

# 법정실시권의 구체적 내용



## 김현호

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

### 법정실시권의 종류

#### 1. 직무발명에 의한 사용자의 통상실시권

종업원 등이 그 직무에 관하여 발명한 것이 성질상 사용자 등의 업무범위에 속하고, 그 발명을 하게 된 행위가 종업원 등의 현재 또는 과거의 직무에 속하는 발명에 대하여 종업원 등이 특허를 받았거나, 특허를 받을 수 있는 권리를 승계한 자가 특허를 받았을 때에 사용자 등이 그 특허권에 대하여 업으로서 실시할 수 있는 권리를 말한다. 이는 사용자와 종업원 간의 이익을 균형있게 조정하기 위하여 규정한 것이다.(발명진흥법 8)

#### 2. 특허료의 추가납부에 의하여 회복한 특허출원 또는 특허권에 대한 통상실시권

특허료의 추가납부에 의하여 회복한 특허출원 또는 특허권의 효력제한기간 중 국내에서 선의로 그 발명의 실시사업을 하거나 그 사업의 준비를 하고 있는 자는 그 실시 또는 준비를 하고 있는 발명 및 사업목적의 범위안에서 그 특허출원된 발명에 대한 특허권에 대하여 업으로서 실시할 수 있는 통상실시권을 갖는다. 이는 특허료 불납에 의한 특허출원의 포기 또는 특허권의 소멸상태를 신뢰한 선의의 실시자를 보호하며 기존의 산업설비를 보호하기 위하여 규정한 것이다.(특허법 81의3)

#### 3. 선사용에 의한 통상실시권

특허출원 시에 그 특허출원된 발명의 내용을 알지 못하고 그 발명을 하거나, 그 발명을 한 자로부터 지득하여 국내에서 그 발명의 실시사업을 하거나, 그 사업준비를 하고 있는 자는 그 실시 또는 준비를 하고 있는 발명 및 사업목적의 범위안에서 그 특허출원된 발명에 대한 특허권에 대하여 통상실시권을 가진다. 이는 선의의 최선발명자와 선출원자 간의 공평을 유지하고, 선출원주의의 폐단을 보완하기 위하여 마련된 제도이다.(특허법 103)

#### 4. 무효심판청구등록 전의 실시에 의한 통상실시권

특허 또는 등록실용신안에 대한 무효심판청구등록 전에 자기의 특허발명 또는 등록실용신안이 무효사유에 해당되는 것을 알지 못하고 국내에서 그 발명 또는 고안의 실시사업을 하거나 그 사업의 준비를 하고 있는 경우 그 실시 또는 준비를 하고 있는 발명 또는 고안 및 사업목적의 범위안에서 업으로서 실시할 수 있는 통상실시권이 인정되며, 이를 강학상 중용권이라 한다. 이는 특허청의 행정처분을 선의로 신뢰한 자를 보호하며, 기존의 산업설비를 보호하기 위하여 규정한 것이다.(특허법 104)

5. 디자인권 존속기간만료 후의 통상실시권

특허출원일전 또는 특허출원일과 같은 날에 출원되어 등록된 디자인권이 특허권과 저촉되는 경우 그 디자인권의 존속기간이 만료되는 때에는 그 디자인권자 및 그 디자인권의 전용실시권자, 등록된 통상실시권자<sup>1)</sup>는 원디자인권의 범위 또는 원권리의 범위안에서 업으로서 실시할 수 있는 통상실시권을 갖는다. 이는 원디자인권자에 대한 형평성을 유지하고 기존의 산업설비를 보호하기 위하여 규정한 것으로서, 디자인권이 존속기간만료로 소멸된 경우에 한하여 인정되며 그 이외의 사유로 소멸한 경우에는 인정되지 않는다.(특허법 105)

6. 질권행사로 인한 특허권의 이전에 따른 법정실시권

특허권자가 질권설정 이전에 그 특허발명을 실시하고 있는 경우에는 그 특허권이 경매 등에 의하여 이전되더라도 업으로서 그 특허발명을 실시할 수 있는 통상실시권을 갖는다.(특허법 122)

7. 재심에 의하여 회복한 특허권에 대한 선사용자의 통상실시권

심결이 확정된 후 재심청구등록 전에 선의로 국내에서 그 발명의 실시사업을 하거나 그 사업의 준비를 하고 있는 경우는 그 실시 또는 준비를 하고 있는 발명 및 사업목적의 범위안에서 업으로서 실시할 수 있는 통상실시권을 갖는다. 이 실시권은 확정된 심결을 신뢰한 선의의 실시자를 보호하며 기존의 산업설비를 보호하기 위하여 규정한 것으로서, 심결확정 후의 실시에 대하여 인정되는 권리이므로 강화상 후용권이라 한다.(특허법 182)

8. 재심에 의하여 강제실시권을 상실한 원권리자의 법정실시권

통상실시권허여심결이 확정된 후 재심에 의하여 이와 상반되는 심결 또는 판결의 확정이 있는 경우에, 재심청구등록 전에 선의로 국내에서 그 발명의 실시사업을 하거나 사업준비를 하고 있는 자는 원통상실시권의 사업목적 및 발명의 범위내에서 특허권 또는 전용실시권에 대하여 업으로서 실시할 수 있는 통상실시권을 갖는다. 이 실시권은 특허청의 확정심결을 신뢰한 선의의 실시자를 보호하며, 기존의 산업설비를 보호하기 위하여 규정한 것이다.(특허법 183)

제1절 특허료의 추가납부기간경과 후 회복한 특허권 등에 대한 통상실시권

I. 서설

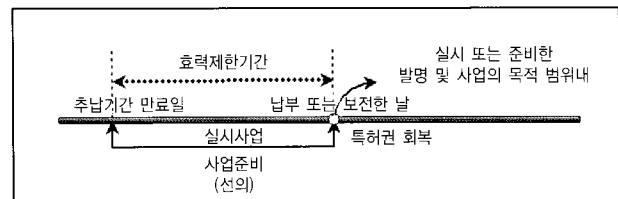
1. 의의

특허료 추가납부기간 경과 후에 회복한 특허권 등에 대한 통상실시권이란 특허료의 추가납부기간경과 후에 납부 또는 보전에 의하여 회복한 특허권의 효력제한기간 중 국내에서 선의로 그 발명의 실시사업을 하거나 그 사업을 준비하고 있는 자에게 그 실시 또는 준비를 하고 있는 발명 또는 사업목적의 범위안에서 인정되는 통상실시권을 말한다.(특허법81의3⑤)

2. 제도적 취지

특허법은 i) 특허료 불납 또는 미납에 의한 특허출원의 포기 또는 특허권의 소멸상태를 신뢰한 선의의 실시자를 보호하며 ii) 기존의 산업시설을 보호함으로써 산업발전에 이바지라는 법목적의 달성을 위해 본 규정을 두고 있다.

[추가납부에 의한 통상실시권(특허법 81조의 3)]



II. 성립요건

1. 시기적 요건

- (1) 특허료의 추가납부기간경과 후에 납부 또는 보전에 의하여 특허출원 또는 특허권이 회복되었을 것

1) 단, 법정실시권자는 등록이 불요하다.

책임질 수 없는 사유로 추가납부기간 이내에 특허료를 납부하지 아니하였거나 보전기간 이내에 보전하지 아니하여 특허출원을 포기한 것으로 보거나 특허권이 소멸한 후, 납부 또는 보전할 수 없었던 특허료를 납부 또는 보전한 경우이거나, 추가납부기간 이내에 특허료를 납부하지 아니하였거나 보전기간 이내에 보전하지 아니하여 실시 중인 특허발명의 특허권이 소멸한 후, 추가납부기간 또는 보전기간 만료일로부터 3월 이내에 제79조의 규정에 따른 특허료의 3배를 납부하여 특허권이 회복한 경우이어야 한다. 이미 특허권이 설정등록되었다가 소멸간주 후 회복된 경우 뿐 아니라, 특허출원된 발명이 포기간주되었다가 회복된 후 특허권이 설정등록된 때에도 그 특허권에 대하여 법정 통상실시권이 인정된다.

(2) 「효력제한기간 중」의 실시사업 또는 사업준비 일 것

제3자가 특허료의 추가납부기간이 경과한 날부터 납부하거나 보전한 날까지의 기간(효력제한기간) 중에 실시사업 또는 사업의 준비를 하고 있어야 한다.

2. 주체적 요건

선의이어야 한다. 즉, 특허권의 설정등록을 받고자 하는 자 또는 특허권자가 책임질 수 없는 사유로 특허료를 추가납부기간 내에 납부하지 못하거나 보전기간 내에 보전하지 못하였음을 알지 못하여야 한다. 또는, 소멸한 특허권의 특허발명이 실시 중이었다는 사실을 알지 못하여야 한다.

3. 객체적 요건

1) 실시사업 또는 사업준비를 하고 있어야 한다. 「실시사업」을 하고 있다는 것은 사업자가 계속의 의사를 가지고 그 발명의 실시(특허법 211)를 하고 있다고 인정되는 객관적 사정이 있는 것을 말한다.

2) 「사업의 준비」를 하고 있다는 것이 무엇을 의미하는지는 명

백하지 않다. 공장의 건설, 기계의 구입 등의 경우를 포함함은 명백하나 공장부지나 기계를 주문한다든지 고용계약을 체결하는 등 객관적으로 사업의 준비행위로 인정할 수 있는 예비적 행위도 포함된다고 보아야 할 것이다. 그렇지 않으면 실시자가 투하한 노력과 비용, 사업설비는 무용의 것으로 되어 버리므로 이 제도의 존재의의에 어긋나기 때문이다.

4. 지역적 요건

「국내」에서 실시사업 또는 사업준비를 하고 있어야 한다. 특허권의 효력이 미치는 지역적 범위가 국내에 한정되는 데에서 오는 당연한 결과이다. 따라서 대한민국 밖에서 발명실시의 사업을 하거나 사업준비를 하는 경우 실시권은 발생되지 않는다.

III. 범위

특허료 추가납부기간 경과 후에 납부 또는 보전에 의하여 회복한 특허권 또는 특허출원에 대한 통상실시권자는 「실시 또는 준비를 하고 있는 발명 또는 사업의 목적의 범위」<sup>2)</sup>안에서만 통상실시권을 가진다.

1. 발명의 범위

특허료 추가납부기간 경과 후에 납부 또는 보전에 의하여 회복한 특허권 또는 특허출원에 대한 통상실시권자가 계속 실시할 수 있는 발명의 범위는 특허권자의 발명의 전부가 아니라 효력제한기간 중 현실로 실시하고 있거나 실시준비를 하고 있는 발명에 한정된다.

2. 사업목적의 범위

1) 특허료 추가납부기간 경과 후에 납부 또는 보전에 의하여 회복한 특허권 또는 특허출원에 대한 통상실시권자는 실시하고 있던 사업의 목적을 계속해서 수행할 수 있으면 되므로, 특허료 추가납부기간 경과 후에 납부 또는 보전에 의하여 회복한 특허권 또는 특허출원에 대한 통상실시권은 특허출원 당시의 사업목적의 범위에 한정된다. 따라서, 동일한 사업목

2) 실시 또는 준비를 하고 있는 발명 "및" 사업의 목적의 범위로 규정되어야 하는데 실시 또는 준비를 하고 있는 발명 "또는" 사업의 목적의 범위로 규정되어 있는 현행 법은 입법불비라 여겨진다.

적의 범위내에서라면 사업규모를 확장(예컨대 공장부지의 확장, 종업원의 증원, 영업소의 확장 등)하는 것은 무방하다.

2) 다만, 발명의 내용이 용접방법에 관한 발명인 경우에, 효력제한기간 중 통상실시권자가 선박사업만을 사업의 목적으로 하여 정관에 규정한 경우에는 효력제한기간 경과후에 항공기제조사업도 사업의 목적으로 하도록 정관을 변경하였다고 하더라도 이는 효력제한기간 중 사업목적의 범위를 벗어난 것이 되므로, 통상실시권자는 항공기제조에 그 용접방법을 사용할 수 없다.

#### IV. 대가

본조의 법정실시권자는 특허권자 또는 전용실시권자에게 상당한 대가를 지급하여야 한다.(특허법 81의3⑥)

### 제2절 선사용에 의한 통상실시권

#### I. 서설

##### 1. 의의

선사용에 의한 통상실시권이란 특허출원 시 타인의 특허출원된 발명의 내용을 알지 못하고 그 발명을 하거나 그 발명을 한 자로부터 지득하여 국내에서 그 발명의 실시사업을 하거나 그 사업의 준비를 하고 있는 자에게 그 실시 또는 준비를 하고 있는 발명 및 사업의 목적의 범위안에서 그 특허출원된 발명에 대한 특허권에 대하여 무상(無償)의 통상실시권을 말한다.(특허법 103) 이와 같이 발명의 선사용자에 의한 통상실시권을 강화상 선사용권 또는 선용권이라고도 한다.

#### 2. 제도적 취지

최초의 발명자가 아니라 최선의 출원인에게 특허권이 부여되는 선출원주의원칙의 냉혹함을 어느 정도 완화시켜 최초발명자와 선출원자간의 형평을 도모하고 기존의 산업설비를 보호하여 산업발전에 기여하고자 하는 데에 제도적 취지가 있다.

#### 3. 이론적 근거

##### (1) 학설

선사용권을 인정하는 이론적 근거에 대해서는 선발명자 보호설<sup>3)</sup>, 공평설<sup>4)</sup>, 경제설<sup>5)</sup>, 교사설<sup>6)</sup>, 노하우보호설<sup>7)</sup> 등이 있다.

##### (2) 검토

상기 학설 중 선발명자보호설은 상당히 설득력이 있는 이론이기는 하다. 그러나 실제문제에 있어서 선사용자가 선발명자인 경우가 많기는 하지만 선출원인이 선발명자인 경우도 적지 않으며 발명의 선후가 곧 출원의 선후와 반드시 일치한다고 볼 수 없다는 점에서 일반적으로 채택하기에는 문제점이 있다. 교사설도 선사용권의 인정대상에 있어서 모든 선발명자를 대상으로 하지 않고 특허출원 시에 실제로 사업실시나 준비를 한 자에게만 한정하는 이유를 설명할 수 없는 문제점이 있다. 또한 노하우보호설도 선사용이 비밀로 이루어진 경우에는 설명이 가능하지만 공공연하게 사용된 경우에는 적용되지 못하는 이론상 문제점이 제기된다. 따라서 특허권자와 선사용자 사이의 공평의 이념(공평설)과 선사용자의 사업설비 등의 이용을 불가하게 하는 경우에 국민경제상으로도 불리하기 때문에 인

3) 선발명자보호설은 확실적인 선출원주의 원칙을 관철함으로써 발생하는 불합리를 시정하고, 선발명자와 선출원자 간의 보호의 균형을 꾀하기 위하여 선사용권 제도가 필요하다는 견해이다.

4) 공평설은 특허출원 시에 이미 실시하거나 또는 실시준비를 하고 있는 선의 사업자가 그 후에 설정등록된 특허권 때문에 실시를 계속할 수 없게 된다는 것은 선의의 선사용자를 희생시키고 특허권자를 지나치게 보호하는 것이 되어 현저하게 공평에 반하게 되므로 이의 시정을 위하여 선사용제도가 필요하다는 견해이다.

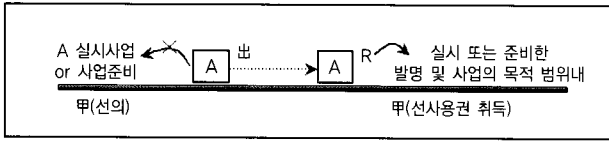
5) 경제설은 특허출원 시에 이미 실시하거나 실시준비를 하고 있는 사업의 계속을 불가능하게 하는 것은 선의의 사업자에게 지나치게 가혹할 뿐만 아니라 국민경제상 또는 산업정책상 바람직하지 않다는 견해이다.

6) 교사설(敎師說)은 발명자는 국민의 교사라는 이론적 배경하에서 선사용자는 특허권자의 발명으로부터 가르침을 받는 것이 아니므로 특허권에 복종할 필요가 없다는 견해이다.

7) 노하우(know-how) 보호설은 노하우에 대하여도 법률상의 보호가 필요하며 선사용권은 그러한 의지의 표현이라는 견해이다.

정되는 것(경제설)의 절충인 공평경제설이 타당하다고 본다.

[선사용권(특허법 103)]



II. 성립요건

1. 주체적 요건

- 1) 선의이어야 한다. 여기서의 「선의」는 타인이 특허출원한 발명의 내용을 알지 못하고 스스로 발명을 하거나 그 발명을 한 자로부터 지득하여 발명의 실시사업 또는 사업의 준비를 한 경우를 말한다.
- 2) 「타인이 특허출원한 발명의 내용을 알지 못하고 한 발명」이란 타인이 특허출원한 발명인지 모르고 스스로 발명한 것이 타인의 출원발명과 동일하게 된 경우로서, 특허출원 이전에 발명이 완성되어 있어야 한다. 그러므로 특허권자 이외의 자의 발명을 절취·모방하거나 강박하였는지 여부는 여기에서 문제되지 않는다.
- 3) 「발명한 자로부터의 지득」은 그 발명을 스스로 발명한 자로부터의 지득은 물론 발명을 전득한 자로부터의 지득도 포함되는 것으로 해석된다. 스스로 발명을 하지는 않았지만 타인이 실시하는 것을 보고 그 발명의 내용을 알아서 사업을 실시하는 경우가 있는데 그러한 실시행위를 보호하기 위한 것이다. 타인으로부터 발명을 지득한 경우에 그 발명의 지득경로(root)는 문제되지 않으나, 여기서는 선사용되는 발명의 과도한 보호를 방지하기 위하여 특허출원한 발명자로부터 발명을 지득한 경우는 제외되는 것으로 해석함이 일반적이다.
- 4) 「발명을 하는 것」과 「지득하는 것」은 자연인만이 할 수 있는 것이므로, 법인은 원칙적으로 선사용권의 보호대상이 될 수 없고, 다만 승계인으로서 선사용권의 발생을 주장할 수 있을 뿐이다.

2. 객체적 요건 및 지역적 요건

국내에서 그 특허발명이나 고안의 실시사업 또는 사업의 준비를 하고 있어야 한다. 특허권의 효력이 미치는 지역적 범위가 국내에 한정되기 때문이다. 그 밖에 「실시사업」 및 「사업의 준비」에 관하여는 특허료의 추가납부기간경과 후에 회복한 특허권 등에 대한 통상실시권에서 설명한 것과 같다.

3. 시기적 요건

「특허출원 시」에 실시사업 또는 사업준비를 하고 있어야 한다. 「특허출원 시」란 특허출원을 한 때, 즉 특허출원일을 의미하므로 특허출원 후 출원공개 전 사이에 발명의 실시사업 등을 하고 있어도 선사용권은 인정되지 않는다. 과거에 실시사업 등을 하고 있었으나 특허출원 시에 일단 사업 등을 중단하거나 포기한 경우에도 마찬가지로 인정되지 않는다. 특허출원시는 i) 분할출원(특허법 52②), 변경출원(특허법 53②)의 경우 원출원일, ii) 조약우선권주장출원(특허법 54①), 국내우선권주장출원(특허법 55③)의 경우 선출원일, iii) 국제특허출원의 경우 우선일의 출원시를 말한다.

III. 범위

선사용권자는 「그 실시 또는 준비를 하고 있는 발명 또는 고안」 및 「당해 사업의 목적 범위」안에서만 타인의 특허발명을 실시할 수 있다. 이에 대한 구체적 내용은 특허료의 추가납부기간경과 후에 회복한 특허권 등에 대한 통상실시권에서 설명한 것과 같다.

VI. 대가

선사용권자는 대가의 지급없이 무상으로 특허발명을 실시할 수 있다.

V. 관련문제

1. 선사용권과 공연실시

선사용자의 출원 전의 실시가 공연히 행하여진 경우에는 당해 특허발명은 신규성이 상실된 것으로서 특허무효

사유가 되므로 선사용권제도는 주로 비밀실시자에게 실익이 있다고 할 수 있다. 그러나 공연실시의 경우에 무효심판에 의하여 당해 특허를 무효로 할 것도 없이 당연히 실시할 수 있다는 점에서 현실적으로 공연실시자에게도 유리한 제도라고 할 수 있을 것이다.

**2. 선사용권의 원용**

선사용권자가 제3자에게 실시를 위탁하는 경우(예컨대, 제품의 주문생산)에도 이를 선사용권의 정당한 행사로 볼 것인가, 즉 실시를 위탁받은 제3자가 선사용권을 원용할 수 있는지가 문제된다. 이 경우에 소위 1기관으로서의 요건을 충족시킨다면, 제3자의 실시 역시 선사용권의 범위에 속하므로 제3자는 특허권자에 대하여 선사용권을 원용할 수 있다.

**3. 선사용권자가 제조한 물건의 제3자의 사용**

선사용권자가 제조한 물건을 양수한 제3자가 그 물건을 사용하거나 판매하는 것이 적법한가에 대하여는, 특허권자로부터 실시허락을 받은 통상실시권자가 제조한 제품을 사용 또는 판매하는 경우와 마찬가지로 적법하다. 통상실시권의 효력은 허락실시권이든 법정실시권(또는 강제실시권)이든 똑같기 때문이다.

**4. 실시태양의 변경**

특허출원시 선사용자가 실시하고 있는 발명의 태양 또는 형식을 변경하는 것이 인정되는지 여부가 문제되는데, 특허법 제103조에서는 「발명의 범위」라고 규정하고 있을 뿐이고 「태양 또는 형식의 범위」라고는 하지 않음에 비추어 볼 때 그 태양이나 형식의 변경이 이른바 균등의 범위에 속한 경우에는 발명의 범위에 속하는 것으로 해석하여 선

사용권의 범위에 속한다고 보며 그렇지 아니한 경우에는 선사용권의 범위에서 제외되는 것으로 보는 것이 일반적이다.<sup>8)</sup>

**5. 특허권 성립 전의 선사용권의 지위**

선사용권은 특허권에 대한 권리이므로 특허권 성립 후의 선사용자는 법정실시권자로서 특허법의 보호를 받는다. 그러나 특허권 성립 전의 선사용자의 지위에 대하여는 특허법에 규정된 바 없으므로 문제이다. 이에 대하여는 선사용권제도의 취지를 고려하여 볼 때, 장래 선사용권자로 될 수 있는 자를 특허권의 성립 이전이라고 하여 보호하지 않는 것은 불합리하므로, 선사용권의 요건을 갖춘 자는 특허권의 성립이전이라고 하더라도 선사용권자와 마찬가지로 보호된다고 해석하여야 할 것이다.<sup>9)</sup>

**제3절 무효심판청구등록 전의 실시에 의한 통상실시권**

**I. 서설**

**1. 의의**

무효심판청구등록 전의 실시에 의한 통상실시권이란 특허 또는 등록실용신안에 대한 무효심판청구의 등록 전에 자기의 특허발명 또는 등록실용신안이 무효사유에 해당되는 것을 알지 못하고 국내에서 그 발명 또는 고안의 실시사업을 하거나 그 사업을 준비를 하고 있는 경우, 그 특허 또는 등록실용신안이 무효로 된 경우에 현존하는 특허권(또는 전용실시권)에 대한 통상실시권을 말한다.(특허법 104 ①) 이러한 무효심판청구등록 전의 실시에 의한 통상실시권을 강화상 중용권(中用權)<sup>10)</sup>이라고도 한다.

8) 이와 관련되어 일본 최고재판소는 실시 "또는 준비를 하고 있는 발명의 범위란, 특허발명의 특허출원의 때에 선사용권자 실제로 일본 국내에 있어서 실시 또는 준비를 하고 있었던 실시형태에 한정되는 것이 아니라, 그 실시형식으로 구현되어 있는 기술적 사상, 즉, 발명의 범위를 말하는 것이고, 따라서, 선사용권의 효력은 특허출원의 때에 선사용권이 실제로 실시 또는 준비를 하고 있었던 실시형식 뿐만 아니라 이것에 구현된 발명과 동일성을 잃지 아니하는 범위내에 있어서 변경한 실시형식에도 미치는 것으로, 아마 선사용권 제도의 취지가 주로 특허권자와 선사용권자간의 공평을 꾀하는 것에 있는 것으로 비추어보면, 특허출원의 때에 선사용권자가 실제로 실시 또는 준비를 하고 있는 실시형식 이외로 변경하는 것을 일체 인정하지 않은 것은 선사용권자에게 있어서 가혹하고 상당하지도 아니하다."라고 판시하였다.

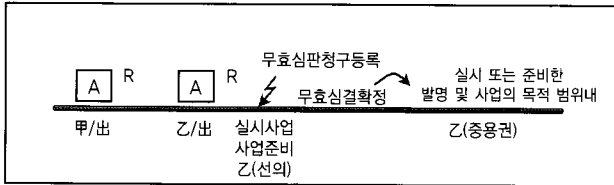
9) 특히 특허출원 공개 후 특허를 받을 수 있는 권리를 가진 자가 보상금청구권을 고려하여 출원 중인 발명임을 경고한 경우에 문제된다.

2. 제도적 취지

1) 특허권자 또는 실용신안권자는 일단 그 특허 또는 실용신안 등록을 국가로부터 정당하게 받은 것이므로 그 발생 즉시 실시의 사업을 하거나 사업준비를 하는 것이 통례이다. 따라서 사업을 개시하거나 사업준비를 한 이상 그 특허 또는 실용신안등록이 무효가 되었기 때문에 하루 아침에 이것을 실시하지 못하게 하는 것은 선의의 실시자에게 너무 가혹할 뿐 아니라 산업보호의 공익적 입장에서 보아도 바람직한 것은 아니다.

2) 또한 특허가 잘못 부여된 경우는 어느 의미에서 국가의 잘못이기도 하므로, 무효된 특허발명 등을 실시하고 있거나 실시하려는 자에게 일정조건하에서 그 발명 등의 실시를 계속할 수 있게 함으로써 기존 사업시설 및 선의의 실시자를 보호하려는 데에 제도의 취지가 있다.

[중용권(특허법 104)]



II. 성립요건

1. 주체적 요건

(1) 「선의」일 것

여기에서의 선의는 자기의 특허발명 또는 등록실용신안이 무효사유에 해당되는 것을 알지 못하고 그 발명 또는 고안의 실시사업 등을 하고 있는 경우를 말한다.

(2) 중용권을 가지는 자

① 동일발명에 대한 2 이상의 특허 중 그 하나를 무효로 한 경우의 원특허권자.(특허법 104① I)

1) 2 이상의 특허 중 그 하나를 무효로 한 경우란 신규성(특허법 29① 각 호), 진보성(특허법 29②), 확대된 선출원의 지위(특허법 29③), 선출원주의(특허법 36)의 위반으로 중복특허된 경우에 그 중 하나의 특허에 관하여 법 제133조의 특허무효심판에 의한 무효심결이 확정된 경우를 말한다. 물론 이 경우의 원특허권자라 함은 최초의 특허를 받은 특허권자만이 아니라 그 특허권을 양도받은 새로운 특허권자도 포함되는 개념이다.

2) 문제로 되는 것은 특허법 제133조 제1항 후단에서 “특허청구항이 2 이상인 경우에는 청구항마다 무효심판을 청구할 수 있다”고 되어 있는데, 이와 같이 복수항 중 하나의 청구항만이 무효된 경우에도 똑같이 적용될 것인가 하는 문제이다. 특허법 제215조 및 제215조의 2의 반대해석상 실시권의 설정은 청구항별로 허용될 수 없는 것이기는 하지만, 이러한 경우에는 중용권 제도의 취지상 인정하여야 한다고 할 것이다.

② 특허발명과 등록실용신안이 동일하여 그 실용신안등록을 무효로 한 경우의 원실용신안권자(특허법 104① II) 前號의 경우는 동일발명에 대해서 2 이상의 특허가 되어 있는 경우임에 반해 本號는 동일한 기술의 내용의 것에 대하여 각각 특허나 실용신안으로 등록된 경우이다. 기타의 사항은 제1호의 경우와 동일하다.

③ 특허를 무효로 하고 동일한 발명에 관하여 정당한 권리자에게 특허를 한 경우의 원특허권자(104① III) 이는 등록된 특허발명이 발명자 또는 정당한 승계인에 의하여 출원된 것이 아님에도 불구하고 착오로 특허된 경우에 적용되는 것으로, 무권리자 특허임을 이유로 특허가 무효로 되고 정당한 권리자에게 특허가 된 경우 그 무권리자 특허임을 알지 못하고 실시하고 있는 특허권자를 의미한다. 따라서, 본호가 적용되는 것은 무권리자 특허 혹은 무권리자 출원임을 알지 못하고 선의로 양수하여 특허권자가 된 자만이 해당하고, 무권리자 혹은 무권리자임을 알고 양수한 자는 본호에 의한 법정실시권을 가질 수 없다.

④ 실용신안등록을 무효로 하고 그 고안과 동일한 발명

10) 선사용권이 출원 전의 사실에 기초해서 발생하는 것인데 반해, 이 통상실시권은 출원 후에 생긴 일정한 사실에 기초하여 발생하는 것이므로 中用權이라고 부른다.

에 관하여 정당한 권리자에게 특허를 한 경우의 원실용신안권자(104①IV)

제3호가 특허를 무효로 했을 경우를 상정한 데 대해 본호는 실용신안등록이 무효로 된 경우를 규정한 것으로서 기타 사항은 제3호와 같다.

- ⑤ 이상의 경우에 있어서 그 무효로 된 특허권 또는 실용신안권에 대하여 무효심판청구의 등록 당시에 이미 전용실시권이나 통상실시권 또는 그 전용실시권에 대한 통상실시권을 취득하고 그 등록을 받은 자, 및 법정실시권을 가지는 자(특허법 118②)도 선의의 실시사업 또는 실시준비 등의 소정의 요건을 충족하는 한 중용권을 가질 수 있다.

**2. 객체적 요건 및 지역적 요건**

국내에서 그 특허발명이나 고안의 실시사업 또는 사업의 준비를 하고 있어야 한다. 특허권의 효력이 미치는 지역적 범위가 국내에 한정되기 때문이다. 그 밖에 「실시사업」 및 「사업의 준비」에 관하여는 특허료의 추가납부기간경과 후에 회복한 특허권 등에 대한 통상실시권에서 설명한 것과 같다.

**3. 시기적 요건**

**(1) 무효심판에 의하여 무효가 되었을 것**

법 제104조에 의하여 통상실시권이 인정되기 위해서는 당해 특허 또는 등록실용신안이 무효심판에 의하여 무효가 되어야 한다.

**(2) 「무효심판청구의 등록 전」의 실시사업 또는 사업준비일 것**

여기에서 등록은 예고등록을 말하는데, 예고등록이란 특허권에 대한 무효심판청구 등과 같은 분쟁이 발생한 경우에 그 분쟁사실을 공중에게 알리기 위하여 특허청장이 직권으로 특허원부에 그 심판청구사실을 등록하는 것을 말한다.(登録令 3) 즉, 무효심판청구의 사실을 특허원부에 예고등록하기 전에 실시사업 또는 사업의 준비를 하고 있어야 한다.

**III. 범위**

중용권자는 「그 실시 또는 준비를 하고 있는 발명 또는 고안」 및 「당해 사업의 목적 범위」안에서만 타인의 특허발명을 실시할 수 있다. 이에 대한 구체적 내용은 특허료의 추가납부기간경과 후에 회복한 특허권 등에 대한 통상실시권에서 설명한 것과 같다.

**IV. 대가**

선사용권의 경우에는 특허권자와 선사용권자와의 이익조정이라는 공평의 이념이 보다 고려되고 있으므로 무상으로 특허발명을 실시할 수 있으나, 중용권의 경우는 당사자 사이의 이익조정이라는 고려는 없고 무권리로 된 자의 기존의 사업이나 그 설비를 보호하자는 산업정책적인 고려에서 인정되는 제도이므로 실시권자는 특허권자 등에게 상당한 대가(실시료)를 지급하여야 한다.(특허법 104②)

**V. 파리조약과 중용권**

1) 파리조약에 의한 우선권주장출원을 하는 경우 제1국 출원일과 제2국 출원일 사이에 타인의 출원이 있고 우선권주장출원에 의해 등록이 될 수 없음에도 불구하고 착오로 등록되어 무효심판에 의해 소급하여 소멸하는 경우에 중용권이 발생하는지 문제가 된다.

2) 문제는 파리조약 4B와 법 제104조 규정이 상충되는 경우 어떻게 해결할 것인지로 귀착된다. 법 제26조에 의해 조약이 국내법에 우선하는바 파리조약 4B에 의해 중용권이 발생하지 않은 것으로 해석하는 것이 논리상 타당할 듯 있으나, i) 중용권의 취지가 기존 산업설비의 보호를 통해 특허법의 목적인 산업발전에 이바지하기 위한 것이고, 중용권을 인정하지 않는다면 하자있는 특허권에 기해 산업설비를 갖추고 있는 자에게 너무 가혹하다는 점, ii) 제2국 출원일후에 출원하여 착오로 등록되고, 무효심판에 의해 소급하여 소멸하는 경우에는 중용권이 발생하는데 단지 제1국 출원일과 제2국 출원일 사이에 출원하였다하여 중용권을 인정하지 않는다는 것은 타당하지 않다는 점 등을 들어 중용권이 발생하는 것이 타당하다고 여겨진다.



## 제4절 디자인권의 존속기간 만료 후의 통상 실시권

### I. 서설

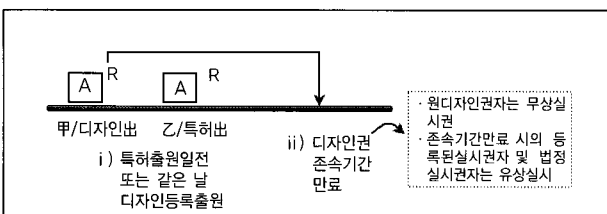
#### 1. 의의

디자인권 존속기간 만료 후의 통상실시권이란 특허출원 일전 또는 같은 날에 출원되어 등록된 디자인권이 특허권과 저촉되는 경우 그 디자인권의 존속기간이 만료되는 때에 그 디자인권자 및 그 디자인권의 전용실시권자, 등록된 통상실시권자 및 법정실시권자에게 원디자인권 또는 원실시권의 범위안에서 인정되는 통상실시권을 말한다.(특허법 105)

#### 2. 제도적 취지

동제도는 동일한 객체(발명 또는 디자인)가 특허와 디자인으로 다같이 등록되는 경우(저촉관계)에 디자인권은 특허권에 비하여 존속기간이 짧으므로<sup>11)</sup> 특허권보다 먼저 소멸한 디자인권은 원래 당해 특허권과 양립하여 온 것이므로 원디자인권의 존속기간의 만료 시 이미 존재하는 특허권 또는 전용실시권에 대해서 통상실시권을 인정하여 계속 실시할 수 있게 하는 것이 사회적 공평의 관념에 합치된다는데 그 취지가 있다.

[디자인권 존속기간 만료 후의 통상실시권(특허법 105)]



### II. 성립요건

#### 1. 주체적 요건

저촉하는 특허권에 대하여 통상실시권을 가지는 자는 i) 존속기간의 만료로 인하여 소멸한 디자인권의 원디자인권자, ii) 존속기간의 만료로 인하여 소멸된 디자인권의 소멸시에 디자인권에 존재하던 전용실시권자, 통상실시권자 및 전용실시권의 통상실시권자이다. 다만 이 경우에 디자인권의 통상실시권자 또는 전용실시권의 통상실시권자는 특허청에 등록된(그리하여 대항력을 갖춘) 자만을 의미한다. iii) 특허법 제118조 제2항의 규정에 해당하는 자, 즉 법정실시권자는 등록하지 않아도 본조의 통상실시권을 갖는다.

#### 2. 객체적 요건

디자인권이 특허권과 저촉관계에 있어야 한다. 저촉관계에 있다고 함은, 디자인권을 실시하면 특허권을 침해하는 것이 되고, 역시 특허권을 실시하면 디자인권을 그대로 침해하는 관계에 있는 것을 말한다. 본조의 통상실시권이 인정되는 경우는 양 권리가 저촉관계에 있던 중 디자인권이 먼저 소멸된 경우이다.

#### 3. 시기적 요건

(1) 디자인권의 출원일이 특허출원일과 같거나 그 전일 것

소멸된 디자인권의 원디자인권자 등이 존속중인 특허권 또는 전용실시권에 대하여 통상실시권을 갖기 위하여는, 그 디자인출원일이 특허출원일보다 선출원이거나 최소한 같은 날의 출원이어야 한다. 디자인등록출원이 저촉되는 특허권의 특허출원보다 후출원인 경우에는 디자인권자는 디자인권이 존속하는 기간 중에도 선출원권리자인 특허권자의 동의 등이 있어야만 등록디자인 및 그와 유사한 디자인을 실시할 수 있으며, 존속기간 만료 등으로 소멸한 경우에도 당연히 특허권에 구속되어야 하기 때문이다.

(2) 디자인권이 존속기간의 만료로 소멸되었을 것

11) 디자인권의 존속기간은 디자인권의 설정등록이 있는 날부터 15년이다.(디자인보호법 40①)

본조의 통상실시권이 인정되는 것은 디자인권이 정상적으로 「 존속기간의 만료 」에 의하여 소멸된 경우에 한한다. 등록료의 불납, 디자인권의 포기 또는 무효심판에 의하여 조기에 소멸된 디자인권에까지 혜택을 주는 것은 공평에 반하기 때문이다.

### III. 범위

- 1) 디자인권자가 가지는 본조의 통상실시권은 발생요건으로서 「 실시 」를 필요로 하고 있지 않으며, 그 범위는 「 원디자인권의 범위 」내이다. 그러므로 실시기간은 특허권의 존속기간의 전 기간을 의미하고 특별한 실시태양 등의 제한도 없다고 할 것이다.
- 2) 한편, 디자인권의 존속기간 만료 당시의 전용실시권자 등이 가지는 본조의 통상실시권 역시 「 원권리(또는 원 실시권)의 범위 」내에서 인정된다.

### IV. 대가

#### 1. 원디자인권자는 무상

원디자인권자는 대가의 지급없이 무상으로 통상실시권을 가진다. 원디자인권자에게 법정실시권을 인정하는 이 유가 권리의 공평을 기하기 위해서이기 때문이다.

#### 2. 소멸된 디자인권에 대해 등록된 실시권을 가지는 자는 유상

소멸 당시 당해 디자인권에 존재하는 「 전용실시권자 」또는 「 등록된 통상실시권자 」는 특허권자 또는 전용실시권자에게 상당한 대가를 지급하여야 한다.(특허법 105③)

### 제5절 질권행사로 인한 특허권의 이전에 따른 통상실시권

#### I. 서설

##### 1. 의의

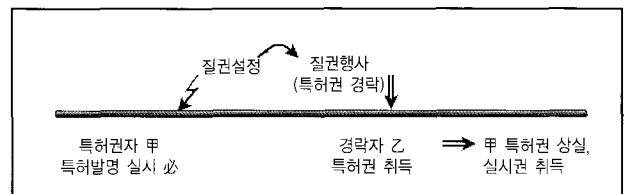
질권행사로 인한 특허권의 이전에 따른 통상실시권이란 특허권을 목적으로 하는 질권설정 이전에 특허권자가 특

허발명을 실시하고 있는 경우에는 그 특허권이 경매 등에 의하여 타인에게 이전되더라도 그 특허발명에 대하여 특허권자에게 통상실시권을 말한다.(특허법 122)

#### 2. 제도적 취지

특허권에 약정담보물권인 질권이 설정된 경우에 특허권자가 채무를 이행하지 않으면 질권자는 질물인 특허권을 경매하여 그 가액으로 우선변제받고 특허권은 경락자에게 이전된다. 이 경우에 특허권자가 질권설정 이전부터 특허발명을 실시하고 있었다면 이미 실시를 위하여 설치된 설비 등을 폐기하여야 하므로 국민 경제상 유익하지 않고 또한 특허권자의 실시상태를 계속 유지시키는 것이 산업발전에 유익하므로 특허법은 이와 같은 경우에 특허권자에게 법정실시권을 인정하고 있다.

[질권행사로 인한 특허권의 이전에 따른 통상실시권(특허법 122)]



### II. 성립요건

- 1) 본조의 통상실시권이 발생하기 위하여는 다음을 만족해야 한다.
  - i) 특허권을 목적으로 하는 질권이 설정되었을 것,
  - ii) 특허권자가 질권설정 이전에 그 특허발명을 실시하고 있을 것,
  - iii) 특허권이 경매 등에 의하여 타인에게 이전될 것을 요한다.
- 2) 질권설정 이전에 실제로 특허발명을 실시하고 있어야 하므로, 단지 실시사업의 준비만을 하고 있는 경우는 포함되지 않는다고 해석된다.
- 3) 한편, 본조의 통상실시권은 질권이 설정된 특허권자에 한하며, 그 특허권에 존재하는 전용실시권자나 등록된 통상실시권자, 법정실시권자는 해당하지 않는다. 이자들은 본조에 의한 법정실시권이 주어지지 않아도 당연히 경락에 따른 새로

은 특허권자에게 그 효력을 주장할 수 있기 때문이다.(특허법 118①,②)

### III. 범위

본조의 통상실시권의 범위에 대하여는 특별히 법에서 규정하고 있지 않다. 실시장소와 실시기간의 범위에 대하여는 제한이 없다고 보는데 이론이 없으나 실시내용의 범위에 관하여는 논란이 있다. 즉 특허권자가 질권설정 이전에 현실로 실시하고 있던 특허발명의 범위로 한정되어야 한다는 견해와 제한이 없이 특허발명의 전 범위에 걸쳐 실시할 수 있다는 견해가 있다. 이에 대하여는 특허법에 특별한 제한 규정이 없다는 점, 원래 특허권자였다는 점 및 통상실시권에 대한 상당한 대가를 지급하고 있다는 점에 비추어 後說이 타당하다고 본다.<sup>12)</sup>

### IV. 대가

이전된 특허권에 대하여 통상실시권을 갖는 前特許權者는 경매 등에 의하여 특허권을 이전받은 자에게 상당한 대가를 지급하여야 한다.

## 제6절 재심에 의하여 회복한 특허권에 대한 선사용자의 통상실시권

### I. 서설

#### 1. 의의

재심에 의하여 회복한 특허권에 대한 선사용자의 통상 실시권이란 거절한다는 취지의 심결 또는 무효되어 특허권이 소멸되었거나 특허권의 권리범위에 속하지 않는다는 심결이 확정된 후 다시 재심에 의하여 이와 상반되는 심결이 확정된 경우(특허법 181①각 호)에 당해 심결이 확정된 후 재심청구의 등록 전에 선의로 국내에서 그 발명의 실시

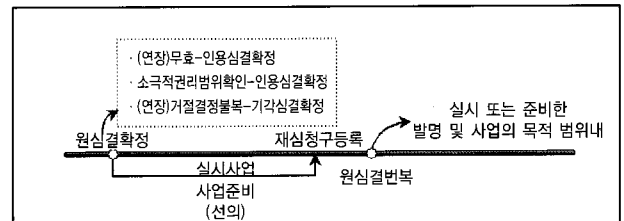
사업 또는 그 사업의 준비를 하고 있는 자에게 그 실시 또는 준비를 하고 있는 발명 및 사업의 목적의 범위안에서 그 특허권에 관하여 인정되는 무상의 통상실시권을 말한다.(특허법 182) 이러한 재심에 의하여 회복한 특허권에 대한 선사용자의 통상실시권은 심결확정 후의 사실에 기초하여 인정되는 권리이므로 후용권(後用權)이라고도 한다.

### 2. 제도적 취지

1) 특허권이 존재하지 않거나 무효되어 특허권이 소멸하였다는 심결을 신뢰하여 선의로 특허발명의 실시 또는 준비를 하고 있는 자에 대하여 후에 소급해서 특허권의 침해책임을 묻는 것은 공평에 반하며, 산업발전을 위하여도 기존의 산업시설을 보호할 필요가 있다.

2) 재심청구등록 전의 선의의 실시자에게는 회복한 특허권의 효력이 미치지 않는다는 것만으로는 선의의 실시자를 충분히 보호할 수 없다. 그러므로 재심에 의해서 특허권이 회복한 이후에도 그 실시를 계속할 수 있도록 법정실시권을 인정하여 선의의 실시자를 보호하려는 데에 본조의 취지가 있다.

#### [후용권(특허법 182)]



### II. 성립요건

#### 1. 주체적 요건

선의이어야 한다. 여기에서 선의란 소멸된 권리에 재심 사유가 있다는 것을 모르는 것 또는 장래에 재심사유가 생김으로써 재심청구를 한다는 사정이 있다는 것을 모르는

12) 同旨 : 이종일, 717면.

것을 말한다.

## 2. 객체적 요건 및 지역적 요건

국내에서 그 특허발명이나 고안의 실시사업 또는 사업의 준비를 하고 있어야 한다. 특허권의 효력이 미치는 지역적 범위가 국내에 한정되기 때문이다. 그 밖에 「실시사업」 및 「사업의 준비」에 관하여는 특허료의 추가납부기간경과 후에 회복한 특허권 등에 대한 통상실시권에서 설명한 것과 같다.

## 3. 시기적 요건

### (1) 당해 심결이 확정된 후 재심에 의하여 이와 상반된 심결이 확정될 것(특허법 181①각 호)

1) 「당해 심결」이란 i) 특허권 또는 특허권의 존속기간의 연장 등록을 무효로 하는 심결, ii) 특허권의 권리범위에 속하지 아니한다는 심결, iii) 특허출원 또는 특허권의 존속기간의 연장 등록출원에 대하여 거절한다는 취지의 심결 중 어느 하나의 심결을 말한다.

2) 「이와 상반된 심결이 확정」된다는 것은 재심에 의하여 i) 무효된 특허권 또는 무효된 존속기간 연장등록 특허권이 회복되거나, ii) 특허권의 권리범위에 속하게 되거나, iii) 특허출원 또는 특허권의 존속기간의 연장등록출원에 대하여 특허결정을 하는 것을 말한다.

### (2) 「당해 심결의 확정 후 재심청구의 등록 전」에 실시사업 또는 사업의 준비를 하고 있을 것

「당해 심결의 확정」이란 위 (1)의 각 당해심결의 확정을 말하며, 재심청구의 등록이란 재심청구사실에 대한 예고 등록을 말한다.

## III . 범위

본조의 법정실시권자는 실시 또는 준비를 하고 있는 발명 및 사업의 목적의 범위안에서만 통상실시권을 가진다.

## IV. 대가

본조의 법정실시권자는 대가의 지급없이 무상으로 특허 발명을 실시할 수 있다.

## 제7절 재심에 의하여 통상실시권을 상실한 원권리자의 통상실시권

### I. 서설

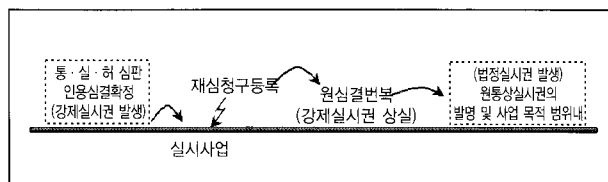
#### 1. 의의

재심에 의하여 통상실시권을 상실한 원권리자의 통상실시권이란 통상실시권허여심판(특허법 138)에 의하여 통상실시권을 허여한다는 심결이 확정된 후 재심에 의하여 이에 상반되는 심결이 확정된 경우에, 재심청구등록 전에 선의로 국내에서 그 발명의 실시사업 또는 사업의 준비를 하고 있는 자에게 원통상실시권의 사업의 목적 및 발명의 범위안에서 그 특허권 또는 재심의 심결이 확정된 당시에 존재하는 전용실시권에 대하여 인정되는 통상실시권을 말한다.(특허법 183) 이것은 강제실시권이 법정실시권으로 전환되는 경우이다.

#### 2. 제도적 취지

통상실시권허여의 확정심결을 신뢰한 선의의 실시자를 보호하는 것이 공평의 이념에 합당하며, 산업정책적 측면에서 그 실시 및 기존의 시설을 보호하여 산업발전에 이바지하게 하기 위해서이다.

[재심에 의하여 통상실시권을 상실한 원권리자의 통상실시권(특허법 183)]



### II. 성립요건

본조의 통상실시권이 발생하기 위하여는 다음을 만족해야 한다.

1) 법 제138조 제1항 또는 제3항의 규정에 의하여 통상실시권 하여심결이 확정된 후 재심에 의하여 이에 상반되는 심결이 확정될 것

2) 통상실시권을 하여받은 자는 재심청구등록 전에 선의로 국내에서 그 발명의 실시사업 또는 사업의 준비를 하고 있을 것

여기에서의 등록이란 재심청구사실의 예고등록을 의미하며, 선의란 통상실시권하여심결에 재심사유가 있음을 알지 못하는 것을 말한다.

### III. 범위

본조의 법정실시권자는 원통상실시권자의 사업의 목적 및 발명의 범위안에서만 통상실시권을 가진다. 즉, 통상실시권의 범위는 원래의 통상실시권하여심판에 의해서 하여된 통상실시권의 범위로 한정된다.

### IV. 대가

본조의 법정실시권자는 특허권자 또는 전용실시권자에게 상당한 대가를 지급하여야 한다.

[법정실시권의 비교]

		발명진흥법 8	특허법 81의3	특허법 103	특허법 104
의의		종업원등이 그 직무에 관하여 발명한 것이 성질상 사용자 등의 업무범위에 속하고 그 발명을 하게 된 행위가 종업원등의 현재 또는 과거의 직무에 속하는 발명에 대하여 종업원등이 특허를 받았거나 특허를 받을 수 있는 권리를 승계한 자가 특허를 받았을 때에는 사용자 등에게 인정되는 전범위에 대한 통상실시권을 말한다.	특허료의 추가납부기간경과후 납부 또는 보전에 의하여 회복한 특허권의 효력제한기간 중 국내에서 선의로 그 발명의 실시사업을 하거나 그 사업을 준비하고 있는 자에게 그 실시 또는 준비를 하고 있는 발명 또는 사업목적의 범위안에서 인정되는 통상실시권을 말한다.	특허출원 시에 그 특허출원된 발명의 내용을 알지 못하고 그 발명을 하거나 그 발명을 한 자로부터 지득하여 국내에서 그 발명의 실시사업을 하거나 그 사업의 준비를 하고 있는 자에게 그 실시 또는 준비를 하고 있는 발명 및 사업의 목적의 범위안에서 인정되는 통상실시권을 말한다.	특허 또는 실용신안에 대한 무효심판청구등록전에 자기의 특허발명 또는 등록실용신안이 무효사유에 있다는 것을 알지 못하고 국내에서 그 발명 또는 고안의 실시사업을 하거나 그 사업의 준비를 하고 있는 자에게 그 실시 또는 준비를 하고 있는 발명 또는 고안 및 사업목적의 범위안에서 인정되는 통상실시권을 말한다.
법적성질		법률의 규정에 의해 발생, 채권적 성질, 부수적 성질			
성립요건	주체적	① 종업원등이 직무에 관해 발명 ② 사업자 등의 업무범위에 속할 것	선의 → 책임질 수 없는 사유로 추가납부기간내에 특허료를 납부 또는 보전기간내에 보전하지 못하였음을 알지 못할 것, 또는, 실시 중인 특허발명의 특허권이 소멸한 것임을 알지 못할 것.	선의 → 특허출원된 발명의 내용을 알지 못하고 그 발명을 하거나 그 발명을 한자로부터 지득 (다른 발명루트)	① 선의 자기의 특허발명 또는 실용신안이 무효사유에 해당하는 것을 모를 것 ② 취득할 수 있는자 원특허권자 및 원실용신안권자, 선의의 무권리자, 등록된 실시권자, 법정실시권자
	객체적	발명을 하게 된 행위가 종업원 등의 현재 또는 과거의 직무에 속할 것	그 발명의 실시사업을 하거나 그 사업의 준비		
	시기적	종업원등이 특허를 받았거나 특허를 받을 수 있는 권리를 승계한 자가 특허를 받을 것	효력제한기간 중	특허출원 시	①무효심판청구등록전 → 예고등록전 ②무효사유 → 법 29①각 호 · 29②③ · 36 · 33①본문
	지역적	국내			
발생		법률의 규정을 만족하면 발생(등록하지 않아도 대항 가능 → 단, 입증의 문제가 있음)			
효력	효력범위	특허발명의 범위 내	그 실시 또는 준비를 하고 있는 발명 및 사업목적의 범위 내		
	효력제한	적극적 효력만 인정	적극적 효력의 제한만 인정		
	제한	적극적 효력의 제한만 인정			
변동	실시권설정	설정불가			
	질권설정	특허권자의 동의			
	이전	특허권자의 동의, 사업과 함께, 상속 기타 일반 승계			
	특허권포기	직무발명에 대한 통상실시권자의 경우만 동의권 있음			
소멸	실시권포기	질권자의 동의			
	특허권	장래를 향해 소멸, 소급하여 소멸			
대가		無	有	無	有
설정등록효과		등록없이도 제3자에게 대항 가능, 그러나 통상실시권의 변동은 등록이 대항요건(특허법 118)			

		특허법 105	특허법 122	특허법 182	특허법 183
의의		특허출원일전 또는 같은 날에 출원되어 등록된 디자인권이 특허권과 저촉되는 경우 그 디자인권의 존속기간이 만료되는 때에 그 디자인권자 및 그 디자인권의 전용실시권자, 등록된 통상실시권자에게 원디자인권 또는 원실시권의 범위안에서 인정되는 통상실시권을 말한다.	특허권자가 질권설정 이전에 그 특허발명을 실시하고 있는 경우에는 그 특허권이 경매 등에 의해 이전되더라도 그 특허발명에 대하여 인정되는 통상실시권을 말한다.	심결이 확정된 후 재심청구등록 전에 선의로 국내에서 그 발명의 실시사업을 하거나 그 사업의 준비를 하고 있는 자에게 그 실시 또는 준비를 하고 있는 발명 및 사업목적의 범위안에서 인정되는 통상실시권을 말한다.	통상실시권허여심결이 확정된 후 재심에 의하여 이와 상반되는 심결이 있는 경우, 재심청구등록전에 선의로 국내에서 그 발명의 실시사업을 하거나 그 사업의 준비를 하고 있는 자에게 원통상실시권의 사업목적 및 발명의 범위안에서 인정되는 통상실시권을 말한다.
법적성질		법률의 규정에 의해 발생, 채권적 성질, 부수적 성질성			
성립요건	주체적	① 원디자인권자 ② 전용실시권자 ③ 등록권 실시권자 ④ 법정실시권자	특허권자	선의 → 재심사유를 알지 못함	선의 → 재심사유를 알지 못함
	객체적	특허권과 저촉	질권설정 이전에 그 특허발명을 실시	실시사업 또는 그 사업의 준비	실시사업 또는 그 사업의 준비
	시기적	① 특허출원일 전 또는 특허출원일과 같은 날에 출원되어 등록 ② 존속기간 만료로 소멸	질권설정되어 특허권이 경매 등에 의해 이전	① 특허권·존속기간연장등록의 무효심결, ② 권리범위에 속하지 아니한다는 심결, ③ 특허출원·존속기간연장등록출원의 거절심결확정 후 재심에 의하여 이에 상반되는 심결의 확정이 있는 경우에 심결확정후 재심청구등록전	통상실시권을 허여한다는 심결이 확정된 후 재심에 의하여 이에 상반되는 심결의 확정이 있는 경우에 심결확정후 재심청구등록전
	지역적	국내			
발생		법률의 규정을 만족하면 발생(등록하지 않아도 대항 가능 → 단지 입증책임의 문제)			
효과	효력범위	① 디자인권자 디자인권의 범위 내 ② 등록된 실시권자 원권리의 범위 내	특허발명의 전범위 내	그 실시 또는 준비를 하고 있는 발명 및 사업의 목적의 범위	원통상실시권의 사업의 목적 및 발명의 범위
	효력	적극적 효력만 인정			
	제한	적극적 효력의 제한만 인정			
예외	실시권설정	설정불가			
	질권설정	특허권자의 동의			
	이전	특허권자의 동의, 사업과 함께, 상속 기타 일반 승계			
	특허권포기	X			
	실시권포기	질권자의 동의			
소멸	특허권	장래를 향하여 소멸, 소급하여 소멸			
	실시권	실시권의 포기, 특허권의 수용, 혼동, 실시사업폐지(特許法 105 제외)			
대가		① 디자인권자 → 無 ② 실시권자 → 有	有	無	有
설정등록효과		등록없이도 제3자에게 대항 가능, 그러나 통상실시권의 변동은 등록이 대항요건(특허법 118조)			