

## 中共進出과 特許 制度 (1)



鄭 泰 連  
〈辨 理 士〉

### I. 머리말

中共進出에 대한 企業의 關心이 高潮되어 西海岸開發問題로까지 이어지고 있다. 이러한 關心은 1988년 4월 1일 大韓商工會議所에서 開催된 “中共進出企業에 대한 中共工業所有權制度說明會”에 많은 聽衆이 雲集한데서도 엿볼 수 있다.

企業의 外國進出에 있어서, 그 나라의 工業所有權制度의 內容을 把握해둘 必要가 있다는 것을 우리나라의 企業이 잘 認識하고 있다는 것은 반가운 일이 아닐 수 없다. 이는 바꾸어 말하면, 우리가 產業技術에 있어서 中共에 對해 優位를 점하고 있다는 自信感에서, 技術優位라는 優越의 地位를 對中共貿易에 利用할 수 있는 길을 摸索하고자 하는 努力의 一環이라고 할 수 있을 것이다.

發明이나 考案을 保護하는 制度로서 特許와 發明者 證의 두가지가 있으나, 特許制度를 採擇하더라도 國家

別로 細部事項에 差異가 있다. 그러나 出願에서 審査를 거쳐 特許가 許與되기까지의 節次는 國家別로 큰 差異가 없고 大同小異할 뿐만 아니라, 그러한 節次는 專門家인 辨理士가 代理하는 境遇가 大部分이므로 發明者 또는 出願인이 그 內容을 알 必要가 적거니와 속속들이 알기도 어려운 것이 事實이다. 그렇다면 中共進出과 關聯된 企業들로서는 中共에서 特許權이 實質的으로 保護받을 수 있는지, 또는 實質的인 保護를 保障받기 위해 어느점에 留意할 것인가를 알아두는 것이 重要하다고 생각된다.

中共은 1978년에 各國의 特許法의 研究하기 위한 活動을 本格化하였고, 1979년에 特許法草案을 作成하기 위한 委員會를 發足시킨 후 5年만인 1984年 3月 12日 第6次 全國人民代表者大會 常任委員會에서 中共特許法이 制定되었으며 1年の 猶豫期間을 거쳐 1985年 4月 1日부터 施行된 것은 널리 알려진 事實이다.

蘇聯과 함께 共產主義 宗主國의 雙壁을 이루는 中共이 發明者證制度가 아닌 特許制度를 採擇한 것은 重要한 意味를 가진다고 보아야 한다. 더구나 西獨의 特許制度를 모델로 하여 만들어진 特許法의 內容이 私有財產制度를 認定하지 않는 共產主義國家의 制度로서는 比較的 合理的이라는 것이 一般적으로 認定되고 있다.

中共의 特許法에 대하여는 本誌에서 1987年度 8月號부터 1988年度 1月號에 걸쳐 絡介된 바 있으므로, 여기에서는 中共特許制度의 法律的 側面에서의 解說이 아니라, 特許制度 그 自體 또는 特許制度와 關聯된 問題로서 우리나라의 企業이 알아두어야 할 事項에 對하여 說明하고자 한다.

여하튼 中共의 特許制度를 特許法 自體만으로 보면 상당히 合理的이지만 共產主義 내지 社會主義라는 政治體制의 틀을 벗어날 수 없는 限界가 있으므로 特許法은 特許法外的 다른 制度의 制約下에 解釋·運用될 수밖에 없음을 항상 念頭에 두어야 할 것이다.

### II. 中共特許制度의 特徵

中共 特許法 第I條는 “社會主義 近代化 建設의 欲求를 充足시키기 위해 發明·考案에 對한 特許權을 保護하고, 發明·考案을 獎勵하며 發明·考案의 擴散과 應用을 助長하고 科學技術의 開發을 促進하고자 이 法을 制定한다”라고 特許制度의 目的에 對하여 規定하고 있다.

바꾸어 말하면 中共이 特許制度를 採擇한 것은 “社會主義 近代化 建設”을 위한 것이요, 特許制度는 “社

會主義 政治體制”의 테두리 안에서만 存在할 수 있고 또 그렇게 解釋·適用될 수 밖에 없음을 留意하여야 한다.

따라서 中共의 特許法이 化學物質이나 醫藥의 發明에 對한 特許를 許與하지 아니하고, 先出願主義가 適用되며, 出願公開 및 審査請求制度를 採擇하고 있고, 特許請求의 範圍의 多項制가 實施되고 있는 등 特許法의 內容은 우리나라의 過去·現在의 特許制度에 비추어 별로 낮설지 않은 것이다.

中共의 特許制度를 理解함에 있어서는 職務發明制度, 紛爭處理節次, 強制實施權制度, 그리고 技術導入契約 등을 살펴보는 것이 보다 重要하다고 생각된다.

### 1. 職務發明制度

中共特許法 第6條에 依하면, “所屬單位の 任務遂行에 또는 그 單位의 物質의 手段을 利用해서 한 職務發明·考案에 對하여 特許出願할 權利는 그 單位에 속한다”고 規定되어 있다. 이러한 職務發明制度는, “被用者, 法人의 任員 또는 公務員(以下 被用者等이라고 한다)이 그 職務에 關하여 發明한 것이 性質上 使用者·法人 또는 職務를 執行하게 한 者(以下 使用者等이라고 한다)의 業務範圍에 속하고, 그 發明을 하게 된 行爲가 被用者等の 現在 또는 過去의 任務에 속하는 것(以下 職務發明이라 한다)에 對하여 被用者等이 特許를 받았거나 特許를 받을 수 있는 權利를 承繼한 者가 特許를 받았을 때에는 使用者等은 그 特許權에 對하여 通常實施權을 가진다”라고 規定된 우리나라 特許法 第17條 第1項의 職務發明制度和 比較할 때 커다란 差異가 있다.

中共의 特許法이 發明·考案에 對해 商品과 같은 價値創造性을 附與하여 權利로서 認定을 하면서도 그러한 權利의 行使에 嚴格한 制限을 加한 것은, 資本主義의 產物인 特許制度를 社會主義에 接木시키는 過程에서 不可避한 措置였을 것으로 생각할 수 있다.

이와 같이 職務發明者의 特許를 받을 수 있는 權利에 對한 處分權을 認定하지 않는 대신, 中共의 特許法 第16條는 “特許權을 所有하거나 共有하는 單位는 職務發明·考案의 發明者나 考案者에게 補償을 해주어야 하며 特許된 發明·考案의 實施에 對해서는 發明者나 考案者에게 擴散, 應用 및 取得한 經濟의 利益의 範圍에 根據해서 補償을 해주어야 한다”고 規定하였으며, 中共의 特許法 實施細則 第6章(職務發明·考案의 發明者 및 考案者에 對한 補償) 第70條 내지 第75條에 詳細한 規定을 두었다. 이에 依하면 特許權 取得後 相當

〈表 1〉 中共發明特許出願現況

區 分		期 間	85. 4. 1~ 86. 3. 31 (12개월)	86. 4. 1~ 86. 12. 31 (9개월)	87. 1. 1~ 87. 9. 30 (9개월)
國 內	非 職 務		1,931	1,279	1,443
	職 務		2,923	1,426	1,491
	小 計		4,854	2,705	2,934
國 外	非 職 務		472	279	263
	職 務		5,225	3,032	2,763
	小 計		5,697	3,311	3,026
合 計	非 職 務		2,403	1,558	1,706
	職 務		8,148	4,458	4,254
	合 計		10,551	6,016	5,960

한 賞金, 每年 實施에 依해 얻은 納稅後 利益의 0.5~2%(特許 또는 實用新案) 또는 0.05~0.2%(意匠)의 報酬, 實施許諾의 境遇 納稅後 受取한 實施料의 5~10%의 報酬 등을 所屬單位(企業)의 發明者에게 支給하는 것으로 明文化되어 있다. 우리나라의 特許法 第8條 第1項이, “被用者等은 職務發明에 對하여 特許를 받을 수 있는 權利 또는 特許權을 契約이나 勤務規定에 依하여 使用者等으로 하여금 承繼하거나 專用實施權을 設定한 境遇에는 相當한 補償을 받을 權利를 가진다”고 規定한데 비하면 훨씬 具體的이라고 할 수 있다.

中共 特許局이 發表한 統計에 依하면 〈表 1〉과 같이 興味로운 傾向을 보이고 있다.

特許出願을 接受하기 始作한 후 1年동안 內國人的 發明特許出願件數는 職務發明이 非職務發明에 비해 壓倒的으로 많았으나 점차 비슷해지는 추세를 보이고 있는데 대하여, 오히려 外國人的 發明特許出願은 職務發明이 90%를 차지하고 있으니 意外라고 할 수도 있다. 이는 中共에서 特許制度가 實施된 후 얼마 되지 않았으므로, 特許出願되는 技術이 企業이나 研究所等 人力과 裝備를 갖추지 못한 個人도 發明할 수 있는 比較的 낮은 水準에 머무르고 있음을 나타내는 것인지도 모르겠다.

또한 內國人的 出願이 增加하고 있는데 대하여 外國人的 出願이 減少하고 있는 것도 注目의 對象이다.

### 2. 紛爭處理節次

中共特許法 第60條에 依하면, “特許權者의 許諾없이 한 것으로 그 特許權의 侵害가 되는 特許實施에 對해서는 特許權者 또는 利害關係人이 特許管理機關(註: 特許法實施細則 第76條에 依하면, 國務院該當管理部門

및 各省, 自治機構, 中央政府의 直轄市, 開放都市 및 經濟特區의 政府가 設置한 特許管理機關을 말함)에 處理를 要請하거나 직접 人民法院에 訴訟을 提起할 수 있다. 擔當特許管理機關은 侵害者에게 侵害行爲의 中止와 損害賠償을 命할 權限을 갖는다. 이에 不服하는 當事者는 누구나 通知를 받은 날로부터 3月以內에 訴訟을 提起할 수 있다. 期間內에 提訴하지 않고 命을 履行하지 않는 때에는 特許管理機關은 人民法院에 強制執行을 請求할 수 있다”고 比較的 詳細하게 特許紛爭處理節次가 規定되어 있다.

한편 同法 第63條는, “他人의 特許를 侵害한 때에는 이 法 第60條에 따라 處理한다. 情況이 深刻한 때에는 直接的인 責任이 있는 者를 刑法 第27條(註: 工業的 또는 商業的 企業이 商標規制에 관한 法律 및 規則을 違反하여 他企業의 登錄商標을 侵害하는 境遇에 直接的인 責任이 있는 者는 3年以下의 懲役, 拘留 또는 罰金刑에 處한다)를 準用하여 刑事責任을 물어 訴追할 수 있다”고 규정하고 있다.

위와 같은 特許紛爭處理節次는 두가지의 問題點을 가지고 있는 것으로 생각된다.

첫째, 特許紛爭이 司法機關이 아닌 行政機關에 의해 處理됨으로써 公正性의 保障이 이루어지기 어려운 憂慮가 있다. 中共의 特許法은 特許紛爭이 司法機關外에 行政機關에 의해서도 處理될 수 있는 것으로 規定하고 있어서, 特許紛爭이 民事的인건 刑事的인건 司法部에 의해 是是非非가 가려지는 것이 當然한 것으로 認識하고 있는 우리에게는 中共의 制度가 生疎하고도 念慮스러운 느낌이 든다. 行政機關이 特許紛爭을, 그것도 內國人和 外國人間의 特許紛爭을 公正하게 處理해줄 것이라고는 믿기 어려운 것이다. 물론 外國人 特許權者가 特許管理機關을 피해서 人民法院에 提訴할 수는 있겠지만, 紛爭處理를 위한 協議가 이루어지고 있는 段階에서 中共의 企業이 자기네 特許管理機關에 紛爭處理를 要請한 경우 人民法院에 重複提訴하기가 어렵거나 實益이 없을 것으로 보이는 것이다.

둘째, 特許權侵害에 대하여는 侵害行爲의 中止와 損害賠償等 民事的 制裁가 原則이고 刑事的 制裁는 例外的으로 認定되므로, 特許權 侵害에 대한 效果인 制裁措置가 未洽하게 될 念慮가 있다.

中共 特許法 第63條에 規定된 “深刻한 情況”이 무엇을 意味하는 것이지 正確히 알 수는 없지만, 同條의 條文構成으로 보아 特許紛爭에 대한 刑事的 制裁는 극히 例外的으로 認定되는 것으로 解釋되는에는 異論의 餘餘가 없는 것으로 보인다. 따라서 特許權 侵害에

관한 紛爭을 行政機關이 處理할 수 있는 점과 함께 刑事的 制裁가 例外的으로 “深刻한 情況”이 있는 경우에만 認定됨으로써 特許權 侵害者에게 嚴格한 刑事的 制裁措置를 내리지 않게 된다면 이는 特許權者를 充分히 保護해 주지 못하는 結果가 되는 것이다.

中共에 進出한다는 것은 貿易, 즉 商品의 輸出入과 現地工場의 運營을 생각할 수 있다. 그러한 두가지 方法中 어느 경우에도 競爭이 必然的이고 이러한 競爭의 道具요 武器로서 特許權이 重要함은 말할 것도 없다.

特許權이 侵害되었을 때 侵害者에게 嚴格한 制裁가 加해지지 않는 것은 特許權이 無用之物이 되는 것과 마찬가지로 競爭의 武器가 쓸모없이 되는 것을 意味한다. 事態가 이렇게 된다면 어느 外國企業도 中共에 進出하고 技術을 移轉하려고 하지 않을 것이며 中共이 特許制度를 施行한 意義는 半減되고 말 것이다.

先進國의 高度技術을 必要로 하는 中共으로서의 外國企業이 特許權保護에 疑懼心을 갖지 않아도 되도록 特許制度를 運用하겠지만 우리나라대로의 對備策을 세워 두어야 할 것이다.

### 3. 強制實施權

中共 特許法 第51條는 “特許權者는 中國에서 그 特許製品을 製造하거나 그 特許方法을 使用할 義務를 가지며 他人에게 實施許諾하여 中國에서 그 特許製品을 製造하거나 그 特許方法을 使用하도록 할 義務를 진다”고 規定하고 있고,

同法 第52條는 “發明 및 實用新案의 特許權者는 特許權이 附與된 날로부터 3年이 經過할 때까지 正當한 理由없이 第51條에 規定된 義務를 履行하지 않는 때에는 特許局은 實施資格을 具備한 單位의 申請에 의하여 特許를 實施한 強制實施權을 附與할 수 있다”고 規定하고 있다.

中共 特許法 第51條가 “特許權者의 義務”에 대하여 規定하고 있는 것은 “特許權의 內容”만을 規定하고 있는 우리나라 特許法에서 찾아볼 수 없는 規定일 뿐 아니라 “中共 國內에서의 特許製品製造 또는 特許方法의 使用”을 特許權者의 義務로서 明白히 規定하고 있는 것은 特許製品의 輸出을 위한 橋頭堡로서 特許를 받고자 하는 思考方式을 가진 우리가 注意를 요하는 內容이라 하겠다.

中共의 強制實施權制度는 우리나라 特許法 第51條 내지 第51條의 8에 걸쳐서 規定되어 있는 “通常實施權 設定의 裁定”에 관한 規定과 類似한 內容이라고 볼 수 있으나, 우리나라에서는 特許權의 收用·實施 등에 관

한 規定 第6條에 特許發明不實施의 正當한 理由가 規定되어 있으나, 中共特許法實施細則에는 그와 같은 規定이 없으므로 中共特許法上的 強制實施權制度는 關心의 對象이 아닐 수 없다.

元來 特許의 強制實施權은 先進國과 後進國間에 利害가 相反되는 制度로서, 工業所有權의 國際的 保護를 위한 同盟條約, 소위 파리條約의 第5條 A(2)에 의해 認定되고 있으나, 이 條項의 改正與否가 先·後進國間의 爭點이 되고 있다. 아 물론 우리의 技術水準이 中共의 強制實施權制度에 關心을 갖게 될 程度에 이르렀다면 이는 기꺼운 일임에 틀림이 없다.

#### 4. 技術導入契約

中共國務院은 1985年 5月 24日 字로 “技術導入契約管理條例”를 公布하여 施行하고 있는데, 그 內容中에는 우리의 關心을 끄는 部分이 있다.

同條例의 第9條는 “讓渡側은 讓受側에 不完全한 制限의 要求를 强要할 수 없다. 審査機關의 特別한 認可

를 얻지 못한 때에는, 契約에 다음에 列擧한 制限的 條項을 挿入할 수 없다”고 規定하고 “8. 讓受側에 契約滿了後 導入技術을 繼續하여 使用하는 것의 禁止”를 例로 들고 있다.

이는 바꾸어 말하면 特許權에 對한 實施許諾을 하는 技術導入契約을 5年期間으로 締結한 後 그 契約期間이 滿了된 境遇, 該當 特許權의 存續期間이 남아 있어도 特許權者가 技術導入者에게 實施料를 請求하거나 노우·하우의 使用中止를 要求할 수 없다는 內容이므로 우리의 常識으로는 도저히 理解하기 어려운 規定인 것이다. 이러한 規定에 의해서도 中共에서 取得한 特許權은 상당한 制限을 받지 않을 수 없는 것이다. 우리나라의 경우, 製品輸出의 制限이나 一定比率以上の 廣告費支出을 義務化하는 條項이 있는 技術導入契約은 不公正契約으로서 政府가 承認 또는 受理하지 않는데 대해 技術導入先이 納得하기 어렵다고 하는 것과 關聯시켜 생각해 볼 問題이다.

〈계속〉

## 韓國發明特許協會新刊案內

국내 최초 발간!

中共工業所有權制度 판매 중

◎ 中共市場進出을 위한 特許管理 지침서 ◎

**中共工業所有權制度**

册內附錄：英·中·韓 工業所有權用語

규 격：국판 296면

편 역：한국발명특허협회

가 격：5,000원

**美國工業所有權法**

규격：국판 284면  
편역：한국발명특허협회  
가격：6,000원

**英國工業所有權法**

규격：국판 304면  
편역：한국발명특허협회  
가격：8,000원

**프랑스工業所有權法**

규격：국판 160면  
편역：한국발명특허협회  
가격：2,500원

販賣處：韓國發明特許協會 資料販賣센터 (Tel. 568-8263)