



저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

법학석사 학위논문

TPP협정의 지식재산권조항과 중국 지식재산권법의 비교

2016년 02월

서울대학교 대학원
법학과 지식재산전공
박유나

TPP협정의 지식재산권조항과 중국 지식재산권법의 비교

지도교수 정 상 조

이 논문을 법학석사 학위논문으로 제출함

2015년 12월

서울대학교 대학원
법학과 지식재산전공
박 유 나

박유나의 석사학위논문을 인준함
2016년 02월

위 원 장 박 증 식 (인) 

부위원장 권 영 문 (인) 

위 원 정 상 조 (인) 

국문초록

본 논문은 2015년 10월 총 12개국의 참여로 타결된 TPP협정의 지식재산권규정이 중국의 지식재산권법과 어떠한 차이와 유사점이 있는지를 알아보고자 작성되었다.

2013년 일본의 협상 공식 참여 이후 세계 GDP의 약40%를 차지하는 엄청난 영향력의 협정으로 발돋움 한 TPP협정은 아시아태평양지역의 경제일체화에 많은 영향을 끼칠 것이 분명하며 중국 또한 그에 대하여 많은 관심을 두고 있다. TPP협정의 핵심 쟁점 중 하나인 지식재산권분야는 협상이 타결되기 전 합의 도출에 어려움을 겪은 대표적 분야 중 하나로 협정이 타결되기 전까지 지식재산권은 국가간의 가장 첨예한 대립을 이어온 분야였다.

TPP협정은 협상 당사국이 아닌 중국에도 영향을 미치는 국제적 무역규범을 정립할 것으로 보이며 중국이 세계 경제순위 2위의 경제대국이라 하지만 국제무역에 있어서 지식재산권의 침해로 악명이 높기 때문에 중국이 TPP협정에 가입할 경우 TRIPs협정에 규정된 지식재산권의 집행기준을 넘어서는 엄격한 기준의 지식재산권 규정을 따라야 함에 있어 많은 문제들이 생길 것이다.

현재 타결된 협정 중 최고수준의 지식재산권 보호규정을 포함하고 있는 TPP협정은 지식재산권법에 있어 강력한 보호를 펼치

고 있는 미국의 주도로 타결된 국제적인 협상으로서 선진국의 지식재산권 보호제도를 개도국의 수준과 선진국의 수준에 맞추어 협상 후 반영한 규정이기 때문에 아직 TPP협정에 참여하지 않은 국가일지라도 국제화에 발맞추기 위하여 자국의 지식재산권법에 TPP협정의 지식재산권 규정을 참고할 높은 가치가 있다고 생각한다.

본 논문은 TPP협정의 주요규정 중 지식재산권규정을 중점적으로 다루었으며 TPP협정의 지식재산권 규정을 분석하고 중국 지식재산권법과의 차이, 중국 지식재산권 규정에 존재하는 문제점들과 그에 따른 개선방안을 연구하여 국제적인 지식재산권법 규정과 중국의 법과의 차이를 알아보고 판례를 통해 해석판과 위조, 불법복제가 난무하는 중국 지식재산권의 집행 실태를 알아보았다.

**주요어: TPP협정, 지식재산권법, 중국지식재산권법,
트립스플러스, 트립스, TPP지식재산권**

학 번: 2014-20836

목 차

목 차	1
제 1 장 서론	1
제 1 절 연구의 목적	1
제 2 절 연구의 방법 및 구성	8
제 2 장 TPP 협정 제정과 중국	10
제 1 절 TPP 협정의 제정	10
제 2 절 TPP 협정의 의의	11
I. TPP 협정의 내용	13
제 3 절 TPP 협정과 중국	14
I. 역내 포괄적 경제 동반자 협정	15
제 3 장 TPP 협정의 지식재산권	18
제 1 절 상표권과 지리적 표시	20
I. 상표로 등록 가능한 표지의 종류	20

II. 저명상표의 보호	2 2
III. 지리적 표시와 단체표장, 증명표장제도	2 3
제 2 절 특허	2 7
I. 특허등록대상과 특허등록지연에 따른 보호연장	2 7
II. 허가특허연계제도	2 9
III. 바이오 의약품	3 0
제 3 절 저작권	3 3
I. 저작권 존속 기간	3 3
II. 저작권 비친고죄	3 5
III. 기술적 보호조치	3 6
제 4 장 TPP 규정과 중국법의 비교	3 8
제 1 절 중국법과 TRIPs 협정	4 1
I. WTO/TRIPs 와 중국법의 비교	4 2
1. 중국의 지식재산권 법률	4 2
2. 중국 지식재산권법 집행의 문제	4 3
제 2 절 국제적 조약	4 4
I. TPP 가 요구하는 국제적 조약	4 5
II. 중국이 가입한 국제적 조약	4 7
제 3 절 상표권과 지리적 표시 보호	4 9

I. 중국 상표법 관련 규정	4 9
1. 상표로 등록 가능한 표지	4 9
2. 치명상표	5 1
3. 지리적 표시	5 3
II. 상표와 지리적 표시에 대한 TPP 협정과의 비교	5 8
1. 상표로 등록이 가능한 표지	5 8
2. 저명상표	5 8
3. 지리적 표시	6 1
제 4 절 특허권 보호방면	6 2
I. 중국 특허권 관련 규정	6 2
1. 특허권 수여 조건	6 2
2. 의약품 관리법	6 3
3. 의약품의 자료독점	6 5
4. 허가 특허 연계제도	6 6
II. TPP 협정의 특허권규정과의 비교	6 7
1. 특허권 수여 조건과 특허권의 취소 조건	6 7
2. 의약품 특허 허가연계제도	6 8
3. 바이오 의약품의 자료독점 기간	6 9
제 5 절 저작권 보호	7 0
I. 중국 저작권 관련 규정	7 0
1. 저작권 존속 기간	7 0
2. 기술적 보호조치	7 2
II. TPP 협정의 저작권과 비교	7 4

1. 저작권 존속기간	7 4
제 5 장 중국의 지식재산권 판례	7 5
제 1 절 상표 판례	7 6
I. 마이클조던 사건	7 6
1. 사건의 개요	7 6
2. 판결	7 8
3. 판례분석	8 0
4. TPP협정의 조항과의 비교	8 1
II. 에르메스사 가방 입체상표 사건	8 2
1. 사건개요	8 2
2. 판결	8 3
3. 판례분석	8 4
4. TPP조항과의 비교	8 5
제 2 절 특허 판례	8 7
I. 비아그라 특허 사건	8 7
1. 사건개요	8 7
2. 판결	8 9
3. 판례분석	8 9
4. TPP조항과의 비교	9 0
II. LG 전자 특허 무효 사건	9 1
1. 사건개요	9 1
2. 판결	9 2

3. 판례분석	9 3
4. TPP조항과의 비교	9 4
제 3 절 저작권 판례	9 4
I. 쓰루왕 사건	9 5
1. 사건개요	9 5
2. 판결	9 6
3. 판례 분석	9 8
4. TPP조항과의 비교	9 9
제 6 장 결론	1 0 0
참고문헌	1 0 3
국내	1 0 3
국외	1 0 7
ABSTRACT	1 0 9

표 목차

표1. TPP협정문의 구성	13
표2. TPP협정 지식재산권 규정의 구성	40
표3. TPP협정의 지식재산권 국제조약 중 중국이 가입한 조약	48

그림목차

그림1. 원고 마이클조던의 상표	79
그림2. 피고 조던스포츠사의 상표	79
그림3. 에르메스사가 출원한 입체상표	83

제 1 장 서론

제 1 절 연구의 목적

인터넷과 정보통신 기술이 급격한 발달로 인하여 무역의 자유화, 경제의 국제화가 진전되며 지식재산권분야에도 많은 변화가 생기었고 새로운 사상과 정보가 부를 만들어내고 경제발전을 이끌어 가며 문화와 기술을 개발함으로써 음악이나 소프트웨어와 같은 무체물 또는 보다 창작적이고 혁신적인 지적 재산을 생산하는 것이 일반 대중의 최대 관심사가 되고 법 정책의 최대 목표가 되었다.¹ 국제사회에서 지식재산권이 국가경쟁력의 한 축을 차지함에 따라 많은 국가들이 본국에 맞는 지식재산정책을 펼치고 있는 실정이다. 특히 국제적 무역교류에 있어 지식재산권의 가치가 커지며 중요한 쟁점으로 부각되었다.

개방경제일수록 지식재산권과 혁신간의 관계가 강화되며, 강화된 지식재산권의 보호가 혁신에 대한 유인을 제공함으로써 경제성장의 엔진이 된다.² 지식재산권의 보호가 강화됨에 따라 무역이 촉진되고 이것이 궁극적으로 경제성장으로 이어질 수 있다는 것이다. 1990년대 이후 지식재산권의 국제적 보호에 있어 특징적인 점은 다수의 국가를 대상으로 하는 다자협상접근방식은 물론 FTA협상에서도

¹ 정상조, 박준석, 지적재산권법, 홍문사 (2011) p3

² Gould, David M. and William C. Gruben. "The Role of Intellectual Property Rights in Economic Growth." Journal of Development Economics, vol. 48, (1996)p. 328

해당 회원국 간 지식재산권 제도의 조화와 통일에 대한 논의가 핵심 영역으로 등장하기 시작하였다. 국가간의 국제적인 통상거래에 있어 각 당사자국은 경제수준 및 기술수준의 격차로 인하여 서로 간의 지식재산권의 차이를 보여 많은 갈등을 빚어왔다. 이를 해결하기 위하여 많은 국제조약들이 격차를 줄이려 다양한 규정을 협의해 왔다. 지식재산권의 보호는 국가의 경제와 직결된 문제이며 각 국가에게 민감한 문제일수 밖에 없기에 지식재산권에 대한 국제적 보호는 점점 발전하여 다자간체제의 TRIPs협정부터 양자간체제의 FTA를 통해 복수 국가체제의 TPP협정으로 지식재산권의 집행을 강화하여 높은 지식재산권 기준을 추진하려는 선진국들의 의지를 보여주고 있다.

TRIPs협정 이전 지식재산권의 국제적 보호는 지식재산권 관련 국제기구가 관장하는 국제협약에 의해 이루어졌으며, 개별 국가의 가입여부에 따라 보호범위가 결정되었다. TRIPs협정 이전의 지식재산권의 국제적인 조화와 통일에 있어 관련 국제협약이 많은 역할을 하였음에도 불구하고, WTO의 TRIPs 협정이 체결된 것은 TRIPs협정 이전의 국제협약에서는 지식재산권집행을 개별 체약국의 재량에 맡기고 있다는 점과 지식재산권관련 분쟁에 있어 독자적인 분쟁해결제도가 없었다는 점이다. 이와는 달리TRIPs 협정은 지식재산권의 실질적인 집행을 강조하여 집행과 분쟁해결을 명시하였다. TRIPs 협정은 지식재산권의 보호수준을 국제적으로 향상시킨 지식재산권 보호에 관련된 최초의 다자조약으로, 지식재산권의 국제적 보호 수준을 전반적으로 향상시키는 효과를 가져왔다. 하지만 각 국가의 TRIPs협정의 내용에 대한 자의적인 해석이 가능하고, 각 규정의 적용이 지연되거나 예외조항 등에 해석을 달리하는 등의 유연성으로 인해, TRIPs협정을 통

하여 설정된 지식재산권의 보호수준 자체가 지식재산의 국제적 보호에 있어 충분하지 못하다는 것이 선진국의 입장이었다. 이는 TRIPs 협정을 통한 지식재산권 보호에 다수의 국가가 참여하였고 참여 국가간 지식재산권의 발전의 정도가 서로 달라 각 국가간의 입장 차이가 컸기 때문에 지식재산권의 일률적인 보호에 있어 문제가 되었다. 한편 지역협상 접근방식의 경우, FTA협상국만을 대상으로 지식재산권 보호수준에 대한 조화를 논의하므로 다자조약들보다는 협상이 쉽고 빠르기에 자국기업의 지식재산권 보호를 목적으로 개도국에게 지식재산권 보호 강화를 요구하는 지식재산권을 포함한 FTA가 협의되었다. 지역협상 접근방식에 의한 지식재산권 보호는 FTA 협상에 참여하는 국가간 지식재산권 보호수준의 조화를 이루는 것으로, 지식재산권 보호의 정도가 각 협정마다 국가에 따라 다르다는 점에서 다자협상 접근방식과 구분된다. FTA에 참여하는 국가들의 지식재산권 보호수준이 각각 차이가 있어 FTA협상에 포함되는 지식재산권 내용이 달라질 수밖에 없기 때문이다. 예컨대 선진국과 개도국 간의 FTA 협정에서는 지식재산권의 집행체제 구축이 중요한 과제로 설정된다.

상당수의 FTA에서 지식재산권에 대한 내용을 TRIPs-plus 유형으로 규정하고 있는데 이는 WIPO가 관장하는 지식재산권관련 국제협약 등 각종 기존 국제협약을 활용하여 넓은 의미의 지식재산권 보호수준의 조화를 추구할 수 있기 때문이다.³ 메가 FTA인 TPP협정은 TRIPs협정의 다자간 체제와 양자간 체제의 FTA의 발전된 협정으로 복수국가체제의 협정이다. 이는 FTA가 양국간의 배타적인 무역

³ 조미진, 엄부영, 박현정, 한중FTA 지식재산권 분야의 이슈점검, 무역투자연구시리즈07-03, 대외경제정책연구원(2007)p22

특혜를 부여한다면 TPP협정은 가입한 나라 모두에게 특혜를 부과하는 복수국가들 사이의 다자간 FTA로서 FTA보다 높은 수준의 자유화를 목표로 하는 그 규모와 영향력에 있어 훨씬 높은 수준의 자유 무역협정이다.⁴

2002년 10월 뉴질랜드·싱가포르·칠레가 태평양 3국 경제협력체제 구축 논의를 개시하고 2005년 기존 3개국에 브루나이가 참여하면서 4개국이 다자간 무역자유화 협정을 체결하여 시작된 환태평양 경제동반자협정(Trans-Pacific Partnership, 이하TPP협정)은 개시 후 13년이 지난 2015년 10월 총 12개국의 참여로 타결되었다. TPP협정은 아시아와 태평양 지역 경제의 통합을 목적으로 높은 수준의 21세기형 FTA체결을 목표로 많은 분야에 대한 협상을 진행하여 타결되었는데 이 협정이 발효되기 위해서는 TPP협정의 참여국이 각국 의회의 비준을 받아야 하고 이후 후속 협상이 진행될 것이다. 2008년 미국이 협정에 참여하기 위하여 협상을 시작하면서 주목 받기 시작한 TPP협정은 2013년 일본의 협상 공식 참여 이후 세계 GDP의 약40%를 차지하는 엄청난 영향력의 협정으로 발돋움 하였다. 이는 향후 아시아태평양지역의 경제일체화에 많은 영향을 끼칠 것이 분명하다.

TPP협정의 핵심 쟁점 중 하나인 지식재산권분야는 협상이 타결되기 전 합의 도출에 어려움을 겪은 대표적 분야 중 하나로 TPP협정의 가입국들의 많은 조정을 거쳐 2015년 10월 최종타결이 되었다. 협정이 타결되기 전까지 지식재산권은 국가간의 가장 첨예한 대립을

⁴ 한국 빠진 TPP, 개방 수준 높아...한미FTA실익 줄어들위기, 조선일보 (2015.11.06)
http://news.chosun.com/site/data/html_dir/2015/11/01/2015110102048.html

이어온 분야였다. 선진국과 개도국 사이의 타협이 가장 필요한 항목이었기 때문이다. 미국은 TRIPs협정 이후 참여하는 모든 무역협정에 지식재산권 조항을 포함시켰으며 협정이 거듭될 때마다 지식재산권의 국제적인 보호기준은 상향 조정되는 경향을 보였다. TRIPs협정 이후 나날이 강화되어온 지식재산권의 보호규제들은 현재 가장 강력한 지식재산권 규정을 앞세운 TPP협정에서 나타났다.⁵

이러한 강한 지식재산권의 보호를 규정한 TPP협정을 세계 경제순위 2위인 경제대국 중국 또한 관심을 표명하며 참가의사를 밝혔으나 참가결정은 확정 되지 않은 상태이다. 중국은 2008년 국가 지식재산권 전략강요를 제정한 후, 지재권 출원량 등 양적 측면에서 매년 20% 이상의 성장률을 보이고 있는 등 국가적인 차원에서 지식재산권의 보호수준을 향상시키려 노력하고 있다. 2011년 10월에는 국가 지재권 사업발전 12차 5개년 계획(2011~2015년)을 수립해 동 기간에 사회제도의 전반적인 개선과 과학기술 업무 및 지 재권 보호를 중점적으로 추진한다고 천명한 바 있다. 지재권 분야에 대한 관리감독을 엄격히 실시하는 등 집행조치도 강화할 것이라고 발표⁶하는 등의 많은 노력을 기울이지만 실질적인 지식재산권의 강화는 체감할 수 없게 그 보호의 집행수준이 미미한 것이 현실이다.

TPP협정이 발효되면 TPP협정은 높은 수준의 개방을 요구하며 향후 아시아 태평양 지역의 새로운 통상질서를 선도할 가능성이

⁵ 강성국, TPP와 지적재산권 새롭고 강한 기준에 관한 강박증(2013.10.03)
<http://www.redian.org/archive/60754>

⁶ 서동욱, 중국, 지식재산권 전쟁의 시대 도래, Chindia journal, vol.78 (2013.02)p.15-16

매우 높아 지식재산권분야에 있어 소극적 태도를 보인 중국에 큰 타격이 될 것이라 예상된다. TPP협정은 협상 당사국이 아닌 중국에도 영향을 미치는 국제적 무역규범을 정립할 것으로 보인다. 중국이 세계 경제순위 2위의 경제대국이라 하지만 국제무역에 있어서 지식재산권의 침해로 악명이 높기 때문에 중국이 TPP협정에 가입할 경우 TRIPs협정에 규정된 지식재산권의 집행기준을 넘어서는 엄격한 기준의 지식재산권 규정을 따라야 함에 있어 많은 문제들이 생길 것이다. TPP협정 이전의 미국과 EU, 한국, 일본 등을 포함하는 11개국이 협상 체결한 ACTA협정⁷의 경우 중국이 가입해야 하는 의무가 없었지만 TPP협정의 경우 지식재산권뿐만이 아닌 아태지역의 국제경제무역의 중심이 되는 협정이기 때문에 중국이 방관 할 수만은 없는 협정이 되어 중국은 TPP협정의 높은 지식재산권 규정을 협정의 참가국이 아니더라도 무시할 수가 없게 된 것이다.

중국의 경우 TPP협정의 대응책인 RCEP⁸의 협상이 진행 중이다. RCEP는 16개국이 진행중인 협상인데 아세안 10개국과 한국, 중국, 일본, 인도, 호주, 뉴질랜드가 참여하고 있다. 2015년 12월 현재 아직 타결협상중인 RCEP또한 지식재산권에 대한 각국의 제안들이 유출되어 공개되며 지식재산권의 보호 정도를 유추할 수 있게 되었으나 16개국이란 많은 협상 참여국의 합의점을 맞추기 어려워 최종협상은 타결 되지 않은 상태이다. 2015년 10월 부산에서 10차협상을 가졌지만 초안수준의 상품 개방만 합의한 상태라고 알려져 있다.

⁷ Anti-Counterfeiting Trade Agreement: 위조 및 불법복제 방지협정

⁸ Regional Comprehensive Economic Partnership(역내 포괄적 경제 동반자 협정)

현재 타결된 협정 중 최고수준의 지식재산권 보호규정을 포함하고 있는 TPP협정은 지식재산권법에 있어 강력한 보호를 펼치고 있는 미국의 주도로 타결된 국제적인 협상으로서 선진국의 지식재산권 보호제도를 개도국의 수준과 선진국의 수준에 맞추어 협상 후 반영한 규정이기 때문에 아직 TPP협정에 참여하지 않은 국가일지라도 국제화에 발맞추기 위하여 자국의 지식재산권법에 TPP협정의 지식재산권 규정을 참고할 높은 가치가 있다고 생각한다.

본 논문은 TPP협정의 주요규정 중 지식재산권규정을 중점적으로 다룰 것이며 TPP협정의 지식재산권 규정을 분석하고 중국 지식재산권법과의 차이, 중국 지식재산권 규정에 존재하는 문제점들과 그에 따른 개선방안을 연구하여 국제적인 지식재산권법 규정과 중국의 법과의 차이를 알아보고 판례를 통해 해석판과 위조, 불법복제가 난무하는 중국 지식재산권의 집행 실태를 알아보고자 한다. 이는 국제적인 TPP협상뿐만 아니라 중국의 건전한 지식재산권이용에 있어 도움이 될 것이라 생각한다.

현재 중국은 중국 내 기업들과 외국기업체들과의 교류 및 협력이 빈번해 지면서 중국 내 기업들이 외국의 관세장벽과 함께 지식재산권이란 장벽에 끊임없이 부딪히고 있다. 중국의 지식재산권 제도의 적극적인 역할이 아직 충분히 발휘되지 못해 현재 중국은 지식재산권 침해현상이 심각하며 효과적인 지식재산권의 보호가 이루어지지 못하고 있다. 현재 중국의 특허 출원수는 세계 제1위로 많은 양의 특허를 배출해 내고 있으나 취약한 지식재산권 보호상황으로 인하여 그 능력이 제대로 발휘되지 못하고 있다. 중국의 특허와 제대로

된 지식재산권법이 합쳐진다면 그 잠재력은 엄청날 것이다. 중국의 TPP협정의 가입 시 가져올 많은 메리트 중 지식재산권의 보호야말로 중국의 경제에 도움이 되는 것 일 것이다.

제 2 절 연구의 방법 및 구성

본 연구는 TPP협정의 지식재산권 규정과 중국의 지식재산권법을 비교하여 차이를 분석하고 중국의 지식재산권의 현황을 법적 관례들로 살펴보며 중국의 지식재산권 상황에 대하여 논하려 한다.

본 논문은 다음과 같은 구성으로 기술하였다.

제1장에서는 본 연구의 목적과 연구의 방법 및 구성에 대하여 기술하였다.

제2장에서는 TPP협정의 제정과 그 의의에 대하여 기술하였고 중국의 아시아 태평양 지역의 메가 FTA인 RCEP에 대하여 기술하였다.

제3장에서는 TPP협정의 지식재산권 규정 중 중점적인 내용을 선택하여 기술하였다.

제4장에서는 TPP협정의 규정과 중국의 지식재산권법을 비교하였다.

제5장에서는 지식재산권의 상표, 특허, 저작권에 있어 중국의 판례를 알아보고 TPP협정과의 비교를 진행하였다.

제6장에서는 본 연구의 결론을 작성하였다.

제 2 장 TPP협정 제정과 중국

제 1 절 TPP협정의 제정

2002년 10월 APEC정상회의를 계기로 뉴질랜드, 싱가포르, 칠레가 태평양 3국 경제협력체제(P3 CEP·Pacific Three Closer Economic Partnership)의 구축 논의를 개시하였다. 브루나이는 2차 협상부터 옵서버로 참여하였고 2005년 6월 APEC 통상장관회의에서 브루나이를 포함한 4개국은 역내 관세, 비관세장벽 등을 낮추는 일종의 자유무역협정인 P4(Trans-Pacific Strategic Economic Partnership Agreement)의 협상타결을 선언하였다.

P4의 협상타결 후 2008년 미국의 협상참여 의사표현으로 인하여 호주, 페루, 베트남이 참여요청을 하였다. 미국이 협정 참여를 위한 협상을 개시하며 협정의 이름이 환태평양경제동반자협정, 즉 TPP(Trans-Pacific Partnership Agreement)로 바뀌었다. 이후 호주, 베트남, 페루, 말레이시아, 캐나다, 멕시코가 협상에 공식참여 후 2013년 일본이 TPP협정 협상에 공식적으로 참여하였다. 여러 차례의 참가국 장관회의를 거쳐 2015년 10월 TPP협정은 12개국의 참여로 타결되었다.

제 2 절 TPP협정의 의의

아시아 지역은 미국의 경제적, 정치적 이익의 전략적 핵심 지역으로 거대한 통합된 아시아의 시장은 미국의 무역, 투자, 기술교류등의 확대에 엄청난 기회를 제공할 수 있다. 미국은 TPP협정을 새로운 아시아-태평양 지역의 경제적, 정치적 골격을 확립하여 아시아 태평양 지역에 있어 가장 핵심적 위치를 차지하는 중국을 견제하기 위한 장치로 사용하고자 하려는 의도를 보였다.⁹ TPP협정을 바탕으로 중국 주도의 동아시아 경제통합을 저지하고 역내에 광범위하게 존재하는 중국의 영향력을 약화하려는 것이다.

TPP협정은 상품 및 서비스 교역의 자유화뿐만 아니라 비관세 분야 등을 대상으로 하는 광범위한 자유무역협정이다. 일반적인 FTA의 기본적 구성요소인 상품시장 접근(물품 관세철폐)과 서비스 교역뿐만 아니라 투자, 경쟁, 지식재산, 정부조달, 환경, 노동 등 비관세 분야를 망라한 21개 분야가 협정에 포함되어 있다. 이 협정은 미국의 주도하에 진행되어 왔지만 일본이 아베 내각 출범 이후 참가의사를 표명함으로써 국제사회의 관심도가 더욱 증대되었다. TPP협정이 발효되면 세계 GDP의 약 40%를 차지하는 거대 자유무역권의 형성될 전망이다. 12개 협정 참여국간 경제적으로 격차가 커 협상이 지연되는 양상을 보였었다. GDP 규모가 15조달러를 상회하는 미국부터 164억달러에 불과한 브루나이까지 다양하며 1인당 GDP도 가장 높은 호주와 가장 낮은 베트남의 격차가 47배에 달하는 등 국가간 격차가 큰 상황

⁹ 왕옥봉, 아-태 지역의 역내FTA 발전가능성 비교분석 RCEP와 TPP, 동아대학교, (2014)p18

이였기 때문이다.

이 TPP협정을 통해 상품의 수입과 수출이 늘어나고 시장이 개방되는 것도 있지만 TPP의 핵심은 지금까지는 없었던 새로운 국제규칙이 제정되었다는 것에 있다. 12개국의 GDP는 세계의 약 40%에 육박하고 새로운 규칙의 경제권의 탄생은 자유롭고 공정한 경쟁을 통해 높은 경제적 가치를 낳는 힘을 발휘할 것이다. TPP협정의 규정에 따라 투명한 질서를 구축한다면 태평양지역의 경제는 더 발전할 수 있다. TPP협정의 국경을 초월하는 독점금지 조항들은 WTO의 TRIPs협정 아래선 진행하지 못할 내용들이었다. 메가 FTA인 TPP협정은 TRIPs협정의 다자간 체제와 양자간 체제의 FTA의 발전된 협정으로 복수국가체제의 협정이다. 이는 FTA가 양국간의 배타적인 무역 특혜를 부여한다면 TPP협정은 가입한 나라 모두에게 특혜를 부과하는 복수국가들 사이의 다자간 FTA로서 FTA보다 높은 수준의 자유화를 목표로 하는 그 규모와 영향력에 있어 훨씬 높은 수준의 자유 무역협정으로 규정된 것이다. 21세기형 무역협정을 추구하는 TPP협정의 타결은 높은 수준의 무역자유화와 새로운 무역규범의 제정을 가능토록 하였다.

I. TPP협정의 내용

장	내용	장	내용
1	최초규정 및 일반적 정의	16	경쟁
2	상품에 대한 내국민 대우 및 시장접근	17	공기업 (국영기업)
3	원산지규정과 원산지 절차	18	지식재산권
4	섬유	19	노동
5	무역 원활화	20	환경
6	무역구제	21	협력과 능력배양
7	위생 및 식물위생조치	22	경쟁과 영업 원활화
8	무역에 대한 기술장벽	23	발전
9	투자	24	중소기업사업
10	국경간 서비스 무역	25	규제 정합성
11	금융서비스	26	투명성
12	상용관계자이동 (일시적입국)	27	행정과 제도적 사항
13	통신	28	분쟁해결
14	전자상거래	29	예외
15	정부조달	30	최종규정

표1. TPP협정문의 구성

TPP협정의 협정문은 30장으로 구성되어있고 서비스분야, 지식재산권 보호기준 강화, 국영기업 우대금지, 농수산 보조금에 대한 포괄적 금지 등이 주요 골자이다. TPP협정은 세계무역의 새로운 규범 및 표준을 정하고 기존 FTA와는 달리 차세대 신규 무역이슈를 포함시켜 21세기형 무역협정의 표본(template)를 지향하는 협정이다.

제 3 절 TPP협정과 중국

TPP협정은 21세기형 글로벌 규범을 궁극적인 목표로 하지만 사실상 미국식 표준으로 나아가는 규정을 택하였다. 이는 TPP협정에의 중국의 참여를 더욱 어렵게 만들었는데 TPP에 참여할 시 중국의 산업경쟁력은 크게 약화되어 중국이 쉽게 TPP에 참가하기는 어려운 실정이다.

중국은 1990년대 말부터 공세적인 자유무역협정정책을 추진하여 아세안(ASEAN), 호주, 뉴질랜드, 홍콩/마카오, 대만, 칠레, 한국 등과 FTA를 이미 체결하였고 ASEAN과 같이 역내 포괄적 경제동반자 협정을 공동으로 추진하게 되었다. 이로 인해 미국은 TPP협정으로 전방위적으로 확대되고 있는 중국의 아시아지역 내에서의 영향력을 차단하고자 하는 것이다.¹⁰

TPP협정에서는 배제된 중국은 RCEP를 통하여 아시아-태

¹⁰ 전재성, 주재우, 미중관계의 변화와 한국의 미래 외교 과제, EAI국가안보패널 보고서(2012)p3-4

평양의 역내 주도권을 잡기 위하여 미국과의 주도권 전략을 벌이고 있다.¹¹

I. 역내 포괄적 경제 동반자 협정

역내 포괄적 경제동반자협정(RCEP)은 ASEAN 10개국(미얀마, 라오스, 타이, 캄보디아, 베트남, 필리핀, 말레이시아, 브루나이, 싱가포르, 인도네시아)과 한국, 중국, 일본, 오스트레일리아, 뉴질랜드, 인도가 참여하는 협정으로서 총 16개국의 관세장벽 철폐를 목표로 하는 일종의 자유무역협정이다.

2012년 11월 중국정부는 TPP협정의 급진전됨에 따라 역내 국가 간 경제통합에 초점을 맞춘 지역경제일체화를 추진 해야 한다는 것을 핵심으로 RCEP협정이 역내 무역 자유화는 물론이거니와 지역경제일체화를 위한 중요한 단계임을 강조하였다.¹² TPP가 고차원의 FTA를 지향하는 것에 반해 중국의 원자바오총리는 2012년 11월 동아시아정상회의에서 개별 국가들의 발전수준에 적합한 경로를 선택하여 지역경제일체화를 실현 해야 한다고 강조하였고 ASEAN을 지지하여 RCEP협정에 적극 참여하겠다고 밝히었다.¹³ 중국 정부의 이러한 방침에 따라 2012년 11월 캄보디아 프놈펜에서 개최된 동아시아 역내국간

¹¹ 왕옥봉, 아-태 지역의 역내FTA 발전가능성 비교분석 RCEP와 TPP, 동아대학교, (2014)p17

¹² 温家宝：中国积极参与RCEP谈判，中国新闻网，（2012.11.20） <http://www.chinane.ws.com/gn/2012/11-20/4343780.shtml>

¹³ 温家宝出席第七届东亚峰会 提四点倡议，中国新闻网(2012.11.20) <http://www.chinane.ws.com/gn/2012/11-20/4344365.shtml>

정상회의 및 장관회의에서 RCEP 협상 개시가 공식 선언되었고¹⁴ RCEP는 2015년 12월 현재 협상이 진행 중이다.

2015년 10월 협상 타결된 TPP협정과 RCEP협정 모두 메가 FTA로 높은 수준의 포괄적인 무역자유화를 목표로 하는 자유협상으로¹⁵ RCEP협정에 참여하는 회원국과 TPP협정에 참여하는 회원국 중 일부가 중첩된다. 이 두 협정은 서로 지향하는 바가 다르고 포괄하는 범위가 다르며 주도세력도 다르다. 주도세력과 경제통합의 특성 차이로 인해 경합관계로 인식되며, 특히 TPP협정 주도국인 미국과 RCEP협정 주도국인 중국 간의 갈등을 반영하고 있는 것으로 이해되고 있다. 또한 TPP협정은 완전 자유화를 추구하며 아주 제한적으로만 예외를 인정하는 반면 RCEP협정은 경제발전수준이 낮은 개발도상국에 관세철폐 예외 등을 인정해주기 때문에 전체적으로 TPP협정보다 개방수준이 낮은 협정이다.¹⁶ 중국 정부는 TPP협정이 지역경제일체화에 부합하지 않는다는 점을 지적하고, 협상 방식에서 있어서도 개방성에 초점을 맞춘 RCEP의 차별성을 부각시켰다. 중국이 배제된 TPP협정을 견제할 수 있는 대안적 수단을 확보하는 데에 주력한 중국은 중국이 선호하는 ASEAN+3¹⁷ 틀을 고수하지 않고 일본이 선호한 ASEAN+6¹⁸ 차원의 FTA논의를 시작하였다. TPP협정의 급진전이 중국에

¹⁴ 이승주, 미중일 삼각 구도와 한국 전략적 대응: TPP와 RCEP의 사례를 중심으로, 서울대학교 미국학연구소(2013)p111

¹⁵ 서진교, [경제교실] '메가 FTA' TPP·RCEP, 한국에 어떤 영향 주나, 서울경제 (2015.10.27)

<http://economy.hankooki.com/lpage/opinion/201510/e20151027113446145270.htm>

¹⁶ 서진교, [경제교실] '메가 FTA' TPP·RCEP, 한국에 어떤 영향 주나, 서울경제 (2015.10.27)

¹⁷ ASEAN 10개국과 한국, 중국, 일본 3개국을 일컫는다.

¹⁸ ASEAN 10개국과 한국, 중국, 일본, 인도, 호주, 뉴질랜드를 일컫는다.

있어 기존의 지역구상을 전환하여 RCEP협정의 지역구상에 있어 구체적인 결과물이 되었다.¹⁹ 이로써 RCEP협정이 타결된다면 35억인구와 세계 GDP의 약33%의 경제규모 약 20조달러의 자유무역협정이 타결되는 것이다.²⁰

RCEP협정의 협상내용은 현재 공개되어있지 않지만 비정부 단체인 KEI(Knowledge Ecology International)가 공개한 유출된 RCEP협정의 지식재산권의 초안을 살펴보면 TPP협정의 지식재산권규정과 비슷한 수준의 지식재산권 보호를 규정하기를 제안하고 있다고 알려져 있다. RCEP협정이 아직 타결되지 않아 최종 협상문은 공개되지 않았지만 한미FTA를 통해 TPP협정 수준의 지식재산권 규정을 가지고 있는 한국의 참여와 TPP협정의 참가국인 일본 등의 참여로 인하여 지식재산권의 보호가 엄격할 수밖에 없는 상황일 것이다. 아직 RCEP협정의 협상은 타결되지 않았으나 협상이 최종 타결될 시 지식재산권의 보호가 기존의 중국의 법보다는 강화될 것이 분명해 보인다.

¹⁹ 이승주, 미중일 삼각 구도와 한국 전략적 대응: TPP와 RCEP의 사례를 중심으로, 서울대학교 미국학연구소(2013)p112

²⁰ 안혜신, FTA, TPP, RCEP..복잡한 통상, 도대체 뭐가요?, 이데일리(2014.05.04)
<http://www.edaily.co.kr/news/NewsRead.edy?SCD=JA61&newsid=01144726606085640&DCD=A00106&OutLnkChk=Y>

제 3 장 TPP협정의 지식재산권

국제통상 규범의 일부에 속하므로 국제통상법의 영역에 위치할 것 같은 TPP 협정의 규정 중 지식재산권은 TPP협정의 핵심적인 논의의 대상으로서 협상이 타결되기 전 합의 도출에 어려움을 겪은 대표적 분야로 국가들 간의 가장 첨예한 대립을 이어온 분야였다. 이는 지식재산권이 선진국과 개도국 사이의 타협이 가장 필요한 규정이었기 때문이다. 미국은 TRIPs 이후 참여하는 모든 무역협정에 지식재산권 조항을 포함시켰으며 협정이 거듭될 때마다 지식재산권의 국제적인 보호기준은 상향 조정되는 경향을 보였다. TRIPs이후 나날이 강화되어온 지식재산권의 보호규제들은 TPP협정에서 역대 국제 협정들 중 가장 강력한 지식재산권 규정으로 만들어 졌다.

현재 최고수준의 지식재산권 규정을 포함한 TPP협정은 지식재산권법에 있어 강력한 보호를 펼치고 있는 미국의 주도로 타결된 국제적인 협상으로서 선진국의 지식재산권 보호제도를 개도국의 수준과 선진국의 수준에 맞추어 협상 후 반영한 규정이다.

TPP협정 협정문 18장은 지식재산권을 다루고 있는데 일반 규정(General Provisions), 협력(Cooperation), 상표(Trademarks), 나라이름(Country Names), 지리적 표시(Geographical Indications), 특허(Patents and Undisclosed Test or Other Data), 산업 디자인(Industrial Designs), 저작권(Copyright and Related Rights), 집행(Enforcement), 인터넷 서비스 제공자

(Internet Service Providers), 최종규정(Final Provisions), 총11개의 섹션으로 구성되어 있다.

TPP협정은 그 논의내용이 대외비로 진행되어 최종협정문을 발표하기 전까지 협정문의 구체적인 내용을 파악하기 어려웠으나 TPP협정의 주요쟁점 중 하나였던 지식재산권에 관한 부분은 몇 차례에 걸쳐 협상 내용이 유출됨으로써 외부에 알려졌다.²¹ TPP협정의 지식재산권 초안은 많은 논란을 가져왔는데 이는 미국이 제시한 TPP협정문 초안의 지식재산권의 보호수준이 너무나 강력하였기 때문이다. 최종 협상타결 후 공개된 협정문의 지식재산권 규정은 타 참여국과의 협상에 따라 미국의 초안보다는 조금 완화된 지식재산권 보호조항을 규정 하고 있다. 하지만 최종 협정문의 지식재산권 또한 기존의 국제협상들의 지식재산권 강화 수준보다 더 높은 수준의 보호의무를 가지고 있다. TPP협정에서 쟁점이 된 내용들은 지식재산권을 기존 다른 협정의 규범들의 보호 수준보다 강화하는 조항들인 상표권의 보호범위의 확대, 바이오 의약품특허의 자료독점기간 연장, 저작권의 존속기간 연장 등의 내용이다.

²¹ 위키리크스(Wiki-Leaks)를 통하여 2013년 11월 협정초안이 공개되었으며 같은 해 12월 추가적인 내용이 포함되어 공개되었고 2015년 11월 최종협정문의 공식적인 발표 전까지 2014년, 2015년에는 업데이트된 조문의 내용이 여러 차례에 걸쳐 추가적으로 발표되었다.

제 1 절 상표권과 지리적 표시²²

I. 상표로 등록 가능한 표지의 종류

TPP협정의 지식재산권중 제18.18조²³ 상표의 등록요건에 있어 비전형상표인 소리와 냄새까지 상표등록이 가능하도록 규정하였다. 비전형상표는 전형적으로 시각에 의존하는 디자인이나 문구에 의하여 인식되는 상표 외의 것으로 형태, 소리, 냄새, 색채 등으로 구성된 상표를 의미하는데, WIPO가 발표한 상표법 위원회의 보고서에 따르면 이들을 비전형상표로 구분하여 소리상표, 냄새상표, 맛상표, 촉각상표로 세분하고 있다.²⁴ WIPO의 상표법 위원회 보고서에 따르면, 소리상표나 냄새상표는 비전형상표라 칭하기 보다는 비시각적상표(Non-visible signs)라고 분류하고 있다.

미국은 상표법인 Lanham Act의 규정에서 “상표란 단어, 명칭, 상징 혹은 도안 또는 이들의 결합”이라 정하고 있는데, 1995년 연방 최고 법원에서 식별력을 갖춘 색채, 소리 등의 또 다른 비전통적 형상들도 상표로써 기능할 수 있다고 판결함으로써 소리 상표를 인정

²² TPP협정 제18장 지식재산권 규정의 섹션C는 상표법에 관련하여 규정하고 있고 섹션E는 지리적 표시에 대하여 각각 규정하고 있다.

²³ TPP협정 18.18조 상표로 등록 가능한 표지의 종류: 어떠한 당사국도 등록의 요건으로 표지가 시각적으로 인식 가능할 것을 요구할 수 없으며, 어떠한 당사국도 상표를 구성하는 표지가 소리 또는 냄새 라는 이유만으로 상표의 등록을 거부할 수 없다. 또한 정밀한 서술이나 시각적 서술, 혹은 둘 다를 이용하여 상표를 표기할 것을 요청할 수 있다.

²⁴ Standing Committee on the law of Trademarks, Industrial designs and Geographical Indications, “New Types of Marks”, WIPO, (2006), p.8-11.

하게 되었다.²⁵ 이러한 상표들은 시각적인 상표에 비해 선호되는 냄새나 소리의 고갈가능성이 있는데 가정용품 등 일정한 상품에서 유사한 향이 사용되는 경우 냄새를 일정한 상표권자가 선점하여 후발주자가 그러한 향을 사용할 수 없을 경우가 발생할 수 있다. 소리의 경우도 마찬가지로 익숙한 소리 등이 이미 상표로 등록된다면 사용할 기회를 후발주자들은 놓치게 되는 것이다.²⁶ 이는 TRIPs협정의 제15조 1항²⁷보다 확장된 상표등록범위로서 시각적인(단어, 문자, 숫자, 도형적 요소, 색채의 조합 등) 상표를 넘어서는 규정이다.

많은 국가들이 상표를 시각적 표지로 한정하고 있기는 하나 사회와 과학기술의 발전에 따라 상표의 범위도 확대될 수 있으며 소리나 냄새가 식별력을 가질 수 있고 그러한 식별력에 대한 입증가능하다면 시각적 표지가 아니라고 하여 상표등록을 부정할 이유는 없다. 오히려 상표를 시각적으로 인식 할 수 있는 표지에 한하여 상표를 제한하는 것이 상표등록이 확대되는 세계적인 추세에 있어 뒤떨어진다고 볼 수도 있다. 다만 소리나 냄새의 경우 그 자체가 본래적으로 식별력을 갖기 어렵기에 상표로서 식별력이 떨어질 수가 있다. 또한 만인이 공유해야 할 소리나 냄새 가운데 상표로서 식별력을 갖

²⁵ Qualitex Co. v. Jacobson Prods. co., 514 U.S. 159, 172(1995).

²⁶ 한미FTA저지범국민운동본부 지적재산권공동대책위원회, “한 미 FTA에 대한 의견서”, 소리상표, 냄새상표의 도입 여부에 대한 의견, <http://nofta-ip.jinbo.net/?q=node/34>

²⁷ TRIPs협정 제15조 1항: 어떤 사업의 상품 또는 서비스를 다른 사업의 상품 또는 서비스로부터 식별시킬 수 있는 표지 또는 표지의 결합은 상표를 구성할 수 있다. 이러한 표지, 특히 성명을 포함하는 단어, 문자, 숫자, 도형적 요소 및 색채의 조합과 이러한 표지들의 결합은 상표로서 등록될 수 있어야 한다. 표지가 자체적으로 관련 상품 또는 서비스를 식별시킬 수 없는 경우, 회원국은 사용에 의하여 획득된 식별성을 등록요건으로 할 수 있다. 회원국은 등록요건으로 표지가 시각적으로 인식 가능할 것을 요구할 수 있다

춘 냄새나 소리를 구별하는 것이 용이하지 않아 공유성이 인정되어야 하는 부분임에도 독점권이 인정될 수도 있다.²⁸

현재 미국의 경우 NBC방송사의 차임이나 20세기 폭스사의 팡파르, 재봉실에 더해진 플루메리아 향기등 보이지 않는 상표이지만 이미 상표로 등록된 사례가 있다. 비시각적 상표의 등록에 있어 상표를 표기할 때 사실적이며 가능한 구체적으로 상표를 표현하여 일반 소비자가 해당 상표를 인식할 수 있어야 하는데 그 예로 미국의 유명영화사 MGM의 로고 등장 시 나오는 사자의 울음소리는 이미 소리 상표로 등록되어 있는 상표권을 획득한 상표로서 USPTO에 등록된 자료에 따르면 MGM사는 이 소리상표를 “사자의 울음소리로 구성되어 있다(The mark comprises a lion roaring)”라고 설명하고 있다.²⁹

II. 저명상표의 보호

TPP협정의 저명상표 보호에 관해서는 저명상표인지를 결정하는 조건으로 등록을 요구해서는 안 된다고 규정짓고 있으며 표지의 저명성에 대한 사전인식이 결여되어 있다는 것을 이유로 표지의 저명상표에 대한 보호를 거부할 수 없도록 하고 있다.³⁰ 또한 파리협약 제6조의2가 등록여부와 관계없이 저명상표에 의해 확인되는 상품

²⁸ 육소영, 상표권에 관한 한미 FTA의 이해 및 분석, 과학기술법연구 제13집 제 1호, (2007)p72

²⁹ USPTO Case Id 73553567, publication date:March.11, 1986

³⁰ TPP협정 제 18.22조 제1항: 어떠한 당사국도 어떠한 표장이 유명 표장인지를 결정하는 조건으로 그 표장이 그 당사국의 영역 또는 다른 관할권에 등록되어 있을 것을 요구하거나 유명표장 목록에의 등재 또는 표장의 유명성에 대한 사전인식이 있을 것을 요구할수 없다.

또는 서비스와 동일하거나 유사하지 아니한 상품 또는 서비스에 준용 되도록 하고 있는데 이때 저명상표로서 보호되기 위해서는 그 상품 또는 서비스에 관련된 그 상표의 사용이 그 상품 또는 서비스와 상표권자 사이의 연관성을 나타내어야 할 것이다. 또한 상표권자의 이익이 그러한 사용에 의하여 손상될 가능성이 존재해야 한다.³¹ 이 조항에 따르면 상표권자의 권익이 침해될 경우 등록되지 않은 상표가 동일하지 않은 유사상품으로 침해 당했을 경우에도 상표권자의 권익은 보호받을 수 있다.

TPP협정이 규정한 조항 중 저명 상표의 저명성을 판단하기 위해서는 그 저명성을 관련상품이나 서비스를 통상적으로 다루는 일반인의 범위를 넘어서는 안 된다고 설명하고 있다. 이는 사용자주의를 근간으로 한 미국에 유리한 규정으로서 선 등록제를 사용하는 국가들에게는 법체계에 변화나 추가적인 법률을 제정해야 할 것이다.

III. 지리적 표시와 단체표장, 증명표장제도

지리적 표시라는 표현이 국제조약에서 처음 등장한 ³² TRIPs협정의 제 22조에 따르면 지리적 표시란 상품의 특정 품질, 명성 또는 그 밖의 특성이 본질적으로 지리적 근원에서 비롯되는 경우,

³¹ TPP협정 제 18.22조 제2항: 파리협약 제6조의 2는, 등록 여부와 관계없이 유명상표에 의하여 확인되는 상품 또는 서비스와 동일하거나 유사하지 아니한 상품 또는 서비스에 준용된다. 다만, 그 상품 또는 서비스에 관련된 그 상표의 사용이 그 상품 또는 서비스와 상표권자 사이의 연관성을 나타내어야 할 것이며, 상표권자의 이익이 그러한 사용에 의하여 손상될 가능성이 있어야 한다.

³² 김형근, 한중FTA에서의 지적재산권 분야 협상에 관한 연구, 중국학연구 (2011)p340

회원국의 영토 또는 회원국의 지역 또는 지방을 원산지로 하는 상품임을 명시하는 표시이다. 지리적 표시를 사용하는데 있어 당해 상품의 지리적 근원에 대해 대중의 오인을 유발하는 방법으로 진정한 원산지가 아닌 지역을 원산지로 한다고 표시하거나 암시하는 상품의 명명 또는 소개수단의 사용과 파리협약의 제10조 2의 의미 내에서 불공정경쟁행위를 구성하는 사용, 국가의 법이 그렇게 허용하는 경우 직권으로 또는 이해관계자의 요청에 따라, 국가 내에서 이러한 상품의 표시사용이 대중에게 진정한 원산지의 오인을 유발할 우려가 있는 성격인 경우, 표시된 영토를 원산지로 하지 않는 상품에 대하여는 그러한 지리적 표시가 포함되는 등 표시로 구성되는 상표의 등록을 거부 또는 무효화한다. 상품의 원산지인 영토, 지역 또는 지방이 문자 상으로 사실일 경우에도 그 상품이 다른 영토를 원산지로 하는 것으로 대중에게 오인되는 지리적 표시에 대하여 적용된다 라고 규정짓고 있다.

TPP협정에서는 지리적 표시가 상표로 보호 될 수 있다는 내용을 포함하고 있고³³ 각 당사국이 지리적 표시의 보호를 위한 제도를 갖추고 있어야 한다고 명시하였으며, 그러한 제도는 대중이 쉽게 이용 가능 하도록 과도하게 어렵지 않은 형식으로 처리할 수 있게 절차를 명확하게 규정하고 출원에 관련된 상황을 신청인이 쉽게 알 수 있도록 해야 하며, 지리적 표시의 신청에 대해 문제가 있을 경우 이의제기 절차가 가능해야 하며 지리적 표시의 취소절차 또한 규정하

³³ TPP협정 제 18.19조: 각 당사국은 상표가 단체표장과 증명표장을 포함하도록 규정한다. 당사국은 표장들에 대한 보호를 제공해야 하며 지리적 표시의 역할을 하는 표지 또한 상표제도 아래서 보호받아야 한다.

도록 규정 하고 있다.³⁴ 지리적 표시의 취소의 경우 이미 출원된 상표 혹은 등록중인 상표와 혼동을 야기할 가능성이 있거나 이미 관습적으로 보통명칭으로 사용될 때는 취소가 가능하다고 규정하고 있다.³⁵ 그러므로 이미 등록된 상표나 우선권이 있는 상표가 있는 경우 지리적 표시의 보호는 인정되지 않는다. 기존의 상표권을 침해하지 않는 선에서만 지리적 표시의 보호가 인정이 되는 것이다. 또 TPP협정은 단체표장(Collective Mark)과 증명표장(Certification Mark)에 대한 보호에 대해 각 당사국은 상표가 단체표장과 증명표장을 포함하도록 규정하고 표장들에 대한 보호를 제공해야 하며 지리적 표시의 역할을 하는 표지 또한 상표제도 아래서 보호받을 수 있다고 규정하고 있다. 단체표장과 증명표장의 개념이 혼동되기 쉬우나 단체표장이란 단체 자체에 의해서 사용된다기 보다 그 단체 구성원에 의하여 소속 단체원이 사용토록 하는 표장이며³⁶ 증명표장이란 상품이나 서비스의 품질, 원

³⁴ TPP협정 제18.31조: 당사국이 상표보호제도를 통하거나 다른 제도로 지리적 표시의 보호를 위하여 출원하거나 이의 인정을 청원할 수 있는 관리상의 절차나 수단을 제공하는 경우, 당사국은 그러한 출원 및 청원에 대하여, (a) 자국민을 대신한 당사국의 관여를 요구함이 없이, 그러한 출원 혹은 청원을 접수한다. (b) 그러한 출원 혹은 청원을 과도하게 무거운 부과가 없는 형식으로 처리한다. (c) 그러한 출원 혹은 청원의 제출을 규율 하는 자국의 법과 규정이 대중에게 쉽게 이용 가능하도록 하고 이러한 조치를 위한 절차를 명확하게 규정하도록 보장한다. (d) 일반적인 출원 혹은 청원의 제출 절차와 출원 및 청원의 처리과정에 관한 지침을 일반 대중이 획득할 수 있도록, 그리고 출원인, 청원인, 또는 그의 대리인이 특정 출원 및 청원의 상황을 확인할 수 있도록 한다. (e) 지리적 표시를 위한 출원 혹은 청원이 이의제기가 가능하게 공표되도록 보장하고, 출원 또는 청원의 대상인 지리적 표시에 대한 이의제기 절차를 규정한다. 그리고 (f) 지리적 표시의 인정 혹은 보호의 취소절차를 규정한다.

³⁵ TPP협정 제 18.32조: 만약 한 당사국이 TPP협정의 18.31조를 통하여 지리적표시를 보호하거나 인정할시, 그 당사국은 이해 당사인이 지리적 표시의 보호나 인정을 아래의 조항을 근거로 이의제기 시 그에 따른 절차를 규정한다. (a) 지리적표시가 그 당사국의 영역에서 선의로 출원 혹은 등록중인 상표와 혼동을 야기할수 가능성이 있는 경우 (b)지리적 표시가 당사국의 법에 의하여 권리를 획득한 이미 존재하는 상표와 혼동을 야기할 경우 (c) 지리적 표시가 당사국내에서 관련상품의 보통명칭으로서 통용어에서 관습적으로 사용되는 용어일 경우

³⁶ 육소영, 위의논문p78

산지, 생산방법 등 특성의 증명을 업으로 하는 자가 상품이나 서비스의 특성이 충족됨을 증명하는데 사용하게 하기 위한 표장으로 이는 상품의 출처를 표시하는 것이 아니고 상품 또는 서비스가 품질 또는 기타의 특성을 충족하고 있다는 것을 증명하거나 보증하는 것을 목적으로 하는 표장이다.

지리적 표시는 TRIPs협정의 협상시에도 유럽연합과 이민국가(미국, 호주, 캐나다등)간에 의견 대립이 상당히 있었던 쟁점인데 이민국가들은 일방적인 지리적 표시 보호의 강화로 관련 산업이 받을 부정적 영향을 우려하였고, 유럽연합은 오래 전부터 널리 알려진 명성과 지역적 특성을 가진 농산물 및 식료품에 대한 지리적 표시와 원산지 명칭을 지식재산 차원에서 등록, 보호하고 있기 때문이었다.³⁷ TPP협정의 협상에도 지리적 표시는 쟁점에 올랐지만 미국의 주도하에 진행된 TPP협정의 협정문에서는 셰리포도주(Sherry wine), 파마산 치즈(parmesan cheese), 페타 치즈(feta cheese), 볼로냐 고기(bologna meat) 등 이미 보통명칭화되어 버린 지리적 표시를 지리적 표시로 사용하지 못하게 하고 그 출처가 어느 국가인지 여부에 상관없이 모든 유형의 제품에 대해 적용되는 증명표장 또는 단체표장으로 지리적 표시를 상표법의 일부로 보호하게 하였다³⁸

³⁷ 안광구, 국내외 지리적 표시의 효과적인 보호방안 및 국내 지리적 표시 단체표장 제도의 활성화 방안, 특허청, 한국지식재산연구원(2007.08)p23

³⁸ 이규호, 지리적 표시 단체표장과 지리적 표시 증명표장의 보호에 관한 연구, 경원법학 제2권 제2호 (2009.11)p137

제 2 절 특허

I. 특허등록대상과 특허등록지연에 따른 보호연장

특허는 일정한 기술을 공개함으로써 산업의 발전을 도모하는 한편, 그에 대한 상응하는 보상으로 일정기간 독점권을 부여하는 양면성이 있다. TPP협정 18.37조³⁹인 특허등록대상에 따르면 모든 기술과 분야에서 어떠한 발명에 대해서 특허가 가능하도록 한다 라고 규정하였다. 다만 그 발명에 있어서 발명이 신규성이 있고 진보성을 수반하며 산업상 이용 가능할 경우 특허로 등록이 가능하다고 하였다. 새로운 용도 또는 사용방법에 대하여 한가지 이상을 충족할 때 특허가 가능하다는 것 또한 명시해 놓았다.

특허 등록에서 제외가 가능한 발명으로는 제18.37조 제3항과 제4항에서 다루고 있는데 인간이나 동물의 치료를 위한 진단방법

³⁹ TPP협정 제18.37조: 1. 제3항과 제4항을 조건으로, 각 당사국은 모든 기술분야에서 물건 또는 방법에 관한 어떠한 발명에 대하여도 특허가 가능하도록 한다. 다만, 발명이 신규성이 있고 진보성을 수반하며 산업상 이용 가능하여야만 한다. 2. 제3항과 제4항을 조건으로, 또한 제1항과 합치하게, 각 당사국은 알려진 물건의 새로운 용도 또는 사용방법에 대하여 한가지 이상을 충족할 때 특허가 가능하다는 것을 확인한다. 당사국은 특허청구를 하지 않은 제품의 사용방법에 대하여 새로운 방법에 대한 특허청구를 제한 할 수 있다. 3. 당사국은 인간 혹은 동물 또는 식물의 생명이나 건강을 보호하거나 환경에의 심각한 피해를 회피하기 위한 것을 포함하여, 공공질서 또는 선량한 풍속을 보호하기 위하여 상업적 이용을 자국의 영역 안에서 금지하는 것이 필요한 발명을 특허대상으로부터 제외할 수 있다. 다만 이러한 제외는 그 이용이 자국의 법으로 금지되어 있다는 이유만으로 이루어져서는 아니 된다. 당사국은 또한 아래사항에 대해서 특허대상으로부터 제외할 수 있다. (a) 인간 또는 동물의 치료를 위한 진단방법, 치료방법 및 외과적 방법. (b) 미생물을 제외한 동물과 비생물과 미생물학적 방법을 제외한 식물 혹은 동물의 생성의 본질적 생물학적 과정 4. 당사국은 식물과 미생물에 대하여 특허등록 대상으로 제외할 수 있다. 하지만 제1항과 합치하고 제3항을 조항으로 각 당사국은 적어도 식물에서 얻은 발명은 특허등록이 가능하다.

과 치료방법 및 외과적 방법은 특허 등록에서 제외할 수 있으며, 미생물을 제외한 동물과 비생물과 미생물학적 방법을 제외한 식물 혹은 동물의 생성의 본질적 생물학적 과정도 특허 등록을 제외할 수 있다. 또한 식물과 미생물에 대하여 특허등록대상에서 제외할 수 있지만 식물에서 얻은 발명은 특허등록이 가능하다고 규정하고 있다.

이 조항에 관련하여 가장 많은 혜택을 볼 수 있는 산업은 제약산업이다. TPP협정은 특허섹션에 의약품에 대한 세부내용 (Subsection C: Measures Relating to Pharmaceutical Products) 을 추가해놓았는데 제약산업은 특허에 대한 중요도가 아주 높기 때문이다. 또한 혁신에 소요되는 고정 비용이 거액이기 때문에 신약개발보다는 의약품의 새로운 용도를 특허 출원하는 것이 더 간편하기 때문에 제약회사들은 의약 특허에 에버그리닝전략⁴⁰을 사용하여 특허의 존속기간을 연장하여 특허 보호기간 동안 더 많은 독점적 권리를 얻고자 한다. TPP협정에서는 특허등록지연에 대한 보상차원의 특허존속기간의 연장을 규정함으로써⁴¹ 의약품의 특허출원에 있어 불합리하게 소요되는 시간을 최대 5년까지 보상해주어 특허권자는 특허를 연장할 수 있다. 이는 TRIPs협정의 제33조⁴²의 특허출원후 20년간 특허권을 보호할 수

⁴⁰ 에버그리닝(Ever greening): 오리지널약의 화학구조를 일부 바꾸거나 특허범위를 넓게 설정하는 방식으로 원천특허의 특허기간을 연장하려는 전략을 뜻한다.

⁴¹ TPP협정 제18.48조: 1. 각 당사국은 의약품의 시판허가신청서를 효율적이고 빠른 시일에 처리하는 것에 있어 불합리하고 불필요한 지연을 피하여 최선을 다해야 한다. 2. 의약품은 특허의 대상이며 각 당사국은 의약품의 시판허가 절차의 결과로 유효한 특허존속기간이 불합리하게 단축된 것에 대하여 특허권자에게 보상하기 위하여 특허권의 기간 조정을 가능하게 한다. 3. 더욱더 정확히 하기 위해서 이 조항에 대한 의무를 삽입한다. 각 당사국은 조건들과 제한들을 규정하는데 있어 이 조항을 실시하는 것을 전제로 한다. 4. 유효한 특허존속기간의 불합리한 단축을 막기 위해서 당사국은 시판허가신청서를 신속하게 처리할 수 있도록 채택하거나 절차를 유지하여야 한다.

⁴² TRIPs협정 제33조: 보호기간은 출원일로부터 20년이 경과하기 전에는 종료되지

있도록 하는 규정에서 나아가 의약품과 같이 실시를 위한 별도의 허가과정¹이 필수적으로 요구되는 발명에 대하여 보호기간을 연장 할 수 있도록 한 것이다. TPP협정의 제18.48조 제4항에 따르면 각 당사국은 의약품의 시판허가신청서를 신속하게 처리할 수 있도록 절차를 유지해야 하는 등 의약품의 시판허가를 최대한 빠르게 만들어 시판할 수 없는 기간을 제외하고 20년의 특허 존속기간을 사용할 수 있게 규정한 것이다. 오리지널 의약품의 특허기간이 연장된다면 제네릭 의약품의 출시는 연기될 수 밖에 없고 이는 TPP협정의 특허 규정 중 가장 큰 쟁점 중 하나로 인식되고 있다.

II. 허가특허연계제도

허가특허연계제도는 앞서 말한 에버그리닝 전략과 관계 있는 제도로서 당사국이 의약품의 시판을 허가하는 조건으로 안정성 또는 유효성의 정보를 원래 제출한자가 아닌 자가 그러한 정보 또는 그 상국의 영역 또는 다른 영역에서의 이전 시판허가의 증거와 같이 이전에 허가된 제품의 안전성 또는 유효성 정보의 증거에 의존토록 하는 경우 그 당사국은 그 제품 또는 그 제품의 허가된 사용방법을 대상으로 하는 것으로 허가당국에 통보된 특허의 존속기간 동안 시장에 진입하기 위하여 시판허가를 요청하는 모든 그러한 다른 자의 신원을 특허권자가 통보 받도록 규정하고 특허침해가 의심되는 제품의 시판 전 충분한 시간과 기회를 특허권자에게 주어 해당특허에 인가된 의약품이나 그에 대한 사용방법이 합법 혹은 침해인지를 사법적이나 행정적

아니한다.

절차로 신속한 구제 등의 절차를 밟아 임시 금지절차 등의 조치를 취할 수 있도록 해야 하는 제도이다.⁴³

이 허가특허연계제도는 복제약 시판허가를 신청한 자가 있다면 그 복제약과 관련된 특허를 보유하고 있는 오리지널 제약사에 이를 통보해야 하고 오리지널 제약사가 침해를 구제받기 위하여 소송 등의 조치를 취할 경우 허가절차는 정지된다.⁴⁴ 이 제도는 보건 당국의 의약품의 시판허가 절차와 관련 의약품에 관한 특허권 침해절차를 결부시킴으로써 특허권자의 지위 강화를 꾀하는 제도이다.⁴⁵

III. 바이오 의약품

바이오 의약품이란 인체 내에서 자연적으로 미량 생성되는 생체활성물질을 생명공학기술을 이용하여 생산해낸 의약품으로 바이오 의약품 개발은 향후 질병의 진단, 치료, 예방에 상당한 기술적 파급효과를 가져올 것이며, 생명공학기술을 이용한 바이오 의약품

⁴³ TPP협정 제 18.51조: 1. 당사국이 의약품의 시판을 허가하는 조건으로, 안전성 또는 유효성 정보를 원래 제출한 인 이외의 인이 그러한 정보 또는 그 당사국의 영역 또는 다른 영역에서의 이전 시판허가의 증거와 같이 이전에 허가된 의약품의 안전성 또는 유효성 정보의 증거에 의존하도록 허용하는 경우, 그 당사국은 (a) 그 의약품 또는 그 의약품에 허가된 사용방법을 대상으로 하는 것으로 허가당국에 통보된 특허의 존속기간 동안 시장에 진입하기 위하여 시판허가를 요청하는 모든 그러한 다른 인의 신원을 특허권자가 통보 받을 수 있도록 규정하거나 특허권자에게 통보를 제공하는 시스템을 제공하도록 한다. (b) 특허권자에게 특허권 침해 혐의가 있는 의약품의 시판 전 충분한 시간과 기회를 주어 (c)에서 규정한 적절한 조치를 취할 수 있도록 해야 한다. (c) 사법절차 혹은 행정절차 같은 방법과 예비적 유지명령 혹은 동일한 효과적인 임시적 조치 같은 신속한 구제를 통하여 의약품 또는 의약품에 허가된 사용방법에 대하여 침해나 유효에 대한 논쟁을 처리한다.

⁴⁴ 김현철, 한미FTA 허가-특허연계제도의 바이오의약품 적용여부에 대한 고찰, 이화여자대학교 법학논집 제 17권 제1호(2012.09)p228

⁴⁵ 박준석, 의약에 관한 특허법의 통합적 검토, 저스티스 제128호, 한국법학원 (2012)p251

은 DNA 백신, 유전자치료제, 단일항체의약품 및 세포.조직치료제 등이 있다.⁴⁶ 화학합성의약품과 달리 바이오 의약품은 생산하는 과정이 복잡하여 제조사들은 국가가 그들의 제품에 특권을 부여해줄 것을 요구하였고 그의 자료 독점기간에 대하여 각 국가간의 치열한 논쟁이 있었다. TPP특허규정중 가장 논쟁이 심했던 규정 중 하나인 바이오 신약의 자료 독점기간을 협정결과 최소 5년을 필수 기간으로 규정하였는데 TPP협정 제18.52조에 따르면 각 당사국이 바이오 신약의 자료 독점 기간을 5년을 최소의 기간으로 규정하되 8년을 선택하던지 최소 5년의 독점기간에 8년의 독점기간과 비교될 만한 시장 성과가 나올 수 있는 조치 둘 중 하나를 선택해 사실상 바이오 신약의 자료 독점기간은 8년 이상으로 결정되었다.⁴⁷ TPP협정이 규정한 5~8년의 기간 동안 동등한 바이오 의약품은 최초(original)의 바이오 의약품 독점기간 동안 시판할 수 있도록 승인할 수 없다. 미국 특허법상 바이오 의약품은 12년간 자료 독점⁴⁸이 가능하여 이 TPP협정의 조항은 많은 다국적제약회사들의 비난을 샀다. 바이오 의약품에 있어 자료 독점권의 보장은 신약개발에 있어 제약회사에 동기를 부여해주는 권리이며 5~8년의 독점기간은 너무 짧다라는 것이 그들의 주장이었다. 바이오

⁴⁶ 한국보건산업진흥원, 바이오 의약품 허가.관리 개선 방안 연구, 식품의약품안전청(2002),p23

⁴⁷ TPP협정 제18.52조 1항: 바이오 신약을 보호함에 있어 당사국은 (a)바이오 신약이나 바이오제제를 포함한 신약의 첫 시판허가에 대하여 18.50조의 1항의 이행을 통하여 효과적인 시장 보호를 제공하고 18.50조의 3항을 상황에 맞게 변경하여 당사국 내에서 첫 시판 허가일로부터 8년간의 보호를 제공하거나 (b)바이오신약이나 바이오제제를 포함한 약의 첫 시판허가에 대하여 (i) 18.50조의 1항을 통하여 이행하거나 18.50조의 3항을 상황에 맞게 변경하여 당사국 내에서 첫 시판 허가일로부터 5년간의보호와 (ii) 다른 방법을 통하여, 그리고(iii) 시장의 상황을 인식하고 효과적인 시장보호에 기여해야 하며 비교될만한 시장에의 성과를 전달해야 한다.

⁴⁸ 42 U.S.C. §262(k)(7)(A). 기준 제품이 최초로 승인받은 날로부터 12년간 인정되는 독점권 기간 중에 FDA는 동등생물의약품 등에 대하여 시판할 수 있도록 승인할 수 없다

의약품은 생물에 대한 예외로 인하여 특허를 획득하지 못하는 국가가 있고 이 경우 자료독점권만이 그 대안이 될 수 있기에⁴⁹ 바이오 의약품 개발하는 제약사들에겐 바이오 의약품에 대한 자료독점권은 신약개발에 들어간 막대한 비용을 보상해주는 권리이기 때문이다.

TPP협정의 규정은 미국의 법보다는 4년 적은 8년으로 규정되어 있지만 이는 바이오 의약품에 대한 자료 독점권을 8년간 보호해주며 저렴한 의약품에 대한 접근을 제한함으로써 개발도상국의 의약품접근을 방해하게 된다. 국제 인도주의 의료 구호 단체인 ‘국경 없는 의사회’의 경우 세계 곳곳의 활동 현장에서 HIV 감염자 20만여 명을 치료하는 데 쓰는 의약품의 80%이상은 복제약을 사용하며 결핵, 말라리아등 다른 질병을 치료하는데 있어서도 복제약을 사용하고 있다. 질병 치료에 필요한 의약품들에 있어 복제약이 없다면 개발도상국의 보건 체계로는 감당하기 어려울 만큼의 비용이 의약품으로 사용될 것이라는 것이 국경 없는 의사회의 주장이다.⁵⁰ 바이오의약품의 자료 독점권이 연장될수록 복제약을 만들기 어려워지고 이는 개발도상국에 있어 약제비용에 더 많은 예산을 사용해야 하게 될 것이다. 저렴한 복제약은 의약품의 가격을 30~80%까지 낮출 수 있지만 특허의약품이 존재하고 있다면 복제약은 출시 될 수 없다. 의약품의 특허는 신약 개발에 기인하지만, 자료독점권은 의약품 판매 승인을 받을 때 제출하는 안전성과 유효성에 대한 정보이기 때문에 의약품의 시장 가격을 결정하는 것은 자료독점권이 될 수 밖에 없다. 이 자료를 독점

⁴⁹ 박인회, 바이오의약품의 허가-특허 연계제도, 경북대학교법학연구원 법학논고 제 41집, (2013.02)p327

⁵⁰ 국경 없는 의사회, 저렴한 의약품에 대한 접근을 수호할 것을 인도에 촉구하는 글로벌 캠페인 런칭(2015.06.11) <http://www.msf.or.kr/article/2455>

함으로써 저렴한 복제약의 출시를 막는 것이다. HIV의약품의 경우 2001년 항레트로바이러스(ARV)의 1차 라인 약을 생산하는 최초 제약 회사의 약값은 매년 1인당 10,439달러였지만 저렴한 복제약을 생산하는 회사의 약값은 매년 1인당 350달러로 약30배의 차이가 났다. TPP협정의 바이오의약품 규정으로 인하여 복제약 생산회사는 TPP협정 가입국에 진출할 기회가 차단될 뿐 아니라 복제약 생산의 경쟁력은 줄어들어 적정가격의 의약품을 구매하기 어려워지게 될 것이다.⁵¹

제 3 절 저작권

I. 저작권 존속 기간

TPP협정이 규정한 저작권의 보호기간은 자연인의 수명에 기초하는 경우 저작자의 생존기간과 저작자의 사후 70년 이상이며 자연인의 수명 이외의 것에 기초할 경우 그 기간은 저작물이 최초로 허락되어 발행된 연도 말로부터 70년 이상이라고 규정하고 있다. 기존의 TRIPs협정 제12조⁵²와 베른협약 제7조⁵³에서 규정하였던 저작자의 생존기간과 저작자 사후 50년간의 보호에서 20년을 연장한 것이다.

저작물에 저작권 보호기간을 두는 이유는 저작물이 저작

⁵¹ 이수정, TPP가 보건의료에 미치는 영향, 이슈페이퍼(2015.02)p7

⁵² TRIPs협정 제12조: 사진저작물 또는 응용저작물이 아닌 저작물의 보호기간은 자연인의 수명을 기준으로 계산하지 아니하는 경우에는 언제나 승인된 발행의 역년의 말로부터 최소 50년간 또는 작품의 제작 후 50년 이내에 발행이 이루어지지 아니한 경우 제작된 역년 말로부터 50년이 된다.

⁵³ 베른협약 제7조 1항: 이 협약이 부여하는 보호기간은 저작자의 생존기간과 그의 사망 후 50년이다.

자의 창작적 노력의 소산이며 이는 저작자의 재산적 가치를 보호하고 그 권리에 대한 침해를 일정기간 보장해야 하기 때문이다.⁵⁴ 또한 저작물의 경우 저작권 보호기간이 끝나면 모든 사람들이 자유롭게 이용할 수 있는 공공의 이용물인 공중의 영역이 되는데 저작권 보호기간이 지난 저작물을 공중이 향유하여 문화적 발전 도모 할 수 있기 때문이다.

TPP협정이 규정한 저작권보호규정에 따르면 TPP협정 참여국의 저작물의 공중의 영역의 도달은 최대 20년이 뒤로 늦춰지는 것이다. 이는 저작권자의 편에 서서 본다면 저작물의 상업적 이용기회가 확대됨에 따라 저작물의 상업적 생명력이 증가하여 새로운 저작물의 창작하는 유인이 될 것이라 기대 할 수 있다. 일정한 기간 동안의 저작권의 독점을 인정하여 창작유인을 통해 문화발전에 기여할 수 있는 저작권의 보호기간 연장은 새로운 저작물의 창작의 경제적 기반을 제공함으로써 문화발전의 효과를 꾀할 수 있다는 것이다.⁵⁵ 또한 저작권의 보호기간에 일정한 제한을 주어 공중의 이용을 도모하여 문화발전에 이바지 할 수 있다.⁵⁶ 하지만 공유저작물을 이용할 기회를 줄여 저작물의 이용 및 접근의 폭이 좁아지고 저작물에 대한 이용 환경이 전반적으로 저하되어 저작물 사용자들의 저작물 향유 기회가 감소된다는 견해도 있다.

⁵⁴ 정재준, 한미FTA협정문 제 18장 저작권법의 형사정책적 고려, 동아법학, 동아법학연구소(2012.02)p452

⁵⁵ 김현경, 미국에서의 저작권보호기간 연장에 대한 논의와 그 시사점, 미국헌법연구 제21권 제3호(2010.12)p254

⁵⁶ 정재준(2012.02)p459

II. 저작권 비친고죄

TPP협정에서 저작권이나 상표권의 비권리자의 사용시 당사국의 권한 있는 당국은 위법행위에 대하여 제3자나 권리자의 공식적인 고소 없이 직권으로 법적 조치를 개시할 수 있다고 규정하고 있다.⁵⁷ 이는 애니메이션, 영화, 음악 등의 저작권이 침해된 경우 권리자의 고소 없이도 정부가 공소를 제기할 수 있는 제도이다. TPP협정 가입국인 일본의 경우 2차적 저작물의 창작 활동이 활발한 국가로서 2차적 저작물의 창작 활동이 원작의 인지도 상승이나 새로운 독자층의 확보에 기여하고 있어 일본 애니메이션의 경제적 이익 창출을 극대화하고 있다는 점들을 고려하여 2차적 저작물을 하나의 문화로 인식하고 있어 TPP협정의 타결 전 저작권 비친고죄에 대한 많은 부정적 반응을 보였었다. 하지만 공개된 협정문에서는 저작권에 대한 비친고죄에 있어 각 당사국은 최소한 상업적 규모의 고의적인 상표위조나 저작권과 저작인접권 침해의 경우에 적용될 형사절차 및 처벌을 규정 한다⁵⁸ 라고 규정지어 2차적 저작물이 상업적 규모로 저작물을 침해하지 않을 시엔 공정 이용(fair use)으로 남을 수 있게 되었다.⁵⁹

⁵⁷ TPP협정 제18.77조 6항의 (g): 소관 관청은 위법행위에 대하여 권리자나 제삼자의 공식적인 고소 없이 직권으로 법적 조치를 개시할 수 있다.

⁵⁸ TPP협정 제 18.77조 1항: 각 당사국은 최소한 상업적 규모의 고의적인 상표위조나 저작권 또는 저작인접권 침해의 경우에 적용될 형사절차 및 처벌을 규정한다. 상업적 규모의 고의적인 저작권 또는 저작인접권 침해는 다음을 포함한다.(a) 상업적 이익이나 금전적인 이익을 얻는 행위 (b) 상업적 이익 혹은 금전적인 이익을 위하여 행하여 지지는 않았으나 저작권이나 저작인접권에 있어 시장에서의 실질적 손해를 끼치는 중대한 행위

⁵⁹ 권용수, 日, TPP협상에서 논의된 저작권침해범죄 비친고죄화에 난색, <http://cpcstory.blog.me/220356217745>

III. 기술적 보호조치

디지털 네트워크 환경의 발달에 따라 저작물의 복제에 소요되는 노력과 시간은 더 이상 대량복제를 방지하는 요인이 되지 못하게 되었다. 복제를 거듭하여도 원본과 복제물의 질적 차이가 미미하고 아무런 추가비용 없이 고품질의 저작물의 복제물을 광범위하게 유통할 수 있게 되었다.⁶⁰ 이러한 저작권을 침해하기 쉬운 환경에서 저작권자들은 저작물을 보호하여 자신의 권리를 찾고자 기술적 보호조치를 취하게 되었는데 이를 기술적 보호조치라 한다. 이러한 기술적 보호조치는 저작권자가 저작권 침해를 당하기 이전에 사전에 보호조치를 취한다는 점에서 일종의 기술적 자구조치라고 할 수 있다.⁶¹

TPP협정에서의 제 18.68조는 저작권의 기술적 보호조치(Technological protection measures)에 있어 접근통제와 기술적 보호조치를 좌절시키는 것에 대한 고의나 과실 요건, 기술적 보호조치 규정의 위반과 저작권 침해와의 관계와 기술적 보호조치에 있어 예외규정들과 전자제품 등의 디자인에 있어 강제를 금지하는 등의 조항을 규정하였다.

저작물에 있어 허락 받지 아니한 행위를 제한하는 효과적인 기술조치의 우회에 대하여 충분한 법적 보호와 효과적인 법적 구제를 제공하기 위하여 각 당사국은 비영리 도서관, 기록보존소, 교육기관과 공공의 비상업적 방송기관을 제외한 어떠한 사람이 고의로 상

⁶⁰ 정신, 기술적 보호조치의 보호와 저작권 본질간의 균형, 연세 의료 과학기술과 법 제2권(2011)p195

⁶¹ 김현철, 서재권, 룰메이킹에 의한 기술적 보호조치 예외 설정에 관한 연구, 저작권위원회,(2008)p5

업적 이익이나 사적인 금전적 이득을 얻을 목적으로 보호되는 저작물에 대한 접근을 통제하는 효과적인 기술조치를 알면서 권한 없이 우회하거나 그 기술의 우회를 가능하게 하거나 용이하게 하는 것을 주목적으로 하는 방법 등을 고안하거나 제작할 시 민사 및 행정절차에 따라 처리한다⁶²고 규정하였다.

이는 추후 저작물의 불법적 접근을 통제하는 기능을 우회하여 사용하는 불법복제물들을 처벌할 수 있는 규정으로 저작권자와 그 제공자들의 권리를 지켜줄 수 있는 규정이다.

⁶² TPP협정 제 18.68조: 1. 저작자, 실연자 및 음반제작자가 자신의 권리 행사와 관련하여 사용하고 그의 저작물, 실연 및 음반과 관련한 허락 받지 아니한 행위를 제한하는 효과적인 기술조치의 우회에 대하여 충분한 법적 보호와 효과적인 법적 구제를 제공하기 위하여, 각 당사국은 다음의 인이 제18.74조에 규정된 구제에 대하여 책임이 있고 그 적용 대상이 되도록 규정한다.(a) 보호되는 저작물, 실연, 음반 또는 그 밖의 대상물에 대한 접근을 통제하는 효과적인 기술조치를, 알면서 또는 알만한 합리적인 근거를 가지고, 권한 없이 우회하는 인, 또는(b) 다음의 장치, 제품 또는 구성품을 제조, 수입, 배포, 공중에게 제의, 제공 또는 달리 밀거래하거나, 다음의 서비스를 공중에게 제의하거나 제공하는 인 (i) 효과적인 기술조치의 우회를 목적으로, 그 인이, 또는 그 인과 협력하여 그리고 그 인이 이를 알고 있는 상태에서 행동하는 다른 인이 홍보, 광고 또는 마케팅 하는 것(ii) 효과적인 기술조치를 우회하는 것 이외에는 제한적인 상업적 의미가 있는 목적 또는 용도만 있는 것, 또는(iii) 효과적인 기술조치를 우회하는 것을 가능하게 하거나 용이하게 하는 것을 주목적으로 고안, 제작되거나 기능하는 것. 각 당사국은, 비영리 도서관, 기록보존소, 교육기관 또는 공공의 비상업적 방송기관 이외의, 어떠한 인이 고의로 그리고 상업적 이익 또는 사적인 금전적 이득을 얻을 목적으로 위의 행위 중 어느 하나에 관여한 것으로 판명되는 때에 적용될 형사 절차 및 처벌을 규정한다.

제 4 장 TPP규정과 중국법의 비교

중국의 지식재산권은 크게 산업 재산권, 저작권, 기타권리(영업비밀, 반도체직접회로 배치설계권, 식물육종권)로 구분된다. 중국에서는 산업재산권이 발명특허, 실용신형특허, 외관설계특허, 상표로 구분되며, 이 중 발명특허, 실용신형특허(실용신안), 외관설계특허(의장)등 3가지는 특허로 한데 묶고 있다. 중국의 지식재산권의 관리는 중앙정부와 지방정부로 이원화되어 있는 것이 특징으로, 중앙정부는 지식재산권의 등록업무를 담당하고 지방정부는 지식재산권에 대한 실질적인 관리업무를 담당한다. 중국 지식재산권 제도에서 상표권, 특허권, 저작권은 국무원 산하의 각기 다른 담당기관에 의해 감독, 보호받고 있다. 상표권의 경우 국가공상총국 산하의 상표국에서 관리 감독하고 있으며 특허권의 경우 국가지식산권국에서 저작권의 경우 신문출판서산하의 국가판권국에서 관리 감독하고 있다.

중국의 지식재산권 법률체제의 구축은 1978년 개혁, 개방 이후부터 시작되었다. 제정, 발전, 개정등의 과정을 통하여 중국의 지식재산권은 더욱더 국제규범에 발맞추어 나가고 있다. 특히 중국의 지식재산권의 발전에 있어 가장 큰 변화는 WTO가입시에 있었는데 중국은 TRIPs협정에 부합하지 않는 지식재산권 관련 법률과 법규를 상대로 대대적인 개정을 진행하였다.

중국은 국가경쟁력의 핵심요소로 지식재산권의 중요성을

인식하여 2008년 ‘국가 지식재산권 전략강요’를 제정한 후, 지적권 출원량 등 양적 측면에서 매년 20% 이상의 성장률을 보이고 있는 등 국가적인 차원에서 지식재산권의 보호수준을 향상시키려 노력하고 있다. 2011년 10월에는 ‘국가 지적권 사업발전 12차 5개년 계획(2011~2015년)’을 수립해 동 기간에 사회제도의 전반적인 개선과 과학기술 업무 및 지적권 보호를 중점적으로 추진한다고 천명한 바 있으며 지적권 분야에 대한 관리감독을 엄격히 실시하는 등 집행조치도 강화할 것이라고 발표⁶³하는 등의 많은 노력을 기울이고 있다. 하지만 중국정부의 노력에도 불구하고 중국의 법령과 그 집행에 있어 TRIPs 협정과의 차이가 아직도 존재한다.

TPP협정은 최고수준의 지식재산권 보호조항을 규정한 국제적인 협상으로서 선진국의 지식재산권 보호제도를 개도국의 수준과 선진국의 수준에 맞추어 협상 후 반영한 규정이기 때문에 아직 TPP협정에 참여하지 않은 국가일지라도 국제화에 발맞추기 위하여 자국의 지식재산권법에 TPP협정의 지식재산권 규정을 참고할 높은 가치가 있다고 생각한다. TRIPs협정 체결 이후 지적재산권 보호를 강화하기 위한 TRIPs-Plus 기준은 양자무역협정이나 지역무역협정, 복수국간 무역협정에 반영되었다. 이들 협정에 반영된 TRIPs-Plus 기준은 TRIPs협정상의 유연성 조항들을 제거하여⁶⁴ TRIPs협정을 능가하는 강력한 지식재산권에 대한 규제를 규정하고 있다.

⁶³ 서동욱, 중국, 지식재산권 전쟁의 시대 도래, Chindia journal, vol.78 (2013.02)p.15-16

⁶⁴ Susan K. Sell, “TRIPS Was Never Enough: Vertical Forum Shifting, FTAs, ACTA, and TPP”, 18 Journal of Intellectual Property Law (2011), p448.

TPP협정 협정문 18장은 지식재산권을 다루고 있는데 일반 규정(General Provisions), 협력(Cooperation), 상표(Trademarks), 나라이름(Country Names), 지리적 표시(Geographical Indications), 특허(Patents and Undisclosed Test or Other Data), 산업 디자인(Industrial Designs), 저작권(Copyright and Related Rights), 집행 (Enforcement), 인터넷 서비스 제공자(Internet Service Providers), 최종규정(Final Provisions), 총11개의 섹션으로 구성되어 있다.

SECTION	내용
A	일반규정(General Provisions)
B	협력(Cooperation)
C	상표(Trademarks)
D	나라이름(Country Names)
E	지리적 표시(Geographical Indications)
F	특허(Patents and Undisclosed Test or Other Data)
G	산업 디자인(Industrial Designs)
H	저작권(Copyright and Related Rights)
I	집행(Enforcement)
J	인터넷 서비스 제공자(Internet Service Providers)
K	최종규정(Final Provisions)

표2. TPP협정 지식재산권 규정의 구성

제 1 절 중국법과 TRIPs협정

TRIPs협정은 최소기준의 원칙과 유연성 조항, 개발도상국에 대한 특별규정 등을 통해 회원국들의 조화를 이루어내고 보편적 지적재산권 보호체제를 형성하였다. 그럼에도 불구하고 지식재산권 분야에 있어서 지역주의적 경향이 나타나고 있는데 위조 및 불법복제로 인한 지식재산권의 침해가 심화됨에 따라 선진국들은 지식재산권을 실질적으로 보호할 수 있는 강화된 지식재산권의 집행체제를 주장하였다. TRIPs협정보다 강화된 규정을 채택하여 높은 수준의 지식재산권 보호를 반영한 TPP협정이 그 예이다.⁶⁵

중국은 WTO가입시의 승낙을 준수하기 위해 WTO에 가입하기 전 TRIPs 기준에 맞추기 위하여 1990년대 말부터 지식재산권법에 대한 개정을 시작하였으며 2001년 WTO가입이후 중국은 국제지적재산권 협약을 엄격하게 이행하여야 하는 상황이었기에 지식재산권 보호법체계를 정비하였다. 중국의 지식재산권 법체계가 국제규범에 배치되는 부분은 그다지 많지 않다는 것이 WTO가입 전의 중국정부의 공식적인 입장이었으나 이러한 중국의 홍보에도 불구하고 현재의 중국의 지식재산권법이 TRIPs와 완전하게 부합한다고 할 수 없다.

TRIPs 협정은 개발도상국과 저개발국 의 상황과 여건을 감안하여 협정 이행을 위해 5년의 경과기간을 부여하였으나, 여전히

⁶⁵ 성재호, 임대성, TRIPs와 TRIP-Plus 지역협정의 협력적 병존, 통상법률 (2013.10), p12~13

많은 국가들이 TRIPS협정 이행에 불완전함을 보이고 있다.⁶⁶

I. WTO/TRIPs와 중국법의 비교

1. 중국의 지식재산권법률

중국의 상표법, 특허법, 저작권법은 TRIPs협정의 규정에 부합되기 위하여 개정을 진행하였고 그 이후로도 개정을 통하여 지식재산권의 보호규정을 강화하였다. 국제 지식재산권 보호에 협조하기 위하여 지식재산권법을 개정하였으나 여전히 중국의 지식재산권법과 국제협정과의 차이는 존재한다. TRIPs-Plus라 불리는 TPP협정과의 비교이전에 중국의 규정과 TRIPs와의 차이를 간단히 알아보자면 아래와 같다.

중국은 2014년 개정된 상표법의 실시와 같이 치명상표⁶⁷의 인정과 보호 규정을 개정하여 치명상표의 보호 규정을 강화하였으나 중국의 치명상표제도는 사실상 중국기업만을 위한 제도로 외국의 치명상표에 대한 보호 조치는 미흡하다.⁶⁸

중국의 특허법 제 5조에서⁶⁹ 법률, 사회공공도덕을 위반하

⁶⁶ Jerome H. Reichman, “Universal Minimum Standards of Intellectual Property Protection under the TRIPS Component of the WTO Agreement”, 29 International Lawyer, No. 2 (1995), p450

⁶⁷ 중국의 치명상표(驰名商标)란 Well-known mark로 높은 인지도를 가지고 있어 수요자에게 미치는 과급효과가 큰 상표를 뜻한다.

⁶⁸ 은중학, 중국지적재산권 보호의 실제, http://m.kiip.re.kr/download.do?attach_no=85

⁶⁹ 중국 특허법 제5조: 법률, 사회공공도덕을 위반하거나 공공이익에 방해되는 발명창조에 대해서는 특허권을 수여하지 아니한다. 법률, 행정법규의 규정을 위반하고 유전자원을 취득하거나 그를 이용함과 아울러 그 유전자원에 의존하여 완성한 발명창조에 대해서는 특허권을 수여하지 아니한다.

거나 공공이익에 방해되는 발명에 대해서는 특허를 수여하지 않는다고 규정하였으며 TRIPs협정의 제27조 2항⁷⁰에 따르면 특허 대상으로부터의 제외는 자국 법령에 의해 금지되어 있다는 이유만으로 취해져서는 안 된다고 규정되어있다. 중국의 특허 제5조 규정은 자의성의 문제를 내포하고 있다.⁷¹ 이는 선진국의 TRIPs의 엄격한 해석을 요구하는 것과 차이를 보인다.

2. 중국 지식재산권법 집행의 문제

중국은 WTO가입을 위하여 TRIPs협정의 규정에 거의 부합하는 지식재산권법을 갖추었다. 하지만 명목상의 내용에 있어 많은 개선이 있었으나 그 법의 집행에 있어서 상당한 문제점이 존재한다.⁷²

중국의 지식재산권법의 집행상의 가장 큰 문제는 제도적 장벽에 부딪혀 법 집행이 실패하는 데에 있다. 지방 이기주의, 행정 부처간 조율실패, 법원 및 행정 당국의 자원부족 등은 중앙정부에서 의도한 바와 다르게 법이 집행되지 못하는 요인들이다. 중국의 각 지방의 지식경제 발전 정도에 따라서 지방법원의 서로 다른 이해관계는 법적 집행의 상반된 판결을 가져와 집행상의 문제를 준다.

2007년 미국은 중국의 지식재산권 침해와 중국의 관대한

⁷⁰ TRIPs협정 제27조 2항: 회원국은 자국의 영토 내에서의 상업적 이용의 금지가 사람, 동물, 식물의 생명, 건강의 보호 또는 환경에 대하여 중대한 손해를 방지하는 것과 공서양속의 보호에 필요하다고 인정되는 발명에 대하여는 특허 대상으로부터 제외할 수 있다. 단, 이러한 제외는 동 이용이 자국 법령에 의해 금지되어 있다는 이유만으로 취해져서는 아니 된다.

⁷¹ 은중학, 중국지적재산권 보호의 실제, http://m.kiip.re.kr/download.do?attach_no=85

⁷² 은중학, 위의논문

형사적 책임 요건이 침해자로 하여금 실질적인 도피처를 제공하여 준다는 점을 지적하며 낮은 이윤의 수익으로 판매되는 불법복제물의 경우 형사적 제재가 미치지 않는다는 점들을 들어 WTO에 제소하였다.⁷³ 2009년 WTO분쟁 조정 패널은 중국의 저작권법 및 일부 관세조치들이 충분한 조치를 제공하지 못하였다며 WTO규정에 따른 준수 의무에 일치시킬 것을 권고한다고 밝히며⁷⁴ 중국의 TRIPs협정의 집행에 있어 문제점이 존재한다는 걸 보여주었다.

중국정부는 지식재산권법의 법령개정과 집행의 중요함을 법령개정과 주요도시에의 지식재산권법원 설립, 행정단속 및 특허법 제4차 개정작업의 진행 등을 통하여 지식재산권의 보호를 강화하고 있다. 하지만 중국정부의 단속 강화에도 불구하고, 중국에서의 지식재산권의 침해는 아직도 많아 TRIPs협정과 TPP협정등 국제적 기준에 맞추기 위한 중국의 지식재산권법의 꾸준한 개정과 중국정부의 관심이 필요하다.

제 2 절 국제적 조약

교통과 통신의 발달은 국가간의 장벽을 무너뜨리고 국가간의 상호작용을 늘어나게 하는 결과를 가져왔다. 국가간의 상호교류가 활발해 짐에 따라 각국은 자국의 지식재산권을 효과적으로 보호하

⁷³ 이경화, 미국, WTO에 중국 지재권 침해 제소, SW지재권 동향, SW IPreport 제3호,(2007.04)p4

⁷⁴ 미, 중국과의 지재권분쟁서 승리, 연합뉴스(2009.01.27)

<http://media.daum.net/foreign/china/newsview?newsid=20090127052304894>

기 위해 국제적 조약으로 자국의 이익을 최대화하기를 꾀하였다. 단일화된 지식재산권 관련 국제적 조약이 다수의 국가들을 상대로 가입이 되며 여러 관련 조약들에 근거하여 지식재산권의 보호가 이루어져 왔으나 발전하는 시대의 흐름에 따라 보호수준이 미흡하고 권리침해에 대한 국제적 제재수단이 결여된 지식재산권 보호의 문제는 국제통상분쟁의 주요원인이 되는 등 각국의 지식재산권의 보호를 위하여 강력한 보호수준을 요구하는 국제적 조약이 필요해지었다. 1964년 국제적 보호 시스템을 통해 지식재산권의 개발을 촉진하기 위하여 설립된 세계지식재산권기구인 WIPO(World Intellectual Property Organization)는 지식재산권과 관련된 다양한 국제조약을 주관하여 지식재산권을 국제법으로 보호받을 수 있게 하였다.

지식재산권의 국제적 교류로 인하여 다양한 국제조약을 가입한 국가들의 지식재산권법은 점점 국제적 조약의 수준으로 상향되고 개정되어 점점 더 강력한 법적 보호가 지식재산권을 보호하게 되었다.

I. TPP가 요구하는 국제적 조약

TPP협정에서는 강력하고 효과적인 지식재산권의 보호를 위하여 협정문의 한 장을 지식재산권에 대한 조항들을 규정하였다. TPP협정은 가입국가에 지식재산권의 최소한의 보호를 위하여 12가지의 국제조약의 가입과 준수를 요구한다. 이는 국제조약에 따라 TPP협정 참여국가를 차별 없이 공정하고 공평하게 대우 해야 하기 때문이다.

TPP협정의 18장 지식재산권에서 가입과 준수를 요구하거나 권유하는 국제조약은 아래와 같다.

- ① 특허협력 조약 (Patent Cooperation Treaty, as amended September 28, 1979)
- ② 파리협약 (Paris Convention)
- ③ 베른협약 (Berne Convention)
- ④ 마드리드의정서 (Madrid Protocol)
- ⑤ 부다페스트조약 (Budapest Treaty)
- ⑥ 상표법에 관한 싱가포르조약 (Singapore Treaty)
- ⑦ 국제신품보호동맹 (UPOV 1991)
- ⑧ 세계지적소유권기구 저작권조약 (WCT)
- ⑨ 세계지적소유권기구 실연 음반조약 (WPPT)⁷⁵
- ⑩ 특허법 조약 (Patent Law Treaty)⁷⁶
- ⑪ 표장의 등록을 위한 상품 및 서비스의 국제분류에 관한 니스협정 (Nice Agreement Concerning the International Classification of Goods and Services for the Purposes of the Registration of Marks)⁷⁷
- ⑫ 공업의장의 국제기탁에 관한 헤이그협정 (Geneva Act of the Hague Agreement Concerning the International Registration of Industrial Designs)⁷⁸

TPP협정이 요구하는 지식재산권의 국제적 조약은 지식재산권의 효과적이고 일률적인 기준에 의하여 지식재산권을 보호하기 위하여 필요하다.

⁷⁵ ①~⑨ TPP협정 제 18.7조

⁷⁶ ⑩ TPP협정 제 18.14조

⁷⁷ ⑪ TPP협정 제 18.25조

⁷⁸ ⑫ TPP협정 제 18.56조

II. 중국이 가입한 국제적 조약

TPP협정이 준수하길 요구하는 국제조약들 중 중국이 가입하지 않은 국제조약은 특허법조약과 공업의장의 국제기탁에 관한 헤이그 협정이 있다. TPP협정의 제18.7조 국제적 조약의 1항은 특허협력조약, 파리협약, 베른협약을 가입하여야 하며 18.7조 2항에서는 마드리드 의정서, 부다페스트조약, 싱가포르조약, UPOV, WCT, WPPT를 TPP협정이 발효되기 전까지 가입해야 한다고 규정하고 있다. 중국의 경우 TPP협정의 제18.7조에서 요구하는 국제적 조약에는 모두 가입이 되어 있으므로 TPP협정에 가입하는 것에 있어 추가적으로 국제적 조약에 가입할 필요는 없다. 하지만 TPP협정이 가입하기를 권유하는 협력섹션의 특허법조약과 산업디자인 섹션의 헤이그협정은 미가입한 상태이다. 하지만 이 두 가지 조약은 TPP협정에서 강제로 가입하기를 요구하지 않기에 중국이 TPP협정에 가입하는 것에 대하여 문제될 소지는 없어 보인다.

구분	가입여부	발효시기
특허협력조약	가입	1993.10.01
파리협약	가입	1985.03.19
베른협약	가입	1992.10.15
마드리드의정서	가입	1995.12.01
부다페스트조약	가입	1995.07.01
상표법에 관한 싱가포르조약	가입	2007.04.10
국제신품중보호동맹	가입	1999.04.02
세계지적소유권기구 저작권조약	가입	2007.06.09
세계지적소유권기구 실연·음반조약	가입	2007.06.09
특허법 조약	미가입	-
니스협정	가입	1994.08.09
헤이그협정	미가입	-

표3. TPP협정의 지식재산권 국제조약 중 중국이 가입한 조약

제 3 절 상표권과 지리적 표시 보호

I. 중국 상표법 관련 규정

1. 상표로 등록 가능한 표지

2001년 개정된 중국 상표법 제8조에 따르면 상품을 타인의 상품과 구별되도록 할 수 있는 어떤 시각적 표장도 모두 상표로서 상표등록출원을 할 수 있고 시각적으로 문자나 도형, 입체표정과 색채의 조합 등인 시각적인 표지의 상표등록이 가능하였다. 2013년 개정된 중국의 상표법제8조⁷⁹에는 추가로 소리상표 또한 상표등록이 가능하도록 개정되었다. 비시각적인 소리가 상표로 등록할 수 있게 된 것은 국제화 추세에 맞춘 것으로 2001년의 상표법의 시각적 상표만이 등록 가능한 규정을 삭제하여 소리 또한 상표로 신청이 가능하게 되었다.

개정된 상표법과 더불어 2014년 5월부터 시행한 중국의 상표법실시조례에서는 소리상표의 신청조건으로 아래의 조건을 요구한다. 소리상표로 상표등록을 신청하는 경우 신청서에 이를 명기하고 소리상표의 사용방식에 대한 설명을 작성해야 한다. 소리상표는 MP3나 WAV형식의 5MB가 넘지 않는 파일이어야 하며 CD에 담아 제

⁷⁹ 중국상표법 제8조: 문자, 도형, 자모, 숫자, 입체표장과 색채의 조합과 소리등 이들 요소의 조합을 포함하여 자연인, 법인 또는 기타 조직의 상품을 타인의 상품과 구별되도록 할 수 있는 어떤 표장도 모두 상표로서 상표등록출원을 할 수 있다.

출해야 한다. 또한 소리상표에 대한 묘사 시 오선보(五线谱)⁸⁰나 숫자 악보⁸¹의 방식으로 채용 해야 하며 글로써 설명을 추가하여야 한다. 만약 소리상표가 악보로 묘사 될 수 없는 비음악성질의 소리라면 글로써 묘사를 해야 하며 상표묘사와 소리건본은 일치해야 한다.⁸²

2014년 5월1일 중국의 개정된 상표법이 시행된 이후 2015년 7월까지 약 1년2개월간 중국 상표국에 신청된 소리상표는 235건에 달하며 그 중 중국의 첫번째 소리신청상표는 중국국제방송국의 개시곡이며, 그 외에도 QQ메신저의 친구 접속 시 나오는 “동동동”소리 라던지 QQ메신저에서 메시지를 받았을 경우 나오는 “디디디”소리 등이 소리상표로 신청되어있다. ⁸³

⁸⁰ 5줄로 되어있는 악보(오선지)

⁸¹ 음표 대신 숫자 등을 사용해서 음을 나타낸 악보

⁸² 중국 상표법실시조례 제 13조: 상표등록을 신청하는 경우 발표된 상품 및 서비스업 분류표에 따라 유형별로 신청해야 한다. 상표등록을 신청하는 경우 매 건마다 상표국에 <상표등록신청서> 1통, 상표도안 1통을 제출해야 하고 칼라조합 또는 흑백도안에 대하여 상표등록을 신청하는 경우 칼라도안과 흑백원고를 1통을 제출하며 칼라를 지정하지 아니한 경우 흑백도안을 제출해야 한다. 상표도안은 명확하고 접착이 용이해야 하며 매끄럽고 내구성이 있는 용지를 사용하여 인쇄하거나 사진으로 대체할 수 있고 길이와 폭은 10cm보다 커서는 아니 되고 5cm보다 작아서는 아니 된다. 3차원 표식으로 상표주책을 신청하는 경우 신청서에 성명하는 동시에 3차원 형태를 확정할 수 있는 도안을 제공해야 하며 제출한 상표도안은 최소 3면 투시도가 포함되어야 한다. 칼라조합으로 상표주책을 신청하는 경우 신청서에 성명하고 상표의 사용방식을 설명해야 한다. 소리표식으로 상표등록을 신청하는 경우 신청서에 성명하고 요구에 부합하는 소리건본을 제출해야 하며 주책을 신청한 소리상표에 대하여 묘사하고 상표의 사용방식을 설명해야 한다. 소리상표에 대한 묘사는 오선보 또는 악보에 상표로서 작용하는 소리에 대하여 묘사하고 문자설명을 추가해야 하며 오선보 또는 악보로 묘사할 수 없는 경우 문자를 사용하여 묘사할 수 있으며 상표의 묘사와 소리건본은 일치해야 한다. 집단상표, 증명상표의 등록을 신청하는 경우 신청서에 성명하는 동시에 주체자격 증명서류와 사용관리규칙을 제공해야 한다. 상표가 외국어로 되어 있거나 외국어가 포함되는 경우 그 의미를 설명해야 한다.

⁸³ 中国工商报, 商标局已受理声音商标申请235件 (2015.7.28)
<http://www.cicn.com.cn/zggsb/2015-07/28/cms72738article.shtml>

2. 치명상표

중국에는 저명상표를 보호하기 위한 개념으로 치명상표⁸⁴가 있다. 중국의 치명상표에 관한 법률로는 상표법의 제13조⁸⁵, 제14조⁸⁶가 치명상표를 보호하고 있다. 저명상표의 보호가 국제적으로 중요해진 만큼 중국의 상표국, 상표평심위원회, 인민법원 등에서 치명상표에 대한 보호를 강화해 나가고 있다. 1983년 3월부터 시행된 중국 상표법에는 치명상표에 대한 규정이 마련되지 않았으나 1986년 파리조약에 가입하면서 치명상표에 대한 보호를 시작하였고 1993년 개정된 상표법에서 모방상표, 기망상표에 대한 등록 저지 등 치명상표에 대한 보호를 법적으로 규정 하였다.

이후 국가공상행정관리총국의 치명상표의 인정 및 관리의 잠정시행규정을 1996년 8월 공포하면서, 치명상표 인정 기준과 절차를 상세하게 규정 하였다. 이 규정에 따라 이미 등록되어 있는 상표에 한하여 치명상표를 인정받고자 하는 기업은 상표국에 치명상표 인정 신청서를 제출하고, 관련 법 기관 및 행정기관의 심사를 통해 치명상표의 인증을 받는 별도의 절차를 거쳐야 했다. 이러한 규정은 치

⁸⁴ 중국의 치명상표(驰名商标)란 Well-known mark로 높은 인지도를 가지고 있어 수요자에게 미치는 파급효과가 큰 상표를 뜻한다.

⁸⁵ 중국상표법 제 13조: 동일하거나 유사한 상품에 대하여 상표등록 출원한 상표가 타인이 중국에 등록하지 않은 치명상표를 복제, 모방 또는 번역하여 혼동을 일으키기 쉬운 경우에는 등록을 불허하고 사용을 금지한다. 동일하지 않거나 유사하지 않은 상품에 대하여 상표등록 출원한 상표가 타인이 이미 중국에 등록한 치명상표를 복제, 모방, 번역하여 공중을 오도함으로써 치명상표권자의 이익에 손해를 줄 염려가 있는 경우에는 등록을 불허하고 사용을 금지한다.

⁸⁶ 중국상표법 제 14조: 치명상표의 인정은 다음의 요소를 고려하여야 한다.(a)당해 상표가 관련 공중에 알려진 정도;(b)당해 상표의 사용 지속 기간;(c) 당해 상표의 모든 선정업무의 지속 시간, 정도 및 지리적 범위;(d) 당해 상표가 치명상표로서 보호를 받은 기록;(e) 당해 상표의 치명성의 기타 요소

명상표를 보유하고 있지만 상표등록을 하지 않은 미등록 권리자의 보호에 취약하다는 점과 외자기업의 상표권 보호가 사각지대에 있다는 단점을 나타내어 2003년에는 폐지되었다. 하지만 치명상표 인정과 보호규정을 공포하여, 치명상표의 인정업무를 규율하고 치명상표 소유자의 합법적 권익을 보호하기 위하여 현행 상표법에서 치명상표 보호의 틀을 갖추게 되었다.

중국의 상표법 제 13조와 제14조는 치명상표에 대하여 규정하고 있는데 동일하거나 유사한 상품에 대하여 상표등록을 출원한 상표가 타인이 중국에 등록하지 않은 치명상표를 복제, 모방, 번역하여 혼동을 일으키기 쉬운 경우 등록을 불허한다고 규정해 놓았다. 중국의 상표법 제45조⁸⁷에 따르면 이미 등록된 상표가 상표법 제13조 제2항과 제3항, 제15조, 제16조 제1항, 제30조, 제31조, 제32조를 위반할 경우 상표등록일로부터 5년내 선행 권리인 또는 이해 관계인은 상표평심위원회에 당해 등록상표의 무효를 청구할 수 있다고 규정해 놓았다. 개정 전 상표법에 따르면 무효가 아닌 취소의 개념을 사용하였지만 2013년 개정된 상표법은 무효의 개념을 도입하여 상표권 취득자체에 원천적인 하자가 존재할 경우 당해 상표권의 법적 효력을 처음부터 없었던 것으로 간주하는 것으로 법을 규정하였다. 개정 전 상표법의 제5장은 등록상표 쟁의의 재정이었으나 개정된 상표법의 제5장은 등록상표의 무효선고로 수정하였다. 이로서 치명상표의 사용에 있

⁸⁷ 중국상표법 제45조: 이미 등록된 상표가 상표법 제13조 제2항과 제3항, 제15조, 제16조 제1항, 제30조, 제31조, 제32조를 위반할 경우 상표등록일로부터 5년내 선행 권리인 또는 이해 관계인은 상표평심위원회에 당해 등록상표의 무효를 청구할 수 있다. 악의적으로 등록 시 저명상표 소유인은 5년이라는 시간제한을 받지 아니한다.

어 원천적인 하자가 존재할 경우 법원은 상표법 제45조에 의거하여 해당상표를 무효화 처리할 수 있어졌다. 또한 개정된 상표법의 제 58조⁸⁸에서는 미등록 치명상표를 타인이 사용할 시 반부정당경쟁법에 의거하여 처리하는 등의 치명상표의 소유자가 자신의 권리를 침해 받았을 경우 상표법에 의하여 치명상표의 보호를 청할 수 있게 규정하였다.

3. 지리적 표시

중국은 국가질검총국이 지리적 표시제의 전반적인 사항을 관장하고 있다. 2009년 거의 1000개의 지리적 표시제품에 대한 전문적 보호가 실시되었다고⁸⁹ 밝힌 이래 2015년 12월 국가질검총국이 밝힌 지리적 표시제품은 1923개로⁹⁰ 6년간 약900여개의 지리적 표시가 추가 되는 등 활발한 지리적 표시제를 시행하고 있다. 중국의 지리적 표시 제품 보호는 1985년 3월 파리협약에 가입한 이후 1994년 증명상표의 형식으로 지리적 표시의 보호를 시행하였으며 국가질검총국은 2015년 6월 기준 2790개의 지리적 표시제품 보호신청을 접수 받았다. 2001년 상표법의 제2차 개정을 통하여 중국에서 지리적 표시는 상표법의 범위에서 보호받기 시작하였고 그 보호대상에 포함된 품목은 백

⁸⁸ 중국상표법 제 58조: 타인이 등록된 상표나 미등록한 기업이름의 상호를 사용한 치명상표의 경우 공중을 오도하고 부정당경쟁행위 시 중화인민공화국반부정당경쟁법에 의거하여 처리한다.

⁸⁹ 질검총국, 지리적표시제품 932개 전문적인 보호실시, 중국망신문중심, (2009. 10. 28)

<http://news.naver.com/main/read.nhn?mode=LSD&mid=sec&sid1=102&oid=086&aid=0001987432>

⁹⁰ 中国地理标志保护产品达1923个, 新华网, (2015.12.10)
http://news.xinhuanet.com/ttgg/2015-12/10/c_1117424368.htm

주, 포도주, 황주, 찻잎, 과일, 공예품, 조미료, 중국약재, 수산물, 육제품 등을 포함하고 있으며 중국 30개 성, 자치구, 직할시 에서 생산되는 것들이 광범위하게 포함되어 있다.⁹¹ 국가질검총국은 2015년 4월 지리적 표시상표권을 보호하기 위해 전문행동을 실시하는 공지⁹²를 발표하여 지리적 표시 침해 상품을 집중 단속하는 등의 보호 조치를 취하였다.

중국의 지리적 표시제 보호에 관한 법률은 전국인민대표대회가 제정한 상표법, 반부정당경쟁법 그리고 소비자권익보호법 등의 법률과 부서규정이 있으며, 국가출입국검증검역국이 2001년 4월부터 실행한 원산지표시 관리규정과 국가품질기술감독검증검역총국이 2005년 7월 15일에 공포하고 발효한 지리적 표시제 제품 관리 규정 등이 있다.⁹³

중국 상표법 제16조⁹⁴에 따르면 상표에 상품의 지리적 표시를 명시하였지만 당해 상품 제조원이 당해 표시에서 명시한 지역이 아니고 그로 인하여 공중을 오도할 경우 지리적 표시의 신청을 허가하지 않고 동시에 그 사용을 금지한다. 단, 이미 선의로 취득한 상표

⁹¹ 질검총국, 지리적표시제품 932개 전문적인 보호실시, 중국망신문중심, (2009. 10. 28)

⁹² 关于开展保护地理标志商标专用权专项行动的通知

⁹³ 김형근, 한중FTA에서의 지적재산권 분야 협상에 관한 연구, 중국학연구회 (2011.09)p353

⁹⁴ 중국 상표법 제16조: 표에 상품의 지리적 표시가 포함되어 있는데 당해 상품이 당해 지리적 표시가 나타내는 지역에서 유래하지 않아 공중을 오도하는 경우에는 등록을 불허하고 사용을 금지한다. 다만, 이미 선의로 등록된 것은 계속하여 효력이 있다. 전항에서 지리적 표시란 어떤 상품이 어떤 지역에서 유래하고, 당해 상품의 특정 품질, 신용과 평판 또는 기타 특징이 주로 당해 지역의 자연적 요소 또는 인문적 요소에 의해 결정되는 표장을 가리킨다.

는 계속 유효하다라고 규정되었다.

중국의 반부정당경쟁법에서는 유명상품 특유 명칭 포장 장식을 자의로 사용하거나 또는 유명 상품과 유사한 명칭 포장 장식을 사용하여 타인이 유명상품과 혼동하고 구입자가 당해 유명상품으로 오인하게 한 행위와 상품에 인증표식, 유명 우수제품표식 등 품질표식을 위조하거나 사칭하고 산지를 위조하여 상품 질량에 대한 오인을 초래할 수 있도록 허위 표시를 한 행위에 있어서 부정당 경쟁행위라고 규정하고 있다.⁹⁵ 또한 경영자가 산지 등에 대하여 오인을 초래할 수 있는 허위선전을 하지 못하도록 규정하였고⁹⁶ 이를 어길 시 불법 소득의 1배이상 3배이하의 과태료를 부과할 수 있게 하였다.⁹⁷

⁹⁵ 중국 반부정당경쟁법 제5조: 경영자는 아래의 부정당 경쟁행위로 시장거래를 하고 경쟁대상에 해를 입혀서는 아니 된다.(1) 타인의 등록된 상표를 사칭한 행위(2)유명 상품의 특유 명칭 포장 장식을 자의로 사용하거나 또는 유명 상품과 유사한 명칭 포장 장식을 사용하여 타인이 유명상품과 혼동하고 구입자가 당해 유명상품으로 오인하게 한 행위(3)자의로 타인의 기업 명칭 또는 성명을 사용하여 소비자가 타인의 상표로 인정하게 한 행위(4)상품에 인증표식, 유명 우수 제품표식 등 품질 표식을 위조하거나 사칭하고 산지를 위조하여 상품 품질에 대한 오인을 초래할 수 있도록 허위 표시를 한 행위.

⁹⁶ 중국 반부정당경쟁법 제9조: 경영자는 광고 또는 기타 방법을 이용하여 상품의 품질, 제작원료, 성능, 용도, 생산자, 유효기간, 산지 등에 대하여 오인을 초래할 수 있는 허위 선전을 하지 못한다. 광고 경영자는 분명히 알거나 알 수 있는 상황에서 허위광고를 대리 설계 제작 또는 발표하지 못한다.

⁹⁷ 중국 반부정당 경쟁법 제 21조: 경영자가 타인의 등록된 상표를 사칭하고 자의로 타인의 기업명칭 또는 성명을 사용하고 인증표식, 유명 우수한 품질의 제품표식 등 품질표식을 위조, 사칭하고 산지를 위조하고 상품 품질에 대한 타인의 오인을 초래할 수 있는 허위 표시를 하였을 경우 중화인민공화국상표법, 중화인민공화국 산품질량법의 규정에 따라 처벌한다. 경영자가 자의로 유명상품의 특유 명칭, 포장, 장식을 사용하거나 또는 유명상품과 유사한 명칭, 포장, 장식을 사용하여 타인의 유명상품과의 혼동을 초래하고 구입자가 당해 유명상품으로 오인하게 했을 경우 감독검사부서는 그 불법행위 중지를 명하고 불법 소득을 몰수하고 정상에 따라 불법 소득의 1배 이상, 3배 이하의 과태료를 부과할 수 있으며, 정상이 엄중할 경우에는 영업집조 (营业执照, 회사 등기기관이 법에 따라 설립된 회사에 발급하는 영업허가서)를 몰수 취소하며, 위조 저질 상품을 판매하여 범죄를 구성할 경우에는 법에 따라 형사책임을 추궁한다.

소비자권익보호법에서도 지리적 표시에 대한 법을 제정하였는데 소비자는 원산지에 관련된 상황을 제공할 것을 요구할 수 있고⁹⁸ 상품의 원산지를 위조할 경우 상응하는 민사책임을 지는 것 외에, 불법소득 몰수, 불법소득 1배이상 10배 이하의 과태료를 부과할 수 있다⁹⁹고 규정하고 있다.

지리표지제품보호규정의 제21조에 따르면 각지 질검기구는 법에 따라 지리표지보호제품에 대해 보호를 실시하고 지리표지 명칭 및 전용표지를 무단 사용 혹은 위조하는 행위, 지리표지제품표준과 관리규범요구에 부합되지 않음에도 동 지리표지제품의 명칭을 사용하는 행위, 혹은 전용표지와 유사하고 전용표지로 쉽게 오해 받을 수 있는 명칭 혹은 표지를 사용하는 행위, 소비자를 오도할 수 있는 문자 혹은 도안표지를 사용하여 소비자가 동 제품을 지리표지보호제품으로 착각하게 하는 행위에 대해, 질량기술감독부문과 출입경검험검역부문은 법에 따라 조사 처리하도록 했다. 사회단체, 기업과 개인

⁹⁸ 중국 소비자권익보호법 제8조: 소비자는 그가 구매, 사용한 상품 또는 제공받은 서비스의 진실한 상황을 알 권리를 가진다. 소비자는 상품 또는 서비스의 상황에 따라 경영자에게 상품의 가격, 원산지, 생산업체, 용도, 성능, 규격, 등급, 주요성분, 생산일자, 유효기간, 검사합격증명, 사용방법 설명서, A/S 또는 서비스의 내용, 규격, 비용 등 관련 상황을 제공할 것을 요구할 수 있다.

⁹⁹ 중국 소비자권익보호법 제56조: 경영자가 다음의 상황 중 하나에 해당하는 경우, 상응하는 민사책임을 지는 것 외에, 기타 유관 법률, 법규가 처벌기관과 처벌방식에 대해 규정한 경우에는 법률, 법규의 규정에 따라 집행한다. 법률, 법규가 규정하지 않은 경우에는 공상행정관리부문 또는 기타 유관행정부문에서 시정을 명하고, 정상에 비추어 경고, 불법소득 몰수, 불법소득 1배 이상 10배 이하의 과태료를 단독으로 또는 병과할 수 있으며, 불법소득이 없는 경우에는 5십만 위안 이하의 과태료를 부과한다. 사안이 심각한 경우에는 조업정지 정돈을 명하거나 영업집조를 회수 말소한다. (1)~(3)생략, (4) 상품의 원산지를 위조하거나 타인의 회사명, 회사주소, 제조일자를 위조하고, 인증마크 등 품질마크를 위조 또는 도용한 경우(5)~(10)생략, 경영자가 전권에 규정한 상황에 포함되는 경우, 법률, 법규규정에 따라 처벌받는 것 외에, 처벌기관은 정보파일에 기록하고 사회에 공포해야 한다.

은 감독, 고발 할 수 있다라고 지리적 표시의 보호를 규정지어 놓았다.

중국은 지리적 표시제에 관한 입법이 분산되어 있고 각각 다른 부처에 의하여 제정된 법률이기 때문에 각 부처의 이익을 반영하여 법을 만들어 규정하였고 그 규정들이 중첩되거나 충돌 되는 경우가 있어¹⁰⁰ 지리적 표시를 통합하여 전문적으로 규정한 법률은 아직 존재하지 않는다.

중국에서도 TPP협정과 같이 지리적 표시는 증명표장과 단체표장으로 등록 신청할 수 있다. 지리적 표시의 증명표장의 경우 어느 지역에서 이 상품이 생산되었는지를 표기하는데 중점을 둔다면 지리적 표시의 단체표장의 경우 어떤 단체에 이 상품이나 서비스가 어떤 단체에서 온 것이냐 와 그 상표를 사용하는 자가 어느 단체에 종속되어있느냐를 표기하는 것에 특징이 있다.¹⁰¹

상표법실시조례의 제4조에 따르면 지리적 표시를 증명표장으로 신청하는 경우 그 상품이 해당 지리표지 사용조건에 부합하는 자연인, 법인 또는 기타 조직은 해당 증명상표의 사용을 요구할 수 있으며 해당 증명표장의 통제조직은 이를 허용해야 한다고 규정하고 있다. 지리적 표시를 단체표장으로 등록하는 경우 그 상품이 해당 지리적 표시 사용조건에 부합하는 자연인, 법인 또는 기타 조직은 해당 지리표지를 단체표장으로 등록한 단체, 협회 또는 기타 조직에 가입

¹⁰⁰ 김형근, 한중 FTA에서의 지적재산권 분야 협상에 관한 연구-지리적 표시 제도를 중심으로, 중국학연구회(2011.09)p352

¹⁰¹ 地理标志证明商标, <http://www.oh100.com/a/201204/74536.html>

할 것을 요구할 수 있고 해당 단체, 협회 또는 기타 조직은 그 정관에 따라 회원을 받아 들여야 하며, 해당 지리적 표시를 집단상표로 주책한 단체, 협회 또는 기타 조직의 가입을 요구하지 않아도 해당 지리표지를 정당하게 사용할 수 있으며 해당 단체, 협회 또는 기타 조직은 이를 금지하지 못한다고 규정하였다.

II. 상표와 지리적 표시에 대한 TPP협정과의 비교

1. 상표로 등록이 가능한 표지

TPP협정의 제18.18조¹⁰²와 중국상표법 제8조¹⁰³에서 공통적으로 상표로 등록이 가능하다고 규정해 놓은 상표는 시각적인 상표와 소리상표이다. 중국의 상표법에서는 비시각적인 상표의 등록이 3차 개정된 상표법에 따라 2014년 5월부터 신청이 가능해졌으나 아직 TPP협정에서 상표로 등록이 가능하다고 규정한 냄새상표에 대한 중국의 상표법 규정은 존재하지 않는다.

2. 저명상표

중국의 상표법의 경우 현재 선 등록주의를 채택하고 있다.

¹⁰² TPP협정 18.18조 상표로 등록 가능한 표지의 종류: 어떠한 당사국도 등록의 요건으로 표지가 시각적으로 인식 가능할 것을 요구할 수 없으며, 어떠한 당사국도 상표를 구성하는 표지가 소리 또는 냄새 라는 이유만으로 상표의 등록을 거부할 수 없다. 또한 정밀한 서술이나 시각적 서술, 혹은 둘 다를 이용하여 상표를 표기할 것을 요청할 수 있다.

¹⁰³ 중국상표법 제8조: 문자, 도형, 자모, 숫자, 입체표장과 색채의 조합과 소리 등 이들 요소의 조합을 포함하여 자연인, 법인 또는 기타 조직의 상품을 타인의 상품과 구별되도록 할 수 있는 어떤 표장도 모두 상표로서 상표등록출원을 할 수 있다.

물론 치명상표라는 이름으로 상표법 제 13조와 제14조에 의거하여 보호되고 있지만 그 보호의 기준이 모호하며 등록을 하지 않은 상표의 경우 치명상표로 인정을 받았을 경우 상표의 보호의 범위가 동종 혹은 유사한 상품에만 한정된 보호를 제공한다. 등록되어있는 상표가 치명상표를 인정받을 경우 그 보호의 범위는 동종상품뿐만 아니라 이종상품까지도 확대되지만 등록되지 않은 상표의 경우 그 보호의 범위가 좁다.

중국의 치명상표 인정여부는 다섯가지의 기준을 명시하고 있다. 첫번째로 관련공중의 치명상표에 대한 지명도, 두번째로 상표의 사용에 있어서의 지속시간, 세번째로는 상표에 대한 모든 홍보활동의 지속시간, 정도 및 지역범위, 네번째, 해당상표가 치명상표로서 인정받은 기록, 다섯번째로는 기타 저명성을 증명하는 요소를 평가하여 치명상표로 인정한다.¹⁰⁴

TPP협정 제18.22조¹⁰⁵에 따르면 TPP협정의 가입국은 저명

¹⁰⁴ 중국 상표법 제 14조: 치명상표는 당사자의 청구에 따라 상표안건 처리시 인정이 필요한 사실에 대해 인정을 해야 한다. 치명상표의 인정은 아래 요소를 감안해야 한다.(1)당해 상표에 대한 관련 대중의 숙지 정도(2)당해 상표의 연속 사용기간(3)당해 상표의 임의의 홍보 지속시간, 정도 및 지리범위(4)당해 상표가 치명상표로서 보호를 받은 기록(5)당해 치명상표의 기타 요소.상표주책 심사, 공상행정관리부문에서 상표 위법 안건 처리 과정 중 당사자가 본 법 제13조 규정에 근거하여 권리를 주장하는 경우, 상표국은 안건 심사 및 처리 수요에 따라 치명상표 상황에 대해 인정할 수 있다.상표 쟁의 처리 과정 중 당사자가 본 법 제13조 규정에 근거하여 권리를 주장하는 경우, 상표평심위원회는 안건 처리의 수요에 따라 치명상표 상황에 대해 인정할 수 있다.상표 민사 및 행정안건을 심사 처리하는 과정 중 당사자가 본 법 제13조 규정에 근거하여 권리를 주장하는 경우, 최고인민법원이 지정한 인민법원은 안건 심사처리 수요에 따라 치명상표 상황에 대해 인정할 수 있다.생산 경영자는 "치명상표" 문구를 상품 및 상품 포장 또는 용기, 광고 홍보, 전시 또는 기타 상업활동에 사용하여서는 아니 된다.

¹⁰⁵ TPP협정 제 18.22조 제1항: 어떠한 당사국도 어떠한 표장이 유명 표장인지를 경

상표에 있어 그 상표가 저명상표인지를 결정하는 조건에 있어 다른 관할권에 등록되어 있을 것을 요구할 수 없다라고 명시하며 저명상표의 구제에 대한 조항을 삽입하여 놓았다. 이는 중국의 상표법과는 대조되는 규정으로 중국의 상표법에 따르면 해외에서 유명한 저명상표 일지라도 중국 법이 미치는 범위 내에서 상표로 등록되어 있지 않을 경우 그 상표는 치명상표로서 보호받을 수 없으며 선 등록자가 있을 경우 상표권의 권리는 선 등록자에게 귀속된다.¹⁰⁶ 이러한 상표법의 선등록주의로 인하여 중국의 경우 상표의 무단 선점, 악의적 이의신청, 미미한 손해배상액, 외국과 외자기업에 대한 치명상표 불허 등으로 인해 상표권자의 권익이 침해 당하는 사례가 많다.¹⁰⁷

중국의 선 등록자 보호의 원칙의 준수는 해외 유명상표의 악의적인 목적의 선 등록자를 만들어내어 해외기업 상표의 유명세를 이용한 위법 등록업체가 난무 하는 등 지식재산권의 보호에 대한 모순이 생겨나면서 치명상표에 대해 대중의 숙지정도를 정할 때 국제기준에 맞게 세계 범위로 확대해야 한다는 주장도 일고 있는 실정이다.¹⁰⁸ TPP협정에서 표지의 저명성에 대한 사전인식이 결여되어 있다는 것을 이유로 표지의 저명상표에 대한 보호를 거부할 수 없도록 하고 있는 것에 반해 중국의 법은 중국내에서의 인지도만을 판단하여 치명상표 인정 여부를 가린다. 하지만 이는 관련공중의 범위를 확정

정하는 조건으로 그 표장이 그 당사국의 영역 또는 다른 관할권에 등록되어 있을 것을 요구하거나 유명표장 목록에의 등재 또는 표장의 유명성에 대한 사전인식이 있을 것을 요구할 수 없다.

¹⁰⁶ 정태호, 중국 상표법상의 유명상표의 개념 및 인정방식에 대한 연구, 창작과 권리 제53호 (2008) p77,

¹⁰⁷ 김익수, 중국내 지적재산권 침해실태 원인배경 및 대응전략 (2014)p148

¹⁰⁸ 차경자, 최성일, 중국의 치명상표 인정방식과 기준에 관한 연구, 국제지역연구, 한국의국어대학교 국제지역연구센터(2010.07)p410

짓기 어려워 치명상표로 보호받기가 힘이 들며 중국에 진출하는 외국 기업의 경우 대부분 상표명을 중국어로 번역 혹은 음역하여 사용하고 있기 때문에 관련 공중을 중국내로 한정할 시 영어 상표의 인지도가 상대적으로 낮아져 치명상표로서의 인정을 받지 못할 가능성이 크다.

3. 지리적 표시

TPP협정의 지리적 표시와 중국법 상의 지리적 표시 규정을 보면 전체적으로 유사한 기준을 채택하고 있다. 다만 중국의 지리적 표시제에 관한 입법이 분산되어 있고 그 수준이 낮으며 구체적인 상황에 대한 고려가 없어 현행 입법 상 서로 조화를 이루지 못하고 충돌되는 경우가 있다¹⁰⁹ 중국의 지리적 표시제품을 효과적으로 보호하고자 국가질검총국이 2005년 공포한 지리적 표시제품보호규정은 지리적 표시에 대한 법률 규제가 결핍하여 권리 침해 행위가 발생할 경우 권리인에 대한 법률의 보호가 어렵게 된다. 또한 중국의 상표법은 지리적 표시와 상표가 상호 충돌하는 경우를 고려하지 않고 제정되었기 때문에 지리적 표시와 상표간의 모순을 제대로 해결하지 못한다는 문제점이 있다.¹¹⁰

¹⁰⁹ 김형근, 한중FTA에서의 지적재산권 분야 협상에 관한 연구-지리적표시 제도를 중심으로, 중국학연구회, 중국학연구57(2011)p352

¹¹⁰ 김성철, 김용훈, 이병오, 중국의 지리적 표시관련법규정 및 제도에 관한 연구, 강원 농업생명환경연구24(1), (2012.03)p10

제 4 절 특허권 보호방면

I. 중국 특허권 관련 규정

1. 특허권 수여 조건

중국 특허법의 제2장은 특허권 수요조건에 대하여 다루고 있다. 특허법 제22조를 보면 특허권을 수여하는데 있어 발명과 실용신형(실용신안)은 신규성, 창조성 및 실용성을 구비해야 한다고 정의하고 있다.

중국 특허법에 있어 신규성이란 그 발명 또는 실용신형이 기존의 기술에 속하지 않고 어떠한 단위나 개인도 같은 발명이나 실용신형에 대해 신청일 이전에 국무원전리행정부문에 신청한 적이 없으며, 아울러 신청일 이후에 공개된 특허신청서류나 공고된 특허서류에도 기재된 것이 없음을 가리킨다. 창조성은 기존의 기술에 비해 그 발명이 확실한 실질적 특성과 현저한 진보가 있거나 그 실용신형이 실질적 특성과 진보가 있는 것을 가리킨다. 실용성이란 그 발명이나 실용신형이 제조 또는 사용이 가능하고 아울러 긍정적인 효과를 얻을 수 있는 것을 가리킨다. 이 법에서의 기존의 기술이란 출원일 이전에 국내외의 공중에게 알려진 기술을 가리킨다. 대중이 숙지하고 있는 기술을 가리킨다.

중국 특허법 25조에 따르면 과학적 발견, 지적 활동의 규

칙 및 방법, 질병의 진단 및 치료방법, 동물 및 식물의 품종, 원자핵 변환방법으로 획득한 물질과 평면 인쇄물이 모양, 색채 또는 양자의 결합에 대하여 행한 것으로서 주로 표시 기능을 하는 디자인에 대해서는 특허권을 수여하지 않는다.

2. 의약품 관리법

중국에서 의약산업에 관한 규제는 중국인민공화국 약품관리법, 약품관리법 실시조례, 약품등록관리방법이 담당하고 있다. 이들 세개의 법은 의약품과 관련한 모든 영역, 즉 의약의 제조, 유통, 의료기간의 의약의 사용, 신약의 등록, 의약의 포장, 광고 및 판매에 대한 감독을 포함한 모든 범위를 포괄하고 있다.¹¹¹ 중국의 의약품에 관한 특허 등록관리는 약품등록관리방법과 약품관리법 실시조례에 의해서 관리되고 있는데 의약특허 등록에 관하여 규정한 약품등록관리방법의 제18조¹¹²는 중국에서 제네릭¹¹³의 판매허가를 신청하기 위해서는 신청

¹¹¹ Overview of Chinese Regulatory Framework, <http://www.chinadrugconsulting.com/blog/publication/overview-of-chinese-regulatory-framework/>

¹¹² 약품등록관리방법 제 18조: 신청인은 그 등록을 신청한 약물 또는 사용된 처방, 가공법, 용도 등에 대하여 신청인 또는 타인의 중국 국내 특허 및 그 권리관계를 설명하여야 한다. 타인이 중국 국내에 특허를 소유한 경우 신청인은 타인의 특허권을 침범하지 않는다는 내용의 성명서를 제출하여야 한다. 약품감독관리부서는 신청인이 제출한 설명 또는 성명을 행정기관 홈페이지에 공시하여야 한다. 약품등록과정에서 특허권 분쟁이 발생할 경우 관련 특허 법률 법규에 따라 해결한다.

¹¹³ 중국 약품등록관리방법 제 12조*에 따라 신약이란 기존 중국에서 판매되고 있지 않은 의약을 뜻하고 제네릭이란 이미 중국에서 판매허가가 이루어진 의약을 뜻한다.

*약품등록관리방법 제12조: 신규 약품의 신청이란 중국 국내에 출시 판매되지 않은 약품의 등록신청을 의미한다. 이미 출시된 약품에 대해 제형 및 투여경로 변경, 적용증상이 확대된 경우 신규 약품의 신청절차에 따라 신고한다. 제네릭 약품의 신청이란 국가식품약품감독관리국이 이미 그 출시를 승인한, 국가기준이 이미 확정된 약품의 등록신청을 말한다. 단, 바이오제품은 신규 약품신청절차에 따라 신고한다. 수입약품의 신청은 국외에서 생산한 약품이 중국 국내에서 출시 및 판매에 대한 등록신청을 의미한다. 보충신청이란 신규 약품의 신청, 제네릭 약품의 신청 또는 수입약품의 신청 등이 승인을 받은후 변경, 증가 또는 취소된 원래 승

하는 약품에 대한 특허 보유 현황과 권리관계를 설명해야 한다고 규정해놓았다. 이는 신청 의약품 및 그 의약품의 사용에 대한 처방, 제작방법, 용도 등에 대한 내용이 포함되어야 하고, 중국에서 등록된 특허권의 존재 유무에 대한 설명을 제출해야 한다. 또한 특허권자가 신청인이 아닐 경우 타인의 특허권을 침해하지 않는다는 내용의 성명서를 제출하도록 규정하고 있다. 이는 제네릭 의약품에 대해서만 규정한 미국, 캐나다 멕시코 등보다 넓은 범위의 특허비침해 규정으로서 제네릭의약의 출원뿐만 아니라 모든 의약출원에 있어 이 규정이 적용된다.¹¹⁴ 의약 출원인은 자신의 특허 출원이 기존의 다른 의약의 특허를 침해하지 않았다는 것을 증명하기 위해 신청한 의약에 관련한 특정검색정보를 제출하여야 해야 하므로 중국에서 이미 특허를 취득하고 있는 특허권자의 특허를 검토하여야 하고, 자신이 출원한 의약이 타인의 특허에 침해가 아니라는 이유를 설명하여야 한다. 이는 타인의 특허권을 침해하지 않았다는 보장을 하면서, 후에 침해로 판명될 경우에는 모든 법적 책임을 진다는 의미로 규정된 것이다. 따라서 중국의 허가특허규정은 모든 의약출원인, 즉 신약 출원인인지 제네릭 의약 출원인인지 관계없이 특허검색의무, 특허공개의무, 특허비침해 선언의무를 부담한다.¹¹⁵

인 사항이나 내용에 대한 등록신청을 말한다. 재등록신청이란 약품승인증명서류의 유효기간이 만료된 후 신청인이 계속하여 생산 또는 수입하고자 하는 해당 약품의 등록신청을 말한다.

¹¹⁴ Benjamin P.Liu, Fighting poison with poison? The Chinese experience with pharmaceutical patent linkage, The John Marshall review of intellectual property law(2012)p639

¹¹⁵ 전성태, 홍재성, 한중FTA와 의약품 허가특허연계제도, 한국의료법학회지 제 22권 제2호(2014)p196

3. 의약품의 자료독점

약품등록관리방법 제19조¹¹⁶에 따르면 타인이 이미 중국 내 특허를 획득한 약품에 대하여 신청인은 해당 약품의 특허기간이 만료하기 2년 이내에 등록신청을 제출할 수 없다. 이 규정은 제네릭 의약품의 등록 출원 시기를 결정하는 규정으로서 신약의 특허가 만료되기 2년 이내에만 의약품매 허가신청이 가능한 것이다. 약품관리법실시조례 제 35조¹¹⁷와 약품등록관리방법 제20조¹¹⁸에 따르면 신형 화학성분을 포함한 약품의 생산 또는 판매허가를 획득한 생산자 또는 판매자가 제출한 미공개 시험 데이터와 기타 자료는 허가를 승인한 날로부터 6년 이내에 신청인의 동의 없이 그 미공개 데이터를 사용한 신청에 대하여 승인하지 않는다.

¹¹⁶ 약품등록관리방법 제 19조: 타인이 이미 중국 국내 특허를 획득한 약품에 대하여 신청인은 해당 약품의 특허기간이 만료하기 2년 이내에 등록신청을 제출할 수 있다. 국가식품약품감독관리국은 본 방법에 의거하여 이를 심사하고 규정에 부합하는 경우 특허기간 만료 이후 해당 약품의 승인문서 번호와 《수입약품등록증》 또는 《의약제품등록증》을 발급한다.

¹¹⁷ 약품관리법실시조례 제 35조: 국가는 신형의 화학성분이 들어있는 약품의 생산 혹은 판매허가를 받은 생산자 또는 판매자가 제출한 스스로 얻은 아직 공개하지 않은 테스트수치와 기타 수치를 부정당하게 이용하여서는 안된다. 약품생산자 혹은 판매자가 신형화학성분약품의 생산, 판매허가 증명문건을 얻은 날로부터 6년내에 약품감독관리부서 이미 허가를 얻은 신청인의 동의 없이 전 조례의 수치를 사용하여 신형화학성분약품의 허가를 신청하는 기타 신청인에 대하여 허가하지 않는다. 다만, 기타 신청인이 스스로 얻은 수치를 제출하는 것은 제외한다. 약품감독관리부서는 하기 상황 외에 본 조 제1항에 규정한 수치를 공개해서는 안된다. (1) 공공이익의 수요 (2) 이런 수치가 부정당한 상업이용을 당하지 않도록 이미 조치를 취한 경우.

¹¹⁸약품등록관리방법 제20조: 약품관리법실시조례 제35조 규정에 근거하여 신형 화학성분을 포함한 약품의 생산 또는 판매허가를 획득한 생산자 또는 판매자가 제출한 자체 시행하여 얻은 미공개 시험 데이터와 기타데이터 자료에 대하여 국가식품약품감독관리국은 해당 허가를 승인한 날로부터 6년 이내에 이미 허가를 획득한 신청인의 동의 없이 그 미공개 데이터를 사용한 신청에 대하여 승인하지 않는다.그러나 신청인이 자체 시행하여 얻은 데이터는 예외로 한다.

약품등록관리방법 제66조¹¹⁹에서는 신규 약품의 모니터링 기간은 최대 5년으로 하고 그 기간 동안 기타 기업의 생산, 제형변경, 및 수입을 승인하지 않는다.

4. 허가 특허 연계제도

허가 특허 연계제도는 미국의 해치왁스만법이 그 시초로 중국은 미국과의 FTA를 통하지 않고 자국만의 허가 특허 연계제도를 도입한 첫 국가이다.¹²⁰ 2005년 시행한 약품등록에 대한 관리방법을 규정한 약품등록관리방법을 2007년 개정하며 허가특허연계제도를 규정하였다.¹²¹ 약품등록관리방법 제 14조¹²²를 보면 의약품의 등록 시 제출한 자료 중 비공개 자료는 소유자의 허가가 필요하다고 규정하고 있다. 허가특허연계제도는 ‘제네릭 의약’의 허가와 관계된 제도로서 중국은 신약과 제네릭 의약품을 개념적으로 구분하지 않았었는데 2007년 약품등록관리방법의 개정을 통해 신약과 제네릭 의약품에 대한 개념을 도입하였다.¹²³ 중국에서 신약이란 중국에서 판매되지 않는

¹¹⁹ 약품등록관리방법 제66조: 국가약품감독관리국은 공중보건을 보호한다는 명목 하에 생산 승인된 신규 약품에 대하여 모니터링 기간을 둘 수 있다. 모니터링 기간은 신규 약품의 생산 승인일로부터 최대 5년을 초과하지 않는다. 모니터링 기간내의 신규 약품에 관하여 국가식품약품감독관리국은 기타 기업의 생산, 제형변경 및 수입을 승인하지 않는다.

¹²⁰ Benjamin P.Liu, Fighting poison with poison? The Chinese experience with pharmaceutical patent linkage, The John Marshall review of intellectual property law(2012)p629

¹²¹ 丁锦希,韩蓓蓓,中美药品专利链接制度比较研究,中国医药工业杂志,(2008.12) p955.

¹²² 약품등록관리방법 제 14조: 약품 등록 시 제출한 자료에서 인용한 참고문헌에는 저작명칭, 간행물 명칭 및 권, 기, 페이지 등을 명기하여야 한다. 공개 발표하지 않은 문헌자료는 자료 소유자의 사용허가 증명서류를 제공하여야 한다. 외국어 자료는 요구에 따라 중국어 번역본을 제공하여야 한다.

¹²³ 약품등록관리방법 제12조: 신규 약품의 신청이란 중국 국내에 출시 판매되지 않은 약품의 등록신청을 의미한다. 이미 출시된 약품에 대해 제형 및 투여경로 변경, 적용증상이 확대된 경우 신규 약품의 신청절차에 따라 신고한다. 제네릭 약품의 신청이란 국가식품약품감독관리국이 이미 그 출시를 승인한, 국가기준이 이

의약이므로, 외국에서는 판매되고 있지만 중국에서는 판매되고 있지 않은 의약을 수입할 경우에는 신약 허가 신청을 하여야 한다.¹²⁴

II. TPP협정의 특허권규정과의 비교

1. 특허권 수여 조건과 특허권의 취소 조건

중국은 특허권의 수여조건에 있어 특허법 제 22조에 신규성과 창조성, 그리고 실용성이 있어야 한다고 규정하고 있다. TPP협정에서 규정한 특허권 수여 조건은 모든 기술과 분야에서 어떠한 발명에 대해서 특허가 가능하도록 한다 라고 규정하고 다만 그 발명에 있어서 발명이 신규성이 있고 진보성을 수반하며 산업상 이용 가능할 경우 특허로 등록이 가능하다고 하였다. 새로운 용도 또는 사용방법에 대하여 한가지 이상을 충족할 때 특허가 가능하다는 것 또한 명시하였다. 중국은 특허수여 조건의 하나로 창조성에서 현저한 발전이 있어야 한다고 규정하고 있다. 이는 TPP협정에서 요구하는 진보성보다 더 엄격한 조건을 두고 있는 것이다. TPP협정에서는 특허자격을 완화하여 특허를 받기 쉽게 규정하였고 TRIPs협정에서는 규정하지 않았던 특허를 취소하거나 몰수 할 수 있는 조건을 제한하여 특허취소는 어렵도록 만들었다. 중국의 특허법의 특허를 무효화 하려면 그

미 확정된 약품의 등록신청을 말한다. 단, 바이오제품은 신규 약품신청절차에 따라 신고한다. 수입약품의 신청은 국외에서 생산한 약품의 중국 국내에서 출시 및 판매에 대한 등록신청을 의미한다. 보충신청이란 신규 약품의 신청, 제네릭 약품의 신청 또는 수입약품의 신청 등이 승인을 받은 후 변경, 증가 또는 취소된 원래 승인 사항이나 내용에 대한 등록신청을 말한다. 재등록신청이란 약품승인증명서류의 유효기간이 만료된 후 신청인이 계속하여 생산 또는 수입하고자 하는 해당 약품의 등록신청을 말한다.

¹²⁴ 전성태, 홍재성, 한중FTA와 의약품 허가특허연계제도, 한국의료법학회지 제 22권 제2호(2014)p196

에 대한 사법심사의 기회가 주어지지만 TPP협정이 규정한 특허의 취소조건은 사기, 허위진술, 불공정행위로 제한되어 부실하거나 불량한 특허를 걸러낼 기회가 적어진다.

2. 의약품 특허 허가연계제도

허가 특허 연계제도는 미국의 해치 왁스만법이 그 시초로 중국 또한 미국의 해치 왁스만법을 참조하여 의약품의 허가과 특허를 연계하는 제도를 구축하였다. 하지만 중국은 그 본질이 되는 통지의 의무라던가 시판방지조치에 대해서 규정하고 있지 않고 제네릭 의약품과 오리지널 의약품의 특허권의 분쟁이 생길 시 특허법과 관계된 규정에 맡기는 형태로 법적 당사자들끼리 해결하는 구조를 취한다.¹²⁵

이는 TPP협정의 제 18.51조의 제1항에서 특허권자에게 특허의 존속기간 동안 시장에 진입하기 위하여 시판허가를 요청하는 자의 신원을 통보 받도록 하는 제도를 규정한 것과 차이를 보인다. 특허권자가 주장하는 침해제품의 시판 전 충분한 시간과 기회를 주어 특허권자가 본인의 특허를 보호하고 침해에 따른 예비 금지명령 혹은 행정적 절차를 밟을 수 있는 것과 중국의 특허 허가연계제도를 비교할 수 있다.

¹²⁵ 전성태, 홍재성, 한중FTA와 의약품 허가특허연계제도, 한국의료법학회지 제 22권 제2호(2014)p199-200

3. 바이오 의약품의 자료독점 기간

바이오 의약품의 경우 연구개발에 있어 다른 발명들보다 상대적으로 많은 시간과 비용이 투자되고 의약품이 가진 특성상 특허 출원과 의약품 시판까지의 절차가 까다로워 실제로 자료의 독점을 누릴 수 있는 기간이 짧아진다. 하지만 바이오 의약품의 특허 또한 다른 특허와 같은 기간의 보호를 받게 된다. 따라서 바이오 의약품만을 대상으로 별도의 조항을 규정 하여할 필요성을 느껴 그에 관한 규정이 논의 되어 왔다. TPP협정에서 바이오 의약품에 대한 지식재산권 조항에 있어 바이오 신약의 자료 독점기간을 협정상 최소 5년을 필수 기간으로 규정하며 각 당사국이 바이오 신약의 자료 독점 기간을 5년을 최소의 기간으로 규정하되 8년을 선택하던지 최소5년의 독점기간에 8년의 독점기간과 비교될 만한 시장 성과가 나올 수 있는 조치 둘 중 하나를 선택할 수 있게 하였다. TPP협정이 규정한 5~8년의 기간 동안 동등한 바이오 의약품은 최초(original)의 바이오 의약품 독점 기간 동안 시판할 수 있도록 승인할 수 없다.

중국의 바이오 의약품의 자료독점 기간은 따로 규정되어 있지 않고 약품등록관리방법의 제 12조에 의거하여 바이오 의약품은 신약의 신청절차에 따라 관리한다고 규정하였으나 이 조항이 바이오 의약품의 자료 독점기간까지 포함하는지는 정확하지 않다. 바이오 의약품에 대한 법적 조항이 제대로 확립되어 있지 않아 약품등록관리방법의 제12조의 규정에 맞추어 신약의 자료 독점기간인 6년으로 유추할 뿐 정확한 법규는 정해진 것이 없다.

중국 신약의 자료독점 기간은 약품등록관리방법의 제20조에 의거하여 판매허가를 취득한 날로부터 6년내에 신약의 미발표 데이터를 사용하고자 하는 신청을 비준하지 아니한다고 규정하고 있다.

제 5 절 저작권 보호

I. 중국 저작권 관련 규정

1. 저작권 존속 기간

중국 저작권법에서 저작권은 인격권과 재산권을 포함하여 총 17개의 권리로 규정되어있다. 이는 발표권, 서명권, 수정권, 작품의 완전성 보호권, 복제권, 발행권, 대여권, 전시권, 공연권, 방영권, 방송권, 정보네트워크전파권, 촬영권, 개편권, 번역권, 편집권, 기타권리로 이루어져 있다.¹²⁶ 중국 저작권법에서는 저작권의 보호기간을

¹²⁶ 중국 저작권법 제10조: 저작권에는 아래 인격권과 재산권을 포함한다.(1)발표권. 즉 작품의 공개여부를 결정하는 권리(2)서명권. 즉 저자의 신분 표명을 목적으로 작품에 서명하는 권리(3)수정권. 즉 작품을 수정하거나 타인에게 수권하여 수정하게 하는 권리(4)작품의 완전성 보호권. 즉 작품을 왜곡 또는 곡해로부터 보호하는 권리(5)복제권. 즉 인쇄, 카피, 탁본, 녹음, 녹화, 복제 등 방식으로 작품을 1부 또는 여러 부 제작하는 권리(6)발행권. 즉 판매 또는 증여방식으로 작품의 원본 또는 복제본을 대중에게 제공하는 권리(7)대여권. 즉 타인이 영화작품 또는 영화 촬영과 유사한 방법으로 창작한 작품, 컴퓨터 소프트웨어를 임시 유상 사용하게 하는 권리. 주요 임대 목적물이 아닌 컴퓨터 소프트웨어는 제외(8)전시권. 즉 미술 작품, 촬영작품의 원본 또는 복제품을 공개 전시하는 권리(9)공연권. 즉 작품을 공개적으로 공연하거나 각종 수단으로 작품의 공연을 공개적으로 방송하는 권리(10)방영권. 방영기, 환등기 등 기술설비를 이용하여 미술, 촬영, 영화, 그리고 영화 촬영과 유사한 방식으로 창작한 작품 등을 공개적으로 방영하는 권리(11)방송권. 즉 무선방식으로 작품을 공개 방송 또는 전파하거나, 유선방송 또는 전파 방식으로 작품을 대중에게 방송, 전파하거나, 마이크 또는 부호, 음성, 영상을 전송하는 기타 유사 도구를 이용하여 대중에게 작품을 방송, 전파하는 권리(12)정보네

저자의 평생 및 사망후의 50년, 즉 저자 사망 후 50년의 12월 31일까지로 규정하였고 저작물의 저작자가 1인 이상일 경우 마지막 저자가 사망한후 50년의 12월 31일까지로 규정하였다.

법인 또는 기타조직의 직무작품에 있어서는 작품의 제1차 발표 후 50년의 12월 31일까지로 규정하였다. 하지만 작품을 창작후 50년 내에 발표하지 않을 시 저작권법의 보호를 받지 못한다. 영화작품과 그 유사한 방법으로 창작한 작품등의 촬영작품의 저작권에 있어서의 권리 보호기간은 작품의 1차 발표후 50년 12월 31일까지이다. 단 직무작품과 마찬가지로 작품을 창작후 50년 내에 발표하지 않았을 경우 그 작품은 저작권법의 보호를 받지 못한다.¹²⁷

트위크전파권(信息网络传播权). 즉 유선 또는 무선 방식으로 대중에게 작품을 제공하여 대중이 그 개인이 선정한 시간과 지점에서 작품을 취득할 수 있게 하는 권리(13)촬영권. 즉 영화 촬영 또는 영화 촬영 유사방법으로 작품을 저장 장치에 고정하는 권리(14)개편권. 즉 작품을 개편하여 독창성이 있는 새로운 작품을 창작하는 권리(15)번역권. 즉 일종 언어문자 작품을 다른 언어문자로 번역하는 권리(16)편집권. 즉 작품 또는 작품의 일부를 선정 또는 배열하여 새로운 작품집으로 묶는 권리(17)저작권자가 향유해야 하는 기타 권리.

저작권자는 타인이 전관 제5~제17항에서 규정한 권리를 행사하도록 허가하고 약정 또는 본 법의 관련 규정에 따라 보수를 취득할 수 있다. 저작권자는 본 조 제1관 제5~제17항에서 규정한 권리의 전부 또는 일부를 전양하고 약정 또는 본 법의 관련 규정에 따라 보수를 취득할 수 있다.

¹²⁷ 중국 저작권법 제 21조: 공민의 작품에 대하여 그 발표권, 본 법 제10조 제1관 제5~17항에서 규정한 권리 보호기간은 저자의 평생 및 그 사망후의 50년, 즉 저자 사망 후 50년의 12월 31일까지이고 합작 작품일 경우 마지막 저자가 사망한 후 50년의 12월 31일까지이다.

법인 또는 기타 조직의 작품, 법인 또는 기타 조직이 저작권(서명권 제외)를 향유하고 있는 직무작품에 있어서 그 발표권, 본 법 제10조 제1관 제5~17항에서 규정한 권리 보호기간은 작품을 제1차 발표 후 50년의 12월 31일까지이다. 단 작품을 창작해서 50년 내에 발표하지 아니하였을 경우 본 법의 보호를 받지 아니한다.

영화 작품, 영화 촬영과 유사한 방법으로 창작한 작품, 촬영작품의 발표권, 본 법 제10조 제1관 제5~17항에서 규정한 권리 보호기간은 작품을 제1차 발표 후의 50년의 12월 31일까지이다. 단 작품을 창작하여 50년 내에 발표하지 아니하였을 경우 본 법의 보호를 받지 아니한다.

2. 기술적 보호조치

중국의 국무원전자공업부가 1998년 발표한 소프트웨어제품관리 임시시행방법에서 기술적 보호조치와 관련된 규정을 찾아 볼 수 있다. 소프트웨어제품관리 임시시행방법의 제18조에서는 불법 복제한 소프트웨어 및 주로 기술조치를 회피하기 위한 소프트웨어를 생산하면 안 된다고 규정하였고 제24조에서는 모든 단체는 불법복제제품 또는 소프트웨어의 암호를 해제하는 제품을 사용하거나 무료로 제공하여서는 안 된다고 규정하였다. 이는 중국 법에 있어 기술적 보호조치를 대응한 첫 번째 법규정이긴 하나 소프트웨어제품의 관리에만 해당되는 제한이 있어 기타형식의 우회시설에 있어 이 법 조항을 적용시킬 수 없었다. 이러한 단점을 개선하기 위하여 2001년 개정된 저작권법에 기술적 보호조치를 도입하였는데 2001년 개정된 저작권법 47조의 6항¹²⁸에 저작권자의 허락 없이 저작물의 기술적 보호조치를 기피하거나 파괴하는 행위는 권리 침해행위에 해당된다고 명시하였다.¹²⁹

또한 2013년 개정된 컴퓨터 소프트웨어 보호조례의 제24조¹³⁰에

¹²⁸ 2001년 저작권법의 47조 6항은 2010년 개정된 저작권법에서는 48조 6항이다.

¹²⁹ 黄鹏翔, 数字时代技术措施的法律保护比较研究, 华东政法大学 (2008) p28

¹³⁰ 컴퓨터 소프트웨어 보호조례 제24조: 중화인민공화국저작권법, 본 조례 또는 기타 법률, 행정법규에서 별도의 규정이 있는 것은 제외하고 소프트웨어 저작권자의 허락 없이 아래의 권리 침해 행위가 있을 경우 상황에 따라 권리 침해 정지, 영향 해소, 사과, 손실 배상 등 민사책임을 져야 하며, 사회 공공이익을 손상하였을 경우 저작권 행정관리부문은 그 권리 침해 행위의 정지를 명하고 불법 소득을 몰수하고 권리 침해 복제품을 몰수, 소각하는 동시에 벌관(罰款, 벌금)을 병과할 수 있으며, 정상이 엄중할 경우 저작권 행정관리부문은 권리 침해 복제품 제작에 사용한 주요 원자재, 도구, 설비 등을 몰수하며, 형법을 위반하였을 경우 저작권 침해죄, 권리 침해 복제품 판매죄 관련 형법 규정에 따라 법에 의한 형사책임을 추궁한다.(1)저작권자 소프트웨어의 전부 또는 일부를 복제한 행위(2)저작권자의 소프트웨어를 대중에 발행, 임대하거나 정보네트워크를 통하여 전파한 행위 (3)소프트웨어 저작권 보호를 위한 저작권자의 기술조치를 고의로 피하거나 파괴

소프트웨어의 저작권 보호를 위하여 걸어놓은 기술적 조치를 고의로 피하거나 파괴할 시 저작권침해 죄, 권리침해 등의 관련 형법 규정에 따라 법에 의한 형사책임을 추궁하도록 규정하였고 소프트웨어가 아닌 저작물에 대해서는 2013년 3월부터 시행된 정보네트워크전과권보호조례에서 기술적 보호조치를 고의로 회피하거나 파괴하는 행위에 대하여 권리침해 행위중지, 손해배상등 민사책임을 부담한다고 규정하였고 범죄를 구성한 경우 법에 따라 형사책임을 추궁한다고 규정해 놓았다.

저작권법의 제48조에 범죄를 구성한 경우 형사적 책임을 추궁해야 한다는 조항을 삽입해 놓았지만¹³¹ 구체적 범죄의 구성요건이나

한 행위(4)소프트웨어권리 권리 전자정보를 고의적으로 삭제하였거나 개변한 행위(5)저작권자의 소프트웨어 저작권을 타인에게 행사하도록 전양하거나 허가한 행위.전관 제1항 또는 제2항의 행위가 있을 경우 건당 100 위안 또는 화물 가치 1배 이상 5배 이하의 벌금을 병과할 수 있고, 전관 제3항, 제4항 또는 제5항 행위가 있을 경우 20만 위안 이하의 과태료를 부과할 수 있다.

¹³¹ 중국 저작권법 제48조: 아래의 권리 침해행위가 있을 경우 정상에 따라 침해중지, 영향제거, 사과, 손실 배상 등 민사책임을 져야 하며, 이외에 공공이익을 손상하였을 경우 저작권 행정관리부문은 권리 침해행위의 중지를 명하고 불법 소득을 몰수하고 권리 침해 복제품을 몰수, 소각하는 동시에 과태료를 부과할 수 있으며, 정상이 입증할 경우 저작권 행정관리부문은 권리 침해 복제품의 제작에 사용한 주요 재료, 도구, 설비 등을 몰수할 수 있으며, 범죄를 구성할 경우 법에 따라 형사책임을 추궁한다.(1)저작권자의 허가 없이 그 작품을 복제, 발행, 공연, 방영, 방송, 편집하거나 정보네트워크를 통하여 대중에 전파한 행위, 단 본 법에서 별도로 규정한 것은 제외(2)타인이 전유출판권을 향유하고 있는 도서를 출판한 행위(3)공연자의 허가 없이 그 공연 내용이 있는 시청제품을 복제, 발행하거나 정보네트워크를 통하여 그 공연을 대중에 전파한 행위, 단 본 법에서 별도로 규정한 것은 제외(4) 녹음녹화 제작자의 허가 없이 복제, 발행 또는 정보네트워크를 통하여 대중에 그가 제작한 시청제품을 전파한 행위, 단 본 법에서 별도로 규정한 것은 제외(5)허가 없이 라디오, TV방송 내용을 방송하거나 복제한 행위, 단 본 법에서 별도로 규정한 것은 제외(6)저작권자 또는 그와 관련된 권리인의 허가 없이 그 작품, 시청제품이 보유하고 있는 저작권 또는 그와 관련한 권리 보호 기술조치를 기피하거나 파괴한 행위, 단 법률, 행정법규에서 별도로 규정한 것은 제외(7)저작권자 또는 그와 관련한 권리인의 허가 없이 작품, 시청제품 등의 권리관리 전자정보를 삭제 또는 변경한 행위, 단 법률, 행정법규에서 별도로 규정한 것은 제외(8)타인의 서명을 사취한 작품을 제작하거나 판매한 행위.

처벌방식이 명확하지 않아 실무상의 기술적 보호조치를 무력화하는 불법행위에 대하여 효과적인 방지를 할 수 없게 되어있다.¹³²

II. TPP협정의 저작권과 비교

1. 저작권 존속기간

TPP협정이 규정한 저작권의 보호기간은 자연인의 수명에 기초하는 경우 저작자의 생존기간과 저작자의 사후 70년 이상이며 자연인의 수명 이외의 것에 기초할 경우 그 기간은 저작물이 최초로 허락되어 발행된 연도 말로부터 70년 이상이다. 중국의 저작권법에서 규정한 저작권 존속기간과 20년의 차이가 난다.

중국의 법의 경우 직무발명과 영화 등 촬영저작물에 대해서도 각각 1차 발효 후 50년이라는 저작권의 보호기간을 두었다. TPP협정의 경우 자연인의 수명에 기초할 경우와 자연인의 수명 이외의 것에 기초하는 두 가지 기준을 두고 있다.

중국의 저작권법에 의하면 저작물이 창작으로부터 50년 이내에 그러한 허락된 발행을 하지 못한 경우 저작권법 적인 보호를 할 수 없다고 하였으나 TPP협정의 경우 저작물이 창작으로부터 25년 이내에 그러한 허락된 발행을 하지 못한 경우 저작물이 창작된 연도의 말로부터 70년 이상을 보호할 수 있게 하였다.

¹³² 손초, 기술적 보호조치의 보호제도에 관한 연구: 한중비교를 중심으로, 성균관대학교, p76-112

제 5 장 중국의 지식재산권 판례

중국은 2014년 제3차개정 상표법을 시행하였고, 베이징, 상하이, 광저우에 지식재산권 법원을 설립하였다. 또한 실용신안의 심사기준이 개정되었고, 특허보호를 강화하기 위해서 특허법 제4차 개정이 추진되고 있다. 중국의 지식재산권의 보호환경은 빠르게 변화하고 있는데 WTO에 가입하기 위하여 TRIPs에 의거하여 세계 범위의 지식재산권 보호제도를 표준화하고 국제화 시대에 맞추어 법을 개정하는 등 지식재산권의 보호를 위해 많은 노력을 하고 있다. 하지만 중국 정부의 노력에도 불구하고 중국 내 지재권 침해 상황은 위조경제라는 신조어가 나올 정도로 매우 심각하다. 또한 중국의 지식재산권 침해품들은 중국에서만 유통되지 않고 대량으로 수출되어 세계 유통질서를 문란케 하고 있다. 중국 내 지재권 분쟁 관련 소송도 급증하고 있는 추세인데 최고 인민검찰원의 업무 보고 자료에 따르면 지재권과 관련한 고소고발 사건은 2012년에만 약28만건으로 이는 2008년 대비 약280%나 증가한 수치이다.¹³³

중국이 TPP협정 정도의 규정을 실제 중국의 법에 적용하려면 많은 법의 개정이 필요할 것이다. 비록 TPP협정의 지식재산권 보호 수준은 도달하지 못하였으나 중국은 꾸준히 모방대국의 이름을 벗기 위하여 법을 개정하고 있다. 이러한 중국정부의 노력에도 불구하고

¹³³ 김익수, 중국 내 지적재산권 침해 실태, 원인, 배경 및 대응전략, 아연출판부 (2014)p26

하고 중국의 지식재산권의 침해는 여전히 활발하게 행하여지고 있다. 이번 장에서는 지식재산권의 상표, 특허, 저작권에 있어 중국의 판례를 알아보고 TPP협정의 지식재산권 조항을 대입한다면 중국법을 이용한 판결에 있어서 어떠한 차이를 가지고 올지에 대해 알아보도록 한다.

제 1 절 상표 판례

중국에서 가장 침해가 많이 일어나는 지식재산권은 단연 상표권이며, 외국 기업의 경우 지식재산권 사건 중 약 80% 이상이 상표와 관련되어 있다. 상표권 관련 분쟁은 단지 짝퉁 문제에 한정되지 않고 브랜드에 관한 중국 기업들의 인식이 높아지는 추세에 맞추어 아직 중국에 등록되지 않은 외국 상표를 선점하려는 경향이 점점 강화되어가고 있다.¹³⁴

I. 마이클조던 사건¹³⁵

1. 사건의 개요

원고 마이클조던(Michael Jordan)은 세계적인 유명세를 가진 미국의 농구스타로서 미국 스포츠용품 제조사인 나이키가 자사 상품인 에어 조던의 농구화를 홍보하기 위해 사용한 뛰어 오르는 마이클 조던의 실루엣을 로고로 1988년부터 사용해온 로고이다.

¹³⁴ 중국상표분쟁지도, 특허청(2009)p1

¹³⁵ 2015) 高行 (知) 终字第1577号

피고 조던스포츠사¹³⁶는 중국의 스포츠의류업체로 중국상표
국에 2001년 “QIAODAN” (乔丹) , “XIAOQIAODAN”(小乔丹),
“QIAODANWANG”(乔丹王)등의 상표를 성공적으로 신청하여 치명상
표로 인정받았다.¹³⁷

원고 마이클조던은 피고 조던스포츠사를 상대로 자신의
권익을 침해하였다는 이유로 상표심사위원회에 조던스포츠사의 상표
를 취소할 것을 요구하였다.

원고의 주장: 피고인 조던스포츠사는 마이클조던의 중문
번역 이름의 치아오단(乔丹) 두글자를 사용하고 조던스포츠사의 상표
디자인의 농구하는 운동 선수 실루엣도 과거 마이클 조던의 유명한
덩크슛 자세를 떠올린다고 주장하였다.

피고의 주장: 조던스포츠사는 QIAODAN을 2001년 합법적
으로 상표등록하였으며 중문명은 2003년 상표로 등록하였다. 중국의
상표법이 규정한 3개월의 공고 기간내에¹³⁸ 어떠한 이의도 없었기에
조던 스포츠사는 이 상표에 대한 전용권을 보유하고 있으며 상표의
합법적인 사용에 있어서 중국 법의 보호를 받는다고 주장하였다.

¹³⁶ Qiaodan Sports ;치아오단스포츠유한주식회사;乔丹体育股份有限公司

¹³⁷ 乔丹告“乔丹体育”商标侵权,北京青年报 (2015.04.14)

http://epaper.ynet.com/html/2015-04/14/content_126931.htm?div=0

¹³⁸ 중국 상표법 제 30조(2001년 개정): 출원공고결정된 상표에 대해서는 공고일로부터 3월 이내에 누구든지 이의를 신청할 수 있다. 공고기간이 만료될 때까지 이의가 없는 경우에는 등록결정을 하고 상표등록증을 교부하며 이를 공고한다.

2. 판결

조던이란 성은 미국인들에게는 보편적인 성(姓)일뿐이며 조던스 포츠사의 “조던”이 마이클조던을 대응한다고 증명할수 없어 “조던”이 마이클조던을 가리킨다고 증명할 수 없기 때문에 마이클조던이 주장한 조던스포츠사의 상표가 자신의 성명권을 침해한다는 근거가 부족하다. 또한 추상권에 있어 초상은 마땅히 인물의 주요 용모 특징을 뚜렷이 나타내야 하고 대중이 보편적으로 당해 초상을 초상권인으로 식별할수 있는 뚜렷한 표현이 있어야 하지만 쟁의상표의 이미지를 마이클 조던이라고 인정하기 어려울 정도로 얼굴이 특정되지 않았으므로 쟁의 상표중의 이미지를 마이클조던이라고 특정 짓기 어렵다. 그러므로 초상권을 침해하였다고 인정하기 어렵다.

상표법제41조 제1항에 다음과 같이 규정되었다. 이미 등록된 상표가 상표법 제10조, 제11조, 제12조의 규정을 위반하였거나 혹은 사기적인 수단 혹은 기타 부당한 수단으로 등록을 취득할 시 상표국에서 당해 상표를 취소하게 되고 기타 업체나 단체 혹은 개인은 상표심사위원회에 당해 등록상표를 취소할 것을 청구할 수 있다. 그중 “사기적인 수단 혹은 기타 부당한 수단으로 등록을 취득하다”는 상황은 주로 등록 목적이 아니라 등록 수단을 말하고, 분쟁상표의 실제사용이 대중들의 오인을 야기시키게 되는지의 여부는 “사기적인 수단 혹은 기타 부당한 수단으로 등록을 취득하다”는 상황이 아니다. 단지 특정한 민사권익을 침해한 상황에 대해서는 상표법 제41조 제2항 제3항 및 상표법의 기타 상응한 규정에 따라 심사 판단하여야 한다. 본 안건 중 마이클 조던은 쟁의 상표의

등록이 상표법 제10조, 제11조, 제12조의 규정을 위반하였다는 유효한 증거를 제기하지 못하였고 쟁의상표의 사기 혹은 기타 부당한 수단으로 취득하였다는 증거를 제출하지 못하였다. 그러므로 마이클 조던이 상표법 제41조제1항에 근거하여 등록상표를 취소하는 항소 이유는 충분하지 않고 본 법원에서 지지를 하지 않는다.

이상을 종합하여 마이클 조던의 항소 이유는 사실과 법률의 근거가 부족하여 항소를 기각하고 1심 판결을 유지한다.



그림1. 원고 마이클조던의 상표



그림2. 피고 조던스포츠사의 상표

3. 판례분석

마이클조던 사건에 있어 중국의 치명상표의 보호범위와 중국의 경우 중국어의 상표등록이 얼마나 중요한지를 보여주는 사건이다. 마이클조던의 이름이 치아오단 (乔丹)으로 번역되어 중국에서 사용된 것은 적어도 30년이 지난 것으로 파악된다. 하지만 나이키사가 중국 상표 등록 시 영어버전의 Jordan만을 등록함으로 인하여 중국어버전인 치아오단은 누락되어 상표로서의 보호기능을 하지 못하는 것이다.

원고인 마이클조던은 조던스포츠사가 마이클조던의 아들의 이름등¹³⁹을 상표로 등록하는 등 악의적인 목적으로 선 등록한 상표를 사용하고 있다고 주장하였으나 북경고급법원은 항소를 기각, 1심 판결을 유지하였다.

마이클조던 사건의 판결의 경우 상표법이 개정되었지만 상표심사위원회에서 2014년 4월 내린 판결에 의거하여 북경고급법원의 판결까지도 개정 전 상표법에 의거하여 판결을 내리었다. 원고가 주장한 조던스포츠사의 상표는 개정 전 상표법 제 41조의 1항¹⁴⁰의 사기의 방식 혹은 기타 부당한 방식으로 등록을 취득한다는 상황이 아니기 때문에 조던스포츠사가 승소가 가능하였던 것이다.

¹³⁹ 마이클조던의 아들이름의 중국어명인 제폴리 치아오단, 마커시 치아오단또한 이미 상표화 되어있다.

¹⁴⁰ 중국 상표법 41조 1항(2001년 개정): 이미 등록된 상표가 법 제10조, 제11조, 제12조의 규정을 위반하였거나 또는 사기성 수단이나 기타 부정한 수단으로 등록을 받은 경우에는, 상표국은 당해 상표의 등록을 무효로 한다.

개정후의 상표법을 따랐어도 이 사건의 판결은 크게 달라지지 않았을 것이다. 개정전 상표법 41조 1항과 개정후 상표법 44조제 1항¹⁴¹은 동일한 내용이기 때문이다. 또한 중국 상표법 제 45조 1항¹⁴²의 악의적 목적에 대해서 이야기해보자면 상표를 직접 사용하기 위하여 출원 및 등록된 상표의 경우 해당 상표의 등록인 또한 해당 상표가 필요하고 또 사용해야 하기 때문에 등록상표의 사용자료 등을 제출하여 당해 상표출원의 합법성과 합리성을 주장할 가능성이 있기 때문이다. 조던스포츠사의 상표는 이미 치명상표 등록이 되어 법적 효력이 발생하였으므로 합법적인 보호를 받을 수 있기에 원고 마이클조던은 그 상표에 대하여 무효신청을 할 수가 없다. 또 중국의 상표법 제 31조¹⁴³에 따라 먼저 상표를 신청한 조던스포츠사가 상표에 대한 권리를 갖는다.

4. TPP협정의 조항과의 비교

TPP협정이 규정하고 있는 저명상표의 규정을 따른다면 이는 유명선수의 이름과 유사한 모양의 상표로 중국에 등록이 되어 있지 않더라도 유사한 상품을 판매하고 상표권자인 마이클 조던의 이익

¹⁴¹ 중국 상표법 44조 1항: 이미 등록한 상표가 본 법 제10조, 제11조, 제12조 규정을 위반하였거나 또는 사기성 수단, 기타 부당 수단으로 등록 허가를 취득한 경우, 상표국은 당해 등록상표가 무효함을 선고한다.

¹⁴² 중국 상표법 45조 1항: 이미 등록한 상표가 상표법 제13조 제2관 및 제3관, 제15조, 제16조 제1관, 제30조, 제31조, 제32조 규정을 위반한 경우, 상표가 등록된 날로부터 5년 내에 선행권리자 또는 이해관계자는 상표평심위원회에 당해 주책상표의 무효 선고를 청구할 수 있다. 악의적으로 주책한 경우 치명상표 소유자는 5년의 시간 제한을 받지 아니한다.

¹⁴³ 중국 상표법 제31조: 2인 또는 2인 이상 상표주책신청인이 동일 종류 상품 또는 유사 상품에 동일하거나 유사한 상표의 주책을 신청하였을 경우 초보 심사를 하여 우선 신청 상표를 공고하며 같은 날에 신청하였을 경우 초보 심사를 하여 우선 사용 상표를 공고하며 기타 신청은 기각하고 공고하지 아니한다.

이 조던스포츠사의 상표사용으로 인하여 손상될 가능성이 크기 때문에 마이클 조던의 권익이 침해된다고 볼 수 있다. TPP협정의 제 18.22조¹⁴⁴에 의거하여 마이클 조던의 상표는 꼭 등록되어야지만 치명상표로서 보호받을 수 있는 것이 아니고 보호받기 위하여 치명상표 목록에 등재할 필요가 없어지기에 상표권을 보호받을 수 있을 것이다.

II. 에르메스사 가방 입체상표 사건¹⁴⁵

1. 사건개요

이탈리아의 명품브랜드 회사인 에르메스는 자사의 ‘버킨백’을 입체상표의 형태로 국제 출원하였으나 중국 법원은 현저한 식별력이 없고 외관 디자인으로 상품의 출처를 구별할 수 없다는 이유로 상표등록 거절결정을 내렸다.

에르메스사의 주장: 에르메스의 버킨백은 출원상표 형상이 혼하지 않아 식별력이 있고 상표를 구성하는 각 부품이 이미 여러 나라에서 상표로 등록이 된 전적이 있다. 또한 에르메스의 버킨백의 디자인은 세계적으로 에르메스의 디자인으로 잘 알려진 제품으로 식별

¹⁴⁴ TPP협정 제 18.22조 제1항: 어떠한 당사국도 어떠한 표장이 유명 표장인지를 결정하는 조건으로 그 표장이 그 당사국의 영역 또는 다른 관할권에 등록되어 있을 것을 요구하거나 유명표장 목록에의 등재 또는 표장의 유명성에 대한 사전인식이 있을 것을 요구할 수 없다.

¹⁴⁵ 最高人民法院 (2012) 知行字第 68 号

력이 있고 독창적이다.



그림3. 에르메스사가 출원한 입체상표

2. 판결

상표가 식별력을 구비하고 있는지 여부는 지정상품에 관한 관련 공중의 통상적인 인식을 고려하여 전체적으로 판단하여야 한다. 이 사건의 출원상표는 상품의 일부 디자인을 입체적 형상으로 출원한 것이어서 통상적으로 이와 같은 입체적 형상은 상품과 별개, 단독으로 사용할 수 없다. 즉, 관련 공중은 이를 상품의 구성 부분으로 용이하게 인식할 것이다. 다만, 이와 같은 입체적 형상의 디자인이 상표로서 자체적으로 동종 상품의 디자인과 차별화된 현저한 특징이 있거나 이를 충분히 입증할 만한 증거가 있을 때에는 사용을 통하여 관련 공중은 해당 디자인을 특정 상품의 출처와 관련 지을 수 있게 될 것이다. 이 사건의 출원상표가 다른 동종 상품에 비하여 차별화된 현저한 특징이 있는지를 살펴보면, 이 사건 출원상표의 지정상품은 가방이며, 가방 제품에 대한 관련 공중의 통상적인 인식을 기준으

로 할 때, 이 사건 출원상표에 포함된 어느 정도로 변형된 가죽 가방의 덮개, 가죽끈과 금속 부품은 모두 가방에 활용되는 디자인 요소에 불과하다. 그리고 몇 가지 디자인 요소를 가미했다고 하더라도, 다른 상품과 비교할 때 차별화된 현저한 특징을 가졌다고 보기는 어렵다 할 것이어서 이 사건 출원상표 자체만으로는 식별력을 구비했다고 보기 어렵다.

한편 이 사건 출원상표가 사용을 통해 식별력을 취득했는지 여부에 대해서는, 중국 내에서 광고한 자료가 충분치 않고, 이 사건 출원상표와 직접적인 관련이 없는 원고 회사의 연력, 일반적인 매출 내역만을 확인할 수 있을 뿐이며 원고가 이 사건 출원상표에 대해 제출한 소비자 인지도 조사보고서를 보더라도 이 사건 출원상표가 사용된 제품 또는 제품 디자인의 일부로 사용되었을 때 수요자들이 출처를 쉽게 구별해내지 못했다는 점이 인정되므로 이 사건의 출원상표는 사용에 의한 식별력도 취득하지 못했다.

3. 판례분석

중국에서 상표로 등록되기 위해서는 출원된 상표가 먼저 식별력이 있어야 한다. 식별력이 없는 경우는 출원상표가 상품의 보통명칭이거나 또는 상품의 품질, 효능 등의 특징을 직접적으로 표시하는 경우가 이에 해당된다.¹⁴⁶ 현저한 특징이 결여되어 다른 상품과 구별할 수 있는 기능을 갖추지 못한 경우 현저성이 결핍되어 상표로

¹⁴⁶ 윤정화, 중국지식재산권법, 진원사(2011)p160

등록할 수 없지만 출원된 상표가 특별 현저성을 가지지 않았어도 사용에 의하여 식별력을 획득할 시 등록이 가능¹⁴⁷하다고 중국 상표법은 규정하고 있다. 하지만 에르메스사의 입체상표에 있어 중국법원은 식별력을 취득하지 못하였다고 판결하였다. 이는 중국 법원은 입체상표에 대해 공중의 통상적 인식을 식별력의 여부로 사용하는데 이를 위해서는 상품자체가 상표화된 특정 상품에 있어 상표등록을 위해서는 중국 소비자에게 확실한 식별력을 주어야 함으로 외국 기업에 있어 식별력의 취득은 쉽지 않아 보인다. 이는 비단 에르메스사뿐만이 아니라 타 기업에 있어서도 상품자체가 상표화된 특정 상품의 상표등록이 안될 경우 모조품의 제작위험이 커지며 이 같은 법은 중국이 가진 모조품의 천국이라는 오명을 씻어내기 위해서는 수정이 필요할 것이라고 생각된다.

4. TPP조항과의 비교

이 사건의 판결에 따라 에르메스사의 경우 입체상표가 등록이 거절됨으로써 중국의 경우 에르메스사의 상표가 부착되어 있지 않은 모조품에 대해서는 권리주장을 하기 힘들며 이는 에르메스사의 모조품을 실질적으로 방치할 수밖에 없다.

TPP협정의 18.76조에서 정의 내린 위조된 상표 상품은 포장을 포함하여 상품에 대하여 유효하게 등록된 상표와 동일하거나 본

¹⁴⁷ 중국 상표법 제 11 조: 아래 표식은 상표로 등록하지 못한다. (1) 본상품의 통용명칭, 도형, 모델만 있는 것 (2) 상품의 품질, 주요원료, 기능, 용도, 무게, 수량 및 기타 특징만 표시한 것 (3) 기타 현저한 특징이 결여한 것. 나열한 세가지 표식이 사용을 거쳐 현저한 특징을 취득한 동시에 식별하기 쉬운 경우 상표로 등록이 가능하다.

질적인 측면에서 그러한 상표와 식별되지 아니하는 상표를 허락 없이 부착하여 TPP의 지식재산권조항에 따라 해당 상표권자의 권리를 침해한 상품을 말하며 TPP협정의 18.74조 12항¹⁴⁸을 보면 불법 복제된 저작물과 상표권을 침해한 모조품은 예외적인 상황을 제외하고 어떠한 보상 없이 폐기된다. 라고 규정하고 위조 상표가 부착된 상표를 단순히 제거하는 것으로는 상품이 상거래로 반출되는 것을 허용하지 않는다고 규정하였다. 또한 TPP협정 18.76조의 3항¹⁴⁹에서는 위조된 상표 상품이나 혼동을 일으킬 정도로 유사한 상표 상품으로 의심되는 상품에 있어서 상품의 반출을 정지시키는 절차를 당국이 진행할 수 있는 권한을 주어 위조품의 반출에 대하여 엄격한 규정을 포함하고 있다.

¹⁴⁸ TPP협정 18.74조 12항: (a) 불법 복제된 저작물과 상표권을 침해한 모조품의 경우 사법당국이 권리를 가지며 권리자의 요청이 있는 경우 침해상품은 예외적인 상황을 제외하고 어떠한 보상 없이 폐기된다. (b) 사법당국은 그러한 불법복제되거나 위조된 상품의 제조 또는 생성에 사용된 재료와 도구가 어떠한 종류의 보상도 없이 신속하게 폐기되거나, 예외적인 상황에서는 어떠한 종류의 보상도 없이, 추가 침해에 대한 위험을 최소화하는 방식으로 상거래 밖에서 처분되도록 명령할 수 있는 권한을 가진다. 그리고 (c) 위조 상표가 부착된 상품에 관하여는, 불법적으로 부착된 상표를 단순히 제거하는 것으로는 상품이 상거래로 반출되는 것을 허용하기에 충분하지 아니하다.

¹⁴⁹ TPP협정 제 18.76조 3항: 각 당사국은 자국의 권한 있는 당국이 위조된 상표 상품이나 혼동을 일으킬 정도로 유사한 상표 상품으로 의심되는 상품, 또는 불법복제된 저작권 상품으로 의심되는 상품의 반출을 정지시키는 절차를 개시하는 권리자에게 피고 및 권한 있는 당국을 보호하고 남용을 방지하기에 충분한 합리적인 담보 또는 이에 상당하는 보증을 제공하도록 요구할 수 있는 권한을 가지도록 규정한 각 당사국은 담보 또는 이에 상당하는 보증이 그 절차의 이용을 불합리하게 억지하지 아니하도록 규정한다. 각 당사국은 권한 있는 당국이 그 물품이 침해 상품이 아니라고 결정한 경우, 담보가 수입자 또는 수입된 물품의 소유자가 상품의 반출 정지로 인한 손실 또는 손해로부터 피해를 보지 아니하도록 하는 조건부 증서의 형태가 될 수 있도록 규정할 수 있다. 어떠한 경우에도 수입자가 위조된 상표 상품이나 혼동을 일으킬 정도로 유사한 상표 상품으로 의심되는 상품, 또는 불법 복제된 저작권 상품의 점유를 취득하기 위하여 증서 또는 그 밖의 담보를 예치하도록 허용되어서는 아니 된다.

물론 중국정부 또한 모조품에 대하여 수수방관하고 있는 것은 아니다. 2015년 3월에는 국무원관공청이 특허침해 및 모조품 처벌 방안을 발표하였는데 이는 지식재산권 보호를 강화할 목적으로 만든 법안으로서 전자상거래, 저작권, 대리상등 상대적으로 법적 보호가 취약했던 부분에 대해 조정 방안을 발표하였으며 특히 상표권이 중요한 산업들에 있어 고유 명칭, 포장, 장식 등에 대해 특정 브랜드를 연상케 하는 모조품은 물론, 동일 이미지나 비슷한 광고 카피 등의 사용을 엄격히 처벌하기로 하였다. 또한 특허 침해소송 진행 상황 및 기업 정보를 공개하였고 익명 판매자가 많아 처벌이 어려웠었던 전자상거래에서도 최신기술을 활용하여 모조품의 판매처를 추적하고 지역에 관계없이 수사가 가능하도록 법을 개정하였다.¹⁵⁰ 이는 중국정부가 모조품에 대한 규제를 강화하겠다는 긍정적인 신호로서 추후 TPP협정국과의 마찰을 줄이기 위해서는 법 개정뿐만 아니라 그 법에 부합하는 법적 집행이 필요할 것이라고 생각한다.

제 2 절 특허 판례

I. 비아그라 특허 사건

1. 사건개요

원고 화이자는 미국의 글로벌 다국적 제약회사로서 1994

¹⁵⁰ 김영채, 중국 “짜퉁의 나라”는 이제 안녕...특허 침해 단속 강화, 주간무역 (2015.04.28)
<http://weeklytrade.co.kr/m/content/view.html?section=1&category=136&no=5865>

년 중국 공상국에 완아이커라는 비아그라 전용 특허를 신청하였다. 화이자사는 특허 출원 신청 당시 주성분인 실데나필의 효과를 입증할 만한 충분한 임상자료를 제출하지 않은 상태로 전용특허를 신청하였는데 중국의 12개 로컬 제약회사들이 공동으로 화이자사의 실데나필 특허신청 시 자료 불충분을 근거로 하여 비아그라의 전용특허 취소를 신청하였다.

원고의 주장: 원고는 비아그라의 특허권을 2001년 9월 특허권 휴관부서인 중국 지식산권국으로부터 비아그라(sildenafil)에 관한 중국 내 전용 특허권을 부여받았다. 이는 1994년 등록신청이후 7년간의 심사 끝에 이루어진 결정이었다.

피고의 주장: 원고인 화이자사는 1994년 비아그라 특허 출원 신청 당시 주성분인 실데나필의 임상 실험 자료를 제출하지 않았다. 특허법의 개정으로 인해 임상 실험자료의 제출 조건이 강화되고 있었으나, 화이자는 그에 상응하는 자료를 제출하지 않았기에 특허법 26조 제 3항¹⁵¹에 따라 화이자사의 실데나필에 관련한 특허는 무효이다.

중국 지식산권국은 재심끝에 피고의 요청을 받아 들여 2004년 7월 화이자사의 중국내 비아그라 전용 특허권을 취소하였다. 지식산권국에 의해 특허 철회 결정이 내려진 이후 화이자는 2005년 6

¹⁵¹ 중국 특허법 제 26조 제3항: 설명서는 발명 또는 실용신형에 대해 뚜렷하고도 완전한 설명을 가하고 아울러 소속 기술분야의 기술자가 실현이 가능한 것을 기준으로 해야 한다. 필요시 도면을 첨부해야 한다. 요약서는 발명 또는 실용신형의 기술요점을 간단하게 설명해야 한다.

월 베이징 제 1중급인민법원에 특허 등록 취소의 무효화 및 특허권 원상복구를 요구하는 소를 제기했다.

2. 판결

본 사건의 초점은 원고 화이자사의 실테나필 임상 실험 자료의 제출 여부가 특허 등록 취소의 행위에 해당하는지의 여부이다. 원고 화이자사의 특허 설명서가 중국특허법 제 26조 제3항을 부합하는지 여부가 판결의 쟁점이다. 본 법원은 원고 화이자사의 특허 신청 시 제출한 설명서에 의거 소속 기술분야의 보통의 기술자가 유사한 활성화와 효과를 낼 수 있다고 판단하여 원고가 특허법 26조 제3항에 부합하지 않다는 판결을 지지하지 않아 특허의 취소를 철회한다.

베이징 제1중급인민법원에서 승소한 화이자는 중국내 특허를 인정받았지만 그 판결에 불복한 12개 로컬 제약회사는 베이징 고급인민법원에 항소하였으나 법원은 기각하였고 2014년까지 화이자사의 전용 특허를 보호하라는 최종 판결을 내렸다.

3. 판례분석

이 비아그라 사건의 베이징 법원의 판결은 빠른 속도로 성장하는 제약시장의 하나임에도 불구하고 가짜 의약품과 불법복제품이 범람하고 있는 중국시장에서 지식재산권을 보호받기 위해 부심하고 있는 다국적제약기업들에게 매우 중요한 판례로 쓰일 수 있을 것이다.

이 비아그라 사건을 통하여 중국의 제네릭의 제조에 있어 중국의 허가특허연계제도의 맹점을 알 수 있는데 중국의 허가특허연계제도에서는 오리지널 제약사에게 통지의 의무라던가 시판방지조치에 대해서 규정하고 있지 않아 이러한 오리지널 제약사와 제네릭 제조사와의 특허분쟁이 생길 가능성이 높아 그에 대한 수정이 필요해 보인다.

4. TPP조항과의 비교

TPP협정에서 규정하고 있는 허가특허연계제도를 살펴보면 허가당국에 통보된 특허의 존속기간 동안 시장에 진입하기 위하여 시판허가를 요청하는 모든 그러한 다른 자의 신원을 특허권자가 통보받도록 규정하고 특허침해가 의심되는 제품의 시판 전 충분한 시간과 기회를 특허권자에게 주어 해당특허에 인가된 의약품이나 그에 대한 사용방법이 합법 혹은 침해인지를 사법적이나 행정적 절차로 신속한 구제 등의 절차를 밟아 임시 금지절차 등의 조치를 취할 수 있도록 해야 한다고 규정하여 비아그라 사건과 같은 특허권 분쟁이 일어날수 있는 문제를 원천적으로 차단하였다. 이는 허가특허연계제도를 규정했음에도 불구하고 허가특허연계제도의 핵심이라고 할 수 있는 특허권자에게 통보 받을 의무를 보장하지 못하는 중국 허가특허연계제도의 허명무실을 보여준다.

중국은 특허권자가 제네릭 허가 신청에 대한 통지를 받을 의무가 없기 때문에 의약관련법에 제네릭 의약품의 판매제한 조치등에 대한 규정을 두고 있지 않다. 다만 등록관리법의 제18조에 특허권자등과 제네릭 신청인과의 분쟁은 특허법에 따라 처리한다고 규정하

고 있는 실정이다. 특허권자와 제네릭 신청인의 분쟁에 있어 특허권자가 법원으로부터 제네릭 의약품이 특허를 침해하였다는 판결을 받았더라도 특허권자는 판매허가 취소를 요청할수 없다. 중국 사법부에서 침해를 인정하더라도 관련규정이 없다는 이유로 판매허가 취소를 하지 않기 때문이다. 중국의 허가특허연계제도는 존재하지만 제대로 작동하지 않아 없으니 못한 법이라고 볼 수 있다. 중국의 제약 시장은 2014년 기준 810억 달러 규모로 전세계 3위를 차지하고 있다. 중국의 제약시장은 제네릭 의약품을 중심으로 성장 중인데¹⁵² 이러한 법적 맹점을 가진 법규를 방치한다면 특허 소송이 끊이지 않을 것이다.

II. LG전자 특허 무효 사건

1. 사건개요

원고인 LG전자 주식회사의 천진법인은 LG전자 본사와 전자레인지 자동조리 특허기술 사용관련 계약을 체결한 후 1996년 5월 중국 내 특허를 신청하여 2001년 11월 정식으로 특허권 등록을 마쳤다. 추후 광동 Galanz사는 자사제품에 LG전자의 허락 없이 전자레인지 자동조리 특허기술 관련 특허권을 사용하여 제품을 생산, 판매하였다. 이에 LG전자 천진법인은 2003년 7월 자사의 특허권 침범행위에 대해 소송을 제기하였고 Galanz사는 국가지식재산권국 특허재심위원회에 특허권 무효신청을 제출하였으며 특허재심위원회는 LG전자가 보유한 전자레인지 자동조리 특허기술에 관해 창의성 부족을 이유로 특허권 무효를 판정하였다. 이에 LG전자는 판결에 불복하여 북경

¹⁵² 이준영, 중국 제약 산업 제네릭 수요확대로 구조적 성장, 우리투자증권 (2014.04.25)p1

시 제1중급법원에 특허재심위원회의 특허무효 판정의 철회를 요구하는 소송을 제기하였다.

원고(LG전자)의 주장: 이 특허는 현존하는 기술의 모순문제를 해결하는 기술이며 창의성을 지니지 않는다고 판단한 것은 사실 근거가 불충분하다. 본 특허는 본 영역의 기술자가 쉽게 발견할 수 있는 것이 아니며, 본 특허는 음식의 온도를 정밀하게 측정할 수 있고 이를 통해 음식을 자동 조리하는데 드는 비용을 절감하는 기술효과가 있다. 따라서 본 특허는 실질적 특징과 현저한 진보성을 구비하고 있다. 즉 특허재심위원회는 판정에 있어 인정환 사실이 명확하지 않으며 법 적용에 과오가 있어 본 무효 선고를 철회해 주어야 한다.

피고(특허재심의위원회)의 주장: 특허재심위원회의 결정은 합리적인 심리 과정을 거쳐 사실을 명확하게 밝혔으며, 법 적용에도 문제가 없다. 본 특허는 창의성에 부합하지 않는다고 생각한다.

제3자(광동 Galanz사)의 의견: 본 특허는 보통기술자에게 있어 창조적 노력 없이도 얻을 수 있는 결과 이므로 본 특허는 창의성을 갖추지 못하였다. 또한 본 특허가 요구하는 보호범위가 모호하고 필수적인 기술특징이 결여되어 있다.

2. 판결

증거에 대한 인정: Galanz사가 제공한 증거의 공개일은 본 특허 신청일보다 앞선다. 따라서 본 특허의 참신성과 창의성을 평가하는데 사용할 수 있다.

본 특허는 Galanz사가 제공한 증거와 동일한 영역에 속하는 기술이다. 그리고 두 기술 모두 동일한 발명 목적을 가진다. 본 특허의 기술은 본 영역의 보통 기술자라면 모두 예측할 수 있는 효과로 본 영역의 보통 기술자라면 창조적 노력이 없이도 할 수 있는 일이다. 따라서 본 특허권리요구가 한정하는 기술은 현저한 특징과 진보성을 가지지 못하므로 창의성에 부합하지 않는다. 본 특허는 실질적 특징과 진보성을 갖지 못하므로 특허법 제 22조 제3항 규정에 부합하지 않아 창의성이 없다고 판단되며, 특허권리요구서가 실질적 특징과 진보성을 갖지 못하여 특허법 제22조 제3항 규정에 부합하지 않아 창의성이 없다고 판단되어 특허는 무효이다.

3. 판례분석

중국 특허법에서의 특허를 수여하는 발명은 신규성, 진보성 및 실용성을 구비하여야 한다고 규정하고 있다. 이 판례에서 문제가 되는 사항은 진보성인데 이미 존재하는 기술과 비교하였을 때 특출한 실질적 특징과 현저한 진보가 있는 발명만이 특허를 수여한다고 중국법은 규정하고 있다. 특출한 실질적 특징은 해당 기술분야의 기술자에게 있어 발명이 선행기술에 비하여 용이하지 아니한 것을 가리키는데 만약 발명이 해당분야의 기술자가 선행기술을 기초로 단지 논리적 분석 추리 또는 일정한 실험을 통하여 획득할 수 있다면 그 발명은 용이한 것이 된다.

이 사건은 현저한 진보성이 관건인 사건으로 특허의 진보성에 있어 법원의 판단기준이 절대적인데 법원의 판단 이전에 특허의 등록에 있어 어떤 기준이 해당 기술분야의 기술자에게 있어 용이하게 발

명할 수 있는 경우인지 유형화된 자료가 있다면 진보성이 없는 자명한 발명에는 특허권을 부여되지 않아 무효나 침해소송 같은 법적 분쟁을 줄일 수 있으며 특허사용에 있어서 제3자의 이용이 부당하게 저해되거나 독점권이 난립하는 폐해를 막을 수 있을 것이다.

4. TPP조항과의 비교

중국의 특허법에서 규정한 특허 수여조건의 진보성은 TPP협정에서 요구하는 진보성보다 더 엄격한 조건을 두고 있다. TPP협정에서는 특허 등록조건을 완화하여 특허를 받기 쉽게 규정하였으며 특허를 취소하거나 몰수 할 수 있는 조건을 제한하여 특허취소는 어렵도록 만들었다. 중국의 특허법의 특허를 무효화 하려면 그에 대한 사법심사의 기회가 주어지지만 TPP협정이 규정한 특허의 취소조건은 사기, 허위진술, 불공정행위로 제한되어 부실하거나 불량한 특허를 걸러낼 기회가 적어 특허권자의 특허를 무효화시키기에 어려워 특허권자의 특허보장의 범위가 더 넓어진다고 볼 수 있다.

제 3 절 저작권 판례

중국의 저작권 침해는 매우 심각한 수준인데 국제음반협회(International Federation of the Phonographic Industry)가 조사한 자료에 따르면, 2009년 중국 내 정품 음반판매 매출액은 8,200만 달러에 불과한데, 이는 약 3억명의 인구를 가진 미국 음반 판매액 49억달러의 1.67%에 해당하는 액수로¹⁵³ 이는 약 13억의 인구를 가진 중국에서 음반이

¹⁵³ Eihorn, Bruce, China's new piracy cops: Web sites, The business week,(2009.11),p32

나 음원의 대부분은 불법 복제되거나 다운로드 되어 시중에 유통된다고 볼 수 있다. 음반과 음원 뿐만 아니라 모든 저작물에 있어 불법 유통은 중국의 저작물에 있어 심각한 문제를 야기한다.

I. 쓰루왕 사건

1. 사건개요

피고 저우지쉴안(周志全)은 2008년 3월 북경심전일품과학기술유한회사를설립하여 2009년 1월부터 2013년 4월까지 저작권자가 허가하지 않은 저작물을 불법으로 배포하였다. 이는 회원제의 방식으로 운영되었으며 영화, TV프로그램, 음악등 저작물을 www.hdstar.org 사이트를 통하여 불법 업로드를 하였다. 약 2.6만명의 회원이 이를 다운로드 하였다.

중국 관련 당국의 조사 및 처벌을 피하기 위하여 쓰루왕은 3중구조로 운영되었는데 전시용 사이트인 www.siluhd.com이 첫 번째 층의 구조이며, 두 번째 층의 구조인 bbs.siluhd.com이라는 사이트를 부속으로 설치하여 세 번째 층의 접근에 대한 승인을 받을 수 있게 하였으며, 이용료를 지불한 후 승인을 받은 회원들만 세 번째 층인 www.hdstar.org를 들어갈 수 있었다.¹⁵⁴

쓰루왕은 HDstar 사이트를 통하여 대량의 영화와 TV프로

¹⁵⁴ 중, 온라인HD동영상 사이트 ‘쓰루왕’ 저작권침해로 형사처벌, 한국저작권단체연합회(2014)p2

그램, 음악 및 게임 소프트웨어 등의 불법 파일을 제공하였다. 월 정액 사용료 50원을 충전하거나 연회비 혹은 종신 멤버십등 회원 등급별로 금액이 상이하였으며 이용료를 지불한 VIP회원들은 HDstar에서 제공하는 서비스를 받을 수 있었다.

이 서비스는 단순 다운로드뿐만 아니라 저작권자의 허락 없이 타인의 저작물을 복제하여 4,000여개의 하드웨어에 저장 후 오프라인 및 온라인 매장을 통하여 판매하였다.

베이징시의 문화집행부문은 공안기관과 연합하여 쓰루왕¹⁵⁵을 폐쇄하고 관련 담당자에게 형사처벌 및 벌금을 부과하였다.

피고의 항변: 피고 저우지쥬안(주범¹⁵⁶)은 HDstar는 네티즌과의 교류플랫폼이며 설립 이후 광고나 다운로드로 인하여 발생한 소득은 존재하지 않는다. 돈을 지불하고 회원이 된 회원은 극소수이며 전체회원의 5%정도밖에 되지 않았다. 또한 쓰루왕과 HDstar는 별개의 사이트로 2.6만 회원을 모두 포함하는 것은 옳지 않고 돈을 지불한 회원만이 영리목적에 포함되어야 마땅하다고 주장하였다.

2. 판결

중국 형법 제217조에 따르면, 영리를 목적으로 저작권자의

¹⁵⁵ 쓰루왕은 온라인상에서 고화질의 영화, 동영상 및 TV프로그램 서비스를 제공하는 중국 최대 고화질 동영상 포털사이트인 동시에 최첨단 블루레이 디스크 판매 사이트이다.

¹⁵⁶ 본 사건의 피고는 저우지쥬안등 총7인이다.

허가 없이 어문 저작물, 음악, 영화, TV프로그램, 녹화작품, 소프트웨어 및 기타 저작물을 복제 발행하거나 녹음녹화 저작권자의 허가 없이 녹음녹화 저작물을 복제 및 발행하는 행위에 대하여 불법소득액이 비교적 크거나 기타 엄중한 상황이 존재하는 경우 3년 이하 유기징역 또는 단기징역형에 처하며 벌금을 단독 혹은 병행하여 부과한다. 불법소득액이 상당히 크거나 기타 엄중한 상황이 있는 경우 3년 이상 7년 이하의 유기징역에 처하며 벌금을 병행하여 부과한다고 규정되어 있다.

다른 웹사이트에서는 쓰루왕의 불법 콘텐츠를 손쉽게 링크할 수 있었으며, 온라인 특성상 사용자들이 이메일 혹은 딥링크 등의 방식으로 동 웹사이트상의 불법 콘텐츠를 신속히 전파하였다. 하이디엔구 인민법원은 쓰루왕의 경영이 전 사회적으로 저작권 보호에 중대한 악영향을 미쳤다고 보았다.

사용자들이 이용료와 광고등의 방식을 통한 쓰루왕의 불법영리활동은 저작권 권리침해, 음란물 전파와 불법경영 등 3가지 불법행위에 관련되며, 불법경영의 액수 또한 상당하다. 하이디엔구 인민법원은 심리를 통하여 피고인 저우지쉰에게 저작권 침해죄로 5년 유기징역과 100만 위안의 벌금을 부과한다. 또한 커우위이제(寇宇杰)와 수리위안(苏立源)에게는 저작권 침해죄로 각각 유기징역 3년과 25만위안의 벌금, 유기징역 2년 6개월과 10만 위안의 벌금을 부과하고 초오우권(曹军), 리부란(李赋然), 아징양(贾晶洋)에게는 유기징역 2년과 3년의 집행유예를 선고하고 5만 위안의 벌금을 부과하며 추이빙(崔兵)에게는 유기징역1년과 집행유예 2년, 2만 위안의 벌금을 부과하

였다.

3. 판례 분석

이 사건은 중국의 온라인상의 고화질 디지털 저작물 저작권 침해에 관하여 온라인서비스제공자의 책임을 묻은 중국의 첫 사례이다. 온라인 상의 디지털 콘텐츠의 불법 저작물은 중국뿐만 아니라 전세계적으로 문제가 되고 있다.

행정제재에 의존하는 중국에서 인터넷 서비스 제공자(Internet Service Provider)에 대하여 법원이 형사책임을 묻은 첫 사건으로 중국의 온라인 상의 불법 저작물에 대한 판례가 된 것이다. 이는 저작권 침해가 많은 중국 사회에 있어 경종을 울리는 사건이라고 할 수 있을 것이다.

최근 중국 내 콘텐츠의 합법유통은 빠르게 증가하고 있는 추세이다. 이는 중국정부의 강력한 단속 의지가 어떤 결과를 가져오는지 보여준다고 할 수 있다. 중국의 국제적 위상 제고, 국제적 통상 압력, 정부의 강력한 단속 의지 등 많은 요인이 복합적으로 작용하며 위조와 복제의 대명사로 여겨지던 중국에서의 합법 유통이 증가하고 있다. 하지만 대형 동영상 플랫폼을 중심으로 합법유통이 증가하더라도 중소형 사이트에서는 여전히 많은 콘텐츠가 불법으로 유통되는 등 더욱 강력한 보호와 제재가 필요할 것으로 보이며 이번 쓰루왕 사건이 중국의 온라인 저작권 보호에 있어 큰 도움이 될 것이라고 생각한다.

4. TPP조항과의 비교

TPP협정에서는 저작권이나 상표권을 권리자의 허가 없이 무단으로 사용시 당사국의 권한 있는 당국이 위법행위에 대하여 공식적인 고소 없이 직권으로 법적 조치를 할 수 있다고 규정하고 있다.¹⁵⁷ 쓰루왕 사건은 저작권자들의 고소가 아닌 베이징시의 문화집행 부문이 공안기관과 연합하여 피고를 고소한 사건으로 중국 형사법에서는 영리를 목적으로 한 저작권침범 상황 시 TPP협정 제18.77조와 같이 저작권자의 고소를 요구하지 않고 직권으로 법적 조치를 할 수 있다.

¹⁵⁷ TPP협정 제18.77조 6항의 (g): 소관 관청은 위법행위에 대하여 권리자나 제삼자의 공식적인 고소 없이 직권으로 법적 조치를 개시할 수 있다.

제 6 장 결론

국가간의 국제적인 통상거래에 있어 각 당사자국은 경제 수준 및 기술수준의 격차로 인하여 서로 간의 지식재산권의 차이를 보여 많은 갈등을 빚어왔다. 이를 해결하기 위하여 많은 국제조약들이 격차를 줄이려 다양한 규정을 협의해 왔다. 지식재산권의 보호는 국가의 경제와 직결된 문제이며 각 국가에게 민감한 문제일수 밖에 없기에 지식재산권에 대한 국제적 보호는 점점 발전하여 다자간체제의 TRIPs협정부터 양자간체제의 FTA를 통해 복수국가체제의 TPP협정으로 지식재산권의 집행을 강화하여 높은 지식재산권 기준을 추진하려는 선진국들의 의지를 보여주었다.

국제통상법의 영역일 것 같은 TPP협정을 지식재산권법 조항에서 연구한 것은, TPP협정 역시 지역시장에의 자유로운 접근혜택을 지렛대로 삼아 개도국들의 보호수준을 상향시켜온 WTO-TRIPs 이래 선진국들의 일관된 전략이 반영된 결과물에 속하기 때문이다.¹⁵⁸

TPP협정을 주도한 미국의 경우 관세법337조와 통상법301 조등으로 미국 내 무역의 지식재산권조항을 확실하게 보호하며 강력한 지식재산권조항으로 자국의 지식재산권을 보호하고 있다. 미국은 미국뿐만 아니라 세계의 지식재산권보호정도를 매년 발표하는 등 세

¹⁵⁸ 박준석, 환태평양 경제동반자 협정(TPP)중 지적재산권 조항에 대한 고찰, 통상법률, (2014), p73

계의 지식재산권보호에 많은 관심을 두고 있다. 이렇듯 지식재산권의 보호가 강력한 미국의 주도하에 협상된 TPP협정도한 높은 수준의 지식재산권의 보호를 규정 하고 있다.

TPP협정의 높은 수준의 지식재산권보호 규정들은 중국의 지식재산권법과 상당한 차이를 보이는데 특허법, 상표법, 저작권법에 있어 TPP협정의 지식재산권 규정이 중국의 법보다 더 강력한 보호를 규정하고 있다. 특허법의 경우 TPP협정에서는 특허대상의 범위를 중국특허법보다 넓혔으며 상표법에 있어서도 특허법과 비슷하게 상표등록유형의 범위를 시각적 상표에서 냄새와 소리상표까지로 확대하였다. 또한 중국에서는 지명상표로 인정을 받기 위하여 등록이 필요하지만 TPP협정에서는 지명상표는 등록 없이도 지명상표로 인정을 가능케 하는 등의 중국법과의 상이한 규정을 삽입하여 중국법과의 충돌을 피할 수가 없게 되었다. 저작권법에 있어서 중국의 저작권보호기간은 TRIPs협정에서 요구한 최소기간인 50년이지만 TPP협정이 요구하는 저작권보호기간은 70년으로 상호간에 20년이라는 차이가 생긴다.

중국의 지식재산권 집행제도와 TPP협정의 지식재산권 조항 사이에는 상당한 차이가 존재하여 중국이 TPP협정의 가입국가가 되려면 많은 지식재산권법의 개정과 진통이 따를 것으로 예견 할 수 있다. WTO의 TRIPs수준에 맞추기 위하여 법을 개정하였으나 중국은 여전히 전 세계적으로 지식재산권 침해가 가장 빈번하게 발생하고 있는 국가에 속하며 국제수준에 맞는 지식재산권법을 갖추었으나 지식재산권 보호에 있어 형법에서 규정한 침해행위의 형사처벌이 지식재산권법과 현실적으로 부응하지 못하기에 빈번한 침해에도 불구하고

형사처벌이 어려웠었던 것과 같이 TPP협정의 조항을 따른다고 해서 완벽한 지식재산권의 보호가 이루어질 거라 생각해서도 안 된다. 하지만 중국정부가 지식재산권 보호에 있어 법을 개정하고 단속을 강화하는 등의 노력을 하고 있기에 점점 지식재산권의 보호가 강화되고 있음을 부정할 수 없다.

중국의 경우 세계 특허 출원수 1위를 차지하는 등 활발한 지식재산권의 활동을 보여주고 있으나 미흡한 지식재산권의 보호로 인하여 그 능력이 제대로 발휘되지 못하고 있는 것이 사실이다. 중국의 특허와 TPP수준의 지식재산권법이 합쳐진다면 그 잠재력은 엄청날 것이다. 하지만 중국의 현재 지식재산권법과 TPP협정의 지식재산권 조항에는 차이가 있으며 이런 차이점들에서 중국의 지식재산권법의 미비한 규정들을 알 수 있다. TPP협정의 지식재산권에 비해 미비한 부분에 대하여 중국의 법으로 무조건적으로 받아드린다거나 TPP협정에 가입하지 않는다고 해서 TPP협정의 지식재산권 규정을 무시하는 것은 불합리한 행위일 것이다. 중국정부는 객관적인 입장에서 서서 TPP협정과 중국의 법의 사이에 존재하는 차이와 그것으로 인하여 발생할 수 있는 문제점의 해결에 있어 중국법의 개선이 필요한지를 판단하여 차후 중국법의 개정에서 선택적으로 TPP협정의 조항들을 참고하여 중국의 지식재산권 관련 법들을 개선하고 보충하는 것이 합당할 것이라고 생각한다.

참고문헌

국내

- 김성철, 김용훈, 이병오, 중국의 지리적 표시관련법규정 및 제도에 관한 연구, 강원 농업생명환경연구 24(1), (2012.03)
- 김익수, 중국 내 지적재산권 침해 실태, 원인, 배경 및 대응전략, 아연출판부(2014)
- 김태수, 최정, 정옥, 권순학, 중국 특허법, 한빛지적소유권센터(2011)
- 김현경, 미국에서의 저작권보호기간 연장에 대한 논의와 그 시사점, 미국헌법연구 제21권 제3호(2010.12)
- 김현철, 서재권, 룰메이킹에 의한 기술적 보호조치 예외 설정에 관한 연구, 저작권위원회, (2008)
- 김현철, 한미FTA 허가-특허연계제도의 바이오의약품 적용여부에 대한 고찰, 이화여자대학교 법학논집 제 17권 제1호(2012.09)
- 김형근, 한중 FTA에서의 지적재산권 분야 협상에 관한 연구-지리적 표시 제도를 중심으로, 중국학연구회(2011.09)
- 박인회, 바이오의약품의 허가-특허 연계제도, 경북대학교법학연구원 법학논고 제41집, (2013.02)
- 박준석, 의약에 관한 특허법의 통합적 검토, 저스티스 제128호, 한국법학원(2012)
- 박준석, 환태평양 경제동반자 협정(TPP)중 지적재산권 조항에 대한 고찰, 통상법률, (2014)

- 서동욱, 중국, 지식재산권 전쟁의 시대 도래, Chindia journal, vol.78
(2013.02)
- 성재호, 임대성, TRIPs와 TRIP-Plus 지역협정의 협력적 병존, 통상법률
(2013.10)
- 손초, 기술적 보호조치의 보호제도에 관한 연구: 한중비교를 중심으로, 성균관대학교
- 안광구, 국내외 지리적 표시의 효과적인 보호방안 및 국내 지리적 표시 단체표장 제도의 활성화 방안, 특허청, 한국지식재산연구원(2007.08)
- 왕육봉, 아-태 지역의 역내FTA 발전가능성 비교분석 RCEP와 TPP, 동아대학교, (2014)
- 육소영, 상표권에 관한 한미 FTA의 이해 및 분석, 과학기술법연구 제13집 제 1호, (2007)
- 윤정화, 중국지식재산권법, 진원사(2011)
- 이경화, 미국, WTO에 중국 지재권 침해 제소, SW지재권 동향, SW IPReport 제3호,(2007.04)
- 이규호, 지리적 표시 단체표장과 지리적 표시 증명표장의 보호에 관한 연구, 경원법학 제2권 제2호 (2009.11)
- 이수정, TPP가 보건의료에 미치는 영향, 이슈페이퍼(2015.02)
- 이승주, 미중일 삼각 구도와 한국 전략적 대응: TPP와 RCEP의 사례를 중심으로, 서울대학교 미국학연구소(2013)
- 이준영, 중국 제약 산업 제네릭 수요확대로 구조적 성장, 우리투자증권(2014.04.25)
- 전성태, 홍재성, 한중FTA와 의약품 허가특허연계제도, 한국의료법학회지 제 22권제2호(2014)

- 전재성, 주재우, 미중관계의 변화와 한국의 미래 외교 과제, EAI국가
안보패널 보고서(2012)
- 정상조, 박준석, 지적재산권법, 홍문사 (2011)
- 정신, 기술적 보호조치의 보호와 저작권 본질간의 균형, 연세 의료
과학기술과 법 제2권(2011)
- 정재준, 한미FTA협정문 제 18장 저작권법의 형사정책적 고려, 동아
법학, 동아법학연구소(2012.02)
- 정태호, 중국 상표법상의 유명상표의 개념 및 인정방식에 대한 연구,
창작과 권리 제53호 (2008)
- 조미진, 엄부영, 박현정, 한중FTA지식재산권 분야의 이슈점검, 무역
투자연구시리즈07-03, 대외경제정책연구원(2007)
- 중, 온라인HD동영상 사이트 ‘쓰루왕’ 저작권침해로 형사처벌, 한국저
작권단체연합회(2014)
- 차경자, 최성일, 중국의 치명상표 인정방식과 기준에 관한 연구, 국제
지역연구, 한국외국어대학교 국제지역연구센터(2010.07)
- 컴퓨터 프로그램심의조정위원회, 중국 IT관련 판례연구(2005)
- 특허청, 중국상표분쟁지도, 특허청(2009)
- 한국보건산업진흥원, 바이오 의약품 허가.관리 개선 방안 연구, 식품
의약품안전청(2002)
- 강성국, TPP와 지적재산권 새롭고 강한 기준에 관한 강박증
(2013.10.03) <http://www.redian.org/archive/60754>
- 국경 없는 의사회, 저렴한 의약품에 대한 접근을 수호할 것을 인도에
촉구하는 글로벌 캠페인 런칭(2015.06.11)
<http://www.msf.or.kr/article/2455>

권용수, 日, TPP협상에서 논의된 저작권침해범죄 비친고죄화에 난색,
<http://cpcstory.blog.me/220356217745>

미, 중국과의 지적권분쟁서 승리, 연합뉴스(2009.01.27)
<http://media.daum.net/foreign/china/newsview?newsid=20090127052304894>

김영채, 중국 “짜통의 나라”는 이제 안녕...특허 침해 단속 강화, 주간 무역(2015.04.28)
<http://weeklytrade.co.kr/m/content/view.html?section=1&category=136&no=5865>

서진교, [경제교실] '메가 FTA' TPP·RCEP, 한국에 어떤 영향 주나, 서울경제(2015.10.27)
<http://economy.hankooki.com/lpage/opinion/201510/e20151027113446145270.htm>

안혜신, FTA, TPP, RCEP..복잡한 통상, 도대체 뭐가요?, 이데일리 (2014.05.04)
<http://www.edaily.co.kr/news/NewsRead.edy?SCD=JA61&newsid=01144726606085640&DCD=A00106&OutLnkChk=Y>

은종학, 중국지적재산권 보호의 실제,
http://m.kiip.re.kr/download.do?attach_no=85

한국 빠진 TPP, 개방 수준 높아...한미FTA실익 줄어들 위기, 조선일보 (2015.11.06)
http://news.chosun.com/site/data/html_dir/2015/11/01/2015110102048.html

한미FTA저지범국민운동본부 지적재산권공동대책위원회, “한 미

FTA에 대한 의견서”, 소리상표, 냄새상표의 도입 여부에 대한 의견, <http://nofta-ip.jinbo.net/?q=node/34>

질검총국, 지리적표시제품 932개 전문적인 보호실시, 중국망신문중심, (2009.10.28)

<http://news.naver.com/main/read.nhn?mode=LSD&mid=sec&sid1=102&oid=086&aid=0001987432>

국외

Benjamin P.Liu, Fighting poison with poison? The Chinese experience with pharmaceutical patent linkage, The John Marshall review of intellectual property law(2012)

Eihhorn, Bruce, China’s new piracy cops: Web sites, The business week,(2009.11)

Gould, David M. and William C. Gruben. “The Role of Intellectual Property Rights in Economic Growth.” Journal of Development Economics, vol. 48, (1996)

Jerome H. Reichman, “Universal Minimum Standards of Intellectual Property Protection under the TRIPS Component of the WTO Agreement”, 29 International Lawyer, No. 2 (1995)

Susan K. Sell, “TRIPS Was Never Enough: Vertical Forum Shifting, FTAs, ACTA, and TPP”, 18 Journal of Intellectual Property Law (2011)

WIPO, Standing Committee on the law of Trademarks, Industrial designs and Geographical Indications, “New Types of Marks”, WIPO, (2006)

黄鹏翔, 数字时代技术措施的法律保护比较研究, 华东政法大学(2008)
丁锦希,韩蓓蓓, 中美药品专利链接制度比较研究, 中国医药工业杂, (200
8.12)

Overview of Chinese Regulatory Framework, <http://www.chinadrugconsulting.com/blog/publication/overview-of-chinese-regulatory-framework/>

乔丹告“乔丹体育”商标侵权,北京青年报 (2015.04.14) http://epaper.yanet.com/html/2015-04/14/content_126931.htm?div=0

温家宝：中国积极参与RCEP谈判，中国新闻网，(2012.11.20) <http://www.chinanews.com/gn/2012/11-20/4343780.shtml>

温家宝出席第七届东亚峰会 提四点倡议，中国新闻网(2012.11.20) <http://www.chinanews.com/gn/2012/11-20/4344365.shtml>

中国工商报，商标局已受理声音商标申请235件 (2015.7.28) <http://www.cicn.com.cn/zggsb/2015-07/28/cms72738article>

中国地理标志保护产品达1923个，新华网，(2015.12.10) http://news.xinhuanet.com/ttgg/2015-12/10/c_1117424368.htm

地理标志证明商标, <http://www.oh100.com/a/201204/74536.html>

ABSTRACT

Compare the Differences between TPP's Intellectual Property Articles and Chinese Intellectual property law

Park, Yoo-Na
Intellectual Property Law
The Graduate School of Law
Seoul National University

This Thesis delve into the influence of intellectual property chapter in TPP agreement. On October 5, 2015 Ministers of the 12 TPP countries (Australia, Brunei Darussalam, Canada, Chile, Japan, Malaysia, Mexico, New Zealand, Peru, Singapore, United States, and Vietnam) announced conclusion of their negotiations. TPP agreement which is the biggest trade deal in a generation. It would affect 40% of world economy. TPP is a high standard agreement, it will promote world economic growth. It enhance innovation and competitiveness.

TPP's intellectual Property chapter isn't limited to provision on trade and tariffs. TPP's Intellectual Property chapter covers patents, trademarks, copyrights, industrial designs, geographical indications, trade secrets, other forms of intellectual property, and enforcement of intellectual property rights,

as well as areas in which Parties agree to cooperate. The TPP will reduce thousands of tariffs among the TPP countries. So many countries are express their interests in TPP, China is a country which consider join the TPP.

China is not a party to the TPP, but China expressed interest in joining the TPP. TPP is a high-standard agreement, TRIPs-plus intellectual property provisions are the biggest hurdle to China to join the TPP. China started to establish its modern intellectual property legal system since the end of 1970's. When China became a member of WTO, TRIPs agreement has played an important role in this phase. Before adhere to WTO, China amended its intellectual property law in accordance with TRIPs agreement. China has met the requirement of the TRIPs agreement. TPP's intellectual property chapter contains higher standard provisions compare with TRIPs. So TPP known as 'TRIPs-plus'. China has no choice but to adopt these provisions to join the TPP.

This thesis pays attention to differences between TPP's intellectual property articles and Chinese intellectual property law.

TPP's draft tells us after TPP take effect, advanced intellectual property law will control the trade among the TPP countries. China will suffer trade diversion losses, so Chinese government should consider positive and negative effects to China and decide to join the TPP or not.

Key words: Trans-Pacific Partnership (TPP), China,
Intellectual property law, TRIPs, TRIPs-plus,
Chinese intellectual property law

Student Number: 2014-20836