
EU통합특허는 출범할 것인가?*

—통합특허에 대한 독일에서의 합헌성 논쟁을 보며—

이일호**

- | | |
|--------------------------|------------------------|
| I. 서론 | 2. 통합특허법원에 소속된 법관의 독립성 |
| II. 헌법소원의 배경 | 3. 유럽특허제도와의 관계 |
| 1. 통합특허제도에 대한 여러 우려와 도전들 | 4. 그 밖의 쟁점 |
| 2. 헌법소원의 제기 | IV. 평가 및 전망 |
| III. 헌법소원의 쟁점 | V. 결론 |
| 1. '국제'특허법원과 주권위임 | |

* 이 논문에 대한 고견을 주신 심사위원님들과 편집위원님들께 깊이 감사드립니다.

** 연세대학교 SSK 기후변화와 국제법 연구센터 연구교수.

초 록

2017년 중순 출범할 것으로 예상되었던 EU의 통합특허제도는 아직까지 답보상태에 빠져 있다. 이는 독일에서 제기된 헌법소원 때문인데, 독일 연방 헌법재판소가 어떠한 결정을 내리는지에 따라 통합특허제도의 운명이 결정되는 상황에 이른 것이다. 이 논문에서는 언론보도나 인터넷 자료를 통해 밝혀진 헌법소원의 법적 근거를 바탕으로 헌법소원의 타당성과 문제점에 대해 고찰하고, 관련된 논의가 우리에게 주는 시사점을 도출해 보고자 한다.

우선 헌법소원의 원인이 된 EU의 통합특허제도가 직면했던 역사적 도전들과 그 동안 제기되어 왔던 우려들에 대해 살펴볼 것이다. 이어서 헌법소원이 제기된 구체적인 정황 및 배경에 대해서 설명할 것이다. 본격적인 논의로서 헌법소원에서 제기된 여러 가지 헌법적 쟁점에 대해서 구체적으로 보고, 그것이 얼마나 타당한 문제제기인지에 대해서 논의해볼 것이다. 무엇보다 여기서 제기된 개별적 쟁점이 우리나라에 주는 의의나 시사점이 무엇인지 짚어 보고자 한다. 끝으로 이들을 종합하여 EU특허제도에 대한 평가를 시도해 보고, 아울러 동 제도의 발전가능성에 대해 전망해 보고자 한다.

특히 동 통합특허제도에 대해 제기될 수 있는 쟁점들, 즉 국제기구에 대한 주권위임의 한계, 법관 및 사법부 독립성의 의미, 재판청구권 등 기본권의 내용과 기능에 관하여 논의함으로써 지식재산권의 국제화 및 국제적 분쟁해결이 가져올 수 있는 근본적 한계와 헌법적 도전들에 대해 생각해 보고자 한다. 헌법소원의 향방은 알 수 없지만, 여기서의 논의는 IP 허브코트 등 IP 국제화를 지향하는 우리에게도 많은 시사점을 줄 것으로 생각된다.

주제어

EU특허, 통합특허, 통합특허법원, 통합특허법원협정, 유럽특허, 헌법소원(Verfassungsbeschwerde)

I. 서론

지식재산권의 실체적 및 절차적 내용에 대해 규율하는 다수의 국제조약이 성립되어 있음에도 불구하고, 각국의 지식재산권법은 여전히 속지주의(territoriality)라는 본질적 한계를 벗어나지 못하고 있다. 이는 지식재산권에 관한 규율과 운영이 국가의 주권에 속하는 문제이며, 이것이 국가의 산업정책과도 긴밀한 관계를 가지기 때문인데, 이러한 주권을 제한하는 결정은 그렇게 쉽게 이루어질 수 있는 것이 아니다.¹⁾ 일단 국제화와 통합의 길로 들어서게 되면, 이를 되돌리기는 좀처럼 쉽지 않고, 통합의 결과가 궁극적으로 국익으로 귀결될 수 있는지에 대해서는 아무도 장담할 수 없다. 특히 산업재산권은 등록을 전제로 보호가 이루어진다는 점에서, 그 통합은 더욱 어려운 일이 될 수 있다.²⁾ 게다가 출원이나 등록뿐 아니라 지식재산권의 유효성과 침해 여부에 대한 사법적 판단마저 주권이 미치지 않는 외부의 실체에 맡기는 일은 현재로서 극히 실현되기 어려운 경우에 속한다.

이러한 전 세계적 경향에도 불구하고, EU는 상당히 강한 힘으로 통합특허(Unitary Patent)라는 제도를 추진한 바 있고, 2017년 중순을 즈음하여 제도가 공식적으로 출범할 것으로 기대를 모은 바 있다. 통합특허에 대한 열망이 얼마나 컸던지, EU는 영국의 EU탈퇴, 즉 브렉시트라는 암초를 만났음에도 이를 대

1) 예를 들어 유럽 각국이 특허에 대해 갖는 태도에는 근본적인 차이가 있다. 프랑스와 이탈리아는 특허에 대해 등록주의를 택하고 있는 얼마 되지 않는 국가들인데, 그런 이유에서인지 침해소송에서 무효의 항변이 받아들여지면, 특허는 대세적으로(*erga omnes*) 무효로 선언된다. 그 밖의 국가들은 거의 예외 없이 심사주의를 취하지만, 침해소송과 무효소송·항변의 관계나 이를 다루는 행정청 또는 법원, 이를 제기할 수 있는 당사자에 대해 각기 다른 접근방식을 취한다. Mangini, Vito, "Die rechtliche Regelung des Verletzungs- und Nichtigkeitsverfahrens in Patentsachen in den Vertragsstaaten des Münchner Patentübereinkommens", *GRUR Int.*, Vol.32 No.4(1983), p.226 참조. 이러한 제도 자체뿐 아니라 구체적인 해석경향에서 실무까지 비교한다면, 국가들 간 특허 현실의 차이는 꽤 크다고 이야기할 수 있다.

2) 즉, 산업재산권의 통합을 위해서는 국내의 심사를 배제한 채로 등록을 일원적으로 받도록 해야 할 수 있고, 이렇게 등록된 권리를 동시에 다수의 국가에서 유효한 것으로 승인토록 해야 할 수 있다.

수롭지 않게 우회하는 모습을 보여 주었다. 좀처럼 더 이상 아무런 제약이 없을 것만 같았던 통합특허를 향한 도정에서 EU는 전혀 예측할 수 없었던 난제와 마주하게 되었다. 이는 바로 독일 연방헌법재판소(Bundesverfassungsgericht)에 제기된 헌법소원(Verfassungsbeschwerde)³⁾인데, 2017년 3월 제기된 동 헌법소원으로 인해 통합특허는 가장 큰 위기를 맞게 되었다.

헌법소원이 제기되었다는 점에서 알 수 있듯이 쟁점으로 제기된 것은 통합특허제도가 가지고 있는 헌법상의 문제이다. 아직 결정문이 나오기 전이고, 결정이 이루어질지, 소원이 각하될지는 알 수 없는 상황이지만, 여러 정황으로 미루어 보았을 때, 재판소는 어떠한 입장이든 내놓을 것으로 전망된다.

이 논문은 EU의 통합특허제도를 둘러싸고 제기된 헌법문제를 통해 지식재산제도의 국제적 통합이 야기할 수 있는 문제점을 조망하기 위한 것이다. 이를 통해 독일에서 제기된 통합특허의 문제점이 국제화를 시도하고 있는 우리 지식재산권법과 정책에도 어떠한 시사점을 줄 수 있는지,⁴⁾ 유사한 상황에서 제기될 수 있는 쟁점에는 어떻게 대응해야 하는지, 궁극적으로 지식재산권의 국제적·통합적 보호가 가지는 한계와 문제점은 무엇인지 생각해 보고자 한다.

II. 헌법소원의 배경

1. 통합특허제도에 대한 여러 우려와 도전들

통합특허⁵⁾는 우여곡절 끝에 등장하게 되었다.⁶⁾ 그러한 이유에서인지 동

3) 우리의 헌법소원과 마찬가지로 개인이 공권력에 의한 기본권 침해를 이유로 제기하는 헌법재판의 한 유형이다. 단, 독일에서는 법원재판에 대한 헌법소원을 인정하는 등 우리 제도와는 차이점도 있다. 독일 연방헌법재판소법(Bundesverfassungsgerichtsgesetz) 제 90조 이하 참조.

4) 우리는 IP 허브국가를 지향하고 있으며, 특히 IP 허브코트를 구상하고 있다. 아직까지는 특허제도 및 관련 소송제도 및 절차의 선진화와 효율화에 초점이 맞추어져 있는 것으로 보이지만, 궁극적으로 주변국들과 제도의 통합이나 협력체계의 구축, 국제적 분쟁해결이라는 목표까지 지향할 것으로 보인다.

제도는 여러 가지 도전에 직면하게 되었고, 그에 따라 현재에 이르러서는 상당히 절충적 형태를 갖게 되었다.⁷⁾

사실 통합특허에 있어 가장 큰 숙제로 지적되어 온 것은 출원·변론언어 및 번역 문제였다고 할 수 있다. EU 전역에 효력을 미치는 특허제도에 대한 시도는 아주 오래전부터 있었고, 1975년 성립된 룩셈부르크 협약(Convention for the European Patent for the Common Market)이 그 첫 결실이었었는데, 이는 덴마크와 아일랜드가 비준하지 않음에 따라 발효되지 못했다. 이후 1989년 통합특허를 위한 새로운 조약문이 채택되었으나, 동 협정은 유럽공동체(European Community: EC)의 전체 공용어로 특허출원서를 번역하도록 강제함으로써 실효성이 떨어졌고,⁸⁾ 그 결과 동 조약 역시 발효되지 못했다. 현재의 통합특허는 그동안의 논란에도 불구하고, 유럽특허청(European Patent Office: EPO)의 3대 공용어인 영어, 프랑스어, 독일어 중 하나로 출원하고, 청구항만을 나머지 두 언어로 번역하도록 하는 유럽특허협약(European Patent Convention: EPC)상의 제도를 그대로 받아들이고 있다.⁹⁾ 이는 20개가 넘는 공용어를 가

5) 통합특허는 두 가지 측면에서 기존의 유럽특허에 비해 장점을 가진다고 평가된다. 첫째, 통합특허는 특허심사 및 분쟁과 관련하여 발생할 수 있는—회원국과 권리자 모두의—비용을 줄인다. 둘째, —다른 지식재산권 영역의 통합과 유사하게—이는 역내시장(internal market)을 희망하는 EU가 시장통합을 달성하기 위한 하나의 수단으로 원용하는 것이라고 할 수 있다. 즉, 속지주의적 시장분할을 방지하는 장점을 가진다는 것이다. Hilty, Reto M., & Romandini, Roberto, “Developing a Common Patent System: Lessons to Be Learnt from the European Experience”, Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper No. 18-09, <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3202081>, 검색일: 2018.9.12, p.5 참조.

6) 유럽에서의 특허제도 통합을 위한 역사적 노력에 대해서는 김성기, “유럽 통합 특허법원의 설립과 발족”, 『산업재산권』, 제52호(2017), 1면 이하 참조.

7) EU통합특허를 둘러싼 기대와 우려 전반에 대해서는 안재현, “유럽의 단일 특허제도 및 통합 특허소송제도에 관한 고찰”, 『지식재산연구』, 제8권 제2호(2013), 27면 이하 참조.

8) 당시에도 12개에 이르는 회원국을 가지고 있던 EC에 있어 모든 언어로 번역해야 한다는 것은 비용적 측면에서뿐 아니라 번역오류 등의 위험부담 측면에서도 결코 유리하지 않았다.

9) 다만, 만약 절차언어가 독일어 혹은 프랑스어일 때는 특허출원서 전체를 영어로도 번역해야 하며, 절차언어가 영어인 경우에는 EU 회원국 중 통합특허에 참여하는 국가의 언어 중 하나로도 번역해야 한다(번역규칙 제6조). 분쟁이 발생한 경우에는 다른 언어로의 추가적인 번역도 필요한데, EU의 집행위원회는 약 2023년이 되면 EU의 공용어 상호 간의

지고 있고, 언어적 다양성을 존중하는 태도를 보이는 EU의 전통적 입장과는 배치되는 것이지만,¹⁰⁾ 특허출원이 어렵지 않아야 한다는 효율성 및 경제성의 요청과의 절충은 필요했다. 그러나 이러한 태도는 특허분야에서나 EU의 정치에서 큰 영향력을 발휘하지 못하고 있지만, 인구와 영토 면에서 EU 내에서 상당한 위치를 차지하고 있는 이탈리아와 스페인으로부터 도전을 받았으며,¹¹⁾ 결국 EU는 2010년 회원국 간 이혼법 조화를 위해 최초로 원용한 바 있는 이른바 강화된 협력(Enhanced Cooperation) 절차를 통해 원하지 않는 회원국을 배제하는 방향을 선택하게 되었다.¹²⁾

통합특허에 대한 두 번째 도전은 통합특허의 독립성에 대한 의문에서 촉발되었다. 통합특허제도는 EPC라는 EU와는 별개의 특허협력체제에 상당히 의존하고 있다. 이에 따라 EPC는 특허의 출원·등록과 이에 대한 이의 및 불복절차까지를 관할한다. 다만, 일단 등록된 통합특허는—협약에서 달리 규정하고 있는 소수의 경우를 제외하고¹³⁾—통합특허 고유의 규율체제에 구속되는 보호객체로 탈바꿈하게 된다. 이렇듯 이원화된 구조는 특히 EPO와 EU의 권한문제를 야기했다. 애초에는 EU가 직접 EPC의 당사자가 되거나 EPO를 중심으로 논의된 바 있던 유럽특허소송협정(European Patent Litigation Agreement: EPLA)에 회원국과 함께 가입하는 방안까지도 논의된 바 있다. 그러나 2009년부터 논의된 바에 의하면, EU이사회는 등록까지의 EPO의 관할권하에 두되, 일단 등록된 EU특허와 유럽특허¹⁴⁾만을 “유럽특허와 EU특허에

기계번역이 거의 완전해질 것으로 예측하고 있다.

10) 특허 회원국 국민이 수범자가 되는 규정들과 정보들이 자국어로 제공되지 않는다면, 이는 범치주의에도 반할 것이다. Streinz, Rudolf, *Europarecht*, 9th Edition, C.F. Müller, 2012, para. 275.

11) 스페인과 이탈리아는 자국어 역시 통합특허의 공용어가 되기를 원했으며, 이하에서 보는 바와 같이 EU이사회가 강화된 협력절차를 사용하자, 그것이 EU법과 합치되지 않는다는 이유로 EU사법재판소에 제소하기도 했다. 이 소송에서 패소하자 스페인은 통합특허에 일단 참여하지 않는 것으로, 이탈리아는 참여하는 것으로 입장을 정리하였다.

12) EU조약(Treaty on European Union) 제20조 및 EU기능조약(Treaty on the Functioning of the European Union) 제326조 참조. 동 절차는 EU의 전속관할에 속하지 않는 사안에 대해서만 적용될 수 있다. EU조약 제20조 제2항 제1문에 따라 최소한 9개국이 참여해야 발동할 수 있다. EU기능조약은 때때로 EU집행조약으로도 번역된다.

13) EPC 제2조 제2항 참조.

대한 법원(court for European patents and EU patents)”이라는 국제특허법원에 맡겨 관장하게 하는 특허법원 모델을 확정하게 된다.¹⁵⁾ 이는 이전의 시도들에 비하면 EU를 더욱 중심에 두는 방안이기는 했지만, 그것이 EU에 충분한 자주성을 부여하는 것인지에 대해서는 의문이 있었다.

결국 동 모델에 대해 EU사법재판소가 반대의견을 개진하면서¹⁶⁾ 이러한 시도는 다시 수정될 수밖에 없었다.¹⁷⁾ 2009년 모델에 의하면, 설립이 예정된 국제특허법원은 2심제로 구성되고, EPO를 통해 등록된 유럽특허와 EU통합특허 ‘모두’에 대한 관할권을 갖게 되며, EPC 회원국이라면 비EU 국가도 가입하여 이 법원에 관할권을 부여할 수 있다.¹⁸⁾ 하지만 이들 특허와 관련하여 EPO에서 내린 처분에 대해서는 동 법원에 재판을 청구할 수 없다. 또 동 모델에 따른 국제특허법원에 대해서는 EU의 집행위원회 또는 회원국이 EU법 비준수를 이유로 EU사법재판소에 침해소송을 제기할 수 없다.¹⁹⁾ EU사법재판소는 이 점들을 문제 삼았는데, EU법을 전혀 새롭고 자주적이면서도 회

14) 본 논문에서 ‘유럽특허(European patent)’와 ‘통합특허(unitary/unified patent)’라는 용어는 분명하게 구별하고자 한다. 전자는 EPC에 따라 허여되는 특허를 의미하지만, 후자는 EU의 통합특허제도에 따라 회원국 전역에서 효력을 가지는 특허를 의미한다.

15) 동 특허법원은 혼합협정(mixed agreement)이라는 형식으로 설립이 추진된 바 있는데, 이에 따르면 모든 EU회원국과 EU가 동시에 또 필수적으로 당사자가 되어야 하지만, EPC의 회원국들 역시 그들의 선택에 따라 참여할 수 있다. 혼합협정은 EU의 관할권과 회원국의 관할권 모두에 속하는 사안에 대해 제3국과 조약을 체결해야 하는 경우에 이용된다.

16) CJEU, Opinion 1/09, *European and Community Patents Court*, CECLI:EU:C:2011:123.

17) EU사법재판소는 EU가 제3국과 체결하는 조약에 대한 의견을 제시할 수 있다. EU기능조약 제218조 제11항. 비록 그 형식/명칭은 의견(“opinion”)으로 되어 있지만 이러한 의견은 EU기관들을 구속한다. 김대순·김민서, 『EU법론』, 제2판, 삼영사, 2015, 41면 참조.

18) 비EU 국가가 동 협정에 가입하게 되면, 유럽특허에 관한 전속적 관할권이 위 법원에 위임된다.

19) EU기능조약 제258조 이하 참조. 이는 이행강제소송이라고도 하는데, 회원국이 EU법을 준수하지 않은 경우에 대한 소송을 의미한다. 회원국 법원의 판결에 의해서도 EU법상의 의무가 침해될 수 있고, 원칙적으로 침해소송의 대상이 될 수 있다. 다만, 회원국 법원이 아닌 국제적 특허법원 결정에 대해 침해소송을 제기하는 것은 앞으로도 불가능할 수 있다.

원국의 헌법보다 상위에 있다고 보는 재판소의 입장에서 우선 EPO의 항소부(Board of Appeal)²⁰⁾ 결정에 대해 EU의 사법권한이 미치지 못하는 것은 큰 문제로 받아들여졌다. 또 EU사법재판소는 이른바 선결적 부탁(preliminary reference)²¹⁾ 제도²²⁾를 통해 EU법의 구속적이며 일원화된 해석을 추구하고 있는데, 재판소 입장에서 자신의 EU법 해석권한이 미치지 않는 국제재판소와 비회원국들이 EU법과 결부되는 것을 바람직하지 않다고 평가했다.²³⁾ 결국 EU이사회는 EPC 회원국이면서도 EU에 속하지 않은 국가의 참여 가능성을 배제하고, EU회원국만 가입할 수 있도록 하면서 EU 자체의 개입은 최소화하는 국제법상의 조약 모델을 추구하게 되었고, 이로써 그 동안 제기되었던 문제들은 일단락되는 듯 보였다.

이렇게 등장한 통합특허제도는—EU 특허 패키지(EU Patent Package)로 불리는—두 개의 EU규칙(EU regulations)과 하나의 조약에 터잡고 있다. 통합특허제도의 근간이 되는 내용은 통합특허보호의 창설을 위한 규칙²⁴⁾에서, 특허출원서 및 청구항의 번역 문제에 대해서는 별개의 번역규칙²⁵⁾에서 다루

20) 우리나라에서 유럽특허제도와 관련하여 다양한 번역어가 사용되고 있다. 특히 우리 제도와와의 정합성을 기하기 위해 EPO에서의 항소절차를 심판으로 보고, 이를 중심으로 우리의 유사개념을 대입시키려는 경향이 있으나, 여기서는 그러한 태도는 지양하고, 가급적 원어의 직역에 충실한 번역을 하고자 한다.

21) 또는 preliminary ruling이라고도 표현된다. 부탁, 조회, 제정 등 다양한 번역어가 사용될 수 있지만, 여기서는 EU법에 관한 전문서인 김대순·김민서, 앞의 책, 251면 이하에서 사용된 부탁이라는 용어를 사용하도록 한다.

22) 선결적 부탁이란 회원국에서의 재판에서 EU법의 해석과 적용에 있어 의문이 있는 경우에 EU사법재판소에 질의를 할 수 있도록 하거나 해야 하도록 하는 제도로, 해석이 명백한 경우가 아닌 한, 최상급의 법원은 반드시 동 제도를 이용해야 한다. EU기능조약 제 267조 참조. 한편 독일 연방헌법재판소는 국내의 법원이 EU법이 기본권을 침해한다고 판단하는 경우, 반드시 동 문제를 독립적 EU사법재판소에 문의하여 개인의 기본권을 보호해 주어야 한다고도 결정한 바 있다. BVerfG, NJW 1988, 1456. 독일 기본법 제101조 제1항 제2문 참조.

23) EPO의 기관이든 제안된 법원이든 이들은 EU의 기관도 EU 회원국도 아니다. 그러므로 회원국이든 EU집행위원회든 선결적 부탁의 의무를 다하지 않은 등 실체들에 대해 조약 침해를 근거로 EU사법재판소에 제소할 수 없다. 이는 결과적으로 EU법이 가지는 독립성과 자주성을 해치는 것이 될 수 있다.

24) EU Regulation (EU) No 1257/2012.

25) EU Council Regulation (EU) No 1260/2012. 이 두 규칙은 이미 2013년 1월 20일 발효

며, 끝으로 특허법원의 설치에 대해서는 국제조약인 통합특허법원협정(Agreement on a Unified Patent Court, UPCA)이 마련되어 있다.²⁶⁾ 이 협정은 EU가 주체가 되지 않는, 다시 말해 EU법에 속하지 않는, EU회원국들만의 조약이다. EU는 고유의 입법권한과 입법절차를 가지고 있고, 이를 통해—새로운 조약을 만들지 않고도—이미 상표와 디자인 영역을 통합한 바 있다. 그럼에도 불구하고, 통합특허법원의 설립에 대해서는 조약이라는 형식을 사용하고 있는 것이다.²⁷⁾ 명목상의 이유는 어디까지나 통합특허를 위한 별개의 ‘국제’재판소를 창설해야 한다는 것이지만, 이것이 반드시 조약에 의해야 하는지에 대해서는 의문이 생긴다. 게다가 동 협정은 그 명칭과는 상관없이 특허실체법에 관한 다소의, 그러나 상당히 중요한 내용을 포함하고 있다.²⁸⁾ 그 의도는 분명하지 않지만, 통합특허제도의 고안자들은 특허실체법적 문제에 대한 EU사법재판소의 통제를 약화시키고자 했다는 지적이 나오고 있다.²⁹⁾ 즉, EU사법재판소가 EU법이 아닌 일반 국제법에 따라 성립된 조약에 대해서까지 해석권한을 발휘할 수 없을 것이라는 점에서, 이것은 재판소의 개입을 최소화하기 위한 하나의 속임수였다는 것이다.³⁰⁾ 실제로 특허실체법 규

된 바 있으나, 통합특허법원에 관한 협정이 발효해야 시행된다.

26) 동 협정은 영국, 프랑스 및 독일을 포함하여 13번째 국가가 비준서 또는 가입서를 기탁한 후 네 번째 달 첫째 날 발효된다. UPCA 제89조 제1항.

27) 어떤 이들은 현재 유럽특허 출원인들의 관행을 분석한 후, 유럽특허를 출원할 국가로 5개 정도를 지정한다는 가정하에서 통합특허는 유럽특허에 비해 저렴하지 않을 수 있다고 지적한다. 다만, 소송비용과 리스크까지 감안한다면, 통합특허는 통합특허법원과 집행체제로 인해 매력적인 제도가 될 수 있다. 특히 특허권자가 동유럽 국가에서 벌어지는 특허침해를 통합특허법원에서 다룰 수 있고, 항소도 가능하다는 점에서 이는—일부 기술 분야에 있어서는—권리보호와 집행에도 더욱 유리하다고 할 수 있다. Hüttermann, Aloys, *Einheitspatent und Einheitliches Patentgericht*, Carl Heymanns, 2017, paras. 248, 254.

28) 특허권자의 배타적 권리 및 그 제한에 관한 UPCA 제25조부터 제27조 참조.

29) 특허 배아줄기세포에 관한 EU사법재판소의 윤리적 접근이 결정적인 역할을 했을 것으로 보는 견해도 있다. CJEU, C-34/10, *Brüstle v. Greenpeace eV*, ECLI:EU:C:2011:669 참조.

30) 물론 EU사법재판소가 이들의 의도대로 해 줄 것인지는 의문이다. *Jura novit curia* 라는 법격언이 말해 주듯이 분쟁이 발생했을 때, 법이 무엇인지 또 관할권이 어디까지인지 선언하는 것은 결국 재판소의 몫이다.

정들은 본래 재판소의 해석권한이 미치는 통합특허규칙 초안에 포함되어 있었으나, 영국 등의 반대로 협정으로 위치를 옮기게 되었으며, 그 결과 현재로서 EU사법재판소의 동 규정들에 관한 사법심사권한은 긍정할 수도 그렇다고 부정할 수도 없는 상황이라는 평가가 나온다.³¹⁾

물론 통합특허에 있어 최근에 제기된 가장 큰 문제점은 영국에 의한 EU탈퇴, 즉 브렉시트였다. 2016년 브렉시트가 결정되었음에도 불구하고, 영국은 통합특허제도를 받아들일 것임을 줄곧 천명해 왔고, 통합특허를 적어도 EU로부터의 완전한 탈퇴 시까지는 유지한다는 계획을 가지고 있다.³²⁾ 이러한 계획에 따라 영국은 결국 통합특허를—임시로나마—출범하도록 도왔다.³³⁾ 어쨌든 통합특허제도가 시작되도록 한다는 점에서 그 의의를 찾을 수도 있지만, 통합특허법원 본원의 분소무소(Section of the Central Division)가 소재하게 될, 또 많은 수의 통합특허법원 판사를 배출하게 될 영국이 EU에서 탈퇴하게 된다면, 통합특허체제에는 근본적인 재편이 필요할 수 있다.³⁴⁾

위에서 본 바처럼 통합특허는 역사적 도전을 직시하는 방법보다 주로 우회하는 방법을 택해 왔다. 다만, 이하에서 살펴볼 헌법소원은 지금까지 우회해 온 각종 쟁점들을 다시 부활시킬 위험을 안고 있다는 점에서 주목과 우려를 동시에 받고 있다.

31) Götting, Horst-Peter, *Gewerblicher Rechtsschutz: Patent-, Gebrauchsmuster-, Design- und Markenrecht*, 10th Edition, C.H. Beck, 2014, § 35 para. 17.

32) 영국은 심지어 2019년 브렉시트 협상종결을 목전에 둔 2018년 4월 26일 동 협정을 비준한 바 있다.

33) 영국은 위에서 본 바와 같이 통합특허법원에 관한 협정을 비준했는데, 비준 이후의 시나리오에 대해서는 양대승, “브렉시트 이후 유럽특허제도의 변화와 전망”, 『과학기술법연구』, 제23집 제3호(2017), 62면 이하 참조. 영국의 비준으로 인해 연방헌법재판소를 비롯하여 독일은 비준에 대한 상당한 압박을 받을 것으로 예상된다.

34) 견해에 따라서는 영국이 통합특허법원에 관한 협정에만 잔류하는 것 역시 가능하다고 주장하는 이들도 있다. 물론 완전히 불가능한 시나리오는 아닌데, 특히 EU법의 2차적 연원인 통합특허규칙은 그 명칭이 주는 선입관과 달리 통합특허의 내용과 성질에 관한 구체적인 규정을 거의 포함하고 있지 않다. 다만, 영국과 통합특허의 항배는 유례없는 브렉시트가 어떠한 형식으로 이루어질 것이며, EU에 남아 있는 회원국들이 영국의 지위를 어떻게 평가할지에 따라 달라질 것이다. 무엇보다 통합특허에서 배제된 스페인과 마지못해 참여하게 된 이탈리아가 영국의 잔류에 대해 반발하게 될 개연성이 무척 높다.

2. 헌법소원의 제기

UPCA는 영국, 프랑스³⁵⁾와 함께 독일이 반드시 비준해야만 발효된다.³⁶⁾ 현재 독일만이 협정을 비준하지 않고 있으므로 공식적으로는 독일의 비준이 마지막 관문으로 남아 있는 것이다. 하지만 이하에서 살펴보게 될 바와 같이 독일 연방헌법재판소에 계류 중인 헌법소원³⁷⁾의 여파로 동 체제의 출범은 줄곧 미루어지고 있다.

애초에 독일의 협정비준은 당연한 것으로 여겨졌고, 독일은 통합특허체제를 위한 모든 행정적·입법적 정비가 완료될 때에 맞추어 비준서를 기탁할 예정이었다.³⁸⁾ ‘통합특허법원에 관한 2013년 2월 19일의 협정에 관한 동의 법률(Zustimmungsgesetz zu dem Übereinkommen vom 19. Februar 2013 über ein Einheitliches Patentgericht: EPGÜ)’과 그 이행법률은 2017년 2월과 3월 연방참사원(Bundesrat)을 통과했으며, 같은 해 3월 연방의회(Bundestag)에서도 통과됨에 따라, 비준이 무난히 완료될 것이라 예상된 바 있다. 연방대통령에게로 넘어간 법안은 형식심사단계에 있었고, 이후 서명 후 공포라는 절차만을 남겨 두고 있었다. 그러나 같은 해 4월 3일 연방대통령은 연방헌법재판소장의 요청에 따라 법안심사를 연기하기에 이르렀다.³⁹⁾ 이후 한 개인이 같은 해 3월 31일 헌법소원을 제기했으며, 가처분을 통해 본안결정이 나기 전까지 관련된 절차를 중단할 것을 구했다는 소식이 전해졌다. 독일에서 통계적

35) 프랑스는 2013년 8월 6일 비준한 오스트리아에 이어 2014년 3월 14일 UPCA를 두 번째로 비준한 바 있다. 통합특허법원 제1심 법원(Court of First Instance) 본원이 파리에 소재하고, 초대 법원장을 프랑스인이 맡게 되는 등 프랑스 입장에서 통합특허제도에 대한 기대는 꽤 높은 것으로 여겨진다.

36) 위 각주 26번 참조.

37) 2 BvR 739/17.

38) Klos, Mathieu, “Europäisches Patentgericht: UPC nimmt letzte Hürde im Bundesrat”, JUVE-Newslines of June 6, 2017 <<https://www.juve.de/nachrichten/namenundnachrichten/2017/06/europaeisches-patentgericht-upc-nimmt-letzte-huerde-im-bundesrat>>, 검색일: 2018.9.12.

39) 애초에는 구두로, 이후에 서면으로 요청이 이루어졌다고 한다. 헌법상의 국가기관 사이에서 이러한 요청이 가고, 이를 수락하는 예는 결코 흔하지 않다고 한다.

으로 헌법소원이 받아들여지는 경우는 기껏해야 2퍼센트 정도에 불과하다는 점에서 동 헌법소원의 성공 가능성은 낮게 예측되기도 하지만, 적어도 헌법재판소가 동 사안에 대한 합헌성 여부를 구체적으로 심사할 것이라는 점만은 어느 정도 예상되고 있는 상황이다.⁴⁰⁾ 헌법소원의 결론은 아마도 올해 나올 것이라는 예측도 있지만, 연방헌법재판소에서 EU사법재판소에 EU법 해석과 관련하여 선결적 부탁을 요청하게 된다면, 더 오랜 시간이 필요할 수도 있다.

이후 당해 헌법소원을 제기한 사람이 특허전문 변호사인 Ingve Björn Stjerna 박사라는 사실이 알려졌는데, 그는 과거부터 통합특허체제에 대한 비판론을 펼쳐온 인물이다. 헌법소원에서 제기한 위헌문제가 어디서 발생했는지에 대해서는 완전히 밝혀지지 않고 있지만,⁴¹⁾ 이하에서는 Stjerna가 자신의 홈페이지⁴²⁾를 통해 밝힌 내용과 언론보도 등을 통해 드러난 부분을 점별로 정리해 보도록 하겠다.

III. 헌법소원의 쟁점

1. ‘국제’특허법원과 주권위임

(1) 배경 및 쟁점

우선 제기된 문제는 동의법률의 제정을 위한 의결정족수에 관한 것이다. 독일은 우리나라와는 달리 조약의 비준에 동의법률이라는 형식을 요구한

40) 동 사건은 연방헌법재판소의 2018 연간계획(Jahresvorschau 2018)에 포함되어 있는데, 여기에 등재되어 있다고 하더라도 반드시 변론이 진행되고, 결정이 이루어지는 것은 아니라고 한다. 또 재판을 위한 변론일정 등도 아직까지 전혀 잡혀 있지 않다.

41) 기사를 찾아보면, 일부 언론과 실무자들이 Stjerna가 연방헌법재판소에 제시한 서면을 열람한 것으로 보이는데, 당사자는 이에 대해 강한 불만을 보이고, 재판소에도 이에 대한 문제제기를 했다고 밝히고 있다. 다만, 그 이후로 Stjerna 스스로 글을 쓰거나 인터뷰 등에 응한 바 있다.

42) <<http://www.stjerna.de/>>.

다.⁴³⁾ 통합특허법원과 관련된 동의법률은 연방의회 총 630명 의원 중 단 35명의 출석과 표결만으로 통과된 것으로 알려져 있다.⁴⁴⁾ 헌법소원에서 제기된 문제는 통합특허법원을 위한 동의법률이 독일연방의 기본법(Grundgesetz)⁴⁵⁾에서 정한 다수결 규칙을 위반하여 통과되었는지 여부였다. 국제조약의 비준을 위한 동의법률에는 통상 출석의원의 과반찬성만이 요구되지만, EU와 관련된 사안에는 특별규칙이 적용된다. 기본법 제23조는 EU규정(EU-Klausel)이라고 불리는데, 동조 제1항 제2문은 EU와 관련된 동의법률에 대해서도 단지 다수결만을 요구하고 있다. 그러나 제3문은 이와는 대조적으로 다음과 같이 규정하고 있다.

유럽연합의 설립 및 조약상 기초의 변경과 그 내용에 비추어 기본법이 변경되거나 수정되어야 하거나 이러한 변경이나 수정이 가능해지도록 하는 이와 유사한 규정들에 대해서는 제79조 제2항 및 제3항이 적용된다.

여기서 준용하고 있는 제79조는 독일에서 영속규정(Ewigkeitsklausel)으로 불리며, 개정될 수 있는 기본법 규정들과 개정이 결코 허락되지 않는 규정들에 대해 다룬다. 특히 동조 제2항은 기본법을 개정하기 위한 법률의 표결에는 가중다수결이 필요하다고 정한다.⁴⁶⁾ 위 규정(제23조 제3항)에서 이 규정을 준용한다는 것은 결국 기본법의 변경을 가져올 정도로 EU에 새로운 권한을 부여하는 법의 제·개정이 있는 경우, 연방의회와 연방참사원 각각의 재적 구성원 2/3의 동의가 요구된다는 것을 의미한다.

43) 독일 기본법 제24조 제1항, 대한민국 헌법 제6조 제1항은 비준하여 공포한 조약은 국내법과 같은 효력을 가진다고 정하고 있다. 경우에 따라 헌법 제60조 제1항에 따른 국회의 비준동의가 필요한 경우가 있지만, 동의법률은 필요하지 않다.

44) 만장일치이기는 하였으나 출석의원의 수는 매우 적었다고 할 수 있다. 한편 대표적인 통합특허 찬성론자이자 통합특허법원의 준비위원회에도 참여한 바 있는 Wienfried Tilmann은 만약 다시 표결에 붙인다고 하면 2/3 다수결을 충분히 달성할 수 있을 것이라 는 입장을 밝히기도 했다.

45) 우리의 헌법에 해당하는 연방법이다.

46) 기본법 제79조 제3항은 연방과 주의 권한과 관련된 문제이므로 이 논의와는 무관한 것이다.

통합특허법원의 설치 자체는 주권적 권한을 국제적 기관에 이양해야 하는 것으로 연방의회와 연방참사원의 동의를 얻어야 한다. 이 원칙에 대해서는 연방정부 역시 인식한 바 있고, 이는 동의법률안에 대한 연방정부의 입안이 유에도 제시되어 있다.⁴⁷⁾ 하지만 동 헌법소원의 근거로서 제시된 바와 같이 이것이 기본법의 변경을 가져올 만한 사안에 해당하여 가중다수결이 요구되는지에 대해서는 논란이 제기될 수 있다. 독일에서는 ‘기본법의 변경’을 반드시 기본법의 개정이 필요한 경우라고 보지 않으며, 이보다는 더 광범위한 개념이라고 새기고 있다. 이에 따라 그간 성립된 EC/EU조약들에 이미 포함되어 있지 않은⁴⁸⁾ 주권의 중요 부분에 대한 이양이라면,⁴⁹⁾ 2/3 동의가 필요하다고 해석하고 있다.⁵⁰⁾

EU는 통합특허제도에 앞서 이미 EU상표⁵¹⁾와 공동체디자인 제도를 도입하여 유럽 전역에서 유효한 산업재산권체제를—부분적으로나마—실현한 바 있다. EU지식재산청(European Union Intellectual Property Office: EUIPO)⁵²⁾에는 이의(opposition)와 항소(appeal) 절차가 마련되어 있고, 항소부 결정에 대한 불복이 있는 경우에 예외적으로 EU사법재판소에 제소할 수 있도록 하고 있다. 이에 더해 회원국이 지정한 법원/재판소에서 이들의 침해와 유효성에 대해 다룰 수 있도록 한다.⁵³⁾ 독일은 이를 기본법의 변경이 필요한 경우로

47) BT-Drucks. 18/8826, p.8.

48) EU회원국은 헌법의 개정을 통해 이미 EU통합을 위한 주권적 권한을 EU에 이양한 바 있으므로 EU절차에 따른 법제정, 기관설치 및 조약체결에 대해서는 의회에 의한 개별적 동의가 필요하지 않다. Streinz, *op. cit.*, para. 91.

49) 무엇보다 새롭게 출범할 통합특허법원은 완전한 의미에서 EU의 기관이 아닌데, 앞서 본 바와 같이 동 법원은 EU법이 아닌 EU회원국들만 당사국으로 참여한 새로운 형태의 조약에 의해 창설되는 것이기 때문이다.

50) Maunz, Theodor & Dürig, Günter (eds.), *Grundgesetz-Kommentar*, 82nd Supp., C.H. Beck, 2018, Art. 23 GG para. 120(Rupert Scholz 집필부분).

51) EU규칙 2015/2424 제1조 제1항에 의해 기존까지 사용되던 공동체상표라는 표현은 EU 상표(European Union trade marks)로 대체되었다. 2007년 리스본 조약(Treaty of Lisbon)에 의해 EC가 유럽연합으로도 번역되는 EU에 법적으로 통합됨에 따라 기존까지 사용되었던 공동체라는 술어는 점차 EU로 대체되고 있다. 다만, 아직 공동체디자인에 대해서는 공식적인 명칭변경이 이루어지지 않았다.

52) 2016년 3월 이전까지는 역내시장조화청(Office for Harmonization in the Internal Market) 내지 이를 줄여 OHIM이라 불렀다.

보지 않았는데, 이는 EU의 주된 목적이 역내시장을 구축하는 것이고, 새로운 EU산업재산권체제를 도입하는 것이 이러한 역내시장을 위한 하나의 조치라고 이해했기 때문이다.⁵⁴⁾

다만, 여기서의 본질적 쟁점은 다수결 규칙에 관한 준수여부 혹은 독일 기본법의 해석문제라기보다는 도리어 사인 간의 분쟁에 대해 ‘국제’재판소가 독점적 관할권을 갖도록 하는 변화가 과연 합헌적인 것인지, 또 어떠한 조건에서 합헌적인 것으로 평가될 수 있는지이며, 여기에 대해서는 여러 의문이 생긴다.⁵⁵⁾ 무엇보다 민사법원의 가장 본질적 존립근거가 개인의 권리보호와 구제에 있다고 본다면,⁵⁶⁾ 그것을 국제재판소라는 외부기관에 맡길 수 있는지 헌법적 관점에서 평가해야 하고, 경우에 따라 이로써 국민의 기본권이 침해될 수도 있다는 점을 인식해야 한다. 물론 자국민이 등록받은 공동체디자인이나 EU상표가 외국의 법원에 의해 무효화될 가능성이 이미 존재해 왔다는 점에서, 또 더욱 많은 전문성을 갖춘 국제재판소가 외국법원보다 더 나은 판결을 할 것으로 기대해 볼 수도 있다는 점에서 통합특허법원은 불가피한 것으로 평가될 수도 있다. 하지만 EU회원국 사이에서 특허실체법이 통일되지 않았고,⁵⁷⁾ 회원국들 사이에서 아무리 유사한 원칙과 요건을 정하고 있다

53) 독일은 지방법원(Landesgerichte)과 고등법원(Oberlandesgerichte)이 이와 관련된 소송에 전속관할권을 갖도록 하면서 추가적 법원의 설치를 지양한 바 있다.

54) 역내시장에 관한 전속적 관할은 EU에 속하며, 회원국은 해당 규정에 대해 단지 수범자가 될 뿐이다. 한편 공동체디자인과 EU상표에 대해서는 헌법소원 등을 통한 문제제기가 이루어지지 않은 바 있다. 그러나 역내시장을 위해 지식재산권을 통합하는 것이 꼭 필요한지에 대해서는 여전히 의문이 제기될 수 있다. 또 우리는 사법부가 가지는 본래적 성격, 즉 소극적이고 수동적 성격에 대해 고려할 필요가 있다. 연방헌법재판소를 비롯하여 사법권력은 당사자가 소를 제기하지 않는 한, 법을 해석하거나 적용하지 않는다. 전광석, 『한국헌법론』, 제10판, 집현재, 2015, 750면 참조. 즉, 어떠한 사안에 대해 문제가 제기되지 않았다는 것은 반드시 문제가 없었다는 것을 의미하지는 않는다.

55) 물론 UPCA 제21조는 통합특허법원이 회원국 법원체계 중 일부에 속하며, 회원국 법원의 권한을 행사한다고 되어 있기는 하지만, 이것으로 헌법적 문제가 해소되는 것은 아니다.

56) 독일 기본법 제19조 제4항 참조. Jaeger, Thomas, *System einer Europäischen Gerichtsbarkeit für Immaterialgüterrechte: Grundlagen - Struktur - Verfahren*, Springer, 2013, p.127.

57) 공동체디자인과 EU상표에 대해서는 이미 EU의 규칙이 마련되어 있으며, 이들에 대해 국내법이 적용될 여지는 매우 적다. 이에 반해 통합특허에 관해서는 완전한 제도통합이

고 하더라도 해석과 운영에 따라 달리 적용하는 경우가 많다는 점에서 EU 상표 및 공동체디자인과 단순 비교하여 통합특허제도를 정당화할 수는 없다.⁵⁸⁾ 선례는 시간이 지남에 따라 축적되고, 해석과 적용에서의 통합도 언젠가는 진척될 것이다. 또 국제재판소 역시 나름의 방법으로 인권존중과 법치주의를 실현하기 위한 기준을 정립할 수 있다. 그렇지만 이는 단지 기대할 수 있는 정도에 머물러 있으며, 더욱이 운영과 실무의 점진적 발전만으로 주권의 문제나 개인의 권리보호 문제가 해결된다고 보기도 어렵다. ‘할 수 있다’와 ‘해야 한다’는 결코 유사한 문법이 아니다.

(2) 시사점

우리나라는 관할권과 준거법을 정하는 문제에 있어 지침이 되는, 국제사법을 비롯한 국내규범을 가지고 있기는 하다. 하지만 아직까지는 지역 간 협정에 근거하여 지식재산권을 통합적으로 등록토록 하는 제도를 가지고 있지 않다. 당연히 이러한 보호권리에 관하여 전속관할권을 가지는 법원이—빠른 시일 안에—설치될 것으로 기대하기도 어려운 상황이다.

다만, 우리가 유럽의 통합특허법원을 보면서 놀랄 수밖에 없는 것은 사인이 다른 사인을 상대로 통합특허법원이라는 ‘국제적’ 사법기관에 소를 제기할 수 있도록 한다는 점이다. 그동안 국가가 국가를 상대로 분쟁해결을 구하는 일이나 사인이 국가를 제소하는 것이 국제적으로 가능했지만, 사인 간 분쟁을 국제재판소에서 직접 다루는 일은 결코 흔하지 않았다. 물론 위에서 언급한 바와 같이 특허는 상당히 전문화된 분야로서 법제도에 대한 이해뿐 아니라 기술에 대한 이해가 뒷받침되어야 하는 영역이며, 따라서 보통의 법원

이루어지지 못했고, 예를 들어 특허의 보호범위를 출원인의 국적국 내지 주사무소 소재지국으로 한다거나 통합특허규칙 제5조 및 제7조 제1항 (a) 및 (b)], 선사용권(UPCA 제 28조)에 대해서는 합의에 이르지 못했고, 각국이 재량적으로 운영하는 것으로 내버려 두었다.

58) 더욱이 자국민의 지식재산권이 무효화될 수 있다는 상호간의 우려가 각 회원국 법원을 더욱 독립적으로 만들 수도 있다. 이는 뒤에서 살펴볼 법관의 독립성 문제와 맞물려 국제재판소보다 외국법원의 판결을 더욱 신뢰하도록 만들 수도 있다. 즉, 독립성 보장이 되지 않는 국제재판소보다 그것이 보장되는 외국의 법관을 더 신뢰할 수도 있다는 것이다.

에 사건을 맡기는 것이 적절하지 않고, 이것에 근거하여 국제적 재판소의 필요성을 강조할 수도 있다. 하지만 통합특허법원은 국제재판소로서 다양한 국적의 법관이 동일 재판부를 구성할 수 있다는 점에서, 또 법관의 국가별 안배와 최상의 전문성 유지는 늘 충돌할 수밖에 없다는 점에서 국제재판소를 통해 사인 간 분쟁을 해결하는 데는 늘 위험부담이 있을 수밖에 없다.

우리나라도 2018년 특허권 등 분쟁사건 심리의 일부를 외국어(영어)로 할 수 있는 국제재판부를 신설함으로써 국제화의 대열에 동참하고 있기는 하지만, 이는 어디까지나 국내법원을 활용하기 위한 방안 중 하나일 뿐이다. 따라서 우리가 이룬 현재의 발전은 아직까지 EU에서와 같이 제도와 조직을 통합하고, 무엇보다 독립적 법원을 창설하기 위한 움직임으로 볼 수는 없다.

EU에서도 통합특허를 제외하고, EU상표와 공동체디자인의 침해와 무효를 다루는 법원으로 국내법원을 활용하고 있다는 점은 우리에게도 모델이 될 수 있다. 하지만 이는 등록제도와 실체법규정의 통합·독립을 전제로 했다는 점에서 우리의 단기적 지향과는 거리가 있다. 단, 우리가 IP 허브국가를 추구한다면, 우리 역시 궁극적으로 이러한 협력을 추구해야 할지 모르고, 이를 위해서는 상대국과의 사법적 협력도 염두에 두어야 할지 모른다. 그러나 피고 소재국의 법원이나 국제재판소에서의 소송에 있어, 우리가 과연 우리나라 국민이나 기업의 권리가 무효로 선언되는 상황을 기꺼이 용인할 의향이 있는지, 또 그렇게 하는 것이 바람직하고 합헌적인 것인지에 대해서는 의문이 생긴다.

2. 통합특허법원에 소속된 법관의 독립성

(1) 배경 및 쟁점

통합특허법원은 EU회원국의 국내법원들과는 별개의 기관이고, 이들과는 다른 구성을 가질 수밖에 없지만, 통합특허와 유럽특허의 침해 및 무효소송에 관한 전속관할권을 가진다는 점에서 국내법원의 법관들에 대해서와 마찬가지로 독립성과 중립성이 요구된다.⁵⁹⁾

통합특허법원규정(Statute of the Unified Patent Court) 제4조에 따르면, 통합특허법원의 법관은 단지 6년의 임기를 가질 뿐으로 연임은 가능하지만 정년이 보장되지는 않는데, 이 점 때문에 헌법소원에서의 쟁점이 되었다. 독일의 경우, 법관의 독립성에 대해 기본법 제97조 제1항에서 규정하고 있는데, 이에 따라 법관의 정년이 보장되어야 한다고 전제하며, 이로써 법관이 독립성을 갖는 것으로 관념되고 있다.⁵⁹⁾ 따라서 법관이 임기를 갖는 것은 독일 기본법의 관점에서는 법관의 독립성을 해치는 위헌적 조치에 해당할 여지가 있다.

통합특허제도에 찬성하는 측에서는 통합특허법원과 같은 국제재판소에 있어 임기는 피할 수 없는 요소로서, 회원국들에 고른 기회를 제공해 주기 위해서는 회원국 국민들이 순환적이고 탄력적으로 일할 수 있도록 하는 것이 필수적이라고 주장한다. 또 연임을 둘러싸고 벌어질 수 있는 독립성 훼손과 외부적 개입의 문제는 통합특허법원의 자문위원회(Advisory Committee)와 행정위원회(Administrative Committee)의 역할분담을 통해 해소할 수 있다고 믿는다.⁶¹⁾ 즉, 전자는 전문성에 근거해 선발되는 독립적 기관이고, 후자는 회원국 대표 전체로 구성되는 정치기관이므로 전반적으로 보아 이들이 ‘민주적’ 정당성을 갖춘다는 것이다.

물론 위 각 위원회 구성원 1인이 가지는 영향력은 적을 수 있고, 이를 두고 민주적이라고 표현할 수 있을지는 몰라도, 조직이 계속 운영되면서 권력이

59) 독일 기본법 제97조 및 제101조 제1항 제2문 참조. 이는 당사자가 가지는 기본권으로 도 인식된다.

60) Broß, Siegfried, “Die Patenterteilungspraxis nach dem EPÜ: Erosion des Rechtsstaates?”, *GRUR Int.*, Vol.66 No.8(2017), p.670은 수습법관 또는 촉탁법관이 있을 수는 있지만, 임기가 정해진 법관제도는 보편적 법치주의 요청에 반한다고 본다. 우리나라 입장에서 이와 같은 주장을 받아들여 임기제에서 정년제로 바뀌어야 한다고 단언할 수는 없지만, 임기제를 보완하는 원칙과 기준이 수립될 필요는 있다고 생각된다.

61) Württenberger, Gert & Freischem, Stephan, “Stellungnahme der GRUR zur Verfassungsbeschwerde des Dr. Ingve Björn Stjerna gegen das Gesetz zu dem Übereinkommen vom 19.2.2013 über ein Einheitliches Patentgericht in Verbindung mit dem Übereinkommen über ein Einheitliches Patentgericht und Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung”, *GRUR*, Vol.120 No.3(2018), p.270.

집중될 수 있다는 점에도 주목할 필요는 있다. 또 회원국 대표로 구성되어 있는 조직이 민주적 정당성을 가진다는 말에는 동의할 수 없다. EU가 가지는 한계로 민주적 정당성의 결핍이 꼽히고, EU는 이에 대한 반성으로 유럽의회 의 권한을 계속 확대해 온 바 있다. 민주적 정당성은 EU시민과 결부된 민주적 요소에 의해 발현되는 것이지, 정부 대표와 높은 전문성을 지닌 사람들로 조직을 운영하게 함으로써 민주적이 되었다고 말할 수 있는 것은 아니다.

다만, 이러한 임기제와 민주적 정당성의 결여가 결국 현재 통합특허법원의 조직을 불승인할 정도로 심각한 문제로 받아들여져야 하는지는 조금 다른 차원의 문제이다. EU라는 초국가조직(supranational organization)은 자신이 제정한 규범이라면 무엇이든 회원국의 헌법보다 우월하다고 여기고 있다. 독일 연방헌법재판소는 이른바 Solange I, II 결정을 통해 EU가 기본권을 존중하는 한, 이러한 상위규범성을 인정할 수 있다는 다소 유보적인 태도를 취한 바 있다.⁶²⁾ 만약 특허제도의 통합과 특허를 통한 역내시장의 구축이라는 명분이 충분히 설득된다면, 법관의 독립성이나 민주적 정당성 결여의 문제는 다소 양보될 수 있는 사안으로 여겨질지도 모른다. 결국 이 문제가 연방헌법재판소에 의해 어떠한 평가를 받게 될지 주목되는데,⁶³⁾ 이는 향후의 관련 논의와 제도개선에도 상당한 영향을 미칠 것으로 보인다.

(2) 시사점

우리 헌법⁶⁴⁾이든 독일연방의 기본법이든 이들은—규범적 구조에서 다소 차이가 있을 뿐—법관의 독립성과 중립성을 강조한다는 점에서는 동일하다.

62) BVerfGE 37, 271 – Solange I; BVerfGE 73, 339 – Solange II.

63) 다만, 민주적 헌정국가에서도 법관에게 민주적 정당성이 직접 인정되는 경우(법관에 대한 직접선거 등)는 결코 흔하지 않다. 법관의 독립성은 사법작용에 수행에 있어 필수적이지만, 이는 민주적 정당성과는 거리가 있는 것으로서 국민적 결단이나 민주주의와의 결합이 약할 수밖에 없다. Voßkuhle, Andreas & Sydow, Gernot, “Die demokratische Legitimation des Richters”, *Juristen-Zeitung*, Vol. 57, No. 14 (2002), p. 682. 그럼에도 불구하고, 법관은 민주적 의회가 제정한 법에 구속된다는 점에서 전반적으로 민주적 질서 안에 있다고 볼 수 있다.

64) 대한민국 헌법 제27조 제1항 및 제103조 참조.

다만, 독일에서는 정년을 보장하는 방법으로 그 독립성을 보호하고 있으나, 우리나라에서는 법관의 임기를 10년으로 하되 연임될 수 있도록 하고, 원칙적으로 연임되어야 한다고 본다는 데서 차이가 있다.⁶⁵⁾ 정년의 보장은 물론 법관의 독립성에 도움이 되지만, 임기제를 두는 것 자체를 독립성에 대한 현저한 하자라고 보기는 어려우며, 같은 맥락에서 우리 헌법 조문에서 아예 법관 임기제를 명시하고 있는 것 자체를 문제 삼기는 어렵다.⁶⁶⁾ 어느 정도의 독립성이 어떻게 보장되어야 하는지는 결국 각국의 헌법질서나 민주적 절차, 법문화에 따라 정할 사안이라고 평가해야 할 것이다.

더 중요한 문제는 독립성이 다른 가치에 비해 얼마나 희생될 수 있으며, 또 희생되어야 하는지라는 질문에 답하는 것이다. 전문성, 당사국 사이의 이해관계(국가별 인력안배), 다양한 사람들에 대한 기회제공 등이 과연 EU 전체에서 특허를 무효화할 수도 있는 법관의 독립성에 비해 얼마나 존중되어야 하는 것인가? 아무리 2심제를 가지고 있다고 하고,⁶⁷⁾ 예외적인 경우에 EU사법재판소⁶⁸⁾에 선결적 부탁이 가능할 수 있다고 하더라도 통합특허법원이 충분한 신뢰를 얻고, 공평하고 합리적인 판결을 할 수 있을지 다소의 의문이 제기된다. 법관의 독립성 역시 일정 부분 다른 가치나 목적과의 관계에서 형량의 대상이 될 수밖에 없다는 점은 자명하지만, 법관 독립성의 본질과 형량의 한계에 대해 인식하는 것은 대단히 중요하다.

우리 헌법에서 국제재판소나 외국 법관의 독립성을 어떻게 평가할 것인지

65) 대한민국 헌법 제105조 제3항 및 법원조직법 제45조의2 참조. 독일 기본법 제97조 제2항 참조. 더욱이 독일의 법관들은 우리나라 법관들처럼 주기적으로 전국의 법원으로 자리를 옮기지도 않는데, 이것을 법관의 독립성을 위한 하나의 요소로 관념하고 있다. 독일 기본법 제97조 제2항 및 독일 판사법(Deutsches Richtergesetz) 제30조 제1항 참조.

66) 대한민국 헌법 제105조 각항.

67) 다만, 3심제 등 심급제도는 독일 기본법에 의해서도 보장되지 않는다는 것이 독일 연방헌법재판소의 입장이다. BVerfGE 83, 24, 31 참조.

68) EU사법재판소 역시 5년의 임기를 가지는 법관들로 구성되어 있다. 다만, 여타의 국제재판소 및 EU사법재판소는 거의 예외 없이 국가들의 분쟁을 다루거나 마치 헌법재판소와 같은 기능을 담당하므로 이들과 통합특허법원을 1:1 관계에서 비교할 수는 없다고 생각된다. 관련된 논의는 Bauer, Lukas, *Der Europäische Gerichtshof als Verfassungsgericht?*, Nomos, 2008 참조.

에 대해서는 다른 항에서 더욱 자세하게 다루도록 한다.⁶⁹⁾

3. 유럽특허제도와의 관계

(1) EPO 결정에 대한 취소불능

통합특허의 공식명칭은 “통합적 효력을 가지는 유럽특허(European patent with unitary effect)”이다. 여기서 유럽특허란 EPO에 의해 심사되어 등록되는 특허를 말하는 것이므로 통합특허는 유럽특허에 대해 부종성을 갖는다고 설명되기도 한다.⁷⁰⁾ 유럽특허의 출원 시에는 일단 등록을 받을 회원국을 지정하고, EPO의 심사를 거쳐 특허등록을 받은 뒤에는 개별 회원국에서의 유효화(validation)⁷¹⁾ 절차를 거쳐야 한다. EU통합특허는 동 지정을 통합특허 회원국 전체로 하는 것인데, 앞서 본 바와 같이 특허심사, 이의 또는 항소 절차는 모두 기존 유럽특허제도에 터잡아 운영하게 되어 있다.⁷²⁾

유럽특허의 제도와 운영에 관한 문제는 지속적으로 제기된 바 있다. 특허 문제되는 것은 재판받을 권리 및 권리구제에 대한 침해 내지 이들과 관련된 민주적 정당성 및 법치국가원리의 결핍 문제라 할 수 있다. 유럽특허에 대해 등록 혹은 거절 결정이 나면, 출원인 혹은 제3자는 이에 대해 이의를 제기할 수 있고, 이에 불복하는 경우에 EPO 산하의 항소부에 항소할 수 있으며, 항소부 결정에 대해서는 확대항소부에 상고할 수 있다. 논란이 되는 부분은 이 (확대)항소부의 결정에 대해서는 법원/재판소에 의한 재심사 절차가 마련되어 있지 않다는 점인데, 이렇듯 재판에 의한 권리구제가 불가능하도록 하는 태도는 통합특허체제에 의해서도 변경되지 않고 있다.

이는 독일특허상표청(Deutsches Patent- und Markenamt: DPMA)의 결정에 대해 독립된 법관으로 구성된 법원⁷³⁾인 연방특허법원(Bundespatentgericht)

69) 본 논문 III. 3 (3) 참조.

70) Götting, *op. cit.*, § 35 para. 12.

71) 또는 승인이라고도 번역된다. 박동식, 『유럽특허법』, 제2판, 세창출판사, 2016, 225면 참조.

72) 본 논문 II. 1 참조.

에서 재판을 받을 수 있도록 보장하는 독일의 현행 특허절차법과는 다른 것인데, 이러한 독일의 태도는 독일 연방행정법원(Bundesverwaltungsgericht)의 판결을 따른 것이다. 1959년 연방행정법원은 DPMA의 결정에 대한 불복이 재판을 통해 다루어질 수 없다면, 이는 재판에 의해 권리구제를 받을 기본권⁷⁴⁾이 침해되는 것이라고 본 바 있다.⁷⁵⁾ 독일은 동 판결을 계기로 연방특허법원을 탄생시키게 되었으며, 현재 동 법원은 산업재산권 영역에서 상당히 중요한 역할을 하고 있는 것으로 평가받고 있다. 독일의 입장이 그 사이에 변하지 않았다면, EPO 결정이 재판에 의해 재검토될 수 없는 상황에 대해 위와 마찬가지로의 평가가 내려질 수도 있다.⁷⁶⁾

물론 EU상표나 공동체디자인 역시 유럽특허와 유사한 구조를 가지고 있는 하다. EUIPO에서 이의 및 항소절차를 진행하도록 되어 있다는 점은 마찬가지인데, EUIPO 항소부 결정에 대해서는 EU사법재판소에 소를 제기할 수 있도록 해 둔 점에 있어서는 차이가 있다.⁷⁷⁾ 즉, 유럽특허제도와 이에 더 잡은 통합특허에 있어서만 법원/재판소에 의한 재판 가능성이 결여되어 있어서 문제되는 것이다. 혹자는 등록결정이 된 통합특허에 대해 누구나 언제

73) 독일에서 정식의 법원(ordentliches Gericht)이라는 표현은 통상 민사 및 형사법원에 쓰이고, 행정사건을 다루는 법원까지를 의미하지는 않는다. 연방특허법원은 행정청인 DPMA의 결정을 취소하는 행정법원으로서의 역할도 담당하지만, 특허무효 여부에 대한 당사자계 소송들에 대해서도 전속관할권을 가지고 있고, 연방특허법원 관할의 두 소송유형 모두에 대해서는 연방대법원에 상고할 수도 있다(독일에서 행정사건에 있어 상고심 법원은 통상 연방행정법원임). 따라서 연방특허법원은 특수한 형태의 정식 법원이라고 볼린다.

74) 독일 기본법 제19조 제4항 참조.

75) BVerwGE 8, 350. 이는 재판에 의해 권리구제를 받을 기본권(독일 기본법 제19조 제4항 참조)이 침해된 것이라고 본 바 있다.

76) 다만, 기존 유럽특허에 있어서도 EPO 결정에 대해 사법적 판단을 받는 것이 불가능하다는 점에서 통합특허와 관련하여 재판청구권을 문제 삼는 것은 무의미하다거나 이미 늦었다고 보는 입장도 있을 것이다. 하지만 독일 연방헌법재판소는 유럽특허와 관련해서 이 문제를 심사할 기회를 갖지 못했다는 점에서 헌법적 평가의 가능성은 열려 있다.

77) 물론 재판소에 의한 판단대상에는 중대한 법적 하자나 항소부 구성과 독립성 문제 등만 포함된다는 점에서 그것이 충분한지에 대해서는 논란이 제기될 수 있다. 과거 연방특허법원이 설치되기 전에도 독일특허청의 결정에 대해서 예외적으로 연방대법원에 항소할 수 있는 가능성이 열려 있었으나, 연방행정법원은 이러한 가능성만으로는 충분하지 않다고 판단한 바 있기 때문이다.

든 통합특허법원에 무효소송을 제기할 수 있다는 점을 들어 재판을 받을 권리가 침해되지 않는다고 주장하기도 한다.⁷⁸⁾ 그러나 이 주장은 특허를 등록받지 못한 출원인의 입장을 반영하지 못하고 있다. EU상표와 공동체디자인도 마찬가지지만, 통합특허의 유효성은 기한제한 없이 통합특허법원에 의해(공동체디자인과 EU상표에 있어서는 회원국이 지정하는 법원/재판소에 의해) 다룰 수 있다. 그러나 거절결정이 EPO 확대항소부에 의해서도 유지된 경우에는 재판을 받을 권리가 보장되지 않는다고 보아야 하므로 유럽특허체제 및 통합특허체제에 권리구제가 미흡한 측면이 분명히 존재한다고 말할 수 있다.

이 쟁점과 관련하여 EU는 다소 진퇴양난에 빠질 우려가 있다. 유럽특허제도는 EU의 제도가 아니며, 스위스를 비롯하여 비EU 국가들이 여기에 참여하고 있다. 통합특허를 위해 이와 무관한 유럽특허제도를 바꾸는 것은 쉽지 않은 문제이고, EUIPO와 같이 EU 산하에 새로운 조직을 만들게 된다면, 유럽특허와는 결별해야 한다.

(2) 유럽특허제도 자체의 문제

한편 EPO 항소부에 대해서도 여러 측면에서의 비판이 가해지고 있다. 그 결과 본 헌법소원과는 별개로 EPO의 조직적 문제에 대해서 이미 네 건의 헌법소원이 독일 연방헌법재판소에 제기되어 계류 중에 있다.⁷⁹⁾ 더욱이 1998년부터 2010년까지 연방헌법재판소 재판관이었던 Siegfried Broß가 EPO에 대해 비판적인 견해를 여러 차례 밝힌 바 있어⁸⁰⁾ 이 문제는 더욱 주목받고 있는 상황이다.

이미 여러 차례 언급한 바와 같이 EPO (확대)항소부 결정에 대해서는 재판에 의한 불복이 불가능한데, 더욱이 이들은 조직적 측면에서 EPO 산하의 기관으로 되어 있어 문제된다. 이에 더해 EPO (확대)항소부는 실무상의 문제로

78) Württenberger & Freischem, *op. cit.*

79) 2 BvR 2480/10, 2 BvR 421/13, 2 BvR 756/16, 2 BvR 786/16.

80) Thorsten Bausch, "The Rule of Law, the EPO and the Ugly Writing on the Wall", Kluwer Patent Blog of May 25, 2017 <<http://patentblog.kluweriplaw.com/2017/05/25/rule-law-epo-ugly-writing-wall/>>, 검색일: 2018.9.12.

그 독립성에 의문이 제기되고 있는 상황이다. 이러한 우려는 2014년 확대항소부 R 19/12 결정을 통해 더욱 확산되었다고 할 수 있다. 동 사건에서 상고인은 항소부 절차에서 새로 제출된 서면에 대해 충분히 검토하고 입장을 표명할 시간을 부여받지 못했다. 그 이유는 EPO 지도부로부터 사건을 신속하게 처리하라는 지침이 있었기 때문이었는데, 상고인은 확대항소부에 상고하면서 절차에서 확대항소부의 장을 배제해달라고 기피신청을 냈다. 이는 그가—시행규칙 제9조에 따라—부청장의 직도 동시에 맡고 있었기 때문으로, 그는 결국 위 신속처리의 지시와 무관하지 않았다. 동 신청은 확대항소부에 의해 받아들여지기는 했지만, 이로써 항소부의 구조적 문제가 알려지는 계기 역시 마련되었다.

더욱이 EPO의 장은 EPC에서 정한 막강한 권한을 가지고 있는데, 그는 조직, 기능 및 업무분담은 물론이고, 인사권까지 쥐고 있다.⁸¹⁾ 특허를 심사하는 위치에 있는 사람이 동 심사에 대한 판단을 하는 기관(항소부 등)에 대해 인사권을 행사하는 상황은 권력이 균형을 이룬 상태라고 말할 수 없다.⁸²⁾ 게다가 앞서 본 통합특허법원의 법관들과 마찬가지로 항소부의 구성원들은 5년의 임기를 가지는데, 특허청장이 가지는 인사권과 연결해서 본다면, 항소부 구성원의 독립성에 심각한 문제가 있다는 점을 쉽게 알 수 있다.

물론 EPO 역시 자신이 가진 사법적(내지는 준사법적) 기능에 문제점이 있다는 점을 인식하고 있다. 따라서 (확대)항소부를 EPO로부터 ‘공간적으로’ 분리시키고, 항소부와 확대항소부를 하나로 통합하여 확대항소부의 구성원 1인으로 하여금 이 조직을 이끌도록 하는 안이 제시된 바 있다. 다만, 이와 같은 조치들로 인해 항소부 구성원의 독립성이 보장될 수 있을지는 의문이다. 무엇보다 공간적인 독립이 곧 권력적 독립을 의미하지 않을 것임은 자명하며, 항소부를 마치 사법부 조직처럼 하나의 연합체로 만드는 것 역시 독립성을 위한 것으로는 충분하지 않아 보인다. 이에 더해 항소부와 확대항소부

81) EPC 제10조 제2항 (h)에 의하면, EPO의 장은 항소부 구성원에 대한 상벌권한 역시 가지고 있으며, 동 조문에서 이들 구성원을 피고용인(“employees”)으로 표현하고 있다.

82) Broß, *op. cit.*, p.670.

를 하나로 묶은 조직의 장은 또 다시 청장이 지정하는 업무를 담당하도록 되어 있다. 또한 개혁 프로그램의 일환으로 이른바 항소부위원회가 추가로 설치되어 항소부들을 관리하게 되는데, 이들은 EPO의 행정이사회의 3인 및 외부인사 3인으로 구성된다. 이러한 변화 내지 개선을 통상의 사법부 조직으로의 전환이라고 이야기할 수는 없을 것이다.

Broß는 이렇듯 법치주의에 부합하지 않고, 민주적 요소도 결여하고 있는 유럽특허제도에 통합특허가 법치주의적 수단을 다소 추가한다고 하더라도 이는 결코 방책이 될 수 없을 것이라고 평가한다.⁸³⁾ 그는 특히 유럽특허의 등록거절에 대해 사법기관에 의한 심사를 받을 수 없다는 점은 회원국 입장에서 동일하거나 유사한 시장에서 경쟁하는 경쟁자들에 대하여 차별적 조치를 하는 것이라는 입장이다. 즉, 이러한 제도상 차이는 국내특허의 출원인에 비해 유럽특허의 출원인을 차별하는 것으로서 헌법상의 평등원칙에 위배될 수 있다는 것이다.⁸⁴⁾ EPO의 항소절차에서는 물론, 위에서 본 바와 같이 통합특허법원에서도 법관의 독립성이 보장되지 않는다고 한다면,⁸⁵⁾ 통합특허 전반에서 법치주의에 대한 심각한 손상이 있다고 말할 수도 있다.

(3) 시사점

특허협력조약(Patent Cooperation Treaty)에 의한 국제출원의 가능성을 제외하고, 비유럽 지역에서 일원화된 심사와 등록체계를 마련한 경우는 없는 것으로 보이며, 이는 우리나라에 있어서도 마찬가지이다. 이미 유럽특허라는 토대를 갖추고 있다는 점에서 EU는 통합특허를 위한 준비과정 중 상당부분을 생략할 수 있었다고 볼 수 있지만, 이는 때때로 장애요인이 될 수도 있다. 또 이미 만들어진 체제는 늘 발전만 할 수는 없으며, 정제된 조직은 곧 다양한 문제를 야기할 수밖에 없다는 점이 통합특허를 통해 촉발된 논쟁들을 통해 드러나고 있다.

83) *Ibid.*, p.673.

84) *Ibid.*, p.674.

85) 본 논문 III. 2 참조.

어떻게 보면 독일에서 제기된 헌법소원에 대한 힌트는 이미 EU사법재판소가 제공한 것일지도 모른다. 앞서 본 바와 같이 재판소는 EPO의 처분에 대한 사법적 권리보호가 불가능하다는 점에서 해당 통합특허 모델이 EU법과 합치하지 않는다고 보았다. 결국 EU이사회와 EU회원국들은 회원국들만 가입하는 별개의 조약이라는 우회로를 만들기는 했지만, 국제조약이든 조약에 따라 만들어진 국제재판소이든 각국의 헌법문제를 피할 수는 없다.

이는 우리에게도 시사점을 주는데, 독일 연방행정법원과 마찬가지로 우리 헌법재판소 역시 특허청에서 진행되는 항고절차에서 사실문제와 법률문제를 다루도록 하되, 대법원에서 법률적 판단만 가능하도록 한 과거의 특허법 규정을 헌법불합치로 판단한 바 있다.⁸⁶⁾ 특허청의 심사는 행정행위로서 사법적 판단이 아니며, 동 처분행위에 대해서도 사실판단까지를 포함하여, 재판을 받을 권리(재판청구권)가 보장되어야 한다는 이유에서였다.

아직 먼 미래의 일이라고 평가할 수도 있지만, 우리 정부는 IP 허브코트라는 목표와 더불어 주변국과 함께 하는 공동심사나 등록제도 역시 지향하고 있는 것으로 보이는데, 우리 헌법재판소의 위 결정이 시사하는 바와 같이 공동의 출원 또는 등록체계에 대해서도 사법적 권리구제가 보장되어야 한다고 볼 수 있다. 이렇게 될 경우, 주변국 사법부의 개입이 불가피해질 수 있는데, 이로 인해 재판관할권과 주권 문제가 제기될 수 있고, 불가피하게 국제적 재판부 또는 외국법원의 판결을 받아들여야 하는 일이 생길 수도 있다. 물론 이러한 재판청구권은 독립된 법관에 의한 재판을 전제한 것이라고 볼 수 있으며,⁸⁷⁾ 이는 결국 국제재판소나 타국의 법관을 우리 헌법상 독립된 법관으로 인정할 수 있는지에 대한 논란을 불러올 것이다.

86) 헌재결 1995.9.28. 92헌가11 등. 독일 역시 우리의 헌법재판소와 유사한 입장을 취하고 있는 것으로 보인다. 이를 두고 완전한 법적심사의 원칙(*Grundsatz vollständiger rechtlicher Überprüfung*)이라고 칭하기도 한다. 하지만 Maunz & Dürig, *op. cit.*, Art. 19 Abs. 4 GG para. 183(Eberhard Schmidt-Aßmann 집필부분)에서 밝히고 있는 바와 같이 이는 비교법적으로 널리 인정되고 있는 바는 아니다. 국가에 따라 행정처분 내지 행정청의 사실인정이 가지는 전문성을 인정하고, 이에 대한 심사를 생략하거나 명백한 하자에 대해서만 사실판단을 새로이 하도록 정하기도 한다.

87) 대한민국 헌법 제103조 및 제106조 참조.

국제재판소에 있어 독립성의 문제를 조직내부의 설계만으로 방지하기는 당연히 어렵다. 그러나 유럽이 겪고 있는 일련의 문제들을 반면교사로 삼아 투명성을 강화하고, 견제장치를 마련하여 이를 극복하도록 노력해야 한다는 점만은 비교적 분명히 깨달을 수 있다. 한편 조직과 그에 소속된 인력은 오랜 경험을 축적할수록 전문성을 갖출 수 있으나, 이러한 조직은 곧 관료화되거나 부패라는 문제에 직면할 수 있다는 점에 대해서도 주의를 기울일 필요가 있다. 무엇보다 제도추진의 초기부터 권력이 집중되는 것을 막고, 특히 사법기관이 독립성을 가질 수 있도록 하는 것이 중요하다.

4. 그 밖의 쟁점

명확하게 알려지지지는 않았지만, 이상에서 제시된 것 외에 다음과 같은 사항들이 헌법소원의 쟁점이 된 것으로 보인다.

우선 통합특허소송에서의 소송비용, 그중에서도 변호사 수임료가 문제된다. 독일 국내소송의 경우, 우선 관련법이 소가에 따른 가액기준을 제시한다. 변호사와 의뢰인은 이를 바탕으로 계약으로써 변호사비용을 합의하는데, 제시된 기준에 비추어 지나치게 높은 변호사비용을 합의하는 경우 이를 무효로 본다.⁸⁸⁾ 이에 반해 통합특허제도는 변호사비용 부담에 있어 패소당사자가 부담하는 상한액에 대해서만 정하고 있을 뿐이므로 통합특허법원에서의 변호사비용은 독일에서의 소송에 비해 전반적으로 또 상당히 높아질 수 있다. 이는 개인의 재판청구권을 침해할 수 있다는 점에서 헌법적 논란을 야기할 개연성이 있다.

한편 통합특허법원에 제기된 소송에 있어 독일인 피고가 독일어 외의 언어로 방어에 나서야 할 수 있다는 점 역시 문제된다. 통합특허와 관련된 소송절차는 피고의 주소지는 물론이고, 침해가 발생했다고 주장되는 곳에서도 개시될 수 있는데, 여기서의 소송언어는 법원이 소재한 국가의 언어, 법원에

88) 독일 변호사수임료법(Rechtsanwaltsvergütungsgesetz) 제3조의a 제2항 제1문 참조.

서 지정한 언어 또는 특허가 등록된 언어 중 하나로 정해진다. 이에 따라 피고의 모국어로 소송을 진행하지 못하게 될 가능성이 적지 않다. 위에서 소개된 EU사법재판소의 권고적 의견에 앞서 사법고문관(Advocate General)⁸⁹⁾은 이러한 절차언어에 관한 규칙이 피고에 대한 권리보호를 미흡하게 만들고, 방어권을 충분히 보장하지 않는다고 지적하기도 했다.⁹⁰⁾ 예를 들어 인터넷을 통한 침해의심상품의 제공, 광고, 청약유인 등이 있는 경우, 침해지는 사실상 전 세계가 될 수 있으며, 원고는 당연히 자신에게 편리한 통합특허법원의 국내분원(Local Divisions)이나 역내분원(Regional Divisions)에 소를 제기할 것이다.⁹¹⁾ 이는 언어선택에 있어 피고를 더욱 불리하게 만들 것이다.

끝으로 독일은 특허쟁송에 있어 이원론을 택하고 있는데, 통합특허제도—침해소송이 제기된 경우—(i) 무효와 침해를 일원적으로 다룰 것인지 그렇지 않고 (ii) 본원(Central Division)에서 다루도록 할 것인지를 담당 재판부가 스스로 결정하도록 하고 있다.⁹²⁾ 이는 실질심사를 통해 허여된 특허의 유효성에 대해 강한 추정력을 인정해 주는, 즉 권리자 보호에 그만큼 충실한 심사·등록제도를 가진 독일의 입장과 배치되는 것이다.⁹³⁾ 게다가 통합특허법원의 관할권은 비단 통합특허뿐 아니라 이미 등록된 유럽특허 전반에 미치고, 과거 국가별로 무효여부를 다룰 수 있는 가능성은 사라지기 때문에 더욱 문제될 수 있다.⁹⁴⁾ 특허요건이나 청구항 해석이 국가들마다 상이한 상황에

89) EU사법재판소의 사법고문관은 프랑스 국사원(Conseil d'Etat)의 Commissaire du gouvernement과 비슷한 역할을 하는데, 이들의 업무는 재판소에 계류 중인 사건들에 대한 독립된 의견을 제시하는 것이다. EU기능조약 제252조 참조. 이렇게 개진된 의견들은 구속력은 없으나 많은 경우 재판소 판결에 반영됨으로써 영향을 미친다.

90) Statement of Position by the Advocates General of 2 July 2010 on Opinion 1/09, *European and Community Patents Court*, ECLI:EU:C:2011:123. 만약 시야를 넓혀 동유럽 국가에 있는 중소기업에 대해 프랑스 기업이 소송을 제기한다고 가정해 본다면, 통합특허법원의 국내분원이 인근에 소재해 있더라도 소송언어는 피고의 모국어가 되지 않을 수 있다. 더욱이 항소심법원에서는 소송언어가 어떠한 경우에도 모국어가 될 수 없다. 그 결과 동유럽 국가의 피고에 있어 변론과 서면절차에서 필요한 비용은 물론, 증거수집과 번역에 필요한 비용이 상당히 높을 것이다.

91) Hüttermann, *op. cit.*, para. 389 참조.

92) 이때 재판부는 본원에 무효여부만을 다루도록 할 수도 있고, 사건 전체를 넘길 수도 있다.

93) Jaeger, *op. cit.*, p.999.

서 통합특허법원의 법관은 침해소송과 무효소송에 대한 다양한 입장을 가질 수밖에 없고, 이러한 변화는 기존 독일법에 따른 권리자 보호를 약화시키는 것으로, 기본권으로서의 재산권 등을 침해할 소지가 있다.

물론 이들이 어떠한 기본권을 어떻게 침해했는지는 명확하지 않지만, 헌법적 문제가 제기될 수 있다는 점과 통합특허로 권리자와 이용자 모두에게 큰 법적 변화가 초래된다는 점만은 분명히 확인할 수 있다.

IV. 평가 및 전망

통합특허가 주는 장점은 상당히 명확하다. 단 한 번의 출원으로 EU 전 지역에서 유효한 권리를 취득할 수 있는 것은 물론이고, 권리자는 침해사건이 발생했을 때, 침해의 발생과 EU 전체에서 발생한 손해를, 단 한 차례의 재판을 통해 다룰 수 있다. 무엇보다 권리자는 이 판결을 가지고 어느 회원국에서든 집행을 구할 수 있다.

그럼에도 불구하고, 현재 추진되고 있는 통합특허는 통합적이지 못한 측면 역시 가지고 있다. ‘통합’특허는 마치 유럽 내에서 완전히 동일한 절차와 보호 아래 놓일 것처럼 보이지만, 이는 어떤 측면에서 유럽특허로서, 또 다른 측면에서는 EU회원국의 국내특허로 취급된다. 통합특허규칙 제5조 제3항과 제7조 제1항에 의하면, 통합특허는 등록된 후에도 출원 시 출원인의 주소나 거소가 있던 회원국의 국내특허로 취급되고, 보호내용에 관해서도 해당 회원국의 법을 적용받는다. 무척 어리둥절하게 만드는 동 규정은 특허실체법적 내용이 구체적으로 통합되지 않은 탓에 마련된 궁여지책이라고 할 수 있다. 유럽국가에 주소지를 두고 있지 않은 우리나라 등 출원인들의 특허에는 EPO 소재국의 법이 적용되는데, 이러한 이유에서 통합특허로 등록되는 것들 중 약 80퍼센트가 독일의 특허와 동일하게 보호받게 될 것이라는 전

94) 즉, 독일은 통합특허뿐 아니라 독일을 지정국으로 한 유럽특허가 통합특허법원에 의해 무효로 선언되는 것 역시 감수해야 한다.

망이 나온다.⁹⁵⁾ 이러한 가정하에 침해소송을 담당하는 통합특허법원의 입장 역시 복잡해질 수 있다. 즉, 권리범위와 구제수단에 대한 일원적 접근을 해야 하는지, 그렇지 않고 해당 통합특허가 속한 국가의 특허법과 그 해석을 따라야 하는지가 줄곧 문제될 수 있는 것이다.

이러한 딜레마적 상황에 대한 독일 학계와 실무계의 태도는 엇갈리는 것으로 보인다. 상황이 어떻게 되든 통합특허가 출범한다면, 더 많은 독일 출신의 특허전문가가 필요할 것이고, 그중 많은 수가 통합특허법원의 법관이 될 것이다. 이러한 측면에서 독일은 통합특허제도와 통합특허법원에 있어 가장 큰 수혜자가 될 수 있다.⁹⁶⁾ 영국과 독일은 유럽의 특허제도를 가장 잘 활용하는 국가이며,⁹⁷⁾ 더욱이 영국이 브렉시트를 통해 아예 EU에서 빠져나가게 되면, 독일의 독주를 견제할 수 있는 국가가 없다시피 하다.⁹⁸⁾ 그럼에도 불구하고, 통합특허제도가 독일 학계는 물론이고, 몇몇 이름 있는 실무가들에 의해서도 배척을 받는 상황⁹⁹⁾을 단지 비판을 위한 비판이라고 할 수만

95) Hüttermann, *op. cit.*, para. 119.

96) 통합특허법원의 법관 지원자수를 보면, 40퍼센트가 독일인 지원자들이었고, 16퍼센트가 프랑스에서, 13퍼센트가 이탈리아에서 그리고 7퍼센트가 영국에서 지원했다고 한다. Callens, Pieter & Granata, Sam, *The Unitary Patent and the Unified Patent Court*, Kluwer Law International, 2017, p.133 참조. 이로부터 독일 출신의 법률가 및 특허분야 과학자들이 압도적으로 많은 관심을 보이고 있음을 확인할 수 있다.

97) 다만, 특허관련 소송건수(이는 통합특허법원의 국내분원의 수를 결정하는 요소가 되기도 함)로만 본다면, 영국의 특허관련 소송건수는 그렇게 많은 편이 아니다. 공식적인 통계자료는 없지만, 2011년을 기준으로 한 자료에 의하면 독일에서 소송건수는 총 1250건, 프랑스는 280건, 이탈리아는 260건, 영국은 53건 그리고 네덜란드는 50건 순이며, 나머지 국가들은 10건 이하로 알려져 있다. 물론 독일에서 특허침해와 특허무효는 별개의 소송이지만, 여기에는 침해소송 건수만이 반영되어 있다. Kühnen, Thomas & Claessen, Rolf, "Die Durchsetzung von Patenten in der EU: Standortbestimmung vor Einführung des europäischen Patentgerichts", *GRUR*, Vol.115 No.6(2013), p.593 참조.

98) 영국이 어떠한 형식으로 EU에서 탈퇴하게 될지는 분명하지 않다. 줄곧 하드 브렉시트를 주장해 온 영국은 올해 7월 다시 소프트 브렉시트로의 방향전환을 천명한 바 있다. 이와는 별개로 EU는 아무런 협상 없이 영국이 EU를 떠나는 이른바 노딜 브렉시트(No-deal Brexit)의 가능성을 시사한 바 있다. 통합특허 논의를 보면서 느끼게 되는 것 중 하나는 브렉시트 전반에 대해서는 EU와 영국 사이의 원만한 관계유지가 어려울 것이라는 회의론이 팽배하지만, 유독 통합특허와 관련해서는 지나칠 정도로 낙관적 전망이 우세하다는 점이다.

99) Götting, *op. cit.*, § 35 para. 20.

은 없고, 이를 조금 더 심각하게 받아들일 필요가 있다.¹⁰⁰⁾

이번 헌법소원과 관련하여 눈여겨볼 만한 것이 있는데, 독일 연방헌법재판소의 1992년 마스트리히트 판결이 그것이다. 동 판결은 EU법이 국내 헌법보다 우위를 가진다는 점이 독일연방의 기본법에 반한다는 헌법소원에서 비롯된 것이었다. 연방헌법재판소는 EU가 독일 기본법상의 기본권을 수호하는 한, 그 우위성을 인정할 수 있다는 결론에 이르고 있는데,¹⁰¹⁾ 그 전제조건으로서 사법권력에 의한 기본권 보호가 강조되었다.¹⁰²⁾ 이러한 논증은 통합특허와 관련된 헌법소원에 두 가지 시사점을 준다. 첫째, 연방헌법재판소는 동 판결을 통해 국제기구 등 국제법상의 행위자가 기본권을 침해하는 것에 개입할 수 있는 가능성을 분명히 열어 두었다고 평가된다.¹⁰³⁾ 둘째, 재판소는 EU법의 우위성을 확인하기는 했지만, 이는 어디까지나 EU회원국이 확고한 EU법의 입법방식을 이용한 경우에만 유효한 것이다. 만약 EU와 거리가 있는 별개의 국제조약을 이용한다면, 이는 더 이상 EU통합을 위한 EU법상의 조치가 아니라고 볼 수도 있다. 따라서 재판소는 이러한 국제법상의 기관에 대해 더 적극적이고 엄격한 방법으로 합헌성 심사에 나설지 모른다.¹⁰⁴⁾

당연히 헌법문제를 비롯한 법적 문제에 더욱 신경을 써야 할 것이지만, EU에 속한 국가들은 어떠한 학습효과 때문인지 우선 제도를 만들고, 이를 차차 정착시키려는 경향을 보이고 있다. 이는 통합특허의 예에서도 그대로 나타났고, 결국 독일에서의 헌법소원이라는 뜻밖의 암초를 만나게 되었다.

100) 게다가 특허의 침해 및 무효에 대한 당사자들의 관행을 보면, 이들은 신뢰할 만한 하나의 국가를 정하여 소송을 하고, 그 결과가 다른 국가에서도 유지될 것으로 보아 합의를 하거나 이후의 쟁송을 포기하는 경우가 많다고 한다. 당사자들이 소송지로 주로 이용하는 곳이 독일(구체적으로 만하임 혹은 뒤셀도르프 지방법원)이라는 점에서(위 각주 97번 참조) 독일은 이미 통합특허로부터 기대할 수 있는 이점을 어느 정도는 이미 누리고 있었다고 볼 수 있다. Hüttermann, *op. cit.*, para. 265.

101) BVerfGE 58, 1 - Maastricht.

102) *Ibid.*, p.27.

103) Maunz & Dürig, *op. cit.*, Art. 19 Abs. 4 GG para. 48(Eberhard Schmidt-Aßmann 집필부분).

104) 독일 연방헌법재판소는 위 판결에서처럼 또 어떠한 전제조건을 제시하면서 일단 통합특허제도를 출범시키지도 모른다. 그러나 이것을 갈등의 종국적 해소로 받아들이기는 어렵다.

여기에서 통합조급증에 대한 경고음을 들을 필요가 있는데, 이는 우리에게도 교훈을 준다고 할 수 있다.¹⁰⁵⁾

물론 통합특허의 미래에 대해서는 아직 알 수 없고, 우리 입장에서는 그 발전과 변화에 주목해 보는 것이 단기적으로 최선이 될 수 있다. 무엇보다 독일 연방헌법재판소에서 어떠한 결정을 내리고, 여기에 대해 EU가 어떻게 반응할 것인지 주의 깊게 지켜보면서 지식재산권제도의 국제화가 헌법질서 속에서 어떻게 평가될 것인지 가늠해 보는 것이 필요하다.

V. 결 론

우리나라에서 EU를 바라보는 시각은 꽤나 이중적인 것으로 보인다. 한편으로 통합의 모델로 삼아야 한다고 강조하기는 하지만, EU가 가지는 통합성과 회원국이 보여 주는 제도존중에 대해서는 냉소를 보내는 경우가 많기 때문이다. EU는 다른 국가들로서는 도저히 해낼 수 없는 완전한 통합의 길을 걷고 있는 것은 아니지만, 그렇다고 시간의 흐름에 따라 당연히 해야 하고, 또 할 수 있는 것을 단지 할 뿐이라고 말할 수도 없다. 통합특허의 성공여부는 물론 제도가 시행된 이후에, 그것도 한참 후에나 가능할 것이지만, 여러 법체계의 중첩과 절충으로 만들어진 통합특허제도가 우리에게 보여 주는 현상, 시사점 및 문제들에 대해서는 보다 면밀한 관찰과 연구가 필요하다고 할 것이다.

우선 EU가 가지고 있는 가장 큰 약점 중 하나로 통합과 일원화라는 가치를 위해 각 회원국이 가지고 있는 법치주의와 민주적 정당성·절차, 더 나아가서는 헌법적 가치마저 무시되는 현상에 주목해 보아야 한다. 이는 유럽의 회가 가지고 있는 EU 내에서의 입법권한이 아직까지 충분하지 못하다는 점에서 나타나기도 하지만, EU와 관련된 사안에서 각 회원국의 의회가 보이는 소극적이고 무기력한 태도는 EU 내에서의 민주주의 결핍현상을 심화시키고

105) 즉, 통합이 주는 미래의 청사진뿐 아니라 초래할 문제점들과 제도 사이의 정합성 문제에 대해 깊이 있게 고민해 보아야 한다.

있다. 국내의 지식재산권 입법에 대한 날선 비판과 적극적 개입의지는 EU라는 딱지가 붙어 의회에 전달되는 순간 사라지기 일쑤이다. 이는 EU와 같은 지역적 통합을 이루지 않은 우리에게도 분명 시사점을 준다. 즉, 민주적 담론 형성에 있어서 중요한 역할을 담당하는 관련 학계와 실무계 역시 무엇이 국제적인 것을 지극히 정치적 맥락에서 해석하고 그 득실만을 따지려해서는 안 될 것이고, 그것이 과연 정당하고 바람직한 것인지에 대한 심도 있는 논의와 문제제기를 해야 할 것이다.

우리가 당장 통합특허로부터, 또 이와 관련된 독일 내 논란으로부터 얻을 수 있는 또 다른 교훈은 다음과 같이 정리될 수 있을 것이다. 어떠한 목적을 추구하기 위해서는 다른 목적이나 가치를 희생시킬 수밖에 없다. 마찬가지로 합의에 이르기 위해서는 불가피하게 무리한 주장도 받아들여야 하고, 체계성을 포기하면서도 절충을 시도해야 하는 순간 역시 있을 것이다. 하지만 핵심적이고 본질적인 부분은 지켜져야 하며, 만약 핵심적 원칙이나 체계가 무너질 우려가 있다면, 그러한 합의 자체를 단념하는 편이 차라리 나은 결단이 되는 경우도 있을 것이다.

어떻게 보면 우리 역시 통합특허와 비슷한 특허체제를 지향하고 있거나 지향해야 할지 모른다. 다만, ‘어떻게’라기보다는 우선 ‘무엇을 위하여’라는 질문에 답하는 것이 중요하고, 더 나아가 우리가 국제화에 대해 얼마나 준비되어 있고, 준비할 마음가짐이 되어 있는지 ‘스스로’ 평가해 보는 것 역시 필요하다. 우리가 IP 허브코트를 지향한다고 하더라도—특허제도 및 소송제도의 개선에 앞서—우선 우리나라의 사법권력이 얼마나 신뢰를 축적하고 있으며, 법치주의에 부합하는지, 그것이 대외적으로 어떻게 평가될 것인지, 더욱이 우리 역시 협력관계를 맺을 다른 국가들의 법원들을 과연 신뢰할 수 있는지에 대해서, 또 이러한 협력체계가 우리 국민의 기본권을 보호해 줄 만한 것인지에 관하여 진지한 성찰과 고민을 해야 할 것이다.¹⁰⁶⁾

106) 통합과 신뢰 중 어느 것이 우선인지에 대해서는 더욱 숙고해 보아야 할 것이다. 정차호, “한중일 특허법의 조화와 통일”, 『저스티스』, 제158-3호(2017), 156면 참조.

참고문헌

〈단행본(국내 및 동양)〉

- 김대순 · 김민서, 『EU법론』, 제2판, 삼영사, 2015.
박동식, 『유럽특허법』, 제2판, 세창출판사, 2016.
전광석, 『한국헌법론』, 제10판, 집현재, 2015.

〈단행본(서양)〉

- Bauer, Lukas, *Der Europäische Gerichtshof als Verfassungsgericht?*, Nomos, 2008.
Callens, Pieter & Granata, Sam, *The Unitary Patent and the Unified Patent Court*, Kluwer Law International, 2017.
Götting, Horst-Peter, *Gewerblicher Rechtsschutz: Patent-, Gebrauchsmuster-, Design- und Markenrecht*, 10th Edition, C.H. Beck, 2014.
Hüttermann, Aloys, *Einheitspatent und Einheitliches Patentgericht*, Carl Heymanns, 2017.
Jaeger, Thomas, *System einer Europäischen Gerichtsbarkeit für Immaterialgüterrechte: Grundlagen - Struktur - Verfahren*, Springer, 2013.
Maunz, Theodor & Dürig, Günter (eds.), *Grundgesetz-Kommentar*, 82nd Supp., C.H. Beck, 2018.
Streinz, Rudolf, *Europarecht*, 9th Edition, C.F. Müller, 2012.

〈학술지(국내 및 동양)〉

- 김선기, “유럽 통합 특허법원의 설립과 발족”, 『산업재산권』, 제52호(2017).
안재현, “유럽의 단일 특허제도 및 통합 특허소송제도에 관한 고찰”, 『지식재산연구』, 제8권 제2호(2013)
양대승, “브렉시트 이후 유럽특허제도의 변화와 전망”, 『과학기술법연구』, 제23집 제3호(2017).
정차호, “한중일 특허법의 조화와 통일”, 『저스티스』, 제158-3호(2017).

〈학술지(서양)〉

- Broß, Siegfried, “Die Patenterteilungspraxis nach dem EPÜ: Erosion des Rechtsstaates?”, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil*, Vol.66 No.8(2017).

- Kühnen, Thomas & Claessen, Rolf, “Die Durchsetzung von Patenten in der EU: Standortbestimmung vor Einführung des europäischen Patentgerichts”, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, Vol.115 No.6(2013).
- Mangini, Vito, “Die rechtliche Regelung des Verletzungs- und Nichtigkeitsverfahrens in Patentsachen in den Vertragsstaaten des Münchner Patentübereinkommens”, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil*, Vol.32 No.4(1983).
- Voßkuhle, Andreas & Sydow, Gernot, “Die demokratische Legitimation des Richters”, *Juristen-Zeitung*, Vol.57 No.14(2002).
- Würtenberger, Gert & Freischem, Stephan, “Stellungnahme der GRUR zur Verfassungsbeschwerde des Dr. Ingve Björn Stjerna gegen das Gesetz zu dem Übereinkommen vom 19.2.2013 über ein Einheitliches Patentgericht in Verbindung mit dem Übereinkommen über ein Einheitliches Patentgericht und Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung”, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, Vol.120 No.3(2018).

〈판례〉

- 헌재결 1995.9.28. 92헌가11 등.
- BVerfGE 37, 271 – Solange I.
- BVerfGE 73, 339 – Solange II.
- BVerfGE 58, 1 – Maastricht.
- BVerfG, NJW 1988, 1456.
- BVerwGE 8, 350.
- CJEU, Opinion 1/09, European and Community Patents Court, CECLI:EU:C:2011:123.
- Statement of Position by the Advocates General of 2 July 2010 on Opinion 1/09, European and Community Patents Court, ECLI:EU:C:2011:123.

〈인터넷 자료〉

- Bausch, Thorsten, “The Rule of Law, the EPO and the Ugly Writing on the Wall”, Kluwer Patent Blog of May 25, 2017 <<http://patentblog.kluweriplaw.com/2017/05/25/rule-law-epo-ugly-writing-wall/>>, 검색일: 2018.9.12.
- Hilty, Reto M. & Romandini, Roberto, “Developing a Common Patent System:

Lessons to Be Learnt from the European Experience”, Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper No. 18-09, <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3202081>, 검색일: 2018.9.12.

Mathieu Klos, “Europäisches Patentgericht: UPC nimmt letzte Hürde im Bundesrat”, JUVÉ-Newsline of June 6, 2017 <<https://www.juve.de/nachrichten/namenundnachrichten/2017/06/europaeisches-patentgericht-upc-nimmt-letzte-huerde-im-bundesrat>>, 검색일: 2018.9.12.

Should the (EU's) Unitary Patent Come? —Taking the Constitutional Complaint in Germany More Seriously—

Lee Ilho*

The EU's Unitary Patent, which was expected to launch in mid-2017, is still pending. The reason of the standstill is that the constitutional complaint has been filed in Germany, and the decision of the Federal Constitutional Court of Germany would determine the fate of the patent integration in the EU. This article examines the legal grounds of the constitutional complaint that are meanwhile revealed in the media and internet materials, and upon those it examines the constitutionality of this development.

First, this article will overview briefly the history of the EU's patent harmonization, which has led to the today's system. Historically, the Unitary Patent has received a number of challenges and caused concerns. It will then explain the detailed circumstances in which the constitutional complaint has been raised. In sequence, it will discuss various constitutional issues which would be dealt with in the examination by the Court, and discuss on the admissibility and validity of those constitutional claims. In addition, this article attempts to consider what significance and implications each constitutional issue has towards Korea. Finally, it will

* Research professor, Yonsei-SSK Research Center for Climate Change and International Law.

try to synthetically evaluate the EU's IP harmonization as a whole and to examine the possibility of developing such a patent cooperation outside the EU.

Keyword

EU patent, European patent, unitary patent, Unified Patent Court, UPC, UPCA, constitutional complaint