

20
16

글로벌 법제 동향 모니터링 및 이슈 분석 보고서

GLOBAL LEGAL ISSUES (I)

- 국제경쟁법 분야
- 지식재산권 분야
- 개인정보법 분야
- 국제해양법 분야



Issue 01	국제경쟁법 분야 07 Convergence of Competition Laws in Northeast Asia, and the Role of the EU Competition Regime
최요섭 한국외국어대학교 자유전공학부 교수 부록 글로벌 동향 모니터링 / 30	
Issue 02	지식재산권 분야 37 지식재산권 분야 글로벌 법제 이슈 분석
강명수 제주대학교 법학전문대학원 교수 부록 글로벌 동향 모니터링 / 86	
Issue 03	개인정보법 분야 115 ICT 환경 변화에 따른 개인정보보호 문제의 글로벌 동향
김태오 정보통신정책연구원 연구위원 부록 글로벌 동향 모니터링 / 154	
Issue 04	국제해양법 분야 203 국제해양법 분야 글로벌 법제 이슈와 동향
이용희 한국해양대학교 해사법학부 교수 부록 글로벌 동향 모니터링 / 240	

KOREA LEGISLATION RESEARCH INSTITUTE



한국법제연구원
KOREA LEGISLATION RESEARCH INSTITUTE

ISSUE

01

국제경쟁법 분야

“Convergence of Competition Laws in Northeast Asia,
and the Role of the EU Competition Regime”

- 부록 ▶ 1. 유럽연합 TFEU 조약문
2. The Korea–EU Free Trade Agreements, Chapter Eleven
Competition, Section A Competition
3. Korea–China Free Trade Agreement, Chapter 14 Competition

Yo Sop Choi

Assistant Professor, Division of Language & Diplomacy
at Hankuk University of Foreign Studies

Convergence of Competition Laws in Northeast Asia, and the Role of the EU Competition Regime

Yo Sop Choi *

Abstract

Competition law aims to ensure the proper functioning of market competition, and often appears to be a prerequisite for the adjustment by a developing country to the globalized environment. Although each country has a different background, most competition regimes seem to adopt similar forms of a framework for competition law, and this influences the implementation of competition policy. In particular, developing Asian countries, including those of northeast Asia, usually adopt the EU style of competition laws. This indicates that these countries prefer a legal structure that offers legal certainty and clear guidance to practitioners and undertakings, which is what has been established by the EU competition regime. The widespread influence of EU competition law also provides a mechanism for cooperation in enforcement between competition regimes, and this should eventually eliminate private restraints on trade. The acceptance of the EU model as a standard for fledgling competition regimes offers a route for the convergence of global competition laws. The ultimate purpose of this article is to discuss the recent developments in the Europeanization of competition laws in Korea and China, focusing on the competition chapters in their free trade agreements.

Keywords: convergence, competition law, northeast Asia, EU competition regime, economic democratization

* PhD in Law, Assistant Professor, Division of Language & Diplomacy at Hankuk University of Foreign Studies.

1. Introduction

Competition law is generally acknowledged as a dynamic area of modern law,¹ whose philosophy and content are evolving exceptionally quickly because of the rapid globalization of national economies. It has thus been considered as an important means for the development of global and national markets, and has played a pivotal role in ensuring the functioning of competition. Because of its growing importance, the number of countries that have adopted competition rules or similar legal frameworks has increased over recent decades.² Accordingly, the globalization of the market has demonstrated the worldwide popularity of competition law and, with this, there are widespread demands for convergence relating to the reach of national laws to foreign violators,³ ie extraterritorial application.⁴ For this reason, competition law appears to be a prerequisite for adjusting to the globalized market environment, as the major competition regimes often permit the extraterritorial applications of their laws to foreign multinational enterprises (MNEs).⁵

1 A competition or antitrust law and policy scheme was established in the United States in 1890, through the Sherman Act, which is said to be the first antitrust law in the world. This work continues to use the title ‘competition law’ for the body of law that prohibits anti-competitive agreements, the abuse of market dominance and mergers that inhibit competition, except when referring to US antitrust law.

2 The number of competition regimes in the world has recently reached 130. See R Whish and D Bailey, *Competition Law* (8th edn, OUP 2015) 1.

3 J Basedow, ‘Competition Policy in a Globalized Economy: From Extraterritorial Application to Harmonization’ in M Neumann and J Basedow (eds), *The International Handbook of Competition* (Edward Elgar 2004) 321.

4 For example, the US effect doctrine (eg *Hartford Fire Ins. Co. v California*, 509 US 764 (1993)), and the implementation doctrine in the EU (eg Joined Cases C-114/85 etc, *Ahlström Osakeyhtiö v Commission (Wood Pulp)*, [1988] ECR 5193). The competition acts in Korea and China clearly state their extraterritorial application.

In particular, developing countries have learned competition law techniques from either or both of the competition regimes in the United States (US) and the European Union (EU), by sharing the characteristics that are common to competition law.⁶ This has had the effect of bringing about convergence among competition regimes.⁷ In effect, most of the developing world has considered the legal context and case law in the EU to be an important standard, for various reasons. For instance, developing southeast Asian countries, whose legal systems have either a civil law or a British colonial background, usually adopt the EU style of competition law framework.⁸ This indicates that a country that has been influenced by European law prefers a legal structure that offers legal certainty.

Similarly, the EU competition model is more suitable than the American one for the northeast Asian countries.⁹ For instance, the Republic of Korea (Korea) and the People's Democratic Republic of China (China) have experienced fast and advanced industrialization that has created market structures which are different from those in

5 The energetic business activities of MNEs have influenced the rapid growth in the globalization of competition law. See YS Choi, 'The Rule of Law in a Market Economy: Globalisation of Competition Law in Korea' (2014) 14 EBOR 419, 420; EM Fox, 'Competition Law' in A Lowenfeld, *International Economic Law* (2nd edn, OUP 2008) 417, 423-8; M Matsushita, TJ Schoenbaum and PC Mavroidis, *The World Trade Organization: Law, Practice, and Policy* (2nd edn, OUP 2006) 886.

6 MM Dabbah, *International and Comparative Competition Law* (Cambridge University Press 2010) 13.

7 EM Fox, 'Monopolization and Abuse of Market Dominance: Why Europe is Different' (2014) 59 *Antitrust Bull* 129, 130.

8 See J Gillespie, 'Localizing Global Competition Law in Vietnam: A Bottom-up Perspective' (2015) 64 *ICLQ* 935, 938.

9 Japan is an exception because Japanese competition law adopted the ideas of US antitrust law. See eg P Lin and H Ohashi, 'Treatments of Monopolization in Japan and China' in RD Blair and DD Sokol (eds), *The Oxford Handbook of International Antitrust Economics*, vol II (OUP 2015) 230; M Matsushita, *International Trade and Competition Law in Japan* (OUP 1993) 76-9; M Wakui, *Antimonopoly Law: Competition Law and Policy in Japan* (Arima Publishing 2008) 913.

the US.¹⁰ In these countries, economic and social values are equally important, which gives support to national competition rules on excessive economic and market power.¹¹ The concept of special responsibility in the EU may, thus, fit in with the situation of excessive economic concentration by large conglomerates in Korea and China,¹² when it involves the conditions of a democratic social order.¹³

As part of a general study of the unique features of competition law in developing countries, the purpose of this article is to examine the recent convergence in competition law and policy in northeast Asia, which has been inspired by the EU's implementation of competition law. In order to discuss the current convergence of competition laws, this article proceeds as follows. Section II explains the similarities in the competition law objectives and the legal treatment of the abuse of market dominance in Korea, China and the EU. Section III further discusses the current developments in cooperation between competition regimes that are modelled on the EU competition rules, as shown in the competition chapters of the free trade agreements (FTAs) in northeast Asia; for this lengthy comparative study, this work focuses on the cases of Korea and China. Section IV, lastly, contains a summary and draws conclusions from the article.

¹⁰ MW Dowdle, 'Whither Asia? Whither Capitalism? Whither Global Competition Law?' in MW Dowdle, J Gillespie and I Maher (eds), *Asian Capitalism and the Regulation of Competition: Towards a Regulatory Geography of Global Competition Law* (Cambridge University Press 2013) 318; DJ Gerber, *Global Competition: Law, Markets, and Globalization* (OUP 2010) 207; HS Harris, Jr, et al, *Anti-Monopoly Law and Practice in China* (OUP 2011) 2.

¹¹ Eg A Ayal, *Fairness in Antitrust: Protecting the Strong from the Weak* (Hart Publishing 2014) 1.

¹² See S Harris, 'Korea' in DD Sokol, D Crane and A Ezrachi (eds), *Global Antitrust Compliance Handbook* (OUP 2014) 465.

¹³ Some argue that the process of competition is often related to democracy; see also Ayal (n 11) 67; J Eekhoff and C Moch, 'Competition - the Core of a Market Economy' in J Eekhoff (ed), *Competition Policy in Europe* (Springer 2010) 3.

2. Convergence of Competition Laws

A. The Meaning of Ordoliberalism and Social Market Economy

Since the establishment of effective competition rules in the EU, in the Treaty of the European Economic Community,¹⁴ the objectives of competition law have been discussed by commentators. In particular, Article 3(3) of the Treaty on European Union (TEU), which provides a list of socio-economic goals,¹⁵ clarifies that the Union will work for sustainable development based on *balanced economic growth* and a highly competitive *social market economy*. This wording relies strongly on the concept of ordoliberalism, in terms of special responsibility,¹⁶ since the origin of competition law is related to market power.¹⁷ The values of ordoliberalism have been discussed in Europe, and it embraces the socio-political goals of competition law and policy to protect an individual's economic freedom.¹⁸ Moreover, the notions of

¹⁴ V Rose and D Bailey, *Bellamy & Child European Union Law of Competition* (7th edn, OUP 2013) 2-4.

¹⁵ *ibid* 7; A Jones and B Sufrin, *EU Competition Law: Text, Cases, and Materials* (5th edn, OUP 2014) 37.

¹⁶ Although there has been some criticism by commentators, the case law of the EU appears to support this goal. See eg DA Crane, 'Ordoliberalism and the Freiburg School' in DA Crane and H Hovenkamp (eds), *The Making of Competition Policy: Legal and Economic Sources* (OUP 2013) 254; A Jones and C Townley, 'Competition Law' in C Barnard and S Peers (eds), *European Union Law* (OUP 2014) 506.

¹⁷ See eg H Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and its Practice* (5th edn, West Publishing 2015) 106; LA Sullivan, WS Grimes and C Sagers, *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook* (3rd edn, West Academic Publishing 2015) 30. The authors argue that the root of anti-competitive harm is power; thus, competition law is concerned with how market power distorts the competitive process, as it often indicates an ability to increase profits by controlling prices and outputs.

¹⁸ G Monti, *EC Competition Law* (Cambridge University Press 2007) 24.

balanced economic growth and a social market economy, which encompass ordoliberal concepts, also appear in the competition regimes of Korea and China,¹⁹ although this ideology varies between them.²⁰

For example, the Korean competition act, the Monopoly Regulation and Fair Trade Act (MRFTA),²¹ was established in 1980.²² In particular, Article 1 MRFTA declares the aims of the Korean competition regime to be the promotion of fair and free competition,²³ thereby encouraging the activities of enterprises, protecting consumers, and creating balanced economic growth through preventing anti-competitive practices. Similarly, Article 1 of the Chinese competition act, the Anti-Monopoly Law (AML),²⁴ also states that the objectives of Chinese competition law are to prohibit monopolistic conduct, to ensure fair market competition, to enhance efficiency, to protect consumers and the public interest, and to promote the healthy development of a socialist market economy.

In effect, competition regimes generally aim to ensure that there is a competitive

¹⁹ See eg M Furse, *Antitrust Law in China, Korea and Vietnam* (OUP 2009) 24.

²⁰ Ordoliberal thought is different from the economic ideas of central planning which include direct market intervention; thus, it may not fit exactly into the Chinese competition regime. However, when considering its role of establishing and implementing economic rules for market functioning, it may be able to affect Chinese competition policy. For detail about the social market economy in the EU, see Giorgio Monti, 'EU Competition Law from Rome to Lisbon - Social Market Economy' in Caroline Heide-Jorgensen et al (eds), *Aims and Values in Competition Law* (DJØF Publishing 2013) 36.

²¹ Law No. 13450, amended 24 July 2015. The English text is available at <<http://eng.ftc.go.kr/bbs.do>>.

²² Art 119(2) of the Constitution of Korea. See also Choi 'The Rule of Law' (n 5) 431-3; Gerber *Global Competition: Law, Markets, and Globalization* (n 10) 222.

²³ In some competition jurisdictions, the definition of fair competition is wide and embraces the promotion of competition. See eg EM Fox, 'We Protect Competition, You Protect Competitors' (2003) *World Competition* 149, 163.

²⁴ Adopted by the Standing Committee of the 10th National People's Congress on 30 August 2007, and entered into force on 1 August 2008. The English text is available at <http://www.china.org.cn/government/laws/2009-02/10/content_17254169.htm>.

process in the market, thereby improving consumer welfare and efficiency. Nevertheless, differing experiences of economic growth and the market economy, including liberalization and internationalization as the result of free trade, often create distinctive shapes in competition policy.²⁵ In particular, the principle of fairness in EU competition law is guided by the ordoliberal view,²⁶ which generally supports the legitimization of economic freedom for small and medium-sized enterprises (SMEs)²⁷ by preventing an exercise of market power that inhibits a competitive process.²⁸

Following the fairness ideology, competition policies in a number of developing countries appear to focus on equity or equality rather than following an efficiency-only approach,²⁹ as it is also necessary for law-makers to attract political support for competition law enforcement,³⁰ especially when the sentiment of the general public affects the interpretation of fairness in competition policy.³¹ Therefore, competition policy in the developing world may be understood as a proxy for socio-political

25 See eg Harris et al (n 10) 1; YS Choi, ‘The Choice of Competition Law and the Development of Enforcement in Asia: A Road Map Towards Convergence’ (2014) 22 APLR 131, 140-42.

26 For a discussion on fairness and efficiency issues in the light of the social market economy, see eg AD Chirita, ‘A Legal-Historical Review of the EU Competition Rules’ (2014) 63 ICLQ 281, 290; D Geradin, A Layne-Farrar and N Petit, *EU Competition Law and Economics* (OUP 2012) 20.

27 See eg MC Yang, ‘Competition Law and Policy of the Republic of Korea’ (2009) 54 Antitrust Bull 621, 625. This is based on the concept of fairness, which is distinct from what is seen in the US antitrust policy. See P Akman, *The Concept of Abuse in EU Competition Law: Law and Economic Approach* (Hart Publishing 2013) 55; R O’Donoghue and J Padilla, *The Law and Economics of Article 102 TFEU* (Hart Publishing 2013) 10-11; RJ Van den Bergh and PD Camesasca, *European Competition Law and Economics: A Comparative Perspective* (Intersentia 2001) 1-2.

28 Whish and Bailey (n 2) 22; Sullivan, Grimes and Sagers (n 17) 30.

29 Eg A Bhattacharjea, ‘Who Needs Antitrust? Or, is Developing-Country Antitrust Different? A Historical-Comparative Analysis’ in DD Sokol, TK Cheng and I Lianos (eds), *Competition Law and Development* (Stanford University Press 2013) 57-8; C Watrin, ‘Germany’s Social Market Economy’ in A Kilmarnock (ed), *The Social Market and the State* (Social Market Foundation 1999) 92-3.

30 Gerber *Global Competition: Law, Markets, and Globalization* (n 10) 264.

31 Eg Choi ‘The Rule of Law’ (n 5) 419; J Lee, ‘Korea’ in M Williams (ed), *The Political Economy of Competition Law in Asia* (Edward Elgar 2013) 48-9.

objectives, safeguarding fairness in the market, beyond economic efficiency,³² when efficiency often gives the impression of being an oversimplified goal. Most competition regimes in Asia, thus, highlight *fair* competition, and from a widened interpretation of the fairness perspective, it is difficult to conclude that there is a single ultimate objective for competition policy.

Consequently, the statements of the objectives of the competition laws in Korea and China explain the common concepts of the social goals of competition, such as balanced growth, economic democratization, and a social market economy, which broadly cover various elements,³³ with the purpose of imposing special responsibility on large conglomerates. As Gerber asserts, competition objectives are the central point of the convergence plan,³⁴ and the declarations of economic democratization and balanced growth through fair competition as the goals to which the policies are converging³⁵ seem to show the influence of the EU's aim for a social market economy and ordoliberalism, emphasizing the prevention of exploitation by market dominance.³⁶ In addition, the Asian competition regimes seem to have a particular level of legal certainty that may offer clearer guidance, as is shown in the legal provisions on the abuse of market dominance.

³² Eg H Schweitzer and KK Patel, 'EU Competition Law in Historical Context: Continuity and Change' in KK Patel and H Schweitzer (eds), *The Historical Foundations of EU Competition Law* (OUP 2013) 223.

³³ There is a criticism of the bewildering array of objectives in the AML because of the possible conflict of the two aims, economic efficiency and a socialist market economy. See Furse (n 19) 69.

³⁴ DJ Gerber, 'Asia and Global Competition Law Convergence' in MW Dowdle, J Gillespie and I Maher (eds), *Asian Capitalism and the Regulation of Competition: Towards a Regulatory Geography of Global Competition Law* (Cambridge University Press 2013) 45.

³⁵ The convergence of objectives may lead to a gradual convergence in the implementation of the law. See C Noonan, *The Emerging Principles of International Competition Law* (OUP 2008) 68.

³⁶ See eg Chirita (n 26) 305.

B. Substantive Provisions on Market-Dominance Presumption and Abusive Conduct

Civil law countries appear to prefer predictability in competition law enforcement, especially when considering how to balance the pro- and anti-competitive effects on business practice. In particular, the EU competition regime has established clear-cut guidance on this balance, focusing on market-share thresholds, for scrutiny and enforcement. For instance, numerous block exemption regulations, such as those applying to vertical agreements,³⁷ specialization,³⁸ and licensing agreements,³⁹ contain not only a list of hard-core restrictions, which do not allow automatic exemption, but also the criterion for the market-share based group exception, which ranges from 25 to 30 per cent. These straightforward statements ensure clear guidance for practitioners and undertakings.

Furthermore, the EU Commission's Guidance Paper prescribes that the Commission would not consider there to be market dominance when an undertaking's market share is below 40 per cent, even though certain cases where the share is below this threshold may also violate competition law.⁴⁰ Overall, the market-share threshold for the hard-core restriction criteria for Articles 101 and 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) (the prohibitions on anti-competitive agreements and the abuse of market dominance, respectively) provides the benefit of legal certainty

³⁷ Commission Regulation No 330/2010 on the application of Art 101(3) TFEU to categories of vertical agreements and concerted practices, OJ L 102/1.

³⁸ Commission Regulation No 1218/2010 on the application of Art 101(3) TFEU to certain categories of specialisation agreements, OJ L 335/43.

³⁹ Commission Regulation No 316/2014 on the application of Art 101(3) TFEU to categories of technology transfer agreements, OJ L 93/17.

⁴⁰ Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings (2009/C 45/02), para 14.

about the application of the law.

The competition laws in Korea and China also provide a resilient legal measure for the presumption of market dominance. Article 4 MRFTA stipulates that a 50 per cent market share of one undertaking, or a 75 per cent market share for fewer than three undertakings, gives rise to a presumption of market dominance, with an exception for an undertaking that has less than 10 per cent of the market. Analogously, Article 19 AML also states that when the market share of one undertaking is more than 50 per cent, or the total market share of two undertakings is two-thirds, or the combined market share of three undertakings is over 75 per cent, the undertakings can be presumed to be dominant in the market, with an exception for one undertaking holding less than 10 per cent of the market share.⁴¹ These market-share based provisions appear to have as their inspiration the EU case law⁴² and block exemption regulations. In general, this threshold highlights a strong belief in a correlation between market dominance and market share, and that market share is an important proxy for assessing market concentration.⁴³

In addition, in a way that resembles the non-exhaustive list of prohibited abuses of market dominance in Article 102 TFEU, Article 3-2 MRFTA and Article 17 AML provide a list of abusive practices, including exploitative and exclusionary conduct.⁴⁴ This categorization, despite its non-exhaustive nature, indicates a leaning towards predictability in enforcement, which is distinctive in the civil law countries that have

⁴¹ The presumption criteria may originate from that in Art 19(3) of the German Competition Act, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB). See also Choi, 'The Choice of Competition Law' (n 25) 142.

⁴² Eg Case 85/76 *Hoffmann-La Roche & Co AG v Commission* [1979] ECR 461.

⁴³ Hovenkamp (n 17) 109.

⁴⁴ For further discussion, see Y Jung, 'Korean Competition Law: Policies and Developments' in V Dhall (ed), *Competition Law Today: Concepts, Issues, and the Law in Practice* (OUP 2007) 374.

followed the legal systems of Europe.⁴⁵ This is not only the case in Korea and China: it is the same in other Asian developing countries. For instance, southeast Asian countries, including Thailand, Vietnam, and Indonesia, have competition laws that clarify the objectives of the laws, include presumption criteria for concluding the existence of market dominance, and lists of prohibited acts.⁴⁶

Likewise, the convergence in the overall competition law frameworks in Korea and China indicate the strong preference of these countries for EU competition rules. In this way they have established and designed a legal system with clear indications for enforcement. The adoption of a basis for competition law that was imported from the EU has led to a certain level of convergence, thereby reducing the possibility of clashes in enforcement. Consequently, the development of EU competition rules has contributed to a global standardization, and has also resulted in parallel outcomes in certain cases dealing with the abuse of market dominance and reverse payment agreements, especially in Korea.

C. Case Law Developments: Convergence in the Multinational Enterprise Cases

There is no doubt that large MNEs have drawn the attention of competition authorities around the world. In particular, new economy cases,⁴⁷ such as those in the computer, telecommunications, and pharmaceutical sectors, have emerged in the area

⁴⁵ It is possible that the Chinese competition regime favours the EU model because of its acceptance of technical assistance and also the civil law element. See Q Wu, *Competition Laws, Globalization and Legal Pluralism: China's Experience* (Hart Publishing 2013) 129.

⁴⁶ See eg Choi, 'The Choice of Competition Law' (n 25), 142-4.

⁴⁷ For details, see L Peepkorn and V Verouden, 'The Economics of Competition' in J Faull and A Nikpay (eds), *Faull & Nikpay: The EU Law of Competition* (3rd edn, OUP 2014) 40-42.

of competition law scrutiny. The first groundbreaking international case was that of *Microsoft*, which was discussed in the US, the EU and Korea. In fact, there was significant convergence between the competition authorities in the EU and Korea in their assessments of tying,⁴⁸ as both applied their competition laws of abuse of market dominance strictly, and rejected all the efficiency defences brought by the undertaking.⁴⁹ In addition, the competition agencies in the EU and Korea have brought cases against Intel because of its rebates that have foreclosed the relevant market and excluded its rival. In the collective *Intel* cases, the courts in the EU and Korea seemed to reject an economics-based scrutiny and adopt an almost per se illegal approach which is often regarded as form-based implementation.⁵⁰

Furthermore, the Korean competition authority, the Korea Fair Trade Commission (KFTC), imposed a surcharge and a cease-and-desist order on the US undertaking Qualcomm for its rebate. Qualcomm appealed to the Seoul High Court, but the Court upheld the KFTC's decision;⁵¹ the undertaking filed an appeal to the Supreme Court of Korea, and this is now pending before the Supreme Court. In addition, the Chinese competition authority imposed a fine on Qualcomm for the royalties in its licensing agreements, which violated the AML. Recently, the EU Commission sent two statements of objections in respect of Qualcomm's exclusivity payments and predatory pricing.⁵² This case law indicates that when MNEs go global they fall within the scope

⁴⁸ Case T-201/04 *Microsoft v Commission* [2007] ECR II-3601; KFTC Decision No. 2006-042, 24 February 2006.

⁴⁹ For a case comparison, see YS Choi, 'Analysis of the Microsoft, Intel and Qualcomm Decisions in Korea' (2010) 31 ECLR 470.

⁵⁰ Case T-286/09 *Intel Corp. v Commission*; Seoul High Court, 2008Nu35462, 19 June 2014.

⁵¹ Seoul High Court, 2010Nu3932, 19 June 2014.

⁵² EU Commission, 'Antitrust: Commission sends two Statements of Objections on exclusivity payments and predatory pricing to Qualcomm' (Press Release, 8 December 2015) <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-6271_en.htm>.

of national competition laws.

Lastly, cases in the pharmaceutical sector, especially reverse payment cases, have been brought in the Korean and EU competition jurisdictions, and are further evidence of global convergence.⁵³ In Korea, the KFTC brought a case against GlaxoSmithKline Korea (GSK) because of its pay-for-delay agreement with a Korean generic undertaking.⁵⁴ The Seoul High Court upheld the KFTC's decision, so GSK appealed again to the Supreme Court of Korea, but the Supreme Court also affirmed the High Court's judgment by confirming that this type of agreement seriously harms competition in the market for its unjustifiable exercise of patent rights.⁵⁵ Reverse payment cases have been of concern to the EU competition authority as well, and the Commission imposed its first fine on a reverse payment agreement in the *Lundbeck* case.⁵⁶ Although there is no per se rule in the EU or Korea,⁵⁷ there is a solid presumption that this type of practice belongs in the category of hard-core or *object*-type agreements.

⁵³ H Lee, 'Pay-for-Delay: The Korean Experience' (2014) 5 JECL & Pract 221.

⁵⁴ *ibid*, 223-5.

⁵⁵ Supreme Court, 2012Du24498, 26 February 2014.

⁵⁶ EU Commission, 'Antitrust: Commission fines Lundbeck and other pharma companies for delaying market entry of generic medicines' (Press Release, 19 June 2013) <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-563_en.htm?locale=en>.

⁵⁷ See eg J Faull et al, 'Article 101' in J Faull and A Nikpay (eds), *Faull & Nikpay: The EU Law of Competition* (3rd edn, OUP 2014) 236.

3. The Role of the EU Competition Regime in the Standardization of Competition Chapters

A. Issues of Globalization and International Competition Law

The globalization of national markets has rapidly transformed the business environment. It has also changed both the anti-competitive practices of MNEs and the enforcement of the law by competition regimes in international cases.⁵⁸ Above all, competition authorities have often engaged in parallel investigations into international cartels and abuses of market dominance. However, their enforcement of competition law is often unsatisfactory in dealing with anti-competitive practices, and close cooperation between competition authorities can help them solve this problem.⁵⁹ Moreover, regional and bilateral cooperation agreements can provide the opportunity for more effective enforcement than the enforcement that is carried out by global organizations, because there is no single central agency or perfect harmonization of laws.⁶⁰

There are a number of vital preliminaries for effective cooperation, and these lead to localized convergence, which is the foundation for a global standard. According to

⁵⁸ Eg AS Papadopoulos, *The International Dimension of EU Competition Law and Policy* (Cambridge University Press 2010) 36-7.

⁵⁹ Whish and Bailey (n 2) 539. There are two main reasons for bilateral cooperation: the prevention of conflicts of interests of different countries, and the difficulties of public enforcement in international cases. See also B Zanettin, 'International Aspects: The Evolution of the EC International Competition Policy' in G Amato and CD Ehlermann (eds), *EC Competition Law: A Critical Assessment* (Hart Publishing 2007) 763.

⁶⁰ YS Choi, 'Competition Laws and Policies against International Cartels in Northeast Asia: International Cooperation for Effective Enforcement' in T Cheng, SM Colino and B Ong (eds), *Cartels in Asia: Law & Practice* (Wolters Kluwer 2015) 149; Noonan (n 35) 50.

Lawrence and colleagues, where certain frameworks prove effective for cooperation between agencies, they will be easily and widely copied; accordingly, the procedural and substantive legal provisions in bilateral agreements may develop as a by-product of international common law or standards,⁶¹ even in competition regimes that are not parties to international agreements.⁶² This spillover of competition law standards that results in convergence is nevertheless based on certain requirements.

First, the enthusiasm of a competition authority to act against international cartels, which proves its maturity in relation to enforcement, is crucial for the development of convergence.⁶³ Without the effective cooperation that arises from vigorous enforcement, it is difficult to implement the law successfully, particularly in hard-core cases.⁶⁴ Second, aggressive competition law enforcement against the abusive conduct of market-dominant undertakings is also important, and a comparative law study improves legal techniques and thereby eliminates the problems of a competition policy that is based on protectionism.⁶⁵ In some fledgling jurisdictions of developing countries, competition enforcement may be understood only as a means of protecting domestic undertakings from foreign MNEs. This is a tricky problem for the appropriate implementation of the law, which may then be discriminatory. Therefore, meaningful enforcement, without discriminatory measures, is important for convergence. Third, it is also essential to combine views on the anti-competitive

61 Choi, 'The Choice of Competition Law' (n 25) 151.

62 Sullivan, Grimes and Sagers (n 17) 904.

63 Eg Gerber *Global Competition: Law, Markets, and Globalization* (n 10) 498.

64 Choi 'Competition Laws and Policies' (n 60) 136.

65 In particular, local protectionism is one of the most important concerns in the Chinese competition regime. See, eg, M Williams, *Competition Policy and Law in China, Hong Kong and Taiwan* (Cambridge University Press 2005) 138-44; XC Zhang, 'An Institutional Race: A Comparative Study of the Competition Law Regimes in India and China' in M Sornarajah and J Wang (eds), *China, India and the International Economic Order* (Cambridge University Press 2010) 588-9.

effects of certain international mergers. There are numerous cases of conflicts between competition authorities in international merger cases,⁶⁶ and this is a potential threat to the convergence of competition laws.⁶⁷

Given the importance of non-discriminatory enforcement and the framework of competition laws, a sound design for convergence is crucial. Considering the issues above, there do not seem to be significant gaps between the approaches of the competition regimes in the EU and northeast Asia. Although there are some existing differences in the substantive statutory provisions, this facilitates the adoption of the EU standard in the competition chapters of the FTAs and confirms localized convergence, leading to comparable outcomes for enforcement.

B. Substantive Provisions on Cooperation in Enforcement

As discussed earlier, there is notable convergence in the legal frameworks of the competition regimes in the EU, Korea and China as regards their shared notion of the social objectives and their strong preference for legal certainty. In addition, the similar approaches and assessments in numerous MNE cases display their commonality in the implementation of competition laws. The development of EU competition law and policy has affected the other two competition regimes, which emphasizes the EU's important role in designing the standardization of global competition laws.

Furthermore, the EU's leading role in standardization has provided an easy way of

⁶⁶ Eg *GE/Honeywell*, Case No. COMP/M.2220.

⁶⁷ The active enforcement of substantive competition rules facilitates pro-competition values, which are important for convergence. For further discussion, see KJ Lee, 'Promoting Convergence of Competition Policies in Northeast Asia: Culture-Competition Correlation and Its Implications' in I Lianos and DD Sokol (eds), *The Global Limits of Competition Law* (Stanford University Press 2012) 234-5.

reaching cooperation agreements between competition agencies.⁶⁸ For instance, the text of the competition chapter in the Korea-EU FTA⁶⁹ demonstrates the Europeanization of competition laws. The section setting out the principles of the FTA declares that the trading parties agree that three types of business practice, anti-competitive agreements, abuse of market dominance, and mergers that prevent competition, are incompatible with the functioning of the FTA. The text of the prohibited list is explained as follows.

First, Article 11(3) of the competition chapter lays down that agreements between undertakings, decisions by associations of undertakings, and concerted practices that have as their *object* or *effect* the prevention, restriction or distortion of competition are considered as incompatible with the FTA. Second, any abuse by *one or more* undertakings holding a dominant position also violates competition rules. Third, concentrations between undertakings that *significantly impede effective competition* (SIEC), especially as a result of the creation or strengthening of a dominant position, can also violate competition rules.⁷⁰

The content of the competition chapter indicates the strong influence of the EU competition rules. First, unlike the EU's Article 101 TFEU, the Korean MRFTA does not contain statements about *object* or *effect* in its legal provisions on anti-competitive agreements; thus, it does not include any distinction regarding object or effect.⁷¹ Secondly, in a similar way to Article 102 TFEU, the MRFTA embraces

⁶⁸ For further detail, see also Rose and Bailey (n 14) 50-55.

⁶⁹ Ch 11 of the Korea-EU FTA.

⁷⁰ See eg YS Choi, 'A Study on the Bilateral Cooperation of Competition Law Enforcement under the Korea-EU FTA' (2013) 34 *Journal of European Union Studies* 3, 14-16.

⁷¹ From a historical perspective, 'object' in Art 101 TFEU demonstrates a strong public enforcement framework against the illegal prevention of competition by object or intent. See Chirita (n 26) 303.

a collective dominance concept by including *one or more* undertakings in the definition of a market dominant undertaking. However, there is no confirmed case of collective dominance in Korea; hence, the concept of collective dominance in the EU has not developed in Korea, which may cause misunderstandings on this subject. Lastly, the MRFTA has similar language to the EU's SIEC test, but it is not exactly the same as it refers to *substantial restraints of competition*,⁷² which is closer to the US phrase of 'substantially lessening competition'.

Likewise, the wording in the competition chapters of the Korea-EU FTA is very similar to the terminology of the EU competition rules, and there are certain reasons for this. First, it was easier to conclude the FTA negotiations by adopting the EU provisions as a standard,⁷³ because of the heavy burden of obtaining ratification after examination by all of the 28 EU Member States. Second, having common competition terms eliminates possible conflicts in public enforcement,⁷⁴ and leads to a quick conclusion of the FTA, on the basis that it is more important to have an agreement in place than to delay over minor issues. Third, the common framework for cooperation is essential for facilitating the prosecution of international anti-competitive practices because it becomes easier to obtain the necessary evidence if Korea maintains similar standards to the EU.⁷⁵ In particular, it was easy to adopt the EU's terms because both competition authorities have applied their laws stringently. Despite the existence of differences in detail, the EU's archetype can work effectively without

⁷² Art 7 MRFTA.

⁷³ Papadopoulos (n 58) 105. The author also argues that the EU officials at the Directorate-General for Trade take part in the negotiations on competition chapters in FTAs.

⁷⁴ This may happen where an undertaking is based in a number of countries and its business practices violate competition laws in some jurisdictions but are legitimate in others. See SM Colino, *Competition Law of the EU and UK* (7th edn, OUP 2011) 59.

⁷⁵ Eg Noonan (n 35) 510.

any particular problem, since both regimes have a similar approach to market competition that is modelled on the concept of ordoliberalism. Although their reasons for adopting this concept differ, the outcome is very similar: ‘large undertakings should bear special responsibilities’.

C. The Influence of Standardization by the EU Regime

Korea and China concluded an FTA which was ratified by the Korean Congress in November 2015. Like other FTAs, the Korea-China FTA includes a competition chapter, and the text of this is identical to the provisions in the Korea-EU FTA. It also contains the technical language of the EU competition rules, such as ‘object or effect’, ‘one or more undertakings’, and the SIEC test. There is no doubt that the popularity of the EU competition framework in Asian countries has led to a localized common standard that is suitable for the competition regimes in these countries. At the same time, an agreed FTA competition chapter performs the same role as an international competition network, and a form of the EU rules is adopted rather than the competition law lexicon of one of the trading countries.

In effect, the interpretation of competition law terms by the Court of Justice of the European Union (CJEU) has provided clarification of EU law on such matters as the meaning of ‘object or effect’ in agreement cases.⁷⁶ Although the competition laws in Korea and China do not include such terms, the implementation of the laws in these countries seems to have arrived at a point of similar understanding.⁷⁷ To illustrate this

⁷⁶ Eg Joined Cases 56 & 58/64 *Consten and Grundig v Commission* [1966] ECR 299; Case C-8/08 *T-Mobile Netherlands and Others* [2009] ECR I-4529; Case C-67/13 P *Groupement des Cartes Bancaires v Commission* EU:C:2014:2204, para 57. The CJEU has stated that there is restriction of competition by object if the coordination is proved to be sufficiently anti-competitive. See also Whish and Bailey (n 2) 124.

point, these Asian competition regimes do not accept the US per se rule,⁷⁸ but consider instead the EU-type classification of hard-core restrictions.⁷⁹ Furthermore, the competition laws in Korea and China include a similar framework for individual exemptions to that of Article 101(3) TFEU.⁸⁰ For that reason, for the northeast Asian competition regimes, the EU legal framework is more appropriate than that of the US, particularly in the light of the international law of good faith.

To conclude, some argue that the actual content of the FTA competition chapters does not intend to set substantive rules but simply to confirm the objective of competition law and policy and cooperation for achieving this goal,⁸¹ and that cooperation in enforcement is still at an experimental stage. However, the statements in the competition chapters demonstrate a form of soft convergence through the adoption of the interpretations of the competition statutes and the case law of other jurisdictions,⁸² thereby setting up a standard between competition regimes. Although there are some conceptual differences in competition statutes between regimes, it is

⁷⁷ Eg Dabbah (n 6) 516. There are positive outcomes of convergence through understanding other competition laws by cooperation.

⁷⁸ P Lin and Y Qiao, 'Understanding the Economic Factors that have Affected China's Antimonopoly Law' in MS Gal et al (eds), *The Economic Characteristics of Developing Jurisdictions: Their Implications for Competition Law* (Edward Elgar 2015) 120.

⁷⁹ One of the most important distinctions between the US per se rule and the 'having as their object the prevention of competition' provision is that the parties in the EU can still try to rely on Art 101(3) TFEU even if they are found to have had as their objective the prevention of competition. See Whish and Bailey (n 2) 129. Similarly, the Korean competition law also allows justification in the case of hard-core restrictions.

⁸⁰ Eg Art 19(2) MRFTA; Art 15 AML. The exemption provisions include a justification for efficiency and the public interest. While the Chinese text is similar to Art 101(3) TFEU, the Korean provision only allows a notification-authorization process for exemption. See also Furse (n 19) 83.

⁸¹ JH Sung, 'Some Reflection on Competition and Subsidies under the EU-Korea FTA' in J Harrison (ed), *The European Union and South Korea* (Edinburgh University Press 2014) 91.

⁸² Eg B Wardhaugh, *Cartels, Markets and Crime: A Normative Justification for the Criminalisation of Economic Collusion* (Cambridge University Press 2014) 255.

not very difficult to translate or interpret the EU language, since it usually fits into the system of the adopting states. Therefore, competition regimes, especially in Asian countries, voluntarily continue to move towards a common framework for competition law by assessing the EU model or using it in a formalized way for discussion with the EU competition authority.⁸³

4. Concluding Remarks

The public often believe that competition policy and the preservation of economic freedom are crucial for restraining private economic power and thus safeguarding economic democracy.⁸⁴ Democratic societies often favour fairness as a competition goal, and this distinctive shape to competition policy demonstrates the difficulty of creating homogeneous goals.⁸⁵ Nonetheless, the importation of the legitimate goal of fairness for a social market economy has led to a similar implementation of competition policy in the regimes of the EU and Korea. Furthermore, the enthusiastic approaches of both Korea and the EU to anti-competitive practices have enabled a promise of close cooperation under the FTA, which eliminates any concern about discriminatory enforcement.⁸⁶

The widespread influence of EU competition law also offers an easy mechanism for cooperation in enforcement between competition agencies, which reduces the costs

⁸³ See eg Furse (n 19) 75.

⁸⁴ I Lianos, 'Some Reflections on the Question of the Goals of EU Competition Law' in I Lianos and D Geradin (eds), *Handbook on European Competition Law: Substantive Aspects* (Edward Elgar 2013) 31

⁸⁵ O Budzinski, 'International Antitrust Institutions' in RD Blair and DD Sokol (eds), *The Oxford Handbook of International Antitrust Economics*, vol I (OUP 2015) 124.

⁸⁶ Choi 'A Study on the Bilateral Cooperation of Competition Law Enforcement' (n 70) 13.

incurred from non-cooperation or lack of harmony in competition laws.⁸⁷ A competition regime that has been influenced by the EU can easily accept the EU's model, as has been shown in the case of the Korea-China FTA. The northeast Asian competition regimes have developed very quickly, when compared with those of other developing countries, and this has been driven by active interaction with other regimes. Korea and China have shown their passion for participating in the rapidly evolving arena of global competition law, through developing national competition laws.⁸⁸ The foundation for this dynamic implementation comes from learning from the experience of the EU, as the European regime has taken forward competition law issues through networking with these countries.⁸⁹

This Europeanization of competition laws in northeast Asia has resulted, over time, in a localized convergence, despite the existing dissimilarities of the legal systems that would otherwise be a notable obstacle to convergence.⁹⁰ EU competition law has provided the founding philosophy for the universalism of competition law in the markets of developing countries, inevitably with the aim of achieving a global standard. In particular, EU competition law, accompanied by the EU's external trade policy, has played an important role in improving convergence. This ultimately leads to the collective governance of competition law enforcement.

⁸⁷ Non-cooperation may increase certain costs because, for example, of the duplication of investigations, or biased enforcement. Eg Choi 'Competition Laws and Policies' (n 60) 148; EM Fox, 'Harmonization of Law and Procedures in a Globalized World: Why, What, and How?' (1992) 60 *Antitrust L.J.* 593; A Guzman, 'Competition Law and Cooperation: Possible Strategies' in A Guzman (ed), *Cooperation, Comity, and Competition Policy* (OUP 2011) 354-5.

⁸⁸ Gerber *Global Competition: Law, Markets, and Globalization* (n 10) 222.

⁸⁹ The EU's active approach towards internationalization is exemplified in formal and informal agreements with developing countries. See Papadopoulos (n 58) 215; Q Wu, 'EU-China Competition Dialogue: A New Step in the Internationalisation of EU Competition Law?' (2012) 18 *ELJ* 461.

⁹⁰ See eg Choi 'A Study on the Bilateral Cooperation of Competition Law Enforcement' (n 70) 17-20.

< 부록 1 > The Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU)

Article 101 (ex Article 81 TEC)

1. The following shall be prohibited as incompatible with the internal market: all agreements between undertakings, decisions by associations of undertakings and concerted practices which may affect trade between Member States and which have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition within the internal market, and in particular those which:
 - (a) directly or indirectly fix purchase or selling prices or any other trading conditions;
 - (b) limit or control production, markets, technical development, or investment;
 - (c) share markets or sources of supply;
 - (d) apply dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage;
 - (e) make the conclusion of contracts subject to acceptance by the other parties of supplementary obligations which, by their nature or according to commercial usage, have no connection with the subject of such contracts.
2. Any agreements or decisions prohibited pursuant to this Article shall be automatically void.
3. The provisions of paragraph 1 may, however, be declared inapplicable in the case of:
 - any agreement or category of agreements between undertakings,
 - any decision or category of decisions by associations of undertakings,

- any concerted practice or category of concerted practices,

which contributes to improving the production or distribution of goods or to promoting technical or economic progress, while allowing consumers a fair share of the resulting benefit, and which does not:

- (a) impose on the undertakings concerned restrictions which are not indispensable to the attainment of these objectives;
- (b) afford such undertakings the possibility of eliminating competition in respect of a substantial part of the products in question.

Article 102 (ex Article 82 TEC)

Any abuse by one or more undertakings of a dominant position within the internal market or in a substantial part of it shall be prohibited as incompatible with the internal market in so far as it may affect trade between Member States.

Such abuse may, in particular, consist in:

- (a) directly or indirectly imposing unfair purchase or selling prices or other unfair trading conditions;
- (b) limiting production, markets or technical development to the prejudice of consumers;
- (c) applying dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage;
- (d) making the conclusion of contracts subject to acceptance by the other parties of supplementary obligations which, by their nature or according to commercial usage, have no connection with the subject of such contracts

< 부록 2 > The Korea-EU Free Trade Agreements, Chapter Eleven Competition Section A Competition

Article 11.1: Principles

1. The Parties recognise the importance of free and undistorted competition in their trade relations. The Parties undertake to apply their respective competition laws so as to prevent the benefits of the trade liberalisation process in goods, services and establishment from being removed or eliminated by anti-competitive business conduct or anti-competitive transactions.
2. The Parties shall maintain in their respective territories comprehensive competition laws which effectively address restrictive agreements, concerted practices¹ and abuse of dominance by one or more enterprises, and which provide effective control of concentrations between enterprises.
3. The Parties agree that the following activities restricting competition are incompatible with the proper functioning of this Agreement, in so far as they may affect trade between them:
 - (a) agreements between enterprises, decisions by associations of enterprises and concerted practices, which have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition in the territory of either Party as a whole or in a substantial part thereof;
 - (b) any abuse by one or more enterprises of a dominant position in the territory of either Party as a whole or in a substantial part thereof; or
 - (c) concentrations between enterprises, which significantly impede effective competition, in particular as a result of the creation or strengthening of a dominant position in the territory of either Party as a whole or in a substantial part thereof.

<부록 3> Korea-China Free Trade Agreement

Chapter 14 Competition

Article 14.13: Definitions

For the purposes of this Chapter:

anti-competitive business practices means business conduct or transactions that adversely affect competition in the territory of a Party, such as:

- (a) agreements between enterprises, decisions by associations of enterprises and concerted practices, which have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition in the territory of either Party as a whole or in a substantial part thereof;
- (b) any abuse by one or more enterprises of a dominant position in the territory of either Party as a whole or in a substantial part thereof; or
- (c) concentrations between enterprises, which significantly impede effective competition, in particular as a result of the creation or strengthening of a dominant position in the territory of either Party as a whole or in a substantial part thereof;

KOREA LEGISLATION RESEARCH INSTITUTE



한국법제연구원
KOREA LEGISLATION RESEARCH INSTITUTE

ISSUE

02

지식재산권 분야

“지식재산권 분야 글로벌 법제 이슈 분석”

- 부록 ▶ 1. Business-friendly fee pattern adopted for the unitary patent
2. Protocol to the Agreement on a Unified Patent Court on provisional application
3. Rules on Court fees and recoverable costs

강 명 수

제주대학교 법학전문대학원 교수

지식재산권 분야 글로벌 법제 이슈 분석

강 명 수*

Abstract

국무형의 자산에 대한 보호를 목적으로 하는 지식재산권 분야는 새로운 기술의 발전과 더불어 끊임없이 변화해 가고 있다. 새로운 창작물에 대한 보호는 각국의 법 체계에 따라 독립하여 다루어지는 게 원칙이나 무역 장벽의 붕괴와 더불어 지식재산권에 대한 통일적 보호 이슈 또한 오래전부터 제기되어 왔고 일련의 국제조약 등을 통해 어느 정도 효과를 거두고 있다. 그리고 지식재산권에 대한 보호 여부, 보호 범위 및 수준 등에 대한 통일화 문제와 함께 권리범위 및 침해여부의 판단이 어렵다는 특수성을 고려하여 각국에서는 지식재산권 전담 법원을 설치하여 관련 분쟁에 대한 전문성을 제고해 오고 있다. 미국, 독일, 일본은 이전부터 전문법원을 설치하여 운영하고 있으며 우리나라도 1998년에 특허법원을 설립하여 나름대로의 성과를 거두어 왔다. 그러나 우리나라의 경우 특허법원이 무효사건에 대해서만 관할이 인정되어 침해 사건과 별개로 진행되는 한계가 있었고 또한 침해사건에 대한 전속관할을 인정하지 않아 각 지방법원에서 제각각 처리되는 한계가 있었다. 그런데 2015. 12. 1. 민사소송법 및 법원조직법이 개정되면서 침해사건에 대한 전속관할 규정과 그 항소심을 특허법원의 관할로 하는 관할통합 작업이 이루어졌고 2016. 1. 1.부터 시행되었다.

* 제주대학교 법학전문대학원 교수

또한 이 분야에서 비교적 후발 주자인 중국도 최근 3개시에 지적재산권법원을 설치하여 전문성 강화에 나서고 있다.

이러한 흐름과 관련하여 가장 주목할 만한 것이 EU의 단일특허패키지이다. 즉 EU는 이미 2012년부터 EU 지역내에 단일한 효력을 가지는 단일특허제도 창설에 대한 합의가 이루어졌고 최근까지 그에 관한 일련의 조치들이 진행되어 오고 있다. EU의 단일특허제도에 의하면 기존의 EPC에 의한 특허와 달리 단일 절차를 통해 EU 전 지역에 동일하게 효력이 발생하는 단일특허가 발생하며 그 권리행사나 무효여부에 대한 판단도 통합특허법원을 통해 통일적으로 처리된다는 점에서 획기적인 변화라 할 수 있다. 이와 같은 큰 변화를 이끌어 내기까지 40년 가까운 논의들이 있었고, 그 결과 지난 2012년 관련 규정들이 마련되었는데 다만 제도 시행을 위해서는 준비해야 할 작업들이 많았고 그러한 논의들이 지금까지 계속되고 있다. 그런데 지난 2015년 10월 통합특허법원 준비위원회는 2017년부터 관련 제도의 시행을 목표로 그에 필요한 제반 절차를 2016년 6월까지 마무리하겠다는 의견을 발표하였고, 그 이후 다양한 준비들이 이루어지고 있으며 최근인 2016. 6. 3. 불가리아가 10번째로 동 협정에 비준함으로써 발효(13개국 비준)가 임박했음을 알 수 있다. EU 시장이 가지는 가치와 제도 변화가 초래할 직접적인 영향 등을 고려해 볼 때 이와 같은 EU의 단일특허패키지에 대해서는 충분히 숙지하여 향후 EU 시장에서의 지식재산권 확보나 분쟁 등에 대비해야 할 것이다. 즉, EU의 단일특허패키지는 단일 특허제도 창설에 관한 규정(EU No.1257/2012), 번역에 관한 규정(EU No.1260/2012) 및 통합 특허법원에 관한 협정(EU Document No. 16351/12)으로 구성되어 있는데, 비용절감이나 특허관리의 편의성 등 장점이 있으나 국가별 선택 보호가 불가능하고 하나의 절차에 의해 특허 전체가 소멸할 수 있는 등 단점도 있기 때문에 그러한 새로운 제도의 장단점을 파악하여 가장 중요한 유리하고 효율적인 보호 방안을 강구해야 할 것이다.

I. 서 론

1. 지식재산권에 대한 보호의 개관

근대적 의미에서 지식재산권 제도는 이미 19세기 중엽에 이르러 확립되어 오늘날에는 거의 대부분의 나라에서 보호되고 있는데, 다른 권리와 달리 지식재산권은 무형의 재화로서 세계 각국에서 동시에 광범위하게 이용될 수 있고 국제교역에 있어 중요한 재화이기 때문에 국제적 보호와 이용을 보호촉진 할 필요가 매우 크다.¹

이러한 필요성이 반영되어 지식재산권에 대한 국제적 보호가 처음으로 결실을 맺게 된 것이 1883년의 산업재산권 관련 파리조약 및 1886년 저작권 관련 베른조약이다. 산업재산권에 관한 최초의 다자간 조약인 파리조약은 1883. 3. 20. 채택되고 1884. 7. 7. 효력이 발생하였는데, 속지주의를 전제로 한 각국의 산업재산권 제도상의 차이를 그대로 시인하고, 그 전제에서 내외국인평등의 원칙(제2조, 제3조), 우선권제도(제4조), 특허독립의 원칙(제4조의2)²의 3대 기준을 정립하여 산업재산권에 대한 국제적 보호를 꾀하고자 하였다.³ 이러한 파리조약은 19세기 후반 유럽 각국이 특허 정책에 회의적인 태도를 가지고 있던 상황에서 만들어 낸 최초의 국제적 합의라는 점에서 중요한 의의가 있지만, 그와 같은 한계로 인해 산업재산권 보호수준 등에 있어서는 한계가 있었다. 즉, 산업재산권의 대상으로서 특허, 실용신안, 디자인, 상표 등에 대해 아무런 정의 규정을 두고 있지 않으며, 보호요건, 보호기간 등에 대해서도 달리 규정이 없다. 이에 반해 산업재산권의 국제적 보호를 강화하기 위하여 출원인의 편의를 고려한 등록 제도의 국제화는 주목할 만한 내용이다.⁴ 이와 같이 파리조약은 당시

1 송영식 외 6 공저, 「지적소유권법 상(제2판)」, 육법사, 2013, 112면.

2 제4조의2는 1900년 브뤼셀개정조약에서 명문화되었다.

3 송영식 외 6 공저, 「지적소유권법 상(제2판)」, 육법사, 2013, 114면 참고.

4 최경수, 「국제지적재산권법」, 한울아카데미, 2001, 100-101면.

의 시대적 제약에도 불구하고 산업재산권의 국제적 통일보호에 관한 최초의 합의를 도출하였고, 이에 의거 이후 마드리드협정(Madrid Agreement for the Repression of False or Deceptive Indications of Source on Goods), 특허협력조약(Patent Cooperation Treaty : PCT), 상표등록조약(Trademark Registration Treaty : TRT) 등의 지식재산권에 대한 국제적 보호 노력이 지속되고 있다.

다만, 지식재산권 보호에 있어 19세기 후반 유럽 각국에서는 부정적인 시각도 적지 않았다는 점은 시사하는 바가 있을 것으로 생각된다. 예컨대 1850년대부터 1860년대까지 미국에서는 특허가 번성하였음에 반해, 1869년 네덜란드는 특허법을 폐기하였으며 스위스는 특허법 제정 의안을 거부하는 등 유럽에서는 특허권 인정에 의문이 제기되었다.⁵ 비록 현재의 상황에서 특허법을 폐지하자는 주장이 설득력을 가지기는 어렵겠지만 특허제도가 탄생한 1620년대 이후 특허제도에 대한 찬반논쟁은 지속되어 왔고, 특허제도를 인정하는 나라에서도 시대에 따라 친특허정책이나 반특허정책을 선택적으로 지향하고 있음을 유의할 필요가 있다.⁶ 이와 같이 지식재산권 보호에 대해 의문을 제기하는 논의는 오늘날에도 여전히 진행 중이라고 할 수 있는데, 특허권 남용의 법리를 통한 특허권 행사의 제한논의⁷ 또는 정보공유를 주된 목적으로 하고 있는 카피레프트 운동⁸ 등이 대표적이라고 할 수 있다.

5 폴 골드스타인 지음/홍승기 감수/오연희 옮김, 「보이지 않는 힘, 지식재산」, 비즈니스맵, 2009, 79면.

6 예컨대, 일본은 1998년 특허법 개정 이전에는 특허를 엄격하게 해석하는 입장을 취하였다가 1998년 개정법에서 친특허정책으로 그 방향을 전환한 바 있다. Toshiko Takenaka, "Patent Infringement Damages in Japan and the United States : Will Increased Patent Infringement Damage Awards Revive the Japanese Economy?", Washington University Journal of Law & Policy, Vol. 2 Wash. U.J.L.&Pol'y(2000), p.311, p.339.

7 정상조, “특허법 제1조(목적)”, 정상조·박성수 공편, 「특허법 주해 I」, 박영사, 2010, 4-7면 참고. 미국은 1790년 이래로 특허권 보호의 필요성과 특허권 보호에 따른 문제점이 동시에 지적되어 오고 있다. 稗貫俊文, 「知的財産權と独占禁止法」, 有斐閣, 1994, 227頁.

8 카피레프트는 정보를 공유하자는 것으로서 저작권을 부정한다는 의미는 아니다. 박성호, “카피레프트(Copyleft)와 정보공유운동의 방향”, 디지털재산법연구 1권 1호, 한국디지털재산법학회, 2001, 170-171면; Severine Dusollier, "Open Source and Copyleft: Anthorship

2. 지식재산권 보호에 관한 최근의 관심

새로운 기술들의 비약적인 발전과 더불어 관련 분야를 다루는 지식재산권 분야도 역동적으로 변화해 가는 법 분야이다. 세계지적재산권기구(WIPO) 설립조약 제2조 제8항은 “지적재산권이라 함은 문학·예술 및 과학적 저작물, 실연자의 실연, 음반 및 방송, 인간 노력에 의한 모든 분야에서의 발명, 과학적 발견, 디자인, 상표, 서비스표, 상호 및 기타의 명칭, 부정경쟁으로부터의 보호 등에 관련된 권리와 그 밖에 산업, 과학, 문학 또는 예술 분야의 지적 활동에서 발생하는 모든 권리를 포함한다.”고 규정하여 그 보호대상을 매우 넓게 보고 있으며,⁹ 2011년에 제정된 우리나라의 지식재산기본법¹⁰ 제3조 제1호 및 제2호에서는 “지식재산”이란 인간의 창조적 활동 또는 경험 등에 의하여 창출되거나 발견된 지식·정보·기술, 사상이나 감정의 표현, 영업이나 물건의 표시, 생물의 품종이나 유전자원(遺傳資源), 그 밖에 무형적인 것으로서 재산적 가치가 실현될 수 있는 것, “신지식재산”이란 경제·사회 또는 문화의 변화나 과학기술의 발전에 따라 새로운 분야에서 출현하는 지식재산으로 각각 규정하

Reconsidered?”, Edited by William T. Gallagher, Intellectual Property, Ashgate Pub(2007), pp.568-569.

9 Article 2

Definitions

For the purposes of this Convention:

(viii) “intellectual property” shall include the rights relating to:

- literary, artistic and scientific works,
- performances of performing artists, phonograms, and broadcasts,
- inventions in all fields of human endeavor,
- scientific discoveries,
- industrial designs,
- trademarks, service marks, and commercial names and designations,
- protection against unfair competition,

and all other rights resulting from intellectual activity in the industrial, scientific, literary or artistic fields.

10 2011. 5. 19. 법률 제10629호 제정[시행 2011. 7. 20.].

고 있다. 이와 같이 일반적으로 생각할 수 있는 특허권, 상표권, 저작권 등에 한정되지 않고 지식·정보·기술 등 모든 지적 활동 결과물을 포함하는 것으로서 그 보호대상은 매우 광범위하다.

이와 관련하여 기존에는 특허권 등 전통적 의미의 지식재산권에 대한 보호 기준의 정립과 새롭게 등장하는 지식재산권, 소위 신지식재산권의 보호 방안이 주된 관심사였다면, 최근에는 지식재산권에 대한 보호 절차상의 효율성과 통합성을 강조하고 있는 것처럼 보인다. 이는 그 동안의 지속적이고 대대적인 기술발전에 의해 오늘날 참신하고 획기적인 신규 기술 개발은 어려워지고 또한 과학기술이 발달함에 따라 인류가 탐구하고 접근하지 못한 기술영역이 좁아지면서 개척발명보다는 개량발명이 주류를 이루며 특히 지금과 같은 기술융합(convergence) 시대에서는 필연적으로 하나의 선행기술로부터 개량한 발명보다는 복수의 선행기술을 조합 또는 결합하여 개량한 발명이 많아지게 된 시대적 상황¹¹과도 무관하지 않을 것이다. 이러한 시대 변화에 따라 과거에는 지식재산권이라는 새로운 권리를 어떻게 보호할 것인가가 중요하였고 그 과정에서 각국별로 독립하여 보호되는 지식재산권에 대한 보호 기준을 어느 정도 통일화하기 위한 논의가 중심이었는데, 최근에는 지식재산권을 전담하는 법원을 설치하여 효율적이고 통일된 보호 절차를 마련하는데 관심이 높아지고 있는 것이다. 물론 그렇다고 하여 기존에 이러한 논의가 없었다거나 지식재산권 보호 기준의 통일화 및 신지식재산권에 대한 보호 방안이 오늘날 덜 중요해 진 것은 아니며, 다만 상대적으로 절차의 집중 및 효율화가 최근에 더욱 강조되고 있는 것으로 이해된다.

¹¹ 한동수, “복수의 선행기술을 결합한 발명의 진보성 판단”, 지식재산 21 제110호, 특허청, 2010, 28면.

II. 지식재산권 사건 처리의 효율성 확보와 관할 집중

1. 지식재산권 사건의 일반적 특징

지식재산권은 무형의 자산에 대한 보호로서 권리범위 확정 및 침해 판단이 매우 어렵다. 그리고 분쟁의 대상이 기업의 핵심 기술에 대한 것으로서 증거 자료 확보가 곤란하고 권리침해에 따른 손해배상액 산정이 쉽지 않으며, 이로 인하여 사건 해결까지의 시간이나 비용이 많이 소모되고 절차가 지연되는 특징이 있다. 뿐만 아니라 기술적 특징을 전제로 한 권리부여에 대한 판단은 법원이 아닌 전문 행정기관이 담당해야 한다는 전제하에, 권리의 무효여부와 권리의 침해여부에 대한 판단 주체를 특허청과 법원으로 분리시킴으로 인해 절차가 이원화된다는 문제까지 가중되었다. 물론 영미법 국가에서는 특허침해는 물론 특허무효에 대한 판단도 원칙적으로 법원이 담당하였으나, 독일, 일본 등 대륙법계 국가에서는 특허부여 및 무효는 특허청 등이 담당하고 특허침해만을 일반법원의 관할로 하였다. 또한 기존에는 지식재산권을 일반 사건과 동일하게 취급하여 관할집중에 대한 고려 없이 각 관할 법원에서 처리하다 보니 사건 처리 기간 및 절차의 상이로 인한 혼란 등이 문제되곤 하였다. 이러한 문제들을 최소화하기 위해 우선적으로 고려된 것이 지식재산권 전담 법원의 신설이었다.

2. 관할 집중

가. 일반

하나의 법원에서 몰아서 재판하는 관할 집중, 한 두 번의 변론으로 심리를 마치는 변론집중, 하나의 절차에 몰아서 분쟁을 끝내는 절차집중 등 3집중이 오늘날 재판절차의 공통된 지향점이다.¹² 특히 고도의 기술적 판단이 전제되어 있는 지식재산권 관련 분쟁을 각 법원이 독립하여 처리하게 되면 절차 및 결과의 예측가능성 측면에서

문제가 될 수 있고 전문성 부족에 따른 재판 불신의 원인이 될 수도 있다. 따라서 다른 분야와 달리 특히 지식재산권 분쟁에 대한 관할 집중 및 전문성 확보의 필요성은 매우 높으며 이를 위해 주요 각국에서는 그 동안 전문법원을 설립하여 대처해 오고 있다.

독일은 1961년에 기존의 항고심판제도를 폐지하고 연방특허법원을 설립하여 기존의 우리나라 특허법원과 같이 특허심사 과정에 대한 불복과 특허무효 여부에 대한 판단을 담당하도록 하였는데, 법률전문가인 일반법관 이외에 기술전문가인 기술판사제도를 둔 점에 특징이 있다.¹³ 그리고 미국은 1982년 당시의 Pro-patent 경향에 맞춰 워싱턴 D.C.에 제2심 전속관할법원으로 CAFC(The United States Court of Appeals for The Federal Circuit)를 설립하였는데 이로 인해 기존의 포럼 쇼핑(forum shopping)의 폐해¹⁴를 막고 관련 사건에 대한 통일된 해석기준 정립에 기여하고 있다. 특히 미국의 CAFC는 전근이나 정년이 없는 연방 판사가 사건을 처리하기 때문에 판결의 통일성이 확실히 보장되며, 법률심으로서 상고가 아주 제한되어 있기 때문에 판례 통일의 관점에서 아주 중요한 역할을 하고 있다. 한편 일본은 우리나라보다 늦은 2004년에 지적재산고등재판소설치법을 제정하여 2005년 4월 1일부터 지적재산고등재판소를 운영하고 있는데, 설립 당시 동 재판소를 독립된 특별재판소로 설립한 것인지 아니면 동경고등재판소 내의 지부 형태로 설립할 것인지가 중요하

12 이시윤, 「신민사소송법(제10판)」, 박영사, 2016, 245면 참고.

13 기술적 분쟁을 다루는 특징을 고려해 볼 때 기술 판사 도입이 일응 타당해 보이지만, 우리나라 뿐만 아니라 미국이나 일본은 이를 채택하지 않고 있다. 특히 미국에서는 배심원이 담당하게 되며 오히려 기술 전문가는 배척되는 경향이 있다. 지식재산권 분쟁이 단순히 기술만 다루는 것이 아니라 관련된 다양한 법적 쟁점들을 다루게 되기 때문인데, 이에 대해서는 中山信弘·한상욱, 「知財의 썬으로 未來를 보다」, 예은, 2010, 147-149면 참고.

14 미국의 1심 지방법원 중 소송의 신속한 처리, 친 원고 성향, 친 특허 성향, 다른 법원으로의 이송 가능성, 약식판결의 허용가능성 등의 분석에 대해서는 정승복, 「해외특허분쟁가이드북(제2판)」, 세창출판사, 2010, 99-103면 참고. 특히 텍사스 동부 법원에 특허 사건이 집중되는 이유는 신속한 재판이 이루어지도록 철저적인 규칙을 정하여 법원이 강력히 운용하고 있는 점, 전통적으로 원고에게 우호적인 경향이 있는 점, 소수의 판사들이 집중적으로 특허 사건을 처리하여 전문성이 형성된 점 등을 든다. 中山信弘·한상욱, 「知財의 썬으로 未來를 보다」, 예은, 2010, 32-33면.

게 논의되었으나 특별재판소를 설치하게 되면 관할 문제가 발생한다는 점과 법관이 전문분야에 특화되는 경향이 있어 바람직하지 않다는 이유로 동경고등재판소 내에 설치하게 되었다. 다만, 비록 지적재산고등재판소가 동경고등재판소 내에 설치되었다고 하더라도 독자적인 사무체제를 가지고 종래의 동경고등재판소 전문부보다 독립성이 높고 중대한 사건에 대해서는 5명의 재판관에 의한 대합의제도 채용하여 권위 있는 판단을 하게 된다.¹⁵ 특히 설립 당시부터 지적재산고등재판소에서 심결취소소송은 물론 침해소송에 대한 항소심(전속관할)도 전담하도록 한 점은 우리 보다 앞선 제도라 할 수 있다.

나. 우리나라

우리나라의 경우 종전에는 특허청의 심판과 항고심판을 거친 후 바로 대법원에 상고할 수 있어서 법원에서의 사실심에 관한 재판이 생략된 구조로 운용되어 왔는데, 이러한 심급구조가 사실심 재판에 관하여 법원에 의한 재판을 받을 권리를 박탈한 것으로서 위헌이라는 문제제기가 있었고, 결국 헌법재판소 1995. 9. 28. 선고 92헌가 11,93헌가8·9·10 결정에서 헌법불합치 결정이 내려졌다(1995. 1. 5. 특허법 등 산업재산권법 4법의 개정에 의해 1998. 3. 1.부터 특허법원이 설립되어 운영되는 것으로 규정하고 있으므로, 그때까지 동법의 적용을 허용한 것이다). 이에 1998. 3. 1.부터 특허법원이 사실심 재판을 담당하는 고등법원급의 전문법원으로 설치되어 특허심판원의 심결 또는 결정에 대한 불복의 소를 전속적으로 관할하게 하고, 특허법원의 판결에 대하여 불복이 있는 경우에는 대법원에 상고할 수 있도록 함으로써, 특허심판원의 심결 또는 결정에 대한 특허소송은 특허법원 ▷ 대법원으로 이어지는 2심제로 운영되고 있었다. 그리고 일반 침해사건에 대해서도 1심은 각 지방법원에 제기할 수 있지만 그에 대한 항소심은 5개의 고등법원에서 관할하기 때문에 민사소송법상 토지

15 中山信弘·한상욱, 「知財의 窓으로 未來를 보다」, 예은, 2010, 140면 이하 참고.

관할의 특례로 관할 고등법원 소재지의 지방법원에도 소를 제기할 수 있도록 하였다. 광역토지관할을 인정한 것인데, 고등법원이 있는 곳의 5개 지방법원은 그 규모가 커서 이 분야의 전문재판부가 설치되어 있음을 고려한 것이다.¹⁶ 이는 기존의 제도에 비해 진일보한 것이 분명하나 여전히 다음의 문제들이 남아 있었다.

첫째, 비록 지식재산권 관련 분쟁에 대해서는 관할 고등법원 소재지의 지방법원에도 소를 제기할 수 있고,¹⁷ 다른 관할법원에 소를 제기한 경우 그 관할법원으로 이송할 수 있도록 하는 규정을 두었으나,¹⁸ 이는 어디까지나 원고의 선택 사항 또는 예외규정에 불과하였다. 실무상 전속관할 위반이 아닌 한 관할이 송이 거의 받아들여지지 않고 있었고, 원고는 당연히 자신의 주소지를 기준으로 소를 제기하는 것이 일반적이었기 때문에 결국 지식재산권에 대한 특별재판적은 별다른 의미를 갖지 못하였다.

둘째, 지식재산권 분쟁에 있어 특별재판적이 활용된다고 하더라도 결국 침해사건에 한정된 관할이기 때문에 무효사건은 이와 별도로 특허법원이 처리하게 되다는 절차 이원화의 문제는 근본적으로 해결되지 않고 있었다. 실무적으로 특허권자가 침해소송을 제기하면 상대방은 거의 반사적으로 특허무효심판을 청구하는데, 전자는 일반 지방법원 ▷ 고등법원 ▷ 대법원의 과정을, 후자는 특허청 특허심판원 ▷ 특허법원 ▷ 대법원의 과정을 거치게 되어 절차의 지연과

16 이시윤, 「신민사소송법(제10판)」, 박영사, 2016, 108면.

17 구민사소송법 제24조(지식재산권 등에 관한 특별재판적) 지식재산권과 국제거래에 관한 소를 제기하는 경우에는 제2조 내지 제23조의 규정에 따른 관할법원 소재지를 관할하는 고등법원이 있는 곳의 지방법원에 제기할 수 있다.

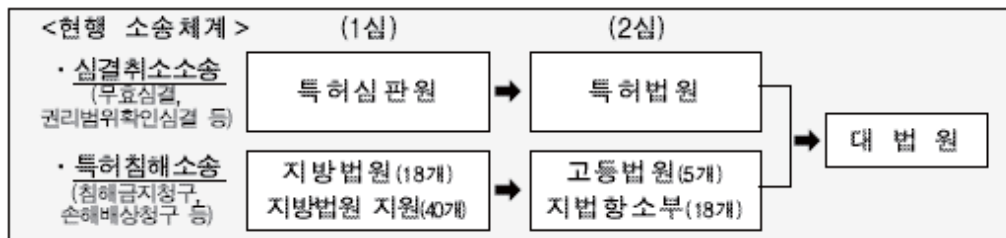
18 구민사소송법 제36조(지식재산권 등에 관한 소송의 이송) ① 법원은 지식재산권과 국제거래에 관한 소가 제기된 경우 직권 또는 당사자의 신청에 따른 결정으로 그 소송의 전부 또는 일부를 제24조의 규정에 따른 관할법원에 이송할 수 있다. 다만, 이로 인하여 소송절차를 현저하게 지연시키는 경우에는 그러하지 아니하다.

② 전속관할이 정하여져 있는 소의 경우에는 제1항의 규정을 적용하지 아니한다.

함께 특허의 유무효에 대한 판단의 일관성 부족 등의 문제가 있었다.¹⁹ 이번
에 개정된 특허소송 관할 집중 관련한 국가지식위원회의 2015. 11. 12.자
보도자료에서는 관할 이원화에 따른 문제점을 다음과 같은 3가지로 제시하고
있다.

- [문제점] 관할 이원화로 소송의 전문성·효율성이 저해된다는 지적상준
 - 특허침해소송 시 수반되는 특허 무효 여부에 대한 판단을 특허심판원 및 특허법원
에서 별도로 담당함에 따라 소송처리 지연
 - * 김벌리클라크(美) VS. 쌍용제지의 특허침해소송 : 11년 8개월 소요
 - 지방법원의 침해소송 처리 건수가 적어 전문성·효율성 제고에 한계
 - * 최근 5년간('07~11) 특허 등 지재권침해소송 점유율 :
서울중앙지법 46.5%, 기타 지법 0~9.5%
 - 동일 특허에 대한 심결취소소송과 침해소송의 결과가 상이한 경우 발생

〈 기존의 특허소송체계〉²⁰



그래서 이러한 문제점들을 시정하기 위한 논의가 지속되어 오다가 지난 2015. 12. 1.
민사소송법 및 법원조직법을 개정하여, 지식재산권 관련 분쟁에 대해서는 고등법원
소재지 지방법원의 전속관할로 하고²¹ 침해사건에 대한 항소심을 특허법원의 전속관

19 <http://the300.mt.co.kr/newsView.html?no=2015110408387679456> 기사 참고 (2016. 6. 7. 방문)

20 국가지식위원회의 2015. 11. 12.자 보도자료 3면.

21 민사소송법 제24조(지식재산권 등에 관한 특별재판적) ① 특허권, 실용신안권, 디자인권, 상표권, 품종보호권(이하 "특허권등"이라 한다)을 제외한 지식재산권과 국제거래에 관한 소를 제기하는 경우에는 제2조 내지 제23조의 규정에 따른 관할법원 소재지를 관할하는 고등법원이 있는 곳의 지방법원에

할로 하여²² 2016. 1. 1.부터 시행하게 되었다. 비록 개정법에서는 특허권, 실용신안권, 디자인권, 상표권, 품종보호권 등 5개의 권리에 한정하여 전속관할 규정과 침해사건에 대한 특허법원 관할 집중을 규정한 한계가 있으나, 전문법원인 특허법원에 의한 관할 집중으로 절차의 신속성 확보와 판단의 통일성 보장이 제고될 수 있게 된 점에서 진일보한 개정으로 평가할 수 있다.

〈2016. 1. 1. 시행된 개정 특허소송체계〉²³



다. 중국

중국은 2014년 지적재산권법원이 설치되기 전인 1993년 7월 베이징시 고급인민법원과 중급인민법원에 지적재산권심판부(知识产权审判庭)가 설치되었고 이에 따라 저

제기할 수 있다. 다만, 서울고등법원이 있는 곳의 지방법원은 서울중앙지방법원으로 한정한다. 〈개정 2011.5.19., 2015.12.1.〉

② 특허권등의 지식재산권에 관한 소를 제기하는 경우에는 제2조부터 제23조까지의 규정에 따른 관할법원 소재지를 관할하는 고등법원이 있는 곳의 지방법원의 전속관할로 한다. 다만, 서울고등법원이 있는 곳의 지방법원은 서울중앙지방법원으로 한정한다. 〈신설 2015.12.1.〉

③ 제2항에도 불구하고 당사자는 서울중앙지방법원에 특허권등의 지식재산권에 관한 소를 제기할 수 있다. 〈신설 2015.12.1.〉

22 법원조직법 제28조의4(심판권) 특허법원은 다음의 사건을 심판한다. 〈개정 2015.12.1.〉

1. 「특허법」 제186조제1항, 「실용신안법」 제33조, 「디자인보호법」 제166조제1항 및 「상표법」 제85조의3제1항에서 정하는 제1심사건
2. 「민사소송법」 제24조제2항 및 제3항에 따른 사건의 항소사건
3. 다른 법률에 따라 특허법원의 권한에 속하는 사건

23 국가지식위원회의 2015. 11. 12.자 보도자료 4면.

작권, 발명특허 등 지적재산권 관련 사건은 지적재산권심판부(知识产权审判庭)에서 맡아 처리하였다.²⁴ 이를 시작으로 전국의 각 지역 법원에 지적재산권심판부(知识产权审判庭)를 설치하였는바, 2012년 12월 말까지 중국 전 지역 법원에 총 420개의 지적재산권심판부(知识产权审判庭)가 설치되었으며,²⁵ 지적재산권심판부(知识产权审判庭)는 지적재산권과 관련된 민사사건, 행정사건, 형사사건을 모두 관할하였다. 그 이후 2014년 11월 베이징시에 가장 먼저 지적재산권법원이 설치되었고, 같은 해 12월 광저우시와 상하이시에도 연이어 설치되어 2016년 현재 중국 3개 도시에 지적재산권법원이 설치되어 있다.²⁶ 다만 이러한 지적재산권법원은 소속 각 구(區) 기층 인민법원에서 제기된 상소사건에 대해서만 관할권이 인정되며 그 이외의 지역에서 발생한 지적재산권 분쟁은 3개의 지적재산권법원과 무관하게 해당 지역의 기층인민법원 지적재산권심판부(知识产权审判庭)나 중급인민법원의 지적재산권심판부(知识产权审判庭)에서 담당한다.

〈우리나라와 중국의 법원 심급 구조〉

우리나라	중국
대법원 (3심)	최고인민법원
고등법원 (2심)	고급인민법원 (○○성(省))
지방법원 (1심)	중급인민법원 (○○시(市) 큰 도시)
	기층인민법원 (○○구(區)/○○시 작은 도시)

이러한 지적재산권법원은 지적재산권 관련 제1심 민사사건과 행정사건을 관할하며 또한 지방법원의 지적재산권심판부(知识产权审判庭)의 상소사건도 관할하는데²⁷ 따

24 “北京市高中级人民法院知识产权审判庭简介”, 「法律适用」, 1993년, 8면.

25 “知识产权法院渐行渐近”, 「光明日报」, 2014년 3월 10일 보도.

26 冯晓青, 徐相昆, “我国知识产权法院发展现状及其改革研究”, 「邵阳学院学报」, 제14권 제6기, 22면.

라서 광저우, 베이징, 상하이 중급인민법원은 더 이상 지적재산권으로 인한 민사, 행정사건을 관할하지 않는다. 중국에서 지적재산권법원이 설치된 이래 베이징시의 경우 2015년 4월 14일까지 총 3134건을 접수하였는바, 제1심으로 진행된 건은 2677건, 제2심으로 진행된 건은 457건이며, 접수된 사건 중 616건이 종결되었다.²⁸

그리고 최근 최고인민법원이 공포한 「특허권 분쟁사건을 처리함에 있어서 법률적용의 문제에 대한 해석(2)」 最高人民法院关于审理侵犯专利权纠纷案件应用法律若干问题的解释(二)가 2016년 4월 1일부터 시행되었는데 그 주요내용은 다음과 같다.²⁹ 첫째, 특허권자에 대한 사법의 보호를 강화하고 특허소송에 있어서 배상금이 적은 문제를 최대한 해결한다. 둘째, 특허권과 기타 민사적 권리에 대한 분계선을 명확히 하여 특허권의 보호범위를 확정한다. 셋째, 이익평형성 원칙을 견지함으로써 한편으로는 권리자의 정당한 권익을 보호하고 발명창조를 격려하고 다른 한편 특허권이 부당하게 확장되는 것을 막아 재창조의 공간이 좁아지는 경향을 줄인다.

이와 같이 비록 제한적이긴 하지만 중국도 최근에 들어와 지식재산권 분쟁을 전담하는 특별법원을 설치하여 운용하고 있으며 또한 특허권 분쟁의 중요성을 인식하여 이에 대한 별도의 기준을 마련하는 등 지식재산권 보호 강화에 힘쓰고 있음을 알 수 있다.

27 지적재산권법원은 법률이 규정한 몇몇 사건들에 대한 1심 법원이 될 수도 있고 소속 각 구(區) 기층 인민법원에서 제기된 상소사건에 대한 2심 법원이 되기도 한다. 따라서 3개시의 지적재산권법원은 지적재산권 관련 제1심 민사사건과 행정사건 및 기층인민법원 지적재산권심판부(知识产权审判庭)의 상소사건도 관할하게 되는 것이다.

28 冯晓青, 徐相昆, “我国知识产权法院发展现状及其改革研究”, 「邵阳学院学报」, 제14권 제6기, 26면.

29 <http://www.chinacourt.org/article/detail/2016/03/id/1826424.shtml>

III. 유럽연합의 단일특허제도

1. 기존의 논의 방향

가. 유럽특허제도

EU에서의 특허출원 경로는 직접 국내출원, 특허협력조약(Patent Cooperation Treaty: PCT)에 따른 PCT 출원, 유럽특허협약(Convention on the Grant of European Patents: EPC)³⁰에 의한 출원, 국내출원-EPC 출원, Euro PCT 출원이 있다. 이 중 PCT 출원은 파리조약 제19조³¹에 따른 특별협정의 하나로 1970년 체결된 특허협력조약(Patent Cooperation Treaty)에 기초한 국제특허출원 절차상의 특례로서 우리나라 등 대다수의 국가가 채택하고 있다. 그렇기 때문에 유럽특허제도의 가장 큰 특징 중 하나는 유럽국가들 내에서 적용되는 EPC 출원이라고 할 수 있는데, 기존의 EPC 출원제도는 권리발생까지의 통일적 절차 진행과 권리 행사에 있어 각국 독립의 원칙을 특징으로 한다. 즉, 출원 심사 및 결정은 통일적으로 이루어지나, 국가별로 각각 특허권을 취득하고 특허무효 등의 분쟁도 각국 법원에서 독자적으로 처리하는 것이다.

³⁰ CONVENTION ON THE GRANT OF EUROPEAN PATENTS(EUROPEAN PATENT CONVENTION) of 5 October 1973 text as amended by the act revising Article 63 EPC of 17 December 1991 and by decisions of the Administrative Council of the European Patent Organisation of 21 December 1978, 13 December 1994, 20 October 1995, 5 December 1996, 10 December 1998 and 27 October 2005 and comprising the provisionally applicable provisions of the act revising the EPC of 29 November 2000.

³¹ Article 19 Special Agreements

It is understood that the countries of the Union reserve the right to make separately between themselves special agreements for the protection of industrial property, in so far as these agreements do not contravene the provisions of this Convention.

나. 유럽특허협약

유럽특허협약(EPC)은 유럽공동체의 회원국 여부에 관계 없이 특허발명을 보호하기 위한 협력을 강화하기 위하여 1973년 10월 5일 체결되어 1977년 10월 1일부터 시행된 조약이다. 그보다 앞선 1949년 9월 프랑스 상원의원 Henri Longchambo 이 범유럽협력기구인 유럽이사회(Council of Europe, CoE)에서 유럽 특허청(European Patent Office, EPO)의 창설을 처음 주창했는데, 비록 그의 주장이 실현되지는 못했지만 그 이후 1973년 유럽특허협약이 성립하는 데에 시초가 된 것으로 평가된다.³² EPC는 EU 기구 및 가입국과 관련 없는 독립된 협약으로서 EPC 협약국은 EU 가맹국의 구성과는 무관하다. EPC에 의해 유럽특허청(European Patent Office: EPO)이 설립되었는데, 특허출원절차 및 특허권 발생에 있어 통일성이 인정되고, 다만 궁극적인 특허권 효력은 각 체결국에 맡겨져 있기 때문에 특허권의 행사와 침해소송 등은 각국별로 진행되는 점에서 일반 국내특허의 성질을 갖는다.

즉, EPO를 통해 통일화된 특허출원절차에 의하여 심사가 진행되어 각 체결국에서의 국내특허와 동일한 효력을 갖는 유럽특허가 부여되며, 이렇게 허여된 유럽특허는 지정된 체결국의 특허청으로 이송되어 각국별로 별도의 번역문 제출과 수수료 납부 등을 거쳐 각국의 국내 특허권과 동일한 효과를 갖는다. 각 체결국에서는 해당 특허권이 자국의 국내 특허와 동일한 효력을 가지며 따라서 특허권의 행사나 침해소송은 각국별로 진행되며, 특허무효여부도 각국별로 판단하게 된다. 다만 특허무효여부는 EPC의 조항에 근거하여야 하며 그 효력은 그 국가에 한정되어 다른 체결국 특허권에는 영향이 없다.

³² 안재현, “유럽의 단일 특허제도 및 통합 특허소송제도에 관한 고찰”, 지식재산연구 제8권 제2호, 한국지식재산연구원, 2013. 6., 5-6면 참고.

〈 EPC 특허출원에 의한 유럽특허의 특징 〉

특허출원, 심사 및 등록	통일적으로 처리
권리의 획득, 특허권 행사 및 집행	각 회원국에서 개별적으로 처리

다. EPC 특허출원 절차

EPC 특허출원은 출원인의 국적 및 체약국 내에서의 종사 여부를 묻지 않고 할 수 있으며 다만 체약국 내에 주소 또는 영업소를 가지고 있지 아니한 자는 출원 이외의 모든 행위에 대하여 유럽특허청 명부에 그 성명이 등록된 전문 대리인에 의하여야 한다(EPC 제133조, 제134조).³³ 그리고 어떤 언어로도 특허출원이 가능하고 다만 출원일로부터 2월 이내에 유럽 특허청 공용어(영어, 불어, 독일어) 중 하나로 된 번역문을 제출해야 하며 그 기간 내에 번역문을 제출하지 않으면 그 출원은 취하된 것으로 간주한다(EPC 제14조 제2항). 출원심사청구에 따라 심사가 진행되고(EPC 제94조), 출원일로부터 18개월 후 출원공개가 되며(EPC 제93조) 심사를 통해 거절사유가 존재하고 출원인이 거절이유를 해소하지 못하면 거절결정을 하고, 거절이유가 없거나 출원인이 거절이유를 해소한 경우에는 특허결정을 한다(EPC 제97조). 특허결정을 받고 청구범위의 번역문과 특허결정 및 공고에 대한 수수료를 납부하면 특허결정문이 유럽특허공보에 게재되며, 특허부여의 효력은 공보 발행일에 발생한다.

라. EPC 특허권의 효력

EPC 특허권은 유럽특허공보에 공고된 날로부터 효력이 발생하며 존속기간은 출원

³³ 현재 EPC 회원국은 EU 회원국 이외에 터키, 스위스 등 비EU 국가를 포함한 총 38개 회원국으로 이루어져 있으나, 추가적으로 지정이 가능한 모로코, 몰도바 등의 국가를 포함하여 총 42개국이 참여하고 있다.

일로부터 20년이다. 이러한 EPC 특허권은 계약국 특허청이 부여한 국내 특허권과 동일한 효력을 가지며, 각 회원국의 개별적 국내특허의 집합체(bundle)가 된다. EPO 에서 특허결정을 받은 후 공보 발행일로부터 3개월 안에 각 지정국이 요구하는 지정언어로 청구범위를 포함한 명세서(specification)의 번역문과 특허료를 각국 특허청에 내야 그 국가에서 특허권이 효력을 갖게 된다.³⁴ 그리고 EPC 특허에 대한 침해소송 등은 브뤼셀 규칙³⁵에 따라 각 회원국의 전담법원에서 담당하게 되는데 EU 회원국 간에는 브뤼셀 규정이 적용되어 관할 원칙이 공평하게 적용되나 외국기업은 관할이 중복적으로 불리하게 적용된다. 예를 들어, 프랑스에서는 원고가 프랑스 국민이므로 관할이 인정될 수 있고, 독일에서는 독일 내에 피고의 재산이 있다는 이유로 관할이 인정될 수 있으며, 영국에서는 피고가 일시적으로 영국에 체재하며 소장을 송달받았다는 이유로 관할이 인정될 수 있다. 이러한 이유로 유럽에서는 관할 선택(forum shopping)에 따라서 원고와 피고의 편리함, 승률 등이 매우 달라지는 폐단이 있게 되는데, 그러한 이유로 기존의 특허소송과 관련된 고비용, 법적 불확실성, 포럼쇼핑 등의 문제를 해결하기 위해 유럽특허소송협정(EPLA, European Patent Litigation Agreement)이 제안되었다. EPLA 는 유럽 내 특허침해소송의 통일된 절차를 마련하는 데에 일차적 목표가 있고, 두 번째로는 공통항소법원을 마련하고 더욱 중요하게는 회원국 법원에서 이루어진 판결이 다른 회원국에 동일한 효과를 가지도록 하는 것이다. EPLA 는 1999년에 파리정부간회의에서 처음으로 제안되었고 2006년에 본격적인 논의가 있었으나 여러 가지 문제로 인하여 더 이상의 진척을 보지 못하였다.³⁶

34 각국이 요구하는 번역문 또는 특허료를 내지 않으면 그 국가에서의 특허권은 포기된 것으로 간주된다.

35 Council Regulation(EC) No.44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters.

36 정차호, “한-EU FTA에서의 특허 관련 쟁점”, 산업재산권 제26호, 2008. 8., 13면.

2. EU 단일특허제도 창설 논의³⁷

기존의 EPC 시스템에서는 출원, 심사 및 특허결정이 모두 EPO 를 통해 통일적으로 진행된다는 장점이 있으나, 특허권의 행사(enforcement)를 위해서는 각국별로 번역문과 특허료를 내야 하는 비용 부담의 문제가 있고 또한 특허권의 효력은 개별 회원국별로 발생하고 침해소송이나 특허무효 여부 등도 각국 별로 판단하게 되어 법적 불확실성 등의 문제가 있었다. 바로 그러한 이유로 유럽 특허권자들은 보통 3~4 개 정도의 국가에서만 특허권을 취득·행사하게 되는데³⁸ 그 이외의 다른 유럽 국가들에서의 보호를 사실상 포기한 것이 되어 미국이나 아시아에 비해 불이익을 받게 되는 측면이 있었다.³⁹ 이러한 문제를 해결하기 위해 EU 는 EU 전역에서 단일한 효력을 갖는 EU 단일특허제도를 창설하기 위해 오래전부터 논의를 해 왔으나 비준 실패 등으로 인해 발효가 되지 못하고 있다가, 2012. 6. 29. 유럽 정상회의에서 EU 의 27개 회원국 중 스페인과 이탈리아를 제외한 25개국만의 단일특허제도 도입에 합의하였고, 이를 시초로 EU 단일특허제도 창설의 구체적인 논의가 진행되게 되었다. 그 동안의 유럽 단일특허 논의 연혁을 요약해 보면 다음과 같다.⁴⁰

37 이유리나, “유럽연합 단일특허제도의 최근동향 및 시사점”, 한국지식재산연구원 ISSUE & FOCUS on IP, 2016. 4., 2면.

38 유럽 집행위원회의 통계에 따르면 유럽출원의 단지 2%만이 27개 회원국에 등록절차(Validation)를 밟고, 8%가 13개국에서, 40%는 5개국에서, 나머지 50%는 3개국에서만 등록절차를 밟고 있다고 한다. <http://www.kpaanews.or.kr/news/view.html?section=86&category=88&page=8&no=1650> (2016. 6. 8. 방문).

39 EPO 2015. 6. 24. 자 보도자료 <http://www.epo.org/news-issues/news/2015/20150624.html> 참고 (2016. 5. 18. 방문).

40 한국지식재산연구원, Zoom-In, 「유럽연합 단일특허제도」의 주요내용 및 시사점, 2013. 2. 자료 참고.

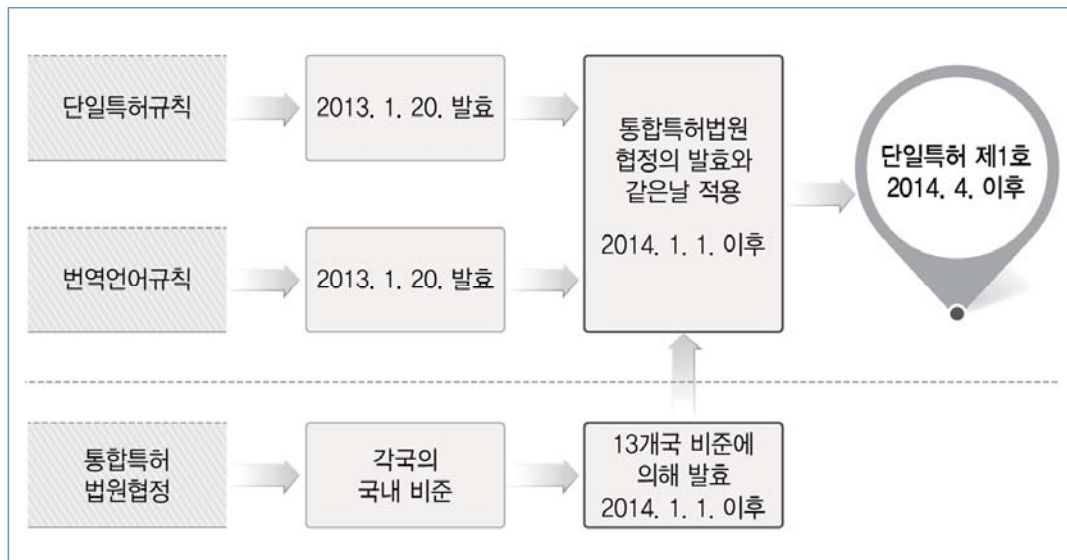
- (1) 1975. 12. 15. 유럽공동체 특허협약(Community Patent Convention : CPC)이 유럽경제공동체 회원국들(9개국)에 의해 서명되었고, 단일 시장이 완성되는 1992년에 발효될 것으로 기대를 받았으나 비준에 실패
- (2) 1989. 12. 15. 공동체 특허 관련 협정(Agreement relating to Community Patents)의 비준을 다시 시도하였으나 실패
- (3) 2000. 8. 1. 유럽집행위원회(European Commission)는 특허출원 절차상 번역비 절감과 유럽특허법원 설치를 목표로 공동체 특허규정(Community Patent Regulation, CPR) 제안
- (4) 2009. 3. 20. 유럽의회가 통합특허 소송시스템을 구축하기 위한 협정을 채택하기 위해 협상을 시작할 권한을 유럽 의회에 부여하면서 본격적 논의 시작
- (5) 2009. 12. 4. 회원국 만장일치로 유럽특허 시스템 개선(EU 단일특허 부여와 새로운 통합특허법원 설립에 관한 사항 포함)에 합의
- (6) 2011. 5. 30. 스페인과 이탈리아가 영어, 독일어, 불어만을 유럽특허의 공식언어로 인정하는 문제에 대해 이의제기
- (7) 2012. 6. 29. 유럽 정상회의에서 EU의 27개 회원국 중 스페인과 이탈리아를 제외한 25개국만의 단일특허 도입 합의
- 이후 2015년에 이탈리아가 동참(현재까지 스페인을 제외한 총 26개 회원국이 합의)
- (8) 2012. 12. 11. 유럽 의회에서 단일특허 관련 법안 승인
- (9) 2012. 12. 17. EU 이사회 승인 및 법안 서명(단일 특허 패키지)

이러한 EU 단일특허제도는 하나의 통일된 유럽특허체제를 달성하기 위하여 모든 회원국에서 동일한 효력을 갖는 하나의 독립된 권리가 발생하도록 하며, 특허침해 소송 또는 무효사건에 대해서도 하나의 통일된 권리로 취급하여 이를 전담하기 위한 유럽 통합특허법원 설립을 전제로 한다.⁴¹ 2012. 6. 29. 단일특허도입에 관한 최초의 합의가 성립한 이후 같은 해 12. 11. 및 17. 유럽연합이사회(EU Council)와 유럽의회(European Parliament)는 EU 단일 특허제도 창설에 관한 규정(EU

⁴¹ 유럽 통합특허법원 설립은 EU에서도 자체적으로 고려하고 있었던 사항이었는데, 한-EU FTA 협상 과정에서 우리나라가 EU측에 요구한 것이기도 하다. 정차호, “한-EU FTA에서의 특허 관련 쟁점”, 산업재산권 제26호, 2008. 8., 14면 참고.

No.1257/2012),⁴² 번역에 관한 규정(EU No.1260/2012)⁴³ 및 통합 특허법원에 관한 협정(EU Document No. 16351/12)⁴⁴으로 구성된 소위 단일특허패키지 법안을 통과시켰는데, 단일특허패키지는 단일특허와 이를 다루는 통합특허법원의 창설을 포함하고 있다. 이 중 단일특허규정 및 단일특허 번역언어 규칙은 2013년 1월 20일 발효되었으나, 단일특허규정 제18조 및 번역언어 규칙 제7조에 의해 2014년 1월 1일 또는 통합특허법원협정의 발효일⁴⁵ 중 늦은 날부터 적용된다.

〈단일특허패키지 발효 및 적용〉⁴⁶



42 단일특허보호의 창설분야에서의 강화된 협력을 실시하는 2012년 12월 17일 유럽의회 및 이사회 규칙(REGULATION (EU) No 1257/2012 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 17 December 2012 implementing enhanced cooperation in the area of the creation of unitary patent protection)

43 단일특허보호의 창설 영역에서의 강화된 협력의 실시하는 적용 번역언어의 결정에 관한 2012년 12월 17일 이사회규칙(COUNCIL REGULATION (EU) No 1260/2012 of 17 December 2012 implementing enhanced cooperation in the area of the creation of unitary patent protection with regard to the applicable translation arrangements)

44 Agreement on a Unified Patent Court, Council doc. 16351/12

45 2014년 1월 1일 또는 13번째 계약국의 비준 또는 가입서 기탁일로부터 4개월 되는 달의 1일 중 늦은 날(협정 제89조).

46 川俣洋史·山崎利直·竹下敦也, “欧州単一特許と統一特許裁判所”, 特許研究 제55호, 独立行政法人工業所有権情報・研修館, 2013, 35면.

3. 단일특허패키지(Unitary Patent Package)

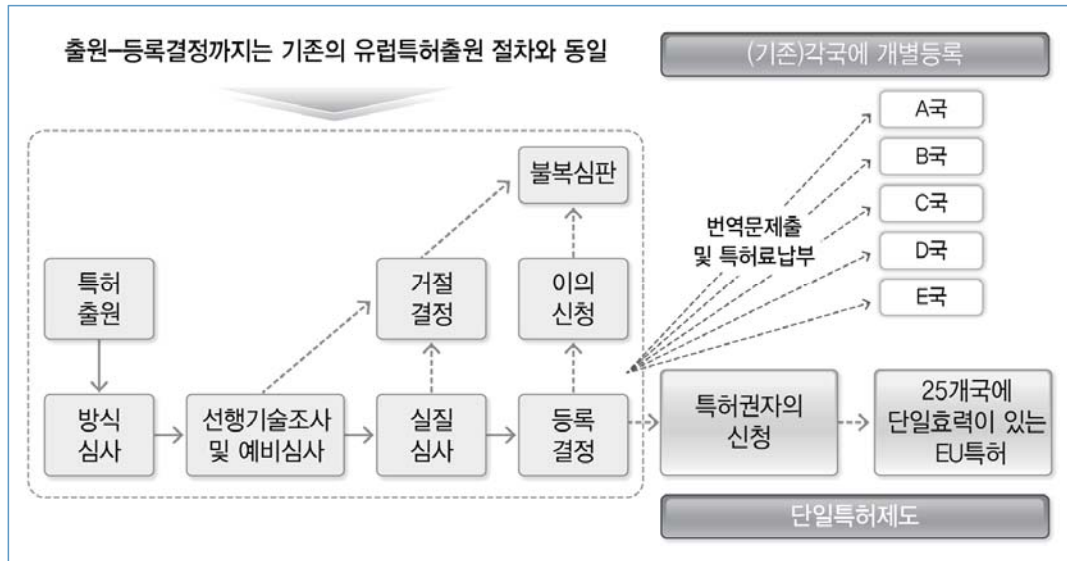
가. 일반

단일특허는 하나의 통합된 유럽특허체제를 통하여 모든 참가국에서 동일한 효력을 갖는 하나의 독립된 권리를 인정하는 제도로서, EPC 출원에 의한 유럽특허와 달리 모든 회원국에서 효력을 갖는 단일 특허권이 발생하고 이에 대한 침해 또는 무효여부도 통일적으로 다루는 것을 말한다. 이러한 단일특허제도는 기존의 유럽특허에 비해 수수료 등 비용절감의 이점이 있고 무엇보다도 회원국 전체에 동일한 효력을 갖는 하나의 독립적인 권리가 인정되어 일원적인 권리행사의 인정을 통한 법적 안정성 도모가 가능하게 된다. 다만 이러한 단일특허제도는 EU의 정책 내 분야에 해당하기 때문에 유럽연합의 회원국이 아닌 EPC의 서명국들(스위스, 아이슬란드)에 대해서는 적용되지 않는다.

나. 단일특허규정

단일특허는 모든 참여 회원국에서 동일한 효력을 가지며 일원적으로 한정, 이전, 취소, 소멸되고, 단일특허에 대해서는 새로 창설되는 통합특허법원이 전속관할권을 가진다. 특허출원 및 심사에 있어 단일특허는 EPO를 통한 방식심사 및 실체심사 등 기존의 유럽특허 출원절차와 동일하게 진행되며 다만 국가별로 등록절차가 진행되는 것이 아니라 하나의 단일 특허권이 발생하는 점에서 차이가 있다. 그리고 기존의 EPC 특허출원제도는 그대로 유지되기 때문에 출원인의 의사에 따라 선택을 할 수 있다. EPC 출원 절차와 단일특허 출원절차를 비교해 보면 다음과 같다.

〈EPC 출원 절차와 단일특허제도 출원절차 비교표 1〉⁴⁷



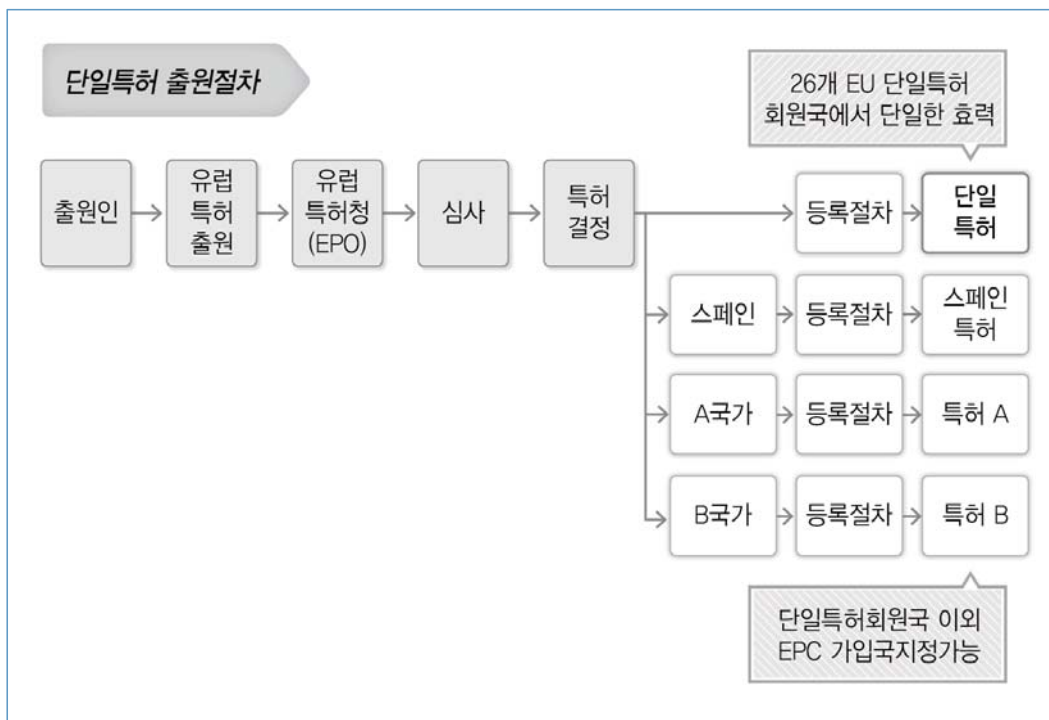
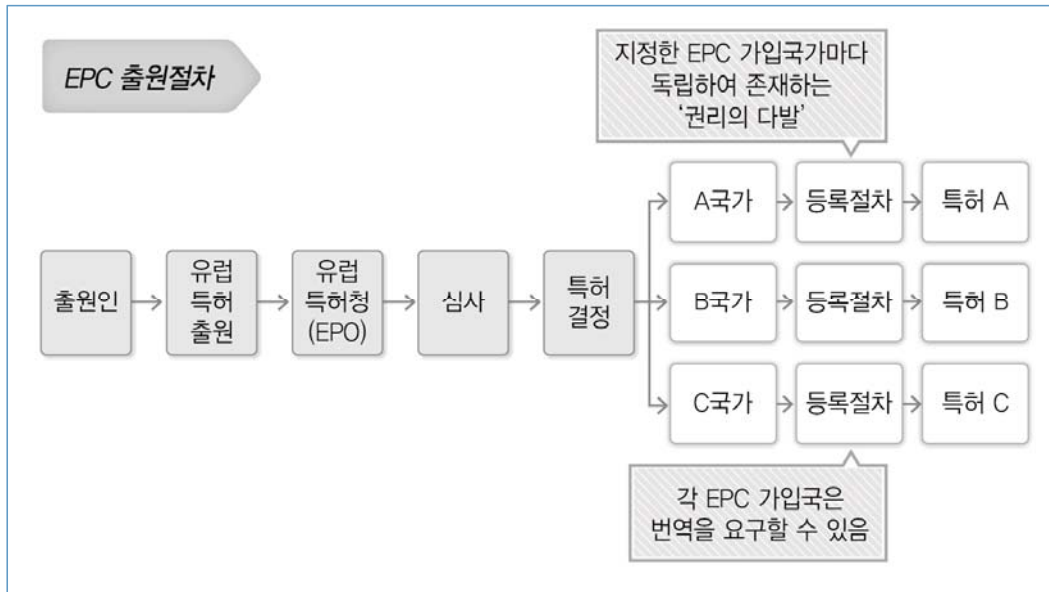
한편 단일특허의 성공 여부에 있어 관계자들이 가장 중요한 요소로 생각했던 것이 갱신 비용의 문제였는데, 대부분의 관계자들은 단일특허의 사용을 장려하기 위해서 갱신비용이 3개 회원국(영국, 독일, 프랑스) 수준이어야 하며, 이보다 상당히 높은 수준의 비용은 그게 어떤 비용이라도 단일특허의 사용을 기피하게 되는 유인이 될 것이라고 강력히 주장하기도 하였다.⁴⁸ 단일특허의 채택으로 절차의 간소화를 통해 유럽에서의 특허취득 소요 기간의 단축뿐만 아니라, 평균 비용의 약 80% 정도는 감소할 것으로 예상되고 있는데 이와 관련하여 EPO는 EU에서 특허출원이 가장 활발하게 이루어지고 있는 소위 ‘True Top 4(독일, 프랑스, 영국, 네덜란드)’의 단일특허료 제안서를 2015. 6. 24. 가결하였다. 이 기준에 의하면 단일특허 수수료는 유럽 특허출원인들이 공통적으로 가장 많이 지정하고 있는 4개의 EU 회원국에서 지불되는 수수료 총합과 동일한 비용으로 전제되어 있다.⁴⁹

47 안재현, “유럽의 단일 특허제도 및 통합 특허소송제도에 관한 고찰”, 지식재산연구 제8권 제2호, 한국지식재산연구원, 2013. 6., 12면.

48 영국 지식재산청(UKIPO), “법적·사업적 공동체 내에서의 단일특허 및 통합특허법원에 대한 연구”, 2014 National IP Policy, 2014. 7., 19면.

49 EPO 2015. 6. 24. 자 보도자료 <http://www.epo.org/news-issues/news/2015/20150624.html> 참고 (2016. 5. 18. 방문)

〈 EPC 출원 절차와 단일특허제도 출원절차 비교표 2 〉 50



50 이유리나, “유럽연합 단일특허제도의 최근동향 및 시사점”, 한국지식재산연구원 ISSUE & FOCUS on IP, 2016. 4., 5면.

좀 더 구체적으로 살펴보면 기존에 25개 회원국에서 지급하는 유럽특허의 특허료 (갱신료)는 첫 10년(유럽 특허의 평균 존속기간이 10년임)에 29,500 유로이며, 갱신 비용을 포함하여 20년간 지불되는 전체 비용은 159,000 유로인데, 새로 도입되는 단일특허의 경우 첫 10년의 비용은 5,000 유로이고, 20년간 지불되는 전체 비용은 35,500 유로이다. 결국 'True Top 4(독일, 프랑스, 영국, 네덜란드)'의 단일특허료 제안서에 의하면 기존에 비해 78% 상당의 비용 절감 효과가 발생하게 된다(구체적인 갱신 비용의 비교는 아래의 표 참고).

〈특허료 비교 : True Top 4 제안서 vs 기존의 특허료 체계〉

Year	True TOP 4	25 MS
	€	€
2	35	0
3	105	1 298
4	145	1 874
5	315	2 545
6	475	3 271
7	630	3 886
8	815	4 625
9	990	5 513
10	1 175	6 416
11	1 460	7 424
12	1 775	8 473
13	2 105	9 594
14	2 455	10 741
15	2 830	11 917
16	3 240	13 369
17	3 640	14 753
18	4 055	16 065
19	4 455	17 660
20	4 855	19 197
Total	35 555	158 621

또한, 번역비용 및 변리사나 전문 법률 서비스 제공 업체를 통해 개별 국가에 지급하는 비용을 포함한 출원 비용은 4개 국가에서 특허를 받기 위한 평균 비용의 50% 정도에 이를 것으로 예상되는데 이러한 특허료 수입 중 EPO가 50%를 부여받고 나머지 50%는 단일특허에 참여하는 EU 회원국에게 배분하기로 합의하였다(15.11.18.)

다. 단일특허 번역언어 규칙

(1) EPC 제도 하에서의 번역비용 부담 및 런던협약⁵¹

기존 EPC 제도 하에서는 EPO로부터 특허를 승인받은 기업이 동 특허를 유럽 국가에서 등록하고자 하는 경우 해당 특허의 원문을 등록하고자 하는 국가의 공식 언어로 번역해야 하는데,⁵² 이로 인한 번역비용의 부담이 적지 않다. 유럽위원회의 자료에 의하면 유럽에서의 특허 번역비용은 특허취득비용의 약 40% 이상이고, EU 13개국에서의 특허취득 비용은 미국이나 일본의 10배 이상이 된다고 한다. 이러한 EPC의 번역비용 부담을 절감하기 위해 마련된 협정이 런던협약(London Agreement)으로 2008. 5. 1. 발효되었다. 런던협약의 특징 중 하나는 EPC 계약국 모두의 비준·가입을 요구하지 않고 비준·가입한 국가에 한하여 구속력을 갖는다는 것이다. 동 협약의 주요내용은 EPO 공식언어(영어, 독일어, 프랑스어)와 같은 언어를 공용어로

51 川俣洋史·山崎利直·竹下敦也, “欧州単一効特許と統一特許裁判所”, 特許研究 제55호, 独立行政法人工業所有権情報·研修館, 2013, 41-42면.

52 Article 65 Translation of the European patent

(1) Any Contracting State may, if the European patent as granted, amended or limited by the European Patent Office is not drawn up in one of its official languages, prescribe that the proprietor of the patent shall supply to its central industrial property office a translation of the patent as granted, amended or limited in one of its official languages at his option or, where that State has prescribed the use of one specific official language, in that language. The period for supplying the translation shall end three months after the date on which the mention of the grant, maintenance in amended form or limitation of the European patent is published in the European Patent Bulletin, unless the State concerned prescribes a longer period.

하는 지정국에서는 청구항(claims)만을 절차언어 이외의 2개의 공용어로 번역하면 명세서 전체에 대한 번역을 필요로 하지 않으며(제1조 제1항), EPO 공식언어 이외의 언어를 공용어로 하는 지정국은 절차언어 중 적어도 1개를 선택·지정하고, 그 언어로 특허가 부여된 경우(또는 그 번역이 첨부된 경우)는 당해 지정국의 공용어로 번역할 필요가 없으나(동조 제2항), 청구항(claims)에 대해서는 그 공용어로의 번역을 요구할 수 있다(동조 제3항). 그리고 침해소송 등 분쟁이 발생한 경우 침해혐의자나 법원의 요청에 따라 특허권자는 그 국가의 공용어로 번역문을 제출해야 한다(동조 제2항).

이러한 런던협약에의 비준·가입국이 증가함에 따라 번역비용의 감소효과도 꾸준히 증대되었지만, 그 이외의 번역 비용이나 관리비용 등 특허권 보장에 대한 전반적인 비용절감의 필요성이 남아 있었다. 그리하여 이러한 번역비용의 효과적인 감소가 단일특허 논의에 있어 중요한 기준이 된 것이다.

(2) 단일특허제도 하에의 비용 절감

단일특허제도와 관련한 언어 및 번역에 관한 사항을 담고 있는 동 규칙에서는 단일특허의 적용언어를 EPO의 공식 언어인 영어, 프랑스어, 독일어로 한정하였다. 즉 특허출원서 및 명세서는 이들 언어 중 하나의 언어로 작성해야 하고, 그 이외의 언어로 작성된 경우에는 3개의 언어 중 1개의 언어로 된 번역본을 제출해야 한다.⁵³ 다만 분쟁사건의 경우, 침해자로 주장된 자의 요청 및 선택에 의해 특허권자는 동 분쟁이 발생한 국가 또는 침해자로 주장된 자의 거주지 국가의 언어로 된 특허의 번역문을 제공해야 한다(규칙 제4조 제1항⁵⁴). 또한 특허권자는 분쟁에 대한 참여 회원국의 권

⁵³ 안재현, 앞의 논문, 14면.

⁵⁴ Article 4 Translation in the event of a dispute

1. In the event of a dispute relating to an alleged infringement of a European patent with unitary effect, the patent proprietor shall provide at the request and the choice of an alleged infringer, a full translation of the European patent with unitary effect into an official language of either the participating Member State in which the alleged infringement took place or the Member State in which the alleged infringer is domiciled.

한 있는 법원의 요청에 따라 동 법원 절차에서 사용되는 언어로 특허에 대한 전문번역문을 제공해야 한다(제4조 제2항⁵⁵). 이러한 번역 비용은 특허권자가 부담한다(규칙 제4조 제3항). 그리고 손해배상청구 사건에 있어 그 사건을 심리하는 법원은 침해협약자가 특히 중소기업, 개인, 비영리 기관, 대학 또는 공공연구기관인 경우 침해협약자가 명세서 전문 번역이 제공되기 전에 타인의 특허를 침해하고 있다는 것을 알지 못하거나 알 수 없었던 경우, 즉 선의로 침해하였는지 여부를 평가하여 고려해야 한다(규칙 제4조 제4항).

EPO 공식 언어 이외의 언어로 출원하는 중소기업, 개인, 비영리 단체, 대학 및 공공 연구기관의 경우 일정액을 상한으로 번역비용을 보상하도록 하였고(규칙 제5조 제2항), 번역문에 관한 협정의 시행일로부터 최대 12년간의 경과 기간에는, 프랑스어 또는 독일어를 절차언어로 선택한 경우에는 특허명세서(specification) 전체를 영어로 번역한 번역문을 내야 하며, 영어를 절차 언어로 선택한 경우에는 EU 공식 언어⁵⁶ 중 하나로 번역한 번역문을 내야한다.⁵⁷

⁵⁵ 2. In the event of a dispute relating to a European patent with unitary effect, the patent proprietor shall provide in the course of legal proceedings, at the request of a court competent in the participating Member States for disputes concerning European patents with unitary effect, a full translation of the patent into the language used in the proceedings of that court.

⁵⁶ The European Union has 24 official and working languages. They are:

Bulgarian	French	Maltese
Croatian	German	Polish
Czech	Greek	Portuguese
Danish	Hungarian	Romanian
Dutch	Irish	Slovak
English	Italian	Slovenian
Estonian	Latvian	Spanish
Finnish	Lithuanian	Swedish

http://ec.europa.eu/languages/policy/linguistic-diversity/official-languages-eu_en.htm
(2016. 6. 7. 방문)

⁵⁷ Article 6 Transitional measures

1. During a transitional period starting on the date of application of this Regulation a request for unitary effect as referred to in Article 9 of Regulation (EU) No 1257/2012 shall be submitted together with the following:

라. 통합특허법원협정

(1) 법적 지위

통합특허법원은 새로운 협정(Unified Patent Court Agreement No.1635/12)(이하, ‘UPC’ 협정)에 근거하여 설립되는 법원으로서 UPC 협정 제1조는 “본 협정에 의해 유럽특허 및 유럽 단일한 효력의 특허에 관한 분쟁해결을 위한 통합특허법원을 창설한다. 통합특허법원은 계약국에 대한 공동의 법원으로서 따라서 계약국의 모든 국내법원과 마찬가지로 EU 법상 의무를 준수하여야 한다”고 규정하고 있다.⁵⁸ 이와 같이 UPC는 EU 법을 적용·준수해야 하며 EU 법의 올바른 적용 및 통일적 해석을 보장하기 위해 유럽사법재판소(ECJ)에 질문을 회부하도록 되어 있으며 ECJ의 판결은 통합특허법원을 구속한다.

이러한 통합특허법원 설립에 관한 협정은 2014년 1월 1일 또는 13번째 계약국의 비준 또는 가입서 기탁일로부터 4개월 되는 달의 1일 중 늦은 날에 발효한다(협정 제89조). 즉 동 협정의 발효 즉, 통합특허법원의 설치를 위해서는 영국, 프랑스, 독일 등을 포함하여 총 13개의 국가의 비준을 필요로 하는바, 가장 최근인 2016. 6. 3. 불가리아의 비준을 포함하여 현재까지 오스트리아, 벨기에, 덴마크, 프랑스, 룩셈부르크, 몰타, 포르투갈, 스웨덴, 및 핀란드의 10개 국가가 동 협정을 비준하였다. 이와 관련하여 최근 UPC 준비위원회(Preparatory Committee)는 2017년도부터 통합특허법

-
- (a) where the language of the proceedings is French or German, a full translation of the specification of the European patent into English; or
 - (b) where the language of the proceedings is English, a full translation of the specification of the European patent into any other official language of the Union.

58 ARTICLE 1 Unified Patent Court

A Unified Patent Court for the settlement of disputes relating to European patents and European patents with unitary effect is hereby established.

The Unified Patent Court shall be a court common to the Contracting Member States and thus subject to the same obligations under Union law as any national court of the Contracting Member States.

원 제도가 시행되도록 2016년 6월까지 필요한 모든 준비를 마칠 것이라는 계획을 발표하여, 본격적인 시행을 위한 최종적인 준비단계에 이른 것으로 보인다.

〈통합특허법원 협정 비준 현황〉⁵⁹

Ratification Details

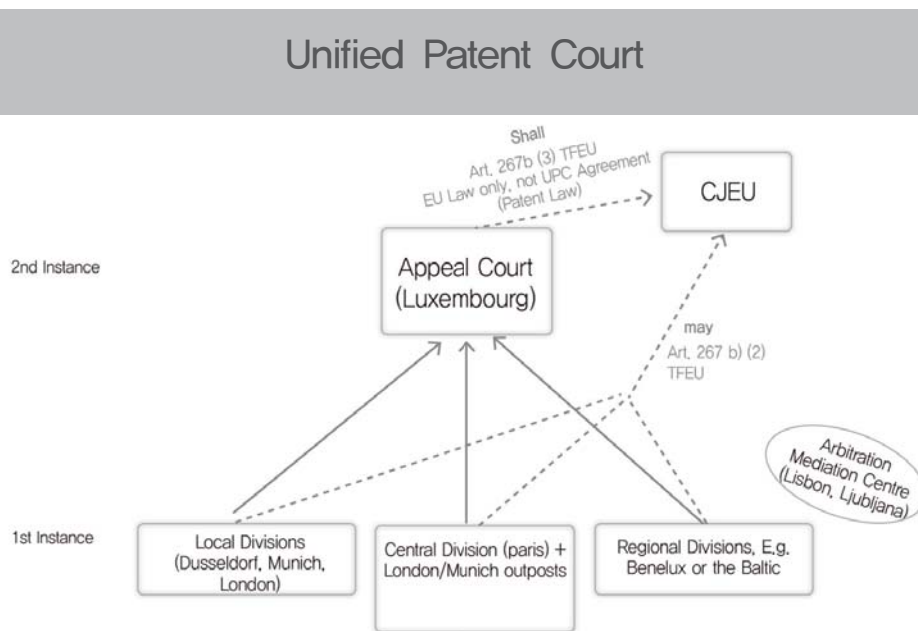
Party	Signature	Notification	Entry Into force	Decl/Res	Observations
Austria		06/08/2013			
Belgium		06/06/2014			
Bulgaria		03/06/2016			
Cyprus					
Czech Republic					
Germany					Observations
Denmark		20/06/2014			Observations
Estonia					
France		14/03/2014			Observations
United Kingdom					Observations
Greece					
Hungary					Observations
Italy					
Ireland					
Lithuania					
Luxembourg		22/05/2015			Observations
Latvia					
Malta		09/12/2014			
Netherlands					Observations
Portugal		28/08/2015			
Romania					
Sweden		05/06/2014			Observations
Finland		19/01/2016			Observations
Slovenia					Observations
Slovakia					

⁵⁹ <http://www.consilium.europa.eu/en/documents-publications/agreements-conventions/agreement/?aid=2013001> (2016. 6. 9. 방문)

(2) 통합특허법원의 구조 및 구성

통합특허법원 판결의 효력은 단일특허에 가입한 모든 회원국에 미치며, 제1심법원(Court of First Instance)과 항소법원(Court of Appeal)으로 구성되며 포르투갈과 슬로베니아에 중재, 조정 기구를 설치할 예정이다.⁶⁰ 그리고 유럽연합 기능조약(TFEU) 제267조에 따라, 각 회원국의 법원은 선결적 절차로서 예비판결(Preliminary Ruling)을 통해 ECJ에 대하여 일련의 조약의 해석 및 유럽연합의 단체, 조직, 기관 등의 행위 유효성에 대한 해석을 구할 수 있는데, 통합특허법원에서도 마찬가지로 적용된다.

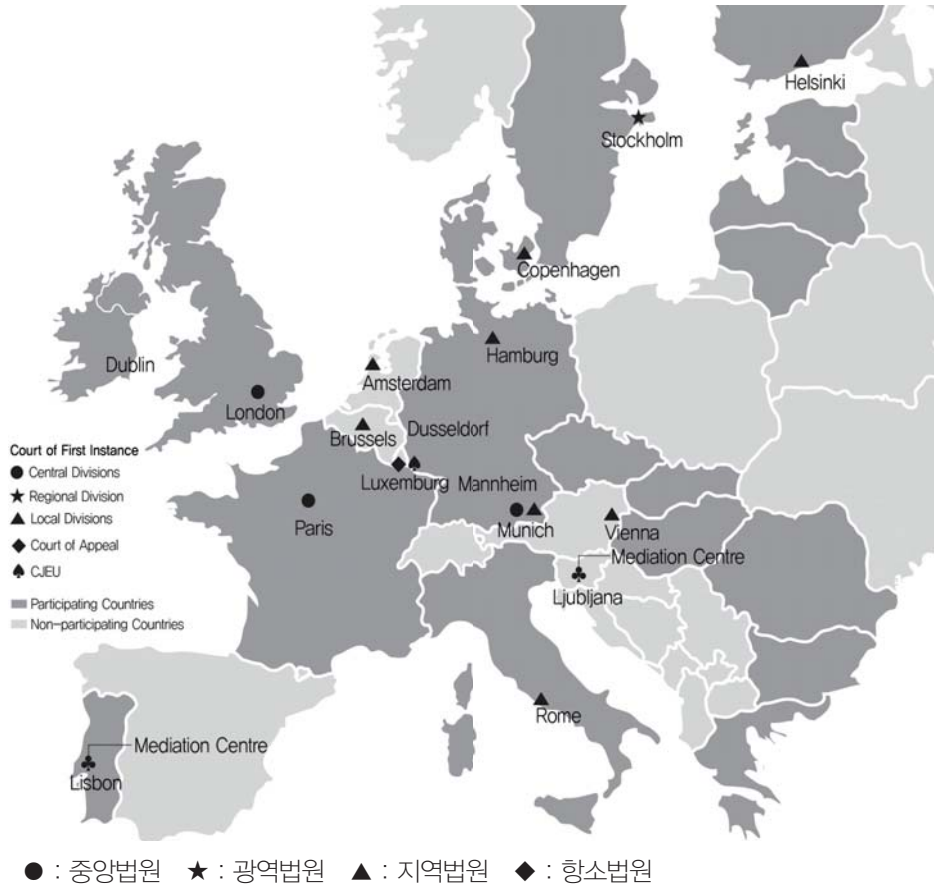
〈통합특허법원의 구조〉⁶¹



⁶⁰ 영국 지식재산청(UKIPO), "법적·사업적 공동체 내에서의 단일특허 및 통합특허법원에 대한 연구", 2014 National IP Policy, 2014. 7., 5면.

⁶¹ <http://www.managingip.com/pdfs/Latest%20crucial%20developments%20in%20Europe-EPO.pdf> (20-16. 6. 7. 방문)

〈통합특허법원의 소재지〉⁶²



① 제1심법원(Court of First Instance: CFI)

제1심법원은 중앙법원(central division)과 지역법원(local divisions), 광역법원(regional divisions)으로 구성되는데, 2011년 11월 11일 통합특허법원 창설을 위한 국제협정의 초안이 공포되고 같은 해 12월 5일 경쟁력이사회 회의가 열렸으나 특히 통합특허법원의 중앙법원을 어디에 둘 것인가에 대해 영국, 독일, 프랑스의 대립이 심하여 최종 문안 합의에 실패한 바 있다. 이후 2012년 6월 개최된 EU 정상회담

⁶² 이유리나, “유럽연합 단일특허제도의 최근동향 및 시사점”, 한국지식재산연구원 ISSUE & FOCUS on IP, 2016. 4., 10면.

(European Council)에서 각국 정상들은 중앙법원을 파리, 런던, 뮌헨에 각각 분산 설치하기로 합의함으로써 최종 결정을 보게 되었다.⁶³ 이와 같이 중앙법원은 파리에 본원이 위치하고 런던, 뮌헨에 분원을 두며, 일반적으로 지역/광역법원이 다루게 될 침해소송은 다루지 않는다. 그리고 담당사건의 기술 분야는 국제특허분류(International Patent Classification, IPC)에 따라 다음과 같이 분담하는데, 주로 해당 분야 사건이 많이 발생하는 지역별 특징을 고려한 것이다. 예컨대 영국에서 발생하는 특허소송 중 많은 경우가 제약이나 화학 관련 소송이었고, 영국의 법원 시스템이 유럽 내에서 발생하는 화학 또는 제약 특허소송의 상당 부분을 처리하고 있다는 보고 결과가 있는데,⁶⁴ 이러한 사정이 반영된 것으로 이해된다.

〈중앙법원 구성 및 기술 분류별 관할〉⁶⁵





법원	담당 사건
파리 본원	B 섹션 - 처리조작(performing operating), 운수(transporting) D 섹션 - 섬유(textiles), 지류(paper) E 섹션 - 고정구조물(fixed constructions) G 섹션 - 물리학(physics) H 섹션 - 전기(electricity)
런던 본원	A 섹션 - 생활필수품(human necessities) C 섹션 - 화학(chemistry), 야금(metallurgy)
뮌헨 본원	F 섹션 - 기계공학(mechanical engineering), 조명(lightning), 가열(heating), 무기(weapons), 폭발(blasting)

63 안재현, “유럽의 단일 특허제도 및 통합 특허소송제도에 관한 고찰”, 지식재산연구 제8권 제2호, 한국지식재산연구원, 2013. 6., 11면.

64 영국 지식재산청(UKIPO), “법적·사업적 공동체 내에서의 단일특허 및 통합특허법원에 대한 연구”, 2014 National IP Policy, 2014. 7., 9-10면.

65 통합특허법원에 관한 협정 ANNEX II.

한편, 지역법원은 연간 특허소송이 통합특허법원 설립협정 발효일 전 3년 연속 100건이 넘으면 가맹국의 신청에 따라 100건당 하나의 지역법원을 설치할 수 있으며, 한 계약국 별로 최대 4개 지역법원 설립이 가능하다. 그리고 광역법원은 2개 이상의 가맹국 요청에 따라 설치할 수 있다. 이와 관련하여 지난 2016. 2. 4. 가맹국들은 항소법원, 중앙법원, 광역법원 및 지역법원의 설치 지역에 대해 다음과 같은 구체적인 합의를 도출하였는데, 그 이외의 추가적인 설치가 가능함은 물론이다.⁶⁶

<p>Germany</p>  <p>Central division, Munich: Cincinnatistr. 64, 81549 Munich⁶⁷ Local division, Munich: Schleißheimerstr. 141, 80097 Munich⁶⁸ Local division, Mannheim: Schubertstr. 11, 68165 Mannheim⁶⁹ Local division, Dusseldorf: Cecilienallee 3, 40474 Dusseldorf⁷⁰ Local division, Hamburg: Sievekingplatz 1, 20355 Hamburg⁷¹</p>	<p>Luxembourg</p>  <p>Court of Appeal: Nouvel Hémicycle, 1, rue du Fort Thüngen, L-1499 Luxembourg⁷²</p>
<p>Sweden</p>  <p>Nordic-Baltic Regional Division: Scheelegatan 7, 112 28 Stockholm⁷³</p>	<p>United Kingdom</p>  <p>Central Division: Aldgate Tower, 2 Leman Street, London E1 8FA⁷⁴</p>

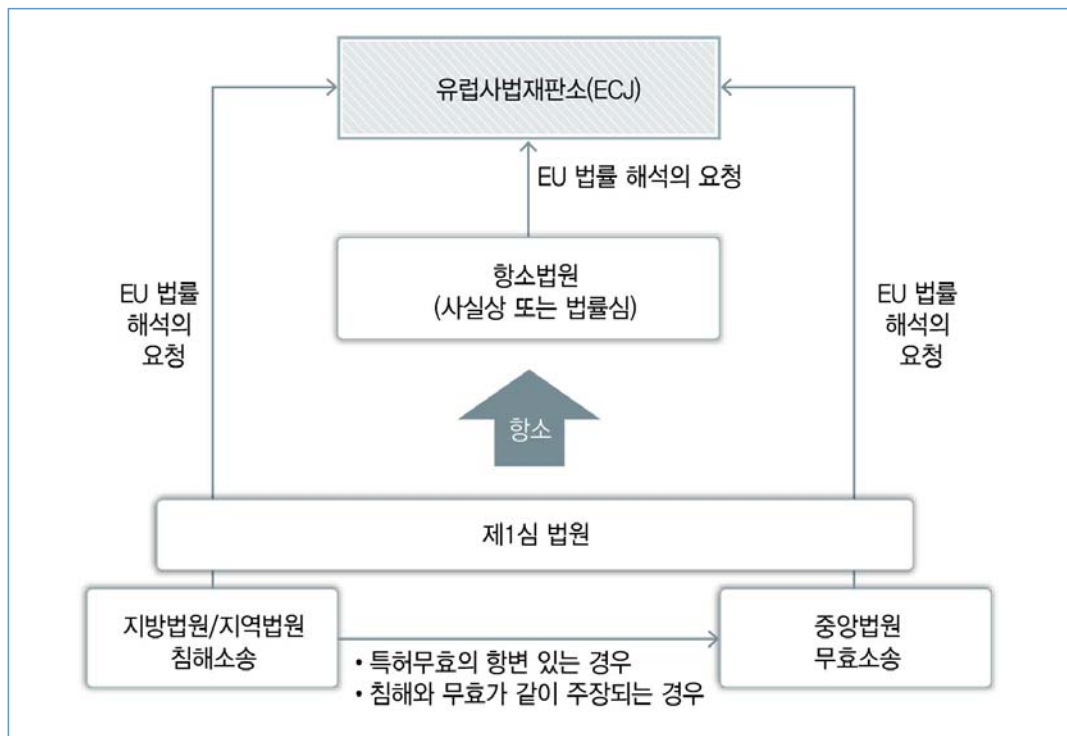
⁶⁶ <https://www.unified-patent-court.org/news/confirmed-locations-upc> (2016. 6. 8. 방문)

② 항소법원(Court of Appeal)

특허침해, 무효 및 특허비침해 확인소송 등 특허소송의 1심판결에 불복하는 자는 판결의 결과를 통보 받은 날로부터 2개월 안에 항소법원(룩셈부르크)에 항소할 수 있다. 항소심에서는 법률문제(points of law)와 사실문제(matters of fact)에 대하여 이의를 제기할 수 있으며, 법원에 제출하는 새로운 사실과 새로운 증거는 1심 재판 절차에서 합리적으로 예견하지 못한 경우에만 허용된다(협정 제73조 (1), (3), (4)).

항소가 이유 있는 경우 항소법원은 1심법원의 판결을 취소하고 최종 판결을 해야 하고 예외적으로 절차 규정에 따라 1심법원으로 취소 환송할 수 있다(제75조 (1)). 사건이 취소 환송된 때에는 1심법원은 법률문제에 대하여 항소법원의 판결에 기속된다(제75조 (2)).

〈 통합특허법원의 심급구조〉⁶⁷



67 이유리나, 앞의 글, 9면.

③ 재판부

재판부의 구성은 사건마다 판사 풀(pool)에서 구성하고 1심법원의 재판부는 복수 국적 출신의 판사 3인으로 구성함을 원칙으로 한다(협정 제8조 (1)). 당사자의 신청이 있는 경우 지역법원(local divisions) 또는 광역법원(regional divisions)은 1심법원의 장에게 적절한 시기에 그 사건 관련 기술분야의 자격과 경험을 갖춘 기술판사 1인의 추가를 요구할 수 있다(협정 제8조 (5)). 중앙법원(central division)의 재판부는 복수 국적 출신의 법률판사 2인과 기술판사 1인으로 구성한다(협정 제8조 (6)). 당사자의 합의가 있는 경우에는 법률판사 1인에 의한 사건 심리가 가능하다(협정 제8조 (7)). 한편 항소법원은 국적이 다른 법률 판사 3인 및 기술 판사 2명 등 총 5명으로 구성한다(협정 제9조 (1)).

(3) 통합특허법원의 재판관할

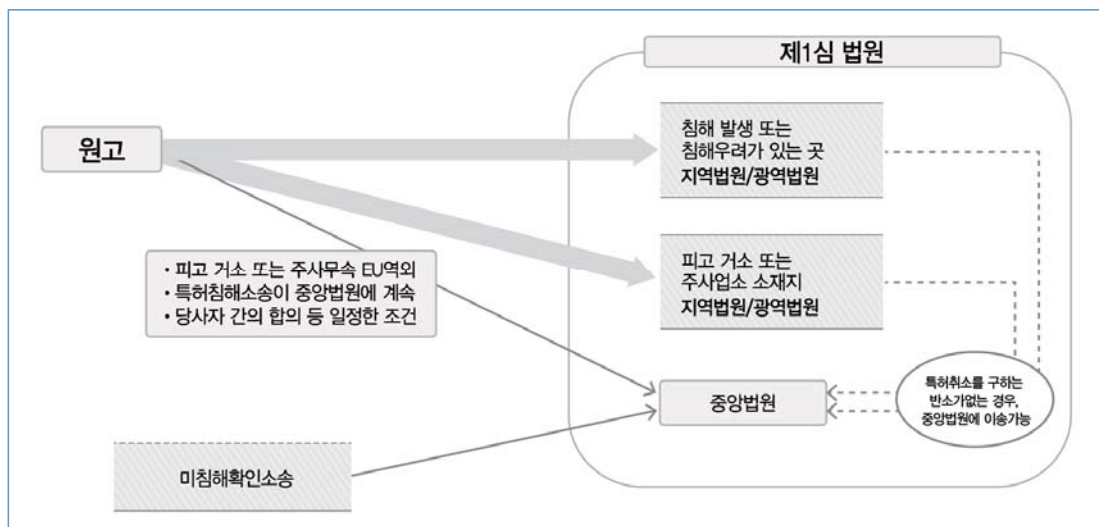
통합특허법원은 단일특허, 협정 발효일 기준으로 유효한 유럽특허 등을 심리한다. 즉 통합특허법원이 관할하는 사건은 단일특허뿐만 아니라 통합특허법원 설립에 관한 협정 발효일에 유효하게 존속하고 있거나 발효일 이후에 특허받은 기존의 유럽 특허 등이 포함된다. 또한 단일특허뿐만 아니라 유럽특허의 경우에도 소송과 관련된 유럽 특허가 효력을 갖는 회원국에서 통합특허법원의 판결의 효력이 미치게 되는데, 예를 들어 기존 유럽특허를 이용하여 영국, 독일, 프랑스 3개국에서 권리를 취득한 경우 경과기간(협정발효 후 7년) 후에는 이들 당사국의 침해에 대한 소송은 반드시 통합특허법원을 통해야 하며 그 판결은 영국, 독일, 프랑스 3개국에서 효력을 가지게 된다.

침해소송과 무효소송에 따라 1심법원의 관할에 차이가 있는데 우선 침해소송은 원칙적으로 침해가 발생했거나, 침해소지가 있는 체약국에 설치된 지역법원 또는 그 체약국이 참여하는 광역법원 또는 피고가 거소하거나 주영업소를 가진 체약국에 설치된 지역법원 또는 그 체약국이 참여하는 광역법원이 재판관할을 가진다(협정 제33조 (1)).

중앙법원은 일정한 경우에 한하여 관할권을 가지는데, 즉 피고가 EU 회원국의 역외에 있는 경우, 실제 침해가 발생하거나 침해소지가 있는 계약국에 설치된 지역법원 또는 해당 계약국이 참여하는 광역법원을 대신하여 관할권을 가지며, 해당 계약국에 지역법원 또는 광역법원이 없는 경우에도 중앙법원에 제소할 수 있다. 또한 무효소송이 이미 중앙법원에서 계속되고 있는 때에도 중앙법원에 침해소송을 제기할 수 있다(협정 제33조).

이에 반해 무효소송의 경우 원칙적으로 특허비침해확인소송과 특허 무효소송은 중앙법원이 재판관할을 갖는다(협정 제33조 (4)). 다만 지역법원 또는 광역법원의 침해소송 계속 중 무효항변의 반소가 제기되는 경우 지역법원 또는 광역법원의 재량에 의해 무효소송에 관련된 사건을 중앙부로 이송하지 않고 스스로 특허의 유효성에 관한 판단을 할 수 있도록 하고 있다(협정 제33조 (3)). 그리고 당사자의 합의가 있는 경우에는 이러한 재판관할에 상관 없이 중앙법원을 포함하여 당사자들이 원하는 법원에 소를 제기할 수 있다(협정 제33조 (7)).

〈제1심 법원 관할〉⁶⁸



68 川俣洋史·山崎利直·竹下敦也, “欧州単一効特許と統一特許裁判所”, 特許研究 제55호, 独立行政法人工業所有権情報·研修館, 2013, 53면.

(4) 소송대리 및 소송비용⁶⁹

변호사 또는 특허소송자격증(Patent Litigation Certification)을 가진 자가 소송을 대리할 자격이 있으며(협정 제48조), 이와 관련하여 2015년 9월 제11차 준비위원회(Preparatory Committee)에서 유럽특허소송자격증(EPLC)에 관한 규정에 합의하여 유럽특허변리사로서 EPLC 를 가진 변리사의 소송대리를 허용하였다. 동 규정에 따르면 유럽통합법원에서 소송 대리를 하기 위해서는 EU 지역에 설치된 대학이나 비영리 고등교육기관(non-profit educational bodies of higher) 또는 전문교육기관에서 발급하는 자격증(Certificate)을 취득하거나 부다페스트에 설립된 통합특허법원 연수원(Unified Patent Court's Training Center)에서 유럽특허소송과정을 성공적으로 이수한 경우에도 자격증을 취득할 수 있다.

소송비용과 관련하여 통합특허법원 이용에 있어 기업 종사자들은 사업 분야를 불문하고 새로운 시스템을 사용하는데 필요한 비용이 중요한 사안으로 인식하고 있는데, 예를 들어 통합특허법원의 옵트아웃 수수료, 통합특허법원을 사용하는 비용, 단일특허 갱신 비용 등이다. 이러한 쟁점들은 특히 사업 분야에서 크게 다뤄지고 있으며 이는 비용이 아직 확정되지 않았다는 점과 사업체들이 새로운 시스템을 사용하는 데에 따르는 비용이나 편익을 정확히 계산할 수 없다는 점에 기인한다.⁷⁰

통합특허법원의 수수료에 관한 논의는 2016년 2월 25일 최종안을 준비위원회가 합의함으로써 마무리되었는데, 통합특허법원 제1심법원에서 특허침해소송의 정액수수료(fixed fee)는 11,000 유로이며, 동 침해에 대한 반소(counterclaim) 수수료도 동일한 금액이다. 그리고 무효소송의 경우 20,000 유로이며, 이에 대한 반소 수수료 또한 동일한 금액이다.

⁶⁹ 이유리나, “유럽연합 단일특허제도의 최근동향 및 시사점”, 한국지식재산연구원 ISSUE & FOCUS on IP, 2016. 4., 11-12면 참고.

⁷⁰ 영국 지식재산청(UKIPO), “법적·사업적 공동체 내에서의 단일특허 및 통합특허법원에 대한 연구“, 2014 National IP Policy, 2014. 7., 15면.

〈유럽특허와 단일특허의 소요 비용 비교〉

[단위 : €(유로)]

소요 비용	항 목	유럽특허	단일특허
전체 출원 비용	출원 및 심사	4,045	4,045
회원국 내 절차 비용	번역	20,145	680
	현지 특허대리인	5,250	0
	각국 특허청에 대한 행정비용	2,679	0
	절차 비용 합계	28,074	680
총 계		32,119	4,725

* European Commission 자료 참고

4. 그 이후의 진행 경과

가. UCPA Protocol

오랜 기간의 논의를 거쳐 2012년에 겨우 결실을 보게 된 단일특허패키지의 시행이 아직 되지 않고 있는데, EU는 2017년부터 동 제도가 운용될 수 있도록 박차를 가하고 있다. 즉, 지난 2015. 10. 1. Preparatory Committee(UPC 준비위원회)는 2017년부터 통합특허법원제도가 시행될 수 있도록 이에 필요한 제반 준비를 2016년 6월까지 마무리하겠다고 발표하였다.⁷¹ 그리고 그 첫 단계가 2015. 10. 1. UCPA 가입국들이 UCPA 규정 중 법원의 설립, 구성, 판사의 선출 등과 관련된 일부 조항들을 미리 적용할 수 있도록 하는 Protocol to the Agreement on a Unified Patent

⁷¹ This(Protocol to the UPC Agreement) is the latest step towards bringing the Unified Patent Court into operation. In practice there is no immediate impact on business, however, the Preparatory Committee aims to complete its work by June 2016 with a view to the UPC opening at the start of 2017.

Court on provisional application('UPCA Protocol')의 채택·서명이다. UPCA Protocol은 독일, 프랑스 및 영국을 포함한 13개국의 비준을 기준으로 효력이 발생하는데(제3조), 통합특허법원 협정 중 Article 1-2, 4-5, 6(1), 7, 10-19, 35(1, 3 and 4), 36-41 and 71(3) of the Agreement on a Unified Patent Court and Article 1-7(1), 7(5), 9-18, 20(1), 22-28, 30, 32 and 33 of the Statute of the Unified Patent Court이 우선 적용된다. 이러한 사전 적용 조항 중에는 UPC Registry에 관련된 조항도 포함되어 있는바, 이에 따라 UPCA Protocol이 발효되는 때(독일, 프랑스 및 영국을 포함하여 13개국의 비준)로부터 UPCA가 발효될 때까지의 기간 동안 일반 유럽특허에 관한 소송을 UPC 관할에서 배제하기 위한 Opt-out의 등록이 가능하다.⁷² UPCA Protocol의 의미에 대해서는 다음과 같은 설명이 소개되어 있다(UPCA Protocol의 구체적인 내용에 대해서는 별첨 자료 참고).⁷³

Today, October 1st 2015, a protocol to the UPC Agreement has been signed by representatives of member states in the margins on the Competitiveness Council meeting. This protocol will allow some parts of the UPC Agreement to be applied early. This includes final decisions on the practical set up of the Court, for example, the recruitment of judges and testing of IT systems. The provisional application phase will also be used to allow for early registration of opt-out demands.

This is the latest step towards bringing the Unified Patent Court into operation. In practice there is no immediate impact on business, however, the Preparatory Committee aims to complete its work by June 2016 with a view to the UPC opening at the start of 2017.

⁷² SHIN&KIM/법무법인 세종, Legal Update, February 15, 2016, 2면 참고.

⁷³ <https://www.unified-patent-court.org/news/protocol-upc-agreement> (2016. 6. 8. 방문)

나. 소송비용, 등록료(renewal fee)의 배분비율에 관한 합의 등

2015. 10. 27. UPC Preparatory Committee 는 소송비용에 관한 기준으로 “Preliminary set of provisions for the Rules of Procedure (“Rules”) of the Unified Patent Court” 를 마련하였는데,⁷⁴ 2009. 5. 29. 첫 초안이 마련된 이후 총 18번에 걸친 수정 작업을 거쳐 마무리된 것이다. 동 규칙에서는 1심 소송 이전의 절차, 증거, 잠정 조치, 항소심 이전의 절차, 일반 조항, 비용 및 법적 조력 등으로 구분하여 총 382개에 이르는 상세한 규정을 두고 있다. 동 규칙의 Annex I 에 의한 침해사건 및 무효사건의 절차 진행은 다음과 같다.

74 <https://www.unified-patent-court.org/sites/default/files/UPC-Rules-of-Procedure.pdf>
(2016. 6. 8. 방문)

Table 1 – Infringement proceedings

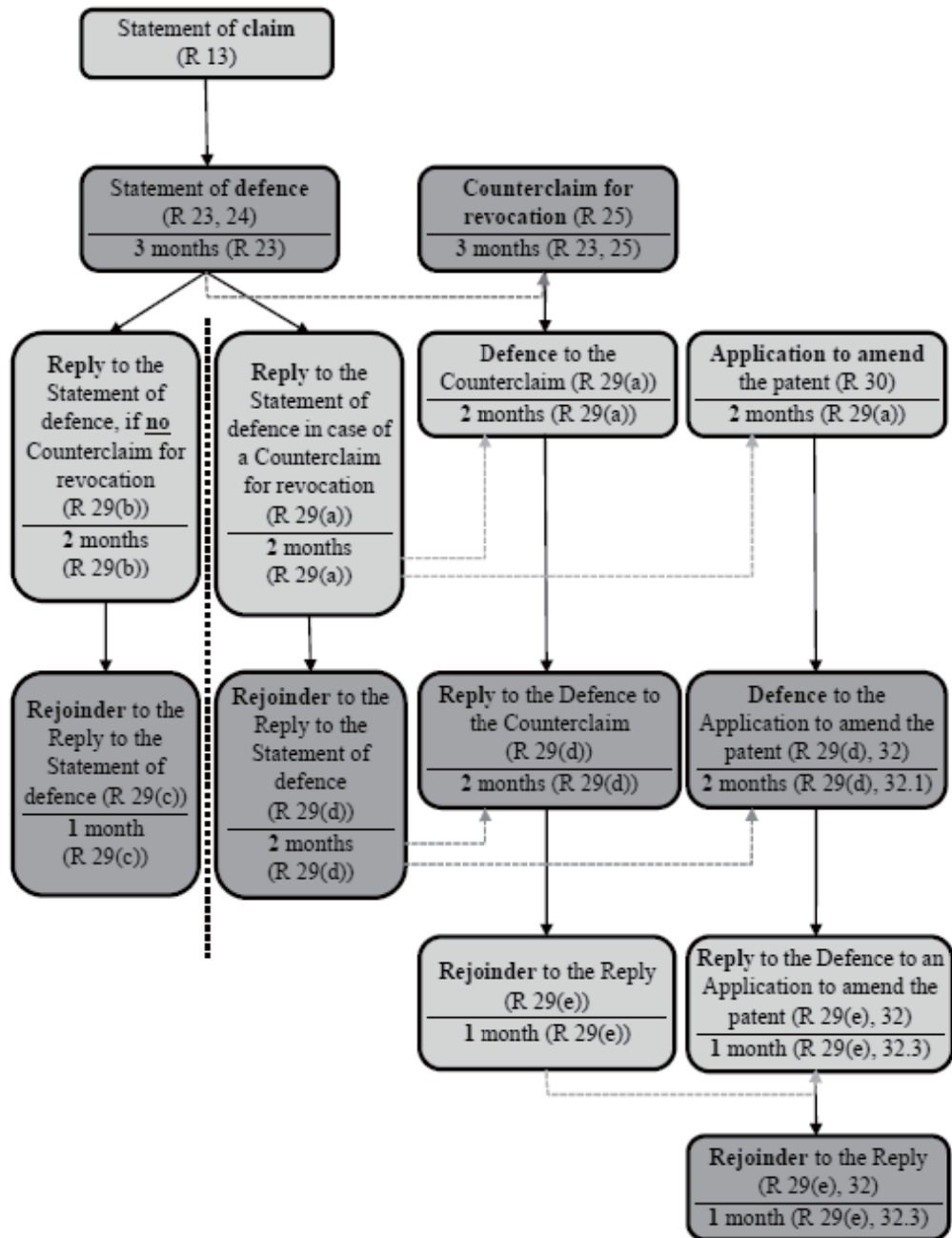
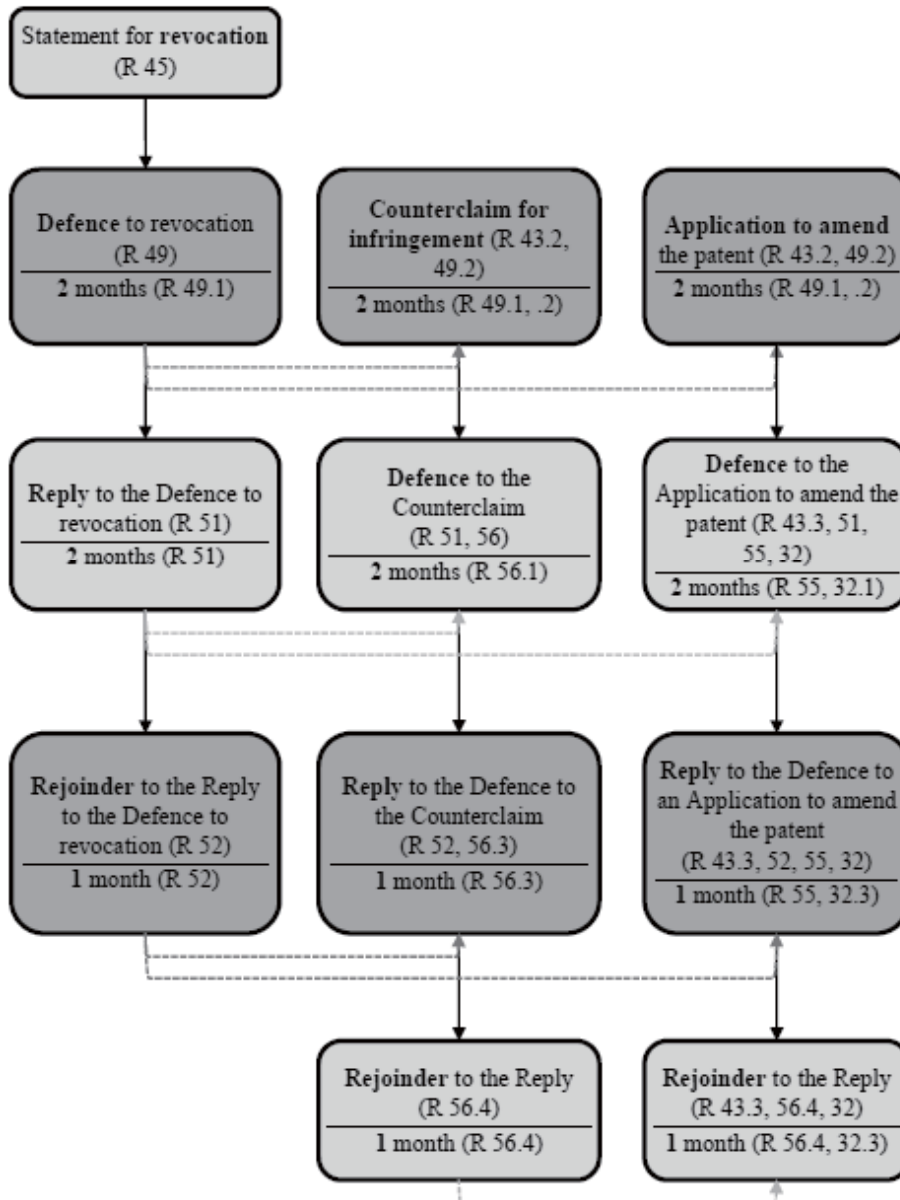


Table 2 – Revocation proceedings



그리고 유럽단일특허 제도가 시행되면 유럽단일특허에 관한 등록료를 모두 유럽특허청("EPO")에서 징수하게 되는데, 이를 UPR 가입국들과의 사이에서 어떻게 배분할지가 첨예한 문제가 되어 왔다. 그런데 2015. 11. 17. 유럽단일특허 제도의 도입과 관련하여 UPR 회원국들의 위임을 받은 Select Committee에서는 유럽단일특허의 등록료를 EPO에 50%, 나머지 50%는 UPR 회원국들에게 배분하기로 하는 내용의 합의를 도출하였는데, 이는 유럽단일특허 제도의 시행을 현실화하는 결정적인 계기가 된 것으로 평가되고 있다. 또한 UPR 가입국들의 Select Committee에서는 2015. 12. 15. UPR의 시행규칙에 해당하는 'Rules relating to Unitary Patent Protection'을 비롯하여 단일특허 관련 출원료, 등록료 등의 징수, 배분과 관련된 'Rules relating to Fees for Unitary Patent Protection', 'Rules relating to the distribution of fees amongst the participating Member States', 단일특허제도의 운영과 관련된 예산 및 회계 규칙인 'Budgetary and Financial Rules'를 채택함으로써, 단일특허제도의 운영을 위해 필요한 실무적인 규정들을 마련하였다.⁷⁵

한편 소송비용과 관련하여 기존의 Rules of Procedure 제370조에서는 구체수단별로 구분하여 비용을 정하도록 하면서도 구체적인 금액에 대해서는 규정하지 않고 추후 결정하기로 되어 있었는데,⁷⁶ 이에 대해 Preparatory Committee는 2016. 2. 25. Rules of Procedure 제370조에 대한 세부적인 비용을 담은 Rules on Court fees and recoverable costs을 마련하였는데 단독 판사에 의한 재판을 받을 경우 비용의 반환 범위, 소송유형 및 소가별 비용, 구체수단별 비용, 항소심 소송비용 등에 대한 구체적인 기준을 마련하였다. 예컨대 1심에 대한 소송비용에 대해 다음과 같이 세부적이고 구체적인 비용 기준을 정하였다.⁷⁷

⁷⁵ SHIN&KIM/법무법인 세종, Legal Update, February 15, 2016, 2면.

⁷⁶ Rule 370 - Court fees [This Rule will be redrafted in the light of the consultation on the court fees].

⁷⁷ https://www.unified-patent-court.org/sites/default/files/agreed_and_final_r370_subject_to_legal_scrubbing_to_secretariat.pdf (2016. 6. 8. 방문)

〈 Fixed fees (Court of First Instance) 〉

Procedures/actions	Fixed fee
Infringement action [R. 15]	11.000 €
Counterclaim for infringement [R. 53]	11.000 €
Action for declaration of non-infringement [R. 68]	11.000 €
Action for compensation for license of right [R. 80.3]	11.000 €
Application to determine damages [R. 132]	3.000 €

〈 Value-based fees (Court of First Instance and Court of Appeal) 〉

Value of action	additional value-based fee
Up to and including 500.000 €	0 €
Up to and including 750.000 €	2.500 €
Up to and including 1.000.000 €	4.000 €
Up to and including 1.500.000 €	8.000 €
Up to and including 2.000.000 €	13.000 €
Up to and including 3.000.000 €	20.000 €
Up to and including 4.000.000 €	26.000 €
Up to and including 5.000.000 €	32.000 €
Up to and including 6.000.000 €	39.000 €
Up to and including 7.000.000 €	46.000 €
Up to and including 8.000.000 €	52.000 €
Up to and including 9.000.000 €	58.000 €
Up to and including 10.000.000 €	65.000 €
Up to and including 15.000.000 €	75.000 €
Up to and including 20.000.000 €	100.000 €
Up to and including 25.000.000 €	125.000 €
Up to and including 30.000.000 €	250.000 €
more than 50.000.000 €	325.000 €

위와 같은 준비작업의 후속조치로서 최근인 2016. 5. 26. 16번째 준비위원회 회의가 개최되어 통합특허법원의 역할 등에 대한 논의가 있었고, 다음으로 6. 30. 스톡홀름에서 17번째 회의가 예정되어 있다. 지난 2015. 10. 1. Preparatory Committee가 언급한 바와 같이 오는 6월말까지 준비 작업이 모두 완료될 것인지는 좀 더 두고 봐야 하겠지만, 분명한 것은 2017년을 즈음하여 통합특허법원 제도가 시행될 것이라는 점이다. 따라서 우리로서는 그와 같은 스케줄을 전제로 하여 향후 지속적인 모니터링과 함께 이에 대비한 준비를 해 나가야 할 것이다.

IV. 시사점

그 동안 미국, 독일, 일본은 지식재산권전담법원을 설치하여 지식재산권 분쟁에 대한 전문성과 법적 안정성을 추구해 왔으며 우리나라도 1998년 특허법원 설립을 계기로 많은 발전을 거듭해 왔다. 그러나 우리나라의 경우 기존에는 침해사건에 대한 전속관할 규정이 없었고 무엇보다 침해사건에 대한 항소심을 고등법원의 관할로 하여 무효사건과 침해사건 절차가 이원화되는 근본적인 문제를 안고 있었다. 그런데 2015. 12. 1. 민사소송법 및 법원조직법을 개정하여 침해사건에 대해 고등법원 소재지 지방법원의 전속관할로 하면서 그에 대한 항소심을 특허법원에서 관할하도록 하여 절차의 이원화 문제를 해소한 것은 큰 진전이라 할 수 있고, 이는 지식재산권 분쟁에 대한 전문성 확보와 함께 효율성 추구를 큰 흐름으로 하고 있는 국제적인 흐름에 부합하는 것이라고 평가할 수 있다. 이 분야에서 비교적 후발 주자라고 할 수 있는 중국도 최근 3개시에 지적재산권법원을 설치하여 전문성을 강화하고 있는 것 또한 주목할 부분이다.

그리고 이러한 흐름과 관련하여 가장 중요한 이슈는 유럽의 단일특허패키지 논의라고 할 수 있다. 지난 40여년 간의 논의를 거쳐 2012. 6. 29. 승인된 단일특허규정, 단일특허 번역언어 규칙, 통합특허법원협정은 기존의 EPC와 달리 EU 내에서 단일

한 효력을 가지는 단일특허를 인정하고 그 집행 및 효력도 하나로 통일하여 이를 다루는 단일특허법원 창설의 내용을 담고 있다. 최근인 2016. 6. 3. 불가리아의 비준을 포함하여 총 10개국이 비준을 하여 그 발효를 앞두고 있으며, Preparatory Committee(UPC 준비위원회)는 2017년부터 통합특허법원제도의 시행을 목표로 제반 준비 작업의 마무리에 박차를 가하고 있다. 이러한 유럽의 단일특허패키지 제도에 대해서는 다음과 같은 점들을 고려한 준비가 필요할 것이다.

우선 유럽의 단일특허제도가 시행되면 비용의 절감, 특허관리의 편의, 특허에 대한 판결의 일관성 확보 등이 기대된다. 단일특허의 경우 런던협약보다도 번역부담이 낮기 때문에 EU의 여러 국가에서 특허권을 확보하고자 하는 경우에는 단일특허가 비용부담의 측면에서 유리하다. 또한 등록 이후에도 권리의 통일적 행사가 가능하고 특허료(갱신비용)도 훨씬 저렴하다는 이점이 있다. 나아가 단일특허는 유럽특허청의 등록부를 통해 집중 관리되므로 기존과 같이 각 국가별로 분산 관리되는 것보다 간편하고 특허를 유지하기 위해 연도별로 부담해야 하는 연차료 납부, 실시권의 설정 등도 하나의 등록부로 관리할 수 있는 이점이 있다. 뿐만 아니라 단일특허의 침해 및 무효 여부에 대해서는 통합특허법원에서 집중관할하기 때문에 EU 전체에 걸친 일관성 있고 통일된 판결이 기대된다.

이에 반해 단일특허제도에 의할 때 특정 국가별로 특허권을 포기하는 것이 불가능하기 때문에 기존의 유럽특허에서와 같이 시장가치가 낮은 국가만 선택하여 특허권을 소멸시키는 전략이 활용할 수 없다는 점을 유의해야 한다. 또한 특허침해소송 중 상대방의 무효항변의 반소에 의해 특허권이 소멸될 수도 있기 때문에, 특히 제약분야 특허와 같이 특허가치가 매우 높은 경우에는 위험을 회피하기 위해 각 국가별로 국내 특허를 취득하는 전략이 필요할 수도 있다. 뿐만 아니라 제도 시행 초기 단계인 경우 통합특허제도에 대한 경험이 충분하지 않은 판사에 의해 재판을 받게 되고 그 결정에 따라 특허가 전면 무효로 될 수 있다는 점은 큰 부담으로 작용할 수 있다.

그 이외에 통합특허법원협정의 경과기간(7년이며 14년까지 연장 가능) 중 EPC에 따른 유럽특허를 각국 법원에서 다투고자 하는 경우 통합특허법원 기피신청

(opt-out)이 가능한데, 종래에는 영국과 독일 등 1~2개 국가에서만 침해소송을 제기하고 그 재판결과에 따라 다른 국가에의 화해를 하는 경우도 있고 그 나름의 장점이 있기 때문에 경과기간 중에는 어느 방법을 취할 것인지 잘 고려해 볼 필요가 있다. 나아가 통합특허법원협정에 의하면 유럽에서의 소송전략 중 특허권자가 침해 소송을 제기하기 전에 침해자가 특허권자를 상대로 소송절차가 느린 국가에 비침해확인소송을 제기함으로써 침해 사건을 유예하게 만드는 소위 ‘토피도 전략’을 활용할 수 없다는 점도 유의할 필요가 있다.⁷⁸ 즉, 통합특허법원 하에서 비침해확인소송을 제기할 수 있는 법원은 중앙법원 뿐이며, 지역법원이나 광역법원에 제소하는 것은 인정되지 않고, 다만 비침해확인소송이 제기된 지 3개월 이내에 특허권자가 지역법원 또는 광역법원에 침해소송을 제기한 경우 중앙법원의 비침해확인소송은 중단되도록 규정하고 있을 뿐이다(제33조 6항).⁷⁹ 따라서 소송절차상의 이러한 특별규정도 잘 숙지하여 유리한 소송전략을 수립해야 할 것이다.

78 이유리나, “유럽연합 단일특허제도의 최근동향 및 시사점”, 한국지식재산연구원 ISSUE & FOCUS on IP, 2016. 4., 14면; 川俣洋史·山崎利直·竹下敦也, “欧州単一効特許と統一特許裁判所”, 特許研究 제55호, 独立行政法人工業所有権情報・研修館, 2013, 66-67면.

79 An action for declaration of non-infringement as referred to in Article 32(1)(b) pending before the central division shall be stayed once an infringement action as referred to in Article 32(1)(a) between the same parties or between the holder of an exclusive licence and the party requesting a declaration of non-infringement relating to the same patent is brought before a local or regional division within three months of the date on which the action was initiated before the central division.

< 부록 1 > Business-friendly fee pattern adopted for the unitary patent

24 June 2015

On 24 June the Select Committee of the Administrative Council of the EPO endorsed, with the required $\frac{3}{4}$ majority, the European Patent Office's "True Top 4" proposal for a set of uniform renewal fees applicable to the unitary patent. The proposed fees covering the territory of the 25 EU member states participating in the unitary patent correspond to the sum total of the renewal fees currently paid for the four countries in which European patents are most frequently validated today (Germany, France, UK and the Netherlands).

Under the present regime, European patents, after grant by the EPO, must be validated individually in each country for which patent protection is sought. This results in significant administrative and financial overheads for companies, especially SMEs. For this reason, European patents are currently validated on average in only three or four of the participating member states. This leaves companies without protection in other European countries, and vulnerable to potentially illicit copying of their inventions there. It is thus an obstacle to the creation of a genuinely uniform European market for innovation, and puts European companies at a disadvantage compared to their competitors, especially in the USA and Asia, which can access their significant national or regional markets more easily and at lower cost before marketing their inventions on the global stage.

For this reason, the creation of a unitary patent for the EU member states is an important step, and one that has been expected for more than 40 years. With this first decision of the Select Committee on renewal fees, completion of the system for unitary patent protection in Europe is now in sight.

What is the size of the cost reduction under the True Top 4 proposal? For the first ten years - the average lifetime of a European patent - the cost of renewing a unitary patent will be less than EUR 5 000, and the cumulative total to be paid for maintaining it over the full 20-year term will be just over EUR 35 500

(cf. table below). For comparison, the amounts payable under the current system in the same 25 member states add up to EUR 29 500 for the first ten years, and nearly EUR 159 000 for the full 20 years. In other words, the fee scale now endorsed for the unitary patent under the True Top 4 proposal corresponds to a reduction of 78% compared to the current situation.

In addition, the transaction costs under the current system, including the translation costs and fees which have to be paid in each individual member state through patent attorneys or specialised service providers, will also be reduced significantly, i.e. by about 50% for an average patent validated in four countries.

The particularly low fees for the first 10 years will make the unitary patent very attractive for business, and especially for SMEs, universities, research centres and individual inventors. Moreover, for SMEs and similar entities based in EU member states which do not have an EPO official language (English, French or German) as a national language, separate arrangements governing financial compensation for their translation costs have also been adopted. Lastly, in their future monitoring and regular review of the unitary patent system, the member states are committed to paying particular attention to its use by small entities like SMEs, and may adopt further specific measures if need be.

What are the next steps? The decision of the Select Committee on the level of the renewal fees will be part of a package comprising the level of the fees for the unitary patent, including the distribution key for apportioning the renewal-fee income it generates. At present, renewal fees for European patents are collected by each member state in which the patent is validated, and the member states then pay 50% of this income to the EPO. Because the renewal fees for unitary patents will be paid in a single step to the EPO, it is necessary to define how this income is to be shared amongst the participating member states.

The Select Committee has already made good progress on defining a possible distribution key. It is expected that the whole package, comprising the level of renewal fees and the distribution key, can be finalised and adopted in the autumn of this year.

< 부록 2 > Protocol to the Agreement on a Unified Patent Court on provisional application

The undersigning Signatory States of the Agreement on a Unified Patent Court, hereinafter referred to as the Parties,

CONSIDERING that the Unified Patent Court should become fully operational upon the entry into force of the Agreement on a Unified Patent Court;

CONSIDERING the need to provide a smooth transition into the operational phase and ensure the proper functioning of the Unified Patent Court before the entry into force of the Agreement on a Unified Patent Court;

ACKNOWLEDGING that the provisional application of a treaty is an instrument suitable to ensure such a smooth transition;

ACKNOWLEDGING that the use of provisional application is in accordance with customary international law;

ACKNOWLEDGING that such provisional application can be limited to certain parts of a treaty where the negotiating States have in some manner so agreed;

CONSIDERING that provisional application should only come into force when 13 Signatory States of the Agreement on a Unified Patent Court have approved this protocol and only among those Signatory States where the Governments have received parliamentary approval to ratify the Agreement on a Unified Patent Court.

CONSIDERING that the provisional application should concern only the institutional, organisational and financial provisions of the Agreement on a Unified Patent Court and should be limited to what is strictly necessary to ensure the smooth transition into the operational phase.

HAVE AGREED AS FOLLOWS

Article 1 Provisional application of the Unified Patent Court Agreement

Article 1-2, 4-5, 6(1), 7, 10-19, 35(1, 3 and 4), 36-41 and 71(3) of the Agreement on a Unified Patent Court and Article 1-7(1), 7(5), 9-18, 20(1), 22-28, 30, 32 and 33 of the Statute of the Unified Patent Court shall enter into provisional application among the Parties that have completed the requisite procedure referred to under Article 3(1), upon the entry into force of this Protocol.

Article 2 Signature and consent to be bound

- (1) This Protocol shall be open for signature from October 1 2015 by any Signatory State of the Agreement on a Unified Patent Court.
- (2) Consent to be bound by this Protocol may be expressed, without prejudice to paragraph 3 and Article 3(1)b, by
 - a. signature; or
 - b. signature subject to ratification, acceptance or approval followed by ratification, acceptance or approval.
- (3) Consent to be bound by the provisional application of the articles of the Agreement on a Unified Patent Court mentioned under Article 1 of this Protocol may be expressed by a unilateral declaration.
- (4) Instruments of ratification, acceptance or approval of this Protocol or the unilateral declaration mentioned in paragraph 3 shall be deposited with the General Secretariat of the Council of the European Union, hereinafter referred to as the depositary.

Article 3 Entry into force

- (1) This Protocol shall enter into force the day after 13 Signatory States of the Agreement on a Unified Patent Court including Germany, France and the United Kingdom, have either ratified, or informed the depositary that they have received parliamentary approval to ratify, the Agreement on a Unified Patent Court and have
 - a. signed in accordance with Article 2(2)a. or signed, and ratified, accepted or approved this Protocol in accordance with Article 2(2)b.; or
 - b. declared by means of a unilateral declaration or in any other manner that they consider themselves bound by the provisional application of the articles of the Unified Patent Court Agreement mentioned under Article 1 of this Protocol.
- (2) In respect of any Party which subsequently after the entry into force of this Protocol completes the procedure referred to in (1), this Protocol shall have effect on that Party from the date when the Party has completed the said procedure.
- (3) This Protocol and the provisional application it prescribes shall have effect only with regard to Parties having completed the requisite procedure referred to in (1).

IN WITNESS WHEREOF, the undersigned, being duly authorized thereto, have signed this Protocol.

Done at Brussels October 1st 2015 in the English, French and German languages, all three texts being equally authentic, in a single copy, which shall be deposited with the depositary who shall transmit a certified true copy to all Signatory States of the Agreement on a Unified Patent Court.

< 별첨자료 3 >

February 25th, 2016
FINAL – subject to legal scrubbing

Preparatory Committee
for the Unified Patent Court

Rules on Court fees and recoverable costs

I. Proposal for

A – an amendment of Rule 370 of the Rules of Procedure

B – a table of fees

C – a scale of ceilings for recoverable costs

II. Explanatory Note

A. Proposal for an amendment of PART 6 of the Rules of Procedure

Part 6 – FEES AND LEGAL AID

Court Fees

Rule 370 – Court fees

1. Court fees provided for in these Rules shall be levied in accordance with the provisions contained in this part and the table of fees adopted by the Administrative Committee in accordance with Art. 36 (3) UPCA.

2. A fixed fee shall be paid in accordance with section I (fixed fees) of the table of fees adopted by the Administrative Committee for the following actions at the Court of First Instance:

- (1.) Infringement action [R. 15]
- (2.) Counterclaim for infringement [R. 53]
- (3.) Action for declaration of non-infringement [R. 68]
- (4.) Action for compensation for license of right [R. 80.3]
- (5.) Application to determine damages [R. 132]

3. In addition to the fixed fee a value-based fee shall be due in accordance with section II (value-based fees) of the table of fees for those actions at the Court of First Instance of the preceding paragraph, which exceed a value of 500.000 €.

4. For the following procedures and actions at the Court of First Instance a fee shall be paid in accordance with section III (other procedures and actions) of the table of fees adopted by the Administrative Committee:

- (1.) Revocation action [R. 47]
- (2.) Counterclaim for revocation [R. 26]
- (3.) Application for provisional measures [R. 206.5]
- (4.) Action against a decision of the European Patent Office [R. 88.3, 97.2]
- (5.) Application to preserve evidence [R. 192.5]
- (6.) Application for an order for inspection [R.199.2]
- (7.) Application for an order to freeze assets [R. 200.2]
- (8.) Filing a protective letter [R. 207.3]
- (9.) Application to prolong the period of a protective letter kept on the register [R.207.8]
- (10.) Application for rehearing [R. 250]
- (11.) Application for re-establishment of rights [R. 320.2]
- (12.) Application to review a case management order [R. 333.3]
- (13.) Application to set aside decision by default [R. 356.2]

5. For the following procedures at the Court of Appeal fees shall be paid in accordance with section IV. of the table of fees adopted by the Administrative Committee:

- (1.) Appeal pursuant to Rule 220.1 (a) and (b) [R 228]
- (2.) Interlocutory appeals [R. 220.1 (c)]
- (3.) Application for leave to appeal [R. 221]
- (4.) Request for discretionary review [R. 220.2, R. 228]
- (5.) Application for re-establishment of rights [R. 320.2]
- (6.) Application to review a case management order [R. 333.3]
- (7.) Application to set aside decision by default [R. 356.2]

6. The assessment of the value of the relevant action (Rule 370.3) shall reflect the objective interest pursued by the filing party at the time of filing the action. In deciding

on the value, the Court may in particular take into account the guidelines laid down in the decision of the Administrative Committee for this purpose.

7. If an action has more than one claimant and/or more than one defendant or if an action concerns a plurality of patents only one fixed fee and, if applicable, one value-based fee shall apply.¹

8. Small enterprises and micro-enterprises are entitled to pay only 60 % of the fees provided for in subsections 2 to 5 above (hereinafter: regular fees) under the following criteria:

a) In the statement of claim or counterclaim or in the application for a procedure or an appeal the applicant shall lodge with the Registry a notification in an electronic form in the language of the proceedings.

In this notification the applicant shall provide an affirmation that he fulfills either the criteria of a "small enterprise" or a "micro-enterprise" as defined in Title I of Annex of the Recommendation of the European Commission n° 2003/361 of 6 May 2003.

b) If the requirements referred to above have not been met rule 16 applies *mutatis mutandis*.

c) The Court, on its own motion, may order the applicant to supply further documentation including any document linked to its financial resources. The application shall be dealt with by the Court without delay.

d) The Court may, at any time, on its own motion, and after having heard the applicant order payment of

(1) the remainder of the regular fee, in case payment of just 60 % of the regular fees is manifestly disproportionate and unreasonable in respect of the financial capacity of the applicant;

¹ Rule 304 RoP has to be deleted accordingly.

(2) the remainder of the regular fee plus an additional 50 %, if the affirmation given by the applicant is found to be wholly or partially incorrect.

An order of an additional fee pursuant to paragraph (1) and (2) above shall state the reasons on which it is based and may be appealed to the Court of Appeal in accordance with rule 220.2.

If the additional fee is not paid within the time limit given by the Court, a decision by default against the applicant will be given by the Court pursuant to Rule 355.

9. Reimbursements of fixed and value-based fees

(a) If the action is heard by a single judge (Rule 345.6.) the party liable for the Court fees will be reimbursed by 25 %.

(b) In case of the withdrawal of an action (Rule 265) the party liable for the Court fees will be reimbursed by:

60 %	if the action is withdrawn before the conclusion of the written procedure
40 %	if the action is withdrawn before the conclusion of the interim procedure
20 %	if the action is withdrawn before the conclusion of the oral procedure

(c) If the parties have concluded their action by way of settlement the party liable for the Court fees will be reimbursed by:

60 %	if the action is settled before the conclusion of the written procedure
40 %	if the action is settled before the conclusion of the interim procedure
20 %	if the action is settled before the conclusion of the oral procedure

(d) Only one of the reimbursements referred to in subsection (a), (b) and (c) will apply per action and party. Where more than one reimbursement is applicable, the larger will be applied for each party.

(e) In exceptional cases, having regard, in particular, to the stage of the proceedings and the procedural behavior of the party, the Court may decide to deny or decrease

the reimbursement according to subsection (b) and (c) of the aforementioned provisions.

10. If the amount of payable Court fees threatens the economic existence of a party who is not a natural person, and has presented reasonably available and plausible evidence to support that the amount of Court fees threatens its economic existence, the Court may upon request by that party, wholly or partially reimburse the fixed and value-based fee. The request shall be dealt with by the Court without delay. In reaching a decision the Court shall reflect on all circumstances of the case including the procedural behaviour of the party. Before making such a decision the Court may give the other party an opportunity to be heard. A party who is adversely affected by the order may bring an appeal pursuant to Rule 220.

B. Table of fees

DRAFT

The Administrative Committee of the Unified Patent Court

Decision

The Administrative Committee adopts pursuant to Article 36 (3) of the Agreement on a Unified Patent Court the following table of fees:

I. Fixed fees (Court of First Instance)

Procedures/actions	Fixed fee
Infringement action [R. 15]	11.000 €
Counterclaim for infringement [R. 53]	11.000 €
Action for declaration of non-infringement [R. 68]	11.000 €
Action for compensation for license of right [R. 80.3]	11.000 €
Application to determine damages [R. 132]	3.000 €

II. Value-based fees (Court of First Instance and Court of Appeal)

Value of action	additional value-based fee
Up to and including 500.000 €	0 €
Up to and including 750.000 €	2.500 €
Up to and including 1.000.000 €	4.000 €
Up to and including 1.500.000 €	8.000 €
Up to and including 2.000.000 €	13.000 €
Up to and including 3.000.000 €	20.000 €
Up to and including 4.000.000 €	26.000 €
Up to and including 5.000.000 €	32.000 €
Up to and including 6.000.000 €	39.000 €
Up to and including 7.000.000 €	46.000 €
Up to and including 8.000.000 €	52.000 €
Up to and including 9.000.000 €	58.000 €
Up to and including 10.000.000 €	65.000 €
Up to and including 15.000.000 €	75.000 €
Up to and including 20.000.000 €	100.000 €
Up to and including 25.000.000 €	125.000 €
Up to and including 30.000.000 €	150.000 €
Up to and including 50.000.000 €	250.000 €
more than 50.000.000 €	325.000 €

III. Other procedures and actions (Court of First Instance)

Procedures/actions	Fixed Fee
Revocation action [R. 47]	20.000 €
Counterclaim for revocation [R. 26]	same fee as the infringement action subject to a fee limit of 20.000 €
Application for provisional measures [R. 206.5]	11.000 €
Action against a decision of the European Patent Office [R. 88.3, 97.2]	1.000 €
Application to preserve evidence [R. 192.5]	350 €
Application for an order for inspection [R. 199.2]	350 €
Application for an order to freeze assets [R. 200.2]	1.000 €
Filing a protective letter [R. 207.3]	200 €
Application to prolong the period of a protective letter kept on the register [R. 207.8]	100 €
Application to review a case management order [R. 333.3]	300 €
Application to set aside decision by default [R. 356.2]	1.000 €

IV. Court of Appeal

Appeals/applications	Fee
Appeal pursuant to Rule 220.1 (a) and (b) [R 228] as to an application for provisional measures [R. 206.5]	11.000 €
Appeal pursuant to Rule 220.1 (a) and (b) [R 228] as to an infringement action [R. 15]	11.000 € + additional value-based fee according to table II
Appeal pursuant to Rule 220.1 (a) and (b) [R 228] as to a counterclaim for infringement [R. 53]	11.000 € + additional value-based fee according to table II
Appeal pursuant to Rule 220.1 (a) and (b) [R 228] as to a revocation action [R. 47]	20.000 €
Appeal pursuant to Rule 220.1 (a) and (b) [R 228] as to a counterclaim for revocation [R. 26]	fee paid in the first instance
Appeal pursuant to Rule 220.1 (a) and (b) [R 228] as to an action for declaration of non-infringement [R. 68]	11.000 € + additional value-based fee according to table II
Appeal pursuant to Rule 220.1 (a) and (b) [R 228] as to an action for compensation for license of right [R. 80.3]	11.000 € + additional value-based fee according to table II
Appeal pursuant to Rule 220.1 (a) and (b) [R 228] as to an application to determine damages [R. 132]	[3.000 € + additional value-based fee according to table II]
Application for rehearing [R. 250]	2.500 €
Appeal pursuant to Rule 220.1 (a) and (b) [R 228] as to an action against a decision of the European Patent Office [R. 88.3, 97.2]	1.000 €
Interlocutory appeals [R. 220.1(c.), 228]	3.000 €
Application for leave to appeal against cost decisions [R. 221, 228]	1.500 €
Request for discretionary review [R. 220.3, 228]	350 €
Application for re-establishment of rights [R. 320.2]	350 €

Appeals/applications	Fee
Application to review a case management order [R. 333.3]	300 €
Application to set aside decision by default [R. 356.2]	1.000 €

C. Scale of ceilings for recoverable costs

DRAFT

Decision of the Administrative Committee of the Unified Patent Court on the scale of recoverable cost ceilings

The Administrative Committee,

Having regard to Article 69 (1) of the Agreement on a Unified Patent Court (hereinafter: Agreement) and pursuant to Rule 152(2) of the Rules of Procedure of the Unified Patent Court (hereinafter: RoP),

Considering that:

- (1) Article 69 of the Agreement qualifies the general rule that the unsuccessful party shall bear the successful party's costs by a number of principles, which serve as important safeguards when the Court makes its decision on costs, by allowing for exceptions from the general rule or limiting its application. The ceiling on the recoverable representation costs is only one of the safeguards against undue cost recovery, and the last one to apply when the Court makes its decision on costs. Firstly, only reasonable and proportionate legal costs and other expenses incurred by the successful party may be recovered from the unsuccessful party. Moreover, equity may also serve as a self-standing ground for rendering the general rule inapplicable. Furthermore, in case of partial success or in exceptional circumstances, the Court may order the parties to bear their own costs, or apply a different apportionment of cost, based on equity. Unnecessary costs caused to the Court or the other party shall be borne by the party incurring them, which means that even the successful party has to reimburse costs caused that are deemed unnecessary by the Court. Only the recoverable costs established in compliance with these principles is measured against the ceilings set forth in this Decision. There is a

large margin of appreciation for the Court when applying the safeguarding principles before making a cost decision, and thus, the ceilings are only to be regarded as a safety net, i.e. an absolute cap on recoverable representation costs applicable in every case.

- (2) In limited situations, such as the particular complexity of the case or multiple languages used in the proceedings having an impact on the representation costs, the ceiling laid down in the Annex upon request by one party, having regard to the financial capability of all the parties in the light of the principle of fair access to justice may be raised up to a certain extent.
- (3) Upon request of one of the parties, the Court may lower the ceiling applicable in the Annex with regard to that party if, in the event that the requesting party is unsuccessful, the applicable level of recoverable costs of representation to be awarded to the successful party would threaten the economic existence of the requesting party, especially if the latter is a micro-enterprise, SME, non-profit organisation, university, public research organisation or natural person. For this purpose the Court shall take into consideration all available information on the parties, including, where possible, the procedural behaviour of the parties, the applicable level of the ceiling for recoverable costs in comparison with the annual turnover of both parties, the type of economic activity of both parties, as well as the impact the lowering of the ceiling would have on the other party.
- (4) The Rules of Procedure shall apply *mutatis mutandis* when the Court decides on a request to raising or lowering the ceiling laid down in the Annex.
- (5) Apart from the regular adjustment pursuant to Rule 152(2), an early review of the scale of ceilings for recoverable costs is called for, with a view of possible amendments, in the light of the practice of how judges apply the cost recovery rules.

HAS ADOPTED THIS DECISION:

Article 1

- (1) The scale of ceilings for recoverable costs shall be set forth in the Annex.
- (2) The ceilings of recoverable costs shall apply to representation costs.

(3) The ceiling shall be applied to each instance of the Court proceedings regardless of the number of parties, claims or patents concerned.

(4) In case of partial success, the ceiling applicable in the case shall correspond to the proportion of success of the party seeking cost recovery.

Article 2

In limited situations, such as the particular complexity of the case or multiple languages used in the proceeding, the Court may upon request by one party, having regard to the financial capability of all the parties in the light of the principle of fair access to justice, raise the ceiling laid down in the Annex:

- a) by up to 50 % of the applicable level in the scale corresponding to a value of the proceeding up to and including EUR 1 million;
- b) by up to 25 % of the applicable level in the scale corresponding to a value of the proceeding of more than EUR 1 million and up to and including EUR 50 million;
- c) up to EUR 5 million in cases with a value of the proceeding of more than EUR 50 million.

(2) Upon request of one of the parties, the Court may lower the ceiling applicable in the Annex with regard to that party if, in the event that the requesting party is unsuccessful, the amount of recoverable costs of representation to be awarded to the successful party would threaten the economic existence of the requesting party, especially if the latter is a micro-enterprise, SME, non-profit organisation, university, public research organisation or natural person.

(3) When deciding upon a request to lower the ceiling, the Court shall take into consideration all available information on the parties and circumstances, including, where possible, the procedural behaviour of the parties, the applicable level of the ceiling for recoverable costs in comparison with the annual turnover of both parties, the type of economic activity of both parties, as well as the impact the lowering of the ceiling would have on the other party.

(4) A request to raise or lower the ceiling shall be made as soon as possible and practicable in the proceeding. This may be with the Statement of claim by the plaintiff, or with the Statement of defence by the defendant but shall be lodged in sufficient time to enable the Court to make a decision before closure of the interim procedure. The request shall include all reasonably available evidence.

(5) The request shall be dealt with by the Court without delay after having heard the parties and at the latest before closure of the interim procedure.

Article 3

The Administrative Committee shall review this Decision within two years after the entry into force of the Agreement, and thereafter every [three] years.

Article 4

This Decision shall enter into force on [...].

Done at [...] on [...]

For the Administrative Committee

The Chairman

Annex

Scale of ceilings for recoverable costs

Value of the proceeding	Ceiling for recoverable costs
Up to and including 250.000 €	Up to 38.000 €
Up to and including 500.000 €	Up to 56.000 €
Up to and including 1.000.000 €	Up to 112.000 €
Up to and including 2.000.000 €	Up to 200.000 €
Up to and including 4.000.000 €	Up to 400.000 €
Up to and including 8.000.000 €	Up to 600.000 €
Up to and including 16.000.000 €	Up to 800.000 €
Up to and including 30.000.000 €	Up to 1.200.000 €

Value of the proceeding	Ceiling for recoverable costs
Up to and including 50.000.000 €	Up to 1.500.000 €
More than 50.000.000 €	Up to 2.000.000 €

II. Explanatory Note

Introduction

The attached proposal on Court Fees and recoverable costs provides a delicate balance of Member States' views, comments made in responses to the consultation over the summer and recommendations from the UPC Expert Panel. The proposal must still be subject to legal checking.

A. Rule 370 – Court Fees

Fees for other counterclaims pursuant to Article 32 (1) (a) UPCA

During the consultation it was remarked that it is unclear as to exactly what the fee related to and so when it would be incurred. We have therefore deleted it from the list of fees at paragraph 2.

Fees for Application for and withdrawal of an opt-out

One of the few areas of clear consensus in consultation responses was that the opt-out fee should be removed or lowered to reflect the commitment made by the Preparatory Committee that the fees for both the opt-out and its withdrawal are set to reclaim administrative costs only and that the Court would not profit from either of these.

We now know much more detail as to how the proposed opt-out process will work and that the administration burden rests almost entirely with the applicant. We also know that any cost to the Court associated with the opt-out is related to processing the fee. There is no additional cost for the Case Management System to process opt-out requests if there is no fee. Requiring people to make payment generates costs for the court which would not be needed if there were no fee. So, removing the fee removes the cost; it also eliminates the problem of how to process payments particularly during provisional application and honours the commitment already made to only reclaim administrative costs for the opt-out.

Paragraph 5 – clarification on fees for appeals

The proposal clarifies that the fee structure and the level of the fees of the actions/procedures at the Court of First Instance remain the same in the Court of Appeal. As a consequence the appeals on revocation actions and counterclaims for revocation are not subject to value-based fees.

For ease we have moved all Appeal fees into their own section.

Paragraph 7 - multiple parties and patents

Many respondents to the consultation asked for clarification on how the fees would apply in situations of more than one party or patent. We have added this paragraph to provide this clarification and adopted an approach recommended by the Expert Panel.

Implementation of Article 36 (3) of the Agreement

The Consultation document reflected a difference of opinion as to how Article 36 (3) of the Agreement could be interpreted and presented two different proposals. In the first proposal support was given to all, focusing on particular behaviours (Alternative 1). In the second proposal, support was targeted at legal persons listed in Article 36 (3) (Alternative 2).

Unsurprisingly, there was no clear consensus on either of the two alternatives from the consultation, however some useful comments were received on a “third way” for SME support and the pros and cons of both Alternatives. Clear concerns were expressed on the administrative burden of the SME support proposed and the potential abuse by so called patent trolls. A high number of respondents also thought that the fixed fees (as well as the value-based fees) would disadvantage SMEs.

The compromise proposal suggested recognises the broad support for the reimbursements in cases of early settlement, withdrawal or use of a single judge along with the desire to see a simplified form of direct support for those in particular need. Micro and small enterprises will be entitled to a 40%

reduction on all Court Fees (fixed and value-based) which are incurred at the Court of First Instance as well as at the Court of Appeal. The proposal has been cleared through our cost modelling and is deemed affordable – that is it will still enable a sustainable Court by year 8.

The application process proposed is similar to that currently in use by the EPO. A micro or small enterprise may assume a reduction if they present a signed affirmation as to their status, however additional fees will be sought from any false claimants.

Payment of the Value-Based Fee

Several consultation responses identified a problem with the existing system to pay the value-based fee as set out in Rule 371 4 which currently states:

The value-based fee shall be paid within 10 days of service of the order determining the value of the dispute in accordance with the Rules 22, 31, 59, 60, 74, 104(i) and 133.

The issue as to when to assess the case value and pay the value-based fee was also discussed in depth by the Expert Panel. The Panel recommended that claimants make their own value assessment and pay the fee based on that at the same time as the fixed fee; that is when lodging the relevant application. If there is any contention over the assessment this will be rectified at the interim conference. The Fees Sub-Group agrees that this is the most simple and efficient process and so have accepted the recommendation.

B. Table of fees

The Agreement provides in Article 36 (3) that the Court fees shall consist of a fixed fee, combined with a value-based fee above a predefined ceiling.

As before, the proposal contains level of Court fees formed of estimates of the expected volume of activity, staff and operating costs. These estimates together serve as a point of reference for the calculation of the Court fees which at the end of the transitional period will need to ensure a self-financing

state. The fee levels suggested remain the lowest that will enable sustainability of the Court.

Changes to Value-Based Fees

Consultation responses identified inconsistencies in the proposed value-based fees, we have therefore reviewed these and amended them to both improve consistency and better reflect the principle as set out in Declaration attached to the UPC Agreement that states:

Whilst all users of the Unified Patent Court should contribute to its financing, users having more significant economic interests should provide a reasonable and proportionate contribution to the functioning of the Court, on the basis of an additional value-based fee, proportionate to the economic value of the case at stake in the specific procedure, applicable above a pre-defined ceiling.

To this end we have added two more values of action – up to and including EUR 50 million and more than EUR 50 million.

Application for an order to freeze assets

This fee has been reduced to better reflect the level of work involved and bring it more in line with other interim measures.

C. Scale of ceilings for recoverable costs

According to Article 69 (1) of the Agreement the unsuccessful party shall bear reasonable and proportionate costs and other expenses incurred by the successful party up to a ceiling set in accordance with the Rules of Procedure. The issue of recoverable costs consists of two parts: (1.) the specification of which costs shall be recoverable and (2.) the determination of a ceiling for the recoverable costs.

The levels at which to set the ceilings have been a difficult area to agree given different existing approaches in various Member States. A compromise is

KOREA LEGISLATION RESEARCH INSTITUTE



한국법제연구원
KOREA LEGISLATION RESEARCH INSTITUTE

ISSUE 03

개인정보법 분야

“ICT 환경 변화에 따른 개인정보보호 문제의 글로벌 동향”

부록 ▶ 개인정보법 분야 글로벌 동향 모니터링

김 태 오

정보통신정책연구원 연구위원

ICT 환경 변화에 따른 개인정보보호 문제의 글로벌 동향

김 태 오*

Abstract

본격적으로 IoT(사물인터넷), 빅데이터, 인공지능 시대에 접어들고 있다. 그런데 이 모든 기술과 이에 기반한 서비스가 제 기능을 할 수 있는 토대이자 원동력은 ‘개인정보’이다. 시장지배력의 핵심 원천으로서 개인정보가 천연자원을 대체할 것이라는 이야기도 이제는 낫설지 않다.

개인정보를 활용하지 않으면 이러한 기술의 발전은 소용이 없다. 여기에 더하여, 이러한 기술과 서비스가 더욱 ‘글로벌화’ 되어 가고 있다. 논리필연적으로 개인정보의 국외이전 문제가 불거질 수밖에 없는 상황이다.

이러한 상황에서 특히 EU를 중심으로 최근의 개인정보보호 제도 변화와 유럽사법재판소의 판결이 주목을 끌고 있다. EU 개인정보보호규정은 2016년 4월에 새롭게 제정되었고, 2015년 10월에 유럽사법재판소는 개인정보의 국외이전과 관련하여 EU와 미국간 세이프하버 협정의 무효를 확인하는 결정을 내렸다. 이와 같은 동향을 파

본 연구는 연구자 개인의 창의적 연구성과가 아니라 글로벌 규범동향을 파악하여 향후 관련 연구를 발전시키기 위한 시론적 성격이 크다. 특히 쟁점별로 심도 있는 논의를 요하는 사항이 다수 있다. 하지만 글로벌 동향 ‘소개’의 취지를 벗어난 쟁점들은 추후 연구과제로 미루어 둔다.

* 정보통신정책연구원 연구위원

** OECD Digital Economy Outlook 2015, p. 214.

악하는 것은 단순히 해외 개인정보보호법제의 변화상을 인지하는 것에 그치지 않는다. 당장 우리 기업이나 국민에 영향을 미칠 수 있기 때문에 국가 차원에서의 대응책이 발빠르게 마련되어야 하는 것이다.

본 연구는 EU 개인정보보호규정을 살펴보고, 셰이프하버 협정의 무효로 더욱 관심이 높아진 개인정보 국외이전 문제를 별도로 다루도록 한다. 마지막으로 OECD 디지털 경제 전망 보고서에 나타난 글로벌 동향을 간략히 소개하기로 한다.

I. EU 개인정보보호규정 개관¹

EU 회원국 국내법으로의 전환(이행) 과정이 필요한 EU 법규범인 지침(Directive)의 형식이 아니라, EU 회원국에 직접적인 법적 구속력을 갖는 EU 개인정보보호규정(Regulation, 이하 ‘EU 규정’)이 2016년 4월에 제정되어 2년의 경과기간을 거쳐 2018년부터 본격적으로 시행될 예정에 있다.² EU 차원의 개인정보보호규범인 개인정보보호 ‘지침’(이하 ‘EU 지침’)에도 규범의 형식을 ‘EU 규정’으로 바꾼 의도는, EU 회원국간의 규제의 형평성(Level Playing Field)을 맞추기 위한 것이다.³ 이로써, EU 지침을 회원국의 자국 법률로 전환하는 과정에서 EU 회원국별로 개인정보보호법의 통일성을 기할 수 없었던 EU 지침의 단점을 극복할 수 있게 되었다. 이러한 취약점을 이용하여 개인정보보호 규제가 상대적으로 자신에 유리한 국가를 찾아다니는 포럼쇼핑(forum-shopping)의 유인⁴도 있었는데, 이번에 통일적인 EU 규정이 마련됨으로써 그 위험성은 현저히 줄어들었다고 평가된다.⁵ 이하에서는 기존 EU 지침과 비교하였을 때 소개의 가치가 높은 주요한 개정내용을 중심으로 새롭게 제정된 EU 규정을 살펴보기로 한다.

1 기본적으로 이하의 논의 순서는 Gerald Spindler, Die neue EU-Datenschutz-Grundverordnung, Der Betrieb 2016, S. 937ff를 대체로 따랐으며, 기존의 EU 지침과 비교했을 때 새로운 내용을 위주로 관련 조문과 문헌을 참고하여 작성하였음을 밝힌다.

2 REGULATION (EU) 2016/679 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation).

3 Gerald Spindler, Die neue EU-Datenschutz-Grundverordnung, Der Betrieb 2016, S. 937ff (937); Jürgen Kühling/Manuel Klar, Unsicherheitfaktor Datenschutzrecht - Das Beispiel des Personenbezugs und der Anonymität, NJW 2013, S. 3611ff (3616).

4 개인정보보호에 대한 규제가 약한 국가를 찾아다니며 주로 규제회피의 목적에서 이루어진다.

5 Gerald Spindler, Die neue EU-Datenschutz-Grundverordnung, Der Betrieb 2016, S. 947.

1. 개인정보의 개념

개인정보는 개인정보보호규범의 적용여부를 결정짓는 핵심적인 개념이다. 정보를 이용하는 IoT와 빅데이터 등 신기술 적용과정에서 가장 처음 맞닥뜨리는 걸림돌이 바로 이 개인정보의 개념범주와 관련된다. 개인정보의 개념범주가 넓을수록 이러한 신기술로 정보를 활용하기 위해 개인정보주체의 사전동의가 요구될 수 있기 때문이다.

EU 규정 제4조제1호에 따르면, 개인정보(personal data)는 ‘식별되거나 식별가능한 자(정보주체)와 관련된 모든 정보’를 말한다. 여기서 말하는 ‘식별가능하다는 것’은 직접 또는 간접적으로, 특히 정보주체에 속하는 성명, 식별번호, 위치정보, 온라인 식별자, 정보주체의 하나 또는 그 이상의 물리적, 생리적, 유전적, 정신적, 경제적, 문화적 또는 사회적 정체성으로 특정되는 요소를 수단으로 하여 식별이 가능해지는 것을 의미한다. 그러나 개인정보에 대한 이와 같은 정의 규정은 기존 EU 지침의 개인정보 정의와 다름이 없다. 그렇기 때문에 특정 정보가 개인정보인지 여부를 판단하기 위해 어떤 방식으로 활용하면 개인정보가 될 수 있는지에 대한 일부 예시를 제시한 것에 불과하다는 평가도 나온다.⁶ 개인정보의 정의규정은 개인정보인지 여부를 판단하기 위한 기준(Maßstäbe)으로 부족하기 때문에, 종전의 개인정보 개념에 대한 해석과 그 적용의 어려움은 여전히 해소되지 않은 상황이다.

어쨌든, 정보주체와 ‘관련된’ 또는 ‘식별가능한’ 모든 정보가 개인정보라면, 그 ‘관련성’과 ‘식별가능성’을 판단하는 ‘기준’은 무엇인가? 이를 파악하기 위해서는 EU 규정의 전문(Erwägungsgrund)⁷을 살펴보아야 한다. EU 규정 전문 (26)에 따르면, 개인이 식별가능한지 여부는 정보처리자 또는 제3자가 ‘합리적으로 사용가능한’ 모든 ‘수단’ - 예컨대, singling out 기술 활용 - 을 판단기준의 고려요소로 제시하고 있

6 Benedikt Buchner, Grundsätze und Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung unter der DS-GVO, DuD 2016, S. 155ff (155).

7 이를 입법이유 또는 고려이유라고도 한다.

다. 합리적으로 사용가능한 수단인지 여부는 모든 객관적인 요소 즉, 식별화에 소요되는 ‘비용(cost)’, 식별화에 필요한 ‘시간(time)’, 당대의 ‘기술발전 수준(available technology)’ 을 고려해서 판단해야 한다. 이러한 EU 규정의 태도는 개인정보인지 여부를 객관적인(objektiv) 판단기준으로 판단하고자 ‘노력’ 한 것으로 평가되지만,⁸ 앞서 언급했던 것처럼 여전히 해석의 여지와 불확정성은 남아 있다고 보는 견해도 존재한다.⁹

한편, 개인정보의 식별가능성 또는 정보주체와의 관련성 논의는 개인정보의 익명화(anonymisation) 문제와 연결된다. 개인정보가 익명화되면 개인정보의 식별가능성이나 정보주체와의 관련성이 사라지기 때문이다. EU 규정 전문 (26)도 익명의 개인정보(anonymous information)는 개인정보보호규정의 적용에서 ‘제외’ 된다고 분명히 밝히고 있다. 하지만, 정작 익명화(anonymisation)가 무엇인지에 대한 언급은 전혀 없기 때문에 익명화를 둘러싼 논란은 불가피하다. 하지만 재식별화를 위해 앞서 살펴본 합리적으로 사용가능한 수단을 투입할 수 없는 경우에는 익명의 개인정보로 볼 수 있다는 견해가 설득력이 있다고 본다.¹⁰

이에 반해, 가명화(pseudonymisation)는 개인정보가 ‘추가정보 없이’는 특정한 정보주체를 알 수 없도록 처리된 것을 말한다(EU 규정 제4조제5호). 이 경우 추가정보는 따로(separately) 보관되어야 하며 개인정보가 식별되지 않도록 기술적·관리적 조치의 대상이 되어야 한다. 물론, 익명처리를 하면 정보주체의 리스크를 줄일 수 있으며, 정보처리자와 업무수탁자(개인정보처리 업무를 수탁 받은 자를 말하며, 이하 ‘업무수탁자’ 라 한다)가 정보보호의무를 준수하는데 도움을 줄 수 있다(EU 규정 전문 (28)). 그러나 EU 규정 전문 (26)은 ‘재식별 가능성’이 있다면 익명정보도 개인정보가 될 가능성을 열어두고 있으며, EU 규정 전문 (28) 2문은 익명처리를 하더라도 그

8 Benedikt Buchner, a.a.O., S. 156; Gerald Spindler, a.a.O., S. 938.

9 Jürgen Kühling/Manuel Klar, a.a.O., S. 3616.

10 Jürgen Kühling/Manuel Klar, a.a.O., S. 3616.

밖의 다른 정보보호조치의 대상이 될 수 있음을 분명히 하고 있다. 따라서 익명처리도 장래에 개인정보보호를 위한 충분한 조치 수단으로 유효할지는 여전히 의문이다.

개인정보의 암호화(encryption)에 대해서는 특별한 언급 없이 EU 규정 곳곳에 산재해 있다(EU 규정 전문 (83); EU 규정 제6조제4항; 제32조제1항 a); 제34조제3항 a)). 그러나 개인정보를 암호처리하면 개인정보로 취급하지 않을 것인지, 즉 익명화된 것으로 볼 것인지, 또는 가명화 된 것에 불과하다고 판단할 것인지가 불분명하다.

2. 역외적용 규정의 도입

이번 EU 규정 제정에서 눈에 띄는 새로운 변화 중 하나는 EU 개인정보보호규범의 지역적 적용범위가 확대되었다는 점이다(EU 규정 제3조). 먼저, 실제 정보처리가 EU에서 발생했는지 여부와 상관없이 개인정보처리가 EU에 소재하는 정보처리자 또는 업무수탁자의 활동 범위에서 이루어질 경우, 동 규정이 적용된다고 하고 있다. 또한, EU에 소재하고 있지 않은 정보처리자 또는 업무수탁자가 EU에 있는 정보주체의 개인정보를 처리할 경우 동 규정이 적용되려면, 당해 정보처리가 EU에 있는 정보주체에게 상품 또는 서비스를 제공하거나(실제 그 대가 지불여부와 무관), EU에서 이루어지는 정보주체의 행위를 관찰(monitors)하는 것과 관련이 있어야 한다. 예컨대, 분석 프로그램을 통해 웹사이트 상에서 정보를 수집하거나 트래킹 하는 것은 정보주체의 행위를 관찰하는 것에 해당한다.¹¹ 마지막으로, EU에 소재하지 않는 정보처리자이더라도 당해 소재지가 국제법에 따라 EU 회원국법이 적용된다면, 그 경우에도 동 규정이 적용된다. 이 조항을 도입함으로써, EU에 있는 개인정보를 수집하고 처리하고 관찰하는 경우, EU 역외에 있는 모든 사업자에게 동 규정이 적용된다고 볼 수 있는 것이다.

¹¹ Gerald Spindler, a.a.O., S. 938.

3. 동의의 원칙

(사전) 동의(consent)의 원칙이 실제 ICT 신기술 활용에 제약이 된다는 점은 EU 도 마찬가지의 상황이다. 이에, 동의의 원칙을 폐지하거나 동의는 민감정보 처리의 경우로 제한하자는 견해가 주장되었다.¹²

그러나 EU 집행위원회, 의회, 이사회는 이러한 급격한 변화를 원하지 않았다. 사전 동의라는 기존의 엄격한 원칙을 그대로 존치시킨 것이다. 동의의 원칙이 EU 기본권 헌장 제8조에 터잡은 사생활 보호권에 기초하고 있기 때문에 이러한 태도는 일용 수공이 가는 측면도 있다. 사후동의를 통해서도 개인정보보호를 효과적으로 보장하지 못하는 면을 고려한 것이다.

동의의 원칙이 원래 의도대로 원활한 기능을 수행하고 있는지를 결정적으로 기능할 수 있는 기준은 동의가 ‘자율적인 결정’에 기초하고 있는지 여부이다. EU Working Party 29(‘European Data Protection Board’로 대체 예정, EU 규정 제68조; 제94조)¹³가 이에 대한 지침을 개발하였는데, 이러한 지침은 이번 EU 규정에 반영되었다. 즉, 사전동의를 정보주체의 자발적(freely)이면서 - EU 집행위원회, 의회, 이사회 3자 합의 이후 포함된 - 분명하고 적극적인 행위(clear affirmative action)가 반드시 존재해야 한다고 되어 있다(EU 규정 제4조제11호; EU 규정 전문 (32)). 당초 EU 집행위원회와 의회의 의도는 동의의 수준을 명시적(explicit)인 정도까지 더욱 강하게 요구하려 하였으나, 결과적으로 이는 민감정보의 경우로 제한되었다. 어느 경우나 묵시적 동의나 사후동의(opt-out)는 동의를 받지 않은 것으로 본다.

¹² Gerald Spindler, a.a.O., S. 938.

¹³ EU 개인정보보호 분야의 정책수립과 법해석 기준의 정립과 관련하여 가장 핵심적인 임무를 수행하는 조직은 EU의 개인정보보호정책 자문조직인 아티클 29 워킹파티이다. EU 지침(95/46/EC) 제29조에는 독립적인 자문기능을 수행하는 이 워킹파티(개인정보보호그룹)의 설립근거가 규정되어 있다. 특히 개인정보그룹의 소관은 제30조에 규정되어 있는데, EU 차원에서 수립되는 행위규범(code of conduct, 일종의 가이드라인)에 대한 오피니언(opinion)을 표명할 수 있는 권한이 부여되어 있다.

하지만 어떠한 행위를 사전동의 의사로 추정할 수 있는지, 약관 형식의 동의는 가능한 것인지와 관련한 문제는 여전히 해결되지 않은 채 열려 있다. EU 규정 제7조제2항제1문이 “다른 사항(other matters)도 함께 언급이 되어 있는 서면에 동의를 표시(declaration)” 하도록 하는 형식의 경우, 동의를 구하는 자가 이를 “다른 사항과 분명히 구분” 하도록 요구하고 있는 것을 보면, 동의 방식에 있어서의 유연성을 엿볼 수 있다는 견해가 있다. 이에 반해, 이는 앞서 언급한 ‘적극적인 행위로서 동의 의사를 요구하는 원칙’에 반한다는 견해도 있다. 하지만 EU 규정 전문 (32) 제3문에서 웹의 팝업창 네모상자에 체크(ticking a box)하는 방식으로 동의를 받을 수 있다고 밝힌 것을 고려하면, 동의 방식의 유연성을 어느 정도 인정하고 있는 것으로 보인다.

기업실무에 있어 중요한 사항은 동의의 자발성을 판단하는 기준에 관한 것이다. 즉, 동의의 철회 또는 거부에 따른 ‘불이익’이 예정되어 있다면, 동의의 자발성이 결여된 것으로 볼 수 있다. 이를 부당결부금지(Koppelungsverbot)라고도 하는데, 반드시 필요치 않음에도 개인정보의 제공을 계약의 필수적인 전제로 하는 것을 금지하는 것으로서, EU에서는 다른 나라에 비해 이러한 원칙이 후진적인 수준에서 규율되고 있었다. 이에, EU 규정 제7조제4항은 사업자의 시장지배력(Marktmacht)과 상관없이, 계약의 이행에 필요하지 않는 정보에 대한 동의를 요구하는 경우, 부당결부금지에 반할 수 있음을 명시하였다. 그럼에도, 계약의 이행에 정보의 제공이 필요한지 여부를 ‘최대한 고려’(utmost account)하여 판단하라고만 되어 있어, ‘강제가 존재하는 것인지의 문제’에 대해서는 불분명하다고 한다. 또한, EU 규정 전문 (43)에서도 동의를 요구하는 상황이 불균형한 경우에는 자발적인 동의로 보지 않는다고만 되어 있어, 이러한 불균형한 상황에 사업자가 시장지배력을 갖는 경우도 포함되는 것인지가 여전히 의문이라고 한다.

한편, EU 규정 제7조제3항은 동의를 언제나 자유롭게 철회할 수 있는 권리를 정보주체에게 보장하고 있다. 철회의 방식은 동의 시와 마찬가지로 동일하고 단순한 방식으로 이루어져야 한다. 정보주체에게는 이러한 철회권이 있다는 사실이 고지되어야 한다. 하지만 정보제공이 어떠한 서비스를 제공받기 위한 반대급부로서의 성질이 있

다면, 철회는 가능하지만 채권법상 채무불이행 문제는 여전히 남을 수 있다는 문제제기도 있다.¹⁴

4. 정보제공(고지) 및 신고의무

기존 EU 지침에 규율되어 있던 모든 정보처리과정에 대한 신고 또는 통지의무는 오늘날 디지털 시대에는 너무 관료주의적이고 비효율적이라는 지적에 상당부분 폐지되었다. 예전의 기능은 리스크 기반 관리 기법으로 상당부분 대체되었다. 그럼에도 여전히 감독당국이나 정보주체에 대한 정보처리자의 정보제공 및 신고의무는 남아있다.

EU 규정 제14조는 정보수집 및 처리 전에 제공되어야 하는 목록이 열거되어 있다. 다만, EU 규정 제12조제7호와 제8호는 정보주체에게 쉽게 인식할 수 있고, 이해할 수 있으며 명확한 방식으로 중요한 정보처리의 개황을 전달하기 위하여 표준화된 아이콘을 이용하여 당해 정보를 제공할 수 있다는 근거를 마련하였다.

개인정보 침해사고 발생(personal data breach) 시 EU 규정 제33조에서는 감독당국에 대한 신고의무를, EU 규정 제34조는 정보주체에 대한 통지의무를 규율하고 있다. 다만, 경·중을 불문하고 모든 개인정보 침해사고 발생 시에 정보처리자가 이러한 신고의무나 통지의무를 부담하는 것은 아니다. 개인정보 침해사고가 정보주체의 권리 및 자유에 대한 높은 리스크를 야기할 우려가 있는 경우(likely to result in a high risk)에 지체 없이 정보주체에게 알릴 의무가 ‘비로소’ 생긴다. 여기서 말하는 개인정보 침해사고란, 전송되거나, 저장되어 있거나 또는 그 밖의 방식으로 처리되고 있는 개인정보를 우연 또는 불법적으로, 훼손, 멸실, 변경, 유출되거나 접근할 수 있는 상태를 초래하여 개인정보의 안전을 해치는 것(breach of security)을 의미한다 (EU 규정 제4조제12호).

14 Gerald Spindler, a.a.O., S. 940.

5. 관리적 조치

기존 EU 지침에서 규율되었던 수준을 넘어 이번 EU 규정에는 일부 새로운 관리적 조치(organisational measure)¹⁵ 내용을 도입하였다. 그러나 원래 EU 집행위원회와 의회의 규정(안)에 비해 다소 후퇴된 내용이 최종적인 EU 규정으로 수록되었다. 원래 EU 의회의 규정(안) 제33조는 생애주기적 정보보호 관리체계(Lifecycle Data Protection Management)를 도입하려 하였다. 개인정보보호는 준법감시(compliance-review)의 범위 내에서 반드시 대표이사의 직무(Chefsache)로 다루도록 함으로써, 기업의 우선순위로 자리할 수 있도록 강제하려던 것이었다(EU 의회 규정(안) 제36조제2항). 그러나 후술하는 자율규제 체계 속에서 이러한 의도는 사실상 달성될 수 있을 것으로 기대된다는 평가이다.¹⁶

가. 정보처리의 안전성

우선, 정보처리의 안전 또는 정보보안(security of processing) 조항이 보강되었다. 적절한 기술적·관리적 조치로, “ i) 정보의 가명화 및 암호화, ii) 시스템과 서비스의 기밀성, 무결성, 가용성 및 ‘부하능력’ (resilience, Belastbarkeit), iii) 물리적·기술적 사고 발생 시 개인정보의 가용성 및 그에 대한 액세스의 신속한 회복력, iv) 정보처리의 안정성을 보장하기 위해 기술적·관리적 조치의 유효성에 대한 주기적인 시험, 평가, 측정 절차” 등으로 열거되어 있다. 개인정보보호 수준의 적정성을 평가할 때, 개인정보의 훼손, 멸실, 변경, 유출되거나 접근할 수 있는 상태로 초래되는

¹⁵ 오늘날 개인정보 침해사고를 예방하기 위한 규제전략에 따르면, 국가는 일정한 틀(Rahmen)만 설정하고 사인에게 관리적 의무책임을 부과하는 방식으로 변화하였다. 즉, 국가는 공공의 목적 달성을 촉진시키고 실현하기 위해 사적 주체의 내적(intern)인 행위합리성(Handlungsrationalität) 구조에 영향을 줄 뿐이다. 이에 대한 상세는 Bernd Holznel, *Recht der IT-Sicherheit*, 2003, München, S. 35ff.

¹⁶ Gerald Spindler, a.a.O., S. 942.

‘리스크’를 고려해야 한다. 이러한 의무를 제대로 이행하였는지는 후술하는 자율규제 체계인 EU 규정 제40조 또는 제42조에 따른 자율규약이나 인증절차를 제대로 준수하였다는 것으로 입증할 수 있도록 하였다(EU 규정 제32조제3항). 이에 대해 독일 바이에른주 개인정보보호 감독당국은 일반적으로 정보보안의 전통적인 목적에 기밀성, 무결성, 가용성은 쓰이지만, 부하능력이라는 새로운 개념을 도입한 것에 대해 비판적이다.¹⁷ 부하능력은 무엇이고 이를 위해 어떠한 조치가 사용되어야 하는지에 대해 전혀 언급되어 있지 않기 때문이다. 또한, 리스크라는 표현이 사용되고 있는데, 리스크 발생의 개연성과 정보주체의 권리에 대한 리스크의 심각성을 측정하기 위한 객관적 기준(objektive Kriterien)이 없다는 점도 문제라고 지적하였다. 마지막으로, 정보처리자가 취해야 하는 기술적·관리적 조치는 당대의 기술수준(Standards der Technik, state of the art)과 실행비용(Implementierungskosten, costs of implementation)을 고려하라고 되어 있는데, 당대의 기술수준은 어느 정도인지, 정보보안(목적)을 위한 기술적·관리적 조치와 그에 소요되는 비용(수단)은 적절한 비례 관계에 있는지는 항상 논란거리가 될 것이라고 우려하고 있다.

나. 개인정보보호책임자의 임명

한편, 개인정보보호책임자(Data Protection Officer) 임명에 대한 사항은 이번 EU 규정으로 처음 도입되었다. 독일 등 일부 EU 회원국 개인정보보호법에는 개인정보보호책임자 임명 제도가 이미 시행되고 있지만, 대부분의 EU 회원국은 이러한 제도를 도입하지 않은 상황이어서 이에 대한 저항도 꽤 있었던 것으로 알려져 있다. i) 행정청 또는 공공기관이 개인정보를 처리할 경우, ii) 정보처리자의 핵심활동(core activities)의 성질, 범위, 그 밖의 목적상 포괄적이고 체계적이며 주기적인 개인정보

¹⁷ BayLDA, EU-Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO), Das BayLDA auf dem Weg zur Umsetzung der Verordnung, I. Sicherheit der Verarbeitung - Art. 32 DS-GVO (2016. 6. 9.). 바이에른주 개인정보보호 감독당국은 매달 2회에 걸쳐 EU 규정의 쟁점에 대한 이슈페이퍼를 발간하기로 하였는데, 그 첫 번째 보고서가 바로 정보처리의 안전성과 관련한 쟁점이다.

관찰이 필요한 경우, iii) 정보처리자의 핵심활동이 민감정보의 처리나 범죄의 수사 등에 관련된 개인정보를 처리하는 사무인 경우에는 반드시 개인정보보호책임자가 임명되어야 한다. 여기에 해당하지 않더라도 정보처리자나 이들을 대표하는 단체는 개인정보보호책임자를 임명할 수 있고, 회원국 국내법으로 그 임명이 강제된 경우에는 반드시 개인정보보호책임자를 임명하여야 한다(EU 규정 제37조제4항). 개인정보보호책임자 임명제도가 있는 국가와 그렇지 않은 국가간의 조화를 위한 규정이라고 할 수 있다.

다. Privacy by Design 및 Privacy by Default

이번 EU 규정 제정으로 추가된 할 관리적 조치로서, Privacy by Design 및 Privacy by Default 가 명문화되었다. 이는 개인정보보호를 위해 정보, 처리 및 저장 기간의 범위 등을 최대한 신중히 고려하여 필요한 정보만을 처리하도록 소프트웨어와 하드웨어의 설계(design) 단계에서부터 기본적으로(default) 적용해야 하는 정보처리자의 의무이다. EU 규정 제25조는 정보처리자가 설계 단계에서부터 이를 위해 가명화, 정보의 최소수집, 그 밖의 필요한 정보보호조치 등 적절한 기술적·관리적 조치를 이행할 것을 주문하고 있다. 다만, 이를 위한 기술을 제작하거나 운영하는 사업자에 대한 직접적인 의무가 아니라, 정보처리자에 대한 의무임을 유의하여야 한다. 이러한 사업자는 자신의 제품이나 서비스가 개인정보보호에 적절한 지를 판단하기 위해 EU 규정 제42조에 따른 인증절차를 이용할 수 있다.

라. 개인정보영향평가

개인정보영향평가(Data Protection Impact Assessment) 조항도 EU 규정 제35조에 도입되었다. 새로운 기술을 이용하여 정보처리를 하거나 정보처리의 특성, 범위, 상황 및 목적을 고려할 때 정보주체의 권리 및 자유에 높은 리스크를 초래할 우려가 높을 경우, 정보처리자는 당해 정보처리에 앞서, 개인정보영향평가를 시행해야 한다. 특히 정보주체에 대한 체계적이고 포괄적인 평가가 프로파일링을 포함한 자동화

된 결정에 기반하고, 이러한 평가 자체가 법적 효력 또는 이와 유사한 영향력을 갖는 결정의 기초로 기능할 경우에는 반드시 개인정보영향평가를 사전에 거쳐야 한다(EU 규정 제35조제3항 a)). 공공영역에서 체계적인 감시가 이루어지는 경우, 대량의 민감 정보를 처리할 경우에도 정보주체는 반드시 개인정보영향평가를 해야 한다(EU 규정 제35조제3항 b)~c)). 감독당국은 개인정보영향평가 대상이 되는 정보처리작용의 유형을 정하여 공표해야 한다(EU 규정 제35조제4항). 만일 정보처리자가 리스크를 제어하기 위한 조치를 스스로 할 수 없을 경우에는 감독당국의 자문절차를 거쳐 이를 보완할 수 있다(EU 규정 제36조).

6. 자율규제

가. 자율규약(code of conduct)

EU 규정이 기존 EU 지침과 차별성을 드러내는 부분은 자율규제 분야(regulierte Selbstregulierung)이다. 정보처리자를 대변하는 단체 등은 자율규약(code of conduct)¹⁸을 제정할 수 있다(EU 규정 제40조). EU 규정을 제대로 적용하여 피규제자가 EU 규정을 올바르게 준수할 수 있도록 하기 위함이다. 특히 자율규약은 공정하고 투명한 정보처리는 어떻게 하는 것인지, 특별한 상황에서 정보처리자가 주장할 수 있는 합리적인 이익은 무엇인지, 정보수집은 어떻게 하는지, 개인정보의 가명화의 정도는 어떠해야 하는지 등 EU 규정에 규율되어 있는 불확정한 요건들을 구체화하는 기능을 수행한다. 자율규약을 제정하거나 개정 또는 확대적용 하고자 하는 단체 동안 초안을 감독당국에 제출해야 하며, 감독당국은 당해 자율규약이 동 규정에 부합하는지에 대한 견해(opinion)을 제시하고, 제출된 자율규약을 승인(approve)해야 한다.¹⁹

18 행동강령이 **라고도** 하지만, 여기에서는 자율규약이라는 표현을 사용하도록 한다.

19 이러한 구조를 지니기 때문에, 규제된 자율규제(regulierte Selbstregulierung)라고 평가되고 있다. Gerald Spindler, a.a.O., S. 942.

자율규제가 올바르게 기능하기 위해서는 자율규약 제정에 그치는 것이 아니라 제대로 이행되고 집행되어야 한다(monitoring of approved codes of conduct). 따라서 이러한 자율규약의 준수를 감독하는 기구(body)는 당해 자율규약의 주요 사안에 대한 적정 수준의 전문성을 갖고 있어야 하며, 감독당국은 이를 고려하여 감독기구를 승인하여야 한다(EU 규정 제41조제1항). 실제 자율규약 위반에 대한 처리 절차와 잠정적 또는 영구적 제명(suspension or exclusion from the code)을 포함한 그 위반에 대한 조치(appropriate action)도 취할 수 있다(EU 규정 제41조제2항 및 제4항).

나. 인증제(certification)

EU 규정 제42조는 회원국, 감독당국 및 EU 집행위원회 등에게 개인정보보호 인증 체계 수립과 정보보호 인증표시(Seal) 및 마크제 도입을 장려하고 있다. 물론, 개인정보보호 인증을 받았더라도 해당 정보처리자는 자신의 의무를 면하는 것도 아니고 감독당국의 규제권한이 축소되는 것은 아니다(EU 규정 제42조제2항). 그러나 적어도 EU 규정에 따른 의무를 준수했음을 ‘증명’ 하는 기능은 갖는다. 인증은 감독당국에 의해 승인된 인증기구(certification body)가 행하며, 인증 또는 불인증에 대한 책임을 진다(EU 규정 제43조).

7. 빅데이터

개인정보보호 처리의 원칙 중 대표적이면서 오랜 전통을 유지하고 있는 원칙은 목적구속의 원칙(purpose limitation)이다(EU 규정 제5조제1항(b)). 이에 따르면, 개인정보는 구체적이고, 명시적이며 합법적인 목적을 위해 수집되어야 하고, 이러한 목적에 반하여 처리되어서는 안 된다. 다만, 공익목적, 과학 또는 역사에 관한 연구목적이나 통계작성을 위해 처리하는 것은 목적 외 용도로 이용될 수 있다.

그런데 이러한 목적구속의 원칙은 빅데이터 기술을 이용한 비즈니스 활성화의 걸림

돌이다.²⁰ 빅데이터는 ‘목적구속의 원칙에 영향을 받지 않고’(zweckfrei) 새로운 인식을 얻기 위해 대량의 정보를 활용하는 기술이기 때문이다. 애초에 EU 이사회는 빅데이터 산업 활성화를 위해 목적구속의 원칙을 완화하려 하였다. 반대로 EU 의회는 목적구속의 원칙을 강화하려 하였다. EU 규정 제5조제1항(b) 단서는 이러한 양극단의 대립을 절충한 결과이다.²¹ 이제 새로운 EU 규정 체제 하에서의 관건은 빅데이터 서비스 활성화를 위해 목적구속의 원칙을 얼마나 유연하게 ‘해석’할 수 있을지에 달려 있다.

첫 번째 해결책은 빅데이터 기술의 활용이 EU 규정 제5조제1항(b) 단서 규정에 포함된다고 해석하는 방법이 있다. 그러나 목적구속의 원칙에 대한 예외사유로 열거된 공익목적, 과학 또는 역사에 관한 연구목적이나 통계작성 목적이라는 요건에 해당할 가능성이 희박하다. 특히 빅데이터 분석을 통계작성 목적으로 보기는 어렵다는 것이다. 설령, 단서 규정에 해당하더라도 개인정보보호를 위하여 추가적인 기술적 안전조치(safe guard)도 함께 요구된다.

두 번째 해결책은 EU 규정 제6조제4항에 열거된 각 요건을 충족하는 것이다. EU 규정 제6조제4항은 최초의 개인정보 수집 목적과는 다른 목적으로 정보처리를 할 경우 최초의 개인정보 수집 목적에 부합하는지 여부를 판단하기 위한 기준이다(소위 ‘양립가능성 테스트’, Kompatibilitätstest, compatibility test). i) 최초 정보 수집의 목적과 그와 다른 목적 외 이용간의 연관성(any link), ii) 최초 정보 수집의 정황, 특히 정보주체와 정보처리자의 관계, iii) 정보의 종류 또는 특성, 특히 민감정보인지, 또는 범죄 등의 수사에 관련된 정보인지 여부, iv) 목적 외 이용에 따라 초래되는 정보주체에 대한 영향, v) 암호화 또는 가명화 등의 적절한 안전조치의 존재여부 등 5가지 기준이 제시되어 있다. 대체로 이 요건은 EU Working Party 29의 견해를 수용한 것이다.²² 이에 대해, 사실상 이러한 요건을 충족했는지 판단하기 위한 틀

²⁰ Gerald Spindler, a.a.O., S. 943; Benedikt Buchner, a.a.O., S. 156.

²¹ Gerald Spindler, a.a.O., S. 943.

(tool)이 개발되지 않았고, 설령 이 요건에 해당한다 하더라도 다시 목적구속의 원칙 예외 사유에 해당해야 하므로 빅데이터 기술 활용을 위한 목적 외 사용은 제한적일 것이라는 견해가 있다.²³ 반면, 정보 수집의 목적을 정할 때 구체적이고 명시적이어야 한다는 구체성과 명시성 요건을 얼마나 엄격하게 요구할 것이고 이 요건을 얼마나 엄격히 해석할 것인지 여부에 달려있다는 다소 유연한 견해도 있다.²⁴

8. 프로파일링

이번 EU 규정 제정에서 주목을 끄는 규율은 프로파일링(profiling)에 대한 것이다.

EU 규정 제4조제4항은 프로파일링을 “개인정보를 자동으로 처리하는 모든 유형으로서, 특정 자연인의 특성을 평가하고, 그 자의 업무성과, 경제적 상황, 건강, 개인적 취향, 관심사, 신뢰성, 행태, 위치 또는 움직임 등을 분석하고 예측하기 위해 개인정보를 이용하는 것”이라고 정의하고 있다.

프로파일링 방식의 정보처리 남용을 방지하기 위해, 프로파일링을 포함한 자동화된 결정을 할 경우 정보처리자로 하여금 그러한 정보처리의 논리(logic), 범위 및 의도했던 효과에 대한 주요 정보를 정보주체에게 알릴 의무(정보제공 또는 고지의무)를 부과하고 있으며(EU 규정 제13조제2항(f); EU 규정 제14조제2항(g)), 정보주체에게는 이에 대한 액세스권(right to access)을 부여하고 있다(EU 규정 제15조제1항(h)).

나아가 EU 규정 제21조제1항을 근거로 정보주체는 정당한 사유가 있는 경우 정보처리자에 대하여 정보처리 거부권(right to object)을 행사할 수 있는데, 이때의 정보처리 방식에 프로파일링이 포함되는 것으로 명시하고 있다. 이 경우 정보처리자가 정보주체의 사익보다 우월한 정당한 사유(legitimate ground)가 있다는 등의 입증을

²² Jan-Peter Ohrtmann/Sebastian Schwiering, Big Data und Datenschutz - Rechtliche Herausforderungen und Lösungsansätze, NJW 2014, S. 2984ff (2987).

²³ Gerald Spindler, a.a.O., S. 943.

²⁴ Benedikt Buchner, a.a.O., S. 156.

하지 못하면, 더 이상 당해 개인의 정보를 처리할 수 없다. 동조 제2항은 직접적인 마케팅(direct marketing) 목적으로 개인정보가 처리될 경우, 직접 마케팅을 목적으로 하는 개인정보 처리를 언제나 거부할 수 있는 권리, 특히 프로파일링이 직접 마케팅과 관련이 있으면 그러한 프로파일링을 거부할 권리를 부여하고 있다.

또한, EU 규정 제22조는 어떠한 결정이 오직 프로파일링을 포함한 자동화된 정보 처리에 기반하여 이루어지고, 그 결정으로 법적 효력 및 이와 유사한 상당한 영향력이 생길 경우, 자신은 그러한 결정의 대상에서 제외하여 줄 것을 요구할 수 있는 권리(right not to be subject to a decision based solely on automated processing)를 새롭게 도입하였다.

9. 정보주체의 권리

가. 액세스권

새로운 EU 규정은 자신의 개인정보에 대한 정보주체의 액세스권(right to access)을 구체화하고 강화시켰다. EU 규정 제15조는 정보처리의 목적, 관련 개인정보의 범주, 정보가 제공되는 대상자나 제3의 국가 등, 정보보관기간(특정이 불가능할 경우에는 보관기간을 정하는 기준), 특히 프로파일링을 포함한 자동화된 결정을 할 경우 그러한 정보처리의 논리(logic), 범위 및 의도했던 효과 등에 대한 정보에 정보처리자가 액세스할 권리를 갖는다. 개인정보가 국외이전 된 경우에는 EU 규정 제46조에 따른 적정한 개인정보 보호조치에 대한 설명을 들을 권리를 갖는다. 정보주체가 처리의 대상이 되는 개인정보의 사본을 요청할 경우에 정보처리자는 처리에 소요되는 비용에 기반한 적절한 수수료를 요구할 수 있다.

나. 잊힐 권리

잊힐 권리(right to be forgotten)는 이미 유럽사법재판소의 결정으로 기존 EU 지

침 체계 하에서도 인정된 정보주체의 권리였다. 이제 이 권리는 EU 규정에 명문으로 도입되었다(EU 규정 제17조).

정보주체는 정보처리자에게 자신의 개인정보를 지체없이 삭제하여 줄 것을 요구할 권리를 갖는다. 정보처리자는 개인정보의 수집·처리 목적이 더 이상 존재하지 않는 경우, 정보주체가 동의를 철회하였고 정보처리에 대한 더 이상의 법적 근거나 정당한 사유가 없는 경우, 개인정보가 불법적으로 처리된 경우, 개인정보의 삭제가 EU 법이나 회원국법의 이행을 위해 필요한 경우 등 ‘어느 하나의 요건에 해당할 경우’에는 지체없이 정보를 삭제해야 한다. 만일 정보처리자가 개인정보를 대중에게 공개하였는데, 그 정보가 삭제의 대상이 되는 경우에는, 현재의 기술수준과 의무이행 비용을 고려하여, 삭제요구의 대상이 된 정보를 현재 처리하고 있는 정보처리자에게도 모든 링크, 사본 등의 삭제를 요청받았다는 사실을 알리기 위한 기술적 조치를 포함하여, 적절한 조치를 취해야 한다. 다만, 알권리나 표현의 자유를 위해서, 정보처리자가 EU 법 또는 회원국법의 법적 의무를 이행하기 위하여 필요하거나 공익 또는 정보처리자에게 위탁된 공권력의 행사와 같은 임무 이행을 위하여, 공공 보건 영역에서의 공익을 근거로, 공익적 보관 목적, 학문적 또는 역사적 연구목적 또는 통계작성 목적을 위하여, 소송상의 권리를 행사하기 위한 경우는 잊힐 권리의 적용대상에서 제외된다.

다. 거부권

기존 EU 지침에도 규정되어 있던 거부권은 EU 규정 하에서 더욱 강화되었다. 프로파일링 기술을 통해 개인정보를 직접 마케팅 수단으로 활용하는 정보처리자에 대하여 정보주체는 이러한 목적으로 자신의 정보를 처리하지 말아 줄 것에 대한 거부권을 갖는다(EU 규정 제21조제2항). 특히 EU 규정 제21조제5항은 웹브라우저의 쿠키 등을 이용하여 자동화된 처리가 이루어지는 것에 대한 거부권도 명문화하였다(do-not-track-signal).²⁵

라. 정보이전의 권리(right to data portability)

기업에게 중요한 의미를 갖는 새로운 정보주체의 권리는 정보이전의 권리를 규정한 EU 규정 제20조이다. 이에 따르면, 정보주체는 정보처리가 동의 또는 계약에 기반하거나 자동화된 방식으로 이루어질 경우 자신의 정보를 제공했던 특정 정보처리자로부터 구조화된(structured), 보편적인 방식으로, 기계가 읽을 수 있도록(machine-readable) 이전 받거나, 아무런 방해없이 다른 정보처리자에게 이전해 줄 것을 정보처리자에게 요구할 권리가 있다.

II. 개인정보 국외이전 관련 동향

개인정보의 중요성, 그 침해의 용이성 및 보호의 취약성을 고려하면, 개인정보가 국경을 넘어 제3국으로 이전되더라도 당해 개인정보가 효과적으로 보호될 수 있는 제도적인 장치가 마련되어야 한다. 감독당국이 제3국에 관할권을 행사하기란 사실상 불가능하기 때문에 이는 더욱 중요한 문제이다. 누구나 최소한 자신이 속한 국가의 개인정보보호규범 ‘수준’으로 또는 신뢰할 만한 ‘정도’로 자신의 개인정보가 보호되기를 바란다. ICT 기술에 기반한 서비스를 제공하는 비즈니스 영역에서는 이미 개인정보의 국외이전이 활발하게 일어나고 있고, 앞으로도 개인정보 국외이전 문제가 더욱 중요한 쟁점으로 부상할 가능성이 높다.

이와 같은 개인정보 국외이전의 의미를 전제로, 이를 위한 제도적 장치 또는 수단에 대해 i) 이번에 새로 제정된 EU 규정에 따른 규율과 ii) EU와 미국간 세이프하버 협정, 그리고 iii) APEC의 CBPR 동향을 위주로 살펴보기로 한다.

25 Gerald Spindler, a.a.O., S. 943.

1. EU 개인정보보호규정

EU의 개인정보 국외이전 문제는 에드워드 스노든 사건 이후 크게 부각되고 있다. EU의 개인정보를 포함한 각종 정보를 제3국이 어느 정도로 은밀히 해킹해내고 빼낼 수 있는지를 여실히 보여주는 계기가 되었다. 따라서 개인정보 국외이전에 관한 법적 근거 없이, 제3국의 사법당국이나 행정청이 정보이전을 명하더라도, 이것이 정보이전에 대한 유효한 법적 근거가 될 수 없다.²⁶

기본적으로 개인정보 국외이전에 대한 내용들은 기존 EU 지침의 골격이 그대로 유지되고 있다. 다만, 개인정보 국외이전에 관한 EU 규정을 위반한 경우 최대 2천만 유로 또는 사업자의 경우 전세계 직전년도 매출의 4%의 과징금을 부과할 수 있도록 하여 개인정보 국외이전 규율의 규범력을 더욱 제고시키려 노력하였다(EU 규정 제 83조제5항(c)).

기존의 EU 지침 규율과 현재 EU 규정에 따른 개인정보의 국외이전 방법을 개관하면서, 주요한 변동사항을 살펴보기로 한다.

가. 개인정보보호 수준에 대한 적정성 평가

먼저, 개인정보보호 수준에 대한 적정성 평가이다. EU는 95년 지침을 제정할 때부터 해외에서 개인정보가 이전되거나 처리될 경우 적정한 개인정보보호의 수준을 보장하기 위한 안전조치(Sicherung eines adäquaten Datenschutzniveaus)를 규율하고 있었다. 이러한 원칙은 EU 규정 제44조에 그대로 계수되었다. 특히 대표적인 안전조치에는 EU 규정 제45조에 따라 EU 집행위원회가 제3국의 개인정보보호 수준에 대한 적정성 ‘결정’(Adäquanzentscheidung)이 속한다. EU와 미국간 셰이프하버

²⁶ Gerald Spindler, a.a.O., S. 945.

협정도 궁극적으로 이러한 규범적 틀에서 이루어진 것이다.²⁷

다만, 적정성 결정의 요건 또는 고려요소는 기존 EU 지침에 비해 더욱 구체화되어 있다. 즉, 법의 지배(rule of law)가 이루어지고 있는지, 인권과 헌법상 기본권이 존중되고 있는지, 이와 관련된 법률이 있는지, 이러한 법률 및 정보보호규범(개인정보 국외이전 규범 포함)이 제대로 집행되고 있는지, 정보주체의 권리가 잘 보장되고 있는지, 국외로 이전된 정보의 주체에게 효과적인 권리구제수단은 있는지(이상 EU 규정 제45조제2항(a)); 해당 국가에 개인정보보호를 위한 독립 감독당국(independent supervisory authority)이 있는지, 효과적으로 기능하고 있는지, 그리고 독립 감독당국이 개인정보보호규범의 준수와 집행, 정보주체의 지원 및 자문, 해외 감독당국과의 협력을 위한 적절한 권한을 부여받고 있는지(이상 EU 규정 제45조제2항(b)); 법적 구속력이 있는 국제조약, 제도 등으로부터 도출되는 국제적 의무가 잘 준수되고 있는지 등(EU 규정 제45조제2항(c)) 등을 적정성 결정 시 고려하도록 되어 있다.

또한, EU 지침에서와 달리 새로운 EU 규정에 따르면, 적정성 평가는 제3국의 특정 지역이나 특정 영역에 대해서도(a territory or one or more specified sectors within a third country) 가능하다(EU 규정 제45조제3항). 이에 대한 적정성 평가가 있으면 이 지역이나 영역 내에 있는 기관에 대해서는 개인정보 국외이전을 위한 추가적인 조치 없이 개인정보의 국외이전이 가능하다.

나. 구속력 있는 기업규칙(Binding Corporate Rules, BCRs)

EU 지침 제26조제2항 및 제3항을 근거로, 당해 사업활동을 관할하는 회원국의 감독당국이 EU 역내에서 사업활동을 하는 사업자그룹(다국적기업)이 작성한 구속력 있는 기업규칙(이하 'BCRs')이 개인정보보호에 필요한 조치를 갖추었다고 승인하면 여타 회원국 감독당국도 이에 따라서 상호 인정할 수 있도록 규정하고 있다.²⁸ 그간 이

²⁷ EU와 미국의 셰이프하버에 대해서는 별도로 다룬다.

²⁸ 구속력 있는 기업규칙에 대한 상세는 박환일, “개인정보 유통에 관한 국제규범과 우리의 대응—EU

러한 방식의 개인정보 국외이전이 명문으로 규정된 것은 아니었으나, 이번 EU 규정 제47조에 구속력 있는 기업규칙이라는 표제로 성문화(codification)되었다.

EU 규정 제47조제1항은 관할 감독당국이 EU 규정 제63조에 따른 EU 감독당국간 협력절차(Kohärenzverfahren)에 따라 BCRs 를 승인할 수 있다고 규정하고 있다. “EU 규정 제47조제1항 a) 동 BCRs 가 사업자그룹의 모든 구성원에게 적용되고 그 구성원이 이를 이행하며, 그 종사자에게도 적용되는 법적인 구속력이 있을 것, EU 규정 제47조제1항 b) 정보주체에게 자신의 개인정보처리와 관련한 명시적이고 법적 강제가 가능한 권리가 부여되어 있을 것, EU 규정 제47조제1항 c) 동조 제2항에 열거된 사항을 이행할 수 있을 것” 을 그 승인요건으로 제시하고 있다.

EU 규정 제47조제2항은 BCRs 의 내용에 담길 사항이 열거되어 있다. “EU 규정 제47조제2항 a) 사업자그룹 및 그 구성원 모두의 조직구조 및 연락처, EU 규정 제47조제2항 b) 정보이전, 개인정보의 범주(categories)를 포함한 구체적인 정보의 내역, 정보처리의 종류 및 목적, 정보이전 국가, EU 규정 제47조제2항 c) BCRs 의 대내외적 구속력에 대한 사항, EU 규정 제47조제2항 d) 목적구속의 원칙, 최소수집의 원칙 등 개인정보보호의 일반원칙, 개인정보처리 및 특별한 범주에 속하는 개인정보처리의 법적 근거, 정보보안을 위한 조치의 적용 및 BCRs 에 구속되지 않는 기관에 정보가 이전되는 요건, EU 규정 제47조제2항 e) 정보주체의 권리 및 BCRs 위반 시 손해 배상 등을 포함한 권리 행사의 수단, EU 규정 제47조제2항 f) EU 회원국 외의 구성원에 의한 BCRs 위반에 대한 EU 회원국 내 구성원의 책임과 면책사유, EU 규정 제47조제2항 g) BCRs 에서 정보주체에게 정보제공 또는 고지하는 방식, EU 규정 제47조제2항 h) EU 규정 제37조에 따른 개인정보보호책임관 또는 사업자그룹 내에서 BCRs 준수 감독하거나 BCRs 의 준수를 교육하고 BCRs 위반을 다루는 그 밖의 자내지 기관의 임무(task), EU 규정 제47조제2항 i) 개인정보침해 처리절차(complain procedure), EU 규정 제47조제2항 j) 사업자그룹 내에서 BCRs 준수여부를 감사하

BCRs과 APEC CBPR을 중심으로 -”, 『국제거래연구』 제23집 제2호, 2014. 12, 239면 이하 참고.

는 절차; 이 절차는 BCRs 위반을 시정하기 위한 정보보호감사(data protect audit) 및 그 밖의 수단을 내용으로 한다. 그 결과는 개인정보보호책임을 맡는 자 또는 기관이나 사업자그룹의 모기업 이사회에 보고되며, 요청이 있는 경우 감독당국에게도 전달된다, EU 규정 제47조제2항 k) BCRs의 변경사항을 고지하고 기록하며, 이를 감독당국에 보고하는 체계, EU 규정 제47조제2항 l) 감독당국과의 협력체계, EU 규정 제47조제2항 m) 국외의 개인정보보호 법규범이 BCRs보다 불리한 내용을 담고 있는 경우 이를 감독당국에게 보고하는 체계, EU 규정 제47조제2항 n) 주기적·계속적으로 개인정보를 열람하는 자에 대한 적절한 개인정보보호 교육”.

EU 규정 제47조제3항은 EU 집행위원회에게 BCRs에 대한 정보를 정보처리자, 업무수탁자, 감독당국간에 교환하는 서식과 절차를 정할 수 있는 권한을 부여하고 있다.

다. 표준 데이터 보호 조항(standard data protection clauses)

EU 집행위원회와 EU 회원국 감독당국은 개인정보보호에 대한 표준계약을 채택할 수 있다. 이러한 표준계약의 내용을 변경하지 않는 것을 전제로 이 표준계약을 활용한다면, 이에 근거하여 개인정보의 국외이전이 허용되는 구조이다(EU 규정 제46조제2항(c)~(d)).

라. 자율규제

개인정보의 국외이전 시 개인정보보호를 위한 수단으로 EU 규정은 자율규제 수단과 연계하여 개인정보의 국외이전을 허용하는 제도를 새롭게 도입하였다. 즉, 정보주체의 권리를 포함하여 적절한 안전조치를 적용하기 위해 제3국에 있는 정보처리자 또는 업무수탁자에게도 구속적이고 법적 강제가 가능한 의무가 담겨 있는 EU 규정 제40조에 따른 자율규약(code of conduct)이나(EU 규정 제46조제2항(e)), 인증체계(certification mechanism)가 승인될 경우에도 개인정보의 국외이전이 허용된다.

다. 개인정보 국외이전의 예외적 수단

EU 규정 제49조는 지금까지 언급된 개인정보 국외이전의 수단 이외에, 다음과 같은 요건이 갖추어 질 경우 개인정보의 국외이전이 예외적으로 허용됨을 밝히고 있다. 즉, “a) 개인정보가 국외이전 될 시에 발생할 수 있는 리스크에 대한 충분한 설명을 받은 후에 ‘명시적(explicitly)’ 동의를 한 경우, b) 개인정보 국외이전이 정보주체와 정보처리자간 계약이행에 필요하거나 정보주체의 요청에 따른 사전계약의 이행(pre-contractual measures)을 위해 필요한 경우, c) 정보주체에 이익을 위하여 정보처리자가 계약을 체결하거나 체결한 계약의 이행에 필요한 경우, d) 중요한 공익을 위하여 필요한 경우, e) 소송상의 권리 주장, 행사 또는 방어를 위하여 필요한 경우, f) 정보주체의 물리적 또는 법적 문제로 동의권을 행사하지 못하는 상황에서 해당 정보주체나 타인의 생명을 보호하기 위해 필요한 경우, g) EU 또는 회원국 법에서 대중에게 정보를 제공하도록 규정하거나, 열람의 대상은 되지만 EU 또는 회원국 법에 따른 열람요건을 충족한 경우에만 일반 대중이나 정당한 이익을 입증하는 모든 개인에게 열람이 허용되는 정보목록(register)의 경우”에는 정보주체가 앞서 언급한 적정성 결정 등 공식적인 개인정보 국외이전 요건을 갖추고 있지 않더라도, 개인정보의 국외이전은 허용된다.

2. EU-미국간 세이프하버 협정(Safe Harbor Agreement)

EU 와 미국간에 체결된 세이프하버 협정도 개인정보 국외이전의 수단 중 하나이다. 기존 EU 지침 제25조제4항에는 EU 집행위원회가 ‘제3국’이 개인정보보호의 적정수준을 갖추었는지를 확인할 수 있는 권한이 규정되어 있었다.²⁹ 이 조항을 근거로 EU

²⁹ “4. Where the Commission finds, under the procedure provided for in Article 31 (2), that a third country does not ensure an adequate level of protection within the meaning of

집행위원회는 2000년 7월 26일에 미국 상무부(Department of Commerce)가 열거한 ‘세이프하버 원칙’을 승인하였다. 세이프하버의 장점은 미국으로 EU 개인정보를 국외이전함에 있어 동의를 받거나 계약체결 없이 원스톱샵(one-stop-shop)으로서의 기능을 가진 것이다.³⁰ 그러나 유럽사법재판소는 2015년 10월 6일에 EU 집행위원회의 세이프하버 원칙 승인 결정을 무효라고 선언한다. 원칙적으로는 그 이후로 세이프하버 원칙을 근거로 한 개인정보 국외이전은 더 이상 불가능하게 되었다. 하지만 임시방편으로 2016년 1월 31일까지는 BCRs 나 표준 개인정보보호 계약을 근거로 국외이전이 허용되었다.

2016년 2월 2일자로 EU 집행위원회와 미국은 새로운 개인정보 국외이전의 근거가 되는 협약인 프라이버시 실드(Privacy Shield)에 합의하였다. 이에 대해 Working Party 29의 의견표명이 있었고, 향후 수정의 여지가 남아 있는 상황이다.³¹

가. 세이프하버 협정의 체계 및 문제점

세이프하버 협정은 EU 회원국의 개인정보를 미국으로 이전하길 희망하는 미국기업들에게 세이프하버 프로그램에 참여할 신청의 기회를 부여하고, 인증 평가항목인 ‘고지, 선택(동의를 방식), 재이전 제한, 정보주체의 (열람 등) 권한, 안전성, 정보의 무결성, 집행 등’ 개인정보보호 7원칙³²에 대한 준수를 진술하도록 한 다음, 분쟁해결 및 피해구제의 내용 등이 담긴 자율인증서를 작성 제출하면 완료되는 절차로 이루어진 체계이다. 동 협정 위반에 대해서는 미국 연방거래위원회(FTC)가 제재권한을 갖

paragraph 2 of this Article, Member States shall take the measures necessary to prevent any transfer of data of the same type to the third country in question.”

30 the guardian, What is 'safe harbour' and why did the EUCJ just declare it invalid? (2015, 10.06.).

31 Timon Grau/Thomas Granetzny, EU-US-Privacy Shield - Wie sieht die Zukunft des transatlantischen Datenverkehrs aus?, NZA 2016, S. 405ff.

32 세이프하버 협정의 인증평가 항목 상세는 최경진, “유럽사법재판소 세이프 하버 협정 무효 판결과 개인정보보호 정책의 변화”, 『언론중재』, 2016년 봄호, 78면 이하 (79면 이하).

는다. 즉, 협정 위반 시 FTC는 먼저 권고를 명하고, 이를 지키지 않거나 허위 진술 시 인증 취소 및 과징금을 부과하도록 되어 있다.³³

이러한 세이프하버 협정의 내용과 체계에 대해, EU 지침에서 요구하는 개인정보보호 수준의 적정성을 갖추었는지에 대한 문제제기가 꾸준히 있었다. 먼저, 내용적으로 목적명확성(Zweckbestimmungsgrundsatz) 또는 목적구속의 원칙이 세이프하버 협정에 제대로 반영되지 않았다 비판이 있다.³⁴

또한, 세이프하버 협정의 내용이 제대로 이행될 수 없는 구조에 대해서도 문제제기가 있다. 그 근본적인 이유는 세이프하버 협정이 이행되는 구조가 EU의 규제체계에는 생소한 자율인증 체계(self-certify)였기 때문이다. 물론, 이러한 자율인증 자체가 문제되는 것은 아니지만, 사후적인 감독과 통제체계가 제대로 갖추어져야 그 규범력이 담보되어 제기능을 다 할 수 있는 것이다.³⁵ 제재권한을 갖는 FTC도 고유한 규제권(Eigeninitiative)을 행사하지 못하다가 2009년에서야 비로소 제한된 범위에서 독자적인 절차를 도입할 수 있었던 것을 보면, 사후감독과 통제체계의 부실함이 여실히 드러난 이다.³⁶ 특히 가장 문제가 되는 것은 세이프하버 협정 부칙 IV B 절인데, 이에 따르면, 정보를 이전 받는 미국인 또는 사업자는 세이프하버 협정에 따른 의무에도 불구하고 무조건적으로(absolute) 미국 법에 구속된다고 규정되어 있다. 뿐만 아니라, 부칙 I 제4항도 자국의 안보, 공익, 법집행의 필요가 있을 경우, 세이프하버 협정에 우선한다고 규정하고 있다. 결과적으로 스노든 사건에서 폭로된 감시 프로그램인 PRISM 프로그램의 법적 기초가 된 미국 해외정보사찰법(Foreign Intelligence Surveillance Act)과 같은 미국 법이 반드시 준수되어야 하는 것이다. 이로 인해 EU

33 이에 대한 상세는 김현진/이보욱, “EU-美간 세이프하버 결정의 무효 판결과 시사점”, 『NIA PRIVACY ISSUES』 제15호, 2면 참고.

34 Jürgen Kühling/Johanna Heberlein, EuGH „reloaded“: „unsafe harbor“ USA vs. „Datenfestung“ EU, NVwZ 2016, S. 7ff (8f).

35 EuGH, Urteil vom 6. 10. 2015 - C-362/14, Rn. 81.

36 Jürgen Kühling/Johanna Heberlein, EuGH „reloaded“: „unsafe harbor“ USA vs. „Datenfestung“ EU, a.a.O., S. 8f.

국민과 기업의 기본권 침해가 일어날 우려가 높아지고, 국가기관이 자국의 안보를 이유로 EU로부터 이전받은 개인정보를 침해할 경우 이를 효과적으로 저지할 수 있는 법적 수단 또는 권리구제 수단도 마련되어 있지 않았던 상황이었다.

나. 유럽사법재판소의 판결 주요 요지³⁷

1) EU 집행위원회의 적정성 결정의 구속력

원칙적으로 EU 회원국 개인정보보호 감독당국은 기존 EU 지침 제25조제4항에 따른 EU 집행위원회의 개인정보보호 수준 적정성 결정에 구속된다. 그러나 이것이 회원국 개인정보보호 감독당국의 권한을 제한하거나 축소시킬 수 없다고 한다. 회원국 국민이 자신의 개인정보가 침해되었다고 하여 회원국 감독당국에게 권리구제를 요청할 수 없다고 할 경우, 당해 국민의 기본권이 침해될 수 있기 때문이다. 반면, EU 집행위원회 결정의 효력은 ‘행정법상 공정력’과 유사한 합법성 추정(Vermutung der Rechtmäßigkeit)이 있어서 강하게 보장되고 있어서, 이러한 효력은 유럽사법재판소만이 부인할 수 있다.³⁸ 유럽사법재판소는 이러한 갈등상황을 해결하기 위해 우선 회원국 개인정보 당국에 대한 원고적격(Klagerecht) 인정을 통해 우선 자국 회원국 법원에 제소하게 한 다음, 회원국 법원이 이를 유럽사법재판소의 이송하도록 하게 하여 EU 집행위원회 결정의 EU 법 위반여부를 증충적으로 다룰 수 있도록 하였다.

2) 세이프하버 협정에 대한 실체적 판단

회원국 법원(전심절차)에서의 심판대상(Vorlagefrage)이 EU 회원국 감독당국의

³⁷ 이하의 요지는 Jürgen Kühling/Johanna Heberlein, EuGH „reloaded“: „unsafe harbor“ USA vs. „Datenfestung“ EU, a.a.O., S. 8f를 요약정리한 것이다.

³⁸ Sebastian Bretthauer, Kommentar zu EuGH, Safe Harbour, K&R 2015, S. 717ff (717).

세이프하버 협정 심사권한(Prüfungsbefugnis)에 집중되어 있었지만, 유럽사법재판소가 심사의 범위를 세이프하버 협정에 대한 ‘실체적 판단’으로 넓혔다는 점은 상당히 긍정적인 평가를 받고 있다.

특히 실체적 판단의 쟁점은 EU 지침 제25조에서 요구하는 개인정보의 적정한 보호 수준(angemessenes Schutzniveau)의 해석이었다. 유럽사법재판소는 이 수준이 EU 지침의 수준과 동일할 것(identisch)을 요구하는 것이 아니라 EU와 동등한 ‘가치’를 갖는(gleichwertig) 보호수준이라는 점을 전제하였다. 특히 EU 지침 문언에 따르면, 보호의 대상이 유럽인권헌장에서도 도출되는 사생활 영역, 자유, 기본권의 보호이고 이것이 ‘보장’되어야 하는 것이므로, 물론 보호의 수단은 EU의 경우와 다를 수는 있지만, 그 보호가 실제로 효과적인 것으로 입증되어야 한다고 강조하였다.

동등한 가치를 갖는 보호수준 그 자체가 해석을 요하는 개념이고, ‘적정성’이라는 개념은 내재적으로 정보주체와 이 정보를 이용하려는 사업자간의 ‘형량(Abwägung)’을 요구한다. 유럽사법재판소는 양 당사자간 이해의 갈등을 언급하기는 했지만, 심사의 기준을 EU 지침보다 규범차원이 높은 유럽인권헌장 제7조의 죄형법정주의와 제8조의 사생활의 자유에 관한 기본권에 두었다. 이러한 맥락에서, 적정성 평가에 대한 EU 집행위원회의 평가특권(Einschätzungsprärogative)을 인정하기는 했지만, 유럽인권헌장에 따라 그 범위가 ‘제한적’일 수 밖에 없다고 하고 있다. 그럼에도 여전히 쟁점이 되는 적정한 보호수준에 대한 기준을 구체적으로 제시하지는 않았다. 다만, EU 지침보다 낮은 보호수준에 대한 관용을 어느 범위에서 베풀 수 있을 것인지를 직접 언급하지는 않았으나, 유럽사법재판소의 이번 판결을 감안하면 그렇게 크지 않을 것이라는 관측이 우세하다. 즉, 개인정보를 보호하는 ‘수단의 다양성’은 허용되지만, 결과적으로 그 보호의 수준은 EU와 대체로 ‘일치’해야 한다는 평가이다(das Schutzniveau muss letztlich wohl identisch sein). 한편, 개인정보보호의 적정성 수준에 대한 문제가 명확히 해결되지 않았지만, 최소한 유럽사법재판소가 EU 집행위원회로 하여금 협약체결 당사국의 개인정보보호 수준에 대한 주기적인 사후 심사의무(regelmäßige Prüfpflicht der Kommission)가 있다고 지적한 점은 환영할만

한 사항이라고 한다.

어쨌든 적정성 평가에 대한 기준을 제시하지는 않았으나, 유럽사법재판소는 주로 세이프하버 협정의 실효적인 이행가능성이 담보되어 있지 않다는 점에 비판의 초점을 두었다. 특히 미국 ‘정부기관’에 대해서는 세이프하버 협정이 무용지물이라는 것이다. 앞서 언급했다시피, 부칙 I 제4항도 자국의 안보, 공익, 법집행의 필요가 있을 경우, 세이프하버 협정에 우선한다는 규정과 부칙 IV B 절의 자국법 우선 원칙으로 세이프하버 협정의 효력이 무력화될 우려가 있다고 판단하였다. 이 밖에도 국가의 기본권 침해로부터 정보주체를 보호할 수 있는지, 이에 대한 효과적인 권리구제 수단이 있는지도 세이프하버 협정을 통해 확인할 수 없다고 하였다.

다만, EU 지침의 적용제외 규정인 제3조제2항에서는 공공안전, 국방, 국가안보와 관련한 정보처리 행위에 대해서(in any case to processing operations concerning public security, defence, State security)는 EU 지침이 적용되어서는 안 된다고 하고 있다. 그런데 동 소송의 주요 계기 중 하나인 미국 정보당국 NSA의 개인정보 열람이 바로 공공안전이나 국가안보와 관련한 정보처리 행위이다. 즉, EU 지침에서도 적용제외 되는 문제는 세이프하버 협정의 내용으로 다루어질 필요가 없다. 그러나 유럽사법재판소는 ‘미국정부에 너무 과도하고 포괄적인 권한을 부여하였다’는 점에 비난의 초점을 두고 있어, EU 지침의 적용제외 문제를 회피하려 한 것으로 보인다. 이 쟁점은 EU 지침의 문제가 아니라 유럽인권헌장 제7조에 따른 죄형법정주의 위반과 효과적인 권리구제 수단을 두지 않은 것을 문제삼은 것이기 때문이다.

다. 프라이버시 실드의 내용 및 전망

세이프하버 협정에 대한 유럽사법재판소의 무효확인 결정 이후, EU 집행위원회와 미국 정부는 2016년 2월에 새로운 협정인 프라이버시 실드에 합의하였다.³⁹ 프라이

³⁹ European Commission – Press release, EU Commission and United States agree on new framework for transatlantic data flows: EU-US Privacy Shield(IP/16/216).

버시 쉴드는 크게 세 가지 방향에서의 변화를 담고 있다.⁴⁰

1) 기업의 의무 및 집행의 강화

EU 개인정보를 이전해 오기를 희망하는 미국 기업은 개인정보 수집의 근거를 고지해야 하고, 정보주체의 권리를 설명해야 한다. 또한, 목적 외 이용의 경우 정보주체에게 정보처리에 대한 결정을 할 수 있는 선택권이 주어져야 한다. 특히 민감정보의 경우에는 명시적인 사전동의를 받아야 한다. 개인정보의 재이전(onward transfer) 유사한 개인정보보호 수준이 보장될 경우에만 가능하다.

무권한의 개인정보 열람 또는 침해를 회피하고 정보이전을 최소한으로 제한하위 위해, 기업은 기술적·관리적 안전조치를 도입하도록 의무를 부과하고 있다. 이때 피고용인 정보의 이전도 포함하며, 이러한 정보가 계열사 내이건 다른 기업이나 기관으로 이전하는지는 불분한다. 미국 기업은 피고용인의 정보이전이 이루어지고 있는지를 구체적으로 알려야 한다. 특히 미국 상무부에 해당 기업의 정보보호지침 사본을 제출해야 하고, 이를 피고용인이 어디서든 열람할 수 있도록 게시해야 한다. 피고용인의 정보를 EU에서 이전받은 기업은 EU 개인정보보호 감독당국의 권고에 따라야 한다. 피고용인이 자신의 개인정보가 침해당했다고 판단할 경우, 직접 EU 개인정보보호 감독당국에 권리구제를 요청할 수 있다.

2) 프라이버시 쉴드의 규범력 강화

세이프하버 협정의 체계와 마찬가지로 프라이버시 쉴드 체제 하에서도 자율인증 체계가 그대로 유지된다. 미국 상무부와 FTC는 프라이버시 쉴드의 준수를 감독하기 위해 이러한 기업의 리스트를 공개한다. 또한, 프라이버시 쉴드 위반에 대한 제재와 프라이버시 쉴드 리스트 제외 조치가 예정되어 있다.

⁴⁰ 이하의 내용은 Timon Grau/Thomas Granetzny, a.a.O., S. 405ff 참고.

특히 세이프하버 협정과 구별되는 개정 사항은 EU 집행위원회와 미국 상무부가 ‘매년’ 프라이버시 실드의 기능 내지 규범력을 검토하고, 이때 미국 정부기관의 개인정보 열람 문제도 다루어진다. EU 집행위원회는 그 결과를 EU 의회 및 이사회에 제출한다. 기업의 프라이버시 실드 준수여부를 보장하기 위해, 더욱 엄격한 감독체계가 구축되기도 하였다. 미국 상무부는 EU 개인정보보호 감독당국 및 FTC의 동의를 얻어 프라이버시 실드 위반을 조사할 수 있고, 제재를 가할 수 있다.

3) EU 시민에 대한 효과적인 권리구제 수단 마련

유럽사법재판소가 세이프하버 협정을 무효로 확인한 가장 중요한 이유는 미국 정보당국에 의한 광범위한 감시와 그에 대한 적절한 보호수단이 확보되어 있지 않았다는 점이다. 이와 관련하여 미국 정부의 공식입장과 확약이 있었다. 미국 정보당국 수장은 개인정보에 대한 대규모 감시와 무제한적인 열람은 존재하지 않았다고 서면으로 확인하기도 하였다. Presidential Policy Directive 28에 따라 외국인의 개인정보는 국가안보 목적의 6가지 사유에 제한하여 수집되고 있다고 주장하고 있다. 즉, 스파이행위, 테러리즘에 따른 위협, 대량살상무기의 위협, 사이버안전 위협, 동맹국에 대한 위협, 이와 관련한 불법자금 이전 등 전세계적인 범죄 위협 등이다. 설령, 감시조치가 이행되었더라도 이는 법에 의거한 것이며, 법원의 감독과 통제를 받고 있다고 하고 있다.

뿐만 아니라, 미국 정부의 개인정보 침해 문제에 대해, EU 시민의 민원(Complaint)을 조사하고 해당 행위의 위법 여부를 알려주기 위한 독립 옴부즈만 기구를 설립하기로 하였다. 그러나 해당 정부 행위가 위법할 경우 옴부즈만의 권한이 무엇인지는 분명하지 않다. 또한, EU 시민이 사법구제법(Judicial Redress Act)를 활용하여 미국 법원에 직접 제소할 수 있는 권한이 예정되어 있다.

그 밖에 기업은 EU 시민의 문제제기에 대해 테드라인 내에 신속히 응답할 의무를 지고, EU 개인정보보호 감독당국은 사건을 미국 상무부와 FTC에 이송할 수 있으며, 무료의 분쟁해결절차(ADR)를 이용할 수 있다.

4) 전망

2016년 4월말까지 EU 회원국 감독당국은 프라이버시 쉴드 초안에 대한 입장을 제출하도록 되어 있었다. 이미 그 전에 알려진 바에 따르면, 여전히 개인정보에 대한 미국 정보당국의 대규모 감시 우려가 해소되지 않았다는 주장도 있고, 협정의 이행을 제대로 보장할 수 있는 제도적 장치를 꼼꼼히 살펴보아야 한다는 견해도 있다. 특히 EU Workingparty 29는 개인정보에 무슨 일이 일어나고 있으며, 어디로 이전되고 있는지 예측할 수 있는 수단을 정보주체에 부여하고 있는지, 국가안보 목적의 정보기관에 의한 개인정보 감시와 정보주체의 권리간에 적절한 비례관계에 따른 형량이 이루어지고 있는지, 독립적인 감독당국에 의한 통제와 독립위원회에 의한 개인의 권리구제 가능성이 있는지를 중심으로 살펴보고 있다고 하고 있다.

3. APEC CBPR

가. 개관

EU의 개인정보 국외이전 체계에 대응하는 CBPR(Cross Border Privacy Rules)은 2011년에 제정된 아시아태평양 경제공동체(APEC)의 개인정보 국외이전을 위한 제도적 수단이다.⁴¹ 2012년에 미국이 처음으로 CBPR에 참여한 이래, 현재 멕시코와 일본, 그리고 2015년 캐나다까지 CBPR 체계를 수용하였다.

특히 CBPR 체계에 참여하는 APEC 국가에 소재하는 책임기관(Accountability Agent)은 CBPR 체계의 핵심적인 기능을 담당한다. 실질적으로 개인정보를 국외로 이전하는 특정 기업을 책임기관이 인증하게 되면, 당해 기업의 개인정보보호 정책과 실무는 CBPR 프로그램의 요건에 부합한다는 것이 증명되기 때문이다.

⁴¹ CBPR 체계의 상세는 박환일, 전계논문, 251면 이하 참조.

나. 동향

2016년 2월 일본 JIPDEC 기업이 책임기관으로 지정되었다.⁴² 미국의 책임기관과 TRUSTe와 함께 CBPR 체계의 실제 이행을 담당하는 기관이 된 것이다.

특히 2016년 2월에 개최된 페루 리마에서 APEC 전자상거래 운영그룹(Electronic Commerce Steering Group) 산하의 Data Privacy Subgroup(이하 ‘DPS’) 회의에서는 CBPR 체계의 개정논의도 이루어졌다.⁴³ DPS는 책임기관 선정 후 매년 책임기관 재승인 절차가 이루어지던 체계를 바꾸어 매 2년마다 책임기관의 재승인 절차를 진행하기로 하였다.

또한, CBPR 체계에 참여는 하고 있지만 책임기관이 없는 멕시코와 캐나다에 대하여 향후 자국 소재의 책임기관 승인 타임라인을 공표하였다. 그러나 이에 대한 법적 구속력이 없기 때문에, 전적으로 해당 국가의 손에 달려 있는 문제라는 한계도 인식하였다.

뿐만 아니라, 만일 책임기관이 재승인 절차에서 자격을 상실하게 될 경우의 후속절차와 책임기관이 인증한 기업에 대한 효력은 무엇인지에 대해서 관련 규율을 발전시킬 필요성이 있다는 점에 대해서도 논의가 되었다.

⁴² http://www.apec.org/Press/News-Releases/2016/0225_privacy.aspx.

⁴³ 이하의 내용은 <https://iapp.org/news/a/apec-examines-cbpr-program-japan-now-fully-on-board/>.

Ⅲ. OECD 디지털경제 전망 보고서 중 개인정보보호 관련 동향

이하에서는 그 밖에 개인정보보호 관련 동향을 2015년 7월에 발간된 OECD 디지털경제 전망 보고서를 통해 살펴보기로 한다.⁴⁴

1. 입법동향

호주는 2014년에 호주 개인정보보호 감독당국(Office of the Australian Information Commissioner)의 권한을 강화함과 동시에, 호주의 개인정보보호 원칙을 업데이트하였다.

캐나다의 안티스팸법(Canada's anti-spam legislation)은 2014년 7월에 시행되었는데, 이메일, 전화나 인스턴트 메시징으로 상업광고 메시지를 보내기 위해서는 사업자가 사전동의를 받을 것을 규율하고 있다. 그 밖에 민간영역을 규율하는 PIPEDA 법은 여전히 개정 작업이 진행 중에 있다.

일본은 2014년에 최초로 독립 개인정보보호 당국을 세운 바 있다. 이 조직은 사회보장(social security), 조세, 재해재난 관리를 위한 정부발급 인식번호 정보에 대한 권한을 갖는다. 특히 빅데이터 시대와 글로벌 스탠더드에 개인정보보호법이 부합하는지를 점검하는 작업이 진행되었다.

OECD 회원국이 아닌 중국은 2015년에 소비자보호법을 개정하였는데, 개인정보보호와 관련된 상당수의 조문을 추가하였다. 브라질에는 2014년에 인터넷 이용자의 권리장전인 Marco Civil da Internet 법이 통과되었는데, 여기에는 동의, 정보삭제, 목적구체

⁴⁴ OECD Digital Economy Outlook 2015.

성에 관한 개인정보 관련 기본권이 창설되었다. 싱가포르의 민간 기업이나 단체가 개인정보를 수집하고 이용하는 것을 규율하는 새로운 법을 2014년 7월에 시행하고 있다.

2. 개인정보보호 감독당국의 협력

OECD가 2007년에 개인정보보호 감독당국의 협력을 권고한 이래 이는 각 나라의 최우선적인 사항이 되었다. 이러한 차원에서 2010년에 Global Privacy Enforcement Network (이하 'GPEN')이 창설되었다.

특히 이러한 협력과정에서 가장 중요한 사항은 감독당국간의 정보공유이다. 이러한 인식 하에 2014년에 글로벌 집행 당국의 협력 협정(Global Cross Border Enforcement Cooperation Arrangement)이 이루어졌는데, 여기에는 정보공유의 중요성, 특히 규제집행 관련 비밀 정보의 공유가 중요하다는 공감대를 하였고, 가능하다면 각 나라의 집행행위를 잘 조율하여 희소한 집행자원을 효율적이고 효과적으로 활용하자는 내용이 담겨있었다.

2014년 10월에는 정보보호 및 프라이버시 위원 국제 컨퍼런스(International Conference of Data Protection and Privacy Commissioner)가 개최되었다. 여기서는 참석자들 간에 집행에 있어서의 공동협력을 촉진하기 위한 기반인 새로운 협정이 채택되었으며, 이러한 플랫폼을 전세계의 개인정보보호 감독당국으로 확대하자는데 의견을 모았다. 법적 구속력은 없으나 동 협정은 상호호혜성(reciprocity)과 기밀성(confidentiality)과 관련한 구체적인 내용을 담고 있으며, OECD가 권고한 수준을 넘어 국제적 활동의 협력과 컨퍼런스의 집행위원회(Conference's Executive Committee)에게 동 협정 운영에 대한 지원 권한을 부여하였다.

2014년 GPEN은 모바일 앱에서의 개인정보 이용실태를 조사하였는데, 이 조사결과를 바탕으로 2014년 12월에 23개국 감독당국은 애플, 구글, 삼성, MS, 노키아, 블랙베리, 아마존 등 7개의 앱 운영사업자에 대하여 개인정보를 수집하는 앱에 개인정보보호정책 링크를 의무적으로 연결할 것을 담은 공개서한에 서명하였다.

IV. 시사점

지금까지 개인정보보호 문제에 대한 2015년도부터 현재까지의 주요 글로벌 동향을 소개하였다. 글로벌한 비즈니스를 하는 우리 기업들이나, 글로벌 기업에 개인정보를 제공하는 우리 국민의 권리·의무에 상당한 영향을 미칠 수 있는 사안이기 때문에, 개인정보보호 분야의 글로벌 동향에 대한 모니터링과 분석은 다른 분야에 비해 상대적으로 더욱 중요하다.

특히 이번에 제정된 EU 규정은 우리나라 개인정보보호법에 시사하는 바가 크다고 본다. 우리는 직접적인 법적 효력이 없는 ‘원칙’ 수준에서 익명처리가 가능한 경우 익명처리를 하도록 하고, 암호화는 고유식별처리 시 안전성 확보조치로서 암호화가 예시되어 있다. 반면, EU의 경우 개인정보의 익명화, 가명화, 암호화의 기능과 법적 효과에 대하여 다루려고 노력한 흔적이 엿보인다. ICT 신기술 활용과정에서 이러한 조치에 대한 논의가 반드시 함께 수반되는 만큼, 이에 대한 분석이 필요하다고 판단된다.

개인정보보호법 개선의 논의에서 빠지지 않고 등장하는 쟁점은 사전동의 원칙에 대한 문제이다. 엄격한 사전동의 원칙으로 ICT 신기술 활용에 장애가 된다는 지적, 사전동의가 형식적으로 이루어지고 있다는 점 등을 근거로 사전동의 원칙을 완화하거나 사후동의 원칙으로 규제패러다임을 바꾸어야 한다는 주장이 거세다. 하지만, EU는 사전동의 원칙을 확고히 지키려는 의도를 확인시켜주고 있다. 여전히 EU는 개인정보보호제도가 ‘헌법상’ 인격권으로부터 도출되는 개인정보자기결정권에 기초하고 있고, 그 핵심적인 내용이 “정보주체 자신에 관한 정보가 언제 누구에게 어느 범위까지 알려지고 또 이용되도록 할 것인지를 그 정보주체가 스스로 결정할 수 있는 권리”라는 점에서 동의제도를 이해하고 있다. 우리 개인정보보호법제가 이러한 헌법상 개인정보자기결정권에 기반하고 있는 만큼, 사전동의 원칙의 완화 차원을 넘어선 사후동의

방식으로서의 패러다임 전환은 신중을 기해 판단해야 할 것으로 본다.

또한, 개인정보보호를 위한 기술적·관리적 조치의 비교도 필요하다. 우리 개인정보보호법은 안전성 확보조치를 함에 있어 고려사항이 명시되어 있지 않지만, EU 규정에는 ‘기술수준’과 ‘실행비용’을 ‘고려’하도록 명문화되어 있다. 물론, 구체적인 안전성 확보조치를 고시로 설계할 때, 당연히 기술수준과 실행비용을 감안하여 제도화했을 것이다. 그러나 구체화되어 있지 않은 안전성 확보 조치의 이행이 문제가 될 경우 관련 법령의 해석적용 시 이러한 고려요소가 해석지침의 기능을 수행할 수도 있기 때문에 고려요소의 명문화 여부는 중요한 문제이다. 이 밖에 Privacy by Design 및 Privacy by Default가 명문화되었고, 개인정보영향평가 절차도 새롭게 도입되었다는 점도 면밀히 살펴보아야 하겠다.

EU 규정은 자율규제를 촉진하기 위한 제도적 수단으로 자율규약과 인증절차를 마련하였다. 우리 개인정보보호법에서도 이러한 자율규제 수단이 언급은 되어 있다. 하지만 자율규제 수단이 실효적으로 기능하려면, 다른 규제수단과의 관계 및 그 법적 효과에 대한 규율도 필요하다. 개인정보 보호 인증자체에 대한 자세한 규정이 있을 뿐, 자율규약의 승인, 승인된 자율규약의 기능, 자율규약과 개인정보보호법의 관계, 인증의 기능 및 효력 등에 대한 전반적인 자율규제체계의 규율에 대해서 다시 한 번 재점검해야 할 필요성이 있다.

빅데이터에 대해서는 우리가 개인정보의 비식별화에 초점을 두는 것과는 논의의 차원이 조금 다른데, EU에서 강조되는 쟁점은 목적구속의 원칙이다. 빅데이터 기술에 개인정보가 활용되기 위해서는 목적구속 원칙의 예외사유인 공익목적, 학술연구, 통계작성에 해당되어야 한다. 또한, 양립가능성 테스트에 따라 목적 외 이용가능성이 열려 있어, 이에 근거하여 목적구속의 원칙에 벗어나는 빅데이터 기술이 허용될 여지도 있다. 하지만 여전히 이에 대한 ‘해석’ 문제가 남아있어 논쟁이 지속될 것으로 예상된다. 다만, 개인정보 수집 및 처리 목적의 구체성 수준을 완화함으로써 개인정보를 빅데이터로 활용하려는 시도도 엿볼 수 있었다. 우리 개인정보보호법에도 “통계작성 및 학술연구 등의 목적을 위하여 필요한 경우로서 특정 개인을 알아볼 수 없는

형태로 개인정보를 제공하는 경우(개인정보보호법 제18조제2항제4호)”가 있다.

프로파일링은 개인정보 처리기술 중 하나로서 요즘 각광받고 있는 마케팅의 수단이다. 독일 텔레미디어법 제15조제3항은 이용자가 반대하지 않을 경우 서비스제공자가 광고 목적, 시장연구 목적 또는 맞춤형 텔레미디어 서비스를 제공하기 위하여 가명화 기술을 통한 이용프로필(Nutzungsprofile)의 생성을 허용하고 있다. 이와 유사하게 EU 규정도 프로파일링 기술을 이용하여 정보처리를 할 경우 정보주체에 대한 고지의무를 부과하면서, 만일 마케팅 수단으로 개인정보의 프로파일링이 이루어지고 있을 경우 정보주체에게 거부권을 부여함으로써 ICT 신기술과 개인정보보호의 조화를 모색하고 있다.

이제 개인정보보호의 규범은 한 국가, 한 경제공동체를 넘어 규제형평성 차원에서 점차 국제적으로 수렴되는 과정을 거칠 것으로 보인다. 개인정보의 국외이전 관련 제도에 대한 관심이 높아진 것이 이를 방증하는 것이다. 특히 EU 규정과 APEC의 CBPR 체계는 개인정보 국외이전의 양대 축으로 기능하고 있다. 이러한 국제기준에 우리 개인정보보호법제를 맞추려고 노력하고 동시에 이러한 체계에 편입하려는 노력은 현재 진행 중에 있다. 명확한 승인 기준이 제도적 차원에서 제시된 바는 없지만, 승인 주체와 승인을 받은 당사국과의 긴밀한 협력을 통해 우리도 EU의 개인정보보호 수준 적정성 평가와 APEC CBPR 체계로의 편입에 대비해야 할 것으로 본다. 그러한 차원에서 특히 EU 규정에서 규율하고 있는 수준에 대한 진단도 함께 병행되어야 하겠다.

<부록> 개인정보법 분야 글로벌 동향 모니터링

1. Cases

EuGH, Urteil vom 6. 10. 2015 – C-362/14.

2. Rules & Regulations

(1) EU 개인정보보호규정(Regulation (EU) 2016/679)

Article 3 (Territorial scope)

1. This Regulation applies to the processing of personal data in the context of the activities of an establishment of a controller or a processor in the Union, regardless of whether the processing takes place in the Union or not.
2. This Regulation applies to the processing of personal data of data subjects who are in the Union by a controller or processor not established in the Union, where the processing activities are related to:
 - (a) the offering of goods or services, irrespective of whether a payment of the data subject is required, to such data subjects in the Union; or
 - (b) the monitoring of their behaviour as far as their behaviour takes place within the Union.
3. This Regulation applies to the processing of personal data by a controller not established in the Union, but in a place where Member State law applies by virtue of public international law.

Article 4 (Definitions)

For the purposes of this Regulation:

- (1) ‘personal data’ means any information relating to an identified or identifiable natural person (‘data subject’); an identifiable natural person is one who can be identified, directly or indirectly, in particular by reference to an identifier such as a name, an identification number, location data, an online identifier or to one or more factors specific to the physical, physiological, genetic, mental, economic, cultural or social identity of that natural person;
- (2) ‘processing’ means any operation or set of operations which is performed on personal data or on sets of personal data, whether or not by automated means, such as collection, recording, organisation, structuring, storage, adaptation or alteration, retrieval, consultation, use, disclosure by transmission, dissemination or otherwise making available, alignment or combination, restriction, erasure or destruction;
- (4) ‘profiling’ means any form of automated processing of personal data consisting of the use of personal data to evaluate certain personal aspects relating to a natural person, in particular to analyse or predict aspects concerning that natural person's performance at work, economic situation, health, personal preferences, interests, reliability, behaviour, location or movements;
- (5) ‘pseudonymisation’ means the processing of personal data in such a manner that the personal data can no longer be attributed to a specific data subject without the use of additional information, provided that such additional information is kept separately and is subject to technical and organisational measures to ensure that the personal data are not attributed to an identified or identifiable natural person;
- (11) ‘consent’ of the data subject means any freely given, specific, informed and unambiguous indication of the data subject's wishes by which he or she, by a statement or by a clear affirmative action, signifies agreement to the processing of personal data relating to him or her;

- (12) 'personal data breach' means a breach of security leading to the accidental or unlawful destruction, loss, alteration, unauthorised disclosure of, or access to, personal data transmitted, stored or otherwise processed;

Article 5 (Principles relating to processing of personal data)

1. Personal data shall be:

- (a) processed lawfully, fairly and in a transparent manner in relation to the data subject ('lawfulness, fairness and transparency');
- (b) collected for specified, explicit and legitimate purposes and not further processed in a manner that is incompatible with those purposes; further processing for archiving purposes in the public interest, scientific or historical research purposes or statistical purposes shall, in accordance with Article 89(1), not be considered to be incompatible with the initial purposes ('purpose limitation');
- (c) adequate, relevant and limited to what is necessary in relation to the purposes for which they are processed ('data minimisation');
- (d) accurate and, where necessary, kept up to date; every reasonable step must be taken to ensure that personal data that are inaccurate, having regard to the purposes for which they are processed, are erased or rectified without delay ('accuracy');
- (e) kept in a form which permits identification of data subjects for no longer than is necessary for the purposes for which the personal data are processed; personal data may be stored for longer periods insofar as the personal data will be processed solely for archiving purposes in the public interest, scientific or historical research purposes or statistical purposes in accordance with Article 89(1) subject to implementation of the appropriate technical and organisational measures required by this Regulation in order to safeguard the rights and freedoms of the data subject ('storage limitation');

- (f) processed in a manner that ensures appropriate security of the personal data, including protection against unauthorised or unlawful processing and against accidental loss, destruction or damage, using appropriate technical or organisational measures ('integrity and confidentiality').
2. The controller shall be responsible for, and be able to demonstrate compliance with, paragraph 1 ('accountability').

Article 6 (Lawfulness of processing)

4. Where the processing for a purpose other than that for which the personal data have been collected is not based on the data subject's consent or on a Union or Member State law which constitutes a necessary and proportionate measure in a democratic society to safeguard the objectives referred to in Article 23(1), the controller shall, in order to ascertain whether processing for another purpose is compatible with the purpose for which the personal data are initially collected, take into account, inter alia:
- (a) any link between the purposes for which the personal data have been collected and the purposes of the intended further processing;
 - (b) the context in which the personal data have been collected, in particular regarding the relationship between data subjects and the controller;
 - (c) the nature of the personal data, in particular whether special categories of personal data are processed, pursuant to Article 9, or whether personal data related to criminal convictions and offences are processed, pursuant to Article 10;
 - (d) the possible consequences of the intended further processing for data subjects;
 - (e) the existence of appropriate safeguards, which may include encryption or pseudonymisation.

Article 7 (Conditions for consent)

1. Where processing is based on consent, the controller shall be able to demonstrate that the data subject has consented to processing of his or her personal data.
2. If the data subject's consent is given in the context of a written declaration which also concerns other matters, the request for consent shall be presented in a manner which is clearly distinguishable from the other matters, in an intelligible and easily accessible form, using clear and plain language. Any part of such a declaration which constitutes an infringement of this Regulation shall not be binding.
3. The data subject shall have the right to withdraw his or her consent at any time. The withdrawal of consent shall not affect the lawfulness of processing based on consent before its withdrawal. Prior to giving consent, the data subject shall be informed thereof. It shall be as easy to withdraw as to give consent.
4. When assessing whether consent is freely given, utmost account shall be taken of whether, inter alia, the performance of a contract, including the provision of a service, is conditional on consent to the processing of personal data that is not necessary for the performance of that contract.

Article 13 (Information to be provided where personal data are collected from the data subject)

1. Where personal data relating to a data subject are collected from the data subject, the controller shall, at the time when personal data are obtained, provide the data subject with all of the following information:
 - (a) the identity and the contact details of the controller and, where applicable, of the controller's representative;

- (b) the contact details of the data protection officer, where applicable;
 - (c) the purposes of the processing for which the personal data are intended as well as the legal basis for the processing;
 - (d) where the processing is based on point (f) of Article 6(1), the legitimate interests pursued by the controller or by a third party;
 - (e) the recipients or categories of recipients of the personal data, if any;
 - (f) where applicable, the fact that the controller intends to transfer personal data to a third country or international organisation and the existence or absence of an adequacy decision by the Commission, or in the case of transfers referred to in Article 46 or 47, or the second subparagraph of Article 49(1), reference to the appropriate or suitable safeguards and the means by which to obtain a copy of them or where they have been made available.
2. In addition to the information referred to in paragraph 1, the controller shall, at the time when personal data are obtained, provide the data subject with the following further information necessary to ensure fair and transparent processing:
- (a) the period for which the personal data will be stored, or if that is not possible, the criteria used to determine that period;
 - (b) the existence of the right to request from the controller access to and rectification or erasure of personal data or restriction of processing concerning the data subject or to object to processing as well as the right to data portability;
 - (c) where the processing is based on point (a) of Article 6(1) or point (a) of Article 9(2), the existence of the right to withdraw consent at any time, without affecting the lawfulness of processing based on consent before its withdrawal;

- (d) the right to lodge a complaint with a supervisory authority;
 - (e) whether the provision of personal data is a statutory or contractual requirement, or a requirement necessary to enter into a contract, as well as whether the data subject is obliged to provide the personal data and of the possible consequences of failure to provide such data;
 - (f) the existence of automated decision-making, including profiling, referred to in Article 22(1) and (4) and, at least in those cases, meaningful information about the logic involved, as well as the significance and the envisaged consequences of such processing for the data subject.
3. Where the controller intends to further process the personal data for a purpose other than that for which the personal data were collected, the controller shall provide the data subject prior to that further processing with information on that other purpose and with any relevant further information as referred to in paragraph 2.
 4. Paragraphs 1, 2 and 3 shall not apply where and insofar as the data subject already has the information.

Article 14 (Information to be provided where personal data have not been obtained from the data subject)

1. Where personal data have not been obtained from the data subject, the controller shall provide the data subject with the following information:
 - (a) the identity and the contact details of the controller and, where applicable, of the controller's representative;
 - (b) the contact details of the data protection officer, where applicable;
 - (c) the purposes of the processing for which the personal data are intended as well as the legal basis for the processing;

- (d) the categories of personal data concerned;
 - (e) the recipients or categories of recipients of the personal data, if any;
 - (f) where applicable, that the controller intends to transfer personal data to a recipient in a third country or international organisation and the existence or absence of an adequacy decision by the Commission, or in the case of transfers referred to in Article 46 or 47, or the second subparagraph of Article 49(1), reference to the appropriate or suitable safeguards and the means to obtain a copy of them or where they have been made available.
2. In addition to the information referred to in paragraph 1, the controller shall provide the data subject with the following information necessary to ensure fair and transparent processing in respect of the data subject:
- (a) the period for which the personal data will be stored, or if that is not possible, the criteria used to determine that period;
 - (b) where the processing is based on point (f) of Article 6(1), the legitimate interests pursued by the controller or by a third party;
 - (c) the existence of the right to request from the controller access to and rectification or erasure of personal data or restriction of processing concerning the data subject and to object to processing as well as the right to data portability;
 - (d) where processing is based on point (a) of Article 6(1) or point (a) of Article 9(2), the existence of the right to withdraw consent at any time, without affecting the lawfulness of processing based on consent before its withdrawal;
 - (e) the right to lodge a complaint with a supervisory authority;
 - (f) from which source the personal data originate, and if applicable, whether it came from publicly accessible sources;

- (g) the existence of automated decision-making, including profiling, referred to in Article 22(1) and (4) and, at least in those cases, meaningful information about the logic involved, as well as the significance and the envisaged consequences of such processing for the data subject.
3. The controller shall provide the information referred to in paragraphs 1 and 2:
 - (a) within a reasonable period after obtaining the personal data, but at the latest within one month, having regard to the specific circumstances in which the personal data are processed;
 - (b) if the personal data are to be used for communication with the data subject, at the latest at the time of the first communication to that data subject; or
 - (c) if a disclosure to another recipient is envisaged, at the latest when the personal data are first disclosed.
 4. Where the controller intends to further process the personal data for a purpose other than that for which the personal data were obtained, the controller shall provide the data subject prior to that further processing with information on that other purpose and with any relevant further information as referred to in paragraph 2.
 5. Paragraphs 1 to 4 shall not apply where and insofar as:
 - (a) the data subject already has the information;
 - (b) the provision of such information proves impossible or would involve a disproportionate effort, in particular for processing for archiving purposes in the public interest, scientific or historical research purposes or statistical purposes, subject to the conditions and safeguards referred to in Article 89(1) or in so far as the obligation referred to in paragraph 1 of this Article is likely to render impossible or seriously impair the achievement of the objectives of that processing. In such cases the controller shall take

- appropriate measures to protect the data subject's rights and freedoms and legitimate interests, including making the information publicly available;
- (c) obtaining or disclosure is expressly laid down by Union or Member State law to which the controller is subject and which provides appropriate measures to protect the data subject's legitimate interests; or
 - (d) where the personal data must remain confidential subject to an obligation of professional secrecy regulated by Union or Member State law, including a statutory obligation of secrecy.

Article 15 (Right of access by the data subject)

1. The data subject shall have the right to obtain from the controller confirmation as to whether or not personal data concerning him or her are being processed, and, where that is the case, access to the personal data and the following information:
 - (a) the purposes of the processing;
 - (b) the categories of personal data concerned;
 - (c) the recipients or categories of recipient to whom the personal data have been or will be disclosed, in particular recipients in third countries or international organisations;
 - (d) where possible, the envisaged period for which the personal data will be stored, or, if not possible, the criteria used to determine that period;
 - (e) the existence of the right to request from the controller rectification or erasure of personal data or restriction of processing of personal data concerning the data subject or to object to such processing;
 - (f) the right to lodge a complaint with a supervisory authority;

- (g) where the personal data are not collected from the data subject, any available information as to their source;
 - (h) the existence of automated decision-making, including profiling, referred to in Article 22(1) and (4) and, at least in those cases, meaningful information about the logic involved, as well as the significance and the envisaged consequences of such processing for the data subject.
2. Where personal data are transferred to a third country or to an international organisation, the data subject shall have the right to be informed of the appropriate safeguards pursuant to Article 46 relating to the transfer.
 3. The controller shall provide a copy of the personal data undergoing processing. For any further copies requested by the data subject, the controller may charge a reasonable fee based on administrative costs. Where the data subject makes the request by electronic means, and unless otherwise requested by the data subject, the information shall be provided in a commonly used electronic form.
 4. The right to obtain a copy referred to in paragraph 3 shall not adversely affect the rights and freedoms of others.

Article 16 (Right to rectification)

The data subject shall have the right to obtain from the controller without undue delay the rectification of inaccurate personal data concerning him or her. Taking into account the purposes of the processing, the data subject shall have the right to have incomplete personal data completed, including by means of providing a supplementary statement.

Article 17 (Right to erasure ('right to be forgotten'))

1. The data subject shall have the right to obtain from the controller the erasure of personal data concerning him or her without undue delay and the controller

shall have the obligation to erase personal data without undue delay where one of the following grounds applies:

- (a) the personal data are no longer necessary in relation to the purposes for which they were collected or otherwise processed;
 - (b) the data subject withdraws consent on which the processing is based according to point (a) of Article 6(1), or point (a) of Article 9(2), and where there is no other legal ground for the processing;
 - (c) the data subject objects to the processing pursuant to Article 21(1) and there are no overriding legitimate grounds for the processing, or the data subject objects to the processing pursuant to Article 21(2);
 - (d) the personal data have been unlawfully processed;
 - (e) the personal data have to be erased for compliance with a legal obligation in Union or Member State law to which the controller is subject;
 - (f) the personal data have been collected in relation to the offer of information society services referred to in Article 8(1).
2. Where the controller has made the personal data public and is obliged pursuant to paragraph 1 to erase the personal data, the controller, taking account of available technology and the cost of implementation, shall take reasonable steps, including technical measures, to inform controllers which are processing the personal data that the data subject has requested the erasure by such controllers of any links to, or copy or replication of, those personal data.
3. Paragraphs 1 and 2 shall not apply to the extent that processing is necessary:
- (a) for exercising the right of freedom of expression and information;
 - (b) for compliance with a legal obligation which requires processing by Union or Member State law to which the controller is subject or for the performance of a task carried out in the public interest or in the exercise of official authority vested in the controller;

- (c) for reasons of public interest in the area of public health in accordance with points (h) and (i) of Article 9(2) as well as Article 9(3);
- (d) for archiving purposes in the public interest, scientific or historical research purposes or statistical purposes in accordance with Article 89(1) in so far as the right referred to in paragraph 1 is likely to render impossible or seriously impair the achievement of the objectives of that processing; or
- (e) for the establishment, exercise or defence of legal claims.

Article 18 (Right to restriction of processing)

1. The data subject shall have the right to obtain from the controller restriction of processing where one of the following applies:
 - (a) the accuracy of the personal data is contested by the data subject, for a period enabling the controller to verify the accuracy of the personal data;
 - (b) the processing is unlawful and the data subject opposes the erasure of the personal data and requests the restriction of their use instead;
 - (c) the controller no longer needs the personal data for the purposes of the processing, but they are required by the data subject for the establishment, exercise or defence of legal claims;
 - (d) the data subject has objected to processing pursuant to Article 21(1) pending the verification whether the legitimate grounds of the controller override those of the data subject.
2. Where processing has been restricted under paragraph 1, such personal data shall, with the exception of storage, only be processed with the data subject's consent or for the establishment, exercise or defence of legal claims or for the protection of the rights of another natural or legal person or for reasons of important public interest of the Union or of a Member State.

3. A data subject who has obtained restriction of processing pursuant to paragraph 1 shall be informed by the controller before the restriction of processing is lifted.

Article 19 (Notification obligation regarding rectification or erasure of personal data or restriction of processing)

The controller shall communicate any rectification or erasure of personal data or restriction of processing carried out in accordance with Article 16, Article 17(1) and Article 18 to each recipient to whom the personal data have been disclosed, unless this proves impossible or involves disproportionate effort. The controller shall inform the data subject about those recipients if the data subject requests it.

Article 20 (Right to data portability)

1. The data subject shall have the right to receive the personal data concerning him or her, which he or she has provided to a controller, in a structured, commonly used and machine-readable format and have the right to transmit those data to another controller without hindrance from the controller to which the personal data have been provided, where:
 - (a) the processing is based on consent pursuant to point (a) of Article 6(1) or point (a) of Article 9(2) or on a contract pursuant to point (b) of Article 6(1); and
 - (b) the processing is carried out by automated means.
2. In exercising his or her right to data portability pursuant to paragraph 1, the data subject shall have the right to have the personal data transmitted directly from one controller to another, where technically feasible.
3. The exercise of the right referred to in paragraph 1 of this Article shall be without prejudice to Article 17. That right shall not apply to processing necessary for the performance of a task carried out in the public interest or in

the exercise of official authority vested in the controller.

4. The right referred to in paragraph 1 shall not adversely affect the rights and freedoms of others.

Article 21 (Right to object)

1. The data subject shall have the right to object, on grounds relating to his or her particular situation, at any time to processing of personal data concerning him or her which is based on point (e) or (f) of Article 6(1), including profiling based on those provisions. The controller shall no longer process the personal data unless the controller demonstrates compelling legitimate grounds for the processing which override the interests, rights and freedoms of the data subject or for the establishment, exercise or defence of legal claims.
2. Where personal data are processed for direct marketing purposes, the data subject shall have the right to object at any time to processing of personal data concerning him or her for such marketing, which includes profiling to the extent that it is related to such direct marketing.
3. Where the data subject objects to processing for direct marketing purposes, the personal data shall no longer be processed for such purposes.
4. At the latest at the time of the first communication with the data subject, the right referred to in paragraphs 1 and 2 shall be explicitly brought to the attention of the data subject and shall be presented clearly and separately from any other information.
5. In the context of the use of information society services, and notwithstanding Directive 2002/58/EC, the data subject may exercise his or her right to object by automated means using technical specifications.
6. Where personal data are processed for scientific or historical research purposes

or statistical purposes pursuant to Article 89(1), the data subject, on grounds relating to his or her particular situation, shall have the right to object to processing of personal data concerning him or her, unless the processing is necessary for the performance of a task carried out for reasons of public interest.

Article 22 (Automated individual decision-making, including profiling)

1. The data subject shall have the right not to be subject to a decision based solely on automated processing, including profiling, which produces legal effects concerning him or her or similarly significantly affects him or her.
2. Paragraph 1 shall not apply if the decision:
 - (a) is necessary for entering into, or performance of, a contract between the data subject and a data controller;
 - (b) is authorised by Union or Member State law to which the controller is subject and which also lays down suitable measures to safeguard the data subject's rights and freedoms and legitimate interests; or
 - (c) is based on the data subject's explicit consent.
3. In the cases referred to in points (a) and (c) of paragraph 2, the data controller shall implement suitable measures to safeguard the data subject's rights and freedoms and legitimate interests, at least the right to obtain human intervention on the part of the controller, to express his or her point of view and to contest the decision.
4. Decisions referred to in paragraph 2 shall not be based on special categories of personal data referred to in Article 9(1), unless point (a) or (g) of Article 9(2) applies and suitable measures to safeguard the data subject's rights and freedoms and legitimate interests are in place.

Article 25 (Data protection by design and by default)

1. Taking into account the state of the art, the cost of implementation and the nature, scope, context and purposes of processing as well as the risks of varying likelihood and severity for rights and freedoms of natural persons posed by the processing, the controller shall, both at the time of the determination of the means for processing and at the time of the processing itself, implement appropriate technical and organisational measures, such as pseudonymisation, which are designed to implement data-protection principles, such as data minimisation, in an effective manner and to integrate the necessary safeguards into the processing in order to meet the requirements of this Regulation and protect the rights of data subjects.
2. The controller shall implement appropriate technical and organisational measures for ensuring that, by default, only personal data which are necessary for each specific purpose of the processing are processed. That obligation applies to the amount of personal data collected, the extent of their processing, the period of their storage and their accessibility. In particular, such measures shall ensure that by default personal data are not made accessible without the individual's intervention to an indefinite number of natural persons.
3. An approved certification mechanism pursuant to Article 42 may be used as an element to demonstrate compliance with the requirements set out in paragraphs 1 and 2 of this Article.

Article 32 (Security of processing)

1. Taking into account the state of the art, the costs of implementation and the nature, scope, context and purposes of processing as well as the risk of varying likelihood and severity for the rights and freedoms of natural persons, the controller and the processor shall implement appropriate technical and organisational measures to ensure a level of security appropriate to the risk,

including inter alia as appropriate:

- (a) the pseudonymisation and encryption of personal data;
 - (b) the ability to ensure the ongoing confidentiality, integrity, availability and resilience of processing systems and services;
 - (c) the ability to restore the availability and access to personal data in a timely manner in the event of a physical or technical incident;
 - (d) a process for regularly testing, assessing and evaluating the effectiveness of technical and organisational measures for ensuring the security of the processing.
2. In assessing the appropriate level of security account shall be taken in particular of the risks that are presented by processing, in particular from accidental or unlawful destruction, loss, alteration, unauthorised disclosure of, or access to personal data transmitted, stored or otherwise processed.
 3. Adherence to an approved code of conduct as referred to in Article 40 or an approved certification mechanism as referred to in Article 42 may be used as an element by which to demonstrate compliance with the requirements set out in paragraph 1 of this Article.
 4. The controller and processor shall take steps to ensure that any natural person acting under the authority of the controller or the processor who has access to personal data does not process them except on instructions from the controller, unless he or she is required to do so by Union or Member State law.

Article 33 (Notification of a personal data breach to the supervisory authority)

1. In the case of a personal data breach, the controller shall without undue delay and, where feasible, not later than 72 hours after having become aware of it, notify the personal data breach to the supervisory authority competent in

accordance with Article 55, unless the personal data breach is unlikely to result in a risk to the rights and freedoms of natural persons. Where the notification to the supervisory authority is not made within 72 hours, it shall be accompanied by reasons for the delay.

2. The processor shall notify the controller without undue delay after becoming aware of a personal data breach.
3. The notification referred to in paragraph 1 shall at least:
 - (a) describe the nature of the personal data breach including where possible, the categories and approximate number of data subjects concerned and the categories and approximate number of personal data records concerned;
 - (b) communicate the name and contact details of the data protection officer or other contact point where more information can be obtained;
 - (c) describe the likely consequences of the personal data breach;
 - (d) describe the measures taken or proposed to be taken by the controller to address the personal data breach, including, where appropriate, measures to mitigate its possible adverse effects.
4. Where, and in so far as, it is not possible to provide the information at the same time, the information may be provided in phases without undue further delay.
5. The controller shall document any personal data breaches, comprising the facts relating to the personal data breach, its effects and the remedial action taken. That documentation shall enable the supervisory authority to verify compliance with this Article.

Article 34 (Communication of a personal data breach to the data subject)

1. When the personal data breach is likely to result in a high risk to the rights

and freedoms of natural persons, the controller shall communicate the personal data breach to the data subject without undue delay.

2. The communication to the data subject referred to in paragraph 1 of this Article shall describe in clear and plain language the nature of the personal data breach and contain at least the information and measures referred to in points (b), (c) and (d) of Article 33(3).
3. The communication to the data subject referred to in paragraph 1 shall not be required if any of the following conditions are met:
 - (a) the controller has implemented appropriate technical and organisational protection measures, and those measures were applied to the personal data affected by the personal data breach, in particular those that render the personal data unintelligible to any person who is not authorised to access it, such as encryption;
 - (b) the controller has taken subsequent measures which ensure that the high risk to the rights and freedoms of data subjects referred to in paragraph 1 is no longer likely to materialise;
 - (c) it would involve disproportionate effort. In such a case, there shall instead be a public communication or similar measure whereby the data subjects are informed in an equally effective manner.
4. If the controller has not already communicated the personal data breach to the data subject, the supervisory authority, having considered the likelihood of the personal data breach resulting in a high risk, may require it to do so or may decide that any of the conditions referred to in paragraph 3 are met.

Article 37 (Designation of the data protection officer)

1. The controller and the processor shall designate a data protection officer in any case where:

- (a) the processing is carried out by a public authority or body, except for courts acting in their judicial capacity;
 - (b) the core activities of the controller or the processor consist of processing operations which, by virtue of their nature, their scope and/or their purposes, require regular and systematic monitoring of data subjects on a large scale; or
 - (c) the core activities of the controller or the processor consist of processing on a large scale of special categories of data pursuant to Article 9 and personal data relating to criminal convictions and offences referred to in Article 10.
2. A group of undertakings may appoint a single data protection officer provided that a data protection officer is easily accessible from each establishment.
 3. Where the controller or the processor is a public authority or body, a single data protection officer may be designated for several such authorities or bodies, taking account of their organisational structure and size.
 4. In cases other than those referred to in paragraph 1, the controller or processor or associations and other bodies representing categories of controllers or processors may or, where required by Union or Member State law shall, designate a data protection officer. The data protection officer may act for such associations and other bodies representing controllers or processors.
 5. The data protection officer shall be designated on the basis of professional qualities and, in particular, expert knowledge of data protection law and practices and the ability to fulfil the tasks referred to in Article 39.
 6. The data protection officer may be a staff member of the controller or processor, or fulfil the tasks on the basis of a service contract.
 7. The controller or the processor shall publish the contact details of the data protection officer and communicate them to the supervisory authority.

Article 40 (Codes of conduct)

1. The Member States, the supervisory authorities, the Board and the Commission shall encourage the drawing up of codes of conduct intended to contribute to the proper application of this Regulation, taking account of the specific features of the various processing sectors and the specific needs of micro, small and medium-sized enterprises.
2. Associations and other bodies representing categories of controllers or processors may prepare codes of conduct, or amend or extend such codes, for the purpose of specifying the application of this Regulation, such as with regard to:
 - (a) fair and transparent processing;
 - (b) the legitimate interests pursued by controllers in specific contexts;
 - (c) the collection of personal data;
 - (d) the pseudonymisation of personal data;
 - (e) the information provided to the public and to data subjects;
 - (f) the exercise of the rights of data subjects;
 - (g) the information provided to, and the protection of, children, and the manner in which the consent of the holders of parental responsibility over children is to be obtained;
 - (h) the measures and procedures referred to in Articles 24 and 25 and the measures to ensure security of processing referred to in Article 32;
 - (i) the notification of personal data breaches to supervisory authorities and the communication of such personal data breaches to data subjects;
 - (j) the transfer of personal data to third countries or international organisations; or

- (k) out-of-court proceedings and other dispute resolution procedures for resolving disputes between controllers and data subjects with regard to processing, without prejudice to the rights of data subjects pursuant to Articles 77 and 79.
3. In addition to adherence by controllers or processors subject to this Regulation, codes of conduct approved pursuant to paragraph 5 of this Article and having general validity pursuant to paragraph 9 of this Article may also be adhered to by controllers or processors that are not subject to this Regulation pursuant to Article 3 in order to provide appropriate safeguards within the framework of personal data transfers to third countries or international organisations under the terms referred to in point (e) of Article 46(2). Such controllers or processors shall make binding and enforceable commitments, via contractual or other legally binding instruments, to apply those appropriate safeguards including with regard to the rights of data subjects.
 4. A code of conduct referred to in paragraph 2 of this Article shall contain mechanisms which enable the body referred to in Article 41(1) to carry out the mandatory monitoring of compliance with its provisions by the controllers or processors which undertake to apply it, without prejudice to the tasks and powers of supervisory authorities competent pursuant to Article 55 or 56.
 5. Associations and other bodies referred to in paragraph 2 of this Article which intend to prepare a code of conduct or to amend or extend an existing code shall submit the draft code, amendment or extension to the supervisory authority which is competent pursuant to Article 55. The supervisory authority shall provide an opinion on whether the draft code, amendment or extension complies with this Regulation and shall approve that draft code, amendment or extension if it finds that it provides sufficient appropriate safeguards.
 6. Where the draft code, or amendment or extension is approved in accordance with paragraph 5, and where the code of conduct concerned does not relate to processing activities in several Member States, the supervisory authority shall register and publish the code.

7. Where a draft code of conduct relates to processing activities in several Member States, the supervisory authority which is competent pursuant to Article 55 shall, before approving the draft code, amendment or extension, submit it in the procedure referred to in Article 63 to the Board which shall provide an opinion on whether the draft code, amendment or extension complies with this Regulation or, in the situation referred to in paragraph 3 of this Article, provides appropriate safeguards.
8. Where the opinion referred to in paragraph 7 confirms that the draft code, amendment or extension complies with this Regulation, or, in the situation referred to in paragraph 3, provides appropriate safeguards, the Board shall submit its opinion to the Commission.
9. The Commission may, by way of implementing acts, decide that the approved code of conduct, amendment or extension submitted to it pursuant to paragraph 8 of this Article have general validity within the Union. Those implementing acts shall be adopted in accordance with the examination procedure set out in Article 93(2).
10. The Commission shall ensure appropriate publicity for the approved codes which have been decided as having general validity in accordance with paragraph 9.
11. The Board shall collate all approved codes of conduct, amendments and extensions in a register and shall make them publicly available by way of appropriate means.

Article 41 (Monitoring of approved codes of conduct)

1. Without prejudice to the tasks and powers of the competent supervisory authority under Articles 57 and 58, the monitoring of compliance with a code of conduct pursuant to Article 40 may be carried out by a body which has an appropriate level of expertise in relation to the subject-matter of the code and

- is accredited for that purpose by the competent supervisory authority.
2. A body as referred to in paragraph 1 may be accredited to monitor compliance with a code of conduct where that body has:
 - (a) demonstrated its independence and expertise in relation to the subject-matter of the code to the satisfaction of the competent supervisory authority;
 - (b) established procedures which allow it to assess the eligibility of controllers and processors concerned to apply the code, to monitor their compliance with its provisions and to periodically review its operation;
 - (c) established procedures and structures to handle complaints about infringements of the code or the manner in which the code has been, or is being, implemented by a controller or processor, and to make those procedures and structures transparent to data subjects and the public; and
 - (d) demonstrated to the satisfaction of the competent supervisory authority that its tasks and duties do not result in a conflict of interests.
 3. The competent supervisory authority shall submit the draft criteria for accreditation of a body as referred to in paragraph 1 of this Article to the Board pursuant to the consistency mechanism referred to in Article 63.
 4. Without prejudice to the tasks and powers of the competent supervisory authority and the provisions of Chapter VIII, a body as referred to in paragraph 1 of this Article shall, subject to appropriate safeguards, take appropriate action in cases of infringement of the code by a controller or processor, including suspension or exclusion of the controller or processor concerned from the code. It shall inform the competent supervisory authority of such actions and the reasons for taking them.
 5. The competent supervisory authority shall revoke the accreditation of a body as referred to in paragraph 1 if the conditions for accreditation are not, or are no longer, met or where actions taken by the body infringe this Regulation.

6. This Article shall not apply to processing carried out by public authorities and bodies.

Article 42 (Certification)

1. The Member States, the supervisory authorities, the Board and the Commission shall encourage, in particular at Union level, the establishment of data protection certification mechanisms and of data protection seals and marks, for the purpose of demonstrating compliance with this Regulation of processing operations by controllers and processors. The specific needs of micro, small and medium-sized enterprises shall be taken into account.
2. In addition to adherence by controllers or processors subject to this Regulation, data protection certification mechanisms, seals or marks approved pursuant to paragraph 5 of this Article may be established for the purpose of demonstrating the existence of appropriate safeguards provided by controllers or processors that are not subject to this Regulation pursuant to Article 3 within the framework of personal data transfers to third countries or international organisations under the terms referred to in point (f) of Article 46(2). Such controllers or processors shall make binding and enforceable commitments, via contractual or other legally binding instruments, to apply those appropriate safeguards, including with regard to the rights of data subjects.
3. The certification shall be voluntary and available via a process that is transparent.
4. A certification pursuant to this Article does not reduce the responsibility of the controller or the processor for compliance with this Regulation and is without prejudice to the tasks and powers of the supervisory authorities which are competent pursuant to Article 55 or 56.
5. A certification pursuant to this Article shall be issued by the certification bodies referred to in Article 43 or by the competent supervisory authority, on

the basis of criteria approved by that competent supervisory authority pursuant to Article 58(3) or by the Board pursuant to Article 63. Where the criteria are approved by the Board, this may result in a common certification, the European Data Protection Seal.

6. The controller or processor which submits its processing to the certification mechanism shall provide the certification body referred to in Article 43, or where applicable, the competent supervisory authority, with all information and access to its processing activities which are necessary to conduct the certification procedure.
7. Certification shall be issued to a controller or processor for a maximum period of three years and may be renewed, under the same conditions, provided that the relevant requirements continue to be met. Certification shall be withdrawn, as applicable, by the certification bodies referred to in Article 43 or by the competent supervisory authority where the requirements for the certification are not or are no longer met.
8. The Board shall collate all certification mechanisms and data protection seals and marks in a register and shall make them publicly available by any appropriate means.

Article 43 (Certification bodies)

1. Without prejudice to the tasks and powers of the competent supervisory authority under Articles 57 and 58, certification bodies which have an appropriate level of expertise in relation to data protection shall, after informing the supervisory authority in order to allow it to exercise its powers pursuant to point (h) of Article 58(2) where necessary, issue and renew certification. Member States shall ensure that those certification bodies are accredited by one or both of the following:
 - (a) the supervisory authority which is competent pursuant to Article 55 or 56;

- (b) the national accreditation body named in accordance with Regulation (EC) No 765/2008 of the European Parliament and of the Council (20) in accordance with EN-ISO/IEC 17065/2012 and with the additional requirements established by the supervisory authority which is competent pursuant to Article 55 or 56.
2. Certification bodies referred to in paragraph 1 shall be accredited in accordance with that paragraph only where they have:
- (a) demonstrated their independence and expertise in relation to the subject-matter of the certification to the satisfaction of the competent supervisory authority;
 - (b) undertaken to respect the criteria referred to in Article 42(5) and approved by the supervisory authority which is competent pursuant to Article 55 or 56 or by the Board pursuant to Article 63;
 - (c) established procedures for the issuing, periodic review and withdrawal of data protection certification, seals and marks;
 - (d) established procedures and structures to handle complaints about infringements of the certification or the manner in which the certification has been, or is being, implemented by the controller or processor, and to make those procedures and structures transparent to data subjects and the public; and
 - (e) demonstrated, to the satisfaction of the competent supervisory authority, that their tasks and duties do not result in a conflict of interests.
3. The accreditation of certification bodies as referred to in paragraphs 1 and 2 of this Article shall take place on the basis of criteria approved by the supervisory authority which is competent pursuant to Article 55 or 56 or by the Board pursuant to Article 63. In the case of accreditation pursuant to point (b) of paragraph 1 of this Article, those requirements shall complement those envisaged in Regulation (EC) No 765/2008 and the technical rules that describe

the methods and procedures of the certification bodies.

4. The certification bodies referred to in paragraph 1 shall be responsible for the proper assessment leading to the certification or the withdrawal of such certification without prejudice to the responsibility of the controller or processor for compliance with this Regulation. The accreditation shall be issued for a maximum period of five years and may be renewed on the same conditions provided that the certification body meets the requirements set out in this Article.
5. The certification bodies referred to in paragraph 1 shall provide the competent supervisory authorities with the reasons for granting or withdrawing the requested certification.
6. The requirements referred to in paragraph 3 of this Article and the criteria referred to in Article 42(5) shall be made public by the supervisory authority in an easily accessible form. The supervisory authorities shall also transmit those requirements and criteria to the Board. The Board shall collate all certification mechanisms and data protection seals in a register and shall make them publicly available by any appropriate means.
7. Without prejudice to Chapter VIII, the competent supervisory authority or the national accreditation body shall revoke an accreditation of a certification body pursuant to paragraph 1 of this Article where the conditions for the accreditation are not, or are no longer, met or where actions taken by a certification body infringe this Regulation.
8. The Commission shall be empowered to adopt delegated acts in accordance with Article 92 for the purpose of specifying the requirements to be taken into account for the data protection certification mechanisms referred to in Article 42(1).
9. The Commission may adopt implementing acts laying down technical standards for certification mechanisms and data protection seals and marks, and

mechanisms to promote and recognise those certification mechanisms, seals and marks. Those implementing acts shall be adopted in accordance with the examination procedure referred to in Article 93(2).

Article 44 (General principle for transfers)

Any transfer of personal data which are undergoing processing or are intended for processing after transfer to a third country or to an international organisation shall take place only if, subject to the other provisions of this Regulation, the conditions laid down in this Chapter are complied with by the controller and processor, including for onward transfers of personal data from the third country or an international organisation to another third country or to another international organisation. All provisions in this Chapter shall be applied in order to ensure that the level of protection of natural persons guaranteed by this Regulation is not undermined.

Article 45 (Transfers on the basis of an adequacy decision)

1. A transfer of personal data to a third country or an international organisation may take place where the Commission has decided that the third country, a territory or one or more specified sectors within that third country, or the international organisation in question ensures an adequate level of protection. Such a transfer shall not require any specific authorisation.
2. When assessing the adequacy of the level of protection, the Commission shall, in particular, take account of the following elements:
 - (a) the rule of law, respect for human rights and fundamental freedoms, relevant legislation, both general and sectoral, including concerning public security, defence, national security and criminal law and the access of public authorities to personal data, as well as the implementation of such legislation, data protection rules, professional rules and security measures, including rules for the onward transfer of personal data to another third

- country or international organisation which are complied with in that country or international organisation, case-law, as well as effective and enforceable data subject rights and effective administrative and judicial redress for the data subjects whose personal data are being transferred;
- (b) the existence and effective functioning of one or more independent supervisory authorities in the third country or to which an international organisation is subject, with responsibility for ensuring and enforcing compliance with the data protection rules, including adequate enforcement powers, for assisting and advising the data subjects in exercising their rights and for cooperation with the supervisory authorities of the Member States; and
 - (c) the international commitments the third country or international organisation concerned has entered into, or other obligations arising from legally binding conventions or instruments as well as from its participation in multilateral or regional systems, in particular in relation to the protection of personal data.
3. The Commission, after assessing the adequacy of the level of protection, may decide, by means of implementing act, that a third country, a territory or one or more specified sectors within a third country, or an international organisation ensures an adequate level of protection within the meaning of paragraph 2 of this Article. The implementing act shall provide for a mechanism for a periodic review, at least every four years, which shall take into account all relevant developments in the third country or international organisation. The implementing act shall specify its territorial and sectoral application and, where applicable, identify the supervisory authority or authorities referred to in point (b) of paragraph 2 of this Article. The implementing act shall be adopted in accordance with the examination procedure referred to in Article 93(2).
4. The Commission shall, on an ongoing basis, monitor developments in third countries and international organisations that could affect the functioning of

decisions adopted pursuant to paragraph 3 of this Article and decisions adopted on the basis of Article 25(6) of Directive 95/46/EC.

5. The Commission shall, where available information reveals, in particular following the review referred to in paragraph 3 of this Article, that a third country, a territory or one or more specified sectors within a third country, or an international organisation no longer ensures an adequate level of protection within the meaning of paragraph 2 of this Article, to the extent necessary, repeal, amend or suspend the decision referred to in paragraph 3 of this Article by means of implementing acts without retro-active effect. Those implementing acts shall be adopted in accordance with the examination procedure referred to in Article 93(2).

On duly justified imperative grounds of urgency, the Commission shall adopt immediately applicable implementing acts in accordance with the procedure referred to in Article 93(3).

6. The Commission shall enter into consultations with the third country or international organisation with a view to remedying the situation giving rise to the decision made pursuant to paragraph 5.
7. A decision pursuant to paragraph 5 of this Article is without prejudice to transfers of personal data to the third country, a territory or one or more specified sectors within that third country, or the international organisation in question pursuant to Articles 46 to 49.
8. The Commission shall publish in the Official Journal of the European Union and on its website a list of the third countries, territories and specified sectors within a third country and international organisations for which it has decided that an adequate level of protection is or is no longer ensured.
9. Decisions adopted by the Commission on the basis of Article 25(6) of Directive 95/46/EC shall remain in force until amended, replaced or repealed by a Commission Decision adopted in accordance with paragraph 3 or 5 of this Article.

Article 46 (Transfers subject to appropriate safeguards)

1. In the absence of a decision pursuant to Article 45(3), a controller or processor may transfer personal data to a third country or an international organisation only if the controller or processor has provided appropriate safeguards, and on condition that enforceable data subject rights and effective legal remedies for data subjects are available.
2. The appropriate safeguards referred to in paragraph 1 may be provided for, without requiring any specific authorisation from a supervisory authority, by:
 - (a) a legally binding and enforceable instrument between public authorities or bodies;
 - (b) binding corporate rules in accordance with Article 47;
 - (c) standard data protection clauses adopted by the Commission in accordance with the examination procedure referred to in Article 93(2);
 - (d) standard data protection clauses adopted by a supervisory authority and approved by the Commission pursuant to the examination procedure referred to in Article 93(2);
 - (e) an approved code of conduct pursuant to Article 40 together with binding and enforceable commitments of the controller or processor in the third country to apply the appropriate safeguards, including as regards data subjects' rights; or
 - (f) an approved certification mechanism pursuant to Article 42 together with binding and enforceable commitments of the controller or processor in the third country to apply the appropriate safeguards, including as regards data subjects' rights.
3. Subject to the authorisation from the competent supervisory authority, the appropriate safeguards referred to in paragraph 1 may also be provided for, in

particular, by:

- (a) contractual clauses between the controller or processor and the controller, processor or the recipient of the personal data in the third country or international organisation; or
 - (b) provisions to be inserted into administrative arrangements between public authorities or bodies which include enforceable and effective data subject rights.
4. The supervisory authority shall apply the consistency mechanism referred to in Article 63 in the cases referred to in paragraph 3 of this Article.
5. Authorisations by a Member State or supervisory authority on the basis of Article 26(2) of Directive 95/46/EC shall remain valid until amended, replaced or repealed, if necessary, by that supervisory authority. Decisions adopted by the Commission on the basis of Article 26(4) of Directive 95/46/EC shall remain in force until amended, replaced or repealed, if necessary, by a Commission Decision adopted in accordance with paragraph 2 of this Article.

Article 47 (Binding corporate rules)

1. The competent supervisory authority shall approve binding corporate rules in accordance with the consistency mechanism set out in Article 63, provided that they:
- (a) are legally binding and apply to and are enforced by every member concerned of the group of undertakings, or group of enterprises engaged in a joint economic activity, including their employees;
 - (b) expressly confer enforceable rights on data subjects with regard to the processing of their personal data; and
 - (c) fulfil the requirements laid down in paragraph 2.

2. The binding corporate rules referred to in paragraph 1 shall specify at least:
- (a) the structure and contact details of the group of undertakings, or group of enterprises engaged in a joint economic activity and of each of its members;
 - (b) the data transfers or set of transfers, including the categories of personal data, the type of processing and its purposes, the type of data subjects affected and the identification of the third country or countries in question;
 - (c) their legally binding nature, both internally and externally;
 - (d) the application of the general data protection principles, in particular purpose limitation, data minimisation, limited storage periods, data quality, data protection by design and by default, legal basis for processing, processing of special categories of personal data, measures to ensure data security, and the requirements in respect of onward transfers to bodies not bound by the binding corporate rules;
 - (e) the rights of data subjects in regard to processing and the means to exercise those rights, including the right not to be subject to decisions based solely on automated processing, including profiling in accordance with Article 22, the right to lodge a complaint with the competent supervisory authority and before the competent courts of the Member States in accordance with Article 79, and to obtain redress and, where appropriate, compensation for a breach of the binding corporate rules;
 - (f) the acceptance by the controller or processor established on the territory of a Member State of liability for any breaches of the binding corporate rules by any member concerned not established in the Union; the controller or the processor shall be exempt from that liability, in whole or in part, only if it proves that that member is not responsible for the event giving rise to the damage;
 - (g) how the information on the binding corporate rules, in particular on the

- provisions referred to in points (d), (e) and (f) of this paragraph is provided to the data subjects in addition to Articles 13 and 14;
- (h) the tasks of any data protection officer designated in accordance with Article 37 or any other person or entity in charge of the monitoring compliance with the binding corporate rules within the group of undertakings, or group of enterprises engaged in a joint economic activity, as well as monitoring training and complaint-handling;
 - (i) the complaint procedures;
 - (j) the mechanisms within the group of undertakings, or group of enterprises engaged in a joint economic activity for ensuring the verification of compliance with the binding corporate rules. Such mechanisms shall include data protection audits and methods for ensuring corrective actions to protect the rights of the data subject. Results of such verification should be communicated to the person or entity referred to in point (h) and to the board of the controlling undertaking of a group of undertakings, or of the group of enterprises engaged in a joint economic activity, and should be available upon request to the competent supervisory authority;
 - (k) the mechanisms for reporting and recording changes to the rules and reporting those changes to the supervisory authority;
 - (l) the cooperation mechanism with the supervisory authority to ensure compliance by any member of the group of undertakings, or group of enterprises engaged in a joint economic activity, in particular by making available to the supervisory authority the results of verifications of the measures referred to in point (j);
 - (m) the mechanisms for reporting to the competent supervisory authority any legal requirements to which a member of the group of undertakings, or group of enterprises engaged in a joint economic activity is subject in a third country which are likely to have a substantial adverse effect on the guarantees provided by the binding corporate rules; and

- (n) the appropriate data protection training to personnel having permanent or regular access to personal data.
3. The Commission may specify the format and procedures for the exchange of information between controllers, processors and supervisory authorities for binding corporate rules within the meaning of this Article. Those implementing acts shall be adopted in accordance with the examination procedure set out in Article 93(2).

Article 48 (Transfers or disclosures not authorised by Union law)

Any judgment of a court or tribunal and any decision of an administrative authority of a third country requiring a controller or processor to transfer or disclose personal data may only be recognised or enforceable in any manner if based on an international agreement, such as a mutual legal assistance treaty, in force between the requesting third country and the Union or a Member State, without prejudice to other grounds for transfer pursuant to this Chapter.

Article 49 (Derogations for specific situations)

1. In the absence of an adequacy decision pursuant to Article 45(3), or of appropriate safeguards pursuant to Article 46, including binding corporate rules, a transfer or a set of transfers of personal data to a third country or an international organisation shall take place only on one of the following conditions:
- (a) the data subject has explicitly consented to the proposed transfer, after having been informed of the possible risks of such transfers for the data subject due to the absence of an adequacy decision and appropriate safeguards;
 - (b) the transfer is necessary for the performance of a contract between the data subject and the controller or the implementation of pre-contractual

- measures taken at the data subject's request;
- (c) the transfer is necessary for the conclusion or performance of a contract concluded in the interest of the data subject between the controller and another natural or legal person;
 - (d) the transfer is necessary for important reasons of public interest;
 - (e) the transfer is necessary for the establishment, exercise or defence of legal claims;
 - (f) the transfer is necessary in order to protect the vital interests of the data subject or of other persons, where the data subject is physically or legally incapable of giving consent;
 - (g) the transfer is made from a register which according to Union or Member State law is intended to provide information to the public and which is open to consultation either by the public in general or by any person who can demonstrate a legitimate interest, but only to the extent that the conditions laid down by Union or Member State law for consultation are fulfilled in the particular case.

Where a transfer could not be based on a provision in Article 45 or 46, including the provisions on binding corporate rules, and none of the derogations for a specific situation referred to in the first subparagraph of this paragraph is applicable, a transfer to a third country or an international organisation may take place only if the transfer is not repetitive, concerns only a limited number of data subjects, is necessary for the purposes of compelling legitimate interests pursued by the controller which are not overridden by the interests or rights and freedoms of the data subject, and the controller has assessed all the circumstances surrounding the data transfer and has on the basis of that assessment provided suitable safeguards with regard to the protection of personal data. The controller shall inform the supervisory authority of the transfer. The controller shall, in addition to providing the information referred to in Articles 13 and 14, inform the data subject of the transfer and on the compelling legitimate interests pursued.

2. A transfer pursuant to point (g) of the first subparagraph of paragraph 1 shall not involve the entirety of the personal data or entire categories of the personal data contained in the register. Where the register is intended for consultation by persons having a legitimate interest, the transfer shall be made only at the request of those persons or if they are to be the recipients.
3. Points (a), (b) and (c) of the first subparagraph of paragraph 1 and the second subparagraph thereof shall not apply to activities carried out by public authorities in the exercise of their public powers.
4. The public interest referred to in point (d) of the first subparagraph of paragraph 1 shall be recognised in Union law or in the law of the Member State to which the controller is subject.
5. In the absence of an adequacy decision, Union or Member State law may, for important reasons of public interest, expressly set limits to the transfer of specific categories of personal data to a third country or an international organisation. Member States shall notify such provisions to the Commission.
6. The controller or processor shall document the assessment as well as the suitable safeguards referred to in the second subparagraph of paragraph 1 of this Article in the records referred to in Article 30.

Article 50 (International cooperation for the protection of personal data)

In relation to third countries and international organisations, the Commission and supervisory authorities shall take appropriate steps to:

- (a) develop international cooperation mechanisms to facilitate the effective enforcement of legislation for the protection of personal data;
- (b) provide international mutual assistance in the enforcement of legislation for the protection of personal data, including through notification, complaint

- referral, investigative assistance and information exchange, subject to appropriate safeguards for the protection of personal data and other fundamental rights and freedoms;
- (c) engage relevant stakeholders in discussion and activities aimed at furthering international cooperation in the enforcement of legislation for the protection of personal data;
 - (d) promote the exchange and documentation of personal data protection legislation and practice, including on jurisdictional conflicts with third countries.

Article 68 (European Data Protection Board)

1. The European Data Protection Board (the 'Board') is hereby established as a body of the Union and shall have legal personality.
2. The Board shall be represented by its Chair.
3. The Board shall be composed of the head of one supervisory authority of each Member State and of the European Data Protection Supervisor, or their respective representatives.
4. Where in a Member State more than one supervisory authority is responsible for monitoring the application of the provisions pursuant to this Regulation, a joint representative shall be appointed in accordance with that Member State's law.
5. The Commission shall have the right to participate in the activities and meetings of the Board without voting right. The Commission shall designate a representative. The Chair of the Board shall communicate to the Commission the activities of the Board.
6. In the cases referred to in Article 65, the European Data Protection Supervisor

shall have voting rights only on decisions which concern principles and rules applicable to the Union institutions, bodies, offices and agencies which correspond in substance to those of this Regulation.

Article 83 (General conditions for imposing administrative fines)

5. Infringements of the following provisions shall, in accordance with paragraph 2, be subject to administrative fines up to 20 000 000 EUR, or in the case of an undertaking, up to 4 % of the total worldwide annual turnover of the preceding financial year, whichever is higher:

- (c) the transfers of personal data to a recipient in a third country or an international organisation pursuant to Articles 44 to 49;

Article 94 (Repeal of Directive 95/46/EC)

1. Directive 95/46/EC is repealed with effect from 25 May 2018.
2. References to the repealed Directive shall be construed as references to this Regulation. References to the Working Party on the Protection of Individuals with regard to the Processing of Personal Data established by Article 29 of Directive 95/46/EC shall be construed as references to the European Data Protection Board established by this Regulation.

(2) 미국 외국인 개인정보처리 대통령 훈령

(USSID SPOOIS SUPPLEMENTAL PROCEDURES FOR THE COLLECTION, PROCESSING, RETENTION, AND DISSEMINATION OF SIGNALS INTELLIGENCE INFORMATION AND DATA CONTAINING PERSONAL INFORMATION OF NONUNITED STATES PERSONS(Presidential Policy Directive 28)

SECTION 5 – (U) PROCESSING

(U) Intercepted Material

5.1 (U) Forwarding of Intercepted Material. FOREIGN COMMUNICATIONS collected by the USSS may be forwarded as intercepted to NSA/CSS, intermediate processing facilities, and collaborating centers for further processing and analysis to determine whether the communications contain foreign intelligence.

5.2 (U) Information from nonpublic communications acquired in bulk that contain personal information to, from, or about non-U.S. persons may be used only for the purposes of detecting and countering:

- a. (U) Espionage and other threats and activities directed by foreign powers or their intelligence services against the United States and its interests;
- b. (U) Threats to the United States and its interests from terrorism;
- c. (U) Threats to the United States and its interests from the development, possession, proliferation, or use of weapons of mass destruction;
- d. (U) Cybersecurity threats;
- e. (U) Threats to U.S. or allied armed forces or other U.S. or allied personnel; and
- f. (U) Transnational criminal threats, including illicit finance and sanctions evasion related to the other purposes described above.

3. Books & Articles

김현진 / 이보옥, “EU-美간 세이프하버 결정의 무효 판결과 시사점”, 『NIA PRIVACY ISSUES』 제15호.

박훤일, “개인정보 유통에 관한 국제규범과 우리의 대응—EU BCRs과 APEC CBPR을 중심으로—”, 『국제거래연구』 제23집 제2호, 2014. 12, 239면 이하.

최경진, “유럽사법재판소 세이프 하버 협정 무효 판결과 개인정보보호 정책의 변화”, 『언론중재』, 2016년 봄호, 78면 이하.

BayLDA, EU-Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO), Das BayLDA auf dem Weg zur Umsetzung der Verordnung, I. Sicherheit der Verarbeitung - Art. 32 DS-GVO (2016. 6. 9.).

Bretthauer, Sebastian, Kommentar zu EuGH, Safe Harbour, K&R 2015, S. 717ff.

Buchner, Benedikt, Grundsätze und Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung unter der DS-GVO, DuD 2016, S. 155ff.

European Commission - Press release, EU Commission and United States agree on new framework for transatlantic data flows: EU-US Privacy Shield(IP/16/216).

Grau, Timon/Granetzny, Thomas, EU-US-Privacy Shield - Wie sieht die Zukunft des transatlantischen Datenverkehrs aus?, NZA 2016, S. 405ff.

the guardian, What is 'safe harbour' and why did the EUCJ just declare it invalid? (2015. 10. 6.)

Holznagel, Bernd, Recht der IT-Sicherheit, 2003, München.

Kühling, Jürgen/Klar, Manuel, Unsicherheitfaktor Datenschutzrecht – Das Beispiel des Personenbezugs und der Anonymität, NJW 2013, S. 3611ff.

Kühling, Jürgen/Heberlein, Johanna, EuGH „reloaded“: „unsafe harbor“ USA vs. „Datenfestung“ EU, NVwZ 2016, S. 7ff

OECD Digital Economy Outlook 2015.

Ohrtmann, Jan-Peter/Schwiering, Sebastian, Big Data und Datenschutz – Rechtliche Herausforderungen und Lösungsansätze, NJW 2014, S. 2984ff.

Spindler, Gerald, Die neue EU-Datenschutz-Grundverordnung, Der Betrieb 2016, S. 937ff.

KOREA LEGISLATION RESEARCH INSTITUTE



ISSUE 04

국제해양법 분야

“국제해양법 분야 글로벌 법제 이슈와 동향”

부록 ▶ 국제해저기구 망간단괴 개발규칙 작성방향

이 용 희

한국해양대학교 해사법학부 교수

국제해양법 분야 글로벌 법제 이슈와 동향

이 용 희*

Abstract

국제해양법질서는 1982년 제3차 유엔해양법회의에서 채택되고 1994년 발효한 유엔해양법협약에 의해 유지되고 있다. 비록 동 협약이 해양의 모든 질서를 규정하고 있는 것은 아니지만, 국가간 해양질서의 기초를 제공하고 있으며 구체적인 질서는 후속협약 또는 개별조약에 의하여 보충되고 보완되어 오고 있으며, 관련 당사국 및 국제기구의 활동에 의해 실천되고 있다.

국제해양법과 관련된 정부간 국제기구로서는 심해저와 그 자원의 관리를 전담하고 있는 국제해저기구, 선박의 운항과 관련된 국제질서를 담당하고 있는 국제해사기구 등이 대표적 국제기구라고 볼 수 있다. 또한 국제해양법의 해석과 적용과정에서 국가간의 분쟁이 빈번히 나타나고 있다. 국가간의 해양분쟁은 해양관할권분쟁, 해양자원 개발분쟁, 해양환경분쟁 등 다양한 형태로 나타나고 있는데 이러한 분쟁은 유엔헌장의 원칙과 국제법강 국가의 기본적 의무로서 평화적으로 해결되어야 한다. 평화적인 해결방법으로서는 당사자간의 직접협상, 주선, 중개, 사실심사, 조정 등의 임의적 분쟁해결절차가 우선적으로 적용되지만, 이러한 절차에 의해서도 해결되지 않는 법률 분쟁에 대해서는 국제해양법재판소, 국제사법재판소, 상설중재재판소 등이 해결기관으로서 역할을 수행하고 있다.

* 법학박사, 한국해양대학교 해사법학부 교수

지난 2015년도에도 이러한 국제기구들을 중심으로 국제해양법적으로 유의미하며, 국내입법 및 독도 영유권문제에 영향을 줄 수 있는 사안들이 다수 발생하여 진행되었다. 국제해저기구는 제21회기 정기회의를 개최하고 최우선 의제로 심해저 망간단괴의 상업생산단계를 규율할 개발규칙안을 논의하였으며, 또한 2016년에 종료되는 우리나라를 비롯한 7개국의 제1세대 망간단괴 탐사계약자의 계약 연장문제를 해결하였다. 국가간 해양분쟁과 관련하여서도 의미있는 판결이 국제해양법재판소 및 상설중재재판소에서 내려진 바 있다. 국제해양법재판소는 서중부 아프리카 7개국으로 구성된 소지역어업위원회가 ‘불법, 비규제, 비보고어업’에 대한 기국과 국제기구의 의무와 책임범위에 대한 권고적 의견 요청에 대하여 권고적 의견을 내렸다. 또한, 코트디부아르가 가나와의 해양경계획정사건과 관련하여 최종판결이 내려지기까지 가나가 분쟁수역에서 탐사 및 개발활동을 중지하라는 잠정조치 명령을 요청한 것에 대하여 잠정조치 명령을 내린바 있다. 이 밖에도 이탈리아가 인도를 상대로 중재재판소에 제기한 엔리카렉시에호사건과 관련하여 중재재판소의 최종판결이 내려질 때까지 인도 국내의 모든 소송절차를 중지하고 인도의 형사소송절차에 대상이 되고 있는 두 명의 이탈리아 해병에게 신체의 자유 및 여행의 자유를 인정하여 이탈리아에 체류할 수 있도록 요청한 잠정조치사건에 대하여 명령을 내렸다. 상설중재재판소는 모리셔스가 차고스군도 주변수역에 일방적으로 해양보호구역 설정한 영국을 상대한 제소한 사건에 대하여 최종판정을 내렸다. 또한, 남중국해에서 중국이 일방적인 구단선 주장에 따른 관할권 행사와 남중국해 영유권분쟁이 발생하고 있는 산호초 또는 수중암초에 인공섬을 건설한 것을 쟁점화 하여 분쟁을 부탁한 필리핀의 청구에 대한 관할권 존부 및 소의 허용성 여부에 대한 판정을 하였다.

한편, 국가관할권 이원의 공해 및 심해저에 존재하는 해양유전자원의 이용에 관한 국제적 논의는 2015년에 제9차 실무작업반회의가 유엔에서 개최되었다. 특히, 2015년 회의에서는 국가 해양관할권 외측해역의 해양생물다양성 보전을 위해 새로운 유엔 해양법협약하의 법적 구속력있는 국제문서 제정의 필요성에 합의하고, 동 문서 작성을 위한 준비위원회 개최 등의 후속절차를 결정하였다.

1. 국제해양법 관련 국제기구 및 국제회의 동향

1. 국제해저기구(International Seabed Authority)

국제해저기구는 1982년 유엔해양법협약에 의거하여 설치된 정부간 국제기구이다. 국제해저기구는 국가 관할권 외측의 해저, 해상 및 그 하층토로 구성되는 심해저(the Area)와 그 자원을 인류 전체를 대신하여 관리하는 기능을 수행하고 있다. 심해저와 그 자원은 동 협약에 의거하여 인류공동유산(Common Heritage of Mankind)이라는 법적 지위를 부여받고 있다. 국제해저기구는 인류공동유산인 심해저 특히 그 자원의 탐사 및 개발을 독점적으로 관리하고, 그로 인하여 발생하는 이익을 형평하게 인류에게 분배하는 역할을 수행하는 것이 주된 역할이다. 심해저자원은 고체성, 액체성, 기체성 광물자원을 지칭하는 것으로서, 이에 해당하는 것이 망간단괴, 망간각, 해저열수광상, 메탄하이드레이트, 해저석유 및 천연가스 등이다. 이중 국제사회의 관심을 모으고 있는 자원은 망간단괴, 망간각, 해저열수광상이다. 국제해저기구는 망간단괴, 망간각 및 해저열수광상에 대한 탐사규칙을 제정하여 탐사광구에 대한 신청을 받고 계약을 체결한 후 이들 탐사활동을 감독해 오고 있다.

2015년에는 7월 13일부터 24일까지 제21회기 정례회의가 자메이카 킹스틴에서 개최되었다. 총회, 이사회, 법률기술위원회, 재정위원회 등이 동시다발적으로 동 회기중 개최되었으며, 망간단괴 개발규칙안 심의, 2016년 종료되는 제1기 7개 망간단괴 탐사계약의 연장방법에 대한 토의, 심해저 탐사신청에 대한 허가, 재정위원회 및 법률기술위원회 보권선거 등이 중요한 사안으로 다루어졌다.

망간단괴 개발규칙안 심의와 관련하여서 이사회는 법률기술위원회가 2015년 3월 작성한 ‘심해저 광물 개발을 위한 규칙초안 작성을 위한 보고서(Developing a Regulatory Framework for Mineral Exploitation in the Area)’와 네덜란드가

작성한 ‘심해저 광물 개발을 위한 규칙초안 작성을 위한 보고서(Developing a Regulatory Framework for Mineral Exploitation in the Area)’와 네덜란드가 제안한 ‘심해저 광물자원 개발 규칙상 해양환경에 대한 심각한 손상문제(Addressing serious harm to the marine environment in the regulation for the exploitation of mineral resources in the Area)’를 논의하였다. 법률기술위원회의 보고서는 개발 규칙의 체계, 주요쟁점의 요약, 개발규칙 작성을 위한 활동계획으로 구성되었다. 특히, 동 문서는 향후 작성될 개발규칙의 체계로서 총칙, 개발계획서 승인을 위한 신청, 개발 계약, 해양환경의 보호 및 보존, 비밀성, 일반절차, 집행·위반 및 벌칙, 분쟁해결, 기타 광물자원, 재검토 등으로 제안하였다. 다만, 동 내용에는 이익의 납부제도, 사무국의 감시, 수입의 배분, 심해저기업의 운영 및 효과적인 참여 부분이 누락되었음을 밝히고 있다. 이사회는 법률기술위원회의 보고서와 네덜란드의 초안을 검토함에 있어 심해저 광물자원의 상업생산으로부터 야기되는 해양환경 손상 문제에 깊은 관심을 보이며 이에 대한 심도있는 검토를 강조하였다. 다른 한편으로는 해양환경의 보호 및 보존과 개발자의 이익이 공평하게 고려되어야 한다는 의견도 제시된 바 있다. 망간단과 개발규칙과 관련하여서는 2016년까지 법률기술위원회가 zero draft 를 작성하기로 계획된 바 있다.

다음으로, 제1기 망간단과 탐사계약자의 계약연장과 관련하여서는 법률기술위원회가 작성하여 제출한 계약 연장 절차 및 기준을 중심으로 논의를 진행하였다. 법률기술위원회가 제출한 초안을 지지하는 계약자 그룹 및 서유럽, 아시아 지역그룹과 개정을 요구하는 라틴아메리카/아프리카 지역그룹간의 상이한 의견차로 인하여 컨센서스 도출에 어려움을 겪었다. 라틴아메리카그룹과 아프리카그룹은 연장되는 계약의 내용이 기존 계약의 내용과는 달라야 한다는 점을 요구하였다. 이와 같은 입장 차이는 회의 마지막 순간에 이사회 결정문과 법률기술위원회 초안을 package deal 로 채택하기로 합의하여 탐사계약의 연장문제를 해결하였다. 동 결정에 따라 우리나라는 탐사계약이 종료되기 6월 전인 2015년 10월 26일까지 연장신청서를 국제해저기구에 제출하여야 하며, 신청에 소요되는 비용은 미화 67,000달러로 결정되었다.

2. 국제해양법재판소(International Tribunal for the Law of the Sea)

국제해양법재판소는 유엔해양법협약에 의하여 신설된 독립적 지위를 갖는 국제해양법분쟁해결에 특화된 국제재판소이다. 이 재판소는 유엔해양법협약당사국회의에서 지리적 형평성을 고려하여 선출되는 임기 9년의 21명 재판관으로 구성되며, 소재지는 독일의 함부르크이다.

재판소는 유엔해양법협약의 해석과 적용에 관한 분쟁과 동 협약에 일치하는 내용의 타 국제협약에서 관할권이 부여된 분쟁에 대하여 관할권을 갖는다. 특히, 동 재판소는 구속력 있는 결정을 수반하는 강제적 분쟁해결절차를 규정하고 있는 협약 분쟁해결제도에 따라 분쟁당사국 일방이 요청하는 분쟁에 대하여 강제적 관할권을 갖는다. 물론, 협약상 강제적 관할권을 보유하는 재판기관은 국제사법재판소, 국제해양법재판소, 중재재판소, 특별중재재판소 등 4개가 있으며, 협약당사국이 협약 서명, 비준, 가입시 또는 그 이후 언제라도 서면으로 위의 4개 재판기관 중 하나 이상을 선택할 수 있으며, 분쟁당사국이 모두 국제해양법재판소를 선택한 경우 일방당사국의 제소에 따라 당해 분쟁에 대하여 강제관할권을 보유한다.

국제해양법재판소는 협약의 해석과 적용에 관한 본안분쟁 뿐만 아니라 잠정조치명령, 억류된 선박과 선원의 신속한 석방명령에 관한 신청을 수리할 수 있으며, 권고적 의견에 대한 신청도 처리할 수 있다. 이 밖에도 심해저분쟁에 관해서는 독점적 관할권을 갖는 심해저분쟁재판부를 하부조직으로 두고 있다.

2015년에 동 재판소는 소지역어업위원회(Sub-Regional Fisheries Commission: 이하에서 'SRFC' 라 함)가 요청한 권고적 의견사건에 대한 권고적 의견, 가나와 코트디부아르간의 해양경계획정사건에 대한 잠정조치, 이탈리아와 인도간 엔리카렉시에(Enrica Lexie)호 사건에 대한 잠정조치 청구사건에 대하여 판단을 하였다.

■ 소지역어업위원회의 권고적 의견사건

소지역어업위원회의 권고적 의견사건은 카보 베르데, 갬비아, 기니, 기니 비사우, 모리타니아, 세네갈, 시에라리온 등 7개국으로 구성된 지역수산기구인 소지역어업위원회가 2013년 3월 28일 국제해양법재판소에 권고적 의견을 요청하면서 개시된 사건이다.

소지역위원회가 국제해양법재판소의 권고적 의견을 요청한 사안은 다음과 같이 4가지로 정리된다.

- 1) ‘불법, 비보고, 비규제어업(Illegal Unreported Unregulated fishing, IUU: 이하에서 ‘IUU어업’ 이라 함)’이 제3국의 배타적 경제수역에서 행하여지는 경우 기국의 의무는 무엇인가? IUU · Illegal Unreported Unregulated fishing
- 2) 자국기를 계양하고 항해하는 선박이 행한 불법어업에 대해 기국은 어떤 범위에서 책임을 부담하여야 하는가?
- 3) 기국 또는 국제기구와 체결된 국제협약의 틀 아래에서 선박에게 어업면허가 발급된 경우, 그 국가 또는 국제기구는 문제의 선박이 연안국 수산업법을 위반한 것에 대하여 책임을 부담하여야 하는가?
- 4) 작은 원양어종이나 참치를 비롯하여 공유어족 및 공동이익어종의 지속가능한 관리를 보장함에 있어 연안국의 권리와 의무는 무엇인가?

이상의 요청을 받은 국제해양법재판소는 2013년 12월 19일까지 당사국의 서면의견 제출을 받았으며, 사우디아라비아를 비롯한 22개국과 6개 국제기구가 각각 서면의견을 제출하였다. 유엔해양법협약 비당사국인 미국도 서면의견을 제출하였으며, 미국은 1995년 공해어업이행협정 당사국 자격의 서면의견을 처리되었다. 국제해양

법재판소는 1차적으로 제출된 서면의견에 대한 당사국의 서면의견 제출을 2014년 3월 14일까지 재차 받았다. 동 과정에서는 영국을 비롯한 4개국이 추가서면의견을 제출하였다. 이후 국제해양법재판소는 구두절차를 거친 후 2015년 4월 2일 권고적 의견을 내렸다.

먼저, 국제해양법재판소는 관할권과 관련하여, SRFC가 요청한 권고적 의견사건에 대하여 동 재판소가 관할권이 있으며, 그 관할권은 SRFC 회원국의 배타적 경제수역에 한정된다는 점을 명시하였다.

첫 번째 질문에 대해서는, 먼저 기국이 배타적 경제수역 해양생물자원의 보존 및 관리에 관한 SRFC 회원국의 법규를 자국선박이 준수하도록 보장하기 위한 집행조치를 비롯한 필요조치를 취할 의무가 있음을 확인하였다. 관련된 유엔해양법협약 규정으로는 제58조 제3항, 제62조 제4항 및 제192조를 제시하였다. 또한 기국은 해양환경의 보호 및 보존과 해양환경의 핵심요소인 해양생물자원의 보전을 위한 유엔해양법협약 제192조하의 기국 책임을 훼손하는 SRFC 회원국 배타적 경제수역에서의 활동에 자국 어선이 참여하지 않도록 보장하기 위한 필요한 행정적 조치를 취할 의무를 가진다. 이상의 의무들은 ‘상당한 주의의무(obligation of due diligence)’에 해당하는 것이라고 하였다. 이 밖에도 기국과 SRFC 회원국은 관련 SRFC 회원국 배타적 경제수역에서 기국 선박의 IUU 어업과 관련하여 협력할 의무가 있음을 적시하였다. SRFC 회원국이 자국 배타적 경제수역에서 기국 어선이 IUU 어업을 한다고 통보를 기국에 보내는 경우, 기국은 사실관계를 조사하고 적절한 경우 그 상황을 치유할 수 있는 행동을 취한 후 그 사실을 SRFC 회원국에게 통지할 의무를 가진다.

두 번째 질문에 대해서는, 자국선박이 SRFC 회원국 배타적 경제수역의 법규를 위반하였다고 하여서 그 자체로 기국에 기인하였다고 보기 어려우므로, IUU 어업과 관련하여 SRFC 회원국 배타적 경제수역의 법규를 자국선박이 준수하는 것을 실패하였다하여 기국의 책임이 발생하는 것은 아니라고 확인하였다. 즉, 기국의 책임은 SRFC 회원국 배타적 경제수역에서 자국선박이 행한 IUU 어업활동에 관한 상당한 주의의무를 이행하지 않음으로써 발생한다는 것이다. 만약에 자국선박으로 하여금 SRFC 회

원국 배타적 경제수역에서 IUU 어업을 하지 않도록 하여야 하는 상당한 주의의무를 이행하기 위해 기국이 모든 필요하고도 적절한 조치를 취하였다면 책임은 발생하지 않는다는 것이다.

세 번째 질문에 대해서는, 문제의 본질이 유엔해양법협약 회원국으로 구성된 국제기구에 그 회원국들이 어업에 관한 권리를 귀속시킨 경우에 있으므로, 그 국제기구가 발급한 어업허가를 받아 SRFC 회원국 배타적 경제수역에서 어업을 하는 경우 당해 선박에 대한 기국의 의무는 그 국제기구의 의무가 된다는 것이다. 따라서, 오직 그 국제기구만이 입어협정으로부터 발생하는 의무 위반에 대한 책임을 질 뿐 그 회원국은 의무의 대상에서 배제된다. 그러므로, 국제기구가 상당한 주의의무를 다하지 않았다면, SRFC 회원국은 SRFC 회원국과 입어협정을 체결한 국제기구의 회원국 선박이 SRFC 회원국 배타적 경제수역에서 어업을 함으로써 발생한 법규 위반에 대하여 당해 국제기구에 책임을 물어야 하는 것이다.

이를 위하여 SRFC 회원국은 유엔해양법협약 제9부속서 제6조제2항에 따라 국제기구 또는 그 회원국에게 특정사안에 대해 누가 책임을 지는 것인가를 질의할 수 있으며, 그러한 요청을 받은 국제기구 또는 그 회원국은 해당 정보를 제공하여야 한다. 합리적인 기간 내에 답변하지 않거나 상이한 정보를 제공하는 경우 그 국제기구와 회원국은 연대책임을 져야한다.

네 번째 질문에 대해서는, 유엔해양법협약 제63조 제1항에 언급된 어종의 경우, SRFC 회원국은 직접 또는 적절한 소지역이나 지역기구를 통하여 동종 어종이 그들의 배타적 경제수역에서 발견되는 다른 SRFC 회원국과 당해 어종의 보존 및 개발을 조정하고 보장하는데 필요한 조치를 합의하도록 노력할 권리를 가진다. 또는 SRFC 회원국은 유엔해양법협약하에서 공유어종이 자국의 배타적 경제수역에 발견되는 동안 지속가능한 관리를 보장할 의무를 가진다. 그러한 의무에는 다음과 같은 사항이 포함된다.

- i) 배타적 경제수역에서의 공유자원 유지가 남획에 의해 위태롭게 되지 않도록 적절한 보존 및 관리조치를 통하여 보장하기 위하여 소지역, 지역 또는 전지구적 권한있는 국제기구와 협력할 의무(유엔해양법협약 제61조 제2항)
- ii) 복수의 SRFC 회원국 배타적 경제수역에서 발견되는 관련어종의 동일어족과 관련하여, 동 어족의 보존과 개발을 조정하고 보장하기 위해 필요한 조치를 합의하는데 노력할 의무(유엔해양법협약 제63조 제1항)
- iii) 참치어종과 관련하여, 그들의 배타적 경제수역에서 당해어종의 보존을 보증하고 최적이용 목적을 촉진하는 측면에서 직접 또는 SRFC를 통하여 협력할 의무(유엔해양법협약 제64조 제1항). 이 의무에 따라 채택된 조치는 적절한 지역기구에 의하여 채택된 조치와 일치하며 양립 가능한 것이어야 한다.

유엔해양법협약 제63조 제1항에 따른 ‘합의에 노력할 의무’와 제64조 제1항하의 ‘협력의 의무’는 유엔해양법협약 제300조에 따라 관련국가에게 상호간 성실하게 협상할 것을 요구한 ‘상당한 주의’에 해당하는 것이다. 그 협상은 공유어족의 보존 및 개발을 조정하고 보장하는데 필요한 실효적 조치를 채택한다는 측면에서 관련된 모든 국가에 의해 실질적인 노력이 기울여져야 한다는 수준으로 의미 있는 것이어야 한다.

SRFC 회원국 배타적 경제수역에서 공유어족을 보존하고 개발하는 것은 동 국가들에게 이웃국가들의 지속가능한 포획과 이익을 훼손할 수 있는 동종어족의 남획을 방지하기 위한 효과적인 조치를 요구하는 것이다.

전술한 바에 따라, 타 회원국 배타적 경제수역에서도 발견되는 공유어족을 자국 배타적 경제수역에서 어획하는 SRFC 회원국은 그 공유어족 보존과 개발을 조정하고 보증하기 위한 관리조치를 마련함에 있어 상호간에 반드시 협의하여야 한다. 그 관리조치는 비회원국 국적선에 의해 동일어족을 어획하는 데에도 요구된다.

어업보존 및 관리조치가 실효적이기 위해서는 당해어종이 분포되거나 회유하는 전체지역의 총 어족을 고려하여야 한다. SRFC 회원국 배타적 경제수역에서 공유되는

작은 원양어종이나 참치같은 어족은 대서양에 면해있는 몇몇 다른 국가들에 의해서도 공유된다. 그러나, 국제해양법재판소는 SRFC 회원국 배타적 경제수역의 공유어족에 대해서만 검토하고 결론을 내렸다.

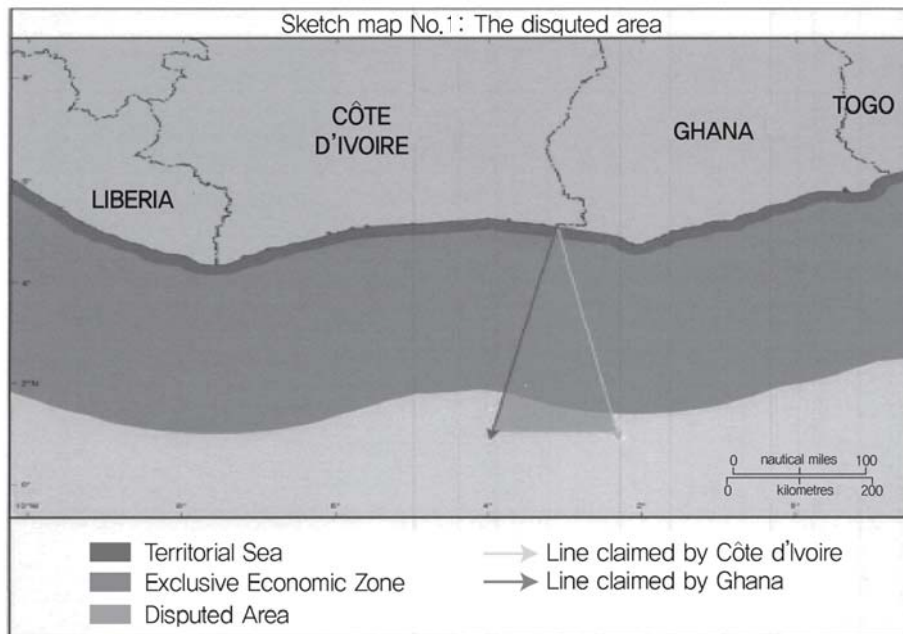
SRFC 회원국과 기타 유엔해양법협약 당사국은 그들의 배타적 경제수역에서 유엔 해양법협약상의 권리를 행사하고 의무를 이행함에 있어 다른 당사국의 권리와 의무를 적절히 고려하여야 한다.



■ 가나와 코트디부아르간의 해양경계획정사건에 관한 잠정조치사건

가나와 코트디부아르간의 대서양 해양경계획정사건에 대한 잠정조치사건은 코트디부아르가 2015년 2월 27일 잠정조치 명령을 청구함으로써 개시되었다. 동 사건의 본안문제인 가나와 코트디부아르간의 대서양 해양경계획정사건은 이미 양국간 특별협정에 근거하여 2014년 12월 3일 5명의 재판관으로 구성된 국제해양법재판소 특별재판부에 회부된 바 있었다.

코트디부아르가 요청한 잠정조치의 요지는 다음과 같은 양국간 해양경계획정 분쟁수역(disputed area)에서 가나가 실시한 석유 탐사 및 개발행위를 중지하라는 것이었다.



잠정조치명령을 청구 받은 특별재판부는 2015년 3월 29일부터 30일까지 심리를 개최하였고, 4월 25일에 만장일치로 잠정조치 명령을 결정하였다.

코트디부아르가 특별재판부에 요청한 잠정조치명령의 내용은 다음과 같다.

- 1) 가나는 분쟁지역에서 진행중인 모든 석유 탐사 및 개발활동을 중지하기 위한 모든 조치를 취할 것
- 2) 가나는 분쟁지역에서 석유 탐사 및 개발을 위한 새로운 허가를 삼갈 것
- 3) 가나는 분쟁지역에서 직접 수행하였거나 자국의 허가에 따라 수행된 과거, 현재 및 미래의 탐사활동으로 취득한 정보가 코트디부아르에게 피해를 주는 방식으로 사용되지 않도록 필요한 모든 조치를 취할 것
- 4) 가나는 대륙붕과 그 상부수역 및 하층토를 보전하기 위해 필요한 모든 조치를 취할 것
- 5) 가나는 코트디부아르의 권리를 침해할 위험성이 있는 일방적 행위 또는 분쟁을 악화시킬 수 있는 일방적 행위를 중단하고 삼갈 것

이와 같은 코트디부아르의 잠정조치명령청구에 대하여 가나는 특별재판부가 코트디부아르의 모든 잠정조치 요청을 기각해달라고 요청하였다.

이러한 코트디부아르와 가나의 요청에 대하여 특별재판부는 우선적으로 동 청구에 대한 관할권측면을 살펴보았다. 특별재판부는 본안사건에 대하여 일응의 관할권을 행사할 수 있다면 잠정조치사건에 대한 관할권도 행사할 수 있다고 판단하였다. 즉, 특별재판부는 분쟁당사국의 특별협정에 의거하여 본안사건이 특별재판부에 회부되었으므로 코트디부아르가 요청한 잠정조치 사건에 대해서도 관할권을 행사할 수 있다는 것이다.

그러나, 특별재판부는 잠정조치의 목적이 최종결정에 이르기까지 분쟁당사자의 개별적 권리의 보전 또는 해양환경의 중대한 피해를 방지하기 위함에 있음을 상기하고 분쟁당사자의 권리에 돌이킬 수 없는 침해를 야기할 실질적이고 임박한 위험을 발견하지 않는다면 잠정조치명령을 결정하지 않을 수 있다는 점을 밝혔다. 또한, 잠정조치명령권을 행사하기 위해서는 최종판결을 내리기 전에 문제가 되는 권리에 돌이킬 수 없는 침해가 발생한다는 실질적이고 임박한 위험을 회피할 긴급성이 요구된다고 보았다. 이것과 관련하여 특별재판부는 코트디부아르가 침해될 수 있다고 주장하는 권리가 ‘적어도 그럴 듯(at least plausible)’ 하여야 한다고 하였으며, 실제로 코트디부아르가 분쟁지역에서 보호되어야 한다고 주장한 권리가 보호되어야 할 듯 하다는 점을 충분히 입증하였다고 판단하였다.

특별재판부는 해양환경에 중대한 피해를 방지하기 위해 코트디부아르가 요청한 잠정조치 요청에 대해서는 코트디부아르가 분쟁지역에서의 가나의 활동이 해양환경에 중대한 피해를 발생시킬 임박한 위험을 발생시키는 것이라는 주장을 충분히 입증하지 못하였다고 보았다. 다만, 해양환경에 대한 중대한 피해의 위험은 특별재판부의 중대한 관심사항이므로 분쟁당사자는 해양환경에 대한 중대한 피해를 방지하기 위해 신중하고 조심스럽게 행동하여야 한다고 판단하였다.

다음으로 특별재판부는 분쟁수역에서 가나가 수행한 탐사 및 개발행위가 코트디부

아르의 주권 및 주권적 권리에 대해 돌이킬 수 없는 침해를 발생시킬 위험성이 있는지 여부에 대하여 판단하였다. 특별재판부는 분쟁지역의 물리적 환경에 중대하고도 영구적인 변경을 가져오는 활동을 하는 경우로서 그 변경이 금전배상으로 충분히 전보될 수 없고 어떠한 성격의 배상이 이루어지든지 간에 심해저와 그 하층토의 원래 상황으로 회복시킬 수 없는 경우에는 돌이킬 수 없는 침해의 위험성이 있다고 보았다.

특별재판부는 만약 본안에 대한 판결에서 분쟁지역의 전부 또는 일부가 코트디부아르에 귀속된다고 판단하면 본 사건의 상황은 코트디부아르의 권리에 돌이킬 수 없는 침해를 발생시킬 수 있다고 판단하였다. 따라서, 가나가 계획한 분쟁지역에서의 탐사 및 개발활동은 동 지역에 대한 코트디부아르의 주권적 및 배타적 권리에 돌이킬 수 없는 침해를 야기할 수 있고 그러한 손해의 위험성이 임박하였다고 보았다.

그러나, 특별재판부는 굴착이 이미 이루어졌다는 점에서 가나의 현재 활동을 정지시키는 것은 가나와 그 양허자에게 상당한 재정적 손실을 줄 위험성이 내포되어 있으며, 특히 장비의 손상으로부터 발생하는 해양환경에 중대한 위험이 있다는 판단을 하였다. 따라서, 특별재판부는 코트디부아르의 권리를 보전하기 위해서 가나로 하여금 직접 또는 그 통제 하에서 새로운 굴착이 분쟁지역에서 이루어지지 않을 것을 보장하기 위한 모든 필요한 조치를 취할 것을 명령하는 것이 적절하다고 판단하였다.

이상과 같은 이유로 특별재판부는 만장일치로 다음과 같은 잠정조치를 명령하였다.

- a) 가나는 분쟁지역에서 직접 또는 그 통제 하에서 새로운 굴착이 이루어지지 않도록 보장할 모든 필요한 조치를 취할 것
- b) 가나는 직접 또는 그 승인을 받아 분쟁지역에서의 과거, 현재 또는 미래의 탐사 활동으로부터 획득한 공개되지 않은 정보가 코트디부아르에게 손해를 주는 어떠한 방법으로도 사용되지 않도록 방지할 모든 필요한 조치를 취할 것
- c) 가나는 해양환경에 중대한 피해를 방지하기 위하여 직접 또는 그 승인을 받아 분쟁지역에서 행하여지는 모든 활동에 대해 엄격하고도 지속적인 모니터링을 할 것

- d) 분쟁당사자는 분쟁지역의 대륙붕과 상부수역을 포함한 해양환경에 중대한 피해를 방지하기 위하여 모든 필요한 조치를 취하여야 하며, 그러한 목적으로 협력할 것
- e) 분쟁당사자는 협력하여야 하며, 분쟁을 악화시킬 수 있는 어떠한 일방적 행위도 삼갈 것

이와 같은 잠정조치명령과 함께 특별재판부는 각 당사국에게 2015년 5월 25일까지 잠정조치의 준수에 관한 보고서와 정보를 제출하도록 요구하였다.



■ 엔리카렉시에호 사건에 관한 잠정조치사건

엔리카렉시에호사건은 2015년 6월 26일 이탈리아가 인도를 상대로 하여 유엔해양법협약 제7부속서의 중재재판소에 소송을 청구한 후 2015년 7월 21일에 유엔해양법협약 제290조에 의거하여 국제해양법재판소에 잠정조치 명령을 청구한 사건이다.

엔리카렉시에호사건은 2012년 2월 15일 이탈리아선적 유조선 엔리카렉시에호가 인도 연안으로부터 20.5해리 떨어진 해역(인도의 접속수역에 해당)을 항행하던 중 약 2.8해리 떨어진 곳으로부터 동 선박에 빠르게 접근하는 선박을 레이더로 발견하고 해적선으로 추어한데서 비롯되었다. 즉, 접근하는 선박의 양태가 해적선의 접근방식과 유사하였으며 접근이 계속되는 경우 충돌의 가능성이 발생한 시점에서, 동 선박에 해적퇴치를 목적으로 승선한 이탈리아 해병 중 2명이 경고신호에도 접근을 계속한 선박에 대해 경고사격을 실시하였다. 경고사격 후 접근하던 선박을 방향을 선회하여 다른 방향으로 항진하였으나, 경고사격의 결과로 인도 국적의 어선 ‘안토니(The St. Anthony)’ 호에 탑승 중이던 어부 2명이 사망하는 결과를 초래하였다. 이에 인도정부는 엔리카렉시에호를 자국 코치항으로 항해토록 하고, 입항한 후 경고사격을 시행한 2명의 해병을 살인죄로 체포하여 감금하였다. 이러한 사건을 배경으로 인도는 자국 국적선박에서 발생한 사망사건에 대하여 형사관할권이 있음을 이유로 경고사격을 행한 이탈리아 해병에 대한 형사소송절차를 진행하였고, 이탈리아는 공해상에서 발생한 선박 관련사건에 대한 형사 및 행정관할권은 유엔해양법협약상 기국에 있음을 근거로 하여 자국이 형사관할권을 행사하여야 한다는 점을 주장하고 있다.

이와 같은 본안사건과는 별도로 이탈리아가 국제해양법재판소에 인도를 상대로 요청한 잠정조치 청구의 내용은 다음과 같다.

- 1) 인도는 엔리카렉시에호사건과 관련된 하사 Massimiliano Latorre와 하사 Salvatore Girone에 대하여 어떠한 사법적 또는 행정적 조치를 취하거나 집행하는 것과 엔리카렉시에호사건에 다른 어떠한 형태의 관할권을 행사하는 것을 삼갈 것
- 2) 인도는 중재재판이 진행되는 동안 하사 Salvatore Girone가 이탈리아로 여행하여 체류하는 한편 하사 Massimiliano가 이탈리아에 계속 체류할 수 있도록 이들 해병에게 부과된 자유, 안전 및 이동의 제한을 즉시 해제하기 위해 필요한 모든 조치를 취할 것

이러한 이탈리아의 잠정조치 청구에 대하여 인도는 다음과 같이 국제해양법재판소에 요청하였다.

인도는 국제해양법재판소가 이탈리아의 잠정조치 명령에 관한 청구를 기각하고, 이 사건에 있어서의 어떠한 잠정조치 명령도 거부할 것을 요구한다.

이상과 같은 이탈리아의 잠정조치 청구에 대하여 국제해양법재판소는 2015년 8월 24일 판단을 내린 바 있다. 우선적으로 국제해양법재판소는 관할권문제를 다루었다. 중재재판소에 본안을 청구하고 국제해양법재판소에 잠정조치를 청구한 것에 대한 관할권 유무에 관하여, 국제해양법재판소는 분쟁당사국의 입장을 검토한 결과 양자간에는 유엔해양법협약의 해석과 적용에 관한 분쟁이 존재하는 것으로 보이므로, 중재재판소가 일응 관할권을 가지는 것으로 결론을 내렸다.

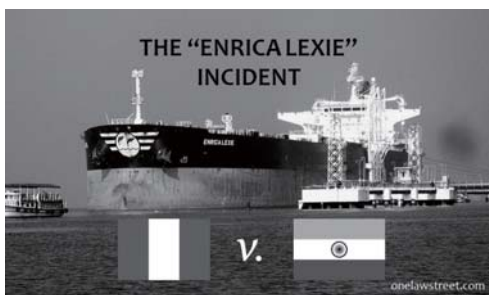
사건의 청구 환경과 관련하여서는, 유엔해양법협약 제283조에서 요구하는 의견교환의무는 충족한 것으로 보았으며, 제295조에 따른 국내적 구제 완료의무는 동 잠정조치건에 대해서는 관련이 없음을 확인하였다. 또한, 제294조 제1항에 의거한 법적 절차의 남용건에 관해서는 잠정조치 청구가 국내적 수준에서 제기된 다른 절차에도 독립적으로 적용된다는 점을 들어 남용 여부가 없음을 확인하였다.

잠정조치를 통하여 보호하고자 하는 권리가 적어도 그럴듯한가 여부에 대해서는, 이탈리아와 인도가 엔리카레시에호사건과 관련하여 그들이 각각 보호하고자 하는 권리가 그럴듯하다는 점이 충분히 소명되었다고 판단하였다.

한편, 국제해양법재판소는 본안이 부탁된 중재재판소가 국제해양법재판소의 잠정조치를 변경하거나 철회하거나 확인할 때까지 분쟁당사자의 권리가 돌이킬 수 없는 침해 받을 실제적이고 임박한 위험이 있는가 여부에 대한 판단에서, 이 사건의 정황상 어느 일방에 의한 소송절차의 진행 또는 새로운 소송절차의 개시가 타방의 권리를 침해할 수 있다고 보았으며 국제해양법재판소가 동 권리를 적절히 보전할 필요가 있다고 결론지었다.

또한, 이탈리아가 청구한 잠정조치의 내용이 분쟁의 사실관계 및 당사자의 주장을 고려할 때 적절한 것인가에 대한 판단문제에 대하여, 두 명의 이탈리아 해병의 지위에 관한 양당사자의 대립되는 주장을 살펴볼 때 두 명의 해병의 지위는 본안에서 논의되어야 하는 관할권의 문제이므로 잠정조치단계에서는 결정할 수 없다고 판단하였다. 국제해양법재판소는 동 재판소가 내리는 잠정조치 명령은 양당사자의 권리를 보호하는 것이어야 하며, 중재재판소의 판단을 침해하여서는 안 된다고 강조하였다. 따라서, 국제해양법재판소는 이탈리아가 요청한 두 개의 잠정조치를 재판소가 수용하는 경우 중재재판소가 구성될 때까지 양당사자의 각각의 권리를 동등하게 보전할 수 없다고 보았다. 그 결과로 이탈리아가 요청한 두 개의 잠정조치는 적절하다고 보지 않으며, 요청된 잠정조치와는 전부 또는 일부 다른 잠정조치를 재판소 규칙 제89조 제5항에 따라 할 수 있다고 판단하였다. 그 결과로 국제해양법재판소는 이탈리아와 인도 모두에게 모든 소송절차를 정지하고 중재재판소에 부탁된 분쟁을 악화 또는 확장시키거나 중재재판소가 내린 판정의 이행을 침해할 수 있는 새로운 소송절차의 개시를 삼갈 것을 명령하였다. 또한, 국제해양법재판소는 두 명의 해병 상황에 대한 잠정조치가 자칫 본안의 문제를 건드릴 수 있으므로 이 문제에 대해서는 고려하지 않기로 결정하였다. 이외에도, 국제해양법재판소는 인권에 대한 고려가 다른 국제법분야에서 관련되듯이 해양법분야에서도 반드시 적용되어야 한다고 명령하였다.

이상과 같은 잠정조치 명령 이외에 국제해양법재판소는 이탈리아와 인도로 하여금 2015년 9월 24일 이전까지 잠정조치의 준수에 관한 보고서를 제출하도록 요구하였다.



3. 상설중재재판소(Permanent Court of Arbitration)

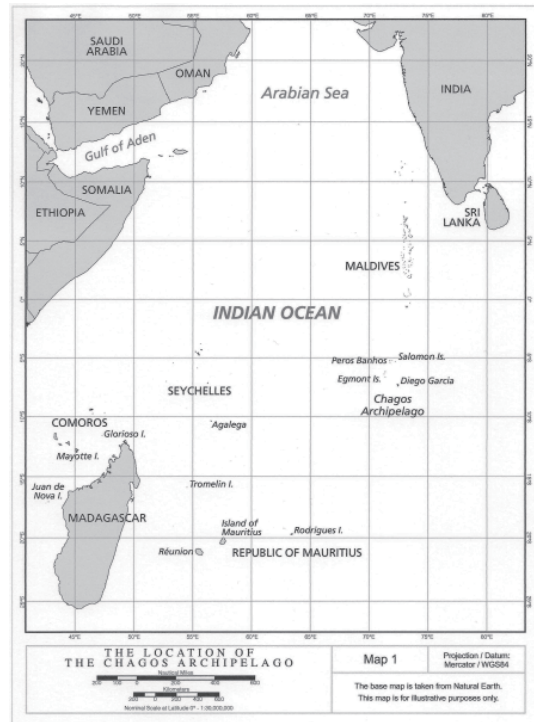
상설중재재판소는 네덜란드 헤이그 평화궁전에 국별 재판관 명부가 비치된 재판소로서, 분쟁발생시 소송당사자간의 합의에 따라 재판관, 재판절차, 적용법규, 재판의 범위 등이 결정되지만 통상적으로 이미 마련된 표준절차를 차용하여 진행된다. 또한, 이 재판소는 유엔해양법협약 제7부속서에 따라 설치되는 중재재판소의 표준이 되는 것으로서 동 협약 분쟁해결절차에 따라 중재재판이 열리게 되는 경우 사실상 이용되고 있는 재판소이다.

동 기능에 따라, 동 재판소는 해양법과 관련하여 부탁된 분쟁중 모리셔스와 영국간 차고스 해양보호구역사건과 필리핀과 중국간 남중국해사건에 대하여 2015년 각각 본안판정과 관할권 및 소의 허용성에 관한 판정을 내렸다.

■ 차고스 해양보호구역 중재재판사건(모리셔스 vs. 영국)

이 사건은 영국이 2010년 4월 1일 인도양 중앙부에 위치한 차고스군도(Chagos Archipelago) 주변수역에 해양보호구역을 설정함으로써 발생한 것이다. 차고스 군도는 1965년 이전까지 영국이 지배하고 있던 모리셔스의 일부이었으나 식민지와의 협의과정을 통하여 1965년 이후 영국 인도양 영토로 관리되어 오던 지역이었다.

모리셔스지역에서 차고스군도를 분리하는 과정에서 영국은 모리셔스에 보상



할 것, 실행 가능한 범위에서 모리셔스의 어업권을 인정할 것, 국방상 목적이 소멸되는 경우 모리셔스에 차고스군도를 반환할 것, 차고스군도에서 발견되는 모든 석유과 광물자원으로부터의 이익은 모리셔스를 위하여 보존할 것 등을 내용으로 하는 이행약속을 제공한 바 있었다.

모리셔스는 1968년 3월 12일 영국으로부터 독립하였으며, 차고스군도의 주민은 차고스군도로부터 이전되었고 차고스군도는 미국의 군사기지로 활용되었다. 1980년대부터 모리셔스는 차고스군도의 자국 영토로부터의 분리가 무효이며 동 군도가 자국 영토임을 주장하였으나 영국은 그러한 주장을 배척하였다.

영국은 차고스군도 주변에서의 어업활동을 전면금지하는 내용의 해양보호구역 설정을 2009년부터 고려하고, 모리셔스와 제한된 양자협의를 진행하였으며, 2번의 공청회를 개최한 후 2010년 4월 1일 모리셔스와의 충분한 협의과정을 거치지 않고 차고스군도 주변수역에 해양보호구역을 일방적으로 설정하였던 것이다. 이에 모리셔스는 영국이 유엔해양법협약을 위반하였다는 이유로 2010년 12월 20일 유엔해양법협약 분쟁해결절차에 의거하여 중재재판을 제기한 것이다.

모리셔스가 중재재판소에 부탁한 청구취지는 다음과 같이 4가지 사안을 판단하여 선언하여 줄 것을 요청하였다.

- 1) 영국은 유엔해양법협약 제2조, 제55조, 제56조 및 제76조의 의미상 차고스군도의 연안국이 아니므로 동 군도에 해양보호구역 또는 기타 관할해역을 설정할 권리가 없다.
- 2) 영국이 모리셔스에 약속한 바와 같이 유엔해양법협약 제56조 제1항 (b)호 (iii)와 제76조 제8항의 의미에서 모리셔스가 연안국으로서의 권리를 가지므로 영국은 차고스군도에 일방적으로 해양보호구역 또는 기타 관할해역을 설정할 권리가 없다.
- 3) 영국은 모리셔스가 유엔해양법협약 제76조에 따라 차고스군도에 대한 대륙붕한계위원회에의 정식 신청에 대하여 동 위원회에 권고하는 것을 방해하는 절차를 하여서는 안 된다.

4) 영국이 설정한 해양보호구역은 유엔해양법협약 제2조, 제55조, 제56조, 제63조, 제64조, 제194조 및 제300조와 유엔공해어업이행협정 제7조하의 영국의 실질적 및 절차적 의무와 양립할 수 없다.

위와 같은 모리셔스의 청구취지에 대하여 영국은 중재재판소에 다음과 같은 두 가지 사항을 청구하였다.

- 1) 중재재판소는 모리셔스의 청구취지의 각각에 대하여 관할권이 없음을 확인하였다.
- 2) 대안으로서, 모리셔스의 청구취지를 기각한다.

즉, 영국은 모리셔스 주장의 본질이 차고스군도의 영토주권에 관한 사항이므로, 이는 유엔해양법협약상 분쟁해결제도의 대상이 되는 해양분쟁이 아니므로 동 분쟁해결 절차에 따르는 중재재판소가 재판관할권이 없다는 것이었다.

관할권 존부에 관한 쟁점에 대하여 중재재판소는 다음과 이유를 들어 판단을 하였다. 먼저, 모리셔스의 청구취지 1번과 관련하여 모리셔스는 단지 협약상 연안국의 용어에 대한 해석을 청구한 것이라고 주장하였지만 영국이 동 청구취지가 차고스군도의 영토주권에 대한 사항을 청구한 것이라고 반박하였다. 이에 중재재판소는 사건의 진정한 문제와 청구의 목적이 유엔해양법협약과 관련이 없는 경우 분쟁과 유엔해양법협약간에 부차적인 연관성이 있는 것만으로는 분쟁 전체에 대한 중재재판소의 관할권이 있다고 보기 어렵다는 판단을 하였다. 따라서, 청구취지 1번은 영토주권에 대한 분쟁이 본질에 해당하므로 중재재판소가 관할권이 없다고 판단하였다. 청구취지 2번에 관하여서도 청구취지 1번과 마찬가지로 차고스군도의 육지영토에 대한 주권에 관한 분쟁이 본질적 사항에 해당하므로 이는 유엔해양법협약의 해석과 적용에 관한 분쟁이 아니라고 판단하였다. 모리셔스의 청구취지 3번과 관련하여서도 영국은 모리셔스가 차고스군도에 대한 주권주장을 바탕으로 대륙붕한계위원회에 200해리 이원의 대륙붕에 대한 신청을 하고자 하는 것이며, 중재과정에서 발생한 분쟁에 대해서만 관할권

이 있다는 근거 하에 관할권을 부정하는 주장을 하였다. 이에 대하여 중재재판소는 영국이 이미 주권문제를 해하지 않는다는 전제하에 대륙붕한계위원회에 공동신청에 동의한 바 있으므로 당사자간에 차고소군도를 기점으로 한 대륙붕한계위원회 신청건에 관해서 분쟁이 존재하지 않으므로 관할권 존부에 대하여 다를 이유가 없다고 판단하였다. 모리셔스의 청구취지 4번과 관련하여, 영국은 해양보호구역 설정은 어업에 관련된 조치이고 유엔해양법협약은 배타적 경제수역내 어업에 관한 조치에 대해서는 강제적 관할권의 대상에서 제외하고 있음을 들어 중재재판소의 관할권에 반대하였다. 이에 모리셔스는 해양보호구역 설정은 환경적 조치이며 유엔해양법협약은 해양환경 보호에 관한 분쟁에 대하여 명백하게 중재재판소의 관할권을 인정하고 있다고 주장하였다. 중재재판소는 영국측이 산호초의 보호 등을 이유로 넓은 범위에서 환경적 조치로서 해양보호구역 설정을 반복하여 주장하였으므로 해양보호구역 설정을 단순히 어업에 관련된 조치로 볼 수는 없다고 판단하였다. 또한, 중재재판소는 차고소군도에 대한 모리셔스의 권리가 어업권에 국한하지 않는다는 점을 영국의 1965년 약속을 근거로 판단하고, 해양보호구역 설정이 모리셔스의 해양권리를 침해하였는지는 유엔해양법협약의 해석과 적용에 관한 분쟁의 일환으로 보고 이에 대한 중재재판소의 관할권을 인정하였다. 이상의 이유로 해서 중재재판소는 모리셔스의 4가지 주장에 대한 재판소의 관할권 존부에 대한 문제에 대하여 다음과 같이 판정하였다.

- 1) 3대 2로, 중재재판소는 모리셔스의 청구취지 1번과 2번에 대하여 관할권이 없다.
- 2) 만장일치로, 모리셔스의 청구취지 3번은 그에 해당하는 분쟁이 존재하지 않는다.
- 3) 만장일치로, 중재재판소가 유엔해양법협약 제288조 제1항, 제297조 제1항 ©호에 따라 모리셔스 청구취지 4번과 다음과 같은 협약 규정과 해양보호구역의 양립가능성에 대하여 판단할 관할권을 갖는다.
 - (1) 영해에서의 모리셔스 어업권 또는 국방상 목적이 소멸되는 경우 모리셔스에 차고소군도를 반환할 것, 차고소군도에서 발견되는 모든 석유과 광물자원으로부터의 이익은 모리셔스에 반환한다는 영국의 약속과 관련하여 유엔해양법협약

제2조 제3항

- (2) 국방상 목적이 소멸되는 경우 모리셔스에 차고스군도를 반환할 것, 차고스군도에서 발견되는 모든 석유과 광물자원으로부터의 이익은 모리셔스에 반환한다는 영국의 약속과 관련하여 유엔해양법협약 제56조 제2항
 - (3) 유엔해양법협약 제194조
 - (4) 위의 협약규정 중 하나의 위반과 연계된 권리의 남용과 관련하여 유엔해양법협약 제300조
- 4) 만장일치로, 위의 협약규정과 관련하여 모리셔스의 청구취지 4번에 대한 중재재판소의 관할권에 반대한 영국의 주장을 기각한다.

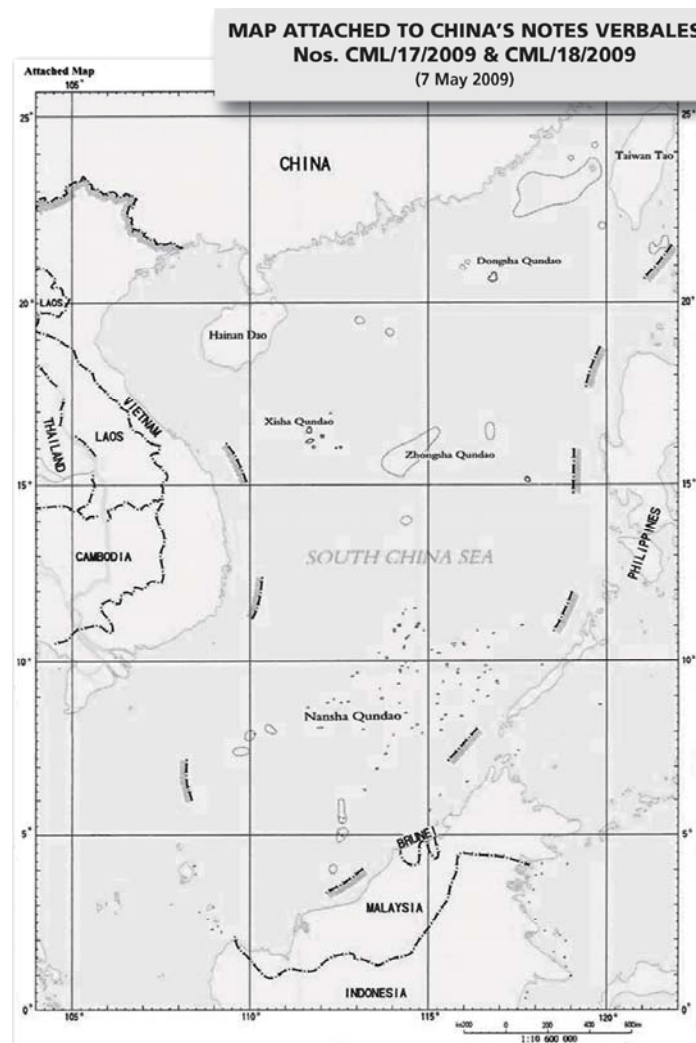
다음으로, 당사자간의 분쟁 본안에 관하여서는 다음과 같이 판정하였다.

- 1) 실행가능한 범위에서 차고스군도에서의 어업권이 모리셔스에 적용가능 하도록 한다는 영국의 약속은 차고스군도의 영해와 관련하는 한 법적으로 구속력이 있다.
- 2) 국방의 목적상 더 이상 필요하지 않는 경우 차고스군도는 모리셔스에게 반환한다는 영국의 약속은 법적으로 구속력이 있다.
- 3) 차고스군도에서 발견된 석유와 광물자원으로부터의 이익은 모리셔스를 위하여 보존한다는 영국의 약속은 법적으로 구속력이 있다.

따라서, 만장일치로, 영국이 차고스군도 주변에 해양보호구역을 설정한 것은 유엔해양법협약 제2조 제3항, 제56조 제2항, 제194조 제4항의 의무를 위반한 것이다.

■ 남중국해 중재재판사건(필리핀 vs. 중국)

이 사건은 필리핀은 2013년 1월 22일 유엔해양법협약 제286조와 제287조 및 제7부속서 제1조에 따라 중국을 상대로 한 중재재판절차를 개시하였다. 분쟁의 배경은 필리핀과 중국이 영유권 분쟁을 하고 있는 황옌다오(영어면 스카보러) 인근해역에서 양국간 어업 갈등이 2012년 이래 증대되고 있으며, 중국이 남중국해에 대하여 관할권 주장 근거로 활용되고 있는 구단선(nine dash line)의 법적 근거와 중국이 신속하고 대규모로 진행하고 있는 인공섬 건설의 적절성 등에 대한 필리핀의 반대주장이 그 근간을 이루고 있다.



필리핀이 중재재판소에 제소한 청구취지는 크게 세 가지 사항으로 다음과 같다.

첫째, 유엔해양법협약에 의해 규율되는 남중국해의 수역과 해저 및 해양지형물에 대한 각 당사국은 각각의 권리와 의무를 선언하고 중국이 구단선(nine-dash line)에 근거한 주장이 유엔해양법협약에 불일치하므로 무효하는 점을 선언하여 줄 것

둘째, 유엔해양법협약 제121조하에서 중구과 필리핀이 모두 주장하는 특정 해양지형물이 섬, 간조노출지 또는 수중 해저퇴(submerged banks)인지 여부를 결정하고 그것들이 12해리 더 큰 해양수역에 대한 권리를 발생시킬 수 있는 것인지 여부를 결정할 것

셋째, 필리핀이 유엔해양법협약상 설정된 배타적 경제수역과 대륙붕의 범위 안과 밖에서 권리를 향유하여 행사할 수 있도록 해줄 것

이러한 필리핀의 제소에 대하여 중국은 2013년 2월 19일 필리핀 외교부에 대한 구상서(Note Verbale)를 통하여 중재재판을 거부하고 필리핀이 송부한 소송통보서를 되돌려주었다. 중국은 구상서에서 남중국해에 대한 중국의 입장은 일관되며 명백하고, 남중국해에서의 중국과 필리핀간 분쟁의 핵심은 남사군도의 일부 섬과 산호초에 대한 영유권 분쟁이며, 양국이 남중국해에서 중첩되는 해양관할권 주장을 하고 있으며 동 문제는 양자간 협상과 우호적인 협의로 해결할 것을 합의한 바 있음을 강조하였다. 즉, 필리핀이 제기한 분쟁은 해양분쟁이 아니라 영유권분쟁에 해당하므로 유엔해양법협약상의 분쟁해결절차의 적용대상이 아니며, 또한 필리핀이 양국간 합의한 분쟁해결절차를 위반하여 중재재판소에 제소한 것은 절차상 흠결이 있음을 지적한 것이다.

필리핀의 중재재판소 제소에 대하여 중국은 2013년 7월 29일 구상서를 통하여 필리핀이 개시한 중재재판을 수용하지도 참여하지도 않겠다는 입장을 전달하였으며, 동시에 동 구상서가 중재절차에 대한 중국의 수락 또는 참여로 간주되어서는 안된다는 점을 강조하였다. 또한, 2014년 12월에는 ‘필리핀이 제기한 남중국해 중재재판의

관할권문제에 대한 중국의 입장'이라는 문서를 통하여 중재재판소가 필리핀의 제소를 다룰 수 있는 관할권이 없음을 반복하여 주장한 바가 있다. 그러나, 유엔해양법협약 제7부속서 제9조는 “일방당사자가 재판소에 출정하지 않거나 사건을 변호하지 아니하는 경우, 다른 당사자는 소송절차를 진행하여 판정을 내리도록 중재재판소에 요청할 수 있다. 어느 한 당사자가 출정하지 아니하거나 사건을 변호하지 않아도 소송절차의 진행은 방해받지 아니한다”고 규정함으로써 중국의 소송에 대한 태도가 소송절차의 진행에 하등 영향을 주지 않음을 명시적으로 규정하고 있다.

그러나, 일방당사자의 출석 여부 또는 공식적인 반대의 의사표시 여부와 관계없이 중재재판소는 유엔해양법협약의 규정에 따라 재판소에 부탁된 문제에 대하여 스스로 관할권이 있는 지 여부를 판단하여야 할 의무가 있다. 동 의무에 따라 중재재판소는 2014년에 제기된 중국의 입장 표명을 재판소 관할권에 대한 분쟁당사자의 이의 제기로 2015년 4월 결정하고 2015년 7월에 필리핀 청구취지에 대한 ‘관할권 및 허용성(jurisdiction and admissibility)’ 판단하기 위한 청문절차를 진행하였고, 그 결과로 2015년 10월 29일 관할권 및 허용성에 대한 판정을 내렸다.

필리핀이 준비서면을 통하여 재판소에 대하여 요청한 사항은 다음과 같은 15개 사항에 대하여 판단하여 선언하여 달라는 것이었다.

- 1) 남중국해에 대한 중국의 해양권리는 필리핀과 마찬가지로 유엔해양법협약에서 허용하는 범위를 초과하여 확장될 수 없다.
- 2) 소위 구단선(nine-dash line)에 포함된 남중국해 수역에 대하여 중국이 주권적 권리와 관할권 및 역사적 권리(historic rights)를 주장하는 것은 유엔해양법협약에 반하는 것이므로 유엔해양법협약하에서의 중국의 해양권리의 지리적 및 실질적 한계를 초과하는 범위에서는 법적 효과가 없다.
- 3) Scarborough Shoal은 배타적 경제수역 또는 대륙붕에 대한 권리를 생성할 수 없다.
- 4) Mischief Reef, Second Thomas Shoal and Subi Reef는 영해, 배타적 경제

수역 또는 대륙붕에 대한 권리를 생성할 수 없는 간조노출지(low-tide elevations)이며, 점유 또는 다른 방법으로 전유할 수 있는 지리적 형상이 아니다.

- 5) Mischief Reef and Second Thomas Shoal은 필리핀의 배타적 경제수역 및 대륙붕의 일부이다.
- 6) Gaven Reef and McKennan Reef (including Hughes Reef)는 영해, 배타적 경제수역 또는 대륙붕에 대한 권리를 생성할 수 없는 간조노출지(low-tide elevations)이지만, Namyit and Sin Cowe의 영해측정기선을 결정하는데 사용될 수 있다.
- 7) Johnson Reef, Cuarteron Reef and Fiery Cross Reef는 배타적 경제수역 또는 대륙붕에 대한 권리를 생성할 수 없다.
- 8) 중국은 필리핀이 자국 배타적 경제수역과 대륙붕의 생물 및 무생물자원에 대한 주권적 권리를 향유하여 행사하는 것을 위법적으로 침해하여 왔다.
- 9) 중국은 필리핀의 배타적 경제수역의 생물자원을 채취하는 자국 국민과 선박을 방지하여야 하는 것을 위법적으로 실패하였다.
- 10) 중국은 Scarborough Shoal에서의 필리핀 어부의 전통적 어업활동을 침해함으로써 그들의 생계를 유지하는 것을 위법적으로 방해하였다.
- 11) 중국은 Scarborough Shoal and Second Thomas Shoal의 해양환경을 보호하고 보존하여야 할 유엔해양법협약상의 의무를 위반하였다.
- 12) Mischief Reef에 대한 중국의 점유 및 건설활동은
 - (1) 인공섬, 시설 및 구조물에 관한 유엔해양법협약의 규정을 위반하였다.
 - (2) 유엔해양법협약하의 해양환경 보호 및 보존에 관한 중국의 의무를 위반하였다.
 - (3) 유엔해양법협약에 위반하여 시도된 전유는 위법한 활동이다.
- 13) 중국은 Scarborough Shoal 부근을 향해하는 필리핀 선박에 충돌할 수 있는

심각한 위협을 야기하는 위험한 방법으로 자국 법집행선박을 운용한 것은 유엔해양법협약하의 의무를 위반한 것이다.

14) 3년 1월 이 중재재판이 개시된 이래 중국은 다음과 같이 행동하여 분쟁을 불법적으로 악화시키고 확대하였다.

- A. Second Thomas Shoal 수역 및 그 부근에서의 필리핀의 항행권을 침해하였다.
- B. Second Thomas Shoal에 위치한 필리핀 국민의 교체 및 재공급을 방해하였다.
- C. Second Thomas Shoal에 위치한 필리핀 국민의 건강과 복지를 위협에 처하게 하였다.

15) 중국은 추가적인 위법한 주장 및 활동을 중지하여야 한다.

이상의 청구사항에 대한 관할권 및 허용성 여부에 대한 판정에서, 중재재판소는 만장일치로 다음과 같은 결론을 제시하였다.

- A. 중재재판소가 유엔해양법협약 제7부속서에 따라 적절하게 구성되었다.
- B. 중재재판절차에 대한 중국의 불참은 재판소의 관할권을 박탈하지 않는다.
- C. 중재재판절차를 개시한 필리핀의 행위가 절차의 남용을 구성하지 않는다.
- D. 중재재판절차상 그들의 불참이 재판소의 관할권을 박탈하는 필수불가결한 제3자는 없다.
- E. 2002년 중국-아세안 남중국해에서의 행동선언, 이 판정 제231항부터 제232항에 언급된 당사국 공동성명, 남동아시아 우호 및 협력조약, 생물종다양성협약은 유엔해양법협약 제281조 또는 제282조하에서 제15부 제2절하의 적용가능한 강제적 분쟁해결절차에 부탁하는 것을 배제하지 않는다.
- F. 분쟁당사자는 유엔해양법협약 제283조에 의해 요구되는 의견교환을 이행하였다.
- G. 중재재판소가 이 판정 제400항, 제401항, 제403항, 제404항, 407항, 제408

항에 언급된 조건을 전제로 하여 필리핀 청구취지 3, 4, 6, 7, 10, 11 및 13을 심리할 수 있는 관할권이 있다.

H. 필리핀 청구취지 1, 2, 5, 8, 9, 12 및 14는 전적으로 예비적 성격을 지니고 있지 않으므로 동 청구취지의 심리에 대한 중재재판소의 관할권 보유여부에 대한 결정은 동 청구취지에 대한 본안심리단계로 유보한다.

I. 청구취지 15의 내용을 명확히 하고 범위를 좁힐 것을 필리핀에 명령하여 청구취지 15의 관할권 보유여부에 대한 심리를 본안심리단계로 유보한다.

J. 이 판정에서 결정되지 않은 모든 문제는 추가적인 고려와 지시를 위해 유보한다.

이상의 관할권 존부 및 소의 허용성 판단에 이어 중재재판소는 본안 심리에 착수하였으며, 2016년 6월 경 본안판정을 내릴 것으로 예상되고 있다.

4. 국가관할권 이원지역 해양생물다양성보전 및 지속가능한 이용에 관한 비공식 실무작업반(Ad Hoc open-ended informal working group to issues relating to the conservation and sustainable use of marine biological diversity beyond areas of national jurisdiction)

‘국가관할권 이원지역 해양생물다양성(이하에서 ‘BBNJ’ 라 함)’ 보전 및 지속가능한 이용에 관한 비공식 실무작업반은 2004년 유엔총회 결의에 의거하여 설치된 정부간 비공식협상회의이다. 2004년 설치된 이래 2014년 현재까지 8차례의 회의가 개최된 바 있다.

이 실무작업반은 유엔해양법협약체제에 따라 국가의 해양관할권 이원에 위치하는 공해와 심해저에 부존하는 해양생물다양성의 보존과 지속가능한 이용방안을 모색하기 위한 정부간 대표자 회의이며, 실무작업반회의에서 이루어진 각 대표단의 입장이

향후 동 정부의 입장을 구속하지 않는다는 차원에서 비공식회의라는 명칭이 부여되었고, open-ended 라는 용어는 목적을 달성하기 위하여 기간을 정해놓지 않고 지속적으로 진행된다는 점을 강조한 것이다.

실무작업반의 설치배경은 1992년 리우환경개발회의 이후 전세계적으로 생물다양성 보전에 관한 논의가 집중되었으며, 그 중심에는 지속가능한 이용의 개념과 1992년 채택된 생물다양성보존협약이 있었다. 그러나 이들을 근간으로 한 생물다양성 보존 논의는 전세계 해양면적의 34%에 불과한 국가의 해양관할권 내, 즉 연안국의 내수, 영해, 배타적 경제수역, 대륙붕에 국한되었을 뿐 그 이원의 공해 및 심해저에 대해서는 논의를 전개할 법적 기반을 갖지 못하였다. 이를 보완하기 위하여 실무작업반을 개최하여 국가관할권 이원지역의 생물다양성을 보전하기 위한 수단을 마련하고 이에 필요한 국제문서를 생산하는 것을 주요 임무로 하고 있다. 특히, 주목되는 부분은 국가관할권 이원지역의 해양생물로부터 상업적으로 유용한 유전자원을 탐사하여 개발할 경우 이를 국제법적으로 어떻게 관리하고 규율할 것인가 하는 점이 가장 중요한 의제로 등장하였다는 점이다.

2015년에는 1월 20일부터 23일까지 제9차 회의가 뉴욕 유엔본부에서 개최되었다. 제9차 회의는 실무작업반이 유엔해양법협약하의 국제문서의 범위, 기준, 실행가능성에 대하여 제69차 유엔총회에 제출할 권고안을 구체적으로 논의하기 위해 개최할 예정이었던 세 차례의 회의 중 마지막 회의이자 실무작업반의 최종회의였다.

일반적 사항에 관한 토의에서, 대표단들은 BBNJ 보존과 지속 가능한 이용을 다루는 것이 특히 소도서개발도상국을 비롯한 국제사회 전체에 중요하며 긴급한 사안임을 확인하였다. 또한, BBNJ에 대한 인간 활동에 의한 심각한 위협에 대처하기 위하여 BBNJ의 지속 가능성을 촉진하는 가장 좋은 방법이 전지구적으로 보편적인 관리구조를 마련하는 것이라는 점이 몇몇 대표단에 의해 주장되었다.

이러한 기초아래서 새로운 국제문서 제정 필요성이 기존의 주장 근거에 기초하여 반복하여 강조되었으며, 유엔 총회에 유엔해양법협약하의 국제문서를 제정하기 위한

협상을 개시하도록 권고할 것을 촉구하였다. 그러나, 미국을 비롯한 일부 대표단은 BBNJ 보존과 지속 가능한 이용을 위한 방안에 대해 토의가 아직 종료되지 않았으며, 현 상황은 정치적 실천의지의 부족에서 기인한 것이므로 새로운 국제문서에 의해 보완될 기존제도의 법적 흠결이 없다는 점을 반복하여 강조하였다. 다른 대표단은 새로운 국제문서에서 다루어야 할 대상에 대한 명확한 이해 없이 새로운 법적 구속력 있는 문서를 협상하는 것에 우려를 표명하고, 2011년 패키지는 향후 다루어야 할 주제의 제시에 불과한 것이며, 새로운 국제문서가 기존문서상 국가의 권리와 의무를 침해하거나 기존 국제법상의 권한 또는 임무를 훼손하는 것이어서는 안된다는 입장을 개진하였다.

한편, 새로운 국제문서의 범위와 관련하여 현재 알려진 해양자원뿐만 아니라 미래에 발견될 자원까지도 새로운 국제문서가 규율할 수 있어야 한다는 주장이 제기된 반면에 어업은 제외되어야 한다는 주장이 러시아 등에 의해 지속적으로 제기되었다.

이상의 논의과정을 거쳐 제9차 회의에서는 실무작업반 활동시한의 마감에 쫓기고, 구속력 있는 유엔해양법협약하의 새로운 이행협정 제정을 요구하는 국가 수가 절대 다수라는 환경적 요소로 인해 미국 등 소수의 반대국이 입장을 변화하여 다음과 같은 사항을 유엔 총회에 권고하기로 컨센서스로 합의하였다.

- (1) BBNJ의 보존 및 지속 가능한 이용에 관한 유엔해양법협약하의 구속력있는 국제 법률문서를 개발한다.
- (2) 국제법률문서의 범위는 2011년 합의된 바와 같이 4개 주제를 '함께 전체적'으로 처리하도록 한다.
- (3) 이를 위하여 2017년 말까지 준비위원회(Preparatory Committee: Prep Com)를 개최하고, 제72차 유엔 총회 종료 전까지 새로운 국제법률문서의 요소(elements)에 대한 Prep Com의 권고를 고려하여 구속력있는 유엔해양법 협약하의 국제법률문서를 초안하기 위한 정부간 회의 소집 및 개최일을 결정하도록 한다.

- (4) Prep Com과 정부간 회의에서의 과정은 기존 관련 법률문서와 체제 및 관련된 전지구적, 지역적 및 분야별 국제기구를 훼손(undermine)하여서는 안된다.
- (5) 동 과정에의 참여가 유엔해양법협약 또는 기타 관련협정의 비당사국 지위나 유엔 해양법협약 또는 관련협정의 당사국 지위에 영향을 주지 않는다.

Prep Com 개최계획은 2015년 6월 19일 채택된 유엔 총회 결의(A/Res/69/292)에 의하여 결정되었다. 동 결의를 통하여 유엔 총회는 BBNJ의 보전 및 지속 가능한 이용에 관한 유엔해양법협약하의 구속력있는 국제법률문서를 작성하기로 하였다.

이를 위하여 첫째, 정부간 회의 개최 전에 Prep Com 을 개최하기로 결정하였다. Prep Com 에의 참석 범위는 유엔의 모든 회원국, 특별기구의 회원, 유엔해양법협약 당사국과 유엔의 과거 관행에 따라 초청되는 옵서버로 결정하였다. 또한, 최저개발국, 내륙국중 개발도상국, 소도서개발도상국을 비롯한 개발도상국이 Prep Com 과 정부간 회의에 참석하는 것을 지원하기 위한 특별자발적 신탁기금을 설치하도록 유엔 사무총장에게 요청하였다. 동시에 유엔 회원국, 국제재정조직, 기부기관, 정부간 기구, 비정부간 기구, 자연인 및 법인들이 자발적 신탁기금에 재정적 기여를 하도록 유엔사무총장이 초청할 것을 요청하였다.

Prep Com 의 임무는 “유엔해양법협약하의 구속력있는 국제법률문서 초안의 요소 (the elements of a draft text of an internationally binding instrument under the Convention)” 에 관한 실질적 권고를 유엔총회에 하는 것이다. 이때, Prep Com 은 실무작업반회의 활동에 관한 공동의장의 각종 보고서를 고려하도록 하였다.

Prep Com 은 2011년에 합의된 패키지에 확인된 주제, 즉 이의 공유문제를 포함한 해양유전자원, 해양보호구역을 포함한 지역에 기초한 관리수단과 같은 조치, 환경영향평가, 능력 배양 및 해양기술의 이전을 ‘모두 함께 전체적(together and as a whole)’ 으로 협상하여야 한다.

Prep Com 의 개최시기 및 기간은 2016년에 개시하되 2017년 말까지 그 진도에

대하여 유엔총회에 보고하도록 하였으며, Prep Com 은 2016년과 2017년에 각각 10일 기간의 회의를 2회 이상 개최하도록 하였다. 이에 따라, 2016년에는 3월 28일부터 4월 8일까지, 8월 29일부터 9월 12일까지 회의를 개최할 것을 유엔사무총장에게 요청하였다. 2년간의 Prep Com 개최 후 유엔총회는 2017년 제72차 회의가 종료되기 전까지 Prep Com 의 보고서를 고려하여 유엔 감독하의 정부간 회의 소집 및 개최일을 결정하도록 하였다. 동 정부간 회의는 구속력 있는 국제법률문서의 요소에 대한 Prep Com 의 권고를 고려하여 국제법률문서의 초안을 작성하는 것을 임무로 부여받았다.

Prep Com 의 진행절차는 완전한 회의진행서비스를 받아 진행하며, 의제, 회의진행 계획, Prep Com 보고서를 제외한 모든 Prep Com 문서는 비공식작업문서로 간주하기로 하였다. 또한, 유엔사무총장에게 사무국 기능을 포함한 Prep Com 의 임무 수행에 필요한 지원과 필수적인 배경정보와 관련 문서를 Prep Com 에 제공하고, 유엔사무국 법률국 ‘해사 및 해양법과’에 의해 지원을 제공하도록 요청하였다.

Prep Com 의장은 유엔 총회 의장이 가능한 한 빠른 시기에 회원국과 협의하여 임명하는 1명의 간부(officer)가 맡도록 하였으며, Prep Com 은 각 지역그룹별 2명으로 구성되는 Bureau 를 선출하여 절차문제에 관해서 의장을 지원하도록 하였다. 이를 위하여 유엔 총회의장이 가능한 빠른 시기에 각 지역그룹으로 하여금 후보를 지명하도록 요청할 것을 결정하였다.

Prep Com 회의 진행은 새롭게 제안되는 구속력있는 국제법률문서가 국제사회에서 최대한 수용되는 것이 바람직하다는 인식아래, 실질문제에 관해서는 컨센서스에 의해 합의에 이르도록 모든 노력을 다할 것을 결정하였다. 또한, Prep Com 의 효율적인 진행의 중요성을 인정하고, 컨센서스에 이르도록 모든 노력을 다했음에도 불구하고 컨센서스에 이르지 못한 구속력 있는 국제법률문서의 요소들도 유엔 총회에 제출할 권고의 부분에 포함시키도록 하였다.

이상의 경우 이외에는 Prep Com 을 진행함에 있어 유엔 총회 산하위원회의 절차에

관한 규칙과 확립된 실행을 적용하기로 하였다. 유엔해양법협약 당사국의 지위를 가진 국제기구의 Prep Com 참여권은 협약당사국회의에서의 권리와 함께 처리하되 이러한 예외는 2011년 5월 3일자 유엔 총회 결의 65/276에 따른 모든 회의에 선례가 되지 않는다고 확인하였다.

마지막으로 위와 같은 Prep Com 의 진행절차는 기존 관련국제문서와 체계, 관련 지구적, 지역적 및 분야별 기구를 침해하지 않아야 하며, Prep Com 협상에의 참여나 Prep Com 의 협상결과는 유엔해양법협약이나 동 협약에 관련된 기타 협정의 당사국이나 비당사국의 법적 지위에 영향을 미치지 아니하는 것으로 결정하였다.

II. 시사점 및 입법적 필요성

현행 국제해양법질서는 1982년 채택되어 1994년 발효한 유엔해양법협약을 근간으로 유지되고 있다. 2015년 현재 동 협약의 당사국수가 167개국에 이르고 있어 국제법상 보편적 지위를 확보하고 있다. 본문 320개 조문과 9개 부속서로 구성된 유엔해양법협약은 해양에서의 모든 국가 활동을 규율하는 법적 근거를 제공하고 있지만 그 내용의 추상성 내지는 협상과정에서 곤란한 사항을 의도적으로 회피한 결과로 인하여 해석과 적용상 많은 쟁점을 야기하고 있다. 또한, 동 협약의 협상시점이 1970년대였다는 점을 감안할 때, 협상시점에서 고려하지 못하였거나 그 이후 새롭게 발생한 현상에 대해서는 적절히 대처하기 어려운 한계를 노출하고 있다. 이러한 문제점들을 해소하기 위하여 많은 국제기구와 국제재판소 및 국제협상회의가 지속적으로 진행되어 오고 있다. 그러한 문제점 속에는 우리나라가 직면하고 있는 여러 가지 해양법문제에 직접 또는 간접으로 영향을 미치는 사안들이 포함되어 있다. 대표적인 사안으로서는 중국 및 일본과의 해양경계획정문제, 일본과의 독도 문제, 심해저 망간단괴 상업생산의 문제들을 들 수 있다.

2015년에 진행된 국제해양법 관련 국제기구의 활동에서도 향후 국제해양법 발전과 우리나라의 국내법 정비에 많은 영향을 주는 사안들이 많이 발견된다. 먼저, 국제해저기구는 망간단괴 개발규칙안 심의와 망간단괴 탐사계약 연장건을 최우선적 핵심의 제로 다루었다. 특히, 망간단괴 개발규칙안에 대해서는 법률기술위원회가 작성한 ‘심해저 광물 개발을 위한 규칙초안 작성을 위한 보고서’가 논의의 핵심을 이루었다. 동 문서는 향후 작성될 개발규칙의 체계로서 총칙, 개발계획서 승인을 위한 신청, 개발 계약, 해양환경의 보호 및 보존, 비밀성, 일반절차, 집행·위반 및 벌칙, 분쟁해결, 기타 광물자원, 재검토 등으로 제안하였다. 다만, 동 내용에는 이익의 납부제도, 사무국의 감시, 수입의 배분, 심해저기업의 운영 및 효과적인 참여부분이 누락되었으나, 현재까지 제시된 초안체계는 현재 우리나라가 입법을 추진하고 있는 가칭 ‘심해저 광물자원 개발법’의 내용을 구성하는데 중요한 자료가 될 것으로 판단된다. 한편, 우리나라의 망간단괴 탐사계약기간이 2020년까지 5년간 연장되었으므로, 좀 더 정밀하고 체계적으로 상업생산을 준비할 수 있는 시간적 여유를 확보한 것으로 평가된다. 이 기간을 활용하여 현재의 ‘연구개발단계’에서 상업생산을 위한 ‘사업단계’로 전환하기 위한 법제도의 정비가 조속히 이루어져야 할 것으로 생각한다.

국제해양법재판소의 소지역어업위원회의 권고적 의견사건에 대한 재판소의 의견은 IUU 어업국으로 미국 및 EU로부터 지정받거나 예비 지정된 경험을 갖고 있는 우리나라로서는 매우 눈여겨보아야할 사안으로 보인다. 동 재판소의 권고적 의견중 주목할 대목은 IUU 어업에 참여한 선박의 기국이 부담하여야 하는 의무 및 책임부분이다. 재판소는 이와 관련하여 기국이 ‘상당한 주의의무(obligations of due diligence)’를 부담하며, 동시에 동 의무는 행위의무로서 성실히 이행한 경우 실제로 기국 선박에 의해 IUU 어업이 행하여졌다고 하여도 책임을 지지 않는다는 점을 분명히 하였다. 따라서, 우리나라는 타국 또는 지역수산기구로부터 IUU 어업에 대한 피소 가능성을 염두에 두고 수산업법 등 어업 관련법상 상당한 주의의무를 다하기 위한 조치 여부를 면밀히 재검토하여 보완작업을 서둘러야 할 것으로 판단된다. 한편, 가나와 코트디부아르간 해양경계획정사건에 관한 잠정조치 명령은 주변국인 중국 및 일본과 해양경계

획정을 아직 해결하지 못한 우리나라에게 관련국과의 관할권 중첩주장수역에서 어떠한 활동을 할 수 있는가하는 점에 대한 기준을 제시하였다는 점에서 의미가 있다고 볼 수 있다. 동 잠정조치 명령은 과거 그리스와 터키간 에게해 대륙붕사건에 대한 잠정조치 청구사건과 가이아나와 수리남간의 중재재판사건 판결에서 확인된 바와 같이 해양경계획정이 완료될 때까지 분쟁당사국은 분쟁수역에서 돌이킬 수 없는 침해의 위험성이 있는 행위를 하지 않아야 한다는 점을 재확인시켜주고 있다. 특히, 해양환경에 대한 중대한 피해를 방지하기 위해 신중하고 조심스럽게 행동하여야 한다는 점을 강조하고 있다. 이러한 점을 고려하여 향후 이어도 주변수역 등 관할권 중첩주장수역에서의 활동에 대한 지침을 작성하여야 할 것으로 생각한다. 마지막으로, 엔리카렉시 에호사건에 대한 잠정조치 청구사건에 대한 재판소의 판단도 향후 우리나라가 체포하거나 나포한 외국인 또는 외국선박의 처리문제에 간접적 기준을 제시하고 있다고 판단된다. 즉, 재판소는 이탈리아가 자국 해병대원의 신병을 자유롭게 하여 이탈리아에 체류할 수 있도록 한 요청을 본안심리에 영향을 준다는 이유로 거절하고, 단지 국제재판이 완료될 때까지 국내적 소송절차를 지속하거나 새로운 소송절차를 개시하지 못하도록 하였다는 점이다.

중재재판소가 판정을 내린 모리셔스와 영국간 차고스 해양보호구역사건과 필리핀과 중국간 남중국해사건은 독도문제와 관련하여 우리나라에게 중요한 시사점을 제시하고 있다. 양 사건은 모두 분쟁당사자간 영유권분쟁이 내재된 지역에 대하여 일방당사자가 행한 조치가 유엔해양법협약에 위반된다는 점을 근거로 하여 제기된 사건이다. 유엔해양법협약상 분쟁해결제도는 원칙적으로 유엔해양법협약의 해석과 적용상 발생하는 협약당사국간의 분쟁 처리를 목적으로 하고 있으며, 신속한 분쟁해결을 위하여 폭 넓은 강제적 관할권을 인정하고 있다. 그러나, 위의 두 사건은 분쟁의 근본적 원인이 유엔해양법협약의 해석과 적용과는 무관한 영유권분쟁에 기초하고 있음에도 불구하고 소송기술적으로 청구사유를 유엔해양법협약의 해석과 적용에 관한 문제로 우회하여 부탁한 분쟁이라는 점에서 관심의 대상이 되었다. 즉, 현재 국제법학계에서 논의되고 있는 유엔해양법협약상 분쟁해결절차로 소위 ‘혼합분쟁(mixed case)’을

처리 가능한 것인지에 대한 쟁점과 관련이 된 것이다. 이 점과 관련하여 재판소는 청구취지가 영유권분이 본질적 요소인 경우에는 청구를 기각하였지만, 영유권분쟁이 약하게 관련된 사안에 대해서는 함께 처리할 수 있다는 취지의 판단을 하였다. 더욱이 필리핀과 중국간 남중국해사건에 대한 관할권 존부판정에서는 좀 더 이 부분에 대하여 적극적인 태도를 취하고 있음을 확인할 수 있다. 이러한 사법환경의 변화는 독도와 관련된 여하한 국제분쟁의 사법적 해결 가능성을 차단하고 하는 우리나라의 입장에서는 향후 독도에 대한 활동을 허가하거나 실시함에 있어 보다 신중히 대처하여야 하는 점을 시사하고 있다.

마지막으로, 국가관할해역 외측의 해양생물다양성 보전을 위한 새로운 국제문서 작성을 위한 실무작업반 논의는 개도국의 주장대로 유엔해양법협약하에 구속력 있는 새로운 국제문서를 제정하기로 합의함에 따라 새로운 국면에 처하게 되었다. 즉, 공해에서의 해양보호구역 설정, 공해 및 심해저 해양유전자원을 인류공동유산으로 지정하고 이에 대한 접근과 이익공유제도의 신설, 공해상 활동에 대한 다양한 환경영향평가 의무의 부여, 구체적이고 강제력 있는 개도국 능력배양 및 해양과학기술 이전의무의 논의가 2016년 이후 공식적으로 개시됨으로서 기존의 공해질서를 뒤흔드는 커다란 변화가 예상된다. 따라서, 우리나라는 기존에 유지하였던 입장의 연장선상에서 새로운 국제문서의 내용이 유엔해양법협약의 기본 틀을 변경하지 않으며, 기존 국제기구 또는 국제적 합의를 훼손하지 않도록 토의에 적극적으로 대처하여야 할 것으로 판단된다. 이를 위해서는 외교부, 해양수산부가 대책위원회를 설치하고, 각 쟁점별로 전담기관 내지는 전담전문가를 지정하여 실무작업반을 구성하는 것이 장기간의 국제협상에 대응하기 위한 중요한 조치로 생각한다.

<관련 Cases, Legislation, Books & Articles, Key Activities 주요 내용 소개>

1. Legislation

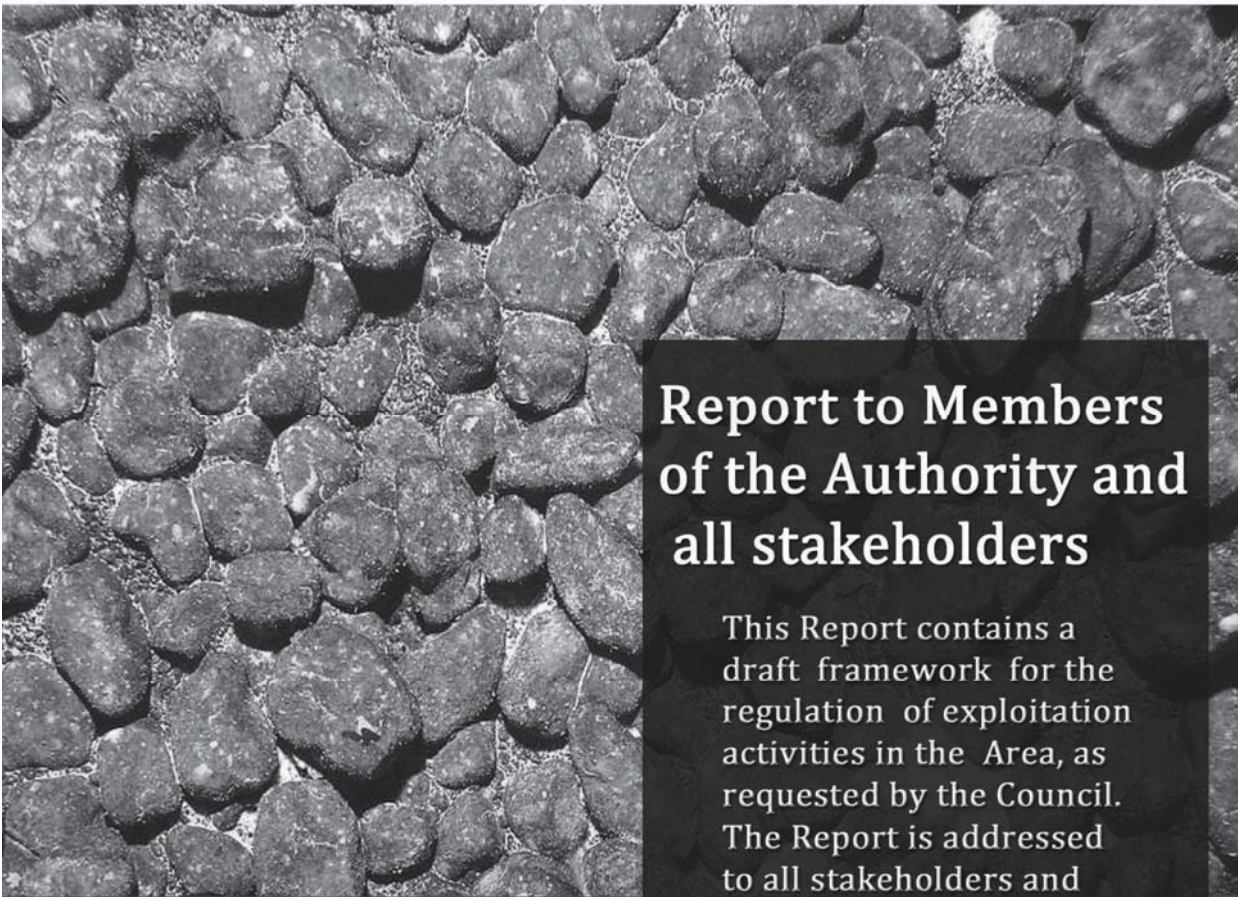
(1) 국제해저기구 망간단괴 개발규칙 작성방향

(Developing a Regulatory Framework for Mineral Exploitation in the Area)

Competition law is generally acknowledged as a dynamic area of modern law,⁺ whose philosophy and content are evolving exceptionally quickly because of the rapid

⁺ A competition or antitrust law and policy scheme was established in the United States in 1890, through the Sherman Act, which is said to be the first antitrust law in the world. This work continues to use the title 'competition law' for the body of law that prohibits anti-competitive agreements, the abuse of market dominance and mergers that inhibit competition, except when referring to US antitrust law.

Developing a Regulatory Framework for Mineral Exploitation in the Area



Report to Members of the Authority and all stakeholders

This Report contains a draft framework for the regulation of exploitation activities in the Area, as requested by the Council. The Report is addressed to all stakeholders and seeks comment on the draft framework, which draws on the 2014 Stakeholder Survey.



Developing a Regulatory Framework for Mineral Exploitation in the Area

Developing a Regulatory Framework for Mineral Exploitation in the Area

Contents		Page
Section 1	Executive summary	2
Section 2	Draft framework for the Exploitation Regulations	4
Section 3	Summary of the response of the Legal and Technical Commission to Stakeholder Survey submissions	39
Section 4	Summary of high level issues	40
Section 5	Draft action plan	45
Section 6	Making a submission	52

Published March 2015 by:
International Seabed Authority
14-20 Port Royal Street
Kingston Jamaica

Section 1: Executive summary

The purpose of this Report of the Legal and Technical Commission (the Commission) is to respond to the Council's decision (ISBA/20/C/31, paragraph 3) by which the Council "requested the Commission to continue its work on the regulations governing exploitation as a matter of priority and to make available to all members of the Authority and all stakeholders a draft framework for the regulation of exploitation as soon as possible after the February 2015 meeting".

This Report attempts to demonstrate the size (both depth and breadth) of the task in formulating rules, regulations and procedures for exploitation. It is also a statement of progress to date and indicates the immediate next steps and actions.

The Report contains the following sections:

- Section 1: Executive summary
- Section 2: Draft framework for the Exploitation Regulations¹
- Section 3: Summary of the Commission's response to Stakeholder Survey submissions
- Section 4: Summary of high level issues
- Section 5: Draft action plan for way forward to mid-2016.

The Report was developed and finalised for immediate circulation to Members of the Authority and all stakeholders following the February Session of the Commission, which was held from 16 to 27 February 2015. Stakeholder groups follow the same broad groupings that responded to the Survey and as reported by the Commission to Council in 2014 and are considered to include: contractors, international organizations, non-government organizations, scientific institutions and universities, private entities, and individuals.

Responses to this Report from Members of the Authority and all stakeholders are invited by mid-May so that the Secretariat can prepare an update for the session of the Commission in July 2015.

The Commission will, in its Chair's Report to Council in July 2015: (i) provide a summary of progress and next actions on the development of the Exploitation Regulations and (ii) include a latest version of the Draft framework for the Exploitation Regulations in an annex to the Chair's Report.

¹ Disclaimer: This draft regulatory framework should not to be seen as "draft regulations". The framework is work in progress by the Commission as it moves incrementally and in a consultative manner with Members of the Authority and all stakeholders towards the regulations themselves.

Section 1: Executive summary

Section 2 of this Report reflects the draft framework for the Exploitation Regulations. It currently contains 10 parts and 2 annexes. Specifically not included at this time are 4 areas: (i) the financial and payment terms mechanism; (ii) a mining inspectorate; (iii) revenue management by the Authority and (iv) the Enterprise. The Commission will provide further details of possible financial and payment mechanisms to Council in July following further consideration.² No further work on the remaining 3 items is proposed at this time. Additionally, the two annexes to the draft framework, addressing application procedure and standard contract clauses, reflect 5 further issues that have been identified for further work. These are: (i) dealings; (ii) annual reports; (iii) insurance; (iv) suspension and termination of contracts and penalties and (v) revision.

Section 3 of this Report is a summary of the Commission's response to the Stakeholder Survey submissions. It further encourages responses from Members of the Authority and all stakeholders to this Report by mid-May in order to further enrich the interactive dialogue that is key to the successful development of the exploitation regulations.

Section 4 of this Report contains a brief commentary on 13 high level issues identified in the responses to the Stakeholder Survey and the work of the Commission to date. These issues must be addressed in the process of developing and finalising the exploitation regulations. Once again feedback is being sought including: (i) on high level issues that may have been omitted; (ii) on the brief commentary provided in regard to each of the issues, and (iii) suggestions on the way these issues may be addressed in the development of the regulatory framework.

Section 5 of this Report comprises a Draft action plan. The plan at this time is considered appropriate to continue the further development of the regulations in a timely manner. It is anticipated it will develop over time. The action plan is drawn directly from the draft framework and actions have been prioritised according to when actions need to be initiated. It is premature to consider that actions will be completed at this stage, as many will be initiated and ongoing for some time.

The Commission recognises the importance of an open, transparent and inclusive process in developing the exploitation framework and welcomes further stakeholder feedback.

² It is intended that a discussion paper relating to the financial mechanism be circulated before end March 2015 to all stakeholders for comment.

Section 2: Draft framework for the Exploitation Regulations

This Section 2 provides an outline of a suggested structure for future exploitation regulations together with a commentary against each component element of the regulatory framework and recommended actions.

The suggested legal framework is similar to that under the current exploration regime, that is, a uniform set of headline regulations and a standardised contract.³ The aim is to develop a legal framework that is simple with clear objectives and endorses established principles and practice where applicable.

As noted in the Executive summary, there are four areas of the regulatory framework that are not addressed in this Section 2, being:

1. The payment mechanism: this is under separate discussion and an update on the financial regime will be presented at the Authority's Annual Session in July 2015. However, a separate discussion paper on the development of a payment mechanism will be issued by the Secretariat in advance of the Session;
2. The development and resourcing of a mining inspectorate within the Secretariat function. It is recommended that the administrative and enforcement functions of a "typical" mining regulator, environmental management agency and perhaps maritime security regime are benchmarked in due course;
3. Revenue management by the Authority, that is the allocation of monies received by the Authority from production proceeds; and
4. The operation and effective participation of the Enterprise.

It is not the intention of the Commission to undertake further work in respect of 2, 3 and 4 above at this time.

³ See Article 153(3) and Annex III Article 3(5) of the Convention requiring an approved plan of work to be in the form of a contract.

Glossary of abbreviations

APEIs	Areas of particular environmental interest
BEP	Best environmental practice
DSM	Deep seabed mining
EIA	Environmental impact assessment
EIS	Environmental impact statement
EITI	Extractive Industries Transparency Initiative
EMP	Environmental management plan
EMS	Environmental management system
IRZ	Impact reference zone(s)
PRZ	Preservation reference zone(s)
RRPs	Rules, regulations and procedures (of the Authority)
SEIA	Strategic environmental impact assessment
SEMP	Strategic environmental management plan

Suggested structure for Exploitation Regulations

Title

- Closure plan
- Size and location of exploitation area covered by the plan of work

• Fees

- Fee for applications

• Processing of applications

- Receipt, acknowledgement and safe custody of applications
- Public review of the Environmental impact statement and Environmental management plan [and Social impact assessment and Closure plan]
- Consideration by the Legal and Technical Commission
- Consideration and approval of plans of work for exploitation by the Council
- Independent technical expert working group(s) / sub-committees

Part I – Introduction

- Use of terms and scope

Part II – Applications for approval of plans of work for exploitation in the form of contracts

• General provisions

• Content of applications

- Form of applications
- Certificate of sponsorship
- Financial & technical capabilities
- Previous contracts with the Authority
- Undertakings
- Applications for approval of plans of work with respect to a reserved area
- Equity interest in a joint venture arrangement
- Data and information to be submitted for approval of the plan of work for exploitation
- Feasibility study
- Environmental impact statement
- Environmental management plan
- Social impact assessment and action plan
- Financing plan

Part III – Contracts for exploitation

- The contract
- Rights of the contractor
- Obligations of the Authority
- Legal title to minerals
- Duration of contracts / renewal
- Performance requirements
- Conservation of the natural resources of the Area
- Use of sub-contractors
- Vessels operating in the Area
- Protection of submarine cables and pipelines
- Health and safety

- Training
 - Periodic review of the implementation of the plan of work for exploitation
 - Termination of sponsorship
 - Responsibility and liability
- Part IV – Protection and preservation of the marine environment**
- Protection and preservation of the marine environment
 - Environmental management
 - Emergency orders
 - Strategic environmental management plan
 - Rights of coastal States
 - Environmental bonds and performance guarantees
 - Restoration and rehabilitation of the marine environment
 - Adaptive management approach
 - Seabed sustainability fund
 - Environmental liability trust fund
 - Human remains and objects and sites of an archaeological or historical nature
- Part V – Confidentiality**
- Confidentiality of data and information
 - Procedures to ensure confidentiality
- Part VI – General Procedures**
- Notice and general procedures
 - Recommendations for the guidance of contractors
 - Duty to co-operate
- Part VII – Enforcement, offences and penalties**
- Inspection
 - Offences & penalties
- Part VIII – Settlement of disputes**
- Disputes
- Part IX – Other mineral resource categories**
- Part X – Review**
- Annexes to exploitation regulations**
- Annex I – Application for approval of a plan of work for exploitation to obtain a contract**
- Annex II – Standard clauses for exploitation contract plus schedules**

Draft regulation description ⁴	Specific elements	Commentary / suggested content	Actions for operationalization of draft regulation
Part I Introduction			
Use of Terms and scope	Definitions applicable to the exploitation regime.	The Exploration Regulations ⁵ contain relatively few terms and definitions. It is likely that the Exploration Regulations will include more comprehensive definitions to aid interpretation. These will include those already presented in the Exploration Regulations, save as amended to reflect current practice.	This section will evolve as the regulatory framework evolves. Definitions should reflect internationally agreed and accepted definitions where possible.
Part II Applications for approval of plans of work for exploitation in the form of contracts			
General	Defines the entities that may apply for a plan of work for exploitation.	<ul style="list-style-type: none"> • Use wording identical to that contained in the Exploration Regulations. 	<ul style="list-style-type: none"> • Not applicable.
Form of applications	Defines requirement for a plan of work in a form to be prescribed in Annex I.	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Wording in Exploration Regulations remains relevant, however:- ▪ Should a "plan of work for exploitation" cover multiple exploitation areas, within say the area covered under an existing contract for exploration? ▪ Each distinct area of exploitation may have different physical characteristics and environmental conditions. ▪ Options available to the Authority: (1) to request separate plans of work for exploitation where there are "material" differences between "exploitation areas" and / or (2) to request separate documents (Feasibility study, Environmental impact statement (EIS) and Environmental management plan (EMP)) for each exploitation area (as ultimately defined). 	<ul style="list-style-type: none"> • <i>Guidelines for the Preparation of a Plan of Work for Exploitation</i> need drafting, including a standard application form. • Future development / licensing of an online application management system. • Thought to be given to "new ways of doing business" as highlighted by the

⁴ Description corresponds to that contained in the Exploration Regulations, save for any new, proposed regulatory provision.

⁵ Refers to the Regulations on Prospecting and Exploration for Polymetallic Nodules in the Area (PN Exploration Regulations), ISBA/19/C/17, 22 July 2013.

Developing a Regulatory Framework for Mineral Exploitation in the Area

Draft regulation description ⁴	Specific elements	Commentary / suggested content	Actions for operationalization of draft regulation
			<p>Commission in the context of exploration and its impact(s) on exploitation applications.⁶</p>
Certificate of sponsorship	<p>Defines the requirement for a certificate of sponsorship.</p>	<ul style="list-style-type: none"> Use wording identical to that contained in the Exploration Regulations. 	<ul style="list-style-type: none"> Not applicable.
Financial and technical capabilities	<p>A key provision for the delivery of due diligence information about an applicant.</p>	<ul style="list-style-type: none"> Much of the wording reflected in the Exploration Regulation can be retained. However, a greater level of detail will be required to evaluate "financial capability" and "technical capability" in connection with the delivery of a plan of work for exploitation, including the capability to deliver approved development and production requirements and the delivery of EMP obligations. Evaluation criteria needed for the Commissions' assessment procedures. To consider how this regulation is to be applied uniformly across all contractor entities. 	<ul style="list-style-type: none"> Further best practice to be developed from national regimes and suggestions in the Stakeholder Survey. <i>Guidelines for the Preparation and Evaluation of Information relating to Financial capability and Technical capability to be drafted.</i>
Previous contracts with the Authority	<p>Content of Exploration Regulation can be retained.</p>	<ul style="list-style-type: none"> Details of existing contract(s) for exploration is important in establishing a "preference and a priority" in an applicant's plan of work for exploitation. Any assessment process to consider that deliverables and obligations under a contract(s) for exploration have been observed. 	<ul style="list-style-type: none"> Not applicable.

⁶ See *Summary Report of the Chair of the Legal and Technical Commission on the work of the Commission during the twentieth session of the International Seabed Authority*, ISBA/20/C/20, 16 July 2014 at para 31.

Draft regulation description ⁴	Specific elements	Commentary / suggested content	Actions for operationalization of draft regulation
Undertakings	Specific undertakings contained in Annex III, Article 4(6) of the Convention. ⁷	<ul style="list-style-type: none"> Use wording identical to that contained in the Exploration Regulation. However, this may be an opportunity to modify or clarify undertakings fundamental to delivery of plan of work / contractual obligations? Could be used to include specific and fundamental contract terms, for example in respect of unfair economic practices anticipated by Annex, Section 6(1)(b) of the Agreement⁸, including disclosure of anti-competitive practices and the obligation to pay fees and royalties etc. 	<ul style="list-style-type: none"> Council could consider incorporating additional undertakings particularly in connection with uneconomic practices. A technical working paper requires preparation by an expert familiar with the international trade issues raised by Annex, Section 6(1)(b) of the Agreement and specific RRP's drafted.
Applications for approval of plans of work with respect to a reserved area	Wording in the Exploration Regulations appears to suffice.	<ul style="list-style-type: none"> To consider wording in the light of the timing and operationalization of the Enterprise. 	<ul style="list-style-type: none"> Not applicable (at this stage).
Equity interest in a joint venture arrangement	Wording in the Exploration Regulations appears to suffice.	<ul style="list-style-type: none"> Again, to consider wording in the light of the timing and operationalization of the Enterprise. 	<ul style="list-style-type: none"> Action plan for operationalization of the Enterprise to be developed.
Data and information to be submitted for	This draft regulation should outline the documents, information	<ul style="list-style-type: none"> Documents that would typically⁹ be supplied in support of a plan of work for exploitation could include: 	<ul style="list-style-type: none"> See Guidelines for the Preparation of a Plan of Work for Exploitation above.

⁷ United Nations Convention on the Law of the Sea.

⁸ Agreement relating to the implementation of Part XI of the United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982.

⁹ "Typically" refers to those documents usually supplied under a land-based mining regime. See for example, *Model Mine Development Agreement*, International Bar Association (2011).

Draft regulation description ⁴	Specific elements	Commentary / suggested content	Actions for operationalization of draft regulation
approval of the plan of work for exploitation	and other data required for an application.	<ul style="list-style-type: none"> i. Feasibility study (or report); ii. Environmental impact statement (EIS); iii. Environmental management plan (EMP); iv. Social impact assessment / statement and action plan (this may be integrated into the EIS above); v. Financing plan; vi. Closure plan; vii. Training plan / programme; viii. [Emergency response and procedures plan: although not normally a separate document as it would be reflected elsewhere, given the concept of "emergency orders" this could be provided as a separate document]; ix. [Health, safety and maritime security plan: again this can be integrated into the EIS]. <ul style="list-style-type: none"> • See also "Form of applications" above concerning separate documents or separate plans of work. 	<ul style="list-style-type: none"> • See also individual document draft regulations following.
Feasibility study	Content and structure to be defined for exploitation activities.	<ul style="list-style-type: none"> • Content to be adequate to assess commercial viability of proposed exploitation activities by exploitation area. • To be prepared in accordance with good mining industry practice and based on sound engineering and economic principles and accompanied by a report of an independent expert(s), including mining engineer. • As part of the application process, alternative development or production plans may be requested to ensure the optimization (including timing) of proceeds of commercial production. 	<ul style="list-style-type: none"> • <i>Guidelines for the Preparation and Evaluation (criteria) of a Feasibility study</i> to be drafted. • Have any "blueprint" feasibility studies been developed for DSM activities that can be adopted by the Authority? (To ensure consistency and comparability in applications).

Draft regulation description ⁴	Specific elements	Commentary / suggested content	Actions for operationalization of draft regulation
Environmental impact statement (EIS)	Content of EIS to be further defined / finalised and be resource-category specific. ¹⁰	<ul style="list-style-type: none"> • An EIS must be: <ol style="list-style-type: none"> i. Based on the Environmental impact assessment (EIA) and on "sound engineering and economic principles" and good mining industry practice and verified by an independent environmental consulting firm. ii. Prepared in a language to facilitate review by interested parties plus a non-technical summary. iii. Establish baseline of environmental conditions (a key deliverable under the Exploration Regulations). iv. An assessment of project-related significant effects and impacts, including cumulative impacts. • A draft EIS template can be found in ISA Technical Study No: 10¹¹ but requires further development and finalisation. • The EIA / EIS should endorse an inter-disciplinary approach. • The Stakeholder Survey highlighted a number of standards and resources for EIA / EIS preparation to be taken account of in developing a model EIS.¹² • The concept of an "Environmental Impact Area" may need to be developed to cover areas beyond the exploitation area(s), horizontally and vertically (and cumulative impacts) where significant impacts may occur. 	<ul style="list-style-type: none"> • Draft EIS template in Technical Study No.10 to be reviewed and updated. • <i>Guidelines for the Preparation and Evaluation of an Environmental Impact Statement</i> to be drafted.¹³ Should include simple rating criteria. Needs to be resource-category specific. • It is recommended that the above be undertaken by an expert and a draft template and guidelines circulated for comment by interested parties.

¹⁰ As knowledge is improved, a more structured process of screening and scoping an EIS can evolve.

¹¹ *Environmental Management Needs for Exploration and Exploitation of Deep Sea Minerals*, ISA Technical Study No. 10 (2012) at 17.

¹² For example, Commission for Environmental Assessment *Biodiversity in EIA & SEA Background Document to CBD Decision VIII/28: Voluntary Guidelines on Biodiversity-Inclusive Assessment* April 2006; UNEP *Environmental Impact Assessment and Strategic Environmental Assessment: Towards an Integrated Approach* 2004; EIS Solwara 1 Project Nautilus Minerals Niugini Ltd.

¹³ Simple set of criteria for rating EISs could be helpful. See for example, U.S. Environmental Protection Agency, *Environmental Impact Assessment Rating System* Criteria.

Draft regulation description ⁴	Specific elements	Commentary / suggested content	Actions for operationalization of draft regulation
<p>Environmental management plan (EMP)</p>	<p>Structure and content of EMP to be drafted / defined.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • An EMP must be / include: <ol style="list-style-type: none"> i. Based on the EIS and on "sound engineering and economic principles" and good mining industry practice (including IFC Performance Standards 1 and 6¹⁴ and other relevant internationally recognized standards¹⁵) and verified by an independent environmental consulting firm. ii. Prepared in a language to facilitate review by interested parties. iii. Methodologies to be employed, sampling and archiving, location of monitoring stations, measurable criteria and threshold indicators. iv. Should reflect parameters for and functionality of Preservation reference zones (PRZs) and Impact reference zones (IRZs). v. Measures / plans for monitoring, management, conservation, remediation, restoration / rehabilitation¹⁶ and control including those to avoid, minimise, mitigate, rehabilitate and offset, where appropriate, impacts on biological diversity within the impacted area and plans to prevent, minimise, mitigate impacts to water column. • EMP to be supported by an approved environmental management system (see "Environmental management" below). • Subject to inspection regime and frequent (say, every 2 years?) independent audit. • Preparation (and delivery) to reflect Best environmental practice (BEP) and application of the precautionary approach. • Any conditions attaching to EMP approval to be outcomes based, measurable, clear, reasonable and enforceable. • See also Strategic environmental management plan under Part IV below: a need for co-operation and harmonisation with contractor EMP process. 	<ul style="list-style-type: none"> • EMP template needs to be drafted. • <i>Guidelines for the Preparation and Evaluation of an Environmental management plan</i> to be drafted. • Similar to EIS, it is recommended that the above be undertaken by an expert and a draft template and guidelines circulated for comment by interested parties. • <i>Guidelines for the design and monitoring of Preservation Reference Zones and Impact Reference Zones</i> to be developed. This may require an expert working group. • Possible multi-stakeholder workshops post development of EIS and EMP templates.

Developing a Regulatory Framework for Mineral Exploitation in the Area

Draft regulation description ⁴	Specific elements	Commentary / suggested content	Actions for operationalization of draft regulation
Social impact assessment and action plan (SIA)	Content / action plan to be defined for exploitation activities and socio-economic impacts in the Area.	<ul style="list-style-type: none"> • Can be integrated with EIS.¹⁷ • Given the remoteness of exploitation activities, no immediate communities or individuals potentially significantly affected by operations. • Other users of the marine environment to be considered. • Considerations for a social action plan could include contributions to marine research (e.g. the funding of research within Areas of Particular Environmental Interest (APEIs)) and incremental training programmes. • See also Seabed Sustainability Fund under Part IV below. 	<ul style="list-style-type: none"> • Discussion to be advanced on a social action plan for the Area and a call to stakeholders to make contributions to this discussion.
Financing plan	Structure and content of plan to be developed.	<ul style="list-style-type: none"> • The financing plan will set out the details of how a contractor will finance the capital expenditure, working capital needs of the development and production phases and environmental management obligations. • Regulations and / or contract to provide for a consent mechanism to any charge, mortgage or pledge where such security is required by a financial institution over the mineral resources / interest in a contract for exploitation. 	<ul style="list-style-type: none"> • Template Financing plan to be drafted.
Closure plan	Structure and content of plan to be developed.	<ul style="list-style-type: none"> • A closure plan raises many issues. It is seen as a dynamic plan that requires regular review and updating and must anticipate potential closure of an exploitation area prior to the expiration of any plan of work. • At this point it is difficult to assess the exact contents of a Closure plan for the Area, but may include:- 	<ul style="list-style-type: none"> • Template Closure plan and Guidelines for the Preparation and Implementation of a Closure plan to be drafted.

¹⁴ Endorsed in the Stakeholder Survey.

¹⁵ Modified for DSM-specific impacts, as the case may be.

¹⁶ See "Restoration and rehabilitation of the marine environment" below.

¹⁷ Draft EIS in ISA Technical Study No. 10 reflects "Socio-economic impacts" supra note 8 at page 25.

Draft regulation description ⁴	Specific elements	Commentary / suggested content	Actions for operationalization of draft regulation
Size and location of exploitation area(s) covered by the plan of work	Guidance criteria for determining the size (and location) of exploitation area(s).	<ul style="list-style-type: none"> o "basic" decommissioning (removal of installations, plant and machinery); o Restorative obligations at the time of closure? o Need for a guarantee or bond? o Post closure environmental management and monitoring obligations to be defined. Also to determine the period / duration of post closure monitoring – appropriate benchmark (years)? 	
		<ul style="list-style-type: none"> • The Convention requires that RRP be established in accordance with objective criteria for the size of areas being: stated production requirements, the state of the art of technology and relevant physical characteristics of the areas...which "shall be neither smaller nor larger than are necessary to satisfy this objective".¹⁸ • Some stakeholders noted that such RRP should not simply be a determinant of size but also of <u>location</u> and that the Authority reserve the right to determine mining block order¹⁹ (adaptive management?²⁰). • Albeit, stakeholder comments regarding block order were directed at environmental considerations, the point is equally valid from the viewpoint of practices such as "high-grading". What will the Authority's policy, if any, be here? An average balanced grade? How will / should this be defined?²¹ 	<ul style="list-style-type: none"> • There are matters of policy to be addressed by the Council. Specific guidelines then need to be drawn up to identify the criteria to be applied in assessing the size and location of exploitation area(s). It is likely that additional expert input is required here and / or initial thoughts of contractors as to their proposed exploitation areas and production requirements.

¹⁸ Annex III, Article 17(2)(a) of the Convention.

¹⁹ This may necessitate the sub-division of exploitation areas into blocks. To be balanced with applicant's desire for commercial flexibility to manage exploitation operations.

²⁰ Initial duration of exploitation operations, review periods and the intensity of exploitation operations are also relevant considerations under an adaptive management approach.

²¹ See also Section 4 to this Report: Summary of high level issues.

Developing a Regulatory Framework for Mineral Exploitation in the Area

Draft regulation description ⁴	Specific elements	Commentary / suggested content	Actions for operationalization of draft regulation
		<ul style="list-style-type: none"> • The US Deep Seabed Hard Minerals Resources Act makes reference to both size and location and to a "logical mining unit" which includes economic and environmental considerations as criteria.²² • Principles ("criteria") for determining the size and location of the exploitation area suggested in the framework <i>could</i> include (and reflecting stakeholder responses): - <ul style="list-style-type: none"> ◦ The production requirements of the applicant (Convention) / the commercial viability of the exploitation area; ◦ The state of the art technology to be employed (Convention); ◦ The relevant physical characteristics of the area (Convention); ◦ The environmental considerations including the location of the exploitation area(s) and the intensity of the exploitation operations; ◦ The proximity of the exploitation area(s) to adjacent exploration and / or exploitation areas covered under other third party plans of work / reserved areas;²³ ◦ The proximity of exploitation area(s) to marine protected areas (including APEIs) and vulnerable marine ecosystems; ◦ The size and location of PRZs and IRZs (depending on design criteria – see "Environmental management plan" above); 	

²² 30 U.S. Code § 1413. License and permit applications, review, and certification.

²³ There is a real possibility that exploitation operations in one area may impact adjacent exploration or exploitation areas through smothering by operational and discharge plumes. This needs to be addressed and buffer zones considered.

Draft regulation description ⁴	Specific elements	Commentary / suggested content	Actions for operationalization of draft regulation
		<ul style="list-style-type: none"> ○ The proximity of exploitation area(s) to coastal States (including EEZs and deposits); ○ The impact on other users of the proposed exploitation area(s); ○ The proximity to submarine pipelines and cables. 	
Fee for applications	Wording can be adapted from the exploration regulations.	<ul style="list-style-type: none"> • The actual costs of processing exploitation applications will be considerably higher than that under exploration applications given the more stringent documentation reviews and inspections. Equally, decisions will need to be made concerning the costs for independent evaluation processes (e.g. the EA / EMP) and who these are to be incurred by. • Additional administration, revision, renewal and consent-type fees will likely arise under a contract for exploitation. • Note: the 1994 Agreement requires the payment of an annual fee from the date of commercial production.²⁴ This will be reflected in the "Financial terms" Part of the regulations, when drafted. 	<ul style="list-style-type: none"> • It will not be possible to set an application fee at this stage until the review, assessment and administration processes are fully defined.
Receipt, acknowledgement and safe custody of applications	Wording can be adapted from the exploration regulations.	<ul style="list-style-type: none"> • No comment. 	<ul style="list-style-type: none"> • Not applicable.

²⁴ Annex, Section 8(1)(d). The point of commencement of commercial production is broadly defined in Annex III, Article 17(2)(g) of the Convention. There will be a number of factors that point toward commercial production having been reached. In land-based mining this can be a blurred area and the extent to which it is possible to define an operating capacity threshold may be preferable.

Draft regulation description ⁴	Specific elements	Commentary / suggested content	Actions for operationalization of draft regulation
<p>Public review of the Environmental impact statement and Environmental management plan [and Social impact assessment and Closure plan]</p>	<p>An open, inclusive and cost-effective decision-making process needs to be developed for the review of specific documents by interested parties.</p>	<ul style="list-style-type: none"> Under the principle of transparency in decision-making on matters likely to have a significant impact on the environment (including socio-economic impacts), an-inclusive, open review process needs to be developed, particularly for the EIS / EMP, SIA and Closure plans. Public concerned / potentially impacted are not immediately identifiable but mankind as a whole has, arguably, a vested interest. While a public review and engagement process is common practice in many national jurisdictions, this requires much thought for activities in the Area, including the practicalities of any procedure, timings and costs. A number of alternatives have been put forward by stakeholders, including review mechanisms by independent experts and panels and the public availability of relevant documents and information for review. 	<ul style="list-style-type: none"> A working paper needs to be drafted setting out the public participation options and procedures available, including independent expert review(s), based on stakeholder submissions and best practice regimes. The paper can then be circulated to stakeholders for comment.
<p>Consideration by the Legal and Technical Commission</p>	<p>The content of this regulation (which can be adapted from the Exploration Regulations) together with evaluation guidelines is key for contractors – element of certainty as to process, timings and evaluation</p>	<ul style="list-style-type: none"> A re-write of this regulation is likely required to provide for all the necessary eventualities for the Commission's consideration of a plan of work and its subsequent recommendation(s) to Council for approval or rejection of an applicant's plan of work for exploitation. Time limits and milestones in the process will also be critical to contractors as well as the evaluation criteria on which the Commission will ultimately base their recommendations to Council. This could include any reasonable conditions²⁵ proposed 	<ul style="list-style-type: none"> Detailed guidelines will be needed in respect of evaluation criteria to be used by the Commission. A technical working paper needs to be drafted to elaborate on the concept of <i>sound commercial principles</i> (see 1994 Agreement,

²⁵ An indication of "reasonable conditions" and how this will be interpreted should be considered. Plans of work will not be identical. Conditions could include: the provision of a bond or guarantee; the purchase and maintaining of a specified category of insurance; any specific monitoring and reporting obligations (over and

Draft regulation description ⁴	Specific elements	Commentary / suggested content	Actions for operationalization of draft regulation
	criteria.	<p>by the Commission to the Council as part of that recommendation procedure.</p> <ul style="list-style-type: none"> An application for the approval of a plan of work for exploitation will require approval of all "documents"²⁶ submitted and must ensure that the necessary review and public participation procedures have been followed and account taken of submissions received by the Commission from interested parties. 	<p>Annex, Section 6(1)(a)).²⁷</p> <ul style="list-style-type: none"> A technical working paper is required to elaborate on <i>substantial evidence</i> of risk of serious harm to the marine environment in the case of area(s) disapproved for exploitation.²⁸
Consideration and approval of plans of work for exploitation by the Council	Wording can be adapted from the Exploration Regulations.	<ul style="list-style-type: none"> To consider whether Council should take an additional governance step of satisfying itself, particularly where a public review process is required, that submissions from any review mechanism have been duly taken account of in the decision-making process and that the application conforms, to best of knowledge and belief at the time, that say Annex, Section 6 of the Agreement has been complied with. 	<ul style="list-style-type: none"> Should any specific Council procedures and criteria be developed here?
Independent technical expert working group / sub-committees	Consider setting up expert working groups or sub-committees to support the work of the Commission.	<ul style="list-style-type: none"> Given the pressures that applications for plans of work for exploitation will place on the existing assessment and decision-making structure, additional expert working groups or sub-committees may be required. 	<ul style="list-style-type: none"> Should this be formalised under the regulatory framework?

above those under the regulations), the appointment of observers; the duration of consent for an environmental management plan and any conditions relating in whole or part to an adaptive management approach. Conditions will be recorded in a relevant schedule to a contract for exploitation.

²⁶ Based on the documents (and other information requested) the Commission will need to be satisfied that an applicant has the capability and systems to deliver health and safety and environmental requirements; that the applicant has adequate technical and financial capability to deliver the plan of work and that project economics are sound etc.

²⁷ This provision stipulates that as part of the production policy of the Authority, the "development of the resources of the Area shall take place in accordance with sound commercial principles". A marine minerals policy and programme document will need drafting when data and information on resources in the Area is more comprehensive.

²⁸ See Regulation 21(6)(c) PN Exploration Regulations.

Draft regulation description ²⁸	Specific elements	Commentary / suggested content	Actions for operationalization of draft regulation
Part III Contracts for exploitation			
The Contract	Wording can be adapted from the Exploration Regulations.	<ul style="list-style-type: none"> In addition to the standard clauses, specific conditions may be approved by the Council based on recommendations by the Commission and reflected in the relevant Schedule to the Contract. 	<ul style="list-style-type: none"> Not applicable.
Rights of the contractor	Wording can be adapted from the Exploration Regulations.	<ul style="list-style-type: none"> It would seem appropriate to identify, as exhaustively as possible, what rights, including exclusive rights, are being granted here, unless it is felt clear that the definition of "exploitation" covers this? For example, the definition of "exploitation" does not include "exploration" but should be a right to explore in the exploitation area(s). 	<ul style="list-style-type: none"> Consideration to be given to this by the Secretariat.
Obligations of the Authority	To provide clarity on any obligations of the Authority.	<ul style="list-style-type: none"> To the extent that any duties of or obligations on the Authority are unclear or not dealt with elsewhere, a provision should be drafted to provide clarity, and reflected in the standard contract as appropriate. 	<ul style="list-style-type: none"> Consideration to be given to this by the Secretariat.
Legal title to minerals	To provide that legal title passes on "recovery" but with any restrictions?	<ul style="list-style-type: none"> Are there any restrictions that can / should be placed on the transfer of title where the contractor is say in breach? For example, a prohibition on sale / disposal until all fees, royalties, profit-share etc. have been paid – or suitable arrangements made. 	<ul style="list-style-type: none"> Consideration of the phrase "recovery in accordance with the Convention"²⁹ requires a technical working paper to be drafted.
Duration of contracts / renewal	This draft regulation relates to security of tenure and a key	<ul style="list-style-type: none"> The Convention prescribes limited objective criteria:³⁰ <ul style="list-style-type: none"> The economic life of the mining project – depletion of ore, the useful life of mining equipment and processing 	<ul style="list-style-type: none"> Further understanding of contractor development, production and economic models and plans is required

²⁸ Annex III, Article 1 of the Convention.

³⁰ Annex III Article 17(b)(iii) of the Convention.

Draft regulation description ⁴	Specific elements	Commentary / suggested content	Actions for operationalization of draft regulation
	<p>contractual term for contractors.</p>	<p>facilities and commercial viability;</p> <ul style="list-style-type: none"> ○ To permit commercial extraction; and ○ Reasonable time for construction of commercial-scale mining and processing systems. ○ But (important wording): "the total duration of exploitation, however, should also be short enough to give the Authority an opportunity to amend the terms and conditions of the plan of work at the time it considers renewal in accordance with [RRPs] which it has adopted subsequent to approving the plan of work". <ul style="list-style-type: none"> • Duration will likely be resource category specific. • The Stakeholder Survey identified periods of tenure ranging from an initial 10-year period to a general consensus range of 15-25 years and renewal (extension) periods of 5-10 years (at least in the case of polymetallic nodules). • Duration is also relevant to the development and revision of a financial payment mechanism. • It is suggested (from the Stakeholder Survey) that a substantive review period occur at approximately 5 years into the contract term. The specific conditions attached to that review should be established at the time of the initial application for a plan of work for exploitation. • It may be possible to approve stages of exploitation operations. In the early phases of this industry, the nature of the deposit may require a gradual procession to commercial production. If it subsequently comes to light that the deposit extent is less than originally forecast, the duration (or size of area) needs to be adjusted. Uneconomic production and recovery is to be avoided. • Commencement of mining: as soon as possible but a logical 	<p>here.</p> <ul style="list-style-type: none"> • A balance needs to be established between the commercial requirements of contractors and the ability of the Authority to amend terms and conditions in accordance with revised RRP's. • A working paper needs to be developed for circulation to stakeholders. • Guidelines need to be developed for the following: <ul style="list-style-type: none"> ○ Criteria for contract duration – resource specific. ○ Application and evaluation criteria for a substantive review. ○ Application and evaluation criteria for renewal of an exploitation contract.

Draft regulation description ⁴	Specific elements	Commentary / suggested content	Actions for operationalization of draft regulation
<p>Performance requirements</p> <p>This draft regulation should specify the production obligations under a plan of work.</p>		<p>development of production areas within the exploitation area leading to maximum economic recovery plus development of infrastructure and transporting and processing construction.</p> <ul style="list-style-type: none"> • As to periods of renewal / extension, thought will need to be given as to whether this should be treated as a "fresh" application and subject to identical rules of process and procedure as the original application? Bearing in mind the inclusive and participative approach being taken. • A starting point for the regulations could be: <ul style="list-style-type: none"> ○ Specify a maximum initial period; ○ Define the parameters of any renewal against specified criteria (depletion of ore, commercial viability, contractor not in material default) and documentation needs; ○ Provide for a substantive review period at the end of first 5 years based on pre-determined performance and other criteria and included in the contract – with the ability of the Authority to adjust terms etc. ○ And other review periods at pre-defined timeframes or triggered on the happening of specific events. • Under the Convention³¹, the Authority is obliged to "establish a maximum time interval, after the exploration stage is completed and the exploitation stage begins, to achieve commercial production". Allowance here is to be given for construction time and unavoidable delays. • Then following commercial production, "the Authority shall within reasonable limits and taking into consideration all relevant factors require the operator to maintain commercial production 	
			<p><i>Guidelines for the evaluation of Production performance requirements under a contract for exploitation to be drafted. To include key performance criteria and indicators.</i></p> <ul style="list-style-type: none"> • Council to consider as a matter of policy, in

³¹ Annex III Article 17(2)(c) of the Convention.

Draft regulation description ⁴	Specific elements	Commentary / suggested content	Actions for operationalization of draft regulation
		<p>throughout the period of the plan of work". Need to elaborate on <i>taking into consideration all relevant factors</i>. That is, in practice, what factors will potentially delay, halt or suspend commercial production? Technical and economic conditions will be one factor.</p> <ul style="list-style-type: none"> • The mining plan and estimated date of commercial production will be assessed during the evaluation phase (Feasibility study). The approved Feasibility study locks the contractor in to the production undertakings in that study. • A cut-off point needs to be adopted where no commercial activity has taken place and to afford other operators the opportunity of developing the resources in that area. The US Deep Seabed Hard Minerals Act provides a cut-off point of 10 years, unless a contractor can show just cause.³² Equally, for any periods of inactivity, should the contractor be required to pay a surface rent? Arguably, yes but at what rate / level? • Also provision should be made for a contractor to apply for a suspension in commercial production due to say economic conditions (see also Revision clause in the contract). • Performance requirements expected of the contractor are key and arguably form fundamental terms of the contract. Flowing from the Feasibility study, key performance criteria and indicators should be established. Guidelines will be needed. For example, the Feasibility study should provide production estimates for the mining operation; where recovery falls below such agreed estimates by a pre-determined percentage, the Authority should be in a position to require the contractor to improve the efficiency 	<p>discussion with relevant stakeholders, a cut-off point for commercial inactivity.</p>

³² See 30 U.S. Code § 1417, Duration of licenses and permits.

Draft regulation description ⁴	Specific elements	Commentary / suggested content	Actions for operationalization of draft regulation
		<p>etc. of the mining operation.</p> <ul style="list-style-type: none"> • From a commercial perspective, a contractor should be permitted to make <i>minor</i> changes to an approved programme of activities without recourse to the Authority. However, any <i>material</i> changes should require the Authority's prior approval. The distinction between <i>minor</i> and <i>material</i> should be discussed and agreed during the application and approval process and also reflected in any guidelines. • It is usual in a land-based mining context that an operator is required to undertake capacity tests of the mining equipment. Again, this needs to be considered. • The following could also be included in this section: <ul style="list-style-type: none"> ◦ Production takes place in accordance with sound commercial principles (see "Consideration by the Legal and Technical Commission" above); ◦ No subsidization of activities; ◦ No discrimination; ◦ Stipulate Council's powers to investigate and take measures. 	
Conservation of the natural resources of the Area ³³	General obligation to avoid unnecessary waste.	<ul style="list-style-type: none"> • To permit the Authority to impose reasonable conditions to prevent waste. • To permit the Council to issue conservation measures to promote the conservation of the natural resources for future generations. • Visibility of processing and treatment of the ore should be stipulated. 	<ul style="list-style-type: none"> • A policy in respect of waste management needs to be developed.
Use of sub-	To specify the obligations on a contractor where	<ul style="list-style-type: none"> • Contractor's right to sub-contract but also contractors to extract 	<ul style="list-style-type: none"> • Not applicable.

³³ Article 145(b) of the Convention.

Draft regulation description ⁴	Specific elements	Commentary / suggested content	Actions for operationalization of draft regulation
contractors	sub-contractors are engaged.	<ul style="list-style-type: none"> the necessary guarantees for sub-contractor performance. The use of sub-contractors should be addressed in the Feasibility study – full disclosure. 	
Vessels operating in the Area	To specify the obligations on a contractor in relation to vessels undertaking activities in the Area.	<ul style="list-style-type: none"> Requirement for vessels engaged in exploitation activities to remain in Class and be subject to general international legal obligations and appropriate conventions. Need to establish clear line of duties and responsibilities and co-operation between the Authority and the International Maritime Organization (IMO). 	<ul style="list-style-type: none"> Discussions between the Authority and the International Maritime Organization to be formalised.
Protection of submarine cables and pipelines	To specify the obligations on all parties including notification procedures. ³⁴	<ul style="list-style-type: none"> Procedures to be established to notify submarine cable operator organizations of a plan of work application showing co-ordinates of proposed exploitation area(s). Reporting / notification protocols to be established. 	<ul style="list-style-type: none"> Discussions between the Authority and relevant representative organizations formalised.
Health and safety	To specify the additional measures that supplement existing international agreements. ³⁵	<ul style="list-style-type: none"> To establish what supplementary duties and obligations the Authority has as a regulator in connection with health and safety together with applicable standards. Training of employees in health and safety procedures. Labour standards also require consideration. 	<ul style="list-style-type: none"> To determine additional international / DSM-specific standards and the extent of the Authority's remit / duties and responsibilities.
Training	Training obligations on a contractor.	<ul style="list-style-type: none"> To be submitted as part of the documentation requirements on application for a plan of work. Thought to be given to the needs of the future industry and training programmes targeted accordingly. Training obligations could also be facilitated under the requirements of a Social 	<ul style="list-style-type: none"> To establish areas of skills and talent shortages key to the development of the DSM industry.

³⁴ Arguably an obligation for sponsoring States to have RRP in place as well. See Article 113 of the Convention.

³⁵ See Article 146 of the Convention. Relevant international agreements / practices include: International Convention for the Safety of Life at Sea and International Management Code for the Safe Operation of Ships and for Pollution Prevention (IMO).

Draft regulation description ⁴	Specific elements	Commentary / suggested content	Actions for operationalization of draft regulation
Periodic review of the implementation of the plan of work for exploitation	As per content of Exploration Regulations.	<p>impact assessment and contribution, that is, incremental training programmes including tertiary scholarships etc.</p> <ul style="list-style-type: none"> Note: training obligations of contractor personnel too in matters of occupational health and safety etc. Periodic review at 5-year intervals. Contractor is obliged to implement / adjust its programme of activities for the next five year period (adaptive management approach). Greater clarity and guidance will be needed over the substance and content of these reviews for exploitation programmes. Additionally certain events will require notification and perhaps the production of incident or exception reports. For example, if commercial production falls below average targets, casualties or the achievement of milestones. Specific conditions may be imposed which require more regular reporting. Reporting is obviously a key area of governance under the regime but it needs to be targeted and relevant to the Authority's role as regulator. 	<ul style="list-style-type: none"> <i>Guidelines on Procedures and Information Requirements for Review</i> to be drafted.
Termination of sponsorship	As per Exploration Regulations.	<ul style="list-style-type: none"> What obligations remain with the contractor post termination? Does a contractor remain liable for say EMP monitoring obligations? 	<ul style="list-style-type: none"> To establish clarity on post termination obligations for a contractor.
Responsibility and liability	As per Exploration Regulations.	<ul style="list-style-type: none"> Wording of the Exploration Regulations principally reflects the Convention.³⁶ The liability of the contractor is for wrongful acts. There is also an overlap in responsibility and liability under the laws of a sponsoring State. Strict liability may be imposed under national law. The area of liability and redress in the Area particularly as 	<ul style="list-style-type: none"> Legal workshop required to explore and develop further principles of responsibility and liability in the Area.

³⁶ Annex III, Article 22.

Draft regulation description ⁴	Specific elements	Commentary / suggested content	Actions for operationalization of draft regulation
		regards environmental damage remains at an embryonic stage of development. ³⁷ Calls for a separate working group to look at this issue were made in the Stakeholder Survey.	
Part IV Protection and preservation of the marine environment			
Protection and preservation of the marine environment	General wording in Exploration Regulations to be adapted.	<ul style="list-style-type: none"> • Acknowledgement of the general principles and obligations within the exploration regulations should remain. That is, application of the precautionary approach, BEP, measures to control pollution. Should also specify an adaptive management approach as part of BEP. • A vast amount of work needs to be performed in this area from agreeing the thresholds of serious harm to the efficacy of PRZs and IRZs, developing workable environmental targets and indicators and the application of a precautionary-risk management framework. Prescriptive regulations and detailed guidelines will be the ultimate output here; however, it is too early to draft the same without input from experts, interested stakeholders, relevant international organizations (e.g. IMO in respect of marine pollution) and knowledge advancement. • Dumping: the 1972 London Convention³⁸ and the 1996 Protocol to the London Convention currently exclude the dumping of wastes or other matter connected with seabed mining activities from its scope. More specifically Article 1(4)(3) of the 1996 Protocol states "[t]he disposal or storage of wastes or other matter directly arising from, or related to the exploration, 	<ul style="list-style-type: none"> • This area requires the formation of targeted expert workgroups consisting of a broad range of stakeholders, including relevant international organizations. Specific consideration of "dumping" RRP's.

³⁷ The Seabed Disputes Chamber of the ITLOS noted "[a]rticle 304... opens the liability regime for deep seabed mining to new developments in international law", either under the existing regime or under customary international law. This is further endorsed by the Convention which obliges the ISA Assembly to promote "international co-operation concerning activities in the Area" and to encourage "the progressive development of international law relating thereto".

³⁸ Convention on the Prevention of Marine Pollution by Dumping of Wastes and Other Matter.

Draft regulation description ⁴	Specific elements	Commentary / suggested content	Actions for operationalization of draft regulation
Environmental management	To operationalize the EMP.	<p>exploitation and associated off-shore processing of seabed mineral resources is not covered by the provisions of this Protocol".</p> <ul style="list-style-type: none"> It would thus seem that the disposal or storage of waste or other matter directly arising from "activities in the Area" will need to be regulated by the Authority as the competent agency / international body. What will constitute "dumping" in the Area? E.g. the deliberate disposal of sediment from on-board processing and vessels and mining collector in emergency situations? What protection measures will be needed (possible co-operation between the Authority and the IMO)? Regulations should be drafted and the terms for say an EMP should / could reflect specific waste assessment framework(s), monitoring and reporting obligations connected with the dumping of waste (as defined). 	<ul style="list-style-type: none"> Specific guidelines on environmental management systems to be developed.
		<ul style="list-style-type: none"> The OSPAR Guidelines for Monitoring the Environmental Impact of Offshore Oil and Gas Activities (2004-11) provide a sound basis and guide aimed at environmental monitoring (the design and conduct of monitoring programmes) of discharges from oil and gas activities. This can be adapted for the specific requirements of exploitation activities together with other relevant best practice identified in the Stakeholder Survey and through future expert / workshop engagement. This regulation should oblige the contractor to have an internationally recognized environmental management system (EMS) in place e.g. ISO 14001: 1996. Specialists should conduct independent audits say every 2 years for the EMP and EMS. Any material revisions to an EMP to require the prior approval of 	

Developing a Regulatory Framework for Mineral Exploitation in the Area

Draft regulation description ⁴	Specific elements	Commentary / suggested content	Actions for operationalization of draft regulation
Emergency orders	As per Exploration Regulations.	<ul style="list-style-type: none"> Contractors should, in addition to their reporting obligations to the Authority, make available a public annual statement of its environmental targets and its performance delivery against environmental indicators. 	<ul style="list-style-type: none"> Secretariat to review contemporary best practice in the field of marine disaster management and responding to emergency situations including the lessons learned.
Strategic environmental management plan (SEMP)	The requirement to conduct regional SEIAs and deliver regional SEMPs.	<ul style="list-style-type: none"> This is an area that requires further detailed input as to its practical operation. While the rationale behind emergency measures is sound, its practical application may be limited. Consequently, a focus on and during the application, reporting, inspection and review processes of contractor risk management systems and processes will be of greater significance, including a contractor's Emergency response and procedures plan. While this regulation is targeted at the protection of the marine environment, human health and safety is of fundamental importance. Can draw on much existing best practice where relevant,³⁹ including reporting protocols. This regulation would place an obligation on the Authority to conduct a Strategic environmental impact assessment(s) of the Area and to develop Strategic environmental management plan(s) (SEMPs) including the development of APEI's. The issue of regional SEMPs for the Area drew much discussion from stakeholders and the need to have SEMPs in place prior to commercial exploitation. The regulation should specify the objectives of the SEMPs. 	<ul style="list-style-type: none"> Regional workshops and co-operation to be developed to formulate regional SEMPs.

³⁹ For example, stakeholders suggested: International Convention on oil pollution preparedness, response and cooperation, 1990; IMO Pollution Incident Response Planning Resolutions MEPC.54(32) & MEPC.85(44); EPA (US) Area Contingency Planning Handbook and EU Directive 2012/18/EU on control of major-accident hazards involving dangerous substances.

Draft regulation description ⁴	Specific elements	Commentary / suggested content	Actions for operationalization of draft regulation
Rights of coastal States	The wording from the Exploration Regulations remains relevant.	<ul style="list-style-type: none"> See also contractor EMP obligations under Part II above: a need for co-operation and harmonization of SEMP and contractor EMP deliverables. Reference to any likely impacts on coastal states should be addressed in the EIS, where considered significant. See also "Size and location of exploitation area(s) covered by the plan of work" above. 	<ul style="list-style-type: none"> None at this stage.
Environmental bonds and performance guarantees	To provide for a bond or financial guarantee where requested by the Authority.	<ul style="list-style-type: none"> The necessity for a bond or related performance guarantee requires detailed consideration together with the form that any bond / guarantee should take: cash deposit, parent company guarantee, State guarantee, financial institution letter of credit – and associated investment grade of any issuer. Cash bonds are preferable. The terms of its release and what can be deducted against the deposit must be established. For commercial operators there is generally a preference for commercial insurance rather than bonds. Importance of equality of financial treatment and comparable financial obligations across the contractor base. Not all jurisdictions request a bond in practice under mining regimes but may make provision in their regulations for a bond, particularly to secure any closure obligations (restoration / rehabilitation). In the case of activities in the Area these obligations may be minimal (save for any post closure monitoring) and a cash bond or guarantee connected with the performance of the EMP may be more preferable. 	<ul style="list-style-type: none"> The interaction between commercial insurance and bond mechanisms needs to be investigated together with the terms and conditions, including appropriate quantum of any bond.

Draft regulation description ⁴	Specific elements	Commentary / suggested content	Actions for operationalization of draft regulation
<p>Restoration and rehabilitation of the marine environment</p>	<p>A general restoration obligation where restoration is feasible seems appropriate.</p>	<ul style="list-style-type: none"> To include a general restoration obligation.⁴⁰ Restoration to occur where directed to do so by the Council. This would be based on the Commissions' recommendations that would take account of the likely effectiveness of techniques based on necessity; technical feasibility; and cost-efficiency on the basis of a cost benefit analysis, where such quantification can be reasonably assessed. Restoration will also be impacted by "passive rehabilitation", that is, the ability for natural recovery to occur. "Restoration" & "rehabilitation" will require appropriate legal / scientific definition in a marine environment context. 	<ul style="list-style-type: none"> None at this stage.
<p>Adaptive management approach</p>	<p>A regulation that better defines adaptive management.</p>	<ul style="list-style-type: none"> All actors to adopt an adaptive management approach to exploitation activities. Adaptive management may include:- <ul style="list-style-type: none"> The permitting of exploitation operations to proceed on a smaller scale or for shorter defined periods of time in order to assess impacts on the environment and on human health and safety; The duration of any approval of an EMP; The frequency of review periods to be imposed by the Authority; and Additional reporting obligations under an EMP. Note: this approach should be balanced with the commercial (economic) viability of operations (principles of sustainable development). Development of cost-benefit analysis models needed. 	<ul style="list-style-type: none"> Adaptive management in connection with exploitation activities in the Area requires further elaboration with interested parties.

⁴⁰ General consensus by stakeholders for focus to be on impact minimisation and mitigation measures rather than restoration at this time.

Draft regulation description ⁴¹	Specific elements	Commentary / suggested content	Actions for operationalization of draft regulation
Seabed sustainability fund	To establish a seabed sustainability fund with targeted objectives.	<ul style="list-style-type: none"> The idea and rationale of a fund is for the Authority to be in a position, based on expert recommendations, to direct further research e.g. in relation to marine ecosystems in the Area and to develop institutional capacities.⁴¹ At the moment the Authority / Common heritage of mankind are in a "Catch 22" with no budget for large-scale research activities. Research remains a principal obligation for contractors. The fund could be financed by way of a levy e.g. USD x per wet / dry ton of ore recovered on board the mining vessel. Contributions to the fund could also be considered an element of social contribution. The fund could target the development of technology, which also presents a revenue stream opportunity for the fund (e.g. patent royalties). Such a funds merit and appeal has yet to be tested but there is a strong rationale for such a fund. 	<ul style="list-style-type: none"> A working paper to be drafted articulating the concept and objectives of such a fund for circulation to interested parties.
Environmental liability trust fund	As recommended by the Seabed Disputes Chamber of the ITLOS. ⁴²	<ul style="list-style-type: none"> The rationale for such a fund stems from a potential environmental liability gap. The merit of such a fund was presented in the Stakeholder Survey. Given the suggested Seabed sustainability fund above, the need for an additional fund requires consideration. However, the rationale for this fund is different and could be funded by 	<ul style="list-style-type: none"> None at this stage.

⁴¹ The concept of such a fund originated from the Stakeholder Survey and is based on the Aggregates Levy Sustainability Fund in the United Kingdom. The rationale for such a fund is also supported by other stakeholder comments including the development of a non-fault based mechanism for research in the deep sea environment.

⁴² International Tribunal for the Law of the Sea: Case No. 17: *Responsibilities and obligations of States sponsoring persons and entities with respect to activities in the Area* (Request for Advisory Opinion submitted to the Seabed Disputes Chamber).

Draft regulation description ⁴	Specific elements	Commentary / suggested content	Actions for operationalization of draft regulation
Human remains and objects and sites of an archaeological or historical nature	The wording of the Exploration Regulations remains relevant.	<ul style="list-style-type: none"> allocating a portion of production royalties received by the Authority. The SIA and action plan should address any specific matters relating to the cultural heritage in the exploitation area(s). 	<ul style="list-style-type: none"> None at this stage.
Part V Confidentiality			
Confidentiality of data and information & Procedures to ensure confidentiality	The wording of the Exploration Regulations may be relevant.	<ul style="list-style-type: none"> Amendment of the Exploration Regulation's wording may be required in the light of any agreed public participation and review processes. The principles of the EITI are also relevant here. There is a call, within the Stakeholder Survey for a presumption that all data is public (including contracts for exploitation etc.) unless demonstrated otherwise. This would not extend, however, to confidential information and data. Data flow and participation / review processes will drive any amendment of the confidentiality provisions here. Best practice is to be sought. 	<ul style="list-style-type: none"> Confidentiality is raised as a high-level issue under Section 4 to this paper.
Part VI General procedures			
Notice and general procedures	The wording of the Exploration Regulations remains relevant.	<ul style="list-style-type: none"> None. 	<ul style="list-style-type: none"> None.

Draft regulation description ⁴	Specific elements	Commentary / suggested content	Actions for operationalization of draft regulation
Recommendations for the guidance of contractors	The wording of the Exploration Regulations remains relevant.	<ul style="list-style-type: none"> This provision may need to be "updated" as to the processes necessary to draft and adopt such recommendations, including the necessity for expert input and review by interested parties where applicable. 	<ul style="list-style-type: none"> The process of issuing recommendations by the Commission needs review.
Duty to cooperate	A general duty on all parties to co-operate and exchange information is necessary.	<ul style="list-style-type: none"> A general regulation to stipulate the Authority's obligation to co-operate with a sponsoring State (and vice-versa) where required. Member States should equally be under a duty to co-operate and assist the Authority (and vice-versa). A duty to co-operate with the Authority is not only essential for "joint" investigation and enforcement of operational obligations, but also of sharing information for financial auditing purposes. In practical terms once an ore vessel has left the Area, what "control" will the Authority have over auditing for say royalty payments? Access by a Member State to customs and related documentation when the vessel arrives in a Member State port or shipments to the treatment and processing plants will be crucial. Aside from "co-operation", perhaps an <i>exchange of information</i> provision is applicable here as well defining the types of information that needs to be shared to allow the Authority and Member States (and sponsoring States) to discharge their duties to the common heritage of mankind. 	<ul style="list-style-type: none"> None but see Section 4: Summary of high level issues.

Part VII Enforcement, offences & penalties

Inspection	To include inspection regime in headline regulations rather than standard terms of contract.	<ul style="list-style-type: none"> The general wording of the Exploration Regulations (contract) should be retained. However, the inspection regime requires detailed input, an understanding of any potential overlaps with sponsoring State regimes and its funding and independence. Use of best technology for remote supervision / "inspection". 	<ul style="list-style-type: none"> Develop a working paper setting out a suggested structure and options, including funding, for the operation of an inspection regime, taking account of
------------	--	---	--

Draft regulation description ⁴	Specific elements	Commentary / suggested content	Actions for operationalization of draft regulation
		<ul style="list-style-type: none"> • Need parameters for: <ul style="list-style-type: none"> ○ What will be inspected? ○ The qualifications of inspectors? Multi-disciplined or specific focus? ○ The training of inspectors? ○ Production of an inspector's manual. ○ Code of Good Practice on integrity, professionalism and transparency (see Paris MOU / Regional Port State Control). • Option here for Member States to nominate their nationals as inspectors. But for such nationals not to be permitted to inspect operations involving their nationals or persons under their control where a Member State is say a sponsoring State. • In a DSM context, could explore possibilities of cooperation between the Authority's Mining Inspectorate and Regional PSC MOUs to collaborate on gathering and sharing data on contractors' compliance with their obligations, including mining equipment certification and standards (apparently being developed by classification society ABS and maybe others), contingency, safety plans and other plans relevant to the Mining Inspectorate. • (See also "Duty to co-operate" above, which will also be of relevance here). 	<p>comments made in the Stakeholder Survey.</p>
<p>Offences & penalties</p>	<p>Specific, measurable offences to be defined together with associated penalties.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • A specific list of offences to be included in the regulations, as amended by the Council as appropriate. Parallels can be drawn from existing regimes. • Penalties can either be included in an annex to the regulations, as amendable by the Council. • General characteristics: proportionality; escalation process (i.e. 	<ul style="list-style-type: none"> • Desktop review to be undertaken on existing / comparable regimes. • Interaction with sponsoring State offence and penalty regime to be understood.

Developing a Regulatory Framework for Mineral Exploitation in the Area

Draft regulation description ⁴	Specific elements	Commentary / suggested content	Actions for operationalization of draft regulation
Part VIII Disputes			
Settlement of disputes	As per Exploration Regulations.	<ul style="list-style-type: none"> Opportunity to consider "lower level" administrative appeals for the plan of work application process? That is, a simpler appeal mechanism for the Commissions' recommendations on the outcome of a plan of work or its constituent elements. 	<ul style="list-style-type: none"> A technical working paper needs to be prepared to set out dispute resolution options under the Convention.
Part XI Resources other than [mineral category]			
Resources other than [mineral category]	As per Exploration Regulations.	<ul style="list-style-type: none"> None. 	<ul style="list-style-type: none"> None.
Part X Review			
Review	As per Exploration Regulations.	<ul style="list-style-type: none"> Given an adaptive management approach, in the early stages of development, the exploitation regulations will benefit from an annual evaluation. 	<ul style="list-style-type: none"> None.

Annex II Contract for exploitation

A full analysis of the proposed standard clauses for a contract for exploitation is not given below. Many of the standard clauses including development, production and performance obligations will flow from the headline regulations. However, there are 5 suggested provisions below that require action and / or consideration.

Clause relating to:-	Commentary	Action
"Dealings" or arrangements	<ul style="list-style-type: none"> A contractual clause (or regulation) may be needed to deal with any unfair or uneconomic practices (Annex, Section 6 of the Agreement) that occur in the downstream process. This needs expert consideration but there could be agreements, transactions or arrangement that may require the prior consent of / notification to the Authority (Council). This is a specialist area and requires expert input. That said, transparency, exchange of information and co-operation will facilitate any appropriate obligations on the Contractor (and Member States under the Agreement). Financial arrangements downstream may also impact the financial payment system depending on its final formulation, including non-arm's length sales. 	Expert input required in connection with the development of RRP's (under the Agreement) relating to unfair and / or uneconomic practices (in accordance with the requirements of the Agreement). See also "Undertakings" above.
Annual Reports	<ul style="list-style-type: none"> Guidelines will need to be prepared to determine the format and content of a contractor's annual report to the Authority. Subject to specifically agreed confidentiality criteria, these should be made publicly available (or as a minimum, part thereof) under the transparency principle. There also needs to be standardization in reporting. A template(s) needs to be devised for this purpose together with an analysis of actual performance against previously agreed performance indicators. Though this clause speaks to "Annual Reports", there will be other specific contractor reporting obligations under the regulations. 	Guidelines for the Preparation of Annual Reports to be drafted.

Developing a Regulatory Framework for Mineral Exploitation in the Area

Clause relating to:-	Commentary	Action
Insurance	<ul style="list-style-type: none"> Requirement to maintain insurance in accordance with approved plan of work. Annual evidence required. Requirement to maintain with "financially sound and reputable insurers" – consistent with Good Mining Industry Practice. This is a specialist area, not least when combined with environmental liability insurance. Specific guidance and advice is required for the Authority to have a full understanding of products available, including deductibles, and their efficacy. More prescriptive description of insurance requirements required. See also "Environmental bonds and performance guarantees" above. 	Discussions with contractors, the insurance industry and other stakeholders needed here to gain knowledge and understanding of insurance specifics, including limitations, exceptions and exclusions.
Suspension and termination of contract and penalties	<ul style="list-style-type: none"> Wording from Exploration Regulations to be retained. However, clarification needed over <i>serious persistent and wilful violations</i>;⁴³ and what are considered fundamental terms of the exploitation contract? Fundamental terms of the contract can be specifically defined in the contract. Serious and persistent can be clarified in guidance notes reflecting a penalty regime. 	Technical paper to clarify meaning of <i>serious persistent and wilful violations</i> based on existing best practice in extractive industries.
Revision	<ul style="list-style-type: none"> The revision clause in the Exploration Regulations is of greater significance to exploitation contracts. The clause is to be taken from Annex III, Article 19 of the Convention. As an immature industry, it will be difficult to anticipate all eventualities. However, some guidance should be considered in terms of understanding the concepts of <i>inequitable, impracticable and impossible</i> contained in Annex III, Article 19. Equally, any review periods provided for in the regulations could ease the operation of this contractual provision. Transparency of any agreed changes to the terms of a contract is key, hence a disclosure provision should be reflected, subject to confidentiality provision. Could include suspension of operations for market conditions (note: obligations under an EMP to continue). 	Technical paper to clarify meaning of <i>inequitable, impracticable and impossible</i> referenced in Annex III, Article 19, Convention.

⁴³ Annex III, Article 18 of the Convention.

Section 3: Summary of the response of the Legal and Technical Commission to Stakeholder Survey submissions

The Commission acknowledges submissions made to the Stakeholder Survey and takes this opportunity to thank all those who have responded. The submissions received to date are from: 20 Members of the Authority (includes responses from statutory bodies, governments, ministries and departments); 9 contractors; 13 non-governmental organizations; 4 scientific and research institutions, 6 private entities and 3 individuals.

A synthesis of submissions to the survey has been undertaken by the Secretariat. Submissions not asked to be kept confidential were placed on the website of the Authority; others remain confidential. The Commission took account of all submissions in its development of the draft framework for the Exploitation Regulations.

The Commission is however aware that submissions anticipated particularly from many Member States have not been received so far. It is hoped that this Report will provide an opportunity and encourage those that have not responded to do so. These responses are requested to be submitted to the Secretariat not later than mid-May 2015 so that they can be considered in the further development of the framework before the Council meets in July 2015. A wider stakeholder base will also permit the Commission to better categorise stakeholder groups and interests.

Stakeholders who responded to the 2014 Survey are also invited to provide further comments on this Report no later than mid-May 2015.

Section 4: Summary of high level issues

The Commission has considered a number of high level issues relating to both the strategic approach to and operational development of a regulatory framework. This Section 4 summarises these high level issues. Where applicable, actions flowing from a discussion of the issues will be reflected in the *Draft action plan* in Section 5 to this document.

It is also likely that these issues will emerge into the regulatory framework in one form or other.

At this stage, comments are invited as to whether (1) any high level issue is considered as missing from the list; (2) that the commentary appropriately reflects understanding of the issue and (3) how these issues could be incorporated into the framework.

High level issue	Commentary
1. Information and data – what we know, what we don't know, what we need to know	The Authority is currently operating in a data deficient environment, particularly as regards resource data and environmental data. It is recommended that the Authority establish a fit-for-purpose data management strategy as a matter of priority. This is relevant for both the development of the regulatory framework and on-going informed decision-making.
2. An interim framework	The basic draft framework at Section 2 of this document is a starting point to facilitate constructive dialogue with stakeholders and to aid identification of further areas of study and expert input. As a consequence of 1. above, the framework will remain very much "work-in-progress" until such time as knowledge gaps can be filled.
3. One exploitation framework?	It is recommended at this stage that the core rules, regulations and procedures (RRPs) are set out in one over-arching framework. Resource-specific RRPs can be developed at a later stage. However, an initial focus will be placed on a regulatory framework for polymetallic nodules.
4. Activities in the Area – clearly defined boundary points?	The specific boundary points for defining activities in the Area and the specific obligations and duties of the various actors, including that of the Authority, is unclear. This includes the potential overlap with the competencies of other relevant international organizations including the International Maritime Organization. A clear picture of boundary points, including those relevant to environmental, financial and resource conservation matters needs to be drawn.
5. The transition between exploration and exploitation phases	Aside from the issue of the extension of contracts for exploration, two further issues are relevant. First, the need to develop a process and procedures for prior environmental impact assessment for specific activities undertaken under a contract for exploration. ⁴⁴ Secondly, for reasons of commerciality, it is recommended that the concept of a provisional mining licence ⁴⁵ , while having some merit, is forgone and that a substantive review period against pre-determined performance indicators is undertaken within a 5-year period from the commencement date of a contract for

⁴⁴ See IBSA/19/LTC/8.

⁴⁵ See ISA Technical Study: No. 11 at page 4 for background.

High level issue	Commentary
6. Risk assessment, evaluation and management	<p>exploitation.</p> <p>The development of risk assessment and risk management standards and systems (for environmental, occupational health and safety and operational risk) is fundamental to the orderly development of activities in the Area. It is recommended that the Authority gains a better understanding of the risk profile (hazards and classification) of anticipated exploitation operations through dialogue with contractors and other relevant experts plus ability to draw on existing risk frameworks in related sectors, including oil and gas.⁴⁶</p>
7. Time limits and costs	<p>The need for certainty and fairness in the regulatory process points toward clearly prescribed time limits. Time-scales can be benchmarked against best practice mining regimes and be modified to take account of the decision-making structure of the Authority. Equally, the operation of the framework must be cost-effective and the sharing of its costs discussed.</p>
8. Confidentiality	<p>A tension could exist between the existing confidentiality provisions contained in the Exploration Regulations⁴⁷ and the transparency demands of an exploitation framework, particularly public access to relevant data and information and participation in the environmental decision-making process.⁴⁸ There is a growing call in the extractive industries for greater levels of transparency through information disclosure⁴⁹ and a presumption that information relating to contracts and activities under contracts is publicly available⁵⁰, save for confidential information.⁵¹ The issue of publicly available information and meaningful stakeholder participation in the decision-making processes is a policy matter for the Authority in discussion with interested stakeholders.</p>

⁴⁶ Other assessment frameworks recommended by stakeholders includes: *Assessment Framework for Scientific Research Involving Ocean Fertilization* LC 32/15, annex 6 (IMO parties), *Specific Guidelines for the Assessment of Carbon Dioxide for Disposal into Sub-seabed Geological Formation* LC32/15 annex 8.

⁴⁷ See Regulations 36 and 37 PN Exploration Regulations.

⁴⁸ See The UNECE Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-making and Access to Justice in Environmental Matters, Aarhus, 25 June 1998. See also *IFC Performance Standards on Environmental and Social Sustainability*, January 2012.

⁴⁹ For example, the Extractive Industries Transparency Initiative.

⁵⁰ *Model Mine Development Agreement*, MMDA 1.0, International Bar Association.

⁵¹ Relating to "commercial", "economic", "property" and "business secrets" etc.

High level issue	Commentary
<p>9. Effective protection for the marine environment from harmful effects</p>	<p>The importance of a number of environmental protection and mitigation tools under the Convention and the procedural obligations to deliver the same is vital. It is recognised that the Authority and other actors should adopt an ecosystem-based approach to environmental management in the Area. Additionally, it is recognised that specific criteria and guidance must be developed for concepts such as "significant adverse change" and "vulnerable marine ecosystems"; to this end the Authority can draw upon existing best practice definitions⁵² and work already in progress across the stakeholder base. Equally, the development of a precautionary risk management framework is fundamental to the delivery of protection goals.</p>
<p>10. "Internationally recognized standards" and their significance in exploitation activities</p>	<p>Standard(s) development as part of good mining industry practice⁵³ is a pre-requisite to the orderly development of the industry and a key consideration for the regulatory framework across a broad-range of subject matter. The content and credibility of industry standards should be delivered through consensus-building and a multi-stakeholder approach. Many international standards⁵⁴, including those developed in the oil and gas sector, will be directly applicable to exploitation activities. Indeed many standards have been suggested by stakeholders.⁵⁵ Others will require modification and development. Standard(s) development should, primarily, be an industry-driven initiative.⁵⁶</p>

⁵² For example, under the UN FAO International Guidelines for the Management of Deep-Sea Fisheries in the High Seas and the Convention on Biological Diversity's criteria for Ecologically or Biologically Significant Marine Areas (EBSAs).

⁵³ See Annex III, Article 17(1)(b)(xii) of the Convention relating to the adoption and application of mining standards and practices.

⁵⁴ Also need to consider regional or country standards which may be equivalent to, based on or have a higher level of standard. E.g. EU Regulation (EC) No 761/2001 Eco-management and audit scheme (EU).

⁵⁵ For example: Code for Environmental Management of Marine Mining (IMMS); ISO 14001; ISO 9001/9002; ANZIZ10 or OHAS 18001 (health and safety management system-related).

⁵⁶ Ultimately standards will need to be backed-up by the necessary regulatory checks and balances: reporting, notification, inspection and independent audit obligations and procedures. That is, a general question of how standards will be enforced.

High level issue	Commentary
<p>11. Sponsoring State(s) and the Authority – a clear division of duties and responsibilities?</p>	<p>It is not believed that the division of duties and responsibilities is clearly defined between a sponsoring State and the Authority. This relates to matters including enforcement and monitoring / inspection, offence and penalty systems, liability and responsibility of a contractor etc. From a contractor's perspective there is the potential for a duplicative regulatory burden. This needs to be clarified and duties and responsibilities more clearly defined. Equally, this also points to effective co-operation between the Authority and a sponsoring State.</p>
<p>12. "High-grading" of mineral deposits</p>	<p>The issue of "high-grading" was addressed in the Stakeholder Survey and drew a number of diverging stakeholder opinions including: that a grading policy should be a matter for commercial determination; that low-grade mining could become economical over time as technology develops and that high-grading potentially minimizes the environmental footprint ("untouched" lower grade areas). Other stakeholders made reference to the exploitation of an "average balanced grade". The issue of grading policy needs further consideration with interested parties, including "typical" break-even cut-off grades (economic and technical feasibility) and environmental policy considerations.</p>
<p>13. Other: existing best practice, learnings, co-operation and information-sharing</p>	<p>Other aspects of relevance include the need to draw on existing best practice and not to "reinvent the wheel" and to identify any defects and learnings from the current exploration application and implementation process, including new ways of doing business identified by the Commission. Additionally, the general need for co-operation and information sharing will be fundamental to the effective operation of the regulatory framework.</p>

Section 5: Draft action plan

This draft action plan is derived from Section 2 of this report “Draft framework for the Exploitation Regulations” which, when further developed by July, will be reported to Council for its consideration.

The plan at this stage attempts to identify in a simple way the areas of priority as follows (the dates indicated are those of the anticipated upcoming meetings of the Commission):

- Priority A: Initiate by July 2015;
- Priority B: Initiate by February 2016;
- Priority C: No action anticipated at this time.

Developing a Regulatory Framework for Mineral Exploitation in the Area

Draft regulation description	Actions for operationalization of draft regulation	Priority Action (A, B or C)
Use of terms and scope	<ul style="list-style-type: none"> This section will evolve as the regulatory framework evolves. Definitions should reflect internationally agreed and accepted definitions where possible. Involvement of marine jurists and linguists. 	C
Form of applications	<ul style="list-style-type: none"> Guidelines for the Preparation of a Plan of Work for Exploitation need drafting, including a standard application form. Development / licensing of an online application management system. Thought to be given to "new ways of doing business" as highlighted by the Commission in the context of exploration and its impact(s) on exploitation applications. 	A C A
Financial and technical capabilities	<ul style="list-style-type: none"> Guidelines for the Preparation and Evaluation of information relating to Financial capability and Technical capability to be drafted. These can reflect best practice from national regimes and detailed responses in the Stakeholder Survey. 	A
Undertakings	<ul style="list-style-type: none"> A working paper requires preparation by an expert familiar with the international trade issues raised by Annex, Section 6(1)(b) of the Agreement and specific RRP's drafted. 	C
Equity interest in a joint venture arrangement	<ul style="list-style-type: none"> Action plan for operationalization of the Enterprise to be developed.⁵⁷ 	C
Feasibility study	<ul style="list-style-type: none"> Guidelines for the Preparation and Evaluation (criteria) of a Feasibility study to be drafted. Have any "blueprint" feasibility studies been developed for exploitation activities which can be adopted by the Authority? (To ensure consistency and comparability in applications). 	A
Environmental impact statement	<ul style="list-style-type: none"> Draft EIS template in Technical Study No. 10 to be reviewed and updated. Guidelines for the Preparation and Evaluation of an Environmental Impact Statement to be drafted. Should include simple rating criteria. Needs to be resource-category specific. [It is recommended that the above be undertaken by an expert and a draft template and guidelines 	A

⁵⁷ The ISA Secretariat is preparing a discussion paper on this matter for presentation to the Commission at its July 2015 meeting.

Developing a Regulatory Framework for Mineral Exploitation in the Area

Draft regulation description	Actions for operationalization of draft regulation	Priority Action (A, B or C)
	circulated for comment by interested parties].	
Environmental management plan	<ul style="list-style-type: none"> • EMP template needs to be drafted. • <i>Guidelines for the Preparation and Evaluation of an Environmental Management plan</i> to be drafted. • Similar to EIS, it is recommended that the above be undertaken by an expert and a draft template and guidelines circulated for comment by interested parties. • <i>Guidelines for the design and monitoring of Preservation Reference Zones and Impact Reference Zones</i> to be developed. This may require an expert working group. • Possible multi-stakeholder workshop(s) post development of EIS and EMP templates. 	B
Social impact assessment and action plan	<ul style="list-style-type: none"> • Discussion to be advanced on a social action plan for the Area and a call to stakeholders to make contributions to this discussion. 	B
Financing plan	<ul style="list-style-type: none"> • Template Financing plan to be drafted. 	C
Closure plan	<ul style="list-style-type: none"> • Template closure plan and <i>Guidelines for the Preparation and Implementation of a Closure plan (including post-decommissioning surveys and monitoring)</i> to be drafted. 	B
Size of exploitation area covered by the plan of work	<ul style="list-style-type: none"> • There are matters of policy to be addressed by the Council. Specific guidelines then need to be drawn up to identify the criteria to be applied in assessing the size and location of exploitation area(s). It is likely that additional expert input is required here and / or initial thoughts of contractors as to their proposed exploitation areas and production requirements. 	B
Public review of the environmental impact statement and environmental management plan [and social impact assessment and closure plan]	<ul style="list-style-type: none"> • A working paper needs to be drafted setting out the public participation options and procedures available, including independent expert review(s), based on stakeholder submissions and best practice regimes. The paper can then be circulated to stakeholders for comment. 	A
Consideration by the Legal and Technical Commission	<ul style="list-style-type: none"> • Detailed guidelines will be needed in respect of evaluation criteria to be used by the Commission. • A technical working paper needs to be drafted to elaborate on the concept of <i>sound commercial principles</i> (see 1994 Agreement, Annex, Section 6(1)(a)). • A technical working paper is required to elaborate on <i>substantial evidence</i> of risk of serious harm to the marine environment in the case of area(s) disapproved for exploitation. 	B B B

Developing a Regulatory Framework for Mineral Exploitation in the Area

Draft regulation description	Actions for operationalization of draft regulation	Priority Action (A, B or C)
Consideration and approval of plans of work for exploitation by the Council	<ul style="list-style-type: none"> Should any specific Council procedures and criteria be developed here? 	B
Rights of the contractor	<ul style="list-style-type: none"> Consideration to be given to this by the Secretariat (clarity on rights being granted). 	B
Obligations of the Authority	<ul style="list-style-type: none"> Consideration to be given to this by the Secretariat (clarity on Authority's obligations). 	B
Legal title to minerals	<ul style="list-style-type: none"> Consideration of the phrase "recovery in accordance with the Convention" requires a technical working paper to be drafted. 	B
Duration of contracts	<ul style="list-style-type: none"> Further understanding of contractor development and production models and plans is required here. A balance needs to be established between the commercial requirements of contractors and the ability of the Authority to amend terms and conditions in accordance with revised RPPs. A working paper needs to be developed for circulation to stakeholders. Guidelines need to be developed for the following: <ul style="list-style-type: none"> Criteria for contract duration – resource specific. Application and evaluation criteria for a substantive review. Application and evaluation criteria for renewal of an exploitation contract. 	A
Performance requirements	<ul style="list-style-type: none"> Guidelines for the evaluation of Production performance requirements under a contract for exploitation to be drafted. To include key performance criteria and indicators. Council to consider as a matter of policy, in discussion with relevant stakeholders, a cut-off point for commercial inactivity. 	C
Conservation of the natural resources of the Area	<ul style="list-style-type: none"> A policy in respect of waste management needs to be developed. 	C
Vessels operating in the Area	<ul style="list-style-type: none"> Discussions between the Authority and the International Maritime Organization to be formalized. 	A
Protection of submarine cables and pipelines	<ul style="list-style-type: none"> Discussions between the Authority and relevant representative organizations formalized. 	A

Developing a Regulatory Framework for Mineral Exploitation in the Area

Draft regulation	Actions for operationalization of draft regulation	Priority Action (A, B or C)
Health and safety	<ul style="list-style-type: none"> To determine additional international / DSM-specific standards / development of best practice Emergency Response Plan and Procedures. Guidelines on the placing of floating installations and related safety zones in the Area to be developed in conjunction with IMO. 	B
Training	<ul style="list-style-type: none"> To establish areas of skills and talent shortages key to the development of the DSM industry. 	C
Periodic review of the implementation of the plan of work for exploitation	<ul style="list-style-type: none"> Guidelines on Procedures and Information Requirements for Review to be drafted. 	C
Termination of sponsorship	<ul style="list-style-type: none"> To clarify post termination obligations for a contractor. 	C
Responsibility and liability	<ul style="list-style-type: none"> Legal workshop required to explore and develop further principles of responsibility and liability in the Area. 	C
Protection and preservation of the marine environment	<ul style="list-style-type: none"> This area requires the formation of targeted expert workgroups consisting of a broad range of stakeholders, including relevant international organizations. Specific areas to be identified including RRP's for "dumping". 	B
Environmental management	<ul style="list-style-type: none"> Specific guidelines on environmental management systems to be developed together with reporting requirements. 	C
Emergency orders	<ul style="list-style-type: none"> Secretariat to review contemporary best practice in the field of marine disaster management and responding to emergency situations including the lessons learnt. 	A
Strategic environmental management plan	<ul style="list-style-type: none"> Regional workshops and co-operation to be developed to formulate regional SEMPs. 	B
Environmental bonds and performance guarantees	<ul style="list-style-type: none"> The interaction between commercial insurance and bond mechanisms needs to be investigated together with the terms and conditions, including appropriate quantum of any bond. 	A
Adaptive management approach	<ul style="list-style-type: none"> Adaptive management in connection with exploitation activities in the Area requires further elaboration with interested parties. 	C

Developing a Regulatory Framework for Mineral Exploitation in the Area

Draft regulation	Actions for operationalization of draft regulation	Priority Action (A, B or C)
Seabed sustainability fund	<ul style="list-style-type: none"> A working paper to be drafted articulating the concept and objectives of such a fund for circulation to interested parties. 	B
Confidentiality of data and information & Procedures to ensure confidentiality	<ul style="list-style-type: none"> Confidentiality is raised as a high-level issue under Section 4 to this paper. 	C
Recommendations for the guidance of contractors	<ul style="list-style-type: none"> The process of issuing recommendations by the Commission needs review. 	C
Inspection	<ul style="list-style-type: none"> Develop a working paper setting out a suggested structure and options, including funding, for the operation of an inspection regime. 	C
Offences & penalties	<ul style="list-style-type: none"> Desktop review to be undertaken on existing / comparable regimes. Interaction with sponsoring State offence and penalty regime to be understood. 	B
Settlement of disputes	<ul style="list-style-type: none"> A technical working paper needs to be prepared to set out dispute resolution options under the Convention. 	C

Annex II Contract for exploitation	Actions for operationalization	Priority Action (A, B or C)
"Dealings" or arrangements	<ul style="list-style-type: none"> Expert input required in connection with the development of RPPs (under the Agreement) relating to unfair and / or uneconomic practices (in accordance with the requirements of the Agreement). See also "Undertakings" above. 	C
Annual Reports	<ul style="list-style-type: none"> <i>Guidelines for the Preparation of Annual Reports</i> to be drafted. 	C
Insurance	<ul style="list-style-type: none"> Discussions with contractors, the insurance industry and other stakeholders needed here to gain knowledge and understanding of insurance specifics, including limitations, exceptions and exclusions. See also "Environmental bonds and performance guarantees" above. 	A

Developing a Regulatory Framework for Mineral Exploitation in the Area

	Actions for operationalization	
Annex II Contract for exploitation		
Suspension and termination of contract and penalties	<ul style="list-style-type: none"> • Technical paper to clarify meaning of <i>serious persistent and willful violations</i> based on existing best practice in extractive industries. 	C
Revision	<ul style="list-style-type: none"> • Technical paper to clarify meaning of <i>inequitable, impracticable and impossible</i> referenced in Annex III, Article 19 Convention. 	C

	Actions for operationalization	Priority Action (A, B or C)
High level issues		
Information and data – what we know, what we don't know, what we need to know	<ul style="list-style-type: none"> • It is recommended that the Authority establish a fit-for-purpose data management strategy as a matter of priority. 	A
Risk assessment, evaluation and management	<ul style="list-style-type: none"> • It is recommended that the Authority gains a better understanding of the risk profile of proposed exploitation operations through dialogue with contractors (identification of hazards and potential incident categories). 	A
Effective protection for the marine environment from harmful effects	<ul style="list-style-type: none"> • Specific criteria and guidance must be developed for concepts such as "significant adverse change" and "vulnerable marine ecosystems". • Development of a precautionary risk management framework (see Risk assessment, evaluation and management above). 	B / C
"Internationally recognized standards" and their significance in exploitation activities	<ul style="list-style-type: none"> • Standard(s) development should, primarily, be an industry-driven initiative. Authority to engage with relevant stakeholders to initiate a standard development process and framework. 	B
Sponsoring State(s) and the Authority – a clear division of duties and responsibilities?	<ul style="list-style-type: none"> • Authority to initiate dialogue with sponsoring States to discuss way forward. • Develop a matrix setting out the division of duties and responsibilities. 	B
"High-grading" of mineral deposits	<ul style="list-style-type: none"> • The issue of grading policy needs further consideration with interested parties, including "typical" break-even cut-off grades and environmental policy considerations. 	B

Section 6: Making a submission

Structure of submission

Please would you kindly structure your submission as follows:

- An opening paragraph introducing you and / or your organization and your direct and / or indirect interest in activities in the Area (*Please note for those stakeholders who responded to the Authority's initial Stakeholder Survey, this is not required*).
- Your comments and / or suggestions referenced to the relevant part of this Report.
- Any other general and / or specific comments you wish to make on the development of the regulatory framework.
- A list of any supporting documents accompanying your submission, together with website links where applicable.
- Your express consent (see below) to make your personal details and submission publicly available (note: the Authority may also reference your comments against specific Sections and parts of the framework for ease of reading by all stakeholders).
- Your interest in future contact by the Authority and / or being part of a stakeholder group (*except for those stakeholders who have already expressed such an interest*).
- Your contact details clearly identified.

Closing date

The closing date for submissions is Friday, 15th May 2015 at 1800hr (EST).

Submission details

Submissions should be sent by post or electronically as follows:

Report to Stakeholders (ISBA/Cons/2015/1)
International Seabed Authority
14-20 Port Royal Street
Kingston
Jamaica

Email: consultation@isa.org.im (format: PDF or Microsoft Word document).

Online submission publication & confidentiality

In the interests of transparency and to promote and encourage further discussion, the Authority may publish all submissions on a dedicated area of its website at <http://www.isa.org.jm/en/home>.

However, the Authority requires your express consent and approval to make submissions publicly available (i) including your name and organization as appropriate or (ii) to make your comments without disclosing any of your personal details. Please include such express consent in your submission where applicable. The default position is that your comments and personal details will be kept confidential without attribution.

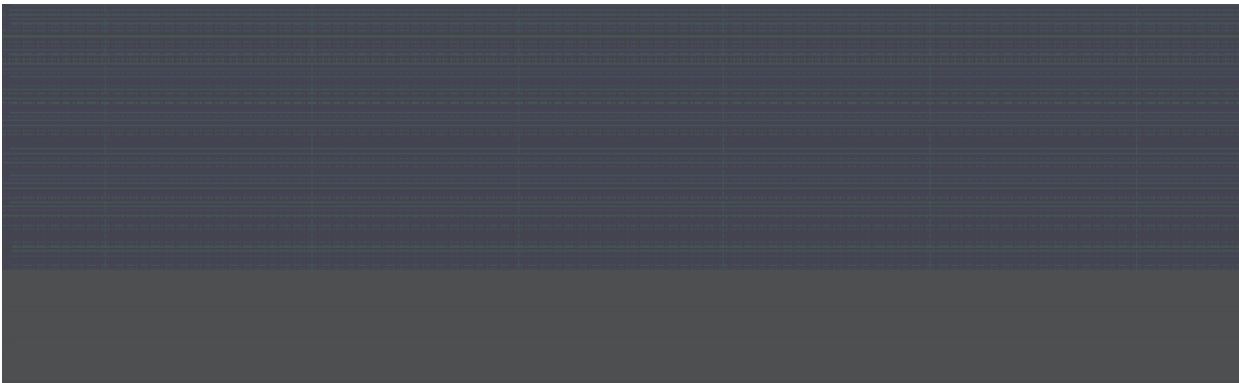
Future engagement & privacy

The Authority will retain your personal contact details securely and in-confidence (except for any disclosure consented to above) with a view to contacting you solely in respect of future surveys, consultations and engagement.

Should you no longer wish the Authority to store your personal details, please advise us by sending a request to remove your contact details to the email address above.

Anonymous submissions

Please note any submissions made anonymously will be disregarded for the purposes of this Report.



| 집필진 |

최요섭	한국외국어대학교 자유전공학부 교수
강명수	제주대학교 법학전문대학원 교수
김태오	정보통신정책연구원(KISDI) 연구위원
이용희	한국해양대학교 해사법학부 교수

| 기획 및 편집 |

한국법제연구원 글로벌법제전략연구실

한정미	연구위원
김형건	연구위원
김종천	연구위원
이기평	부연구위원
왕승혜	부연구위원

2016 GLOBAL LEGAL ISSUES (I)

2016년 3월 31일 발행

2016년 6월 30일 인쇄

발행인 이 원

발행처 한국법제연구원

세종특별자치시 한누리대로 1934(반곡동, 한국법제연구원)

전화 : 044-861-0300 FAX : 044-868-9913

등록번호 : 1981.8.11. 제2015-000000호

<http://www.klri.re.kr>

ISBN : 978-89-6684-603-0 93360

값 : 11,000원

1. 이 보고서의 무단전재 또는 복제행위를 금합니다.©
2. 이 보고서의 내용은 본원의 공식적인 견해가 아닙니다.

