

〈특 집 : 국제적 법질서와 국내법〉

知的財産權에 관한 國際的 法秩序와 國內法*

丁 相 朝**

I. 머리말

知的財産權에 관한 國際的 法秩序는 최근에 어느 분야보다도 더 빠른 속도로 변화 내지 발전해온 분야라고 말할 수 있다. 科學技術의 發達에 따라서 국가간의 相互依存關係가 더욱 긴밀하게 되어서 종전까지 국가의 단독의사에 의해서 규율되던 사항들에 대해서 전반적으로 國際的인 규율이 증가하고 국제법 질서가 발전하게 되었지만,¹⁾ 특히 지적재산권은 최근에 그 國際貿易에서의 商品價値가 커져서 그에 관한 조약체결의 필요성이 급증했기 때문에²⁾ 지적재산권에 관한 국제적 법질서는 급속히 변화 내지 발전해온 것이다.

‘國際的 法秩序와 國內法’에 관한 연구는 여러 가지 방법으로 할 수 있겠지만, 지적재산권에 관한 국제적 법질서는 국가간에 체결된 다수의 조약이 있으므로 우리나라가 체결 또는 가입한 지적재산권 관련 조약으로 어떠한 조약들이 존재하고 그 기본 원칙은 무엇인지 확인하고, 그러한 조약에 따라서 國內法이 어떻게 制定 또는 改正되었는지 살펴봄으로써 그 조약들의 구체적인 내용을 확인한 후, 조약이라고 하는 國際法과 國內法의 相互關係는 어떻게 되는지에 대해서 살펴보는 것도 좋은 방법의 하나가 될 수 있을 것이다. 우리나라는 지적재산권에 관한 조약을 비준하기 이전에 그 조약을 국내적으로 수용하기 위한 국내법의 제정 또는 개정을 해왔다.³⁾ 이와 같이 지적재산권에 관한 조약 가운데 우리나라가 체결 또는 가입한 조약에 따라서 우리나라 국회가 제정 또는 개정된 법률을 살펴보면,

* 이 논문은 서울대학교 법학발전재단 출연 법학연구소 기금의 2005학년도 학술연구비의 보조를 받았다.

** 서울대학교 法科大學 教授, 서울대학교 法學研究所 技術과法센터장

1) 양건, “국제법과 국내법의 관계: 조약의 국내적 효력의 문제를 중심으로”, **국제법학회 논총** 제23권 1, 2호 (1978년), 제168면.

2) 咸廷攸, “貿易關聯 知的財産權 協定”(‘TRIPs 協定’), **국제법평론** 제2호 (1994년), 제73면.

3) 아래의 제III장 “條約에 따른 國內法의 制定·改正”에 관한 설명 참고

우리 국내법이 국제적 법질서를 잘 준수하고 있는 것인지, 국제적 법질서와 모순된 것은 없는지, 그리고 국제적 법질서를 선도하고 있는 측면은 없는지 등에 대해서 복잡하고도 흥미로운 국내법적 수용현황을 살펴볼 수 있을 것이다.

國際法과 國內法の 相互關係에 관해서는 많은 학설이 존재하지만, 우리 법원이 구체적인 사건에서 지적재산권에 관한 조약을 해석·적용하고 조약이 국내법보다 우선하는지 여부에 관해서 판단해온 사례들을 살펴보면, 국제법과 국내법의 상호관계의 구체적인 현실을 파악할 수 있고 보다 현실적이고 설득력있는 이론을 도출해낼 수 있을 것이다. 특히, 우리나라와 같이 조약의 비준 이전에 그 조약을 수용하기 위한 국내법의 제정 또는 개정을 하는 경우에는, 그 조약의 해석에 있어서도 조약이 국내법에 잘 반영되어 있음을 확인하고 국내법을 해석·적용한 결과가 조약규정에 위반되지 않는다고 볼 수 있는 경우가 많아서⁴⁾ 국제법과 국내법의 상호관계에 관한 별다른 해석상의 어려움이 없는 것으로 보인다. 따라서, 국제법과 국내법의 상호관계는 대부분의 경우에 조약에 따른 국내법의 제정 또는 개정이 불완전하거나 미진할 때에 문제되고, 지적재산권에 관한 한 조약의 규정이 구체적이고 명확한 경우와 그렇지 아니한 경우로 나누어서 우리 국내법원의 해석론을 분석해볼 필요가 있다.

이하에서는, 지적재산권에 관한 조약, 조약에 따른 국내법의 제정·개정, 조약과 국내법의 상호관계의 순서로 살펴보도록 한다.

II. 知的財産權 관련 國際的 法秩序

국제법에는 관습법과 조리 등도 포함되지만 여기에서는 지적재산권에 관한 조약을 중심으로 국제적 법질서의 내용을 검토해본다. 조약에는 世界知的財産權機構⁵⁾와 같은 국제기구가 중심이 되어 채택하게 된 多者條約,⁶⁾ 우리나라와 미국

4) 대법원 1999.3.26. 선고 96다55877 판결, 대법원 1992.1.17. 선고 91후806 판결, 대법원 1990.10.23. 선고 89후1165 판결, 대법원 1987.11.24. 선고 86후138 판결, 대법원 1986.11.25. 선고 85후13 판결.

5) World Intellectual Property Office.

6) 예컨대, “무역관련 지적재산권에 관한 협정”, “산업재산권의 보호를 위한 파리조약”, “특허절차상 미생물 기탁의 국제적 승인에 관한 부다페스트조약”, 특허협력조약, 상표법조약, 세계저작권조약, “문예저작물의 보호를 위한 베른조약”, “실연자·음반제작자 및 방송사업자를 위한 국제협약”, “세계지적재산권기구 著作權條約”, “세계지적재산권기구 實演·音盤條約” 등이 있다.

등 특정 국가와의 사이에 체결된 兩者條約,⁷⁾ 유럽공동체라거나 미주지역의 다수 국가가 참여해서 지역적 경제공동체를 형성하기 위한 地域的 自由貿易條約⁸⁾ 등이 있다. 따라서, 지적재산권에 관한 국제적 법질서는 이러한 조약들이 공통적으로 채택하고 있는 기본원칙들이 무엇인가 그리고 이러한 조약들이 특허, 저작물, 상표 등에 대해서 구체적으로 어떠한 수준의 보호를 요구하는가에 따라서 좌우된다고 말할 수 있다. 다만, 內國民待遇의 원칙이나 最惠國待遇의 원칙과 같은 기본원칙들도 대부분의 조약들이 채택하고 있는 기본원칙이지만 지적재산권에 관한 조약에서의 내국민대우라거나 최혜국대우의 원칙이 무엇을 의미하는지는 관련 조약의 구체적인 내용에 따라서 다르게 해석될 수 있기 때문에, 지적재산권 관련 조약에서의 기본원칙들이 무엇을 의미하는지 면밀하게 살펴볼 필요가 있다. 다른 한편 관련 조약들이 특허, 저작물, 상표 등에 관해서 어떠한 수준의 보호를 요구하는지는 조약 그 자체만으로 정확히 파악하기 어려운 경우가 많고, 우리 헌법의 규정에서와 같이 조약이 국내법과 동일한 효력을 가진다고 하더라도⁹⁾ 조약을 수용하기 위해서 제정 또는 개정된 국내법에 의해서 비로소 조약의 내용이 구체화되고 현실적인 의미를 가지게 되기 때문에, 지적재산권 관련 국제적 법질서의 구체적인 내용은 “條約의 國內的 수용” 다시 말해서 “조약의 수용을 위한 국내법의 제정 또는 개정”을 살펴봄으로써 파악할 수 있다. 조약의 내용이 국내법으로 완전히 수용되었다면 조약의 국내법적 효력을 문제삼을 필요가 없겠지만, 관련 국내법의 규정이 불완전하거나 모순된 경우에는 조약과 국내법의 관계가 어려운 문제로 제기되고 그 상호관계를 어떻게 파악하는가에 따라서 지적재산권 관련 국제법질서의 구체적인 내용이 달라질 수 있을 것이다. 따라서 이하에서는

7) 예컨대, “대한민국과 미합중국 간의 우호통상 및 항해조약”, “제법특허출원의 물질특허 보호 제공에 관한 대한민국정부와 미합중국정부 간의 서한 교환”, “대한민국정부와 미합중국정부 간의 특허출원된 국방 관련 발명의 비밀보호에 관한 협정” 등이 그것이다.

8) 유럽經濟共同體(the European Economic Community)의 설립을 위한 로마條約(the Treaty of Rome)과 그러한 조약에 따라서 “特許發明實施許與契約에 관한 유럽공동체委員會 規則 (Reg. No. 2349/84)” 등이 제정되어서 유럽공동체 회원국들은 그에 따른 의무를 부담하고 있고, 미주지역에서는 北美自由貿易協定(North American Free Trade Agreement: NAFTA)이 제정되어 지역적 자유무역을 실현함에 있어서 지적재산권에 관한 국가적 의무를 분명히 하고 있다. 아시아 지역에서도 “아시아 태평양 경제협력체(Asia Pacific Economic Cooperation)”를 구성하기 위한 논의가 계속되고 있으나 아직 실현되지 못했다.

9) 헌법 제6조.

지적재산권 관련 조약들의 기본원칙을 통해서 지적재산권에 관한 국제적 법질서를 살펴보도록 한다. 지적재산권 조약들의 구체적인 내용들은 다음 장에서 국내법에 어떻게 반영되었는지를 검토하면서 살펴보도록 하고, 마지막으로 조약의 구체적인 내용이 어떻게 해석되고 적용되는지 다시 말해서 국내에서 구체적으로 어떠한 효력을 가지는지에 대해서는 “조약의 국내적 효력”에 관한 별도의 장에서 살펴보도록 한다.

1. 內國民待遇의 原則

內國民待遇의 原則 (the principle of national treatment)은 산업재산권의 보호에 관한 기본조약이라고 말할 수 있는 “산업재산권의 보호를 위한 파리조약”(이하 “파리조약”이라고 약칭함)¹⁰⁾으로부터 지적재산권 전반의 보호수준을 크게 강화한 “무역관련 지적재산권에 관한 협정”(이하 “TRIPs 협정”이라고 약칭함)¹¹⁾에 이르기까지 대부분의 지적재산권 관련 조약이 채택하고 있는 기본원칙에 해당된다. 내국민대우의 원칙은 조약의 체약국이나 회원국이 지적재산권의 보호와 집행에 있어서 自國民에게 부여하는 것과 동등한 대우를 다른 체약국이나 회원국의 국민들에게도 부여하여야 한다는 내용이다.¹²⁾ 특히, 내국민대우의 원칙은 상대방 체약국이 어떠한 수준의 보호를 하는가에 관계없이 모든 체약국의 국민에 대해서 자국민에 부여하는 것과 동등한 대우를 해야 한다는 것을 의미한다.¹³⁾ 내국민대우

10) Paris Convention for the Protection of Industrial Property: 파리조약은 1883년도에 채택된 이후 여러 차례에 걸쳐서 개정되었고 1967년에 스톡홀름 회의에서 개정된 바 있는데, 우리나라는 스톡홀름에서 개정된 파리조약에 가입하여 1980.5.4.부터 발효되었다(조약 제707호).

11) Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights: TRIPs 협정은 1995년 1월 1일 발족된 “세계무역기구(World Trade Organization) 설립을 위한 마라케시협정”의 부속 협정이다.

12) Paris Convention for the Protection of Industrial Property 제2조 제1항 및 Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights 제3조. 예컨대, 미국의 통합몰수법(Omnibus Appropriations Act of 1998)이 Cuba 국민보다 Cuba 국민이 아닌 체약국 국민에 더 유리한 권리를 부여하는 것이 내국민대우원칙에 반한다고 판시된 바 있다(WT/DS176).

13) 예컨대, 유럽연합(EU)의 지리적 표시(geographical indications) 보호에 관한 지침은 미국과 같이 동등한 수준의 지리적 표시보호를 제공하지 않는 국가에 대해서는 지리적 표시의 보호를 제공하지 않는다고 하는 소위 相亞主意를 채택하고 있었는데, WTO 분쟁해결기구는 유럽연합의 그러한 상호주의가 내국민대우의 원칙에 반한다고 결정한 바 있다(WT/DS174/R 및 WT/DS290/R).

의 원칙이 그 개념은 비교적 단순하지만 무엇이 실질적으로 “동등한 대우”에 해당되는지의 구체적인 문제를 살펴보면 아주 어려운 문제들에 직면하게 된다.¹⁴⁾

내국민대우의 원칙은 조약의 체결국이 다른 체결국의 국민들에게 內國民과 동일한 대우를 해야 한다는 것을 의미하는데, 이것은 그 체결국의 법령을 다른 체결국의 국민들에게도 적용해야 한다는 準據法(choice of law)을 의미하는 것이라고 이해되기도 한다. 그러나, 법정지가 특정 조약의 체결국인 경우에 체결국의 내국민과 다른 체결국의 국민을 동일하게 취급해야 한다는 내국민대우 원칙이 법정지에서 내국민대우를 함에 있어서 법정지의 법령(*lex fori*)을 적용할 것인지 아니면 보호국의 법령(*lex loci protectionis*) 또는 당해 외국인이 속한 국가의 법령(*lex loci originis*)을 적용할 것인지를 결정하는 준거법의 원칙과는 다른 것이라고 보는 것이 타당하다.¹⁵⁾ 예컨대, 파리조약은 특허권의 특성상 다수의 체결국에서 다수의 특허권이 등록될 수 있음을 전제로 해서 각 특허권의 효력이 법정지의 법령에 의해서 단일하게 판단되어서는 안된다는 점을 분명히 하고 있고,¹⁶⁾ TRIPs협정 및 그 일부가 된 베른조약도 저작권의 보호범위와 그 구제수단은 그 보호를 원하는 국가 즉 보호국의 법령에 의해야 한다고 규정하고 있어서,¹⁷⁾ 내국민대우의 원칙이 법정지의 법령을 준거법으로 적용해야 한다는 것을 의미하는 것은 아니라는 점을 확인해볼 수 있다. 요컨대, 내국민대우 원칙의 구체적인 내용과 의미는 각 조약의 관련 규정을 면밀히 검토해봄으로써 알 수 있다.

파리조약 및 TRIPs 협정 하에서의 내국민대우의 원칙을 보면, 체결국 또는 회원국의 국민은 내국민에게 부과하는 조건 및 절차에 따를 것을 조건으로 내국민과 동일한 보호를 받고 권리의 침해에 대하여 내국민과 동일한 법률상의 구제를 받을 수 있으며, 체결국 또는 회원국의 국민에 의한 지적재산권의 향유에 있어서는 보호를 받고자 하는 국가 내에 주소 또는 영업소를 가질 것을 조건으로 하지 않는다. 또한, GATT를 비롯한 기존의 조약에서는 내국민대우의 원칙이 상품을

14) WTO분쟁해결기구가 내국민대우원칙을 어떻게 해석하는가에 따라서 단순히 기계적으로 동등한 대우도 구체적인 사건에서 회원국 국민을 차별하는 것으로 판단될 수도 있다. 張勝和, “우리나라 自動車 累進稅制의 WTO 合致性”, 法曹 제47권 9호 (1998년), 제85면.

15) 강영수, “國際 知的財産權侵害訴訟에 있어서 國際私法의 問題에 관한 研究” (서울대학교 법학 박사학위논문, 2005.2.), 제180면.

16) Paris Convention for the Protection of Industrial Property 제4조의2.

17) Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights 제9조, The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works 제5조 제2항.

그 대상으로 삼고 있는데 반하여 파리조약과 TRIPs협정 등 지적재산권 관련 조약에서의 내국민대우의 원칙은 국내법상의 지적재산권이 체약국의 국민에 대해서도 인정되고 보호되어야 한다는 것을 의미한다는 점에서 차이가 있을 뿐만 아니라 지적재산권의 특성상 인정되는 여러 가지 例外가 있다.

우선, 파리조약은 “사법상 또는 행정상의 절차, 재판관할권, 또는 등록절차 등과 관련하여 주소의 지정이나 대리인의 선정”에 관해서는 내국민대우의 원칙의 예외가 인정된다고 규정하고 있고, TRIPs 협정도 그러한 조항을 그대로 준용하고 있다.¹⁸⁾ 이 규정은 특허청이나 법원의 사건처리를 신속하게 하고 권리자 및 상대방의 이익을 보호하기 위해 특별히 둔 예외적인 규정으로서, 우리나라 특허법은 이러한 예외규정을 근거로 해서, 우리나라가 가입한 조약의 체약국 내지 회원국의 국민인 외국인이 국내에 출원 등을 하고자 하는 경우에는 국내에 주소지나 영업소를 가진 자를 代理人(즉 特許管理人)으로 선정해야 한다는 의무를 부과하고, 국내 소송에 있어서는 特許管理人이 있는 때에 그 특허관리인의 주소 또는 영업소를, 특허관리인이 없으면 特許廳 소재지를 민사소송법 제11조의 규정에 의한 財産所在地로 본다고 규정하고 있다.¹⁹⁾ 또한, 우리나라에 주소, 사무소 또는 영업소를 두지 아니한 회원국 국민이 원고가 되어 특허소송을 제기하는 경우, 법원은 피고의 신청에 의하여 소송비용의 담보를 제공할 것을 원고에게 명하여야 한다.²⁰⁾

또한, TRIPs 협정의 체약국들은 베른조약의 규정도 준수해야 하고 베른조약에 의하면 無方式主義에 입각하고 있기 때문에 내국민대우의 원칙에 따라서 체약국 국민에 대하여도 별도의 차별적인 방식을 요구해서는 아니된다고 해석되는 한편, 베른조약에서 인정되고 있는 내국민대우원칙의 예외 또는 상호주의원칙의 복귀도 그대로 허용된다. 예컨대, 베른조약에 규정되어 있는 保護期間의 比較(Comparison of terms)라거나, 本國에서 意匠으로서 보호되는 응용예술이나 소위 “추급권(Droit de suite)”에 관해서, 그리고 翻譯權에 관한 유보를 선언한 회원국에 대해서 또는 회원국 국민의 저작물에 대해서 적절한 보호를 해주지 아니하는 非會員國의 국민의 저작물에 대한 보복 등에 있어서 相互主義(the principle of

18) Paris Convention for the Protection of Industrial Property 제2조 제3항 및 Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights 제3조.

19) 특허법 제5조 및 제13조.

20) 민사소송법 제117조.

reciprocity)는 여전히 그 위력을 발휘하고 있고,²¹⁾ 그러한 한도에서 TRIPs 협정에서의 내국민대우의 원칙도 제한된 의미만을 가지게 되는 것이다. 또한, 내국민대우의 원칙은 TRIPs 협정 또는 베른조약에 규정된 지적재산권에 한해서만 인정된다고 볼 수 있기 때문에 私的複製補償金 제도와 같이 특정국가에서만 인정되고 있는 혜택이나 이익에 대해서는 당연히 내국민대우의 원칙이 적용된다고 해석할 수는 없다.

이와 같이 파리조약과 베른조약에서 인정된 예외 뿐만 아니라 TRIPs 협정자체가 인정하고 있는 중요한 예외도 있는데, 著作隣接權에 관한 상호주의로의 복귀가 그것이다. 즉, TRIPs 협정에 의하면, 실연자, 음반제작자, 방송사업자의 권리에 관해서는 TRIPs 협정에 규정되어 있는 권리에 한해서만 내국민대우의 원칙이 적용된다. 따라서, 특정 체약국은 음반의 제2차적 이용에 관한 배타적 권리를 인정하는데 다른 체약국은 그러한 권리를 인정하지 않는 경우에 전자의 체약국은 후자의 체약국 국민에 대해서는 음반의 제2차적 이용에 관한 권리를 인정하지 않아도 무방하다는 相互主義 原則이 허용된다고 해석된다. 예컨대, 우리나라 저작권법은 판매용음반을 사용하여 방송하는 경우에도 방송사업자는 實演者에게 상당한 보상을 해야 하도록 규정하고 있는데²²⁾ 반하여, 美國의 聯邦著作權法은 현재로서는 實演者의 權利를 정식으로 인정하고 있지 않기 때문에 미국의 실연자는 음반의 그러한 제2차적 이용에 대해서 아무런 권리를 가지고 있지 않고,²³⁾ 따라서 미국의 실연자는 미국에서 뿐만 아니라 우리나라에서도 판매용음반의 방송에 대한 보상을 청구할 수 없을 것이다.

2. 最惠國待遇의 원칙

기존의 지적재산권 관련 조약들은 지적재산권의 보호에 관한 내국민대우의 원칙만을 규정하고 있었으나, TRIPs 협정은 내국민대우의 원칙 뿐만 아니라 GATT의 기본원칙의 하나인 最惠國待遇(Most-Favoured-Nation Treatment)의 원칙도 규정하고 있다. 본래 최혜국대우의 원칙은 특정국가에 대해서 인정해주는 관세면제

21) Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works 제7조 제8항, 제14조의 3, 제30조 제2항.

22) 저작권법 제65조.

23) Bonnie Teller, "Toward Better Protection of Performers in the U.S.," 28 *Columbia J. Transnational L.* 775 (1990).

또는 낮은 관세율의 특혜를 다른 회원국에도 인정해주어야 한다는 GATT의 기본 원칙이지만, 지적재산권을 통상문제로 접근하면서 TRIPs 협정에도 규정된 것이다. 즉, 지적재산권의 보호와 관련하여 특정 체약국이 다른 체약국의 국민에 대해 허용하는 모든 이익, 혜택, 특전 또는 면책혜택은 즉시 그리고 무조건적으로 다른 체약국의 국민에 대해서도 인정되어야 한다고 규정되어 있다.²⁴⁾ 그러나 GATT의 최혜국대우의 원칙에도 관세동맹 또는 지역경제블록의 예외가 인정되는 것처럼, TRIPs 협정의 최혜국대우의 원칙에도 몇 가지 예외가 인정되고 있다. 그 하나는 내국민대우의 원칙에 대한 예외에서와 마찬가지로 TRIPs 협정에 규정되어 있지 아니한 저작인접권 등에 관해서는 최혜국대우의 원칙이 적용되지 않는다고 하는 필연적인 예외가 있다. 또 다른 하나는, 베른조약 등에서와 같이 개발도상국에게 인정되는 복제권의 강제사용허락이나 번역권의 제한 등의 특혜는 개발도상국을 위하여 특별히 마련된 것이기 때문에 TRIPs 협정 하에서도 선진국에는 적용되지 아니하는 바, 이것도 최혜국대우의 원칙에 대한 예외의 하나인 것이다.

또한, WIPO 관할 국제규범에 따라서 지적재산권의 취득과 유지에 관한 節次的 특혜에 관해서도 최혜국대우의 원칙은 적용되지 아니한다.²⁵⁾ 예컨대, 특허협력조약이라거나 상표등록에 관한 마드리드협정은 체약국들에 대하여 특허 및 상표 등의 간소한 출원절차를 허용함으로써 체약국들에게 節次的 특혜를 인정하고 있는 바, 이러한 특혜에 대해서 최혜국대우의 원칙을 적용하게 되면 그러한 WIPO 관할 국제규범의 의미가 상실되어버릴 것이기 때문에 그러한 국제규범 하의 특혜에 대해서는 최혜국대우의 원칙이 적용되지 아니한다고 규정하게 된 것이다.

마지막으로 중대한 예외로서, 지적재산권 관련 국제협약으로서 TRIPs 협정발효 이전에 체결·발효된 국제조약으로부터 발생하는 특혜는, TRIPs 위원회에 통보되고 다른 체약국 국민에 대하여 자의적이거나 정당하지 아니한 차별대우에 해당되지 않는 한, 최혜국대우의 원칙에 대한 예외로서 TRIPs 협정 하에서도 허용된다고 하는 예외가 인정된다. 예컨대, “製法特許出願의 物質特許 보호 제공에 관한 대한민국정부와 미합중국정부 간의 서한 교환”(이하 “한미간 물질특허 협정”이라고 약칭함)²⁶⁾은 미국인·미국기업의 특허출원 가운데 우리 特許法이 物質特許(product patents)를 보호하기 이전에 製法特許(process patents)出願의 형식으

24) Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights 제4조.

25) Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights 제5조.

26) 1987.5.18. 발효, 조약 제923호.

로 출원된 특허출원에 대해서 예외적으로 改正 特許法²⁷⁾ 발표일로부터 90일 이내에 물질특허청구를 포함하도록 補正할 수 있는 기회를 부여해주고 있는데,²⁸⁾ 만일 그러한 특혜를 부여하는 兩者條約이 TRIPs 협정 체결 및 발효 당시에 그대로 유효한 조약이라면 TRIPs 협정의 최혜국대우 원칙에 대한 예외로서의 요건과 절차를 갖추어야만 양자조약의 당사국 사이에서만 유효한 조약이 될 것이다. 따라서, “한미간 물질특허 협정”이 TRIPs 협정의 체결 및 발효 이후에 체결되었거나 TRIPs 협정의 최혜국대우원칙의 예외에 관한 요건과 절차를 충족하지 못한다면, TRIPs 협정 회원국의 국민들은 최혜국대우의 원칙에 따라서 미국에 대한 특혜와 동일한 특혜를 주장할 수 있게 될 것이다.

III. 條約에 따른 國內法の 制定 · 改正

지적재산권 관련 조약들은 앞에서 살펴본 기본원칙들 이외에 특허, 저작물, 상표의 보호에 관한 구체적인 기준을 규정하고 있는데, 우리나라와 같이 조약의 비준 이전에 조약의 수용을 위한 국내법의 제정 또는 개정이 수반되는 경우에는, 그러한 구체적 기준이 무엇인지를 판단하기 위해서 관련 국내법의 규정을 살펴볼 필요가 있다. 이하에서는 관련 국내법 가운데 특히 중요한 법률로서 特許法, 著作權法, 商標法, “不正競爭防止 및 營業秘密保護에 관한 法律”에 관해서 살펴 보도록 한다.

1. 特許法の 改正

파리조약을 비롯한 특허권 관련 조약의 가장 중요한 규정을 든다면 2개국이상의 국가에 특허출원을 하는 경우에 優先權(right of priority)을 주장할 수 있다고 하는 것인데,²⁹⁾ 우리 특허법은 이미 파리조약에의 가입 이전에 우선권에 관한 규정을 두고 있었기 때문에,³⁰⁾ 우선권제도에 관한 한, 조약의 체결로 인해서 국내

27) 1986.12.31. 개정, 1987.7.1.부터 시행, 법률 제3891호.

28) 따라서, 대법원 1992.2.25. 선고 91후578 판결은 조약상의 보정기간이 경과한 이후에는 미국인/미국기업의 특허출원에 대해서도 특허법상 출원보정에 관한 제한이 그대로 적용되어, 물질특허청구를 포함시키는 보정이 부적법한 것으로 된다고 판시한 바 있다.

29) Paris Convention for the Protection of Industrial Property 제4조.

30) 특허법 (1963.3.5. 법률 제1293호에 의해서 개정됨) 제36조의2.

법을 개정하거나 조약의 비준을 위해서 관련 규정을 개정할 필요는 없었다. 優先權이란 어떤 조약의 체약국 또는 회원국에서 최초로 정규의 출원을 한 자 또는 그 승계인이 일정 기간 내에 다른 체약국 또는 회원국에 동일 목적물에 대하여 출원하는 경우 출원의 순위 및 신규성 판단에 있어 그 최초 출원일을 기준으로 할 것을 주장할 수 있는 권리를 말하는데, 1963년의 특허법 개정에 의해서 우리 특허법상 존재해온 우선권제도가 실질적으로 그 의미를 가지고 중요성을 가지게 된 것은 우리나라가 파리조약에 가입하게 됨으로써 가능하게 된 것이다.³¹⁾ 따라서, 전술한 “韓美間 物質特許 協定”³²⁾은 “일방 체약국의 국민과 회사는 타방 체약국의 영역 내에서 특허권의 취득 및 보유…에 관하여 내국민대우와 최혜국대우를 받는다”고 규정하고 있고, 우리 특허법에 우선권에 관한 규정이 존재하지만, “한미간 물질특허 협정” 자체가 체약국 국민에게 특허출원에 관한 우선권을 부여한 것은 아니기 때문에 “한미간 물질특허 협정”의 체약국 국민이 당연히 우선권을 주장할 수 있는 것은 아니었다.³³⁾

파리조약은 물질발명을 보호해야 한다고 규정한 바 없지만, 우리나라가 파리조약에 가입하면서 특허법을 개정할 때 국내외의 많은 의견에 따라서, 종전까지 특허받을 수 없는 발명의 하나로 분류되어 왔던 “화학방법에 의하여 제조될 수 있는 물질의 발명”을 불특허사항으로부터 제외하는 개정을 하게 되었다.³⁴⁾ 따라서, 파리조약의 직접적인 영향은 아니지만 우리나라의 파리조약 가입과 더불어 경험하게 된 가장 커다란 국내법적인 변화는 물질발명도 보호하기 시작한 것이다. 또한, TRIPs 협정은 미생물이외의 동물과 식물은 불특허대상으로 할 수 있음을 규정하면서 다만 식물변종의 경우에는 특허법이나 특별법에 의해서 보호하는 선택의 여지를 허용하고 있는데, 우리 특허법은 감자, 고구마, 양파와 같은 무성번식 식물만을 특허받을 수 있는 발명으로 규정하고 있지만 유성번식식물에 관한 발명에 대한 특허법적 보호에 대해서는 명확한 입장을 취하고 있지 않는 사항이어서, 농림수산부는 1996년도에 종자의 보호에 의하여 유성번식식물의 발명을 보호할 수 있도록 하는 種子産業法³⁵⁾을 새로이 제정하게 되었다.

31) 우리나라에서 이루어지고 있는 외국인의 특허출원은 대부분 우선권 주장을 수반하고 있다고 한다: 법원행정처, 特許訴訟實務 (1998, 법원행정처), 제383면.

32) II. “지적재산권 관련 국제적 법질서”의 2. “최혜국대우의 원칙”에 관한 설명 참고

33) 대법원 1985.8.20. 선고 83후94 판결(공1985, 1246).

34) 특허법 (1982.11.29 법률 제3566호에 의해서 개정됨) 제4조 제3호.

35) 제정 1995.12.6 (법률 제5024호).

TRIPs협정의 비준에 따라서 국내 특허법을 개정하게 된 것은 특허권의 존속기간에 관한 규정을 비롯해서 상당수 존재한다. 즉, TRIPs 협정은 특허법적 보호기간이 出願日로부터 최소한 20년이 경과하기 전에는 종료되지 않는다고 규정하고 있는 바,³⁶⁾ 1995년에 개정된 특허법은 특허권의 존속기간이 출원일로부터 20년이 되는 때에 만료된다고 규정하고, 더 나아가 특허발명의 실시에 있어서 다른 법령에 의한 허가나 등록이 요구되고 그러한 허가나 등록을 위해서 소요되는 활성·안정성의 시험을 위해서 장기간이 소요되는 발명의 경우에는 그 실시할 수 없었던 기간에 대하여 5년의 기간 내에서 특허권의 존속기간을 연장할 수 있다고 규정하게 되었다.³⁷⁾ 또한, TRIPs 협정은 특허발명의 강제실시허락에 대해서 상세한 규정을 두고 있는 바,³⁸⁾ 통상실시권 설정의 재정에 관한 국내 특허법 규정을 개정하게 되었고, 통상실시권허여심판을 함에 있어서는 기본발명에 대한 특허권자도 이용발명 또는 개량발명을 이용할 수 있도록 相互利用許諾(cross license)을 받을 수 있도록 개정한 바 있다.³⁹⁾ 다만, 개정 특허법이 강제실시허여의 새로운 사유로서 열거하게 된 “불공정경쟁행위 시정”의 경우에는 몇 가지 문제점이 있는데, 우리나라 “獨占規制 및 公正去來에 관한 法律”은 각종 불공정거래행위 또는 경쟁제한 행위의 시정을 할 수 있는 권한(즉 是正勸告와 是正措置를 내릴 수 있는 권한)을 公正去來委員會에 부여하고 있기 때문에,⁴⁰⁾ 특허권자에 의한 대부분의 경쟁제한행위 또는 불공정거래행위는 공정거래위원회에 의하여 시정될 것이고, 특허법이 규정하고 있는 바와 같이 “불공정경쟁행위로 판정된 사항을 시정하기 위하여 특허발명을 실시할 필요성이 있는 경우”로서 特許廳長이 통상실시권의 재정을 하게 되는 경우가 얼마나 될 것인지는 의문이다.

TRIPs 협정은 특허권보호에 관한 최소한을 규정한 것이기 때문에 선진국들은 그러한 최소한의 보호만으로 만족하지 아니하고 자국의 국내법의 보호수준을 보다 높은 수준으로 정하고 우리나라와 같은 무역상대방 국가들로 하여금 유사한 보호수준을 요구하는 경향이 있다. 우리나라는 한편으로는 이러한 미국 등의 보

36) Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights 제33조.

37) 특허법(1995.01.05 법률 제4892호에 의해서 개정됨) 제88조 및 제89조.

38) Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights 제8조, 제30조, 제31조.

39) 특허법 제107조 및 제138조.

40) “독점규제 및 공정거래에 관한 법률” 제5조, 제16조, 제21조, 제24조, 제27조, 제30조, 제31조, 제34조, 제51조, 제57조.

호요구를 반영하고 다른 한편으로는 국내산업계의 특허권보호의 요구도 고려해서, 추가적으로 다수의 특허법개정을 실시했다. 우선, 특허권취득에 너무나 많은 시간이 소요된다는 문제점을 해결하기 위해서, 종전의 출원공고제도를 폐지하고 거절이유가 없으면 곧바로 특허결정을 하도록 하고 특허이의신청은 등록공고일로부터 3개월 이내에 제기할 수 있도록 하였다.⁴¹⁾ 또한, 거절결정에 대한 불복이나 특허권의 무효주장은 종전까지 반드시 2심의 심판을 거쳐서 대법원에 상고할 수 있을 뿐이었지만, 1995년 특허법개정에 의해서 심판은 특허심판원에서 담당하고 그에 대한 불복의 소송은 특허법원에 제기되도록 해서, 법원에 의한 재판의 기회가 더욱 넓어지게 되었다.⁴²⁾

2. 著作權法の 改正

특허법과 마찬가지로 우리 저작권법은 제정될 당시부터 조약에 따른 외국저작물의 보호에 관한 규정을 두고 있었지만,⁴³⁾ 내국민대우의 원칙에 따른 외국저작물의 보호가 가능해진 것은 우리나라가 가입한 世界著作權條約⁴⁴⁾이 1978년 10월 1일에 효력을 발생하게 된 때로부터이다. 따라서, 세계저작권조약의 발효일 이전에는 사실상 외국인의 저작물이 보호되지 못했기 때문에, 설사 외국인과의 사이에 출판권설정계약을 맺고 문화공보부에 출판권설정등록을 마친 사실이 있다고 하더라도 유효한 출판권을 취득한 것이라고 볼 수 없다고 판시된 바도 있다.⁴⁵⁾ 더욱 흥미로운 사실은 세계저작권조약에의 가입에 발맞추어 1986년도에 대폭적으로 저작권법이 개정되었는데, 1986년도에 개정된 저작권법은 종전과 마찬가지로 조약에 따른 외국저작물의 보호를 규정하면서도 “條約 發効日 이전에 발행된 외국인의 저작물은 보호하지 아니한다”는 점을 명백히 하고 있다는 것이다.⁴⁶⁾ 우리 저작권법은 세계저작권조약의 국내발효일 이전에 창작된 외국저작물에 대한 遡及保護를 부인한 것이기 때문에,⁴⁷⁾ 세계저작권조약의 국내발효일 당시 국내에

41) 특허법 제50조, 제66조, 제69조.

42) 특허법 제132조의2 및 제186조.

43) 저작권법 (1957.1.28 법률 제432호에 의해서 제정됨) 제46조.

44) Universal Copyright Convention (“UCC”).

45) 대법원 1980. 9. 25.자 79마229 결정.

46) 저작권법 (1986.12.31. 법률 제3916호에 의해 전문개정됨) 제3조.

47) 따라서 세계저작권조약의 국내 발효일 이전에 발행된 외국인의 영화는 대한민국에서 이미 공중의 자유이용상태에 놓여졌다고 볼 수 있어서 조약발효일 이후에도 새로이

서 이용하고 있던 대다수의 외국저작물은 그 발효일 이후에 계속해서 이용하더라도 저작권침해에 해당되지 않는다는 결과로 된다.⁴⁸⁾

세계저작권조약과 달리, TRIPs 협정은 저작권의 遡及保護(retroactive protection)를 의무화하고 있고 동 조약의 체결과 더불어 개정된 저작권법은 부칙에 의해서 외국저작물의 소급보호를 명시적으로 규정하게 되었다.⁴⁹⁾ 소급보호의 대상이 되는 외국저작물 즉 저작권법 개정에 의하여 새로이 보호되기 시작한 외국인 저작물로서 개정된 저작권의 시행 전에 공표된 저작물을 回復著作物(restored works)이라고 하고, 회복저작물에 대한 저작권의 존속기간은 우리나라 저작물과 마찬가지로 보호되었더라면 인정되었을 보호기간의 남은 존속기간으로 된다. 외국저작물의 소급보호를 원칙적으로 인정하되, 저작권법은 소급보호의 경제적 충격을 완화하기 위하여 몇 가지 예외를 두고 있다. 예컨대, 현행 저작권법 시행 전에 회복저작물을 이용한 행위는 저작권의 침해행위에 해당되지 않고, 회복저작물을 원저작물로 하는 2차적저작물로서 1995년 1월 1일전에 작성된 것은 현행 저작권법 시행후에도 이를 계속하여 이용할 수 있는 중대한 예외도 있다. 이러한 소급보호 및 그 예외는 음반에 대한 실연자의 권리와 음반제작자의 권리에 대해서도 그대로 적용된다. 그러나, 외국저작물에 대해서 소급보호가 부여되는 경우에, 당해 외국저작물을 상표로 등록해서 사용하던 상표권자의 권리와 소위 회복된 외국저작물의 저작권이 서로 충돌되는 경우에 어느 권리가 우선하는지의 문제는 소급보호의 구체적인 의미에 관한 해석상의 문제점을 잘 보여준다. 소급보호가 부여되기 시작한 시점을 저작권의 발생시점으로 보거나,⁵⁰⁾ 저작물을 토대로 해서 등록·사용하는 상표를 당해 저작물을 원저작물로 해서 만들어진 일종의 2차적저작물이라고 보는 하급심판례가 있으나,⁵¹⁾ 모두 다소 무리한 해석이다. 결국 소급보호에 관한 조약규정을 반영해서 저작권법을 개정했지만, 상표권과의 관계 등에 관해서 면밀하게 입법하지 못한 입법적 흠결이라고 생각된다.

TRIPs 협정은 소급보호 이외에도 음반과 소프트웨어에 관한 소위 貸與權의 부

보호가 주어질 수 없고, 그러한 외국인의 저작물에 관한 저작권이 내국인에게 양도되었다고 하더라도 그 저작권의 국내보호에 있어서는 아무런 차이가 없다고 판시된 바 있다. 서울민사지방법원 1996. 3. 15. 선고 94카합2676 판결.

48) 대법원 1997. 4. 22. 선고 96도1727 판결.

49) 저작권법 (1995. 12. 6. 법률 제5015호에 의해서 개정) 부칙 제3조 및 제4조.

50) 서울지법 1998. 10. 7. 선고 98카합2231 판결.

51) 서울지법 1999. 4. 2. 선고 98가합72475 판결.

여 그리고 著作隣接權의 보호기간을 50년으로 규정하는 등의 상당히 높은 수준의 저작권보호에 관한 규정을 두고 있고,⁵²⁾ 우리 저작권법 및 컴퓨터프로그램보호법도 TRIPs 협정을 수용하기 위해서 관련 규정을 개정하게 되었다.⁵³⁾ 이후 인터넷의 등장과 저작물의 디지털화가 가속화됨에 따라서, 세계지적재산권기구(WIPO)는 WIPO 著作權條約과 WIPO 實演·音盤條約을⁵⁴⁾ 채택한 바 있고, 우리나라는 동 조약에 가입하지 아니했지만 2000년 1월에 著作權法을 개정해서 소위 傳送權을 새로이 도입하게 되었고 전송권 등에 대한 제한으로서 도서관에 의한 복제 및 전송을 제한적으로 허용하게 되었다.⁵⁵⁾

3. 商標法 및 不正競爭防止法의 改正

파리조약은 周知商標(well-known marks)의 보호에 관한 규정을 비교적 간결하게 두고 있지만,⁵⁶⁾ 우리나라는 파리조약의 관련 규정을 수용하기 위해서 商標法과 “不正競爭防止 및 營業秘密保護에 관한 法律”(이하에서는 “부정경쟁방지법”이라고 약칭함)의 두 가지 법률에 상세한 규정을 두고 있다. 우리 상표법은 주지성을 갖추지 아니한 상표의 경우와 마찬가지로 周知商標의 보유자가 자신의 상표를 등록해서 보호받을 수 있게 해주는 것은 물론이고, 제 3 자가 주지상표 보유자의 허락없이 주지상표와 동일·유사한 상표를 먼저 登錄할 수 없고 등록하더라도 無效審判의 대상이 된다고 규정함으로써, 주지상표를 간접적으로 보호해주고 있다.⁵⁷⁾ 주지상표와 동일·유사한 상표의 등록을 금지하는 것이 한편으로는 출처 혼동의 방지를 통해서 소비자를 보호하기 위한 것이라고 하는 목적으로 가지고 있지만, 다른 한편으로는 부정경쟁방지법이 이미 주지상표의 보유자에게 부여해주고 있는 보호 즉 부정경쟁방지법상의 권리를 상표등록단계에서도 확인적으로 보호해주는 것을 목적으로 한다. 우리 부정경쟁방지법은 주지성을 갖춘 상표 등

52) Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights 제11조 및 제14조.

53) 저작권법 (1994.1.7. 법률 제4717호에 의해서 개정) 제43조, 제65조의2, 제67조의2, 제70조 및 컴퓨터프로그램보호법 (1994.1.5. 법률 제4712호에 의해서 개정) 제16조의2.

54) WIPO Copyright Treaty (1996); WIPO Performances and Phonograms Treaty (1996).

55) 저작권법 (2000년 1월 12일 法律 第6134號에 의해서 개정) 제18조의2, 제28조 및 컴퓨터프로그램보호법 (1998.12.30. 법률 제5605호에 의해 개정) 제8조, 제12조.

56) Paris Convention for the Protection of Industrial Property 제6조의2.

57) 상표법 제7조 제1항 제9호·제10호·제12호. 현실적으로는 상표법 제4호(공서양속) 및 제11호(품질오인야기)도 주지상표의 보호를 위해서 원용되고 있다.

출처표시에 대해서 그 상표등록여부를 불문하고 침해금지청구권과 손해배상청구권 등에 의한 보호를 해줌으로써,⁵⁸⁾ 주지상표의 보유자에게 일정한 권리 즉 자신의 주지상표에 관한 이익을 향유할 수 있는 지위 또는 권리를 부여한 것이다. 부정경쟁방지법이 주지상표의 보유자에게 인정한 권리는 출처혼동 및 영업상 이익의 침해라는 세부적인 요건에 있어서 다소의 차이는 있으나⁵⁹⁾ 상표법이 등록상표의 보유자에게 부여한 권리 즉 상표권과 아주 유사한 권리라는 점에서, 부정경쟁방지법은 주지상표의 보유자에게 넓은 의미의 상표권을 부여한 것이라고 말할 수 있다.⁶⁰⁾ 요컨대, 商標法은 상표 등록단계에서 주지상표를 보호하지만 이러한 상표법상의 보호는 주지상표 보유자가 제3자에 의한 상표등록을 저지하거나 무효라고 주장할 수 있는 소극적인 보호임에 반해서, 不正競爭防止法은 주지상표 보유자에게 일정한 경우에 제3자의 무단사용에 대한 금지청구권과 손해배상청구권을 부여해 줌으로써 주지상표 보유자가 사실상 배타적으로 주지상표를 사용할 수 있도록 해주는 적극적인 보호라는 점에서 차이가 있을 뿐이다.

우리나라는 파리조약을 수용하면서 상표법과 부정경쟁방지법의 두 가지 법률로 나누어서 주지상표를 보호해줌으로써 결과적으로 주지상표와 등록상표가 충돌되면 어느 상표가 우선하는지에 관해서 아주 어려운 문제를 야기하게 되었다. 상표법은 不登錄事由에 관한 규정을 통해서 주지상표를 보호하고 부정경쟁방지법은 주지상표의 보유자에게 일정한 경우의 무단사용에 대한 금지청구권과 손해배상청구권 등의 구제수단을 부여해 줌으로써 주지상표의 보호에 관해서 상표법과 부정경쟁방지법은 모순없이 일응 효율적인 역할 분담을 하고 있는 것처럼 보인다. 그러나, 어떠한 이유에서든지 상표법상 부등록사유에 관한 규정에도 불구하고

58) 부정경쟁방지법 제2조 제1호, 제4조, 제5조.

59) 상표법에서 상표권의 침해기준으로 채택된 상표의 동일·유사성 및 지정상품과의 동일·유사성은 출처혼동에 관한 판단의 어려움을 덜기 위해서 입법적으로 선택한 방법에 불과하고, 기본적으로 그러한 침해기준은 출처혼동의 가능성이 있기 때문이라는 점을 전제로 하고 있는 것이다. 또한 영업상 이익의 침해라는 요건이 상표권침해의 경우에는 명문의 규정으로 들어와 있지 않지만, 상표법이 보호하고자 하는 상표권자의 이익은 본질적으로 영업상의 이익이기 때문에, 상표를 parody(희화화)하거나 기타의 비영업적 사용은 상표권의 침해라고 보기 어려운 경우가 많을 것이다. 따라서 외관상으로는 양법의 보호기준에 차이가 있는 것처럼 보이지만, 실질적으로는 양법이 상표에 관한 신용과 명성을 보호하고 소비자의 혼동을 방지하고자 하는 법목적을 공유하고 있다고 말할 수 있다.

60) 좁은 의미의 상표권은 상표법이 규정한 상표권으로서 상표등록에 의해서 비로소 창설되는 권리를 말한다.

하고 주지상표와 동일·유사한 상표가 제3자에 의해서 먼저 등록된 경우에, 등록상표의 보유자인 상표권자가 주지상표의 사용을 금지하게 되면 당해 상표의 先使用者인 주지상표 보유자를 보호하고자 하는 부정경쟁방지법의 취지에 반하고, 다른 한편 주지상표 보유자가 상표법에 규정된 무효심판청구를 하지 아니한 채 부정경쟁방지법에 따라 부정경쟁행위의 성립을 주장하며 언제나 등록상표의 사용을 금지할 수 있다고 하면⁶¹⁾ 등록상표의 안정과 공신력을 파괴하게 되어 상표법의 취지에 반할 수 있다. 이러한 문제는 우리나라 정부가 파리조약에 가입하면서 상표보호에 관해서 상표법과 부정경쟁방지법의 두 가지 법률을 채택하면서 양 법률의 분담 내지 조화에 관한 면밀한 규정을 두지 못했기 때문에 발생한 문제라고 생각된다.⁶²⁾

파리조약은 주지상표의 보호에 관한 규정 뿐만 아니라 “산업상 또는 상업상의 공정한 관행에 반하는 불공정 경쟁행위”⁶³⁾를 금지하는 규정도 두고 있다. 불공정 경쟁행위의 규제를 위한 국내법으로는 부정경쟁방지법과 “獨占規制 및 公正去來에 관한 法律(이하에서는 ‘독점규제법’이라고 약칭함)”이 있다. 不正競爭防止法을 보면 그 법률의 명칭은 불공정 경쟁행위를 포괄적으로 규제하기 위한 법률인 것 같지만 그 구체적인 규제범위는 출처의 혼동, 원산지나 품질 등에 관한 기망, 영업비밀의 침해 등의 제한된 유형의 부정경쟁행위에 한정되어 있다.⁶⁴⁾ 따라서, 현행 부정경쟁방지법은 경쟁업자의 노력의 결과에 무임편승함으로써 가격과 품질을 향한 공정한 경쟁을 방해하는 다양한 유형의 불공정 경쟁행위를 규제할 수 없는 실정이다. 현실적으로도, 부정경쟁방지법은 著名商標 등에 의한 출처표시의 혼동을 둘러싼 분쟁의 해결에 주로 활용되고 있고, 대부분의 불공정 경쟁행위는 獨占規制法에 따라 公正去來委員會에 의해서 규제되고 있는 실정이다.⁶⁵⁾ 그러나,

61) 대법원 2000. 5. 12. 선고 98다49142 판결 참고.

62) 정상조, “주지상표의 보호 — 상표법과 부정경쟁방지법의 조화를 위한 제언”, 서울대학교 법학 제43권 제4호 (2002. 12), pp.129-170.

63) Article 10bis (2) of the Paris Convention for the Protection of Industrial Property는 “산업상 또는 상업상의 공정한 관행에 반하는 경쟁행위는 불공정 경쟁행위에 해당된다 (Any act of competition contrary to honest practices in industrial or commercial matters constitutes an act of unfair competition)”고 규정하고 있다.

64) “不正競爭防止 및 營業秘密保護에 관한 法律” 제2조.

65) 공정거래위원회가 설립된 1981년부터 2003년까지 처리한 사건이 모두 10,361건에 달하는데 그 가운데 국내사업자 간의 불공정거래행위에 관한 사건이 5,370건이고 국제계약상의 불공정거래행위에 관한 사건이 2,341건으로 75%이상의 사건이 불공정거래

독점규제법에 의한 불공정경쟁행위의 규제에도 한계가 있다. 독점규제법 자체가 독점의 규제 다시 말해서 시장지배적 지위를 가진 기업이 상품이나 서비스의 공급량과 가격을 일방적으로 좌우함으로써 자원의 비효율적 배분을 초래하게 되는 獨占의 폐해를 방지하고자 하는 목적으로부터 출발하고 있기 때문에, 불공정 경쟁행위의 규제에 있어서 불공정성의 구체적 기준이 競爭秩序의 歪曲에 한정되는 것인지 아니면 널리 競爭方法의 不公正性까지 포함하는 것인지 극히 불분명하고 혼란을 겪고 있는 실정이다.⁶⁶⁾ 또한, 독점규제법의 불공정거래행위의 유형과 기준은 대통령령 및 그에 따른 공정거래위원회 고시에 의해서 지정된 것에 한정된다고 해석되고 있어서,⁶⁷⁾ 독점규제법도 현실적으로는 다양한 종류의 불공정 경쟁행위를 포괄적으로 모두 규제할 수 없는 실정이다. 그렇다면 우리 국내법은 파리조약을 충분히 수용하지 못한 것이고 파리조약상의 의무를 이행하지 못한 결과로 되는 것인가 아니면 파리조약의 비준에 의해서 파리조약이 국내법과 동일하고 직접적인 효력을 가지는가가 문제되는데, 이에 대해서는 다음 장의 “국내법적 효력”에서 자세히 살펴보도록 한다.

TRIPs 협정도 국내 상표법과 부정경쟁방지법의 개정에서 커다란 영향을 미쳤다. 예컨대, TRIPs 협정은 色彩商標를 허용하고 소위 사용에 의한 식별력획득을 인정하는 한편, 소리상표는 허용하지 아니할 수 있도록 하고 있다.⁶⁸⁾ 국내 상표법도 1995년 改正에 의해서 색채가 상표의 구성요소로 결합될 수 있음을 인정하게 되었다.⁶⁹⁾ 또한, TRIPs 협정은 여타의 통상조약에서와 마찬가지로 原產地表示에 관한 상세한 규정을 두고 있고, 상표법도 1997년 개정을 통해서 포도주와 蒸溜酒(위스키 등)의 원산지표시에 관한 별도의 규정을 두게 되었다.⁷⁰⁾

상술한 특허법 및 저작권법의 개정에서와 마찬가지로, 국내 상표법의 개정도

행위에 관한 것이다(공정거래위원회의 웹사이트 <http://ftc.go.kr>의 자료실의 “통계” 참조).

66) 백춘기, “불공정거래행위의 요건 및 부당성 유무의 판단기준”, **대법원판례해설** 31號 (1999.5), 제387면.

67) 김영식, “不公正來行爲 該當性 阻却事由로서의 ‘正當한 理由’의 判斷基準”, **대법원 판례해설** 13호 (1991년), 제147면; 한양석, “독점규제 및 공정거래에 관한 법률” 제23조 제1항 제6호 소정의 허위 또는 과장의 광고에 의한 불공정거래행위에 해당하기 위한 요건 및 사업자가 광고 내용에 포함하여야 할 정보, **대법원판례해설** 41號 (2002.12), 제94면.

68) Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights 제15조.

69) 상표법 제2조.

70) 상표법 제7조 제1항 제14호.

파리조약 및 TRIPs 협정의 수용을 위한 개정에 한정되지 않고 그 이상의 보호를 위한 개정에 이르고 있다. 예컨대, 부정경쟁방지법은 2001년 2월 3일에 개정되어 출처혼동의 여부를 불문하고 저명상표의 식별력과 명성을 보호받을 수 있는 희석화금지조항을 두게 되었다.⁷¹⁾ 또한, 인터넷주소의 부당한 선점을 효율적으로 금지하기 위한 목적으로 부정경쟁방지법이 2004년 1월 20일에 개정되었다.⁷²⁾

IV. 條約의 國內的 效力

條約과 國內法の 상호관계 특히 條約의 國內的 效力에 관한 학설로는, 국제법과 국내법은 서로 독립된 별개의 법체계에 속한다고 보는 이원론과 양자가 동일한 법질서를 구성한다고 보는 일원론이 대립하고 있고, 그 가운데 오늘날 많은 설득력을 얻고 있는 일원론도 그 동일한 법질서 내에서 국제법과 국내법의 우열 관계를 어떻게 보는가에 따라 ① 조약이 국내법에 우선한다는 견해, ② 국내법이 조약에 우선한다는 견해, ③ 조약과 국내법이 등등한 지위에 있다는 견해 등으로 나누어져 있다.⁷³⁾

이와 같이 다양한 이론들이 존재하지만, 구체적인 현실을 살펴보면, 條約의 비준 이전에 필요한 國內法の 制定 또는 改正이 이루어지고 조약의 내용이 모두 국내법에 수용된 경우에는 조약의 국내적 효력이 무엇인지에 관해서 고민할 필요 없이 국내법의 해석만으로 충분할 것이다. 국내법의 해석에 불만을 가진 당사자가 조약의 내용을 원용하더라도, 조약이 국내법에 잘 반영되어 있음을 확인할 수 있고 국내법을 해석·적용한 결과가 조약규정에 위반되지 않는다고 판단되면,⁷⁴⁾ 조약과 국내법을 가운데 어느 것이 우선하는지에 관해서 논의한다는 것이

71) “不正競爭防止 및 營業秘密保護에 관한 法律” 제2조 제1호 다목.

72) “不正競爭防止 및 營業秘密保護에 관한 法律” (2004.1.20. 개정 법률 제7095호) 제2조 제1호 아목은 부정경쟁행위의 유형의 하나로 “정당한 권원이 없는 자가 국내에 널리 인식된 타인의 성명·상호·상표 그 밖의 표지와 동일하거나 유사한 도메인 이름을 등록·보유·이전 또는 사용하는 행위”를 열거하게 되었고, 아목의 부정경쟁행위의 성립에는 (1) 상표 등 표지에 대하여 정당한 권원이 있는 자 또는 제3자에게 판매하거나 대여할 목적 (2) 정당한 권원이 있는 자의 도메인 이름의 등록 및 사용을 방해할 목적 (3) 그 밖의 상업적 이익을 얻을 목적의 어느 하나가 있어야 한다고 규정하고 있다.

73) 李漢基, 國際法講義(신정판), 박영사(2005), 121면 이하

74) 대법원 1999.3.26. 선고 96다55877 판결, 대법원 1992.1.17. 선고 91후806 판결, 대법

현실적으로 의미 없는 일이 될 것이다. 다만, 국내법의 규정이 조약의 내용과 모순된다는 주장이 제기된 경우에 우리 법원이 국내법의 해석만으로 그치지 않고 조약의 내용을 검토해본다는 의미에서 우리 법원은 조약이 국내법에 우선하는 효력을 인정할 것이라고 이론구성 할 수도 있을 것이다. 그러나 다른 한편, 우리 판례는 문제된 국내법의 규정이 조약에 부합되기 때문에 결국 국내법규정의 해석만으로도 당해 사건의 해결이 가능하다고 본다는 점에서 국내법이 조약에 우선하는 것이라고 이론구성 할 수도 있을 것이다. 요컨대, 조약의 국내수용을 위한 국내법의 제정 또는 개정이 완전하게 이루어진 경우에는 조약과 국내법률 가운데 어느 것이 우선하는지에 관한 이론적 논란은 현실적으로 의미 없는 일이다.

條約과 國內法の 相互關係에 관한 논의가 중요한 의미를 가지는 것은, 조약을 수용하기 위한 관련 국내법의 제정 또는 개정이 미진하거나 잘못되어서 조약과 국내법의 내용이 일치하지 않고 조약과 국내법 가운데 어느 것이 우선하는지에 따라서 그 결과가 달라지게 되는 경우이다. 이와 같이 조약과 국내법의 상호관계에 관한 논의는 조약과 국내법이 상호일치하지 않는 경우에 중요한 의미를 가지게 되기 때문에, 그 논의는 조약의 내용을 확정하는 것으로부터 출발해서 그 조약의 내용과 국내법의 내용을 비교한 후 어느 것이 우선하는지를 분석해봄으로써 가능한 것이다. 따라서, 논의의 편의를 위해서 우선 條約의 관련 규정이 具體的인 경우와 抽象的인 경우로 나누어서 검토해보도록 한다.

1. 條約 규정이 具體的인 경우

지적재산권 관련 조약의 규정이 具體的이고 明確性和 完全성을 갖춘 경우에는 그 조약규정이 국내법과 마찬가지로 국내 법원에 의해서 직접 적용된다. 우리나라 헌법 제6조 제1항은 “헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다.”고 규정하고 있으므로, 조약은 체결·공포만으로 국내법으로서의 효력을 가진다. 따라서, 어느 조약의 국내적 실시에 있어서 따로 국내법에 의한 具體化가 없더라도 내용상 그대로 국내법으로서 직접 적용할 수 있을 정도의 明確性和 完全성을 갖추고 있다고 판단된 조약 즉 自己執行的 條約(self-executing treaty)은 국내적으로 직접 적용될 수 있다.

여기에서 남겨진 어려운 문제는 조약과 국내법률과의 사이에 어느 것이 우선

원 1990.10.23. 선고 89후1165 판결, 대법원 1987.11.24. 선고 86후138 판결, 대법원 1986.11.25. 선고 85후13 판결.

하는 효력을 가지는가이다. 전술한 바와 같이 조약의 비준을 위해서 제정 또는 개정된 국내 법률이 그 조약의 내용을 정확하고 충실하게 반영한 경우에는 조약과 국내법률 가운데 어느 것을 우선 적용하느냐에 관계없이 그 결과가 동일하기 때문에 현실적으로 어느 것이 우선하는지를 논할 실익이 없다. 다만, 국내법이 조약의 수용을 위해서 제정 또는 개정된 것이고, 국내법이 조약의 내용과 모순되지 않는지 여부를 판단함에 있어서 조약의 내용을 기준으로 삼는다는 점에서, 조약이 우선하는 효력을 가진다고 말할 수 있고 관련 국내법도 조약의 우선적 효력을 명시적으로 규정하고 있는 경우가 많다. 예컨대, 특허법, 상표법, 실용신안법, 디자인보호법은 우리나라가 체결 또는 가입한 조약의 규정과 국내 법률의 규정이 상이한 경우에 그 조약의 규정에 따른다고 명시적으로 규정하고 있고,⁷⁵⁾ 저작권법도 외국인의 저작물은 우리나라가 체결 또는 가입한 조약에 따른다고 규정하고 있어서,⁷⁶⁾ 국내 법률보다 지적재산권 관련 조약이 우선적 효력을 가진다는 점을 분명히 하고 있다. 그러나, 조약을 적용하는 것보다 국내법을 적용하는 것이 조약 가맹국 국민에게 더 유리하고 관련 국내법에 국내법을 우선적용한다는 것을 명백히 한 경우에는⁷⁷⁾ 그러한 국내법 규정에 따라서 국내법이 우선적용된다고 해석된다.⁷⁸⁾

조약이 국내 법률보다 우선하는 효력을 가진다는 것은 조약이 외국인에게 부여한 권리에 대해서 뿐만 아니라 의무에 대해서도 마찬가지이다. 예컨대, 파리조약은 그 가맹국의 國家記章 (State emblems), 감독용 또는 증명용의 공공의 기호 등의 보호에 관한 규정 뿐만 아니라 어느 가맹국이 다른 가맹국에 대하여 자신의 國家記章 등을 보호받고자 할 경우에 국제사무국을 통하여 그 해당 가맹국에 통지해야 한다고 하는 의무도 부과하고 있다.⁷⁹⁾ 다른 한편 우리 국내 상표법은 국제사무국을 통한 통지의무에 관한 아무런 언급도 없이 파리조약 가맹국의 국가기장 등과 동일하거나 유사한 상표는 등록받을 수 없다고 규정하고 있어서, 가맹국의 국가기장의 보호에 관한 조약의 관련 규정과 일치하지 않고, 따라서 국내

75) 특허법 제26조, 상표법 제5조, 실용신안법 제3조, 디자인보호법 제4조.

76) 저작권법 제3조.

77) 예컨대, 1978년에 신설된 관세법 제43조의14는 원칙적으로 조약이 우선하는 효력을 가지지만 관세법에 의한 稅率이 條約에 의한 稅率보다 낮을 때에는 관세법상의 세율이 우선 적용된다고 규정하고 있다.

78) 대법원 1987.11.24. 선고 85누44 판결.

79) Paris Convention for the Protection of Industrial Property 제6조의3.

법원이 조약의 관련규정과 국내 상표법 관련규정 가운데 어느 규정을 우선 적용하는지에 따라서 결론이 달라진다. 우리 대법원은 미합중국 공군의 공식기장과 외관상 극히 유사한 상표의 등록이 유효한 것인지 여부에 관한 상표등록무효심판청구사건에서, 특정 국가의 다양한 기장들은 國旗(National flag)와 달리 다른 가맹국이 반드시 알 수 있다고 볼 수 없고 상표법이 파리조약 가맹국의 기장과 동일 또는 유사한 상표의 등록을 금지한 것은 파리조약의 관련 규정을 입법한 것이므로, 상표법에 따라 파리조약 가맹국의 기장이 보호받기 위하여는 파리조약의 규정에 따라 그 보호대상인 기장 등이 국제사무국을 통하여 우리 나라에 통지되어야 하고 그러한 통지가 없는 경우에 가맹국의 기장과 동일·유사하다는 이유만으로 상표등록이 무효라고 볼 수 없다고 판시한 바 있다.⁸⁰⁾ 다시 말해서, 가맹국 기장의 보호를 위해서 국제사무국을 통한 통지가 필요한 것인지 여부에 관해서 파리조약은 구체적이고 명확한 규정을 두고 있는 반면에 우리 상표법의 관련 규정은 그러한 통지의무를 부과함이 없이 가맹국 기장을 보호한다고 규정하고 있어서 파리조약과 상표법은 상호모순된 규정을 두고 있는 경우에, 파리조약이 구체성과 명확성을 갖추고 있어서 직접 적용할 수 있는 성질의 규정을 두고 있다면 그러한 조약규정은 상표법에 우선하는 효력을 가지고 국내법원에 의해서 직접 적용될 수 있다.

2. 條約 규정이 具體的이지 못한 경우

우리 헌법은 조약이 국내법과 동일한 효력을 가진다고 규정하고 있고 우리 특허법 등의 지적재산권법은 관련 조약이 특허법 등의 국내법보다 우선하는 효력을 가진다고 규정하고 있지만, 그 조약의 관련 규정이 직접 적용될 수 있을 만큼 충분히 구체적이고 명확하지 못한 경우에는 부득이하게 국내법에 의존할 수밖에 없다. 물론 조약에 구체적이고 명시적인 문언이 없더라도 그 체결 당사국간의 합의나 관행 등의 문맥에 비추어 그 구체적이고 명백한 기준이 해석상 확인될 수 있는 경우에는 그러한 해석에 의해서 도출된 조약규정이 국내법에 우선하는 준거법이 될 수 있겠지만, 조약의 관련 규정이 문언상으로는 해석상으로는 구체적이고 명확한 의미를 전달하지 못하는 경우에는 부득이하게 국내법의 해석에 의해서 사안을 해결하게 된다. 다만, 국내 사례들을 보면 조약의 취지를 해석함에

80) 대법원 1999.12.7. 선고 97후3289 판결.

있어서 국내법의 시각에서 해석함으로써 조약규정의 진정한 의미와 취지를 잘못 이해함으로써 사실상 조약보다 국내법을 우선하는 해석을 하는 경우도 있다.

(1) 파리조약과 商標法의 관계

파리조약은 본국에서 정당하게 등록된 商標는 識別力(distinctiveness)을 결여한 경우 등의 예외적인 사유가 없는 한 다른 가맹국에 있어서도 그대로 출원이 받아들여지고 보호된다고 규정함으로써 외국등록상표에 대한 특별한 보호의 규정을 두고 있는데,⁸¹⁾ “식별력을 결여한 경우”의 의미에 대해서는 구체적이고 명확한 규정을 두고 있지 못한 실정이다. 다른 한편, 우리 상표법은 현저한 지리적명칭으로 된 상표는 등록할 수 없다고 규정하고,⁸²⁾ 2001년도에 改正⁸³⁾되기 이전에는 商標登錄出願전에 상표를 사용한 결과 수요자간에 그 상표가 누구의 商品 또는 서비스를 표시하는 것인가가 현저하게 인식되어 있는 것 즉 식별력을 갖추게 되었더라도 현저한 지리적명칭으로 된 상표는 등록할 수 없었다. 이러한 경우에 외국등록상표 가운데 현저한 지리적명칭으로 된 상표이지만 상표등록이전부터 사용에 의해서 수요자간에 출처표시로 현저하게 인식되어 있고 식별력을 갖추게 된 상표에 대한 국내출원이 거절된 사안에서, 대법원은 파리조약이 외국등록상표에 대한 특별한 보호에 관한 규정을 두면서도 식별력을 갖추지 못한 경우에는 그러하지 않다는 예외를 동시에 규정하고 있고 출원과 등록의 요건은 각 가맹국의 국내법에 의해서 정한다고 규정하고 있다는 점을 강조하면서 사건 당시 우리 상표법이 상표사용으로 인한 식별력의 취득여부에 관계없이 현저한 지리적명칭으로 된 상표의 등록을 금지하고 있으므로 현저한 지리적명칭으로 구성된 외국등록상표에 대한 상표등록거절은 적법하다고 판시한 바 있다.⁸⁴⁾ 대법원은 出願과 登錄의 요건이 파리조약 가맹국의 국내법에 의해서 정할 수 있는 사항에 해당된다고 하는 파리조약 규정⁸⁵⁾을 원용하면서 식별력의 유무판단의 기준에 관해서

81) Paris Convention for the Protection of Industrial Property 제6조의5.

82) 상표법 제6조 제1항 4호.

83) 종전에는 현저한 지리적 명칭으로 된 상표는 그 계속적 사용으로 인해서 식별력을 취득했는지 여부에 관계없이 상표로 등록될 수 없었으나, 상표법 일부개정 (2001.2.3 (법률 제6414호)) 이후에는 현저한 지리적 명칭으로 된 상표라도 계속적 사용으로 인해서 수요자간에 출처표시로 알려짐으로써 식별력을 취득한 경우에는 상표로 등록받을 수 있게 되었다.

84) 대법원 2000.6.13. 선고 98후1273 판결.

85) Paris Convention for the Protection of Industrial Property 제6조.

사실상 국내법을 조약에 우선해서 적용한 것이다. 그러나, 외국등록상표의 보호에 관한 파리조약 규정은 출원 및 등록의 요건을 국내법에 위임한 파리조약 규정에 대한 특칙으로 규정된 것이기 때문에 국내법상 등록요건의 다양성에도 불구하고 “식별력 결여 등의 예외적인 경우를 제외하고는” 각 가맹국에서 준수해야 할 규정⁸⁶⁾이라는 점을 고려해 본다면, 과연 대법원의 해석론처럼 사실상 국내법을 조약에 우선해서 적용하는 것이 타당한 해석인지 의문시된다. 더 나아가, 국내법을 우선해서 적용한 결과가 조약에 위반된다고 보는 견해에 의하면, 파리조약의 규정을 최소한의 지적재산권보호기준으로 삼고 있는 TRIPs 협정⁸⁷⁾의 위반에도 해당되고 따라서 그 위반으로 인한 조약상 책임의 근거 또는 강제적인 국내법 개정의 계기로 될 수도 있을 것이다.⁸⁸⁾ 또한, 등록요건과 식별력의 기준이 반드시 동일한 것은 아닌데 파리조약에서 규정한 “식별력 결여”의 예외사유를 해석·적용함에 있어서 국내법상의 등록요건의 충족여부만을 검토하는 것은 상표법 스스로 조약과 모순되는 경우에 조약의 규정에 따른다고 규정한 국내법의 해석상으로도 과연 타당한 해석인지 의문시된다. 우리 상표법의 개정을 통해서도 등록요건과 식별력의 판단기준이 항상 동일한 것은 아니라는 것을 알 수 있는데, 상표법은 2001년도의 改正을 통해서 현저한 지리적명칭으로 된 상표도 商標登錄出願전에 사용한 결과 需要者間에 그 상표가 누구의 상품이나 서비스를 표시하는 것인가가 현저하게 인식되어 있는 것 즉 식별력이 있는 것은 등록할 수 있다고 규정하게 되었다.⁸⁹⁾ 이러한 사후적 개정은 동 개정 이전의 국내 상표

86) Paris Convention for the Protection of Industrial Property Article 6quinquies [Marks: Protection of Marks Registered in One Country of the Union in the Other Countries of the Union] A. (1) Every trademark duly registered in the country of origin shall be accepted for filing and protected as is in the other countries of the Union, subject to the reservations indicated in this Article.

87) Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights 제2조.

88) TRIPs 협정 체결국의 국내법이 동 협정에 위반된다고 판단된 사례는 다수 있다. 인도의 특허법을 심리한 WTO Doc. WT/DS50/R (Sept. 5, 1997), WTO Doc. WT/DS50/AB/R (Dec. 19, 1997), 캐나다의 특허법을 심리한 WTO Doc. WT/DS170/R, WTO Doc. WT/DS170/AB/R (Sept. 18, 2000). 특히 Paris 조약이나 Berne 조약의 위반이 동 조약의 관련 규정의 준수를 최소한의 의무로 규정한 TRIPs 협정의 위반에 해당된다고 본 사례로 WTO Doc. WT/DS176/R (Aug. 6, 2001), WTO, WT/DS176/AB/R (Jan. 2, 2002), WT/DS160/11 (Nov. 22, 2000) 등이 있다. 또한, WTO 분쟁해결기구에 의해서 日本저작권법이 조약에 위반된다고 판단되어 日本의 저작권법이 개정된 바도 있다 (WT/D28 및 WT/DS4).

89) 상표법 (2001.2.3 개정, 법률 제6414호) 제6조 제2항.

법이 관련 조약에 위반된다는 점을 반증해 주는 것이라고 볼 수도 있다.

(2) 파리조약과 不正競爭防止法 및 獨占規制法과의 관계

파리조약은 특허발명과 상표에 관한 조약가입국의 보호 의무를 규정하고 있을 뿐 만 아니라 “산업상 또는 상업상의 공정한 관행에 반하는 불공정 경쟁행위”⁹⁰⁾를 금지하고 그에 대한 법적 구제를 해주어야 할 의무도 부과하고 있지만, “산업상 또는 상업상의 공정한 관행에 반하는 불공정 경쟁행위”가 무엇인지에 대해서는 구체적인 기준을 제시하지 않고 있다. 관련된 국내법의 하나로 不正競爭防止法은 극히 제한된 유형의 부정경쟁행위만을 열거해서 규정하고 있기 때문에⁹¹⁾ 파리조약에 규정된 “불공정 경쟁행위”를 모두 포괄해서 규제할 수 없다는 한계를 가지고 있고, 獨占規制法은 형식상으로는 모든 유형의 불공정거래행위를 망라해서 규제할 수 있는 것처럼 규정하고 있지만⁹²⁾ 그에 대한 救濟로서의 是正措置를 公正去來委員會에 의존하고 있고⁹³⁾ 현실적으로 파리조약에 규정된 “불공정 경쟁행위”를 모두 포괄해서 규제할 수는 없다는 한계를 가지고 있다.⁹⁴⁾ 따라서, 저작권침해에 해당되지는 않지만 문제된 廣告方法⁹⁵⁾이나 營業方法⁹⁶⁾이 불공정하

90) Article 10bis (2) of the Paris Convention for the Protection of Industrial Property는 “산업상 또는 상업상의 공정한 관행에 반하는 경쟁행위는 불공정 경쟁행위에 해당된다 (Any act of competition contrary to honest practices in industrial or commercial matters constitutes an act of unfair competition)”고 규정하고 있다.

91) “不正競爭防止 및 營業秘密保護에 관한 法律” 제2조 제1호.

92) “獨占規制 및 公正去來에 관한 法律”은 제5장 (제23조 내지 제24조의2)에서 불공정거래행위에 관한 규정을 두고 있다.

93) 종전에는 독점규제법에 따른 손해배상청구와 민법 제750조에 의한 손해배상청구를 구별해서 전자의 경우에는 공정거래위원회의 시정조치가 있는 경우에 한해서 허용하고 있었으나, 2004년 12월 31일 법개정 (법률 제7315호)에 의해서 양자의 구별없이 이제 공정거래위원회의 시정조치 없이도 손해배상청구가 가능하게 되었다.

94) “獨占規制 및 公正去來에 관한 法律”이 불공정 경쟁행위를 포괄적으로 규제하는데 커다란 한계가 있다는 점에 대한 구체적인 설명은 앞의 “III. 條約에 따른 國內法の 制定·改正, 2. 商標法 및 不正競爭防止法の 改正” 참고.

95) 하이트맥주의 “시원한 맛, 눈으로 확인하세요”라고 하는 광고문구의 아이디어 도용이 위법하다고 인정한 서울지방법원 1997.2.14. 선고 96가합7170 판결 참고. 다만, 동일한 사안에서 서울고등법원은 문제된 아이디어의 참신성(독창성)을 인정하기 어렵기 때문에 불법행위가 성립되지 않는다고 판시한 바 있다 (서울고등법원 1998.7.7. 선고 97나15229 판결).

96) 인터넷 프레이밍(Framing)의 방법으로 자신의 웹사이트의 윤곽과 광고 속에서 다른 기업의 웹사이트 정보를 볼 수 있게 하는 정보제공서비스가 과연 불공정한 것인지

고 위법하다고 볼 수 있는 경우에, 우리 법원은 민법상 불법행위에 해당된다고 보아 그로 인한 손해배상의 청구를 인용한 바 있지만, 그러한 판결이 곧바로 파리조약에 규정된 “불공정 경쟁행위”가 모두 민법상 불법행위에 해당된다는 것을 의미하는 것은 아니고, 여전히 파리조약과 국내법과의 관계는 미해결의 과제인 것이다.

조약과 국내법과의 관계에 대해서 관련 법률 내에 조약이 우선한다거나 국내법이 우선한다는 규정이 있다면 그에 따를 수도 있겠으나, 민법은 물론이고 부정경쟁방지법과 독점규제법의 어디에도 “불공정 경쟁행위”에 관한 파리조약 규정과의 관계에 대한 규정을 찾아볼 수 없다. 파리조약은 우리나라가 가입한 1980년도에 국내법으로서의 효력을 가지게 되는데 반해서 부정경쟁방지법은 비교적 최근에 개정되었음에도 불구하고⁹⁷⁾ 부정경쟁방지법에 “불공정 경쟁행위”를 포괄적으로 규제할 수 있는 근거조항을 두지 않은 것은 국내법인 부정경쟁방지법에 열거된 부정경쟁행위 이외의 불공정 경쟁행위는 적법하다고 본 것인가? 독점규제법도 파리조약 비준 이후에야 제정되어 최근까지 빈번한 개정을 거쳐왔음에도 불구하고 그 규제범위와 규제수단에 상당한 제약을 두고 있기 때문에, 파리조약에 규정된 “불공정 경쟁행위”가 국내에서 완전한 형태로 규제될 수 없음을 명백히 한 것인가?⁹⁸⁾ 이와 같이 부정경쟁방지법과 독점규제법이 파리조약에 우선해서 적용된다고 본다면, 국내법에 규정된 범위를 초과해서 불공정 경쟁행위의 규제를 규정한 파리조약은 그 한도에서는 국내에서 더 이상 효력을 가지지 못하게 되고, 결국 우리나라가 파리조약에 가입했으면서도 파리조약상의 가입국 의무를 이행하지 못한 결과로 된다. 그렇다면 민법의 불법행위 규정을 해석함에 있어서 파리조약에 규정된 “불공정 경쟁행위”는 모두 위법하다고 해석할 수 있는가?

생각건대, “불공정 경쟁행위”의 구체적인 내용과 그 위법성의 판단기준은 나라마다 다르고 산업분야별로도 다를 수 있으며 그 규제수단도 나라마다 법령마다 아주 다양한 형태를 취하고 있는 점을 고려해볼 때, 파리조약의 불공정 경쟁행위

여부가 문제된 사안에서, 서울지방법원 2001.12.7. 선고 2000가합54067 판결은 저작권이나 상표권의 침해를 인정할 수 없지만 그에 유사한 위법행위에 해당된다고 전제하고 손해의 배상을 명한 바 있다.

97) 가장 최근의 개정을 보면, “不正競爭 防止 및 營業秘密 保護에 관한 法律”은 2001년 2월 3일에 개정되었다 (법률 제6421호).

98) “독점규제 및 공정거래에 관한 법률”은 1986년 12월 31일에 제정된 후 (법률 제3320호) 2002년 8월 26일에 개정된 바 (법률 제6705호) 있다.

의 금지에 대한 규정은 구체성과 완전성을 결하여 직접 권리의무의 부과에 이르지 못하고⁹⁹⁾ 오직 조약 가맹국으로 하여금 더 구체적이고 완전한 내용의 국내법을 갖출 의무를 부과하는 성질의 조약으로 볼 수 있다.¹⁰⁰⁾ 따라서, 파리조약과 국내법의 모순이나 우선순위를 논하는 것은 적절하지 않고, 부정경쟁방지법, 독점규제법, 민법 등의 국내법의 테두리 내에서 “불공정 경쟁행위”는 규제할 수 있을 뿐이며, 오직 국내법의 해석에 있어서 파리조약의 “불공정 경쟁행위”의 규정을 참고할 수 있을 뿐이다.

(3) TRIPs 협정과 商標法 및 著作權法과의 관계

TRIPs 협정은 그 효력발생일 이전에는 보호해주지 않던 외국저작물이라도 효력발생일 당시 저작권이 만료되지 아니한 외국저작물에 대해서 보호를 해주어야 한다고 하는 소위 溯及保護 (retroactive protection)¹⁰¹⁾에 관한 규정을 두면서도,¹⁰²⁾ 소급보호로 인해서 가맹국 국민이 새로이 취득하게 될 저작권과 기존의 상표권 등의 권리가 충돌되는 경우에 어느 권리가 우선하는지에 관해서는 구체적이고 명확한 규정을 두고 있지 못한 실정이다. TRIPs 협정의 소급보호규정에 따라서 1995년에 개정된 저작권법은 그 부칙으로 외국저작물의 소급보호에 관한 규정을 두게 되었지만,¹⁰³⁾ 상표권과의 충돌에 따른 우선순위에 대해서는 배려하

99) 모든 권리의무가 구체적으로 규정된 소위 자기집행적인 조약 (self-executing treaty)인 경우에 한해서, 국내법과 동일한 효력을 가지는 순간 국내법상의 권리의무와 자기집행적인 조약상의 권리의무와의 모순·충돌이 문제되고 그 우선순위를 정하기 위한 원칙의 적용이 의미를 가질 것이다.

100) 법원행정처, 特許訴訟實務(1998, 법원행정처), 제371면.

101) 溯及保護(retroactive protection)라고 함은 종전까지 보호하지 않던 외국저작물을 보호함에 있어서 새로이 창작된 외국저작물 뿐 아니라 기존의 외국저작물도 우리나라 저작물과 마찬가지로 존속기간이 만료되지 않은 것은 모두 소급해서 보호한다는 것을 뜻한다. 기본적으로 조약에 따른 외국저작물의 보호가 이루어지기 이전의 외국저작물은 우리나라에서 이미 공중의 자유이용상태에 놓여졌다고 볼 수 있어서 조약에 기존의 외국저작물의 보호에 관한 특별한 규정이 없는 한 외국저작물의 보호에 관한 조약의 발효일 이후에도 기존의 외국저작물에 대해서 새로이 보호가 주어질 수 없다고 말할 수 있어서, 예컨대 고양이와 쥐를 의인화한 “Tom & Jerry”라는 만화영화의 캐릭터는 세계저작권조약(U.C.C.)의 대한민국 내 발효일인 1987년 10월 1일 이전에 창작된 저작물로서 보호대상이 될 수 없기 때문에 우리나라 사람이 그 조약의 발효일 이후에 이를 사용하였다고 하더라도 “톰 앤 제리”의 저작권을 침해한 것이라고 볼 수 없다고 판시된 바 있다 (대법원 1997. 4. 22. 선고 96도1727 판결).

102) Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights 제70조.

지 못했다. 아주 흥미로운 사실은 개정 저작권법이 외국저작물에 대해서 소급해서 보호를 해준다는 아무런 명시적 규정도 두지 아니한 채, TRIPs 협정의 소급보호에 관한 규정이 자기집행적 규정으로 국내에 적용된다는 것을 전제로 하고, 오직 부칙에서 그 소급보호에 따른 특례 및 경과규정을 두고 있을 뿐이라는 사실이다. 저작권법 부칙은 TRIPs 협정의 효력발생 및 저작권법 개정에 따라서 새로이 보호되는 외국인의 저작물로서 개정 저작권법의 시행 전에 공표된 저작물을 回復著作物(restored works)이라고 하고, 회복저작물의 보호 즉 외국저작물의 소급보호를 당연한 전제로 해서, 소급보호로 인한 경제적 충격 또는 혼란을 완화하기 위하여 국내 저작권과의 조화 및 필수불가결한 예외를 두고 있다. 예컨대, 저작권법 부칙은 그 시행 전에 회복저작물을 이용한 행위가 저작권의 침해행위에 해당되지 않고, 회복저작물을 원저작물로 하는 2차적저작물로서 1995년 1월 1일 전에 작성된 것은 현행 저작권법 시행후에도 이를 계속하여 이용할 수 있다고 하는 예외를 두고,¹⁰⁴⁾ 다만 회복저작물의 저작권과 그 2차적저작물의 국내 저작권과의 조화를 위해서 2차적저작물의 1999년 12월 31일 이후의 이용에 대하여는 2차적저작물의 저작권자 (또는 이용자)가 회복저작물의 저작권자에게 상당한 보상을 해야 한다는 규정을 두고 있다.¹⁰⁵⁾ 그러나 외국저작물에 대해서 소급보호가 부여되는 경우에, 당해 외국저작물을 상표로 등록해서 사용하던 상표권자의 권리와 소위 회복된 외국저작물의 저작권이 서로 충돌될 수 있고, 그러한 권리간 충돌이 있는 경우에 어느 권리가 우선하는지의 문제에 대해서는 TRIPs 협정이 구체적이고 명확한 규정을 두고 있지 못하고 우리 저작권법이나 상표법도 개정시 검토하고 반영하는 주도면밀함을 보여주지 못했다. 저작권법은 상표권과의 조화에 관한 아무런 규정도 두지 않고 있는데 반해서, 상표법은 저작권과 상표권의 충돌을 예상해서 그 우선순위에 관한 규정을 두고 있었는데 著作權의 發生日 (즉 創作日)과 商標登錄 出願日 가운데 앞서는 일자의 권리가 우선한다고 규정하고 있다.¹⁰⁶⁾ 상표법의 규정에 따르면, 회복저작물의 저작권이 언제 발생했다고 볼 것인지에 따라서 상표권과의 우선순위를 판단할 수 있는데, 서울지방법원은 소급보호가 부여되기 시작한 시점 즉 개정 저작권법의 효력발생일을 저작권의 발생

103) 저작권법 부칙(제5015호, 1995.12.6) 제3조 및 제4조.

104) 저작권법 부칙(제5015호, 1995.12.6) 제4조 제1항 및 제2항.

105) 저작권법 부칙(제5015호, 1995.12.6) 제4조 제3항.

106) 상표법 제53조.

시점으로 보아서 그 이전에 이미 내국인에 의해서 출원되었거나 등록된 상표권은 회복저작물의 보호에도 불구하고 저작권침해의 염려없이 계속적으로 상표를 사용할 수 있다고 판시한 바 있다.¹⁰⁷⁾ 그러나, 소급보호가 부여된 시점 이전의 상표권 사용이 적법하다고 하는 것과 소급보호가 부여된 시점 이후에도 계속적으로 회복저작물의 상표의 사용이 적법하다고 보는 것은 전혀 별개의 문제이고, TRIPs 협정에 의한 소급보호가 개정 저작권법에 의해서 이미 국내법의 일부로 확인된 바 있음에도 불구하고 서울지방법원의 판단과 같이 상표법상의 규정에 따라 회복저작물의 저작권발생시점을 개정 저작권법 효력발생일로 보는 것은 TRIPs 협정의 취지에 정면으로 반하는 것이 아닌가 생각된다. TRIPs 협정의 취지에 반하는 국내법의 적용은 TRIPs 협정의 위반여부를 둘러싼 국가간 분쟁의 대상이 되고¹⁰⁸⁾ 실제로 특정 체약국의 국내법이 TRIPs 협정에 위반된다고 판단된 사례도 다수 존재한다.¹⁰⁹⁾ 이러한 해석상 문제점을 고려해서, 서울지방법원은 외국저작물의 저작권과 그 외국저작물을 토대로 내국인에 의해서 창작된 2차적 저작물의 저작권의 조화를 도모하고 있는 저작권법 부칙규정¹¹⁰⁾을 근거로 해서, 내국인의 등록상표를 그 외국저작물의 2차적저작물로 파악한 바 있다.¹¹¹⁾ 서울지방법원의 이러한 판결은 소급보호의 대상인 외국저작물의 저작권자와 기존의 등록상표의 상표권자의 이익을 조화시킬 수 있는 구체적 타당성은 있으나, 원저작

107) 서울지방법원 1998. 10. 7. 선고 98카합2231 판결.

108) Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights 제64조.

109) 예컨대, 미국 연방저작권법 제110조 제5항은 가정에서의 개인용 단말기를 통한 수신을 가능하게 하기 위한 무상의 송신 또는 방송 뿐만 아니라 소규모 음식점에서의 음악 전송 또는 재전송까지도 저작권침해에 해당되지 않는다고 규정하고 있었는데, 이러한 규정 가운데 후자의 소규모 음식점에서의 음악이용까지 저작권침해의 예외로 규정한 것은 베른조약 제11조 및 제11조의2에 규정된 저작권의 보호에 위반되고 저작권자의 경제적 이익을 침해해서는 안된다고 규정한 TRIPs 협정 제13조에 위반된다고 WTO 분쟁해결기구에 의해서 판시된 바 있다 (WT/DS160/11, Nov. 22, 2000). 또한, 일본 저작권법은 외국의 음반을 보호하면서 1971년 이후에 발행된 음반에 한해서 보호함으로써 1946년 1월 이후 1971년 12월 사이에 발행된 외국음반을 보호하지 못하게 되자, 미국과 유럽에 의해서 WTO 분쟁해결기구에 일본 저작권법의 협정 위반 여부에 관한 분쟁이 제기되었고, 결국 일본 정부는 일본 저작권법을 개정하기로 합의했다 (WT/DS28 and WT/DS4).

110) 저작권법 부칙(제5015호, 1995.12.6) 제4조 제3항: 回復著作物 등을 原著物로 하는 2次的著作物로서 1995年 1月 1日전에 작성된 것은 이 法 施行후에도 이를 계속하여 이용할 수 있다. 다만, 그 原著物의 權利者는 1999年 12月 31日후의 이용에 대하여 상당한 補償을 請求할 수 있다.

111) 서울지방법원 1999. 4. 2. 선고 98가합72475 판결.

물에 아무런 변경을 가하지 아니한 채 상표로 사용된 것을 과연 저작권법상 2차 적저작물로 볼 수 있는가가 의문시된다는 점에서 저작권법의 해석론으로서는 무리한 해석이 아닐 수 없다. 이와 같이 불합리하거나 무리한 해석을 하더라도 조약에 우선해서 국내법을 적용하게 된 것은, TRIPs 협정이 소급보호의 의미에 대해서 구체적이고 명확한 규정을 결여하고 있기 때문인 것이다.

V. 결론

‘知的財産權에 관한 國際的 法秩序와 國內法’을 한마디로 말한다면, 지적재산권에 관한 다수의 國家間 條約이 체결되어 상당한 국제적 법질서가 형성된 바 있고, 우리나라는 다수의 국가간 조약을 체결 또는 가입하면서 그 조약내용을 국내적으로 수용하기 위한 현실적인 방법으로 항상 관련 國內法을 制定 또는 改正 해왔으며, 국내법이 조약을 준수하는데 충실하게 구체적이고 명확한 규정을 두고 있는 한 국제법이 국내법보다 우선하는 효력을 가지는지 아니면 국내법이 국제법보다 우선하는 효력을 가지는지에 관한 다양한 이론은 커다란 의미가 없고, 국내법이 미처 조약을 완전히 반영하지 못했거나 불명확한 경우에 조약이 국내법에 우선하고 국내법원이 조약규정을 원용하지 않을 수 없게 된다.

이 글에서 검토해본 결과 몇 가지 주목할만한 사실을 찾아볼 수 있었다. 우선, 지적재산권에 관한 국제적 법질서의 기본원칙으로 흔히 內國民待遇의 원칙이 거론되지만, 내국민대우의 원칙의 구체적인 내용이 무엇인지, 준거법 선택의 기준과 어떻게 다른 것인지 그리고 어떠한 경우에 그 예외가 인정되는지 등의 문제는 모든 국제법 질서에 공통된 것이 아니고 결국 각 조약의 관련 규정들을 면밀히 검토해봄으로써 비로소 판단할 수 있는 문제라는 것이다. 다음으로, 조약을 국내법으로 적용하기 위한 구체적인 방법으로 여러 가지가 있을 수 있고 우리 헌법은 조약이 국내법으로서의 효력을 가진다고 선언하고 있지만, 지적재산권 관련 조약을 보면 항상 관련 국내법으로서 특허법, 저작권법, 상표법, 컴퓨터프로그램보호법 등을 제정 또는 개정함으로써 조약의 내용을 보다 구체적이고 명확하게 하는 立法過程을 거쳐 왔다. 따라서, 국내법이 조약을 준수하는데 충실하게 구체적이고 명확한 규정을 두고 있는 한 조약이 국내법보다 우선하는 효력을 가지는지 아니면 국내법이 조약보다 우선하는 효력을 가지는지에 관한 다양한 이론은 실질적인 의미가 없고, 우리 법원도 국내법이 조약의 규정을 충분히 반영한

것이라는 점을 확인하는데 그치는 경우가 많다. 국제법과 국내법의 상호관계가 어렵고 중요한 문제로 제기되는 것은 국내법이 미처 조약을 완전히 반영하지 못했거나 불명확한 경우이다. 이러한 경우에는 조약의 규정에 따른 경우와 국내법의 규정만을 적용한 경우가 그 결론에 있어서 달라질 수 있고, 그러한 모순을 해결하기 위해서는 조약과 국내법의 관계 및 조약해석의 기본원칙을 재검토해보지 않을 수 없다. 만일 조약의 관련 규정이 구체적이고 명확해서 소위 自己執行力을 가지고 있다면, 국내법에도 불구하고 조약규정이 직접 적용되고 그러한 한도에서 조약이 국내법에 우선하는 효력을 가진다고 말할 수 있다. 그러나, 조약의 관련 규정이 기본원칙이나 추상적인 기준만을 제공하고 있거나 그 집행 내지 실현을 위해서 보다 구체적인 기준이 국내법에 의해서 마련될 것이 예정되어 있는 경우에는, 관련된 국내법 규정이 차선의 준거법이 될 수밖에 없을 것이다. 다만, 조약의 관련 규정이 명시적으로 구체적인 기준을 제시하지 않더라도 그 체결 당사국간의 합의나 관행 등에 비추어 구체적인 기준을 확인할 수 있다면 조약이 국내법에 우선하는 준거법이 될 수 있을텐데, 국내 사례를 보면 그러한 조약해석의 노력없이 단순히 국내법의 시각에서 조약의 문언만을 보고 조약문언상의 공백을 국내법에 의해서 보충함으로써 사실상 국내법을 조약에 우선시키는 결과를 초래하는 경우도 있었다. 요컨대,涉外사건이 증가함에 따라서 국제사법적 문제 뿐만 아니라 관련 조약의 해석 및 조약과 국내법의 상호관계에 관한 보다 체계적인 연구가 절실히 필요한 시점이 되었다고 생각된다.

<Abstract>

International Treaties on Intellectual Property and Their Impact on Domestic Laws of Korea

Sang Jo JONG*

Republic of Korea has joined most of international treaties/agreements relating to intellectual property including the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (“Berne”), the Paris Convention for the Protection of Industrial Property (“Paris”), International Convention for the Protection of New Varieties of Plants (“UPOV”), Patent Cooperation Treaty, Budapest Treaty on the International Recognition of the Deposit of Microorganisms for the Purposes of Patent Procedure, WIPO Copyright Treaty, WIPO Performances and Phonograms Treaty, Convention for the Protection of Producers of Phonograms Against Unauthorized Duplication of their Phonograms, Universal Copyright Convention and so on.

According to Article 6 of the Constitution of Korea, all the international treaties/agreements which have been ratified by the National Assembly (or Congress of Korea) have the same effects in Korea as statutes enacted by the National Assembly. Does this Constitutional provision mean that judicial courts of Korea do not have to wait for the National Assembly to enact relevant domestic statutes but simply rely on the international treaties/agreements themselves? Theoretical debates on self-executiveness of international treaties/agreements, however, may not reflect the reality in practice. In most cases, the National Assembly has enacted all the relevant statutes before ratifying international treaties/agreements so that judicial courts of Korea usually look to domestic statutes only. Even when the international treaties/agreements matter, the

* Professor of Law, Seoul National University and Director of the SNU Center for Law & Technology

judicial courts usually interpret them as having already been reflected into the relevant provisions of domestic statutes with the result that the courts come to the same conclusion under the international treaties/agreements as under the domestic statutes.

There may be conflicts between international treaties/agreements and domestic statutes, however, when relevant provisions of a domestic statutes have not been enacted or amended to reflect the international treaties/agreements well and enough. For example, when a relevant provision of an international treaty/agreement is specific and detailed enough to be interpreted as “self-executive” provision (as is the case in Article 6ter (3)(a) of the Paris Convention for the Protection of Industrial Property with regard to state emblems, official hallmarks, and emblems of intergovernmental organizations) and when a relevant domestic statute lacks its counterpart provision, then the judicial courts of Korea have no alternative but to depend upon the international treaties/agreements. On the other hand, when an international treaty/agreement is vague or abstract in its provision, judicial courts of Korea have a tendency to rely on relevant domestic statutes rather than attempting to look to the spirit and meaning of the treaty/agreement. Under the TRIPs, however, any domestic statute of its member country which is not in compliance with its provision may be brought to the Dispute Settlement Body (DSB) of the WTO and may be subject to retaliatory remedies. Considering the impact of the TRIPs on trade as well as on domestic laws, the judicial courts of Korea will have to look to any relevant international regime with more care and attention than before.