

# 並行輸入과 特許權의 侵害

高榮洙\*

## I. 들어가는 말

최근 일본에서는 독일연방공화국에서 自動車車輪에 관한 특허권을 가지고 있는 독일의 BBS회사가, 그의 특허권에 근거 독일에서 제조, 판매한 자동차용 호일을 일본에 業으로써 수입, 판매하려했던 일본회사에 대해서, 동일발명에 관한 일본에서 받은 특허권에 침해된다 하여, 위 제품의 수입, 판매행위의 금지청구 및 손해배상을 청구한 사건에서, 제1심의 판결을 뒤집고 제2심에서 진정상품의 병행수입에 관한 특허권 침해를 부정하는 획기적인 판결<sup>1)</sup>이 나와 주목을 받고 있다.<sup>2)</sup> 우리나라에서도 지적재산권법(특허법 제2조 3항, 상표법 제2조 1항 6호 나목, 실용신안법 제2조 3호, 의장법 제2조 2항)이 지적재산권의 실시개념에 수입행위를 포함한다고 규정하고 있기 때문에, 진정상품의 병행수입도 이에 포함시킬 것인가가 문제될 수 있다.<sup>3)</sup> 여기서 병행수입이란, 둘 이상의 복수국에 동일한 발명, 고안,

\* 大阪大學大學院 法學研究科 博士後期課程, 國際經濟法 專攻.

1) 東京高裁平成7年3月23日判決, 判例時報 1524號, 4頁 참조. 이 판결은 大阪地裁昭和44年6月9日判決(특허제품의 중고품수입사건)이래, 4반세기만에 나온 판결로서 그동안 판례가 축적되어온 상표법분야와는 비중에 있어서 큰 차이를 보여주고 있다.

2) 1995년 4월 17일 일본 공업소유권법학회에서는 滿田重昭, “知的財産權과 輸入阻止”; 相澤英幸, “並行輸入-知的財産權法과 通商法”; 遊谷達紀, “特許品の 並行輸入”; 田村善之, “並行輸入과 登録商標權”; 小泉直樹, “著作權과 並行輸入” 등의 제목으로 학회발표와 활발한 논의가 이루어 졌다. 최근의 이러한 움직임은 이 판결이 나오면서부터가 아닌가 싶다.

3) 예나하면, 수준높은 기술을 사용해서 생산, 판매하고 있는 외국제품(예를 들어 고급화장품)을 국내의 수입총대리점업자가 독점적으로 비싼가격으로 국내유통을 장악하고 있는데, 한편으로 홍콩과 같은 유통

의장, 표장 등의 지적재산을 대상으로 하는 동일한 지적재산권자가 각각 존재하고, 일국에서 그 지적재산권자 자신이나 그 라이선시(실시권자)에 의해서 제조·판매된 제품을, 그 권리의 실시 또는 이용이 허용된 총대리점 등의 계약관계자라고는 아무런 관계없이 타국의 제삼자가 그 나라에 수입하는 행위라고 일반적으로 말할 수 있다.<sup>4)</sup> 즉, 예를 들어 말하자면, 한국에서 특허권을 가지는 외국기업이, 타국에서 그 기업 또는 그 기업의 전용실시권자에 의해 적법하게 제조, 판매된 특허제품을, 한국에 있는 제삼자가 당해 외국기업 또는 전용실시권자와는 별개로 수입을 하는 경우에, 이를 한국의 각 특허법에 근거하여 특허권의 침해를 인정할 것인가의 문제이다.

이 문제는 주로 지적재산권의 國際的消盡<sup>5)</sup>(worldwide exhaustion)理論을 인정할 것인가라는 문제로 논의되어 왔었다. 그리고 같은 지적재산권 범주에 속하는 것이라도 각 권리는 그 나름대로의 특수성을 가지고 있기 때문에 일본의 학설이나 판례도 지적재산권분야, 특히 특허권과 상표권에 있어서 서로 다른 입장을 달리 취해 왔다. 상표권에 관해서는 통설과 판례는 일찍부터 대부분의 병행수입을 인정해오고 있지만, 특허권에 관해서 종래의 학설의 지배적인 견해는 상표권과는 그 기능이 다르고, 특허독립의 원칙과 속지주의 원칙을 근거로 소극적인 입장<sup>6)</sup>을 보이다가 최근에 와서

가격이 상대적으로 싼 나라로부터 똑같은 제품이 들어 올 경우, 일반소비자라면 누구나 동일제품의 경우 당연히 값싼 제품을 선택하리라는 것은 쉽게 생각할 수 있고, 그렇게 될 경우 국내의 수입총대리점업자는 가격결정에 어려움을 느끼게 될 것이기 때문이다. 다만, 이런 경우에는 일반소비자의 이익과 특허권자 또는 실시권자와의 이익조정이 필요할 것이다.

- 4) 宋永植·李相星·黃宗煥 共著, 『知的所有權法』, 育法社, 1994, 275면 각주166)에서는 위와 같은 뜻으로 인용되고 있으나, 병행수입이라는 용어는 법률상 명문으로 규정되어 있는 것이 아니고, 그 개념을 정하는 데에도 학설상 견해를 달리하는 경우가 일본에서는 보인다. 일본의 다수설은 일국에 지적재산권이 존재하고 그와 대응하는 지적재산권이 타국에 있어서도 존재하고, 나아가 양 지적재산권자가 동일하다고 인정될 만한 관계가 있을 것을 전제로 하여 생각한다. 따라서, 예를 들어 일본의 특허권에 대응하는 특허권이 존재하지 않는 나라에서 제조된 물건의 수입은 병행수입이 아니라고 한다. 이 설에 대하여 일본의 지적재산권법학자 中山信弘교수는, 동일한 지적재산권이 복수국에 존재할 필요는 없고, 일국의 지적재산권자가 그의 권리가 존재하지 않는 타국에서 제조 판매한 제품을 일국의 제삼자가 수입하는 것도 병행수입이라고 보아야 한다고 한다(中山信弘, 『並行輸入と特許權侵害』, 知的財産研究所編, 『知的財産の潮流』, 信山社, 1995, 285頁 참조). 이러한 다수의 실익은 지적재산권에 있어서 국제소전의 인정을 전제로 하느냐 안하느냐에 따라 결론을 달리하는 점에 있다고 생각되지만, 보다 정확한 개념정립을 위해서는 여러가지 구체적인 사례들을 검토해 볼 필요가 있지 않을까 생각한다.

- 5) 소진이라는 용어대신에 소모, 용진이라고도 불리어 진다.

- 6) AIPPI에서는 1990년도에 개최된 집행위원회에서 특허제품의 병행수입문제를 제기하여 '수입국에 있어서 특허권자는 특허권에 의거 특허침해로 특허품의 수입에 대항할 수 있는 것으로 한다'는 결의문을 제

는 국제적소진을 인정할 것인가의 여부는 국내 특허법의 해석문제이지 특허독립의 원칙과 속지주의 원칙과는 별개의 것이라고 해석하고, 특허법의 국제적 소진을 부정하는 것은 특허권을 이용한 국제적시장의 분할을 인정해서 국내외가격차에 의한 초과이윤의 획득을 인정하는 결과가 되기 때문에 특허권에 관해서도 국제적소진을 인정해야 한다고 하는 견해<sup>7)</sup>가 유력해지고 있다.

본고에서는 우리나라에서 병행수입과 지적재산권침해인정 여부를 둘러싼 법적분쟁이나 논의가 충분히 이루어지고 있다고 할 수는 없는 상황에서, 앞으로 우리나라에서도 문제될 소지가 있다라고 가정한다면, 그러한 문제 해결연구의 한 방법으로써 특허법분야의 일본의 최근판례를 중심으로 정리해 봄으로써 금후 한국에 있어서의 연구논의에 조그만 하나의 자료가 되었으면 한다.

## II. 국내소진(소모, 용진)이론<sup>8)</sup>

국내에서 적법하게 유통되고 있는 특허제품을 매입한 도매상이나 소매상이 業으로써 이를 사용, 판매하는 행위<sup>9)</sup>는 얼핏보면, 특허권의 실시태양에 저촉되어 침해를 구성하는 것처럼 보일런 지 모르지만,<sup>10)</sup> 이런 경우는 침해에 해당되지 않는다는 게 일반적인 생각인데,<sup>11)</sup> 그 합리적인 근거는 어

택 했다(桑田三郎, "特許製品の並行輸入問題", AIPPI(1995) Vol.40 No.6, 14頁 참조).

7) 中山信弘, 「工業所有權法(上)」, 弘文堂, 1993, 335頁.

8) 중래의 소진이론은 국제적 소진까지를 인정하지 않은 것이 일반적이었기 때문에 국제적 소진이론과의 혼동에 주의를 요한다.

9) 특허권의 실시개념을 좀 더 명확히 하기위해서는, 특허법의 보호대상이 무엇인가에 대해서 검토해 볼 필요가 있는데, 특허법 제2조는 특허법의 보호대상인 발명을 '자연법칙을 이용한 기술적사상의 창작으로서 고도의 것'이라고 규정하고 있으므로, 보호의 1차적 대상은 기술이지, 물건이 아니며, 물건은 그 기술이 화제된 2차적 보호대상에 불과하다고 생각한다. 따라서 동법 제2조 3호에 규정된 특허권의 실시개념을 재고 해 볼 필요가 있지 않을까 한다.

10) 紋谷暢男, 「特許法50講」, 1990, 28頁; 吉藤幸朔, 「特許法概説(第10版)」, 有斐閣, 1994, 349頁에서 생산, 사용, 양도 등 특허권의 실시행위는 특허권침해에 관해서 독립적으로 판단될 수 있다라고 하기때문이다.

11) 그러나, 특허법에는 이러한 행위를 권리범위에서 제외하는 직접적인 규정은 없다(中山信弘, 전제 논

다에 있는가. 이 문제에 관해서는 종래부터 여러가지 견해가 대립하고 있다. 소유권 이전설, 묵시의 실시허락설, 목적달성에 의한 권리소멸설, 소진설로 나누어 진다. 우선, 소유권 이전설은 특허제품의 소유권이전에 의해 그 물건이 특허권의 권리범위를 일탈한 것으로 보는 입장인 데, 이에 대해서는 권리의 객체, 내용을 전혀 달리하는 특허권과 소유권을 혼동하고 있고,<sup>12)</sup> 특허권침해자로부터 침해품을 양수하여 사용하고 있는 자도 특허권 침해가 되는 것에 대해서 설명할 수 없다는 비판이 있다.<sup>13)</sup> 묵시의 실시허락설은, 영국과 미국에서 유력한 견해<sup>14)</sup>로서 특허제품이 유통되게 될 경우에는 특허권자의 묵시의 실시허락이 있는 것으로 해석한다. 다만, 특허권자에게 명시적 제한을 허용하는 여지가 있고, 특허제품과 관련된 모든 거래에 있어서 제한을 허용하게 될 뿐아니라 물건의 사용, 판매자는 실시권의 설정등록이 없는 경우 특허권의 양수인에게 대항할 방법이 없다는 한계가 있다<sup>15)</sup>. 목적달성에 의한 권리소멸설은, 특허제품의 판매에 의해서 특허권의 목적에 도달함으로써 권리가 소멸한다는 견해인데, 그 목적의 구체적 내용에 관해서 언급이 없다는 비판이 있다.<sup>16)</sup>

끝으로, 소진설은 권리자 또는 실시권자에 의해 일단 적법하게 유통되게 되는 제품에 대해서는 특허권은 이미 전부 사용되어, 당해 제품에 관해서 특허권은 소진해 있다는 견해이다. 다만, 이 설을 확장해석 하면, 특허출원 공고전에 제조판매한 제품을 공고후에 사용판매하는 행위에 가보호의 권리나 특허권이 영향을 미치지 못 한다는 지적이 있지만,<sup>17)</sup> 구서독의 Kohler에 의해서 제창된 이래, 일본의 학계, 판례에서도 유력한 견해이다.<sup>18)</sup>

문, 274頁 참조).

12) 角田政芳, 「特許權の用盡」, 『特許判例百選(第2版)』, 有斐閣, 172頁.

13) 吉藤幸朔, 「特許法概説(第10版)」, 有斐閣, 1994, 349頁.

14) 吉藤幸朔, 前掲서, 349頁.

15) 角田政芳, 前掲평론, 172頁; 土肥一史, 「特許法50講」, 1990, 142頁.

16) 角田政芳, 前掲평론, 172頁.

17) 吉藤幸朔, 前掲서, 331頁.

18) 병행수입과 관련된 판례는 지금까지 大坂地裁昭和44年6月9日判決: 東京地裁平成6年7月22日判決: 東京高裁平成7年3月23日判決의 3건밖에 존재하고 있지 않지만, 3건 모두 소진이론을 채용하고 있다. 특히, 東京高裁平成7年3月23日判決에서는 특허권자로부터 일단 적법하게 당해특허에 관련된 제품의 양도를 받은 후 業으로써 하는 사용, 양도 등의 행위에 관해서는 특허권을 구성하지 않는데, 그 이유에 관해서는 '특허권자의 적법한 확보행위에 의해 특허권의 목적을 달성하여 소진했다고 해석하는 것이 정당

결국, 소진론에 의하면, 특허권자나 그 실시권자로부터 특허제품을 매수한 자가 당해 특허제품을 사용, 판매하는 행위는 특허권침해를 구성하지 아니한다고 할 수가 있지만, 물적교류가 활발한 오늘날과 같은 국제경제사회에서 이 특허제품이 국경을 넘어서 제삼자에 의해 수입되어 사용, 판매되는 경우에 대해서도 소진론을 확장해석하여 특허법의 적용을 배제하는 것이 가능할 것인가. 즉, 국제소진론을 인정하여 특허권의 침해가 아니라고 할 수 있을 것인가가 더욱 더 큰 문제로써 제기된다. 종래, 이러한 국제소진론을 인정하는 데 큰 장애물이 된 것은 공업소유권보호에 관한 파리조약 제4조 2 (1)에 규정된 특허독립의 원칙과 속지주의였지만,<sup>19)</sup> 최근의 판례에 있어서 변화가 보인다.

### Ⅲ. 병행수입과 특허독립의 원칙, 속지주의와의 관계

종래, 특허독립의 원칙과 속지주의는 병행수입을 부정하는 근거로써 학설과 판례에 의해 인정되었다.

#### 1. 大阪地裁昭和44年6月9日判決(특허제품의 중고품수입사건)<sup>20)</sup>

이 판결은, 병행수입관련 판례로서는 최초의 것으로 알려지고 있는데,

하다고 한다'고 하고, 그 실질적인 근거에 관해서는 특허법의 목적규정이, 발명자의 이익의 보호와 사회공공의 이익의 보호와의 조화를 피하고 있기 때문이라고 한다. 그러한 관점에서 특허권자에게 특허제품을 확보할 때 가격결정의 자유는 특별한 법적규제가 없는 한 인정되고, 확보후 제품유통과정에서 특허권자에게 이중의 이익을 인정할 만한 합리적인 근거는 없다고 한다.

19) 특허독립의 원칙이란, 한 나라에 있어서의 특허권의 성립, 효과, 소멸은 다른 나라의 특허권에 영향을 받지 않는다는 것을 의미하고, 속지주의의 원칙이란, 국제사법상의 속인주의에 대응하는 개념으로서, 특허법에 관련시켜 말한다면 특허권의 성립, 효과, 소멸에 관해서는 그 특허권을 부여한 나라의 특허법에 의해서 결정하며, 그 효력은 그 나라의 영역안에서만 미친다는 의미이다.

20) 「無體例集1卷」, 160頁. 본 사건은 원고(미국의 법인)가 호주와 일본에서 보물링용자동편을 세우는 장치에 관한 특허권을 가지고 있었는데, 호주에 있어서 원고특허권의 실시권자로부터 재실행허락을 받은 자에 의해 호주에서 제조, 판매된 장치를 피고가 양수받아 홍콩을 경유 일본에 수입, 사용해 온 사건이다. 判例辭釋으로는 土井輝生, 「ジュリスト」 460號, 141頁; 角田政芳, 「특허판례백선(제2판)」, 有斐閣, 172頁이 있다.

특허권의 소진을 인정하면서도 특허독립의 원칙과 속지주의와의 관계에 관해서 '특허권에는 지역상의 제한이 있고, 각국의 특허권은 서로 독립하고 있으므로, 특허권의 소진이론이 적용되는 것은 그 특허권이 부여된 나라의 영역내에 한정된다고 해석해야 한다. 그렇다면, 어떤 제품에 관해 일국의 특허권이 소진되는 사유가 생겼어도 이에 의해 타국의 특허권도 당연히 소진된다는 이유는 없다고 함으로써, 특허권의 국제적소진이라는 생각에는 부정적 입장을 취하고, 병행수입을 부정하는 근거로써 속지주의와 특허독립의 원칙을 들고 있다. 당시 이 판결에 대해서 적극적으로 반대입장을 표명한 학설은 없었다고 하지만,<sup>21)</sup> 이를 의문시한 견해가 전혀 없었던 것은 아니다.<sup>22)</sup>

## 2. 東京地裁平成6年7月22日判決(특허에 관한 BBS사건, 제1심판결)<sup>23)</sup>

이 판결에서는 파리조약 제4조 2 (1)의 규정의 의미에 관해서 '본 규정은 개별적으로 전전유통되는 실시품에 특허권을 행사할 수 있는가라는 특허권의 행사 可否문제에 관해 규정하고 있는 것이 아니다'라고 하고, 속지주의에 관해서는 '특허권의 성립, 이전, 효력 등을 전부 그 권리를 부여한 나라의 법에 의해서 결정하고, 또한 그 효력은 그 영역안에서만 미친다. 따라서, 일본에 있어서의 특허권자가 일본내에서 그 권리를 행사하는 것에 관해서, 일본법의 해석으로써, 권리행사의 대상이 되는 제품이 동일발명에 관해서 외국에서 부여받은 특허의 실시품이고, 당해국에서 적법하게 확보된 사실을 고려해서 권리의 행사를 제한하는 것도 속지주의에 위배되지 않는다'라고 판단하여 속지주의와 특허독립의 원칙과는 무관하다는 입장을 밝히고, 권리행사의 제한여부는 국내특허법의 해석여하에 달라 질 수 있다는 입장을 취하고 있다. 하지만, 결론에 있어서는 전술한 大阪地裁昭和44年6

21) 角田政芳, 전계서, 172頁.

22) 吉藤幸朔, 전계서, 350頁의 注4)에서 '中山僧弘교수는 최근의 기업화, 다국적화에서 보이는 것처럼, 경제의 국제화가 급격히 진행되고 있는 상황하에서는 부정설은 의문이고, 오히려 이를 재고하여 긍정하는 방향으로 검토해야 한다고 풀이하고 있다'고 인용하고 있다.

23) 『判例時報』 1501號, 70頁 참조.

月9日判決과 같이 병행수입의 금지청구를 인정했다. 그 근거로써 병행수입을 인정할 만한 명문규정이 없고, 병행수입을 인정하는 것이 특허법의 목적에 합당하다거나, 특허제도에 의한 특허권자와 사회공공의 이익의 조정에 관한 국제사회에 있어서의 의식에 합치한다고도 볼 수 없기 때문이라고 한다.

### 3. 東京高裁平成7年3月23日判決(특허에 관한 BBS사건, 제2심판결)<sup>24)</sup>

이 사건은 특허권분야에서 만큼은 병행수입을 좀처럼 인정하지 않았던 종래의 입장을 뒤엎고, 특허제품의 병행수입을 인정함으로써 새로운 전기를 마련했다<sup>25)</sup>는데 큰 의미를 가진다. 동 판결은, 특허독립의 원칙과 속지주의와의 관계에 관해서 '일본특허법에 의해서 성립한 특허권의 효력은 일본특허법의 해석에 의해서 결정될 문제이기 때문에, 일본에서 성립한 특허권의 효력범위를 정함에 있어서, 외국에서 일어난 특허제품의 적법한 확보의 사실을 고려하는 것이 가능한 지의 여부는, 일본특허법의 해석문제이고, 이것이 앞의 두원칙에 근거한 것이라하더라도 전혀 이 원칙에 저촉되지 않음은 분명하다'고 한다.<sup>26)</sup> 최근에 와서는 병행수입을 인정할 것인가 아닐 것인가에 대해서 특허독립의 원칙, 속지주의를 가지고 결론을 도출해내는 주장은 줄어들고 있다.<sup>27)</sup>

24) 『判例時報』 1524호, 3頁 참조.

25) 이 판결이 나오기까지의 뒷 배경에는 상표권에 있어서 인정해 오던 병행수입을 특허권에서 인정을 안 하면 특허기술이 포함되어 있는 상품이 수입되는 단계에서 특허권침해로 병행수입이 저지되는 것은 국내의 가격차를 이용한 병행수입이 성행하고 있는 것을 감안한 정책결정적인 면이 있었던 것 같다. 최고재판소의 판결이 주목된다.

26) 다만, 국제적 소모이론은 특허독립의 원칙과 속지주의에 위배되는 것으로 잘못이라 하여, 국제적 소모설을 채용하지 않은 점은, 국제적 소진이론의 입장에서 볼 때, 양자의 관계를 어느 정도 별개의 것으로 본 前述의 제1심판결보다 이론구성에 있어서 미흡한 점이 없지 않다. 그러면서도, 국제적 소진설을 일체 채용하지 않는다는 전제는 잘못이라고 설명하고 있어 애매한 태도를 보이고 있다. 이러한 태도에 대해서 石堂一憲교수는, 『ボデーレス・エコノミーへの法的觀察-知的財産權と並行輸入,』 『貿易と關稅』, 1995.6., 60頁에서, 상표권에 있어서 병행수입을 인정하는 근거로서 거론되는 기능설과 같은 관점에 입관할 필요가 있다라고 주장한다.

27) 中山信弘, 전계논문, 286頁, 각주7) 참조. 中山信弘교수는 전계논문, 277頁에서 특허독립의 원칙과 속지주의에서 결론을 도출하는 근거를 잃었다는 이유로서, 특허독립의 원칙과 속지주의에서 결론을 도출한다면, 특허권이나 저작권 그리고 상표권의 경우 동일한 결론에 이르러야 하는데 종래의 학설, 판례는 특허 상표권과 특허권과의 경우를 나누어서 논하고 있다는 이유를 들고 있다.

이상의 학설, 판례에서 알 수 있는 한, 병행수입을 부정하는 근거를 특허독립의 원칙, 속지주의의 생각은 더 이상의 근거를 잃어가고 있는 지도 모르겠다.<sup>28)</sup>

#### IV. 병행수입론의 영향

병행수입의 허용여부는 국내 특허법의 해석문제라는 前述한 특허에 관한 BBS사건(제2심판결)의 입장에서 생각한다면, 특허법에 허용여부에 관한 명문의 규정이 없는 한, 특허법의 해석상 또는 정책결정적인 측면에서 병행수입을 긍정할 수도 부정할 수도 있는 문제이다. 따라서 긍정할 경우와 부정할 경우 어떠한 것들에 영향을 주는 지 살펴보고자 한다.

##### 1. 병행수입을 금지하는 경우

###### 1) 시장의 분할

병행수입을 금지시키는 것은, 곧 세계시장을 분할시킬 수 있는 결과를 초래 할 수 있어, 카르텔을 형성한 것과 동일한 효과가 있으며, 이는 대기 업에 있어 유리하다고도 할 수 있다는 견해가 있다.<sup>29)</sup>

###### 2) 상표상품과의 관계

특허제품의 병행수입을 금지하는 경우에 가장 우려되는게 상표상품의 병행수입마저 사실상 금지되는게 아닌가라는 것이다.<sup>30)</sup> 왜냐하면, 상품에는 반드시 상표가 부착되기 마련이고, 또한 거기에는 특허권을 비롯 실용신안 권이나 의장권이 부착되어 있기 때문에, 그 결과 특허권의 수입금지에 의

28) 中山信弘, "병행수입과 특허권침해," 知的財産研究所編, 「지적재산의 조류」, 信山社, 1995, 277頁에서 특허독립의 원칙과 속지주의는 그 근거를 잃었다고 설명한다.

29) 이러한 견해에 대해서 石璽一憲교수는, 지적재산권 관련 병행수입문제를 시장분할의 관점에서 파악하려고 한다(전계논문, 57頁).

30) 中山信弘, 전계논문, 287頁 각주12) 참조.



해 상표상품도 수입금지되는 경우가 있을 수 있기 때문이다. 특히 용이하게 취득할 수 있는 특허권인 경우에는, 일단 특허권이라는 이유로 많은 병행수입품을 수입금지시키는게 가능하여, 결국에는 특허권의 남용이라는 폐단이 생길 수 있다.<sup>31)</sup>

### 3) 불합리한 국내외의 가격차를 초래할 우려

병행수입을 인정하지 않는 결과로 특허권이라는 독점권에 의해 인위적으로 불합리한 내외가격차를 가져오는 것을 허용하게 된다. 이것은 특허권을 국제시장을 분할시킬 정도의 강력한 권리로써 구성하지 않으면, 발명예의 동기부여가 결여되어, 산업발전에 저해된다는 가치판단에 입각하고 있다.<sup>32)</sup>

## 2. 병행수입을 긍정하는 경우

이 경우에는 국내외의 가격차를 억제하는 효과는 있지만, 병행수입을 인정함으로써 생기는 가장 큰 폐단은 국제라이센스에 미치는 영향이다. 전술한 특허의 BBS사건에 관한 제2심판결은, 병행수입을 허용하게 되면 국제라이센스계약에의 동기부여가 약해져, 시장특성에 맞는 다양한 기술의 출현을 저해시켜, 최종적으로는 대기업에 의한 세계시장의 독점을 초래한다는 피항소인의 주장에 대하여, 병행수입의 인정이 국제라이센스계약에의 동기부여를 약하게 하는 점에 대해서는 인정을 하지만, 라이선스를 받아 특허발명의 기술도입을 할 것인지 안할 것인지의 여부는, 보다 기본적으로는 당해 특허발명의 기술적 가치, 경쟁관계에 있는 기술의 개발상황, 대체제품의 존부, 도입한 경우의 생산비용 등 제조건을 고려해서 결정되는 문제임에 대하여, 특허에 관한 진정상품의 병행수입은 외국에 있어서 일단 적법하게 확보된 후의 특허에 관한 제품의 수입인 이상, 그 수량 및 가격에도 스스로 한계가 있음을 고려하면, 특허에 관한 진정상품의 병행수입의

31) 中山價弘, 전제논문, 287頁 각주12) 참조.

32) 中山價弘, 전제논문, 282頁.

용인이, 라이선스의 동기부여를 약하게 하고, 다양한 기술의 출현을 저해하는 중요한 요인이 된다고는 인정할 수 없다고 판시했다.

## V. 맺는말

이상은 병행수입과 특허권에 관련된 일본의 판례와 학설을 정리해 보려고 했다. 본래 이 문제는 일반적으로 특허권, 상표권, 저작권 등의 지적재산권 전반에 걸친 권리의 내용에 관한 검토가 함께 이루어져야 함이 당연하나 그것은 다음 기회로 미룬다. 다만, 이번 검토를 통해서 느낀 것은, 병행수입을 부정하는 근거로서의 파리조약상의 특허독립의 원칙과 속지주의는 최소한 일본의 판례를 보는 한, 그 근거를 잃어가고 있고, 그 인정여부의 판단은 국내특허법의 해석문제로서 인식되어 가고 있다는 사실이다.

그리고, 東京高裁의 판례에서 보여지듯이, 병행수입인정을 위한 이론적 근거로서 국제적 소진을 전면적으로 수용하지 못한 점에 있어서는, 일반적인 보편화된 이론으로서 평가받기는 아직은 미흡하다 할 것이다. 다만, 병행수입에 관해서 성역처럼 느껴져 왔던 특허권분야에 있어서도 국경을 넘어오는 진정상품의 자유로운 유통을 법이 처음으로 시인했다는 점<sup>33)</sup>에서 의의가 크다 할 것이다.

앞으로의 연구과제로서는 병행수입의 허용은 제품에 있어서 국내외의 가격차를 줄이는 하나의 큰 수단으로 이용될 가능성이 있고, 기술경쟁력에 있어서 차이가 심한 국가간의 이익조정 문제도 포함되어 있기 때문에 경쟁법적 또는 경쟁정책적인 면에서도 검토되어야 할 실로 중요한 문제라고 생각하고, 같은 지적재산권범주에 속하는 것이라도 각 권리는 그 나름대로의 특수성을 가지고 있지만, 이러한 특수성을 감안한 종합적 연구검토가 필요할 것이다.

33) 桑田三郎, 전제논문, 2頁 참조.