

한국 특허제도의 변천: 특허권 강화의 역사

정차호(chahoj@cnu.ac.kr)

충남대학교 법과대학 교수

1. 서언

특허법 제1조는 특허법이 “발명을 보호·장려하고 그 이용을 도모함으로써 기술의 발전을 촉진하여 산업발전에 이바지함을 목적으로 한다”고 선언하고 있다. 특허무용론자 또는 특허반대론자들은 특허제도가 특허법이 천명하는 산업발전이라는 목적을 달성하지 못한다고 주장한다. 그러한 지적에 대응하기 위하여 기존의 특허제도가 그러한 목적을 달성하고 있다는 증거를 제시하기 위한 노력이 여러 차례 시도된 바 있다.¹⁾

한국개발연구원이 지식재산이 경제발전에 미치는 영향에 관하여 연구한 결과가 '03년 5월에 발표된 바 있으며, 동 연구는 특허출원 1% 증가가 국민소득 0.11%의 증가에 상응하였다고 주장하고 있다. 그러나 동 연구결과는 특허출원의 증가시기에 국민소득의 증가가 있었다는 사실을 확인할 뿐, 특허출원이 국민소득의 증가에 직접적인 영향을 미쳤다는 증거를 제시하지 못하고 있다. 역설적으로는 특허출원의 증가가 국민소득의 증가를 유도한 것이 아니라 국민소득의 증가가 특허출원의 증가를 유도한 것이 아니냐는 반문도 가능케 한다. 또한, 특허활동이 경제발전에 미치는 영향과 특허출원의 수는 그 상관관계가 매우 작으나, 동 연구는 단순히 특허출원의 수를 중요 지표로 삼아 비교한 단점이 있다.²⁾

유엔 전문기구인 세계지식재산기구(World Intellectual Property Organization, WIPO)와 우리 특허청이 공동 발주하여 서울대 경제연구소가 “한국에서의 기술발전에 미친 산업재산권제도의 역할”이라는 주제로 연구하여 '03. 4월 발표한 자료에 의하면, 한국에서 벤처기업 등 중소기업의 왕성한

1) 외국의 예로서는 Josh Lerner, *150 Years of Patent Protection* (Nat'l Bureau of Econ. Research, Working Paper No. 7478, 2000) (경제발전과 특허보호체계의 상관관계 고찰), Zvi Griliches, *Patent Statistics as Economic Indicators: A Survey*, 28 J. Econ. Lit. 1661 (1990) (특허통계가 경제발전, 기술발전, 경쟁력 등의 중요지표가 됨을 주장).

2) 요미우리신문 인터넷판 '04. 1. 31. (특허의 수익성은 개별 특허마다 큰 차이를 보인다. '04년 1월 30일 일본 경제산업성이 산출한 「지적재산 전략지표」에서 특허 1건당 개략적인 이익을 나타내는 「특허 수익성」은 1위 영국 162.46, 2위 미국 131.21이지만 일본은 그 반 이하인 57.25에 그쳤다.), 김승균, *대학 기술이전전략 조직의 발전전략* 92면 (2003) (“미국 UC의 경우 1990년대 중반 상위 특허 5개가 전체 수입의 66%를 벌어들였고, 콜롬비아대학과 스탠포드 대학도 각각 94%, 85%였다”(D. Mowery, R. Nelson, B. Sampat & A. Ziedonis, *The Growth of Patenting and Licensing by US Universities: An Assessment of the Effects of the Bayh-Dole Act of 1980*, *Research Policy* 30:99 p. 107 (2001) 인용).

R&D 활동이 있으나, 산업재산권제도가 그러한 왕성한 R&D 활동을 촉발하였다는 결정적인 증거를 제시하지 못하고 있다.³⁾

특허제도 반대론자들은 특허의 장점에도 불구하고 단점이 장점을 압도하므로 특허제도가 무용하다거나 혹은 폐지되어야 한다고 주장한다.⁴⁾ 이들은 많은 경우, 특허를 이용하는 고객이 연구·개발을 통한 기술혁신을 꾀하는 것이 아니라 출원된 발명을 경쟁자가 이용하지 못하도록 방지하거나 대출에의 활용, 상대 특허권자의 공격으로부터의 방어 등의 목적에 더욱 가중치를 두고 있다고 지적한다.⁵⁾ 특히, 잘못 특허된 특허권으로 인하여 초래되는 사회비용이 매우 크며, 이를 바로 잡기 위한 심판, 소송비용, 특허로 인한 타인에 대한 연구개발 억제 효과, 특허로 인한 불필요한 design-around 노력 초래, 특허권을 활용한 특허제품의 판매가 인상 등의 사회비용이 초래된다는 것이다.

이러한 사회비용을 최소화하고자 각국 특허청은 심사의 질을 제고하고자 노력을 하고 있으나 심사의 질을 일정 수준 이상 보장하는 것은 매우 어렵다. 상대적으로 우수한 심사를 수행하는 미국특허상표청의 경우에도, 심사오류율이 4~5%에 이른다.⁶⁾ 만약, 심사오류율을 엄격하게 측정하면 4~5%를 훨씬 초과할 여지도 있다.⁷⁾ 미국의 경우, 잘못 특허된 특허권이 법원에서 무효화되는 사례에 대한 통계가 제시되고 있으며, 미국연방지역법원과 미국연방항소법원(The Court of Appeals for the Federal Circuit, CAFC)이 1989년부터 1996년까지 다룬 사건 중 46%의 특허가 무효가 되었으며,⁸⁾ CAFC가 생기기 전인 1921년부터 1973년까지의 기간 중 항소법원이 다룬 사건에서 66%의 특허가 무효화 되었으며⁹⁾ CAFC가 1892년부터 2000년까지 다룬 사건 중

3) 동 발표자료의 요약된 내용은 이근, *지식재산권과 기업의 특허전략*, 과학기술정책 2002년 11·12월호 참조.

4) George Priest, *What Economists Can Tell Lawyers About Intellectual Property*, 8 Res. L. & Econ. 19 (1986) (지적재산제도의 효용에 대하여 경험적인 증거가 아닌 위험한 가정에 의하여 결론이 내려진다고 비판), Robert P. Merges et al., *Intellectual Property in the New Technological Age*, 127 n.12 (2d ed. 2000) (산업혁명시대 특허법의 효과에 대한 다양한 의견을 제시).

5) Mark A. Lemley, *Rational Ignorance at the Patent Office*, 95 Nw. U. L. Rev. 1495 (2001)(특허를 방어적인 목적, 협상 전략 등에 활용함을 논의), Mark A. Lemley, *Reconceiving Patents in the Age of Venture Capital*, 4 J. Sm. & Emerging Bus. L. 137, 142-44 (2000)(특허를 크로스 라이선싱 및 재원조달에 이용함을 논의).

6) USPTO의 실적 보고서(Performance and Accountability Report) 2003년. 오류율(error rate)은 총 특허등록건수에 대한 오류가 있는 등록특허건수의 비율을 말한다.

7) 미국특허상표청의 경우, 영업방법 관련 출원에 대한 등록률이 60~70%에 이르는 사실에 대하여 외부에서의 향의가 계속되자, 해당 분야 출원에 대한 심사를 강화하여 거절율이 60~70%에 이르도록 한 바 있다. 이러한 거절율의 급격한 변화는 심사의 질을 높일 여지가 매우 많다는 주장을 뒷받침하는 증거가 되며, 잘못 등록되는 특허가 매우 많을 것이라는 추측을 가능케 한다.

8) John R. Allison & Mark A. Lemley, *Empirical Evidence on the Validity of Litigated Patents*, 26 AIPLA Q.J. 185, 194-205 (1998).

28%의 특허가 무효가 되었다.¹⁰⁾

심사관 1인당 연 70건 내외의 특허출원을 심사하는 미국특허상표청의 경우와 달리, 연 300건 이상을 심사하는 우리 특허청의 경우 심사오류율이 더욱 높을 것으로 예측되며, 따라서 잘못 특허된 특허권으로 인하여 초래되는 사회비용이 우리나라에서는 더욱 높을 것이다.

또한, 특허권 취득에 소요되는 경비가 과다하여 기업의 의사결정권자가 한정된 재화를 특허와 관련된 활동이 아닌 여타 활동에 배분할 여지가 많다. 즉, 투자와 효과의 비율을 측정하여, 마케팅, 디자인 등의 분야의 효율성이 더욱 높을 경우 특허 관련 활동에 대한 투자가 줄어들 것이다.

또한, 특허는 다양한 기술 분야의 특정한 문제점에 유연하게 대처하지 못한다는 지적도 있다. 특허법은 기술분야에 대하여 중립적(technology-neutral)이므로 성격이 다른 기술분야에 획일적인 기준을 적용하고 있다. 그러나 영업방법, 생명공학기술 등의 분야는 여타 분야와 비교하여 매우 다른 속성을 가지고 있으므로 다른 취급이 필요한 경우가 있다. 특허제도의 목적을 제대로 달성하기 위해서는 기술 분야에 따른 특정한(technology-specific) 정책을 펴야할 것이다.¹¹⁾

결국, 특허제도의 목적을 실현하기 위해서는 심사의 질을 제고하여 잘못 특허된 특허권으로 인하여 초래되는 사회비용을 최소화하여야 하고, 특허권 취득에 소요되는 경비를 최소화하고 특허권으로 인하여 얻는 이익을 최대화하여야 할 것이다.

이 글은 특허제도의 변화를 살펴보는 것을 기본 목적으로 한다. 그러나 단순한 변화를 소개하는 것이 아니라 특허권자의 권리강화라는 시각을 통하여 우리 특허제도의 변천사를 고찰하므로 이미 소개된 책자들과¹²⁾ 약간 다른 의미를 가진다고 본다. 이 글이 우리 특허제도의 변화가 특허제도의 목적인 기술혁신과 어떠한 상관관계를 가지고 있는지를 연구하기 위한 기본자료로 활용될 수 있기를 기대한다.¹³⁾ 특허제도와 기술혁신의 상관관계가 논리적 혹은 실증적으로 입증될 때 기업의 특허제도 활용도가 제고될 것이고 궁극적으로 기술혁신이 달성되어 국가 경쟁력 강화에 이바지하게 될 것이다.

9) Robert P. Merges, *Commercial Success and Patent Standards: Economic Perspectives on Innovation*, 76 Cal. L. Rev. 803, 822 & nn. 71-72 (1988).

10) Robert L. Harmon, *Patents and the Federal Circuit* p. 1135 (5th ed. 2001).

11) Dan L. Burk & Mark A. Lemley, *Policy Levers in Patent Law*, 89 Va. L. Rev. 1575 (2003) 참조.

12) 특허청, *한국특허제도사* (1988년); 특허청, *특허청 20년사* (1997년).

13) 특허제도의 변화가 기술혁신에 미친 영향을 파악하기 위해서는 특허제도의 변화에 대한 이해와 더불어 경제학에 대한 지식을 필요로 한다. 본고는 경제학에 대한 지식을 갖춘 학자가 특허제도의 변화가 기술혁신에 미친 영향을 연구하기 위한 기본자료로 활용될 수 있을 것이다.

2. 특허법 변천 간략사

1) 군정법령 제44호(1946년 1월 22일)

군정법령 제44호는 특허제도의 창설과 그 운영을 위하여 조선정부광공국에 특허원을 설립하고 특허·실용신안 등에 관한 법률을 시행하며 특허원으로 하여금 공업소유권과 저작권에¹⁴⁾ 관한 모든 업무와 재산 등을 이관받아 보관·유지하도록 하였다. 특허원 설립의 근거를 제시하였고, 동 법령을 근거로 군정법령 제91호인 최초의 특허법이 마련된다.

2) 1946년 특허법 제정(1946년 10월 15일 군정법령 제91호)

총16장, 265조로 구성된 1946년 법은 실용신안 및 의장에 관한 사항과 특허국의 설치와 직제에 관한 사항까지를 포함하였다. 해방 이전에 우리나라에서 시행되었던 일본 특허법 등을 폐지함과 아울러¹⁵⁾ 해방 전에 일본 정부에 의하여 설정된 특허권에 대하여 기득권을 인정하여 1946년 법 시행 후 12개월 이내에 권리자가 출원을 하는 경우 신규성 또는 이의신청절차를 거치지 아니하고 특허를 허여하였다.¹⁶⁾

1946년 법은 일본 특허법을 폐지하기 위하여 급조된 면이 있었을 것이고, 동 법이 우리나라의 기술혁신 역량을 고려하여 만들어졌다고 보기는 어렵다. 1946년 법은 미국 특허법을 참고하여 특허권 존속기간을 17년으로 하였으나, 특허권 존속기간을 몇 년으로 하는 것이 국내의 현실에 부합되는 것인지에 대한 논의 없이 결정되었을 것으로 짐작된다. 1961년 특허법 제정 시 특허권 존속기간을 출원공고일부터, 또는 출원공고가 없는 경우 특허일부터 12년까지로 축소했던 것으로 보아 그 이전의 기간이 충분한 논의 없이 설정되었음을 미루어 짐작케 한다.¹⁷⁾ 또 1946년 법은 식물특허에 대하여 특허를 허여하는 규정을 도입하였는데, 식물특허에 대하여 특허를 허여하는 것이 그 당시 상황에서 적합한 지 여부 등에 대한 논의 없이 채택되었을 것이다.

14) 현재는 특허청이 산업재산권 관련 업무를, 문화관광부가 저작권 관련 업무를 담당하고 있으나 지적재산권 정책의 효율성을 제고하고 일관성을 담보하기 위하여 산업재산권 업무와 저작권 업무를 포괄하는 지적재산권 업무를 하는 지적재산권부 창설이 필요하다는 주장이 있다. 군정법령 제44호가 특허원이 저작권 관련 업무도 총괄하도록 하였다는 사실은 흥미롭다.

15) 1946년 특허법 제2조.

16) 1946년 특허법 제256조.

17) 1961년 특허법 제46조.

3) 1961년 특허법(1961년 12월 31일 법률 제950호)

1946년 법이 미군의 영향 하에 만들어 졌다는 것을 감안하면, 1961년 법은 우리나라 주권에 의하여 제정된 최초의 특허법이라 할 수 있다. 내용면으로도 의장 및 실용신안 부분을 삭제하여 특허만을 다루는 진정한 특허법의 제정이었을 뿐만 아니라, 당시 국내의 발명창출기반이 취약하다는 면을 고려하여 특허권을 제약하고 특허권의 남용을 방지하기 위하여 노력한 흔적이 뚜렷하다.

1961년 법 제4조는 음식물 또는 기호물, 의약 또는 그 조합법, 화학방법에 의하여 제조할 수 있는 물질, 질서 또는 풍속을 문란하게 하거나 위생에 해가 있을 염려가 있는 것 등을 특허를 받을 수 없는 발명으로 규정하였다.¹⁸⁾ 국민들의 먹을거리가 부족한 상황을 고려하여 음식물 및 기호물에 대하여 특허를 인정하지 않았을 것으로 짐작된다. 그럼에도 불구하고 기호물이라는 명확하지 않은 범주에까지 특허를 받을 수 없도록 한 것은 특허의 대상을 가급적 축소하고자 노력하였던 당시 입법자들의 의연하면서도 투박한 의지가 엿보이게 하는 것이다. 의약품 및 화학물질에 대하여 특허를 주지 않은 것은 그 당시 동 대상에 대하여 특허를 주지 않고 있는 일본의 사례를 모방하여 취약한 관련 국내산업을 보호하기 위한 것이었다. 물질특허에 대하여 특허를 허용하지 않는 제도는 1986년 법 개정까지 존속되었으니 그때까지 국내 관련 업계를 보호한다는 중요한 의미를 가졌을 것이다.

1961년 법 제45조는 “특허권자가 특허를 받은 후에 계속하여 3년 이상 정당한 이유 없이 그 발명을 국내에서 실시하지 아니하는 경우에 공익상 필요하다고 인정될 때에는 특허국장은 이해관계인의 청구에 의하여 그 실시권을 타인에 하여할 수 있다”고 규정하고 있다. 외국인인 특허권자가 특허발명의 실시 없이 특허권을 보유하기만 하는 경우 국내 관계인의 손해가 예상됨을 고려하여 3년 이상 그 발명이 국내에서 실시되지 아니하는 경우 통상실시권을 강제로 하여할 수 있도록 하였다. 비록 실제로 강제적 실시권의 허여가 이루어진 경우는 드물다고 하더라도 국내 산업을 보호하려는 강력한 의지는 뚜렷하다.

4) 1963년 특허법(1963년 3월 5일 법률 제1293호)

발명의 정의 규정을 신설하였다. 제5조는 발명을 “자연법칙을 이용한 고도의 기술적 창작으로서 산업상 이용할 수 있는 것”으로 규정하였다. 1961년

18) 현행 특허법 제32조는 “공중의 질서 또는 선량한 풍속을 문란하게 하거나 공중의 위생을 해할 염려가 있는 발명”을 특허를 받을 수 없는 발명으로 규정하고 있다.

법이 “산업상 이용가능성”을 특허요건으로서 제2조에서 규정하던 것을 1963년 개정은 산업상 이용가능성을 발명의 정의에 포함하였다. 이는 잘못된 개정의 하나이다. 직후의 법 개정인 1973년 법 개정에서 산업상 이용가능성은 다시 특허요건으로 그 위치를 옮기게 된다.¹⁹⁾

이 법에서는 파리조약 우선권주장 제도를 도입하였다.²⁰⁾ 즉, 파리조약 가맹국 또는 국가간 협약에 의해 당사국에 먼저 출원된 출원(선출원)의 출원일을 우리나라의 출원일로 보는 것으로 하였다. 그러나 출원일 소급의 효과를 신규성 및 진보성의 판단에 한한다는 제한을 두지 않아 출원일 소급의 효과가 적어도 문리적으로는 모든 경우에 적용되는 잘못을 범하였다. 이러한 잘못은 1976년 법 개정에서 바로 잡힌다. 즉, 1976년 법 제42조는 우선권주장에 의한 출원일 소급의 효과가 제6조(특허요건)²¹⁾ 및 제11조(선원주의)²²⁾에 한하는 것을 분명히 하였다.

특허의 침해에 대하여 손해배상청구의 소를 제기할 수 있는 경우를 “고의 또는 중대한 과실”로 한정하여 중대하지 않은 일반적인 과실에 대하여는 손해배상을 청구할 수 없도록 하여 특허권자의 권리를 상당 부분 제약하였다.²³⁾ 이 “중대한” 과실의 원칙은 1973년 법 개정에서 삭제되어 “고의 또는 과실”이 있는 경우 손해배상의 청구가 가능하도록 하였다.²⁴⁾

5) 1973년 특허법(1973년 2월 8일 법률 제2505호)

우리나라의 기술수준을 고려하고 국내 관련 산업의 보호를 위하여 특허 받을 수 없는 발명에 “원자핵 변환방법에 의하여 제조될 수 있는 물질의 발명”²⁵⁾ “물질 자체가 지니는 성질에 따르는 용도의 발명”²⁶⁾ 추가하였다. “물질 자체가 지니는 성질에 따르는 용도의 발명”이라는 표현은 1980년 법 개정에서 “화학물질의 용도에 관한 발명”으로 변경되고 그 후 1986년 법 개정에서 특허를 받을 수 없는 발명에서 제외된다. 결국 “화학방법에 의하여 제조될 수 있는 물질” 뿐만 아니라 화학물질의 용도까지 특허 받을 수 없는 발명에 포함하여 국내 관련 산업을 보호하려 한 셈이다.

19) 1973년 법(1973년 2월 8일 법률 제2505호) 제5조.

20) 1963년 법 제36조의2.

21) 현행 법 제29조에 상당.

22) 현행 법 제36조에 상당.

23) 1963년 법 제148조 제2항.

24) 1973년 법 제156조 제1항.

25) 1973년 법 제4조 제4항.

26) 1973년 법 제4조 제5항.

현행법은 국내뿐만 아니라 국외에서 반포된 간행물에 게재된 발명에도 선행기술의 지위를 부여한다.²⁷⁾ 그러나, 1973년 이전에는 국내에서 반포된 간행물에 게재된 발명에 대하여만 선행기술의 지위를 부여하였다. 외국에서 반포된 간행물에 대하여 증거로서의 지위를 인정할 경우 증거의 진위 등을 판단하기 어렵다고 본 듯 하다. 1973년 법 개정은 외국에서 반포된 간행물에 게재된 발명에 비로소 선행기술의 지위를 부여하기 시작하였으나 외국에서 반포된 간행물의 종류는 대통령령에 정하도록 함으로써 간행물의 종류를 한정하였다.²⁸⁾ 이러한 한정은 1980년 법 개정을 통하여 삭제되었다.

수출드라이브정책에 따라 수출품에 대하여는 비록 그 수출품이 특허권을 침해하는 가능성이 높다 하여도 우선 수출이 가능토록 하기 위해 수출통관 면허신고란 한 화물에 대하여는 가처분, 가압류 또는 압류명령을 신청할 수 없도록 하고 손해배상은 별도로 해결하도록 하였다.²⁹⁾ 이러한 규정은 특허권의 효력을 일정 부분 제한하는 한이 있더라도 수출이 가능하도록 한 조치였으며, 이러한 제한은 1986년 법 개정을 통하여 삭제된다.

1973년 이전 법에서는 특허권이 무효심판으로 무효될 수 있는 가능성을 권리의 불안정한 상태로 보고 그러한 권리의 불안정 상태를 줄이기 위하여 무효심판의 제척기간을 등록된 날로부터 5년으로 두었다.³⁰⁾ 그러나 1973년 법은 부실권리가 존속하여 제3자에게 피해를 끼치는 것을 최소화하기 위하여 무효심판의 제척기간을 원칙적으로 폐지하고 해외에서 반포된 간행물을 이유로 하는 경우에만 제척기간 5년을 계속두기로 하였다.³¹⁾

6) 1980년 특허법(1980년 12월 31일 법률 제3325호)

국내기술의 개발을 촉진하고 선진외국기술의 조속한 도입을 도모하기 위하여 특허제도의 국제화가 필요하였다. 이러한 시대적 요구에 부응하여 1979년에 세계지식재산기구 설립조약(WIPO 조약)에 가입하고, 1980년 5월 1일 파리협약에 가입함과³²⁾ 아울러 그러한 가입을 위하여 필요한 법 개정을 하였으며 또한 일부 미비한 조항을 정비하였다.

27) 현행 법 제29조 제1항 제2호.

28) 1973년 법 제6조 제1항 제2호.

29) 1973년 법 제46조 제2항.

30) 1963년 법 제90조.

31) 1973년 법 제98조.

32) 1980년 법 개정이 파리협약의 가입이나 특허제도의 국제화와 관련이 있다고 판단되지 않는다. 파리협약의 가입과 관련된 규정이 실질적으로 개정된 것이 없다. 1980년 법 개정의 내용이 1979년 10월 24일 국회에 제출되었다가 소위 10.26 사태로 인하여 자동 폐기되자 동 내용에 몇 가지를 더 보탠 것이 1980년 법이다.

발명의 내용이 조기에 공개되도록 하여 기업간의 중복연구 및 중복투자를 방지하고자 하였으며, 출원일 또는 우선권주장일로부터 1년 6월이 되는 때 특허공보에 출원공개를 하는 제도를 채택하였다.³³⁾ 출원공개제도가 도입되기 이전에는 출원일로부터 평균 3년 이상이 지나 출원공고에 의한 기술의 공개가 된 것을 고려하면, 출원공개제도로 인하여 기술의 공개가 촉진되고 따라서 기술개발이 촉진되는 효과를 거두었으리라고 판단된다.

출원건수의 증가로 심사부담이 늘어나고 따라서 심사처리기간이 장기화됨에 따라 심사처리의 촉진을 꾀하기 위하여 출원과 동시에 심사청구가 되는 미국식 제도를 포기하고 심사청구를 출원일로부터 5년 이내에 할 수 있도록 하여 심사청구가 선별적으로 행해지도록 유도하였다.³⁴⁾ 출원일로부터 5년 이내에 심사청구가 없어 취하된 것으로 되는 경우, 출원인의 입장에서는 심사청구료를 낭비하지 않게 되고,³⁵⁾ 특허청의 입장에서는 취하된 건수만큼 심사부담이 경감되는 것이다.

긴급한 처리가 필요한 출원에 대하여는 다른 출원에 우선하여 심사할 수 있는 우선심사제도를 채택하였다.³⁶⁾ 우선심사가 가능한 분야는 방위산업, 공해방지, 수출 등에 관련된 출원이었으나, 그러한 우선심사의 신청 시 주무부장관의 우선심사 추천이 있도록 하여 우선심사제도를 상당히 엄격하게 운용하였다.³⁷⁾

특허청구범위의 기재방법의 국제화 추세에 발맞추어 특허청구범위 다항제를 채택하였다.³⁸⁾ 기술이 날로 복잡·고도화되어 하나의 항으로 관련된 기술을 모두 청구하는 것이 곤란하다는 면이 인정되었고, 외국으로부터의 출원이 다항제를 바탕으로 한 선출원의 명세서를 기반으로 하므로 그러한 명세서와 상응할 필요성이 있었을 것이다.

7) 1982년 특허법(1982년 11월 29일 법률 제3566호)

우리 기업이 해외에서 특허권을 보다 용이하게 획득하게 하기 위하여 또, 외국 기업이 우리나라에서 특허권을 보다 용이하게 획득할 수 있는 여건을 제공하여 기술이전 및 투자가 활성화되도록 하기 위하여 특허협력조약

33) 1980년 법 제83조의2.

34) 1980년 법 제80조의2 및 제80조의3.

35) 사실 그 당시 특허권 존속기간은 특허등록으로부터 17년이었으므로 심사청구제도를 활용하여 등록을 늦추는 경우 특허권의 종료시점이 늦추어지는 효과를 거둘 수 있는 장점이 더욱 컸다.

36) 1980년 법 제80조의4.

37) 특허법 시행령(1981년 7월 30일 대통령령 제10428호) 제13조 제2항.

38) 1980년 법 제8조 제4항.

(Patent Cooperation Treaty, PCT)에 가입할 필요성이 제기되었으며, 동 조약 가입을 위하여 국제출원과 관련된 새로운 규정을 대폭 도입하였다.³⁹⁾

8) 1986년 특허법(1986년 12월 31일 법률 제3891호)

1986년 개정은 미국의 압력에 따라 물질특허제도를 도입한 것이 가장 큰 특징이다. 통상현안에 대한 한·미간의 합의에 따라 특허대상에서 제외되던 의약 또는 의약조제방법의 발명, 물질 또는 물질용도의 발명을 특허 받을 수 없는 발명의 종류에서 삭제하였다.⁴⁰⁾ 사실 동 발명들을 특허 받을 수 없는 발명으로 분류할 논리적인 근거는 취약하였으나, 관련 국내 산업의 기반이 취약하다는 이유에서 오랜 기간 미루어져 왔었다. 물질특허와 관련하여 미국의 요구를 더 이상 외면할 경우 미국 측으로부터 통상 보복의 우려가 있고 동 제도의 도입으로 국내 관련 산업의 연구·개발을 유도할 필요가 인정되어 물질특허제도가 도입되었다. 물질특허의 도입과 더불어 의약 및 의약제조방법의 발명 관련 특허권에 대한 제한을 두었다. 즉, 동 발명에 관한 특허권의 효력은 사람의 질병치료에 관련된 사항이므로 약사법에 의한 조제행위와 그 조제에 의한 의약에는 미치지 아니하는 것으로 하였다.⁴¹⁾

특허제도 강화의 일환으로 특허권 존속기간을 12년에서 15년으로 연장하였다.⁴²⁾ 의약품 등과 같이 그 특허발명을 실시하기 위하여 다른 법령에 의하여 허가를 받거나 등록을 하여야 하고 그 허가 또는 등록을 위하여 필요한 활성·안전성 등의 시험에 장기간이 소요되는 경우에는 5년의 기간 이내에 당해 특허권의 존속기간을 연장할 수 있도록 하는 특허권존속기간연장제도를 도입하였다.⁴³⁾

거절사정에 불복하는 항고심판의 청구가 있는 날로부터 30일 이내에 그 청구에 관련된 특허출원서에 첨부된 명세서 또는 도면에 대한 보정이 있는 때에는 항고심판을 하기 전에 심사관에게 그 출원을 다시 심사하게 하는 심사전치제도를 새로이 도입하였다.⁴⁴⁾ 심사전치제도의 도입으로 보다 빠르고 편리하게 거절사정을 극복할 수 있게 하여 출원인 편의를 대폭 증진하였다.

39) 우리나라는 1983년 5월 10일 PCT 가입을 위한 기탁서를 WIPO에 제출하였으며 동년 8월 10일부터 우리나라에서 PCT가 효력을 발생하였다.

40) 1986년 법 제4조.

41) 1986년 법 제46조.

42) 1986년 법 제53조 제1항.

43) 1986년 법 제53조 제2항 및 제3항.

44) 1986년 법 제126조의2 내지 제126조의4.

9) 1990년 특허법(1990년 1월 13일 법률 제4207호)

1990년 법 전면개정 이후 현재까지 전면개정은 단 한 차례도 없이 부분 개정만이 있었으므로 1990년 특허법이 현행법의 골격을 최초로 제시한 법이라고 할 수 있다.

발명의 보호대상을 확대하기 위하여 무성적으로 반복생식할 수 있는 괴경·괴근·구근식물의 발명과 음식물·기호물의 발명을 불특허대상에서 제외하였다.⁴⁵⁾

국방상 중요한 발명에 대하여는 외국에의 출원을 금지하거나 비밀로 취급하도록 하고 비밀해제 시까지 출원공고를 유보하도록 하였다.⁴⁶⁾

특허출원서의 필요 첨부서류로서 요약서(abstract)를 제출하도록 하였다.⁴⁷⁾ 특허정보의 검색 시 전문(全文)이 아닌 요약서를 통한 검색이 검색의 효율을 높인다는 판단 아래 요약서의 제출을 의무화하였다. 요약서는 영문으로 번역되어 외국특허청에 제공되기도 한다.

국내우선권제도를 도입하였다.⁴⁸⁾ 파리조약에 의하여 외국출원을 근거로 한 우선권주장에 대해서만 인정하던 우선권제도를 국내출원을 근거로 한 우선권주장에 대하여도 출원일을 선출원일로 소급 적용하도록 하여 선출원 후 개량·보완된 발명에 대하여 선출원일의 효과를 그대로 누릴 수 있도록 하였다. 미국의 계속출원제도 또는 부분계속출원제도의 내용을 도입한 것이다.

특허권 존속기간이 출원공고일부터 15년으로만 규정되어 있어 심사청구가 늦어지고 심사가 지연되는 경우 특허권 존속기간의 종료시점이 지나치게 늦추어지는 경우가 있으므로 특허권의 존속이 특허출원일부터 20년을 초과할 수 없도록 규정하였다.⁴⁹⁾

특허발명이 국방상, 공익상 필요한 경우에는 정부가 제한·수용·취소 또는 실시할 수 있던 것을 국방상 필요한 경우에만 수용 또는 실시할 수 있도록 하고⁵⁰⁾ 공익상 특히 필요한 경우에는 통상실시권 실시의 협의 또는 통상 실시권 설정에 관한 제정을 신청할 수 있도록 하였다.⁵¹⁾ 국가안보와 관련된 긴급한 사안이 아닌 공익상의 이유를 근거로 특허권을 함부로 수용 또는 취소하여 특허권을 제한할 수 있는 가능성을 원천적으로 방지하였다.

45) 1990년 법 제31조 및 제32조.

46) 1990년 법 제41조.

47) 1990년 법 제42조 제2항.

48) 1990년 법 제55조.

49) 1990년 법 제88조.

50) 1990년 법 제106조.

51) 1990년 법 제107조.

특허출원 전에 외국에서 반포된 간행물에 기재되어 있는 발명을 근거로 특허권 무효심판을 청구하는 경우 특허권의 설정등록일부터 5년이 경과한 후에는 그 청구를 할 수 없도록 하였으나⁵²⁾ 그 규정을 삭제하여 언제든지 무효심판을 청구할 수 있도록 하였다.⁵³⁾

10) 1995년 특허법(1995년 1월 5일 법률 제4892호)

특허심판을 특허청 내의 심판소에서 1차로 다루고 항고심판소에서 2차로 다루는 후 마지막으로 대법원에서 다루도록 되어 있던 제도가 3심을 보장하는 헌법 규정에 반한다는 지적이 있어 이를 시정하기 위하여 특허법원을 설치함과 동시에 특허청 내의 항고심판소와 심판소를 통합하여 특허심판원을 설치함으로써 행정부내에서의 2단계 심판을 1단계로 줄이고 특허심판원의 심결에 대한 불복의 소는 특허법원의 전속관할로 하고 이에 대한 불복은 대법원에 상고할 수 있도록 함으로써 사실관계 및 법률관계를 법원에서 충분히 심리할 수 있도록 하였다.

11) 1995년 특허법(1995년 12월 29일 법률 제5080호)

WTO TRIPs 내용을 반영하여 특허권의 존속기간이 공고일부터 15년이던 것을 출원일부터 20년으로 변경하였다.⁵⁴⁾ 특허권 존속기간을 연장하였다기 보다는 TRIPs 규정에 따라 통일화하였다고 봄이 옳다.⁵⁵⁾ 그리고 특허권 강화의 일환으로 특허된 물건의 “양도 또는 대여의 청약”을 실시의 한 형태로 추가하였다.⁵⁶⁾ 또한 특허대상의 범위를 확대하기 위하여 원자핵변환방법에 의하여 제조될 수 있는 물질의 발명을 특허를 받을 수 없는 발명에서 삭제하였다.⁵⁷⁾

12) 1997년 특허법(1997년 4월 10일 법률 제5329호)

권리의 조기부여를 위하여 등록전 출원공고 및 이의신청제도를 폐지하고 등록 후 등록공고 및 이의신청제도로 변경하였다⁵⁸⁾ 심사관은 거절이유를 받

52) 1986년 법 제98조.

53) 1990년 법 제133조.

54) 1995년 법 제88조.

55) TRIPs 규정을 반영하기 위하여 법 개정을 하였으나 특허권 존속기간을 출원일부터 20년으로 잘못 규정하였다. 현행 특허권 존속기간은 설정등록이 있는 날부터 시작하여 특허출원일후 20년이 되는 날 종료한다. 즉, 특허권은 출원일부터 시작되는 것이 아니라 설정등록 또는 공고가 되어야 시작되는 것이나 1995년 법 제88조는 특허권이 출원과 동시에 시작되는 것처럼 규정되었다. 1997년 법 개정에서 그 오류가 시정된다.

56) 1995년 법 제2조 제3호.

57) 1995년 법 제32조.

견할 수 없으면 곧바로 특허사정하고, 등록공고일부터 3월 이내에 누구나 이의신청이 가능하도록 하였다. 이의결정은 3인의 심사관 합의체가 한다.

특허권 침해에 대한 벌금형을 2,000만원에서 5,000만원으로 상향조정하였다.⁵⁹⁾

13) 1998년 특허법(1998년 9월 23일 법률 제5576호)

특허출원을 하고자 하는 경우 동일한 기술에 대하여 특허 외에 실용신안 등록을 함께 출원할 수 있도록 함으로써 우선 실용신안권을 설정등록하여 활용하도록 하되, 추후 특허출원에 대한 심사가 완료되어 특허권의 설정등록이 가능하게 되면 실용신안권과 특허권중 하나를 선택하도록 하였다.⁶⁰⁾ 또한 실용신안등록출원의 경우 기초적 요건을 충족하는 경우 별도의 심사 없이 무심사등록이 가능토록 하여 조기에 권리가 확보될 수 있도록 하였다.

특허권 존속기간 연장을 위한 조건으로서 구법에서는 의약 및 농약 등에 관한 발명과 같이 그 특허발명을 실시하기 위하여 미리 안전성 등에 대한 시험을 받아야 하는 경우, 당해 시험으로 인하여 2년 이상 특허발명을 실시할 수 없었던 경우에 한하여 그 특허권의 존속기간이 연장될 수 있도록 하고 있었으나, 동 기간이 2년 이하인 경우에도 특허권의 존속기간이 연장될 수 있도록 하였다.⁶¹⁾

14) 2001년 특허법(2001년 2월 3일 법률 제6411호)⁶²⁾

2001년 특허법 개정은 전문개정에 버금가는 대폭 개정이었다. 2001년 법 개정의 가장 중요한 부분은 보정제도의 개정, 인터넷에 공개된 기술에 대한 선행기술의 지위 부여, 특허권 보호의 강화 등이다.

2001년 법 개정에 의한 보정제도는 자진보정기간을 심사관의 통지가 있기 전으로 바꾸어 빨라진 심사처리기간을 반영하여 출원공개전이라도 심사가 가능하도록 하였다. 그 이전에는 “법정기간 이내에는 출원인이 언제든지 자진하여 보정을 할 수 있었으므로 자진보정기간 이내에는 심사를 착수할 수 없어 결과적으로 심사를 지연시키는 요인이 되어 왔다.”⁶³⁾

58) 1997년 법 제66조, 제69조 내지 제78조의2.

59) 1997년 법 제225조 제1항.

60) 1998년 법 제53조 및 제87조제2항 단서.

61) 1998년 법 제89조.

62) 2001년 및 2002년이 특허법 개정내용 해설에 관해서는 정양섭, 이은우, 김인기, 김준환 공저, *2001~2002년 개정 특허법·실용신안법 해설* (대광서림 2003년) 참조.

63) 전계서 23쪽.

최초/최후 거절이유의 개념을 새롭게 도입하였다. 최초거절이유통지에 대한 보정에 의하여 거절이유가 발생한 경우에 이에 대하여 하는 거절이유통지를 최후거절이유통지라고 지칭한다. 최후거절이유통지를 받은 경우 보정의 범위가 제한되어 신속한 심사처리가 가능하도록 하였다.

대통령령이 정하는 전기통신회선을 통하여 공개된 기술에 대하여도 문헌공지의 대상이 되도록 하여 인터넷 등을 통하여 기술이 공개되는 것이 일반화된 현실을 반영하였다. 다만, 모든 인터넷에 대하여 그러한 증거력을 인정하는 경우 신뢰성이 없는 증거를 두고 다투는 경우가 발생할 것을 우려하여 과도기적으로 대통령령이 정하는 신뢰성 있는 전기통신회선을 통한 기술공개에 한하여 문헌공지의 지위를 부여하도록 하였다.

2001년 법 개정은 침해한 사실은 입증되었으나 손해액의 산정이 극히 어려운 경우에 법원이 재량으로 손해액을 인정할 수 있도록 하였다. 즉, 종전의 규정에 의하면 침해자의 이익은 권리자의 이익으로 추정한다. 그러나 침해자 이익에 대한 입증책임은 권리자에게 있으나, 그 입증에 필요한 정보 즉, 침해품의 판매량, 판매가격 및 판매경비 등에 관한 정보는 침해자측이 가지고 있어 원고인 특허권자가 그러한 사실을 입증하기가 곤란하였다. 법 개정을 통하여 특허권자가 침해가 없었다면 판매할 수 있었던 물건의 단위수량당 이익액을 밝히기만 하면 다른 사항에 대하여는 침해자가 입증하도록 하여 손해액의 산정이 용이하도록 하였다.⁶⁴⁾ 또, 침해를 한 사실은 입증되었으나 손해액의 산정이 극히 어려운 경우에 법원이 재량으로 손해액을 인정할 수 있도록 하였다.⁶⁵⁾

2001년 법 개정을 통하여 법정형량이 강화되었다. 제225조(침해죄) 제1항 중 종전의 “5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금”을 개정 규정에서 “7년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금”으로 강화하였다. 특허권을 포함한 산업재산권은 권리침해가 용이하고 그 피해액 또한 막대하므로 처벌을 강화함으로써 권리침해에 대한 유혹을 억제할 필요가 있었다.⁶⁶⁾

15) 2001년 특허법(2001년 12월 31일 법률 제6582호)

직무발명 활성화를 위하여 국·공립대학 교직원에 의한 직무발명을 대학의 전담조직이 승계하여 관리할 수 있도록 하였다.⁶⁷⁾ 종전의 규정에 의하면

64) 2001년 법 제128조 제1항.

65) 2001년 법 제128조 제5항.

66) 전계서 96~97쪽.

67) 현행 법 제39조 제2항 참조.

국·공립대 교직원의 직무발명에 대한 특허권은 국가 또는 지방자치단체에서 승계하여 국유 또는 공유특허로 관리하였다. 이에 따라 발명의 활용이 제대로 되지 않았고 국·공립대학과 직무발명을 한 교수에게 주어지는 인센티브도 미흡하였다. 법 개정을 통하여 고등교육법상의 국·공립학교 교직원의 직무발명에 대한 특허권을 국·공립학교의 기술이전 전담조직이 소유하도록 단서를 신설하였다. 한편, 국·공립대학에 설치되는 전담조직은 기술이전촉진법 제9조 제1항 후단에서 규정하고 있고, 법인에 한하도록 하였다.⁶⁸⁾

16) 2002년 특허법(2002년 12월 11일 법률 제6766호)

2002년 법 제81조·제81조의2·제81조의3 및 제87조를 개정하여 특허료의 일부를 부족하게 납부한 경우 보전(補填)할 수 있는 기회를 부여함으로써 특허출원인 또는 특허권자의 의사와 달리 특허에 관한 권리가 상실되는 경우를 방지하였다. 종전에는 특허출원인 또는 특허권자가 특허료의 일부를 부족하게 납부한 경우에는 특허출원을 포기하거나 특허권이 소멸된 것으로 보도록 하였으나, 2002년 법 개정을 통하여 이와 같은 경우에는 특허청장이 특허료의 보전명령을 하도록 하고, 보전기간 내에 특허료를 보전한 경우에는 특허출원 또는 특허권의 효력이 지속되는 것으로 보도록 하여 특허권자 등을 보호하도록 하였다.

한편, 우리나라가 가입되어 있는 특허협력조약(PCT)이 개정되어 국제특허출원의 번역문제출기간 등이 변경됨에 따라 이에 맞게 관련조항을 정비하였다. 국제특허출원을 외국어로 출원한 경우에 종전에는 국제예비심사를 청구하면 30월 이내에, 국제예비심사를 청구하지 아니하면 20월 이내에 번역문을 제출하도록 하던 것을, 앞으로는 국제예비심사 청구여부와 관계없이 30월 이내에 번역문을 제출하도록 하여 특허협력조약의 내용과 동일하게 하였다.⁶⁹⁾ 또한 국제특허출원의 출원인은 출원인의 성명, 발명의 명칭 등 출원정보에 관한 서류를 특허청장에게 제출하도록 의무화하고, 이를 제출하지 아니한 경우에는 특허청장이 출원인에게 보정명령을 하도록 하며,⁷⁰⁾ 국제특허출원의 기술내용과 번역문의 내용이 서로 달라 국제특허 출원된 원래의 발명이 아닌 발명이 특허된 경우 등에는 특허이의신청 및 특허무효심판을 제기할 수 있도록 하여 당해 특허를 취소 또는 무효로 할 수 있도록 하였다.⁷¹⁾

68) 전계서 99~100쪽.

69) 2002년 법 제201조 제1항.

70) 2002년 법 제203조.

71) 2002년 법 제212조 및 제213조.

3. 주제별 특허제도의 변화

1) 특허권 보호기간의 변화

1946년 법이 미국 특허법을 참고하여 특허권 존속기간을 17년으로 하였으나 그 후 1961년 특허법 제정 시 특허권 존속기간을 출원공고일부터 또는 출원공고가 없는 경우 특허일부부터 12년까지로 기간을 축소하였으며, 1986년 특허법 개정 시 특허권 존속기간을 12년에서 15년으로 연장한 바 있다. 그 후 1990년 특허법 개정은 특허권 존속기간은 15년으로 동일하되 의약품 등 허가를 받아야 하는 분야에 대하여 특허권 존속기간의 연장이 가능하도록 하고 그러한 연장에 의해서도 특허권의 존속이 특허출원일부부터 20년을 초과할 수 없도록 규정하였다. 마지막으로 1995년 특허법 개정은 WTO TRIPs 내용을 반영하여 특허권의 존속기간이 공고일부부터 15년이던 것을 출원일부부터 20년으로 변경하였다.

<표 1> 특허권 존속기간 변화

법 개정	특허권 존속기간(년)
1946년 법	17 (공고일부부터)
1961년 법	12 (공고일부부터)
1986년 법	15 (공고일부부터)
1995년 법	20 (출원일부부터)

1946년 법이 미국법을 모방하여 특허권 존속기간을 17년으로 규정하던 것을 그 후 곧 12년으로 축소한 것으로 보아 최초 17년으로 규정한 것에 큰 의미를 부여할 필요는 없어 보인다. 그렇다면 특허권 존속기간은 국내적인 필요에 의해서 또는 조약과의 상응을 위해서 12년으로부터 시작하여 15년, 20년으로 늘어났다. 그러한 연장은 특허권의 강화 나아가 특허제도의 강화를 위한 노력의 결과로 보인다. 저작권 존속기간의 연장이 계속적으로 쟁점이 되듯이 특허권 존속기간의 연장의 필요성도 언젠가 재론될 것이다. 특허권의 강화가 산업발전에 이바지 한다는 의견이 지배적인 시대적 상황이 그러한 논의를 가능케 한다.

특허권 존속기간의 연장이 연구개발, 나아가 특허출원을 유도하였다는 직접적인 증거가 제시된 바는 없다. 연구개발의 성과는 수년이 지난 후에 출원으로 연결되는 속성으로 인하여 그러한 증거를 제시하는 것이 매우 곤란할

것이다. 실증적으로 특허권 존속기간의 연장이 시행된 1986년 및 1995년 특허법 개정 당시 또는 그 후 2, 3년 이후에 특허출원이 특별히 증가하였다는 정황이 포착되지 않는다. 또, 특허출원이 증가하였다 하더라도 그 증가가 기존의 증가경향에 의한 것인지 혹은 특허권 존속기간의 연장에 기인한 것인지를 구분하기가 곤란한 면이 있다.

2) 특허대상의 확대

1961년 법 제4조는 음식물 또는 기호물, 의약 또는 그 조합법, 화학방법에 의하여 제조할 수 있는 물질, 질서 또는 풍속을 문란하게 하거나 위생에 해가 있을 염려가 있는 것 등을 특허를 받을 수 없는 발명으로 규정하였다.⁷²⁾ 국민들의 먹을거리가 부족한 상황을 고려하여 음식물 및 기호물에 대하여 특허를 인정하지 않았을 것으로 짐작된다. 그럼에도 불구하고 기호물이라는 명확하지 않은 범주에 까지 특허를 인정하지 않도록 한 것은 특허의 대상을 가급적 축소하고자 하였던 앞에서도 거론했듯이, 당시 입법자들의 의지가 엿보이는 대목이다. 의약품 및 화학물질에 대하여 특허를 주지 않은 것은 그 당시 동 대상에 대하여 특허를 주지 않고 있는 일본의 사례를 모방하여 취약한 관련 국내산업을 보호하기 위한 것이었다. 물질특허에⁷³⁾ 대하여 특허를 허용하지 않는 제도는 1986년 법 개정까지 존속되었으니, 그때까지 국내 관련 업계를 보호한다는 중요한 의미를 가졌을 것으로 판단된다.

1987년 7월 1일 물질특허제도의 도입으로 국내 관련 산업이 활성화된 면이 있다. 즉, 물질특허제도가 도입된 초창기인 1987년부터 1990년까지의 기간 중에는 내국인에 의한 물질특허의 출원이 전체 물질특허출원에서 차지하는 비중이 5.6%에 불과하였으나 1990년대 후반에는 그 비중이 20%를 상회하고 출원건수도 내국인에 의한 건수가 급증한 반면 외국인에 의한 건수는 거의 증가하지 않았다. 이러한 통계는 결과적으로 국내 기업들이 물질특허제도의 도입에 대응하여 관련 연구개발을 활발히 하였다는 간접적인 증거가 된다.⁷⁴⁾

72) 현행 특허법 제32조는 “공중의 질서 또는 선량한 풍속을 문란하게 하거나 공중의 위생을 해할 염려가 있는 발명”을 특허를 받을 수 없는 발명으로 규정하고 있다.

73) 특허청, *특허청20년사*, 492~493쪽 (1997)(“물질특허란 그 보호대상을 화학적 방법에 의하여 제조된 새롭고 유용한 물질 그 자체에 대하여 허여하는 특허를 말하는 것으로 산업상 이용할 수 있는 새로운 발명을 한 사람에게 일정기간의 독점권을 인정하여 주는 특허제도 본래의 취지에 비추어 신물질은 당연히 특허의 대상이 되어야 함에도 불구하고, 초창기 특허제도하에서는 많은 국가가 상대적으로 기술개발력이 떨어지는 자국산업을 보호하려는 산업정책적 견지에서 물질 그 자체는 특허대상에서 제외하고 있었다. 1968년 독일이 물질특허제도를 도입하였으며 일본도 1976년 동 제도를 채택하였다.”).

74) 특허청, *특허청20년사*, 500쪽 (1997)(“1987년 물질특허제도 도입당시에는 국내업체와 선진국과의 기술수준 차이로 인한 선진국외국기술에의 예측화와 강력한 독점권을 부여한 결과로 인한 기술료 부담 증가 등의 파급

<표 2> 물질특허의 출원통계

(단위: 건수, %)

구 분	'87~'90	'91	'92	'93	'94	'95	'96	'97	'98	'99	'00	
내국인	354 (5.6)	161 (10.0)	178 (12.8)	243 (18.4)	346 (24.0)	311 (21.3)	347 (24.2)	582 (30.2)	547 (27.0)	464 (23.1)	365 (21.4)	
외국인	미국	1,643	368	310	284	301	285	360	364	402	582	488
	일본	1,549	356	229	250	289	253	270	331	335	325	278
	서구	2,604	684	636	516	487	582	445	618	713	626	570
	기타	154	40	39	28	21	27	9	30	32	17	4
	소계	5,950 (94.4)	1,448 (90.0)	1,214 (87.2)	1,078 (81.6)	1,098 (76.0)	1,147 (78.7)	1,084 (75.8)	1,343 (69.8)	1,482 (73.0)	1,550 (76.9)	1,340 (78.6)
계	6,304	1,609	1,392	1,321	1,444	1,458	1,431	1,925	2,029	2,014	1,705	

* 자료 : 특허청 심사3국.

* 주 : ()안은 전체 물질특허출원에서 차지하는 비중.

또한, 물질특허제도의 도입 이후 제약기업들의 연구개발에 대한 투자도 증가하였다. 100대 제약기업의 매출액 대비 연구개발비가 1988년 2.87%에서 1995년 4.09%를 기록하였고 제약기업 부설연구소와 연구인력도 확충되어 1985년 31개소에 불과하던 연구소가 1996년 96개소로 크게 증가하였다.⁷⁵⁾ 물질특허제도의 도입으로 보호막이 사라진 국내기업들이 연구개발투자를 증가시켰음을 보여주는 대목이다. 상기 두 통계는 특허제도의 변화가 기술혁신을 촉발한다는 주장을 뒷받침하는 흔치 않는 실증적 증거라고 판단된다.

물질특허제도의 도입은 관련 산업에서의 외국인 직접투자에도 영향을 미쳤을 것으로 보인다. 물질특허가 도입되기 이전인 '62년부터 '86년까지의 기간 중 화공분야의 직접투자는 18.2백만 달러로서 전체의 12.5%를 차지하였으나 '87년부터 '90년까지의 기간 중 195.4백만 달러로서 투자액수의 규모도 상당히 늘어났을 뿐 아니라 전체에서 차지하는 비중도 18.4%로 크게 증가하였다. 또, '62년부터 '86년까지의 기간 중 의약분야의 직접투자는 3.8백만 달러로서 전체의 2.6%를 차지하였으나 '87년부터 '90년까지의 기간 중 36.9백만 달러로서 전체에서 차지하는 비중이 3.5%로 증가하였다. 특허권의 보호가 가능하여진 점이 투자의 활성화에 기여하였을 것으로 보인다.

효과가 우려되었으나, 제도 도입 후 10년이 경과한 지금에 와서 돌이켜 보면 오히려 내국인 출원의 증가, 첨단 및 고부가가치기술개발 촉진 및 개발주체 확대 등 긍정적인 효과가 나타나고 있을 뿐만 아니라 국내업체에 자극제로 작용하게 되어 국내업체가 기술개발에 적극적으로 대응하는 결과를 초래하였다.”).

75) 박혜경, *한국 제약산업의 연구개발 및 기술협력 추이에 관한 연구 - 물질특허제도 도입전후 비교를 중심으로*, 서울대학교 보건대학원 석사논문 (1997년).

<표 3> 국내 제조업 분야별 외국인 직접투자액

(단위: 백만 달러, %)

구 분	'62~'86	'87~'90
화학분야	18.2 (12.5)	195.4 (18.4)
의약분야	3.8 (2.6)	36.9 (3.5)
제조업분야 총 합계	92.8 (63.9)	707.4 (66.7)
총 외국인 직접투자	145.2 (100)	1,060.6 (100)

주: ()안은 총 외국인 직접투자에서 차지하는 비율.

자료: : 재정경제부, "국제투자 및 기술도입 현황", 1997.

1990년 특허법 개정은 발명의 보호대상을 더욱 확대하여 무성적으로 반복 생식할 수 있는 괴경·괴근·구근식물의 발명과 음식물·기호물의 발명을 불특허대상에서 제외하였다.⁷⁶⁾

3) 특허 관련 조약에의 가입

우리나라가 특허 관련 조약에 가입한 것은 1979년 3월에 WIPO 설립 조약에 가입한 것이 최초이다. 1946년 이래로 특허법이 도입되어 운영되고 있었으나 1979년 이전까지는 국내 산업 및 기술을 보호하기 위한 수동적·방어적인 특허정책만이 가능하였을 것으로 짐작된다. 경제 및 기술의 발전으로 어느 정도 국내 자생력이 갖추어졌다고 판단되는 1979년 최초로 WIPO 설립 조약에 가입하고 이듬해인 1980년 파리 협약에 가입하여 외국으로부터의 출원이 우리나라에서 용이하게 특허권을 획득할 수 있도록 함과 동시에 국내 발명이 해외에서 용이하게 특허권을 획득할 수 있도록 도모하였다.⁷⁷⁾ 즉, 파리 협약에 가입함으로써 파리 협약이 인정하는 우선권제도를 인정하게 되어 외국에서 출원된 선출원을 근거로 선출원일부터 1년 이내에 우리나라에 출원하며 우선권을 주장하는 경우, 법 제29조 및 제36조의 규정을 적용함에 있어서 그 선출원일을 우리나라에 출원한 날로 본다.⁷⁸⁾ 우리나라가 파리협약에

76) 1990년 법 제31조 및 제32조.

77) 파리협약은 산업재산권에 관한 최초의 조약으로 산업재산권에 관한 기본원칙을 제시한다. 파리협약은 특허, 실용신안, 상표, 의장, 서비스표, 상호, 원산지표시 또는 원산지명칭, 부정경쟁방지를 그 보호대상으로 한다. 총30조로 구성되며 제11조까지는 산업재산권 실체적(substantive) 사항을, 제12조 이하는 조약의 관리, 효과, 적용 등 행정절차적 사항을 규정하고 있다. 파리협약이 규정하는 가장 중요한 3대 원칙으로는 첫째 내국민 대우 원칙, 둘째 특허/상표 독립의 원칙, 셋째 우선권 인정의 원칙이다. 특히, 파리조약은 외국에서 산업재산권을 획득하는 것을 용이하게 하기 위하여 우선권을 인정하는 제도에 관하여 많은 조문을 할애하고 있다.

78) 현행 법 제54조 제1항.

<표 4> 특허 관련 조약에의 가입 현황, '04년 5월 현재⁷⁹⁾

조약명	총 가입국 (주요국)	채택일 (발효일)	아국가입일
WIPO 설립 협약	180개국 (미, 일, 독, 프, 중, 북한)	1967. 7. 14. (‘70. 4. 26.)	1979. 3. 1.
파리 협약 (산업재산권 보호)	167개국 (미, 일, 독, 프, 중, 북한)	1883. 3. 20. (1884. 7. 7.)	1980. 5. 4.
PCT(특허협력조약)	123개국 (미, 일, 독, 프, 중, 북한)	1970. 6. 19. (‘78. 1. 24.)	1984. 8. 10.
Budapest 조약 (미생물기탁)	59개국 (미, 일, 독, 프, 중)	1977. 4. 28. (1980. 8. 19.)	1988. 3. 28.
WTO/TRIPs	147개국 (미, 일, 독, 프, 중, 북한)	1994. 4. 15. (1995. 1. 1.)	1995. 1. 1.
Strasbourg 협정 (국제특허분류)	54개국 (미, 일, 독, 프, 중)	1971. 3. 24. (1975. 10. 7.)	1999. 10. 8.
UPOV (식물신품중보호조약)	54개국 (미, 일, 독, 영, 중)	1961. 12. 2. (1968. 8. 10.)	2002. 1. 7. (농림부가 가입)
특허법조약(PLT)	8개국 (덴마크, 그외 7개국)	2000. 6. 2. (미발효)	미가입

가입함으로써 파리 협약이 인정하는 우선권제도를 인정하게 되어 외국에서 출원된 선출원을 근거로 선출원일로부터 1년 이내에 우리나라에 출원하여 우선권을 주장하는 경우, 법 제29조 및 제36조의 규정을 적용함에 있어서 그 선출원일을 우리나라에 출원한 날로 본다.⁸⁰⁾ 우리나라가 파리 협약에 가입함에 따라 첫째로는 외국의 출원인이 우리나라에서 특허를 획득하기가 용이해진 면이 있었을 것이고, 둘째로는 외국기술의 이전 및 해외직접투자가 증가하였을 것이다.

특허획득이 용이해짐에 따라 외국으로부터의 출원건수가 증가하였을 것으로 보인다. 외국인 특허출원건수가 1975년 1,588건, 1980년 3,829건, 1985년 7,884건이므로, 1975년부터 1980년까지의 출원증가율은 241%이었고 1980년부터 1985년까지의 출원증가율은 206%이었다. 1980년 이후로 5년간의 외국인에 의한 특허출원건수가 1980년 이전 5년간의 증가추세와 유사한 경향을 보이는 것으로 보아, 파리협약에의 가입이 기존의 증가세를 견실하게 유지하게

79) UN 전문기구 세계지식재산기구(World Intellectual Property Organization, WIPO) 홈페이지 참조.
<<http://www.wipo.int/treaties/en/general/parties.html>>

80) 현행 법 제54조 제1항.

하는 데에 기여하였다고 할 수 있다. 그러나 그러한 출원건수의 증가는 파리협약이 외국인의 출원을 적극적으로 유도하였다고 해석하기에는 미흡한 정도이다. 파리협약과 같은 의미있는 조약에의 가입이 출원의 증가, 외국인 직접투자의 증가에⁸¹⁾ 기여한다는 가설의 근거로써 제시될 정도에는 미치지 못한다 하겠다.

<표 5> 내·외국인 특허출원건수 1

(단위 : 건수, 괄호 안은 %)

년 도	내국인 출원건수	외국인 출원건수	계
1970	1,207 (65.4)	639 (34.6)	1,846
1975	1,326 (46.0)	1,588 (54.0)	2,914
1980	1,241 (24.4)	3,829 (75.6)	5,070
1985	2,703 (25.5)	7,884 (74.5)	10,587
1990	9,082 (35.2)	16,739 (64.8)	25,820
1995	59,236 (75.5)	19,263 (24.5)	78,499
2000	72,831 (71.4)	29,179 (28.6)	102,010
2002	76,570 (72.1)	29,566 (27.9)	106,136

자료: 특허청, 특허청 연보, 해당 연도.

<표 6> 내·외국인 특허출원건수 2

(단위 : 건수, 괄호 안은 %)

년 도	내국인 출원건수	외국인 출원건수	계
'47 ~ '56	1,499 (97.6)	37 (2.4)	1,536
'57 ~ '66	6,801 (87.8)	934 (12.1)	7,735
'67 ~ '76	12,439 (53.8)	10,677 (46.2)	23,116
'77 ~ '86	17,278 (26.0)	49,268 (74.0)	66,546
'87 ~ '96	233,547 (58.9)	162,934 (41.1)	396,481

자료: 특허청, 특허청 20년사, 1997, p. 173.

81) 외국인 직접투자의 결정에 영향을 미치는 한 요소에 특허제도가 포함될 수는 있겠으나 특허제도가 미치는 영향은 부차적인 것에 불과할 것이므로 특허제도의 변화 시기에 따라서 외국인 직접투자액수가 동반하여 변하였다고 주장하는 것은 설득력이 없어 보인다. 참고로, “외국인 직접투자는 '80년대 후반 이후 현저히 증가하기 시작하다가 '90년대 초에는 그 증가세가 정체된 후 '94년부터 다시 급격히 증가하는 추세를 나타내고 있다.” 김준동, *외국인직접투자의 장애요인과 촉진방안*, 대외경제정책연구원 (1997).

우리나라는 1984년 또 한번 의미 있는 특허 관련 조약에 가입하게 된다. 즉, 우리나라는 해외에서의 특허획득을 용이하게 하기 위하여 1984년 8월 국제특허출원절차의 편의를 획기적으로 개선하는 특허협력조약(Patent Cooperation Treaty, PCT)에 가입한다.⁸²⁾ 동 조약에의 가입으로 우리나라 출원인이 외국에서 특허를 획득하는 것이 상당히 편리해 졌을 것이나, 실제로 PCT 경로(PCT Route)를 통한 해외출원의 증가는 그렇게 두드러지지 않았다. PCT 경로를 통하여 해외출원을 하는 경우, PCT 국제단계에서 출원의 절차를 중단할 수 있고, 각국으로의 국내단계 진입이 지연되는 등의 이유로 인하여 수입이 감소될 것을 우려한 변리사들이 출원인들에게 PCT 경로보다 기존의 파리협약에 의한 경로(Paris Convention Route)를 권하였기 때문으로 보인다.⁸³⁾

2000년 이후로 국내 PCT 국제출원이 대폭 증가한 것은 PCT의 장점에 대한 특허청의 적극적인 홍보, '99년부터 국어출원이 가능하게 되어 제도의 이용이 편리해진 점, 출원인의 PCT의 장점에 대한 이해도의 제고, 경제의 탈국경화에 따라 보다 많은 외국에서의 특허권획득의 필요성 증가 등의 이유에 기인하는 것으로 해석된다.

82) PCT는 1970년 워싱턴 외교회의에서 체결되었고, 2004년 5월 현재 123개의 가맹국을 두고 있다. 우리나라는 1984년에 PCT에 가입하였으며, 우리 특허청은 1999년 12월부터 국제조사기관(ISA) 및 국제예비심사기관(IPEA)으로 활동 중이다. PCT는 해외에 특허를 출원할 경우 절차를 간소화하기 위해 체결한 다자간 조약으로 파리협약에 의한 절차가 가진 문제점을 제거하여 절차의 효율을 제고한 것으로 평가된다.

83) 실제로 남미 대부분의 국가들이 PCT에 가입하지 않는 이유가, 다른 이유와 함께, 수입의 감소를 우려하는 변리사단체의 반대 때문이라고 한다.

<표 7> 우리나라 특허청에 접수된 연도별 PCT 국제출원

(단위: 건, %)

년도	수리관청				증가율
	출원				
	영어	일어	국어	계	
'84	6	4	-	10	-
'85	11	12	-	23	130.0
'86	15	5	-	20	△13.0
'87	12	3	-	15	△25.0
'88	22	1	-	23	53.3
'89	12	1	-	13	△43.5
'90	21	3	-	24	84.6
'91	30	6	-	36	50.0
'92	75	9	-	84	133.3
'93	117	10	-	127	51.2
'94	177	11	-	188	48.0
'95	182	7	-	189	0.5
'96	275	6	-	281	48.7
'97	280	8	-	288	2.5
'98	479	16	-	495	71.9
'99	780	18	57	855	72.7
'00	703	0	870	1,573	84.0
'01	828	1	1,485	2,314	47.1
'02	847	1	1,663	2,511	8.5
'03	1,176	2	1,764	2,942	17.2

자료: 특허청 출원과.

주: 1) 수리관청의 통계는 우리나라 특허청(RO/KR)의 접수분 기준임

2) '99. 12월 국어출원 개시, 일어출원 폐지; '01. 7월 이후 다시 일어출원 개시.

우리나라가 PCT에 가입함에 따라 우리 기업이 해외에서 편리하게 특허권을 획득할 수 있게 되었을 뿐만 아니라 외국의 기업이 우리나라에서 편리하게 특허권을 획득할 수 있게 되었다. 그러한 편의의 증가로 인하여 외국인에 의한 특허출원건수가 1985년 7,884건에서 1990년 16,738건으로 대폭 증가한 것으로 보인다.

우리나라는 1995년 TRIPs의 발효와 동시에 동 조약에 가입하였다. TRIPs는 기존의 지적재산 관련 조약에 의한 지적재산권의 보호가 미흡하다는 인식에서 출발하여 권리침해에 대한 구체적 벌칙 규정과 제재수단을 도입하였다.

우리나라는 개도국 지위를 부여받아 2000년부터 TRIPs 이행의무가 발생되었으며, 이에 따라, 싱가포르, 홍콩, 멕시코 등 12개국과 함께 2000. 6월 TRIPs 이사회에서 우리나라의 지적재산권 법령에 대한 검토를 받았다.⁸⁴⁾ 검토를 받

기 위한 관련 법령의 정비는 우리나라 지재권법령으로 지재권을 더욱 강력히 보호하게 하였으며, 그러한 보호강화의 분위기에 부응하여 지재권에 대한 인식이 제고되고 외국인은 물론 내국인에 의한 출원건수가 증가되었을 것으로 짐작된다.

특허절차사항의 통일화를 규정하는 특허법조약(Patent Law Treaty, PLT)이 2000년 6월에 채택되었고, 특허실체사항의 통일화를 규정하기 위한 특허실체법조약(Substantive Patent Law Treaty, SPLT)에 대한 논의가 진행 중에 있다. 특허법조약이 발효되고 주요 국가들이 동 조약에 가입하는 경우, 출원인은 출원 절차와 관련하여 빠르고, 저렴하고, 안정적인 서비스를 이용할 수 있게 된다. 나아가, 특허실체법조약이 채택되어 각국 특허청의 심사기준이 통일되고 나아가 특허심사결과가 통일되는 경우, 심사결과의 상호인정(mutual recognition of examination results)이 가능하게 되며, 그러한 심사결과의 상호인정은 특허청의 입장에서는 심사부담의 획기적인 경감, 심사처리기간의 단축, 심사의 질 제고, 여타 발명 관련 행정 제공 등의 효과를 누릴 것으로 예상된다. 출원인의 입장에서는 심사처리기간의 단축, 심사청구료의 경감, 안정적인 심사결과의 기대 등의 효과를 기대할 수 있다.⁸⁵⁾

4) 특허권 남용의 제한: 강제실시권

1961년 법 제45조는 “특허권자가 특허를 받은 후에 계속하여 3년 이상 정당한 이유 없이 그 발명을 국내에서 실시하지 아니하는 경우에 공익상 필요하다고 인정될 때에는 특허국장은 이해관계인의 청구에 의하여 그 실시권을 타인에 허여할 수 있다”고 규정하고 있다. 재외자인 특허권자가 특허발명의 실시 없이 특허권을 보유하는 경우 국내 관계인의 손해가 예상됨을 고려하여 3년 이상 그 발명이 국내에서 실시되지 아니하는 경우 공익상 필요하다고 인정될 때에는 강제로 통상실시권을 허여할 수 있도록 하였다. 비록 실제로 강제적 실시권의 허여가 행해진 경우는 없었다 하더라도 국내 산업을 보호하려는 강력한 의지는 뚜렷하다.

1963년 법 제45조는 상기 3년 불실시의 경우, 실시권을 허여할 수 있는 것은 물론 특허권을 취소할 수도 있도록 하여 외국 특허권자가 특허발명을 국내에서 실시하지 않고 실시계약으로 실시료만을 취하는 것을 어렵도록 하였다. 1963년 법 제45조의 2는 더 나아가 실시가 되고 있다고 하여도 상당한

84) 외교통상부 세계무역기구과, 2000 WTO/TRIPS 지적재산권법령 검토회의 결과 보고서 (2000년) 참조.

85) 심사결과의 상호인정이 확산되어 특허권을 획득하기 위한 관련 시스템의 효율이 획기적으로 개선되는 경우, 기술개발 및 특허권 확보가 가져다주는 이익이 관련 비용에 비하여 월등해 지고 자연스럽게 기술개발 및 산업발전을 촉진하는 특허제도가 될 것으로 기대된다.

영업적 규모로 실시가 되지 않아 국내 수요를 충족하지 못하는 것을 특허권의 남용으로 규정하여 그러한 경우에도 강제실시가 가능할 뿐만 아니라 특허권의 취소가 가능하도록 하였다. 지금의 관점에서는 지나치게 특허권자의 권리를 제한하는 규정임에 틀림없으나 당시의 경제상황 및 산업정책을 감안할 때 잘잘못을 논하기는 어렵다. 국내산업을 외국의 특허권자로부터 보호하겠다는 의지가 충만한 제도로 평가된다.

특허권의 남용을 제한하는 규정은 1980년 법을 통하여 개정된다. 즉, 1980년 법 제52조는 국내에서 실시 가능한 특허발명이 그 특허허여 후 계속하여 3년 이상 정당한 이유 없이 국내에서 상당한 영업적 규모로 실시되지 아니하는 경우에도 통상실시권을 허여할 수 있을 뿐 특허권을 취소할 수는 없게 하였고, 그러한 통상실시권의 허여도 그 특허발명이 특허출원일로부터 4년을 경과하지 아니한 경우에는 할 수 없도록 하여 특허권자의 권리를 어느 정도 보장하였다. 이러한 개정내용으로 보아, 1980년 이전에는 외국의 특허권자의 권리를 제한하고자 하는 의도가 엿보이고 1980년 이후에는 특허권자의 권리를 회복하기 위한 시도가 이루어지는 것으로 해석된다. 1980년을 기점으로 하여 국내 산업이 어느 정도 자리를 잡아가고 국내 출원이 증가함에 따라 국내 특허권자를 보호할 필요성도 높아졌기 때문일 것이다.

1986년 법 개정을 통하여 특허권의 남용을 제한하는 규정(1980년 법 제52조)은 삭제되고 통상실시권을 강제로 허여하는 제51조의 규정에 더하여 제51조의 2 내지 제51조의 9를 신설하여 통상실시권 설정의 재정에 대한 엄격한 절차를 규정하여 특허권자의 권리가 함부로 훼손되지 않도록 배려하였다.

5) 입증책임의 전환 및 완화

일반민사소송에서는 어떠한 사실을 주장하는 측에서 그 주장을 입증하여야 하나, 특허침해소송에서는 타인의 특허권을 침해한 자가 그 침해행위에 대하여 과실이 있는 것으로 추정한다.⁸⁶⁾ 이러한 과실추정의 원칙은 1973년 법 개정에서 최초로 도입되어⁸⁷⁾ 그 후 동일한 내용으로 유지되고 있다. 특허침해소송에서 특허권자가 침해피의자의 과실을 입증하는 것이 곤란하다는 인식하에 특허권자의 권리를 보호하기 위하여 도입된 제도이다.

더 나아가 현행 법 제129조의 규정에 의하면, 물건을 생산하는 방법특허인 경우, 해당 출원의 출원 전에 제29조제1항 각호의 1에 해당되는 경우가⁸⁸⁾ 아

86) 현행 법 제130조(“타인의 특허권 또는 전용실시권을 침해한 자는 그 침해행위에 대하여 과실이 있는 것으로 추정한다.”).

87) 1973년 법 제124조.

88) 즉, 공지, 공용 또는 문헌공지로 인하여 발명의 내용이 공중에게 이미 알려진 경우를 지칭한다.

닌 때에는 그 물건과 동일한 물건은 그 특허된 방법에 의해 생산된 것으로 추정된다. 현행 제129조의 내용과 유사한 내용은 1990년 법 개정에서 최초로 도입된 것이다. 미국, 일본 등의 특허법이 제법특허에 대하여 입증책임을 전환하는 사례를 우리 법에 반영한 것이며, 이러한 제법특허에 대한 입증책임 전환의 원칙은 그 후 TRIPs 제34조에도 반영된다. 제법은 외부에 드러나지 않는 경우가 많고 권리자가 피고의 공장에 가서 확인하는 절차도 쉽지 않기 때문에 권리자가 이를 입증하는 것이 너무나 어려워 제법특허의 보호가 사실상 유명무실하게 되므로 권리자의 권익을 정당하게 보호하기 위하여 도입된 제도이다.

특허침해소송에서 손해액 산정은 대단히 어려운 작업이다. 손해액 산정을 좀 더 쉽게 하여 특허권자의 권리를 보호할 필요성이 있다는 판단 아래 2001년 법 개정을 통하여 손해액을 침해자가 물건의 판매를 통하여 특허권을 침해한 경우 침해자가 판매한 수량에 권리자의 원가계산에 의한 물건당 이익액을 곱한 것을 손해액으로 추정할 수 있도록 하였다.⁸⁹⁾

현행 법 제128조 제5항은 “법원은 특허권 또는 전용실시권의 침해에 관한 소송에 있어서 손해가 발생된 것은 인정되나 그 손해액을 입증하기 위하여 필요한 사실을 입증하는 것이 해당 사실의 성질상 극히 곤란한 경우에는 제1항 내지 제4항의 규정에 불구하고 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과에 기초하여 상당한 손해액을 인정할 수 있다”고 규정하고 있다. 이는 2001년 법 개정에서 도입된 개념으로, 원고인 특허권자가 손해액을 입증하는 것이 곤란한 경우 법원이 정황증거에 의하여 상당한 손해액을 인정할 수 있는 근거를 제공한 것이다. 손해액의 입증책임이 완화되어 특허권자의 권리가 한층 강화되었다.⁹⁰⁾

6) 침해금지청구권

현행 법 제126조 제1항은 “특허권자 또는 전용실시권자는 자기의 권리를 침해한 자 또는 침해할 우려가 있는 자에 대하여 그 침해의 금지 또는 예방을 청구할 수 있다”고 규정하고 있다. 동 규정에 의하여 침해의 금지를 청구할 수 있을 뿐만 아니라 침해할 우려에 대하여도 그 예방을 청구할 수 있도록 하였다. 또 “고의 또는 과실이 없는 자의 침해행위에 대하여도 금지청구권을 행사할 수 있다. 이 점은 침해행위에 대하여 고의 또는 과실을 요건으

89) 현행 법 제128조 제1항.

90) 정황증거의 인정의 여지를 넓혀 판사의 재량권을 확대하였으나, 잘못 판단된 정황증거로 인하여 불측의 피해를 입는 경우가 발생할 가능성이 높아진 것은 사실이다. 특허권자의 권리가 침해피해자의 권리에 비하여 지나치게 강조된 사례라고 판단된다.

로 하고 있는 손해배상청구권 행사의 요건과 다른 점이다.”⁹¹⁾

침해금지청구권에 부수되는 권리로써 침해금지가처분신청권이 있다. 본안 소송의 종료까지 기다리는 경우 집행의 실효성을 기대하기 어려운 경우 침해의 현 상태를 확보하기 위하여 침해금지가처분신청을 할 수 있다. 법원은 당사자 쌍방의 이해득실관계, 본안소송에 있어서의 장래의 승패의 예상, 기타의 제반 사정 등을 고려하여 합목적적으로 침해금지가처분을 결정한다.⁹²⁾

1961년 법 제147조 제1항은 특허권자의 권리를 침해한 자에 대하여만 그 행위의 금지를 청구할 수 있도록 하여 침해할 우려가 있는 자에 대하여는 그 침해의 예방을 청구할 수 없도록 하였다. 특허권은 다른 물권과 달리 점유로써 타인의 실시를 방지하기가 어려워 침해의 가능성이 높다는 점이 인정되어 1973년 법 개정에서 현재와 같이 침해의 우려에 대하여 예방청구권이 가능하도록 하였다.⁹³⁾

7) 간접침해

특허권 침해의 한 형태로는 직접침해는 아니지만 특허권이 침해되는 것으로 의제되는 소위 간접침해라는 침해의 유형이 있다.⁹⁴⁾ 무형의 기술사상에 대한 독점적 지배권인 특허권이 재산권으로써 충실히 보호될 수 있기 위해서는 특허발명의 실시와 관련되는 방해요인은 그것이 특허발명실시의 일부분에 해당되는 것이라 하더라도 금지되어야 한다. 그러한 행위는 특허권 침해의 예비적 행위에 해당되어 장차 특허권 침해를 구성할 개연성이 다분하므로 이를 미리 방지할 수 있게 하여 특허권자의 권리가 제대로 보호될 수 있도록 하였다. 간접침해규정은 특허권 효력의 확장적 조치로써 특허권자의 보호에는 유익할 수 있지만, 이 규정의 적용이 부당히 확대될 경우 제3자에게 불측의 손해를 줄 우려도 있는 바, 법 규정의 해석 및 운용은 신중하게 그리고 최소한의 범위에 머물러야 한다.⁹⁵⁾

91) 김원준, *특허법* 584쪽 (박영사 2001년).

92) 대법원 1993. 02. 12. 선고 92다40563 판결(특허권 침해의 금지는 부작위의무를 부담시키는 이른바 만족적 가처분이므로 보전의 필요성 유무를 더욱 신중하게 결정하여야 하고, 더욱이 장래 그 특허가 무효로 될 개연성이 높다고 인정되는 등의 특별한 사정이 있는 경우에는 당사자간의 형평을 고려하여 보전의 필요성을 결한 것으로 보는 것이 합리적이라 할 것이다.)

93) 1973년 법 제155조 제1항.

94) 우리 특허법은 직접침해(direct infringement)의 일 형태로 간접침해(indirect infringement)만을 규정하고 있다. 그러나 미국은 특허법 제271조에서 직접침해의 일 형태로 간접침해는 물론이고 유도침해(inductive infringement) 및 기여침해(contributory infringement)에 관하여 자세히 규정하고 있다. 특허권자의 권리를 제대로 보호하기 위하여 법이 침해의 여러 사례를 상세히 규정한 사례로 보인다. 우리 법원도 유도침해 및 기여침해의 개념을 판결에서 말하는 사례가 있으므로 차제에 유도침해 및 기여침해의 개념을 우리 특허법에 도입할 필요가 있다고 하겠다.

95) 천효남, *특허법*, 619쪽 (법경사 2003년)

현행 법 제127조는 간접침해의 유형을 “물건의 발명”에 대한 경우와 “방법의 발명”에 대한 경우로 나누고 있다. 즉, 특허가 물건의 발명인 경우에는 그 물건의 생산에만 사용되는 물건을 생산·양도·대여 또는 수입하거나 그 물건의 양도 또는 대여의 청약을 하는 행위를 간접침해로 보고,⁹⁶⁾ 특허가 방법의 발명인 경우에는 그 방법의 실시에만 사용되는 물건을 생산·양도·대여 또는 수입하거나 그 물건의 양도 또는 대여의 청약을 하는 행위를 간접침해로 본다.⁹⁷⁾

물건의 발명과 방법의 발명으로 구분하여 간접침해를 규정하는 현행 법 제127조의 내용은 1990년 법 제127조에서 최초로 도입되었다. 1990년을 전·후한 법 개정이 특허권자의 권익을 강화하기 위한 여러 제도를 도입하는 것과 그 궤를 같이 한다. 1990년 법은 양도 또는 대여에 대하여만 간접침해의 대상으로 보고 양도 또는 대여의 청약에 대하여는 간접침해의 대상으로 하지 않았다. 양도 또는 대여의 청약은 그 후 1995년 법 개정에서 간접침해의 대상으로 편입된다.

8) 이의신청제도

1997년 법 개정을 통하여 등록 후 이의신청제도를 도입하였다. “기술의 개발속도가 빨라지고 권리의 조기부여에 대한 사회적 요청이 강력하게 대두됨에 따라 미국 19개월, 일본 24개월에 비하여 37개월이나 걸리는 우리의 특허심사처리기간이 문제가 되어 특허무용론까지 대두되게 되었다.”⁹⁸⁾ 이러한 환경적 압박에 의하여 심사처리기간 단축의 일환으로 등록 전 이의신청제도를 등록 후 이의신청제도로 변경하게 되었다.

“등록 전 이의신청제도는 공고된 출원에 대하여 연평균 약 0.98%(212건)에 불과한 이의신청율을 담보로 이의신청이 없는 모든 출원에 대하여도 이의신청기간을 거치도록 하여 약 3~4개월 동안 등록을 지연시키게 되는 불합리한 점이 있고, 미국, EPO, 독일 등 선진국들은 이미 오래전부터 특허부여 후 이의신청제도를 채택하여 왔으며 일본도 1996년 1월 1일부터 동제도를 시행하고 있어 우리도 이에 능동적으로 대처하고자 등록 전 이의신청제도를 폐지하고 등록 후 이의신청제도로 전환하여 특허를 받기까지의 기간을 3~4개월 단축시키고자 한 것이다.”⁹⁹⁾

96) 현행 법 제127조 제1호.

97) 현행 법 제127조 제2호.

98) 특허청, *특허청20년사*, 102~103쪽 (1997년).

99) 특허청, *특허청20년사*, 103쪽 (1997년).

9) 우선심사제도

특허출원에 관한 심사는 심사청구의 순위에 따라 하는 것이 원칙이다.¹⁰⁰⁾ 그러나 모든 출원에 대해서 예외 없이 이러한 원칙을 적용하다 보면 공익이나 출원인의 권리를 적절하게 보호할 수 없는 면이 있으므로 일정한 요건을 만족하는 출원에 대해서는 심사청구 순위와 관계없이 다른 출원보다 우선하여 심사할 수 있도록 한다.¹⁰¹⁾ 아래에서 살핀 바와 같이, 우선심사의 대상은 주로 내국인에 의한 출원일 것이므로 비록 우선심사제도가 내국인·외국인을 차별하는 직접적인 내용은 없다고 하더라도, 적어도 결과적으로는 내국인에 의한 출원만 그 신청의 대상이 되어왔다. 즉, 결과적으로는 산업정책적으로 필요한 내국인에 의한 출원에 대하여 신속하게 심사가 처리되도록 하여 내국인 출원인의 편의를 증진하고자 하였다.¹⁰²⁾

이러한 우선심사제도에 따라 1946년에 제정된 특허법 제6장(심사)에 의한 우선심사의 대상이 1946년 10월 15일 특허법시행규칙 제113조에 명문으로 규정되었다. 이 당시의 우선심사제도는 예외적으로 신중하게 운영하는 방침에 따라 그 대상을 1) 공익상 특별히 중요하다고 인정되는 발명으로 정부의 각 부장 또는 국장의 요구에 대하여 특허국장이 우선심사를 명한 출원, 2) 재발행 특허출원, 3) 항고심판소 또는 대법원에 의하여 파기된 사건, 4) 허여된 특허 또는 후출원과 저촉되는 출원, 5) 특허국장이 특별취급을 지정한 출원으로 규정하였다. 자의적인 해석이 가능한 것에 대하여도 대상으로 규정한 점이 현행 법 규정과 사뭇 다르다.

현대적인 우선심사제도는 1980년에 처음 도입된다. 1980년 법 개정에 의하여 제80조의 4(우선심사)의 조문이 신설되면서 우선심사의 대상은 대통령령이 정하는 바에 의한다고 규정됨에 따라 1981년 7월 30일 대통령령 제10428호에 의거 특허법시행령 제13조(우선심사의 대상)에 그 대상을 규정하였다. 이 때에야 비로소 우선심사제도의 취지와 논리적으로 연관되는 대상이 규정된 것으로 보인다.

국가 산업정책상의 필요에 의하여 방위산업분야의 출원, 에너지의 절약 또

100) 현행 법 제59조 제1항("특허출원은 심사청구가 있을 때에 한하여 이를 심사한다."). 현행 법시행규칙 제38조("특허출원에 대한 심사는 법 제59조제1항의 규정에 의한 출원심사의 청구순위에 의한다.").

101) 현행 법 제61조.

102) 특허청은 외국인의 경우 자기실시를 근거로 우선심사를 신청할 수 없다고 해석하고 있다. 특허법이 속지주의에 따르면 외국에서 실시한 증거를 근거로 우선심사를 해주지 않는다고 한다. (특허청 홈페이지(www.kipo.go.kr)/지재권제도해설/우선심사제도/FAQ 부분 참조). 속지주의에 대한 잘못된 해석을 근거로 한 파리 협약 및 TRIPs의 내국민대우의 원칙에 반하는 외국인 차별적 행정으로 보인다. 실시의 증거력을 따짐에 있어 속지주의를 논할 이유가 없다.

는 그 대체산업분야의 출원, 수출촉진에 유용한 출원, 공해방지에 유용한 출원, 정부 또는 지방자치단체와 그 연구기관이 직무발명으로서 공익상 필요하다고 인정되는 출원을 우선심사의 대상으로 하였다. 또한, 특허권은 출원공고 후가 아니면 행사할 수 없으므로 출원심사에 장기간이 소요되는 경우에는 그 사이에 제3자의 침해에 대하여 적절히 대응할 수가 없게 된다. 그러므로 이러한 경우 그 출원에 대하여 조속히 심사를 처리할 필요성이 인정된다. 따라서 출원공개 후 출원공고 전에 특허출원인이 아닌 자가 사업으로써 특허출원된 발명을 실시하고 있다고 인정되는 경우에도 우선심사가 가능하도록 규정하였다.

이러한 우선심사제도는 큰 변화 없이 운영되어 왔으나 우선심사의 대상을 점차 확대하여 현행 규정에 의하면 대부분의 출원이 우선심사의 대상이 될 수 있다. 대표적으로 벤처기업 관련 출원, 국가의 신기술개발지원사업의 결과물에 관한 출원, 국가의 품질인증사업의 결과물에 관한 출원, 우선권주장의 기초가 되는 출원, 자기실시 중 또는 자기실시 준비 중인 출원, 전자거래와 직접 관련된 출원 등도 우선심사의 대상이 되어 출원인이 우선심사를 받고자 하는 의사가 있는 경우 대부분 우선심사를 받을 수 있도록 한 정도에 이르고 있다.

최근 특허청은 전체 출원에 대하여 심사대기기간을 단축하는 것은 한계가 있다고 판단하고, 중요도가 상대적으로 높은 출원에 대하여 우선심사가 더욱 용이하도록 하여 심사대기기간의 실질적인 단축이 가능하도록 하고 있다. 즉, 심사대기기간의 단축이 필요치 않은 일반 출원의 심사대기기간이 약간 연장되는 부작용이 있다 하더라도 심사처리기간의 단축이 절실한 출원을 우선심사하여 등급분류형 행정서비스를 제공할겠다는 것이다. 우체국에서 특급 우편을 이용하는 경우 더 빠른 서비스를 받을 수 있는 것과 동일한 이치이다. 특급 우편이 보통 우편에 비하여 더 비싼 것과 같은 맥락에서, 우선심사를 신청하는 자는 기존의 심사청구료 외에 우선심사신청료를¹⁰³⁾ 추가로 납부하여야 한다. 특허청의 입장에서는 수수료 수입이 증가되는 이점과 심사대기기간을 단축할 수 있는 선택의 여지를 주고 있다는 핑계가¹⁰⁴⁾ 가능하게 된 장점을 동시에 취하게 되었다.

103) 기본료 135,000원에 가산료(청구항 1항마다 32,000원)가 부가된다.

104) 보다 근본적으로는 전체 심사처리기간을 단축하여 별도의 우선심사신청료를 내지 않아도 신속한 심사처리가 가능하도록 하여야 할 것이다.

4. 결 론 : 특허권 강화의 역사

해방과 6.25사변으로 국내 산업기반이 전무한 상황에서 도입된 1946년 군정법 및 1961년 제정법 이래 우리 특허법은 많은 변화를 겪어 왔다. 무려 16번 이상의 크고 작은 개정을 통하여 현행 법 체제를 갖추게 되었다. 그러한 특허법의 개정은 국내 기술수준이라는 환경을 반영하고 국내 산업을 보호한다는 목적을 가지고 이루어졌을 것이다. 기본적으로 국내 기술수준의 눈부신 성장이라는 근거 및 지적재산권의 강화가 우리 산업발전에 이바지 한다는 공감대를 바탕으로 특허권 강화를 해 온 것이 우리 특허법의 역사라고 할 수 있겠다. 물론 처음부터 일관되게 특허권을 강화하기 위하여 노력한 것은 아니며 국내 산업의 자생력이 어느 정도 갖추어진 1980년대에 이르러서야 비로소 특허권의 제한에서 특허권의 강화로 특허정책의 방향이 바뀌어진 것으로 평가된다.

1980년 법 개정 이전에는 특허권자의 권리를 제약하는 규정이 도입된 반면, 1980년 법 개정에서는 외국의 법과 통일화하기 위한 노력이 투입되고 특허제도의 효율을 높이기 위한 제도가 도입되기 시작한다. 그 후 우리나라 관련 산업의 경쟁력이 기초적인 요건을 갖추었다고 판단되는 1986년에 과감하게 특허권을 강화하는 방향으로 큰 정책기조를 바꾸었다. 1986년 이후의 법 개정에서는 특허권의 제한을 위한 규정의 도입은 거의 보이지 않으며 제도의 효율을 제고하기 위한 개정과 특허권의 강화를 위한 개정이 보일 뿐이다. 또한 물질특허제도의 도입의 경험이 특허정책을 전향적으로 바꾸는 데에 큰 기여를 한 것으로 판단된다. 1986년 이후가 우리 산업구조의 고도화를 위하여 노력한 시기라고 보면 산업구조의 고도화를 위해서는 연구개발이 필수적이며 연구개발을 촉진하기 위해서는 강력한 특허권의 제공이 필요하다는 인식을 가졌을 것으로 보인다.

<표 8> 특허권자의 권리 제약 및 강화 관련 법 개정

법 개정	개정 내용	조문
1961년	<ul style="list-style-type: none"> 불특허대상 확대 : 음식물·기호물 및 물질 그 자체(물질특허) 공익상 필요에 의한 강제실시 가능 	46조 45조
1963년	<ul style="list-style-type: none"> 손해배상인정을 위해 “중대한” 과실 요구 	148조2항
1973년	<ul style="list-style-type: none"> 손해배상인정을 위한 “중대한” 요건 삭제 불특허대상 확대 : 원자핵 변환 물질 및 용도발명 수출품에 대한 가처분 등 금지 	156조1항 4조 46조2항
1986년	<ul style="list-style-type: none"> 물질특허제도 도입 수출품에 대한 가처분 등 금지조항 삭제 특허권 존속기간 연장 : 12년 → 15년 특허권 존속기간 연장제도 도입 	4조 46조2항 53조1항 53조2항
1990년	<ul style="list-style-type: none"> 불특허대상의 축소 : 음식물·기호물의 발명 공익상 필요에 의한 수용 등을 제한 	31조32조 106조
1995년	<ul style="list-style-type: none"> 특허권 존속기간 연장 : 15년 → 20년 양도 또는 대여의 “청약”을 침해의 한 형태로 추가 불특허대상 축소 : 원자핵 변환 물질 	88조 2조3호
2001년	<ul style="list-style-type: none"> 손해액 산정의 용이화, 입증책임의 완화 벌금 인상 : 5천만원 → 1억원 	128조 225조

이러한 특허권의 강화에 발맞추어 침해죄에 대한 벌금도 변화되었다. 1961년 백만원의 벌금에서 출발하여 현재의 1억원까지 변하여 왔다. 벌금의 변화에 상응하여 특허권자의 권한이 강화되었을 것으로 보인다.

<표 9> 특허권 침해에 대한 벌금의 변화

법 개정	벌 금
1961년 법	백만원 이하
1973년 법	50만원 이하
1980년 법	1천만원 이하
1986년 법	2천만원 이하
1997년 법	5천만원 이하
2001년 법	1억원 이하

우리 특허법의 변화에서 두 번째로 주목되는 것은 제도의 효율을 제고하

고 시행상의 미비점을 바로 잡기 위한 노력이 계속되었다는 것이다. 1980년 이전에는 특허제도를 수동적으로 운용하여 특허권을 제한하는 것에 치중한 반면 1980년 법 개정에서는 순수하게 제도의 효율을 제고하기 위한 노력으로 매진하였다. 1980년 법 개정이 출원공개제도, 심사청구제도, 우선심사제도, 청구범위다항제 등을 도입하여 우리 특허제도의 현대화에 큰 기여를 한 것으로 평가된다.

<표 10> 제도의 효율을 제고하기 위한 법 개정

법 개정	개정 내용	조문
1963년	○ 파리조약 우선권제도 도입	36조의2
1980년	○ 출원공개제도 도입 ○ 심사청구제도 및 우선심사제도 도입 ○ 청구범위다항제 도입	83조의2 80조 8조4항
1982년	○ PCT 규정 반영	다수
1986년	○ 심사전치제도 도입	126조
1990년	○ 요약서 제도 도입 ○ 국내우선권제도 도입	42조2항 55조
2001년	○ 보정제도 개정	47조 등

특허제도가 기술혁신을 촉진하도록 제도를 운영하는 것이 모든 특허가족의 희망이다. 그런 희망을 가지고 제도를 운영하였겠지만 그러한 희망을 입증하는 증거가 뚜렷하지는 않은 것 같다. 근자에 중국의 특허출원건수가 증가하는 것이 중국의 강력한 특허제도에서 기인하는 것인지 혹은 중국의 시장성장 등 특허 외적 요소에 기인하는 것인지 의심스럽다. 동일하게 우리나라의 기술 및 산업발전이 효율적인 특허제도 때문이었는지 혹은 특허와는 전혀 무관한 여러 요인 때문이었는지를 따져 보는 것이 향후 우리 특허제도를 어떻게 운영할 것인지에 대한 답을 제시할 수 있을 것으로 기대한다.

특허법의 변화를 요약컨대 우리나라에서는 특허법과 산업이 동반하여 성장하여 온 것으로 보인다. 적어도 특허법의 발전이 국내 산업의 성장에 부분적으로나마 기여를 하였을 것이고 그러한 기여의 상관관계를 여러 각도로 재조명할 때 특허법의 또 다른 발전을 모색할 수 있을 것이다.