論 壇

特許制度의 根據論(完)

李 永 弼
〈辨理士〉

목 차

Ⅰ. 特許制度의 根據
Ⅱ. 發明保護制度에 관한 學說
Ⅲ. 特許制度와 利害關係
Ⅳ. 特許法 第1條의 說明
Ⅴ. 技術의 進步發展
Ⅵ. 特許制度의 批判論과 廢止論

〈고딕은 이번호, 명조는 지난호〉

Ⅴ. 技術의 進步發展

1. 公益을 보호하기 위한 수단

앞에서 설명한 特許權의 보호는 특허권자 개인의 이익을 보호하기 위한 것인데 대하여, 기술의 進步發展圖謀는 사회적 이익 즉 公益을 보호하기 위한 것이라 말할 수 있다.

따라서 特許制度는 私益과 公益의 調和에 의하여 그 목적을 달성할 수 있고, 산업발전을 기할 수 있다.

기술의 進步發展은 발명의 公開와 발명의 實施에 의해 이루어지고, 이들없이는 特許制度의 目的을 달성할 수 없다.

2. 發明의 公開

發明技術의 발전은 발명자만 알 수 있으면 발전할 수 없다. 여러사람이 그 발명내용을 알 수 있어야만 그 내용을 검토한 후 더 낳은 발명을 할 수 있고, 기술발전을 도모할 수 있다.

다른 사람이 특허된 발명을 알게 할려면 정부(特許廳)에서 官報(特許公報, 特許公開公報)에 게재함으로서 알 수 있다.

비밀상태, 비밀로 보존되어 있는 발명은 기술발전을 저하시켜 산업발전을 도모할 수 없다.

發明을 장려하고 촉진시키기 위해서는 발명의 公開뿐이다.

政府는 발명의 內容이 상세히 기재된 명세서를 일반국민에게 공개해야 한다. 발명의 내용이 정부·관계학계, 학회, 산업계 등에게 신속하게 제공되어서 사회의 연구활동이 현저하게 자주 촉진되고 더 낳은 연구, 기술의 창조와 개발에 연결된다. 이 때 발명은 자유로운 기술적 이용과 함께 연구적 이용에 제공되어 새로운 발명을 하게되는 촉진제가 되고 이것이 더 나아가 과학기술의 향상 산업발전에 공헌하게 된다.

3. 發明의 利用

1) 발명의 실시는 상대적인 의무

특허의 保險는 발명의 이용에 의해서도 이루어진다. 발명의 이용은 이를 실시라고도 하는

데, 이를 기업에서 직접적, 적극적으로 실시하여야 하며, 실시하지 않은 발명은 죽어 있는 발명과 같다.

발명을 기업에서 실시함으로서 기업에게 많은 이윤을 가져오며 또한 발명의 실시는 자기자신의 실시뿐만 아니라 他人의 실시도 포함한다.

발명의 실시는 발명의 공개와 더불어 기술의 진보발전에 반드시 요구되며 발명의 공개가 특허를 받기 위하여 발명자에게 부과되는 절대적 의무임에 반하여, 발명의 실시는 일정한 조건하에서 특허권자에게 부과되는 상대적 의무인 점에서 양자의 본질적 차이가 있다(鄭寅風, 特許法 概論 p21).

2) 一般的인 實施傾向

발명의 실시는 일반대중이 이를 이용하는데 관심을 집중시켜야 한다. 자기의 발명이 일반대중에게 인정되어 활용되어야만 소기의 목적을 달성할 수 있다. 이것이 발명자와 특허권자의 희망이다.

더욱 발명의 실시가 經濟的 利益의 獨占에 직접 연결되는 이상, 특허권자는 발명의 실시를 위해 최선의 강구를 할 것이며 또한 실시는 자기자신만의 실시에 그치지 아니하고, 발명실시를 희망하는 타인에게도 적당한 조건으로 실시를 허락함으로써 실시의 보급을 꾀하게 된다.

한편, 발명의 실시는 특허권자, 발명자의 노력에 의해서도 실시하지 못하는 경우도 있다.

특허권을 취득했음에도 불구하고 현실적으로 실시하지 아니하는 권리가 상당 수 있다는 것에 주의해야 한다.

물론 실시하지 못하는 이유는 여러가지 있을 수 있으나 몇가지 이유를 들면 다음과 같다.

① 資金不足때문에 발명을 실시하지 못하는 경우

② 실시화하기 위해서는 관련기술의 개발을 요구하는 경우

③ 발명 후 기술의 낙후화 때문에 실시할 필요가 없는 경우

이상 不實施의 이유에서 보면 발명의 실시를 특허권자에게 의무로서 부과하는 것은 불필요한 부과에 불과하고, 부적당하다고 할 수 있다.

그러나 발명권을 실시할 것인가 실시하지 않을 것인가를 특허권자의 전적인 의사에 맡겨서는 않되는 경우도 있음을 잊어서는 아니된다.

이 경우는 발명을 충분히 실시할 수 있을 뿐만 아니라. 그 발명의 실시가 분명히 사회에 유용한 경우에도 발명이 전혀 실시되지 아니하거나 단지 목적하는 바 데로 실시되지 못하는 경우가 있기 때문이다.

이러한 점을 고려해서 여러나라에서는 특허권 중에 특별규정을 두어 산업계의 요청이나 공익상의 요청에 의거 적당히 실시하도록 特許權者에게 일종의 의무를 부과하는 제도를 강구하는 나라도 있다.

3) 발명의 研究的 利用

발명을 연구용·시험용으로 이용하는 경우도 발명의 이용에 포함되나, 제3자가 研究·試驗을 위해서 발명을 이용하는 경우는 特許權의 效力이 미치지 아니하는 範圍(特 96)에 해당하며, 또한 특허권의 侵害가 아니다.

또 특허발명의 이용이 개인적·가정적으로 실시하는 경우도 위와 같다.

이들은 통상 原으로의 실시라고 볼 수 없기 때문이다.

4) 發明의 自由實施

① 實施의 獨占과 그 解除

특허권자는 특허실시를 독점하여 제3자는 특허권자의 허락없이는 特許權存續期間 중에는 실시할 수 없다.

그러나 특허권자의 存續期間 만료후에는 누구든지 자유로히 실시할 수 있다.

따라서 특허제도는 권리자에게 무한정으로 개인에게 절대권을 부여하는 것이 아니고, 일정기간 범위내에서만 인정하고, 그 후에는 주민 누구나 자유로히 실시할 수 있게 함으로써 私益과 公益의 조화를 도모하고 있다.

② 實施의 獨占權에 대한 異義

특허권은 특허권존속기간 중에는 절대권 즉, 제3자는 특별한 이유없이는 실시할 수 없으므로 이에 따른 부작용을 거론하는 사람도 있다.

즉, 一個人에게 장기간 동안 독점권을 줌으

로서 제3자의 실시를 제한하게 하여 産業政策上 부당하다는 이의를 제기하는 사람도 있다.

그러나 이는 부당하다고 생각한다.

발명자가 오랫동안 피땀흘려 창작한 발명을 국민누구나 자유로히 실시하게 한다면 발명의 욕과 발명의 기업화 의욕을 위축시켜 산업발전을 저해하게 된다.

4. 第3者의 實施

앞에서 말한 바와 같이 第3者는 특허권존속기간 중에는 특별한 사유(예컨데 특허법 제96조. 특허권의 효력이 미치지 아니하는 범위)가 없는 한 실시할 수 없다.

그러나 특허권자로부터 실시허락을 얻은 경우, 법률의 규정에 의해 실시할 수 있는 法定通常實施權(特 103, 104, 105, 39, 182, 183)에 해당하는 경우, 特許廳의 裁定에 의해 實施(特 107)하는 경우에는 제3자도 실시할 수 있다.

이하 제3자가 실시할 수 있는 경우는 다음과 같다.

1) 實施權이 존재하는 경우

① 허락에 의한 통상실시권(特 102).

② 專用實施權(特 100).

2) 法定實施權이 존재하는 경우

① 직무발명에 의한 통상실시권(特 39).

② 先使用에 의한 통상실시권(特 103).

③ 多數審判請求등록전의 실시에 의한 통상실시권(特 104).

④ 의장권의 존속기간만료후의 통상실시권(特 105).

⑤ 質權競落에 의한 통상실시권(特 122).

⑥ 再審에 의하여 회복한 특허권에 대한 선사용자의 통상실시권(特 182).

⑦ 재심에 의하여 통상실시권을 상실한 원권리 자의 통상실시권(特 183).

3) 特許廳의 決定에 의해 실시할수 있는 경우.

① 통상실시권설정의 裁定(特 107).

② 통상실시권허여심판에 의해 특허권을 통상할 수 있는 권리.

4) 特許權의 效力이 미치지 아니하는 범위에 해당하는 경우(特 96).

① 연구·시험하기 위한 특허발명의 실시.

② 국내를 통과하는데 필요한 선박·항공기·차량 또는 이에 사용되는 기계·기구·장치 기타의 물건

③ 특허출원시부터 국내에 있는 물건

④ 2이상의 의약을 혼합함으로써 제조되는 의약의 발명 또는 2이상의 의약을 제조하는 방법의 발명에 관한 특허권의 효력은 약사법에 의한 조제행위와 그 조제에 의한 의약에는 미치지 아니한다.

5. 不實施의 制裁

특허권자는 특허발명을 실시할 의무가 있으며, 이를 정당한 이유없이 실시하지 아니하는 경우에는 不實施에 의한 강제실시권의 대상이 되며(特 107) 또한 特許廳長은 특허권자·전용실시권자 또는 통상실시권자에게 특허발명의 실시여부 및 그 규모 등에 관하여 보고하게 할 수 있다(特 125). 만약 특허청장으로부터 특허발명의 실시보고를 받았는데도 불구하고 정당한 이유없이 응하지 아니한 경우에는 過怠料의 對象이 된다(特 232).

6. 産業發展

1) 特許制度의 최대의 목적

특허제도의 최대의 목적이자 이상은 산업발전에 있다.

특허법 제1조에는 발명을 보호·장려하고 그 이용을 도모함으로써 기술의 발전을 촉진하여…. 라고 규정하고 있으나 이것이 특허제도의 궁극의 목적이 될 수 없고 어디까지나 궁극의 목적은 産業發展에 있다.

2) 特許權의 制限과 義務

이와 같이 특허제도의 목적이 산업발전에 있으므로 산업발달에 저촉되거나 발명을 보호함이 오히려 산업을 억압하고 公共利益을 저해하는 경우에는 특허권자에게 일정한 의무를 과하고 나아가서 일정한 제재나 불이익을 지우는 경우도 있다. 이에 대해서는 이미 설명하였으므로 설명은 생략한다.

Ⅵ. 特許制度의 批判論과 廢止論

1. 特許制度의 批判論

앞에서 설명한 바와 같이 특허제도는 技術發展을 촉진하여 산업발전에 크게 이바지하는 제도라고 하였으나 한편으로는 최근에 이르러서는 特許制度를 시인하면서 그 수정을 요구하는 사람이 점차 늘고 다다.

그 대표적 비판은 特許制度가 너무 선출원을 보호한다는 점과 너무 선진국이 특허제도를 독점하고 있다는 점이다.

1) 先出願者過保護

우리나라를 비롯하여 獨逸法界에 속하는 日本·대만·중국·독일 등 국가는 선원주의를 채택하고 있으므로 이 주의로 인해 많은 비판을 받고 있다.

技術競爭이 날로 심화되고 특허제도가 정착해 감에 따라 출원 건 수가 증가하면 내용이 동일한 발명이 전혀 관련없는 사람에 의해 창작하는 경우가 많다.

모든 사람이 발명을 창작했다 해서 특허를 부여하는 것이고, 그 중에서도 제일 먼저 출원한 사람에게만 특허가 허요되고, 늦게 출원한 사람이나 출원도 하지 아니한 사람은 특허를 받을 수 없고 보호도 받을 수 없다.

이렇게 되면 同一發明을 늦게 출원한 사람에게는 많은 피해를 입게되어 양자간에 불균형을 초래하여 特許制度에 비판을 가하게 된다.

그러나 이러한 비판은 어디까지나 지엽적인 비판에 불과하여 큰 문제는 없다고 생각한다. 왜냐하면 발명자간에도 서로 기술경쟁을 하여야만 기술발전이 되고 특허제도가 발전해 나가는 것이 된다.

따라서, 앞으로 발명을 하려고 하는 사람들은 先願制度가 있다는 사실을 알고 있으면 귀중한 발명을 다른 사람에게 빼앗기지 않을 것이다.

2) 先進國偏重論

사실 특허제도는 선진제국이 거의 독점하고 있다 하여도 과언이 아니다.

개발도상국가들은 여러가지 이유로 인해 선진국가들과 같이 발명할 능력과 발명할 여건이 갖추어져 있지 아니하므로 자연 特許制度는 선진국중심으로 운영되어 왔고, 특허권도 선진국들이 독점하고 있다해도 틀린 말이 아니다.

그러나 국제경쟁력에 대처하고 승리하기 위해서는 기술발전 밖에 없으며, 기술발전을 높이기 위해서는 기술 정책을 국가에서 과감히 펼쳐 나가야만 한다.

3) 出願 및 審判盜用 過多

특허제도는 이상적인 제도이긴 하나 발명자가 이를 권리화하기 까지 특허청, 대리인 등에게 들어가는 비용이 과다하고, 또 분쟁이 발생하였을시 심판·소송비용이 과다하다는 비판이 있다.

2. 特許制度의 廢止論

1) 自由貿易說에 입각한 廢止論

19C 중엽에 유럽 여러나라에서는 무역하는데 어떠한 제한과 장벽이 있어서는 않된다는 自由貿易主義를 제창했었던터라 特許制度도 이의 영향을 받아 폐지론이 점차 확산되기 시작하였다. 사실 特許制度는 특허권자 1개인에게 독점을 주게되므로 다른 사람이 특허권을 실시할 수 없다. 따라서 특허권이 있으면 특허권자 때문에 자유롭게 무역도 할 수 없다.

이런 점 때문에 자유무역론자는 특허제도의 폐지를 주장하였던 것이다.

이 영향을 받아 화란은 1817년에 채용한 특허법을 1869년에 폐지하고 약 40년의 공백기간을 거친후 1910년에 다시 부활시켜 오늘에 이르렀다.

그러나 폐지론의 주장은 오래 계속되지 않았다. 왜냐하면 1873년의 대불황과 19C 종말 대다수 국가에서 대두한 國家主義와 保護貿易主義 때문이다.

이 폐지론은 현재에는 주장하는자가 없으며, 오히려 技術發展과 특허제도의 활성화를 기하기 위해서 각국마다 대책을 수립하고 있는 실정이다. 〈♣〉