

연구논문

ADR에서의 지적재산권분쟁*

- 仲裁 · 調停중심으로 -

윤 선 회**

〈목 차〉

- I. 문제의 제기
- II. 지적재산권 관련 분쟁의 특징과 법원에 의한
분쟁 해결의 어려움
- III. ADR의 출현
- IV. 지적재산권분쟁 해결방법으로서의 ADR 類型
- V. 지적재산권분쟁에 대한 재판외의 해결 기관
- VI. ADR 활용 방안의 모색

* 이 논문은 2002년도 한국중재학회의 연구비 지원에 의해 연구되었고, 2003년도 한국중재학회 하계학술세미나에서 발표한 논문임.

** 한양대학교 법과대학 교수

I. 문제의 제기

전 미연방대법원장인 Warren Burger는 양 당사자에게 가장 적당한 해결책을 마련해 주는 것은 법률 시스템의 책임이라고 지적한 바 있다¹⁾. 그리고 재판과 같은 전형적인 수단은 이러한 목표를 달성하기 위한 최선의 방법으로 이해되어 왔다. 그런데 미연방대법원은 1984년 분쟁의 해결을 위해 다양한 접근책을 제공하는 ADR (Alternative Dispute Resolution) 프로그램을 제도화하였으며, 오늘날 소송이 제기되는 사건의 5% 이하만이 판사나 배심원이 있는 법정에 이르고, 대부분이 ADR 절차에 의하여 해결된다고 한다.²⁾ 이와 같이 법률 선진국이라 할 수 있는 미국의 경우 재판을 통한 분쟁 해결을 대체하는 ADR 제도가 활발하게 이용되고 있으며, 이러한 모습은 소송 증가에 따른 대책을 마련하고자 하는 우리나라의 법률 체계에서도 소개되어 영향을 주고 있다. 특히 지적재산권 분야는 그 분쟁의 특징으로 법원에 의한 해결만으로는 만족스러운 해결을 구할 수 없는 경우도 있어, ADR 제도의 도입이 논의되고 또한 실제 활용되고 있기도 하다. 이에 이 글에서는 지적재산 관련 분쟁을 해결하기 위한 법률 제도의 하나로서 활용되고 있는 ADR 제도를 이해하도록 하고자 한다.

1) 법률직의 의무는 인간의 갈등을 해결하는 사람으로서 기능하는 것이다. 이러한 직업의 의무를 수행하는 것은 가능한 최소한의 시간동안 가능한 최소한의 비용과 당사자에 대한 스트레스를 주면서 납득할 만한 결론을 도출할 수 있는 메커니즘을 제공하는 것을 의미한다.

2) http://courts.state.de.us/superior/adr_delaware.htm

II. 지적재산권 관련 분쟁의 특징과 법원에 의한 분쟁 해결의 어려움

1. 지적재산권 관련 분쟁의 특징

지적재산권이라 함은 산업발전에의 이바지를 목적으로 하는 산업재산권과 문화의 향상발전에 이바지함을 목적으로 하는 저작권을 포함하는 것으로 이해되어 왔다. 그러나 산업재산권법은 산업발전에의 이바지를 목적으로 하는 산업정책적인 성향의 법률로, 저작권법은 저작자의 창작을 보호하는 하나의 인격적인 성향이 강한 법률로서 이해되었을 뿐, 법률 제도 내에서 그리 주목받는 것은 아니었다. 그러나 정보사회의 도래와 함께 物의 소유와 소비를 중심으로 한 거래 관계는 자원에 대한 활용과 생산 개념으로 그 중심을 이동하였으며, 정보 역시 하나의 經濟財로서 거래되면서 이에 대한 보호의 논의가 심화되었다. 특히 인건비등의 생산비를 절약하는 것만으로는 더 이상의 부가가치를 창출할 수 없다는 한계를 극복하기 위하여 시도된 여러 기술 개발과 생명공학 등의 발달, 이를 활용하는 과정에서 무역정책의 한 방안으로서 채택한 미국의 발빠른 대처 등은 지적재산권 분야에 대한 관심을 유도하게 만들었다 하겠다.

이러한 지적재산권은 지식 내지 정보라는 無體物을 그 보호대상으로 하는 특징을 갖는다는 점에서 物件을 전제로 한 종전의 物權에서는 찾아 볼 수 없는 문제를 발생하게 하였다. 즉 하나의 물건을 전제로 한 물권에 있어서는 타인을 배제하지 않은 상태에서 자신의 물권을 주장하기란 불가능하였으나, 무체물인 정보에 있어서

는 비배타적·비경합적인 사용이 가능하다는 점에서 정당한 권리자를 우회하는 침해가 용이하며, 침해로부터의 구제 역시 쉽지 않다는 문제점을 갖고 있다. 특히 정당한 권리자를 물리적으로 배제하지 않은 상태에서 이루어지는 권리의 침해는 그 침해자로서도 별반 죄의식 없이 타인의 권리를 침해하게 되었다.

한편 지적재산권 중에서 특허권 등은 기술을 전제로 한다는 점에서 그와 관련한 분쟁 해결에 있어서도 특수성을 갖는다. 즉 분쟁이 발생하였을 때에는 그 사안을 특정하고 해결안을 제시함에 있어 분쟁 해결자는 논란이 되는 기술을 정확하게 파악하고 있어야 한다는 점에서 법률적 지식과 함께 기술적 지식을 겸비하고 있어야 한다는 특징을 갖는다. 또한 분쟁의 해결과정에 있어 보호대상이 되는 기술이 보호·유지되어야 한다는 점에서 기술이 공중되지 않도록 노력하여야 하며, 신속하게 변화하는 기술 환경에 적응할 만큼 빠르고 신뢰성 있는 분쟁의 해결이 요구된다 하겠다. 함께 전통적인 산업재산권제도는 비록 그것이 국제간 협의체를 통하여 통일화를 논의하였으나, 원칙적으로 屬地主義적인 입장을 취하고 있어 국가간의 차이를 배제할 수 없는 상황이었다. 그러나 국제간 무역거래의 발달과 인터넷을 비롯한 정보통신의 발달로 국경을 초월한 지적재산권 관련 분쟁이 양산되는 경향이 있어, 이에 대한 공정한 분쟁해결제도를 마련하여야 한다. 그러나 자국의 이익을 반영할 수밖에 없는 법원에 의한 국제간 지적재산권 분쟁의 규율에는 한계를 갖는다는 특징을 갖는다.

2. 법원에 의한 분쟁 해결의 어려움

그런데 전통적으로 과거 지적재산권을 둘러싼 분쟁, 특히 특허분쟁과 같은 산업재산권의 경우 국내분쟁은 물론 국제분쟁에 있어서도 주로 법원에 소송을 제기하여 해결해 왔다.³⁾ 그러나 새로운 기술환경의 변화 속에서 기존의 소송제도만으로는 분쟁을 해결하는 것이 충분하지 않게 되었다. 예컨대 소규모의 거래가 빈번하게 이루어지는 전자상거래의 경우 분쟁이 발생하려 했을 때 굳이 비용이 많이 드는 법원에 의해 문제를 해결하려고 하는 경우는 드물다. 오히려 피해보상을 포기하거나 반대로 업체쪽에서 신용을 이유로 분쟁없이 화해하는 경우가 보다 일반적인 모습일 것이다. 설령 법원에 의한 해결을 선택하려고 하여도 분쟁의 당사자로서는 법원의 선택 내지 법원의 관할권 등이 문제가 될 수 있을 것이다. 즉 전자상거래 과정에서 분쟁이 발생한 경우 재판을 받기 위한 법정지 선택은 인터넷상에서 발신된 정보가 전세계적으로 접근가능한 상태에 놓인다는 점에서 선택가능한 법정지가 무수히 많아지게 된다. 물론 정보의 발신자와 수신자가 모두 동일한 법역에 있으면 그 법역의 법을 행정부나 사법부가 적용하거나 흠결이 있으면 입법부가 필요한 입법을 통하여 해결하면 된다. 그러나 문제는 이러한 문제에 관련된 당사자가 서로 다른 법역에 있을 때 한 국가의 주권행사만을 검토해서는 해결될 수 없다. 이에 전자상거래에서 있어서 분쟁해결과 관련하여 현실 세계에서 어떤 법역에 있는 법원이 법역이외의

3) 미국의 경우 특허의 유·무효나 침해와 관련된 분쟁은 미국 특허상표청의 전속관할사항으로, 중재의 대상이 아니었다. 특허분쟁의 중재가능성이 최초로 입법상 긍정된 것은 1982년 특허법 개정에 의해서 이다.

요소가 관련된 온라인상의 사건을 어느 국가의 법원에서 재판할 수 있는가라는 재판관할권 문제가 발생한다.

더군다나 급속한 기술 발전의 속도 앞에서 소송에 의한 전통적 분쟁해결제도는 역시 한계를 들어내고 있다. 즉 급속한 기술 발전으로 기술 및 기술제품의 life-cycle이 짧아짐에 따라 그와 관련한 분쟁의 해결은 그 실체를 정확히 파악할 수 있는 전문 지식을 전제로 한 신속한 해결이 요구된다. 예컨대 미국의 특허침해사건의 경우 제1심 법원이 판결을 내리기까지 보통 3년 정도 걸린다. 이는 법원에 계속 중인 사건수가 많고 법정에서의 심리일정 진행이 복잡하기 때문이다. 그러나 신속한 분쟁 해결이나 전문 지식을 갖춘 판사에 의한 소송 수행 역시 예외적인 경우라 하겠다⁴⁾. 또한 高度의 기술(발명)을 영업비밀로 보호하기 위하여는 비밀의 유지가 요구되는데, 이러한 영업비밀의 분쟁이 공개된 법정에서의 소송 수행으로서의 문제점이 있다.⁵⁾ 재판을 받고 난 이후의 집행 역시 문제될 수 있다. 어렵사리 외국 법원에서 판결을 받은 경우라 할지라도 다시 외국판결의 승인 집행절차를 거쳐야 하는 번거로움이 남게 된다. 특히 법원의 소송에 의한 분쟁해결은 역사적·문화적 산물로서 각국의 사정을 반영한 재판이라는 측면을 지니고 있어 지적재산 분쟁에 어울리지 않는 경우가 많아, 특히 오늘날 기술 자체의 표준화뿐만 아니라 보호와 관련한 국제적 통일화 논의가 이루어지고 있어 재판에 의해 분쟁을 해결하는데 한계를 갖는다 하겠다. 특히 IT산업

-
- 4) 미국의 연방순회항소법원(CAFC)의 경우 1명의 판사당 3명의 law clerk을 두어 기술적인 문제에 대한 연구와 자문을 하도록 하고 있으며, 우리 특허법원 역시 합의체와 함께 1명의 기술심리관을 운영하고 있다.
- 5) 특히 미국의 경우 배심제에 의한 아마추어 재판과 재판공개원칙에 의한 비밀보호절차의 결여는 영업비밀 보호에 있어서는 한계를 갖는다.

분쟁은 다수 당사자의 이해가 관련된 경우가 많으며, 분쟁해결 과정에서는 순수한 법률적 요소이외에도 정보통신 등과 관련된 기술적인 요소가 포함된다는 특징을 갖고 있다. 따라서 통상의 재판절차보다도 분쟁당사자들이 많은 비용과 시간을 들이지 않고 전문기술, 법률적 사항, 거래 이익 등을 종합적으로 판단하여 합리적인 결론에 이를 수 있는 ADR을 활용하는 것이 분쟁당사자들의 이익에 부합한다 판단된다. 특히 비공개로 이루어지는 ADR 절차는 당사자들에게는 정보보호와 거래관계의 비밀유지라는 이익도 제공해 준다 하겠다.

Ⅲ. ADR의 출현

우리 법원도 원만하고 효율적인 분쟁해결을 위하여 수년 전부터 본격적인 민사조정제도를 도입하여 판결절차에 의하지 아니한 분쟁해결의 활성화를 시도하고 있다.⁶⁾ 그러나 법원에서 주관하는 화해나 조정은 근본적으로 법률적 기준에 따라 분쟁 당사자의 자발적 해결의지를 복돋우어 신속·저렴한 분쟁해결책 또는 타협점을 찾는 데 순수 화해형이라 하겠다. 이에 실제 조정과정에서는 금전적인

6) 우리나라도 종래 여러 개별법상의 민사조정관련 조항을 통폐합하여 1990년 민사조정법으로 일원화하고 조정대상사건도 모든 민사사건으로 확대하는 등 1992년과 1995년 2차에 걸친 보완 개정을 하여 현재 시행중이다. 주요골자는 신청에 의한 조정뿐만 아니라 1,2심 변론종결시까지 모든 종류와 가액의 민사 본안사건을 당사자의 의사에 상관없이 직권으로 조정에 회부할 수 있게 하였고(민사조정법 제 6조), 조정기관도 수소법원 조정과 조정전담판사에 의한 조정 및 조정위원회 조정등으로 다원화하였으며, 당사자간의 임의에 의한 조정을 원칙으로 하되, 사안의 구체적 형평 기타 당사자의 이익을 고려하여 강제 조정을 적극 활용하도록 하고 있다(동법 제 30, 31조).

양보와 타협에 초점을 맞추어 지는 경우가 대부분이므로 당사자로서 옳고 그름이 경시당했다고 하는 불만이 남는다. 또한 법원에서 강제적으로 조정결정을 할 경우에도 당사자가 이의신청을 하면 곧바로 재판절차에 회부되도록 되어 있어 공연히 期日만 끌게 되는 문제점도 지적되고 있으며, 특히 법원이 주관하는 조정이나 화해만으로는 전문 기술성의 부족으로 말미암아 복잡 多岐한 분쟁을 효율적으로 처리하기에는 역부족이라고 지적되고 있다.

이에 보다 적극적으로 지적재산권 관련 분쟁을 ADR로서 해결하고자 하는 노력이 제시되었다. 즉 ADR은 신속한 분쟁해결을 모색할 수 있을 뿐만 아니라 쌍방 당사자가 자신이 원하는 판단할 수 있는 자(심판원)를 선택할 수 있어 보다 적절한 전문가로부터의 심리를 받을 수 있는 利點을 갖는다. 특히 전문가에 의한 비공개절차에서 신속하며 집중적인 분쟁해결이 가능하다는 점에서 ADR에 대한 기대가 높아지고 있다. 또한 표준화 과정에서 지적 재산권과 관련하여 당사자간의 이해가 충돌하여 분쟁이 발생하는 경우 표준화 기구나 단체는 이에 관여하지 않고 중립적인 자세를 취하면서 당사자간의 원만한 자율적 교섭과 해결을 맡겨 두는 경향에 있어, ADR 제도의 도입을 여러 방향에서 요구되고 있다.

1. ADR 제도 일반

지난 30여년간 미국을 중심으로 전개된 조정, 중재 등에 대한 계속적이고 광범위한 관심과 연구의 흐름은 종종 ADR Movement라고 불리워지고 있다. 물론 성직자나 교사 기타 지방 유지에 의한

7) 이점인, “재판외분쟁해결제도”, 동아법학 제 26호, p.104.

문제해결 노력 등과 같이 ADR의 출현은 반드시 새로운 현상만은 아니다. 특히 일도양단적인 소송에 의한 해결이 아니라 분쟁을 하는 당사자뿐만 아니라 그들과 관계를 맺고 있는 사회 구성원 모두에게 설득력을 줄 수 있는 통합적 합의(consensus)를 도출하고자 하는 노력은 모든 사회생활 관계에서 공통된 것이다. 이러한 ADR 도입의 배경에는 재판 제도의 이념과 현실이 갖는 차이에 비롯한 문제를 해결하고자 하는 노력이 있다고 설명할 수도 있겠다.

일반적인 분쟁해결방법인 재판은 당사자의 합의를 기초로 하지 않고, 국가가 그 권력을 배경으로 하여 강제적으로 분쟁을 해결하는 것이나, ADR은 재판외의 방법에 의해 분쟁을 해결하는 일체의 것으로 당사자간의 합의가 있어야만 가능하다. 이러한 ADR에는 중재, 조정, 상담, 알선 등의 여러 형태가 있으며, 일찍이 미국을 비롯한 여러 국가에서 활성화되었다. 특히 지적재산권분쟁에서도 각종 ADR이 이용되고 있다⁸⁾.

중재(Arbitration)는 일정한 법률관계에 관한 현재 또는 장래에 발생할 가능성이 있는 분쟁처리를 법원의 재판에 의하여 해결하지 않고, 분쟁의 당사자가 선정한 민간인 신분의 제 3자(중재인)의 판단(중재판단)에 의해 내려지는 판정에 따라 분쟁을 최종적으로 처리하는 절차를 말한다⁹⁾. 이러한 중재에는 중재기관이나 그 절차규칙이 제도적으로 정비된 『제도중재』와 사건마다 개별적인 절차규칙 등이 정하여지는 『ad doc 중재』가 있다¹⁰⁾. 제도중재는 기존의 중재

8) ADR의 도입에 대한 상세한 설명은 장문철저 『현대중재법의 이해』, 세창출판사(2000), pp.239-244를 참조.

9) 중재법 제3조 제1호.

10) 河野正憲, “仲裁”, 小島武司, 伊藤眞編, 『裁判外紛争處理法』, 有斐閣(1998), p.25.

기관을 이용하는 것이고 이를 기관중재라고도 한다. 그리고 ad doc 중재는 당사자의 합의에 의해 그 때에 설치되는 것을 말하며, ad doc 중재에서는 설치될 때마다 중재인의 선임방법, 적용하여야 할 법률 등이 정하여 진다.

중재는 재판에 의해 분쟁을 해결하지 않더라도 당사자를 구속하기 때문에 당사자가 중재절차에 따를 것을 약속(중재합의)한 경우에 가능하다¹¹⁾. 중재판정은 당사자간에 있어서 법원의 확정판결과 동일한 효력¹²⁾이 있으며, 이 판정에 대한 통상적인 불복절차는 존재하지 않는다. 즉 중재판정에 대한 上訴가 없으며, 법원에의 抗訴도 허용되지 않는다. 중재판정에 중재법이 정하고 있는 판정취소의 사유가 존재하는 경우에는 법원에 판정취소의 訴 (특별불복절차)를 제기할 수 있다¹³⁾.

조정(調停; Conciliation/Mediation)은 제3자(조정인)가 당사자간의 분쟁해결에 협력하고 화해 성립을 위해 노력하는 절차를 말한다. 성립한 和解의 효력은 민법상의 화해(민법§731)와 같고, 강제집행은 할 수 없다. 조정과 알선을 비교하면 조정인에 의해 당사자간의 적극적인 개입정도의 차이라고 할 수 있다.

알선(Mediation)은 제3자(알선인)가 당사자들의 분쟁해결에 협력하고, 당사자간에 의한 자주적 해결에 의해 합의를 형성하도록 지원하고 조력(援助)하는 절차를 말한다. 그 결과, 성립한 화해의 효력은 조정과 같다. 그리고 알선이나 상담은 분쟁처리의 초기적 단계에서 이용되는 것이고, 중재기관에서도 중재 또는 조정에 들어가기

11) 중재법 제3조 제2호.

12) 중재법 제35조(중재판정의 효력).

13) 중재법 제36조 제1항(중재판정취소의 소). 상세한 설명은 장문철저 『현대중재법의 이해』, 세창출판사(2000), pp.61-65참조.

전 단계에서 알선이 행하는 경우도 있다.

분쟁이 발생하였을 경우 법원에서 해결하지 않고, 당사자 쌍방이 상호 양보하여 다투지 않겠다고 합의를 하면 소송의 비용도 절약될 뿐만 아니라 당사자간의 원만한 관계를 유지할 수 있다는 장점이 있겠다. 예컨대 특허발명과 관련한 분쟁이라면 장래에 상대방이 개발한 좋은 기술(발명)도 이용허락을 받을 수도 있을 것이다. 이와 같이 발생된 분쟁과 관련하여 당사자 쌍방의 상호 양보를 전제로 분쟁 해결과 관련한 합의가 이루어진 경우, 이러한 승意를 和解라고 한다. 화해는 민법상의 계약의 일종으로 정하고 있다(민법§731). 당사자간에 화해를 하는 것만 아니라 법원에서의 화해를 하고 그 調書에 기재를 하면 확정판결과 같은 효력을 가진다(민사소송법 §231). 訴가 提起된 후 소송절차 중에 和解를 하는 경우를 소송상의 和解, 소송을 제기하기 전에 화해를 하는 경우에는 提訴前의 和解라고 한다. 이러한 것을 합하여 재판상의 和解라고 한다.

2. ADR의 순기능

이상에서 살펴본 ADR은 일반적으로 유연성(柔軟性), 전문성, 신속성, 비공개성, 低廉性, 국제적 분쟁처리 등을 순기능으로 갖고 있으며, 재판에서는 원고가 訴를 제기하면 피고는 應訴義務가 있는 것에 대해, ADR은 당사자의 합의가 없으면 절차를 진행할 수 없다는 한계를 갖는다 지적된다.¹⁴⁾ 이에 아래에서는 지적재산권분쟁의 해결에 있어서 법원에 의한 소송절차가 아니고, 중재절차를 이용하

14) 피신청인은 ADR의 신청에 응할 의무가 없고 증거제출의 의무도 없다. 그 리하여 각 ADR기관은 계약서중에 중재조항을 넣도록 권장하고 있다.

는 경우의 순기능에 대해 살펴보도록 한다.

(1) 전문성

지적재산권분쟁 중 특허권은 대부분이 기술에 대한 것이고, 또한 기술이라도 고도한 기술이라 일반인에 의해 분쟁을 해결하는 것보다 해당분야의 정통한 전문적인 지식을 가진 자(중재인)에 의해 분쟁을 해결하는 것이 전문성이 더 있다고 볼 수 있다. 즉 분쟁당사자는 자신이 원하는 전문적인 기술에 대한 지식을 가진 자를 중재인으로 선정할 수 있으나, 소송절차의 경우에는 법관을 분쟁당사자 자신이 지정할 수 없다. 특히 중재에서는 선정된 중재인은 당사자가 도중에 취하하거나 화해를 하지 않은 한 해당 사건에 대해 판정을 내릴 때까지 관여하여야 한다. 이러한 점에서는 ADR의 특색이라 할 수 있다.

(2) 비공개성

우리나라의 소송절차는 공개주의가 원칙(헌법§109)이라 분쟁의 발명(기술)이 소송절차 중에 공개가 될 우려가 있다. 즉 발명자(기술자)가 그 발명(기술)을 완성한 후 일정한 절차를 거쳐 특허권을 취득하면, 정당한 권원이 없는 제3자가 그 발명을 실시를 하더라도 특허권 등의 침해로 해결할 수 있다. 그러나 발명자가 발명을 완성한 후 그 발명을 특허권의 취득을 하지 않고 영업비밀로 유지하는 과정에서 분쟁이 발생하면, 법원에서 해결하려면 그 재판과정중에 그 영업비밀의 발명(기술)이 공개될 수가 있다. 이에 대해 중재 등의 ADR은 중재절차가 非公開가 원칙(중재규칙§8)이라 그 발명(기술)이 중재 등의 ADR절차에서 공개될 염려가 없다.

(3) 유연성

중재 등의 ADR은 심리나 판단에 있어서 당사자의 『합의』에 의해 사용언어 등의 절차에서 유연하게 대처할 수 있지만, 재판은 정해진 절차와 사용언어 등은 정하여진 언어(우리나라의 경우 한국어)와 민사소송법에 의한 절차 등에 의하여야 한다. 그러나 제3국의 외국인과 내국인과의 지적재산에 관한 분쟁인 경우에는 양 당사자가 사용할 수 있는 제3국의 언어나 영어 등을 사용할 수 있다. 또한 調停은 事案이 복잡한 경우나 유사한 판례가 없는 경우에는 對話(협상으로)에 의해 해결할 수도 있다. 경우에 따라서는 조정절차로부터 구속력있는 중재절차로 移行하는 med-arb절차를 채용할 수도 있다¹⁵⁾.

(4) 신속성

지적재산권은 다른 有體物의 소유권과 달리 權利의 存續期間이 있어 분쟁이 발생하면 신속히 처리하지 않으면 권리의 존속기간이 단축되는 것과 같은 효과가 나타난다. 그렇기 때문에 신속성이 요구된다. 그러나 우리나라는 소송에 의해 해결하려면, 민사소송은 심리기간이 길고¹⁶⁾, 또 3심제를 채택하고 있어 1심에서 종결되는 경우도 있으나 최악의 경우 上告까지 가는 경우에는 많은 시간이 소요된다. 이러한 소송은 평균 상고까지 우리나라에서는 2~3년이 걸린다고 하며¹⁷⁾, 일본은 3~4년이 걸린다고 한다¹⁸⁾. 그러나 ADR

15) 發明誌「ADRの機能と實際」取材班, “ADRの機能と實際” 『發明』 2002年 11月号, p.16.

16) 錢井孝夫, “仲裁手續利用の得失” 『NBL』 No.755, p.42.

17) 곽영용·곽영실·김연호·김웅진·박종삼·서정일·이강빈, 최신 상사중재론, 대한중재인협회, 2001, p.102.

18) 丹羽一彦, “知的財産權紛争と仲裁” 『NBL』 No.759, p.51.

중 중재는 소송에 비해 신속하게 期日을 설정할 수 있고, 또 단심제(중재법§35)라 上訴할 수 없으며, ADR중에서 중재에 의해 분쟁을 해결하는 경우에는 국내사건인 경우는 약6개월, 국제사건은 약8개월 정도 소요된다. 또 분쟁의 신속성을 극대화하기 위하여 집중심리로 심리회수를 줄이고 예비회의제도를 활성화하여 심리자체의 소요시간도 단축하여 진행되며, 신속절차의 경우에는 1개월 정도 소요된다고 한다¹⁹⁾.

(5) 저렴성

ADR은 소송에 의해 해결하는 것보다 더 비용이 저렴하다. ADR중에서도 중재의 경우도 마찬가지로 소송에 비해 비용이 저렴하다고 한다²⁰⁾. 중재는 단심이고, 행정형 ADR기관의 경우에는 감정 등을 무료로 행하고 있어, 소송보다는 비용이 저렴하다고 볼 수 있다.

(6) 국제적 분쟁처리

ADR의 특징으로서의 유연성의 한 예로서 중재절차에서는 사용언어가 한국어나 영어에 한하지 않아서 도메인 네임이나 상표 등의 국제적인 분쟁의 처리에서 당사자가 사용할 수 있는 언어로 채택할 수 있고, 중재지도 양 당사자가 관계없는 제3국을 선택하여 중립적인 지위에서 분쟁을 해결할 수 있다. 또한 외국중재판단의 승인 및 집행에 관한 UN협약(일명 뉴욕협약)은 세계의 주요국이 가맹하고 있어 일정한 절차적 요건을 갖추면 외국중재판단도 확실하고 용이

19) 광영용·곽영실·김연호·김웅진·박종삼·서정일·이강빈, 최신 상사중재론, 대한중재인협회,2001,p.102.

20) 광영용·곽영실·김연호·김웅진·박종삼·서정일·이강빈, 최신 상사중재론, 대한중재인협회,2001,p.103.

하게 승인 및 집행이 된다고 볼 수 있다.

IV. 지적재산권분쟁 해결방법으로서의 ADR 類型

분쟁이 발생하였을 경우 그 분쟁의 해결방법과 관련하여서는 법원에 의하여 종국적인 판단을 받아 해결하는 것과 법원의 판결에 의하지 않고 이를 대체하는 이외의 방법이 있다. 특히 후자의 분쟁 해결 방법은 ADR이라 하여 법률의 기준에 의하여 운영되는 경직성 등 법원에 의한 분쟁해결이 갖는 한계를 극복하는 것으로 그 논의가 다양하게 이루어지고 있다.

이러한 ADR은 절차구조를 중심으로 분류하는 방법과 설치운영기관을 중심으로 분류하는 방법 및 그 내용에 따라 분류하는 방법 등이 있다. 절차구조를 중심으로 분류하는 방법은 ADR을 당사자간의 합의를 조정하는 조정형과 제3자적 입장에서 분쟁 사안을 審理·판단하는 판단형으로 분류한다. 조정형은 분쟁의 해결을 위해 당사자간의 합의를 조정하려고 하는 것으로, 민사조정, 재판상의 화해, 조정 및 알선 등을 그 예로 들 수 있으며, 판단형은 먼저 제3자의 심리 판단에 따르기로 일반적 合意하에서 절차를 개시하는 것으로, 판정이나 중재 등을 그 예로 들 수 있다.

설치운영기관을 중심으로 분류하는 방법은 司法型과 行政型, 그리고 民間型으로 나눌 수 있다. 사법형은 법원 내에서 행하여지는 것으로 민사조정과 家事調停, 재판상의 화해 등을 들 수 있으며, 행정형은 독립 행정위원회나 행정기관 등에서 행하는 것으로서 일본 특허청의 판정제도와 같은 것이고, 민간형으로 민간조직이나 변호

사회, 업계단체 등이 운영하는 것이다. 그리고 내용에 따라 분류하는 방법에 대해서는 ADR의 순기능에서 설명하였기에 여기서는 생략한다.

V. 지적재산권분쟁에 대한 재판외의 해결 기관

1. 국외 지적재산권 관련 ADR

많은 법률 선진국에서 비교적 ADR에 관련한 논의와 운영이 발달한 편으로 법률 서비스 전반뿐만 아니라 지적재산권관련 분쟁의 해결을 위한 ADR 기관도 발달하였다. 지적재산권 보호 기관으로서 대표적인 것이라 할 수 있는 WIPO(World Intellectual Property Organization) 역시 중재조정센터(Arbitration and Mediation Center)를 두어 활용하고 있다. 특히 미국의 경우는 다양한 민간 기관이 법률서비스의 한 형태로 ADR 기능을 수행하고 있으며, 법원과 연계된 지적재산권 ADR 기관이 운영되고 있는 바와 같이 사법부와의 관계에 있어서도 비교적 우호적이다.

(1) ICC²¹⁾

국제간의 상업분쟁을 재판에 의하지 않고 중재·조정·알선 등에 의해서 원만하고도 타당한 해결을 도모하는 기능을 수행하는 국제기관으로 1919년 거래와 투자를 촉진함으로써 세계 경제에 이바지하고자 설립되었다. 지적재산권과 관련하여 ICC에서는 지적재산권

21) <http://www.iccwbo.org>

의 보호가 국제교역을 촉진하며, 국외 직접 투자를 위한 환경 조성이나 기술이전을 고양한다는 생각 아래 국지적·국제적 차원에서 지적재산권의 보호를 위해 노력하고 있다. 특히 WIPO, WTO, WCO, UNECE²²⁾, AIPPI 및 LES²³⁾ 등의 지적재산권 관련 국제기관과 밀접한 관련을 맺고 활동을 하고 있다. 또한 지적재산권심의회(Commission on Intellectual Property)를 두어 전자상거래과정에서의 지적재산권 분쟁 등 지적재산권관련 분쟁을 담당하도록 하고 있다.

(2) WIPO²⁴⁾

WIPO에서는 1994년에 세계지적재산권기구 중재·조정센터(WIPO Arbitration and Mediation Center)를 설치하여 私的 당사자간의 지적재산권관련 국제상사분쟁의 해결을 위한 중재와 조정서비스를 개시하였다. 특히 ① 중재, ② 신속중재(expedited arbitration), ③세계지적재산권기구 조정규칙에 의거한 조정, 그리고 ④ 분쟁이 중재에 의해 해결되지 않는 경우 그 후속조치로서의 조정(mediation) 등의 4개 분쟁해결절차를 운영하고 있다. 이 센터는 WIPO의 국제사무국(International Bureau)의 한 부서로 되어 있다.

이 센터는 지적재산권 보호와 분쟁해결의 架橋역할을 하는 것으로 자체 평가하고 있고, 분쟁의 일방 당사자의 요청이 있으면 분쟁 당사자들이 모여 분쟁을 한 분쟁해결절차에 부탁하는 문제를 논의함에 있어서 조정자 역할을 하는 알선(good offices) 서비스도 제공

22) UN Economic Commission for Europe

23) the Licensing Executive Society

24) <http://arbiter.wipo.int> ; 장효상, “지적재산권 관련 국제상사분쟁의 WIPO에서의 해결” 『仲裁』 2003년 봄호(제307호), pp.99~121.

하고 있다. 또한 그 업무수행을 위해 세계지적재산권기구 중재심의회(WIPO Arbitration Council)와 세계지적재산권기구 중재자문위원회(WIPO Arbitration Consultation Commission)의 자문을 받고 있으며, 부대사업으로 관련 계약조항의 작성에 대한 조언도 한다.

(3) 미국

지적재산권과 관련하여 미국에서는 법률 서비스의 차원에서 다양한 민간단체 내지 법률회사가 분쟁을 처리하고 있으며, 법원과 연계된 ADR 기관 역시 다양하게 발달되어 있다. 민간 기관으로서 그 대표적 기관이라 할 수 있는 AAA(American Arbitration Association: 미국 중재협회)는 중재(arbitration), 조정(mediation), 미니 트라이얼(mini-trial) 등 30여 가지 이상의 절차구조를 마련하여 해마다 6만건을 넘는 사건을 처리하고 있으며 세미나 등의 교육 활동도 폭넓게 전개하고 있다.²⁵⁾ 또한 조정이나 중재와 같은 전통적인 분쟁 해결수단과 Mini Trial, 그 외 사적 법정에서 일반인 판사에 의해 진행되는 유사 재판²⁶⁾ 등 다양한 ADR이 제공되고 있다.²⁷⁾

한편 지적 재산권 분쟁처리와 관련하여 소송절차 내에 설치되어 있는 법원 부속형 ADR로는 캘리포니아 북부지구²⁸⁾ 연방법원 조기

25) 野村美明, アメリカにおける裁判外の紛争處理, 北大法學論集, 42卷 4号, p.119 이하

26) 법률적으로는 일종의 중재에 해당함.

27) 전국 규모의 ADR제공기관으로는 1979년에 설립된 Judicial Arbitration & Mediation Services Inc.(JAMS), 1982년 설립된 Endispute Inc. 1983년에 설립된 Judicate Inc. 등이 있다.

28) 관할구역 내에 실리콘 벨리가 위치하고 있어 많은 특허소송이 제기되고 있는 것으로 보인다.

중립평가(ENE: Early Neutral Evaluation)와 미니 트라이얼(Mini-Trial) 등이 있다. ENE는 1982년 10월 캘리포니아 북부지구 지방법원의 Peckham 수석판사가 민사소송비용을 경감하기 위하여 강구한 방안 중의 하나로 소송이 제기되면 법원은 즉시 일정한 기준에 따라 기계적으로 중립평가절차로 사건을 이송하고, 법원으로부터 독립한 중립평가인은 화해협의를 중재하거나, 효율적인 사건관리 플랜을 작성한다.²⁹⁾ Mini-trial은 기본적으로 기업간의 분쟁처리로 염두에 둔 것으로 통상 기업의 이상 등 화해권한을 가진 자가 변호사에 의한 간략한 변론을 들은 후 직접 교섭을 행함으로써 해결책을 모색하는 것을 그 주된 목적으로 한다.³⁰⁾ 1977년 TRW사와 Telecredit사 간의 특허권 침해 분쟁사건에서 화해를 이해 캘리포니아에서 사용된 것이 그 최초의 사례³¹⁾로 법률관계와 사실문제가 복잡하게 얽혀있는 분쟁처리에 가장 적합하다는 평가를 받고 있다³²⁾. 특히 미국 법률가 협회가 편집한 '판사를 위한 재판의 분쟁해결 핸드북'에서는 특허권 침해, 독점금지(Antitrust), 부정경쟁, 부당하고, 제조물책임, 대정부 계약 등에 적합하다고 소개하고 있다.³³⁾

29) 중립평가인의 조언, 제안, 평가 등은 명령적인 요소를 포함하지 않는 권고적인 것으로, 그 후의 디스커버리, 이의절차, 재판에 어떤 영향을 미치지 않는다. 또한 절차 중에 교환된 정보나 합의 내용은 관계자 전원의 승낙이 없는 한 재판하는 법원은 물론 중립평가이일에 출석한 자 이외의 제3자에게는 비밀로 한다.

30) Nisson, "A Litigation Setting Experiment", 65 A.B.A.J. 1818, 1819(1979).

31) Ronald L.Olson, An Alternative for Large Case Dispute Resolution 6 LITIGATION 22(1980).

32) Eric D. Green, Growth of the Mino-Trial, 9 Litigation, 123, 17(1982).

33) Philip J. Harter et. al., Alternative Dispute Resolution: A Handbook for Judge & Omlie, at 534-537.

(4) 일본

일본에서는 지적재산권분쟁의 전문해결 ADR은 일본변호사회와 일본변리사회가 공동으로 운영하는 지적재산중재센터가 있다³⁴⁾. 이 센터는 1998년 4월 1일 업무를 시작하여 중재, 조정에 관한 분쟁해결절차, JP도메인네임의 등록분쟁해결절차, 법률상담을 주업무로 하고 있다.

중재·조정은 변호사, 변리사, 학자로 구성된 310명의 중재인·조정인후보자로 구성되어 있으며, 리스트를 공개하고 있으며, 특히 변리사 후보자는 전문 기술분야별로 나누어 공개하여 분쟁의 내용에 따라 최적의 중재·調停人을 선정할 수 있도록 하고 있다. 그 외 중재·調停人 보조자 리스트도 있다고 한다.

조정인 또는 중재인의 선임은 당사자 쌍방의 합의에 의해 후보자 중에서, 또는 운영위원회의 승인을 얻어, 후보자 이외자를 선임하는 것도 가능하다. 이 센터는 민간형으로 중재와 판정은 판단형이고, 조정은 조정형으로 분류된다. 그리고 중재에 대한 전문기관은 국제상사중재협회 등이 있고, 일본 특허청이 행하는 판정제도³⁵⁾도 판단형으로 행정형으로 분류하고 있다. 그 외 법원 내에서 행하는 민사조정과 재판상의 화해는 調整型으로 사법형에 속하는 ADR로 분류된다.

34) <http://www.jp-adr.gr.jp>

35) 우리나라에서는 판정제도가 없고 권리범위확인심판으로 행하고 있다.

2. 우리나라에서의 지적재산권 관련 ADR

(1) 운영중인 지적재산권 관련 ADR

오늘날 지적재산권은 다양한 형태로 발전하고 있으며, 그와 관련한 분쟁도 다양하게 나타나고 있다. 이에 중국적인 판단으로서 법원의 판단을 받는 경우와 함께 다양한 형태의 ADR 기구들이 지적재산권 관련분쟁의 해결을 위하여 노력하고 있다. 예컨대 일반적 중재기관으로서 (사)대한상사중재원이 지적재산권 관련 분쟁의 조정·중재 업무를 받고 있으며, 산업재산권분쟁조정위원회, 컴퓨터프로그램심의조정위원회, 저작권심의조정위원회, 전자거래분쟁조정위원회, 배치설계심의조정위원회³⁶⁾, 도메인이름 분쟁조정위원회, 소비자보호원 등 여러 ADR기구가 존립하고 있다.

A. 대한 상사중재원³⁷⁾

대한상사중재원은 1966년 3월 22일에 설립된 국내 유일의 상설 중재기관으로 국내외 상거래상의 분쟁을 해결하고 있다. 본래 상사중재원의 근거 규정이 되는 중재법(법률 제 1767호, 1966.3.16)은 독일 민사소송법을 모범으로 일본법이 수용한 것을 우리나라는 특별한 검토 없이 입법하였던 것이었으나, 최근 들어 중재의 국제화에 따른 제도개선의 필요성과 국제중재에 있어서의 많은 문제가 지적되어 오던 차에 UNCITRAL의 모델법을 적극 수용하여 새로운 중재법을 제정하여 시행하고 있다(법률 제 6083호, 1999.12.31 개정)

36) 다만 본 위원회는 그 설립 이래로 일체의 조정신청 건수를 확인할 수 없는 바 논의에서 제외한다.

37) <http://www.kcab.or.kr/> 대한상중재원에 대한 자료는 장문철 저 『현대중재법의 이해』, 세창출판사(2000), pp.228-234외에 많이 소개되었다.

다만 지적재산권과 관련한 분쟁을 중재로서 해결하는데 있어 부정적인 시각이 있을 뿐만 아니라 지적재산권과 관련한 교역의 규모가 적은 이유로 중재나 알선의 신청 건수가 많은 편은 아니다. 특히 지적재산권과 관련한 중재 건수는 다른 중재건수가 절대적으로 증가한 가운데 있어서도 감소되는 실적을 보이고 있다. 이는 상사 중재원이외의 ADR 기구가 활용되고 있음을 이유로 할 수 있겠으나, 아직 지적재산권과 관련한 ADR기관에 대한 인식이 부족한 탓이라 할 수 있겠다.

B. 산업재산권분쟁조정위원회³⁸⁾

특허청은 1995년 산업재산권 분쟁의 신속·간편·경제적인 해결을 위하여 발명진흥법 제 29조를 근거로 산업재산권분쟁조정위원회를 설치하였다. 이 위원회는 ① 산업재산권의 침해로 인하여 발생한 분쟁, ② 산업재산권의 양도 또는 실시에 관련된 분쟁, ③ 직무발명보상에 관련된 분쟁, ④ 기타 산업재산권에 관련된 분쟁³⁹⁾ 등을 그 조정 대상으로 한다. 즉 중재법이 사법상의 분쟁만을 한정하여 적용대상으로 하고 있는 바와 같이, 산업재산권의 무효 및 취소 여부와 권리범위 확인 등에 관한 판단만을 요청하는 사항 등은 그 조정대상이 되지 않는다. 다만 조정신청일 현재 특허청에 등록되어 있지 않은 산업재산권에 대한 분쟁을 조정대상에서 제외하고 있는 점에서 위원회의 활동 범위를 극히 제한하는 결과를 낳지 않았나

38) <http://www.kipo.go.kr/pma/>

39) 예컨대 권리자가 침해자를 상대로 하여 침해행위의 제조 및 판매중단, 부당이득의 반환, 손해배상 등에 관하여 조정을 요구하는 경우 등이며, 권리의 양도에 관한 사항, 발명인의 지분보장에 관해 조정을 신청하는 경우도 있다.

의심스러우며, 실제 이 위원회 역시 활동 실적이 극히 미비한 상태이다.

C. 저작권심의조정위원회⁴⁰⁾

저작권심의조정위원회는 1987년 저작권법의 개정으로 구성되어진 기관으로, 저작권법에 의하여 보호되는 권리에 관한 분쟁에 한정하여 분쟁을 처리하고 있다. 즉 ① 저작인격권에 관한 분쟁, ② 저작재산권에 관한 분쟁, ③ 저작인접권에 관한 분쟁, ④ 보상금에 관한 분쟁 등이 그 조정 대상이 되며, 저작권법의 해석적용에 관한 사건이 아닌 경우는 조정의 대상이 될 수 없다. 이는 법원과의 관계에 있어 법률적 판단은 법원에 맡기고 사실 판단의 문제에 한정하여 기능하고자 함으로 보인다.

저작권심의조정위원회의 조정에 의하여 분쟁당사자간에 합의가 성립되고 그 합의사항을 조정조서에 기재하였을 때 조정이 성립된다. 조정의 성립은 합의만으로는 부족하며, 이를 조서에 기재하여야 한다. 특히 성립된 조서는 재판상 화해와 동일한 효력을 가진다.

D. 프로그램심의조정위원회⁴¹⁾

현행 프로그램심의조정위원회와 분쟁의 조정제도는 컴퓨터프로그램과 관련한 분쟁을 해결함에 있어 중재·조정을 활성화하는 것이 바람직하다는 WIPO의 권고를 받아들여 1994년 1월 5일에 신설한 것이다. 이 조정위원회는 컴퓨터프로그램보호법 제36조 내지 제43조 규정을 그 근거규정으로 하는 기관으로, 컴퓨터프로그램 및 지

40) <http://www.copyright.or.kr/>

41) <http://www.pdmc.or.kr/>

적재산권 전문가로 구성된 법적 위원회이며, 프로그램저작권관련 정책 사항 및 기술적 사항을 심의하는 법정 심의기관⁴²⁾이며, 프로그램 저작권 분쟁에 대한 국내 유일의 법정 조정기관이다. 다만 이와 같이 여러 기능을 수행하고 있는 위원회의 위상과 관련하여 분쟁이 발생한 경우 그 조정인으로서의 공정성 내지 공정한 중재인으로서의 지위가 의심받지 않을까 하는 우려가 있다. 즉 본 위원회는 프로그램저작권자의 권리 보호를 위하여 등록업무를 수행할 뿐만 아니라 저작권 위탁관리 행위까지를 하고 있다. 이러한 가운데 프로그램과 관련한 분쟁이 발생하였을 경우 공정한 조정인으로서 조정을 할 수 있을지, 설령 독립된 별개의 기관으로서 독립적으로 업무를 수행한다고 할지라도 분쟁 당사자로서도 이를 인정하게 될는지 의문이다.

E. 전자거래분쟁조정위원회⁴³⁾

전자거래분쟁조정위원회는 1999년 6월 30일 대통령령 제 16454호로 제정된 「전자거래기본법 시행령」 제 15조 제 1항에서 “법 제 28조의 규정에 의한 전자거래의 분쟁에 관한 사항을 심의·조정하기 위하여 한국전자거래진흥원에 전자거래분쟁조정위원회를 둘 수 있다.”고 하여, 2000년 4월 12일 설립된 기구로, 비교적 짧은 역사를

42) ① 프로그램저작권의 보호와 관련된 정책사항, 기술적 사항의 심의, ② 프로그램 및 프로그램과 관련된 전자적 정보등의 감정에 관한 사항의 심의, ③ 프로그램저작권과 관련된 법령해석에 관한 자문사항의 심의, ④ 저작권 법과 형평을 유지하기 위하여 필요한 규정에 관한 사항의 심의, ⑤ 프로그램의 공정한 이용 및 프로그램저작권보호에 관한 사항의 심의, ⑥ 프로그램 등록 업무 및 등록에 관한 사항의 심의 및 ⑦ 기타 프로그램저작권과 관련하여 정보통신부장관이 중요하다고 인정하여 부의하는 사항의 심의 등의 기능을 수행한다.

43) <http://www.ecmc.or.kr/>

갖고 있는데 비하여 왕성한 활동을 하고 있는 ADR기구이다.

전자거래분쟁조정위원회는 신속한 기한과 조정업무의 효율적인 처리, 조정신청 및 조정비용의 무료 및 사이버분쟁조정센터를 이용한 조정 등이 그 특징으로 평가된다. 즉 신속한 기한과 조정업무의 효율적 처리로서 조정의 전 과정이 가능한 한 30일이내에 처리되며, 사안별 전문적 지식을 갖춘 조정인이 담당조정부를 구성한다. 또한 재판에 비해 신청절차를 간편하게 하여 소송능력이 부족한 소비자, 전자거래 관련업체 등도 용이하게 이용할 수 있게 하였다. 전자거래 활성화를 위한 행정서비스차원에서 소비자, 전자거래업체 등이 무료로 분쟁조정제도를 이용하게 하여 중소 사이버몰이나 전자거래 소비자들이 아무런 부담없이 조정서비스를 이용할 수 있으며, 사이버분쟁조정센터 등 정보통신망을 이용하여 조정절차의 전부 또는 일부를 진행함으로써 조정기간 단축이 가능하며, 조정에 따르는 제반 비용을 절감할 수 있다. 또한 동 조정센터 운영으로 시간과 장소에 구애받지 않는 자유로운 조정관계인들의 의견 교환이 가능하다.

이러한 장점들로 인하여 전자거래분쟁조정위원회는 그 업무 실적이 비교적 다른 기관에 비하여 많은 편이다. 다만 현행 전자거래기본법은 전자거래 분쟁의 재판외 해결방법으로 전자거래분쟁조정위원회에 의한 '행정조정'의 방법만을 명시하고 있어, 행정조정 이외의 민사조정, 화해, 중재 또는 알선 등의 방법이 전자거래 분쟁의 해결방법으로 활용될 수 있는지 문제가 되며⁴⁴⁾, 그 조정이라는 한계성에서 이 제도의 의의를 축소하는 경향도 있다.

44) 정상기, 著作権 침해의 재판외 구제제도, 저심위96연/05/04-3 제5분과, 1996. 11. 16.

한편 전자상거래와 관련하여서는 전자거래분쟁조정위원회뿐만 아니라 소비자보호원에서도 이를 담당하고 있으나, 이 역할이 미비하다고 하겠다. 즉 소비자보호원에서 관여하는 바는 여러 거래형태 중 전자상거래라고 하는 기술적인 배경 위에서 이루어지는 거래를 다루는 것으로 직접 지적재산권과 관련한 분쟁을 다루는 것은 아니라 하겠다.

F. 도메인이름 분쟁조정위원회⁴⁵⁾

도메인이름분쟁과 관련하여 국제인터넷주소관리기구(ICANN)는 도메인이름 선점에 관련한 국제적인 분쟁해결기구와 절차 마련을 위하여 WIPO의 제안을 바탕으로 1999년 8월 26일 신속한 online 분쟁해결절차인 통일도메인이름분쟁해결정책(Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy: UDRP)을 채택하였으며, 우리나라도 '도메인이름분쟁조정위원회'를 한국인터넷정보센터(KRNIC) 내에 설치하고, UDRP를 일부 수정한 도메인이름분쟁조정규정에 따라 2002년 1월 4일 이래로 .kr 도메인이름 분쟁조정 업무를 수행하고 있다.

이 위원회에는 2002년 12월 31일 현재 총 54건의 분쟁조정신청이 접수되어 36건의 결정이 내려졌다⁴⁶⁾. 32건 중 5건은 법원에의 이의제기에 의해서 실행이 중지되었으며, 조정신청의 절대 다수가 외국기업이거나 그 국내지사 등이고 피신청인 전원 내국인이다.

도메인 분쟁조정 of 법적 성격은 중재와 조정의 중간적 위치에 있다. 법적 판단에 구속성과 종국성이 없다는 측면에서 조정이라고

45) <http://www.ddrc.or.kr/>

46) 이전 22건, 말소 8건, 기각 6건. 나머지는 현재 절차가 진행중이거나 신청이 중도 취하된 사건.

할 것이나 패널, 패널리스트가 타협에 의한 해결이 아닌 법적 판단을 내린다는 점에서 외국에서는 중재판정부, 중재인이라고도 자주 표현한다고 한다⁴⁷⁾. 그러나 동 위원회의 결정에 대하여 법원에異議를 제기할 수 있는 가능성이 존재하고 있다는 점에서 중재와 구별된다고 보는 견해도 있다⁴⁸⁾.

(3) 운영상의 문제점

A. 신청건수 및 조정건수의 저조

우리나라는 지적재산권과 관련하여 다양한 ADR제도를 마련하고 있다. 그러나 신청건수나 조정건수에 있어 그 실적이 극히 저조하다. 예컨대 배치설계심의조정위원회의 경우 95년부터 97년까지 3년간 당해 기관에 수리된 사건이 하나도 없었다. 프로그램심의조정위원회의 경우 역시 2001년 109건의 분쟁상담을 받았으나, 실제로 분쟁조정이 신청된 경우는 16건에 불과하며, 조정이 성립되어 종결된 경우는 3건에 불과하다.⁴⁹⁾

이러한 현상은 ① 조정제도 자체에 대한 국민의 인식 부족 및 ② 변리사등의 조정제도 활용안내 기피 등에서 그 이유를 찾을 수 있겠다. 즉 대기업의 경우 분쟁사실의 공표가 회사 이미지의 훼손 등 여러 문제를 야기한다는 점에서 비공개적으로 당사자간 분쟁해결방법인 협상 또는 대화를 선호하는 것 같다. 개인 또는 중소기업 역

47) 정찬도, “지적재산권분쟁의 중재가능성” 『仲裁』 2003년 봄호(통권307호), p.58.

48) 서정일, “국내도메인이름해결제도의 운영현황과 개선방향” 2002년 11월 19일 도메인이름분쟁조정위원회 국제학술세미나 자료, p.97.

49) 그나마 신청건수가 많은 ADR기관은 전자거래분쟁조정위원회로 2001년 457건의 조정이 신청되었다.

시 조정보다는 심판이나 소송에 의한 분쟁해결을 선호하는 추세이다. 분쟁의 해결과정 중에 관여하게 되는 법률 자문 역시 ADR 제도의 이용에 있어 소극적이다⁵⁰⁾.

법원 역시 ADR 제도의 기능 내지 결정에 대하여 소극적이거나 부정적이라고 하지 않을 수 없다. 예컨대 국가배상법 제16조⁵¹⁾에 관한 위헌 여부 판단에서 헌법재판소는 '국가배상에 관한 분쟁을 신속히 종결·이행시키고 배상결정에 안정성을 부여하고 국고의 손실을 가능한 한 경감하려는 입법 목적을 달성하기 위하여 동의된 배상결정에 재판상의 화해와 같은 강력하고도 최종적인 효력을 부여하여 재심의 소에 의하여 취소 또는 변경하지 않는 한 그 효력을 다룰 수 없도록 하고 있는 바, 이는 신청인의 재판청구권을 과도하게 제한하는 것이어서 헌법 제37조 제2항에서 규정하고 있는 기본권 제한입법에 있어서의 과잉입법금지의 원칙에 반할 뿐 아니라, 권력을 입법·행정 및 사법 등으로 분류한 뒤 실질적 의미의 사법작용인 분쟁해결에 관한 중국적인 권한은 원칙적으로 이를 헌법과 법률에 의한 법관으로 구성되는 사법부에 귀속시키고 나아가 국민에게 그러한 법관에 의한 재판을 청구할 수 있는 기본권을 보장하고자 하는 헌법의 정신에도 충실하지 못한 것이다'라고 결정하였다.⁵²⁾

- 50) 예컨대 분쟁 당사자들간에 화해가능성이 있는 경우에는 대리인이 직접 당사자간의 화해를 성사시키려는 경향이 있고, 당사자간 화해가 불가능한 경우에는 조정보다는 분쟁의 해결이 확실하고 몇 차례의 수입료를 확보할 수 있는 심판을 청구하도록 유도함으로써 결국 ADR 제도의 활용이 위축되는 결과가 낳는다 하겠다.
- 51) 심의회의 배상결정은 신청인이 동의한 때에는 민사소송법의 규정에 의한 재판상의 화해가 성립된 것으로 본다.
- 52) 특히 그 결정과정에서 사법 절차에 준한다고 볼 수 있는 각종 중재·조정 절차와는 달리 배상결정절차에 있어서는 심의회의 제3자성·독립성이 희

이와 같은 저조한 조정 성립률의 원인을 조정의 한계에서 찾는 견해도 있다. 즉 위원회의 합의 권고안에 분쟁당사자의 어느 일방이 동의하지 아니하는 경우 이를 강제할 수 없다는 점에서, 강제력이 없는 조정에 피신청인이 응하지 아니 함으로써 조정이 성립하지 않는다는 지적이다. 이에 조정의 성립률을 제고하기 위해서는 조정이라는 본래적 특성에서 크게 벗어나지 아니하는 범위에서 직권조정제도 또는 재정절차와 같이 “어느 정도 강제력에 준하는 힘”을 인정하는 제도적 개선책을 강구하는 것이 바람직하다는 견해⁵³⁾도 있다. “어느 정도 강제력에 준하는 힘”이 인정되는 조정이란 모호한 표현을 사용하고 있는 이 견해는, 기존의 조정제도와는 다른 것으로 이해하면서 조정제도의 활성화를 위한 설명 과정에서 사용된 개념이라 생각된다. 그러나 실제 조정성립률은 조정의 구속력 자체에 따른 것이라기 보다는 ADR 자체에 대한 태도에서 비롯된 것이라 하겠다. 예컨대 재판상 화해와 동일한 효력을 갖는 저작권심의위원회의 저작권분쟁조정이나 프로그램심의조정위원회의 프로그램저작권분쟁조정보다 조정이 성립하면 조정 조서에 기재된 내용대로 당사자간에 합의가 성립된 것으로 본다고만 규정하고 있는 전자거래분쟁조정위원회의 조정 건수가 보다 많은 현상은 이러한 주장이 타당하지 못 함을 실증적으로 보여주는 예라고 하겠다.

박한 점, 심의절차의 공정성·신중성도 결여되어 있는 점, 심의회에서 결정되는 배상액이 법원의 그것보다 하회하는 점 및 부제소합의의 경우와는 달리 신청인의 배상결정에 대한 동의에 재판청구권을 포기할 의사까지 포함되는 것으로 볼 수도 없다는 점을 근거로 판단하였다.

53) 정상기, “저작권분쟁조정제도의 공과와 개선방향”, 계간 저작권(1996. 가을호), pp.18-19.

B. 국제적 분쟁 해결 제도의 미비

재판제도와 비교한 ADR제도의 장점으로 제안되는 것 중에 하나가 재판관할권 등의 문제를 피할 수 있어 국경을 초월한 인터넷 환경에서 발생한 국제 분쟁의 해결에 있어 큰 도움이 된다는 것이었다. 그러나 그러한 장점에도 불구하고 대체로 국내 지적재산권 관련 ADR 제도 내지 운용기관과 관련하여서는 국제분쟁에 대한 준비가 소홀하다는 지적을 받고 있다. 예컨대 산업재산권분쟁조정위원회의 경우 그 운영상의 문제점으로 장차 외국인과 관련된 분쟁이 많아질 것이라 예상하는 가운데 국제분쟁을 전담할 수 있는 국제조정정부의 설치를 검토하고 또한 관련업무의 수행을 위한 인적 자원을 보강해야 한다는 지적을 하고 있지만, 실제 이러한 지적이 반영되고 있지는 않다.⁵⁴⁾ 이는 결국 국내 조정건수 마저 제도 운영의 의의를 의심할 만큼 미미한 현재의 상태에서는 국제 분쟁을 대비한다는 것은 오히려 비용낭비일 수도 있겠다.

C. 소극적 개입과 전문성

조정 신청 및 성립 여부에 대한 최종적 결정권을 당사자들이 가지고 있는 현행 체제에서는 조정의 성립률을 제고하고, 그 결과 ADR 제도가 당해 분쟁의 해결을 위한 효율적인 수단임을 인식시켜야 한다. 이를 위해서는 조정에 임하는 조정위원의 적극적이고 전문적인 조력이 절대적으로 필요하다. 그러나 실제 조정위원으로 지정되는 것을 기피하는 것이 실정이라는 지적이다.⁵⁵⁾ 즉 조정에

54) 산업재산권분쟁에 관한 재판외분쟁해결제도, 한국발명진흥회 지적재산권연구센터(1999.12), p. 155.

55) 산업재산권분쟁에 관한 재판외분쟁해결제도, 한국발명진흥회 지적재산권연구센터(1999.12), p.154.

따른 업무 부담이 크고 조정수당도 충분하지 못하여 사건담당 조정부 구성시 조정위원으로 지정되는 것을 기피한다고 한다.

또한 비록 현재 여러 지적재산권 관련 ADR 기관의 구성 조정위원이 학계, 법조계, 행정조직 내에서 당해 관련 분야의 상당한 학식과 경륜을 겸비한 자들임에는 분명하지만, 이들은 모두 비상임위원이며 어떤 경우에 있어서는 조정에 임하여 매번 당사자들의 합의를 이끌어 낼 수 있을 만큼의 책임있고 전문적 조력을 기대하기 어려운 경우도 있다는 지적이다.

D. 공정한 조정인의 지위

국내 여러 지적재산권 관련 ADR기관은 조정 업무와 함께 여러 업무를 함께 수행하고 있다. 예컨대 컴퓨터프로그램심의조정위원회는 그 명칭에서도 알 수 있듯이 분쟁조정 업무와 함께 컴퓨터프로그램등록업무, 컴퓨터프로그램감정, S/W조건부 임치, 저작권위탁관리, 저작권보호 사업 및 저작권 연구 사업 등을 수행하고 있다. 특히 저작권 보호사업과 관련하여 소프트웨어불법복제물 점검·단속 활동을 지원하고 있는데, 그 구체적인 사업으로 ① 불법복제 점검 활동 관련 사전조사 및 계획수립지원, ② 불법복제 점검지원을 통한 S/W사용환경 조성 및 산업육성 기반조성, ③ 불법복제 단속관련 기술적 지원(점검용 S/W개발·운영), ④ 인터넷 상의 부정복제물 유통사이트에 대한 심의 등의 활동을 하고 있다. 그런데 이와 같은 상황이라면 조정인으로서의 공정성이 문제가 되지 않을 수 없겠다. 즉 조정인이 권리자를 위하여 먼저 권리 침해 사례를 조사하여 이를 발견하고, 이에 따른 분쟁 발생과 관련하여 조정인으로서 참여하고, 뿐더러 당해 컴퓨터프로그램의 감정까지 맡게 된다면 그

조정인으로서의 공정성은 심히 의심받을 수밖에 없을 것이다.

VI. ADR 활용 방안의 모색

미국에서의 ADR제도가 성립한 것은 미국 민사소송구조의 당연한 결과라고 지적된다⁵⁶⁾. 즉 대부분의 사건에서 변호인이 선임되고 있으며, 심리 개시 전에 이루어지는 철저한 증거조사 절차 및 이 과정을 통한 판결의 예측 가능성, 소송비용의 과중한 부담 등 미국 민사소송구조가 갖는 특성에서 ADR제도가 성공할 수 있었다고 지적된다. 반면 우리의 소송구조는 변호인 선임률이 낮고 증거도 제출시기에 관한 특별한 제한이외에는 소송 중 아무 시점에라도 제출할 수 있는 등 미국과 큰 차이가 있다⁵⁷⁾. 이에 ADR의 활성화 및 그 성공을 위하여는 사법제도의 구조적, 제도적 개혁이 요구된다고 할 수 있겠다. 그러나 실제 우리의 실정에 맞게 운영되고 있는 현재의 민사소송제도를 성급히 변화시키기보다는 오히려 그러한 개혁 이전에 다양한 ADR제도의 개발과 적용 역시 중요하다 하겠다.

1. 법원 연계형 ADR제도의 활성화 및 그 가능성

사건을 법원으로부터 ADR 제공기관에 회부하는 것은 실제로는 ADR 활용의 대단한 관건이 된다. ADR 제공기관으로서의 그러한 기회를 살려서 실적을 쌓아 나아가면서 중국에는 독립의 사건도 취

56) 이규진, “미국 ADR에 비추어 본 우리나라의 ADR”, 중재, p.44.

57) 이에 법원은 집중심리제를 활용하여 원칙적으로 증거제출시기를 한정하고, 신속한 재판 진행을 유도하려고 노력 중이다.

급하는 등 발전하여 나가게 될 수 있으므로 ADR의 확충을 위하여는 결국 법원으로부터의 사건의 유기적인 연계가 결정적인 중요성을 가진다고 하겠다. 실제 미국등에서도 성공하였다는 ADR은 이른바 법원 연계형(court-annexed) 내지 법원부속형이라고 할 수 있다. 민사조정법 역시 제1심 수소법원(受訴法院)이 필요하다고 인정하는 경우 즉 사건의 실정에 비추어 조정에 의한 해결이 바람직하다고 인정하는 경우에는 결정으로 사건을 조정에 회부할 수 있도록 하고 있다. 이에 수소법원이 사건의 내용상 조정가능성이 없거나 당사자가 조정에 응할 의사가 없음을 분명히 하였거나 기타 사건을 조정에 의하여 해결함이 적합하지 아니하다고 인정되는 사건을 제외하고는 그 계속 중인 사건을 가급적 조정에 회부하도록 하고 있다. 또한 개정 민사소송법에서는 법원은 선고 전까지 언제라도 변론절차 도중에 바로 화해권고 결정을 할 수 있으며 당사자는 공증받은 서면으로 화해나 포기 등을 밝힐 수 있도록 하고 있어, 법원의 판결에 의한 분쟁해결뿐만 아니라 화해등에 의한 분쟁해결에 있어서도 적극적인 태도를 보이고 있다. 이에 일반 법원에서 지적재산권과 관련한 분쟁에서 ADR제도를 적절하게 활용하도록 유도하는 것도 방안이다.

함께 제소된 사건을 전면적으로 ADR 제공기관에 보내는 경우 이외에 사건의 계속은 유지하면서 그 일부를 ADR 제공기관에 맡기는 유연한 이행도 검토할 가치가 있다 하겠다. 예컨대 법원이 쟁점정리나 일정한 쟁점에 관한 사실인정에 한정하여 사건을 ADR제공기관에 이행시키는 것도 고려할 만하다. 특히 전문적 지식을 필요로 하는 IT산업 분쟁에 있어서는 필요한 쟁점정리나 사실인정에 관련 전문 ADR 제공기관에 위탁하는 것이 법원으로서도 부담을

경감할 수 있으며, 이용자의 편리성이라는 관점에서도 의미를 갖는다 하겠다.

조정전치주의도 일응 이러한 관점에서 설명할 수도 있다. 즉 법원에 의한 분쟁해결에 앞서 일정 쟁점에 대한 정리나 사실인정 업무를 법원의 제소 이전 단계에 당해 분쟁분야의 전문 기관으로 하여금 맡도록 할 수 있으며, 이를 ADR 제공기관이 수행할 수 있도록 제도를 마련하는 것이다. 다만 이는 ADR 제공 기관이 이를 이용하려는 자의 신뢰를 얻을 수 있어야 하고, 절차적 공정성이 확립되어야 한다. 함께 법원에 의한 권리를 현저히 지연시키는 결과를 야기시킨다면 위헌의 소지가 발생할 수 있으므로 그 입법에 있어 각별한 주의를 요한다고 하겠다.

2. 다양한 ADR제도의 활용

기존의 컴퓨터프로그램보호법이나 저작권법을 비롯하여 지적 재산권법과 관련한 ADR제도는 조정제도만을 마련하고 있었다. 그러나 조정의 경우 당사자를 구속할 수 있는 효력도 미비할뿐더러 조정인력의 한계 등의 여러 이유로 그 이용이 미흡하였음을 부정할 수 없을 것이다. 최근 컴퓨터프로그램보호법 개정안에서 논의된 알선제도 역시 이러한 상황을 반영한 것이라 하겠다.

(1) 알선제도의 도입

알선은 비교적 간단한 분쟁사건에 대하여 알선위원이 분쟁 당사자간의 화해를 유도하여 합의에 이르게 함으로써 분쟁을 해결하는 재판외 분쟁해결절차를 의미한다. 소송의 단점으로 지적되고 있는

시간적·경제적 부담을 줄이고 당사자간 우호적으로 분쟁을 해결할 수 있다는 장점을 지닌 알선 제도의 도입을 통하여 분쟁해결의 효율성을 제고하고 국민에게 편의를 제공할 수 있겠다. 우리나라에서 이러한 알선의 활용례로서는 환경분쟁조정위원회나 특허청 산하의 산업재산권분쟁조정위원회의 알선 제도가 있다. 예컨대 환경분쟁조정위원회는 3개월의 처리기간을 두고 사실조사 및 당사자심문 없이 분쟁당사자 간의 합의를 유도하고, 알선위원의 중재로 당사자간에 합의가 이루어지면 합의서를 작성하며, 합의서 작성에 의하여 분쟁이 해결되는 알선 제도를 운영하고 있다.

기존의 여러 지적재산권 관련 ADR기관의 실적을 보면 조정건수는 미미하여도, 상담 건수가 상당함을 볼 수 있었다. 이에 상담과 연계한 알선 제도를 활용함으로써 ADR 제도의 홍보와 활용을 촉진하는 것도 방안이라 생각한다.

(2) 중재제도의 도입 가능성

선진각국에서는 지적재산권분쟁에 관한 ADR에 대하여 단순히 조정에만 그치는 것이 아니라 중재역할도 수행하여 적극적으로 지적재산권분쟁을 해결하려고 하고 있다. 예컨대 미국에서는 특허중재제도를 인정하고 있으며, WIPO나 일본에서는 산업재산권과 관련한 분쟁의 중재제도를 마련하고 있다. 특히 기존 조정제도의 활용이 미흡한 원인으로 조정제도의 구속력이 갖는 한계성이 지적된 점을 비추어 보건대, 보다 분쟁 당사자를 구속할 수 있는 중재제도의 도입 가능성을 판단할 필요가 있겠다.

지적재산권 분쟁과 관련한 중재 제도의 도입 가능성과 관련하여서는 분쟁의 내용에 따라 입장의 차이가 나뉘어 지고 있다. 예컨대

지적재산권의 이용허락과 관련한 분쟁은 계약법적인 문제로 당연 중재의 대상이 될 것이며, 권리침해에 따른 손해배상청구와 같은 사후적 구제 절차과정에서의 분쟁에 대하여도 대체로 중재 제도의 도입 가능성이 인정하는데 반하여, 권리의 유무효성이 문제되는 경우에는 견해가 나누어지고 있다. 특히 특허권과 같이 그 권리 발생에 있어 국가기관의 권리 설정 등록과 같은 행정행위가 요구되는 경우에는 이에 대한 다툼을 私的으로 해결하는 중재제도의 도입 가능성에 대하여 부정적인 것인 일반적인 입장이라 하겠다. 한편 권리침해에 관한 분쟁 역시 실제 그 선결문제로서 권리의 유·무효성(무효심판, 권리범위확인심판)이 다투어질 수 있다는 점에서 반드시 중재의 도입가능성이 인정되는 바는 아니라 할 것이다. 따라서 권리의 유무효성에 대한 분쟁에 대하여 중재를 도입할 수 있는지 판단하여야 할 것이다.

지적재산권의 권리 발생에 있어서는 소위 상대적 권리라 하여 저작권과 같이 저작물의 창작과 함께 그 권리가 발생하고 국가기관의 관여가 요구되지 않는 경우와 절대적 권리라 하여 특허권과 같이 권리 발생을 위하여 국가기관에의 등록심사절차를 밟아야 하는 경우가 있다. 저작권의 경우에는 그 성립에 있어 국가행위의 개입이 없으므로 이에 관한 중재제도가 가능하다는데 반하여, 특허권 등의 경우에는 특허청으로 대변되는 국가기관의 전속관할이며 중재의 대상이 되지 못한다는 것이 기존의 대체적인 입장이라 하겠다⁵⁸⁾.

58) 대법원 1998. 12. 22 선고, 97후1016, 1023, 1030판결; 석광현, 『國際私法과 國際訴訟(제2권)』, 박영사(2001), pp. 566-567; 윤선희, 지적재산권법(5정판), 세창출판사(2003), p. 128, p. 132; 송영식·이상정·황종환, 지적소유권법(7정판), 육법사(2001), p. 594; 김원준, 특허법(개정판), 박영사(2003), p.714; 이인중, 특허법개설, 법연출판사(2001), p.699.

지금은 특허의 유무효성에 대한 중재 제도를 인정하는 미국의 경우도 과거에는 다음과 같은 사유로 중재제도의 도입 가능성을 부정하였다.

① 특허의 유효성 및 침해문제는 지극히 복잡한 법을 적용하는 어려운 문제이다. 비법률가나 외국인이 중재인이 되는 경우 쉽게 다루기 어려운 문제이다. 중재의 장점은 복잡한 법해석에 있다기보다는 계약상의 분쟁을 타협에 의해 해결하는데 있어 왔다.⁵⁹⁾

② 무효인 특허를 유지시키는 것은 본래 공공의 영역에 속했던 사상의 자유롭고 경쟁적인 이용을 제약한다. 따라서 특허는 개인의 밀실이 아닌 법원에서 공개적으로 다루어져야 한다.⁶⁰⁾

③ 특허의 유효성 및 침해문제는 중요한 공공의 이익이 결부되기 때문에 중재로 결정하기는 부적합하다.⁶¹⁾

그러나 폭증하는 특허소송⁶²⁾과 업무 증가에 따른 소송지연과 고비용 등의 여러 어려움 속에서 미국 특허법은 1982년 개정을 통하여 특허권의 중재가능성을 인정하게 되었다. 또한 스위스 국제사법제177조도 소유의 대상이 되는 이익이나 금전적 이익에 관한 모든 분쟁은 중재이 될 수 있다고 규정하면서, 이에 모든 형태의 지적재산권도 중재의 대상이 될 수 있다고 해석하고 있다.

반면 중재 제도의 도입에 대한 부정적인 견해는 중재합의가 가능한 것이 '私法上の紛爭'일 것을 요구한다는 점⁶³⁾을 근거로 한다.

59) Hanes Corp. v. Millard, 531F.2d 585, 588-589 (D.C. Cir. 1976)

60) Lear, Inc. v. Adkins. 395 U.S. 653(1969)

61) N.V. Maafschappij Voor Industrielle Waarden v. A.O. Smith Corp., 532F.2d. 874, 876 (2d Cir. 1976).

62) 영국·미국·프랑스 등 대부분의 영미법계 국가에서는 특허무효소송제도가 마련되어 통상은 법원의 관할로 한다.

63) 특히 종전의 중재법은 제 2조에서 중재합의가 가능하기 위해서는 '당사자

즉 특허권의 설정은 등록국가의 법(특§29)에 따라 설정등록됨으로써 발생하는 권리(특§87)라는 특성 때문에 특허권의 유효성에 관한 분쟁의 경우 채권이나 물권과 같은 다른 재산권에 관한 분쟁과는 달리 중재가능성을 인정할 수 없다는 것이다.

이에 입법론으로서 특허권의 유효성에 대한 중재가능성을 긍정하는 방안을 진지하게 검토할 수 있을지라도, 우리나라 현행법으로는 특허권의 유효성에 관한 분쟁에 대하여 중재가능성을 부정해야 한다는 견해⁶⁴⁾가 있다.⁶⁵⁾ 즉 중재가능성이 있기 위해서는 우선 사법상의 분쟁이어야 하는데, 특허권의 유효성에 관한 분쟁은 재산권에 관한 분쟁이라고 할 수는 있으나 私法上的 분쟁으로 보기 어려우며, 현재 대법원 판례처럼 특허권의 유효성에 대한 판단은 특허심판원(특§132의2, §133)·특허법원(특§186①, §187)만이 할 수 있음을 근거로 특허권의 침해소송을 재판하는 통상법원도 특허권의 유효성에 대해 원칙적으로 판단할 수 없다고 본다면, 그것과의 균형상 중재인으로서도 특허권의 유효성에 대해 판단할 수 없다고 봄이 타당하다는 것이다.

중재제도를 도입하는 경우 그 방식은 조정과 중재절차를 연계시키는 방식도 가능하겠다. 즉 당사자간에 중재의 합의가 없는 경우에도 조정을 신청한 경우라면, 조정 절차 과정 중에서 보충적으로 중재 결정의 가능성을 열어 놓는 방법도 있겠다. 즉 조정 과정에서 중재제도의 존재 여부와 함께 중재 결정의 가능성을 고지하며, 이에 당사자의 신청에 따른 중재 절차를 마련할 수 있도록 하겠다.

가 처분할 수 있는 私法상의 법률관계'로 한정하고 있었다.

64) 석광현, 『國際私法과 國際訴訟(제2권)』, 박영사(2001), pp.555~557; 559~561; 566~567.

65) 발명진흥법 제29조 제1항(산업재산권 분쟁 조정의 대상범위)

한편 특허권에 대한 유무효의 판단을 현행 특허심판원의 심판절차에서 판단되는 것과 같이 일반법원에서 선고된 판결이 “무효로 되었음”을 근거로 특허청 직권 또는 신청에 의해 특허가 무효되었음을 특허 등록원부에 기재될 수 있도록 관련 규정을 개정하는 것이 바람직한 견해가 있다.⁶⁶⁾ 그러나 이에 비판적인 견해도 있다.⁶⁷⁾

(3) 조정제도의 효율적 활용

알선제도의 도입 가능성이나 중재제도의 도입 가능성에 대한 논의는 일응 그 타당성이 인정되기도 하나, 궁극적으로는 기존 ADR 제공기관이 제대로 활용되지 않고 있는 가운데에서의 이러한 논의는 무의미할 수도 있다. 나아가 비판적인 시각에서 바라본다면 기존의 ADR제공 기관이 자신의 업무 영역을 확장하기 위한 이기적인 주장에 불과할 수 있다. 이에 이러한 주장과 함께 기존에 운영되고 있던 조정절차의 내실화 내지 효율적 활용이 함께 제안되어야 할 것이다. 이에 조정절차의 집중심리제, 조정절차의 분리가능성 등을 도입하여야 할 것이다.

3. Online ADR 제도의 도입

ADR에 의한 분쟁의 해결은 경직된 기존 법원⁶⁸⁾과는 달리, 그 분

66) 김영철, “특허요건” 『지적재산권법강의』, 홍문사(1997), p. 144

67) 최성준 “특허침해소송과 특허무효” 『인권과 정의』, 1999. 11(통권 제279호), p. 75

68) 2003. 6. 7. 조선일보 A8면에 의하면 법원도 이르면 내년도부터 “전자재판” 제도를 도입하여 민사소송장을 접수하고 다시 인터넷으로 판결문까지 받아볼 수 있도록 하는 “사법정보화 추진계획”을 대법원이 2003. 6. 6일 발표했다고 한다.

쟁해결절차에 발달된 인터넷 웹기반 기술을 이용한다면 분쟁을 보다 효율적이고 신속하게 처리할 수 있다. 즉 분쟁당사자가 Online으로 ADR 분쟁 해결시 시스템에 접근함으로써 소비자나 기업으로 하여금 거리·시간 등의 물리적 제약을 극복할 수 있게 하여, 분쟁을 보다 쉽고 빠르며 효율적으로 해결하여 그 실효성을 한층 더 높일 수 있다. 특히 2000년 12월 파리에서 개최된 OECD회의에서 '전자상거래 소비자보호 가이드라인'을 제정하면서, 소비자의 피해구제를 위하여 ADR을 이용할 것을 권고하고 있다.⁶⁹⁾ 즉 OECD는 소비자로서 하여금 부당한 비용이나 부담을 주지 않고 ADR에 의한 분쟁 해결 및 피해구제 체계에 쉽게 접근할 수 있도록 하며, 또한 공정

69) Recommendation of the OECD Council Concerning Guidelines for Consumer Protection in the Context of Electronic Commerce의 2장 V의 B[대안적 분쟁해결 및 피해구제] 소비자는 부당한 비용이나 부담을 하지 않고 대안적 분쟁해결 및 피해구제에 공정하고 신속하게 접근해야 한다.

사업자, 소비자 대표 및 정부는 국제거래에 대해서는 특별히 주목하면서, 기업 대 소비자간 전자상거래로부터 야기되는 소비자분쟁을 해결하고, 소비자 불만을 처리하기 위해 서로 협력해서 대안적 분쟁해결 메커니즘을 포함하여 공정하고 효과적이며 투명한 자율 규제 및 기타 정책과 절차를 개발하고 이용해 나가야 한다.

i) 사업자와 소비자 대표들은 소비자에게 부당한 비용 혹은 부담을 주지 않고, 공정하고 신속하게 소비자의 불만에 대응하여 처리하기 위한 공정하고 효과적이며 투명한 내부 절차를 마련해야 한다. 소비자가 그러한 절차를 이용하도록 장려되어야 한다.

ii) 사업자와 소비자 대표들은 소비자 불만을 처리하기 위한 협력적 자율규제 프로그램을 마련해야 하고, 기업 대 소비자간 전자상거래로부터 야기되는 대안적 분쟁해결제도를 이용할 수 있는 기회를 주기 위해 서로 협력해야 한다.

iii) 상기 규정을 이해함에 있어 사업자, 소비자 대표, 정부는 정보기술을 혁신적으로 이용해야 하고, 그러한 기술을 활용하여 소비자의 인식을 제고시키고 선택의 자유를 확대하도록 해야 한다. 아울러 국제적 수준에서 제6장의 목적을 달성하기 위해 향후 연구가 요구된다.

하고 투명하며 효과적인 내부절차를 마련하도록 권고하고 있다. 또한 EU에서도 전자상거래에서의 재판관할 및 준거법을 논의하면서 Online에 의한 대체적 분쟁해결의 전개를 촉진하는 정책선언을 했으며, Global Business Dialogue와 같은 국제적인 포럼이 만들어져 ADR에 의한 전자상거래 분쟁 해결에 관한 연구를 하고 있다. WIPO 역시 WIPO중재조정센터를 통하여 지적재산권을 포함하는 도메인 이름 분쟁의 처리를 위한 온라인 인터넷 시스템을 개발하고 있다.⁷⁰⁾ 또한 이는 전자상거래와 관련하여 실제 운용되고 있으며, 여러 많은 지적재산권 관련 ADR기구 중 전자상거래분쟁조정위원회가 활발하게 운용되고 있는 요인으로 설명되고 있는 바이다. 이에 기존의 지적재산권관련 ADR 기관을 Online 상으로도 이용할 수 있도록 하는 방안을 마련하도록 하여야 할 것이다.

(주제어)

ADR, 지적재산권, 중재, 조정, 알선, 화해, 특허소송, 지적재산권 분쟁

70) WIPO 온라인 분쟁처리시스템은 다음과 같은 특징과 내용을 갖는다.

- ① 분쟁처리의 온라인화: 분쟁당사자들은 분쟁해결절차에서 가능한 범위 내에서 최대한으로 디지털통신을 이용할 수 있으며, 전자서식에 의한 절차개시를 신청하고, 원본증거자료를 제외한 모든 제출서류를 온라인으로 제출할 수 있으며, 당사자들의 의사교환역시 온라인으로 동시적으로 이루어진다(채팅, 가능한 범위 내에서의 오디오, 텔레비디오를 이용)
- ② Internet-based system: 이용자들이 WIPO센터의 인터넷사이트를 통해 필요한 서식, 자료, 보안수단, 데이터베이스 등을 공급받고 절차적 행위를 할 수 있게 된다.

ABSTRACT

ADR in IP Dispute

Sun-Hee Yun

ADR program is designed to solve the problem such as the increase of suits and decision delayed. ADR program has the several significances, decreasing inappropriate cost as time and burden of courts, providing an approachable measure of relief and more efficient tool for settlement of dispute. Particularly ADR program satisfies the needs Intellectual property disputes need specialists that are versed in the subjected problem and, need to be settled quickly in confidence. And parties concerned are not good at the strict judicial procedure in courts. At this point, ADR program holds some advantages over court proceeding for intellectual property disputes. Specialists can be selected as arbitrators or mediator; Confidentiality may be preserved; Flexibility allows settlement based on mutual commercial interests; Single solution is possible for multiple disputes involving parties from different countries.

However, ADR program has not been properly used in Korea, which is due to not only the lack of understanding the ADR program, but the poor number of filings and settlements. Intermediaries are not professional and also they do not take

active hands in disputes. Sometimes, their fairness is asked as peacemakers. Eventually, it is said that this program is not enough to settle international disputes.

To activate the ADR program, we can propose the ADR program annexed to court for example. And we can introduce the conciliation and arbitration to disputes in intellectual property. Traditionally arbitration has been a crucial issue in intellectual property disputes. In that intellectual property rights are granted by the local sovereign power, many legal systems in the past maintained the position that the existence, extent, meaning and application of such rights could only be definitively decided by the granting authority or the courts of that country. There is wide recognition that the arbitration of intellectual property is desirable. The law in most of the major countries has been changed in recent years in favor of arbitrability of intellectual property rights. We can also propose ADR on-line.