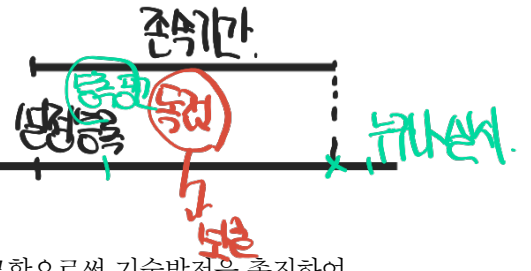


01

서론

# 01 특허법의 목적 (특허법 제1조)



서

특허법은 산업입법인바 발명의 보호, 장려 및 발명의 이용을 도모함으로써 기술발전을 촉진하여 산업발전에 이바지하는 데에, 궁극적 목적이 있다.

## 발명의 보호

### (1) 실체적 보호

#### 1) 특허를 받을 수 있는 권리에 의한 보호 (특허법 제33조 제1항)

특허를 받을 수 있는 권리는 발명의 완성에 의해 발명자에게 원시적으로 귀속되는 권리로서, 발명 시부터 특허권의 설정등록시까지 인정되는 발명의 1차적 보호수단이며, 발명을 한 자 또는 그 승계인이 특허를 받을 수 있는 권리를 갖는다.

#### 2) 보상금 청구권에 의한 보호 (특허법 제65조 제2항)

가. 특허출원인은 출원공개가 있은 후, 그 특허출원된 발명을 업으로서 실시한 자에게 출원 발명임을 서면으로 경고할 수 있다(특허법 제65조 제1항). 특허출원인은 이러한 경고를 받거나 출원 공개된 발명임을 알고 그 특허출원된 발명을 업으로 실시한 자에게 그 경고를 받거나 출원 공개된 발명임을 알았을 때부터 특허권의 설정등록을 할 때까지의 기간동안 그 특허발명의 실시에 대하여 합리적으로 받을 수 있는 금액에 상당하는 보상금 지급을 청구할 수 있다(특허법 제65조 제2항). 이는 출원 공개된 발명에 대한 제3자의 모방, 도용으로부터 출원인을 보호하기 위함이다.

나. 보상금 청구권의 행사는 특허권의 행사에는 영향을 미치지 아니하는 특허권과 독립적인 권리이다(특허법 제65조 제4항), 특허권이 설정등록된 후에만 행사할 수 있다는 점에서 해제조건부 채권적 권리이다(특허법 제65조 제3항). 이는 보상금 청구권이 특허요건을 만족하였는지 여부에 대한 심사가 완료되지 않은 특허를 받을 수 있는 권리에 기반한 권리라는 점에 착안한 것으로 부당한 권리행사를 방지하기 위함이다.

#### 3) 특허권에 의한 보호 (특허법 제94조)

가. 특허권자는 업으로서 자신의 발명을 실시한 권리를 독점한다(특허법 제94조). 따라서 정당권원 없는 제3자가 특허발명을 업으로서 실시하면 특허권 침해가 성립되어 특허권자는 민, 형사상 조치를 취할 수 있다. 특허법은 특허권 보호의 실효성을 높이기 위한 방안으로 간접침해(특허법 제127조), 손해액 추정 등(특허법 제128조), 생산방법의 추정(특허법 제129조), 과실 추정(특허법 제130조), 구체적 행위태양 제시 의무(특허법 제126조의2), 감정사항 설명의무(특허법 제128조의2) 및 자료제출명령(특허법 제132조) 등의 규정을 두고 있다.

#### 4) 선사용권 등에 의한 보호 (특허법 제103조 등)

가. 특허법은 특허출원하지 않고 발명을 노하우로 간직한 발명자에게도 불이익이 없도록 선사용권(특허법 제103조), 특허출원을 한 때부터 국내에 있던 물건(특허법 제96조 제1항 제3호) 등의 규정을 두고 있다.

#### (2) 절차적 보호

##### 1) 설정등록 전

특허법은 심사주의를 원칙으로 하고 있는 바, 특허권을 부여 받기 위해서는 심사관의 심사(특허법 제57조)를 거쳐 특허결정을 받아야 한다. 심사과정에 있어 출원인의 이익을 보호하기 위한 방안으로 의견서 제출기회(특허법 제63조 제1항), 공지예외 적용주장(특허법 제30조), 정당권리자 출원(특허법 제34조, 제35조), 명세서 및 도면의 보정(특허법 제47조), 분할출원(특허법 제52조), 분리출원(특허법 제52조의2), 변경출원(특허법 제53조, 실용신안법 제10조), 조약우선권주장 또는 국내우선권주장(특허법 제54조, 제55조), 조약우선권주장 또는 국내우선권주장의 보정 또는 추가(특허법 제54조 제7항, 제55조 제7항), 재심사청구(특허법 제67조의2), 거절결정불복심판청구(특허법 제132조의3) 등을 규정하고 있다.

##### 2) 설정등록 후

특허법은 특허권자와 정당권리자의 이익을 보호하기 위한 방안으로 존속기간연장등록출원(특허법 제89조, 제92조의2내지5), 특허의 정정·정정심판(특허법 제132조의3, 제133조의2, 제136조), 특허권 이전등록청구(특허법 제99조의2) 등을 규정하고 있다.

#### 발명의 장려 - 특허료의 감면(특허법 제83조), 발명진흥보조금의 지급(발명진흥법 제4조)

특허법은 발명의 공개에 대한 반대급부로 독점, 배타권인 특허권을 부여함으로써 발명의 창작의욕을 고취시키고, 비용적인 관점에서 '발명 장려 보조금의 지급 규정(발명진흥법 제4조)' 및 '출원료, 심사청구료, 최초 3년분의 특허료의 감면 규정(특허법 제83조, 특허료 등의 징수규칙 제7조)' 등을 통해 발명을 장려한다.

#### 발명의 이용도모

##### (1) 특허권자의 실시 및 특허권자의 실시의무 준부

특허권자는 업으로서 자신의 특허발명을 실시할 권리를 독점한다(특허법 제94조). 한편, 특허권자의 실시의무에 대한 적극적 규정은 없으나, 특허권은 독점, 배타권이라는 점, 발명이 실제 산업에서 실시되어야 산업발전이라는 특허제도의 목적을 달성할 수 있다는 점에 착안하여 소극적 측면에서 재정에 의한 통상실시권(특허법 제107조) 규정을 두고 있다.

## (2) 제3자의 실시

- 1) 제3자는 특허권자와의 계약을 통해 실시권을 설정 받아 정당하게 실시할 수 있고(특허법 제100조, 제102조), 그렇지 않더라도 특허권의 효력이 제한되는 경우가 있으며(특허법 제94조 제2항, 제95조, 제96조, 법정실시권, 강제실시권, 효력제한기간), 특허권의 존속기간을 제한하여 특허권 소멸 후에는 누구든지 자유롭게 당해 발명을 실시할 수 있도록 하고 있다(특허법 제88조).
- 2) 특허법은 출원공개(특허법 제64조), 등록공고제도(특허법 제87조 제3항)를 두어 당해 발명이 제3자에게 기술문헌으로서의 역할을 할 수 있도록 한다.

## 특허와 노하우(영업비밀)의 대비

### (1) 노하우의 의의 및 취지

노하우라 함은 비밀리에 관리되는 기술적 지식이나 경험을 말한다. 특허출원된 발명도 공개되기 이전에는 노하우로 볼 수 있다.

### (2) 특허와 노하우의 비교

#### 1) 공개여부

특허는 공개가 필수적·강제적(특허법 제64조, 제87조 제3항)인 관계로 법률상 독점·배타성을 인정해(특허법 제94조) 권리 침해가 있는 경우 민·형사적 조치에 따른 구제가 가능하나, 노하우는 비밀 유지가 가능한 반면 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률에 따른 특별한 경우를 제외하고는 독점·배타성이 인정되지 않을 수 있다.

#### 2) 보호요건

특허는 심사 후 등록의 절차가 필수이며 등록을 위해서는 산업상 이용가능성, 신규성, 진보성 등의 요건을 구비 해야 하나, 노하우는 등록절차가 필수가 아니고 등록할 때도 요건이 특별하지 않다.

#### 3) 보호기간

특허는 발명이 공개되고 존속기간이 유한(특허법 제88조)하여 일정기간 후에는 제3자의 모방이 가능하나, 노하우는 비밀로 유지할 수 있다면 영속적으로 제3자의 모방을 차단할 수 있다.

## 내용 요약

특허(권)는 다음과 같이 정의할 수 있다.

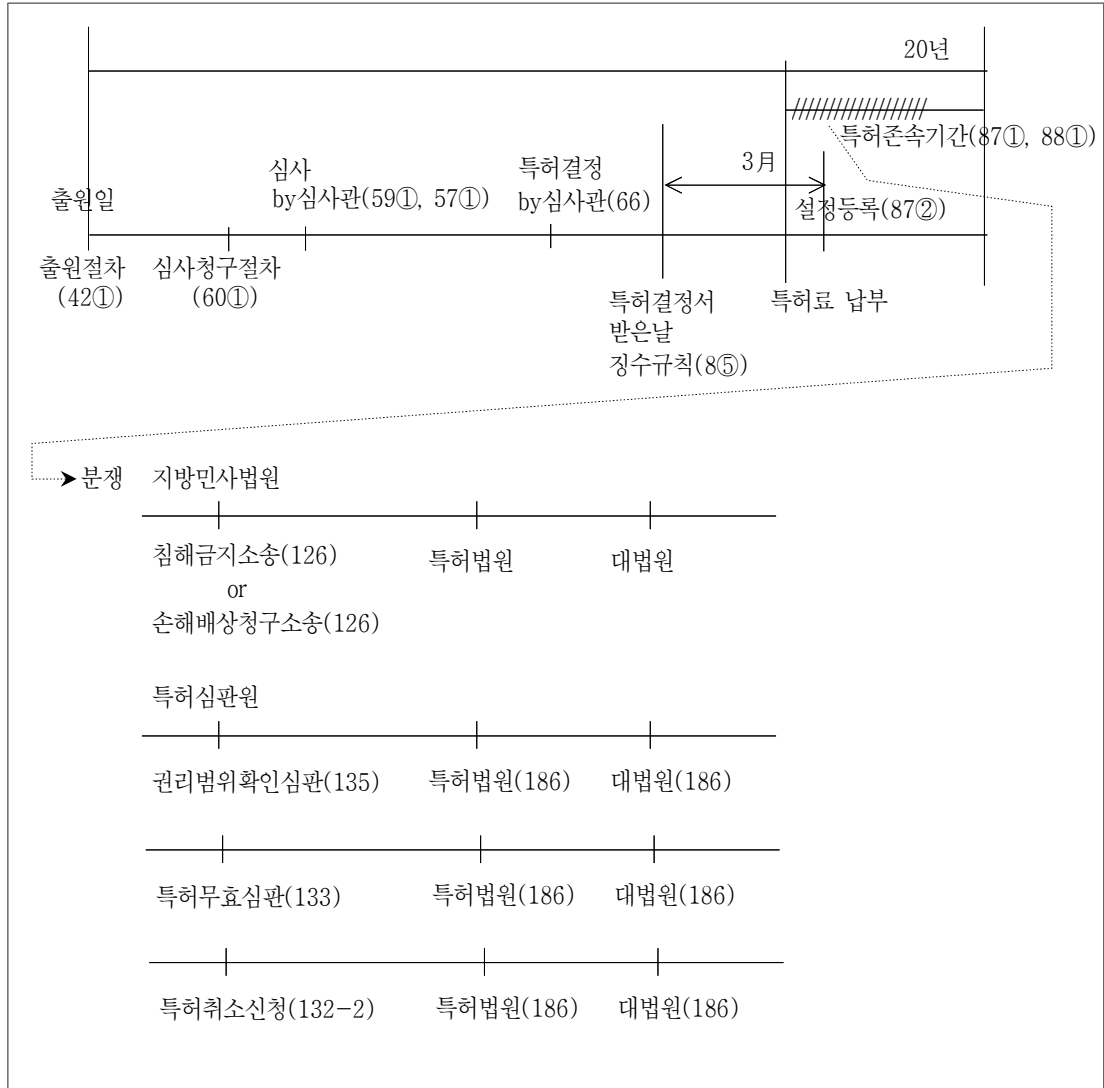
설정등록에 의해 발생하는 권리로서(제87조 제1항), 공개(제87조 제3항)한 특허청구범위에 기재된 발명(제97조)의 업으로서의 실시(제2조 제3호)에 대해, 특별한 사정(제81조의3 제4항, 제181조, 제96조 등)이 없는 한 출원일부터 20년이 되는 날까지(제88조 제1항) 배타적인 속성(제94조)이 인정되는 권리

특허법은 위 특허라는 배타적인 권리<sup>1)</sup>를 인센티브로 부여함으로써 발명을 보호·장려<sup>2)</sup>하고, 발명<sup>3)</sup>의 공개<sup>4)</sup>를 강제함으로써 또한 그 이용을 도모<sup>5)</sup>하게 하여, 궁극적으로 기술의 발전을 촉진해 산업발전에 이바지함을 목적으로 한다(제1조).

특허법에는 위 목적의 달성을 위한 실체적인 법률<sup>6)</sup>과 절차적인 법률<sup>7)</sup>이 있다. 실체적인 법률은 특허와 관계된 권리와 의무의 발생·변경·소멸·성질·내용·범위 등에 관한 사항을 말하고, 절차적인 법률은 특허를 획득하는 절차와 특허분쟁에 관한 절차에 관한 사항<sup>8)</sup>을 말한다.

특허법에 규정되어 있는 절차 중 대표적인 것은 아래와 같다.

- 1) 특허권자는 업으로서 특허발명을 실시할 권리를 독점할 수 있다(제94조). 이를 배타적인 권리라 표현한다.
- 2) 특허를 통해 신규 발명에 대한 제3자의 모방을 억제함으로써 발명의 의욕을 장려한다.
- 3) 특허발명이란 특허(권)를 받은 발명을 말한다(제2조 제2호).
- 4) 특허발명은 모두 공개된다(제87조 제3항). 특허발명뿐 아니라 특허발명이 될 수 있는 잠재적 지위에 있는 출원발명 또한 공개된다(제64조 제1항). 제3자가 특허로 보호되는 발명이 무엇인지를 사전에 인지할 수 있도록 하기 위함이다.
- 5) 공개된 특허권의 존속기간이 만료되면 누구나 그 특허발명의 실시가 가능하다. 또한 공개는 특허발명과 동일한 발명의 중복연구를 차단하고, 개량발명의 연구를 촉진하는 기능도 한다.
- 6) 실체법이라 하며 권리·의무에 관한 내용을 말한다.
- 7) 절차법이라 하며 권리·의무의 이행 절차에 관한 내용을 말한다.
- 8) 절차는 특정 기관에서 수행하게 되는데, 특허법에서 등장하는 기관으로는 특허청, 특허법원, 민사법원, 행정법원, 대법원 등이 있다. 각 기관마다 절차적 성격이 다소 상이할 수 있으니, 기관을 명확히 구분하여 그 절차적인 내용을 숙지해야 한다.



편

# 02

## 절차 총칙





허에 관한 절차를 밟거나 특허법 또는 특허법에 따른 명령에 따라 행정청이 한 처분에 대하여 소를 제기할 수 있다.

## 2) 대리권의 범위

가. 특허관리인은 위임된 권한의 범위에서 특허에 관한 모든 절차 및 이 법 또는 이 법에 따른 명령에 따라 행정청이 한 처분에 관한 소송에서 본인을 대리한다(특허법 제5조 제2항).

나. 재내자로부터 특허에 관한 절차를 밟을 것을 위임받은 대리인과 마찬가지로, 특허관리인도 특별히 권한을 위임받아야만 1) 특허출원 변경·포기·취하, 2) 특허권 포기, 3) 존속기간연장등록출원 취하, 4) 신청 취하, 5) 청구 취하, 6) 국내우선권 주장 또는 그 취하, 7) 거절결정불복 심판청구, 8) 복대리인 선임을 할 수 있다(특허법 제6조 후문).

## 3) 위반시 법적 취급

### 가. 반려 및 흠결의 해소 가부

재외자가 특허관리인을 선임하지 않고 특허에 관한 절차를 밟은 경우에는 제5조에 따라 기간을 정하여 소명기회를 부여한 후 관련 서류를 반려해야 하며(특허법 시행규칙 제11조 제1항 제6호), 이 경우 특허관리인을 선임하는 등의 보정으로 흠결을 해소할 수 없다.

### 나. 하자의 치유

판례는 특허관리인제도는 국내에 거주하지 않는 자와 절차를 수행함에 따른 번잡과 절차 지연을 피함으로써 원활한 절차수행을 위함에 그 의의가 있다는 점에 비추어, 특허관리인에 의하지 아니한 채 제출된 서류를 반려하지 아니하고 이를 수리하여 특허에 관한 절차를 진행한 경우라면 특허청장은 제출된 서류의 하자를 주장할 수는 없다고 판시하였다<sup>9)</sup>.

## (2) 국제특허출원의 경우 재외자의 특허관리인의 특례(특허법 제206조)

1) 국제특허출원의 경우 재외자인 국제특허출원의 출원인은 기준일까지는 제5조 제1항에도 불구하고 특허관리인에 의하지 아니하고 특허에 관한 절차를 밟을 수 있다(특허법 제206조). 다만, 제201조 제1항에 따라 국어번역문을 제출한 재외자는 기준일로부터 2개월 내에 특허관리인을 선임하여 특허청장에게 신고하여야 한다(특허법 제206조 제2항, 시행규칙 제116조).

2) 기간 내 특허관리인 선임신고가 없으면 그 국제특허출원은 취하된 것으로 본다(특허법 제206조 제3항).

---

9) 2003후182

## 내용 요약

### ■ 특허법상의 절차

절차란 절차를 밟음으로써 시작한다. 「~ 절차를 밟는다」란 요구되는 서면(이하 서류라고도 한다)을 제출하고, 수수료를 납부하는 행위라고 보면 된다. 예컨대 특허를 획득하는 절차인 출원절차를 밟는다는 요구되는 서면인 특허출원서, 명세서, 필요한 도면 및 요약서를 작성하여 특허청장에게 제출하고(제42조 제1항 및 제2항), 수수료를 납부하는 행위를 일컫는다(제82조 제1항). 이에 절차적인 법률은 특정 절차를 밟기 위해 요구되는 서면이 무엇이고, 그것을 어떻게 작성해야 하며, 만약 요구되는 서면을 미제출하거나, 올바르게 작성하지 않은 경우 취급이 어떻게 되는지 등을 규정한다.

특허법에서 등장하는 절차의 담당기관에는 특허청(심사, 심판)과 법원이 있다. 또한 법원<sup>10)</sup>은 특허법원, 행정법원, 민사법원, 대법원 등이 있다. 특허청에서는 심사절차와 심판절차 등을 담당한다. 특허법원에서는 심판절차에 대한 불복(제186조 제1항), 혹은 민사지방법원절차에 대한 항소(법원조직법 제28조의4 제2호)를 담당한다. 행정법원은 특허법원에서 담당하는 심판절차 이외 특허청의 각종 처분에 대한 불복을 담당한다(제224조의2 제2항). 민사지방법원은 침해금지청구(제126조) 또는 손해배상청구(제128조)소송 등을 담당한다. 대법원은 각종 법원사건의 최종 불복을 담당한다(법원조직법 제14보, 제186조 제8항).

참고로 특허청은 산업통상자원부 소속으로서, 본청과 소속기관이 있고, 본청에 심사관이 속해 있는 심사국이 있으며, 소속기관에 특허심판원이 있다. 각 심판원마다 심판장이 있고, 특허청의 대표는 특허청장이며, 특허심판원의 대표는 특허심판원장이다.

### ■ 특허법상의 절차 중 특허에 관한 절차를 밟는 자에게 요구되는 능력

특허에 관한 절차의 총칙<sup>11)</sup>을 살핀다. 특허에 관한 절차란 법원 절차를 제외하고 특허청에서 행하는 절차라고 보면 된다(심사기준, 대법원 2014. 2. 13. 선고 2013후1573 판결 참조). 대표적으로 특허에 관한 절차에는 심사절차와 심판절차 등이 있다<sup>12)</sup>. 위 심사절차와 심판절차를 밟고자 하는 자는 특정 능력이 있어야 한다. 능력과 관련해서는 당사자능력, 권리능력, 절차능력의 개념이 있다.

10) 법원은 대법원, 고등법원, 특허법원, 지방법원, 가정법원, 행정법원, 회생법원이 있다(법원조직법 제3조). 이 중 특허법에 등장하는 법원은 지방법원, 고등법원, 특허법원, 행정법원, 대법원이다. 이하에서 민사법원이라는 표현이 등장하기도 하는데, 이는 민사지방법원, 민사고등법원을 지칭하는 것으로 이해하면 된다.

11) 총칙이란 특허에 관한 절차에서 공통적으로 운용되는 규정을 말한다. 즉 지금부터 등장하는 개념은 심사절차는 물론 심판절차에서도 포괄적으로 적용된다.

12) 구체적으로 특허법, 시행령 및 시행규칙에 기재되어 있는 특허에 관한 절차란, 제3조에서 정의하는 바와 같이 특허에 관한 출원·청구 기타의 절차로서, 특허제도와 관련한 절차 중 출원인, 청구인, 신청인 및 그 상대방(이하 '출원인 등')이 특허청장, 심사관, 특허심판원장, 심판장 및 심판관(이하 '특허청장 등')에게 하는 하기 ① ~ ③을 포함하는 절차를 말한다.

### 절차에 따라 요구되는 능력의 구분

특허에 관한 절차는 다음과 같이 당사자가 될 수 있는(당사자능력) 자 중 권리능력이 있어야 수속할 수 있는 절차와 권리능력이 없어도 수속할 수 있는 절차가 있다.

절차능력만 있으면 할 수 있는 절차 (권리능력이 없어도 밟을 수 있는 절차)	권리능력 및 절차능력 모두 요구되는 절차 (좌측 경우 제외한 모든 절차)
<ul style="list-style-type: none"> <li>• 타 출원에 대한 심사청구, 정보제공</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 출원, 보정, 분할, 변경 등</li> </ul>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• 특허취소신청인</li> <li>• 각종 무효심판 청구인</li> <li>• 소극적 권리범위확인심판 청구인</li> <li>• 적극적 권리범위확인심판 피청구인</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 각종 무효심판 피청구인</li> <li>• 소극적 권리범위확인심판 피청구인</li> <li>• 적극적 권리범위확인심판 청구인</li> <li>• 거절결정불복심판 청구인</li> <li>• 정정심판 청구인</li> <li>• 통상실시권 허락심판의 청구인 및 피청구인</li> </ul>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• 상기 심판의 심결에 대한 재심의 청구인 및 피청구인</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 상기 심판의 심결에 대한 재심의 청구인 및 피청구인</li> </ul>

### 당사자능력

특허에 관한 절차는 기본적으로 당사자가 될 수 있는 능력이 있어야 밟을 수 있다. 당사자능력이란 절차의 당사자로서 절차를 밟은 효과에 귀속되는 주체가 될 수 있는 능력을 말한다.

특허법은 특유의 성질에 반하지 않는 한 절차적인 측면에 있어서 민사소송법을 준용한다(대법원 1997. 9. 26. 선고 96후825 판결)<sup>13)</sup>. 여기 당사자능력과 관련해서도 민사소송법에 따른다(민사소송법 제52조, 제4조). 민사소송법에서는 권리능력을 가지는 자는 모두 당사자능력을 인정한다. 또한 권리능력이 인정되지 않는 자도 당사자능력을 인정하는 경우가 있다. 바로 대표자나 관리인이 있는 법인이 아닌 사단이나 재단<sup>14)</sup>이다. 복잡다기한 사회구조 속에서 비법인단체의 절차상 주체성<sup>15)</sup>까지 부인한다면 그 단체를 상대로 절차를 밟고자 하는 자는 단체의 구성원 전원을 개

① 출원절차	특허출원, 분할출원, 분리출원, 변경출원, 정당권리자출원, 특허권존속기간연장등록출원, PCT출원 등
② 출원/특허에 관한 신청/청구	심사청구, 재심사청구, 특허취소신청, 각종 심판청구(심사관에 의한 심판청구를 포함한다), 재심청구 등
③ 출원/특허에 관한 기타 절차	우선심사신청, 심사유예신청 등의 각종 신청 절차를 포함해 상기 ① 및 ②와 관련하여 출원인/특허권자/제3자(출원인 등)가 특허청장, 특허심판원장, 심판장, 심판관, 심사관(특허청장 등)에게 하는 절차

참고로 특허에 관한 절차에는 특허청장 등이 출원인 등에게 하는 절차(각종 통지, 요구 등), 특허청 내부의 심사 업무처리 절차(방식심사, 분류, 선행기술조사 및 실체 심사 등과 관련한 내부 업무처리 절차), 출원인 등이 법원(특허법원)에 하는 절차, 행정심판과 관련한 절차, 일반 민원신청이나, 출원인 등이 제3자에게 하는 절차(경고) 등은 포함되지 않는다(심사기준).

13) 흔히 절차법의 일반법을 민사소송법이라 한다.

14) 여러 사람이 모인 집단

별적으로 상대하지 않으면 안되게 되어 절차적 불편과 번잡이 따르게 되는데 이를 막기 위해 민사소송법에서 비법인사단 등의 절차능력을 인정한 것이다.

다만 비법인 사단 등의 경우 대표자나 관리인이 없으면 절차를 밟는 주체가 특정되지 않아 혼란이 야기될 수 있어 절차능력을 인정하지 않는다. 이에 대해서는 이하에서 다시 살핀다.

## 권리능력

권리능력이 있어야 수속할 수 있는 절차는 권리능력이 있는 자만이 가능하다. 권리능력이란 권리와 의무의 주체가 될 수 있는 자격을 말하며, 사람은 생존한 동안 권리와 의무의 주체가 될 수 있고(민법 제3조), 법인 또한 권리능력이 인정된다(민법 제34조). 권리능력이 있어야 수속할 수 있는 절차는 권리를 요구하거나 권리를 가지고 있어야 진행할 수 있는 절차를 생각하면 된다. 예컨대 출원절차는 특허라는 권리를 요구하는 절차로서 권리능력이 있는 자<sup>16)</sup>만이 특허를 취득할 수 있는바 권리능력이 있는 자만이 수속할 수 있다. 권리능력이 없는 자는 특허라는 권리 자체를 취득할 수 있는 주체가 아니므로 특허청에서는 출원절차의 수속을 허용하지 않는다<sup>17)</sup>. 또한 특허무효심판절차의 피청구인은 특허권자를 일컫는바, 특허무효심판절차의 피청구인은 특허를 가지고 있는, 즉 권리능력이 있는 자만이 가능하다.

그러나 권리를 요구하거나 권리를 가지고 있어야 진행할 수 있는 절차가 아닌 경우는 권리능력이 없는 자도 절차의 수속이 가능하다. 이는 나중에 나오지만 특허는 제3자에게도 효력이 미치는 대세적 효력이 있어, 절차 수속이 가능한 범위를 넓게 인정하는 취지에서 비롯된 것이다. 권리를 요구하거나 권리를 가지고 있어야 진행할 수 있는 절차가 아닌 경우에는 심사청구절차, 특허취소신청절차, 일부 심판청구인·피청구인, 일부 재심청구인·피청구인이 있다(제4조). 예컨대 심사청구절차는 출원된 발명에 대해 심사의 진행을 요청하는 절차인데(제59조 제1항), 이는 제3자의 출원발명에 대해서도 심사청구가 가능하여(제59조 제2항), 권리능력이 없는 자도 권리능력이 있는 자가 출원한 발명에 대해 심사청구절차의 수속이 가능하다. 또한 특허무효심판의 청구인은 특허에 이해관계가 있는 자가 해당 특허를 소멸시키고자 수속하는 절차로서, 제3자의 특허발명에 대해 절차를 진행하는 것인바, 권리능력이 없는 자도 절차의 수속이 가능하다.

예컨대 대표자 또는 관리인<sup>18)</sup>이 있어 절차능력이 있으면 권리능력이 없는 비법인사단 등이라 할지라도 그 사단 등의 이름으로 권리의 창설을 요구하거나 또는 권리를 가지고 있어야 진행 가능한 절차 이외의 출원에 대한 심사청구, 특허취소신청, 특정 심판의 청구, 특정 심판의 피청구, 특정 심판의 재심청구 또는 재심피청구를 제한적인 범위 내에서 당사자로서 진행할 수 있다.

한편 권리능력이 없음에도 불구하고, 권리능력이 있어야 진행할 수 있는 절차를 밟은 경우는 그 자가 절차를 밟기 위해 제출한 서면이 특허청으로부터 반려될 것으로 생각된다(시행규칙 제11조 제1항 제11호).

15) 당사자능력을 말한다.

16) 「~자」란 자연인과 법인을 모두 아우르는 단어로 사용한다.

17) 사건이며, 예컨대 법인격이 없는 사단이 출원절차를 밟기 위해 특허출원서 등을 제출했다면 그 서류는 당해 특허에 관한 절차를 밟을 권리가 없는 자가 그 절차와 관련하여 제출한 서류로 취급되어 반려처분될 것으로 생각된다(시행규칙 제11조 제1항 제11호, 출원방식심사지침서).

18) 즉 절차 진행을 번거롭지 않게 하고 주도적으로 절차를 이끌어 나갈 사람이 있는 경우, 환언하면 절차의 진행을 위한 서면의 제출 및 송달에 있어서 책임질 자가 있는 경우

참고로 제25조에 제외자 중 특정 국가의 외국인의 권리능력에 관한 내용이 등장하는데, 이 자는 조약의 체결로 권리능력을 인정해야만 하는 국가의 국민도 아니고, 특허를 부여할 경우 국내에 주소 또는 영업소가 없어 특허발명을 실시할 가능성이 희박해 배타권만 행사하고 실시권은 침묵함으로써 특허를 남용해 국내산업발전을 저해할 것으로 짐작되는 자인바, 제1조의 법 목적을 고려해 특허를 부여하지 않는다. 이는 위에서 살펴본 특허에 관한 절차를 밟기 위해 요구되는 능력 가운데 하나인 권리능력에 관한 것은 아니고, 특허거절이유 중 하나로 취급되는 사안이다(제62조 제1호). 즉 제25조 각 호에 해당하지 않는 제외자 중 외국인(자연인 또는 법인인 경우)이 출원절차를 밟은 때에는 그 절차를 밟기 위해 제출한 서류가 시행규칙 제11조 제1항 제11호에 의해 반려되는 것이 아니고, 수리된 후 심사관에 의한 심사가 진행되었을 때 거절이유가 통지되어 거절결정된다.

### 절차능력

특허에 관한 절차는 절차능력<sup>19)</sup>이 있어야 밟을 수 있다. 절차능력이란 특허청과 원활한 절차의 진행이 가능한 능력을 말한다. 절차능력은 절차를 밟는 자마다 상이할 것이나, 능력의 개별적 확인은 현실적으로 곤란한바, 특허법은 획일화된 기준을 설정하였다. 바로 제3조, 제4조, 제5조이다. 제3조는 지적의사판단능력<sup>20)</sup>과 관련된 내용이고, 제4조와 제5조는 서면의 교신능력과 관련된 내용이다.

### 지적의사판단능력

특허법은 민법과 마찬가지로 미성년자·피한정후견인 또는 피성년후견인에 대해서는 개별적으로 그 능력을 검사하지 않고, 일괄적으로 온전한 사고를 할 판단능력이 부족한 것으로 간주한다. 이에 미성년자·피한정후견인 또는 피성년후견인은 특별한 사정이 없는 한<sup>21)</sup> 법정대리인에 의하지 아니하면<sup>22)</sup> 특허에 관한 절차의 수속이 제한된다<sup>23)</sup>.

법정대리인에 의하지 않고 미성년자 등이 단독으로 절차를 밟으면, 미성년자 등이 그 절차를 밟기 위해 특허청장 등에게 제출한 서면은 수리되나, 그 서면에 법정대리인을 추가하는 보정을 하라는 특허청장 등의 명령이 나온다(제46조 제1호). 이때 보정명령에 따라 법정대리인을 추가하는 보정을 하면 이는 추인이 되어 처음부터 적법한 절차가 되고(제7조의2), 보정명령에 불응하면 절차가 무효로 될 수 있다(제16조).

19) 민사소송법에서는 이를 소송능력이라 한다(민사소송법 제55조).

20) 민법에서는 이를 행위능력이라 한다.

21) 단 미성년자와 피한정후견인은 독립하여 법률행위를 할 수 있는 경우에는 법정대리인에 의하지 않고서도 독자적으로 특허에 관한 절차의 수속이 가능할 수 있다(제3조 제1항 단서).

22) 특허법은 성질에 반하지 않는 한 민사소송법을 준용하고, 민사소송법은 성질에 반하지 않는 한 민법을 준용하는데, 여기 지적의사판단능력과 관련해서는 민법과 사뭇 상이한 태도를 취하고 있다(민사소송법 제55조, 제3조). 구체적으로 민법 제5조 제1항은 「미성년자가 법률행위를 함에는 법정대리인의 동의를 얻어야 한다」 와 같이 법정대리인의 동의만 있으면 법률행위가 가능한 것으로 규정하나, 민사소송법과 특허법은 법정대리인의 동의만으로는 곤란하고 법정대리인이 절차를 함께 수속해야만 한다.

23) 제46조, 제16조에 따라 절차가 무효로 될 수 있다.

## 교신능력

교신능력과 관련해서는 두 가지의 쟁점이 있다. 하나는 주체적 관점에 관한 것이고, 다른 하나는 지리적 관점에 관한 것이다.

주체적 관점은 비법인 사단 등에서 문제된다. 전술한 바와 같이 비법인 사단 등은 권리능력이 없지만 당사자능력이 인정되어, 권리능력이 없어도 밟을 수 있는 일부 절차에 한해서는 당사자로서 절차를 밟을 수 있다.

그러나 비법인 사단 등은 여러 개인이 소속된 단체로서 대표자나 관리인이 없으면 각 개인 중 누구를 상대로 서면을 교신해야 하는지가 특정되지 않아, 원활한 절차 진행에 방해가 될 수 있다. 이에 민사소송법이나 특허법은 당사자능력이 인정되는 비법인 사단 등이라 할지라도 대표자나 관리인이 정해져 있어야 절차를 밟을 수 있다고 규정한다.

비법인 사단 등이 대표자 등을 통해 절차를 밟지 않은 경우의 처분은 명시적으로 규정되어 있지 않은 듯 하나, 사건으로는 시행규칙 제11조 제1항 각 호의 서류 반려사유에는 존재하지 않으니, 제46조 제2호와 제16조에 따라 보정명령이 나오고 보정명령에도 불응하면 절차가 무효로 될 수 있지 않을까 싶다.

이어서 지리적 관점은 제외자 등에서 문제된다.

국내에 주소 또는 영업소가 없는 제외자<sup>24)</sup>는 서면을 해외에서 송달 받아야 하는데, 해외 송달은 시간이 장시간 소요될 수 있고 분실 또는 망실의 우려도 커, 특허법은 특별한 경우<sup>25)</sup>를 제외하고는 원활한 절차의 진행이 곤란한 것으로 규정한다. 즉 특허법은 제외자는 국내에 체류하는 경우를 제외하면 국내에 주소 또는 영업소가 있는 특허관리인<sup>26)</sup>에 의해서만 특허에 관한 절차를 밟을 수 있는 것으로 규정한다(제5조 제1항). 다만 특정 특허에 관한 절차를 밟을 때는 특허관리인을 통해 진행했으나, 그 특허에 관한 절차가 종결되었고 이후 특허관리인이 존재하지 않게 된 경우라면<sup>27)</sup>, 특허청은 새로운 관리인이 선임되기 전까지 항공등기우편으로 직접 본인에게 서류를 발송한다(제220조 제2항).

특별히 법률에 규정된 사안(제206조 제1항)이 아닌 한 제외자가 국내 대리인(특허관리인)을 통해 절차를 밟지 않는 경우는<sup>28)</sup>, 즉 국내 대리인에 의해 서류를 제출하지 않고, 제외자가 스스로 서류를 제출한 경우는, 그 절차를 밟기 위해 제출한 서류가 반려된다(시행규칙 제11조 제1항 제6호).

24) 제외자, 재내자, 내국인, 외국인의 용어는 각각 구별해야 한다. 제외자는 국적에 관계 없이 국내에 주소 또는 영업소가 없는 자이고, 재내자는 국적에 관계 없이 국내에 주소 또는 영업소가 있는 자이다. 내국인과 외국인은 국내에 주소 또는 영업소가 있는지의 여부에 관계 없이 대한민국 국적이 있는 자 또는 없는 자를 말한다. 특허에서는 국적에 의한 차별이 금지되어 있기 때문에(과리협약 제2조, 제3조, WTO/TRIPS 제3조, 제4조 등), 국적보다는 국내에 주소 또는 영업소가 있는지의 여부에 보다 주목한다. 국내에 주소 또는 영업소가 있는 자는 절차의 원활한 진행이 가능하고, 국내에서 산업을 영위하여 국내 산업발전에 이바지할 가능성이 있는 자로 해석한다.

25) 국제특허출원의 출원인은 기준일까지는 제5조 제1항에도 불구하고 특허관리인에 의하지 아니하고 특허에 관한 절차를 밟을 수 있다(제206조 제1항).

26) 국내에 주소 또는 영업소가 있는 대리인

27) 예컨대 출원절차는 특허관리인을 통해 절차를 밟아 특허를 획득했고, 이후 그 특허에 대해 특허무효심판이 제기된 경우 특허무효심판 절차에 대한 특허관리인의 선임 전까지는 위 절차와 관련된 서류를 본인에게 항공등기우편으로 발송한다.

28) 절차를 밟기 위해 요구되는 서면을 제출하면서 서면에 절차를 밟는 자로 기재한 자의 주소가 외국이나, 해당 서면에 국내 주소의 대리인이 기재되어 있지 않은 경우다.

## 정리

정리하면 절차를 원활하게 진행할 수 있는지(절차능력이 있는지)는 경우에 따라 차이가 있을 수 있겠지만 그것을 특허청이 개별적으로 검사하는 것은 현실적으로 곤란한 바 특허법은 일괄적으로 간주하고 있다. 구체적으로 미성년자 등은 일괄적으로 온전한 판단능력에 기초한 의사표시가 불가능한 자로 간주하고, 비법인 사단 등은 일괄적으로 서면을 교신할 주체가 불분명한 단체로 간주하며, 재외자는 일괄적으로 서류의 송달 등이 불편할 것으로 간주한다.

이에 미성년자 등은 법정대리인과 함께 절차를 밟을 것을 요구하고, 비법인 사단 등은 대표자나 관리인이 절차를 밟을 것을 요구하며, 재외자는 국내에 체류하지 않는 한 국내 대리인을 통해 절차를 밟을 것을 요구한다.

만약 미성년자 등이 법정대리인과 함께 절차를 밟지 않으면<sup>29)</sup> 해당 절차가 무효로 될 수 있고(제46조, 제16조)<sup>30)</sup>, 비법인 사단 등이 대표자나 관리인 없이 절차를 밟은 경우는 명시적인 규정은 없으나 마찬가지로 절차가 무효로 될 수 있을 것으로 생각되며, 재외자가 국내에 체류하는 경우도 아니면서 특허관리인에 의해 절차를 밟지 않으면 절차를 밟기 위해 제출한 서류를 반려한다(시행규칙 제11조 제1항 제6호).

한편 절차를 밟는 자<sup>31)</sup>의 지적의사판단 또는 교신의 절차능력을 보조해주는 자를 대리인이라고 한다.

주요내용요약			
당사자능력	권리능력 있는 자(자연인 또는 법인)/비법인 사단 등 인정		
권리능력	비법인 사단 등 권리능력 없는 자도 밟을 수 있는 절차 존재		
절차능력	미성년자 등	법정대리인 필요	서류 보정명령
	비법인 사단 등	대표자 또는 관리인 필요	서류 보정명령
	재외자	특허관리인 필요	서류 반려
주요개념요약			
재외자	국적에 관계 없이 국내에 주소 또는 영업소가 없는 자		
재내자	국적에 관계 없이 국내에 주소 또는 영업소가 있는 자		
내국인	대한민국 국적이 있는 자		
외국인	대한민국 국적이 없는 자		
절차를 밟는다	절차에 요구되는 서면(서류)을 제출하고 수수료를 납부하는 행위		

29) 절차를 밟기 위해 요구되는 서면을 제출하면서 서면에 절차를 밟는 자로 기재한 자가 미성년자 등이나, 해당 서면에 법정대리인이 기재되어 있지 않은 경우다.

30) 미성년자 등이 어떠한 절차를 밟기 위해 서면을 제출하면서 법정대리인을 기재하지 않은 경우는 법정대리인을 기재할 것을 요구하는 보정명령이 나오며(제46조 제1호), 보정명령에 불응하면 절차가 무효로 될 수 있으나(제16조 제1항 본문), 보정명령에 따라 위 서면에 법정대리인을 추가하는 보정을 하거나 또는 미성년자 등이 성년이 되어 더 이상 법정대리인을 요구되지 않게 되면, 이는 추인으로 해석되어 처음부터 그 절차가 유효한 것으로 인정된다(제7조의2).

31) 이를 당사자라고도 한다.

## 02 대리인 (제6조 내지 제10조)

### 대리인

#### (1) 특허법상 대리

대리인에는 본인의 의사가 아닌 법률 규정에 의하여 정해지는 '법정대리인'과 본인의 의사에 의해 정해지는 '임의대리인'이 있다.

#### (2) 구체적 내용

##### 1) 대리권의 범위 (특허법 제6조)

###### 가. 법정대리권

법정대리인에는 친권자와 후견인이 있다. 친권자는 법률에 따라 특허에 관한 절차 모두에 대해 포괄적인 대리권을 갖는다. 후견인은 후견감독인이 있으면 절차 중 일부는 그의 동의를 받아야 대리할 수 있는 경우가 있으나, 특허취소신청, 상대방이 청구한 심판·재심에 대해서는 동의 없이 가능하다(특허법 제3조 제2항).

###### 나. 임의대리권

- ① (개별 일반위임) 임의대리인은 당사자로부터 위임받은 범위 내에서 특허에 관한 절차의 대리권을 갖는다.
- ② (개별 특별위임) i) 특허출원 변경·포기·취하, ii) 특허권 포기, iii) 존속기간연장등록출원 취하, iv) 신청 취하, v) 청구 취하, vi) 국내우선권 주장 또는 그 취하, vii) 거절결정불복심판청구, viii) 복대리인 선임에 해당하는 행위는 당사자로부터 특별위임을 받아야 한다.
- ③ (포괄위임) 특허법에는 사건을 특정하지 않고 포괄위임할 수 있는 제도가 있다(특허법 시행규칙 제5조의2). 포괄위임은 포괄위임장을 첨부하여 포괄위임등록 신청서를 특허청에 제출하면 특허법 제6조의 절차를 포함해 당사자의 특허에 관한 절차 모두를 개별 위임장의 제출 없이 대리할 수 있다.

##### 2) 대리권의 증명 (특허법 제7조)

당사자의 불이익 방지를 위해 대리인에 의해 절차가 대신 진행되는 경우는 대리권을 서면으로써 증명할 것을 강제한다. 만약 대리권 증명서류의 제출 없이 대리인이 절차를 수속하면, 대리권이 없는 것으로 보아 보정명령하고, 대리권 증명서류를 사후적으로 제출하지 않는 한, 해당 절차는 무효로 될 수 있다(특허법 제16조).

##### 3) 대리권 흠에 대한 추인(특허법 제7조의2)

법정대리권이 없거나, 임의대리권 위임에 흠이 있는 자가 밝은 절차라도 당사자나 법정대리인이 추인하면 소급하여 처음부터 하자가 없는 절차로 인정된다.





4) 임의대리권의 불소멸(특허법 제8조)

임의대리권은 i) 당사자 사망·행위능력 상실, ii) 당사자인 법인의 합병에 의한 소멸, iii) 당사자인 수탁자의 신탁임무 종료, iv) 법정대리인 사망·행위능력의 상실, v) 법정대리인의 대리권 소멸이나 변경에 의해 소멸하지 아니한다.

5) 개별대리의 원칙 (특허법 제9조)

대리인은 2 인 이상의 선임이 가능하다. 대리인이 2 인 이상인 경우는 각 대리인이 당사자를 개별적으로 대리한다(특허법 제9조). 대리인이 수인일 때 모두의 합일된 의견이 있어야만 절차의 수속이 가능하다고 보면 절차상 번거로움이 크기 때문이다.

6) 대리인의 개입 등 (특허법 제10조)

가. 특허법 제3조의 법정대리인 또는 특허법 제5조의 특허관리인처럼 대리인의 선임이 반드시 요구되는 상황이 아닌 한 대리인의 선임은 당사자의 자유의사에 따라 결정함이 일반적이나, 당사자의 절차수행능력에 대해 특허청장 또는 심판장이 부족하다고 판단하면 대리인의 선임을 명령할 수 있다(특허법 제10조 제1항).

나. 대리인을 통해 절차를 밟고 있다 할지라도 대리인의 절차 수행능력이 부족하다고 판단한 경우 특허청장 또는 심판장은 대리인의 개입을 명령할 수 있다(특허법 제10조 제2항).

다. 이는 원활한 절차의 진행이라는 행정상의 편의와 당사자의 이익 보호를 종합적으로 고려한 규정이다. 이에 특허청장 또는 심판장은 대리인 선임 또는 개입을 명령했을 때 그 명령 전에 온전하게 밟지 못한 특허에 관한 절차의 전부 또는 일부를 재량에 따라 합리적으로 살펴 무효로 처분할 수 있다(특허법 제10조 제4항).

7) 쌍방대리

가. 허용여부

쌍방대리는 한 사람이 동시에 양쪽 당사자의 대리인이 되는 것을 말하며, 민법상 허용되지 않는 것이 원칙이다(민법 제124조). 이러한 쌍방대리 금지 원칙은 특허법에 쌍방대리에 대한 특별한 규정이 없는 이상 특허와 관련된 절차에도 적용된다.

나. 변리사법 제7조

변리사법 제7조는 “변리사는 상대방의 대리인으로서 취급한 사건에 대하여는 업무를 수행하지 못한다.”고 규정하고 있는데, 이와 관련하여 판례는 “어떤 특허에 관한 출원, 심판 및 소송 절차에서 당사자 일방의 대리인으로 사건을 취급한 적이 있었다라도, 그 절차의 종결 후 동일한 특허에 관한 별개의 절차에서 상대방을 대리하는 것은 쌍방대리에 해당하지 않는다.”고 판시하였다.

## 내용 요약

### ■ 법정대리인

법정대리인은 본인의 의사에 의하지 아니하고 대리권이 직접 법률규정에 의하여 수여된 대리인을 말한다. 법정대리인은 미성년자 등과 같이 스스로 절차를 수행할 능력이 없는 자의 절차상 권익을 보호하기 위해 마련한 제도이다. 법정대리권의 발생, 변경, 소멸은 민법 등이 정하는 바(민법 제127조, 제939조, 제940조)에 따르는 것을 원칙으로 한다(심사기준).

법정대리인에는 친권자 또는 후견인이 있다. 친권자 또는 후견인은 절차를 밟는 자와의 신분상 관계를 고려했을 때 절차상 절차를 밟는 자에게 불이익을 행사할 우려가 적다고 보아 대리권을 상당히 넓게 인정한다. 예컨대 임의대리인의 경우는 제6조에 따른 절차를 대신 밟고자 할 때는 본인으로부터 특별수권<sup>32)</sup>을 받아야만 하나, 법정대리인은 그렇지 않다(심사기준). 다만 법정대리인이라 하더라도 마찬가지로 절차를 밟는 자와의 신분상 관계를 고려해 친권자와 후견인을 구분하는데, 친권자는 특허에 관한 절차를 대신 밟는데 있어 제한 없이 모두 가능한 것으로 보나, 후견인은 상대방이 신청한 특허취소신청이나 상대방이 청구한 심판 또는 재심과 같이, 상대방에 의해 제기된 수동적인 절차에 한해 제한 없이 절차를 밟을 수 있을 뿐(제3조 제2항), 그 외의 절차는 민법 제950조를 고려해 후견감독인이 있으면 후견감독인의 동의를 얻어야 가능한 것으로 본다<sup>33)</sup>(심사기준).

### ■ 임의대리인

재외자의 특허관리인과 재내자의 위임에 의한 임의대리인의 개념

임의대리인은 절차를 밟는 자의 의사에 따라 대리권을 수여 받아 대신 절차를 진행하는 자이다. 임의대리인에는 재내자의 위임에 의한 임의대리인과 재외자의 위임에 의한 특허관리인이 있다. 과거에는 재외자의 특허관리인과 재내자의 위임에 의한 임의대리인의 대리권 범위에 차이가 있었다<sup>34)</sup>. 그러나 현재는 특허관리인 등록제도가 폐지되면서 특허관리인 또한 재내자의 위임에 의한 임의대리인과 대리권 범위에 있어서 차이가 없다. 이에 법에서 특허관리인이란 별도의 명칭을 채용하고 있기는하나(제5조) 특별한 의미가 없으니, 재내자의 위임에 의한 임의대리인과 유사하게 생각하면 된다.

임의대리인이 될 수 있는 자

변리사가 아닌 자는 업으로 하는지의 여부와 관계없이 변리사법 제2조에 따른 대리업무를 하지 못한다. 다만 민사소송법 제88조의 준용에 따라 출원인과 친족 관계, 고용계약 등 일정한 관계

32) 간단하게 특별한 위임장이라고 보면 된다. 제6조의 절차를 밟을 수 있는 권한을 위임함을 명확하게 적시한 위임장이다.

33) 민사소송법과 유사한 논리를 취한다(민사소송법 제56조 제1항). 아무래도 상대방이 제기한 절차는 이를 응대하는 것이 응대하지 않는 것보다 나쁜 결과를 초래하지 않는다고 생각하기 때문에 후견감독인의 동의 없이 즉시 대처 가능한 것으로 규율했다고 생각된다.

34) 구법에서는 법정대리인과 함께 재외자의 특허관리인도 제6조의 절차를 특별수권 없이 밟을 수 있었다.

에 있는 사람은 대리가 가능한데, 여기서 친족관계는 당사자의 배우자 또는 4촌 안의 친족으로서 당사자와의 생활관계에 비추어 상당하다고 인정되는 경우이고, 고용계약은 당사자와 고용 등 그 밖에 이에 준하는 계약관계를 맺고 그 사건에 관한 통상사무를 처리, 보조하는 사람으로서 그 사람이 담당하는 사무와 사건의 내용 등에 비추어 상당하다고 인정되는 경우를 말한다(변리사법 제2조). 이에 특허청에서는 변리사 또는 법정대리인이 아닌 자가 대리인인 경우에는 제46조에 따른 보정명령을 하면서 출원인과 친족관계, 고용계약 등 출원인과 일정한 관계에 있음을 증명서류로 입증할 것을 통보하고 있으며, 이 때 보정에 의하여 대리인 흠결을 치유하지 못하면 그 변리사가 아닌 자 등이 한 절차에 대해 제46조, 제16조에 따라 무효 처분을 한다(심사기준).

### 임의대리권의 범위

임의대리권은 민법에 따라 절차를 밟는 자가 대리권을 수여한 범위에 한해서 발생한다. 다만 위 대리권의 범위를 서면으로 증명하도록 강제하는 점(제7조)<sup>35)36)37)</sup>, 제6조의 절차는 특별히 해당 절차를 대신하여 수속할 수 있는 권한을 받았는지를 엄밀히 입증할 것을 요구하는 점(제6조)<sup>38)39)</sup>, 민법 제127조와 달리 제8조에 열거된 사유로는 임의대리권이 소멸하지 않는다는 점(제8조)<sup>40)</sup>, 포괄위임이 가능하다는 점(시행규칙 제5조의2) 등에서는 민법의 논리와 궤를 달리하는 절차상의 특별 규정이 존재한다. 이 중 몇 가지 규정의 특징에 대해 아래에서 살핀다.

## ■ 포괄위임제도

특허에 관한 절차는 민법과 달리 사건을 특정하지 않고, 임의의 장래의 사건에 대해서도 임의대리인을 선임할 수 있다(시행규칙 제5조의2). 이를 포괄위임이라 한다. 본 제도는 재외자의 특허관리인의 대리권 범위를 넓게 하여함으로써 재외자와의 특허에 관한 절차의 원활함을 담보하고자 특허청의 편의를 위해 도입한 것이라 생각된다.

포괄위임은 특허관리인이나 재내자의 위임에 의한 임의대리인을 가리지 않고 임의대리인에 대해 가능하다. 포괄위임장을 첨부하여 포괄위임등록 신청서를 특허청에 제출하면 포괄위임등록번호가 부여되는데, 이 번호를 가진 대리인은 제6조의 절차를 포함해 해당 본인의 특허에 관한 절차 모두를

35) 민사소송법 제89조 제1항과 유사하다.

36) 이는 법정대리인도 마찬가지라고 생각된다. 법정대리인도 가족관계증명서 등으로써 대리권을 증명하는 서면을 제출해야 한다(심사기준).

37) 대리권을 위임장 등의 서면으로 증명하지 않으면 해당 절차를 대신해 밟을 권한이 없는 것으로 보아 이후 대리권 증명서류를 제출하여 주인(제7조의2)하지 않는 한 제46조 제2호, 제16조에 따라 절차가 무효로 될 수 있다.

38) 어떻게 보면 민사소송법 제90조 제2항과 유사하다.

39) 민사소송법과 마찬가지로 절차진행의 원활을 위해 위임 받은 절차의 진행에 대해서는 가급적 대리권의 범위를 제한하지 않는다(민사소송법 제90조 제1항). 그러나 제6조 각 호의 절차는 본인에게 불이익을 초래할 수 있는 중대한 절차 등인지라 특별수권을 요구한다(민사소송법 제90조 제2항에 대응한다). 예를 들어 「특허에 관한 절차 모두를 대신하여 밟을 권한을 위임함」이라는 문구만 작성한 위임장을 제출하면 제6조 각 호 중 어느 하나의 절차를 대신 밟을 경우, 이는 특별수권을 받지 아니한 것으로 보아, 제46조 제1호, 제16조에 따라 대신 밟은 절차가 무효로 될 수 있다. 즉 제6조 제1호의 특허출원의 변경절차를 대신 밟고자 한다면 「특허출원의 변경절차를 대신하여 밟을 권한을 위임함」이라는 문구가 명시된 위임장을 제출해야 한다. 이를 특별수권이라고 보면 된다.

40) 민사소송법의 논리와 유사하다(민사소송법 제95조). 예컨대 절차란 지연방지가 중요하여 상속인의 이익을 충실히 보존할 것으로 보이는 임의대리인이 존재하는 경우는 당사자가 사망하였다 하더라도 상속인의 절차 수계 전까지 절차를 중단시키지 않고자 임의대리권을 소멸시키지 않는다(민사소송법 제233조, 제238조).

개별 위임장의 제출 없이 수속할 수 있다. 예컨대 임의대리인이 절차를 밟고자 할 때는 위임장 등의 대리권 증명서류를 제출해야만 적법한 수속이 가능한데<sup>41)</sup>, 포괄위임을 받은 임의대리인은 개별 위임장의 제출 없이 절차를 밟기 위해 제출하는 서면에 포괄위임등록번호만 기재하면 적법한 수속이 가능하다.

## ■ 민사소송법 준용

기타 절차의 진행에 있어서의 대리인의 운용에 관해서는 민사소송법을 준용한다(제12조). 민사소송법은 민사소송절차에 관한 법령이나, 절차의 일반법으로 분류되며 특허에 관한 절차에서도 그 논리를 일부 채용한다.

주요내용요약			
법정대리인	친권자	제한 없이 절차 대리 가능	
	후견인	특허취소신청이나 상대방이 청구한 심판/재심에 한해 후견감독인의 동의 없이도 절차 대리 가능	
임의대리인	제6조 절차의 경우 특별수권 필요		위반시 보정명령
	제8조의 사유로는 임의대리권 소멸되지 않음		제20조 관련
	포괄위임 가능		
	대리권 서면증명		위반시 보정명령
	개별대리		
	대리인 선임/개임 명령		명령 전 절차 무효 가능

41) 대리권 증명서류를 제출하지 않으면 제46조 제1호, 제2호, 제16조에 따라 절차가 무효로 될 수 있다.

## 03 복수당사자의 대표 (제11조)

### 각자 대표의 원칙 및 예외 (특허법 제11조 제1항 본문)

2인 이상이 특허에 관한 절차를 밟을 때에는 i) 특허출원 변경·포기·취하, ii) 존속기간연장등록 출원 취하, iii) 신청 취하, iv) 청구 취하, v) 국내우선권 주장 또는 그 취하, vi) 거절결정불복심판 청구에 해당하는 사항을 제외하고는 각자가 모두를 대표한다.

### 대표자를 선정하여 신고한 경우 (특허법 제11조 제1항 단서)

- (1) 절차상 편의를 위해 2인 이상이 공동으로 절차를 진행할 때에는 대표자를 선임하면 대표자만이 이 절차의 수속을 위한 서류를 제출하고, 대표자만이 서류를 송달받을 수 있다(특허법 제11조 제1항 단서).
- (2) 대표자 선임은 대리인 선임과 유사하며, 대표자임을 증명하는 서류를 첨부하여 대표자선정신고서를 제출하면 된다(특허법 시행규칙 제6조).
- (3) 대표자라 할지라도 특허법 제11조 제1항 각호의 어느 하나에 해당하는 절차는 단독으로 할 수 없고, 다른 당사자의 특별수권을 받아야 가능하다.

### 나. 특허 관련문제

#### (1) 국제출원의 경우

2인 이상이 공동으로 국제출원을 하는 경우는 대표자를 정하지 않더라도 내국인 또는 재내자인 출원인 중 첫째로 기재되어 있는 자를 대표자로 정할 수 있다(특허법 제197조 제2항, 특허법 시행규칙 제106조의4).

#### (2) 국내출원의 경우

판례는 “이 사건 출원발명의 출원서에 원고가 공동출원인 중 가장 위쪽에 기재되었다는 사유만으로 원고가 자동으로 대표자가 된다고 볼 수 없고, 위 거절결정등본이 공동출원인 중 1인에게 송달됨으로써 공동출원인 전원에 대하여도 동일한 효과가 발생하였다고 할 것이다” 고 한다.<sup>42)</sup>

42) 2008허1647

## 내용 요약

### ■ 복수당사자의 대표

절차를 밟는 자가 여럿인 경우 대표자를 선임할 수 있다. 제44조 또는 제139조 제2항, 제3항과 같이 공동으로 절차를 진행할 것이 강제되는 경우도 있고, 필요에 따라 공동으로 절차를 진행하는 경우(제139조 제1항)도 있을 수 있다. 이때는 대리인이 수인인 경우(제9조)와 동일한 논리를 적용한다. 즉 공동으로 절차를 밟을 때 각 당사자는 모두를 대표하여 개별적으로 필요한 후속 절차를 각자 수속할 수 있다<sup>43)</sup>. 또한 특허청에서도 복수 당사자 중 1인에게만 서류를 송달하더라도 전원에 대해 동일한 효과가 발생한다(특허법원 2008. 10. 22. 선고 2008허1647 판결). 단, 제11조 제1항 각 호 중 어느 하나에 해당하는 절차는 공동으로 수속해야 한다. 이는 제11조 제1항 각 호는 제6조와 동일한 사항으로서<sup>44)</sup>, 어느 일방의 당사자에게 불이익이 미칠 수 있는 절차이기 때문이다.

주요내용요약		
각자대표	제11조 제1항 각 호 이외 절차 각자 진행 가능	제11조 제1항 각 호는 함께 가능
대표자선임	대표자만 절차 진행 가능	제11조 제1항 각 호는 특별수권 필요
	대표권 서면증명	

43) 예컨대 제44조에 따라 갑, 을, 병이 공동으로 출원절차를 수속한 경우, 그 출원절차에 대한 심사청구절차는 갑이 을과 병을 대표하여 단독으로 수속할 수 있을 것이다.

44) 참고로 특허권 포기(제6조 제2호)와 복대리인의 선임(제6조 제8호)은 제11조 제1항 각 호에 누락되어 있는데, 특허권을 2인 이상이 소유한 경우는 공유관계로 보며 일부 공유자가 권리를 포기한 것은 자신의 공유지분의 포기에 불과하지 특허권의 포기 효과가 나타날 수 없으며, 당사자는 대리인이 아니므로 복대리인의 선임 자체가 불가하기 때문이다.

## 04 방식 위반 절차의 처분

### 제01절 ■ 서류 반려 (특허법 시행규칙 제11조)

#### 서

- (1) 특허청장 또는 특허심판원장은 제출된 서류에 **중대한 방식적 하자**가 있는 경우 수리하지 않고 반려한다(특허법 시행규칙 제11조). 이는 절차의 효율성과 이해관계인의 불이익 방지를 담보하기 위함이다.
- (2) **주요 반려사유** (특허법 시행규칙 제11조 제1항 각호)
  - 1) 당사자의 성명·명칭 또는 특허고객번호(특허고객번호가 없는 경우에는 주소·소재지)가 기재되지 아니한 경우
  - 2) 국어로 적지 아니한 경우(외국어출원의 경우는 제외)
  - 3) 출원서에 명세서(명세서에 발명의 설명이 기재되어 있지 아니한 경우 포함)를 첨부하지 아니한 경우
  - 4) 청구범위를 기재하지 아니한 정당한 권리자의 출원으로서 그 특허출원 당시에 이미 법 제42조의2 제2항에 따른 명세서 보정기간이 경과된 경우
  - 5) 외국어 또는 임시명세서로 분리출원하는 경우, 분리출원을 기초로 재분할·분리·변경출원하는 경우
  - 6) 제외자가 특허관리인에 의하지 아니하고 제출한 서류인 경우
  - 7) 이 법 또는 이 법에 의한 명령이 정하는 기간 이내에 제출되지 아니한 서류인 경우
  - 8) 당해 특허에 관한 절차를 밟을 권리가 없는 자가 그 절차와 관련하여 제출한 서류인 경우
  - 9) 출원인이 청구범위가 기재되지 아니한 특허출원(임시명세서 출원)에 대하여 보정서·심사청구서·조기공개신청서를 제출한 경우
  - 10) 등록공고를 한 특허에 대하여 조기공개신청서를 제출한 경우
  - 11) 명세서 또는 도면의 보정 없이 재심사를 청구하거나 법 제67조의2 제1항 단서에 해당하여 재심사를 청구할 수 없는 경우
  - 12) 법 제47조 제5항 또는 법 제52조 제1항 단서에 따라 국어번역문이 제출되지 아니하거나 법 제53조 제1항 제2호, 법 제59조 제2항 제2호 또는 법 제64조 제2항 제2호에 해당하는 경우
  - 13) 이미 제출한 서류와 중복되는 서류를 제출한 경우

#### 반려의 절차

- (1) 특허청장 또는 특허심판원장은 부적법한 서류를 반려하려는 경우에는 서류를 제출한 당사자에 대하여 서류를 반려하겠다는 취지, **반려이유** 및 소명기간을 **적은 서면을 송부**하여야 한다.

이는 **기속행위**에 해당하는 것으로 당사자의 절차권 보장을 위함이다. 다만, 제1항 제14호의 경우에는 반려이유를 고지하고 즉시 출원서류 등을 반려하여야 한다(특허법 시행규칙 제11조 제2항).

- (2) **당사자가 소명**하고자 하는 경우에는 소명서를, 서류를 반려받고자 하는 경우에는 **반려요청서**를 소명기간 내 특허청장 또는 특허심판원장에게 제출하면 된다(특허법 시행규칙 제11조 제3항). 반려이유가 통지된 경우는 보정을 통해 하자를 치유할 수 있는 기회가 주어지지 않는다. 이유는 반려사유 중에는 보정을 하기가 곤란한 경우도 있고, 보정기회를 부여하는 절차 진행 자체에 근원적으로 장애가 있는 경우도 있으며, 또한 서류를 수리한다는 것은 서류의 접수일자를 인정한다는 것인데 사후 보정을 통해 앞선 접수일자가 인정됨이 제3자에게 불이익으로 다가오는 경우도 있기 때문이다.
- (3) 특허청장 또는 특허심판원장은 반려요청을 받은 때에는 즉시 출원서류 등을 반려하여야 한다(특허법 시행규칙 제11조 제3항). 당사자가 소명기간 내에 소명서 또는 반려요청서를 제출하지 아니하거나 제출한 소명이 이유 없다고 인정되는 때에는 소명기간이 종료된 후 서류를 반려한다(특허법 시행규칙 제11조 제4항).
- (4) 특허청장 또는 특허심판원장은 이미 제출되었으나 수리되기 전인 서류 중 특허청장이 정하여 고시하는 서류의 경우에는 해당 서류를 제출한 자의 신청이 있으면 그 서류를 반환할 수 있다. 서류의 반환을 신청하려는 자는 반환신청서를 특허청장 또는 특허심판원장에게 제출하면 된다(특허법 시행규칙 제11조의2).

## 반려의 효과 및 불복

- (1) 서류가 **반려**되면 해당 절차가 진행되지 않은 것으로 된다.
- (2) **반려처분**에 대해서는 행정심판, 행정소송을 통해 **불복할 수 있다**.

## 나중에 보 관련문제

- (1) 심판제도에 있어 심결각하 (특허법 제142조)
  - 1) 심판관 합의체는 부적법한 심판청구로서 심판청구이익이 없는 경우 보정명령하고, 하자가 해소되지 않으면 심결로써 그 청구를 각하한다.
  - 2) 당사자에게 심판에서는 피청구인에게 답변서제출기회를 부여한 후에만 심결을 할 수 있으나, 부적법한 심판청구로서 그 흠을 보정할 수 없는 경우에는 답변서제출기회를 주지 아니하고 각하 심결할 수 있다.
- (2) 국제출원의 경우 보완명령 (특허법 제194조)
  - 1) i) 특허청장은 국제출원이 특허청에 도달한 날을 국제출원일로 인정하여야 한다(특허법 제194조 제1항). 다만, ii) 출원인이 제192조 각 호의 어느 하나에 해당하지 아니하는 경우, iii) 제193조 제1항에 따른 언어로 작성되지 아니한 경우, iv) 제193조 제1항에 따른 발명의 설명 또는 청구범위가 제출되지 아니한 경우, v) 제193조 제2항 제1호·제2호에 따른 사항 및 출원인의 성명이나 명칭을 적지 아니한 경우에는 기간을 정하여 서면으로 절차를 보완할 것을 명하여야 한다(제



194조 제2항). 특허청장은 보완명령을 받은 자가 지정된 기간에 보완을 한 경우에는 그 보완에 관계되는 서면의 도달일을 국제출원일로 인정한다(제194조 제4항). 위 보완사유는 일종의 서류 반려사유와 목적이 유사하다.

- 2) 국제출원의 명세서·도면 등이 누락된 경우(특허법 제194조 제1항 제3호와 다른 상황임) 뿐 아니라 잘못 제출된 경우에도 특허청장은 출원인에게 잘못 제출된 부분의 보완을 명할 수 있다(특허법 시행규칙 제99조의2). 이 경우 보완에 관계되는 서면이 제출되면 그 서면의 도달일이 국제출원일이 된다.

## 제02절 ■ 절차 무효 (제46조 및 제16조)

### 서

#### (1) 의의 및 취지

특허청장 또는 특허심판원장은 제출된 서류에 사후 치유 가능한 방식적 하자가 있는 경우 보정을 명한다. 이는 절차의 효율성과 당사자의 이익 보호를 위함이다.

#### (2) 절차무효사유 (특허법 제46조)

- 1) 제3조제1항 위반한 경우
- 2) 제6조를 위반한 경우
- 3) 이 법 또는 이 법에 따른 명령으로 정하는 방식을 위반한 경우,
- 4) 제82조에 따라 내야 할 수수료를 내지 아니한 경우

### 절차무효의 절차 (특허법 제16조)

- (1) 특허청장 또는 특허심판원장은 부적법한 서류를 제출한 당사자에 대하여 절차가 무효로 될 수 있다는 취지, 절차무효사유 및 지정기간을 적은 서면을 송부하여야 한다. 이는 기속행위에 해당하는 것으로 당사자의 절차권 보장을 위함이다.
- (2) 당사자가 반박하고자 하는 경우에는 의견서를, 하자를 보정하고자 하는 경우에는 보정서를 지정기간 내 특허청장 또는 특허심판원장에게 제출하면 된다.
- (3) 당사자가 지정기간 내에 의견서 또는 보정서를 제출하지 아니하거나 제출한 의견이 이유 없다고 인정되는 때에는 지정기간이 종료된 후 절차가 무효로 될 수 있다.

## 절차무효의 효과 및 구제

### (1) 절차무효의 효과

1) 절차가 무효로 된 경우 보정명령이 있었던 절차는 없었던 것으로 취급된다.

2) 특허법 제82조 제2항에 따른 심사청구료를 내지 아니하여 보정명령을 받은 자가 지정된 기간에 그 심사청구료를 내지 아니한 경우는 심사청구절차가 아닌 명세서에 관한 보정절차가 무효로 된다(특허법 제16조 제1항 단서).

### (2) 구제

#### 1) 불복

절차의 무효처분에 대해서는 행정심판, 행정소송을 통해 불복할 수 있다.

#### 2) 무효처분의 취소 (특허법 제16조 제2항)

특허청장 또는 특허심판원장은 제1항에 따라 특허에 관한 절차가 무효로 된 경우로서 지정된 기간을 지키지 못한 것이 보정명령을 받은 자가 정당한 사유에 의한 것으로 인정될 때에는 그 사유가 소멸한 날부터 2개월 이내에 보정명령을 받은 자의 청구에 따라 그 무효처분을 취소할 수 있다. 다만, 지정된 기간의 만료일로부터 1년이 지났을 때에는 그러하지 아니하다. 이는 당사자 의도와 다르게 절차무효라는 치명적인 불이익을 받게 되는 것은 가혹하기 때문이다.

## 48 관련문제

### (1) 심판제도에 있어 결정각하 (제141조)

심판장은 i) 심판청구서가 방식을 위반한 경우(제140조 제1항 및 제3항 내지 제5항, 제140조의2 제 1항), ii) 심판에 관한 절차가 행위능력, 대리권 규정을 위반한 경우, iii) 제82조에 따라 내야 할 수수료를 내지 아니한 경우, iv) 심판에 관한 절차가 방식을 위반한 경우에는 기간을 정하여 그 보정을 명하여야 한다(제141조 제1항). 심판장은 보정명령을 받은 자가 지정된 기간에 보정을 하지 아니하거나 보정한 사항이 심판청구서의 요지를 변경한 경우에는 서면으로 이유를 붙여 심판청구서 또는 해당 절차와 관련된 청구나 신청 등을 결정으로 각하하여야 한다(제141조 제2항). 이는 특허법 제46조의 사유와 흡사하다.

### (2) 국제출원의 경우 보정명령 (특허법 제195조)

특허청장은 국제출원이 i) 발명의 명칭이 적혀 있지 아니한 경우, ii) 요약서가 제출되지 아니한 경우, iii) 행위능력, 대리권에 흠결이 있는 경우, iv) 산업통상자원부령으로 정하는 방식을 위반한 경우에는 기간을 정하여 보정을 명하여야 한다. v) 수수료 미납의 경우도 마찬가지다(특허법 제196조 제1항 제2호). 이는 특허법 제46조와 목적 및 사유가 유사하다.

## 내용 요약

### ■ 방식의 개념

특허청에는 매일 방대한 양의 절차 수속을 위한 서류가 제출된다. 특허청은 그 많은 서류의 효율적인 정리를 위해 일정한 방식을 요구한다. 만약 특허청이 요구하는 방식에 따라 서류가 제출되지 않은 경우는 서류가 반려되거나(시행규칙 제11조 제3항, 제4항), 해당 절차가 무효로 될 수 있다(제16조 제1항). 이는 은행이나 동사무소 등을 갔을 때 해당 기관에서 요구하는 형식의 서면을 작성하지 않으면, 그들이 그 서면을 받지 않음으로써 요구사항을 들어주지 않는 것과 마찬가지다.

절차란, 절차를 밟는 기관으로부터 무엇인가를 요구하는 것이다. 특허에 관한 절차 중 일부를 예로 들면 출원절차는 특허청으로부터 특허라는 권리의 창설을 요구하는 것이다. 그러나 특허청에는 무엇을 요구하는 자가 매일 상당하여 그 요구사항의 효율적인 처리를 위해 기본적으로 특허청이 정한 방식에 따라 절차를 수속할 것을 요청한다. 즉 특허청이 요구하는 서면을 제출하고 관련된 수수료를 납부해야 한다. 만약 요구되는 서면이 제출되지 않거나, 수수료가 납부되지 않으면, 특허청은 서면을 수리하지 않거나<sup>45)</sup> 절차를 무효로 함으로써 요구사항을 허여하지 않는다.

반려와 절차무효의 과정을 좀 더 자세히 살핀다. 절차를 밟는 자가 서면을 제출하고 그것이 특허청에 도달하면, 특허청은 해당 서면을 접수한다. 이후 특허청은 접수한 서면에 시행규칙 제11조 제1항 각 호 중 어느 하나에 해당하는 하자가 있는지를 검토하여, 하자가 있으면 서류를 반려하고 하자가 없으면 서류를 수리한다. 그러나 수리된 서류라 할지라도 이어서 제46조 각 호 중 어느 하나에 해당하는 하자가 있으면 특허청이 재량에 따라 절차를 무효로 할 수 있다(제16조 제1항). 즉 특허청에서는 다음의 시계열에 따라 방식심사를 한다.

서류 제출 → 접수 → 수리/반려여부 심사 → 수리하여 서류 접수일 인정 후 절차무효여부 심사

특허청은 방식이 구비되어야, 이후 요구사항에 관한 허여 여부인 실체심사를 진행한다.

### ■ 방식요건

방식심사사유를 살핀다. 즉 반려사유와 절차무효사유에 대해 알아본다.

반려사유와 절차무효사유는 엄연히 구분된다. 먼저 반려사유는 서류를 수리할 경우 제3자에게 불이익이 초래되거나 절차 진행에 있어 원초적인 하자가 있거나 보정을 통해 하자 치유가 곤란한 경우 등으로 구성되어 있다. 절차무효사유는 제3자에게 불이익을 초래하거나 절차 진행상의 원초적 장애요인은 아니나, 특허청의 편의나 절차의 명확성에 일부 하자가 되는 경우 등으로 구성되어 있으며, 제3조 제1항 위반, 제6조 위반, 기타 방식 위반, 수수료 미납이 이에 해당한다. 이 중 제46조 제2호의 기타 방식 위반의 경우 그 내용이 다소 불명료한데, 시행규칙 제11조 제1항 각 호에 해당하지 않는 방식에 관한 것을 나타낸다고 이해하면 되겠다.

45) 이를 반려라 한다.

주요내용요약		
서류반려	특허고객번호 또는 주소지 누락(제3호)	반려이유통지 → 소명기간(지정기간) 내 소명서 또는 반려요청서 제출 가능(반려이유에 대해 보정 불가능) → 반려요청한 경우, 소명이 미흡하거나 소명에 불응한 경우 서류반려처분 → 행정심판 또는 행정법원에 불복 가능
	외국어 명세서 제외하고 외국어로 기재(제4호)	
	명세서 또는 발명의 설명 누락(제5호)	
	임시명세서(청구범위 제출 유예)(제5호의2, 제15호, 제16호)	
	분리출원(제5호의3, 제5호의4, 제19호)	
	특허관리인 비선임(제6호)	
	기간경과(제7호)	
	절차를 밟을 권리가 없는 자(제11호)	
	재심사청구(제19호)	
	국어번역문(제20호)	
	중복서류제출(제21호)	
서류반환	수리되기 전 서류에 대해 반환신청하는 절차(시행규칙 제11조의2)	
절차무효	제3조 제1항 위반	보정명령(보정사유통지) → 지정기간 내 의견서 또는 보정서 제출 가능 → 보정에 불응하거나 의견내용이 이유 없는 경우 절차무효가능 → 절차무효처분한 경우 행정심판 또는 행정법원에 불복 가능
	제6조 위반	
	방식 위반	
	수수료 미납	
절차를 밟기 위해 요구되는 서류 제출 → 반려여부심사 → 반려하지 않고 수리한 경우 절차무효여부심사 → 무효되지 않아 방식이 적법하게 구비된 절차의 경우 그 절차로써 요구하는 바를 받아줄지의 여부를 심사(이를 실체심사라 함) <sup>46)</sup> 또는 심사없이 요구하는 바에 대해 행정처분 <sup>47)</sup>		

46) 예컨대 출원절차라면 그 절차로써 요구하는 바가 특허의 부여이므로 특허를 부여할 만한 출원인지, 즉 거절이유가 없는지를 심사.

47) 예컨대 심사청구절차라면 실체심사할 요건이 없으므로 방식이 구비된 경우 그 절차로써 요구하는 바인 출원에 대한 거절이유 존재 여부의 심사개시.

## 05 기간

### 제01절 ■ 기간의 계산방법 (특허법 제14조)

✓ 특허에 관한 절차의 기간계산(특허법 제14조 제4호)

특허에 관한 절차에서 기간의 마지막 날이 공휴일(「근로자의 날 제정에 관한 법률」에 따른 근로자의 날 및 토요일을 포함한다)에 해당하면 기간은 그 다음 날로 만료한다.

### 나중의 관련문제

관례는 심결취소소송은 특허에 관한 절차가 아니므로 심결에 대한 소 제소기간 계산에는 특허법 제14조 제4호가 적용되지 않고 민법이 적용되어, 기간의 마지막 날이 근로자의 날이라도 이는 공휴일에 해당하지 않아 그 날로 만료한다고 한다. 48)

### 제02절 ■ 기간 또는 기일의 변경 (특허법 제15조)

#### 기간의 연장 등 (특허법 제15조)

##### (1) 법정기간 및 지정기간의 연장 등

###### 1) 특허법상 기간

특허법상 기간에는 특허법 등에 규정된 기간인 '법정기간'과 출원, 청구, 기타의 절차를 밟는 자에 대하여 특허청장, 특허심판원장, 심판장 또는 심사관이 특허법 등에 근거하여 정한 기간인 '지정기간'이 있다.

###### 2) 법정기간의 연장 (특허법 제15조 제1항)

특허청장은 청구에 따라 또는 직권으로 제132조의17에 따른 심판의 청구기간을 30일 이내에서 한 차례만 연장할 수 있다. 다만, 도서·벽지 등 교통이 불편한 지역에 있는 자의 경우에는 산업통상자원부령으로 정하는 바에 따라 그 횟수 및 기간을 추가로 연장할 수 있다. 추가로 연장할 수 있는 횟수는 1회로 하고, 그 기간은 30일 이내로 한다(특허법 시행규칙 제16조 제4항).

48) 2013후1573

3) 지정기간의 연장, 단축 (특허법 제15조 제2항)

특허청장·특허심판원장·심판장 또는 심사관은 이 법에 따라 특허에 관한 절차를 밟을 기간을 정한 경우에는 청구에 따라 그 기간을 단축 또는 연장하거나 직권으로 그 기간을 연장할 수 있다. 이 경우 특허청장 등은 그 절차의 이해관계인의 이익이 부당하게 침해되지 아니하도록 단축 또는 연장 여부를 결정하여야 한다.

(2) 기일의 변경 (특허법 제15조 제3항)

심판장 또는 심사관은 이 법에 따라 특허에 관한 절차를 밟을 기일을 정한 경우에는 청구에 따라 또는 직권으로 그 기일을 변경할 수 있다.

제03절 ■ 기간의 경과 (특허법 제17조 등)

절차의 추후보완 (제17조 등)

(1) 절차의 추후보완

1) 의의 및 취지

특허에 관한 절차를 밟은 자가 정당한 사유 또는 책임질 수 없는 사유로 인하여 법정기간 또는 지정기간을 준수하지 못한 경우 당사자 구제를 위해 그 사유가 소멸한 날로부터 2개월 이내 절차의 추후보완을 허용한다. 다만 해당 절차의 결과에 대한 제3자의 예측가능성을 고려해 추후보완은 기간의 만료일로부터 1년 내에만 가능하다.

2) 가능한 절차 (특허법 제17조, 제67조의3, 제81조의3 제1항, 제16조 제2항)

가. 법정기간

거절결정불복심판 청구기간, 재심청구기간, 심사청구기간, 재심사청구기간, 특허료납부 또는 보전기간

나. 지정기간

특허법 제16조 제1항에 따른 보정기간을 준수하지 못한 경우

(2) 책임질 수 없는 사유

1) 내용

‘당사자가 책임질 수 없는 사유’라 함은 당사자가 그 행위를 하기 위하여 일반적으로 하여야 할 주의를 다하였음에도 불구하고 그 기간을 준수할 수 없었던 경우를 가리키는 것이다.<sup>49)50)</sup> 구체적으로

49) 2005다14465

50) 등록상표의 등록을 취소하는 심결에 대한 심판청구서부분 등을 송달받지 못하여 심판청구가 계속된 사실을

일반인이 보통의 주의를 다하여도 피할 수 없는 사유로서 천재·지변 기타 불가피한 사유가 해당됨은 물론이며, 심사 실무에서는 관련 서류를 당사자가 아닌 엉뚱한 자에게 잘못 송달하여 당사자가 절차 진행 사실을 몰랐던 경우를 포함한다. 이때, 공시송달 사실을 몰랐다는 이유는 특별한 사유가 없는 한 책임질 수 없는 사유에 포함되지 않는다(심사기준).

내용

## 2) 대리인

대리인이 있었던 경우는 당사자뿐 아니라 그 대리인 및 대리인의 보조인 모두에게 책임질 수 없는 사유가 있어야 추후보완이 가능하다. 판례는 “대리인이 실수로 당사자에게 전달하거나 알려주지 아니하여 절차의 기간이 도과된 사안에서 추후보완이 허용되지 않는다.”고 판시하였다.<sup>51)</sup>

## 3) 정당한 사유로 완화

당사자의 권리구제를 확대하기 위하여 일부 절차의 추후보완 요건을 ‘책임질 수 없는 사유’에서 ‘정당한 사유(지병으로 인한 입원, 수수료 자동이체 오류 등)’로 개정하여 합리적 기준으로 완화하였다.

# 제04절 ■ 기간의 정지 - 절차의 중단/중지 (제20조 내지 제24조)

## 절차의 정지

절차의 정지는 당사자의 절차권 보장을 위해 당사자 또는 특허청·특허심판원에서 절차 진행이 곤란한 상황이 발생했을 때 특허에 관한 절차가 종료되기 전에 법률상 진행되지 않는 상태를 말한다. 당사자의 교체가 있는 절차의 중단과 당사자의 교체가 없는 절차의 중지가 있다.

## 절차의 중단

### (1) 절차의 중단 (특허법 제20조)

1) 절차의 중단은 당사자의 입장에서 절차를 수행할 수 없는 사유가 발생했을 때 새로운 절차의 수행자가 나타나 절차를 수행할 수 있을 때까지 법률상 당연히 절차의 진행이 정지되는 것을 말한다.

2) i) 당사자가 사망한 경우, ii) 당사자인 법인이 합병에 따라 소멸한 경우, iii) 당사자가 절차를 밟을 능력을 상실한 경우, iv) 당사자의 법정대리인이 사망하거나 그 대리권을 상실한 경우, v)

처음부터 알지 못한 채 당해 심결이 있었고, 심결의 정본을 재외자(在外者)인 원고에게 상표법 제92조에 의하여 준용되는 특허법 제220조 제2항에 의하여 항공등기우편으로 발송한 후 반송되었으나 같은 조 제3항에 의하여 발송한 날에 송달된 것으로 간주되어 30일이 경과한 날에 위 심결이 확정되어 이후 비로소 원고가 그러한 사실을 알게 되었다면, 특별한 사정이 없는 한 원고가 심결취소소송의 제소기간인 불변기간을 지키지 못한 것은 원고가 책임질 수 없는 사유로 말미암은 것이므로 원고의 위 심결취소의 소는 추완요건을 갖춘 것으로서 적법하다(2008허3257).

51) 2006허978

당사자의 신탁에 의한 수탁자의 임무가 끝난 경우, vi) 제11조제1항 각 호 외의 부분 단서에 따른 대표자가 사망하거나 그 자격을 상실한 경우, vii) 파산관재인 등 일정한 자격에 따라 자기 이름으로 남을 위하여 당사자가 된 자가 그 자격을 잃거나 사망한 경우 절차를 밟는 당사자의 공백으로 인해 절차상 불이익이 초래되지 않도록 특허청 또는 특허심판원에 계속 중인 절차는 중단된다.

- 3) 다만, 절차의 지연방지 및 제3자의 이해관계를 고려해, 절차를 밟을 것을 위임받은 임의대리인이 있는 경우에는 대리인이 절차의 효력을 이어받을 자의 이익을 위해 충실히 절차를 수행할 것으로 보아 절차를 중단하지 않는다.

## (2) 중단된 절차의 수계 (특허법 제21조)

- 1) 특허청 또는 특허심판원에 계속 중인 절차가 중단된 경우에는 절차의 효력을 받게 되는 자가 수계할 수 있다.
- 2) i) 제20조 제1호의 경우에는 사망한 당사자의 상속인·상속재산관리인 또는 법률에 따라 절차를 속행할 자(다만, 상속인은 상속을 포기할 수 있을 때까지 그 절차를 수계하지 못한다.), ii) 제20조제2호의 경우에는 합병에 따라 설립되거나 합병 후 존속하는 법인, iii) 제20조제3호 및 제4호의 경우에는 절차를 밟을 능력을 회복한 당사자 또는 법정대리인이 된 자, iv) 제20조제5호의 경우에는 새로운 수탁자, v) 제20조제6호의 경우에는 새로운 대표자 또는 각 당사자, vi) 제20조제7호의 경우에는 같은 자격을 가진 자가 그 절차를 수계(受繼)하여야 한다.
- 3) 수계가 있는 경우 절차의 중단 사유가 해소되어 절차가 속행된다.

## (3) 수계신청 (특허법 제22조)

- 1) 중단된 절차의 수계는 제21조 각 호의 어느 하나에 해당하는 자가 그 뜻을 기재한 서면을 제출(시행규칙 제18조의2)함으로써 수계신청을 하고, 이에 대한 특허청장 또는 심판관의 결정에 따라 진행된다.
- 2) 특허청장 또는 심판관은 중단된 절차에 관한 수계신청에 대하여 직권으로 조사하여 수계가 이유 있으면 수계결정을 하고, 이유가 없으면 기각결정한다(특허법 제22조 제3항). 이러한 수계 여부 결정은 결정 또는 심결의 등본을 송달한 후에 중단된 절차에 관한 수계신청에 대해서도 하여야 한다(특허법 제22조 제4항).
- 3) 특허청장 또는 심판장은 중단된 절차에 관한 수계신청이 있으면 그 사실을 상대방에게 알려야 한다(특허법 제22조 제2항).

## (4) 수계명령, 수계명령 요청

- 1) 특허청장 또는 심판관은 오랜 기간 수계신청이 없을 경우 직권으로 기간을 정하여 제21조 각호의 수계할 수 있는 자에 대해 수계를 명한다(특허법 제22조 제5항). 중단된 절차가 상대방이 존재하는 절차였다면 그 상대방이 수계명령을 요청할 수도 있다(특허법 제22조 제1항). 이는 수계신청이 없어 절차의 중단이 지속됨으로써 절차가 지연되는 것을 제어하기 위함이다.
- 2) 수계명령 기간 내에 수계가 없는 경우는 그 기간이 끝나는 날의 다음 날에 수계가 있는 것으로 본다(특허법 제22조 제6항).





## 내용기 관련문제

### (1) 공동심판 청구 (제139조)

동일한 특허권에 관하여 무효심판이나(제133조, 제134조, 제137조) 권리범위 확인심판(제135조)을 청구하는 자가 2인 이상이면 모두가 공동으로 심판을 청구할 수 있고(제139조 제1항), 공유인 특허권의 특허권자에 대하여 심판을 청구할 때에는 공유자 모두를 피청구인으로 하여야 한다(제139조 제2항). 특허권 또는 특허를 받을 수 있는 권리의 공유자가 그 공유인 권리에 관하여 심판을 청구할 때에는 공유자 모두가 공동으로 청구하여야 한다(제139조 제3항). 공동의 심판청구인이나 피청구인 중 1인에게 심판절차의 중단 또는 중지의 원인이 있으면 모두에게 그 효력이 발생한다(제139조 제4항).

### (2) 참가 (제155조)

제139조제1항에 따라 심판을 청구할 수 있는 자는 심리가 종결될 때까지 그 심판에 참가할 수 있고(제155조 제1항), 심판의 결과에 대하여 이해관계를 가진 자는 심리가 종결될 때까지 당사자의 어느 한쪽을 보조하기 위하여 그 심판에 참가하여 심판절차를 밟을 수 있다(제155조 제3항, 제4항). 참가인에게 심판절차의 중단 또는 중지의 원인이 있으면 그 중단 또는 중지는 피참가인에 대해서도 그 효력이 발생한다.

### (3) 제척 또는 기피 신청 (제153조)

제척 또는 기피 신청이 있으면 그 신청에 대한 결정이 있을 때까지 심판절차를 중지하여야 한다. 다만, 긴급한 경우에는 그러하지 아니하다.

### (4) 심사, 심판, 소송절차의 중지

#### 1) 심사 / 취소신청, 심판, 소송 절차 (제78조)

특허출원의 심사에 필요한 경우에는 특허취소신청에 대한 결정이나 심결이 확정될 때까지 또는 소송절차가 완결될 때까지 그 심사절차를 중지할 수 있다. 또한 법원도 소송에 필요한 경우에는 특허출원에 대한 특허여부결정이 확정될 때까지 그 소송절차를 중지할 수 있다.

#### 2) 심판 / 취소신청, 심판, 소송 절차 (제164조)

심판장은 심판에서 필요하면 직권 또는 당사자의 신청에 따라 그 심판사건과 관련되는 특허취소 신청에 대한 결정 또는 다른 심판의 심결이 확정되거나 소송절차가 완결될 때까지 그 절차를 중지할 수 있다. 또한 법원도 소송절차에서 필요하면 직권 또는 당사자의 신청에 따라 특허취소신청에 대한 결정이나 특허에 관한 심결이 확정될 때까지 그 소송절차를 중지할 수 있다.

#### 3) 취지 및 성질

판단의 모순을 방지하고 심리의 경제성을 확보하기 위한 제도로, 강행규정이 아닌 재량사항이므로 중지하지 아니하였다고 하여 위법은 아니며, 중지해 불복할 수 없다(제78조 3항).<sup>52)</sup>

52) 특허법 제164조 제2항에 의한 소송절차중지의 결정을 할 것인지 여부는 법원이 합리적인 재량에 의하여 직권으로 정하는 것으로서 그 소송절차를 중지한다는 결정에 대하여는 당사자가 항고(재항고)에 의하여 불복할 수 없다(91마612).

#### 4) 참고규정

법원은 특허권 또는 전용실시권의 침해에 관한 소가 제기거나 소송절차가 끝난 경우 그 취지를 특허심판원장에게 통보하여야 하고(제164조 제3항), 특허심판원장도 특허권 또는 전용실시권의 침해에 관한 소에 대응하여 그 특허권에 관한 무효심판 등이 청구, 취하되거나 각하결정, 심결이 있는 경우에는 그 취지를 법원에 통보하여야 한다(제164조 제4항). 상호 통보를 통해 판단의 모순을 방지하고 있다.

## ✓ 내용 요약

### ■ 기간 도입 배경

특허에 관한 절차가 시작되면 이후 연관된 후속 절차의 수속은 정해진 기간 내 또는 기일에만 가능한 경우가 있다. 이는 절차의 지연 방지와 제3자의 예측 가능성 확보를 위함이다.

심사절차를 예로 들어 본다. 출원절차(제42조 제1항)와 심사청구절차(제60조 제1항)를 수속하면 심사관에 의한 심사가 진행되며(제59조 제1항, 제57조), 심사결과 출원된 발명에 거절이유(제62조 각 호)가 없다면 특허결정처분을 하나(제66조), 거절이유가 있어 이를 통지했으나(제63조) 극복되지 않았다면 거절결정처분을 한다(제62조). 이 거절결정에 대해서는 거절결정불복심판절차를 통해 불복할 수 있다(제132조의17). 만약 불복하면 거절결정이 확정<sup>53)</sup>되지 않으며, 거절결정불복심판절차의 결과에 따라 거절결정은 취소될 수도 있다(제176조 제1항). 즉 심사결과, 거절결정이 나왔을 때 종국적으로 출원절차가 종결<sup>55)</sup>되는지는 위 거절결정에 대한 불복절차의 수속여부와 관련이 있다. 이에 거절결정에 대한 불복절차의 수속가능기간을 특정하지 않으면 출원절차의 종결이 지연되고, 또한 제3자 입장에서 그 출원절차의 결론을 알지 못해 출원발명과 동일한 발명을 실시해도 되는지 여부의 확인이 곤란하게 된다. 반대로 거절결정에 대한 불복절차의 수속가능기간을 특정하면 절차종결의 지연을 방지할 수 있고, 제3자도 거절결정불복심판절차의 수속가능기간이 경과할 때까지 거절결정 불복심판절차의 수속이 없다면 거절결정확정으로써 출원절차가 종결된 것임을 예측할 수 있게 된다. 이상의 맥락에서 일부 절차는 수속가능기간 또는 기일이 특정되어 있다.

### 기간 계산

기일은 일자가 지정되므로 계산할 일이 없다. 반면, 기간은 만료일이 지정되는 경우도 있으나 직접 계산해야 하는 경우가 있다.

참고로 기간의 계산방법은 민법 제155조 이하<sup>56)</sup>에도 존재하나 및 특허법에 의한 명령에 따른

53) 확정 개념은 민사소송법의 논리를 채용한다. 민사소송법 제498조에서는 판결은 상소(=재판이 확정되기 전에 상급법원에 취소 또는 변경을 구하는 불복신청)를 제기할 수 있는 기간 또는 그 기간 이내에 적법한 상소제기가 있을 때에는 확정되지 아니한다라고 규정한다. 이를 반대해석해보면 어떠한 결론에 대해 불복할 수 있는 기간 내에 불복하지 않거나 더 이상 불복할 수 없게 되면 그 결론이 확정된다는 것이다.

54) 거절결정이 나오고, 거절결정에 대해 불복할 수 없게 되면(=불복할 수 있는 시기가 경과된 경우 또는 더 이상 불복 가능한 절차가 없는 경우), 거절결정이 확정된다. 예를들면, 거절결정이 나오면 거절결정서를 받은 날부터 3개월 이내에 거절결정불복심판을 청구함으로써 불복이 가능한데, 거절결정서를 받은 날부터 3개월 이내에 거절결정불복심판절차를 수속하지 않으면 거절결정서를 받은 날부터 3개월이 되는 날의 다음날 오전 0시에 거절결정이 확정된다.

55) 출원절차는 무효, 포기, 취하, 거절결정확정, 설정등록에 의해 종결된다.

56) [민법 제155조] 기간의 계산은 법령, 재판상의 처분 또는 법률행위에 다른 정한 바가 없으면 본장의 규정에 의한다.

[민법 제156조] 기간을 시, 분, 초로 정한 때에는 즉시로부터 기산한다.

[민법 제157조] 기간을 일, 주, 월 또는 연으로 정한 때에는 기간의 초일은 산입하지 아니한다. 그러나 그 기간이 오전 영시로부터 시작하는 때에는 그러하지 아니하다.

[민법 제158조] 연령계산에는 출생일을 산입한다.

[민법 제159조] 기간을 일, 주, 월 또는 연으로 정한 때에는 기간말일의 종료로 기간이 만료한다.

[민법 제160조] ① 기간을 주, 월 또는 연으로 정한 때에는 역에 의하여 계산한다.

기간의 계산 방법은 제14조에서 별도로 규정하고 있기에 특허에 관한 절차와 관련된 기간의 계산은 제14조를 우선적으로 적용한다. 한편 제14조 제4호에서 말하는 기간이란 특허청을 상대로 행하는 특허에 관한 절차에 있어서의 기간만을 의미하며, 특허법원 등의 법원을 상대로 행하는 절차에 있어서의 기간은 포함하지 않는다(대법원 2014. 2. 13. 선고 2013후1573 판결). 특허법원 등의 법원을 상대로 행하는 절차에 있어서의 기간계산은 민법 제155조 이하에 의거한다<sup>57)</sup>.

기간의 계산방법은 다음과 같다. 기간의 초일은 이를 산입하지 않는다. 다만 그 기간이 오전 0시부터 시작하는 때<sup>58)</sup>에는 그러하지 아니하다(제14조 제1호). 그 이유는 단순하다. 예컨대 30일의 기간을 보장하도록 하는 규정이 있다고 본다. 그럼 29.××일도 아니고 31.××일도 아닌 기간이 부여되어야 한다. 예컨대 오전 0시부터 기간이 시작할 수 있는 상황이다. 그렇다면 초일을 기간의 계산에 산입하지 않을 경우 결과적으로 31.××일의 기간이 보장되는 꼴이 된다. 이와 달리 오전 0시부터 기간이 시작하는 것으로 단언할 수 없는 상황인 경우는 초일을 산입하면 29.××일의 기간이 보장되는 것으로 계산된다. 그래서 오전 0시부터 시작하는 때가 아니면 초일을 산입하지 않는다.

기간을 월 또는 연으로 정한 때에는 역에 의하여 계산한다(제14조 제2호). 때문에 월에 따라서는 부여되는 실질적인 시간이 28일일 수도 있고, 31일일 수도 있다.

월 또는 연의 처음부터 기간을 기산하지 아니하는 때에는 최후의 월 또는 연에서 그 기산일에 해당하는 날의 전일로 기간이 만료하고, 월 또는 연으로 정한 경우에 최후의 월에 해당 일이 없는 때에는 그 월의 말일로 기간이 만료한다(제14조 제3호). 본 규정을 도입한 취지를 살핀다. 예컨대 2월 5일부터 1달의 기간이 부여되었고 기산일이 초일을 제외하여 2월 6일이라 한다. 그럼 이 경우는 부여된 기간 동안 28일이 존재하는 2월도 걸치고, 31일이 존재하는 3월도 걸쳐, 1달의 실질적인 시간을 28일로 계산해야 하는지 아니면 31일로 계산해야 하는지 애매하다. 이 점을 명확하게 하고자 월의 처음부터 기간을 기산하지 아니하는 경우에는 마지막 월에서 그 기산일에 해당하는 날의 전날로 기간이 만료한다고 정의한 것이다. 위 예에서 만료일은 3월 5일이 된다.

특허에 관한 절차에 있어서 기간의 말일이 공휴일(「근로자의 날 제정에 관한 법률」에 의한 근로자의 날 및 토요일을 포함한다)에 해당하는 때 기간은 그 다음날로 만료한다. 예를 들어 거절이 유통지에 따른 지정기간 만료일이 1월 27일인 경우, 1월 27일이 설날 연휴이고 그 다음날인 1월 28일이 일요일이었다면 명세서 등의 보정기간은 1월 29일에 만료되고, 1월 29일에 명세서 등의 보정서를 제출하였다면 적법한 기간 내에 제출한 것으로 본다(대법원 1991. 2. 28. 선고 90후1680

② 주, 월 또는 연의 처음으로부터 기간을 기산하지 아니하는 때에는 최후의 주, 월 또는 연에서 그 기산일에 해당하는 날의 전일로 기간이 만료한다.

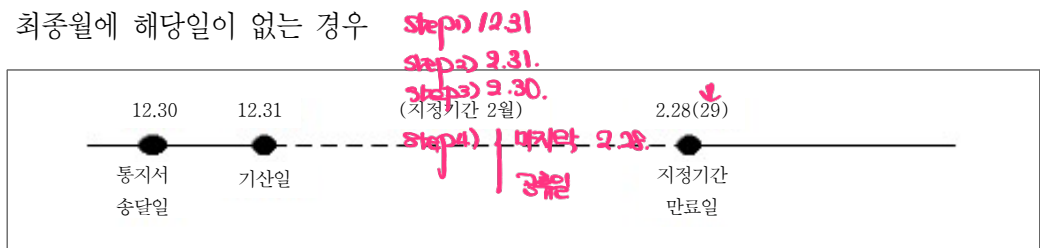
③ 월 또는 연으로 정한 경우에 최종의 월에 해당일이 없는 때에는 그 월의 말일로 기간이 만료한다. 민법 제161조 기간의 말일이 토요일 또는 공휴일에 해당한 때에는 기간은 그 익일로 만료한다.

57) 민법과 특허법의 기간계산방법은 대체로 유사한데, 제14조 제4호 괄호의 근로자의 날의 취급이 상이하다. 특허에 관한 절차는 근로자의 날도 휴일로 인정한다.

58) 제34조 또는 제35조의 거절결정확정일 또는 특허무효심결확정일부터 30일의 경우 확정일은 오전 0시부터 시작 인바, 초일을 산입한다. 제88조 제2항의 무권리자의 특허출원일의 다음 날도 오전 0시부터 시작인 것으로 본다. 즉 2010. 5. 2. 이 무권리자의 특허출원일인 경우 제88조 제2항에 따른 정당한 권리자의 특허의 출원일 후 20년이 되는 만료일은 2010. 5. 3. 오전 0시부터 기산하여, 2030. 5. 2.(기산일에 해당하는 날의 전날, 제14조 제3호 본문)이 된다.

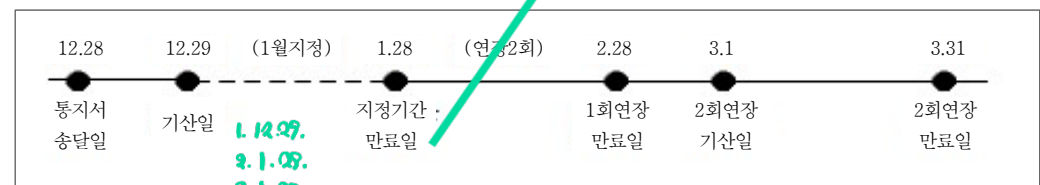
판결). 다만, 이는 절차진행의 편의를 고려해 규정한 것이므로, 특허에 관한 절차와 연관이 없는 기간에 대해서는 적용되지 않는다. 예컨대 특허권의 존속기간은 절차적 기간이 아닌 실체적 기간이기 때문에 만료일이 공휴일인 경우라도 그 다음날로 만료되지 않고 공휴일로 만료된다<sup>59)</sup>. 한편 공휴일 여부와 관련 없이 만료일에 절차를 수속하지 않더라도 다른 날에 절차 수속이 가능한 상황이 있다. 바로 전산장애가 발생한 경우다. 특허에 관한 절차를 밟는다는 것은 특허청에 요구되는 서면을 제출하고 수수료를 납부하는 행위이다. 이때 서면은 직접, 우편 또는 정보통신망으로 특허청에 제출할 수 있다. 그런데 전자문서를 제출하려는 자가 기간의 만료일 전에 정보통신망을 이용하여 전자문서를 특허청으로 발송했으나, 전산장애로 인하여 기한 내에 특허청에 제출되지 않은 경우는 전자문서 제출자에게 기간의 해태가 있었던 것은 아니므로, 기간이 그 전산장애가 제거된 날의 다음날로 만료하는 것으로 본다. 다만 특허청장이 사전에 공지한 경우는 장애에 해당하지 않는다(시행규칙 제9조의4 제3항).

아래에 기간의 계산연습을 위한 예제를 소개한다.



특허법상 기간의 계산에 있어서 초일은 산입하지 않는다. 다만 기간이 오전 0시부터 시작한 경우에는 기산일이 다음날부터 시작하는 것이 아니라 초일부터 시작한다. 사례에서 통지서 송달은 통상 0시에 되는 경우는 없으므로, 초일은 산입하지 않고 기산일은 12. 31. 이 된다. 또한 최종월에 해당일이 없는 경우 그 월의 말일로 기간이 만료한다. 즉 사례에서 2. 30. 이 없으므로 2월의 말일인 2. 28.(2. 29. 까지 있는 경우에는 2. 29.)로 지정기간이 만료한다.

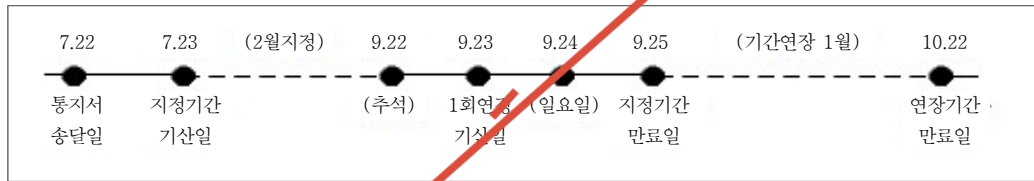
기간 연장일이 월 또는 연의 초일부터 기간을 기산하는 경우



기간을 월 또는 연의 초일부터 기산하지 아니하는 때에는 최후의 월 또는 연에서 그 기산일에 해당하는 날의 전일로 기간이 만료한다(지정기간 만료일). 또한 기간연장 기산일이 월 또는 연의 초일부터 기산한 때에는 최후의 월 또는 연의 말일로 기간이 만료한다(2회의 기간연장 만료일).

59) 출원일이 2012. 3. 4. 인 경우 출원일로부터 20년(제88조 제1항)의 존속기간만료일은 2032. 3. 4. 이다. 2032. 3. 4. 이 공휴일인지 여부를 가리지 않고 2032. 3. 4. 까지가 존속기간이며, 2032. 3. 5. 오전 0시부터는 누구나 만료된 특허발명을 실시할 수 있다.

### 지정기간 만료일이 공휴일인 경우로 기간연장하는 경우



특허에 관한 절차에 있어서 기간의 만료일이 공휴일인 경우에는 기간은 그 다음날로 만료한다. 따라서 사례에서 기간연장이 없었다면 기간은 9월 25일로 만료된다.

기간의 기산일이 공휴일인 경우에도 기간의 기산일은 공휴일부터 시작된다. 따라서 기간연장의 만료일은 10월 22일이 된다.

사례에서 지정기간 만료일이 9월 25일인 경우 9월 25일까지 지정기간연장신청을 할 수 있으며, 이때 신청이 비록 9월 25일에 있었다 하더라도 기간연장의 기산일은 9월 23일이 되고 기간연장 만료일은 10월 22일이 된다.

## ■ 기간 구분

### 법정기간의 예시

특허에 관한 절차의 법정기간의 예로는 절차의 추후보완기간(제16조 제2항, 제17조, 제67조의3, 제81조의3 제1항<sup>60)</sup>), 정당한 권리자의 출원기간(제34조, 제35조<sup>61)</sup>), 공지에외적용주장 기간(제30조<sup>62)</sup>), 특허청구범위·국어번역문 제출기간(제42조의2, 제42조의3<sup>63)</sup>), 명세서 또는 도면의 보정기간(제47조<sup>64)</sup>), 분할출원기간(제52조<sup>65)</sup>), 분리출원기간(제52조의2<sup>66)</sup>), 변경출원기간(제53조<sup>67)</sup>), 우선권주장 관련 기간(제54조<sup>68)</sup>, 제55조<sup>69)</sup>, 제56조<sup>70)</sup>), 심사청구기간(제59조<sup>71)</sup>), 출원 공개시기(제64조<sup>72)</sup>), 재심사청구기간(제67조의2<sup>73)</sup>), 특허료 납부기간(특허료 등의 징수규칙 제8조 제5항<sup>74)</sup>, 제81조<sup>75)</sup>, 제81조의2<sup>76)</sup>, 제81조의3 제3항<sup>77)</sup>), 특허료·수수료 반환청구기간(제84조)

- 60) 책임질 수 없는 사유가 소멸한 날부터 2개월 + 원래 기간 만료일부터 1년 이내
- 61) 제33조 제1항 본문 위반으로 거절결정확정된 날부터 30일 이내 / 제33조 제1항 본문 위반으로 특허무효심결확정된 날부터 30일 이내
- 62) 제29조 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하게 된 날부터 12개월 이내 / 제30조 제1항 제1호 절차의 경우 출원일부터 30일 이내 증명서류 제출
- 63) 우선일부터 1년 2개월 이내 + 제3자 심사청구취지를 통지 받은 날부터 3개월 이내
- 64) 거절이유통지 받기 전 - 특허결정서 송달하기 전까지  
거절이유통지를 1번이라도 받은 이후 - 거절이유통지에 따른 의견서 제출기간 / 재심사 청구할 때
- 65) 명세서 또는 도면의 보정기간 / 거절결정서 받은 날부터 3개월 이내 / 특허결정서 받은 날부터 3개월 이내 + 설정등록일 전까지
- 66) 기각심결문 받은 날부터 30일 이내
- 67) 최초 거절결정서 받은 날부터 3개월 이내
- 68) 최초 출원일부터 1년 이내 / 우선일부터 1년 4개월 이내 증명서류 제출 / 우선일부터 1년 4개월 이내 우선권 주장 보정 또는 추가 가능
- 69) 최초 출원일부터 1년 이내 / 선출원일부터 1년 4개월 이내 우선권 주장 보정 또는 추가 가능
- 70) 출원일부터 1년 3개월
- 71) 출원일부터 3년 이내(공지에외의 증명서류, 국내우주 선출원, 심사청구, 존속기간, 등록지연기간 계산, 재정청구, 특허여부결정보류신청)
- 72) 우선일부터 1년 6개월 지난 후
- 73) 거절결정서 받은 날부터 3개월 이내 / 특허결정서 받은 날부터 3개월 이내 + 설정등록일 전까지



78), 특허권존속기간연장등록출원기간(제90조 제2항<sup>79)</sup>, 제92조의3 제2항<sup>80)</sup>, 특허취소신청기간(제132조의2)<sup>81)</sup>, 특허거절결정 등에 대한 심판청구기간(제132조의17)<sup>82)</sup>, 국제특허출원의 각종 번역문제출기간(제201조 제1항, 제204조, 제205조)<sup>83)</sup>, 국제특허출원의 공지예외적용주장기간 특례(제200조, 시행규칙 제111조)<sup>84)</sup>, 국제특허출원의 출원인의 특허관리인 선임기간 특례(제206조, 시행규칙 제116조)<sup>85)</sup>, 공시송달 효력발생시기(제219조)<sup>86)</sup> 등이 있다<sup>87)</sup>.

### 지정기간의 예시

특허에 관한 절차의 지정기간의 예로는 특허청장 또는 특허심판원장이 지정하는 기간으로서 서류반려이유 통지에 대한 소명서 제출기간(시행규칙 제11조 제2항), 절차의 보정기간(제46조) 등이 있고, 특허청장이 지정하는 기간으로서 동일발명 등에 대한 협의 요구기간(제36조, 제38조), 재정청구에 대한 답변서 제출기간(제108조), 국내서면보정기간(제203조 제3항 제1호), 당사자에게 서류·물건의 제출을 요구하는 경우(제222조) 등이 있고, 심사관이 지정하는 기간으로서 거절이유통지에 대한 의견서 제출기간(제63조), 심사를 위해 당사자에게 필요한 서류·기타의 물건(모형, 견본, 시험성적서 포함)의 제출을 요구하는 경우(제222조), 외국 심사결과외의 제출을 명령하는 경우(제63조의3) 등이 있으며, 심판장이 지정하는 기간으로서 절차의 보정기간(제141조), 답변서 제출기간(제147조) 등이 있다.

### 법정기간 및 지정기간의 연장

기간은 전술한 바와 같이 절차자연방지 및 제3자의 예측 가능성 담보를 위해 도입한 것이기 때문에 특별한 사정이 없는 한 연장을 허용하지 않음이 옳다. 그러나 정해진 기간 내에 절차 진행을 위한 서면을 온전하게 작성하여 제출하는 것이 현실적으로 곤란한 경우도 있을 수 있는바, 제3자에게 불이익이 누적되지 않고 특허청에 번거로움이 초래되지 않는 범위에서는 기간의 연장을 허용한다. 이에 대해 살핀다.

법정기간은 당사자의 청구 또는 직권으로 제132조의17에 따른 심판청구기간에 한해 30일 이내에서 한 차례 연장할 수 있으며<sup>88)</sup>, 교통이 불편한 지역에 있는 자에 대해서는 그 횟수 및 기간을

---

74) 특허결정서 받은 날부터 3월 이내  
 75) 원 납부기간만료일부터 6개월 이내  
 76) 보전명령 받은 날부터 1개월 이내  
 77) 추가납부기간 또는 보전기간 만료일부터 3개월 이내  
 78) 통지 받은 날부터 5년 이내  
 79) 허가 등을 받은 날부터 3개월 이내 + 존속기간만료 전 6개월 이전  
 80) 실정등록일부부터 3개월 이내  
 81) 실정등록일부부터 등록공고일 후 6개월 이내  
 82) 거절결정서 받은 날부터 3개월 이내  
 83) 제203조서면(국내서면제출기간)/발명의 설명·청구범위·도면·요약서(국내서면제출기간 또는 연장된 기간) / PCT19조·34조(기준일)  
 84) 기준일부부터 30일 이내  
 85) 기준일부부터 2개월 이내  
 86) 특허공보에 게재한 날부터 2주일 후 / 특허공보에 게재한 날의 다음 날  
 87) 참고로 출원일부부터 기간을 기산하는 대표적인 예로써 공지예외적용 증명서류 제출(제30조 제2항), 심사청구(제59조 제2항), 국내우선권주장시 선출원 취하간주시점(제56조 제1항), 존속기간(제88조 제1항), 등록지연기간의 산정(제92조의2 제1항), 재정요건(제107조 제2항)이 있다.  
 88) 참고로 본 거절결정불복심판청구기간이 연장되면 재심사청구기간(제67조의2 제1항), 분할출원기간(제52조 제1항 제2호), 변경출원기간(제53조 제1항 제1호), 명세서 등의 보정기간(제47조 제1항 제3호)도 연장된 효과가 발생한다.



추가로 연장할 수 있다<sup>89)</sup>(제15조 제1항). 지정기간은 가리지 않고 특별한 사정이 없는 한 당사자의 청구 또는 직권으로 연장할 수 있다.

또한 법정기간은 법률에 규정된 기간인 점에서 명확성 담보를 위해 그 연장의 횟수 및 기간이 엄격히 제한되어 있는 반면, 지정기간은 법률에 그 기간이 규정되어 있지 않아, 연장의 횟수 및 기간도 유연하다. 단 지나친 연장은 절차의 지연과 제3자의 불이익을 초래할 수 있는바, 이해관계인의 이익이 부당하게 침해되지 않는 선에서만 기간의 연장이 승인된다(제15조 제2항 후단).

### 지정기간의 단축

한편 지정기간은 법률에 그 기간이 명시되어 있지 않다. 때문에 당사자의 청구에 따라 단축도 가능하다(제15조 제2항 전단). 기간은 당사자에게 절차의 대응을 위한 고민과 관련 서류를 작성할 수 있는 시간적 이익을 부여한 것이다. 그래서 당사자는 본인에게 부여된 시간적 이익이 필요 없다면 이는 본인의 이익이므로 본인 스스로 포기할 수 있다.

특히 지정기간이 부여되면 절차가 진행되지 않고 당사자의 대응을 기다리는데, 절차의 빠른 속행을 희망하는 경우는 당사자가 본인에게 부여된 기간의 이익을 포기하고 지정기간의 단축신청을 하여 절차의 속행을 촉진할 수 있다<sup>90)</sup>.

정리하면 기간의 연장·기간의 단축은 모두 당사자의 이익과 관계된 것인데, 이 중 기간의 연장은 제3자와의 관계에도 영향을 미칠 수 있어 본인이 희망하더라도 그 횟수 및 기간에 제한이 있으나, 기간의 단축은 어디까지나 본인에게 부여된 시간적 이익을 본인 스스로 포기하는 것인바 본인의 자유의사에 따르고 있다.

물론 직권으로의 지정기간 단축은 불가하다. 기간은 본인에게 부여된 최소한의 시간적 이익이기 때문에 그 이익을 직권으로 훼손할 수 없도록 한 것이다. 반대로 특허청에 사정이 있는 경우 직권으로 기간을 연장하는 것은 가능하다.

### 나중에 기타 - 부가기간

참고로 부가기간이라고 있다(제186조 제5항). 이는 특허취소결정, 심결, 특허취소신청서·심판청구서·재심청구서의 각하결정에 대한 불복제기기간에 관한 것이다.

특허취소결정, 심결, 특허취소신청서·심판청구서·재심청구서의 각하결정에 대해 불복하고자 할 때는 해당 심결 또는 결정문을 받은 날부터 30일 이내에 특허법원에 소를 제기해야 한다(제186조 제1항, 제3항). 그러나 위 30일이 소 제기를 위한 서면의 작성 및 제출에 시간적으로 충분하지 않을 수 있어 부가기간을 정할 수 있다(제186조 제5항).

부가기간은 특허법원이 아닌 특허심판원의 심판장이 정하며, 주소 또는 거소가 멀리 떨어진 곳에 있거나 교통이 불편한 지역에 있는 자를 위하여 직권으로 부가기간을 정할 수 있다고 규정되어 있는데, 실무에서는 당사자가 신청하면 1회에 한해 30일 이내에서 부가기간을 지정해준다고 한다(심판사무취급규정 제88조 제2항)<sup>91)</sup>.

89) 시행규칙 제16조 제4항에서 1회 30일 이내에서 추가 연장 가능하도록 한다. 참고로 실무에서는 재내자면 1회 30일, 재외자면 1회 60일의 연장을 승인한다.

90) 참고로 심사절차에서 부여된 지정기간을 단축하면 출원인으로 인하여 지연된 기간이 축소될 수 있으므로 등록지연에 따른 존속기간의 연장기간을 산정할 때 유리할 수 있다(제92조의2 제2항).

91) 보통 재내자는 신청하면 20일, 재외자는 신청하면 30일 부가기간을 지정해준다.

## ■ 절차의 정지

### 개념

기간의 연장이나 단축이 아닌, 아예 절차가 정지되는 경우가 있다. 절차의 정지는 특허에 관한 절차가 종료되기 전에 법률상 진행되지 않는 상태를 말하며, 절차의 정지는 절차의 중단과 절차의 중지로 구분하여 규정한다.

### 절차의 중단

절차의 중단은 당사자의 입장에서 절차를 수행할 수 없는 사유가 발생했을 때 새로운 절차의 수행자가 나타나 절차를 수행할 수 있을 때까지 당사자의 이익을 위해 법률상 당연히 절차의 진행이 정지되는 것을 말한다.

절차의 중단은 특허청이나 절차를 밟는 당사자의 의사와 관계없이 특정 법정사유에 의해서 발생한다. 구체적으로 ① 당사자가 사망한 경우(특허법 제20조 제1호), ② 당사자인 법인이 합병에 의하여 소멸한 경우(동조 제2호), ③ 당사자가 절차를 밟을 능력을 상실한 경우(동조 제3호), ④ 당사자의 법정대리인이 사망하거나 그 대리권을 상실한 경우(동조 제4호), ⑤ 당사자의 신탁에 의한 수탁자의 임무가 종료한 경우(동조 제5호), ⑥ 특허법 제11조 제1항 단서에 따른 대표자가 사망하거나 그 자격을 상실한 경우(동조 제6호), ⑦ 파산관재인 등 일정한 자격에 의하여 자기 이름으로 남을 위하여 당사자가 된 자가 그 자격을 잃거나 사망한 경우(동조 제7호)에는 절차를 밟는 당사자의 공백으로 인해 절차상 불이익이 초래되지 않도록 특허청 또는 특허심판원에 계속 중인 절차가 중단된다.

다만 절차의 지연방지 및 제3자의 이해관계를 고려해, 절차를 밟을 것을 위임 받은 대리인이 있으면 대리인이 절차의 효력을 이어받을 자의 이익을 위해 충실히 절차를 수행할 것으로 보아 절차를 중단하지 않는다(특허법 제20조 단서). 그리고 이를 위해 특허법은 민법 제127조와 달리 본인이 사망하거나 행위능력 상실, 본인인 법인의 합병에 의한 소멸, 본인인 수탁자의 신탁임무 종료, 법정대리인의 사망이나 행위능력 상실, 법정대리인의 대리권 소멸이나 변경의 사정이 있더라도 임의대리인의 대리권이 소멸되지 않는 것으로 규정한다(특허법 제8조)<sup>92)</sup>.

특허청 또는 특허심판원에 계속 중인 절차가 중단된 때에는 절차의 효력을 받게 되는 자가 수계할 수 있다. 즉 ① 특허법 제20조 제1호의 경우 사망한 당사자의 상속인·상속재산관리인 또는 법률에 따라 절차를 속행할 자<sup>93)</sup>, ② 동조 제2호의 경우 합병에 따라 설립되거나 합병 후 존속하는 법인, ③ 동조 제3호 및 제4호의 경우 절차를 밟을 능력을 회복한 당사자 또는 법정대리인이 된 자, ④ 동조 제5호의 경우 새로운 수탁자, ⑤ 동조 제6호의 경우 새로운 대표자 또는 각 당사자, ⑥ 동조 제7호의 경우 같은 자격을 가진 자에 해당하는 자 등 이미 절차를 수속했던 자

92) 이는 민사소송법과 유사하다(민사소송법 제95조).

93) 단 상속을 포기할 수 있을 때까지는 절차 수계가 불가하다. 상속을 포기하면 상속개시된 때로 소급하여 상속 포기 효력이 발생하기 때문이다(민법 제1041조, 제1042조). 구체적으로 상속을 포기할 수 있는 기간에 상속인이 절차를 승계했다가, 이후 상속을 포기하면, 처음부터 절차를 승계할 수 있는 지위에 없었던 자가 되어, 절차상 혼란이 초래되기 때문이다. 이는 민사소송법도 마찬가지다. 민사소송법 제233조 제2항에서는 상속인은 상속포기를 할 수 있는 동안 소송절차를 수계하지 못하는 것으로 규정한다. 즉 상속인은 상속포기기간 경과 후 수계신청이 가능하다.

의 권리 등을 포괄적으로 승계하는 자 또는 그와 대등한 지위에 있는 자가 그 절차를 수계하여야 한다<sup>94)</sup>.

위 수계가 있으면 절차의 중단 사유가 해소되어 절차가 속행된다. 중단된 절차의 수계는 특허법 제21조 각 호의 어느 하나에 해당하는 자가 그 뜻을 기재한 서면을 제출(특허법 시행규칙 제18조의 2)함으로써 수계신청을 하고, 그것에 대한 특허청장 또는 심판관의 결정에 따라 진행된다<sup>95)</sup>. 이 과정에서 만약 상대방이 존재하는 절차였다면 특허청장 또는 심판장은 중단된 절차에 관한 수계신청이 있는 때 이를 상대방에게 통지한다(특허법 제22조 제2항)<sup>96)</sup>.

한편 수계하여야 할 자의 수계신청이 없을 때, 중단된 절차가 상대방이 존재하는 절차였다면, 그 상대방은 특허법 제21조 각 호의 어느 하나에 해당하는 자의 수계신청이 없어 절차의 중단이 지속됨으로써 절차가 지연되는 것을 제어하고자, 특허청장 또는 특허법 제143조에 따른 심판관에게 특허법 제21조 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에 대해 수계신청할 것을 명하도록 요청할 수 있다(특허법 제22조 제1항 단서). 특허청장 또는 심판관은 수계하여야 할 자(특허법 제21조 각 호)가 중단된 절차를 수계하지 아니하여 절차를 지연시키고 있으면, 직권 또는 위 상대방의 요청으로 기간을 정하여 수계를 명하고(특허법 제22조 제5항), 그 기간 내에 수계가 없으면 기간이 만료되는 날의 다음날에 수계가 있는 것으로 보아(특허법 제22조 제6항), 절차를 속행한다. 이 모두는 절차의 지연을 방지하기 위함이다. 물론 이와 같이 수계가 있는 것으로 간주하는 경우는 이를 당사자에게 통지한다(특허법 제22조 제7항).

## 절차의 중지

특허청장 또는 심판관이 천재지변이나 그 밖의 불가피한 사유로 그 직무를 수행할 수 없을 때에는 특허청 또는 특허심판원에 계속 중인 절차는 그 사유가 없어질 때까지 중지된다(특허법 제23조 제1항). 당사자에게 일정하지 아니한 기간 동안 특허청 또는 특허심판원에 계속 중인 절차를 속행할 수 없는 장애사유가 생긴 경우에는 특허청장 또는 심판관은 결정으로 장애사유가 해소될 때까지 그 절차의 중지를 명할 수 있다(특허법 제23조 제2항).

## 절차의 중단 또는 중지의 효과

절차가 중단 또는 중지된 경우는 그 기간의 진행이 정지되고, 그 절차에 대해 수계통지를 하거나 그 절차를 속행한 때부터 다시 모든 기간이 진행된다. 예를 들면 특허법 제46조에 따라 1월 내에 특허에 관한 절차를 보정할 것을 특허청장 명의로 요구하였으나, 보정요구 후 15일이 경과한 시점에서 당사자의 사망으로 특허에 관한 절차가 중단되었고 이후 상속인이 절차를 수계하였다면, 수계 후 절차 속행되었을 때 보정할 수 있는 기간은 다시 1월이 주어지지, 잔여기간인 1월 - 15일이 주어지지 않는다(심사기준).

2인 이상이 함께 진행하는 절차에서 그 중 1인에게 중단 또는 중지의 원인이 있으면 그 효력은

94) 절차 중단은 대체로 이들의 이익 보장을 위해 마련한 규정이다. 예컨대 상속인의 경우 사망한 자의 특허권 또는 특허에 관한 권리를 승계 받게 되는데, 특허권 또는 특허에 관한 권리의 승계인은 피승계인이 밝은 절차의 효력도 승계 받는다(특허법 제18조). 따라서 사망자가 절차를 밟지 않아 절차상 불이익이 발생하면 그 절차의 효력을 상속인이 그대로 승계하는 바, 상속인이 절차를 승계하여 절차에 참여하기 전까지 절차를 중지해주는 것이다.

95) 특허법 제21조 각호에 해당하는 자면 수계결정을 하고, 특허법 제21조 각호에 해당하지 않는 자면 기각결정을 하여 수계를 허용하지 않는다.

96) 수계신청이 적법할 경우 정지된 절차가 속행될 수 있으니 상대방도 이점을 인지하라는 의미다.

모두에게 발생하여(특허법 제139조 제4항, 제155조 제5항), 절차가 모두 중단 또는 중지된다. 한편 절차가 중단 또는 중지되는 동안에는 특허청장 또는 심사관은 물론 당사자도 원칙적으로 절차를 진행할 수 없다(심사기준). 그런데 특허청에서 절차의 중단 사유가 있음에도 이를 간과하고, 심사의 절차를 계속하여 각종 처분을 한 경우는 그 절차가 취소되고 다시 절차를 밟게 해준다고 한다(심사기준).

주요내용요약			
기간계산	기간이 오전 0시부터 시작하는 경우(제34조 확정일, 제35조 확정일, 제180조 제3항 확정일) 외에는 첫날은 계산에 넣지 않음		
	특허에 관한 절차에서 기간의 마지막 날이 공휴일인 경우 기간은 그 다음날로 만료		
기간변경	법정기간	연장	청구 또는 직권으로 제132조의17에 따른 심판청구기간 가능
		단축	불가
	지정기간	연장	청구 또는 직권으로 가능
		단축	청구에 따라 가능
추후보완	보정명령 지정기간		사유 소멸일로부터 2개월 + 만료일로부터 1년
	제132조의17의 심판청구기간		
	제180조 제1항의 재심청구기간		
	심사청구기간		
	재심사청구기간		
	특허료 추가납부기간/보전기간		
절차중단	중단사유		수계자
	당사자 사망		상속인 등(단, 상속포기기간에는 수계 불가)
	당사자 합병에 따라 소멸		합병에 따라 설립되거나 존속하는 법인
	당사자 절차능력 상실		절차능력 회복한 당사자 또는 법정대리인
	법정대리인 사망 또는 대리권상실		
	당사자 수탁임무 종료		새로운 수탁자
	대표자 사망 또는 자격상실		새로운 대표자 또는 각 당사자
	파산관재인 등 사망 또는 자격상실		같은 자격을 가진 자
	수계자가 수계해야 중단된 절차 속행 → but 수계자가 수계신청하지 않는 경우		상대방이 수계명령 요청 또는 특허청장 등이 수계명령 → 수계명령에 따른 지정기간 내 수계가 없는 경우 → 지정기간 만료일의 다음 날에 수계가 있는 것으로 간주 후 절차 속행

절차중지	특허청 등의 직무 수행 불가시 당연 중지 → 사유 소멸 후 절차속행(제23조)
	당사자에게 장애사유가 생긴 경우 특허청장 등의 재량에 따라 결정으로 중지명령함으로써 절차 중지 → 사유소멸 또는 중지결정취소 후 절차속행(제23조)
	심사/소송에 필요한 경우 재량에 따라 심사/소송 절차 중지 → 사유소멸 후 절차속행(제78조)
	심판/소송에 필요한 경우 재량에 따라 심판/소송 절차 중지 → 사유소멸 후 절차속행(제164조)
	제척/기피신청시 긴급한 경우 제외하고 절차중지 → 제척/기피에 대한 결정 후 절차속행(제153조)
중단/중지 후 절차속행시	기간의 진행이 있었다면 모든 기간 처음부터 다시 진행

# 06 서류의 제출 및 송달 (제28조)

## 제01절 ■ 서류의 제출

### 직접 또는 우편제출

(1) 도달주의 원칙 (특허법 제28조 제1항)

특허청장 또는 특허심판원장에게 제출하는 출원서, 청구서, 그 밖의 서류는 특허청장 또는 특허심판원장에게 **도달한 날부터 제출의 효력이 발생**한다.

심사

(2) 우편제출의 예외 (특허법 제28조 제2항 본문)

우편제출시 우편업무의 지연, 제출인과 특허청의 지리적 거리의 차이 등으로 인해 특허청에 늦게 도달하는 경우가 있을 수 있음을 고려해, **우체국에 제출한 날에 특허청장 또는 특허심판원장에게 도달한 것으로 본다.**

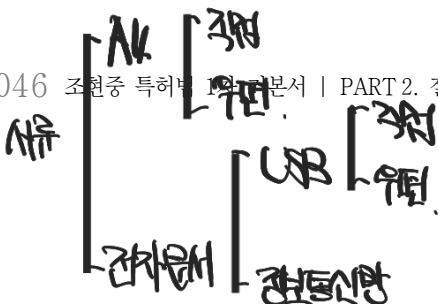
내용이 우편제출의 예외의 예외 (특허법 제28조 제2항 단서)

- 특허권 및 특허에 관한 권리의 **등록신청서류**와 **국제출원에 관한 서류**를 우편으로 제출하는 경우에는 그 서류가 특허청장 또는 특허심판원장에게 도달한 날부터 효력이 발생한다.
- 특허권 및 특허에 관한 권리의 등록신청서류는 특허권 등의 등록령 제5조에서 특허청에 도달한 날 접수된 것으로 보고 있기 때문이며, 국제출원은 국내 특허법에 따라 별도의 예외를 부여하여 운영할 수 없고, 특허협력조약에 의거해 다른 동맹국에서와 마찬가지로 처리해야 하기 때문이다.

### 온라인제출

(1) 전자문서 효력 및 제출 효력 발생 시기 (특허법 제28조의3)

- 전자문서화한 서류는 정보통신망을 이용하여 제출하거나 이동식 저장장치 등 전자적 기록매체에 수록하여 제출할 수 있다**(특허법 제28조의3 제1항).
- 전자문서는 일반서류와 같은 효력을 가진다(특허법 제28조의3 제2항).
- 전자문서를 전자적 기록매체에 수록하여 제출한 경우는 직접 또는 우편제출했을 때의 법리에 따라 제출의 효력 발생 시기가 결정된다. **전자문서를 정보통신망을 이용하여 제출한 경우는 그 문서의 제출인이 정보통신망을 통하여 접수번호를 확인할 수 있는 때 특허청 또는 특허심판원에서 사용하는 전수용 전자정보처리시스템의 파일에 기록된 내용으로 접수된 것으로 본다**(특허법 제28조의3 제3항).
- 전자문서를 기한 전에 정보통신망을 이용하여 발송하였으나 정보통신망의 장애로 인하여 기한 내에 제출할 수 없었던 경우는 제출인에게 기한의 해태 또는 귀책사유가 있었던 것은 아닌바, 그 장애가 제거된 날의 다음 날에 그 기한이 도래한 것으로 봐준다.** 단 정보통신망의 유지·보



수를 위하여 그 사용을 일시 중단한 경우로서 특허청장이 사전에 공지한 경우는 이를 장애로 보지 아니하고 있다(특허법 시행규칙 제9조의4 제3항).

(2) 전자문서 이용신고 및 전자서명 (특허법 제28조의4)

전자문서로 특허에 관한 절차를 밟으려는 자는 미리 특허청장 또는 특허심판원장에게 전자문서 이용신고를 하여야 하며, 특허청장 또는 특허심판원장에게 제출하는 전자문서에 제출인을 알아 볼 수 있도록 전자서명을 하여야 한다.

## 제02절 ■ 서류의 송달

### 교부송달

(1) 효력발생시기

당사자 또는 그 대리인이 직접 수령하거나 등기우편으로 수령하거나 정보통신망을 통해 수령하는 경우를 교부송달이라 한다. 교부송달의 경우는 당사자 또는 그 대리인이 수령한 때 송달된 것으로 본다<sup>97)</sup>.

(2) 직접 또는 우편송달

- 1) 특허청에서 당사자 또는 그 대리인이 직접 수령하거나 정보통신망을 이용하여 수령하는 경우를 제외하고는 일반적으로 등기우편으로 발송한다(특허법 시행령 제18조 제1항).
- 2) 우편송달에 의할 경우 송달 받을 자에게 도달한 날에 송달된 것으로 보나, 송달을 받을 자가 정당한 사유 없이 송달 받기를 거부함으로써 송달을 할 수 없게 된 때에는 발송을 한 날에 송달된 것으로 간주한다(특허법 시행령 제18조 제11항).

(3) 온라인송달 (특허법 제28조의5)

- 1) 전자문서 이용신고 한 자에게는 온라인으로 서류를 송달할 수 있다.
- 2) 당사자 또는 그 대리인이 자신의 전산정보처리조직을 통하여 그 서류를 확인한 때 특허청 또는 특허심판원에서 사용하는 발송용 전산정보처리조직의 파일에 기록된 내용으로 송달된 것으로 본다.

97) 법원은 출원인에 대한 거절결정 등본 송달의 효력은 출원인과 대리인 중 누구에게라도 최초로 거절결정 등본이 송달되었을 때 발생한다고 보았다(2017허4853).

## 공시송달

### (1) 의의

서류를 송달 받을 자의 주소 또는 영업소가 불분명하여 직접, 등기우편 혹은 정보통신망을 통해 송달할 수 없는 때 하는 송달을 공시송달이라 한다.

판례는 특허법 제219조 제1항에서 공시송달 사유로 들고 있는 ‘주소나 영업소가 불분명하여 송달할 수 없는 때’라 함은 송달을 할 자가 선량한 관리자의 주의를 다하여 송달을 받아야 할 자의 주소나 영업소를 조사하였으나 그 주소나 영업소를 알 수 없는 경우라고 판시한다.<sup>98)</sup>

### (2) 효력발생시기

최초의 공시송달은 특허공보에 게재한 날부터 2주일이 지나면 효력이 발생하고, 같은 당사자에 대한 이후 공시송달은 게재한 날의 다음날 효력이 발생한다(특허법 제219조).

### (3) 공동당사자에 대한 공시송달 요건

판례는 공동당사자 전원의 주소가 불명인 경우에 한해 공시송달이 가능하다고 한다.<sup>99)</sup>

### (4) 흠결시 취급

대법원은 이러한 공시송달 요건이 구비되지 않은 상태에서 이루어진 공시송달은 부적법하여 그 효력이 발생하지 않는다고 판시한다.<sup>100)</sup>

## 관련문제 – 재외자 송달

재외자가 특허관리인이 있으면 특허관리인에게 송달하고, 특허관리인이 없으면 항공등기우편으로 당사자에게 직접 발송하며 발송일에 송달된 것으로 간주한다(특허법 제220조).

---

98) 2004후3508

99) 2003후182

100) 2004후3508, 2003후182



## 내용 요약

### ■ 서면의 작성

절차는 서면을 작성하여 제출하고, 서면을 송달 받는 것으로 진행된다. 이하에서는 서면의 작성, 제출, 송달 절차에 대해 살핀다. 먼저 서면의 작성이다.

#### 일반적인 서면의 작성언어 및 항목

서면은 일반적으로 국어<sup>101)</sup>로 인쇄물<sup>102)</sup> 또는 전자문서<sup>103)</sup>에 작성할 수 있다. 서면에는 반드시 제출인의 성명, 고유번호(또는 특허고객번호) 또는 주소를 기재하고, 서명 또는 날인(전자문서의 경우는 전자서명)<sup>104)</sup>을 해야 한다(시행규칙 제2조, 제28조의2 제4항).

특허청에서 특허고객번호나 주소 중 하나의 기재를 강제하는 것은 서면을 송달할 곳을 특정하기 위함이다. 특허고객번호나 주소가 기재되지 않은 서면이 제출되면 이후 서면을 송달할 곳이 없는바 절차 진행이 곤란하여 특허청은 그 서면을 반려한다(시행규칙 제11조 제1항 제3호). 서명 또는 날인을 요구하는 것은 서면이 제출인의 진정한 의사에 따라 작성하여 제출된 것인지를 확인하기 위함이다.

한편 특허청에서는 주소의 기재보다는 가급적 특허고객번호의 등록을 요구한다. 특허고객번호는 주민등록번호, 주소, 전화번호, 인감 등의 개인정보를 기재한 서면을 특허청에 제출하여 특허고객번호의 부여신청을 하면 부여 받을 수 있다(시행규칙 제9조). 그러나 특허고객번호가 없어 이를 기재하지 않고 서면을 제출한 경우도 특허청장 또는 특허심판원장은 그에게 직권으로 고유번호를 부여해 다음에 서면을 제출할 때는 특허고객번호로 기재해줄 것을 유도한다(제28조의2 제3항). 이는 특허고객번호를 등록해 그 자의 개인정보를 미리 수집하고, 이로써 절차를 진행하는 것이 특허청에서 보다 편리하기 때문인 것으로 보인다.

#### 전자문서로 작성하는 경우

이상 서면 작성의 공통점을 보았고 이하 인쇄물과는 다른 전자문서 작성의 특이점을 본다.

전자문서란 특허청에서 제공하는 소프트웨어 또는 특허청 홈페이지를 이용하여 작성한 서류 등을 말하며(시행규칙 제1조의2 제2호), 정보통신망으로 전송하거나 이동식 저장장치 등의 전자적 기록매체에 수록하여 특허청에 제출할 수 있다(제28조의3 제1항). 이러한 전자문서는 임시명세서 출원을 하는 경우가 아닌 이상 정해진 소프트웨어 등으로만 작성해야 한다. 이유는 특허청에서의 관리편의성을 위함이며, 정해진 소프트웨어 등으로 작성하지 않으면 특허청 전산정보처리조직에서 처리자체가 되지 않는다<sup>105)</sup>.

101) 제42조의3 제1항에 따른 명세서 및 도면, 제63조의3 에 따른 외국심사결과 등을 제외하고는 국어로 작성한다(시행규칙 제4조). 국어로 작성하지 않으면 반려될 수도 있다(시행규칙 제11조 제1항 제4호).

102) A4 용지를 생각하면 된다.

103) 컴퓨터 파일을 생각하면 된다. 시행규칙 제9조의2 제1항 각 호의 것과 비밀유지가 요구되는 국방관련 특허출원을 제외한 서류는 전자문서로 작성할 수 있다. 국방관련 특허출원은 비밀유지가 필요한 경우가 있는데, 해킹 위협 등을 고려해서인지 전자문서로 제출할 수 없도록 한다(시행규칙 제9조의2 제3항 본문). 비밀해제통지가 된 국방관련 특허출원은 전자문서로 제출할 수 있다(시행규칙 제9조의2 제3항 단서).

104) 이것은 서면 제출자가 진정한 의사에 따라 제출한 것인지를 확인하는 절차다.

다음 전자문서는 인쇄물과 달리 날인이 곤란하기 때문에, 서면 제출자가 진정한 의사에 따라 작성하여 제출한 것인지의 여부의 확인을 위해, 사전에 전자문서 이용신고를 하여 공인인증서의 등록을 요구하고(시행규칙 제9조의3), 전자문서 온라인으로 제출할 때 등록된 공인인증서로 로그인하면(시행규칙 제9조의4 제1항), 공인인증서의 주인이 제출한 서면인 것으로 간주한다(제28조의4 제2항). 이를 전자서명이라 한다<sup>106)</sup>.

## ■ 서면의 제출

서면은 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 특허청장 또는 특허심판원장을 수신으로 하여 제출한다(시행규칙 제3조). 다만 특허청장 또는 특허심판원장 모두 특허청에 소속된 자인바, 이하에서는 편의상 구분하지 않고 특허청에 서면을 제출한다고 표현하겠다.

인쇄물 또는 전자적기록매체에 수록한 전자문서는 직접 또는 우편으로 제출할 수 있고, 전자문서는 온라인으로 제출할 수도 있다. 서면의 제출에서 중요한 점은 제출의 효력발생시점이다. 어떠한 절차는 그 절차를 밟을 수 있는 기간이 특정되어 있다. 환언하면 어떠한 절차는 특정된 기간 이내에 절차 진행에 필요한 서면이 제출되어야만 한다. 만약 제출의 효력발생시점이 위 특정된 기간 경과 후라면 그 서면은 반려되어 절차의 진행이 불가능하게 된다(시행규칙 제11조 제1항 제7호).

## ■ 서면의 송달

특허청에서 절차를 밟는 당사자에게 서면을 송달하는 절차를 살핀다. 여기서는 송달 받은 시점이 언제인지가 중요하다. 이유는 송달 받은 날이 어떠한 기간의 진행의 기산점이 될 수 있기 때문이다. 예를 들어 거절결정에 대한 불복심판의 경우 거절결정서를 받은 날부터 3개월 이내에 절차 수속이 가능하다(제132조의17). 서면 제출과 마찬가지로 서면 송달 또한 직접교부, 우편, 정보통신망을 이용하며, 특수한 경우는 공시송달을 한다.

### 온라인송달의 송달시점

특허청은 전자문서이용신고를 한 자 중 전자문서로 송달을 받으려는 자에게는 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고 서류의 송달을 정보통신망으로 한다(시행규칙 제9조의8)<sup>107)</sup>. 정보통신망을 이용하여 행한 서류의 통지 또는 송달은 서면으로 한 것과 동일한 효력이 있다(제28조의5 제2항). 온라인으로 송달하는 경우는 송달 받을 자가 자신이 사용하는 전산정보처리조직을 통하여 그 서류를 확인한 때에 특허청에서 사용하는 발송용 전산정보처리조직의 파일에 기록된 내용으로 도달한 것으로 본다(제28조의5 제3항). 여기도 온라인 전송 과정에서 전자문서가 변형될 수 있는데, 송달한 문서의 내용은 특허청 서버 기준으로 한다.

105) 임시명세서 출원 제외 정해진 소프트웨어 등으로 작성되지 아니한 전자문서가 제출되면 반려한다(시행규칙 제11조 제1항 제13호).

106) 정보통신망(=온라인)이 아닌 전자적기록매체에 수록하여 제출할 때는 전자문서첨부서류 등 물건제출서라는 서면에 날인하고, 여기에 위 전자적기록매체를 첨부하여 특허청에 제출한다(시행규칙 제9조의4 제2항).

107) 실무에서는 전자문서를 온라인으로 제출하기 위해 전자문서이용신고를 한 자에게는 서류의 송달 또한 온라인으로 하되, 일정 기간 동안 온라인에서 당사자 또는 대리인이 서류를 송달 받지 않으면 등기우편으로 재송달한다.

## 기타송달규정

송달주체에 관한 규정이다. 무능력자가 송달 받을 자인 경우는 법정대리인에게 송달한다(시행령 제18조 제5항). 제외자에게는 특허관리인이 있으면 특허관리인에게 송달한다(제220조 제1항). 다만, 특허관리인이 없으면 항공등기우편으로 제외자의 주소지로 발송하며(제220조 제2항), 이 때는 그 송달기간이 물리적으로 길 수 밖에 없으나 절차는 지연 시킬 수 없기에 발송일에 송달된 것으로 간주한다(제220조 제3항). 특허에 관한 절차를 밟는 자가 2인 이상일 때, 대표자를 선정하여 특허청에게 신고한 경우는 대표자에게 송달한다(시행령 제18조 제8항). 대리인이 2인 이상인 경우는 각자가 본인을 대리하므로 대리인 중 누구에게 보내도 유효하다(심사기준)108).

송달장소에 관한 규정이다. 송달할 장소는 송달받을 자의 주소 또는 영업소로 한다. 다만 송달을 받고자 하는 자가 송달을 받고자 하는 장소(국내에 한한다)를 특허청장 또는 특허심판원장에게 미리 신고한 경우에는 그 장소로 한다(시행령 제18조 제9항).



주요내용요약		
서면작성	제출인 성명	미기재시 반려(시행규칙 제11조 제1항 제3호)
	제출인 고유번호(특허고객번호) 또는 주소지	
서명 또는 날인 / 전자문서의 경우는 전자서명		
서면제출	직접제출	특허청에서 서면을 접수한 날 제출효력발생
	우편제출	우체국에서 서면을 접수한 날 제출효력발생
		PCT 제2조(vii) 에 따른 국제출원서류 / 등록신청서류는 특허청에서 서면을 접수한 날 제출효력발생
온라인제출	접수번호를 확인할 수 있는 때 제출효력발생	
서면송달	교부송달	당사자 또는 대리인이 수령한 때 송달효력발생
	우편송달	당사자 또는 대리인이 수령한 때 송달효력발생

108) 민사소송법에서는 소송서류는 소송대리인 모두에게 송달한다. 관련 결정문을 본다(대법원 2011. 9. 29. 자 2011마1335 결정).

「민사소송의 당사자는 민사소송법 제396조 제1항에 의하여 판결정본이 송달된 날부터 2주 이내에 항소를 제기하여야 한다. 한편 당사자에게 여러 소송대리인이 있는 때에는 민사소송법 제93조에 의하여 각자가 당사자를 대리하게 되므로, 여러 사람이 공동으로 대리권을 행사하는 경우 그 중 한 사람에게 송달을 하도록 한 민사소송법 제180조가 적용될 여지가 없어 법원에서는 판결정본을 송달함에 있어 여러 소송대리인에게 각각 송달을 하여야 하지만, 그와 같은 경우에도 소송대리인 모두 당사자 본인을 위하여 소송서류를 송달받을 지위에 있으므로 당사자에 대한 판결정본 송달의 효력은 결국 소송대리인 중 1인에게 최초로 판결정본이 송달되었을 때 발생한다. 따라서 당사자에게 여러 소송대리인이 있는 경우 항소기간은 소송대리인 중 1인에게 최초로 판결정본이 송달되었을 때부터 기산된다.」

참고로 위 민사소송법 제180조는 시행령 제18조 제6항에 대응된다.

민사소송법 제93조는 제13조에 의해 특허법에서도 준용하는 바, 위 2011마1335 결정은 특허에 관한 절차에도 적용될 여지는 있으나, 심사기준은 「대리인이 2인 이상인 경우에는 특별한 이유가 있는 경우를 제외하고는 출원서에 첫 번째 기재된 대리인을 수신인으로 한다」 라고 하여 대리인 모두에게 서면을 송달하지 않는다. 뿐만 아니라 2인 이상이 공동으로 절차를 밟는 경우도 대표자가 없으면 그 중 1인에게만 서면을 송달한다(심사기준).

	정당사유 없이 송달 받기를 거부한 경우 발송한 날에 송달효력발생
	특허관리인이 없는 재외자에게 항공등기우편으로 송달한 경우 발송한 날에 송달효력발생
온라인송달	당사자 또는 대리인이 서류를 확인한 때 송달효력발생
공시송달	특허공보에 게재한 날부터 2주일 지난 후 송달효력발생
	같은 당사자에 대한 이후 공시송달은 특허공보에 게재한 날의 다음날 송달효력발생

## 07 수수료

### 제01절 ■ 납부 (제82조)

#### 수수료 납부(특허법 제82조 제1항)

##### (1) 의의

수수료란 특허에 관한 절차를 밟는 자에게 국가가 제공한 역무에 대한 반대 급부 또는 보수의 성격으로 징수하는 요금을 의미한다. 특허법상 수수료에는 출원료, 심사청구료, 심판청구료, 보정료 등이 있다.

##### (2) 흠결시 취급

특허에 관한 절차를 밟으면서 수수료의 납부가 필요함에도 불구하고 그 절차를 밟는 자가 수수료를 납부하지 않으면, 특허청장 또는 특허심판원장은 해당 절차에 대해 보정을 명하며, 보정명령에도 불구하고 계속 납부하지 않을 경우 해당 절차는 무효로 될 수 있다(특허법 제46조 및 제16조).

##### (3) 관련문제 - 제3차 심사청구 후 청구항이 증가한 경우

특허에 관한 절차의 수수료는 그 절차를 밟는 자가 납부하여야 한다(특허법 제82조 제1항). 다만 제3차 심사청구 후에 출원인이 명세서의 보정을 통해 청구항을 신설하여 심사청구료가 증가된 경우 그 증가된 심사청구료는 출원인이 납부하여야 한다(특허법 제82조 제2항). 이때 출원인이 증가된 심사청구료에 대해 납부하지 않으면, 청구항을 신설한 보정 절차가 무효로 될 수 있다(특허법 제16조 제1항 단서).

### 제02절 ■ 감면 또는 면제대상 (제83조)

#### 면제

국가에 속하는 특허출원 및 국가가 특허권자로 등록되어 있는 특허권에 대한 수수료는 전액 면제되며, 특허청 심사관에 의한 각종 무효심판 청구시에도 심판청구료가 전액 면제된다.

#### 감면

국민기초생활 보장법에 따른 수급자, 특별재난지역으로 선포된 지역에 거주하거나 주된 사무소를 두고 있는 자, 장애인, 학교의 재학생, 만 19세 미만인 자 등 경제적 형편이 어려운 자 등은 수수료

일부가 면제되고, 그 밖에 대기업에 비해 비용부담을 겪는 중소기업이나 개인 등은 수수료가 일부 감면된다.

### 부당감면 제재

수수료 체계의 공정성을 확보하고자 감면사유에 해당하지 않음에도 불구하고 거짓이나 부정한 방법으로 수수료 부당감면 받은 경우 특허청장은 감면받은 수수료의 2배액을 징수하고, 일정기간 동안 감면을 제한함으로써 제재를 가할 수 있다.

## 제03절 ■ 납부한 수수료의 반환 (제84조)

1301

### 의의

수수료 부담을 완화해주고자 특허법은 잘못 납부된 수수료, 1개월 이내에 출원을 취하 또는 포기한 경우의 출원료 및 우선권 주장 신청료, 심사결과 통지 전에 출원을 취하 또는 포기한 경우의 심사청구료, 심사결과 통지 후 지정기간 내 출원을 취하 또는 포기한 경우의 심사청구료 1/3, 거절결정 불복심판청구에 의해 거절결정이 취소된 경우의 심판청구료, 심리종결 후 심결 받는 절차를 거치지 않은 경우의 심판청구료 또는 참가신청료의 2분의 1에 해당하는 금액 등을 반환대상으로 규정한다(특허법 제84조 제1항).

### 절차

특허청장 또는 특허심판원장은 반환대상에 해당하는 수수료가 있으면 납부한 자에게 통지하며(특허법 제84조 제2항), 반환사유가 발생하더라도 반환사유 발생 사실을 통지 받은 날부터 5년 이내에 납부자의 반환청구가 있을 때에만 반환한다(특허법 제84조 제3항).

## 내용 요약

### ■ 수수료

‘절차를 밟는다’란 요구되는 서면을 제출하고, 수수료를 납부하는 행위다. 앞에서는 서면을 작성하고 제출하는 절차를 살폈다. 이하 수수료 납부에 관한 규정을 살펴본다.

특허청에 납부하는 비용에는 수수료와 특허료가 있다. 이 중 수수료란 특허출원, 심사청구, 심판청구 등 특허에 관한 절차를 밟는 특정의 이용자로부터, 국가가 제공한 역무에 대한 반대 급부 또는 보수의 성격으로 징수하는 요금을 의미한다. 특허에 관한 절차를 밟으면서 수수료의 납부가 필요함에도 불구하고 그 절차를 밟는 자가 수수료를 납부하지 않으면, 특허청장 또는 특허심판원장은 해당 절차에 대해 보정을 명하며, 보정명령에도 불구하고 계속 납부하지 않을 경우 해당 절차는 무효로 될 수 있다(제46조 및 제16조). 이하에서는 수수료에 대해 살펴볼 것이며, 특허료는 나중에 다룬다.

#### 납부

특허에 관한 절차의 수수료는 그 절차를 밟는 자가 납부하여야 한다(제82조 제1항). 즉 특허에 관한 절차에는 출원인 또는 특허권자가 아닌 제3자가 밟을 수 있는 절차도 있는데, 이때 출원인 또는 특허권자가 아닌 자가 밟을 수 있는 특허에 관한 절차의 수수료(예컨대 심사청구료 또는 우선 심사신청료 등)는 그 절차를 밟는 자가 납부하여야 한다.

다만 논리적으로 보면 당연한 것이나, 그 결론이 다소 독특한 규정이 있는데, 바로 제3자의 심사청구 후에 출원인측의 명세서의 보정에 의하여 심사청구료가 증가된 경우, 즉 출원인이 명세서의 보정을 통해 새로운 청구항을 신설하여 그 항에 대한 심사청구료가 추가된 경우, 그 증가된 심사청구료는 타당성 차원에서 심사청구절차를 진행한 위 제3자가 납부할 것이 아니라 출원인이 납부하여야 한다(제82조 제2항). 이때 출원인이 증가된 심사청구료에 대해 납부하지 않으면, 청구항을 신설한 보정 절차가 무효로 될 수 있다(제16조 제1항 단서).

#### 감면, 면제

국가에 속하는 특허출원 또는 특허권에 관한 수수료나, 심사관의 각종 무효심판청구에 관한 수수료는 면제된다(제83조 제1항). 이는 같은 정부 소속이기 때문이다. 또한 의료급여 수급자, 특별재난지역으로 선포된 지역에 주된 사무소를 두고 있는 자, 기타 산업통상자원부령이 정하는 자(특허료 등의 징수규칙 제7조)의 특허출원 또는 특허권에 관한 수수료는 감면된다(제83조 제2항). 이는 경제적 약자를 돕기 위함이다. 단 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 수수료 부담감면 받은 경우는 제제 대상이 된다(제83조 제4항).

#### 반환

잘못 납부된 수수료(1호), 특허청의 잘못으로 불가피하게 진행된 절차의 수수료(7호) 또는 수수료에 합당하는 노무를 특허청·심판원이 제공하지 않은 경우(4호, 5호, 5호의2, 8호, 9호, 10호,

11호) 특허청장 또는 특허심판원장은 수수료 반환절차 안내를 통지하고(제84조 제2항), 납부한 자의 반환 청구가 있을 때 반환해 준다(제84조 제1항). 다만 반환 청구는 혼란을 방지하기 위해 5년의 기간 제한을 두고 있다(제84조 제3항).

주요내용요약		
납부	절차를 밟는 자가 납부 / 단, 제3자가 심사청구한 후 출원인이 청구항의 수를 증가하는 보정을 한 경우 그 증가한 청구항에 대한 심사청구료는 출원인이 납부	
부당감면 제재	감면받은 수수료의 2배액 징수 + 일정 기간 동안 감면제한	
반환	잘못 납부된 수수료	특허청장 등이 수수료 반환사유에 해당함을 통지 → 통지 받은 날부터 5년 이내에 반환청구하면 반환 받을 수 있음
	출원(분할, 변경, 우선심사신청 출원 제외) 후 1개월 이내 출원의 취하·포기시 출원료, 우선권주장 신청료	
	실체심사결과 통지 전 출원의 취하·포기시 심사청구료	
	실체심사결과 통지 후 지정기간 내 출원의 취하·포기시 심사청구료 1/3	
	거절결정이 취소된 경우 거절결정불복심판(재심 포함) 청구료(심판 또는 재심 중 보정이 있는 경우는 제외)	
	심판청구서 각하결정이 확정되거나 또는 심리종결통지 전까지 심판청구 취하한 경우(재심 포함) 심판청구료의 1/2	
	심리종결통지 전까지 참가신청 취하하거나 또는 참가신청이 거부된 경우 참가신청료의 1/2	



절차 ~~무효~~ vs ~~반대~~-~~항의~~

# 08 절차의 포기 또는 취하

절차 ~~취하~~ vs 포기-~~항의~~  
소멸소멸 vs 장리소멸

## 의의

절차의 취하·포기는 계속 중인 절차를 종료시키는 것을 말한다. 취하는 소멸적 소멸효과가 있고, 포기는 장래를 향한 소멸효과가 있다.

취하 - 취하서 ○ 간주

## 취하·포기 절차

포기 - 포기서 - 간주

- (1) 절차는 당사자의 의사에 따라 종결되기 전에 언제든지 취하서 또는 포기서를 제출하여 취하 또는 포기할 수 있다(특허법 시행규칙 제19조).
- (2) 일부절차는 취하시기가 제한(109)되거나 취하가 불가(110)하다.
- (3) 임의대리인이 절차를 취하하거나 포기할 때는 특별수권이 요구된다(특허법 제6조).

## 법률에 따른 취하·포기

특허법은 당사자 보호 및 제3자 불이익 방지를 위해 취하·포기 절차를 밟지 않았어도 법률에 따라 절차를 취하(111) 또는 포기(112)간주시키는 규정을 두고 있다.

## 관련문제 - 청구항별 출원절차 취하·포기

- (1) 출원절차에 대해 특허료 납부시 청구항별로 포기할 수 있다(특허법 제215조의2).
- (2) 출원절차에 대해 청구항별 취하(대법원 2003. 3. 25. 선고 2001후1044 판결)는 인정되지 않는다(113).

주요내용요약		
취하·포기	절차 계속 중 임의의 시기에 취하서·포기서 제출하면 됨	
취하시기제한	국내우선권주장절차(제56조 제2항)	선출원의 출원일부터 1년 3개월까지
	정정청구절차(제132조의3 제4항, 제133조의2 제5항, 제137조 제4항)	정정청구기간+1개월 / 정정불인정 의견 제출기간 내
	특허취소신청절차(제132조의12)	결정서 송달 또는 취소이유통지 중 빠른 날까지

109) 단 시기에 관해 특별히 제한하는 절차도 있기는 하다. 바로 국내우선권주장 절차(특허법 제56조 제2항), 정정청구절차(특허법 제132조의3 제4항, 제133조의2 제5항, 제137조 제4항), 특허취소신청절차(특허법 제132조의12)이다.

110) 심사청구절차(특허법 제59조 제4항), 재심사청구절차(특허법 제67조의2 제4항)는 취하가 불가하다.

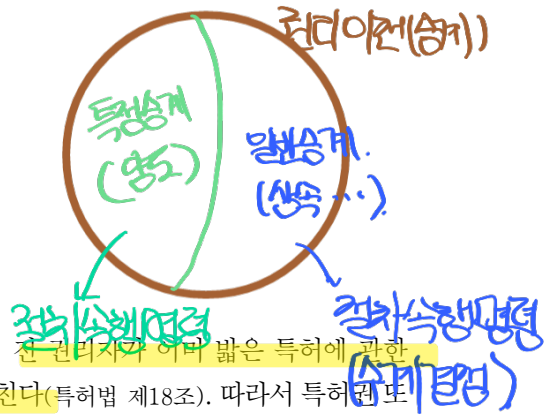
111) 특허법 제42조의2 제3항, 제42조의3 제4항, 제53조 제4항, 제56조, 제59조 제5항, 제201조 제4항, 제206조 제3항, 제47조 제4항, 제132조의3 제2항, 제133조의2 제2항, 제196조, 제202조 제3항 제3호 등

112) 특허법 제81조 제3항

113) 청구항별 취하 또는 포기는 청구항 삭제 보정과 유사한 효과가 있는데, 명세서 등의 보정절차는 수속가능기간이 엄격히 제한되어 있으나(특허법 제47조 제1항), 취하나 포기는 절차 종결 전이면 언제든지 가능하며, 청구항별 취하 또는 포기를 허용하면 명세서 등의 보정절차의 수속가능기간을 제한한 의미가 퇴색되기 때문이다.

취하불가	심사청구절차(제59조 제4항) / 재심사청구절차(제67조의2 제4항)	
취하간주	중복특허쟁점	변경출원(제53조 제4항), 국내우선권주장시 선출원(제56조 제1항)
	심사/공개쟁점	청구범위 미기재(제42조의2 제3항), 국어번역문 미제출(제42조의3 제4항), 심사청구절차 미수속(제59조 제5항)
	심사관/심판관 편의쟁점	복수회의 국어번역문제출(제42조의3 제5항), 오역 정정(제42조의3 제7항), 명세서/도면 보정(제47조 제4항), 정정청구절차를 밟은 경우(제132조의3 제2항, 제133조의2 제2항, 제137조 제4항)
	국내우선권주장	국내우선권주장출원이 취하된 경우(제56조 제3항)
포기간주	등록료 미납	출원(제81조 제3항)
청구항별 출원절차의 취하·포기		청구항별 취하불가 / 단, 등록료 납부시 청구항별 포기는 가능(제215조의2)

## 09 절차의 효력승계 / 속행



### 절차의 효력승계(특허법 제18조)

#### (1) 의의

특허권 또는 특허에 관한 권리에 관하여 승계가 있는 경우, 전 권리자가 이미 밝은 특허에 관한 절차의 효력은 상실되는 것이 아니라 권리의 승계인에게 미친다(특허법 제18조). 따라서 특허권 또는 특허에 관한 권리의 승계 후, 절차도 승계한 경우, 이미 밝은 절차는 다시 밝을 필요가 없다. 이는 권리관계에 변동이 있을 때마다 동일한 절차를 새로운 권리자와도 반복함으로써 절차가 지연되고 이에 따라 특허청 업무처리가 불편해지는 것을 제어하기 위함이다.

#### (2) 예시사례

심사관에 의견제출통지서를 발송한 후에 지정된 기간 내에 특허를 받을 수 있는 권리의 승계가 있어(특허법 제37조, 제38조) 출원인변경신고(특허법 시행규칙 제26조)가 있었다면, 심사관은 승계인에게 다시 의견제출통지서를 발송할 필요가 없고, 의견서 제출기간도 당초 의견제출통지서에서 지정한 기간이다(심사기준).

### 절차의 속행(특허법 제19조)

#### (1) 의의

특허청장 또는 심판장은 특허에 관한 절차가 특허청 또는 특허심판원에 계속 중일 때 특허권 또는 특허에 관한 권리가 이전되면 새로운 권리자가 특허법 제18조에 따라 그 절차의 효력을 받는다, 새로운 권리자가 절차를 승계하여 절차에 개입하지 않더라도 새로운 권리자에게 그 절차를 속행하게 할 수 있다(특허법 제19조). 이는 특허법 제18조와 마찬가지로 행정상의 편의 등을 도모하기 위함이다.

#### (2) 절차

승계인에 대해 특허에 관한 절차를 속행하게 하고자 할 때는 특허청장 또는 심판장은 그 취지를 당사자에게 서면으로 통지한다(특허법 시행규칙 제18조).

#### (3) 관련문제

##### 1) 문제의 요지

심판계속 중 권리가 이전되었으나 승계인에게 절차속행하지 않고 구 권리자 명의로 심결한 경우 승계인이 심결취소소송을 제기할 수 있는지를 살핀다.

2) 학설의 태도

가) 제1설은 권리승계인에 대한 속행명령을 심판장의 자유재량으로 보고, 심판장이 권리승계인에 대하여 절차를 속행하지 않은 한, 권리승계인은 심판의 당사자가 아니므로, 소를 제기할 수 있는 자는 심결의 당사자인 구 권리자라고 본다.

나) 제2설은 권리승계인에게 속행명령하는 것을 심판장의 의무로 보고, 가사 심판장이 속행명령을 하지 않았어도 권리승계인은 속행명령을 받을 지위에 있었다고 보아, 심결취소소송의 원고적격을 인정한다.

3) 관례의 태도

관례는 심판 계속 중 권리가 이전되었음에도 불구하고 종전 권리자에게 심결한 사건에서 권리의 승계인도 심결의 당사자로서 심결에 대한 취소소송을 제기할 수 있다고 본 바 있다.<sup>114)</sup>

4) 검토

권리의 특별승계가 있는 경우 승계인으로 하여금 당사자의 지위를 당연히 승계케 하는 규정이 없다. 다만 권리를 승계한 구 권리자로서는 절차 진행에 소극적일 수밖에 없어, 관례의 태도와 같이 권리승계인에게 자신의 권리를 보호하기 위해 절차를 진행할 수 있게 허용함이 타당하다.

☆

주요내용요약

part 1. 특허에 관한 절차 총칙(심사, 심판 절차 등에서 공통적으로 적용되는 절차규정)

방식	서면(서류)반려사유 / 절차무효사유 관련			
	절차를 밟는 자에게 요구되는 능력	당사자능력(제4조) / 권리능력 / 절차능력(제3조, 제4조, 제5조)		
	절차를 밟는 자의 절차능력을 보조해주는 자(대리인)	법정대리인	친권자 / 후견인 대리권(제3조 제2항) 비교	
		임의대리인	특별수권(제6조) / 서면증명(제7조) / 대리권불소멸(제8조) / 포괄위임(시행규칙 제5조의2) / 개별대리(제9조) / 대리인 선임·개임 명령(제10조) / 복수당사자(제11조) <sup>115)</sup>	
	수수료	납부할 자(제82조) / 감면·면제사유(제83조) / 반환(제84조)		
	서면	서면작성 / 서면제출 / 서면송달		
	기간	기간계산 / 기간변경 / 절차추후보완 / 기간정지		
절차취하·포기	취하시기제한 / 취하불가 / 취하간주 / 포기간주 / 청구항별 포기			
절차효력승계/속행	특허권·특허를 받을 수 있는 권리 승계시 효력승계·절차속행			

114) 2015후321

115) 법리가 임의대리인과 유사하여 임의대리인 쟁점에서 함께 다룬다.