

지적재산권분쟁의 중재적격에 관한 연구 -한국과 중국을 중심으로-

A Study on Arbitration Qualification of Intellectual Property Right Dispute
- Focus on Korea and China -

최 송 자*
choi songza

〈목 차〉

- I. 서 론
- II. 지적재산권분쟁의 중재적격
- III. 한국과 중국의 지적재산권분쟁의 중재적격
- IV. 문제점 및 해결책
- V. 결 론

주제어 : 중재적격, 지적재산권분쟁, 중재, 중국중재법, 한국중재법, 중국지적재산권법

* 경남대학교 중국학부 조교수, 법학박사

* 이 논문은 2011년도 경남대학교 학술연구장려금의 지원을 받았음.

* 이 논문은 2011년 7월 23일 중국의 중남재경정법대학에서 개최된 국제학술대회에서 발표된 바 있음.

I. 서론

지식기반사회인 21세기에 들어서면서 국가발전과 기업경영에서 지적재산이 핵심적인 경쟁요소로 부각되고 있다. 따라서 우리나라와 중국을 비롯한 세계 주요 국가들은 모두 국가적 차원에서 지적재산발전전략을 수립하고 지적재산의 창출과 보호를 위해 전력을 다하고 있다.

지적재산의 보호에서 급선무로 떠오르고 있는 것은 지적재산권관련 분쟁의 효율적이고 신속한 해결이다. 최근 들어 무역거래의 활발과 인터넷을 통한 정보통신의 발달로 지적재산권분쟁 특히 국경을 초월한 지적재산권분쟁이 폭발적으로 발생하고 있어 효과적인 해결방식에 대한 관심이 집중되고 있다.

지금까지 소송은 제도의 적법성과 공권력 강제성으로 말미암아 지적재산권분쟁 해결에서 가장 중요한 수단으로 사용되어 왔다. 그러나 지난 세기부터 지식산업의 눈부신 발전으로 인해 지적재산의 형태가 다양해지고 국경을 넘어선 분쟁이 많아지면서 소송방식은 지적재산의 특수성과 국제성이라는 벽에 부딪쳐 점차적으로 그 한계를 드러내고 있다. 따라서 소송을 통한 분쟁해결방법을 대체하는 기타 방식이 적극 연구되어 왔고 그 결과 중재제도가 지적재산권분쟁 특히 국제지적재산권분쟁 해결에서 보다 효율적인 분쟁해결방식이라는 점에 국제적인 공감대가 형성되고 있다.

지적재산권분쟁의 특성과 중재제도의 장점을 고려해 볼 때 중재를 통한 지적재산권분쟁 해결은 현실적으로 아주 실효적인 방법이다. 그러나 모든 지적재산권분쟁이 중재가 가능한 것은 아니다. 중재란 당사자 간의 합의에 의해 국가의 재판권을 배제하고 사인(私人)인 중재인의 중재판정에 의해 분쟁을 해결하는 법적 분쟁해결제도이므로 중재를 통해 지적재산권분쟁을 해결하려면 이를 허용하는 실정법상 근거가 있어야 한다. 이는 지적재산권분쟁이 중재의 대상이 될 수 있는 자격 즉 중재의 대상적격 또는 중재가능성문제이다.¹⁾ 여기에 대해서는 국제적으로 통일된 규정이 없고 각국의 국내입법에 의해 규율되고 있다. 따라서 중재를 통한 지적재산권분쟁의 해결을 도모할 때 중재적격성에 대한 연구가 우선 시되어야 한다. 특히 국제지적재산권분쟁의 해결에서는 더욱이 그러하다.

우리나라와 중국은 지리적으로 인접해 있고 상호간 경제적 의존도가 상당히 높다. 해마다 급증하는 무역거래량과 함께 양국 간의 지적재산권분쟁도 기하급수적으로 늘어나고 있어 중재를 통한 지적재산권분쟁 해결이 시급한바, 이를 위해 우선적으로 양국의 중재적격 관련 법제도에 대한 연구가 선행되어야 한다. 현재 우리나라와 중국은 지적재산권분쟁의

1) 일정한 분쟁이 중재의 대상이 될 수 있는가의 여부에 대해 영미법계 국가의 경우 분쟁대상의 중재가능성의 문제, 대륙법계의 경우 객관적 중재적격의 문제로 논의되고 있다. 중국의 경우, 중재가능성의 문제로 논의되고 있다. 따라서 이 논문에서는 중재적격, 중재가능성, 중재자격, 중재의 적용범위 등 용어를 혼용하여 사용한다.

중재적격과 관련하여 입장 차이를 보이고 있어 문제가 발생하고 있다. 따라서 이 논문은 존재하는 문제점을 지적하고 이에 대한 해결책을 제시하고자 한다.

Ⅱ. 지적재산권분쟁의 중재적격

1. 지적재산권분쟁과 중재

지적재산권에는 산업발전에의 이바지를 목적으로 하는 특허권, 실용신안권, 디자인권, 상표권, 반도체집적회로배치설계권 등의 산업재산권과 문화의 향상발전에 이바지함을 목적으로 하는 저작권이 포함된다. 무체물을 대상으로 하는 지적재산권분쟁은 유체물을 대상으로 하는 일반재산권분쟁과 다른 특성을 지니고 있다.

일반 재산권의 경우 타인을 배제하지 않은 상태에서 권리의 목적물을 물리적으로 완전하게 지배하고 이용하는 것이 불가능하나, 지적재산권의 경우 권리의 목적물에 대한 비배타적인 사용이 가능하다. 따라서 지적재산권의 침해는 쉽게 이루어지고 은폐성이 강한 특징을 지니고 있는 반면, 분쟁의 당사자들은 감정적 대립보다는 경제적 이해관계의 관점에서 결론을 선택하는 경향이 뚜렷하다. 따라서 일도양단적인 결론이 아니라, 해당 전문분야의 실정에 맞는 절충적인 판단을 할 것이 더 절실하다.

지적재산권분쟁은 워낙 기술적 쟁점이 많은데다가 과학기술의 비약적인 발전에 따라 언제나 새로운 기술쟁점이 생기고 있다. 게다가 대상물이 무형인 관계로 재산권의 존재와 범위가 유체물에 비해 명확하지 않고, 침해의 유무 및 그로 인한 손해액 판단이 어려운 경우가 적지 않다. 이 모든 것은 분쟁 해결자에 대해 매우 높은 자질이 요구되고 있는 바, 분쟁 해결자는 법률적 지식과 더불어 관련된 기술영역의 전문지식을 갖춘 전문가여야 하며 관련 업계의 상황과 관습에 정통한 전문가여야 한다.

지적재산권은 대부분 비밀적인 것에 재산적 가치가 있고 현대사회에서는 신용 그 자체도 무형의 재산이기 때문에 지적재산권분쟁의 당사자들은 관련 기술의 보호와 유지에 각별한 주의를 기울이고 있으며 분쟁내용이 외부에 공개되는 것을 꺼리는 경향이 강하다. 따라서 분쟁의 해결과정에서 기밀유지에 대해 높은 요구를 제기하고 있다.

다른 유체물의 소유권과 달리 지적재산권은 대부분 한정된 권리유효기간이 있으며 권리유효기간 내에도 과학기술의 급속한 발전으로 기술 및 상품의 생명주기가 지속적으로 짧아지고 있다. 따라서 빠르고 신뢰성 있는 분쟁의 해결과 신속하고 확실한 집행이 요구된다.

인터넷과 통신의 발달로 지적재산권분쟁은 동시다발적으로 여러 국가에서 발생할 가능성이 크다. 국제지적재산권분쟁 발생 시 양 당사자가 납득할 수 있는 일괄적인 해결과 일

판적인 집행이 필요하다. 때문에 중립성 있는 기관의 구속력 있는 판정이 필요하다.

국제적으로 지적재산권분쟁 해결에는 소송을 통한 분쟁해결과 중재, 조정, 알선 등 소송 외 분쟁해결방식이 있다. 지적재산권분쟁의 특성상 소송을 통한 분쟁해결방식의 한계는 매우 명확하다. 조정, 알선은 당사자 간에 합의가 달성될 수 있도록 제3자가 협력하고 지원하고 조력하는 절차로, 제3자는 당사자들에게 구속력 있는 결론을 형성할 권한이 없어 분쟁해결에서 보조적인 역할만 해왔다. 반면, 중재는 제3자인 중재인이 독립적으로 판정을 내리며 중재인의 판정은 법원의 판결과 마찬가지로 당사자들을 구속한다. 게다가 소송의 단점을 미봉할 수 있는 다음과 같은 장점들이 있어 지적재산권분쟁 해결에 적합한 방식으로 인정되어 오고 있다.

소송은 엄격하게 민사소송법 절차에 따라야 하며 2회, 3회의 판결이 있게 되어 오랜 시간이 소요되는데 비해, 중재는 절차가 소송보다 간단화되어 있으며 1회의 판정으로 사건이 최종적으로 확정된다. 때문에 중재절차는 지적재산권분쟁의 해결에서 소송절차보다 더욱 효율적이고 신속하며 경제적이다.

소송은 한사람의 재판관이 다종다양한 사건을 다루는데 비하여, 중재는 분쟁내용을 충분히 이해할 수 있는 해당분야의 전문가를 중재인으로 선정할 수 있기 때문에 법원의 보통법관보다 전문성과 권위성이 강하다.

소송은 공개심리의 원칙에 따라 법정에서의 절차 및 소송기록은 원칙적으로 모두 공개되어야 하지만, 중재는 당사자 간의 합의에 의한 사적인 분쟁해결수단이기 때문에 비공개 심리가 원칙이다. 때문에 비밀성의 유지가 강해 상업기밀의 누설을 방지하며 개인의 프라이버시 보호에 유리하다.

소송은 엄격하게 법규정을 따라야 하지만, 중재를 이용할 경우 당사자의 의사에 따라서는 실정법뿐만 아니라 업계관습, 형평과 선(善)도 중재판정의 판단기준이 될 수 있으며, 법률에 규정된 구제방법 이외에도 다양한 내용의 중재판정이 가능해지므로, 구체적 사안에 적합한 분쟁해결을 도모할 수 있게 된다.

국제지적재산권분쟁 해결에서 중재의 장점은 더욱 두드러지고 있다. 소송은 국가공권력의 발동이기 때문에 재판관할권 등 복잡한 문제에 부딪치게 되지만, 중재기구는 민간조직으로 국가의 사법체계로부터 독립되어 있기 때문에 재판관할권 등 복잡한 문제를 피할 수 있다. 따라서 중재는 하나의 절차에서 국제지적재산권분쟁 특히 여러 국가에서 동시다발적으로 발생한 분쟁을 일거에 해결할 수 있게 된다.

소송을 통한 분쟁해결은 자국의 이익을 반영할 수밖에 없어 집행에서 속지주의원칙이 엄격하게 집행된다. 따라서 외국에서 집행되어야 할 경우 외국판결의 승인과 집행절차를 거쳐야 하는 번거로움이 남게 된다. 그러나 중재판정은 민간인의 자주적인 분쟁해결방법으로서 중립성을 띠고 있으며 주권의 문제를 떠나서 국제적으로 효력을 미치게 한다. 우

리나라와 중국을 포함하여 세계의 모든 주요국이 뉴욕협약²⁾의 가맹국이기 때문에 중재판정의 범위 인정과 집행에서 법원보다 더 편리하여 지적재산권 보호의 지역성과 지역보호주의를 극복하는데 유리하다.

이외에도 우리나라, 중국 등 아시아권 국가들은 전통적으로 소송에 대한 편견이 있어 소송을 통한 해결은 곧 당사자 간 관계의 종결로 이어지기 쉽지만, 중재의 경우 더욱 바람직한 협력관계의 형성에 유리한 장점이 있다.

2. 중재적격의 국제적 동향

중재의 대상적격은 중재합의의 유효성 여부 또는 중재판정 취소사유 존부, 집행의 승인 여부에 관한 판단기준으로 적용되고 있기에 중재제도에서 매우 중요한 지위를 차지하고 있다. 세계 각국은 중재의 대상적격에 관한 규정을 통해 자국의 공공정책을 실현하고 중재에 대한 규제 내지 감독 기능을 수행한다. 세계 주요국의 중재제도를 살펴보면 중재의 대상적격문제에 대해 주요하게 아래의 2가지 기준에 의해 규정하고 있다.

첫째, 분쟁의 대상에 관하여 당사자가 화해할 권리 또는 자유로운 처분권을 가지는 경우에 한하여 중재의 대상적격을 인정하는 방식이다. 여기에는 프랑스, 네덜란드, 일본 등 국가가 포함된다.

프랑스 민법은 당사자가 자유로이 처분할 수 있는 권리관계이면 중재에 부탁할 수 있고(민법 제2059조), 사람의 신분·능력에 관한 문제, 이혼이나 별거에 관한 문제, 공공 단체나 시설에 관한 쟁송, 기타 공서(公序)에 관한 사항은 중재에 부탁할 수 없다고 규정하고 있다(같은 법 제2060조).

네덜란드 민사소송법은 당사자가 자유로이 처분할 수 없는 법률관계는 중재합의의 대상이 될 수 없다(민사소송법 제1020조 제3항)고 규정하고 있다.

일본 중재법은 법령에 특별한 규정이 없는 한 당사자가 화해할 수 있는 민사상의 분쟁 [이혼 또는 이연(離縁, 양친자관계를 해소시키는 것으로서 우리나라의 파양에 상응하는 제도)의 분쟁을 제외한다] 이 중재의 대상이 될 수 있다(중재법 제13조 제1항)고 규정하고 있다.

둘째, 사인간의 경제적 이해관계에 관한 분쟁이면 일반적으로 중재의 대상이 될 수 있다는 것을 전제로, 법률상 중재의 대상이 될 수 없음을 규정한 명문규정이 있는 경우에 한하여 예외적으로 중재의 대상적격을 부정하는 방식이다. 여기에는 독일, 스위스, 뉴질랜드 등 국가가 포함된다.

독일에서 재산법상의 청구는 중재합의의 대상이 될 수 있고, 비재산법상의 청구에 관한

2) 1958년 6월 10일 뉴욕에서 체결한 UN의 “외국중재판정의 승인과 집행에 관한 협약(Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards)”을 의미한다. 이하 ‘뉴욕협약’이라 약칭한다.

중재합의는 당사자가 분쟁의 대상에 관하여 화해의 권한을 가진 때에 한하여 법적 효력을 가진다(민사소송법 제1030조 제1항). 또한 분쟁을 중재에 회부할 수 없거나 일정한 조건 하에 중재에 회부할 수 있는 것으로 규정하고 있는 법률이 존재하는 때에는 민사소송법상의 중재에 관한 규정이 적용되지 않는 것으로 규정하고 있다.(같은 법 제1030조 제3항).

스위스는 재산법상의 청구는 중재의 대상이 될 수 있다 [국제사법에 관한 스위스연방법(PIL) 제177조 (1)] 고 규정하고 있다.

뉴질랜드 중재법은 다음과 같이 규정하고 있다. ① 당사자가 중재합의에 의해 중재에 부칠 것을 합의한 분쟁은 중재에 의해 해결할 수 있다. 다만 중재합의가 공서에 반하거나 법률상 중재에 의해 해결할 수 없는 때에는 그러하지 아니하다. ② 법률이 고등법원 또는 지방법원에 관할권을 부여하고 중재에 의한 해결에 관하여 규정하고 있지 않다고 하여, 이에 관한 분쟁을 중재를 통해 해결하는 것이 허용되지 않는 것으로 보아서는 안 된다. (중재법 제10조)³⁾

지적재산권분쟁의 중재적격 검토 시 일반적으로 지적재산권분쟁을 지적재산권계약분쟁, 지적재산권침해분쟁, 지적재산권유효성분쟁으로 나누어 검토를 진행한다. 이 3가지 지적재산권분쟁에서 지적재산권계약분쟁의 중재적격은 세계 각국에서 보편적으로 인정하고 있고 지적재산권침해분쟁의 경우도 일부 국가에서 중재적격을 인정받고 있지만 지적재산권유효성분쟁은 논쟁이 비교적 많다.

지적재산권분쟁의 중재적격관련 논쟁의 핵심은 권리의 발생에 국가기관의 규제가 필요한 지적재산권에 있다. 지적재산권 중에는 특허권, 실용신안권, 디자인권, 상표권과 같이 권리의 발생에 국가기관의 심사와 이에 따른 등록을 요하는 것과 저작권과 같이 권리의 설정에 별도의 절차를 요하지 않는 것이 있다. 공적인 규제가 가해지지 않는 경우 이에 관한 분쟁은 당사자가 그 분쟁해결의 내용과 방법을 자유로이 정할 수 있으므로 중재의 대상으로 판단되기 쉽지만, 공적인 규제가 가해지는 경우 사인간의 자주적 분쟁해결방식인 중재를 통해 해결할 수 있는지 하는 문제가 제기되는 것이다.

미국, 캐나다, 벨기에, 영국, 스위스, 독일의 경우 지적재산권분쟁의 중재적격성에 관한 제한을 두고 있지 않아 모든 유형의 지적재산권분쟁을 중재에 회부할 수 있다. 즉 이런 나라에서는 지적재산권과 관련하여 계약분쟁과 침해분쟁뿐만 아니라 유효성분쟁까지 중재를 통해 해결할 수 있다.⁴⁾

그러나 대부분 국가는 지적재산권분쟁의 중재를 통한 해결에 대해 비교적 신중한 태도를 취하여 지적재산권 분쟁의 중재를 긍정하는 동시에 그에 대해 일정한 제한을 하고 있다.

3) 강수미, “지적재산권분쟁에 있어서 중재의 대상적격”, 「민사소송」, 2010년 제1호, 132면

4) 강수미, 각주 3, 144-145면; 唐云峰, “國外知識產權爭議仲裁的最新發展及對我國的啓示”, 2008知識產權南湖論壇, 2008年; 牛强, “論知識產權糾紛的仲裁解決機制”, 黑龍江省政法管理干部學院學報, 2010年 第1期; 丁建忠, “外國仲裁法與實踐”, 中國對外經濟貿易出版社, 1992年, 28頁

프랑스의 경우 특허침해분쟁, 특허유효성분쟁은 중재의 대상이 될 수 없다. 특허의 효력 유무에 관한 중재는 허용되지 않고, 강제실시의 유효성, 특허침해에 관한 중재도 인정되지 않는다. 특허의 귀속, 이용에 관한 분쟁은 중재의 대상이 될 수 있지만, 중재절차 진행 중에 특허의 효력에 관한 이의신청이 있으면 법원 등이 이에 관하여 판단할 때까지 중재판정을 보류할 수밖에 없게 된다.

EU의 경우 일정한 법원에 대하여 특허·상표의 등록 및 유효성에 관한 분쟁에 관한 전속관할권을 인정하고 있는 EC규칙 제22조 (4)에 근거하여 등록 지적재산권의 존재 또는 효력에 영향을 미치는 분쟁은 중재의 대상이 될 수 없는 것으로 보고 있다.⁵⁾

아르헨티나와 이탈리아에서 지적재산권의 유효성관련 분쟁은 중재로 해결할 수 없다.⁶⁾

지식산업의 급속한 발전에 따라 세계적 범위 내에서 지적재산권분쟁의 중재적격성을 넓게 인정하는 것이 세계경제의 발전에 도움이 된다는 견해들이 제기되고 있다. 따라서 중재적격성에 대한 규정은 시대의 변천에 따라 점점 완화되는 추세를 보이고 있다.⁷⁾

중재제도가 상당히 정착되어 있고 현재 중재적격에 대한 제한을 두고 있지 않는 미국의 경우에도 과거에는 특허분쟁에 대하여는 공적 규제와 관련 있음을 이유로 중재의 대상에서 배제되었었다. 그러나 폭증하는 특허소송과 업무 증가에 따른 소송지연과 고비용 등의 여러 어려움 속에서 미국 특허법은 1982년 개정을 통하여 특허의 유효성을 포함한 특허권의 중재가능성을 인정하게 되었다.⁸⁾

독일의 경우도 마찬가지이다. 1998년 민사소송법을 개정하기 전에는 재산법상의 청구와 비재산법상의 청구를 구분하지 않고, 당사자가 분쟁의 대상에 관하여 화해를 할 권한을 가지는 경우에만 중재에 의한 해결이 가능하였다. 그러나 1998년 민사소송법 개정을 통해 재산법상의 청구는 화해가능성을 문제 삼지 않고 중재의 대상적격이 인정되게 되었다. 따라서 모든 특허분쟁이 중재의 대상이 되는 것으로 보고 있다.⁹⁾

Ⅲ. 한국과 중국의 지적재산권분쟁의 중재적격

1. 한국의 지적재산권분쟁의 중재적격

우리나라에서 중재제도의 시초는 해방 후 의용하던 일본 민사소송법 제8편에 규정된

5) 강수미, 각주 3, 146면

6) 牛强, 前掲論文 4

7) 牛强, 前掲論文 4; 馬民虎, “我國論知識產權侵權糾紛的可仲裁性”, 西安交通大學學報(社會科學版), 1999年 第2期; 陳治東, “論我國涉外仲裁的司仲裁性問題”, 法學(滬), 1997年 第6期; 손경한·박진아, “지적재산의 국제적 분쟁해결합의”, 「중재연구」, 2004년 제2호, 235-236면

8) 윤선희, “ADR에서의 지적재산권분쟁-중재·조정중심으로”, 「중재연구」, 2003년 제1호, 161면

9) 강수미, 각주 3, 144면

중재절차에 관한 규정이다. 그 당시 중재법은 민사소송법의 일부이었다. 그러나 1960년 현행 민사소송법을 제정할 당시 중재제도는 유명무실한 제도라고 하여 전면 삭제함으로써 법률상 우리나라에는 중재제도 자체가 없어졌었다. 그러나 1960년대 초반 국제무역의 증대에 수반하여 수출촉진의 일환으로 중재제도의 필요성을 통감하여 1966년 3월 16일 법률 제1767호 중재법이 공포시행됨으로써 비로서 중재제도가 다시 도입되었다.¹⁰⁾ 이때로부터 우리나라에서는 중재법은 정식으로 민사소송법으로부터 독립하여 단독적인 단행법률의 형식을 취하기 시작했다. 그 후 중재법은 1973년에 부분적인 개정을 거쳤다. 그러던 중 지난 1999년 12월 31일 법률 제6083호로 “중재법개정법률”이 공포되었고 동 일자로부터 시행되었다.¹¹⁾ 이로써 구중재법은 전면적으로 개정되었다 신중재법은 UN의 표준중재법¹²⁾을 전면적으로 수용하고, 국내중재와 국제중재를 통합하여 일원적으로 규율하는 방법을 취하였다. 나아가, 개정모델법은 모델법의 적용범위를 확장하여 상사뿐만 아니라 민사도 포함하도록 하였다.

구중재법은 제2조 제1항에서 “중재계약은 사법상의 법률관계에 관하여 당사자 간에 발생하고 있거나 장래에 발생할 분쟁의 전부 또는 일부를 중재에 의하여 해결하도록 합의(이하 ‘중재계약’이라 한다)함으로써 효력이 생긴다. 다만, 당사자가 처분할 수 없는 법률관계에 관하여는 그러하지 아니하다.”고 규정하고 있었다. 따라서 구 중재법은 중재적격과 관련하여 처분할 수 있는 사법상의 법률관계에 관한 분쟁으로 확실하게 정의를 내리고 있다. 학설은 여기에서 말하는 ‘당사자가 처분할 수 있는 사법상의 법률관계’란 재산권에 관한 법률관계로서 당사자간에 화해로써 종결될 수 있는 것이라고 해석하였다.¹³⁾

신중재법은 중재적격성에 관하여 정면으로 규정하지 아니하고 있다. 다만 신중재법 제1조는 “이 법은 중재에 의하여 사법상의 분쟁을 적정·공평·신속하게 해결함을 목적으로 한다.”고 규정하고 있고 신중재법 제3조 제2호는 “‘중재합의’라 함은 계약상의 분쟁인지의 여부에 관계없이 일정한 법률관계에 관하여 당사자 간에 이미 발생하였거나 장래 발생할 수 있는 분쟁의 전부 또는 일부를 중재에 의하여 해결하도록 하는 당사자간의 합의를 말한다.”고 규정하고 있어 ‘사법상의 분쟁’으로 한정시키고 있다.

그리고 신중재법 제2조 제2항은 “이 법은 중재절차를 인정하지 아니하거나 이 법의 중재절차와는 다른 절차에 의하여 중재에 회부할 수 있도록 정한 법률과 대한민국에서 발효 중인 조약에 대하여는 영향을 미치지 아니한다.”고 규정하고 있다. 그리고 중재판정의 취소사유의 하나로서 제36조 제2항 제2호 가목에서 “중재판정의 대상이 된 분쟁이 대한민

10) 이하 1966년 중재법을 ‘구중재법’이라고 한다.

11) 이하 1999년 중재법을 ‘신중재법’이라고 한다.

12) UN의 국제거래법위원회(United Nations Commission on International Trade Law: UNCITRAL)가 1985년 채택한 ‘국제상사중재에 관한 모델법’(Model Law on International Commercial Arbitration.)을 의미한다. 이 논문에서는 표준중재법이라 약칭한다.

13) 이태희, 「國際契約法-이론과 실무-」, 법문사, 2001년, 145면

국 법에 따라 중재로 해결할 수 없는 때”를 중재판정 취소사유로 열거하고 있을 뿐이다.

따라서, 사법상의 법률관계에 관한 분쟁만이 중재가능성이 있음은 구중재법이나 신중재법이나 차이가 없으나, 신중재법은 당사자의 처분가능성, 즉 화해가능성을 명시적으로 요구하지 않는 점에서 차이가 있다.

신중재법이 중재적격에 관한 일반 규정을 두지 않은 것은 표준중재법에 이에 관한 규정이 없기 때문인 것으로 보는 견해가 있다. 그러나 표준중재법이 중재적격에 관하여 규정을 두지 않은 것은 표준중재법을 채택하는 국가의 국내 실체법의 문제로 보았던 탓이고 한국중재법은 상사중재만이 아니라 비상사중재를 함께 규율하는 법이며 구중재법에서도 중재적격에 관한 명확한 규정을 두었던 점들을 감안한다면 신중재법에 중재적격에 관한 규정을 두지 아니한 것은 입법의 후퇴라 판단하는 견해가 있다.¹⁴⁾

신중재법이 중재적격에 관하여 명시적인 규정을 두지 않은 이상 현행 중재법상 중재의 대상적격을 어떻게 파악할 것인가가 문제되고 있는데 다양한 주장들이 제기될 수 있다.

지적재산권분쟁의 중재적격과 관련하여서는 비교적 일치된 입장을 보이고 있다. 지적재산권계약분쟁에 관하여는 등록지적재산권인지 여부를 묻지 아니하고 전속관할성이 부정되므로 재판관할합의를 자유로이 할 수 있다고 하여 그 중재적격성을 인정하고 있다. 여기에는 이의가 없다.

지적재산권침해분쟁은 일종의 불법행위 책임의 문제로 전속관할성이 부정되므로 그 중재적격성이 보편적으로 인정되고 있다. 지적재산권침해분쟁에서 지적재산권 유효성이 선결문제로 다루어지는 경우에도 중재적격성을 인정하는 것이 보편적인 견해이다.¹⁵⁾

지적재산권효력분쟁의 경우 저작권과 같은 비등록지적재산권의 경우에는 그 성립·유효성 분쟁의 전속관할성이 부정되므로 중재적격성이 인정되고 있다.¹⁶⁾

그러나 특허와 같은 등록지적재산권 유효성에 관한 분쟁 자체의 중재적격성에 관하여는 견해가 대립되고 있다. 특허와 같은 등록지적재산권의 유효성분쟁의 중재적격성을 부정하는 입장은, 특허권은 국가의 법에 따라 설정 및 등록되어 발생하는 권리라는 특성 때문에 특허권의 유효성에 관한 분쟁의 경우 채권이나 물권과 같은 다른 재산권에 관한 분쟁과는 달리 중재가능성을 인정할 수 없다는 것이다. 반면, 중재적격성을 인정해야 한다고 주장하는 측은 중재제도의 본질상 중재합의와 중재판정의 효력은 당사자 간에서만 미치는 것으로 보아야 하는바, 당사자 간의 분쟁해결수단인 중재를 통해 내려진 중재판정의 효력에 대하여 대세적인 아닌, 당사자만이라는 상대적 무효의 의미에서라면 중재에 의한 무효판단이 제3자에게 영향을 미치는 일은 없으며, 이 점에서 당사자가 임의로 화해한 경우와

14) 석광현, “改正仲裁法の 몇 가지 문제점-국제상사중재를 중심으로”, 『국제사법연구』, 2000년 제5호, 220면; 손경한, “국제지적재산분쟁의 중재”, 『중재연구』, 2007년 제2호, 77면

15) 손경한, 각주 15, 77면; 손경한·박진아, 각주 10, 232면; 윤선희, “지적재산분쟁의 처리에 있어서 중재와 재판”, 『발명특허』, 1994년 제9호, 34면

16) 손경한, 각주 15, 79면

마찬가지이기 때문에 중재적격을 인정해도 무방하다는 의견이 있다.¹⁷⁾

2. 중국의 지적재산권분쟁의 중재적격

1978년 개혁개방정책 실행 이후 무역량이 확대되면서 분쟁이 적지 않게 발생했고 중재는 분쟁해결의 하나의 중요한 수단으로 적용되었다. 그러나 그 당시 중국의 중재제도는 구소련의 중재모델을 그대로 모방하여 확립한 것으로, 적지 않는 문제가 존재하고 있었다. 중재기구는 행정기관에 예속되어 있었고, 중재기구의 인사는 모두 행정기관의 관련 인원들이 겸임하였으며 중재권과 행정권은 분립이 불가능하여 중재의 민간성이라는 본질적 속성이 침해를 받았다. 이러한 중재판정은 국제사회에서의 승인과 집행이 거의 불가능했다. 게다가 중재관련 법제도는 각종 법령에 산재되어 있었는데 14개 법률과 82개의 행정법규, 90여개 지방성법규에서 중재관련 규정을 두고 있었다. 따라서 현대적 중재제도를 확립하고 통일된 중재법을 제정하기 위해 중국은 1991년 8월부터 중재법 제정작업에 들어갔다. 중국은 외국 중재제도와 국제적으로 통행되는 관행을 참조하여 중재법을 제정하였다. 총적인 목표는 중재기구의 당사자의 의사자치원칙, 일심종심제도를 확립하는 것이다. 그 결과 1994년 8월 31일 중재법을 통과시키고 1995년 9월 1일부터 시행에 들어갔다.¹⁸⁾ 따라서 현재 중국에서 중재제도의 근간을 형성하고 있는 것은 1994년에 제정된 중재법이다.

중국 중재법은 제2조에서 “평등한 주체인 공민, 법인과 기타 조직 간 발생한 계약분쟁과 기타 재산권익분쟁은 중재가능하다.”고 명문으로 규정하고 있고, 제3조에서 “아래의 분쟁은 중재할 수 없다. (1) 혼인, 수양, 감호, 부양, 승계 분쟁, (2) 법에 따라 행정기관에서 처리해야 하는 행정쟁의.”라고 규정하고 있다. 중국 중재법에 규정된 중재적격을 본문 그대로 해석한다면, 당사자들이 자유롭게 처리할 수 있는 민상사분쟁은 중재가능하다. 여기에는 계약분쟁뿐만 아니라 침해분쟁도 포함되어야 한다.

중국은 중재법 이외에도 지적재산권관련 단행법에서 중재적격에 관한 구체적인 규정을 두고 있다. 특허법은 1984년에 제정되고, 1992년과 2000년 2차례에 걸쳐 개정되었다.¹⁹⁾ 1984년 특허법과 1992년 특허법은 모두 제60조에서 특허침해행위에 대해 특허관리기관에

17) 강수비, 각주 1, 146-152면; 윤선희, 각주 8, 159-163; 윤선희, 각주 20, 34면; 손경한, 각주 15, 79면; 손경한·박진아, 각주 10, 232면

18) 顧昂然, “關於中華人民共和國仲裁法(草案)的說明”, <http://www.148com.com>, 1994.08.25; “《仲裁法》的立法背景”, <http://www.chinalawdu.com>, 2009.10.15.

19) 특허법(專利法)은 1984년 3월 12일 제6기 전국인민대표대회 상무위원회 제4차 회의에서 통과되고 1984년 3월 12일 중화인민공화국주석령 제11호로 공포되었으며 1985년 4월 1일부터 시행되었다. 그 후 2차례에 걸쳐 개정되었다. 제1차 개정안은 1992년 9월 4일 제7기 전국인민대표대회 상무위원회 제27차 회의에서 통과되고 1992년 9월 4일 중화인민공화국주석령 제62호로 공포되었으며 1993년 1월 1일부터 시행되었다. 제2차 개정안은 2000년 8월 25일 제9기 전국인민대표대회 상무위원회 제17차 회의에서 통과되고 동일 중화인민공화국 주석령 제36호로 공포되었으며 2001년 7월 1일부터 시행되었다.

처리를 요청하거나 법원에 소송을 제기할 수 있다고 명문으로 규정하고 있다.²⁰⁾ 2000년 특허법은 제57조에서 특허침해분쟁이 발생한 경우 당사자는 협상하여 해결하며, 협상을 원치 않거나 협상이 불가능한 경우 인민법원에 제소하거나 특허관리기관에 처리를 청구할 수 있다고 규정하고 있다.²¹⁾

저작권법은 1990년에 제정되고 2001년에 개정되었다.²²⁾ 저작권법에서 중국은 시대의 변천에 따라 변화를 보여주고 있다. 1990년 저작권법 제48조는 저작권 침해분쟁은 조정 또는 소송이 가능하다고 명문으로 규정하고 있고, 제49조는 저작권 계약분쟁은 조정 또는 중재, 소송이 가능하다고 명문으로 규정하고 있다.²³⁾ 2001년 저작권법은 제54조에서 저작권분쟁은 조정 또는 중재, 소송이 가능하다고 명문으로 규정함으로써 저작권관련 계약분

20) 1984년 특허법 제60조: 특허권자의 허가를 거치지 않고 그 특허를 실시하는 침해행위에 대해 특허권자 또는 이해관계자는 특허관리기관에 처리해줄 것을 청구하거나 직접 인민법원에 제소할 수 있다. 특허관리기관에서 처리 시 침해자에게 침해행위를 정지하고 손해를 배상할 것을 명할 수 있다. 당사자가 불복하는 경우 통지를 받은 일자로부터 3개월 내에 인민법원에 제소할 수 있다. 기간이 만료되어도 제소하지 않고 또 이행하지 않는 경우 특허관리기관은 인민법원에 강제집행을 청구할 수 있다.(제1항) 침해분쟁 발생 시 발명특허가 한 상품의 제조방법인 경우 같은 상품을 제조한 단위 또는 개인은 반드시 그 상품제조방법의 증명을 제공해야 한다.(제2항)

1992년 특허법 제60조: 특허권자의 허가를 거치지 않고 그 특허를 실시하는 침해행위에 대해 특허권자 또는 이해관계자는 특허관리기관에 처리해줄 것을 청구하거나 직접 인민법원에 제소할 수 있다. 특허관리기관에서 처리 시 침해자에게 침해행위를 정지하고 손해를 배상할 것을 명할 수 있다. 당사자가 불복하는 경우 통지를 받은 일자로부터 3개월 내에 인민법원에 제소할 수 있다. 기간이 만료되어도 제소하지 않고 또 이행하지 않는 경우 특허관리기관은 인민법원에 강제집행을 청구할 수 있다.(제1항) 침해분쟁 발생 시 발명특허가 한 신상품의 제조방법인 경우 같은 상품을 제조한 단위 또는 개인은 반드시 그 상품제조방법의 증명을 제공해야 한다.(제2항)

21) 2000년 특허법 제57조: 특허권자의 허가를 거치지 않고 그 특허를 실시하여 즉 그 특허권을 침해하여 분쟁이 발생한 경우, 당사자는 협상하여 해결한다. 협상을 원치 않거나 협상이 불가능한 경우 특허권자 또는 이해관계자는 인민법원에 제소하거나 특허사업을 관리하는 부서에 처리를 청구할 수 있다. 특허사업을 관리하는 부서에서 처리 시 침해행위가 성립된다고 인정하는 경우 침해자에게 즉시 침해행위를 정지할 것을 명할 수 있다. 당사자가 불복하는 경우 처리통지를 받은 일자로부터 15일 내에 “중화인민공화국행정소송법”에 근거하여 인민법원에 제소할 수 있다. 기간이 만료되어도 제소하지 않고 또 이행하지 않는 경우 특허사업을 관리하는 부서는 인민법원에 강제집행을 신청할 수 있다. 처리를 진행하는 특허사업관리부서는 당사자의 청구에 응해 특허권 침해 배상금액에 대해 조정할 수 있다. 조정이 불가능한 경우 당사자는 “중화인민공화국민사소송법”에 근거하여 인민법원에 제소할 수 있다.(제1항) 특허침해분쟁이 신상품 제조방법관련 발명특허인 경우 같은 상품을 제조하는 단위 또는 개인은 그 상품제조방법이 특허방법과 다르다는 증명을 제공해야 한다. 실용신안특허 관련인 경우 인민법원 또는 특허사업을 관리하는 부서는 특허권자에게 국무원 특허행정부서에서 제공한 검색보고를 제출할 것을 요구할 수 있다.(제2항)

22) 저작권법(著作權法)은 1990년 9월 7일 제7기 전국인민대표대회 상무위원회 제15차회의에서 통과되고 1990년 9월 7일 중화인민공화국주석령 제31호로 공포되었으며 1991년 6월 1일부터 시행되었다. 그 후 2001년 10월 27일 제9기 전국인민대표대회 상무위원회 제24차 회의에서 개정안이 통과되고 2001년 10월 27일 중화인민공화국 주석령 제58호로 공포시행되었다.

23) 1991년 저작권법 제48조: 저작권 침해분쟁은 조정할 수 있다. 조정이 불가하거나 조정으로 합의가 달성된 후 한 측이 후회한 경우, 인민법원에 제소할 수 있다. 당사자가 조정을 원치 않는 경우에도 직접 인민법원에 제소할 수 있다.

1991년 저작권법 제49조: 저작권 계약분쟁은 조정할 수 있다. 또는 계약중의 중재조항이거나 사후에 달성한 서면중재합의에 근거하여 저작권중재기구에 중재를 신청할 수 있다.(제1항) 중재판정에 대해 당사자는 반드시 이해해야 한다. 당사자 한 측이 중재판정을 이행하지 않는 경우 다른 한 측은 인민법원에 집행을 신청할 수 있다.(제2항) 신청을 수리한 인민법원은 중재판정이 법에 위배됨을 발견한 경우 집행하지 않을 수 있다. 인민법원이 집행하지 않는 경우, 당사자는 계약분쟁을 인민법원에 제소할 수 있다.(제3항). 당사자는 계약에 중재조항을 체결하지 않았고 사후에도 서면중재합의가 없는 경우 직접 인민법원에 제소할 수 있다.(제4항)”

쟁뿐만 아니라 침해분쟁도 중재가능하게 하였다.²⁴⁾

“컴퓨터소프트웨어보호조례”는 1991년 제정되고 그 후 2001년 동 조례를 폐지하고 신규 제정하였다.²⁵⁾ 1991년 컴퓨터소프트웨어보호조례는 제34조에서 소프트웨어저작권침해분쟁은 조정 또는 소송이 가능하다고 규정하고 있고, 제35조에서 소프트웨어저작권계약분쟁은 조정 또는 중재, 소송이 가능하다고 규정하고 있다.²⁶⁾ 2001년 컴퓨터소프트웨어보호조례 제31조에서 소프트웨어저작권침해분쟁은 조정이 가능하고, 소프트웨어저작권계약분쟁은 중재 또는 소송이 가능하다고 규정하고 있다.²⁷⁾

“상표법”은 1982년 제정되고 그 후 1993년과 2001년 2차례 개정을 거쳤다.²⁸⁾ 1982년 상표법과 1993년 상표법은 모두 제39조에서 등록상표전용권을 침해한 행위에 대해 피침해자는 행정기관에 처리를 요청하거나 또는 법원에 제소할 수 있다고 규정하고 있다.²⁹⁾

24) 2001년 저작권법 제54조: 저작권분쟁은 조정할 수 있다. 또는 당사자가 달성한 서면중재합의 또는 저작권계약 중의 중재조항에 근거하여 중재기구에 중재를 신청할 수 있다.(제1항) 당사자는 서면중재합의가 없고 또 저작권계약에 중재조항을 체결하지 않은 경우 직접 인민법원에 제소할 수 있다.(제2항)

25) 구 “컴퓨터소프트웨어보호조례(計算機軟件保護條例)”는 1991년 5월 24일 국무원 제83차 상무회의에서 통과되고 1991년 6월 4일 공포되었으며, 1991년 10월 1일부터 시행되었다. 그 후 2001년 12월 20일 동 조례를 폐지하고 “컴퓨터소프트웨어보호조례(計算機軟件保護條例)”를 신규 공포하고 2002년 1월 1일부터 시행하였다.

26) 1991년 컴퓨터소프트웨어보호조례 제34조: 소프트웨어저작권침해분쟁은 조정할 수 있다. 조정이 불가능하거나 조정으로 합의가 달성한 후 한 측이 후회한 경우 인민법원에 제소할 수 있다. 당사자들이 조정을 원하지 않는 경우 직접 인민법원에 제소할 수 있다.
1991년 컴퓨터소프트웨어보호조례 제35조 제1항: 소프트웨어저작권계약분쟁은 조정할 수 있다. 또는 계약중의 중재조항이거나 사후 달성한 서면중재합의에 근거하여 국가소프트웨어저작권중재기구에 중재를 신청할 수 있다.

27) 2001년 컴퓨터소프트웨어보호조례 제31조: 소프트웨어저작권침해분쟁은 조정할 수 있다.(제1항) 소프트웨어 저작권계약분쟁은 계약중의 중재조항 또는 사후에 달성한 서면중재합의서에 근거하여 중재기구에 중재를 신청할 수 있다.(제2항) 당사자들이 계약에 중재조항을 체결하지 않았고 사후에 또 서면중재합의가 없는 경우 직접 인민법원에 소송을 제기할 수 있다.(제3항)

28) “상표법(商標法)”은 1982년 8월 23일 제5기 전국인민대표대회 상무위원회 제24차 회의에서 통과되고, 1982년 8월 23일 전국인민대표대회 상무위원회령 제10호로 공포되었으며 1983년 3월 1일부터 시행되었다. 그 후 2차례 개정을 거쳤다. 1993년 2월 22일 제7기 전국인민대표대회 상무위원회 제30차 회의에서 제1차 개정되고 1993년 2월 22일 중화인민공화국주석령 제69호로 공포되었으며 1993년 7월 1일부터 시행되었다. 그 후 2001년 10월 27일 제9기 전국인민대표대회 상무위원회 제24차 회의에서 제2차로 개정되고 2001년 10월 27일 중화인민공화국주석령 제59호로 공포되었으며 2001년 12월 1일부터 시행되었다.

29) 1982년 상표법 제39조: 이 법 제38조에서 열거한 등록상표전용권을 침해한 행위 중 하나가 있는 경우 피침해자는 침해자 소재지의 현급이상 공상행정관리부서에 처리를 요구할 수 있다. 관련 공상행정관리부서는 침해자에게 즉시 침해행위를 중지하고 피침해자의 손실을 배상할 것을 요구할 수 있다. 배상금액은 침해자가 침해기간에 침해로 획득한 이윤 또는 피침해자가 피침해기간에 침해로 입은 손실이다. 상황이 엄중한 경우 벌금을 병행할 수 있다. 당사자가 불복하는 경우 통지를 받은 후 15일 내에 인민법원에 제소할 수 있다. 기간이 만료하여도 제소하지 않고 이행도 하지 않는 경우 관련 공상행정관리부서에서 인민법원에 강제집행을 신청한다.(제1항) 등록상표전용권을 침해한 경우 피침해자는 직접 인민법원에 제소할 수 있다.(제2항)
1993년 상표법 제39조: 이 법 제38조에서 열거한 등록상표전용권을 침해한 행위 중 하나가 있는 경우 피침해자는 현급 이상 공상행정관리부서에 처리를 요구할 수 있다. 관련 공상행정관리부서는 침해자에게 즉시 침해행위를 중지하고 피침해자의 손실을 배상할 것을 요구할 수 있다. 배상금액은 침해자가 침해기간에 침해로 획득한 이윤 또는 피침해자가 피침해기간에 침해로 입은 손실이다. 등록상표전용권 침범이 범죄를 구성하지 않는 경우 공상행정관리부서는 벌금을 안길 수 있다. 당사자가 공상행정관리부서의 침해행위 중지명, 벌금처리결정에 불복하는 경우 통지를 받은 후 15일 내에 인민법원에 제소할 수 있다. 기간이 만료하여도 제소하지 않고 이행도 하지 않는 경우, 관련 공상행정관리부서에서 인민법원에 강제집행을 신청한다.(제1항) 등록상표전용권을 침해한 경우 피침해자는 직접 인민법원에 제소할 수도 있다.(제2항)

2001년 상표법 제53조에서 등록상표전용권을 침해분쟁이 발생한 경우 당사자는 협상하여 해결할 수 있고, 협상을 원치 않거나 협상이 불가능한 경우 인민법원에 제소하거나 행정기관에 처리를 청구할 수 있다고 명문으로 규정하고 있다.³⁰⁾

중재법에 규정된 중재적격과 지적재산권법에 규정된 중재적격을 살펴보면, 중국은 입법에서 지적재산권계약분쟁은 중재의 대상으로 하고 있지만 지적재산권유효성분쟁은 중재의 대상에서 철저히 배제하고 있다. 지적재산권침해분쟁의 중재적격은 중재법과 저작권법을 제외한 기타 지적재산권법 사이에 충돌이 발생하고 있다. 중재법은 지적재산권침해분쟁의 중재적격을 인정하고 있지만, 저작권법을 제외한 기타 지적재산권법은 중재적격을 부정하고 있다.

중국의 학계의 입장을 살펴보면, 지적재산권유효성분쟁의 중재적격은 인정되지 않고 있다. 여기에 대한 논의가 거의 없어 앞으로도 비교적 오랜 시간동안 중국에서는 지적재산권유효성분쟁의 중재적격은 인정받기 힘들 것 같다.

지적재산권침해분쟁과 관련하여서는, 지적재산권침해분쟁의 중재가능성을 열어두어야 한다는 견해가 나오고 있기는 하지만³¹⁾ 소수의 입장을 대변하고 있다. 중국 학계에서는 지적재산권 침해분쟁의 중재적격에 대해 부정적인 입장이 통설인데 그 이유로 크게 2가지를 들 수 있다.

첫째, 지적재산권침해분쟁은 늘 지적재산권 자체의 효력의 확정, 권리의 귀속 및 사회공공이익의 보호와 관련되기에 이런 사항은 중재의 방식으로 해결할 수 없다고 한다.³²⁾

둘째, 단순한 침해사건은 사전에 중재합의를 달성하는 경우가 있을 수 없고 일단 침해사실이 발생되고 분쟁이 나타나면 당사자의 이익은 대립되어 사후에 중재합의 달성이 어려워 있기 때문에 지적재산권침해분쟁은 중재를 적용하지 않는다는 것이다.³³⁾

30) 2001년 상표법 제53조: 이 법 제52조에서 열거한 등록상표전용권을 침해한 행위 중 하나가 있어 분쟁이 발생한 경우, 당사자는 협상하여 해결할 수 있다. 협상을 원치 않거나 협상이 불가능한 경우 상표등록인 또는 이해관계자는 인민법원에 제소하거나 공상행정부서에 처리를 청구할 수 있다. 공상행정관리부서에서 처리시, 침해행위가 성립된다고 인정하는 경우 즉시 침해행위를 정지할 것을 명하고 침해상품과 전문적으로 침해상품을 제조, 등록상표표식을 위조하는데 전문적으로 사용된 공구를 몰수, 훼손시키며 동시에 벌금을 안길 수 있다. 당사자는 처리결정에 불복하는 경우 처리통지를 받은 일자로부터 15일 내에 “중화인민공화국행정소송법”에 따라 인민법원에 소송을 제기할 수 있다. 침해자가 기간이 만료되어도 제소하지 않고 이행하지 않는 경우 공상행정관리부서는 인민법원에 강제집행을 신청할 수 있다. 처리한 공상행정관리부서는 당사자의 청구에 근거하여 상표전용권을 침해한 배상금액에 대해 조정할 수 있다. 조정이 불가능한 경우 당사자는 “중화인민공화국민사소송법”에 근거하여 인민법원에 제소할 수 있다.

31) 牛强, 前掲論文 4; 馬民虎, 前掲論文 4; 付智勇, “論我國知識產權糾紛的仲裁”, 法制在線lawview, 2010年 第1期

32) 張洁, “對國際商事爭議可仲裁範圍的探討”, 法學雜誌, 2002年 第2期

33) 奎宁, “淺論知識產權糾紛的可仲裁性”, 芙湖職業技術學院學報, 2006年 第2期

IV. 문제점 및 해결책

지적재산이 중요한 경제력으로 급부상하고 있는 현재, 땅이 좁고 자원이 유한한 우리나라와 세계 경제강국으로 급부상하고 있는 중국에서 지적재산권 보호의 중요성은 어떻게 강조해도 지나치지 않다. 이를 위해 양국 모두 국가적 차원에서 지적재산발전전략을 수립하고 지적재산권 보호를 위해 전력을 다하고 있다.

우리나라는 2009년 7월 “지식재산강국실현전략”을 발표한 데 이어 금년 4월 29일 지식재산기본법을 국회 본회의에서 통과시켰다. 금년 7월 20일부터 시행되는 이 법은 범국가적 차원에서 지식재산정책을 체계적·효율적으로 추진하기 위한 발판을 마련하였다. 기본법은 대통령 직속으로 국가지식재산위원회를 설치하도록 규정하였고, 지식재산 정책의 일관된 추진을 위해 정부가 5년마다 ‘국가지식재산기본계획’을 수립해 시행토록 했다. 지금까지 해외에서의 지적재산권 보호는 개별기업 차원에서 추진돼 왔지만, 기본법은 해외 지적재산권 보호에 대한 정부의 책무를 부과했다.

중국은 2008년 6월 5일 “국가지식재산권전략강요(2008-2020년)”(*國家知識產權戰略綱要*)을 공포하였다. 3년여의 시간을 거쳐 만들어진 동 강요는 2020년까지 중국을 지적재산권의 창출, 운용, 보호와 관리수준이 비교적 높은 국가로 건설한다는 명확한 목표를 제시하고 있다.

주목할 만한 점은, 지적재산권 보호를 위해 중국은 최근 몇 년간 지적재산권 전문중재기구 설립에 주력하고 있다. 2007년 2월 14일, 중국 최초로 지적재산권중재센터(*知識產權仲裁中心*)가 복건성 하문시(福建省廈門市)에 설립되었고, 2007년 4월 15일 무한(武漢)중재위원회 지적재산권중재원(*仲裁委員會知識產權仲裁院*)이 설립되었으며,³⁴⁾ 2007년 11월 6일, 시안(西安)중재위원회와 섬서성(陝西省) 지적재산권국이 연합으로 지적재산권중재를 위한 협동체제를 구축하였고,³⁵⁾ 2008년 6월 섬서성(陝西省) 위남(渭南)중재위원회 지적재산권기술계약분쟁중재센터가 설립되었다.³⁶⁾ 2008년 10월 29일에는 상하이(上海)지적재산권중재원이 설립을 선포하였다.³⁷⁾

지리적 인접성과 경제적 상호보완성, 문화적 동질성으로 인해 우리나라와 중국 간의 무역량은 해마다 꾸준히 늘어나고 있고 무역량의 꾸준한 증가에 따라 지적재산권관련 분쟁도 기하급수적으로 늘어나고 있는 추세이다. 따라서 양국 간에 발생한 지적재산권분쟁의 순조로운 해결은 양국에서 실행하고 있는 지적재산권발전전략의 효율적인 추진에 직접적

34) 孫移芳, “關於我國知識產權仲裁的幾點思考”, *經濟研究參考*, 2010年 第41期; 牛強, 前揭論文 4; 付智勇, 前揭論文 37

35) 付智勇, 前揭論文 37

36) “西部首家知識產權技術合同仲裁機構成立”, <http://News.wenzhouglasses.com>, 2008.06.30.

37) “上海成立知識產權仲裁院”, *中華商標*, 2008年 第11期

인 영향을 미치고 있다.

우리나라와 중국의 지적재산권분쟁의 중재적격을 살펴보면 적지 않은 문제가 존재하고 있어 양국 간 발생하는 지적재산권분쟁의 효율적인 해결에 부정적인 영향을 미칠 우려가 있다.

우리나라의 경우, 구중재법은 당사자가 처분할 수 없는 법률관계에 관하여는 중재합의의 효력을 부인하였으며 그 결과 중재가능성이 엄격하게 해석되었다. 신중재법은 처분가능성에 대한 요구를 삭제하고 중재의 대상을 계약상의 분쟁에 한정되지 않는 사법상의 법률관계로 명시함으로써 중재의 대상을 확대하고 있다. 그러나 신중재법은 중재적격에 관한 일반 규정을 두지 않았다. 그리고 중재법이 사법상의 분쟁이라고 칭하는 범위에 공법적 성격과 사법적 성격이 혼재되어 있는 지적재산권분쟁도 포함되는지 여부가 불명확하다. 학계에서는 특허 등 등록지적재산권침해분쟁의 경우 등록재산권유효성 해결이 선결되는 경우에는 중재가 가능한 것으로 판단하고 있지만 법적으로 확실하게 해둘 필요가 있다.

중국의 경우, 입법상의 문제가 비교적 심각한데, 그 중 가장 심각한 문제는 중재법과 지적재산권 전문입법 간의 불조화이다. 현재 중재법과 지적재산권법은 지적재산권침해분쟁의 중재적격문제에서 모순이 존재하고 있는데 이 점은 입법에서 통일할 필요가 있다. 그리고 중재법과 전문입법에서 중재적격문제에 대한 명확하고 충분한 규정을 두고 있지 않는데 이 점도 시정할 필요가 있다. 또한 중재적격문제에서 중국은 지나치게 보수적이어서 침해분쟁도 중재적격이 인정되고 있지 않아 국제적 의무 이행에 문제가 존재하고 있다.

우리나라와 중국은 모두 뉴욕협약의 가입국이며,³⁸⁾ 2003년 7월 7일 우리나라와 중국은 “중화인민공화국과 대한민국 민사 및 상사에 관한 사법협조 공약(中華人民共和國和大韓民國關於民事和商事司法協助的條約)”을 체결하였다. 동 공약은 제25조에서 쌍방은 뉴욕협약에 근거하여 상대방 국가에서 내린 중재판정에 대해 상호 승인하고 집행하여야 한다고 명문으로 규정하고 있다.

그러나 우리나라와 중국 간 발생한 지적재산권분쟁 해결에서 양국의 중재적격성 입장차이로 문제가 발생할 소지가 아주 높다. 중재의 대상이 될 수 있는지 여부를 결정하는 중재의 대상적격은 집행의 승인 여부에 관한 판단기준으로 적용되고 있기 때문이다.

현재 우리나라의 경우 지적재산권 계약분쟁과 침해분쟁 모두 중재가 가능하지만 중국의 경우 지적재산권 계약분쟁만 중재가 가능하다. 따라서 우리나라에서 지적재산권침해분쟁에 대해 내린 중재판정이 중국에서 과연 순조롭게 승인되고 집행될지 여부에 의문이 생기게 된다.

이론적으로는 우리나라에서 내린 중재판정이 중국법원에서 승인 및 집행되는데 문제가

38) 한국은 1973년 42번째 국가로 뉴욕협약에 가입하였다. 중국은 1986년 12월 2일 제6기 전국인민대표대회 상무위원회 제18차 회의에서 1958년 뉴욕협약에 가입하는데 관한 결정을 내렸고, 동 협약은 1987년 4월 22일부터 정식으로 중국에 효력을 발생하였다.

없는 것으로 판단된다. 그 이유는 다음과 같다.

첫째, 뉴욕협약은 비계약관계에서 발생했거나 발생가능한 분쟁도 중재를 통해 해결할 수 있다고 규정하고 있는데 여기에서의 비계약관계분쟁에는 지적재산권침해분쟁도 포함되고 있는 것으로 해석되고 있다.

둘째, 뉴욕협약 가입결정에서 중국은 계약성 및 비계약성 상사법률관계로부터 발생했다고 인정하는 분쟁에 동 협약을 적용한다고 명문으로 규정하고 있다.³⁹⁾ 또한 1987년 4월 10일 중국의 최고인민법원에서 뉴욕협약의 구체적인 이행을 위해 전국의 법원에 발송한 통지 제2조에서 중국은 중국의 법에 따라 계약성과 비계약성 상사법률관계로부터 발생한 분쟁에 동 협약을 적용한다고 규정하고 있다. 동시에 “계약성과 비계약성 상사법률관계”는 구체적으로 계약, 침해 또는 관련 법률규정에 근거하여 발생한 경제상의 권리의무관계라고 명시하고 있다.⁴⁰⁾

그러나 중국의 중재기관에서는 지적재산권침해분쟁을 처리할 수 없는 상황에서 워낙 중재에 대한 소극적인 입장으로 비난을 받고 있는 중국의 법원에서 적극적으로 외국의 지적재산권침해분쟁관련 중재판정을 승인하고 집행할 것인지 문제가 된다. 설사 뉴욕협약에 따른다 하더라도 다른 빌미로 집행을 거부할 소지가 충분히 있다.

우리나라와 중국은 지적재산권의 중재적격에서 보다 개방적이고 전향적인 입장을 취할 필요가 있다. WTO의 지적재산권협정은 서언에서 지적재산권은 사권이라고 명문으로 정의 내리고 있다. 따라서 의사자치원칙은 지적재산권의 분쟁해결에서 여전히 가장 기본적인 원칙이어야 한다.

현재 우리나라와 중국 모두 중재기관에 접수된 사건이 적고 최종 중재절차를 통해 처리된 사례 또한 적어 실적이 저조하여 난감한 처지에 빠져 있다.⁴¹⁾ 이런 상황에서 중재를 통한 지적재산권분쟁의 해결을 활성화시키려면 중재적격범위를 넓혀 중재를 통한 사건의 해결 건수를 늘리고 성공사례를 만들어 사회적 인지도와 신뢰도를 쌓아나가야 한다. 중

39) “전국인민대표대회 상무위원회의 우리나라가 ‘외국중재판정의 승인 및 집행협약’에 가입하는에 관한 결정” 전문은 다음과 같다: 제6기 전국인민대표대회 상무위원회 제18차 회의는 결정한다: 중화인민공화국은 “외국중재판정의 승인 및 집행협약”에 가입하며 동시에 성명한다. (1) 중화인민공화국은 호혜의 기초위에서만 다른 계약국 영토 내에서 내린 중재판정의 승인과 집행에 대해 동 협약을 적용한다. (2) 중화인민공화국은 중화인민공화국의 법률에 근거하여 계약성 및 비계약성 상사법률관계로부터 발생했다고 인정하는 분쟁에만 동 협약을 적용한다. “全國人民代表大會常務委員會關於我國加入《承認及執行外國仲裁裁決公約》的決定”, <http://www.86148.com>, 2001.07.28.

40) “최고인민법원의 우리나라가 가입한 ‘외국중재판정의 승인 및 집행협약’을 집행하는에 관한 통지” 제2조: 우리나라가 동 협약에 가입 시 한 상사유보성명에 근거하여 우리나라는 우리나라 법률에 근거하여 계약성과 비계약성 상사법률관계로부터 발생한 분쟁에 속하는 경우에만 동 협약을 적용한다. 소위 ‘계약성과 비계약성 상사법률관계’란 구체적으로 계약, 침해 또는 관련 법률의 규정으로 발생한 경제상의 권리의무관계 예컨대, 물품매매, 재산임대, 공중도급, 가공정부, 기술양도, 합자경영, 합작경영, 자연자원 탐사개발, 보험, 신용대출, 노무, 대리, 자문서비스와 해상, 민용항공, 철도, 도로의 고객과 화물 운송 및 상품책임, 환경오염, 해상사고와 소유권 분쟁 등을 가리킨다. 그러나 외국투자자와 투자유치국정부 간의 분쟁은 포함하지 않는다. “最高人民法院關於執行我國加入的《承認及執行外國仲裁裁決公約》的通知”, <http://law.lawtime.cn>, 2011.05.12.

41) 牛强, 前揭論文 4; 付智勇, 前揭論文 37; 윤선희, 각주 8, 151면

재 회부여부에 대한 판단은 당사자의 몫이지만 적어도 인위적으로 중재적격에 대한 축소 해석을 할 필요는 없는 것이다.

V. 결 론

앞으로 지적재산권분쟁 특히 국제지적재산권분쟁 해결에서 소송의 대체적인 해결수단인 중재의 역할은 더욱 커질 것으로 기대된다. 그러나 중재의 활성화를 위해 우선 먼저 각국의 중재적격 간의 조화가 필요하다.

현재 우리나라와 중국의 중재적격에는 비교적 큰 차이가 존재하고 있어 양국 간 지적재산권분쟁 발생 시 중재를 통한 해결에서 적지 않는 문제점에 봉착할 수 있다. 따라서 양국 모두 국제적 추세에 부합되고 지적재산권분쟁과 중재의 특성에 부합되는 중재적격관련 법령 마련과 운용이 필요하다.

표준중재법은 전 세계적인 합의의 산물로서 국제적으로 그 타당성이 검증된 법이고 내용적으로도 매우 합리적이다. 따라서 우리나라와 중국은 앞으로 중재적격관련 법제도의 도입과 해석 및 운용에 있어서 표준중재법의 궁극적인 목적인 국제상사규범의 국제적인 통일 내지는 조화라는 목표를 충분히 고려해야 한다.

경제의 세계화와 지식화의 진전으로 국제사회에서는 분쟁의 중재적격에 대해 확대해석하는 추세가 있다. 따라서 우리나라와 중국 모두 앞으로 지적재산권분쟁의 중재적격문제에서 계약분쟁뿐만 아니라 침해분쟁 그리고 비등록지적재산권의 유효성분쟁도 중재가능함을 명문으로 규정할 필요가 있다. 그리고 등록지적재산권의 유효성분쟁에 대해서는 중국과 우리나라 모두 보다 전향적이고 개방적인 입장을 취하여 당사자자치를 최대한 존중할 필요성이 제기된다.

중국은 현재 중재법 개정을 눈앞에 두고 있다. 따라서 지금은 중재의 대상적격에 존재하는 문제점들을 일거에 해결해 나갈 수 있는 절호의 기회이기도 하다.

우리나라와 중국은 모두 중재기구의 전문화와 국제화, 중재인집단의 수준 향상을 위해 최선을 다해야 할 것이다. 이론적으로 입증된 중재의 장점이 진정 지적재산권분쟁 해결에서 빛을 발하고 현실생활에서 중재가 지적재산권분쟁 해결의 최우선의 선택으로 되려면 궁극적으로는 자타가 공인하는 탄탄한 실력과 출중한 실적이 뒷받침되어야 하기 때문이다.

참 고 문 헌

- 목영준, 「상사중재법론」, 박영사, 2001년.
- 이태희, 「國際契約法-이론과 실무-」, 법문사, 2001년.
- 丁建忠, “外國仲裁法与實踐”, 中國對外經濟貿易出版社, 1992年.
- 강수미, “지적재산권분쟁에 있어서 중재의 대상적격”, 「민사소송」, 2010년 제1호.
- 석광현, “改正仲裁法の 몇 가지 문제점-국제상사중재를 중심으로”, 「국제사법연구」, 2000년 제5호.
- 손경한, “국제지적재산분쟁의 중재”, 「중재연구」, 2007년 제2호.
- 손경한·박진아, “지적재산의 국제적 분쟁해결합의”, 「중재연구」, 2004년 제2호.
- 윤선희, “지적재산분쟁의 처리에 있어서 중재와 재판”, 「발명특허」, 1994년 제9호.
- 윤선희, “ADR에서의 지적재산권분쟁-중재·조정중심으로”, 「중재연구」, 2003년 제1호.
- 장문철, “개정중재법 해설”, 「인권과정의」, 2000년 제4호.
- 陳治東, “論我國涉外仲裁的司仲裁性問題”, 法學(滬), 1997年 第6期.
- 付智勇, “論我國知識產權糾紛的仲裁”, 法制在線lawview, 2010年 第1期.
- 馬民虎, “我國論知識產權侵權糾紛的可仲裁性”, 西安交通大學學報(社會科學版), 1999年 第2期.
- 牛 强, “論知識產權糾紛的仲裁解決机制”, 黑龍江省政法管理干部學院學報, 2010年 第1期.
- 全 宁, “淺論知識產權糾紛的可仲裁性”, 芙湖職業技術學院學報, 2006年 第2期.
- 孫移芳, “關於我國知識產權仲裁的几点思考”, 經濟研究參考, 2010年 第41期.
- 唐云峰, “國外知識產權爭議仲裁的最新發展及對我國的啓示”, 2008知識產權南湖論壇, 2008年.
- 張 洁, “對國際商事爭議可仲裁範圍的探討”, 法學雜誌, 2002年 第2期.
- “上海成立知識產權仲裁院”, 中華商標, 2008年 第11期.
- “全國人民代表大會常務委員會關於我國加入《承認及執行外國仲裁裁決公約》的決定”,
<http://www.86148.com>, 2001.07.28.
- “最高人民法院關於執行我國加入的《承認及執行外國仲裁裁決公約》的通知”,
<http://law.lawtime.cn>, 2011.05.12.
- “西部首家知識產權技術合同仲裁机构成立”, <http://News.wenzhouglasses.com>, 2008.06.30.
- 顧昂然, “關於中華人民共和國仲裁法(草案)的說明”, <http://www.148com.com>, 1994.08.25.
- “《仲裁法》的立法背景”, <http://www.chinalawdu.com>, 2009.10.15.

ABSTRACT

A Study on Arbitration Qualification of Intellectual Property Right Dispute - Focus on Korea and China -

choi songza

In the intellectual based society of the 21th century, intellectual property of nation and enterprise management has been the key element of nation's competitiveness and development. Therefore in countries like Korea, China, and many other countries, intellectual property of advancement strategy are being constructed and intellectual properties are protected at national level. Top priority task of protecting the intellectual property is to efficiently resolute intellectual property right disputes.

Considering the nature of intellectual property right and arbitrage system, arbitration to solve intellectual property disputes is realistically the best method. However, not all cases of them are qualified. In order to relieve the intellectual property disputes through arbitration, qualification must be obtained. During the process, generally and globally, intellectual property right dispute is evaluated by three parts, intellectual property right contract dispute, intellectual property right violation dispute, and intellectual property right validity dispute.

Based on UN's "Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards Agreement" in 1958, June 10th, in New York, both arbitrage organization and judgment can be approved in both Korea and China countries. However, as of today, there is a big gap of arbitration qualification between two countries, which can be troublesome if intellectual property right disputes arise.

For instance, in Korea, intellectual property right contract disputes and intellectual property right violation disputes are both generally accepted as arbitration qualification. However for intellectual property right validity dispute, arbitration qualification is only accepted for non-registered intellectual property as in copyright entity. It does not apply to other registered intellectual property right as in patents. In China, arbitration qualification is accepted for intellectual property right contract dispute, and also accepted for intellectual property right violation dispute to copyrights but restricted to others. As for intellectual

property right validity dispute, arbitration qualification is completely denied.

Therefore, when there is an intellectual property right dispute between Korea and China, the biggest problem is whether China will accept arbitrage judgments made in Korea. Theoretically, arbitrage judgement made in Korea should be also accepted in China's court. However, considering the criticism of China's passive nature of arbitration qualification for its own local intellectual property right disputes, it's very unlikely they'll actively accept arbitrary judgment made in foreign countries.

Korea and China must have a more open minded approach for intellectual property disputes and arbitration qualification. Base on WTO's Intellectual Property Right Agreement, it's being defined as private right. Therefore, sovereign principle should be the basic principle of solving intellectual property right disputes. Currently, arbitration qualification is expanding internationally. So both Korea and China must also follow the trend expand the arbitration qualification with a more open minded and forward looking approach, for the good of intellectual property disputes.

Key Words : Arbitration Qualification, Intellectual Property Right Dispute, Arbitration, China's Arbitration Law. Korea's Arbitration Law, China's Intellectual Property Right Law.