

成均館法學

第34卷 第1號

研究論文

- 영국 회사법상 이사의 충실의무 위반에 대한 구제수단

송지민 1
- 국제법상 인류공동유산의 법적 의미

서진웅 35
- WTO SPS협정상 ‘지역개념 인정절차’와
‘수입승인절차’와의 관계

김현정
이길원 67
- 대학 및 창업기업의 종업원으로서 이중적 지위를 갖는
교원이 창출한 개량발명에 대한 권리 귀속 명확화를
위한 지침에 관한 연구

황성필 101
- 공동발명자 사이에 (객관적 기여 외에) 주관적
의사소통이 반드시 필요한지 여부에 관한 연구

文麗花
정차호 133

成均館法學

第 34 卷 第 1 號



成均館大學校 法學研究院

2022. 3.

발 간 사

성균관법학 제34권 제1호가 발간됩니다. 이번 호에는 5편의 논문만이 게재됩니다. 그 5편 논문의 저자님들에게 깊은 존경의 마음을 올립니다. 옥고를 투고하여 주셨으나 심사를 통과하지 못하신 저자님들에게는 애석한 마음을 보냅니다. 어려운 환경에도 묵묵히 연구활동을 이어가는 저자님들이 우리 법학계의 주인공입니다. 법학계의 주인공은 법학자이고, 법학자는 논문으로 말하고 논문으로 평가받는 것입니다.

성균관법학은 2021년부터 (정년기념호 등 특별한 경우를 제외하고는) 종이없는(paperless) 발간을 시작하였습니다. 탄소중립의 시대를 지향하는 결정이었습니다. 그러므로, 저자들에게 종이 별쇄본이 제공되지 않습니다. 그러나, 종이 별쇄본에 상응하는 별쇄본 전자파일을 성균관대학교 법학연구원 홈페이지에 올려두었으니, 종이 별쇄본이 필요한 저자분들은 그 전자파일을 활용하여 종이 별쇄본을 인쇄, 활용하여 주시기 바랍니다. 앞으로는 각 학교들이 실적 확인을 위해 종이 별쇄본을 요구하는 관행이 변경되기를 기대합니다. 참고로, 성균관대학교는 RISS 등의 신뢰할 수 있는 사이트에서 논문의 존재를 확인할 수 있는 논문에 대하여는 실적증명을 위해 별도의 종이 별쇄본을 제출할 것을 2020년부터 요구하지 않아 왔습니다. 전 세계적 탄소중립 운동에 호응하는 행동이라고 생각합니다.

성균관대학교 법학연구원은 성균관법학에 게재된 모든 우수한 논문 중 조금 더 우수한 논문에 대해 송암학술상을 시상합니다. 작년에도 6분의 저자들이 수상하였습니다. 올해에도 좋은 논문의 투고를 학수고대하겠습니다.

감사합니다.

2022. 4. 6.
법학연구원장
정 차 호

目次

[研究論文]

- | | | |
|---|------------|-----|
| • 영국 회사법상 이사의 충실의무 위반에 대한 구제수단 | 송지민 | 1 |
| • 국제법상 인류공동유산의 법적 의미 | 서진웅 | 35 |
| • WTO SPS협정상 ‘지역개념 인정절차’와 ‘수입승인절차’와의 관계 | 김현정
이길원 | 67 |
| • 대학 및 창업기업의 종업원으로서 이중적 지위를 갖는 교원이 창출한 개량발명에 대한 권리 귀속 명확화를 위한 지침에 관한 연구 | 황성필 | 101 |
| • 공동발명자 사이에 (객관적 기여 외에) 주관적 의사소통이 반드시 필요한지 여부에 관한 연구 | 文麗花
정차호 | 133 |

CONTENT

Articles

- | | | |
|---|--------------------------------|-----|
| • Justifying Disgorgement of Profits in Director's Breach of Duty of Loyalty – The Lesson from England and Wales– | Jeemin Song | 1 |
| • The Legal Meaning of the Common Heritage of Mankind in International Law | SEO Jinwoong | 35 |
| • The Relationship between the 'Regionalization Procedure' and the 'Import Approval Procedure' under the WTO SPS Agreement | Kim, Hyun Jung
Lee, Kil Won | 67 |
| • Study on Guideline for Clarification of Ownership for Subsequent (Improvement) Invention after Establishment of Spin-off by Dual-employed Faculty | Sung Pill HWANG | 101 |
| • A Study on Whether (Other than Objective Dedication) Subjective Communication Among Joint Inventors is Necessary | Li Hua WEN
Chaho JUNG | 133 |

영국 회사법상 이사의 충실의무 위반에 대한 구제수단*

송지민**

【목 차】

I. 들어가며

II. 신인관계 및 신인의무

1. 신인관계의 요건 및 범위
2. 신인의무와 이득토출책임

III. 영국 회사법상 충실의무 및 의무 위반에 대한 구제수단

1. 이사의 충실의무
2. 충실의무 위반의 구제수단
3. 이사의 충실의무 위반 판례

IV. 우리 상법상 이사의 충실의무 및 의무위반에 대한 구제수단

1. 충실의무 및 현행 구제수단
2. 충실의무 위반 시 이득토출책임 제안

V. 마치며

【국 문 요 약】

본 논문은 영국 회사법상 이사의 충실의무 위반에 대하여 이득토출책임을 적용하는 법리를 살펴본 후, 우리 회사법상 이사의 충실의무 위반 시 이득토출책임 적용의 필요성을 검토하였다. 이득토출책임은 일부 위법행위에 대하여 위법행위자가 취득한 이득을 토출하는

* 본 논문은 필자의 박사학위 논문인 송지민, “수탁자의 이득토출책임에 관한 연구”, 박사학위 논문, 서울대학교 법과대학원(2021), 제5장 제4절을 기초로 하여 대폭 수정·보완한 것입니다. 또한 이 논문은 소속기관의 공식적 견해와 무관한 필자의 학술적 견해를 밝힙니다. 논문 심사과정에서 유익한 의견을 제시해주신 익명의 심사위원님들께 감사드립니다.

** 서울대학교 법학연구소, 객원연구원, 국회입법조사처, 입법조사관, 법학박사(상법), 영국 변호사(England and Wales), 미국변호사(D.C.).

책임이다. 영국의 신인의무 법리는 신인의무자에게 엄격한 충실의무를 부과하여 충실의무의 예방적, 억제적 역할을 이행하도록 하고, 그 의무위반 시 이득을 토출하는 엄격한 구제수단을 적용한다. 영국 법상 수탁자와 이사는 대표적인 지위에 기한 신인의무자(status-based fiduciary)에 해당하며 이사는 회사재산에 대한 통제 권한과 재량을 갖고, 권한과 재량의 남용가능성, 특히 경제적인 남용가능성이 높다는 측면에서 수탁자에 가장 근접한 신인의무자로 파악한다.

본 논문은 이사가 충실의무 위반 시 손해배상책임을 부담할 뿐 아니라, 충실의무의 고유한 구제수단인 이득토출책임을 부담하여야 하는 것도 충실의무가 선관주의의무와 구별되는 독자적인 의무로 볼 실익이라고 생각한다. 안타깝게도 현행 상법상 이사의 충실의무는 선언적인 규정에 그치고 있으며, 자기거래, 경쟁금지 및 회사기회유용금지 등의 개별 조문만이 활용되고 있다. 또한 개별 조문 위반 시, 개입권, 이익을 손실로 추정하는 방식 등 각기 다른 구제수단을 적용한다. 본 논문은 우리 상법이 개별 조문에 상이한 구제수단을 적용한 것은 신탁법상 이득토출책임을 도입하기 이전에는 그 개념이 생소하였기 때문이라고 판단하였다. 하지만 이사의 충실의무 위반행위는 조문에서 나열한 행위 외에도 다종다기하게 존재할 수 있으며, 현행법상 충실의무의 개별 조문 위반 시, 구제수단간 차이가 존재할 이유가 없다. 따라서 본 논문은 충실의무 위반의 억제, 예방 기능을 달성하기 위하여 일반적인 충실의무와 충실의무의 구체적인 조문에 동일하게 이득토출책임을 적용할 것을 제안한다.

I. 들어가며

본 논문은 2011년 신탁법 전면개정 시 제43조 제3항에서 수탁자가 충실의무를 위반한 경우, 이득토출책임(disgorgement of profits)¹⁾을 부과하는 규정을 도입한 것을 기초로 하여 그 구제수단의 확장 가능성을 살펴본다. 우리 신탁법에서 도입한 이득토출책임은 영국 신탁법상 구제수단에 대한 연구로부터 비롯되었다.²⁾ 또한 영국 회사법상 이사의 충실의무는 수탁자의 충실의무를 연원으로 하며 이사는 수탁자와 함께 대표적인 ‘지위에 기인한 신인의무자(status-based fiduciary)’에 해당하고 이사의 충실의무 위반에도 이득토출책임을 적용한다. 본 논문은 이사의 역할이 수탁자의 역할과 유사함을 들어, 우리 회사법상 이사의 충실의무 위반에도 이득토출책임을 적용 필요성을 검토하고자 한다.

또한 우리 회사법상 이사의 충실의무가 선관주의의무와 구별되는 독자적인 의무인지에 대하여 아직 합의가 이루어졌다고 보기는 어렵다. 본 논문은 이사가 충실의무를 위반한 경우에는 이사에게 손해배상책임뿐 아니라, 고유한 구제수단인 이득토출책임을 부과할 수 있는 것도 충실의무를 주의의무와 구분하여 독자적인 의무로 보아야 할 실익으로 보았다.

이하 논문의 구성은 다음과 같다. 영국법상 신인관계, 신인의무 및 이득토출책임에 대하여 개관하고(II), 영국 회사법상 이사의 충실의무 및 충실의무 위반 시 적용할 수 있는 구제수단을 살펴본 후(III), 우리 회사법상 충실의무 및 충실의무 위반 시 구제수단을 살펴보고(IV), 마지막으로 이사의 충실의무 위반에 대하여 이득토출책임을 적용하자는 주장으로 마무리(V)하고자 한다.

1) 제43조 제3항의 조문은 ‘이득반환책임’이라는 용어를 사용하지만, 본 논문은 부당이득반환과 제43조 제3항의 구제수단은 성격, 요건 및 책임의 범위 등이 상이하기에 이 둘을 구분하기 위하여 이득토출책임이라는 용어를 사용하였다. 부당이득반환책임과 이득토출책임의 관계에 대한 논의는 송지민, “수탁자의 이득토출책임에 관한 연구-영미법상 논의 및 그 시사점을 중심으로-”, 박사학위논문, 서울대학교 법과대학원(2021), 48-62면.

2) 법무부, 신탁법 개정 특별분과위원회 회의록 I(2020. 3), 776면(이연갑 의견).

II. 신인관계 및 신인의무

1. 신인관계의 요건 및 범위

가. 신인관계의 요건

영미법상 수탁자는 가장 전형적인 신인의무자(fiduciary)에 해당하지만, 수탁자 외에도 이사 등 다양한 유형의 신인의무자가 존재한다. 신인의무자의 정의는 학자마다 상이하여 일반화하여 규정하기 어렵지만³⁾ 아래에서 대표적인 학자들의 견해를 살펴보겠다.

신인관계(fiduciary relationship)⁴⁾에 대한 영국의 대표적인 판례에 해당하는 *Bristol and West Building Society v. Mothewe*⁵⁾에서 밀렛(Millet) 판사는 “신인의무자는 한 당사자가 다른 당사자를 위하여 혹은 다른 당사자를 대신하여 행위하기로 약정한 자이고, 그 과정에서 신뢰와 신임의 관계가 형성되는 관계가 신인관계이다”라고 설시하였다.⁶⁾ 또한 타마르 프랑켈(Tamar Frankel) 교수는 신인관계의 주요한 특징을 ‘역할의 대체와 권한의 위임’으로 보았다. 이는 초기의 신인관계에 대한 정의로, 이들에 따르면 신인의무자의 범위가 지나치게 확장될 수 있다.⁷⁾ 따라서 이후의 학자들은 신인관계를 구체화하기 위하여 다양한 견해를 펼쳤다.

앤드류 터크(Andrew Tuch) 교수는 폴 핀(Paul Finn) 대법관의 “신인관계를 일방 당사자가 타방의 이익을 위하여 행위할 것을 타방이 합리적으로 기대할 수 있는 관계”⁸⁾라는 판시를 인용하며 신인의무자에 대한

3) 신인의무의 개념이 카멜레온 같다고 표현하는 문헌으로는 Stafford, Andrew & Stuart Richie, *Fiduciary Duties: Directors and Employees*, Lexis Nexis, (2nd ed., 2015), p.6.

4) 국내 선행연구들은 fiduciary relationship을 신인관계, 신임관계, 신뢰관계 등 다양하게 번역하나 본 논문은 신인관계로 번역하였다. 또한 fiduciary는 신인의무자, 수임자 등의 용어를 사용하나, 본 논문은 신인의무자로 번역하였다.

5) [1998] Ch. 1. CA 18.

6) 최근 판례에서 신인의무자를 정의한 판례로는 *Lehtimäki v. Cooper* [2020] UKSC 33, pp.44-46 (Lady Arden), *Al Nehaya v. Kent* [2018] EWHC 333, p.159 (Leggatt L.J.); *Worthington, Sarah, Fiduciaries Then and Now*, 80 Cambridge L. J. 154 (2021), p.166.

7) Frankel, Tamar, *Fiduciary Law*, 71 Cal. L. Rev. 795 (1983), pp.808-809.

8) 김정연, “자본시장에서의 이익충돌에 관한 연구”, 박사학위논문, 서울대학교 법학전문대학원

‘신뢰와 신임의 관계’를 강조한다.⁹⁾ 반면 폴 밀러(Paul Miller) 교수는 “신인의무자에게 권한을 위임하고, 그 위임의 과정에서 이타적인 목적으로 ‘재량과 권한’을 행사하여야 할 때 신인관계가 발생한다”¹⁰⁾라는 ‘신인의무자 권한 이론(Fiduciary Power Theory)’을 주장한다. 폴 밀러 교수가 권한의 위임을 핵심 요인으로 파악한 이유는 일방이 상대방을 신임, 신뢰하고 일방이 상대방에 비하여 취약한 입장에 처해 있더라도, 상대방의 이익 혹은 이해관계를 좌지우지할 수 있는 ‘권한과 재량’을 부여받지 않았다면 그 관계를 신인관계로 볼 수 없다고 파악하였기 때문이다. 그 외 다른 의견으로 고든 스미스(Gordon Smith) 교수의 ‘중요자원 이론(Critical Resource Theory)’이 있다. 고든 스미스 교수는 폴 밀러 교수와 유사하게 ‘재량과 권한’을 중시하지만, 권한과 재량을 행사할 수 있는 ‘목적물’이 무엇인지에 초점을 둔다. 따라서 고든 스미스 교수는 ‘중요자원’을 위임하여 재량과 권한을 행사할 수 있는 경우¹¹⁾에 신인관계가 발생한다고 파악하였다. 즉 한 당사자가 다른 당사자에게 중요자원을 위임하면 그 자원을 남용할 기회주의 위험이 발생하기에 그 관계를 신인관계로 규제해야 한다는 것이다.

앞서 소개한 학자들은 신인관계의 징표 중 일정 부분을 강조하여 설명하고 신인관계의 특성을 이해하는 데에는 도움이 되지만, 어느 하나가 신인관계의 정의에 해당한다고 보기는 어렵다. 따라서 견해를 종합하여, 신뢰와 신임이 존재하고, 일방 당사자가 위임 등을 통해서 타방 당사자의 역할을 대체하고, 그 과정에서 중요자원에 대한 폭넓은 권한과 재량을 부여받기 때문에 권한의 남용 가능성이 발생하며 타방 당사자의 취약성 및 보호의 필요성과 같은 다양한 요건들을 만족하여야 신인관계가 성

(2016), 47면, 50면에서 재인용, Finn, Paul, *Fiduciary Obligation*, OUP (1977) {어떤 사람은 그가 신인의무자이기 때문에 신인의무를 부담하는 것이 아니라, 그가 신인의무를 부담하기 때문에 신인의무자가 되는 것이다}.

9) Tuch, Andrew, *Investment Banks as Fiduciaries: Implications for Conflicts of Interest*, 29 Melbourne Univ. L. Rev. 478 (2005), pp.504-505.

10) Miller, Paul, *Justifying Fiduciary Remedies*, 63 Univ. of Toronto L. J. 570 (2013), pp.603-612; Miller, Paul, *Fiduciary Relationship*, *Philosophical Foundations of Fiduciary Law*, OUP (Gold, Andrew & Paul Miller ed., 2014).

11) Smith, Gordon, *The Critical Resource Theory*, 55 Vanderbilt L. Rev. 1399 (2002).

립된다고 보는 것이 타당하다. 본 논문 역시 위의 요건들을 모두 충족하여야 신인관계가 성립된다고 보며 신인의무자 중에서도 그 요건을 충족하는 정도에 따라 그 의무와 책임의 강약이 조정되어야 한다고 생각한다.

나. 신인관계의 범위

앞서 언급한 신인관계의 요건을 충족할 수 있는 신인의무자의 범위를 생각해 보면, 자신의 이익추구를 목적으로 하는 독립적인 계약관계의 당사자부터 신인관계의 표상인 수탁자까지 다양하다. 문제는 어디까지를 신인의무자로 간주할 것이며 신인의무자 중에서 누구에게 충실의무를 부과하며, 의무위반 시 구제수단으로 이득토출책임을 부담하도록 할 것인가이다.

일반적으로 영국에서는 이사와 수탁자 등을 지위에 의한 신인의무자(status-based fiduciary)로 파악하고, 그 외의 자 중에서 특별한 사실관계에 비추어 요건을 만족하는 경우에 신인의무자(fact-based fiduciary)로 간주한다. 또한 모든 신인의무자에게 동일한 의무를 부담하는 것은 아니며 신인의무자에 해당하더라도 신인의무자의 원형(prototype)에 해당하는 수탁자와 얼마나 유사한지에 따라 그 의무와 구제수단을 결정한다. 본 논문은 신인의무자가 ‘중요자원’에 대한 광범위한 ‘권한과 재량’을 보유하며 그 권한과 재량의 남용가능성, 특히 ‘경제적인 남용가능성’이 있는 경우를 협의의 신인의무자로 파악하고, 협의의 신인의무자가 충실의무를 위반한 경우에는 이득토출책임을 부과하여야 한다고 보았다.¹²⁾

수탁자는 신탁재산에 대한 법적 소유권자인 반면, 회사의 재산에 대한 법적 소유권자는 이사가 아니라 별도의 법인격을 가진 회사이다. 하지만 궁극적으로 회사의 중요자원의 처분 및 양도 시 이사회가 그 의사결정을 담당하고 이사는 회사와 관련된 중요한 정보 등을 취득할 수 있는 지위

12) 뒤에서 충실의무가 신인의무의 요체라고 설명하는데, 충실의무의 적용을 받는 신인의무자 중 일부는 이익충돌금지와 이익향수금지를 적용받지 않는다는 말은 일견 모순적인 문장처럼 들린다. 이는 수탁자를 표상으로 하여 신인의무가 발전하였고, 수탁자에게 적용하는 신인의무는 이익충돌금지, 이익향수금지를 충실의무의 두 축으로 하지만, 해당 법리를 확장하는 과정에서 신인의무자에 따라 의무 및 구제수단의 수준이 달라졌다고 이해할 수 있다.

에 있기에¹³⁾ 이사는 회사의 중요자원에 대한 권한과 재량에 따른 경제적 남용가능성이 크다고 하겠다. 따라서 본 논문은 지위에 기한 신인의 무자 중에 이사를 수탁자에 가장 근접한 신인의무자로 판단하였다.

2. 신인의무와 이득토출책임

가. 주의의무와 충실의무

영국 신탁법상 수탁자는 주의의무(duty of care)와 충실의무(duty of loyalty)를 부담하지만, 주의의무는 수탁자만 혹은 신인의무자만 부담하는 고유한 의무는 아니다. 불법행위법(tort)에 따라 모든 개인은 타인에게 주의의무를 부담하며, 전문가 집단의 경우에는 주의의 정도 및 판단 기준만이 조정될 뿐이다.¹⁴⁾ 반면 충실의무는 신인의무자만이 부담하는 의무이며, 따라서 영국에서는 충실의무를 신인의무의 요체로 본다. 충실의무는 수탁자가 전적으로 수익자만을 위하여 행위하는 것을 원칙으로 한다. 즉, 수탁자가 업무를 이행할 때 주의를 기울여서 임무를 다하는 것이 수탁자의 주의의무라면, 충실의무는 수탁자의 임무를 수행하기 위해서 충족하여야 하는 보조적(subsidiary)이며, 예방적인(prophylactic) 의무에 해당한다.¹⁵⁾ 또한 충실의무는 수탁자가 임무를 제대로 이행하기 위해 기본적으로 자신의 이익을 위한 행위를 억지(deterrence)하는 의무이기도 하다.¹⁶⁾

13) Sealy, Len, *The Director as Trustee*, 25 Cambridge L. J. 83 (1967), pp.86-87.

14) 영국의 형평법상 주의의무와 보통법상 주의의무는 *Donoghue v. Stevenson* [1932] AC 562 판결을 통해 수립하는 경향을 보이는 데, 해당 판례는 모든 개인은 자신의 주변인에게 주의의무를 부담한다고 판시하였다. 이 판결을 통해 신인의무자의 주의의무를 포함하는 형평법상 주의의무와 보통법상 주의의무를 구분하는 것이 무의미하다는 사고에 이르게 되었고, 그 결과 주의의무는 신인의무자의 고유한 의무인 신인의무에 포함되지 않는다고 해석하게 되었다. 보통법상 주의의무는 *Donoghue v. Stevenson* 판례 이후에 점차 확장되어 전문가 집단(의사, 감정인, 변호사 및 회계사 등)에 대하여도 그 집단의 수준에 조정하여 주의의무를 부과한다. Deakin, Simon, et al., *Markesinis and Deakin's Tort Law*, Clarendon Press (6th ed., 2007), p.24, p.215.

15) 보조적 의무라는 주장은 Conaglen, Matthew, *The Nature and Function of Fiduciary Loyalty*, 121 L. Q. Rev. 452 (2005), p.453; Smith, Lionel, *Deterrence, Prophylaxis and Punishment in Fiduciary Obligation*, 7 J. of Equity 87 (2013).

16) 억지, 예방은 충실의무의 목적인 동시에 이득토출책임의 목적이다. 충실의무의 목적에 대

영국법상 충실의무라는 용어가 굳어져서 사용되지만, 충실(loyalty)¹⁷⁾이라는 용어는 그 의미가 모호한 측면이 있다. 따라서 학자들은 충실의무의 ‘충실’이 도덕적인 충실(moral loyalty)을 의미하는 것인지, 철학적 개념인지 등의 논의를 거친 후¹⁸⁾ 학자들은 그 용어가 의무의 성격을 제대로 설명하지 못한다고 판단하였다. 따라서 이제 영국법상 충실의무는 이익충돌금지원칙(No-conflict rule)과 이익향수금지원칙(No-profit rule)의 두 축으로 파악하는 것이 일반적이다.¹⁹⁾ 이익충돌금지원칙은 신인의무자가 자신의 이익과 본인의 이익이 충돌하는 상황에 들어가서는 안 된다는 원칙이고, 이익향수금지원칙은 신인의무자의 지위로 인하여 혹은 신인의무자의 지위 내에서 사전에 승인받지 않은 이익을 얻는 것을 금지하는 원칙이다.

나. 신인의무와 이득토출책임

앞서 소개한 Bristol and West Building Society v. Mothew 판례에서 밀렛(Millet) 판사는 “신인의무는 신인의무자에게만 부과되는 독특한 의무로, 이 의무의 위반은 다른 의무의 위반과는 다른 법적결과를 야기하는 의무²⁰⁾”라고 하였다. 신인의무자에게만 부과되는 독특한 의무는 충

한 자세한 논의는 송지민, 앞의 논문, 29-30면.

17) 영미법의 duty of loyalty를 우리 회사법상 충실의무와 구별하기 위하여 충성의무라고 표현하는 국내문헌도 있다. 김정연, 앞의 논문, 54면 이하; 김건식 외, 회사법, 제5판, 박영사(2021), 435면.

18) Miller, Paul, *Dimensions of fiduciary loyalty*, Research Handbook on Fiduciary Law, Edward Elgar Publishing (Gordon, Smith & Andrew Gold ed., 2018), pp.180-197; Harding, Paul, *Disgorgement of Profit and Fiduciary Loyalty*, Equitable compensation and Disgorgement of Profit, Bloomsbury (Degeling, Simone & Jason Varuhas ed., 2017), pp.20-27{loyalty를 편파(partiality), 충실(fidelity) 개념과 관련지어 살펴봄}; Samet, Irit, *Fiduciary Loyalty as Kantian Virtue* (Gold, Andrew & Paul Miller ed., op. cit.), pp.125-137.

19) 이는 판례를 통해 존재하던 원칙을 영국 법개정위원회(Law Commission)에서 이익충돌금지원칙과 이익향수금지원칙으로 구분하면서 그 개념이 더 확고해졌다. Law Commission Co. No.125 Fiduciary Duties and Regulatory Rules, 1992. 이익향수금지원칙과 이익충돌금지원칙의 관계에 대한 논의는 송지민, 앞의 논문, 13-15면.

20) [1998] Ch. 1. CA, at 16; Conaglen, Matthew, *supra* note 15, p.455(밑줄은 필자). 판결문의 원문은 다음과 같다. The expression "fiduciary duty" is properly confined to those duties which are peculiar to fiduciaries and the breach of which attracts legal consequences differing from those consequent upon to the breach of other duties.

실의무를 의미하고, 다른 법적결과는 충실의무 위반 시 이득토출책임을 부과함을 의미한다. 앞서 설명한 바와 같이 충실의무는 신인의무자가 자신의 이익과 본인의 이익이 충돌하는 상황에 들어가서는 안되고 신인의무자 지위로 인해 이익을 취득하는 것을 금지하는 것을 두 축으로 한다. 만약 충실의무 위반에 대한 구제수단으로 손해배상책임만을 인정하면, 신인의무자가 충실의무 위반으로 이익을 취득하였으나 손해가 발생하지 않는 경우, 수탁자의 충실의무 위반을 허용하는 셈이 된다. 이러한 논리에 의해 이익을 토출하게 하는 구제수단이 등장한 것이다. 즉, 이득토출책임의 목적은 수탁자의 충실의무 위반으로 인한 손해를 보전하기 위한 것이 아니라 충실의무의 억지 및 예방의 목적을 달성하기 위함이다.

앞서 언급한 바와 같이 영국법상 이사는 협의의 신인의무자에 해당하고 엄격한 충실의무를 부과하는 동시에, 충실의무를 위반하면 이득토출책임을 부담한다.²¹⁾ 다음 장에서 영국 회사법상 이사의 충실의무를 어떻게 규정하며 위반 시 어떠한 구제수단을 적용하는지 살펴보겠다.

III. 영국 회사법상 충실의무 및 의무위반에 대한 구제수단

1. 이사의 충실의무

영국 신탁법을 전형으로 하여 발전한 신인의무 법리 및 판례를 살펴보면, 수탁자뿐 아니라 이사에 대한 판례 등이 혼재되어 있어서 수탁자에게 적용되는 법리가 이사에게 동일하게 적용되는 것처럼 보이기도 한다.²²⁾ 아래에서는 2006년 회사법(Companies Act 2006)의 조문과 논의를 통해 회사법상 충실의무 규정 및 구제수단을 검토하겠다.²³⁾

21) 영국법에서는 개별 사실관계에 따라 이사, 수탁자 외의 신인의무자에게도 이득토출책임을 부과하지만, 본 논문은 우선 이사로 확장 범위를 제한한다.

22) 실리(Sealy) 교수는 회사 등장 초기의 이사는 전적으로 수탁자의 역할을 하였고 이사를 수탁자로 간주하는 견해가 일반적이었다고 설명한다. 하지만 실리 교수는 이사가 신인의무자의 범주에 포함되지만, 이사를 회사의 대리인 혹은 회사 재산에 대한 수탁자 역할을 한다는 표현은 엄격하게 따지면 올바른 표현이 아니라고 지적한다. Sealy, Len, op. cit.; Davies, Paul & Sarah Worthington, Gower & Davies, Principles of Modern Company Law, Sweet & Maxwell (9th ed., 2012), p.525; Re City Equitable Fire Insurance Co.[1925] Ch. 407, p.426. Romer J 견해.

23) 2006년 회사법 제정 이후에도 기존 판례법은 계속 적용되지만, 제정법이 판례법보다 그 요건이나 기준을 파악하기 용이하기에 논의의 시작점을 2006년 회사법으로 하였다. 초기의

가. 회사법상 이익충돌금지 및 이익향수금지

영국 2006년 회사법 제171조 내지 제177조는 이사의 의무에 대한 규정으로 이 중 제171조 내지 제174조²⁴⁾는 주의의무 및 신의성실의무 등²⁵⁾에 해당한다. 2006년 회사법은 원칙적인 충실의무는 규정하지 않고 대신 제175조에 이익충돌금지 의무를, 제176조에 제3자로부터의 이익향수금지 의무를 규정한다. 아래에서 각각을 살펴보겠다.

1) 이익충돌금지 의무(Duty to avoid conflicts of interest)

제175조 제1항은 회사의 이사는 회사의 이익(interest)과 충돌하거나 충돌할 가능성이 있는 직·간접 이익(interest)을 얻거나 또는 얻을 수 있는 상황을 회피하여야 한다. 제2항은 이 조항은 특히 재산, 정보 및 기회의 유용에 적용된다. (회사가 해당 재산, 정보, 또는 기회를 이용할 수 있는지 여부와 무관하다). 제3항은 이러한 의무는 회사와의 거래 또는 약정과 관련하여 발생하는 이해충돌에는 적용하지 않는다. 제4항은 다음의 경우는 의무를 위반한 것으로 보지 않는다. (a) 합리적으로 이익 취득이 이익충돌을 발생시킬 것이라고 판단되지 않는 경우 또는 (b) 해당 사안에 대하여 이사들이 승인한 경우.²⁶⁾

위의 조문을 간단히 정리하면, 아래의 <표 1>과 같이 나타낼 수 있다.

판례법은 III. 3에서 별도로 살펴본다. 2006년 회사법 제정에 대한 문헌은 Mortimore, Simon, ed., *Company Directors: Duties, Liabilities and Remedies*, OUP (3rd ed., 2017), p.27.

- 24) 제 171조는 권한 내에서 행위 할 의무(duty to act within powers), 제172조는 회사의 성공을 촉진할 의무(duty to promote the success of the company), 제173조는 독립적인 판단을 행사할 의무(duty to exercise independent judgment), 제174조는 합리적인 주의, 숙련 및 근면을 행사할 의무(duty to exercise reasonable care, skill and diligence)이다.
- 25) 영국의 논의에 따르면 주의의무 등은 신인의무가 아니라 신인의무자가 부담하는 의무에 해당한다. Conaglen, Matthew, *supra* note 15, pp.457-458.
- 26) 이하 조항은 다음과 같다. 제5항 이사회 승인은 (a) 폐쇄회사의 경우에는 회사 정관에서 승인을 무효화하지 않고 해당 사안을 이사들이 제안하고 승인한 경우. (b) 공개회사의 경우에는 정관에 의한 승인이 가능하다는 조항을 내포하고, 정관에 따라 이사들이 제안하고 승인한 경우. 제6항 해당 승인은 다음의 경우에만 효력이 있다. (a) 이해관계 있는 이사를 포함하지 않은 상태에서 해당 이사회 정족수를 충족한 경우 및 (b) 해당 이사들이 의결권을 행사하지 않고도 합의 가능하거나 해당 이사의 의결권을 포함하지 않고 계산하여도 합의 가능한 경우. 제7항 이 조항의 이익충돌에는 이익과 의무의 충돌, 그리고 의무들의 충돌을 포함한다.

여기서 주목할 점은 제2항에서 이익충돌 상황에 회사의 기회유용금지를 포함하지만²⁷⁾ 제3항에서 자기거래를 제외한다는 것이다.²⁸⁾

<표 1> 영국 회사법상 이사의 이익충돌금지 의무 및 면책요건

법원(法源)	의무	면책요건
2006년 회사법	제175조 제1항 이익충돌 및 그 가능성이 있는 직·간접이익을 얻을 상황을 회피할 의무 제2항 회사의 재산, 정보, 기회 유용을 포함함 제3항 회사와의 거래나 약정상 이익충돌에는 적용하지 않음	제4항 (a) 해당 상황이 합리적으로 이익충돌로 판단되지 않는 경우 혹은 제4항 (b) 이사회 승인
판례법	이익충돌금지 의무 - 엄격한 금지(inflexible rule) - Bray Ford (1896) ²⁹⁾	전통적: 주주총회 승인 → 정관에 이사회 승인으로 대체 가능한 경우, 이사회 승인 → 현재: 정관과 무관하게 이사회 승인으로 대체

2) 제3자로부터 이익향수금지 의무(Duty not to accept benefits from third parties)

제176조 제1항은 회사의 이사는 다음의 사유로 제3자가 공여한 이익을 얻어서는 안 된다. (a) 이사의 지위 또는 (b) 이사로서 작위 (혹은 부작위). 제2항은 제3자란 회사(corporation), 회사와 관련된 법인(an associated body corporate), 회사 또는 회사와 관련된 법인을 위하여 행위하는 자 외의 자를 의미한다. 제3항은 이사가 직무를 제공하고 이사가 회사로부터 수취한 이익은 제3자가 공여한 이익으로 보지 아니한다. 제4항은 합리적으로 이익취득

27) Dignam, Alan & John Lowry, Company Law, OUP (11th ed., 2020), p.361; French, Derek, Mayson, French & Ryan on Company Law, OUP (37th ed., 2021), pp.486-487.

28) 본 논문의 III. 1. 가. 4) 참조.

29) [1897] AC 44.

이 이익충돌을 발생시키지 않는다고 판단되는 경우는 의무위반에서 제외한다. 제5항은 이 조항의 이익충돌은 이익과 의무의 충돌(a conflict of interest and duty)과 의무간 충돌(a conflict of duties)을 포함한다.

3) 2006년 회사법상 이익충돌금지 의무 및 이익향수금지 의무 해석

제175조와 제176조는 각각 신탁법상 이익충돌금지 원칙(no-conflict rule)과³⁰⁾ 이익향수금지 원칙(no-profit rule)을 수용한 것으로 해석한다.³¹⁾ 다만 해당 조항이 수탁자에게 적용될 때처럼 엄격한 충실의무 기준인지 아니면 완화된 규정인지 명확하지 않은 측면이 있다.

우선 제175조 제4항(a) 및 제176조 제4항에서 ‘합리적인 시각에서 이익 취득이 이익충돌을 발생시키지 않는 경우’에는 의무 위반에 해당하지 않는다고 하여 완화된 조항처럼 보인다. 반면 제175조 제2항 괄호의 단서조항은 회사가 그 재산, 정보, 또는 기회를 이용할 수 있는지 여부에 무관하다고 규정한다. 이를 합쳐보면 이사가 회사의 재산, 정보 또는 기회를 이용할 수 없더라도 이익충돌금지 의무 위반에 해당하지만, 합리적인 시각에서 이익충돌을 발생시키지 않는 경우에는 이익충돌금지 의무 위반이 아니라는 것인데 두 조항간 충돌이 존재한다고 볼 여지가 있다. 즉 제175조 제2항은 이익충돌금지의 엄격성을 나타내지만 동시에 제175조 제4항(a)는 면책할 수 있는 여지를 함께 두고 있다. 또한 제176조 제2항은 제3자로부터 이익을 취득하는 것만 금지하고 회사나 관련된 법인 등으로부터 이익향수를 금지하지는 않는다.

영국 제정법을 해석할 때 판례법의 구속력을 명시적으로 부인하지 않으면, 판례법에 의거하여 해석한다. 따라서 조문의 상충에도 불구하고 학

30) Companies Act 2006, Explanatory Notes, Commentary on Individual Duties, Section 175, 해당 조항은 이사에게 적용되는 이익충돌금지 의무를 대체하였다고 설명한다. 해당 조항의 적용을 받지 않는 이익충돌은 회사와의 거래 및 약정(즉, 자기거래)이고 자기거래의 경우에는 제 177조에 따라 개시(declare)하여야 한다. Alan Dignam & Andrew Hicks, *Hicks & Goo's Cases & Materials on Company Law*, OUP (7th ed., 2011), p.395.

31) Alan Dignam & Andrew Hicks, *op. cit.*, pp.409-410; 반면 제175조가 이익충돌금지 원칙과 이익향수금지 원칙의 내용을 포괄하며 그 중에 특수한 경우를 제176조에서 별도로 설명한다는 견해로는 Arnold, Mark & Marcus Haywood, *Duty to avoid conflicts of interest*, (Mortimore, Simon ed., *op. cit.*), p.373.

계에서는 여전히 이사에게 엄격한 이익충돌금지 및 이익향수금지 원칙을 적용한다고 본다.³²⁾ 2013년 *Sharma v Sharma*³³⁾ 판례 역시 2006년 회사법 제175조와 기존의 판례법 및 형평법상 이사의 의무에는 차이가 없다고 판시하였다.³⁴⁾

4) 자기거래의 경우

앞서 2006년 회사법 제175조 제3항은 이익충돌금지 의무에서 자기거래를 제외한 것을 확인하였다. 대신 제177조에 제안된 거래 및 약정에 대한 이익을 선언할 의무를 부과한다. 제177조는 이사가 직·간접적으로 회사와 거래하거나 약정하여 이해관계가 있는 경우, 이사는 다른 이사들에게 그 이해관계의 성격 및 범위를 선언(declare)해야 한다고 규정한다.³⁵⁾ 이는 이사회에서 할 수도 있고, 다른 이사들에게 개별 공지(notice)로도 할 수 있다. 뿐만 아니라 제182조에서 상당한 규모의 재산거래(substantial property transaction)³⁶⁾에 해당하는 경우에는 주주총회의

32) 여전히 해당 조항은 판례법에 따르지만, 해당 조항을 어떻게 적용할지는 추후의 판결을 지켜봐야 한다는 견해로는 Kershaw, David, *The Foundations of Anglo-American Corporate Fiduciary Law*, Cambridge University Press (2018), p.424; 다만 이사의 상당한 금액 미만의 자기거래에 대하여는 의무를 완화하여 개시의무만을 부과한다는 견해는 Davies, Paul & Sarah Worthington, *op. cit.*, p.602; 이익충돌 뿐 아니라 이익충돌의 가능성을 포함하기 때문에 여전히 엄격한 의무라는 견해로는 Dignam, Alan & John Lowry, *op. cit.*, p.358; 2006년 회사법 제정 이후도 이사의 충실의무는 엄격한 의무이며 이익충돌금지 원칙은 이사의 세 가지 의무인 1) 자기거래 금지(제175조 제1항 & 제177조), 2) 회사의 재산, 정보, 기회 유용 금지의무(제175조 제1항 & 제175조 제2항) 및 3) 이사가 권한 행사 시 제3자로부터 이익, 혜택을 수령하지 않을 의무(제176조)라고 설명하는 문헌은 Davies, Paul & Sarah Worthington, *op. cit.*, p.559.

33) [2013] EWCA Civ 1287.

34) Dignam, Alan & John Lowry, *op. cit.*, p.358.

35) Dignam, Alan & John Lowry, *op. cit.*, p.372; French, Derek, *op. cit.*, pp.492-495.

36) 상당한 규모의 재산거래는 제190조(상당한 규모 거래: 주주총회 요건), 제191조(상당한 규모)에서 규정한다. 제190조 (1)(a)는 회사의 이사, 지주회사의 이사 혹은 이사와 관련된 자는 회사의 상당한 규모의 비현금 재산을 취득하는 계약을 체결하지 못한다. (b)는 회사가 전술한 이사 등으로부터 상당한 규모의 비현금 재산을 취득하는 계약 역시 체결할 수 없다. (2) 이사와 관련된 자가 회사의 지주회사의 이사이거나 그런 이사와 관련된 자이면, 그 계약은 지주회사 주주총회 결의로 승인받아야 한다. 제191조 제2항은 그 가치가 회사 재산 가치의 10%를 상회하고 5천 파운드를 초과하거나, 십만 파운드를 상회하는 경우에 그

승인을 요하여 회사의 이익을 도모하도록 하고 있다. 즉, 자기거래는 이익충돌 발생위험이 크지만, 다른 이익충돌 행위와 달리 회사의 행위가 개입되고 회사내부에서도 거래가 발생함을 파악하고 있으며, 자기거래가 회사이익에 부합되는 경우도 있기에 달리 규제하고 있다.

2. 충실의무 위반의 구제수단

2006년 회사법은 이사의 의무 위반 시 구제수단에 대한 별도 조문을 두지 않는다. 대신 제178조 제1항 민사적 조치(civil consequences of breach of general duties) 조문에서 이사의 의무 위반 시, 기존의 판례법 및 형평법의 원칙을 적용한다고 규정한다. 따라서 이사가 충실의무를 위반하면 기존의 형평법과 판례법³⁷⁾에 따라 금지명령(injunction)³⁸⁾, 형평법상 손해배상책임(equitable compensation)³⁹⁾, 원상회복책임(restitution)⁴⁰⁾, 이득토출책임(disgorgement)⁴¹⁾, 취소권 행사(rescission)⁴²⁾ 또는 의제신탁

재산은 상당한 규모로 본다. French, Derek, op. cit., pp.495-497; Dignam, Alan & John Lowry, op. cit., p.373.

37) Dignam, Alan & John Lowry, op. cit., p.376; French, Derek, op. cit., pp.500-503; Davies, Paul & Sarah Worthington, op. cit., p.568, pp.613-619; Sealy, Len & Sarah Worthington, Sealy's Cases and Materials in Company Law, OUP (9th ed., 2010), p.390; Stafford, Andrew & Stuart Richie, op. cit., pp.43-44; 회사법 조항에서도 기존의 판례법이 효력이 있음을 명시하고 있다. 예를 들면 Companies Act 2006, §170(3); Kershaw, David, op. cit., p.423.

38) 금지명령(injunction)에 대한 자세한 논의는 송지민, 앞의 논문, 47-48면{신인의무자가 의무를 위반하는 행위가 진행 중이거나 아직 의무를 위반하지는 않았지만 위반할 우려가 있는 경우에 법원은 그 행위를 금지할 수 있고 이를 금지명령이라 한다. (...) 금지명령은 사전적 구제수단이므로 신인의무자의 위반행위가 비교적 초기의 단계에 있거나 추가적인 의무 위반을 방지하기 위한 수단이다}.

39) 형평법적 손해배상에 대한 자세한 논의는 Ward, Julie, *Equitable Compensation-An Overview* (Degeling, Simone & Jason Varuhas ed., op. cit.), pp.65-89; French, Derek, op. cit., pp.502-503; Bray, Samuel, *Fiduciary Remedies*, The Oxford Handbook of Fiduciary Law, OUP (Criddle, Evan, et al., ed., 2019), pp.456-458; 송지민, 앞의 논문, 45-46면.

40) 엄밀한 의미에서 원상회복책임이 아니라 이득토출책임을 적용한 것이라 생각한다. 원상회복책임과 이득토출책임을 차이에 대하여는 송지민, 앞의 논문, 48-62면.

41) 이득토출책임을 Account of profits라고 표현하기도 한다. French, Derek, op. cit., p.500; Zicarioli, Antony, *The Company's Remedies for Breach of Directors' General Duties* (Mortimore, Simon ed., op. cit.), pp.477-481; 송지민, 앞의 논문, 63-64면.

(constructive trust)⁴³⁾등을 구제수단으로 할 수 있다.⁴⁴⁾ 하지만 앞서 설명한 바와 같이⁴⁵⁾ 충실의무 위반의 고유한 구제수단이자, 의무 위반을 억제, 예방할 수 있는 구제수단은 이득토출책임이다.⁴⁶⁾ 원상회복책임과 이득토출책임을 통칭하여 이득에 기반한 구제수단(gain-based remedy)라고 지칭하기도 하지만,⁴⁷⁾ 제임스 에델만(James Edelman) 호주 대법관은 이는 잘못된 표현이라고 지적한다. 원상회복책임이 원고에게 본래 귀속되어 있던 것을 피고가 원고에게 돌려주는 개념(give back)인 반면, 수탁자에게 부과하는 이득토출책임은 토출할 이익이 본래 원고에게 귀속되는지 여부에 무관하게 피고인 수탁자가 그 이익을 포기하는 개념(give up)이기 때문이다. 따라서 원상회복책임이 아니라 이득토출책임을 수탁자의 충실의무 위반에 따른 고유한 책임으로 보아야 한다.⁴⁸⁾

3. 이사의 충실의무 위반 판례

아래에서는 영국 회사법상 이사의 충실의무에 관련된 대표적인 판례들을 살펴보겠다. 이 판례들은 2006년 회사법 제정 전 판례이지만 여전히 유효하며, 제정법 해석 시 기준이 된다.

가. Aberdeen Railway Co. v. Blaikie Bros (1854)⁴⁹⁾

19세기 중반 영국은 철도사업에 대규모의 자본의 투입하였던 시기에 해당하는데, 스코틀랜드 항구도시에 위치한 Aberdeen Railway Co.(이하 “A사”)는 Blaikie를 대표이사로 하여 철도건설사업 계획을 발표하고 착공하였으나, 결함이 발견되어 철도가 개통되지 않았다. 당시 Blaikie는 Blaikie Bros(이하 “B사”)의 이사직도 겸하였는데, B사가 A사에게 철제

42) French, Derek, op. cit., p.502.

43) 송지민, 앞의 논문, 38-44면.

44) Sealy, Len & Sarah Worthington, op. cit., p.390.

45) 본 논문의 II. 2. 나.

46) Bray, Samuel, *Fiduciary Remedies* (Criddle, Evan, et al., ed., op. cit.), pp.452-454.

47) 송지민, 앞의 논문, 56면.

48) Edelman, James, *Gain-based Damages: Contract, Tort, Equity and Intellectual Property*, Hart Publishing (2002), pp.65-79.

49) (1854) 1 Paterson 394.

의자를 공급하는 계약을 체결하였다. 철도가 개통되지 않은 상황에서 B사는 계약이행 및 A사의 급부 이행을 요구하는 소를 제기하였다. A사는 이사회에 대표이사인 Blaikie가 B사의 경영이사에도 해당하므로 이익 충돌이 발생하고 자기거래에 해당하며, 따라서 해당 계약을 무효화할 수 있다고 주장하였다. Blaikie는 회사의 이사로서 A사의 이익만을 위해 계약을 체결할 의무가 있는 신인의무자의 지위에도 불구하고 자신이 경영 이사로 있는 회사의 제품을 매입하도록 하는 계약은 회사의 이익을 우선하는 것이 아니라 자신의 이익을 우선하였기 때문에 크랜워스 경(Lord Cranworth)은 A사가 B사와 체결한 계약은 구속력이 없으며 무효라고 판시하였다.

나. Regal (Hastings) Ltd. v. Gulliver (1967)

Regal (Hastings) Ltd. v. Gulliver⁵⁰⁾는 이사에 대한 충실의무가 엄격한 의무이며, 위반 시에는 이사에게 이득토출책임을 부과함을 보여주는 대표적인 판례이다. 사실관계를 살펴보면 원고회사 Regal (Hastings) Ltd(이하 “R사”)는 극장을 보유하고 있었고 사업계획상 두 곳의 극장을 인수하기 위해 자회사 A를 설립하였다. 당시 회사는 해당 건물 비용을 감당할 능력이 없었기 때문에 회사의 대표이사(Gulliver) 및 변호사(Garten) 및 다른 이사들로부터 자금을 조달하여 필요한 사업을 이행하였고, 그 대가(3000 파운드)로 회사의 주식을 배정하였는데, 이 과정은 주주의 승인 없이 이루어졌다. R사의 계획대로 사업이 진행되어 다른 회사가 R사를 인수하였고 이사들은 자신이 보유하고 있던 주식을 프리미엄을 받고 매각하였는데 이 과정은 선의 및 신의성실에 따라 이루어졌으며 사기적 행위는 없었다. 이후 R사를 매입한 새로운 지배주주가 대표이사 및 변호사를 상대로 이들이 회사의 신인의무자의 지위를 이용하여 이득을 취득한 행위는 신인의무 위반에 해당하고 그 이득을 회사에 토출하여

50) [1967] 2 AC 134 n; [1942] UKHL 1; 그 외에 이사의 충실의무 위반 시, 이득토출책임과 그 엄격성에 대한 판례로는 Guinness Plc v. Saunders [1990] 2 AC 663; York Buildings Company v. Mackenzie (1795) 3 ER 432 등이 있고, 수탁자의 엄격한 충실의무 판례로는 Keech v. Sanford [1726] EWHC Ch J76이 있다. 해당 판례의 사실관계는 송지민, 앞의 논문, 101-110면.

야 한다고 주장하며 소를 제기하였다.

항소법원까지는 대표이사 및 변호사의 의사결정은 결과적으로 회사에도 이익이 되었으며 사기적 의도가 없었기에 R사가 패소하였으나, 당시 대법원의 역할을 하던 상원의원(House of Lords)은 대표이사와 변호사가 회사의 신인의무자의 지위에서 이익을 취득한 점에 주목하고, 이 이익은 회사의 이익만을 위해 행위할 충실의무에 따라 회사에 토출하여야 한다고 판시하였다.

다. Murad v. Al-Saraj (2005)

Murad v. Al-Saraj⁵¹⁾는 원고인 Murad 자매는 피고 Al-Saraj와 호텔을 매입하기 위하여 조인트벤처를 설립하였고 호텔 매입과정은 Al-Saraj의 자문과 전문성에 전적으로 의존하였다. 호텔의 실제 매입금액이 3백6십만 파운드인데, 피고는 원고에게 4백십만 파운드라고 허위진술하였고 피고가 5십만 파운드를 출연하였다고 하였다. 하지만 사실상 피고가 약정한 5십만 파운드의 출연 금액은 피고의 개인적인 채무 상계에 사용되었고 그 금액에는 호텔 매도자에게 원고들을 알선하는 금액도 포함되었다. 해당 조인트벤처에 원고는 백만 파운드를 출연하였고 나머지 금액은 은행의 대출로 호텔을 매입하였고 50:50의 수익금 배분 계약을 체결하였고 이후에 호텔이 재매각되는 과정에서 원고는 실제 매입금액을 알게 되었다.

해당 사실관계에서 피고의 신인의무 위반은 명백하였으나 이득토출책임 금액의 결정이 주된 사안이었다. 항소법원에서 피고는 만약 실제 매수금액을 원고에게 공개하였더라도 원고는 여전히 조인트벤처 설립에 참여하였을 것이고 단지 참여 지분을 높여 달라고만 요청했을 것이라고 하며 신인의무를 준수한 경우와 위반한 경우의 지분을 차이에 해당하는 금액이 이득토출책임 금액이라고 주장하였다. 법원은 이를 피고가 원고의 손실 한도로 이득토출책임을 제한하려고 하려는 주장이라며 이를 배척하고 상기의 사실관계는 피고가 신인의무를 위반하고 호텔을 매도하여 조

51) [2005] EWCA Civ 959; Mitchell, Charles, *Causation, Remoteness and Fiduciary Gains*, 17 King's College L. J. 325 (2006), pp.334-335; Burn, Edward & Graham Virgo, Maudsley & Burn's Trust & Trustee Cases & Materials, OUP (2008), pp.811-815.

인트벤처에 발생한 모든 이득을 토출해야 하는 사실과 무관하다고 판시하였다. 즉, 이익 중 일부가 신인의무를 위반하지 않았더라도 발생할 이익이었다는 사실은 신인의무자가 이익 전부를 토출하는 책임과는 무관하다고 판시하였다.⁵²⁾

라. 판례의 시사점

Aberdeen Railway 판결은 영국 회사법상 이사와 회사간 자기거래의 개념을 수립하고 자기거래가 충실의무 위반에 해당함을 공고히 하였다. 이 판례는 2006년 회사법 제정 이후에도 자기거래에 대한 선례로 남아 있다. 또한 본 판결의 다른 의의는 자기거래 구제수단의 예외적 성격을 인정한 것이다. 일반적으로 충실의무 위반으로 이사가 이익을 취득하면 이득토출책임을 부담하지만, 자기거래의 경우 해당 거래는 회사의 선택에 의해 그 거래를 무효화할 수 있다는 법리를 실시하였다.⁵³⁾

Regal (Hastings) Ltd. v. Gulliver 판결은 수탁자의 엄격한 이익충돌 금지 의무⁵⁴⁾가 이사에게 그대로 적용됨을 보여준다. 이 판례에서 법원은 이사들이 선의로 행위하고 주의의무를 다한 경우라도 이사와 회사의 이익은 충돌할 수 있으며, 이러한 경우도 이득토출책임을 부과하였다. 즉 해당 판결은 이사의 이득토출책임을 사기나 선의가 아닌 것을 요건으로 하지 않음을 명시하였다.⁵⁵⁾ Murad v. Al-Saraj 판결은 이득토출책임 산정 시의 엄격성을 보여준다. 최근에는 이득토출책임 금액을 산정할 때 인과관계 및 공제 등을 적용하여 일부 완화되는 경향⁵⁶⁾을 보이기도 하지만, 이 판결은 충실의무 위반으로 인한 이득을 모두 토출하는 것이 원

52) Conaglen, Matthew, *Strict Fiduciary Loyalty and Accounts of Profits*, 65 Cambridge L. J. 278.

53) 하지만 여전히 이득토출책임을 부과하는 것도 가능하다. French, Derek, op. cit., p.495, p.500-501.

54) 대표적인 수탁자의 엄격한 충실의무 판결로는 Keech v. Sanford [1726] EWHC Ch J76, (1726) Sel Cas Ch. 67; Stafford, Andrew & Stuart Richie, op. cit., p.45.

55) Martin, Jill, Hanbury and Martin, *Modern Equity*, Sweet & Maxwell (17th ed., 2005), pp.608-609; Burn, Edward & Graham Virgo, op. cit., pp.788-799; Dignam, Alan & John Lowry, op. cit., p.376.

56) 이득토출책임 금액 산정 시, 인과관계, 공제 등을 허용하여 책임을 일부 완화할 것인지에 대한 논의 및 판례는 송지민, 앞의 논문, 104-105면, 149-154면.

칙임을 보여준다. 해당 판결에서 아르덴 판사(Arden L.J.)는 신인의무자에게는 언제나 대리비용이 발생하고, 이를 억지하기 위하여 엄격한 책임을 부과한다고 하며, 충실의무 및 이득토출책임의 엄격성은 이득토출책임은 법정책적 목적을 띤다고 실시하였다.

IV. 우리 상법상 이사의 충실의무 및 의무위반에 대한 구제수단

제III장에서는 영국 회사법상 충실의무, 의무위반 시 구제수단과 관련 판례를 검토하였다. 본 장에서는 영국의 논의를 바탕으로 우리 회사법상 충실의무 조문과 구제수단에 대하여 살펴보겠다.

1. 충실의무 및 현행 구제수단

가. 충실의무 조항의 의의

1998년 개정상법에서 선관주의의무와 별개로 충실의무를 처음 도입하였다. 당시 법무부의 입법취지에 따르면 이사의 충실의무도 수탁자의 충실의무와 마찬가지로 영미법의 충실의무를 도입하기 위한 것이다.⁵⁷⁾⁵⁸⁾ 하지만 이후 일반적인 충실의무 조항은 실효성 있는 조항으로 활용되지 않고, 충실의무 위반행위는 구체적으로 정하는 의무의 범위 내에서만 작동하였다. 일반적인 충실의무 조항에 해당하는 제382조의3이 마치 존재하지 않는 것 같다는 견해까지 있다.⁵⁹⁾

상법상 충실의무는⁶⁰⁾ “이사는 법령과 정관의 규정에 따라 회사를 위하

57) 김건식, 회사법 연구 I, 소화(2010), 53면; 김건식 외, 앞의 책, 416면; 박기령, “이사의 선관 의무와 충실의무의 법사학적 기원에 관한 고찰”, 상사법연구 제30권 제2호, 한국상사법학회(2010), 478면.

58) 당시 영미의 fiduciary duty 개념을 이사의 충실의무로 도입하자는 보고서 등을 바탕으로 주주에 대한 이사의 충실의무를 상법에 포괄적으로 규정하고 이를 위반하는 경우 법적 제재를 가하자는 주장이 있었고 따라서 입법 취지는 영미법의 신인의무를 도입하였지만, 신인의무에 대한 구체적인 이해가 부족한 상황에서 외부적 압력에 의해 도입하였다는 견해로는 박기령, “이사의 충실의무에 관한 법적 연구”, 박사학위 논문, 이화여자대학교 대학원(2010), 133-134면, 158면.

59) 송옥렬, 상법강의, 제11판, 홍문사(2021), 1040-1041면.

60) 반면 신탁법상 충실의무 제33조는 “수탁자는 수익자의 이익을 위하여 신탁사무를 처리하

여 그 직무를 충실하게 수행하여야 한다”라고 규정하고 있는데 영미법의 충실의무를 도입하였다는 취지와는 달리, 조문의 “충실하게”라는 단어는⁶¹⁾⁶²⁾ 엄격한 충실의무의 성격과는 거리가 멀고 오히려 선의칙(a duty of good faith)이나 주의의무(duty of care)와 유사하게 들리기도 한다. 이는 입법취지와 달리 조문은 영미법상 충실의무의 두 축인 이익충돌금지원칙과 이익향수금지원칙을 내포하지 않기 때문이다.

또한 학계는 여전히 주의의무와 충실의무의 관계에 대하여 동질설과 이질설로 이분화되어 있다.⁶³⁾ 동질설은⁶⁴⁾ 기본적으로 상법 제382조의3의 충실의무는 주의의무의 취지를 명확하게 하기 위한 것으로 본래 인정되던 주의의무를 강조한 것에 불과하다는 견해이다. 반면 이질설은⁶⁵⁾ 이사가 주의의무를 다하는 것이 이사 자신의 이익을 위하는 것을 금지하는 경우와 중첩되기도 하나, 반드시 이사가 자신의 이익을 위하는 것을 금지하는 논리로 이어지지 않는다고 본다. 즉 신인의무자가 본인의 이익을 위해 임무를 이행하는 동시에 자신의 이익을 취하는 경우에도 충실의

여야 한다”로 규정한다. 신탁법의 문구가 충실의무의 취지에 근접한 표현이라고 생각한다.

- 61) ‘충실하게’라는 용어는 일본 구 회사법 제254조의 3(현행일본회사법 제355조)의 이사의 충실의무를 도입할 당시인 1949년 미 점령군 사령부가 제시한 초안에서 ‘faithfully’라는 용어를 수용하였고, 이 입법을 회사법이 수용하였을 것이라고 추정하는 견해로는 박기령, 앞의 논문(주 58), 129-130면; ‘충실하게’라는 표현만으로 영미법의 충실의무를 수용하였다고 보기 어렵다고 견해로는 이철송, 회사법 강의, 제27판, 박영사(2019), 756면; “충실”이라는 단어 자체가 어떤 이익충돌금지 의무를 지칭하지 않는다는 견해로는 최준선, 회사법, 제14판, 삼영사(2019), 527면; 선관주의의무와 충실의무 규정의 문구만 본다면 양자가 별차이가 없어 보인다는 견해로는 박기령, 앞의 논문(주 57), 352면; 권재열, “상법 제382조의 3(이사의 충실의무)의 존재의의”, 상사판례연구 제22집 제1권, 한국상사판례학회(2009), 4면.
- 62) 표준대국어사전은 충실(忠實)을 충직하고 성실함으로 정의하고 있다. 영국법의 충실의무라는 명칭 역시 의무의 성격을 제대로 표현하지 못한다는 내용은 본 논문의 II. 2. 가.
- 63) 과거에는 동질설이 다수설이었으나, 현재 학계는 이질설을 띄는 견해도 다수 등장하여 어떤 견해가 더 우세하다고 보기 어렵다.
- 64) 손주찬, 상법(상), 제15판, 박영사(2004), 793-795면; 이철송, 앞의 책, 756면; 정찬형, 상법 강의(상), 제21판, 박영사(2009), 1027면; 장덕조, 상법강의, 제3판, 법문사(2019), 548면; 최준선, 앞의 책, 527면; 김건식 외, 앞의 책, 392면.
- 65) 서헌제, 사례중심 체계 상법강의(상), 법문사(2007), 849면; 정동윤, 상법(상), 제6판, 법문사(2012), 628면; 홍복기·박세화, 회사법강의, 제7판, 법문사(2019), 489면; 송옥렬, 앞의 책, 1040-1041면; 김병연, “이사의 충실의무와 영미법상 신인의무”, 상사법연구 제24권 제3호, 한국상사법학회(2005), 78-79면.

무를 위반하게 되기 때문에 충실의무를 주의의무로 포섭할 수 없다는 입장이다. 판례는 대체로 주의의무와 충실의무를 병렬적으로 나열하여서 동질설을 따르는 것 같으나, 최근 몇 건의 판례에서 충실의무만을 단독적으로 적시하기도 하였다.⁶⁶⁾

본 논문은 주의의무만으로도 충실의무의 내용을 포섭할 수 있는지에 대한 논쟁은 포함하지 않는다. 다만 앞서 언급한 신인관계의 성격,⁶⁷⁾ 의무의 기준⁶⁸⁾ 및 의무위반 시 구제수단의 차이를 들어, 충실의무의 성격은 더 엄격하며, 충실의무 위반 시에는 이득토출책임을 부과하여야 한다는 데에 초점을 둔다.

나. 충실의무의 구체적인 조항

회사법은 충실의무의 두 축인 이익충돌금지와 이익향수금지 원칙을 별도로 두지 않는⁶⁹⁾ 대신 제397조에서 이사의 경업 및 겸직금지, 제397조의 2에서 회사 기회의 유용금지 및 제398조에서 자기거래금지를 규정하고 있다. 아래에서는 충실의무의 세부조항 및 이들의 구제수단을 검토하고 이를 바탕으로 이사의 일반적인 충실의무에 대한 별도의 구제수단을 마련할 필요성 등에 대하여 논의하겠다.⁷⁰⁾

66) 2016.1.28. 2014다 11888; 2016. 8.24. 2016다222453.

67) 본 논문의 II. 2 참조.

68) 선관주의의무에는 경영판단원칙이 적용되지만, 충실의무에는 경영판단원칙이 적용되지 않는다.

69) 앞서 살펴본 바와 같이 영국 2006년 회사법은 이익충돌금지(제175조)와 이익향수금지(제176조)를 두고 있다. 또한 우리 신탁법 역시 충실의무(제35조)뿐 아니라 이익충돌금지(제34조)와 이익향수금지(제36조)를 별도로 두고 있다.

70) 최근 이사의 충실의무 위반에 대한 연구가 활발하게 이루어지고 있음에도 불구하고 이사의 충실의무 위반에 이득토출책임을 도입하자는 주장은 찾아보기 어렵다. 다음의 문헌에서 예외적으로 언급한다. 김건식, 앞의 책, 88면(미국에서와 같이 충실의무 위반행위로 인한 이익을 회사가 박탈할 수 있는 길이 열릴 필요가 있고, 입법상으로는 이익반환청구를 경업금지의 경우에 한하지 않고 모든 충실의무 위반의 경우에 확대할 필요가 있을 것이라는 견해와 해석론상으로는 이사의 충실의무위반행위로 인한 이익의 전액을 손해로 볼 필요가 있다.); 이준기, 충실의무법 -신뢰에 대한 법적보호-, 삼우사(2016), 35면-36면; 이준기, “이사, 상업사용인의 회사기회유용과 경업금지의무 위반: 이사, 상업사용인의 충실의무위반에 대한 개입권의 행사가능성을 중심으로”, 홍익법학 제8권 제3호, 홍익대학교 법학연구소(2007); 이준기, “이사의 충실의무의 강행성 여부와 충실의무에 대한 사적자치: 신탁충실의무법의 보충적 적용을 중심으로”, 비교사법 제22권 제3호, 한국비교사법학회(2015).

1) 자기거래

제398조의 자기거래는 이익충돌 거래 중 가장 대표적인 유형에 속한다. 자기거래는 이사 등이 회사와 하는 거래뿐 아니라 형식적으로 회사와 제3자의 거래이지만, 이사 등에게 실질적인 이익이 귀속되어 이익충돌을 가져올 수 있는 거래를 포함한다. 이사가 회사와 거래하는 경우, 이사는 회사에게 자신의 영향력을 행사하여 자신에게 유리하게 거래조건을 제시할 위험이 있기때문에 자기거래를 규율하여 왔다. 다만 우리 회사법 역시 이사의 자기거래는 이익충돌의 위험이 크지만 회사이익에 부합할 수 있다는 등의 이유로 이를 전면 금지해야하는 것으로 보지 않는다. 다만, 자기거래 시 중요한 사실을 개시한 이후 이사회 승인 및 거래의 내용과 절차의 공정성 요건을 만족하면, 자기거래를 유효한 것으로 본다.⁷¹⁾

만약 이사회의 승인을 결여하거나 거래가 현저히 공정하지 않은 경우에는 그 거래를 무효로 보는 동시에 이사는 손해배상책임を負는다. 본 논문은 자기거래 위반에 해당하는 경우, 거래효력의 무효화와 이사의 손해배상책임으로 충분한지에 대해 의문을 제기한다. 예를 들면 회사가 이사에 대해 회사 부동산을 처분하는 자기거래 후에 이사가 제3자에게 그 부동산을 전매한 경우로, 회사가 제3자인 전득자의 악의를 입증하지 못하는 경우로, 제3자에 대해서는 해당 거래를 유효하게 보는데 이런 경우에 예외적으로 이득토출책임을 적용하는 것을 고려해 볼 수 있다.

또한 영국 회사법은 일정규모 이상의 자기거래는 주주총회 승인을 요하는 반면, 우리 회사법은 자기거래에 대하여 이사회 승인을 요건으로 한다.⁷²⁾ 설령 이익충돌이 있는 이사를 제외한 이사회의 승인이 있었다라도 이사회에서는 상호승인해 주는 문화가 존재할 수 있고 특히 총수일가의 거래에 해당하는 경우 이사회 승인과 공정성 요건만으로 회사이익 보호를 도모하기 어려울 것이기에, 사후적 구제수단으로 이득토출책임을

71) 본 논문은 이사회의 승인과 공정성에 초점을 두지 않고, 요건을 만족하지 않은 경우에 어떠한 구제수단을 부과하는 것이 타당한지에 초점을 두기 때문에 구체적인 논의를 생략한다. 공정성 등에 대한 논의는 송옥렬, 앞의 책, 1069면; 김건식 외, 앞의 책, 447-450면.

72) 따라서 거래의 규모 및 해당 거래의 중요성으로 구분하여 주주총회 승인요건 등을 추가할 필요성을 고려해 보자는 견해도 있다.

고려해볼 필요가 있다.

2) 경업금지 및 겸직금지

제397조 제1항은 이사의 경업·겸직금지를 규정하고 있는데 이사가 경업을 하게 되면 회사의 이익보다 자신의 사적 이익을 우선시하게 될 가능성이 높으므로 이익충돌이 발생하고 이를 금지하는 것은 당연하다. 하지만 이사의 모든 외부활동을 금지하면 이사의 자율권에 위배될 수 있기에 영업부류에 속하는 거래만을 금지한다.⁷³⁾ 또한 회사법에서 경업이나 겸직을 하기 위해서는 중요 사실을 개시하고 이사회에 승인을 요한다. 만약 이사가 이사회 승인없이 경업이나 겸직을 하면 해당 행위는 우선 유효하지만 경업 위반의 경우에는 제397조 제2항에 의해 개입권을 인정한다.⁷⁴⁾ 즉 개입권을 통해, 이사가 경업거래를 통해 취득한 이득을 회사에 귀속시킬 수 있다.

개입권과 손해배상책임은 경합관계에 있는 것이 아니라 양립할 수 있다.⁷⁵⁾ 따라서 이사회 승인없이 경업 행위를 한 경우 이사가 해당 금지 위반으로 회사에 손해를 발생시킨 경우 제399조에 의해 이사는 회사에 대하여 손해를 배상하여야 하며 회사는 개입권도 행사할 수 있다. 개입권이 경업을 억지, 예방하고자 하는 취지를 띄기 때문에 회사의 손해가 발생하지 않은 경우에도 개입권을 행사할 수 있는데 이는 이득토출책임이 손해와 무관한 것과 유사하다. 다만, 개입권은 거래로부터 1년을 시효로 하는 점, 그리고 겸직에 대해서는 개입권을 행사할 수 없으며 뒤에서 살펴볼 기회유용금지에 적용하는 이익을 손해로 추정하는 조항과 그

73) 본 논문은 충실의무 위반에 대한 구제수단에 초점을 두므로, 영업부류의 범위 등에 대한 논의는 포함하지 않는다. 영업부류에 속하는 거래의 범위 등에 대한 논의는 김건식 외, 앞의 책, 457면; 송옥렬, 앞의 책, 1054-1055면

74) 개입권과 손해배상청구권은 택일적 관계가 아니라 양립할 수 있지만, 개입권을 행사하여 경제적 이익을 얻은 경우에는 사실상 손해액이 감소될 것이라는 견해는 김건식 외, 앞의 책, 460면; 독일주식법의 개입권과 손해배상청구권을 택일하도록 하는데 독일의 개입권도 회사가 이사의 경업으로 인해 손해를 증명하기 어려운 데 대한 대안으로 인정된다는 생각이지만 이 규정이 없는 우리 상법은 양자를 동시에 행사할 수 있다는 견해로는 이철송, 앞의 책, 766면.

75) 김건식 외, 앞의 책, 460면.

요건이 상이하하다.

3) 회사의 기회유용금지

2011년 상법 개정 시 이사가 회사의 기회를 이용하는 것을 금지하기 위해 회사기회유용금지 법리를 도입하였다. 입법 당시에는 제382조의 3의 일반적인 충실의무를 통해서 해당 행위를 금지할 수 있고, 기회유용금지와 경업금지는 중복되는 측면이 많아서 입법이 필요하지 않다는 의견도 있었다.⁷⁶⁾ 하지만 당시에도 당시 일반 원칙으로 충실의무가 활용되지 않는 실정이며, 지배주주에 의한 회사기회 편취를 규제하여야 한다는 강력한 주장에 따라 해당 조문을 신설하였다.⁷⁷⁾⁷⁸⁾

경업금지와 마찬가지로 회사의 기회유용에 해당하는 경우에는 이사회 승인 등을 받지 않았더라도 다수설은 효력에는 영향을 미치지 않는다고 본다.⁷⁹⁾ 대신 이사의 회사기회 유용으로 인하여 회사가 손해에 대하여 손해배상책임을 부담한다. 경업금지의 경우 개입권을 두는 것과 달리, 회사기회유용 금지의 경우에는 이사 또는 제3자가 얻은 이익을 손해로 추정하는 조문을 두고 있다.⁸⁰⁾

76) 국회법제사법위원회, 상법 일부개정법률안(회사편) 검토보고(2008.1), 151면.

77) 본 논문은 기회유용금지 등의 이익충돌금지 위반의 구체수단에 초점을 두기 때문에 그 기준에 회사의 기회를 확정하는 논의는 포함하고 있지 않다. 회사의 기회에 대한 자세한 논의는 천경훈, “회사기회의 법리에 관한 연구”, 박사학위 논문, 서울대학교 법과대학원 (2012), 105-111면; 회사법은 미국의 기회유용원칙, ALI원칙 5.05(b)를 많이 참조하여 이를 보다 구체화하였다는 의견으로는 송옥렬, 앞의 책, 1071면;

78) 반면 영국법에서는 회사의 기회를 일정 범위까지만 규제하기보다는 추상적인 이익충돌금지를 통하여 엄격하게 금지하는 경향이 있다. 영국식 규제가 충실의무 원칙에 입각한 규제라면 미국은 특정 기회까지 회사의 소유, 즉 재산권의 범위에 포함되는지 그 확정 기준을 설정하는 데에 초점을 두는 데 우리 법제는 미국의 접근법을 따른다. 미국과 영국의 기회유용금지의 차이점에 대한 논의는 Gelter, Martin & Genevieve Helleringer, *Corporate opportunities in the US and in the UK: how differences in enforcement explain differences in substantive fiduciary duties*, (Gordon, Smith & Andrew Gold ed., op. cit.), pp.331-353.

79) 회사기회유용행위는 유효라는 견해는 김건식 외, 앞의 책, 468면; 송옥렬, 앞의 책, 1075면; 이철송, 앞의 책, 772면; 정찬형, 앞의 책, 1036면; 반면 회사의 기회를 유용한 경우, 그 행위는 승인없는 자기거래처럼 상대적 무효라는 견해로는 최준선, 앞의 책, 538면.

80) 김건식 외, 앞의 책, 470면; 송옥렬, 앞의 책, 1075-1076면{회사기회의 유용에서는 개입권이 인정되지 않는데, 이처럼 이사 또는 제3자의 이익을 손해액으로 추정함으로써 간접적으로

2. 충실의무 위반 시 이득토출책임 제안

앞서 살펴본 바와 같이 상법은 신탁법과는 달리 일반적인 충실의무 위반에 대한 고유한 구제수단을 마련하고 있지 않다. 다만 경업금지, 회사의 기회유용금지 위반에 해당하는 경우에는 이득토출책임과 유사한 취지 및 효과를 가져오는 구제수단을 두고 있다. 하지만 상법에서 나열한 이익충돌 행위 외에도 이사의 이익충돌금지 및 이익향수금지 위반행위는 다종다기한 형태를 띌 수 있다. 현재의 입법은 향후 일반적인 충실의무 조항을 적용하더라도 별도의 구제수단을 두고 있지 않기 때문에 주의의무 위반으로 보든지, 충실의무 위반으로 보든지 그 구제수단의 측면에서 차이가 없다. 즉 충실의무 위반으로 인하여 이사 혹은 제3자에게 이익이 발생한 경우 그 이익을 회사에 반환하게 할 근거 규정이 없다. 따라서 본 논문은 일반적인 충실의무 위반 시 이득토출책임을 부과하는 입법적인 보완이 필요하다고 생각한다.

또한 앞서 살펴본 바와 같이 영국 회사법에서 이사가 충실의무를 위반한 경우 일관되게 이득토출책임을 부과할 수 있는 것과 달리, 우리 회사법은 경업금지, 기회유용금지 위반 시 구제수단간 통일성을 발견할 수 없다. 해당 조항들이 만약 이익충돌금지 목적이라면 조문간 차이를 둘 필요가 있는지 의문이다.⁸¹⁾ 자세히 살펴보면, 우선 개입권은 조문 자체가 제397조 제2항 ‘이사가 제1항의 규정에 위반하여 거래를 한 경우에’로 되어 있기 때문에 법문상 검직이 아닌 경업에만 인정된다.⁸²⁾ 반면 검직의 경우, 즉 동종영업을 목적으로 하는 다른 회사의 무한책임사원이나 이사가 된 경우’에는 손해배상책임만 부담하고, 검직을 통해 수령한 보수 등의 이득은 토출하지 않아도 된다. 이는 검직 역시 이익충돌이 발생하였다면, 이를 달리 취급하여야 할 이유가 없다.⁸³⁾

그 이익을 반환하도록 하는 개입권의 효과를 가진다고 하겠다.); 정찬형, 앞의 책, 1037면.

81) 同志: 채이배, “상법 제382조의3(이사의 충실의무) 개정 필요성- 이사 및 지배주주의 사익 추구 방식을 위하여”, ERRI 이슈 & 분석, 경제개혁연구소(2013).

82) 김건식 외, 앞의 책, 460면; 이철송, 앞의 책, 765면.

83) 구제수단에 대한 논의는 아니지만, 자기거래와 회사의 기회유용이 이사회 결의에 가중된 요건을 요하는 반면 경업금지에는 일반 결의 요건으로 하여 이사회 승인을 상대적으로 용이하게 하는 것 역시 통일을 요한다. 자기거래, 경업금지 및 회사의 기회유용은 충실의무의 세부 조문인데, 이사회 승인요건을 달리할 이유가 없다. 또한 개입권은 별도의 제척 기간을 두는

회사의 기회유용금지를 위반하여 회사에 손해를 발생시킨 이사 및 승인한 이사는 연대하여 손해배상책임이 있으며 이로 인하여 이사 또는 제3자가 얻은 이익을 손해로 추정하는 조문을 두고 있다. 하지만 이익의 손해추정 규정은 원고의 손해입증을 용이하게 하기 위함⁸⁴⁾이라고 하여 이익충돌을 억제하기 위한 목적과 달리 정하고 있다. 본 논문은 회사의 기회유용금지 위반에 대한 구체수단은 손해에 대한 입증책임을 용이하기 위한 목적이 아니라, 이사가 기회유용 행위를 억제하기 위한 목적을 띄어야 한다고 생각한다. 또한 이익을 손해로 추정하는 조문은 손해를 입증하는 경우에는 이사가 그 이익을 보유할 수 있다는 한계가 있다.⁸⁵⁾ 따라서 이익을 손해로 추정하는 조문 대신 이득토출책임을 도입하는 것이 타당하다.

또한 영국 회사법에서 살펴본 바와 같이 이사의 충실의무는 수탁자의 충실의무를 전형으로 하여 파생되었고 동일한 취지에서 이사의 충실의무 위반에는 이득토출책임을 부과한다. 본 논문은 회사법상 이사의 충실의무 위반의 구체적인 예인 경업금지 위반과 회사의 기회유용에 대하여 이득토출책임을 규정하지 않고 각각 개입권과 이익의 손해추정규정을 도입한 것은 당시 우리 법상 이득토출책임의 개념이 생소하였기 때문이라고 생각한다. 하지만 이미 우리 법제는 신탁법을 통하여 이득토출책임을 수용한 만큼 회사법상 신인의무자인 이사에게 이득토출책임을 부과하여 정합성을 확보할 필요가 있다.

반면, 이사의 기회유용금지 위반에 따른 손해배상청구권의 시효를 적용한다. 자기거래와 기회유용 승인요건은 이사 전원의 3분의 2로 강화하면서 경업의 승인 결의는 통상의 이사회 결의로 하는 것은 납득하기 어렵다는 견해로는 이철송, 앞의 책, 768-769면; 회사의 사업기회유용금지에도 경업금지 위반에 인정하는 것과 같은 개입권과 제척기간을 인정하는 것이 합리적이라는 견해로는 최준선, 앞의 책, 537면.

84) 김건식 외, 앞의 책, 468-471면; 송옥렬, 앞의 책, 1075-1076면.

85) 김건식 외, 앞의 책, 470-471면.

<표 2> 이사의 충실의무 기준, 면책요건 및 구제수단

	기준	면책요건	現 구제수단	본 논문의 주장
충실의무 (제383조의 3)	충실하게? (기준 명확하지 않음)		손해배상책임	손해배상책임 또는 이득토출책임
자기거래 (제398조)	이사 등이 회사와 하는 거래로서 회사의 이익을 해할 염려가 있는 모든 재산적 거래	거래와 관한 중요사실 개시+ 이사회승인 (2/3) + 거래의 내용과 절차 공정성	상대적 무효설 + 손해배상책임	상대적 무효설 + 손해배상책임 (예외적인 경우 이득토출책임)
경업 금지 (제397조)	경업의 기준 - 영업부류에 속하는 경우	경업 등과 관련된 중요사실 개시 + 이사회 승인 (일반 결의 요건)	거래는 유효, 개입권 (거래가 있는 날로부터 1년 시효), + 손해배상책임	손해배상책임 또는 이득토출책임
검직 금지 (제397조)	동종영업을 목적으로 하는 다른회사의 무한책임사원	중요사실 개시 + 이사회 승인	거래는 유효, 손해배상책임 +개입권(x)	손해배상책임 또는 이득토출책임
회사의 기회유용 (제397조의 2)	회사의 기회 -지득사유기준 -사업관계기준	이사회 승인(2/3)	거래는 유효(다수설), 손해배상책임 (이익의 손해추정)	손해배상책임 또는 이득토출책임

V. 마치며

본 논문은 영국 수탁자를 전형으로 하는 신인관계 및 신인의무의 성격을 살펴보고, 회사의 이사는 회사의 재산, 정보 등에 대하여 폭넓은 재량과 권한을 보유하고, 재량과 권한의 경제적 남용가능성이 높다고 보아, 수탁자에 근접한 신인의무자로 파악하였다. 영국 회사법상 이사의 충실의무는 엄격한 이익충돌금지와 이익향수금지 의무이며, 이사가 충실의무를 위반한 경우에는 이득토출책임을 부과한 것을 판례를 통하여 확인하였다.

우리 회사법상 이사의 충실의무 조문은 여전히 선언적인 조항에 그치고 있으며 구체적인 조문인 자기거래, 경업·겸업금지, 기회유용금지에 따라 이사의 충실의무 위반을 판단한다. 또한 구체적인 충실의무 조문 위반 시 이사에게 손해배상책임을 부과하는 것 외에, 경업금지 위반에는 개입권을, 회사의 기회유용금지 위반에는 이익을 손해로 추정하는 조문을 두고 있다. 개입권과 이익을 손해로 추정하는 방식은 영국의 이득토출책임과 그 결과 및 취지에서 유사한 측면이 있으나 그 적용요건 등이 상이하다. 구체적 충실의무 조문에 따라 별도의 구체수단을 둘 것이 아니라, 이사가 일반적인 충실의무 및 관련 세부 조문을 위반한 경우에 이득토출책임을 부과하는 것이, 충실의무 도입 취지뿐 아니라 위반 시 구체수단의 일관성을 위해서도 바람직하다.

(논문투고일: 2022.02.23., 심사개시일: 2022.2.25., 게재확정일: 2022.3.11.)



▶ 송지민

이득토출책임, 신인의무, 충실의무, 이익충돌금지원칙,
이익향수금지원칙

【참 고 문 헌】

I. 국문단행본

- 김건식 외, 회사법, 제5판, 박영사(2021).
 김건식, 회사법 연구 I, 소화(2010).
 서헌제, 사례중심 체계 상법강의(상), 법문사(2007).
 손주찬, 상법(상), 제15판, 박영사(2004).
 송옥렬, 상법강의, 제11판, 홍문사(2021).
 이중기, 충실의무법 -신뢰에 대한 법적보호-, 삼우사(2016).
 이철송, 회사법 강의, 제27판, 박영사(2019).
 장덕조, 상법강의, 제3판, 법문사(2019).
 정동윤, 상법(상), 제6판, 법문사(2012).
 정찬형, 상법강의(상), 제21판, 박영사(2009).
 최준선, 회사법, 제14판, 삼영사(2019).
 홍복기·박세화, 회사법강의, 제7판, 법문사(2019).

II. 논문

- 권재열, “상법 제382조의 3(이사의 충실의무)의 존재의의”, 상사판례연구 제22집 제1권, 한국상사판례학회(2009).
 김병연, “이사의 충실의무와 영미법상 신인의무”, 상사법연구 제24권 제3호, 한국상사법학회(2005).
 김정연, “자본시장에서의 이익충돌에 관한 연구”, 박사학위논문, 서울대학교 법학전문대학원(2016).
 박기령, “이사의 충실의무에 관한 법적 연구”, 박사학위논문, 이화여자대학교 대학원(2010).
 박기령, “이사의 선관의무와 충실의무의 법사학적 기원에 관한 고찰”, 상사법 연구 제30권 제2호, 한국상사법학회(2011).
 송지민, “수탁자의 이득토출책임에 관한 연구-영미법상 논의 및 그 시사점을 중심으로-”, 박사학위논문, 서울대학교 법과대학원(2021).
 이중기, “이사, 상업사용인의 회사기회유용과 경업금지의무 위반: 이사, 상업사용인의 충실의무위반에 대한 개입권의 행사가능성을 중심으로”

- 으로”, 홍익법학 제8권 제3호, 홍익대학교 법학연구소(2007).
- 이중기, “이사의 충실의무의 강행성 여부와 충실의무에 대한 사적자치: 신탁 충실의무법의 보충적 적용을 중심으로”, 비교사법 제22권 제3호, 한국비교사법학회(2015).
- 채이배, “상법 제382조의3(이사의 충실의무) 개정 필요성- 이사 및 지배주주의 사익추구 방지를 위하여”, ERRI이슈 & 분석, 경제개혁연구소(2013).
- 천경훈, “회사기회의 법리에 관한 연구”, 박사학위논문, 서울대학교 법과대학원(2012).

III. 영문단행본

- Burn, Edward & Graham Virgo, Maudsley & Burn's Trust & Trustee Cases & Materials, OUP (2008).
- Criddle, Evan, et al., ed., The Oxford Handbook of Fiduciary Law, OUP (2019).
- Davies, Paul & Worthington, Sarah, Gower & Davies, Principles of Modern Company Law, Sweet & Maxwell (9th ed., 2012).
- Deakin, Simon, et al., Markesinis and Deakin's Tort Law, Clarendon Press (6th ed., 2007).
- Degeling, Simone & Jason Varuhas, ed., Equitable compensation and Disgorgement of Profit, Bloomsbury (2017).
- Dignam, Alan & John Lowry, Company Law, OUP (11th ed., 2020).
- Dignam, Alan & Andrew Hicks, Hicks & Goo's Cases & Materials on Company Law, OUP (7th ed., 2011).
- Edelman, James, Gain-based Damages: Contract, Tort, Equity and Intellectual Property, Hart Publishing (2002).
- French, Derek, Mayson, French & Ryan on Company Law, OUP (37th ed., 2021).
- Gold, Andrew & Paul Miller, ed., Philosophical Foundations of Fiduciary Law, OUP (2014).
- Gordon, Smith & Andrew Gold, ed., Research Handbook on

- Fiduciary Law, Edward Elgar Publishing (2018).
- Kershaw, David, The Foundations of Anglo-American Corporate Fiduciary Law, Cambridge University Press (2018).
- Martin, Jill, Hanbury and Martin: Modern Equity, Sweet & Maxwell (17th ed., 2005).
- Mortimore, Simon, ed., Company Directors: Duties, Liabilities and Remedies, OUP (3rd ed., 2017).
- Sealy, Len & Sarah Worthington, Sealy's Cases and Materials in Company Law, OUP (9th ed., 2010).
- Stafford, Andrew & Stuart Richie, Fiduciary Duties: Directors and Employees, Lexis Nexis (2nd ed., 2015).

IV. 영문논문

- Conaglen, Matthew, The Nature and Function of Fiduciary Loyalty, 121 L. Q. Rev. 452 (2005).
- Conaglen, Matthew, Strict Fiduciary Loyalty and Accounts of Profits, 65 Cambridge L. J. 278 (2006).
- Frankel, Tamar, Fiduciary Law, 71 Cal. L. Rev. 795 (1983).
- Miller, Paul, Justifying Fiduciary Remedies, 63 Univ. of Toronto L. J. 570 (2013).
- Mitchell, Charles, Causation, Remoteness and Fiduciary Gains, 17 King's College L. J. 325 (2006).
- Sealy, Len, The Director as Trustee, 25 Cambridge L. J. 83 (1967).
- Smith, Gordon, The Critical Resource Theory, 55 Vanderbilt L. Rev. 1399 (2002).
- Smith, Lionel, Deterrence, Prophylaxis and Punishment in Fiduciary Obligations, 7 J. of Equity 87 (2013).
- Tuch, Andrew, Investment Banks as Fiduciaries: Implications for Conflicts of Interest, 29 Melbourne Univ. L. Rev. 478 (2005).

Worthington, Sarah, Fiduciaries Then and Now, 80 Cambridge L. J.
154 (2021).

V. 기타자료

국회법제사법위원회, 상법 일부개정법률안(회사편) 검토보고(2008.1).

법무부, 신탁법 개정 특별분과위원회 회의록 I(2020.3).

Law Commission Co. No.125 Fiduciary Duties and Regulatory
Rules, 1992.

Abstract

Justifying Disgorgement of Profits in Director's Breach of Duty of Loyalty – The Lesson from England and Wales –

Jeemin Song*

This paper examines whether it is plausible to apply the disgorgement of profits remedy to a corporation's board of directors. In Anglo-American jurisprudence, a corporate director is categorically treated as a status-based fiduciary who owes a fiduciary duty to the corporation. If a director makes unauthorized profits in breach of his fiduciary duty to the corporation, the director should be required to disgorge the profits just as a disloyal trustee is required to disgorge profits.

Under the Korean Commercial Code, remedies exist that are functionally similar to the disgorgement of profits, yet these remedies are fragmented. For instance, directors are prohibited from engaging in a transaction that competes with their corporation's interests without the consent of the board of directors. If a director violates his duty not to compete without the board's consent, the director may be held liable for monetary damages sustained by the corporation. Additionally, intervention rights are granted to a corporation under the Korean Commercial Code. The corporation may intervene and substitute itself for the director in the third-party transaction.

* Ph.D. in Commercial Law, Solicitor in England and Wales, Lawyer qualified in D.C., Legislative Researcher.

Furthermore, a director may not usurp certain business opportunities available to the corporation without approval by the board of directors. If a director usurps the corporation's business opportunity in contravention of his fiduciary duty, then the director may be held liable for damages based upon a presumption that the ill-gotten gains made by the director are the damages suffered by the corporation. Both intervention rights and the presumption that illegal profits are the corporation's damages are modified forms of the remedy of disgorgement of profits. However, a breach of a general duty of loyalty under the Korean Commercial Code does not stipulate these gain-based remedies. The directors of a corporation are in charge of managing the company's business and assets. Thus, their role is similar to that of a trustee. Thus, this paper argues that disgorgement of profits should be adopted for breach of a duty of loyalty by a director under the Korean Commercial Code.



▶ **Jeemin Song**

Disgorgement of Profits, Account of Profits,
Fiduciary Duty, Duty of Loyalty, No-Conflict Rule,
No-Profit Rule

국제법상 ‘인류공동유산’의 법적 의미

서진웅*

【목 차】

I. 서론	III. 해양법상 ‘인류공동유산’
II. ‘인류공동유산’의 연혁과 내용	1. 심해저제도 상의 지위
1. 인류공동유산 연혁	2. 인류공동유산 이행 상의 변화
2. 인류공동유산 내용	3. 해양법 상 원칙성 여부
3. 개념으로서의 확립 여부	IV. 결론: 공유물의 비극을 방지하는가?

【국 문 요 약】

Garrett Hardin이 1968년 12월 Science지에 발표한 ‘The Tragedy of the Commons - The population problem has no technical solution; it requires a fundamental extension in morality’를 통해 공유물의 비극이라는 개념이 대중화되었다. 오늘날에 이르러 개발도상국가들은 공유물의 비극을 방지하기 위하여 ‘인류공동유산’을 국제법상 원칙으로 보아야 한다고 주장한다. 그러나 국제관습법과 성문국제법상 ‘인류공동유산’을 하나의 원칙으로 볼 수 있을 것인지 여부는 불분명하다.

‘인류공동유산’이 처음으로 성문국제법에 명기된 것은 Agreement Governing the Activities of States on the Moon and Other Celestial Bodies이며, 이 협약은 1984년 7월 11일에 발효하였다. 그럼에도 불구하고 현재까지 비준한 국가는 18개국에 불과하다. UN해양법협약 상 심해저제도에 ‘인류공동유산’이 규정되어 있으나, 그에 대한 명확한 정의는 없는 상태이다. 이에 더하여, Conservation and sustainable use of marine biological

* 성균관대학교 법학연구원 선임연구원.

diversity beyond areas of national jurisdiction에 관한 논의에서도 개발도상국가들은 공해와 심해저의 보존과 형평한 이용을 위하여 ‘인류공동유산’을 국가관할권이원지역의 법원칙으로 삼아야 한다고 주장하고 있다.

‘인류공동유산’을 해양법상의 새로운 원칙 내지는 국제법상의 새로운 원칙으로 승인하게 되더라도, ‘인류공동유산’이 어떠한 내용을 담고 있으며, 구성요소가 무엇인지에 대한 명확한 정의가 내려지지 않는 한, ‘인류공동유산’은 하나의 정책적 구호에 불과할 뿐이다. 이는 결국은 해양의 이용과 보존이라는 측면에서 볼 때, ‘인류공동유산’이 국가관할권이원지역의 원칙이 되어야 한다는 입장은 우려하는 혼돈을 새로운 이름의 공허한 원칙 하에서 재현시킬 뿐이다. 원칙의 변화만으로는 ‘공유물의 비극’으로서 해양환경보호 및 합리적 자원 이용의 파탄은 피할 수 없는 결말이 될 것이다.

본고는 국제법상 ‘인류공동유산’ 개념의 연혁과 그 내용을 살펴봄으로써 이 개념이 하나의 법적 원칙으로 확립되었는지 여부를 살펴보고자 한다. 아울러 UN해양법협약 상의 심해저제도의 본질적 부분인 ‘인류공동유산’이 국가관할권이원지역에 적용가능한 원칙성을 가지고 있는지 검토하고자 한다.

I. 서론

유전자원을 활용하는 바이오산업이 혁신성장을 이끄는 핵심 엔진으로 주목받고 있다.¹⁾ 유전자원은 화장품, 의약품, 식품 등 다양한 바이오산업 영역에 활용될 가능성이 높기에, 이에 대한 관심이 국내는 물론 국제사회에서도 높아지고 있다. 국제사회는 ‘국가관할권이원지역의 해양생물다양성의 보존과 지속가능한 이용’(Conservation and sustainable use of marine biological diversity beyond areas of national jurisdiction)에 관한 논의를 지속하고 있다.²⁾ 이 논의를 통해 ‘인류공동유산’(common

1) 신선미·김잔디, “‘바이오가 혁신성장 이끈다’...정부, 올해 3조원 투자”, 연합뉴스, 2019. 04.

22. (<https://www.yna.co.kr/view/AKR20190420049100017?input=1195m>, 2019. 11. 25. 방문).

heritage of mankind)이 다시금 주목받고 있으며, 빈번히 언급되고 있다.

‘인류공동유산’의 내용과 개념에 대한 합의가 부재함에도 불구하고 다수의 개발도상국가들과 학자들은 인류공동유산을 옹호하고, 심지어 국제관습법상 원칙임을 주장하기도 한다.³⁾ 인류공동유산을 강조하는 저작들의 경우, 환경보호의 측면에서 국제관리를 통한 보존의 촉진에 초점을 두는 입장이 있으며, 일부의 경우 ‘공유물의 비극(tragedy of commons)’을 언급하며 ‘인류공동유산’이 국제법상 원칙으로 도입되어야 함을 주장한다.⁴⁾

이와 관련하여서는 UNGA Resolution 69/292에 따라 설치된 국가관할권이원지역의 해양생물다양성 보존과 지속가능한 이용에 관한 해양법협약 상 법적 구속력이 있는 국제법률문서의 개발을 위한 준비위원회(Preparatory Committee established by General Assembly resolution 69/292: Development of an international legally binding instrument under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the conservation and sustainable use of marine biological diversity of areas beyond national jurisdiction)에 제출된 각국의 서

2) 이와 관련하여 UN해양법상의 ‘국가관할권 한계 밖(beyond the limits of national jurisdiction)’을 대체하여 국가관할권이원지역(areas beyond national jurisdiction: ABNJ)이라는 용어가 통용되고 있다. 국가관할권이원지역 생물다양성의 경우에도 biological diversity of areas beyond national jurisdiction과 biological diversity beyond areas of national jurisdiction(https://www.un.org/Depts/los/biodiversityworkinggroup/marine_biodiversity.htm, last visited Nov. 25, 2019 참조)이 혼용되고 있다. 그러나 필자는 UN해양법협약의 용례에 따라 ‘국가관할권 한계 밖 지역(areas beyond the limits of national jurisdiction)’, ‘국가관할권 한계 밖 지역의 생물다양성(biological diversity areas beyond the limits of national jurisdiction)’이라는 용어를 사용함이 타당하다고 생각한다. 다만, 이 글에서는 이해의 편의를 위해 통용 용례에 따르기로 한다.

3) Jamaica, Submission of the Government of Jamaica on Marine Genetic Resources and the Common Heritage of Humankind, p. 10. (available at https://www.un.org/depts/los/biodiversity/prepcom_files/rolling_comp/Jamaica-marine_genetic_resources.pdf, last visited Nov. 25, 2019) 참조.

4) Scott J. Shackelford, “The Tragedy of the Common Heritage of Mankind”, *Stanford Environmental Law Journal* vol. 28(1) (2009), pp. 118-119.; Dire Tladi, “Conservation and sustainable use of marine biodiversity in areas beyond national jurisdiction: towards an implementing agreement”, in Rosemary Rayfuse (eds.), *Research Handbook on International Marine Environmental Law* (Edward Elgar, 2017), p. 264.

면입장서를 통해서 확인할 수 있다.⁵⁾

‘공유물의 비극’이라는 개념은 영국왕립학회 회원인 William Forster Lloyd가 1833년 처음으로 제안한 것으로 알려져 있으며, Garrett Hardin이 1968년 12월 Science지에 발표한 “The Tragedy of the Commons - The population problem has no technical solution; it requires a fundamental extension in morality”를 통해서 공유물의 비극이라는 개념이 대중화되었다.

생물학자인 Hardin의 연구주제는 인구문제를 해결할 기술적 방법의 존재 유무에 있다. Hardin의 이 글은 유한한 행성 내에서 인구증가와 생활 수준의 증가를 동시에 촉진할 수 있는 예측가능한 기술적 해결책은 존재하지 않으며, 윤리적인 측면에서 접근하여야 함을 강조한다.⁶⁾ (마음대로 할) 자유로 인하여 궁극적으로 공유물이 파괴될 수밖에 없기 때문에,⁷⁾ 상호 합의된 상호 강제를 통해 해결하여야 한다는 점을 강조한다.⁸⁾ Hardin의 논문은 제약 없는 자유보다는 윤리적 규칙에 기반한 사회가 궁극적으로 합리적인 결론에 도출할 수 있음을 자연과학자의 입장에서 정리한 논문으로 평가할 수 있다.⁹⁾ 이를 법학적 측면에서 재해석한다면, ‘공유물의 비극’은 ‘방종’에 의하여 발생하며, 이를 예방하기 위하여서는 ‘합리적 이성’에 의하여 제한된 자유가 필수불가결하다는 것으로 이해될 수 있다.

‘공유물의 비극’을 이와 같이 이해하는 한 ‘인류공동유산’이 국제법상 원칙이 되지 못한다면, 공유물의 비극으로 인하여 해양과 극지, 달과 기

5) Submissions received from delegations in response to the Chair's invitation made at the third session of the Preparatory Committee for the purpose of the preparation of the stream lined version of the Chair's non-paper(available at https://www.un.org/Depts/los/biodiversity/prepcom_files/rolling_comp/Submissions_StreamlinedNP.pdf, last visited Nov. 25, 2019.) 참조.

6) Garrett Hardin, “The Tragedy of the Commons - The population problem has no technical solution: it requires a fundamental extension in morality”, *Science*, vol. 126 (1968.12.), p. 1248.

7) *Ibid.*, p. 1244.

8) *Ibid.*, p. 1247.

9) UN Department of Economic and Social Affairs, Population Division의 World Population Prospects 2019에 따르면, 1968년 기준 전세계 인구는 35.5억명, 2019년 기준 전세계 인구는 77.1억명으로 추정된다. 그러나 공유물로서 ‘지구’의 비극은 아직 도래하지 않았다.

타 천체가 과잉 개발되어 궁극에는 파탄에 도래할 것이라는 일부 학자들의 주장¹⁰⁾에 대하여 그 이론적 타당성에 대하여 의문을 제기하게 된다. 또한 인류공동유산이 하나의 법원칙으로 성숙된 개념인지 여부를 포함하여, 인류공동유산을 해양법상의 새로운 원칙 내지는 국제법상의 새로운 원칙으로 승인하게 되더라도, ‘인류공동유산’이 어떠한 내용을 담고 있으며, 구성요소가 무엇인지에 대한 명확한 정의가 내려지지 않는 한, 인류공동유산은 하나의 정책적 구호에 불과할 뿐이다.

그러나 현행 국제해양법의 골격협약에 해당하는 UN해양법협약을 포함하여, 어떠한 성문국제법상에서도 ‘인류공동유산’이 무엇인지에 관하여 정의한 규정은 찾아볼 수 없다. UN해양법협약은 제136조에서 단지 ‘심해저와 그 자원은 인류공동유산이다.’라고만 규정하고 있을 뿐이다. 그럼에도 불구하고 국제사회의 다수를 차지하는 개발도상국가들은 해양생물 다양성의 보존과 지속가능한 이용에 ‘인류공동유산’개념을 적용하여야 한다는 주장을 지속하고 있으며,¹¹⁾ 일부 국가의 경우 인류공동유산이 국제관습법이라는 주장까지 한다.¹²⁾

인류공동유산이 무엇인지, 또는 인류공동유산이 국제법상 원칙에 해당하는 것인지에 대하여서는 명백한 정의 내지는 합의를 찾아보기 힘들 뿐만 아니라, 그 내용에 대해서도 논쟁의 여지가 남아있는 것이 현실이다.¹³⁾

본고에서는 국제사회에서 ‘인류공동유산’이라는 용어가 사용되어온 연혁과 인류공동유산의 내용을 살펴보고자 한다. 이를 통하여 인류공동유산의 법적 의미에 대하여 검토하고자 하며, 특히 해양법영역에서의 인류공동유산이 가지는 법적 의미를 확인하고자 한다.

10) Shackelford, *op. cit.*, p. 119.; Frakes, *op. cit.*, p. 410.

11) Group of 77 and China, Development of an international legally binding instrument under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the conservation and sustainable use of marine biological diversity of areas beyond national jurisdiction (A/RES/69/292) Group of 77 and China's Written submission, December 5, 2016, p. 1. (available at https://www.un.org/depts/los/biodiversity/prepcom_files/rolling_comp/Group_of_77_and_China.pdf, last visited Nov. 25, 2019) 참조.

12) Jamaica, *op. cit.*, p. 10.

13) Scott J. Shackelford, *op. cit.*, p. 116 참조.

II. ‘인류공동유산’의 연혁과 내용

1. ‘인류공동유산’의 연혁

‘인류공동유산’원칙의 등장을 언제로 볼 것인가에 대하여서는 아직까지는 논쟁의 여지가 있다. Francisco de Vitoria 내지 Thomas Aquinas로부터 인류공동유산원칙의 기원을 찾는 학자도 있으며,¹⁴⁾ 이와 달리 구약시대부터 인류공동유산원칙이 존재하였다고 보는 견해도 있다.¹⁵⁾

다만 현대적 의미로서의 인류공동유산원칙이 등장한 것은 1830년대 안드레스 베요(Andres Bello)가 제시한 ‘공동세습재산’(common patrimony)에서 찾을 수 있다. Bello는 한 국가가 타국에 손해를 끼치지 않고서는 보유할 수 없는 경우에는 국제공동체가 공동세습재산으로 간주할 것을 주장하였다. 이와 함께 19세기 말 프랑스의 알베르트 쥘프르 데 라 프라텔(Albert Geouffre de Lapradelle)은 해양을 인류세습재산(le patrimonie de l'humanité)으로 보아야 한다는 사상을 제기하였다.¹⁶⁾

현대에 와서 ‘인류공동유산’원칙은 1950년대 국제법위원회(International Law Commission: ILC)에서 논의되기 시작하였다. 또한 1958년 제1차 UN해양법회의에서 일부 국가들은 대륙붕을 인류공동유산으로 할 것을 주장하기도 하였다. 특히 동년 제네바에서 개최된 해양법회의 제1차 전체회의에서 태국의 Wan Waitlagakon 왕자는 “바다는 인류의 공동유산”이라고 언급하였다.¹⁷⁾

14) Vladimir Postyshev, *The Concept of the Heritage of Mankind* (Progress Publisher, 1990), p. 37.

15) Jonathan Gelloway, “Political Philosophy and Common Heritage of Mankind Concept in International Law”, *Proceeding of the Twenty-Third Colloquium on the Law of Outer Space: September 21-28, 1980 Tokyo, Japan* (1980), p. 25.

16) Markus G. Schmidt, *Common Heritage or Common Burden? the United States Position on the Development of a Regime for Deep Seabed Mining in the Law of the Sea Convention*, (Oxford University Press, 1989), p. 23.

17) UN Doc. A/Conf.13/SR.1 (1958), U.N. Conference on the Law of the Sea (1st plenary

1959년 12월 1일 서명된 남극조약(Antarctic Treaty) 서문은 ‘… 남극지역이 오로지 평화적 목적을 위하여서만 항구적으로 이용되고, 또한 국제적 불화의 무대나 대상이 되지 않는 것이 모든 인류의 이익(the interest of all mankind)이 됨을 인식하고, … 그러한 협력을 계속하고, 또한 발전시키기 위한 확고한 토대를 확립하는 것이 과학상의 이익 및 모든 인류의 진보에 합치함을 확신하며, 또한 남극지역을 평화적 목적으로만 이용하고…¹⁸⁾’라고 규정함으로써, ‘인류공동유산’원칙을 표명하고 있는 것으로 평가하는 입장도 있다.¹⁹⁾

1967년 1월 27일 서명된 ‘달과 기타 천체를 포함한 외기권의 탐색과 이용에 있어서의 국가활동을 규율하는 원칙에 관한 조약’(Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, Including the Moon and Other Celestial Bodies)은 국제협약 중 처음으로 ‘국가’를 대신하여 ‘인류(mankind)’와 ‘인류/인민(people²⁰⁾)’이라는 용어를 사용한 것으로 평가된다.²¹⁾ 동 협약 서문에 “평화적 목적을 위한 외기권의 탐색과 이용의 발전에 대한 모든 인류의 공동이익(common interest of all mankind)을 인정하고”라고 규정하고 있으며,²²⁾ “외기권의 탐색과 이용은 그들의 경제적 또는 과학적 발달의 정도에 관계없이 전인류의 이익을 위하여 수행되어야 한다고 믿고”라고 규정하고 있다.²³⁾ 우주조약법은 인류활동의 착수와 종료 시에 인민의 복지를 고려할 것을 요청하며, 전인류를 기본적 및 불가양적 권리의 주체로서 인정하고 있다고 평가되기도 한다.²⁴⁾

meeting), p. 3.

18) The Antarctic Treaty, Preamble para. 2.

19) Shackelford, *op. cit.*, p. 138.

20) 동 협약 서문 중 ‘people’이라는 용어가 제4문과 제6문 총 2회 사용되고 있다. 국문번역문에서는 4문에서는 인류로, 6문에서는 인민으로 번역하고 있다.

21) Shackelford, *op. cit.*, p. 141.

22) Preamble para. 3: *Recognizing* the **common interest of all mankind** in the progress of the exploration and use of outer space for peaceful purposes, (emphasis added).

23) Preamble para. 4: *Believing* that the exploration and use of outer space should be carried on for the **benefit of all peoples** irrespective of the degree of their economic or scientific development, (emphasis added).

24) Shackelford, *op. cit.*, p. 142.

1967년 몰타의 대사인 Arvid Pardo는 제22차 유엔총회(UNGA)의 심의의제로 ‘국가관할권의 한계 밖의 해저의 평화적 목적을 위한 유보와 그 자원의 이익을 인류를 위한 이용에 관한 선언과 조약’을 추가할 것을 주장한 바 있다. Pardo는 심해저와 그 자원은 인류의 공동유산으로서 특정국가가 전유할 수 없다고 주장하였으며, ‘인류공동유산’의 개념을 심해저에 적용할 것을 주창하였다. UNGA는 이러한 제안을 검토하기 위하여 1967년 12월 21일 UNGA 결의로서 심해저 문제를 검토하기 위한 ‘국가관할권 한계 밖의 해저 및 해상의 평화적 이용에 관한 임시위원회’(Ad Hoc Committee on the Peaceful Uses of the Seabed and the Ocean Floor beyond the Limits of National Jurisdiction)를 구성하였으며, 동 위원회에 국가관할권 한계 밖의 심해저를 위한 국제제도 및 기구에 대한 협정초안을 준비할 권한을 부여하였다.²⁵⁾

1968년에 설립된 국제연합의 해저 평화이용위원회에서 실행된 ‘국가관할권의 경계 외의 해저와 그 아래’를 규율하는 기본원칙에 대한 논의의 성과로 1970년 12월 17일에 ‘국가의 관할권이 미치는 구역의 경계 외의 해저와 그 아래를 규율하는 원칙의 선언’²⁶⁾이 채택되었다. 동 선언은 심해저를 규율하는 조약에 관한 가이드라인을 제공하기 위한 것으로서, 심해저는 평화적 목적으로 보존되어야 하며, ‘인류공동유산’이라고 선언하였다.²⁷⁾ 이후 동 선언이 UN해양법협약의 도입 시 심해저 제도의 기초가 되었다.

1979년 12월 5일 UNGA에서 채택된 ‘달과 기타 천체에 있어서 국가활동을 규율하는 협약’(Agreement Governing the Activities of States on the Moon and Other Celestial Bodies) 제11조 제1항²⁸⁾은 “달과

25) UNGA Resolution 2467(XXIII) Examination of the question of the reservation exclusively for peaceful purposes of the sea-bed and the ocean floor, and the subsoil thereof, underlying the high seas beyond the limits of present national jurisdiction, and the use of their resources in the interests of mankind.

26) UNGA Resolution 2749(XXV) Declaration of Principles Governing the Sea-Bed and the Ocean Floor, and the Subsoil Thereof, Beyond the Limits of Nations of National Jurisdiction.

27) *Ibid.*, Art.1: The seabed and ocean floor, and the subsoil thereof, beyond the limits of national jurisdiction (hereinafter referred to as the area), as well as the resources of the area, are the **common heritage of mankind**. (emphasis added).

달의 천연자원은 인류 공동유산”이라고 규정함으로써 국제협약 상 ‘인류 공동유산’이라는 용어가 처음으로 사용되기 시작하였다. 그러나 동 협약은 1984년 7월 11일 발효하였음에도 불구하고, 현재까지 비준국이 18개국에 불과한 실정이다.²⁹⁾

1982년 UN해양법협약 제136조는 “심해저와 그 자원은 인류공동유산”임을 규정하였다. UN해양법협약 상의 인류공동유산에 관하여서는 다음 장에서 구체적으로 살펴보고자 한다.

1983년 FAO의 ‘식물유전자원에 대한 국제지침’(International Undertaking on Plant Genetic Resources)은 식물유전자원은 보존하여야 할 “인류의 유산”(heritage of mankind)이며, 현재와 미래 세대의 이익을 위하여 제한 없이 자유롭게 이용할 수 있어야 한다고 규정하였다.³⁰⁾

1992년 생물다양성협약의 협상과정에서 생물다양성에 관하여 이를 인류공동유산으로 규정하여야 한다는 주장이 제기된 바 있다.³¹⁾ 생물다양성협약의 협상과정 중 선진국들은 대체로 생물다양성을 ‘인류공동유산’(common heritage of mankind)으로 규정하며 그에 대한 자유로운 접근과 이용을 주장하였으나, 개도국들은 인류공동유산이라는 원칙 하에 선진국들이 개도국이 보유한 유전자원들을 자유롭게, 심지어는 무분별하게 접근, 취득, 남용하는 경우를 우려하였으며, 이로 인하여 생물다양성협약은 타협적으로 생물다양성을 ‘인류의 공동관심사’(common concern

28) Art.11(1): The moon and its natural resources are the **common heritage of mankind**, which finds its expression in the provisions of this Agreement and in particular in paragraph 5 of this article. (emphasis added).

29) United Nations Treaty Collection, https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXIV-2&chapter=24&clang=_en 참조.

30) FAO Resolution 8/83, Preamble para.3(a): plant genetic resources are a **heritage of mankind** to be preserved, and to be freely available for use, for the benefit of present and future generations. (emphasis added).

FAO Resolution 8/83, Art.1: ... This Undertaking is based on the universally accepted principle that plant genetic resources are a **heritage of mankind** and consequently should be available without restriction. (emphasis added).

31) Nadia Sánchez Castillo-Winckels, “Why “Common Concern of Humankind” Should Return to the Work of the International Law Commission on the Atmosphere”, *Georgetown Environmental Law Review* vol. 29(1) (2016), pp. 147-149.

of humankind)로 정리하였다.³²⁾ 각국이 보유한 생물자원과 유전자원에 대한 기존의 지구상의 생물자원은 자원소재국의 주권적 권한이 미치는 것이 아니라 인류의 공동유산으로 누구나 자유롭게 접근하여 이용할 수 있도록 허용되어야 한다는³³⁾ 기존의 인류공동유산원칙을 수정하여³⁴⁾ 영토국의 주권적 권한을 인정하는 대신에 영토국이 이러한 자원을 배타적으로 독점함으로써 기술력을 가진 국가의 기술발전을 방해하거나 억제하지 않도록 다른 국가의 접근을 보장하는 것이다.³⁵⁾ 이는 생물자원에 대한 보유국의 주권적 권리와 다른 국가의 그 자원에 대한 접근과 공평한 이용을 함께 보장하려는 것으로 이해된다.³⁶⁾

‘국가관할권이원지역의 생물다양성에 관한 작업단’(Biodiversity Beyond National Jurisdiction (BBNJ) Working Group)³⁷⁾ 회의 이후 ‘국가관할권이원지역의 해양생물다양성 보존과 지속가능한 이용에 관한 해양법협약 상 법적 구속력이 있는 국제법률문서에 관한 정부간 회의’(Intergovernmental conference on an international legally binding instrument under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the conservation and sustainable use of marine biological diversity of areas beyond national jurisdiction)에 이르기까지 국가관

32) Castillo-Winckels, *op. cit.*, p. 131 and pp. 147-149.

33) Edgar J. Asebey & Jill D. Kempenaar, “Biodiversity Prospecting: Fulfilling the Mandate of the Biodiversity Convention”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law* vol. 28 (1995), pp. 700-707.

34) 이전의 인류공동유산(common heritage of mankind), 즉 공동소유의 대상으로서의 생물다양성에 대한 관점이 보전의 대상으로서의 인류의 공동 관심사(common concern of humanity)로 전환된 것을 보여준다.; Thomas, Z., “Common Heritage to Common Concern”, *Journal of World Intellectual Property* vol. 8(3) (2005), p. 249.

35) 생물다양성협약 전문 제3문은 생물다양성에 대한 인류공동유산원칙이론을 폐지하고 생물다양성의 보존이 인류공동관심사(common concern of humankind)임을 명시하고 있다.; Francoise Burhenne-Guilmin & Susan Casey-Lefkowitz, “The Convention on Biological Diversity: A Hard Won Global Achievement”, *Yearbook of International Environmental Law*, vol. 3 (Gunther Handl, eds., 1993), pp. 47-48, notes 14-15.

36) Castillo-Winckels, *op. cit.*, pp. 147-149.

37) 정식명칭은 *Ad Hoc* Open-ended Informal Working Group to study issues relating to the conservation and sustainable use of marine biological diversity beyond areas of national jurisdiction으로 UNGA Resolution 69/292에 의하여 설치되었음.

할권이원지역 관련 논의에서 국가관할권이원지역과 그 생물다양성을 인류공동유산으로 규정하여야 한다는 주장이 제기되고 있다.³⁸⁾

특히 BBNJ 정부간 회의에서 공개된 의장문서인 ‘국가관할권이원지역 생물다양성의 보전과 지속가능한 이용에 관한 UN해양법협약에 따른 협정 초안 수정안 - 의장문서’(Revised draft text of an agreement under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the conservation and sustainable use of marine biological diversity of areas beyond national jurisdiction - Note by the President) 제5조 (c)호에 ‘인류공동유산’원칙이 규정되어 있으며,³⁹⁾ 제9조 제4항에는 여전히 “인류 전체의 이익을 위하여”라고 규정하고 있다.⁴⁰⁾

2. ‘인류공동유산’의 내용

‘인류공동유산’(common heritage of mankind)이 처음 제안되었을 때 ‘인류공동유산’이라는 용어 자체는 법적 중요성이 의문시되었으며 동시에 어떠한 것도 상징하지 않는 것으로 평가되었다.⁴¹⁾ 기본적으로 윤리적 개념이며 국제법상 일반적 발상(concept)에 해당한다고 평가되었다.⁴²⁾ 그러나 그 개념이 제안된 후 지금까지도 인류공동유산에 대한 정확한 정의는 합의되어 있지 않다.⁴³⁾ 또한 인류공동유산이 등장한 이래 많은 논란

38) A/CONF.232/2019/10, Statement by the President of the conference at the closing of the third session, p. 2. (available at https://www.un.org/bbnj/sites/www.un.org/bbnj/files/bbnj_presidents_closing_statement_-_advance_unedited.pdf, last visited Nov. 26, 2019.) 참조.

39) Art.5 General [principles] [and] [approaches] (c) The principle of the common heritage of mankind;.

40) Art.9.4. The utilization of marine genetic resources of areas beyond national jurisdiction shall be for the **benefit of mankind as a whole**, ... (emphasis added).

41) Martin A. Harry, “The Deep Seabed: The Common Heritage of Mankind or Arena for Unilateral Exploitation”, *Naval Law Review* vol.40 (1992), p. 226.

42) Alexander Kiss, “The Common Heritage of Mankind: Utopia or Reality?”, *International Journal* vol. 40(3) (1985), pp. 423-424.

43) Shackelford, *op. cit.*, p. 149.; also see Edward Guntrip, “The Common Heritage of Mankind - An Adequate Regime for Managing the Deep Seabed?”, *Melbourne Journal of*

과 학술논쟁의 대상이 되어 왔음을 부정할 수 없다.⁴⁴⁾

그러나 인류공동유산은 최소한 전인류에 귀속되는 지역을 설정하는 것이며, 해당 지역의 자원은 모든 사람의 필요와 이익을 위하여 사용하여야 하며, 미래세대와 개발도상국의 필요를 고려하여야 한다는 윤리적 개념을 담고 있다는 점에는 별다른 이의가 존재하지 않는다.⁴⁵⁾

인류공동유산의 구체적 내용으로 통상 인정되는 요소는 4-5가지가 언급된다. 인류공동유산의 주요한 특징은 일반적으로 비전유(非專有, non-appropriation), 국제관리, 이익공유와 평화적 유보로 이해되기도 하며,⁴⁶⁾ 이에 더하여 세대간 형평을 추가하기도 한다.⁴⁷⁾

첫 번째 요소는 비전유로서, 인류공동유산 지역에 대하여서는 사적 및 공적 측면에서의 전유가 허용되지 않으며, 인류공동유산 지역을 어느 누구도 법적으로 소유할 수 없음을 그 내용으로 한다.⁴⁸⁾

두 번째 요소는 국제관리이다. 인류공동유산 지역은 전인류 공동의 것으로 간주되기 때문에, 모든 국가를 대표하여 국제관리를 통하여 자원을 관리해야 한다는 것을 그 내용으로 한다. 따라서 일국의 정부는 자국의 인민을 대리하는 역할로 강등되며, 대중에 의한 관리는 사실상 불가능하기 때문에 공유관리를 조정하는 특별기관이 전인류를 대신하여 인류공동유산 지역을 관리해야 한다는 것을 의미하게 된다.⁴⁹⁾

세 번째 요소는 이익공유(benefit sharing)이다. 모든 국가는 인류공동유산 지역의 자원을 이용하여 얻은 이익을 서로 적극적으로 공유해야 하며, 이익을 추구하는 민간조직은 전인류의 이익이 되도록 수행해야 할

International Law, vol. 4 (2003) p. 387.

44) Shackelford, *op. cit.*, p. 116.; also see Donald R. Rothwell *et. al.*, *The Oxford Handbook of the Law of the Sea* (Oxford University Press, 2015), p. 229.

45) see Kiss, *op. cit.*, p. 424.

46) Patricia W. Birnie and Alan E. Boyle, *International Law and the Environment*, 2nd eds., (Oxford University Press, 2002), p. 143.

47) Myron H. Nordquist *et al.*, *Legal Order in the World's Oceans: UN Convention on the Law of the Sea* (Brill Nijhoff, 2018), pp. 82-85.

48) Jennifer Frakes, "The Common Heritage of Mankind Principle and the Deep Seabed, Outer Space, and Antarctica: Will Developed and Developing Nations Reach a Compromise?", *Wisconsin International Law Journal* vol.21(2) (2003), p.411.

49) Frakes, *op. cit.*, p.412.

것을 그 내용으로 한다.⁵⁰⁾ ‘이익공유’의 요소에 형평한 분배가 내재되어 있지만, 그 적용이 모호한 측면이 남아 있다.⁵¹⁾

네 번째 요소는 평화적 유보이다. 인류공동유산 지역은 평화적 목적에 한정하여 사용되어야 한다는 입장이다.⁵²⁾ 인류공동유산 지역에 무기 또는 군사시설을 설치할 수 없으며, 모든 국가가 평화유지에 역할을 수행하여야 하기 때문에 해당 지역에서의 무력충돌은 불법임을 그 내용으로 한다.⁵³⁾

다섯째 요소는 세대간 형평이다. 세대간 형평을 강조하는 경우도 있으며, 세대간 형평은 목적으로 보아 이 목적 달성을 위한 인류공동유산의 보존에 무게를 두는 입장도 있다.⁵⁴⁾ 현세대의 필요를 충족함과 동시에 미래 세대의 이익을 위해 인류공동유산 지역을 보존해야 한다는 것을 그 내용으로 한다.⁵⁵⁾

3. 개념으로서의 확립 여부

‘인류공동유산’ 개념은 상기와 같은 5가지 요소를 가진다. 그러나 인류공동유산의 요소를 정리한 학자들 대부분은 인류공동유산을 국제법상 원칙 내지는 우주법 내지는 해양법상의 원칙으로서 법적 의미를 가진다고 지지하는 입장이라는 점에 유의하여야 한다. 따라서 인류공동유산의 요소를 선행연구의 분석을 통한 정리와는 별도로, 국제사회에서의 국제법 실행 상 ‘인류공동유산’ 개념이 실제로 상기와 같은 요소를 담고 있는 것인가에 대한 확인이 필요하다. 국제법 실행 상 다수의 경우에 상기 5가지 요소를 구비하고 있다면, ‘인류공동유산’은 최소한 국제법상 개념 혹은, 일부의 주장과 같이, 국제법상 원칙 중 하나로 확립되었다고 인정할

50) *Ibid.*

51) Shackelford, *op. cit.*, p. 118.

52) Nordquist, *op. cit.*, p. 84 참조.

53) Frakes, *op. cit.*, p.413.

54) Nordquist, *op. cit.*, p. 85 참조.

55) *Ibid.*

수 있을 것이다.

1983년 FAO의 ‘식물유전자원에 대한 국제지침’은 식물유전자원은 보존하여야 할 ‘인류의 유산’으로 규정하고 있으나, 이와 동시에 식물유전자원에 대한 자유로운 접근과 이의 교환을 규정하고 있다.⁵⁶⁾ 동 지침은 ‘인류의 유산’으로서 식물유전자원은 제한 없이 이용할 수 있어야 한다는 원칙에 기초하며, 이로 인하여 식물유전자원에 대한 자유로운 접근을 보장하고 있다고 평가된다.⁵⁷⁾ 다만, 본 지침의 운영과정에서 ‘자유로운 접근’에 대하여 선진국들은 개발도상국의 유전자원에 대한 자유로운 접근으로, 개발도상국들은 선진국의 연구개발결과물에 대한 자유로운 접근으로 이해하고자 하였던 한계가 존재한다. 반면에, 동 지침은 이익공유 개념을 규정하지 않은 것으로 평가된다.⁵⁸⁾

생물다양성협약의 경우, 인류공동유산을 규정하고 있지 않으나, 현재 진행 중인 BBNJ 논의 과정 중 개발도상국들은 이익공유의 모범으로 생물다양성협약을 언급하고 있다. 그러나 개발도상국들은 생물다양성협약의 협상과정 중 ‘인류공동유산’을 원칙으로 도입함에 적극적인 반대를 하였었다. 협상과정 중 개발도상국들은 선진국들이 개발도상국이 보유한 유전자원들을 자유롭게, 심지어는 무분별하게 접근, 취득, 남용하는 경우를 우려하였으며, 이로 인하여 생물다양성협약 상 생물다양성을 인류의 공동관심사로 규정하였던 협상과정을⁵⁹⁾ 돌아볼 필요가 있다. 이는 국제사회에서의 국제법실행 상 인류공동유산이 국제법상의 원칙으로 받아들여지지 않았다는 방증으로 볼 수 있다.

‘달과 기타 천체에 있어서 국가활동을 규율하는 협약’은 국제협약 상 처음으로 ‘인류공동유산’이라는 용어를 사용한 사례이다. 동 협약의 경우에, 제11조 제2항⁶⁰⁾에서 비전유를, 제11조 제5항⁶¹⁾에서 국제관리를, 제

56) FAO Resolution 8/83, Art.1.

57) Gregory Rose, “International Law of Sustainable Agriculture in the 21st Century: The International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture”, *Georgetown International Environmental Law Review* vol.15 (2003), p. 602.

58) *Ibid.*, p. 603.

59) Castillo-Winckels, *op. cit.*, p. 131 and pp. 147-149.

60) 제11조 제2항 달은 어떠한 주권의 주장에 의하여 또는 이용과 점유에 의하여 또는 그 밖의 모든 수단에 의한 국가 전용의 대상이 되지 아니한다.

11조 제7항 (d)⁶²⁾호에서 (당사국간) 이익공유를, 제3조⁶³⁾에서 평화적 유보를, 제4조⁶⁴⁾에서 세대간 형평을 규정하고 있다. 인류공동유산의 요소를 대체로 포괄하고 있는 최초의 국제협약으로 평가할 수 있다. 그러나 동 협약은 1984년 7월 11일 발효한 반면에, 현재까지 당사국이 18개국⁶⁵⁾에 불과한 실정이라는 점에 주목할 필요가 있다. ‘달과 기타 천체를 포함한 외기권의 탐색과 이용에 있어서의 국가활동을 규율하는 원칙에 관한 조약’에서는 인류공동유산을 규정하지 않고 있으며, 이 조약의 당사국이 109개⁶⁶⁾국임과 비교하여 본다면, ‘인류공동유산’이 우주조약법 하에서조차 하나의 ‘원칙’으로 받아들여졌다고 평가하기엔 시기상조라고 평가할 수 있다.

인류공동유산이 상기와 같은 5가지 요소 이외에, 인류공동유산이 논의된 모든 국제법상의 분야에서 ‘접근’의 허용 정도와 인류공동유산의 도입 여부 간에 관련성이 존재했었다. ‘달과 기타 천체에 있어서 국가활동을 규율하는 협약’ 제6조⁶⁷⁾ 역시 평등의 원칙에 기초한 과학조사의 자유를

61) 제11조 제5항 이 협정의 당사국은 이에 달 천연자원의 개발이 가능하게 될 것임에 따라, 적절한 절차를 포함하여, 그러한 개발을 규율할 국제 체제를 수립할 것임을 약속한다. (하단생략)

62) 제11조 제7항 수립될 국제 체제의 주요 목표는 다음을 포함한다.

(d) 달 탐색에 직접 내지 간접적으로 공헌한 국가들의 노력 뿐 아니라 개발도상국의 이익과 필요에 대해서도 특별히 고려하는 가운데, 이들 자원으로부터 얻어지는 이익을 모든 당사국 간에 공정하게 공유하는 것

63) 제3조 1. 달은 모든 당사국에 의하여 오직 평화적 목적으로만 이용된다.

2. 달에서는 어떠한 무력 위협이나 사용 또는 그 밖의 다른 적대적 행동이나 적대적 행동의 위협도 금지되어 있다. 마찬가지로 지구, 달, 우주선, 우주선원 또는 인공 우주물체에 관련하여 그러한 행동을 범하기 위하여 또는 그리 위협하기 위하여 달을 이용하는 것도 금지되어 있다.

64) 제4조 달의 탐색과 이용은 모든 인류의 활동 범위이며, 그들의 경제적 또는 과학적 발전의 정도에 관계없이 모든 국가의 이익을 위하여 수행된다. 국제연합 헌장에 따라 보다 높은 생활수준과 경제적 및 사회적 진보발전의 여건을 촉진할 필요성 뿐 아니라 현 세대와 다음 세대의 이익에 대해서도 충분히 고려한다.

65) see supra no. 29.

66) see United Nations Office for Disarmament Affairs, Disarmament Treaties Database, http://disarmament.un.org/treaties/t/outer_space.

67) 제6조 1. 모든 당사국은 어떠한 종류의 차별도 없이 평등의 원칙에 의하여 그리고 국제법에 따라 달에서 과학 조사의 자유를 갖는다.

규정하고 있다. 그러함에도 불구하고 대부분의 인류공동유산 관련 연구 논문들은 인류공동유산의 요소에 ‘접근’을 배제하고 있다.

대부분 국제문서 상에서 ‘인류공동유산’은 누구나 ‘자유롭게 접근’하여 이용할 수 있도록 허용되어야 한다는 것을 내용으로 하는 개념이었다고 평가된다.⁶⁸⁾ 생물다양성협약의 협상과정 중 선진국들은 대체로 생물다양성을 ‘인류공동유산’(common heritage of mankind)으로 규정하며 그에 대한 자유로운 접근과 이용을 주장하였으나, 개도국들은 인류공동유산이라는 원칙 하에 선진국들이 개도국이 보유한 유전자원들을 자유롭게, 심지어는 무분별하게 접근, 취득, 남용하는 경우를 우려하였다.⁶⁹⁾ 각국이 보유한 생물자원과 유전자원에 대한 기존의 지구상의 생물자원은 자원소재국의 주권적 권한이 미치는 것이 아니라 인류의 공동유산으로 누구나 자유롭게 접근하여 이용할 수 있도록 허용되어야 한다는⁷⁰⁾ ‘인류공동유산’ 개념이 생물다양성협약의 협상과정에서 수정되었다.⁷¹⁾

다만, 이에 반하여, 인류공동유산을 하나의 국제법상 원칙으로 보아야 한다는 입장 내지는 최근의 BBNJ 논의에서 인류공동유산을 원칙으로 삼아야 한다고 주장하는 일부 국가들의 입장에 따르면, BBNJ에 적용될 인류공동유산은 ‘자유로운 접근’을 금지하는 형태를 취하고 있으며, 도리어 ‘이익공유’가 강조되고 있는 것이 현실이다.

뿐만 아니라 ‘접근’이 어떠한 의미를 가지는지도 이해관계국에 따라 다른 것으로 판단되며, 정부간 회의 의장문서에서도 ‘접근’의 개념을 확립하지 못하고 있다. 이러한 점에서도 과연 인류공동유산은 하나의 개념 내지는 원칙에 해당하는 것인지, 아울러 인류공동유산이라는 용어 자체

2. 과학조사의 수행과 이협정 규정의 이행에 있어서 당사국은 달의 광물질과 그 밖의 물질의 표본을 달에서 수집하고 달로부터 옮길 권리를 갖는다. 그러한 표본은 이를 수집되도록 한 당사국의 처분에 따르며, 그 당사국에 의하여 과학적 목적으로 사용될 수 있다. 당사국은 그러한 표본의 일부를 관심 있는 다른 당사국이나 국제 과학계가 과학조사를 위하여 이용할 수 있도록 하는 것이 바람직하다는 점을 고려한다. 당사국은 또한 과학조사 과정에서 그 비행임무 지원에 적절한 양만큼 광물질과 그 밖의 물질을 이용할 수 있다.

68) Asebey & Kempenaar, *op. cit.*, pp. 700-707.

69) *supra* no. 32.

70) *supra* no. 33.

71) *supra* no. 34 참조.

가 확립된 내용을 가지고 있는 것이 확실한가에 대한 의문이 제기될 수 밖에 없다.

인류공동유산이 국제법상 하나의 ‘용어’로서 존재하고 있음을 부정할 수 없다. 하지만 인류공동유산의 법적 의미 내지는 구성요소 및 국가관행에 있어서는 이견이 존재한다. 이로 인해 인류공동유산의 본질적인 요소는 모호하게 남아 있다고 평가된다.⁷²⁾ 또한 인류공동유산 자체가 국제문서에 따라 그 내용이 상이하기 때문에, 결과적으로 인류공동유산은 아직까지는 국제법상 원칙으로 확립되지 않았다고 평가됨이 타당하다.⁷³⁾ 다만 하나의 국제법상 일반적 발상(concept)에 해당한다고 평가함이 타당하다.⁷⁴⁾

III. 해양법상 ‘인류공동유산’

1. 심해저제도 상의 지위

UN해양법협약 하의 심해저제도는 동 협약 제76조와 제2부속서에 따라 대륙붕의 외측 한계 이원의 해저에 적용된다. 그러므로 동 협약 규정에 따라 각각의 연안국의 대륙붕의 외측 한계가 확정되기 전까지는 심해저의 정확한 범위는 불확정성을 가진다. 그러나 지질학적으로 해저기구의 관심의 대상이 되는 주요 광물자원은 잠재적 대륙붕 이원지역에서 발견되기 때문에 심해저의 불확정성은 실질적인 문제를 야기하지 않는 것으로 평가된다.⁷⁵⁾

UN해양법협약에 따르면 심해저와 그 자원은 ‘인류공동유산’이다.⁷⁶⁾

72) Guntrip, *op. cit.*, p. 386.

73) *Ibid.*, p. 387.

74) *supra* no. 42 참조.

75) Rothwell *et. al.*, *op. cit.*, p. 228.

76) Yoshifumi Tanaka, “Reflections on the Conservation and Sustainable Use of Genetic Resources in the Deep Seabed beyond the Limits of National Jurisdiction”, *Ocean*

인류공동유산이 국제법상 원칙에 해당하는지 또는 정책에 해당하는지 여부는 많은 논쟁의 대상이었으며 그동안 명확하지 않아 왔다고 평가된다.⁷⁷⁾ 그러나 “당사국은 제136조에 규정된 인류공동유산에 관한 기본원칙에 대한 어떠한 개정도 있을 수 없으며, 이 기본원칙을 일탈하는 어떠한 협정의 당사국도 되지 아니” 하도록 규정한 UN해양법협약 제311조 제6항에서 확인할 수 있듯이 인류공동유산은 심해저제도에서 본질적 개념으로 간주되었다.⁷⁸⁾

UN해양법협약 제137조, 제140조와 제141조는 제136조에 관하여 구체적으로 규정하고 있다. 인류공동유산의 첫 번째 요소인 ‘비전유’와 관련하여서, 동 협약 제137조 제1항에서 심해저나 그 자원에 대한 주권이나 주권적 권리의 주장 금지 및 모든 사인 및 법인에 의한 독점의 금지를 규정하고 있으며, 동조 제3항은 제11부에 의하지 않고는 어떠한 국가, 자연인 내지 법인도 심해저로부터 채취된 광물에 대하여 권리를 주장, 취득, 행사할 수 없도록 규정하고 있다.

인류공동유산의 두 번째 요소인 ‘국제관리’는 동 협약 제137조 제2항에서 심해저 자원에 대한 모든 권리는 인류 전체에 부여되며, 이러한 권리는 해저기구를 통하여 인류 전체를 위하여 행사될 것을 규정하고 있다.

인류공동유산의 세 번째 요소인 ‘이익공유’는 동 협약 제140조 제2항에서 심해저활동으로부터 나오는 재정적 이익과 그 밖의 경제적 이익이 적절한 제도를 통하여 차별 없이 공평하게 배분할 것을 규정하고 있다.

인류공동유산의 네 번째 요소인 ‘평화적 유보’와 관련하여 동 협약 제141조에서 심해저는 모든 국가가 차별 없이 오로지 평화적 목적을 위하여 이용하도록 개방된다고 규정되어 있다. 이와 함께 본 규정은 인류공동유산의 중요한 내용인 ‘자유로운 접근’을 제한적으로 보장하는 규정이라고 평가할 수 있다.

인류공동유산의 다섯 번째 요소인 ‘세대간 형평’은 명시적으로 규정되어 있지는 않다. 다만, 동 협약 제137조 제2항은 심해저 자원에 대한 모

Development & International Law vol. 39 (2008), p. 129.

77) Rothwell *et. al.*, *op. cit.*, p. 229.

78) Helmut Tuerk, *Reflections on the Contemporary Law of the Sea* (Brill, 2014), p. 31.

든 권리와 이에 따른 이익은 인류 전체를 위하여야 한다고 규정하고 있다. 비록 동 협약 상 ‘인류 전체의 이익’에 대한 정의가 존재하지는 않으나, ‘인류’라는 용어는 현재와 미래 세대를 모두 포함하며, 모든 민족(people)을 포함하는 개념으로 이해되며, 따라서 인류 전체의 이익은 현재와 미래 세대의 모든 민족의 이익을 의미한다고 이해될 수 있다.⁷⁹⁾

UN해양법협약 하의 심해저제도에서는 ‘인류공동유산’이 원칙성을 가짐은 분명하다. 또한 인류공동유산의 제요소를 구비하고 있음도 확실하다. 그러나 심해저제도는 심해저 활동을 규율하기 위한 제도이며, 심해저 활동은 본질적으로 심해저자원개발을 의미한다.⁸⁰⁾ 심해저 활동은 UN해양법협약 제1조 제1항 제3호에 규정된 바와 같이, ‘심해저자원을 탐사하고 개발하는 모든 활동’을 의미하기 때문이다. 또한 제137조는 인류공동유산원칙의 적용범위를 심해저의 자원에 한정한다. 제11부에서의 자원은 “복합금속단괴를 비롯하여 심해저의 해저나 해저 아래에 있는 자연 상태의 모든 고체성, 액체성 또는 기체성 광물자원”으로 정의된다.⁸¹⁾ 즉 현행 해양법 하에서 인류공동유산은 심해저 광물자원의 탐사 내지 개발 활동에 대하여서만 의미를 가진다고 평가하여야 한다.

2. 인류공동유산 이행상의 변화

1982년 UN해양법협약이 채택된 후 11년이 경과하여 발효되기 직전인 1993년 9월 기준, 협약 당사국은 60개국에 불과하였다. 협약 당사국 중 59개국이 개발도상국이었으며, 단 한 국가만이 선진국이었다(아이슬란드, 1985년 6월 21일 비준).

UN사무총장 하비에르 페레스 데 케야르(Javier Pérez de Cuéllar)는 UN해양법협약의 발효 이전에 제11부에 관한 문제를 해결하기 위하여 일련의 비공식 협의회를 소집하였다. 이는 ‘해양의 최대 사용자이자 최대

79) Tanaka, *op. cit.*, p. 131.

80) Rothwell *et. al.*, *op. cit.*, p. 230.

81) UNCLOS Art.133(a).

오염자이며, 해양에서의 최중요 분쟁당사자'인 선진국들의 불참 속에 발효되는 것은 비극과 같다는 인식에 기초한 것이었다. 동 협의회에서 사무총장 특별대리인인 피지 대사 사티아 난단(Satya Nandan)의 노력에 힘입어, '1982년 12월 10일자 해양법에 관한 국제연합협약 제11부 이행에 관한 협정'(1994년 이행협정)⁸²⁾이 1994년 7월에 UN총회에서 채택되었다.⁸³⁾

2022년 2월 현재 UN해양법협약 당사국은 168개국에 이르며, 미국을 제외한 대부분의 주요 선진국이 협약에 참여하고 있다.⁸⁴⁾ 1994년 이행협정의 당사국은 151개국에 이른다.⁸⁵⁾ 다만 1994년 이행협정 체결 이전에 UN해양법협약에 가입한 17개국이 1994년 이행협정에 참여하지 않고 있으며, 이로 인하여 UN해양법협약 하의 심해저제도가 파편화되었다는 지적도 존재한다.⁸⁶⁾

1994년 이행협정 제2조가 “이 협정과 제11부의 규정은 단일문서로 해석되고 적용”되며, “이 협정과 제11부가 일치하지 아니하는 경우 이 협정의 규정이 우선”한다고 규정하고 있다. 동 협정 제4조는 “이 협정 채택 후에는 (UN해양법)협약 비준서, (UN해양법)협약 공식확인서 또는 (UN해양법)협약 가입서는 이 협정에 대한 기속적 동의”가 되며, “어떠한 국가나 주체도 이 협정에 대한 기속적 동의를 확정하기 전이나 확정과 동시에 (UN해양법)협약에 대한 기속적 동의를 확정하지 아니하고는 이 협정에 대한 기속적 동의를 확정할 수 없”음을 규정하고 있다.

1994년 이행협정은 UN해양법협약의 개정에 관하여 언급하고 있진 않

82) Agreement relating to the implementation of Part XI of the United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982.

83) UNGA Resolution A/RES/48/263, 1994.

84) United Nations Treaty Collection, https://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIII.aspx?src=IND&mtdsg_no=XXI-6&chapter=21&Temp=mtdsg3&clang=_en 참조.

85) United Nations Treaty Collection, https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXI-6-a&chapter=21&clang=_en 참조.

86) Rosemary Rayfuse & Robin Warner, “Securing a Sustainable Future for the Oceans Beyond National Jurisdiction: The Legal Basis for an Integrated Cross-Sectoral Regime for High Seas Governance for the 21st Century”, *The International Journal of Marine and Coastal Law*, vol. 23 (2008), p. 404.

았지만, 제11부와 제3부속서 상 심해저제도에 근본적인 변화를 일으킨 것으로 평가된다. 특히 심해저 광산에 대한 이익 분배 규정을 대폭 삭제함으로써, 사실상 UN해양법협약 제11부를 개정한 것과 같은 효과를 도출하였다. 이는 “당사국은 제136조에 규정된 인류공동유산에 관한 기본 원칙에 대한 어떠한 개정도 있을 수 없으며, 이 기본원칙을 일탈하는 어떠한 협정의 당사국도 되지 아니” 하도록 규정한 UN해양법협약 제311조 제6항과 배치되는 결과를 낳았다고 평가할 수 있다.

이와 같은 근본적 변화(또는 개정)로 인하여 UN해양법협약의 보편적 참여의 길을 연 것으로 평가된다. 아울러 심해저제도 하의 인류공동유산의 내용에 변화, 특히 ‘이익공유’의 측면에서의 약화가 발생한 것으로 평가할 수 있다. 이와 같이 인류공동유산 원칙을 약화시켰음에도 불구하고, 심해저제도 하의 해저자원개발이 2014년까지 상업적 규모로 이루어지지 못하였다.⁸⁷⁾

3. 해양법 상 원칙성 여부

제2차 생물다양성협약 당사국 총회에서 요청한 ‘생물다양성협약과 해양법협약과의 관계에 관한 연구’⁸⁸⁾에 따르면 심해저의 유전자원에 적용할 수 있는 법적 제도에 모호성이 나타난다. 이 연구는 심해저를 관장하는 인류공동유산원칙이 심해저의 유전자원에 적용 가능하다는 것을 인식하고 있는 것처럼 보이지만⁸⁹⁾, 동시에 그러한 원칙의 존재에 따른 실질적인 결과가 없음을 시사하고 있다.⁹⁰⁾ 즉, 이 연구는 심해저 유전자원에의 인류공동유산원칙의 적용가능성에 대한 해석의 여지는 있으나, 사실

87) Rothwell *et. al.*, *op. cit.*, p. 226. 2014년 이후 현재까지도 상업적 규모의 심해저 해저자원 개발은 이루어지지 않은 것으로 평가된다.

88) UNEP/CBD/SBSTTA/8/INF/3/Rev.1, Study of the relationship between the Convention on Biological Diversity and the United Nations Convention on the Law of the Sea with regard to the conservation and sustainable use of genetic resources on the deep seabed, 2003.

89) *Ibid.*, p. 10. paras. 32-34.

90) *Ibid.*, pp. 29-30, paras. 114-116.

상 국제적 관행이나 법적 확신이 부재함을 표명한 것이다.

UN해양법협약 제11부가 UN해양법협약 중 가장 많은 양을 차지하며 가장 복잡하게 구성된 부분임에도 불구하고, 2014년에 이르기까지 해저 자원개발은 상업적 규모로 이루어지지 못하고 있다.⁹¹⁾ 또한 1994년 이행협정 협상 당시, 심해저의 생물자원의 가치를 인정하고 있었음에도 불구하고, 1994년 이행협정 협상에서는 UN해양법협약 제133조에 생물자원을 포함하도록 자원의 정의를 확대하자는 제안조차 없었다.⁹²⁾ 따라서, 인류공동유산원칙의 적용을 국가관할권이원지역에 전면적으로 확대하고자 제안하는 것은 어렵다고 본다. 인류공동유산원칙의 정의와 범위는 모두 심각한 논쟁의 대상이 되며 법적 지위조차 불명확하다.⁹³⁾ 특히 심해저 광산에 대한 이익 분배 규정을 대폭 삭제한 1994년 이행협정에 의해 UN해양법협약 제11부가 사실상 개정되었다는 점에서도 ‘인류공동유산’이 그 자체로서 구체적인 내용을 가지고 있지 않다는 방증을 제공한다.

심해저에 관한 국가관행 및 법적 확신(*opinio juris*)은 비전유, 국제적 관리, 이익공유, 평화적 유보, 세대간 형평과 같은 인류공동유산원칙 상의 요소들에 대한 수용을 보여 주지만, 이는 획득 기반의 공유물레짐에 내재된 배타적 소유 개념에 직접적으로 반대하는 이익공유의 측면으로서 받아들여진 것으로 이해하여야 한다.⁹⁴⁾ 심해저제도에 적용되는 인류공동유산원칙의 해양법 전반으로의 전면적인 적용은 다수의 반대를 일으킨다.⁹⁵⁾

인류공동유산원칙을 광물 이외의 자원으로 확대하는 것은 광범위한 공

91) Rothwell *et. al.*, *op. cit.*, p. 226.

92) Alex G. Oude Elferink, “The Regime of the Area: Delineating the Scope of Application of the Common Heritage Principle and Freedom of the High Seas”, *The International Journal of Marine and Coastal Law*, vol. 22 (2007), p. 153.

93) Birnie & Boyle, *op. cit.*, p. 143.; see also Kemal Baslar, *The Concept of the Common Heritage of Mankind in International Law* (Martinus Nijhoff, 1998), pp. 1-7; David Kenneth Leary, *International Law and the Genetic Resources of the Deep Sea* (Martinus Nijhoff, 2007), pp. 98-101; Nico Schrijver, *Sovereignty over Natural Resources: Balancing Rights and Duties* (Cambridge University Press, 1997), p. 468.

94) Rayfuse & Warner, *op. cit.*, p. 409.

95) *Ibid.*

해자유원칙의 오랜 전통과 국제관습법 및 UN해양법협약에 반하는 것으로 평가된다.⁹⁶⁾ 오직 국가들의 자발적 행동만이 자유의 범위를 제한하고 구속력 있는 규범을 창설할 수 있다.⁹⁷⁾ 새로운 기술의 발전으로 인하여 해양의 이용가능성의 증대가 이루어지는 것은 당연하다. 그러나 새로운 경제적 가치가 창출될 수 있다는 여지만으로 법원칙을 변경하는 새로운 개념의 도입이 당연한 것은 아니다.⁹⁸⁾

심해저는 국제관습법상 공해의 일부이지만, 심해저상의 광물자원에 관하여 국제사회는 인류공동유산을 도입하여 그 이익을 분배하는 체제를 수립하였다. 그러나 인류공동유산은 아직까지 국제사회에서 법적 지위가 명확하지 않으며, 그 법적 내용도 광물자원의 이용과 이를 통한 이익의 배분을 제외하고는 규정되어 있지 못하다. 심해저제도는 심해저지역의 광물자원에 대한 특별제도일 뿐이며, 공해제도가 국가관할권이원지역의 일반제도라고 이해되어야 한다. 즉, 현행 해양법상 공해(내지는 원양) 전반에 있어서 인류공동유산은 원칙성을 가지지 아니하며, 전통국제법상의 공해(내지는 원양)에 적용되는 일반원칙인 공해자유원칙이 현행 해양법상 공해(내지는 원양)에 적용되는 일반원칙으로 이해함이 타당하다.

IV. 결론: 공유물의 비극을 방지하는가?

인류공동유산의 내용과 개념이 모호함에도 불구하고 다수의 개발도상 국가들과 학자들은 인류공동유산을 옹호하고, 심지어 국제관습법상 원칙임을 주장하기도 한다. 많은 개발도상국가들이 국가관할권 한계 밖의 지역에 적용될 원칙으로 인류공동유산을 주장하고 있으며, 특히 이익공유의 측면에 있어서 국가관할권 한계 밖의 지역에 적용되는 원칙으로서 인류공동유산에 기초하여 이익공유의 범위를 확장하여야 함을 주장한다.

96) Friederike Lehmann, "The Legal Status of Genetic Resources of the Deep Seabed", *New Zealand Journal of Environmental Law* vol. 11 (2007), p. 47.

97) *Ibid.*

98) see Robin Rolf Churchill & Alan Vaughan Lowe, *The Law of the Sea*, 3rd ed. (Manchester University Press, 1999), p. 205.

해양법의 영역에 국한하여 검토하여 보면, 현행 국제관습법 및 해양법상 존재하는 원칙 중 국가관할권이원지역에 적용 가능한 원칙으로서 인류공동유산과 공해자유원칙이 존재한다.

공해자유원칙에 따른 원양 거버넌스의 측면에서 인류공동유산의 주요한 요소의 실행 여부를 살펴보면, 비전유와 국제관리, 평화적 유보는 UN 해양법협약 하에서 이미 규율되고 있으며, 이익공유의 경우에도 제14부 규정 상의 기술이전 등의 방법을 통해 일부 시행되고 있다. 다만 세대간 형평의 경우 UN해양법협약 상 명시적으로 규정되어 있지 않으나, 전문상의 “for all people of the world(세계 모든 사람들을 위한)” 내지는 제137조 “mankind as a whole(전인류)”을 규정하고 있으며, 해양의 보호와 보존을 규율하고 있는 등 다양한 방면에서 실질적인 내용을 구비하고 있다. 이와 같은 다각적인 규율체계로 인하여 UN해양법협약이 해양 거버넌스의 모든 측면을 규율하고 있다고 평가된다.⁹⁹⁾

인류공동유산을 해양법상의 새로운 원칙 내지는 국제법상의 새로운 원칙으로 승인하게 되더라도, 인류공동유산이 어떠한 내용을 담고 있으며, 구성요소가 무엇인지에 대한 명확한 정의가 내려지지 않는 한, 인류공동유산은 하나의 정책적 구호에 불과할 뿐이다. 이는 결국은 해양의 이용과 보존이라는 측면에서 볼 때, 인류공동유산이 국가관할권이원지역의 원칙이 되어야 한다는 입장은 우려하는 혼돈을 새로운 이름의 공허한 원칙 하에서 재현시킬 뿐이다.

‘공유물의 비극’이 실존하는 것인지 여부를 탐구하는 것은 자연과학자들의 역할일 것이다. 그러나 개발도상국가들의 주장과 일부 학자들의 주장과 같이, 공유물의 비극을 방지하기 위하여 인류공동유산이 법적 원칙으로 도입되어야 한다는 주장에 대하여서는 Hardin이 “상호 합의된 상호강제(Mutual Coercion Mutually Agreed upon)”¹⁰⁰⁾라고 언급한 바와 같이, ‘방종’과 ‘자유’의 구분을 우선 언급함이 타당하다는 점을 환기하고자 한다.

해양법 상의 규율에 격차가 존재하는 것이 아니라, 해양법의 이행 상의

99) Rayfuse, *op. cit.*, p. 259.

100) Hardin, *op. cit.*, p. 1247.

격차가 존재하는 것으로 보아야 한다. 이행상의 격차를 해소하는 접근방법으로 현행 해양거버넌스의 문제를 해결하지 아니하는 한, 만약 ‘공유물의 비극’이 실존한다면, 원칙의 변화만으로는 ‘공유물의 비극’으로서 해양환경보호 및 합리적 자원이용의 과탄은 피할 수 없는 결말이 될 것이다.

일부 학자의 경우, 인류공동유산원칙이 안티테제인 공해자유원칙에 의하여 저해되고 있다고 평가하지만,¹⁰¹⁾ 인류공동유산원칙은 해양법의 전통적인 원칙에 대한 안티테제로서 등장하였다는 점을 연혁적으로 부정할 수 없음을 재환기하며, 특히 앞에서 Yoshifumi Tanaka교수의 지적¹⁰²⁾을 검토한 바와 같이, 인류공동유산원칙의 존재이유(raison d'être)가 주권주의와 공해자유원칙의 전통적 원칙에 대한 안티테제라는 점을 마지막으로 재환기하고자 한다.

(논문투고일: 2022.02.22., 심사개시일: 2022.2.26., 게재확정일: 2022.3.11.)



▶ 서진웅

UN해양법협약, BBNJ, 인류공동유산, 심해저제도, 공유물의 비극

101) see Rayfuse, *op. cit.*, pp. 261-262.

102) Tanaka, *op. cit.*, p. 139.

【참 고 문 헌】

I. 단행본

- Vladimir Postyshev, The Concept of the Heritage of Mankind (Progress Publisher, 1990).
- Markus G. Schmidt, Common Heritage or Common Burden? the United States Position on the Development of a Regime for Deep Seabed Mining in the Law of the Sea Convention (Oxford University Press, 1989).
- Patricia W. Birnie and Alan E. Boyle, International Law and the Environment, 2nd ed. (Oxford University Press, 2002).
- Myron H. Nordquist et al., Legal Order in the World's Oceans: UN Convention on the Law of the Sea (Brill Nijhoff, 2018).
- Helmut Tuerk, Reflections on the Contemporary Law of the Sea (Brill, 2014).
- Kemal Baslar, The Concept of the Common Heritage of Mankind in International Law (Martinus Nijhoff, 1998).
- David Kenneth Leary, International Law and the Genetic Resources of the Deep Sea (Martinus Nijhoff, 2007).
- Nico Schrijver, Sovereignty over Natural Resources: Balancing Rights and Duties (Cambridge University Press, 1997).
- Robin Rolf Churchill & Alan Vaughan Lowe, The Law of the Sea, 3rd ed. (Manchester University Press, 1999).

II. 논문

- Dire Tladi, “Conservation and sustainable use of marine biodiversity in areas beyond national jurisdiction: towards an implementing agreement”, in Rosemary Rayfuse (eds.), *Research Handbook on International Marine Environmental Law* (Edward Elgar, 2017).
- Scott J. Shackelford, “The Tragedy of the Common Heritage of Mankind”, *Stanford Environmental Law, Journal* vol. 28(1) (2009).
- Garrett Hardin, “The Tragedy of the Commons - The population problem has no technical solution; it requires a fundamental extension in morality”, *Science*, vol. 126 (1968.12.).
- Jonathan Galloway, “Political Philosophy and Common Heritage of Mankind Concept in International Law”, *Proceeding of the Twenty-Third Colloquium on the Law of Outer Space: September 21-28, 1980 Tokyo, Japan* (1980).
- Nadia Sánchez Castillo-Winckels, Why “Common Concern of Humankind” Should Return to the Work of the International Law Commission on the Atmosphere”, *Georgetown Environmental Law Review*, vol. 29(1) (2016).
- Edgar J. Asebey & Jill D. Kempenaar, “Biodiversity Prospecting: Fulfilling the Mandate of the Biodiversity Convention”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 28 (1995).
- Thomas, Z., “Common Heritage to Common Concern”, *Journal of World Intellectual Property* vol. 8(3) (2005).
- Francoise Burhenne-Guilmin & Susan Casey-Lefkowitz, “The Convention on Biological Diversity: A Hard Won Global Achievement”, *Yearbook of International Environmental Law*, vol. 3 (Gunther Handl, eds., 1993).
- Martin A. Harry, *The Deep Seabed: The Common Heritage of Mankind or*

- Arena for Unilateral Exploitation, *Naval Law Review* vol.40 (1992).
- Edward Guntrip, "The Common Heritage of Mankind - An Adequate Regime for Managing the Deep Seabed?", *Melbourne Journal of International Law*, vol. 4 (2003).
- Jennifer Frakes, "The Common Heritage of Mankind Principle and the Deep Seabed, Outer Space, and Antarctica: Will Developed and Developing Nations Reach a Compromise?", *Wisconsin International Law Journal* vol.21(2) (2003).
- Gregory Rose, "International Law of Sustainable Agriculture in the 21st Century: The International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture", *Georgetown International Environmental Law Review* vol.15 (2003).
- Yoshifumi Tanaka, "Reflections on the Conservation and Sustainable Use of Genetic Resources in the Deep Seabed beyond the Limits of National Jurisdiction", *Ocean Development & International Law* vol. 39 (2008).
- Rosemary Rayfuse & Robin Warner, "Securing a Sustainable Future for the Oceans Beyond National Jurisdiction: The Legal Basis for an Integrated Cross-Sectoral Regime for High Seas Governance for the 21st Century", *The International Journal of Marine and Coastal Law*, vol. 23 (2008).
- Alex G. Oude Elferink, "The Regime of the Area: Delineating the Scope of Application of the Common Heritage Principle and Freedom of the High Seas", *The International Journal of Marine and Coastal Law*, vol. 22 (2007).
- Friederike Lehmann, "The Legal Status of Genetic Resources of the Deep Seabed", *New Zealand Journal of Environmental Law*, vol. 11 (2007).

III. 기타자료

Jamaica, Submission of the Government of Jamaica on Marine Genetic Resources and the Common Heritage of Humankind.

Group of 77 and China, Development of an international legally binding instrument under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the conservation and sustainable use of marine biological diversity of areas beyond national jurisdiction (A/RES/69/292) Group of 77 and China's Written submission.

Abstract

The Legal Meaning of the Common Heritage of Mankind in International Law

SEO Jinwoong

Garrett Hardin published in *Science* in December 1968, ‘The Tragedy of the Commons - The population problem has no technical solution; it requires a fundamental extension in morality’. This article popularized the concept of the tragedy of the commons. To this day, developing countries argue that the common heritage of mankind should be viewed as a principle under international law in order to avoid the tragedy of the commons. However, it is unclear whether the common heritage of mankind can be regarded as a principle under customary international law or written international law.

For the first time the common heritage of mankind was stipulated in the Agreement Governing the Activities of States on the Moon and Other Celestial Bodies, which entered into force on July 11, 1984. Nevertheless, only 18 countries have ratified it so far. Although the UN Convention on the Law of the Sea stipulates the common heritage of mankind in the Area regime, there is no clear definition for it. In addition, during the discussion on conservation and sustainable use of marine biological diversity beyond areas of national jurisdiction, developing countries are arguing that the common heritage of mankind should be principle beyond areas of national jurisdiction for the conservation and equitable use of the high seas and the Area.

Even if the common heritage of mankind is recognized as a new principle in the law of the sea or a new principle in international law,

unless a clear definition of what the common heritage of mankind contains and what its components are, it is only a policy slogan. In the end, from the point of view of the use and conservation of the ocean, the common heritage of mankind only would be reproduced the chaos of the principle of beyond areas of national jurisdiction as the empty principle.

This paper intends to find whether or not it has been established as a legal principle by examining the history and contents of the concept of 'common heritage of mankind' in international law. In addition, I would like to examine whether or not the common heritage of mankind, an essential part of the Area regime under the UN Convention on the Law of the Sea, is a principle applicable to beyond areas of national jurisdiction.



▶ **SEO Jinwoong**

UNCLOS, BBNJ, Common Heritage of Mankind,
The Area Regime, Tragedy of Commons

WTO SPS협정상 ‘지역개념 인정절차’와 ‘수입승인절차’와의 관계

김현정*

이길원**

【목 차】

I. 서론	1. 제8조에 따른 ‘수입승인절차’와
II. WTO 분쟁해결기구의 입장	제6.2조에 따른 ‘지역개념 인정
1. SPS협정상 ‘수입승인절차’ 및	절차’와의 관계
‘지역개념 인정절차’	2. 부적절한 지연을 초래하는 수입국의
2. US-Animals 사건	정보요구에 대한 WTO 분쟁해결
3. Russia-Pigs 사건	기구의 입장 변화
III. ‘지역개념 인정절차’와 ‘수입승인	3. 실무적 관점에서의 수출·입국의
절차’와의 관계 및 수출·입국의	지역화 대응전략
지역화 대응전략	IV. 결론

【국 문 요 약】

세계무역기구(WTO) 항소기구는 Russia-Pigs 사건과 관련하여 수입국이 SPS협정 제6.2조에 따라 수출국 내 병해충 안전지역에 대한 개념을 인정하는 방식을 ‘실질적으로 운영’하여야 한다고 하였다. 제6.2조에 따른 ‘지역개념 인정절차’ 운영의 실질성을 강조한 것이다. SPS협정 제8조와 해당 조항에 따른 부속서 3은 ‘수입승인절차’를 규정하고 있는데, SPS협정 제6.2조에 따라 수출국 내 병해충 안전지역에 대한 개념을 인정하는 방식이 ‘실질적으로 운영’되었는지 검토하는 과정에서 제8조에 규정된 ‘절차’에 따라 그 방식이 운영되어야 하는지 명확하지 않다.

* 농림축산식품부 연구위원 (주저자).

** 성균관대학교 법학전문대학원 부교수 (교신저자).

형식상 별개의 절차로 보이는 ‘지역개념 인정절차’와 ‘수입승인절차’는 수입승인에 관한 선후관계와 필수불가분의 관계를 형성하며, 그 성격상 연계되어 운영되는 절차이다. 그러나 현재 다수 국가들은 제6.2조에 따른 ‘지역개념 인정절차’와 제8조에 따른 ‘수입승인절차’를 서로 구별되는 국내 규정에 따라 운영되는 별개의 절차로 간주하고 있다. 따라서 본 연구는 SPS협정 제6.2조에 따른 ‘지역개념 인정절차’와 SPS협정 제8조에 따른 ‘수입승인절차’와의 관계를 검토하였다. 구체적으로 SPS협정 제6.2조에 따라 ‘지역개념 인정절차’ 이행과정에서의 SPS협정 제8조 ‘수입승인절차’상의 의무를 적용하는 경우, 수입국이 이행하여야 하는 의무가 무엇인지에 대해 검토하였다. 이를 통해 실무적 관점에서 수출·입국의 지역화 대응전략을 도출하였다. 아울러, 부적절한 지연을 초래하는 수입국의 불필요한 정보요구와 관련하여, WTO 분쟁해결기구의 입장이 변화하였다는 점도 확인하였다.

I. 서론

2014년 2월 유럽연합(European Union, EU) 회원국인 폴란드에서 아프리카돼지열병(African Swine Fever, ASF)이 발생하자, 우리나라는 폴란드산 돼지제품에 대한 수입을 금지하였다.¹⁾ 이에 EU는 2015년 7월부터 2021년 11월까지 총 13차례에 걸쳐 세계무역기구(World Trade Organization, WTO) 위생검역(Sanitary and Phytosanitary, SPS) 정례 회의에서 폴란드 내 ASF가 발생하지 않은 지역을 대상으로 수입을 재개

1) ASF는 돼지에게 급성·만성으로 발병하며 돼지콜레라와 유사한 증상을 보이는 바이러스성 전염병이다. 돼지는 주로 진드기, 그리고 이미 ASF에 감염된 돼지와 그 분비물과의 접촉을 통해 ASF에 전염된다. Oxford English Dictionary, <<http://lps3.www.oed.com.libra.cnu.ac.kr/view/Entry/36387?rskey=PWjED5&result=1&isAdvanced=false#eid8902607>> (검색일: 2022.2.1.). WTO SPS협정은 특정 종류의 위험으로부터 동·식물 또는 사람의 생명이나 건강을 보호하기 위한 목적으로 수입국에서 이행하는 SPS 조치를 대상으로 한다. SPS협정 내 부속서 1의 제1조에 따르면, SPS 조치는 동·식물 또는 사람의 생명이나 건강을 위협하는 요인에 해당하는 병해충, 오염물질, 독소, 질병, 해충 등으로부터 동·식물이나 사람을 보호를 목적으로 WTO 회원국이 채택 또는 이행하는 법률, 법령, 규정, 요건 및 절차 등을 의미한다. SPS협정 부속서 1 제1조 참조.

해 달라고 우리나라에 요청하는 등 우리나라가 WTO 위생검역조치협정(Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures, SPS협정) 제6조 ‘지역화(Regionalization)’ 조항을 준수할 것을 촉구하였다.²⁾ 과거 EU는 EU 회원국인 리투아니아에서 ASF가 발생하자 EU산 돼지제품에 대한 수입을 금지한 러시아에 대해 SPS협정 제6조 위반을 이유로 WTO에 제소한 바 있으며, 승소까지 하였다.³⁾ 이처럼 관련 분쟁에서 승소 경험이 있는 EU가 우리나라에 수입 재개를 요청하였다는 사실에 우리나라 정부는 여러 법리적 대응을 모색하고 있다.

그렇다면, SPS협정상 ‘지역화’란 무엇인가? 수입국은 외국산 동물제품에 대한 수입을 결정하기 전 SPS협정에서 규정하고 있는 병해충 안전지역 등을 포함하는 지역적 조건에의 적용 등 이른바 지역화에 관해 검토하여야 한다.⁴⁾ SPS협정 제6조에서 ‘지역화’를 규정하고 있는데, 이는 외국산의 살아있는 동·식물 또는 동·식물 제품에서 국내 동·식물의 안전을 위협할 병해충이 발견되는 경우, 수입국이 그 병해충 발생 국가(수출국)에 속한 병해충 발생 지역을 대상으로 수입을 금지하는 것을 말한다. 그리고 병해충이 발견되지 않는 경우, 수입국이 SPS협정 제6.2조에 따라 해당 지역이 ‘병해충 안전지역’에 대한 개념을 충족한다고 보고 해당 지역을 대상으로 수입을 허용하는 것을 말한다.⁵⁾

2) WTO Sanitary and Phytosanitary Information Management System, STC Number 393, <<http://psims.wto.org/en/SpecificTradeConcerns/View?lmsId=393> (검색일: 2022.2.2.)>.

3) Panel Report, Russian Federation-Measures on the Importation of Live Pigs, Pork and Other Pig Products from the European Union, WT/DS475/R (Mar. 21, 2017), para. 7.45. [이하 ‘Russia-Pigs 패널 보고서’]; Appellate Body Report, Russian Federation-Measures on the Importation of Live Pigs, Pork and Other Pig Products from the European Union, WT/DS475/AB/R (Mar. 21, 2017), paras. 6.1-6.8. [이하 ‘Russia-Pigs 항소기구 보고서’].

4) 농림축산식품부에서는 동물과 관련하여 병해충 대신에 ‘동물 질병’이라는 표현을 쓴다. 다만 본 연구에서는 WTO SPS협정에서 ‘병해충’이라는 표현을 사용하므로 이를 통칭하여 사용하기로 한다.

5) 김현정·이길원, “WTO SPS협정 제6.2조 ‘병해충 안전지역 개념의 인정’에 관한 연구”, 「국제경제법연구」, 제19권 제2호, 2021, p. 116 참조. SPS협정 제6.2조는 “특히 회원국은 병해충 안전지역과 병해충 발생이 적은 지역에 대한 개념을 인정한다. 이러한 지역의 결정은 지리, 생태학적 체계, 역학적 감시 및 SPS 관리의 효과성 등의 요소에 기초한다”라고 규정하고 있다. ‘병해충 안전지역’이란 수입국의 관할당국을 통해 특정한 동·식물 병해충이 발생하지 않았다고 확인된 국가(수출국), 해당 국가에 속한 일부 지역, 또는 다수 국가에 속한 여러 지역을 의미한다. WTO SPS협정 제6조와 부속서 1 제6조.

앞서 언급한 러시아와 EU 간의 분쟁사례인 Russia-Pigs 사건에서의 항소기구는 수입국이 제6.2조에 따라 수출국 내 병해충 안전지역에 대한 개념을 인정하는 방식을 ‘실질적으로 운영(render operational)’하여야 한다고 하였다.⁶⁾ 수입국의 법령체계에서 지역개념을 인정한다는 문구의 존재만으로 제6.2조를 준수한 것으로 볼 수 있다는 India-Agricultural Products 사건과 US-Animals 사건 그리고 Russia-Pigs 사건에서의 패널 판정을 번복하고, 제6.2조에 대한 이행의 측면을 강조한 것이다.⁷⁾

한편, SPS협정 제8조와 해당 조항에 따른 부속서 3은 “통제, 검사 및 승인 절차(Control, Inspection and Approval Procedures, 이하 ‘수입승인절차’)”를 규정하고 있으며, SPS조치가 그 ‘절차’를 통해 이행될 것을 규정하고 있다. 여기서 문제가 되는 것은 제6.2조에 따라 수출국 내 병해충 안전지역에 대한 개념을 인정하는 방식이 ‘실질적으로 운영’되었는지 검토하는 과정에서 제8조에 규정된 ‘절차’에 따라 그 방식이 운영되어야 하는지 명확하지 않다는 점이다.⁸⁾ 다시 말해, 제8조는 ‘수입승인절

6) Russia-Pigs 항소기구 보고서, paras. 5.126, 5.142 & 5.150. ‘실질적으로 운영(render operational)’에 관한 자세한 설명은 김현정·이길원, *op. cit.*, pp. 124-127 참조 요망.

7) Panel Report, India-Measures Concerning the Importation of Certain Agricultural Products, WT/DS430/R (Jun. 19, 2015), para. 7.698. [이하 ‘India-Agricultural Products 패널 보고서’]; Appellate Body Report, India-Measures Concerning the Importation of Certain Agricultural Products, WT/DS430/AB/R (Jun. 19, 2015), para. 5.173. [이하 ‘India-Agricultural Products 항소기구 보고서’]; Panel Report, United States-Measures Affecting the Importation of Animals, Meat and Other Animal Products from Argentina, WT/DS447/R (Aug. 31, 2015), para. 7.647. [이하 ‘US-Animals 패널 보고서’]; Russia-Pigs 패널 보고서, paras. 7.373, 7.379 & 8.1.d.iii. 이러한 WTO 판정 변화는 제6.2조에 관한 수입국의 재량 범위를 제한하는 것을 의미하기도 한다. 최혜선, “WTO/SPS협정상 주요 의무인 위험평가의무와 지역화 인정의무에 대한 고찰”, 『동아법학』, 제94호, 2022, p. 347.

8) 여기에서 ‘수입승인절차’는 수입국이 수출국산 제품에 대해 수입 전 단계에서 수입 가능 여부를 검토하며 수입승인에 관한 최종결정을 하는 절차를 의미한다. US-Animals 패널 보고서, para. 7.69; Russia-Pigs 패널 보고서, para. 7.521.

WTO SPS협정 제8조는 “회원국은 식품, 음료, 또는 사료의 첨가제에 대한 사용을 승인하거나 오염물질 허용기준 설정을 위한 국내제도를 포함하는 ‘통제, 검사 및 승인 절차’를 운영함에 있어 부속서 3을 준수하여야 하며, 회원국의 절차가 SPS협정에 불일치하지 아니하도록 보장한다”라고 규정하고 있다.

WTO SPS협정 부속서 3은 다음과 같다.

1. SPS 조치의 이행을 검토·보장하기 위한 절차와 관련하여 회원국은 다음의 사항을 보장한다.

차’에 관해 규정하고 있지만, ‘지역개념 인정절차’에 대해서는 명시하고 있지 않아 제8조 ‘수입승인절차’상의 의무가 제6.2조에 따른 ‘지역개념 인정절차’에 적용될 수 있는지 등 양 규정에 따른 절차 간 관계 규명이 필요하다는 것이다.

현재 많은 국가들은 국내규정에 따라 제6.2조에 따른 ‘지역개념 인정절차’와 제8조에 따른 ‘수입승인절차’를 별개의 절차로 간주하고 있다. 하지만, 양 절차는 수입승인에 관한 선후 관계와 필수불가분의 관계를 형성하며, 그 성격상 하나의 절차처럼 연계되어 운영되고 있다. 수입국은 제6.2조에 따른 ‘지역개념 인정절차’를 진행하고 그 결과가 긍정적인 경우, 제8조에 따른 수입 승인을 허가하는 절차를 진행한다. 반면, ‘지역개념 인정절차’에 따른 결과가 부정적인 경우, 제8조에 따라 수입 승인을 불허하는 절차를 진행한다. 최근 US-Animals 사건과 Russia-Pigs 사건에서도 제소국들은 제6.2조에 따른 ‘지역개념 인정절차’가 제8조에 따른 ‘수입승인절차’에 해당한다고 주장하였으며, 양 사건의 패널 모두 ‘수입승인절차’상의 의무가 ‘지역개념 인정절차’에 적용되는지에 대해 검토하는 기회를 가졌다.⁹⁾

-
- (a) 그러한 절차들은 부적절한 지연이 없고 수입제품이 동종의 국내제품보다 불리하지 않은 방식으로 이행·완료된다.
 - (b) 접수국은 개별 절차의 표준 처리 기간을 공표하거나, 또는 요청에 따라 예상 처리기간을 신청국에게 알린다. 신청국의 신청을 접수하는 경우, 접수국의 관할당국은 신청국으로부터 제공받은 문서의 구비 여부를 빠르게 검토하고 정확하고 완벽한 방식으로 모든 하자 사항을 신청국에게 통보한다. 접수국의 관할당국은 정확하고 완벽한 방식으로 해당 절차에 관한 결과를 가능한 빨리 신청국에 전달하여 필요한 경우 개선 방안이 취해질 수 있도록 한다. 접수국의 관할당국은 신청국의 신청문서 내 하자 사항을 발견하였더라도 신청국에서 요청한다면 접수국의 절차를 가능한 범위 내에서 진행하며, 신청국 요청에 따라 해당 절차에 관한 진행단계와 절차가 지연되는 사유를 신청국에 설명한다.
 - (c) 신청국에 관한 접수국의 정보요구는 식품, 음료, 또는 사료의 첨가제에 대한 사용을 승인하거나 오염물질 허용기준 설정을 포함하는 ‘통제, 검사 및 승인 절차’에 대하여 필요한 수준으로 제한을 받는다. (이하 생략).“

* 제1(a)조와 관련하여, 우리나라 외교부 공개본(2001년)에서 부적절한(undue)을 부당한(unjustifiable)으로 번역하였으나 본 연구는 해당 용어를 ‘부적절한’으로 정정하였다. 제1(b)조와 관련하여, 결과(results)는 경과(progress)로 번역되었으나 본 연구는 ‘결과’로 정정하였다.

* 제1(b)조와 관련하여, 우리나라 외교부 공개본(2001년)의 내용을 검토한 후 정정하였다.

9) US-Animals 패널 보고서, paras. 7.54 & 7.110-7.196; Russia-Pigs 패널 보고서, paras. 7.511 & 7.499-7.597.

따라서 본 연구는 US-Animals 사건과 Russia-Pigs 사건과 관련한 WTO 패널의 입장을 검토하고, 이를 바탕으로 ‘지역개념 인정절차’와 ‘수입승인절차’와의 관계를 규명하고자 한다. 구체적으로 제II장에서 SPS협정 제8조에 따른 ‘수입승인절차’와 제6.2조에 따른 ‘지역개념 인정절차’를 개관하고, US-Animals 사건과 Russia-Pigs 사건과 관련한 WTO 분쟁해결기구의 입장을 차례대로 검토하고자 한다. 그리고 제III장에서 이들 사건과 관련한 WTO 분쟁해결기구의 입장을 바탕으로 ‘지역개념 인정절차’와 ‘수입승인절차’와의 관계를 검토하고, 그 입장에 따른 수출·입국의 지역화 대응전략을 제시하고자 한다. 그동안 국내에서 연구되지 않았던 SPS협정 제8조와 관련한 WTO 분쟁해결기구의 입장과 제8조와 제6.2조와의 관계를 검토하여 기존 지역화 조항 운영제도에 대한 개선의 필요성을 제시한다는 점에서 본 연구는 상당한 의미를 지닌다고 볼 수 있다.

II. WTO 분쟁해결기구의 입장

1. SPS협정상 ‘수입승인절차’ 및 ‘지역개념 인정절차’

SPS협정 제8조와 해당 조항에 따른 부속서 3은 SPS조치에 대한 이행을 검토·보장하려는 목적으로 진행되는 ‘수입승인절차’에 관하여 규정하고 있다. ‘수입승인절차’를 이행하는 과정에서 수입국이 수출국에 부적절한 정보를 요구하거나 해당 절차를 부적절하게 지연시키는 등 수출국에게 불리한 상황이 존재할 수 있다. ‘수입승인절차’는 이러한 상황을 방지하려는 목적에서 수입국이 해당 절차를 이행함에 있어 부적절한 지연이 없어야 하고, 수출국에서 요청하는 경우 그 절차가 지연되는 사유를 수출국에 설명하며, 불필요한 정보를 수출국에 요구하지 않는 등의 내용을 규정하고 있다.¹⁰⁾ 부속서 3 제1조를 위반하게 되면, 제8조를 위반하는 것으로 이해된다.¹¹⁾

10) WTO SPS협정 제8조 및 부속서 3 제1(a)조-제1(c)조.

11) Panel Reports, European Communities-Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products, WT/DS291/R (Nov. 21, 2006), para. 7.1569. [이하 ‘EC-Biotech 패널 보고서’]; Panel

SPS협정 제6조는 지역화를 규정하고 있다. 전통적으로 수입국은 수출국의 일부 지역에서 병해충이 발생하더라도 수출국의 모든 지역에서 생산되는 동·식물에 대한 수입을 금지하였다.¹²⁾ 그러나 영토 면적이 큰 국가들은 자국의 모든 지역을 대상으로 수출이 금지됨에 따라 강한 불만을 제기하였다. 지역화 조항은 이러한 문제를 해결하려는 목적으로 규정되었다. 병해충은 한 국가의 모든 지역에서 발생하지 않을 수도 있다는 가능성을 고려한 것이다.¹³⁾ 특히 제6.2조는 병해충 안전지역과 병해충 발생이 적은 지역에 대한 개념(concepts)을 인정하도록 규정하고 있다. 전자는 병해충이 발생하지 않은 지역을 의미하며 후자는 병해충이 비교적 적은 수준으로 발생하는 지역을 의미한다.¹⁴⁾ 제6.2조는 수입국이 수출국의 병해충 안전지역을 인정하는 것이 아니라 해당 지역에 대한 개념을 인정하도록 규정하고 있다는 점에 주의할 필요가 있다.¹⁵⁾ 그 개념에 대한 인정은 수입국의 재량에 따라 SPS 요건에 부합하는 수출국 내 지역에 한하여 병해충 안전지역으로 인정해 주어야 한다는 점을 강조하는 것으로 이해될 수 있다.

2. US-Animals 사건

가. 사실관계

2000년 아르헨티나의 '파타고니아를 제외한 나머지 지역'에서 구제역(Foot and Mouth Disease, FMD)이 발생하자, 2001년 미국은 파타고니아 지역을 포함하여 아르헨티나 전역에서 생산된 '신선·냉장·냉동 소고

Report, United States-Certain Measures Affecting Imports of Poultry from China, WT/DS392/R (Oct. 25, 2010), para. 7.394. [이하 'US-Poultry 패널 보고서'].

12) Peter Van den Bossche & Werner Zdouc, *The Law and Policy of the World Trade Organization* (Cambridge University Press, 2013), p. 934 참조.

13) Lukasz Gruszczynski, "Article 6 SPS Agreement", *Commentaries on World Trade Law: Technical Barriers and SPS Measures* (Brill: 2021, Forthcoming), p. 3 참조.

14) SPS협정 부속서 1 제6조.

15) Joanne Scott, *The WTO Agreement on Sanitary and Phytosanitary Measures: a Commentary* (OUP Catalogue, 2009), p. 185 참조.

기, 살아있는 반추동물·돼지, 또는 반추동물·돼지로 만든 제품(이하, ‘동물제품’)에 대한 수입을 금지하였다.¹⁶⁾ 아르헨티나는 2003년(제1차 신청)과 2008년(제2차 확대 신청)에 걸쳐 미국 동·식물검역소(Animal and Plant Health Inspection Service, APHIS)에 파타고니아를 FMD 안전지역으로 인정해달라는 지역화를 신청하였다. 제1차 신청은 ‘파타고니아 남부’를 대상으로 하였고, 제2차 신청은 제1차 신청의 지역 범위를 확대하며 ‘파타고니아 전역(파타고니아 남부 지역과 북부 B 지역)’을 대상으로 하였다.¹⁷⁾ 2009년 2월 APHIS는 파타고니아 전역에 대한 현장 방문 심사를 진행하였고, 2009년 4월 아르헨티나에 서신을 보내 파타고니아에 대한 지역화 승인에 필요한 모든 정보를 아르헨티나로부터 받았다고 알렸다. 2010년 7월 아르헨티나 국가식품안전품질청(Servicio Nacional de Sanidad y Calidad Agroalimentaria, SENASA)은 APHIS에 서신을 보내 파타고니아에 관한 지역화 인정을 위해 APHIS 행정절차를 완료하는 작업만 남아있다고 하며 APHIS가 해당 행정절차를 조속히 완료할 것을 재촉하였다. 2010년 9월 APHIS는 파타고니아 전역에 관한 행정절차를 완료하는데 더 많은 시간이 필요하며, ‘파타고니아 남부지역’에 대한 지역화 인정작업에 중대한 진전이 있었다고 답변하였다. 하지만, 파타고니아에 남부 지역과 북부 B 지역에 대해 지역화 인정을 신청하였던 아르헨티나는 이제 외교적으로 해결할 수 없다고 판단하였다. 결국, 2012년 8월 아르헨티나는 미국을 상대로 WTO에 제소하였다.¹⁸⁾

미국은 Code of Federal Regulations(이하, CFR) 제9부 제92.2조를 통해 APHIS가 수출국에서 지역화를 신청한 지역에 대하여 FMD 안전지역에 해당한다고 판단할 경우 해당 지역을 FMD 안전지역으로 인정하는 절차를 규정하였다. 또한, CFR 제9부 제94조를 통해 FMD 발생지역산 동물제품에 대해 미국 내 수입을 금지하였고 APHIS로부터 인정받은

16) FMD는 소, 양, 돼지, 그리고 이들을 제외한 발굽이 둘로 갈라진 동물의 구강조직, 발, 유두에서 물집이 생기고 열이 나며 전염성이 높은 동물성 질병이다. Oxford English Dictionary, <<http://lps3.www.oed.com.libra.cnu.ac.kr/view/Entry/72682?redirectedFrom=foot+and+mouth+disease#eid3972088>> (검색일: 2022.2.1.).

17) US-Animals 패널 보고서, paras. 2.9-2.10 & 2.16.

18) *Ibid.*, para. 7.146.

FMD 안전지역산 동물제품에 대해 미국 내 수입을 허용하는 승인 절차를 규정하였다.¹⁹⁾ 아르헨티나는 제92.2조에 따른 ‘지역개념 인정절차’상에서 미국이 파타고니아를 병해충 안전지역으로 인정하는 APHIS 행정절차를 완료하지 않았던 사실과 관련하여 제92.2조에 따른 ‘지역개념 인정절차’의 종료를 방해하고 지연시켰다는 점에서 SPS협정 부속서 3 제1조를 위반하였다고 주장하였다.²⁰⁾ 아르헨티나는 제92.2조에 따른 ‘지역개념 인정절차’가 SPS협정 제8조에 따른 ‘수입승인절차’에 해당한다고 주장하였고 미국은 이에 반박하였다.²¹⁾ 따라서 패널은 제92.2조에 따른 ‘지역개념 인정절차’가 SPS협정 제8조에 따른 ‘수입승인절차’에 해당하며 SPS협정 제8조 ‘수입승인절차’상의 의무를 적용받는지를 먼저 검토하였다. 그리고 SPS협정 제8조에 따른 ‘수입승인절차’에 해당하며 SPS협정 제8조 ‘수입승인절차’상의 의무를 적용받는다라는 점을 확인한 이후에, 제92.2조에 따른 ‘지역개념 인정절차’가 SPS협정 제8조 ‘수입승인절차’상의 의무에 합치하였는지를 검토하였다. 패널은 SPS협정 제8조 ‘수입승인절차’상 의무와의 합치 여부와 관련하여, 먼저 부속서 3을 위반하면 SPS협정 제8조를 위반한다는 과거 패널 판정에 근거하여 제92.2조에 따른 ‘지역개념 인정절차’ 이행과정에서의 부속서 3 제1(a)조와 제1(b)조에 대한 위반 여부를 먼저 검토한 후에 제8조에 대한 위반 여부를 판정하였다.²²⁾

나. SPS협정 제8조와 제6.2조의 관계

1) ‘지역개념 인정절차’ 이행과정에서의 SPS협정 제8조 ‘수입승인절차’상의 의무 적용 여부

SPS협정 제8조 ‘수입승인절차’상의 의무 적용 여부와 관련하여 주요 쟁점은 다음과 같다. 첫째, 아르헨티나는 제92.2조에 따른 ‘지역개념 인

19) *Ibid.*, para. 7.54

20) *Ibid.*, para. 7.55.

21) *Ibid.*, paras. 7.54 & 7.57.

22) *Ibid.*, paras. 7.62 & 7.77-7.196; EC-Biotech 패널 보고서, para. 7.1569; US-Poultry 패널 보고서, para. 7.394.

정절차'가 SPS협정 제8조와 부속서 3에 따른 '수입승인절차'에 해당한다고 주장하였다.²³⁾ 미국은 아르헨티나의 주장에 반박하며 SPS협정 제8조와 부속서 3은 '수입승인절차'에 해당하며 지역화 절차에 해당하지 않는다고 주장하였다.²⁴⁾ 패널은 Australia-Apples 사건에서의 항소기구 판정을 인용하며 수입국이 '제8조와 직접적인 관련성이 없는 SPS 절차'를 이행하는 과정에서 해당 절차를 금지·저해·방해하였거나 해당 절차에 대한 부작위를 형성하였고 이로 인해 부적절한 지연을 초래하였다면 해당 수입국이 SPS협정 제8조와 부속서 3에 따른 절차를 위반한다고 보았다.²⁵⁾ 다시 말해, 제8조와 직접적인 관련성이 없는 SPS 절차에 해당할지라도 SPS협정 제8조와 부속서 3을 적용할 수 있다고 판정한 것이다. 패널은 US-Poultry 사건에서의 패널 판정도 인용하며 SPS협정문을 구성할 당시 회원국들이 SPS협정 제8조와 부속서 3에 따른 절차를 '수입승인절차'로만 한정하여 규정하려는 의도는 없었다고 보았다.²⁶⁾ 둘째, 아르헨티나는 제92.2조에 따른 '지역개념 인정절차'가 목표하는 바는 제94조에 따른 '수입승인절차'를 통해 최종적으로 병해충 안전지역산 제품에 대한 수입을 승인하는 것이라고 주장하였다. 이러한 맥락에서 아르헨티나는 제92.2조에 따른 '지역개념 인정절차'는 SPS협정 제8조와 부속서 3에 따른 '수입승인절차'에 적용된다고 주장하였다.²⁷⁾ 이에 반박하여 미국은 제92.2조에 따른 '지역개념 인정절차'란 특정 지역을 대상으로 적용되는 절차에 해당하나, SPS협정 제8조와 부속서 3에 따른 '수입승인절차'란 특정 제품을 대상으로 한다는 점에서 서로 적용될 수 없다고 주장하였다.²⁸⁾ 특히 미국은 수출국 내 특정 제품과 특정 지역을 대상으로 수입국

23) US-Animals 패널 보고서, para. 7.54.

24) *Ibid.*, para. 7.57.

25) *Ibid.*, para. 7.67. Appellate Body Report, Australia-Measures Affecting the Importation of Apples from New Zealand, WT/DS367/AB/R (Dec. 17, 2010), para. 438 인용. [이하 'Australia-Apples 항소기구 보고서']. "WTO 분쟁해결제도 핸드북(2004)"에 따르면, 부작위는 WTO 회원국이 법령을 통과시키지 않는 등 아무런 행위를 하지 않았을 경우를 의미하며, 이러한 부작위는 위반제조를 구성하는 중요한 요인이 된다고 설명하였다. 김현정·이길원, *op. cit.*, p. 123.

26) *Ibid.*, para. 7.68; US-Poultry 패널 보고서, para. 7.372 인용.

27) US-Animals 패널 보고서, para. 7.54.

28) *Ibid.*, para. 7.57.

이 내리는 행정적인 결정은 서로 다르다고 주장하였다. 그러나 패널은 수출국 내 특정 제품과 특정 지역에 대한 행정적인 결정에 대해 실제로 구별되는 차이점을 발견할 수 없다고 보았다.²⁹⁾ 패널은 미국의 제92.2조에 따른 ‘지역개념 인정절차’가 진행되어 해당 지역을 병해충 안전지역으로 인정한 경우 그 결과로서 제94조에 따른 ‘수입승인절차’에 따라 해당 지역산 제품에 대한 수입을 승인하게 된다는 점을 고려하였다. 따라서 패널은 결과적인 측면을 고려할 경우 제92.2조에 따른 ‘지역개념 인정절차’와 제94조에 따른 ‘수입승인절차’는 연관성이 존재하며 서로 다르지 않다고 보았다. 이러한 관점에서 패널은 제92.2조에 따른 ‘지역개념 인정절차’가 SPS협정 제8조와 부속서 3에 따른 ‘수입승인절차’에 해당한다는 점에서 해당 절차에 대해 제8조 ‘수입승인절차’상의 의무를 적용받는다고 판정하였다.³⁰⁾

2) ‘지역개념 인정절차’ 이행과정에서의 SPS협정 제8조 ‘수입승인절차’상의 의무 합치 여부

제92.2조에 따른 ‘지역개념 인정절차’가 SPS협정 제8조와 부속서 3에 따른 ‘수입승인절차’에 해당한다고 확인한 후, 패널은 아르헨티나의 제소 내용에 따라 제92.2조에 따른 ‘지역개념 인정절차’가 SPS협정 제8조 ‘수입승인절차’상 의무에 합치하여 이행되었는지를 검토하였다. 그 검토과정에서 패널은 부속서 3을 위반하면 SPS협정 제8조를 위반한다는 과거 패널 판정에 근거하여 아르헨티나가 제소하였던 부속서 3 제1(a)조와 제1(b)조를 중점적으로 검토하였다.³¹⁾ 아르헨티나는 미국이 제92.2조에 따른 ‘지역개념 인정절차’ 이행과정에서 부속서 3 제1조에 대한 의무에 불합치하였다고 주장하였으며, 미국은 ‘지역개념 인정절차’가 ‘수입승인절차’에 해당하지 않는다는 입장을 견지하며 지역개념 인정에 관한 ‘수입승인절차’ 이행과정에서 부속서 3 제1조에 합치하였다

29) *Ibid.*, para. 7.69.

30) *Ibid.*, para. 7.70.

31) *Ibid.*, paras. 7.110-7.119, 7.146-7.172 & 7.193-7.196; EC-Biotech 패널 보고서, para. 7.1569; US-Poultry 패널 보고서, para. 7.394.

고 주장하였다.³²⁾

주요 쟁점은 다음과 같다. 첫째, 아르헨티나는 미국이 제92.2조에 따른 ‘지역개념 인정절차’ 이행과정에서의 ‘부적절한 지연’을 초래하였다는 점에서 SPS협정 제8조와 부속서 3 제1(a)조를 위반하였다고 주장하였다.³³⁾ EC-Biotech 사건에서의 패널 판정을 인용하며 제92.2조에 따른 ‘지역개념 인정절차’가 이행되고 종료될 때 초래된 지연에 대해 패널 검토를 받아야 한다고 주장하였다.³⁴⁾ 미국은 지역개념 인정에 관한 ‘수입승인절차’를 이행하고 종료될 때 초래된 지연이 아니라 오직 그 지연이 부당한 경우에만 부속서 3 제1(a)조를 위반하게 된다고 주장하였다. 미국은 수출국의 귀책으로 인한 지연이 발생하는 경우에만 지역개념 인정에 관한 ‘수입승인절차’ 이행과정에서 초래된 지연이 정당화된다고 주장하였다. 그리고 미국은 지역개념 인정에 관한 ‘수입승인절차’상에서 필요한 정보를 과거 SENASA에 요청하였으나 관련 정보를 받지 못하였다는 점에서 아르헨티나의 귀책으로 인해 지연을 초래하였다고 주장하였다.³⁵⁾ 패널은 EC-Biotech 사건에서의 패널 판정을 인용하며 지연을 초래할 경우 부속서 3 제1(a)조를 위반하는 것이 아니라 오직 부적절한 지연을 초래할 경우에 부속서 3 제1(a)조를 위반하게 된다고 보았다.³⁶⁾ 다시 말해, 지연을 뒷받침하는 합법적인 사유나 정당성이 부재한 경우 부적절한 지연을 초래하였다고 보았다.³⁷⁾ 그리고 패널은 미국이 제92.2조에 따른 ‘지역개념 인정절차’ 이행과정에서의 부속서 3 제1(a)조에 불합치하여 부적절한 지연을 초래하였는지 검토하였다. 이를 위해 미국이 지연을 초래하였는지를 먼저 확인하였으며 다음으로 그러한 지연의 성격이 부적절하였는지를 순서대로 검토하였다. 패널은 먼저 미국이 제92.2조에

32) US-Animals 패널 보고서, paras. 7.78-7.82, 7.94-7.105 & 7.173-7.178.

33) *Ibid.*, paras. 7.78 & 7.95.

34) *Ibid.*, para. 7.79; EC Biotech 패널 보고서, para. 7.1494 인용.

35) US-Animals 패널 보고서, paras. 7.81 & 7.101. 수출국의 귀책으로 인한 상황은 주로 수출국이 ‘지역개념 인정절차’의 이행과정에 필요한 정보를 누락하였거나 해당 절차와 무관한 정보를 수입국에 제공하였을 경우 발생한다.

36) *Ibid.*, para. 7.115; EC-Biotech 패널 보고서, para. 7.1495 인용.

37) US-Animals 패널 보고서, para. 7.115; EC-Biotech 패널 보고서, para. 7.1496; US-Poultry 패널 보고서 para. 7.354.

따른 '지역개념 인정절차' 이행과정에서 아무런 행동도 하지 않은 부작위를 행하였다는 사실을 확인하고 지연을 초래하였다고 판정하였다.³⁸⁾ 다음으로 그러한 지연이 부적절하였는지 여부를 검토하였다. 패널은 APHIS가 SENASA에 요구하였던 정보는 이미 SENASA로부터 충분하게 제공받은 기존정보를 단순히 재확인하거나 업데이트하는 용도에 해당한다고 보았다. 그리고 기존정보를 재확인하거나 업데이트를 하는 과정에서 초래된 지연은 '정당성'을 결여하였다는 점에서 그 지연에 대해 부적절하다고 판정하였다. 이를 종합하여 패널은 미국이 제92.2조에 따른 '지역개념 인정절차' 이행과정에서의 부적절한 지연을 초래하였다는 점에서 부속서 3 제1(a)조를 위반하였으며 그 결과 SPS협정 제8조도 위반하였다고 판정하였다.³⁹⁾ 둘째, 아르헨티나는 미국에 '지역개념 인정절차'가 어느 단계까지 진행되었는지를 여러 차례 문의하였다고 주장하였다. 그러나 미국으로부터 회신을 받지 못하였다는 점에서 미국이 부속서 3 제1(b)조를 위반하였다고 주장하였다.⁴⁰⁾ 미국은 이에 직접 반박하지 않았으며 아르헨티나에서 제출한 서류상의 하자 사항을 발견하여 부속서 3 제1(b)조에 따라 해당 내용을 아르헨티나에 통보하였다고 주장하였다.⁴¹⁾ 마지막으로 패널은 미국이 부속서 3 제1(b)조에 따라 '지역개념 인정절차'상의 진행단계를 아르헨티나에 통보하였는지 검토하였다. 패널은 수입국의 통보의무가 성립하려면 먼저 수출국에서 해당 통보를 요청하여야 한다고 보았는데, 아르헨티나가 미국에 여러 차례 이를 요청하였다고 확인하였다.⁴²⁾ 그러나 미국이 아르헨티나에 APHIS '지역개념 인정절차'의 진행단계를 통보하거나 그 지연 사유를 설명한 적이 없다는 점을 확인하며 부속서 3 제1(b)조에 따른 통보와 설명 의무를 위반하였다고 판정하였다.⁴³⁾ 그 결과 미국이 SPS협정 제8조도 함께 위반하였다고 판정하였다.⁴⁴⁾

38) US-Animals 패널 보고서, paras. 7.156, 7.158 & 7.159.

39) *Ibid.*, paras. 7.169-7.172 & 8.1.b.iii.

40) *Ibid.*, paras. 7.173 & 7.176.

41) *Ibid.*, para. 7.178.

42) *Ibid.*, paras. 7.193-7.194.

43) *Ibid.*, para. 7.195.

44) *Ibid.*, paras. 7.196 & 8.1.b.v.

3. Russia-Pigs 사건

가. 사실관계

2014년 1월 24일 EU 회원국인 리투아니아에서 ASF가 발생하였다.⁴⁵⁾ 2014년 1월 29일 러시아는 EU 관할당국으로 공식서한을 보내 EU산 돼지제품에 대한 수입을 금지하겠다고 밝혔다.⁴⁶⁾ 2006년 러시아와 EU가 동물위생수입조건에 대한 협상을 토대로 검역증명서에 합의하면서 EU산 돼지제품이 러시아로 수출되었다. 해당 검역증명서에는 EU 내 ASF가 지속해서 발생하였던 지역인 이탈리아 사르데냐(Sardinia)를 제외한 곳에서 사육되며 최근 3년 동안 동물 전염병이 발생하지 않은 농장 또는 행정구역에서 사육된 건강한 동물만이 러시아로 수출될 수 있다고 명시되어 있다.⁴⁷⁾ 2014년 리투아니아에서 ASF가 발생하자 러시아는 검역증명서 내용에 따라 사르데냐를 제외한 곳이 ASF 안전지역이어야 하나 이제 그렇지 않다는 점에서 EU산 돼지제품에 대한 수입을 금지한 것이다.⁴⁸⁾ EU는 리투아니아에서 ASF가 발생하였을지라도 리투아니아를 제외한 지역에서 사육된 건강한 동물이 검역증명서 내용에 부합한다는 점에서 수입을 재개해 줄 것을 러시아에 요청하였다. 그러자 러시아는 이를 거부하며 공식성명을 통해 EU에게 리투아니아를 제외한 지역에서 사육된 건강한 동물에 대한 검역증명서 발급을 중단하고 수출을 불허하도록 요청하였다.⁴⁹⁾ 이에 EU는 2014년 4월 러시아를 상대로 WTO에 제소하였다.⁵⁰⁾

45) Request for Consultations by the European Union, Russian Federation-Measures on the Importation of Live Pigs, Pork and Other Pig Products from the European Union, WT/DS475/1 (Apr. 14, 2014), p. 1.

46) Russia-Pigs 패널 보고서, para. 2.9.

47) Request for the Establishment of a Panel by the European Union, Russian Federation-Measures on the Importation of Live Pigs, Pork and Other Pig Products from the European Union, WT/DS475/2 (Jun. 30, 2014), p. 2.

48) Russia-Pigs 패널 보고서, para. 7.45. 패널은 해당 조치를 EU전면수입금지조치(EU-wide ban)라고 표현하였다. *Ibid.*, para. 2.9.

49) *Ibid.*, para. 2.9.

50) *Ibid.*, para. 1.1.

EU는 리투아니아를 제외한 타 지역산 돼지제품에 대한 수입을 허용해 달라고 러시아에 요청하였으나 러시아가 이에 응하지 않았으며 SPS협정 제8조와 부속서 3 제1조를 위반하였다고 주장하였다. EU는 ‘지역개념 인정절차’가 SPS협정 제8조와 부속서 3 제1조에 해당한다고 주장하였다. 러시아는 EU 주장에 동의하지 않았다.⁵¹⁾ 패널은 ‘지역개념 인정절차’가 SPS협정 제8조와 부속서 3 제1조에 관한 EU와 러시아 간 쟁점 사안에 해당한다고 보았다. 그리고 US-Animals 사건과 달리 패널 보고서 내 용어를 통일하며 EU와 러시아의 주장과 패널 분석상에 ‘지역개념 인정절차’만을 명시하였다.⁵²⁾ 패널은 러시아의 ‘지역개념 인정절차’ 이행과정에서의 SPS협정 제8조와 부속서 3 제1조에 적용되는지를 먼저 검토한 후에 해당 조항에 합치하는지를 부속서 3 제1(c)조, 제1(a)조, 제1(b)조의 순서대로 검토하였다.⁵³⁾ 그리고 부속서 3을 위반하면 SPS협정 제8조를 위반한다는 과거 패널 판정에 근거하여, 부속서 3 제1(c)조, 제1(a)조, 제1(b)조에 대한 합치 여부를 판정한 결과를 토대로 제8조에 대한 합치 여부도 판정하였다.⁵⁴⁾

나. SPS협정 제8조와 제6.2조의 관계

1) ‘지역개념 인정절차’ 이행과정에서의 SPS협정 제8조 ‘수입승인절차’상의 의무 적용 여부

SPS협정 제8조 ‘수입승인절차’상의 의무 적용 여부와 관련하여 주요 쟁점은 다음과 같다. EU는 러시아의 ‘지역개념 인정절차’가 SPS협정 제8조와 부속서 3 제1조에 따른 절차에 해당하며 제8조 ‘수입승인절차’상의 의무를 적용받는다고 주장하였다. 첫째, EU는 절차라는 단어에 주목하였다. 절차는 SPS협정 제4.1조 2문, 부속서 3 각주 7번, 그리고 지역

51) *Ibid.*, paras. 7.495-7.496.

52) *Ibid.*, paras. 7.509-7.597.

53) *Ibid.*, paras. 7.510, 7.523, 7.552 & 7.597.

54) *Ibid.*, paras. 7.504, 7.597 & 8.1.d.vi; EC-Biotech 패널 보고서, para. 7.1569; US-Poultry 패널 보고서, para. 7.394.

화 조항에 해당하는 SPS협정 제6.3조 2문과 SPS협정 제6조 실질적 이행 촉진을 위한 지침(이하, ‘이행지침’) 등에서 규정되어 있다고 주장하였다.⁵⁵⁾ 러시아는 SPS협정 제8조와 부속서 3 제1조에 따른 절차는 부속서 3 각주 7번에 명시된 표본추출, 실험, 증명 절차만을 의미한다며 ‘지역개념 인정절차’와 무관하다고 주장하였다. 러시아는 지역화 조항에 해당하는 SPS협정 제6.3조 2문에서 절차라는 단어는 존재하나 ‘수입승인절차’라는 단어는 존재하지 않는다고 EU의 주장을 반박하였다.⁵⁶⁾ 패넬은 러시아의 ‘지역개념 인정절차’가 SPS협정 제8조와 부속서 3 제1조에 따른 절차에 해당하며 SPS협정 제8조 ‘수입승인절차’상의 의무를 적용받는지 여부를 먼저 검토하였다. 패넬은 부속서 3 제1조에서 절차를 ‘SPS 조치의 이행을 검토·보장하기 위한 절차’로 규정하였다는 점에서 ‘지역개념 인정절차’도 해당 범주에 포함될 수 있다고 판정하였다. SPS협정 제8조와 부속서 3 제1조에 따른 절차는 부속서 3 각주 7번상에 명시된 표본추출, 실험, 증명 절차만을 의미하지 않는다고 보았다. 그리고 ‘수입승인절차’는 지역화 조항인 SPS협정 제6.3조에서 규정하고 있는 ‘기타의 관련 절차’에 해당할 수 있다고 보았다.⁵⁷⁾ 둘째, EU는 다시 러시아의 ‘지역개념 인정절차’가 SPS협정 제8조와 부속서 3 제1조에 따른 절차에 해당한다고 주장하였다. EU와 달리 러시아는 SPS협정 제8조와 부속서 3 제1조에서의 절차란 수출국의 특정 제품을 대상으로 하는 ‘수입승인절차’를 의미하며 수출국 내 특정 지역을 대상으로 하는 ‘지역개념 인정절차’를 의미하지 않는다고 주장하였다.⁵⁸⁾ 패넬은 ‘지역개념 인정절차’를 통해 EU가 일차적으로 얻는 성과는 EU 내 ASF 안전지역에 대한 개념을 러시아로부터 인

55) Russia-Pigs 패넬 보고서, para. 7.511. 참고로 SPS협정 제4.1조 제2문과 제6.3조 제2문은 수입국의 요청이 있을 경우 수출국은 수입국의 검사, 실험 및 기타의 관련 절차를 위해 수입국에게 합리적인 접근성을 제공한다고 규정하였다. 부속서 3 각주 제7번은 통제, 검사 및 승인 절차는 그중에서도 표본추출, 실험, 증명 절차를 포함한다고 규정하였다. ‘SPS협정 제6조의 실질적 이행 촉진을 위한 지침(Guidelines to Further the Practical Implementation of Article 6 of the Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures, G/SPS/48)’은 제20조와 제21조에서 수출국은 수입국의 절차 그리고/또는 지역화에 관한 정보를 수입국에게 요청한다고 규정하였다.

56) *Ibid.*, para. 7.512.

57) *Ibid.*, para. 7.514.

58) *Ibid.*, para. 7.513.

정받는 것이며, 그 궁극적인 성과는 ASF 안전지역산 제품에 대한 수입 승인을 결정받게 되는 것이라고 판정하며 '지역개념 인정절차'와 '수입승인절차'와의 연관성을 강조하였다.⁵⁹⁾ 수입국이 '지역개념 인정절차'를 먼저 진행하고 그 결과에 따라 수출국산 제품에 대한 수입을 허용하거나 거부하게 된다는 점에서 러시아의 '지역개념 인정절차'는 러시아가 외국산 제품에 대한 수입을 허용하거나 금지하는 여부를 결정할 때 중요한 역할을 한다고 판정하였다.⁶⁰⁾ 따라서 패널은 러시아의 '지역개념 인정절차'가 SPS협정 제8조와 부속서 3 제1조에서의 '수입승인절차'와 연관성이 있다는 점에서 SPS협정 제8조와 부속서 3 제1조에 적용된다고 판정하며 EU의 주장을 인정하였다.⁶¹⁾

2) '지역개념 인정절차' 이행과정에서의 SPS협정 제8조 '수입승인절차'상의 의무 합치 여부

러시아의 '지역개념 인정절차'가 SPS협정 제8조와 부속서 3에 따른 '수입승인절차'에 해당한다고 확인한 후, 패널은 EU의 제소 내용을 부속서 3 제1(c)조, 제1(a)조, 제1(b)조의 순서대로 검토하였다.⁶²⁾

주요 쟁점은 다음과 같다. 첫째, EU는 러시아가 부속서 3 제1(c)조를 위반하여 EU에게 불필요한 정보를 요구하였다고 주장하였다. 러시아가 EU에 요구한 정보는 EU 내 야생멧돼지를 사냥하는 외국인에 대한 정보, EU 내 지역화가 아닌 구획화에 대한 정보 등이다.⁶³⁾ EU는 과거 러시아로 보낸 답변서에 해당 정보를 기재하였으나 러시아가 같은 정보를

59) *Ibid.*, para. 7.516.

60) *Ibid.*, para. 7.517.

61) *Ibid.*, paras. 7.518 & 8.1.d.vi.

62) *Ibid.*, paras. 7.510, 7.523, 7.552 & 7.597.

63) *Ibid.*, paras. 7.553-7.554. 구획화(compartmentalization)는 세계동물보건기구(World Organization for Animal Health, OIE) 육상동물위생규약 제4.5.1조에 따르면 소규모 동물집단을 지형이 아니라 동물집단이 속한 영역의 기능적인 특성에 따라 분리하는 것을 의미한다. 다시 말해, 지형경계선과 무관하게 '동물질병에 대한 위험수준'을 기준으로 경계선을 설정하며 동물 질병에 영향을 받는 소규모 동물집단과 그러한 영향을 받지 않은 소규모 동물집단을 공간적으로 분리하는 것을 말한다. 제4.5.2조에 따르면, 구획은 작업장이나 특정한 기능을 수행하는 공간(사료공장, 도축장 등)을 의미한다.

지속해서 요청하였다고 주장하였다.⁶⁴⁾ 이에 러시아는 부속서 3 제1(c)조에 따라 필요한 수준으로 EU에 정보를 요구한 것이라고 반박하였다.⁶⁵⁾ 패널은 먼저 러시아가 부속서 3 제1(c)조에 따라 ‘지역개념 인정절차’에 필요한 정보만을 EU에 요구하였는지 검토하였다. 이를 위해 패널은 전문가그룹에 자문을 구하였다. 전문가그룹은 러시아가 2014년 수차례 EU에 전달하였던 전문과 질의내용을 검토하였다. 패널은 전문가그룹으로부터 얻은 자문결과를 바탕으로 러시아가 EU에 정보를 요구하는 의도나 정보의 중요도가 분명하지 않다고 보았다. 또한, 패널은 과거 러시아가 EU에 이전에 질문한 질문들을 변형시키거나 중복질문을 하였던 사실을 지적하며 이를 과도하다고 보았다. EU에 ASF 예방·방제 프로그램과는 무관한 정보를 요구하였던 점, 지역화와 무관한 EU 내 육류작업시설이나 소규모 농장에 대한 정보를 요구하였던 점에 대해 역시 과도하다고 판정하였다. EU 영토 안에서 향후 ASF가 잠재적으로 발생할 가능성이 없다는 점을 증명하라는 러시아의 요구와 관련하여, 패널은 현실적으로 증명하기 어려운 내용에 대해 러시아가 요구하였다고 보았다. 패널은 러시아의 정보 요구가 ‘지역개념 인정절차’에 국한되지 않았고 불필요하다는 점에서 러시아의 ‘지역개념 인정절차’가 부속서 3 제1(c)조를 위반하였다고 판정하였다.⁶⁶⁾ 둘째, EU는 러시아가 EU에 불필요한 정보를 요구함에 따라 부적절한 지연을 초래하며 ‘지역개념 인정절차’가 이행·완료될 수 없었다는 점에서 부속서 3 제1(a)조를 위반하였다고 주장하였다.⁶⁷⁾ 러시아는 EC-Biotech 사건에서의 패널 판정을 인용하며 수입국이 발생시킨 모든 종류의 지연에 대해 부속서 3 제1(a)조를 위반하였다고 볼 수 없으며 그 지연에 대한 책임을 부담하지 않는다고 주장하였다.⁶⁸⁾ 패널은 러시아의 ‘지역개념 인정절차’가 부속서 3 제1(a)조에 따라 부적절한 지연 없이 이행되고 종료되었는지를 검토하였다. 그리고 러시아에서 ‘지역개념 인정절차’에 필요한 정보를 초과하는 수준으로 여러 차례 EU 내

64) *Ibid.*, para. 7.556.

65) *Ibid.*, para. 7.558.

66) *Ibid.*, paras. 7.569-7.571 & 7.597.

67) *Ibid.*, para. 7.572.

68) *Ibid.*, para. 7.573. EC-Biotech 패널 보고서 paras. 7.1495 & 7.1497 인용.

ASF 비발생국에 대한 정보를 요구하였다는 점에서 ‘지역개념 인정절차’에 대한 이행과 종료를 방해하였다고 보았다. 따라서 패널은 러시아의 ‘지역개념 인정절차’가 부속서 3 제1(a)조를 위반하였다고 판정하였다.⁶⁹⁾ 셋째, EU는 러시아가 부속서 3 제1(b)조를 위반하여 ‘지역개념 인정절차’의 예상 처리기간을 EU에 통보하지 않았다고 주장하였다.⁷⁰⁾ 러시아는 EU가 부속서 3 제1(b)조에 대한 러시아의 위반을 주장하나 그 근거를 구체적으로 제시하지 못하였다고 주장하였다.⁷¹⁾ 마지막으로 패널은 러시아가 부속서 3 제1(b)조에 따라 ‘지역개념 인정절차’의 예상 처리기간을 EU로 통보하였는지 검토하였는데, 예상 처리기간을 통보해달라는 EU의 요청이 없었음을 확인하고, 러시아가 EU에 통보할 의무는 없다고 판정하였다.⁷²⁾ 종합적으로 패널은 러시아의 ‘지역개념 인정절차’가 부속서 3 제1(c)조와 제1(a)조를 위반하였다고 최종판정하였다. 그리고 이들 조문의 위반으로 SPS협정 제8조도 위반하게 되었다고 판정하였다.⁷³⁾

III. ‘지역개념 인정절차’와 ‘수입승인절차’와의 관계 및 수출·입국의 지역화 대응전략

1. 제8조에 따른 ‘수입승인절차’와 제6.2조에 따른 ‘지역개념 인정절차’와의 관계

앞서 살펴본 바와 같이, US-Animals 사건과 Russia-Pigs 사건에서의

69) Russia-Pigs 패널 보고서, paras. 7.582-7.584, 7.591 & 7.597.

70) *Ibid.*, para. 7.593.

71) *Ibid.*, para. 7.592.

72) *Ibid.*, paras. 7.593-7.594.

73) 패널은 EU가 부속서 3 제1(b)조에 대한 러시아의 위반을 주장하려면 해당 조항에 대한 EU의 요청이 선행되어야 했으나 해당 요청을 진행하지 않았다는 점에서 러시아의 위반 여부를 판정할 수 없다고 보았다. 따라서 SPS협정 제8조와 부속서 3 제1조에 대한 패널 최종판정에서 부속서 3 제1(b)조에 대한 검토내용을 미반영하였다. Russia-Pigs 패널 보고서, paras. 7.504, 7.597 & 8.1.d.vi; EC-Biotech 패널 보고서 para. 7.1569; US-Poultry 패널 보고서, para. 7.394.

패널은 제6.2조에 따른 ‘지역개념 인정절차’가 제8조와 부속서 3에 따른 ‘수입승인절차’상에 적용되며 ‘지역개념 인정절차’ 이행과정에서 제8조와 부속서 3 제1조에서의 의무에 합치하여야 한다는 점을 확인하였다.⁷⁴⁾ 패널은 수입국의 ‘지역개념 인정절차’를 통해 수출국이 일차적으로 얻는 성과는 수출국 내 지역을 ASF 안전지역으로 인정받는 것이나, 궁극적으로 얻는 성과는 ASF 안전지역산 제품에 대한 수입 승인을 최종적으로 결정 받고 수입국으로 해당 제품을 판매하는 것이라고 보았다. 궁극적인 성과 측면에서 바라보면 ‘지역개념 인정절차’에 따른 지역화 결과가 수입 승인 여부를 최종결정한다는 점에서 ‘지역개념 인정절차’는 ‘수입승인절차’에 해당하며 ‘수입승인절차’상의 의무에도 합치하여야 한다.⁷⁵⁾ 따라서 SPS 협정상 ‘지역개념 인정절차’ 이행과정에서 ‘수입승인절차’를 함께 검토할 필요가 있다. 하지만, 우리나라를 비롯한 대다수 국가는 이에 대한 고려 없이 ‘지역개념 인정절차’를 운영하고 있어, WTO 판정의 이행을 위한 관련 제도의 개선이 필요하다.⁷⁶⁾

‘지역개념 인정절차’ 이행과정에서의 SPS협정 제8조 ‘수입승인절차’상의 의무를 적용하는 경우 수입국이 이행하여야 하는 의무는 다음과 같이 정리할 수 있다.

74) US-Animals 패널 보고서, paras. 7.69-7.70, 7.76, 7.115, 7.156-7.172, 7.193-7.196, 8.1.b.iii & 8.1.b.v; Russia-Pigs 패널 보고서, paras. 7.515-7.516, 7.518, 7.569-7.571, 7.582-7.584, 7.591, 7.593-7.594, 7.597 & 8.1.d.vi.

75) US-Animals 패널 보고서, para. 7.70; Russia-Pigs 패널 보고서, para. 7.516. 참고로 US-Animals 사건에서의 패널은 SPS협정 제6조를 검토하며, 앞서 SPS협정 제8조와 부속서 3 제1(a)조에 대해 내린 판정에 근거하여 제6조에 대해 판정하였다. US-Animals 패널 보고서, paras. 7.671-7.674.

76) 대다수 국가의 절차에 관한 고려가 부족한 점은 SPS협정 제6조에서 절차적인 규정에 관해 명시하지 않았던 점도 원인으로 볼 수 있다. 이는 SPS협정이 불명확하게 제정되었다는 점과도 연관성이 있는데, 상이한 이해관계를 가진 수출·입국의 입장이 서로 합치될 수 없었기에 추상적인 조항을 제정할 수 밖에 없는 한계점을 표출한 것이다. 이성형 외 2인, “SPS 협정상 조류독감에 따른 수입규제에 대한 연구: WTO 분쟁사례를 중심으로”, 「통상법률」, 제127호, 2016, p. 50 참조; 최혜선, “SPS협정상 위해성 평가의 문제점 및 개선방안”, 「국제법학회논총」, 제59권 제2호, 2014, p. 122.

〈표1〉 '지역개념 인정절차' 이행과정에서의 '수입승인절차'상의 의무
적용 여부에 따른 수입국의 의무

절차		‘지역개념 인정절차’
조항		제6조와 이행지침, 제8조와 부속서 3 제1조
이행주체		수입국
부속서 3	제1(a)조	‘지역개념 인정절차’를 부적절한 지연 없이 이행하고 완료할 의무 발생
	제1(b)조	표준 처리기간 공표
		수출국 요청시 예상 처리기간 통보
		수출국 구비서류에 대한 하자 사항 통보
		‘지역개념 인정절차’에 대한 결과 통보
		수출국 요청시 수출국의 신청문서 내 하자 사항을 발견하였더라도 가능한 범위 내에서 수입국의 절차 진행
		수출국 요청시 지연사유 설명 및 ‘지역개념 인정절차’상에서의 진행단계 통보
	제1(c)조	필요한 수준으로 수출국에 지역개념 인정에 대한 정보 요구

WTO 판정에 따라 '지역개념 인정절차' 이행과정에서의 SPS협정 제8조와 부속서 3에 따른 의무를 적용하는 경우, 수입국은 표와 같이 '지역개념 인정절차'와 관련하여 SPS협정 제8조와 부속서 3 제1조에 따른 '수입승인절차'상의 의무를 적용하여야 한다.⁷⁷⁾ US-Animals 사건과 Russia-Pigs 사건에서의 패널은 부속서 3 제1(a)조, 제1(b)조, 제1(c)조에 대한 수입국의 의무를 중심으로 검토하였는데, 이들 내용은 다음과 같이 요약될 수 있다.⁷⁸⁾ 첫째, '지역개념 인정절차' 이행과정에서의 제8조 '수입승인절차'상의 의무를 적용할 경우, '지역개념 인정절차'를 대상으로 하며, '수입승인절차'와는 무관하다. 둘째, 의무가 발생하는 조항은 '지역개념 인정절차'에 관한 SPS협정 제6조와 이행지침, 그리고 WTO 판정에 따라 적용되는 제8조와 부속서 3 제1조이다. 셋째, 수입국은 수출국 요청에 따라 수출국에 통보하는 의무를 이행하여야 한다. 부속서 3 제1(b)조에 따르면, 수입국은 수출국에서 요청할 경우 '지역개념 인정절차'의 예상 처리기간을 수출국에 통보하며, '지역개념 인정절차'가 지연되는 경우에 그 사유를 수출국에 설명하고,

77) 부속서 3 내 제1조를 제외한 조항들은 '수입승인절차'와 무관하다는 점에서 표에 따른 검토 대상에서 제외하였다.

78) US-Animals 패널 보고서, paras. 7.50-7.196; Russia-Pigs 패널 보고서, paras. 7.495-7.597.

‘지역개념 인정절차’가 현재 어느 단계까지 도달하였는지를 수출국에 통보하여야 한다. 또한, 수입국은 ‘지역개념 인정절차’에 관한 수출국의 신청문서에 하자를 발견하더라도 수출국이 요청한다면 가능한 수준까지 ‘지역개념 인정절차’를 진행하여야 한다. WTO 분쟁해결기구는 수출국이 수입국에 먼저 요청하지 않을 경우 수입국에서 불이행한 의무라 할지라도 부속서 3 제1(b)조에 대한 수입국의 위반을 주장할 수 없다고 판정하였다.⁷⁹⁾ 따라서 우리나라는 수출국 입장에서 ‘지역개념 인정절차’에 대한 예상 처리기간과 현 진행단계 등을 먼저 수입국에 문의한다면, 부속서 3 제1(b)조에 대해 수입국이 위반하였다는 우리나라 주장이 성립될 수 있다. 넷째, 수입국은 수출국의 요청이 없더라도 규정된 의무를 이행하여야 한다. 예를 들어 수입국은 제1(a)조에 따라 ‘지역개념 인정절차’ 이행과정에서의 부적절한 지연을 초래하지 않아야 하며, 제1(c)조에 따라 지역개념 인정을 위한 필요정보를 과도하지 않은 수준에서 수출국에 요구하여야 한다.

이러한 WTO 분쟁해결기구의 판정으로 수입국은 다음과 같은 사항을 고려할 필요가 있다.⁸⁰⁾ 첫째, 수입국은 지역개념 인정에 관한 최종결정을 고의로 지연시키고, 그에 따라 수입승인에 관한 최종결정도 지연시키는 등 그동안의 수입금지조치와 관련한 관행을 이제 계속할 수 없다. 둘째, 수입국은 ‘지역개념 인정절차’를 이행하며 그에 관한 최종결정을 하는데 있어 부속서 3 제1(a)조, 제1(b)조, 제1(c)조에 대한 의무를 부담하고, 그 결과에 따른 수입승인 결정을 하여야 할 것이다.

2. 부적절한 지연을 초래하는 수입국의 정보요구에 대한 WTO 분쟁해결기구의 입장 변화

부속서 3 제1(a)조는 ‘지역개념 인정절차’가 부적절한 지연 없이 이행되고 종료될 것을 규정하고 있다. US-Animals 사건과 Russia-Pigs 사

79) Russia-Pigs 패널 보고서, paras. 7.593-7.594.

80) WTO 판정과 관련하여, 정부는 해당 판정을 국내에 이행하거나 이행하지 않을 때 국내에 미치는 영향을 전략적으로 계산하여 해당 판정에 대한 이행여부와 그 시점을 결정하여야 한다. Jacqueline Krikorian, *International Trade Law and Domestic Policy: Canada, the United States, and the WTO* (UBC Press, 2012), p. 207.

건에서 패널은 수입국이 수출국에 정보를 요구하는 과정에서 부적절한 지연을 초래하였는지 검토하였다. US-Animals 사건에서의 패널은 수입국이 수출국에 요구한 정보의 성격과 필요성에 대해 단순히 검토하였던 반면, Russia-Pigs 사건에서의 패널은 수입국의 불필요한 정보 요구가 SPS절차 이행과정에서 방해가 되었는지 등 보다 구체적으로 검토하였다.

US-Animals 사건에서의 패널은 수입국이 수출국에 요구한 정보의 성격이 기존정보에 해당하는지를 기준으로 미국이 부속서 3 제1(a)조를 위반하였다고 판정하였다.⁸¹⁾ 패널은 미국이 아르헨티나에 요구한 정보를 크게 기존정보를 재확인하거나 업데이트하는 정보, 그리고 기존정보를 보완하는 추가정보나 신규정보로 분류하였다. 그리고 이를 바탕으로 미국이 기존정보와 다를 바 없는 재확인 정보나 업데이트 정보를 요구하는 경우, '지역개념 인정절차'를 이행하는 과정에서 부적절한 지연을 초래하였다고 보고, 부속서 3 제1(a)조와 함께 SPS협정 제8조도 위반하였다고 판정하였다.⁸²⁾ Russia-Pigs 사건에서의 패널은 수입국의 정보요구가 불필요한지를 기준으로 러시아가 부속서 3 제1(a)조를 위반하였다고 판정하였다. 예를 들어, '지역개념 인정절차'와 무관하게 구획화에 대한 정보를 요구한 러시아에 대해 정보를 불필요하게 요구하였다고 보았다. 불필요한 정보를 수출국에 요구한 경우, 수입국이 스스로 '지역개념 인정절차'가 이행되고 종료되는 것을 방해하는 행위를 하였으며, 이로 인해 부적절한 지연을 초래하였다는 점에서 러시아가 부속서 3 제1(a)조를 위반하였고, 그 결과 SPS협정 제8조도 위반하였다고 판정하였다.⁸³⁾ Russia-Pigs 사건에서의 패널 판정은 수입국의 불필요한 정보요구와 수입국의 '지역개념 인정절차'에 대한 방해 행위를 연계하였다는 점에서 정보의 성격에 따라 '지역개념 인정절차'의 부적절한 지연 초래 여부를 판단한 US-Animals 사건에서의 패널 판정과는 분명 차이가 있다.

Russia-Pigs 사건에서의 패널은 전문가 의견(amicus curiae)에 따라 수입국이 정보의 질적·양적 수준을 고려하여 필요정보만을 수출국에 요구하였는지 검토하였다. 하지만, 필요정보 여부를 결정하는 정보의 양적·

81) US-Animals 패널 보고서, paras. 7.113 & 7.147-7.172.

82) *Ibid.*, paras. 7.169-7.172 & 8.1.b.iii.

83) Russia-Pigs 패널 보고서, paras. 7.574-7.584.

질적 수준이 무엇인지 구체적으로 제시하지 않았다는 점은 아쉬움으로 남는다. 이에 대한 향후 WTO 분쟁해결기구의 명확한 입장이 요구된다.

3. 실무적 관점에서의 수출·입국의 지역화 대응전략

WTO 판정에 따라 수입국은 지역화 조항 이행과정에서 제8조와 부속서 3 제1조에 따른 ‘수입승인절차’상의 의무를 제6.2조에 따른 ‘지역개념 인정절차’에 적용하여야 하며, 해당 의무에 대한 합치 여부도 검토하여야 한다. 이에 수출국과 수입국은 다음과 같은 내용을 고려하여야 한다.

<표2> 수출·입국의 지역화 대응전략

수입국	수출국
○ 지역화 법령을 개정하는 경우 이를 수입 승인결정 지연의 근거로 삼을 수 없다는 사실을 인지하고, ‘지역개념 인정절차’의 이행에 관한 노력을 다하며 관련 증거 WTO에 제시 ○ 수출국에 정보를 요구할 경우, 정보의 질적·양적 측면을 고려하여 필요정보만 요구 ○ 중복질문이나 재질문 삼가 ○ ‘지역개념 인정절차’에 대한 표준 처리기간, 수출국 구비서류에 대한 하자사항 통보 및 ‘지역개념 인정절차’에 따른 결과 통보	○ 수입국에 ‘지역개념 인정절차’에 관한 예상 처리기간 문의 ○ 수입국에 ‘지역개념 인정절차’ 이행과정에서의 진행단계와 지연사유 문의 ○ 수입국에 보내는 공식서함에 필요한 경우 수입국의 과도한 정보요구 사실 적시 및 해당 사실 WTO에 제출

먼저 수입국의 고려사항은 다음과 같다. 첫째, 많은 경우에 있어 국가들은 국내 법령에 관한 개정 등을 이유로 수입 승인에 관한 최종결정을 지연하거나 기존 수입을 중단할 수 있다.⁸⁴⁾ 그러나 앞서 살펴본 바와 같이, 국내 법

84) 2017년 미국무역대표부(Office of the United States Trade Representative)에서 발표한 국별 무역장벽보고서(National Trade Estimate Report on Foreign Trade Barriers)에 따르면, 칠레는 2010년 수산물에 관한 수입규정 개정을 이유로 미국 등에서 생산된 연어 수입을 중단하였다. 코스타리카는 2016년 행정명령 제36999호를 통해 식물성 제품에 대한 수입업체 등록에 관한 규정을 제정하여 미국산 제품에 대한 수입을 지연시켰다. 인도네시아는 2014년 동물위생및가축법을 개정하며 동물성제품을 인도네시아로 수출하려는 수출업체가 인도네시아 농업부에 사전 등록하도록 규정하였으며, 미국은 2011년부터 미국 수출업체에 대한 사전 등록과 관련하여 인도네시아와

령을 이유로 조치를 이행하지 않는 경우 부적절한 지연을 초래하기 때문에 부속서 3 제1(a)조 위반 가능성에 주의할 필요가 있다. Russia-Pigs 사건에서의 패널은 EC-Biotech 사건에서의 패널 판정을 인용하며 수입국이 법령 개정 등을 이유로 수입 승인에 관한 SPS 조치를 채택하지 않는다면 ‘부적절한 지연’을 초래한다는 점에서 부속서 3 제1(a)조를 위반하게 된다고 판정하였다.⁸⁵⁾ 특히 수입 승인에 관한 최종결정은 지역개념 인정에 관한 최종결정 이후에 진행된다는 점을 유의할 필요가 있다. 수입국은 지역화 법령을 개정 중이거나 향후 개정이 예정되어 있더라도, 가능한 현행법과 SPS협정에 따라 수출국 지역에 대한 ‘지역개념 인정절차’를 이행하고 종료하려는 노력을 시도하였으나 그러한 노력에도 불구하고 지역개념 인정에 관한 최종결정을 하지 못한 경우 그 이유를 제시하여야 할 것이다.⁸⁶⁾ 가능하면 WTO에 합치하는 방향으로 국내 규정을 보완하여 추후 WTO 불합치로 인한 불이익을 받지 않도록 하여야 한다.⁸⁷⁾ 둘째, 수입국은 수출국에 요구하는 정보의 질적·양적 측면을 고려하여야 한다. Russia-Pigs 사건에서 패널은 수입국이 수출국 내 위험에 관한 질적·양적 분석을 진행할 때 관련성이 없거나 불필요한 정보를 과도하게 요구하였다는 전문가 의견을 판정에 반영하였다.⁸⁸⁾ 해당 사건에서 패널은 수입국이 중복하여 질문하거나 이전에 물어본 것을 다른 질문의 형태로 질의하는 행위에 대해 ‘지역개념 인정

협의 중이며 수입 승인을 받지 못하였다고 밝혔다. United States Trade Representative, “National Trade Estimate Report on Foreign Trade Barriers”, Office of the United States Trade Representative (2017), pp. 74, 106, 221.

85) Russia-Pigs 패널 보고서, para. 7.538; EC-Biotech 패널 보고서, para. 7.1517 인용.

86) Carlos M. Correa, “Implementing National Public Health Policies in the Framework of WTO Agreements”, *Journal of World Trade*, Vol. 34.5 (2000), p. 116.

87) Alessandra Arcuri & Lukasz Gruszczynski, “Pigs, African Swine Fever and the Principle of Regionalisation: Comments on the Appellate Body Report in the Russia-Pigs Dispute”, *European Journal of Risk Regulation* Vol. 9.1 (2018), p. 145; OECD, Proceedings of the OECD Conference on “Livestock Disease Policies: Building Bridges between Animal Science and Economics” (OECD, 2013), p. 186.

88) Russia-Pigs 패널 보고서, paras. 7.559-7.563. Amicus curiae는 ‘법정의 친구(friend of the court)’라는 뜻이며, 패널과 항소기구가 분쟁당사국이나 제3국을 제외한 단체들(entities)로부터 의견을 받는 것을 의미한다. WTO Secretariat, A Handbook on the WTO Dispute Settlement System (WTO Secretariat Publication, 2004), p. 98.

절차'의 본질을 흐린다고 본 전문가 의견을 인정하였다.⁸⁹⁾ 물론, 수입국은 수출국이 제공한 정보에 하자가 발견되면 수출국에 정보를 다시 요구할 수 있다.⁹⁰⁾ 셋째, 수입국은 수출국 요청이 없더라도 수출국에 다음 사항을 통보하여 수출국과의 분쟁 가능성을 사전에 방지하여야 한다. 수입국은 여러 국가에 대한 '지역개념 인정절차'를 이행하는데 필요한 평균시간을 계산하여 이를 수출국에 통보하여야 하며, 수출국에서 제출한 서류를 받고 하자 내용을 수출국에 통보하여 수출국이 보완할 수 있도록 하여야 하며, '지역개념 인정절차'를 이행하여 수출국의 신청지역이 병해충 안전지역으로 최종결정 되었는지를 통보하여야 한다.⁹¹⁾

반면, 수출국의 고려사항은 다음과 같다. 첫째, 수출국은 수입국이 '지역개념 인정절차'가 완료될 때까지 기다리기보다 선제적으로 해당 절차가 완료될 때까지 필요하다고 예상되는 기간을 수입국에 문의하여야 한다. Russia-Pigs 사건에서 패널은 EU가 러시아에 '지역개념 인정절차'에 관한 예상 처리기간을 문의하였는지 확인하였다.⁹²⁾ SPS협정 부속서 3 제1(b)조에 따르면, 수출국은 '지역개념 인정절차'에 관한 진행단계와 지연 사유도 먼저 수입국으로 문의할 수 있다. 따라서 예상 처리기간, 진행단계, 지연 사유에 대한 수출국의 적극적인 문의는 추후 WTO 분쟁 시 수출국에 유리하게 작용할 수 있다. 수입국의 절차 지연 등으로 시간을 끄는 문제를 해결할 수 있는 것이다.⁹³⁾ 둘째, EU가 러시아의 불필요한 정보요구에 대해 이의를 적시하였던 서신 내용을 판정에 반영한 Russia-Pigs 사건에서처럼 지역화와 관련된 수입국의 자료요구가 불필요하거나 과도하다고 판단되면, 수출국은 추후 수입국에 보내는 서신에 해당 사실을 밝힐 필요가 있다.⁹⁴⁾

89) Russia-Pigs 패널 보고서, paras. 7.559, 7.560 & 7.562.

90) US-Animals 패널 보고서, para. 7.163.

91) SPS협정 부속서 3 제1(b)조.

92) Russia-Pigs 패널 보고서, para. 7.593.

93) Laura J. Loppacher, "The Efficacy of World Trade Organization Rules on Sanitary Barriers: Bovine Spongiform Encephalopathy in North America", Journal of World Trade, Vol. 39.3 (2005), p. 440.

94) Russia-Pigs 패널 보고서, paras. 7.580 & 7.582.

IV. 결론

본 연구는 SPS협정 제6.2조에 따라 '지역개념 인정절차'를 이행과정에서 SPS협정 제8조에서의 '수입승인절차' 의무를 적용하는 경우, 수입국이 이행하여야 하는 의무가 무엇인지에 대해 검토해 보았다.

첫째, '지역개념 인정절차'와 '수입승인절차'와의 관계와 관련하여, '지역개념 인정절차'는 '수입승인절차'에 해당하며 '수입승인절차'상의 의무에도 합치하여야 한다는 점을 확인할 수 있다. 그동안 수입국은 '지역개념 인정절차' 이행과정에서 SPS협정 제6.2조 '지역개념 인정'에 관한 의무만을 적용하였으나, WTO 분쟁해결기구의 판정으로 인해 앞으로는 SPS협정 제8조 '수입승인절차'에 관한 의무도 함께 적용하여야 한다고 보았다. 둘째, 부적절한 지연을 초래하는 수입국의 정보 요구와 관련하여, 패널은 수입국이 수출국에 불필요한 정보를 요구함으로써 수입국의 절차 이행을 방해하였다고 판정하였다는 점에서 WTO 분쟁해결기구의 입장 변화를 보였다고 할 수 있다. 다만, WTO 분쟁해결기구는 수입국이 정보의 질적·양적인 수준을 고려하며 필요정보만을 수출국에 요구하였는지를 기준으로 판정하였으나, 부속서 3 제1조에 따른 필요정보 여부를 결정하는 정보의 양적·질적 수준이 무엇인지 명확하게 제시하고 있지 않다는 문제점을 확인하였다. 셋째, 실무적 관점에서의 수출·입국의 지역화 대응전략과 관련하여, 수입국은 '지역개념 인정절차'상에서 수출국에 필요정보를 요구하고 중복질문·재질문 삼가 등을 고려하며, 수출국은 수입국에 해당 절차에 관한 예상처리 기간, 진행단계, 지연사유에 대한 문의 등을 고려할 수 있다고 제안하였다.

WTO 분쟁해결제도의 활용은 SPS조치 이행국을 압박하는 수단으로 매우 효과적이다. 2013년 1월 US-Animals 사건에서 패널이 설치되자 같은 해 3월 미국은 그동안 별다른 진전이 없었던 파타고니아 전역에 대한 아르헨티나의 지역개념 인정 신청 건을 검토하고, 현장검사를 진행하겠다고 하였다. 동 사건의 패널 심리가 진행되던 기간에 미국은 2014년 1월과 8월 파타고니아 전역에 대한 지역개념을 인정하는 규정에 관한 제안과 최종안을 공표하였으며, 같은 해 10월 해당 최종안을 시행하였

다.⁹⁵⁾ 미국은 2015년 7월 패널 보고서 채택 이전에 신속하게 파타고니아 전역에 대한 지역개념을 인정하며 관련 규정을 시행하였다. 수출국인 아르헨티나는 수입국인 미국을 제소하는 전략으로 긍정적인 결과를 얻은 것이다. 우리나라도 앞서 검토한 ‘지역개념 인정절차’와 ‘수입승인절차’와의 관계 그리고 수출·입국의 지역화 대응전략에 대한 명확한 이해를 바탕으로 WTO 분쟁해결제도를 적극적으로 활용하고, 통상이익을 최대한 확보해 나가야 할 것이다.

(논문투고일: 2022.2.15., 심사개시일: 2022.2.27., 게재확정일: 2022.3.11.)



▶ 김현정 · 이길원

세계무역기구, 위생검역조치협정, 지역화, 지역개념 인정절차, 수입승인절차, 병해충 안전지역

95) US-Animals 패널 보고서, para. 7.146.

【참 고 문 헌】

1. WTO 문서

Appellate Body Report, Australia-Measures Affecting the Importation of Apples from New Zealand, WT/DS367/AB/R (Dec. 17, 2010).

_____, India-Measures Concerning the Importation of Certain Agricultural Products, WT/DS430/AB/R (Jun. 19, 2015).

_____, Russian Federation-Measures on the Importation of Live Pigs, Pork and Other Pig Products from the European Union, WT/DS475/AB/R (Mar. 21, 2017).

Panel Reports, European Communities-Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products, WT/DS291/R (Nov. 21, 2006).

_____, India-Measures Concerning the Importation of Certain Agricultural Products, WT/DS430/R (Jun. 19, 2015).

_____, Russian Federation-Measures on the Importation of Live Pigs, Pork and Other Pig Products from the European Union, WT/DS475/R (Mar. 21, 2017).

_____, United States-Certain Measures Affecting Imports of Poultry from China, WT/DS392/R (Oct. 25, 2010).

_____, United States-Measures Affecting the Importation of Animals, Meat and Other Animal Products from Argentina, WT/DS447/R (Aug. 31, 2015).

Request for Consultations by the European Union, Russian Federation -Measures on the Importation of Live Pigs, Pork and Other Pig Products from the European Union, WT/DS475/1 (Apr. 14, 2014).

Request for the Establishment of a Panel by the European Union, Russian Federation-Measures on the Importation of Live Pigs, Pork and Other Pig Products from the European Union, WT/DS475/2 (Jun. 30, 2014).

2. 단행본

- Jacqueline Krikorian, *International Trade Law and Domestic Policy: Canada, the United States, and the WTO*, UBC Press, 2012.
- Joanne Scott, *The WTO Agreement on Sanitary and Phytosanitary Measures: a Commentary*, OUP Catalogue, 2009.
- Lukasz Gruszczynski, “Article 6 SPS Agreement”, *Commentaries on World Trade Law: Technical Barriers and SPS Measures*, Brill, 2021.
- OECD, *Proceedings of the OECD Conference on “Livestock Disease Policies: Building Bridges between Animal Science and Economics”*, OECD, 2013.
- Peter Van den Bossche & Werner Zdouc, *The Law and Policy of the World Trade Organization*, Cambridge University Press, 2013.
- WTO Secretariat, *A Handbook on the WTO Dispute Settlement System*, WTO Secretariat Publication, 2004.

3. 정기간행물

- 김현정·이길원, “WTO SPS협정 제6.2조 ‘병해충 안전지역 개념의 인정’에 관한 연구”, 「국제경제법연구」, 제19권 제2호, 2021.
- 이성형 외 2인, “SPS 협정상 조류독감에 따른 수입규제에 대한 연구: WTO 분쟁사례를 중심으로”, 「통상법률」, 제127호, 2016.
- 최혜선, “SPS협정상 위해성 평가의 문제점 및 개선방안”, 「국제법학회논총」, 제59권 제2호, 2014.
- _____, “WTO/SPS협정상의 주요 의무인 위험평가의무와 지역화 인정의무에 대한 고찰”, 「동아법학」, 제94호, 2022.
- Alessandra Arcuri & Lukasz Gruszczynski, “Pigs, African Swine Fever and the Principle of Regionalisation: Comments on the Appellate Body Report in the Russia-Pigs Dispute”, *European Journal of Risk Regulation*, Vol. 9.1, 2018.

Carlos M. Correa, “Implementing National Public Health Policies in the Framework of WTO Agreements”, *Journal of World Trade*, Vol. 34.5, 2000.

Laura J. Loppacher, “The Efficacy of World Trade Organization Rules on Sanitary Barriers: Bovine Spongiform Encephalopathy in North America”, *Journal of World Trade*, Vol. 39.3, 2005.

United States Trade Representative, “National Trade Estimate Report on Foreign Trade Barriers”, Office of the United States Trade Representative, 2017.

4. 웹사이트

Oxford English Dictionary: <https://www.oed.com>.

WTO Sanitary and Phytosanitary Information Management System:
<http://spsims.wto.org>.

Abstract

The Relationship between the ‘Regionalization Procedure’ and the ‘Import Approval Procedure’ under the WTO SPS Agreement

Kim, Hyun Jung (Researcher, Ministry of Agriculture, Food and Rural Affairs)

Lee, Kil Won (Associate Professor, SungKyunKwan University Law School)

The World Trade Organization (WTO) Appellate Body in the Russia-Pigs dispute examined the implementation aspects of Article 6.2 of the WTO Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures (hereinafter, SPS Agreement). In particular, it emphasized that an importing member is required to ‘render operational’ the concepts of pest or disease free areas of the Article 6.2. Article 6.2 stipulates regionalization, which makes WTO members recognize the concepts of pest or disease free areas. The WTO Dispute Settlement Body (DSB) reversed its previous rulings associated with the issues relevant to Article 6.2, and, for the first time, highlighted the implementation aspects of the ‘regionalization procedure’.

The Article 8 and Annex C of the SPS Agreement stipulates the ‘import approval procedure’ that the fulfillment of the SPS measures shall be checked and ensured by any ‘procedures’ under them. Then, a question could be raised on the relationship between Article 8 and Annex C, and Article 6 of the SPS Agreement that such procedures under Article 8 and

Annex C shall be applied to the 'regionalization procedure' under Article 6.2, in order to 'render operational' the concepts of pest or disease free areas of the Article 6.2. The 'import approval procedure' under the Article 8 and Annex C, and the 'regionalization procedure' under Article 6.2 are seemed as separate and independent ones, but they share indispensable relationship, and the former precedes the latter. Intrinsically, the 'import approval procedure' and the 'regionalization procedure' are related and operated with each other. However, most of the WTO members have considered those procedures as separate and independent ones, operated on the basis of different domestic laws and regulations.

This paper, thus, discusses on the relationship between the 'import approval procedure' and the 'regionalization procedure'. It also suggests a number of regionalization strategies for both exporting and importing members based on the WTO panel reports on US-Animals and Russia-Pigs.



▶ Kim, Hyun Jung · Lee, Kil Won

World Trade Organization, WTO SPS Agreement,
Regionalization, Regionalization Procedure, Import
Approval Procedure, Pest or Disease Free Areas

대학 및 창업기업의 종업원으로서 이중적 지위를 갖는 창업교원에 의해 창출된 개량발명에 대한 권리 귀속 명확화를 위한 지침에 관한 연구*

황성필**

【목 차】

I. 서론

II. 교원창업기업의 현황 및 문제 제기

1. 교원창업기업 개념의 명확화
2. 교원창업에 있어서 휴직 또는 겸직의 법적근거
3. 우리나라에서의 교원창업기업의 현황
4. 이중적 종업원의 지위를 갖는 교원(창업교원)에 의해 창출된 개량발명에 대한 권리 귀속 여부

III. 창업교원이 창출한 개량발명에 대한 권리 귀속 명확화를 위한 쟁점 사항의 검토

1. 개량발명 관련 쟁점의 명확화
2. 창업교원의 지위의 해석을 통한 '특허를 받을 수 있는 권리'의 명확화
3. 개량발명에 대해 대학이 특허권 지분을 주장할 수 있는 정당성 검토
4. (무급)'휴직'창업교원과 관련한 쟁점 사항

IV. 결론

【국 문 요 약】

최근 대학의 연구로부터 창출된 특허권 활용을 도모할 수 있는 방안이 모색되고 있다. 그러한 방안으로서 대학 및 정부출연연구기관을 포함하는 공공연구기관 소속 종업원의 창업이 장려되고 있고, 나아가 대학 교원에 의한 창업, 즉 교원창업이 적극 장려되고 있다. 한편, 많은 경우 대

* 이 글은 충북대 IP 센터, 성균관대 법학연구원 및 한국과학기술법학회 공동주최로 개최된 2022년 신년 세미나에서 발표한 글을 수정·보완한 것이다.

** 특허법원 국제 지식재산권법 연구센터 연구원.

학의 교원인 교수는 겸직승인을 얻어 창업을 하게 되고, 겸직에 의하여 대학과 창업기업에서의 이중적 지위를 획득하게 되므로 후속연구에 따른 결과물인 개량발명에 대한 권리 귀속 문제와 관련된 법률관계를 정리할 필요가 있다. 우선 이 글은 개량발명 관련 쟁점을 검토하고 시사점을 도출하였다. 그 후, 교원창업에 있어서 한 자연인이 둘 이상의 사용자에 의하여 종업원으로 근무하는 경우를 두 명의 종업원에 의한 것으로 보고 발명진흥법 상의 직무발명 규정을 적용할 것을 주장하였다. 우리나라가 취하고 있는 발명자주의에 따라 ‘특허를 받을 수 있는 권리’는 원시적으로 발명자에게 귀속되고, 그 권리에 근거하여 대학 또는 교원창업기업의 직무발명승계규정에 따라 양자 모두 해당 개량발명에 대한 특허를 받을 수 있는 권리를 승계할 수 있는 구조를 갖추게 되어 직무발명 법리에 부합한다고 생각된다. 나아가, 이 글은 이중적 종업원의 지위를 갖는 창업교원이 창출한 개량발명에 대한 ‘특허권’ 귀속에 대한 지침을 제안하였다. 대학이 해당 개량발명에 대한 특허권 지분의 확보를 통해 대상 발명에 대한 특허권 소유 문제를 해결할 수 있을 것이다. 구체적으로, 지분의 결정은 대학과 교원창업기업의 협의 아래 이루어지되 그 지분은 발명자의 창작적 공헌과 두 사용자의 비창작적 공헌을 종합적으로 고려하여 산정되어야 함을 주장하였다. 그러한 지침은 직무발명 법리에 위배되지 않으면서 불공정거래행위에 해당하지 않게 되어, 이중적 종업원의 지위를 갖는 교원에 의한 창업 허락 시 대학과 교원창업기업 사이에 협상의 출발점이 될 수 있을 것으로 생각한다.

I. 서론

2022년 현재 정부출연연구기관 및 대학을 포함하는 공공연구기관 소속 종업원에 의한¹⁾ 창업이 정책적으로 장려되고 있다.²⁾ 최근 대학창업기업(university spin-off)의 수가 증가하고 있는 상황에서 그 창업기업의 한 형태로서 대학의 교직원 중 교원인 대학교수가³⁾ 대학으로부터 휴직 또는 겸직허가를 받아 기업을 설립하는 소위 교원창업기업(faculty spin-off)의 설립도 증가하고 있다.⁴⁾ 그런데, 대학이 교원창업기업의 설립을 허가 시 휴직 또는 겸직 중인 대학교수(이하 ‘창업교원’)가⁵⁾ 창업 후 연구개발을 통해 창출한 후속발명(이하 ‘개량발명’)에 대한 권리 귀속 문제를 합의할 수 있는 명확한 지침(guideline)이 없는 것이 현재 우리나라의 현황이다.⁶⁾ 그래서 창업교원이 단독으로 창출한 개량발명에 대한 권리관계를 명확히 하는 것이 협의의 중요한 쟁점이 된다. 창업교원은

-
- 1) 지식재산기본법 제3조 제4호.
 - 2) 과학기술정책연구원, “공공기술 기반 창업 활성화를 위한 지원제도 개선방안 연구”, 2019, 3면(“대학과 출연(연)의 기술사업화는 특허이전과 같은 단편적인 형태가 주를 이루었다. 그러나 최근 우수한 공공기술의 확산을 도모하기 위하여 대학 및 출연(연)이 보유한 연구성과 기반 기술창업을 강화하기 위한 정책적 노력이 추진되고 있다.”).
 - 3) 고등교육법 제14조에 따르면 교직원은 교원, 직원, 조교로 구분될 수 있으나 이 글은 교원만을 대상으로 논하며, 그 교원은 정규직 대학교수를 의미한다.
 - 4) 정차호, “대학 및 대학창업기업의 겸직종업원에 의해 창출된 직무발명 및 특허에 대한 두 사용자의 권리지분을 산정방법”, 산업재산권 제66호, 한국지식재산학회, 2021, 225면(“한 보고서에 따르면 2016년 기준 우리나라 대학에서 191개의 기업이 창업하였으며, 그 창업기업의 대표자 중 40.6%가 해당 대학의 교원이었다고 한다.”)(본문 내 인용각주 생략).
 - 5) 이 글은 기본적으로 대학으로부터 휴직 또는 겸직을 허가 받아 창업한 대학교수를 ‘창업교원’이라는 용어로 통일하여 사용한다. 한편, 휴직과 겸직의 상황을 구분할 필요성이 있는 경우에는 ‘휴직창업교원’ 또는 ‘겸직창업교원’이라는 용어로 구분하여 사용한다.
 - 6) 구본진 외 2명, “대학 교원 창업 활성화 방안 연구 - 이해충돌 규정을 중심으로”, 기술혁신연구 제26권 제1호, 기술경영경제학회, 2018, 70면(“교원 창업기업과 대학(산학협력단) 사이에서 발생할 수 있는 지재권 소유 문제이다. 창업 교원은 창업활동 중에 기존(산학협력단 소유의) 특허를 활용하여 개량 기술을 발명할 가능성이 높다. 이 경우 특허 소유권은 창업기업 또는 대학이 단독으로 소유하는 것이 바람직한지 아니면 공동으로 소유하는 것이 바람직한 것인지에 대한 규정이 부재하여 교원 창업기업과 대학(산학협력단) 간에 이해충돌이 발생할 수 있다.”).

대학의 종업원 및 창업기업의 종업원으로서 이중적 지위를 획득하게 되고, 그러한 이중적 지위 아래 창출된 개량발명은 대학 및 교원창업기업 양자에 대하여 직무발명 관계가 성립하게 되므로 그 개량발명에 대한 권리 귀속과 관련된 분쟁이 발생할 수 있기 때문이다.⁷⁾ 그런 점에서, 이 글은 대학과 교원창업기업이 창업교원에 의해 창출된 개량발명에 대한 권리 귀속 관계에 대해 양 당사자가 협상의 출발점으로 삼을 수 있는 지침을 제시하는 것을 목적으로 한다.

물론, 휴직 또는 겸직허가 과정에서 창업교원이 창출하는 직무발명에 대한 권리관계를 명확히 한 경우에는 그 허가의 내용대로 따르면 될 것이다. 그러나 많은 경우 휴직 또는 겸직허가 과정에서 권리관계에 대한 명확한 언급 없이 휴직 또는 겸직이 허가되고 있는 것으로 보인다.⁸⁾ 이 글은 창업교원에 의해 창출된 직무발명과 관련한 개량발명의 권리(지분) 관계에 대하여 사전에 합의되지 않은 상황도 고려하여 대학이 그 발명에 대한 특허권의 지분을 확보할 수 있는 근거를 제시하고, 나아가 그 지분에 따라 대학과 창업기업이 창업교원이 창출한 개량발명에 대한 소유 문제를 해결할 수 있는 지침을 제시하고자 한다.

II. 교원창업기업의 현황 및 문제 제기

1. 교원창업기업의 개념의 명확화

대학의 기술사업화는 다양한 형태로 이루어진다. 그 중 스핀오프(spin-off)는 대학이 보유하고 있는 기술(이하 ‘대학기술’)의⁹⁾ 상업적 활

7) 정차호, 앞의 논문, 226면(“종업원 발명이 그 종업원의 직무에 관한 것이면 (명시적 또는 묵시적 승계계약에 따라) 사용자는 그 직무발명을 승계받을 권리를 가진다. 그런데, 두 사용자를 위해 일하는 겸직종업원의 경우에는 그 두 사용자 모두가 대상 직무발명에 대해 권리를 주장할 것이 예상된다.”)(본문 내 인용각주 생략).

8) 한국벤처창업학회, “대학·연구기관 기술창업 지원규정 표준안 개발·보급”, 2014, 10면(“전체 응답기관 592개(대학 463, 연구기관 129) 중에서, 180개(30.5%)의 기관만이 창업 관련 내부 규정을 보유하고 있는 것으로 나타남. 대학 보유 비율(32.5%)이 연구기관(23.5%)보다 높게 나타남. 창업지원관련 내부규정이 없는 대부분의 대학·연구기관 소속 교원·연구원의 경우는 휴·겸직 창업에 관한 벤처기업육성에 관한 특별조치법 상 일반 규정을 적용받게 되나, 개별적인 창업과정에서 다양한 불확실성과 위험에 직면하게 됨.”).

용을 증대시킬 수 있는 효과적인 방법으로 평가되고,¹⁰⁾ 일반적으로 스핀 오프의 결과물은 창업의 형태로 나타난다.¹¹⁾ 그 대학기술 중 일부는 발명자인 교원에 의하여 직접 사업화되기도 하며, 그 과정에서 새 기업이 설립되는 경우가 많다. 그러한 기업은 그 발명자가 소속되어 있던 대학을 떠난 후 설립될 수도 있는 반면,¹²⁾ 대학의 허가를 받아 교원의 지위를 여전히 유지한 채 설립되는 경우도 있다.¹³⁾ 전자를 대학창업기업이라고 칭할 수 있고,¹⁴⁾ 후자를 교원창업기업이라고 칭할 수 있다. 즉, 교원창업기업은 대학창업기업의 한 유형으로 볼 수 있고, 교원창업기업이란 “전임직 교원이 휴직 또는 재직 중에 대학기술을 직접 사업화 하기 위하여 설립한 기업”으로 정의될 수 있다.¹⁵⁾¹⁶⁾ 그 교원창업기업은 관계 법령

-
- 9) 이 글에서의 대학기술이란 대학이 보유하고 있는 특허권이고, 대학교수가 발명자로 되어 있는 기술을 의미한다.
- 10) 윤문섭·권용수, “대학-산업 연계 시스템과 스핀오프”, 정책연구, 과학기술정책연구원, 2001, 47면 (“기업에 라이선스나 지적재산권을 이전하는 간접적인 방식에 비해 스핀오프 방식은 연구자에 내재되어 있는 암묵적 지식을 직접적으로 기업에 이전하는 효과적 방식으로 평가되고 있다.”).
- 11) Joshua A. Newberg & Richard L. Dunn, Keeping Secrets in the Campus Lab: Law, Values and Rules of Engagement for Industry-University R&D Partnerships, 39 Am. Bus. L.J. 187, 204 (2002) (“[Spin-off companies] are often established as vehicles for the commercialization of university-generated technologies.”); 조슬아 외 2명, “교수의 연구역량과 연구비 수혜가 대학스핀오프 기업 형성 속도에 미치는 영향”, 기술경영경제학회 제 19권 제2호, 기술혁신연구, 2011, 105면(“먼저 스핀오프의 결과물에 대해서는 대부분의 연구에서 새로운 기업의 형성이라고 일치된 관점을 보이고 있다(Carayannis et al., 1998; Klosthen and Jones-Evans, 2000; Clarysse et al., 2001; Djokovic and Souitaris, 2008).”).
- 12) 조슬아 외 2명, 위의 논문, 106면(“기존 스핀오프의 정의는 개인이나 조직이 소속되어 있던 모기관을 떠나면서 새로운 기업을 만드는 것을 의미한다. 이는 반드시 기술과 함께 기술을 창시자도 함께 스핀오프 되어야 한다는 관점이다.”).
- 13) 벤처기업 육성에 관한 특별조치법 제16조의2 제1항(“교육공무원등 또는 대통령령으로 정하는 정부출연연구기관(국방분야의 연구기관은 제외한다)의 연구원은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하지 아니하는 경우 그 소속 기관의 장의 허가를 받아 벤처기업 또는 창업기업의 대표자나 임직원을 겸임하거나 겸직할 수 있다.”).
- 14) 정차호, 앞의 논문, 234면(“대학창업기업은 ‘대학이 보유하는 기술(특허)을 상업화하기 위해 설립된 기업’이라고 정의한다.”).
- 15) 일본의 경우 교원창업기업의 형태를 포괄하는 넓은 의미의 용어로 ‘대학발 벤처’가 사용되는데 각 기관별로 정의가 다르다. 대외경제정책연구원, “일본의 개방형 혁신전략: 산학 협력을 중심으로”, 2020, 53면, 각주 29)(“대학발 벤처기업에 대해서는 경제산업성, 문부과학성 등 정부기관에서 통계를 수집하여 발표하고 있는데, 각 기관별로 정의가 상이하여

에 따라 교내 또는 교외에 설립될 수도 있고,¹⁷⁾¹⁸⁾¹⁹⁾ 그 기업에서의 교원은 그 기업의 대표 및/또는 임직원으로 참여하고,²⁰⁾ 나아가 최대주주²¹⁾ 또는 대주주의 지위를²²⁾ 갖는다.²³⁾

통계수치가 다르다. 각 기관별 대학발 벤처기업의 정의는 다음과 같다. 먼저 경제산업성은 다음 중 1개 이상에 해당하는 기업으로 정의한다: ① 연구성과 벤처기업: 대학의 연구 성과에 기초한 특허나 신기술, 신사업 방식을 사업화할 목적으로 신규로 설립된 벤처기업 ② 공동연구 벤처기업: 창업자가 설립 5년 이내에 대학과 공동연구를 하여 창업자 보유의 기술 및 노하우를 사업화한 벤처기업 ③ 기술이전 벤처기업: 기존 사업을 유지·발전시키기 위해 설립 5년 이내에 대학에서 기술이전을 받은 벤처기업 ④ 학생 벤처기업: 대학과 깊은 관련이 있는 학생 벤처기업 ⑤ 관련 벤처기업: 대학이 출자한 경우 등, 대학과 여타 관련을 맺고 있는 벤처기업. 한편 문부과학성은 ‘대학의 교직원, 학생 등을 발명자로 하는 특허를 기초로 창업한 기업으로서, 관계하는 교직원 등이 설립자인 경우의 기업’으로 정의한다.”(각주 내 인용 생략).

- 16) 일본의 경우와 마찬가지로 우리나라의 경우에도 각 대학별로 ‘교원창업’에 관한 정의를 규정하고 있으나 그 규정의 내용이 각각 다르다. KAIST 창업규정 제2조(“전임직 교직원이 재직 및 휴직중에 대학이 보유하고 있는 기술을 활용하여 중소기업 또는 벤처기업설립 시 ① 창업하는 기업의 대표 등 임원직(사외이사, 비상근 등기이사, 감사 제외)에 취임하는 경우, ② 제3자가 설립한 중소기업 또는 벤처기업의 의결권이 있는 주식 50% 이상을 소유하는 경우에 교원창업에 해당합니다.”); 연세대학교 교원의 창업에 관한 규정 제1조(목적)(“연세대학교 교원으로서 재직 중 「벤처기업 육성에 관한 특별조치법」 제2조에서 정의하는 벤처기업, 「중소기업기본법」 제2조에서 정의하는 중소기업을 창업하거나 또는 그 임원으로 취임하고자 하는 교원 . . . (이하 “창업교원”이라 한다)”); 성균관대학교 교원창업규정 제2조(““창업”이라 함은 본교 교원 등이 단독 또는 공동으로 연구개발한 연구성과를 활용하여 교내·외에서 벤처기업을 설립하는 것을 말한다.”).
- 17) 벤처기업육성에 관한 특별조치법 제2조 제5항(““실험실공장”이란 벤처기업의 창업을 촉진하기 위하여 대학이나 연구기관이 보유하고 있는 연구시설에 「산업집적활성화 및 공장설립에 관한 법률」 제28조에 따른 도시형공장에 해당하는 업종의 생산시설을 갖춘 사업장을 말한다.”).
- 18) 고려대학교 산학협력단(““교원창업”이라 함은 「벤처기업육성에 관한 특별조치법」 상의 실험실창업제도를 말하는 것으로서 교내의 휴직 또는 겸직이 허용되는 교원이 대학의 실험실에 기업을 설립하고, 대학이 보유하고 있는 연구개발 인프라를 활용하여 대학기술을 사업화하는 것을 말한다.”), https://sejong.korea.ac.kr/mbshome/mbs/innovation/subview.do?id=innovation_030201000000(최종방문일: 2022. 2. 22.).
- 19) 교육부·한국연구재단, “2019 대학 산학협력활동 조사보고서”, 한국연구재단, 2021, 73면(“대학과 전문대학은 각각 42개, 3개의 실험실공장을 운영하는 것으로 나타나, 대부분의 실험실공장이 대학에서 운영되는 것으로 조사되었다.”).
- 20) 순천향대학교 교원창업에 관한 규정 제2조(““창업교원”이라 함은 이 대학의 교원으로서 창업했거나 창업하려는 벤처기업, 중소기업, 협동조합의 대표자나 임직원으로 참여하는 교원을 말한다.”).
- 21) 부산대학교 교원창업에 관한 규정 제2조(““교원창업”이란 교원이 자신의 직무와 관련된 지

2. 교원창업에 있어서 휴직 또는 겸직의 법적근거

우리나라 정부는 정책적으로 교원창업에 우호적인 것을 넘어서 적극 장려하고 있다.²⁴⁾ 그러한 정부의 정책에 발맞추어 대학도 교원 친화적인 인사제도를 운영하면서, 교원창업을 적극 지원하고 있다.²⁵⁾ 나아가, 대학은 교원창업 시 대학교수의 휴직뿐만 아니라 겸직도 허용하고 있다. 일반적으로 교육공무원은 학생교육 및 지도, 연구 등에서의 업무부실화를 막기 위하여 기본적으로는 겸직을 허용하고 있지 않지만, 예외적인 경우

식재산과 부산대학교(이하, ‘대학’이라 한다)의 연구개발인프라 등을 활용하여 창업을 하면서 창업기업의 최대주주의 지위를 가지는 동시에, 대표이사 또는 등기사내이사의 지위를 가지는 경우를 말한다.”).

- 22) 경희대학교 전임교원벤처기업창업규정 제4조 제1항(“교원이 창업하거나 임원에 취임하고자 하는 회사는 주식회사이어야 하며, 교원창업자는 대주주로서 회사의 운영에 직접적으로 참여하여야 한다.”); 순천향대학교 교원창업에 관한 규정 제15조 제3항(“창업기업은 원칙적으로 주식회사 형태의 법인이어야 하며, 창업교원이 대주주(지분 20% 이상)로서 기업 운영에 직접 참여하여야 한다. 다만, 창업기업이 주식회사 형태의 법인이 아닌 경우에는 2년 이내에 주식회사 형태의 법인으로 전환하여야 한다.”).
- 23) 교원창업 시 그 교원의 의무적인 참여수준이 규정되어 있지 않은 경우 발생할 수 있는 문제점을 설명한 글: 구본진 외 2명, 앞의 논문, 70면(“첫째는 창업기업에 대한 교원의 참여수준이 규정되어 있지 않아 발생할 수 있는 문제이다. . . 이로 인해 교외 외부인사가 편법적인 방법(교수의 명의를만 차용하는 방법 등)으로 대학 내에서 창업할 수 있는 여지가 있다. 이럴 경우 대학의 시설, 장비, 인프라 등을 외부인의 사익 추구 행위에 사용하게 되는 문제가 발생할 수 있다.”).
- 24) 중소벤처기업부, “2017년 대학 창업통계 조사 결과 보고서”, 창업진흥원, 2018, 1면(“정부는 창업과 학업·연구를 병행할 수 있는 제도적 기틀 마련과 창업지원체계 기반 구축을 위해 지속적인 정책 추진”), file:///C:/Users/sphwa/Downloads/2017%EB%85%84%20%EB%8C%80%ED%95%99%20%EC%B0%BD%EC%97%85%ED%86%B5%EA%B3%84%20%EC%A1%B0%EC%82%AC%20%EA%B2%B0%EA%B3%BC%20%EB%B3%B4%EA%B3%A0%EC%84%9C%20(1).pdf.
- 25) 교육부·한국연구재단, “2019 대학 산학협력활동 조사보고서”, 한국연구재단, 2021, 32면(“2019년 전체 416개 대학의 74.8%(311개)가 교원업적 평가2) 시 산학협력 실적을 반영하고 있는 것으로 조사되었다.”); 위의 보고서, 각주 2)(“전임교원의 교원평가제도에서 SCI 논문 1편 대비 산학협력 실적 배점을 계산하였으며 이를 다시 세분화하여 산업체 연계, 산학협력교육, 산학협력연구로 구분하였다. 산업체연계는 기술경영자문, 산업체과건의 활동을 의미하고, 산학협력교육은 현장실습지도, 교원창업, 창업교육실행, 산학협력프로그램개발의 활동을 의미하며”), file:///C:/Users/sphwa/Downloads/2019%20%EB%8C%80%ED%95%99%20%EC%82%B0%ED%95%99%ED%98%91%EB%A0%A5%ED%99%9C%EB%8F%99%20%EC%A1%B0%EC%82%AC%EB%B3%B4%EA%B3%A0%EC%84%9C.pdf.

에 기관장의 허가를 받아 겸직을 허용할 수 있는 것으로 하고 있으며,²⁶⁾ 이는 사립대학의 경우에도 마찬가지이다.²⁷⁾ 한편, 주지하는 바와 같이, 교원창업에 관한 직접적인 규정은 벤처기업육성에 관한 특별조치법에 마련하고 있다. 동법 제16조는 교육공무원의 휴직을 허용하고,²⁸⁾ 나아가 동법 제16조의2는 교육공무원 등의 겸직에 관한 특례를 규정한다.²⁹⁾ 즉, 국립대학의 교수는 공무원 신분임에도 불구하고 교수에 의한 창업기업의 설립이 적극 장려되고 있다.³⁰⁾

3. 우리나라에서의 교원창업기업의 현황

“2020 기술이전 사업화 실태조사 보고서”에 따르면 대학 및 연구소(이하 ‘공공연구기관’)의 보유기술을 기반으로 하여 총 284건의 창업이 이루어졌고,³¹⁾ 그 중 대학 연구자에 의한 신규창업이 총 192건에 달한다.³²⁾ 더 정확하게 말하면, 국공립대학이 78건 및 사립대학이 114건을 각각 기록하였다.³³⁾ 그런데, 위 보고서에서는 대학연구자 창업기업 수에 대한 통계치를 제시하는 반면, 그 연구자에 대한 정의 및 범위를 명확히 제시하지 않고 있다. 따라서, 그 연구자가 대학교수를 의미하는 것인지 명확하지 않다. 한편, 그 연구자에 대학교수만이 포함되는 것으로 볼 수

26) 벤처기업육성에 관한 특별조치법 제16조의 2; 교육공무원법 제19조의2 제1항(영리업무 및 겸직금지에 관한 특례)(“「고등교육법」 제14조제2항에 따른 교수·부교수 및 조교수는 학생의 교육·지도와 학문의 연구에 지장이 없는 범위안에서 소속학교의 장의 허가를 받아 상업·공업·금융업 그 밖에 영리를 목적으로 하는 사기업체의 사외이사(「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」 제9조제3항에 따른 해당 회사의 상무에 종사하지 아니하는 이사를 말한다. 이하 이 조에서 같다)를 겸직할 수 있다.”).

27) 사립학교법 제55조 제1항(“① 사립학교 교원의 복무에 관하여는 국립학교·공립학교 교원에 관한 규정을 준용한다.”).

28) 벤처기업육성에 관한 특별조치법 제16조.

29) 벤처기업육성에 관한 특별조치법 제16조의2.

30) 구분진 외 2명, 앞의 논문, 62면(“한국 정부도 대학 교원 창업 활성화 노력을 지속해오고 있다. 구체적으로는 벤처기업육성에 관한 특별조치법(이하 벤특법)에 교원 창업을 위한 휴직 및 겸임·겸직에 관한 규정을 제정하여 교원 창업이 용이한 기반을 마련하였다.”).

31) 산업통상자원부, “2020 기술이전·사업화 실태조사 보고서”, 2021, 69면.

32) 산업통상자원부, 위의 보고서, 69면.

33) 산업통상자원부, 위의 보고서, 69면.

있는 여지는 있다. 2019년 한국연구재단이 발간한 “2019 대학 산학협력 활동 조사보고서”에 따르면 “2019년 총 102개 대학에서 281개의 교원 창업기업이 설립된 것”으로 조사된 바 있는데,³⁴⁾ 산업통상자원부의 통계치인 192건 대비 89건이 더 많다. 그런 점에서, 한국연구재단의 보고서는 2019년 신규 교원창업기업의 수를 조사할 때 그 교원의 범위를 대학교수 이외의 자까지 확대하여 통계치를 작성한 것으로 추측된다. 2019년 신규 교원창업기업의 수는 아래의 표와 같이 정리될 수 있다.

<2019년 신규 교원창업기업에 대한 통계>³⁵⁾

구분		연구자 및 기관의 직접 창업		
		건수		
		총건수	평균	보유기관 평균
2019년 창업건수	국공립대학	78	2.8	4.1
	사립대학	114	1.0	3.3
	계	192	1.3	3.6

신규 교원창업의 양적 증가와 더불어, 2019년 교원창업기업의 매출액도 2015년 대비 38.1% 상승한 67.1억원으로 나타났으며, 그 액수는 최근 5년의 기간 동안 가장 높은 것이다.³⁶⁾ 비록, 교원창업에 의한 고용창출은 2018년과 비슷한 것으로 조사되었으나,³⁷⁾ 전반적으로 교원창업은 대학의 대표적인 기술창업으로서 점점 성장하고 있으며, 대학기술 사업화에 있어 중요한 역할을 수행하고 있는 것으로 볼 수 있다.

4. 이중적 종업원의 지위를 갖는 교원(창업교원)에 의해 창출된 개량 발명에 대한 권리 귀속 여부

일반적으로 창업교원의 창업은 교원의 “전공, 보유기술 및 직무경험 등”과 관련 있는 분야의 창업이기 때문에³⁸⁾ 기술을 기반으로 하는 창업,

34) 한국연구재단, 앞의 보고서, 72면.

35) 앞의 산업통상자원부 보고서 69면의 표를 편집하여 작성한 것이다.

36) 교육부·한국연구재단, 앞의 조사보고서, 72면.

37) 교육부·한국연구재단, 위의 조사보고서, 72면.

38) 벤처기업 육성에 관한 특별조치법 제16조의2 제1항(“교육공무원등 또는 대통령령으로 정하는

즉 기술창업이 대부분이고, 교원이 연구하여 창출한 결과물인 기술(특허)을 기반으로 하는 경우가 다수를 차지한다. 그러한 특허는 직무발명의 법리에 의하여 사용자 지위에 있는 대학(산학협력단)의 소유인 경우가 대부분이다.³⁹⁾ 따라서, 교원창업을 위해서 교원은 대학과 그 특허권 관련 실시계약 또는 양도계약을 체결하게 된다.⁴⁰⁾ 게다가, 대부분의 교원창업기업이 겸직의 상태로 설립되고 있으므로⁴¹⁾ 해당 창업교원이 창출한 개량발명에 대한 권리 귀속 문제가 논의의 쟁점이 된다.⁴²⁾⁴³⁾ 더 정확하게 말하면, 그 개량발명에 대한 특허를 받을 수 있는 권리의 귀속(직무발명에 대한 권리 귀속)에 대한 분쟁이 발생할 수 있는 것이다.

한편, 일반적으로 교원창업기업은 대학기술(특허) 등을 바탕으로 하는

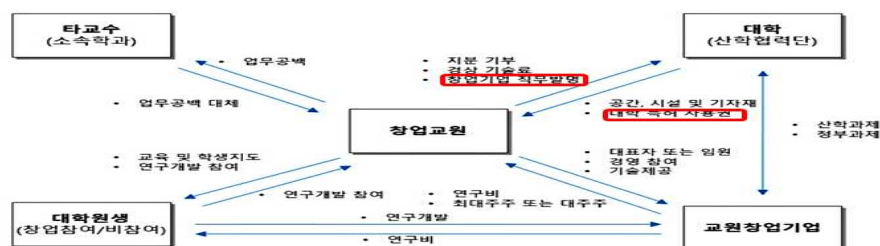
정부출연연구기관(국방분야의 연구기관은 제외한다)의 연구원은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하지 아니하는 경우 그 소속 기관의 장의 허가를 받아 벤처기업 또는 창업기업의 대표자나 임직원을 겸임하거나 겸직할 수 있다.”); 벤처기업 육성에 관한 특별조치법 제16조의2 제1항 제1호(“전공, 보유기술 및 직무경험 등과 무관한 분야에 겸임·겸직하고자 하는 경우”).

39) 특허법 제33조.

40) 건국대학교, “교원창업안내 및 현황”(“기술이전의 실시: ① 교수 창업자는 창업활동에 필요한 기술의 실시 전에 산학협력단과의 기술이전 계약을 체결하여야 합니다. ② 기술이전 계약에 관한 사항은 산학협력단과의 별도 협약으로 정합니다.”), <https://welink.kku.ac.kr/common/index.do?jpath=/user/content/sub08>(최종방문일 2022. 2. 22.)

41) 정차호, 앞의 논문, 230면(“교원창업 시 휴겸직 제도를 시행한 학교는 2017년 기준 147개교(34.8%)이었으며, 2016년 실제로 휴겸직이 승인된 인원은 387명이었는데, 그 중 휴직은 6명에 불과하였고, 대부분인 381명(98.4%)은 겸직이었다고 한다.”)(중소벤처기업부, “2017년 대학 창업통계 조사 결과 보고서”, 창업진흥원, 2018, 26면 인용).

42) 구본진 외 2명, 앞의 논문, 69면의 표 재인용.



43) 이희숙 등, “교원창업 활성화를 위한 가이드라인”, 국가지식재산위원회 활용전문위원회, 2020, 79면(“현재 교원창업에 대한 규정이 존재하나 교원창업 설립 시 필요한 사항을 규정하는 것에 치중[되어 있는 반면,] 창업 이후 개량발명을 포함한 후속 발명이 완성된 경우 특허권 귀속 및 성과 배분에 대해 명확한 가이드라인이 없음.”).

기술창업이므로 기업의 성장을 위해서 지속적인 연구개발 활동이 필수적이고, 대학도 교육과 연구를 주된 임무로 하고 있으므로 창업교원이 창출한 개량발명을 둘러싼 이해관계의 충돌이 불가피한 면이 있다. 이와 관련하여, 국·공립 대학을 포함한 우리나라의 일부 대학은 교원창업 규정을 두고 있고, 창업교원에 의해 창출된 모든 발명을 대학의 직무발명으로 포섭하고 있는 경우가 있다.⁴⁴⁾⁴⁵⁾ 그러한 규정은 기본적으로 특허를 받을 수 있는 권리는 발명을 한 자 또는 그 승계인에게 귀속되는데, 대상 개량발명이 직무발명에 관한 것이면서 사용자가 예약승계권을 행사하였다면 그 특허를 받을 수 있는 권리는 사용자에게 귀속된다는 측면에서 타당할 수 있다.⁴⁶⁾ 반면, 창업교원은 대학 및 교원창업기업 모두에서 종업원의 지위를 갖게 되므로 대학이 그 창업교원이 단독으로 창출한 개량발명이 대학의 종업원으로서 창출한 것인지 창업기업의 종업원으로서 창출할 것인지에 대한 판단 없이 대학의 직무발명으로 간주하고, 그 개량발명에 대한 특허를 받을 수 있는 권리를 주장하게 된다면 특허법 등 관련법령 및 직무발명 법리에 위배될 소지가 있다고 생각된다. 이하, 창업교원이 창출한 개량발명에 대한 권리 귀속과 관련한 법적 문제의 해결을 위한 쟁점 사항을 자세히 검토한다.

44) 한국연구재단, “대학 기술기반 창업과정에서의 이해관계 조정을 위한 안내서”, 2019, 74면 (“교원창업기업에서 발명한 지식재산권의 권리주체에 대해 직접적으로 규정한 관련 법규는 없는 상황입니다. 각 대학에서는 해당발명을 교원의 직무발명으로 간주하고 발명진흥법 제 14조에 대한 해석을 근거로 지식재산권 관리규정에서 해당 내용을 규정하고 있습니다.”).

45) 전남대학교 교원창업 안내(“외부 기업(교원 창업기업 포함)의 겸직교원이 발명자로 포함되어 특허출원 할 경우, 사전에 산학협력단에 직무발명 신고를 하여야 함(겸직교원의 발명은 직무발명에 해당되며, 산학협력단은 겸직교원의 발명자 지분을 승계)”), https://wood.jnu.ac.kr/sites/sanhak/files/video_download03.pdf(최종방문일: 2022. 2. 22.); 한국과학기술원 창업규정 제29조(“과학기술원 소속 교직원창업자가 창업기업에 겸직하여 개발한 발명은 과학기술원의 직무발명에 해당하며, 이와 관련된 사항은 「직무발명규정」에 따라 처리한다. 단, 해당 발명이 과학기술원 연구과제와 관련이 없고 창업기업의 연구비 또는 연구시설을 사용하여 완성된 경우에는 과학기술원과 창업기업의 공동소유로 할 수 있다.”).

46) 정차호, 앞의 논문, 236면(“특허를 받을 수 있는 권리는 (우리 특허법이 선택하고 있는 ‘발명자주의’에 따라) 원시적으로 발명자에게 귀속되고, 그 권리에 근거하여 발명자 또는 승계인이 특허출원을 할 수 있다.”).

III. 창업교원이 창출한 개량발명에 대한 권리 귀속 명확화를 위한 쟁점 사항의 검토

1. 개량발명 관련 쟁점의 명확화

가. 개량발명의 정의에 따른 개량발명의 범위의 명확화

우리나라 대법원이 선행발명과의 이용관계를 너무 엄격하게 해석하여⁴⁷⁾ 개량발명인지의 여부를 판단함에 있어서 개량발명의 범주가 지나치게 좁아졌다는 비판이 있다.⁴⁸⁾ 그러나 많은 경우에 있어서 대상 발명이 이용발명에 해당하지 않는 경우에도 개량발명에 해당될 수 있다.⁴⁹⁾ 달리 말하면, 개량발명의 범주를 명확히 정의하는 것은 어려운 일이다. 그럼에도 불구하고, 창업교원에 의한 창업 허가 시 활용될 지침 또는 대학의 창업교원규정에서의 계약기술(licensed technology)의 정의 및 범위 규정에 개량발명의 정의를 명시하는 것이 중요하다.⁵⁰⁾ 그렇게 함으로

47) 서울중앙지방법원 2014. 12. 24. 선고 2013가합85597 판결(“개량기술이 원고 특허발명과 ‘이용관계’, 즉 후 발명이 선 특허발명의 기술적 구성에 새로운 기술적 요소를 추가하는 것으로서 후 발명이 선 특허발명의 요지를 전부 포함하고 이를 그대로 이용하되, 후 발명 내에 선 특허발명이 발명으로서의 일체성을 유지하는 경우에만 해당 개량기술은 원고들과 피고의 공동소유에 해당한다 할 것이다.”)(대법원 2001. 8. 21. 선고 98후522 판결 인용).

48) 강선준 외 3명, “출연연 및 대학에서 연구성과물의 기술이전 시 개량특허와 원천기술의 보호에 관한 검토 H 대학교와 D 제약사의 신약후보물질 관련 개량특허 탈취논쟁여부를 중심으로(대상판결: 서울중앙지방법원 2014. 12. 24. 선고 2013가합85597 판결)”, 기술혁신학회지 제20권 제2호, 한국기술혁신학회, 2017, 324면(“법원에서 말하고 있는 ‘이용관계’란 ‘확인대상발명이 특허발명의 요지를 전부 포함하고 이를 그대로 이용하면서 확인대상발명 내에 특허발명이 발명으로서의 일체성을 유지하는 경우’로 한정하면서 기존 특허를 완전히 포함하여 이용하는 상태만으로 좁게 규정하고 있다. 그러나 사건으로는 기존 특허권자와 기술관련 계약을 맺은 후 이에 따라 시행한 기술의 검증·검토·연구·실시 등의 과정에서 원료나 재료, 기술사상이나 아이디어가 파생되었고 목적이 동일하다면, 꼭 기존 특허를 완전히 포함하고 그대로 이용하지 않더라도 개량발명이 아닌, 이용발명으로써 검토될 여지가 있을 수 있다고 생각된다.”).

49) 강선준 외 3명, 위의 논문, 322면(“개량발명이란 고유한 의미로는 기본발명의 기술적 사상 그 자체를 변경하지 않고 이를 기초로 하여 새롭게 변경하거나 추가하여 기능적 또는 경제적으로 우수한 효과를 가져 오는 발명을 말한다. 즉 기초 발명의 구성 요소 전체 또는 일부에 변경을 가하여 다른 구성으로 완성하든지 다른 효과를 발생시키는 발명으로 완성한 발명을 말한다. 기존의 발명을 개량한 경우에 이용발명의 관계가 성립되는 경우가 많으나 좁은 의미로는 이용발명에 해당하지 않는 개량발명만을 일컫는다.”).

50) 강선준 외 3명, 위의 논문, 328면(“개량발명의 범위를 특정하는 것은 매우 어렵지만 유·불

써 향후 대학과 교원창업기업 사이의 권리 분쟁의 소지를 줄이고, 나아가 교원창업 및 개량발명을 위한 후속연구의 활성화를 도모할 수 있다고 생각한다. 그런 견지에서, 이 글은 우선적으로 개량발명의 정의를 시도한다. 그 정의는 아래의 표와 같다.

개량발명이란 본 계약의 시점에서 기술이전의 대상이 된 기술(현존기술)의 구성요소를 외적 부가하거나 내적 한정하는 소위 ‘이용발명’을 의미한다. 또한, 현존기술의 구성요소 중 일부가 포함되지 않더라도 선행기술과 구분되는 특징적 부분을 구성요소로 가지는 발명을 포함한다.

위의 정의는 협의의 개량기술이 포함되는 것은 당연히 하면서도⁵¹⁾ “선행기술과 구분되는 특징적 부분”이라는 문구를 넣어 개량발명의 범위가 무한대로 확대될 수 있는 상황을 방지할 수 있을 것으로 생각된다.⁵²⁾ 위의 개량발명의 정의에 따라 무엇을 개량발명으로 볼 것인지를 명확히 함으로써 대학과 교원창업기업이 개량발명에 대한 권리 귀속과 관련된 실무적 쟁점에 대한 해결을 도모할 수 있을 것으로 생각된다.

나. 불공정거래 행위에 해당되지 않는 합리적인 지침

창업교원이 창출한 개량발명에 대한 권리 귀속의 규정은 특허법은 물론이고, 공정거래 관련 법령을 위반하지 않는 범위 내의 것이어야 한다. 공정거래위원회의 지식재산권의 부당한 행사에 대한 심사지침은 실시하

리를 점검하여 관련 기술의 기초, 개량주체, 개량기간, 개량기술의 범위를 계약서에 구체적으로 명확화 하여야 한다.”).

51) Timothy J. Engling, *Improvements in Patent Licensing*, 78 J. Pat. & Trademark Off. Soc'y 739, 742 (1996) (“Granting rights in ‘improvement patents’ developed or acquired by a party can be a practical method for transferring future advances. Improvement patents may be defined as those that cannot be used without coming within the scope of claims of the patent improved upon. Patents of this type are sometimes referred to as ‘dominant’ and ‘subserving’ patents.”).

52) *Id.* at 743 (“The final approach for granting improvement rights designates the scope of the improvements to be granted. Specifying a grant of improvements by the scope of coverage can be vital to licensing parties' understanding of their obligations. *This method avoids concerns over definitions and speculation by granting rights in an improvement based upon the closeness of an improvement's relationship with a licensed patent.*”) (emphasis added).

락 시 기술개량, 이와 관련된 연구 활동의 제한을 부당한 행사로 규정하고 있기 때문이다.⁵³⁾ 구체적인 내용은 아래와 같이 정리될 수 있다.

<개량발명 제공의무에 대한 불공정 거래행위의 유형>⁵⁴⁾

구분	개량발명 등 제한	개량발명 이전
부당	- 계약기술 등과 관련된 개량금지 - 지식재산권자 사전동의·승인 이후 계약기술과 관련된 개량 가능 - 상대방 단독·제3자와 공동으로 계약기술 등과 관련된 연구활동 금지	- <u>계약기술 등과 관련된 개량발명을 지식재산권자에게 대가없이 소유권 및 독점실시권을 주게 하는 경우</u> - 계약기술과 관련된 지식·경험·개량기술 등을 지식재산권자에게 일방적으로 보고 또는 통지
적법	- 계약기술 등과 관련된 개량 시 지식재산권자와 사전협의	- 개량에 소요된 기술개발비와 예상수익을 포함한 대가를 받고 지식재산권자에게 공동소유권 또는 독점실시권을 주는 경우 - 상호보고 또는 통지하거나 상호 대등한 조건으로 (전용)실시권을 허락하는 경우 - 성능 등 보증을 위해 불가피하게 개량발명 등을 사용·실시하기 전에 지식재산권자에게 보고·통지

위의 표의 내용에 비추어 볼 때, 일부 대학이 교원창업규정에서 교원창업기업의 직무발명과 관련된 개량발명도 대학의 직무발명에 해당된다는 것을 명시하고 있는 경우 교원창업의 바탕이 되는 기술(발명)에 대한 특허권을 보유하는 대학이 대가없이 교원창업기업의 개량발명에 대한 권리를 주장하는 경우에 해당되는 것으로 해석될 수 있다. 즉, 대상 교원창업규정은 개량발명 제공의무에 대한 불공정 거래행위의 유형에 해당되어 공

53) 지식재산권의 부당한 행사에 대한 심사지침 제3조 라항 (7)호(“(가) 계약상품 또는 계약기술의 개량, 이와 관련된 연구 활동을 부당하게 제한하는 행위 (나) 계약상품 또는 계약기술과 관련하여 실시권자가 독자적으로 취득한 지식과 경험, 기술적 성과를 부당하게 특허권자에게 제공하도록 하는 행위”); 반면, 동 호는 “계약기술 등과 관련하여 실시권자가 이룩한 성과를 특허권자가 상호 대등한 조건으로 교환하거나 정당한 대가를 지불하고 취득하는 경우, 계약상품 또는 계약기술의 성능 보증이나 특허권자의 영업비밀 보호를 위해 불가피하게 기술개량을 제한하는 경우에는 제외될 수 있다”고 명시하고 있다.

54) 강선준 외 3명, 앞의 논문, 332면의 표 재인용.

정거래위원회의 지식재산권의 부당한 행사에 대한 심사지침에 위배될 여지가 있는 것으로 보인다. 참고로, 일본의 경우 겸업이 허가된 후 벤처를 창업한 교원의 발명은 대학의 직무발명으로 보지 않는 사례도 있다.⁵⁵⁾

다. 미국에서 창업교원이 창출한 개량발명에 대한 권리 귀속 규정

미국의 경우, 사용자와 종업원 사이의 고용계약에 따라 종업원이 개발한 발명은 사용자에게 귀속되는 것이 일반적이다.⁵⁶⁾ 이와 마찬가지로, 대학의 경우에도 대학이 지식재산권에 대한 권리 귀속에 관한 정책(policy)을 규정하고, 그 대학교수가 발명한 직무발명도 그 대학과의 계약을 통해 권리 귀속 문제가 해결된다.⁵⁷⁾ 따라서, 겸직의 허용 허부와 관계없이 교수의 직무발명에 대한 권리 귀속 문제는 당사자의 의사합치에 따라 결정되는 사적자치의 영역에 속한다.⁵⁸⁾ 따라서, 교원창업을 정책적으로 장려해온 미국의 경우 교수가 직접 창업하고, 나아가 경영을 하려는 경우의 겸직 허용 여부 및 교원창업기업에서 창출된 개량발명에 대한 권리 귀속 관련 규정의 내용이 대학별로 다르다.⁵⁹⁾ 예를 들어, 스

55) 国立大学法人 室蘭工業大学, “職務発明、知的財産の機関帰属について”(“兼業での発明は本学における職務発明ではないので、本学帰属とはなりません.”), <https://www.muroran-it.ac.jp/crd/intellectual-property/qa/qa03/>(최종방문일 2022. 2. 22.).

56) 정차호, 앞의 논문, 5면, 각주 10)(“미국은 종업원이 완성한 발명은 우선적으로 고용계약에 의하여 사용자에게 귀속되지만, 일반적인 경우에는 원칙적으로 종업원에게 귀속된다는 점에서 발명자주의에 속한다. 그러나 권리의 승계를 위하여 직무발명규정이 불필요하다는 점 및 대가의 성격이 포상에 해당한다는 점 등의 관점에서는 사용자주의를 취한다고 볼 수도 있다.”).

57) See Office of Technology Licensing, *Stanford Policies*, Stanford (“Title to *all* potentially patentable inventions conceived or first reduced to practice in whole or in part by members of the faculty or staff (including student employees) of the University in the course of their University responsibilities or with more than incidental use of University resources, *belongs to the University*.”) (emphasis added), <https://otl.stanford.edu/intellectual-property/stanford-policies> (last visited Feb. 22, 2022).

58) *Banks v. Unisys Corp.*, 228 F.3d 1357, 1359 (Fed. Cir. 2000) (“The general rule is that an individual owns the patent rights to the subject matter of which he is an inventor, even though he conceived it or reduced it to practice in the course of his employment. There are two exceptions to this rule Both exceptions are firmly grounded in the principles of contract law that allow parties to freely structure their transactions and obtain the benefit of any bargains reached.”).

59) Esther Barron & Darren Green, *Accidental Founders: The Race from Class Project to*

텐포드대학(Stanford University)의 경우 교원이 휴직을 한 경우에만 창업기업에서의 경영이 허용되고,⁶⁰⁾ 교원창업기업에서 창출된 개량발명에 대한 특허권도 대학이 소유한다.⁶¹⁾ 반면, 미국의 대학 중 카네기멜론대학(Carnegie-Mellon University)은 겸직(경영자가 아닌 종업원으로서)에 의한⁶²⁾ 교원창업을 장려하는 대학으로 유명하다.⁶³⁾ 카네기멜론 대학은 교원창업 시의 표준계약서를 제시하고 있으며, 그 계약서에 개량발명의 귀속에 관한 규정을 포함하고 있다. 그 내용을 정리하면 아래와 같다.

Start-Up, 25 Stan. J.L. Bus. & Fin. 86, 102 (2020) (“[N]ot all university IP ownership policies are created equally.”)

- 60) *Start-Up Guide*, Stanford University Office of Technology Licensing (2016), at 7 (“It is important to note that inventors may not serve a management role in the start-up company unless they plan to leave Stanford (either permanently or on a leave of absence), <https://doresearch.stanford.edu/documents/office-technology-licensing-otl-start-guide-march-2016/download> (last visited Feb. 22, 2022); 전지은 외 3명, “공공기술 기반 창업 지원제도의 효과성 분석을 통한 입법화 방안 연구”, 과학기술정책연구원, 2020, 104면(“교수 창업이 활발한 미국도 교수가 회사의 경영진으로 참여하려면 휴직을 하도록 하고 있으며, 겸직도 금지하고 있다.”).
- 61) *Start-Up Guide*, *supra*, at 30 (“If a new follow-on or improvement invention is developed after the original dominating technology has been licensed to the Start-up, [office of technology license] will still market it to all potentially interested parties.”).
- 62) 카네기멜론 대학은 교원창업을 적극 장려하면서도 그 창업교원은 그 창업기업의 대표가 되기 위해서는 반드시 휴직(a leave of absence)해야만 한다고 규정하고 있다. 휴직 외의 방법으로 겸직을 위해서 창업교원은 그 교원창업기업의 경영자를 선임해야만 한다. Carnegie Mellon University, *Spin-off Guideline*, at 9 (“CMU employees wishing to start a company therefore face a choice : (a) An employee who wishes to see the creation of a spin-off company but wishes to remain primarily committed to his/her CMU appointment *should arrange for the employment of a CEO or other operating officer* to take on the task organizing and managing the spin-off company. (b) An employee who wishes to become an officer or assume some other very substantial role in a spin-off company *should take a leave of absence from CMU, normally not to exceed two-years.*”) (emphasis added), <https://www.cmu.edu/cttec/forms/spin-off-guidelines-cmu.pdf> (last visited Feb. 2, 2022).
- 63) Joshua A. Newberg & Richard L. Dunn, *supra*, at 204-05 (“Some institutions have adopted policies to encourage faculty members to establish spin-off companies based on their research efforts. Professors at Carnegie-Mellon University, for example, are allowed to retain their university offices and make limited use of university facilities during the start-up phase of their spin-off companies.”).

<카네기멜론 대학의 실시허락 계약서>⁶⁴⁾

8. 개량발명(Improvement)

8.2. 교원창업기업의 종업원이 단독으로 개량발명을 창출한 경우, 그 발명에 관한 새로운 지식재산권은 창업교원기업이 단독으로 소유한다. 다만, 대학이 이미 특허출원 중인 발명을 제외한다.⁶⁵⁾

8.3. 대학의 종업원이 단독으로 개량발명을 창출한 경우, 그 발명에 관한 새로운 지식재산권은 대학이 단독으로 소유한다.⁶⁶⁾

8.4 대학과 교원창업기업의 종업원이 대학이 보유한 기술(특허)을 바탕으로 한 개량발명을 공동으로 발명한 경우, 그 발명에 관한 새로운 지식재산권은 대학이 단독으로 소유한다. 다만, 교원창업기업은 동 계약과 동일한 조건으로 그 개량발명을 실시할 수 있고, 대학은 동 계약에서의 전용실시권 설정 범위에 위배되지 않는 한 제3자에게 실시허락 할 수 있다. 다른 한편, 대학과 교원창업기업의 종업원이 대학이 보유한 기술(특허)을 바탕으로 하지 않은 개량발명을 공동으로 발명한 경우, 그 발명에 의한 새로운 지식재산권은 대학과 교원창업기업의 공동소유로 한다. 후자의 경우, 대학과 교원창업기업이 새로운 지식재산권을 취득하는 경우, 양 당사자는 신의성실 원칙 아래 상호 협의하여 추진한다.⁶⁷⁾

64) Spin-off License Template, https://www.cmu.edu/cttec/forms/cmu_spin-off_license_template.pdf (last visited Feb. 22, 2022).

65) *Id.* at 9 (“8.2. Licensee will own all of the right, title and interest (including patents, copyrights, mask work rights, trade secrets and any other intellectual property rights, [but excluding Patents]) in and to the results of the collaboration between the parties that are developed solely by Licensee employees or agents, *when acting as such.*”) (emphasis added).

66) *Id.* (“8.3. Carnegie Mellon will own all of the right, title and interest (including patents, [Patents], copyrights, Copyrights, mask work rights, trade secrets and any other intellectual property rights) in and to the results of the collaboration between the parties that are developed solely by Carnegie Mellon employees or agents, *when acting as such.*”).

67) *Id.* (“8.4. All intellectual property which results in [Patents or] Licensed Technology developed jointly by employees or agents of Carnegie Mellon and Licensee, each when acting as such, *shall be owned by Carnegie Mellon.* Licensee *may* utilize such jointly developed property pursuant to the terms of this Agreement. Carnegie Mellon may issue licenses to others regarding such jointly developed property which results in [Patents or] Licensed Technology, as long as such licenses do not violate any exclusive license to

카네기멜론 대학이 겸직에 의한 교원창업을 허가하면서 교원창업기업의 개량발명에 대한 권리에 관한 쟁점을 합의하기 위한 출발점으로서의 표준계약을 제시하고 있다. 겸직에 의한 교원창업기업 설립 시 개량발명에 대한 권리 귀속을 규정하고 있는 유사한 표준계약을 발견하는 것이 매우 어렵다는 점에서⁶⁸⁾ 카네기멜론 대학의 표준계약서는 우리나라에서의 교원창업기업의 개량발명에 대한 권리 귀속을 제시하는 지침 마련 시 그 대로 받아들이기는 어렵지만 참고할 만한 좋은 사례라고 생각한다.

구체적으로, 카네기멜론 대학의 표준계약서는 겸직교수가 창업기업의 종업원으로서만(when acting as such) 개량발명을 한 경우 그 발명에 대한 특허권은 창업기업에게 귀속됨을 규정하고 있다. 즉, 한 자연인인 둘 이상의 사용자에 의하여 종업원으로 근무하는 경우를 두 명의 종업원에 의한 경우로 보아 개량발명에 대한 특허권의 소유 문제를 해결하고 있다고 볼 수 있다. 한편, 대학과 창업기업이 공동으로 발명한 경우, 개량발명이 대학기술을 바탕으로 하여 발명된 것인지에 따라서 대학이 그 발명에 대한 특허권을 단독으로 소유하거나 그 창업기업과 공동으로 소유한다. 그러나 대학기술을 바탕으로 하여 개량발명이 되었다는 이유만으로 그 발명에 대한 특허권을 대학이 단독으로 소유한다는 규정이 법적

Licensee then existing under Section 2 (License Grant). If any other property rights are developed jointly by employees or agents of Carnegie Mellon and Licensee, each when acting as such, which would not constitute [a Patent or] Licensed Technology and which are not subject to another agreement between Carnegie Mellon and Licensee, *Carnegie Mellon and Licensee shall jointly own (without any duty to account to the other for profits) all right, title and interest* (including patents, copyrights, mask work rights, trade secrets, and other intellectual property rights) in and to the results of such joint development. If any patentable invention which would not constitute [a Patent or] Licensed Technology arises out of such joint development by employees or agents of Carnegie Mellon and Licensee, each when acting as such, Carnegie Mellon and Licensee will engage in good faith efforts to mutually agree on whether and how to pursue patent, copyright or mask work protection of the invention in the U.S. and elsewhere.”) (emphasis added).

- 68) 필자는 다른 주요국에서의 창업교원에 의한 창업 시 개량발명의 권리에 대한 귀속 여부를 규정한 표준계약을 발견하기 위해 온라인상에서 열심히 검색을 해보았으나 발견하지 못하였다. 검색 범위의 한계가 있기는 하지만 일본의 경우도 우리나라와 마찬가지로 창업교원에 의해 창출된 개량발명에 대한 권리 귀속 문제와 관련한 명확한 지침은 아직은 없는 것으로 생각된다.

으로 유효한 것인지 의문이 있다.⁶⁹⁾ 참고로, 우리나라 발명진흥법 제14조는 한 기관의 종업원의 직무발명이 다른 기관의 종업원과 공동으로 발명된 경우 그 발명에 대한 권리는 공동소유로 한다고 규정한다.⁷⁰⁾

다른 한편, 교원창업기업이 기존 계약서의 내용과 동일한 조건으로 대학이 권리를 갖고 있는 개량발명의 실시허락을 받을 수 있음을 별도로 규정할 수 있다.⁷¹⁾ 그러나 대학에게 실시허락의 의무가 부여되어 있는 것은 아니다. 교원창업기업이 실시허락 받은 발명은 대부분 기초발명에 해당하기 때문에 상업화를 위해서는 그 개량발명의 안정적인 실시 가능 여부가 관건일 것이다. 따라서, 우리나라에서의 창업교원에 의한 창업 허가 시의 지침 또는 대학창업규정에 교원창업기업의 성공적인 사업화를 위하여 대학이 권리를 소유하고 있는 그 개량발명에 대한 실시허락을 의무화할 필요가 있다.

2. 창업교원의 지위의 해석을 통한 ‘특허를 받을 수 있는 권리’의 명확화

주지하는 바와 같이, 교원은 대학의 교직원으로서 소속기관의 장의 허가를 받아야 휴직 또는 겸직이 허용된다. 따라서, 대학이 휴직 또는 겸직허가 시 직무발명에 대한 예약승계권을 명시적으로 포기하지 않는 경우 대학이 그 예약승계권을 여전히 행사할 수 있을 것으로 생각된다. 그러나 직무발명에 대한 사용자의 예약승계권은 발명자를 기준으로 그 발명자가 속

69) Cf. Rochelle Cooper Dreyfuss, *Collaborative Research: Conflicts on Authorship, Ownership, and Accountability*, 53 Vand. L. Rev. 1161, 1212-13 (2000) (“Indeed, exclusivity is so important, investors often want it assured before significant costs are incurred. In most cases, this is accomplished by establishing an employment relationship and making the duty to assign inventions to the employer a condition of employment. In that process, employees can lose out. Often the obligation to assign is expressed in a form contract--in the university context, for example it can be set out in the employee handbook and then incorporated into faculty contracts by reference. Such contracts are usually considered enforceable even though negotiation can be quite minimal.”) (emphasis added).

70) 발명진흥법 제14조(“종업원등의 직무발명이 제삼자와 공동으로 행하여진 경우 계약이나 근무규정에 따라 사용자등이 그 발명에 대한 권리를 승계하면 사용자등은 그 발명에 대하여 종업원등이 가지는 권리의 지분을 갖는다.”).

71) Claudia Adkison, *Issues of University Based Research*, 17 Emory Int'l L. Rev. 505, 509 (2003) (“The company is usually formed with the expectation that the university will license its technology that was generated by the founder faculty member to the start-up company and it is possible that both can profit when that happens.”).

한 기관이 행사하는 재산권이고, 창업교원은 대학 및 창업기업, 즉 두 사용자의 종업원의 지위를 갖는다는 점에서 교원창업기업 설립 이후 창출된 개량발명을 대학의 직무발명으로 보아 그 발명에 대한 권리도 여전히 대학에게 귀속될 수 있는 것으로 볼 수 있는지 의문이다. 물론, 교원이 겸직 허가를 받았다고 하더라도 대학의 종업원으로서의 권리와 의무는 여전히 존재한다.⁷²⁾ 다만, 창업교원은 본인에 의해 설립된 창업기업과도 고용관계에 있게 되고, 따라서 종업원으로서 그 기업을 위해 일하게 된다.⁷³⁾ 그런 점에서, 그 창업교원의 발명행위가 대학의 종업원으로서 한 것인지 아니면 창업기업에서의 종업원으로서 한 것인지를 구분하여야 한다.⁷⁴⁾

발명은 사람의 창작행위에 의하여 창출되는 것이기 때문에 개량발명을 창출함에 있어서 사람만이 창작적 공헌을 할 수 있을 뿐이다.⁷⁵⁾ 공동발명자의 판단도 “기술적 사상의 창작행위”에 실질적으로 기여했는지의 여부를 기준으로 한다.⁷⁶⁾ 그런 점에서, 발명자를 기준으로 특허를 받을 수 있는 권리를 승계하는 규정이 필요하다. 즉, 창출된 개량발명에 발명자의 창작적 공헌도를⁷⁷⁾ 고려하여 ‘특허를 받을 수 있는 권리’의 승계 문제를

72) 정차호, 앞의 논문, 229면(“대학교수가 대학창업기업을 설립하였다 하더라도 그가 대학교수의 직위를 계속 유지하는 경우에는 대학과의 고용관계도 유지될 것이다. 고용관계는 고용계약에 의해 특정되는 데,²⁶⁾ 그 계약에 따라 교수는 대학에 강의 등의 노무를 제공하고 대학은 교수에게 봉급, 연구실 등을 제공하는 것이다.”).

73) 정차호, 위의 논문, 229면(“이러한 이중취업은 대학 및/또는 대학창업기업의 이익에 반할 수 있음에도 불구하고 대학이 이러한 대학창업(기업)을 권장하고 있는 것이 현실이다.”).

74) 정차호, 위의 논문, 235면(“그런 견지에서 [대학이 이미 보유하고 있는 기술을 바탕으로 한 새로운 특허발명]의 창출을 위해서 대학, 대학의 종업원으로서의 홍길동, 대학창업기업, 대학창업기업의 종업원으로서의 홍길동이 모두 공헌하게 된다.”).

75) 정차호, 위의 논문, 240면 각주 63)(“발명은 자연인인 사람만이 할 수 있으므로 사용자는 창작적 공헌을 할 수 없다. 발명자는 종업원으로서 비창작적 공헌을 할 수 있으나, 그 비창작적 공헌은 회사가 봉급을 지급하는 반대급부의 의무이므로 그 비창작적 공헌은 회사의 공헌이라고 보아야 한다.”).

76) 한국지식재산연구원, 앞의 보고서, 54면(“공동 발명자가 되기 위해서는 발명의 완성을 위해 실질적으로 상호협력하는 관계가 있어야 함.”).

77) 문려화·정차호, “직무발명보상금 산정을 위한 발명자 공헌도(dedicationrate) 산정”, 성균관법학(제31권 제4호), 성균관대학교 법학연구원, 2019, 116면(“한편, 발명자가 발명의 창출에 이바지한 정도를 지칭하는 용어로는 ‘기여(contribution)’보다 ‘공헌(dedication, 貢獻)’이 더 적절하다. 기여도 등의 용어가 사용될 수 있으나, 인간인 발명자가 발명의 창출에 이바지한 정도를 나타내는 용어로는 인간미가 느껴지는 공헌도가 기여도보다 더 적절하다고 생각된다. ‘독립투사의 기여’라는 표현보다는 ‘독립투사의 공헌’이라는 표현이 더 적절하다.”).

해결할 수 있다. 예를 들어, 발명자가 창업기업의 종업원으로서 직무를 수행하며 개량발명을 하였고, 100%의 창작적 공헌을 한 경우 그 창업기업이 그 발명에 대한 특허를 받을 수 있는 권리를 승계하고, 나아가 단독으로 특허출원할 수 있다. 물론, 발명자가 대학의 종업원으로서 위와 동일한 조건 아래 개량발명을 창출한 경우 대학도 단독으로 특허출원하는 것이 가능하다. 그러나 많은 경우 창업교원에 의해 창출된 개량발명에 대한 특허권은 대학과 창업기업 사이의 공동소유가 될 가능성이 매우 높다. 이하, 그 근거를 제시한다.

3. 개량발명에 대해 대학이 특허권 지분을 주장할 수 있는 정당성 검토

기본적으로 교원창업기업은 대학기술을 실시허락 받아 설립되지만, 제품화 하여 수익을 얻기까지 추가적인 후속연구가 필수적이다.⁷⁸⁾ 따라서, 창업교원은 그 후속연구의 결과물로 개량발명을 창출할 수 있다. 위에서 설명한 바와 같이, 창업기업의 종업원의 창작적 공헌만이 인정되는 경우 그 기업은 단독으로 그 개량발명에 대한 특허권을 확보할 수 있다. 그러나 많은 경우 그 개량발명은 대학기술을 근간으로 하여 창출될 것이 쉽게 예상된다. 따라서 그러한 “비창작적 요소”에 의한 공헌도 감안하여 두 사용자 사이의 권리관계를 조정해야 할 것이다.⁷⁹⁾⁸⁰⁾ 그런 점에서, 창업교

78) Claudia Adkison, *Issues of University Based Research*, 17 Emory Int'l L. Rev. 505, 509 (2003) (“Start-up companies pose many problems for universities and at the same time are miracles for the university and the faculty founder in some cases. Early on, a start-up company is virtual until some investment funding can be found. Often the early stage technology that is licensed to a start-up company is not ready for the marketplace, and one of the functions of the start-up company is to develop the technology further to go to the market or make it attractive to a larger company that can develop it.”).

79) 정차호, 앞의 논문, 243면(“대학창업기업이 대학이 기존에 보유하고 있는 기술을 상업화 및/또는 추가 연구개발하기 위해 설립되는 것이라는 점을 감안하면, 그 기존의 대학기술도 비창작적 요소로서 대학의 공헌으로 인정될 수 있다.”); 한국지식재산연구원, 앞의 보고서, 51면(“발명의 완성에 도움을 줄 수 있는 연구환경, 장비, 시약, 연구비 등의 제공 등이 발명에 기여하였는지에 대한 논란이 있을 수 있음 . . . 이러한 내용에 대해서는 계약이나 규정을 통해서 서로 간의 이해관계를 조정할 수 있음”).

80) 강선준 등, 위의 논문, 327면(“개량기술이 기업과 대학의 계약에 의하여 대학에서 개발된 개량기술의 권리를 기업에게 무상으로 양도한다는 ‘Grant Back(그랜트백)’ 규정이나 당사자가 개량기술에 대한 공동소유권을 갖는다는 ‘Co-Ownership(공동소유)’ 규정은 독소조항

원에 의한 창업 허락 전에 별도의 정함이 없는 경우 개량발명에 대한 귀속은 공유로 보는 것도 타당하다고 생각한다.⁸¹⁾ 결국, 대학과 창업기업의 발명자의 창작적 공헌과 두 사용자의 비창작적 공헌을 종합적으로 고려하게 되면 대학과 창업기업이 창업교원이 창출한 개량발명에 대한 특허권을 지분에 따라 공동 소유하게 된다.⁸²⁾ 일례로, 부산대학교 교원창업에 관한 규정 제14조 제1항은 대학의 겸직허가 아래 교원이 창업한 경우 대학의 종업원으로서 창출한 발명은 대학의 직무발명으로 보되, 동 조 제1호에서 “창업기업의 자산(연구비, 연구인력 등)이 투입된 발명은 창업기업과 산학협력단이 공동으로 지식재산권을 가진다”라고 명시하고 있다.

<부산대학교 교원창업에 관한 규정>⁸³⁾

제14조(지식재산권의 귀속 및 활용)

① 교원이 창업 이후 대학소속 교원으로서 진행한 직무발명에 대해서는 다음 각 호에 따라 지식재산권을 가진다.

1. 창업기업의 자산(연구비, 연구인력 등)이 투입된 발명은 창업기업과 산학협력단이 공동으로 지식재산권을 가진다.

2. 창업기업의 자산(연구비, 연구인력 등)이 투입되지 아니한 발명은 대학의 지식재산권 관련 규정에 따라 산학협력단이 단독으로 지식재산권을 가진다.

② 제1항 제1호에 따라 산학협력단이 보유한 공동지식재산권의 권리를 제3자에게 이전하고자 할 경우 창업기업은 기술가치 평가결과에 따라 산학협력단의 지분을 우선하여 이전받을 권리를 갖는다.

으로 유효성에 논란이 있다. 본 사례에서 잘 보여주듯이, 개량발명에 대한 소유권은 가능한 공동소유로 협의를 하되, 발생한 수익의 비율을 후속연구를 도출한 상대방에게 높게 책정하는 방법 혹은 선행특허권자의 수익을 일정하게 보장해주는 수익창출 위주의 지식재산전략 등을 구사할 필요가 있다.”).

81) 한국연구재단, 앞의 안내서, 77면(“교원창업 겸직에 해당하는 경우는 대학과 창업기업이 공동으로 권리를 갖는 것이 타당하다고 생각되며, 절차, 비용 등 관련 내용을 규정으로 만들어 운영하는 것이 바람직합니다.”).

82) 정차호, 앞의 논문, 243면(“기업이 단독으로 특허를 확보한 후에도 대학은 특허권 지분이 전의 청구 또는 특허권자(공동)명의변경의 청구를 할 수 있을 것이다.”).

83) 부산대학교 교원창업에 관한 규정, [https://sanhak.pusan.ac.kr/Board/BoardView.aspx?CategoryNo=4&PageNo=1&Keyword=&KeyField=&CategoryYN=N&BoardNo=132814&BoardMstNo=7&MENU_ID=\(최종방문일 2022. 2. 22.\)](https://sanhak.pusan.ac.kr/Board/BoardView.aspx?CategoryNo=4&PageNo=1&Keyword=&KeyField=&CategoryYN=N&BoardNo=132814&BoardMstNo=7&MENU_ID=(최종방문일 2022. 2. 22.)).

즉, 발명자의 창작적 공헌도뿐만 아니라 창업기업의 비창작적 요소를 모두 고려하여 대상 발명에 대한 특허권을 지분에 따라 공동소유로 하고 있는 것이다. 나아가, 동 규정은 대학과 창업기업이 공동으로 소유하고 있는 권리를 제3자에게 이전하고자 하는 경우 교원창업기업이 우선권을 확보할 수 있도록 규정하여 대학과 교원창업기업 사이에 발생할 수 있는 권리관계의 쟁점을 최소화하고 있다.

4. (무급)‘휴직’창업교원과 관련한 쟁점 사항

교원이 겸직이 아닌 무급휴직의 허가를 받아 창업하는 경우 대학과 교원창업기업에서의 교원의 이중적 지위로 인해 그 교원이 창출한 개량발명의 권리 귀속 여부에 대한 문제가 발생할 수 있다. 이와 관련하여, 사내 창업프로그램으로 휴직 중 완성한 발명이 직무발명에 해당되는지 여부를 판단한 사건에서 우리 법원은 “A사의 종업원이 타 회사(B)에 출장가서 직무발명을 한 경우 그 발명이 어느 회사의 직무발명이 되는지 문제되는바, 이때 출장기간 중 B사의 사원이 되어 B사에서 급여를 받고 B사의 지휘 내지 명령까지 받았다면 B사의, 그 반대라면 A사의 직무발명이 된다고 할 것이고, 이와 같은 법리는 종업원이 사내창업을 위한 휴직을 하여 창업된 회사에서 근무하는 경우에도 마찬가지라고 할 것이다”라고 판시하면서 사내창업 휴직기간 중에 창출된 발명은 종업원이 속한 원소속기관의 직무발명으로 볼 수 없다고 판단한 바 있다.⁸⁴⁾ 나아가, 대상 법원은 휴직으로 사용자의 지휘 감독을 받지 않던 상태에 있던 종업원의 직무내용에 비추어 발명을 하는 것이 당연히 예정되거나 기대되는 경우라 할 수 없다고 판단하였다.⁸⁵⁾

84) 서울중앙지방법원 2009. 11. 11. 선고 2009가합72372 판결.

85) 서울중앙지방법원 2009. 11. 11. 선고 2009가합72372 판결(“이 사건에 대하여 보면, 앞서 본 바와 같이 피고 임○○은 2005. 11. 30.부터 2008. 12.26.까지 사내창업 휴직을 하면서 그 기간 동안 원고로부터 급여를 받지 않았고, 위 휴직기간은 재직년수에도 산입되지 아니하며, 원고는 위 기간 동안 피고 임○○에게 실질적인 지휘 내지 명령권도 없었던 반면, 위 기간 동안 피고 임○○은 피고 회사의 임원으로서 피고회사로부터 급여를 받고 피고 회사의 실질적 지배하에 있었던 점을 감안할 때, 이 사건 특허가 피고의 사내창업 휴직기간 중인 2006. 3. 22.에 출원된 이상 이 사건 발명은 원고의 직무발명으로 보기 어렵다고 할 것이다(이에 대해 원고는, 설령 휴직 중에 발명이 되었다고 하더라도 휴직 전의

대상 판결에 따르면, 교원이 (무급)휴직의 허가를 받아 창업을 하는 경우에도 여전히 그 교원은 대학의 종업원으로서 대학과 교원창업기업 사이에서 이중적 지위를 가지게 되지만,⁸⁶⁾ 휴직 중 교원창업기업의 기획 아래 진행된 연구에서 창출된 개량발명은 대학의 직무발명에 해당되지 않는 것으로 볼 여지도 있다. 한편, 일반적으로 교원창업기업은 교원 자신의 연구 분야와 관련되어 설립되므로 창업교원의 개량발명이 휴직 중에 발명이 되었다고 하더라도 그 전의 직무와 관련성이 인정될 가능성이 높다.⁸⁷⁾ 그런 점에서, 휴직에 의한 교원창업 후에도 대학과 교원창업기업 사이에 개량발명 관련 권리 귀속 문제는 여전히 쟁점이 될 수 있다. 즉, 무급의 휴직 기간 동안 교원이 창업기업에서 창출한 개량발명의 권리 귀속 문제를 발명자의 창작적 공헌만을 고려하여 해결하는 경우 직무발명에 대한 교원창업기업의 예약승계권의 행사를 원천적으로 저지할 수 있는 법적 근거가 없게 된다. 그러나 휴직에 의해 교원이 이중적 지위를 갖는 경우에도 발명자인 교원의 창작적 공헌도와 개량발명에 기초가 된 대학기술 등의 비창작적 공헌도를 모두 고려하여 특허권의 지분에 따라 개량발명에 대한 특허권 소유 문제를 해결하는 경우 결국 그 개량발명의 권리는 대학과 교원창업기업의 공동 소유로 될 것으로 생각된다. 물론, 발명자인 교원의 공헌도와 두 사용자의 비창작적 공헌도에 따라 지분율의 차이는 있을 수 있다.⁸⁸⁾ 이와 같은 이치로, 대학의 종업원인 교원이 연구년 중 다른 대학, 연구소, 또는 기업에서 연구하는 동안에 창출한 개량발명에 대한 권리 귀속 문제도 사전에 대학과 다른 기관 사이의 명시

직무와의 관련성이 인정되면 원고가 승계할 수 있는 직무발명으로 보아 야 한다고 주장하나, 아래에서 보는 바와 같이 그와 같이 보기도 어렵다.”).

86) 서울중앙지방법원 2009. 11. 11. 선고 2009가합72372 판결(“직무발명에서의 '종업원등'이라 함은 사용자(국가, 법인, 사장 등)에 대한 노무제공의 사실관계만 있으면 되므로, 고용관계가 계속적이지 않은 임시 고용직이나 수습공을 포함하고, 상근·비상근, 보수지급 유무에 관계없이 사용자와 고용관계에 있으면 종업원으로 보게 된다.”).

87) 서울중앙지방법원 2020. 1. 31. 선고 2019가합503394 판결(“사건 발명은 위 연구과제 수행의 직접적인 결과는 아니라 할지라도, A대학교 교수라는 지위 및 A 대학교로부터 연구의무가 부여된 학문과의 연관성에 의해 부여된 선행 연구에 상당부분 기반한 연구라고 보인다.”).

88) 겸직종업원에 의해 창출된 직무발명의 특허에 대한 두 사용자의 구체적인 권리지분율 산정방법을 제시한 글: 정차호, “대학 및 대학창업기업의 겸직종업원에 의해 창출된 직무발명 및 특허에 대한 두 사용자의 권리지분율 산정방법”, 산업재산권 제66호, 한국지식재산학회, 2021.

적인 계약이 없다면 두 사용자의 비창작적 요소의 공헌도를 고려하여 특허권 지분비율에 따라 두 사용자의 공동 소유로 될 것으로 생각된다.

IV. 결론

교원이 대학의 휴직 또는 겸직 허가에 의해 창업을 하는 경우 여러 당사자들 간의 관계가 형성되고, 그 관계 속에서 다양한 이익충돌 문제가 발생할 수 있다. 대부분의 교원창업기업이 겸직의 상태로 설립되고 있다는 점에서 교원창업 시 주요 주체들 간의 이익충돌은 더욱 복잡한 양상으로 전개될 수 있다. 발생 가능한 다양한 이익충돌 중 이 글은 겸직 허가로 인해 이중적 지위를 갖는 교원이 창출한 개량발명의 권리 귀속 문제를 개선하기 위한 쟁점 사항을 중점적으로 검토하였고, 나아가 다양한 고용관계 속에서 발생될 수 있는 이중적 지위를 갖는 종업원이 창출한 개량발명의 권리 귀속 문제 여부도 함께 검토하였다. 우리나라 대학들이 교원이 창출한 직무발명에 대한 권리 귀속과 관련된 규정을 제정 및 시행함으로써 겸직허가에 의한 교원창업기업 설립 후 그 교원이 창출하는 후속발명의 권리 귀속관계에 대한 지침을 제공하고 있다. 그러나 각 대학마다 규정이 다르고, 발명자주의에 따라 특허를 받을 수 있는 권리는 원시적으로 발명자에게 귀속됨에도 불구하고⁸⁹⁾ 창업교원이 후속 연구를 통해 창출하는 개량발명에 대한 권리 귀속 여부를 명시적으로 규정하고 있지 않다.

이 글은 창업교원이 창출한 개량발명에 대한 권리 귀속 문제에 대해 대학과 대학창업기업 사이의 협상의 출발점이 될 수 있는 지침을 제안한다. 그 지침은 특허법 관련 규정, 직무발명 법리에 위배되지 않을 뿐만 아니라 불공정거래행위에 해당되지 않으면서도 대학과 교원창업기업 모두에게 이익이 될 수 있는 합리적인 지침이 되어야 한다. 그런 견지에서, 이 글은 우선 개량발명의 정의를 제시하고, 나아가 그 정의를 지침에 명시할 것을 요구한다. 나아가, 이 글은 특허법이 규정하는 발명자주의를

89) 대법원 2012. 11. 15. 선고 2012도6676 판결(“발명자주의에 따라 직무발명을 한 종업원에게 원시적으로 발명에 대한 권리가 귀속되는 이상 . . .”).

따른 직무발명 법리에 따라 대학과 교원창업기업 모두 창업교원이 창출하는 개량발명에 대한 특허를 받을 수 있는 권리를 승계할 수 있다고 주장한다. 다만, 그 창업교원이 직무발명과 관련된 개량발명을 창출한 경우 발명자의 창작적 노력뿐만 아니라 대학기술 등 여러 비창작적 요소의 공헌도를 고려하여 두 사용자가 가질 수 있는 그 개량발명에 대한 특허권의 지분에 따라 대학과 창업기업이 권리(지분)를 공동으로 소유하는 방안을 아래와 같이 제안한다.

제○조 (계약기술의 정의 및 범위)

① 본 계약에서 계약기술(licensed technology)이라 함은 현존기술(별첨의 계약기술 상세서에 특정된 대학이 보유하는 등록특허, 특허출원 및 그 외 계약시점에 대학이 보유하는 실시권자의 특허제품의 제작에 필요한 기술) 및 향후 대학이 현존기술을 바탕으로 개량하여 만드는 기술(개량발명)을 모두 포함한다.

② 개량발명이란 본 계약의 시점에서 기술이전의 대상이 된 기술(현존기술)의 구성요소를 외적 부가하거나 내적 한정하는 소위 ‘이용발명’을 의미한다. 또한, 현존기술의 구성요소 중 일부가 포함되지 않더라도 선행기술과 구분되는 특징적 부분을 구성요소로 가지는 발명을 포함한다.

제○조 지식재산권의 귀속

① “창업기업”의 종업원만에 의하여 단독으로 개발된 기술이 본 “계약기술”을 바탕으로 하지 않는 전혀 새로운 기술로 판단되는 경우, “창업기업”은 직무발명 관련 승계규정에 따라 새로운 개발기술에 대한 특허를 받을 수 있는 권리를 승계하고, 그로부터 취득된 특허권을 단독으로 소유한다.

② “대학”의 종업원만에 의하여 단독으로 개발된 기술이 본 “계약기술”을 바탕으로 하지 않는 전혀 새로운 기술로 판단되는 경우, “대학”은 직무발명 관련 승계규정에 따라 새로운 개발기술에 대한 특허를 받을 수 있는 권리를 승계하고, 그로부터 취득된 특허권을 단독으로 소유한다.

③ “창업기업”이 “개량기술”을 개발하고 이를 근거로 새로운 특허권을 취득하는 경우, 창업기업은 대학에게 통보한 후 상호 협의하여 추진하여야 하며, 취득된

특허권은 대학과 창업기업의 공동소유로 한다. 다만, 공동 소유인 특허권에 대한 지분은 기술적 요소뿐만 아니라 비기술적 요소를 모두 고려하여 별도로 결정하고, 그 결정은 다음의 각 호의 방법에 따른다.

가. 대학과 창업기업은 해당 특허권에 대한 지분을 합의를 통하여 결정할 수 있다.

나. 대학과 창업기업이 합의에 도달하지 못하는 경우, 양 당사자의 합의를 통하여 산업재산권분쟁조정위원회 또는 대한상사중재원의 결정에 따른다.

④ “대학”이 “계약기술”의 “개량기술”을 개발하고 이를 근거로 새로운 특허권을 취득하는 경우, “개량기술”에 대한 실시 역시 본 계약에 의하여 실시되는 것으로 보고 “창업기업”은 본 계약과 동일한 조건으로 실시권을 갖는다.

(논문투고일: 2022.2.24., 심사개시일: 2022.2.26., 게재확정일: 2022.3.11.)



▶ 황성필

겸직교원, 교원창업, 직무발명, 개량발명, 특허권 지분

【참 고 문 헌】

I. 국내문헌

- 강선준 외 3명, “출연연 및 대학에서 연구성과물의 기술이전 시 개량특허와 원천기술의 보호에 관한 검토 H 대학교와 D 제약사의 신약 후보물질 관련 개량특허 탈취논쟁여부를 중심으로(대상판결: 서울중앙지방법원 2014. 12. 24. 선고 2013가합85597 판결)”, 기술혁신학회지 제20권 제2호, 한국기술혁신학회, 2017.
- 구본진 외 2명, “대학 교원 창업 활성화 방안 연구 - 이해충돌 규정을 중심으로”, 기술혁신연구 제26권 제1호, 기술경영경제학회, 2018.
- 문려화·정차호, “직무발명보상금 산정을 위한 발명자 공헌도(dedication rate) 산정”, 성균관법학(제31권 제4호), 성균관대학교 법학연구원, 2019.
- 윤문섭·권용수, “대학-산업 연계 시스템과 스피노프”, 정책연구, 과학기술정책연구원, 2001.
- 전지은 외 3명, “공공기술 기반 창업 지원제도의 효과성 분석을 통한 입법화 방안 연구”, 과학기술정책연구원, 2020.
- 정차호, “대학 및 대학창업기업의 겸직종업원에 의해 창출된 직무발명 및 특허에 대한 두 사용자의 권리지분을 산정방법”, 산업재산권 제66호, 한국지식재산학회, 2021.
- 조슬아 외 2명, “교수의 연구역량과 연구비 수혜가 대학스핀오프 기업 형성 속도에 미치는 영향”, 기술경영경제학회 제19권 제2호, 기술혁신연구, 2011,
- 교육부·한국연구재단, “2019 대학 산학협력활동 조사보고서”, 한국연구재단, 2021.
- 과학기술정책연구원, “공공기술 기반 창업 활성화를 위한 지원제도 개선 방안 연구”, 2019.
- 대외경제정책연구원, “일본의 개방형 혁신전략: 산학협력을 중심으로”, 2020.
- 산업통상자원부, “2020 기술이전·사업화 실태조사 보고서”, 2021.
- 이희숙 등, “교원창업 활성화를 위한 가이드라인”, 국가지식재산위원회 활용전문위원회, 2020.

중소벤처기업부, “2017년 대학 창업통계 조사 결과 보고서”, 창업진흥원, 2018.
한국연구재단, “대학 기술기반 창업과정에서의 이해관계 조정을 위한 안내서”, 2019.
한국벤처창업학회, “대학·연구기관 기술창업 지원규정 표준안 개발·보급”, 2014.

II. 해외논문

- Claudia Adkison, *Issues of University Based Research*, 17 Emory Int'l L. Rev. 505 (2003).
- Catherine L. Fisk, *Removing the 'Fuel of Interest' from the 'Fire of Genius': Law and the Employee-Inventor, 1830-1930*, 65 U. Chi. L. Rev. 1127 (1998).
- Christian Czychowski & Klaus Dieter Langfinger, *German Law on Employees' Inventions Regarding University Employees*, 45 Les Nouvelles 221 (2010).
- Esther Barron & Darren Green, *Accidental Founders: The Race from Class Project to Start-Up*, 25 Stan. J.L. Bus. & Fin. 86 (2020).
- Joshua A. Newberg & Richard L. Dunn, *Keeping Secrets in the Campus Lab: Law, Values and Rules of Engagement for Industry-University R&D Partnerships*, 39 Am. Bus. L.J. 187 (2002).
- Liza Vertinsky, *Boundary-Spanning Collaboration and the Limits of Joint Inventorship Doctrine*, 55 Hous. L. Rev. 401 (2017).
- Mirjam S. Leloux, *Intellectual Property Rights (IPR) in A Changing Landscape of University-Industry Collaborations*, 54 Les Nouvelles 87 (2019).
- Rochelle Cooper Dreyfuss, *Collaborative Research: Conflicts on Authorship, Ownership, and Accountability*, 53 Vand. L. Rev. 1161 (2000).

Ⅲ. 인터넷 자료

Carnegie Mellon University, *Spin-off Guideline*, <https://www.cmu.edu/cttec/forms/spin-off-guidelines-cmu.pdf> (last visited Feb. 2, 2022).
Office of Technology Licensing, *Stanford Policies*, Stanford, <https://otl.stanford.edu/intellectual-property/stanford-policies> (last visited Feb. 2, 2022).
Start-Up Guide, Stanford University Office of Technology Licensing (2016), <https://doresearch.stanford.edu/documents/office-technology-licensing-otl-start-guide-march-2016/download>.
国立大学法人 室蘭工業大学, “職務発明、知的財産の機関帰属について”, <https://www.muroran-it.ac.jp/crd/intellectual-property/qa/qa03/>(최종방문일 2022. 2. 22.).

Abstract

Study on Guideline for Clarifying Attribution of Right to Improvement Invention Created by Dual-employed Faculty in Spin-off Company

Sung Pill HWANG*

The role of university is gradually expanding. That is, while education and academic research have been emphasized as important role in the past, it is being sought that legal tools to promote utilization of intellectual property rights created from research at universities. As such a tool, spin-off of public research institutes including universities and government-funded institutes has been encouraged and furthermore, establishment of faculty spin-off is been actively encouraged. On the other hand, in many cases, faculties who are professors at universities establish spin-off company by obtaining approval by the university for dual employment. Thus, it is necessary to manage legal issues for improvement invention created by consecutive research by the dual-employed faculty. In this regard, first of all, this article has examined legal issues related to improvement invention and deduced implications from the examination. After that, this article asserts that a legal theory of employee invention articulated in the Invention Promotion Act should be applied by considering a natural person working employed by two employers as different two employees. According to the inventorism articulated by Korea Patent Act, patentee is entitled to obtain patent right. Since, based on that

* Patent Court of Korea International IP Law Research Center Researcher.

right, both University and faculty spin-off cannot be prevented from obtaining the patent right in accordance with succession regulation on employee invention, it would be in line with the legal theory of employee invention. Furthermore, this article has suggested a guideline on the attribution of right to improvement inventions created by dual-employed faculty. The university would be able to solve problem of the attribution of the right to the improvement invention by securing a share of the patent right for that invention. Specifically, this article asserts that the determination of the share should be made under agreement between the university and the faculty spin-off, and the share should be calculated by collectively considering contribution of the inventor's effort and the non-creative contribution of the two employers. Since such a guideline do not violate the legal theory of employee invention and do not constitute unfair trade practices, it may be a starting point for negotiation between universities and faculty spin-off when the universities approves for a faculty to have dual employment.



▶ **Sung Pill Hwang**

dual-employed faculty, faculty spin-off,
employee invention, improvement invention,
share of patent right

공동발명자 사이에 (객관적 기여 외에) 주관적 의사소통이 반드시 필요한지 여부에 관한 연구

文丽花*

정차호**

【목 차】

I. 서론	IV. 시나리오 연구
II. 공동발명자 판단법리에 관한 기존의 상반된 견해	V. 공동발명자 판단을 위한 주관적 요건 법리의 구축
III. 모인 후 변경된 발명에서의 공동발명자 인정 사례 연구	VI. 특허법 개정방안
	VII. 결론

【국 문 요 약】

공동발명자를 판단하는 법리와 관련하여, 기존의 다수설은 청구항으로 특정되는 발명의 특징적 구성요소에 실질적 기여가 필요하다는 ‘객관적 기여’의 요건 외에 공동발명자 사이에 주관적 의사소통이 필요하다는 ‘주관적 협력’의 요건을 요구한다. 이 글은 ① 그 경직된 법리가 다종다양한 연구개발의 행태가 존재하는 현실을 반영하지 못하는 것이라고 주장하며, 나아가 ② 쌍방(two-way) 인지(認知)가 존재하지 않아도 일방(one-way) 인지만 존재하여도 주관적 협력의 요건이 충족되어야 한다는 점, ③ 모인 후 변경된 발명에서 공동발명자를 판단하는 경우, 모인자가 피모인

※ 이 글은 2018년 특허청 연구용역보고서(“구성요소 부가 특허출원에 의한 영업비밀 기술 탈취 방지를 위한 특허법의 공동발명 개선안 연구”)에서 필자가 담당하였던 부분을 수정, 보완한 것이다.

* 中國 烟台大學 法學院 助教授(大學講師)(주저자)

** 성균관대학교 법학전문대학원 교수(교신저자).

자의 또는 적어도 피모인발명의 존재를 인지한 경우, 모인자와 피모인자의 연결, 상호작용 또는 일방 인지를 인정해야 한다는 점을 주장한다. 이 글은 이러한 법리의 정립을 위하여 추가적으로 다음을 주장한다: ① 출원서, 직무발명신고서 등에 기재된 발명자 기재가 바른 것으로 추정하는 법리를 정립해야 한다는 점, ② 공동발명자를 정의하는 규정을 특허법에 신설해야 한다는 점, ③ 그 규정이 직접적 협력관계 외에 간접적 협력관계에 의해서도 공동발명자 관계가 형성될 수 있음을 분명하게 해야 하는 점.

I. 서론

남의 발명을 모인(冒認)한 자(이하, ‘모인자’)가 그 발명의 발명자가 될 수 있는지가 문제가 된다.¹⁾ “① 진정한 권리자의 발명 A에 모인자의 발명 B를 넣고 출원하는 경우; ② 진정한 권리자의 발명 A를 개량하고 A'로 출원하는 경우; ③ 진정한 권리자의 발명 A를 상위 개념화하고 출원하는 경우; ④ 진정한 권리자의 발명 A를 모인출원한 뒤 해당 출원을 기초로 우선권을 주장하며 모인자의 발명 B를 추가하고(또는 개량 발명 A'으로 혹은 발명 A의 상위 개념의 발명으로) 출원하는 경우; ⑤ 모인자가 특허출원 중 보정을 한 경우 ⑥ 진정한 권리자의 발명 A에 대해서, 명세서에 실시예 a를 추가하고 출원하는 경우”²⁾ 등에서는 모인자도 추가된

1) 특허법에서의 모인은 남의 발명을 불법으로 또는 허락없이 취득하는 행위를 말한다. 김관식, “모인출원에 대한 정당한 권리자의 구제 -정당한 권리자의 이전청구의 허부를 중심으로-”, 과학기술법연구 제21권 제1호, 한남대학교 과학기술법연구원, 2015, 4면(“한편 정당한 권리자가 아닌 자에 의한 출원의 경우를 강학상 모인출원(冒認出願)²⁾이라고 한다.”).

2) 日本 國際知的財産保護協會, 「特許を受ける権利を有する者の適切な権利の保護の在り方に関する調査研究報告書」, 2010, 22頁(“例えば、以下のような寄与が考えられる。<権利範囲に対する寄与>

- a) 真の権利者の発明Aに冒認者の発明Bを加えて出願する場合
- b) 真の権利者の発明Aを改良してA'として出願する場合
- c) 真の権利者の発明Aを上位概念化して出願する場合
- d) 真の権利者の発明Aを冒認出願した後、当該出願を基礎として優先権を主張し、冒認者の発明Bを追加して(又は、改良発明A'として若しくは発明Aの上位概念の発明として)出願する場合
 <手続的な寄与>
- e) 冒認者が補正等の手続をした場合

또는 변형된 발명의 발명자로 인정될 여지가 있다고 생각된다.³⁾ 이러한 설명은 공동발명자가 되기 위한 객관적 요건만 충족하면 주관적 요건은 필요하지 않다고 설명하는 바와 다름이 아니다. 여기서의 객관적 요건은 해당 발명에의 실질적 기여 여부에 관한 것이고, 주관적 요건은 공동발명자 사이에 해당 발명을 공동으로 창출하기 위한 의기투합 또는 의사소통이 필요한지 여부에 관한 것이다.

발명자가 어떤 발명을 처음부터 끝까지 혼자서 창작한 경우 그 발명자는 단독발명자가 될 것이다. 우리 특허법이 단독발명자만을 전제로 하지 않고 공동발명자를 포섭하고 있으므로,⁴⁾ 어떤 발명이 처음부터 끝까지 혼자서 창작되는 경우 외에도 복수의 발명자에 의해 공동으로 창작되는 경우도 인정하여야 한다. 그러나 동일한 발명을 창작한 복수의 발명자가 존재하여도 그들 사이에 아무런 연결고리(connection)가 없는 경우 그 각자가 단독발명자가 될 것이다.⁵⁾⁶⁾ 한국의 한 발명자와 러시아의 한 발명자가 우연히 비슷한 시기에 동일한 발명을 창출할 수 있으나, 그 두 사람이 아무런 연결고리를 가지지 않는 경우에는 그 둘을 공동발명자로 묶을 수는 없는 노릇이다. 그 둘을 공동발명자로 묶게 되면 그 둘이 같이 출원하여야만 한다.⁷⁾ 결국 어떤 연결고리가 존재하는 경우에만 그 둘을 공동발명자로 묶을 수 있는데, 그 연결고리를 어떤 것으로 볼 것인가가 쟁점이 된다. 강한 연결고리를 요구할 것인가, 아니면 약한 연결고리를 요구할 것인가?

f) 真の権利者の発明Aについて、明細書に実施例aを追加して出願する場合”).

3) 日本 国際知的財産保護協会, 上掲 報告書, 2010, 22頁(“冒認された発明の出願前及び出願後の審査過程において、冒認者の寄与が認められる場合が考えられる.”).

4) 특허법 제33조 제2항(“2명 이상이 공동으로 발명한 경우에는 특허를 받을 수 있는 권리를 공유한다.”).

5) 서울고등법원 2013. 7. 18. 선고 2012나64071 판결(“여러 사람이 공동발명자가 되기 위해서는 과제를 해결하기 위한 착상과 그 구체화의 과정에서 일체적, 연속적인 협력관계 아래서 각각이 중요한 공헌을 하여야 할 필요가 있다.”).

6) 김승균·김선정, “공동발명의 법적 문제점에 대한 고찰”, 지식재산연구 제10권 제1호, 한국지식재산연구원, 2015, 64면(“공동발명자가 되려면 최소한 어떤 협력(collaboration) 또는 관계(connection)가 필요하다.”).

7) 특허법 제44조(“특허를 받을 수 있는 권리가 공유인 경우에는 공유자 모두가 공동으로 특허출원을 하여야 한다.”).

II. 공동발명자 판단법리에 관한 기존의 상반된 견해

1. 주관적 의사소통이 필요하다는 견해

일본에서 발명자들이 공동발명자가 되기 위해서는 그들 사이의 ‘주관적’ 관여가 필요하다고 설명하는 글이 있다.⁸⁾ 또, 일본의 학설을 소개하며, 실질적 협력이 필요하므로 ‘주관적 협력’이 필요하다는 우리나라의 글도 있다.⁹⁾¹⁰⁾ 여기서의 주관적 협력의 요체는 ‘의사소통(communication)’이라고 생각된다.¹¹⁾¹²⁾ 조영선 교수도 객관적 요건 외에 주관적 요건이 필요하다고 주장한 바 있다.¹³⁾ 2010년 일본의 지적재산고등재판소(이하,

8) 影山光太郎, 「發明 / 共同發明の成立と共同發明者の認定から評価・処遇へ ―一般・実験・共同發明の場合の發明者認定と共同發明者間の寄与割合算定の基準・手順―」, 經濟産業調査会, 2012, 87頁(“上記を少し具体化して, 「複数の者が、發明の成立に必要な行為及びそれらの者の間の主観的関与をもって、不可欠に協力して成立させた發明」と定義する。”).

9) 강현, “모인출원에서의 정당한 권리자의 이전청구에 관한 연구”, 산업재산권 제42호, 한국 지식재산학회, 2013, 133면.

10) 강희정, “공동발명자의 권리보호”, 특허판례연구(개정판), 박영사, 2012, 343면(“공동발명자는 위에서 살펴본 바와 같이 발명의 기술적 사상의 창작에 직접 관여한 사람이어야 하므로, 소외 C가 공동발명자에 해당하는지를 판단함에 있어서 발명의 실제적 내용(기술적 요지, 기술적 사상)을 특정한 후 소외 C가 그 발명의 창작 행위(작상, 구체화 등)에 기여한 부분을 객관적으로 평가하여야 할 것이다.”).

11) 影山光太郎, 上掲 報告書, 88頁(“(1) (ロ)の主観的関与は、関係者間で、(ロ)-1研究開発の進展(その成果が發明の成立)に向けて、(ロ)-2相談、意見交換、助言、指導、教示等をする関係に関するものである。”).

12) William C. Robinson, *The Law of Patents for Useful Inventions* § 396 (1890) (“Only where the same single, unitary idea of means is the product of two or more minds, working *pari passu*, and in communication with each other, is the conception truly joint and the result a joint invention.”) (cited from Aaron X. Fellmeth, *Conception and Misconception in Joint Inventorship*, 2 NYU J. Intell. Prop. & Ent. L. 73, 97 (2012)).

13) 조영선, 특허법 제4판, 박영사, 2013, 228-229면(“발명자 인정의 기준은 모두 공동발명자의 확정적 적용될 수 있음을 물론, 이는 공동발명자 여부를 확정하기 위해 생겨난 기준이라고도 할 수 있다. 공동발명이 성립하기 위해서 그와 같은 객관적 공동관계 이외에 발명자 사이에 공동발명의 주관적 의사도 필요한가? 생각건대 공동저작자가 되기 위해서 공동창작의 주관적 의사가 필요한 것처럼, 공동발명자가 되기 위해서도 공동발명의 의사가 필요하며, 이러한 상호 협력의 의사 없이 단순히 후자가 전자의 발명을 개량한 경우 양자를

‘지재고재’)는 공동발명자 관계를 형성하기 위해서 그들 사이에 “일체적·연속적인 협력관계”가 필요하다고 보았는데,¹⁴⁾ 그것이 주관적 요건을 포함하는 것인지가 분명하지는 않으나 객관적 요건 외에 추가의 요건이 필요하다고 본 것임에는 분명하다. 그 전인 2008년 지재고재가 주관적 요건이 공동발명자 판단의 필수요건이라고 본 사례가 있는데,¹⁵⁾ 그 주관적 요건을 이어받아 ‘일체적·연속적 협력관계’라고 표현한 것으로 이해된다.

2. 주관적 의사소통이 필수적이지 않다는 견해

발명자들 사이에 직접적 의사소통이 존재하면 그들의 공동발명자성을 인정하는 것은 당연하다. 그러나, 직접적 의사소통이 없어도 공동발명자성을 인정할 필요가 인정되는 상황이 존재한다.¹⁶⁾ 그러한 경우 상호작용(interaction)¹⁷⁾ 또는 인지(knowledge)만으로도 공동발명자성을 인정할 수 있을 것이다. 선행 연구원의 연구결과가 후행 연구원의 연구와 ‘결합’되었다는(conjoined) 이유로 공동발명자성을 인정한 미국의 판례가 있는데,¹⁸⁾ 여기서의 ‘결합’이 상호작용의 한 형태라고 생각된다. 공동발명자가 되기 위해서 두 발명자가 육체적으로 같이 연구할 필요까지는 없으며, 선행 발명자가 연구한 후 그의 연구를 이어받아 다른 후행 발명자가 연구하는 경우도 상정할 수 있다.¹⁹⁾

공동발명자로 취급할 수는 없다고 본다.”).

14) 知的財産高等裁判所 平成22. 7. 9. 平成19(ネ)第10067号 判決.

15) 知的財産高等裁判所 平成20. 5. 29. 平成19(ネ)第10037号 判決.

16) Arbitron, Inc. v. Kiefl, 2010 U.S. Dist. LEXIS 83597, at 16-17 (S.D.N.Y. 2010) (선발명자가 발명의 앞 부분을 완성하고 그 결과를 후발명자에게 넘기고 그 후발명자가 발명의 뒷 부분을 완성하였으며, 그 두 발명자 사이에 아무런 의사소통이 없었음에도 불구하고 그 둘을 공동발명자로 인정한 사례).

17) Eric Ross Cohen, *Clear As Mud: An Empirical Analysis of the Developing Law of Joint Inventorship in the Federal Circuit*, 28 Berkeley Tech. L.J. 382, 390 (2013) (“The analysis for joint inventorship first requires that there must be some degree of interaction between the joint inventors and that they are working toward a common goal.”).

18) Eli Lilly & Co. v. Aradigm Corp., 376 F.3d 1352, 1359 (Fed. Cir. 2004) (“labor [was] conjoined with the efforts of the named inventors.”).

19) Monsanto Co. v. Kamp, 269 F. Supp. 818, 824 (D.D.C 1967) (“A joint invention is the product of collaboration of the inventive endeavors of two or more persons working

여러 국가가 참여하는 대형 국제연구프로젝트에서는 연구를 총괄 지휘하는 센터를 두고 세계 각국의 연구원이 본인의 연구결과를 그 센터로 보고하고 후속연구의 지시를 받게 된다. 그 체계에서 A국의 연구원과 B국의 연구원은 서로 물리적, 육체적으로 협업을 하지 않고 나아가 의사소통을 하지 않음에도 불구하고 그들의 연구결과가 모여져서 하나의 발명을 형성할 것이라는 사실을 인지하고 있다.²⁰⁾ 그렇다면, 어떤 부분적인 또는 미완성의 연구가 모여져서 합으로서의 하나의 발명을 형성할 가능성을 ‘인지’하는 경우에는 그들 사이의 공동발명자성을 인정하여야 한다. 즉, 공동발명의 가능성에 대한 인지(knowledge)만으로 공동발명자성을 인정할 수 있다.²¹⁾ 현대의 다종다양한 연구행태에서 공동발명자 사이의 직접적 의사소통(communication)을 필수적으로 보는 공동발명자 법리는 지나치게 경직된(rigid) 것이 된다.²²⁾²³⁾²⁴⁾

toward the same end and producing an invention by their aggregate efforts. . . . It is not necessary that the entire inventive concept should occur to each of the joint inventors, or that the two should physically work on the project together. One may take a step at one time, the other an approach at different times.”).

- 20) Adam J. Sibley & Rodney L. Sparks, *The Difficulty of Determining Joint Inventorship, Especially with Regard to Novel Chemical Compounds and Their Applications*, 8 Loy. L. & Tech. Ann. 44, 46 (2009) (“When there is a joint invention, the inventors need not have physically worked together or at the same time.”).
- 21) 최승재·이진수, “기술탈취 대응을 위한 발명자판단기준 개선방안 연구”, 선진상사법률연구 제93호, 법무부, 2021, 119면(“따라서 ‘상호 협력관계’의 의미가 객관적으로 발명의 완성에 기여할 것이 기대되는 상호 협력관계가 존재하는 관계라는 의미로 해석되나 주관적으로 ‘공동 협력의 인식’까지 요구된다고 볼 것은 아니라고 본다.”)
- 22) 권인희, “우리나라와 미국의 공동발명자 인정요건 비교연구”, 지식재산연구 제15권 제3호, 한국지식재산연구원, 2020, 97면(“다양한 연구 주체들 사이에 다양한 형태의 협업이 이루어지는 현실을 감안하면, 공동발명에 대한 주관적 의사 교환을 공동발명자 인정요건의 하나로 요구하는 것은 지나치게 경직된 협업 환경을 조성할 우려가 있다고 본다.”).
- 23) 김진희, “공동발명 판단기준에 관한 비교법적 고찰 -착상, 착상의 구체화, 실질적 기여 및 협력을 중심으로 -”, 홍익법학 제20권 제1호, 홍익대학교 법학연구소, 2019, 811면(“공동발명에 대한 공동의사가 없었더라도 발명의 과정에서 착상의 구체화나 과제해결에 핵심적 기여 또는 실질적 협력을 하였다면 주관적 공동의사와 관계없이 공동발명자로 인정되어야 할 것이다. 즉, 주관적 공동의사는 공동발명 판단 시 고려되어야 할 요소이나 반드시 충족되어야 하는 요건은 아니라는 것이다.”).
- 24) *Falana v. Kent State Univ.*, 669 F.3d 1349, 1357 (Fed. Cir. 2012) (“People may be joint inventors even though they do not physically work on the invention together or at the

III. 모인 후 변경된 발명에서의 공동발명자 인정 사례 연구

모인 후 변경된 발명에서 선 발명자와 후 발명자 사이에 주관적인 의사소통이 없었음에도 불구하고 공동발명자로 인정한 사례를 아래에 제시한다. 선행 김동준 교수 연구는 미국에서 그러한 경우 공동발명자가 인정되기 어려울 것으로 보았는데,²⁵⁾ 이 글은 미국의 법리도 공동발명자로 대체적으로 인정함을 보여준다.

1. 미국의 *Arbitron v. Kiefl* 판결²⁶⁾

가. 사건 이력

Arbitron v. Kiefl 사건은 Arbitron이 보유한 특허에 대하여 John Barrett Kiefl이 공동발명자라고 주장하자, Arbitron이 원고로서 John Barrett Kiefl을 피고로 하여 공동발명자 확인소송을 제기한 사건이다. 원고는 17개 미국특허를 보유하고 있었는데, 그 특허 중 하나가 대상 276특허이었다. 대상 특허발명은 전체적으로 방송시청자 측정 장치(broadcast audience measurement device)에 관한 것이다.

피고는 시청자 데이터 분석을 전문으로 하는 프리랜스 컨설턴트이다. 1991년 1월 19일 피고와 소외 제3자가 공동발명자의 자격으로 미국특허출원을 하였다. 피고는 2년 후인 1993년 1월 19일 상기 미국특허출원을 근거로 우선권을 주장하면서 PCT 국제출원을 하였다. 해당 출원발명은 “Person Meter”라는 명칭을 가지며, 방송신호를 받아서 채널 선택을 포착하는 장치에 관한 것이다. 1995년 1월 17일 위 미국특허출원은 미국특허 제5,382,970호로 등록되었다.

원고와 피고의 접촉, 협력 등에 관한 사실관계는 다음과 같다. 1992년

same time ...”).

25) 김동준, “특허법상 모인(冒認) 법리의 재검토”, IT와 법 연구 제19호, 경북대학교 IT와 법 연구소, 2019, 31면 표.

26) *Arbitron, Inc. v. Kiefl*, No. 09-CV-04013 PAC, 2010 WL 3239414 (S.D.N.Y. Aug. 13, 2010).

전까지 원고와 피고는 아무런 접촉을 가지지 않았다. 1992년 12월에 피고는 원고를 접촉하여 그의 Person Meter 기술을 라이선스 하는 방안에 대하여 제안을 하였다. 1993년 2월초 피고와 원고는 비밀유지계약(NDA, non-disclosure agreement)을 체결하였다. 그 계약 후 피고는 관련 기술을 원고에게 제공하였으며, 원고는 그 기술을 원고와 거래관계에 있는 특허변호사(Flanagan)에게 전달하였다. 1993년 2월 17일, 원고는 피고의 기술에 관심이 없다고 통보하였다. 그 후 2000년 7월 및 2001년 4월에 피고는 다시 원고에게 기술이전을 문의하였으나, 원고는 여전히 관심이 없다고 답변하였다.

피고가 원고에게 기술을 제공한 때로부터 6개월 후인 1993년 8월 2일, 원고는 특허출원을 하였으며 그 출원은 추후 276특허로 등록된다. 그 특허는 10명의 공동발명자를 특정하며, 당연히 피고는 그 10명 중에 포함되어 있지 않다.

2004년 3월 16일 피고는 원고에게 편지를 송부하였으며, 그 편지는 피고가 제공한 기술이 원고의 276특허에 기여하였을 것이라고 주장하였다. 2004년 4월 7일 원고는 276특허의 발명을 원고가 독자적으로 개발하였으며 피고의 기술을 모인 또는 유용하지 않았다고 주장하였다. 2004년 4월 21일 피고는 원고에게 또 다른 편지를 송부하였으며, 그 편지는 원고의 특허가 피고의 출원을 인용하여야 한다는 점과 원고가 재심사를 청구하여야 한다는 점을 주장하였다. 2004년 5월 7일 원고는 피고의 주장을 받아들이지 않았으며 재심사를 청구하지 않는다고 답변하였다.

원고가 276특허를 근거로 소외 제3자(International Demographics)를 상대로 특허권 침해소송을 제기하였으며, 그 소송에서 법원은 276특허의 발명이 모바일 기술(cellular telephony)을 포섭하는 것으로 해석하였다.²⁷⁾ 피고는 2009년 4월 8일 원고에게 새로운 편지를 송부하여, 그가 원고에게 제공한 기술이 cellular telephony 기술을 포함하므로 그가 276특허의 발명에 기여한 것이며, 그러므로 공동발명자라고 주장하였다.

그 편지에 대응하여, 2009년 4월 22일 원고는 피고를 상대로 발명자 등의 확인을 구하는 대상 확인소송을 제기하였다. 대상 소송에서 피고가

27) Arbitron Inc. v. Int'l Demographics, Inc., et al., 2009 WL 68875, at 9 (E.D. Tex. Jan 8, 2009).

276특허발명의 공동발명자인지 여부가 쟁점이 되었다.

나. 공동발명자 여부 판단

법원은 *Eli Lilly* 판결을 인용하며,²⁸⁾ 공동발명자 여부를 판단하기 위한 세 요건을 제시하였다: ① 선행 발명자와 후행 발명자 사이의 협력 또는 연결(collaboration or connection), ② 공통의 목표(common goal) 및 ③ 특허발명의 착상에 대한 현저한 기여(significant contribution).

1) 협력 또는 연결(collaboration or connection)

법원은 협력 또는 연결을 인정하기 위하여 선행 발명자(피고)와 후행 발명자(원고 회사의 직원) 사이에 의사소통(communication)이 필요하다고 설시한 *Eli Lilly* 판결을 인용하였으며,²⁹⁾ 그 의사소통의 존재에 관하여 다툼이 있었다.

피고는 그의 기술이 원고가 거래하는 특허변호사(Flanagan)에게 전달되었다는 점 및 그 특허변호사가 276특허의 10명의 공동발명자와 의사소통을 하였으므로 피고가 그 특허변호사를 매개로 10명의 공동발명자와 의사소통을 한 셈이라고 주장하였다.³⁰⁾

법원은 선행 발명자의 보고서를 본 후행 발명자가 그 보고서를 바탕으로 발명을 완성한 경우 그 둘 사이에 연결이 성립된다고 판시한 *Kimberly-Clark* 판결³¹⁾ 및 *Eli Lilly* 판결을³²⁾ 인용한 후, 276특허발명의 10명의 공동발명자가 피고의 기술을 특허변호사(Flanagan)를 통하여 입수하였을 것이므로 피고와 그 10명의 공동발명자 사이에 의사소통이 존재하였다고 판단하였다.³³⁾ 본 판결이 파악한 의사소통은 두 공동발명자

28) *Eli Lilly*, 376 F.3d at 1359.

29) *Id.* (“open line of communication during or in temporal proximity to their inventive efforts.”).

30) *Arbitron*, 2009 WL 68875, at 6 (“The disclosure of the Kiefl Applications to Flanagan created a nexus between Kiefl and the named inventors, conjoining their work.”).

31) *Kimberly-Clark Corp. v. Procter & Gamble Distrib. Co.*, 973 F.2d 911, 917 (Fed. Cir. 1992).

32) *Eli Lilly*, 376 F.3d at 1359.

사이의 직접적인 의사소통이 아니며 선 발명자의 기술이 간접적으로라도 후 발명자에게 전달되면 그 전달이 의사소통에 상응한다고 보았다.³⁴⁾

2) 공통의 목표(common goal)

법원은 피고의 특허발명은 개인 휴대용 시청자 측정 기구에 관한 것인데 반해, 276특허발명은 시청자의 해당 기구의 사용을 촉진하는 것에 관한 것이므로 두 발명의 목표가 다르다고 보았다.³⁵⁾ 이 측면에서 피고는 공동발명자가 되지 못한다. 다만, 대상 판결이 실시한 ‘공통의 목표’는 두 공동발명자가 주관적으로 공통의 목표를 가지는 점을 말하는 것이 아니라 피고의 기술과 원고의 기술의 목표가 공통적이어야 함을 말한다. 즉, 기술의 객관적인 방향이 공통적인지 여부를 판단하였던 것이다.

3) 특허발명의 착상에 대한 현저한 기여(significant contribution)

피고는 276특허의 청구항 제17항 발명이 데이터 전송을 위해 cellular telephony 기술을 포함하므로 그가 276특허발명에 현저히 기여하였다고 주장하였다.³⁶⁾

법원은 제17항 발명이 데이터 전송 시스템을 청구하는데 반해, cellular telephony 기술을 특정하지 않으며, cellular telephony 기술은 데이터 전송을 위한 여러 기술 중 하나에 불과하므로 피고가 제17항 발명에 현저히 기여하지 않았다고 판단하였다.

다. 평가

대상 사건에서 법원이 제시한 3가지 요건 중 첫 번째 것은 주관적 요건에 해당하고 두 번째 및 세 번째 것은 객관적 요건에 해당하는 것으로 생각된다: ① 선행 발명자와 후행 발명자 사이의 협력 또는 연결(collaboration or connection), ② 공통의 목표(common goal) 및 ③ 특허발명의 착상에 대한 현저한 기여(significant contribution). 법원은

33) Arbitron, 2009 WL 68875, at 6.

34) *Id.* at 5-6.

35) *Id.* at 6.

36) *Id.* at 7.

주관적 요건은 충족된 것으로 본 반면, 객관적 요건은 충족되지 못한 것으로 보고, 공동발명자성을 부정하였다.

대상 판결은 모인된 기술이 대상 특허발명의 발명자에게 직접적이든 혹은 간접적이든 전달되는 경우 그 모인된 기술의 발명자와 대상 특허발명의 발명자 사이에 협력, 연결 또는 의사소통이 존재한 것으로 인정한 점에 의의가 있다. 발명자 사이에 직접적인 의사소통, 접촉 등이 없는 경우에도 기술내용이 간접적으로 연결, 전달되면 그들 사이에 연결고리가 생기는 것으로 본 것이다.

2. 미국의 *Bianco v. Globus* 판결³⁷⁾

가. 사실관계

피고(Globus Medical)는 척추수술 장비를 생산하는 회사이다. 의사인 원고(Dr. Bianco)는 피고(Globus Medical)의 초청으로 피고의 공장을 방문한 바 있으며(2007년 3월), 그 후 원고는 피고에게 새로운 제품에 대한 아이디어를 제출하였다(2007년 6월). 원고가 제공한 도면은 추간판 확장형 임플란트(expandable intervertebral spacer implant)를 보여주었는데³⁸⁾ 그 임플란트는 척추뼈(vertebrae) 사이의 간격을 필요에 따라 넓히고 좁힐 수 있는 기구이었다.³⁹⁾ 그전까지 경추 수술용 스페이서는

37) *Bianco v. Globus Medical, Inc.*, 2014 WL 977861, at 9-10 (E.D. Tex. 2014) (J. Bryson, sitting by designation).

38) 척추뼈(vertebrae)가 서로 압착되는 경우, 그 척추뼈 사이에 스페이서(spacer)를 삽입하여 압착을 해소한다. Sabatino BIANCO, MD, Plaintiff-Appellee, v. GLOBUS MEDICAL, INC., Defendant-Appellant., 2015 WL 739894, at 5 (Fed. Cir. 2015) (“Spinal fusion surgery is used to treat conditions such as degenerative disc disease, in which the space between two vertebrae in the patient's spine become compressed. To correct this condition, a surgeon may implant a device called an intervertebral spacer between the two vertebrae. The spacer replaces the degenerated disc tissue and maintains proper alignment and spacing of the vertebrae, allowing the spine to heal. As the spine heals, the vertebrae on either side of the spacer fuse together, as reflected in the name, ‘spinal fusion surgery.’”).

39) Sabatino BIANCO, Plaintiff-Appellee, v. GLOBUS MEDICAL, INC., Defendant-Appellant., 2015 WL 739894, at 7 (Fed. Cir. 2015) (“This drawing depicted a scissor jack element

간격이 미리 정해져 있어서 의사가 환자의 상태에 맞는 간격의 스페이서를 선택해야 하였다.⁴⁰⁾ 그러므로 미리 준비된 스페이서가 환자에게 맞지 않음을 수술 중 알게될 가능성이 상존하였다. 다만, 원고가 제공한 도면만으로는 통상의 기술자가 제품을 만들 수 없었으며, 그 점에 대하여 원고도 인정하였다.⁴¹⁾ 특히, 그 도면에 의한 제품은 추간판을 벌리고 지탱할 정도로 강하지가 못한 점도 인정되었다.⁴²⁾ 즉, 원고의 그 당시의 아이디어는 발명으로 완성된 상태가 아니었던 것이다. 2년 후인 2009년말 피고는 원고가 제공한 도면을 되돌려 주며 원고의 아이디어에 관심이 없다고 말하였다. 2011년 초 피고는 확장형 임플란트 장비를 판매하기 시작하였다. 관련 특허(미국 특허 제8,062,375호, 제8,491,659호 및 제8,518,120호)도 등록이 되었다. 그 특허의 출원일은 2009년 10월 15일, 2010년 9월 3일 및 2012년 4월 19일이었다.

나. 소송 이력

원고(Dr. Bianco)는 ① 피고(Globus Medical)가 원고의 영업비밀을 유용(misappropriation)하였다는 점 및 ② 원고가 대상 특허발명의 공동발명자가 되어야 한다는 점을 주장하였다. 즉, 원고는 본인이 대상 특허발명의 단독발명자라고 주장하는 것은 아니며, 본인이 전달한 기술과 대상 특허발명이 실질적으로 동일하지 않은 점은 인정하고, 다만, 대상 특허발명에 본인이 일부 기여하였음을 주장하는 것이다.

배심원은 피고가 원고의 영업비밀을 유용하였다고 판단하였으며 판사

connected to a long shaft with a dial at end. A112. The scissor jack element resembled two crossed arms connected by a pivot, like the letter X. The arms supported two parallel plates, the distance between which could be increased or decreased by rotating the arms about the pivot. Bianco explained that his scissor jack element was expandable and contractible continuously.”).

40) *Id.* at 8 (“At the time Bianco provided Globus with his drawings, Globus sold a variety of spinal fusion spacers, but not an adjustable-height spacer. A111; A6520. Historically, intervertebral spacers for spinal fusion surgeries came in a variety of fixed sizes, and surgeons would select the size appropriate for their patient when performing a surgery.”).

41) *Id.* at 8 (“Bianco admitted that no one ever told him ‘that an instrument or implant, based on the drawings that [he] gave to Globus, would work.’”).

42) *Id.* at 9.

도 배심원의 그 판단이 실질적인 증거에 의하여 뒷받침된다고 인정하였다. 나아가 배심원은 해당 제품으로 인한 과거 순매출액의 5%를 그 영업비밀 유용에 대한 배상액으로 책정하였다.⁴³⁾ 법원은 원고가 청구한 침해금지명령의 청구를 받아들이지 않고,⁴⁴⁾ 그대신 계속실시료(ongoing royalty)를 인정하며 미래 순매출액의 5%를 손해배상액으로 책정하였다.

다. 공동발명자 여부 판단

법원은 원고가 대상 특허발명의 공동발명자가 아니라고 판단하였다. 그 판단에 있어서 법원은 ① 피고가 원고에게 전달한 도면의 내용과 피고의 특허발명의 사이에 중요한(material) 차이가 존재한다는 점, ② 원고가 특허발명의 특징에 ‘기여’하지 않았다는 점, ③ 원고가 다른 발명자들과 연계(interaction)를 가지지 않았다는 점을 근거로 제시하였다.

원고의 도면은 추간관 확장형 임플란트(expandable intervertebral spacer implant)를 위한 일반적인 아이디어를 제시하였을 뿐이며, 완전하고 작동이 가능한 발명의 명확하고 영속적인 아이디어에 이르지 못하였던 것으로 판단되었다.⁴⁵⁾ 피고는 항소심 의견서에서 원고의 아이디어가 실시 가능한 정도에 이르지 못하였다고 주장하였는데, 그 주장은 원고의 아이디어가 그 자체로 발명에 이르지 못하였다는 주장과 다름이 아니다.⁴⁶⁾ 결정적으로는 그 도면의 내용과 특허발명의 내용이 현저히 달랐다는 점, 즉 객관적 요건의 결여가 원고를 공동발명자로 인정하기 어렵게 하였다.⁴⁷⁾

43) *Bianco v. Globus Med., Inc.*, No. 2:12-CV-00147-WCB, 2014 WL 5462388, at 2 (E.D. Tex. Oct. 27, 2014), *aff'd*, 618 F. App'x 1032 (Fed. Cir. 2015) (“The jury awarded Dr. Bianco \$4,295,760 in damages for past trade secret misappropriation, which was five percent of the profits that Globus earned on the products up to the original trial date, as calculated by Globus's expert.”).

44) *Bianco v. Globus Med., Inc.*, No. 2:12-CV-00147-WCB, 2014 WL 1049067 (E.D. Tex. Mar. 17, 2014).

45) “a definite and permanent idea of the complete and operative invention.”

46) *Sabatino Bianco, v. Globus Medical, Inc.*, 2015 WL 739894, at 1 (Fed. Cir. 2015) (“He did not disclose a workable device or provide any concrete details about how to make his idea a reality. It took Globus years of independent development, with no contribution from Bianco, to develop a functioning product.”).

원고는 그의 아이디어가 그려진 도면을 2007년 6월에 피고에게 전달하였는데, 쟁점이 된 특허들의 출원일은 각각 2009년 10월 15일, 2010년 9월 3일 및 2012년 4월 19일이었다. 그렇다면 그 도면이 제시한 ‘목표’를 바탕으로 피고가 적어도 2년 이상의 연구개발을 통하여 그 아이디어를 진정한 발명으로 완성하였다고 볼 수 있다.

대상 판결은 원고의 아이디어가 피고에게 전달된 사실은 인정되었으나, 원고의 아이디어와 피고의 대상 발명이 현저히 달라 객관적 요건도 주관적 요건도 인정되지 않은 것이다.

라. 영업비밀 유용 v. 공동발명자 판단

법원은 피고가 원고의 아이디어를 유용하였다는 판단과 원고가 대상 특허발명의 공동발명자가 아니라는 판단이 양립 가능하다고 실시하였다.⁴⁸⁾ 즉, 비록 피고가 원고의 아이디어를 유용하였으나, 그 아이디어가 대상 발명으로 연결되지 않았고 피고가 그 아이디어와 완전히 다른 새로운 발명을 완성하였고, 피고(의 종업원)와 원고 사이에 공동발명자로 인정할 연결고리가 없었으므로 원고가 공동발명자가 될 수 없다는 것이다.⁴⁹⁾

마. 영업비밀 유용에 대한 손해배상 v. 원고 아이디어의 가치

한편, 법원은 원고의 아이디어가 경제적으로 가치가 있다고 보고 그 아이디어의 유용(misappropriation)에 대하여 4백만불 이상의 손해배상을 인정하면서도 원고의 아이디어가 특허발명에 기여하지 않았다고 판단

47) *Bianco v. Globus Med., Inc.*, 30 F. Supp. 3d 565, 579 (E.D. Tex. 2014) (“Furthermore, the devices disclosed in the Globus patents are significantly different from the device disclosed in Dr. Bianco’s drawings.”).

48) *Id.* at 579 (“Assuming that the evidence supports a finding that Globus used Dr. Bianco’s ideas as a starting point for its Caliber, Caliber-L, and Rise products, that does not mean that his contribution to the patents associated with those products was sufficient to render him a co-inventor.”).

49) 원고의 아이디어가 피고 회사의 연구원에게 전달되었다고 보는 것이 상식적이지 않을까? 만약, 그렇다면 연결고리가 생기는 것이다. 원고의 아이디어가 피고 회사의 연구원에게 전달되었음을 원고가 증명하는데 실패한 것인가?

하였는데, 그 두 판단은 서로 상충되는 것이라고 생각된다. 피고의 제품은 특허발명과 유사한데, 특허발명을 실시한 피고의 제품이 원고의 아이디어를 활용하지 않았다면 원고의 아이디어의 유용으로 인한 손해배상액을 산정함에 있어서도 피고의 제품과 인과관계(nexus)를 가지기 어렵다.

법원은 단순히 달성목표를 제시할 뿐 그 목표를 달성하기 위한 수단을 제시하지 않은 자는 공동발명자가 아니라고 설명하는데,⁵⁰⁾ 원고가 제공한 도면 및 아이디어가 그 수준에 그칠 뿐인데 그 단순한 아이디어의 유용에 4백만불의 손해배상액을 인정하는 것이 타당해 보이지 않는다.

바. 항소심

피고는 4백만불의 손해배상액이 타당하지 않다는 이유 등으로 항소하였는데, CAFC는 별다른 내용 없이 대상 지방법원 판결을 인용하였다.⁵¹⁾

3. 미국의 *Clairol v. Save-Way* 판결⁵²⁾

가. 사건 이력

원고(Clairol Inc.)는 미국특허 제4,103,694호를 보유하며, 그 특허의 발명은 휴대가 가능하며 전기배터리로 구동되는 손톱을 매니큐어 하는 기구에 관한 것이다. 그 특허발명의 발명자로 Paul D. Burian(이하 ‘후행 발명자’) 및 Arthur T. Sempliner(이하 ‘선행 발명자’)가 기재되었다. 원고가 피고(Save-Way Indus.)를 상대로 특허권 침해소송을 제기하였는데, 그 소송에서 피고는 여러 주장을 하였으며 그 중 하나로 그 두 발명자가 공동발명자가 아니라고 주장하였다.

50) *Bianco v. Globus Med., Inc.*, 30 F. Supp. 3d 565, 577 (E.D. Tex. 2014) (“A person does not become entitled to be named as a joint inventor on a patent merely by suggesting a desired goal or result without conceiving of the means by which that goal can be attained.”).

51) *Bianco v. Globus Med., Inc.*, 618 F. App'x 1032 (Fed. Cir. 2015).

52) *Clairol Inc. v. Save-Way Indus., Inc.*, No. 79-175-CIV-CA, 1980 WL 30222 (S.D. Fla. June 10, 1980), and amended, No. 79-175-CIV-CA, 1980 WL 30310 (S.D. Fla. Aug. 25, 1980).

나. 공동발명자 판단

원고는 매니큐어 기구의 개발을 위하여 선행 발명자를 고용하였으며 선행 발명자는 프로토타입(prototype) 기구를 만들어서 원고에게 전달하였다.⁵³⁾ 그 전달 이후 선행 발명자는 원고 또는 후행 발명자와 아무런 접촉을 하지 않았으며 별도의 추가적인 역할도 하지 않았다.⁵⁴⁾ 원고는 그 프로토타입 기구를 후행 발명자에게 전달하였으며, 그는 비용분석, 성능분석을 실행하였으며, 나아가 여러 기술적 변경, 개량을 수행하였다. 최종 제품에 대하여 법원은 선행 발명자 혹은 후행 발명자 단독의 것이 아니며 그 두 발명자의 공동의 노력의 결과라고 판단하였다.⁵⁵⁾ 그럼에도 불구하고 선행 발명자와 후행 발명자 사이에는 아이디어를 주고받는 기회가 없었으며 선행 발명자의 활동이 종료된 후 후행 발명자의 활동이 시작되었다.⁵⁶⁾

법원은 발명이 순차적으로 완성될 수 있다고 실시한 *Monsanto v. Kamp* 판결을 인용한 후,⁵⁷⁾ 대상 사안에서 선행 발명자의 노력이 종료된 후 후행 발명자의 노력이 시작되었고, 그 둘 사이에 아무런 의사소통이 없었지만, 대상 특허발명이 선행 발명자의 노력과 후행 발명자의 노력의 시너지 결과를 가지는 점에 주목하여 두 발명자가 공동발명자라고 판단하였다.⁵⁸⁾

53) *Clairol*, 1980 WL 30222, at 7.

54) *Id.*

55) *Id.*

56) *Id.* (“In contrast, there was virtually no give-and-take of thoughts and ideas between Burian and Sempliner, and Sempliner's actions of participation ended before Burian's began.”).

57) *Monsanto*, 269 F.Supp. at 824 (“One may take a step at one time, the other an approach at different times. One may do more of the experimental work while the other makes suggestions from time to time. The fact that each of the inventors plays a different role and that the contribution of one may not be as great as that of another, does not detract from the fact that the invention is joint, if each makes some original contribution, though partial, to the final solution of the problem.”).

58) *Clairol*, 1980 WL 30222, at 7 (“and the factual finding that the teachings and claims of the B-S patent are the synergistic result of the inextricable efforts of Burian and Sempliner, the Court holds that Burian and Sempliner are joint inventors.”).

다. 평가

대상 사안에서 선행 발명자는 후행 발명자의 존재도 모르지만, 후행 발명자는 선행 발명자의 또는 적어도 선행발명의 존재를 인지하며, 그 자신이 선행 발명자의 결과물을 변경, 개량하여 더 우수한 제품을 구현하는 발명을 완성하는 사실에 대하여 잘 인지하였을 것이다. 그렇다면 선행 발명자의 인지가 존재하지 않는 경우에도 후행 발명자의 인지만으로도 공동발명자를 인정할 수 있는 것이다. 물론, 두 발명자가 서로의 존재에 대하여 완전히 인지하지 못하는 경우에는 공동발명자로 인정하기 어려울 것이다.⁵⁹⁾

라. 유사 판결들

선행 발명자와 후행 발명자가 직접적인 의사소통이 없는 경우에도 선행 발명자의 기여가 후행 발명자에게 연결되는(connected) 경우 그 두 발명자를 공동발명자라 인정한 미국의 사례로는 2010년의 *Arbitron v. Kiefl* 판결,⁶⁰⁾ *Memry v. Kentucky Oil* 판결⁶¹⁾ 등이 추가로 발견된다. 한 회사에서 갑이 연구한 결과를 (갑의 퇴사, 부서이동 등의 이유로) 을이 이어받아 연구하는 경우 그 갑과 을을 공동발명자로 인정할 수 있을 것이다. *IP Innovation v. Red Hat* 판결에서 법원은 을(후행 연구자)이 갑(선행 연구자)의 존재를 인지하였고, 갑의 연구결과를 이어받아 연구한다는 사실을 알았으므로 그 둘이 공동발명자라고 보았다.⁶²⁾

Ultra-Precision v. Ford 사건에서는 원고(Ultra-Precision)의 종업원과 피고(Ford)의 종업원이 개량제품의 개발을 위해 협력한 후, 피고가 특허출원한 발명에 대하여 원고가 그의 종업원이 공동발명자라고 주장하였는데, 법원은 원고 종업원이 발명의 특징적 사상에 기여하지 않았다는

59) *In re Hardee*, 1984 WL 63602, at 3 (Ass't Comm'r Pat. 1984) (“[W]here two persons are totally unaware of each other's work, there can be no joint inventorship.”).

60) *Arbitron, Inc. v. Kiefl*, No. 09-CV-04013, 2010 U.S. Dist. LEXIS 83597, at 16-17 (S.D.N.Y., Aug. 13, 2010) (holding that one scientist who reviewed and built on a report about another's discovery collaborated sufficiently to qualify as joint inventors).

61) *Memry Corp. v. Kentucky Oil Tech., N.V.*, 2007 WL 2746737, at 10-11 (N.D. Cal. Sept. 20, 2007).

62) *IP Innovation v. Red Hat, Inc.* (9705 F.Supp.2d 692) (E.D. Tex. 2010).

이유로 그들을 공동발명자로 인정하지 않았다.⁶³⁾ 공동발명자 사이의 연결고리는 주관적 요건에 해당하고 발명에 대한 실질적 기여는 객관적 요건에 해당하는데, 법원은 적어도 후자가 충족되지 않은 것으로 보았다.

4. 미국의 화학발명의 공동발명자 판단: *Falana v. Kent* 판결⁶⁴⁾

원고는 화학박사로서 포닥(post-doc) 과정의 일환으로 Kent 대학교에서 연구하였다. 그는 특정한 조성물을 합성하는 방법을 개발하였고, 그 방법에 따라 어떤 조성물을 개발하였는데, 결과적으로 그 조성물은 상업성이 없었고, 그 후 그는 Kent 대학교를 떠나 다른 곳으로 갔다. 그가 떠난 후 3명의 연구원이 원고가 개발한 합성법을 사용하여 연구를 계속하였고, 마침내 다른 종류의 조성물을 합성하였고, 그 조성물이 특허의 대상이 되었다.

지방법원과 CAFC는 위 사안에서 원고의 해당 발명에 대한 기여를 인정하여 원고를 공동발명자로 인정하였다. 원고가 여러 청구항 중 한 종속항이 청구한 발명에서는 공동발명자로 인정되지 못하였으나, (넓은 범위를 청구한) 독립항이 청구한 발명에서는 공동발명자로 인정되었다.

청구발명은 조성물에 관한 것이고, 원고가 발명한 것은 합성법이므로, 그 두 발명에 차이가 있다. 그런 견지에서 청구발명의 구성요소만을 기준으로 (공동)발명자를 판단하게 되면 원고가 기여한 바를 인정하기 어렵다. 그러나, 원고의 신규한 합성법이 없었더라면 해당 조성물의 합성은 애초 가능하지 않았다. 그런 견지에서 법원은 청구항의 구성요소를 무시하고 발명의 창출에의 실질적 기여를 기준으로 발명자 여부를 판단하였다. 실험의 과학인 화학 분야에서는 공동발명자를 판단하는 기준이 기계 분야, 전기 분야에서와 다를 수 있다고 생각된다.

그와 관련하여 법원은 조성물에 관한 발명의 착상(완성)은 그 조성물의 화학구조를 특정하는 것과 동시에 그 조성물을 합성(제조)하는 방법을 특정하여야 한다는 법리를 제시하였다.⁶⁵⁾ 그 법리에 따르면 신규한

63) *Ultra-Precision Manufacturing, Ltd. v. Ford Motor Co.*, 411 F.3d 1369 (Fed. Cir. 2005).

64) *Falana v. Kent State University*, 669 F.3d 1349 (Fed. Cir. 2012).

65) *Falana v. Kent State Univ.*, 669 F.3d 1349, 1357 (Fed. Cir. 2012) (“Conception of a chemical compound ‘requires knowledge of both the specific chemical structure of the

합성법을 제공한 자와 그 합성법을 사용하여 신규한 조성물을 합성한 자는 공동발명자가 될 수 있을 것이다. 물론, 합성법이 이미 알려진(공지의) 것이라면 그 합성법을 제공한 자가 공동발명자가 될 수는 없다.⁶⁶⁾ 그런데 대상 사안에서는 원고의 합성법은 신규한 것이었고 공개되지 않은 것이었다.

좌우지간, 대상 사안에서 원고와 Kent 대학교 3명의 연구원은 대상 발명과 관련하여 직접적으로 소통한 바가 없었다. 그러나, 원고의 합성법이 그 3명의 연구원에게 전달되었고, 그 전달로 인하여 그들 사이에 연결고리가 형성된 것이다.

5. 덴마크의 *Coloplast v. Hollister* 판결⁶⁷⁾

피고(Hollister)가 친수성 카테터(hydrophilic catheter)에 관한 발명을 유럽특허청에 출원하였으며, 원고(Coloplast)는 그 출원과 관련하여 다음을 주장하였다. 첫째, 피고는 원고가 실험을 통하여 획득한 자료를 다른 소송을 통하여 획득하였다. 둘째, 그래서 피고의 발명에 원고가 공동발명자이며, 따라서 공동권리자이다.

이에 관하여 법원은 원고가 해당 발명의 단독발명자라고 주장하는 것이 아니라 공동발명자라고 주장하는 것임을 명확하게 한 후, 원고가 공동발명의 사실에 대하여 증명하여야 하나 증명하지 못하였다는 이유로 원고의 청구를 기각하였다.

그 과정에서 법원은 원고가 원고의 기여라고 주장하는 부분이 그 당시 이미 공지기술이었다는 점을 중요하게 보았다.⁶⁸⁾ 즉, 자신이 기여한 부

compound and an operative method of making it.”) (citing *Fina Oil & Chem. Co. v. Ewen*, 123 F.3d 1466, 1473 (Fed. Cir. 1997)).

66) *Id.* at 1358 (“Once the method of making the novel genus of compounds becomes public knowledge, it is then assimilated into the storehouse of knowledge that comprises ordinary skill in the art.”).

67) *Coloplast A/S v. Hollister Inc.* (Eastern High Court of Denmark November 5th 2018). 대상 판결에 대한 영문 소개자료: <<http://patentblog.kluweriplaw.com/2018/11/29/coloplast-as-claimed-co-inventor-ship-to-invention-contained-in-patent-application-filed-by-hollister-in-c-was-not-proved/>>.

68) “Coloplast had not claimed that the activation of catheters by wet installation was an

분이 공지기술인 경우, 그 자의 기여는 인정되지 않으며 그 자는 공동발명자가 될 수 없는 것이다. 그 외 원고는 해당 발명에 어떻게 기여했는지 원고가 피고와 어떻게 협력했는지에 대하여도 증명하지 못하였다.

대상 판결은 ① 공동발명자 여부는 어떤 출원 또는 특허에 대하여 공동발명자로 표시되지 않은 자가 공동발명자라고 주장하는 경우 그 자가 증명책임을 부담한다는 점, ② 공지기술의 제시는 (공동)발명의 행위가 아니라는 점을 명확하게 하였다는 점에 의의가 있다.

6. 일본의 사례

일본에서도 모인자가 대상 발명의 권리범위에 기여하였다는 이유로 법원이 모인자를 발명자로 인정한 사례가 발견된다.⁶⁹⁾ 이하, 아래에서 그 사례들을 살핀다.

가. 大阪地裁 平成12年(2000)7月25日 平成10年(ワ)第10432号判決

대상 판례는 모인특허권자와 진정한 발명자를 공동발명자로 인정할 수 있음을 법원 차원에서 처음으로 인정한 것이다.

원고 타이와체인기공회사는 체인 및 운반기계부품을 제조, 판매하고 있다. 피고는 플라스틱 성형용 금형의 설계, 제작을 업으로 하는 요시다에이지의 종업원으로 근무하였다. 피고는 1998년 8월에 요시다에이지의 사업을 승계하였다. 원고는 요시다에게 1996년 6, 7월경 체인 커버의 금형의 제작을 의뢰하였고, 금형이 동년 9월 9일에 납품되었다. 그 후 피

invention made by Coloplast. On the contrary, Coloplast had acknowledged that activation of catheters by wet installation is a well-known technique used by others.”

69) 日本 国際知的財産保護協会, 上掲 報告書, 23頁(“発明が真の権利者と冒認者の共同発明であると認定しうる場合や冒認者が真の権利者の発明に、幾つかの技術要素を自ら考え付加した場合には、真の権利者が自己の発明の部分のみ権利移転し、冒認者と共同出願人となる。③ 冒認者の寄与に関して現行法上可能と考えられる対応 移転請求を認めることを前提とする場合、冒認者の寄与に関しては特段の立法措置をしなくとも、以下のような対応が可能であるものと考えられる。 a) 冒認者の発明と真の権利者の発明がいずれも権利範囲に寄与するものである場合 冒認者の発明と真の権利者の発明がいずれも権利範囲に寄与するものである場合には、下記裁判例の立場を前提とすると、冒認者と真の権利者のそれぞれの寄与に応じて権利の共有となるものと考えられる。”)。

고는 대상 발명을 선출원하였다. 원고도 대상 발명을 출원하였다. 원고는 대상 발명에 대하여 원고가 특허를 받을 수 있는 권리를 가진다고 주장한다. 그러나 법원은 원고가 대상 발명의 특징적 부분에 일부 기여하였고 기타 부분은 피고가 창작한 것으로 인정하여 대상 발명은 원고 및 피고가 공동으로 창작한 발명이고 공동발명자로 인정하는 것이 상당하다고 판시하였다.⁷⁰⁾ 대상 판결은 원 발명자와 모인발명자 사이의 주관적 협력의 의사가 없는 경우에도 공동발명자임을 인정한 사례이다.

나. 知的財産高等裁判所 平成19年(2007)7月30日 平成18年(行ケ)第10048号 判決

법원은 먼저 발명자는 청구항을 기준으로 판단한다고 실시한 후,⁷¹⁾ 청구항 구성요소 중 특징적 부분에 기여한 자가 발명자라는 법리를 제시하였고, 그 후 그 특징적 부분에 여러 명이 기여한 경우 그들이 공동발명자가 될 수 있다고 실시하였다. 그 실시에서 그들 사이의 주관적 의사소통의 필요성에 대하여는 언급하지 않고 있다.

다. 모인자의 행위가 권리범위에 기여하지 않은 경우

다만, 모인자가 대상 발명의 권리범위에 아무런 기여를 하지 않은 것으로 인정되는 경우, 그는 발명자가 아니게 되고 모인대상발명의 발명자가 100% 단독발명자가 되며, 대상 출원 또는 특허의 권리는 전부 원 발명자에게 이전되어야 할 것이다.⁷²⁾

70) 大阪地裁 平成12年7月25日 平成10年(ワ)第10432号 判決.

71) “발명자는 특허청구범위에 기재된 발명에 대해서 그 구체적인 기술수단을 완성한 자를 말한다.”

72) 日本 国際知的財産保護協会, 上掲 報告書, 24頁(“冒認者の発明が権利範囲に寄与しない場合 60)には、共有の権利とならないものと考えられる。このため、真の権利者に権利の全てが帰属することとなる。そうであるとすると、真の権利者により移転請求が認められることになる。なお、冒認者が出願人となって出願手続を遂行している間に支出した費用については、真の権利者が特許権の一部又は全部を取得する場合には、特許権の発生と帰属に関する理論構成に応じて、事務管理者の費用償還請求権(民法第702条)、不当利得に基づく返還請求権(同第703条) 61又は準占有者から回収者に対する費用償還請求権(民法第196条等)により金銭的に評価して冒認者に返還するべき場合もあると考えられる。”), “모인자의 발명이 권리범위에 기여하지 않을 경우에는 공유의 권리가 되지 않는 것으로 생각된다. 이 때문에 진정한 권리자에게 권리 모두를 귀속하게 된다. 그렇다면 진정한 권리자에 의한 이

7. 독일의 법리

독일에서도 공동발명의 성립에 주관적 공동의사를 요구하지 않는다고 한다.⁷³⁾⁷⁴⁾⁷⁵⁾ 그 결과, 타인의 발명을 누군가가 임의로 개량하고, 그런 상호 공헌이 공동발명으로 볼 수 있는 정도에 이룬다면 양자는 자신의 기여분에 상응하는 지분으로 특허권을 공유하는 것으로 본다.⁷⁶⁾

8. 호주의 *Polwood v. Foxworth* 판결

호주의 *Polwood v. Foxworth* 사건에서,⁷⁷⁾ 원고측 종업원 2명과 피고측 종업원 2명 사이에 연구의 과정에서 주관적인 의사소통이 없었으나, 원고측 종업원 2명에 의해 창안된 발명적 개념이 피고측 종업원 2명에게 전달되었으므로 연결고리가 생겼고, 그 연결고리를 근거로 호주법원은 그 4명이 공동발명자라고 판단한 바 있다.⁷⁸⁾

전청구가 인정된다.”

73) 조영선, “모인 특허권에 대한 이진청구의 법률문제”, 사법 제39호, 사법발전재단, 2107, 369면(“독일에서는, 공동발명의 성립에 주관적 공동의사는 반드시 필요하지 않다는 것이 통설·판례이다(Haedicke/Timmann, Handbuch des Patentrechts, C.H.Beck, 2012, §3:33-34; BGH, 17.01.1995- X ZR 130/93).

74) Maximilian Haedicke/Henrik Timmann, *supra*, p. 251 (“The criterion of deliberate interaction, however, gives no indication as to the nature of the contribution made by the individual. The existence of deliberate interaction is thus unnecessary to the assessment of joint inventorship. The only decisive issue is whether, from an objective point of view, a contribution by the co-inventor exists.”).

75) 주관적 요건 불요설을 취한 판례와 학설로 BGH Mitt 1996, 16 = NJW-RR 1995, 696, 698 – Gummielastische Masse I; Chakraborty/Tilmann p. 65; Busse/Keukenschrijver § 6 mn. 34; Bartenbach/Volz ArbNErfG § 5 mn. 50; Henke p. 54; Hellebrand p. 150 등을 들고 있고, 다른 견해로 Kraßer § 19 III 5 (p. 342 et seq.); Homma p 82; Hellebrand FS Barenbach (2005), p. 141, 149, 155 등을 들고 있다.

76) Haedicke/Timmann, Handbuch des Patentrechts, C.H.Beck, 2012, §3:128.

77) *Polwood Pty Ltd v Foxworth Pty Ltd* [2008] FCAFC 9.

78) *Polwood*, *supra*, ¶ 18-32.

IV. 시나리오 연구

회사의 연구가 한 연구원에 의하여 처음부터 끝까지 완수되는 경우도 있으나, 퇴사, 부서이동 등의 이유로 새 연구원이 구 연구원의 연구를 이어받아 연구하는 경우도 많다. 그 후 창출되는 발명이 구 연구원과 신 연구원의 협력의 산물이라면 그 둘을 공동발명자로 보아야 한다. 다른 한 명의 기여가 없었더라면(but for) 해당 발명의 창출이 가능하지 않았던 경우 그 둘은 공동발명자가 되어야 한다. 그 둘 사이에 적극적인 의사소통이 없었던 경우에도 어떤 형태로든 연결고리가 인정되면 그 둘을 공동발명자로 보아야 한다. 발명자 사이에 의사소통이 없는 경우에도 공동발명자로 볼 수 있는 두 시나리오를 제시한다.

1. 시나리오 1

갑이 a 발명을 창출하고 그 후 그 a 기술은 공지기술이 되었다. 갑은 a 발명의 발명자이다. 을이 그 a 공지기술을 활용하여 (a+b)의 발명을 창출하였다. b 요소의 추가로 인하여 a 공지기술이 새로운 발명이 된 것이다. 그러나, 그 발명만으로는 (상업성, 부작용 등의 문제로) 제품화 되기에는 여전히 부족하였다. 회사는 추가 연구가 필요하다고 판단하였다. 그때쯤 을은 퇴사하였다. 회사는 그 연구업무를 병에게 부여하였다. 병은 a 발명을 활용하여 (a+c) 발명을 창출하고 (a+b) 발명을 활용하여 (a+b+d) 발명을 창출하였다. 회사가 출원하여 특허받은 특허의 청구항은 다음과 같다. 아래 표에서 청구항 2항에 대하여는 을이 단독발명자이고, 3항에 대하여는 병이 단독발명자이고, 4항에 대하여는 을과 병이 공동발명자이다.

청구항	구성요소	발명자 판단
1항	a	공지기술, 신규성 결여
2항	a+b	신규성 충족, 을이 단독발명자 ⁷⁹⁾⁸⁰⁾
3항	a+c	신규성 충족, 병이 단독발명자

4항	$a + b + d$	신규성 충족, 신규요소 b의 창출에 기여한 을은 공동발명자, 신규요소 d의 창출에 기여한 병은 공동발명자, 공지요소 a를 창출한 갑은 공동발명자가 아님. 을이 병의 존재에 대한 인지(knowledge)와 무관하게 을의 공동발명자임을 인정하여야 함.
----	-------------	---

2. 시나리오 2

갑이 a 발명을 창출하고 그 후 그 a 기술은 공지기술이 되었다. 회사원 을이 그 a 공지기술을 활용하여 (a+b)의 발명을 창출하였다. b 요소의 추가로 인하여 a 공지기술이 새로운 발명이 된 것이다. 그러나, 그 발명만으로는 (상업성, 부작용 등의 문제로) 제품화 되기에는 여전히 부족하였다. 그 회사를 방문한 병이 을의 연구일지를 핸드폰 사진기로 몰래 촬영하여 반출하였다. 그 후 병은 (a+b) 발명을 활용하여 (a+b+c) 발명을 창출하였다. 병이 출원하여 특허받은 특허의 청구항은 다음과 같다. 청구항 1항에 대하여는 을이 단독발명자이고, 3항에 대하여는 병이 단독발명자이고, 4항에 대하여는 을과 병이 공동발명자이다.

청구항	구성요소	발명자 판단
1항	a	공지기술, 신규성 결여
2항	a+b	신규성 충족, 을이 단독발명자
3항	a+c	신규성 충족, 병이 단독발명자
4항	a+b+c	신규성 충족, 신규요소 b의 창출에 기여한 을은 공동발명자, 신규요소 c의 창출에 기여한 병은

- 79) 갑은 (a+b) 발명의 공동발명자가 되지 못한다. 만약, 이러한 경우에 갑을 공동발명자로 인정하게 된다면 공지기술을 정리한 교과서의 저자는 수많은 후속발명의 공동발명자가 되어야 할 것이다. 뉴턴, 아인슈타인 등 유명한 과학자는 아직까지도 공동발명자가 되어야 할 것이다. In re Jeff H. VerHoef, 888 F.3d 1362 (Fed. Cir. 2018)(공동발명자가 되기 위해서 이미 잘 알려져 있는 개념이나 현재의 기술을 설명하는 것 이상을 요구한 사례); Pannu v. Iolab Corp. 155 F.3d 1344 (Fed. Cir. 1998).
- 80) 진보성까지 충족되어 특허가 되는지 여부는 발명자 판단과는 무관하다. 기술의 진보의 정도는 발명자의 지분율에 영향을 미친다. 진보성을 충족하지 못하게 하는 미미한 신규기술의 지분율은 0에 가깝게 된다.

		공동발명자, 공지요소 a를 창출한 갑은 공동발명자가 아님. 을이 병의 존재에 대한 인지(knowledge)와 무관하게 을의 공동발명자임을 인정하여야 함.
--	--	--

위 표는 앞의 표와 동일한 결과를 말한다. 즉, 회사 내에서 적법하게 연속 연구되어 공동발명이 되는 시나리오 1의 경우와 모인된 후 연속 연구되어 공동발명이 되는 시나리오 2의 경우를 달리 볼 필요가 없다.⁸¹⁾ 병이 후속 연구원이라는 점 또는 모인자라는 점이 병이 c 신규요소를 창출하였다는 역사적 사실을 변하게 하지 못한다. 그렇다면 특허법의 공동발명자 법리는 그 역사적, 기술적 사실만으로 공동발명자를 판단하여야 한다. 타인의 기술을 모인하였다는 범죄행위에 대하여는 형법, 영업비밀보호법 등에 의거하여 처리하면 된다.

3. (비진보+비진보)의 합의 진보에 대한 공동발명자 인정

진보성이 인정되지 않는 발명의 해당 청구항은 삭제될 것이다. 그러므로, 그 청구발명의 신규요소에만 기여한 자는 발명자가 아니게 될 것이다. 그런 견지에서 어떤 연구원이 발명자가 되기 위해서는 해당 발명이 진보성을 인정받을 수 있게 기술적 기여를 한 자를 말한다. 그런데, 두 명 이상의 연구원이 공동으로 발명을 하는 경우에는 각 연구원이 진보성을 인정받을 정도의 기여를 하지 않았더라도 그들의 기여의 합이 진보성을 인정받는 경우 그 둘은 공동발명자가 된다. 두 연구원이 창출한 두 신규요소의 각각이 진보성을 인정받지는 못하나 그 두 신규요소의 합이 진보성을 인정받는 경우 각각을 창출한 자가 공동발명자가 되는 것이다.

갑이 창출한 공지요소 a를 활용하여 을과 병이 공동으로 연구하여 (a+b) 발명을 창출하였고 그 발명의 신규성 및 진보성이 인정되는 경우, b 요소로 인하여 신규성 및 진보성이 인정되었으며, 을과 병이 공동으로

81) 정차호, 특허법의 진보성, 박영사, 2014, 446면(“모인기술이 공지기술의 범주에 포함되지 않는 경우에는 모인기술에 이미 약간의 기술적 진보가 내재되어 있고, 해당 출원의 출원인은 그 모인기술에 추가적인 기술적 진보를 보탠 것으로 보아야 한다. 그 경우, 두 명 모두 공동발명자가 될 수 있고, 모인기술을 제공한 자의 기술적 진보와 출원인의 추가적 기술적 진보의 정도를 평가하여 해당 발명에 대한 기여도를 산정하면 된다.”).

그 b 요소의 창출에 기여하였다.

갑이 창출한 공지요소 a를 활용하여 을이 b 요소를 추가하였고, 그 후 병이 c 요소를 추가하여 결과적으로 (진보성이 인정되는) (a+ b+ c) 발명을 창출한 경우, 비록 b 요소 및 c 요소만으로는 진보성이 인정되지 않으나 그 두 요소가 한꺼번에 a 요소와 합쳐짐으로써 진보성이 인정되는 경우 을과 병은 공동발명자가 되는 것이다.

V. 공동발명자 판단을 위한 주관적 요건 법리의 구축

1. 논의의 필요성

지금까지 우리나라에서는 두 발명자를 공동발명자로 인정하기 위하여 그들 사이에 협력이라는 주관적 의사가 존재하여야 한다고 (특별한 검증이나 고민 없이) 믿어온 것으로 이해된다. 그런데, 현대의 연구개발의 양태가 다종다양해지고 있는 점, 모인사건에서도 공동발명자를 인정해야 할 필요성이 인정되는 점 등으로 인하여 그 주관적 요건을 정밀하게 검토할 필요가 있다. 이하, 주관적 요건이 두 발명자 사이의 쌍방 인지를 반드시 요구하는 것이 아니라 일방 인지만으로도 충족됨을 살핀다.

2 인지: 쌍방(two-way) 인지 v. 일방(one-way) 인지

갑이 먼저 연구를 하고 퇴사를 한 후 을이 그 연구를 이어받아 연구를 하는 경우 갑이 그의 발명(a)이 누군가에 의하여 계속 연구된다는 사실을 알지 못하여도 공동발명자 판단이 달라지지 않아야 할 것이다.⁸²⁾ 선행 발명자가 그의 발명이 후행 발명자에 의하여 사용되고 있다는 사실을 전혀 알지 못하여도 공동발명은 성립할 수 있다.⁸³⁾ 사실 갑은 a에 대하

82) Bradley M. Krul, *The Four Cs' of Joint Inventorship: A Practical Framework for Determining Joint Inventorship*, 21 J. Intell. Prop. L. 73, 97 (2013) (“Unbeknownst to Ben, Alice conceives a new cross-member for the frame that Ben conceived as part of the same project for ABC Recliners . . .”).

83) *Theranos, Inc. v. Fuisz Pharma LLC*, No. 5:11-CV-05236, 2013 WL 5051172, at 3 (N.D.

여는 단독발명자인데, 그 후의 을의 행위에 의하여 을과 공동발명자가 되는 것이다. 여기서 갑은 을의 존재 또는 공동연구에 대해 인지하지 않았으나, 을은 적어도 갑 또는 누군가의 선행연구를 이어받아 연구한다고 인정한 것이며, 그렇다면 쌍방 인지가 없어도 적어도 일방 인지가 있다면 공동발명자성을 인정하여야 할 것이다.

Kimberly-Clark v. P&G 사건에서 미국 법원은 3명의 종업원이 각자 독립적으로 연구하고 상대방의 연구를 몰랐다는 사실에 근거하여 공동발명자임을 부정하였다.⁸⁴⁾ 만약, 갑, 을 및 병의 세 명의 연구원이 각자 독립적으로 연구한다고 생각하였고 서로의 존재를 모르는 상태에서 회사의 특허팀 담당자가 그 3명의 연구결과를 묶어서 하나의 발명으로 형성한 경우, 그 발명의 발명자는 누구인가? 이 사안에서 갑, 을 및 병은 각자가 단독발명자가 될 수 없다고 가정한다. 만약, 이 상황에서 갑, 을 및 병의 공동발명자성을 인정하지 않게 되면 이 발명은 발명자가 없는 발명이 된다. 엄마 없는 아이가 되는 것이다. 그러한 (발명자가 없는 발명이라는) 불합리를 방지하기 위해서라도 공동발명자 판단에 엄격한 주관적 요건을 적용하여서는 아니 된다. 이 사안에서는 회사(의 특허팀 담당자)가 각 발명자를 연결시키는 연결고리(connection)가 되고 그 연결고리로 인하여 그 3명이 공동발명자가 될 수 있는 것이다. *Kimberly-Clark v. P&G* 법원은 공동발명자이기 위해서는 어떤 ‘연결고리’(connection)가 필요하다고 설시한 것으로 이해된다.⁸⁵⁾

3. 일방 인지에 관한 *Kimberly-Clark v. P&G* 판결⁸⁶⁾

Kimberly-Clark(이하 ‘K-C’)와 P&G는 일회용 기저귀 시장에서 경쟁하였는데, 양 회사가 보유한 특허의 우선권을 판단하는 저촉

Cal. Sept. 12, 2013), order corrected and superseded, No. 5:11-CV-05236-PSG, 2013 WL 5304134 (N.D. Cal. Sept. 20, 2013) (“Even where one inventor is wholly unaware that his or her materials are being used by another inventor, the ‘element of joint behavior’ can be satisfied.”).

84) *Kimberly-Clark*, 973 F.2d at 913.

85) *Id.* at 917 (“quantum of collaboration or connection”).

86) *Id.* at 913.

(interference)심판이 진행되었다. P&G가 보유한 (일회용 기저귀의 샘 방지용 날개(flap)) 특허의 발명자로 Lawson이 기재되어 있었는데, P&G는 그 특허발명의 발명일을 앞당기기 위한 목적으로 그 Lawson 외에 P&G의 다른 두 연구원인 Buell 및 Blevins를 공동발명자로 추가해달라고 청구한다. Buell이 공동발명자로 인정되는 경우, P&G 특허의 발명일이 훨씬 앞당겨질 수 있었다. 그런데, Lawson은 Buell을 만난 적도 없고 통신한 적도 없고 심지어 Buell의 연구결과를 보지도 못하였다. 이러한 사안에서 법원은 “두 발명자가 접촉하지 않았으며 서로의 연구를 완전히 알지 못하는 경우 공동발명자가 될 수 없다”고 설시하였다.⁸⁷⁾ 대법판결은 공동발명자가 되기 위해서는 두 발명자 사이에 최소한의 연결고리가 존재하여야 한다는 법리를 제공한다. 그러나 두 발명자가 서로의 일에 대해 전혀 인지하지 못한 경우는 공동발명이 인정될 수 없다.

4. 모인자를 공동발명자로 인정한 일본 사례

위에서 미국에서 모인자를 공동발명자로 인정한 사례를 소개하였다. 그러한 사례는 일본에서도 발견된다. 법원이 모인자를 (주관적 의사소통이 없는 경우임에도 불구하고) (공동)발명자로 인정한 사례로는 다음을 예시할 수 있다: 大阪地裁 平成12年(2000)7月25日 平成10年(ワ)第10432号判決; 知的財産高等裁判所 平成19年(2007)7月30日 平成18年(行ケ)第10048号判決. 일본국제지적재산보호협회가 공개한 한 보고서에 따르면 모인자가 모인대상발명을 변형한 경우 (주관적 의사와 무관하게) 공동발명자가 될 수 있다고 설명하고 있다.⁸⁸⁾ 물론, 모인자가 발명의 특징적 요소에 기여

87) *Id.* at 916 (“Contrary to P & G’s argument, the statute neither states nor implies that two inventors can be ‘joint inventors’ if they have had no contact whatsoever and are completely unaware of each other’s work.”).

88) 日本 國際知的財産保護協会, 上掲 報告書, 22頁(“例えば、以下のような寄与が考えられる。

< 権利範囲に対する寄与 >

- a) 真の権利者の発明 A に冒認者の発明 B を加えて出願する場合
- b) 真の権利者の発明 A を改良して A' として出願する場合
- c) 真の権利者の発明 A を上位概念化して出願する場合
- d) 真の権利者の発明 A を冒認出願した後、当該出願を基礎として優先権を主張し、冒認者の発明 B を追加して (又は、改良発明 A' として若しくは発明 A の上位概念の発明として) 出願する場合

하지 않은 경우에는 공동발명자가 될 수 없음은 물론이다.⁸⁹⁾

모인사건에서 공동발명자 요건을 엄격하게 운용하면 모인대상발명의 발명자가 대상 발명의 공동발명자가 되지 못하고, 대상 발명만을 특허거절, 특허무효 시키는 방법만이 남게 된다. 결과적으로 모인대상발명자 및 대상 발명의 발명자 모두 아무런 권리를 가지지 못하게 된다. 대상 발명의 모인행위에 초점을 맞추고 그 행위자를 처단하는 방법 1과 (과정이야 어찌되었든) 두 사람을 공동발명자로 인정하여 권리를 유지시키는 방법 2 중 하나를 선택하여야 한다면 양 당사자 모두 후자를 더 선호할 것으로 생각된다.⁹⁰⁾ 실제로 일본에서 이와 유사한 내용에 대하여 설문조사를 실시한 바가 있고, 설문결과가 후자의 방법을 선호하였다고 한다.⁹¹⁾

5. 민법의 첨부(添附) 법리: 주관적 요건 불필요

민법의 첨부는 부합, 혼화, 및 가공으로 분류되는데 그러한 것들이 공동발명과 유사한 성격을 가진다. 그리고 그 행위들에 주관적 요건을 필수적으로 삼지 않는다. 그러므로, 첨부 법리를 활용하면, 주관적 요건이 결여된 경우에도 공동발명자로 인정할 수 있는 경우가 늘어난다.

부합은 “소유자를 달리하는 여러 개의 물건이 결합하여 1개의 물건으로 되는 것이고”⁹²⁾ 훼손하지 않으면 분리할 수 없거나 분리에 과도한

<手続的な寄与>

e) 冒認者が補正等の手続をした場合

f) 眞の権利者の発明Aについて、明細書に実施例aを追加して出願する場合”).

89) 日本 国際知的財産保護協会, 上掲 報告書, 24頁(“冒認者の発明が権利範囲に寄与しない場合 60には、共有の権利とならないものと考えられる。このため、眞の権利者に権利の全てが帰属することとなる。そうであるとすると、眞の権利者により移転請求が認められることになる。なお、冒認者が出願人となって出願手続を遂行している間に支出した費用については、眞の権利者が特許権の一部又は全部を取得する場合には、特許権の発生と帰属に関する理論構成に応じて、事務管理者の費用償還請求権(民法第702条)、不当利得に基づく返還請求権(同第703条) 61又は準占有者から回収者に対する費用償還請求権(民法第196条等)により金銭的に評価して冒認者に返還するべき場合もあると考えられる。”).

90) 손천우, “정당한 권리자의 특허권 이전등록청구제도”, 특허법원 개원 20주년기념논문집, 특허법원, 2018, 314-316면.

91) 日本 国際知的財産保護協会, 上掲 報告書, 147-148頁.

92) 송덕수, 물권법 제3판, 박영사, 2017, 341면 참조.

비용이 들도록 결합된 것이다.⁹³⁾ 우리 대법원은 이를 확정 적용하고 있다. 즉 분리하면 경제적 가치가 없을 경우까지도 부합에 속한 것이다.⁹⁴⁾ 특허법에서의 공동발명의 경우와 민법에서의 부합의 경우가 일맥상통한다.

혼화는 “동산과 동산이 서로 섞이는 것이다. 고체인 종류물이 섞이는 혼합과 유동성 종류물이 섞이는 융합의 두 가지”⁹⁵⁾ 종류물로 볼 수 있다. “어느 것이든 객체인 물건이 다른 동종(고형종류 또는 유동종류)의 물건과 쉽게 섞여 원물을 식별할 수 없게 된다는 특성이 있다.” 이에 따라서 혼화는 동산의 부합에 관한 규정이 준용된다.⁹⁶⁾

가공이란 타인의 동산에 인간의 노력을 더하여 새로운 물건을 만들어 내는 것을 말한다.⁹⁷⁾ 가공물의 소유권은 원칙적으로 원재료의 소유자에게 속할 것이다.⁹⁸⁾ 예외적으로 가공으로 인한 가액의 증가가 원재료의 가액보다 많은 액수인 경우에는 가공자의 소유로 된다.⁹⁹⁾ 이때 가공자가 재료의 일부를 제공하였을 때에는 그 재료의 가액은 증가액에 보태서 소

93) 민법 제257조(“동산과 동산이 부합하여 훼손하지 아니하면 분리할 수 없거나 그 분리에 과다한 비용을 요할 경우에는 그 합성물의 소유권은 주된 동산의 소유자에게 속한다. 부합한 동산의 주종을 구별할 수 없는 때에는 동산의 소유자는 부합당시의 가액의 비율로 합성물을 공유한다.”)

94) 대법원 2007. 7. 27. 선고 2006다39270, 39278 판결(“어떠한 동산이 부동산에 부합된 것으로 인정되기 위해서는 그 동산을 훼손하거나 과다한 비용을 지출하지 않고서는 분리할 수 없을 정도로 부착·합체되었는지 여부 및 그 물리적 구조, 용도와 기능면에서 기존 부동산과는 독립한 경제적 효용을 가지고 거래상 별개의 소유권의 객체가 될 수 있는지 여부 등을 종합하여 판단하여야 할 것이고(대판 2003.5.16., 2003다14959, 14966 등 참조), 부합물에 관한 소유권 귀속의 예외를 규정한 민법 제256조 단서의 규정은 타인이 그 권원에 의하여 부속시킨 물건이라 할지라도 그 부속된 물건이 분리하여 경제적 가치가 있는 경우에 한하여 부속시킨 타인의 권리에 영향이 없다는 취지이지 분리하여도 경제적 가치가 없는 경우에는 원래의 부동산 소유자의 소유에 귀속되는 것이고, 경제적 가치의 판단은 부속시킨 물건에 대한 일반 사회통념상의 경제적 효용의 독립성 유무를 그 기준으로 하여야 한다.”).

95) 송덕수, 앞의 책, 345면 참조.

96) 민법 제258조(“전조의 규정은 동산과 동산이 혼화하여 식별할 수 없는 경우에 준용한다”)

97) 송덕수, 앞의 책, 345면 참조.

98) 민법 제259조 제1항(“타인의 동산에 가공한 때에는 그 물건의 소유권은 원재료의 소유자에게 속한다.”).

99) 민법 제259조 제1항 단서(“그러나 가공으로 인한 가액의 증가가 원재료의 가액보다 현저히 다액인 때에는 가공자의 소유로 한다.”)

유권의 귀속을 결정하여야 한다.¹⁰⁰⁾ 즉 “가공이 발생한 물건의 소유관계에 대하여 원재료의 소유자가 소유권을 갖는다는 재료주의와 가공한 자가 소유권을 갖는다는 가공주의가 존재하는데 이에 대하여 우리 민법 제 259조는 프랑스 민법을 모범으로 한 일본 민법을 계수한 영향으로 원칙적으로 재료주의를 취하여 원재료의 소유자가 물건의 소유권을 갖지만, 예외적으로 가공으로 인한 가액의 증가가 현저히 다액인 경우 가공주의를 취하여 가공자가 물건의 소유권을 갖는다고 정하고 있다.”¹⁰¹⁾

갑의 a와 을의 b가 결합하여 하나의 발명을 이루는 경우를 민법상 첨부 법리 중 부합(附合)과 동일하게 볼 수 있다. 그러한 경우 a와 b의 가치를 기준으로 두 공동발명자의 지분율을 정하면 될 것이다.¹⁰²⁾ 민법상 부합의 법리를 적용하면 발명자들의 주관적 의사를 살필 필요가 없게 되어 판단이 용이해진다.¹⁰³⁾

VI. 특허법 개정방안

1. 발명자 기재의 유효 추정 필요

공동발명자인지 여부는 규범적 판단의 대상이므로 이해관계인의 합의에 의하여 변경될 수 없다.¹⁰⁴⁾ 그러므로, 공동발명자인지 여부는 발명행

100) 민법 제259조 제2항(“가공자가 재료의 일부를 제공하였을 때에는 그 가액은 전항의 증가액에 가산한다.”).

101) 우원상, “사후(事後) 참여에 의한 공동저작물 성립에 관한 소고 - 대법원 2016. 7. 29. 선고 2014도16517 판결”, 계간 저작권 제29권 제4호, 한국저작권위원회, 2016.

102) 우원상, 위의 논문, 92면(“민법 제257조에 의하면 원칙적으로 주된 동산의 소유권자가 부합된 동산을 포함한 전체 동산의 소유권을 취득하고, 예외적으로 부합한 동산의 주종을 구별할 수 없을 때는 부합 당시 동산의 가액의 비율로 합성물을 공유한다고 되어 있다.”).

103) 우원상, 위의 논문, 95-96면(“민법상 첨부 법리를 저작물에 준용하면 사후 참여의 경우에서 변형된 저작물을 어떻게 볼 것인지에 대한 판단 기준을 참여자들의 주관적 의사를 완전히 배제하고 마련할 수 있을 것이다. ... 이렇게 되면, 굳이 대상 판결에서 대법원이 판시한 것처럼 추정적인 의사의 존재를 인정하기 위해 새로운 형태의 의사가 있었는지를 판단할 필요가 없고, 의사의 불합치라는 문제에서도 벗어날 수 있다고 판단된다.”).

104) 대법원 2015. 7. 23. 선고 2013다77591 판결(“기술개발에 참여한 사람들 가운데 누구를

위라는 사실관계에 의하여 실질적으로 판단되어야 한다. 그러나, 발명자라고 기재하는 당시에 공동발명자는 나름대로의 규범적 판단 후 해당 발명자도 공동발명자라고 판단한 것으로 보아야 한다. 그렇다면, 그 기재와 다른 주장을 하는 자가 그 주장에 대하여 규범적 증명을 하여야 한다.¹⁰⁵⁾ 특허등록원부를 출원인과 공중의 사회적 계약에 의한 사문서라고 보든,¹⁰⁶⁾ 특허청에 의하여 작성된 공문서라고 보든,¹⁰⁷⁾ 그 등록원부의 내용에 대하여 진정성이 추정되어야 할 것이며, 그 내용과 다른 주장을 하는 자가 그 추정을 복멸할 증명책임을 부담하여야 한다.

미국에서는 특허등록원부에 기재된 공동발명자 기재가 정확(유효)한 것으로 추정하며,¹⁰⁸⁾¹⁰⁹⁾¹¹⁰⁾¹¹¹⁾ 특허의 유효가 추정되듯이 발명자 기재의 맞음도 추정된다.¹¹²⁾

발명자로 볼 것인지는 규범적으로 판단할 사항이지 당사자들이 경험에 의하여 알고 있는 사실관계의 문제가 아닌 점 ...”),

- 105) 정차호·문려화, “직무발명신고서, 특허출원서, 특허공보 등에서의 발명자 기재에 대한 추정력 인정 여부”, 산업재산권 제61호, 한국지식재산학회, 2019.
- 106) 민사소송법 제358조(“사문서는 본인 또는 대리인의 서명이나 날인 또는 무인(捺印)이 있는 때에는 진정한 것으로 추정한다.”).
- 107) 민사소송법 제356조 제1항(“문서의 작성방식과 취지에 의하여 공무원이 직무상 작성한 것으로 인정할 때에는 이를 진정한 공문서로 추정한다.”).
- 108) Bradley M. Krul, *supra*, at 82 (“For the most part, courts view incorrect inventorship claims with skepticism because inventorship on an granted patent is presumed to be correct.”).
- 109) Hess v. Advanced Cardiovascular Sys., Inc., 106 F.3d 976, 980 (Fed. Cir. 1997).
- 110) Eric Ross Cohen, *supra*, at 394 (“After a patent has issued, there is a heavy presumption that the inventors named in the application are the correct inventors--that is, they are true inventors, and they are the only true inventors.”).
- 111) Fina Oil & Chem. Co. v. Ewen, 123 F.3d 1466, 1474 (Fed. Cir. 1997) (“Dr. Razavi did not meet his burden of establishing undisputed facts to show that Dr. Ewen made no contribution to the conception of the invention ... or a contribution that was qualitatively insignificant.”); Arbitron, Inc. v. Kiefl, No. 09-CV-04013 PAC, 2010 WL 3239414, at 5 (S.D.N.Y. Aug. 13, 2010) (“Inventors named in an issued patent are presumed to be correct. Eli Lily, 376 F.3d at 1358.”).
- 112) Gemstar-TV Guide Int'l, Inc. v. ITC, 383 F.3d 1352, 1381 (Fed. Cir. 2004) (“Because a patent is presumed valid under 35 U.S.C. §282, there follows a presumption that the named inventors on a patent are the true and only inventors.”).

공동발명자들은 직무발명신고서 작성 시 그들 사이의 지분율을 합의, 결정하고 그 신고서 또는 부속서류에 기재하는 경우가 많다. 회사는 그 신고서 및 서류에 근거하여 발명자를 기재하여 특허를 출원하게 된다. 회사로서는 공동발명자 여부 및 지분율을 확인할 현실적인 방법이 없으므로 연구원들이 합의, 결정한 사항에 따르게 된다. 회사가 그 내용을 직접 확인한 것은 아니지만 어찌되었든 회사가 그 내용에 따라 출원서에 공동발명자를 기재했다는 점에 근거하면, 회사가 그 기재내용을 반박하기 위해서는 회사가 그 반박주장에 대하여 증명하여야 할 것이다.¹¹³⁾ 특허법원 2018나1268 사건에서, 피고(하이디스테크놀로지)의 직무발명규정이 공동발명자가 직무발명신고서를 작성한 후, 부서장의 결재를 득한 후 그 신고서를 제출하도록 요구하였고,¹¹⁴⁾ 법원은 그 신고서에 기재된 지분율을 그대로 인정한 바 있다.¹¹⁵⁾ 공동발명자가 지분율을 합의, 결정한 사안에서 어떤 한 명이 공동발명자가 아니라는 주장은 다른 공동발명자의 지분율이 더 높아져야 한다는 주장과 다름이 아니다. 그 장면에서도 그 주장을 하는 자가 증명책임을 부담하여야 한다.

2. 공동발명자를 정의하는 규정의 신설

미국 특허법 제116조는 공동발명자를 정의한다.¹¹⁶⁾ 우리 특허법에도

113) 특허법원 2019. 2. 14. 선고 2018나1268 판결(“원고들은 이 사건 제29 내지 31항 발명을 직무발명으로 신고하면서 공동발명인 경우 공동발명자들 사이의 [지분율]을 기재하였고, 피고는 이를 포함하여 결재 후 위 신고를 수리한 것으로 보인다. 따라서 공동발명자들 중 원고들의 [지분율]은 신고 시 기재된 [지분율]로 봄이 상당하다(피고도 이에 대해 명시적으로 다투고 있지 아니하다).”).

114) 특허법원 2019. 2. 14. 선고 2018나1268 판결(“상기 제1항 및 제2항에 있어서 권리승계 시점은 발명자가 직무발명신고서(이하 ‘신고서’라 한다)상의 양도증에 서명을 하고 소속 부서장의 결재를 득한 후 상기 신고서를 주관부서에 제출한 때로 한다.”).

115) 특허법원 2019. 2. 14. 선고 2018나1268 판결(“원고들은 이 사건 제29 내지 31항 발명을 직무발명으로 신고하면서 공동발명인 경우 공동발명인들 사이의 기여율을 기재하였고, 피고는 이를 포함하여 결재 후 위 신고를 수리한 것으로 보인다. 따라서 공동 발명자들 중 원고들의 기여율은 신고시 기재된 기여율로 봄이 상당하다(피고도 이에 대해 명시적으로 다투고 있지 아니하다).”).

116) 35 U.S.C. § 116(a) (“When an invention is made by two or more persons jointly, they shall apply for patent jointly and each make the required oath, except as otherwise

유사한 규정을 신설할 필요성이 제기된다. 그에 관하여 김승균·김선정 연구는 다음과 같은 규정을 제안한 바 있다.¹¹⁷⁾

현행 특허법 제33조	김승균·김선정 개정방안
① 발명을 한 사람 또는 그 승계인은 이 법에서 정하는 바에 따라 특허를 받을 수 있는 권리를 가진다. 다만, 특허청 직원 및 특허심판원 직원은 상속이나 유증(遺贈)의 경우를 제외하고는 재직 중 특허를 받을 수 없다. ② 2명 이상이 공동으로 발명한 경우에는 특허를 받을 수 있는 권리를 공유한다.	① (좌동) ② (좌동) ③ (신설) 제2항의 권리를 공유하기 위해서는 공동발명자 간에는 실질적 상호 협력관계가 존재해야 하며, 모든 공동발명자는 청구범위에 기재한 기술적 사상의 창작행위에 기여해야 한다.

위 표현은 약간 수정될 필요가 있다. 청구항에 기재된 기술적 사상에¹¹⁸⁾ 공지사상과 신규사상이 섞여 있는 경우도 있을 수 있다. 그렇다면

provided in this title. Inventors may apply for a patent jointly even though (1) they did not physically work together or at the same time, (2) each did not make the same type or amount of contribution, or (3) each did not make a contribution to the subject matter of every claim of the patent.”).

117) 김승균·김선정, 앞의 논문, 66면.

118) 발명을 청구범위가 특정하는 것이 아니라 전체 출원 서류에 기재된 것으로 특정해야 한다는 소수의견: 권인희, “우리나라와 미국의 공동발명자 인정요건 비교연구”, 지식재산연구 제15권 제3호, 한국지식재산연구원, 2020, 91-92면(“2명 이상이 공동으로 발명한 경우에는 특허를 받을 수 있는 권리를 공유한다”고 규정하고 있는 특허법 제33조 제2항의 ‘발명’은 완성된 발명을 의미하는 것이고, 청구범위에 기재된 발명으로 한정하여 해석할 것은 아니다. 특허를 받을 수 있는 권리는 발명을 완성한 때에 발명자에게 원시적으로 발생하는 권리다. 청구항은 발명의 설명에 의하여 뒷받침되는 범위 내에서 출원인이 보호받고자 하는 사항을 선택적으로 적은 것으로서, 명세서에 개시된 발명 전체를 포함할 수도 있으나, 항상 발명 전체와 일치하는 것은 아니다. 특히 현대사회의 고도로 발전된 기술 분야에서 출원된 발명의 복합적 특성을 청구항에 모두 포함시키기 어려운 측면이 있다. ... 일반적으로 물건의 발명에서 물건의 제조방법이나 사용방법은 발명의 구성요건으로 청구항에 기재되지 않지만, 발명의 완성에 필수적인 부분이다. 물건의 발명에서 물건의 제조방법 또는 사용방법이 진보성 등 특허요건 판단 대상이 되기도 한다. 화학, 재료공학, 의약품 등 물질 분야의 출원에서 용도나 제조방법을 기재하지 않은 청구항이 많다. 그러므로 공동발명자 인정 여부의 판단 대상을 청구항에 기재된 특허발명으로 한정할 것이 아니라 전체 출원 서류에 기재된 발명으로 특정하여야 한다.”).

청구항에 기재된 ‘신규한’ 기술적 사상의 창작에 실질적으로 기여한 자만이 공동발명자가 될 수 있을 것이다. 청구범위에 기재된 여러 청구항의 여러 기술적 사상 중 어느 하나에라도 기여를 하면 그 기여로 인하여 공동발명자가 됨을 명확하게 할 필요가 있다.

현행 특허법 제33조	김승균·김선정 개정방안	필자의 개정방안
① 발명을 한 사람 또는 그 승계인은 이 법에서 정하는 바에 따라 특허를 받을 수 있는 권리를 가진다. 다만, 특허청 직원 및 특허심판원 직원은 상속이나 유증(遺贈)의 경우를 제외하고는 재직 중 특허를 받을 수 없다. ② 2명 이상이 공동으로 발명한 경우에는 특허를 받을 수 있는 권리를 공유한다.	① (좌동) ② (좌동) ③ (신설) 제2항의 권리를 공유하기 위해서는 공동발명자 간에는 실질적 상호 협력관계가 존재해야 하며, 모든 공동발명자는 청구범위에 기재한 기술적 사상의 창작행위에 기여해야 한다.	① (좌동) ② (좌동) ③ (신설) 제2항의 권리를 공유하기 위한 공동발명자 사이에는 직·간접적 협력의 관계가 존재해야 하며, 각 공동발명자는 해당 출원 또는 특허의 하나 이상의 청구항의 신규한 기술사상의 창작에 실질적으로 기여해야 한다.

위 필자의 개정방안에서 “직·간접적 협력의 관계가 존재하여야 한다”는 요건은 주관적 공동발명자 요건을 말하는 것이며, 직접적인 협력관계는 물론이고 간접적인 협력관계가 존재하여도 공동발명자 관계가 인정됨으로 인하여 모인발명을 두고 원발명자와 모인자 사이에 공동발명자 관계가 인정될 수 있게 한다. 그러한 경우, 원발명자는 대상 모인발명을 제33조 및 제44조에 근거하여 대상 특허발명을 무효시킬 것인지 아니면 대상 발명의 공동발명자가 될 것인지를 선택할 수 있다. 원발명자(피모인자)의 선택지를 넓힌다는 면에서 위 개정방안은 원발명자에게 유리한 것이다.

위 필자의 개정방안에서 해당 출원 또는 특허의 하나 이상의 청구항에 기여해야 한다는 요건은 (미국에서 그러하였던 바와 같이) Not-all-claims 원칙을 명확하게 규정하며, All-claims 원칙을 명시적으로 폐기하는 것이다.

위 필자의 개정방안에서 각 공동발명자가 신규한 기술사상의 창작에 실질적으로 기여해야 한다는 요건은 공동발명자의 객관적 요건을 말하는 것이다. 청구항의 공지 구성요소가 아닌 신규한 기술사상의 창작에 기여한 자만이 공동발명자가 될 수 있음을 명확히 한다.

위 필자의 개정방안은 김승균·김선정 개정방안에서 ‘실질적 협력관계’라는 표현을 삭제하고 있다. 실질적 협력관계라는 표현이 공동발명자 사이의 주관적 의사를 필요로 하는 것이라는 해석이 존재하므로,¹¹⁹⁾ 주관적 의사가 반드시 필요한 것은 아님을 표현하기 위해서 ‘실질적 협력관계’라는 표현을 삭제하는 것이다.

3. 모인심판제도의 신설

특허법 제99조의2가 규정하는 이진청구 제도는 피모인발명과 모인발명이 동일성의 범주 내에 있는 경우 활용될 수 있다. 만약, 피모인발명 A에 대하여 모인자가 개량을 하여 새로운 발명을 만든 경우 동 제도는 활용될 수 없다. 그 새로운 발명에까지 이진청구를 허용하는 것은 모인자에 의한 발명적 부가를 피모인자가 무상 취득하는 또 다른 부당이익이 발생하게 한다.¹²⁰⁾ 그런 점에서 이진청구 제도는 그 활용범위가 매우 제한적이다.

모인자가 피모인발명을 개량하여 새로운 발명을 한 경우, 피모인자와 모인자가 공동발명자가 될 수 있음은 앞에서 상술했다. 그렇게 모인특허에서 원발명자가 모인특허발명의 공동발명자가 될 수 있도록 허용하는 것이 원발명자에게 유리하다. 그런데, 원발명자를 공동발명자로 허용하는 경우, 그 허용의 판단만으로 사건이 종결되지 않는다. 원발명자 및 모인발명자의 실질적 기여에 따라 그들 사이의 지분율을 결정해야 한다. 이러한 공동발명자 여부 판단 및 공동발명자 사이의 지분율 산정은 특허법에서도 가장 어려운 작업이 된다. 그런 견지에서 그 작업은 전문가에 의

119) 조영선, 앞의 책, 186면(실질적 상호 협력을 실시한 판례(대법원 2011. 7. 28. 선고 2009다75178 판결)를 제시하며, 그 판례가 주관적 의사가 필요함을 실시한 것이라고 해석함).

120) 조영선, 앞의 책, 192면(“모인출원을 이유로 등록특허 자체를 이전받기 위해서는 피모인발명과 등록발명이 서로 동일한 것이어야 한다. 그렇지 않다면 이전등록을 통해 다른 사람의 발명적 잉여를 차지하는 또 다른 의미의 부당이득이 성립하기 때문이다.”).

하여 수행될 필요가 있다. 그렇다면 그러한 작업을 특허심판원에서 담당하게 할 필요가 있다. 1차적으로 특허심판원이 판단(심결)하고, 그 판단에 불복하는 자가 특허법원, 나아가 대법원으로 상소할 수 있을 것이다. 이렇듯 모인사건을 특허청에서 수행하는 국가로는 미국¹²¹⁾ 및 영국이 포착된다. 우리나라에 모인심판제도를 도입하기 위해서는 미국 및 영국의 모인심판제도에 대한 연구가 선행되어야 할 것이다.

4. 특허의 분리

모인특허가 원발명자(피모인자)의 단독발명에 관한 제1청구항, 모인발명자의 단독발명에 관한 제2청구항, 원발명자와 모인발명자의 공동발명에 관한 제3청구항으로 구성된 경우, 그 하나의 특허를 3개의 특허로 분리하여 등록시키는 방안을 강구할 필요가 있다. 그 3개 청구항 모두에 불편한 동거를 강요할 필요가 없다. 제1항 특허는 원발명자가 보유하고, 제2항 특허는 모인발명자가 보유하고, 제3항 특허에 대하여만 두 사람이 공동발명자가 되면 된다. 하나의 특허에서의 청구항 하나하나에 대하여 따로 무효심판을 청구할 수 있다면, 개별 청구발명에 대하여 개별 특허가 존재한다고 볼 수도 있다.

특허법 제99조의2가 규정하는 이전청구제도는 특허 전부의 이전이나, 그 특허의 일부 지분의 이전에 대하여만 허용한다. 즉, 현행 이전청구제도를 통해서도 특허 내 청구항을 분리하여 새로운 특허들로 분리하는 청구는 가능하지 않다. 그렇다면, 이러한 특허분리를 가능하게 하는 모인심판제도를 신설하고 특허청 내에서 분리된 특허의 등록이 가능하도록 해야 한다. 특허등록은 특허청의 고유업무이므로 그 등록과 관련된 분쟁 및 등록의 분할도 특허청이 담당하는 것이 타당하다.

5. 공동발명자 지분을 산정방법 법리의 개발

원발명자와 모인발명자가 공동발명자가 되는 것을 허용한다면, 그 다음 단계에서는 그들 사이의 지분율을 산정하는 법리가 제공되어야 한다. 후속 연구에서 그 산정방법을 제안할 것이다.

121) 미국 특허법 제135조.

VII. 결론

이 글은 공동발명자를 판단하는 새로운 법리를 제안한다. 두 발명자가 공동발명자가 되기 위해서 그들 사이에 직접적인 의사소통이 존재하여야 한다고 설명한 이전의 법리는 변경되어야 한다. 현대의 다종다양한 연구 양태를 감안하고, 수 명, 수십 명에 의한 공동연구가 자주 진행되는 점을 감안하면 그들 사이에 간접적인 연결고리만 존재하여도 그들을 공동발명자로 인정하여야 한다. 기술탈취가 빈번하게 발생한다.¹²²⁾ 그러한 기술 탈취 후 해당 기술에 대한 개량, 수정이 발생한 경우에도 공동발명자의 가능성을 인정해야 한다.

미국에서도 예전에는 같이 연구하고 특허의 모든 청구항에 같이 기여한 자를 공동발명자로 보는 법리가 있었으나,¹²³⁾ 그 법리는 1984년 미국 특허법 제116조의 개정으로 폐기되었다. 즉, 같이 연구하지 않아도, 특허의 모든 청구항에 같이 기여하지 않아도 공동발명자가 될 수 있는 것이다.¹²⁴⁾ 두 발명자 사이에 어떤 형태이든 의사소통(communication)이 존재하는 경우 그 두 발명자는 공동발명자가 될 수 있는 것이다.¹²⁵⁾ 그 의사소통에는 간접적 연결(connection)도 포함된다. 대형 프로젝트인 경우, 수십 명 또는 수백 명의 연구원이 투입될 수 있으며,¹²⁶⁾ 그러한

122) 특허심판원 보도자료, “기술탈취로 등록된 특허, 무효심판 청구하세요! - 특허심판원, 진정한 권리자 보호에 앞장서 -”, 2019. 10. 21.(제33조 제1항 본문(무권리자)을 이유로 청구된 무효심판 96건이 분석되었음).

123) Tigran Guledjian, *Teaching the Federal Circuit New Tricks: Updating the Law of Joint Inventorship in Patents*, 32 Loy. L.A. L. Rev. 1273, 1273-74 (1999) (“Prior to 1984, co-inventors must have worked together on virtually every aspect of the invention to be named as joint inventors on the patent. Otherwise courts would require such inventors to apply for separate patents.”).

124) *Id.* at 1292 (“Although § 116 does not require that joint inventors physically work together, collaboration is nevertheless possible when joint inventors work separately.”).

125) *Id.* (“In fact, Congress ‘envisioned [some] level of collaboration including at least some communication among joint inventors’ to support productive research.”).

126) Tigran Guledjian, *supra*, at 1293 (“The principal reason for amending § 116 was to accommodate the growing number of patents filed by team research organizations, such as large corporations employing hundreds of “co-inventors.””).

경우 그 많은 연구원들 사이에 직접적인 의사소통이 존재하기 어렵다. 그들 사이에 직접적인 의사소통이 없더라도 간접적인 의사소통, 정보교환으로 공동발명의 작업이 이루어진다고 보아야 한다. 미국의 특허법 제 116조 개정이 팀(team)에 의한 연구개발이 일상화 된 현실을 반영하기 위한 것이듯이,¹²⁷⁾ 우리의 특허법도 팀에 의한 발명의 현실을 포섭하기 위하여 공동발명자 판단기준에서 주관적 요건을 완화하여야 한다.

(논문투고일: 2022.2.17., 심사개시일: 2022.2.26, 게재확정일: 2022.3.11.)



▶ 문려화 · 정차호

공동발명자, 실질적 기여, 객관적 기여, 주관적 의사소통, 상호작용, 인지

127) *Id.* (“Thus, to increase innovation, improve the ‘economic health’ of the Nation and create more jobs, the amendment recognized the ‘realities of modern team research’ by relaxing the requirements of joint inventorship and allowing more patents to be filed by joint inventors.”).

【참 고 문 헌】

I. 국문 논문

- 강현, “모인출원에서의 정당한 권리자의 이전청구에 관한 연구”, 산업재산권 제42호, 한국지식재산학회, 2013.
- 강흥정, “공동발명자의 권리보호”, 특허판례연구(개정판), 박영사, 2012.
- 권인희, “우리나라와 미국의 공동발명자 인정요건 비교연구”, 지식재산연구 제15권 제3호, 한국지식재산연구원, 2020.
- 김관식, “모인출원에 대한 정당한 권리자의 구제 -정당한 권리자의 이전 청구의 허부를 중심으로-”, 과학기술법연구 제21권 제1호, 한남대학교 과학기술법연구원, 2015.
- 김동준, “특허법상 모인(冒認) 법리의 재검토”, IT와 법 연구 제19호, 경북대학교 IT와 법연구소, 2019.
- 김승균·김선정, “공동발명의 법적 문제점에 대한 고찰”, 지식재산연구 제10권 제1호, 한국지식재산연구원, 2015.
- 김진희, “공동발명 판단기준에 관한 비교법적 고찰 -착상, 착상의 구체화, 실질적 기여 및 협력을 중심으로 -”, 홍익법학 제20권 제1호, 홍익대학교 법학연구소, 2019.
- 손천우, “정당한 권리자의 특허권 이전등록청구제도”, 특허법원 개원 20주년기념논문집, 특허법원, 2018.
- 우원상, “사후(事後) 참여에 의한 공동저작물 성립에 관한 소고 - 대법원 2016. 7. 29. 선고 2014도16517 판결 ”, 계간 저작권 제29권 제4호, 한국저작권위원회, 2016.
- 정차호·문려화, “직무발명신고서, 특허출원서, 특허공보 등에서의 발명자 기재에 대한 추정력 인정 여부”, 산업재산권 제61호, 한국지식재산학회, 2019.
- 조영선, “모인 특허권에 대한 이전청구의 법률문제”, 사법 제39호, 사법발전재단, 2107.
- 최승재·이진수, “기술탈취 대응을 위한 발명자판단기준 개선방안 연구”, 선진상사법률연구 제93호, 법무부, 2021.

II. 국문 단행본

- 송덕수, 물권법 제3판, 박영사, 2017.
정차호, 특허법의 진보성, 박영사, 2014.
조영선, 특허법 제4판, 박영사, 2013.

III. 일본 자료

- 日本 国際知的財産保護協会, 「特許を受ける権利を有する者の適切な権利の保護の在り方に関する調査研究報告書」, 2010.
影山光太郎, 「発明 / 共同発明の成立と共同発明者の認定から評価・処遇へー一般・実験・共同発明の場合の発明者認定と共同発明者間の寄与割合算定の基準・手順ー」, 経済産業調査会, 2012.

IV. 영문 논문

- Aaron X. Fellmeth, *Conception and Misconception in Joint Inventorship*, 2 NYU J. Intell. Prop. & Ent. L. 73 (2012).
Adam J. Sibley & Rodney L. Sparks, *The Difficulty of Determining Joint Inventorship, Especially with Regard to Novel Chemical Compounds and Their Applications*, 8 Loy. L. & Tech. Ann. 44 (2009).
Bradley M. Krul, *The Four Cs' of Joint Inventorship: A Practical Framework for Determining Joint Inventorship*, 21 J. Intell. Prop. L. 73 (2013).
Eric Ross Cohen, *Clear As Mud: An Empirical Analysis of the Developing Law of Joint Inventorship in the Federal Circuit*, 28 Berkeley Tech. L.J. 382 (2013).
Tigran Guledjian, *Teaching the Federal Circuit New Tricks: Updating the Law of Joint Inventorship in Patents*, 32 Loy. L.A. L. Rev. 1273 (1999).
William C. Robinson, *The Law of Patents for Useful Inventions* § 396 (1890).

Abstract

A Study on Whether (Other than Objective Dedication) Subjective Communication Among Joint Inventors is Necessary

Li Hua WEN (Professor, Yantai Univ. in China)

Chaho JUNG (Professor, Sungkyunkwan Univ. in Korea)

With regard to the jurisprudence to decide joint inventors, the majority opinion demands not only objective dedication requirement (whether there is substantial dedication on distinct element of an invention) but also subjective collaboration requirement (whether there is subjective communication among joint inventors). This paper proclaims that (1) such rigid jurisprudence does not reflect various research situations, (2) subjective collaboration requirement be also complied with when there is one-way knowledge, (3) in a case where joint inventorship is being determined after an invention was derived and modified, if the modifier knew existence of the original inventor and/or invention, one-way knowledge shall be admitted. In order to establish such jurisprudence, this paper further proclaims that (1) we settle such jurisprudence under which inventor names written in a patent application shall be presumed as correct, (2) we make a new provision which defines joint inventorship, and (3) the new provision clarify that not only direct collaboration but also indirect collaboration may establish joint inventorship.



▶ Li Hua WEN • Chaho JUNG

Joint Inventors, Substantial Dedication, Objective Dedication, Subjective Communication, Interaction, Knowledge.

成均館法學

第 34 卷 第 1 號



成均館大學校 法學研究院

2022. 3.

성균관대학교 「成均館法學」 편집위원회 운영규정

제1조 (목적) 이 규정은 법학연구원 규정 제13조에 따른 편집위원회의 구성 기타 운영에 관한 사항을 정함을 목적으로 한다.

제2조 (구성) 편집위원장 및 편집위원은 4년제 대학(법학전문대학원 포함)의 전임 교원 및 법조실무가 가운데서 7인 이상을 법학연구원 원장(이하 "원장"이라 한다)이 위촉한다.

제3조 (편집위원의 임기) ① 편집위원장 및 편집위원의 임기는 2년으로 하며, 연임할 수 있다.

② 원장은 특별히 필요하다고 인정되는 경우에 임기가 종료되지 아니한 위원을 운영위원회의 동의를 얻어 해촉할 수 있다. 또한 원장은 해촉된 위원을 교체하기 위하여, 또는 사임한 위원을 승계하기 위하여, 기타 필요한 경우에 편집위원을 새로 선임할 수 있고, 그 임기는 퇴임한 위원의 잔여임기로 한다.

제4조 (편집위원회 업무 등) ① 편집위원회는 다음 각호의 사항을 처리한다.

1. 『성균관법학』에 게재를 신청한 원고의 심사를 위한 심사위원의 선임
2. 심사결과의 평가와 게재 여부의 결정
3. 심사결과에 대한 이의의 처리

제5조 (논문심사의 위촉) ① 투고된 원고는 원칙적으로 편집위원장을 통해 위촉된 심사위원에 의하여 1편당 3인에 의하여 심사된다.

② 심사위원은 원칙적으로 외부 심사위원 2인 이상으로 한다. 단, 부득이한 사정이 있는 경우 이러한 내·외부 심사위원의 비율을 변경할 수 있다.

③ 편집위원장은 당해 논문의 전공분야의 박사학위자 또는 당해 논문제목과 동일 또는 유사한 선행 논문을 발표한 전문가에게 심사를 위촉함을 원칙으로 한다.

④ 논문심사에 있어서 심사위원과 투고자의 인적사항은 밝히지 않는다.

제6조 (게재 결정) ① 편집위원회는 개별심사위원의 의견을 종합하여 「성균관법학」 심사규칙 제4조 제2항에 따른 심사 결과가 모두 "게재 가능" 또는 "수정 후 게재"인 경우에는 게재를 허용하되, 이에 해당하지 아니하고 심사 의견이 다를 때에는 심사위원의 다수 의견에 따라 결정한다. 심사위원의 다수 의견을 정함에 있어서 "게재가능"은 "수정 후 게재"와 합산하여 "수정 후 게재"로 정하고, "수정 후 재심"은 "게재불가"와 합산하여 "수정 후 재심"으로 정한다. 다만, 심사의 공정성을 우려할 만한 특별한 사정이 있거나 그 밖에 편집 등의 부득이한 사정이 있는 경우에는 편집위원회가 달리 결정할 수 있다. (2019. 6. 3. 개정)

② 편집위원장은 편집위원회 회의 개최 전에 "수정 후 재심" 또는 "게재불가"인 심사 의견에 대하여 특별한 사정이 있는 경우에는 당해 논문을 심사하지 않은 다른 1인의 심사위원에게 재심사를 의뢰할 수 있다. (2019. 6. 3. 개정)

③ 편집위원회가 "수정 후 재심" 결정을 한 경우에는 투고자에게 서면 또는 전자우편으로 즉시 통지하며, 투고자는 다음 호에 수정 후 투고하여 재심사를 받을 수 있다. 투고자가 다음 호에 투고하지 않거나 재심사 후에도 게재가 불가하다고 판단될 경우에는 "게재불가"로 처리한다. (2019. 6. 3. 신설)

④ 편집위원회가 "게재불가"로 결정한 경우 투고자에게 서면 또는 전자우편으로 즉시 통지한다. (2019. 6. 3. 신설)

⑤ 동일호에 동일인이 단독 저자 및 제1저자일 경우를 포함하여 2편 이상의 논문을 게재하는 것은 허용하지 아니한다.

제7조 (게재결정에 대한 이의) ① 법학연구원 심사규칙 제4조에 의하여 “수정 후 재심” 또는 “게재불가”의 결정을 통고 받은 투고자는 통지를 받은 날로부터 3일 이내에 편집위원장에게 서면 또는 전자우편으로 이의를 제기할 수 있다. (2019. 6. 3. 개정)

② 제1항에 따른 이의가 제기된 경우 편집위원장은 편집위원회를 소집하여 이를 처리하여야 한다.

③ 편집위원장은 제2항에 따른 편집위원회의 결과를 지체 없이 투고자에게 통지하여야 한다.

제8조 (편집위원회의 운영) ① 편집위원장은 년4회 정기편집회의를 소집하여야 하며, 원장이 요구할 경우 임시편집회의를 소집할 수 있다.

② 편집위원회는 재적 과반수 출석과 출석 과반수 찬성으로 의결한다.

③ 필요하다고 인정되는 경우 편집위원장은 서면결정으로 편집위원회 회의에 갈음할 수 있다.

제9조 (비밀준수의무) 편집위원은 편집위원회의 업무에 관하여 얻은 정보를 공개하지 않을 의무가 있다.

제10조 (규정의 개정) 이 규정은 법학연구원 운영위원회의 의결을 거쳐 개정할 수 있다. (2019. 6. 3. 신설)

< 부 칙 > 본 규정은 1997년 3월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규정은 2002년 3월 2일부터 시행된다.

< 부 칙 > 본 규정은 2004년 6월 30일부터 시행된다.

< 부 칙 > 본 규정은 2006년 12월 1일부터 시행된다.

< 부 칙 > 본 규정은 2007년 8월 1일부터 시행한다. 2007년의 경우 제19권 제2호와 제3호를 8월 31일과 12월 31일에 각각 발간한다.

< 부 칙 > 본 규정은 2010년 3월 2일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규정은 2011년 3월 2일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규정은 2011년 5월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규정은 2011년 12월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규정은 2012년 9월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규정은 2014년 9월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규정은 2014년 12월 11일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규정은 2019년 6월 3일부터 시행한다.

성균관대학교 「成均館法學」 연구윤리규정

제1조 (목적) 이 규정은 성균관법학에 투고된 글에 관하여 연구윤리위반에 대해 판정하고, 더 나아가 연구윤리의 확산과 부정행위 방지를 목적으로 한다.

제2조 (연구윤리위반의 종류) 연구윤리위반에는 아래의 행위가 포함된다.

1. 표절 등 타인의 저작권을 침해하는 행위
2. 논문의 작성에 실질적인 기여 없이 작성자로 기재하는 행위
3. 과거에 출판된 논문 등 저작물을 중복하여 출판하는 행위
4. 상당한 이유 없이 타인의 명예를 침해하는 표현을 사용하는 행위
5. 학계에서 통상적으로 용인되는 범위를 심각하게 벗어난 행위
6. 소속과 직위 등의 저자 정보를 명확하게 기재하지 않거나 거짓된 저자 정보를 기재하는 행위

제3조 (연구윤리위원회의 구성) ① 법학연구원규정 제15조에 따라 구성된 성균관대학교 법학연구원의 연구윤리위원회가 성균관법학 윤리위원회(이하 위원회라 한다)의 업무를 수행한다.

② 위원회는 연구윤리위원장을 포함하여 10인 이내의 위원으로 구성한다.

③ 연구윤리위원장과 연구윤리위원은 법학연구원장이 위촉한다.

제4조 (연구윤리위원의 임기) 연구윤리위원장과 연구윤리위원의 임기는 2년으로 하며, 연임할 수 있다.

제5조 (위원회의 권한) ① 위원회는 투고된 글의 연구윤리위반에 대해 심의하고 의결한다.

② 위원회는 연구윤리위반 사안을 검토하기 위해 조사위원을 선임할 수 있다.

제6조 (위원회의 회의) ① 위원장은 위원회를 소집하고 그 의장이 된다.

② 위원장은 투고된 글의 연구윤리위반에 관해 의심이 있을 때나 심의 요청이 접수된 때에 회의를 소집하여야 한다.

- ③ 회의는 위원 과반수의 출석과 출석위원 과반수의 찬성으로 의결한다.
- ④ 당해 사안에 대해 공정성을 기대하기 어려운 사유가 있는 위원은 심의나 의결에 관여할 수 없다.

제7조 (조사위원의 권한과 의무) ① 조사위원은 당해 사안이 심의되는 위원회의 회의에 참석하여 발언할 수 있다.

② 조사위원은 당해 사안에 관해 조사보고서를 작성하여 위원회에 제출해야 한다.

제8조 (피조사자의 권한) ① 피조사자는 회의에 출석하여 진술할 권한을 가진다.

② 피조사자는 위원회의 결정이 있는 날로부터 15일 이내에 그 결정에 대해 통지를 받을 권한을 가진다.

③ 피조사자는 통지를 받은 날로부터 7일 이내에 재심을 청구할 권한을 가진다.

제8조의2 (저자 정보 확인을 위한 조치) 투고된 논문의 저자 소속 및 직위 등 저자 정보의 확인이 필요한 경우 위원회는 해당 논문의 저자 혹은 저자의 소속기관에 증빙자료 제출을 요구할 수 있다.

제9조 (연구윤리위반에 대한 조치) 위원회는 제2조의 연구윤리위반에 대하여 다음의 조치를 취한다.

1. 투고된 원고에 대한 게재 거부
2. 게재된 경우라면 성균관법학 논문목록에서 삭제
3. 투고자에 대하여 3년 이상 성균관법학에 논문투고 금지
4. 법학연구원 홈페이지에 위반사항 공고
5. 투고자의 소속 기관장에 위반사항 통보

제10조 (위원의 비밀유지의무) 위원장과 위원은 위원회의 직무와 관련하여 취득한 사항에 대하여 비밀을 유지하여야 한다.

제11조 (연구윤리에 대한 교육) 연구윤리위원장은 법학연구원장과 협의하여 연구윤리를 확산하고 부정행위를 방지하기 위한 교육을 정기적으로 실시한다.

제12조 (운영예산) 위원장은 위원회의 운영 및 조사에 필요한 예산을 책정하여 지급할 수 있다.

제13조 (타규정의 준용) 성균관대학교 ‘연구윤리 및 진실성 확보를 위한 규정’을 준용한다.

< 부 칙 > 이 규정은 2007년 9월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 이 규정은 2014년 9월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 이 규정은 2019년 12월 27일부터 시행한다.

성균관대학교 「成均館法學」 투고규칙

제1조 (목적) 이 규칙은 성균관대학교 법학연구원에서 발행하는 성균관법학(이하 학술지)에 게재할 논문의 투고에 관한 사항을 정하는 것을 목적으로 한다.

제2조 (투고자격) ① 투고 요청논문은 다음 각 호에 해당하는 자에 한정된다.

1. 성균관대학교 법학전문대학원 교수
2. 성균관대학교 법학연구원 연구원
3. 전국의 법과대학 및 법학전문대학원 교수, 판사, 검사, 변호사
4. 법학 박사학위 과정을 밟고 있는 자 이상인 자
5. 기타 편집위원회의 승인을 얻은 자

② 상기의 자격을 가진 자는 공동저술이 가능하며, 공동저자의 경우에는 제1저자가 주저자가 된다.

제2조의2 (투고 제한) 각 호별로 주저자 기준으로 동일한 기관에 소속된 저자의 투고 비율이 전체 투고자의 4할(5분의 2) 이상이 되는 경우에는 투고 순서나 편집위원회가 달리 정하는 기준으로 정해지는 대상 투고 논문에 대하여 심사 절차를 개시하지 않고 반려할 수 있다.

제3조 (투고원고) 학술지에 투고할 원고는 다음과 같다.

1. 발표논문: 본 연구원 주최 학술모임에서 발표되고 제출된 논문
2. 일반논문: 학술지 게재를 위하여 따로 투고된 논문
3. 판례평석
4. 기타 편집위원회에서 학술적 가치가 있다고 인정한 번역물과 서평 등

제4조 (원고제출) ① 학술지에 논문을 게재하고자 하는 자는 원고를 각각 발간일 60일 전까지 원고파일을 온라인 논문 투고 및 심사 시스템 홈페이지(<https://icls.jams.or.kr>)에 제출함을 원칙으로 한다. 단, 논문제출 마감일이 공휴일인 경우에는 원고

제출은 그 다음날까지 할 수 있다.

② 투고자는 법학연구원이 제공한 논문투고 신청서 및 논문연구윤리 확인서 및 논문 사용권 등 위임동의서를 제출하여야 한다. 이를 이행하지 아니한 자는 투고를 철회한 것으로 간주하며, 향후 2년간 성균관법학은 논문투고 신청을 거절할 수 있다.

③ 투고된 논문은 성균관법학 원고작성요령에 따라 제출되어야 한다.

제5조 (원고제출 기일의 연장) 법학연구원장은 논문제출 기일을 연장할 수 있다. 단, 이 기일의 연장은 법학연구원 홈페이지에 공지하여야 한다.

제6조 (심사료 및 게재료) ① 학술지에 원고를 투고할 때에는 심사비 6만원을 납부해야 한다. 게재가 결정된 원고에 대해서는 지정된 기일까지 게재료 20만원과 추가 부담금을 납부해야 하며, 추가부담금은 200자 원고지 200매를 초과하는 원고지 1매당 1,000원으로 한다. 이를 이행하지 아니한 논문은 게재하지 아니한다.

② 저자가 2명 이상인 경우에는 심사료 및 게재료는 인원수에 따라 분담한다.

③ 본교 법학전문대학원의 교수는 제1항의 지급의무를 면제한다. 단, 공저인 경우 본교 법학전문대학원의 교수에 한하여 의무가 면제되며 그 외의 자는 그러하지 아니하다.

제7조 (논문게재예정증명서 및 논문게재확인서) 법학연구원장은 논문게재예정증명서 또는 논문게재확인서를 발급할 수 있다.

제8조 (저작권) 채택된 원고의 저작권은 채택과 동시에 성균관대학교 법학연구원에 귀속한다.

제9조 (규칙의 개정) 본 규칙은 법학연구원 운영위원회의 의결을 거쳐 개정할 수 있다.

제10조 (기타) 성균관법학의 논문투고와 관련하여 본 규칙에 명시되지 아니한 사항은 법학연구원 운영위원회의 결정에 따른다.

- < 부 칙 > 본 규칙은 1997년 3월 1일부터 시행한다.
- < 부 칙 > 본 규칙은 2002년 3월 2일부터 시행된다.
- < 부 칙 > 본 규칙은 2004년 6월 30일부터 시행된다.
- < 부 칙 > 본 규칙은 2006년 12월 1일부터 시행된다.
- < 부 칙 > 본 규칙은 2007년 8월 1일부터 시행한다. 2007년의 경우 제19권 제2호와 제3호를 8월 31일과 12월 31일에 각각 발간한다.
- < 부 칙 > 본 규칙은 2010년 3월 2일부터 시행한다.
- < 부 칙 > 본 규칙은 2011년 3월 2일부터 시행한다.
- < 부 칙 > 본 규칙은 2011년 5월 1일부터 시행한다.
- < 부 칙 > 본 규칙은 2011년 12월 1일부터 시행한다.
- < 부 칙 > 본 규칙은 2012년 9월 1일부터 시행한다.
- < 부 칙 > 본 규칙은 2014년 9월 1일부터 시행한다.
- < 부 칙 > 본 규칙은 2018년 11월 20일부터 시행한다.
- < 부 칙 > 본 규칙은 2021년 1월 1일부터 시행한다.

성균관대학교 「成均館法學」 원고작성요령

1. 원고는 논문, 판례평석, 서평, 자료로 구별하여 작성합니다.
2. 원고의 표지에는 논문제목(국문 및 영문), 필자성명(국문 및 영문), 소속과 직위, 학위, 전화번호 및 이메일 주소를 기재하여야 합니다.
3. 원고의 분량은 200자 원고지 150매 내외를 원칙으로 합니다. 다만, 원고가 200매 초과 시에는 초과분에 대한 게재료를 추가로 부담하여야 하며, 추가부담금은 200자 원고지 200매를 초과하는 원고지 1매당 1,000원으로 합니다.
4. 제출하는 원고에는 반드시 목차, 국문요약(외국어 논문인 경우에는 외국어요약), 참고문헌, 외국어초록(외국어 논문인 경우에는 국문초록), 국문 및 외국어 5개 이상의 주제어를 첨부해야 합니다. 초록의 분량은 2쪽 이내이어야 합니다.
5. 주석은 ‘각주’로 처리합니다. 각주에서 인용한 문헌을 참고문헌에서 가나다 순 또는 알파벳 순으로 모두 표시합니다.
6. 논문은 ‘아래한글’로 다음의 규격에 따라 작성합니다.
 - 가. 본문: 들여쓰기 10, 줄간격 170, 글꼴 바탕, 글자크기 10.5
 - 나. 각주: 왼쪽 여백 3, 오른 여백 0, 내어쓰기 15, 줄간격 150, 글꼴 바탕, 글자크기 9
7. 인용되는 표현인 것을 표시하는 경우에는 “ ”를 사용하고 강조하는 내용을 표시하는 경우에는 ‘ ’, 방점 또는 밑줄을 사용합니다.
8. 성균관법학은 인용방법의 통일화를 지향합니다. 각주에서 출전을 밝히는 방법은 사법정책연구원 발간 「법률문헌의 인용방법 표준안(증보판)(2017)」 또는 그 후 개정되는 내용을 준수하여야 합니다.

〈자주 사용되는 인용 사례〉

다음은 (편의를 위해) 사법정책연구원, 「법률문헌의 인용방법 표준안(증보판)(2017)」의 내용 중 자주 사용되는 것을 예시한 것입니다. 자세한 내용, 추가 내용은 「법률문헌의 인용방법 표준안(증보판)(2017)」을 참고하시기 바랍니다.

① 논문의 인용

- 저자명, “논문 제목”, 간행물명 제X권 제Y호, 출판기관(출판연도), 인용면수.
- 홍길동, “속인주의와 속지주의의 구별”, 인권과 정의 제236호, 대한변호사회(1996), 133-134.
- 단행본 내의 논문: 저자명, “논문 제목”, 책 제목(편자명), 출판기관(출판연도), 인용면수.
- 학위 논문: 저자명, “논문 제목”, 석사(또는 박사) 학위논문, 학위수여 대학교(제출연도), 인용면수.
- 외국 논문은 그 나라의 인용방법에 따른다.

② 판결 등의 인용

- 법원명 선고 년. 월. 일. 선고 사건번호 판결.
- 대법원 1996. 4. 26. 선고 96다1078 판결.
- 대법원 1995. 11. 16. 선고 94다56852 전원합의체 판결
- 대법원 2010. 1. 14.자 2009마1449 결정.
- 심리불속행 판결: 대법원 2000. 1. 1.자 99다2342 판결.
- 헌법재판소 1994. 7. 29. 선고 92헌바49 결정.
- 조세심판원 2013. 11. 4.자 2013지0444 결정.

③ 단행본의 인용

- 저자명, 제목(개정판 정보), 출판사(출판연도), 인용면수(“해당 내용.”).
- 정차호, 특허법의 진보성, 박영사(2013), 56(“진보성은 특허법에서 가장 중요한 요건이다.”).
- 저자가 2명 이상인 경우에는 기여도의 순에 따라 기재하고 각 이름 사이에는 가운데 점(·)을 둔다.
- 저자가 3명 이상인 경우 제1저자의 성명만 표기하고 “외 3인”으로 표기할 수 있다.

④ 법령의 인용

- 법령명(정식 명칭 또는 약칭) 제#조 제#항 제#호 ()목.
- 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 제25조의2 제3항 제1호
- 구 특허법(2008. 3. 28. 법률 제9097호로 개정되기 전의 것) 제29조 제2항.

⑤ 신문기사 등 기타 글의 인용, 인터넷 자료의 인용

- 신문기사: 저자명(신문사와 별도로 있는 경우), “기사 제목”, 발행 신문, 기사 일자(년. 월. 일.), 인용면수.
- 홍길동, “상고법원이 아닌 대법관 증원이 상책”, 동아일보(2019. 9. 14.), A12.
- 세미나 자료: 저자명, “발표문 제목”, 세미나 명칭, 주최자, 발표일(년. 월. 일.), 인용면수.
- 인터넷 자료: 전통적 출판 문헌의 인용방식 + 인터넷 주소(최종확인일자).

⑥ 외국자료의 인용

- 외국자료의 인용은 그 나라의 인용방법을 기준으로 한다.
- 그 나라의 인용방법을 알지 못하는 경우에는 해당 논문에서 가장 많이 인용된 외국자료의 해당 국가의 인용방법을 적용할 수 있다.

⑦ 각주 인용방법: 기타

- 하나의 각주에서 2개 이상 문헌을 인용하는 경우 각 문헌을 반쌍점(:)으로 이어준다.
- 앞에서 인용된 것을 다시 인용하는 경우, ‘저자명, 앞의 논문, 해당 면수’, ‘저자명, 앞의 책, 해당 면수’ 등으로 표시하고 바로 앞에서 인용된 것을 다시 인용하는 경우, ‘저자명, 위의 논문, 해당 면수’, ‘저자명, 위의 책, 해당 면수’ 등으로 표시합니다. 앞에서 인용된 각주번호를 병기할 수 있으며 (참고문헌이 별도로 제공되는 점을 감안하여) 병기를 생략할 수도 있다. ‘저자명, 앞의 논문(각주 34), 해당 면수’.
- 2차 문헌을 통해 1차 문헌을 인용하는 경우, 두 문헌의 출처를 모두 밝히고 ‘재인용’임을 표시하여야 한다.

성균관대학교 「成均館法學」 심사규칙

제1조 (목적) 이 규칙은 성균관대학교 법학연구원(이하 ‘연구원’이라 한다)이 간행하는 『성균관법학』에 게재하기 위하여 투고된 논문, 판례평석, 기타 원고 등의 심사절차를 정함으로써 공정한 심사기준을 마련함을 목적으로 한다.

제2조 (심사대상) 투고규칙 제3조에 따라 투고된 논문은 심사대상이 된다. 단, 번역물과 서평 등은 논문심사에서 제외할 수 있다.

제3조 (논문심사의 위촉과 심사절차) 논문심사의 위촉은 편집위원회 운영규정 제5조에 따른다.

제4조 (논문심사기준) ① 논문심사는 다음 각호의 기준에 따른다.

1. 논문의 독창성
2. 논문의 전문성
3. 논문의 형식
4. 논문의 해당분야 이론 및 실무의 관한 발전에 대한 기여도

② 논문에 대한 평가는 다음의 단계로 구분한다. (2019. 6. 3. 개정)

1. 수정이 필요 없을 경우 : “게재가능”
2. 간단한 수정이 필요한 경우 : “수정 후 게재”
3. 전면적인 수정 및 재심이 필요한 경우 : “수정 후 재심”
4. 게재가 가능하지 않는 경우 : “게재불가”

제5조 (개정) 이 규칙은 법학연구원 운영위원회의 의결을 거쳐 개정할 수 있다. (2019. 6. 3. 개정)

< 부 칙 > 본 규칙은 1997년 3월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2002년 3월 2일부터 시행된다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2004년 6월 30일부터 시행된다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2006년 12월 1일부터 시행된다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2007년 8월 1일부터 시행한다. 2007년의 경우 제19권 제2
호와 제3호를 8월 31일과 12월 31일에 각각 발간한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2010년 3월 2일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2011년 3월 2일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2011년 5월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2011년 12월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2012년 9월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2014년 9월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2019년 6월 3일부터 시행한다.

성균관대학교 「成均館法學」 발행규칙

제1조 (목적) 이 규칙은 성균관대학교 『성균관법학』을 발행함에 있어 필요한 사항을 정함을 목적으로 한다.

제2조 (학술지명) 법학연구원은 국내학술지로 『성균관법학』 (SungKyunKwan Law Review)을 발행한다.

제3조 (발간시기) ① 성균관법학은 연4회 발간한다.

② 성균관법학의 발간일자는 매년 3월 31일, 6월 30일, 9월 30일, 12월 31일로 한다.

③ 성균관법학에 게재된 저작물에는 논문투고일자(2***년 *월 *일), 심사일자(2***, *월, *일, 게재확정일자(2***, *월, *일)를 표기한다.

④ 편집위원회의 결정에 의하여 기념호 또는 특집호를 발간할 수 있다.

제4조 (전자 발간) ① 성균관법학의 발간은 전자적 방식으로 한다.

② 게재가 확정된 논문에 대해서는 해당 논문을 PDF파일 형태로 하여 게재자에게 무상으로 제공한다.

제5조 (기타) 성균관법학의 발행과 관련하여 본 규칙에 명시되지 아니한 사항은 법학연구원 운영위원회의 결정에 따른다.

< 부 칙 > 본 규칙은 1997년 3월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2002년 3월 2일부터 시행된다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2004년 6월 30일부터 시행된다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2006년 12월 1일부터 시행된다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2007년 8월 1일부터 시행한다. 2007년의 경우 제19권 제2호와 제3호를 8월 31일과 12월 31일에 각각 발간한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2010년 3월 2일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2011년 3월 2일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2011년 5월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2011년 12월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2012년 9월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2014년 9월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2018년 11월 20일부터 시행한다.

法學研究院 운영위원회

- 연구원장 정차호
- 운영위원 김재원, 배병호, 이경열, 이선희, 정상현, 정차호

法學研究院 편집위원회

- 편집위원장 이경열(성균관대학교)
- 편집위원 강현호(성균관대학교), 김동준(충남대학교),
박인환(인하대학교), 이기춘(부산대학교),
이창섭(제주대학교), 정차호(성균관대학교),
현소혜(성균관대학교),

法學研究院 윤리위원회

- 윤리위원장 정차호(성균관대학교)
- 윤리위원 김재원(성균관대학교), 배병호(성균관대학교),
이경열(성균관대학교), 이선희(성균관대학교),
정상현(성균관대학교), 정차호(성균관대학교),

- 연락처 : 서울시 종로구 성균관로 25-2 성균관대학교 법학관 303호 법학연구원
- 전 화 : (02) 760-1288 Fax : (02) 760-1289
- Homepage : <http://law.skku.edu/>
- E-mail : icls@skku.edu

成均館法學

第34卷 第1號

1판 1쇄 발행 2022년 3월 31일

발행인 : 정 차 호

발행처 : 성균관대학교 법학연구원

주소 : 03063 서울특별시 종로구 성균관로 25-2

전화 : (02) 760-1288~9

E-mail : icls@skku.edu

등록번호 : 1992년 12월 22일 제1-1469호

SungKyunKwan Law Review

Vol. 34 No. 1

Articles

- | | | |
|--|---------------------------------|-----|
| • Justifying Disgorgement of Profits in
Director's Breach of Duty of Loyalty
- The Lesson from England and Wales- | Jeemin Song | 1 |
| • The Legal Meaning of the Common Heritage
of Mankind in International Law | SEO Jinwoong | 35 |
| • The Relationship between the 'Regionalization
Procedure' and the 'Import Approval
Procedure' under the WTO SPS Agreement | Kim, Hyun Jung,
Lee, Kil Won | 67 |
| • Study on Guideline for Clarification of
Ownership for Subsequent (Improvement)
Invention after Establishment of Spin-off by
Dual-employed Faculty | Sung Pill HWANG | 101 |
| • A Study on Whether (Other than Objective
Dedication) Subjective Communication Among
Joint Inventors is Necessary | Li Hua WEN,
Chaho JUNG | 133 |

成均館法學

V

o

l

.

3

4

N

o

.

1

2

0

2

2

成均館大學校法學研究院