의 확보, 예를 들면, 판정사유의 공개, 선례구속성의 문제, 예측가능성의 확보 등에 관한 사항, ③ 이 제도의 활용을 위한 구체적 방안, 예를 들면 판정에 대하여 당사자가 임의적으로 이행할 수 있도록 하는 제도, 또는 임의적으로 이행하지 않은 경우에 있어서 강제적으로 집행이 가능하도록 하는 사항, 그 밖에 여러 가지 사항을 생각할 수 있으나 여기에서 보다 중요한 것은 창설된 ADR센터가 이용자로부터 신뢰를 확보할 수 있는 시스템을 갖추도록 하는 것이다⁷⁹⁾.

끝으로, 동북아 지적재산권ADR센터는 국제성을 가지도록 하면서 그 조직은 가치 중심적이어야 하며, 또한 ADR제도가 가지는 특성을 최대한 발휘할 수 있는 구조를 갖추도록 하여야 할 것이다⁸⁰⁾.

IV. 결론

지금은 21세기에 들어 선지도 한참 지났다. 20세기의 공업화사회는 21세기의 정보화 사회로 급속하게 이행되어 가고 있다. 아톰의 세계에서 비트의 세계로 변화하고 있는 것이다. 오늘날의 인터넷으로 대표되는 네트워크 화된 정보화 사회에서 아시아라는, 동북아시아라는 지역에서 살고 있는 우리들은 주체적으로 동북아시아를 더 나아가서는 아시아를 발전시켜 나가야 할 것이 아닌가 생각한다.

이를 위해서 먼저 필요한 것은 동북아시아 각국 간에서 경쟁관계가 아닌 경제의 공동발전이라는 틀을 짜는 것이다. 그 틀을 위해서는 “지역적 유대의 강화”와 “공통법”을 만드는 것도 하나의 수단일 것이다. 동북아시아에서 공통법의 성립이 가능한 분야는 이론적으로는 기술법적인 성질을 가진 분야나 국제조약에 의하여 성립된 분야라고 할 수 있다. 지적재산권법분야는 양자 모두에 속한다고 할 수 있기 때문에, 장래적으로는 한·중·일 간에 공통의 특허법 혹은 저작권법의 성립을 기대할 수도 있을 것이다. 특히 사회주의 국가인 중국은 최근에 와서 특허법 등 지적재산권법을 개정하면서 형식적으로는 사회주의적 요소를 제거하고 있다는 점을 생각하면 특히 그러하다. 그러나 현실적으로 보면 한·중·일 간에는 미묘한 감정관계 내지 경쟁관계가 흐르고 있기

79) 山崎卓也, “著作権紛争はいかに解決されるべきか”, 「コピライト」, 著作権情報センター, No. 581(2009.9), 15면.; 특히 이 논문은 저작권분쟁을 해결함에 있어서 ADR 시스템을 이용하는 것이 바람직하다는 것을 논하고 있다.

80) 다만 이 논문에서는 지면관계상 구체적인 조직 구조 등에 관해서는 생략한다.

때문에 용이하게 이루어지기는 어렵지 않을까 생각한다.

아울러 지적재산권과 관련하여 한·중·일간에 섭외적인 분쟁이 발생한 경우에 그 분쟁의 해결방법으로서 재판에 의하는 방법과 재판에 의하지 않은 분쟁해결방법으로 구분할 수 있다. 재판에 의한다는 것은 국가의 재판권에 복종한다는 의미이기도 하기 때문에, 자국의 법원이 아닌 상대방 국가의 법원에서 재판을 받는다고 하는 것에 대해서 각국 국민의 미묘한 민족감정이나, 각국의 상이한 사법체도로 인하여 선호하지 않고 있다.

이와 같이 생각하면, ADR제도는 지적재산권분쟁을 해결하는데 있어서 바람직한 방법이라고 할 수도 있으나, 이 방법도 또한 해결하여야 할 과제가 있다. 그렇다면 많은 어려움은 따르겠지만, 동북아에서 발생하는 섭외적 지적재산권분쟁의 처리를 위해서서는 보다 효율적이라고 생각되는 동북아의 역내협력체제로서 “동북아지적재산권ADR센터”를 설치하는 것이 바람직하지 않을까 생각한다. 따라서 (가칭) “동북아지적재산권 ADR센터”의 설치를 제안하는 것을 결론으로서 끝맺고자 한다.

>>> 참고문헌

【국내문헌】

- 김광익, “동북아의 존재양식: 현실과 상상의 차이”, 「21세기 동북아문화공동체의 구상」, 법문사, 2004.
- 김상용, “동북아보통법의 형성가능성에 대한 검토와 전망”, 「아시아법제연구」, 제5호 (2006.3).
- 김상용, “비교법과 비교법학”, 「법학연구」, 12권 4호(2002).
- 김선정, “중국에 있어서 외국중재판정의 승인 및 집행거절사유인 공서와 법의 지배”, 「중재연구」, 18권 3호(2008.12).
- 나지원, “특허법통일과 미국특허법개정”, 인터넷법률신문,
〈<http://www.lawtimes.co.kr/LawPnnn/Accs/PnnynPrint.aspx?serial=1813>〉,
작성일: 2007. 11. 19.
- 문화관광부, 「저작권심의조정위원회 조정제도의 개선방안에 관한 연구」, 2003. 12.
- 박병호, “동아시아에서의 법과 근대성”, 「법사학연구」, 26호.
- 박찬호, “비교법연구 방법론에 대한 고찰”, 「비교법제연구」, 2006-05(2006).
- 宇田川幸則, 東アジア共通法の可能性, 한국법제연구원, 2008.
- 이근, “한·중·일 FTA체결과정에서의 지적재산권 문제”, 「2004년 종합본 지식재산권 연구 포럼」, 한국발명진흥회 지식재산권연구센터.
- 손경한, “국제지적재산분쟁의 ADR원칙”, 세미나 자료 「제6회 한일지적재산권·국제사법심포지움 (II)」, 한국국제사법학회·技術と法研究所, (2006.2-3).
- 최은석, “동북아 통합을 위한 법적과제와 북한의 체제전환 협력방안”, 「아시아법제연구」, 제9호(2008.10).
- 특허청, 「5개국(한·미·일·EPO·중국)특허법 비교고찰」, 특허청, 2008.

【중국문헌】

- 曲三强, 「現代知識產權法」, 北京大學出版社, 2009.
- 梅術文·王超政, “中,日國家知識產權戰略的比較思考”, 「國家知識產權戰略實施策略与績效評論 國際研討會」, 中國·廣州大學城, 華南理工大學, 2009.
- 吳漢東, 「智識產權法」, 北京大學出版社, 2009.
- 俞可平, “全球化与新的思维向度和觀察角度”, 「全球化和全球史」, 社會科學文獻出版社, 2007.
- 李明德·許超, 「著作權法」, 法律出版社, 2009.
- 蔣儂泉, “中華法系立法之演述”, 「中華法系的回顧与前瞻」, 中國政法大學出版社, 2007.
- 洪淨, 「中藥知識產權保護」, 中國中醫藥出版社, 2003.

【일본문헌】

- 久々 漆伸一, “著作權法と比較法”, 「民法と著作權法の諸問題」, 法學書院, 1993.
- 丹羽一彦, “知的財産權紛争と仲裁”, 「NBL」, No. 759(2003. 4).
- 馬場鍊成·經志强, 「變貌する中國知財現場」, 日刊工業新聞社, 2006.
- 木柵照一, “知的財産法の統一に關する沿革的考察”, 「知的財産法の系譜」, 青林書院, 2002.
- 木柵照一, “知的財産紛争に關する國際私法規則の調整と調和の試み”, 高林龍, 「知的財産法制の再構築」, 2008.
- 木柵照一, 「國際知的財産法」, 日本評論社, 2009.
- 菱沼剛, 「知的財産權保護の國際規範」, 信山社, 2009.
- 紋谷暢男, 「知的財産權法概論」, 有斐閣, 2009.
- 山崎卓也, “著作權紛争はいかに解決されるべきか”, 「コピーライト」, 著作權情報センター, No. 581.(2009.9).
- 西川潤·平野健一郎, 「東アジア共同体の構築3 國際移動と社会変容」, 岩波書店, 2007.
- 石川明·三上威彦, 「比較裁判外紛争解決制度」, 慶應義塾大學出版會, 1997.
- 小口彦太, “最近の中國における“中華法系”論について”, 「社會主義法研究年報」, No.9. アジアの社會主義法,, 社會主義法研究會編, 法律文化社, 1989.

- 小林秀之・村上正子, 「國際民事訴訟法」, 弘文堂, 2009.
- 小林昌之・今泉慎也, 「アジア諸國の紛争處理制度」, アジア經濟研究所, 2003.
- 兒玉晴男, “著作物の傳達に關するauthor's rightの法理とcopyrightの法理とのシンセシス”, 「現代先端法學の展開」, 信山社, 2001.
- 安田信之, 「東南アジア法: ASEAN法」, 日本評論社, 2000.
- 日本朝日新聞取材班, 「歴史は生きている」, 朝日新聞出版, 2008.
- 長澤幸男・古谷眞帆, 「知的財産法で見る中國」, 發明協會, 2009.
- 田中耕太郎, 「續世界法の理論」, 上, 有斐閣, 1972.
- 中島敏, “中國における知的財産法制度の新展開”, 「中國知的財産保護の新展開」, 雄松堂, 2003.
- 創英知的財産研究所, 「中國の知的財産法」, 東洋經濟新聞社, 2006.
- 淺井敦, “中國の法を考える”, 「法經論集」, 愛知大学法經学会, 143호(1997.3).
- 夏雨, “中國における知的財産權保護に關する沿革的考察”, 「法研論集」, 18호(2006).
- “アジア諸國における知的財産權の行使”, 「NBL」, No.109, 商事法務.

【서양문헌】

- Lawrence M. Friedman, The Nature and Legitimacy of Modern Law : Some Comparative and Global , Perspectives, 多文化世界における比較法, 中央大學出版部, 2000.
- Randall Peerenboom, “Seek Truth from FACTS: An Empirical Study of Enforcement of Arbitral” ; L. 249. 2001.

----- ABSTRACT -----

Regarding Necessity for Organization with Solution of Intellectual-Property Right Dispute in North East Asia**Young Gil, Park**

This paper is researching into an issue of installing ADR as organization of solving dispute given the occurrence of intellectual-property right dispute in Northeast Asia.

As for composition of this paper, II is addressing first, the necessity for understanding an idea and philosophy of forming the background of a Chinese legal system, and second, a problem about what a law is in a legal system of each country in Northeast Asia, as a special issue in researching into a comparing method among Korea, China, and Japan. III examined possibility for establishment in common law for the intellectual-property law in Northeast Asia. The proposition as saying that there is necessity for “developing economy,” is being recognized now in common by 3 countries in Korea, China, and Japan, but has specificity as saying that the strained antagonistic relationship is immanent. However, all of 3 countries in Korea, China, and Japan are joined in WTO, thus the contents of the intellectual-property Law are almost similar. So, the possibility for being formed the unified law can be said to have been largely expanded. However, the possibility for being realistically established the common law is thought to be still early in light of period. If so, there are many problems about a method by justice in each country as a problem about how a dispute of intellectual property will be solved among Korea, China, and Japan, which is happening now. Thus, the installment of “ADR Center for Northeast Asia” is being proposed as a system to solve the

dispute of intellectual property right, which takes place among Korea, China, and Japan.

Keywords

Northeast Asia, ADR, Center for Northeast Asia, intellectual-property rights dispute, unified law