
공중보건과 상표권의 조화를 위한 연구*

—Tobacco Plain Packaging을 중심으로—

유현우** · 박재원***

- | | |
|-----------------------------------|------------------------------------|
| I. 서론 | 3. 소결 |
| II. WHO 담배규제기본협약과 Plain Packaging | IV. Plain Packaging의 국내 도입 시 법적 쟁점 |
| 1. WHO 담배규제기본협약 | 1. 국내의 담배제품 포장 및 라벨 규제 현황 |
| 2. 호주의 Tobacco Plain Packaging | 2. 헌법적 쟁점 |
| III. Plain Packaging의 국제 통상법적 쟁점 | 3. 상표법적 쟁점 |
| 1. 파리협약 | V. 결론 |
| 2. TRIPs협정 | |

* 본 논문은 저자의 2015년 제10회 대학(원)생 지식재산 우수논문 공모전의 수상작 “상표권과 공중보건의 조화를 위한 연구”를 바탕으로, 최근 동향을 반영하여 수정 및 보완한 것으로서 공동저자의 소속기관인 특허청의 공식적 입장과는 무관하며 개인적 견해에 따른 것임을 밝힙니다.

** 법학석사과정, 단국대학교 일반대학원 IT법학협동과정.

*** 법학박사(Ph.D.), 특허청 행정사무관.

초 록

호주는 지난 2011년 10월 모든 담배제품의 포장에 담배회사를 선전하는 문구와 이미지, 로고 등의 사용을 금지하는 대신 담배의 유해성에 대한 경고 문구 및 흡연의 폐해를 나타내는 섬뜩한 이미지의 경고그림을 포함시키도록 의무화하는 「Tobacco Plain Packaging Act 2011」을 통과시켰다. Plain Packaging은 현존하는 최고 수준의 담배 규제정책으로 평가된다.

Plain Packaging은 공중의 건강을 위한 보건 정책이지만, 단순한 공중보건 차원만이 아닌 담배회사의 재산권 등 다양한 사안들이 혼재되어 있어 많은 법적 충돌을 야기할 수 있는 복합적인 이슈로서 특히 문제되는 것은 Plain Packaging이 헌법과 국내법, 그리고 국제협약에 의해 인정되고 보호되는 상표의 사용을 제한하여 담배회사의 상표권과 충돌된다는 것이다.

이에 본 논문에서는 다양한 국제 통상법적 쟁점들 가운데 상표권을 중심으로 파리협약과 TRIPs협정의 해석을 둘러싼 Plain Packaging의 찬·반의 견해를 정리하였으며 Plain Packaging과 같은 정책이 우리나라에 도입되었을 때 어떠한 문제가 발생할 수 있는지 헌법과 상표법을 중심으로 검토하였다.

Plain Packaging은 상표권을 과도하게 제한하여 파리협약과 TRIPs협정에 위배될 가능성이 높다고 판단된다. 또한 헌법상 비례의 원칙에 위배되며 상표의 개념, 목적 및 기능을 손상시키고 상표의 사용을 제한한다. 이러한 문제를 해결하기 위해 필자는 상표권과 공중보건을 조화시킬 수 있는 담배 포장 방안을 제시하였다.

주제어

Plain Packaging, 담배규제기본협약, 담배갑 경고그림, 파리협약, TRIPs협정, 상표법, 헌법

I. 서 론

2015년 5월 29일 국회 본회의를 통과한 「국민건강증진법」 개정안에 따라 우리나라에도 올해 12월 23일부터 담배갑에 폐암 등 담배의 폐해를 알리는 ‘담배갑 경고그림’이 도입될 예정이다.¹⁾ 이는 건강에 유해한 담배에 대해 국제사회가 공동으로 대처하고자 채택한 보건 분야 국제 협약인 「WHO 담배 규제기본협약」의 이행사항으로서 이미 많은 나라에서 도입하여 시행하고 있다.

한편, 호주는 지난 2011년 10월 담배포장에 담배회사의 선전 문구와 이미지, 회사 로고의 사용을 금지하는 「Tobacco Plain Packaging Act 2011」을 통과시키면서 담배제품 및 라벨에 대한 규제를 한층 강화시켰다. Plain Packaging은 담배 경고그림 수준에서 보다 규제를 강화한 현존하는 최고 수준의 담배 규제정책으로 평가되는데 호주에 이어 영국과 프랑스, 아일랜드에서도 이를 도입하여 시행하고 있으며 뉴질랜드, 핀란드, 캐나다, 노르웨이 등에서도 도입을 검토하고 있다.

Plain Packaging은 공중의 건강을 위해 담배규제를 목적으로 하는 보건 정책이지만, 단순한 공중보건 차원만이 아닌 담배회사의 상표권 등 재산권과 담배 판매를 통한 정부의 세수 확보, 담배 수·출입의 무역과 통상문제 등 다양한 사안들이 혼재되어 있어 많은 법적 충돌을 야기할 수 있는 복합적인 이슈로서 특히 문제되는 것은 호주의 공중보건을 위한 Plain Packaging 정책이 헌법과 국내법, 그리고 국제협약에 의해 인정되고 보호되는 지식재산권인 상표의 사용을 제한하여 담배회사의 상표권과 충돌된다는 것이다.

1) 국민건강증진법 제9조의2.

① 「담배사업법」에 따른 담배의 제조자 또는 수입판매업자는 담배갑포장지 앞면·뒷면·옆면 및 대통령령으로 정하는 광고에 다음 각 호의 내용을 인쇄하여 표기하여야 한다. 다만, 제1호의 표기는 담배갑포장지에 한정하되 앞면과 뒷면에 하여야 한다.

1. 흡연의 폐해를 나타내는 내용의 경고그림(사진을 포함한다)〈개정 2015.6.22.〉[시행일: 2016.12.23.]

이처럼 Plain Packaging은 지식재산 정책 차원에서도 중요하게 고민하여야 할 이슈로서 그 중심에는 공중보건과 지식재산권의 충돌 문제가 내포되어 있기 때문에 이에 대한 대책마련과 함께 이를 조화시킬 수 있는 방안이 요구된다.

이에 본 논문에서는 먼저 담배규제의 세계적인 기준과 패러다임을 제공하고 있는 WHO 담배규제기본협약과 최근 전 세계적으로 조명을 받고 있는 호주의 Plain Packaging에 대해 차례로 살펴보고, 이와 관련한 국제 통상법적 쟁점을 파리협약과 TRIPs협정을 중심으로 정리하고자 한다. 이어서 헌법과 상표법을 중심으로 국내법적 쟁점을 검토하고 공중보건과 지식재산권을 조화시킬 수 있는 방안을 제시하고자 한다.

II. WHO 담배규제기본협약과 Plain Packaging

1. WHO 담배규제기본협약

(1) 배 경

1998년 5월, 세계보건기구(World Health Organization, 이하 'WHO')는 부룬트란트 사무총장이 취임한 이후 담배규제를 우선과제로 선정하고²⁾ 담배규제에 대한 전 세계적인 공동 전략을 마련하기 위한 금연사업부서(Tobacco Free Initiative)를 신설하였으며 1999년부터는 담배규제기본협약(Framework Convention on Tobacco Control, 이하 '협약' 또는 '담배협약')을 추진하기 시작하였다.³⁾ 이를 계기로 담배규제에 관한 국제적인 공조가 본격적으로 논의되기 시작하였고⁴⁾ 2차례의 실무회의와 6차례의 협상회의를 거쳐 2003년 5월 21일 제56차 연차총회(World Health Assembly, 이하 'WHA')에서 192개 WHO 회원국의 만

2) 보건복지부·한국건강증진재단, 『2012 FCTC 서울총회 담배 없는 세상을 만드는 약속』, 2012, 3면.

3) 조경숙, “담배규제기본협약에 따른 우리나라 금연정책의 전망,” 『보건복지포럼』 통권 제116호, 한국보건사회연구원, 2006, 7면.

4) 보건복지부·한국건강증진재단, 앞의 책(주2), 3면.

장일치로 담배협약이 채택되었으며,⁵⁾ 2004년 11월 29일 40개국이 협약에 비준함으로써 그로부터 90일이 지난 2005년 2월 27일 국제협약으로 발효되었다.⁶⁾

(2) 목 적

담배협약의 목적은 광범위하게 이루어지는 담배사용 및 담배연기의 노출을 지속적이고 실질적으로 줄여 나가기 위하여 당사국이 국가·지역 및 국제적 차원에서 시행하는 담배 규제조치에 대한 기본 틀을 제공함으로써⁷⁾ 현 세대와 미래 세대를 담배 소비 및 간접흡연 등의 담배연기의 보건적, 사회적, 생태적, 경제적 피해로부터 보호하는 데 있다.⁸⁾ 따라서 흡연으로 인한 위협으로부터 인류의 건강을 보호하기 위해⁹⁾ 담배의 소비 및 감소를 주된 목표로 하고 있으며,¹⁰⁾ 흡연의 보건적 위해성에 대한 사회·정치적 관심을 제고하고, 흡연으로 인한 피해를 감소시키기 위해 각국의 상호협력과 공동 노력을 위한 국제적인 의무사항을 규정하였다.¹¹⁾

(3) 의 의

담배협약은 UN역사상 가장 많은 국가가 참여하여 채택한 세계 최초의 구속력 있는 보건 분야 국제협약으로서¹²⁾ 높은 수준의 건강권을 확보하기 위한 근거중심의 조약이다.¹³⁾ 기본 개념으로 ‘무역을 통한 이익보다 담배규제를 통한

5) 최은진, “담배규제기본협약의 이행 동향과 시사점,” 『보건·복지 Issue & Focus』 제85호, 한국보건사회연구원, 2011, 5면.

6) 보건복지부·한국건강증진재단, 앞의 책(주2), 3면.

7) 세계보건기구 담배규제기본협약 제3조.

8) 최은진, “담배 규제정책의 국제비교,” 『보건·복지 Issue & Focus』 제35호, 한국보건사회연구원, 2010, 6면.

9) 이민진 외, “담배규제 정책 쟁점별 국내 연구 현황 분석,” 『보건사회연구』 제34권 제3호, 한국보건사회연구원, 2014, 166면.

10) 조지은, “공중보건을 위한 상표권의 제한: 호주의 담배 포장 및 라벨 규제를 중심으로,” 『IP Insight』 제2권 제1호 통권 제4호, 한국지식재산연구원, 2013, 42면.

11) Becky Freeman et al., “The case for the plain packaging of tobacco products,” *Addiction*, Vol.103, No.4, Society for the Study of Addiction, 2008, p.580.

12) 김대순, “보건과 국제법의 인터페이스,” 『한국의료법학회지』 제15권 제1호, 한국의료법학회, 2007, 37면.

공공보건의 우선'임을 내세우고 있는 담배협약은 담배규제를 국제적인 문제로 부각시키는 데 큰 역할을 하였으며,¹⁴⁾ 주요 사망의 원인이 되는 담배의 소비를 줄이고 공급을 감소시키는 데 있어 전 세계가 공동으로 대처하게 되었다는 점에서 그 의의가 크다.¹⁵⁾ 담배규제 정책이 이제 더 이상 개별국가만의 선택 문제가 아니라 모든 나라가 채택해야 하는 필수적인 사항이 된 것이다.¹⁶⁾

담배협약은 보건관련 국제협약임에도 불구하고, 협약의 내용 안에 보건 이외의 법적, 경제적 조치가 포함되어 있어 다양한 정부 부처를 아우르는 활동을 요구하고 있는데,¹⁷⁾ 특히, 전 세계의 모든 국가들이 담배소비 및 흡연을 감소를 위해 공동으로 대응할 수 있는 종합적인 조치들을¹⁸⁾ 시기, 대상, 장소에 따라 적절하게 활용할 수 있도록 함으로써 담배규제의 효과를 극대화하였다는 점에서 의의가 크다.¹⁹⁾ 또한 회원국 정부로 하여금 행정적, 사법적 조치 및 감시를 강화하는 등 강제성 및 의무를 가지도록 하여 국민의 금연을 유도하도록 하는 데 초점을 두고 있다.²⁰⁾

2. 호주의 Tobacco Plain Packaging

(1) 호주의 담배제품 포장 및 라벨 규제

담배 포장 및 라벨 규제를 통한 담배제품에 대한 포괄적인 경고는 청소년

13) 최은진, “담배규제기본협약 추진의 성과제고를 위한 정책과제,” 『보건·복지 Issue & Focus』 제174호, 한국보건사회연구원, 2013, 1면.

14) 황지은·오유미, “한국 담배규제 정책의 평가: 담배규제정책 전문가 의견조사를 토대로,” 『보건행정학회지』 제24권 제4호, 한국보건행정학회, 2014, 343면.

15) 조경숙, 앞의 논문(주3), 8면.

16) 김화중, “담배규제기본협약 서명의 의의,” 『보건복지포럼』 통권 제81호, 한국보건사회연구원, 2003, 2면.

17) 서미경, “WHO 담배규제기본협약과 우리의 대응방안,” 『보건복지포럼』 통권 제81호, 한국보건사회연구원, 2003, 6면.

18) 신윤정, “WHO 담배규제기본협약에 따른 대응전략 연구,” 한국보건사회연구원·건강증진기금사업지원단, 2004, 1면.

19) 황지은·오유미, 앞의 논문(주14), 343면.

20) 최은진·서미경, “WHO담배규제조약 협상동향,” 『보건복지포럼』 통권 제64호, 한국보건사회연구원, 2002, 109면.

과 많은 젊은 성인들에게 담배의 이미지를 변화시킬 수 있는 좋은 수단이 된다.²¹⁾ WHO는 이와 같이 담배제품의 포장 및 라벨이 담배 제품의 수요에 직접적인 영향을 미친다는 것을 전제로²²⁾ 담배규제기본협약에서 각 회원국에게 담배갑 포장 및 라벨 규제의 도입 및 강화를 촉진하고 있다.²³⁾

영연방의 일원이었던 호주의 경우 1973년부터 라디오 및 TV에서의 직접적인 담배광고를 금지하는 조치를 발표하였고²⁴⁾ 같은 해 처음으로 담배갑에 흡연 경고 문구를 도입하였으며, 1985년 5월 이를 4가지 종류로 확대하였다.²⁵⁾ 2006년 3월 1일부터 실시된 호주의 담배갑 포장 및 라벨규제는 그동안의 흡연 경고문구 및 건강 정보에서 더 나아가 담배 건강 경고그림을 포함하였는데,²⁶⁾ 7개의 그림 경고가 있는 2개의 세트를 개발하여 매년 순환하여 사용하도록 하면서 건강 경고그림을 앞면 상단의 30%, 건강 정보를 뒷면 상단의 90%를 차지하도록 하였다.²⁷⁾

(2) Tobacco Plain Packaging

1) 개 요

호주에서는 매년 15,000여 명이 흡연으로 인해 사망하고 이로 인해 매년 350억 달러 규모의 사회·경제적인 손실이 초래된다고 한다.²⁸⁾ 호주 정부는 이러한 손실을 막기 위해 효과적으로 흡연을 예방하고 흡연자들의 금연

21) World Health Organization, *mpower: a policy package to reverse the tobacco epidemic*, 2008, p.22.

22) 신윤정, “담배포장·라벨 규제의 효과 및 정책 방향,” 『보건복지포럼』 통권 제116호, 한국보건사회연구원, 2006, 54면.

23) 최은진, “담배제품의 포장 및 라벨정책의 추진방향,” 『보건복지포럼』 통권 제152호, 한국보건사회연구원, 2009, 12면.

24) 장욱, “미국의 가족금연 및 담배규제법(Family Smoking Prevention and Tobacco Control Act) 제정을 통해 본 우리의 입법과제,” 『연세대학교 법학연구』 제19권 제4호, 연세대학교 법학연구원, 2009, 122면.

25) Becky Freeman et al., *supra* note 11, at 582.

26) 신윤정, 앞의 논문(주22), 59면.

27) 서미경, “외국의 담배 건강경고그림 도입현황 및 시사점,” 『보건·복지 ISSUE & FOCUS』 제64호, 한국보건사회연구원, 2010, 6면.

28) Explanatory Memorandum, Tobacco Plain Packaging Bill 2011, Parliament of Australia.

을 도와주기 위한 다양한 규제 정책을 실시하고 있으며,²⁹⁾ 특히 2011년 10월 담배갑에 선전 문구와 이미지, 회사로고를 삽입하는 것을 금지하는 이른바 Plain Packaging 법률을 통과시키면서 담배제품 포장 및 라벨에 대한 규제를 가속화하고 있다.³⁰⁾

호주의 「Tobacco Plain Packaging Act 2011」(이하 ‘TPP Act’)에 따르면 담배포장은 흡연 경고 문구 및 섬뜩한 이미지를 반드시 포함해야 할 뿐만 아니라 브랜드 명칭을 제외한 브랜드의 차이를 나타내는 이미지, 회사로고 등 담배 회사의 모든 상표를 필수적으로 제거하도록 하고 있다.³¹⁾³²⁾ 이를 위해 브랜드 명칭은 표준화된 글꼴, 크기, 색상으로만 표시할 수 있도록 하고 위치 또한 강제되며,³³⁾³⁴⁾ 모든 담배제품의 흡연 경고 그림 및 문구 이외의 포장 부분도 칙칙한 암갈색(연한 올리브색, Pantone 448C³⁵⁾)으로 통일하도록 하고 있다.³⁶⁾ 이러한 조치는 담배포장을 다른 담배 회사의 포장과 구별하기 어렵게 만들어서 담배회사들이 브랜드를 구별하게 해 주고 소비자를 끌어들이는 상표의 특징으로 말미암아 비흡연자들을 유인하지 못하도록 한다.³⁷⁾ 이는

29) 김혜정 외, “호주의 플레인패키징(plain packaging),” Tobacco Control Issue Report 제 4호, 한국건강증진재단, 2013, 12면.

30) 한국건강증진재단, “담배규제기본협약(FCTC)과 금연정책,” 『건강증진총서』 제1호 통권 제4호, 2012, 24면.

31) Susy Frankel & Daniel Gervais, “Plain Packaging and the Interpretation of the TRIPS Agreement,” *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 46, No. 5, 2013, p. 1159.

32) 담배갑 포장지에는 법에 규정된 것 이외의 장식을 사용할 수 없고, 심지어는 포장지에 사용되는 풀(glue)도 투명해야 하고 아무런 색깔을 띠어서는 안 된다는 상세한 조항까지 두고 있다. 최진석, “호주의 새로운 담배갑 포장규제,” LAWnB 기업법무 리포트, 2012.

33) World Health Organization, 2012 Global Progress Report, 2012, pp. 29-30.

34) 담배 제조회사와 상품명, 상호(brand)를 제외한 상표(trade mark)를 담배갑 포장지에 표시하여서는 안 되고 담배 제조회사와 상품명, 상호(brand)도 일정한 형식으로만 기재할 수 있다. 최진석, 앞의 리포트(주32).

35) Tobacco Plain Packaging Regulations 2011, 2.2.1

(2) All outer surfaces of primary packaging and secondary packaging must be the colour known as Pantone 448C.

36) 칙칙한 암갈색(연한 올리브 색)은 소비자에게 가장 매력이 없을 것이라는 설문조사 결과를 바탕으로 선정되었다. Australian Government, Tobacco Plain Packaging Bill 2011 - Exposure Draft(7 April 2011).

담배협약의 제5조, 제11조와 제13조의 이행준수를 위한 것으로도 평가된다.³⁸⁾ 흡연을 감소시켜 공중보건을 증진시키기 위해³⁹⁾ 제정된 동법은 2012년 12월 세계 최초로 시행되었다.⁴⁰⁾

2) 담배업계의 반발

담배규제에 대한 전 세계적인 움직임과 특히 Plain Packaging은 담배업계의 큰 반발을 사고 있다. 글로벌 담배회사들은 물론 담배소매업체연합(CEDT), 유럽 담배산업대표, 유럽공동체 상표협회(ECTA), 상표변리사협회(ITMA), 국제상표협회(INTA) 등은 Plain Packaging이 담배산업 및 담배 생산업자들에게 큰 위협이 되고,⁴¹⁾ 흡연을 감소라는 기대효과를 가져오지 않으며,⁴²⁾ 담배 산업의 상표권을 부인할 가능성⁴³⁾과 위조담배제조업자와 밀수업자들의 활동 증가 가능성에 대한 우려를 표명하였다.⁴⁴⁾ 결국 British American Tobacco Australasia Limited, Imperial Tobacco Australia Limited, Philip Morris Limited, Japan Tobacco Limited 등 4개 글로벌 담배 회사들은 TPP Act가 호주 연방헌법에 위배된다는 이유로 헌법소원을 제기

37) Becky Freeman et al., *supra* note 11, at 581.

38) Henning Grosse Ruse-Khan, "Litigating Intellectual Property Rights in Investor-State Arbitration: From Plain Packaging to Patent Revocation," Fourth Biennial Global Conference of the Society of International Economic Law, *Society of International Economic Law*, 2014, p.4.

39) Tobacco Plain Packaging Act 2011, Art.3.

40) World Health Organization, *op. cit.* (*supra* note 33), pp.29-30.

41) 한국지식재산연구원, "우크라이나, 호주를 상대로 담배 간판포장법 관련 WTO 분쟁조정 신청," 지식재산동향, 2012.3.14. <https://www.kiip.re.kr/board/trend/view.do?bd_gb=trend&bd_cd=1&bd_item=0&po_item_gb=ETC&po_no=11365> (최종방문 2016.10.30.).

42) 한국지식재산연구원, "국제상표협회, 상품외장 및 브랜드 보호에 관한 세미나 주요내용 소개," 지식재산동향, 2012.8.1. <https://www.kiip.re.kr/board/trend/view.do?bd_gb=trend&bd_cd=1&bd_item=0&po_item_gb=ETC&po_no=11819> (최종방문 2016.10.30.).

43) Rachel Marusak Hermann, "Ukraine WTO Trademark Dispute vs. Australia Tests Public Health Measures," Intellectual Property Watch, 2012.3.14. <<http://www.ip-watch.org/2012/03/14/ukraine-wto-trademark-dispute-vs-australia-tests-public-health-measures/>> (최종방문 2016.10.30.).

44) Parliament of Australia, Tobacco Plain Packaging Bill 2011, p.11.

하였고, 이 외에도 Plain Packaging에 반대하는 나라들이 담배회사의 도움을 받아 TPP Act가 WTO협정을 위반했다는 이유로 호주를 세계무역기구(World Trade Organization, 이하 'WTO')에 제소하였으며,⁴⁵⁾ Philip Morris Asia Ltd.는 호주가 홍콩과 체결한 양자투자조약 위반을 주장하며 투자 중재를 신청하는 등 국제적 분쟁으로까지 확대되었다.⁴⁶⁾

3) 헌법소원에 대한 호주 최고법원 판결⁴⁷⁾

본 소송의 핵심적인 쟁점은 원고인 담배회사들이 가지고 있는 담배 제품의 상표권 및 기타 지식재산권, 신용, 담배 포장의 외관 결정권 등이 호주 연방헌법 제51조 제31항의 'Property'에 해당하는지와 정당한 조건으로만 정부가 재산을 '취득'할 수 있도록 허용하고 있는 호주 헌법의 상황에서 Plain Packaging으로 담배회사들의 상표 사용을 금지하는 것이 과연 호주 정부가 '정당한 조건' 없이 담배회사들의 지식재산권을 취득하는 것인지 여부였다.

호주 정부가 정당한 조건 없이 담배의 상표 등 지식재산권과 신용을 취득하여 연방헌법 제51조제31항을 위배했다는 담배회사들의 주장⁴⁸⁾에 대하여 2012년 8월 15일 호주 최고법원은 호주 헌법에서 재산적 취득이 있기 위해

45) 우크라이나, 온두라스, 도미니카공화국, 쿠바, 인도네시아 등의 나라들이 GATT 1994, TBT협정과 TRIPs협정 등 WTO협정에 근거하여 호주 정부를 WTO에 제소한 상황이다. Tania Voon, "Acquisition of Intellectual Property Rights: Australia's Plain Tobacco Packaging Dispute," *European Intellectual Property Review*, Vol.35, No.2, 2013, pp.113-114; Henning Grosse Ruse-Khan, *op. cit.* (supra note 38), p.5.

46) Tania Voon & Andrew Mitchell, "Time to Quit? Assessing International Investment Claims Against Plain Tobacco Packaging in Australia," *Journal of International Economic Law*, Vol.14, no.3, 2011, pp.3-4.

47) 2012.8.15. JT International SA v. Commonwealth of Australia(Case No. S409/2011); British American Tobacco Australasia Limited v. The Commonwealth(Case No.S389/2011).

48) 담배회사들이 호주헌법 제51조 제31항을 근거로 문제제기 하는 것은 다른 국가들과는 달리 호주헌법은 상업적 표현과 연설 등 표현이나 연설에 대한 보호를 제공하지 않기 때문이다. 다만 정치적 소통에 대한 묵시적 권리에 대해서는 예외를 인정한다. Jonathan Liberman, "Plainly Constitutional: The Upholding of Plain Tobacco Packaging by the High Court of Australia," *American Journal of Law & Medicine*, Vol.39 No.2-3, 2013, pp.367-368.

서는 호주 연방정부 등 당국이 재산적 혜택이나 이익을 얻어야 하는데, 호주 당국이 자신의 이익을 위하여 담배회사의 지식재산권을 취득 또는 사용하는 것은 아니라는 이유로⁴⁹⁾ TPP Act가 연방헌법 제51조 제31항에 반하지 않는다고 판시하며 6:1 합헌 결정을 내렸다.⁵⁰⁾

III. Plain Packaging의 국제 통상법적 쟁점

상표권과 같은 재산권에 대한 정부의 공중보건, 환경 등 공익을 위한 정당한 규제권한 간의 충돌 문제가 최근 국제 통상의 새로운 이슈로 등장하고 있다.⁵¹⁾ 특히 호주의 Plain Packaging은 공중보건과 무역정책 차원에서의 문제뿐만 아니라 지식재산 정책의 차원에서도 고민하여야 할 중요한 이슈이다.⁵²⁾ Plain Packaging에 대해서 다양한 국제 통상법적 쟁점들이 존재하지만 본 장에서는 상표권을 중심으로 파리협약과 TRIPs협정의 해석을 둘러싼 Plain Packaging의 찬·반 견해를 정리하였다.

1. 파리협약

TRIPs협정 제2조는 TRIPs협정과 지식재산권 보호에 관한 기존의 협정 간의 관계에 대하여 언급하고 있다. 특히 TRIPs협정 제2조 제1항은 TRIPs협정의 원칙 중 하나로 파리협약을 기본으로 새로운 의무사항을 추가하는 이른

49) 김경우, “Plain Packaging의 통상법적 쟁점 연구 —WTO 협정을 중심으로—,” 연세대학교 석사학위 논문, 2013, 43면.

50) Henning Grosse Ruse-Khan, *op. cit.* (*supra* note 38), p. 5.

51) James Zahn, “Investment policies for sustainable development: addressing policy challenges in a new investment landscape,” Cambridge etc., 2013, p. 23; 주현수, “담배 포장 및 라벨 규제에 대한 Philip Morris v. Uruguay ICSID 중재 관할권 판정에 대한 연구 —공중보건 예외조항 관련 투자 유치국의 정당한 규제권한 마련 방안을 중심으로—,” 『통상법률』 통권 제115호, 법무부, 2014, 125면 재인용.

52) 이명희, “지식재산권과 공중보건에 관한 최근 동향,” 『지식재산 정책』 제11호, 한국지식재산연구원, 2012, 95면.

바 ‘파리협약 플러스 어프로치’ 방식을 채택하였다.⁵³⁾ Plain Packaging과 관련하여서는 파리협약 제6조의5와 제7조 등이 문제된다.⁵⁴⁾

(1) 파리협약 제6조의5

파리협약 제6조의5는 ‘일방 동맹국에 등록된 상표의 타방 동맹국 내에서 의 보호’를 규정하고 있는데, 특히 제6조의5(B)는 동 조항에 제시된 3가지 경우를 제외하고는 상표등록을 거절 또는 무효로 할 수 없도록 하고 있다.⁵⁵⁾

Plain Packaging을 찬성하는 견해는 문언적 해석에 따라 파리협약 제6조의5(B)는 상표의 사용에 관한 것이 아니라 상표의 등록과 등록 후의 상표의 취소와 무효의 유효성에 관한 조항으로,⁵⁶⁾ Plain Packaging은 새로운 상표의 등록을 막거나 등록된 어떠한 상표의 무효를 요구하지 않기 때문에 동 조항에 반하지 않는다고 한다.⁵⁷⁾ 실제로 호주의 경우 TPP Act에 상표가 미사용으로 인하여 등록이 취소되지 않는다는 조항을 도입하여,⁵⁸⁾ 명시적으로 등록된 상표가 등록거부 또는 상표 등록의 취소가 되지 않도록 방지하고 있다.⁵⁹⁾ 또한 파리협약 제6조의5(B)가 담배상표의 제한을 위한 정당성을 제공하지 않는다는 주장에 대해⁶⁰⁾ 동 조항은 담배에 ‘라이트’나 ‘마일드’와 같은 단어를 사용하는 방식으로 덜 유해한 담배라는 믿음을 주어 소비자를 속일 가능성이 있

53) 박노형 외, 『新 국제경제법』, 박영사, 2012, 493면.

54) Tania Voon & Andrew Mitchell, “Implications of WTO Law for Plain Packaging of Tobacco Products” in Tania Voon et al., *Public Health and Plain Packaging of Cigarette*, Edward Elgar, 2012, p.115.

55) 김경우, 앞의 논문(주49), 60면.

56) Tania Voon & Andrew Mitchell, *op. cit.*(supra note 54), p.116.

57) Andrew Mitchell, “Australia’s Move to the Plain Packaging of Cigarettes and its WTO Compatibility,” *Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy*, Vol.5, No.2, 2010, p.410.

58) TPP Act 2011(c. 148), s. 28.

59) Tania Voon & Andrew Mitchell, *op. cit.*(supra note 54), p.116; Australian Government, Tobacco Plain Packaging 2011 – Exposure Draft(7 April 2011) s. 15.

60) Report by Daniel Gervais for Japan Tobacco International, Analysis of the Compatibility of certain Tobacco Product Packaging Rules with the TRIPS Agreement and the Paris Convention, 2010, p.20 [hereinafter Daniel Gervais].

는 특정한 기만적 상표를 제한하는 데 사용될 수 있다고 주장한다.⁶¹⁾

그러나 Plain Packaging을 반대하는 견해는 파리협약 제6조의5(B)는 ‘등록’뿐만 아니라 ‘무효’도 언급하고 있고, 이는 모두 ‘사용’을 암시하는 것이기 때문에 문언 해석은 지나치게 형식주의에 치우쳐 있으며 본질적으로 연결되어 있는 등록과 사용의 두 개념을 인위적으로 분리함으로써 두 개념의 목적을 무시한다고 본다.⁶²⁾ 파리협약 제6조의5(B)에 따른 등록의 목적은 권리자가 동일한 상품과 다른 국가들에서 동일한 방식으로 상표를 사용하도록 정당한 이익을 제공하는 데 있고, 실제로 파리협약 제6조의5(B)에 명시된 3가지 상표등록 거부사유는 등록 그 자체에 관한 것이 아니라 오히려 상표의 사용에 관한 것이라는 주장이다.⁶³⁾ 또한, 담배상표는 일반적으로 파리협약 제6조의5(B)의 첫 번째와 두 번째 경우에 해당하지 않고,⁶⁴⁾ 세 번째 경우에 관해서도 공공질서의 예외는 전통적으로 좁은 범위에서 판단하는 것이며, 상품이 아닌 상표에 관한 것이기 때문에 동 조항은 일반적인 담배상표의 제한을 위한 정당성을 제공하지 않는다는 주장이다.⁶⁵⁾ 따라서, 담배상표의 등록을 거절하거나 무효로 할 수 없다는 것이다.⁶⁶⁾ 사실 Plain Packaging이 달성하고자 하는 것은 상표의 등록은 그대로 유지하면서 상표의 사용을 막는 방법을 통해 담배상표를 간접적으로 무효화하는 것으로 이는 파리협약 제6조의5에 규정된 WTO회원국의 의무를 위반하는 것이며 그들의 규제권한을 남용하는 것이라고 비판한다.⁶⁷⁾

61) Tania Voon & Andrew Mitchell, *op. cit.*(*supra* note 54), pp.115-116.

62) Memorandum from Lalive to Philip Morris International Management SA, “Why Plain Packaging is in Violation of WTO Members’ International Obligations under TRIPS and the Paris Convention,” 23 July 2009, p.7 [hereinafter Lalive].

63) *Ibid.*

64) Tania Voon & Andrew Mitchell, *op. cit.*(*supra* note 54), p.115.

65) Daniel Gervais, *supra* note 60, at 20.

66) Carlos M. Correa, *Trade Related Aspects of Intellectual Property Right: A Commentary on the TRIPS Agreement*, Oxford University Press, 2007, pp.179-182; Lalive, *supra* note 62, at 7.

67) Lalive, *supra* note 62, at 8.

(2) 파리협약 제7조

파리협약 제7조는 서비스에 대해 명시하고 있지 않다는 점을 제외하면 TRIPs협정 제15조 제4항과 사실상 동일한 취지의 조항으로, 상품 또는 서비스의 성질이 상표의 부등록 요건이 될 수 없다고 규정하고 있다.⁶⁸⁾ 이를 해석하는 데 있어 상표의 ‘등록’이 과연 무엇을 의미하는 것인지가 쟁점이 된다.

Plain Packaging을 찬성하는 측에서는 파리협약 제6조의5 경우와 마찬가지로 문언적인 방법으로 파리협약 제7조를 해석하고 있다. 파리협약 제6조의5(B)와 제7조, 더 나아가 TRIPs협정 제15조 제4항은 상표의 사용이 아닌 오직 등록에 해당하는 조항으로,⁶⁹⁾ 상표등록에 장애만 되지 않는다면 파리협약 제7조와 TRIPs협정 제15조 제4항 위반의 문제는 생기지 않는다는 것이다.

이에 대해 반대하는 견해는 파리협약 제7조를 문언적으로 해석하여 제7조가 단지 상표를 등록할 수 있는 권한만을 부여한 것이고 상표를 사용할 수 있는 권한까지 부여한 것은 아니라고 해석하는 것은 잘못된 해석 방법이라고 주장한다.⁷⁰⁾ 상표 사용의 개념은 등록과는 불가분의 관계인데 Plain Packaging의 경우 브랜드 명칭 그 자체를 제외한 그 어떠한 상표 표장도 사용하지 못하도록 하여 명백하게 장애를 구성하기 때문이다.⁷¹⁾ 동 조항의 취지는 대부분의 나라들이 제7조에서 규정한 상품의 성질에 상관없이 모든 상표를 등록해야 할 뿐만 아니라 상품의 판매가 합법적인 경우라면 상표권자가 상표를 사용할 배타적인 권리를 ‘억제’ 또는 ‘제한’해서는 안 된다는 것으로,⁷²⁾ 담배제품의 경우 만약 회원국들이 상표가 사용되는 상품의 성질 때문에 상표의 사용이 아닌 등록만 허락한다면 회원국들은 제7조에서 규정한 그들의 의무를 준수하지 못하게 된다는 것이다.⁷³⁾ 사용을 고려하지 않는 등록

68) 박노형 외, 앞의 책(주53), 507면.

69) Physicians for Smoke-Free Canada, “The Plot Against Plain Packaging,” pp.14-16.

70) Lalive, *supra* note 62, at 7.

71) *Ibid.* at 6.

72) *Ibid.* at 7-8.

73) *Ibid.* at 7.

은 경제적으로 의미 없는 공허한 형식적인 권리이며, 사용을 고려하지 않는 등록이 가진 유일한 의미는 상표권자가 제3자의 상표 침해에 대하여 방어할 수 있는 소극적 권리를 가질 수 있다는 것인데, 이러한 방어적 사용은 상표의 사용을 의무적으로 부과하는 법체계에서는 상표의 등록을 유지하는 데 충분치 못하다는 견해이다.⁷⁴⁾

2. TRIPs협정

Plain Packaging과 관련하여 쟁점이 되는 조항은 TRIPs협정 제7조, 제8조, 제16조, 제17조, 제20조 등이며,⁷⁵⁾ 이 중 해석상 가장 문제가 되는 것은 TRIPs협정 제8조와 제20조의 관계이다.

(1) TRIPs협정 제16조

TRIPs협정 제16조는 상표권자의 권리의 내용과 범위 및 유명상표 보호에 관한 규정이다.⁷⁶⁾ WTO 회원국들이 등록 상표의 사용 금지를 정당화할 수 있는지에 관한 논쟁은 동 조항에 근거한다. 동 논쟁의 본질은 상표가 소극적인 권리인지 적극적인 권리인지 또는 상표의 사용을 금지하기 위한 권리인지 상표를 사용하기 위한 권리인지 여부에 관한 것이다.⁷⁷⁾

Plain Packaging을 찬성하는 견해는 TRIPs협정 제16조는 물론 협정의 그 어떤 다른 조항들도 명시적으로 상표를 사용할 수 있는 적극적인 권리를 부여하고 있지 않기 때문에 문언적 해석방법으로 상표는 단지 소극적인 권리라고 주장한다.⁷⁸⁾ 특히 TRIPs협정 제16조 제1항은 상표권자를 위한 보호의 최소기준을 설정하고 있는데, 이는 상표권자에게 제3자가 거래과정에서 권리와 동일

74) *Ibid.*, at 8.

75) Thibaud Lelong, IP controversies, Centre d'études internationales de la propriété intellectuelle summer school program, 2016.6.28., p.16.

76) 박노형 외, 앞의 책(주53), 508면.

77) Daniel Gervais, *supra* note 60, at 9.

78) *Ibid.*, at 11.

또는 유사한 상표를 사용하는 것을 막는 배타적인 권리를 부여한 것으로,⁷⁹⁾ Plain Packaging은 어떤 경우라도 담배회사들의 배타적인 권리에는 영향을 미치지 않는다고 본다.⁸⁰⁾ 또한, 동 조항은 명백하게 상표권자에게 등록된 상표를 사용할 권리 또는 상표 사용에 대해 정당한 규제 제한에서 제외될 수 있는 권리까지를 부여한 것은 아니고,⁸¹⁾ 상표를 사용할 수 있는 권리보다는 배제할 수 있는 권리만을 부여한 것이라는 견해다.⁸²⁾ 담배회사들은 제한적이지만 여전히 자신들의 상표를 사용할 수 있기 때문에,⁸³⁾ 그들 상표의 식별력은 Plain Packaging에 의해 훼손되지 않고 여전히 남아 있다는 주장이다.⁸⁴⁾

이에 반대하는 견해는 호주의 Plain Packaging 정책이 상표권자가 자신의 표장을 사용하고 제3자가 자신과 비슷한 표장을 사용하는 것을 막을 수 있는 배타적인 권리를 무효화함에 따라서 상표의 식별력을 희석화한다고 주장한다.⁸⁵⁾ 또한 파리협약의 정신에서 상표 사용에 대한 적극적 권리를 엿볼 수 있고 파리협약 제7조가 상표의 사용을 허락하는 지표라고 평가한다.⁸⁶⁾

(2) TRIPs협정 제17조

파리협약 또는 TRIPs협정이 상표권자에게 그들의 상표를 사용할 수 있는 권리까지 부여하는 것인지 여부는 TRIPs협정 제17조가 Plain Packaging에 적용 가능한지를 평가하는 데 있어 중요하게 작용한다.⁸⁷⁾

Plain Packaging을 찬성하는 견해는 TRIPs협정 제17조를 바라볼 때는, 협

79) Andrew Mitchell & Mariela Maidana-Eletti, "Plain Packaging in Australia: Implications for Trademark Rights under the TRIPs Agreement and the Paris Convention," *Anuario Andino de Derechos Intelectuales*, Baldo Kresalja Rossello(ed), 2014, p.299.

80) *Ibid.*

81) Andrew Mitchell, *op. cit.* (supra note 57), p.410.

82) Andrew Mitchell & Mariela Maidana-Eletti, *op. cit.* (supra note 79), p.300.

83) Andrew Mitchell & Mariela Maidana-Eletti, *op. cit.* (supra note 79), pp.299-300.

84) Althaf Marsoof, "The TRIPs Compatibility of Australia's Tobacco Plain Packaging Legislation," *The Journal of World Intellectual Property*, Vol.16, No.5-6, 2014, p.208.

85) Andrew Mitchell & Mariela Maidana-Eletti, *op. cit.* (supra note 79), p.299.

86) Daniel Gervais, *supra* note 60, at 19.

87) Tania Voon & Andrew Mitchell, *op. cit.* (supra note 54), p.117.

정 제16조와 함께 해석해야 한다고 주장한다.⁸⁸⁾ ‘예외’라는 제목의 제17조는 ‘상표에 의해 부여된 권리에 대한 예외’를 언급하는 것으로서 ‘상표에 의해 부여된 권리’의 의미는 제16조가 결정한다는 것이다. 제16조의 ‘허여된 권리’는 상표를 이용 할 수 있는 적극적인 권리를 부여하지 않고 오직 다른 이들이 자신의 상표를 사용하는 것을 막을 수 있는 소극적인 권리만을 부여하기 때문에 제16조의 맥락에서 해석할 때 제17조의 ‘예외’는 Plain Packaging을 판단하는 데 관여조차 되지 않는다고 주장한다.⁸⁹⁾ 상표에 허여된 권리는 상표를 사용할 수 있는 적극적인 권리가 아니기 때문에 Plain Packaging은 상표를 사용할 수 있는 적극적 권리의 예외로서의 제17조 규정 범위에 포함되지 않고,⁹⁰⁾ 이처럼 Plain Packaging은 제16조에 의해 부여된 소극적인 권리에 대해 방해가 없기 때문에 제17조를 적용할 수 없게 된다는 것이다.⁹¹⁾

이에 대해 Plain Packaging을 반대하는 견해는 TRIPs협정 제17조는 회원국이 상표권에 대하여 오직 ‘제한적인 예외’만을 부과할 수 있고, 그러한 경우에도 상표권자의 정당한 이익을 고려해야 한다고 명시하고 있는데,⁹²⁾ Plain Packaging은 담배 상표권자 또는 담배 구매자의 정당한 이익을 고려하지 않고, 상표권자의 권리를 지나치게 넓게 제한하기 때문에 공정한 사용과 같은 예외와는 다르게⁹³⁾ 제17조의 ‘제한적인 예외’의 인정 요건을 충족하지 못하여 동 조항에서 허용하는 예외의 범위에 속하지 않게 된다고 해석한다.⁹⁴⁾

88) Alberto Alemanno & Enrico Bonadio, “Do You Mind My Smoking? Plain Packaging of Cigarettes Under the TRIPs Agreement,” *John Marshall Review of Intellectual Property Law*, Vol.10, No.3, 2011, p.462.

89) Andrew Mitchell, *op. cit.* (supra note 57), p.411.

90) 왜냐하면 상표에 대한 권리가 단지 제3자가 특정 상황에서 상표의 사용을 금지하는 소극적 권리만을 제공하는 경우에는 제17조의 예외는 이러한 소극적 권리에 대한 제한적인 예외에 해당하여 제17조를 따로 검토할 필요가 없기 때문이다. 김경우, 앞의 논문(주 49), 66면.

91) Andrew Mitchell, *op. cit.* (supra note 57), p.411.

92) Lalive, *supra* note 62, at 9.

93) Althaf Marsoof, *op. cit.* (supra note 84), p.208.

94) Lalive, *supra* note 62, at 9.

(3) TRIPs협정 제20조

TRIPs협정 제20조는 거래과정에서 상표의 사용에 영향을 줄 수 있는 특별한 요건에 대하여 명시하고 있다. 이는 특별한 국내 요건의 이행에 따라 시장에 배치가 허락된 상표를 부착한 상품의 경우에 적용된다.⁹⁵⁾ Plain Packaging이 협정 제20조의 특별한 요건에 의해 상표의 사용을 방해하는지 여부의 문제는 불확실하지만,⁹⁶⁾ 협정 제20조로 Plain Packaging을 평가하는데 있어서의 핵심은 담배상표의 사용에 대한 방해가 ‘정당성’이 있는지 여부이다.⁹⁷⁾

Plain Packaging에 찬성하는 견해는 완전한 금지는 ‘방해’가 아니기 때문에 협정 제20조는 WTO 회원국들이 상표를 완전히 사용하지 못하도록 하는 것이 아닌 특별한 형태로의 사용을 제한하는 것으로,⁹⁸⁾ 제20조에서 금지하는 ‘방해’에 해당하지 않는다고 본다. 설사 ‘방해’에 해당한다고 가정하더라도 제20조는 상표권자의 정당한 이익에 제한되지 않으며, Plain Packaging과 같은 정당하고 특별한 요건을 허용해야 한다고 주장한다. 상표의 사용을 금지하는 것이 궁극적인 방해에 해당하고, 상표권자의 정당한 이익에 심각하게 유해하지만 TRIPs협정에 따라 이익을 제기할 수 없다는 것이다.⁹⁹⁾ 또한 담배와 같은 상품의 사용 효과 또는 상표 사용의 제한 효과에 관하여 대중에게 경고를 목적으로 부과된 조건은 협정 제20조에서 공중보건의 이유로 정

95) Andrew Mitchell & Mariela Maidana-Eletti, *op. cit.*(*supra* note 79) p.301.

96) Mark Davison, “The legitimacy of plain packaging under international intellectual property law: why there is no right to use a trademark under either the Paris Convention or the TRIPS Agreement,” in Tania Voon et al., *Public Health and Plain Packaging of Cigarette*, Edward Elgar, 2012, p.81; Mark Davison, “Plain Packaging of Cigarettes: Would it be Lawful?,” *Australian Intellectual Property Law Bulletin*, Vol.23, No.5, 2010, p.106.

97) Tania Voon & Andrew Mitchell, *op. cit.*(*supra* note 54), p.122; Tania Voon & Andrew Mitchell, “Face Off: Assessing WTO Challenges for Australia’s Scheme on Plain Tobacco Packaging,” *Public Law Review*, Vol.22, No.3, 2011, p.15.; Andrew Mitchell & Mariela Maidana-Eletti, *op. cit.*(*supra* note 79), p.302; Andrew Mitchell, *op. cit.*(*supra* note 57), p.412.

98) Althaf Marsoof, *op. cit.*(*supra* note 84), p.201; Thibaud Lelong, *op. cit.*(*supra* note 75), p.15.

99) Tania Voon & Andrew Mitchell, *op. cit.*(*supra* note 54), p.122.

당화될 수 있다고 주장한다.¹⁰⁰⁾

이에 대해 담배회사들을 포함한 Plain Packaging을 반대하는 입장에서는 TRIPs협정 제20조가 Plain Packaging과 관련된 주요 조항이고, 동 정책이 협정 제20조를 위반했다고 주장한다.¹⁰¹⁾ Plain Packaging은 특별한 요건에 의한 방해가 구성되기 때문에 협정 제20조의 범위 내에 속할 가능성이 높고¹⁰²⁾ 모든 비문자 상표를 금지하는 조치는 그동안 궁극적인 방해로 설명되어 왔으며¹⁰³⁾ 협정 제20조는 ‘방해’의 의미를 정의내리지 않았지만, ‘방해’라는 용어는 본래 사용에 대한 ‘제한’ 또는 ‘방해’의 영향을 미칠 특별한 요건을 의미하므로¹⁰⁴⁾ Plain Packaging이 상표권자의 비문자 상표의 사용을 제한해서¹⁰⁵⁾ 상표의 ‘사업자의 상품 또는 서비스를 다른 사업자의 상품 또는 서비스와 구별할 수 있는 식별력’을 ‘방해’하는 것은 분명하다.¹⁰⁶⁾ Plain Packaging은 대부분의 담배 상표의 사용을 금지시키고 그 때문에 상표의 식별력은 완전히 상실하게 되기 때문이다.¹⁰⁷⁾

또한 Plain Packaging은 브랜드 명칭을 제외하고는 생산자를 구별하게 하고 소비자가 구매하는 상품의 품질과 출처를 식별할 수 있도록 보증해 주는 상표의 포장 대부분을 사용하지 못하게 하고, 브랜드 명칭도 특정 글자체, 색상 및 글자 크기 등을 정하여 특별한 형태로 사용할 것을 요구하기 때문에,¹⁰⁸⁾ 협정 제20조의 ‘부당한 방해’에 해당한다.¹⁰⁹⁾ 즉, Plain Packaging은 실질적으로 담배의 상표 사용을 대부분 제한하고 있기 때문에 단순한 ‘방해’

100) *Ibid.*, at 122.

101) Andrew Mitchell, *op. cit.* (*supra* note 57), p.417.

102) Andrew Mitchell, *op. cit.* (*supra* note 57), p.418.

103) Daniel Gervais, *supra* note 60, at 13.

104) Andrew Mitchell, *op. cit.* (*supra* note 57), p.418.

105) Daniel Gervais, *supra* note 60, at 13-14.

106) *Ibid.*, at 13.

107) Plain Packaging을 찬성하는 입장에서 협정 제20조를 상표 식별력의 실질적인 손실을 초래하는 방해를 허용 가능한 것으로 해석하는 것은 협정의 정신인 ‘균형’을 완전히 지식재산권자의 사적 권리를 손상시키는 방향으로 변화시키는 것을 의미하므로 그러한 방해는 정당화될 수 없다. Lalive, *supra* note 62, at 12.

108) *Ibid.*

109) *Ibid.*

에 해당하지 않고,¹¹⁰⁾ 오히려 방해의 정도가 너무 강해서 상표권자의 권리를 허용할 수 없는 ‘궁극적인 방해’에까지 이르게 한다.¹¹¹⁾

(4) TRIPs협정 제8조, 그리고 제7조와 도하선언

Plain Packaging이 TRIPs협정 제20조의 ‘정당화할 수 있는 방해(justificable encumbrances)’에 해당하는지 여부를 판단할 때 협정 제7조와 제8조, 그리고 지식재산권협정과 공중보건에 관한 도하선언(이하 ‘도하선언’)이 지침이 될 수 있을 것이다. 동 조항들은 각각 협정의 목적과 원칙을 명시하고 있다.¹¹²⁾ 협정 제20조의 해석에 있어서 가장 중요한 것은 협정 제8조와 어떠한 관계에 있는지를 파악하는 것으로서,¹¹³⁾ 협정 제8조는 회원국들이 공중보건을 보호하기 위해 필요한 조치를 취할 수 있음을 명시하고 있다.¹¹⁴⁾

Plain Packaging을 찬성하는 견해는 물론 협정 제8조와 도하 선언이 협정 제20조의 내용을 삭제 또는 수정하는 것이라고 볼 수 없지만,¹¹⁵⁾ 그럼에도 불구하고 조약법에 관한 비엔나 협약 제31조 제1항에 따라 협정 제7조와 제8조는 동 조항들의 관련 문맥뿐만 아니라 동 협정의 원칙과 목적에 비추어 볼 때 제20조의 해석과 확실히 연관되어 있고,¹¹⁶⁾ WTO패널도 협정 제20조를 해석함에 있어서 제7조와 제8조 제1항에 명시된 목적과 제한을 분명히 유념해야 함을 인식한 바 있다고 강조한다.¹¹⁷⁾

도하협정 또한 제20조를 해석하는 데 있어 지침이 되는데,¹¹⁸⁾ 동 선언은

110) *Ibid* at 10.

111) Andrew Mitchell, *op. cit.*(*supra* note 57), p.418.

112) Tania Voon & Andrew Mitchell, *op. cit.*(*supra* note 54), p.122.

113) Althaf Marsoof, *op. cit.*(*supra* note 84), p.210.

114) Lalive, *supra* note 62, at 13.

115) Daniel Gervais, *supra* note 60, at 34.

116) Tania Voon & Andrew Mitchell, *op. cit.*(*supra* note 54), p.123; Jayashree Watal, *Intellectual Property Rights in the WTO and Developing Countries*, Kluwer Academic Publishers, 2001, p.311.

117) WTO Panel Report, Canada – Patent Protection of Pharmaceutical Products, WT/DS 114/R(7 April 2000) para.7.26.

118) Andrew Mitchell & Mariela Maidana-Eletti, *op. cit.*(*supra* note 79), p.302.

전 WTO회원국의 대표자를 포함한 각료회의에서 언급되었기 때문에 마라케쉬협정 제9조 제2항에 의해 TRIPs협정의 유권해석에 따라야 하고, 또한 ‘조약의 해석 또는 규정의 적용에 관한 당사자 간의 후속 합의’를 구성하고 있기 때문에 조약법에 관한 비엔나 협약 제31조 제3항 (a)에 의해 TRIPs협정의 해석이 고려되어야 한다.¹¹⁹⁾ 조약법에 관한 비엔나 협약에 따라, 그리고 TRIPs협정 제7조 및 제8조와 도하선언에 비추어 협정 제20조를 해석하는데 있어서 동 조항이 공중 보건의 목적으로 방해를 정당화할 수 있음은 분명해 보인다.¹²⁰⁾

Plain Packaging을 반대하는 입장의 견해는 협정 제8조는 회원국들이 협정에 명시된 최소한의 보호기준을 우회하는 것을 허락하지 않는다고 본다.¹²¹⁾ 명시된 문구에서 알 수 있듯이, TRIPs협정 제8조 제1항은 동 협정상 의 지식재산권의 보호에 대한 예외를 구성하지 않고, 다음의 두 가지 관점에서 제한된다. i) 관련 공중보건 조치는 공중 보건을 보호하기 위해 ‘필요한 (necessary)’ 것이어야 하고, ii) 그러한 조치는 TRIPs협정의 내용과 ‘일치 (consistent with)’해야 한다.¹²²⁾

먼저 필요성에 대해 살펴보면, 필요성은 2가지 요건으로 나누어지는데, i) 관련 공중보건 조치는 공중보건의 보호와 인과관계가 있어야 하고, ii) 공중보건을 보호하기 위한 조치는 지식재산권을 최소한으로 제한해야 한다. 그러나 Plain Packaging은 동 조치가 흡연율을 감소시킨다는 것을 결정적으로 증명하는 어떠한 연구결과가 존재하지 않고, 담배제품으로 인한 해악의 측면에서 공중보건의 보호는 교육 캠페인과 담배포장에 대한 건강 경고문과 같이 지식재산권을 최소한으로 침해하거나 지식재산권에 어떤 영향도 주지

119) Henning Grosse Ruse-Khan, “Assessing the need for a general public interest exception in the TRIPS Agreement,” in Annette Kur(ed), *Intellectual Property Rights in a Fair World Trade System: Proposals for Reform of TRIPS*, Edward Elgar, 2011, 167, pp.178-180.

120) Mark Davison & Patrick Emerton, “Rights, Privileges, Legitimate Interests, and Justifiability: Article 20 of TRIPS and Plain Packaging of Tobacco,” *American University International Law Review*, Vol.29, No.3, 2014, p.574.

121) Lalive, *supra* note 62, at 5.

122) *Ibid*, at 13.

않는 다른 조치들을 통해 국가가 이미 효과적으로 통제해 왔기 때문에 ‘필요성’요건을 충족시키지 못한다.¹²³⁾

또한 협정 제8조 제1항의 범위는 협정의 다른 조항들과 일치되어야 하는데 Plain Packaging과 같이 지식재산권에 많은 영향을 미치는 공중보건 조치들에 의해 더 제한되고, 협정 제8조는 회원국들이 심지어 공중보건을 증진하기 위한 목적이라도 특히 협정 제15조 제4항, 제17조, 제20조 등 TRIPs협정에 명시된 상표의 보호에서 벗어나는 것을 허락하지 않으므로,¹²⁴⁾ 협정에서 인정되는 예외가 아닌 이상 협정에 의해 예측되지 않은 새로운 예외를 정당화하는 것은 어렵다. 협정 제8조와 도하선언 모두 제20조를 삭제 또는 개정한 것은 아니며,¹²⁵⁾ TRIPs협정 제8조는 GATT 제20조와 같은 일반적 예외가 아니라 TRIPs협정의 원칙을 확인한 단순한 선언적 의미의 조항이다.¹²⁶⁾

3. 소 결

위의 찬·반 견해를 종합해 보면 우선 상표의 사용을 고려하지 않는 등록은 경제적으로는 의미 없는 형식적인 권리일 뿐이라는 점, 또한 상표권에는 오직 ‘제한적인 예외’만을 부과할 수 있고 그러한 경우에도 상표권자의 정당한 이익을 고려해야 하는데 Plain Packaging은 정당한 이익을 고려하지 않고 상표권자의 권리를 지나치게 제한한다는 점, 다음으로 Plain Packaging은 브랜드 명칭을 제외한 담배 상표의 사용을 대부분 금지토록 하고 있기 때문에 상표의 핵심·본질적인 기능인 식별력을 상실하게 될 것이라는 점, 마지막으로 아무리 공중 보건을 위한 조치라고 하더라도 지식재산권에 가장 덜 제한적이고 TRIPs협정이 추구하는 균형성과도 일치해야 되는데 Plain Packaging은 상표권자의 사적 권리와 공익간의 균형을 깨뜨리며 상표권을

123) *Ibid.*

124) *Ibid.*, at 13-14.

125) Daniel Gervais, *supra* note 60, at 34.

126) *Ibid.*, at 17-18.

과도하게 제한한다는 점 등에 비추어 볼 때 개인적으로는 Plain Packaging이 상표권을 지나치게 제한하여 파리협약과 TRIPs협정에 위배될 가능성이 높다고 생각한다.

IV. Plain Packaging의 국내 도입 시 법적 쟁점

전 세계적으로 논란이 되고 있는 호주의 Plain Packaging은 담배협약의 필수적 이행사항인 제11조 담배제품의 포장 및 라벨에 대한 규제에 부응하는 정책으로 향후 우리나라에도 많은 영향을 줄 것으로 예상된다.¹²⁷⁾ 특히 Plain Packaging은 헌법과 국내법에 의해 인정되고 보호되는 지식재산인 상표권을 제한할 가능성이 크다.

1. 국내의 담배제품 포장 및 라벨 규제 현황

(1) 담배기본협약과 우리나라

우리나라는 2003년 7월 21일 담배규제기본협약에 서명하고, 2005년 5월 16일에 비준하였다.¹²⁸⁾ 이에 따라 협약상의 각종 담배규제 및 금연정책을 협약의 준수일정에 따라 법제화하여 추진해야 할 국제법상의 의무를 지게 되었다.¹²⁹⁾ 지난 2012년 11월 서울에서 WHO 담배규제기본협약 제5차 총회를 개최하여 비준국의 협약 이행상황을 정기적으로 검토하고, 협약의 효과적인 이행을 촉진하는 데 필요한 사항을 논의·결정하였다.¹³⁰⁾ 이를 통해 우리나라는 명실상부

127) 이명희, 앞의 자료(주52), 95면.

128) 최은진, “담배규제와 흡연예방을 위한 미국 정책의 시사점,” 『보건복지포럼』 통권 제186호, 한국보건사회연구원, 2012, 5면.

129) 황성기 외, “담배규제에 관한 국내법제도 개선방향,” 『보건복지포럼』 통권 제152호, 한국보건사회연구원, 2009, 38면; 최은진 외, “WHO담배규제기본협약 비준국 국제교류 및 국내담배관련법의 제도정비,” 연구용역 결과보고서, 보건복지가족부·한국보건사회연구원, 2008, 7면.

130) 이현경, “담배규제기본협약의 국내이행과 관련한 문제점과 개선방안,” 한양대학교 석

한 금연선진국으로 발돋움하는 실질적인 토대를 마련하였다.¹³¹⁾

(2) 담배갑 경고그림 도입

2015년 5월 29일 ‘국민건강증진법 개정안’이 국회 본회의를 통과함으로써 우리나라에서도 담배갑에 폐암 등 담배의 폐해를 알리는 ‘담배에 관한 경고 문구 등 표시’에 있어서 담배갑 경고그림이 도입되었다. 2002년 담배갑에 경고 그림을 넣도록 하는 법 개정안이 국회에 제출된 이래 의원발의 및 정부제출안 등 11번의 시도 끝에 13년 만에 빛을 보게 된 것이다.¹³²⁾ 이전에는 담배갑 포장에 흡연이 질병의 원인이 될 수 있다는 내용의 경고문구만을 표기하도록 하고 있었다.

동 개정안은 흡연을 억제하고 금연을 유도하기 위해서 담배갑 포장지에 흡연의 폐해를 나타내는 내용의 경고그림을 표기하도록 의무화하면서 경고그림의 크기는 담배갑 포장지 앞면, 뒷면 각각의 넓이의 100분의 30 이상으로, 경고그림과 경고 문구를 포함한 경고면적은 담배갑 포장지 넓이의 100분의 50 이상으로 하도록 하고 있다.¹³³⁾ 한편, 법안은 경고그림 도입을 위한 담배회사들의 준비기간을 고려하여 법 공포 후 1년 6개월의 시행유예기간을 두었고,¹³⁴⁾ 이에 따라서 담배갑 경고그림은 2016년 12월 23일부터 시행될 예정이다.

2. 헌법적 쟁점

담배협약에 따라 호주와 같이 세계적인 기준에 부합하는 정책을 국내에

사학위 논문, 37면.

131) 보건복지부·한국건강증진재단, 앞의 책(주2), 2면.

132) 이정윤, 「내년 말부터 담배 경고그림 표기 시행」, 의학신문, 2015.5.29. <http://www.bosa.co.kr/umap/sub.asp?news_pk=587996> (최종방문 2016.10.30.).

133) 보건복지위원장, 국민건강증진법 일부개정법률안 의안번호 15058, 국회, 2015.5., 2면.

134) 국회사무처, 법제사법위원회회의록, 제322회 임시국회 법안심사제2소위원회 제1호, 2015.5.1, 17면.

도입하는 경우 여러 가지 법적 문제들, 특히 헌법상의 문제가 발생할 가능성이 농후하다. 동 협약은 따라서 각국의 헌법이 허용하는 범위 내에서 법제화할 것을 권고하고 있다.¹³⁵⁾

(1) 헌법상 상표권의 근거

상표권의 헌법적 근거에 대해서 일부는 헌법 제22조 제2항이 ‘저작자·발명가·과학기술자와 예술가의 권리’를 법에 의해 보호하도록 하고 있기 때문에 상표권의 근거를 동 조항에서 찾고 있으나,¹³⁶⁾ 이는 지식재산권 중에서 이른바 ‘창작법(創作法)’이 규율하는 저작권, 특허권의 근거조항일 뿐이지 상표권의 근거 조항은 아니다.¹³⁷⁾ 상표는 저작권이나 특허권과 같은 창작성이 없고, 대부분 이미 존재하는 표장을 선택하는 것에 권리를 부여하기 때문에 창작성에 관련된 헌법 제22조 제2항을 상표권의 근거로 제시하는 것은 타당하지 않다.¹³⁸⁾

상표권은 인간의 지적·정신적 창작물을 보호대상으로 하지 않고 영업상의 표지에 화체된 영업상의 신용, 즉 상품이나 서비스에 대한 품질 및 동일성의 보장을 통하여 공정한 경쟁과 소비자의 보호를 동시에 보장하는¹³⁹⁾ 이른바 ‘표지법(標識法)’ 영역에 속하기 때문에 헌법 제22조 제2항이 아니라 재산권 일반에 관한 보장 규정인 제23조를 근거조항으로 보는 것이 타당할 것이며¹⁴⁰⁾ 헌법재판소도 “등록된 상표에 대한 독점적 사용권으로서의 상표권은 헌법상 보호되는 재산권에 속한다.”¹⁴¹⁾고 하면서 상표권을 재산권으로

135) 윤혜선, “리스크의 관점에서 본 담배규제의 법적 쟁점,” 『행정법연구』 제27호, 행정법 이론실무학회, 2010, 113면.

136) 장영수, 『헌법학』 제3판, 홍문사, 2008, 755면; 홍성방, 『헌법학』 제5판, 현암사, 2008, 517-519면.

137) 박성호, “지적재산권에 관한 헌법 제22조 제2항의 의미와 내용,” 『법학논총』 제24권 제1호, 한양대학교 법학연구소, 2007, 106면.

138) 나종갑, “상표의 범위와 한계 - 헌법적 관점을 중심으로,” 『지식재산연구』 제7권 제1호, 한국지식연구원, 2012, 34면.

139) 정필운, “헌법 제22조 제2항 연구,” 『법학연구』 제20권 제1호, 연세대학교 법학연구원, 2010, 222-223면.

140) 박성호, 앞의 논문(주137), 106면.

보았다.

이를 종합해 보면, 정신적 창작물이 아닌 상품의 출처나 영업주체의 혼동을 방지함으로써 공정한 경쟁 질서를 유지하고 소비자를 보호하는 기능을 수행하는 식별표식을 보호하는 권리인¹⁴²⁾ 상표권은 재산권보장 조항인 헌법 제23조, 경제질서 조항인 제119조 등에 근거한다고 보는 것이 타당할 것이다.¹⁴³⁾

(2) 헌법상 상표권의 제한가능성

1) 상표권 제한가능성에 대한 견해

헌법에 의한 상표권의 제한을 긍정하는 입장에서 살펴보면, 상표권자에게 부여되는 배타적 권리는 헌법상 절대적인 기본권을 의미하는 것은 아니다. 우리 헌법에 보장된 기본권은 재산권보다 상위의 권리이고 상위 기본권 우선 원칙에 따라 생명, 신체, 건강과 같은 기본권의 권리행사는 재산권인 상표권보다 우선하기 때문에,¹⁴⁴⁾ 일반 공중의 자유권이 상표권자의 재산권과 충돌하는 경우에는 일반 공중의 자유권이 우선하고, 상표권자의 영업의 자유와 충돌하는 경우에도 마찬가지다.¹⁴⁵⁾

이와 마찬가지로 헌법 제10조에 명시된 헌법 질서의 핵심 가치라 할 수 있는 인간의 존엄과 가치, 행복추구권과 기본적 인권보장의 기본이라 할 수 있는 헌법 제36조 제3항의 보건권에 더 큰 가치를 두어 공중보건을 위해 상표사용이 제한될 수 있고,¹⁴⁶⁾ 헌법상 재산권의 행사는 공공복리 원칙에 적합하

141) 헌법재판소 2009.4.30.선고 2006헌바113 결정.

142) Nicholas S. Economics, *The Economics of Trademarks*, 78 *Trademarks Rep.* 523, Quoted in Paul Goldstein, *Copyright, Patent, Trademark and Related State Doctrine, Cases and Materials on the Law of Intellectual Property*, p.31; 문삼철, 『상표법』, 세창출판사, 2004, 7면; 정상조, 『지적재산권법』, 467-469면; 정필운, 앞의 논문(주139), 223면에서 재인용.

143) 정필운, 앞의 논문(주139), 223면; 나종갑, 앞의 논문(주138), 33-34면; 이규홍·정필운, “헌법 제22조 제2항 관련 개헌론에 관한 소고 —지적재산조항의 재정립에 관하여—,” 『법조』 제59권 제11호 통권 제650호, 법조협회, 2010, 115면.

144) 나종갑, 앞의 논문(주138), 38면.

145) 나종갑, 위의 논문, 59-60면.

146) Thibaud Lelong, *op. cit.* (*supra* note 70), p.14.

도록 하여야 하므로¹⁴⁷⁾ 상표권의 행사는 공공복리의 원칙에 의해 제한될 수 있다.¹⁴⁸⁾

헌법에 의한 상표권의 제한을 부정하는 입장은 상표권은 재산권으로써 마땅히 보호받아야 할 권리지만 Plain Packaging은 이러한 상표의 사용을 제한하고 있으므로 헌법 제23조 제1항을 근거로 Plain Packaging이 재산권인 상표권을 제한하는 것에 문제를 제기할 수 있고,¹⁴⁹⁾ 재산권과 공공필요 사이의 가치형량에 따라 공공필요가 우선한다고 하더라도¹⁵⁰⁾ 헌법 제23조 제3항의 “공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다.”는 규정에 따라 공중보건을 위한 담배의 상표권 제한 시에는 담배회사에게 정당한 보상을 지급해야 한다는 주장이 가능하다.¹⁵¹⁾ 또한, 정해진 규격의 브랜드 명칭을 제외한 담배 회사의 이미지, 로고 등의 비문자 상표를 출처표시 수단으로 사용할 수 없도록 하는 Plain Packaging이 헌법 제21조 제1항에서 보장하는 표현의 자유를 침해한다는 주장,¹⁵²⁾ 상호나 상표를 자유롭게 선택할 수 있는 권리는 영업의 자유에 해당하는 내용으로¹⁵³⁾ 이러한 영업의 자유는 직업의 자유에 속하는 자유권이기에 때문에¹⁵⁴⁾ 상표를 자유롭게 선택할 수 있는 권리를 방해하는 Plain Packaging이 영업의 자유와 직업의 자유를 침해한다는 주장¹⁵⁵⁾도 가능할 것이다.

2) 상표권의 제한가능성 검토

헌법상 상표권의 제한가능성을 부정하는 입장에서 헌법 제23조 제1항을

147) 헌법 제23조 제2항.

148) 나종갑, 앞의 논문(주138), 45-46면; 조지은, 앞의 논문(주10), 50면; 김경우, 앞의 논문(주49), 53면.

149) 조지은, 앞의 논문(주10), 50면.

150) 주현수, 앞의 논문(주51), 157면.

151) 조지은, 앞의 논문(주10), 52면.

152) Thibaud Lelong, *op. cit.* (*supra* note 77), pp.14-15.

153) 대법원 2002.11.13.선고, 2000후3807 판결.

154) 나종갑, 앞의 논문(주138), 46면.

155) 김경우, 앞의 논문(주49), 53면.

근거로 Plain Packaging이 재산권인 상표권의 사용을 제한하는 것을 문제삼을 수 있으나, 동 조항에서“그 내용과 한계는 법률로 정한다.”¹⁵⁶⁾고 명시하고 있으므로 상표권의 제한을 정당화할 수 있을 것이다. 또한 헌법 제23조제2항은 “재산권의 행사는 공공복리에 적합하여야 한다.”고 하여 재산권의 사회적 의무성을 규정하고 있는데,¹⁵⁷⁾ 이는 곧 공공복리를 위하여 재산권 제한이 헌법상 인정된다는 것으로, 재산권의 사회적 의무성의 핵심적인 의미는 보상 없이 제한이 가해진다는 것이다. 즉 공공복리를 위한 재산권의 일정한 제한은 보상 없이 가능하다는 것으로 헌법 제23조 제3항에서 정하는 재산권의 공용침해의 경우와는 구별된다.¹⁵⁸⁾ 따라서 헌법상 재산권인 상표권의 제한은 가능하다고 보는 것이 타당할 것이다. 다만 재산권의 제한에서도 헌법 제37조 제2항에 규정된 기본권제한의 목적 및 기본권제한입법의 한계 등 과잉금지원칙(비례의 원칙)이 준수되어야 할 것이다.¹⁵⁹⁾

(3) 비례의 원칙에 반하는지 여부

비례의 원칙은 적합성의 원칙, 필요성의 원칙, 비례성의 원칙의 정밀하고 엄격한 부분원칙으로 구성되는데 적합성, 필요성, 비례성의 단계로 순차적으로 검토한다. 이러한 3가지 부분원칙 가운데 어느 하나의 원칙에 반하면 헌법에 위반하는 것으로 된다.¹⁶⁰⁾

1) 적합성의 원칙

적합성의 원칙은 기본권 제한의 수단 또는 방법이 추구하고자 하는 사안의 목적에 적합한 조치를 취해야 하고 그때 선택하는 수단은 목적을 달성함에 있어서 필요하고 효과적이어야 한다는 원칙을 말한다.¹⁶¹⁾ Plain Pack-

156) 헌법 제23조 제1항 제2문.

157) 양건, 『헌법강의』, 제5판, 법문사, 2014, 639면.

158) 양건, 위의 책, 640면.

159) 헌법재판소 1999.7.22. 선고 97헌바76 결정.

160) 정종섭, 『헌법학원론』, 제10판, 박영사, 2015, 381면.

161) 헌법재판소 1989.12.22. 선고 88헌가13 결정.

aging은 담배 포장에 상표의 사용을 제한함으로써 달성하고자 하는 목적인 흡연을 감소와 공중보건의 증진을 실현시키는데 있어서 효과적이고 부분적으로 기여하는 것이 인정되므로,¹⁶²⁾ 적합성의 원칙은 충족된 것으로 판단된다.

2) 필요성의 원칙

입법자는 공익실현을 위하여 기본권을 제한하는 경우에도 입법목적을 실현하기에 적합한 여러 수단 중에서 되도록 국민의 기본권을 가장 존중하고 기본권을 최소로 침해하는 수단을 선택해야 한다.¹⁶³⁾ 그러나 Plain Packaging이 달성하고자 하는 흡연을 감소, 공중보건 증진 등의 목적은 꼭 Plain Packaging이 아니더라도 금연교육 및 캠페인과 담배 포장에 경고그림 부착 등 담배의 상표권을 제한하지 않거나 덜 제한하는 다른 방법으로도 실현할 수 있을 것으로 판단되기 때문에 필요성의 원칙에 위배된다고 여겨진다.

3) 비례성의 원칙

재산권인 상표권도 공익을 이유로 제한될 수 있지만 이 경우에도 이러한 기본권이 공익의 실현을 위하여 필요한 정도를 넘어 과도하게 제한되어서는 안 된다는 비례성의 원칙이 준수되어야 한다.¹⁶⁴⁾ 비례성의 원칙은 3개 부분 원칙 중 최후의 단계인 제3단계에서 심사하는데¹⁶⁵⁾ Plain Packaging은 이미 위의 필요성 원칙에 위배된다고 판단되기 때문에 따로 검토하지 않겠다. 다

162) 호주 언론에 따르면 호주 가정의 담배 소비액은 지난 3월까지 12개월 동안 10.1% 떨어졌으며, 2년 6개월 전보다는 17.5% 감소했다고 한다. 특히 지난 1월부터 3월까지 3개월 사이에만 3.8% 떨어지는 등 지난 3개 분기 동안 담배소비량이 3% 이상씩 줄었다. 호주 '단순 포장(plain packaging)법'이 흡연 감소에 결정적인 역할을 했다는 평가를 받고 있다. 김기성, 「한갑 1만9천원 · 포장도 똑같이...호주 담배 소비 '뚝」, msn 뉴스, 2015.6.6. <<http://www.msn.com/ko-kr/news/world/%ED%95%9C%EA%B0%91-1%EB%A7%8C9%EC%B2%9C%EC%9B%90%C2%B7%ED%8F%AC%EC%9E%A5%EB%8F%84-%EB%98%91%EA%B0%99%EC%9D%B4%E2%80%A6%ED%98%B8%EC%A3%BC-%EB%8B%B4%EB%B0%B0-%EC%86%8C%EB%B9%84-%EB%9A%9D/ar-BBkKJqQ>> (최종방문 2016.10.30.).

163) 헌법재판소 1998.5.28. 선고 96헌가5 결정.

164) 헌법재판소 2005.2.24. 선고 2001헌바71 결정.

165) 정종섭, 앞의 책(주160), 383면.

만, Plain Packaging이 필요성의 원칙을 충족한다고 가정하더라도 과연 수인가능성이 있는지는 의문이다. Plain Packaging은 담배회사들이 감당할 수 없는 정도의 불합리한 기본권 제한이라는 주장이 가능할 것이기 때문이다.

3. 상표법적 쟁점

(1) 상표의 개념과 기능에 반하는지 여부

Plain Packaging은 상표권자인 담배회사가 상표를 사용할 수 있는 권리는 물론 원하는 상표를 자유롭게 선택할 수 있는 권리까지 박탈하며 상표가 가지는 업무상의 신용유지와 경업질서 확립에도 부정적인 영향을 끼칠 수 있다. 담배 포장의 획일화로 인해 상품의 출처표시 및 품질보증 기능을 저해할 가능성이 크기 때문이다. 또한 이미지, 로고 등의 비문자 상표를 담배회사 자신의 출처표시 수단으로 사용할 수 없도록 하여 수많은 담배 상품들 사이에서 자신과 다른 사업자를 구별토록 해 주는 상표의 기능인 식별력에 해로운 영향을 끼치며, 상품 또는 상품 이미지와 결합하여 소비자들에게 상품의 출처, 품질, 신용을 기억하게 하고 이와 같은 심리적 연상 작용이 광고기능으로 연결되어 판매를 촉진하는 상표의 광고 선전 기능¹⁶⁶⁾을 원천 차단하여 담배 상표의 가치를 떨어뜨린다.

(2) 상표법의 목적에 반하는지 여부

상표법은 상표를 보호함으로써 상표 사용자의 업무상의 신용유지를 도모하여 산업발전에 이바지함과 아울러 수요자의 이익을 보호함을 목적으로 한다.¹⁶⁷⁾ 즉, 상품의 식별표지인 상표의 권리를 보호함으로써 상표권자의 상표에 화체된 업무상의 신용과 이익을 보호하고,¹⁶⁸⁾ 상표가 나타내는 상품출처와 상품품질에 대한 수요자의 신뢰이익을 보호하는 것이다.¹⁶⁹⁾ 그러나 Plain

166) 김원준, 『산업재산권법』, 오래, 2012, 653-654면.

167) 상표법 제1조.

168) 윤선희, 『상표법』, 법문사, 2007, 10면.

Packaging은 담배상표의 '식별력'을 빼앗고 상표가 가진 명성과 상표가 나타내는 품질로부터 발생하는 상표의 가치와 신용을 무의미하게 할 수 있다. 또한 담배제품의 자타상품 식별을 막아 소비자가 담배제품을 오인·혼동하게 할 우려가 있는데, 이는 곧 수요자의 신뢰이익을 저해하는 것으로서 결국 Plain Packaging은 상표법의 목적에도 반한다고 볼 수 있다.

(3) 상표의 사용을 제한하는지 여부

Plain Packaging은 상표권자인 담배회사가 지정상품인 담배에 등록된 상표를 독점해서 사용할 권리를 박탈하고 상품의 포장에 자신의 상표를 표시하는 등 상표의 사용을 제한한다. 상표권의 사용 개념은 권리 침해적 사용과 권리 보존적 사용의 개념으로 나누어지는데¹⁶⁹⁾ Plain Packaging의 경우 제3자에 의한 권리 침해적 사용의 개념보다는 담배회사들이 자신의 상표를 사용하지 못하는 데서 발생하는 권리 보존적 사용의 개념이 문제 된다. 권리 보존적 사용에 관해 우리 상표법은 상표권자의 상표 부정이용 또는 남용을 막고 거래상 상품식별표지로서 상표가 기능할 수 있도록 상표권자에게 사용의 의무를 부여하고 있으며, 일단 유효하게 등록된 상표라 하더라도 일정기간 사용되지 않는 상표의 경우에는 등록을 취소시킬 수 있도록 하고 있다.¹⁷¹⁾ 이와 같이 등록상표가 등록취소청구를 당하지 않고 계속 존속하기 위해서는 상표권자가 상표를 일정기간 사용해야 하는데,¹⁷²⁾ Plain Packaging은 특히 비문자 담배상표를 지정상품인 담배에 사실상 사용하지 못하도록 강제하기 때문에 담배회사의 등록상표에 대한 분쟁의 소지가 있다.

이외에도 '상품이나 서비스를 식별하게 해 주는 출처표시로서 기능하는 총체적인 외관이나 인상'을 의미¹⁷³⁾하는 트레이드와 관련해서도 문제될 수

169) 김원준, 앞의 책(주166), 643면.

170) 김소연, "상표법상 상표의 사용 개념에 관한 연구," 고려대학교 석사학위 논문, 2014, 9-11면.

171) 윤선희, 앞의 책(주168), 326면; 안효질, "판매촉진물품의 제공과 상표의 사용," 『안암법학』 제37권, 안암법학회, 2012, 578면.

172) 정찬모·안효질 외, "인터넷 도메인네임 관리를 위한 법제도 연구," 『정책연구』, 정보통신정책연구원, 2000, 32면.

있다. 트레이드 드레스가 하나의 상표로서 보호받기 위해서는 일반 수요자가 트레이드 드레스를 출처표지로 인식해야 하는데,¹⁷⁴⁾ Plain Packaging은 자사의 담배제품을 다른 회사들과 구별해 주는 고유의 식별력을 가진 이미지, 로고 등의 비문자 상표를 담배포장에 표시·사용할 수 없도록 담배제품의 포장을 획일화하여 소비자의 출처표지 인식을 방해하기 때문이다.

V. 결 론

본 논문은 먼저 담배규제의 기준을 제시하고 있는 WHO 담배규제기본협약과 전 세계적으로 논란이 되고 있는 호주의 Tobacco Plain Packaging의 주요 내용을 살펴보았다. 담배 포장에 담배회사의 선전 문구와 이미지, 회사 로고의 사용을 금하는 호주의 Plain Packaging은 흡연을 억제하고 금연을 유도하기 위해 담배의 포장을 규제하는 보건정책이지만, 담배회사의 재산권 특히 헌법과 국내법, 그리고 국제협약에 의해 인정되고 보호되는 지식재산권인 상표의 사용을 제한함으로써 많은 법적 문제를 초래할 수 있다.

다음으로 다양한 국제 통상법적 쟁점들 가운데 상표권을 중심으로 파리협약과 TRIPs협정의 해석을 둘러싼 Plain Packaging의 찬·반의 견해를 살펴 보았다. 파리협약과 TRIPs협정의 해석에서는 파리협약 제6조의5와 제7조, TRIPs협정 제7조, 제8조, 제16조, 제17조, 제20조 등이 쟁점이 되며, 특히 협정 제20조와 제8조의 관계가 문제된다. 양측의 주장과 논리가 워낙 팽팽하게 대립하여 어느 한쪽의 손을 들어주기가 쉽지 않은 상황이지만 개인적으로는 Plain Packaging이 상표권을 과도하게 제한하여 파리협약과 TRIPs협정에 위배될 가능성이 높다고 생각한다.

또한, Plain Packaging의 국내법적 쟁점을 헌법과 상표법 관점에서 검토하였다. 상표권은 재산권보장 조항인 헌법 제23조, 경제질서 조항인 제119

173) 정상조·박준석, 『지식재산권법』, 제3판, 홍문사, 2013, 578면.

174) 윤선희, 앞의 책(주168), 72-73면.

조 등에 근거하여 해석하는 것이 타당하고, 헌법에 의한 상표권의 제한은 가능하다고 판단된다. 다만 Plain Packaging이 도입되기 위해서는 비례의 원칙에 부합해야 하나 이를 충족할 수 있을지는 의문이다. Plain Packaging은 상표의 개념을 손상시키고 상표를 사용할 수 있는 권리는 물론 원하는 상표를 자유롭게 선택할 수 있는 권리까지 박탈하며 상표의 기능 또한 저해한다.

이와 같은 Plain Packaging의 국제 통상법적·국내법적 문제를 해결하기 위한 방안으로 담배갑의 외부를 투명한 비닐 등으로 포장해서 담배회사의 상표를 자유롭게 허용하는 대신 담배갑과 내부 포장에는 경고그림만 허용하여 담배가 판매되는 즉시 담배회사의 상표가 포장된 비닐에서 제거될 수 있도록 하는 상표 제거식 담배포장 방안,¹⁷⁵⁾ 규격화된 브랜드 명칭을 사용할 수 있도록 특정된 담배 포장 공간에 문자 상표가 아닌 담배회사의 이미지, 로고 등의 비문자 상표를 사용할 수 있도록 하는 방안¹⁷⁶⁾ 등이 제시된 바 있다.

또 다른 방안으로 필자는 담배 포장을 ‘같은 것은 같게, 다른 것은 다르게’ 하는 방안을 제안해 본다. 같은 부분, 예컨대 담배포장의 경고그림, 경고문구 등이 차지하는 공간은 지금보다 대폭 확대시켜 같이 규제를 강화하고, 그 밖의 담배포장 앞면의 10~20%의 공간 또는 포장 테두리의 공간을 정해서 그 공간만큼은 담배회사들이 각자 자신들의 상표를 자유롭게 사용할 수 있도록 하자는 것이다. 즉, Plain Packaging이 강제하고 있는 획일적인 포장이 아닌 다른 담배회사와는 구별되는 자신만의 상표를 자유롭게 사용할 수 있도록 차별적인 포장을 허용하는 것이다. 앞서 Plain Packaging이 법적으로 가장 문제가 되었던 부분도 상표권자의 자유로운 ‘상표 사용’을 금지하도록 했던 부분인데 상표의 자유로운 사용을 허용함으로써 앞서 법적으로 문제가 되었던 부분들도 우회할 수 있을 것이다. 이와 같이 담배 포장을 ‘같은 것은 같게, 다른 것은 다르게’ 한다면 상표권과 공중보건의 조화를 도모할 수 있을 것이다.

175) Althaf Marsoof, *op. cit.* (supra note 84), p.213.

176) Raul R Solorzano, “Analysis of a Hypothetical Tobacco Plain Packaging Legislation in Peru Under the Test of Proportionality Applied by the Peruvian Constitutional Court,” SECO/WTI Academic Cooperation Project Working Paper Series, 2014, pp.21-22.

참고문헌

국내문헌

〈단행본〉

- 김원준, 『산업재산권법』, 오래, 2012.
- 박노형 외, 『新 국제경제법』, 박영사, 2012.
- 양건, 『헌법강의』, 제5판, 법문사, 2014.
- 윤선희, 『상표법』, 법문사, 2007.
- 장영수, 『헌법학』, 제3판, 홍문사, 2008.
- 정상조·박준석, 『지식재산권법』, 제3판, 홍문사, 2013.
- 정종섭, 『헌법학원론』, 제10판, 박영사, 2015.
- 홍성방, 『헌법학』, 제5판, 현암사, 2008.

〈논문 및 보고서〉

- 김대순, “보건과 국제법의 인터페이스,” 『한국의료법학회지』 제15권 제1호, 한국의료법학회, 2007.
- 김혜정 외, “호주의 플레인패키징(plain packaging),” Tobacco Control Issue Report 제4호, 한국건강증진재단, 2013.
- 나종갑, “상표의 범위와 한계 — 헌법적 관점을 중심으로,” 『지식재산연구』 제7권 제1호, 한국지식재산연구원, 2012.
- 박성호, “지적재산권에 관한 헌법 제22조 제2항의 의미와 내용,” 『법학논총』 제24권 제1호, 한양대학교 법학연구소, 2007.
- 서미경, “외국의 담배 건강경고그림 도입현황 및 시사점,” 『보건·복지 ISSUE & FOCUS』 제64호, 한국보건사회연구원, 2010.
- , “WHO 담배규제기본협약과 우리의 대응방안,” 『보건복지포럼』 통권 제81호, 한국보건사회연구원 2003.
- 신윤정, “담배포장·라벨 규제의 효과 및 정책 방향,” 『보건복지포럼』 통권 제116호, 한국보건사회연구원, 2006.
- , “WHO 담배규제기본협약에 따른 대응전략 연구,” 한국보건사회연구원·건강증진기금사업지원단, 2004.
- 안효질, “판매촉진물품의 제공과 상표의 사용,” 『안암법학』 제37권, 안암법학회, 2012.
- 윤희선, “리스크의 관점에서 본 담배규제의 법적 쟁점,” 『행정법연구』 제27호, 행정법이론실무학회, 2010.

- 이규홍·정필운, “헌법 제22조 제2항 관련 개헌론에 관한 소고 — 지적재산조항의 재정립에 관하여—,” 『법조』 제59권 제11호 통권 제650호, 법조협회, 2010.
- 이민진 외, “담배규제 정책 쟁점별 국내 연구 현황 분석,” 『보건사회연구』 제34권 제3호, 한국보건사회연구원, 2014.
- 장욱, “미국의 가족금연 및 담배규제법(Family Smoking Prevention and Tobacco Control Act) 제정을 통해 본 우리의 입법과제,” 『연세대학교 법학연구』 제19권 제4호(통권 제44호), 연세대학교 법학연구원, 2009.
- 정찬모·안효질 외, “인터넷 도메인네임 관리를 위한 법제도 연구,” 『정책연구』, 정보통신정책연구원, 2000.
- 정필운, “헌법 제22조 제2항 연구,” 『법학연구』 제20권 제1호, 연세대학교 법학연구원, 2010.
- 조경숙, “담배규제기본협약에 따른 우리나라 금연정책의 전망,” 『보건복지포럼』 통권 제116호, 한국보건사회연구원, 2006.
- 조지은, “공중보건을 위한 상표권의 제한: 호주의 담배 포장 및 라벨 규제를 중심으로,” 『I P Insight』 제2권 제1호(통권 제4호), 한국지식재산연구원, 2013.
- 주현수, “담배포장 및 라벨 규제에 대한 Philip Morris v. Uruguay ICSID 중재 관할권 판정에 대한 연구 — 공중보건 예외조항 관련 투자 유치국의 정당한 규제권한 마련 방안을 중심으로—,” 『통상법률』 통권 제115호, 법무부, 2014.
- 최은진, “담배규제기본협약의 이행 동향과 시사점,” 『보건·복지 Issue & Focus』 제85호, 한국보건사회연구원, 2011.
- _____, “담배규제기본협약 추진의 성과제고를 위한 정책과제,” 『보건·복지 Issue & Focus』 제174호, 한국보건사회연구원, 2013.
- _____, “담배규제와 흡연예방을 위한 미국 정책의 시사점,” 『보건복지포럼』 통권 제186호, 한국보건사회연구원, 2012.
- _____, “담배 규제정책의 국제비교,” 『보건·복지 Issue & Focus』 제35호, 한국보건사회연구원, 2010.
- _____, “담배제품의 포장 및 라벨정책의 추진방향,” 『보건복지포럼』 통권 제152호, 한국보건사회연구원, 2009.
- 최은진 외, “WHO담배규제기본협약 비준국 국제교류 및 국내담배관련법의 제도정비,” 연구용역 결과보고서, 보건복지가족부·한국보건사회연구원, 2008.
- 최은진·서미경, “WHO담배규제조약 협상동향,” 『보건복지포럼』 통권 제64호, 한국보건사회연구원, 2002.
- 황성기 외, “담배규제에 관한 국내법제도 개선방향,” 『보건복지포럼』 통권 제152호, 2009.

황지은·오유미, “한국 담배규제 정책의 평가: 담배규제정책 전문가 의견조사를 토대로,” 『보건행정학회지』 제24권 제4호, 한국보건행정학회, 2014.

〈학위논문〉

김경우, “Plain Packaging의 통상법적 쟁점 연구,” 연세대학교 석사학위 논문, 2013.
김소연, “상표법상 상표의 사용 개념에 관한 연구,” 고려대학교 석사학위 논문, 2014.
이현경, “담배규제기본협약의 국내이행과 관련한 문제점과 개선방안,” 한양대학교 석사학위 논문, 2013.

해외문헌

- Alemanno, Alberto & Enrico Bonadio, “Do You Mind My Smoking? Plain Packaging of Cigarettes Under the TRIPS Agreement,” *John Marshall Review of Intellectual Property Law*, Vol.10, No.3, 2011.
- Correa, Carlos M., *Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights: A Commentary on the TRIPS Agreement*, Oxford University Press, 2007.
- Davison, Mark & Patrick Emerton, “Rights, Privileges, Legitimate Interests, and Justifiability: Article 20 of TRIPS and Plain Packaging of Tobacco,” *American University International Law Review*, Vol.29, No.3, 2014.
- _____, “Plain Packaging of Cigarettes: Would it be Lawful?,” *Australian Intellectual Property Law Bulletin*, Vol.23, No.5, 2010.
- _____, “The legitimacy of plain packaging under international intellectual property law: why there is no right to use a trademark under either the Paris Convention or the TRIPS Agreement,” in Tania Voon et al., *Public Health and Plain Packaging of Cigarette*, Edward Elgar, 2012.
- Frankel, Susy & Daniel Gervais, “Plain Packaging and the Interpretation of the TRIPS Agreement,” *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol.46, No.5, 2013.
- Freeman, Becky et al., “The case for the plain packaging of tobacco products,” *Addiction*, Vol.103, No.4, Society for the Study of Addiction, 2008.
- Lieberman, Jonathan, “Plainly Constitutional: The Upholding of Plain Tobacco Packaging by the High Court of Australia,” *American Journal of Law & Medicine*, Vol.39, No.2-3, 2013.
- Marsoof, Althaf, “The TRIPS Compatibility of Australia’s Tobacco Plain Packaging Legislation,” *The Journal of World Intellectual Property*, Vol.16, No.5-6, 2014.

Memorandum from Lalive to Philip Morris International Management SA, “Why Plain Packaging is in Violation of WTO Members’ International Obligations under TRIPS and the Paris Convention,” 23 July 2009.

Mitchell, Andrew & Mariela Maidana-Eletti, “Plain Packaging in Australia: Implications for Trademark Rights under the TRIPS Agreement and the Paris Convention,” *Anuario Andino de Derechos Intelectuales*, Baldo Kresalja Rossello(ed), 2014.

Mitchell, Andrew, “Australia’s Move to the Plain Packaging of Cigarettes and its WTO Compatibility,” *Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy*, Vol.5, No.2, 2010.

Report by Daniel Gervais for Japan Tobacco International, Analysis of the Compatibility of certain Tobacco Product Packaging Rules with the TRIPS Agreement and the Paris Convention (30 November 2010).

Ruse-Khan, Henning Grosse, “Assessing the need for a general public interest exception in the TRIPS Agreement,” in Annette Kur(ed), *Intellectual Property Rights in a Fair World Trade System: Proposals for Reform of TRIPS*, Edward Elgar, 2011.

_____, “Litigating Intellectual Property Rights in Investor-State Arbitration: From Plain Packaging to Patent Revocation,” Fourth Biennial Global Conference of the Society of International Economic Law, *Society of International Economic Law*, 2014.

Solorzano, Raul R., “Analysis of a Hypothetical Tobacco Plain Packaging Legislation in Peru Under the Test of Proportionality Applied by the Peruvian Constitutional Court,” SECO / WTI Academic Cooperation Project Working Paper Series, 2014.

U.S. Department of Health and Human Services, How Tobacco Smoke Causes Disease: The Biology and Behavioral Basis for Smoking-Attributable Disease: A Report of the Surgeon General, Atlanta(GA): U.S. Department of Health and Human Services, Centers for Disease Control and Prevention, National Center for Chronic Disease Prevention and Health Promotion, Office on Smoking and Health, 2010.

U.S. Department of Health and Human Services, The Health Consequences of Smoking: A Report of the Surgeon General, Atlanta(GA): Centers for Disease Control and Prevention, 2004.

Voon, Tania & Andrew Mitchell, “Face Off: Assessing WTO Challenges for Australia’s Scheme on Plain Tobacco Packaging,” *Public Law Review*, Vol.22, No.3, 2011.

_____, “Implications of WTO Law for Plain Packaging of

Tobacco Products” in Tania Voon et al., Public Health and Plain Packaging of Cigarette, Edward Elgar, 2012.

_____, “Time to Quit? Assessing International Investment Claims Against Plain Tobacco Packaging in Australia,” *Journal of International Economic Law*, Vol.14, No.3, 2011.

Voon, Tania, “Acquisition of Intellectual Property Rights: Australia's Plain Tobacco Packaging Dispute,” *European Intellectual Property Review*, Vol.35, No.2, 2013.

Watal, Jayashree, *Intellectual Property Rights in the WTO and Developing Countries*, Kluwer Academic Publishers, 2001.

World Health Organization, 2012 Global Progress Report, 2012.

World Health Organization, mpower: a policy package to reverse the tobacco epidemic, 2008.

기 타

김화중, “담배규제기본협약 서명의 의의,” 『보건복지포럼』 통권 제81호, 한국보건사회연구원, 2003.

보건복지부·한국건강증진재단, 『2012 FCTC 서울총회 담배 없는 세상을 만드는 약속』, 2012.

이명희, “지식재산권과 공중보건에 관한 최근 동향,” 『지식재산 정책』 제11호, 한국지식재산연구원, 2012.

최진석, “호주의 새로운 담배갑 포장규제,” LAWnB 기업법무 리포트, 2012.

한국건강증진재단, “담배규제기본협약(FCTC)과 금연정책,” 건강증진총서 제1호 통권 제4호, 2012.

Australian Government, Tobacco Plain Packaging Bill 2011 - Exposure Draft(7 April 2011).

Explanatory Memorandum, Tobacco Plain Packaging Bill 2011, Parliament of Australia.

Physicians for Smoke-Free Canada, “The Plot Against Plain Packaging”.

Thibaud Lelong, IP controversies, Centre d'études internationales de la propriété intellectuelle summer school program, 2016.6.28.

WTO Panel Report, Canada — Patent Protection of Pharmaceutical Products, WT/DS114/R (7 April 2000).

WTO Panel Report, European Communities-Protection of Trademarks and Geographical Indications for Agricultural Products and Foodstuffs, WT/DS174/R (15 March 2005).

A Study on the Harmony of the Public Health and the Trademark Right

You Hyunwoo, Park Jaewon

Australia passed 「Tobacco Plain Packaging Act 2011」 in October 2011. This law prohibits the use of text, images, logos, etc which advertise packaging of all tobacco products of tobacco companies. Instead, they are obliged to include warning labels about harmfulness of cigarette and warning picture of gruesome image that represents the harmful effects of smoking. Plain Packaging is considered the highest level tobacco control policy in existence.

Although Plain Packaging is a health policy for public health, it is a complex issue that can lead to many legal conflicts because various issues are confused. Of particular concern is that Plain Packaging conflicts with trademark rights of tobacco companies by restricting the use of trademarks recognized and protected by constitutions, domestic laws and international conventions.

Thus, we summarized opinions of Plain Packaging on interpretations of Paris Convention and TRIPs Agreement, focusing on trademark rights among various international trade legal issues. And we reviewed what problems could occur in terms of constitutions and trademark laws when Plain Packaging is introduced in Korea.

It is considered that Plain Packaging is highly likely to violate the Paris

Convention and the TRIPs Agreement by excessively restricting trademark rights. It is also considered that it violates a constitutional principle of proportionality and impairs the concept, purpose and function of the trademark and restricts the use of the trademark. In order to solve these problems, we have proposed a tobacco package measures that can harmonize trademark rights and public health.

Keyword

Plain Packaging, Framework Convention on Tobacco Control, Pictorial Warnings on Cigarette Packages, Paris Convention, TRIPs Agreement, Trademark Act, Constitution