

연구보고서

**산업재산권 법령 등의 출원 용어
변경에 관한 연구**

2015. 12.

특 허 청

제 출 문

특허청장 귀하

본 보고서를 “산업재산권 법령 등의 출원 용어 변경에 관한 연구”의 최종 연구 결과보고서로 제출합니다.

2015. 12.

연구책임자 박준석 교수 (서울대학교)

참여연구원 권영준 교수 (서울대학교)

서울대학교 산학협력단

要約文

우리 특허법 등 지재권 관련 법령에서는 권리자가 상품이나 광고 등에 자신의 지재권을 표시할 수 있도록 허용하고 있다. 하지만 아직 그 활용도는 높지 않고, 그런 와중에도 일부에서는 과장된 지재권 표시를 통하여 소비자의 신뢰를 호도하는 행태가 드러나고 있다. 이런 과장되고 잘못된 표시 행태 중 특히 문제가 되고 것은, ‘출원’이란 문구가 아직 일반인들에게 생경하여 자칫하면 이미 특허가 등록된 것처럼 오해될 수 있음을 광고에 악용하는 사례이다.

보고서의 II장에서는 그런 악용 사례에 대응하여 2015년 상반기 대한민국 국회에서 특허법 등의 ‘출원’ 문구를 다른 용어로 변경하기 위한 특허법 등의 개정 논의가 심도 있게 이루어진바 있음을 먼저 설명하였다. 이런 논의에 대응하여 특허청은 같은 해 7. 29. 특허법 시행규칙을 개정하여 특허출원 사실을 당해 물건 등에 표시하는 것, 즉 특허출원표시에 있어서는 향후 "특허출원(심사중)"이라는 문자와 그 출원번호를 표시하도록 요구하기에 이르렀다. 한편 위 시행규칙이 도입되기 이전에도 우리 특허법은 제224조(허위표시의 금지)를 통하여 특허 등록된 것이 아니면서도 마치 등록이 끝난 것처럼 혼동을 초래하는 행위를 규제하고 있으므로, 위 조항을 위 악용사례에 적용해 볼 여지가 있다.

III장에서 우리 특허청의 상담사례 및 법원의 관련 판결문을 분석하는 과정을 통하여 그간의 관련 실태를 분석해 본 결과, ‘출원’이란 문구가 혼동을 초래한 경우보다 오히려 출원번호를 등록번호인 것처럼 제시하는 행태가 더 문제될 수 있다는 점이 발견되었다. 아울러 우리 법원이 특허허위표시죄를 문제 삼은 사례 중에서는, 출원 중임에도 불구하고 이미 등록까지 마쳐진 것처럼 기망한 사안이 처벌된 경우가 존재하지 않음을 확인할 수 있었다. 수사기관의 노력부족으로 법원이 위 제224조를 그런 사안에 적용할 기회가 거의 주어지지 못한 결과로 보인다.

보고서의 IV장에서는 ‘출원’ 용어와 관련하여 외국의 상황을 비교법적으로 살펴보았다. 먼저 미국의 경우 우리의 출원에 대응하는 용어로 ‘patent application’가 기본적으로 쓰이며 특허출원서류 등의 제출을 가리킬 때 ‘filing’

이 동원되기도 한다. 다만 특허출원표시의 경우 쓰이는 용어는 ‘patent pending’ 등이다. 2000년경에 이르러서야 출원공개 제도가 도입되었고 그 이전까지는 비밀리에 출원과정을 수행하였으므로 특허출원표시가 별로 중요하지 않았지만, 현재는 특허출원표시가 임시보호의 권리 등의 행사요건으로 일정한 의미를 갖게 되었다. 아울러 허위표시 행위가 문제된다기보다 오히려 사소한 흠이 있는 특허표시를 허위표시행위로 몰아 손해배상을 노리는 행태가 문제되었음이 미국의 관련 동향이 가진 특색이다. 이런 잘못된 행태를 시정하기 위해 2011년 특허법 개정을 통하여 허위표시 관련소송의 제소자격이 크게 제한되었다.

유럽연합의 경우 ‘유럽연합특허협약’(European Patent Convention, EPC)을 통하여 ‘신청(application)’ 혹은 특허신청(patent application)이란 용어를 분명하게 채택하고 있다. 특허(출원)표시에 있어 허위내용이 있는 경우 민사책임뿐만 아니라 반독점법에 따른 제재를 받을 수 있다는 점은, 널리 유럽연합 회원국들이 보편적으로 취하고 있는 입장이다. 이 점은 독일과 영국에서도 마찬가지이다.

일본의 경우 개항 초기에는 ‘원출(願出)’이란 용어를 쓰다가 이미 19세기 특허법에서부터 ‘출원’이란 용어를 채택하였고 오늘날까지 줄곧 쓰고 있다. 특히 일본에서 ‘출원’이란 용어는 특허 등 산업재산권 출원(出願)을 중심으로 쓰이고 있어, 출원(出願)말고도 출원(出院), 출원(黜遠) 등 여러 가지 단어가 병행적으로 존재하는 한국과 사정이 상이하다. 그 때문에 일본 내부에서 ‘출원’문구 자체로 혼란이 생기는 경우를 찾기는 힘들다. ‘일풀욕조 사건’등을 제외하면, ‘특허출원 완료(特許出願済)’라는 문구를 동원하는 사례나 ‘特許 昭和55-12345’와 같이 ‘특허’라고만 적고 출원번호를 병기하는 사례가 간혹 등장할 뿐이다. 학계에서는 전자의 사례는 허위표시가 아니라는 견해, 후자는 허위표시라는 견해가 각각 우세하다.

중국에서는 앞서 미국이나 유럽연합의 태도와 엇비슷하게 ‘신청(申請)’이라는 용어가 쓰이고 있다. 중국의 특허법(전리법) 등 관련 법률에서뿐만 아니라 하위 법령에서도 그러하다. 그렇기 때문에 용어 자체로 인해서는 일반국민들이 마치 등록된 권리라고 오해하는 일은 별로 없다. 그렇지만 아직 출원 중임에 불구하고 등록된 것처럼 기망하는 행태를 규제하고자 2012년 하위규범인 국가지식산업국 국령(局令)을 수정하였다. 즉 특허 관련 사항을 제품 등에 표기함에 있어 아직 특허출원 중인 경우라면 반드시 그 출원 중에 있다는 문구(‘專利申請’, ‘尚

未授權’)를 병기하도록 강제하고 있는바, 이는 이번 연구에서 시사하는 바가 크다.

V.장에서는 이상과 같은 비교법적 검토에서 더 나아가 다음과 같이 언어적 검토, 조문 체계적 검토, 정책적 검토 등 다각적으로 ‘출원’용어를 수정하는 것이 타당한지 심도 있게 고찰하였다. 문구 자체의 언어적 검토, 지재법 법령 사이에서는 물론 지재법이 아닌 법령까지 아울러 검토의 대상으로 삼아 각 조문 상호간의 체계적 검토, 정책적 검토를 순차로 진행하였다.

가장 먼저 ‘출원’ 문구 자체에 대한 언어적 검토에서는, 중국이나 한국에서는 ‘출원’이란 용어가 특허 등 산업재산권 출원을 의미하는 명사일 뿐만 아니라 (일상생활에서 잘 쓰이지는 않지만) 2가지의 다른 명사들이 병행하여 존재한다는 사실, 반면 일본에서는 오직 특허출원 등의 의미를 가진 1가지의 명사만이 존재하기 때문에 개항 후 100여년 이상 오래도록 사용되어 왔다는 연혁이 아니라도 일본의 일반대중에게 혼란을 불러일으킬 여지가 아주 적다는 사실 등을 찾아내었다.

다음으로 지재법 법령만을 대상으로 실행한 조문 상호간의 체계적 검토에 있어, 우리 지재법이 보호하는 권리들 중 회로배치설계권이나 지리적표시권 등에서는 ‘출원’이라고 하여도 무방한 상황임에도 굳이 ‘등록신청’이란 용어를 대신 취하 있다는 점, 지재법 전체를 기준으로 해서는 주요법률에 속하지 아니하는 까닭에 잘 언급되지는 않지만 이미 많은 지재권 법령에서 ‘출원’ 용어를 채용하고 있어 만일 그 용어를 바꾸고자 한다면 현재 지재법에 속한 법령들 중 반드시 개정되어야 할 대상은 형식적 의미의 법률이 10개, 시행령이 9개, 시행규칙이 11개에 이른다는 점을 각각 규명해보았다. 아울러 지재법이 아닌 외부의 법령들을 대상으로 삼은 각 조문 상호간의 체계적 검토에 있어, 그 법령들은 이번 용역발주자 측이 상대적으로 드물게 접하는 법률들이라는 사실을 고려하여 비교적 상세하게 살펴보았다. 그 고찰의 결과 실제 ‘출원’이란 용어가 등장하는 비지재권 법령의 개수는 [법률] 25개, [시행령] 25개, [시행규칙] 18개이지만, 실제 개정이 필요한 대상법령의 개수는 [법률] 16개, [시행령] 19개, [시행규칙] 9개임을 세세히 밝혔다. 덧붙여 이런 세세한 고찰과정에서 현재 지재법 밖의 특별법들에서 특허법 제61조(우선심사)에서 함께 정하면 충분한 대상을 굳이 따로 구

을하고 있는 실태를 특정할 수 있었으며, 이것들은 장기적으로 특허법 시행령 제9조의 내용으로 포섭되어야 타당함을 밝힌 것은 부수적 성과였다.

나아가 정책적 검토에서는, 특허출원인이 막대한 노력과 투자의 결과물인 발명을 특허권으로 실제 보호받기까지 수년 이상을 기다려야 할 수도 있다는 문제점에 대응하여 우리 특허법은 미리 보호받을 ‘보상금지급청구권’ 제도를 인정하고 있는데 그 청구권의 행사요건을 갖추는데 현실적으로 특허출원표시가 아주 중요한 역할을 하므로 허위표시가 아니라면 특허출원표시의 자유를 최대한 보장할 필요가 있다는 점, 하지만 출원번호를 마치 등록번호처럼 사용하는 행태는 그런 보장의 한계선을 넘어 반드시 규제되어야 할 허위표시의 전형이라는 점을 분석하였다.

끝으로 이번 보고서의 VI장에서는, 출원 용어 변경의 필요성 및 구체적 변경 방향을 검토하였다. ‘출원’용어를 다른 용어로 변경할 경우 특허법의 대폭수정은 물론 수십 개의 법령을 일괄 개정하는 입법적 노력이 필요하며, 특허청의 공보 등에 관한 전자시스템 변경, 오프라인 인쇄물에 대한 용어정정 등에 큰 비용이 소요되므로 용어변경은 다른 방법이 마땅하지 않을 경우 최후에 취해야 할 개선 방향임을 먼저 밝혔다. 아울러 특허법 등에서 ‘출원’ 용어를 애써 없애더라도 지재권 법령이 아닌 여타 법령에서는 그런 개정에도 불구하고 가령 ‘사법시험 출원’이나 ‘소년원 출원’처럼 여전히 살아남게 될 ‘출원’용어가 분명히 존재하기 때문에 법령순화의 이익이 다른 용어의 경우보다 크지 않다는 사실도 잊지 말아야 한다. 차라리 일반인의 혼란을 막고자 한다면 가령 ‘특허 10-2014-0000000’ 과 같이 출원되어 ‘심사중’이라는 취지는 온데간데없이 표시하는 행위를 집중 규제할 필요가 있다. 이런 사례로, ‘출원’이란 문구를 아예 제거하고 “특정미네랄 가공기술 (대한민국특허 10-2012-0077181)”와 같이 특허출원번호를 마치 특허 등록번호처럼 제시하는 등의 실제 존재하는 사례 몇 개를 이번 연구에서 추가로 발굴하였다. 이런 사례들에 대항하여 허위표시죄 조문을 지금까지와 달리 적극 적용할 필요가 있다. 덧붙여 특허출원은, 상표출원 등과 달리, 단순히 공법상의 행정 절차만을 가리키는데 그치지 아니하고 반드시 보호되어야 할 사권(私權)으로서의 성격을 함축한 용어이기도 하므로 별도의 개념을 함축한 특별한 용어로 지칭할 필요성도 존재한다.

그렇더라도 만일 최후의 수단으로 용어 변경을 정책결정권자가 결심한 경우라면 향후 ‘출원’을 대체할 새로운 용어는 반드시 ‘신청’일 수밖에 없다. 아래 4가지 이유 때문이다. 외국 주요국가에서 취하고 있는 대응용어들이 거의 모두 ‘신청’이라는 점, 우리 행정법의 논의에서도 대응용어를 그렇게 생각한다는 점, 회로배치설계권 등에 관한 우리 지재법령에서 이미 ‘신청’용어를 취한 점, 특허법 내부에서조차 경우에 따라 ‘출원’이란 표현 대신 ‘신청’이란 용어를 채택하였다는 점 등이 그것들이다. 마지막으로 이번 보고서에서는 ‘신청’용어로의 개정이 이루어진다고 한다면 왜 ‘특허등록신청’이 아니라 ‘특허신청’이란 표현으로 바뀌어야 하는지 등을 면밀히 살펴보았고, 아울러 특허법에 국한하여 어떻게 용어변경을 달성할지 구체적인 개정 문구까지 제시하였다.

<간략목차>

I. 연구 배경 및 목적	1
1. 연구의 배경	1
2. 연구의 목적 및 범위	6
II. 현재 관련 규범의 내용과 그 개정 논의	7
1. 특허법 등의 현행 규정	7
2. ‘출원’ 용어의 개정필요성 등을 둘러싼 종전 검토들	11
3. 국회에서의 관련 개정안 검토 현황	12
III. 출원 용어 관련 문제된 실태의 파악	15
1. 개설	15
2. 특허출원표시 및 허위표시에 관한 우리 특허청의 실무	15
3. 특허출원표시 및 허위표시에 관한 우리 법원의 실무	21
IV. 제외국에서의 출원 용어 관련 동향	26
1. 파리협약 등 국제조약	26
2. 미국의 경우	27
3. 유럽연합 전체 동향 및 그 회원국들의 경우	35
4. 일본의 경우	39
5. 중국의 경우	46
6. 소결(출원 관련 용어에 대한 비교법적 검토 결과)	51
V. ‘출원’ 용어 개정의 필요성에 대한 다각적 검토	53
1. 문구 자체의 언어적 검토	53
2. 특허법 등 지재법 내부에서 조문 상호간의 체계적 검토	59
3. 광업법이나 표시광고법 등 지재법 외부 법률들과의 체계적 검토	75
4. 정책적 검토	107
VI. 출원 용어 변경의 필요성 및 변경방향 검토	110
1. 용어대체가 실제필요한지는 극히신중한 판단이 필요할 것임	110
2. 용어변경시 ‘신청’이 거의 유일한 용어인 이유	118
3. 만일 용어를 변경하고자 할 때 구체적인 실천 방향	123
VII. 결론	129

<세부목차>

I. 연구 배경 및 목적	1
1. 연구의 배경	1
2. 연구의 목적 및 범위	6
II. 현재 관련 규범의 내용과 그 개정 논의	7
1. 특허법 등의 현행 규정	7
2. ‘출원’ 용어의 개정필요성 등을 둘러싼 종전 검토들	11
3. 국회에서의 관련 개정안 검토 현황	12
III. 출원 용어 관련 문제된 실태의 파악	15
1. 개설	15
2. 특허출원표시 및 허위표시에 관한 우리 특허청의 실무	15
가. 우리 특허청이 당면하고 있는 관련 실태	15
나. 위 실태로부터의 분석	20
3. 특허출원표시 및 허위표시에 관한 우리 법원의 실무	21
가. 우리 법원이 당면하고 있는 관련 실태	21
나. 위 실태로부터의 분석	25
IV. 제외국에서의 출원 용어 관련 동향	26
1. 파리협약 등 국제조약	26
2. 미국의 경우	27
가. 서	27
나. 특허표시와 달리 특허출원표시는 종전에 잘 이루어지지 않았음	28
다. 특허(출원)표시 등에 관한 미국 특허법 287조 및 292조의 내용	29
(1) 특허표시에 관한 특허법 제287조 관련	29
(2) 허위표시에 관한 특허법 제292조 관련	31
라. 허위표시가 아니라 허위표시 책임을 추궁하는 남소가 되려 문제됨	33
(1) 허위표시 소송의 남발을 조장하던 과거의 특허법 관련 내용	33
(2) 2011년 미국특허개혁법(AIA)에 의한 관련 내용 변경	34
3. 유럽연합 전체 동향 및 그 회원국들의 경우	35
가. 유럽연합의 특허법 등 법제 개요	35
나. 유럽연합특허조약 등에서의 ‘출원’ 관련 용어 현황	37
다. 독일이나 영국 등 개별국가들의 관련 현황	39

4. 일본의 경우	39
가. ‘출원’이란 한국 특허법상 용어에 영향을 준 일본 특허법상 ‘出願’ 용어의 연혁	39
나. 현재의 특허표시 등에 관한 일본 특허법 등의 관련 규정	41
(1) 일본 특허법의 관련 규정 들	41
(2) 실용신안법 등 여타 지재권법들의 관련 규정들	42
다. 특허 등 허위표시 관련 사례들	44
라. 소결	45
5. 중국의 경우	46
가. 개설	46
나. 주요 지식산업법에서의 관련용어 사용현황	47
(1) 서설	47
(2) 중국 특허법의 경우	47
(3) 중국 상표법의 경우	48
다. 행정법규에서의 관련 용어 사용현황	49
(1) 서설	49
(2) 특허법세칙의 경우	49
(3) 상표법조례의 경우	49
라. 중국에서 ‘출원’용어 관련 혼란 사례에 대한 대응 분석	50
6. 소결(출원 관련 용어에 대한 비교법적 검토 결과)	51

V. ‘출원’ 용어 개정의 필요성에 대한 다각적 검토 **53**

1. 문구 자체의 언어적 검토	53
가. 서설	53
나. 한자어(漢字語) 측면에서의 고찰	53
다. 한국어의 일부로서의 고찰	54
라. 일본에서 유래한 한자로서의 고찰	56
마. 보론(補論)-법학사전 등 법률용어 기준의 고찰	57
2. 특허법 등 지재법 내부에서 조문 상호간의 체계적 검토	59
가. 한국 지재법 전반에서 ‘출원’과 관련된 용어들의 사용현황 개관	59
(1) 출원용어가 쓰이고 있는 지재법 현황 개설	59
(2) 출원과 다른 용어를 채용한 지재법 현황	59
(가) 회로배치설계법상의 배치설계권의 경우	59
(나) 농수산물품질관리법상의 지리적표시권의 경우	61
(다) 저작권의 경우	62
(3) 그 외의 지재법 법령들 중 ‘출원’용어가 쓰인 경우	63

(4) 정리(지재권 분야 법령에서 ‘출원’ 용어가 등장하는 경우들)	69
나. 특허법 중심의 용어 사용현황 검토	69
(1) 서설	69
(2) 출원 용어의 사용 현황	70
(3) 출원 이외 그에 대응할 만한 용어(신청) 등이 등장하는지	71
3. 광업법이나 표시광고법 등 지재법 외부 법률들과의 체계적 검토	75
가. 개설	76
나. 타 법령에서 독자적 의미를 가진 용어로 ‘출원’이 쓰인 경우들	76
(1) ‘행정법상의 특허’를 뜻하는 경우	76
(가) 관련 용례	76
(나) 관련 용례의 분석	79
(2) 특정시험에 지원서를 내는 것처럼, 청원이나 원서를 내는 것을 뜻하는 경우	82
(3) 그 밖의 특이한 의미로 쓰이는 경우(이른바 ‘소년원 출원’)	85
다. 타 법령에서 단지 특허법 등의 ‘출원’을 원용하고 있는데 그치는 경우	86
(1) 특허법 제61조의 우선심사조항을 통하지 않고 당해 특별법의 자체조항을 신설하여 우선심사 대상으로 삼고 있는 경우들	86
(가) 관련 용례 분석	86
(나) 관련 용례	87
(2) 국가 등 기관이 발주하는 연구개발사업 등의 참가자격 제한사유를 열거 하면서, 연구개발결과물인 지재권을 당해 연구자 등의 명의로 임의 출원하 거나 등록한 행위를 열거한 경우들	88
(3) 출연금 등 공적(公的) 재원이 쓰일 용도를 엄격히 열거하면서, 그런 용도의 하나로 ‘지식재산권의 출원·등록비’를 열거한 경우들	89
(4) 그 밖에, 타 법령에서 특허법 등의 ‘출원’을 단순 원용하는 데 그친 경우들	92
라. 소결(정리)	100
마. 보론: ‘출원’ 용어로 인한 혼란을 막는 지재법 외부의 특별법 검토	102
(1) 서	102
(2) 표시광고법의 규제	102
(3) 특허출원 광고를 금하는 건강기능식품법의 규제	103
(4) 특허출원 광고를 금하는 식품위생법의 규제	105
4. 정책적 검토	107
VI. 출원 용어 변경의 필요성 및 변경방향 검토	110
1. 용어대체가 실제필요한지는 극히신중한 판단이 필요할 것임	110
가. 변경을 할 경우 전체사회적 비용이 만만치 아니함	110
나. 출원 용어 자체보다 출원번호 병기 관련한 규제가 필요할 수 있음	112

(1) 특허출원표시를 둘러싼 일반인의 혼란을 막기위한 대응방법 개관	112
(2) 출원번호를 마치 등록번호처럼 오용한 실제 사례들	114
(3) 출원번호 오용사례에 대한 적절한 대처방안의 상세고찰	115
다. 특허출원의 특수한 성격을 간과하기 곤란함	117
2. 용어변경시 ‘신청’이 거의 유일한 용어인 이유	118
가. 서설	118
나. ‘신청’ 용어가 대체어로 부적절하다는 입장의 견해	119
다. ‘신청’이란 용어가 적합한 이유들 제시	121
3. 만일 용어를 변경하고자 할 때 구체적인 실천 방향	123
가. 용어 변경시 고려할 세부적인 입법기술에 관한 고찰	123
나. 용어 개정에 따른 변경 내용의 개관	125
(1) 용어 개정의 대상이 될 법령들	125
(2) 특허법의 개정에서 용어 변경의 제안	126

VII. 결론

129

I. 연구 배경 및 목적

1. 연구의 배경

“지재권 표시¹⁾는 제품에 사용된 지재권에 대한 정보를 제3자가 알 수 있도록 대외적으로 표시하는 것을 의미한다. 특허의 경우, 특허법 관련 규정(특허법 제223조, 특허법 시행규칙 제121조)에 따라, “특허”라는 문자와 해당 특허 번호를 물건, 또는 물건의 용기, 포장에 표시하도록 되어 있다. 이러한 지재권 표시는 다음과 같은 장점을 가지고 있다.

첫째 소비자에게는 제품의 기술적 우수성을 판단하는 표지가 되어 제품의 품질에 대한 소비자의 신뢰에 큰 영향을 준다. 이것은 기업에게는 제품을 홍보하는 마케팅 수단으로 요긴함을 뜻한다. 둘째, 제품에 적용된 특허권 등 지재권의 제3자 공지를 통해 불필요한 지재권 분쟁을 사전에 예방하고 해당 기술 분야의 중복 투자 방지와 더불어 거래 활성화 및 개량 발명을 촉진하는 효과가 있어 중요한 의미를 지니고 있다. 셋째, 일종의 견제효과가 있다. 경쟁자로서는 가령 권리자의 제품에 ‘특허출원(중)’이라고 표시되어 있는 경우 그 출원의 내용이 출원공개에 의해 알려질 때까지는 권리자가 향후 독점권을 취득할 정확한 범위를 파악하기 곤란하므로 일단 1년 6월을 기다리는 것을 강제당할 수 있다. 그렇지 않고 함부로 경쟁제품을 개발하였다가는 앞서 본 중복 투자가 될 우려가 있기 때문이다. 그런데 기술개발이 치열한 시장에서 위 1년 6월은 실로 엄청나게 긴 시간이다. 결과적으로 특허표시(patent marking) 등은 권리자로 하여금 경쟁자를 미리 차단하게 하는 견제효과를 제공해주는 것이다.²⁾

그러나 우리나라의 경우 지재권 표시에 대한 인식 및 활용이 저조한 상황이다. 2015년 상반기 무렵 특허청은 지재권 표시에 관해 상당히 의미 있는 설문조사³⁾를

1) 이하 ‘지재권 표시’에 관한 본 항목의 일부 내용은 특허청, 『건전한 거래질서 확립을 위한 지식재산권 표시 개선방안』(2015. 7. 23.자 검토자료) 및 같은 일자 “잘못된 지식재산권 표시·광고 바로잡는다 -신고센터 운영 등 지재권 허위 표시에 대한 행정 조치 강화-”보도자료의 내용을 변형한 것이다.

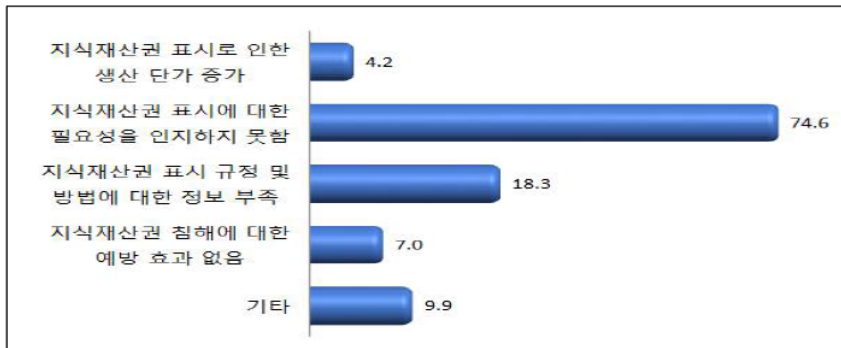
2) 비슷한 설명은 <<http://ameblo.jp/acker/entry-10993837788.html>>(2015. 11. 30. 최종방문, 이하 인터넷 소스는 모두 동일함).

3) 특허청, 『건전한 거래질서 확립을 위한 지식재산권 표시 개선방안』에 수록된 내용을 가리키며,

실시하였다. 그리고 설문조사 결과에 따르면, 지재권을 표시하고 있는 기업이 32.4%에 불과⁴⁾하여 지재권 표시에 대한 기업의 관심이 낮은 것으로 나타났다. 이는 지재권 표시를 활성화하기 위한 제도적 여건이나, 정책적 노력이 부족하고, 이에 대한 국민 인식도 저조하기 때문인 것으로 추정된다. 지재권 미표시 기업의 지재권 미표시 이유에 관해서는 ‘필요성을 인지하지 못함’(74.6%), ‘표시 규정 및 방법에 대한 정보부족’(18.3%) 등이 주된 이유로 나타났다.

<지식재산권을 표시하지 않는 이유>

(단위: %)



* Base : 지재권을 표시하지 않는 기업 (n=71)

한편 지재권 표시 기업의 지재권 표시 이유에 관해서는 ‘지재권 침해 예방 효과’(79.4%), ‘소비자 신뢰성 제고’(70.6%), ‘기업 및 제품 홍보 효과’(70.6%) 등이 주된 이유로 나타났다.

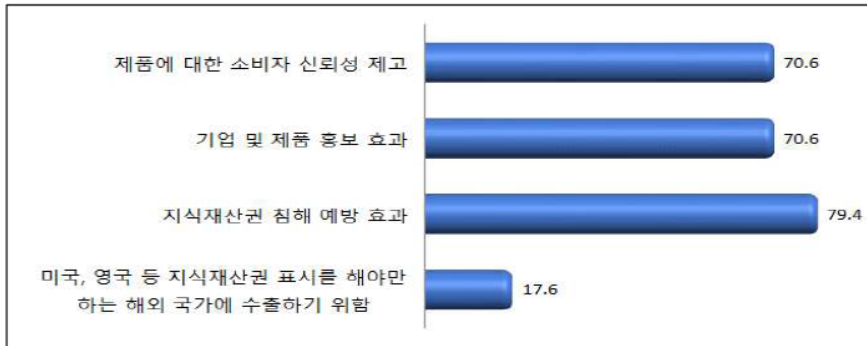
지재권 표시 기업이 많지 않고, 기업 규모가 작을수록 지재권 표시 비율이 높았다. 그리고 이들은 특허와 상표를 많이 표시하고 있는 것으로 조사되었다. 기업 규모별로는 매출액이 작을수록 지재권을 표시하는 비율이 높으며, 특히 벤처 기업의 경우는 41.7%가 지재권을 표시한 것은 특이하다. 이것은 중소·벤처 기업은 대기업에 비해 브랜드 인지도가 낮아 지재권 표시를 통한 제품 홍보 필요성이 높기 때문인 것으로 추정된다.

이하 도표는 그것을 원용한 것이다.

4) 105개 기업을 대상으로 설문조사한 결과, 32.4%가 지재권 표시를 하고 있고, 67.6%는 지재권 표시를 하지 않고 있는 것으로 나타났다.

<지식재산권 표시 이유>

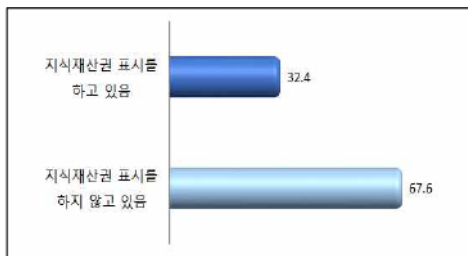
(단위: %)



* Base : 지재권을 표시하는 기업 (n=34)

<지재권 표시 여부>

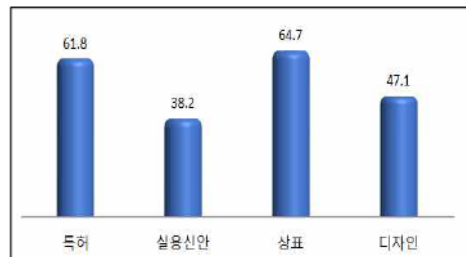
(단위: %)



* Base : 전체 기업 (n=105)

<제품에 표시한 지재권 종류[중복응답]>

(단위: %)



* Base : 지재권을 표시하는 기업 (n=34)

<생산 제품의 지재권 표시 여부>

(단위: 개, %)

구분		사례 수	지재권 표시를 하고 있음	지재권 표시를 하지 않고 있음
전체		105	32.4	67.6
매출 구분	100억 미만	26	38.5	61.5
	100~500억 미만	28	35.7	64.3
	500~1,000억 미만	12	33.3	66.7
	1,000억 이상	39	25.6	74.4
기업 유형	대기업	6	16.7	83.3
	일반중소기업	58	32.8	67.2
	중견기업	29	31.0	69.0
	벤처기업/INNO-BIZ기업	12	41.7	58.3

* Base : 전체 기업 (n=105)

지재권을 표시하고 있는 경우에도 잘못된 표시 사례가 다수 발생하여 문제가 되고 있다. 온라인 쇼핑몰, 신문·잡지, 전단지 등의 매체에서 잘못된 사실을 기반으로

광고하는 지재권 허위표시가 다수 목격되고 있고 특히 온라인 쇼핑물 거래가 증가함에 따라, 인터넷에서의 지재권 허위표시 사례가 유난히 많이 발생하고 있는 것이다. 특허청이 기획하여, 온라인 쇼핑물에서의 실태조사를 진행한 결과 특허 표시된 광고 중 57%만이 제대로 표시되었고, 나머지 43%는 허위 또는 미흡한 표시로 조사되었다. 허위 또는 미흡한 표시에 해당하는 43% 중 허위표시⁵⁾가 6%, 나머지 37%는 미흡한 표시⁶⁾였다. 허위표시나 미흡한 표시는 소비자들에게 제품의 기술적 우수성이나 품질에 대해 그릇된 정보를 제공하여 피해를 야기할 가능성이 높다.

- 조사 대상 : 국내 대표적인 온라인 쇼핑물(11번가, 옥션, G마켓)
- 조사 기간 : '15.6월
- 조사 방법 : “특허상품”, “특허제품”, “특허출원”, “특허등록”을 키워드로 검색된 목록을 전수 조사
- 조사 결과 : 특허를 활용한 전체 28,123건의 광고 건수 중 올바르게 특허 표시한 경우는 56.9%, 허위표시인 경우는 6.0%, 미흡한 표시는 37.1%로 조사

전체 건수	올바른 표시	허위 표시	미흡한 표시	
			특허 번호 불명확	특허번호 없음
28,123건 (100%)	15,998건 (56.9%)	1,689건 (6.0%)	2,535건 (9.0%)	7,911건 (28.1%)

이런 통계조사를 실시한 특허청은 지재권 표시에 대한 일반 국민의 인식 제고를 위한 정책도 추진할 계획 하에 일단 올바른 지재권 표시를 위한 가이드라인을 수립하여 배포하고, 지재권 표시에 대한 교육과 홍보도 강화해나가는 한편 지재권 허위표시를 방지하기 위한 대책으로는「지재권 허위 표시 신고센터」를 설치·운영하고, 허위표시에 대한 행정적·사법적 조치를 강화할 예정이라고 한다.⁷⁾

한편, 이런 조사과정에서 국민들의 오해를 사고 있는 지재권 출원 표시 방법을

5) 출원 중인 제품을 등록받은 것처럼 표시하거나, 거절된 것을 특허받은 것으로 표시하는 등 허위로 지재권을 표시한 경우

6) 특허번호가 불명확하거나, 특허번호가 표시되어 있지 않은 경우

7) 그 중 신고센터에서는 허위표시에 대한 민원 접수와 상담, 허위표시 모니터링 및 실태조사 등의 역할을 하게 되는데, 신고된 허위표시에 대해서는 특허청에서 적극적인 행정지도를 하고, 동일한 허위표시가 3회 이상 적발될 경우에는 형사 고발 조치도 취해나갈 예정이라고 한다.

변경하는 방안도 검토되기에 이르렀다. 즉 본 연구목적과도 밀접한 쟁점인데, “출원”이라는 용어는 지재권을 획득하기 위해 원서를 낸다는 의미이나, 국민들은 지재권을 등록받은 것으로 오해하는 경향이 있었다는 것이다. 그 문제를 해결하기 위해 특허청은 지재권 출원 표시를 할 때에는 “심사중”이라는 문구를 포함하도록 관련 법령을 정비하는 한편 국민들이 직관적으로 이해하기 쉽도록 “출원”이라는 용어를 “신청”으로 변경하는 방안도 검토하기로 하였다고 밝히고 있다.⁸⁾

출원(出願)이라는 용어에 대하여, 일반인들이 정확한 의미를 파악하지 못하고 마치 특허권을 이미 취득하여 등록한 상태로 착각하는 경우가 왕왕 존재한다. 그래서 ‘특허출원’이라는 말이 건강식품의 신뢰성을 부당하게 높이는 수단으로 악용되는 사례가 드물지 않다.⁹⁾ 한 여론조사 결과에 따르면 일반소비자 70%가 특허와 특허출원을 구분하지 못했다고 한다.¹⁰⁾ 특허청에 따르면 현재 특허출원 후 실제 특허를 받는 경우는 63% 수준임을 고려할 때¹¹⁾, 출원과 등록을 구별못한다는 것은 상황에 따라서는 심각한 오해를 부를 수도 있을 것이다. 특히 주의할 점은, 이렇게 출원번호와 함께 사용되는 경우 마치 특허등록된 것과 같은 외관을 더욱 강하게 드러낸다는 사실이다. 이렇게 출원이란 용어나 출원번호가 마치 특허등록된 것처럼 오인되는 양상은 그런 정보가 관련제품 상에 직접 부착된 경우뿐만 아니라 광고전단 상에서의 활용, 나아가 상대방에게 경고하는 서면에서 출원 사실을 표시하는 것 등이 모두 관련된다. 이런 상황이기 때문에 특허법 등에서 쓰이는 있는 ‘출원’이란 용어를 가령 ‘신청’과 같이 보다 일반인에게 친숙한 용어로 수정하자는 제안이 입법안이나 일부 주장으로 제기되고 있는 상황인 것이다.

사실 특허법에 쓰이는 여러 용어에 관한 순화 필요성은 특허청에 의해서도 그동안 다각적으로 검토되어 왔었다. 하지만, 적어도 ‘출원’이란 용어 자체에 관해 개선 필요성을 지적하는 목소리를 찾기 어려웠다.¹²⁾ 그런데 ‘출원’ 용어에 대한 개선 필

8) 이는 특허청, 『건전한 거래질서 확립을 위한 지식재산권 표시 개선방안』을 인용함.

9) ‘구스팜’이란 업체에서 유산균이 주성분인 ‘함소아 바이오락트’를 광고하면서 “항암효과, 아토피 개선 및 치료용, 로타바이러스 억제효과 특허출원”의 내용으로 광고한 것이 건강기능식품에 관한 법률 제18조(허위과대 표시광고 금지)에 따라 제재를 받은 적이 있다. 이는 한국소비자원 2012. 2. 17.자 보도자료 “건강기능성표방 일반식품 구입 시 허위·과대 광고 주의해야 -건강식품 위해사례 매년 증가-”, 9면 참조.

10) 홍익표 의원이 제시한 여론조사결과이다. 『the 300』 2015. 7. 2.자 “‘특허출원’→‘특허신청중’ 용어 바뀐다.” 기사 참조

11) 이 문장은 특허청, 2015. 7. 23.자 보도자료(각주1) 참조.

12) 가령 특허심판원에서 심결문에 등장하는 용어를 순화하는 작업을 하였을 때도, ‘등록출원상표’가 난해한 표현이라면서 ‘출원된 상표’ 혹은 ‘출원 중 상표’로 고치자는 의견이 제시된 적은 있

요성에 대한 인식 및 요구가 최근 대한민국 국회에서 가시화되었던 것이다. 그 상황에 관해서는 아래에서 더 자세히 설명할 것이다.

2. 연구의 목적 및 범위

본 연구는 특허법 등에서 광범위하게 쓰이고 있는 ‘출원’이란 용어를 그대로 유지할지, 아니면 ‘신청’ 등 다른 용어로 변경할지, 혹은 제3의 방법으로 기존의 법제에 일정한 변화를 가할지(출원 용어를 유지하되 일반인의 혼동을 막는 조치를 부가하는 방안을 가리킴)에 관해 검토함을 궁극적인 목적으로 삼고 있다.

나아가, 이번 연구에서는 ‘출원’과 ‘신청’의 법적 의미, 용어간 충돌 여부 등 법학적 측면에서 심층 검토할 것이며, 아울러 변경이 필요한 경우 법령 개정 대상도 면밀하게 파악하고자 한다.

아울러 만일 용어변경이나 일정한 변화가 필요하다고 할 때라면, 그것을 수용하기 위한 구체적 방법이 어떠한지는 개략적으로 제안하고자 한다. 그리고 관련 종사자들이 이번 용어 변경에 대해 어떤 의견을 가지고 있을지 제시한 다음 올바른 방향을 제안하게 될 것이다.

지만, 출원 용어 자체에 관해서는 별다른 의견이 없었다. 이는 특허심판원, 『심결문 용어 순화 편람』(2005. 1.), 15면. 또한 정차호 외 6인, 『선진 특허법제 구축을 위한 특허법 체계 전면 개편 방안 연구』(특허청 용역보고서, 2010. 7.)321면 이하에서도 특허법의 문구 순화에 대하여 여러 검토를 하고 있지만 ‘출원’용어 자체에 대한 지적은 전혀 없었다.

II. 현재 관련 규범의 내용과 그 개정 논의

1. 특허법 등의 현행 규정

가. 특허나 특허출원 사실을 표시할 권원 등 관련규정

앞서 ‘연구의 배경’에서 설명하였듯이 특허표시 등은 다양한 장점을 가지고 있지만 특허출원과 관련한 표시에서는 가령 출원 사실을 표시한 행위가 마치 특허등록된 것처럼 일반인에게 혼란을 초래하는 상황이 왕왕 등장하여 개선이 필요한 상황이라고 할 수 있다. 따라서 출원 사실을 표시할 권한이 있는지에 관해 관련 법령을 검토하는 데서 검토를 시작하여야 할 것이다.

우리 특허법은 특허권자 등이 특허등록된 사실을 표시하는 것, 즉 특허표시(patent marking)에 관해 다음과 같이 규정하고 있다.

『제223조(특허표시) 특허권자, 전용실시권자 또는 통상실시권자는 다음 각 호의 구분에 따른 방법으로 특허표시를 할 수 있다.

1. 물건의 특허발명의 경우: 그 물건에 특허표시
2. 물건을 생산하는 방법의 특허발명의 경우: 그 방법에 따라 생산된 물건에 특허표시
3. 물건에 특허표시를 할 수 없는 경우: 그 물건의 용기 또는 포장에 특허표시』

실용신안법은 제44조에서 특허법 제223조를 준용하도록 규정하여 마찬가지로 정하고 있다. 디자인보호법의 경우 디자인등록사실의 표시에 관하여 디자인보호법 제214조가 대동소이한 규정을 두었고, 상표법의 경우도 동법 제90조¹³⁾가 마찬가지로 규정한다. 식물신품종보호법에서도 제88조가, 농수산물품질관리법에서도 제34조 제3항이 각각 그에 해당한다.

한편, 특허등록이 아니라 아직 출원 중에 있다는 사실을 표시할 수 있는 지에 관해서는 특허법상 명시적 규정을 두고 있지 아니하다. 환언하여 특허출원 중인 사

13) 제90조(등록상표의 표시) 상표권자·전용사용권자 또는 통상사용권자는 등록상표를 사용할 때에는 당해 상표가 등록상표임을 표시할 수 있다.

실에 관해 제223조와 같은 특허법상의 조문은 존재하지 않는다. 다만 허위표시죄에 관한 조항에서 특허사실 뿐만 아니라 특허출원 중인 사실을 허위로 표시한 경우를 처벌대상으로 삼고 있다는 사정에 비추어, 그 반대해석상 실제 특허출원한 자가 그 출원 사실을 표시하는 것은 정당한 행위로 해석될 소지가 컸다.

그런데 특허표시에 관한 223조를 구체화한 특허법시행규칙 제121조에서는 2015. 7. 29. 개정 이후부터 ‘특허표시’는 물론(동조 제1항¹⁴⁾) 특허출원 사실을 물건 등에 표시하는 것, 즉 ‘특허출원표시’에 관해서도 새로 규정하고 있다(동제 제2항). 즉 위 개정 시행규칙¹⁵⁾은 “특허출원표시는 물건의 특허출원에 있어서는 그 물건에 “특허출원(심사중)”이라는 문자와 그 출원번호를, 물건을 생산하는 방법의 특허출원에 있어서는 그 방법에 의하여 생산된 물건에 “방법특허출원(심사중)”이라는 문자와 그 출원번호를 표시한다.”라고 규정하고 있다. 가령 “특허출원(심사중) 제 10-2015-0000000호”와 같은 방식이 전형적인 형태가 될 것이다. 위 시행규칙의 개정이유서는 제121조 제2항 신설이 “일반 국민의 혼동을 방지하기 위하여 특허등록과 특허출원을 명확하게 구분하여 표시하도록” 하기 위한 것임을 분명히 밝히고 있다. 이것은, ‘출원’이라는 표시만으로는 일본 특허법과 같은 표현이어서 오해의 소지가 다분하다는 국회의 비판을 일부 수용한 것으로 볼 수 있다.

당초 ‘특허출원중’이란 말도 일견 가능한 대안이었지만, 여전히 ‘특허중’으로 오해될 여지가 있다는 비판이 있었다.¹⁶⁾ 아울러 이번에 개정된 시행규칙은, 홍익표 의원이 제출하였다가 폐기된 법률안에서와 달리, 그 위반행위가 있을 경우 과태료 등의 제재가 규정되어 있지 아니하다.¹⁷⁾ 그렇지만 시행규칙의 요구에 위반할 경우 아래에서 설명할 특허법상 허위표시 금지조항에 더 적극적으로 저촉되거나, 건강기능식품법 등 다른 법령이 규제하는 과장광고행위에 해당될 가능성이 종전보다는 훨씬 높아졌다고 해석하여야 새로운 시행규칙의 입법취지를 살리는 것일 것이다.

14) 제121조(특허표시) ① 법 제223조에 따른 특허표시는 물건의 특허발명에 있어서는 그 물건에 “특허”라는 문자와 그 특허번호를, 물건을 생산하는 방법의 특허발명에 있어서는 그 방법에 의하여 생산된 물건에 “방법특허”라는 문자와 그 특허번호를 표시한다.

15) 산업통상자원부령 제144호, 2015. 7. 29. 일부개정된 시행규칙.

16) 아래 홍익표 의원의 개정안 논의과정에서 장윤석 새누리당 의원은 “출원(出願)은 일본식 조어다”라며 “특허출원중이란 말도 특허중이란 뜻으로 오해받을 수 있어 올바른 시정이 아니다”고 지적한 바 있다. 이는 『the 300』 2015. 7. 2.자 “‘특허출원’→‘특허신청중’ 용어 바뀐다.” 기사 참조.

17) 다만 특허청에서는 개정 시행규칙 시행 이후 ‘허위표시 신고센터’를 설치하여 2016년부터 단속, 홍보 및 교육 등을 병행하여 실시할 예정이라고 한다. 이는 특허청, 2015. 7. 23.자 보도자료(각주1) 참조.

이상과 같은 개정 특허법 시행규칙과 동일한 내용이 같은 날 개정된 실용신안법 시행규칙 제16조¹⁸⁾에도 그대로 옮겨져 있다. 그러나 상표법, 디자인보호법 등 여타의 지재법에는 아직 대응하는 시행규칙이 마련되어 있지 아니하다.

나. 특허나 특허출원 사실 등의 허위표시에 대한 제재규정

아울러 이에 관해 허위의 표시를 한 행위에 대해서는 형사제재까지 가하고 있다. 먼저 특허법의 관련 규정은 다음과 같다.

『제224조(허위표시의 금지) 누구든지 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하여서는 아니 된다.

1. 특허된 것이 아닌 물건, 특허출원 중이 아닌 물건, 특허된 것이 아닌 방법이나 특허출원 중이 아닌 방법에 의하여 생산한 물건 또는 그 물건의 용기나 포장에 특허표시 또는 특허출원표시를 하거나 이와 혼동하기 쉬운 표시를 하는 행위¹⁹⁾

2. 제1호의 표시를 한 것을 양도·대여 또는 전시하는 행위

3. 제1호의 물건을 생산·사용·양도 또는 대여하기 위하여 광고·간판 또는 표찰에 그 물건이 특허나 특허출원된 것 또는 특허된 방법이나 특허출원 중인 방법에 따라 생산한 것으로 표시하거나 이와 혼동하기 쉬운 표시를 하는 행위

4. 특허된 것이 아닌 방법이나 특허출원 중이 아닌 방법을 사용·양도 또는 대여하기 위하여 광고·간판 또는 표찰에 그 방법이 특허 또는 특허출원된 것으로 표시하거나 이와 혼동하기 쉬운 표시를 하는 행위

제228조(허위표시의 죄) 제224조를 위반한 자는 3년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.』

이는 특허품 또는 특허방법이 아닌 것에 특허표시를 하거나 이와 혼동하기 쉬운 표시를 함으로써 특허에 대한 공중의 신뢰를 악용하여 공중을 오인케 하는 행위를 처벌하는 규정으로서, 사회의 거래안전을 보호법익으로 한다. 허위표시되는 보호법

18) 실용신안법 시행규칙 “제16조(실용신안등록표시)....

② 실용신안등록출원표시를 할 때에는 실용신안등록출원의 물품에 "실용신안등록출원(심사중)"이라는 문자와 그 실용신안등록출원번호를 표시한다.”

19) 실제 문제되는 사례들 중에서는 특허출원된 것이 아님에도 마치 출원된 것처럼 기망하는 사례 보다는 단지 불확실한 특허출원 상태임에도 불구하고 이미 등록까지 마치 특허권이 존재하는 것처럼 혼란을 부추기는 사례가 대부분이다. 따라서 위 조문에서 정작 문제되는 부분도 ‘특허출원’에 관한 언급부분이 아니라 굵은 글자체로 표시한 부분, 즉 특허등록된 것이 아님에도 (단지 출원 사실에 기초하여) 마치 특허등록된 것처럼 혼동을 초래하는 행위가 관심대상이 된다.

익이 개인의 이익보호가 아닌 사회의 거래안전이기 때문에 처벌요건으로서 고소를 필요로 하는 특허침해죄와 달리 고소를 요하지 않는 비친고죄로 규정하고 있다. 허위표시되는 추상적 위험범으로서 특허출원표시행위만으로도 특허표시와 혼동하기 쉬운 표시를 한 것으로 볼 수 있고 이 죄가 성립하기 위하여 어느 누구에게 구체적인 손해를 끼치는 것을 필요로 하는 것은 아니다. 허위표시를 한 제품을 특허제품인 것처럼 하여 제3자에게 판매한 경우에는 형법상 사기죄와 특허법상 허위표시죄의 실제적 경합이 성립한다.²⁰⁾²¹⁾ 나아가 허위표시행위를 한 자는 3년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다(특허법 제228조).

특허 허위표시의 주된 유형으로 다음과 같은 것들이 거론될 수 있다.²²⁾ 그런 유형들 중에서 특허출원 상태와 관련한 허위표시가 다수를 차지하고 있음이 확인된다(아래 밑줄친 부분 참조).

- 특허출원 중인 물품을 출원번호 표시도 없이 단순히 특허제품이라고 표시
- 특허출원번호를 등록번호인 것처럼 표시
- 거절된 것을 특허 제 000 호 또는 특허출원 제 000 호등으로 표시
- 권리가 소멸된 것을 특허 제 000 호라고 표시
- 특허 출원한 사실조차 없는데도 등록 또는 출원한 것으로 표시

이와 관련하여 판례는 “이미 특허된 방법을 사용하여 물건을 제조하면서 광고, 간판 또는 표찰류에 그 특허가 아닌 다른 특허의 방법을 사용하여 제조한 것처럼 표시한 경우에는 특허권자의 특허권을 침해하는 행위로서 특허침해죄에 해당하고 허위표시죄에는 해당하지 않는다.”고 한다.²³⁾

한편 실용신안법의 경우 제44조(특허법 제224조 등의 준용규정) 및 제48조²⁴⁾에서 허위표시를 규제하고 있다. 전자는 허위표시를 금지한 규정이고 후자는 그런 금지를 위반한 때 형사처벌을 가하는 조항이다. 마찬가지로 방식으로 디자인보호법은 디자인보호법 제215조 및 제222조가, 상표법은 동법 제91조 및 제95조가, 식물신품종보호법은 제89조 및 제133조가 각각 그런 조항들에 해당한다.

20) 대법원 1977. 9. 13. 선고 77도2260 판결.

21) 이상은 신지연 등, 『지식재산제도의 실효성 제고를 위한 법제도 기초연구』, 특허청 용역보고서(2011), 289면 참조.

22) 특허청, 2015. 7. 23.자 검토자료(각주1), 3면.

23) 대법원 1983. 7. 26. 선고 83도1411 판결.

24) 제48조(허위표시의 죄) 제44조에 따라 준용되는 「특허법」 제224조제1호부터 제3호까지의 규정을 위반한 자는 3년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.

그런 조항들과 다소 차이가 있게 농수산물품질관리법은 제38조 및 제119조 제3호가 역시 그에 대응하는데, 아직 등록이 이루어지지 않은 상태(즉 등록을 신청한 상태)임을 허위표시하는데 관해서는 위 규정이 적용되지 않는 것처럼 규정한다.²⁵⁾ 한편 반도체집적회로의 배치설계에 관한 법률에서는 제22조²⁶⁾에서 등록사실의 표시를 할 수 있다고 규정하면서도 그에 관한 허위표시를 규제하는 조항은 두고 있지 않다. 참고로 일본의 대응법률(半導体集積回路の回路配置に関する法律)에서도 마찬가지로 허위표시죄에 관한 조항은 가지고 있지 않다.

2. '출원' 용어의 개정필요성 등을 둘러싼 종전 검토들

진보성을 가진 기술, 환언하여 당해 기술분야에서 통상의 기술자조차도 쉽게 발명하기 힘든 대상을 보호하는 것이 특허법이다. 실용신안법 등 지재법도 엇비슷한 성격을 가진 대상들을 보호하고 있다. 이런 특징 때문에 특허법을 위시한 산업재산권법률들은, 일반적인 법률과 비교하여, 구체적인 용어의 구사에 있어 훨씬 복잡하고 생경한 용어를 자주 취하게 된다. 이런 외양은 결국 일반인의 시각에서 볼 때 거리감을 가지게 만들거나 경우에 따라서는 불필요한 혼란을 불러일으킬 수도 있다.

이런 우려를 미연에 불식시키고자 특허법 등에 쓰이는 용어를 최대한 순화하고자 하는 노력은 특허청에 의해 그 동안 다각적으로 검토되어 왔다. 그런 노력을 모두 열거하는 것은 힘들지만, 예시를 하자면 다음과 같은 것들이 발견된다. 2005년경 특허심판원에 의하여 특허심결문의 용어를 순화하기 위한 작업²⁷⁾, 그리고 2010년경 특허청용역과제로 특허법 전면개정 방안을 연구하는 과정에서 이루어진 특허법 문구순화의 검토²⁸⁾ 등이다. 그렇지만 이런 용어의 순화, 검토 과정에서 '출원' 용어 자체에 대한 순화의 필요성이나 관련된 검토는 제기된 적이 없었다.²⁹⁾ 특

25) 제38조(거짓표시 등의 금지) ① 누구든지 지리적표시품이 아닌 농수산물 또는 농수산가공품의 포장·용기·선전물 및 관련 서류에 지리적표시나 이와 비슷한 표시를 하여서는 아니 된다.

② 누구든지 지리적표시품에 지리적표시품이 아닌 농수산물 또는 농수산가공품을 혼합하여 판매하거나 혼합하여 판매할 목적으로 보관 또는 진열하여서는 아니 된다.

26) 제22조(등록의 표시) 배치설계권자·전용이용권자 또는 통상이용권자는 그 배치설계를 이용하여 제조된 반도체집적회로 및 그 포장 등에 특허청장이 정하는 바에 따라 그 배치설계의 등록표시를 할 수 있다.

27) 특허심판원, 『심결문 용어 순화 편람』(2005. 1.).

28) 정차호 외 6인, 『선진 특허법제 구축을 위한 특허법 체계 전면 개정 방안 연구』(특허청 용역 보고서, 2010. 7.), 321면 이하 참조.

29) 가령 특허심판원에서 심결문에 등장하는 용어를 순화하는 작업을 하였을 때도, '등록출원상표'

허청의 다른 검토들에서도 마찬가지로 있을 것으로 추측된다.

특허청 내부의 노력을 넘어서 특허청 외부에서 이루어진 노력이나 주장을 살펴 보아도 출원 용어 자체에 관해 개선필요성을 지적하는 내용은 그동안 뚜렷하게 찾기 어렵다. 가령 법령 전반의 용어 순화에 관해 진행된 법제처가 주도하고 있는 ‘알기 쉬운 법령정비 기준’사업에서도 2014년 12월 현재 특허 등 ‘출원’에 관해서는 그대로 ‘출원’이란 용어를 유지하는 것으로 입장을 정리하고 있음을 확인할 수 있다.³⁰⁾

요컨대, ‘출원’용어에 관해 일부 사례에서 문제가 제기된 적은 있지만 그런 문제를 해결하기 위해 ‘출원’용어 자체의 수정이 필요하다는 목소리가 강력하게 제기된 것은 바로 다음 항목에서 설명하는 국회에서의 비판적 검토가 직접 관련된 것이다.

3. 국회에서의 관련 개정안 검토 현황

2015년 우리 국회에서는 특허출원 중임에도 특허등록권자처럼 행세하는 일부 잘못된 행태를 시정할 필요성을 지적하는 목소리가 높아졌다.³¹⁾ 이런 배경에서 홍익표 의원이 대표로 발의한 특허법 개정안은 제223조의2를 신설할 것을 제안한 바 있다. 그 내용은 다음과 같았다.

『제223조의2(특허출원표시) ① 물건, 물건의 용기·포장 또는 광고에 특허출원표시를 하려는 자는 산업통상자원부령으로 정하는 표시방법을 따라야 한다.

② 특허청장은 제1항의 표시방법을 위반한 자에 대하여 대통령령으로 정하는 바에 따라 해당 위반행위의 중지, 표시방법의 변경 등 시정을 명할 수 있다.』

이런 개정안의 입법이유로 개정안 발의 주체는 다음처럼 설명하였다. 현행법상 “특허출원”은 특허를 받으려는 자가 특허청장에게 특허출원서를 작성·제출하는 것으로, 이후 심사 및 설정등록을 거쳐야 특허권이 발생하게 되는데 일반 소비자들의

가 난해한 표현이라면서 ‘출원된 상표’ 혹은 ‘출원 중 상표’로 고치자는 의견이 제시된 적은 있지만, 출원 용어 자체에 관해서는 별다른 의견이 없었다. 이는 특허심판원, 『심결문 용어 순화 편람』(2005. 1.), 15면.

30) 법제처, 『알기 쉬운 법령 정비기준』(2014. 12.), 281면 참조.

31) 장윤석 새누리당 의원은 "출원(出願)은 일본식 조어다"라며 "특허출원중이란 말도 특허중이란 뜻으로 오해받을 수 있어 올바른 시정이 아니다"고 지적했고, 같은 당 홍지만 의원 역시 "신청으로 용어를 고치면 된다"고 주장했다. 한편 오영식 새정치민주연합 의원은 "수십년간 써왔어도 국민이 구분을 못하면 문제가 있다"며 "출원에 출원번호까지 붙어있어서 나도 의원이 되기 전엔 구분할 수 없었다"고 말했고, 김제남 정의당 의원도 "용어변경은 어려운 일이 아니다"라고 압박했다는 내용은 『the 300』 2015. 7. 2.자 “‘특허출원’→‘특허신청중’ 용어 바뀐다.” 기사 참조.

경우 특허출원이라는 용어를 특허청의 심사를 거쳐 특허권이 발생한 것으로 오인할 여지가 크고 실제로 이러한 점을 이용하기 위하여 무분별하게 특허출원을 하고 제품 등의 포장이나 광고에 특허출원하였음을 표시하는 경우가 많으므로 개정안과 같은 대책이 필요하다는 것이다. 그 구체적 개선책으로 향후 물건, 물건의 용기·포장 또는 광고에 특허출원을 표시하려는 경우 산업통상자원부령으로 정하는 표시방법을 준수하도록 하고, 이를 위반한 자에 대하여 시정명령을 거쳐 1천만원 이하의 과태료를 부과할 수 있도록 함으로써 특허출원표시로 인한 소비자의 혼동을 줄이고 알권리를 보장하려 한다고 개정안 발의주체는 설명³²⁾하고 있다.

나아가 개정법률안에 대한 국회 전문위원의 검토의견 요지는 다음과 같았다.³³⁾

『개정안의 제안이유 및 주요내용에서 밝힌 바와 같이 일반 소비자들의 경우 특허, 실용신안 또는 디자인등록 출원의 의미를 권리확보로 오해할 우려가 있다는 점에서 타당한 면이 있다. 위임을 받은 산업통상자원부령에서 정하는 바에 따라 어느 정도 달라질 수는 있으나³⁴⁾, 모법의 취지에 충실하게 따를 경우 “등록이 아닌 심사 중”임을 충분히 알 수 있도록 표시하게 될 것이므로 소비자들의 오해는 불식될 것으로 보인다.

다만, 이와 같이 확정된 권리 또는 사실이 아닌 출원에 관하여 그 표시방법을 법정확한 사례는 쉽게 찾아보기 어렵다는 점에서 신중하게 접근할 필요가 있다. 특히, 표시방법을 위반할 경우 시정명령을 거쳐 과태료까지 부과하는 것에 대하여는 해당 표시가 근본적으로 허위표시는 아니라는 점에서 과도한 규제로 볼 여지도 있다. 한편, 개정안의 근본적인 취지는 “출원”이라는 용어의 의미에 대한 오해 가능성에서 기인하는 것이므로 차제에 출원을 “신청”으로 변경하는 방법도 대안으로 검토될 수 있다.³⁵⁾』

이처럼 전문위원의 검토의견은 표시방법을 위반할 경우 과태료까지 부과하는 것은 과도한 규제라는 비판적 의견이었다. 참고로 당시 특허청장의 답변도 과태료 부과까지는 중소기업에 과도한 부담이 될 수 있을까 우려된다는 것이었다.³⁶⁾ 이론상

32) 홍익표 의원 등이 제안한 법률안 중 ‘제안이유’ 참조.

33) 송대호(국회 산업통상자원위 전문위원), 『특허법 일부개정법률안실용신안법 일부개정법률안디자인보호법 일부개정법률안 검토보고』(2015. 6.).

34) 특허출원 등의 표시방법 위반의 경우 과태료 처분을 받을 수 있다는 점에서 표시방법의 주요내용을 정하고 위임하는 것이 바람직한 것으로 보인다고 첨언하고 있다.

35) 이 경우 「과학기술기본법」, 「국가통합교통체계효율화법」, 「기술의 이전 및 사업화 촉진에 관한 법률」 등 다수의 법률과 각종 시행령 및 시행규칙의 용어를 함께 정비하여야 할 것임 그리고 기존의 “출원”이라는 용어에 익숙한 관행도 함께 바뀌나갈 필요도 있다고 첨언하고 있다.

으로는 출원에 관한 표시방법을 위반한 경우, 해석하기에 따라서는 ‘특허된 것이 아닌’ 물건이나 방법임에도 마치 특허출원이란 문구가 결합된 형태를 동원하여 ‘특허표시’를 한 행위가 되어 허위표시죄로 단죄될 여지가 없지 않다. 하지만 그렇게 허위표시죄에 정확히 해당될 사안은 별론으로 하고, 단순히 ‘심사중’ 문구를 누락한 경우까지 과태료의 제재를 가하는 것은 과도한 제재로 취급될 여지가 없지 않았다고 사료된다. 실제로 위 법안은 2015. 11. 국회에서 폐기되었다.³⁷⁾

36) 2015. 7. 1.자 국회 산업통상자원 법률안소위 의사록 14면 참조.

37) 이때 과태료부과까지는 과도한 규제라는 점, 법안은 부당하지만 오해를 해소하기 위해 신청으로 용어변경이 대안으로 검토될 수 있다는 점 등 앞서 보고서의 지적사항이 그대로 반복 원용되고 있다.

III. 출원 용어 관련 문제된 실태의 파악

1. 개설

출원 용어를 둘러싼 일반공중의 혼란 내지 오해와 관련하여 그런 혼란이 정확히 특허출원표시 때문인지, 아니면 특허출원번호가 병기되었기 때문인지 그동안의 관련 실태를 먼저 정확히 파악하는 방법으로 특정할 필요가 있다. 이런 실태는 우리 법원이 그동안 취급하였던 판결례를 최대한 수집하여 조사하고, 아울러 우리 특허청의 관련 실무를 확인하는 방법을 통하여서만 정확히 얻어질 수 있을 것이다.

2. 특허출원표시 및 허위표시에 관한 우리 특허청의 실무

가. 우리 특허청이 당면하고 있는 관련 실태

산업재산권과 관련된 잘못된 표시나 광고를 억제하고자 특허청에서는 1997. 11. 경부터 “산업재산권 표시요령 및 허위표시·광고행위에 대한 처리계획”을 시행한 적이 있었다.³⁸⁾ 이때 그 처리계획에서 문제가 되는 허위표시·광고유형을 다음과 같이 열거하였었다. 그 내용을 살펴보면, 허위표시와 관련해서 그 당시에도 출원 관련하여 가장 문제되는 행태는 아예 출원하지 않았음에도 특허출원표시를 행하는 것이 아니었다. 그것이 아니라 출원 중이라는 사실을 호도하여 등록하지 않았음에도 마치 등록이 있는 것처럼 혼란을 초래하는 행위임을 확인할 수 있다.

『가. 특허출원중인 물품을 출원번호 표시도 없이 단순히 “특허품”이라고 표시

나. 특허출원중인 것을 “특허 제CXD-호”라고 출원번호를 특허번호로 표시

다. 특허출원하여 거절사정된 것을 “특허 제CXD호” 또는 “특허출원 제CXD호” 등으로 표시

라. 존속기간 만료 또는 특허료 불납 등으로 소멸된 것을 “특허 제CXD호” 라고 표시

마. 실용신안등록, 의장등록 또는 상표등록된 것을 “특허 제CXD호”라고 표시

바. 실용신안등록, 의장등록, 상표등록의 경우에 위 가호 내지 라호와 같이 허위표시

사. 특허, 실용신안, 의장, 상표 등 어느 산업재산권에 대해서도 등록은 물론 출원한 사실이 없음에도 불구하고, 등록 또는 출원한 것으로 표시』

38) 한국광학기기협회, 『광학세계』 1998. 1월호, 66면 참조.

나아가, 다음의 사례들은 2000년경 특허청 법무담당관실이 특허출원표시, 그리고 허위표시에 관한 이용자들의 질의에 관하여 회신한 내용을 간추린 것이다. 이를 통하여 구 특허법 하에서 특허출원표시 등을 둘러싸고 우리 특허청 실무 등이 어떻게 처리하고 있었는지의 모습을 파악할 수 있다. 여기서도 출원과 관련하여 문제 되는 허위표시죄의 실태는 출원하지 아니하였음에도 기망하는 것이 아니라 출원에 불과함에도 등록한 것처럼 기망하는 유형임을 확인할 수 있다(아래 밑줄친 부분 참조).

『질의응답집 1999. II, 법무56070-144(1999.4.12)³⁹⁾』

- | |
|---|
| <ol style="list-style-type: none"> 1. 제품의 허가없이 특허만 받은 경우 제조판매가 가능한지 2. 허위표시 |
|---|

Q 질의내용

1. 제품이 제조허가 없이 특허출원 및 등록, 상표등록만으로 제조판매가 가능한 것인지요?
2. 특허출원만 된 상태에서 『발명특허원 제00000호』라고 상품광고 및 포장지에 표시하여 소비자로 하여금 특허청으로부터 인가받은 『발명특허품』으로 오인 구입토록 했다면 이러한 영리를 목적으로 한 행위가 적법한지요?

A 답변내용

1. 특허법상 특허권자의 보호는 특허발명의 독점적 실시를 주된 내용으로 하고 있으므로 특허출원중 또는 특허받은 발명품을 제조, 허가 없이 제조판매할 수 있는 것인지는 별개의 사안이라 할 것입니다. 따라서 관련제품에 대하여 타법에서 제조판매에 대하여 별도의 규정이 있다면 그에 따라야 할 것입니다.
2. 특허법 제224조 각 호에서는 허위표시에 관한 규정을 두어 『특허된 것이 아닌 물건, 특허출원중이 아닌 물건에 특허표시 또는 특허출원표시』를 하는 등의 행위는 허위표시로 규정하여 처벌할 수 있는 것으로 규정하고 있습니다(특허법 제227조). 귀하께서 질의하신 『특허발명원 제00000호』표시가 허위표시에 해당되는지의 여부는 구체적으로 사법적 판단에 따른다 하겠으나 그러한 표시로 소비자가 제품을 오인하여 구입하였다면 특허법 제227조에 의거 처벌된다 하겠습니다.

39) 특허청, 『산업재산권질의응답집』 (특허청 법무담당관실, 2000), 80~81면.

질의응답집 1999. VI, 법무56070-316(1999.8.19)⁴⁰⁾

특허권 소멸후의 특허권 표시

Q 질의내용

소멸된 특허권을 상품선전에 활용하였을 경우 그 행위는 위법한지요?

A 답변내용

○ 소멸된 특허권을 상품선전에 활용할 경우(상품용기나 포장에 특허표시를 하는 경우) 그것이 특허법 제224조에서 규정한 허위표시죄 등에 해당되는지 여부는 그 양태에 따라 구체적으로 사법적 판단에 따른다 하겠습니다. 다만, 학설은 특허권소멸후에도 상품에 특허표시를 하는 것은 특허법 제224조에서 규정한 허위표시에 해당하는 것으로 해석하는 입장임을 참고하시기 바랍니다.

질의응답 1993.7.13 법무 56070-139⁴¹⁾

1. 실용신안등록을 받은 제품에 특허품이라 표시할 경우
2. 실용신안등록된 물건을 단순설계변경한 후 등록된 권리를 표시하는 경우
3. 등록권리의 만료전 제작된 제품을 만료후 등록권리를 표시하는 경우

Q 질의내용

1. 실용신안등록을 받은 후 그 제조품에 간략하게 “특허품”이라고 표시할 경우 허위표시에 해당되는지요?

2. 실용신안으로 등록된 한 개의 물건의 구성에서 그 작용효과가 동일기술사상에 속하는 것으로 판단하여 그 구조를 단순설계변경정도로 제작 실시한 제품에다 등록된 권리의 표시를 할 경우 허위표시에 해당되는지요?

3. 한 개의 물건에 수 건의 실용신안, 의장등록을 할 수 있는데 이 물건에다 등록된 각종 권리번호의 표시를 하는 것이 위법인지요?

4. 등록권리의 시효가 만료되기 전에 제작된 제품과 포장용기에 등록권리의 만료후 등록권리를 표시하는 것은 허위표시에 해당되는지요?

40) 특허청, 『산업재산권질의응답집』, 112~115면.

41) 특허청, 『산업재산권질의응답집』, 112~115면.

A 답변내용

1. 일반적으로 특허된 것이 아닌 물건·특허출원중이 아닌 물건 또는 그 물건의 용기나 포장에 특허표시 또는 특허출원표시를 하거나 이와 혼동하기 쉬운 표시를 하는 것은 허위표시의 죄에 해당하는 것으로서, 질의내용과 같이 등록실용신안 또는 등록의장의 등록표시는 물품 또는 그 물품의 용기나 포장 등에 “등록실용신안” 또는 “등록의장”이라는 문자와 그 등록번호를 표시하도록 규정하고 있으므로(실용신안법시행규칙 제12조에서 준용하는 특허법시행규칙 제121조, 의장법시행규칙 제27조) 막연히 “특허품”이라고 표시하는 행위는 정당한 표시라고 볼 수 없으나, 동 표시행위가 곧 허위표시에 해당되는지의 여부는 구체적 사안에 따라 사법절차에 의하여 가려지게 됨을 양지하시기 바랍니다.

2. 실용신안등록 물품의 구조를 단순설계변경한 물품에 대하여 실용신안등록표시가 가능한지에 대하여는 설계변경하여 제조한 물품이 등록실용신안과 동일한 기술적 사상의 것인지 여부에 따라 정당표시 또는 허위표시로 판단되어질 문제로서 일률적으로 말할 수 없다 할 것입니다.

3. 실용신안권자 또는 의장권자는 등록실용신안 또는 등록의장에 관한 물품 또는 그 물품의 용기나 포장 등에 실용신안등록 또는 의장등록의 표시를 할 수 있으므로 하나의 물품에 여러 건의 실용신안권·의장권이 있는 경우에는 모두의 등록표시가 가능하다 할 것입니다.

4. 실용신안등록표시는 실용신안권존속기간 중에만 표시할 수 있는 것으로 권리존속중에 그 실용신안의 물품을 제조하여 실용신안등록표시를 한 물품을 실용신안권 소멸 후에 양도·대여 또는 전시하는 행위는 허위표시라고 단정할 수는 없으며, 이는 구체적인 사안에 따라 사법절차에 의해 가려질 사항임을 양지하시기 바랍니다.

질의응답 1995.4.4 법무 56070-66⁴²⁾

계약서상에서의 허위표시

Q 질의내용

甲사가 乙사와 제품계약을 체결하여 제품을 생산판매하던 중 丙사가 모조품을 생산하여 판매하는 것을 알게 되었습니다. 그래서 乙사의 제품에 대해서 자세히

42) 특허청, 『산업재산권질의응답집』, 112~115면.

알아본 바, 특허나 실용신안등록은 되어 있지 않고 단지 상표등록(00카드)만 되어 있었습니다. 이 경우 국제특허 등록상표에 18가지나 등록되어 있다고 선전한 Z사와의 계약이 법에 위배되는 것은 아닌지요?

A 답변내용

○ 특허된 것이 아닌 물건을 특허된 것처럼 표시하는 행위는 허위표시 행위로서 특허법에서 금지하고 있으며, 이를 위반한 자는 3년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처하도록 되어 있습니다(특허법 제224조 및 227조). 따라서 질의에서 처럼 상표로만 등록된 것을 특허까지 등록된 것처럼 표시하는 것은 올바른 표시방법이 아닌 것으로 생각되나 그것이 물품이나 광고 등에 표시된 것이 아닌 계약서 상에서만 표시되었다면 사기죄에는 혹시 해당될 수 있겠으나 특허법상의 허위표시 죄에는 해당되지 않는 것으로 사료됩니다. 다만, 사기죄 해당여부 및 그 표시방법이 구체적으로 허위표시에 해당되는지의 여부는 최종적으로 재판에 의해 가려질 사항임을 양지하시기 바랍니다.

질의응답 1994.4.1 법무 56070-72⁴³⁾

의장출원중인 물품의 표시

Q 질의내용

의장출원중인 것은 어떻게 표시하여야 하는지요? 의장출원중인 것을 해당 물품이나 그 포장에 출원이라는 문자는 표시하지 않고, 의장 0000번이라고 하여 등록된 것처럼 표시하면 법에 저촉되는지요?(예를 들면 의장출원중인 것을 의장 1234라고 표시하는 경우)

A 답변내용

○ 의장권자 등은 등록의장에 관한 물품 또는 그 물품의 용기나 포장 등에 의장등록의 표시를 할 수 있으며(의장법 제79조), 또한 의장등록출원중인 자도 의장등록출원표시를 할 수 있습니다. 그러나 의장등록출원표시 또는 의장등록표시를 어떻게 하여야 하는지에 관해서 법령에서 규정하고 있는 바는 없지만 의장등록출원중인 경우에는 의장등록출원중인 물품 또는 그 물품의 용기나 포장에 “의장등록출원 제 00-0000호”와 같이 하며, 의장이 등록된 경우에는 등록의장에 관한 물품 또는 그

43) 특허청, 『산업재산권질의응답집』, 132~133면.

물품의 용기나 포장에 “의장등록 제000호”라고 표시하는 것이 정당한 표시방법입니다. 따라서 의장등록된 것이 아닌 물품(출원중인 물품 포함) 또는 그 물품의 용기나 포장에 의장등록표시 또는 의장등록출원중이 아닌 것에 의장등록출원표시를 하거나 이와 혼동하기 쉬운 표시를 하는 행위는 허위표시에 해당될 수 있으며, 허위표시에 해당된다면 형사처벌을 받게 됩니다(의장법 제80조 및 제84조). 예시와 같이 의장등록출원중인 것을 의장등록된 것처럼 표시하는 것은 정당한 표시방법이 아닌 것으로 사료됩니다.』

나. 위 실태로부터의 분석

실제 문제되는 사례들 중에서는 특허출원된 것이 아님에도 마치 출원된 것처럼 기망하는 사례보다는 단지 불확실한 특허출원 상태임에도 불구하고 이미 등록까지 마치 특허권이 존재하는 것처럼 혼란을 부추기는 사례가 대부분임을 알 수 있음은 앞에서 설명하였다. 이때 특허출원번호 때문에 일반인들의 혼란이 더욱 가중될 여지가 있음을 알 수 있다.⁴⁴⁾ 즉 ‘출원’이란 문구가 혼동을 초래했다기보다 악의적 기업들은 ‘출원’문구를 삭제하여 일반인이 마치 특허(등록)된 것으로 오해하도록 주장하는 행태가 문제되었다. 특허출원만 된 상태임에도 ‘특허 제10-△△△△-○○○○○○호’로 표시해 일반인들로 하여금 특허출원이 특허청 심사관의 심사를 거쳐 특허등록된 것으로 오해하는 경우가 많았던 것이다.⁴⁵⁾ 특허등록번호는 ‘특허 제10-○○○○○○○○’ 형식으로 표시된다. 그것과 비교하여 가령 “특허 제10-2014-12345호”라고 표시되는 출원번호는 변리사 등 전문가집단에게는 특허등록번호가 아니라는 점이 분명하지만, 적어도 일반인에게는 마치 특허등록번호인 것처럼 오인될 소지가 다분하다. 그 때문에 특허출원번호를 가령 광고 등에서는 사용하지 못하게 하는 방안도 우리 국회에서는 검토된 적이 있다.⁴⁶⁾

이상과 같이 특허청과 우리 법원의 그동안 문제되었던 실태를 통해 파악해본 결과, 출원번호의 남용을 억제하는 것만으로도 당초 우려되었던 일반공중의 혼란은 상당부분 피할 수 있음을 발견할 수 있다. 구체적인 방법으로 출원번호 사용을 아예 광고에서 금하는 방법도 위 본문처럼 제안되고 있지만,⁴⁷⁾ 출원번호 사용을 하

44) 오영식 의원의 진술이다(2015. 7. 1.자 국회 산업통상자원 법률안소위 의사록 20면 참조).

45) Newsis 2015. 7. 28.자 “특허청, 특허출원 때 '심사중' 표시토록 시행규칙에서 의무화” 기사 참조.

46) 홍익표 의원의 진술이다(위 의사록 17면 참조).

47) 그러나 이것은 출원번호 제공이 경쟁자나 일반공중에게 유익한 정보제공의 역할이 있음을 간과

더라도 그것이 등록번호가 아님을 분명히 병기하는 방법을 취하는 것이 적절한 타협책이라고 본다. 만일 그런 병기가 이루어지지 않은 채 위 예시처럼 ‘출원’이란 용어를 생략한 채 단지 가령 “특허출원(심사중) 제10-2014-12345호”이 아니라 “특허 제10-2014-12345호”라고만 표시한 경우 엄하게 허위표시의 책임을 추궁할 일이다. 그럴 경우 굳이 특허법상 출원용어를 번거롭게 변경할 필요성도 상당부분 줄어들 것이다.

3. 특허출원표시 및 허위표시에 관한 우리 법원의 실무

가. 우리 법원이 당면하고 있는 관련 실태

㉞ 실제 특허받은 내용에 비추어 사소한 변형에 관해 특허받은 것처럼 광고한 것은 허위표시가 아니라고 판단한 사안(대법원 2015. 8. 13. 선고 2013도10265 판결)

“특허법 제224조 제3호는 같은 조 제1호의 특허된 것이 아닌 물건, 특허출원 중이 아닌 물건, 특허된 것이 아닌 방법이나 특허출원 중이 아닌 방법에 의하여 생산한 물건을 생산·사용·양도하기 위하여 광고 등에 그 물건이 특허나 특허출원된 것 또는 특허된 방법이나 특허출원 중인 방법에 따라 생산한 것으로 표시하거나 이와 혼동하기 쉬운 표시(이하 ‘특허된 것 등으로 표시’라 한다)를 하는 행위를 금지하고 있다.

위 규정의 취지는 특허로 인한 거래상의 유리함과 특허에 관한 공중의 신뢰를 악용하여 공중을 오인시키는 행위를 처벌함으로써 거래의 안전을 보호하는 데에 있다고 할 것이다. 이러한 취지에 비추어 볼 때, 특허된 것 등으로 표시한 물건의 기술적 구성이 청구범위에 기재된 발명의 구성을 일부 변경한 것이라고 하더라도, 그러한 변경이 해당 기술분야에서 통상의 지식을 가진 사람(이하 ‘통상의 기술자’라고 한다)이 보통 채용하는 정도로 기술적 구성을 부가·삭제·변경한 것에 지나지 아니하고 그로 인하여 발명의 효과에 특별한 차이가 생기지도 아니하는 등 공중을 오인시킬 정도에 이르지 아니한 경우에는, 위 물건에 특허된 것 등으로 표시를 하는 행위가 위 규정에서 금지하는 표시행위에 해당한다고 볼 수 없다.”

㉟ ‘황토박사’ 관련하여 특허법상 허위표시죄를 긍정한 원심⁴⁸⁾을 지지한 사안(대한 것이다.

48) 광주지방법원 2011. 11. 18. 선고 2011노2270 판결.

법원 2012. 4. 13. 선고 2011도16670 판결)

“원심판결 및 원심이 유지한 제1심이 적법하게 채택한 증거들에 비추어 살펴보면, 원심이 그 판시와 같은 이유를 들어 이 사건 공소사실이 인정된다고 판단한 것은 정당하고, 거기에 상고이유의 주장과 같이 논리와 경험의 법칙을 위반하여 사실을 인정하거나 특허법위반죄에 있어서 ‘허위표시’에 관한 법리 등을 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수 없다.”

㉔ 피고인이 권리를 가진 특허권에 기하지 않고 피해자의 특허권을 실시하여 생산하고 있음에도 피고인의 특허권에 기한 생산인 것처럼 거짓표시한 경우 허위표시죄가 아니라 특허침해죄가 성립한다고 본 사안(대법원 1983.7.26. 선고 83도 1411 판결)

“이미 특허된 방법을 사용하여 제조하면서도 광고, 간판 또는 표찰류에 그 특허가 아닌 다른 특허의 방법을 사용하여 제조하는 것처럼 표시한 경우에는 특허권자의 특허권을 침해하는 행위로서 특허법 제158조 제1항⁴⁹⁾에 해당할지언정 특허된 것이 아닌방법을 사용한 경우에 관한 특허법 제160조 제5호⁵⁰⁾에 해당한다고는 볼 수 없는 것이다.”

㉕ 허위표시죄가 성립하기 위하여는 어느 누구에게 구체적인 손해를 끼치는 것을 필요로 하지 않는다고 본 사안(대법원 1977. 9. 13. 선고 77도2260 판결)

“원심판결에 의하면 원심은 피고인의 본건의 표시행위만으로도 특허표시와 혼동하기 쉬운 표시를 한 것으로 볼 수 있고 동 범죄가 성립하기 위하여는 어느 누구에게 구체적인 손해를 끼치는 것을 필요로 하는 것이 아니라는 판단아래에서 피고인에 대한 이 사건 범죄 사실을 인정한 제1심 판결을 유지하고 있는바, 기록에 의하여 살펴보면 원심의 사실인정 및 판단조처는 공인되는 바로서 거기에 소론과 같은 법리오해나 심리미진이 있다할 수 없고, 소론 사실오인 주장은 이 사건에 있어서는 형사소송법 제383조 제4호의 규정에 비추어서 적법한 상고이유로 삼을 수 없다 할 것이니 반대의 사실과 견해에 입각한 논지는 모두 이유없다.”

㉖ 특허받은 건설 공법이 아님에도 마치 타인의 특허권을 대신 표시한 경우 허

49) 특허권침해행위를 벌하는 현행 특허법 제225조에 대응한다.

50) 허위표시를 벌하는 현행 특허법 제228조 및 제224조에 대응한다.

위표시가 성립한다고 본 사안(서울중앙지방법원 2014. 1. 24. 선고 2013노4155 판결)

“피고인 최OO은 설계업 등을 목적으로 하는 주식회사 대웅이엔씨(변경 전 상호 주식회사 에스피씨지)를 운영하는 사람이다. 피고인 최OO은 2010. 1. 10.경 서울 양천구 목동 XXXX에 있는 주식회사 △△△ 사무실에서, ‘토목공사용 말뚝 두부보강 공업’에 관한 회사 홍보용 카탈로그 500부를 제작함에 있어 주식회사 △△△ 소유 지적재산권이라는 제목 아래 배OO의 기초공사용 강관의 상단부 보강구조에 관한 특허증(등록번호: 323112호)을 배OO의 동의 없이 ‘토목공사용 말뚝 두부보강 공법’을 사용하기 위하여 광고에 그 방법이 마치 특허된 것처럼 표시하였다.”

㉞ 실용신안 등록하지 아니하였음에도 실용신안등록한 것처럼 타인 명의의 실용신안등록표시를 하여 허위표시로 처벌된 사안(서울중앙지법 2010. 3. 16. 선고 2010고정348 판결)

“피고인은 주식회사 O황토의 대표이사이다. 피고인은 2006. 12.경부터 2007. 12.경까지 인터넷 O황토 사이트(www.~~~~.com) 및 쇼핑몰 사이트인 옥션(www.auction.co.kr)과 야후(www.yahoo.co.kr) 등을 통하여 위 회사의 중국 현지 공장에서 생산되어 국내로 반입된 ‘O황토 배짚질기’, ‘O황토 황토볼짚질기’, ‘O황토 뜸질기’ 등이 구성 및 구조면에서 김OO가 국내 제417049호로 실용신안등록한 것이 아닌 제품임에도 불구하고 위 제품의 용기나 포장에 위 번호로 실용신안등록표시를 하고 이를 위 사이트에 전시하여 판매함으로써 허위표시를 하였다.”

㉟ 사실은 일부 제품에 관해서만 디자인 및 실용신안 등록 및 출원이 진행 중임에도 당해 등록 및 출원의 대상을 모호하게 처리하는 방법으로 마치 카탈로그 전체 제품에 관해 디자인 및 실용신안 등록 및 출원이 진행 중인 것처럼 혼란을 초래한 행위에 대하여 허위표시죄 책임을 추궁한 사안(대전지방법원 2007. 7. 25. 선고 2007고정1195 판결)

“피고인 OOO는 누구든지 디자인등록이나 실용신안된 것이 아닌 물품 또는 디자인등록이나 실용신안출원중이 아닌 물품을 생산 . 사용 . 양도나 대여를 위하여 광고 . 간판 또는 표찰에 그 물품이 디자인등록이나 실용신안등록 또는 디자인등록출원이나 실용신안등록출원된 것으로 표시하거나 이와 혼동하기 쉬운 표시를 하는 행위를 하여서는 아니됨에도 불구하고, 2006. 10. 말경 ‘이십일세기시상품

VOL.13'과 2006. 11.경 '이십일세기 크리스탈 WINNER VOL5.'라는 상패, 트로피 카탈로그를 각 제작, 사용하면서 별지 범죄일람표 기재와 같이 그 내부에 있는 상패, 트로피 등의 사진 상단 부분에 등록번호나 출원번호를 구체적으로 기재하지 아니하고 '실용신안등록', '의장등록', '실용신안' 이라고 기재하는 방법으로 위 카탈로그 내에 수록되어 있는 상패, 트로피 등 제품들의 디자인등록이나 실용신안등록 부분을 알 수 없거나 이와 혼동하기 쉬운 표시를 하고, 디자인등록출원증이 아닌 제품의 사진 상단 부분에 '의장등록', '전체다이실용신안등록' 이라고 기재하는 방법으로 위 카탈로그 내에 수록되어 있는 상패, 트로피 등 제품들에 대하여 디자인 등록 또는 디자인등록출원된 것으로 표시하거나 이와 혼동하기 쉬운 표시를 하여 허위표시를 하(여 허위표시죄를 범하였다).”

㉞ 실용신안등록이 존속하는 동안 물품에 '실용신안등록' 표시를 하였더라도 그 등록이 무효가 된 이후 해당 물품을 양도한 경우, 허위표시죄에 관한 특허법 제 224조 제2호⁵¹⁾에 해당한다고 본 사안(대구지방법원 2008. 6. 16. 2008고정1256 판결)

“피고인이 실용신안등록이 되어 있던 동안에 위 고깔모자에 실용신안표시를 하였으므로, 실용신안법 제47조, 제4조, 특허법 제224조 제1호의 처벌대상(실용신안등록이 된 것이 아닌 물건에 특허표시 또는 특허출원표시를 한 행위)에는 해당하지는 않는다.

그러나 실용신안법 제47조, 제44조, 특허법 제224조 제2호에서는 실용신안등록이 된 것이 아닌 물건에 실용신안등록 표시를 한 것을 '양도하는 행위'를 금지하고 있는바, 이 사건 고깔모자에 대한 실용신안등록이 무효가 된 후에는 그 고깔모자는 더 이상 실용신안등록이 물건이 아니므로, 실용신안등록 표시를 한 채로는 위 고깔모자를 판매할 수 없다. 그럼에도, 피고인은 이를 위반하여 실용신안등록 표시가 된 채로 위 고깔모자를 판매함으로써 위 규정을 위반하였다.”

51) 제224조(허위표시의 금지) 누구든지 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하여서는 아니 된다.

1. 특허된 것이 아닌 물건, 특허출원 중이 아닌 물건, 특허된 것이 아닌 방법이나 특허출원 중이 아닌 방법에 의하여 생산한 물건 또는 그 물건의 용기나 포장에 특허표시 또는 특허출원표시를 하거나 이와 혼동하기 쉬운 표시를 하는 행위
2. 제1호의 표시를 한 것을 양도·대여 또는 전시하는 행위

나. 위 실태로부터의 분석

이 부분 분석대상이 된 우리나라의 관련 판례는 비공간 판례 자료까지 포함된다. 연구진으로서는 최대한 전수조사(全數調査)에 가깝게 찾고자 노력하였으나 개별적 검색방법에 모두 의존할 수밖에 없었던 까닭에 누락이나 오류가 일부 있을 수 있다는 점을 참고하기 바란다.

조사결과, 아직 우리 법원은 출원상태임에도 불구하고 등록상태인 것처럼 혼란을 일으켜 허위표시죄로 처벌한 사안을 거의 접해보지 못하고 있음을 확인할 수 있다. 유일한 예외에 해당하는 것이 위 ㉞ 사건이지만, 그것도 이미 등록된 권리에 대한 허위표시 사안이 결부되어 있어 ‘출원 중’인 상태에 그침에 불구하고 등록된 것처럼 혼란을 야기한 사안만을 다룬 것은 아니다. 나머지 ㉟ 내지 ㊱의 사안들은 모두 이미 등록된 권리와 관련하여 허위표시가 문제된 사건들이었다.

요컨대 아직 출원 중에 그치는 상태임에도 허위표시가 문제된 사안들은 우리 법원에서 다루어진 적이 거의 없다. 위 판결들에 대한 별다른 평석도 존재하지 않아 왜 이런 현상이 나타났는지 정확한 원인을 알기는 어렵지만 ‘출원 중’상태임에도 마치 등록된 것과 같은 외관을 야기하는 행태에 관해 아직 우리 수사기관이 문제 의식을 충분히 갖고 있지 아니하거나 아예 앞서 특허청의 실태에서 보듯이 가령 “특허 제10-2014-12345호”라고 하여 전문가입장에서는 단지 출원 사실을 알고 있음이 분명하지만 일반인들에게는 마치 등록된 권리인양 보이는 행태가 아직 제대로 위법행위로 파악되지 않고 있는 특허실무의 시각이 반영된 결과로 볼 수 있다. 참고로 아직 변리사 업계 등 실무에서는 전반적으로 위와 같은 표시행위는 허위표시가 아니라는 견해가 상당한 비중을 점하고 있는 것으로 보인다.⁵²⁾

52) 가령 박정규 변리사 2014. 6. 19.자 “특허 허위표시(특허 거짓표시, 특허 과장광고, 특허 과대 광고)에 대하여” 계시글, <<http://미국특허.com/archives/category/blog/general>> 참조.

IV. 제외국에서의 출원 용어 관련 동향

1. 파리협약 등 국제조약

파리협약 제5조 D.에서는 특허등록 사실을 상품에 표시하거나 언급할 것을 특허 등의 권리보호 조건으로 삼을 수 없다고 명시하고 있다. 해당 조항의 개략적 내용은 다음과 같다.

『제5조(A. 특허:상품의 수입, 불실시 또는 불충분한 실시, 강제 실시권, B. 의장: 불실시, 상품의 수입, C. 상표:불사용, 다른 형태, 공동소유자에 의한 사용, D. 특허, 실용신안, 상표, 의장:표식)

A 1. 특허는 특허권자가 어느 동맹국내에서 제조된 상품을 그 특허를 부여한 국가로 수입함으로써 인하여 몰수되지 아니한다.

.(중간생략;筆者註)...

D. 보호받을 권리를 인정할 조건으로서 특허, 실용신안, 상표의 등록 또는 의장의 기탁을 상품에 표시 또는 언급할 것을 요구할 수 없다.』⁵³⁾

53) 파리협약 제5조 D.

제5조(A. 특허:상품의 수입, 불실시 또는 불충분한 실시, 강제 실시권, B. 의장:불실시, 상품의 수입, C. 상표:불사용, 다른 형태, 공동소유자에 의한 사용, D. 특허, 실용신안, 상표, 의장:표식)

A 1. 특허는 특허권자가 어느 동맹국내에서 제조된 상품을 그 특허를 부여한 국가로 수입함으로써 인하여 몰수되지 아니한다.

2. 각 동맹국은 불실시와 같은 특허에 의하여 부여되는 배타적 권리의 행사로부터 발생할 수 있는 남용을 방지하기 위하여 강제 실시권의 부여를 규정하는 입법조치를 취할 수 있다.

3. 강제 실시권의 부여가 그러한 남용을 방지하기에 충분하지 아니한 경우를 제외하고는 특허의 몰수를 규정할 수 없다. 최초의 강제 실시권의 부여로부터 2년이 만료되기 전에는 특허의 몰수 또는 철회를 위한 절차를 진행시킬 수 없다.

4. 특허 출원일로부터 4년 기간의 만료일 또는 특허 부여일로부터 3년기간의 만료일 중 늦은 기일 이전에 불실시 또는 불충분한 실시를 이유로 강제 실시권을 출원할 수 없다. 그러한 출원은 특허권자가 정당한 이유으로써 그의 불실시를 정당화하는 경우에 거절된다. 그러한 강제 실시권은 비배타적이며 또한 공여의 형태로써도 이전될 수 없으나 그러한 강제 실시권을 이용하는 기업 또는 영업권의 일부와 함께 이전되는 경우에는 예외로 한다.

5. 앞의 제 규정은 필요한 변경을 가하여 실용신안에도 적용된다.

B. 여하한 경우에도 의장의 보호는 불실시 또는 보호되는 물품에 상응하는 물품의 수입을 이유로 몰수되지 아니한다.

C. 1. 어느 국가에서나 등록상표의 사용이 강제적인 경우 그 등록은 합당한 기간이 경과한 후 그리고 당해 인이 그의 불실시를 정당화하지 못하는 경우에만 취소될 수 있다.

2. 상표의 소유자가 그 상표가 일 동맹국에 등록될 때의 형태에 있어서의 두드러진 특징을 변경하지 아니하는 다른 요소를 포함하는 형태로 그 상표를 사용함으로써 인하여 그 등록이 무효되거나 그 상표에 부여된 보호가 감소되지 아니한다.

3. 보호가 주장되는 국가의 국내법에 의하여 상표의 공유자로 간주되는 공업상 또는 상업상의 영업

파리협약의 위 조항은 특허권 보호를 위하여 동맹국의 국내법에 따라 등록이 필요하다는 사실과 별개로 추가적인 요건을 부가하지 말 것을 의무화하는 것을 의도하고 있을 뿐이다. 동맹국이 그런 의무가 아니라 권리로서 특허권자 등에게 자신의 권리등록 사실을 제품 등에 적극적으로 표기할 수 있는 지위를 부여하는 것은 위 조항 위반이 아닌 것이다.

그런데 파리협약에서 그런 적극적 지위 부여 내지 권리로서의 특허표시에 관하여는 명시적 규정이 존재하지 않는다. 결국 관련 문제는 주요 국가들의 개별 입법에 맡겨져 있는 셈이다.

2. 미국의 경우

가. 서

미국의 경우 우리의 출원에 대응하는 용어로 '(patent) application'⁵⁴⁾가 기본적으로 쓰이며 특허출원서류 등의 제출을 가리킬 때 간혹 'filing'이 동원되기도 한다. 미국에서 'application'은 법률용어 차원에서 다음 2가지 뜻이 있다고 설명되고 있다.⁵⁵⁾ 먼저 '요청(request) 혹은 청원(petition)'을 뜻하는 경우이다. 이런 뜻으로 쓰이는 대표적 사례로 특허신청(patent application), 상표신청(trademark application) 등이 제시된다. 다음은 제청(motion)을 뜻하는 경우이다. 제청은 특정한 판단이나 명령을 법원 등에 요청하는 서면 혹은 구술의 신청(application)이라고 정의되고 있다.

그러나 권리자가 자신의 제품에 특허출원표시를 할 때 그와 관련해서 쓰이는 용어는 'patent pending'이거나 'patent applied for'다.⁵⁶⁾ 이 부분은 우리의 시행

소가 동일 또는 유사한 상품에 동일한 상표를 동시에 사용함으로써 인하여 어떠한 동맹국에서도 동 상표에 부여된 보호가 여하한 방법으로도 경감되지 아니한다. 다만, 그것은 그러한 사용이 공중을 오도하거나 또는 공공의 이익에 반하는 것이 아닌 경우에 한한다.

D. 보호받을 권리를 인정할 조건으로서 특허, 실용신안, 상표의 등록 또는 의장의 기탁을 상품에 표시 또는 언급할 것을 요구할 수 없다.

54) 참고로 이번 연구가 '출원'이란 용어에 대응하여 미국에서 어떤 용어를 사용하는지를 밝히는 것이 포함되어 있다는 점에 비추어보면 위 'application'을 '출원'으로 그냥 번역하고 마는 것은 무심한 행동이 될 것이다. 이 점에 관해 신경쓰기로 하되, 그런 목적에 지장이 없는 범위에서라면 미국의 제도를 아래에서 소개하며 '(patent) application'을 일일이 '(특허)신청'으로 번역하기보다 그때그때 편의에 따라 '(특허)출원'으로 번역하고자 한다. 이하 다른 외국의 경우도 마찬가지이다.

55) 이는 Black's Law Dictionary (9th ed. 2009), application.

56) 'patent pending'에 관해 더 자세히는 Bonnie Grant, Deficiencies and Proposed

규칙이 ‘심사중’이란 표시를 하도록 한 것과 일맥상통하는 면이 있다고 볼 수 있다.

나. 특허표시와 달리 특허출원표시는 종전에 잘 이루어지지 않았음

특허법 개정으로 2000년경 관련 제도가 도입되기 이전까지 미국에서는 특허출원 사실을 출원인이 외부에 비밀로 간직할 수 있었다. 특정시점이 경과하면 반드시 외부에 공개하도록 강제하는 출원공개제도를 유독 미국은 그때까지 채택하지 않았기 때문이었다. 이것은 공중의 이익이 일부 제한될 가능성이 있는 경우에도, 출원인의 편익을 더 우선시하는 듯한 미국 특허법의 전반적 특징이 묻어난 대목이다. 어쨌든 이렇게 출원 사실 자체를 비밀로 유지하는 상태에서라면 출원인이 굳이 출원 사실을 표시할 동기가 없었으므로 ‘특허출원표시’의 문제가 애당초 발생할 가능성이 거의 없었다. 이를 부연하면 다음과 같다.⁵⁷⁾

2000년 이전에는 미국에 출원된 발명은 등록되기 전까지는 공개되지 않았다. 즉 출원된 발명은 등록일까지 비밀이 유지되었다. 출원사실을 반드시 공개하지 않아도 무방하였으므로 굳이 제품에 특허출원표시를 하는 행위가 실제 문제되기 어려웠다. 한편 미국의 구 특허법에 의하면, 특허권의 존속 기간은 그 등록일로부터 기산되었다. 그렇기 때문에 처음의 모출원(母出願)을 기초로 계속출원(continuation application)을 통하여 장기간에 걸쳐 특허의 출원내용을 조금씩 수정하면서 시간을 끄는 방법으로 특허권등록의 시점을 최대한 늦춘 다음, 관련 특허발명기술에 터잡은 산업이 전반적으로 성장한 더 나중 시점에 특허권자가 특허권등록을 단행하고 그 때부터 로열티를 징수하는 것이 훨씬 유리하였다. 이렇게 특허권의 성립시기를 늦추더라도 경쟁업체나 일반공중은 앞서 말한대로 출원공개제도의 부재 때문에 조만간 독점권이 성립한다는 사실을 미리 알 수가 없었기 때문에 생기는 법적 불안이 심하였다.

출원공개제도의 부재, 출원시점이 아닌 등록시점부터의 독점권 보호기간 기산, 출원 보정시기에 대한 느슨한 규제 등이 서로 결합한 결과 소위 ‘잠수함 특허(submarine patent)’와 같은 특허권자의 행태가 비일비재하였다. 잠수함특허는 특

Recommendations to The False Marking Statute: Controlling Use of The Term ‘Patent Pending’, 12 Journal of Intellectual Property Law 283 (Fall, 2004)를 참조할 것.

57) 이하 설명은 Robert P. Merges, Peter S. Menell & Mark A. Lemley, 『Intellectual Property in the New Technological Age』 (sixth Edition), Aspen Publishers (2012) 중 p. 193 이하 등 참조.

허권자의 편익에 기여할지는 모르겠지만 상대방으로서는 불측의 손해를 감수할 수밖에 없는 것이어서 미국 특허법을 비판하는 이들의 단골 공격대상이기도 하였다. 어쨌든 이런 잠수함 특허의 폐해를 가장 단적으로 보여주는 사례가 Lemelson 사건이다. 이 사건에서 개인발명가였던 Jerome H. Lemelson은 1954년 12월 24일 최초 특허출원을 한 후, 계속출원 제도를 활용하여 처음의 모출원(母出願)으로부터 이른바 “가지치기” 수법으로 계속출원을 잇달아 출원하는 방법으로 최소 15건의 특허권에 관하여 무려 1978년에 이르러서야 특허권을 등록받았다.

이런 사태에 직면하여 특허출원인의 지나친 권리 남용을 방지하고, 다른 국가(일본, 유럽 등)들과의 관련 특허 실무를 조화시키기 위해 미국의 1999년 개정법에서는 미국의 출원도 공개되는 것으로 변경되었다. 1999년 개정법은 외국출원으로부터 파생된 출원을 포함하여 모든 미국 출원들을 원출원일로부터 18개월 후에 일괄하여 공개되는 것으로 규정하기에 이르렀던 것이다.⁵⁸⁾ 그와 더불어 특허 존속기간의 기산일을 등록일이 아니라 “최초출원일(원출원일)”로부터 기산하게 됨으로써⁵⁹⁾ 미국에서도 더 이상 잠수함 특허의 심각한 폐해는 상당부분 근절되게 되었다.

뒤늦게 미국에도 도입된 출원공개 제도에 따르면, 발명이 출원공개되었지만 아직 특허 등록이 되기 기간동안에 미국의 출원인은 해당 발명에 대해 제한된 권리를 가지게 된다. 이것이 이른바 임시보호의 권리(provisional right)이다.⁶⁰⁾ 가령 출원 공개가 된 이후, 상대방이 발명이 공개된 사실을 통지받고 출원 공개된 발명과 등록된 발명 사이에 균등함이 인정된다면, 특허권자는 그런 침해자에게 그 기간 동안 합리적인 로열티를 청구할 수 있다. 그러나 특허 등록 후 발생하는 권리와는 달리, 금지청구는 할 수 없다.

다. 특허(출원)표시 등에 관한 미국 특허법 287조 및 292조의 내용

(1) 특허표시에 관한 특허법 제287조 관련

58) 다만 국가안보와 관련되어 비밀유지명령이 내려진 특허, 가출원된 특허, 디자인특허는 공개의 예외이다.

59) 다만, 이 부분 개정은 Trips가입과 관련하여 90년대 중반에 이루어졌다.

60) 미국법상 임시보호의 권리는 한국 특허법에서 출원공개에의 경우 인정되는 보상금지청구권의 내용과 대동소이하다. 출원공개가 되었을 것, 상대방에게 그 사실이 통지되었을 것, 공개된 발명의 내용과 나중에 등록된 내용이 실질적으로 동일할 것 등이 양국에서 모두 요구된다. 다만 미국의 권리는 고의적 침해에 관해서는 손해액이 가중되며 특허등록후 6년 이내에 권리를 행사하여야 한다는 차이가 있다.

특허권등록사실의 표시에 관해서는 현재 미국 특허법 287조[35 U.S.C.§ 287(a)], 이른바 ‘특허표시조항(Marking Statute)’에서 다루고 있다.

『특허권자 및 그를 위하거나 그 의사에 기해 미국에서 특허된 제품을 생산하고 판매를 청약하고 판매하거나 수입하는 자는 특허번호와 함께 ‘patent’ 또는 생략된 ‘pat.’을 제품에 표시하는 방식 또는 ‘patent’ 또는 생략된 ‘pat.’을 공중이 무료로 접근 할 수 있으며 당해 제품을 특허번호와 함께 게시한 인터넷게재의 주소와 함께 제품에 표시하는 방식으로 일반공중에게 통지할 수 있고, 만일 당해 제품의 성질상 이것이 곤란할 경우라면 위 통지와 유사한 라벨을 그 제품 자체 혹은 그것이 하나 이상 포함된 제품팩 안에 고정시키는 방법으로 통지할 수 있다. 그런 표시를 해태한 경우 특허권자는 어떤 손해배상도 받을 수 없고, 다만 침해자가 침해통지를 받았고 그 통지 이후에도 침해를 계속한 경우 그런 통지 이후 발생한 침해에 관해서만 배상받을 수 있을 뿐이다. 침해 소송의 제기는 위와 같은 통지에 해당하는 것으로 본다.』

이처럼 미국 특허법 287조 (a)항은 특허권자가 특허번호 등이 병기된 일정 형태에 맞추어 특허표시를 하지 않은 경우 원칙적으로 어떤 손해배상도 받을 수 없다고 규정하고 있다. 미국 특허법의 운영에서 손해배상청구권은 침해금지청구권 못지않게 중요한 보호수단이므로 이런 손해배상청구권을 제대로 행사하려면 특허권자는 지체 없이 일반공중과 잠재적 침해자를 상대로 특허표시를 하는 것이 절대적으로 필요하다. 이런 규정은 결국 특허표시를 권리자의 임의적 권한이 아니라 일정한 상황에서 의무화하고 있는 것이라고 볼 수 있다. 이런 특허표시가 가진 통지의 역할에 관해서는 연방특허항소법원의 American Medical Systems사건⁶¹⁾에서 분명히 판단되었다. 이 사건에서 법원은 권리자가 위 조항의 요구에 맞추어 적절한 특허표시를 한 시점 혹은 상대방에게 제대로 통지한 시점 중 앞선 시점에 이르러서야 손해배상을 구할 수 있다고 판단하였다. 그런 특허표시나 통지가 결여된 상태에서는 일체 손해배상이 제한됨을 분명히 하고 있다.⁶²⁾

미국 특허법 287조 (a)항은 이미 특허권을 등록하였을 때 어떻게 특허표시를 할 것인가에 관해서는 세밀하게 규정하고 있지만, 미국 특허법에서는 아직 출원 중인 자가 그런 출원 사실을 표시하는 방법에 관해서는 별다른 규정을 두지 않고 있다.

61) American Medical Systems, Inc. v. Medical Engineering Corp., 6 F.3d 1523 (Fed. Cir. 1993).

62) 이상은 Craig Allen Nard, 『The Law of PATENTS 3rd』, Wolters Kluwer(2013), p. 972.

그렇더라도 특허출원표시를 할 때 그와 관련해서 쓰이는 용어는 ‘patent pending’ 이나 ‘patent applied for’와 같은 문구가 대부분이다. 만일 표시를 해태한 경우 손해배상청구를 제한당할 수도 있는 특허등록사실의 표시와 비교할 때, 특허출원사실의 표시는 아무래도 법적 중요성이 그보다 크지는 않다.

(2) 허위표시에 관한 특허법 제292조 관련

특허등록사실이나 출원 사실 모두 이를 가짜로 표시하는 경우 형사처벌되는 것은 미국도 마찬가지다. 이런 취급은 미국 특허법 제292조[35 U.S.C. § 292]의 허위표시(false marking) 조항이 규율하고 있다.⁶³⁾ 동 조항은 일반공중을 기망할 목적으로 당해 제품에 특허부여에 관한 허위표시를 한 경우 그런 위법행위 각각에 대하여 500달러 이하의 벌금이 부과될 수 있고, 당해 소송은 누구나 제기할 수 있으며 그럴 경우 벌금의 절반을 당해 제소자에게 귀속시킨다는 요지로 규정하고 있다.

『(a) 특허권자의 동의 없이, 특허권자의 표시를 위조하거나 모방할 의사를 가지거나 혹은 일반공중을 기망하여 일반공중으로 하여금 당해 물건이 미국 내에서 특허권자의 동의하에 혹은 특허권자에 의하여 만들었졌거나 판매청약되었거나 판매되었거나 혹은 수입되었다고 믿게 할 의사를 가지고, 특허권자의 성명 혹은 성명 유사물, 특허번호, ‘특허’, ‘특허권자’ 혹은 그와 유사한 문구를, 미국 내에서 그 자가 만들거나 사용하거나 판매청약하거나 혹은 판매한, 혹은 그 자에 의해 미국으로 수입된 물건 위에 표시하거나, 혹은 그 물건에 부착하거나, 또는 그 물권의 광고와 관련하여 사용한 자 또는,

일반공중을 기망할 목적으로, ‘특허’ 혹은 그것이 특허 받았다는 의미를 가진 일체의 어구나 숫자를 특허받지 않은 물건 위에 표시하거나, 혹은 그 물건에 부착하거나, 또는 그 물권의 광고와 관련하여 사용한 자 또는,

일반공중을 기망할 목적으로, 특허출원(application for patent)이 없었거나 설령 있었더라도 현재 계류 중이 아님에도 ‘특허출원 진행 중(patent applied for)’ 혹은 ‘특허출원 계류 중(patent pending)’ 혹은 특허출원이 이루어졌다는 의미를 가진 일체의 어구를 일체의 물품 위에 표시하거나, 혹은 그 물건에 부착하거나, 또는 그 물권의 광고와 관련하여 사용한 자는

63) Pamela Riewerts, “How to Mark and Provide Notice of ‘Patent Pending’ or ‘Patented’ Articles/Products”, <<http://www.olivergrimsley.com>>의 2013. 11. 26.자 설명문 참조.

각 위반행위마다 500불 이하의 벌금(\$500 for every such offense)에 처한다.

(b) 누구라도 그런 벌금배상을 구하는 소를 제기할 수 있으며, 그럴 경우 그 배상액의 절반은 제조자에게, 나머지는 연방의 용도로 분배한다.』

위 조항에 따라 (1) 특허권자의 허락 없이 특허표시를 사용하는 것과 같은 위조 행위; (2) 특허받지 않은 제품 상에 특허표시를 하는 것과 같은 허위표시행위; (3) 실제 특허출원이 계류 중이지도 않음에도 불구하고 ‘특허출원 진행 중(patent applied for)’ 혹은 ‘특허출원 계류 중(patent pending)’ 식의 표현을 사용하는 허위 특허출원표시 등이 규제된다는 것이 미국의 지배적 해석이다.⁶⁴⁾

한편 위 조항의 허위표시 책임을 면하기 위하여 반드시 아주 정교하게 특허표시를 하여야만 하는 것은 아니며, 미국에서는 개략적인 특허표시라도 기망의 의사만 없다면 충분하다는 입장이 유력하다. 즉 “특허된 제품임”이라고 명기하면서 “하나 혹은 2 이상의 다음 특허들”이라고 제시하면서 몇 개의 특허권을 표시한 것은 충분히 특허법 제292조의 책임을 피할 수 있는 특허표시라고 판단한 사안⁶⁵⁾, “본 제품은 다음과 같이 하나 혹은 2 이상의 미국 특허권 혹은 하나 혹은 2 이상의 출원 중인 특허에 의하여...생산되고 있음”이라고 표시한 것은 특허법 제292조가 명시한 기망적인 표시가 아니라고 판단한 사안⁶⁶⁾이 존재한다.⁶⁷⁾

특히 허위표시 관련 사례들 중 ‘출원’과 관련된 사안을 찾아보면, “미국과 외국 특허 등록 및 출원 중(U.S. And Foreign Patents Granted And Pending)”이라고 표시하였는데 실제로 외국특허는 등록되고 미국특허는 아직 출원 중인 사안에 관하여 292조(a)위반행위가 아니라고 판단한 뉴욕동부 연방지방법원의 판례가 있다.⁶⁸⁾ 당해 판결은 “‘특허등록’이란 문구가 ‘외국’ 보다 ‘미국’과 관련된 것으로 보일 수 있는지 여부가 아마 주도면밀한 문법학자에게는 중요할지 모르겠지만, 통상

64) Chisum On Patents, supra note 3, § 20.03(7)(c)(vii). 이는 Eugene Goryunov & Mark Polyakov, “To Mark or Not to Mark: Application of The Patent Marking Statute to Websites and The Internet”, Richmond Journal of Law & Technology Volume XIV, Issue 1, p. 1에서 재인용.

65) Chicago Pneumatic Tool Co. v. Hughes Tool Co., 192 F.2d 620 (10th Cir. 1951).

66) Arcadia Mach. & Tool, Inc. v. Sturm, Ruger & Co., 786 F.2d 1124, 1125 (Fed. Cir. 1986).

67) 이 문장의 사례들은 Eugene Goryunov & Mark Polyakov, op. cit., p. 19에서 인용함.

68) Project Strategies Corp. v. National Communications Corp., 948 F. Supp. 218, 226-27, 41 U.S.P.Q.2d (BNA) 1673, 1680 (E.D. N.Y. 1996).

적인 수준의 독자를 기망하거나 속일 의사가 피고에게 있었다는 증거가 희박하다.”라고 판단하고 있다.

유의할 점은 ‘특허출원 계류 중(patent pending)’ 식의 표현과 관련하여 미국 입법이 가지고 있는 흠은 등록된 특허권을 표시할 때는 미국 특허법 287조의 요구에 따라 반드시 특허(등록)번호를 병기하여야하지만, 특허출원표시에 대하여는 직접 관련조항이 없는 관계로 표시에서 그런 출원번호가 누락된 경우가 많다는 점이다. 이런 출원번호가 누락되면 상대방은 특허정보조회가 불가능해진 결과 과연 어떤 특허권이 장차 부여될 것인가를 제대로 예측할 수 없게 되고 자칫하면 중복투자가 될 까봐 연구를 지레 중단하는 폐해가 생길 수 있다. 특허출원표시 행위자는 그 점을 노려 짐짓 출원번호를 빼고 특허출원표시를 하는 경우가 없지 않다. 이런 문제점을 지적하면서 특허출원표시에서도 특허표시와 마찬가지로 반드시 출원번호를 병기하도록 법제를 변경할 것을 요구하는 목소리가 있지만,⁶⁹⁾ 아직은 반영되고 있지 않다. 아울러 특허실무에서는 자신의 출원번호를 병기할 경우 상대방에게 유리한 정보가 제공되거나 불필요한 내용까지 공개되어 침해의 소지를 낳는다는 이유로 출원번호 병기를 꺼리고 있는 형편이다.

라. 허위표시가 아니라 허위표시 책임을 추궁하는 남소가 되려 문제됨

(1) 허위표시 소송의 남발을 조장하던 과거의 특허법 관련 내용

2011년 미국특허개혁법(AIA, American Invention Act⁷⁰⁾)의 개정이 이루어지기 이전까지 구 특허법의 허위표시 관련 조항인 제292조에서는 앞서 보았듯이 “위반 행위마다 500불(\$500 for each offense)”의 배상책임을 허위표시행위자에게 부담시켰고 ‘누구라도’ 그런 허위표시 행위의 책임을 추궁하는 제소를 할 수 있도록 폭넓게 원고적격을 넓히면서 나아가 그런 제소의 결과로 인정되는 배상액의 절반을 제소자에게 귀속시키도록 규정하고 있었다.

그 결과 ‘허위표시소송 괴물(marking troll)’이란 신조어가 등장할 정도로 허위표시 책임을 추궁하는 소송이 빈번하게 제기되어 허위표시를 하는 행태가 아니라 오히려 허위표시 책임을 추궁하는 소제기가 문제적 행위로 거론되었다. 일반공중을 기망할 의사가 노골적으로 드러나는 특허허위표시라면 모르겠지만, 단지 특허권 존

69) Bonnie Grant, “Deficiencies and Proposed Recommendations to The False Marking Statute: Controlling Use of the Term ‘Patent Pending’”, 12 *Journal of Intellectual Property Law* 283 (Fall, 2004), p. 298 이하 참조.

70) 정식명칭은 Leahy-Smith America Invents Act 2011.

속기간이 만료하였음에도 여전히 제품상에 특허표시가 이루어져 유통되는 사안과 같이 경미한 위반행위까지 싸잡아 ‘허위표시소송 괴물’이 일괄 제소하는 양상이 심해져 사회문제화 되었다. 특히 2009년 12월 Forest Group, Inc. v. Bob Tool Co. 판결⁷¹⁾에서 연방특허항소법원(CAFC)이 위 조항에 의한 배상액 혹은 제소자에게 주어질 금액을 산정함에 있어 ‘500불 이하로 법정된 벌금액의 의미는, 한 종류의 물품 전체를 의미하지 아니하고 각 제품 하나 하나마다 500불 이하임을 의미한다.’라는 요지로 느슨한 태도를 취함으로써 제소자가 얻을 수 있는 이익은 만일 특허제품이 대량으로 시장에 유통된 경우라면 천문학적으로 증가될 수도 있게 되어 그런 남소경향이 더욱 농후해졌다.

실제로 위 판결이 내려진 직후인 2010년경 미국 전역에서 130개 이상의 허위표시소송이 일제히 진행되었다고 한다. 그 중 하나인 Pequignot v. Solo Cup Co 판결⁷²⁾에서는 원래 특허권이 존재하였지만 이미 만료해버린 상태에서 표시가 지속된 행위가 과연 위 292조의 허위표시에 해당하는 지가 다투어졌다. 여기서 연방특허항소법원은 특허권 만료로 제292조가 요건으로 규정한 ‘일반공중을 기망할 목적’이 추정되지만, 표시행위자가 그런 추정을 반대증거로 극복할 수 있다고 보았다. 그런 법리의 적용결과 당해 사건에서는 표시행위자가 그런 기망의 의사는 가지고 있지 않았다고 판단되어 배상책임이 부정되어 최악의 사태는 면할 수 있었다.

(2) 2011년 미국특허개혁법(AIA)에 의한 관련 내용 변경

이런 남소가 문제되자 2011년 미국특허개혁법(AIA)는 허위표시 소송의 원고적격을 다음과 같이 연방정부에 국한하기에 이르렀다.

『제16조 특허 표시

(a) 가상 특허표시

<생략, 筆者註>

(b) 허위표시

(1) 민사 처벌 - 미국 특허법 제292조 (a)항의 말미에 다음의 내용을 추가하도록 개정한다.

‘미국정부만이 이 조항에 근거한 처벌에 대해 소송을 제기할 수 있다(밑줄은 筆

71) Forest Group, Inc. v. Bon Tool Co., 590 F.3d 1295 (Fed. Cir. 2009). 이에 대한 평가는 Michael R. O'Neill, “False Patent Marking Claims: The New Threat to Business”, *Intellectual Property & Technology Law journal*, Volume 22 Num. 8 (August 2010) 참조.

72) Pequignot v. Solo Cup Co., No. 09-1547 (Fed. Cir. June 10, 2010),

者註).’

(2) 손해배상청구소송 - 미국 특허법 제292조 (b)항을 다음과 같이 개정한다.

‘(b) 이 조항의 위반의 결과로 경쟁적 피해를 입은 자는 그 피해를 보전하기에 적당한 손해의 회복을 위해 미국 지방법원에 민사소송을 제기할 수 있다.’

(3) 만료된 특허 - 미국 특허법 제292조는 그 말미에 다음의 문장을 추가하여 개정한다.』⁷³⁾

위 개정문 중 밑줄친 부분에서 보듯이, 이제 허위표시소송을 제기할 수 있는 주체가 연방정부로 한정되었고,⁷⁴⁾ 위 “만료된 특허...” 이하 부분을 통하여 앞서 특허권 존속기간이 만료된 뒤 특허표시가 유지되는 사안에서는 더 이상 허위표시위반으로 취급하지 않도록 관련 규정이 개정되었다.⁷⁵⁾ 다만 이런 개정에도 불구하고 허위표시로 직접 경쟁적 피해를 입은 자는 자신의 손해배상을 위하여 제소할 수 있다.

요컨대, 미국의 상황이 특이한 부분은 한국 등에서의와는 다르게 조금이라도 허위표시의 기미가 보이기만 하면 경쟁자도 아닌 제3자들이 배상액의 분배를 노리고 제소하는 경향이 두드러져, 허위표시행위가 문제되기보다 오히려 그것을 대상으로 삼은 남소가 문제되었다는 점이다. 즉 한국과는 관련 상황이 전혀 상이하였다. 이런 남소의 경향은 최근 미국특허개혁법(AIA)에 의한 개정에도 이르러서 시정될 기미를 보이고 있다.

3. 유럽연합 전체 동향 및 그 회원국들의 경우

가. 유럽연합의 특허법 등 법제 개요

시대적 변화에 부응하여 결속하기 시작한 회원국들은 유럽공동체(EC), 나아가 현재 유럽연합(EU)이라는 국가결속체로 뭉쳐있는바, 이것에 부응하여 특허나 상표제도도 점차 통합이 강화되는 과정에 있다. 상표권 영역에서는 회원국들이 이미

73) 관련 개정 조문의 내용은 편의상, 지식재산연구원, 『National IP Policy 2011』 -미국 발명법-, 62면의 내용을 옮긴 것이다.

74) AIA 시행당시 계류 중인 관련 사건으로 연방정부가 원고가 아닌 사건은 모두 각하 처리하도록 특별히 규정하고 있다. 이런 설명은 John Gladstone Mills III et al., 1 *Pat. L. Fundamentals* § 2:26 (2d ed.), § 2:26. "Patent pending" and patent marking—False marking.

75) 동 개정 규정은 2011. 9. 16. 현재 계류 중인 모든 사건으로 소급적용되었다. 이런 설명은 John Gladstone Mills III et al., op. cit.

오래전에 공동체상표(CTM) 제도를 통하여, 특허권 영역에서는 최근 도입된 유럽공동체 단일특허(European Unitary Patent) 제도를 통하여 각각 유럽연합 회원국 전역에 걸쳐 동일한 실체법적 효과를 부여받는 하나의 권리가 인정되는 통일화 작업이 완성된 상황이다.

먼저 특허분야의 경우, 유럽연합은 아래 상표의 통합보다는 뒤늦었지만 특허권에 있어서도 마치 유럽연합상표권(CTM)처럼 실체법적으로도 유럽연합 전체에 단일한 효력을 가진 특허권 제도를 창설하기로 이미 결정한 상황에서 향후 수년 안에 그 시행에 들어갈 전망이다. 하지만 이런 단일특허권 제도의 구체적 내용은 아직 유럽연합 회원국들 사이에서 논의 중이다. 이렇게 논의 중인 내용은 단일특허권을 둘러싼 소송제도에 관한 것이 중심이다. 다만 혼동하지 말 것은 특허권의 출원 및 심사를 통한 취득절차는 1973년 어렵게 발족된 ‘유럽연합특허협약’(European Patent Convention, EPC)의 합의를 통하여 유럽연합의 단일한 기관이 이미 일률적으로 처리하고 있다고 사실이다. 즉 실체법적 효력에서는 아직 통합이 이루어지지 않았지만 절차법에서는 현재도 이미 상당한 통일이 이루어져 있다. 즉 유럽연합 회원국 개개국의 특허청에서가 아니라 하나의 단일한 기구인 유럽연합특허청(European patent Office, EPO)에 의하여 회원국 개개국의 각 특허법에 따라 효력이 부여되는 권리들에 관한 출원절차, 그 거절결정에 대한 불복 등 심판절차가 일괄하여 이루어진다. 다만 유럽연합특허청의 일괄 심사를 거쳐 권리로서 부여된 특허권은 앞서 상표권과 같이 유럽연합 전체에 하나의 효력을 갖는 단일한 권리가 아니며, 여전히 각국의 특허법에 따른 국내법상의 권리들이 모인 ‘권리의 다발(bundle of right)’일 뿐이다.

다음으로 상표 분야의 경우, 유럽연합의 규정(regulation⁷⁶) 형태로 제정된 1993년 ‘유럽공동체 상표 규정’⁷⁷에 이르러, 회원국들의 개별 입법이 보호하는 기존 상표권들의 다발과는 별개의 개념으로 유럽전역에 단일한 실체법적 효력을 갖는 유럽상표권을 인정하기에 이르렀다. 동 규정에서는 이른바 유럽공동체상표(Community Trade Mark, CTM) 제도를 도입하면서 이런 유럽공동체상표의 출원 및 등록 등을 담당할 유럽연합의 기관으로 ‘유럽공동체 상표.디자인청(Office for Harmonization in the Internal Market, 이하 OHIM)’을 창설하고 있다. 유

76) 지침(directive)의 경우 회원국들이 이를 반영한 국내입법절차를 이행하여야 하지만 규정(regulation)은 회원국들에게 당연히 효력이 미친다는 차이가 있다.

77) 정식명칭은 Council Regulation 40/94/EC of 20 December 1993 on the Community trademark.

유럽연합공동체상표의 출원절차에서는 등록거절사유는 위 규정 제7조 및 제8조에서 열거하고 있는바, 이에 따르면 특정 회원국에 국한된 상표거절사유에 해당할 지라도 결과적으로 다른 회원국을 포함하여 유럽연합공동체 전체로의 상표 출원이 거절되게 된다. 이럴 경우 출원인은 더 이상 유지가 곤란하게 된 유럽연합공동체상표 출원을 개별 회원국가들로의 출원으로 전환할 수 있다. 유럽공동체상표로 등록된 경우 그 효력은 회원국들에게 당연히 미친다. 이때 주의할 점은 회원국 개개 국내법(상표법)이 부여하는 권리와 유럽공동체상표권은 병행하여 별개 권리로 존속한다는 점이다. 출원절차 뿐만 아니라, 이미 등록된 유럽공동체상표에 대한 취소 절차,⁷⁸⁾ 이의신청 및 무효심판 절차⁷⁹⁾는 모두 유럽공동체 상표·디자인청(OHIM)이 관할한다.

나. 유럽연합특허조약 등에서의 '출원' 관련 용어 현황

유럽연합은 특허 분야에 있어 '유럽연합특허협약'(European Patent Convention, EPC)을 통하여 '신청(application)'이란 용어를 분명하게 채택하고 있다.⁸⁰⁾ 간혹 제출행위에 관해 'file'이란 용어를 채용하기도 한다. 가령 제2장 제4절⁸¹⁾ '하나의 재산으로서 유럽연합 특허신청(the European patent application)', EPC 제14조 유럽연합 특허신청(patent application) 등에서의 언어, 제58조 유럽연합 특허신청의 자격(Entitlement to file a European patent application), 제75조 유럽연합 특허신청의 제출(Filing of a European patent application)⁸²⁾ 등이 그러하다.

상표 분야에 관하여도 마찬가지로 신청(application)이란 단어를 채택하고 있다. 가령 1993년 '유럽공동체 상표 규정'⁸³⁾의 관련된 조항들 중 그 일부만을 뽑아보면

78) 동 규정 제50조에 따르면 상표가 5년동안 정당한 사유 없이 사용되지 아니한 경우, 당해 표장이 보통명칭화된 경우 등을 취소사유로 열거하고 있다.

79) 이의신청은 제8조의 등록거절사유와 관련하여, 무효심판은 제7조 및 제8조의 등록거절사유와 관련하여 각각 제기된다(동 규정 제42조, 제51조 및 제52조).

80) 정확히, 위 본문은 유럽연합의 공식언어로 지정된 20여개 언어 중 영어를 기준으로 한 설명이다. 그렇지만 유럽연합의 공식 홈페이지 기본 세팅이 영어로 일단 제시되고 있을 정도로 유럽연합 내에서 가장 많이 쓰이고 있는 언어이므로, 이하 본문에서는 편의상 영어를 중심으로 설명한다.

81) Part II Chapter IV.

82) 이 조항은 유럽연합 특허신청이 유럽연합특허청(EPO) 혹은 개별 회원국의 법률에 따른 당해 관할당국에 제출될 수 있다는 점 등을 규정한 조항이다.

83) 정식명칭은 Council Regulation 40/94/EC of 20 December 1993 on the Community trademark.

다음과 같다.

『제3편 공동체상표의 출원

제1장 출원서의 제출(Filing of applications) 및 출원요건

제25조(출원서의 제출)

1. 유럽연합공동체상표 출원(application)은 출원인의 선택에 따라 다음 중 하나에 신청되어야(filed) 한다 할 수 있다.

(a) 상표청

(b) 회원국의 중앙산업재산권청이나 베네룩스상표청. 이곳에 제출된 출원은 같은 날에 상표청에 출원한 것과 동일한 효력이 있다.⁸⁴⁾』

이를 통하여 유럽연합에서는 상표분야에서도 ‘출원’이란 용어가 아니라 ‘신청(application)’으로 지칭한다는 것을 할 수 있다. 아울러 ‘제출하다’는 의미로는 ‘file’을 채용하고 있음을 알 수 있다.

한편 유럽연합에서 특허표시(patent marking)에 관해 통일을 꾀하기 위해 직접적으로 규정하고 있는 규정이나 지침을 발견하기는 어렵다. 현재 특허권 등록사실의 표시가 회원국들에게 부과된 의무는 아니고, 특허출원표시 역시 그런 의무대상이 아니다. 그렇지만 특허출원(유럽연합의 표현상으로는 ‘특허신청’) 등을 당사자가 표시한 경우 일정한 조건하에 허위표시의 책임을 부담할 수 있고, 이런 허위표시에 해당하면 민사적 책임을 부담할 뿐만 아니라 반독점법에 따른 공적 제재를 당할 수 있다는 사실은 회원국들을 막론하고 인정되는 거의 예외가 없는 보편적 입장이라고 한다.⁸⁵⁾ 다만 유럽연합에서는 한국에서와 다르게 ‘신청(application)’이란 용어를 채용하고 있으므로 그 용어 자체로 인한 혼란의 예를 그다지 찾아보기 어렵다는 점이 앞서 미국의 경우와 대동소이하다.

84) 『TITLE III Application For Community Trade Marks

SECTION 1 Filing Of Applications and The Conditions Which govern Them

Article 25 Filing of applications

1. An application for a Community trade mark shall be filed, at the choice of the applicant,

(a) at the Office; or

(b) at the central industrial property office of a Member State or at the Benelux Trade Mark Office. An application filed in this way shall have the same effect as if it had been filed on the same date at the Office.』

85) IP21 blog, <<http://www.ip21.co.uk/2014/01/patent-marking-in-europe-and-the-uk>> 참조.

다. 독일이나 영국 등 개별국가들의 관련 현황

그 중 독일 특허법에서는 유럽연합특허협약(EPC)과 마찬가지로 신청(Anmeldung, 즉 application)이란 용어를 사용하고 있다. 현행 독일 특허법 제3조 등 다수에서 신청 혹은 특허신청(Patentanmeldung)이란 용어가 반복적으로 등장하고 있다. 독일의 경우 유럽연합 회원국으로서 특허권 등록사실의 표시나 특허출원표시가 의무가 아니라는 점, 허위표시에 대한 민사적, 공법적 제재가 있을 수 있다는 점은 앞서 유럽연합에서의 일반적 흐름과 다르지 않다.

한편 영국의 경우 미국과 흡사하게 상대방이 당해 대상에 유효한 특허권이 존재한다고 인식하지 못한 상황에서는 손해배상청구를 제한하고 있기 때문에 일정부분 적극적으로 특허번호까지 병기할 필요가 있다. 즉 특허표시가 있더라도 그 등록번호를 함께 병기하지 않으면 침해상대방이 그것이 특허권침해라는 사정을 알았다고 간주하기 어렵다는 것이다. 다만 미국과 달리 기망할 의사가 허위표시행위의 책임 추구를 위해 필요하지 않다. 허위표시책임을 추궁한 소송이 성공하면 1천파운드의 배상이 명해지지만 비록 사인이 제기한 소송에서도 그 결과물은 국가(국왕)에게 귀속할 뿐 제소자에게 주어지지 않아 허위표시소송을 적극적으로 제기할 동기부여가 떨어진다고 평가되고 있다.⁸⁶⁾ 유럽연합회원국으로서 앞서 유럽연합의 관련사정에 관한 설명이 대체로 영국에서도 유효하다는 점은 독일과 마찬가지로이다.

4. 일본의 경우

가. '출원'이란 한국 특허법상 용어에 영향을 준 일본 특허법상 '出願' 용어의 연혁

일본의 경우 한국 특허법 등에서 아직 널리 쓰이고 있는 '출원(出願)'이란 용어를 처음 자국의 특허법 등에서 사용하기 시작한 국가이다. 환언하여 한국의 특허법 등 지재법 속에 아직도 상당부분 남아있는 관련 법률용어를 처음 고안해낸 국가이다.

일본에서 특허관련제도가 가장 처음 도입된 것은 1885년(明治18년) 공포된 '전

86) 이 부분은 IP21 blog. 및 <<http://www.law360.com/articles/241891/false-patent-marking-uk-vs-us>> <<http://www.ip21.co.uk/2014/01/patent-marking-in-europe-and-the-uk>> 참조.

매특허조례(專売特許条例)⁸⁷⁾가 효시이다.⁸⁸⁾ 그렇지만 이 규범에서는 ‘출원(出願)’이란 용어가 보이지 않는다. 대신 ‘원출(願出)’이란 용어가 등장하고 있다. 가령 제2조에서 전매특허를 신청하는 데는[원출은 ‘願出ルニハ’, 즉 *ねがいで(願出)る*⁸⁹⁾には] 신청서에 발명의 명세서 및 필요한 도면을 첨부하여 제출하도록 규정하고 있다. 전문 28조의 소략한 규정이지만 무려 18곳에서 ‘원출(願出)’이란 용어가 등장하고 있다. 이때 채용한 ‘원출’이란 용어는 문맥상 대부분 ‘출원’이란 오늘날의 용어로 치환하여도 전혀 무방한 것들이었다. 가령 위 조례 제17조는 전매특허를 ‘원출한 자’(원어는 ‘願出ル者’)는 소정의 면허료를 납부하도록 정하고 있는바, 이는 ‘출원한 자’[出願(しゅつがん)する者]라는 오늘날의 특허법 문구에 부합하는 용어로 그대로 치환되는 것이다. 결국 한자어의 순서만 바뀌었을 뿐 일본에서는 당초부터 ‘출원’과 실질적으로 같은 조어(造語)가 사용되었음을 알 수 있다.

법률용어 중 출원(出願)이란 용어가 특허제도에 처음 등장한 것은 1988년(명치21년) 제정된 ‘특허조례(特許条例)⁹⁰⁾가 처음이다. 가령 동 조례 제3조에서는 특허를 받고자 하는 자는 농상무대신(農商務大臣)에게 명세서와 필요한 도면을 첨부하여 출원하여야 한다는 취지로 규정하고 있다. 위 조례의 경우 총 45개 조문 중 20곳에서 ‘출원’이란 용어를 사용하고 있다. 이렇게 사용되기 시작한 ‘출원’이란 용어는 이후 형식적 의미⁹¹⁾에서는 일본 최초의 특허법으로 일컬어지는 1899년(명치32년) 특허법⁹²⁾의 전체 51개 조문 중 25곳에 등장하는 것을 비롯하여 줄곧 채용되었다.

일본의 현행 특허법⁹³⁾의 경우 부칙을 제외한 본문 부분에서만 총719곳에 걸쳐 위 용어가 등장하고 있으므로 사실상 ‘특허’라는 용어를 제외하고는 가장 중요한 근간을 이루고 있는 용어라고 할 수 있다. 현재 ‘출원’용어가 확고하게 자리 잡고

87) 明治18年4月18日 太政官布告第7号(明治18年7月1日 施行).

88) 이하의 역사적 설명은 岡野多喜夫, “わが国における近代特許法の形成とその経済的背景”, 『中央学院大学論叢』(1975. 12.) 및 같은 이의 “專売特許条例の成立における外交的側面”, 『中央学院大学論叢』(1973. 6.)을 각 참조하였음.

89) 여기서 *ねがいで*는(네가이데루, 願出る)는 ‘신청하다, 출원하다, 청원하다’의 뜻이다. 이는 민중서립 옛센스 일본어사전(Naver 일본어사전) 참조.

90) 明治21年12月20日 勅令第84号(明治22年2月1日 施行).

91) 과리조약 가입을 위해 형식적 의미의 법률로 제정된 특허법이었다. 반면 실질적 의미에서 최초의 특허법은 앞서 1885년의 전매특허조례이다. 그와 달리 오래 지속되지는 못했지만 1872년(명치4년)에 공포된 ‘전매약규칙(專売略規則)’을 최초의 특허법으로 언급하는 문헌으로 岡野多喜夫, “わが国における近代特許法の形成とその経済的背景”, 『中央学院大学論叢』(1975. 12.), 62면.

92) 明治32年3月2日 法律第36号(明治32年7月1日施行).

93) 平成27年7月10日 法律第五五号.

있다는 사실은 일어사전에서도 확인된다. 가령 ‘出願(しゅつがん)’이란 일본어를 사전에서 찾아보면 ‘원서(願書)를 제출하는 것. 또는 어떤 기관에 대하여 인가·허가등을 청원하는(願い出る) 것. 예시: 특허를 출원하다.’라고 설명되어 특허출원 중심의 언어로 자리잡고 있음을 짐작할 수 있다.⁹⁴⁾ ‘특허를 출원하다[特許(とっきょ)を出願(しゅつがん)する]’라는 예시가 출원자(出願者), 그리고 출원절차(出願手続き)라는 예문과 더불어 3가지 예문 중 하나로 제시되고 있음을 확인할 수 있다.

나. 현재의 특허표시 등에 관한 일본 특허법 등의 관련 규정

(1) 일본 특허법의 관련 규정 들

일본의 현행 특허법령은 특허표시(원어로도 ‘特許表示’)나 허위표시(역시 원어가 한국과 동일한 ‘虚偽表示’)임 등에 관해 다음과 같이 규정하고 있다.

『특허법 제187조 (특허 표시)

특허권자, 전용실시권자 또는 통상실시권자는 경제산업성령(經濟産業省令)으로 정한 바에 따라 물건의 특허발명에 있어서의 그 물건 혹은 물건을 생산한 방법의 특허발명에 있어서 그 방법에 의하여 생산한 물건(이하, ‘특허에 관계된 물건’이라 한다) 또는 그 물건의 포장에 그 물건 또는 방법의 발명이 특허에 관계된다는 취지의 표시(이하 ‘특허 표시’라고 한다)를 부착하도록 노력하여야 한다.

특허법 시행규칙 제68조

특허법 제108조 ‘특허표시’는 물건의 특허 발명에 있어서는 ‘특허’문자 및 특허 번호로 하고, 물건을 생산하는 방법의 특허 발명에 있어서는 ‘방법특허’문자 및 특허 번호로 한다.』

이상과 같이 일본 특허법 시행규칙에서는 ‘심사중’의 병기를 의무화한 한국의 2015. 7. 29. 개정 특허법 시행규칙 제121조와 같은 규정은 아직 존재하지 않는다. 나아가 특허표시에 관한 허위표시의 규제는 다음과 같이 규정하고 있다.

『특허법 제188조 (허위표시의 금지)

94) 이에 관해서는 일본의 국영통신사 NTT 운영의 ‘Goo’가 제공하는 <<http://dictionary.goo.ne.jp/>>을 참조함. 일본의 사전이 아니라 한국의 일한사전[민중서림 옛센스 일본어사전(Naver 일본어사전)]을 찾아보아도 출원자(出願者, しゅつがんしゃ), 출원기간(出願期間, しゅつがんきかん), 광업출원인(鉱業出願人, こうぎょうしゅつがんにん), 그리고 출원절차(出願手続き)와 같이 특허출원이나 광업권출원 등 용어만이 제시되고 있어 그런 뜻말고도 2가지의 ‘출원’이란 명사가 더 존재하고 있는 우리나라의 사정(이에 관해서는 아래 V. 1. 다. “한국어의 일부로서의 고찰” 부분 참조)과 다르다.

누구라도 다음과 같은 행위를 하여서는 아니된다.

1. 특허에 관계되는 물건 이외의 물건 또는 그 물건의 포장에 특허표시 또는 이것과 혼동하기 쉬운 표시를 부착하는 행위

2. 특허에 관계되는 물건 이외의 물건으로써 그 물건 또는 그 물건의 포장에 특허표시 또는 이것과 혼동하기 쉬운 표시를 부착한 것을 양도, 대여, 또는 양도 또는 대여를 위하여 전시하는 행위

3. 특허에 관계되는 물건 이외의 물건을 생산하거나 사용하게 하기 위하여 또는 양도하거나 대여하기 위하여 광고에 그 물건의 발명이 특허에 관계된다는 취지를 표시하거나 이것과 혼동하기 쉬운 표시를 하는 행위

4. 방법의 특허발명에 있어서 그 방법 이외의 방법을 사용하게 하기 위하여 또는 양도하거나 대여하기 위하여 광고에 그 방법의 발명이 특허에 관계된다는 취지를 표시하거나 이것과 혼동하기 쉬운 표시를 하는 행위

제198조 (허위표시의 죄)

제188조의 규정에 위반한 자는 3년 이하의 징역 또는 300만엔 이하의 벌금에 처한다.』

(2) 실용신안법 등 여타 지재권법들의 관련 규정들

이상과 같은 일본 특허법의 특허표시 및 허위표시에 관한 규정은 실용신안법의 장법·상표법·종묘법(한국의 식물식품보호법)에도 엇비슷하게 규정되어 있다.

『실용신안법⁹⁵⁾ 제51조

실용신안권자, 전용실시권자 또는 통상실시권자는 경제산업성령(經濟産業省令)에 정한 바에 따라 등록실용신안에 관한 물품 또는 그 물품의 포장에 그 물품이 등록 실용신안에 관계되었다는 취지를 표시하도록 노력하여야한다.

실용신안법 시행규칙⁹⁶⁾ 제20조

실용신안법 제51조의 ‘실용신안등록표시’는 ‘등록 신안’의 문자 및 등록 번호를 말한다.』

한편 앞서 특허법의 허위표시 금지규정과 위반시 형사처벌조항에 대응하여 일본 실용신안법 제52조 및 제58조가 비슷한 규정을 담고 있다.

95) 平成27年7月10日 法律第五五号.

96) 平成27年6月22日 經濟産業省令第一号.

또한 의장법 등 여타의 법률들 중 먼저 특허법상 ‘특허표시’에 대응하는 규정들은 다음과 같다.

『의장법⁹⁷⁾ 제64조

의장권자, 전용실시권자 또는 통상실시권자는 경제산업성령에 정한 바에 따라 등록의장 또는 이와 유사한 의장에 관한 물품 또는 그 물품의 포장에, 그 물품이 등록의장 또는 그에 유사한 의장에 관계된다는 취지를 표시하도록 노력하여야한다.

의장법 시행규칙⁹⁸⁾ 제17조

의장법 제64조의 ‘의장등록표시’는 ‘등록의장’ 문자와 그 등록번호를 말한다.

상표법⁹⁹⁾ 제73조

상표권자, 전용사용권자 또는 통상사용권자는 지정상품 또는 지정상품의 포장 또는 지정서비스의 제공을 위해 전달하는 물건에 상표를 붙일 때, 또는 지정서비스의 제공에 있어서 그 제공받을 자의 당해 지정 서비스의 제공에 관한 물건에 등록상표를 붙일 때에는 그 상표에 그것이 등록상표하는 취지를 표시하도록 노력하여야한다.

상표법 시행규칙¹⁰⁰⁾ 제17조

상표법 제73조의 ‘상표등록표시’는 ‘등록상표’의 문자와 그 등록번호 또는 국제 등록번호를 말한다.

종묘법 제55조¹⁰¹⁾

등록품종의 종묘를 업으로서 양도하는 자는 농림수산성령에 정한 바에 따라 그렇게 양도하는 등록품종의 종묘 또는 그 종묘의 포장에 품종등록 표시를 하도록 노력하여야한다.

종묘법 규칙 제21조의2¹⁰²⁾

법률 제55조에 규정된 ‘품종등록표시’라 함은 다음 각호에 열거한 것 중 하나를

97) 平成27年7月10日 法律第五五号.

98) 平成27年2月20日 經濟産業省令第七号.

99) 平成27年7月10日 法律第五五号.

100) 平成27年2月20日 經濟産業省令第六号.

101) 平成27年9月18日 法律第七〇号.

102) 平成27年5月7日 農林水産省令第一号.

말한다.

1. '등록품종'의 문자
2. '품종등록' 문자 및 품종등록번호.』

한편 의장법, 상표법, 종묘법에 관해서도 특허법의 허위표시 금지규정과 위반시 형사처벌조항에 대응한 규정들이 역시 존재한다. 의장법 제65조 및 제71조, 상표법 제74조 및 제80조, 종묘법 제56조 및 제69조가 각각 그것들이다.

다. 특허 등 허위표시 관련 사례들

일본에서도 식품위생법 등의 관련 표시규정을 위반하여 제재를 받은 사례들은 여럿이지만, 특허법 등의 허위표시가 문제된 사례는 별로 발견하기 힘들다.¹⁰³⁾ 특히 출원상태에서 등록인 것처럼 표시하였다가 규제된 직접적 사례는 찾지 어렵다.

다만 2003. 12. 8. 선고된 판례로 '월풀욕조 사건'은 특허 등록을 받지 않은 월풀욕조를 특허상품인 것처럼 표시하여 문제되었던 사례가 있다. 오사카의 회사 사장이 '아오모리(青森)' 시내의 유통회사 사장을 상대로 특허등록을 받지 않은 월풀욕조를 마치 특허상품인 것처럼 표시하고 30개(총187만 5,000엔)를 판매한 혐의로 특허법 및 부정경쟁방지법 위반 혐의로 체포되었다. 일본 부정경쟁방지법 제2조 제1항 제13호가 문제되었는데, 이는 "타인의 상품을 사칭(詐稱)하거나 상품 또는 그 광고에 상품의 품질, 내용, 제조방법, 용도 또는 수량을 오인하게 하는 선전 또는 표지를 하거나 이러한 방법이나 표지로써 상품을 판매·반포 또는 수입·수출하는 행위"를 규제하는 우리 부정경쟁방지법 제2조 제1호 바목에 대응하는 조항이다.

문제된 월풀욕조를 양수한 유통 회사 사장은 특허 제품임을 판촉 핵심으로 삼아 1개에 25만엔으로 판매하고 있었지만, 소비자의 불만에 신경 쓰여 욕조 양도인을 고발한 것이었다고 한다.¹⁰⁴⁾ 더 자세한 설명이 없어 정확한 내용은 파악하기 곤란하지만, 일본에서는 특허법상 허위표시 사안에 관해서도 상품의 성질이나 상태 등을 오인하게 하는 행위에 대항하여 다소 추상적으로 규제하고 있는 부정경쟁방지

103) 가령 TMI 総合法律事務所, 『表示に係る不正競争行為に関する調査研究報告書』(2008. 3.), 206면 이하에서 일본 법제상 거짓의 표시 등이 문제된 41건의 민사사건, 8건의 형사사건을 소개하고 있지만 특허법상 허위표시에 관한 월풀욕조사건(ジェットバス事件, 平成15年12月8日)이 지재법의 허위표시규정이 문제된 거의 유일한 사건이다.

104) ジェットバス事件, 平成15年12月8日. 이는 TMI 総合法律事務所, 앞의 연구보고서, 171면에서 인용함.

법 제2조(위 13호 등)가 적용될 수 있다는 견해가 유력하다.¹⁰⁵⁾

한편 일본에서도 왕왕 ‘특허출원 완료(特許出願済)’라는 문구를 통하여 소비자들을 현혹하려는 시도가 등장하고 있다고 하며, 이렇게 ‘특허출원 완료’임을 표시한 것이 특허허위표시에 해당될 가능성을 긍정하는 견해¹⁰⁶⁾가 있다. 그렇지만 현재의 지배적인 견해는, 그런 표시가 허위표시에 해당한다고 인정하였던 과거의 판례와 달리, 그런 출원완료 표시가 허위표시에 해당하지 아니한다는 입장이다.

또한 ‘特許 昭和55-12345’와 같이 원래 ‘특허출원 중’이라고 적으면 타당하였을 사안에서 ‘특허’라는 문구와 출원번호를 결합한 형태가 종종 발견된다고 한다.¹⁰⁷⁾ 이것은 허위표시죄에 해당하는 견해¹⁰⁸⁾가 있다. 연도가 등록번호에 등장하지 않고 출원번호에만 존재한다는 사실은 일본에서도 마찬가지이므로, 특허전문가 입장에서는 혼란이 생기기 어려운 사소한 흠이지만 일반인에게는 충분히 혼란이 있을 수 있을 것이다. 엇비슷해 보이지만 ‘特願 2000-339713号’이라고 표시한 것은 적어도 ‘특허출원’의 축약어를 통하여 ‘출원’의 취지가 드러나 있으므로 허위표시가 아니라고 보고 있다.¹⁰⁹⁾

라. 소결

개항 이후 처음 등장했던 ‘원출(願出)’이란 용어까지 실질적으로 ‘출원(出願)’이란 용어와 다르지 않음을 고려하면 일본에서 출원 용어는 백년이상의 연혁을 가진 셈이다. 이것과 관련하여 구성된 특허표시나 허위표시에 대한 일본의 관련규정은 한국의 현행 특허법과 얼핏 보아서는 거의 동일하다고 느껴질 정도로 많은 면에서 흡사하다.¹¹⁰⁾ 다만 일본 특허법 제188조의 허위표시죄는, 한국의 대응조문과 다르게, 특허출원 중이 아님에도 출원 중인 것처럼 표시한 행위에 대한 규제는 외형상 포섭하고 있지 않다. 아울러 일본 특허법 제187조의 말미에서 “(특허표시)를 부착

105) 이런 입장으로는 TMI 総合法律事務所, 앞의 연구보고서 참조.

106) 中山信弘 編著, 앞의 책, 1915-1916면(石川義雄 집필부분).

107) 이는 西川幸慶 변리사가 운영하는 니시카와 법률사무소의 홈페이지, <<http://www.jpatt.net/y33.htm>> 설명이다.

108) 니시카와 변리사의 소견이다.

109) 이는 코야마 변리사(小山方宜)의 소견, <<http://homepage3.nifty.com/first-thinker/kaisetu/kenrihyouji.html>>이다.

110) 일본의 관련 법령들도 특허법뿐만 아니라 실용신안법, 의장법, 상표법, 종묘법 등에 걸쳐 권리 표시 조항과 허위표시에 대한 억제조항을 모두 갖추고 있음도 한국과 대동소이하다.

하도록 노력하여야 한다.”고 규정하여 마치 특허표시가 의무인 것처럼 규정하고 있어 한국의 대응규정과 차이가 있는데, 이에 관해 일본의 통설은 이를 단순히 훈시 규정으로 보고 있다.¹¹¹⁾

일본에서 출원 용어 자체에 관해 혼란을 초래한 사례는 ‘월풀옥조 사건’등을 제외하고 발견하기 힘들다. 그것을 논외로 한다면 ‘특허출원 완료(特許出願済)’라는 문구를 동원하는 사례나 ‘特許 昭和55-12345’와 같이 ‘특허’라고만 적고 출원번호를 병기하는 사례가 간혹 등장할 뿐이다. 그 중 ‘특허출원 완료’ 사례는 허위표시가 아니라는 견해, ‘특허’라고만 적고 출원번호를 병기한 사례는 허위표시라는 견해가 학설상 우세하다.

5. 중국의 경우¹¹²⁾

가. 개설

한국에서 사용되고 있는 “출원”이라는 용어에 대응하는 중국의 용어는 “신청(申請)”이라고 할 수 있겠다. 이러한 용어를 추적하기 위해, 중국 지재권 관련 법률, 행정법규, 규장(이른바 한국에서의 부령 또는 규칙으로 볼 수 있다), 사법해석을 검토 할 수 있다. 하지만 이 중에서 주요법률 및 일부 행정법규와 일부 규칙을 위주로 “용어문제”에 초점을 맞추어 본다.

잘 알려진 것처럼 지재권을 중국에서는 “지식산권(知識產權)”이라고 하면서, 관련 법규를 지식산권법(知識產權法)”이라고 통칭하고 있다. 그리고 중국의 경우 특허법(정칭명칭은 전리법, 專利法)이란 하나의 법률이 실용신안과 디자인까지 보호하는 입법방식을 취하고 있다. 중국 특허법 제3장(특허신청, 專利的申請)이나 상표법 제2장(상표등록신청, 註冊商標的申請)에서는 각각 ‘신청(申請)’이라는 용어를 쓰는 등 중국의 지재권법에서는 한국이나 일본이 채용한 ‘출원’이란 용어 대신 ‘신청’이란 용어를 널리 쓰고 있다. 더 구체적으로 살펴보면, 특허출원(特許出願)을 ‘전리신청(專利申請)’으로, 출원인을 ‘신청인(申請人)’으로, 국제출원을 ‘국제신청(國際申請)’으로, 확대된 선원의 경우 ‘저촉신청(抵觸申請)’으로, 특허를 받을 권리는 전리

111) 中山信弘 編著, 注解 特許法 第三版 下卷(2000. 8.), 1912면(石川義雄 집필부분).

112) 이하 중국의 현황 설명 중, 일본어 자료를 원용하고 있는 일부 설명을 제외하고, 나머지는 모두 권효문 중국변호사가 제공한 번역문에 의존하였다. 그 도움에 지면으로나마, 다시 감사드린다.

신청권(專利申請權)으로 각각 다른 용어를 사용한다.¹¹³⁾

나. 주요 지식재산법에서의 관련용어 사용현황

(1) 서설

중국 지재권 관련 법률을 보건대, 각기 “중화인민공화국 專利法”(아래 “특허법”으로 약칭한다), “중화인민공화국 상표법”(아래 “상표법”으로 약칭한다), “중화인민공화국 저작권법”(아래 “저작권법”으로 약칭한다), 그리고 기타 지재권 관련 법률로써 “중화인민공화국 反不正當競爭法”(아래 “반독점법”으로 약칭한다)이 있다.¹¹⁴⁾ 각 법률별로 더 자세한 용어 사용현황을 정리하면 다음과 같다.

(2) 중국 특허법의 경우

해당 법률의 목차를 보건대, 제1장 총칙; 제2장 특허권을 수여(授與)하는 조건; 제3장 특허의 신청; 제4장 특허신청의 심사와 비준; 제5장 특허권의 기한, 종지(終止)와 무효; 제6장 특허실시의 강제허가; 제7장 특허권의 보호; 제8장 부칙으로 구성된다.

특허법 제1조(입법목적)에 의하면, 특허권자의 합법적인 권익을 보호하고, 발명창조(發明創造)를 장려하며, 발명창조의 응용을 추진하고, 창조적인 능력을 제고하며, 과학기술의 진보와 경제사회의 발전을 촉진시키기 위해 본 법을 제정하였다. 그리고 동법 제2조(개념)에 의하면, 본 법에서 지칭하는 ‘발명창조’란 발명, 실용신안형과 디자인(外觀設計)을 지칭한다. 해당 조항에서 구체적으로 “발명”, “실용신안”, “디자인”에 대한 개념을 각기 정의하였다. 이처럼, 중국 특허법은 한국의 특허법과 달리, 발명특허를 비롯한 실용신안, 디자인 관련 내용도 모두 특허법에서 규율 및 보장하고 있다.

중국 특허법 제3장 “특허의 신청”이 한국 특허법 상 제2장 “특허요건 및 특허출원”과 대개 대칭되는 부분이다. 중국 특허법 제3장의 관련 조문을 참고하건대, 제26조에 의하면, “① 발명 또는 실용신안 특허를 신청하는 경우, 응당 신청서·설명서 및 그 개요와 권리요구서(비교건대, 한국에서의 청구범위를 지칭한다) 등의

113) 이런 용어의 대응에 관한 설명은 젠티로(JETRO) 上海センター 知識產權部, 『特許審査における出願人と知識產權局とのコミュニケーション手段に関する調査報告書』(2010. 3.), 7면 이하 및 젠티로 北京事務所 知的財産權部, 『知財制度における日中翻訳ガイドライ』, 12면 각 참조.

114) 중국 국가지식재산권 사이트, 중국 지재권 관련 법률 및 행정법규 그리고 해당 규칙의 원문, <<http://www.sipo.gov.cn/zcfg/flfg>>.

문건을 제출해야 한다. ② 신청서에는 응당 발명 또는 실용신안의 명칭, 발명인의 성명, 신청인의 성명 또는 명칭, 주소 및 기타 사항을 명확히 기재해야 한다. ③ 설명서에는 응당 발명 또는 실용신안에 대하여 분명하고 완전한 설명을 해야 하며, 소속 기술영역의 기술인원이 실현할 수 있다는 것을 기준으로 해야 한다. 필요할 경우, 응당 그림이 첨부되어야 한다. 개요에는 응당 발명 또는 실용신안의 기술요점을 간단명료하게 설명해야 한다. ④ 권리요구서는 응당 설명서를 근거로 하여, 분명하고 간략하게 특허보호의 요구의 범위를 한정하여야 한다. ⑤ 유산자원(遺産資源)에 의해 완성된 발명창조에 대하여, 신청인은 응당 특허신청문건에 해당 유산자원의 직접적인 출처와 원시출처를 설명해야 한다. 신청인이 원시출처를 설명할 수 없을 경우, 응당 그 이유를 진술해야 한다.”

동법 제27조에 의하면, “① 디자인특허를 신청하는 경우, 응당 신청서 및 해당 디자인의 그림 또는 사진 및 해당 디자인에 대한 간략한 설명 등의 문건을 제출해야 한다. ② 신청인이 제출한 해당 그림 또는 사진에는 특허보호를 요구하는 제품의 디자인이 응당 뚜렷하게 나타나야 한다.”

동법 제28조에 의하면, “국무원 특허행정부문이 특허신청문건을 받은 날은 신청일로 한다. 만약 신청문건을 우편으로 보낼 경우에는 우체국 우편 소인일을 신청일로 한다.

(3) 중국 상표법의 경우

해당 법률의 목차를 보건대, 제1장 총칙; 제2장 상표등록(商標註冊)의 신청; 제3장 상표등록의 심사와 인가(核準); 제4장 등록상표의 갱신(續展), 변경, 양도(轉讓) 및 사용허가; 제5장 등록상표의 무효선고; 제6장 상표사용의 관리; 제7장 등록상표 전용권(專用權) 보호; 제8장 부칙으로 구성된다. 한국에서 번역된 중국 상표법을 보건대, 신청(申請)을 모두 “출원”으로 번역되었다. 예컨대, 제2장을 “상표등록의 청원”으로 번역되었다.

중국 상표법 제4조 제1항에 의하면, “자연인, 법인 또는 기타 조직이 생산경영활동 중, 그 상품 또는 서비스에 대해 상표 전용권을 취득하고자 할 경우, 응당 상표국에 상표등록을 신청해야 한다.” 그리고 제6조에 의하면, “법률, 행정법규의 규정에 의해, 반드시 등록상표를 사용해야 할 상품은 반드시 상표등록을 신청해야 하며, 등록이 인가되지 아니 하였을 경우, 시장에서 판매할 수 없다.”

이와 같이 중국 상표법에서도 “신청”이라는 용어를 사용하고 있다.

다. 행정법규에서의 관련 용어 사용현황

(1) 서설

중국 지재권 관련 행정법규를 보건대, 주로 “중화인민공화국 專利法 실시세칙”(아래 “특허법세칙”으로 약칭한다), “중화인민공화국 상표법 실시조례”(아래 “상표법조례”로 약칭한다), “중화인민공화국 저작권 실시조례”(아래 “저작권법조례”로 약칭한다) 등이 있다. 여기서 주로 특허법세칙과 상표법조례를 위주로 검토한다.

(2) 특허법세칙의 경우

해당 행정법규의 목차를 보건대, 제1장 총칙; 제2장 특허의 신청; 제3장 특허 신청의 심사와 비준; 제4장 특허신청의 재심(復審) 및 특허권의 무효선거; 제5장 특허 실시의 강제허가; 제6장 직무 발명창조의 발명인 또는 고안자(設計人)에 대한 장려 및 보수; 제7장 특허권의 보호; 제8장 특허등록(專利登記) 및 특허공보; 제9장 비용; 제10장 국제신청에 관한 특별규정; 제11장 부칙으로 구성된다.

구체적으로 제2장(특허의 신청) 중 제15조를 예로 할 때, “① 서면형식으로 특허를 신청할 경우, 응당 국무원 특허행정부문에 신청문건을 1식 2통으로 제출해야 한다. ② 국무원 특허행정부문이 규정한 기타 형식으로 특허를 신청할 경우에는 규정한 요구에 부합해야 한다. ③ 신청인이 특허대리기구에 위탁하여 국무원 특허행정부문에 특허를 신청하거나 기타 특허사무를 처리하게 할 경우, 응당 위탁서를 동시에 제출하고, 위탁권한을 명기해야 한다. ④ 신청인이 2인 이상이고 특허대리기구에 위탁하지 아니하였을 경우, 청구서에 별도의 성명이 있는 경우를 제외하고, 청구서에서 지명한 제1신청인을 대표자로 한다.”

앞서 본 법률과 같이 본 세칙에서도 “신청”이라는 용어를 사용하고 있다.

(3) 상표법조례의 경우

해당 행정법규의 목차를 보건대, 제1장 총칙; 제2장 등록상표 신청; 제3장 등록상표 심사; 제4장 등록상표 변경, 양도, 존속기간 연장, 쟁의 판결; 제5장 상표 사용관리; 제6장 등록상표 전용권 보호; 제7장 부칙으로 구성된다.

구체적으로 상표법조례 제2장(등록상표 신청) 제13조 제1항을 예로 할 때, “상표 등록을 신청할 때에는 당연히 공표한 상품과 서비스 분류표에 따라 작성하고 제출한다. 매 상표등록신청은 응당 상표국에 상표등록 신청서 1부와 상표도안 1부를

제출해야 한다. 색상의 조합 또는 착색도안으로 상표의 등록을 신청하고자 할 경우, 응당 착색도안과 흑백도안 1부도 함께 제출해야 한다. 색상을 지정하지 아니하는 경우, 흑백도안을 제출해야 한다.”

라. 중국에서 ‘출원’용어 관련 혼란 사례에 대한 대응 분석

이상 설명한 대로, 한국에서와 달리 ‘출원’이란 용어가 아니라 ‘신청’이라는 용어가 사용되기 때문에 마치 이미 권리를 획득한 것처럼 일반 대중들에게 혼란을 일으킬 수 있는 여지는 아주 적다. 나아가 중국에서 신청(申請)이란 용어는 법률분야 뿐만 아니라 여타 생활부분에서도 많이 쓰이는 용어로서, 그것은 이미 해당 기관에 관련 서류를 제출하고 그 결과를 기다리는 중임을 의미한다는 보편적인 인식이 있다.

다만 중국에서 일반인들은 아직 특허에 대해서 잘 모르기 때문에 실제 사안 중에서는 특허 신청만 한 상태에서도 마치 특허권을 받은 것처럼 제품에 표시하는 경우도 왕왕 있고, 다른 사람의 특허권을 자신이 획득한 특허권인 것처럼 자신의 제품에 표시하는 경우도 존재한다. 하지만 ‘신청’이란 용어에 대한 오해와는 무관하며, 전혀 다른 맥락에서 소비자들을 기만하는 상술에 불과하다.

그러나 이상과 같은 설명은 어디까지나 ‘신청(申請)’이란 단어에 국한된 것이다. 중국에서도 아직 특허 출원 상태에 그치고 있음에 불구하고 일반인입장에서는 마치 특허등록번호처럼 오해되기 쉬운 출원번호가 함께 사용됨으로써 혼란이 만만치 않게 생기고 있어 일정한 보완조치가 도입되었다.

예컨대, 발명특허의 경우, 어떠한 제품의 발명특허 신청번호가 “20151123456.7”이라고 가정할 경우, 장치 특허권이 비준되면, 해당 제품의 특허번호는 “ZL20151123456.7”로 된다. 일반 소비자의 경우, 특허권의 신청, 특허신청에 대한 심사와 비준 절차에 대해 익숙하지 않을 뿐만 아니라, 자주 “특허 신청번호”를 특허번호로 오인(誤認)하여 제품선택과 소비에 영향을 받게 된다. 즉 중국의 경우, “신청”이라는 용어보다는 신청번호로 인한 오해의 소지가 크다. 때문에 중국에서는 다음과 같은 규정으로 상기 문제점을 보정하고자 노력하였다.

먼저, 2012년에 개정된 중국 특허와 관련된 국가지식산업국 국령(局令)인 “특허 표식표주판법(專利標識標註辦法)”의 제7조를 보건대, “특허권이 수여(授與)되기 전, 해당 제품 또는 해당 제품의 포장 혹은 해당 제품의 설명서 등 자료에 관련 사항을 표시(標註)하고자 할 경우, 응당 중국어로 중국 특허신청의 종류, 특허 신청번호

호를 표시해야 할 뿐만 아니라, ‘특허신청이 아직 수권되지 않았다(專利申請, 尚未授權)’는 문구도 함께 표시해야 한다.”¹¹⁵⁾고 일정한 보완문구의 병기를 강제하고 있다.

한편 중국 광고법의 제12조 제3항의 규정에 의하면, “특허권이 수여되지 아니한 특허신청과 이미 종료·취소·무효된 특허의 사용을 금지한다.”고 규정하고 있다. 즉, 특허신청을 하였다고 하더라도 아직 특허가 부여되지 아니한 단계에서는 특허법과는 별개로 위 광고법의 규제조항에 따라 그런 취지, 특히 특허출원상태라는 취지의 상업광고를 하여서는 아니 된다.

이상 내용 중 핵심을 정리하자면, 중국에서 특허권을 수여받기 전인 특허의 신청단계에 “제품이 특허신청을 했다는 사실”을 홍보의 도구로 사용하고자 할 경우, 2012년에 개정된 “특허표식표주관법(專利標識標註辦法)”에 의해, 반드시 “특허신청이 아직 수권되지 않았다(專利申請, 尚未授權)”는 내용을 명시해야만 한다. 이는 다소나마 “신청”이라는 용어가 가져다 준 혼란을 예방할 수 있을 것으로 중국에서는 기대하고 있다.

6. 소결(출원 관련 용어에 대한 비교법적 검토 결과)

특허가 출원된 경우 비록 100% 확실하지는 않더라도 종국에 특허독점권으로 성립될 가능성이 상당부분 존재하므로 만일 특허출원 사실을 고지하는 경우 상대방 으로서는 그런 가능성 때문에 일정한 심적 압박을 받을 수밖에 없을 것이다. 그런 압박을 없애려고 아예 특허출원에게 특허출원표시를 아예 하지 못하게 규제하는 것은 극단적으로 편향된 태도여서 부당하다. 어느 나라에서도 그런 입장을 취하지는 않는다.

특허출원인 입장에서는 아직 특허등록이 이루어지지 않아 완전한 독점권을 주장할 수 없는 단계에서는 세계 어느 나라에서나 불완전한 보호밖에 받지 못한다. 특히 그런 불완전한 보호의 요건으로, 가령 한국에서의 보상청구권 행사요건, 그리고 미국에서의 임시보호의 권리에 관한 미국법원의 판례에서처럼, 부득불 특허출원 중인 사실(정확히는 출원공개되었다는 사실)을 서면 등으로 알리도록 요구하는 경우가 많다. 따라서 특허출원표시는 등록전 특허출원인의 권리보호와 밀접한 관련이 있다고 볼 수 있다.

115) 중국 국가지식재산권국 사이트, “특허표식표주관법” 원문, http://www.sipo.gov.cn/zcfg/flfg/zl/bmgz/201501/t20150109_1057991.html, 2015년.

한편 아직 등록받지 아니하였음에도 함부로 특허권자로 표시하는 것을 규제하려는 점에서는 각국의 입법이 거의 일치한다. 그러나 특허출원을 하지 않았음에도 출원인처럼 행세하는 것을 직접 명문으로 규제할 지에 관해서는 각국 입법에 차이가 있다.

어찌되었든 미국이나 유럽연합, 중국에서는 크게 보아 신청(application)이란 용어가 쓰이고 있어 용어자체로 인한 혼란이 한국에서보다 적다. 일본의 경우 ‘출원’이란 용어가 이미 100년 이전부터 쓰이고 있고 제법 정착한 단어여서¹¹⁶⁾ 그런지 출원과 등록을 혼동한 일반인의 피해사례가 드물다. ‘특허출원 완료(特許出願済)’라는 문구를 통하여 현혹하는 등 이례적인 사례가 보고되고 있을 뿐이다. 덧붙여 미국의 경우는 출원인이나 특허권자의 허위표시 등이 문제된다기보다 오히려 (단지 실수로 존속기간이 경과한 특허권을 그대로 표시한 행위를 상대로) 허위표시소송을 제기하여 배상금을 노리는 행태가 문제되어 허위표시소송을 함부로 제기하지 못하도록 특허법개정까지 있었던 상황이다.

요컨대 ‘출원’용어가 일반인에게 생경한 면이 있어 생기는 혼란은 한국에서만 발생하는 특수문제에 가깝다. 아울러 그렇게 ‘출원’용어 자체에서 생긴 혼란이 아니라 특허출원표시를 교묘하게 특허등록표시처럼 활용하는 행태 때문에 더 자주 발생하는 한국에서의 혼란을 해결하여야 한다. 후자의 혼란을 해결하는데 있어, 중국에서 특허권 등록이전이라면 반드시 아직 권리가 신청중이라는 점을 반드시 병기하도록 강제하고 있다는 것이 아주 좋은 시사점을 준다고 본다.¹¹⁷⁾

116) 또한 바로 아래 ‘문구 자체의 언어적 검토’ 부분에서 설명하듯이 일본어 상에서는 ‘출원’이란 문구와 관련해서는 오직 하나의 명사만 존재한다는 점이 그렇지 아니한 한국이나 중국과 상이하다.

117) 미국에서 특허출원중임을 드러내는 대표적 용어로 ‘patent pending’ 등이 쓰이고 있음도 시사점을 준다.

V. ‘출원’ 용어 개정의 필요성에 대한 다각적 검토

1. 문구 자체의 언어적 검토

가. 서설

본 연구는 법학적 접근을 중심으로 삼는 고찰을 수행하지만, 다른 연구용역에서와는 달리, ‘출원’이란 문구의 향후 입법적인 수정여부를 집중적으로 검토하는 특이한 고찰을 진행하고 있다. 따라서 이번 연구의 목적달성을 위해서는 당해 문구에 대한 언어학적 검토가 반드시 필요할 것이다. ‘출원(出願)’이란 단어가 널리 한자문화권(漢子文化圈)에 속하는 일본에서 등장하여 한국에서 쓰이고 있는 이상 한문(漢文)으로 어떤 맥락을 가지는지를 살펴보지 않을 수 없을 것이다.

나. 한자어(漢字語) 측면에서의 고찰

이른바 “출원”이라는 용어를 한자어로 접근해 보건대,¹¹⁸⁾ 거듭 보았듯이 “出願”이다. 하지만 출원과 대응하는 한자는 “出院”과 “黜遠”도 존재한다. 흔히 인터넷 사전¹¹⁹⁾에서 찾아 볼 수 있다시피 “出願”은 “청원이나 원서를 냄”을 비롯한 말이고, “出院”은 통상적으로 국회 의원이 국회에 나가는 것을 이르는 말이다. “出院”은 또한 통상적으로 병원에서의 입원치료를 마치고 병원에서 나왔다는 것을 의미한다. 물론 불교에서의 “出院”은 절에서 쫓겨나거나 스스로 절에서 나온다는 것을 이르는 말이다. 그리고 “黜遠”은 “내쫓아 멀리함”을 이르는 말이다.

그런데 중국의 경우, “出願”이란 용어는 현대 중국어에서 그 존재나 용례를 찾아 볼 수 없다.¹²⁰⁾ “出願”을 한자 차원에서 이분하여 보건대, “出”은 안으로부터 밖으로 라는 것을 뜻하고, “願”은 하고자 하는 것 또는 희망하는 것으로 풀이 할 수 있다.

118) 이하 ‘出願’이란 한자에 대한 한문 본래의, 혹은 중국어 맥락에서의 의미 해석은 권효문 중국 변호사가 제공한 번역에 의하였다.

119) 인터넷 사전 도구, <http://baike.baidu.com/> 참조.

120) 이런 설명은, 앞서 IV. 5. ‘중국의 경우’ 부분 관련 자료를 제공해준 권효문 중국변호사의 진술이다.

다. 한국어의 일부로서의 고찰

한국에서의 관련 상황은 중국의 그것과 대동소이한 듯하면서도 일부 상이하다. 일단 ‘출원’이란 용어에 관해 우리 국어사전에서는 3가지 서로 다른 명사일 수 있음을 제시하고 있다.¹²¹⁾

가장 먼저 제시된 것은 ‘出院’이다. 낱 ‘출(出)’과 단단하다 혹은 담을 뜻하는 ‘원(院)’이 합쳐진 단어로 등원(登院)과 같은 용어로 쓰이거나 혹은 불교에서 ‘절에서 쫓겨남’, 또는 ‘스스로 절에서 나옴’에 해당하는 단어로 소개하고 있다.

다음으로 제시된 것이, 다름 아니라 이번 용역의 집중 검토대상인 ‘出願’이다. 이 부분 단어가 아예 존재하지 않는 중국과는 차이가 있다. ‘出願’은 낱 출(出), 그리고 원할 원(願)이 결합된 단어이며, 이에 관해 국어사전은 ‘청원이나 원서를 냄’이라는 뜻을 가진다고 설명한다. 다만 이때의 출원이 항상 특허 등 출원에 국한하여서 사용되는 것은 아니며 이른바 ‘행정법상 특허’에 관해서도 국어사전이 염두에 두고 있음은 후술한다.

3번째로 제시된 것은 ‘黜遠’이며, 물리칠 ‘출(黜)’과 멀 ‘원(遠)’이 합쳐서 ‘내쫓아 멀리함’이란 뜻의 용어로 쓰이고 있다.

덧붙여 우리 국어사전은 ‘출원’이란 명사뿐만 아니라 ‘출원하다’라는 2가지 동사도 2가지 제시하고 있는바, 위 3가지 명사 중 1번째와 2번째의 ‘출원’에 각각 ‘하다’가 붙어 ‘출원하다’란 동사로 각각 쓰이고 있다고 설명되고 있다. 즉 1번째 명사가 동사로 쓰인 ‘출원(出院)하다’는 ‘등원하다’와 마찬가지로 쓰이거나 불교에서 ‘절에서 쫓겨나다’ 혹은 ‘스스로 절에서 나오다’라는 동사로 쓰이고 있다. 2번째 명사가 동사로 쓰인 ‘출원(出願)하다’는 ‘청원이나 원서를 내다’란 의미로 쓰이게 된다.

이상과 같은 ‘출원’ 혹은 ‘출원하다’란 단어에 대한 우리 국어사전의 설명 중 흥미로운 부분은 이런 명사와 동사의 다양한 종류들 중 우리 국어사전이 예문(例文)으로 제시하고 있는 것은 오직 ‘출원(出願)’에 관한 것뿐이라는 사실이다. 즉 이하와 같이 5가지 용례가 제시되고 있는데 4번을 제외하고는 모두 우리 특허법상 ‘출원’의 의미에 관한 것뿐이다.

- 『1. 발명 특허의 출원
2. 출원을 내다.

121) 이하 국어적 용례는 네이버 인터넷 국어사전(국립국어원 자료제공), <<http://krdic.naver.com>> 참조.

3. 그는 자동차 부품을 개발하여 특허청에 특허를 출원하려고 한다.
4. 그 사람은 3년 전에 모 대학의 교수 공채에 원서를 출원한 적이 있다.
5. “그러게 조선에만도 출원하는 수가 전에는 일년에 단 삼십 건이 못 되던 것이 요새 와서는 하루에 평균 삼십 건을 넘는다네.”(출처 : 이효석, 해바라기)』

이런 사실을 통하여 ① ‘출원’이란 용어가 국어학적 차원에서는 결코 국어문법에 어긋나거나 전혀 쓰이지 않아 생경하고 희소한 단어는 아니라는 점, 따라서 그런 의심 때문에 함부로 사용이 중지되어서는 아니 될 단어라는 점(만일 그렇게 중지되어야 한다고 보려면 근대 일본의 법률어 조어에서 유래한 수많은 단어가 모두 교체되어야 할 것이라는 논리로까지 비약할 수 있음), ② 하지만 ‘출원’에 관한 다른 명사(出院 혹은 黜遠) 및 동사(출원(出院)하다)들은 우리가 일상생활에서 거의 접하기 힘든 명사 및 동사에 해당함과 다르게 ‘출원(出願)’은 상대적으로 우리 일상생활에서 여러 곳에 쓰이고 있는 단어라는 사실(그렇기 때문에 국어사전이 집중적으로 出願에 관해서만 용례를 제시하고 있고, 심지어 이효석의 소설과 같은 고전에서도 이를 채용하고 있는 것일 것임)을 각각 확인할 수 있다. 원래는 다른 명사인 ‘출원’(出院 혹은 黜遠)과 마찬가지로 과거에는 잘 쓰이지 않았을 ‘출원(出願)’이란 단어가, 한국에서 특허법 등 지재권 제도의 역할이나 중요성이 근래에 급증함에 따라 일반인의 일상생활 속에서도 종전보다 훨씬 자주 등장하게 된 것이 이 글의 서두에서 언급한 일반인의 혼란을 낳은 근본원인일 수 있다. 즉 종전에 거의 쓰이지 않던 단어가 아니라 제법 일상생활에서 왕왕 접하는 단어가 되면서 일반인들로서는 여전히 생경함을 느끼고 아울러 혼란을 겪는 과도기적 현상이 지금 나타나고 있다고 볼 수도 있다. 앞으로 상당한 기간이 흐르면, ‘출원(出願)’이란 단어에 관해서도 일반인들이 정확히 뜻을 이해하여 혼동이 사라지게 될 상황을 맞을 수도 있을 것이다.

나아가 앞서 본 2번째 명사인 ‘출원(出願)’ 및 그 동사인 ‘출원하다’가 우리 국어에서, 항상 특허 등의 출원에만 국한하여 사용되는 것은 아니다. 이른바 ‘행정법상 특허’에 관해서도 국어사전은 염두에 두고 있다. 즉 우리 국어사전이 제시한 명사 중 ‘출원’이란 문구를 일부라도 포함한 것들이 무엇인지를 찾아보면, 다음과 같은 4가지 경우를 제시(무순, 無順)하고 있다.

『-출원공고 (出願公告): <법률> 특허권·실용신안권·상표권·의장권의 출원이 있을 때, 특허청이 특허 공보에 게재하여 공고하는 일.

-광업출원 (鑛業出願): <법률> 광업권을 설정하기 위하여 당국에 원서를 제출하

는 일.

-선배출원 (線排出元): <교통> 연도 주변의 상업 시설과 같이 연속적인 지점에서 교통 수요가 발생하는 것.

-특허출원 (特許出願): <법률> 새로운 공업적 발명을 한 사람이 국가에 대하여 그 특허를 요구하는 행위.』

이들 중 비법률용어인 ‘선배출원’¹²²⁾을 일단 논외로 하면, 법률용어로 쓰이는 출원(出願)은 더 많은 경우 우리 특허법 등 산업재산권법 상의 ‘출원’을 의미한다는 점에서 이 글의 주된 검토대상과 일치하지만, 일부에서는 ‘광업권을 설정하기 위하여 당국에 원서를 제출하는 일’을 가리킴으로써 이른바 ‘행정법상의 특허’를 의미하는 것으로 쓰이고 있음을 알 수 있다. ‘행정법상의 특허’에 관해서는 아래에서 더 상세히 살펴보기로 한다.

라. 일본에서 유래한 한자로서의 고찰

일본에서 ‘출원’ 즉, 出願(しゅつ-がん, 슈츠-간)이란 단어가 어떻게 쓰이고 있는지를 살펴보면¹²³⁾ 한국어에서와 달리 오직 하나의 명사로만 쓰이고 있음을 알 수 있다.¹²⁴⁾ 즉 ‘원서(願書)를 제출하는 것. 또는 어떤 기관에 대하여 인가·허가등을 청원하는(願い出る) 것. 예시: 특허를 출원하다[特許(とっきょ)を出願(しゅつがん)する]’라고 설명되어 있다. 덧붙여 일영사전(和英辞書)으로는 위 ‘出願’이 ‘application’에 대응하는 단어라고 이해되고 있다.¹²⁵⁾

결국 한국의 경우 현재까지도 ‘출원’에 관해 3가지의 서로 다른 명사가 존재하지만, 일본에서는 ‘출원’이란 용어와 관련하여 ‘出院’ 혹은 ‘黜遠’이란 용어는 존재하지 아니하며 오직 ‘出願’이란 단어만 사용되고 있고 그것조차도 주로 특허출원 등을 중심으로 활용되고 있음이 확인된다.¹²⁶⁾ 이런 차이점은 그냥 ‘출원’이란 단어가

122) 이것도 인터넷 검색엔진(Google을 활용함)에 의한 단어 검색시 아주 드물기는 하지만, 실제 쓰이는 단어임을 확인할 수 있다. 가령 “점배출원, 선배출원과 면배출원을 모두 고려하여, 기준성 대기오염물질 중 일차대기오염물질인 NO₂, SO₂, TSP, CO의 배출량을 산정 하였다.....”고 설명하는 문헌(송미영 등 3인, “대기오염 종합관리시스템 개발”, 위탁연구기관 인하대학교 및 건국대학교 용역보고서, 2001) 등.

123) 이에 관해서는 일본의 국영통신사 NTT 운영의 ‘Goo’가 제공하는 <<http://dictionary.goo.ne.jp/>> 참조.

124) 이렇게 오직 하나의 명사만이 쓰이고 있다는 점은 야후의 인터넷사전, <<http://dic.search.yahoo.co.jp/>>이나 Excite의 인터넷사전, <http://www.excite.co.jp/world/j_dictionary>을 보더라도 동일함을 확인할 수 있다.

125) 이상은 <<http://dictionary.goo.ne.jp/>> 참조.

등장할 때 어떤 의미의 명사로 쓰이는지 일부 혼란이 생길 수 있는 여지를 일본에서 크게 줄이는 역할을 하고 있음이 분명하다. 뿐만 아니라 일본에서 ‘出願’이란 단어는 아시아에서 근대국가로 가장 먼저 성공하며 서양의 법률용어를 처음 한자로 전환한 국가답게 이미 100년 이상의 오랜 사용연혁이 있는 것이므로¹²⁷⁾ 더욱 당해 용어의 의미 자체에 관해 혼란이 생길 여지가 크지 않을 것이다.

마. 보론(補論)-법학사전 등 법률용어 기준의 고찰

법률용어 차원에서 쓰이는 출원(出願)의 개념에 관하여 국어사전에만 의지하기보다 법학사전의 맥락에서도 살펴볼 필요가 있다. 하지만 이런 법학사전에서의 정의에 관한 접근은 결국 법학 일반에서 ‘출원’이 어떻게 취급되는지를 불가피하게 살펴야 하는 까닭에 후술하는 법률 전반의 체계적 검토와 상당부분 중복된다. 따라서 이런 중복을 피하기 위해 여기서는 간략히 말 그대로 법학사전[여기서는 현암사 간행, 『법률용어사전』(2014년 개정판)]에서 위 용어를 어떻게 취급하고 있는지에 국한하여 살펴보기로 한다.

위 법률용어사전에서는 ‘출원’이란 용어에 대해서는 오직 ‘출원(出願)’ 개념만을 설명하고 있다. 나아가 여기서 ‘출원(出願)’이란, 특허를 받기 위하여 특허를 받을 권리를 가진 자 또는 그 승계인이 소정의 원서를 작성하여 특허청장에게 제출하는 것을 말한다고 설명한다.¹²⁸⁾

그러나 이는 결국 특허법 등의 출원 개념만을 설명한 것이어서, 법학 전체에서는 행정법상의 특허 개념 논의에서도 출원 개념이 언급되고 있다거나¹²⁹⁾ 특정시험에 지원서를 내는 것처럼 ‘청원이나 원서를 냄’(위 국어사전에서 제시한 2번째 명사가 가진 의미)을 가리키는 경우도 우리 법령에서 ‘출원(出願)’이라고 칭하고 있음을 위 법학사전 편찬자가 누락한 것으로 보인다. 그 중 ‘청원이나 원서를 냄’을 뜻하는 문구로 사용되고 있는 실례들은 다음과 같다.

『변호사시험법 시행령 제2조, 제3조¹³⁰⁾

126) 다만 일본에서도 ‘출원’이란 단어가 특허 등 산업재산권 출원을 가리키는 것이 아닌 다른 뜻의 단어로 쓰일 수 있다. 가령 ‘사법시험 출원’(일본 사법시험법 시행규칙 제3조 등 참조)이 그런 예이다.

127) 이런 연혁에 관해서는 IV. ‘체외국에서의 출원 관련 용어 관련 동향’ 중 ‘4. 일본의 경우’부분 참조.

128) 현암사, 『법률용어사전』, 916면 참조.

129) 이에 관해서는 V. 3. 나. (1)부분 참조.

130) [시행 2014.6.30.] [대통령령 제25414호, 2014.6.30., 일부개정].

그 중 예시; “제2조(시험의 공고) ① 법무부장관은 「변호사시험법」(이하 “법”이라 한다) 제4조에 따라 변호사시험(이하 “시험”이라 한다)을 실시하려는 경우에는 그 시험일시, 시험장소, 시험방법, 시험과목, 응시자격, 출원절차, 합격자 발표의 일시 및 방법 등을 시험 실시 3개월 전까지 관보와 인터넷 홈페이지 또는 일간지 등에 공고하여야 한다.”』

변호사시험법 시행령 말고도 마찬가지로 뜻으로 출원용어를 사용하는 몇 가지 법령이 더 존재한다. 가령 병역을 이행하기 위한 지원절차를 가리키는 경우이다.

『병역법 제62조, 제64조¹³¹⁾』

그 중 예시; “제62조(가사사정으로 인한 제2국민역 편입 등) ① 현역병입영 대상자로서 제1호에 해당하는 사람은 원할 경우 제2국민역으로, 제2호에 해당하는 사람은 원할 경우 보충역으로 처분할 수 있다.....

③ 제1항에 따른 가족의 범위, 생계유지근란의 기준·출원시기, 전사자·순직자의 범위 및 전상·공상으로 인한 장애인의 범위 등에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다....”』

나아가, 법률용어사전은 누락하고 있지만 우리 법령에서는 심지어 국어사전에서 언급한 위 3가지 명사 이외의 새로운 뜻을 가진 명사처럼 ‘출원’이 쓰이고 있다. 그런 예는 다음과 같다.

『법무부와 그 소속기관 직제 시행규칙¹³²⁾ 제20조, 제21조』

그 중 예시; “제20조(소년원).... ⑦분류보호과장은 다음 사항을 분장한다....9. 위탁소년의 입원·출원·감호 및 호송”』

여기서 ‘출원’은 국어사전과 관련한 고찰에서 가장 첫 번째 명사로 쓰이는 ‘출원(出院)’과 큰 맥락에서는 상통하는 의미로 볼 수도 있지만 차이가 있다.¹³³⁾

요컨대, 우리 법률용어사전은 쉽게 ‘출원(出願)’을 특허법에 국한하여 사용되는 용어라고 단정하고 있으며 만일 그런 단정이 사실이라면 이번 연구 주제와 관련하여 특허법상의 출원이나 그와 비슷하게 같은 용어를 쓰고 있는 실용신안법 등만을 중심대상으로 삼아 용어변경을 고려하면 충분하였을 것이다. 하지만 위 예에서처럼

131) [시행 2015.7.1.] [법률 제12906호, 2014.12.30., 일부개정].

132) [시행 2015.12.1.] [법무부령 제857호, 2015.12.1., 일부개정].

133) 앞서 국어사전의 설명은 ‘등원’과 같은 의미만을 언급하고 있지만, 여기서는 ‘퇴원’의 뜻으로 쓰이고 있다.

한국의 전체 법제에서는 출원 용어가 전혀 다른 맥락에서 상이한 의미와 기능으로 등장하기도 한다는 사실을 인지한다면 ‘출원’용어를 다른 용어로 바꾼다는 것이 당초 생각만큼 간단한 작업이 충분히 짐작할 수 있을 것이다. 따라서 이 글의 이하에서는 지재법은 물론 우리 법률 전반에서 과연 ‘출원’ 용어가 어떻게 쓰이고 있는지, 피상적이 아닌 구체적이고 면밀하게 관찰해보고자 한다.

2. 특허법 등 지재법 내부에서 조문 상호간의 체계적 검토

가. 한국 지재법 전반에서 ‘출원’과 관련된 용어들의 사용현황 개관

(1) 출원용어가 쓰이고 있는 지재법 현황 개설

특허법·실용신안법·디자인보호법·상표법·식물신품종보호법 등 산업재산권 분야에 속하는 권리들은 ‘부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률’(이하, 부정경쟁방지법)의 경우를 제외하면 관할행정관청에 의한 설정등록이 있어야 권리가 발생한다.¹³⁴⁾ 그리고 권리의 등록을 받기 위해서는 출원 등의 행위가 반드시 필요하다.

여기서 ‘출원 등’이라고 모호하게 표현한 까닭은 이때 권리를 요청하는 행위를 가리키는 용어로 ‘출원’이 쓰이는 것이 보통이지만 이례적으로 다른 표현을 채용한 경우도 존재하기 때문이다. 우선 비교적 연한이 오래된 지재권 법률 중에서는 1993년 제정된 ‘반도체집적회로의 배치설계에 관한 법률’(이하, ‘회로배치설계법’이라고만 함)에서만 ‘배치설계권’에 관하여 ‘설정등록 신청’이라고 칭하고 있다. 아울러 ‘농수산물품질관리법’상의 ‘지리적표시권’의 경우도 ‘등록신청’이란 용어를 사용하고 있다. 다음 항목들에서 이를 좀 더 살펴본다.

(2) 출원과 다른 용어를 채용한 지재법 현황

(가) 회로배치설계법상의 배치설계권의 경우

먼저 회로배치설계법은 반도체집적회로의 보호에 관하여 종래 특허법의 보호가 몇 가지 면에서 부적절하다는 지적에 따라 일부 저작권법의 법리를 혼합하여 제정된 특별법이다. 가령 진보성이나 신규성 같은 요건을 요구하지 아니하는 대신 권리 보호를 위한 요건으로 오직 ‘창작성’ 요건을 규정하고 있다.¹³⁵⁾ 여기서 창작성은

134) 이때 중심이 되는 관할관청은 물론 특허청이지만, 항상 특허청이 담당하는 것은 아니다. 가령 식물신품종보호법에 따른 품종보호권의 출원에 있어 그 심사등록을 담당하는 기관은 ‘농림축산식품부장관 또는 해양수산부장관’이다(동법 제30조 제1항 참조).

“통상적이 아닌 배치설계”이면 일응 충족된다.¹³⁶⁾ 이런 입장은 미국에서 1984년 제정되어 운영되고 있는 반도체칩 보호법(Semiconductor Chip Protection Act, SCPA)의 태도를 수용한 것으로 1993년 제정되었다. 당초 기대와 달리 아직 한국에서 관련 분쟁이 거의 등장하지 않아 회로배치설계법은 그다지 주목받지 못하고 있는 상황이다. 이런 상황은 미국에서도 엇비슷하다.

어쨌든 동법 제5조의2¹³⁷⁾에서 특허법의 규정을 준용하도록 정하는 가운데 “특허출원서는 설정등록신청서로....본다”고 규정한데 이어, 제19조¹³⁸⁾, 제20조¹³⁹⁾, 제21조¹⁴⁰⁾에서 ‘출원’이란 용어 대신 아니라 ‘(설정)등록신청’이란 용어를 채택하고 있

135) 제6조(배치설계권의 발생) 배치설계권은 창작성이 있는 배치설계를 제21조제1항에 따라 설정 등록함으로써 발생한다.

136) ““창작”이란 배치설계 제작자의 지적(知的) 노력의 결과로 통상적이 아닌 배치설계를 제작하는 행위를 말한다. 이 경우 통상적인 배치설계 요소의 조합으로 구성된 경우라도 전체적으로 볼 때 통상적이 아닌 배치설계를 제작하는 행위는 창작으로 본다.”(동법 제2조 제3호).

137) 제5조의2(「특허법」의 준용) 제21조제1항에 따른 배치설계권의 설정등록 신청이나 그 밖의 절차에 관하여는 「특허법」 제28조의2부터 제28조의5까지의 규정을 준용한다. 이 경우 “특허에 관한 절차”는 “배치설계권의 설정등록 신청이나 그 밖의 절차”로, “특허청 또는 특허심판원”은 “특허청”으로, “특허청장 또는 특허심판원장”은 “특허청장”으로, “특허출원서”는 “설정등록신청서”로, “특허청장-특허심판원장-심판장-심판관-심사장 또는 심사관”은 “특허청장”으로 본다.

138) 제19조(배치설계권의 설정등록 신청) ① 배치설계를 창작한 자 또는 그 승계인(이하 “창작자”라 한다)은 영리를 목적으로 그 배치설계를 최초로 이용한 날부터 2년 이내에 특허청장에게 그 배치설계권의 설정등록을 신청할 수 있다.

② 제1항에 따라 배치설계권의 설정등록을 신청하려는 자는 대통령령으로 정하는 바에 따라 설정등록 신청서와 이에 첨부되는 자료(이하 “신청서등”이라 한다)를 제출하여야 한다.

139) 제20조(설정등록 신청의 거절) ① 특허청장은 배치설계권 설정등록 신청이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 그 설정등록 신청을 거절하여야 한다.

1. 신청인이 창작자가 아닌 경우
 2. 배치설계권이 2명 이상의 공유인 경우에 공유자 전원이 공동으로 배치설계권 설정등록 신청을 하지 아니한 경우
 3. 제19조제1항에 따른 기간이 지난 경우
 4. 그 밖에 배치설계권 설정등록 신청에 필요한 첨부자료를 제출하지 아니하는 등 대통령령으로 정하는 사유에 해당하는 경우
- ② 특허청장은 제1항에 따라 신청을 거절한 경우에는 지체 없이 그 이유를 구체적으로 밝혀 신청인에게 문서로 알려야 한다.

140) 제21조(설정등록 및 공시) ① 특허청장은 제19조제1항에 따른 배치설계권의 설정등록에 대한 신청이 있는 경우 제20조제1항에 따라 신청을 거절하는 경우를 제외하고는 설정등록을 하여야 한다.

- ② 제1항에 따른 설정등록은 특허청장이 배치설계 등록원부에 기록함으로써 행한다.
- ③ 특허청장은 제1항에 따른 설정등록을 한 경우에는 배치설계권자에게 배치설계등록증을 발급하고 이를 공시하여야 한다.
- ④ 배치설계권의 설정등록을 신청할 때의 기재사항, 배치설계등록증의 발급, 배치설계 등록사항의 공시, 배치설계 등록원부의 기재사항, 배치설계 등록원부의 열람 및 사본 발급의 청구 등 배치설계의 설정등록에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

다. 이런 설정등록신청을 접수하여 등록절차를 관장하는 것은 특허청이지만, 특허권·상표권 등 전형적인 산업재산권의 경우와 다르게 배치설계권의 등록거절이나 등록무효에 관하여는 심판 등의 절차가 규정되어 있지 아니하다는 특색이 있다.

회로배치설계법에서 왜 굳이 ‘출원’이란 용어를 피하였는지에 관해서는 입법자료가 분명하게 언급하고 있지 않아 정확한 이유를 확인하기는 어렵지만, 특허법 등과 그 성질에 차이가 있는 점, 절차 면에서도 심판 등이 존재하지 않는다는 것이 저작권과 일맥상통하는 점이 고려된 결과일 수 있다. 아울러 바로 아래 설명처럼 일본의 특별법에서 먼저 취한 용어에도 영향을 미쳤을 것이다.

참고로 일본의 대응법률인 현행 ‘반도체집적회로의 회로배치에 관한 법률(半導体集積回路の回路配置に関する法律)¹⁴¹⁾에서도 ‘회로배치이용권(回路配置利用權)’의 등록을 요청하는 행위를 ‘(설정등록)신청’이라고 호칭하고 있다. 가령 제8조에서는 ‘경제산업대신(經濟産業大臣)은 설정등록신청이 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 것이 신청서 및 첨부 도면 기타 자료에 의해 명백한 경우 당해 설정등록신청을 각하하지 않으면 안 된다.’는 취지로 규정하고 있다.¹⁴²⁾ 일본의 위 법률은 미국이 SCPA를 입법한 바로 다음해(1985년)에 제정¹⁴³⁾된 오랜 연혁이 있고, 그보다 나중인 1993년 입법된 우리의 회로배치설계법은 일본의 위 법률과 여러 면에서 세세하게 흡사한 점에 비추어 우리 입법자가 일본 입법자의 태도를 그대로 수용한 것일 가능성이 크다.

(나) 농수산물품질관리법상의 지리적표시권의 경우

다음으로 2009. 6. 9. 개정된 구 ‘농수산물품질관리법’은 동 법률에서 종전부터 보호하여오던 지리적표시 제도를 이른바 ‘지리적표시권’이라는 새로운 지재권의 하나로 격상시켰다. 제2조 제10호에서 ““지리적표시권”이란 이 법에 따라 등록된 지리적표시(동음이의어 지리적표시를 포함한다. 이하 같다)를 배타적으로 사용할 수 있는 지식재산권을 말한다.”고 아예 명시하고 있는 것이다. 2011. 7. 21.에 이르러 위 법률은 독립된 수산물품질관리법과 통합되어 현행 ‘농수산물품질관리법’으로 이어지고 있다.

이런 지리적표시권의 등록을 요청하는 행위에 관하여 입법자는, ‘출원’이 아니라

141) 平成26年6月13日 法律第六九号.

142) 이런 경우로, 신청자가 창작자등이 아닌 경우 등이 제1호 내지 제3호에 열거되어 있다.

143) 昭和60年5月31日 法律第四十三号.

‘등록신청’이란 용어를 취하고 있다. 가령 동법 제41조에서는 지리적표시의 보호에 관하여 특허법의 관련규정을 준용하도록 규정하는 가운데 제3항에서 “제1항의 경우(제1항에서 규정한 대로 다양한 특허법 규정들을 준용하는 경우를 가리킴; 筆者註) ‘특허’는 ‘지리적표시’로, ‘출원’은 ‘등록신청’으로, ‘특허권’은 ‘지리적표시권’으로....본다”고 명시하여 ‘출원’이란 용어가 본법의 ‘등록신청’에 대응하는 용어임을 정하고 있다(그 외에 동법 제32조 제4항¹⁴⁴⁾ 참조).

뿐만 아니라 지리적표시권은 그 등록의 담당관청이 특허청이 아니라 ‘농림축산식품부장관 또는 해양수산부장관’이라는 점도 특허권·상표권 등 전형적인 산업재산권의 경우와 다르다(동법 제32조 제1항 참조). 다만 회로배치설계법의 경우 등록거절이나 등록의 효력 등을 다투는 심판절차가 존재하지 아니함에 반하여, 농수산물품질관리법에서는 ‘지리적표시심판위원회’를 창설하여 그 심판을 수행하게 하였고(동법 제42조 참조) 나아가 심결에 대한 소송은 특허법원의 전속관할로 규정하고 있어(동법 제54조 제1항) 그 점에서는 특허법 등과 일부 공통된 성질을 가지고 있다.

사실 새롭게 창설된 ‘지리적 표시권’은 이미 오래전부터 상표법에서 인정하던 지리적표시 단체표장 제도와 상당부분 중복되어 그 이동(異同)이 지금까지 줄곧 학자들로부터 검토되고 있다. 성질상 상표법상의 위 제도와 실질적인 차이가 없음에도 단지 그 보호대상이 농림축산부와 해양수산부 관할에 속하는 것이라는 이유로 굳이 지재권 보호제도를 분리한 것이어서 장기적으로 상표법의 관련 규정들과 통합함이 바람직하다는 지적도 제기되고 있다. 어찌되었든 농수산물품질관리법 입법자는 위에서 설명한 몇 가지 차이점을 중시하여 상표법의 ‘출원’과 다른 용어를 취한 것으로 사료된다.

(다) 저작권의 경우

나아가 출원 등이 필요한 특허법 등이 속한 산업재산권법과는 대조적이지만 우

144) 제32조(지리적표시의 등록) ① 농림축산식품부장관 또는 해양수산부장관은 지리적 특성을 가진 농수산물 또는 농수산가공품의 품질 향상과 지역특화산업 육성 및 소비자 보호를 위하여 지리적표시의 등록 제도를 실시한다.

.....(중간생략) ④ 농림축산식품부장관 또는 해양수산부장관은 제3항에 따라 등록 신청을 받으면 제3조제6항에 따른 지리적표시 등록심의 분과위원회의 심의를 거쳐 제9항에 따른 등록거절 사유가 없는 경우 지리적표시 등록 신청 공고결정(이하 "공고결정"이라 한다)을 하여야 한다. 이 경우 농림축산식품부장관 또는 해양수산부장관은 신청된 지리적표시가 「상표법」에 따른 타인의 상표(지리적 표시 단체표장을 포함한다. 이하 같다)에 저촉되는지에 대하여 미리 특허청장의 의견을 들어야 한다.

리 저작권법에서도 일정한 예외적 사안에서는 권리의 등록이 필요하다. 그리고 그런 등록절차에서 권리자의 등록 요청행위에 관하여 ‘출원’이 아니라 ‘신청’이란 용어를 채용하고 있다. 제55조가 그러하다.

『제55조(등록의 절차 등) ① 제53조 및 제54조에 따른 등록은 문화체육관광부장관이 저작권등록부(프로그램의 경우에는 프로그램등록부를 말한다. 이하 이 조에서 같다)에 기재하여 행한다.

② 문화체육관광부장관은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 신청을 반려할 수 있다. 다만, 신청의 흠결이 보정될 수 있는 경우에 신청인이 당일 이를 보정하였을 때에는 그러하지 아니하다.

1. 등록 신청한 사항이 등록할 것이 아닌 때

2. 등록 신청이 문화체육관광부령으로 정한 서식에 적합하지 아니하거나 그 밖의 필요한 자료 또는 서류를 첨부하지 아니한 때

③ 문화체육관광부장관은 제1항의 규정에 따라 저작권등록부에 기재한 등록에 대하여 등록공보를 발행하거나 정보통신망에 게시하여야 하며, 신청한 자가 있는 경우에는 저작권등록부를 열람하게 하거나 그 사본을 교부하여야 한다.

④ 제1항 내지 제3항의 규정에 따른 등록, 등록신청의 반려, 등록공보의 발행 또는 게시, 저작권등록부의 열람 및 사본의 교부 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.』

(3) 그 외의 지재법 법령들 중 ‘출원’용어가 쓰인 경우

특허법·실용신안법·디자인보호법·상표법·식물신품종보호법 등 지재권에 관한 형식적의미의 법률들 중 ‘출원’이란 용어를 정식으로 채용한 법률에 있어서는, 그 하위 법령인 시행령 및 시행규칙에 있어서도 거의 당연하게 ‘출원’이란 용어가 마찬가지로 등장한다. 이번 용역발주자인 특허청은 이런 하위법령의 내용을 비교적 소상하게 파악하고 익숙하게 운영하는 지위에 있을 것이므로, 그 조문의 상세한 내용에 관해서는 더 상세한 설명이 필요 없을 것이다.

그렇지만 특허법·실용신안법·디자인보호법·상표법·식물신품종보호법 등 ‘출원’이란 용어 채용과 관련하여 언급한 지재법이 아니라도 다음과 같이 널리 지재법에 속한다고 볼 수 있는 하위법령들이 존재한다. 이것들은 아무래도 자주 언급되는 법령이 아니므로 앞서의 경우와 달리 소상하게 그 문구를 살펴볼 필요가 있다. 이런 고찰에 있어 편의상 법령 명칭의 [가나다순]을 기준으로 제시해보기로 한다.

공무원 직무발명의 처분·관리 및 보상 등에 관한 규정¹⁴⁵⁾ 제2조, 제4조, 제7조
내지 제9조, 제13조 내지 제15조, 제17조, 제18조, 제21조,
제23조

그 중 예시; “제2조(용어의 정의) 이 영에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. ‘직무발명’이란 공무원(국가공무원을 말한다. 이하 같다)이 그 직무에 관하여 발명한 것이 성질상 국가의 업무 범위에 속하고 그 발명을 하게 된 행위가 공무원의 현재 또는 과거의 직무에 속하는 발명을 말한다.

4. “처분”이란 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 것을 말한다.

가. 국유특허권 또는 특허출원 중인 직무발명에 대하여 특허를 받을 수 있는 권리의 매각

다. 특허출원 중인 직무발명에 대한 전용실시 또는 통상실시를 내용으로 하는 계약”

공무원 직무발명의 처분·관리 및 보상 등에 관한 규정 시행규칙¹⁴⁶⁾

“제12조(처분결과의 통지) 영 제14조 제3항에 따라 발명기관의 장이 특허출원 중인 직무발명에 대하여 특허를 받을 수 있는 권리를 처분하거나 수탁기관의 장이 국유특허권을 처분한 결과를 특허청장에게 통지할 때에는 계약서 사본과 다음 각 호의 사항을 적은 서면을 함께 제출하여야 한다.

1. 출원 중인 직무발명의 내용 또는 국유특허권의 내용....”

농수산물품질관리법 제32조, 제34조, 제41조, 부칙 제11조(*앞서 보았듯이 지리적표시권에 관해서는 ‘출원’ 대신 ‘등록신청’용어를 취하고 있지만, 지리적표시권과 상표권의 조정을 규정한 조항에서 상표 출원에 관해 규정하고 있음)

그 중 예시; “제32조(지리적표시의 등록)....

145) [시행 2013.3.23.] [대통령령 제24439호, 2013.3.23., 타법개정].

146) [시행 2011.10.7.] [지식경제부령 제205호, 2011.10.7., 일부개정].

⑨ 농림축산식품부장관 또는 해양수산부장관은 제3항에 따라 등록 신청된 지리적표시가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 등록의 거절을 결정하여 신청자에게 알려야 한다....

2. 「상표법」에 따라 먼저 출원되었거나 등록된 타인의 상표와 같거나 비슷한 경우”

반도체집적회로의 배치설계에 관한 법률(*앞서 보았듯이 회로배치설계권에 관해서는 ‘출원’ 대신 ‘설정등록신청’용어를 취하고 있지만, 동 법률 및 시행규칙이 특허법을 준용하는 규정에서 ‘출원’용어가 등장함)

“제5조의2(「특허법」의 준용) 제21조제1항에 따른 배치설계권의 설정등록 신청이나 그 밖의 절차에 관하여는 「특허법」 제28조의2부터 제28조의5까지의 규정을 준용한다. 이 경우특허출원서”는 “설정등록신청서”로본다.”

반도체집적회로의 배치설계에 관한 법률 시행규칙¹⁴⁷⁾ 제18조 및 제24조

그 중 예시; “제18조(「특허법 시행규칙」의 준용) 배치설계에 관한 절차에 있어서는 「특허법 시행규칙」 제1조의2, 제2조부터 제3조의2까지, 제8조부터 제9조까지, 제9조의3부터 제9조의9까지의 규정을 준용한다. 이 경우 “특허”는 “배치설계”로, “출원”은 “설정등록신청”으로, “출원인” 및 “출원인등”은 “신청인”으로, “특허청” 및 “특허심판원”은 “특허청”으로, “특허심판원장”, “심판장”, “심판관”, “심사장” 및 “심사관”은 “특허청장”으로, “출원인코드”는 “신청인코드”로 본다.”

발명진흥법 제16조, 제19조, 제25조, 제26조의2, 제27조, 제40조, 제41조, 제43조의2, 제50조의3, 제55조¹⁴⁸⁾

그 중 예시; “제16조(출원 유보시의 보상) 사용자등은 직무발명에 대한 권리를 승계한 후 출원(出願)하지 아니하거나 출원을 포기 또는 취하하는 경우에도 제15조에 따라 정당한 보상을 하여야 한다. 이 경우 그 발명에 대한 보상액을 결정할 때에는 그 발명이 산업재산권으로 보호되었던

147) [시행 2013.3.23.] [산업통상자원부령 제3호, 2013.3.23., 타법개정].

148) [시행 2015.11.19.] [법률 제13309호, 2015.5.18., 일부개정].

라면 종업원등이 받을 수 있었던 경제적 이익을 고려하여야 한다.”

동 시행령¹⁴⁹⁾ 제2조, 제9조의4, 제11조, 제27조

그 중 예시: “제2조(발명진흥보조금의 지급 대상) 특허청장은 법 제4조 제1항에 따라 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사업에 대하여 발명진흥보조금(이하 "보조금"이라 한다)을 지급할 수 있다.... 6. 발명과 관련된 국내외 산업재산권 분쟁 및 해외출원·등록비용의 지원....”

식물신품종 보호법에 따른 품종보호료 및 수수료 징수규칙¹⁵⁰⁾ 제8조, 제10조

그 중 예시: “제8조(품종보호 출원 등에 관한 수수료) 법 제30조에 따른 품종보호의 출원 등에 관하여 법 제125조제1항(제4호 및 제8호는 제외한다)에 따라 납부해야 하는 수수료는 다음 각 호와 같다.

1. 품종보호관리인의 선임등록 또는 변경등록 수수료: 품종당 5천5백 원
2. 품종보호 출원수수료: 품종당 3만8천원”

약사법¹⁵¹⁾

“제50조의2(의약품에 관한 특허권의 등재) ① 제31조제2항 및 제3항에 따른 품목허가 또는 같은 조 제9항에 따른 품목에 관한 변경허가(이하 "품목허가 또는 변경허가"라 한다)를 받은 자는 식품의약품안전처장이 품목허가 또는 변경허가를 받은 의약품에 관한 특허권(이하 "의약품특허권"이라 한다)을 등재·관리하는 의약품 특허목록(이하 "특허목록"이라 한다)에 의약품특허권의 등재를 신청할 수 있다....

④ 식품의약품안전처장은 제1항에 따라 등재를 신청하거나 제3항에 따라 등재 신청서 내용의 변경을 신청한 의약품특허권이 다음 각 호의 대상 및 요건을 모두 충족하는 경우에는 의약품의 명칭, 특허권자등의 인적사항, 특허번호, 특허존속기간 등 총리령으로 정하는 사항을 특허목록에 등재하고, 이를 인터넷 홈페이지에 공개하여야 한다....

149) [시행 2015.11.19.] [대통령령 제26647호, 2015.11.18., 일부개정].

150) [시행 2015.12.10.] [농림축산식품부령 제178호, 2015.12.10., 일부개정] 및 [시행 2015.12.10.] [해양수산부령 제169호, 2015.12.10., 일부개정].

151) [시행 2015.10.1.] [법률 제13320호, 2015.5.18., 일부개정].

3. 해당 의약품의 품목허가일 또는 변경허가일 이전에 「특허법」 제42조에 따라 출원되었을 것....”

종자산업법 제16조, 제38조(*2012. 6. 개정 등으로 종전 종자산업법에서 보호하던 식물신품종에 관해 새로 ‘식물신품종보호법’이 제정되며 독립되었고 이 법률은 특허법과 마찬가지로 ‘출원’용어를 취한 전형적 지재권법에 속하지만, 그런 독립 당시 종자산업법은 ‘국가품종목록의 등재’라는 지재권 유사 제도를 창설하면서 이에 관해 식물신품종보호법의 출원 등에 관한 규정을 준용하도록 정하고 있음)

- 그 중 예시; “제16조(품종목록의 등재신청)...② 제1항에 따라 품종목록에 등재신청하는 품종은 1개의 고유한 품종명칭을 가져야 한다.
③ 제2항에 따른 품종명칭의 출원, 등록, 이의신청, 명칭 사용 및 취소 등에 관하여는 「식물신품종 보호법」 제106조부터 제117조까지의 규정을 준용한다.”

특허권 등의 등록령 시행규칙¹⁵²⁾ 제13조, 제27조 내지 제33조, 제35조 내지 제38조, 부칙 제2조 내지 제4조

- 그 중 예시; “제13조(등록 관련 신청 서식 등) ① 등록 관련 신청 서식은 다음 각 호의 구분과 같다....⑫ 「특허법 시행규칙」 제9조 제2항에 따른 출원인코드를 부여받은 법인인 등록명의인은 특허청장이 정하는 「전자정부법」 제9조 제2항 및 제3항에 따른 전자민원창구를 통하여 등록명의인 표시의 법인 명칭 또는 영업소의 소재지에 대한 변경을 신청할 수 있다.”

특허권의 수용·실시 등에 관한 규정¹⁵³⁾ 제2조, 제3조 내지 제5조, 제7조, 제8조

- 그 중 예시; “제2조(처분의 신청) ① 주무부장은 특허출원한 발명이 「특허법」(이하 "법"이라 한다) 제41조 제2항¹⁵⁴⁾에 해당하는 것이라고 인정하거나 특허발명이 법 제106조 제1항 또는 제106조의2 제1항에 해당하

152) [시행 2014.7.1.] [산업통상자원부령 제60호, 2014.6.25., 일부개정].

153) [시행 2012.1.6.] [대통령령 제23488호, 2012.1.6., 타법개정].

154) 제41조(국방상 필요한 발명 등) ② 정부는 특허출원된 발명이 국방상 필요한 경우에는 특허를 하지 아니할 수 있으며, 전시·사변 또는 이에 준하는 비상시에 국방상 필요한 경우에는 특허를 받을 수 있는 권리를 수용할 수 있다.

는 것이라고 인정할 때에는 특허청장에게 해당 규정에 따른 처분을 신청할 수 있다.”

특허료 등의 징수규칙¹⁵⁵⁾ 제2조 내지 제8조, 제10조 내지 제12조, 부칙 제2조 내지 제4조

그 중 예시: “제2조(특허료 및 특허 관련 수수료) ① 「특허법」 제82조 제1항에 따른 출원 관련 수수료는 다음 각 호와 같다.

1. 특허출원료

가. 출원서를 「특허법 시행규칙」 제1조의2제2호의 규정에 따른 전자문서(이하 "전자문서"라 한다)로 제출하는 경우: 매건 4만6천원

나. 출원서를 서면으로 제출하는 경우: 매건 6만6천원에 출원서의 첨부서류 중 명세서, 도면 및 요약서의 합이 20면을 초과하는 경우 초과하는 1면마다 1천원을 가산한 금액”

특허청과 그 소속기관 직제¹⁵⁶⁾ 제8조, 제13조 내지 제18조, 제27조

그 중 예시: “제8조(심사품질담당관) ① 심사품질담당관은 3급 또는 4급으로 보한다. ② 심사품질담당관은 다음 사항에 관하여 차장을 보좌한다.

1. 특허출원과 실용신안·디자인·상표 등록출원의 심사업무에 관한 평가기준의 마련 및 조정....”

특허청과 그 소속기관 직제 시행규칙¹⁵⁷⁾ 제10조 내지 제15조, 제18조, 부칙 제2조

그 중 예시: “부칙 <산업통상자원부령 제109호, 2015.1.6.>....제2조(총액 인건비제로 신설한 기구의 존속기간) 이 규칙 시행 당시 「행정기관의 조직과 정원에 관한 통칙」 제29조에 따라 총액인건비제로 활용·운영되고 있는 산업재산정책국의 산업재산창출전략팀과 특허심사기획국의 국제특허출원심사2팀은 이 규칙 시행일부터 3년이 되는 날까지 존속한다.”

155) [시행 2015.11.1.] [산업통상자원부령 제161호, 2015.10.29., 일부개정].

156) [시행 2015.11.26.] [대통령령 제26664호, 2015.11.26., 일부개정].

157) [시행 2015.11.30.] [산업통상자원부령 제167호, 2015.11.30., 일부개정].

(4) 정리(지재권 분야 법령에서 ‘출원’ 용어가 등장하는 경우들)

널리 지재법에 속한다고 볼 수 있는 법령 중에서 가장 전형적으로 언급되는 특허법, 실용신안법, 상표법, 디자인보호법 등 이른바 기본4법은 물론이고, 식물신품종보호법까지 총 5개의 법률에서는 그 시행령, 시행규칙까지 모두 ‘출원’이라는 용어를 채용하고 있는 상황이다.

또한 농수산물품질관리법의 경우 형식적 의미의 법률에서, ‘회로배치설계법’(정식명칭은, ‘반도체집적회로의 배치설계에 관한 법률’)은 형식적 의미의 법률 및 그 시행규칙에서 특허법이나 상표법의 출원 제도를 언급하는 과정에서 각각 ‘출원’이란 용어가 등장하고 있다.

나아가 그 외에도 다음과 같은 지재권 법령에서 ‘출원’이란 용어가 등장하고 있다.

- 공무원 직무발명의 처분·관리 및 보상 등에 관한 규정(대통령령)
- 공무원 직무발명의 처분·관리 및 보상 등에 관한 규정 시행규칙
- 발명진흥법 및 그 시행령
- 식물신품종 보호법에 따른 품종보호료 및 수수료 징수규칙
- 약사법
- 종자산업법
- 특허권 등의 등록령 시행규칙
- 특허권의 수용·실시 등에 관한 규정(대통령령)
- 특허료 등의 징수규칙(부령)
- 특허청과 그 소속기관 직제(대통령령)
- 특허청과 그 소속기관 직제 시행규칙(부령)

이상과 같이 현재 지재법에 속한 법령들 중 개정되어야 할 대상은 형식적 의미의 법률이 10개¹⁵⁸⁾, 시행령이 9개, 시행규칙이 11개였다.

나. 특허법 중심의 용어 사용현황 검토

(1) 서설

이 글 서두에서 전제한 대로 당초 ‘출원’이란 용어의 부적절성 및 용어변경 필요

158) 위 본문에서 언급한 순서대로 보자면 특허법, 실용신안법, 상표법, 디자인보호법, 식물신품종보호법, 농수산물품질관리법, 회로배치설계법, 발명진흥법, 약사법, 종자산업법을 가리킨다.

성이 일부 논자들에 의하여 제기된 것은 특허법상 ‘출원’이란 용어를 마치 특허등록까지 마친 것처럼 혼동시켜 소비자들로부터 부당한 신뢰를 얻고자하는 행태로부터 출발하였다. 따라서 이 글의 이 부분에서 우리 법제상 ‘출원’이나 관련용어들의 사용현황을 고찰함에 있어 우리 특허법이 집중적인 고찰의 대상이 되어야 할 것이다. 이를 자세히 살펴보면 다음과 같다.

(2) 출원 용어의 사용 현황

‘출원’이란 용어는 특허법의 제정 당시부터 지금까지 줄곧 사용된 용어로 특허법 내부에서 ‘특허’라는 용어 다음으로 자주 등장하는¹⁵⁹⁾ 단어이다. 우리 특허법에서 ‘출원’이란 용어는 무려 882곳¹⁶⁰⁾에 등장한다. 이는 만일 용어가 변경될 경우 특허법의 전면개정에 가까운 큰 변화가 있게 된다는 의미이기도 하다. 실질적 내용의 변경은 크지 않을지 몰라도 기존에 익숙한 모든 조문의 내용이 거의 빠짐없이 바뀌게 되는 것이다.

아래 다양한 문구들은 우리 특허법에서 ‘출원’이란 문구 자체 혹은 그것이 포함된 용어가 등장하는 예를 법률 앞부분에 등장하는 순서 등을 기준으로 정렬해 본 것이다. 이는 명사를 중심으로 모은 것이다. 가령 ‘출원’이란 명사가 다양한 조사와 결합하여 ‘출원한’(제29조 제3항¹⁶¹⁾)과 같이 변형을 이루는 경우가 있지만, 이 글의 목적상 ‘출원’ 명사가 주는 의미의 혼란가능성, 나아가 그것을 다른 적절한 명사로 교체함이 타당한지가 중요할 뿐 조사에 따른 변형은 중요하다고 볼 수 없으므로 논외로 한다.

-특허법상 등장하는 ‘출원’ 관련 용어들 일람-	
<특허법 상 등장순서 기준의 정렬>	<가나다 기준의 정렬>
출원(제3조 등)	공동출원(제44조 등)
출원심사(제4조 등)	국제출원(제28조 제2항 등)

159) 특허는 1347번, 출원은 882번, 청구는 346번, 발명이 242회 등의 빈도로 등장한다.

160) 어쨌든 이는 ‘특허출원’, ‘출원인’ 등 다른 단어와 결합된 조어로 등장하는 것도 포함한 수치이지만, 부칙 부분은 모두 제외하고 산정한 수치이다.

161) “특허출원한 발명이 다음 각 호의 요건을 모두 갖춘 다른 특허출원의 출원서에 최초로 첨부된 명세서 또는 도면에 기재된 발명과 동일한 경우에 그 발명은 제1항에도 불구하고 특허를 받을 수 없다. 다만, 그 특허출원의 발명자와 다른 특허출원의 발명자가 같거나 그 특허출원을 출원한 때의 출원인과 다른 특허출원의 출원인이 같은 경우에는 그러하지 아니하다.”

특허출원(제6조 등)	국제출원번호(제203조 제1항 등)
연장등록출원(제6조 등)	국제출원일(제29조 제6항 등)
특허출원서(제16조 등)	국제특허출원(제55조 제6항 등)
출원서(제28조 등)	변경출원(제53조 등)
국제출원(제28조 제2항 등)	분할출원(제52조 등)
특허출원일(제29조 제3항 등)	선출원(제36조 등)
출원공개(제29조 제3항 등)	실용신안등록출원(제29조 제4항 등)
실용신안등록출원(제29조 제4항 등)	연장등록출원(제6조 등)
국제출원일(제29조 제6항 등)	연장등록출원인(제90조 제1항 등)
선출원(제36조 등) ¹⁶²⁾	외국어특허출원(제42조의3 등)
특허출원인(제36조 제6항 등)	출원(제3조 등)
외국어특허출원(제42조의3 등)	출원공개(제29조 제3항 등)
공동출원(제44조 등)	출원번호(제54조 제4항 등)
분할출원(제52조 등)	출원서(제28조 등)
변경출원(제53조 등)	출원서류(제87조 제5항 등)
출원일(제54 제2항 등)	출원심사(제4조 등)
출원번호(제54조 제4항 등)	출원일(제56조 제1항 등)
국제특허출원(제55조 제6항 등)	특허출원(제5조 등)
출원서류(제87조 제5항 등)	특허출원서(제16조 등)
연장등록출원인(제90조 제1항 등)	특허출원인(제36조 제6항 등)
국제출원번호(제203조 제1항 등)	특허출원일(제29조 제3항 등)

(3) 출원 이외 그에 대응할 만한 용어(신청) 등이 등장하는지

출원 용어의 적절성 및 그 변경가능성을 검토하는 이 글에서는 특허법에서 등장하는 다른 법률용어들 중 그와 엇비슷한 용어가 있는지에 관하여도 살펴보아야 할 것이다. 왜냐하면 만일 ‘출원’용어를 변경할 필요성이 인정되어 그렇게 변경까지 하였는데 특허법상에 이미 존재하는 기존의 다른 용어와 중복되거나 하여 새로운 혼란이 생겨서는 곤란하기 때문이다.

이런 견지에서 볼 때, 앞서 ‘출원(出願)’이란 용어의 국어적 의미는 ‘청원이나 원

162) 이 용어는 동일한 듯 보이지만 제55조 제1항에 등장하는 ‘선출원’과는 상이한 용어이다. 이 점에 관해서는 VI. 3. 나. (2) 부분의 관련 설명 참조.

서를 냄'을 뜻하며 아울러 법학적 의미는 '특허를 받기 위하여 특허를 받을 권리를 가진 자 또는 그 승계인이 소정의 원서를 작성하여 특허청장에게 제출하는 것'을 의미한다고 설명하였으므로, 그와 비슷한 의미를 가진 용어로는 '개인 혹은 기업이 특허청장 등을 상대로 일정한 서류를 내거나 요청하는 행위' 정도를 개념으로 포착하고 있는 다른 문구가 있는지 살펴보아야 할 것이다.

이런 시각에서 찾아보면 '신청'이나 그것을 변형한 문구들, 또한 '청구'나 그것을 변형한 문구들, 나아가 '특허에 관한 절차를 밟는'과 같은 문구를 특허법에서 쓰고 있음을 발견할 수 있다. 특허법상 이런 용례를 정리해보면 아래 도표들과 같다.

이 도표들 중 '신청' 문구의 관련 용례는 특허법에서 사용되고 있는 제6조부터 제224조의3내지5의 각 경우를 모두 추출하는 등 빠짐없이 아래에 언급하였다. 후술하듯이 '출원'과 여러 면에서 가장 밀접한 용어임을 고려한 것이다. 반면 나머지 문구들에 관한 아래 도표의 정리는 특허법에 쓰이고 있는 용례들 중 일부 예시일 뿐이다. '청구'의 경우 총 346번 등장하며, '특허에 관한 절차를 밟는'과 같거나 비슷한 문구는 총 41번 등장하고 있다.

어쨌든 아래 조사결과에 비추어 '청구'는 '출원'만큼은 아니어도 수백 군데에서 등장하는 빈출용어여서 '출원'이 '청구'로 대체되는 경우 불가피하게 중복이 발생할 염려가 있는 듯하다. 그런 면에서 '신청'이 더 안전하다. '신청'이란 용어가 '출원'과 왜 밀접하며 대체어로 가장 유력한지 나머지 이유들에 관해서는 아래 해당부분에서 설명하기로 한다. '청구'의 경우 법원에서의 소송절차에서는 널리 쓰이지만 행정절차에서는 아주 드물게 쓰이는 용어라는 점(특허법에서도 특허청의 절차에 관해 '심사청구'나 '심판청구'와 같이 드물게 쓰고 있음)이 '출원'의 향후 대체어로 쓰이는 데 장애가 될 수 있다. 한편 '특허에 관한 절차를 밟는'이란 용어는 일단 서술형이어서 '출원'이란 명사의 대체가 되기 어려운 성질인데다 아래 쓰인 예에서 보듯이 출원이나 청구 등 특허법상 광범위한 절차적 행위를 모두 망라한 상위개념의 용어에 해당하여 '출원'의 대체어로 적절치 않은 면이 있다.

-특허법상 등장하는 '신청' 관련 용어들 일람-
<'신청' 자체가 쓰인 경우들>
제6조 대리권의 범위에 '신청의 취하' 등이 포함됨을 확인한 조항 제28조의2 특허절차를 밟는 자는 특허청장 등에게 자신의 고유번호 부여를 신

청하여야 한다고 정한 조항

제64조 출원공개의 신청 조항

제81조의3 제3항 특허료 미납으로 소멸하였던 권리의 회복신청 조항

제84조 우선심사의 신청 조항

제86조 기발급된 특허증이 서류 등과 불일치하는 경우 재발급 신청 조항

제92조의2 등록지연에 따른 특허권 존속기간 연장 제도에서 ‘특허출원일로부터 4년’인지 계산할 때 특허법 제214조에 따라 국제출원에 해당하는지의 정당성 다툼절차를 거쳐 뒤늦게 국제출원으로 인정된 경우 당해 출원인이 그런 정당성 판단을 신청할 날을 위 4년의 기산점으로 삼는다는 취지의 조항

제114조 제1항 강제실시권 설정의 재정(裁定) 취소의 신청 조항

제132조 특허권 등 침해소송에서 손해액 계산에 필요한 서류를 제출하도록 상대방에게 명해 달라는 신청 조항

제149조 심판관 제척신청 조항

제150조 심판관 기피신청 조항

제154조 제1항 심판의 구술심리 신청조항

제156조 심판에서 참가신청 조항

제157조 증거보전신청 조항

제159조 심판에서는 당사자들이 심리를 신청하지 아니한 이유에 대해서도 직권심리할 수 있지만 신청하지 아니한 청구의 취지에 대해서는 심리할 수 없다는 조항

제186조 제2항 재심 참가신청 조항

제214조 국제출원에 해당하는지의 정당성 다툼절차에 있어 정당성 여부를 결정해달라는 신청이 가능하다는 조항(위 제92조의2 참조)

제216조 특허청장 또는 특허심판원장에게 각종 서류의 열람 또는 복사를 신청할 수 있다는 조항

제224조의3내지5 비밀유지명령의 발령신청(제224조의3), 비밀유지명령의 취소신청(제224조의4), 비밀유지명령과 관련하여 그 이전에 있었던 민사소송법 상의 소송기록열람제한신청(제224조의5163)에 관한 조항들

<‘수계신청’ 등 신청이 포함된 용어가 쓰인 경우들>

‘수계신청’(제22조); 특허청이나 특허심판원의 절차에 있어 그 절차중단의 수계

신청에 관한 조항

‘등록신청서류’(제28조 제2항): 특허권 및 특허에 관한 권리의 등록신청서류의
우편제출시 효력발생시기에 관한 조항

‘연장신청’(제90조 내지 제91조, 제92조의3내지4): 특허권 존속기간 연장등록출
원이나 등록지연에 따른 존속기간 연장등록출원에서 ‘연장신청의 기간’
을 제출서류에 기입하도록 정한 조항 등

-특허법상 등장하는 ‘청구’ 관련 용어들 일람-

제3조: 미성년자 등은 법정대리인이 있어야 특허에 관한 출원·청구 등이 가능
하다는 조항

제4조: 법인 아닌 사단 등은 일정한 경우 출원심사의 청구인 등이 될 수 있
다는 조항

제6조: 대리권의 범위 안에 ‘청구의 취하’도 속한다는 조항

제15조: 특허청장 또는 특허심판원장은 청구에 따르거나 직권으로 심판의 청
구기간을 30일 이내에서 한 차례 연장할 수 있다는 조항

.....<중간 생략>

제210조: 국제특허출원에 있어 출원심사의 청구 관련조항

제224조의5: 비밀유지명령 제도와 관련하여 아직 그 명령을 받지 아니한 자
가 소송기록열람 청구를 뵈았을 경우를 다룬 조항¹⁶⁴⁾

163) 비밀유지명령이 발령되어 취소되지 않은 채 유지되고 있는 소송의 기록에 관하여, 민사소송법 제163조 제1항에 따른 소송기록열람제한 결정이 있었던 경우에, 당사자로부터 위 열람제한 조항에 규정한 비밀 기재 부분의 열람 등의 청구가 있고 아울러 그 자가 해당 소송에서 위 비밀유지명령을 받지 않은 자일 때에는, 법원 서기관 등은 당초 비밀유지명령을 신청한 당사자에 대하여, 위와 같은 열람청구가 있었음을 알려야 하며(법 제224조의5 제1항), 열람 등의 청구가 있었던 날부터 2주일이 지날 때까지는 그 청구한 당사자에게 비밀 기재 부분의 열람 등을 하게 하여서는 아니 된다(같은 조 2항). 이런 규정이 도입된 취지는 비밀유지명령이 신청되었더라도 그 요건을 심리하여 반대당사자 일부에게만 발령될 수 있다는 사실과 앞서 설명한 민사소송법상의 소송기록열람제한 제도는 제3자가 아닌 당사자에게는 미치지 아니한다는 사실을 동시에 고려한 것이다. 즉 비밀유지명령이 관련 당사자 모두에게 발령된 때라면 모르겠으나 만일 그렇지 아니한 사건의 경우, 그런 명령 상대방에서 제외되었던 소송당사자는 설령 민사소송법상 소송기록열람제한 결정이 있더라도 그런 열람제한의 효과가 미치지 않는 결과 그에 의하여 해당 영업비밀이 부정사용되거나 누설될 수 있으므로 법원으로 하여금 당초 비밀유지명령을 신청한 당사자에게 그런 열람신청 당사자를 상대로 하여서도 비밀유지명령을 신청할 기회를 부여하기 위함이다.

제231조: 특허침해의 형사처벌과정에서 침해물 등을 교부해달라는 피해자의 청구 등 관련조항

-특허법상 등장하는 ‘특허에 관한 절차를 밟는’ 관련 용어들 일람-
<‘특허에 관한 절차를 밟는’ 자체가 쓰인 경우들>
<p>제7조: 특허에 관한 절차를 밟는 자의 대리인은 서면으로 대리권 증명을 요구한 조항</p> <p>제7조의2: 행위능력 또는 법정대리권, 특허에 관한 절차를 밟는 데 필요한 권한의 흠이 있더라도 추인이 허용된다는 조항</p> <p>제8조 특허에 관한 절차를 밟는 대리인의 대리권이 소멸하지 않고 지속되는 사유에 관한 조항</p> <p>....<중간생략></p> <p>제82조: 특허에 관한 절차를 밟는 자는 수수료를 내야 한다고 정한 조항</p>
<‘특허에 관한 절차를 밟는’과 뜻이 유사한 용어가 쓰인 경우들>
<p>제18조: 특허권 또는 특허에 관한 권리에 관하여 밟은 절차의 효력은 그 특허권 또는 특허에 관한 권리의 승계인에게 미친다는 조항</p> <p>제19조: 당사자의 사망 등으로 절차는 중단되어야 하지만, <u>절차를 밟을 것을</u> 위임받은 대리인이 있는 경우에는 그러하지 아니하다는 조항</p> <p>제21조: <u>절차를 밟을</u> 능력을 회복한 당사자 등이 나중에, 중단된 절차를 수계할 수 있다는 조항</p> <p>....<중간생략></p> <p>제224조의5: 비밀유지명령 제도와 관련하여 아직 그 명령을 받지 아니한 자가 소송기록열람 청구를 <u>밟았을</u> 경우를 다룬 조항¹⁶⁵⁾</p>

3. 광업법이나 표시광고법 등 지재법 외부 법률들과의 체계적

164) 더 자세히는 바로 위 각주 참조.
 165) 각주 163번 참조.

검토

가. 개설

타 법령에서 등장하는 ‘출원’용어는 당해 타 법령에서의 필요에 따라 특허법이 운영하는 특허권이나 특허출원 등을 언급한 경우가 많다. 가령 ‘과학기술기본법’이나 ‘농촌진흥법’상의 ‘지식재산권 출원’ 등 문구가 대표적이다. 이런 식으로, 특허법이 아닌 다른 법률이나 하위 시행령·시행규칙 등 수십 개의 법령에서 특허법상 의미와 동일한 ‘출원’이란 용어가 등장하고 있다.

반대로 다른 법률 나름의 독자적 문구, 즉 행정행위 등을 구하는 요청행위라는 뜻으로 ‘출원’이란 용어를 채택하고 있는 예는 상대적으로 소수이다. 이 글의 주된 검토대상은 아니겠지만, 이런 법률들에서 독자적으로 채용한 ‘출원’은 그때그때 행정법상 특허를 구하는 경우(광업법 등에서 이루어지는 ‘출원’)이거나 일반신청을 의미하는 경우(사법시험법 상의 ‘출원’, 병역법 상의 복무기간 단축원 ‘출원’ 등) 등에 걸쳐 널리 혼용되어 쓰이고 있다.

본 용역발주자인 특허청 입장에서 아주 익숙한 지재권 법령의 경우와 다르게, 지재권 바깥에 위치한 법령에서 ‘출원’ 용어를 사용하는 내역은 소상하게 규명된 적이 없다. 따라서 이런 외부의 법령의 관련 문구는 지재권 법령의 경우보다는 조금 더 소상하게 설명할 필요가 있다. 참고로 지재법이 아닌 법령에서 출원 관련 용어의 쓰임새를 검색하는 데는 현재 법제처 서비스인 ‘국가법령정보센터’의 검색 기능이 어느 정도 유용하게 쓰일 수 있었다. 하지만, 자동화된 검색에도 불구하고 정확한 건수 파악을 위해서는 일일이 내용을 확인하는 수고가 필요하였다. 가령 ‘(오염) 배출원’¹⁶⁶⁾과 같이 전혀 엉뚱한 내용을 담은 법령도 ‘출원’과 관련된 것으로 일단 검색되기 때문이다.

나. 타 법령에서 독자적 의미를 가진 용어로 ‘출원’이 쓰인 경우들

(1) ‘행정법상의 특허’를 뜻하는 경우

(가) 관련 용례

광업법¹⁶⁷⁾ 제7조, 제14조 내지 제19조, 제21조, 제22조, 제24조, 제26조 내지

166) 수도권 대기환경개선에 관한 특별법 제2조 등에 등장하는 문구이다.

167) [시행 2015.6.4.] [법률 제12738호, 2014.6.3., 타법개정].

제28조, 제30조, 제31조, 제41조, 제53조, 제61조, 제67조, 제98조(*당해 조문의 내용 제시 없이 쪽 열거하는 것은 아주 큰 의미가 없으므로 이하 법령에서는 관련 조문이 아주 여럿인 경우는 바로 아래 시행령의 설명에서처럼 ‘O조 등 다수 조문’으로 축약함. 반면 관련 조문이 단 1개인 경우에는 당해 법령의 명칭 부분에서는 굳이 해당 조문을 특정하지 않고 바로 아래줄 내용에서 조문을 설명하기로 함)

그 중 예시; “제7조(행위의 효력의 승계) 이 법에 따라 행한 절차나 그 밖의 행위는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자의 승계인에 대하여도 그 효력이 있다.

1. 광업권설정을 출원(出願)하려는 자
2. 조광권자가 되려는 자
3. 광업권설정을 출원한 자(이하 "광업출원인"이라 한다)....”

동 시행령¹⁶⁸⁾ 제9조 등 다수 조문

그 중 예시; “제9조(광업권설정의 출원) ① 법 제15조제1항에 따라 광업권설정을 받으려는 자는 산업통상자원부령으로 정하는 광업권설정출원서를 산업통상자원부장관에게 제출하여야 한다.”

동 시행규칙¹⁶⁹⁾ 제8조 등 다수 조문

그 중 예시; “제8조(광업권설정출원서) ① 영 제9조제1항에 따른 광업권설정출원서는 별지 제4호서식에 따른다.”

산업통상자원부와 그 소속기관 직제 시행규칙¹⁷⁰⁾

“제24조(하부조직) ① 광업등록사무소에 등록팀 및 심사팀을 두되, 등록팀장은 서기관·기술서기관·행정사무관 또는 공업사무관으로, 심사팀장은 행정사무관 또는 공업사무관으로 보한다....③ 심사팀장은 다음 사항을 분장한다.

168) [시행 2015.4.7.] [대통령령 제26187호, 2015.4.7., 일부개정].

169) [시행 2015.5.8.] [산업통상자원부령 제127호, 2015.5.8., 일부개정].

170) [시행 2015.11.30.] [산업통상자원부령 제168호, 2015.11.30., 일부개정].

1. 광업권 설정출원에 대한 허가
2. 출원내용의 변경에 관한 사항
3. 광업출원카드의 관리
4. 광업권 설정출원처분에 관한 소송사무 및 행정심판업무
5. 광업권 설정출원에 따른 광상설명서의 검토...”

석탄산업법¹⁷¹⁾

“제39조의6(광업권의 출원제한 등) ① 제39조의3 제1항 또는 제2항에 따라 광업권이 소멸된 구역에 대하여는 석탄 및 이와 같은 광상에 묻혀 있는 다른 광물을 대상으로 하는 광업권설정의 출원을 할 수 없다”

지방세특례제한법¹⁷²⁾ 제9조, 제62조

“제9조(자영어민 등에 대한 감면).... ③ 출원에 의하여 취득하는 어업권에 대하여는 취득세를 면제하고, 어업권에 관한 면허 중 설정을 제외한 등록에 해당하는 면허로 새로 면허를 받거나 그 면허를 변경하는 경우에는 면허에 대한 등록면허세를 면제한다.”

해저광물자원 개발법¹⁷³⁾ 제4조, 제12조 내지 제15조, 제32조

그 중 예시: “제4조(해저광업권의 귀속) ① 해저광업권은 국가만 가질 수 있다. ② 해저광업권의 설정출원 및 등록에 관하여는 대통령령으로 정한다.”

동 시행령¹⁷⁴⁾ 제6조, 제6조의2, 제7조, 제10조

그 중 예시: “제6조(탐사권의 설정출원) 법 제12조제2항제4호의 규정에 의한 서류는 다음 각호와 같다.

1. 탐사권을 취득함에 있어서 정부에 대하여 출원인의 부담할 조건을 명시한 서류....”

171) [시행 2015.6.4.] [법률 제12738호, 2014.6.3., 타법개정].

172) [시행 2015.10.25.] [법률 제13448호, 2015.7.24., 타법개정].

173) [시행 2013.3.23.] [법률 제11690호, 2013.3.23., 타법개정].

174) [시행 2015.1.1.] [대통령령 제25840호, 2014.12.9., 타법개정].

동 시행규칙¹⁷⁵⁾ 제2조, 제3조 내지 제6조

그 중 예시: “제2조(탐사권의 설정출원) ① 「해저광물자원 개발법」(이하 “법”이라 한다) 제12조에 따라 탐사권의 설정허가를 받으려는 자는 별지 제2호서식의 출원서(전자문서로 된 출원서를 포함한다)를 산업통상자원부장관에게 제출하여야 한다. ② 제1항에 따른 출원을 받은 담당 공무원은 「전자정부법」 제36조제1항에 따른 행정정보의 공동이용을 통하여 법인 등기사항증명서(법인인 경우만 해당한다)를 확인하여야 한다.”

(나) 관련 용례의 분석

‘행정법상의 특허’ 용어가 사용되는 광업법 등 법령에서의 쓰임과 특허법상의 출원을 비교해보자면, 적어도 현대 사회에서는 특허법상 출원으로 인한 특허부여가 행정법상 특허와 엄격히 구별되고 있다. 특허법상 출원은 ‘행정법상의 특허’와 달리 일정한 요건을 구비하면 반드시 특허권을 부여하여야 한다. 즉 ‘행정법상의 특허’에서처럼 창설적 행위가 아니라 확인적 행위에 해당한다(이른바 권리주의설).¹⁷⁶⁾

우리 행정법 학계의 통설은 특정인에 대하여 새로운 권리·능력 또는 포괄적인 법률관계를 설정하는 행정행위를 ‘설권행위’라 부르면서 강학상 이를 ‘넓은 의미의 특허’라 부른다.¹⁷⁷⁾ 반대로 좁은 의미의 특허는 특정인에게 특정한 권리를 설정하는 행위를 말한다. 면허·허가 등으로 실정법에서 호칭하고 있는 것들이 그것이다. 권리설정행위에는 특허된 권리의 내용이 공권의 성질을 갖는 것(공물사용권의 특허나 가령 특허기업에 대한 특허 등)도 있고 사권의 성질을 띠는 것(광업법 제10조에 따른 광업권이나 수산법 제16조에 따른 어업권이 그것들이다)도 있다. 이 밖에 판례상으로 보세구역의 설영특허(대판 1989. 5. 9, 88누4188), 공유수면매립면허(대판 1989. 9. 12, 88누9206), 공유수면 점용·사용허가(대판 2004. 5. 28, 2002두5016), 여객자동차운수사업법에 따른 개인택시운송사업면허(대판 2010. 1. 28, 2009두19137), 도시 및 주거환경정비법상 재개발조합설립인가처분(대판 2010. 1. 28, 2009두4845) 등이 특허로 인정되고 있다.

우리 행정법학계의 ‘행정법상의 특허’에 관한 논의에서 주목할 만한 부분은 그런 특허에 관해서도 ‘출원’이란 용어를 채용하고 있다는 사실이다. 즉 (행정법상의) 특

175) [시행 2015.1.1.] [산업통상자원부령 제106호, 2014.12.31., 타법개정].

176) 현암사 간행, 『법률용어사전』 (2014년 개정판), 914면.

177) 이에 관한 아래 설명은 홍정선, 행정법 제12판, 박영사(2013), 221~222면 참조.

허가 협력을 요하는 행정행위라고 설명하면서 ‘출원’을 성립요건으로 볼 것인지, 아니면 효력요건으로 볼 것인지에 관해 다툼이 있었는데, 오늘날에는 이를 효력요건으로 보아 언제나 출원을 전제로만 특허가 유효하게 이루어질 수 있으며 특허를 협력(신청)을 요구하는 행정행위라고 보는 것이 일반적이라고 설명되고 있다.¹⁷⁸⁾ 무엇보다 이런 용어사용에 결정적 영향을 끼친 것은 광업법 등 관련 법령에서 명시적으로 ‘출원’이란 용어를 취하고 있기 때문으로 보인다(광업법 제7조¹⁷⁹⁾ 등 참조). 이런 영향 때문에 우리 판례¹⁸⁰⁾에서도 당연히 광업법 등 관련 사건의 판단과정에서 출원이란 용어가 등장하고 있다. 특히 판례를 잘 살펴보면 특허법에서나 등장할 법한 ‘선출원’이란 용어가 광업법상 특허출원과 관련해서도 등장하고 있음을 확인할 수 있다. 가령 광업법상 특허처분을 받은 자는 소정기간내에 사업에 착수하여야 하고 그렇지 않은 경우 광업법 특허를 취소하도록 규정되어 있는바 그렇게 취소를 당하였던 소외인이, 이 사건 원고의 동일대상에 대한 광업권 ‘선출원’ 시점 이후에, 소외인 자신에 대한 광업권취소처분을 다시 취소시켰다할지라도 그 취소처분의 취소사유가 사전통지의 결여라는 사소한 흠에 기인한 것에 불과하다면 앞서 소외인이 법령이 요구하는 소정기간내에 사업에 착수하지 아니한 이상 종국에는 광업권 특허의 취소를 면할 수 없는 사정에 있으므로 결국 소외인에 대한 취소처분이 일시 취소되었음을 들어 소외인의 광업권이 회복되었음을 전제로 이 사건 원

178) 홍정선, 앞의 책, 222면.

179) 제7조(행위의 효력의 승계) 이 법에 따라 행한 절차나 그 밖의 행위는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자의 승계인에 대하여도 그 효력이 있다.

1. 광업권설정을 출원(出願)하려는 자
2. 조광권자가 되려는 자
3. 광업권설정을 출원한 자(이하 "광업출원인"이라 한다)
4. 조광권설정인가신청자
5. 광업권자
6. 조광권자
7. 토지 소유자
8. 그 밖의 이해관계인

180) “민법 제155조는 ‘기간의 계산은 법령, 재판상의 처분 또는 법률행위에 다른 정한 바가 없으면 본장의 규정에 의한다.’고 규정하고 있으므로, 기간의 계산에 있어서는 당해 법령 등에 특별한 정함이 없는 한 민법의 규정에 따라야 하고, 한편 광업법 제16조는 ‘제12조에 따른 광업권의 존속기간이 끝나서 광업권이 소멸하였거나 제35조에 따라 광업권이 취소된 구역의 경우 그 광업권이 소멸한 후 6개월 이내에는 소멸한 광구의 등록광물과 같은 광상에 묻혀 있는 다른 광물을 목적으로 하는 광업권설정의 출원을 할 수 없다.’고 규정하고 있으나, 광업법에는 기간의 계산에 관하여 특별한 규정을 두고 있지 아니하므로, 광업법 제16조에 정한 출원제한기간을 계산할 때에도 기간계산에 관한 민법의 규정은 그대로 적용된다.” 이는 대법원 2009. 11. 26. 선고 2009두12907 판결 참조.

고의 광업권 선출원 지위를 부정한 것은 위법하다는 요지의 아래와 같은 판결이 존재한다.

[대법원 1967.10.23, 선고, 67누126, 판결]

“피고 소송수행자와 피고 보조참가인 대리인의 상고이유에 대한 판단, 원판결이 확정된 바에 의하면, 피고는 소외인 명의로 등록된 본건 광업권에 관하여, 광업법 제41조 제1항 소정기간내에 사업에 착수하지 아니하였다는 이유로 1965.12.30자로 이를 취소하여, 그 취소등록을 하였고, 그 뒤인 1966.1.29에 원고는 같은 본건 광구에 대하여 동종광물의 광업권설정의 선출원을 하였던바, 피고는 그후에 소외인의 이의에 의하여, 1966.8.24자로 위 광업권취소 처분을 다시 취소하여, 동 소외인 명의의 본건 광업권을 회복시켰다는 것이다.

그런데 광업법 제36조 제1호에 의하면, 광업권자가 같은 법 제41조에 위반한 경우에는, 주무부장은 광업권을 취소할 수 있다고 되어있고, 같은법 제41조 제1항에는 광업권자는 광업권의 설정 또는 이전의 등록일로부터 1년 이내에 사업에 착수하여야 한다고 되어 있는 한편, 같은 조 제2항에서는 부득이한 사유로 위 기간내에 사업에 착수할수 없을 때에는, 기간을 정하고, 사유서를 첨부하여 주무부장의 인가를 얻어야 한다고 되어 있으므로, 광업권자가 등록일로부터 1년 이내에 사업에 착수하지 못한 사유가 어떠한 것이던간에 주무부장의 인가를 얻지 못한 이상, 같은법 제36조 제1항에 의하여 주무부장은 그 광업권을 취소할수 있다고 할 것인바, 이 사건에 있어서 소론과 같이 본건 광구가 휴전선에 소재하여 군대가 주둔하고 있는 작전 구역내이므로, 민간인의 출입이 금지되어 있고 광업권자가 군당국으로부터 출입허가를 얻지 못한 관계로 등록일로부터 1년 이내에 사업에 착수하지 못하였다 하더라도, 같은 법 제41조 제2항에 의한 절차를 취하여, 주무부장의 인가를 얻지못하였으므로 피고의 1965.12.30자 본건 광업권의 취소처분은 적법하다고 할 것이고, 광업권은 재산권으로서 헌법 제20조에 의하여 보장되어야 한다고 하더라도, 광업권자 자신이 자기가 할 절차를 다하지 아니하므로써 취소되어 그 재산권을 상실하게 되었다하여 그 처분이 헌법에 위배한 위법한 처분이라고 할 수 없다.

그리고 소론 상공부 고시 제2265호 유희광업권 정리요강에 의하면, 주무부장이 유희광업권의 취소처분을 하기에 앞서, 각 지방장관이 대상 광업권자에게 서면에 의한 사전통지를 하기로 규정하고 있고, 이 사건에 있어서 1965.12.30자 취소 처분전에 위 요강에서 정한 사전 서면 통고가 없었다하더라도, 위 요강은 유효광업

권의 취소처분을 신중히 하기 위한 행정청 자신의 내부적인 절차규정에 불과하고 광업법에 근거를 둔 규정이 아니므로, 위 요강에서 규정한 사전서면 통고를 하지 아니하고, 피고가 1965.12.30자로 본건 광업권취소처분을 하였다 하더라도 그 사유만으로서, 그 취소처분이 당연무효내지 위법한 처분이라고 할 수 없다.

그러므로, 피고가 본건 광업권자가 1년내에 사업에 착수하지 못한 이유가 광구 소재지 출입허가를 얻지못한 때문이라는 점, 또는 위 정리요강에 의한 사전서면 통고를 하지 아니하였다는 점을 참작하여 피고가 광업권취소처분을 하지 아니하였다던가, 또는 일단취소처분을 한 후에 새로운 이해관계인이 생기기 전에 취소처분을 취소하여 그 광업권의 회복을 시켰다면 모르되 피고가 본건취소처분을 한 후에 원고가 1966.1.19에 본건 광구에 대하여 선출원을 적법히 함으로써 이해관계인이 생긴 이 사건에 있어서, 피고가 1966.8.24자로 1965.12.30자의 취소처분을 취소하여, 소외인 명의의 광업권을 복구시키는 조치는, 원고의 선출원 권리를 침해하는 위법한 처분이라고 하지 않을 수 없을 것이므로, 원판결은 정당하고, 논지 이유없다.”

또한 우리 행정법 학계에서 특허의 경우 ‘언제나 출원을 전제로 한다.’고 설명¹⁸¹⁾하는 것과 대조하여, 허가의 경우에는 “일반적으로는 신청을 전제로 하지만 신청이 없는 경우에도 발해될 수 있다”고 설명¹⁸²⁾하는 것도 주목할 만하다. 행정법 학계에서도 이런 설명과정을 통하여 은연중에 적어도 행정법 차원에서 ‘출원’은 ‘신청’과 대응하는 용어임을 인정하고 있는 셈이다.

덧붙여 이상과 같은 한국 행정법 차원에서의 ‘강학상 특허’에 대한 설명은 거의 대부분 일본 행정법의 논의와 대동소이하다.¹⁸³⁾ 일본에서도 행정법상의 특허 개념이 분명히 인정되고 있고, 그 예로 거론되는 일본의 광업법 역시 ‘출원’이란 용어를 채용하고 있다(현행 일본 광업법¹⁸⁴⁾ 제21조¹⁸⁵⁾ 등 다수).

(2) 특정시험에 지원서를 내는 것처럼, 청원이나 원서를 내는 것을 뜻하는 경우

181) 다만 법규에 의한 특허에는 출원이 요구될 수 없다. 가령 법규에 의해 각종 공단을 설립하는 경우가 그 예이다. 그와 달리 법규에 의한 허가는 존재하지 않는다.

182) 홍정선, 앞의 책, 222면.

183) 이에 관해서는 乙部哲郎, “行政行為の種別に関する一考察 -許可と特許-”, 神戸学院法学 第32卷 第1号(2001. 7.), 3면 이하 등을 참조.

184) 平成27年6月19日 法律第四二号.

185) 광업권 설정을 받으려는 자는 경제산업대신에게 출원하여 그 허가를 받지 아니하면 안된다고 규정하고 있다.

법무사규칙¹⁸⁶⁾

“제8조(출원서류) ① 시험에 응시하고자 하는 자는 다음의 서류를 구비하여 제출하여야 한다.

1. 응시원서
2. 사진 2장....”

변호사시험법 시행령 제2조, 제3조¹⁸⁷⁾

그 중 예시; “제2조(시험의 공고) ① 법무부장관은 「변호사시험법」(이하 “법”이라 한다) 제4조에 따라 변호사시험(이하 “시험”이라 한다)을 실시하려는 경우에는 그 시험일시, 시험장소, 시험방법, 시험과목, 응시자격, 출원절차, 합격자 발표의 일시 및 방법 등을 시험 실시 3개월 전까지 관보와 인터넷 홈페이지 또는 일간지 등에 공고하여야 한다.”

병무청과 그 소속기관 직제 시행규칙 제17조, 제39조¹⁸⁸⁾

그 중 예시; “제17조(징병검사과) 징병검사과장은 다음 사항을 분장한다.

1. 제1국민역편입대상자의 조사....
7. 출원에 의한 병역면제 등의 처분....”

병역법 제62조, 제64조¹⁸⁹⁾

그 중 예시; “제62조(가사사정으로 인한 제2국민역 편입 등) ① 현역병입영 대상자로서 제1호에 해당하는 사람은 원할 경우 제2국민역으로, 제2호에 해당하는 사람은 원할 경우 보충역으로 처분할 수 있다.....

③ 제1항에 따른 가족의 범위, 생계유지곤란의 기준·출원시기, 전사자·순직자의 범위 및 전상·공상으로 인한 장애인의 범위 등에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다....”

병역법 시행령 제3조 등 다수¹⁹⁰⁾

186) [시행 2016.1.1.] [대법원규칙 제2628호, 2015.11.27., 일부개정].
187) [시행 2014.6.30.] [대통령령 제25414호, 2014.6.30., 일부개정].
188) [시행 2015.11.30.] [국방부령 제875호, 2015.11.30., 일부개정].
189) [시행 2015.7.1.] [법률 제12906호, 2014.12.30., 일부개정].

그 중 예시: “제3조(병역에 관한 신고·출원 절차 등) ① 병역에 관한 신고 또는 출원은 문서(전자문서를 포함한다. 이하 같다)로 하여야 한다. 다만, 병무청장이 정하는 경우에는 구술이나 전화·전신·팩스 등 정보통신망을 통하여 할 수 있다.”

병역법 시행규칙¹⁹¹⁾

“제9조(병역증 또는 전역증의 교부 등)

...⑥ 지방병무청장은 병역의무자가 병역에 관한 신고·출원 등을 위하여 병역증 또는 전역증을 제시하면 병적기록표와 그 밖의 병역관계 서류와 대조하여 병역증 또는 전역증의 각 난의 기재사항 중 누락되거나 변경된 사항이 있는 경우에는 그 사항을 정리하여야 한다.”

사면법 제15조 내지 제18조¹⁹²⁾

그 중 예시: “제15조(복권 상신의 신청) ① 검찰총장은 직권으로 또는 형의 집행을 지휘한 검찰청 검사의 보고 또는 사건 본인의 출원(出願)에 의하여 법무부장관에게 특정한 자에 대한 복권을 상신할 것을 신청할 수 있다.”

사법시험법 시행령¹⁹³⁾

“제2조(시험의 공고) ① 법무부장관은 「사법시험법」(이하 "법"이라 한다) 제3조의 규정에 의하여 사법시험(이하 "시험"이라 한다)을 실시하고자 하는 때에는 그 시험일시·시험장소·시험방법·시험과목·응시자격·선발예정인원 및 출원절차 등을 매년 1월 31일까지 관보와 인터넷 홈페이지 또는 일간지 등에 공고하여야 한다.”

인감증명법¹⁹⁴⁾

“제1조(목적) 이 법은 행정청이 현재 신고되어 있는 출원자의 인감(印鑑)

190) [시행 2015.9.28.] [대통령령 제26551호, 2015.9.25., 타법개정].

191) [시행 2015.7.1.] [국방부령 제862호, 2015.6.30., 일부개정].

192) [시행 2012.2.10.] [법률 제11301호, 2012.2.10., 일부개정].

193) [시행 2014.6.30.] [대통령령 제25413호, 2014.6.30., 일부개정].

194) [시행 2015.1.22.] [법률 제13018호, 2015.1.20., 일부개정].

을 증명함으로써 국민의 편의를 도모함을 목적으로 한다.”

접골사·침사·구사·안마사자격시험규정¹⁹⁵⁾

“제4조(구비서류) 자격시험을 받고자 하는 자는 별지 제1호서식에 의한 수험원서에 다음의 서류를 첨부하여 서울특별시장 또는 도지사에게 제출하여야 한다....5. 사진 (출원전 6개월이내에 탈모 정면으로 촬영한 명함판)”

(3) 그 밖의 특이한 의미로 쓰이는 경우(이른바 ‘소년원 출원’)

법무부와 그 소속기관 직제 시행규칙¹⁹⁶⁾ 제20조, 제21조

그 중 예시; “제20조(소년원).... ⑦분류보호과장은 다음 사항을 분장한다....9. 위탁소년의 입원·출원·감호 및 호송”

보호소년 등의 처우에 관한 법률¹⁹⁷⁾ 제41조 및 제5장

그 중 예시; 위 법률 제5장의 제목은 ‘출원’으로 제43조 이하에서 소년원으로부터의 ‘퇴원’, ‘임시퇴원’ 등을 망라하여 규율하고 있음.

동 시행령¹⁹⁸⁾ 제39조, 제48조, 제58조, 제64조의2, 제90조의2, 제98조 및 제5장 제목

그 중 예시; “제39조(편지 왕래의 제한) ① 원장은 법 제18조제4항에 따라 편지를 검열한 결과 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 편지의 왕래를 제한할 수 있다....

② 제1항에 따른 편지 왕래의 제한은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 방법으로 한다....

3. 보호소년등의 동의를 받아 담당직원이 보관하였다가 출원(出院)할 때 내줄 것”

동 시행규칙¹⁹⁹⁾ 제75조, 제78조 및 제5장 제목

195) [시행 2013.3.23.] [보건복지부령 제185호, 2013.3.23., 타법개정].

196) [시행 2015.12.1.] [법무부령 제857호, 2015.12.1., 일부개정].

197) [시행 2014.7.8.] [법률 제12190호, 2014.1.7., 일부개정].

198) [시행 2015.9.15.] [대통령령 제26521호, 2015.9.15., 타법개정].

그 중 예시; “제75조(퇴원·임시퇴원 심사의 신청) ① 소년원장이 법 제43조제3항 및 제44조에 따라 관할 보호관찰심사위원회에 보호소년의 출원 심사를 신청하는 경우에는 처우심사를 거쳐 퇴원, 임시퇴원 여부를 구분하여 신청하여야 한다.”

소년원 및 소년분류심사원 급여규칙²⁰⁰⁾

“제11조 (대여품의 회수) 원장은 보호소년등이 퇴원, 임시퇴원, 그 밖의 사유로 출원(出院)할 때에는 이들에게 대여한 피복등 및 그 밖의 물품을 회수하여야 한다. 다만, 회수하기 어려운 특별한 사정이 있을 때에는 그러하지 아니하다.”

다. 타 법령에서 단지 특허법 등의 ‘출원’을 원용하고 있는데 그치는 경우

(1) 특허법 제61조의 우선심사조항을 통하지 않고 당해 특별법의 자체조항을 신설하여 우선심사 대상으로 삼고 있는 경우들

(가) 관련 용례 분석

우리 특허법 제61조에서는 우선심사제도를 규정하고 있다. 이에 따라 원칙적으로는 위 조항이 열거한 일정한 사안만을 우선심사 대상으로 삼게 된다. 즉 특허청장으로 하여금 “출원공개 후 특허출원인이 아닌 자가 업(業)으로서 특허출원된 발명을 실시하고 있다고 인정되는 경우” 및 “대통령령이 정하는 특허출원으로서 긴급하게 처리할 필요가 있다고 인정되는 경우”(다시 대통령령에서는 “방위산업분야의 특허출원”, “녹색기술” 등만을 열거하고 있음)에 우선심사할 수 있다. 그런데 지재법이 아닌 일부 특별법에서는 당해 특별법 내부조항을 통하여 특허법 제61조에 따른 우선심사와 동일한 효과를 부여하고 있으며, 그렇게 우선심사를 언급하는 과정에 ‘출원’문구가 당해 특별법의 조항에 쓰이고 있다.

살피건대, 특허법의 우선심사 제도의 체계적 운영을 위해서는 가급적 하나의 조문으로 관련 내용이 집중될 필요가 있는 점, 우리 특허법 제61조는 형식적 의미의 법률들뿐만 아니라 시행령의 개정을 통해서도 신축적으로 우선심사대상을 확장할

199) [시행 2015.4.3.] [법무부령 제840호, 2015.4.3., 일부개정].

200) [시행 2009.1.19.] [법무부령 제657호, 2009.1.19., 일부개정].

수 있도록 허용한 점 등에 비추어 현재 여타의 특별법 등에서 굳이 그 자체의 조항을 통하여 특허법의 우선심사대상으로 규율하고 있는 내용들은 모두 삭제되고, 특허법 제61조의 시행령 등에 포섭되는 것이 장기적으로 타당한 입법이라고 본다.

(나) 관련 용례

소재·부품전문기업 등의 육성에 관한 특별조치법 시행령²⁰¹⁾

“제14조(소재·부품기술개발전문기업의 지원기준 등) ① 법 제11조 제1항 제4호²⁰²⁾에 따라 관계 중앙행정기관의 장이 소재·부품기술개발전문기업에 지원할 수 있는 사항은 다음 각 호의 사항으로 한다.

1. 개발된 기술의 사업화 또는 기술이전의 지원
2. 외국인투자의 유치 및 국제기술협력
3. 산업재산권 출원시 우선심사
4. 국제전시회의 참가 알선 등 해외진출 지원”

지역특화발전특구에 대한 규제특례법²⁰³⁾

“제36조의8(「특허법」에 관한 특례) 특허청장은 특화사업과 직접 관련된 특허출원에 대하여는 「특허법」 제61조에도 불구하고 심사관으로 하여금 다른 특허출원보다 우선하여 심사하게 할 수 있다.”

지역특화발전특구에 대한 규제특례법²⁰⁴⁾

“제36조의8(「특허법」에 관한 특례) 특허청장은 특화사업과 직접 관련된 특허출원에 대하여는 「특허법」 제61조에도 불구하고 심사관으로 하여금 다른 특허출원보다 우선하여 심사하게 할 수 있다.”

첨단의료복합단지 지정 및 지원에 관한 특별법²⁰⁵⁾

201) [시행 2015.7.1.] [대통령령 제26369호, 2015.6.30., 타법개정].

202) 동 법률 제11조(소재·부품기술개발전문기업의 지원) ① 정부는 소재·부품전문기업이 공동으로 소재·부품기술개발전문기업을 설립하는 경우에는 다음 각호의 사항을 우선하여 지원할 수 있다.

1. 제19조제1항의 규정에 의한 소재·부품기술개발사업자의 지정 및 동조제2항의 규정에 의한 출연....

4. 그 밖에 대통령이 정하는 사항

203) [시행 2015.3.27.] [법률 제13221호, 2015.3.27., 타법개정].

204) [시행 2015.3.27.] [법률 제13221호, 2015.3.27., 타법개정].

205) [시행 2015.10.25.] [법률 제13448호, 2015.7.24., 타법개정].

“제26조(「특허법」에 관한 특례) 특허청장은 입주의료연구개발기관이 제출한 첨단의료복합단지 안 의료연구개발과 관련된 특허출원에 대하여는 「특허법」 제61조에도 불구하고 심사관에게 다른 특허출원에 우선하여 심사하게 할 수 있다.”

- (2) 국가 등 공기관이 발주하는 연구개발사업 등의 참가자격 제한사유를 열거하면서, 연구개발결과물인 지적권을 당해 연구자 등의 명의로 임의 출원하거나 등록한 행위를 열거한 경우들

국가통합교통체계효율화법²⁰⁶⁾

“제99조(교통기술 연구·개발사업에 대한 참여 제한) ① 국토교통부장관은 교통기술 연구·개발사업에 참여한 법인·단체 또는 그 소속 임직원이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 5년 이내의 범위에서 교통기술 연구·개발사업의 참여를 제한할 수 있다. 1. 연구개발의 결과가 극히 불량한 경우..... 5. 정당한 사유 없이 연구개발 결과물인 지식재산권을 임직원의 명의로 출원하거나 등록한 경우”

과학기술기본법²⁰⁷⁾

“제11조의2(국가연구개발사업에 대한 참여제한 등) ① 중앙행정기관의 장은 소관 국가연구개발사업에 참여한 기관, 단체, 기업, 연구책임자·연구원 또는 소속 임직원에 대하여 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 5년의 범위에서 소관 국가연구개발사업의 참여를 제한할 수 있으며, 이미 출원하거나 보조한 사업비의 전부 또는 일부를 환수할 수 있다.....1. 연구개발의 결과가 극히 불량하여 중앙행정기관이 실시하는 평가에 따라 중단되거나 실패한 연구개발과제로 결정된 경우....6. 정당한 사유 없이 연구개발성과인 지식재산권을 연구책임자나 연구원의 명의로 출원하거나 등록한 경우”

산업기술혁신 촉진법²⁰⁸⁾

206) [시행 2015.7.29.] [법률 제13089호, 2015.1.28., 타법개정].

207) [시행 2016.6.2.] [법률 제13511호, 2015.12.1., 일부개정].

208) [시행 2015.1.1.] [법률 제12858호, 2014.12.23., 일부개정].

“제11조의2(국가연구개발사업의 참여제한 등) ① 산업통상자원부장관은 제11조에 따라 산업기술개발사업에 참여한 기관, 단체, 기업, 연구책임자·연구원 또는 소속 임직원이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 5년 이내의 범위에서 산업통상자원부장관이 발주하는 「과학기술기본법」 제11조에 따른 국가연구개발사업의 참여를 제한할 수 있으며 산업통상자원부장관이 이미 출연한 사업비의 전부 또는 일부를 환수할 수 있다. 1. 연구개발의 결과가 극히 불량하여 산업통상자원부장관이 실시하는 평가에 따라 실패한 사업 또는 중단사업으로 결정된 경우.... 6의2. 정당한 사유 없이 연구개발결과물인 지식재산권을 연구책임자·연구원 또는 소속 임직원의 명의로 출원하거나 등록한 경우”

중소기업 기술혁신 촉진법²⁰⁹⁾

“제31조(기술혁신 촉진 지원사업에의 참여 제한 등) ① 중소기업청장은 제10조제1항에 따른 기술혁신사업 및 제11조제1항에 따른 산학협력 지원사업에 참여한 중소기업자·학교·기관·단체 또는 그 소속 임직원이나 소속 외의 연구책임자·연구원이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 5년 이내의 범위에서 기술혁신 촉진 지원사업에의 참여를 제한할 수 있으며, 관계중앙행정기관의 장에게 참여 제한 사실을 통보할 수 있다....

5. 정당한 사유 없이 연구개발 결과물인 지식재산권을 소속 임직원 또는 소속 외의 연구책임자·연구원의 명의로 출원하거나 등록한 경우....”

(3) 출연금 등 공적(公的) 재원이 쓰일 용도를 엄격히 열거하면서, 그런 용도의 하나로 ‘지식재산권의 출원·등록비’를 열거한 경우들

건설기술 진흥법 시행령²¹⁰⁾

“제25조(출연금 등의 관리 및 사용) ① 주관연구기관의 장은 법 제7조제2항에 따라 건설기술 연구·개발 사업의 경비를 지급받은 경우에는 별도의

209) [시행 2016.1.1.] [법률 제13315호, 2015.5.18., 일부개정].

210) [시행 2015.7.7.] [대통령령 제26382호, 2015.7.6., 일부개정].

계정(計定)을 설정하여 관리하여야 한다.

② 주관연구기관의 장은 제1항의 연구·개발비를 국토교통부장관이 정하여 고시하는 바에 따라 다음 각 호의 비용으로 사용하여야 한다.

1. 연구원의 인건비
2. 직접비: 연구기자재 및 시설비, 재료비 및 전산처리·관리비, 시험 제품 제작비, 여비, 수용비 및 수수료, 기술정보 활동비, 연구활동비
3. 위탁연구개발비
4. 간접비: 간접경비, 연구개발준비금, 지식재산권 출원·등록비, 과학 문화 활동비, 연구실 안전관리비”

기초연구진흥 및 기술개발지원에 관한 법률 시행령²¹¹⁾ 제21조, 제25조 (*그 외에 위 (2)항목²¹²⁾에 해당하는 제26조가 존재함)

“제21조(출연금등의 사용 및 실적 보고 등) ① 주관연구기관의 장은 법 제14조제2항에 따라 출연금등을 받았을 때에는 다음 각 호의 용도에만 사용하여야 한다.

1. 연구원의 인건비....
11. 지식재산권의 출원·등록비”

방위사업법²¹³⁾

“제52조(기술료의 징수 및 사용)....② 기술보유기관이 제1항에 따라 징수한 기술료(각군과 방위사업청이 징수한 기술료는 제외한다)는 다음 각 호의 용도에 사용되어야 한다....2. 국방과학기술과 관련된 지식재산권 출원 및 관리 등에 관한 비용....”

산업교육진흥 및 산학협력촉진에 관한 법률 시행령²¹⁴⁾

“제25조(출연금의 지급·사용 및 관리) ① 관계 중앙행정기관의 장과 정보

211) [시행 2015.6.30.] [대통령령 제26356호, 2015.6.30., 타법개정].

212) ‘(2) 국가 등 공공기관이 발주하는 연구개발사업 등의 참가자격 제한사유를 열거하면서, 연구개발결과물인 지식재산권을 당해 연구자 등의 명의로 임의 출원하거나 등록한 행위를 열거한 경우 들’

213) [시행 2016.3.2.] [법률 제13507호, 2015.9.1., 일부개정].

214) [시행 2015.4.29.] [대통령령 제26211호, 2015.4.28., 일부개정].

수사기관의 장은 법 제20조제3항에 따라 산업보안기술 개발사업 등을 실시하는 자(이하 "주관사업기관"이라 한다)에게 출연금을 지급하는 경우에는 산업보안기술 개발사업의 추진상황 등을 고려하여 이를 한꺼번에 지급하거나 분할하여 지급할 수 있다....

③ 주관사업기관은 제1항에 따른 출연금을 산업보안기술 개발사업에 관한 다음 각 호의 비용에 사용하여야 한다....

3. 간접경비, 기술개발준비금, 지식재산권 출원·등록비 등 간접비”

치안분야 과학기술 진흥에 관한 규정²¹⁵⁾

“제7조(출연금의 사용 및 실적보고 등) ① 제6조제1항에 따라 출연금을 지급받은 주관연구기관의 장은 그 출연금을 다음 각 호의 용도에만 사용하여야 한다....3. 인력지원비, 연구지원비, 성과활용지원비, 지식재산권 출원 등록비 등 간접비....”

항공안전기술원법 시행령²¹⁶⁾

“제5조(출연금의 지급·관리 및 사용) ① 기술원은 출연금을 지급받으려면 그 지급신청서에 해당 연도의 분기별 사업계획서와 예산집행계획서를 첨부하여 국토교통부장관에게 제출하여야 한다....④ 기술원은 출연금을 다음 각 호의 용도로만 사용하여야 한다. 1. 소속 직원의 인건비...3. 인력지원비, 연구지원비, 교육훈련비, 성과활용지원비, 지식재산권 출원·등록비 등 간접비....”

항공우주산업개발 촉진법 시행령²¹⁷⁾

“제7조의3(출연금의 지급 등) ① 관계 중앙행정기관의 장은 법 제4조 제2항 각 호에 해당하는 자(이하 "사업실시자"라 한다)에 대하여 법 제4조 제3항에 따라 출연금을 지급하는 때에는 분할하여 지급한다. 다만, 사업의 규모, 성격, 착수시기 등을 고려하여 필요한 경우에는 일시에 지급할 수 있다.....③ 사업실시자는 제1항에 따라 지급받은 출연금을 다음 각 호의 용도로만 사용하여야 한다. 1. 내부인건비, 외부인건비 등 인건

215) [시행 2014.11.21.] [대통령령 제25709호, 2014.11.11., 제정].

216) [시행 2014.11.22.] [대통령령 제25744호, 2014.11.19., 제정].

217) [시행 2015.7.29.] [대통령령 제26186호, 2015.4.7., 일부개정].

비....3. 간접경비, 기술개발준비금, 지식재산권 출원·등록비 등 간접비....”

해양수산물발전 기본법 시행령²¹⁸⁾

“제26조(출연금의 지급 및 관리 등) ① 해양수산물부장관은 법 제33조제1항 각 호의 기관 또는 단체에 같은 조 제2항에 따라 출연금을 지급하는 경우 연구개발사업등의 규모, 착수시기, 정부의 재정 사정 등을 고려하여 출연금을 한꺼번에 지급하거나 분할하여 지급할 수 있다....③ 제1항에 따라 출연금을 받은 기관 또는 단체는 그 출연금을 다음 각 호의 용도에만 사용하여야 한다....2. 연구개발사업등에 드는 다음 각 목의 비용..... 나. 인력지원비, 연구지원비, 성과활용지원비, 지식재산권 출원·등록비 등 간접연구비용....”

핵융합에너지 개발진흥법 시행령²¹⁹⁾

“제11조(기술료의 징수·사용 및 실적보고) ① 주관연구기관의 장이 법 제8조제4항에 따라 기술료를 징수한 경우에는 징수한 날부터 15일 이내에 그 결과를 미래창조과학부장관에게 보고하여야 한다....⑤ 주관연구기관의 장은 징수된 기술료 중 제2항 내지 제4항에 따라 사용하거나 납부한 금액을 제외한 정부출연금 지분을 법 제8조 제5항 제3호에 따라 다음 각 호의 용도에 사용하여야 한다. 1. 연구개발사업에 대한 재투자 2. 기관 운영경비 3. 산업재산권 등의 출원 및 관리 등에 관한 비용....”

(4) 그 밖에, 타 법령에서 특허법 등의 ‘출원’을 단순 원용하는 데 그친 경우들

기술의 이전 및 사업화 촉진에 관한 법률²²⁰⁾ 제2조 및 제24조

“제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. "기술"이란 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 것을 말한다.

가. 「특허법」 등 관련 법률에 따라 등록 또는 출원(出願)된 특허, 실용신안(實用新案), 디자인, 반도체집적회로의 배치설계 및 소프트

218) [시행 2014.11.19.] [대통령령 제25751호, 2014.11.19., 타법개정].

219) [시행 2013.3.23.] [대통령령 제24423호, 2013.3.23., 타법개정].

220) [시행 2014.11.19.] [법률 제12844호, 2014.11.19., 타법개정].

웨어 등 지식재산...”

동 시행령²²¹⁾ 제4조의2 및 제18조

“제4조의2(기술신탁관리업) 법 제2조제8호에서 "기술등의 설정·이전, 기술료의 징수·분배, 기술의 추가개발 및 기술자산유동화 등 대통령령으로 정하는 관리업무"란 다음 각 호의 업무를 말한다.

1. 기술과 그 사용에 관한 권리(이하 "기술등"이라 한다)에 대한 「특허법」, 「실용신안법」, 「디자인보호법」과 그 밖의 관련 법률에 따른 특허료·등록료 등의 납부 업무....
6. 기술의 수정·개량이나 그 밖에 기술의 추가적인 개발 및 그에 따른 출원·관리 업무”

동 시행규칙²²²⁾

“제6조(기술신탁관리업의 인력 등의 요건) ① 법 제35조의2 제2항 제2호에서 "산업통상자원부령으로 정하는 인력, 조직 및 기술능력 등"이란 다음 각 호와 같다.

1. 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 사람으로서 기술신탁관리업의 운용에 관한 전문성을 갖춘 인력(법 제35조의2제2항제3호 각 목의 어느 하나에 해당하는 사람은 제외한다)을 5명 이상 임직원으로 확보하고 있을 것....
라. 지식재산권에 관한 소송, 출원 또는 심사 대리 관련 업무에 3년 이상 종사한 경력이 있는 사람”

국가연구개발사업의 관리 등에 관한 규정²²³⁾ 제17조, 제20조, 제21조, 제23조, 제27조

“제17조(평가에 따른 조치) ⑧ 중앙행정기관의 장은 제3항에 해당하는 연구개발과제를 수행한 연구책임자가 다음 각 호의 사업을 수행하려는 경우 우선 지원할 수 있다. 1. 연구개발성과의 특허 출원 또는 국제표준 제정....”

221) [시행 2015.1.1.] [대통령령 제25840호, 2014.12.9., 타법개정].

222) [시행 2014.2.4.] [산업통상자원부령 제48호, 2014.2.4., 타법개정].

223) [시행 2015.8.24.] [대통령령 제26500호, 2015.8.24., 일부개정].

건설산업기본법 시행규칙²²⁴⁾

“제25조의6(다시 하도급할 수 있는 경우) 법 제29조 제3항 제2호 가목에서 "국토교통부령으로 정하는 요건에 해당할 것"이란 하도급받은 전체 공사금액 중 100분의 20 이내에 해당하는 금액의 공사를 다시 하도급하는 경우로서 다음 각 호의 요건을 모두 충족하는 경우를 말한다.

1. 다음 각 목의 어느 하나에 해당하여 발주자로부터 공사의 품질이나 시공상 능력을 높이기 위하여 필요하다는 서면승낙을 받을 것
- 나. 종합공사를 시공하는 업종을 등록한 건설업자로부터 하도급받은 전문공사를 시공하는 업종을 등록한 건설업자가 「특허법」 제87조에 따라 특허권이 설정된 공법을 적용하는 공사를 그 특허를 출원한 전문공사를 시공하는 업종을 등록한 건설업자에게 다시 하도급하는 경우

공무원제안규정²²⁵⁾

“제11조(의견조회 등)...② 중앙행정기관의 장은 제안이 「특허법」, 「실용신안법」, 「디자인보호법」 또는 「저작권법」에 따라 이미 등록되거나 출원된 내용인지 확인하기 위하여 필요한 경우에는 특허청장 또는 문화체육관광부장관에게 의견을 조회할 수 있다.”

농촌진흥법²²⁶⁾ (*아래 조문 외에 위 (2)항목²²⁷⁾에 해당하는 제8조가 존재함)

“제13조(연구개발 성과의 이전)... ③ 농촌진흥청장은 소속 공무원이 직무와 관련하여 연구개발한 기술을 특허(실용신안을 포함한다) 출원하는 경우 특허 등록 전이라도 그 기술을 조기에 산업화하는 것이 공익 증진에 기여할 수 있다고 판단할 때에는 특허청장과 협의하여 특허 등록 전까지 이를 산업화하려는 자에게 그 기술을 산업화하게 할 수 있다.”

224) [시행 2015.11.2.] [국토교통부령 제245호, 2015.11.2., 일부개정].

225) [시행 2015.7.24.] [대통령령 제26433호, 2015.7.24., 일부개정].

226) [시행 2015.9.28.] [법률 제13253호, 2015.3.27., 일부개정].

227) '(2) 국가 등 공공기관이 발주하는 연구개발사업 등의 참가자격 제한사유를 열거하면서, 연구개발결과물인 지식재산권을 당해 연구자 등의 명의로 임의 출원하거나 등록한 행위를 열거한 경우들'

동 시행령²²⁸⁾ 제9조, 제10조, 제23조

그 중 예시: “제9조(특허 출원 중인 직무발명의 사용) ① 농촌진흥청장은 소속 공무원이 직무와 관련하여 연구개발한 기술(이하 "직무발명"이라 한다)로서 특허(실용신안을 포함한다. 이하 같다) 출원 중인 직무발명을 법 제13조 제3항에 따라 산업화하게 하려는 경우에는 산업화하려는 자와 농림축산식품부령으로 정하는 바에 따라 그 사용에 관한 계약을 체결하여야 한다.”

동 시행규칙²²⁹⁾

“제8조(특허 출원 중인 직무발명 사용계약 등) ① 법 제13조제3항 및 영 제9조제1항에 따라 특허(실용신안을 포함한다) 출원 중인 연구개발 기술(이하 "직무발명"이라 한다)을 산업화하려는 자는 별지 제3호서식의 직무발명 사용계약 신청서에 다음 각 호의 서류를 첨부하여 법 제33조제1항에 따른 농업기술실용화재단(이하 이 조에서 "실용화재단"이라 한다)의 장에게 제출하여야 한다.”

농촌진흥청과 그 소속기관 직제 시행규칙²³⁰⁾

“제7조(연구정책국)....④ 연구운영과장은 다음 사항을 분장한다.....

- 14. 직무육성 신제품 국내외 출원 등 보호 및 조기보급에 관한 사항”

대외무역법 시행령²³¹⁾

“제32조의2(수출허가 등의 제한이 필요한 기술) 법 제19조 제1항²³²⁾에서 “대통령령으로 정하는 기술”이란 국제수출통제체제에서 정하는 물품의 제조·개발 또는 사용 등에 관한 기술로서 산업통상자원부장관이 관계 행정기관의 장과 협의하여 고시하는 기술을 말한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 기술은 제외한다.

228) [시행 2015.9.28.] [대통령령 제26545호, 2015.9.23., 일부개정].

229) [시행 2015.9.28.] [농림축산식품부령 제163호, 2015.9.23., 일부개정].

230) [시행 2015.11.30.] [농림축산식품부령 제176호, 2015.11.30., 일부개정].

231) [시행 2015.1.1.] [대통령령 제25840호, 2014.12.9., 타법개정].

232) 대외무역법 제19조(전략물자의 고시 및 수출허가 등) ① 산업통상자원부장관은 관계 행정기관의 장과 협의하여 대통령령으로 정하는 국제수출통제체제(이하 "국제수출통제체제"라 한다)의 원칙에 따라 국제평화 및 안전유지와 국가안보를 위하여 수출허가 등 제한이 필요한 물품등(대통령령으로 정하는 기술을 포함한다. 이하 이 절에서 같다)을 지정하여 고시하여야 한다.

3. 특허 출원에 필요한 최소한의 기술....”

뿌리산업 진흥과 첨단화에 관한 법률 시행령²³³⁾

“제20조(뿌리기술 전문기업에 대한 지원) 산업통상자원부장관은 뿌리기술 전문기업에 대하여 다음 각 호의 사항을 지원할 수 있다....

4. 핵심 뿌리기술의 국내외 특허출원 등 지식재산화”

산림자원의 조성 및 관리에 관한 법률²³⁴⁾ 제18조, 제35조

“제18조(산림용 종자의 개발·등록) ① 산림용 종자를 개발한 자는 산림청장에게 품종보호를 출원하여 산림청장의 품종심사를 거쳐 산림청장에게 품종보호권 설정등록(이하 "품종등록"이라 한다)을 하여야 한다. 다만, 공무원이 직무상 개발한 품종은 그 공무원이 소속한 기관의 장의 명의로 등록하여야 한다....”

동 시행령²³⁵⁾ 제36조 내지 제39조, 제71조, 제72조의2내지3

그 중 예시; “제36조(보상금의 지급) 공동연구개발성과 또는 특허(실용신안을 포함한다. 이하 같다)출원중인 직무발명(이하 "출원중직무발명"이라 한다)을 사용하게 하는 사항 및 특허등록에 따른 보상금 지급에 대하여는 「공무원 직무발명의 처분·관리 및 보상 등에 관한 규정」 제16조부터 제20조까지 및 제22조에 따른다.”

동 시행규칙²³⁶⁾ 제20조, 제41조

그 중 예시; “제20조(품종보호 출원 절차 등) 법 제18조에 따른 품종보호 출원, 품종심사 및 품종보호권 설정등록 등의 절차에 관하여는 「식물신 품종 보호법 시행규칙」의 규정을 준용한다”

산림청과 그 소속기관 직제 시행규칙²³⁷⁾

“13조의2(국립산림품종관리센터)....

233) [시행 2015.1.1.] [대통령령 제25840호, 2014.12.9., 타법개정].

234) [시행 2015.1.26.] [법률 제9961호, 2010.1.25., 일부개정].

235) [시행 2015.11.11.] [대통령령 제26629호, 2015.11.11., 타법개정].

236) [시행 2015.11.11.] [농림축산식품부령 제169호, 2015.11.11., 타법개정].

237) [시행 2015.11.30.] [농림축산식품부령 제175호, 2015.11.30., 일부개정].

- ③ 품종심사과장은 다음 사항을 분장한다....
- 8. 품종출원 관련 분쟁 조정
- 9. 출원품종 및 대조품종(對照品種)의 수집·보존·관리”

산업교육진흥 및 산학협력촉진에 관한 법률²³⁸⁾

“제35조(지식재산권의 취득·관리) ① 산학협력단은 산학협력계약에 따라 지식재산권을 취득·사용 및 관리할 수 있다.

- ⑤ 제4항에 따른 지식재산권의 취득·관리 및 기술의 이전·사업화 등에 관한 규정에는 다음 각 호의 사항이 포함되어야 한다.

- 1. 지식재산권의 출원, 등록, 보호, 이전 및 활용에 관한 사항....”

생명연구자원의 확보·관리 및 활용에 관한 법률 시행령²³⁹⁾

“제5조(기탁·등록의 방법) ① 법 제9조제1항에 따라 생명연구자원을 기탁·등록하려는 자는 기탁·등록에 적합한 생명연구자원의 상태를 갖추어 신청하여야 한다.

- ③ 법 제9조제2항 단서에서 "대통령령으로 정하는 사유"란 다음 각 호의 사항을 말한다....

- 4. 특허출원을 위하여 한시적으로 공개를 제한할 필요가 있는 경우....”

수산과학기술진흥을 위한 시험연구 등에 관한 법률²⁴⁰⁾

“제16조(연구개발성과의 이전 등).... ③ 해양수산부장관은 소속 공무원이 직무와 관련하여 연구개발한 기술을 특허(실용신안을 포함한다) 출원하는 경우 특허 등록 전이라도 해당 기술을 조기에 산업화하는 것이 공익증진에 기여할 수 있다고 판단하는 때에는 특허청장과 협의하여 특허 등록 전이라도 이를 산업화하고자 하는 자에게 그 기술을 산업화하게 할 수 있다.”

동 시행령²⁴¹⁾

238) [시행 2015.9.28.] [법률 제13225호, 2015.3.27., 일부개정].

239) [시행 2013.3.23.] [대통령령 제24423호, 2013.3.23., 타법개정].

240) [시행 2013.3.23.] [법률 제11690호, 2013.3.23., 타법개정].

“제14조(공동연구개발 성과의 사용 등)...② 법 제16조제3항에 따라 특허 (실용신안을 포함한다) 출원 중인 직무발명을 산업화하려는 자는 해양수 산부령으로 정하는 바에 따라 해양수산부장관과 그 사용에 관한 계약을 체결하여야 한다.”

동 시행규칙 제6조, 제8조²⁴²⁾

그 중 예시; “제6조(사용계약의 신청) 영 제14조제1항 또는 제2항에 따라 계약을 체결하려는 자는 별지 제2호서식의 기술사용계약 신청서에 다음 각 호의 서류를 첨부하여 해양수산부장관에게 제출하여야 한다.

1. 공동연구개발 성과와 특허출원 중인 기술(이하 “연구개발성과등”이라 한다)의 사용에 관한 다음 각 목의 사항이 적힌 사업계획서....”

수산종자산업육성법²⁴³⁾

“제28조(수산식물종자 품종의 생산·수입 판매 신고) ① 「식물신품종 보호법」 제37조제1항에 따라 출원공개된 품종 외의 품종의 종자를 생산하거나 수입하려는 자는 해양수산부장관에게 해당 수산식물종자의 시료를 첨부하여 신고하여야 한다....

- ④ 제3항에 따른 품종명칭의 출원, 등록 등에 관하여는 「식물신품종 보호법」 제106조부터 제117조까지의 규정을 준용한다....”

원자력 진흥법²⁴⁴⁾

“제15조(특허 등에 대한 보조금의 지급) 정부는 원자력에 관한 특허출원 중의 발명이나 이미 특허된 발명에 대하여 예산의 범위에서 보조금을 지급할 수 있다.”

전국과학전람회규칙²⁴⁵⁾

“제14조(지원)...② 미래창조과학부장관은 과학전에서 입선을 한 자가 그

241) [시행 2013.3.23.] [대통령령 제24455호, 2013.3.23., 타법개정].

242) [시행 2013.3.24.] [해양수산부령 제1호, 2013.3.24., 타법개정].

243) [시행 2016.6.23.] [법률 제13385호, 2015.6.22., 제정].

244) [시행 2016.1.1.] [법률 제13390호, 2015.6.22., 일부개정].

245) [시행 2014.5.27.] [미래창조과학부령 제20호, 2014.5.27., 타법개정].

작품에 대하여 특허출원 및 기업화를 위하여 알선등을 요청하는 경우에는 관계행정기관의 장 또는 관련기관과 협의하여 이를 지원할 수 있다.”

종자산업법 시행규칙²⁴⁶⁾

“제34조(유통종자의 품질표시) 법 제43조 제3호²⁴⁷⁾에서 "공동부령으로 정하는 사항"이란 다음 각 호의 사항을 말한다....

7. 품종보호 출원공개번호(「식물신품종 보호법」 제37조에 따라 출원공개된 품종의 경우만 해당한다) 또는 품종보호 등록번호(「식물신품종 보호법」 제2조제6호에 따른 보호품종으로서 품종보호권의 존속기간이 남아 있는 경우만 해당한다)”

지방세법²⁴⁸⁾

“제31조(특별징수) ① 특허권, 실용신안권, 디자인권 및 상표권 등록(「표장의 국제등록에 관한 마드리드협정에 대한 의정서」에 따른 국제상표등록출원으로서 「상표법」 제86조의31에 따른 상표권 등록을 포함한다)의 경우에는 특허청장이 제28조제1항제11호 및 제12호에 따라 산출한 세액을 특별징수하여 그 등록일이 속하는 달의 다음 달 말일까지 행정자치부령으로 정하는 서식에 따라 해당 납세지를 관할하는 지방자치단체의 장에게 그 내용을 통보하고 해당 등록면허세를 납부하여야 한다.”

해양생명자원의 확보·관리 및 이용 등에 관한 법률 시행령²⁴⁹⁾

“제24조(기탁·등록 사항 및 방법 등) ① 법 제24조 제1항 및 제2항에 따라 해양생명자원을 기탁·등록하려는 자는 해양생명자원 기탁·등록신청서

246) [시행 2015.1.6.] [농림축산식품부령 제129호, 2015.1.6., 타법개정] 및 [시행 2015.1.6.] [해양수산부령 제133호, 2015.1.6., 타법개정].

247) 종자산업법 제43조(유통종자의 품질표시) 국가보증 대상이 아닌 종자나 자체보증을 받지 아니한 종자를 판매하거나 보급하려는 자는 다음 각 호의 사항을 모두 종자의 용기나 포장에 표시(이하 "품질표시"라 한다)하여야 한다.

1. 종자의 생산 연도 또는 포장 연월
2. 종자의 발아(發芽) 보증시한
3. 제37조제1항 및 제38조에 따른 등록 및 신고에 관한 사항 등 그 밖에 공동부령으로 정하는 사항

248) [시행 2015.7.24.] [법률 제13427호, 2015.7.24., 일부개정].

249) [시행 2015.1.6.] [대통령령 제25985호, 2015.1.6., 타법개정].

에 기탁·등록 대상 해양생명자원과 해당 해양생명자원의 명세에 관한 서류를 첨부하여 기탁등록기관 또는 책임기관에 제출하여야 한다....④ 법 제24조 제2항 단서²⁵⁰⁾에서 "대통령령으로 정하는 사유"란 다음 각 호의 사유를 말한다.....3. 특허 출원을 위하여 한시적으로 공개를 제한할 필요가 있는 경우”

라. 소결(정리)

이상과 같이 지재법이 아닌 법령을 대상으로 세밀히 고찰해본 결과 단지 ‘출원’이란 용어가 등장하였더라도 이번 연구의 목적 중 하나인 용어변경 내지 관련문구개정의 대상 파악과는 전혀 동떨어진 법령들도 존재한다는 점을 발견할 수 있었다. 그런 견지에서 정리해보면 지재법이 아닌 법령 중에서 ‘출원’용어가 어찌되었든 등장한 법령의 총수는 형식적 의미의 법률 25개, 시행령 25개, 시행규칙 18개, 그렇지만 특허법 등의 ‘출원’용어를 만일 향후 다른 용어로 변경하여 개정이 이루어질 경우 마찬가지로 개정 대상이 되어야 할 지재권 외부의 법령 숫자는 실제로 법률 16개, 시행령 19개, 시행규칙 9개로 파악되었다. 덧붙여 장기적 관점에서 우선심사를 규정한 특허법 제61조의 시행령으로 포섭함이 타당한 경우들임에도 당해 특별 법령에서 자체적인 우선심사 규정을 두고 있는 예가 여럿 존재함을 파악할 수 있었다. 이상의 고찰을 일목요연하게 표로 정리하면 다음과 같다.

<지재법이 아닌 법령에서 ‘출원’ 용어가 채용된 경우들의 분류표>*(가나다 순)
타 법령에서 독자적 의미를 가진 용어로 ‘출원’이 쓰인 경우들
- ‘행정법상의 특허’를 뜻하는 경우
광업법, 동 시행령, 동시행규칙/ 산업통상자원부와 그 소속기관 직제 시행규칙(부령)/ 석탄산업법/ 지방세특례제한법/ 해저광물자원 개발법, 동 시행령, 동 시행규칙
- 청원이나 원서를 내는 것을 뜻하는 경우

250) 법 제24조 제2항 “해양생명자원에 대한 국가연구개발사업을 수행하는 자는 사업이 종료된 때 대통령령으로 정하는 바에 따라 사업수행 결과에 따라 생산된 해양생명자원을 기탁등록기관 또는 책임기관에 기탁·등록하여야 한다. 다만, 대통령령으로 정하는 사유로서 관계 중앙행정기관의 장이 인정하는 경우에는 그러하지 아니하다.”

<p>법무사규칙(대법원규칙²⁵¹)/ 변호사시험법 시행령/ 병무청과 그 소속기관 직제 시행규칙/ 병역법, 동 시행령, 시행규칙/ 사면법/ 사법시험법/ 인감증명법 / 접골사·침사·구사·안마사자격시험규정(부령)</p>
<p>-그 밖의 특이한 의미로 쓰이는 경우(소년원 출원)</p>
<p>법무부와 그 소속기관 직제 시행규칙(부령)/ 보호소년 등의 처우에 관한 법률, 동 시행령, 동 시행규칙/ 소년원 및 소년분류심사원 급여규칙(부령)</p>
<p>타 법령에서 단지 특허법 등의 ‘출원’을 원용하고 있는데 그치는 경우들</p>
<p>-특허법 제61조의 우선심사에 대한 예외조항을 자체적으로 신설한 경우</p>
<p>소재·부품·전문기업 등의 육성에 관한 특별조치법 시행령/ 지역특화발전특구에 대한 규제특례법/ 지역특화발전특구에 대한 규제특례법/ 첨단의료복합단지 지정 및 지원에 관한 특별법</p>
<p>-연구사업의 참가 제한사유로 지재권의 임의 출원, 등록행위가 제시된 경우</p>
<p>국가통합교통체계효율화법/ 과학기술기본법/ 산업기술혁신 촉진법/ 중소기업 기술혁신 촉진법</p>
<p>-출연금 등이 쓰일 수 있는 용도로 지재권 출원, 등록이 제시된 경우</p>
<p>건설기술 진흥법 시행령/ 기초연구진흥 및 기술개발지원에 관한 법률 시행령/ 방위사업법/ 산업교육진흥 및 산학협력촉진에 관한 법률 시행령/ 치안분야 과학기술 진흥에 관한 규정(대통령령)/ 항공안전기술원법 시행령/ 항공우주산업개발 촉진법 시행령/ 해양수산업발전 기본법 시행령/ 핵융합에너지 개발진흥법 시행령</p>
<p>-그 밖의 경우들</p>
<p>기술의 이전 및 사업화 촉진에 관한 법률, 동 시행령, 동 시행규칙/ 국가연구개발사업의 관리 등에 관한 규정(대통령령)/ 건설산업기본법 시행규칙/ 공무원제안규정(대통령령)/ 농촌진흥법, 동 시행령, 동 시행규칙/ 농촌진흥청과 그 소속기관 직제 시행규칙/ 대외무역법 시행령/ 뿌리산업 진흥과 첨단화에 관한 법률 시행령/ 산림자원의 조성 및 관리에 관한 법률, 동 시행령, 동 시행규칙/ 산림청과 그 소속기관 직제 시행규칙/ 산업교육진흥 및 산학협력촉진에 관한 법률/ 생명연구자원의 확보·관리 및 활용에 관한 법률 시행령/ 수산과학기술진흥을 위한 시험연구 등에 관한 법률, 동 시행령, 동 시행규칙/ 수산종자산업육성법/ 원자력 진흥법/ 전국과학전람회규칙(부령)/ 종자산업법 시행규칙/ 지방세법/ 해양생명자원의 확보·관리 및 이용 등에 관한 법률 시행령</p>

*위 법령의 총수 [법률] 25개/ [시행령] 25개/ [시행규칙] 18개
*특허법 등의 '출원'명칭 개정의 경우 마찬가지로 개정대상인 법령의 수
 [법률] 16개/ [시행령] 19개/ [시행규칙] 9개

마. 보론; '출원' 용어로 인한 혼란을 막는 지재법 외부의 특별법 검토

(1) 서

'건강기능식품'이라는 제한적인 대상에 관하여서이지만 특허출원표시로 인한 일반인의 혼란을 방지하는 역할을 수행하는 법률들도 존재한다. 건강기능식품법(정식 명칭은 '건강기능식품에 관한 법률')²⁵²⁾이 그 대표적 법률이다. 아울러 식품위생법에서도 특허출원표시를 막고 있다. 향후 운영하기에 따라서는 표시광고법(정식명칭은 '표시·광고의 공정화에 관한 법률')이 적어도 허위표시에 관해 그런 역할을 수행할 여지가 충분하다.

(2) 표시광고법의 규제

표시광고법은 다음과 같은 규정으로 부당한 표시나 광고를 규제하고 있는바, 바로 아래 항목에서 설명하는 건강기능식품법이 오직 건강기능식품만을 대상으로 한 것과 달리 일반적인 상품, 서비스에 관하여 넓게 적용되는 법률인 까닭에 운영하기에 따라서는 특허출원표시의 남용행위를 규제하는데 충분히 기여할 여지가 있다.

『제3조(부당한 표시·광고 행위의 금지) ① 사업자등은 소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 할 우려가 있는 표시·광고 행위로서 공정한 거래질서를 해칠 우려가 있는 다음 각 호의 행위를 하거나 다른 사업자등으로 하여금 하게 하여서는 아니 된다.

1. 거짓·과장의 표시·광고
2. 기만적인 표시·광고
3. 부당하게 비교하는 표시·광고
4. 비방적인 표시·광고

② 제1항 각 호의 행위의 구체적인 내용은 대통령령으로 정한다.』

251) 아래 대상법령의 개수 산정에서는 대통령령에 준하는 것으로 취급하였다.

252) [시행 2015.5.22.] [법률 제12669호, 2014.5.21., 일부개정].

위 2항의 위임에 따라 시행령 제3조에서는 가령 법률 제3조 제1호의 의미에 관하여 “거짓·과장의 표시·광고는 사실과 다르게 표시·광고하거나 사실을 지나치게 부풀려 표시·광고하는 것”을 말한다고 하여 조금 자세히 부연함과 동시에²⁵³⁾ 공정거래위원회가 세부적인 기준을 고시로 규정하도록 재위임하고 있다. 그런 재위임에 따라 “부당한 표시·광고행위의 유형 및 기준 지정고시”²⁵⁴⁾가 제정되어 있는데, 여기서는 ‘추천, 권장 등에 관한 표시·광고’ 유형에 대한 구체적 기준 중 하나로 “특허를 출원한 사실만을 가지고 ‘특허획득’이라고 표시·광고하는 경우” 허용되지 아니함을 명시하고 있다.

이상과 같은 표시광고법 및 하위법령의 기준은 그 취지상, 가령 “특허 제 10-2014-12345호”와 같은 식으로 출원번호를 마치 특허번호처럼 제시하는 행태에 관해서도 충분히 적용될 여지가 있다고 사료된다. 하지만 아직까지는 그렇게 적극적인 적용을 관철한 실례를 찾기는 힘들다. 그렇게 적극적으로 적용하지 아니하고 단지 특허등록사실이 없음에도 불구하고 ‘특허등록’과 같이 직접적이고 노골적으로 광고하는 것만을 적용대상으로 삼는다고 한다면, 이미 특허법 등에서 허위표시죄를 규율하고 있는 것과 구별되는 표시광고법 관련규정만의 독자적인 의미를 찾기는 힘들 것이다.

(3) 특허출원 광고를 금하는 건강기능식품법의 규제

건강기능식품법은 다음과 같이 ‘특허와 관련하여 사실과 다른 내용의 표시·광고’를 규제하고 있다.

『제18조(허위·과대·비방의 표시·광고 금지) ① 누구든지 건강기능식품의 명칭, 원재료, 제조방법, 영양소, 성분, 사용방법, 품질 및 건강기능식품이력추적관리 등에 관하여 다음 각 호에 해당하는 허위·과대·비방의 표시·광고를 하여서는 아니 된다.

1. 질병의 예방 및 치료에 효능·효과가 있거나 의약품으로 오인(誤認)·혼동할 우려가 있는 내용의 표시·광고
2. 사실과 다르거나 과장된 표시·광고
3. 소비자를 기만하거나 오인·혼동시킬 우려가 있는 표시·광고
4. 의약품의 용도로만 사용되는 명칭(한약의 처방명을 포함한다)의 표시·광고

253) 그러나 여전히 추상적 기준에 머물러 있어 특허출원표시의 남용에 대한 직접적 도움은 되지 않는다.

254) [시행 2015.10.23.] [공정거래위원회고시 제2015-15호, 2015.10.23., 일부개정].

5. 다른 업체 또는 그 업체의 제품을 비방하는 표시·광고

6. 제16조제1항에 따라 심의를 받지 아니하거나 심의받은 내용과 다른 내용의 표시·광고

② 제1항에 따른 허위·과대·비방의 표시·광고의 범위 등에 관하여 필요한 사항은 총리령으로 정한다.』

위 법률규정의 위임에 따라 건강기능식품에 관한 법률 시행규칙²⁵⁵⁾ [별표 5]에서는 다음과 같이 정하고 있다.

『허위·과대·비방의 표시·광고의 범위(제21조관련)

2. 사실과 다르거나 과장된 표시·광고에 해당하는 경우

가. 법 제5조 내지 법 제7조의 규정에 따라 허가받은 사항이나 신고한 사항 또는 법 제8조의 규정에 따라 수입신고한 사항과 다른 내용의 표시·광고

나. 식품의약품안전처장이 인정하지 아니한 기능성을 나타내는 내용의 표시·광고

다. 정부 또는 관련공인기관의 수상·인증·선정·특허와 관련하여 사실과 다른 내용의 표시·광고....>』

또한 위 법률 제17조²⁵⁶⁾에서는 건강기능식품의 용기·포장에 ‘기능성분 또는 영양소’ 등은 물론 식품의약품안전처장이 정하는 사항을 반드시 표시하도록 의무화하면서, 그 표시방법 등에 관하여 필요한 사항은 식품의약품안전처장이 고시로 규정하도록 위임하고 있는바, 그런 고시에 해당하는 것이 “건강기능식품의 표시기준(식품의약품안전처고시 제2014-143호, 2014.8.21., 일부개정)”이다. 한편 같은 법률 제16조에서는 건강기능식품의 기능성에 대한 표시·광고를 하려는 자는 식품의약품안전처장이 정한 건강기능식품 표시·광고 심의의 기준, 방법 및 절차에 따라 심의를 받아야 한다고 규정하고 있는바, 그렇게 정해진 고시가 “건강기능식품 표시 및 광고 심의기준(식품의약품안전처고시 제2014-29호, 2014.2.12., 일부개정)”이다.

255) [시행 2015.5.27.] [총리령 제1161호, 2015.5.27., 일부개정].

256) 제17조(표시기준) ① 건강기능식품의 용기·포장에는 다음 각 호의 사항을 표시하여야 한다.

1. 건강기능식품이라는 문자 또는 건강기능식품임을 나타내는 도형
2. 기능성분 또는 영양소 및 그 영양권장량에 대한 비율(영양권장량이 설정된 것만 해당한다)
3. 섭취량 및 섭취방법, 섭취 시 주의사항
4. 유통기한 및 보관방법

5. 질병의 예방 및 치료를 위한 의약품이 아니라는 내용의 표현
6. 그 밖에 식품의약품안전처장이 정하는 사항

② 제1항에 따른 표시방법 등에 관하여 필요한 사항은 식품의약품안전처장이 정하여 고시한다.

그런데 위 2가지 고시가 규정한 내용을 더욱 상세히 하고 있는 것이 식품의약품 안전처 ‘건강기능식품 기능성 표시·광고 가이드라인’²⁵⁷⁾인바, 여기서는 “(2) 특허 등록된 제품 또는 원료(성분)의 제조방법, 조성물, 용도 등에 관한 특허의 명칭 및 내용은 객관적 사실에 근거하여 표현할 수 있다. 다만, 의약품으로 오인할 우려가 있거나 식약처장이 인정하지 아니한 기능성 내용의 경우에는 관련내용을 표현 할 수 없다...”라고 하면서 “예2) 특허를 출원한 사실만으로 특허출원의 명칭 등을 게재하는 것은 소비자가 오인·혼동할 우려가 있으므로 관련내용을 표현하여서는 아니 된다.”고 명시하고 있다.²⁵⁸⁾ 이런 가이드라인의 내용과 관련하여 식약처는 “제품의 제조방법에 대한 “특허출원번호”를 표시할 수 있습니까?”라는 질문에 대해 “소비자의 알권리 차원에서 필요한 사항에 대하여 객관적인 사실을 바탕으로 표시하도록 하고 있으나, 특허출원은 현재 특허법에 따라 특허를 받지 않은 식품으로 향후 특허를 받는다는 보장이 없으므로 이는 미래의 불확실한 사실을 표시하여 소비자를 오인·혼동시킬 수 있어 표시하여서는 아니 됩니다.”라고 명확히 확정하고 있다.²⁵⁹⁾

요컨대, 건강기능식품법 법률 자체에서는 특허와 관련하여 허위표시에 해당하는 사안만을 규제하고 있는바 이는 이미 특허법 등의 허위표시죄와 상당부분 중첩되는 것이어서 아주 큰 의미가 있다고 하기 어려울지 모르겠지만 그 하위 고시를 다룬 식약처 가이드라인에서는 특허출원 사실만을 건강기능식품에 표시하는 행위를 혼동의 우려를 들어 분명히 규제하고 있어 의미가 있다. 특허법 등의 경우 특허출원표시가 금지되어 있지 아니하고 오히려 허위표시죄 규정의 반대해석상 특허출원 표시도 허용된다고 여겨짐에 반하여, 위 건강기능식품법은 건강기능식품의 특성을 고려하여서인지 특허출원표시를 아예 금하고 있음이 특색인 것이다.

(4) 특허출원 광고를 금하는 식품위생법의 규제

앞서 건강기능식품법과 마찬가지로 역시 식약처가 주관부처인 ‘식품위생법’에 근거하여 제정된 ‘식품 등의 표시기준’의 구체적 운영에서도 특허출원번호의 표시를 금지하고 있다.

우선 식품위생법 제10조²⁶⁰⁾에서는 관계부처로 하여금 판매를 목적으로 하는 식

257) 여기서는 가장 최근 버전인 식품의약품안전처, 『건강기능식품 기능성 표시·광고 가이드라인』 (2013. 12.)의 내용에 따랐다.

258) 이상의 내용은 위 가이드라인, 35면.

259) 식품의약품안전처, 『식품등의 표시기준 해설서』 (2010).

품 또는 식품첨가물 등의 표시에 관하여 필요한 기준으로 제정하도록 허용하고 있는데, 그에 근거하여 제정된 것이 식약처의 ‘식품 등의 표시기준’이다. 그것에 대한 해설서²⁶¹⁾에서는 “소비자의 알권리 차원에서 필요한 사항에 대하여 객관적인 사실을 바탕으로 표시하도록 하고 있으나, 특허출원은 현재 특허법에 따라 특허를 받지 않은 식품으로 향후 특허를 받는다는 보장이 없으므로 이는 미래의 불확실한 사실을 표시하여 소비자를 오인·혼동시킬 수 있어 표시하여서는 아니 됩니다.”라고 명시하고 있다. 이것은 결국 식약처가 식품 일반에 관하여도 건강기능식품법의 구체적 운영에서와 동일한 입장을 취한 것이다.

다만 이런 식품위생법의 규제는 헌법상 영업의 자유와 충돌할 우려가 전혀 없지는 않다. 특허출원 사실 자체가 분명히 사실이고, 그것이 일정부분 영업에 도움이 된다고 한다면 광고 등 영업에 사용하는 것을 규제하는데 합리적인 이유가 있어야 할 것이다. 그리고 합리적 이유가 있을지에 관하여서는 다양한 의견이 성립가능할 것이어서 여기에서 자세히 언급하기 어렵다. 그렇지만 과거 헌법재판소는 과거 특허권자가 이미 ‘숙취해소용 천연차 및 그 제조방법’에 관해 특허권을 취득하였음에 불구하고 ‘음주전후, 숙취해소 등 음주를 조장하는 내용을 표시하여서는 아니된다.’고 규제한 식약처의 구체적 표시기준이 영업의 자유를 침해한다고 판단한 예가 있다.²⁶²⁾ 이때 제시된 기준이 특허출원표시가 문제된 식품위생법 관련사안에도 어느

260) 식품위생법(1999. 5. 24. 법률 제5982호로 개정되기 전의 것) 제10조(표시기준) ① 보건복지부장관은 국민보건상 특히 필요하다고 인정하는 때에는 판매를 목적으로 하는 식품 또는 식품첨가물과 제9조 제1항의 규정에 의하여 기준 또는 규격이 정하여진 기구와 용기·포장의 표시에 관하여 필요한 기준을 정하여 이를 고시할 수 있다.

② 제1항의 규정에 의하여 표시에 관한 기준이 정하여진 식품 등은 그 기준에 맞는 표시가 없으면 이를 판매하거나 판매의 목적으로 수입·진열 또는 운반하거나 영업상 사용하지 못한다.

261) 구 식품의약품안전청, 『식품 등의 표시기준 해설서』 (2010), 82면.

262) 세칭 여명808 사건; ‘식품등의표시기준 제7조 별지1 식품등의세부표시기준 1. 가. 10) 카’ 위헌확인 사건 [전원재판부 99헌마143, 2000.3.30.]. 식품이나 식품의 용기·포장에 “음주전후” 또는 “숙취해소”라는 표시를 금지하고 있는 식품등의표시기준(1998. 10. 7. 식품의약품안전청고시 제1998-96호로 제정) 제7조 『별지1』 식품등의 세부표시기준 1. 가. 10) 카) 중 “음주전후” 및 “숙취해소” 표시를 금지하는 부분이 영업의 자유 등의 기본권을 침해하는지 여부가 다투어진 사건이다.

헌법재판소는 “위 규정은 음주로 인한 건강위해적 요소로부터 국민의 건강을 보호한다는 입법목적하에 음주전후, 숙취해소 등 음주를 조장하는 내용의 표시를 금지하고 있으나, “음주전후”, “숙취해소”라는 표시는 이를 금지할 만큼 음주를 조장하는 내용이라 볼 수 없고, 식품에 숙취해소 작용이 있음에도 불구하고 이러한 표시를 금지하면 숙취해소용 식품에 관한 정확한 정보 및 제품의 제공을 차단함으로써 숙취해소의 기회를 국민으로부터 박탈하게 될 뿐만 아니라, 보다 나은 숙취해소용 식품을 개발하기 위한 연구와 시도를 차단하는 결과를 초래하므로, 위 규정은 숙취해소용 식품의 제조·판매에 관한 영업의 자유 및 광고표현의 자유를 과잉금지원칙에 위반하여 침해하는 것이다. 특히 청구인들은 “숙취해소용 천연차 및 그 제조방법”에 관하여 특허권

정도 유추적용될 가능성이 없지 않은 것이다.

4. 정책적 검토

특허출원이 있고 난 뒤 길고 지리한 심사과정을 통과하여 최종적으로 특허등록을 받기까지는 많은 경우 수년 이상의 긴 시간이 소요된다. 그렇지만 특허출원인의 경우 아직 등록을 받아 완전한 독점권을 누릴 지위에 있지 아니하다. 따라서 그런 시간이 경과할 때까지 특허출원인은 자신이 투자한 금전과 노력에 대하여 불안정한 지위를 감수할 수밖에 없는 구조이다. 아울러 특허권자가 특허표시를 하는 경우와 비교하여, 아직 독점권을 얻지 못한 출원인이 특허출원표시를 하는 것에 대하여는 아무래도 제약을 가할 수 있는 여지가 이론상 더 크다.

그렇지만 지나치게 특허출원인의 권익을 제한해서는 발명에의 장려라는 특허법의 목적이 우회적으로 훼손될 수 있다. 나중에 등록된 특허권이 아무리 대단하더라도 그것에 도달하는 과정에 있는 출원인의 지위가 열악해서는 특허법이 의도한 장려가 제대로 관철되기 힘든 것이다.

그런 훼손을 우려하여서 특허법은 다양한 대책을 내놓고 있는바, 가장 대표적으로는 출원 중에 있더라도 ‘특허받을 수 있는 권리’를 제3자에게 자유롭게 양도할 수 있도록 허용하여(특허법 제37조 제1항 참조) 발명자로서 투자한 자본과 노력을 조기에 회수할 수 있는 기회를 보장하고 있다. 아울러 아직 등록이 있기 이전 시점이라도 침해적 실시행위에 대항해 일정 조건하에 출원인이 보상금지청구권의 구제를 받을 수 있도록 하고 있다(특허법 제65조 제2항²⁶³). 그리고 그 조건을 달성하기 위해서는 논리적으로 상대방에게 권리자의 출원 사실을 고지하거나 상대방 스스로 출원 사실을 알아야 한다. 물론 이런 고지나 상대방 스스로의 인지 과정에 반드시 특허제품상에 특허출원표시가 존재하였어야 한다는 보장은 없다. 하지만, 특허출원표시가 분명하게 되어 있다면 제3자가 그 출원시로부터 특정기간이

을 획득하였음에도 불구하고 위 규정으로 인하여 특허권자인 청구인들조차 그 특허발명제품에 “숙취해소용 천연차”라는 표시를 하지 못하고 “천연차”라는 표시만 할 수밖에 없게 됨으로써 청구인들의 현행상 보호받는 재산권인 특허권도 침해되었다.”고 판시하였다.

263) 제65조(출원공개의 효과) ① 특허출원인은 출원공개가 있는 후 그 특허출원된 발명을 업으로서 실시한 자에게 특허출원된 발명임을 서면으로 경고할 수 있다.

② 특허출원인은 제1항에 따른 경고를 받거나 제64조에 따라 출원공개된 발명임을 알고 그 특허출원된 발명을 업으로서 실시한 자에게 그 경고를 받거나 출원공개된 발명임을 알았을 때부터 특허권의 설정등록을 할 때까지의 기간 동안 그 특허발명의 실시에 대하여 통상적으로 받을 수 있는 금액에 상당하는 보상금의 지급을 청구할 수 있다.

흐른뒤 출원공개가 반드시 이루어질 것이라는 사실을 몰랐었다고 나중에 다투기가 거의 불가능하게 될 것이다. 따라서 출원인에게 출원 사실의 표시를 얼마나 자유롭게 허용할지의 문제는 궁극적으로 (물론 특허권자가 부여받는 권익보다는 높지 못할 것이지만) 특허출원인의 권익을 얼마나 강화하여 특허법의 목적을 달성할 것인가라는 문제와 일맥상통하는 면이 있다.

반면 특허법은 출원인이나 특허권자의 권리강화에만 초점을 맞추기보다 경쟁자의 자유로운 경쟁이나 일반공중의 이익도 일정부분 고려하고 있다. 특허출원표시에 관해서도 출원인의 표시 형태가 경쟁을 지나치게 억압하거나 일반공중에게 부당한 손해를 가한다고 하면 허용되기 어려울 것임은 자명하다. 그런 견지에서 특히 특허출원 사실 자체를 전달하기보다 마치 특허권 등록이 마쳐진 것과 같은 외양을 조장하여 혼동을 초래하게 하는 행태, 간결하게 허위표시의 행태가 가장 문제된다.

요컨대, 특허출원표시를 자유롭게 허용하여 출원인 등의 지위를 강화함으로써 궁극적으로 발명을 장려하겠다는 특허법 목적을 달성함과 동시에 경쟁자 및 일반공중의 이익을 배려한다는 특허법의 또 다른 고려를 추구하는 것은 특허출원표시라는 쟁점에 있어서는 허위표시를 적절히 규제함으로써 이루어질 수 있다. 그런 허위표시의 적절한 규제를 위해서는 허위표시라는 거론되는 추상적 양태들 중, 특정한 태양에 대해서는 아주 세밀하게 가부(可否)의 판단을 분명히 내림으로써 주도면밀하게 달성될 수 있을 것이다.

참고로 출원인의 이익보호와 관련하여, 미국의 과거 특허법은 앞서 설명한 대로 출원공개를 부정하고, 출원시점이 아니라 등록시점으로부터 특허독점권의 기간을 기산함과 동시에 '계속출원'제도를 통하여 출원인이 모출원(최초출원)으로부터 계속 추가적인 출원을 할 수 있는 여지를 최대한 넓혀 인정함으로써 결국 특허법 제도 자체가 출원인의 이익보호에만 지나치게 치중한 모습을 취했었다. 그것은 결국 '잠수함 특허'라는 폐해로 나타나 미국의 입법자도 그 문제의 심각성을 인식하고 현재는 출원공개 제도 도입, 출원시점으로부터의 존속기간산정 등으로 일정하게 그런 폐해를 제어하고자 노력하고 있다. 한국 특허법의 경우에는 미국처럼 지나치게 출원인의 편에 서서 그 지위만을 옹호하였다거나 한 행적만큼은 별로 없다. 그렇더라도 한국의 특허법 역시 일단 출원인의 편의(便宜)를 위하여 출원과 동시에 심사청구를 하여야 하는 것이 아니라 5년이라는 굉장히 장기간의 기간을 부여한 뒤 그 기간 안에만 심사청구를 하면 충분하도록 허용하고 있다. 이런 제도를 일부 출원인이 악용하여, 일단 부실한 내용을 기초로 특허출원한 뒤 실제 심사청구는 최대한

뒤로 미루면서 그 출원인의 지위를 마치 특허등록인 것처럼 호도하기 사례가 왕왕 등장하고 있다고 진단된다. “특허 제10-2014-12345호”와 같은 식으로 출원번호를 마치 특허번호처럼 제시하면 일반인으로서, 위 번호의 구조를 보고 쉽게 출원번호에 불과한 것임을 알 수 있는 전문가와 다르게, 혼란을 겪을 수밖에 없다. 출원인이 심사청구를 미루면서 출원인의 지위를 유지할 수 있는 위 5년 동안 이런 혼란이 생길 여지가 적어도 이론상 있어 어떤 방식으로든 규제가 필요한 것이라 할 수 있다.

VI. 출원 용어 변경의 필요성 및 변경방향 검토

1. 용어대체가 실제 필요한지는 극히 신중한 판단이 필요할 것임

가. 변경을 할 경우 전체사회적 비용이 만만치 아니함

설령 일부 사례에서 출원 용어가 마치 특허등록의 뜻으로 오해되어 문제가 발생한다고 하더라도 그런 문제를 시정하기 위해 특허법 등에 이미 폭넓게 쓰이고 있는 ‘출원’ 용어를 변경할 경우 만만치 않은 비용부담이 예견된다.

가장 먼저 입법적 비용이 상당한 수준으로 지출될 것이다. 특허법에서 수백 번 이상 등장하는 용어여서 많은 조문이 변경될 것임은 물론이려니와 실용신안법 등 여타의 지재법에서도 사정은 크게 다르지 않다. 나아가 지재법을 넘어 다른 법률이나 하위 법령에서도 앞서 ‘정리도표’에서 살펴본 대로 수십 개의 법령에서 이를 원용하고 있기 때문에, 만일 용어를 변경하는 경우 관련 법령을 모두 일괄하여 개정할 필요성이 있게된다. 이런 법령들은 정부 각 기관의 소관으로 나뉘어 있고 그에 대응하여 국회 소관위도 상이한 까닭에 범정부적, 범국회적 노력과 관심이 필요할 것이다.

다음으로 관련 전문가 집단이 부담할 비용이 만만치 않다. 특허청의 공보 등에 관한 전자시스템 변경, 오프라인 인쇄물에 대한 용어정정 등에 큰 비용이 소요될 것으로 예상된다.²⁶⁴⁾ 또한 관련 변리사업체나 출원 기업들의 경우에도 용어변경에 순응하기 위해 일정한 부담이 필요할 것이다. 더 나아가서는 우리 법원의 재판용어 수정 등도 따르게 될 것이다. 덧붙여 용어변경의 과도기에서 만만치 않은 혼란이 따를 것이다.

이런 제반 비용을 고려하면 용어 변경에 신중하여야 한다는 입장에 더 힘이 실릴 수 있다. 출원 용어변경은 아주 큰 비용이 소요되므로 다른 대응방법이 마땅하지 않을 경우엔나 취할 수 있는 최후의 개선방향이라고 사료된다.

다만 그런 용어변경이나 관련 개정으로 일반국민들이 얻을 이익이 위에서 언급한 비용을 상회한다면 물론 개정이 이루어져야 할 것임은 두말할 나위가 없다. 그런데 그런 손익비교를 하더라도 출원용어 변경이 필요하다는 결론을 내리기 어렵

264) 이에 관해 특허청 내부 추산 자료에 따르면 대략 100억원 이상이 필요할 것이라고 한다.

다고 사료된다.

먼저 이익으로 먼저 꼽을 수 있는 것은 특허법상 ‘출원’이란 한자가 일본에서 출발한 용어이므로 이것을 다른 국어로 순화함으로써 얻어지는 이익이다. 이런 법령 용어의 정비 내지 일본식 법률용어의 순화로 달성되는 국익이 결코 작다고 할 수 없다. 실제로도 우리 관계부처는 지속적으로 일본식 용어로 한글로 순화하는 작업을 펼쳐 왔고 가시적인 성과를 거두고 있다. 현재도 법제처가 ‘알기 쉬운 법령 정비기준’ 작업을 통하여 그런 노력을 펼치고 있는 등 작업이 지속되고 있다. 멀리 갈 것도 없이 당장 특허법만 하더라도, 특허법상 가장 중요한 핵심개념이라고 할 ‘진보성’에 관하여 종전까지 통상의 기술자가 용이하게 발명할 수 있는지 여부를 기준으로 삼도록 한 것을 그 중 ‘용이하게’라는 (일반국민에 생경한) 용어를 ‘쉽게’로 순화하여 쓰도록 하고 있다. 즉, 오랫동안 특허법 제29조 제2항은 “특허출원전에 그 발명이 속하는 기술분야에서 통상의 지식을 가진 자가 제1항 각호의 1에 규정된 발명에 의하여 용이하게 발명할 수 있는 것일 때에는 그 발명에 대하여는 제1항의 규정에도 불구하고 특허를 받을 수 없다.”(밑줄과 강조체는 筆者註)라고 진보성에 관해 규율하고 있었다. 하지만 2014. 6. 11. 개정된 특허법의 같은 조문은 “② 특허출원 전에 그 발명이 속하는 기술분야에서 통상의 지식을 가진 사람이 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 발명에 의하여 쉽게 발명할 수 있으면 그 발명에 대해서는 제1항에도 불구하고 특허를 받을 수 없다.”로 바뀌어 용어순화가 이루어졌다. 기본적으로 연구자도 이런 법률용어 순화노력은 높이 평가하고 싶다. 다만 위와 같이 변경된 문구 중에는 당초부터 국어 어법으로도 별다른 문제가 없고 단지 화자(話者)의 시각에 따른 선택의 문제에 불과하다고 여겨지는 문구의 사소한 변경도 일부 포함된 것으로 볼 여지가 없지 아니하다.²⁶⁵⁾ 어쨌든 법률에서 가장 기본적인 용어를 변경한 경우 그 정착과정에 상당한 노력과 시간이 걸리는 것이 보통이어서, 위와 같이 용어를 바꾼 경우 이미 익숙한 기본개념이 새로 바뀌면서 생기는 불가피한 이전비용(移轉費用)이 필요하다. 그런데 ‘출원’이란 용어는 여러 가지 다른 뜻으로 우리 국어에서도 쓰이고 있는 용어일 뿐 아니라 법률 차원에서 설령 특허법 상의 출원 용어를 사라지게 만든다고 하더라도 여전히 (우리 일반국민에게는 생경한, 하지만 부득이하게) ‘출원’이라는 법률용어가 다른 법령에서는 존재할 것이라는 차이점이 있음을 유의해야한다. 즉 ‘행정법상의 특허’를 구

265) 가령 연구자의 사건으로는 “있는 것일 때에는”을 “있으면”으로, “제1항의 규정예”를 “제1항에도”로 바꾼 경우가 그에 해당할 수 있다고 사료된다.

하는 의미로 쓰이는 ‘광업권 출원’ 등이나, 변호사시험법 등에서 쓰는 ‘시험 출원’, 보호소년 등의 처우에 관한 법률에서 쓰이는 ‘소년원 출원’ 등 이미 우리 전체 법제에서는 지재권에서 언급하여 온 ‘출원’이 아니라도 다른 여러 가지 뜻으로 ‘출원’이란 용어를 활용하고 있음을 이미 살펴보았다.²⁶⁶⁾ 따라서 특허법 등의 ‘출원’ 용어만을 없앤다고 하여 전체적으로는 위와 같은 정비나 순화로 달성될 이익이 다른 용어변경에서와 비교할 때 그다지 크지 않다.

또한 출원 용어가 주는 오해의 소지를 불식시켜 일반국민들이 제품 선택에 혼란이 없어진다면 그 이익이 무척 클 것이다. 하지만 바로 다음 항목에서 후술하듯이 일반 국민들의 혼란이 ‘출원’이라는 아직 다소 생경한 언어 자체에 기인한 것이라기보다 함께 병기되어 쓰이는 ‘출원번호’에 기인한 측면이 많음을 인식한다면, 그런 출원번호 등의 악용을 규제하는 것만으로 문제의 상당부분을 해결할 수 있을 것으로 생각된다.

나. 출원 용어 자체보다 출원번호 병기 관련한 규제가 필요할 수 있음

(1) 특허출원표시를 둘러싼 일반인의 혼란을 막기 위한 대응방법 개관

‘출원’이란 용어가 설령 아직 일반인에게 생경하고, 일본에서 유래한 법률용어일지라도 ① 생경하지만 국어 차원에서 이미 여러 가지 의미를 가진 용어로 자리잡은 점, ② 일본에서 유래한 법률용어일지라도 우리 법제에서 특허법상의 출원이란 의미가 아니더라도 여러 가지 의미로 널리 활용하고 있는 점에 비추어보면 출원용어 자체를 손대기보다 차라리 보완책을 통해 과장광고의 피해를 규제하자는 입장을 경청할만한 가치가 있다.

글 서두에 언급한 ‘출원’용어의 변경필요성에 관한 국회 논의과정에서도, 그것을 자세히 살펴보면, 변경필요성을 찬성한 견해뿐만 아니라 출원 용어가 과장광고에 동원되지 못하도록 방지할 필요성이 있을 뿐이라는 견해²⁶⁷⁾가 제시되었었다. 출원용어를 가지고 시비할 것이 아니라 과장광고를 못하도록 광고의 형태를 규제하자는 견해였다.

그런데 이런 논의가 있던 뒤 2015. 7. 29. 개정이 이루어진 특허법시행규칙²⁶⁸⁾

266) V. 3. 라. 부분 도표 중 “타 법령에서 독자적 의미를 가진 용어로 ‘출원’이 쓰인 경우들” 참조.

267) 국회 산업통상자원소위 제3차 회의(334회, 2015. 7. 1.자)에서 제시되었던 부좌현 의원의 견해이다. 이는 그 회의록 18면 참조.

268) 산업통상자원부령 제144호, 2015. 7. 29. 일부개정된 시행규칙.

제121조에서는 특허표시는 물론(동조 제1항²⁶⁹⁾) 특허출원표시에 관해서도 새로 규정하면서(동조 제2항) “특허출원표시는 물건의 특허출원에 있어서는 그 물건에 “특허출원(심사중)”이라는 문자와 그 출원번호를, 물건을 생산하는 방법의 특허출원에 있어서는 그 방법에 의하여 생산된 물건에 “방법특허출원(심사중)”이라는 문자와 그 출원번호를 표시한다.”라고 규정하게 되었다. 이렇게 ‘(심사중)’이란 명시가 삽입되면 출원용어가 그대로 쓰이더라도 일반인이 마치 당해 특허가 등록되었다고 판단하기 쉬운 과장광고로 인한 피해로부터 상당부분 구제될 것으로 기대된다.

아울러 기존의 허위표시 규제규정을 특허출원번호를 병기하는 행위 중 혼란을 초래하는 일부 행태에 대항하여 적극적으로 적용할 필요가 있다.

전문가들은 주지하다시피, 출원의 종류를 나타내는 2자리 숫자(가령 특허의 경우 10, 실용신안은 20, 디자인은 30, 상표는 40, 서비스는 41)+출원연도를 나타내는 4자리 숫자(가령 2014)+접수일련번호를 나타내는 최대7자리 숫자(7자리미만이면 0을 덧붙여 가령 0131218과 같이 표시함)로 구성된다. 출원공개시 부여되는 공개번호도 마찬가지로이다. 하지만 특허등록번호는 출원의 종류를 나타내는 2자리 숫자+등록일련번호를 나타내는 7자리숫자의 결합으로만(다만 전산처리과정에서는 출원번호와의 자리수 일치를 위해 뒷부분에 0000을 추가하기도 함) 이루어진다. 따라서 전문가들이라면 ‘특허 10-2014-0000000’라는 문구를 보더라도 등록번호라고 오해할 소지가 전혀 없지만 일반인들은 마치 2014년에 일련번호 0000000로 등록된 특허권에 관한 광고라고 오해할 수밖에 없는 구조이다.

이런 구조하에서 일반공중에게 가장 큰 혼란을 주는 사례는, ‘특허출원’이라고만 표시한 경우보다 ‘특허 10-2014-0000000’이라고 표시하는 경우이다. 위 사례에서 아예 ‘특허등록 10-2014-0000000’이라고 하여 ‘등록’운운하거나 그 정도는 아니라도 출원번호의 ‘2014’번호를 빼고 표시하였다면 아무래도 더 분명하게 허위 표시죄에 해당하겠지만 앞서와 같은 표현은 허위표시라는 견해가 일단 더 유력한 입장이지만 허위표시가 아니라는 견해²⁷⁰⁾도 존재하는 상황이다. 특히 앞서 보았듯이 이런 형태의 표시를 우리법원에서 실제로 제재한 사례는 아직 존재하지 않는다.

이처럼 ‘특허 10-2014-0000000’이라고 표시하는 경우에 관하여 비교적 관대

269) 제121조(특허표시) ① 법 제223조에 따른 특허표시는 물건의 특허발명에 있어서는 그 물건에 “특허”라는 문자와 그 특허번호를, 물건을 생산하는 방법의 특허발명에 있어서는 그 방법에 의하여 생산된 물건에 “방법특허”라는 문자와 그 특허번호를 표시한다.

270) 박정규 변리사 2014. 6. 19.자 “특허 허위표시(특허 거짓표시, 특허 과장광고, 특허 과대광고)에 대하여” 게시글, <<http://미국특허.com/archives/category/blog/general>>.

한 것이 학설이나 관련 실무의 동향으로 진단되지만, 앞서 특허법시행규칙 제121조 개정을 통하여 특허출원표시에 있어 ‘심사중’이란 취지를 분명히 드러내도록 의무화하고 있다는 사정 등을 고려하면 향후 ‘특허 10-2014-0000000’이라고만 표시하는 경우는 과거와 달리 허위표시죄에 해당할 여지가 높아졌다고 보아야 타당하다. 그런 판단에 따라 당해 사안에 관해 허위표시죄를 적극적용하도록 수사기관이나 특허청 등 관련 행정청의 노력이 모아져야 할 것이다.

(2) 출원번호를 마치 등록번호처럼 오용한 실제 사례들

‘특허 10-2014-0000000’이라고만 표시하는 경우와 관련된 실제 사례들도 드물지 않다. 가령, 자사의 특정 약품을 의약 관련 매체에서 “00영-00메드, 해양심층암반수 약국유통 개시”라는 제목으로 홍보하는 과정²⁷¹⁾에서 “일반적으로 경도 300이상이면 물맛이 거칠어서 음용하기 어려우나 초고농축미네랄워터 양산기술(대한민국 특허 10-2012-0077180)을 보유한 아리메드는 특정미네랄가공기술(대한민국특허 10-2012-0077181)을 적용해 물맛이 우수하고 음용이 용이한 것이 특징이다.”라고 하여 불과 며칠 전에²⁷²⁾ 특허출원되었고 2015. 11. 1. 현재까지도 아직 출원공개가 이루어졌을 뿐인 출원기술을 마치 특허등록받은 것처럼 광고한 예가 존재한다. 공기관도 예외는 아니어서 그 업적을 홍보하는 2013년 주요연구성과를 소개하는 가운데 “수경재배 인삼잎을 이용한 화장품 원료 개발”제목 하에서 “진세노사이드 F5를 포함하는 피부 외용제(특허 10-2013-0109829) - 수경재배 인삼잎 추출물 및 진세노사이드 F5를 함유한 조성물 개발”로 표시한 예²⁷³⁾가 쉽게 발견된다.”

아울러 ‘출원’이란 문구를 삭제하지 않고 ‘특허출원 10-2012-0131218’이라는 형식으로 부기하여 ○○ 식품이, 자사가 출시한 ‘다이어트 솔루션’이란 제품에 대해 ‘비만예방 및 치료용 조성물 특허출원’ 등 질병 치료 또는 예방효과를 가진 것처럼 광고한 행위가 허위·과대 광고에 해당된다고 판단되어 방송통신심의위원회로부터 해당 광고사이트 차단 등의 제재를 받은 사례가 있다.²⁷⁴⁾ 엇비슷한 사례로

271) 『약사공론』 2012. 7. 23.자 제품소개 기사.

272) 바로 위 각주의 보도 며칠 전(2012. 7. 16.) 출원이 이루어졌고 2014. 1. 27. 출원공개가 이루어졌다.

273) 이는 농촌진흥청 국립원예특작과학원, 『연구결과 활용 극대화를 위한 원예·특용작물 기술정보』 제15호, 2014. 9. 1.자 10면.

274) 이는 식품의약품안전처 2015. 8. 6.자 보도자료 “식품 구입시 다이어트 표방 허위·과대광고에 속지마세요” 기사 1~2면 참조.

OOO푸드라는 업체가 “여자두부는 2층으로 이뤄진 두부로 에스애푸드만의 독자적인 제조공법(특허 제10-2015-0061990호, 출원 중)으로 만들어졌다.”라고 광고함으로써 말미에 ‘출원 중’이란 점을 추가하였을 뿐 나머지는 앞의 사례와 동일한 경우²⁷⁵⁾도 발견된다.

(3) 출원번호 오용사례에 대한 적절한 대처방안의 상세고찰

이런 사례들을 막기 위해 상정할 볼 수 있는 방안으로, 우선 출원번호 자체를 광고에서는 사용하지 못하게 하는 방안이 언급될 여지가 있다. 하지만 앞서 언급한 대로 출원인의 권익보호를 강화하여 특허법의 목적을 달성하려면 아무래도 출원인의 자유를 제한하는 것은 자제할 필요가 있을 뿐만 아니라, 무엇보다 출원번호가 가령 키프리스(KIPRIS) 검색을 통하여 상대방이나 일반공중으로부터 하여금 당해 출원인이 진짜 출원하였는지, 혹시 거절되었거나 이미 독점권으로 등록되었는지 추이를 정확히 파악할 수 있게 하는 중요한 정보가 된다는 점²⁷⁶⁾에서 오히려 출원번호를 반드시 병기하도록 할 필요성도 없지 아니한 점에 비추어 올바른 접근 방안이 되기 어렵다.

또 다른 방안은, 이미 존재하는 특허법의 허위표시죄를 잘 적용하는 것이다. 앞서 설명한 대로 우리 특허법 제224조(허위표시의 금지)조항²⁷⁷⁾ 및 동 처벌조항²⁷⁸⁾은 특허된 것이 아님에도 제품이나 광고 등에서 특허표시를 한 경우 3년 이하의

275) 『CCTV뉴스』 2015. 6. 29.자 제품소개 기사.

276) 이것은 뒤집어 말하면, 출원번호를 알리는 것이 출원인에게 오히려 불리한 경우가 있다는 말이다. 실제로도 특허실무에서는 출원번호를 알릴 경우 경쟁자가 출원인의 출원내용을 쉽게 확인할 수 있게 단서를 주는 꼴이 되므로 출원번호는 광고에서 제거할 것을 권고하는 경우가 드물지 않다.

277) 제224조(허위표시의 금지) 누구든지 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하여서는 아니 된다.

1. 특허된 것이 아닌 물건, 특허출원 중이 아닌 물건, 특허된 것이 아닌 방법이나 특허출원 중이 아닌 방법에 의하여 생산한 물건 또는 그 물건의 용기나 포장에 특허표시 또는 특허출원표시를 하거나 이와 혼동하기 쉬운 표시를 하는 행위
2. 제1호의 표시를 한 것을 양도·대여 또는 전시하는 행위
3. 제1호의 물건을 생산·사용·양도 또는 대여하기 위하여 광고·간판 또는 표찰에 그 물건이 특허나 특허출원된 것 또는 특허된 방법이나 특허출원 중인 방법에 따라 생산한 것으로 표시하거나 이와 혼동하기 쉬운 표시를 하는 행위
4. 특허된 것이 아닌 방법이나 특허출원 중이 아닌 방법을 사용·양도 또는 대여하기 위하여 광고·간판 또는 표찰에 그 방법이 특허 또는 특허출원된 것으로 표시하거나 이와 혼동하기 쉬운 표시를 하는 행위

278) 제228조(허위표시의 죄) 제224조를 위반한 자는 3년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.

징역 등 비교적 강력한 형사제재를 가하도록 규정하고 있다. ‘특허 10-2014-0000000’이라고 표시한 가정적 예를 기준으로 놓고 볼 때, 이것은 전문가들이 보기에는 ‘특허출원되어 10-2014-0000000라는 출원번호를 받았다.’는 의미 전달에 불과하지만 일반인들의 기준에서는 ‘특허받은 것으로, 특허등록된 번호가 10-2014-0000000이다.’라는 정보의 전달로 인식될 경우가 훨씬 더 많을 것이다. 상황이 그러하다면 특허법의 위 조항이 금지하는 행위에 해당된다고 해석될 여지가 크다.

여기서 우선 고려해보아야 할 것은 위 형사처벌조항의 목적이다. 사실 특허법의 위 조항 등 형사처벌조항은 한국에서 그동안 별로 주목받지 못한 조항들이다.²⁷⁹⁾ 만일 위 조항의 보호객체가 전문가들의 혼란을 막기 위한 것에 그친다면 모르겠지만 일반적으로 형사처벌조항은 그 보호의 객체가 그렇게 한정되지 않는다. 뿐만 아니라 위 조항은 “광고·간판 또는 표찰” 등 일반공중을 대상으로 한 매개체에 혼동을 초래하지 말 것을 요구하고 있는 점 등에 비추어 일반공중 혹은 당해 제품의 잠재적 수요층을 보호의 객체로 삼고 있다고 풀이함이 합리적이다. 결국 일반공중 등에게 혼란이 생긴다면 설령 전문가 입장에서는 그러하지 않더라도 허위표시죄에 해당할 수 있다.

다음으로 고려해야 할 것은, 특허법 위반행위에 대한 형사처벌조항에도 적용되어야 하는 형사법의 대원칙 ‘유추해석금지’를 위반하였다는 논란의 소지에 관해서이다. 유추해석금지의 원칙은 성문의 규정은 엄격히 해석되어야 한다는 전제 아래 피고인에게 불리하게 성문규정이 표현하는 본래의 의미와 다른 내용으로 유추해석을 금지하는 원칙으로 우리 헌법상 죄형법정주의로부터 파생된 원칙이다.²⁸⁰⁾ 그런데 ‘특허 10-2014-0000000’의 예는 적어도 그것이 ‘특허’출원과 관련된 것이고 ‘10-2014-0000000’도 실제 부여받은 번호인 점을 중시하면 거짓에 해당하는 요소가 존재하지 않는다는 견해도 성립가능하기 때문에, 결국 그런 정보표시만으로는 제224조 제1호가 금지한 ‘특허표시’에 해당하지 않는다는 입장이 제시될 수 있다. 이런 입장에만 따른다면 위 ‘특허표시’란 문구의 적용대상으로 전혀 특허받지 않았음에도 특허등록의 표시를 하는 경우뿐만 아니라 위 가정적 예까지 포함시키

279) 이렇게 된 데는, 이런 형사처벌조항이 형사법학자나 지재법학자 모두의 주된 관심에서 먼 사각지대에 위치하고 있다고 볼 수 있는 점, 가령 미국은 특허침해죄에 대하여는 형사처벌조항을 갖추고 있지 않는 등 국제적으로도 특허침해에 대한 형사범죄 인정이 보편적 입장은 아니라는 점 등이 작용한 것으로 보인다.

280) 대법원 1992.10.13. 선고 92도1428 전원합의체 판결 참조.

는 것은 유추해석금지원칙에 위반된다는 논박이 가능해진다. 그러나 여기서 잊지말아야 할 것은 유추해석인지 아닌지의 판단에 있어 제반사정을 모두 고려하여야 하는데 현재 시행규칙이 앞서 본 대로 ‘심사중’이란 문구를 반드시 표시하도록 의무화하고 있는 이상 그런 요청이 설령 하위법령의 변경에 따른 것일지라도 그런 요청을 위반한 행위가 과연 제224조 제1호을 위반한 행위인지를 판단하는 해석론에는 충분히 참작될 여지가 있다는 점, 아울러 특허출원표시에 관해서는 특허표시와는 달리 우리 특허법이 그것을 권리로까지 보장하고 있지는 아니한 까닭에 그 표시방법에 관해 상대적으로 제약을 가할 수 있는 여지가 크다는 점이다. 결국 종전에는 형사규정에 대한 유추해석금지 원칙에 저촉된다는 논란이 제기될 여지가 전혀 없지 아니하였지만 개정 시행규칙이후에는 유추해석금지의 논란에서 벗어날 수 있게 되었다고 본다. 덧붙여, 시행규칙이 아니라 특허법 등의 개정을 통하여 2015. 7. 29. 개정 특허법시행규칙 제121조의 내용을 포섭한다면 유추해석금지의 원칙으로부터 더욱 완벽하게 벗어날 것으로 보인다. 이런 맥락에서 법률화가 요구된 것은 아니지만 시행규칙 직전에 국회에서 이루어진 관련 논의에서도 시행규칙으로 정하기보다 법률로 정함이 적절할 수 있다는 견해²⁸¹⁾가 제시된 적이 있다.

정리하자면, 예시처럼 ‘출원’이란 용어를 생략한 채 단지 “특허 제 10-2014-12345호”라고만 표시한 경우 엄하게 허위표시의 책임을 추궁할 일이다. 물론 그런 책임추궁을 제대로 이루어지려면 수사기관의 적극적 노력이 필요할 것이고, 그런 노력에 일정부분 조력할 특허청의 사전계도 활동도 필요할 것이다. 그럴 경우 굳이 특허법상 출원용어를 번거롭게 변경할 필요성도 상당부분 줄어들 것이다.

다. 특허출원의 특수한 성격을 간과하기 곤란함

출원 용어를 없애는데 마지막으로 검토되어야 할 문제는, 적어도 특허법상의 출원은 다른 법령상의 신청과 구별되는 법적 지위가 부여되므로 심지어 다른 지재법령에서의 출원, 가령 상표출원 등은 상표등록신청 등으로 바뀌더라도 특허법의 출원만큼은 그대로 ‘특허출원’으로 남아 있어야 할 필요성이 작지 않다는 점이다. 이 점을 부연설명하면 다음과 같다.

다른 법령상의 단순신청인은 물론 심지어 상표 등 다른 지재법의 출원인들과 다

281) 국회 산업통상자원소위 제3차 회의(334회, 2015. 7. 1.자)에서 제시되었던 김진복 의원의 견해이다. 이는 그 회의록 18면 참조.

르게 특허법상의 출원이나 그에 준하는 출원에서는 출원인에게 특수한 지위를 인정하는 것이 관련법리상 타당하므로, 그런 독특한 지위를 ‘신청’ 등 일반용어와 구별되는 별도의 용어로 표현하는 것이 필요할 수 있다. 단순 행정법상의 신청 등과 달리 특허출원은 수년에 걸치기도 하는 고도의 노력과 자본을 들인 결과물인 발명(發明)이 특허권으로 최종보호되기 이전 시점까지 잠정적으로 주어질 출원인의 권리 내지 지위보호와 밀접한 개념이다. 그 점이 상표법상 ‘출원’과 상이하다. 단적으로 출원인의 권리는 그렇기 때문에 ‘특허를 받을 수 있는 권리’라는 사권(私權)과 밀접하게 취급되고 있지만(특허법 제37조 ‘특허를 받을 수 있는 권리의 이전 등’ 조항 참조), 상표출원인의 권리는 단지 특허청에 대한 공권적 지위가 있을 뿐 ‘상표권을 받을 수 있는 권리’라는 개념의 논의 자체가 존재하지 않는다. 그렇기 때문에 ‘특허를 받을 수 있는 권리’가 이전된 경우 상속 등을 제외하고는 반드시 출원인 명의의 변경신고절차를 거쳐야 한다(특허법 제38조 제4항 참조).

2. 용어변경시 ‘신청’이 거의 유일한 용어인 이유

가. 서설

바로 앞에서 논의한 대로 ‘출원’ 용어를 새로운 용어로 변경하는 것은 극히 신중할 필요가 있다. 그러나 그런 신중함과 별개로, 만일 향후 어느 시점에서 특허법 전반을 대대적으로 손질하는 전면개정이 이루어진다면 그런 기회에 ‘출원’ 용어도 이왕이면 보다 친숙한 언어로 교체하는 것을 일단 검토해볼 가능성조차 부정되지는 않을 것이다. 다른 쟁점도 손질하는 특허법의 전면교제 상황에서라면 어차피 새로운 특허법으로 옮겨가는 데 과도기적 혼란을 겪는 마당에, 아직 일반인에게 생경함이 여전히 남아있는 ‘출원’이란 용어를 보다 친숙한 대체어(신청)로 바꾸는 것이 불가능하다고 생각되지 않기 때문이다.

이때 대체어로 가장 확실하게 검토될 수 있는 것이 ‘신청’이다. 신청(申請)이란 단체나 기관에 어떠한 일이나 물건을 알려 청구하는 행위를 말한다. ‘신청하다’와 같은 동사파생형으로 쓰이기도 한다. 이렇듯 국어적 차원에서는 ‘출원’과 개념이 상당히 흡사하다. ‘신청’이란 국어로는 그 외에도 ‘믿고 곧이들음’의 뜻을 가진 신청(信聽), ‘무당이 도를 닦는 곳’ 혹은 ‘전라도와 경상도에 있던 무당과 악공의 연합 단체. 또는 그 단체의 사무실’을 의미하는 신청(神廳), 그리고 ‘오랫동안 오던 비가 멎고 말끔히 갠’이란 의미를 가진 명사인 신청(新晴)이 병행하여 국어사전에

서 제시된다.²⁸²⁾ 하지만 후3자의 명사들은 일반국민들이 전혀 접하기 어렵거나 거의 어려운 명사이므로 특허법 등에 ‘신청’이란 용어가 쓰일 때 후3자의 명사들과 혼란이 생길 가능성은 전혀 없다고 보아도 무방할 것이다.

한편 법학용어적 차원에서 살펴보면 대표적인 법률용어사전[현암사 간행, 『법률용어사전』(2014년 개정판)]은 아예 ‘신청’이란 용어 개념은 독립하여 설명하고 있지 않다. 단지 ‘신청주의’를 “토지, 건물을 등기하는데 있어서 국가가 직권으로 이를 행하지 않고 당사자...의 신청이 있는 경우에 한하여 등기를 한다는 원칙을 말한다.”는 설명만을 제공하고 있을 뿐이다. 오히려 국어사전²⁸³⁾에서 신청(申請)에 관해 앞서 국어적 의미²⁸⁴⁾를 가장 첫 의미로 제시한 다음, 이것이 법률용어로 “민사 소송법에서, 당사자가 법원에 대하여 일정한 소송 행위를 요구하는 행위”와 “공법(公法)에서, 국가 기관이나 법원 또는 공공 단체 기관에 대하여 특정한 행위”를 가리키는데도 쓰이고 있다고 제시하고 있다. 위 법률용어사전이 ‘출원’이란 용어에 관해서는 제법 상세하게 특허법상의 출원에 관해 설명하고 있는 것과 비교하면, ‘신청’이란 용어가 전문법률용어라기보다는 일상생활에서 쓰이는 국어에 가까워 일반인에게 훨씬 친숙하다는 강력한 방증이기도 하다.

이상과 같이 ‘신청’ 용어는 법률전문가가 아니라도 일반인들에게 훨씬 친숙한 단어로 여겨지는데, 이런 새 용어로 옮겨가려고 함에 있어 특허법 등의 관련 종사자들이 이번 용어 변경에 대해 어떤 의견을 가지고 있는지 제시해보면 다음과 같을 것이다.

나. ‘신청’ 용어가 대체어로 부적절하다는 입장의 견해

‘출원’이란 용어를 ‘신청’으로 변경한다고 할 때, 양자의 용어는 엄밀한 의미에서 차이(差異)가 있어 적절치 않다는 반론이 제기될 수 있다.

특허출원의 경우 그것만으로는 특허청의 심사·등록 절차가 진행되지 않고 나중에 심사청구라는 별도의 행위가 있어야 한다. 다른 행정절차에서와 달리 “특허출원에 대하여 심사청구가 있을 때에만 심사한다.”고 특허법은 명시하고 있다(특허법 제59조 제1항). 실용신안법에서도 마찬가지로 규정하고 있다(실용신안법 제12조 제1항). 특허출원의 경우에는 5년, 실용신안등록출원의 경우에는 3년 안에 심사청구가

282) 이하 국어적 용례는 네이버 인터넷 국어사전(국립국어원 자료제공), <<http://krdic.naver.com>> 참조.

283) 네이버 인터넷 국어사전(국립국어원 자료제공), <<http://krdic.naver.com>> 참조.

284) 즉 단체나 기관에 어떠한 일이나 물건을 알려 청구하는 행위.

이루어지면 그때부터 심사절차가 진행되게 된다.²⁸⁵⁾ 이런 점은, 행정청에 대한 신청행위가 당해 행정청을 상대로 일정한 행위를 요구하는 성격을 가짐과 분명히 구별되는 것이다.

하지만, 이런 법적효과 때문에 ‘출원’의 법적 성질이 ‘신청’과 본질적으로 다르다고 보기는 어렵다. 환언하여 ‘출원’도 다른 ‘신청’과 마찬가지로 행정기관을 상대로 일정한 처분 등 행위를 요구한다는 면에서 차이가 없다. 출원은 특허청을 상대로 특허부여처분을 요구하는 신청행위라고 말할 수 있는 것이다. 그럼 위 특허법 규정이나 실용신안법 규정이 만들어낸 차이는 어떻게 설명할 수 있을까? 그것은 특허법이나 실용신안법이 기술적(技術的) 성격이 강한 보호대상을 다루고 있는 까닭에 청구항에 당해 발명의 내용을 제대로 담지 못한 채 졸속으로 출원되는 경우가 많다는 특수한 현실을 고려한 특칙에 불과하다고 보아야 한다. 다른 산업재산권법들과 마찬가지로 선출원주의가 적용되는 특허출원이나 실용신안등록출원에서 경쟁자보다 하루라도 먼저 출원하기 위한 치열한 경쟁이 벌어지기 쉽고 그 결과 졸속출원이 양산되는 것이 선출원주의가 가진 최대 단점 중 하나이다. 이런 졸속출원은 아직 심사를 받을 준비가 되어 있지 아니한 출원이어서 많은 경우 출원인 스스로에 의한 보정(補正)이 필요한 상황이고 일부는 출원인 스스로 출원을 취하함이 상당한 경우²⁸⁶⁾에 해당한다. 이런 사정을 고려하지 않고 출원되었다고 하여 자동적으로 특허심사관으로 하여금 청구항 등 명세서의 흠을 직권으로 발견하도록 하는 것은 불필요한 심사인력의 낭비가 될 수 있다. 출원인 입장에서도 위와 같은 보정의 시간을 미리 가지는 것이 유리한 경우가 많을 것이다. 요컨대 특허출원이나 실용신안등록출원에서 출원만으로 곧바로 심사가 이루어지지 않아 마치 다른 신청들과 본질적 차이가 있는 것처럼 보이더라도, 그런 차이는 비교적 출원인이나 심사관이 다루기 어려운 기술(技術)을 보호대상으로 삼는다는 특징을 고려하여 심사인력의 낭비 등을 막기 위한 특칙, 즉 심사청구를 요구하는 별도조항이 작동한 결과에 불과하다.

선출원주의를 마찬가지로 취하고 있기 때문에 졸속출원이 성행할 여지가 상표법이나 디자인보호법에도 대동소이하게 존재함에도 이들 법률에서 심사청구 관련 제도가 존재하지 않는 것은 이들의 보호대상에 관해서는 설령 심사관이 그다지 큰

285) 참고로, 같은 산업재산권법에 속하는 상표법·디자인보호법의 경우 ‘출원’이란 용어를 취하면서도 위와 같은 심사청구 관련규정이 존재하지 않는다.

286) 보정의 한계를 넘어가 신규사항을 추가하지 않고서는 특허부여요건을 구비하기 어려운 경우가 그러할 것이다.

노력 없이도 등록 여부의 판단을 쉽게 내릴 수 있다는 사정을 고려한 것으로 볼 수 있다. 아예 특허법상 선출원주의가 적용되지 않는다면 졸속의 특허출원이 많이 줄어들 것이어서 위와 같은 설명과 반대로 심사청구 제도가 필요 없을 것이고 그런 시스템 하에서 이루어지는 ‘출원’은 그것만으로 곧장 특허심사·등록으로 나아가게 한다는 면에서 다른 절차의 신청과 별반 차이가 없게 될 것이다. 단적으로 선출원주의가 아니라 선발명주의를 취하였던 미국 특허법은 우리나라 일본과 같이 선출원주의 국가에 존재하는 심사청구제도를 가지고 있지 않았고, 출원된 모든 사안에 대하여 자동적으로 특허부여 여부의 심사가 진행되었다.

다. ‘신청’이란 용어가 적합한 이유들 제시

‘출원’의 대체어로 쓰일만한 용어를 우리 특허법의 용례에서 발굴해보면 ‘신청’ 말고도 일단 ‘청구’와 ‘특허에 관한 절차를 밟는’이란 용어가 발견된다는 점은 앞에서 설명하였다. 아울러 ‘청구’의 경우 법원에서의 소송절차에서는 널리 쓰이지만 행정절차에서는 아주 드물게 쓰이는 용어라는 점(특허법에서도 특허청의 절차에 관해 ‘심사청구’나 ‘심판청구’와 같이 드물게 쓰고 있음)이 대체어로 쓰이는 데 장애가 될 수 있고, 한편 ‘특허에 관한 절차를 밟는’이란 용어는 일단 서술형이어서 ‘출원’이란 명사의 대체가 되기 어려운 성질인데다 아래 쓰인 예에서 보듯이 출원이나 청구 등 특허법상 광범위한 절차적 행위를 모두 망라한 상위개념의 용어에 해당하여 ‘출원’의 대체어로 적절치 않다는 점도 이미 설명하였다.

그것과 대조적으로 ‘신청’이란 용어는 다음 4가지 이유서 ‘출원’ 용어의 유력한 대체어가 될 만하다.

첫째, 주요국가에서 현재 한국 특허법 등의 ‘출원’에 대응하여 쓰고 있는 용어를 살펴보더라도 ‘신청’ 혹은 그에 근접한 용어가 쓰이고 있다. 주요국가의 용어가 어떤 한지는 앞서 비교법적 검토에서 대략적으로 살펴보았었다. 일본의 경우 한국에 ‘출원’이란 용어를 전래해 주었고 현재까지도 그 용어만을 사용하고 있으므로 일단 논외로 한다면, 미국·유럽연합(독일 등 포함)·중국 등이 공통적으로 그렇게 ‘신청’ 혹은 그에 근접한 용어를 채용하고 있다. 미국이나 유럽연합의 ‘(patent) application’, 독일의 ‘Anmeldung’(혹은 patent application에 대응해서는 Patentanmeldung), 중국의 ‘申请’(혹은 patent application에 대응해서는 专利的申请)이란 용어가 그것들이다. 다른 국가들의 다수결이 취한 태도를 한국 지재법 입법자가 반드시 따라야 하는 것은 아닐지라도, 나름 합리성을 가졌기 때문에 그렇

게 많은 국가들의 태도가 공통되었을 개연성이 있는데다가 지재법은 한국 혼자만의 법이라기보다 전세계적으로 표준화, 통일화되는 경향이 강한 법제임을 고려하면 위 국가들의 경우와 일부러 다른 용어를 취할 필요까지는 없을 것이다. 덧붙여 일본의 경우도 자국의 용어 ‘출원’이 영어의 ‘application’에 대응하는 용어에 해당함은 분명히 인정하고 있다.²⁸⁷⁾

둘째, 우리 행정법 분야에서도 이른바 ‘행정법상의 특허’와 관련한 논의에서 ‘특허’, 그리고 ‘출원’이란 용어가 등장하는데 그 논의 내용에서 ‘출원’은 실질적으로 ‘신청’과 같은 용어임을 긍정하고 있으므로, 한국의 지재법에서 그런 논의의 내용을 굳이 부정하고 다른 태도를 취하기보다 행정법의 기존 논리가 합리적이라면 서로 호응하는 문구를 취하는 것이 바람직하다. 우리 행정법 분야에서는 ‘가령 광업권 출원에서처럼 행정법상의 특허가 내려지려면 언제나 출원을 전제로 함에 비하여 허가의 경우에는 예외적으로 신청이 없는 경우에도 내려질 수 있다.’²⁸⁸⁾는 요지로 설명하고 있는바, 이런 설명과정을 통하여 은연중에 적어도 행정법 차원에서 ‘출원’은 ‘신청’과 대응하는 용어임을 인정하고 있는 셈이다.

셋째, 우리 지재법 중 ‘출원’과 실질적으로 동일한 제도를 운영하면서도 다른 명칭을 붙이고 있는 회로배치설계법(정식명칭은 ‘반도체집적회로의 배치설계에 관한 법률’)이나 농수산물품질관리법에서 그런 제도의 명칭에 관해 ‘신청’이란 용어를 이미 취하고 있는 이상 특허법 등의 ‘출원’명칭이 변경될 경우 새로운 용어도 그것과 서로 일치할 필요가 있다. 즉 전자의 법률에서는 ‘설정등록 신청’이라고 칭하고 후자의 법률에서는 ‘등록신청’이란 용어를 사용하고 있다. 덧붙여 ‘출원’ 등 제도가 중추를 이루는 산업재산권법과 성질은 다르지만 우리 저작권법도 예외적으로 권리등록이 필요한 경우 당사자의 요청행위를 가리켜 ‘신청’이라고 호칭하고 있다.

넷째, 우리 특허법 스스로가 사실은 ‘출원’이란 문구가 더 합당한 일부 조문상 표현에서 ‘신청’이란 문구로 대체하여 사용한 예를 발견할 수 있다. ‘연장신청’(제90조 내지 제91조, 제92조의3내지4²⁸⁹⁾) 등 문구가 그에 해당한다. 이 문구들은 다

287) 일영사전(和英辭書)으로는 위 ‘出願’이 ‘application’에 대응하는 단어라고 이해되고 있다. 이에 관해서는 일본의 국영통신사 NTT 운영의 ‘Goo’가 제공하는 <<http://dictionary.goo.ne.jp/>> 참조.

288) 대표적으로는, 홍정선, 앞의 책, 222면. 한국의 행정법 분야 다른 문헌이나 판례도 대동소이한 표현을 따르고 있다.

289) 특허권 존속기간 연장등록출원이나 등록지연에 따른 존속기간 연장등록출원에서 ‘연장신청의 기간’을 제출서류에 기입하도록 정한 조항 등이다. 그중의 예로 제90조를 살펴보면 다음과 같다.

“제90조(허가등에 따른 특허권의 존속기간의 연장등록출원) ① 제89조제1항에 따라 특허권의

른 조문들과의 균형상 ‘출원서류’와 ‘연장등록출원’으로 바꾸어도 손색이 없는 것들이다.

3. 만일 용어를 변경하고자 할 때 구체적인 실천 방향

가. 용어 변경시 고려할 세부적인 입법기술에 관한 고찰

특허법상 출원을 신청으로 모두 변경한다고 할 때, 입법기술적으로 다음과 같은 2가지 고려가 필요하다.

먼저 특허법 상에 이미 ‘신청’으로 칭해지는 다수의 경우들이 이미 존재한다. 따라서 항상 그러한 것은 아니지만 대개의 경우 ‘출원’을 ‘신청’이 아니라 ‘특허신청’으로 ‘특허’가 결합된 용어로 특정하여야 기존의 신청 용어와 혼란이 생기지 아니한다. 가령 제28조는 “제28조(서류제출의 효력발생시기) ① 이 법 또는 이 법에 따른 명령에 따라 특허청장 또는 특허심판원장에게 제출하는 출원서, 청구서, 그 밖의 서류(물건을 포함한다. 이하 이 조에서 같다)는 특허청장 또는 특허심판원장에게 도달한 날부터 제출의 효력이 발생한다.”라고 규정하고 있는바, ‘출원서’를 단순히 ‘신청서’로 바꾸기만 해서는 ‘참가신청서’(제156조) 등 다른 조문의 비슷한 문구와 혼란이 불가피하다.

다음으로, 다른 지재법에서는 ‘실용신안등록출원’, ‘상표등록출원’, ‘디자인등록출원’이라고 하여 각각 ‘OO등록출원’이라고 표현하고 있을지라도 특허법에서는 ‘특허등록신청’이 아니라 ‘특허신청’이 더 정확한 용어라고 본다. 이 점은 더 상세히 설명하면 다음과 같다. 우리 특허법은 특허권을 얻고자 하는 ‘출원’에 관해 ‘특허등록출원’이란 용어 대신 ‘특허출원’이라는 표현을 취하고 있다. 실용신안법·상표법·디자인보호법과 같은 산업재산권 법률에서는 대응용어로 ‘실용신안출원’, ‘상표출원’,

존속기간의 연장등록출원을 하려는 자(이하 이 조 및 제91조에서 "연장등록출원인"이라 한다)는 다음 각 호의 사항을 적은 특허권의 존속기간의 연장등록출원서를 특허청장에게 제출하여야 한다.

1. 연장등록출원인의 성명 및 주소(법인인 경우에는 그 명칭 및 영업소의 소재지)
2. 연장등록출원인의 대리인이 있는 경우에는 그 대리인의 성명 및 주소나 영업소의 소재지[대리인이 특허법인·특허법인(유한)인 경우에는 그 명칭, 사무소의 소재지 및 지정된 변리사의 성명]
3. 연장대상특허권의 특허번호 및 연장대상청구범위의 표시
4. 연장신청의 기간"

‘디자인출원’이란 용어가 전혀 등장하지 않고 대신 당해 ‘등록’이란 문구가 각각 삽입되어 가령 ‘실용신안등록출원’²⁹⁰⁾, ‘상표등록출원’²⁹¹⁾, ‘디자인등록출원’²⁹²⁾ 등으로 각각 호칭하고 있다는 차이점을 고려하면 다소간 흥미롭다. 왜 그런 차이가 있는지 명확하게 설명한 문헌을 찾을 수는 없다. 사실 이런 문구의 차이가 정확히 일본의 대응 법률들에서 존재하는 차이와 정확히 일치하는데²⁹³⁾, 일본의 관련 언급도 발견하기 어렵다. 짐작하건대, 문구 차원에서 ‘특허’는 ‘발명’과 달리 이미 보호가 주어지는 상태를 의미하므로 별다른 문제가 없음에 비하여 ‘실용신안’, ‘상표’, ‘디자인’은 위의 ‘특허’와 ‘발명’ 중 오히려 후자와 같이 보호대상을 의미할 뿐 법적 보호상태라는 뜻을 담고 있지 아니한 까닭에 단지 ‘청원이나 원서를 냄’이라는 뜻을 가진 ‘출원’이란 문구가 결합하는 것만으로는 특정한 지적재산보호를 청원하거나 원서를 내었다는 의미에 부족하기 때문인 것으로 짐작된다.

마찬가지로 살펴보면 우리 특허청이 관할하는 또 다른 지재법으로 구 종자산업법에서부터 이미 보호하여 연혁이 오래된 품종보호권에 관하여 새로운 ‘식물신품종보호법’도 ‘품종보호’란 문구가 이미 보호가 주어지는 상태를 뜻함을 고려하여 ‘품종보호등록출원’이 아니라 ‘품종보호출원’이라고 용어를 취한 것²⁹⁴⁾으로 이해된다. 앞에서 설명한대로 ‘출원’이란 용어대신 ‘(등록)신청’이란 용어를 채택한 2가지 법률 중 농수산물품질관리법도 마찬가지이다. 그것이 보호하는 지리적표시권에 관해 ‘지리적표시권 등록신청’이 아니라 ‘지리적표시 등록신청’이란 용어가 쓰이고 있는 것이다.²⁹⁵⁾

이런 설명에 대한 유일한 예외가, 회로배치설계법이다. 여기서는 배치설계권에 관해 ‘배치설계권 설정등록 신청’²⁹⁶⁾(혹은 ‘배치설계권의 설정등록 신청’²⁹⁷⁾)이란 용어를 취하고 있다. 단순한 입법기술상의 문제이지만, 다른 지재법의 용어 체계와

290) 실용신안법 제4조를 비롯하여 총156번 등장한다(부칙을 제외한 본문 내용만을 기준으로 산정한 수치이며, 이하 법률들에서 모두 동일하다).

291) 상표법 제9조의2를 비롯하여 총 226번 등장한다.

292) 디자인보호법 제33조를 비롯하여 총 298번 등장한다.

293) 가령 일본의 경우 현행 실용신안법(平成27年7月10日 法律第五号)에서 부칙을 제외한 본문 부분에서만 ‘실용신안등록출원(実用新案登録出願)’이란 용어를 총153번 등장시키면서도 ‘실용신안출원(実用新案出願)’이란 용어는 채택하고 있지 아니하다. 일본의 현행 상표법이나 의장법에서 ‘商標出願’이나 ‘意匠出願’이 아니라 ‘商標登録出願’, ‘意匠登録出願’이란 용어만이 쓰이는 사정도 마찬가지이다.

294) 식물신품종보호법 제25조를 비롯하여 총 109번 등장한다.

295) 농수산물품질관리법 제34조에서 2번 등장한다.

296) 회로배치설계법 제20조 제1항에서 3번 등장한다.

297) 동법 제5조의2 및 제19조에서 3번 등장한다.

맞추려면 ‘배치설계 설정등록 신청’이란 용어가 더 타당하다고 보인다. 회로배치설계법이 실제 거의 활용되지 않아 설령 잠재적 문제점이 있더라도 제대로 부각되지 않은 탓에 당장 개정의 필요성은 없을지 몰라도 장기적으로 다른 실질적 개정사항과 함께 그 용어의 변경도 필요할 것이다.

요컨대, 눈에 잘 보이지는 않지만 우리 입법자는 ‘단순한 보호대상’+‘등록출원’ 혹은 ‘등록신청’ 방식을 취하거나 ‘법적보호 상태를 뜻하는 문구’+‘출원’으로 가급적 통일하여 문구를 조율하고 있음을 발견할 수 있다. 따라서 향후 혹시 ‘출원’문구를 변경하는 경우에 있어서도 이런 일종의 공식을 준수하여야 타당한 것이다. 즉 ‘특허신청’이라면 몰라도 ‘특허등록신청’은 그릇된 용어가 된다. 마찬가지로 ‘실용신안등록신청’, ‘상표등록신청’, ‘디자인등록신청’이 타당하지 ‘실용신안신청’, ‘상표신청’, ‘디자인신청’은 적절치 않다.

나. 용어 개정에 따른 변경 내용의 개관

(1) 용어 개정의 대상이 될 법령들

‘출원’ 용어를 ‘(특허)신청’으로 개정한다고 가정할 때, 개정대상은 실로 방대하다. 본 연구에서는 그 개정대상을 크게, 지재법에 속한 법령과 그렇지 아니한 법령 등 2부분으로 나누어 구체적으로 어떤 법령이 개정대상인지를 일일이 제시하였다. 그 중 지재법에 속한 법령에서 ‘출원’ 용어가 채용된 경우들은 앞서 V. 2. 가. (3) 부분의 설명 등을 참조하고, 지재법이 아닌 법령에서 ‘출원’ 용어가 채용된 경우들은 앞서 V. 3. 라. 부분에서 제시한 ‘분류표’를 참조하기 바란다. 특히 본 용역발주자가 익숙하여 누락하기 힘들 지재권 법령 쪽보다는 비지재권 법령에 관해 관련 내용을 상대적으로 더 제시하였다.

우선 지재법에 속한 법령들 중 개정되어야 할 대상은 형식적 의미의 법률이 10개, 시행령이 9개, 시행규칙이 11개였다. 한편 지재법이 아닌 법령들 중 실제 ‘출원’이란 용어가 등장하는 비지재권 법령의 개수는 형식적 의미의 법률이 25개, 시행령이 25개, 시행규칙이 18개이지만 이들 중에는 가령 ‘행정법상의 특허’에 관해 광업권 출원처럼 ‘출원’문구를 채용한 경우도 존재하고 이런 경우는 이번 개정 검토작업과 무관함을 잊지말아야 한다. 따라서 실제 개정작업의 대상은 형식적 의미의 법률이 16개, 시행령이 19개, 시행규칙이 9개였다.

이런 실제 개정 내용을 모두 일람해 보는 것은 지면 제약상 불가능하므로 이하

에서는 가장 문제될 특허법의 용어들이 구체적으로 어떻게 변경되어야 할지 살펴 보는 데 집중하고자 한다.

(2) 특허법의 개정에 있어 용어 변경의 제안

◎ ‘출원’(제3조 등) → ‘특허신청’

[*따라서 ‘출원한’과 같은 변형은 원칙적으로 ‘특허신청한’으로 바뀌어야 할 것이지만, 그 전후 문구에서 ‘특허’라는 한정적 문구가 이미 쓰이고 있는 경우에는 ‘특허신청’이라고 다시 ‘특허’를 중복하여 쓰지 않는 것이 자연스럽다. 가령 제29조 제3항에서 “...그 특허출원을 출원한 때의 출원인과...”라는 문구는 “...그 특허신청을 특허신청한 때의 출원인과...”이 아니라 “...그 특허신청을 신청한 때의 출원인과...”로 수정되어야 함]

◎ ‘출원심사’(제4조 등) → ‘특허신청심사’

◎ ‘특허출원’(제5조 등) → ‘특허신청’

◎ ‘연장등록출원’(제6조 등) → ‘연장등록신청’

◎ ‘특허출원서’(제16조) → ‘특허신청서’

◎ ‘출원서’(제28조) → ‘특허신청서’

◎ ‘국제출원’(제28조 제2항 등) → ‘국제특허신청’

◎ ‘특허출원일’(제29조 제3항) → ‘특허신청일’

◎ ‘출원공개’(제29조 제3항) → ‘특허신청공개’

◎ ‘실용신안등록출원’(제29조 제4항) → ‘실용신안등록신청’

◎ ‘국제출원일’(제29조 제6항) → ‘국제특허신청일’

- ◎ ‘선출원’(제36조) → ‘선특허신청’
[*아래 제55조의 ‘선출원’을 ‘선신청’으로 수정하는 경우와 구별할 것]
- ◎ ‘특허출원인’(제36조 제6항) → ‘특허신청인’
- ◎ ‘외국어특허출원’(제42조의3) → ‘외국어특허신청’
- ◎ ‘공동출원’(제44조) → ‘공동특허신청’
- ◎ ‘분할출원’(제52조) → ‘분할특허신청’
- ◎ ‘변경출원’(제53조) → ‘변경특허신청’
- ◎ ‘출원일’(제54조 제2항) → ‘특허신청일’
- ◎ ‘출원번호’(제54조 제4항) → ‘특허신청번호’
- ◎ ‘선출원’(제55조 제1항) → ‘선신청’

[*이른바 국내우선권에 관한 제55조 제1항²⁹⁸)에 등장하는 ‘선출원’은 앞서 제36조의 ‘선출원’과 달리 특허출원과 실용신안등록출원을 모두 포괄한 새로운 용어로 쓰이고 있음. 이것은 입법자가 편의상 동일 문구를 이하 조항에서 불필요하게 반복하는 것을 피하고자 하는 입법기술을 발휘한 것으로, 마치 특허법 제5조 제1항²⁹⁹)에서 ‘그 재외자의 특허에 관한

298) 제55조(특허출원 등을 기초로 한 우선권 주장) ① 특허를 받으려는 자는 자신이 특허나 실용신안등록을 받을 수 있는 권리를 가진 특허출원 또는 실용신안등록출원으로 먼저 한 출원(이하 "선출원"이라 한다)의 출원서에 최초로 첨부된 명세서 또는 도면에 기재된 발명을 기초로 그 특허출원한 발명에 관하여 우선권을 주장할 수 있다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

299) 제5조(재외자의 특허관리인) ① 국내에 주소 또는 영업소가 없는 자(이하 "재외자"라 한다)는 재외자(법인의 경우에는 그 대표자)가 국내에 체류하는 경우를 제외하고는 그 재외자의 특허에 관한 대리인으로서 국내에 주소 또는 영업소가 있는 자(이하 "특허관리인"이라 한다)에 의해서만 특허에 관한 절차를 밟거나 이 법 또는 이 법에 따른 명령에 따라 행정청이 한 처분에 대하여 소(訴)를 제기할 수 있다.

대리인으로서 국내에 주소 또는 영업소가 있는 자'를 가리키는 새 조어로 “특허관리인”이란 용어를 창설한 것과 마찬가지로. 따라서 이렇게 편의상의 축약을 위해 새로 만들어진 조어임을 고려하면 ‘선신청’만으로는 그 개념이 불확실하다거나 ‘선특허·실용신안등록신청’이 더 적절하다는 식의 반박은 입법자가 당초 조어를 창설한 취지를 퇴색시키는 것에 가까움]

◎ ‘국제특허출원’(제55조 제6항) → ‘국제특허신청’

[* 우리 특허법에서는 현재 ‘국제출원’이란 용어가 95번, ‘국제특허출원’이란 용어가 63번 각 등장하고 있고 심지어 제29조 제5항에서처럼 1개의 항에서 위 2가지 용어가 동시에 등장하기도 함. 그러나 양자의 의미가 분명하게 구별되어 쓰인다고는 보이지 않으므로 이번 개정 작업의 기회에 모두 ‘국제특허신청’으로 통일함이 바람직하다고 사료됨]

◎ ‘출원서류’(제87조 제5항) → ‘특허신청서류’

◎ ‘연장등록출원인’(제90조 제1항) → ‘연장등록신청인’

◎ ‘국제출원번호’(제203조 제1항) → ‘국제신청번호’

VII. 결론

현행 ‘출원’ 용어의 문제점과 개선의 필요성을 검증하고, 외국의 관련 사례를 조사하고 분석하는 한편, 법령 개정의 대상 및 범위를 파악하여 최종적으로 연구 결과에 따른 필자의 검토 의견을 제시하면서 필요에 따라서는 각계각층 의견을 살피는 것이 이번 용역의 골격이었다. 필자들은 다음과 같이 그런 용역 발주의 목적을 달성하고자 노력하였다.

우선 I장에서 설명한 대로 우리 특허법 등 지재법에서는 권리자가 상품이나 광고 등에 자신의 지재권을 표시할 수 있도록 허용하고 있지만, 아직 그 활용도는 높지 않다. 그런 와중에도 일부에서는 과장된 지재권 표시를 통하여 소비자의 신뢰를 호도하는 행태가 드러나기도 한다. 이런 과장되고 잘못된 표시 행태 중, 특히 ‘출원’이란 문구가 아직 일반인들에게 생경하여 자칫하면 이미 특허가 등록된 것처럼 오해될 수 있음을 광고에 악용하는 사례가 문제가 되고 있으므로 이에 대한 현명한 대처가 요구되고 있다.

II장에서는 그런 악용 사례에 대응하여 2015년 상반기 대한민국 국회에서 특허법 등의 ‘출원’ 문구를 다른 용어로 변경하기 위한 특허법 등의 개정논의가 심도 있게 이루어진바 있음을 먼저 설명하였다. 이런 논의에 대응하여 특허청은 같은 해 7. 29. 특허법 시행규칙을 개정하여 특허출원 사실을 당해 물건 등에 표시하는 것, 즉 특허출원표시에 있어서는 향후 "특허출원(심사중)"이라는 문자와 그 출원번호를 표시하도록 요구하기에 이르렀다. 한편 위 시행규칙이 도입되기 이전에도 우리 특허법은 제224조(허위표시의 금지)를 통하여 특허등록된 것이 아니면서도 마치 등록이 끝난 것처럼 혼동을 초래하는 행위를 규제하고 있으므로, 위 조항을 위 악용 사례에 적용해 볼 여지가 있다.

III장에서 우리 특허청의 상담사례 및 법원의 관련 판결문을 분석하는 과정을 통하여 그간의 관련 실태를 분석해 본 결과, ‘출원’이란 문구가 혼동을 초래한 경우보다 오히려 출원번호를 등록번호인 것처럼 제시하는 행태가 더 문제될 수 있다는 점이 발견되었다. 아울러 우리 법원이 특허허위표시죄를 문제 삼은 사례 중에서는,

출원 중임에도 불구하고 이미 등록까지 마쳐진 것처럼 기망한 사안이 처벌된 경우가 존재하지 않음을 확인할 수 있었다. 수사기관의 노력부족으로 법원이 위 제224조를 그런 사안에 적용할 기회가 거의 주어지지 못한 결과로 보인다.

IV장에서는 ‘출원’ 용어와 관련하여 외국의 상황을 비교법적으로 살펴보았다. 먼저 미국의 경우 우리의 출원에 대응하는 용어로 ‘patent application’가 기본적으로 쓰이며 특허출원서류 등의 제출을 가리킬 때 ‘filing’이 동원되기도 한다. 다만 특허출원표시의 경우 쓰이는 용어는 ‘patent pending’ 등이다. 2000년경에 이르러서야 출원공개 제도가 도입되었고 그 이전까지는 비밀리에 출원과정을 수행하였으므로 특허출원표시가 별로 중요하지 않았었지만, 현재는 특허출원표시가 임시보호의 권리 등의 행사요건으로 일정한 의미를 갖게 되었다. 아울러 허위표시 행위가 문제된다기보다 오히려 사소한 흠이 있는 특허표시를 허위표시행위로 몰아 손해배상을 노리는 행태가 문제되었음이 미국의 관련 동향이 가진 특색이다. 이런 잘못된 행태를 시정하기 위해 2011년 특허법 개정을 통하여 허위표시 관련소송의 제소자격이 크게 제한되었다.

유럽연합의 경우 ‘유럽연합특허협약’(European Patent Convention, EPC)을 통하여 ‘신청(application)’ 혹은 특허신청(patent application)이란 용어를 분명하게 채택하고 있다. 특허(출원)표시에 있어 허위내용이 있는 경우 민사책임뿐만 아니라 반독점법에 따른 제재를 받을 수 있다는 점은, 널리 유럽연합 회원국들이 보편적으로 취하고 있는 입장이다. 이 점은 독일과 영국에서도 마찬가지이다.

일본의 경우 개항 초기에는 ‘원출(願出)’이란 용어를 쓰다가 이미 19세기 특허법에서부터 ‘출원’이란 용어를 채택하였고 오늘날까지 줄곧 쓰고 있다. 특히 일본에서 ‘출원’이란 용어는 특허 등 산업재산권 출원(出願)을 중심으로 쓰이고 있어, 출원(出願)말고도 출원(出院), 출원(黜遠) 등 여러 가지 단어가 병행적으로 존재하는 한국과 사정이 상이하다. 그 때문에 일본 내부에서 ‘출원’문구 자체로 혼란이 생기는 경우를 찾기는 힘들다. ‘일풀옥조 사건’등을 제외하면, ‘특허출원 완료(特許出願済)’라는 문구를 동원하는 사례나 ‘特許 昭和55-12345’와 같이 ‘특허’라고만 적고 출원번호를 병기하는 사례가 간혹 등장할 뿐이다. 학계에서는 전자의 사례는 허위표시가 아니라는 견해, 후자는 허위표시라는 견해가 각각 우세하다.

중국에서는 앞서 미국이나 유럽연합의 태도와 엇비슷하게 ‘신청(申請)’이라는 용어가 쓰이고 있다. 중국의 특허법(전리법) 등 관련 법률에서뿐만 아니라 하위법령

에서도 그러하다. 그렇기 때문에 용어 자체로 인해서는 일반국민들이 마치 등록된 권리라고 오해하는 일은 별로 없다. 그렇지만 아직 출원 중임에 불구하고 등록된 것처럼 기망하는 행태를 규제하고자 2012년 하위규범인 국가지식산업권국 국령(局令)을 수정하였다. 즉 특허 관련 사항을 제품 등에 표기함에 있어 아직 특허출원 중인 경우라면 반드시 그 출원 중에 있다는 문구(‘專利申請’, ‘尚未授權’)를 병기하도록 강제하고 있는바, 이는 이번 연구에서 시사하는 바가 크다.

V.장에서는 이상과 같은 비교법적 검토에서 더 나아가 다음과 같이 언어적 검토, 조문 체계적 검토, 정책적 검토 등 다각적으로 ‘출원’용어를 수정하는 것이 타당한지 심도 있게 고찰하였다. 문구 자체의 언어적 검토, 지재법 법령 사이에서는 물론 지재법이 아닌 법령까지 아울러 검토의 대상으로 삼아 각 조문 상호간의 체계적 검토, 정책적 검토를 순차로 진행하였다.

가장 먼저 ‘출원’ 문구 자체에 대한 언어적 검토에서는, 중국이나 한국에서는 ‘출원’이란 용어가 특허 등 산업재산권 출원을 의미하는 명사일 뿐만 아니라 (일상생활에서 잘 쓰이지는 않지만) 2가지의 다른 명사들이 병행하여 존재한다는 사실, 반면 일본에서는 오직 특허출원 등의 의미를 가진 1가지의 명사만이 존재하기 때문에 개항 후 100여년 이상 오래도록 사용되어 왔다는 연혁이 아니라도 일본의 일반 대중에게 혼란을 불러일으킬 여지가 아주 적다는 사실 등을 찾아내었다.

다음으로 지재법 법령만을 대상으로 실행한 조문 상호간의 체계적 검토에 있어, 우리 지재법이 보호하는 권리들 중 회로배치설계권이나 지리적표시권 등에서는 ‘출원’이라고 하여도 무방한 상황임에도 굳이 ‘등록신청’이란 용어를 대신 취하 있다는 점, 지재법 전체를 기준으로 해서는 주요법률에 속하지 아니하는 까닭에 잘 언급되지는 않지만 이미 많은 지재권 법령에서 ‘출원’ 용어를 채용하고 있어 만일 그 용어를 바꾸고자 한다면 현재 지재법에 속한 법령들 중 반드시 개정되어야 할 대상은 형식적 의미의 법률이 10개, 시행령이 9개, 시행규칙이 11개에 이른다는 점을 각각 규명해보았다. 아울러 지재법이 아닌 외부의 법령들을 대상으로 삼은 각 조문 상호간의 체계적 검토에 있어, 그 법령들은 이번 용역발주자 측이 상대적으로 드물게 접하는 법률들이라는 사실을 고려하여 비교적 상세하게 살펴보았다. 그 고찰의 결과 실제 ‘출원’이란 용어가 등장하는 비지재권 법령의 개수는 [법률] 25개, [시행령] 25개, [시행규칙] 18개이지만, 실제 개정이 필요한 대상법령의 개수는 [법률] 16개, [시행령] 19개, [시행규칙] 9개임을 세세히 밝혔다. 덧붙여 이런 세세

한 고찰과정에서 현재 지재법 밖의 특별법들에서 특허법 제61조(우선심사)에서 함께 정하면 충분한 대상을 굳이 따로 규율하고 있는 실태를 특정할 수 있었으며, 이것들은 장기적으로 특허법 시행령 제9조의 내용으로 포섭되어야 타당함을 밝힌 것은 부수적 성과였다.

나아가 정책적 검토에서는, 특허출원인이 막대한 노력과 투자의 결과물인 발명을 특허권으로 실제 보호받기까지 수년 이상을 기다려야 할 수도 있다는 문제점에 대응하여 우리 특허법은 미리 보호받을 ‘보상금지청구권’ 제도를 인정하고 있는데 그 청구권의 행사요건을 갖추는데 현실적으로 특허출원표시가 아주 중요한 역할을 하므로 허위표시가 아니라면 특허출원표시의 자유를 최대한 보장할 필요가 있다는 점, 하지만 출원번호를 마치 등록번호처럼 사용하는 행태는 그런 보장의 한계선을 넘어 반드시 규제되어야 할 허위표시의 전형이라는 점을 분석하였다.

끝으로 VI장에서는, 출원 용어 변경의 필요성 및 구체적 변경방향을 검토하였다. ‘출원’용어를 다른 용어로 변경할 경우 특허법의 대폭수정은 물론 수십 개의 법령을 일괄 개정하는 입법적 노력이 필요하며, 특허청의 공보 등에 관한 전자시스템 변경, 오프라인 인쇄물에 대한 용어정정 등에 큰 비용이 소요되므로 용어변경은 다른 방법이 마땅하지 않을 경우 최후에 취해야 할 개선방향임을 먼저 밝혔다. 아울러 특허법 등에서 ‘출원’ 용어를 애써 없애더라도 지재권 법령이 아닌 여타 법령에서는 그런 개정에도 불구하고 가령 ‘사법시험 출원’이나 ‘소년원 출원’처럼 여전히 살아남게 될 ‘출원’용어가 분명히 존재하기 때문에 법령순화의 이익이 다른 용어의 경우보다 크지 않다는 사실도 잊지 말아야 한다. 차라리 일반인의 혼란을 막고자 한다면 가령 ‘특허 10-2014-0000000’과 같이 출원되어 ‘심사중’이라는 취지는 온데간데없이 표시하는 행위를 집중 규제할 필요가 있다. 이런 사례로, ‘출원’이란 문구를 아예 제거하고 “특정미네랄가공기술 (대한민국특허 10-2012-0077181)”와 같이 특허출원번호를 마치 특허등록번호처럼 제시하는 등의 실제 존재하는 사례 몇 개를 이번 연구에서 추가로 발굴하였다. 이런 사례들에 대항하여 허위표시죄 조문을 지금까지와 달리 적극 적용할 필요가 있다. 덧붙여 특허출원은, 상표출원 등과 달리, 단순히 공법상의 행정 절차만을 가리키는데 그치지 아니하고 반드시 보호되어야 할 사권(私權)으로서의 성격을 함축한 용어이기도 하므로 별도의 개념을 함축한 특별한 용어로 지칭할 필요성도 존재한다.

그렇더라도 최후의 수단으로 용어를 변경하기로 결정한 경우라면 ‘출원’을 대체

할 새로운 용어는 반드시 ‘신청’일 수밖에 없음을 4가지 이유를 들어 밝혔다. 외국 주요국가에서 취하고 있는 대응용어들이 거의 모두 ‘신청’이라는 점, 우리 행정법의 논의에서도 대응용어를 그렇게 생각한다는 점, 회로배치설계권 등에 관한 우리 지재법령에서 이미 ‘신청’용어를 취한 점, 특허법 내부에서조차 경우에 따라 ‘출원’이란 표현 대신 ‘신청’이란 용어를 채택하였다는 점 등이 그것들이다. 마지막으로 그런 ‘신청’용어로의 개정이 이루어진다고 할 때 왜 ‘특허등록신청’이 아니라 ‘특허신청’으로 바꾸어야 하는지 등을 면밀히 살펴보았고, 특허법에 국한하여 어떻게 용어변경을 할지 구체적인 개정 문구까지 제시해 보았다.

이상과 같은 연구결과가 모조록, 우리 특허법 등에서 중요한 골격으로 쓰이고 있는 ‘출원’ 용어의 위치와 의미를 제대로 파악하는데 일조하고, 경우에 따라 관련 문제점의 개선을 위한 기초자료로 활용되기를 바라마지 않는다.