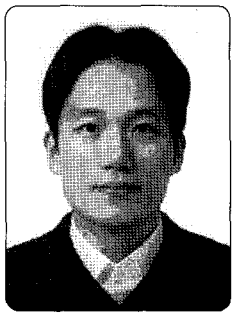
'권리'로서의 지식재산권



이태원 주임
한국발명진흥회 산업인력양성팀

들어가며

국회 지식경제위원회 소속의 한 조사관의 입을 통해서 들은 말이 있다. "특허라는 게 한마디로 돈 낭비다. 고작 20년이면 사라질 권리에 대고, 그나마도 무효소송이니, 특허침해니 해가며 법정 소송으로 다투느라 돈들이고, 기업의 기술을 효율적으로 운용하고 지킨다는 효과도 없고, 이런 걸 기업들은 전략이니 하고, 특허청이나 일부 정부기구들은 정책이라고 들먹이고 있다. 특허라는 허상의 권리에 국가가 돈을 들인다는 건 혈세낭비 아니냐." 내 귀에 들어온 말을 굳이 세련된 표현으로 바꾸어 적지 않은 것은, 지식경제부의 정책과 업무를 조사하는 위치에 있는 사람이면서도, 많은 선진 국가들이 자국의 힘을 키우는 데에 지식재산을 중시하는 정책들을 펴나가고 있는 점을 간과하고 지식재산의 중요성에 대해 이토록 부정적으로 표현하고 있다는 사실이 적잖이 충격적이었기 때문이다. 개인적인 의견이겠지만, 오히려 그것이 개인적인 의견이었기에 더욱 근심하게 하는 순간이었다. 국가가 추구해야 할 지식재산 강국과는 정반대의 생각을 가진 사람이 공직에 있다면, 국가와 개인 모두에게 고통이 아닐까 싶다.

권리라는 것은 어떤 것이든 그것을 행사함에 있어서는 기한의 제한이 따르고, 기타 다양한 조건들에 의해 제약을 받게 되어 있다. 뿐만 아니라 권리의 취득이란 것은 무엇이 되었든 제한된 자원이나 가치의 일부를 타인이 사용하지 못하도록 하는 효과뿐만 아니라 타인에게도 영향을 미치는 효력이 있어서, 이해가 상충하는 이들과의 갈등은 어떤 형태로든 드러나게 되어 있는 것이다. 국가 정책에 대한 바른 이해와 설득이 밑바탕 되고, 무엇보다 지식재산의 중요성을 오히려 설득하면서 보다 실효성 있는 과제를 요청하고 지원해야 할 사람이 권리라는 것에 대한 기본적인 이해를 갖추고 있지 못한 것은 크나큰 잘못이라고 말하고 싶다.

그런 의미에서 지식재산 분야에 몸담고 있는 우리가 먼저 권리에 대한 명확한 인식을 가졌으면 하는 생각에서, 권리라는 측면에서 지식재산에 대해 짧으나마 논의를 해볼까 한다.

'권리' 로서의 특허

흔히 '특허' 라고 짧게 말하고 있지만, 보다 엄밀하게는 특허권이라고 표현하는 게 맞다. 그래서 흔히 일반적으로 영문 상으로도 IP라고 사용하고 있지만, 학계나 많은 공식적인 비즈니스 포럼에서는 꼬박꼬박 IPR이라고 표기하는 사례가 많은 것이다. 우리도 많이 의식이 변화되긴 했지만, 권리를 상호관계 속에서 이해하는 서구의 권리의식에는 아직 미흡하다는 느낌이다.

특허권은 우리가 입에 배어 있는 것처럼 기술이나 발명의 공개를 대가로 발명자에게 주어지는 독점배타적인 권리이다. 특히 특허권은 재산권적인 측면이 강하게 작용하는 권리이기 때문에, 많은 점에서 민법이 규율하는 법원리에 가깝고, 그래서 권리의 행사에 있어서도 재산권과 같은 부수적인 권리가 따르고, 권리의 다툼에 있어서도 재산권과 유사한 형태의 소(訴)가 제기되는 것이다.[1]

1. '권리' 의 규율원칙

권리를 확보하는 방법은 권리의 양상과 내용에 따라 다르다. 헌법이 인정한 정치적 권리인 참정권으로부터, 민법이 세세히 규정한 재산권의 내용이 서로 다르듯이, 특허권 역시 그 취득의 방법은 여타의 재산권과 많은 차이가 있다. 비유적으로 말하면, 미국에서 참정권이라고 하더라도, 단지 미국에서 태어남으로써 국적이 자동 취득되어 얻게 되는 국적에 근거한 참정권과 복잡하고 어려운 이민절차나 귀화절차를 통해서 얻게 되는 시민권에 근거한 참정권처럼 그 권리는 동일하나 취득상의 차이가 있는 경우가 있다. 특허권에 대한 권리의 취득을 규율하는 특허법을 별도로 두고, 그에 대한 행정적 권리운용의 전문가로 변리사라는 직을 창설한 것에서도 그 독특함을 알 수 있다.

그런데, 그렇다고 해서 특허권이란 것이 기존에 권리의 창설을 규율하는 기본적인 법정신이나 법원칙과 별개의 신법으로 세워진 것은 아니다. 특허법 역시 민법이 정한 재산권을 바탕으로 하고, 이에 특허권의 취득에 관한 행정적인 체계를 갖고 있는 점에서는 기존의 법원칙과 법규의 종합이라 할 수 있다. 따라서 특허법을 단순히 복잡한 행정적 절차를 규율하여, 변리사라는 특수전문가만이 이해하고 접근할 수 있는 것으로 생각할 필요는 없다.

2. 재산권으로서의 권리

이를 위해서 필요한 것은 재산권의 원리를 그대로 간직하고 있는 권리로서의 특허를 이해하는 것이 큰 도움이 될 것이다. 다만 구별되는 점은 특허의 경우는 권리의 획득을 위한 가장 큰 요소로서, 특허출원에서 등록이라는 일련의 행정적인 절차를 담고 있다는 것이다. 하지만, 이 역시도 권리 특히 재산권에 관한 민법상의 법원칙이나 법률규정을 살펴보면, 완전히 새로운 것은 아니라는 사실을 알 수 있다. 가장 비슷한 예로는 부동산과 관련된 다양한 권리를 예로 들 수 있고, 특히 계약이나 거래를 통한 일반적인 권원이 아닌, 오랜 기간의 점유에 의한 권리의 획득이나 무주물에 대한 권리획득 등의 법리도 특허법의 독특한(아니, 독특해 보이는) 법적 구성을 이해할 수 있게 해 줄 것이다.

우선 민법은 재산권을 인간이 한 사회의 구성원으로서 향유할 수 있는 법에 앞서는 원천적인 권리로 본다는 점을 이해할 수 있다. 그리고 인간의 권리에 대한 욕구를 균형있게 규율하고 질서를 부여하기 위해 법률이 만들어졌다고 볼 수 있다. 소위 '만인에 대한 만인의 투쟁' 이라는 사회계약론적인 사상이 법률에 녹아 있는 셈이다. 그리하여, 권리는 그 획득을 위한 방법 역시 권리 자체가 가지는 성격에 두고 있는 경우가 있지만, 권리가 가지는 막강한 영향력과 제3자에 대한 파급력뿐만 아니라 국가의 행정작용을 기속하는 능력을 고려하여, 다양한 요건을 두어 규율하고 있다.

3. 권리의 취득 근거 : 권원

재산권의 경우는 그 대상이 되는 물건의 소유를 기본으로 권리가 부여된다. 그리고 그 소유를 인정하는 것으로 첫

1) 물론, 특허권은 토지나 건물과 같이 시세나 가액이 정해지기가 어렵다는 점에서 손해배상 등의 문제에 대해서는 보다 복잡한 소송가액의 산정이 필요하지만, 어쨌거나 권리의 다툼에 관한 소송의 형태는 재산권과 관련된 소송의 형태에서 크게 벗어나지 않는다.

째는 점유, 즉 그 물건을 소유자가 자신의 통제범위 내에 보유하고 있는 것을 요구한다. 그리고 만일 자신이 점유하고 있지 않은 경우에는 그 비점유 상태에 있으나 소유권은 자신에게 있음을 증명할 수 있는 증거나 서류 등을 요구하게 되는 것이다. 만일 누군가에게 빌려 준 것이면, 빌려간 상대방과의 약속이나 계약의 문서를, 그 물건의 성격이 토지나 위험물과 같이 사회적으로 중요한 재화인 경우에는 소유나 행정기관 등에 등록되었음을 증명하는 행정적인 문서를, 자동차나 선박과 같은 등록을 요건으로 하는 물건이라면 등록관련 문서나 공증서류 등을 소유의 증거로 확보하여야 하는 것이다. 권리가 권리를 행사하는 직접 상대방 이외에도 불확정의 제3자에게도 영향을 미친다는 점을 생각하면, 이러한 근거의 확보는 무엇보다 중요해진다.

더욱이 그것이 상법상 혹은 상관습상 자주 거래가 되는 물건이라면, 이러한 요건은 더욱더 중요해진다. 정리해서 말하면, 권리는 권리의 획득에 대한 근거 즉, 권원을 입증할 자료를 요구할 뿐만 아니라, 그것을 중심으로 이해관계가 확대될 때마다 그 이해관계를 증명할 자료를 추가로 요구하게 된다는 것이다. 한 사회 내의 모든 물건과 재화는 지속적으로 변동상태에 있다고 보기 때문이다. 누구도 영원히 소유할 수 있는 재물은 없다. 소유권은 아무리 길어도, 소유자의 수명이상을 누릴 수 없으며, 거의 모든 권리가 계약상의 한계를 벗어나서 행사할 수 없고, 상당한 수의 채권이나 청구권은 소위 제척기간이라는 주장의 기한을 갖게 되는 것이 한 사회의 법의 정신인 것이다.[2]

4. '권리'의 구현

환언하면, 지식재산권의 경우도 이 점에서는 동일한 원칙으로 이해할 수 있다. 특허란 것은 자신의 발명이나 기술을 권리로서 확보하는 것을 의미하는 점에서 재산권의 확보와 별반 다르지 않다. 자신이 재산권을 확보하게 된 권원이 계약인 경우에는 사적자치의 원칙이 강하게 작용하는데 반해, 상속이나 점유 혹은 무주물선점에 의한 것이 되면 사적자치보다는 행정법의 원리가 보다 강하게 작용하게 되는 것처럼, 지식재산권도 출원과 등록의 행정적 절차가 특허권이라는 독점배타적인 권리의 형성적 기능을 하는 만큼, 권리의 획득에는 계약에 의한 재산권의 취득보다는 복잡한 권원의 형성 근거가 필요하게 되는 것이다. 그리고 기술이나 발명이 가지는 사회경제적인 파급력이 바로 출원에서 등록에 이르는 복잡한 행정절차를 낳게 하는 원인이 된다.

그리고 자동차 등록에 있어서도 비록 매매계약에 근거하여 등록에 이르는 제반 서류나 절차를 잘 지켰다고 하더라도, 앞서 불법거래된 사실이 있는 차량에 대해서는 소유권의 하자가 남는 문제가 따르는 것처럼, 특허의 경우도 비록 출원의 절차가 잘 진행이 되었다 하더라도 이것이 자신의 발명이나 기술이 아니라는 '불법거래된 발명이자 기술'의 의심이 완전히 걷히지 않으면, 권리화될 수 없는 것이다.[3]

문제는 행정작용이 권리의 창설적인 작용을 한다는 점은 특허권이 가지는 강점이자 단점이 된다는 점이다. 이는 마치 무주물선점이나 점유에 의한 소유권의 인정과 같은 소지가 있어서, 실제 주인이 나타나면, 새로이 인정된 소유권은 말소가 되거나, 매매에 준하는 수준의 대가를 지급해야할 의무가 부여된다는 점이다. 이 점이 바로 특허권이 항상 발명자의 진정한 발명이자 기술인가를 의심하게 만드는 근거가 되는 것이다. 행정작용에 의해 창설된 권리이므로, 행정절차 상의 문제를 제기함으로써, 권리를 위태롭게 할 수 있다는 것이다. 그래서 결국은 행정력의 차이가 권리의 안정성과도 직결이 되는 것이다. 미국과 일본 등의 특허 선진국들의 제도와 중국이나 개발도상국의 특허법을 비교하여 보면, 이런 차이가 극명하다. 미국이나 일본 등은 권

2) 법적 안정성이란 것이 법이 추구하는 목표이기 때문이다. 더욱이 법적 안정성과 관련해서는 상법에서 가장 중시하는 '외관주의'를 빼놓고 이야기 할 수 없을 만큼 중요하다. 권리는 권리를 보유한 자와 그 상대방뿐만 아니라 제3자를 포함해서 고려해야하는 개념인 만큼, 표면적으로 드러나는 권리의 외양을 갖추는 것이 매우 중요하며, 이는 지식재산권에서는 더욱 두드러진다고 할 수 있다.

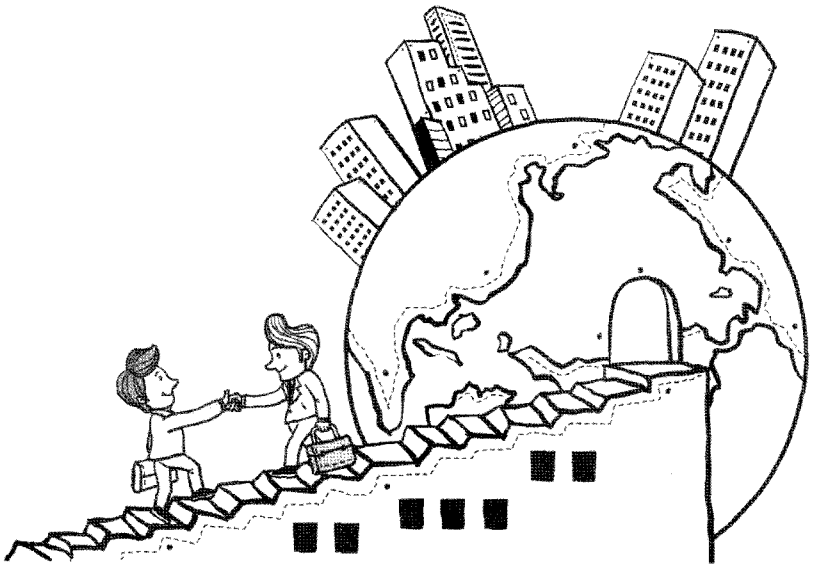
3) 앞서 예로 들었던 시민권의 경우도, 시민권 획득만을 목적으로 한 계약결혼이나 불법이민 등의 시민권 취득의 하자가 발생하면, 원천적으로 무효가 되도록 한 것처럼, 행정적인 권원에 의한 것은 국가 정책상의 영향력이 크게 작용한다.

리취득을 위한 절차와 증빙이 정형화되고 통일화되고 있는 반면에, 전산망이나 행정서류나 절차의 통일이 아직 미흡한 나라에서는 재산권의 권원을 행정적으로 입증하는 방법이 여전히 미흡한 것과 마찬가지로 특허권에 대한 권원의 입증방법이 유동상태에 있는 것이다. 그래서 중국 광주에서의 권리입증방식이 다르고, 북경에서 챙겨야 할 서류가 달라지는 것이다.

'권리'의 세계적 패러다임

특허 선진국들은 권리의 취득을 세계적으로 상호인정하기 위한 노력들을 하는 단계에 이르러 있다. 이를 위해서는 권리를 취급하고 지원하기 위한 행정력이 구축이 되어야 한다. 미국, 일본, 유럽은 이미 전자정부 수준의 행정력과 정보력을 갖추고 있기에, 출원서류의 통일이라든지 심사방식의 통일을 상호 논의할 수 있는 것이다. 이제 각국이 보유한 수많은 기술관련 논문과 입증자료들도 각국 특허청의 심사관들이 자신의 단말기를 통해 참조하고 확보할 수 있는 단계로 진입해 나갈 것이다. 증권거래라든지 수많은 경제부문의 권리취득이 세계적으로 공통된 절차와 방식으로 이루어지고 있는 것처럼, 이제는 지식재산의 분야에서도 권리를 확보하는 방법이 통일화되고 있다. 이제는 권리에 대한 의식도 세계화할 필요가 있게 된 것이다. 아직도 특허권의 확보에만 치중하여 기술의 확보라는 담보적 가치에만 치중하여, 특허의 실시권을 활용한 라이센싱 전략 등의 용익적 측면에 눈뜨지 못한 상황이라면, 권리의 취득에 앞서 권리의 행사범위 - 국내에 한정할 것인가? 국외에는 어느 나라까지를 행사범위로 할 것인가? 혹은 방어용 출원인가? 공격차원의 출원인가? 등 - 를 전략적으로 고민하고, 다양한 활용전략을 수립하는 단계를 거쳐야 한다는 점을 먼저 인식해야 할 때인 것이다.

너무 비정한 표현인지 모르지만 특허의 각축장에서 명확한 전략이 수립되지 않으면, 표면적으로는 소위 Win-Win을 주창하고 있지만, 현실에서는 자국과 자사의 이익을 위해서는 상대방을 몰매장하는 열강들의 손아귀에 모든 권리를 내줄 수 밖에 없는 도축장이 될지 모른다.

이왕 비정한 표현을 한 김에 국제사회의 냉엄한 현실을 감안해서 달리 말하면, 이 도축장에서 우리의 목표는 칼을 쥐는 것이며, 그것도 녹슬고 무딘 칼이 아니라 어떤 부위든 베어낼 수 있는 확실한 칼을 쥐어야 하는 것이다. 우리 특허청이 '한국에서 특허면, 세계에서도 특허'를 표방하는 것은 바로 이를 순화한 표현에 다름 아니다.

| 발명특허 2010. 2