

중국 지식재산권 관련 민법개정의 소개와 시사점

The Introduction and Implications of the Civil Code Amendment on Intellectual Property Rights in China

윤 박*

Yun, Bo

정 연 덕**

Chung, Yeun-Dek

목 차

- | | |
|-------------------------|------------------------|
| I. 서론 | IV. 민법 불법행위책임 개정 내용 검토 |
| II. 중국 민법의 체계와 관련 조문 구성 | V. 결론 |
| III. 민법총칙 개정 내용 검토 | |

중국은 1954년, 1962년, 1979년, 2001년 4차례에 걸쳐 민법전 개정 작업을 하였다. 2019년 12월 16일에 최신 중국 민법전 초안을 공포하여 2020년 5월 28일 전국인대 3차회의에서 심의하여 통과되었으며 2021년 1월 1일부터 시행되었다. 다만 중국 개정 민법은 지식재산권과 관련한 내용은 여러 가지 문제가 있다.

중국은 한국처럼 지식재산기본법 같은 지식재산권에 대해 기본법이 없으며, 지식재산권 관련 법률은 모두 민법총칙에서 간략히 나열하고 저작권법, 특허법, 상표법, 부정경쟁방지법 등 개별법에서 다룬다. 민법개정 내용과 개별법에서 규정된 지식재산권 관련 내용은 충돌이 생길 수 있다. 법체계가 혼란하거나 조문이 중첩된 문제 그리고 지금까지 있었던 지식재산권 보호 범위 문제 또는 과학기술 발전에 따라 나타나는 새로운 지식재산권 보호 등에 문제가 있다. 이번에 처음으로 징벌적 손해배상제도를 명문으로 도입하고 온라인 불법

<https://doi.org/10.35148/ilsilr.2021..49.389>

투고일: 2021. 8. 2. / 심사의뢰일: 2021. 8. 9. / 게재확정일: 2021. 8. 27.

* 주저자: 건국대학교 법학연구소 연구원, 법학박사

Lead Author: Researcher, The Insitue of Legal Studies, Konkuk University, Phd. Law

** 공동저자: 건국대학교 법학전문대학원 교수

Co-Author: Professor, School of Law, Konkuk University

행위에 대해 권리자, 이용자, 제공자의 해당 의무와 책임에 대해 신설하였다. 개정 민법 제 123조는 지적재산권 객체의 범위를 넓혔지만 엄격한 법정주의 원칙은 새로운 지식재산을 적용한 제품을 새로 만들어지기 불리하도록 하였다. 엄격한 법정주의 원칙과 현행 단행법률이 충돌하고 있다. 둘째, 중국 지적재산의 입법, 사법, 특히 시장거래 활동의 발전은 10여 년 전과 비교했을 때 엄청난 변화가 있었고, 지식재산계약에 대해 법률인식을 하고 있다. 이후에도 민법전 개정에서 지식재산권계약에 대한 통일된 규정을 마련할 필요가 있다. 셋째, 불법행위에 대해 네트워크제공자, 이용자, 권리자에 관련 규정이 있지만 정비되어야 할 규정도 존재한다. 이번 민법전 개정 내용 중에서 지식재산권에 관련 징벌적 손해배상제도 도입하고, 온라인 서비스제공자, 이용자, 권리자 해당 의무와 책임을 구체화하고 지식재산권에 대해 보호 강도 및 권리침해에 대해 대응 방법을 개선한 점도 있다. 현행 법률 중에 징벌적 손해배상에 대해 많은 혼란이 있지만 징벌적손해배상제도를 명문으로 중국 민법에서 규정한 것은 중국 내에 지식재산권 보호에 대해 매우 큰 의미가 있다. 중국의 지식재산침해를 우려하는 시선이 많아 이러한 법의 개정과 집행을 통하여 지식재산 침해 문제가 앞으로 개선될 수 있을 것이다.

【주제어】 중국민법전, 민법총칙, 지식재산권의 종류, 부정경쟁방지, 징벌적 손해배상

I. 서론

중국은 지식재산권을 ‘지식산권’(知識產權)이라 하고, “사람의 지적창조물과 공업적 표지에 대하여 법률에 따라 가지는 권리로서 구체적으로는 저작권, 특허권, 상표권을 포함한다.”라고 정한다. 중국은 지식재산권에 관한 법률을 통합법전으로 제정하지 않고 분야별로 관련 법률을 제정하여 시행하고 있다. 지식재산권을 저작권(인접권 포함)·특허권(공업품 디자인보호 포함)·상표권·발명권·상업비밀권·반도체 집적회로배치 설계권·식물신품종권·상호권(공장명칭)·원산지명칭권(지리적표지)·특수표지권·상품특유명칭권 등으로 분류하고 있다. 중국 지식재산권을 보호하기 위한 입법의 근거는 1982년 중국 헌법 제20조·제22조와 일반법으로는 ‘민법통칙’(民法通則)이 있다.¹⁾ 1986년 중국 ‘민법통칙’은 입법에서 처음으로 ‘지식재산권’이라는 개념을 체계적으로 규정하였다. 지식재산권의 구체적인 법으로 1982년 중국 상표법, 1984년 중국 특허법, 1986년 중국 민법통칙, 1990년 중국 저작권법, 1993년 중국 부정경쟁방지법, 1997년 중국 식물신품종보호조례 등을 제정하여 지식재산권 규범과 보호 체계를 중국에서 갖추게 되었

1) 양효령, “중국의 지적재산권 보호제도”, 기업법연구 제21권 제1호, 한국기업법학회, 2007, 418쪽.

다.²⁾ 발명·실용신안·디자인은 ‘특허법’에서 통합하여 규율하고 있다. 상표권과 저작권 보호는 ‘상표법’과 ‘저작권법’에서 각각 규율하고 있다. 2008년 반독점법(Anti Monopoly Law)을 시행하였고, 지식재산권 남용에 대한 반독점집행은 2013년에 미국 인터디지털(Intel Digital Co)사에 대한 조사에서 처음으로 이루어졌다. 부정경쟁방지법은 시장경제 체제가 마련되던 1993년에 제정되어 이후 24년간 개정이 이루어지지 않다가 2017년 처음으로 개정되었다.³⁾ 기타로 국가 최고행정기관인 국무원(國務院) 및 그 주무기관에서 제정한 각종 지식재산권 관련 행정법규, 부문규정, 최고사법기관인 최고인민법원의 사법해석(司法解釋) 등이 있다.

이하에서는 중국민법체계를 간략히 소개하고 민법총칙 개정 내용 중 지식재산권과 관련한 조문 내용 중심으로 살펴본다. 한국의 경우는 민법총칙에서 지식재산을 정의하고 있지 않고 지식재산기본법으로 규율하고 있어 중국의 개별 조문의 개정 내용과 한국의 관련 조항을 비교 검토한다.

II. 중국 민법의 체계와 관련 조문 구성

1949년에 신(新)중국이 성립된 후 중국은 1954년, 1962년, 1979년, 2001년 4차례에 걸쳐 민법전 개정 작업을 하였다. 1, 2차는 여러 가지 원인으로 성과를 내지 못했다. 1979년 3차 개정 작업을 시작하였지만, 중국 개혁개방시대에 접어들면서 민법전을 제대로 만들 여건이 되지 않았다. 따라서 개별 법령으로 하나씩 제정하는 방식으로 민사단일법부터 제정하기로 했다. 현행 상속법, 민법 통칙, 담보법, 계약법은 이런 배경에서 만들어졌다. 2002년 12월 전인대상무위원회는 민법전 초안을 심의했다. 민법전은 내용이 복잡하고 한 번에 민법전을 만들 수 있는 여건이 되지 않아 전인대상무위원회가 물권법 등 일반 단일법을 먼저 제정하고 여건이 성숙하면 완전한 민법을 만들기로 했다.⁴⁾

중국의 ‘민법통칙’(民法通則)은 민사법제 전반에 적용되는 기본원칙을 규정하는 ‘총

2) 양효령, 위의 논문, 417쪽; 사법연수원, 중국법, 2009, 149쪽.

3) 황선영, “중국 부정경쟁방지법상 인터넷 부정경쟁행위 관련 규정 검토”, 민사법의 이론과 실무 제22권 3호, 민사법의 이론과 실무학회, 2019, 98쪽.

4) 新华社, “关于《中华人民共和国民法总则(草案)》的说明”, <http://www.xinhuanet.com/2017-03/09/c_129504877.htm>, 검색일: 2021.8.28.

칙’으로서의 역할을 담당해왔다. ‘민법통칙’은 1983년에 ‘법제공작위원회’가 초안 제정 작업을 시작하였다. 1986년 4월 12일 제6기 전국인민대표대회 제4차 회의에서 정식으로 통과하여 1987년 1월 1일부터 시행되었다. ‘민법 통칙’은 지금까지 30여 년 동안 적용되면서 한 번도 개정되지 않아서 급속한 변화를 이룩한 중국의 사회경제 질서의 다양한 변화를 그대로 충분히 반영하기 어려웠음으로 이에 대한 개정의 필요성이 꾸준히 제기되어 왔다.⁵⁾

2014년 중국 18기4중전회(18届四中全会)에서 ‘중국 공산당 중앙에 의한 국가 통치의 몇 가지 중대한 문제를 전면적으로 추진하기로 한 결정’(中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定)을 통과시켰다. 따라서 민법 편찬, 지식재산권보호제도 및 과학 기술 성과의 전환을 촉진하는 체제 등을 마련하기로 했다. 민법 편찬을 제안하여 2020년까지 민법전을 배포하는 계획을 수립하였다. 민법 편찬은 광범위하고 다양한 논점과 법의 관계가 복잡하며 물건제도, 계약제도, 불법행위제도, 혼인가족제도 등이 서로 연결된 작업이다.⁶⁾ 2016년 6월 12기전인대상무위원회 제21차 회의에서 민법총칙 초안이 처음 심의되면서 민법 편찬이 입법절차에 들어갔다. 2017년 통과된 ‘중화인민공화국 민법통칙’에 이어서 2020년 민법 완료를 목표로 하여 각칙 편 초안도 거의 다 통과시키고, 2020년 5월 28기전국인대 3차회의에서 심의하여 중국민법을 공식적으로 발표하였다.

〈표 II-1〉 중국 민법전의 조문 구성

目 录	목차	조문
第一编 总则	제1편 총칙	제1조~제204조
第二编 物权	제2편 물건	제205조~제462조
第三编 合同	제3편 계약	제463조~제988조
第四编 人格权	제4편 인격권	제989조~제1039조
第五编 婚姻家庭	제5편 혼인가정	제1040조~제1118조
第六编 继承	제6편 상속	제1119조~제1163조
第七编 侵权责任	제7편 불법행위책임	제1164조~제1258조
附则	부칙	제1259조~제1260조

5) 최영춘/김용길, “중국민법전 제정의 최신 동향에 관한 고찰, 2016년 민법총칙 초안을 중심으로”, 법학연구 제27권 제2호, 충남대학교 법학연구소, 2016, 120쪽.

6) 澎湃新闻, “傅莹: 民法典编纂分两步, 预计6月提请审议民法总则”, <https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_1439244>, 검색일: 2021.8.28.

2018년 8월부터 현재까지 중국민법의 각칙 편 초안에 대해 총 3차까지 심의를 하였다. 중국의 민법은 부칙을 포함하여 독일식의 5편제가 아닌 7편제로 총 1,260조로 구성되었다. 주로 내용은 다음과 같다.

중국 민법개정 과정에서 지식재산권에 관련된 조항은 총 21건, 그 중에 민법총칙과 물권법 각 1건, 불법행위법 3건, 계약법 12건, 신설 조항 중 계약편과 불법행위편 각 2건이다.

개정된 내용은 다음과 같다.

〈표 II-2〉 중국 민법 지적재산권에 관련 조항

		조항(현행 조항) —— 조항(개정 조항)		합계
개정	민법총칙	94/95/96/97조→ 123조		1개
	물권법	227조 → 444조		1개
	계약법	137조 → 600조		12개
		323조 → 844조		
		324조 → 845조		
		325조 → 846조		
		326조 → 847조		
		339조 → 859조		
		342조 → 862조		
		347조 → 868조		
		348조 → 869조		
		351조 → 872조		
		352조 → 873조		
		353조 → 874조		
	불법행위법	36조 →1194/1195/1,197조		3개
신설	계약 편		863/876 조	2개
	불법행위책임 편		1185/1196조	2개
총계				21개

이하에서는 민법총칙 편, 불법행위책임 편 중 지식재산권에 관련한 개정 내용을 한국의 법제와 비교하면서 소개한다.

III. 민법총칙 개정 내용 검토

1. 민법총칙 조항의 개정

개정 전 조항

제3절 지식재산권

제94조: 공민, 법인은 저작권(판권)을 향유하며 법에 따라 서명, 발표, 출판, 보수 등의 권리를 가진다.

제95조: 공민, 법인이 법에 따라 취득한 특허권은 법률의 보호를 받는다.

제96조: 법인, 개인사업자, 개인이 합세하여 법에 따라 취득한 상표전용권은 법률의 보호를 받는다.

제97조: 공민은 자신의 발견에 대하여 발견권을 가진다. 발견인은 발견증서, 상금 또는 기타 인센티브의 수령을 신청할 권리가 있다. 공민은 자신의 발명이나 기타 과학기술 성과에 대해 명예 증서, 상금 또는 기타 인센티브를 신청할 권리가 있다.⁷⁾

개정 후 조항

제123조: 민사주체는 법에 따라 지식재산권을 향유한다. 지식재산권은 권리인이 법에 따라 다음 객체에 대하여 향유한 전유적인 권리이다.⁸⁾

- (一) 작품;
- (二) 발명, 실용신형, 외관디자인;
- (三) 상표;
- (四) 지리적 표시;
- (五) 영업비밀;
- (六) 집적회로 배선 설계;
- (七) 실물의 신품종;
- (八) 법으로 규정된 다른 객체.

1.1 입법 체계

한국의 지식재산기본법은 다른 지식재산 관련 개별법에 대해서 기본적인 원칙 및 정책 방향을 제시하고 있다.⁹⁾ 중국의 경우 지식재산 관계 법령은 헌법→민법총칙→개별

7) 第九十四条: 公民、法人享有著作权(版权), 依法有署名、发表、出版、获得报酬等权利。

第九十五条: 公民、法人依法取得的专利权受法律保护。

第九十六条: 法人、个体工商户、个人合伙依法取得的商标专用权受法律保护。

第九十七条: 公民对自己的发现享有发现权。发现人有权申请领取发现证书、奖金或者其他奖励。公民对自己的发明或者其他科技成果, 有权申请领取荣誉证书、奖金或者其他奖励。

8) (一)作品; (二)发明、实用新型、外观设计; (三)商标; (四)地理标志; (五)商业秘密; (六)集成电路布图设计; (七)植物新品种; (八)法律规定的其他客体。

9) 윤원길, “지식재산기본법의 의의 및 정책 방향에 관한 소고”, 지식재산연구 제6권 2호, 한국지식재산연구원, 2011, 236쪽.

법→명령이라는 법체계를 갖고 있다. 중국 헌법상 ‘국가는 인권을 존중하고 보장한다’(중국 헌법 제33조 제3항)는 내용과 ‘중화인민공화국 국민은 과학 연구·문학·예술 창작·그 밖의 문화 활동을 할 자유를 가진다. 국가는 인민의 창조적인 활동에 유익한 교육·과학·기술·문학·예술 그 밖의 문화사업에 종사하는 공민을 장려하고 지원한다’(중국 헌법 제47조)고 규정한다. 중국 헌법상의 원칙은 국가가 과학기술, 문예 등의 상업발전을 촉진하고, 인류가 문명을 공유하는 이념을 촉진한다는 내용을 규정하고 있으나 구체적으로 어떻게 장려하고 도울 수 있는지 제도 설계가 필요하다.

1.2 지식재산권의 종류

세계지식재산권기구(WIPO)와 세계무역기구(WTO)의 지식재산권 분야 다자조약 또는 협정은 현재 지식재산 분야에서 가장 큰 영향이 있다. 1976년 WIPO는 스톡홀름에서 체결된 ‘세계지식재산권기구설립조약’¹⁰⁾에서 제2조 제9항은 지식재산권의 종류를 규정하고 있다. WTO가 주관한 1994년 ‘TRIPS협정’도 지식재산권의 종류를 규정하고 있다.

〈표 III-1〉 조약과 중국 민법의 개정 내용 중 지식재산권을 비교

WIPO	TRIPS	중국 민법전초안
문학·예술 및 과학적 저작물	저작권 및 관련 권리	작품
실연자의 실연, 음반 및 방송	상동	상동
인간의 노력에 의한 모든 분야에서의 발명	특허	발명, 실용신형
디자인	디자인	외관디자인
과학적 발견		내용 없음
상표, 서비스표, 상호 및 기타 명칭	상표	상표(상호 내용 없음)
	지리표시	지리표시
	미공개정보	영업비밀
	집적회로 배선 설계	집적회로 배선 설계
		식물의 신품종
부정경쟁으로부터의 보호	사용허가	내용 없음
기타 산업, 과학, 문학 또는 예술 분야에서 지식활동으로 발생하는 모든 권리		법으로 규정된 다른 객체

10) <세계지식재산권기구설립조약>: 즉, Convention Establishing the World Intellectual Property Organization. Signed at Stockholm on July 14, 1967 and as amended on September 28, 1979. <https://wipolex.wipo.int/zh/text/283833>
검색일: 2021.8.28.

1.3 과학적 발견의 보호 여부

중국의 개정 전 민법통칙 제97조는 ‘과학적 발견’을 정의하고 발견자에게 발견증서, 상금, 또는 기타 인센티브의 수령을 신청할 수 있는 권리를 규정하였으나 이를 삭제하는 방식으로 개정하였다. 이외 관련한 내용을 외국의 조약과 비교하여 본다.

WIPO는 새로운 기술발달에 대응하여 발명가와 창작자의 권리를 보다 효과적으로 보호하기 위해 보호 대상을 넓히고 새로운 권리를 창설해 나갔다.¹¹⁾ 저작권, 저작인접권, 특허권, 디자인권, 상표권, 부정경쟁방지법에 의해 보호되는 영업비밀 등 인간의 지식 활동에 의한 것들을 대부분 포함하고 있다.

‘TRIPS협정’은 무역에 관한 지식재산권이므로 그 중 지식재산권의 유형에 관한 범위는 상대적으로 좁고, ‘과학적 발견’은 거래 가능성이 없으므로 그 정의 범위 내에 있지 않다.¹²⁾ 지식재산권이 교역에 미치는 영향이 클수록 새로이 발생하는 신지식재산권의 종류가 더욱 광범위해짐에 따라 지식재산권 보호 강화를 위한 다양한 정책과 입법 모색이 필요하다는 주장도 있다.¹³⁾

‘과학적 발견’이라는 입법 규정이 모호하여서 과학적 발견은 지식재산권의 객체로 적합하지 않고 과학적 발견 성과에 대해서는 ‘국가과학기술장려조례’(国家科学技术奖励条例)에 따라 행정적으로 장려해도 된다는 의견도 있다.¹⁴⁾ 그리고 ‘과학적 발견’은 정확하지 않은 개념이며 그중에서도 보호받을 수 있는 내용은 특허, 실용신형, 외관디자인, 컴퓨터 프로그램 등으로 구현될 수 있고 이들 ‘과학기술적 성과’는 특허법의 보호를 받거나 저작권법의 보호를 받을 수 있고 따로 규정할 필요 없다는 주장도 있다.¹⁵⁾

‘WIPO 협약’도 ‘과학적 발견’을 지식재산권 보호에 포함하고는 있지만 실제로는 ‘과학적 발견’이 재산권의 속성이 있지 않으며 지식재산권의 일반적인 특징에 적합하지 않음으로 과학적 발견을 지식재산권 객체로 보호하지 않는 것이 적절하다.¹⁶⁾ 민법통칙

11) 서재권, “세계의 문화유산 등재 전쟁과 우리의 문화재 정책 방향 검토-WIPO 지식재산 제도와 UNESCO 문화유산 제도의 이념과 운영에 기초하여”, 법학연구 제22권 제3호, 인하대학교 법학연구소, 2019, 139쪽.

12) 易继明, “知识产权法定主义及其缓和——兼对《民法总则》第123条条文的分析”, 知识产权第5期, 2017年, 第7页.

13) 이민경/허윤석, “WTO 제소된 분쟁사례 분석에 따른 TRIPS 협정 개정의 필요성에 관한 연구”, 무역상무연구 제82권, 한국무역상무학회, 2019, 124쪽.

14) 张新宝, 『《中华人民共和国民法总则》释义』, 中国人民大学出版社, 2017年版, 第244页.

15) 李明德, “民法总则知识产权条款述评”, 中国知识产权第4期, 2017年, 第60页.

에서 ‘과학적 발견’을 지식재산권 객체에 포함하지 않은 것은 WIPO보다 입법자가 ‘TRIPS 협정’을 더 중시한다고 볼 수 있다. 이에 따라 개정된 민법통칙 제123조에서는 보호대상에서 ‘과학적 발견’을 삭제하였다.

2. 개정 민법통칙 제123조에서 부정경쟁방지행위 보호 여부

2.1 부정경쟁방지법의 보호 대상

위에서 검토한 지식재산권 객체와 WIPO, TRIPs가 규정한 권리 유형 대비표를 보면 WIPO 조약은 ‘부정경쟁으로부터의 보호’가 명시되어 있지만, 중국 민법통칙 제123조에 규정한 객체에는 ‘부정경쟁방지’ 또는 ‘경쟁행위의 통제’와 같은 용어가 나타나지 않는다. 이에 따라 입법자가 의도적으로 이러한 내용을 삭제하여 개정한 것인지가 문제 될 수 있다.

한국에서 지식재산권법은 구체적으로는 다양한 보호 대상들을 개별적으로 다루고 있다. 부정경쟁방지법은 원래 등록된 표지를 보호하는 상표법과 함께 주로 미등록 표지를 보호하는 법에서 출발하여 영업비밀·도메인 이름 등 이질적인 대상들에까지 보호 범위를 확장하였다.¹⁷⁾ 부정경쟁방지법은 지식재산권 침해에 대한 보충적 역할을 하고 있다.¹⁸⁾ 다른 지식재산권법에 따라 보호되지 않는 정보를 부정경쟁방지법으로 보호한다는 의미의 보완을 하고 있다.¹⁹⁾ 지식재산권의 전유성은 지식재산권의 남용을 가져올 가능성이 매우 크므로 부정경쟁과 시장 독점이 형성될 수도 있다. 이어서 소비자의 이익과 사회 전체 이익의 조화를 위하여 지식재산권은 부정경쟁방지법에 의해 규제될 수 있다.²⁰⁾ 그렇다면 중국의 경우는 의식적으로 민법 통칙에서 이러한 조항을 삭제하여 개정한 것이므로 부정경쟁행위에는 적용이 안 된다고 할 수 있을지의 문제이다.

16) 冯晓青, “<民法总则> “知识产权条款”的评析与展望”, 法学评论, 第4期, 2017年, 第8页.

17) 박준서, “한국 지적재산권법의 과거·현재·미래”, 저스티스 제136권, 한국법학원, 2013, 138쪽.

18) 박윤석, “지식재산권 침해와 부정경쟁의 관계에 관한 고찰”, 지식재산연구 제13권 3호, 한국지식재산연구원, 2018, 93쪽.

19) 박성호, “저작권법에 의한 보호가 부정되는 경우 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 제2조 제1호(차)목의 적용범위”, 한양법학 제61권 제1호, 한양법학회, 2018, 97쪽.

20) 박병진/박수열, “중국 반독점법의 지식재산권 남용에 대한 규제”, 중국과 중국학 제33권 제3호, 영남대학교 중국연구센터, 2018, 51쪽.

2.2 중국 부정경쟁방지법의 내용과 민법총칙의 비교 검토

중국의 부정경쟁방지법은 시장경제 발전에 따라 나타나는 부정경쟁행위를 규제하고 경쟁의 공정성을 확보하여 경영자·소비자·기타 시장참여자에 대해 부당한 경쟁을 방지하여 공공의 이익 보호를 목적으로 제정되었다.²¹⁾ 비록 민법총칙 제123조에서 ‘부정경쟁방지’가 누락되었지만, 지식재산권 보호 대상의 흠결은 극복할 수 있다. 이 조항의 끝에는 법으로 규정된 다른 객체라는 개괄적인 규정이 있기 때문이다. 이렇게 되면 보호 받아야 할 지적활동의 성과가 ‘민법총칙’에 포함되지 않았더라도 다른 구체적인 지식재산권법률, 예를 들어 ‘저작권법’, ‘상표법’, ‘반부정경쟁법’에 의해 명확해질 수 있다.²²⁾ 다만 마지막 ‘법으로 규정된 다른 객체’는 신지식재산권의 종류를 발생시키기 위한 대응이다. ‘부정경쟁방지’에 대한 보호도 여기에 포섭된다고 보면 앞서 언급한 다른 보호 대상들도 개별 법률로 보호할 수 있어서 민법총칙은 그 기본적인 의미를 상실하게 되는 문제도 있다.

지식재산권 분야의 부정경쟁행위를 방지하는 것도 사실상 지식재산권법의 주요 영역이다.²³⁾ 지식재산권의 보호를 강화하고 과학기술의 혁신을 촉진하고 혁신형 국가(创新型国家)를 건설하기 위하여 지식재산권에 일반규정을 두는 것이 필요하다.²⁴⁾ 일반규정을 신설하여 여러 지식재산권에 관한 종합적으로 규율하자는 견해도 있다.²⁵⁾

3. 조문의 간소화, 유전자원, 상호, 저작권의 작품 규정의 개정

3.1 조문의 간소화

우선 현행 개정된 민법총칙 중 4개 조문을 1개로 결합하여 단순화시켰다. 기존에는 94조/95조/96조/97조의 4개 조항이던 내용을 123조로 개정하였다. 민법총칙 규정과 지식재산권법률이 중첩된 부분에 대해 법률 조문을 더욱 간소화시켰다. 지식재산권자의 신

21) 황선영, 앞의 논문, 98쪽.

22) 李明德, “国家知识产权战略与知识产权法制建设”, 西北大学学报 第5期, 2018, 第3页.

23) 何华/肖志远, “<民法总则>知识产权条款评析”, 知识产权, 第5期, 2017, 第27页.

24) 李建国, “关于<中华人民共和国民法总则>的说明, 人民日报, 5版, 第4页.

25) 김성수, “최근 제정된 중화인민공화국 민법총칙(2017년) 읽기 일반론과 주요내용을 중심으로”, 비교사법 제24권 제3호, 한국비교사법학회, 2017, 1040쪽.

분에 대해 기존의 민법통칙은 공민과 법인으로 별칭하고 있었다. 그러나 비(非)법인조직은 권리인으로서 가진 합법적인 지식재산권에 대해 분쟁이 발생한 경우 관련된 명문 규정이 없었다. 본 조문은 지식재산권 주체의 자격을 보완하여 지식재산권자의 합법적 권익을 보호하는 데 도움이 되도록 규정하였다.

3.2 전통지식과 유전자원의 보호

중국의 민법총칙 조항에서는 유전자원과 전통지식에 대한 보호를 규정하지 않았다. 최근 전통지식자원의 보호와 관련하여 많은 논란이 있다. 국제지식재산권제도는 ‘창작성’ 지식제품에 대한 보호에 치중하고, 혁신기능의 원천인 전통적인 자원 보호는 소홀히 함으로써 선진국과 후진국의 지식재산 국제체계에서의 이익 불균형을 가져오고 있다.²⁶⁾ 중국 특허법 제5조 제2항은 유전자원의 이용과 위반에 관한 규정을 하고 있으나, 중국특허법 제5조 제2항 ‘법률·행정부규의 규정을 위반하고 유산자원을 획득 또는 이용하여 당해 유산자원에 의지하여 완성한 발명창작에 대하여 특허권을 부여하지 아니한다.’고 규정하여 특허로 등록될 수 없도록 규정하고 있다. 중국학계에서는 이에 대해 논란이 여전히 있다.²⁷⁾ 한국에서도 전통지식의 보호와 특허 문제는 논의 중이다.²⁸⁾ 이와 같은 논란의 의식한 것인지는 모르지만, 중국 민법통칙에서는 관련 내용은 언급되어 있지 않다.

3.3 상호의 보호

상호는 상업표식으로 지식재산권법의 보호를 받아야 한다는 공감대가 중국의 학계에서는 형성되었다.²⁹⁾ 또한, 지식재산권 국제협약에서도 보호 대상이지만 중국에서 민법총칙은 상호에 관한 규정이 없다.³⁰⁾

26) 何华, “论知识产权国际保护体制与中国应对之道”, 国际问题研究 2008年第1期, 第3页.

27) 유예린, “중국의 유전자원 및 전통지식에 대한 지식재산권적 보호제도의 TRIPS 협정과의 합치성에 관한 연구”, 국제경제법연구 제11권 제2호, 한국국제경제법학회, 2013. 90쪽.

28) 손승우/이정훈, “최근 전통지식 보호에 관한 국제적 논의와 우리의 대응방안”, 한국산업재산권법학회 논집 제61권 제61호, 한국지식재산학회, 2019, 303-305쪽.

29) 이정표, “중국 법제상 상호권 보호에 관한 고찰”, 법학연구 제58권 제1호, 부산대학교 법학연구소, 2017, 308-316쪽.

30) 杜颖/郭珺, “论严格知识产权法定主义的缺陷及其缓和”, 山西大学学报(哲学社会科学版) 2019年第4期, 第

3.4 123조 제8항의 ‘법으로 규정된 다른 객체’ 보호 범위의 문제점

중국 민법총칙 제123조 제8항은 ‘법으로 규정된 다른 객체’는 엄격한 법정주의를 채용하고 법률로 정하는 다른 객체에 한정하고 있다. 이는 현행 중국 지식재산권 단행법률과 충돌되는 것이다. 예를 들면 저작권법의 작품 범위에 관한 규정이 개괄적인 조항이 ‘법률, 행정 법규에 규정된 기타 작품’인 경우, 민법총칙은 행정 법규를 배제하고 작품의 객체 범위를 인정하는 유형을 한정하여 법률로 최종 해석된다. 중국 저작권법 제6조 ‘민간문학예술 저작물의 저작권 보호는 국무원이 별도로 정한다.’ 규정하고 있어 행정법규로 규제하고 있다. 그러나 민법총칙 개정내용은 행정법규를 배제하고 법률만은 보호 대상으로 하고 있다.³¹⁾ 저작권의 보호대상이 되는 객체 범위를 인정하는 것이 법률에만 한정되는 것으로 해석된다. 이에 대한 입법 취지가 모호하고 전인대 상무위원회의 법공위에서 작성한 보고서에도 논의되지 않았다.³²⁾ 이에 따른 민법총칙과 저작권법의 조화로운 적용과 해석이 필요하다.

민법총칙 제123조는 중국의 지식재산권 법 전문화의 진전을 시작했지만, 그 자체로 법조 설치와 내용 면에서 충분하지 않음으로 중국의 현재 지식재산권 법체계에 존재하는 다양한 문제를 해결하는 데 있어 사실상 실질적인 역할이 없다.³³⁾

4. 한국의 지식재산기본법과 중국 민법전의 비교

4.1 한국의 지식재산기본법

한국의 경우 지식재산권은 인간의 지적 창조물 중에서 법으로 보호할 만한 가치가 있는 것들에 대하여 부여하는 권리라고 정의할 수 있고 지식재산권의 객체는 ‘인간의 지적(知的) 창조물(创作物)’로 지식재산권은 인간의 지적 창조의 모든 영역을 그 대상으로 한다.³⁴⁾ 과학기술의 발전으로 전통적인 지식재산권의 새로운 지식재산권의 영역으로

116页。

31) 李建/聂菊, “《越南民法典》中的知识产权规定变迁及启示”, 重庆理工大学学报(社会科学版) 2019年第7期, 第122页。

32) 李适时主编, 『中华人民共和国民法总则释义』, 法律出版社, 2017, 第378页。

33) 何华, “《民法总则》第123条的功能考察”, 社会科学 2017年第10期, 第102-103页。

34) 오승중, 저작권법강의, 제2판, 박영사, 2018, 3쪽.

점차 확대되어가면서 그 종류도 다양해지고 있다.³⁵⁾ 다만 ‘지식재산’의 정의는 현행법률상 보호 대상인 지식재산을 염두에 둔 것이지만, ‘신지식재산’은 아직 법률상 권리로 보호되는 내용은 아니라는 점에서 현행법률상 권리를 염두에 두고 있는 ‘지식재산’과 구별된다.

지식재산기본법 제3조 제1항은 ‘지식재산’의 개념을 인간의 창조적 활동이나 경험 등에 의하여 창출되거나 발견된 지식, 정보, 기술, 사상이나 감정의 표현, 영업이나 물건의 표시, 생물의 품종이나 유전자원(遺傳資源), 그밖에 무형적인 것으로서 재산적 가치가 실현될 수 있는 것을 말한다고 규정하고 있으며, 제3조 제2항에서 ‘신지식재산’이란 경제, 사회 또는 문화의 변화나 과학기술의 발전에 따라 새로운 분야에서 출현하는 지식 재산을 말한다고 규정하고 있다. 즉 인간의 지적 창조와 관련한 새로운 기술이나 문화 발전의 영역의 산물을 포함하여 보호할 수 있는 확장성을 가지고 있다. 또한, 신지식재산이 적절히 보호하기 위해서 지식재산기본법 제18조 제3항에서 정부는 관계 법령을 정비하여야 한다고 규정하여 다른 법령에서도 보완적으로 대상을 보호할 수 있도록 하고 있다.

4.2 중국 민법의 비교

한국과 비교하여 중국은 한국 지식재산기본법처럼 지식재산권에 관한 법률을 통일적 종합적으로 규정하고 있지는 않다. 이에 따라 중국도 자신의 지식재산기본법을 만들어야 한다는 주장도 있다.³⁶⁾ 그러나 현행 민법전은 기존의 조문을 단순히 한 내용으로 민법적인 상황과 공통되는 내용을 조정하고 기본적인 내용을 단순화하는 개정이므로 종합적으로 지식재산권 전반을 규율하는 법의 성격을 가진다고 보기는 어려울 것이다.

IV. 민법 불법행위책임 개정 내용 검토

1. 불법행위책임 조항의 개정

중국의 경우 (구)민법 통칙 제36조는 네트워크 사용자, 서비스 제공자의 침해권책임을

35) 김정완/김원준, 지식재산권법, 제3판, 전남대학교출판부, 2013, 11쪽.

36) 张鹏/赵炜楠, “<知识产权基本法>立法目的与基本原则研究”, 知识产权 2018年第12期, 第46页.

규정하였다. 이를 개정하면서 3개의 조문으로 나누어 제1194조, 제1195조, 제1197조의 3개 조항을 신설하였다. 불법행위 책임과 관련하여 제1185조에서 징벌적책임조항을 신설하고, 제1196조 네트워크 불법행위 책임 조항을 신설하였다.

<개정 전 조항>

제4장 책임주체의 특수규정

제36조: 네트워크 사용자, 네트워크 서비스 제공자가 네트워크를 이용하여 타인의 민사권익을 침해한 경우 침권 책임을 부담하여야 한다. 네트워크 사용자가 네트워크 서비스를 이용하여 침권행위를 행한 경우 피침권자는 네트워크 서비스 제공자에게 삭제, 블라인드 처리, 연결의 단절 등의 필요한 조치를 한 것을 요구할 권리가 있다. 네트워크 서비스 제공자는 통지를 접수한 후 적시에 필요한 조치를 하지 아니한 경우 손해의 확대 부분에 대하여 같은 네트워크 사용자와 연대책임을 부담하여야 한다. 네트워크 서비스 제공자가 네트워크 사용자가 네트워크 서비스를 이용하여 타인의 민사권익을 침해한 사실을 알면서도 필요한 조치를 취하지 아니한 경우 같은 네트워크 사용자와 연대책임을 부담하여야 한다.³⁷⁾

<개정 후 조항>

제1185조: 타인의 지식재산권을 고의로 심각하게 침해하는 경우에는, 피침권자는 이에 상응하는 징벌적 배상을 청구할 권리가 있다.

제1194조: 네트워크 사용자·네트워크 서비스 제공자가 네트워크를 이용하여 타인의 민사권익을 침해한 경우에 불법행위책임을 부담하여야 한다.

제1195조: 네트워크 사용자가 네트워크 서비스를 이용하여 불법행위를 한 경우에 권리자는 네트워크 서비스제공자에게 삭제·차단과 링크의 단절 등 필요한 조치를 취할 것을 통지할 수 있다. 통지에는 불법행위 성립된 기본증거와 권리자의 진실한 신분에 관한 정보를 포함하여야 한다. 네트워크서비스 제공자가 통지를 받은 후에 즉시 해당 통지는 관련 네트워크 이용자에게 전송하고 성립된 기본증거와 서비스 종류에 따라서 필요한 조치를 취할 수 있다. 즉시 필요한 조치를 취하지 않은 경우에는 손해가 확대된 부분에 대하여 해당 네트워크 이용자와 연대책임이 있다. 착오로 한 통지로 네트워크 이용자 또는 네트워크 서비스제공자에게 손해를 가한 경우에는 불법행위책임을 부담하여야 한다. 다른 규정된 것이 있는 경우, 그 규정에 따른다.³⁸⁾

제1196조: 네트워크 사용자는 전송된 통지를 받은 후에 네트워크 서비스제공자에게 불법행위가 존재하지 않는다는 성명을 제출할 수 있다. 성명에는 불법행위 부존재의 기본증거를 포함하여야 한다. 네트워크 서비스 제공자는 성명을 받은 후에 해당 성명을 통지를 발송한 권리자에게 전송하고 그에게 관련 부서에 이의를 제기하거나 법원에 소를 제기할 수 있다는 것도 알려야 한다. 네트워크 서비스 제공자는 성명을 전송하여 권리자에게 도달한 합리적인 기간 내에 권리자가 이미 이의를 제기하였거나 소를 제기하였다는 통지를 받지 못한 경우에는 즉시 취한 조치를 종료하여야 한다.

제1197조: 네트워크 서비스제공자는 네트워크 사용자가 그 네트워크 서비스를 이용하여 타인의 민사권익을 침해할 것을 알거나 알 수 있는 경우에는 필요한 조치를 취하지 않으면 네트워크 사용자와 연대책임이 있다.³⁹⁾

37) 第三十六条: 网络用户、网络服务提供者利用网络侵害他人民事权益的, 应当承担侵权责任。

网络用户利用网络服务实施侵权行为的, 被侵权人有权通知网络服务提供者采取删除、屏蔽、断开链接等必要措施。网络服务提供者接到通知后未及时采取必要措施的, 对损害的扩大部分与该网络用户承担连带责任。

网络服务提供者知道网络用户利用其网络服务侵害他人民事权益的, 未采取必要措施的, 与该网络用户承担连带责任。

2. 불법행위에서 권리자와 제공자 해당 의무와 책임 세분화

불법행위에서 권리자와 제공자를 나누어 규정하였다. 권리자와 피침권자의 개념을 구분하는 것은 권리자의 주체 자격을 확보하는 데 유리하다. 또한, 통지는 반드시 기본증거와 실제 권리자의 진실한 신분을 포함해야 한다. 악의적이거나 허위로 통지한 후에 통지인에게 책임 물을 수 없는 경우를 피할 수 있다.

또한, 권리인의 소유물에 대해 법적 조치를 취할 때에는 권리인은 알 권리가 있어야 한다. 그리고 권리인에게 법적 조치를 취할 때의 법적 절차를 보완하였고, 해당 권리인의 알권리를 입법적 차원에서도 보호하였다. 그러나 만일 권리인이 허위 신분증을 제공하거나 기본적인 전자 증거를 위조할 경우, 네트워크 서비스 제공자가 기본적 증거 및 권리인의 진실성을 심사할 책임이 과연 있는지 민법전에서 언급하지 않았다. 그리고 ‘즉시’에 대해 구체적으로 명시하지 않았으며 전에 사법해석 중에 ‘즉시’라는 일반적인 48시간이고, 긴급상황은 24시간이고 기준이 모호하여 결국은 명시 안 하고 판사에게 재량권을 주었다.⁴⁰⁾

권리인이 네트워크 서비스 제공자에게 통지하기 전에 네트워크 사용자의 행위가 권리침해로 구성되었는지에 대해 합리적이고 합법적인 판단을 하도록 강화하였다. 통지의 자의성, 그리고 권리 주체가 통지의 권리를 악의적으로 남용될 소지를 피하도록 하였다.

38) 第一千一百九十四条: 网络用户、网络服务提供者利用网络侵害他人民事权益的, 应当承担侵权责任法律另有规定的, 依照其规定。

39) 第一千一百八十五条: 故意侵害他人知识产权, 情节严重的, 被侵权人有权请求相应的惩罚性赔偿。

第一千一百九十六条: 网络用户接到转送的通知后, 可以向网络服务提供者提交不存在侵权行为的声明。声明应当包括不存在侵权行为的初步证据。

网络服务提供者接到声明后, 应当将该声明转送发出通知的权利人, 并告知其可以向有关部门投诉或者向人民法院提起诉讼。网络服务提供者在转送声明到达权利人后的合理期限内, 为收到权利人已经投诉或者提起诉讼通知的, 应当及时终止所采取的措施。

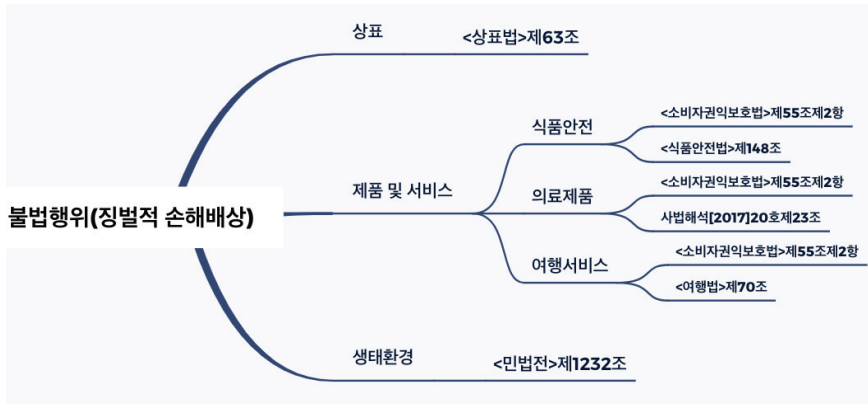
第一千一百九十七条: 网络服务提供者知道或者应当知道网络用户利用其网络服务侵害他人民事权益, 未采取必要措施的, 与该网络用户承担连带责任

40) 最高司法案例研究院, “杨立新教授: 中国民法典新规则要点专题讲座实录·完整版”, <https://m.sohu.com/a/400576548_120025315/?pvid=000115_3w_a>, 검색일 2021.8.28.

3. 징벌적 손해배상제도

3.1 중국 징벌적 손해배상제도

〈그림 IV-1〉 중국 현행 불법행위의 징벌적 손해배상 체계



지식재산권에 대해서는 징벌적 손해배상제도가 처음 명문으로 도입되어 지식재산권 보호가 한층 강화되었다. 지식재산권을 침해하는 경우 위법한 행위에 대한 손해배상 금액을 현저히 높여 법의 위압을 통한 방지 역할을 강조하였다.

2013년 여행법 제70조는 여행사의 계약 이행 거부에 따른 여행자의 손해에 대한 1배 이상 3배 이하 배상을 청구할 수 있다고 규정했다. 이 조항은 ‘여행자의 체류 등 심각한 결과를 초래한다.’는 근본적인 위약 책임도 포함하고 있다. 그러나 여행자 본인 책임으로 계약 이행을 못 할 때는 여행사에 책임을 부담하지 않는다.

현행 중국 상표법상 ‘상표권 침해의 배상액은 권리자가 침해로 입은 실제 손실에 따라 확정하고 실제 손해를 확정하기 어려운 경우 침권자가 침해로 인해 얻은 이익에 근거하여 확정한다. 권리자의 손실 또는 침권자가 얻은 이익을 확정하기 어려운 경우 상표의 상호허가비용의 배수로 합리적으로 확정한 액수에 1배 이상 3배 이하의 배상액을 확정한다.’(중국 상표법 제63조 제1항)고 규정한다. 그러나 상표법 중에 징벌적 손해배상 조항이 있었을 때부터 실무 중 본 조항에 대해 논란이 있어서 본 조항을 적용한 판결이 최근 3년간에 3개밖에 없다.⁴¹⁾ 이외에도 지식재산권에 관한 특허법, 저작권법에 징벌적

41) 徐聰穎, “知識產權懲罰性賠償的功能認知與效用選擇—從我國商標權領域的司法判賠時間說起”, 湖北社會科學 2018年第7期, 第146頁。

배상제도를 도입하는 입법안이 추진되고 있으나 그 구성요건들이 모두 달라 3개 법률의 조문을 통일해야 한다고 주장하는 견해가 있다.⁴²⁾ 2019년 상표법 개정에서는 배상액의 배수는 1~5배, 최고 배상액은 500만 위안으로 확대되었다. 상표권 침해 사건은 일종의 재산침해로 법 규정 최고 5배, 소비자권익보호법 제55조보다 3배 높은 것으로 재산침해 사건이 상표법 입법 태도와 소비자권익보호법 입법 태도가 차이가 있다.⁴³⁾

2015년 새로운 식품안전법이 개정되어 구법 제96조 제2항이 제148조로 개정되었다. 배상액 산정 방식인 ‘매각 10배’를 ‘매각 10배 또는 손실 3배’로 바꾼 것은 실제 손해를 끼칠 필요가 있는지에 대한 명확한 사법해석이 필요하다.⁴⁴⁾ 그러나 중국 식품안전 판단 기준이 다양하고 여러 행정기관에 있어서 차이가 있을 수밖에 없다.⁴⁵⁾ 중요한 분야에서 통일된 기준이 없고 국제기준과 비교하여 아직 큰 여지가 있다.⁴⁶⁾ 따라서 판사에게 큰 재량권이 주어질 징벌적 손해배상제도를 적용 여부에 대해 논란이 된 판결도 있었다.⁴⁷⁾

2017년 최고인민법원은 ‘의료손해책임 분쟁사건의 심리에 관한 법률 적용에 관한 약간의 문제 해석’(关于审理医疗损害责任纠纷案件适用法律若干问题的解释)(사법해석 [2017] 20호)을 공포하였다. 이 중 제23조는 의료제품 침해에 대한 징벌적 배상을 규정하고 있다. 조문은 새로운 소비자권익보호법 제55조 제2항의 표현을 그대로 받아들여 기존 의료제품 책임분쟁에 대해서는 소비자권익보호법 제55조의 징벌적 배상을 적용하지 않았던 기존의 규정을 해결함으로써 환자의 합법적 권익을 더욱 잘 보장하였다.⁴⁸⁾ 그러나 실무 중에 소비자권익보호법에 따라 징벌적 손해배상제도 적용 문제에 대해 결론이 다른 판결도 있었다.⁴⁹⁾ 따라서 자세히 규정된 법률이나 구체적인 사법해석이 필요하다.

이번에 개정된 중국 민법전 제1232조에 따른 권리침해자는 법률을 위반하여 환경을 고의로 오염시키고 생태계를 파괴하여 심각한 결과를 초래할 수 있으며, 피침권자는 상응하는 징벌적 배상을 청구할 권리가 있다고 규정한다. 입법 현황을 보면 침해 책임에

42) 曹新明, “知識產權侵權懲罰習慣賠償責任探析”, 知識產權 2013年第4期, 第9页.

43) 张红, “恶意侵犯商标权之惩罚性赔偿”, 法商研究 2019年第4期, 第160页.

44) 张红, “我国惩罚性赔偿制度的体系”, 北大法律评论 2020年第19卷第1辑, 第69页.

45) 全国人大常委会法制工作委员会行政法室, 『<中华人民共和国食品安全法>释义及实用指南』, 中国民主法制出版社, 2015, 第140页.

46) 沈小军, “食品安全案件审理中法官的适度谦抑”, 法学 2018年第1期, 第186页.

47) 江苏省兴化市人民法院, [2016]苏1281民初6599号, 民事判决书. 上海铁路运输法院, [2017]沪7101民初366号, 民事判决书.

48) 张红, “侵权责任之惩罚性赔偿”, 武汉大学学报 2020年第73卷第1期, 第95页.

49) 北京市第三中级人民法院, [2019]京03民终6950号, 民事判决书. 上海市第二中级人民法院, [2019]沪02民终11394号, 民事判决书.

대한 징벌적 배상 제도의 적용 범위는 여전히 점진적으로 확대되어 있다. 예를 들어 민법전에서 지식재산권과 환경 자원 보호에 대한 징벌적 배상 책임과 같은 것이다. 그러나 이런 규정들 사이에 체계적인 문제도 있고 침해 책임 성립요건도 명확하지 않다.⁵⁰⁾

사실 ‘징벌적 배상’이라는 용어가 1993년 제정된 ‘소비자권익보호법’과 2009년의 ‘식품안전법’에는 없었으나 2009년 12월의 ‘불법행위법’ 제47조에 처음으로 등장하고 후에 개정된 ‘소비자권익보호법’에도 나타난다. 또, 중국 현행 입법에 보면, 계약분야에서만 인정되다가 후에 다른 개별법 영역에서도 확대 인정되었으며 배상액도 ‘식품 매각의 10배와 손실의 3배(중국 식품안전법 제148조)’, ‘상품 매각이나 서비스 비용의 3배, 최저 하한선은 500위안(중국 새로운 소비자권익보호법 제55조 제1항)’, ‘손실의 2배 이하(중국 새로운 소비자권익보호법 제55조 제2항)’, ‘손실의 1배~5배(중국 상표법 제63조)’, ‘여행 비용의 1배~3배(중국 여행법 제70조)’ 다양하게 규정하고 있다. 특히 ‘불법행위법’에서는 피해자에게 ‘상응하는 징벌성 배상’을 청구할 권리를 인정함으로써 다양한 징벌적 배상 규정이 혼란스럽게 존재한다.⁵¹⁾

현행 법률 중에 징벌적 손해배상에 대해 많은 혼란이 있지만 그런데도 징벌적 손해배상제도를 명문으로 중국 민법에서 규정한 것은 중국 내에 지식재산권 보호에 대해 매우 큰 의미가 있다. 중국의 지식재산침해를 우려하는 시선이 많음으로 이러한 법의 개정과 집행을 통하여 지식재산 침해 문제가 앞으로 개선될 수 있을 것이다.

3.2 중국 징벌적 손해배상제도의 비교

한국과 비교하여 중국 징벌적 손해배상 목적은 징벌이고 이것은 민법의 책임형식이 아니라고 주장하는 견해가 있으나 대부분 학자는 완전배상의 원칙과 모순되지 않으며 불법행위법의 예방과 징계기능에 도움이 된다고 본다.⁵²⁾ 또한, 징벌적 손해배상 결정에 관한 법관의 재량을 제한하기 위하여 판결 시 ‘과벌상당원칙’을 준수하도록 하고, 판결문에 징벌적 배상금의 사실 명시 및 산정이유의 적시를 제시하기도 한다.⁵³⁾ 따라서 앞에서 언급한 바와 같이 중국에서 징벌적 손해배상제도 명문으로 정했지만 다양한 규정이

50) 张红, 同脚注48, 第90页.

51) 이인규, “중국의 징벌적 손해배상제도와 그 시사점”, 정보법학 제19권 제3호, 한국정보법학회, 2015, 191쪽. 张红: 上面论文, 第71页.

52) 郭明瑞/张平华, “侵权责任法中惩罚性赔偿问题”, 中国人民大学学报 2009年 第3期, 第12页.

53) 朱广新, “惩罚性赔偿制度的演进与适用”, 中国社会科学 2014年 第3期, 第121页.

있어서 판결에서 혼란이 있다.

4. 불법행위에서 사용자 입증책임 및 관리자의 연대책임

네트워크 사용자에게 상응하는 입증 권리를 주어 입법 절차로부터 네트워크 이용자의 합법적인 권리를 보호하였다. 그러나 네트워크 서비스 제공자의 일부 고지의무를 명문화된 형태로 명시하고 있지만, 성명도착의 합리적인 기간에 대해서는 구체적으로 밝히지 않는다. 15일인지 또는 1달인지, 네트워크 서비스제공자에게 큰 재량권을 준 것도 문제가 된다. ‘정보통신서비스 제공자는 권리의 침해 여부를 판단하기 어렵거나 이해당사자 간에 다툼이 예상되는 경우에는 30일 이내에서 해당 정보에 대한 접근을 임시로 차단하는 조치를 하여야 한다.’고(정보통신망법 제44조의 제4항) 규정하고 있고, ‘30일 이내’라는 기간을 비교적 짧은 기간의 정보 접근만을 차단한다고 판시도 있었다.⁵⁴⁾

일본의 법률은 다른 나라와 달리 온라인 서비스 제공자의 책임제한만을 주된 목적으로 제정되어 있고 포괄적인 면책기준을 제시하여 세부적인 면책요건을 정한 미국이나 유럽과는 다른 양상을 띠고 있다.⁵⁵⁾ ‘온라인 서비스 제공자가 권리를 침해받았다고 주장하는 자로부터 송신을 중지할 것을 요구받는 사항을 발신자 측에 통지하여 7일이 경과하여도 답신이 없는 때에는 필요한 한도에서 정보의 송신을 중지할 수 있으며, 이 경우에도 발신자가 입은 손해에 대한 배상책임을 지지 않는다.’(일본 특정전기통신역무제공자의 손해배상책임을 제한 및 발신자정보 개시에 관한 법률)고 규정한다.

개정에 따르면 네트워크 서비스 제공자의 능동적 심사에 대한 책임을 더욱 강화하고, 네트워크 서비스 제공자 ‘면제규칙’을 악의적으로 남용하는 것을 피하고, ‘레드 플래그 표준(Red Flag Test)’을 도입하고, 매우 명백한 침해 행위에 대해 네트워크 서비스 제공자가 여전히 외면하는 경우 네트워크 사용자와 연대책임을 져야 한다. 반대로 자유로운 정보의 유통과 소통이라는 인터넷의 특성과도 배치되는 것이기 때문에 서비스 제공자에게 감시 의무를 부과하는 것은 금지되어야 할 주장도 있다.⁵⁶⁾ 서비스제공자 책임의 전제로서 그에게 직접침해자의 침해를 예방할 주의의무가 인정되어야 한다.⁵⁷⁾ 또한, 네트워

54) 헌법재판소 2012. 5. 31. 선고 2010헌마88 결정.

55) 문일환, “온라인서비스제공자(OHP)의 법적 의무와 책임: 개정 저작권법 중심”, 지식재산연구 제7권 제2호, 한국지식재산학회, 2012, 138-139쪽.

56) 나강, “온라인서비스제공자의 책임 제한 규정체계 개선에 대한 소고”, 동아법학 제80호, 동아대학교 법학연구소, 2018, 332쪽.

크 서비스 제공자는 일반적으로 권리를 침해하는 사용자와 주관적인 의미가 있지 않으며, 네트워크 서비스 제공자가 권리침해에 대한 정보를 제공하는 플랫폼이라는 이유만으로 공동 침해에 대한 도움권을 구성하는 것은 적절하지 않다고 판결한다.⁵⁸⁾ 따라서 네트워크 서비스 제공자와 침해된 사용자는 공동 침해를 구성하지 않음으로 연대책임을 지는 것은 이론적인 기반이 부족하다.⁵⁹⁾ 네트워크 서비스 제공자와 실제 권리 침해자에게 연대책임을 지도록 요구하는 것은 너무 가혹하였고 ‘연대책임’은 ‘잘못된 크기에 따른 책임’으로 수정해야 주장도 있다.⁶⁰⁾ 다만 이러한 개정 이후 실제 법의 적용에서는 네트워크 제공자의 책임과 이용자의 자유로운 이용 사이에서 조화가 있어야 할 것이다.

V. 결론

중국 민법은 여러 차례 개정을 거쳐 지식재산권에 관한 내용을 개정하였다. 이 같은 변화는 중국의 입법상 처음 있는 일로 경제 발전과 과학기술의 진보에 부응하기 위해 지적재산권 보호를 강화시키려 하는 점을 알 수 있다. 중국 민법 개정은 이전과 비교해 지적재산권 입법과 보호분에 대해 많은 개정을 한 것은 사실이지만 아직 입법과 기술적 측면 그리고 신지식재산권 종류 특히 전통지식과 유전자원 등 부분에서 부족한 점이 많다.

우선 과거와 비교하여 개정 민법 제123조는 지적재산권 객체의 범위를 넓혔지만 엄격한 법정주의 원칙은 새로운 지식자산을 적용한 제품을 새로 만들어지기 불리하도록 하였다. 엄격한 법정주의 원칙과 현행 단행법률이 충돌하고 있다. 둘째, 중국 지적재산의 입법, 사법, 특히 시장거래활동의 발전은 10여 년 전과 비교했을 때 엄청난 변화가 있었고, 지식재산계약에 대해 법률인식을 하고 있다. 이후에도 민법전 개정에서 지식재산권 계약에 대한 통일된 규정을 마련할 필요가 있다. 셋째, 불법행위에 대해 네트워크제공자, 이용자, 권리자에 관련 규정이 있지만 정비되어야 할 규정도 존재한다. 그런데도 이번 민법전 개정 내용 중에서 지식재산권에 관련 징벌적 손해배상제도 도입하고, 온라인

57) 김수정, “유럽의 온라인서비스제공자 책임의 법리 구성”, 민사법학 제76호, 한국민사법학회, 2016, 259쪽.

58) 徐伟, “网络服务提供者连带责任之质疑”, 法学 2012年第5期, 第82-91页.

59) 刘立甲, “网络服务提供者侵权责任的重新审视”, 政治与法治研究 2018年第7期, 第68页.

60) 杨立新, 『侵权责任法』, 法律出版社, 2018版, 第278页.

서비스제공자, 이용자, 권리자 해당 의무와 책임을 구체화하고 지식재산권에 대해 보호 강도 및 권리침해에 대해 대응방법을 개선한 점도 있다. 현행 법률 중에 징벌적 손해배상에 대해 많은 혼란이 있지만, 징벌적 손해배상제도를 명문으로 중국 민법에서 규정한 것은 중국 내에 지식재산권 보호에 대해 매우 큰 의미가 있다. 중국의 지식재산침해를 우려하는 시선이 많아 이러한 법의 개정과 집행을 통하여 지식재산 침해 문제가 앞으로 개선될 수 있을 것이다.

참고문헌

1. 단행본

- 김정완/김원준, 지식재산권법, 제3판, 전남대학교출판부, 2013.
- 오승중, 저작권법강의, 제2판, 박영사, 2018.
- 李适时主编, 『中华人民共和国民法总则释义』, 法律出版社2017版, 2017.
- 全国人大常委会法制工作委员会行政法室, 『<中华人民共和国食品安全法>释义及实用指南』, 中国民主法制出版社2015版, 2015.
- 杨立新, 『侵权责任法』, 法律出版社2018版, 2018.
- 张新宝, 『<中华人民共和国民法总则>释义』, 中国人民大学出版社, 2017.

2. 학술지

- 김성수, “최근제정된 중화인민공화국 민법총칙(2017년)읽기 일반론과 주요내용을 중심으로”, 비교사법 제24권 제3호, 한국비교사법학회, 2017, 1009-1068쪽.
- 김수정, “유럽의 온라인서비스제공자 책임의 법리 구성”, 민사법학 제76호, 한국민사법학회, 2016, 219-268쪽.
- 나 강, “온라인서비스제공자의 책임 제한 규정체계 개선에 대한 소고”, 동아법학 제80호, 동아대학교 법학연구소, 2018, 301-339쪽.
- 문일환, “온라인서비스제공자(OSP)의 법적 의무와 책임: 개정 저작권법 중심”, 지식재산연구 제7권 제2호, 한국지식재산학회, 2012, 121-165쪽.
- 박병진/박수열, “중국 반독점법의 지식재산권 남용에 대한 규제”, 중국과 중국학 제33권 제33호, 영남대학교 중국연구센터, 2018, 49-73쪽.
- 박성호, “저작권법에 의한 보호가 부정되는 경우 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 제2조 제1호(차)목의 적용범위”, 한양법학 제61권 제1호, 한양법학회, 2018, 79-111쪽.
- 박윤석, “지식재산권침해와 부정경쟁의 관계에 관한 고찰”, 지식재산연구 제13권 제3호, 한국지식재산연구원, 2018, 67-96쪽.
- 박준서, “한국지적재산권법의 과거·현재·미래”, 저스티스 제136권 한국법학원 2013, 121-170쪽.
- 서재권, “세계의문화유산 등재 전쟁과 우리의 문화재 정책 방향 검토-WIPO지식재산제

- 도와 UNESCO 문화유산 제도의 이념과 운영에 기초하여-”, 법학연구 제22권 제3호, 인하대학교 법학연구소, 2019, 133-162쪽.
- 손승우/이정훈, “최근 전통지식 보호에 관한 국제적 논의와 우리의 대응방안”, 한국산업 재산권법학회 논집 제61권 제61호, 한국지식재산학회, 2019, 289-345쪽.
- 양효령, “중국의 지적재산권 보호제도”, 기업법연구 제21권 제1호, 한국기업법학회, 2007, 417-450쪽.
- 유예린, “중국의 유전자원 및 전통지식에 대한 지식재산권적 보호제도의 TRIPs 협정과 의 합치성에 관한 연구”, 국제경제법연구 제11권 제2호, 한국국제경제법학회, 2013, 79-114쪽.
- 윤원길, “지식재산기본법의 의의 및 정책방향에 관한 소고”, 지식재산연구 제6권 제2호, 한국지식재산연구원, 2011, 231-260쪽.
- 이민경/허윤석, “WTO 제소된 분쟁사례 분석에 따른TRIPs 협정 개정의 필요성에 관한 연구”, 무역상무연구 제82권, 한국무역상무학회, 2019, 101-127쪽.
- 이인규, “중국의 징벌적 손해배상제도와 그 시사점”, 정보법학 제19권 제3호, 한국정보법 학회, 2015, 179-201쪽.
- 이정표, “중국법제상 상호권 보호에 관한 고찰”, 법학연구 제58권 제1호, 부산대학교 법학연구소, 2017, 303-332쪽.
- 최영춘/김용길, “중국민법전 제정의 최신 동향에 관한 고찰, 2016년 민법총칙 충안을 중심으로”, 법학연구 제27권 제2호, 충남대학교 법학연구소, 2016, 117-153쪽.
- 황선영, “중국 부정경쟁방지법상 인터넷 부정경쟁행위 관련 규정 검토”, 민사법의 이론 과 실무 제22권 제3호, 민사법의 이론과 실무학회, 2019, 97-125쪽.
- 曹新明, “知识产权侵权惩罚性赔偿责任探析”, 知识产权 2013年 第4期, 第3-9页。
- 刘立甲, “网络服务提供者侵权责任的重新审视”, 政治与法治研究 2018年 第7期, 第65-73页。
- 李建/聂菊, “<越南民法典>中的知识产权规定变迁及启示”, 重庆理工大学学报(社会科学版) 2019年 第7期, 第116-124页。
- 李明德, “民法总则知识产权条款述评”, 中国知识产权, 2017年 第4期, 第60-64页。
- _____, “国家知识产权战略与知识产权法制建设”, 西北大学学报 2018年 第5期, 第37-49页。
- 杜颖/郭珺, “论严格知识产权法定主义的缺陷及其缓和”, 山西大学学报(哲学社会科学版) 2019年 第4期, 第113-123页。
- 冯晓青, “<民法总则> ‘知识产权条款’的评析与展望”, 法学评论 第4期, 2017年, 第12-23页。

- 郭明瑞/张平华, “侵权责任法中惩罚性赔偿问题”, 中国人民大学学报 2009年 第3期, 第28-33页。
- 何华/肖志远, “<民法总则>知识产权条款评析”, 知识产权 第5期, 2017年, 第23-29页。
- 何华, “论知识产权国际保护体制与中国应对之道”, 国际问题研究 2008年 第1期, 第30-35页。
- ____, “<民法总则>第123条的功能考察”, 社会科学 2017年 第10期, 第98-105页。
- 沈小军, “食品安全案件审理中法官的适度谦抑”, 法学 2018年 第1期, 第182-192页。
- 徐聪颖, “知识产权惩罚性赔偿的功能认知与效用选择-从我国商标权领域的司法判赔时间说起”, 湖北社会科学 2018年 第7期, 第146-160页。
- 徐伟, “网络服务提供者连带责任之质疑”, 法学 2012年 第5期, 第82-91页。
- 易继明, “知识产权法定主义及其缓和——兼对<民法总则>第123条条文的分析”, 知识产权 第5期, 第3-11页。
- 张鹏/赵炜楠, “<知识产权基本法>立法目的与基本原则研究”, 知识产权 2018年 第12期, 第45-52页。
- 张红, “恶意侵犯商标权之惩罚性赔偿”, 法商研究 2019年 第4期, 第159-170页。
- ____, “我国惩罚性赔偿制度的体系”, 北大法律评论 2020年第19卷 第1辑, 第63-87页。
- ____, “侵权责任之惩罚性赔偿”, 武汉大学学报 2020年第73卷 第1期, 第89-101页。
- 朱广新, “惩罚性赔偿制度的严谨与适用”, 中国社会科学, 2014年 第3期, 第104-124页。

3. 기타자료

- WIPO, “세계지식재산권기구설립조약”, <<https://wipolex.wipo.int/zh/text/283833>>, 검색일: 2021.8.28.
- 澎湃新闻, “傅莹: 民法典编纂分两步, 预计6月提请审议民法总则”, <https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_1439244>, 검색일: 2021.8.28.
- 新华社, “关于 《中华人民共和国民法总则(草案)》的说明”, <http://www.xinhuanet.com/2017-03/09/c_129504877.htm>, 검색일: 2021.8.28.
- 最高司法案例研究院, “杨立新教授: 中国民法典新规则要点专题讲座实录·完整版”, <https://m.sohu.com/a/400576548_120025315/?pvid=000115_3w_a>, 검색일: 2021.8.28.
- 江苏省兴化市人民法院[2016]苏1281民初6599号
- 上海铁路运输法院[2017]沪101民初366号
- 北京市第三中级人民法院[2019]京03民终6950号
- 上海市第二中级人民法院[2019]沪02民终11394号

[Abstract]

The Introduction and Implications of the Civil Code Amendment on Intellectual Property Rights in China

Yun, Bo^{*}

Chung, Yeun-Dek^{**}

China made four revisions to the Civil Code in 1954, 1962, 1979, and 2001. The draft of the latest Chinese Civil Code Exhibition was implemented from January 1, 2021. However, China's revised civil law has many problems related to intellectual property rights.

China does not have a basic law on intellectual property rights, such as the Basic Act on Intellectual Property, and all laws related to intellectual property rights are briefly listed in the Civil Code and dealt with in individual laws such as copyright law, patent law, trademark law, and fraudulent competition prevention law. The amendment of the civil law and the intellectual property rights stipulated in the individual law can cause conflicts.

There are problems such as confusion in the legal system or overlapping condolences, the scope of intellectual property rights protection so far, or the protection of new intellectual property rights that arise due to scientific and technological development.

For the first, the punitive damages system was introduced in name and the responsibilities and responsibilities of the rights, users, and providers for online illegal activities were newly established. Article 123 of the revised Civil Code expanded the scope of intellectual property rights objects, but the strict legal principle made it difficult to create new products that applied new intellectual property. Strict legalism principles and current enforcement laws are at odds. Second, the development of Chinese intellectual property legislation, justice, and market trading activities has changed dramatically compared to more than a decade ago, and legal awareness of intellectual property contracts has been made.

Afterwards, it is necessary to prepare unified regulations on intellectual property rights

* Lead Author: Researcher, The Insitue of Legal Studies, Konkuk University, Phd. Law

** Co-Author: Professor, School of Law, Konkuk University

contracts in the revision of the Civil Code. Third, there are relevant regulations for illegal activities, but there are also regulations that need to be maintained, for network providers, users and rights holders.

However, among the amendments to the Civil Code, the government introduced punitive damages on intellectual property rights, specified the obligations and responsibilities of online service providers, users, and rights holders, and improved measures to protect intellectual property rights and infringe rights. There is a lot of confusion about punitive damages among the current laws, but the provision of punitive damages in China's civil law as a name means a lot to protect intellectual property rights in China. Many people are concerned about China's infringement of intellectual property, so the issue of intellectual property infringement can be improved in the future through the revision and enforcement of such laws.

[Key Words] Civil Code of China, General Rules of Civil Code, Types of Intellectual Property Rights, Prevention of Fraud Competition, Punitive Damage