

遺傳資源 및 傳統知識의 保護와 知的財産權에 관한 研究

金 炳 一*

차 례

- I. 서
- II. 유전자원·전통지식 등의 개념·범위
 - 1. 전통지식의 정의
 - 2. 전통지식의 가치와 보호의 필요성
- III. 전통지식과 지적재산
 - 1. 서
 - 2. 전통지식과 지적재산권
- IV. 전통지식의 보호방안 검토
 - 1. 시장해결 접근방법
 - 2. 현행법 개정 접근방법
 - 3. 독자적 보호방법에 의한 보호
 - 4. 소 결

* 仁荷大 法科大學 助教授, 法學博士

** 이 논문은 2003년도 한국학술진흥재단의 지원에 의하여 연구되었음(KRF-2003-003-B00356)

I. 서

“유전자원(genetic resources), 전통지식(traditional knowledge), 민간전승물(folklore)”은 지금까지 인류의 공동유산(common heritage)으로 취급되어 그 ‘보전’에 초점이 맞추어져 왔으나,¹⁾ 최근 과학기술의 발전에 따라 ‘자원’으로서의 가치가 주목을 받고 있다. 생명공학의 발전으로 유전자원과 전통지식을 이용한 의약품이 막대한 경제적 가치를 지닌 것으로 판명됨에 따라 전통지식의 보호문제가 이해당사자간에 첨예하게 대립되고 있다.²⁾ 특히 선진국 기업 및 연구자들이 개발도상국의 선주민(indigenous) 또는 지역공동체(community)가 보전·전승하여 온 생물유전자원 및 관련 전통지식의 일부를 입수, 이용, 개발하여 특허등록을 하는 사례가 나타나고 있다. 예컨대, 미국에서 Neem(*Azadirachta*),³⁾ Turmeric(*Banisteriopsis cappi*),⁴⁾ Quinoa(*Chenopodium quinoa*),⁵⁾ Ayahuasca(*Banisteriopsis*)⁶⁾ 등이 특허등록을 받았다.

그런데 선주민 등의 허락없이 전통지식을 입수한 선진국 기업들이 그들에게

-
- 1) WIPO, *Matters Concerning Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore—An Overview*, WIPO Doc. WIPO/GRTKF/IC/1/3(Mar. 16, 2001), para.5.
 - 2) N. S. Gopalakrishnan, *Protection of Traditional Knowledge: The Need for a Sui Generis Law in India*, 5 *Journal of World Intellectual Property*, 725, 725(2002). 권재열, “전통지식의 개념과 그 보호방안의 검토,” 『산업재산권』 제14호, 2003, 41면 재인용; 배대현, “특허실체법조약(안)의 특허대상 확대 여부에 대한 검토,” 『산업재산권』 제13호, 2003, 14~16면.
 - 3) U.S. Patent No. 4,946,681 (issued Aug. 7, 1990); U.S. Patent No. 5,124,349 (issued Jun. 23, 1992). 인도 전통 민속의학 Ayurveda에서 오래 전부터 주요한 약제로 활용하여 온 Neem나무에서 추출한 여러 물질에 대하여 미국 등의 선진국 제약회사들이 각종 국제특허를 취득함에 따라 인도 방갈로레 등에서 대규모 항의시위가 발생하였다. 이에 대한 자세한 설명은, 박갑록, “전통지식의 법적보호에 대한 접근 방법,” 『지적재산권의 현재와 미래』, 소담감명신선생화갑기념논문집, 법문사, 2004, 97~98면.
 - 4) U.S. Patent No. 5,401,504 (issued Mar. 28, 1995).
 - 5) U.S. Patent No. 5,304,718 (issued Apr. 19, 1994).
 - 6) U.S. Plant Patent No. 5,751 (issued Jun. 17, 1986). 1986년 미국의 과학자 겸 기업가인 로렌 밀러(Loren Miller)는 아야후아스카 덩굴(ayahuasca vine)의 변종에 대하여 특허권을 취득하였는데, 이 덩굴은 아마존의 우림지대에서 샤만(shaman)들이 오랜 세월동안 치료용으로 사용하여 왔던 것이라고 한다. 윤미경·최윤희, 『DDA TRIPS분야의 유전자원 관련 논의와 한국의 대응』, 대외경제정책연구원, 2002, 40면.

어떠한 보상이나 이익환원을 행하지 않고 있다. 이에 선진국 비정부기구(non-governmental organization : NGO)와 개발도상국 다수의 학자들은 선진국 기업에 의한 유전자원 등 약탈행위를 생물자원에 대한 해적행위(Bio-Piracy)⁷⁾로 간주하고 세계적인 반대운동을 전개하였다. 개발도상국은 무역관련 지적재산권협정(TRIPs : Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Rights Including Trade in Counterfeit Goods : 이하 TRIPs 협정)과 생물다양성에 관한 협약(Convention on Biological Diversity : 이하, CBD)의 정합성을 문제로 제기하면서,⁸⁾ 유전자원의 자유로운 유통을 규제하기 위하여 다양한 관점, 즉 인권·개발, 환경, 통상·지적재산권, 농업, 문화적 관점에서 검토하고 있다.⁹⁾ 그러나 전통지식을 지적재산권제도로 보호해야 하는지의 여부, 보호할 경우 적절한 보호방법에 대해서는 의견의 일치를 보이지 않고 있다.

유전자원 및 전통지식에 관한 문제는 생물다양성은 풍부하지만 기술력이 없는 개발도상국과 생물다양성은 부족하지만 기술력이 풍부한 선진국간의 남북문제로 파악될 수도 있다. 그러나 생물다양성과 전통지식을 가진 선주민 및 공동체가 개발도상국에만 집중되어 있는 것은 아니며, 생물특허의 문제는 윤리관에 크게 좌우되는 것이어서 선진국간에도 의견이 대립되고 있다. 따라서 유전자원 및 전통지식에 관한 문제는 남북문제인 동시에 북북문제 및 남남문제이기도 하며, 개별 국가의 내 선주민 문제에도 해당하는 것이어서 매우 복잡하다. 따라서 이 문제를 해결하기 위해서는 무엇이 문제이고, 무엇이

7) See Pat R. Mooney, "Why We Call It Biopiracy," in Hanne Svarstad and Shivcharn S. Dhillion (eds.), *Responding to Bioprospecting: From Biodiversity in the South to Medicines in the North* (Oslo: Spartacus Forlag AS, 2000), pp.37~44.

8) WTO, General Council, *Preparations for the 1999 Ministerial Conference: - Proposals Regarding the TRIPs Agreement in terms of Paragraph 9(a)(i) of the Geneva Ministerial Declaration, Communication from India*, WTO Doc, WT/GC/W/225 (Jul. 2, 1999), para.4.

9) Peter-Tobias Stoll/Anja von Hahn, "INDIGENOUS PEOPLES, INDIGENOUS KNOWLEDGE AND INDIGENOUS RESOURCES IN INTERNATIONAL LAW", in S. von Levinski (ed.), *Indigenous Heritage and Intellectual Property* (London: Kluwer Law International), pp.5~43; 김선정, "전통지식, 전승, 유전자원 보호에 대한 국제사회의 동향과 법적 과제", 『지적재산권의 현재와 미래』, 소담김명신선생화갑기념논문집, 법문사, 2004, 28~61면; 이재협, "생물다양성협약에서의 유전자원의 접근권과 이익공유", 『통상법률』 통권 제41호, 법무부, 2001, 203면.

논점인지를 정확하게 파악해야 한다. 현재 유전자원 및 전통지식의 보호에 관하여는 국제적으로 많은 연구가 행하여지고 있지만, 국내에서는 충분한 검토가 이루어지지 않고 있다. 본 연구의 목적은 전통지식의 보호와 지적재산권에 관련한 문제를 고찰하고, 전통지식의 적절한 보호방안을 고찰하는 것으로 한다.

II. 유전자원 · 전통지식 등의 개념 · 범위

1. 전통지식의 정의

유전자원, 전통지식의 개념에 대해서는 아직까지 국제적으로 통일된 정의가 존재하지 않는다.¹⁰⁾ 일반적으로 유전자원이란 유전현상을 나타내는 생물 중 실질적 또는 잠재적으로 이용도가 있거나 보존가치가 있는 자원으로서 식물, 미생물, 동물 및 그 유전자 등을 포함하는 개념을 말하며,¹¹⁾ 전통지식이라 함은 아직 그 개념적 정의에 대한 논의가 진행 중이나, 전통적으로 계승되어온 모든 지식을 총망라하는 개념으로서 전통의약, 전통식품, 전통예술 등을 포함하는 것으로 인식되고 있다.¹²⁾ 예컨대, 십전대보탕을 제조할 때 십전대보탕에 쓰이는 약초는 유전자원이고 약초의 종류, 첨가비율, 약효 등 십전대보탕의 제법, 효능, 첨가비율 등은 전통지식에 해당한다.¹³⁾

전통지식은 선주민 및 지역공동체의 생활양식, 환경 변화 등에 따라 생성,

10) Matthias Leistner, "Analysis of Different Areas of Indigenous Resources", in S. von Levinski (ed.), *Indigenous Heritage and Intellectual Property* (London: Kluwer Law International), pp.52~56.

11) 즉 유전자원이라 함은 유전정보를 비롯한 각종 생물정보의 추출이 가능한 모든 대상의 자원을 뜻한다. 윤미경·최윤희, 전게서, 26면.

12) 전통지식에 대해서는, Local Knowledge, Traditional Ethnobotanical Knowledge (TEK), Indigenous Knowledge(IK), Sustainable Knowledge, Folk Knowledge, Cultural Knowledge 등 지금까지 다양하게 사용되고 있다. 한편, 민간전승물의 표현(Expression of Folklore)이란 전통지식 중 전통적으로 전해 내려오는 예술적인 형태의 표현물을 의미하며 전통미술표현물(전통수공예품, 그림 등), 전통음악표현물(전래가요 등), 전통무용표현물(전통춤 등), 전통문학(전래동화 등) 등을 포함하는 개념이다. Daniel J. Gervais, *Spiritual but not Intellectual? The Protection of Sacred Intangible Traditional Knowledge*, 11 *Cardozo Journal of International and Comparative Law* 467, 494(2003).

13) 이상정·조상혁·안효질, "전통의약 분야의 법적·제도적 보장 방안 연구", 『창작과 권리』 제27호, 세창출판사, 2002, 73면.

변화를 계속하고 있고, 산업, 문학, 예술, 과학 분야의 성과물 모두에 관련된 것이기 때문에, 그 모두를 포괄하는 정의를 내리기는 매우 어렵다. 전통지식에 대하여 조약에서 어떻게 규정하고 있는가를 보면, CBD의 제8조(j) “생물 다양성의 보전 및 지속가능한 이용에 관련한 전통적인 생활양식을 가지는 선주민 및 지역공동체의 지식·개량 및 관행”으로, 사막화방지조약(이하, CCD)¹⁴⁾ 제17조 제1항(c) 및 제18조 제2항(a)와 (b)에서는 “지방의 전통적인 기술, 지식, 노하우 및 관행”이라는 문구를 사용하고 있지만 모두 막연하게 언급하고 있을 뿐이다.

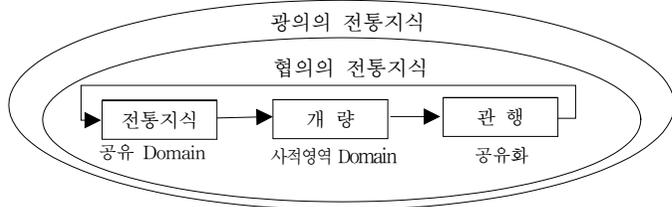
일반적으로 전통지식은 광의로 사용되는 경우와 협의로 사용되는 경우가 있다. 협의의 전통지식이란 ‘자연과 밀접한 관계가 있는 것 중에서 집단에 의하여 세대를 거쳐 배양된 농업적 지식, 과학적 지식, 기술적 지식, 생태학적 지식, 의학적 지식 및 생물다양성에 관한 지식의 총체’를 말하며 기술적 측면이 강하다. 또 협의로 전통지식을 파악하는 경우에도 전통지식은 이미 공유(公有, public domain)된 것이 대부분이다.¹⁵⁾ 이 전통지식에 개량(innovation)이 이루어지면, 개량된 부분은 사적영역(private domain)이 되지만, 관행을 통하여 다시 공유가 된다(그림 1 참조).¹⁶⁾ 한편 광의의 전통지식이란 ‘협의의 전통지식에 민간전승물의 표현, 언어적 요소 (지리적 표시), 심벌, 동산문화재 (미술공예품·민속자료·역사적 자료)등을 추가한 것을 말한다. 최광의 개념인 유산은 “광의의 전통지식” 뿐만 아니라 인간의 유전자정보, 성지와 유적·사적지 등과 같은 문화재, 선주민의 생활을 기록한 사진 영화 등을 포함하는 매우

14) Convention to Combat Desertification in Those Countries Experiencing Serious Drought and/or Desertification, Particularly in Africa (Jun. 17, 1994).

15) See *Traditional Knowledge and the Need to Give it Adequate Intellectual Property Protection*, WIPO Doc. WO/GA/26/9 (Sep. 14, 2000).

16) 그러나 가정 내와 샤만 등의 특정인에 의하여 전승된 전통지식은 반드시 이러한 도식에 해당하지 않고, 전통지식도 사적영역(private domain)에 해당하는 경우도 있다.

<그림 1> 전통지식의 사이클



넓은 개념이다.¹⁷⁾

전통지식은 세대를 거쳐 전승되어 온 ‘정보’이다. 이 정보는 사용·경험에 의하여 전승된다. 한편, 전통지식이 사용되는 과정에서는 개량(innovation)이 행하여지는 것이 일반적이다. 예컨대, 신재료의 추가와 프로세스의 효율화 등이 개량에 해당한다. 개량된 전통지식이 전승되고, 개량이 추가된 전통지식이 일체의 전통지식으로서 계속하여 차세대에 전승된다. 개량은 전통지식의 본질을 변화시키지 않는 범위 내에서 그 가치를 증가시키는 행위이고, 전통이라고 하는 본질은 계속 유지된다.¹⁸⁾ 전통지식에는 이러한 전통성과 동시에 매일 생성된다고 하는 현대성(comtemporary性)의 공존은 전통지식의 정의 및 전통지식의 지적재산권제도에 의한 보호를 곤란하게 하는 요인이다.¹⁹⁾ 현재 국제적으로는 민간전승물의 표현을 포함하는 “광의의 전통지식”의 보호에 대하여 논의되고 있지만, 본 글에서는 유전자원과 밀접한 관계가 있는 “협의의 전통지식”에 초점을 맞추어 고찰하고자 한다.

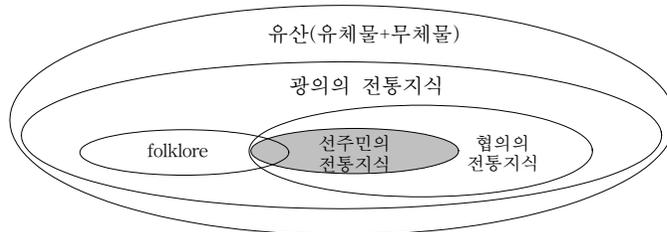
2. 전통지식의 가치와 보호의 필요성

유전자원, 전통지식의 가치와 보호 필요성은 크게 다음의 3가지로 분류된다:

첫째, 국제사회 일반의 가치로서, 의료·환경보호·문화에 있어서 전통지식의 가치에 대한 인식에 있다. 지금까지 선주민과 지역공동체의 문화는 구미의 과학·문화에 비하여 기술적이나 지식적으로도 열위적인 것으로 취급되어 왔으나, 최근 전통지식의 가치가 재평가되고 있다. 1978년 이후 WHO(세계보

17)

<그림 2> 광의의 전통지식



18) *Traditional Knowledge and Biological Diversity*, U.N. Doc. UNEP/CBD/TKBD/1/2(Oct. 18, 1997), para.86.

19) 大澤, 傳統的知識の保護と知的財産に關する一考察 (財團法人 知的財産研究所, 2002), 5頁.

건기구)의 Alma-Ata선언에서 그 가치가 공식적으로 언급된 이후, 특히 전통 의료에 대한 가치가 세계적으로 인식되기 시작하였다.²⁰⁾ 개발도상국에서는 농업과 의료의 경우, 실생활에 전통지식의 의존률이 높다.²¹⁾ 특히 최근에는 우리나라를 비롯하여 중국 및 동남아 지역에서는 전통적 민간요법, 중국의학, 면역요법, 건강보조식품에 의한 식이요법 등 대체의료(Alternative Medicine)에 대한 관심이 급속도로 높아지고 있으며, 유럽, 미국 등에서는 ‘제3의 의료’로써 현대의학과 대체의학의 통합이 이루어짐에 따라 전통지식의 가치 및 보호에 대한 중요성이 크게 인식되고 있다. 이러한 세계적 관심이 높아짐에 따라, 약초를 사용한 의약품 시장가치가 매년 높아지고 있다.²²⁾ 또한 자연과 조화하여 생활하여 온 선주민과 지역공동체의 전통지식의 많은 부분이 세계 생태계 유지에 공헌하였다. 전통지식의 환경보호에 있어서 가치를 법적 구속력 있는 조약 중에서 최초로 인정한 것은 1992년에 채택된 CBD이다. 게다가 전통지식은 국제사회에서는 문화다양성의 근원이며, 전통지식의 보호는 풍부한 문화보전을 의미한다.²³⁾ 2001년 11월 2일 UNESCO는 문화의 다양성을 보호하기 위한 절차를 규정한 최초의 포괄적 선언인 문화다양성선언 (Universal Declaration on Cultural Diversity)를 채택하였다. 문화의 광범위한 보급은 인간의 존엄에 반드시 필요한 것이고, 생물다양성 뿐만 아니라 문화다양성과 문화유산도 지속가능한 사회의 중요한 요소라는 관점에서 연구의 필요성이 제기되고 있다.²⁴⁾

둘째, 마케팅 가치로서 산업적 가치의 인식에 있다. 전통지식은 다양한 측면에서 개발도상국의 경제발전에 기여하고 있다. 특히 최근 자연지향성이 높아짐에 따라 전통지식을 이용한 새로운 사업기회가 창출되고 있다. 그 중에서도, 생물유전자원에 관련한 기업에게는 전통지식의 가치는 매우 높다. 전통지식은 의약의 종류가 되는 화합물의 탐색·신약개발의 단계, 임상실험의 추이에 따른 약효, 약리연구 및 일반약리연구 등에 매우 유익한 정보가 되며, 기

20) Richard Wilder, *Protection of Traditional Medicine* (CMH Working Paper Series 4) (WHO Commission Macroeconomics and Health, 2001), p.8.

21) Norman R. Fransworth *et al.*, “Medicinal Plants in Therapy”, *Bulletin of the World Health Organization*, Vol. 63, No. 6 (1985), pp.965~981.

22) Wilder, *supra* note 20, pp.11~12.

23) Carlos M. Correa, *Traditional Knowledge and Intellectual Property* (Geneva: Quaker United Nations Office, 2001), p.6.

24) See Tokyo Declaration on Cultural Diversity and Heritage (Dec. 21, 2000).

업은 Hit-or-Miss형의 랜덤·스크린에 필요한 노력, 자본, 시간 등을 경감할 수 있다. 실제로 최근 5년간 미국 특허상표청(USPTO)에 출원된 전통지식을 개발에 이용한 의약 및 화장품 등에 관한 특허의 58%가 전통적으로 사용되어 온 약초 등의 공지 활성물질에서 신규화합물을 발견하여 출원한 것이라고 한다.²⁵⁾ 선진국의 기업은 전통지식을 보호함으로써 선주민과 원만한 관계를 구축할 수 있을 뿐만 아니라 이용가능한 생물자원 및 관련 전통지식의 질을 확보함으로써, 기업윤리측면에서 신용축적이 가능하고 기업이미지 향상을 통한 타 기업과의 차별화를 도모할 수 있을 것이다. 또한 전통지식은 농업 분야와도 밀접한 관계가 있다. 유전자원 및 전통지식을 둘러싼 남북의 논의는, UN식량농업기판(Food and Agriculture Organization of the United Nations : FAO)에서의 육성자의 권리²⁶⁾와 농민의 권리²⁷⁾에 대한 논의와 맥을 같이 한다. 선주민 및 지역공동체는 오랫동안 유전자원을 포함한 제품과 기술의 개량에 노력을 기울여 왔다.²⁸⁾ 현대의 품종개량은 지금까지의 전통적으로 개량되고, 무상으로 제공된 식물품종을 기초로 하고 있다. 그런데 육성자는 특허법 또는 특별법 등에 의하여 보호되는 반면, 선주민 및 지역공동체의 기여와 성과물에 대한 권리 등은 제대로 인식·평가되지 않고 있다.²⁹⁾ 농민의 권리는 전통적 지식에 관한 권리의 형태이고, 이 문제는 선주민과 농민이 전통적 방법으로 지켜 온 영농방법을 지적재산권으로 인정할 수 있는가 하는 문제와 밀접하게 관련된다. 1989년 개정 UPOV조약((Union pour la protection des obtentions végétales)이 ‘농민의 권리’라는 개념을 도

25) Russel L. Barsh, “Who Steals Indigenous Knowledge?”, (Paper presented to the Proceeding of the 95th Annual Meeting of the American Society of International Law held in New York, Apr. 4-7, 2001) [unpublished paper], p.154; 大澤, 前掲書, 17頁 재인용.

26) FAO Res. 4/89 (Nov. 29, 1989).

27) FAO Res. 5/89 (Nov. 29, 1989).

28) David R. Downes. “Global Trade, Local Economics, and the Biodiversity Convention”, in William J. Snape III and O. A. Houck (eds.), *Biodiversity and the Law: Challenges and Opportunities* (Washington, D.C.: Island Press, 1996), p.205; 大澤, 前掲書, 17頁 재인용.

29) 후자는 비공식적 개량자(informal innovators), 전자는 창작활동이 평가를 받아 지적재산권 법제에 의하여 권리를 보장받는 공식적 개량자(formal innovators)로 구별될 수 있다. See Article 3, Preliminary Draft FAO International Code of Conduct on Plant Biotechnology as it Affects the Conservation and Utilization of Plant Genetic Resources.

입함에 따라 전통적으로 식물다양성 창출에 기여한 농민의 유전자원에 대한 권리가 명확하게 되었다.³⁰⁾

셋째, 선주민 및 지역공동체내의 가치이다. 전통지식은 선주민으로서의 일상 생활에서 반드시 필요한 것이다. 또 시장에서 전통지식이 가치를 갖게 됨에 따라, 자신의 전통지식의 상품화에 의하여 수입을 창출하여 생활수준을 향상시킬 수도 있다. 그러나 중요한 것은, 선주민에게 전통지식은 자결권의 근간이 되고, 자기 주체성(identity)을 확인하는 데 있다. 전통지식의 유지·전승은 조상에 대한 존경과 관계가 있고, 전통을 차세대에 전승하는 것은 현 세대의 의무라는 관점에서 전통지식의 보호 필요성에 대한 가치 제고가 요구되고 있다.

III. 전통지식과 지적재산

1. 서

전통지식의 경우, 처음에는 ‘인권’의 관점에서 선주민의 전통지식을 보호하는 것을 목적으로 한 조약이 많았지만, 1990년대에 들어서면서 전통지식을 경제재로 평가하고자 하는 국제문서가 증가하기 시작하였다. 그 대표적인 사례가 CBD이다. CBD교섭과 동시에 TRIPs협정의 교섭이 진행되었는데, 개발도상국은 Bio-Piracy는 지적빈곤화, 자원의 빈곤화, 시장불균형을 야기한다고 주장하였다.³¹⁾ 선진국은 개발도상국과 선주민에 대하여 생물다양성유지를 위한 환경보호 인센티브를 부여하기 위하여 타협점으로서 자원이용에 의한 이익을 자원제공국과 자원이용국이 공평하게 배분한다고 하는 개념을 CBD에 도입하는 것을 인정하였다. 그러나 CBD에서는 유전자원에 대한 국가의 주권이 명기되었지만, 선주민 및 지역공동체의 전통지식에 관하여는 어떠한 권리를 누가 소유하는가에 관하여는 어떠한 규정도 없다. CBD는 전통지식의 보호를 규정하고 있지만, CBD의 국내적 실시방법은 일반적으로 각체약국의 재량에 위임되고 있을 뿐이다.³²⁾ 따라서 CBD의 국내실시의 주요방법으로는

30) 한편, 개발도상국에서는 농민은 동시에 육성자이므로, UPOV 조약에서 규정하고 있는 육성자의 권리보호는 농민의 자가채종의 권리(관행)을 저해할 수도 있다. 大澤, 前掲書, 18頁.

31) Vandana Shiva, *Protecting the Pirates: Biopiracy and the WTO Dispute*, at <http://www.vshiva.net/biodiversity/pirate.htm> (last visited Mar. 23, 2004).

32) CBD 제8조(j)는 “각 협약당사국은 가능한 한 그리고 적절하게: 국내법에 따라 생물다

정책책정의 참가, 지적재산권과 유사한 보호, 영토에 대한 권리가 고려될 수 있을 것이다.³³⁾ 그러나 실질적으로 영토에 대한 권리는 자결권과 깊은 관계가 있기 때문에 각국의 이해대립이 첨예하며, 보호대상은 선주민이 보유하고 있는 지식뿐이다. 결국 CBD체결이후 국제교섭에서는 ‘지적재산권과 유사한 보호’에 관한 것만이 초점이 되고 있다. 예컨대, TRIPs협정 제27조 제3항(b)의 해석을 둘러싼 선진국과 개발도상국간의 견해대립이 대표적인 경우이다. 즉 최근, 민간요법 내지 약용식물의 응용방법에 바탕을 둔 대체의학이 등장하고 생명공학이 발전함에 따라 전통지식에 대한 관심이 증폭됨에 따라, 개발도상국들은 TRIPs협정 제27조 제3항(b)의 review를 “review of provision”으로 보아 동조항을 실질적인 검토하자는 입장인 반면,³⁴⁾ 선진국들은 본조항의 review를 “review of implementation”으로 해석하여 회원국의 제도 이행부에 초점을 두면서 본조항의 개정을 전제로 하는 review에 반대하는 상황이었다.³⁵⁾ 그리하여 2000년 개최된 이사회에서 TRIPs협정 제27조 제3항(b)의 검토와 관련하여 “전통지식의 개념과 농부의 권리(farmers’ rights)간의 관계”를 논의할 사항중의 하나로서 제시되었으며,³⁶⁾ 그 후 2001년 11월

양성의 보전 및 지속가능한 이용에 적합한 전통적인 생활양식을 가지는 토착민 및 지역공동체의 지식·혁신적 기술 및 관행을 존중·보전 및 유지하고, 이러한 지식·기술 및 관행 보유자의 승인 및 참여하에 이들의 보다 더 광범위한 적용을 촉진하며, 그 지식·기술 및 관행의 이용으로부터 발생하는 이익의 공평한 공유를 장려한다”고 규정하고 있다. CBD 제10조(c)는 “보전 내지 지속가능한 이용요건에 양립가능한 전통적 문화관행에 따른 생물자원의 관습적 이용을 장려하고 보호”한다고 규정하고 있으며 또한 제18조 제4항은 “계약국은 CBD의 목적을 달성하기 위하여 토착 및 전통적 기술을 비롯한 기술개발 및 이용을 위한 협력방안을 국내 입법과 정책에 따라 장려·개발할 것”을 정하고 있다.

33) Michael Halewood, “Indigenous and Local Knowledge in International Law: A preface to *Sui Generis* Intellectual Property Protection”, McGill Law Journal, Vol. 44(1999), p.977.

34) TRIPs협정 제27조 제3항(b)의 원문은 “The provisions of this subparagraph shall be reviewed four years after the date of entry into force of the WTO Agreement.”이다. 나아가 개발도상국들은 실질적인 검토의 차원에서 전통지식을 보호하기 위해 TRIPs협정을 개정할 것까지 주장하고 있다. 권재열, 전제논문, 31~32면.

35) 권재열, 전제논문, 32면.

36) 2000년 TRIPs 이사회에서 TRIPs협정 제27조 제3항(b)와 관련하여 검토할 논의주제는 총6가지로 정리할 수 있다. 그 중에 하나가 전통지식에 관한 것이었으며 이밖에 ① TRIPs협정 제27조 제3항(b) 규정과 개발과의 관계, ② TRIPs협정 제27조 제3항(b)에 의한 특허보호에 관련된 기술적 사항, ③ 식물변종의 개별적 보호에 관련된 기술적 사항, ④ 생물체의 특허성여부에 관한 윤리적 사항, ⑤ 유전자원의 보존과 지속가능한 이용에 대한 관련성 등이 있다..

14일 도하(Doha)에서 개최된 각료회의는 TRIPs협정 제27조 제3항(b)와 관련하여 채택한 선언문에서 전통지식 및 민간전승물의 보호(the protection of traditional knowledge and folklore)를 검토할 것을 지시하였다.³⁷⁾

2. 전통지식과 지적재산권

현재 문제가 되고 있는 것은 보호여부가 아니라 보호방법에 있다. 기존 지적재산권제도로서는 특허법(실용신안법), 종자산업법, 저작권법, 상표법, 부정경쟁방지및영업비밀보호에 관한법률, 지리적 표시보호법제 등이 있다. 본고의 검토대상인 전통지식은 기술적 측면이 강하기 때문에 보고는 주로 특허법과의 관계에 대하여 중점적으로 살펴보고자 한다.

전통지식을 지적재산권제도로 보호하는 경우는 2가지 측면이 있다. 즉 그것은 (i) 선주민 및 지역공동체 자신에 의한 권리화(적극적 보호)와 (ii) 제3자에 의한 권리화 저지(소극적 보호)로 구분된다.

(1) 적극적 보호

1) 특허법에 의한 보호

가. 권리주체

특허를 받을 수 있는 권리는 원시적으로는 ‘발명자’에게 귀속된다.³⁸⁾ 발명자란 발명의 창작행위에 실질적으로 참여한 자연인을 말한다. 2인 이상의 복수의 자연인이 단순한 협력이 아니라, 실질적 협력에 의해 공동으로 완성한 발명을 공동발명이라 한다.³⁹⁾

발명자의 특징에 관하여, 전통지식은 세대를 거쳐 조금씩 개량되기 때문에 발명완성 시점을 결정하기 어렵다. 게다가 발명의 완성 시기를 특정할 수 있

37) 각료선언문 제19항에서 “우리는 TRIPs 이사회가, TRIPs협정 제27조 제3항(b)의 검토 또는 제71조 제1항에 의거한 TRIPs협정의 이행사항의 검토를 포함하는 작업프로그램 및 본 선언문 제12항 상의 작업에 따라서 특히, TRIPs협정과 CBD와의 관계, 전통지식 및 민간전승물의 보호, 기타 제71조 제1항에 따라 회원국이 제기한 새로운 개발사항 등에 대해 검토할 것을 지시한다. 동 작업을 수행하는 데 있어서 TRIPs 이사회는 TRIPs협정 제7조와 제8조에 규정된 목적과 원칙에 따라야 하고 개발의 정도를 충분히 고려하여야 한다.”고 선언하고 있다. 권재열, 전제논문, 33면 주7).

38) 한국특허법 제33조 제1항.

39) 한국특허법 제44조; 35 U.S.C. § 116.

더라도, 누가 언제, 실질적으로 발명에 관여했는지를 판단할 수 없는 경우가 많기 때문에 발명자를 특정할 수 없다. 또한 선주민에는 점유라고 하는 개념이 없는 경우가 많고, 그들 대부분은 전통지식을 공동체 구성원의 공유(共有)라고 생각한다. 그러므로 공동체 자체가 발명자가 된다면 문제는 없지만, 특허법은 일반적으로 자연인만이 발명자가 되는 것을 상정하고 있기 때문에 선주민 또는 지역공동체라고 하는 집단은 발명자가 될 수 없다. 즉 선주민이나 지역공동체는 특허권의 권리주체가 되기 어렵다. 물론, 특정 전통지식의 경우에 선주민 또는 지역공동체의 구성원의 수가 제한적인 경우에는 구성원 전원을 발명자로 고려하는 것은 이론적으로 가능하다. 또 전통지식이 특정인에 의해서만 전승된 경우에는 그 특정인을 발명자로 하는 것도 가능하다. 그러나 동일한 전통지식을 보유한 선주민이 여러 국가에 존재하고, 각국 국내법 및 비준하고 있는 조약이 다른 경우에 복잡한 상황이 발생할 수 있다. 따라서 전통지식의 경우, 실제로는 발명자의 특징은 매우 어려울 것이다. 또한, 특허출원을 하려면 권리능력이 필요하다. 이 권리능력은 일반적으로 자연인과 법인에게 인정된다. 법인격 없는 단체명의로는 특허출원을 할 수 없기 때문에, 선주민 및 지역공동체 자신이 전통지식을 특허출원을 하려면 법인격을 취득하거나 복수인의 공동발명으로서 공동발명자 전원명의로 출원을 하여야만 한다. 그러나 선주민 및 지역공동체 중에는 자신이 전통지식을 공개하거나 상업화를 꾀하고 있는 자도 많아서 이 경우에는 특허출원을 할 수 없게 된다. 물론 전통지식을 처음부터 선주민출신의 예술가가 창작한 저작물이나 샤만이 전통지식을 처음부터 독자적으로 개발한 기술은 현대적 지식이며, 권리자의 특징이 가능하다. 이러한 경우에는 개인의 지적재산으로서 보호를 받을 수 있다.⁴⁰⁾

나. 권리객체 : 특허요건

특허법은 ‘기술적 사상’을 보호하는 법이고, 단순한 ‘천연물’의 발견은 특허의 대상이 아니다. 그러나 천연물에서 인위적으로 분리된 화학물질, 미생물 등은 특허의 대상이 된다.⁴¹⁾ 출원한 발명이 특허를 받기 위해서는 특허법이 정한 ‘특허

40) See Michael Blakeney, “The Protection of Traditional Knowledge under Intellectual Property Law”, EIPR, Vol. 22(2000), pp.251~252.

41) 특히, 1980년대 유전자 재조합 기술이 보급됨에 따라, 유전자 자체는 물론 유전자 재조합 기술에 의하여 얻어지는 산물의 특허성에 대한 논란이 야기되었다. 유전자의 특허성에 대해서는 유전자를 이미 생명체에 존재하고 있던 물질로 볼 것인지의 여부, 특히 그것이 인간 유전자의 경우에는 그것을 인체의 일부로 볼 것인지의 여부를 놓고 상당한

를 받을 수 있는 발명'이 되기 위한 특허요건, 즉 산업상 이용가능성(유용성), 신규성, 진보성(비자명성)을 구비하여야 한다(TRIPs협정 제27조 제1항).

(가) 산업상 이용가능성 (유용성)

특허법의 목적이 산업발전에 기여하는데 있기 때문에, 산업상 이용할 수 없는 발명은 특허제도에 비추어 보호할 가치가 없다. 산업상 이용가능하기 위해서는 반복가능성과 유용성이 있어야 하는데, 선주민 및 지역공동체로서는 이러한 기준을 충족하는 것은 쉽지 않다.

또한 사만의 전통지식 중에는 치료방법 등이 많이 포함되어 있는데, 전통지식과 산업상 이용가능성과 관련하여 그러한 전통지식이 '의료행위'에 해당하는지의 여부가 문제가 될 수 있다.⁴²⁾ TRIPs 제27조 제1항⁴³⁾은 모든 분야 기술의 발명을 특허의 대상으로 할 것을 정하고 있다. 한편 동조 제2항 및 제3항은 회원국이 인간 또는 동물을 치료하기 위한, 진단, 치료 및 외과적 방법을 포함하는 발명을 특허대상에서 제외시키는 것을 허용하고 있다. 유럽특허조약(European Patent Convention: EPC)도 외과적 처치, 치료방법 및 진단방법을 특허대상에서 제외하고 있다.⁴⁴⁾ 미국에서는 의료방법의 특허주제성에 대하여 커다란 논쟁을 초래한 Pallin 사건⁴⁵⁾이후 특허법을 개정(35 U.S.C. §287(c)의 신설)하였다.⁴⁶⁾

논란이 있었다. 그러나 일단 인체에서 분리된 이상 유전자는 인체의 일부가 아니라 화학물질로 볼 수 있으므로, 종래부터 특허대상이 되어왔던 화학물질과 같이, 자연계에서 분리, 정제되고, 그 과정에서 인위적인 노력이 가미된 경우에는 유전자에 대해서도 다른 화학물질과 똑같이 단순한 발견이 아닌 발명으로 간주되어 특허대상으로 인정하는 것이 국제적인 추세이다. 이한영 외 4인, 『주요국의 생명공학과 관련된 특허성 판단기준에 대한 연구』, 한국발명진흥회 지식재산권연구센터, 2002. 12, 128면.

42) 의료행위의 특허성에 관하여는, 김병일, “유럽에서의 의료방법 발명의 특허법에 의한 보호”, 『창작과 권리』 제25호, 세창출판사, 2001, 2면 이하.

43) TRIPs 제27조 제1항 『특허는, 신규성, 진보성 및 산업상 이용가능성을 충족한 경우에는 물건, 방법을 묻지 않고 모든 기술분야의 모든 발명에 대하여 부여되어야 한다』.

44) EPC 제52조 제4항: 외과적 처치 또는 치료에 의한 인간 또는 동물의 처치방법 및 인간 또는 동물에 실시되는 진단방법은 제52조 제1항에서 말하고 있는 산업상 이용가능성이 없다. 단, 이 규정은 화합물(substances) 또는 조성물(compositions)을 상기한 방법으로 사용하는 것에는 적용되지 않는다. 본 조항은 2000. 11 개정에 의하여 제53조에 의한 불특허사유 (exception to patentability)로써 특허능력이 부정되고 있다.

45) Pallin v. Singer, 36 USPQ 2d 1050.

46) 『제287조(c)(1): 의사의 행위에 관해서는, 이 법률 제271조(a) 또는 (b)항에 있어서 침해를 구성하는 의료행위 중, 이 법률 제281조, 제283조, 제284조 및 제295조 규정은 이러한 의료행위에 대해서는 의사 또는 관련 건강관리주체에 대해서 적용하지 않

최근 생명관련기술의 급속한 발전에 따라 유전자치료·진단 및 재생의료 등을 시작으로 하여 의료분야에서 출원이 증가하고 있다. 우리나라에서는 ‘인간을 수술, 치료 또는 진단하는 방법 (의료방법)’은 의료행위이므로 ‘산업상 이용할 수 있는 발명’이 아닌 것으로서 거절되고 있다. 그러나 첨단의료분야, 특히 유전자치료·줄기세포치료 분야 등에서는 이러한 운영에서 발생하는 부정합이 지적되고 있다.⁴⁷⁾

(나) 신규성

산업상 이용가능성이 있는 발명의 특허성에 대하여는, 신규성 요건이 문제가 된다. 선주민 및 지역공동체의 전통지식을 권리화할 때에 가장 문제가 되는 것이 신규성 요건이다. 현재 미국은 선발명주의를 채택하고 있으며, 발명이 특허로 보호받기 위해서는 그 발명이 창작시에 신규성을 가지고 있어야만 한다.⁴⁸⁾ 한편 우리나라를 비롯한 대부분의 국가는 선출원주의를 채택하고 있으며, 출원시가 신규성 판단의 기준이 된다. 그런데 전통지식은 그 성질상, 발명의 시기 확정이 곤란하며, 최초의 진정한 발명자로 인정받기 위한 입증을 행하는 것이 불가능하다. 특허제도는 신규한 기술을 공개한 대가로서 특허권을 부여하는 것이므로, 특허출원 전에 이미 사회공유물로 된 공지기술에까지 특허권을 부여하여 보호하는 것은 제3자의 산업활동을 저해할 뿐만 아니라 산업발전을 도모하고자 하는 범목적에도 반한다. 일반적인 신규성 상실사유로서 공지되었거나 공언히 실시된 발명, 간행물에 기재된 발명이 있다.

대부분의 전통지식은 오랫동안, 넓은 지역에서 사용되고 있을 뿐만 아니라 (공지공용), 그 중 다수가 연구자(인류학자, 민족식물학자), 선교사, 영화제작자, 소설가 등에 의하여 이미 공지되어 신규성 요건을 충족하기 어려운 것이다.⁴⁹⁾

는다. 미국 특허법 제281조, 제283조, 제284조, 제295조 규정은 금지, 손해배상 등의 구제(remedy)를 정하는 규정이다. 따라서 미국 특허법 제287조(c)(1) 규정에 따르면, 의사가 행하는 의료행위가 특허권의 실시에 해당하는 경우에도, 의사의 의료행위에 대해서는 특허권 침해에 대한 구제규정(손해배상과 금지청구)이 적용되지 않는다.

47) 김병일·이봉문, 『의료발명의 법적보호』, 한국발명진흥회 지식재산권연구센터, 2001, 24~31면.

48) 미국특허법 제102조에 의하면 유효출원일 이전의 간행물 기재, 공지·공용 및 판매(a항), 발명일전의 타인의 출원에 관한 미국특허(e항), 미국 내에서 이루어진 타인의 선발명(g항), 발명일전 타인의 특허취득(a항) 및 타인으로부터 알게 된 경우(f항)에는 특허를 받을 수 없다.

49) Russel, *supra* note 25, p.157; 배대헌, 전계논문, 15면.

(다) 진보성(비자명성)

산업상 이용가능하고 신규성을 갖춘 발명이 다음 단계로서 갖추어야 될 특허요건은 진보성이다. 진보성이 없는 발명에 대하여 특허를 부여하지 않는 이유는, 당해 발명이 속하는 기술 분야의 당업자가 통상적인 노력 하에서 창작할 수 있는 정도의 발명에 대하여 까지 특허를 인정하면 특허권의 난립으로 기술이용이 제약을 받게 되어 오히려 산업발전의 저해요인이 될 수 있기 때문이다. 일반적으로 전통지식은 이미 공지된 것이 많기 때문에, 전통지식 관련발명은, 이미 알려진 특정 성질(의약품의 경우 약효)을 발견하여 당해 성질을 전적으로 이용하는 용도발명인 경우가 많을 것이다. 진보성의 판단을 위해서는 발명이 속하는 기술 분야에서 출원시의 선행기술의 범위와 내용을 결정한 다음, 선행기술과 출원발명의 차이점을 판단한다. 이 경우 차이점이 크지 않아 발명이 이루어진 시점에서 그 기술 분야에서 보통의 기술지식을 가진 자에게 자명한 정도이면 진보성이 부정된다. 그러나 전통지식은 나날이 조금씩 개량이 행하여지고 있기 때문에 위 기준을 충족시키는 것은 곤란한 경우가 많다.

2) 기타 보호가능성

가. 영업비밀(trade secret)

현재 가장 실효적인 보호수단으로서 고려되고 있는 것은 영업비밀로서 보호하는 방법이다.⁵⁰⁾ 영업비밀에 의한 보호는 다른 지적재산권제도에 비하여 비용이 저렴하다. 영업비밀은 그 자체가 비밀로서 유지되는 한 독점적으로 이용할 수 있다. 또 영업비밀에서의 비공지개념을 특허법에서와 같이 엄격하게 해석할 필요는 없다. 따라서 특정한 자가 영업비밀 보유자에 대하여 비밀유지의무를 부담하고 있지 않더라도 사실상 비밀상태를 유지하고 있거나, 보유자 이외의 제3자가 동종의 영업비밀을 독립적으로 개발한 경우에도 당해 발명자가 비밀로 관리 하고 있다면 영업비밀은 비공지 상태에 있다.

보호대상은 비밀상태에 있는 독립된 경제적 가치를 가지는 것으로서, 상당한 노력에 의하여 비밀로 유지된 영업상·기술상의 유용한 정보이며, 특허법에서의 진보성과 같은 엄격한 요건이 부과되어 있지 않기 때문에 선주민 및 지역공동체 현상에 비추어 볼 때 가장 가능성 있는 보호수단이라고 할 수 있다.

50) Joseph H Vogel (ed), *The Biodiversity Cartel: Transforming Traditional Knowledge into Trade Secrets* (Quito, Ecuador: CARE, Proyecto SUBIR, 2000), pp.19~22.

영업비밀 보호법리에 의하여 보호하는 경우, 보호요건은 대상이 되는 정보가 ① 비공지성, ② 유용성, ③ 비밀관리성을 모두 충족하여야만 한다(TRIPs 협정 제39조). 전통지식의 경우, 야만이나 특정 개인이 전통지식을 배타적으로 소유하고 있으면 영업비밀로서 보호받을 수 있다.⁵¹⁾ 그러나 이처럼 제한적인 경우를 제외하면, 전통지식이 엄밀히 비밀로 관리되고 있는 경우가 적기 때문에, 위 ① 또는 ③의 요건을 충족하는 것은 어려울 것이다. 또 한번 공개된 경우에는 선의의 제3자에게 대항할 수 없다는 점에서 보호가 충분하지 못하다는 문제점이 있다.

나. 지리적 표시·상표

전통지식은 표지법에 의한 보호를 받을 수도 있다. 『TRIPs 협정』에 의하면 지리적 표시(Geographical Indications)란 『상품의 품질, 명성, 그 밖의 특성이 본질적으로 지리적 근원에서 비롯되는 경우 ① 회원국의 영토, 또는 ② 회원국의 지역이나 지방에서 생산되었다는 것을 알리는 표시』를 의미한다(TRIPs 협정 제22조 제1항). TRIPs협정의 지리적 표시는 상품(goods)에 대하여만 인정된다.⁵²⁾ 또한 TRIPs협정상의 지리적표시 대상이 원칙적으로 모든 산업제품을 포괄하고 있다는 점이다. 즉 제품의 품질이 지리적 환경과 밀접한 연관이 있는 경우, 지리적표시의 대상은 농수산물로만 한정하지 않고 있다. 이는 지리적표시의 대상을 농산물 및 그 가공품으로 한정하는 유럽연합(EU)의 제도와 큰 차이점이라 하겠다.⁵³⁾ TRIPs협정은 제3절(제22조-제24조)에서 지리적표시의 보호에 관한 최저한의 레벨을 정하고 있다. 이 보호수준은 2단계로 구성되어 있다. 제22조는 지리적표시의 일반에 관하여 소비자의 오인혼동을 요건으로 ① 제3자의 상표등록을 금지하는 것, ② 이해관계인이 제3자의 사용에 대하여 법적수단을 행할 수 있다는 것을 규정하고 있다. 이는 파리조약의 범위내의 의무를 규정한 것이고 많은 국가에서 이미 국내법으로 정하고 있는 것이므로 특별한 이론없이 합의되었다. 이런 의미에서 제1단계 규정은 확인규정이다. 지리적 표시의 방법에 관한 위 규정이 회원국에 대한

51) Josephine R. Axt et al., *Biotechnology, Indigenous Peoples, and Intellectual Property Rights* (Washington, D.C.: Congressional Research Service, 1993), p.63.

52) 그러나 TRIPs협정의 협상그룹의 첫 초안에는 서비스도 포함되어 있었다. 예컨대, 지리적 또는 자연적 환경의 영향을 받는 관광서비스에 대하여 지리적 표시가 인정될 수 있을 것이다.

53) 김수석, “지리적표시의 법제화 연구”, 『지식재산21』 제59호, 특허청, 2000. 3, 113면.

기본적인 의무이지만, 그 광범위한 규정 때문에 회원국은 이러한 의무의 이행에 있어서 사실상 서로 다른 자신만의 기준을 활용할 수 있다. 제2단계로 TRIPs협정 제23조는 포도주와 증류주(wines and spirits)에 대해 엄격한 지리적 표시의 보호를 부여하고 있다. 즉 TRIPs협정 제23조 제1항은 포도주나 증류주가 기원한 진실의 장소가 표시되는 것에 관계없이, 또는 그 지리적 표시가 번역되어 사용되거나 --형, --타이프 등과 같은 표현의 수식어와 함께 사용되는 것에 관계없이 포도주와 증류주에 대한 허위의 지리적표시 사용을 금지하고 있다. 그런데, “회원국은 제23조에 따른 개별적인 지리적표시의 보호증대를 목적으로 협상을 개시할 것을 합의한다. …… 이러한 협상의 대상이 되는 개별적인 지리적표시의 사용에 대하여 동 규정을 계속적으로 적용할 것을 적극적으로 고려한다”고 규정하고 있는 TRIPs협정 제24조 제1항에 대한 해석에 있어서도 회원국간에 첨예한 대립을 보이고 있다. 동조항의 ‘제23조에 따른 개별적인 지리적표시의 보호증대를 목적으로 하는 협상’은 지리적표시의 보호대상을 전품목으로 확대하여 제23조 수준으로 보호해야 한다는 입장과 제23조의 규정은 예외조항이므로 다른 품목에까지 일반화시키는 것은 WTO 성격에 부합하지 않는다는 입장이 서로 대립하고 있다.⁵⁴⁾ 현재, EU, 케냐, 스위스, 인도, 스리랑카, 터키, 체코 등의 국가가 보호대상품목의 확대 입장을 취하고 있다.⁵⁵⁾ 한편, 보호대상품목확대의 반대 입장에 따르면, 지리적표시의 현행 보호체계는 국제교역질서의 왜곡을 시정하려는 UR협상의 산물이므로 국제교역에 있어서 새로운 권리와 의무를 창출시킬 수 있는 문제는 WTO 각료회의 등 새로운 협상의 장에서 거론되어야 할 문제임을 지적하고 포도주·증류주에 대한 추가적인 보호조항(제23조)은 예외적인 것에 불과할 뿐 모든 지리적표시에 대해 적용될 수 있는 일반원칙이 될 수는 없다는 입장이며 특히, 이미 장기간 사용되어온 기술적표시(well-established descriptive terms)나 관용적 명칭(generic term)에 부여되어 있는 배타적 권리에 혼란을 일으킬 가능성이 오히려 크다는 입장을 취하고 있다. 대표적인 국가로는 미국, 호주, 뉴질랜드, 일본 등이며 현재 우리 나라도 반대입장을 취하고 있다.⁵⁶⁾

54) 김병일, “지리적 표시의 국제적 보호,” 『창작과 권리』 제22호, 세창출판사, 2001, 99~100면.

55) 1996년 11월 TRIPs이사회에 인도(식료품), 스위스(식품, 공예품, 공업품), 체코(맥주)가 확대를 요구하였다. 그 후의 확대요구 국가는 아이슬란드(생선), 모로코(식품, 공예품), 베네주엘라(공예품), 쿠바(농산품) 등이 있다.

56) 박진석, “뉴라운드출범과 TRIPS협정의 과제,” 『지식재산21』, 2001. 9, 3~13면.

또한 상표에 관해서는, 선주민 및 지역공동체 자신이 증명상표나 단체표장 등록을 하여, 자신의 수공예품등에 당해상표를 부착하여 판매할 수 있다. 이미 일부 선주민은 민족의상, 수공예품에 대하여 선주민 자신의 전통적인 방법에 의하여 제조되었다는 것을 표시하는 증명상표(또는 단체상표)를 사용함으로써 다른 상품화의 차별화를 시도하고 있다.⁵⁷⁾ 또한 미국 특허상표청(USPTO)은 2001년부터 선주민 관련한 표장이 제3자에 의하여 상표등록출원되는 경우를 방지하기 위하여 선주민의 기장(記章:official insignia)을 수록한 DB를 구축하기 시작하였다고 한다.⁵⁸⁾

3) 소 결

이상에서, 기존제도에 의하여 전통지식을 보호하는 경우의 문제점을 개략하였지만, 선주민 및 지역공동체 자신에 의한 전통지식의 지적재산권 취득은 매우 어렵다고 할 수 있을 것이다. 그 외에도 관습법인정문제, 권리의 개시시점, 존속기간의 문제 및 과거사용에 대한 권리의 소급효 등도 문제가 되며, 개별 계약으로 대응하는 경우에도 제3자효의 문제가 남는다.⁵⁹⁾ 게다가 전통지식이 법률상 요건을 보호요건을 충족하는 경우에도, 절차의 전문성, 연구자·개발자의 확보 및 능력부족 등의 인재에 관한 문제, 당사자간 교섭력의 차이, 연구개발체제의 불비, 자금조달어려움, 연구개발에 관한 정보부족 등의 문제 때문에 선주민 및 지역공동체 또는 그 구성원이 전통지식에 대한 권리자가 되는 것은 어려운 상황이다.

(2) 소극적 보호

1) 권리주체

발명자도 아니고, 특허를 받을 수 있는 권리를 승계하지 아니한 자에 의한

57) 캐나다의 경우, “Genuine Cowichan Approved”가 증명상표로 등록되어 있고, 선주민에 의하여 등록된 경우로는 Inuit Adventures®, Indian Head design, Haida Gwaii Watchmen® 등이 있다.

58) USPTO, *Establishment of a Database Containing the Official Insignia of Federally and State Recognized Native American Tribes*, *Federal Register*, Vol. 66, No. 165 (Aug. 24, 2001), pp.44603~44604.

59) See *Legal and other appropriate forms of protection for the knowledge, innovations and practices of indigenous and local communities embodying traditional lifestyles relevant for the conservation and sustainable use of biological diversity*, U.N. Doc. UNEP/CBD/WG8J/1/2(Jan. 10, 2000), para.21~29.

특허출원은 모인출원(冒認出願)으로서 거절된다.⁶⁰⁾ 전통지식 자체가 특허가 능한 경우, 선주민 및 지역공체 이외의 제3자에 의한 특허출원은 모인으로 취급되어 특허거절이 가능하다.

단독에 의한 발명으로서 특허된 권리는, 후에 공동발명인 것으로 밝혀진 경우에는 무효가 된다.⁶¹⁾ 발명은 기술적 사상의 창작이므로 공동발명인지의 여부는 2이상의 자가 실질적인 창작에 관여여부에 따라 결정된다. 발명을 착상한 자와 구체화한 자로 구분하여 파악하고, 발명을 착상한 자와 구체화한 자 간에 일체적·연속적 관계가 있는 때에는 공동발명자가 된다. 그러나 착상의 제공자가 구체화의 과정에 관여하지 않았다면 공동발명자가 아니다. 또한 단순한 관리자, 단순한 보조자, 단순한 후원자나 자금제공자인 위탁자 등은 공동발명자에서 제외된다. 또한 최초 데이터나 일반적인 정보를 발명자에게 제공한자는, 제공된 정보가 발명의 완성에 반드시 필요한 부분을 구성하지 않는 한 공동발명자는 아니다.⁶²⁾ 왜냐하면 이러한 자는 발명자와 실질적인 협력관계에 있다고 보기 어렵기 때문이다. 이러한 해석에 따르면, 전통지식이 발명의 완성에 반드시 필요하며, 이러한 정보가 없었더라면 발명이 완성될 수 없었던 경우에는 전통지식의 제공자는 공동발명자가 가능성이 높다.

기초연구에 전통지식을 활용하는 방법은 실제로 선주민 및 지역공동체로부터 전통적 지식을 수집하는 방법과 식물민속학자에 의한 저작이나 학술잡지로부터 힌트를 얻는 경우가 있다. 그러나 후자의 경우, 전통지식은 간행물 기재에 의하여 이미 공지된 것으로 선행기술로 취급되고 특허를 받을 수 있는 발명의 일부를 형성할 수 없기 때문에 공동발명의 성립은 불가능할 것이다. 공동발명에 해당하는 지의 여부는 사안에 따라 검토해야 할 문제이지만, 실제로는 선주민 및 지역공동체가 공동발명을 주장하기는 어려울 것으로 생각된다.

2) 특허요건

가. 문서화·전자화

미국 특허법 제102조에 의하면 유효출원일 이전의 간행물 기재, 공지·공용

60) 한국특허법 제62조 제2호; 35 U.S.C. §102(f) 등.

61) 한국특허법 제133조 제1호; S. W. Farber, Inc. v. Texas Instrument, Inc., 211 F. Supp. 686, 690, 135 U.S.P.Q. 394, 398 (D.Del. 1962).

62) Iacon, Inc. v. Central Forest Prods., Inc., 3 U.S.P.Q. 2d (BNA) 1079, 1088 (E.D. Okla. 1986).

및 판매(a항), 발명일전의 타인의 출원에 관한 미국특허(e항), 미국 내에서 이루어진 타인의 선발명(g항), 발명일전 타인의 특허취득(a항) 및 타인으로부터 알게 된 경우(f항)에는 특허를 받을 수 없다. 세계의 대부분의 국가가 세계 공지공용제도를 채택하고 있는 반면, 미국이나 우리나라와 같이 국내공지공용제도를 채택하고 있는 국가에서는, 예컨대 전통지식이 외국에서 공지공용일지라고 간행물에 기재되어 있지 않으면 선행기술로 취급되지 않고 특허 받을 수 있다.⁶³⁾ 선주민 및 지역공동체 이외의 제3자가 전통지식을 권리화하는 것을 방지하기 위해서는 이미 공유화된 전통지식의 문서화 및 전자화(전통지식의 전자도서관: Traditional Knowledge Digital Library)가 필요하다.⁶⁴⁾

나. 선행기술개시제도

특허출원의 경우 선행기술개시의무와 전통지식의 관계도 문제가 된다. TRIPs 협정 제29조 제1항은 “회원국은 특허 출원인이 기술 분야의 전문가에 의해 발명이 실시될 수 있을 정도로 충분히 명확하고 완전하게 발명을 공개하도록 요구하며, 출원일 또는 우선권 주장이 있을 경우 우선권 주장일 당시에 발명자가 알고 있는 발명의 최적 실시형태를 특허 출원인이 제시하도록 요구할 수 있다”고 규정하고 있다. 미국은 1977년의 특허규칙(C.F.R.§1.56(a)), 유럽은 EPC 시행규칙27(109b)에서 선행기술개시의무에 대하여 규정하고 있는 반면, 우리나라에는 선행기술을 명세서 등에 기재하도록 하는 강행규정이 없다. 선행기술개시제도의 도입은 사회적 비용의 절감과 정확하고 객관적인 특허심사에도 기여할 수 있을 것이다.

차으로 특허등록된 전통지식을 등록무효시키는 것은 절차·비용면에서 볼 때 사실상 매우 어렵다 따라서 현행 제도하에서 전통지식을 효율적으로 보호하기 위한 방법은 제3자가 전통지식을 권리화하지 못하도록 하는 소극적 보호가 효과적인 것으로 생각된다.

3) 특허권의 효력

TRIPs협정 제28조에 의하면, 특허의 효력은 (i)특허 대상이 물건인 경우, 제3자가 특허권자의 동의 없이 동 물건을 제조, 사용, 판매하기 위한 제공, 판매 또는 이러한 목적을 위하여 수입하는 행위, (ii)특허 대상이 방법인

63) 현재 신규성 판단기준으로 국내공지공용제도를 채택하고 있는 국가는 한국, 미국 외에도 중국, 호주 등이 있다.

64) 전통지식의 DB 구축에 관하여는, 권재열, 전제논문, 47~48면.

경우, 제3자가 특허권자의 동의 없이 제법 사용행위 및 최소한 그 방법에 의해 직접적으로 획득되는 상품의 사용, 판매를 위한 제공, 판매 또는 이러한 목적을 위한 수입행위에 미치게 된다. 그러나 회원국은 제3자의 정당한 이익을 고려하여, 특허권의 정상적인 이용에 불합리하게 저촉되지 아니하고 특허권자의 정당한 이익을 불합리하게 저해하지 아니할 것을 조건으로 특허에 의하여 허여된 배타적 권리에 대해 제한된 예외를 규정할 수 있다(TRIPs협정 제30조).

우리나라 특허법 하에서는 특허권의 ‘업으로서’ 발명을 실시하는 경우에만 미치지 때문에(특허법 제94조), 가정적·개인적인 실시에 대해서는 특허권의 효력이 미치지 않는다. 또 ‘업으로서’ 발명을 실시한 경우에도, 특허출원 시에 그 특허출원된 발명의 내용을 알지 못하고 그 발명을 하거나 그 발명을 한 자로부터 지득하여 국내에서 그 발명의 실시사업을 하거나 그 사업의 준비를 하고 있는 자는 그 실시 또는 준비를 하고 있는 발명 및 사업의 목적의 범위 안에서 그 특허출원된 발명에 대한 특허권에 대하여 통상실시권을 취득하기 때문에(특허법 제103조), 그 실시를 계속하더라도 특허권 침해가 되지 않는다. 게다가 특허가 부여된 경우에도, 신규성·진보성이 있는 부분 중에 전통지식이 공지인 경우에는 당해 전통지식에 대해서는 특허권의 효력이 미치지 않는다. 따라서 이론적으로는, 선주민 및 지역공동체가 전통지식을 계속하여 사용하는 것이 특허권에 의하여 제한될 가능성은 매우 작다.

IV. 전통지식의 보호방안 검토

유전자원 및 전통지식의 보호는 기존 지적재산권법제로는 충분하지 못하며, 그에 대한 접근 및 이익배분에 관한 문제를 해결하기 어렵기 때문에, 새로운 관점에 의한 보호방법으로 제시되고 있는 것을 검토하고자 한다. 현재 구체적으로 검토되고 있는 보호방법 중에서 실현 가능성이 높은 것은, (i) 시장해결(Market Solution) 접근방법, (ii) 현행법 개정 접근방법, (iii) 독자적 보호방법(sui generis system)에 의한 접근방법 등이 있다.

1. 시장해결 접근방법

시장해결 접근방법이란 기업의 자발적인 행동에 맡기는 것으로, 기본적으로는 계약으로 처리하는 접근방법이다. 계약에 의한 유전자원의 접근 및 이익배

분에 관한 규제는 가장 일반적인 방법이지만 그 형태는 매우 다양하다.⁶⁵⁾ 유전자원의 이전에 관한 계약은 소재이전협정 (Material Transfer Agreements : MTAs)라 불리우는 데, 소재이전협정을 체결하여 이전된 유전자원은 영업비밀로 취급되고 있다.⁶⁶⁾ 시장해결 접근방법은 가장 실효적인 접근방법이기는 하지만, 현실적으로는 교섭력의 차이 때문에 기업에게 매우 유리하게 작동하여, 결국 선주민 및 지역공동체의 보호가 충분하게 이루어질 가능성은 매우 낮다. 따라서 시장해결접근방법은 선주민과 선진국의 대기업사이에서 이익공유를 위한 계약이 체결되는 경우 당사자간에서의 협상력의 불균형을 어떻게 극복하는가의 문제가 해결되어야 할 과제이다.⁶⁷⁾

2. 현행법 개정 접근방법

지적재산권에 의하여 전통지식에 가치가 부여됨에 따라 생물다양성의 보전이 촉진되고 개발도상국도 비즈니스 기회가 있으므로, 지적재산권과 전통지식은 반드시 상반하는 것이 아니라고 볼 수도 있다. 그러나 특허가치가 없는 발명에 대하여 특허가 부여될 가능성이 있기 때문에, 이러한 특허를 사전에 방지하기 위한 새로운 관점에서 신규성 판단시 세계 공지공용제도의 채용, 합법접근증명(출처표시, 원산지표시) 등의 도입을 검토할 필요가 있다.⁶⁸⁾

현재로서는 전통지식을 검색 가능한 선행기술에 포함시킬 수 있는 방안과 관련하여 전통지식을 검색가능한 선행기술로 활용하기 위한 D/B 구축이 가장 중요한 구제이다. 이와 관련하여, 기존의 전통지식관련 간행물들을 수집하여 그중 일부를 PCT 국제조사시의 최소문헌으로 포함시키는 과제, 수집된 전통지식 간행물들에 대한 우선순위를 결정하여 그중 일부를 JOPAL (Journal of Patent Associated Literature) 프로젝트에 포함시키고자 하는 과제, 내국출원에 대하여도 국제적 방식의 검색을 수행하도록 하는 방안과 이를 관련

65) See U.N. Doc. UNEP/CBD/COP/5/8 (Nov. 2, 1999), para.53.

66) WIPO-Overview, supra note 1, para.36.

67) 이재협, 전제논문, 203면.

68) 합법접근증명이란 특허보호를 구하는 물건 또는 방법이 유전자원에서 제조 또는 개발되는 경우, 필요한 경우에는 출원인에 대하여 당해 유전자원에 정당히 접근하였다는 것을 증명하는 서면을 제출할 것을 요구할 수 있는 제도를 말한다. 인도의 개정특허법안 (Patents<second Amendment> Bill of 1999)이 동종 규정을 가지고 있고, 특허법조약(Patent Law Treaty) 검토시 개발도상국이 합법접근증명제도의 도입을 주장하였지만 선진국의 강한 반대로 접근증명 의무를 부과하는 조약을 체결하는 것은 어려워 보인다.

지침에 포함시키도록 하는 과제, 전통지식 데이터베이스와 전자도서관의 설립, 기존의 지적재산권 관련 서류양식을 전통지식관련 발명에도 적용가능한가 검토 하는 과제, 그리고 마지막으로 서류화작업 과정 중 전통지식 서류화작업 담당 주체(토속주민, 지역사회, 국가/지역 기관 등)에게 지적재산권 관련 사항들에 대한 지원을 하도록 하는 과제 실현을 위한 입법노력이 선행되어야 할 것이다.

3. 독자적 보호방법에 의한 보호

기존 지적재산권제도 시스템으로는 전통지식 보호의 한계가 있기 때문에 개발도상국, 선주민, NGO 등은 전통지식의 보호방법으로 특별입법에 의한 보호를 주장하고 있다.⁶⁹⁾ 즉 특허제도는 기본적으로 19세기 중심적인 기술인 기계를 전제로 하여 이루어져 있기 때문에, 유전자원 및 전통지식 관련 성과물에 적용하는 데에는 많은 문제가 있으며, 미국 등 선진국은 자국의 경제적 이해에 따라 저작권을 포함한 기존 저작권제도를 운영함에 따라 유전자원 및 전통지식 관련 성과물에 대한 이익배분이 왜곡현상을 가져오고 있기 때문에 이를 해결하기 위한 새로운 접근 방법으로 독자적인 보호방법론이 제창되고 있다. 그러나 개발도상국 등이 주장하는 독자적 보호방법 체계의 실체가 무엇인지에 관해서는 아직까지도 명확하지 않으며, 아직까지 실현가능할 정도로 구체화되어 있지 않다.⁷⁰⁾

4. 소 결

유전자원 및 전통지식을 보호해야 한다는 기본적인 취지에는 많은 국가들이 동의하는 입장이나, 구체적인 방법론 등에서는 각국의 이해관계에 따라 차이가 있다. 생물자원이 풍부한 반면 기술력은 상대적으로 취약한 인도, 콜롬비아, 중국, 브라질 등의 개발도상국가들은 유전자원, 전통지식 의 보호를 강력히 주장하면서, 구속력(binding) 있는 독자적 보호제도의 도입을 주장하고 이는 반면, 미국, 일본, 유럽연합 등 선진국들은 유전자원, 전통지식 보호의 기본적인 취지에는 동의하나 기존의 지적권 틀을 벗어나지 않는 범위 내에서

69) 기존 지적재산권과는 다른 새로운 권리로서 전통적 자원권(Traditional Resource Rights : TRR), 공동체지적권리(Community Intellectual Rights), 전통적 지적재산권(Traditional Intellectual Property Rights) 등이 제창되고 있다.

70) 독자적 보호방법론에 대한 검토에 대하여는, 권재열, 전계논문, 45~47면.

(예: 전통지식의 검색 가능한 선행기술로의 데이터베이스 구축) 보호되어야 한다는 입장이다. 선진국들은 전통지식에 관한 기술이 타인에게 특허되지 않도록 전통지식을 선행기술로서 활용하기 위한 D/B 구축에 동의하고, 특허법 조약·IPC(국제특허분류) 등 기존의 지재권 제도와의 조화로운 틀 속에서 새로운 이슈에 대한 보호가 논의되어야 함을 강조하고 있다.⁷¹⁾

또한 지금까지 보호되지 않던 유전자원과 전통지식을 지적재산권으로 보호해야 하는지에 관한 근본적인 문제에 관해서 의문이 제기될 수 있다. 즉, 아직까지 그 개념 및 보호범위도 분명하지 않고 특허요건인 신규성도 없으며 소유주가 누구인지를 규명하는 것도 어려운 전통지식 등을 어떻게 지적재산으로 보호할 수 있는지에 관해서 문제를 제기할 수 있다. 그런데, 이러한 문제는 각종 국제회의에서는 전통지식 등의 보호라는 당위성에 묻혀 이러한 논의는 그다지 활발하게 진행되고 있지 않으며 다만, 전통지식 등을 보호하는 방법을 논의하는 과정에서 해결해야 할 문제로서 인식되고 있는 정도에 불과하다. 게다가 문제를 더욱 복잡하게 만드는 것은 전통지식은 그것을 개발하고 보전한 공동체와 문화에 대한 소중한 유산으로서의 측면을 가지고 있다는 데 있다.⁷²⁾ 즉 전통지식은 경제재인 동시에 문화재이며, 다양한 측면을 지닌 전통지식을 충분히 보호하기 위해서는 지적재산권법제만으로는 불가능하고, 문화유산보호법과 기타 법이외의 조치를 통하여 실현되어야 하는 부분도 있다. 그러나 어떻게 보호할 것인지는 보호법익에 의하여 변한다. 전통지식의 문화적 가치를 중시하여 전통지식의 보전을 목적으로 한다면, 전통지식의 정당한 입수와 적절한 이용을 확보할 수 있는 시스템 확립(등록제도 등)으로 족하다. 그러나 전통지식을 경제재로 파악하여 이익을 획득하기 위한 수단으로서 전통지식을 고려하는 경우에는 이익분배시스템 구축이 선행되어야 할 것이다.

우리나라는 현재 생명공학 분야의 기술선진국도 아니고 풍부한 유전자원의 보유국도 아니다. 또한 전통지식의 경우 현재 이슈가 되고 있는 전통의약의 대부분은 중국에서 유래한 것이 상당히 많을 것으로 예측된다. 따라서 우리의 유전공학 발전의 잠재성을 고려한다면 우리는 유전자원 및 전통지식 이용에서 발생한 결과와 이익의 분배를 강조하는 개발도상국의 입장보다는, 기존의 지

71) 박갑록, 전제논문, 112~115면.

72) David R. Downes, *How Intellectual Property Could be a Tool to Protect Traditional Knowledge*, 25 Columbia Journal of Environmental Law 253, 254(2000).

적재산권 체제의 틀을 유지하면서 개발도상국의 요구를 수용하려는 선진국에 가까운 입장을 취하는 것이 바람직한 측면도 존재한다.⁷³⁾ 한편, 유전자원 및 전통지식 등의 보호 이슈는 개발도상국의 적극적 요구로 국제사회에서 지속적으로 논의될 것이며 새로운 국제적 규범의 탄생으로 이어질 수 있다. 이는 국내 생명공학 및 전통문화를 기반으로 한 산업계에 막대한 영향을 끼칠 수 있다는 것을 의미하므로 동 논의 과정에 우리의 이익을 적극적으로 관철시키기 위한 이해관계자 및 전문가의 참여와 심도 깊은 연구가 필요한 것으로 생각된다. 또한 전통지식의 보호는 지적재산권문제뿐만 아니라, 다른 국제정세 및 무역환경도 연계되어 있는 복잡한 사안이므로, 국제적 동향이나 관련국의 의사를 제대로 파악하여야 하며 특히 우리 현실에 비추어 국익을 우선으로 하는 보호책을 모색하여야 할 것이다.⁷⁴⁾

73) 배대현, 전계논문, 16면.

74) 이상정·조상혁·안효질, 전계논문, 71면.

A Study on Protection of Genetic Resources & Traditional Knowledge and Intellectual Property

Kim, Byung-II*

The traditional knowledge and practices of indigenous and local communities that are developed and passed on through traditional culture are closely linked to the conservation and sustainable use of bio-diversity. On the other hand, advocates for conventional intellectual property systems argue that intellectual property rights create effective incentives for innovative use of bio-diversity, which in turn creates profits on which innovators can draw in negotiating benefit-sharing arrangements with the holders of traditional knowledge and bio-diversity. Nowadays, the implications of conventional intellectual property systems for traditional knowledge and bio-diversity have been the subject of a polarized international debate. This article has sought to suggest how intellectual property system could be a tool to protect traditional knowledge.

* Professor, College of Law, Inha Univ., Ph.D in law