

# 인권의 관점에서 지적재산권 체제의 재구성

## 일시 및 장소

2025년 2월 13일(목)  
오후 6시 30분  
강북노동자복지관 2층 교육실

## 주최

정보공유연대 IPLeft

[정보공유연대 IPLEFT세미나]

# 인권의 관점에서 지적재산권 체제의 재구성

2025년 2월 13일(목) 오후 6시 30분  
강북노동자복지관 2층 교육실

- 주최 -

정보공유연대 IPLEFT



## 세미나

# 인권의 관점에서 지적재산권 체제의 재구성

---

- 일시 : 2025년 2월 13일(목) 오후 6시 30분
  - 장소 : 강북노동자복지관 2층 교육실
  - 주최 : 정보공유연대 IPLEFT
- 

## 사회

권미란 (정보공유연대 IPLeft 대표)

## 발제

- 인권의 관점에서 지적재산권 체제의 재구성—그 내용의 의미와 한계 5  
박성호 (한양대학교 법학전문대학원 교수)

## 토론

1. 토론문1 35  
전응준 (법무법인 린 변호사)
2. 토론문2 39  
정진근 (강원대 법학전문대학원 교수)
3. 토론문3 41  
이동근 (건강사회를위한약사회 사무국장)
4. 토론문4 47  
서보경 (HIV/AIDS인권연대 나누리+ 활동가)

## 질의응답 및 자유토론



발제문

**인권의 관점에서 지적재산권  
체제의 재구성  
—그 내용의 의미와 한계—**

**박성호** | 한양대학교 법학전문대학원 교수

# 인권의 관점에서 지적재산권 체제의 재구성—그 내용의 의미와 한계—

## I. 시작하며

이 글은 남희섭 변리사의 박사학위논문(퀸 메리 런던대학교, 2017년) 내용을 소개하기 위하여 작성한 것이다. 남희섭 박사의 학위논문의 우리말 번역 제목은 “인권의 관점에서 본 전 지구적 지적재산권 체제 : 한-미 FTA 및 한-EU FTA 사례 연구와 함께”(오병일 · 허민호 · 권미란 옮김)이다.<sup>1)</sup> 남희섭 박사의 학위논문의 핵심은 이번 세미나 제목에 잘 나타나 있다. 바로 “인권의 관점에서 지적재산권 체제의 재구성”이다. 필자의 관점에서 해석한다면 “인권의 관점에서 현행 지적재산권 제도의 패러다임의 전환”을 시도한 것이라고 이해할 수 있다.

이 글은 2024년 5월 우리말로 번역하여 출판된 남희섭 박사의 학위논문 단행본 “인권의 관점에서 본 전 지구적 지적재산권 체제 : 한-미 FTA 및 한-EU FTA 사례 연구와 함께”(이하 ‘학위논문’ “인권의 관점에서 지적재산권 체제의 재구성” 또는 단순히 ‘학위논문’이라 한다)를 해제(解題)한 것이다. 다만, 일부 번역 용어는 필자가 학위논문 영어 원문을 참조하여 수정한 경우도 있다는 점을 밝힌다.

## II. 남희섭 박사와 필자의 관계 혹은 ‘인연’

필자는 1999년 업무 관련으로 남희섭 박사를 처음 알게 된 이래 정보공유운동에 헌신하여온 남 박사를 먼발치에서 지켜보면서 그 열정에 많은 감명을 받은 사람 중 한 사람이다. 남 박사는 정보공유와 관련한 인권 침해 사건에 열성적으로 참여함으로써 우리 시민사회에서 정보공유운동이 본격화 할 수 있는 기틀을 마련하였다.

필자가 기억하는 초창기의 대표적 사건은 남희섭 박사와 필자가 함께 수행한 것으로 삼성전자가 1999년 취득한 ‘인터넷상의 원격교육 방법 및 그 장치’에 관한 특허(제191329호)를 무효화 시킨 사건이다.<sup>2)</sup> 또한 우리나라 특허법 시행 이후 최초의 ‘통상실시권 설정 재정(裁定)’ 신청 사건으로 기록되는 만성골수성 백혈병 치료제 ‘글리벡’ 사건도 남

1) 남희섭, “인권의 관점에서 본 전 지구적 지적재산권 체제 : 한-미 FTA 및 한-EU FTA 사례 연구와 함께”(오병일 · 허민호 · 권미란 옮김, 탐탐, 2024)(이하 ‘학위논문’이라 한다).

2) 특허법원 2002. 12. 18. 선고 2001허942 판결(확정). 이에 관해서는, 박성호, “지적재산권과 정보공유”, 「계간 저작권」 제64호, 저작권심의조정위원회, 2003 겨울호, 3면.

박사와 함께 수행한 바 있다.<sup>3)</sup> 위 두 사건은 남 박사의 열정과 헌신적 희생이 없었다면 진행조차 불가능하였던 사건이라고 필자는 기억한다.

남희섭 박사는 정보공유 사건의 처리뿐만 아니라 정보공유 관련 교육에 대해서도 많은 역할과 헌신을 하였다. 남희섭 박사의 추천으로 2001년 ‘정보화와 인권’을 주제로 한 정보운동 강좌에 필자도 참여할 수 있었다.<sup>4)</sup> 2003년에는 남 박사가 주도적으로 편찬과 발행에 참여한 ‘왼쪽에서 보는 지적재산권’ 책자에 필자의 소논문 한 편을 수록할 수 있는 기회를 얻을 수 있었다.<sup>5)</sup>

필자로서는 우리사회에 정보공유운동의 필요성을 일깨우고 몸소 실천하여온 남희섭 박사의 업적과 노고를 기리고 그의 학문적 성과인 학위논문을 해제(解題)할 수 있는 기회를 갖게 되어 매우 기쁘다. 다만, 필자의 사정과 역량 부족으로 충분히 준비하지 못한 점이 아쉬울 따름이다.

### III. 학위논문 “인권의 관점에서 지적재산권 체제의 재구성”의 구성과 그 내용

남희섭 박사의 학위논문은 모두 6개 장(chapter)으로 이루어졌다.

#### 1. 제1장 서론(Introduction)

제1장은 ‘연구의 배경 및 맥락’과 ‘주요 개념의 정의 및 논의 범위’ 그리고 ‘연구 질문, 구성 및 방법론’에 관하여 서술하고 있다. 제1장에서는 지적재산권에 관한 인권적 담론이 무역 중심적 지적재산권 규범에 의해 촉발된 것이라고 설명한다.<sup>6)</sup> 인권이라는 용어와 관련하여 이 학위논문에서는 세계인권선언과 경제적 · 사회적 · 문화적 권리에 관한 국제규약(이하 ‘사회권규약’이라 한다)이라는 두 가지 국제인권법에 초점을 맞추고 있다. 세계인권선언 제27조와 사회권규약 제15조는 이하 ‘과학문화권’으로 약칭되는 ‘과학과 문화에 대한 권리’(right to science and culture)<sup>7)</sup>라고 부르는 것을 포함하고 있다.<sup>8)</sup>

3) 이에 관해서는, 박성호, 위의 논문, 3~5면.

4) 「정보화와 인권」, 진보네트워크센터 2001 정보운동강좌(4주 과정).

5) 정보공유연대 ILeft 펴냄, 「왼쪽에서 보는 지적재산권」(발행일 2003. 5. 5.).

6) 학위논문 17면.

7) 학위논문 28면 각주63)에서는 ‘과학문화권’(right to science and culture)이라는 용어가 2009년 셰이버(Shaver)와 스강가(Sganga)에 의해 창안되었고 학자들과 국제 인권 기구에서 널리 사용되었는데, 특히 2014년 유엔 저작권 보고서와 2015년 유엔 특허 보고서에서 사용하였다고 설명한다.

8) 학위논문 28면.



인권의 다섯 가지 범주(시민적 · 정치적 · 경제적 · 사회적 · 문화적 권리) 중 과학문화권은 문화권으로 분류된다. 또 다른 분류에 따르면, 세계인권선언의 구조는 네 개의 기둥 위에 세워진 신전으로 설명되는데, 첫 번째 기둥인 시민적 및 개인적 권리, 개인이 참여하는 집단과의 관계에서 개인에게 속하는 사회적 권리, 정부 기관의 형성에 기여하거나 의사 결정 과정에 참여하기 위하여 행사되는 정치적 권리, 그리고 경제 및 문화적 영역에서 행사되는 권리가 바로 그것이다. 과학문화권은 네 번째 기둥에 위치하지만, 다른 대부분의 인권과 마찬가지로 다른 기둥에 속하는 권리와 상호 연관되어 있다.<sup>9)</sup>

과학문화권의 개념은 일반적으로 세 가지 요소를 포함하는 것으로 이해되고 있다. 첫째는 과학문화권의 ‘보호 측면’에 관한 것으로 자신이 저작자인 성과로 인하여 생기는 정신적/인격권, 물질적 이익을 보호받을 권리(이하 ‘저작자 조항’이라 한다)를 말한다. 둘째와 셋째는 과학문화권의 ‘보급 측면’에 관한 것으로 문화생활에 참여할 권리와 과학의 발전과 그 응용의 혜택을 향유할 권리를 말한다.<sup>10)</sup>

총체적 측면에서 인권에 접근하기 위해 학위논문에서는 과학문화권의 규범적 내용과 이에 따른 국가의 의무에 초점을 맞추어 인권과 지적재산권의 접점을 논의하고 있다. 과학문화권의 ‘보호 측면’은 지적재산권과 가장 밀접하게 연관되어 있고, 과학문화권의 ‘보급 측면’은 창의적 지식과 정보의 생산과 유통에 대한 대안적 모델의 가능성을 제시할 수 있기 때문이다. 또한 과학문화권에 초점을 맞추면 지적재산권에 대한 포괄적 접근을 가능하게 한다. 종래는 인권과 지적재산권이 충돌할 경우 지적재산권에 대해 인권이라는 외부 압력을 가하는 방식으로 양자 간의 갈등을 해결하는 방안이 제시되어 왔다. 그런데 과학문화권에 초점을 맞추는 총체적 접근의 장점은 인권과 지적재산권 간의 관계 분석에서 지적재산권을 내부 변수로 포용할 수 있다는 점이다.<sup>11)</sup>

## 2. 제2장 “지적재산권의 무역 측면”

제2장은 “지적재산권의 무역 측면”에 관한 것으로 다섯 가지 층위로 나누어 검토하고 있다. ‘역사적 층위’, ‘다양성의 층위’, ‘국제 정치 경제적 층위’, ‘실체적 층위’, 그리고 ‘결과적 층위’이다. 남희섭 박사의 학위논문 중 필자가 특히 주목한 것은 ‘다양성의 층위’와 ‘역사적 층위’ 두 가지이다. 전자는 동아시아에 지적재산권 제도가 존재하지 않았

9) 학위논문 28면.

10) 학위논문 28~29면.

11) 학위논문 29면.

다는 것을 논증한 것으로서 지적재산권 제도의 존재가 산업 발전이나 문화 발전과 직접 연관되는 것이 아님을 보여준다.<sup>12)</sup> 후자는 특허를 중심으로 지적재산권의 발전에 영향을 미친 다양한 요인을 살펴본 것이다.<sup>13)</sup> 역사적으로 무역이 지적재산권과 어느 정도 연관되어 있었는지, 그리고 무역에 대한 관심이 초기 특허 관습과 법령에 어떻게 반영되었는지에 초점을 맞추어 설명하고 있다.<sup>14)</sup>

특허 특권을 부여하는 관행(practices of granting patent privileges)은 르네상스 시기 이탈리아의 베니스, 피렌체, 제노아와 같은 도시 국가들에서 시작된 것으로 널리 알려져 있다. 특허법 시대(patent-statute era) 이전 시기를 지칭하는 ‘특허 관행’(patent custom)이 이탈리아 도시 국가들에서 어떻게 발생하였는지에 대한 설명은 여러 가지가 있다. 그 중 하나는 특허 관행 시대가 도래하고 1474년 베니스 특허법이 제정된 것은 길드의 규제와 공예 지식을 무형 재산으로 인정하는 독특한 문화 때문이라고 설명한다.<sup>15)</sup> 어쨌든 특허 특권 관행은 기본적으로 중상주의 경제 정책과 관련이 있다는 것이다. 즉 수입보다 수출량을 늘려 무역 흑자를 추구하기 위한 것으로서, 초기의 특허 특권 관행은 지방 통치자들이 부여하는 보조금(grants)과 다르지 않았다는 것이다.<sup>16)</sup>

이탈리아의 특허 특권 부여 관행은 15세기에서부터 17세기에 걸쳐 유럽 대륙과 영국으로 퍼져나갔다. 그러나 1474년 베니스 특허법이 제정된 이후 수백 년 동안 특허 부여는 법적 권리(legal rights)가 아닌 특권(privileges)에 머물렀다. 다수의 역사가와 법학자들은 영국의 1624년 ‘독점 법령’(the Statute of Monopolies)을 발명가의 권리를 인정한 최초의 근대 특허법으로 간주한다. 하지만 이는 과장된 표현일 뿐이다. ‘독점 법령’은 발명가의 법적 지위를 변화시키지 않았고, 법적인 의미에서 새로운 특허법 시대를 열지 못하였다. ‘독점 법령’이라는 명칭에도 불구하고 특허 특권은 여전히 왕실의 재량에 속하는 것으로 남아 있었고, 발명가나 외국 기술 수입업자는 발명에 대한 법적 권리를 갖지 못하였기 때문이다.<sup>17)</sup>

특허 특권은 무역 흑자를 달성하기 위한 상업 무역 정책의 일환으로 부여된 것이다. 14

12) 학위논문 48~55면 참조. 이에 관해서는 박성호, “동아시아 전통 법제에서 저작권 보호 관념의 존부(存否)－윌리엄 앨퍼드 지음 「책 도둑질은 고상한 범죄」를 소재로 삼아－”, 「계간 저작권」 제126호, 한국저작권위원회, 2019 여름호, 5면 이하 참조.

13) 우리나라 지적재산권법 연구는 법학으로서의 시민권을 완전히 획득하지 못한 채 영주권 취득단계에 머물러 있다. 그러다 보니 지적재산권에 관한 법제사적 연구 수준이 높지 않다. 그러한 점에서 학위논문 36~47면에서 서술한 법제사적 연구는 그 학술적 의미가 매우 크다고 생각된다.

14) 학위논문 36~37면.

15) 학위논문 37면.

16) 학위논문 38면.

17) 학위논문 38~39면.

세기에 특허는 주권자의 영토에 새로운 기술을 도입한 사람에게 부여되는 특권이였다. 이는 근대 이전 대부분의 유럽에서도 마찬가지였다. 예를 들어 16세기와 17세기 대부분의 기간 동안 영국에서 특허 부여의 대부분은 수입 물품을 대상으로 한 특허였다. 따라서 1624년 영국 독점 법령에서 ‘발명가’라는 용어는 유용한 기술을 최초로 습득하거나 발견한 사람이 아니라 새로운 기술의 도입에 실제로 기여한 사람을 가리켰다.<sup>18)</sup>

이와 관련하여 초기 특허 특권의 무역 관련성은 장인(artisans)의 국경 간 이동, 즉 장인(craftsmen)의 영내 유입을 의미한다. 또한 발명에 대한 가장 중요한 전근대적 인센티브는 특허가 아니라, 기술적 비밀을 통해 제공되는 지대(地代)(rent) 확보 능력이었다.<sup>19)</sup> 즉 기술 정보는 공예 길드(craft guilds) 구성원 간에 공유되었고 길드 내에서 비밀을 유지하는 것은 다른 사람들과의 경쟁에서 지대를 확보하기 위한 주요 도구였다.<sup>20)</sup> 이는 또한 초기 특허 특권이 특정 사업이나 산업에 대한 독점권(monopoly power)을 부여하지 않았던 이유를 설명해 준다. 즉 특허 특권은 일종의 통항권(通航權)이나 판매·영업 특권(passport or franchise)이었고 오늘날의 특허권처럼 배타적 권리(exclusive rights)가 아니었다.<sup>21)</sup>

이처럼 초기 특허의 비독점적 특권(non-exclusive privilege)은 튜더 왕조(1485 - 1603년)에 이르러 특허를 부여할 때 “독점 조항”(monopoly clauses)을 포함시킴으로써 변화를 겪었다. 특히 엘리자베스 1세 여왕(1533 - 1603)의 통치시기에 영국의 특허 관행이 뿌리내리고 번성하였는데, 그녀는 우수한 대륙 기술을 유치하려는 목적으로 외국의 장인들(artisans)을 유인하기 위해 특허 독점권(patent monopolies)을 부여하였다. 하지만 이 특권(prerogative)은 지속적으로 남용되었고, 결국 독점권 사건(The Case of Monopolies)으로 이어졌다.<sup>22)</sup>

이러한 초기 특허 특권이 기술 발전에 일정 정도 긍정적인 영향을 주기는 하였지만 특허 특권의 효과가 당초 특허 부여자가 의도한 대로 기술 혁신에 충분하였는지는 의문이다.

이와 관련하여 살펴볼 것은 19세기 이후 특허 제도의 무역 관련성이다. 공예 길드와 봉건적 특권은 18세기와 19세기에 서유럽 전역에서 법적으로 폐지되었지만, 특허 특권은

---

18) 학위논문 39~40면.

19) 학위논문 40면.

20) 학위논문 42면 참조.

21) 학위논문 41면 및 같은 면의 각주103) 참조.

22) 학위논문 41면.

같은 운명에 직면하지 않았다. 19세기 말에서 20세기 초에 걸쳐 특허 부여를 전략적으로 활용하기 시작한 것은 제조업자들이었다. 이로 인해 특허의 무역 관련성이 변화하였다.<sup>23)</sup>

특허 보호에 기득권을 가진 엔지니어, 발명가, 특허 전문 변호사(patent lawyers) 및 산업가들로 구성된 특허 옹호 그룹과 자유 무역을 옹호하는 특허 폐지론자 사이에 특허의 정당성을 둘러싼 논쟁이 벌어졌다.<sup>24)</sup> 특허 폐지론자들의 패배로 끝난 이 논쟁은 특허의 무역 관련성과 관련된 두 가지 변화를 가져왔다. 첫째, 지식의 재산권 개념(the idea of property in knowledge)이 정부, 정책 결정자, 상업적 이해관계자들 사이에서 받아들여졌고, 개인의 창작물에 대한 자연권을 정당화하는 낭만적 (저자/저작자) 개념이 공리주의에 의해 도전받게 되었다. 둘째, 여러 국가 간의 지적재산권 협정이 등장하였다. 여전히 지적재산권은 무역에 대한 제한으로 간주되었지만, 국익에 도움이 되고 외국에도 적용될 수 있는 한 그러한 제한은 더 이상 문제로 간주되지 않았다.<sup>25)</sup>

국가 간 지적재산권 협약은 처음에는 양자 간 조약을 통해 추진되었다. 19세기 후반에는 오늘날 '파리협약'으로 약칭되는 1883년 산업재산권 보호를 위한 파리협약과, 오늘날 '베른협약'으로 약칭되는 1886년 문학 및 예술 저작물 보호를 위한 베른협약이라는 두 가지 주요 협약이 채택되었다. 이들 협약은 국제 지적재산권 협정의 시초로 알려져 있다.<sup>26)</sup> 20세기 중반까지 많은 개발도상국이 파리협약과 베른협약에 가입하였다. 여러 개발도상국이 국제 특허 조약에 가입하고 특허 정책을 채택한 주된 이유는 선진국으로부터의 기술 이전을 촉진할 수 있을 것이라는 기대 때문이었다. 그러나 제2장의 '결과적 총위'에서 보듯이<sup>27)</sup> 개발도상국의 정책 목표는 거의 달성되지 못하였다.

아울러 제2장의 '국제 정치 경제적 총위'에서 보듯이<sup>28)</sup> 1980년대에 이르러서야 지적재산권이 무역 문제와 밀접하게 연관되었고, 이로 인해 제2장의 '실체적 총위'에서 보듯이<sup>29)</sup> 무역 중심의 지적재산권 규범은 지적재산권 보호 및 집행을 위한 실체적인 조항의 변화를 가져왔다. 이러한 변화는 세 가지 형태로 트립스 및 트립스 플러스 제도에 반영되었다. 첫째, 관세 및 무역에 관한 일반협정(General Agreement on Tariffs and

---

23) 학위논문 43면.

24) 학위논문 43~44면.

25) 학위논문 44면.

26) 학위논문 44면.

27) 학위논문 65~69면.

28) 학위논문 56~59면.

29) 학위논문 60~64면.

Trade, GATT)의 두 가지 원칙인 내국민대우 원칙(national treatment principle)과 최혜국대우 원칙(most favoured nation principle)이 전 지구적 지적재산권 규범의 주요 축이 되었다.<sup>30)</sup> 둘째, 지적재산권 보호를 극대화하자는 지적재산권 개념이 트립스 및 트립스 플러스 조항에 도입되었다. 보호 대상의 확대, 보호기간의 연장, 지적재산권의 제한 및 예외에 대한 국가 재량권의 축소, 지적재산권 집행의 강화는 지적재산권 최대주의 개념(maximalist intellectual property concept)의 전형적인 요소이다.<sup>31)</sup> 셋째, 분쟁해결 메커니즘은 WTO/TRIPs 협정의 가장 두드러진 특징이다. 선진국들이 WTO/TRIPs 협정을 추진하게 된 주요 동기 중 하나는 세계지적재산권기구(WIPO)가 관리하는 국제 지적재산권 협정에 효과적인 국제 분쟁 해결 절차가 없기 때문이다. WTO/TRIPs 협정 제64조 제1항은 분쟁 해결에 관한 규칙 및 절차에 관한 양해각서(Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes, DSU)에 명시된 바와 같이 TRIPs에 따른 분쟁을 일반 WTO 조항에 따르도록 규정하고 있다.<sup>32)</sup>

### 3. 제3장 “지적재산권의 인권적 측면”

제3장은 “지적재산권의 인권적 차원”에 관한 것이다. 필자가 생각할 때 남희섭 박사 학위논문의 핵심에 해당하는 내용이다. 이 글을 작성함에 있어서도 제3장의 내용 소개에 많은 지면을 할애하였다.

#### (1) 서론

지적재산권의 인권적 측면을 설명하는 간단한 방법은 지적재산권 체제가 다양한 인권과 충돌을 일으키는 영역을 기술하는 것이다. 많은 학자, 국제법 전문기관, 인권 옹호단체들이 식량, 건강, 교육, 언론의 자유, 프라이버시, 정보 공유 등의 권리와 지적재산권의 충돌을 확인해 왔다. 그러나 남희섭 박사의 학위논문에서는 지적재산권과 인권의 교차점을 총체적으로 접근함으로써 한 걸음 더 나아가고 있다.<sup>33)</sup>

필자가 보기에 지적재산권과 인권이 충돌하는 지점이나 그 영역을 단순 나열하는 것이 아닌 그 교차점을 총체적으로 접근하는 방식을 취하는 것이 이 학위논문의 장점이다. 그 논지(論旨)를 정리하면 다음과 같다.

---

30) 학위논문 60면.

31) 학위논문 61면.

32) 학위논문 63면.

33) 학위논문 75면.

총체적인 접근방식은 ‘과학문화권’(right to science and culture)이라는 용어로 개념화할 수 있다.<sup>34)</sup> ‘과학문화권’이라는 용어는 2009년 레아 셰이버(Lea Shaver)와 카테리나 스강가(Caterina Sganga)에 의해 처음 만들어졌는데, 유엔 문화권 분야 특별보고관이 2014년 유엔 저작권 보고서와 2015년 유엔 특허 보고서에서 이 용어를 사용하였다.<sup>35)</sup>

‘과학문화권’에 대한 개념적·법적·규범적 근거는 세계인권선언 제27조와 경제적·사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약(이하 ‘사회권규약’이라 한다) 제15조에서 찾을 수 있다. 이 조항들은 전통적인 지적재산권 제도가 의도하는 주제인 지적 창작의 ‘보호 측면’과 ‘보급 측면’을 모두 보장한다. 여기서 ‘과학문화권’의 ‘보호 측면’(protection side)은 이 학위논문에서는 ‘저작자 조항’(author clause)이라 부르는 것으로 세계인권선언 제27조 제2항, 사회권규약 제15조 제1항 (c)호에서 규정하고 있다. 즉 자신이 저작자인 과학적·문학적 또는 예술적 성과로부터 생기는 정신적/인격적, 물질적 이익을 보호받을 수 있는 모든 사람의 권리를 말한다. ‘과학문화권’의 ‘보급 측면’(dissemination side)은 세계인권선언 제27조 제1항, 사회권규약 제15조 제1항 (a)호 및 (b)호에서 규정하고 있다.<sup>36)</sup>

이와 관련하여 세계인권선언 제27조 및 사회권규약 제15조를 보완하는 차원에서 설명한다. 1948년 12월 10일 제3회 유엔총회에서 채택된 ‘세계인권선언’(Universal Declaration of Human Rights, UDHR)은 비록 법적 구속력이 없는 결의문으로 채택된 것이지만 모든 민족과 국가들이 성취해야 할 공통된 기준을 제시하였다는 점에서 단순한 권고 이상의 법적 가치를 가진다고 할 수 있다. 많은 국가들이 선언의 내용을 국내법으로 수용하고 있으며 선언내용에 대한 국제사회의 존중과 확신으로 그 내용의 대부분은 이제 국제 관습법화 되었다고 평가되고 있다.<sup>37)</sup>

#### 세계인권선언 제27조

제1항 “모든 사람은 공동체의 문화생활에 자유롭게 참여하고, 예술을 감상하며, 과학의 진보와 그 혜택을 향유할 권리를 가진다.”

제2항 “모든 사람은 자신이 저작자인 과학적·문학적·예술적 성과에서 생기는 정신적/인격적·물질적 이익을 보호받을 권리를 가진다.”

34) 학위논문 76면.

35) 학위논문76면 각주262).

36) 학위논문 76면 참조.

37) 박성호, “지적재산권과 인권”, 『과학기술과 인권』 유네스코한국위원회 편, 당대, 2001, 125면.

## UDHR Article 27

1. Everyone has the right freely to participate in the cultural life of the community, to enjoy the arts and to share in scientific advancement and its benefits.
2. Everyone has the right to the protection of the moral and material interests resulting from any scientific, literary or artistic production of which he is the author.

세계인권선언 제27조에 속하는 권리의 보호는 경제적 · 사회적 및 문화적 권리의 범주에 속하는 것으로 이들 권리는 1966년 12월 유엔총회에서 채택된 ‘경제적 · 사회적 · 문화적 권리에 관한 국제규약’(International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, ICESCR), 약칭 사회권규약 제15조에서 더욱 완전히 규정되고 있다. 사회권규약의 규정들은 세계인권선언의 그것과 달리 당사국에게 구속력 있는 의무를 부과하고 있는데, 그 목적은 국제적으로 준수되어야 할 최저기준을 설정하려는 데에 있다.<sup>38)</sup>

## 사회권규약 제15조

제1항 “이 규약의 당사국은 모든 사람의 다음 권리를 인정한다. (a) 문화생활에 참여할 권리, (b) 과학의 진보 및 응용으로부터 혜택을 향유할 권리, (c) 자신이 저작자인 과학적 · 문학적 또는 예술적 성과로부터 생기는 정신적/인격적 · 물질적 이익의 보호로부터 이익을 받을 권리”

제2항 “이 규약의 당사국이 그러한 권리의 완전한 실현을 달성하기 위하여 취하는 조치에는 과학과 문화의 보존, 발전 및 보급에 필요한 제반조치가 포함된다.”

제3항 “이 규약의 당사국은 과학적 연구와 창조적 활동에 필수 불가결한 자유를 존중할 것을 약속한다.”

## ICESCR Article 15

1. The States Parties to the present Covenant recognize the right of everyone:
  - (a) To take part in cultural life;
  - (b) To enjoy the benefits of scientific progress and its applications;
  - (c) To benefit from the protection of the moral and material interests resulting from any scientific, literary or artistic production of which he is

---

38) 박성호, 위의 논문, 126면.

the author.

## 2. 3. [생략]

### (2) 인권과 지적재산권이 교차하는 역사적 풍경

#### ① 서론

지적재산권의 일부 속성이 인권으로 인정받기에는 그 역사가 짧다. 지적재산권과 인권은 서로 다른 규범적 토대를 가지고 있으며 독립적으로 발전하여 왔다. 그런데 지난 몇 년 동안 많은 문헌에서 인권의 관점에서 지적재산권이 논의되고 있다. 이와 관련하여 이 학위논문에서는 세계인권선언과 사회권규약의 초안 작성의 역사를 살펴보고 과거를 돌아봄으로써 앞으로 나아가고 있다.<sup>39)</sup>

필자의 관점에서는 이러한 연구방법론이 법제사적 연구방법론에 해당하는 것이라고 생각한다. 무릇 어떤 문제를 둘러싼 논쟁이 얽히고설켜 혼돈스러울 때에는 문제의 근원으로 거슬러 올라가 처음부터 모든 논의의 구석구석을 차근차근 뜯어보고 전체 맥락을 되짚어 보는 자세가 필요하다.<sup>40)</sup>

#### ② 세계인권선언과 사회권규약 초안 작성의 역사에서 얻은 교훈

학위논문에서는 법제사적 연구방법론을 통하여 세계인권선언과 사회권규약 초안 작성의 역사에서 얻은 교훈을 다음과 같이 정리하고 있다.

첫째, 2000년 사회권규약의 초안 작성 과정에 대한 배경 보고서를 작성한 마리아 그린(Maria Green)은 모든 사람이 과학 발전의 혜택을 누릴 권리라는 개념에는 큰 이견이 없었지만, 저작자의 권리에 대한 논의는 더 복잡하고 어려웠다고 말한다.<sup>41)</sup> 많은 대표단이 제안된 저작자 조항을 수정하거나 완전히 삭제하려고 하였다. 이는 저작자 조항이 “자명한 것과는 거리가 멀다”는 것을 의미한다. 이러한 초안 작성의 역사는 “지적재산권을 인권으로서 주장하는 것은 상대적으로 (정당성이) 약하다는 것”을 뒷받침한다.<sup>42)</sup>

39) 학위논문 77면.

40) 박성호, “저작권의 재구성을 위하여”, 『해적판 스캔들-저작권과 해적판의 문화사』 해제(解題), 사계절, 2011, 337면.

41) 학위논문 85면.

42) 학위논문 86면; L. R. Helfer & G. W. Austin, *Human Rights and Intellectual Property : Mapping the Global Interface*, Cambridge University Press, 2011(이하 ‘Helfer & Austin’이라 한



둘째, 과학문화권의 ‘보호 측면’, 즉 저작자의 권리라는 것은 ‘보급 측면’과 불가분의 관계에 있으며 [저작자의 권리만으로는] 인권 주장에 대한 독립적인 근거를 갖지 못한다. 세계인권선언과 사회권규약의 작업 과정에 따르면 저작자 조항, [즉 과학문화권의 보호 측면은] “다른 권리를 실현하는 데 있어 도구적 성격(instrumental character) 때문에 주로 지지”되었음을 알 수 있다.<sup>43)</sup> 과학문화권을 이해하기 위해서는 총체적 접근(holistic approach)이 필요하다. [즉 과학문화권의 ‘보호 측면’과 과학문화권의 ‘보급 측면’을 거시적 관점에서 이해하여야 한다.] 총체적 접근을 통해 무역 중심의 현대 지적재산권 체제의 균형을 맞추는 과제는 문화적 참여 및 과학적 진보와 그 응용의 혜택에 대한 [즉 과학문화권의 ‘보급 측면’에 대한] 폭 넓은 접근을 더 강조하는 방향으로 재조정될 필요가 있다. [말하자면 과학문화권의 ‘보호 측면’보다 과학문화권의 ‘보급 측면’에 대한 폭 넓은 접근을 더 강조하는 방향으로 재조정되어야 한다.]<sup>44)</sup>

셋째, 저작자 조항에서 저작자의 물질적 이익의 보호는 정신적/인격적 이익(moral interests)에 비해 덜 주목을 받았다. 일부 대표단은 저작자의 정신적/인격적 이익의 보호를 “출판사의 부적절한 행위로부터” 지적 노동자를 보호하기 위한 수단으로 생각하였다. [그렇지만] 저작자의 인격권(the moral rights of authors)은 인간 존엄성이라는 표현을 보호하는데 필요한 법적 또는 정신적/인격적 도구(moral tool)로 주장되지도 않았다.<sup>45)</sup> 카테리나 스강가(Caterina Sganga)는 저작권법이 시간이 지남에 따라 주로 출판사의 경제적 이익을 보호하는 방향으로 발전해 왔지만,<sup>46)</sup> [저작자의] 인격권이라는 자연법적 개념(natural law conceptions of moral rights (of authors))은 원래 출판업자로부터 저작자를 보호하기 위해 고안된 것이라고 지적한다.<sup>47)</sup>

넷째, 저작자가 아닌 발명가의 이익 보호에 대한 합의는 매우 의심스럽다. 발명가는 저작자 조항에서 의도적으로 삭제되었다. 따라서 기존 특허법으로는 인권을 지지하는 주장을 할 수 없으며, 사회권규약 “제15조에 따라 특허를 보호하는 데에 인권이란 존재하지 않는다”고 주장할 수 있다.<sup>48)</sup>

---

다), p.179.

43) 학위논문 86면; Helfer & Austin p.179.

44) 학위논문 86면.

45) 학위논문 86면.

46) 학위논문 86면.

47) 학위논문 87면.

48) 학위논문 87면.

### ③ 국제인권규약에서 ‘과학문화권’이 오랜 기간 무시되었던 이유

남희섭 박사 학위논문의 학문적 의의는 제1장 서론에서 언급하였듯이 총체적 측면에서 인권에 접근하기 위하여 과학문화권의 규범적 내용과 이에 따른 국가의 의무에 맞추어 인권과 지적재산권의 접점을 논의하였다는 점이다. 과학문화권에 초점을 맞추는 총체적 접근의 장점은 인권과 지적재산권 간의 관계 분석에서 지적재산권을 내부 변수로 포용할 수 있다는 점을 들 수 있다.<sup>49)</sup> 그럼에도 불구하고 국제인권규범에서 과학문화권의 존재가 오랜 기간 무시되었던 이유가 무엇일까? 학위논문에서는 그 이유를 두 가지로 설명하고 있다.

첫째, 과학문화권의 규범적 내용이나 범위의 모호성과 불확실성이 이러한 무시의 원인으로 작용하였다는 것이다.<sup>50)</sup>

둘째, 인권 옹호자, 학자, 국제 인권 기구들이 인권의 관점에서 지적재산권을 논의할 유인책과 동기가 없거나 거의 없었다는 점이다. 또한 지적재산권 학자, 실무자, 정책 입안자들도 인권의 관점에서 지적재산권에 접근하려는 동기가 거의 없었다는 것이다. 지적재산권 정책 입안자들은 지적재산권의 경제적 측면, 국가 경쟁력, 국내 산업 발전에 우선순위를 두었다. 특허를 더 많이 보유하도록 장려하는 것은 특허청의 수입뿐만 아니라 조직의 권한 강화에도 도움이 되었다. 특허청이 인권의 관점에서 특허제도에 접근하도록 할 동력이 존재하지 않는다. 지적재산권 전문 변호사들(the patent attorneys)은 대기업의 많은 특허 출원이 주요 수입원이기 때문에 편향된 직업적 이해관계를 가지고 있다. 이들에게 지적재산권의 인권적 측면은 민감한 문제가 아니다. 저작권도 다르지 않다. 저작권 정책 입안자들은 저작권 제도를 경제 성장과 산업 발전을 위한 도구로 간주한다. 따라서 각 법 제도는 저마다의 고유한 관심사에 몰두하고 있다.<sup>51)</sup>

그런데 1995년 WTO의 출범으로 촉발된 지적재산권 체제에서 무역 규칙의 우위는 인권 측면에서 지적재산권에 대한 논의를 촉발하였다.<sup>52)</sup> 헬퍼와 오스틴은 지적재산권과 인권의 교차점에 대한 논쟁을 촉발시킨 두 가지 촉매제로 WTO/TRIPs 협정에 의한 지적재산권의 보호 및 집행 메커니즘의 강화, 그리고 인권법의 변화를 제시한다.<sup>53)</sup>

[인권 측면에서 지적재산권에 대한 논의의 일환으로] 1999년 유엔 인권최고대표사무소

49) 학위논문 29면 참조.

50) 학위논문 87면.

51) 학위논문 88면; Helfer & Austin p.34.

52) 학위논문 88면.

53) 학위논문 88면; Helfer & Austin p.34.

(Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, OHCHR)는 “세계화 및 그것이 모든 인권의 완전한 향유에 미치는 영향”이라는 표제 하에 광범위한 작업 프로그램을 시작하였다.<sup>54)</sup> 이 프로그램과 함께 인권에 대한 상세한 분석이 담긴 일련의 보고서가 발표되었다. 2001년 (6월 27일) 발표된 첫 번째 보고서는 WTO/TRIPs 협정과 공중보건의 관계에 대해 다루었다. 그 이후로 농업 자유화와 식량권 등이 주제로 다루어졌다.<sup>55)</sup>

#### ④ 지적재산권과 인권 간의 논의 - 충돌 vs 비충돌 vs 공존 · 화해?

지적재산권과 인권의 교차점과 관계에 대한 접근 방식은 두 가지로 나눌 수 있다. 하나는 대립과 충돌의 상황을 이론화하는 것이고 다른 하나는 갈등을 부정하고 지적재산권과 인권을 동등하게 취급하는 것이다.<sup>56)</sup>

먼저 충돌의 관점에서 접근하는 방식이다. 학자들과 유엔 인권 기구는 15년 이상 지적재산권과 인권의 상충에 대해 주장하여 왔다. 특히 WTO/TRIPs 이후 지적재산권 규범이 인권 의무와 충돌할 수 있다고 지적한다. 인권에 관한 베니스 선언<sup>57)</sup>에서도 “과학적 진보와 그 응용의 혜택을 누릴 권리가 지적재산권 체제와 긴장을 초래할 수 있다”고 명시하고 있다.<sup>58)</sup>

충돌의 관점에서 접근하는 방식의 개념적 틀의 근간에는 경제 정책과 협정보다 인권이 우선한다는 개념이 자리 잡고 있다.<sup>59)</sup> 무역 체제에 포함된 지적재산권과 인권 간의 충돌은 근본적으로 둘의 성격이 다르기 때문에 발생한다고 설명한다. 사회권위원회 일반논평 제17호는 “인권은 인간의 기본적 권리에 대한 영속적 표현”이지만 이러한 “인권과 달리 지적재산권은 일반적으로 일시적인 성격을 가지며 … 대부분의 지적재산권 제도 하에서 저작권격을 제외한 지적재산권은 할당되고, 시간 및 범위가 제한되며, 거래되고 수정되고 심지어 몰수될 수 있[다]”는 것이다. 그러한 점에서 지적재산권과 인권의 충돌은 상당 부분 불가피하며 내재된 것이라고 이해하는 관점이다.<sup>60)</sup>

---

54) 학위논문 88면.

55) 학위논문 89면; Helfer & Austin pp.53~56 참조.

56) 학위논문 89면.

57) 유네스코가 이탈리아 베니스에서 소집한 전문가 그룹 선언문(2009년 7월 16일~17일). 학위논문 90면 각주359) 참조.

58) 학위논문 90면.

59) 학위논문 90면.

60) 학위논문 91면 참조.

이와 상반되는 것이 비충돌의 관점에서 접근하는 방식이다. 인권 보호에 있어 무역의 긍정적인 역할을 지지하는 사람들은 지적재산권 역시 인권이므로 양자는 충돌하지 않는다고 본다. 이러한 관점의 강력한 버전은 WTO 임원들의 주장이다. 즉 “무역 자유화는 모든 참여자들에게 부를 창출하고, 이를 통해 인권의 완전한 실현에 필요한 자원을 창출하는데 도움이 된다”는 관점이다.<sup>61)</sup>

필자가 보기에 비충돌의 관점은 전형적인 공리주의적 논리이다. 지적재산권이라는 인권의 보호가 강조되면 사회 전체의 공익이 증대하기 때문에 결과적으로 생명권이나 건강권을 위시한 공중보건에 관한 인권이나 농업의 자유화와 식량권 등과 같은 인권 보호에 기여한다는 논리로 이해되기 때문이다. 설령 지적재산권이 인권에 해당하더라도 생명권이나 건강권, 식량권 같은 인권과 얼마든지 충돌할 수 있다는 문제의식이 결여되어 있다. 아울러 양자의 충돌을 조정하는 접근 방식의 모색도 필요할 것이다.<sup>62)</sup>

남희섭 박사는 학위논문에서 “공존 또는 화해의 접근 방식”을 제안한다. 많은 논자들 (commentators)은 충돌 관점과 비충돌 관점 사이의 중간 입장을 취하는 관점에서 공존 또는 화해의 접근 방식을 주장하지만, 학위논문에서는 총체적인 관점에서 지적재산권과 인권 사이의 긴장을 완화할 수 있는 방법을 모색하기 위하여 공존 또는 화해의 접근 방식을 제안한다.<sup>63)</sup> 필자가 생각할 때, 이는 지적재산권과 인권 간에 충돌이 발생한다는 것을 전제로 한 접근 방식이라고 이해된다. 학위논문에서는 지적재산권과 충돌하여 발생하는 인권 문제를 해결하기 위해서는 그 충돌의 본질을 파악하는 것이 중요하다는 점을 강조하고 있기 때문이다. 즉 “인권 규범이 작동하기 위해서는 충돌의 본질을 파악하고 국가가 지적재산권 정책을 채택할 때 따라야 할 구체적인 행동 규범을 제시할 필요가 있으며, 이는 이 학위논문에서 제안한 과학문화권에 대한 총체적 접근을 통해 가능”한 것이라고 설명하고 있다.<sup>64)</sup>

학위논문에서 제안하는 공존 또는 화해의 접근 방식을 정리하면 다음과 같다. 총체적인 접근을 위해서는 과학문화권의 ‘보호 측면’과 ‘보급 측면’을 모두 포괄하는 관점에서 과학문화권에 접근하여야 한다. 사회권규약 초안 작성자들은 과학문화권의 세 가지 구성요소가 “본질적으로 서로 연관되어 있다”고 보았다. 따라서 총체적 관점에서 사회권규약 제15조 제1항에서 규정한 과학문화권은 “(a) 문화적 참여, (b) 과학기술의 혜택에 대한

---

61) 학위논문 91면.

62) 박성호, 앞의 “지적재산권과 인권”, 160~163면.

63) 학위논문 93~94면.

64) 학위논문 91면.

접근, (c) 저작자 보호”라는 세 가지 상호 연관된 측면을 가진 하나의 권리로 이해하여야 한다는 것이다.<sup>65)</sup>

특히 학위논문에서 강조하는 것은 헬퍼(Helfer)와 오스틴(Austin)의 총체적 접근 방식이다. 그에 따르면 지적재산권의 맥락에서 인권의 두 가지 변별적 차원, 즉 보호하는(protective) 차원과 제한하는 차원(restrictive dimensions)에 기반을 둔 지적재산권에 관한 인권 프레임워크를 제안한다.<sup>66)67)</sup> 지적재산권에 관한 인권 프레임워크의 보호적 차원은 세계인권선언 제27조 제2항, 사회권규약 제15조 제1항 (c)호에 따른 국가의 보호 의무에 기반을 둔다. 그런데 국제인권규범에 따른 이러한 국가의 보호 의무에 의해 지적재산권 조약이 부여하는 보호보다 결과적으로 창작자의 권리가 “더 제한적”이고 “온건”해질 수 있다.<sup>68)</sup> 즉 일부 국가는 지적재산권 조약과 법령에 명시된 것과 동일한 배타적 권리를 인정하지만, 보호 조건은 대폭 축소하고 예외와 제한은 확대할 수 있다. 그렇지 않으면 (또는 더욱 극단적으로) 국가는 배타적 지적재산권 보호 모델을 포기하고 그것을 “책임 규칙(liability rules), 보상금(levies) 또는 정부 보조금 시스템”으로 대체할 수도 있다.<sup>69)</sup>

정리하면, 학위논문에서 제안하는 총체적인 접근을 위해서는 과학문화권의 ‘보호 측면’과 ‘보급 측면’을 모두 포괄하는 관점이 요구된다. 이하에서는 양 측면에 관하여 소개한다.

### (3) 과학문화권의 보호 측면

세계인권선언 제27조 제2항, 사회권규약 제15조 제1항 (c)호에서 보듯이 과학문화권의 보호 측면은 저작자 조항(author clause)에 관한 것이다. 저작자 조항은 과학적 · 문학적 · 예술적 성과의 저작자에게 부여된 권리를 규정한다. 사회권위원회 일반논평 제17호는 저작자를 창작자와 동일하게 보아 작가와 예술가가 저작자 조항으로 보호받는다고 설명한다.<sup>70)</sup>

---

65) 학위논문 93면.

66) 학위논문 96면; Helfer & Austin p.512.

67) 필자는 헬퍼(Helfer)와 오스틴(Austin)이 제안한 지적재산권의 맥락에서 인권의 두 가지 변별적 차원, 즉 ‘보호하는(protective) 차원’과 ‘제한하는 차원’(restrictive dimensions)에 기반을 둔 총체적 접근 방식이 남희섭 박사의 학위논문에서 과학문화권의 ‘보호 측면’과 ‘보급 측면’에 대한 총체적 접근 방식으로 발전된 것이 아닐까 생각한다.

68) Helfer & Austin p.513.

69) 학위논문 95~96면; Helfer & Austin p.514.

70) 학위논문 97면.

국제인권규범에서 저작자의 권리가 인정되는 이유는 저작자와 그 창작물 또는 성과 간의 인격적 관련성(personal linkage) 때문이다. 따라서 원시적(原始的) 권리 보유자(primary right bearer)는 자연인(natural person)이다. 일반논평 제17호는 법인(legal entity)은 사회권규약 제15조 제1항 (c)호의 보호 대상이 아님을 분명히 하고 있다.<sup>71)</sup>

이처럼 세계인권선언 제27조 제2항, 사회권규약 제15조 제1항 (c)호는 ‘저작자’만을 언급하고 있기 때문에 발명가가 국제 인권 프레임워크의 적용을 받는지 여부가 문제된다.<sup>72)</sup> 학위논문에서는 그에 관해 긍정하는 견해를 소개하면서도<sup>73)</sup> “저작자 조항의 통상적인 의미와 세계인권선언 초안 작성의 역사를 볼 때 발명가가 저작자라고 신뢰할만한 결론을 내리기는 쉽지 않다”<sup>74)</sup>고 말한다.

학위논문은 세계인권선언 초안, 수정안, 절충안 등을 살피면서 “초안 작성자들은 의도적으로 저작자 조항에서 발명 또는 발견에 대한 권리를 삭제한 것으로 보인다”<sup>75)</sup>고 서술하고, 이러한 검토를 바탕으로 “‘저작자 조항’이 의미하는 저작자는 기존 특허법이 의미하는 발명가를 포함하지 않는다”는 견해를 취한다.<sup>76)</sup>

학위논문은 이러한 견해를 다음과 같이 논증하고 있다. 학위논문 제2장 “지적재산권의 무역 측면”에서 살펴본 것처럼 초기 특허 관행 시대의 ‘진정한 최초 발명가’라는 개념은 독창적인 발명과 거의 관련이 없었다는 점, 세계인권선언 초안이 작성된 20세기 중반에도 이러한 관점이 그대로 유지되고 있어서, 중요한 것은 새로운 사업이나 혁신의 도입 그 자체였지 이를 도입한 주체가 누구인지가 아니었다는 점을 든다.<sup>77)</sup> 따라서 저작자 인권 보호의 기본 전제인 인격적 연관성<sup>78)</sup>은 발명이나 과학적 성과에는 결여되어 있다는 것이다.<sup>79)</sup>

또한 세계인권선언과 사회권규약 초안 작성자들의 주요 관심사는 저작자의 정신적/인격적 이익이었는데, 그 이유는 “지적 창작물은 저작자의 인격의 표현이며 저작자의 정신적/인격적 이익 보호는 지적 성과와 저작자를 연결하는데 필요한 도구”라고 생각하였기

---

71) 학위논문 98면.

72) 학위논문 98면.

73) 학위논문 98~99면 참조.

74) 학위논문 99면.

75) 학위논문 100면.

76) 학위논문 102면.

77) 학위논문 103면 참조.

78) 일반논평 제17호는 사회권규약 제15조 제1항 (c)호의 “권리 보호의 본질은 ... 저작자와 창작물 사이의 인격적 연관성(personal link)을 보호하는데 있다”고 강조한다. 학위논문 104면 각주435) 참조.

79) 학위논문 103~104면.

때문이다.<sup>80)</sup> 따라서 정신적/인격적 이익(moral interests)의 보호는 베른협약 제6조의2에서 규정하는 [저작자의] ‘인격권’(moral rights)에 가까운 것으로 해석할 수 있다.<sup>81)</sup>

그럼에도 불구하고 사회권위원회의 일반논평 제17호는 사회권규약 제15조 제1항 (c)호에 따른 권리 보호의 본질이 저작자와 창작물 사이의 인격적 연관성을 보호하는데 있다고 강조하면서도 그러한 인격적 연관성이 결여되어 있는 발명가에 대해서까지 저작자 개념을 확장한다.<sup>82)</sup> 즉 일반논평 제17호는 “저작자 … 와 발명가는 … 자신의 저작물 및/또는 발견에 대한 인격권(moral right)을 보유한다”고 간단히 언급하는데 그치고 있다. 2015년 유엔 특허 보고서에서도 발명가의 인격권(moral right of inventor)에 대한 자세한 설명 없이 이 까다로운 문제를 피하고 있다.<sup>83)</sup>

(그러나 이와 같이 저작자 조항의 저작자에 발명가를 포함하는 것으로 해석하더라도) 현행 특허법은 발명가의 정신적/인격적 이익을 충분히 보호하지 못한다. 유럽특허협약 제62조나 그 근거가 된 파리협약 제4조의3은 “발명가는 특허에 발명가로 언급될 권리를 가진다”고 규정하고 있다. 그러나 일반적으로 발명가의 인격권으로 인식되는 이 권리는 포기될 수 있으며, 그 보호 여부는 국가 법률에 따라 결정될 따름이다.<sup>84)</sup>

과학문화권의 보호 측면에서의 의무 및 그 이행에 관하여, 세계인권선언과 사회권규약에는 국가의 의무가 명확하게 기재되어 있다. 기업이나 WTO, WIPO 등의 국제기구와 같은 비국가 행위자(non-state actors)는 사회권규약 및 세계인권선언에 직접적으로 구속되지는 않지만, 국제인권규범을 위반할 자유는 없다.<sup>85)</sup>

1999년 이후 유엔 인권기구는 국가의 ‘핵심’ 의무를 건강, 식량, 교육 또는 문화생활에 참여할 권리, 과학적 진보의 혜택을 누릴 권리 등의 측면에서 해석하고 있다. 이는 일반논평 제17호에서 반복적으로 언급되고 있다.<sup>86)</sup> 문제는 이러한 국가의 ‘핵심’ 의무를 준수하는 것을 어렵게 만드는 것이 지적재산권 체제라는 데에 있다. 더욱이 일반논평 제17호는 저작자에 대한 정신적/인격적 이익 및 물질적 이익의 보호에 관한 권리를 국가의 ‘핵심’ 의무로 상세하게 명시함으로써 새로운 ‘핵심’ 권리를 만들어낸다.<sup>87)</sup>

---

80) 학위논문 104면.

81) 학위논문 104~105면.

82) 학위논문 104~105면 참조.

83) 학위논문 105면.

84) 학위논문 105~106면 참조.

85) 학위논문 107면.

86) 학위논문 107~108면.

87) 학위논문 108면 참조.

학위논문에서는 저작자의 물질적 이익에 관한 권리가 ‘점진적 실현’의 대상이 아닌 ‘핵심’ 의무로서 실천되어야 하는 기본권(basic rights)에 해당하는 것인지 의문을 표한다. “최소한의 필수적 수준의 권리 충족을 보장”해야 하는 권리, 예를 들면 생명권, 건강권, 식량권 등은 그 향유가 다른 모든 권리의 향유에 필수적이라는 의미에서 기본권으로 간주될 수 있겠지만, 저작자의 물질적 이익을 보호하는 권리가 과연 그러한 것인지 의문이라는 것이다.<sup>88)</sup>

#### (4) 과학문화권의 보급 측면

학위논문 제1장 서론에서 살펴본 것처럼, 과학문화권은 인권의 다섯 가지 범주(시민적·정치적·경제적·사회적·문화적 권리) 중 문화적 권리(문화권)으로 분류된다. 과학문화권은 일반적으로 세 가지 요소, 즉 과학문화권의 ‘보호 측면’(① 저작자 조항), 과학문화권의 ‘보급 측면’(② 문화생활에 참여할 권리, ③ 과학의 발전과 그 응용의 혜택을 누릴 권리)을 포함하는 것으로 이해된다. 과학문화권을 구성하는 세 가지 권리 중에서 ‘문화생활에 참여할 권리’는 가장 광범위한 권리이다.<sup>89)90)</sup>

과학문화권의 관점에서 기존의 국제 지적재산권 규범을 평가하고, 문화생활에 참여할 권리가 “식별 가능하고 실행 가능한 권리와 의무를 발생시킬 수 있을 정도로 충분히 구체화”되는 수준으로 과학문화권에 의해 적용되기 위해서는(in order to ... operationalize) 구체적이고 한정적인 의미의 문화적 권리로 초점을 좁혀야 한다. 여기서 ‘적용’(operationalization)이란 과학문화권이 현실 세계에서 작동될 수 있도록 노력하고 법규범의 규범력을 결정적으로 구성하는 것을 말한다. 그리고 과학문화권을 적용하는 과정에는 ‘개념적으로 보충하는 작업’이 요구된다. 이는 과학문화권이라는 광범위한 개념을 인권의 관점에서 실천 가능하도록 하는 데에 필요하다. 이때 ‘지식에 대한 접근’(access to knowledge)이라는 개념이 과학문화권을 인권의 관점에서 실천 가능하도록 하는 데에 유용한 개념적 보충성을 제공한다.<sup>91)</sup>

---

88) 학위논문 108~109면 참조.

89) 학위논문 110면 참조.

90) 학위논문 110면 및 각주466)은 문화생활에 참여할 권리는 과학문화권(즉 문화적 권리 또는 문화권)을 구성하는 다섯 가지 권리 중 가장 광범위한 권리라고 서술한다. 나머지 네 가지 권리는 교육받을 권리, 과학적 진보와 그 응용의 혜택을 누릴 권리, 저작자 조항에 따른 권리, 과학 연구 및 창작 활동의 자유라고 한다.

91) 학위논문 111면 참조.



‘지식에 대한 접근’이라는 개념을 구성하는 접근(access)이라는 요소는 문화생활에 참여할 권리를 뒷받침하는 데에 핵심적 역할을 하여 왔으며, 이는 문화생활에 참여할 권리와 지적재산권의 교차점을 분석하는 데에 필수적이다. 그러한 점에서 과학문화권은 ‘지식에 대한 접근권’(right to access to knowledge)이라는 문구로 가장 잘 표현할 수 있다. 그렇기 때문에 접근을 제한하는 성격의 지적재산권은 과학문화권에 대한 내재적이고 근본적이며 체계적인 긴장 관계를 형성한다.<sup>92)</sup>

이러한 접근 요소에는 두 가지 차원이 있다. 하나는 공연, 활동, 문화 기관 등 접근 가능한 문화적 인프라를 의미하는 물질적 차원(material dimension)이고, 다른 하나는 문화의 출처 등에 대하여 접근하여 이를 번성하게 만드는 데에 초점을 맞추는 지적 차원(intellectual dimension)이다.<sup>93)</sup> 지적재산권과 과학문화권의 교차점에 초점을 맞출 때, 두 번째 차원은 분배적 정의와 자유(distributive justice and freedom)를 의미한다. 예이즈 치료제에 대한 접근권 운동에서 가장 잘 드러나듯이, 이는 분배적 정의에 대한 요구에 기반을 두고 있다.<sup>94)</sup>

문화생활에 참여할 권리의 완전한 실현을 위해서는 “문화생활에 접근하고, 참여하고, 기여할 수 있도록” 뒷받침하는 여건과 환경을 만드는 것이 필요하다. 여건과 환경이 중요하다라는 것은 인간의 ‘타고난 능력’과 ‘외부적 기회’가 결부되어 나타나는 ‘결합된 역량’(combined capability)으로 설명할 수 있다.<sup>95)</sup> 이를 위해서는 개인이 “실제로 그 역량을 누릴 수 있도록” 가능성과 제도적 인프라를 만드는 적극적인 조치가 필요하다. 이러한 인프라를 세우는 조치는 개인의 자유와 참여적 역할을 복돋우지만, 지적재산권의 배타적 성격과는 긴장관계를 이루게 된다.<sup>96)</sup>

인권 중에서도 과학의 진보와 그 응용의 혜택을 향유할 권리는 ‘방치된’ 권리이다. 사회권규약 제15조 제1항에서 아직까지 사회권위원회가 유권해석을 내리지 않고 있는 유일한 규정이기 때문이다.<sup>97)</sup> 과학의 진보 및 그 응용의 ‘혜택’(benefits)이라는 용어는 물질적 혜택과 비물질적 혜택을 모두 포함한다. 이는 혜택의 공유와 향유를 전제로 한다. 과학의 진보와 그 응용의 혜택을 향유할 권리는 분배적 정의와 연결되어 있으므로 기술발전의 혜택을 누릴 수 있도록 ‘적극적 우대 조치’(affirmative actions)가 필요하다. 따

---

92) 학위논문 113면 참조.

93) 학위논문 113~114면.

94) 학위논문 114면.

95) 학위논문 114면.

96) 학위논문 114~115면 참조.

97) 학위논문 115~116면 참조.

라서 과학의 진보와 그 응용의 혜택을 향유할 권리는 무엇보다 인간성의 충분한 발전을 위한 전제 조건인 저렴한 의약품을 받을 수 있다는 것을 의미한다. 그러한 점에서 이 권리는 지적재산권, 특히 특허와 내재적 긴장 관계에 있다.<sup>98)</sup>

혜택의 공유 및 향유의 또 다른 중요한 측면은 과학과 그 사용에 관한 의사 결정에 대중이 참여하는 것이다. 이러한 측면은 과학 거버넌스의 자기 결정 원칙과 참여 민주주의 모델에 의해 정당화될 수 있다. 이러한 원칙에 따르면 과학과 그 응용에 관한 우선순위와 정책에 대한 주요 결정은 한 사회 내의 다양한 공동체의 의견을 수렴하여 이루어져야 한다.<sup>99)</sup>

사회권규약 제15조 제1항 (b)호의 과학의 진보와 그 응용의 혜택을 향유할 권리의 규범적 내용을 살펴보기 위해서는, 이 권리의 상호 연계성을 고려해야 한다. 즉 이 권리는 사회권규약 제15조 제3항의 과학적 연구와 진보에 필수적인 자유, 동 규약 제15조 제1항 (c)호의 저작자 조항에 따른 권리, 동 규약 제11조의 식량권, 동 규약 제12조의 건강권 등 다양한 다른 인권과 불가분의 관계를 맺고 있다는 점이다.<sup>100)</sup>

#### (5) 규범 설정 프로세스

2014년 유엔 저작권 보고서와 2015년 특허 보고서는 모두 국제 지적재산권 규범 설정의 투명성과 민주적 절차에 대해 상당한 우려를 표명하고 있다. 특히 극비리에 진행되었고 기업의 참여는 상당 부분 허용하면서도 이에 상응하는 공익적 목소리는 배제되는 양자 간, 지역 간 또는 다자간 무역 협상은 공공복지나 인권을 희생하여 (지적재산권 보유자의) 사익을 증진할 우려가 있다.<sup>101)</sup>

워싱턴 선언에서<sup>102)</sup> 언명한 것처럼 “지적재산권 정책 결정은 광범위한 대중의 참여를 장려하는 투명성과 개방성의 메커니즘을 통해 이루어져야 하며 … 모든 새로운 지적재산권 기준은 민주적으로 견제하고 균형을 이루는 가운데 만들어 져야 한다”고 선언하고 있다.<sup>103)</sup>

---

98) 학위논문 117면.

99) 학위논문 117~118면.

100) 학위논문 118면 참조.

101) 학위논문 121면.

102) 이는 2011년 8월 25일부터 27일까지 32개국 180여 명의 전문가가 참석한 가운데 열린 ‘지적재산권과 공익에 관한 국제회의’에서 채택된 ‘지적재산권과 공익에 관한 워싱턴 선언’을 말한다. 학위논문 122면의 각주543) 참조.

103) 학위논문 122면.

지적재산권 규범 설정 과정의 투명성과 대중의 참여는 인권규범이 국가에 부과하는 의무이다. 또한 규범 설정에 있어 투명하고 민주적인 절차는〔과학문화권의 ‘보호의 측면’과 과학문화권의 ‘보급의 측면’ 간에〕공정한 균형을 유지하는 데에 필수적이며, 그렇지 않으면 지적재산권 제도는 신뢰를 잃게 될 것이다. 투명하고 민주적인 절차에 대한 모범 사례 중 하나는 2014년 영국의 저작권법 개정 과정이다.<sup>104)</sup>

따라서 무역 협정을 포함한 국제 지적재산권 제도는 대중의 참여와 논평을 허용하는 투명한 방식으로 협상되어야 하며, 혁신가와 일반 대중의 의견을 수렴하여 광범위한 참여를 촉진하는 포럼에서 국내 특허법(national patent laws)과 정책을 채택하고 검토할 것이 권장된다.<sup>105)</sup>

## (6) 지적재산권의 인권 모델

### ① 새로운 균형과 제한 및 예외

무역 중심의 지적재산권 체제에서는〔상반된 이해관계 간의〕균형이 권리 보유자에게 유리하게 편향되어 있다. 베른협약이나 파리협약과 달리 트립스 협정은 제7조에서 권리와 의무 간의 ‘균형’이라는 용어를 사용하고 있다. 그러나 균형 조항은 지적재산권의 강력한 보호와 집행을 위한 다수의 실제적 조항에 의해 그 의미가 상쇄되고 있다. 게다가 트립스-플러스 양자 및 지역 무역 협정에는 균형 조항도 없다.<sup>106)</sup>

지적재산권에 대한 인권적 접근은 무역 중심의 지적재산권 규범에서 무너진 균형을 회복하는데 도움이 될 수 있다. 인권 모델에서 과학문화권의 보급 측면은 지적재산권 보유자의 사적 이익과 균형을 이루어야 한다. 그리고 균형을 맞출 때 사적 이익이 지나치게 우선되어서는 안 되며, 창작적 성과에 대한 폭넓은 접근을 향유하는 공익이 충분히 고려되어야 한다.<sup>107)</sup>

저작자의 정신적/인격적, 물질적 이익의 보호는 다른 인권, 특히 문화권(즉 과학문화권)의 완전한 향유를 촉진할 때에만 정당화될 수 있다. 문화권이 적극적 권리(positive

---

104) 학위논문 123면 및 각주549).

105) 학위논문 123면.

106) 학위논문 124면.

107) 학위논문 125면.

right)라는 점을 고려할 때, 균형을 맞추는 작업은 정신적/인격적, 물질적 이익 보호에 대한 단순한 제한이나 예외를 의미하는 것이 아니다. 문화생활에 참여할 권리와 과학의 진보의 이익을 향유할 권리는 지적재산권 보호의 '제한과 예외' 또는 트립스의 유연성에 의존하지 않고도 충분히 정당화될 수 있다.<sup>108)</sup>

이러한 균형을 맞추는 작업에서 중요한 것은 무역 중심적인 지적재산권 규범의 성격을 이해하는 것이다. 지적재산권 규범은 개인의 창의적 활동을 장려하는 것을 목표로 하는 것이 아니라 오히려 기술 및 문화산업에서 제품을 상업화하고 무역 상대국 투자자들의 지대 추구(rent-seeking)를 촉진하는 것을 목표로 한다.<sup>109)</sup>

## ② 저작자의 물질적 이익 보호를 위한 책임 규칙(liability rule)

재산권 규칙(property rule)과 책임 규칙(liability rule)은 권리나 이익을 부여받는 자격(entitlement)을 법적으로 보호하는 두 가지 다른 방식이다.<sup>110)</sup> 법경제학 관점에서 캘러브레시(Calabresi)와 멜라메드(Melamed) 두 교수는 두 가지 보호방식을 다음과 같이 구분한다. 재산권 규칙 하에서는 특정 행위를 하거나 특정 침해를 받지 않을 절대적인 권리가 부여되는 반면, 책임 규칙 하에서는 손해발생에 대해 배상/보상을 하는 한 타인의 침해행위/이용행위를 받아들여야 한다.<sup>111)112)</sup>

거래비용이 낮을 때에는 재산권 규칙이 더 나은 반면, 거래비용이 높을 때는 책임 규칙이 더 효율적인 결과를 초래하고 외부효과가 내부화 된다고 설명한다.<sup>113)</sup>

108) 학위논문 125~126면.

109) 학위논문 126면.

110) '재산권 규칙 vs 책임 규칙'이라는 번역 용어 대신에 '물권적 보호원칙 vs 손해배상(불법행위) 보호원칙'이라는 용어가 사용되기도 한다. '재산권 규칙 vs 책임 규칙' 중 전자는 절대권인 물권으로서의 권리 구제를 부여하고, 후자는 상대권인 채권으로서의 권리구제를 부여한다. 이러한 논의는 전자는 권리부여방식의 입법으로 연결되고, 후자는 행위규제방식의 입법으로 이어진다. 현재 2001. 9. 27. 선고 99헌바77 결정; 현재 2015. 2. 26. 선고 2013헌바73 결정(상표법은 등록상표권자의 사익을 보호하는 권리부여형 입법이고, 부정경쟁방지법은 공정한 경쟁(競業)질서를 유지하는 행위규제형 입법이라고 판시).

111) '재산권 규칙'은 권리가 스스로 동의하지 않는 한 권리를 상실하지 않으므로 계약에서 정한 대가의 수령이 있어야 비로소 권리가 이전하는데, 만일 계약을 통한 권리의 이전에 막대한 거래비용이 소요되는 경우에는, '책임 규칙'에 따라 권리의 이전이 객관적으로 정해진 대가의 지급에 의해 강제적으로 이루어진다고 한다. 따라서 전자는 사전(事前)에 물권과 같은 배타적 성격의 권리가 부여되어 타인의 이용이나 방해 배제를 배제할 수 있는 규제방법이다. 후자는 사후적으로 손해배상/보상에 의해 규제되는 방법이라는 것이다. 전자는 사전적 권리부여(*ex ante* entitlement) 원칙이고 후자는 사후적 규제(*ex post* remedy) 원칙이다.

112) 학위논문 126면 참조.

113) 학위논문 126~127면.

(그런데 위와 같은 기본 전제와 달리) 재산권 규칙에 의해 보호하는 방식을 취하더라도 지적재산권 협상에서 거래비용이 낮아지지 않는다는 문제가 발생한다. 거래비용이 높아지는 이유는 지적재산권의 보호 영역과 비보호 영역의 경계를 구분하는 데 드는 비용 때문이다. 예컨대, 특허의 경우는 ‘균등론’(doctrine of equivalent), 저작권의 경우는 ‘실질적 유사성’(substantial similarity)과 같은 불확실한 해석 규칙에 의해 결정된다는 것이다.<sup>114)</sup>

앞에서 설명한 “세계인권선언과 사회권규약 초안 작성의 역사에서 얻은 교훈”에서 이미 언급하였듯이, 창작자의 정신적/인격적, 물질적 이익에 대한 인권 보호는 독립적인 기반이 없고 과학문화권의 ‘보급 측면’과 불가분의 관계에 있다는 점을 고려하여야 한다. 그러한 점에서 자원의 공평한 배분과 분배적 정의에 대한 고려는 지적재산권 인권 모델의 기본 조건이다. 공리주의적인 경제적 효율성의 목표, 즉 ‘총 사회후생 극대화’(aggregate welfare maximization)가 정의(justice)를 대신할 수 없다. 지적재산권을 포함한 특정 법규에 반영된 가치가 공리주의적 계산의 단순한 요소로 환원되어서는 안 된다.<sup>115)</sup>

지적재산권에 대한 인권적 접근을 함에 있어서는 재산권 규칙보다 책임 규칙이 도움이 된다. 책임 규칙은 앞서 설명한 과학문화권의 세 가지 구성 요소 모두를 뒷받침한다. 특히 첫 번째 구성 요소인 저작자 조항에서 저작자의 정신적/인격적, 물질적 이익의 보호를 위하여 반드시 재산권적 보호가 필요한 것이 아니다. 오히려 지적재산권에 대한 인권적 접근에서는 재산권 규칙을 취하는 것이 부적절하다.<sup>116)</sup>

학위논문에서는 지적재산권의 인권 모델이라는 관점에서 지적재산권의 보호 수준을 ‘개별 창작자가 적절한 생활수준을 누릴 수 있는 능력’과 연결되는 창작자의 물질적 이익으로 제한하여 지적재산권을 재구성할 것을 제안하고 있다. 적절한 생활수준을 누릴 권리는 일시금을 통해 달성될 수 있으며, 이를 기반으로 한 책임 규칙(liability rule)은 특허 실시료/저작권 사용료보다 높은 거래비용이 발생하는 것을 방지하고 기본적 권리를 덜 제약하며 창작자에게 적절한 수입을 보장하는 데에 효과적일 수 있다고 한다.<sup>117)</sup>

헬퍼(Helfer)와 오스틴(Austin)이 제안한 것처럼 “책임 규칙, 보상금(levies), 정부 보조금” 등의 대안 모델과 결합하고 “성명표시권과 동일성유지권을 최소한으로 보호하는 것

---

114) 학위논문 128면.

115) 학위논문 128면.

116) 학위논문 129면.

117) 학위논문 129~130면 참조.

을 제외하고는 [재산권 규칙에 따른] 배타적 권리를 완전히 포기”하는 방식으로 점진적/순차적/혁신적으로(progressively) 실천할 수 있다는 것이다.<sup>118)</sup>

다만, 남희섭 박사나 헬퍼(Helfer)와 오스틴(Austin)의 제안에는 이를 일반화하여 주장하기 어려운 일정한 제약이 있는 것이 아닌가 생각된다. 책임 규칙에 따라 지적재산권의 물건적 성격의 권리를 보상청구권이라는 채권적 성격의 권리로 전환할 수 있다는 관점이, 현행 지적재산권 체제에서 과연 어디까지 관철될 수 있을 것인지 하는 문제가 있기 때문이다. 좀 더 세분화하여 살펴본다면, 저작권의 영역에는 일부 실천 가능한 영역이 있을 수 있겠지만, 특허의 영역에서도 그러할 것인지 하는 점은 의문이다.

「저작권의 역설(Copyright's Paradox)」이란 책을 쓴 네타넬(Netanel)이란 학자는 저작권법과 관련하여 다음과 같은 예를 든 적이 있다. 인터넷 상에서 이루어지는 대부분의 파일공유가 오락소비재(entertainment consumer goods)를 대가 지급 없이 즐기는 수동적 소비에 지나지 않기 때문에 ‘언론’(speech)에 해당하지는 않지만, 이용자 스스로가 제작한 다양한 정보의 교환을 가능하게 한다는 점에서 파일공유가 언론의 자유와 일정한 관련을 맺고 있다고 말한다. 또한 파일공유가 언론의 자유에 보다 유용한 역할을 발휘할 수 있게 하려면 저작권의 법적 성격을 독점·배타적 권리에서 일종의 보상청구권(a right to receive compensation)으로 변용할 필요가 있다고 강조한다. 즉 이용자가 타인의 저작물을 비상업적 목적으로 온라인상 P2P 방식으로 파일교환 하는 경우 기존의 법정이용허락 제도처럼 법정보상금을 지급하고 자유롭게 이용하게 허용하자는 것이다. 아울러 비상업적 이용을 위한 보상금징수체제의 구체적 설립방안에 대해서도 제안한다.<sup>119)</sup> 이러한 관점은 현행 우리 저작권법 제25조나 제31조에 존재하는 보상제도와 결합된 저작권 제한규정을 떠올릴 때 얼마든지 상정 가능한 실천 방안일 수 있다. 그러나 특허법과 관련해서는 필자의 관견(管見)으로는 쉽게 그와 관련되는 제도가 떠오르지 않는다.

### ③ 발명에 대한 권리

“과학문화권의 보호 측면”에서 살펴본 것처럼 저작자 조항의 협상 역사를 보면, 세계인권선언과 사회권규약의 초안 작성자들이 지적재산권에 대한 인권적 접근 방식을 취함에

118) 학위논문 130면; Helfer & Austin p.514.

119) Neil W. Netanel, *Copyright's Paradox*, Oxford University Press, 2008, pp.207~208; 박성호, “현행 저작권 제도의 패러다임의 전환-배타적 권리에서 보상청구권 체제로의 변화를 중심으로-”, 「인터넷, 그 길을 묻다」, 중앙books, 2012, 529면.

있어서 특허권과 같은 보호(patent-like protection)를 명시적으로 제거하였음을 알 수 있다. 인권의 관점에서의 발명은 기존 국내 및 국제 특허법과는 상당히 다른 방식으로 정의된다. 발명이 발명가가 지닌 인간 정신이 “본질적으로 개인적인 특성”을 재현하는 한, 발명가는 저작자 조항의 의미에 따라 저작자로서 인권 보호를 주장할 수 있다.<sup>120)</sup>

발명가를 저작자로 다시 개념화하거나, 표현으로서의 발명(invention as an expression) 즉 발명을 표현으로 다시 구성하기 위해서는 발명 및 저작물의 성격, 발명이 생산(‘발명 과정’)되고 저작물이 저작(‘저작 과정’)되는 과정을 검토할 필요가 있다.<sup>121)</sup> 창작 과정의 두 단계, 즉 ‘문제 발견’과 ‘문제 해결’ 단계는 ‘발명 과정’(inventing process)과 ‘저작 과정’(authoring process)에서 공통적으로 나타난다.<sup>122)</sup>

발명을 표현으로 파악하기 위해서는 특허법상 최소한 4가지 변경이 이루어져야 한다. 첫째, ‘문제 발견’ 또는 ‘문제 해결’ 단계가 없는 발견은 특허를 받을 수 없다. 예컨대, 무의식적으로 발견한 새로운 분자나 알려진 물질의 새로운 용도는 보호 대상에서 제외된다.<sup>123)</sup> 둘째, 특허 청구항의 역할은 특허 출원에 기재된 실시예로 대체된다. 셋째, ‘낭만적 저작자’와 ‘고독한 발명가’의 개념이 수정될 필요가 있다. 넷째, ‘문제 발견’과 ‘문제 해결’을 독창적으로 행한 자, 즉 독립적 발명가는 저작자의 경우와 마찬가지로 보호받을 수 있어야 한다.<sup>124)</sup>

다만, 발명에 대한 권리를 ‘표현으로서의 발명’이라는 틀로 재구성하는 문제는 한 국가 차원에서 실천 가능한 문제가 아니라는 점에서 좀 더 구체적이고 체계적인 입론(立論)이 필요할 것으로 생각된다.

## (7) 결론

제3장 “지적재산권의 인권적 측면”은 과학문화권이라는 렌즈를 통하여 지적재산권을 살펴본 것이다. 이는 지적재산권의 고유한 긴장 관계, 즉 보호와 보급 사이의 긴장 관계를 인권의 틀 안에서 다루는 것을 의미한다. 즉 과학문화권에 초점을 맞추어 과학문화권의 보호 측면과 그것의 보급 측면을 총체적으로 접근하는 것이다.

---

120) 학위논문 130면.

121) 학위논문 130면.

122) 학위논문 133면.

123) 학위논문 133면.

124) 학위논문 134면.

#### 4. 제4장 “사례연구 : 한-미 FTA”

제4장 한-미 FTA 사례연구의 주요 초점은 제2장에서 논의한 지적재산권의 무역 측면과 제3장에서 논의한 지적재산권의 인권 측면이 한-미 FTA에서는 어떻게 반영되었고 또 무시되었는지 살펴본 것이다.

제4장에서 주목되는 것은 과학문화권의 관점에서 한-미 FTA를 실증적으로 연구하기 위해서는 인권영향평가(human rights impact assessment, HRIA)가 필요하다고 강조한 점이다. 인권영향평가의 방법론은 EC의 2015년 가이드라인에서 차용한 것이다. 제4장에서는 3단계를 통해 인권영향평가의 수행을 제안한다. 즉 검사(screening : 평가할 이슈의 목록을 좁히고 주요 인권 이슈를 식별), 범위 설정(scoping : 나열된 이슈의 내용 범위를 명확히 하고 인권에 미칠 수 있는 영향을 설명하고 그 영향이 유익한지[인권 증진] 또는 부정적인지[인권 제한] 표시), 세부 평가(detailed assessment)가 그것이다.<sup>125)</sup>

인권영향평가에 따르면, 한-미 FTA는 지적재산권 최대주의 의제를 충분히 반영하고 있음을 보여주고 있다. 트립스-플러스 관점의 무역 중심의 지적재산권 규정은 투명성과 대중의 참여라는 민주적 절차 없이 만들어졌으며, 과학문화권에 부정적인 영향을 미칠 수 있는 조항이 다수 포함되어 있을 뿐이고 인권 증진에 도움이 되는 조항은 거의 존재하지 않는다. 대표적인 것으로 건강권에 부정적 영향을 주는 자료 독점권(data exclusivity)이다.<sup>126)</sup> 자료 독점권은 의약품을 과잉보호하여 제네릭 출시를 지연시키고 환자의 의약품에 대한 접근권을 제한하는 가장 강력한 트립스-플러스 조항 중 하나이다.<sup>127)</sup>

인권 증진에 도움이 되는 거의 유일한 예외가 공정이용 조항의 도입이다. 다만, 이는 한국 정부가 복제 개념에 일시적 저장을 포함함으로써 저작권을 지나치게 넓게 보호하는 과정에서 생긴 일종의 부산물일 따름이다.<sup>128)</sup>

한-미 FTA 지적재산권 분과의 협상 문서에 따르면, 일시적 복제와 관련하여 2006. 5. 26. 미국 측의 최초 제안에서부터 2007. 3. 19~22. 한-미 FTA 고위급 협상의 2007. 3.

125) 학위논문 142~143면.

126) 자료 독점권에 관해서는, 박준석, “의약허가와 관련한 자료 독점권(data exclusivity)의 고찰”, 「통상법률」 제126호, 법무부국제법무정책과, 2015. 12., 7면 이하.

127) 학위논문 176면.

128) 학위논문 154면, 164면, 208면 각 참조.



.21.자 통합 텍스트에까지는 공정이용에 대한 언급이 발견되지 않는다. 2007년 3월 협상 타결 직전 이루어진 지적재산권 분과의 일괄 타결 방식에 대한 자료에서, 한국 정부가 복제권의 예외에 참조사항(reference)으로 공정이용을 추가할 것을 조건으로 복제권에 일시적 복제의 개념을 추가하는 것을 수용하겠다고 주장한 내용을 확인할 수 있다고 한다.<sup>129)</sup>

결론적으로 한-미 FTA는 지적재산권의 인권적 접근과 무역 중심의 지적재산권 규범 사이에 존재하는 간극이 해소될 수 없을 정도로, 좁혀질 수 없을 정도로 크다는 것을 보여 준다.<sup>130)</sup>

## 5. 제5장 “사례연구 : 한-EU FTA”

제5장은 무역 중심의 지적재산권 규범과 인권의 교차점에 대한 사례연구로 한-EU FTA를 살펴본 것이다. 한-EU FTA 협상 과정을 면밀히 살펴보면, 무역협정에서 지적재산권에 대한 미국의 공세에 무임승차하는 EU의 전통적 관행을 그대로 답습하고 있음을 확인할 수 있다.

한-EU FTA에서도 인권에 부정적 영향을 준 대표적 사례로 자료 독점권(data exclusivity)을 들 수 있다. 유엔 고위급 패널은 자료 독점권을 공중 보건과 환자의 의약품 접근권에 중대한 영향을 미치는 트립스-플러스 조항 중 하나로 꼽고 있다. 그럼에도 불구하고 자료 독점권은 모든 트립스-플러스 FTA에서 가장 많이 주목을 받는 분야이다.<sup>131)</sup>

역사적으로 EU에서는 스페인, 포르투갈 등 의약품에 특허를 부여하지 않는 일부 회원국에서 오리지널 제약사에게 독자적(sui generis) 보호를 해주기 위해 1986년 도입된 것이 자료 독점권이지만, 오늘날은 오리지널 제약사에게 추가적인 별도의 법적 보호를 제공하기에 이른 것이다.<sup>132)</sup>

---

129) Nam Heesob, “How did fair use get into the Korean Copyright Act?”, Infojustice.org hosted by the Program on Information Justice and Intellectual Property at American University Washington College of Law, <<https://infojustice.org/archives/42342>>; 이유진, “포괄적 공정이용 조항의 활성화를 위한 연구”, 서울대학교 대학원 법학박사 학위논문, 2025. 2., 24면.

130) 학위논문 208면.

131) 학위논문 244면.

132) 학위논문 245면.

한-미 FTA 경우처럼 한-EU FTA도 그 협상과 이행에 관한 논의가 극비리에 진행되었다. 민주적 절차의 부재는 지적재산권의 인권적 측면을 고려하지 못하는 결과를 초래하였다. 그로 인해 제정된 규범은 그 효율성과 정당성에 의문이 제기되기 마련이다. 또한 한-미 FTA와 마찬가지로 한-EU FTA의 경우도 무역 중심주의에 기반한 트립스-플러스 기준이 관철되고 있음을 확인할 수 있다. 한-EU FTA도 무역 중심의 지적재산권 규범과 인권적 관점의 지적재산권 사이에 얼마나 큰 간극이 존재하는지를 보여준다.<sup>133)</sup>

## 6. 제6장 “결론”

무역 중심의 전 지구적 지적재산권 체제, 특히 트립스-플러스 체제의 목표는 투자자에게 독점적 지대(monopoly rent)를 추구할 수 있는 특권을 제공하는 데에 있다. 무역 중심의 지적재산권 체제에서는 분배적 정의가 무시되고 문화 창작과 유통의 역동성을 포착하지 못한다.<sup>134)</sup>

트립스-플러스 지적재산권 규범은 지적재산권 규범 설정 과정에 대중의 참여가 거부되고 장벽이 높아짐에 따라 인권과 직접적으로 충돌한다.<sup>135)</sup> 그렇다면 인권에 기반한 접근 방식이 무역 중심의 지적재산권 체제에 강력한 대항 프레임워크를 제공할 수 있을까? 이것이 학위논문의 주요 연구 주제이다.<sup>136)</sup>

남희섭 박사의 학위논문의 학술적 의의는 오랫동안 잊혀진 ‘과학문화권’이라는 렌즈를 통해 지적재산권의 인권적 측면을 연구함으로써 지적재산권과 인권에 대한 총체적 접근을 제공하였다는 점에 있다.<sup>137)</sup> 인권이라는 새로운 관점에서 지적재산권에 대한 논의를 전개하여 나갈 때 유의할 점은 인권이라는 관점에서 말하는 ‘인권’이란 무엇을 말하는 것인가이다. 인권의 타당성을 당연시하거나 명시적 또는 암묵적으로 인권이 지적재산권 보호보다 우월하다고 가정하는 것은 피해야 한다. 또한 인권과 인간성의 개념이 사회적으로 구성되어 있다는 점을 이해하는 것이 중요하다.<sup>138)</sup>

인권의 도덕적 보편주의는 인권의 문화적 상대성을 고려하여 수정될 필요가 있다. 보편성이라는 개념 자체를 전적으로 거부할 필요는 없지만, 그러한 보편성은 외부로부터 부

---

133) 학위논문 271면.

134) 학위논문 275면.

135) 학위논문 277면.

136) 학위논문 275면.

137) 학위논문 276면.

138) 학위논문 280~281면.

과되는 것이 아니라 문화 안에서 달성되어야 한다는 점을 이해하여야 한다. 인권의 보편성은 국제적 선언을 통해 발견되거나 선포되고 조약을 통해 구속력을 갖게 되는 ‘주어진’ 개념과 미리 정해진 구체적인 규범적 내용이라기보다는 과정의 산물(a product of a process)로 보아야 한다.<sup>139)</sup>

#### IV. 맺으면서

지난 2020년 코로나 19 바이러스의 창궐로 목격하였듯이 전염병의 전 지구적 대유행(팬데믹)을 겪으면서 우리는 정보공유운동의 필요성을 더욱 절감하게 되었다. 그런데 생각해 보면 전염병의 대유행은 인간이 저지른 생태파괴에서 비롯된 것이다. 남희섭 박사가 학위논문에서 취한 관점을 필자 나름대로 이해할 때에, 남 박사라면 팬데믹 이후 정보공유운동이 취해야 할 방향 모색을 더욱 더 거시적 관점에서 시도하였을 것이라고 생각한다. 예컨대, 백신의 특허발명에 대한 강제실시권 허여(許與)와 같은 공중보건과 관련된 개별 쟁점을 초월하여 생태학적 관점에서 지적재산권법의 방향 전환의 필요성을 제시하였을 것이다. 이는 인간 중심의 지적재산권법 자체의 근본적 개혁을 시도하는 것으로 연결될 수 있을 것이다.

그러한 점에서 남희섭 박사라면 기존의 인간중심주의에서 벗어나 ‘지구공동체의 건강과 안녕’을 최고의 가치로 여기는 ‘지구법학’(Earth Jurisprudence)의 관점에서<sup>140)</sup> 전 지구적 지적재산권 체제의 재구성을 거듭 도모하는 쪽으로 한 걸음 더 전진하였을 것이라고 생각한다. (完)

139) 학위논문 281면 및 각주1131) 참조.

140) 이에 관해서는, 강금실 외 7인, 「지구를 위한 법학—인간중심주의를 넘어 지구중심주의로—」, 서울대학교출판문화원, 2020; 지구법학회 지음, 김왕배 엮음, 「지구법학」, 문학과지성사, 2023 각 참조.

토론 1

# 토론문1

전응준 | 법무법인 린 변호사

## 『인권의 관점에서 바라본 지적재산권 체제』에 대한 토론문

남희섭 변리사님의 본 박사학위 논문은 무엇보다 인권적 관점에서 과학문화권의 개념을 역사적, 철학적, 법적으로 고찰하고 과학문화권을 지적재산권의 상위 개념으로 정립한 점이 인상적이었습니다. 지적재산권 실무를 하면서 지적재산권의 독점권, 배타권, 형사처벌의 위력을 실감하였고 권리자와 이용자의 대립, 정보독점과 정보공유 간의 갈등을 어떻게 풀어나가야 할지 생각해 본 적도 있습니다. 과학문화권에 대한 총체적 접근을 통해 인권과 지적재산권을 충돌을 해소하고 공존할 수 있다는 남희섭 박사님의 연구에 경의를 표합니다.

주지하시는 바와 같이, 지적재산권은 자연권적 요소가 있는 저작권과 실정법적·공리주의적 성격이 강한 특허권 등의 산업재산권으로 구분됩니다. 저작권의 경우 저작물에 대한 저작자의 인격적 애착이 강하다는 점이 쉽게 수긍되고 그에 따라 자연인의 인권의 관점에서 저작권을 바라보기가 비교적 용이합니다. 반면, 특허권 등의 산업재산권은 특허발명 등을 업으로 실시하는 자만이 분쟁의 당사자가 될 수 있기 때문에 기업법적인 성격이 강합니다. 저는 남희섭 박사님의 논문을 읽기 전까지 기업법적 성격의 특허권에 대해 자연인의 인권 개념을 적용하려는 생각을 거의 못하지 않았나 싶습니다.

인권 관점에서 지적재산권을 바라본다는 것은 권리 자체에 대해 인권의 개념을 투영해 보고 나아가 지적재산권의 행사가 보편적 인권과 충돌하는 경우 이를 사회적으로 원만하게 해결할 수 있는지를 검토하는 작업일 것입니다. 이를 위해 본 박사학위 논문은 국제인권법인 세계인권선언 및 사회권 규약에서 정의한 과학문화권의 개념을 통하여, 과학문화권의 보호 측면에서 ‘저작자 보호 조항’(나아가 특허권자의 권리까지도)을 해석하고 과학문화권의 보급 측면에서 ‘문화생활에 참여할 권리’, ‘과학의 발전과 그 응용의 혜택을 누릴 권리’ 즉 과학문화권의 접근 및 제한에 대해 해석하고 있습니다.

제 부족한 생각으로, 과학문화권이라는 상위적, 통합적 개념으로 지적재산권을 바라보는 것은 충분히 타당하지만, 국제관습법으로 평가되는 세계인권선언 및 사회권규약에서 정의된 과학문화권이 여러 지적재산권을 빠짐없이 기술한 것(exhaustive list)으로 보기는 어렵기 때문에, 사회적규약 등에서 정의된 과학문화권의 개념에 의해 모든 지적재산권의 범위와 제약을 검토하는 것은 일정한 한계가 있을 것으로 보입니다. 예를 들어 현행 저작권법상 저작재산권의 제한 규정 중 ‘공표된 저작물의 인용’ 규정은 다른 제한 원리, 마치 소유권의 내재적 제한과 같이 저작권에 내재하는 본질적인 한계를 인정한 규정으로 볼 수 있지 않을까 합니다.

마지막으로, 본 연구가 제시한 대안, 지적재산권의 인권모델에 대해 말씀드리고자 합니

다. 본 연구의 대안적 모델에서 가장 핵심적인 내용은 지적재산권의 보호에 관하여 재산권 규칙(property rule)보다 책임 규칙(liability rule)을 지지한 것이라고 생각합니다. 이러한 견해는 물권적 성격인 지적재산권을 채권적인 보상금 체계로 변화시키는 것으로서, 법률에서 특별하게 정한 보상금(e.g. 수업목적 보상금, 방송보상금 등) 또는 집중관리가 이루어지는 저작권 영역에서 일정한 기준에 따라 이루어지는 사용료 징수에서 이미 그 사례를 볼 수 있습니다. 다만, 박성호 교수님이 지적하신 것과 같이 특허, 상표 등 산업재산권의 영역에서 권리제한과 결합된 보상금 제도는 거의 발견되지 않습니다('정부에 의한 특허발명의 실시' 정도에서 보상금 인정). 특허권과 같은 산업재산권 영역에서도, 과소생산되기 쉬운 특허발명의 창작을 유인하기 위해 금지청구로 대표되는 물권적 보호보다 손해배상으로 대표되는 채권적 보호가 적절할 것인지는 앞으로도 실증적, 정책적으로 검토되어야 할 주제로 생각합니다.

(끝)



토론 2

## 토론문2

정진근 | 강원대 법학전문대학원 교수



## 인권의 관점에서 지적재산권 체제의 재구성—그 내용의 의미와 한계— 에 대한 토론문

남희섭 박사님과의 인연은 오래전으로 거슬러 올라갑니다.

한편으로는 이상주의자라는 생각이 들었고, 한편으로는 구체적인 이슈에 대한 전문가로서의 인상을 받았습니다. 소프트웨어특허에 관한 특허법 개정 이슈에 함께 힘을 모았던 기억이 있습니다.

지적재산권이 경제재(經濟財)로 치부되는 작금의 현실에서 지적재산권의 본원과 인권으로부터 바라보는 남희섭 박사님의 너무 당연해야 했을 주제에 대해 논의하게 된 것을 한편으로는 기쁘고, 한편으로는 아쉽고, 한편으로는 아련하게 느낍니다. 박사님이 계셨다면, 더 심오하고 더욱 인간적인 목표지향성을 가졌을 것입니다.

존경하는 박성호 교수님께서 잘 정리하고 발표하신 것과 같이, 남희섭 박사님의 논문은, 과학문화권이라는 렌즈를 통해, 인권이라는 궁극적인 목표를 지향하면서, 권리의 설정과 무역관계를 바라보고 설명합니다. 이러한 설명은 철학적으로, 논리적으로, 우리에게 많은 시사점을 안겨줍니다.

한편, 우리에게 큰 숙제가 주어지게 됩니다.

바로 이상과 현실 간의 괴리입니다. 물론, 학술적 이상과 실세계의 현실이 늘 맞아 떨어지는 것은 아닙니다. 그럼에도 불구하고 남희섭 박사님은 이상을 현실에 반영함으로써, 이상적 현실을 꿈꾸었습니다. 공유운동이 그러했고, 특허제도에 의한 독점적 지대에 대한 비판이 그러했습니다. CCL, FOSS, SW Patent 등 많은 주제들에 이상을 접목시켰습니다.

그런 이유로, 국제조약, 그 중에서도 WTO는 이상과 현실 세계의 괴리에 큰 영향을 주는 제도적 산물이었습니다. 지적재산권이 경제재로서의 위상이 커지는 요즘, 이상과 현실의 괴리는 더욱 커질 수 있습니다.

이것은 우리가 이어받아야 할 숙제입니다.

최근 인공지능의 고도화로 지적재산권 법제도와 시장은 큰 과제를 안게 되었습니다.

인공지능 창작물의 범람이 예상되는 한편, 인간 고유의 창작성과 정신세계의 인권은 또 다른 관점에서 재설계될 필요성이 커지고 있습니다. 단기적으로도, 인간 창작물에 의존하는 인공지능의 학습으로부터 인간 창작자를 보호하는 문제도 논의되고 있습니다.

이러한 새로운 패러다임의 전개 속에서 남희섭 박사님의 논문이 주는 가르침을 되새겨 보길 기원합니다. 그 속에서 박사님 역시 늘 존재하고 계시기를 기원합니다.

### 토론 3

**과학문화권 관점으로  
지적재산권의 재구성  
: 의약품 접근권과 공공성을  
위한 새로운 패러다임**

**이동근 | 건강사회를위한약사회 사무국장**

과학문화권 관점으로 지적재산권의 재구성

: 의약품 접근권과 공공성을 위한 새로운 패러다임

안녕하세요. 건강사회를위한약사회 이동근 활동가입니다.

이번에 발언을 준비하면서 고 남희섭 변리사의 글을 오랜만에 읽게 되었는데 생전에 저에게 했던 용어들, 이론들이 어떤 구조에서 말씀하셨던 건지를 새삼 느낄 수 있게 되어 정말 좋았던 것 같습니다.

저는 주로 현행 지적재산권 체제와 의약품 접근권에 대해 토론을 이어가려 합니다. 기존의 패러다임에서 지적재산권이 가지는 문제점을 짚어보고, 새로운 관점에서 지적재산권이 왜 필요한지, 그리고 과학문화권 관점의 패러다임이 어떻게 문제를 개선할 수 있을지 설명해보려 합니다.

현행 패러다임의 지적재산권은 2장에서 언급된 트립스의 실제적 층위에 잘 설명해주고 있습니다. 트립스 체제의 등장은 자국 특혜를 금지하고, WTO 분쟁해결기구가 분쟁을 해결하며, 최대주의적 지재권 등을 통해 국가재량권을 축소하였습니다. 이렇게 보호된 지적재산권은 원래 목표하였던 지식의 광범위한 보급을 저해했을 뿐만 아니라 혁신 촉진에도 긍정적인 역할을 하지 못합니다.

특히 TRIPs체제가 제약산업의 금융화와 연결되면서 문제를 심화시키고 있습니다. 제약산업은 90년대 이후 금융적 방식으로 의약품 개발이 재배치됩니다. 의약품의 지적재산권은 수치적 가치를 매겨지면서 소유적 개념으로 변질되었고, 제약산업의 기술혁신은 공공 부문 연구 성과를 값싸게 탈취하는 방향으로 변형되었습니다.

이를 가장 잘 보여준 사건이 코로나19 시기에 개발된 백신을 둘러싼 정치였다고 생각합니다. 코로나 바이러스는 우리가 코로나19를 경험하기 이전에 사스나 메르스 등 신종감염병을 통해 위험을 누구나 생각했고, 관련 예방백신의 개발이 필요하다고 인식되었습니다. 하지만 무역중심 지적재산권 체제는 신종감염병 관련 백신 개발을 외면하였습니다. 돈이 되지 않을거라 생각했기 때문입니다. 이윤중심 제약산업은 일시적으로 특정지역에서 유행하다가 사라지는 감염병의 예방을 위해 연구개발을 하지 않았습니다. 다만, 공공영역에서 관련된 연구들이 끊임없이 이뤄졌고, 코로나19가 발발하자 각국 정부와 국제기구들은 관련 백신을 빠르게 개발할 수 있도록 각종 공적자금을 투입하였습니다. 하지만, 시간이 지나서 백신이 개발되자 개발성과는 백신의 지적재산권을 챙긴 소수 기업의 이익

으로만 돌아갔습니다. 수많은 백신 생산시설들은 지적재산권의 보호 때문에 백신을 생산할 수 없었습니다. 그나마 옥스퍼드 대학이 공공성을 확보하려고 노력하며 개발된 백신은 생산을 크게 늘릴 수 있었지만, 부작용 이슈 때문에 사람들에게 외면받았습니다. 결국 현행 지적재산권체제가 백신 개발을 촉진하지도 않았고, 실질적 개발자였던 공공은 지식의 보급에서 외면되었습니다.

결국 무역중심 지적재산권체제는 혁신을 촉진하지도 못하고 있으며, 지식의 보급도 막는 것 있습니다.

다만 책에서 언급한 것과 달리 최근에 지적재산권 강화 추세는 트립스나 트립스플러스처럼 외부의 지적재산권체제에 대한 요구와 무관하게 벌어지고 있습니다. 예를 들어, 작년에 자료독점권이 강화된 형태로 약사법 개정되었습니다. 처음에는 허가 후 의약품 안전관리 법안을 만드는 과정에서 관행적으로 이뤄지던 자료독점권이 법령으로 명시화되면서 신약의 보호가 보다 강력해진 것입니다. 과거 한-EU FTA에서도 자료독점권 문제를 피해가며, 의약품 접근권을 보호했던 국회와 정부는 최근에 스스로 자료독점권을 강화시켰습니다.

또한 한국 특허청은 요건을 갖추지 못하는 의약품 특허 남용을 방관하고 있습니다. 제약산업은 의약품에 수백개의 관련 특허를 덮어씌워서 특정기간이 지나도 제네릭이나 바이오시밀러의 생산을 가로막습니다. 이를 특허덤불이라고 합니다. 특히 희귀질환치료제나 유전자치료제의 특성이 결합되면서 관련 약제들은 특허도전을 받지 않는 무소불위의 힘을 가진 권력이 되었고, 이는 지식의 보급을 가로막는 장벽이 되고 있습니다. 그나마 미국이나 유럽은 특허덤불 문제를 해소하기 위해 견제장치를 마련하려 노력하고 있지만 한국 특허청은 이를 방관하고 있습니다.

게다가 신약의 건강보험 급여과정에서 제약산업에 유리한 급여제도가 대거 채택되고 있습니다. 대표적으로 약의 가격을 가리는 환급제 확대, 경제성평가를 생략하는 약제 확대, 신속등재의 시범사업 등은 약의 독점권을 강화시키는 역할을 합니다.

외부의 압력없이 자체적으로 지적재산권, 독점권을 강화시키는 이 움직임은 바이오 신화를 꿈꾸는 내부적 동기와 무역중심 지적재산권체제 이데올로기의 내제화와 관련이 있을 것입니다.

저는 의약품 관련 지적재산권 체제는 이제 한계에 다다랐다고 생각합니다. 바이오의약품은 자료독점권 기간을 도래했다고 하더라도 바이오시밀러를 개발하기 위해 대규모 임상시험을 수행하도록 요구받고 있습니다. 게다가 다수의 의약품들이 특허와 무관하게 생산과정의 미공개 정보, 즉 영업비밀에 독점권을 의존합니다. 보호와 확산의 긴장이 무색해지고 있습니다.

그러기 때문에 지적재산권을 재구성하는 노력이 필요해 보입니다. 과학기술의 성격이 변화하기 때문에 30년이 지난 과거 규칙으로 과학혁신을 촉진할 수도 없고, 기술 보급을 보장할 수도 없습니다.

그러기 위해 여러 담론을 꺼내볼 필요가 있으며, 그 중에서도 논문에서 제시하는 인권관점의 접근은 유효한 방안이라고 생각합니다. 다만 당장에 이를 주장하기에 정책결정자의 동의를 얻기는 어려울 것입니다. 강하게 보호되고 있는 배타적 권리체제를 한번에 해체하기는 어렵다고 생각되며 현 체제의 균열을 만들기 위한 방안을 먼저 모색해야 한다고 생각합니다. 그리고 이를 달성하기 위한 전략을 몇가지 제시하려 합니다.

첫 번째 전략은 지적재산권의 배타적 보호를 통한 과도한 이익을 견제하기 위해 투명성을 증진하고 강제실시권을 확대하는 조치를 우선 활용할 수 있습니다. 현행 강제실시권은 매우 예외적 상황을 가정하여 실시하고 있습니다. 사실상 감염병 위기 수준의 국가재난의 상황에도 강제실시권 활용은 어려운 상황입니다. 지적재산권으로 이윤이 누군가에게 편중되는 행위자 간의 양극화 문제를 개선하는 목적으로 배타적 권리를 해제할 수 있는 강제실시권을 새롭게 도입하는 방안입니다.

두 번째 전략은 필수적 기술이 중저소득 국가들에게 적절하게 이전되도록 국제기구의 활동을 촉진하는 방안입니다. 몇 년 전에 특허가 유예되었음에도 미공개정보들로 인해 코로나19 생산이 이뤄지기 어려웠고, 결국 백신 불평등 문제는 해결되지 못했습니다. 그래서 세계보건기구는 중저소득 국가에 백신생산 기술이전 허브를 지정하였고 인력양성 및 생산기술을 제공하여 지재권 유연화 노력과 더불어 실질적 대응을 위한 방안을 모색하고 있습니다. 기존 지적재산권체제가 기술 선진국 중심으로 이익이 집중되었다면, 이를 교정하기 위해 국제기구들을 통해 지적재산권 체제와 무관하게 중저소득 국가에 기술이전을 제공하는 프로세스를 새롭게 만들가도록 제안한느 방안입니다.

세 번째 전략은 이윤에 기반하지 않는 공공지원 연구로 연구성과가 발생했을 때, 충분히 공익 기반으로 활용될 수 있도록 인권관점에서 책임규칙을 우선 채택하는 것 입니다. 현행 체제는 베이돌법에 따라 공공에서 지원한 연구라고 하더라도 지원을 받은 연구기관들이 스피노프 기업을 차려 연구성과를 배타적으로 사유화하고 있으며, 이는 제약산업이 기술혁신을 유지하는 주된 방법입니다. 만약 공공 지원 연구에서부터 배타적 권리 대신, 책임규칙을 채택한다면 현행 지재권 체제의 큰 균열을 낼 수 있을 것입니다.

네 번째 전략은 기후위기가 심화되고 있는 현 상황에 재생에너지 관련 기술 등 기후문제 해소에 중요한 기술들에 대해 인권관점의 책임규칙을 우선 채택하는 방안입니다. 이미 유엔을 포함해 국제사회는 향후에도 기후협약들을 마련해야 하며, 탄소배출 절감 등 기후 문제 해소를 위해 총력을 기울여야 하는 상황입니다. 기술의 보급을 촉진하기 위해 인권관점 지재권 개념을 우선 적용하자고 주장한다면 국제사회의 호응을 얻기 용이할 것입니다.

인권관점으로 지재권을 재구성하자는 이번 토론은 보건의료 분야에서 지재권 체제가 일반 시민들의 건강권을 심각하게 위협하고 있는 상황에서 반가운 논의였습니다. 생명과 건강에 직결되는 의약품을 적정하게 이용하는 권리인, 의약품 접근권이 독점적 지재권 체제와 충돌하지 않고 보장되기 위해 향후 논의가 확대되기를 기대합니다. 감사합니다.



## 토론 4

# 토론문4

서보경 | HIV/AIDS인권연대 나누리+ 활동가



## 1) 지적재산권과 인권, 과연 배치되는가?

<인권의 관점에서 본 전지구적 지적재산권 체제>는 전지구적인 지적재산권 개념의 확산 과정을 일부 추적하고, 이에 대항하기 위해서 인권 개념에 “과학문화권” / “문화와 과학에 대한 권리”의 측면을 새롭게 부각하고자 함.

지재권 확대에 필요한 국제적 압력과 처벌 기제들이 어떻게 만들어졌는지, 또 “과학문화권” 개념의 구성에서 어떤 논의들이 오고 갔는지 등에 대한 분석이 매우 흥미로움.

이러한 논의는 ‘자유 무역 시장’이 특정한 권력의 배치를 통해 만들어진 역사적으로 특수한 시장 상태이며, 여기서 ‘자유로운 경쟁에 따른 혁신’과 그에 따른 ‘공정한 배분’이 하나의 거대한 신화라는 것을 비판적으로 파악하는데 큰 도움을 줌.

인권 규범의 중요한 한 축으로 과학문화권을 포함하고자 하는 시도는 “대항 권력”의 구성을 위해 기댈 수 있는 가치 규범을 발견하고, 특히 이러한 권리를 반드시 보호해야 하는 책무를 국가에게 부여하기 위한 전술적 입장으로 보임.

그러나 세계인권규범에서 ‘과학과 문화에 대한 권리’가 논의되는 역사적 과정은 한편으로는 이 개념이 현재의 과학적 지식의 상품화, 이윤화에 개입하는 데는 여러 한계가 있다는 것을 보여주기도 함.

세계인권선언과 경제적, 사회적, 문화적 권리에 관한 국제규약 역시 역사적, 정치적 산물이라고 할 수 있으며, 여기서 저자/저작자의 권리에 대한 강조는 20세기 초반 여전히 중요한 위치를 점하고 있던 출판업의 측면에 더 많은 영향을 받은 것으로 보임. “저자/저작자, 발명가, 과학기술자, 예술가”라는 매우 다른 성격을 가진 직군이 실상 자신의 창작, 작업에 따라 매우 다른 성격, 규모의 “도덕적, 물질적 이익”을 누린다는 점을 더 유의해서 생각할 필요가 있음. 즉, “과학적 생산물”과 “문화적 또는 예술적 생산물”의 성격이 매우 다르고, 이에 따라 “저자/저작자, 발명가, 과학기술자, 예술가”가 자신의 창작물 또는 생산물과 맺는 인격적 관계의 속성 역시 매우 다르다고 할 수 있음

이는 지재권을 통해 그 가치가 부여되어야 하는 영역이 독창성의 증명 혹은 선언과 그에 따른 (무한한) 이윤 추구의 권리가 아니라, 모두 한정적인 차원에서 보호되어야 하는 권리의 영역을 구체적인 (인간) 생산자/창작자라는 존재의 측면에서 상정해보고자 하는

시도로 보임.

<인권의 관점에서 본 전지구적 지적재산권 체제>는 학위논문의 특성상 기본적으로 국제법 및 국제 규범에 기초하여 이러한 논의를 전개하는데, 이 논의를 규범적 모델 간의 비교와 대조를 넘어 몇 가지 질문들을 더 추가해볼 수 있을 것으로 보임

## 2) 지재권 개념이 매우 빠른 시간에 많은 사람들에게 당연한 권리로 자연스럽게 자리잡은 이유가 무엇일까? (지적재산권 개념에 대한 과학사회학적, 과학인류학적 이해)

<인권의 관점에서 본 전지구적 지적재산권 체제>는 이를 미국 및 유럽의 몇몇 기업들의 이윤을 최대화 하는 방식으로 국제 무역 시장의 재조정이 강제되었다는 분석을 제시하는데 이는 사회사적 설명으로는 타당할 수 있으나, 지재권 개념을 도래하게 된 보다 근본적인 전환을 충분히 다루지 못하게 함

사람들이 가지고 있는 다양한 종류의 지식, 앎, 경험, 능력이 “정보”라는 고유한 형태로 여겨지고, 이 정보 중 일부는 기술적 도구를 통해 배타적 교환과 점유가 가능한 상품으로 전환 가능해짐. (기술과 사회의 분리가 당연시 되는 사회 / 당연시 되지 않는 사회)

기술정보사회로의 전환이 전지구적으로 일어나는 과정에서 지적 재산권은 지식이 특정한 유형의 재화로 전환되는 “의무통과 지점” (obligatory passage point, Callon)을 구성하게 됨. 즉, 현대의 과학기술연구에서 지재권은 과학기술연구의 방식, 과정, 속성, 종사자들간의 상호 교류를 구성하는 핵심적인 일부, 네트워크의 일부를 이미 이루고 있다고 할 수 있음. 즉, 지재권은 ‘과학’과 ‘사회’를 ‘시장’이라는 매개로 연결하는 핵심 통로를 구성하고 있다고 할 수 있음. (새로운 앎이나 발견, 행위의 방식이 이용 가능한 형태로 전환되어야만 하고, 상품으로 전환된 기술-사물을 먼저 시장에 내놓은 사람/법인은 상품에 부여된 이윤 추구의 권리를 획득함)

기술사회학에서 지재권은 단순히 새롭게 창조되어, 불공정한 권력에 의해 이식된 개념이 아니라, 사회 구성의 원리, 정보 개념을 통한 지식과 기술의 분리, 그에 따른 지식-사물에 대한 권리 형성이 지역적, 전지구적 연결망을 구성한 상태를 만들어내는 조건이자 일부라고 할 수 있음 (예를 들어 지재권 개념의 확립은 한편으로는 생물다양성 및 문화적 권리의 침탈, 사유화의 문제를 야기할 것으로 여겨지지만 동시에 기술 이전의 가능성,

다양한 생태 자원 및 전통 지식의 명시화를 가능하게 하는 기회이자 도구로 여겨지기도 하는 양가성을 지님)

즉, 지재권 개념에서 무역중심성은 ‘시장’의 작동을 어떻게 매개할 것인가가 이 고유한 권리 체계의 구성에서 내재적이라는 것을 보여줌.

### 3) 권리(들)간의 대립으로 볼 것인가 아니면 분배 정의의 측면에서 개입할 것인가?

“과학적 진보의 혜택을 누릴 권리”, “공평하게 접근할 권리”에 대한 주장은 어느 면에서는 매우 타당하게 느껴지나 보편적 이용의 측면에서 실질적으로 요구되는 것은 과학적 진보 그 자체 (이른테면 새로운 발견이나 과학적 사실에 대한 앎, 단백질 구조의 변형에 대한 일반 원리)가 아니라 시장을 통해 매개된 구체적 상품-사물(특정 치료제)이라는 점에서 일면공허한 측면이 있음

즉, 지재권 vs 사회권, 생명권, 건강권을 대립으로 놓고, 특정 권리가 침해받지 않도록 다른 권리를 제한해야 한다는 논리로 접근하는 방식, 이외의 방식에 대한 고민을 확장해 나갈 필요가 있음.

예를 들어 환자의 건강권을 위한 강제실시 청구에서 특허권자의 권리 역시 보호되어야 한다는 논리가 반복되는 이유는 권리 개념을 그대로 유지한 채, 다른 권리의 제한을 가하는 것이 매우 어렵다는 점을 보여줌

분배 정의의 측면에서 접근하자고 하는 제안은 <인권의 관점에서 본 전지구적 지적재산권 체제>에서 충분히 논의되지는 못하였지만, 향후 이를 어떻게 구체화할 것인가를 두고 중요한 질문을 제공함.

앞서 설명한 것처럼 시장의 매개가 필수적이라고 한다면, 결국 시장을 지배하는 규칙이 무엇이어서 하는가는 사회를 통해 도출되는 것, 사회적 과정이라고 할 수 있음. 코로나 19 대유행 상황에서 강제실시 논의가 실제로 실현되지는 않았지만 마치 가능한 대안처럼 논의되었던 상황을 다시금 되새겨볼 필요가 있음. 사회의 위기 앞에서, 시장 기능의 재조정엔 필연적으로 일어나고, 필요한 것으로 여겨짐.

‘강제 실시’나 ‘특허권의 공적 사용’은 지재권 개념에서 벗어나는 예외적 조치가 아니라 지재권 개념을 구성하는 내재적 요소라고 할 수 있음. 즉, 과학 - 시장 - 사회를 연결하는 매개물이 지재권이며, 이는 이 매개물이 시장 원리의 재편에 따라 반드시 변화할 수 밖에 없는 것이라는 점을 의미함.

지재권에 관련된 논의와 활동은 따라서 특수한 법률적 영역에 대한 논의가 아니라 시장의 작동 방식에 대해 매우 근본적인 질문과 재조정을 요구하는 과정이며, 동시에 매우 특수한 개입도 아니라고 할 수 있음. 넓게 보면 이윤율의 제한, 사고 팔 권리의 제한과 같은 시장 규칙의 재조정은 끊임없이 일어남. 즉, 지재권은 보호되어야 하는 영역의 속성이 무엇인가를 특정하는 것처럼 보이지만, 결국 시장화의 영역, 즉 “경제적인 것으로 다뤄져야 하는 영역”을 특정하는 한 방식이라고 할 수 있음. 그리고 모든 경제 행위는 다양한 수준의 사회적 통제하에서만 일어남.

강제실시나 특허권의 공적 사용은 따라서 시장 원리에 반하는 조치가 아니라 시장 내에서 교환 규칙의 변화가 늘 일어날 수 있다는 것을 확인시켜주는 조항이라고 할 수 있으며, 의약품 특허가 작동하는 여러 방식은 독점의 측면과 동시에 지대 자본주의 (rentier capitalism) 하에서, 또 미래 가치의 자산화라는 새로운 경향 속에서 시장이 매개하는 교환 및 분배의 통로들이 어떻게 닫히고 있는지, 이를 조정하기 위해서는 어떤 변혁적 조치들이 필요한지를 새롭게 탐구할 수 있게 해주는 매우 중요한 영역이라고 할 수 있음.



