

## 中共特許法の 起草와 公布

### I. 머리말

中共特許法은 1984年 3月 12日 開催된 第6期 全人大會 常務委員會 第4次 會議에서 採擇되어 1985年 4月 1日 부터 施行되었다.

中共特許法誕生은 社會主義 立法歷史上 重要な 事件이다. 特許法公布는 特許權 및 中共과 世界各國과의 技術·經濟的 交流에 對해서 法的 保護를 부여해 주는 것이다. 따라서 中共 最初의 特許法은 中共內 뿐만 아니라 全世界에 다같이 흥미와 관심을 불러 일으켰다.

中共特許法の 起草는 1979年 3月 19日에 始作되었다. 당시 國家科學 技術委員會 副主任 Wu Heny씨가 法學教授와 貿易·技術專門家를 包含하여 中共特許法 起草專門家 作業그룹을 편성했다.

中共當該官廳은 國內 및 國外에서 광범위한 調查와 研究를 했다. 國內에서는 各省 및 地方當局에 對해 6回에 걸쳐 提案·意見을 들었고, 同時에 作業그룹은 30個國 以上の 特許法, 85個國의 特許法要約을 研究하고 10個國 以上을 방문하여 多數의 外國 特許廳, 特許機關 및 國際工業所有權機關으로부터 有益한 助言과 援助를 받았다. 法律公布前에 草案에 對해 반복해서 修正 補完했으며 重要な 項은 그 回數가 20回 以上에 달했다. 中共의 指導者들은 中共特許法制定에 對해서 多大한 配慮와 支援을 해 주었다. 立法 마지막 段階에서는 全人大會 常務委員會가 2回에 걸쳐 審議·討論하고 重要な 事項에 修正을 가하여 1984年 3月 12日에 採擇

했다. 中共特許法은 8章 69條로 되어 있다. 즉 第1章 : 總則, 第2章 : 特許權賦與의 條件, 第3章 : 特許出願, 第4章 : 特許出願審査와 認可, 第5章 : 特許權存續期間과 滿了 및 消滅, 第6章 : 特許實施의 強制許諾, 第7章 : 特許權保護, 第8章 : 附則등이다.

### II. 中共特許法の 目的

中共特許法の 目的은 發明 및 考案의 特許權을 保護하고 發明 및 考案을 獎勵하여 發明 및 考案의 普及, 應用에 寄與토록 하여 科學技術의 發展을 促進함으로써 社會主義 近代化建設의 要請에 副應하는데 있다.

[第1條]. 第2條에서 “發明 및 考案”이라는 表現에는 發明·考案 및 意匠이 포함된다.

第1條는 中共에 거주하는 모든 사람의 찬성을 얻을 수 있는 추상적 宣言的條文인 것 같다. 그러나 實際로는 이 問題에 對해서 異見이 있다.

어떤 사람은 中共에서 도대체 特許法이 必要한가, 特許法이 하는 것이 과연 發明 및 考案의 獎勵, 發明 및 考案의 普及, 應用에 寄與하고 科學技術의 發展을 促進함으로써 社會主義 現代化의 要請에 副應하기 위해 適合한가에 의문을 갖고 있다. 이들의 表現은 다음 2가지 點으로 要約할 수 있다. 첫째 意見은 많은 企業·社會·科學技術研究所 및 其他 組織은 國家 및 全國民에 속하고, 專用特許權은 中共의 社會主義性에 적합하지 않거나 융합되지 않는다는 의견이다. 둘째는 中共은 開發途上國이며 既開發國과의 사이에 技術的 格差가 存在한다. 게다가 特許法은 주로 外國人의 特許權을 保護하는 것이 되어 外國特許가 中共의 技術市場을 奪점하여 支配하게 된다고 하는 意見이다. 慎重한 討議와 中共의 事情 및 國際實務의 철저한 연구결과 많은 사람들이 다음에 몇가지 점에 동의하고 있다.

첫째 의견은 中共社會主義制度에서도 商品生産 및 交換은 存在하며 또 新規한 技術的 發明 및 考案도 商品性을 갖고 있다. 技術的 發明 및 考案의 生産 및 交換은 法的 保護를 받아야 한다. 中共技術의 改革에 適合하기 위해 中共은 “共有의 남비로 식사를 한다”는 관념을 변경해야 한다. 特許制度와 特許法은 社會主義的 作業 및 全國民所有制의 他組織의 進取性을 자극하는데 도움이 되고 必要한 것이다.

둘째 意見은 外國에 對한 開放政策에 따라 中共은 外國技術의 導入을 두려워하지 않고 환영한다. 特許法에 의한 保護는 中共과 外國間의 技術的 經濟的 交流와 協力을 容易하게 하고 促進한다. 그래서 1982年 가

을에 趙紫陽 首相은 中共의 特許法을 “制定하고 施行한다”고 發表했다.

F.K.Beier教授가 쓰고 있는 바와 같이 “많은 國家에서는, 예를 들어 英國·美國·프랑스·西獨·스위스 및 네덜란드가 그랬듯이 特許 保護는 그 利點 및 結論에 대해서 상당히 集中的인 討論과 保護에 대한 贊成論 및 反對論의 慎重한 調整後에 비로소 導入되었다. 特許에 관한 法은 항상 難産이었다.

中共도 또한 特許法의 草案作成의 段階에서 이와 類似的인 歷史的 過程을 經驗했다.

### Ⅲ. 特許만 인가?

#### 發明者證도 포함하는가?

草案作成의 始作에 있어서 注意 깊게 考慮해야만 하는 한가지 問題는 中共이 特許만을 채택하는 것이 좋은가 또는 發明者證도 採擇해야만 하는가의 問題였다. 이 問題에 답하기 위해서는 中共의 社會的 構造의 現狀부터 出發함과 同時에 國際的인 實狀 및 經驗에 유의해야만 한다.

前述한 대로 中共經濟 改革을 위해서는 全國民所有 組織의 進取性을 助長할 必要가 있다. 많은 發明 및 創作은 이들 組織의 技術勞動職員들로부터 생긴다. 만약 이들 組織이 그 勞動職員들의 發明 및 創作活動에 아무런 흥미도 보이지 않고 또 혜택도 주지 않으면 發明 및 創作의 推進에 있어서 技術勞動職員에 대해서는 不利하게 될 뿐만 아니라 그 技術的活動에 대한 장애가 될 것이다. 發明者證은 他國의 立場에서는 適合할지는 모르나 中共經濟 改革에는 적합하지 않다. 發明者는 보답을 받으나 企業은 아무런 혜택을 보지 못한다.

이것은 “共有의 남비로 식사한다”고 하는 習慣을 변화시키는데 도움이 되지 않는다.

外國의 經驗도 慎重하게 研究했다. 最近 社會主義國家中에는 發明者證制度를 포기하거나 根本的으로 修正한 國家가 늘고 있다.

헝가리는 1959年 6月 23日에 發明者證을 폐지하고, 유고슬라비아는 1960年 特許法中의 發明者證制度를 廢止했음을 確認했다. 루마니아는 特許法만 있고 發明者證制度는 없다. 개괄적으로 말하면 어떤 社會主義國은 自國의 必要에 副應한 적합한 發明者證制度를 갖고 있으나 어떤 社會主義國은 發明者證制度를 갖고 있지 않다.

各國의 事情에 따라 決定되어야 할 것이다.

### Ⅳ. 發明特許만 인가?

#### 實用新案·意匠도 포함하는가?

中共特許法에는 3種의 特許, 즉 發明特許·實用新案特許 및 意匠特許가 있다.

實用新案保護에 관해서는 國內外에서 異論이 있다. 中共에서는 어떤 회의를 갖고 있는 사람이 있다. 實用新案은 內容에 관해서는 審査를 하지 않기 때문에 外國 특히 日本으로부터 出願되는 大量의 實用新案을 處理하는 것은 困難할 것이다. 國際知的所有權 分野의 外國人들은 實用新案特許에 관해서 별도의 意見을 갖고 있다. 그들은 實用新案의 學問的 定義는 없으며 또 實用新案과 發明特許와의 區別方法이 아주 明確하지 않다고 말한다. 技術的 考案과 같은 小發明을 推進하는 것은 別途의 手段을 採用해도 좋다.

公布直前까지 계속된 오랜 討論을 거쳐 中共特許法에는 實用新案의 保護를 포함시키는 것으로 되어 있다. 이것은 여러가지로 고려한 結果이다. 첫째, 中共은 開發途上의 社會主義國이다. 廣範圍한 集團 및 中小企業으로부터의 多數의 小發明은 일반적으로 기술수준은 낮으나 中共에서 經濟效果의 水準向上과 技術改革에 큰 役割을 할 수 있다. 둘째, 他國 특히·서독·일본의 經驗에서 實用新案은 그 國家의 經濟發展에 확실히 큰 貢獻을 했음이 나타나고 있다. 셋째, 發明特許와 實用新案과를 가능한 한 區別하도록 노력했다.

第2條에는 “創造性이라 함은 出願日以前에 存在한 技術과 比較하여 發明에 있어서는 우수한 實質의 特徵과 顯著한 進歩가 보이고, 實用新案에서는 實質의 特色과 進歩가 보이는 것을 의미한다”고 規定되어 있다. “우수한”과 “현저한”이라 함은 앞으로 실제경험에 根據해서 새로이 정의되고 說明되어야 한다.

意匠에 관해 그 法的 保護에 대해서는 意見의 相異는 없다. 그러나 特許法公布 直前까지 特許法의 主된 役割은 發明을 保護하고 獎勵하는 것임을 主張하는 사람들이 있었다. 意匠을 國家經濟 및 國民의 生活水準에 대해서 重要하나 發明은 아니며 他法律 또는 規定에 포함시켜야 한다는 것이다. 그러나 結局 意匠의 保護의 必要하고 또 國際的 實務에 의하면(파리條約 第5條의 5) 外國意匠은 保護되어야 한다. 그래서 意匠에 대한 他特別法 또는 規定을 제정한다고 하면 數年 間의 지연을 의미하는 것이 된다.

이와같은 일반적인 문제는 별도로 하더라도 많은 特色이 있다. 發明特許에 대해서는 早期公開과 審査延期

制度가 採用되었다. “特許局은 發明特許出願을 受理한 後, 豫備審査에 의해 이 法律의 要件에 適合하다고 認定된 경우는 出願日로부터 1年 6個月 以內에 公表한다. 特許局은 出願人의 請求에 의거 出願을 早期公開할 수 있다” [第34條]. 發明特許出願은 出願日로부터 3年 以內에 特許局이 出願人의 請求에 의거해서 그 出願에 대한 實體審査를 할 수 있다. ……特許局은 必要하다고 인정된 경우는 직권으로 發明特許出願에 대해서 實體審査를 할 수 있다.” [第35條]

한편 實用新案 또는 意匠特許出願에 관해서는 發明特許보다 그 特許要件이 낮기 때문에 異議申請을 수반하는 形式審査를 採用했다. 즉, “特許局은 實用新案과 意匠의 特許出願을 接受한 後 豫備審査에 이 法律의 要件에 適合하다고 인정된 경우는 實質審査를 하지 않고 단지 公告만하고 出願人에게 通知한다” [第40條], “(發明·實用新案 또는 意匠의) 特許出願公告日로부터 3個月 以內에는 누구라도 이 法律이 定하는 바에 따라 特許局에 異議申請을 할 수 있다.” [第41條]. 만약 公告日로부터 3個月 以內에 異議申請이 없거나 異議申請이 不適當한 때에는 特許局은 出願人에 대해서 特許權을 賦與한다.

“發明特許權의 存續期間은 15年으로 하고 出願日로부터 起算한다. 實用新案과 意匠의 特許權存續期間은 5年으로 하고 出願日로부터 起算한다. (實用新案 및 意匠의) 特許權者는 期間終了前에 3年間의 延長을 申請할 수 있다.” [第45條].

## V. 特許에 의해 保護되는 技術의 範圍

中共特許法第25條에 의해 다음에 揭記하는 것에 대해서는 特許權을 부여하지 않는다.

1. 科學上의 發見
2. 知能의 活動의 規則과 方法
3. 疾病의 該斷·治療方法
4. 食品·飲料·調味料
5. 藥品 및 化學的 方法으로 얻어지는 物質
6. 動物과 植物의 品種
7. 原子核變換方法에 의해 얻어지는 物質

前項의 第4號부터 第6號까지 열거한 製品의 生産方法에 대해서는 이 法律이 定하는 바에 따라 特許權을 부여할 수 있다.

이 條에 관해서도 外國으로부터 異見이 있었다. 外國의 어떤 者는 特許保護의 制限에 대해서는 理論적으로는 아무런 合理的인 根據가 없다고 說明했다. 또 이

者(특히 日本 및 美國)은 特許保護에서 化學物質을 除外하는 것에 대해서 異見을 달리했다.

日本 사람들은 日本의 特許史에서 化學物質을 除外한 것은 日本의 化學工業發展에 有害한 結果를 초래했다고 알려왔다.

第25條는 大多數 開發途上國과 一部 既開發國의 歷史的 經驗의 結果이다. 藥品·食品·化學的 方法으로 얻어진 物質 내지 動物과 植物의 新品種과 같은 위에 열거한 物質은 國民의 健康 및 加工工業과 密接한 關聯이 있다. 이들이 미치는 영향은 상당히 廣範圍하기 때문에 더욱 調查研究가 必要하다. 但, 新規한 化學式을 가진 物質을 포함하여 이들의 新規한 生産方法은 中共特許法이 定하는 바에 따라 保護된다.

一般的으로 인정된 國際實務에 따라 科學上의 發見, 知能의 活動의 規則과 方法 및 疾病의 該斷, 治療方法은 技術的 發明에 속하지 않는다.

이들은 工業 및 農業生産에는 直接 利用할 수 없고 特許保護範圍에는 포함되지 않는다.

## VI. 發明 및 考案의 保護, 普及 및 出願

第11條에는 “發明特許權 또는 實用新案特許權이 부여된 後는 本法14條에 定하는 경우를 제외하고 어떠한 組織 또는 個人도 特許權者의 許諾을 얻지 않고 그 特許를 實施하는 것, 즉 生産·營業의 目的으로 그 特許製品을 製造·使用이나 販賣 혹은 特許方法의 使用을 할 수 없다”고 規定되어 있다.

外國人에 대한 效果의인 保護도 보장되어 있다. 第3者의 特許된 發明 및 考案은 實務許諾契約 또는 強制許諾에 의해서만 實施할 수 있다.

實施許諾契約에 관해서는 第12條에 “어떠한 組織 또는 個人도 個人의 特許를 實施할 경우는 本法第14條에 定하는 경우를 제외하고 特許權者와 書面에 의한 實施許諾契約을 締結하고 特許權者에게 特許使用料를 支拂해야 한다. 被許諾者는 契約에 定하는 以外의 어떠한 組織 또는 個人에게도 當該特許의 實施를 認定할 權利를 갖고 있지 않다”고 規定되어 있다.

最後의 條文은 常務委員會에 의해 附加되었다. 1企業이 輸入하여 100個 企業이 實施하는 것을 禁止하고 있음이 強調되었다.

強制許諾에 관해서는 實施에 대한 本來的인 義務가 있다. 第51條에는 特許權者는 스스로 中共에서 그 特許製品을 製造하고 그 特許方法을 使用하든가 他人이 中共에서 그 特許製品을 製造하고 그 特許方法을 使用

하도록 許諾할 義務를 부담한다”고 規定되어 있다.

파리條約改正 外交會議에서 B그룹의 代表者는 特許 實施義務가 많은 開發途上國(특히 中小國家)에서 特許 權者를 經濟的破産으로 이끌 것이라고 강력하게 主張했다. 그러나 中共은 市場이 상당히 크고 또 特許權者는 그 義務를 實施契約을 통해서 實施할 수 있다.

“發明 및 實用新案의 特許權者가 特許權을 부여받은 날로부터 滿3年間 本法 第51條에 定하는 義務를 相當한 理由없이 履行하지 않는 경우는 特許局은 實施條件을 구기한 組織의 申請에 의거 當該特許實施 強制許諾을 부여할 수 있다”[第52條].

第56條에는 “實施의 強制許諾을 取得한 組織 또는 個人은 專用實施權을 갖지 않으며 또 他人에게 實施를 인정한 權利도 갖지 않는다”고 規定되어 있다.

이들 2個條는 파리條約과 中共의 事情에도 合致하고 있다. 同時에 中共은 파리條約改正 外交會議에서 77그룹으로부터의 提案에도 유의해야 한다. 中共 國內에서는 全國民所有制 또는 集團所有制下에 있는 中共特許權者 및 中共人 個人은 第14條에 規定된 義務를 진다. 第14條은 아주 重要的 條文이다. 이 條는 計劃許諾이라 부르고 있으나 外資企業·外國個人 및 中共과 外國 合資企業에는 適用되지 않는다.

## Ⅶ. 外國人의 特許出願

### 1) 內國民의 處理原則

外國人에 대한 法的保護에 관한 가장 重要的 條文중의 하나는 第18條로 “中共에 通商적인 居所 또는 營業所를 갖지 않은 外國人, 外國企業, 其他 外國機構가 中共에서 特許를 出願하는 경우는 그 所屬 國家가 中共과 締結한 條約 또는 다 같이 加入되어 있는 國際條約에 따라 혹은 互惠主義原則에 따라 이 法律에 根據해서 處理한다”고 規定되어 있다.

이 條文의 意味는 中共에서는 아주 明白하다. 外國으로부터의 出願이 만약 있다면 그 出願人이 속하는 國家와 中共間에 締結된 雙務協定 혹은 兩國가 다같이 加盟되어 있는 國際條約에 따라 處理됨을 의미한다.

이와 같은 條約이나 協定이 없는 경우에 한하여 互惠主義原則에 따라 處理한다.

유럽제국에서는 “互惠主義”에 대해 어떤 理解와 解釋이 되어 있다.

A. Bogsch博士는 “互惠主義는 물론 同一 待遇原則은 하나의 例外이다.

互惠主義란 例를 들어 그 自國民에 대해서 20年の 存續期間의 特許保護를 부여하는 A國은 만약 B國이 7年の 存續期間을 規定하는 特許法을 갖고 있는 경우에는 B國의 國民에 대해서 7年の 存續期間의 保護를 부여하지 않는다는 것을 意味하는 것이다”고 指摘하고 있다. 誤解를 피하기 위해 中共特許法은 出願은 “...이 法律에 따라 處理된다”고 規定하고 있다. 이것은 他國이 自國 國民과 마찬가지로 中共 國民에 대해서 同一의 特許保護를 保證하려면, 例를 들어 存續期間이 7年밖에 되지 않더라도 中共은 自國 國民에게 부여하는 것과 同一의 例를 들어 發明特許의 경우 15年間의 特許保護를 그 外國國民에 부여하는 것을 의미한다.

### 2) 優先權

“外國의 出願人이 外國에서 最初로 發明 또는 實用新案의 特許出願을 한 날로부터 1年以內에 또는 外國에서 最初로 意匠特許出願을 한 날로부터 6個月 以內에 中共에서 同一의 出願을 한 경우는 그 所屬 國家와 中共이 締結한 條約 또는 다 같이 加入하고 있는 國際條約에 따라 혹은 相互優先權을 承認하는 原則에 따라 優先權을 享有하고 外國에서 처음으로 出願한 날을 出願日로 할 수 있다”[第29條].

이 條文은 工業所有權保護에 관한 파리條約第9條C와 完全히 一致한다. 中共 特許法이 처음으로 施行되는 時點인 1985年 4月 1日 以前에는 中共에서는 特許出願의 提出은 있을 수 없기 때문에 中共 國民은 外國에서 優先權을 享有할 수는 없다.

### 3) 國內代理機關

“中共에 通商적인 居所 또는 營業所를 갖지 않은 外國人, 外國企業, 其他 外國機構가 中共에서 特許를 出願하고 其他 特許節次를 밟는 경우는 中共國務院指定의 特許代理機關에 委任해야 한다”[第19條].

이 條文은 파리條約第2條와 一致하고 있다. 中共國務院은 中共國際貿易促進委員會(CCPIT)를 中共에서의 外國特許代理機關으로 指定했다.

外國人은 또 새로이 設立된 中共特許代理(香港)有限公司 및 上海特許事務所와 접촉해도 좋다.

中共은 파리協約에 加入하여 1985年 3月 19日 條約의 効力이 發生하였다.

〈8〉