

# 유전자원 ‘특허’와

## WTO TRIPS ‘비차별 주의’에 대한 소고

- 나고야의정서 제11조 제1항 월경성 협력을 중심으로 -

강 지 혜\*

<국문초록>

‘동일한’ 유전자원이 복수의 국가에 존재할 경우(월경성 상황), 특허의 ‘동일성’에 대하여 판단해야 한다. 유전자원의 ‘동일성’과 특허 허여의 상관관계, 생물다양성 협약 및 나고야의정서의 소급효 적용과 선출원 지위의 상관관계, 불법적 상황과 무권리자의 특허 출원 및 특허의 상관관계에 대하여 타당성을 검토해야 한다. 다음으로, 월경성 상황의 유전자원 ‘특허’와 ‘비차별주의’의 충돌 쟁점을 분석해야 한다. 비차별주의는 ‘내국민대우’와 ‘최혜국대우’로 구성되며, 나고야의정서의 사전통보승인(PIC)과 점검기관의 이행준수(Compliance)와 충돌할 수 있다. 사전통보승인(PIC)과 충돌 가능한 ‘비차별주의’는 첫째, 내국민과 외국인과의 차별 금지, 둘째, PIC 신청방법에 관한 ‘정보’ 제공, 셋째, 유전자원 이용 단계별 PIC 절차의 ‘변경’ 방법의 문제가 있다. ‘점검기관’과 비차별주의 쟁점은, 국내 점검기관이 이원화 되어 있고, ‘서면’ 요건을 요구하는 ‘허가’ 제도와, 타 법률안으로 신고를 갈음하는 경우로 분리되어 있다. 또한 나고야의정서에서 요구된 ‘국제인증서’와 국내 법률의 ‘허가’ 요건 사이의 괴리가 발생한다. 월경성 상황이 발생할 경우, 대응할 수 있는 방안은, 나고야의정서의 접근(Access), 이익 공유(Benefit-Sharing), 이행 준수(Compliance)로 구분할 수 있다. 접근(Access) 단계에서는 PIC와 중첩 국가 별 점검기관의 연동화 시스템이 구축되어야 한다. 이익 공유(Benefit-Sharing) 단계는 연구 단계부터, 계약법상 유전자원 출처 공개를 의무화 하는 방안이 구축 되어야 한다. 이행 준수(Compliance) 단계는, 한국의 법률 서비스 시장을 국제화하기 위하여, 특허법원을 통한 대체적 분쟁해결제도를 활성화해야 한다.

주제어 : 유전자원, WTO TRIPS, 나고야의정서, 비차별주의, 월경성 협력

I. 문제의 제기
II. 나고야의정서 제11조 제1항 개관
III. 월경성 상황의 유전자원 ‘특허’와 WTO TRIPs ‘비차별주의’의 충돌 쟁점
IV. 월경성 협력의 방안
V. 결 론

## I. 문제의 제기

법(法)은 ‘세계’라는 생태계에 영혼(靈魂)을 불어넣는 행위이다. 즉, 법(法)은 ‘정치의 형상이자, ‘패권’의 본질이다. 역대 ‘경성법’(hard law)은 국가의 흥망성쇠(興亡盛衰)를 좌우한 절대 ‘권력’이었다. ‘을사조약’은 대한제국의 ‘실질’을 없앴고, ‘플라자합의’는 일본의 성장 판을 닫았다. 그리고 2016년 한국 경제는 월경성 상황으로 인하여, 일본의 잃어버린 20년에 전염된 상황이다. 또한 ‘너’의 경성법(hard law), 한미행정협정(SOFA)은 ‘탄저균’을 한국에 반입했으며, 2016년! 짜드(THAAD: 고고도 미사일 방어체계)라는 원하지 않는 ‘선물’을 대기 중이다. 즉, 경성법(hard law)은 ‘패권’의 상징이며, ‘패권에 중도란 없다’라는 공식을 시종일관 유지해왔다.

그런데, 2014년 10월! 세계의 ‘판’을 바꾸는 新 ‘법’인 ‘나고야의정서’가 발효되었다. 놀라운 사실은, ‘나고야의정서’에 비준한 주요 국가가, 한국 역사상 ‘우리’라는 범주에 포함하지 않았던, 非선호 개발도상국가라는 점이다. 결국, ‘나고야의정서’는 역대 ‘경성법’(hard law)에 대한 ‘도전’ 이자 ‘희롱’의 산물이다. ‘나고야의정서’의 태생은 어떠한가?! 나고야의정서는 ‘생물다양성협약’의 자녀 법으로서, 얼굴은 ‘연성법(soft law)의 형상을 지닌다. 연성법(soft law)은 지금까지, ‘너’의 문제에 심취된, 非주류 ‘진보’를 위한 ‘도구’로 사용되어왔다. 즉, 국제무대에서 ‘너’의 문제에 해당하는, 환경, 인권, 노동 등에 관한 ‘존재감’을 ‘증명’하기 위한 수단으로 사용되었고, 각 국가에서는 ‘너’만의 ‘감성’에 심취된 ‘진보’ 야권(野圈)이, ‘도덕적 우월감’이라는 ‘이데올로기’로 방패삼았다.

그런데 개발도상국인 ‘너’가 무능력한 ‘연성법(soft law)’의 형상으로, 어떻게 세계의 ‘판’을 바꿀 수 있다는 것인가! 사실상, 나고야의정서를 조종하는 국가들은,

세계 정치에서 非주류 ‘젊은’ 진보에 해당한다. 이들은 생물다양성협약이 발효된 1993년부터, 나고야의정서가 발효된 2014년까지, 약 20년 동안 세계 정치를 주도하는 ‘진보’와 ‘보수’의 행보를, 정확히 분석하였다. ‘혁신’의 상징인 ‘진보’가 여론을 형성하지 못하는 이유는 ‘자아도취’ 때문이다. 즉, 예쁘고(지식인) 착한(도덕적 우월성) 나를! “네가 어떻게 감히 안 좋아할 수 있어? 라고 호통치는 형식이다.”<sup>1)</sup> 나고야의정서는 진보의 취약점을 장점으로 전환한 연성법이다. 즉, 나고야의정서는 세계 여론을 형성하기 위한, ‘접견용’ 관상법이라고 정의할 수 있다. 그리고 정치의 상징인 ‘권력’은 ‘소유’하지 않았다.<sup>2)</sup> 그 결과, 나고야의정서의 美에 도취된 당사국들은 결혼식(나고야의정서 비준)은 하였으나, 결혼 생활(국가 주권)은 자유로운 상황이다. 다만, 세계 여론이 오직 나고야의정서의 ‘형상’ 때문에 공감을 얻은 것은 아니다. 건강한 정치는 진보, 보수를 막론하고, 국민을 위한 현 세대의 ‘의제’에 집중한다. 그러나 현 세대의 진보와 보수는 이분법적 이데올로기로 인하여, 국민이 삭제된 ‘너희들의 천국’<sup>3)</sup>인 관치(官治) 경제를 정당화한다.

나고야의정서는 국민이 포함된 관치 경제를 정당화하는 새로운 법을 창조하였다. 약자의 상징인 ‘여성’, ‘토착 원주민’, ‘미래 세대’를 도덕적 이데올로기로 세우고, 국가의 살아있는 모든 생물자원을 ‘부동산화’ 하여, 국민의 ‘부’를 증대하는 이상적인 ‘민주주의’로, 내면을 가꾸었다. 그러나 자세히 들여다보면, 생물다양성 보전과, 지속가능한 이용이라는 ‘본질’을 위한 대응방안은 법조문에 없다. 즉, 환경 중심의 의제는 없으며, 개발도상국이자 신흥국의 생존권 투쟁을 위한, 비판세 장벽을 정당화 하는 변종 FTA의 형상을 지니고 있다. 미국이 생물다양성 협약과 나고야의정

- 1) “상업주의와 보수주의자들이 대중의 상식을 기막히게 이용하는 능력을 갖추었다면, 지식인과 진보주의는 상식을 대체할 양식을 혼계의 어투로 늘어놓는 능력만을 갖고 있을 뿐이다.” “우익은 거짓을 말하고 있지만 인간에게 말하고 있고, 좌파는 진실을 말하고 있지만 사물에 말하고 있다.” (노명우, 『세상물정의 사회학: 세속을 산다는 것에 대하여』, 사계절, 2013, 30면-31면(강준만, 『짜가지 없는 진보』, 인물과사상사, 2015, 88면-89면, 주석 2, 주석 3 재인용)).
- 2) “서구사회에선 권력을 잡지 않은 채 세상을 바꾸겠다는 진보도 등장했다.” (강준만, 『청년이어, 정당으로 쳐들어가라!』, 인물과 사상사, 2015, 40면) “권력을 잡기도 힘들지만 권력을 잡지 않고서도 세상을 바꿀 수 있는 가능성에 주목한 것이다.” (로버트 미지크 (Robert Misik), 서경홍 옮김, 『좌파들의 반항: 마르크스에서 마이클 무어에 이르는 비판적 사고』, 들녘, 2010, 253면-255면(강준만, 『청년이어, 정당으로 쳐들어가라!』, 인물과 사상사, 2015, 40면. 주석29 재인용)).
- 3) “인제대 교수 김창룡은 ‘전관예우의 폐해는 법치주의를 말살하고 국민 법익에 심각한 불이익을 가져온다는 것을 법조인들이 더 잘 알면서도 이를 고치지 않는다.’ “그 이유는 단 하나, 기득권의 품 안이 너무 따뜻하고 편하기 때문이다.” (강준만, 『개천에서 용나면 안 된다』, 인물과사상사, 2015, 259면).

서에 가입하지 않은 이유도 패권이 달린 새로운 쿠데타임을 인지하였기 때문일 것이다. 미국은 본 협약에 가입하지 않고, 국제 특허 출원 절차를 통일화하는 특허법 조약(Patent Law Treaty; PLT)에 2,000년도에 서명하고, 2013년도에 비준하였다.<sup>4)</sup> 2016년 현재 PLT에 비준한 36개 국가 중, 나고야의정서 비준 국가는 8개 국가이다.<sup>5)</sup> 그러나 향후 국제 특허 출원 절차의 신속성 및 편리성을 위하여, PLT 가입은 증가할 전망이다. 또한 현재 가입한 국가들이 대다수 신흥국인 만큼, 미국 입장에서는 나고야의정서 대신, 국제 특허법을 기준으로, 신흥국과 특허 시장을 교류할 수 있다는 점을 유의해야 한다.

결국, 나고야의정서 자신은 ‘권력’을 소유하지 않고, ‘이데올로기’를 실현한, 새로운 법이라고 자부할 수 있다. 따라서 나고야의정서의 세계 영업은 ‘약한 연결의 힘’<sup>6)</sup>으로 승리하였다. 나고야의정서가 미래의 패권을 잡을 수 있는 주된 원인은 권력 이양, 생물자원의 부동산화, 분쟁해결수단의 치환(置換)으로 요약할 수 있다. 나고야의정서는 국제 사회에서 인정받지 못하던 개발도상국에게 ‘주권’이 있음을 자각시켜준 계기이며, 개발도상국가라는 ‘개천’의 생태계에 서식하는 ‘생물자원’이, 존재만으로도 ‘가치’가 있음을 천명한 사건이다. 그리고 선진국이 역대 ‘경성법’으로, 개발도상국을 ‘이용’하지 않도록, ‘소송’이 아닌 대체적 분쟁해결제도를 ‘심판’

4) “1985년에 들어서서 WIPO를 중심으로 파리조약을 보충하는 조약을 체결하는 방법에 의한 체약국간의 특허법 통일화 작업을 시도하였고, 1995년 12월부터 약 5년간 5회의 전문가 회의 및 3회의 특허법상설위원회에서 각국 특허법의 절차적 내용에 한정하여 통일을 기하려는 구체적인 검토가 진행되어, 전문 27개 조문의 특허법조약(Patent Law Treaty: PLT)이 2,000년 6월 외교회의에서 채택되었다.” 한국은 서명한 상태이나, 특허실체법조약(SPLT)과 PLT를 동시에 가입함으로써 법 개정 및 전산시스템 수정에 따르는 출원인 등의 불편을 최소화 하고자 검토 중인 상황이다. 즉, PLT는 특허 절차법의 통일화(Harmonization)를 요구하는 법으로, 신규성, 진보성 등의 실체적 사항에는 적용되지 않는다 (이경란, 임병웅, 『특허법』, 한빛지적소유권센터, 2014, 1146면-1147면).

5) 특허법조약(Patent Law Treaty: PLT) 비준 국가. (36개 국가)  
Albania, Croatia, Denmark, Hungary, Kazakhstan, Kyrgyzstan, Spain, Switzerland :나고야의정서 비준 국가.  
Estonia, Finland, France, Ireland, Latvia, Liechtenstein, Lithuania, Montenegro, Netherlands, Nigeria, Oman, Moldova, Romania, Russian Federation, Saudi Arabia, Serbia, Slovakia, Slovenia, Sweden, Macedonia, Ukraine, United Kingdom, United States of America, Uzbekistan, Armenia, Australia, Bahrain, Bosnia,  
[http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&treaty\\_id=4](http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&treaty_id=4), 2015.12.8검색.

6) “강한 연결이 아닌 약한 연결을 통해서 정보가 확산될 때 많은 사람들이 거치면서 더욱 광범위한 사회 영역으로 뻗어나갈 수 있다” (마크 그래노베타(Mark Granovetter), 『미국 사회학 저널』, “약한 연결의 힘(The Strength of Weak Ties)의 주장, (강준만, 『짜가지 없는 진보』, 인물과사상사, 2015, 230면 주석28 재인용)).

의 기준으로 정하였다. 또한 국가의 주권을 빛내주기 위하여, WTO와 같은 국제 사법 기구도 창설하지 않았다.

그렇다면 한국에게 나고야의정서는 어떤 의미인가? 나고야의정서의 통쾌한 권력 이양은, 나고야의정서 당사국이 아닐지언정, 유전자원을 획득하고자 하는 국가에 접근 시, 새로운 ‘법’을 직면해야하는, 모순된 상황을 탄생시켰다. 따라서 한국은 현재 나고야의정서 비준을 앞두고 있는 상황이며, 국내법을 정비중이다. 한국의 현 주소는 유전자원 제공국이라고 단정하기에는, 세계의 생물자원 대비 미미한 수준이며, 이용국 이라고 칭하기에도, 생명공학 특허 창출 실력이 선진국에 비하면 현저히 열등하다. 즉, 정체성이 모호한 상황이지만, 그럼에도 불구하고, 한국이라는 ‘개천’의 생태계를 보호해야만하고, 자신감이 없는 생명공학 산업에 도전을 해야만 하는 상황이다. 현 상황에 대응하지 않으면, 사채 이자와 같은 지식재산권 사용료)와 생물자원 사용료에 의한 만성 적자로 인하여, 국가 ‘주권’을 헌납하는 최후의 사태가 벌어질 것이다.

세계는 지금 ‘인간’의 실존을 위한 생명공학 산업과, ‘인간’이 필요 없는 ‘영혼’의 지식재산 산업에 주력하는 상황이다. 전자는 바이오, 제약, 의약, 화장품, 농업 등의 산업이며, 후자는 3D 프린터, 전기 자동차, 무인 자동차, 드론(무인 비행기)등의 IT 산업이다.

한국은 양자 모두 경쟁력이 없는 암울한 상황이지만, 그럼에도 불구하고 정부와 기업이 나아가야할 방향은 정해져있다. 전자의 핵심은, 생명공학 산업의 원재료인 ‘생물자원을 보유한 국가의 ‘주권’이 중요하다’라는 사실이다. 대다수의 유전자원 제공국은 개발도상국이며, 국가의 주권을 인정한다는 사실은 관치(官治) 경제의 정당화를 의미한다. 관치 경제는 부정부패와 법치의 실종이라는 도덕적 열등감이 발생하지만, 보호 무역이 필요악인 개발도상국의 ‘성장’을 위해서는, 효과적인 정치 수단이다. 그리고 관치 경제로 압축 성장한 나라가 대한민국이다. 한국 역사를 복기(復棋)해보면, 1962년 박정희 정권을 시작으로, 1992년 노태우 정권까지 약 30여 년의 독재 시대의 관치 경제가, 1992년부터 2012년까지 약 20여 년간 경공업, 중화학 공업을 성장시켜, 국내총생산(GDP) 약 1,500조, 세계 11위의 압축 성장을 이

7) 한국의 지식재산권 무역 수지는 만성 적자이다. 산업재산권의 경우 2012년 (-42.7억달러), 2013년 (-51.2억달러), 2014년 (-48.7억달러) 수준이다 (한국은행, 특허청, 『우리나라 지식재산권 무역수지 편제결과』, 2015, 9면 (강지혜, “한국이 체결한 FTA 지식재산권 협정의 형사절차와 구제의 시사점”, 형사법의 신동향, 2015, 23면, <그림-4> 유형별 지식재산권 무역수지 추이 재인용)).

끌어왔다. 그러나 더 이상 규모의 경제 및 가격 경쟁으로 발달한 하드웨어 산업은, 한국의 미래가 될 수 없다. 그럼에도 불구하고, 2016년 현재, 대한민국의 정치는 여전히 1980년대에 머물러 있으며<sup>8)</sup>, 대한민국의 산업은 2012년 불황 형 후자의 시발점에 머물러 있다. 한국은 자원 빈국이며, 기술력 특히 ‘지식재산’ 창출 능력이 상대적으로 열위에 있다는 현실을 직시해야한다.

따라서 한국의 기업이 新 산업 육성을 통해, 미래를 개척해 나가기 위해서는, 대한민국 정부의 시계열적 세계 정치가 필요하다. 본고는 나고야의정서의 취약점인 월경성 상황을 ‘희망’의 단서로, 생명공학 산업의 한국산 ‘특허’가 세계에 진출하기 위한, 방안을 제안하고자 한다. ‘특허’는 유형의 객체에 다수의 ‘혼’(魂)이, 다수의 ‘국가’에서 활동할 수 있도록, ‘권능’을 부여하는 제도이다. 따라서 ‘특허’는 본연의 매력을 합법적으로 정당화하는 제도인데, 개발도상국의 생물자원 ‘이용’시, 관치 경제라는 발목에 잡혀, 난항을 겪을 수 있다.<sup>9)</sup> 나고야의정서는 비관세 장벽을 정당화하며, 생물자원 이용료라는 새로운 ‘관세’를 인정하는 변종 FTA이다. 정작 생물다양성을 보전하고 지속가능한 이용을 위한 근본적인 목적을 위한 대응방안은 없다. 따라서 한국이 나아가야할 방향은, 한국산 생명공학 기술 개발 및 특허 창출을 위하여, 개발도상국에게 한국의 관치 경제를 이식하여, 생물자원 영토를 확대할 필요가 있다. 개발도상국의 시계열적 위치는 한국의 20세기와 유사하다. 따라서 정부는 개발도상국인 ‘너희들’의 압축 성장을 도와주되, ‘우리’에게 없는 ‘생물자원’의 ‘이용’이 비차별 하도록, 월경성 상황을 적극 활용해야 한다.

본고는 다음의 순서로 진행한다. II부에서는 나고야의정서 제11조 제1항을 중심으로 월경성 상황에 대하여 개관한다. III부에서는 월경성 상황의 유전자원 ‘특허’

8) 변호사 출신 새정치연합의 한재선 의원으로부터 “이 정당에서 내가 아무리 주도적인 활동을 해도, 결국 듣는 말은 ‘당신 80년대에 뭐 했어?’였다. 아무리 뛰어도 나의 위치는 주변부였다.” “싱귤래리티(Singularity) 포인트’란 개념이 있다. 기계의 능력이 인간의 능력을 넘어서는 지점이다.” “지금, 한국의 미래를 위해서는 30년 전의 ‘80년대에 뭐 했느냐고 묻는 이들이 아니라, 30년 뒤에 올 그런, 싱귤래리티 시대를 대비해 ‘무엇을 할 것인가’를 고민할 이들이 우리 정치권에 필요하지 않을까?”  
한겨레신문, “당신, 80년대에 뭐했어?”

[http://www.hani.co.kr/arti/politics/politics\\_general/702694.html](http://www.hani.co.kr/arti/politics/politics_general/702694.html), 2015.7.31기사, 2015.12.24 검색.

9) 한국 기업의 개발도상국 진출은 해당 국가의 관치경제로 난항을 겪는다. 포스코의 인도 오리사주 일관 제철소 건설 프로젝트를 예로 들 수 있다. 이 사업은 약 12조 규모로, 2005년부터 약 10년 동안 진행하였지만 결국 올 해 사업을 중단하였다. 중단 원인은 “인도의 환경 규제, 비효율적 관료주의 체제, 정치적 문제, 환경 및 인권 문제 등”을 들 수 있다(강지혜, “한국-인도 외국인 직접 투자 시, 환경분쟁조정제도의 문제점과 개선방안: 포스코 사례를 중심으로”, 『분쟁해결연구』, Vol2, No3, 2014, 198면).

관련, WTO TRIPs 비차별주의의 충돌 쟁점에 대하여 분석한다. 마지막으로 IV부에서는 전술한 충돌 쟁점을 바탕으로, 한국 정부의 월경성 협력 방안에 대하여 제안한다.

## II. 나고야의정서 제11조 제1항 개관

### 1. 권력 감정의 향유<sup>10)</sup>: 유전자원 원산국 vs 유전자원 제공국

나고야의정서의 본질은 ‘유전자원’을 기반으로, 권력 감정의 주체를 판별하는 것이다. 나고야의정서<sup>11)</sup>는 양 당사국간의 ABS(Access and Benefit Sharing)<sup>12)</sup> 체계를

10) “막스 베버(Max Weber, 1864~1920)는 권력 감정을 ‘사람들에게 영향력을 갖고 있다는 의식, 사람들을 지배하는 권력에 참여하고 있다는 의식, 역사적으로 중요한 사건의 신경의 줄 하나를 손에 쥐고 있다는 감정’이라고 정의하면서, 형식상으로는 보잘것없는 지위에 있는 경우에도 일상생활을 초극(超克)하게 할 수 있는 힘이 바로 권력 감정에서 나온다고 말한 바 있다.” (막스 베버(Max Weber), 이상률 옮김, 『직업으로서의 학문/직업으로서의 정치』, 문예 출판사, 1994, 125면 (강준만, 『청년이여, 정당으로 쳐들어가라!』, 인물과 사상사, 2015, 36면, 주석25 재인용)).

11) 정식 명칭은 ‘생물다양성협약 부속 유전자원에 대한 접근 및 그 이용으로부터 발생하는 이익의 공정하고 공평한 공유에 관한 나고야의정서’이다. 생물다양성 협약의 세 번째 목적을 구체화한 부속의정서이다.

12) 나고야의정서의 핵심은 ABC(접근(Access), 이익 공유(Benefit-Sharing), 이행준수(Compliance))로 정의할 수 있다. 나고야의정서 제2조 용어 사용에 따르면, “유전자원의 이용(Utilization of genetic resources)은, 협약 제2조에 정의된 생명공학기술의 적용을 통한 것을 포함하여, 유전자원의 유전적 그리고/또는 생화학적 구성성분에 관한 연구, 개발을 수행하는 것을 의미한다.” 유전자원을 이용하기 위해서는, 해당 유전자원을 보유한 국가에 ‘접근(Access)’이 필요하다. “접근은 유전자원이 발견된 위치/장소에 진입, 조사 활동, 유전자원 취득, 유전자원 사용, 과학적 또는 상업적 목적을 위한 유전자원의 연구 또는 체계적 검사 등의 다양한 활동으로 구성된다.” 한국생명공학연구원, 『연구자를 위한 나고야의정서 가이드』, 2013, 11면. 그리고 “이익 공유(Benefit-Sharing)는 자원 제공자와 상호합의서(MAT)를 체결하고, 자원 이용으로부터 발생한 금전적, 비금전적 이익을 공유한다.” 연구자를 위한 나고야의정서 가이드 9면. “이행준수(Compliance)는 사전통보승인(PIC)과 상호합의조건(MAT)에 대한 국내 규정을 마련하고, 절차 이행 여부 모니터링 및 강제이행을 위해 점검기관을 설치한다.” 한국생명공학연구원, 전제서, 2013, 9면. 그리고 ABC 프로세스를 진행하는 주요 절차가 사전통보승인(Prior Informed Consent, PIC)과 상호합의조건(Mutually Agreed Terms, MAT)이다. 관련 조문은 다음과 같다.

#### 사전통보승인(Prior Informed Consent, PIC)

생물다양성협약 제15조 제5항 “유전자원에 대한 접근은 그 자원을 제공하는 계약당사자가 달리 결정하지 아니하는 한, 그 계약당사자의 사전통보승인을 받는 경우에 한한다.”

나고야의정서 제6조 ‘유전자원에 대한 접근’: “유전자원 접근은, 해당 당사국이 달리 결

통하여 실행된다. 나고야의정서 제3조에 의하면, “이 의정서는 협약 제15조의 적용 범위 내의 유전자원<sup>13)</sup>과 그 자원의 이용으로부터 발생하는 이익에 적용된다.” 즉, 나고야의정서는 생물다양성 협약 (Convention on Biological Diversity: CBD)의 부속 의정서이기 때문에, 모조약인 생물다양성 협약에 귀속된다. 생물다양성 협약 제 15조는 유전자원에 대한 접근(Access to Genetic Resources)에 대하여, 제1항에서 “국가가 자신의 천연자원에 대한 주권적 권리를 가지고 있음에 비추어, 유전자원에 대한 접근을 결정하는 권한은, 해당 국가의 정부에 있으며, 유전자원에 대한 접근은 국가 입법에 따른다.”고 명시한다. 즉, 국가는 국가 관할권<sup>14)</sup> 내의 모든 유전자원에 대한 ‘주권’이 있음을 의미한다. 따라서 해당 국가의 유전자원을 ‘이용’하기 위해서는, 해당 국가 관할권으로 ‘접근’ 할 필요가 있다. 그러나 해당 국가의 관할권 내의 접근이 어려운 경우에는, 제3의 국가를 통하여, 유전자원을 획득할 수도 있다.

이러한 상황을 고려하여, 생물다양성 협약 제4조는 관할 범위(Jurisdictional Scope)를 두 가지 경우로 구분한다. 제4조 (가)항은 “생물다양성의 구성요소의 경우, 자신의 국가 관할권 내의 지역”으로 지정한다. 즉, 제4조 전문에 언급된 “다른 국가의 권리를 존중하는 것을 조건으로”라는 조문은, 각 국가의 관할권 내의 유전자원에 대한 ‘주권’을 인정함을 의미한다. 그리고 (나)항에서 “국가의 관할권 또는 통제권 하에서 수행된 과정 및 활동의 경우, 그 효과가 미치는 장소에 관계없이, 그 국가의 관할 지역 안 또는 관할권 이원 지역”이라 명시한다. (나)항에 제시된 ‘관할권 이원 지역’은, 사실상 국가 관할권 내에서 발생하는 ‘주권’을 행사할 수 없

---

정하지 않는 한, 그러한 자원의 원산지 국가로서 그러한 자원을 제공하는 당사국 또는 협약에 따라 유전자원을 획득한 당사국의 사전통보승인에 따라야 한다.”

상호합의조건(Mutually Agreed Terms, MAT)

생물다양성협약 제15조 제4항 “유전자원에 대한 접근이 허용된 경우, 그 접근은 상호 합의된 조건과 이 조의 규정에 따른다.”

나고야의정서 제18조 ‘상호합의조건의 준수’: “각 당사국은 유전자원 그리고/또는 유전자원 관련 전통지식 제공자 및 이용자가 다음 각 호를 포함하는 분쟁 해결 관련 조항을 상호합의조건에 포함시키도록 권장해야 한다.”

가. 모든 분쟁 해결 절차의 귀속 관할, 나. 적용 가능한 법률, 그리고/또는, 다. 조정 또는 중재와 같은 대안적 분쟁 해결책.

13) 생물다양성 협약 제2조 용어의 사용

“유전자원이라 함은 실질적 또는 잠재적 가치를 가진 유전물질을 말한다.”

14) 국가 관할권 범위 내의 지역은 1) 국제적으로 인정된 국경선 내의 영토와 2) 해안 국가의 경우는 해안에 인접한 해안 지역 뿐만 아니라 영토의 물도 포함된다. (예를 들면, 어업 수역, 배타적 경제 수역, 대륙붕 등) (국립환경연구원, 『생물다양성에 관한 협약 해설서』, 1995, 61면).



는 지역이다. 그럼에도 불구하고 관할권 이원 지역을 관할 범위에 포함할 수 있는 단서는, 국가 관할권 내에서 합의된 과정 또는 활동으로 인하여, 관할권 이원 지역으로 이동 된 경우를 들 수 있다.

따라서 협약 제15조 유전자원에 대한 접근 제3항은 "이 협약의 목적상 이 조와 제16조(기술에의 접근 및 기술이전) 및 제19조(생명공학의 관리 및 그 이익의 배분)에 언급된 체약 당사자가 제공하는 유전자원은, 그 자원의 원산국인 체약 당사자 또는 이 협약에 따라 유전자원을 획득한 당사자가 제공하는 것"으로 한정한다. 협약 제2조 용어의 사용에 따르면, "유전자원 원산국이란 유전자원을 현지 내 상태<sup>15)</sup>에서 보유하고 있는 국가"를 의미하며, "유전자원 제공국이란 야생 또는 사육된 종<sup>16)</sup>의 개체군을 포함하여 현지 내 출처에서 수집하였거나, 그 국가가 원산국인지 여부에 관계없이, 현지 외 출처로부터 취득한 유전자원을 제공하는 국가"라고 명시한다.

주의할 사항은, 유전자원 ‘제공국’을 협약 제2조 정의에 의하여, 나고야의정서의 ‘당사국’으로 이해하는 오류를 범하지 말아야한다. 즉, 원산국이 아니더라도, 원산국의 유전자원을 획득하여 제공하는 경우를, 나고야의정서의 ‘당사국’으로 인정한다면, 당사국의 범위는 무한대로 증가할 것이다. 따라서 원산국의 유전자원을 현지 외 출처로 반출하는 경우, 원산국과의 상호 합의 계약이 전제되어야 한다. 따라서 협약에서 정의하는 제공국이란, 협약 제4조 관할 범위에 명시된, "국가의 관할권 또는 통제권 하에서 수행된 과정 및 활동의 경우에 한해서, 관할권 이원 지역"을 인정하고, 그 관할권 이원 지역이, 협약 제15조의 "이 협약에 따라 유전자원을 획득한 당사자가 제공하는 것"으로 연계됨을 유념해야한다.

즉, 협약 제15조의 "이 협약에 따라"라는 문구가, 협약 제4조 관할 범위 및 제15조의 체약 당사자를 근거로 함을 유의해야한다. 나고야의정서의 체약 당사자라 함

15) 생물다양성 협약 제2조 용어의 사용

“현지 내 상태’라 함은 유전자원이 생태계 및 자연서식지에서 존재하는 상태를 말한다.”

16) 생물다양성 협약 제2조 용어의 사용

“사육종 또는 배양종의 경우, 그들이 그들의 고유한 특성을 발전시킨 주위환경에 유전자원이 존재하는 것을 말한다.”

“몇 세기에 걸쳐, 인간은 그들의 욕구를 충족시키기 위하여 특정한 야생동식물을 이용해 왔다.” “선발 육종과정을 거치면서 야생동식물은 야생상태와는 다르게 되었다.” “이러한 차이는 유전적인 변화에 의하여 생긴 것이기 때문에 차대에 유전되며, 협약에서는 이러한 종류의 동식물을 ‘사육종 혹은 배양종’이라고 정의하고 있다.” “이 정의에는 고무야자 나무와 같은 산업용으로 쓰이는 작물도 포함된다.” “오랜 기간에 걸쳐 인간 혹은 자연도태에 의하여 전통적 혹은 지역적으로 적용된 농업에 의하여 개발된 매우 다양한 작물 변종, 지역적 품종도 포함된다.” (국립환경연구원, 전개서, 1995, 42면).

은, 생물다양성 협약을 전제로, ‘원산국’ 또는 ‘국가 관할권 내’, 다시 표현하면 ‘원산국’과 합의하에, 해당 유전자원을 현지 외로 반출한 ‘제공국’을 의미한다. 따라서 나고야의정서의 이익 공유 대상은 ‘원산국’ 또는 ‘원산국’과의 합의를 통해, 유전자원을 획득한 ‘제공국’이라 정의할 수 있다. 제공국의 예를 들자면, 원산국과 합의하에 현지 외 보전(Ex-situ conservation)<sup>17)</sup> 계약을 체결한 경우를 들 수 있다. 주의할 점은, 원산국 또는 제공국은 유전자원을 ‘이용’할 경우에만, 이익 공유 대상으로 적용된다. 만약, “배추씨를 배추 재배의 목적으로 이용하는 등 배추의 유전적 그리고/또는 생화학적 구성성분을 분석하지 않는 경우”<sup>18)</sup>에는 나고야의정서가 적용되지 않는다. 또한 “외국 생물자원(예: 뉴질랜드 키위)을 국내에서 단순 재배(예: 제주도)하여 상품으로 판매하는 경우에는 적용 대상에서 제외된다.”<sup>19)</sup> 그리고 한국의 ‘고유종’을 해외로 반출하여 재배하는 경우에도, 원산국은 한국이 되어, 한국의 국내법을 적용하게 된다. 반면, 단순 재배 형식으로 외국 유전자원을 반입하더라도, 해당 유전자원을 ‘이용’할 목적이라면, 원산국과 사전통보승인(PIC) 및 상호합의조건(MAT)을 시행해야 한다. 따라서 유전자원을 ‘이용’ 한다는 전제하에, 유전자원 원산국은 현지 외 보전 자원에 대하여, 유전자원 제공국과 ABS 계약을 체결하고, 유전자원 제공국은 유전자원 이용국과, 새로운 ABS 계약을 체결할 수 있다.

## 2. 나고야의정서 제11조 제1항 월경성 협력

전술한 유전자원의 원산국과 제공국은, 유전자원 이용국과 사전통보승인(PIC) 및 상호합의조건(MAT)을 통하여, ABS 체제를 시행한다. 그러나 때로는 유전자원의 지리적 중첩 현상으로 인하여, 월경성 상황(Transboundary situation)<sup>20)</sup>이 발생할 수

17) 생물다양성 협약 제2조 용어의 사용

“‘현지의 보전’이라 함은 생물다양성의 구성요소를 그 자연서식지외에서 보전하는 것을 말한다.”

“보다 구체적으로 설명하면, 동물원, 수족관, 식물원 및 유전자은행이 있다.” “이 용어의 정의에는 자신의 고유한 특성을 발달시켜 온 지역이외의 농장이나 목장 등과 같이 자신의 특성 발달과 상관없는 지역에서 사육되어진 생물자원도 포함된다.(예, 북유럽의 밀과 보리 경작지)” (국립환경연구원, 전게서, 1995, 44면).

18) 국립생물자원관, 『알기쉬운 유전자원 접근 및 이익공유 안내서1』, 2014, 56면.

19) 국립생물자원관, 전게서, 2014, 39면.

20) “월경성 상황(Transboundary situation)은 하나의 국가 이상이 관여되고 국경이라는 지리적, 인위적, 정치적 경계를 기준으로 한 국가의 지리적 국경을 넘거나 관할권 또는 통제 영역 밖과 관련 있는 상황을 의미한다.” (김기현, 박수진, “나고야의정서의 글로벌 다자 이익공유체제(GMBSM)의 해석과 적용에 관한 고찰”, 『국제법학회논총』, 통권 60권 제1

있다. 나고야의정서 제11조 제1항은 “동일한 유전자원이 두 당사국 이상의 영토 현지 내에서 발견되는 경우 해당 당사국은, 이 의정서를 이행할 목적으로, 해당 되는 경우, 관련 토착지역공동체를 참여 시키고, 적절한 바에 따라 협력하기 위해 노력해야 한다.”고 명시한다.

월경성 상황을 지리적 영토의 경계를 기준으로 구분하면 다음과 같다. “하나 이상의 국가에서 동일한 유전자원이 현지 내(In-situ)로 존재 하는 경우, 특정 유전자원이 여러 국가의 현지 외 수집(Ex-situ collections) 형태로 존재하는 경우, 국경을 접하고 있는 국가들 간에 특정 유전자원이 관련 영역에 걸쳐서 존재하고 있는 경우”<sup>21)</sup>로 구분 할 수 있다. 현지 외 수집(Ex-situ collections)이 이익 공유 대상으로서의 원산국 또는 제공국으로 인정받기 위해서는, 협약 제2조의 “사육 또는 배양종의 형태로 그들의 고유한 특성을 발전시킨 주위 환경에 유전자원이 존재하는 상태를 유지해야한다.” 또한 원산국으로부터 단순 재배 형식으로 외부 반출 하였을 경우라도, 해당 유전자원을 연구, 개발을 위하여, ‘이용’하는 경우에는 제공국의 혜택을 받을 수 있다.

월경성 상황의 대표적인 예는, 한국에서 자생하는 종이 중국, 일본 등 여러 국가에 분포하는 경우이다. “보통 국내 기업이 천연물 신약을 개발할 때, 외국의 특이한 유전자원을 대상으로 개발하는 경우는 많지 않으며, 국내에서 자생하고 있는 유전자원을 이용하는 경우가 대다수이다.”<sup>22)</sup> “즉, 한국의 제약기업들은 한국의 원생약을 소재로 천연물 신약을 개발하였고, 물량과 가격 문제로 인하여 중국에서 수입하는 경우가 보편적이다.”<sup>23)</sup>

따라서 한국의 제약 기업의 입장은, 대량 생산을 위한 해외 현지의 자생종 이용에 대한 이익 공유가 불편한 상황이다. 사실상, 월경성 상황의 자생종을 정확히 파악하지 않는 한, 향후 월경성 상황의 분쟁은 증가할 것이다. 이러한 상황에서는 한국 기업이 해외 현지에 토지를 매입하여, 사육 또는 배양종의 형식으로 재배를 하는 경우와, 해외 자생종을 이용하는 경우를 구분하여, ABS 타당성 분석을 시행해야 한다. 즉, “해당 국가의 ABS 법률을 사전에 검토하여 재배 가능성에 대한 경제적 타당성을 사전에 분석하고, 해당 국가와 상호합의조건에 따른 재배 계약서를 마련하여, 나고야의정서 상의 이익 공유 대상에 제외되는 경우를 합의할 필요가

호, 2015, 18면).

21) 김기현, 박수진, 전개논문, 2015, 19면.

22) 한국지식재산연구원, 『지식재산정책』, vol.21 2014. 12, 13면.

23) 한국지식재산연구원, 전개서, 2014, 13면.

있다.”<sup>24)</sup>

유감스럽게도, 나고야의정서는 월경성 협력에 대한 구체적인 방안에 대해서는 명시하지 않는다. 다만 의정서 제10조 세계 다자간 이익 공유 체제에서 “각 당사국은 월경성 상황에서 발생하는 또는 사전통보승인의 부여 또는 취득이 불가능한 유전자원 및 유전자원 관련 전통 지식 이용으로부터 발생하는 이익의 공정하고 공평한 공유 문제를 해결하기 위한 세계 다자간 이익 공유 체제의 필요성과 양식을 고려해야 한다.”고만 명시할 뿐이다.

의정서 제10조의 경우, 두 가지 관점에서 국가 관할권 이원 지역을 구분할 수 있다. 첫째, 본고의 연구 대상인 복수의 국가에 동일 유전자원이 존재하는 경우이다. 이러한 상황은 여러 국가의 생물자원 주권이 중첩되기 때문에, 유전자원의 ‘이용’에 따른 ‘이익’ 배분 문제가 발생한다. 즉, 유전자원 ‘이용’에 따른 ‘이익’을 해당 국가의 귀속이 아닌, 세계 다자간 이익 공유 체제로 편입하는 것이 불편한 상황이다. 둘째, 월경성 상황은 모든 국가가 통제할 수 없는, 남극 지역, 심해저 등의 해양 유전자원 분포 지역에서도 발생할 수 있다. 이러한 상황은 국가의 중첩 상황이 아닌, 국가 관할권을 전적으로 이탈한 지역인 만큼, 모두가 ‘주권’이 없는 상황에서의 유전자원 이용과 이익 창출은, 당연히 세계 다자간 이익 공유 체제에 적립되어야 할 것이다.

본고는 첫 번째 관점의 월경성 상황에 대하여 논의하고자 한다. 즉, 본고의 연구 대상인 유전자원을 ‘이용’한 ‘특허’의 경우, 특허법 제88조 특허권의 존속기간에 따르면, “특허권의 존속기간은 특허권을 설정 등록한 날부터 특허 출원일 후 20년이 되는 날”까지로, 장기간의 특허권 사용료 수익이 발생한다. 따라서 월경성 상황의 유전자원을 ‘이용’하여 특허를 등록 할 경우, 유전자원을 획득한 국가와의 명확한 사전통보승인(PIC)과 상호합의조건(MAT)이 선행되어야 한다.

만약, 나고야의정서가 WTO와 같이 국제 레짐(International regime)으로 인정되고, 각 당사국의 국내법으로 체계가 정비된다면, 제11조 월경성 협력이라는 조문은 불필요할 것이다. 즉, 복수의 당사국에 동일한 유전자원이 존재함이 확실하다면, 유전자원을 이용하여 기술 및 지식재산권을 창출하고자 하는 이용국은, 복수의 당사국 중 사전통보승인(PIC)과 상호합의조건(MAT)이 유리한 당사국과 계약을 체결하면 되므로, 분쟁의 여지가 없다.

그러나 현재 생물다양성 협약 및 나고야의정서는 국제 레짐(International regime)

24) 국립생물자원관, 전게서, 2014, 38면.

으로 인정되지 않았기 때문에, 반쪽짜리 골격 협약(Framework Convention)의 성향을 나타낸다. 따라서 생물다양성 협약 및 나고야의정서는, ABS 관련 세부 절차에 관해서는, 각 국가의 국내법에 따를 것을 권장하고 있다. 즉, 의정서의 완성도가 높지 않은 상황에서, 제11조 월경성 협력은 각 국가 별 쟁점을 해결하기 위한, 최후의 근거 조문이라 할 수 있다. 따라서 본고는 한국이 월경성 상황의 ‘당사국’이 되는 경우, 의정서의 ABS 체제와 유전자원 ‘특허’가 충돌하지 않기 위한, ‘비차별 주의’의 대응 방안에 대하여 고찰하고자 한다.

우선 월경성 상황의, ABS 체제의 충돌 가능 쟁점은 다음과 같다.

#### (1) ‘동일한’ 대상의 적용 여부 검토

나고야의정서는 유전자원을 보유한 국가의 ‘주권’을 인정한다. 즉, 해당 유전자원의 ‘출처’가 특허권에 영향을 줄 수 있음을 의미한다. 월경성 상황의 유전자원을 ‘이용’하여 특허 및 기술 이전을 상용화 할 경우에는, 유전자원의 ‘출처’로 인해 특허 분쟁이 발생할 수 있다. 따라서 관련 유전자원이 복수의 국가 및 토착 지역 공동체(Indigenous and local communities: ILCs)에 산재 되어 있을 경우, 가장 먼저 확인해야 할 사항이, 유전자원의 ‘동일성’ 문제이다. 불분명한 출처는 사전통보승인 및 상호합의조건의 남용(Misappropriation)<sup>25)</sup> 및 오용(Misuse)<sup>26)</sup>, “잘못된 특허 허여 관련 조치(Measures for Erroneously Granted Patents)<sup>27)</sup>를 초래할 수 있다. 따라서 유전자원의 연구 개발 초기 단계에, 해당 유전자원의 원산국과 제공국의 정보를 정확히 파악할 필요가 있다. 특히 “유전적 특성의 동일성 또는 유사성과 관련하여, 유전적 특성이 얼마나 유사한 경우에, 동일한 유전자원으로 간주할 수 있을지에

25) “이익공유 없이 생물자원 또는 관련 전통지식의 가치를 도용하는 경우”, 한국지식재산연구원, 『지식재산정책』, vol.21 2014. 12, 32면.

26) “접근 조건 및 상호합의된 조건의 범위를 넘어서는 이용의 경우”, 한국지식재산연구원, 전게서, 2014, 32면.

27) “잘못된 출처공개가 특허등록 후 발견된 경우에 특허권 취소 방법에 관한 문제이다.” “개도국은 특허 출원 시 기재된 원산지와 제출된 사전통보승인(PIC) 및 이익공유의 증거가 특허 등록 후에 거짓이거나 하자가 있는 것으로 밝혀진 경우에는 등록받은 특허가 취소되어야 하고, 이에 대한 배상 등이 국내법 또는 국제 조약에 의해 이루어져야 한다는 입장을 취하고 있다.” “반면, 선진국은 출처공개 의무화가 필요 없다는 입장이므로 이에 대한 입장은 없으나, 일반적으로 유전자원의 보유자와 정당한 ABS를 체결하는 것은 특허제도의 틀 밖에서 양자간 사적 계약에 의해 이루어져야 하고 이를 위반하는 경우에도 국내법에 의한 소송 등을 통해 분쟁을 해결해야 한다는 입장을 보이고 있다.” (허인, 심현주, “유전자원 보호와 활동을 위한 국제적 논의와 쟁점에 관한 소고”, 『창작과 권리』, No.71, 2013, 105-106면).

대한 기준이 필요하다.”<sup>28)</sup>

## (2) 관할 범위의 소급효 적용 여부

월경성 상황은 나고야의정서가 국제 레짐으로 정착하는 과도기이기 때문에 발생한다. 따라서 동일한 유전자원이 복수의 국가 및 토착 지역 공동체(ILCs)에 존재할 경우에는, 생물다양성 협약 및 나고야의정서의 시계열적 충돌 범위를 검토해야한다.

협약의 소급효 적용 여부는, 생물다양성 협약과 나고야의정서 둘 다 고려해야한다. 생물다양성 협약 제36조 ‘발효’에 따르면 “이 협약은 30번째 비준서, 수락서, 승인서 또는 가입서가 기탁된 날로부터 90일째 되는 날 발효한다.”고 명시되어있다. 한편, 나고야의정서의 경우 제33조 ‘발효’ 조문에서 “이 의정서는 협약 당사국인 국가나 지역 경제 통합 기구의 50번째 비준서, 수락서, 승인서, 혹은 가입서의 기탁일 이후 90일째 되는 날 발효한다.”고 명시한다.

즉, 생물다양성 협약의 30번째 당사국 이후의 국가는 각 발효일이 모두 상이하다. 또한 나고야의정서 역시 50번째 당사국 이후의 국가 모두 발효일이 다르다. 핵심 쟁점은 ‘생물다양성 협약 발효 이후, 나고야 의정서 발효 전’의 각 국가별 발효일에 따른 ABS 실행여부와, ‘나고야의정서 발효 이후, 각 국가별 발효일’에 따른 ABS 실행 여부로 구분할 수 있다.

母조약인 생물다양성 협약을 존중해야 하는 이유는, 나고야의정서 제3조 범위에서 “이 의정서는 협약 제15조의 적용범위 내의 유전자원과 그 자원의 이용으로부터 발생하는 이익에 적용된다.”고 명시하기 때문이다. 그리고 생물다양성 협약 제15조 유전자원에 대한 접근, 제16조 기술에의 접근 및 기술이전, 제19조 생명공학의 관리 및 그 이익의 배분이 나고야의정서 ABS 체계의 골격이 된다. 따라서 생물다양성 협약과 나고야의정서의 국가 별 발효 시점은, 특히 생애주기에 있어서 상당히 유의미하다. 물론 “비엔나 협약 제28조<sup>29)</sup>에 따라 선진국과 개도국은 모두

28) “일반적으로 유전적 유사성을 보유한 유기체의 집단을 종(species)으로 보기 때문에 동일한 종을 동일한 유전자원으로 해석할 수도 있으나, 동일한 종이라고 하더라도 특정 연구 개발에 활용된 유전적 특성을 모두 보유하는 것은 아니기 때문에 활용된 특정한 유전적 특성을 공유하는 종만을 동일한 유전자원으로 해석하는 것이 타당하다고 생각된다.” (김기현, 박수진, 전개논문, 2015, 19면).

29) 비엔나 협약 제28조  
조약의 소급적용 여부에 관한 별도의 의사가 조약상 나타나거나 달리 정해지지 아니하는 한, 조약은 해당 당사국에 대하여 그 발효이전에 발생한 행위나 사실 또는 이미 소멸해 버린 상황과 관련하여 당사국에 대한 구속력이 없다.

의정서 발효 전에 접근, 이용, 이익 발생까지 모두 종료한 경우는, 의정서의 적용 대상에 포함될 수 없다는 점에 의견이 일치한다.”<sup>30)</sup> 그러나 개발도상국의 경우, 나고야의정서 발효 전부터 이용한 유전자원을 발효 이후에도 계속 이용할 경우와, 이전과 상이한 새로운 이용이 발생할 경우에는 새로운 ABS 체계가 필요함을 주장한다.<sup>31)</sup>

그리고 토착지역공동체(ILCs)를 통해 유전자원을 ‘이용’할 경우, 발효 전에는 불법 획득을 하였거나, ABS 제도의 미비로 사전통보승인(PIC) 절차 없이 이용했을 가능성이 높다. 그러나 발효 이후에는 반드시 토착지역공동체(ILCs)와 사전통보승인(PIC) 및 상호합의조건(MAT)의 절차가 시행되어야 한다. 따라서 복수의 토착지역공동체에서 문제가 제기 될 경우에도, 생물다양성 협약과 나고야의정서의 발효 기준에 따라 분쟁의 사안이 달라 질 수 있다.

### (3) 불법적인 상황 검토

불법적인 상황의 유전자원 '이용'이 복수 국가에서 발생 할 경우, 나고야의정서를 적용할 수 없다. 나고야의정서의 핵심은 유전자원 제공국과 이용국간의 사전통보승인(PIC)과 계약 당사자 간의 상호합의조건(MAT)에 있다. 따라서 해당 국가에 접근 시 사전통보승인(PIC) 절차가 이뤄진 경우에 나고야의정서가 적용된다. “유전자원 원산국인 다른 계약당사자로부터 사전통보승인(PIC) 없이, 불법적으로 유전자원을 획득했던 계약당사자가 승인을 얻게 되고, 이 나라가 제3의 계약 당사자에게 유전자원을 제공해도 이러한 유전자원으로부터 나오는 이익의 배분에 대한 법적인 책임을 지지 않는다.”<sup>32)</sup>

따라서 생물해적행위(Biopiracy)는 나고야의정서 발효의 기폭제가 되었으나, 협약과 의정서의 시계열적 차이로 인하여, 논란의 여지가 남아있다. 특히 원산국과 제공국이 다를 경우, 불법 취득에 따른 대상의 특허에 대하여, 복수의 당사국에서 이

30) 한국환경정책평가 연구원, 『나고야의정서 가입 타당성 분석 및 후속협상 대응에 관한 연구』, 2011, 19면.

31) Nagoya Protocol on Access and Benefit Sharing - Technical Brief [http://www.ethical biotrade.org/news/wp-content/uploads/UEBT\\_ABS\\_Nagoya\\_Protocol\\_TB.pdf](http://www.ethical biotrade.org/news/wp-content/uploads/UEBT_ABS_Nagoya_Protocol_TB.pdf)  
Kamau E. C., Fedder, B. and Winter, G. 2010, Nijar, G. S. 2011. 3,  
“비엔나 협약 제28조의 반대 해석에 따라, 유전자원에 대한 ‘새로운 이용’은 ‘의정서 발효 이후에 발생한 행위나 사실’로 ‘의정서 발효 후에도 유전자원의 계속적 이용으로부터 발생하는 이익이 있는 경우’에는 ‘의정서 발효 이후에 소멸한 상황이 아니므로’ 각 의정서가 적용될 수 있다고 본다.” (한국환경정책평가연구원, 전계서, 2011, 128면).

32) 국립환경연구원, 『생물다양성에 관한 협약 해설서』, 1995, 166면.

의를 제기할 경우, 협약 적용과 관련한 분쟁이 발생할 수 있다.

### III. 월경성 상황의 유전자원 ‘특허’와 WTO TRIPs ‘비차별주의’의 충돌 쟁점

#### 1. 유전자원 ‘특허’의 동일성 판단

세계무역기구(WTO) 무역관련 지적재산권 협정(Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights; TRIPs)<sup>33)</sup>은 제 27조 제1항에서 “모든 기술 분야에서 물질 또는 제법에 관한 어떠한 발명도 신규성(novelty), 진보성(non-obviousness) 및 산업상 이용 가능성(industrial utility)이 있으면 특허 획득이 가능하다.”고 명시한다. 그렇다면, 유전자원에 대한 국가의 ‘주권’을 인정하는 나고야의정서의 경우, 유전자원의 ‘출처’가 특허 허여 요건으로 영향력을 행사할 수 있는가?<sup>34)</sup> “유전자원은 인간 지성의 창작이라고 볼 수 없으며, 그 자체로서 지식재

33) TRIPs 협정은 “세계무역기구설립을 위한 마라케쉬협정의 부속서 1C를 말한다.” “TRIPs 협정은 회원국이 최소한 확보하여야 할 지식재산권의 수준에 대하여 의무 등을 규정하고 있다.” “따라서 TRIPs협정은 우선 내국민 대우 및 최혜국대우를 기본 원칙으로 규정하고 산업재산권에 대해서는 파리조약의 준수를 요구하고 있다 (권재열, “TRIPs 제27조 제3항(b)에 관한 소고”, 『사회과학논총』, 통권 6권, 2004, 254면).

TRIPs협정은 세계지식재산권기구(WIPO) 산하의 지식재산권 종류별, 분산된 체결 국가별 조약을 통일적으로 규제한, 구속력이 있는 유일한 국제 조약이다. “TRIPs의 내용과 기존의 국제규범을 비교하여 보면 가장 큰 특징은, 지적재산권보호규범의 강화라 할 것이다.” “그러나 TRIPs는 기존의 규범과는 달리 집행에 관한 문제나 분쟁처리에 대해서도 규정한다.” “오히려 TRIPs가 기존의 국제규범과 구별되는 중요한 특색은 이들 집행 절차나 분쟁해결절차를 규정하고 있다는 점에 있을 것이고, 이것이 미국이 기존의 국제규범을 이용하지 아니하고 GATT 체제를 이용한 이유이기도 하다.” (송영직, 이상정, 김병일 공저, 『지적재산법』, 세창출판사, 13정판, 2014, 446면).

34) 사실상 유전자원 출처 공개를 특허 허여 요건으로 삼입하는 것은 무리가 있다. “발명은 유전자원의 활용 기술에 그 특허성이 적용될 수 있는 것으로 출처 자체는 발명의 구성 요소의 일부로 볼 수 없고, 유전자원 자체가 특허의 대상이 된다 하더라도 이는 유전자원의 신규성 또는 진보성을 갖추었느냐의 여부에 기인한 것이지 출처에 기인한 것이 아니므로 출처가 발명의 구성요소라고 할 수 없다.” (특허청, 『유전자원 출처공개 특허요건화에 관한 연구』, 2006, supra note 57. (한국지식재산연구원, 류예리, 『중국 특허법상 유전자원 출처공개요건의 WTO TRIPs 협정 합치성 연구』, 2015, 20면. 재인용)).

따라서 WTO TRIPs 제27조 제1항의 특허 요건으로의 출처 공개 의무화는 개정이 어려운 상황이므로, 각 국가 제량에 따라 국내법상 특허 출원 시 출처 공개의 기재 사항으로의 의무화 및 ABS 체계로의 연계 등을 통하여 법적 체계를 갖추어나가야 할 것이다. 다만



산권의 보호 대상은 아니다.”<sup>35)</sup> “다만, 유전자원에 기초하거나 유전자원을 이용하여 개발한 발명은 특허의 대상이 되거나, 식물 육종가의 권리로 보호될 수 있을 것이다.”<sup>36)</sup> 따라서 유전자원의 ‘출처’는 월경성 상황의 ABS 체계 및 특허 출원 절차의 공정성을 유지하기 위한, 중요한 단서가 될 수 있다.

본고는 월경성 상황의 절차적 사유로 인한 특허 제재 조치를, 최대한 방지하기 위하여, 대응방안을 모색하고자 한다. 즉, 한국이 월경성 상황의 당사국이자 특허 출원자에 해당 할 경우, 출처 공개, 사전통보승인(PIC) 및 상호합의조건(MAT) 등의 ABS 절차의 불완전한 체계로 인하여, 국제 특허 출원의 무대로서 매력적이지 않은 상황을 초래하지 말아야 한다. III부 1장에서는 전술한 월경성 상황의 쟁점을, 특허 요건 및 제도와 비교하여 고찰한다.

#### (1) 유전자원의 ‘동일성’과 특허 허여의 상관관계

“‘특허권’은 ‘발명’에 대해 보호를 부여하는 것을 말한다.”<sup>37)</sup> 그리고 특허법 제2조에 따르면 “‘발명’이란 자연법칙을 이용한 기술적 사상의 창작으로서 고도(高度)한 것을 말한다.” 향후, 유전자원을 ‘이용’한 ‘발명’을 보호하기 위하여, ‘특허’를 부여할 경우, 나고야의정서와 충돌 가능성이 높다. 연구 단계의 유전자원 접근부터 제품 상용화에 이르기까지, ‘특허’ 등록 전후 및 소멸까지의 기간 동안 급전적, 비급전적 이익이 창출된다. 따라서 복수의 국가에 자생하는 유전자원을 ‘이용’하여, ‘특허’를 취득할 경우, 해당 ‘특허’의 ‘동일성’을 판단하여야만, 특허권을 보호 받을 수 있다. “‘발명의 동일성’이라 함은 2 이상의 발명을 상호 대비하여 그 대비되는 발명의 기술적 사상이 동일한 것을 말한다.”<sup>38)</sup> 동일성의 유형은 실질적 동일성<sup>39)</sup>,

---

나고야의정서 당사국은 생명공학 기술을 특허 대상에서 제외할 수 있는 근거로, WTO TRIPs 제27조 제2항을 제시할 수 있다. WTO TRIPs 제27조 제2항은 “회원국은 회원국 영토 내에서의 발명의 상업적 이용의 금지가 인간, 동물 또는 식물의 생명 또는 건강의 보호를 포함, 필요한 경우 공공질서 또는 공서양속을 보호하거나, 또는 환경에의 심각한 피해를 회피하기 위하여 동 발명을 특허 대상에서 제외할 수 있다.”고 명시한다. 즉, 나고야의정서의 당사국은 생물다양성 보전 및 지속가능한 이용을 목적으로, 제27조 제2항의 “‘인간이나 동식물의 생명 보호나 환경에 대한 심각한 저해를 회피하기 위해’ 나고야의정서의 이익 공유 제도가 필요하고, 이를 위한 특허 거부는 가능하다는 식의 논리 구성이 가능해진다.” (최원목, “유전자원 접근 및 이익 공유를 위한 나고야의정서와 국제통상법간의 충돌과 조화” 『法學論集』, Vol.19 No.2, 2014, 475면).

35) 한국지식재산연구원, 『지식재산정책』, vol.21 2014. 12, 31면.

36) 한국지식재산연구원, 전게서, 2014, 31면.

37) 이경란, 임병웅, 『특허법』, 한빛지적소유권센터, 2014, 8면.

내재적 동일성<sup>40)</sup>, 부분적 동일성<sup>41)</sup>)으로 구분할 수 있다. 동일성의 판단대상은 ‘특허 요건’과 ‘제도의 비교’로 구분할 수 있다. <표1>은 특허 요건의 판단 기준을 요약한 표이다.

1) 신규성을 판단하기 위해서는 공지 기술에 대한 확인이 필요하다. 특허법 제29조 제1항에 따르면 “특허 출원 전에 국내 또는 국외에서 공지(公知)되었거나 공연(公然)히 실시된 발명”에 대해서는 특허를 받을 수 없다. 즉, 본원 발명의 특허 청구 범위 내의 1개의 공지 기술과 비교하여 ‘동일성’이 입증될 경우, 특허를 받을 수 없다.

<표 1> 특허 요건의 판단대상 비교

구분	내용	본원 발명	비교대상	비고
특허요건	1) 신규성	특허청구범위	공지기술(1개)	동일성 판단
	2) 진보성	특허청구범위	공지기술(1개이상)	용이성 판단
	3) 확대된 선출원 지위	당해출원의 특허청구범위	타출원의 최초명세서, 도면	동일성 판단
	4) 선출원지위	특허청구범위	특허청구범위	동일성 판단

출처: 특허법, 한빛지적소유권센터, 이경란, 임병웅, 2014, 460면.

그리고 특허 출원의 내용을 공개하는 양식이 ‘명세서’이다. 특허법 제42조 제3항 2호에서는 “그 발명의 배경이 되는 기술을 기재할 것”이라고 명시되어 있다. 현행 법상 한국에서 생명공학 기술 관련 특허를 출원하는 자는, 명세서에 유전자원 출

38) 이경란, 임병웅, 전게서, 2014, 453면.

39) “실질적 동일성이란 양자의 구성요소에 차이가 있는 경우라도 그 차이가 발명의 과제해결을 위한 구체화 수단에 있어서 미소한 차이에 불과한 것을 말한다.” “구체적으로 단순한 표현의 상이, 단순한 효과의 인식의 상이, 단순한 목적의 상이, 단순한 구성요소의 변경, 단순한 용도의 상이 및 한정 등 발명의 사상으로서 실질적으로 아무런 영향을 미치지 않는 비본질적 사항에 차이가 있는데 불과한 경우를 말한다.” (이경란, 임병웅, 전게서, 2014, 453면).

40) “내재적 동일성이란 양 발명의 특허 청구범위에 기재된 구성요소의 비교에 의해서는 동일성이 있는지 여부의 직접적인 판단이 어려우나 발명의 상세한 설명에 기재된 실시예 등을 통해 간접적으로 기술적 사상의 동일성이 인지되는 것을 말한다.” (이경란, 임병웅, 전게서, 2014, 454면).

41) “부분적 동일성이란 양 발명이 광협의 폭에 있어서 일부중복이 발생하는 것을 말하며, 발명의 대부분이 중복되거나 주요부분이 중복된다면 실질적 동일성의 개념에 포함된다고 본다.” (이경란, 임병웅, 전게서, 2014, 454면).

처를 명시하는 것이 관행이다. 그러나 출처 기재가 특허 요건은 아니기 때문에, 고의로 기재하지 않거나, 잘못 표시된 경우라 하더라도, 특허 무효 사유에는 성립되지 않는다. 따라서 나고야의정서가 발효된 현 상황에서, 복수의 국가에서 동일 유전자원이 자생할 경우, 명세서에 유전자원 출처 공개 및 출처의 진위성 여부를 파악하지 않은 채, 특허 출원이 진행된다면, 향후 특허 출원 및 등록의 과정 상 또는 등록 이후의 무효 소송이 제기될 수 있다.

2) “진보성이란 특허출원 전에 그 발명이 속하는 기술 분야에서 통상의 지식을 가진 자가 특허법 제29조 제1항 각 호의 1에 규정된 발명에 의하여 용이하게 발명할 수 있는 것일 때에는, 그 발명에 대하여 제1항의 규정에도 불구하고, 특허를 받을 수 없다는 특허요건이다.”<sup>42)</sup> “즉 진보성 판단은 특허 출원 전에 그 발명이 속하는 기술 분야에서 당업자가 특허 출원 전에 공지된 발명으로부터 동기 유발에 의하여 또는 통상의 창작 능력의 발휘를 통하여 청구항에 기재된 발명을 쉽게 생각해 낼 수 있는지 여부의 판단이다.”<sup>43)</sup> 특허법 제29조 제2항에 따르면, “특허 출원 전에 국내 또는 국외에서 반포된 간행물에 게재되었거나 전기통신회선을 통하여 공중(公衆)이 이용할 수 있는 발명”은 특허를 받을 수 없다.

진보성은 생명공학기술의 특허 출원에 있어서 가장 중요한 부분이다. 유전자원의 ‘이용’이란 “유전자, 파생물, DNA, 세포, 염색체의 그 자체의 ‘물질 발명’과, 유전자, DNA, 세포, 염색체의 ‘생산방법 발명’, 유전자원의 이용에 의하여 산출된 물질 발명인 ‘이용 발명’, 위 물질 발명의 생산하는 방법의 발명인 ‘이용/생산방법 발명’이 있다.”<sup>44)</sup> 따라서 유전자원의 다양한 발명의 ‘진보성’을 파악하기 위해서는, 각 국가별 유전자원의 정보 및 선행기술의 데이터베이스가 필요하다. 특히 월경성 상황의 유전자원은 ‘동일성’을 판단하는 기준이 유전자원의 단위별로 세분화될 수 있기 때문에, 진보성을 판단하기 위해서는 출처 공개를 통한 투명한 심사 제도가 필요하다. 생물다양성 협약은 제18.3조에서 “당사자 총회는 제1차 회의에서 기술, 과학 협력의 증진 및 촉진을 위하여 자료 교환 기구 체제의 설치 방안을 결정한

42) 김정완, 김원준 공저, 『지식재산권법』, 전남대학교출판부, 2011, 100면.

43) 김정완, 김원준 공저, 전거서, 2011, 100면.; “진보성이 없는 발명에 특허라는 독점권을 부여한다면 일반 공중은 이미 알려진 용이한 기술을 마음대로 사용할 수 없어 이는 기술혁신을 목적으로 하는 특허제도에 반한다.” (U.S. Supreme Court, *Graham v. John Deere Co.*, 383 U.S. 1 (1966); 임호, “신규성 판단에 있어서 동일성의 범위”, 『저스티스』, 2007, 123-124면).

44) 한국지식재산연구원 2015년 연구교류회 종합세미나, 『유전자원의 이익공유와 특허권의 관계』, 15면.

다.”고 명시한다. 그리고 나고야의정서 제14조, “접근 및 이익 공유 정보공유체계가 이 문서에 의거하여 협약 제18조 제3항에 따른 정보공유체계의 일환으로 설치된다.” 그러나 의정서의 정보공유체계는 ABS 절차를 진행하기 위한 국가 연락기관 및 국가 책임기관, 표준 계약 조항 등에 대한 정보 제공일 뿐, 월경성 상황의 동일한 유전자원에 대한 과학 기술 공유 체계가 아니다. 따라서 한국 이외의 여러 국가에 걸쳐 동일한 유전자원이 존재하는 경우, 특허의 신규성과 진보성을 판단하기 위해서, 월경성 상황의 국가 간, 데이터베이스 시스템이 구축되어야 한다.<sup>45)</sup>

## (2) CBD 및 나고야의정서의 소급효 적용과 선출원 지위의 상관관계

월경성 상황의 유전자원을 이용하여 여러 국가에 특허를 출원할 경우에는, 해당 국가의 CBD 및 나고야의정서 발효 시점을 파악한 후, 선출원 지위를 활용해야 한다. 우선 선출원 지위의 개념부터 정의하겠다. <표 1>의 3) 확대된 선출원 지위는 4) “선출원 지위(first to file system)<sup>46)</sup>와 다소 차이가 있다. 확대된 선출원 지위는 특허법 제29조 3항<sup>47)</sup>에 명시되어 있다.

이에 대한 설명은 <표 2>로 같음한다.

45) “데이터베이스는 유전자원, 유전자원의 알려진 이용방법, 생화학합물, 파생물 그리고 거의 모든 전통지식에 적용할 수 있다.” “데이터베이스는 생물자원의 상이한 용어를 쉽게 편집할 수 있고, 과학적 용어와 일반 이용자의 용어를 연결할 수 있다.” “또한 선행기술 검색을 보완하고, 특허 심사관의 부담을 경감시키며, 신규성과 진보성 판단을 보다 정확하게 할 수 있도록 보조하는 역할을 한다.” (한국지식재산연구원, 『지식재산정책』, vol.21 2014. 12, 34면).

46) “선출원주의(first to file system)란 동일한 발명이 경합된 경우 가장 먼저 출원한 자에게 특허를 허용하는 제도로 한국을 비롯한 대부분의 국가가 채택하고 있는 제도이다.” (김정완, 김원준 공저, 전제서, 2011, 112면).

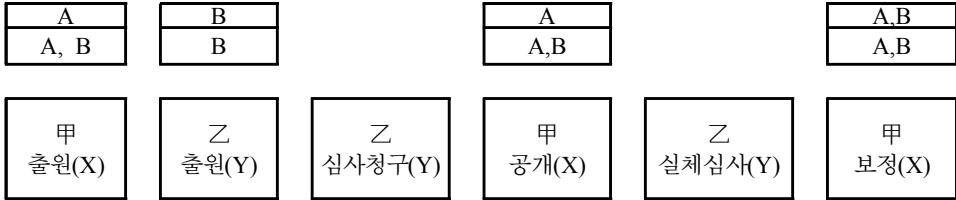
47) 특허법 제29조 3항

특허출원한 발명이 다음 각 호의 요건을 모두 갖춘 다른 특허출원의 출원서에 최초로 첨부된 명세서 또는 도면에 기재된 발명과 동일한 경우에 그 발명은 제1항에도 불구하고 특허를 받을 수 없다. 다만, 그 특허출원의 발명자와 다른 특허출원의 발명자가 같거나 그 특허출원을 출원한 때의 출원인과 다른 특허출원의 출원인이 같은 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 그 특허출원일 전에 출원된 특허출원일 것

2. 그 특허출원 후 제64조에 따라 출원공개 되거나 제87조제3항에 따라 등록 공고된 특허출원일 것

<표 2> 확대된 선출원의 지위와 출원 공개 제도를 활용한 심사청구제도의 운영



출처: 이경란, 임병웅, 『특허법』, 한빛지적소유권센터, 2014, 229면.

특허 출원의 절차는 발명이 완성 되면, 특허 출원을 하고 일정기간 이내에 출원 공개를 한다. 그리고 정보 제공 및 심사를 통하여 특허 등록을 하게 된다. 확대된 선출원 지위의 핵심은 특허 출원부터 공개 및 심사에 이르기까지, 절차적 시간 차이에 의하여 발생한다.

<표2>를 보면, 甲 출원(X)은 특허법 제64조에 의하여 1년 6개월 이내에 출원 공개를 한다. 만약, <표2>와 같이 甲의 출원 공개 이전, 후출원인 乙의 출원(Y) 및 심사청구가 진행될 경우, 후출원 乙에 대하여 ‘확대된 선출원의 지위’ 위반으로 거절할 수 있는가? 전술한 특허법 제29조 3항에 따르면 가능하다. “甲 출원(X)의 출원일과 공개 사이에서 선출원의 범위를 특허청구범위(A)로부터 최초 명세서\*도면(A,B)의 범위로 확대하여 먼저 심사청구한 후출원인 乙의 출원(Y)을 확대된 선출원의 지위 위반으로 거절시킴으로써 심사청구순서에 따라 실제심사를 진행한다는 심사청구제도를 효율적으로 운용할 수 있다.”<sup>48)</sup>

결국 “확대된 선출원의 지위는 선출원의 공개를 요건으로 후출원을 배제할 수 있는 선출원의 지위를 특허 청구범위에 기재된 발명뿐만 아니라 발명의 상세한 설명 및 도면에 기재된 내용에까지 확대시켜 먼저 심사청구한 후출원을 심사가능하게 함으로써 심사청구제도의 실효성을 확보하고 있다.”<sup>49)</sup>

만약 특허협력조약(Patent Cooperation Treaty: PCT)의 절차를 따를 경우, 특허법 제29조 5항에서 “출원서에 최초로 첨부된 명세서 또는 도면은 국제출원일까지 제출한 발명의 설명, 청구범위 또는 도면으로, 같은 항 제2호 중 출원공개는 출원공개 또는 「특허협력조약」 제21조에 따라 국제 공개로 본다.”

본고는 전술한대로 월경성 상황의 CBD 및 나고야의정서의 국가별 발효 시점을

48) 이경란, 임병웅, 전게서, 2014, 229면, 그림 2-9.

49) 이경란, 임병웅, 전게서, 2014, 229면.

기준으로, 분쟁이 발생할 수 있음을 제시하였다. 만약, 한국의 발명자가 복수의 국가에서 특허를 출원하고자 한다면, 국가 별로 유전자원 출처 공개 및 사전통보승인(PIC)과 상호합의조건(MAT)에 대하여, 사전의 철저한 준비가 필요하다. 우선 월경성 상황의 ‘동일한’ 유전자원의 분포 현황을 파악하고, 연구 단계를 시행해야 한다. 유전자원의 동일성 구분은 단위별로 세분화할 수 있다. 따라서 최적의 유전자원을 발굴해야 하며, 연구 단계 중 유전자원의 물량이 부족하거나, 새로운 발명이 추가될 경우, 다른 국가의 유전자원을 이용해야하는 상황이 발생할 수 있다. 즉, 월경성 상황의 유전자원을 고루 ‘이용’한 후, 특허를 창출 할 경우에는, 해당 국가에서의 선출원 지위를 누리기 위하여, 철저한 출처 공개와 특허 출원 단계에 갱신된 사전통보승인(PIC) 및 상호합의조건(MAT)의 증빙이 필요하다. 이러한 절차적 준비는 특허를 출원하고자 하는 해당 국가의 생물다양성 협약 및 나고야의정서의 발효 시점을 파악하여, 발효 전 이용이 발효 후에 동일하게 또는 새롭게 이용되는 경우의 절차 변경 내역을 확인해야만, 특허권을 보호할 수 있다.

### (3) 불법적 상황과 무권리자의 특허출원 및 특허의 상관관계

만약 ABS 체계의 사전통보승인(PIC)과 상호합의조건(MAT)이 위조되거나, 유전자원의 원산국 또는 제공국이 아닌 국가에 사기를 당하는 경우에는, 나고야의정서를 통한 구제를 받을 수 없다. 또한 불법적 상황의 특허 역시 보호를 받을 수 없다. 월경성 상황의 복수의 국가 및 토착 지역 공동체에 대한 발효 기준을 제대로 파악하지 않거나, 국가별 제도의 미완비적인 상황을 방임하는 행위는, 향후 특허 분쟁의 발생 확률을 높일 수 있다.

우선 특허법의 무권리자의 특허 출원 및 특허에 대하여 살펴보겠다. 제도의 경우 특허의 판단대상은 (가) 무권리자의 특허출원, 특허에 대한 정당 권리자의 출원, (나) 조약 우선권 주장 출원, (다) 국내 우선권 주장 출원으로 구분할 수 있다. (라) 무권리자의 특허출원 및 특허에 대한 정당 권리자의 출원은 특허법 제34조<sup>50)</sup> 및 제35조<sup>51)</sup>에 명시한다.

50) 제34조(무권리자의 특허출원과 정당한 권리자의 보호)

발명자가 아닌 자로서 특허를 받을 수 있는 권리의 승계인이 아닌 자(이하 "무권리자"라 한다)가 한 특허출원이 제33조제1항 본문에 따른 특허를 받을 수 있는 권리를 가지지 아니한 사유로 제62조제2호에 해당하여 특허를 받지 못하게 된 경우에는 그 무권리자의 특허출원 후에 한 정당한 권리자의 특허출원은 무권리자가 특허출원한 때에 특허출원한 것으로 본다. 다만, 무권리자가 특허를 받지 못하게 된 날부터 30일이 지난 후에 정당한 권리자가 특허출원을 한 경우에는 그러하지 아니하다. [전문개정 2014.6.11.]

특허법 제34조와 제35조에 따라, 무권리자를 퇴출하려면, 본원발명인 정당 권리자 출원의 명세서 및 도면과, 비교 대상인 무권리자의 출원의 최초 명세서 및 도면과의 동일성을 판단해야 한다. 결국 월경성 상황에서의 불법적인 요건으로 인한 피해를 보지 않기 위해서는, 명세서의 발명 기술에 대한 출처 공개와 원산국과 제공국의 경로 파악을 정확히 할 필요가 있다.

(나) 조약 우선권 주장 출원은 특허법 제54조52)에 명시한다. “파리조약에 의한

51) 제35조(무권리자의 특허와 정당한 권리자의 보호)

제33조제1항 본문에 따른 특허를 받을 수 있는 권리를 가지지 아니한 사유로 제133조제1항제2호에 해당하여 특허를 무효로 한다는 심결이 확정된 경우에는 그 무권리자의 특허출원 후에 한 정당한 권리자의 특허출원은 무효로 된 그 특허의 출원 시에 특허출원한 것으로 본다. 다만, 그 특허의 등록공고가 있는 날부터 2년이 지난 후 또는 심결이 확정된 날부터 30일이 지난 후에 정당한 권리자가 특허출원을 한 경우에는 그러하지 아니하다. [전문개정 2014.6.11.]

52) 54조(조약에 의한 우선권 주장)

- ① 조약에 따라 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 제29조 및 제36조를 적용할 때에 그 당사국에 출원한 날을 대한민국에 특허출원한 날로 본다.
  - 1. 대한민국 국민에게 특허출원에 대한 우선권을 인정하는 당사국의 국민이 그 당사국 또는 다른 당사국에 특허출원한 후 동일한 발명을 대한민국에 특허출원하여 우선권을 주장하는 경우
  - 2. 대한민국 국민에게 특허출원에 대한 우선권을 인정하는 당사국에 대한민국 국민이 특허출원 한 후 동일한 발명을 대한민국에 특허출원하여 우선권을 주장하는 경우
- ② 제1항에 따라 우선권을 주장하려는 자는 우선권 주장의 기초가 되는 최초의 출원일로부터 1년 이내에 특허출원을 하지 아니하면 우선권을 주장할 수 없다.
- ③ 제1항에 따라 우선권을 주장하려는 자는 특허출원을 할 때 특허출원서에 그 취지, 최초로 출원 한 국가명 및 출원의 연월일을 적어야 한다.
- ④ 제3항에 따라 우선권을 주장한 자는 제1호의 서류 또는 제2호의 서면을 특허청장에게 제출하여야 한다. 다만, 제2호의 서면은 산업통상자원부령으로 정하는 국가의 경우만 해당한다.
  - 1. 최초로 출원한 국가의 정부가 인증하는 서류로서 특허출원의 연월일을 적은 서면, 발명의 명세서 및 도면의 등본
  - 2. 최초로 출원한 국가의 특허출원의 출원번호 및 그 밖에 출원을 확인할 수 있는 정보 등 산업 통상자원부령으로 정하는 사항을 적은 서면
- ⑤ 제4항에 따른 서류 또는 서면은 다음 각 호에 해당하는 날 중 최우선일(最優先日)부터 1년 4개월 이내에 제출하여야 한다.
  - 1. 조약 당사국에 최초로 출원한 출원일
  - 2. 그 특허출원이 제55조제1항에 따른 우선권 주장을 수반하는 경우에는 그 우선권 주장의 기초가 되는 출원의 출원일
  - 3. 그 특허출원이 제3항에 따른 다른 우선권 주장을 수반하는 경우에는 그 우선권 주장의 기초가 되는 출원의 출원일
- ⑥ 제3항에 따라 우선권을 주장한 자가 제5항의 기간에 제4항에 따른 서류를 제출하지 아니한 경우에는 그 우선권 주장은 효력을 상실한다.
- ⑦ 제1항에 따라 우선권 주장을 한 자 중 제2항의 요건을 갖춘 자는 제5항에 따른 최우

우선권(Right of priority)이란 파리조약 동맹국에서 최선의 정규 출원과 동일한 대상에 대하여 일정 기간 내에 다른 동맹국에 행한 출원에 최초의 동맹국 출원 시에 주어지는 것과 동일한 이익을 부여하는 파리조약상 특별한 이익을 말한다.”<sup>53)</sup> 조약 우선권 주장은 본원 발명의 특허 청구범위 내에서, 비교대상의 선출원의 최초 명세서 및 도면에 대하여 발명 단위별로 동일성을 판단하여 소급효를 결정하여야 한다.

(다) “국내 우선권이란 우리나라에 특허 출원 또는 실용신안 등록 출원을 한자 또는 그 승계인이 선출원을 기초로 하여 선출원일로부터 일정기간 동안 우리나라에 개량발명이나 관련발명을 후출원할 때 가지게 되는 우선권을 말한다.”<sup>54)</sup>

전술한 조약에 의한 우선권은 판단 시점의 소급효를 인정한다. 따라서 유사한 발명이 진행될 경우, 조약에 가입한 국가의 발명자는 조약에 가입하지 않았거나, 출원하고자 하는 국가에 거소(domicile) 또는 상업상 영업소를 두지 않은 발명자보다 수월하게 특허를 출원할 수 있다. 한국은 파리조약과 WTO TRIPs 협정에 가입하였기 때문에, 해당 당사국에서 조약 우선권을 주장할 수 있다. 그러나 월경성 상황의 유전자원을 ‘이용’하여 특허를 출원할 경우에는, 판단시점의 소급효가 CBD 및 나고야의정서의 발효 시점과 연계되어 이의가 제기될 수 있다. 즉, 출원하고자 하는 국가에서의 출원일이 협약 또는 의정서의 발효 전 이거나, 국내법의 미완비로 인한 출처 공개, 사전통보승인(PIC) 및 상호합의조건(MAT)의 미흡한 입증은, 우선권의 효력을 무력화 할 가능성이 있다.

그리고 월경성 상황의 국가들이 동맹하여, 연구 개발을 진행한 후, 공동의 특허를 복수의 국가에서 출원 할 경우에도, CBD 및 나고야의정서의 발효 시점과, 출처 공개, 사전통보승인(PIC) 및 상호합의조건(MAT)의 입증 여부에 따라, 우선권이 상실될 수 있다.

전술한바와 같이, 월경성 상황의 특허 출원 및 특허의 효력은 나고야의정서의 ABS 체계의 영향을 받을 수 있다. 따라서 국제 특허 출원 및 교역을 원활하게 하기 위해서는, 자유무역을 위한 ‘비차별주의’가 전제되어야 한다. 2장에서는 월경성 상황의 비차별주의에 대하여 고찰하겠다.

---

선일부터 1년 4개월 이내에 해당 우선권 주장을 보정하거나 추가할 수 있다.

[전문개정 2014.6.11.]

53) 송영직, 이상정, 김병일 공저, 전계서, 2014, 83면.

54) 송영직, 이상정, 김병일 공저, 전계서, 2014, 83면.



## 2. 월경성 상황의 유전자원 ‘특허’와 ‘비차별주의’의 충돌 쟁점

### (1) WTO TRIPs 비차별주의 개관

세계 무역의 질서를 창조하는 경성법<sup>55)</sup>적 국제기구가, 세계무역기구(World Trade Organization: WTO)<sup>56)</sup>이다. WTO의 핵심은 자유무역과 공정무역을 통한 ‘비차별주의’<sup>57)</sup>이다. 그리고 유전자원 ‘특허’와 관련된 세부 협정이 WTO TRIPs이다. 국제 특허 교역에서 ‘비차별주의’는 왜 필요한가? 생물다양성 협약은 전문에서 “생물다양성의 보전이 인류의 공통적인 관심사임을 확인”한다. 즉, 생물자원이 더 이상 인류의 공동 유산으로서의, 무한한 ‘공유재’가 아님을 의미한다. 따라서 특허권의 대상이 되는 유전자원의 ‘이용’에 대한 ‘이익’은 당사국과 공유할 필요가 있다. 그리고 여러 국가에 ‘동일한’ 유전자원이 자생할 경우에는, 해당 유전자원의 ‘이용’을 통한 특허권의 취득 과정 및 시행에 대하여 ‘비차별’해야 한다. 즉, 특허권의 생애주기와 연계된, 유전자원의 ‘이용’과 관련된 ‘절차’에 차등을 두지 말아야 한다.

WTO TRIPs는 비차별주의 원칙으로, 제3조 내국민대우(National treatment)<sup>58)</sup>와

55) WTO의 경성법으로의 결정적 증거가 ‘법의 지배’이다. “WTO 체제는 통상 분쟁의 해결은 중립적인 재판부의 판정을 거쳐 이들의 결정이 최종적인 것이 되도록 보장하는 장치를 도입하였다.” 정영진, 이재민 공저, 『글로벌시대를 위한 신 통상법 및 통상정책』, 박영사, 2012, 53면. “또한 주요 대륙을 대표하는 7인의 통상법 전문가로 구성되는 항소기구는 상설기구로 각 패널이 결정한 판정에 대하여 당사국이 항소하는 경우 이에 대하여 집중 심리하는 역할을 마련하였다.” (정영진, 이재민 공저, 전게서, 2012, 54면).

56) WTO는 GATT체제를 국제기구로 재정비한 시스템이다. GATT는 1948년 발효된 관세 및 무역에 관한 일반협정이다. 세계는 보호무역으로 인한 제2차 세계대전의 폐해를 극복하고자, 미국을 중심으로 국제 무역 기구 (ITO)설립을 시도한다. 그러나 ITO 설립을 위한 하버나 현장의 엄격한 규율과 참가국의 반대로 국제기구로서의 GATT 체제는 무산된다. 국제규범으로서의 영향을 가진 GATT체제의 목적은 “상호양허의 원칙, 최혜국대우(MFN: Most-Favoured-Nation Treatment), 내국민대우(National Treatment), 무차별원칙 등에 기하여 세계무역의 확대, 생활 수준의 향상, 완전고용 유지, 자원의 완전한 이용을 달성하는 것이다.” 박형래, 『국제통상 분쟁 사례 이해』, 청람, 2010, 19면. GATT 체제의 WTO로의 재탄생은 “1986년에서 1994년까지 8년간에 걸쳐 개최된 우루과이라운드 협상의 결과를 모로코의 마라케시에서 조약으로의 승화”에서 비롯된다. 정영진, 이재민 공저, 전게서, 2012, 46면. WTO가 경성법으로서의 국제 통상 질서를 정비할 수 있었던 이유는, 국제기구의 설립, 자유무역과 공정무역의 원칙에 입각한 수많은 관례, 그리고 판례를 위한 자세한 분쟁해결절차 때문이다. WTO는 2015년 현재 161개국의 회원국을 보유한 전 세계 유일의 다자간 무역 협정이다. “정식 명칭은 세계무역기구 설립을 위한 마라케시 협정이다.” (정영진, 이재민 공저, 전게서, 2012, 46면).

57) 비차별주의는 자유무역의 두 축인 최혜국대우원칙과 내국민대우원칙을 의미한다. GATT 체제는 상품교역에 대하여 두 원칙을 적용하지만, WTO는 서비스와 지식재산권 분야에도 적용한다.

제4조 최혜국대우(Most favored nation: MFN)<sup>59)</sup>에 대하여 명시한다.

‘내국민대우’ 제3조 1항은 “지식재산권 보호에 관하여 자기 나라 국민보다 불리한 대우를 다른 회원국의 국민에게 부여하여서는 아니된다.”고 명시한다. ‘보호’란 내국민대우 및 최혜국대우의 목적상, “이 협정에서 구체적으로 언급된 지적재산권의 사용에 영향을 미치는 사항 뿐 아니라, 지적재산권의 취득가능성, 취득, 범위, 유지 및 시행에 영향을 미치는 사항을 포함한다.”<sup>60)</sup> 즉, 유전자원을 ‘이용’하여 ‘특허’를 등록하고자 하는 경우, 나고야의정서의 유전자원 접근(사전통보승인(PIC)) 및 이익 공유 절차가, 특허의 취득 가능성부터 시행까지 영향을 미칠 수 있다.

“내국민대우원칙(the principle of national treatment)은 외국인의 지식 재산권 보호가 해외에서 관련 상대방 국가의 재판 관할권내에서 보호받을 뿐만 아니라, 상대방 국가의 국민과 비교하여 상대적으로 차별받지 않는다는 것을 확보해주는 수단으로서의 기능을 한다는 점에서 중요한 의미를 갖게 된다.”<sup>61)</sup> 즉, 내국민대우는 속지주의 원칙을 전제로 하며, 보호국법 주의의 성향이 강하다.

58) WTO TRIPs에 등장하는 비차별주의는 사실상 WTO 상품 무역협정에서 그대로 인용되었다. 상품 무역 협정에서 제시하는 비차별주의 역시, WTO의 전신인 GATT체제의 원칙에 입각하여 반영되었다. 본고는 유전자원 관련 특허권에 한정하여 비차별주의 쟁점을 분석하나, 사실상 유전자원 ‘이용’을 위하여 ‘유전자원’ 자체를 그대로 상품으로 교역하는 경우도 발생할 수 있다. 잠시 상품 무역 협정의 비차별주의 사례를 살펴보면 다음과 같다.

“내국민 대우 원칙은 GATT 제3조의 규범에 근거한 것으로 수입물품에 대하여 국내세 및 국내규범에 의하여 같은 종류의 국내 상품에 대하여 주어지는 대우보다도 불리하지 않은 대우를 부여하여야 한다는 원칙을 말한다.” (박형래, 전게서, 2010, 22면). EC-바나나 사건에서, EC는 수입면허 발급시 로메협약에 의한 특정 국가가 아닌 경우 복잡한 절차에 따른 쿼터 배정 및 자격요건을 부여하여 GATT 제3조 제4항의 내국민원칙에 위배됨으로 판정받았다. (박형래, 전게서, 2010, 76면). 정리하자면 “최혜국대우원칙은 GATT 체약국 사이에 경쟁조건의 균등, 즉 국경통관시의 무차별 대우를 확보하기 위한 것이고, 내국민대우원칙은 수입국내의 국내 상품과 수입물품 사이에 경쟁조건의 균등, 즉 국내거래에서의 무차별 대우를 확보하기 위한 것이다.” (박형래, 전게서, 2010, 22면).

59) “최혜국대우 원칙은 특정 국가에 대하여 다른 국가보다 불리한 교역 조건을 부여해서는 안된다는 원칙으로 GATT 규범 제1조에 근거하고 있다.” (박형래, 전게서, 2010, 21면). 최혜국 대우 원칙의 위반 사례는 EC와 라틴아메리카 국가 간의 바나나 분쟁을 들 수 있다. EC는 로메협약에 의한 아프리카 등 특정 국가로부터의 바나나 수입에 대하여 타 국가들에 비해 쿼터 및 행정 절차에 대하여 유리한 대우를 하였다. (박형래, 전게서, 2010, 76면.) 이에 대한 패널 판정은 로메협약에 의한 수입 물량의 쿼터를 초과하는 물량의 관세 혜택과 행정 절차의 유리한 대우에 대하여 GATT 제1조 제1항의 최혜국 대우 원칙에 위배한다고 판정하였다 (박형래, 전게서, 2010, 78면).

60) WTO TRIPs 제3조 주석3.

61) 김정완, “산업재산권의 국제적 보호와 내국민대우원칙”, 『법학논총』 Vol.24, 2004, 78면.

“한 국가가 사람, 사건, 물건 혹은 자원 등에 대해 행사할 수 있는 권한의 총체를 국가 관할권(state jurisdiction)으로 부른다.”<sup>62)</sup> 그렇다면 특허의 국제 교역 시, 관할권은 어느 국가인가? 지식재산권은 글로벌 사회를 전인한 과학기술과 인터넷 통신기술이 발달하기 전까지는, ‘속지주의’ 원칙을 준용하였다. “속지주의 원칙은 각국의 지식재산권의 성립, 이전, 효력 등에 대해 권리 부여 국가 또는 등록국의 법률에 의해 결정되는 것을 의미한다.”<sup>63)</sup> 그러나 지식재산권은 무형의 창작물이기 에, 속지주의 원칙만으로는, 사이버 공간 및 국제 교역에서 발생할 수 있는, 권리 침해 현상을 통제하기 어렵다. “따라서 속지주의에 따라 지식재산권의 성립이나 유효성 등에 관하여 권리 부여국의 전속 관할로 한다고 하더라도, 금지청구나 손해 배상 등 침해 소송의 경우 등에는 등록국, 침해국, 보호국, 법정지국 등 어디를 기준으로 지식재산권의 준거법을 결정할 것인지가 여전히 논란이 될 수 있다.”<sup>64)</sup> 특허 유전자원 접근과 이용이 특허와 연계될 경우, 유전자원 원산국과 제공국, 특허 등록자와 이용자, 기술이전과 특허 공유 등, 각각의 경우의 수가 다르기 때문에, 적합한 분쟁해결을 위한 준거법이 과연 무엇인지 검토할 필요성이 있다. 보호국법 주의란 속지주의에 따른 국가 관할 범위 이내에서 발생하는 침해에 대한 보호를 위하여, 자국법을 준거법으로 결정하는 방식이다. 그러나 유전자원 원산국과 제공국이 상이하고, 복수의 제공국과 더불어 특허 공유 등 네트워크가 복잡한 월경성 상황의 경우에는, 보호국법 주의만으로는 차별적인 상황이 발생할 수 있다. 즉, 월경성 상황에서는 ‘내국민대우’가 허용되는 ‘속지주의’ 원칙을 ‘본원국’<sup>65)</sup>으로 확대할 필요성이 있다.

전술한대로 유전자원 제공국이라 함은, 유전자원 원산국과의 합의에 따라 유전자원을 취득한 제공국을 의미한다. 즉, 원산국과 무관한 제공국을 당사국으로 지정할 경우, 불법적인 획득도 피할 수 없는데, 당사국이 무한대로 확장될 수 있다. 따라서 특허 침해에 대한 분쟁은, 본원국인 유전자원 ‘원산국’을 중심으로 내국민대

62) 김대순, 『국제법』, 삼양사, 2014, 508면.

63) 유계환, “국제 지식재산권 분쟁과 준거법 결정에 관한 연구”, 『國際私法研究』, Vol.19, No.2, 2013, 308면.

64) 유계환, 전계논문, 2013, 314면.

65) 다만 “본원국법 주의를 취하면 동일한 지식재산권은 세계 어느 나라에서나 동일한 보호를 받을 수 있다는 장점은 있으나, 같은 영토 내에서도 각 권리의 본원국이 어디냐에 따라 침해 여부의 판단이나 권리자 결정의 결론이 달라질 수 있고, 다양한 본원국의 법을 탐색하고 그 법을 해석 적용해야 하는 법원에 부담이 될 수 있다는 단점이 있다.” (유계환, 전계논문, 2013, 315면).

우 원칙이 적용되어야만, 투명한 ABS 체계 및 특허 관리가 시행될 수 있다. 월경성 상황의 원산국과 제공국간의 비차별주의 쟁점은 다음 장에서 후술한다.

최혜국대우(Most favored nation: MFN) 원칙은 “지식재산권을 교역상품에 체화된 국제 경쟁력을 결정하는 요인이자, 무역의 중요한 대상으로 인식하게 됨에 따라 도입되었다.”<sup>66)</sup> 최혜국대우란 제4조에 의하면, “지적재산권의 보호와 관련, 일방 회원국에 의해 다른 회원국의 국민에게 부여되는 이익, 혜택, 특권 또는 면제는 즉시, 그리고 무조건적으로 다른 모든 회원국의 국민에게 부여된다.” “TRIPs 협정 이전까지 지식재산권 관련 조약에 최혜국대우원칙이 없었던 것은, 지식재산권 보호 체제가 기본적으로 속지주의 원칙을 채용하고 있었고, 일국의 관심은 외국에서의 출원 및 등록을 포함한 지식재산권의 전반적인 분야에서 당해 국가의 국민과 동등한 대우를 받는 데 있었으므로 내국민대우만으로도 충분했기 때문이다.”<sup>67)</sup> 그러나 지식재산권의 국제화는 속지주의 원칙만을 고집하기에는 한계가 있다. 특히 월경성 상황의 유전자원 ‘이용’을 통한, 동시다발적인 국제 특허 출원은, 내국민대우만으로는 특허를 보호하기에 역부족이다. 따라서 최혜국대우 원칙을 통하여, 비차별한 특허 등록 절차 및 이행을 점검해야 한다.

한편, 최혜국대우 원칙은 “WTO 회원국이지만 이들 협약에는 가입하지 않는 국가에도 부여한다면, 의무는 없이 혜택만을 주게 되어, 이들 협정에 대한 가입 유인을 감소시키고, 협약 가입국에게 상대적 불이익을 준다는 측면”<sup>68)</sup>에서 예외의 범위를 포괄적으로 제시한다.<sup>69)</sup> 만약 WTO 회원국 중 나고야의정서 당사국과 비당사국 모두가 존재할 경우, 특허 출원을 위하여 나고야의정서 당사국에 접근 시, 비당사국의 경우 불리한 대우를 받을 수 있다. 즉, 나고야의정서 당사국은 생물다양성 보전 및 지속가능한 이용을 목적으로, 비회원국의 당사국 관할권 내에서의 특허 출원 시, 최혜국대우를 적용하지 않는 것을 정당화 할 수 있다. 만약 개발도상 국가가 주장하는, 출처 공개의 특허 허여 요건으로의 개정<sup>70)</sup>에 대한 논란이 증폭

66) 박노형 외 27인, 『新 국제경제법』, 박영사, 2012, 495면.

67) 박노형 외 27인, 전거서, 2012, 495면.

68) 박노형 외 27인, 전거서, 2012, 496면-497면.

69) 특허와 관련된 최혜국대우의 예외를 인정하는 국제 조약은 특허협력조약을 들 수 있다. WTO TRIPs 제5조 보호의 취득 또는 유지에 관한 다자간 협정은 “제3조와 제4조에 따른 의무는 지적재산권의 취득과 유지에 관해 세계지적재산권기구의 주관 하에 체결된 다자간협정에 규정된 절차에는 적용되지 아니한다.”고 명시한다.

70) “개발도상국이 TRIPs 협정의 개정을 통해 생물자원의 지속적 이용이 가능한 활용과 이익 공유 등을 국제 계약에 의한 구속적 의무로 하고자 하는 반면, 선진국들은 국내법 하에서 당사자 간 계약에 의한 규율을 주장하고 있어, 현재까지 개발도상국과 선진국 간의

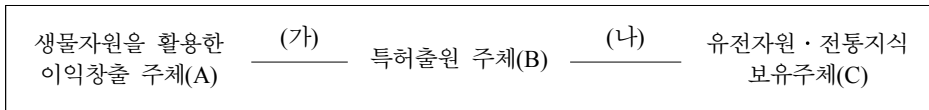
될 경우에는, 비당사국에 대한 비차별주의의 예외 적용을 요구할 수도 있다. 그러나 전술한대로 WTO TRIPs의 특허 요건에 유전자원 출처 공개를 추가하는 것은 어려움이 예상되는 바, 각 국내법상 생물해적행위를 방지하기 위한, 절차의 투명성을 높일 수 있는 비차별주의의 방안이 필요한 상황이다.

(2) 월경성 상황의 WTO TRIPs 비차별주의의 충돌쟁점

전술한 내용을 바탕으로, 월경성 상황의 유전자원 특허 관련, ‘비차별주의’의 충돌 가능한 사안을 검토하겠다. 우선 ABS 구조에 대한 이해가 필요하다. [그림1]은 ABS 구조를 나타낸 표이다.

이익창출 주체(A)와 특허출원 주체(B)의 관계는, 특허권에 대한 사용료를 지급하는 관계이므로, 나고야의정서의 ABS 구조에는 직접적으로 해당한다고 볼 수 없다. 문제는 특허 출원 주체(B)와 유전자원 보유 주체(C)가 불일치 할 경우 발생한다. 한국은 현재 지리적 영토의 한계로 인하여 유전자원 이용국에 가깝다.<sup>71)</sup>

[그림1] ABS 구조



출처: 민서정, 이관규, 김준순, “ABS 선례분석을 통한 국내 자생 생물자원의 주권적 권리 확보 방안 연구”, 『환경정책』, 21(4), 2013, 54면.

그러나 한국에서 자생하는 생물자원에 대하여, 지속적으로 연구, 개발을 시행하고 있는 만큼, 생물자원 ‘주권’에 대한 ‘희망’을 놓지 말아야 한다. 결국, 월경성 상황에서의 한국의 입장은, 유전자원 원산국과 제공국인 동시에, 특허 출원 주체의 경우 모두에 대하여 검토해야한다.

월경성 상황의, 비차별주의 충돌 가능한 의정서의 ABS 체계는 사전통보승인(PIC)과 점검기관의 운영이다. 전술한 월경성 상황의 특허 요건 및 제도의 충돌 쟁

별다른 합의점을 도출하지 못하고 있는 실정이다.” (대외경제정책연구원, 『DDA TRIPs 분야의 유전자원 관련 논의와 한국의 대응』, 2002, 37면; 허인, 심현주, 전개논문, 95면).

71) “국내 자생하는 생물자원 가운데 고유종 비율은 약5.73%에 불과하다. (국립생물자원관, 2010)” “즉, 국내 생물자원 대부분이 월경성으로 서식하며 생물자원에 대한 배타적인 주권확보가 현실적으로 어렵다.” (민서정, 이관규, 김준순, “ABS 선례분석을 통한 국내 자생 생물자원의 주권적 권리 확보 방안 연구”, 『환경정책』, 21(4), 2013, 54면).

접의 공통점은 각 당사국의 CBD와 의정서의 발효 시점, 유전자원 출처 공개, 사전통보승인(PIC)과 상호합의조건(MAT)의 필요성이었다. 즉, 국제 특허 출원 및 등록이 정착되기 위해서는, 해당 국가로의 PIC 준수 여부와, 후속 단계의 감시를 위한 ‘점검기관’의 운영이 중요하다. 이는 특허를 출원하고자 하는 국가 내에서의 내국인과 외국인 모두에게 비차별 해야 하며, 해당 국가에 접근하고자 하는 복수의 국가들 사이에서도 비차별 해야 한다. 즉, 사전통보승인(PIC)과 점검기관의 운영은, 내국민대우와 최혜국대우 모두에 적용되기에, ‘비차별주의’로 통일하여 서술하겠다.

유전자원의 ‘이용’은 ‘기초 연구, 연구개발, 특허 발명, 상업화’의 단계를 거친다. 장기간의 비용과 시간을 소요하는 만큼, 의정서의 ABS 체계와 특허 발명 절차가 조화를 이뤄야만 비차별주의를 유지할 수 있다. 비차별주의의 쟁점은 국가에 대한 접근이 필요한, 사전통보승인(PIC)과 이에 대한 의무 준수를 점검하는 ‘점검기관’의 절차적 사항에 대하여 검토한다. 상호합의조건(MAT)의 경우, 사실상 해당 기업간의 계약인 만큼, 정부가 할 수 있는 역할은, 점검기관을 통한 ABS 체계의 감시이다.

### 1) 사전통보승인(PIC)과 비차별주의

한국이 원산국 또는 제공국인 경우, WTO TRIPs의 비차별주의에 위반되지 않기 위해서는, 사전통보승인(PIC)에 대한 국내법의 적절한 조치가 이루어져야한다. 비차별주의의 쟁점이 될 수 있는 상황은, 의정서 제6조 유전자원에 대한 접근, 제3항<sup>72)</sup>이다. 사전통보승인(PIC)의 절차는 여러 번 갱신될 가능성이 높다. 따라서 다

#### 72) 나고야의정서 제6조 제3항

3. 상기 제1항에 따라, 사전통보승인을 요구하는 각 당사국은 다음 각 호와 같은 사항을 위해 필요한 입법적, 행정적, 또는 정책적 조치 중 적절한 조치를 채택하여야 한다.:

- (1). 접근 및 이익 공유에 관한 국내입법 및 규제 요건의 법적 확실성, 명확성, 그리고 투명성의 제공;
- (2). 유전자원 접근에 관한 공정하고 비자의적 규칙과 절차의 제공;
- (3). 사전통보승인 신청 방법에 관한 정보의 제공;
- (4). 비용 효과적인 방법으로 그리고 합리적 기간 내에 국가책임기관의 명확하고 투명한 서면 결정의 제공;
- (5). 유전자원 접근 시 사전통보승인 부여 결정과 상호합의조건 체결의 증거로서 허가증이나 그 상응 문서의 발급과 이익 접근 및 이익 공유 정보공유체계에 대한 통보의 제공;
- (6). 적용 가능한 경우, 그리고 국내입법을 조건으로, 유전자원 접근에 대한 토착 지역공동체의 사전통보승인 취득 또는 승인과 참여를 위한 기준 그리고/또는 절차에 관한 규정; 그리고
- (7). 상호합의조건의 요구 및 체결에 대한 명확한 규칙 및 절차의 설치. 상호합의 조건은

음에 제시하는 점점 사항이 비차별주의에 위반 될 확률이 높다.

한국 정부가 복수의 국가에 자생하는 유전자원에 대하여 생물 주권을 확보하기 위해서는 적절한 사전통보승인제도가 진행되어야 한다. 비차별주의 위반 가능한 사전통보승인 제도의 절차는 나고야의정서 제6조 유전자원에 대한 접근 제3항에 다음과 같이 명시한다. “의정서 제6조 제3항은 소위 ‘국제 접근 기준’으로 지칭되는데, 이는 ABS 협상 과정에서의 ‘적절한 접근’과 ‘의무준수 조치’의 ‘연계(linkage)’를 강조한 선진국들에 의하여 특히 강조되었다.”<sup>73)</sup> 즉, 나고야의정서가 생물자원을 보유한 유전자원 원산국의 주권을 인정하는 바, 원산국의 권리 남용을 방지하기 위해서, 유전자원 접근과 의무 준수를 국제 표준화하여, 절차적 피해를 예방하기 위함이다. 이는 비차별주의와도 연계되며, 유감스럽게도 나고야의정서 비준국이 편단화 되어있는 상태고, 각 국가별로 이행 방안도 상이하게 때문에 충돌 가능한 쟁점이 많다. 하단의 의정서 제6조 제3항의 조문별로 예상 가능한 충돌 쟁점을 살펴 보겠다.

#### (가) 내국인과 외국인과의 차별 금지

국내 법률안은 제8조 ‘국내 유전자원 등에 대한 접근 신고’에서 사전통보승인 절차에 대하여 명시한다. 우선 외국 국가가 한국 원산국의 유전자원 이용을 위하여 접근할 경우, 사전통보승인 절차에 대한 동등한 대우를 유지해야 함은 자명한 사실이다. 그런데 국내 법률안을 보면 내국인과 외국인간의 동등한 대우에 대한 조항이 없다. 즉 제8조 1항에서는 “국내 유전자원 및 이와 관련된 전통지식의 이용을 목적으로 접근하고자 하는 자는 대통령령으로 정하는 바에 따라 국가책임기관의 장에게 신고하여야 한다.”고만 명시한다.

반면, 생물다양성 협약을 근거로 제정된 국내 생물다양성법(생물다양성 보전 및 이용에 관한 법률) 제13조 1항은 “외국인, 외국기관 및 국제기구 등(이하 "외국인 등"이라 한다) 또는 외국인등과 생물다양성 관련 계약을 체결한 자가 연구 또는 상업적 이용을 위하여 환경부장관이 지정·고시하는 생물자원을 획득하려는 경우에

서면으로 작성되어야하고, 특히 다음 각 목에 대한 내용이 포함될 수 있다:

- 1) 분쟁 해결 조항;
- 2) 지적재산권 관련 사항을 포함한 이익 공유 조건;
- 3) 해당 사항이 있을 경우, 제3자의 추후 이용에 관한 조건; 그리고
- 4) 적용 가능한 경우, 사용 목적의 변경에 관한 조건.

73) 환경부, 『나고야의정서 가입 타당성 분석 및 후속협상 대응에 관한 연구』 2011, 유주영 변호사, 해설서 31면.

는 환경부장관에게 신고하여야 한다.” 또한 해양생명자원의 확보·관리 및 이용 등에 관한 법률 제11조에서도 “외국인·국제기구(이하 "외국인등"이라 한다)가 관할해역에서 해양생명자원의 연구, 개발, 생산, 상업적 이용 등을 목적으로 해양생명자원을 획득하려는 경우에는 미리 해양수산부장관에게 허가를 받아야 한다.”고 명시한다. 그리고 농수산생명자원의 보존·관리 및 이용에 관한 법률 제8조 1항 역시 “외국인(외국의 국적을 가진 사람, 외국의 법률에 따라 설립된 법인 및 외국정부를 말한다. 이하 같다)·국제조직(이하 "외국인등"이라 한다)이 관할구역 내에서 연구, 개발, 생산, 상업적 이용 등을 목적으로 수산생물자원을 취득하고자 하는 경우, 필요한 선박·도구 등을 갖추어 미리 해양수산부장관에게 허가를 받아야 한다.”

즉, 유전자원 관련 국내 법률안은 외국인의 접근에 대한 신고 또는 허가 제도를 배타적으로 규정하고 있으나, 내국인에 대한 규정은 존재하지 않는다. 따라서 내국인 역시 유전자원 이용을 위하여 유전자원에 접근할 경우, 외국인과 동일한 절차를 준수해야 한다.

특히 유전자원 연구 및 개발이 여러 국가의 기구와 공동으로 진행할 경우, 내외국인이 모두 존재하는 바, 동등한 대우를 취해야 할 것이다. 나고야의정서 제6조 제3항 (나)에 제시된, ‘비자의적’이라는 문구의 해석은, GATT 제20조 일반적 예외 규정의 두문(Chapeau)에 제시된 ‘자의적(arbitrary) 차별의 금지’에서 그 의미를 짐작할 수 있다. WTO 분쟁해결기구는 US-Shrimp 사건을 통해 자의적(arbitrary) 조치란, “첫째, 조치가 경직되게 적용되는지, 둘째, 여러 수출국의 의견수렴을 하였는지 여부 등이 판단요소라고 보았다.”<sup>74)</sup>

즉, 한국의 국내법이 자의적(arbitrary) 차별을 하지 않기 위해서는, 월경성 상황의 유전자원 ‘특허’의 쟁점을, 비차별주의와 연계하여 점검할 필요가 있다. 특허출원 시, 특허 요건을 만족하기 위해서는, 명세서의 발명에 대한 배경 기술란에, 원산국 그리고/또는 제공국의 입수 경로를 기재해야한다.

#### (나) 사전통보승인 신청 방법에 관한 ‘정보’ 제공

나고야의정서 제6조 제3항 (다)는 사전통보승인 신청에 관한 정보를 제공하라고 명시한다. 현재 국내 법률안 제7조에 의하면 “국가연락기관은 외교부와 환경부로 하고”, 국가 책임기관은 농림축산식품부, 해양수산부, 환경부, 기타 중앙행정기관으로 구분한다. 그리고 국내 법률안은 제16조(유전자원 접근 및 이익 공유 정보 관리

74) 박노형 외 27인, 『新 국제경제법』, 박영사, 2012, 165면.



센터)를 통해 정보관리센터 운용의 필요성을 제안한다. 그러나 접근 및 이행 준수를 직접 실행해야하는 산업계 당사자를 위한 공식적인 유전자원 정보관리센터는 운영이 미흡한 상황이다. 즉, 학계 자료 수집을 위한 ABS 정보공유센터는, 일부 정부 관련 부처에 의해 운영이 되고 있으나, 실질적인 산업계의 실행을 위한 공식 센터는 운영이 되지 않는 상황이다.

그리고 국내 법률안에 따르면, 한국의 국가 연락기관 및 국가 책임기관은 이원화된 상태이다. 따라서 외국에서 한국 유전자원을 접근 할 경우, 유전자원 정보관리센터가 정착되지 않은바, 상이한 정부부처의 법률을 이해하고 절차를 진행하는 것은 쉬운 일이 아니다. 물론 한국의 협력기구가 존재할 경우 수월할 수 있지만, 내외국인간 접근 신고에 대한 투명성이 결여된 상태에서, 제3의 국가가 접근할 경우 비차별주의 의무 위반을 주장할 수 있다.

#### (다) 유전자원 이용 단계 별, 사전통보승인의 '변경' 절차

유전자원을 이용한 기술 개발 및 특허 등록은 단시간에 이뤄지는 영역이 아니다. 즉, 유전자원 접근 시 기초 연구, 연구 개발, 특허 출원 및 공개, 특허 등록 및 제품 상용화에 이르기까지 장시간이 소요된다. 따라서 첫 접근 시 처리된, 사전통보승인 절차 및 상호합의조건에 지식재산권 권리 귀속 및 이익 공유가 확정되기는 쉽지 않다. 즉, 기초 연구를 시작으로 상업적 이익을 위한 연구 개발 및 특허권 등록까지는 여러 단계가 검토될 수 있으며, 계약 조건이 추가 될 때마다 새로운 사전통보승인 절차 및 상호합의조건의 갱신이 이뤄져야한다.

따라서 나고야의정서 제6조 제3항 (마)의 “유전자원 접근 시 사전통보승인 부여 결정과 상호합의조건 체결의 증거로서 허가증이나 그 상응 문서의 발급과 이의 접근 및 이익 공유 정보공유체계에 대한 통보의 제공”은 향후 특허 출원 시 해당 절차로 인한 비차별주의 위반의 발생 소지가 높다.

국내 법률안 제8조 2항에 따르면, “제1항에도 불구하고 「생물다양성 보전 및 이용에 관한 법률」 제11조제1항75) 및 제13조제1항76), 「농수산생명자원의 보전·관리

75) 제11조(생물자원의 국외반출) ① 환경부장관은 생물다양성의 보전을 위하여 보호할 가치가 높은 생물자원으로서 대통령령으로 정하는 기준에 해당하는 생물자원을 관계 중앙행정기관의 장과 협의하여 국외반출승인대상 생물자원으로 지정·고시할 수 있다

76) 13조(외국인등의 생물자원 획득 신고) ① 외국인, 외국기관 및 국제기구 등(이하 "외국인등"이라 한다) 또는 외국인등과 생물다양성 관련 계약을 체결한 자가 연구 또는 상업적 이용을 위하여 환경부장관이 지정·고시하는 생물자원을 획득하려는 경우에는 환경부장관에게 신고하여야 한다.

및 이용에 관한 법률, 제8조제1항77) 및 제18조제1항78), 「해양생명자원의 확보·관리 및 이용 등에 관한 법률, 제11조제1항79) 및 제22조제1항80)에 따른 허가 또는 승인을 받은 유전자원, 「특허법」 시행령 제4조81)에 따른 분양 승인받은 유전자원은

77) 제8조(수산생물자원에 대한 외국인등의 취득 등) ① 외국인(외국의 국적을 가진 사람, 외국의 법률에 따라 설립된 법인 및 외국정부를 말한다. 이하 같다)·국제조직(이하 "외국인등"이라 한다)이 관할수역 내에서 연구, 개발, 생산, 상업적 이용 등을 목적으로 수산생물자원을 취득하고자 하는 경우 필요한 선박·도구 등을 갖추어 미리 해양수산부장관에게 허가를 받아야 한다. 다만, 다른 법률 또는 대한민국 정부와의 조약에 따라 해양수산부장관의 허가면허·동의(이하 "허가 등"이라 한다)를 받은 경우에는 그러하지 아니하다. <개정 2013.3.23.>

78) 제18조(국외반출승인 등) ① 다음 각 호의 농수산생명자원 중 농림축산식품부장관 또는 해양수산부장관이 작성한 국외반출승인대상목록에 포함된 농수산생명자원을 국외로 반출하려는 자는 농림축산식품부장관 또는 해양수산부장관의 승인을 받아야 한다. 다만, 제16조제1항 본문에 따라 국외분양승인을 받은 경우에는 그러하지 아니하다. <개정 2013.3.23.>

1. 국내 농수산생물다양성 유지 및 보존을 위하여 필요한 식물·동물·미생물 및 버섯 등의 국내 야생종 및 재래종
2. 국가기관에서 개발한 식물(식물의 일대잡종 종자는 제외한다)·동물·미생물 및 버섯 등의 육성종
3. 그 밖에 농림축산식품부장관 또는 해양수산부장관이 국내 농수산생물다양성의 유지 및 보존을 위하여 필요하다고 인정하는 농수산생명자원

79) 제11조(해양생명자원에 대한 외국인등의 획득 등) ① 외국인·국제기구(이하 "외국인등"이라 한다)가 관할해역에서 해양생명자원의 연구, 개발, 생산, 상업적 이용 등을 목적으로 해양생명자원을 획득하려는 경우에는 미리 해양수산부장관에게 허가를 받아야 한다. 다만, 해양생명 관련 다른 법률 또는 대한민국 정부와의 조약에 따라 해양수산부장관의 허가·승인 등(이하 "허가등"이라 한다)을 받은 경우(받은 것으로 보는 경우를 포함한다)와 「농수산생명자원의 보존·관리 및 이용에 관한 법률, 제8조에 따라 해양수산부장관의 취득허가를 받은 경우에는 그러하지 아니하다. <개정 2013.3.23.>

80) 제22조(국외반출승인 등) ① 해양생명자원을 국외로 반출하려는 자는 용도를 지정하여 해양수산부장관의 승인을 받아야 한다. 다만, 제20조제1항 본문에 따라 해양생명자원을 분양 승인받은 경우와 「농수산생명자원의 보존·관리 및 이용에 관한 법률, 제18조에 따른 해양수산부장관의 국외반출승인을 받은 경우에는 그러하지 아니하다. <개정 2013.3.23.>

81) 특허법 시행령 제4조 (미생물의 분양)

1. 제2조에 따라 기탁된 미생물에 관계되는 발명을 시험 또는 연구를 위하여 실시하려는 자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우 산업통상자원부령으로 정하는 바에 따라 국내기탁기관 또는 국제기탁기관으로부터 그 미생물을 분양받을 수 있다.

<개정 1997.6.26., 2003.6.13., 2007.6.28., 2009.6.26., 2014.12.30.>

- (1) 그 미생물에 관계되는 발명에 대한 특허출원이 공개되거나 설정등록된 경우
- (2) 법 제63조제1항(법 제170조제2항에서 준용하는 경우를 포함한다)에 따른 의견서를 작성하기 위하여 필요한 경우

2. 제2조에 따라 미생물을 기탁한 자료부터 미생물 분양에 대한 허락을 받은 자는 국내 기탁기관 또는 국제 기탁기관에 신청하여 해당 미생물을 분양받을 수 있다. <신설

제1항에 따른 신고를 한 것으로 본다.”

즉, 입법 예고한 유전자원 관련 국내 법률안의 절차가 아닌, 관련 부처의 절차를 진행한 경우, 사전통보승인 절차를 받은 것으로 간주한다. 이는 유전자원의 단순 교역이 아닌, 이용에 따른 연구, 개발 및 특허권 취득 시, 사용 용도별 여러 번 갱신이 예상되는 바, 각 부처별 절차가 과연 자의적이지 않은가 재검토할 필요성이 있다. 즉, 관련 부처의 절차에 소요되는 형식의 범위와 승인 기간이, 내외국인 불문하고, 공정하게 이뤄지는가에 대하여, 재검토 할 필요가 있다.

## 2) 점검기관과 비차별주의

의정서는 제17조<sup>82)</sup> ‘유전자원 이용 감시’를 통해, 점검기관의 중요성을 명시한

2014.12.30.>

3. 제1항 및 제2항에 따라 미생물을 분양받은 자는 그 미생물을 타인에게 이용하게 해서는 아니 된다. <개정 2014.12.30.> [제목개정 2014.12.30.]

### 82) 나고야의정서 제17조

1. 의무준수를 장려하기 위해 각 당사국은 적절한 경우 유전자원 이용의 투명성을 감시하고 향상 시키기 위한 조치를 취해야 한다. 그러한 조치는 다음 각 호를 포함한다.
  - (1). 다음 각 목에 따라 하나 이상의 점검기관을 지정한다.
    - 1) 지정된 점검기관은 적절한 경우 사전통보승인, 유전자원의 출처, 상호합의조건의 체결, 그리고/또는 유전자원 이용과 관련한 정보를 취합하거나 접수한다.
    - 2) 각 당사국은 적절한 경우, 그리고 특정 지정 점검기관의 특징에 따라 유전자원의 이용자가 지정 점검기관에 위 목에 명시된 정보를 제공하도록 해야 한다. 각 당사국은 미 준수 상황에 대처하기 위한 적절하고 효과적이며 비례적인 조치를 취해야 한다.
    - 3) 기밀 정보 보호에 영향을 미치지 않는 한, 국제적으로 인정되는 의무준수 인증서가 있는 경우 이러한 인증서로부터의 정보를 포함하여 그러한 정보를 적절한 관련 국가 기관들, 사전통보승인을 하는 당사국, 그리고 접근 및 이익 공유 정보공유체계에 제공해야 한다.
    - 4) 점검기관은 효과적으로 운영되어야 하며 가호의 이행과 관련한 직무를 수행해야 한다. 직무는 유전자원 이용이나, 연구, 개발, 혁신, 상용화 이전 또는 상용화 등 모든 진행 단계에 관한 정보와 관련이 있어야 한다.
  - (2). 유전자원의 이용자 및 제공자로 하여금 상호합의조건에 보고 요건을 포함하여 그러한 조건의 이행에 관한 정보를 공유하기 위한 조항들을 포함시키도록 장려한다. 그리고
  - (3). 비용 대비 효과가 높은 의사소통 수단 및 체계를 활용할 것을 장려한다.
2. 제6조 제3항 마호에 따라 발급되고 접근 및 이익공유 정보공유체계에 공개된 허가 또는 그에 상당하는 것은 국제적으로 인정된 의무준수 인증서를 구성한다.
3. 국제적으로 인정된 의무준수 인증서는 사전통보승인을 제공하는 당사국의 접근 및 이익 공유 국내법 및 규제 요건이 요구하는 대로, 해당 인증서에 적시된 유전자원이 사전통보승인에 따라 접근이 허용되었고 상호합의조건이 확정되었다는 증거 역할을 한다.
4. 국제적으로 인정된 의무준수 인증서는 해당 정보가 기밀 정보가 아닐 경우 최소한 다

다. 점검기관은 월경성 상황에서의 유전자원 ‘이용’과 특히 절차가 적법한지에 대하여 확인할 수 있는 시스템이다. 즉, 내외국인간 또는 한국에서 특허 출원을 하고자하는 국가들 사이의 공정한 정보 제공을 요구하여야만, 비차별주의에 위반되지 않는다.

한국이 유전자원 제공국인 경우는, 원산국의 ‘현지 외 보전’의 경우를 들 수 있다. 즉, 원산국과 합의하에 한국으로 해당 유전자원을 반입하는 경우이거나, 해당 원산국에서, 한국의 기관이 유전자원을 사육 또는 배양종의 절차를 거쳐, 보전하는 경우를 들 수 있다. 따라서 나고야의정서 제17조 유전자원 이용 감시에 따르면, “의무준수를 장려하기 위해 각 당사국은 적절한 경우 유전자원 이용의 투명성을 감시하고 향상시키기 위한 조치를 취해야 한다.” 국내 법률안의 문제점을 살펴보면 다음과 같다.

국내 법률안 제12조(국가점검기관) ①항은, “의정서 제17조에 따른 국가점검기관은 대통령령으로 정하는 중앙행정기관의 장으로 한다.” 즉, 국가 점검기관에 대한 구체적인 사항이 존재하지 않는다. 따라서 구체적인 점검기관이 확정되지 않은 상황에서는, 유전자원 접근 및 이용 감시가 진행되기 어렵다. 나고야의정서 제17조 2항은 “제6조 제3항 마호에 따라 발급되고 접근 및 이익 공유 정보공유체계에 공개된 허가 또는 그에 상당하는 것은 국제적으로 인정된 의무준수 인증서를 구성한다.” 그리고 4항에서 최소한 공개되어야하는 정보로 ‘발급기관, 발급일, 제공자, 인증서 고유 확인, 사전통보승인이 부여된 자나 기관, 인증서가 대상으로 하고 있는 사안이나 유전자원, 상호합의조건이 체결되었다는 확인, 상업적 그리고/또는 비상업적 이용’이 있다.

즉, 입법 예고 된 국내 법률안의 국가 점검기관이 이원화되어 있고, 서면 요건을 요구하는 ‘허가’ 제도와, 제8조 2항에 따른 신고에 갈음하는 요건, 그리고 나고야의정서의 ‘국제인증서’는 방식이 모두 상이한바, 비차별주의 충돌 가능성이 크다.

일단 허가와 국제 인증서만 비교할 경우, 국제 인증서는 원산국과 원산국과 합의된 제공국가와의 전산 연계작업이 선행되어야 한다. 따라서 허가를 담당하는 각 부처의 오프라인 서면작업과 국제 인증서를 전산으로 송부하는 방법은 시차가 발

---

음 각 호와 같은 정보를 포함해야 한다.

- (1). 발급 기관, 나. 발급일, 다. 제공자, 라. 인증서 고유 확인, 마. 사전통보승인이 부여된 자나 기관
- (2). 인증서가 대상으로 하고 있는 사안이나 유전자원, 사. 상호합의조건이 체결되었다는 확인
- (3). 사전통보승인이 있었다는 확인, 그리고 자. 상업적 그리고/또는 비상업적 이용

생하는 바, 불리한 대우가 될 수 있다.

또한 신고 요건에 갈음하는 특례 규정의 신고 절차 제도도 국제 인증서와 비교하여 시스템상의 통일성이 요구된다. 따라서 비차별주의 충돌 쟁점을 최소화하기 위해서는 국내법 제16조 유전자원 정보관리센터를 국내법 발효 전 완비하여야 한다. 월경성 상황의 한국이 제공국인 경우, 해당 유전자원의 원산국은 한국 이외에 다른 복수의 국가와 제공국 협약을 맺을 수 있다. 따라서 서면 양식의 허가 제도를 국제 인증서와 연계하여 단일화하는 방안이 필요하고, 제공국으로서의 지위를 확보하고자, 복수의 제공국들의 신고 절차의 프로세스 동향을 반영할 필요가 있다.

의무준수에 관련된 점검기관의 정보시스템은, 복수의 제공국들의 생물다양성 협약 및 나고야의정서를 비준한 시점 파악 및 해당 국가에서의 선출원 지위 인정 여부를 용이하게 파악할 수 있다. 또한 원산국과 제공국가 별 점검기관의 상호 연계는 월경성 상황의 무권리자의 특허 출원 및 시행을 방지할 수 있다.

IV부에서는 특허의 비차별주의 원칙을 토대로, 월경성 상황의 협력 방안에 대하여 고찰한다.

#### IV. 월경성 협력의 방안

“사자에게서는 양의 냄새가 나야 한다.”

- 프란치스코 교황<sup>83)</sup> -

미성숙한 法은 한국이 성장할 수 있는 새로운 기회를 제공한다. 월경성 상황은 한국의 생명공학 ‘특허권’ 창출 및 경제 영토 확장을 위한 ‘희망’이 될 수 있다. 월경성 협력의 핵심은, 유전자원 원산국과의 ‘연대감’ 조성을 위한, 한국산 法 수출 및 정보 인프라 공유이다.

만약 한국의 자생종이 중국, 일본 등 여러 국가에서 자생하는 경우, 원산국은 어디인가? 일단 한국 관할권 내에 존재하는 자생종은, 당연히 한국이 원산국임이 자명하다. 그러나 월경성 상황의 경우, 유전자원 출처 공개, 원산국과 제공국의 경로

83) “사제는 목자이므로 늘 양의 곁에 있어야 하며, 그래서 자연스럽게 양의 냄새가 자신의 몸에 배게 해야 한다는 말이다.” (백성호, 『교황 “정치인들, 길만 반질반질 속은 썩고 있는 시체”』, 『중앙일보』, 2014년 8월 13일, (강준만, 『짜가지 없는 진보』, 인물과사상사, 2014, 241면-242면, 주석 38 재인용)).

과약, PIC와 MAT의 국가 별 입증의 제대로 작동하지 않는 경우, 특허의 생애에 방해가 될 수 있다. 따라서 본고는 한국이 유전자원 부국이자, 생명공학 특허의 경쟁 국가가 될 수 있다는 ‘희망’을 갖고, 의정서 제11조 1항의 월경성 협력의 방안 에 대하여 제안하고자 한다. 그리고 전술한 비차별주의의 쟁점은 내외국 모두에 해당하는 바, 월경성 협력의 최소 보호 기준이 될 것이다. 월경성 협력의 제안은 의정서의 3대 요소인 접근(Access), 이익 공유(Benefit), 의무 준수(Compliance)로 구분 한다.

### 1. 접근(Access) :

#### 사전통보승인(PIC) 시스템 구축 및 중첩 국가 별 점검기관의 연동화

사실상, 한국은 유전자원 원산국으로서의 경쟁력이 없다. 환경부의 2014년 12월 31일 기준, 국내 생물종 현황에 의하면, 총 42,756종(동물 25,450종, 식물 5,328종, 기타 11,978종)이다.<sup>84)</sup> 세계 생물자원의 1%도 안되는 상황이기에, 사실상 자원 빈국이라 볼 수 있다. 따라서 의정서 발효로 인한 이익 공유 비용 및 ABS 비용은 계속 증가할 전망이다.

의정서 발효에 따른, 국내법 비준을 앞둔 현 상황에서 취할 수 있는 대안은, 유전자원 제공국 및 중개상으로서의 경제 영토 범위를 확대하는 것이다. 즉, 한국이 원산국으로서 경쟁우위가 없는 만큼, 원산국과의 교류를 통하여, 유전자원 제공국으로서의 경제적 영토를 확보해야한다. 특히 동일한 유전자원이 복수의 국가에 존재하는 경우, 의정서의 ABS 절차와 특허 제도의 활용이 용이한 국가가 경쟁력을 확보할 수 있다. 따라서 접근(Access), 즉 사전통보승인(PIC)이 투명하게 진행되어야 한다.

사전통보승인(PIC)은 국가 책임기관인 농림축산식품부, 해양수산부, 환경부, 기타 중앙행정기관의 관리로 이원화된 상태이다. 또한 현재까지는 PIC와 MAT에 대한 유전자원 정보 관리센터에 대한 청사진이 드러나지 않은 상황이다. 또한, PIC의 경우 특허 발명 및 상품 상용화에 이르기까지 오랜 시간이 소요된다. 제약 산업의 천연물 신약 개발과정을 예로 들자면, “일반적으로 학계의 연구자들이 1차적으로 스크리닝을 통해 원생약 후보 소재를 도출해 효능이 확인된 소재를 기업에 제안하게 된다.”<sup>85)</sup> “그리고 기업에서 자체 효능 검증 연구를 통해 그 재현성을 평가하

84) 환경부, ‘조사 확인된 국내 생물종 현황’, 2015.12.16 검색. <http://m.me.go.kr/>.

85) 한국지식재산연구원, 『지식재산정책』, vol.21 2014. 12, 22면.

고 재현성 및 약효가 뛰어나다고 판단되면 그때부터 본격적으로 산업화를 위한 개발이 진행된다.”<sup>86)</sup>

따라서 특허 출원이 확정되기 전까지, 장기간의 연구 개발에 따른 사전통보승인(PIC)절차가 진행될 수 있다. 즉, 연구 단계가 “ABS가 적용되지 않는 경우”<sup>87)</sup>, “간소화된 ABS가 적용되는 경우”<sup>88)</sup>, “추가 ABS가 적용되는 경우”<sup>89)</sup>, “완전한 ABS가 적용되는 경우”<sup>90)</sup> 등으로 세분화 될 수 있다.

본고는 한국이 유전자원 제공국이자 중개상으로서의 경쟁력을 확보하기 위하여, 복수의 제공 국가 간의, 사전통보승인(PIC) 및 점검기관의 연동화를 제언한다. PIC에 대한 승인 권한은 농림축산식품부, 해양수산부, 환경부, 기타 중앙행정기관 각 부처에 있지만, 여러 단계의 PIC 절차가 예상되는 상황인 만큼, 관세청의 FTA-PASS 원산지 관리 시스템과 같은 정보시스템을 구축할 필요가 있다. 예를 들면, 산업통상자원부는 FTA-PASS를 세분화하여, 농수산물 특허 원산지관리시스템을 별도로 개발하였다. 이 시스템은 “농산물 이력 추적 관리 등록증, 농산물 우수 관리 인증서, 친환경 농산물 인증서를 획득한 경우, 원산지 증명서 발급신청, 인증 수출자 인증 신청, 우리나라 세관의 원산지 조사 등 원산지 증명이 필요한 경우 복잡한 서류 구비 없이도 해당 서류만으로 원산지 증빙 서류로 인정된다.”<sup>91)</sup>

한국이 월경성 상황의 유전자원 원산국 또는 제공국에 해당할 경우, 내외국인 불문 특허 절차가 비차별하기 위해서는, 복수의 제공 국가별 사전통보승인 및 점검기관 시스템의 연계가 필요하다. 월경성 상황은 유전자원을 연구하는 한국의 대학, 연구소 뿐만 아니라 공동 연구를 시행하는 해외 국가들과도 연계가 되는 만큼 통합적인 정보 관리가 필수적이다. 특히, PIC 단계별 현황 정보는 미발굴 자원 및 해외에서 특허 등록되었으나, 한국에서는 특허가 없는 상황의 대체 자원을 개발할 경우에도 중요한 정보가 될 것이다. 그리고 특허 출원 요건 중 ‘진보성’의 경우 월

86) 한국지식재산연구원, 전게서, 2014. 12, 22면.

87) “연구에서 유전자원이 연관되지 않거나, 유전자원에 대한 접근이 필요 없는 경우, ABS 관련 계약(MAT)의 체결이 필요하지 않으나, 연구 허가권이 필요할 수 있다.” (한국생명공학연구원, 전게서, 2013, 13면).

88) “목록 작성을 위한 표본의 수집, 이전(수출 포함)과 관련된 연구, 표준 MTA와 같은 계약으로 충분하다.” (한국생명공학연구원, 전게서, 2013, 13면).

89) “추가적인 분석 및 해외 연구실에서의 연구를 위해 표본 반출이 필요, 간소화된 ABS 계약이 필요하다.” (한국생명공학연구원, 전게서, 2013, 13면).

90) “연구 제안서에 상업적 목적 또는 전통 지식 이용을 위한 연구는 완전한 ABS 계약 체결이 필요하다.” (한국생명공학연구원, 전게서, 2013, 13면).

91) 산업통상자원부, 『함께하는 FTA』, 2015, 7월호, 36-37면.

경성 상황의 ‘동일한’ 유전자원에 대한 공지 기술 관련 데이터베이스가 필요한 상황인 만큼, 월경성 상황의 국가별로 연대하여, 점검기관의 유전자원의 ‘동일성’ 분석을 위한 데이터베이스 구축이 필요하다. 월경성 상황의 국가와 연대하는 방안의 대표적인 예는 ‘안데스 협정’<sup>92)</sup>을 들 수 있다.

## 2. 이익 공유(Benefit) :

### 연구단계의 계약법상 출처 공개의 의무화 (감사 서신 조항 삽입)

이익에는 금전적 이익과 비금전적 이익이 있다. 유전자원의 출처를 가장 빨리 파악할 수 있는 대상은 기초 연구 진행자들이다. 따라서 연구 개발 단계의 담당자들이 비금전적 이익을 기반으로 상호합의조건을 체결 할 경우, 출처 공개를 의무화 할 필요가 있다. 비금전적 이익은 “연구결과물(논문), 능력 개발, 기술이전, 영구적인 학문 네트워크, 협력 관계 형성 등이 포함되며, 필요한 지식이나 기술 등을 이전함으로써 제공국과 이용국의 과학 기술 격차를 극복하는데 기여할 수 있다.”<sup>93)</sup>

비상업적 단계의 상호합의조건 계약 상, 유전자원 ‘출처’를 공개할 경우, 향후 특허 출원 단계의 PIC 및 MAT 작성 시, 원산국과 제공국의 경로 파악이 용이하며, 특허 출원 절차상으로도 안전할 것이다. 대표적인 예가 스위스 모델규정 제9조<sup>94)</sup>이다. 제9조 2항은 “연구결과물의 발표 시, 유전자원 출처에 감사의 글이 주어지

92) “안데스 산맥 연안의 볼리비아, 콜롬비아, 에콰도르 등과 같이 공통적으로 서식하는 식물에 대해 지역협정을 맺고 있는 경우는 그 협정 내용을 준수해야 한다.” (국립생물자원관, 전게서, 2014, 48면).

93) 한국생명공학연구원, 전게서, 2013, 11면.

94) 9. Benefit Sharing

The benefits arising from the access and use of the Genetic Resources shall be shared fairly and equitably by the User, in accordance with the principles established in the CBD. Basic benefits to be shared include: 1. The offer to the provider to include local researchers in the research activities, if such interest exists. 2. In case of publications or oral presentation of the research results, full acknowledgement is to be given to the source of the Genetic Resource; 3. If TK associated to the Genetic Resources is involved, the research results published or presented orally will include full acknowledgement of the source of the Genetic Resources and the TK, if so required by the providers. 4. The provider will receive a copy of all publications; 5. Research results will be communicated to involved stakeholders (e.g. Communities, indigenous people) in an adequate manner and according to reasonable requirements of the Provider; 6. If applicable share duplicate specimens with the repository in the provider country in accordance with good scientific practice. In addition, the User agrees to share the following benefits.



도록 하는 것”<sup>95)</sup>, 제3항은 “출판 또는 구두 발표를 할 시 유전자원의 출처에 대하여 감사의 글을 포함시키는 것”<sup>96)</sup>을 명시한다.

상호합의조건(MAT)은 관련 기업 간의 계약이지만, PIC라는 단계가 선행되어야 하는 바 국가 기관이 MAT 준수 사항에 대하여 점검을 할 의무가 있다. 스위스 모델법과 같이, 기초 연구단계에서부터 유전자원 출처에 대한 경로를 공개한다면, MAT에 따른 이익 공유 시 분쟁의 소지가 줄어들 수 있다. 따라서 국가 책임기관은 사전통보승인(PIC)시스템 구축 시, 개별 기업 간의 상호합의조건(MAT)에 대한 계약 사항 관리, 보안 절차를 통하여 연동하는 방법을 추가할 수 있다. 연구 단계의 상호합의조건(MAT)상 유전자원 출처 공개 의무는, 복수의 제공 국가의 유전자원 ‘동일성’에 대한 분쟁이 발생할 경우, 본원국 즉, 유전자원 원산국의 경로를 파악하는데 수월할 것이다.

그리고 나고야의정서의 본질은 생물다양성 보전 및 지속가능한 이용임을 잊지 말아야 한다. 즉, 대다수의 국가가 생명공학 기술 및 특허권에 집중되어 있는 바, 국제 환경 협약 본연의 목적을 잃어버릴 수 있다. 유전자원 제공국이자 개발도상국이 염려하는 점은, 생물해적행위로 인한 기술 개발 및 특허권 형성, 생물다양성을 감소시키고 동시에 개발도상국의 경제 발전을 저해할 수 있다는 점이다. 따라서 월경성 상황의 유전자원을 보유한 국가들의 경우, 서로 연대하여 기술개발 및 특허권을 창출하기 위하여, 투명한 원산지 출처 관리가 필요하다. 그리고 이익 공유가 생물다양성 보전 및 지속가능한 이용을 위하여 재투자되도록, 세계 다자간 이익 공유 체계를 위해서 관심을 기울여야 할 것이다.

### 3. 이행 준수(Compliance) :

#### 한국 특허법원 지식재산분쟁해결센터의 한류화 추진

나고야의정서 제11조는 동일한 유전자원이 복수 국가 및 토착지역공동체에서 발견될 경우, 적절한 협력이 필요하다고 명시한다. 과연 ‘적절한’ 협력이란 무엇인가? 특허는 유전자원의 ‘발견’의 수준을 넘어선, 내재적 가치를 인정하는 ‘발명’에 대한 ‘권능’을 부여하는 제도이다. 따라서 나고야의정서 제11조에 명시된 유전자원이, 복수 국가에 산재할 경우, 그리고 여러 국가에서 동시다발적으로 특허 절차가 진행될 경우, 국가 간 불일치하는 제도로 인하여 분쟁이 발생할 가능성이 높다. 유감

95) 한국지식재산연구원, 『지식재산정책』, Vol.21, 2014. 12, 42면.

96) 한국지식재산연구원, 전게서, 2014. 12, 42면.

스럼게도 나고야의정서는 분쟁해결에 관한 구체적인 조문이 없다. 다만, 제26조에서 당사국 총회에 따른 이행 준수 관련 산하기구 설치 및 관련 국제기구, 비정부 기구와 협력 가능하다고만 명시하고 있다. 전술한대로 나고야의정서는 아프리카, 남아메리카, 인도 등 개발도상국이자 유전자원 원산국 중심의 편단화된 국제 협약이다. 일부 선진국을 제외한 주요 선진국의 경우 본 협약에 참여하지 않기 때문에, 분쟁이 발생할 경우 각 국가에 유리한 국제법을 근거로 포럼 쇼핑(forum shopping)을 할 가능성이 높다. 나고야의정서는 ABS 체제가 지식재산권과 충돌할 가능성이 있음을 인지함에도 불구하고, 지식재산권 분쟁에 관한 공식적 분쟁해결기구를 설치하지 않았다. 따라서 제26조상의 당사국 총회를 비롯한 이행 준수 및 감시 기구는, 협약 당사국이자 개도국 및 원산국의 주권 침해에 집중할 것이 자명하다. 즉, 비당사국 또는 유전자원 이용국이 특허 등록자일 경우, 특허 무효 소송 또는 이익 공유 침해 소송 등이 불리하게 진행될 가능성이 높다.

한편, 유전자원 이용국이자, 선진국의 경우도 유전자원 ABS와 연계된 특허 등록 절차와 관련된 소송, 무효 및 침해 소송이 발생할 경우, WTO 분쟁해결절차, 국제사법재판소, 각 국가의 국내법 등 해당 국가에 유리한 법률 시스템으로 연계할 가능성이 높다. 즉, 유전자원 제공국이 ‘환경’에 대한 입증 책임을 정확히 부담하지 못할 경우, 지식재산권의 국제 교역을 정당화하는, 자유 무역이 승리할 가능성이 높다. 이러한 경우에는, 생물다양성 협약의 목적을 이행할 수 없다.

한편, 생물다양성 협약 제27조는 분쟁의 해결에 관한 방법을 제시한다. 1항은 “이 협약의 해석 또는 적용에 관하여 체약당사자간에 분쟁이 있는 경우, 관련 당사자는 교섭을 통하여 해결책을 모색한다.” 문제는 ‘특허’ 강국인 미국은 생물다양성 협약에 가입하지 않았고, 이외 대다수의 선진국들이 나고야의정서에 관하여 미가입 혹은 비준 시기를 늦추고 있는 점이다. 따라서 ‘교섭(negotiation)’은 본 협약에 참여한 당사국을 전제로 함에도 불구하고, 충돌 가능성이 큰 분쟁 예상 국가 대다수가 가입하지 않은 상황이기에 ‘교섭(negotiation)’의 실제적 및 절차적 규정이 필요하다. 그리고 2항, 3항은 교섭이 성립되지 않는 경우, ‘조정’을 요청하고 ‘조정’도 불성립할 경우, ‘중재’ 또는 국제사법재판소에 회부한다고 명시한다. 마지막 4항에서는 3항의 중재 또는 국제사법재판소의 절차를 수락하지 않는 경우, 다시 협약의 부속서에 따라 조정에 회부한다고 명시한다.

이와 같이 반쪽짜리 협약에서 제시하는 대체적 분쟁해결제도 혹은 해당 당사국과 거리가 먼 국제사법재판소의 회부는, 선진국과 개도국간의 더 큰 분쟁을 유발하고 시간과 비용만 소모시킬 확률이 높다. 만약 특허 등 지식재산권과 연계되지

않은, ABS 체계 이행에 관련한 분쟁이라면, 충분히 대체적 분쟁해결제도로 활용이 가능하다. 그러나 특허 등 산업재산권의 경우, 속지주의 원칙에 입각한 '소송' 제도가 보편화 된 상황이기때문에, 대체적 분쟁 해결제도의 단심제가 활성화되기 위해서는, 선진국 및 개도국 모두 일정 기간 판례가 축적되어야 할 것이다. 또한 국제사법재판소에 회부되는 경우, 월경성 상황의 복잡한 네트워크형 특허 분쟁의 경우, 국제사법으로 해결하기가 쉽지가 않다. 예를 들면, 유전자원 특허와 관련 “네트워크를 이용한 시스템 발명과 같은 방법 발명의 경우, 피고가 특허 발명의 구성 요소의 일부만을 실시하고 나머지 부분에 관하여는 제3자가 실시하도록 하는 방법으로 특허권이 침해되는 사례도 증가하고 있다.”<sup>97)</sup>

의무 준수는 월경성 상황의 분쟁 해결 및 특허를 보호하는 절대적인 제도이다. 그러나 전술한대로, 국내법 상 ‘점검기관’에 대한 정비가 완비되지 않은 상황이고, 의정서는 분쟁해결에 대하여 ‘중재’ 제도에 대하여만 명시하고 있을 뿐이다. 따라서 월경성 상황 하에, 한국이 당사국에 포함되는 경우에는, MAT상 재판 관할 및 준거법을 한국으로 지정하는 것이 유리하다. 또한 ‘중재’와 같은 대체적 분쟁 해결 제도를 활용하는 경우에도, 중재지 및 중재기관을 한국으로 선정할 수 있도록 유도할 필요가 있다. “재판 관할 및 준거법 규정에 따라, 언어, 소송비용 등이 결정되므로, 과도한 소송비용이 발생하는 곳으로 재판관할을 정한 경우, 자칫 소송비용 때문에 정당한 권리 행사를 주저하게 되는 경우가 발생할 수 있으므로 주의하여야 한다.”<sup>98)</sup>

최근 “대법원은 '지식재산 중심법원(IP 허브코트)' 추진위원회를 통해 특허법원에 지식재산 분쟁해결센터를 설치하는 방안을 논의해 의결했다.”<sup>99)</sup> 2016년부터 특허법원의 관할이 집중되어 특허 분쟁 해결을 위한 전문성이 강화될 전망이다.<sup>100)</sup> 또

97) 유계환, 전계논문, 2013, 334면.; “침해지를 판단하기 어려운 경우나 격지적인 지식재산권 분쟁도 증가하고 있어, 종래의 속지주의 원칙이나 보호국법 원칙에 기한 현재의 국제사법 제24조만으로는 지식재산권의 준거법을 결정하기 어려운 사례도 증가하고 있다.

98) 한국지식재산연구원, 『지식재산정책』, Vol.21, 2014. 12, 38면.

99) 이투데이, 2015.11.17, “특허분쟁 소송 아닌 중재로” <http://www.etoday.co.kr/news/section/newsview.php?idxn=1236529>, 2015.12.17 검색.

100) “현재 특허침해소송 1심 재판은 전국 58개 지방법원에서, 2심(항소심)은 일반 고등법원에서 각각 담당하고 있다.” “개정안은 1심 재판 기관을 고등법원 소재 지방법원 5곳(서울, 광주, 대전, 대구, 부산)으로 축소하고, 2심은 특허법원으로 일원화해 관할 집중하도록 하는 내용이 담겨 있다.” “그간 특허법원은 특허심판원에서 올라오는 심결취소 소송만 담당했을 뿐 특허침해사건에는 관여하지 못했다.” (전자신문, “특허법원 대전으로 집중 관할, 특허허브 국가 도약 기반 마련”, 2015.11.15. <http://www.etnews.com/20151115000076>, 2015.12.20. 검색).

한 국제재판부 신설 및 전자 소송도 활성화 될 전망이다. 다만, 2016년 시행 될, 특허 법원 관할 집중은 유감스럽게도, 가처분<sup>101)</sup> 사건은 적용 대상에서 제외되었다. 따라서 현재까지는 나고야의정서 대비 국내 법률안과, 특허분쟁 해결을 위한 법률 서비스가 불안정하다는 단점이 있다. 그래도 희망적인 사실은, 특허법원 내 지식재산분쟁해결센터의 설치로, 대체적 분쟁해결제도의 활용이 증가할 전망이다. 즉, 월경성 상황에서의 유전자원 특허 분쟁 발생시, 한국이 중재지로 부상하기 위해서, 복수 국가간의 ‘점검기관’ 연동화를 통하여, 중재지로서의 ‘한국’의 장점을 적극적으로 홍보할 필요가 있다.

한국을 포함한 월경성 상황의 분쟁은, 한국 법률 서비스 시장의 새로운 기회이다.<sup>102)</sup> 한국이 대체적분쟁해결 제도 및 국제 재판부를 통하여 법률 시장의 경쟁력을 갖춘다면, 국가별로 미완비된 나고야의정서의 국내법적 이행제도와 특허 절차의 충돌에 대한 분쟁 시장을 새로운 기회로 창출할 수 있다.

특히 월경성 상황의, 나고야의정서의 ABS 체계의 특허 제도와와의 연계는, 생명공학 분야의 특허 피물을 탄생시킬 수 있다. 국내 법률안 제15조는 “제3자로부터 절차 위반에 대한 정보 제공이 있는 경우” 의무 준수를 위한 절차 시행을 ‘권고’할 수 있다. 그러나 ‘권고’가 민형사법적 제재조치를 의미하지 않기 때문에, 구속력이 약하다. 따라서 월경성 상황은 ABS 제도의 미완비적 상황을 악용하여, 경쟁사를 음해하기 위하여 특허 소송이 남발될 가능성이 높다. 아직 국내 법률안의 의무 준

101) “‘가처분’이란 법정에서 다투는 본안 심리에 앞서 법원이 특허침해 피의자에게 잠정적으로 침해금지명령을 내리는 것을 말한다.” “또 ‘가처분항고’란 1심 법원에서 내린 가처분결정에 불복해 다시 2심 법원에 가처분신청을 하는 것을 말한다. 가처분항고가 특허법원으로 이관되지 않았기 때문에, 특허침해 사건이 발생할 경우 본안 소송을 제기하지 않고 가처분사건만 진행하면 현재처럼 지법과 고법에서 특허침해 사건을 다룰 수 있다.” “가처분항고 이후로 본안 소송을 미루면 굳이 특허법원까지 가지 않아도 된다.” “또 가처분항고를 진행한 뒤에 특허법원에서 본안 심리가 진행되면 소송 기간이 늘어나는 부작용도 우려된다.” ([IP노믹스] 특허법원, ‘반쪽짜리’ 관할집중, 2015.12.18., <http://www.etnews.com/20151218000376>. 전자신문, 2015.12.20. 검색).

102) “미국의 인구 10만 소도시 타일러에 소재한 텍사스주 동부법원은 수년 전부터 전 세계 특허소송 허브가 되기 위해 전문성을 키워 그 결과 이 법원이 담당하는 특허소송 건수가 비약적으로 늘었는데, 2000년 20건에 불과했던 특허소송이 2013년 기준으로 1500여 건으로 폭증하여 소송에 관여하는 외지인들이 몰려들면서 이들을 위한 숙박시설과 요식업도 호황을 이루고 다양한 인력이 몰리기 시작했으며, 타 법원에 비해 월등히 많은 건수의 특허침해소송을 담당하면서 텍사스주 동부법원 판사들은 특허침해소송 도사가 되어 여기서 내려진 판결이 세계적으로 중요한 영향을 미치고 있다.” (뉴스천지, “이상민 의원 대표발의, 대전특허법원 관할집중 법안 국회 통과, 내년 1월 1일부터 시행”, 2015.11.13, <http://www.newscj.com/news/articleView.html?idxno=317708>, 2015.12.20. 검색).

수와 관련된 경성법적 제재 조치가 드러나지 않은바, 비효율적 소송이 남발되지 않도록, 한국 법률시장의 제도를 적극 활용해야할 시기이다. 특히 월경성 상황의 분쟁을, 한국에서 ‘중재’로 해결할 수 있도록 정부의 적극적인 월경성 협력의 협정을 맺을 필요가 있다. 최근 한국의 중재법은 국제 분쟁을 유치하기 위하여 범위를 확대하였다. “개정안은 중재의 대상을 '사법(私法)상의 분쟁'에서 재산권상의 분쟁과 당사자가 화해로 해결할 수 있는 비재산권상의 분쟁으로 확대하기로 했다.”<sup>103)</sup> “이에 따라 공법(公法)상의 분쟁, 즉 독점금지법 위반 등의 불공정거래 행위를 둘러싼 분쟁이나 특허권과 같은 지적재산권의 효력에 관한 분쟁 등도 중재를 통해 해결할 수 있는 길이 열렸다.”<sup>104)</sup> 즉, 중재가 한국 법률 시장의 기회가 될 수 있다.

## V. 결 론

“특허 제도는 천재의 불꽃에 이익이라는 기름을 붓는 것이다.”

(The patent system added the fuel of interest to the fire of genius)

- Abraham Lincoln -

국민은 ‘국가’를 포기할 ‘권리’가 있는가? 대한민국 경제의 ‘성장 판’은 이미 닫혔다. 한국개발연구원의 자료에 의하면, 2015년 대한민국의 실질 경제 성장률은 약 2.6%를 예상한다.<sup>105)</sup> 2015년! 대한민국은 과연 2.6%의 성장을 하였는가? 정부는 ‘사실’을 국민에게 알리지만, ‘사실’은 이해관계자의 관점에 따라, 왜곡된 ‘해석’으로 언론에 공개된다. 즉, 2015년 2.6% 경제성장률의 ‘진실’은, ‘국민’을 제외한 정부의 부동산 정책 및 甲을 위한 소득으로 귀결된다. 정부의 저금리, 대출 규제 완화, 정부 주도형 건설 투자 증가는, 전세 대란이라는 상황과 더불어 부동산 매매를 촉진하였다. 따라서 부동산 매매 활성화와 그에 따른 ‘자산 효과’는 국내총생산(GDP)에 상당한 기여를 하였다.<sup>106)</sup> 그리고 남은 성장률은, 甲의 지위를 누리는 대

<sup>103)</sup> 연합뉴스, “중재 대상 확대, 불공정거래·특허분쟁도 중재로 해결”, 2015.10.6 기사. 2015.12.24. 검색. <http://www.yonhapnews.co.kr/bulletin/2015/10/05/0200000000AKR20151005183700001.HTML?input=1195m>.

<sup>104)</sup> 연합뉴스, “중재 대상 확대, 불공정거래·특허분쟁도 중재로 해결”, <http://www.yonhapnews.co.kr/bulletin/2015/10/05/0200000000AKR20151005183700001.HTML?input=1195m>. 2015.10.6 기사. 2015.12.24 검색.

<sup>105)</sup> 한국개발연구원, 『KDI 경제전망』, Vol.32 No.2, 2015, 9면.

기업의 몫이다. 외형은 경상수지 흑자처럼 보이나, ‘진실’은 불황형 흑자이다. 2015년 현재, 대한민국 5대 산업의 시계열적 위치는, 불황형 흑자의 시발점인 2012년에 정지되어 있다. 즉, 수출 감소폭보다 수입 감소폭이 더 크기 때문에, 경상수지가 증가한 것처럼 착시 현상을 보인다.<sup>107)</sup> 원유, 비메모리 반도체 등의 원자재 수입이 감소한다는 ‘사실’은 세계 경제가 이미 만성 공급 과잉의 상황임을 의미한다. 따라서 ‘수입’이 감소한다는 점은 향후 대한민국 ‘수출’이 감소할 수 있음을 예언한다. 그리고 더 절망적인 상황은, 무역으로 인한 달러 유입액의 증가는, 외환보유액 증가로 연계되어야 하는데, 자본수지는 적자이다.<sup>108)</sup> 결국 대기업의 소득을 외국 시장에 투자하는 만큼, 국내 민간 투자가 활성화 되지 않고 있다.

이와 같이 어두운 현실 속에서, 나고야의정서라는 변종 FTA가 탄생했다. 나고야의정서 발효 전에도, 유전자원 수입에 대한 가치는 인보이스 금액에 반영되었다. 그러나 나고야의정서 발효 이후부터는, “나고야의정서 이익 공유 형태가 원재료를 수입해올 때 플러스 알파가 붙는 형태가 있을 수도 있으나, 최종 판매에 대한 이익 중 일정 부분을 공유하는 형태가 될 수도 있다.”<sup>109)</sup> 또한 연구 개발 단계에서

106) “경기부양을 위해 DTI LTV를 50%에서 70%로 높여준 선심(?) 정책으로 가계부채가 1130조원 주택담보대출 비중이 절반인 467조원에 이르러 서민경제의 시한폭탄이 되고 있다.” “수조원의 취득세를 걷어 들이면서 부동산경기를 통한 활성화에 한시적 공헌을 한 것은 주지의 사실이다.” “내년부터 신규대출 자격을 엄격히 제한하고, 또한 기존 대출자에 대한 거치기간 연장을 불허함으로써 제기될 가계의 부채상환능력은 급격히 떨어져 채권자인 은행이 경매시장에 주택을 내놓기 시작하면, 채무 채권자 양측이 대혼란에 빠질 것이 뻔하다.” (Break New, “내년부터 주택담보대출 거치기간 연장불가, 가계과산 속출 예상”, 2015년 12월 2일 기사. [http://www.breaknews.com/sub\\_read.html?uid=413331&section=sc11](http://www.breaknews.com/sub_read.html?uid=413331&section=sc11), 2015.12.24. 검색).

107) “우리나라는 지난 2012년 2월부터 지난달까지 46개월 간 연속으로 무역수지 흑자를 이어나가고 있다.” “‘불황형 무역흑자’는 경기 불황기에 수출 감소폭보다 수입 감소폭이 더 크게 나타나면서 경상수지가 흑자를 나타낼 때 쓰이는 표현이다.” “한편 경제전문가들은 ‘불황형 흑자’를 내수경제의 위축에 따른 결과물로 판단, 이 같은 추세가 계속될 경우 무역전망이 되레 긍정적이지 않다고 해석했다.” (아시아경제, ‘풍요 속 빈곤’ 불황형 무역흑자, 흑자 늘어도 속은 고프다. 2015.12.16. 기사. <http://view.asiae.co.kr/news/view.htm?idxno=2015121517141853370>, 2015.12.24. 검색).

108) “국제금융센터에 따르면 투자은행(IB) 바클레이스는 한국의 8월 금융계정 및 자본수지 적자가 4개월 연속 확대된 것에 주목했다.” “바클레이스는 “1~8월 금융계정 및 자본수지 적자(640억달러) 중 절반 이상(330억달러)이 6~8월 사이에 발생했다”며 “대규모 경상흑자에 따른 원화절상 압력을 완화시키기 위한 정부의 해외투자 촉진방안(연 150억달러), 국민연금의 새로운 해외투자계획(연 150억~300억달러) 등의 영향으로 향후에도 자본유출 압력이 이어질 것으로 전망한다”고 밝혔다.” (매일경제, “해외투자 촉진 정책으로 원화값 하락 압력 커져”, 2015.10.16.기사. <http://news.mk.co.kr/newsRead.php?year=2015&no=986992>, 2015.12.24. 검색).

는 기술이전 및 인력 개발 등의 노하우까지 전달해야하는 상황을 초래한다. 뿐만 아니라, 사전통보승인(PIC)과 점검기관을 통해서 개발도상국의 관치 경제가 정당화될 수 있는 상황이 자명하기에, 유능한 생명공학 특허 기술이 발목을 잡힐 수 있다. 따라서 본고는 유전자원 ‘특허’가 비차별하게 성장할 수 있도록, 월경성 상황을 희망의 ‘단서’로, 상생하는 협력 방안을 제안한다.

우선 ‘동일한’ 유전자원이 복수의 국가에 존재할 경우(월경성 상황), 특허의 ‘동일성’에 대하여 판단해야 한다. 유전자원의 ‘동일성’과 특허 허여의 상관관계, 생물 다양성 협약 및 나고야의정서의 소급효 적용과 선출원 지위의 상관관계, 불법적 상황과 무권리자의 특허출원 및 특허의 상관관계에 대하여 타당성을 검토해야 한다. 다음으로, 월경성 상황의 유전자원 ‘특허’와 ‘비차별주의’의 충돌 쟁점을 분석한다. 비차별주의는 ‘내국민대우’와 ‘최혜국대우’로 구성되며, 나고야의정서의 사전통보승인(PIC)과 점검기관의 이행 준수(Compliance)와 충돌할 수 있다. 사전통보승인(PIC)과 충돌 가능한 ‘비차별주의’는 첫째, 내국인과 외국인과의 차별 금지, 둘째, 사전통보승인(PIC) 신청방법에 관한 ‘정보’ 제공, 셋째, 유전자원 이용 단계별 사전통보승인(PIC) 절차의 ‘변경’ 방법의 문제가 있다.

‘점검기관’과 비차별주의 쟁점은, 국내 점검기관이 이원화 되어 있고, ‘서면’ 요건을 요구하는 ‘허가’ 제도와, 타 법률안으로 신고를 갈음하는 경우로 분리되어 있다. 행정법상의 권리 능력을 의미하는 ‘특허’ 제도는 국가별로 상이하다. 우리나라 법률안만 보더라도 여러 법률안이 산재되어 있는 만큼 혼선이 예상된다. 최근 논란이 된 면세점 5년 특허 제도의 경우, 단기간의 허가 제도로 인하여 음성적인 관치 경제가 진행될 수 있으며, 흑자 경영에도 불구하고, 재선정 탈락으로 인한 사업 철수, 불안정한 고용 상태, 명품 브랜드의 비입점화 등이 발생할 수 있다. 따라서 월경성 상황의, 나고야의정서와 국내 법률안의 경우에도, 절차적 불편의 편차가 클수록 한국의 국내의 특허 창출은 난항을 겪게 된다. 따라서 복잡한 국내 절차상의 행정법상 특허 요건을, 표준화하여 경쟁력을 높여야 한다. 또한 나고야의정서에서 요구된 ‘국제인증서’와 국내법률안의 ‘허가’ 요건 사이의 괴리도 발생하는 만큼, 정보시스템과 서면요건을 표준화하여 연동할 필요가 있다.

정리하자면, 월경성 상황이 발생할 경우의 대응방안은, 나고야의정서의 접근(Access), 이익공유(Benefit-Sharing), 이행준수(Compliance)로 요약할 수 있다. 접근(Access) 단계에서는 PIC와 중첩 국가 별 점검기관의 연동화 시스템이 구축되어야

109) 한국지식재산연구원, 『지식재산정책』, Vol.21, 2014. 12, 12면.

한다. 한국은 이미 대다수의 국가와 FTA를 체결하였고, 나고야의정서 및 국내 법률안을 비준할 예정인 만큼, 월경성 상황을 적극적으로 활용할 필요가 있다. 중첩이 발생할 수 있는 아시아 국가의 경우, 안데스 협정과 같은 지역 협정을 맺을 수 있다. 또한 한국이 유전자원 제공국으로서의 경제 영토를 확장하기 위해서는, 세분화된 이익 공유 방안으로 유전자원 원산국과 미니 FTA 협정을 맺어, 다른 선진국보다 유전자원 획득 및 특허 출원을 선점할 수 있다.

이익 공유(Benefit-Sharing) 단계는 연구 단계부터, 계약법상 유전자원 출처 공개를 의무화 하는 방안이 구축되어야 한다. 기초 연구 단계부터, ‘출처 공개’를 투명하게 진행한다면, 월경성 상황의 국가들과 발생 가능한 분쟁을 초기에 예방할 수 있다.

마지막으로 이행 준수(Compliance) 단계는, 한국의 법률 서비스 시장을 국제화하기 위하여, 특허법원을 통한 대체적 분쟁 해결제도를 활성화해야한다. 월경성 상황은 한국이 주체가 될 수 있는 상황인 만큼, 협력 국가들과의 연대감을 통하여 새로운 분쟁 해결 제도를 도입할 필요가 있다. 정부가 새롭게 추진하는 특허법원 관할 집중과 지식재산분쟁해결 센터의 설치, 그리고 중재법의 개정안을 적극적으로 활용하여, 월경성 국가에 영업할 필요가 있다.

정부가 유전자원의 월경성 상황을 적극 활용하여, 한국 기업의 생명공학 산업 발전 및 지식재산권 창출의 ‘희망’이 되기를 희망하는 바이다.

투고일자 2016.01.20, 심사일자 2016.02.15, 게재확정일자 2016.02.17



## 참고문헌

### [국내문헌]

- 강준만, 『개천에서 용나면 안된다』, 인물과사상사, 2015
- 강준만, 『짜가지 없는 진보』, 인물과사상사, 2015
- 강준만, 『청년이여, 정당으로 쳐들어가라!』, 인문과 사상사, 2015
- 강지혜, “한국-인도 외국인 직접 투자 시, 환경분쟁조정제도의 문제점과 개선방안: 포스코 사례를 중심으로”, 『분쟁해결연구』, 제12권 제3호, 2014
- 강지혜, “한국이 체결한 FTA 지식재산권 협정의 형사절차와 구제의 시사점”, 『형사법의 신동향』, 제47호, 2015
- 국립환경연구원, 『생물다양성에 관한 협약 해설서』, 1995
- 국립생물자원관, 『알기쉬운 유전자원 접근 및 이익공유 안내서1』, 2014
- 권재열, “TRIPs 제27조 제3항(b)에 관한 소고”, 『사회과학논총』, 통권 6권, 2004
- 김기현, 박수진, “나고야의정서의 글로벌 다자 이익공유체제(GMBSM)의 해석과 적용에 관한 고찰”, 『국제법학회논총』, 통권 60권 제1호, 2015
- 김대순, 『국제법』, 삼양사, 2014
- 김정완, 김원준 공저, 『지식재산권법』, 전남대학교출판부, 2011
- 노명우, 『세상물정의 사회학: 세속을 산다는 것에 대하여』, 사계절, 2013
- 대외경제정책연구원, 『DDA TRIPs분야의 유전자원 관련 논의와 한국 대응』, 2002
- 로버트 미지크(Robert Misik), 서경홍 옮김, 『좌파들의 반항: 마르크스에서 마이클 무어에 이르는 비판적 사고』, 들녘, 2010
- 막스 베버(Max Weber), 이상률 옮김, 『직업으로서의 학문/직업으로서의 정치』, 문예출판사, 1994
- 민서정, 이관규, 김준순, “ABS 선례분석을 통한 국내 자생 생물자원의 주권적 권리 확보 방안 연구”, 『환경정책』, 제21권 제4호, 2013
- 박노형 외 27인, 『新 국제경제법』, 박영사, 2012
- 박형래, 『국제통상 분쟁 사례 이해』, 청람, 2010
- 산업통상자원부, 『함께하는 FTA』, 2015, 7월호
- 송영직, 이상정, 김병일 공저, 『지적재산법』, 세창출판사, 2014
- 유계환, “국제 지식재산권 분쟁과 준거법 결정에 관한 연구”, 『國際私法研究』, 제19권 제2호, 2013

- 이경란, 임병웅, 『특허법』, 한빛지적소유권센터, 2014
- 임호, “신규성 판단에 있어서 동일성의 범위”, 『저스티스』, 2007
- 정영진, 이재민 공저, 『글로벌시대를 위한 신 통상법 및 통상정책』, 박영사, 2012
- 최원목, “유전자원 접근 및 이익공유를 위한 나고야의정서와 국제통상법간의 충돌과 조화”, 『法學論集』, 제19권 제2호, 2014
- 특허청, 『유전자원 출처공개 특허요건화에 관한 연구』, 2006
- 한국개발연구원, 『KDI 경제전망』, Vol.32 No.2, 2015
- 한국생명공학연구원, 『연구자를 위한 나고야의정서 가이드』, 2013
- 한국지식재산연구원, 『지식재산정책』, vol.21 2014. 12
- 한국지식재산연구원, 류예리, 『중국 특허법상 유전자원 출처공개요건의 WTO TRIPs 협정 합치성 연구』, 2015
- 한국지식재산연구원, 연구교류회 종합세미나, 『유전자원의 이익 공유와 특허권의 관계』, 2015
- 한국환경정책평가 연구원, 『나고야의정서 가입 타당성 분석 및 후속 협상 대응에 관한 연구』, 2011
- 허인, 심현주, “유전자원 보호와 활동을 위한 국제적 논의와 쟁점에 관한 소고”, 『창작과 권리』, 제71호, 2013
- 환경부, 유주영 변호사, 『나고야의정서 가입 타당성 분석 및 후속협상 대응에 관한 연구』 해설서, 2011

[외국문헌]

- Kamau E.C., Fedder, B., Winter, G., "The Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and Benefit Sharing: What is New and What are the Implications for Provider and User Countries and the Scientific Community?", *Law environment and development Journal*, 6(3), 2010
- Nijar, G. S, "The Nagoya Protocol on Access and Benefit Sharing of Genetic Resources: Analysis and Implementation Options for Developing Countries.", 2011.3
- U.S. Supreme Court, *Graham v. John Deere Co.*, 383 U.S. 1, 1966

[인터넷 자료]

뉴스천지, “이상민 의원 대표발의, 대전특허법원 관할집중 법안 국회 통과”, 2015.11.13,

<http://www.newscj.com/news/articleView.html?idxno=317708>, 2015.12.20 검색

매일경제, ““해외투자 촉진 정책으로 원화값 하락 압력 커져”, 2015.10.16 기사

<http://news.mk.co.kr/newsRead.php?year=2015&no=986992>, 2015.12.24 검색

백성호, 「교황 “정치인들, 걸만 반질반질 속은 썩고 있는 시체”」, 「중앙일보」, 2014년 8월 13일 기사

아시아경제, ““풍요 속 빈곤’ 불황형 무역흑자, 흑자 늘어도 속은 고프다.” 2015.12.16 기사

<http://view.asiae.co.kr/news/view.htm?idxno=2015121517141853370>, 2015.12.24 검색

연합뉴스, “중재 대상 확대, 불공정거래·특허분쟁도 중재로 해결”, 2015.10.6 기사. 2015.12.24 검색

<http://www.yonhapnews.co.kr/bulletin/2015/10/05/0200000000AKR20151005183700001.HTML?input=1195m>

이투데이, “특허분쟁 소송 아닌 중재로”, 2015.11.17 기사

<http://www.etoday.co.kr/news/section/newsview.php?idxno=1236529>, 2015.12.17 검색

전자신문, “특허법원 대전으로 집중 관할, 특허허브 국가 도약 기반 마련”, 2015.11.15. <http://www.etnews.com/20151115000076>, 2015.12.20 검색

전자신문, “[IP노믹스] 특허법원, ‘반쪽짜리’ 관할집중”, 2015.12.18 기사

<http://www.etnews.com/20151218000376>, 2015.12.20 검색

한겨레신문, “당신 80년대에 뭐했어?”, 2015.7.31기사,

[http://www.hani.co.kr/arti/politics/politics\\_general/702694.html](http://www.hani.co.kr/arti/politics/politics_general/702694.html), 2015.12.24 검색

환경부, “조사 확인된 국내 생물종 현황”, <http://m.me.go.kr/>, 2015.12.16 검색

Break New, “내년부터 주택담보대출 거치기간 연장불가, 가계파산 속출 예상”, 2015.12.2기사

[http://www.breaknews.com/sub\\_read.html?uid=413331&section=sc11](http://www.breaknews.com/sub_read.html?uid=413331&section=sc11), 2015.12.24 검색

Nagoya Protocol on Access and Benefit Sharing - Technical Brief

[http://www.ethicalbiotrade.org/new/wp-content/uploads/UEBT\\_ABS\\_Nagoya\\_protocol\\_TB.pdf](http://www.ethicalbiotrade.org/new/wp-content/uploads/UEBT_ABS_Nagoya_protocol_TB.pdf)

<Abstract>

**A study on Genetic Resources Patent and WTO TRIPs Non-discrimination principle; Focusing on the Nagoya Protocol Article 11 Section 1 Transboundary Cooperation.**

Kang, Ji-Hye\*

The purpose of this article is to examine the links between the patent of genetic resources and WTO TRIPs non-discrimination principle in transboundary cooperation. This analysis looks at the transboundary cooperation of the Nagoya protocol article 11 sec. 1 which states that "In instances where the same genetic resources are found in situ within the territory of more than one party, those parties shall endeavour to cooperate, as appropriate, with the involvement of indigenous and local communities concerned, where applicable, with a view to implementing this protocol." Unfortunately, this protocol leaves unanswered the question of how could we cooperate in the transboundary situation.

This paper proposes a theoretical framework that analyzes the transboundary situation and its relation to the non-discrimination principle of WTO TRIPs. First, it analyzes the transboundary situation of genetic resources patent by examining the correlation between the same genetic resources and the patent application. Then the first-to-file system is applied while checking the retroactive effect of CBD and nagoya protocol and finally considers the patent application of unentitled persons in illegal situations. This comprises the first main feature of Transboundary situation of genetic resources patent with direct relevance to the Non-discrimination principle of WTO TRIPs. Non-discrimination principle is composed of National treatment and Most favored nation principles.

Secondly, this paper considers the Prior Informed Consent(PIC) and Designation of checkpoints related with the Non-discrimination principle. In the case of the PIC, great attention has been given to the question of discrimination between

---

\* Ph.D Candidate, Graduate School of International Studies at Dong-A University.

domestic and foreign users. In addition, measures should be taken to avoid discrimination of the application method of PIC. Next this paper notes the importance of checkpoints designation. Regretfully, research on "checkpoints designation" of domestic law related with nagoya protocol is still in its early stages.

Thirdly, this article suggests the transboundary cooperation between Nagoya protocol and WTO TRIPs. First, the PIC and 'checkpoints designation' should be linked with nations in the transboundary situation. Second, when applying R&D steps there is need to meet the disclosure requirement of genetic resources and lastly is the invigoration of the legal service of Intellectual property dispute settlement center in the patent court when implementing compliance steps.

This paper hopes to serve as a platform for the discussion of transboundary cooperation of genetic resources' patent.

Key words: Genetic Resources, WTO TRIPs, Nagoya protocol, Non-discrimination principle, Transboundary Cooperation.
---