

ADR을 통한 저작권분쟁 해결에 관한 검토

The Role of ADR in the Resolution of the Copyright Disputes

김 선 정*
Sun-Jeong, Kim

〈목 차〉

- I. 서 론
- II. 저작권분쟁의 ADR 방식
- III. 동북아 저작권분쟁해결기구에 대한 관견
- IV. 결 론

주제어 : 저작권분쟁의 대체적 해결방법, 저작권분쟁의 중재적격성, 한국저작권위원회, 저작권분쟁조정

* 동국대학교 서울 법학과 교수

I. 서론

저작자의 권리 및 인접한 권리를 보호하고 저작물 등의 문화적 소산의 공정한 이용을 확보하는 것은 문화와 산업발전을 위하여 중요한 일이다(저작권법 제1조). 그러나 저작물은 일상생활에서 가장 빈번하게 접하는 권리로 그 경제적 효용이 높고 교통수단, 디지털과 인터넷기술 등 통신수단의 발달에 따라 국제적 교류가 빈번한 반면 그 침해 가능성이 높다는 속성을 지니고 있다. 이에 따라 쉽사리 저작권에 대한 침해가 행하여지고 그로 인한 분쟁이 제기된다. 저작권법상 권리에 대한 사적 분쟁은 국가의 재판제도에 의한 해결이 가능하지만 각국은 대체적 분쟁해결방법의 여러 장점 때문에 조정 등의 방법을 함께 사용하고 있다. 아울러 국제적으로 일상화되고 있는 저작권침해행위에 대한 대응으로 저작권보호를 위한 국제조약이 체결되고¹⁾ 각국의 국내법에 이를 반영하여 국제적으로 보호수준을 통일하려는 노력이 진행되고 있다.

저작권의 경우, 침해가 용이한데 비하여 빨리 분쟁을 해결할 필요성이 크나 분쟁을 해결함에 있어 다양한 법적 쟁점이 포섭되어 있고, 관련사업자가 영세하여 충분한 법적 대책을 세우지 못하는 점, 국경을 넘는 침해행위가 빈번한 점에 비추어 국내외적 대응책이 함께 강구되어야 한다. 한편 분쟁해결에 고도의 전문가와 기술적 분야를 이해하는 자가 참여할 필요가 있으며, 비밀유지의 필요성도 크다. 이와 같은 여러 사정을 고려하면 저작권을 포함한 지적재산권 분쟁은 ADR에 의한 해결이 효과적이라 할 수 있다. 본고는 ADR에 의한 지적재산권분쟁문제를 특허부분과 저작권부분으로 나누어 발표하기로 한 계획에 따라, 먼저 저작권분쟁이 각국에서 어떤 ADR방식으로 행하여지고 있는지를 살펴보고, 한국의 저작권위원회가 행하는 분쟁조정에 대하여 평가한다. 둘째, 저작권분쟁의 ADR은 조정에 의한 방법이 보통이나 중재의 가능성은 없는지를 검토한다. 셋째, 저작권의 성격과 국제사회의 환경 속에서 저작권환경은 날로 악화되고 있다고 보여 진다. 이 문제는 각국이 국제조약과 국내법을 통하여 저작권보호수준을 통일하는 방식 또는 행정업무

1) 우리나라가 계약당사국이 된 조약으로 「무역관련 지적재산권에 관한 협정」(1995.1.1. 대한민국에 대하여 발효), 「무역관련 지적재산권에 관한 협정부속서」(2005.12.6. 제네바에서 작성-대한민국에 대하여 미발효), 「문학·예술적 저작물의 보호를 위한 베른 협약」(1986.9.9. 베른에서 작성-1996.5.21. 대한민국에 대하여 발효, 2003.10.1. 제네바에서 개정-대한민국에 대하여 미발효), 「세계지적재산권기구 저작권조약」(2004.6.24. 대한민국에 대하여 발효), 「세계저작권협약」(1987.10.1. 대한민국에 대하여 발효), 「1971년 7월 24일 파리에서 개정된 세계저작권협약」(1987.10.1. 대한민국에 대하여 발효), 「무국적자 및 난민의 저작물에 대한 1971년 7월 24일 파리에서 개정된 세계저작권협약의 적용에 관한 동 협약의 제11부속의정서」(1987.10.1. 대한민국에 대하여 발효), 「일정 국제기구의 저작물에 대한 1971년 7월 24일 파리에서 개정된 세계저작권협약의 적용에 관한 동 협약의 제2부속의정서」(1987.10.1. 대한민국에 대하여 발효), 「세계지적재산권기구 설립협약」(1967.7.14. 스톡홀름에서 채택-1979.3.1. 대한민국에 대하여 발효, 1978.9.28.-1984.5.25. 대한민국에 대하여 개정발효, 1999.9.24. 제네바에서 개정채택-대한민국에 대하여 미발효, 2003.10.1. 제네바에서 개정채택-대한민국에 대하여 미발효), 「세계지적재산권기구 실연 및 음반조약(1996년)」(2009.3.18. 대한민국에 대하여 발효), 「음반의 무단복제로부터 음반제작자를 보호하기 위한 협약」(1987.10.10. 대한민국에 대하여 발효), 「실연자, 음반제작자 및 방송사업자 보호를 위한 국제협약」(2009.3.18. 대한민국에 대하여 발효).

나 사법부분에서 국제적 협력을 강화하는 방법으로 개선할 수 있겠지만 실제로 쉬운 일이 아니다. 이러한 상황에서 저작권의 국제분쟁을 해결할 별도의 기구를 설립하자는 주장이 제기되어 있다. 이에 대하여 약간의 검토를 행한다.

II. 저작권분쟁의 ADR방식

1. 저작권분쟁의 개념

저작권분쟁은 저작권법에 의하여 보호되는 권리에 관한 분쟁을 의미한다. 일반적으로 저작재산권, 저작인격권, 저작인접권, 보상금에 관한 분쟁을 포함한다. 우리나라 저작권법에 근거하여 보면 ①창작자의 저작물을 허락 없이 침해한 행위로 저작재산권에 관한 분쟁은 i)타인의 저작물을 인쇄, 복사, 녹음, 녹화 등의 방법으로 복제한 경우, ii)상연, 연주, 가창, 연술, 상영 등의 방법으로 일반 공중에게 공연한 경우, iii)유선 또는 무선통신의 방법으로 방송한 경우, iv)인터넷상에서 전송한 경우, v)출판물 등으로 배포한 경우, vi)그림이나 사진 등을 전시한 경우, vii)번역, 편곡, 각색 또는 영화로 제작한 경우 등, ②창작자의 인격권을 침해한 저작인격권에 관한 분쟁으로는 i)타인의 미공표 저작물을 무단으로 공표한 경우, ii)저작자의 실명 또는 이명을 표시하지 아니한 경우, iii)저작물의 내용, 형식 및 제호를 무단으로 변경한 경우의 분쟁, ③실연자, 음반제작자, 방송사업자의 권리를 침해한 저작인접권에 대한 분쟁으로 i)가수, 연주자 등 실연자의 허락 없이 그의 실연을 사진촬영, 녹음·녹화·방송 또는 전송하거나, 그의 실연이 녹음된 판매용 음반을 영리목적으로 대여한 경우, ii)음반제작자의 허락 없이 그의 음반을 복제·배포 또는 전송한 경우와 영리목적으로 대여한 경우, iii)방송사업자의 허락 없이 그의 방송을 동시중계 방송하거나 녹음, 녹화 또는 사진으로 촬영한 경우 등에 발생하는 분쟁, ④판매용 음반보상금에 관한 분쟁으로 판매용 음반을 사용하여 방송함에 있어서, 방송사업자가 실연자와 음반제작자에게 지급하는 보상금에 관하여 합의가 되지 않는 경우 등이다. 사적 복제나 인터넷상의 전송 이외의 공중송신되는 경우도 저작권법상 권리침해가 다투어진다면 조정 대상이라고 볼 것이다.

2. 각국의 저작권분쟁 ADR

(1) 서언

이곳에서는 주요국의 저작권분쟁이 어떤 ADR방식에 의하여 해결되는지를 간략히 살핀

다. 이로써 한국의 저작권ADR방식과 대조하여 보고, 동북아 국가의 저작권 ADR방식을 결정하는데 참고자료로 삼을 수 있을 것이다.

(2) 독일

저작권 업무는 특이하게 특허청을 감독관청을 하며 다소 특이한 내용의 저작권분쟁해결 제도를 운용하고 있다.

2003년 9월 10일 개정된 「저작권 및 인접보호권의 관리에 관한 법률」은 「저작권 및 인접보호권에 관한 법률」로부터 생겨나는 여러 저작자 또는 인접권자를 위한 용익권, 동의권 또는 보상청구권의 공동행사를 관리하는 자로서 허가받은 사업자에 대하여 규정한다.²⁾ 독일의 경우 저작권은 원칙적으로 이들 기관이 관리하는 방식이다. 이해관계자는 중재부에³⁾ 분쟁의 해결을 청구할 수 있는데, ①관리단체가 관여하는 분쟁에 있어서 i)저작권법에 의하여 보호되고 있는 저작물 또는 그 일부의 이용, ii)포괄계약의 체결 또는 변경, ②방송사업자와 케이블사업자가 관여되며, 케이블 재방송에 관한 계약체결을 위한 의무와 관련 있는 경우에 중재부에 사건을 제기할 수 있다(제14조 제1항). 중재부는 저작권의 감독관청인 특허청에 설치된다. 중재부는 의장 혹은 의장의 대리인과 2인의 배석위원 등 3인으로 구성된다. 중재부의 구성원은 독일 법관법에 의한 법관자격을 가진 자 중에서 연방법무장관이 임명하며 임기는 4년이고 재임이 가능하다. 구성원은 누구의 지시에도 구속되지 아니한다. 중재부는 분쟁의 호의적인 해결을 위하여 노력하여야 한다(제14조 제5항). 중재부에서 이루어진 화해가 그 성립일을 표시하고 중재의장과 당사자의 서명이 있는 경우에는 이를 갖고 강제집행 할 수 있다. 포괄계약의 체결 혹은 변경에 따른 장래의 분쟁에 관한 중재계약은 개개의 경우에 있어서 통상중재에 같음하여 중재부에 신청하는 권리 및 일반법원에 의한 재판청구권이 각 당사자에게 부여되어 있지 아니한 때에는 무효이다. 중재부에의 신청은 소제기의 경우와 마찬가지로 소멸시효 중단의 효력이 있다(제14조 제7항).

중재부는 다수결에 의하여 판정한다. 중재부는 분쟁당사자에게 합의를 제안하여야 한다. 합의안은 이유를 붙이고 중재부 구성원 전원의 서명이 있어야 한다. 합의안에는 이의할 수 있음과 이의기간이 경과한 때의 효력을 적시하여야 하며 당사자들에게 송달하여야 한다. 중재안은 안의 송달 후 1월내에⁴⁾ 서면에 의한 이의가 중재부에 제기되지 아니한 경우에는 승낙한 것으로 되며, 제안의 내용과 같은 합의가 성립한다. 승인된 중재안에 의하여 강제집행 할 수 있다. 연방법무장관은 중재부의 절차와 중재비용 등을 정할 권한을 갖는다. 관리단체가 관여하는 분쟁으로 요율의 적용과 상당성에 대한 분쟁에 있어서의 청구권

2) 독일음반협회 등이 있다.

3) Schiedsstelle로 '중재소'로 번역하기도 한다.

4) 분쟁이 케이블 재전송 용익권의 부여 혹은 양도에 관한 것이면 이의기간은 3월이다.

은 중재부의 절차가 종료된 후에 비로소 소로 다룰 수 있는 조정전치주의이다. 법원은 소송 중 요율의 적용과 상당성이 문제로 나타나는 경우 소송을 중지하고 당사자가 이를 중재로 다투도록 한다. 그러나 소송중지 후 2월 내에 당사자가 중재신청을 하지 아니한 경우에는 재판을 속행한다. 이 경우에는 관리단체가 저작권의 이용관계에 설정한 요율의 적용과 상당성은 승인된 것으로 본다. 가압류 또는 가처분신청이 있는 때에는 중재를 사전 신청할 필요가 없다.

저작권분쟁을 다루는 중재부 설치의 근거법은 「중업원발명법」(Arbeitnehmererfindergesetz; ArbEG) 제31조이다. 위원은 연임될 수 없다. 구체적 절차는 저작권분쟁에 대한 「중재소 규칙」에서 정하고 있으나 규정하는 바가 매우 간단하다.

독일의 저작권분쟁의 ADR의 특징은 기관이 특허청에 설치된 점, 일정한 분쟁에 대하여는 제소 전 조정절차가 선행되는 점, 중재부 조정을 거친 사안에 대하여는 민형고등법원이 1심이 되는 점, 중재부가 당사자의 화해를 이끌어 내지 못한 경우에는 조정안을 제시하고 절차가 종료하는 점, 조정안에 대하여 일정기간 내에 이의하지 않으면 조정의 효력이 발생하는 것 등이다. 중재부는 절차 중에 분쟁당사자를 위하여 상당한 설득을 한다고 한다. 중재부의 판정은 당사자의 수락여부에 상관없이 판정을 내린다는 점에서 중재와 같으며 통상적인 조정과는 구별된다. 그러나 중재부의 판정은 분쟁당사자가 이 판정에 대하여 일정기간 내에 이의하지 않아야 확정된다. 이는 중재판정이 분쟁당사자의 의사에 상관없이 당사자를 구속하는 것과는 다르다. 독일에서 중재부의 판정을 ‘중재’라고 부르는 것은 당사자의 수락여부에 상관없이 중재부가 자신들에게 맡겨진 사건에 대하여 판정을 내린다는 점을 강조한 것으로 이해된다. 그러므로 ArbEG상의 절차는 그 명칭에 불구하고 그 실질은 오히려 조정과 유사한 제도로 이해하여야 할 것이다.⁵⁾

(3) 프랑스

2010년 1월 1일 발효한 개정 「저작권법」은 장르, 표현형식, 가치나 목적에 상관없이 모든 정신적 창작물에 대한 저작자의 권리를 보호함을 밝히고(제112조의1) 정신적 창작물을 열거하고 있다(제112조의2 제1호~제14호).⁶⁾ 동법 “제3편 저작권, 저작인접권 및 데이터의 제작자의 권리에 관한 일반규정”에서는 침해방지, 구체적 절차 및 법적 제재를 규정하는데, ‘인터넷상에서 권리의 보호와 저작물의 배포촉진을 위한 최고협의회(Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet)’을 두도록 하

5) 김선정, 「직무발명관련 법령의 통일적 정비 및 대체적 분쟁해결시스템 도입방안에 관한 연구」, 특허청, 2005, 76~77면.

6) 특이한 것은 제14호로 “의류 및 유행의 계절적 산업의 창작물. 의류 및 유행의 계절적 산업이라 함은 특히 의복, 모피, 내의, 자수, 모자, 구두, 장갑, 가죽제품의 제조형태, 첨단 유행하는 여성의를 제조에 있어서 신종직물 또는 특수이용을 위한 직물제조형태, 유행물품 및 구두제조업자의 제조물형태 그리고 실내장식품을 위한 직물제조형태를 자주 변경하는 산업을 말한다.”고 규정한다.

고(제331조의12 이하), 이 기관이 행하는 저작권 또는 저작인접권에 의하여 보호받는 저작물과 대상의 보호와 권리정보를 위한 기술조치영역에 대한 규제와 감시업무(제331조의31~제331조의37) 가운데 조정업무를 규정하고 있다. 최고협의기관은 독립공공기관이며 법인격을 지닌다. 이 기관은 유선공중송신서비스의 공급을 위하여 사용되는 전자적 통신망에서 저작권 또는 인접권이 있는 저작물이나 인접물의 적법 또는 부적법 사용의 감시 및 적법사용의 확대촉진, 즉 인터넷상의 저작물 등의 적법한 송신비율을 향상시키는 것 등의 직무를 행한다. 이 기관은 법령 또는 규정에 대한 수정을 지시할 수 있다. 이 기관은 문학, 예술적 소유권의 보호에 관한 모든 법률 또는 명령의 초안에 관해서 정부와 협의할 수 있다. 권리범위에 관한 모든 문제에 대하여 정부 및 국회의 관련 위원회와 협의할 수 있다(제331조의13). 수행할 직무상 최고협의기관의 구성원의 자격요건이 높다.

저작권 또는 인접권에 의하여 보호받는 저작물과 대상의 보호와 권리정보를 위한 기술조치영역에 대한 규제와 감시업무(제331조의31)에 명시된 예외규정에 의한 모든 수익자 또는 그들을 대표하는 모든 법인은 정보관리조치 및 기술적 보호조치에 관한 제331조의5에서 규정한 기술조치가 전술한 예외규정에 근거하여 이익을 제한함으로써 발생하는 모든 분쟁에 관해서 최고협의기관에 조정을 신청할 수 있다(제331조의33). 또 장애인에 위하여 보호받는 저작물이나 대상을 복제하거나 공연하는 제122조의5의 제7호에 규정된 법인이나 공공기관은 디지털 형식으로 인쇄된 텍스트의 전송으로 발생하는 모든 분쟁에 대하여 최고협의기관에 조정을 신청할 수 있다(제331조의34). 최고협의기관은 당사자의 권리를 존중하는 범위에서, 화해적으로 해결하도록 조장하고 설득한다. 조정조서를 작성한 경우, 그 조정조서는 집행력을 갖는다(제331조의35). 집행은 지방법원 서기관에게 위임하여야 한다. 조정을 신청한 때로부터 2개월 이내에 화해가 성립하지 아니한 경우에는 최고협의기관은 당사자들에게 의견서를 제출하도록 한 다음 신청에 대한 기각 결정을 내리거나 예외를 근거로 하는 이익을 유효하게 보호하는 적절한 조치를 정한 명령을 발한다. 필요한 경우에는 벌금을 부과할 수 있다. 벌금액은 최고협의기관이 정한다. 이와 같은 결정 및 화해조서는 법률에 의하여 보호되는 비밀을 존중하는 범위에서 공개한다. 결정 및 화해조서는 당사자들에게 송달하여야 하며 당사자들은 파리항소심에 소송을 제기할 수 있다. 그와 같은 소의 제기로 중단효과가 발생한다.

요컨대 프랑스 저작권법상 최고협의기관이 다룰 수 있는 조정사건은 매우 제한적인 것으로 이해되며⁷⁾ 저작권 ADR은 조정이라고 보아야 할 것이다.

(4) 일본

법원에 의한 해결을 중시하는 사회분위기 속에서 저작권 침해자에 대하여 현재까지 발

7) 서달주, 「프랑스저작권법」 한국저작권위원회, 2009, 169~170면.

생한 손해에 대한 배상과 장래의 저작물이용료의 지급에 대한 청구도 민사소송의 제기나 법원이 행하는 민사조정 신청을 통하여 해결하는 것이 보통이다. 일본 저작권법은 ADR로서 알선이라는 방법을 규정하고 있다(제105조~제111조).

알선대상은 「저작권법」이 규정하는 권리에 관한 분쟁이다(제106조). 분쟁이 발생한 때에 당사자가 문화청장관에게 알선을 신청하면 저작권이나 저작권집권에 관련 있는 사항에 관하여 학식경험이 있는 자 중에서 문화청장관이 위촉한 3인 이내의 위원에 의하여 알선이 행하여진다. 신청자(국가 등인 경우는 제외)는 실비를 감안하여 정령(政令)으로 정한 금액을 수수료로 납부하여야 한다.⁸⁾ 알선은 분쟁당사자 쌍방이 신청하거나 동의하여 절차에 회부된다. 문화청장관은 사건이 그 성질상 알선을 함에 부적당하다고 인정하는 경우 또는 당사자가 부당한 목적으로 함부로 알선의 신청을 하였다고 인정되는 경우에는 알선에 회부하지 아니할 수 있다. 위원은 당사자 간에 알선하고 쌍방의 주장의 요점을 확인하여 실정에 입각하여 사건이 해결되도록 노력하여야 한다. 그러나 사건이 해결될 가망이 없다고 인정되는 경우에는 알선을 중지할 수 있다. 알선은 어디까지나 당사자 간의 상호 양보에 의하여 사건을 해결할 것을 목표로 하는 절차이므로 알선위원은 전문적 지식에 기한 의견을 표명할 뿐이고 소송이나 중재처럼 법관이나 중재판정부의 의견이 당사자를 구속하는 효력은 없다.⁹⁾ 알선의 경우, 판결이나 조정조서와 같은 집행력 있는 채무명의를 얻을 수 없다(「민사소송법」 제22조, 「민사조정법」 제16조). 알선의 효력은 당사자 간에 상호 양보하여 쌍방이 합의한 내용의 계약이 성립하는 경우로 사실상 한정된다. 일본의 경우, 문화청의 알선제도는 1970년 도입되어 2008년까지 신청건수 34건, 그 중 상대방이 동의하지 않아 알선에 부처지지 않은 것이 26건, 알선에 붙여진 것 가운데 절차 진행 중 중단된 것이 2건으로 사실상 알선의 역할은 매우 미미하였다.¹⁰⁾ 다만 ADR 이용이 확산되는 사회적 환경변화에 기대를 걸고 있다.¹¹⁾

(5) 중국

「저작권법」 제55조는 저작권분쟁은 조해(調解)할 수 있다고 규정한다. ‘조해’는 ‘화해’와 다른 개념으로 이를 ‘조정’으로 번역하는 입장도¹²⁾ 있다.¹³⁾ 또 당사자 간에 서면으로 채

8) 2011년 1월 현재 수수료는 건당 4만6천 엔이며 평균 심리기간은 6월이다. 鈴木基宏, 「Q&A著作権法」, 青林書院, 2011, 390頁.

9) 재판소(법원)이 행하는 민사조정이나 가사조정도 분쟁당사자의 자유의사에 의한 합의에 그 내용의 정당성이 있다. 재판에서는 엄격하게 법을 적용하여야 하므로 법적용의 전제되는 요건사실을 적확히 파악하여야 하지만 조정에 있어서는 조리(법, 도덕, 상식, 사회일반의 규범의식을 포괄)의 적용을 전제로 하여 사건의 전체상을 파악하여 양당사자의 실질공평을 실현하기 위하여 필요한 사실과계를 포착하면 된다고 한다. 이와 같은 차이로 인하여 조정에는 집행력은 있으나 판결과 같은 기판력은 없다. 伊藤眞, 「民事訴訟法」有斐閣, 2005, 5頁.

10) 鈴木基宏, 前掲書, 390頁.

11) 菊池武 外編, 「著作権法の基礎」, 經濟産業調査會, 2005, 386頁.

12) 김정현·한매화, 「중국저작권법(상)」, 법영사, 2008, 408면.

결한 중재합의나 저작권계약 중에 중재조항이 포함되어 있는 경우에는 이를 근거로 중재 기구에 중재를 신청할 수 있다. 당사자가 서면으로 중재합의를 하지 아니하였고 저작권계약에 중재조항도 두지 아니한 때에는 직접 인민법원에 소송을 제기할 수 있다. 소프트웨어 저작권권리침해 분쟁에 대하여는 「컴퓨터 소프트웨어 보호조례」에 유사한 규정이 있으며(제31조) 사후의 서면합의에 의한 중재도 인정한다. 중국은 2007년 하문(廈門) 중재위원회에 지식재산권중재센터, 무한(武漢)에 지식재산권중재조정센터를 개설한 것을 비롯 여러 곳에 지식재산권 ADR기관을 개설하였으나 아직 이용사례는 별로 없다고 한다.¹⁴⁾

(6) 대만

대만의 저작권분쟁조정은 민사사건뿐만 아니라 친고죄의 범위 내에서 ‘형사사건’까지 취급한다는 점에 특색이 있다. 대만의 저작권업무는 주무관청인 경제부의 전속 책임기관인 지혜재산국이 집행한다. 「저작권법」은 저작권심의조정위원회를 통한 ADR을 규정한다(제82조). 지혜재산국은 저작권심의조정위원회를 설치하여 ①제47조 제4항(교과서가 저작물을 사용한 때)에 규정된 사용보수요율의 심의, ②저작권중개단체(제81조)와 이용자 간에 사용보수요율에 대하여 분쟁이 생기는 경우의 조정, ③저작권 또는 재판권을 둘러싼 분쟁의 조정(그것이 형사책임에 미치는 것은 친고죄사건에 한정한다), 기타 저작권심의 및 조정에 관한 자문을 담당하도록 한다. 이와 같이 저작권심의조정위원회가 심의, 조정, 자문을 수행한다는 점에서 우리나라와 유사하다. 저작권 및 재판권에 관한 분쟁조정은 그것이 형사책임에 미치는 것은 친고죄로 한정되며, 비친고죄에 대하여는 조정이 성립하여도 고소취하에 따라 형사책임을 면하지는 못한다.

지혜재산국은 조정설립으로부터 7일 이내에 조정서를 관할구 법원에 송부하여 승인을 받아야 한다. 법원은 송부된 조정서를 속히 심사하여 조정이 법령, 공서양속에 위반하거나 또는 강제집행 될 수 없는 경우를 제외하고는 서명하고 법원의 공인을 날인한 후 1부를 법원에 보관하고 나머지는 지혜재산국에 송달한다. 법원이 승인하지 아니한 경우에는 그 이유를 지혜재산국에 통지하여야 한다. 법원의 승인을 받도록 하는 이유는 조정은 분쟁당사자 쌍방의 민사상 화해계약에 지나지 않으므로 법원의 심사를 받지 아니하면 확정판결과 동일한 효과가 생기지 않기 때문이라고 설명한다.¹⁵⁾ 법원의 승인을 받지 못한 조정도

13) 일본에서도 ‘조해’라는 말은 사용하지 않기 때문에 이를 ‘화해’ 또는 ‘화해절차’로 번역하는 경우가 많고 ‘조정’이라고 번역하기도 한다. 그러나 중국에서 ‘조해’란 제3자가 관여하여 당사자를 화해시키는 경우를 일컫는 것이 보통이며 법원이 관여하기도 하고 민간인 제3자가 관여하기도 한다. 그런데 일본법에서 ‘조정’은 민사소송이나 재판과는 구별되는 분쟁해결 절차를 의미하는 것이므로 ‘조해’를 ‘조정’으로 번역하는 것이 적합하지 않다고 한다. 또 중국어의 ‘화해’는 흔히 소송과 상관없이 당사자끼리 협의하여 화해하는 경우를 말하나 소송계속 중에 또는 인민법원의 알선을 계기로 화해하는 경우도 있다. 용어상의 혼란을 피하기 위해 원어를 그냥사용하자는 입장이 있다. 射手失好雄 編, 「中國經濟六法」 日本國際貿易促進協會, 2011, 19~20頁, 317頁.

14) 趙家儀·楊斌, “知識產權仲裁的若干問題研究”, 「2011 上中法 國際學術대회 資料集」(2011), 79頁.

15) 章忠信, 萩原有里 譯, 「臺灣著作權法逐條解說」, 經濟產業調查會, 2008, 188~189頁.

당사자가 서명한 만큼 당사자 쌍방의 민법상의 화해계약임에는 변함이 없어 조정서대로 이행하지 아니한 경우에는 일방당사자는 민사법원에 이행을 청구할 수 있고 승소판결을 받으면 강제집행 할 수 있다.

조정이 법원의 승인을 거친 후에는, 당사자는 당해 사건에 대하여 재차 제소하거나, 고소 또는 자소할 수 없다. 법원의 승인을 받은 민사조정은 민사확정판결과 동일한 효력을 지닌다. 법원의 승인을 거친 형사조정에 있어서 금전 또는 기타 대체물 또는 유가증권의 일정 수의 급부를 목적으로 하는 것에 대하여는 그 조정서는 집행명의를 지닌다(제82조의2). 민사사건이 법원에 계속하여 판결확정 전에 조정이 성립하여 법원의 승인을 받은 때에는 조정성립시에 소가 취하된 것으로 한다. 형사사건에 대하여 수사 중 또는 제1심법원의 변론종결 전에 조정이 성립하여 법원의 승인을 받은 때에 당사자가 취하에 동의한 경우에는 조정성립시에 고소 또는 자소를 취하한 것으로 보아 당해 형사소송절차를 종료한다(제82조의3).

민사조정이 법원의 승인 후에 무효 또는 철회사유가 있는 경우, 당사자는 승인된 조정서의 송달후 30일 이내에 그 승인을 행한 법원에 조정의 무효선언 또는 철회를 구하는 소송을 제기할 수 있다. 그러나 형사조정에 대하여는 형사소송법 제283조 제2항 및 제325조 규정에 기하여 고소나 자소를 취하한 자는 다시 고소 또는 자소할 수 없는 것과 마찬가지로 조정의 무효 또는 철회를 청구하는 소를 제기할 수 없다. 경제부는 저작권심의 및 조정사무처리를 위하여 현재 「경제부 지혜재산국 저작권심위조정위원회 조직규정」과 「저작권분쟁조정변법」을 제정·시행하고 있다.

(7) 소결

이상에서 살핀바와 같이 각국의 저작권분쟁은 주로 조정의 방식에 의하고 있으며 중재라고 알려진 독일의 경우도 실질은 중재이다. 이는 한국의 저작권ADR이 세계적 경향에서 벗어나 있지 않음을 보여준다.¹⁶⁾ 또한 장차 동북아 지식재산ADR기구를 설립할 때 조정기구로 발족하는데 큰 무리가 없음을 의미한다. 일본의 경우 알선이라는 방식이지만 알선은 조정의 전단계의 성격을 지니기도 한다. 또한 한국과 중국에서 중재적격성에 대한 논란이 없어 중재시스템에 포함시킬 수도 있을 것이다.

16) 그 밖에 필리핀, 인도네시아, 인도, 베트남 등 아시아 국가들에 있어서는 ADR시스템이 미흡하거나 이용실적이 저조하여 의미 있는 방식을 제시하기 어렵다. 비교적 ADR이 활발한 싱가포르의 경우도 지식재산권분쟁해결방식에 중재나 조정이 활발히 이용되지는 않는 상황이다. 小野昌延·岡田春夫 編, 「アジア諸國の知的財産制度—山上和則先生古稀記念」, 青林書院, 2010., 216, 451, 494頁 等.

3. 우리나라 저작권분쟁 ADR

(1) 저작권위원회 조정제도

1) 법적 근거

저작권법 제8장은 한국저작권위원회에 관한 장에서 분쟁해결방법으로 알선과¹⁷⁾ 조정을 규정한다. 중재는¹⁸⁾ 저작권법에 규정이 없다. 동위원회의 홈페이지나 출판물 등에서 가능한 ADR로 중재를 소개하고 있으나 위원회의 중재규칙은 없다. 임의중재가 불가능하다고 볼 것은 아니지만 이 경우 대한상사중재원의 중재규칙이 준용된다고 볼 근거도 없어 실제로 중재는 어려운 상태이다. 저작권법은 알선과 조정을 나란히 규정하고 있으나 중점은 조정에 있다. 저작권위원회는 「저작권분쟁조정규칙」을 제정하여 사용하고 있다(2009년 8월 13일 시행). 조정은 전문가에 의한 해결이 가능한 점, 분쟁 당사자 간의 양보와 타협이 가능한 점, 조정절차가 비공개로 진행되어 비밀이 보장되는 점,¹⁹⁾ 비교적 자유로운 조정실에서의 진행으로 자신의 의견을 충분히 개진할 수 있는 점, 분쟁 당사자가 법률가의 조력을 받지 않고도 진행할 수 있는 점, 모든 조정절차는 조정신청서 접수일로부터 3월 이내에 처리되어 신속한 점, 조정신청시 1만원~10만원 내외의 비용을 부담하며 종결시까지 추가적인 비용이 거의 없는 등 저렴한 점을 장점으로 꼽을 수 있다.

저작권위원회가 다른 조정기관과 다른 점은 일정한 범위 내에서 심의기능을 한다는 점이다. 이는 분쟁조정과정에서 나타난 문제점을 정책집행이나 입법과정에 반영할 수 있다는 점에서 중요한 의미가 있다.

2) 조정의 대상과 절차

① 조정의 대상

조정은 저작권위원회의 가장 핵심적 업무 중 하나이다. 조정의 대상은 저작권법에 명시

17) 알선은 과거 컴퓨터프로그램보호위원회에서 2003.7.1.부터 활용하던 것인데, 동 기관이 저작권위원회에 흡수·통합되면서 저작권법에 신설되었다. 1인의 위원이 조인과 타협의 권유를 통하여 화해를 유도한다. 무료이며 평균처리기간은 2월이며, 민법상 화해의 효력이 있다. 2009저작권연감(90면)에 따르면 2009년 알선실적은 컴퓨터프로그램관련 3건이다.

18) 중재는 실제 실시하지 않고 있다. 그러나 신청자가 있으면 우의중재방식으로 실시할 수 있을 것으로 본다.

19) 저작권법은 조정절차의 비공개를 원칙으로 하고 다만 조정부장은 당사자의 동의를 얻어 적당하다고 인정하는 자에게 방청을 허가할 수 있도록 하고 있다(제115조). 한국저작권위원회는 저작권분쟁조정사례집을 간행하고 있다. 그러나 당사자들을 특정할 수 있는 사항은 가급적 드러내지 않고 있다. 중재의 경우 국내중재에 대하여는 중재절차비공개가 규정되어 있고(중재규칙 제8조), 국제중재의 경우 중재절차와 관련기록은 공개되지 아니하며, 중재관정부구성원, 사무국, 당사자(대표 및 보조인 포함)는 중재사안에 대한 사실이나 중재절차를 통하여 알게 된 사실에 관하여 당사자 간에 합의되었거나 법이 규정하거나 재판절차에서 요구되는 경우를 제외하고는 비밀을 유지하여야 한다(2011.9.1. 발효, 「대한상사중재원국제중재규칙」 제52조). 조정 위원이나 관계자의 비밀유지의무를 명정하고 있는 법률은 인터넷주소분쟁조정위원회를 규율하는 「인터넷주소자원에 관한 법률」(제23조, 제25조)뿐이고 「발명진흥법」은 시행령(제19조)에서 규정한다. 모든 조정에 비밀유지의무를 입법화하여야 한다는 유병현, “우리나라 ADR의 발전방향”, 「안암법학」 제22호(2006), 302면.

적 규정이 없으나 성질상 저작권법에 의하여 보호되는 권리에 관한 분쟁에 국한되고 있다.²⁰⁾ 한편 2011년 4월 27일 콘텐츠사업자 간, 콘텐츠사업자와 이용자 간, 이용자와 이용자 간의 콘텐츠 거래 또는 이용에 관한 분쟁을 조정하기 위하여 한국콘텐츠진흥원 내 콘텐츠분쟁조정위원회가 출범하였다(「콘텐츠산업진흥법」 제29조). 콘텐츠의 경우, 콘텐츠는 부호, 문자, 도형, 색채, 음성, 음향, 이미지 및 영상 등(이들의 복합체를 포함한다)의 자료 또는 정보로서 영화, 음악, 게임, 출판, 인쇄, 방송영상물, 문화재, 만화, 캐릭터, 애니메이션, 에듀테인먼트, 모바일, 디자인, 광고, 공연, 미술품, 공예품, 디지털콘텐츠, 사용자제작 콘텐츠, 멀티미디어콘텐츠 등 장르를 구분하지 않는다. 그 결과 일부 분쟁은 저작권법의 조정대상과 겹칠 우려가 있다. 이에 대하여 「콘텐츠산업진흥법」은 콘텐츠의 거래 및 이용에 관한 분쟁이라도 저작권과 관련한 분쟁은 「저작권법」에 따른다고 규정하여 입법적으로 해결하였다(제29조 제1항 단서).²¹⁾ 이에 따라 저작권의 귀속, 감정 등 저작권 및 저작인접권에 관한 사업자-사업자, 사업자-이용자, 이용자-이용자 분쟁 전반은 저작권위원회의 조정대상이 된다.

② 저작권위원회 조정부의 구성

저작권위원회는 구체적 분쟁을 해결하기 위하여 저작권 위원 중 1인 또는 3인의 위원으로 구성된 조정부를 둔다. 조정부 위원 중 1인은 변호사의 자격을 갖춘 자이어야 한다. 현재 위원회 내에는 위원 3인으로 구성된 합의 7부와 변호사 1인으로 구성된 단독 4부 등 총 11개의 조정부가 구성되어 있다.

③ 조정신청과 진행

저작권법에 의하여 보호되는 권리에 관하여 다툼이 있는 당사자는 누구나 조정을 신청할 수 있다. 따라서 침해자가 신청할 수도 있다. 조정을 받고자 하는 자는 저작권위원회에 조정신청서 원본을 제출하고 조정비용을²²⁾ 납부하여야 한다.

조정신청서에는 당사자를 표시하고, 신청취지와 신청원인을 명시하며, 필요한 서류를 첨

20) 저작권위원회를 비롯하여 문제와 특허청 내의 산업재산권분쟁조정위원회나 배치설계심의조정위원회, 정보통신산업진흥원의 전자거래분쟁조정위원회, 공정거래위원회의 소비자원 분쟁조정위원회 등의 분쟁해결절차도 그 대상이 제한되어 있다는 점에서 문화콘텐츠 등 다양한 내용을 포괄하여 다룰 수 있는 새로운 분쟁해결 기구가 필요하다는 의견으로 윤선희, “문화콘텐츠산업에서의 분쟁실태와 중재의 활용방안”, 「계간 중재」(2005 여름), 10면.

21) 동법은 그 밖에 방송통신과 관련한 분쟁 중 「방송법」 제35조의 3에 따른 분쟁조정 대상이 되거나 「전기통신사업법」 제45조에 따른 재정의 대상이 되는 분쟁은 각각 해당 법률의 규정에 따르도록 규정하고 있다.

22) 조정비용은 조정신청금액 1백만 원 미만시 1만원부터 1천만 원 이상시 10만원까지 4단계별로 부과되며, 금액으로 환산할 수 없는 사건의 경우 5만원이다. 복수의 신청취지가 청구된 경우에는 각각 별개의 건으로 비용을 합산한다. 신청취지가 피신청인 별로 기재된 경우에는 각 금액을 합산한 금액을 조정신청금액으로 한다. 신청취지가 금액으로 환산할 수 있는 것과 없는 것이 중복된 경우에는 각각 별개의 건으로 계산한다. 신청취지가 금액으로 환산할 수 없는 것이 중복된 경우에는 각각 별개의 건으로 계산한다. 조정비용 외에 증명서 발급, 정보제공부, 기록의 복사시에는 수수료를 납부하여야 한다.

부한다. 분쟁당사자는 인터넷 저작권분쟁조정시스템²³⁾ 이용하여 조정을 신청할 수도 있다.

조정신청서가 접수되면 위원장이 담당부를 지정하여 조정하도록 이송하며 담당보정부가 조정기일을 정하여 신청인과 피신청인을 출석시켜 쌍방의 진술을 듣는 등 절차를 진행한다. 조정부장은 필요한 경우 당사자 또는 이해관계자의 출석을 요구하거나 증명서류의 보완·제출을 요구할 수 있고, 증인, 서증, 검증, 감정 등의 방법으로 증거조사를 할 수 있다. 조정절차에서 당사자 또는 이해관계인이 한 진술은 소송 또는 중재절차에 원용하지 못한다. 조정기일에 당사자를 대리할 수 있는 자는 변호사, 지배인, 법정대리인 기타 법률상 소송대리권이 있는 자를 제외하고는 조정부장의 허가를 받은 자에 한한다. 조정기일에 당사자 및 이해관계자의 진술은 서면 또는 구술로 한다.

④ 조정의 효력

조정은 당사자 간에 합의된 사항을 조서에 기재함으로써 성립하며, 합의사항을 기재한 조서는 재판상 화해와 동일한 효력이 있다. 다만 당사자가 임의로 처분할 수 없는 사항에 관한 것은 그러하지 아니하다. 상대방이 조정조서에 기재된 합의사항을 그 내용대로 이행하지 아니하는 경우에는 조정조서에 집행문을 부여할 수 있다.²⁴⁾ 그러므로 조정조서에 기재된 대로 이행을 청구하는 자는 조정조서를 채무명의로 하여 강제집행할 수 있다.

3) 저작권분쟁 조정 실적

1988년 저작권위원회가 조정을 실시한 이래 2010년 말 현재까지, 조정을 통한 분쟁처리건수는 과거 독립기구였던 컴퓨터프로그램보호위원회가 처리한 건수를 포함하여 1,079건이다. 조정의 성립 건수는 432건으로 조정성립률은 40.03%, 불성립 409건, 취하 216건, 각하 3건, 반려 1건, 기각 3건, 2010년 말 현재 진행 중인 조정 건수가 15건이다. 2009년 조정 55건은 분야별로는 컴퓨터프로그램저작물 16건, 사진저작물 11건, 어문저작물 10건, 미술저작물 7건, 저작인접물 4건, 음악저작물 3건, 편집저작물 2건, 연극저작물 1건이다.

이와 같은 실적은 특허청의 산업재산권분쟁조정위원회(발명진흥법 제41조 이하)²⁵⁾나 배치설계심의조정위원회(「반도체집적회로의 배치설계에 관한 법률」 제25조 이하)의 이용실적이 저조한 것과 대비된다.²⁶⁾

23) <http://adr.copywright.or.kr>

24) 대법원규칙 제1198호 「각종 분쟁조정위원회 등의 조정조서 등에 대한 집행문부여에 관한 규칙」

25) 동위원회는 발명진흥법이 규정하는 분쟁사건에 대하여 조정할 뿐만 아니라 특허법에 의한 통상실시권 설정의 재정에 있어서 특허청장이 재정을 함에 있어서 필요하다고 인정하는 경우에 동위원회의 의견을 들을 수 있다(특허법 제109조). 백혈병치료제 클리벡사건, 에이즈치료제 푸제온사건의 재정에 앞서 동 위원회의 의견을 청취한바 있다. 김선정, “특허법상 강제실시와 ‘비교형량’의 문제점”, 『제2회 강제실시제도 전문가 포럼 자료집』(2009.5.27), 특허청.

26) 산업재산권분쟁조정위원회의 경우 조정신청건수(팔호 안은 조정성립 건수)는 95년 4건(2건), 96년 2건(0건), 97년 13건(7건), 98년 15건(4건)인데 최근에는 연간 1~2건 정도라고 한다. 배치설계심의조정위원회의 실적은 전무한 것으로 알려져 있다.

4) 소결

현재 우리나라 법률에 근거를 두고 설치된 조정위원회는 수효도 많고 그 내용도 서로 달라 쉽게 비교할 수 없으나 저작권분쟁조정제도의 경우 다음과 같은 생각이 든다. 첫째, 비교적 높은 성립률을 보이는 점이다. 이는 법원의 민사조정 성립률이 50%정도인 것과 비교하면 다소 낮지만 전문가가 분쟁당사자의 상호 양보를 이끌어 내는 노력에 의하여 조정이 실효성 있게 이루어지고 있는 것으로 평가할 수 있을 것이다.²⁷⁾ 둘째, 경제적이고 신속한 해결이 이루어지고 있다. 분쟁당사자가 조정비용을 부담하지만 명목상의 소액에 그치고 있고 조정기한 3월도 잘 준수되고 있다고 한다. 다만 이 저작권분쟁조정이 효율적 ADR임에도 불구하고 최근 10여년(2001~2010)간 조정건수는 728건이다. 이는 적은 숫자는 아니나 저작권분쟁이 크게 증가하는 시대상황에 비하여 보면 활성화되지 못하였다는 생각이 든다. 이는 저작권분쟁조정제도의 존재를 잘 알지 못하는 분쟁당사자가 많다는 점에서 홍보활동의 강화 등이 필요함과 동시에 현행 조정제도에 대한 보완이 필요함을 뜻한다. 예컨대 조정위원회에 대한 제척·기피·회피사유를 명시하여(「발명진흥법」 제41조의2) 분쟁당사자의 신뢰성을 제고하고, 조정신청에 소멸시효 중단의 효력을 인정하며, 조정이 성립하지 아니한 경우에는 그 불성립이 확정된 날부터 1개월 이내에 소를 제기하지 아니하면 시효중단의 효력이 없도록 하는 것을 참조할 수 있을 것이다. 또 조정할 수 있는 대상도 명시하면 좋을 것이다(「발명진흥법」 제44조).

(2) 중재제도의 활용가능성

1) 중재적격성

이상에서 살핀 바와 같이 한국의 저작권 분쟁에서 조정제도가 비교적 잘 활용되고 있음에도 불구하고 보다 다양한 선택지를 제공하거나 ADR의 효과를 제고하기 위하여 저작권분쟁을 중재에 의하여 해결하는 문제가 논의될 수 있다. 이 때 첫 문제는 저작권분쟁이 중재적격성을 갖는가라는 점이다. 넓은 의미에서 중재적격성은 어떤 내용과 형식의 합의가 중재의 근거가 되는가, 합의에 따를 때 어떤 범위의 분쟁이 중재의 근거가 되는가, 합의를 무효로 하는 사유는 없는가, 중재합의에 따라 행하여진 중재의 집행이 법원에 의하여 배척되지 않는가라는 다양한 문제들을 포함한다.²⁸⁾ 그러나 좁은 의미의 중재적격은 어떤 종류의 분쟁이 분쟁의 성질이나 법률에 의하여 중재대상으로 삼을 수 없는 것은 아닌가라는 문제이다.

일반적으로 사법상 거래는 중재의 대상이 된다.²⁹⁾ 그러나 일부 분쟁사항에 대하여는 분

27) 다만 저작권위원회가 조정신청취하 후 재소를 등 보다 다양한 수치를 제시하여야 엄정한 평가와 정책제안이 가능할 것이다.

28) Edward Brunet et al., *Arbitration Law in America: A Critical Assessment*, Cambridge University Press, 2006, p.34.

29) 미국의 다수 주법은 특정형태의 거래에 대하여 중재조항의 집행을 부인하는데, 소비자계약, 부합계약, 보험

쟁당사자의 일방에게 불리할 수 있다는 이유에서 또는 사인이 처분할 수 없는 성질의 권리라는 공공질서유지의 차원에서 중재대상으로 삼지 아니하기도 한다. 이 문제에 대한 각국의 태도도 구구하다. 역사적으로 보면 지식재산권 중에는 특허권에 대한 분쟁의 중재적 격성이 오랫동안 논의를 거쳐 왔다.

미국의 경우 특허권의 침해를 둘러싼 분쟁은 통상 재판에 의하여 해결되어 왔다. 지식재산권은 당해국에서 대세적 효력을 지닌 형식으로 실행되므로 사적 분쟁해결방식은 부적절하다고 간주되었고 특허법원에서 전문적이고 비교적 신속한 해결이 이루어졌기 때문에 중재를 이용할 필요성도 크지 않았다고 한다.³⁰⁾ 그러나 재판에 의한 분쟁해결은 국제적으로 통일된 보호를 기하여야 할 지적재산권에 적합하지 않은 경우가 많고, 공개재판으로 영업비밀의 유지가 어려우며, 전문지식을 갖추지 못한 배심이 사실인정에 참여하며, 법원의 여러 절차로는 신속하고 집중적인 심리가 어렵다는 점도 꾸준히 지적되어 왔다. 특히 신속한 해결은 보호기간이 비교적 장기인 저작권보다 특허권 분쟁에서 강하게 요구된다고 한다.³¹⁾ 특허법에서는 공익적 요소를 강조하여 사적 분쟁해결수단을 허용하지 않았었다. 이와 같은 문제는 반독점법위반사건, 증권법, 고용에서의 연령차별법(ADEA), 공갈행위자와 부패조직법(RICOA), 퇴직고용자수입보장법(ERISA), 특허, 저작권, 파산절차에 있어서도 논의되었다.³²⁾ 처음에 중재는 계약위반행위자에게 책임을 묻기 위한 것이었으며 위의 사항들은 공서에 반하는 것으로 중재에 붙일 수 없었다. 그러나 미국 연방대법원은 1980년대 들어 법령상 중재적격(statutory arbitrability)의 범위를 확대하고자 하였다. 이에 힘입어 1978년부터 특허법개정안이 제출되었고, 1982년 특허법의 관련조항(35 USC §294<자주적 중재>)이 개정되어 1983년 2월 27일부터 시행되었다. 개정 「특허법」은 당사자 간에 임의로 현재 또는 장래에 특허에 관한 분쟁에 대하여 중재계약을 체결한 경우에는 유효한 계약으로 집행할 수 있음을 명기하였다. 중재판단은 당사자 간에 종국적 구속력을 지니며 대세적 효력은 없으나 그것을 상표특허청에 제출하면 집행이 가능한 것으로 하였다. 중재절차는 비공개이나 중재판단을 특허청의 공식기록으로 공개하여 제3자가 다시 유효성 등을 다투는 경우를 위해 접근할 수 있도록 함으로써 사적 분쟁해결과 공익의 균형을 도모하였다. 1984년에는 특허의 우선권을 다투는 저촉심사(interference)에 대하여도 중재가 가능하도록 하였고³³⁾ 후에 「반도체칩보호법」도 중재가능성을 인정하였다. 그와 같

계약, 고용계약 등이 그것이다. Stephen J. Ware, *Principles of Alternative Dispute Resolution*, 2nd ed., Thomson West, 2007, pp.36-37.

30) 金祥洙, “アメリカにおける知的財産権紛争の仲裁可能性”, 松浦馨·青山善充編, 「現代仲裁法の論点」, 有斐閣, 1998, 116頁

31) 上掲論文.

32) 저작권법상 권리는 사인이 처분할 수 없는 법익인 공서에 관한 것이어서 집행할 수 없다고 주장한 사례가 1980년대 초반까지는 없지 않았다(Kamakazi Music Corp. v. Robbins Music Corp., 522 F.Supp. 125, 137(S.D.N.Y.1981)). 그러나 오늘날 저작권법상 권리의 중재적격을 다투는 사례는 찾기 어렵다. 澤井啓, “知的財産紛争の仲裁・ADR”, 「國際商取引學會年報」vol.8(2006), 51頁.

33) 특허저촉사건의 당사자는 특허상표청장이 규칙으로 정한 기간 내에 쟁점 기타 관련되는 잠에 대하여 중재

은 항목들에서 중재는 기본적으로 계약위반을 이유로 한 청구사건에 한정되었다. 그러나 연방대법원은 1980년대 들어 이들 사항들에 대한 중재합의도 그 유효성을 인정하는 방향에서 과감한 판결을 내렸다. 연방대법원은 의회가 문제된 성문법적 권리에 대한 사법적 구제(judicial remedies)라는 권리를 포기하도록 배제하지 않는 한 중재대상이 된다고 보았다. 연방대법원은 법정청구권은 중재적격이 있다는 기준을 20년 이상 유지하고 있다.³⁴⁾ 연방항소심은 저작권법의 유효성을 중재로 다투는 것도 금하지 않았다. 현재 미국 법원은 중재합의가 이루어진 이상, 당사자가 청구하는 바가 무엇인지를 고려함이 없이 그 합의를 인정하고 있으나 중재를 허용하지 아니하는 몇 가지 예외가 있는데 노동중재(labor arbitration),³⁵⁾ 자동차판매(automobile dealers), 군인사(military personnel)등이 그것이다. 앞서 본바와 같이 특허유효성 및 침해에 관한 분쟁은 「특허법」 제294조(a)에 의하여 중재적격성이 인정된다. 다만 중재판정은 분쟁 당사자에게만 효력이 생기므로 특허를 무효로 하는 중재판정에도 불구하고 특허권자는 제3자의 침해행위에 대하여 법원에 제소할 수 있다. 저작권분쟁에 관하여는 중재적격성을 다툰 사건들이 없는 것은 아니지만 크게 의문시 되지는 않고 있다.

한편 일본의 경우, 지식재산권 중 특허분쟁은 경쟁법, 증권법 등과 함께 종래 사적인 분쟁해결수단인 중재에 의한 해결이 불가능한 분야로 여겨왔다. 다만 실시계약으로부터 생긴 분쟁에 계약서 중에 포함된 중재조항에 기하여 일반당사자가 중재기관에 중재를 신청한 경우에 특허권 등에 관한 쟁점이 문제되면 중재개시시, 중재심문시, 중재판단에 대한 이의신청이나 승인·집행시의 각 단계에서 중재가능성이 제기되고 중재판정부나 법원이 그 적부를 판단하여 왔다.

중재적격성과 관련하여 위에서 언급한 사항들에 대하여는 국내에서도 분야별로 논의가 이루어졌으며,³⁶⁾ 중재판정의 집행에 대한 승인거절사유로서 공서(public policy)의 문제에

에 따라 결정할 수 있다. 그러나 중재결과가 상표특허청장이 특허저속사건에 관계된 발명의 특허성에 대하여 판단하는 것을 막는 것은 아니다. 저속심사에 대하여는 김선정, 「증거주의와 연구노트」, 한국지식재산연구원, 2010. 참조

34) 반독점법사례로 Mitsubishi Motors Corp. v. W.Soler Chrysler-Plymouth, Inc., 473 U.S.614(1985); 증권거래법과 RICO사례로 Shearson / American Express, Inc. v. McMahon, 482 U.S. 220(1987); 증권법사례로 Rodriguez de Quijas v. Shearson/American Express, Inc., 490 U.S.477(1989); 고용차별사례로 Gilmer v. Interstate/Johnson Lane Corp., 500 U.S. 20(1991). Ware, *op.cit.*, p.73.

35) 중재합의가 있더라도 이를 중재하지 아니하는 대표적인 경우가 노동중재이다. 노동중재는 연방중재법(Federal Arbitration Act)의 적용대상이 아니며 노무관리관련법(Labor Management Relations Act)의 적용을 받는다. 노조가 대표하는 종업원의 경우 차별대우를 이유로 하는 손해배상청구에 있어서 단체협약에 중재조항이 포함되어 있는 경우라도 소송으로서 다룰 수 있다. Ware, *op.cit.*, p.74.

36) 김석철, 「특허중재제도의 도입 및 실시방안에 관한 연구」, 석사학위논문, 한양대, 1985, 14~16면; 심영, 「미국에 있어서 소송대체적 분쟁해결제도 - 증권분쟁을 중심으로」, 「비교사법」 제11권 2호(2004), 539~541면; 김희철, 「미국의 증권중재제도에 관한 소고 -공정성요건을 중심으로」, 「중재연구」 제18권 제3호(2008), 56~63면. 미국에서 연방중재법의 우선적용의 결과 소비자와 기업 간의 거래에서 생기는 분쟁을 중재에 해결할 수 있는 것이 원칙이지만, 약관거래에서 소비자의 이익을 보호하기 위하여 중재조항에 대한 계약법상의 각종항변을 소비자에게 인정하는 문제에 대하여 하충룡, 「소비자중재합의의 미국계약법상 항변」, 「중재연구」 제20권 제2호(2010), 152면 이하; 김석철, 「한국중재의 영역확대 방안에 관한 연구」, 「중재연

포섭된다.³⁷⁾

지식재산권의 중재적격성과 관련해서 특허에 대하여는 법에 별도의 규정이 있는 것은 아니지만, 「특허법」은 산업재산권분쟁조정위원회의 조정신청에서 제외되는 사항으로 “분쟁 중에서 산업재산권의 무효 및 취소 여부, 권리범위의 확인 등에 관한 판단만을 요청하는 사항”을 규정(제44조)하고 있다. 이는 사인간의 임의처분을 허용할 수 없는 공공의 사항으로서 달리 허용되지 아니하는 한 중재적격도 없다고 보아야 할 것이다. 일부 논자들은 저작권도 특허권과 같이 준물권으로써 제3자적 효력을 가지므로 임의로 중재에 맡길 수 없다고 주장하기도 한다.³⁸⁾ 그러나 저작권은 공법상 법률관계에 의하여 생성되는 것이 아니며 저작권의 등록은 특허등록과 같은 권리의 성립요건이 아니다. 또 「특허법」과는 달리 「저작권법」은 별도로 조정대상의 범위를 제한하고 있지 아니하다. 이는 저작권법이 보호하는 저작권과 저작인접권이 사적으로 처분가능한 권리라는 데에 이유가 있다. 그렇다면 원칙적으로 저작권분쟁은 중재에 적격한 영역이라고 생각된다.³⁹⁾

2) 중재제도 활용의 필요성

비록 저작권분쟁에 중재적격이 인정된다고 하여도 이를 활용할 것이지는 별개 문제이다. 관건이 되는 것은 중재의 필요성이 있는지 여부이다. 즉, 현재 실행되고 있는 조정 등의 방법이 ADR의 역할을 못하는지 여부가 중요하다. 이 문제를 판단하기 위해서는 현행 조정제도에 어떤 문제점이 있으며 그 원인은 어디에 있는지가 분석되어야 할 것이다.

필자의 사견으로는 현재 저작권위원회의 조정제도에 큰 문제가 있다는 생각은 들지 않는다. 저작권침해사실이 일상화되어 가고 있는 사회환경을 생각하면 조정제도 이용률이 다소 낮다고 생각할 수 있다. 그러나 저작권분쟁을 사적으로 해결하거나 법원에 제소하는 경우가 있고, 조정제도에 대하여 알지 못하는 국민이 많다는 점도 고려하면 이용률이 낮다고 단정하기는 쉽지 않다.⁴⁰⁾

구) 제20권 제3호(2010), 47면 이하; 손승우, “중재에 의한 S/W 분쟁해결”, 「지식재산논단」 제2권 제2호(2005), 246면 이하; 강수미, “독점규제법 관련분쟁의 중재의 대상적격”, 「중재연구」 제20권 제1호(2010), 41면 이하; 강수미, “징벌적 손해배상의 중재적격”, 「중재연구」 제21권 제1호(2011), 3면 이하; 윤선희, “일본에서 특허의 유효성에 대한 중재가능성-필비판결(일본 특허법 제104조의3)을 중심으로”, 「중재연구」 제21권 제1호(2011), 57면 이하; 강용찬·박원형, “소비자중재합의의 효력에 관한 미국 법원의 태도와 함의”, 「중재연구」 제21권 제1호(2011), 73면 이하; 안건형, “한국의 엔터테인먼트산업과 중재의 현황과 과제”, 「문화·미디어·엔터테인먼트법」 제4권 제1호(2010), 142면 이하.

37) 목영준, 「상사중재법론」, 박영사, 2000, 46면 이하, 275면. 중재적격을 모두 공서문제로 보기는 어렵다는 입장은 Karl -Heinz Böckstiegel, “Public Policy and Arbitrability”, Pieter Sanders ed., *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration*, Kluwer, 1987, pp.183-184.

38)鈴木基宏, 「Q&A著作権法」, 青林書院, 2011, 389頁.

39) 서헌재, “중재에 의한 컴퓨터 프로그램분쟁의 해결”, 「중재」 제314호(2004), 84-85면.

40) 분쟁조정사건이 폭주하고 있어 유료화, 분쟁조정대상 제한 등이 논의되고 있는 금융감독원의 경우, 모든 금융거래약관에서 이 거래와 관련한 분쟁을 금감원에 조정신청 할 수 있다고 명시함으로써 높은 인지도를 확보하고 있다.

본래 조정제도는 조정인의 노력여하에 따라 유연하고 만족도 높은 성과를 거둘 수 있는 제도이다.⁴¹⁾ 그러나 중재는 중재인의 종국적 판단이 분쟁당사자를 기속한다는 강력한 효과가 있다. 현행 조정제도가 소정의 목적을 달성하고 있음에도 불구하고 중재는 이와 같은 장점이 있으므로 추가적인 분쟁해결의 통로를 만드는데 굳이 반대할 것은 아니지만 아무래도 이용률은 높지 않을 것으로 생각된다. 현재 저작권위원회 홈페이지를 보면 저작권 분쟁을 조정 이외에 알선과 중재에 의하여 해결한다고 소개하고 있다. 알선은 몇 건 행하여지고 있으나 중재는 전례가 없는 것으로 생각된다. 법의 명시적 근거도 없으므로 임의 중재가 될 수는 있을 것이다.

한국저작권위원회를 비롯하여 조정 등을 실시하고 있는 많은 기관들은 늘 중재제도에 관심을 갖는다. 가장 큰 이유는 중재제도의 매력인 중재판정의 기속력, 그에 다른 종국적 판단이라는 강력한 효력에 매력을 느끼기 때문이다.⁴²⁾ 그러나 중재판정의 종국성은 어느 시대 어느 사회의 사회적 경향에서 볼 때 중재제도 활용을 기피하는 원인도 될 수 있다. 또 일반적으로 말하자면 조정은 중재의 대립관계에 비하여 절차가 간단하고 비교적 신속하게 결론을 도출하게 되며, 중재인의 지휘보다 당사자의 결심에 의존하여 조정수락을 하므로 이행률이 높고, 당사자 간에 새로운 협력관계가 구축될 여지가 크다는 장점이 있다.⁴³⁾ 그러므로 중재제도를 도입하기에 앞서 그 이용가능성에 대한 면밀한 조사가 필요하며 도입한다면 기존의 중재기관에서 맡을 것인지, 저작권위원회가 중재도 담당할 것인지를 결정하고 중재규칙 등을 정비하여야 할 것이다.

3) 중재제도 활용의 고려사항

첫째, 중재인의 중립성, 공정성, 독립성을 확보하는 것이 중요하다.⁴⁴⁾ 이는 조정인에게

41) 중립적 입장에서 양당사자를 끊임없이 설득하여 결론을 수궁하게 하는 조정인을 Connerty는 다음과 같이 비유한다. "He moves backwards and forwards between the parties: Chinese word for conciliator is said to be a 'go-between' who 'wears out 1,000 sandals.'" Anthony Connerty, "The Role of ADR in the Resolution of International Disputes", (1996)12 *Arbitration International*.30.

42) 예를 들면, 금융감독원의 조정에 대하여 편면적 기속력을 인정하자는 것도 중재적 요소를 도입하는 것이다. 김선정, "우리나라 금융분야 ADR의 개선방안", 「2011 출제 중재학술발표대회 자료집」, 한국중재학회 (2011.5.27); 표호진, 「산업재산권분쟁에 관한 재판외분쟁해결제도-산업재산권분쟁조정제도의 활성화 방안을 중심으로」, 한국발명진흥회 지적재산권연구센터(1999), 171~173면. 중재의 가장 큰 특징은 중재판정이 기속력 있다는 점이다. 중재는 분쟁 후의 별도 계약 없이도 기속력을 발생시킬 수 있는 유일한 ADR절차이다. 그러나 기속력 없는 중재(non-binding arbitration)도 있다. 이 제도 하에서 당사자는 중재의 기속력 없음에 합의할 수 있고 미국법원은 그와 같은 합의를 인정한다. 대다수 비구속적 중재는 법원명령에 의하여 강제되는 법원연계형 중재(court-annexed arbitration)이다. 미국의 일부 연방지부와 20개 이상의 주에서 당사자에게 비구속중재를 명할 권한이 있다. 패한 당사자는 소송을 제기할 수 있고 제소사건에 대하여 법원은 중재판정에 구애받지 않고 새로운 사건으로 취급한다. 소제기자는 그동안의 중재비용을 전액예탁하여야 하는 것이 보통이며 소송결과가 중재판정보다 자신에게 유리하게 내려지는 경우에는 이를 환급받는다. 일부 주법은 의료과오청구에 비구속적 중재를 요구하고 있다. 이 경우 통상 3명의 중재인 중 1인은 의사이며 일부 주에서는 중재판정을 그 후에 제기된 소송에서 수용하는 것이 보통이다. Ware, *op.cit.*, pp.340-341.

43) 澤田壽夫, "國際的紛爭解決の手段としての調停と他の仲裁代替手法", 小島武司 編, 「日本法制の改革: 立法と實務の最前線」中央大學出版部, 2007, 139~140頁.

도 요구되는 바이지만 분쟁당사자가 수용여부를 선택할 수 있는 조정과 달리 중재인의 판정에 계속되어야 하는 중재의 경우에는 특히 엄정하게 요구된다고 할 것이다. 특히 국제 중재의 경우 자국의 이익을 우선시하는 태도는 경계할 일이다.

둘째, 본래 중재는 소송과 유사한 절차를 간이화하는 것이 아니라 민간에 의하여 신속하게 분쟁을 처리하는 질적으로 다른 절차로 발달되어 온 것이다. 그러나 소송에는 속달되어 있지만 중재의 지식과 경험이 반드시 깊은 것은 아닌 전문가에 의해 시간과 비용을 요하는 개시절차, 소송과 유사한 규칙과 관행이 중재에 도입됨으로써 중재의 신속성과 경제성이 저해되는 경우(judicialization)도 늘고 있다.⁴⁵⁾ 중재의 신속성을 확보하여야 하지만 지나치게 신속·경제를 강조할 경우 증거를 효율적으로 수집하는 당사자에게 유리하여 부당한 결론에 이를 수도 있다는 점도 유의할 일이다.

셋째, 동북아시아의 저작권분쟁을 해결할 국제적 중재기구를 출범할 경우에는 각국의 국내법 규정이 어떤가에 상관없이 중재판단에 이유를 기재하도록 하는 문제가 검토되어야 한다. 중재판정의 객관성을 담보함으로써 중재제도에 대한 신뢰를 높일 것이다.

넷째, 반드시 중재라는 단일방식만 고집할 필요는 없을 것이다.

저작권분쟁을 포함한 지적재산권 분쟁을 대한상사중재원의 중재제도를 활용할 수도 있을 것이다. 대한상사중재원도 지식재산권 사건의 중재에 관심을 갖고 있는 것으로 보인다. 대한상사중재원이 발표한 분야별 상사중재 현황에 따르면 2009년 지식재산권분야의 중재건은 전체 318건 중 6건(국제중재 1건 포함)으로 2008년에 한건도 없던 것에 비하면 수치상 600%의 증가를 보인 셈이다.⁴⁶⁾ 2010년에는 전체 316건 중 9건(국제중재 2건 포함)으로 전년대비 50% 증가하였다. 2010년의 경우 지식재산권 중재는 특허실시료 및 기술료 청구 사건이 5건이고 특허권 지분이전 이행청구사건이 1건이었다. 외형상 특허관련 사건이 다수이지만 특허청 산업재산권분쟁조정위원회가 취급할 사건과는 다른 성격의 사건이라고 생각된다.

4) 소결

2011년 7월 20일부터 시행되는 「지식재산기본법」은 제22조(재판 외 분쟁해결 절차 활성화)에서 “정부는 지식재산 관련 분쟁이 신속하고 원만하게 해결될 수 있도록 조정·중

44) 중립성은 객관적 상태로 중재인이 중재절차 종료시까지 사고 및 행동에 있어서 당사자 쌍방으로부터 완전히 거리를 유지하는 것이며, 공평은 각 당사자간에 존재하는 구체적 관계와 관련해서 실제적으로 음미되어야 할 주관적 상태이다.

45) 특히 WTO, UNCTAD, ICC 등 국제기관의 중재에 대하여는 재판과 동종의 분쟁처리수단이라고 이해하면서 ADR을 중재 외의 분쟁해결절차로 이해하는 것이 보통이라고 한다. 澤田壽夫, “國際的紛爭解決の手段としての調停と他の仲裁代替手法”, 小島武司編, 「日本法制の改革: 立法と實務の最前線」中央大學出版部, 2007, 350~351頁.

46) 대한상사중재원의 지식재산권관련분쟁실적에 대하여는 통계가 잇달리고 있다. 이는 어느 범위의 분쟁을 지식재산권분쟁으로 볼 것인가에 대한 분류상 기준의 차이에 기인하는 것으로 짐작된다.

재 등 재판 외의 간단하고 편리한 분쟁해결 절차를 활성화하고, 전문성을 제고하며, 쉽게 이용될 수 있도록 안내와 홍보를 강화하는 등 필요한 조치를 하여야 한다.”고 규정하고 있다. 이는 2002년 제정된 일본의 「지적재산기본법」에는 없는 조항이다. 앞으로 한국정부가 지식재산관련 ADR을 어떤 식으로 보완해 나갈지에 대한 구체적 논의가 있을 것으로 보인다. 저작권분쟁에 관한 한 현행 조정제도를 발전시켜 나가되 중재에 대하여도 전향적인 검토가 필요하다.

Ⅲ. 동북아 저작권분쟁 해결기구에 대한 관견

1. 필요성

동북아시아 중 한국, 중국, 일본 간에는 저작물의 병행수입, 음악, 게임 소프트웨어 불법복제 등 저작권분쟁이 제기될 소지가 크다. 이들 문제는 지금까지는 전통적인 소제기 방식에 의하여 해결되고 있다.⁴⁷⁾ 여기서 동북아시아에서 일어나는 저작권분쟁을 ADR 방식에 의하여 해결하는 문제가 자연스럽게 대두된다.⁴⁸⁾ 상사분야에 지역 중재센터의 설립이 제안된⁴⁹⁾ 바 있고, 지식재산분쟁해결을 위한 세계적 조직으로 WIPO Arbitration and Mediation Center가 1994년부터 활동하고 있으나 국가를 당사자로 하지 아니하는 지역별 지식재산권분쟁해결 센터의 제안은 새로운 것으로 생각된다.

저작권침해로 인한 국제사법적 관계에서 적용할 준거법 결정의 기본원칙은 보호국법주의 또는 속지주의이다. 이는 베른협약 제5조 제2항에 따른 것이다. 저작권법의 국제적 동조화에 따라 국가 간 저작권보호에 있어서의 차이는 많이 해소되었으나 이들 권리를 주장하고 실현하는 과정은 쉽지 않은 실정이다. 일반적으로 저작권침해행위는 단기간에 침해 목적을 달성하고 종료하는 경우가 많아 시급한 해결이 필요하고 소액침해도 빈번하며, 전문가적 판단이 필요한 경우가 많다는 점에서 ADR을 활용하는 것이 필요하다는 점은 인정된다. 그러나 추상적 판단보다는 ADR에 대한 수요, ADR기구운영의 비용과 경제적 효과 등이 보다 면밀하게 측정되어야 할 것인데, 이를 조사하는 것부터 쉬운 일이 아니다.

47) 저작권침해소송이 순조롭게 진행된 사례로 韓國奧林匹亞工業株式會社가 北京奧林匹亞熱能設備開發有限責任公司를 상대로 타원형 OLYMPIA 상표도안의 저작권 침해를 이유로 손해배상을 청구하여 수용된 경우. IP 트레이딩·ジャパン株式會社編, 「中國知的財産管理實務ハンドブック」中央經濟社, 2006, 370~377頁.

48) 박영길, “동북아 지식재산권분쟁해결을 위한 ADR센터의 필요성에 관하여”, 「지식재산연구」 제4권 제3호(2009), 76면 이하.

49) 小島武司, “國際商事仲裁の太平洋地域モデルの可能性”, 中山信弘·小島武司 編, 「知的財産權の現代的課題-本間崇先生選集記念-」, 信山社, 1995, 22頁 以下; 김상호, “동북아 역내의 사적 분쟁 해결을 위한 공동기구 설립방안”, 「국제무역연구」 제9권 제2호(2003), 139면; 김상호·김동률, “한·중·일 3국의 동북아 ADR 협력에 관한 고찰”, 「2011 상사중재 국제학술대회 자료집」(2011), 130면 이하.

특히 중재의 경우 사실심 재판에 근접하는 형태로 비용이나 소요시간에서 ADR의 매력을 잃어가고 지나치게 법률적 판단에 기속된다는 비판 등을 고려하여야 할 일이다.

최근 저작권법에서는 각종 법 이론의 수립이나 제도의 검증에 시장의 경제적 조사가 활용되고 있다.⁵⁰⁾ 이와 같은 방법론은 저작권이론의 구축뿐만 아니라 저작권분쟁의 해결 방식을 찾아가는 데에도 마찬가지로 중요하다. 동북아에 저작권분쟁해결 제도를 위한 단일 기구를 설치할 필요가 있는지, 있다면 가장 효과적인 메카니즘은 무엇인지를 판단하기 위하여 각국은 먼저 상황과약을 위한 공동작업을 진행할 필요가 있다.

앞서 말한 바와 같이 동북아 지적재산권분쟁해결센터를 창설하여 ADR기관으로 할 때, 다음과 같은 점이 고려되어야 할 것이다.

1) 지역범위

동 센터가 대상으로 삼는 지역을 어디로 할 것인지도 생각해 보아야 한다. 동남아에서 지적재산권의 교류가 빈번하고 침해사실도 적지 않은 점을 고려한다면 동남아를 포함하는 것이 맞을 것이다.⁵¹⁾ 그러나 동남아 국가들과의 협력까지 구해야 한다면 지적재산권분쟁 해결센터의 창설이 요원해 질 수도 있다.

2) 분쟁해결방식

조정, 중재, 알선 등 여러 가지 분쟁해결방식 중 어느 것을 택할 것인지, 아니면 여러 가지 방법을 병용할 것인지 고려할 필요가 있다. 중재의 경우, 중재적격의 문제가 제기될 수 있다. 중재적격의 경우, 중국은 중재의 대상을 “경제적 분쟁”으로 규정하고 있다. 이는 평등한 주체로서 공민, 법인 기타 경제단체 간의 계약상의 분쟁 및 재산권과 관련한 분쟁이며, “혼인·입양·후견·부양 및 상속 관련 분쟁”과 같이 신분적 권리에 관한 분쟁과 “행정기관이 해결하도록 법으로 규정된 분쟁”,⁵²⁾ 노동분쟁은 노동법에 따라 설치된 상설 위원회에 제기하여야 한다는 이유로, 영농집단조직 내의 농업적 작업의 수행에 관한 계약

50) Matthias LEISTNER(川田篤 譯), “著作權における經濟學的調査の寄與-現状の調査と學際的な理論の描寫” 『知的財産法政策學研究』第29号(2010), 1頁以下.

51) 지적재산권 분쟁의 공법적 측면이지만 한국에는 중국의 위조품이 범람하고, 일본에는 한국의 위조품이 범람한다는 분석에 따라 2007년 3개국은 한중일 세관지식재산권 실무그룹회의(Tripartite Working Group On Intellectual Property Right)를 창설하였고 여기서 실제적 행동지침(action plan)으로 Fake Zero Project가 2008년부터 실행되고 있다. 단속경보 교환, 단속전략공유, 지식재산권 홍보, 지식재산권자와의 협력강화를 내용으로 한다. 이와 같은 협력관계를 세관업무에 한정하지 않는 문제, 특히 제조과정에서 차단하는 문제, 더 많은 나라 특히 새로운 침해물품제조 기지가 되고 있는 동남아 국가 등과 확대해 가는 문제가 있다. 2008년 Booz Allen Hamilton사와 미국상해상회가 최근 발표한 ‘중국제조경쟁력’의 연합조사에서 조사를 받은 20%의 국제기업이 몇 년 내로 중국을 떠나 인도 또는 베트남 등의 지역으로 옮길 것이라고 발표하였다. 김선정, “토론문”, 「국가발전을 위한 지식재산 전략 국제세미나 자료집」 특허청(2011.7.7~8).

52) 「행정절차법」은 일정한 사항에 관하여 인민법원의 진속관할권을 인정하고 있으므로 중재의 대상이 되지 아니한다. 상세한 것은 Jingzhou Tao, *Arbitration Law and Practice in China*, Kluwer Law International, 2004, pp.47~48.

에서 야기된 분쟁은 지방정부의 해당부서나 재판에 의하여 해결한다는 이유로 중재대상에서 제외 된다(「중재법」 제2조, 제3조). 그러므로 이들 분쟁을 중재에 의하여 해결하기로 하는 사전계약은 무효이다.⁵³⁾ 지식재산 분쟁 중에는 「상표법」이 상표청과 별개로 설립된 독립기구인 상표심사재정위원회에서 상표분쟁을 전담한다.⁵⁴⁾ 중국의 경우, 특허중재는 매우 드문 일이라 한다. 또한 특허문제가 포함된 외국의 중재판정은 해당국의 법에 의하여 중재적격이 없다면 중재에 의하여 다루어질 수 없다는 「중재판정의 승인 및 집행에 관한 뉴욕협약」에 따라 중국에서 승인 집행될 가능성은 거의 없다고 한다.⁵⁵⁾ 일본의 경우는 “화해할 수 있는 민사상의 분쟁”이 아닌 경우에는 중재가 허용되나(「중재법」 제13조 제1항), 특허의 무효심판과 같은 행정처분의 효력을 다루는 것이 전제된 분쟁에 대하여는 부정적 의견이 우세하였지만 최근 미묘한 변화도 감지된다고 한다.⁵⁶⁾ 그런데 저작권 분쟁의 경우 중재의 대상으로 삼기 어렵다는 의견은 없다. 그러나 저작권분쟁을 중재의 방식으로 해결할 것인지는 별개 문제이다. 국제상사분쟁의 경우 중재가 일반화되어 있고 이는 비공개, 신속, 저렴, 분쟁당사자의 중재인선택권 유연한 절차 등의 장점 때문이다. 그러나 중재에는 재판이나 다른 ADR과 다른 위험도 있다.⁵⁷⁾ 일반적으로 북경상사중재위원회나 중국 판권국 중 어디를 협력자로 하여 ADR기관을 설립할 것인지, ADR이 활성화 되지 못한 일본의 경우는 누구를 협력자로 하여야 할 것인지, 우리나라의 경우 저작권위원회, 대한상사중재원 등 어느 기관이 주도할 것인지가 주요한 문제이다. 이에 따라 센터의 업무대상이 되는 지적재산권분쟁의 범위도 정해질 것이다. 이는 단지 기존의 인력이나 시설을 활용하는 문제가 아니고, 한국, 중국, 일본 등에서의 조정이나 중재의 승인 및 집행 등이 문제를 수반하는 문제이므로⁵⁸⁾ 신중한 검토가 필요하다.

지식재산권의 국제분쟁 해결방식과 관련하여 국제상업회의소(ICC)의 경우, 지식재산관련 중재신청은 2007년 신청건수 39건으로 전체 신청건수의 5.5%에 불과하였고, 2006년에는 신청건수가 53건이었다. WIPO에는 2007년 33건, 2006년 26건이 신청되었다. 이는 다른 분야에 비하여 매우 적은 건수라고 할 수 있다. 그 이유는 첫째, 지식재산분쟁은 대부분 침해나 해적행위를 통하여 일어나며, 따라서 권리자와 침해자 간에 분쟁발생 이전에 관련 계약이 존재하지 않는 경우가 많다. 결국 중재성립과 구속력의 전제가 되는 중재합

53) 그러나 중재분쟁은 중재적격이 있다. Tao, *op.cit.*, p.49.

54) *Op.cit.*, p.48.

55) Daniel Schimmel/Ila Kapoor, "Resolving International Intellectual Property Disputes in Arbitration", 21 No.2 *Intell. Prop. & Tech. L. J.* 6(2009).

56) 윤선희 전계 「중재연구」 제21권 제1호, 70면.

57) 澤田壽夫, 前掲論文, 103~104頁.

58) 이런 논의는 김용길, “우리나라에서 외국중재판정의 승인과 집행에 관한 고찰”, 「중재연구」 제20권 제3호(2010), 3면 이하; 김선정, “중국에 있어서 외국중재판정의 승인 및 집행거절사유인 공서와 법의 지배”, 「중재연구」 제18권 제3호(2008); 정용균, “중국에서의 상사중재판정 집행에 관한 동향과 제도개선연구: 외국투자자 관점을 중심으로”, 「중재연구」 제20권 제1호(2010), 133면 이하.

의는 존재하지 아니하는 경우가 많다.⁵⁹⁾ 이와 같은 당사자 간에 분쟁이 제기된 후 문제를 중재로 다루기로 합의하기는 쉽지 않다. 2007년 ICC에 중재신청 된 39건 중 7건만이 사건발생 후 중재합의가 이루어진 사건이었다. 둘째, 일부국가는⁶⁰⁾ 공서 등의 이유로 중재의 적격성을 인정하지 아니한다. 셋째, 특허무효의 문제는 실시계약의 선결문제인데 이들 분쟁은 주로 법원에 제기되는 경향이 있다고 한다.⁶¹⁾ 이는 중재판정이 종국적이며 중재판정에 대한 재심사유도 매우 제한적이기 때문이다. 기업들은 경제적 가치가 매우 높은 지식재산에 대한 분쟁일수록 다시 다룰 수 없는 중재로 종결되는 것에 두려움을 가진다. 그 결과 미국에서도 기업들은 지적재산권 분쟁을 경험 있는 연방법원에 제소하는 경우가 많다.⁶²⁾ 이 점은 지역분쟁해결기구에서의 분쟁해결방법을 결정함에도 고려되어야 할 사항이고 본다. 이와 같은 상황에서 파리항소법원은 중재인이 특허무효를 다룬 사건을 다루도록 허용하는 첫 판결을⁶³⁾ 2008년 2월 28일에 내렸는데, 이는 중재의 저렴성과 유효성을 인정한 때문인 것으로 평가된다.

3) 기술적 방법

기술적 문제이긴 하지만 ADR의 장점을 살리기 위하여 오프라인과 온라인방식을 선택 또는 병행하는 문제,⁶⁴⁾ 조정이 성립하지 아니하는 경우에 중재로 전환하는 med-arb, 중재 절차 중에 조정을 시도하는 arb-med의 활용을 검토할 필요가 있다.⁶⁵⁾ 온라인분쟁해결과 관련해서는 인터넷주소분쟁조정위원회의 아시아도메인이름분쟁조정센터의 운용상황을 선행으로 살펴 볼 수 있지 않을까 생각한다.⁶⁶⁾

4) 법률문화와 사회적·역사적 요인

59) Schimmel & Kapoor, *op.cit.*, p.5.

60) 싱가포르, 루마니아 등

61) Schimmel & Kapoor, *op.cit.*, p.5.

62) *Ibid.*

63) Sté Liv Hidravlika DOO v. SA Diebolt, CA Paris, 1ère ch. C., 28 févr. 2008, JurisData no.2008-359055.

64) 중국의 경우, 2000년 12월 CIETAC이 도메인네임분쟁해결센터(DNDRC)를 설립하면서 온라인 분쟁해결방법이 이용되기 시작한 이래 2005년 온라인분쟁해결센터(ODRC)를 설립하였고, 2009년 CIETAC이 “온라인중재 규칙”을 제정·시행하였다. 아직 그 이용현황은 활발하지 않은 것 같으나 온라인중재를 시작하였다는 점만으로도 의의를 지닌다. 상세한 것은 차경자·최성일, “중국의 온라인중재 운용과 법적 문제에 관한 연구 -CIETAC의 온라인중재를 중심으로-”, 「중재연구」 제20권 제2호(2010), 48면 이하; 온라인 중재와 뉴욕협약의 서면요건, 온라인중재판정의 집행문제에 대한 논의로 Tao, *op.cit.*, pp.186-193; IT기술을 지적재산분쟁해결에 활용하는 문제에 대하여는 澤井啓, “知的財産紛争の仲裁・ADR”, 「國際商取引學會年報」vol.8(2006), 56~59頁.

65) 제3자가 개입하지 아니하는 ‘교섭’과 달리 조정(*conciliation*)은 제3자가 적극개입하고 알선(*mediation*)은 소극적으로 개입하는 점에서 차이가 있다. 그러나 두 용어가 혼용되며 미국에서는 *mediation*이 오히려 조정의 개념으로 사용되기도 한다. 우리나라에서도 *mediation*을 ‘조정’으로, *conciliation*을 ‘알선’으로 해석하는 입장으로 심영, 전계논문, 535~536면.

66) 온라인분쟁해결의 장점에 대하여는 김선정, “온라인상 상사분쟁해결의 법적과제”, 「경영법률」 제17권 제2호(2006).

분쟁해결기관의 설립을 구상함에 있어서는 단순히 제도의 틀과 법률의 내용을 선택하는 것 이전에 참가국들의 정치체제, 지적재산권정책, 국제적 보호의 이행수준, 사법구조, 법률문화, 역사적 감정까지도 충분히 고려되어야 할 문제이다.⁶⁷⁾ 어쩌면 이런 문제들이 가장 중요한 요소일 수 있다.⁶⁸⁾

IV. 결 론

지금까지 저작권분쟁의 ADR방식에 대하여는 논의가 드물었다. 이는 같은 지식재산권분쟁이라 하여도 특허분쟁과는 달리 저작권분쟁에 대하여는 중재적격이 의심되지 않았고, 특허분쟁의 주요기관인 산업재산권분쟁조정위원회와 배치설계심의조정위원회의 이용실적이 매우 저조한데 비하여 저작권위원회는 나름대로 조정활동을 수행하고 있기 때문이 아닌가 생각된다. 한편 각국의 저작권 ADR은 각국의 사정에 따라 다르나 대체로 조정유사의 제도로 이해되고 전형적인 중재방식은 찾기 어렵다. 그러나 분쟁조정업무를 행하는 우리나라 ADR기관들은 대부분 중재에 큰 관심을 나타내고 있다. 이는 중재제도의 장점, 특히 중재합의의 결과 종국적 판단에 기속된다는 점에서 중재가 매우 실효성 있는 제도라 여기기 때문이다. 금융분쟁조정제도에서 도입이 적극 검토되고 있는 편면적 구속력 같은 것은 바로 그러한 구속력의 변형이다. 그러므로 분쟁조정의 주관기관들은 중재의 경우 ADR기관의 행·채정적 낭비가 없는 강력한 제도라고 느끼고 있다. 그러나 중재가 일도양단적인 해결방식이라는 점에서 대다수 당사자들이 퇴로 없는 이 방식을 기꺼이 선택할지는 단언하기 어렵다.⁶⁹⁾ 이를 조금이라도 정확하게 판단하기 위해서는 잠재적 분쟁 당사자들을 대상으로 조사를 실시하면 도움이 될 것이다. 아울러 이와 같은 중재제도의 병행과 더불어 조정제도 자체의 개선, 예컨대 약식조정, 긴급절차, 강제조정, 조정신청시 재판절차 중지, 시효중단, 조정전치, 감정제도, 기피제도 등의 도입, 수수료 차등화, 조정조서 개선 제도적 보완이 이루어지면 ADR활성화에 기여할 것이지만 본고에서는 상세한 논의를 피하였다. 본고에서는 과학기술의 발달과 저작물에 대한 향유가 일상적 소비생활이 되면서 저작물의 국제적 유통이 시공을 초월하여 이루어지고 분쟁가능성이 높아지는 점을 감안

67) 이 점을 강조하는 박영길, 전제논문, 101면.

68) Jingzhou Tao는 중국에서 지적재산권보호를 약화시키는 사회·경제·문화적 이유를 설명하였다. 법집행팀의 취약과 협력의 부재, 지방보호주의, 행정벌의 역지적 효과 부족, 집행경비, 입증책임이 과다하고 손해배상은 불충분하며 장기간이 소요되는 민사소송의 비효율성, 사법기관과 행정기관의 비협조와 지적재산권침해사범 중 일부만 형사처벌을 받는 현실, 사적 제재의 실행곤란, 불충분한 양형, 집행의 투명성 결여, 국민의 지적 재산에 대한 박약한 준법의식을 들고 있다. Jingzhou Tao, "Problems and new developments in the enforcement of intellectual property rights in China", Paul Torremans, *Intellectual Property and TRIPS Compliance in China*, Edward Elgar, 2007, pp.107-124.

69) 중국에서도 이 점을 지적하는 趙家儀·楊斌, 前掲論文, 80-81頁.

저작권분쟁을 포함하는 지적재산권분쟁 해결을 위한 지역기구가 필요하다는 제안에 대하여 그 필요성에 대한 철저한 시장조사가 있어야 함을 강조한다. ADR방식 역시 그 수효와 경제적 효용에 대한 사실적 검토와 함께 각국의 관련법, 분쟁해결 문화, 법감정 등 법사회적 요소들을 충분히 고려한 후 결정되어야 할 것이다. 다만 저작권 ADR은 조정이라는 방식을 통하여 해결하는 것이 추세인 만큼 이를 전제로 중재 등의 방법도 고려하면 좋을 것으로 생각한다.

참 고 문 헌

- 강수미, “독점규제법 관련분쟁의 중재의 대상적격”, 「중재연구」 제20권 제1호(2010).
- _____, “징벌적 손해배상의 중재적격”, 「중재연구」 제21권 제1호(2011).
- 강용찬·박원형, “소비자중재합의의 효력에 관한 미국 법원의 태도와 함의”, 「중재연구」 제21권 제1호(2011).
- 김상호, “동북아 역내의 사적 분쟁 해결을 위한 공동기구 설립방안”, 「국제무역연구」 제9권 제2호(2003).
- 김상호·김동률, “한·중·일 3국의 동북아 ADR 협력에 관한 고찰”, 「2011 상사중재 국제학술대회 자료집」(2011).
- 김석철, 「특허중재제도의 도입 및 실시방안에 관한 연구」, 석사학위논문, 한양대(1985).
- 김석철, “한국중재의 영역확대 방안에 관한 연구”, 「중재연구」 제20권 제3호(2010).
- 김선정, “우리나라 금융분야 ADR의 개선방안”, 「2011 춘계 중재학술발표대회자료집」, 한국중재학회(2011.5.27).
- _____, 「직무발명관련 법령의 통일적 정비 및 대체적 분쟁해결시스템 도입방안에 관한 연구」, 특허청, 2005.
- _____, “토론문”, 「국가발전을 위한 지식재산 전략 국제세미나 자료집」 특허청(2011.7.7-8).
- _____, “특허법상 강제실시와 ‘비교형량’의 문제점”, 「제2회 강제실시제도 전문가포럼 자료집」(2009.5.27), 특허청.
- _____, 「증거주의와 연구노트」, 한국지식재산연구원, 2010.
- _____, “중국에 있어서 외국중재판정의 승인 및 집행거절사유인 공서와 법의 지배”, 「중재연구」 제18권 제3호(2008).
- _____, “온라인상 상사분쟁해결의 법적과제”, 「경영법률」 제17권 제2호(2006).
- 김정현·한매화, 「중국저작권법(상)」, 법영사, 2008.

- 김희철, “미국의 증권중재제도에 관한 소고-공정성요건을 중심으로-”, 「중재연구」 제18권 제3호(2008).
- 목영준, 「상사중재법론」, 박영사, 2000.
- 박영길, “동북아 지식재산권분쟁해결을 위한 ADR센터의 필요성에 관하여”, 「지식재산연구」 제4권 제3호(2009).
- 심영, “미국에 있어서 소송대체적 분쟁해결제도 - 증권분쟁을 중심으로-”, 「비교사법」 제11권 2호(2004).
- 서달주 역, 「프랑스 저작권법」, 한국저작권위원회, 2009.
- 서헌제, “중재에 의한 컴퓨터 프로그램분쟁의 해결”. 「중재」 제314호(2004).
- 손승우, “중재에 의한 S/W 분쟁해결”, 「지식재산논단」 제2권 제2호(2005).
- 안건형, “한국의 엔터테인먼트산업과 중재의 현황과 과제”, 「문화·미디어·엔터테인먼트법」 제4권 제1호(2010).
- 유병현, “우리나라ADR의 발전방향”, 「안암법학」 제22호(2006).
- 윤선희, “문화콘텐츠산업에서의 분쟁실태와 중재의 활용방안”, 「계간 중재」 (2005, 여름).
- 윤선희, “일본에서 특허의 유효성에 대한 중재가능성-킬비판결(일본 특허법 제104조의3)을 중심으로”, 「중재연구」 제21권 제1호(2011).
- 정용균, “중국에서의 상사중재판정 집행에 관한 동향과 제도개선연구: 외국투자자 관점을 중심으로”, 「중재연구」 제20권 제1호(2010).
- 차경자·최성일, “중국의 온라인중재 운용과 법적 문제에 관한 연구 -CIETAC의 온라인중재를 중심으로-”, 「중재연구」 제20권 제2호(2010)
- 표호건, 「산업재산권분쟁에 관한 재판외분쟁해결제도-산업재산권분쟁조정제도의 활성화 방안을 중심으로-」, 한국발명진흥회 지적재산권연구센터(1999).
- 하충룡, “소비자중재합의의 미국계약법상 항변”, 「중재연구」 제20권 제2호(2010)
- 한국저작권위원회, 「저작권분쟁조정사례집」 2009.
- 허희성 외, 「저작권심의조정위원회 조정제도의 개선방안에 대한 연구」, 2003, 문화관광부
- 菊池武 外編, 「著作権法の基礎」, 經濟産業調査會, 2005.
- 金祥洙, “アメリカにおける知的財産権紛争の仲裁可能性”, 松浦馨・青山善充編, 「現代仲裁法の論点」, 有斐閣, 1998
- Matthias LEISTNER(川田篤 譯), “著作権における經濟學的調査の寄與-現状の調査と學際的な理論の描寫” 「知的財産法政策學研究」第29号(2010).
- IPトレーディング・ジャパン株式會社編, 「中國知的財産管理實務ハンドブック」中央經濟社, 2006
- 射手失好雄 編, 「中國經濟六法」 日本國際貿易促進協會, 2011.

- 小島武司, “國際商事仲裁の太平洋地域モデルの可能性”, 中山信弘・小島武司 編, 「知的財産権の現代的課題-本間崇先生還暦記念-」, 信山社, 1995.
- 小野昌延・岡田春夫 編, 「アジア諸國の知的財産制度—山上和則先生古稀記念」, 青林書院, 2010.
- 伊藤眞, 「民事訴訟法」有斐閣, 2005.
- 鈴木基宏, 「Q&A著作権法」, 青林書院, 2011.
- 章忠信, 萩原有里 譯, 「臺灣著作権法逐條解說」, 經濟產業調查會, 2008.
- 澤田壽夫, “國際的紛争解決の手段としての調停と他の仲裁代替手法”, 小島武司編, 「日本法制の改革: 立法と實務の最前線」中央大學出版部, 2007.
- 澤井啓, “知的財産紛争の仲裁・ADR”, 「國際商取引學會年報」vol.8(2006).
- Anthony Connerty, “The Role of ADR in the Resolution of International Disputes”, 12 *Arbitration International*(1996).
- Daniel Schimmel / Ila Kapoor,, “Resolving International Intellectual Property Disputes in Arbitration”, 21 No.2 *Intell. Prop. & Tech. L. J.* (2009).
- Edward Brunet et al., *Arbitration Law in America: A Critical Assessment*, Cambridge University Press, 2006.
- Jingzhou Tao, *Arbitration Law and Practice in China*, Kluwer Law International, 2004.
- Jingzhou Tao, “Problems and new developments in the enforcement of intellectual property rights in China”, Paul Torremans, *Intellectual Property and TRIPS Compliance in China*, Edward Elgar, 2007.
- Karl-Heinz Böckstiegel, “Public Policy and Arbitrability”, Pieter Sanders ed., *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration*, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1987.
- Stephen J. Ware, *Principles of Alternative Dispute Resolution*, 2nd ed., Thomson West, 2007.

ABSTRACT

The Role of ADR in the Resolution of the Copyright Disputes

Sun-Jeong, Kim*

These days utilization of copyright in daily life and economic activities is becoming more important than ever, and IT technology is developing day by day. Along with those fact, copyright infringement and dispute is naturally increasing.

This thesis dealt with the 3 different issues of ADR on copyright.

The First part, introduce ADR system that was performed by Korea Copyright Committee according to Copyright law. This paper evaluate the committee's efforts to provide resolution of copyright disputes via conciliation was effective. So it needs to be look over several countries' ADR, beside conventional judicial remedy. And Korea's copyright conciliation system which is successfully operating also introduced. Second, In many countries, including South Korea are take advantage of conciliation as the way to settle down the dispute over copyright. Furthermore, looked over if we can use arbitration as tool to settle dispute or not. Currently in Korea, patent dispute is handled by Industrial Property Dispute Conciliation Committee(The Invention Promotion Act Ch.5) and Layout-design Review and Mediation Committee(The Act on the Layout-designs of Semiconductor Integrated Circuits Art.29-34), but using performance of those two committee is still too low. In comparison, the copyright committee, a affiliation organization of the ministry of culture, sports and tourism has much more result in conciliation compare with patent dispute. Copyright disputes has arbitrability of it's subject-matter and many regulating organs are interested in it.(especially, binding of arbitral award and final resolution). Take advantage of both conciliation and arbitration could be good way to resolve copyright disputes. Third, the writer look at the proposal on the creation of Northeast Regional Center for Intellectual Property ADR. Because of the nature of copyright and rapid development of internet technology, international use of work become more frequent and accordingly infringement cases are increasing. The role of

* Professor of Law, Dongguk University

commercial arbitration regimes and institutions which has progressed significantly worldwide level, but which has only just begun in the intellectual property ADR area, leads also to a clash of often very different legal cultures and protection in a market economy. International cooperation in regional area with conflict interests becomes an important alternative. But it will depend on the building of regional institutions and mechanisms. The feasibility of this proposal and preconditions were examined. Establishment of new international organization requires a lot of time, cost and efforts. And risk of failure is much too high. Therefore factual, statistical review should be preceded. In addition, technical measures, such as on-line arbitration is necessary to review also. Furthermore in order to establish new organization, the relative law, legal environment, public sentiment and international compliance must be carefully considered with factual review about the needs and economic benefits of each country

Yet on complex regulatory matters such as IP and ADR, a great deal of the potential benefits from international standards arises not from the international legal framework nor even the formal content of national legislation, but from the informed and effective use made of the possibilities within the system, including by policymakers and regulators.

Key Words : ADR on the copyright disputes, Arbitrability of the subject matter of copyright disputes, Korea Copyright Commission, Conciliation of copyright disputes.