KIPA 特講

中共 特許 審査基準과 保護範圍

머 리 말

特許法이 發効된 이후 최초 두달동안 特許局에 접수된 特許出願數는 대략 5,000件에 이르고 있으며, 이중 1/4이 外國人에 의한 出願이었다.

접수된 發明特許出願은 特許法 및 그 實施細則의 規定을 엄격히 적용하여 審査를 받게 될 것이다.

그리하여 要件을 갖춘 出願에 대하여는 즉시 特許가 許與될 것이다.

特許審査基準 및 保護對象에 관하여는 特許法 第2章에 特別히 규정하였다.

實質的인 特許審査基準은 國際的인 原則에 입각하여 第22條 第23條에 요약되어 있다.

特許性의 결여로 간주되는 것 또한 대부분의 國家들이 特許性이 없는 것으로 보는 것과 거의 흡사하다.

特許審査基準

特許法은 發明·實用新案 및 意匠등 세가지에 대해 特許權의 許與를 規定하고 있다.

特許의 세가지 形態에 대해서는 實施細則 第2條에 명확하게 定義되어 있다.

發明은 製品·製法 또는 이들의 改良에 관련한 새로운 技術的 解決이라 定義된다.

實用新案이란 實用性이 있는 製品의 形狀·構造 및 이들의 결합에 관련한 새로운 技術的 解決로서 定義된다.

반면에 意匠은 工業的으로 利用할 수 있으며 審美感을 줄 수 있는 物品의 形狀·모양·색채 또는 이들을 결합한 것의 새로운 디자인으로 定義된다.

特許法에 근거하여 特許局은 단지 發明特許出願에 대해서만 實體審査를 하게 될 것이다.

그러나 實用新案 및 意匠特許에 관해서는 實體審査는 하지 않고 다만 方式審査만을 하게 된다.

이들은 公告된 후에 異議申請을 받게 된다.

特許法은 發明 또는 實用新案이 特許權을 許與받으려면 新規性·創造性 및 實用性을 갖고 있어야 한다고 規定하였다.

이 규정은 대부분 國家들의 特許法令에서 特許性을 위해 규정된 것들과 거의 같다.

發明이나 考案의 新規性은 中共特許를 獲得하기 위해 主要한 要件중의 하나이다.

特히 新規性 規定은 美國이나 日本 特許法의 規定과 同一하다.

中共은 世界에 널리 알려진 刊行物에 있어서는 절대적인 신규성을 적용하고 國內에서의 公然한 實施와 刊行物이외의 기타 形態로 公共然히 알려진것에 대해서는 相對的인 신규성을 적용하는 혼합된 制度를 채택하였다.

덧붙여서 同一發明에 관한 他先出願이나 當該 出願後에 公開된 他出願이 없어야 함은 물론이다.

또한 特許出願한 發明이나 考案에 대하여 新規性 인정에 관한 6個月의 유예기간이 特許法에 의해 주어진다.

當該 發明이 中共政府에서 후원하거나 인정한 國際展示會에 먼저 展示 되었거나 규정된 학술 또는 기술회의에서 發表되었거나 他人에 의하여 出願人의 同意없이 公開되었을 때에는 新規性을 상실한 것으로 보지 않는다.

創造性 判斷에 있어서는 發明과 實用新案間에 차이가 있다.

特許法에 따르면 發明은 현저한 實質的인 特徵을 갖고 있어야 하며 先行技術이나 旣存의 技術보다 두드러진 進步가 開示되어야만 한다.

반면에 조금 낮은 技術水準의 小發明으로 일컬어지는 實用新案은 實質的인 特徵을 갖고 있으며 進步가 開示되어 있으면 充分하다.

美國 및 다수의 國家들이 創造性을 定義하는데 일반적으로 사용하는 非自明性이란 用語는 中共特許法에서는 사용하지 않았다.

非自明性이란 用語는 中共 國民에게는 친숙하지 못

하며 特許法에서 使用한 創造性이란 表現이 좀더 구체적이고 쉽게 받아들일 수 있겠다는 것이 그 이유이다.

中共의 法律家들은 特許法의 創造性 規定이 發明의 質 및 水準을 향상시킬 것이라고 생각하고 있다.

그렇기 때문에 創造性을 判斷하는 근간의 한가지 이상의 實質的인 特性에 확실히 관련되어 있어야만 한다.

이들 두가지 表現, 즉 創造性과 非自明性의 審査過程에서의 實質的인 基準은 實際로 큰 차이가 없다.

例로서 西方 國家들에서 發明의 非自明性이란 當業者의 입장에서 自明하지 않은 發明을 뜻한다.

또한 이것은 當該 發明이 旣存의 技術水準과 비교하여 實質的인 特徵을 갖고 있는지 또는 進步가 있는지를 判斷할 때 일반적으로 適用된다.

결국 判斷은 담당 審査官에 의해 내려진다.

特許法의 實際的 應用性(實用性)이란 용어의 주안점은 『實際的』에 두고 있다. 즉 어떤 發明이 産業上 利用可能하거나 또는 産業上 有用하게 쓰일 수 있을는지가 문제가 된다.

달리 表現하면 當該 發明이 製造 및 使用될 수 있을 뿐만아니라 어떤 特定한 技術的 問題를 해결하는 効率的인 結果를 창출할 수 있어야만 한다는 것이다.

創出되는 効率的인 結果는 물론 當業者에 의해 判斷된 것이어야 한다.

實際로 發明의 開示는 當業者가 그것을 實施할 수 있을 정도이어야 한다.

덧붙여서 앞서말한 判斷에 있어서는 技術的인 것에 추가하여 經濟 및 社會側面에 있어서도 効果的인 結果를 創出할 수 있는지에 관해서도 고려되어야 할 것이다.

意匠特許를 許與받기 위해서는 當該 意匠의 出願前에 國內 또는 國外에서 頒布된 刊行物에 게재되었거나 國內에서 公然히 實施된 他 意匠과 同一하거나 類似하지 않은 것이어야 한다.

그 이외에 特許法 第5條는 國家의 諸 法律 및 社會道德에 反하거나 公益을 해할 염려가 있는 發明이나 考案은 特許를 받을 수 없다고 規定하고 있다.

保護對象

中共은 새로운 特許法을 制定하는 過程에서 한편으로는 外國의 축적된 경험과 달리 協約의 一般原則을 흡수하고 또 한편으로는 國內의 特殊與件에 적합한 것들을 모두 받아들였다.

特許保護를 받을 수 있는 對象에 관해서는 特許權을 許與하기에 不適合한 技術分野를 정하였다.

特許法 第5條는 特許받을 수 없는 項目 7가지를 나열하고 있다.

1. 科學的 發見
2. 精神活動을 위한 規則이나 方法
3. 질병의 진단 및 치료方法
4. 음식·음료 및 기호물
5. 化學方法에 의하여 製造될 수 있는 物質 및 醫藥
6. 변종 식물 및 동물
7. 핵변환 방법에 의해 製造될 수 있는 物質

그럼에도 불구하고 위에 나열한 項目中에 4~6項 物質의 製造를 위한 方法에 대해서는 特許를 받을 수 있다.

科學的 發見은 發明이라 할 수 없기 때문에 特許를 받을 수 없음은 당연하다 할 수 있다.

精神的 活動을 위한 規則이나 方法, 질병의 처방이나 치료법, 변종 동식물은 特許로 保護되기에는 適合하지 못하다.

그러나 中共은 변종 동식물자원이 풍부하기 때문에 政府는 그들의 開發에 대해 중요성을 두고 있으며 그들의 保護를 위하여 特許法을 制定코자 하고 있다.

현재까지는 種子保護法이 試案作成중에 있다.

소프트웨어등과 같은 다른 技術에 대해서도 또한 法的 保護를 준비중에 있거나 계획중에 있다.

핵변환 方法에 의해 製造될 수 있는 物質은 國家 防衛 및 安全과 밀접하게 관련되는 것이기 때문에 일반적으로 特許로서 保護를 받을 수 있는 範圍안에 두지 않는 것이 통상적인 견해이며, 實際로 모든 國家들이 特許法에서 不特許事由로 하고 있다.

그러나 다음에 열거한 사항에 대해서는 特許를 받을 수 있다.

1. 음식물의 범주에 포함되지 않는 동물의 사료는 特許받을 수 있다.

2. 밴드·거즈·무기질 시멘트·시험 및 진단재료 등과 같이 인체에 직접적으로 사용하지 않는 것은 醫藥과 관련된 不特許事由에 포함하지 않는다.

3. 또한 위생재료·외과 및 치과 재료·음식·장비 및 호스경의 소독을 위한 物質도 特許받을 수 있다.

4. 처방이 필요없는 약용치약, 약용비누 및 뷰티파우더와 같이 약물을 포함하여 매일 사용되는 化學物質 및 화장품등은 特許를 받을 수 있다.

新規한 化學式 및 사용방법 등도 또한 法에 따라 特許로서 保護받을 수 있다.

物質의 用途는 製造特許로서 保護받을 수 있다.

非化學的 方法을 통하여 얻어진 物質 및 미생물 또는 유전공학을 이용하여 획득한 産物등도 또한 特許出願의 對象物이 될 수 있다.

촉매등과 마찬가지로 야금 및 합금분야에서도 特許를 받을 수 있다.

여기서 化學物質이란 化學方法에 의해서 얻어진 物質로서 단일 化合物과 같이 化學反應의 직접적인 결과로서 얻어진 것이다.

코팅재 또는 충전재등과 같은 혼합 조성물이나 單一化合物중에 촉매와 같은 것은 化學物質로 취급하지 않는다.

일정한 형태를 갖지 않는 살충제등과 같은 化學物質도 特許法上 化學物質로 취급하지 않는다.

化學物質이 一定한 形態나 構造를 가지는 産物을 製造하는데 使用될 경우에 그렇게 製造된 産物은 더 이상 化學物質로 취급되지는 않는다.

効率的인 成分으로서 造成物에 使用되는 化學物質은 그대로 인정을 받는다.

하지만 이들에 있어서 當該 化學物質이 물과 같이 特許받을 수 없는 非効果的인 立體들과 함께 혼합된 造成物에 있어서 單一의 効果的인 成分이라면 모두 特許를 받을 수 있다.

그러나 단순한 메카니즘的 手段으로 몇개의 成分을 혼합하는데만 쓰이는 方法은 特許를 받을 수 없다

컴퓨터 프로그램／소프트웨어 및 미생물

法에서 특별히 보호되지 않는 몇가지 分野가 있는데 예를 들면 컴퓨터 프로그램과 미생물등이 있다.

法에서 特別히 언급된 바는 없지만 어떤 컴퓨터 프로그램이 効果的인 結果를 創出하는 特殊한 하드웨어의 일체를 구성하는 한 부분일 때에는 特許를 받을 수 있다.

대체로 많은 국가에서는 著作權法으로 컴퓨터 스프트웨어를 保護하고 있다.

현재 中共은 컴퓨터소프트웨어의 法的 保護를 확실하게 하기 위한 著作權法의 制定을 위한 노력을 계속하고 있다.

그동안에 中共 電子産業部의 컴퓨터 産業廳은 컴퓨터소프트웨어의 保護에 역점을 두어 왔으며, 현재 컴퓨터소프트웨어의 保護에 관한 特別法 試案을 作成중에 있다.

準備 試案은 앞으로의 法律行爲를 위하여 완성될 예정이다.

特許法 實施細則에 따르면 미생물 자체로는 特許保護의 對象物이 될 수 없다. 하지만 미생물을 이용한 製法 및 産物에 관한 發明特許出願은 特許를 받을 수 있다.

公衆이 용이하게 얻을 수 없는 미생물을 이용한 發明일 때에는 그 出願人은 當該 出願日前 또는 當該 出願日까지 特許局이 지정한 寄託機關에 當該 미생물의 見本을 寄託해야 한다.

中共이 어떤 技術分野를 그 分野의 發明活動을 저해할 우려가 있는 데도 불구하고 特許保護로 부터 배제시키는 가에 대해서는 몇가지 이유가 있다. 그에 대한 中共 法律家들의 공통적인 見解는 다음과 같다.

첫째, 特許制度가 처음 시도되어 審査官등의 경험있는 專門家가 부족하다.

둘째, 特許出願으로 부터 배제된 技術分野는 國家經濟 및 國民生活에 기본적으로 중요한 것들이다.

工業的으로 發展한 國家들과 비교해 보면 현재 이들 분야의 技術水準은 아직까지 뒤떨어져 있듯이 명백하다.

덧붙여 先進國들을 포함하여 많은 국가들의 特許歷史를 보면 우리와 거의 類似한 政策을 채택하였으며 그들의 發展後에 特許保護의 範圍를 확대해 나갔음을 알 수 있다.

그러나 中共은 배제된 技術分野의 範圍를 단계적으로 줄여 나갈 것이며 國家의 필요성을 기초로 하여 特許保護의 範圍를 점차로 확대해 나갈 것이다.

이것은 외부와의 技術·經濟·交換 및 外國과의 貿易 促進이라는 관점에서 開放政策에 따른 필수불가결한 단계가 될 것이다.

맺 는 말

수 많은 外國의 關係者들과 企業들이 中共 特許法에 뜨거운 관심과 열렬한 반응을 표시하였다.

그러나 特許保護의 範圍에 관한 制限에 관하여는 때때로 불만을 나타내곤 하였다.

實際로 처음부터 中共은 外國人이 그들의 發明이나 考案을 위한 特許出願이나 그들의 先進技術을 中共에 移轉하기에 좋은 환경을 조성하려고 노력하여 왔다.

特許法이 公表된 이래로 中共은 外國人의 정당한 特許權의 보다 나은 保護를 위한 대책을 강구하여 왔다.

中共과 같은 開發途上國에 있어서는 처음단계에서 몇가지 技術 分野에 관한 어떠한 制限을 갖는 것은 불가피하다고 할 수 있다.

이러한 입장은 中共이 特許制度에 관한 보다 많은 경험을 축적한 후에는 점차로 바뀌어질 것이다. 〈㈜〉