

# 특허심판 일반



**김현호**

연세대학교 전자공학과 졸업  
명지대학교 겸임교수  
국제지식재산연구원 강사  
기업기술가치평가사  
(현) 특허법인 맥 대표 변리사

## 제1절 특허심판의 의의와 목적

### I. 특허심판의 의의

- 1) 특허심판이란 특허출원에 관하여 심사관이 행한 처분 또는 그 처분에 의해 부여된 특허권에 관한 분쟁을 해결하기 위하여 특허심판원의 심판관합의체에 의해 행해지는 특별행정심판을 말한다.
- 2) 특허심판의 종류는 법정되어 있다. 그러므로 특허청장, 특허심판원장 등의 기간연장불허처분(특허법 15), 절차무효처분(특허법 16①), 불수리처분(특시규 11) 등에 대한 불복은 일반행정쟁송절차에 의한다.

### II. 특허심판의 목적

특허출원에 대한 심사과정에 있어서 출원인에게는 의견서 제출의 기회, 제3자에게는 정보제공의 기회가 주어짐으로써 심사의 적정을 꾀하고 있으나 심사관의 최종처분인 특허거절결정 또는 특허결정에 하자가 있는 경우에는 출

원인 및 관계인뿐만 아니라 일반공중의 권리나 이익을 해치게 되고, 산업발전에 이바지하려는 특허제도의 목적에도 반하게 되기 때문에 이를 시정하려는 데에 특허심판의 목적이 있다.

## 제2절 특허심판의 법적 성격

### I. 특별행정심판적 성격

- 1) 특허심판은 최종심인 대법원과 제1심인 특허법원의 전심으로서 특허법상의 분쟁을 심리·판정하는 특별행정심판<sup>1)</sup>이다.(헌법 107③) 일반행정심판과는 달리 특허분쟁에 관하여는 반드시 특허심판을 거친 후에야 특허소송을 제기할 수 있다.(행정소송법 18 참조)
- 2) 우리 헌법은 행정청<sup>2)</sup>의 처분에 대한 분쟁도 일반법원의 관할로 함으로써(헌법 107②) 행정에 대한 사법적 통제제도(司法的 統制制度)를 확립하고 있으나, 특허관련사건과 같이 고도의 기술적 판단이 요구되는 분쟁에 대하여는 특허에 관한 전문지식과 경험을 갖춘 심판관에 의하여 재

판의 전심절차(前審節次)로서의 특허심판을 행정청에서 행하게 하는 것이 필요하다. 이는 행정청에게 자율적 통제기회를 부여하고 법원의 재판시 전문지식의 활용기회를 갖게 하는 이점이 있다.

## II. 준사법적 행정행위

1) 특허심판은 분쟁에 대한 심판작용이면서, 동시에 그 자체가 행정행위라는 이중적 성격을 가지고 있다. 즉 특허심판은 특허법상의 분쟁에 관하여 사실을 인정하고 법을 적용하여 그 분쟁을 심리·판단한다는 점에서는 사법행위(司法行爲)의 성격을 가지고 있는 반면에 행정청의 의사 표현이라는 점에서는 행정행위의 성격을 가지고 있다. 그러므로 특허심판의 본질은 순수한 사법행위도 행정행위도 아닌 준사법적 행정행위라고 보는 것이 타당하며, 또한 통설이다.

2) 이 두 가지 성격 중 어느 쪽이 더 비중이 큰가는 결국 각국의 입법정책의 문제라고 하겠으나, 우리 헌법은 “행정심판의 절차는 법률로 정하되 사법절차가 준용되어야 한다(헌법 107③)”고 규정하고 있어 심판작용으로서의 성격을 강조하고 있다.<sup>3)</sup>

## 제3절 특허심판의 분류

### I. 심판의 독립성 여부에 따른 분류

#### 1. 독립적 심판

1) 독립적 심판이란 심판의 청구취지가 독립되어 있는 심판으로서 심결이라는 형식으로 판단된다.

2) 통상적으로 심판이라고 할 때에는 독립적 심판을 의미하는데 특허거절결정(특허법 132의3), 특허무효심판(특허

법 133), 특허권의 존속기간 연장등록의 무효심판(특허법 134), 권리범위확인심판(특허법 135), 정정심판(특허법 136), 정정의 무효심판(특허법 137), 통상실시권허여심판(특허법 138), 재심(특허법 178, 179) 등이 여기에 속한다. 독립적 심판에 대하여는 불복이 허용된다.

#### 2. 부수적 심판

1) 부수적 심판이란 그 자체만으로는 독립해서 심판의 대상이 되지 못하고 독립된 본안심판의 청구사항에 부수하거나 본안심판의 청구를 전제로 하는 심판을 말한다.

2) 이러한 부수적 심판에는 심판관의 제척·기피심판(특허법 152①), 참가심판(특허법 156③), 증거보전심판(특허법 157), 심판비용심판(특허법 165) 등이 속한다. 부수적 심판에 대하여는 독립하여 불복이 허용되지 않는 것이 일반적이다.

## II. 심판구조에 따른 분류

### 1. 결정계심판

1) 결정계심판이란 당사자로서 청구인과 피청구인이 대립구조를 취하지 아니하고 청구인만 존재하는 심판을 말한다.<sup>4)</sup> 현행 특허법상 특허거절결정에 대한 불복심판(특허법 132의3), 정정심판(특허법 136) 등이 여기에 속한다.

2) 이러한 결정계심판에 대하여는 참가제도가 인정되지 않으며, 심판비용은 청구인이 부담하는 구조를 취하고 있으며, 일사부재리<sup>5)</sup>가 적용되지 않는다.

### 2. 당사자계심판

1) 당사자계심판이란 당사자로서 청구인과 피청구인이 존재하고 그 당사자가 서로 대립구조를 취하는 심판을 말

1) 일반적으로 행정심판은 널리 행정기관이 행하는 행정법상의 분쟁에 대한 심리·판정절차를 말한다. 이에 대하여 특허심판은 심판대상의 전문성·기술성을 고려하여 채택된 특별행정심판이다.

2) 널리 행정사무를 담당하는 기관을 행정기관이라고 하며, 그 중 행정주체의 의사결정 및 표시권한을 가진 행정기관을 특허 행정청이라 한다. 또한 국가의 행정청을 행정관청이라고도 한다.

3) 김동희, 행정법 1 539면.

한다. 현행 특허법상 특허무효심판(특허법 133), 특허권의 존속기간 연장등록무효심판(특허법 134), 권리범위확인심판(특허법 135), 정정무효심판(특허법 137), 통상실시권허여심판(특허법 138) 등이 이에 해당된다.

2) 당사자계심판에 대하여는 참가제도가 인정되며 심판비용 역시 통상실시권허여심판을 제외하고는 청구인부담이 아니라 패심자가 부담하는 구조를 취하고 있으며, 일사부재리가 적용된다.

### 제4절 준용법규

- 1) 특허법상의 특허심판절차는 민사소송법상의 재판절차 규정을 상당부분 준용하고 있으며 특허법에서 규정하고 있지 않은 사항에 대하여도 성질에 반하지 않는 한 민사소송법의 절차가 준용된다.(헌법 107③)
- 2) 특허심판은 특별행정심판이므로 특허법에서 특별히 규정하고 있지 아니한 사항에 관하여는 성질에 반하지 않는 한 행정심판법의 규정이 준용된다.(행정심판법 43②)

### 제5절 특허심판원

#### I. 법적 지위와 직무

##### 1. 법적 지위

특허심판원은 행정관청인 특허청장의 소속기관이며 특허분쟁에 관한 특허심판사무를 담당하는 심판기관이다.

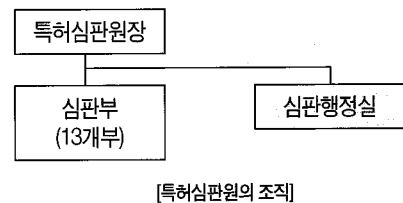
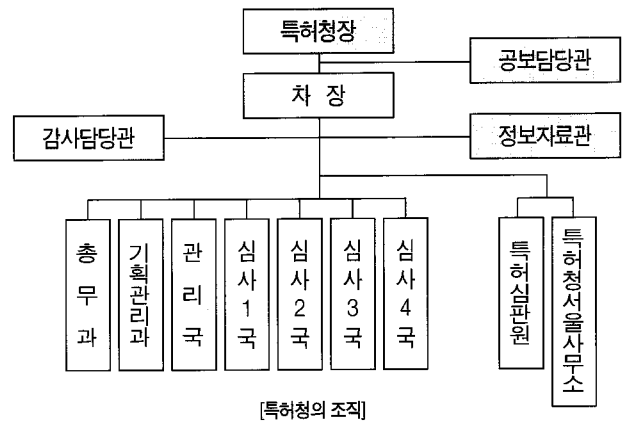
#### 2. 직무

특허심판원은 특허·실용신안·디자인 및 상표에 관한 심판과 재심 및 이에 관한 조사·연구에 관한 사무를 관장한다.(특허법 132의2①)

### II. 조직과 구성

#### 1. 조직

특허심판원은 특허분쟁에 관한 심판기관이면서 동시에 특허청 내부의 기관인 점에 특색이 있다. 이해의 편익을 도모하기 위하여 특허청 내부에서의 특허심판원의 지위와 특허심판원 내부의 조직을 도시하면 다음과 같다.



- 4) 원래 결정계·당사자계심판의 구분은 특허법상의 구분이 아니고 강학상 또는 실무상의 구분이며, 그 근원은 일본의 학설과 실무에 있는 것 같다. 그런데 위와 같은 결정계심판의 정의에 대하여는 법이론상 의문이 제기된다. 왜냐하면 기본적으로 결정계 특허심판은 특허법상의 분쟁을 해결하기 위한 특별행정심판이며, 처분청인 특허청장의 처분(특허거절결정 등)에 불복하는 심판이므로 특허청장이 피청구인으로서 존재해야 한다.(행정심판법 13①, 심판청구는 행정청을 피청구인으로 하여 제기하여야 한다) 특허심판원이 생기기 이전인 항고심판소 시절에는 심판청구서를 특허청장에게 제출하고 또한 주로 서면심리에 의하기 때문에 피청구인의 존재유무에 관하여 주목하지 않은 것 같다. 그러나 이제는 심판청구서도 특허심판원장에게 제출하는 등 공정한 심판기관으로서의 특허심판원의 직무상 독립성을 강화해야 하는 측면에서도 이 문제를 적극적으로 연구해야 하지 않을까 한다. 더욱이 현재 실무상 거의 활용되지는 않지만, 구술심리(특허법 154①)에 의할 경우에는 당사자 대립구조를 원칙으로 해야 할 것이다. 그러므로 법리상 결정계심판(정정심판을 제외함)에도 피청구인이 존재하고, 당사자 대립구조가 존재하는 심판이라고 하여야 할 것이다. 종래의 견해대로 결정계심판에는 피청구인이 존재하지 않는다는 것에 대해 근거가 될 수 있는 특허법 제140조의 2가 정정심판(결정계심판에 포함되지는 않음)에는 적용되지 않는다는 점을 유의해야 할 것이다. 일반행정심판과는 달리 특허법관계에 대하여는 심판기관이 처분청인 특허청장의 소속기관인 점에서 이론구성의 난점이 있기는 하지만, 피청구인의 존재의 인정에 대하여는 적극적인 검토가 필요하다고 보여진다.
- 5) 다만, 정정심판의 경우에는 일사부재리가 적용됨이 타당하며 이에 대해서는 “일사부재리의 원칙”에서 후술하도록 한다.

2. 구성

(1) 특허심판원장

특허심판원에 원장 1인을 두되, 원장은 심판관의 자격이 있는 자로 한다. 원장은 특허청장의 명을 받아 심판행정사무를 통할하며, 특히 중요하다고 인정되는 사건에 대하여는 특허심판원장 스스로 특허법 제 145조의 규정에 의한 심판장이 될 수 있다.(특허청과그소속기관직제 17)

(2) 심판부

① 총원

모두 13개의 심판부가 있으며 현재 심판장 13인과 심판관 26인(총39인)을 둔다.(특허청과그소속기관직제 18①)

② 심판장

심판장이 될 수 있는 자는 특허청 또는 그 소속기관의 3급 이상의 일반직 국가공무원으로서 i) 특허심판원에서 2년 이상 심판관으로 재직한 자, ii) 심판관의 자격을 갖춘 자로서 3년 이상 특허청 또는 그 소속기관에서 심사 또는 심판사무에 종사한 자이어야 한다.(시행령 8③) 심판장은 그 심판사건에 관한 사무를 총괄한다.(특허법 145②)

③ 심판관

심판관이 될 수 있는 자는 특허청 또는 그 소속기관의 4급 이상의 일반직 국가공무원으로서 i) 특허청에서 2년 이상 심사관으로 재직한 자, ii) 특허청에서 심사관으로 재직한 기간과 5급 이상의 일반직 국가공무원으로서 특허심판원에서 심판업무에 직접 종사한 기간 및 특허법원에서 기술심리관으로 재직한 기간을 통산하여 2년 이상인 자 중 국제특허연수원에서 소정의 심판관 연수과정을 수료한 자이어야 한다.(시행령 8②)

④ 심판관합의체

특허심판원장은 심판청구가 있는 때에는 합의체를 구성할 심판관을 지정하고, 지정된 심판관 중에서 1인을 심판장으로 지정하여 구성된 3인 또는 5인의 심판관합의체로 하여금 심판하게 한다.(특허법 143①, 144①, 145①, 146①) 심판관합의체의 합의는 과반수에 의해 결정하며, 이는 공개하지 아니한다.(특허법 146②,③)

(3) 심판행정실

심판행정실은 일반행정업무, 심판관련업무 및 소송관련업무 등 심판원의 행정사무를 총괄한다.(특허청과그소속기관직제시행규칙 9②)

Ⅲ. 심판의 독립

1. 물적 독립(심판관의 직무상의 독립)

특허법은 「심판관은 직무상 독립하여 심판한다(특허법 143③)」고 규정하여 심판관의 직무상의 독립성을 보장하고 있다. 심판관은 원칙적으로 특허심판원의 소속공무원으로서 특허심판원장의 지휘감독을 받아야 하는 한계는 있으나, 특허심판원의 소속공무원으로서의 심판관이 지휘감독을 받는 것은 심판을 제외한 일반행정사무에 관한 것이고, 심판에 있어서는 비록 특허심판원장에 의하여 지정되었다고 할지라도 직무상 지휘감독을 받지 않는다. 또한 외부로부터의 부당한 압력을 배제하기 위하여 심사·심판이나 재심으로 계속중에 있는 사건의 내용 또는 특허여부결정·심결이나 결정의 내용에 관하여는 감정·증언 또는 질의에 응답할 수 없다.(특허법 217②)

2. 인적 독립(심판관의 신분상의 독립)

심판관이 될 수 있는 자는 일정한 자격을 갖춘 국가공무원에 한한다(시행령 8)고 하여 심판관의 자격요건을 강화하고 있으나, 특허법은 특별히 심판관의 인적 독립을 보장하는 규정은 두고 있지 않으며 실질적으로 법관과 같은 신분보장을 기대하기는 어렵다. 더욱이 특허법 제144조 제2항의 규정에 의한 심판관의 교체는 단순히 「심판에 관여하는데 지장이 있는 자가 있는 때」라고 하고 있으므로 특허심판원장의 재량여지가 크다고 하겠다. 따라서 특허심판원장은 특허법상 원칙적으로 심판사건에 대하여 직접적인 영향은 미치지 못한다고 할지라도 그 직위로부터 간접적인 영향을 미칠 수 있음을 부인할 수는 없을 것이다.

3. 심판의 독립의 문제점

1) 행정공무원은 헌법상 신분이 보장되어 있는 법원의 판사들과 달리 공무원 사회라는 유기적인 관계의 틀 속에서

존재하는 것이고 또 그 사회에서는 좋은 인간관계의 형성이나 빠른 승진 등이 어찌보면 중요한 삶의 목표라고 할 수 있다. 따라서 심판을 행함에 있어서 상부의 지휘나 관련 인사의 청탁 등을 전혀 무시한 채 독자적인 판단을 내리기 어려운 상황이 많으리라고 본다.

2) 특허법에서 특허심판원을 특허청장의 지휘범위에서 독립시켜 심판원장의 독자권한에 의하여 운영되도록 규정하고 있는 점은 진일보한 것이나 심판관의 인적·물적 독립을 보장하는 실질적인 제도가 마련되지 않는다면 심판원의 독립성은 명목적·형식적인 것으로 전락될 수밖에 없다. 그러므로 실질적인 심판의 독립성을 위한 심판관의 신분보장 및 자격요건의 강화, 직무상 독립을 강화하기 위한 제도적 개선이 요구된다고 하겠다.

#### IV. 심판관의 제척·기피·회피

##### 1. 제도의 의의

심판의 공정성을 유지하기 위하여 심판관이 자기가 담당하는 구체적 사건과 인적·물적으로 특수한 관계가 있는 경우에 그를 그 사건의 직무집행으로부터 배제함으로써 심판의 중립성을 담보하려는 데에 제척·기피제도의 의의가 있다.

##### 2. 심판관의 제척

###### (1) 제척의 의의

1) 심판관의 제척이라 함은 심판관이 구체적인 사건에 대하여 법률에서 정한 특수한 관계가 있는 때에 법률상 당연히 그 사건에 관한 직무집행을 할 수 없도록 배제시키는 것을 말한다.

2) 제척은 그 원인이 법정되어 있고, 제척원인에 해당되면

당사자 또는 참가인의 제척신청여부에 관계없이 법률상 당연히 그 직무에서 배제되지만, 기피는 그 원인이 제한적으로 법정되어 있지 않고 당사자 또는 참가인의 기피신청과 심판에 의한 결정으로써 비로소 그 직무에서 배제되는 점이 다르다.

###### (2) 제척의 원인<sup>7)</sup>

심판관은 다음 원인 중 어느 하나에 해당되는 경우에는 그 심판관여로부터 제척된다.(특허법 148) 이는 제한적 열거규정이며 유추확대해서는 안 된다.

- i) 심판관 또는 그 배우자나 배우자였던 자가 사건의 당사자 또는 참가인인 경우  
여기서 배우자라 함은 현재 또는 과거의 법률상의 배우자를 가리키고 사실혼관계는 포함되지 않는다.
- ii) 심판관이 사건의 당사자 또는 참가인의 친족의 관계가 있거나 이러한 관계가 있었던 경우  
여기의 친족의 범위는 민법 제777조에 의해 결정된다.
- iii) 심판관이 사건의 당사자 또는 참가인의 법정대리인 또는 이러한 관계가 있었던 경우
- iv) 심판관이 사건에 대한 증인·감정인으로 된 경우 또는 감정인이었던 경우
- v) 심판관이 사건의 당사자 또는 참가인의 대리인인 경우 또는 이러한 관계가 있었던 경우
- vi) 심판관이 사건에 대하여 심사관 또는 심판관으로서 특허여부결정 또는 심결에 관여한 경우
  - 1) 이러한 경우를 전심관여(前審關與)라고 하는데, 제척원인으로서 실무상 가장 많이 문제되고 있다. 이는 예단(豫斷)을 배제하여 심판의 공정성을 유지하고 원래 심급제도의 실효성을 확보하기 위한 것이다.
  - 2) 여기서 특허여부결정, 또는 심결에 「관여」한 경우란 최종처분인 특허여부결정, 심결의 합의, 심결의 작성 등 깊이 있게 관여한 경우를 말한다. 그러므로 최종처분이 되기 전 단계의 심사, 증거조사 또는 심판절차의 일부에만 관여한 경우 등은 최종결정에 관여한 것이 아니므로 제척원인이 되지 않는다.<sup>8)</sup>

6) 특허심판원의 운영방식에 관한 연구, 4면: 발명진흥회 지적재산권연구센터.

7) 특허법 제148조의 각 호에 해당하는 경우를 제척사유라고도 표현하고 있으나, 법문의 표현(특허법 151①,②)을 존중하여, 제척원인이라고 표현하는 것이 바람직하다고 본다.

8) 심판관이 심판관여로부터 제척되는 사정에 관여한 때라고 함은 심사관으로서 직접 사정을 담당하는 경우를 말하는 것이므로 거절의 예고통지를 하는데 관여하였을 뿐이라면 전심의 거절사정에 관여하였다고 할 수 없다.(大判, 80, 9, 3, 78후3)

3) 한편, 「특허여부결정 또는 심결」에 관여한 경우이므로 특허거절결정에 대한 불복심판, 특허결정에 대한 특허무효심판 등과 같이 심사관이 특허출원에 대하여 결정을 한 후 그 후에 심판관이 되어 당해 불복심판에 관여를 하는 경우를 말한다.

vii) 심판관이 사건에 관하여 직접 이해관계를 가진 경우 직접적인 법률상 이해관계가 있는 경우를 말한다. 그러므로 간접적인 이해관계 또는 경제적인 이해관계는 이에 해당되지 않는다. 예를 들면 심판관이 특허권자, 전용실시권자, 통상실시권자 또는 질권자인 경우를 말한다.

### (3) 제척의 절차

#### ① 제척신청서의 제출

제척원인이 있으면 제척신청여부에 관계없이 심판관은 법률상 당연히 그 사건에서 배제되나, 당사자나 참가인은 제척신청을 할 수도 있다.(특허법 149) 제척신청을 하고자 하는 자는 그 원인을 기재한 서면을 특허심판원장에게 제출하여야 한다. 다만, 구술심리에 있어서는 구술로 할 수 있다.(특허법 151①)

#### ② 심판절차의 중지(제척신청의 효과)

제척신청이 있는 때에는 그 신청에 대한 결정이 있을 때까지 심판절차를 중지하여야 한다. 다만 긴급을 요하는 행위는 예외적으로 허용된다.(특허법 153) 여기서「긴급을 요하는 행위」란 증인이 외국으로 돌아간다가나 사망의 염려가 있을 때와 같이 긴급한 때의 증거조사 또는 목적물이 변화·소멸할 염려가 있는 긴급한 경우의 검증 등을 말한다. 이때 긴급을 요하는 행위가 있을 후에 제척신청이 이유있다는 결정이 있는 경우에 그 긴급을 요하는 행위의 효력에 대하여는 학설의 대립이 있으나 특허법 제153조의 명문규정상 당연히 유효하다고 본다.

#### ③ 제척원인의 소명

제척신청을 한 자는 신청일로부터 3일 이내에 제척원인을 소명하여야 한다.(특허법 151②) 심판관의 확신을 요하는 증명과는 달리, 소명이란 그보다 낮은 정도의 개연성, 즉 심판관이 일응 확실할 것이라는 추측을 얻은 상태 또는 그와 같은 상태에 이르도록 증거를 제출하는 당사자의 노력을 말한다.

### (4) 제척의 결정

1) 제척신청이 있는 때에는 심판에 의하여 이를 결정하여야 하며, 이 경우에 제척신청을 당한 심판관은 그 제척의 결정을 위한 심판에 관여할 수 없으나 의견을 진술할 수 있다.

2) 제척의 결정은 서면으로 하여야 하며, 그 이유를 붙여야 한다. 이 결정에 대하여는 불복할 수 없다.(특허법 152)

3) 제척의 효과는 심판 유무에 관계없이 법정 제척원인이 있을 때에 당연히 발생하므로, 제척의 심판은 확인적 성질(선언적 의미)을 갖는다.

### (5) 제척의 효과

1) 제척원인이 있는 심판관은 법률상 당연히 그 사건에 대해 직무집행을 할 수 없다. 당사자가 알든 모르든, 주장하든 하지 않든 불문하고 직무를 행할 수 없다.

2) 제척원인이 있는 심판관이 관여한 심리는 심결 전이라면 다시 심리하지 않으면 안 된다. 심결이 되고 그 심결에 대하여 특허법원에 소를 제기한 후에는 특허법원에서 원심결을 취소하게 될 것이다. 또 심결이 확정된 때에는 재심사유로 된다.(특허법 178) 다만, 제척신청이 있고 이에 대한 결정이 있는 때에는 이를 이유로 하여 불복신청을 할 수 없으며(특허법 152④), 특허법원에 심결취소소송을 제기하거나 재심청구도 할 수 없다.

## 3. 심판관의 기피

### (1) 기피의 의의

심판관의 기피라 함은 법률상 정해진 제척원인 이외의 심판의 공정을 기대하기 어려운 사정이 있는 경우에 당사자 또는 참가인의 신청을 기다려 심판에 의하여 비로소 심판관이 직무집행에서 배제되는 것을 말한다. 이 기피제도는 제척제도를 보충하여 심판의 공정을 보장하기 위한 것이다.

### (2) 기피원인<sup>9)</sup>

1) 「심판관에게 심판의 공정을 기대하기 어려운 사정」(특

허법 150①)을 기피원인으로 규정하고 있는데 이를 구체적으로 보면, 통상인의 판단으로서 심판관과 사건과의 관계에서 편파적이고 불공정한 심판을 하지 않을까 하는 염려를 일으킬 수 있는 객관적 사정을 가리킨다.

2) 당사자와 심판관이 약혼관계, 사실혼관계, 친밀한 우정관계, 원한관계, 또는 민법 제777조의 범위를 넘는 친척관계 등에 있을 때 기피원인에 해당된다. 객관적 사정을 말하는 것이므로, 당사자 측에서 품는 불공정한 심판을 받을지도 모른다는 주관적인 의혹만으로는 기피원인에 해당되지 않는다.

(3) 기피의 절차

- ① 기피신청서의 제출  
제척신청의 경우와 같다.(특허법 151①)
- ② 심판절차의 중지(기피신청의 효과)  
제척신청의 경우와 같다.(특허법 153)
- ③ 기피원인의 소명  
제척신청의 경우와 같다.(특허법 151②)
- ④ 기피의 제한  
당사자 또는 참가인은 사건에 대하여 심판관에게 서면 또는 구술로 진술을 한 후에는 심판관을 기피할 수 없다. 다만, 진술당시 기피원인이 있는 것을 알지 못한 때 또는 기피원인이 진술 후에 발생한 때에는 진술 후에도 기피할 수 있다.(특허법 150②)

(4) 기피의 결정

- 1) 기피신청이 있는 때에는 심판에 의하여 이를 결정하여야 하며, 기피신청을 당한 심판관은 그 기피의 결정을 위한 심판에 관여할 수 없으나 의견을 진술할 수 있다. 기피의 결정은 서면으로 하여야 하며 그 이유를 붙여야 한다. 이 결정에 대하여는 불복할 수 없다.(특허법 152)
- 2) 기피신청에 대하여 그 신청이 이유가 있다는 결정이 있는 경우에 그 원인이 제척원인(특허법 148)에 해당될 때에는 그 원인이 발생한 때 이후에 해당 심판관이 관

여한 심판절차는 무효로 된다.(심판편람 2006, 88면)

3) 기피의 심판은 제척과는 달리 형성적 성질을 갖는다. 즉 기피원인이 있다고 하여 당연히 심판에서 배제되는 것은 아니며, 기피결정에 의하여 비로소 그 심판관이 직무집행에서 배제된다.

4. 심판관의 회피

1) 심판관이 제148조(제척원인) 또는 제150조(기피원인)의 규정에 해당하는 경우에는 특허심판원장의 허가를 받아 당해 사건에 대한 심판을 회피할 수 있다.(특허법 153의2)

2) 회피라 함은 심판관이 스스로 제척 또는 기피원인이 있다고 인정하여 자발적으로 직무집행을 피하는 것을 말한다. 이 경우에는 따로 심판을 요하지 않으며, 특허심판원장의 허가를 얻으면 된다.

3) 신속·경제와 더불어 공정성은 심판절차의 이상(理想)이므로 당사자 등으로부터 제척 또는 기피의 신청이 있을 것을 사전에 방지하고 또한 심판의 공정성을 기하는 취지에서 필요하다고 인정될 경우에는 언제나라도 심판관 스스로 회피의 신고를 하여야 할 것이다. 심결사까지 회피의 신고를 받은 특허심판원장은 그 신고가 이유있다고 인정한 경우에는 심판관의 지정을 변경한다.<sup>10)</sup>

5. 관련문제

(1) 심사관의 제척

심판관의 제척·기피규정 중 제척규정은 심사단계에서의 심사관에 준용하나 전심관여(특허법 148v) 및 제척절차의 규정은 준용되지 않는다.(특허법68)

(2) 기술심리관의 제척·기피·회피

기술심리관의 제척·기피는 특허법 및 민사소송법의 규정이 준용되며, 기술심리관은 특허법원장의 허가를 얻어 회피할 수도 있다.(특허법188의2)

9) 제척원인의 경우와 마찬가지로 법문의 표현(특허법 151①,②)을 존중하여 기피사유보다는 기피원인으로 표현하는 것이 바람직하다고 본다.

10) 심판편람 2006, 90면.