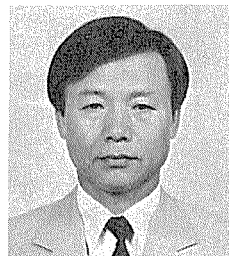


# 특 허 제 도



황 의 창  
특허청 부이사관

특허제도는 발명을 한 자에게 발명에 대한 보상적 성격과 발명의 기술적 내용의 사회적 공개에 대한 대가적 성격으로 일정기간 그 발명에 대하여 사용·수익·처분 등에 관한 독점권을 부여하여 발명을 보호·장려하고 그 이용을 도모함으로써 기술의 발전을 촉진하여 산업발전에 이바지 하려는 것이다.

즉 발명자는 그 발명의 기술내용을 권리화하여 재산권으로 행사할 수 있고 사회적으로는 발명의 욕을 고취시키는 한편 국가적으로는 발명의 기술적 내용이 공개됨으로써 이 분야의 중복투자와 중복연구를 막고 공개된 발명의 기술내용을 기초로 보다 나은 기술을 창작해 냄으로서 국가의 기술산업의 발전에 기여하려는 제도로써 실용신안제도·의장제도·상표제도와 함께 산업재산권 제도의 중요한 부분을 이룬다.

## 1. 발명의 개념

특허법상 발명이란 “자연법칙을 이용한 기술적 사상의 창작으로서 고도한 것을 말한다”고 규정하고 있다. 여기에서 “자연법칙”이라 함은 자연영역 즉 자연계에서 일어나는 일정불변의 필연적인 것으로서 경험에 의해서 발견되는 법칙을 말한다.

예를 들면 “물은 높은 곳에서 낮은 곳으로 흐른다”거나 “통나무는 물위에 뜬다”라든가 “사과가 나무에서 떨어진다는 만유인력의 법칙” 등이다. 따라서 논리학상의 법칙·수리법칙·심리법칙·경제법칙은 자연법칙에서 제외된다.

이와같은 자연법칙은 그 자체로서는 발명이 되지 아니하고 발명이 되기 위해서는 반드시 이용하여야 하는데 그 이용은 전체로서 이용되어야 하며 일정한 확실성을 가지고 동일결과와 반복 가능성을

구비하면 되고 그 자연법칙을 정확하게 그리고 완전하게 인식할 필요는 없고 경험상 얻는 것이면 충분하다.

즉 자연법칙에 기술적 사상을 결합하여 발명을 완성한 것 예를 들면 “통나무는 물위에 뜬다”는 자연법칙을 이용하여 기술적 사상의 창작물인 “배”를 발명한 것 등이다.

“기술적 사상”이라 함은 일정한 목적을 달성하기 위한 합리적인 사상의 체계를 말하는 바 구체성을 띠어야 한다. 따라서 결과가 없는 단순한 착상이나 구현수단이 없는 단순한 희망 따위는 발명이라 할 수 없다.

“창작”이라 함은 사람이 새로운 것을 만들어 내거나 생각해 낸 것으로서 창작의 3요소인 i) 새로운 ii) 만들어 낸 것 iii) 자명하지 않을 것 등의 요소를 갖춘 것을 말한다.

“고도한 것”이라 함은 발명이 속하는 분야의 전문가의 수준에서 자명한 것이 아닌 것으로서 기술적 창작의 수준이 높은 정도의 것을 말한다.

특허법상 발명의 고도성은 상당히 추상적인 개념으로 발명에서 중요한 의미를 단정하기는 어렵다고 할 것이며 실용신안법상의 고안과 구별하는데 그 의의가 있다 할 것이다.

이러한 발명은 적게는 연필에서부터 크게는 원자력에 이르기까지 특허를 받아 놓은 시대이지만 최근 괄목할 만한 것은 “바이오”나 “컴퓨터 소프트웨어”, “초전동” 등 하이테크 분야에서 특허출원이 급증하고 있고 또 식물, 동물의 신 품종 특허 등으로 확대되어 가고 있는 추세에 있다.

## 2. 발명의 종류

### 가. 물건 발명과 물질 발명

“물건 발명”이란 물품이나 기계·기구·장치 및 시설 등과 같은 제품에 관한 발명을 말하고 “물질 발명”이란 원소·화합물·화학물질·조성물·의약품·미생물 등과 같은 물 자체의 발명에 관한 것을 말한다.

### 나. 방법 발명과 용도 발명

“방법 발명”이란 측정방법·제조방법·가공방법·생산방법 등과 같은 방법에 관한 발명을 말하고 “용도 발명”이란 쓰이는 곳이나 쓰는 법 등과 같은 사용용도나 사

용방법·취급방법 등에 관한 발명을 말한다.

### 다. 기본발명과 개량발명

“기본발명”이란 발명이 속하는 기술분야에서 문제해결을 위한 기초적인 업무를 달성한 발명(일명 : 개척발명)을 말하고 “개량발명”이란 기본발명 등 선행발명의 기술적 결함을 해결하기 위한 발명(일명 : 종속발명)을 말한다.

### 라. 결합발명과 비결합발명

“결합발명”이란 수개의 장치 또는 수단·방법 등을 결합한 발명으로서 합체된 새로운 효과를 나타내는 발명을 말하고 “비결합발명”이란 결합이 아닌 발명을 말한다.

### 마. 식물발명

“식물발명”이란 무성적으로 반복생식할 수 있는 변종식물의 발명을 말한다. 예를 들면 굴나무에 접을 붙여 번식하는 경우 개나리를 꺾꽂이로 번식하는 경우 등이다.

## 3. 발명의 특허 요건

### 가. 형식적 요건

우리나라의 특허법은 그 기본적인 사상으로서 출원주의와 공시제도에 의한 등록주의를 채택하고 있다. 즉 발명의 사용사실 유무에 불구하고 최선의 출원자만이 특허를 받을 수 있으며, 특허권은 특허등록원부에 등재한 시점에서 발생한다.

그러나 최선의 출원발명이라고

해서 모두 특허가 되는 것이 아니고 특허를 받을 수 있는 자에 의해 출원되는 것으로서 일정한 법정요건을 구비하고 법률에서 정하고 있는 거절이유에 해당되지 않은 발명일 때에만 특허를 받을 수 있다. 이를 구체적으로 설명해 보고자 한다.

(1) 특허를 받을 수 있는 자의 출원이어야 한다.

발명을 한 자 또는 그 발명을 승계한 자가 특허를 받고자 하는 발명에 대하여 일정한 법정요건을 구비하고 소정의 절차를 거쳐 제일 먼저 특허청장에게 제출한 특허출원서이어야 한다.

(2) 특허절차를 밟을 수 있는 자의 출원이어야 한다.

따라서 대한민국내에 거주 또는 주소를 가지고 있지 않은 외국인, 법인격이 없는 사단 또는 재단, 행위능력 즉 절차 능력이 없는 미성년자·한정치산자·금치산자, 특허관리인에 의하지 않은 제외자 등의 출원은 특허출원절차를 밟을 수 없는 자의 출원으로서의 특허를 받을 수 없다.

### 나. 실증적 요건

발명이라고 해서 모두 다 특허를 받을 수 있는 것이 아니고 그 발명이 산업상의 이용성·신규성·진보성 등 3가지의 요건이 충족되어야 한다.

#### (1) 산업상의 이용성

발명의 산업상의 이용성이란 인간 이외의 사물 즉 공업·광업·농업·임업·어업·수산업 등 산업에

이용할 수 있는 발명을 말한다. 따라서 금융업이나 보험업 또는 의료업과 같은 인체를 대상으로 하는 진단방법이라든가 치료방법 등의 발명은 산업에 이용할 수 있는 발명이 아니기 때문에 특허법상의 발명이라고는 할 수 없다.

## (2) 신규성

발명의 신규성이란 사회일반에 지금까지 알려지지 않은 새로운 발명을 말한다. 앞에서 예시한 바 있는 “연필”의 경우를 본다면 모필 즉 붓 밖에 없었던 시절에 흑연과 점토를 혼합한 필기도구로서 연필을 발명한 것은 “신규성”이 있는 발명이라고 할 수 있다.

특허출원발명의 신규성 판단의 시점은 특허출원시이며 여기에서 “출원시”라 함은 시·분·초까지를 의미하는 개념이다. 또 한 특허출원 발명의 신규성 판단의 지역적 범위는 국내주의(속지주의)를 채택하고 있다.

따라서 외국에서 공지되었거나 공연히 실시된 발명에 대해서는 신규성이 상실되지 않는다.

그러나 특허출원전에 국내 또는 국외에서 영포된 간행물에 게재된 발명에 대해서는 국제주의를 채택하고 있다.

그러므로 특허출원한 발명이 출원전에 국내외에서 반포된 간행물에 게재된 발명인 경우에는 신규성을 상실한다.

이와같이 발명은 특허출원전 공지된 경우에는 원칙적으로 신규성을 상실하나 특허를 받을 수 있는 권리를 가진 자의 발명이 다음의 경우에는 그 날부터 6월이내에

특허출원을 하면 그 발명은 신규성이 있는 발명으로 본다.

첫째, 특허를 받을 수 있는 권리를 가진 자가 그 발명을 시험하거나 간행물에 발표하거나 학술단체가 개최하는 연구집회에서 서면으로 발표함으로써 특허출원전에 국내에서 공지 또는 공연히 실시되었거나 국내 또는 국외에서 반포된 간행물에 게재된 발명의 경우이다.

둘째, 특허를 받을 수 있는 권리를 가진 자가 자기의 의사에 반하여 그 발명이 국내에서 공지·공용되었거나 국내 또는 국외에서 반포된 간행물에 게재된 발명의 경우 세째, 특허를 받을 수 있는 권리를 가진 자가 그 발명을 i) 정부 또는 지방자치단체가 개최하는 박람회 ii) 정부 또는 지방자치단체의 승인을 얻은 자가 개최하는 박람회 iii) 정부의 승인을 얻어 국외에서 개최하는 박람회 iv) 조약의 당사국 영역안에서 그 정부나 그 정부로부터 승인을 얻은 자가 개최하는 박람회 등에 출품함으로써 국내에서 공지·공용되었거나 국내 또는 국외에서 반포된 간행물에 게재된 발명의 경우 등이다. 특허출원전 발명품을 박람회 등에 출품하였거나 간행물 등에 게재한 자가 그 발명에 대하여 신규성을 인정받고자 할 때에는 그 취지를 기재한 서면을 특허출원과 동시에 특허청장에게 제출하고 이를 증명할 수 있는 서류를 특허출원일로 부터 30일 이내에 특허청장에게 제출하여야 한다. 다만 신규성 상실이 자기의 의사

에 반하여 이루어졌을 때에는 이와같은 절차를 밟지 않아도 무방하다.

## (3) 진보성

발명의 진보성이란 지금까지의 기술로서는 쉽게 생각해낼 수 없는 정도의 발명이다.

따라서 그 정도 기술수준의 발명이라면 누가 못하겠느냐 하는 정도의 발명은 진보된 발명이라고 볼 수 없으므로 특허를 받을 수 없다. 모필인 붓밖에 없었던 때에 연필을 발명해 낸 것은 그리 쉬운 일이 아니기 때문에 필기구인 붓 수준으로 볼 때 연필의 발명은 진보된 발명이라고 할 수 있을 것이다. 이러한 특허출원 발명의 진보성 판단시점은 특허출원시이다.

여기에서 “출원시”라 함은 시·분·초까지를 의미하는 개념이다. 또한 진보성의 판단은 당해 출원 발명과 특허출원전에 공지·공용되었거나 국내 또는 국외에서 반포된 간행물에 게재된 발명과 대비판단으로서 출원서에 기재된 발명의 명세서, 도면이 기준이 된다. 발명의 진보성에 관한 판단방법은 일반적 판단방법으로 그 발명의 목적·구성·효과 등 3요소를 기초로 하여 발명의 목적의 특이성·구성의 곤란성·효과의 현저성 유무에 따라 진보성 여부를 판단한다.

그외 참고적 판단으로 상업적 성공·발명의 불실패 여부에 따라 진보성 여부를 판단한다. 계속되는 다음호에서는 “특허출원절차”에 관하여 게재한다.