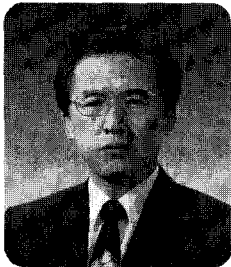


# 개정법에 의한 의장조기공개제도



이수웅 · 변호사

## 목 차

- I. 의 의
- II. 본 제도의 취지
- III. 출원공개 대상
- IV. 출원공개 절차
- V. 제3자의 정보제공
- VI. 출원공개 효과
- VII. 출원공개제도와 출원공고제도

〈이번호에 전제〉

## I. 의 의

의장등록출원 공개제도는 1996. 7. 1일부터 시행되며, 1995. 12. 29일자로 공포된 법률제5082호에 의해 개정된 법에서 도입된 제도이다.

의장등록출원공개제도는 특허출원공개제도와는 약간 다른 자기출원공개제도이다.

즉, 의장등록출원공개제도는 의장등록출원인이 자기가 의장등록출원한 의장등록출원내용을 의장

공보에 게재하여 일반인에게 알려달라는 제도이다.

이에 대해 특허출원공개제도와 실용신안등록출원공개와 같이 출원인 자신이 일반인에게 공개신청을 하는 것이 아니고 출원일로부터 1년6개월이 경과하면 특허청에서 의무적으로 공개한다.

특허법이나 실용신안법에서도 이번 개정시 의장법과 같이 자기출원공개제도를 도입하였으며, 특허의 자기공개제도는 의장의 자기공개제도와 동일하다.

## II. 본 제도의 취지

### 1. 2중출원, 2중투자 등 방지

의장등록출원공개제도의 취지는 심사의 촉진과 심사의 완전성을 기하고 또한 2중출원, 2중연구 및 2중투자를 방지하기 위한 제도이다.

중전의 법률만 하더라도 의장은 계절성·유행성에 따라 민감하게 변하고 모방이 용이한 점을 고려하여 출원공개제도를 고려하지 않았으나, 의장등록출원의 증가와 의장고안자의 2중투자, 2중연구 및 2중출원을 방지하기 위해서 이번 현행법에서 도입한 것이다.

물론, 의장의 출원공개제도는 의장등록출원인 스스로 자기공개하는 것이기 때문에 공개제도의 효과에 한계는 있다고 하겠으나 출원하자마자 다른 경쟁업자들이 출원된 의장과 동일, 유사하게

실시하면 의장등록출원인은 의장등록출원내용을 즉시 특허청에 공개신청하고, 의장등록출원내용이 의장공보에 공개되면 모방업자에게 경고장을 발송하면 그 때부터 의장법 제23조의3에 의해 보상을 청구할 수 있다.

이 보상금청구권을 의장등록출원인에게 부여함으로써 의장출원공개제도의 의의를 찾아 볼 수 있다.

한편 의장등록출원인이 자기 의장등록출원을 공개하면 신제품을 개발하고자 하는 경쟁업자 또는 의장을 고안하려고 하는 사람들은 의장등록출원하기 전에 먼저 의장등록여부, 출원공개여부 등을 조사한 후 등록여부 가능성을 검토하기 때문에 제3자에게는 2중출원, 2중연구 및 2중투자를 방지할 수 있다.

의장등록출원내용을 공개하지 아니하면 일반 제3자는 자기가 개발하고자 하는 의장, 출원하고자 하는 의장이 출원되었는지, 등록되었는지 모르기 때문에 무조건 출원하게 된다. 그러면 심사시에 다른 사람이 먼저 출원된 사실을 알게 되고 그러면 늦게 출원한 사람은 선출원에 의해 거절당하게 된다.

따라서 늦게 출원한 고안은 지금까지 연구·개발한 공로가 헛수고에 불과하고 또한 연구개발한 비용은 보상도 받지 못하고 손해만 보게 된다. 그러므로 의장등록출원을 공개하면 이런 불이익한 점은 없어지기 때문에 본제도의 의의는 크다고 하겠다.

## 2. 심사의 촉진

경쟁회사간에 기술경쟁이 치열함에 따라 신제품의 개발이 활발해짐으로써 출원건수가 증가되게 되고, 출원건수의 증가로 인해 한정된 특허청의 심사인력만으로는 심사를 원하는 일시에 할 수 없고 심사지연은 심화될 수 밖에 없다.

그러나 의장등록출원의 공개제도 도입에 따라 의

장등록출원의 조기공개신청사건이 많으면 일반인들 또한 경쟁업자가 특허청에 정보를 제공함으로써 심사관은 별도 등록여부에 관한 자료를 조사하지 않고 일반인으로부터 제공된 정보자료만 가지고도 심사할 수 있는 경우가 있기 때문에 자료조사시간을 단축할 수 있어서 심사의 촉진을 기할 수 있다.

## 3. 민간의 심사협력

의장등록출원의 심사는 특허청의 심사인력만으로는 부족하고 또한 특허청에서 입수하고 비치한 자료만 가지고서는 부족하므로 일반국민이 보유하고 있는 증거자료 및 정보자료를 제공받으면 이를 심사에 활용하면 심사의 완전성과 공정성을 기할 수 있다.

## 4. 심사의 용이

출원공개제도는 의장출원내용을 공개하는 것이므로 출원공개된 의장등록출원서에 첨부된 의장의 도면, 사진, 견본은 그것과 동일한 의장에 대하여 후출원을 거절하는 근거로 된다. 따라서 심사관은 동일한 참증이 정보자료로서 제공된 경우에는 별도 참증자료를 조사할 필요없이 정보제공된 자료만 가지고도 심사를 완료할 수 있으므로 심사를 용이하게 할 수 있다.

# II. 출원공개 대상

## 1. 출원 계속중에 있는 의장

출원공개 대상은 현재 특허청에 계류중에 있는 의장등록출원이다. 물론 의장등록출원공개신청대상이 그 의장등록출원에 대한 등록사정이나 거절사정의 등본을 송달받은 후에는 공개대상이

될 수 없다(의장법 23조의2, 3항).

## 2. 출원공개예외

특허청장은 의장등록출원인이 자진하여 의장등록출원공개신청을 한다하더라도 다음의 경우에는 공개를 하지 아니할 수 있다(의장법 23조의2, 2항).

- ① 공공의 질서 또는 선량한 풍속을 문란하게 할 염려가 있다고 인정되는 경우
- ② 의장법 제24조의 규정에 의하여 준용되는 특허법 제41조제1항의 규정에 의하여 국방상 비밀로 취급하여야 하는 경우

- ② 의장의 대상이 되는 물품 및 그 분류기호
- ③ 창작자의 성명 및 주소
- ④ 출원번호 및 출원연월일
- ⑤ 우선권주장의 사실
- ⑥ 기본의장의 표시
- ⑦ 출원공개번호 및 공개연월일
- ⑧ 도면 또는 모형이나 견본의 사실
- ⑨ 의장의 설명
- ⑩ 창작내용의 요점
- ⑪ 기타 필요한 사항

## IV. 출원공개절차

### 1. 공개의 시기

출원공개시기는 의장등록출원인이 최초의 등록사정이나 거절사정이 의장등록출원인에게 송달된 이외에는 어느때든지 출원공개신청할 수 있다.

즉, 출원계속 중에는 언제든지 공개신청할 수 있다. 이점에서 특허출원이나 실용신안등록출원 공개(자진공개제외) 제도와는 다르다.

특허출원공개나 실용신안등록출원공개중 강제공개제도는 출원일로부터 1년6개월 경과 후에 하기로 되어 있다.

### 2. 공개의 방법

출원공개는 의장등록출원에 관하여 다음의 사항을 의장공개공보에 게재하여야 한다(의장법 시행령 1조 4항).

- ① 의장등록출원인의 성명 및 주소(법인인 경우에는 그 명칭·영업소 및 대표자의 성명)

### 3. 출원공개신청

의장등록출원인은 자기의 의장등록출원에 대한 공개를 신청할 수 있다(의장법 제23조의2, 1항)

공개신청서에는 공개신청인(출원인) 및 창작자의 성명, 또는 명칭(법인인 경우), 주소, 출원번호, 출원일자, 의장의 대상이 되는 물품, 분류기호 등을 기재하여야 한다.

### 4. 출원공개를 하지 않는 경우의 통지

특허청장은 법 제23조의2 제2항의 단서규정에 의하여 출원공개를 하지 않는 경우에는 그 취지와 이유를 의장등록출원인에게 통지하여야 한다(의시행령 1조의2) 의장등록출원인이 공개신청한다 해서 전부 공개하는 것은 아니다.

## V. 제3자의 정보제공

일반국민, 법인 등 제3자 등 누구든지 출원공개된 의장에 대하여 당해 의장이 제5조(의장등록의 요건), 제6조(의장등록될 수 없는 의장) 또는 제16조

(선원)의 규정에 의한 의장등록요건 등에 맞지 아니하다는 취지의 정보를 증거와 함께 제출하여야 한다.

상기 사유이외의 거절사정이유(의장법 26조)에 대하여도 정보를 제공할 수 있다고 생각한다. 이에 대하여 어떤 사람은 절차의 간소화와 정보제공의 남용을 방지하기 위해서도 상기 등록요건 및 선원주의에 위반한 경우에 한해 정보제공할 수 있다고 한다. 그러나 출원공개 취지가 심사의 신속성, 심사의 완전성 및 민간인의 심사참여에 있으므로 제3자는 의장의 등록요건 및 선원주의에 위반한 경우 뿐만 아니라 제26조의 거절사정이유인 의장법 제3조(의장의 정의)·제7조(유사의장)·제10조(공동출원)·제11조(1출원주의)·제12조(한벌물품의 의장)·특허법제25조(권리능력)·무권리자에 의한 의장등록출원 및 조약에 위반한 경우 등 사유도 정보제공할 수 있다.

또 법문에도 「... 의장등록요건 등에 맞지 아니하다는...」으로 기재되어 있기 때문이기도 하다.

## VI. 출원공개 효과

의장출원의 내용이 공개되면 제3자가 이를 실시할 수 있으며, 제3자가 실시할 경우 출원인에게는 손해를 입히게 되므로 이를 보호하기 위해서 일종의 가보호의 권리와 성격이 유사한 보상금청구권이 주어짐과 동시에 그 출원에는 소위확대된 선원의 범위를 갖는 선원으로서의 지위를 갖는다. 또 특허청은 공개된 의장출원을 완전하고 공정하게, 또는 심사의 정확과 신속을 기하기 위해서 민간인으로부터 정보제공을 받고, 민간인에게 조사를 의뢰할 수 있는 제도가 마련되고 있다. 또 특

허청은 우선심사제도를 설치하여 의장출원 공개 후 설정등록까지 심사가 늦어짐으로 인해 출원인 또는 제3자가 받는 불이익을 해소하고 있다.

### 1. 경고할 권리

#### (1) 의의

의장등록출원인은 출원공개가 있는 후 그 의장등록출원된 의장 또는 이와 유사한 의장을 업으로서 실시한 자에게 의장등록출원된 의장임을 서면으로 경고할 수 있다(의장법 23조의3, 1항).

이 경고는 경고를 받은 자의 의장(또는 비슷한 의장) 또는 물품이 경고한 사람의 의장(출원인의 의장)과 동일 또는 유사하여 후에 의장등록된 경우에 의장권침해행위가 될 수 있다는 내용을 알리기 위한 것이다.

#### (2) 경고하지 않은 경우

출원공개된 의장과 동일·유사하게 실시한 자에게 경고하지 아니한 경우에는 어떠한가?

이 경우에는 후에 보상금을 청구할 수 없다고 생각한다. 왜냐하면 침해한 사람은 이러한 의장이 특허청에 출원되어 있는지를 모르고 실시하였기 때문이다. 모르고 실시한 자에게 까지 보상금을 청구할 수 없다고 생각한다. 단, 출원공개된 의장임을 알고 실시한 경우에는 예외로 한다.

### 2. 보상금을 청구할 권리

#### (1) 원칙

의장등록출원은 서면으로 된 경고를 받거나 출원공개된 의장임을 알고 그 의장출원된 의장 또는 이와 유사한 의장을 업으로서 실시한 자에게 그

경고를 받거나 출원공개된 의장임을 안 때부터 의장권의 설정등록시까지의 기간동안 그 등록의장 또는 이와 유사한 의장의 실시에 대하여 통상 받을 수 있는 금액에 상당하는 보상금의 지급을 청구할 수 있다(의장법 23조의3, 2항). 이 권리는 공개의 댓가도 청구할 수 있는 권리라기 보다 출원공개된 의장을 타인인 임의로 실시하는 것을 방지하고 타인이 실시할 경우 출원인을 구제하고, 출원인이 받는 이익의 상실을 보장하기 위한 것이다. 따라서 보상금 제도는 발명의 공개와 이에 따른 출원인의 이익상실을 보상하기 위해 존재하는 제도, 즉 출원인과 제3자간의 이익형평을 기하기 위해 존재하는 제도이다.

(2) 보상금 청구권의 성질

이 권리의 본질에 대해서는 여러 학설이 나누어져 있다.

a. 불법행위책임의 일태양으로 보는 설

이 학설은 공개된 의장출원을 제3자가 침해하는 행위는 하나의 불법행위이며 이 불법행위를 한 자에게 책임을 묻기 위해 존재하는 학설이 이 학설이다. 이 학설은 주로 출원인이 가지는 의장을 받을 권리보호라는 시점에서 출원인의 출원공개로부터 설정등록시까지 이르는 과정까지의 권리에 대한 침해보호의 효력으로서 본다.

b. 특수권리설

이 권리는 의장법에 의해 새로 도입된 특수권리라는 학설이다.

c. 부당이득반환청구권 설

출원공개된 타인의 의장을 어떠한 노력없이 실시하여 부당한 이익을 취하는 행위는 사회정의 관념상 용납할 수 없으므로 이를 출원인에게 반환시켜야 한다는 관점에서 보상금청구권의 성질을 설

명하려는 설이다.

이상 학설을 설명한 바와같이 이 보상금청구권은 출원공개에 따른 출원인의 이익상실을 보상하고 나아가 노력없이 타인의 출원을 그대로 실시하려는 자에게 이익을 줄 수 없다는 전제에 입각하여 의장법이 특별히 설치한 제도라고 할 수 있다.

(3) 침해금지 청구등

보상금 청구권의 존재는 출원공개중의 의장에 대하여 다른 청구권을 부정하는가, 혹은 불법행위, 부당이득반환청구권과 중복하여 청구할 수 있는 것으로 해야 하는가에 대해서는 이론상은 그렇게 생각할 수 있다 하더라도 실무상으로는 보상금청구권만이 발생하고 타 청구권은 부정하는 것이 타당하다. 따라서 이 보상금청구권은 침해금지나 손해배상청구권, 특허법에 있어서의 출원공고에 따른 임시보호의 권리와 다르다.

그러면 출원공개된 의장 출원인에게 특허나 실용신안제도에 있어서의 출원공고에 의한 가보호의 권리와 같이 침해금지청구권등을 인정하지 않는 이유는 무엇인가에 대해 고찰해 보기로 한다.

- ① 출원공개된 출원은 아직 심사하지 않는 의장으로서 과거의 예로보아 거절될 확률이 높은 고안이기 때문에 이러한 의장에 대해 의장권과 같은 독점배타적인 권리를 부여하는 것은 제3자에게 불이익이 되어 출원인이 받는 이익과의 균형을 도모하기 위한 것이다.
- ② 또 손해배상을 청구하기 위해서는 침해자의 고의·과실을 요건으로 하며, 출원공개된 출원의 대부분이 등록되지 않은 상태이고 제3자는 이 출원이 등록될 것인가, 아닌가를 판단하기 어렵고 또 고안의 요지를 변경하여 등록을 받는 경우도 있으므로 고의·과실의

개념을 논의하는 것 자체가 불합리하기 때문에 침해금지청구권을 인정하지 않는 것이다.

(4) 보상금 청구를 받지 않는 자

출원공개된 의장을 실시한 제3자가 있더라도 실시한 제3자에게 보상금을 청구할 수 없는 경우가 있다. 즉, 법정통상실시권자로 되는 사람인 선사용권자와 직무발명인 경우의 사용자이다.

(5) 선의실시자인 경우

출원공개되기 전부터 선의로 출원공개된 의장과 동일·유사한 의장을 실시한 자는 어떠한가?

이에 대해서는 학설이 나누어져 있다. 즉, 출원인이 실시자에게 출원공개되었다는 사실을 알리기 위해 경고장을 발송하였는데도 불구하고 계속 실시할 경우에는 보상금을 청구할 수 있다는 설과 이 반대의 학설이 있다.

반대의 학설은 보상금 청구권은 의장법에서 새로 도입된 특수제도로써 출원인에게 불이익을 주는 것을 방지하는 것으로 족하고, 출원공개된 의장과 관계없이 출원공개되기 이전부터 실시한 선의실시자에게까지 보상금 청구대상으로 하는 것은 본제도의 취지에 위배되고 선의실시자에게 많은 피해를 주기때문에 반대설이 타당하다.

(6) 보상금 청구권의 발생요건

- ① 의장출원이 공개되어 있을 것, 의장출원이 의장공개공보에 게재 되었을 것
- ② 제3자가 출원의장과 동일유사 의장을 업으로서 실시하였을 것
- ③ 출원인이 공개된 의장등록출원발명을 업으로 실시하는 제3자에 대하여 경고를 하였을 것, 또는 제3자가 업으로 의장출원을 실시하

는 것이 악의일 것

- ④ 출원공개된 의장이 후에 심사하여 등록사정 되었을 것.

보상금 청구에 있어서 권리설정은 발생요건으로 보는 설과 권리행사의 요건으로 보는 설의 2가지 학설이 있으나 발생요건으로 보는 학설이 타당하다.

왜냐하면, 보상금을 청구하기 위해서는 그 전제조건이 의장출원이 권리설정 되어야하고, 권리설정 되지 아니한 의장출원에 대해서는 어떠한 권리도 부여할 수 없기 때문이다.

(7) 경고에 대하여

(a) 발생요건

보상금을 청구하기 위해서는 출원인이 출원공개된 의장과 동일·유사의장 실시자에게 당해 의장이 출원된 의장인 것을 서면으로 경고할 수 있다.

보상금 청구권은 악의로 실시하는 자에게 청구할 수 있고 선의로 실시하는 자에게는 청구할 수 없다. 따라서 의장법은 실시자가 선의인가, 악의인가를 가려내기 위한 보상금 청구권의 하나로서 서면으로 경고하기로 되어 있다.

(a) 고안의 요지가 변경된 경우

출원공개된 의장이 보정에 의해 고안의 요지가 변경된 경우에는 어떠한가? 그 보정이 원출원의 범위를 확정하거나 변경되었을 때에는 다시 경고를 해야 한다. 그러나 보정한 결과 고안의 요지가 감축되었을 때에는 재차 경고할 필요가 없다.

(c) 경고의 성격

여기서 경고는 경고 후의 생산행위 등을 중지시키기 위한 것이 아니고, 출원공개가 있는 경우에는 경고 후의 행위에 대해 보상금 청구권을 행사한다는 취지의 것으로 해석해야 한다.

(d) 경고를 하게 한 이유

경고를 보상금 청구권의 발생요건으로 한 것은 선의의 제3자를 보호하기 위한 것이다. 즉 출원내용이 의장공개공보에 발표되었다는 것만으로는 제3자가 그 의장등록출원내용을 알고 있다거나 알 수 있었다고 추정하는 것은 너무 가혹하기 때문이다.

의장등록출원내용이 공개된다 하더라도 출원내용을 전부 제3자가 일일이 체크하여 읽어보는 것도 어려운 일이다. 따라서 특허법에 있어서의 출원공고를 근거로 한 임시보호의 권리의 경우와 같은 과실의 추정규정을 적용한다는 것도 불가능하다.

(e) 경고의 예외

경고는 보상금 청구권 행사의 발생요건이다. 경고를 하지 않는 경우에도 보상금을 청구할 수 있다.

즉, 제3자가 출원공개된 의장인 것을 알고 업으로서 그 의장을 실시한 자에 대해서는 경고없이도 보상금을 청구할 수 있다.

이 경우 상대방이 출원공개된 의장임을 알고 있었다는 입증은 출원인이 하지 않으면 아니 된다. 그러나 출원공개는 과실의 추정규정이 적용되지 아니하기 때문에 실무상으로는 경고가 없는 경우에는 특별사정이 없는 한 악의의 고안은 곤란하다.

(8) 보상금 청구권의 행사

(a) 보상금 청구권행사 시기

보상금을 청구할 수 있는 시기는 당해 의장등록출원이 출원공개된 후가 아니면 이를 행사할 수 없다. 의장등록출원은 심사단계에서 많은 수가 거절되는데, 설정등록전의 단계에서 보상금 청구권의 행사를 인정한다면 의장성이 없는 것에까지 보상금 청구권을 인정하는 결과가 되어 제3자에게 너무 가혹하고 법원에 소송이 많이 제기되어 법원

의 업무량이 가중되고 또 거절된 경우에 이해관계 조정을 복잡하게 하는 결과가 된다. 따라서 보상금청구권의 행사는 권리설정된 경우에 한해서 인정한다.

한편 권리설정 되기 전까지는 심사기간이 오래 걸려 보상금을 청구할 수 없는 것으로 인한 피해는 우선심사제도로 커버하고 있다.

즉, 출원인은 출원공개 후 제3자가 당해 의장등록출원과 동일한 의장을 실시하고 있는데 심사의 장기화로 인해 권리설정에 지연되어 보상금청구를 할 수 없는 폐단이 있다. 따라서 법은 이 경우를 고려하여 출원인 또는 제3자에게 우선해서 심사해달라는 청구를 할 수 있는 우선심사제도를 채용하고 있다.

특허청은 우선심사 신청이 있는 의장출원은 요건이 적합한 의장등록출원에 대해서는 우선적으로 심사하게 된다.

(b) 행사기간

보상금은 청구할 수 있는 기간은 권리설정후 3년 이내이다.

이는 불확정기간을 너무 오래 계속시키면 법의 안전을 해칠 우려가 있기 때문이다.

법은 민법 제766조를 그대로 준용하지 아니하고 민법 제766조중 「피해자 또는 그 법정대리인이 그 손해 및 가해자를 안 날」을 「당해 의장권의 설정등록일」로 한 것은 보상금청구권의 행사는 권리설정 후가 아니면 할 수 없기 때문에 출원공개부터 권리설정까지 3년을 경과하는 경우 보상금 청구권은 시효에 의해 소멸되고 행사를 못하게 되는 경우가 있기 때문이다.

(c) 의장권행사와의 관계

보상금청구권과 의장권의 권리행사·임시보호 권리에 의한 권리행사와는 전연 별개로 존재하고

별개로 행사할 수 있다. 보상금청구권은 출원공개 기간중의 실시만을 대상으로 하기 때문에 이를 행사하였다고 해서 의장권등의 행사를 방해할 하등의 이유가 없다.

- ① 수인이 공동의 불법행위로 타인에게 손해를 가한 때에는 연속하여 그 손해를 배상할 책임이 있다.
- ② 공동아닌 수인의 행위중 어느 자의 행위가 그 손해를 가한 것인지를 알 수 없는 때에도 전항과 같다.
- ③ 교사자나 방조자는 공동행위로 본다.
- ④ 불법행위로 인한 손해배상의 청구권은 피해자나 그 법정대리인이 그 손해 및 가해자를 안 날로부터 3년간 이를 행사하지 아니하면 시효로 인하여 소멸한다.
- ⑤ 불법행위를 한 날로부터 10년을 경과한 때에도 전항과 같다. 이상의 준용규정은 가능한 보상금청구권 행사를 임시보호의 권리와 의장권의 행사와 같은 것으로 하기 위한 의도라고 해석된다. 또 본 준용규정에는 없으나 선사용권은 보상금청구권에 적용된다.

(d) 보상금청구권행사에 의한 손해

출원인이 공개된 의장출원을 제3자가 실시할 경우 경고를 한 결과 제3자는 실시를 중지하고 이 중지에 의해 제3자는 손해가 발생한 경우에도 이 규정에 의한 손해배상책임은 생기지 않는다고 해석해야 한다.

(9) 보상금청구권의 소멸

다음의 경우에는 보상금청구권이 소멸된다.

- ① 의장등록출원이 공개된 후 포기·무효·취하된 때 또는 의장등록출원의 거절사정이 확정된 때

- ② 의장무효의 심결이 확정되었기 때문에 의장권이 처음부터 존재하지 않았던 것으로 보게 된 경우

- ③ 권리설정 후 3년간 보상금청구권을 행사하지 아니한 경우

3. 비밀상태의 해제

출원공개제도는 출원내용을 일반국민에게 공개하여 알리는 것이므로 지금까지 비밀상태에 있는 출원내용은 공개로 인해 해제되고 누구나 그 내용을 열람할 수 있고 복사신청할 수 있다.

4. 조사의뢰

특허청은 출원공개 후에 대한변리사회 한국발명진흥회 등 기관에게 공개공보를 제공하여 일반에게 열람시켜 자료를 제공하게 할 수 있고 정보를 조사하게 할 수 있다(특허법 58조 1항 참조)

5. 거절참증

의장등록출원이 의장공보에 공개되면 이것을 근거로 출원중에 있는 후출원은 거절할 수 있다.

6. 우선심사청구

의장등록출원인은 출원공개 후에 출원인이외의 사람이 의장출원공개된 의장을 실시할 때에는 특허청장에게 우선 심사를 신청할 수 있다(특허법 시행령 9조).

7. 이중투자·이중출원 방지

출원공개되면 그 의장출원내용이 제3자에게 알려지므로 의장고안자는 출원공개된 내용과 동일 유사한 것을 출원하지 않으므로 2중출원·2중연구 및 2중투자를 방지할 수 있다.



8. 문헌으로서의 가치

의장등록출원이 공개되면 제3자는 이를 조사하여 앞으로 제품개발에 참작하므로 문헌으로서의 효용성이 있다.

Ⅶ. 출원공개제도와 출원공고제도

의장법에서는 출원공고제도를 채용하고 있지 아니하나, 특허법, 실용신안법 및 상표법에서는 이를 채용하고 있다. 따라서 출원공개제도와 출원공고제도의 차이점을 설명하면 다음과 같다.

1. 양제도의 공통점

양 제도는 출원내용을 일반에게 공개하여 심사의 촉진은 물론 심사의 완전성을 기하며, 또 공개 후 침해자에게 보상금을 청구할 수 있는 권리가 있으며, 공보에 게재 및 공개대상의 예외가 동일하다.

2. 양 제도의 다른 점

(1) 공개시기 및 공고시기

의장등록출원공개시기는 등록사정이나 거절사정등본이 출원인이 송달받기 전에는 공개신청할 수 있다. 이에 대해 출원공고시기는 심사관의 특허출원을 심사한 결과 거절의 이유를 발견하지 못하고 출원공고결정을 하고 그 공고결정등본을 출원인에게 송달하면 순서에 의해 공고하게 된다.

(2) 자진공개 및 강제공개

의장등록출원공개는 자기자신이 스스로 특허청에 출원공개신청하는 것이며, 이에 대해 출원공고는

특허출원을 심사한 결과 거절이유를 발견하지 못하면 당연히 공고해야 하므로 강제로 공고해야 한다.

(3) 공개대상 및 공고대상

의장출원공개의 대상은 등록사정 및 거절사정등본이 출원인이 송달되지 아니한 것, 공공질서나 선량한 미풍양속을 해치는 의장 그리고 국방상 비밀을 요하는 의장은 공개하지 아니한다.

이에 대해 출원공고는 심사결과 거절이유를 발견하지 못한 출원으로서 공고결정한 출원 중 국방상 비밀을 요하는 출원, 선량한 미풍양속을 해치는 출원을 제외한 출원은 공고의 대상이 된다.

(4) 공개의 범위 및 공고의 범위

공개의 범위는 도면 및 의장의 설명이다. 이에 대해 공고의 범위는 출원명세서 및 도면이다.

(5) 심사청구와의 관계

의장에서는 심사청구제도가 존재하지 아니하나, 출원공고는 심사청구를 한 출원에 대해 출원공고제도가 존재한다.

(6) 보정기간과의 관계

출원공개는 보정기간과는 관계없으나 출원공고는 출원공고 결정 등 본전 후에 일정기간의 범위 내에서 보정을 할 수 있다.

(7) 사실행위 및 법률행위

출원공개는 특허청장의 행정처분에 의해 공개하는 것이 아니라 법률의 규정에 의해 출원인이 자신이 공개신청한 의장을 공개하는 것이므로 사실행위이며, 이에 대해 출원공고는 특허청심사관의 출원공고결정에 의거 출원내용이 공고되므로 행정처분에 의한 법률행위이다. **발특9607**