발 간 등 록 번 호
11-1430000-001844-01

OPEN 공공누리 출처표시 상업용금지 변경금지 공공저작물 자유이용허락

# 지식재산 심판실무

## 심판일반 편

특허심판원
Intellectual Property Trial and Appeal Board

발 간 등 록 번 호
11-1430000-001844-01

OPEN 공공누리
출처표시 상업용금지 변경금지
공공저작물 자유이용허락

# 지식재산 심판실무

## 심판일반 편

특허심판원
Intellectual Property Trial and Appeal Board

# 발 / 간 / 사

최근 디지털 혁신·전환 등으로 급속한 기술개발이 이루어지고 있고, 기업간, 국가간 경쟁에서 우위를 점하기 위한 지식재산의 보호에 관심이 커짐에 따라 지식재산권 분쟁해결을 담당하는 특허심판원의 역할은 어느 때보다 중요한 상황입니다.

이에 특허심판원은 심판조직 개편, 구술심리 확대 등과 같이 심리를 보다 충실하게 진행하기 위한 다양한 노력을 하고 있고, 특허심판원의 개별 심판관들도 스스로 기술 전문성 및 심리 충실성을 높여서 분쟁을 보다 정확하고 공정하게 해결하려고 노력하고 있습니다.

심판관들이 심리를 충실히 진행할 수 있는 데는 지침서로서 기능을 하고 있는 심판편람이 큰 역할을 하고 있습니다. 심판편람은 1978년 심판실무지침서로 발간된 이후 13차례의 개정을 거치면서 수정·보완된 것으로, 그간의 법령, 훈령, 판례 등의 개정 내용을 반영해 오고 있습니다. 그러나 쟁점에 대한 다양한 의견들이 포함된 학술자료나 심판관들이 많이 참고하는 심결례를 충분히 포함하고 있지 않아서 심판관들이 다양한 시각으로 사건을 심리하는데 다소 아쉬움이 있었습니다.

이에 기존 심판편람을 보완하고자 새로운 지침서를 계획하였습니다. 새로운 지침서는 심판관들이 다양한 관점으로 심판사건을 바라볼 수 있도록 심판관련 기본적인 이론은 물론 이견이 있는 다양한 법령해석까지 충실하게 포함되도록 할 것이며, '심판일반', '특허·실용신안', '상표', '디자인'을 별도의 책으로 구성하여 심판관들이 필요한 부분만을 편리하게 참고할 수 있도록 할 예정입니다.

본 책은 심판실무지침서 중 '심판일반'에 대해 우선 집필한 것으로, 특허·실용신안, 상표, 디자인 심판의 실무에 있어 일반적이고, 기본적인 내용을 모아 집필한 것입니다. 초판이라 부족한 점이 많지만, 향후 체계적인 개정을 통해 점차 완성도가 더해질 것입니다.

새롭게 제작된 '심판일반'이 특허심판원 심판관에게 훌륭한 지침으로 활용되기를 바라고, 마지막으로 바쁜 와중에도 새로운 '심판일반'을 발간하는데 수고를 아끼지 않은 집필위원 및 검토위원 모두의 노고에 깊이 감사드립니다.

2022년 1월

특허심판원장 이 재 우

## 약칭 설명

§○○ ····· 제○○조
§○○의2 ····· 제○○조의2
§○○① ····· 제○○조제1항
§○○①1 ····· 제○○조제1항제1호
특 ····· 특허법
특시령 ····· 특허법 시행령
특시칙 ····· 특허법 시행규칙
특등령 ····· 특허권 등의 등록령
특등시칙 ····· 특허권 등의 등록령 시행규칙
실 ····· 실용신안법
디 ····· 디자인보호법
상 ····· 상표법
변시령 ····· 변리사법 시행령
변시칙 ····· 변리사법 시행규칙
수규칙 ····· 특허료 등의 징수규칙
특훈 ····· 특허청 훈령
특심훈 ····· 특허심판원 훈령
특심예 ····· 특허심판원 예규
직제 ····· 특허청과 그 소속기관직제
직제규칙 ····· 특허청과 그 소속기관직제·시행규칙
민 ····· 민법
민소 ····· 민사소송법
민소칙 ····· 민사소송규칙
행소 ····· 행정소송법
법조 ····· 법원조직법
대판 ····· 대법원판결
심판원 ····· 특허심판원
심판원장 ····· 특허심판원장
행심 ····· 행정심판법
가소 ····· 가사소송법

지식재산심판실무
심판일반편

# CONTENTS 목 차

## 제1장 지식재산심판 개괄


제1절 서설 ····· 3
1. 의의 ····· 3
2. 특별행정심판 ····· 3
3. 독립성 ····· 4
4. 재판의 전심 절차 ····· 5

제2절 법적성질 ····· 6
1. 객체의 특수성 ····· 6
2. 소송법적 성질 ····· 6
3. 행정행위와의 구별 ····· 6
4. 사법행위와의 구별 ····· 6
5. 민사소송과의 구별 ····· 7

제3절 특허심판이 추구하는 이상 ····· 8
1. 정확 ····· 8
2. 공정 ····· 8
3. 신속 ····· 9
4. 경제 ····· 10

제4절 종류 ····· 12
1. 서설 ····· 12
2. 구별의 실익 ····· 12
3. 결정계 심판 ····· 13
4. 당사자계 심판 ····· 16
5. 특허(실용신안등록) 취소신청 ····· 23

제5절 특허심판원 ····· 24
1. 설치 ····· 24
2. 구성 ····· 24
3. 업무 ····· 25

## 제2장 심판의 주체 등

제1절 특허심판원장 ····· 31
1. 자격 ····· 31
2. 역할 ····· 31
제2절 수석심판장 ····· 34
1. 자격 ····· 34
2. 역할 ····· 34
제3절 수석심판장 전원회의 ····· 35
1. 구성 ····· 35
2. 역할 ····· 35
제4절 심판장 ····· 36
1. 자격 ····· 36
2. 역할 ····· 36
제5절 심판관 ····· 38
1. 자격 ····· 38
2. 역할 ····· 38
3. 제척 ····· 39
4. 기피 ····· 47
5. 회피 ····· 52
제6절 심판관합의체 ····· 54
1. 구성 ····· 54
2. 역할 ····· 54
제7절 심판연구관 ····· 56
1. 자격 ····· 56
2. 역할 ····· 56

제8절 심판방식 심사관보(심판사무관) ····· 57
1. 자격 ····· 57
2. 역할 ····· 57

제9절 당사자 ····· 58
1. 당사자의 구분 ····· 58
2. 당사자에 관한 심판청구요건 ····· 59
3. 당사자능력 ····· 59
4. 당사자적격 ····· 68
5. 당사자의 확정 ····· 71
6. 당사자의 보정 ····· 72
7. 흠이 있는 경우의 취급 ····· 73
8. 당사자의 사망 또는 소멸 ····· 77
9. 판례 ····· 78

제10절 참가인 ····· 82
1. 의의 ····· 82
2. 참가의 종류 ····· 82
3. 참가의 형태 ····· 83
4. 참가의 요건 ····· 83
5. 참가 절차 ····· 84
6. 참가의 효력 ····· 87
7. 참가의 취하 ····· 90
8. 심판청구가 각하되거나 취하되는 경우의 취급 ····· 90
9. 참가의 소멸 ····· 91

제11절 대리인 ····· 92
1. 의의 ····· 92
2. 대리인의 능력 ····· 92
3. 대리인의 구분 ····· 92
4. 대리의 유형 ····· 106
5. 대리인과 관련된 절차 ····· 112
6. 대리권 불소멸 ····· 113
7. 심판장에 의한 선임·교체 ····· 114
8. 대리인이 사망한 경우의 취급 ····· 114
9. 심판구조제도 ····· 116
10. 대리와 구별하여야 할 제도 ····· 124

## 제3장 심판의 절차 및 제반 업무

제1절 서설 ····· 127

제2절 심판의 절차 ····· 128
1. 심판청구서(취소신청서)의 기재사항 및 첨부서류 ····· 128
2. 심판서류의 접수 ····· 130
3. 심판번호 부여 ····· 133
4. 심판서류 처리 ····· 134
5. 심판처리부 기재 ····· 134
6. 등록원부 예고등록 의뢰 ····· 135
7. 서류철 대출 의뢰 ····· 135
8. 심판관 지정 ····· 135
9. 심판관 변경 ····· 136
10. 심판관 지정·변경 통지서의 작성 및 통지 ····· 137
11. 방식심사 ····· 137
12. 심판청구서(취소신청서)의 보정 ····· 139
13. 심판청구서(취소신청서) 부본 송달 및 통지 ····· 141
14. 답변서 수리 ····· 143
15. 의견서 등의 취급 ····· 143
16. 심판서류 등의 반환 ····· 144
17. 심결(결정) 인증 및 심결(결정)등본 송달 ····· 145
18. 심결의 확정 절차 ····· 146
19. 통지서 등의 처리요령 ····· 147

제3절 기일 및 기간 ····· 150
1. 기일 ····· 150
2. 기간 ····· 151
3. 기일·기간의 해태 ····· 163
4. 기간의 추후 보완 ····· 164

제4절 절차의 정지 ····· 167
1. 개요 ····· 167
2. 절차의 중단 ····· 168
3. 절차의 중지 ····· 173
4. 중단·중지의 효력 ····· 175

제5절 절차의 효력 승계 ····· 177
1. 절차의 효력 승계 ····· 177
2. 절차의 속행 ····· 178
3. 속행 통지 ····· 178

제6절 서류의 송달 ····· 180
1. 의의 ····· 180
2. 서류송달 방법 ····· 181
3. 송달대상 서류 ····· 185
4. 서류의 수신인 ····· 187
5. 재외자에 대한 서류송달 절차 ····· 188

제7절 심판서류의 열람·복사 ····· 190
1. 신청 ····· 190
2. 처리절차 ····· 190
3. 신청이 있더라도 허가되지 않는 경우 ····· 191
4. 결정계 심판의 열람 ····· 191
5. 당사자계 심판의 열람 ····· 192
6. 취소신청 사건의 열람 ····· 192
7. 열람 거부 ····· 192
8. 열람 허가를 위한 이해관계의 판단 기준 ····· 193
9. 심결문의 공개(KIPRIS) ····· 194
10. 정보공개 신청 ····· 194

제8절 증거물 등 보관물의 관리 및 반환 ····· 196
1. 증거물 등의 관리 ····· 196
2. 증거물 등의 반환 ····· 198

제9절 심판수수료 ····· 199
1. 서설 ····· 199
2. 심판수수료의 납부 ····· 199
3. 심판수수료의 반환 ····· 200
4. 수수료 미납 시 심판절차 ····· 201

제10절 심판서류의 반출금지 및 비밀누설죄 ····· 202
1. 심판·재심서류의 반출 및 감정 등의 금지 ····· 202
2. 비밀누설죄 ····· 202

## 제4장 심 리


제1절 방식심리 ····· 205
1. 서설 ····· 205
2. 주체 ····· 207
3. 방식위반 조사 ····· 207
4. 방식심리에 따른 조치 ····· 213

제2절 요지변경 ····· 224
1. 서설 ····· 224
2. 요지변경 판단방법 ····· 224
3. 요지변경 시 조치방안 ····· 227

제3절 적법성 심리 ····· 230
1. 서설 ····· 230
2. 심판청구 요건 ····· 230
3. 부적법한 심판청구 ····· 230
4. 절차 ····· 231
5. 효과 ····· 231
6. 불복 ····· 231

제4절 심판의 대상(심판물) ····· 232
1. 소송물과 대비되는 심판물이라는 개념의 존재 유무 ····· 232
2. 심판종류별 심판의 대상 ····· 232

제5절 심판청구의 이익(심판청구권) ····· 235
1. 서설 ····· 235
2. 객관적 청구권 이익 ····· 235
3. 주관적 청구권 이익 ····· 239

제6절 이해관계 ····· 240
1. 서설 ····· 240
2. 당사자 적격 ····· 240
3. 당사자 적격자로서의 이해관계인 ····· 242
4. 이해관계인의 범위 ····· 243
5. 이해관계의 심리 ····· 244
6. 판례 ····· 252

제7절 일사부재리 ····· 254
1. 서설 ····· 254
2. 일사부재리 판단 ····· 255
3. 일사부재리 판단의 기준시점 ····· 259
4. 심결취소소송에서 주장·입증 책임 결여로 인한 취소확정판결에 따른 심결의 일사부재리 적용 여부 ····· 262
5. 조치 ····· 263
6. 효과 ····· 263
7. 유사 제도 ····· 263
8. 판례 ····· 264

제8절 중복심판청구 ····· 267
1. 서설 ····· 267
2. 중복심판청구 판단 ····· 267
3. 조치 ····· 269
4. 효과 ····· 269
5. 판례 ····· 270

제9절 본안심리 ····· 272
1. 서설 ····· 272
2. 심리원칙 ····· 272
3. 심사관 의견 요청 ····· 274

제10절 직권심리 ····· 275
1. 서설 ····· 275
2. 직권진행주의 ····· 275
3. 직권탐지주의 ····· 276

제11절 서면심리 ····· 278

제12절 구술심리 ····· 279
1. 서설 ····· 279
2. 구술심리의 법적 의의 ····· 279
3. 구술심리와 서면심리의 비교 ····· 280
4. 대상사건 ····· 280
5. 개최장소 ····· 281
6. 내용 ····· 283

7. 절차 ····· 284
8. 조서 ····· 301
9. 심판사건 설명회 및 심판관 면담과의 관계 ····· 303

제13절 적시제출주의 ····· 305
1. 서설 ····· 305
2. 적시제출주의의 내용 ····· 306
3. 적시제출주의의 실효성 확보를 위한 제도 ····· 306

제14절 심판사건 설명회 ····· 307
1. 서설 ····· 307
2. 심판사건 설명회의 신청 및 요청 ····· 307
3. 심판사건 설명회의 방법 ····· 307
4. 심판사건 설명회의 대상자 ····· 308
5. 심판사건 설명회의 절차 ····· 308
6. 심판사건 설명회 결과의 활용 ····· 309
7. 구술심리와의 차이점 ····· 309
8. 민사소송법상 변론준비기일과의 차이점 ····· 310

제15절 심문 ····· 312
1. 서설 ····· 312
2. 심문의 범위 ····· 312
3. 심문의 형식 ····· 312
4. 석명 의무 ····· 313
5. 심문에 응하지 아니하는 경우의 취급 ····· 313
6. 통지와의 비교 ····· 313

제16절 우선심판 ····· 314
1. 서설 ····· 314
2. 우선심판의 대상 ····· 314
3. 우선심판의 신청 및 처리절차 ····· 315

제17절 신속심판 ····· 317
1. 서설 ····· 317
2. 신속심판의 대상 ····· 317
3. 신속심판의 신청 및 처리절차 ····· 319

제18절 심리병합 ····· 321
1. 서설 ····· 321
2. 심리병합의 요건 ····· 321
3. 심리병합의 절차 ····· 321
4. 단순·선택적·예비적 병합 ····· 322
5. 심리병합의 효과 ····· 323
6. 병합 심결문 작성 시 유의사항 ····· 324

제19절 심리분리 ····· 327
1. 서설 ····· 327
2. 심리분리의 요건 ····· 327
3. 심리분리의 절차 ····· 327
4. 심리분리의 효과 ····· 327

제20절 심판-조정 연계 ····· 328
1. 서설 ····· 328
2. 산업재산권분쟁조정위원회 ····· 329
3. 절차 ····· 330

제21절 정보제공 ····· 332
1. 서설 ····· 332
2. 정보제공을 할 수 있는 자 ····· 332
3. 정보제공을 할 수 있는 심판 ····· 332
4. 정보제출서의 반려 ····· 333
5. 제출할 수 있는 정보 ····· 333
6. 제출된 증거의 채택 여부 ····· 333
7. 정보제공자 등에 대한 통지 ····· 334
8. 정보제공자의 해당 정보에 관한 석명·면접 등의 기회 ····· 334

제5장 증거조사

제1절 증거 ····· 337
1. 서설 ····· 337
2. 증거의 필요성 ····· 337
3. 증거능력과 증거력 ····· 338
4. 증거의 종류 ····· 339

5. 증명의 대상 ····· 341
6. 증거의 제출시기 ····· 342
7. 증거의 채택여부 ····· 343
8. 주장/증명책임 ····· 345

제2절 증거조사 ····· 346
1. 서설 ····· 346
2. 구분 ····· 346
3. 증거조사의 절차 ····· 349
4. 병합사건의 증거조사 ····· 361
5. 증거방법의 원용 및 추완 ····· 361

제3절 서증 ····· 362
1. 서설 ····· 362
2. 문서의 종류 ····· 363
3. 문서의 증거력 ····· 364
4. 문서의 제출 ····· 366
5. 자인, 자백 ····· 380

제4절 당사자신문 ····· 381
1. 서설 ····· 381
2. 절차 ····· 381
3. 법적 성격 ····· 383

제5절 증인신문 ····· 384
1. 서설 ····· 384
2. 증인능력 ····· 385
3. 증인의 의무 ····· 385
4. 증인신문의 진행 ····· 388

제6절 검증 ····· 421
1. 서설 ····· 421
2. 심판정내 검증(정내검증) ····· 421
3. 심판정외 검증(현장검증) ····· 422
4. 검증의 절차 ····· 424
5. 의견제출 기회 ····· 427
6. 검증조서의 작성 ····· 427

제7절 감정 ····· 431
1. 서설 ····· 431
2. 감정의무 ····· 431
3. 절차 ····· 432
4. 지정·기피 ····· 434
5. 촉탁 ····· 435

제8절 증거보전 ····· 436
1. 서설 ····· 436
2. 증거보전의 절차 ····· 437
3. 증거보전의 결정 ····· 439
4. 실시 전의 준비절차 ····· 440
5. 증거조사 실시 ····· 441

제9절 수명심판관 ····· 443
1. 서설 ····· 443
2. 역할 ····· 443

제6장 심판의 종료

제1절 취하 ····· 447
1. 서설 ····· 447
2. 요건 ····· 447
3. 절차 ····· 452
4. 취하가 인정된 후의 절차 ····· 456
5. 심판청구의 일부 취하 ····· 459
6. 취하사건의 부실권리 존속방지를 위한 처리 ····· 460
7. 효과 ····· 461

제2절 포기·인낙 ····· 463
1. 서설 ····· 463
2. 절차 ····· 464
3. 사례 ····· 465
4. 효과 ····· 467

제3절 심리종결 ····· 468
1. 심리진행상황 안내통지 ····· 468
2. 심리종결 통지 ····· 470
3. 심리재개 ····· 471

제4절 합의 ····· 473
1. 서설 ····· 473
2. 심판합의체 ····· 473
3. 합의준비 ····· 475
4. 합의 ····· 476

제5절 심결 ····· 478
1. 서설 ····· 478
2. 심결문 양식 및 표기방법 ····· 478
3. 심결문 기재방법 ····· 482
4. 심결 후의 서면으로 접수된 서류의 처리 ····· 496
5. 심결의 확정 ····· 497
6. 심결의 효력 ····· 505

제6절 심판종료선언 ····· 507
1. 서설 ····· 507
2. 사례 ····· 507
3. 심판비용의 문제 ····· 508

제7절 심판비용 ····· 510
1. 서설 ····· 510
2. 심판비용의 구성 ····· 511
3. 심판비용의 계산 ····· 513
4. 심판비용 부담자 ····· 514
5. 심판비용과 심급 ····· 517
6. 결정 절차 ····· 517
7. 심판비용액결정 집행문 ····· 520
8. 반환 ····· 522
9. 예납금 ····· 522

제8절 경정 ····· 525
1. 서설 ····· 525

2. 심결의 취소 여부 ····· 526
3. 경정의 내용 ····· 526
4. 경정의 실시 및 등본 송달 ····· 526

제9절 심결취소소송 ····· 528
1. 서설 ····· 528
2. 심결취소사유와 입증책임 ····· 539
3. 상고 ····· 543
4. 판결 ····· 548
5. 심결취소소송과 관련된 특허심판원의 업무 ····· 555

제7장 재 심

제1절 서설 ····· 563
1. 개요 ····· 563
2. 청구대상 ····· 563
3. 청구인 ····· 564
4. 참가 ····· 565
5. 청구기간 ····· 565

제2절 절차 ····· 569
1. 재심청구서 제출 ····· 569
2. 방식심리 ····· 570
3. 재심청구서의 보정 ····· 570
4. 본안심리 ····· 571

제3절 청구사유 ····· 572
1. 개요 ····· 572
2. 일반 재심사유 ····· 572
3. 사해심결에 대한 재심사유 ····· 582

제4절 심리 ····· 584
1. 개요 ····· 584
2. 심리범위 ····· 584
3. 심리순서 ····· 584

제5절 심결 ····· 586
1. 심결문에 기재할 사항 ····· 586
2. 주문 및 이유의 작성 ····· 586
3. 확정 ····· 586
4. 효력 ····· 587
5. 불복 ····· 587

제6절 재심에 의하여 회복된 특허권 등의 효력 ····· 588
1. 특허권·실용신안권·디자인권·상표권의 효력 제한(특§181, 실§33, 디§161, 상§160) ····· 588
2. 재심에 의하여 회복한 특허권·실용신안권·디자인권에 대한 선사용자의 통상실시권(특§182, 실§33, 디§162) ····· 588
3. 재심에 의하여 특허권·실용신안권·디자인권에 대한 통상실시권을 상실한 원권리자의 통상실시권(특§183, 실§33, 디§163) ····· 588

제7절 심·판결례 ····· 590
1. 판례 ····· 590
2. 심결례 ····· 599

**색인목록** ····· 603

# 제1장

# 지식재산심판 개괄

제1절 서설 ····· 3
제2절 법적성질 ····· 6
제3절 특허심판이 추구하는 이상 ····· 8
제4절 종류 ····· 12
제5절 특허심판원 ····· 24

# 제1장 지식재산심판 개괄

## 제1절 서 설

### 1 의의

특허심판이란 산업재산권(특허·실용신안·디자인·상표)에 대하여 특허청의 심사관이 행한 처분 또는 그 처분에 의해 등록된 산업재산권의 발생·변경·소멸 및 그 권리범위에 관한 분쟁을 신속·정확하게 해결하기 위하여 특허심판원의 심판합의체에 의하여 행해지는 특별행정심판제도를 말한다.

일반 행정 심판·소송과 달리 별도로 이와 같은 특별행정심판제도를 두고 있는 이유는 산업재산권은 전문적인 기술내용 등을 바탕으로 준사법적인 절차를 거쳐 등록 허부가 결정되고 이에 대한 처분의 적정 여부 및 분쟁을 다루기 위해서는 법률 및 기술에 대한 전문지식과 심사 경험을 갖춘 심판관에 의하여 재판의 전심 절차로서 행정심판기관으로 하여금 그 적법 여부를 판단하도록 하는 것이 바람직스럽기 때문이다.

### 2 특별행정심판

행정심판은 위법하거나 부당한 행정처분 등으로 권익을 침해당한 자가 처분 행정청의 직상급 감독관청에 대하여 그러한 행정처분의 취소나 변경, 무효 확인 등의 처분을 구하는 헌법상 쟁송 절차(제107조제3항)이다. 행정심판제도는 행정심판법에 의해 규율을 받고 있는데, 오늘날 행정의 복잡성과 다양성, 전문성 등으로 인하여 특수 분야의 행정은 법적 전문성과 아울러 당해 행정분야의 전문성이 요구되는 경우가 대부분이므로 이러한 분야에 대한 행정심판은 행정심판법에 의한 일반적인 행정심판 절차보다는 당해 분야의 전문성과 특수성에 맞는 특별행정심판과 같은 절차에 의하도록 하는 것이 보다 효과적인 권리구제에 도움이 될 수 있다.

특별행정심판이란 특정 분야 행정청의 처분 또는 부작위에 대하여 행정심판법에 의한 일반적인 행정심판절차에 따라 심판하지 아니하고 각 개별법에서 따로 정한 특례 절차에 따라 하는 행정심판을 말한다. 특별행정심판은 대상이 되는 사건의 전문성·기술성을 고려하여 채택한 제도이며 심판기관과 심판절차 등이 행정심판법에 의한 일반적인 행정심판절차보다 사법절차에 준하도록 되어 있다. 특별행정심판으로 특허심판, 조세심판, 해양안전심판, 공무원징계에 대한 소청심사, 교원소청심사 등이 있으며 특허심판은 특허법에서 정하는 절차에 의해 진행된다.

개별 법률에서 정하고 있는 불복절차가 행정심판법에 의한 행정심판을 대체하는 특별행정심판에 속하는 경우에는 당해 특별행정심판이 일반 행정심판을 대체하므로 행정심판법에 의한 행정심판을 청구할 수 없으며, 당해 법률에 의한 불복절차를 거치지 아니하거나 당해 법률에 의한 불복절차를 거친 후 행정심판법에 의한 행정심판을 청구하는 때에는 부적법한 심판청구로서 각하 대상이 된다.

## 3 독립성

특허심판이 재판에 준하는 공정성을 확보하고 확고한 권위와 위상을 확립하기 위해서는 무엇보다도 특허심판원이 지닌 권한에 대해 독립성의 보장과 유지가 중요하다. 심판의 독립성은 판단기관인 특허심판원이 외부기관으로부터 영향을 받지 않고 독자적으로 의사결정을 할 수 있는지 여부에 의해 결정되며 정치적, 행정적인 측면에서 판단기관의 의사 형성에 관하여 간섭이 없는 상태를 지칭한다. 판단기관의 독립성을 판단하는데 있어 고려해야 할 대상으로는 판단기관 구성원의 임명방법, 임기, 소속기관 또는 임명권자의 감독 권한 및 이들에 대한 판단기관의 보고의무 등이 있다.

헌법이 행정심판을 준사법화하고 있는 정신에 비추어 볼 때 심판기관의 독립성과 공정성은 매우 중요하다. 특별행정심판을 수행하는 특허심판원은 준사법기관이므로 심판의 수행 주체인 심판관은 법관에 준하는 직무와 인사의 독립성과 전문성이 요구된다.

판단기관의 독립성과 관련하여 특허심판원의 조직과 운영에 대해 특허법 제132조의16(특허심판원)와 특허청과 그 소속기관 직제(대통령령) 제2조(소속기관)로 규정하

고 있다. 심판관 수에 대해서는 특허청과 그 소속기관 직제(대통령령) 제22조(심판장과 심판관)에 규정되어 있다. 또한, 심판기관으로서 특허심판원의 독립성 보장의 일환으로 특허법은 심판관의 직무상 독립을 명문화하고 있고(특§143③), 심판관(심판장)의 자격요건에 대해 특허법 시행령(대통령령) 제8조(심사관 등의 자격요건)에 규정하고 있다.

## 4 재판의 전심 절차

심판은 형식적으로는 행정행위로서의 성질을 가지는 것이 사실이나 실질적으로는 특허법원의 전심 절차로서 민사소송법상의 재판절차 규정을 상당 부분 준용하고 있다는 점에서 준사법적 행정행위로서의 성질을 가진다.

특허심판 제도는 고도의 기술 전문성이 필요하므로, 다른 행정심판과 달리 특허심판원의 심결에 대한 불복 소송만 가능한 필요적 전치주의를 채택하고 있다. 즉, 특허법 제186조 제6항, 디자인보호법 제166조 제6항에서는 심판을 청구할 수 있는 사항에 관한 소는 심결에 대한 것이 아니면 제기할 수 없도록 규정하고 있고, 특허법 제132조의17, 디자인보호법 제120조, 상표법 제116조에서는 거절결정에 불복이 있는 때에는 거절결정등본을 송달받은 날부터 30일 이내에 심판을 청구할 수 있도록 규정하고 있다.

심판전치주의는 사법재판 구조의 결함을 보충하고 행정청의 전문지식을 활용하며 법원의 부담을 경감하는 등의 이점을 가지고 있다. 심리의 대상이 전문분야에 속하기 때문에 소송의 전 단계에서 전문 행정청에 의한 신중한 심리단계를 두고 비록 소송법상의 심급적 연결이 되어 있지는 않지만 특허법원의 소송에 대한 사실상의 전심으로서 역할을 맡김으로써 이 분야의 비전문가인 법관의 부담을 경감시킴과 동시에 실질적으로 당사자의 권익 보호를 도모할 수 있게 하고 있다.

한편, 현행법상 필요적 심판전치주의 대상은 조세심판(조세심판원), 특허심판(특허심판원), 해양사고의 조사 및 심판(해양안전심판원), 부당해고 불복(노동위원회), 토지수용재결 이의신청(중앙토지수용위원회), 공무원 징계처분 불복(소청심사위원회) 등이 있다.

# 제2절 법적성질

## 1 객체의 특수성

특허심판은 특허청의 심판관들로 구성된 합의체에 의하여 판단되고, 이 판단이 형식적으로 행정행위 내지 행정처분으로서의 성질을 갖지만 그 본질은 특허권 등 산업재산권의 설정 및 권리범위의 해석 등에 관한 당사자의 주장을 판단하는 것이다. 특허심판의 객체인 특허권은 권리의 존속기간이 유한하고, 사유재산권이기는 하나 공익적인 면이 있어 그 기술내용을 공개해야 하고 권리의 행사 또는 불행사가 국가산업 정책적 차원에서 강제되는 점 등을 고려하여 국가(심사관)가 그 무효를 주장하는 심판청구인이 될 수 있다.

## 2 소송법적 성질

특허심판은 행정심판이기는 하나 특허법원과 대법원으로 이어지므로 사실상의 제1심의 성질을 가지며 심판은 독립성이 유지되고, 심판의 절차가 민사소송법의 절차와 유사하여, 심결의 효력이 판결의 효력과 같다.

## 3 행정행위와의 구별

심판기관이 행정부에 소속되어 있기는 하나 직무상의 독립성이 유지되고, 심판관은 공무원으로서의 일반적인 자격 이외에 특정한 자격요건을 구비하여야 하며, 그 업무의 절차와 행위의 효력이 사법적 절차 및 판결의 효력과 같다.

## 4 사법행위와의 구별

심판관의 직무상 독립성이 있는 점(특§143③) 및 절차가 사법(司法)재판과 유사하고 심결이 확정되면 일사부재리의 효과가 발생하는 점(특§163) 등을 고려할 때 특허심판의 본질은 준사법적 행정행위라고 할 것이다. 이처럼 특허심판절차는 준사법적 기능을 갖지만 그 법적 성질은 '행정상의 쟁송절차'이다. 이는 특허심판제도가 특허권에 대한 사법적(司法的) 구제제도가 아니라는 것을 의미한다.

즉, 심판은 법원이 아닌 행정청에서 행하여지고, 심판관 직무의 독립성과 자격요건이 법률과 대통령령에 규정되어 있으므로 헌법으로 보장된 재판의 독립성과 법관의 자격요건에 미치지 못하며, 고도의 신분보장을 받고 있는 법관의 경우와는 달리 심판관의 신분보장에 관한 특칙은 없다.

## 5 민사소송과의 구별

특허심판은 기본적으로 민사소송과 같이 사인(私人) 간의 분쟁해결에 이용되는 제도이지만, 민사판결의 효과와는 달리 특허심판의 결과는 당사자 이외에 제3자에게도 영향을 미치는 점 등이 고려되어 민사소송과 몇 가지 기본적인 차이를 두고 있다. 즉, 절차 전반에 있어 민사소송은 당사자주의가 적용되나 심판은 직권주의가 적용된다. 또한 민사소송은 변론주의가 적용되나 심판은 직권탐지주의가 적용된다. 이와 함께, 민사소송은 구술심리주의가 적용되나, 심판은 구술심리 또는 서면심리 모두가 가능하다.

# 제3절 특허심판이 추구하는 이상

## 1 정확

특허심판원은 특허심판에 대한 심리·심결 권한을 갖는 기관이며 실질적 재판의 1심을 담당하는 기관이므로 실체적 진실을 발견함으로써 당사자 간의 분쟁을 정확하고 원활하게 해결하기 위하여 심판품질 향상을 통해 심판의 정확성을 제고할 필요가 있다.

정확한 심판을 위해 특허심판원은 다음과 같은 다양한 심판품질 제고 정책을 시행해 오고 있다.

- 심판품질 제고를 위한 평가 및 환류시스템 운영: 심판품질평가 위원회 운영 내실화 및 우수심결문 선정, 우수 판례평석 공모, 법원근무결과 발표회 개최
- 심판품질 향상 활동 및 심판 인프라 확충: 특허법원 및 대법원 판례 분석집 발간
- 심판관 양성 및 교육과정 내실화: 심판관과정 OJT 교육 실시, 심판부 자체학습 조직 운영 및 심판원 교육과정 내실화
- 구술심리 확대 실시 및 내실화 노력: 원격영상 구술심리시스템 개통, 구술심리 투명성 및 고객 편의성 제고, 구술심리 진행 절차의 표준화 등

특허심판원은 정확한 심판을 수행하기 위한 정책의 일환으로 2006년 특허심판절차에 구술심리 방식을 도입하였다. 2014년 4월부터는 원거리 거주자를 위한 영상구술심리제도가 도입되어 고객의 편의를 증진하고 거리의 제약을 극복할 수 있게 되었다. 구술심리절차는 당사자가 직접 참여하여 상대방과 심판관에 대해 기술설명과 주요쟁점을 논의함으로써 고객의 신뢰 제고 및 특허심판의 품질 향상에 기여하는 것으로 평가되고 있다.

## 2 공정

특허심판원은 특허심판에 대한 심리·심결 권한을 갖는 기관이므로 실질적 재판의 1심으로서의 공정성의 추구를 통해 출원인의 권익 보호 강화 및 당사자 간 특허분쟁의 공정한 해결을 도모할 필요가 있다. 판단기관의 공정성은 판단기관 자체의 존

재 의의에 관한 문제이며 특허심판의 공정성에 영향을 미치는 요인으로는 심판관의 자격요건, 심판부의 구성, 특허심판원장의 임명방법, 특허심판원장의 기관운영 및 심판관에 대한 권한의 정도 등이 있다.

절차적 공정성에 대해, 심판관은 특허청장으로부터 심판에 대해 어떠한 지휘 감독도 받지 않고 특허법 제143조에 의거, 심판관의 자격은 대통령령으로 정하고, 심판관은 직무상 독립하여 심판업무를 수행하며 심판은 사법절차를 준용하여 공정한 심리를 할 수 있도록 보장되어 있다. 또한, 모든 심판사건을 3인 또는 5인의 심판관 합의체에 의해 처리하고, 심사에 관여한 심판관은 제척되어 심리에 참여할 수 없으며, 특허법 제217조 제2항에 의거 심결 또는 결정의 내용에 관하여는 감정·증언하거나 질의에 응답할 수 없다고 규정되어 있다. 특히 특허법 제146조는 심판의 합의는 공개하지 아니하는 것으로 규정함으로써 심판의 결론을 도출하는 주요 단계인 합의 절차를 비밀로 유지할 것을 명시하고 있다.

이와 함께 심판의 공정을 기하기 위한 제도로 심판관이 담당하는 구체적인 사건과 인적·물적으로 특수한 관계가 있는 경우 사건의 직무에서 배제되는 '심판관 제척'(특§148) 제도가 있으며, 심판의 공정을 기대하기 어려운 사정이 있을 경우 이해관계 당사자는 심판관에 대해서 직무집행에서 배제를 신청할 수 있는 '심판관 기피'제도가 있다(특§150). 더불어 심판관 스스로 직접 해당 심판을 회피할 수 있는 '심판관 회피'제도도 있다(특§153의2).

공정한 심판의 수행을 위해서는 당사자의 절차권 보장이 중요한데, 이러한 절차권의 보장을 위해 답변서·의견서 제출, 구술심리, 참가, 증거조사 및 증거보전 등이 특허법에 명시되어 있다. 즉, 특허법 제154조(심리 등)에서 당사자가 구술심리를 신청하였을 때에는 서면심리만으로 결정할 수 있다고 인정되는 경우 외에는 구술심리를 하여야 한다고 규정되어 있고, 특허법 제147조(답변서 제출 등), 제155조(참가), 제157조(증거조사 및 증거보전)의 규정을 통해 절차의 공정성을 기하고 있다.

## 3 신속

특허심판의 정확성과 더불어 당사자들에 중요한 것은 분쟁의 조기 해결을 위한 심판처리 기간의 단축이다. 특허 심판처리의 지연은 권리의 유·무효에 대한 판단 지연 등 권리 불안정 상태를 장기간 지속시켜 사업화를 위한 투자에 악영향을 미칠 뿐 아

니라 기술개발자들의 연구개발의 의욕도 저하시켜 기업의 경쟁력은 물론 국가경쟁력까지 약화시키는 결과를 초래하게 된다. 심판의 신속한 처리는 특허심판원의 심판적체를 점진적으로 해소하여 신속하고 안정적인 권리 확보 및 행사를 가능하게 하는데 중요한 요인이다.

특허심판원이 신속하고 정확한 심판결과를 분쟁 수요자에게 신속히 제공하는 것은 특허분쟁의 조기 해결을 위해 반드시 필요하다. 다만, 심판 처리기간의 단축을 위한 심판관별 심판처리실적 초과 달성 등 자구 노력은 심판처리 기간의 단축에는 긍정적이지만 심판 품질에는 다소 부정적인 측면으로 작용할 수도 있으므로 신속한 심판처리가 심판의 품질 저하로 이어지지 않도록 유의하여야 한다.

특허심판원은 일반심판 이외에도 우선심판과 신속심판을 두어 시급을 요하는 사건에 대해 신속한 권리구제를 촉진하고 있다. 우선심판은 심결취소소송에서 취소된 사건, 침해분쟁의 사전 또는 예방단계에 활용하기 위하여 경고장 등으로 소명한 심판사건 등을 중심으로 이루어진다. 또한 특허심판원은 조속한 심판결과를 제공하기 위해 2015년 11월 신속심판 절차를 새롭게 도입하였다. 신속심판은 법원이 통보한 침해소송과 관련된 심판사건, 무역위원회가 통보한 불공정무역행위조사사건과 관련된 심판사건, 양 당사자 모두 빠른 처리에 동의한 사건, 요건을 충족하는 1인 창조기업 또는 중소기업이 당사자인 심판사건, 중소기업과 대기업 간의 심판으로서 중소기업 당사자로부터 신속심판신청이 있는 사건 등을 중심으로 진행되고 있다.

## 4 경제

특허심판원은 특허심판 절차에 드는 비용과 노력을 경제적으로 최소화하여 심판으로 인한 부담을 당사자가 되도록 적게 부담하도록 해야 할 필요가 있다. 특허심판으로 얻는 이익에 비해 비용이 지나치게 크다면 특허심판 제도를 이용할 실익이 없을 것이다. 특허심판은 특허소송보다 저비용으로 분쟁을 해결할 수 있는 장점이 있으며, 특허심판원의 심결 중 일정 비율 이하의 경우만 소 제기가 되고 나머지는 법원에 제소되지 않아 신속한 분쟁 해결에도 기여하고 있다.

민사소송 절차와 유사하게 특허심판원 및 심판절차에 드는 비용과 노력을 경제적으로 최소화하여 심판으로 인한 부담을 당사자가 되도록 적게 부담하도록 해야 할 필요가 있다. 또한 심판으로 얻는 이익에 비해 비용이 지나치게 크다면 심판제도를

이용할 실익이 없을 것이다.

또한, 특허심판은 당사자가 무자력자라고 하더라도 특허심판 제도에 대한 접근성을 높이고 특허심판 절차를 경제적으로 쉽게 이용하도록 하는 정책적 지원이 요구된다. 이를 위하여 여러 심판을 한꺼번에 심리할 수 있도록 하는 심리의 병합, 특허심판원 국선대리인 제도, 공익변리사 제도 등이 마련되어 있다. 특허심판원 국선대리인 제도란 특허 관련 당사자 심판사건 중 대리인이 없는 사회·경제적 약자에게 대리인 선임을 지원해 주는 제도이다. 국선대리인은 특허심판원에서 선정한 각 전문분야별 국선대리인 예정자 중에서 선임할 수 있다. 선임된 국선대리인은 특허, 실용신안, 상표, 디자인 관련 심판사건에 대해 대리업무를 수행한다. 또한 특허청과 한국지식재산보호원은 경제적인 어려움이나 전문지식의 부족으로 많은 비용과 노력을 들여 개발한 기술 등이 변리서비스를 받지 못해 사장되는 것을 방지하기 위해 공익변리사 상담센터를 개소하여 무료 변리서비스를 제공하고 있다.

# 제4절 종 류

## 1 서설

특허심판은 결정계 심판과 당사자계 심판으로 구분되는데, 결정계 심판은 당사자가 대립구조를 취하지 않고 청구인만 존재하는 심판이고, 당사자계 심판은 이미 설정된 권리에 관한 분쟁이 발생하여 당사자가 대립된 구조를 취하는 심판이다. 그리고 심판절차 이외의 절차로서 특허(실용신안등록) 취소신청제도가 있는데, 특허(실용신안등록) 취소신청제도는 결정계 심판 및 당사자계 심판과는 달리 누구나 등록공고 후 6개월까지 특허취소이유를 제공하면 심판합의체에서 취소여부를 결정하는 제도이다.

## 2 구별의 실익

특허심판을 심판 당사자의 성격을 기준으로 구분해 보면, 출원인 혹은 특허권자가 청구인이 되고 특허청을 피청구인으로 하는 결정계 심판, 그리고 당사자로서 청구인과 피청구인이 존재하고 이들 당사자 간의 다툼의 성격을 갖는 당사자계 심판으로 나누어진다.

결정계 심판이란 특허출원에 대한 거절결정과 같은 심사관의 처분에 불복하거나 자기의 특허발명을 정정하기 위해 청구하는 심판을 말한다. 결정계 심판에는 거절결정불복심판, 정정심판(특허/실용신안), 보정각하결정불복심판(상표/디자인) 등이 있다. 결정계 심판은 심판당사자로서 청구인과 피청구인이 대립구조를 취하지 않고 청구인만 존재한다. 결정계 심판에는 참가제도가 인정되지 않으며, 심판비용은 청구인이 부담한다.

당사자계 심판이란 행정소송 중에 당사자 소송과 마찬가지로 청구인과 피청구인의 대립 구조를 가지고 국가 이외의 권리주체를 당사자로 하는 심판의 유형이다. 당사자계 심판에는 무효심판, 권리범위확인심판(적극/소극), 상표등록취소심판, 정정무효심판(특허/실용신안) 등이 있다.

## 3 결정계 심판

### 가. 거절결정 불복심판

특허거절결정 불복심판이란 심사관으로부터 특허거절결정을 받은 자가 그 거절결정에 불복하는 경우에 청구하는 심판이다. 또한 특허권 존속기간 연장등록거절결정에 대해 불복하여 당해 거절결정을 취소해 줄 것을 요청하는 심판을 포함한다.[1] 거절결정 등에 관한 불복심판에서 거절결정을 취소하는 심결이 있어 당해 사건이 심사관에게 환송된 경우에는 심결에 있어서 취소의 기본이 된 이유는 그 사건에 대하여 심사관을 기속한다.

실용신안등록 거절결정에 대한 심판[2]은 1999. 6. 30. 이전 및 2006. 10. 1. 이후의 실용신안등록출원에 한한다. 그 이유는 1999. 7. 1. ~ 2006. 9. 30.에 출원된 실용신안등록출원에 대해서는 실용신안 선등록제도가 채택되어 거절결정 자체가 존재하지 않기 때문이다. 또한 실용신안권 존속기간연장등록거절결정에 대한 심판이 있다.[3]

상표분야에서는 심사관의 상표등록 거절결정, 지정상품의 추가등록 거절결정, 상품분류 전환등록거절결정에 대해 불복하여 특허심판원에 당해 거절결정을 취소해 줄 것을 요청하는 심판이 있다.[4] 다만, 2010. 7. 27. 이전의 존속기간갱신등록출원에 대해 거절결정이 있는 때에는 구법(2010. 1. 27. 개정 전의 상표법)에 따라 존속기간갱신등록 거절결정불복심판을 청구할 수 있다.

디자인 분야에서는 심사관의 디자인등록 거절결정에 대해 불복하여 특허심판원에 당해 거절결정을 취소해 줄 것을 요청하는 심판이 있다.[5]

본래 거절결정은 일종의 행정처분으로 행정소송으로 이를 다툴 수 있으나, 특허법에서는 심판을 청구하는 이외에 별도의 행정소송으로 이를 다투는 것을 허용하지 않고 있다(특§224의2).[6] 특허거절결정은 그 결정에 불복하는 사건이 매우 많다는 점,

---

1) 특§132의17
2) 실§33
3) 실§33
4) 상§116
5) 디§120
6) 반대 의견: 특별한 경우에 행정소송으로 다툴 수 있도록 하자는 견해가 있다. 김병국, "특허출원에

판단할 내용이 매우 전문적이라는 점, 판단자의 전문성이 요구된다는 점, 또한 처리 건수가 많으므로 다수의 판단자가 필요한 점 등을 이유로 필요적 전치주의를 채택할 필요가 있다.[7] 그러한 이유로 특허거절결정 불복심판에 대하여는 국가별로 법률체계가 서로 다름에도 불구하고 미국[8], 일본[9], 중국[10] 등 주요국이 모두 필요적 심판전치주의를 채택하고 있다. 즉, 이들 특허청들은 특허거절결정에 대한 불복의 성격이 필요적 전치주의에 가장 적합하다는 점에 대해 이해를 공유하므로 특허청 소속기관인 특허심판원만이 그 결정에 대한 불복심판을 심리한다는 것이다.[11]

### 나. 취소결정 불복심판

2007년 7월 1일 개정법 이전의 구법[12]에 의하여, 특허에 대한 이의신청의 이유가 있어 심사관이 특허의 등록을 취소하는 결정을 하는 경우에 이에 대하여 불복하여 제기하는 심판이다. 특허취소결정에 대한 심판[13]과 실용신안등록취소결정에 대한 심판[14]이 있으며 2007. 7. 1. 부터 이의신청제도가 폐지되고 무효심판으로 통합되

---

대한 거절결정시 이유부기의 하자 및 그에 대한 쟁송방법에 관한 고찰", 「지식과 권리」, 2005년 가을·겨울호, 대한변리사협회, 2005, 57-64면.

7) 이원적 특허쟁송체계 하에서 특허심판제도의 존재론적 연구(2019) 성균관대학교, 15면

8) 미국 특허법 제134(a)조("An applicant for a patent, any of whose claims has been twice rejected, may appeal from the decision of the primary examiner to the Patent Trial and Appeal Board, having once paid the fee for such appeal.").

9) 일본 특허법 제121조 제1항("A person who has received an examiner's decision to the effect that an application is to be refused and is dissatisfied may file appeals against the examiner's decision of refusal within three months from the date the certified copy of the examiner's decision has been served.").

10) 중국 특허법(專利法) 제41조("The patent administration department under the State Council shall establish a patent review board. If a patent applicant is dissatisfied with the decision made by the Patent Administration Department under the State Council on rejecting of the application, he may, within three months from the date of receipt of the notification, file a request with the patent review board for review. After review, the Patent Review Board shall make a decision and notify the patent applicant of the same. If the patent applicant is dissatisfied with the review decision made by the patent review board, he may take legal action before the people's court within three months from the date of receipt of the notification.").

11) 정차호·이해영·김동준·문려화, 「특허심판전치주의 및 심결취소소송 심리범위에 관한 연구 용역 최종보고서」, 대한변리사회, 2018. 1. 19, 20면

12) 구특§69

13) 구특§132의3

14) 구실§54

었다. 실용신안 기술평가에 의한 등록취소결정은 2006. 9. 30. 이전 출원에 한한다.

또한 심사관의 디자인등록 취소결정에 대해 불복하여 특허심판원에 당해 취소결정을 취소해 줄 것을 요청하는 심판이 있다.[15]

### 다. 보정각하결정 불복심판

구 특허법 하에서 심사관의 보정각하결정에 불복하는 보정각하결정 불복심판을 청구할 수 있다.[16] 1999. 7. 1. 이후에 출원된 실용신안등록출원과 2001. 7. 1. 이후에 출원된 특허출원은 이를 청구할 수 없으며, 보정각하결정에 불복이 있는 경우 거절결정불복심판을 통해서 다툴 수 있다.

상표 분야에서는, 출원인이 출원공고결정 전에 상표등록출원에 관한 지정상품이나 상표를 보정하려 했으나 해당 보정이 최초의 상표등록출원 요지를 변경한 것으로 판단되어 심사관으로부터 각하결정을 받은 경우, 이에 대해 불복하여 특허심판원에 당해 각하결정을 취소해 줄 것을 요청하는 심판이 있다.[17]

또한 디자인 분야에서는, 출원인이 디자인등록출원서의 기재사항, 첨부 도면, 도면의 기재사항 등을 보정하려 했으나 해당 보정이 최초의 디자인등록출원 요지를 변경한 것으로 판단되어 심사관으로부터 각하결정을 받은 경우, 이에 대해 불복하여 각하결정을 취소해 줄 것을 요청하는 심판이 있다.[18]

### 라. 정정심판(특§136, 실§33, 구실§51)

정정심판이란 특허권(실용신안권)이 설정등록된 후 명세서 또는 도면에 잘못 기재된 사항이나 분명하지 않게 기재된 사항을 바로 잡거나 청구범위가 광범위하게 기재되어 있는 경우에 그 청구범위를 감축하기 위하여 특허권자가 제기하는 심판을 의미한다. 특허의 권리범위를 정정할 수 있는 정정심판제도를 둔 취지는 특허권의 청구범위가 지나치게 넓게 기재되어 있으면 부분적으로는 유효한 특허의 내용이 있다 하더라도 그 전체가 무효로 되며, 명세서 또는 도면의 기재에 오기 또는 불명료한 점이 있을 때에는 특허의 공지 기능을 다하기 어려우므로 권리자와 일반 공중의 이익

15) 디§120
16) 구특§132의4
17) 상§115
18) 디§119

을 위하여 심판절차에 의하여 이를 정정함으로써 제3자에게 불측의 손해를 주지 아니하는 범위 내에서 정정을 할 수 있도록 하려는 것이다.[19]

정정심판은 당해 특허에 대하여 무효심판이 계속 중인 경우에는 그 절차에서만 정정을 청구할 수 있고 별도의 정정심판을 청구할 수 없다. 정정심판과 무효심판이 동시에 계속 중인 경우 심판부는 무효사유를 제거하려는 정정심판제도의 취지상 정정심판을 우선하여 심리할 수 있다.

## 4 당사자계 심판

### 가. 무효심판

등록된 특허가 법률상 등록요건을 만족하지 못한다는 이유로 특허심판원에 당해 특허[20], 실용신안[21], 상표[22], 디자인[23]의 등록무효를 청구하는 심판이다. 상표 분야에서는 등록된 상표가 법률상 상표등록요건을 만족하지 못한다는 이유로 특허심판원에 당해 상표의 등록무효를 청구하는 심판이다. 또한 디자인 분야에서는 등록된 디자인이 법률상 등록요건을 만족하지 못한다는 이유로 특허심판원에 당해 디자인의 등록무효를 청구하는 심판이다.

무효심판 절차에서 심판관은 당사자 또는 참가인이 신청하지 아니한 이유에 대하여도 심리할 수 있으나, 이러한 경우에는 당사자 및 참가인에게 그 이유에 대하여 의견을 진술할 수 있는 기회를 주어야 하고, 청구인이 신청하지 아니한 청구의 취지에 대해서는 심리할 수 없다.[24] 이는 당사자들이 어떠한 청구의 취지에 대하여 어떠한 이유의 범위 내에서 심결이 내려질지를 예상할 수 있도록 하기 위한 것이다.

등록된 특허를 무효시킬 수 있는 절차는 국가 별로 상이하다. 먼저, 우리나라, 일본, 중국 등과 같이 반드시 무효심판을 먼저 거치도록 하는 필요적 심판전치주의를 적용하는 국가가 있다. 다음으로, 독일처럼 특별법원(독일의 연방특허법원)에서만 무

19) 사법연수원, 「특허법연구」, 2015, 297면
20) 특§133
21) 실§31, 구실§49
22) 상§117
23) 디§121
24) 특§159

효를 판단할 수 있도록 하는 국가가 있고, 미국 등과 같이 특허심판원(PTAB: Patent Trial and Appeal Board)의 무효심판(IPR: Internal Partes Review)을 통하는 경로와 법원에서의 무효소송을 통하는 경로의 두 경로 중 청구인이 자유롭게 선택할 수 있도록 하는 임의적 심판전치주의를 적용하는 국가로 나누어진다.[25] 우리나라는 필요적 심판전치주의를 채택하고 있는데, 이는 사법재판 구조의 결함을 보충하고 행정청의 전문지식을 활용하며 법원의 부담을 경감하는 등의 이점을 가지고 있다. 심리의 대상이 전문분야에 속하기 때문에 소송의 전 단계에서 전문 행정청에 의한 신중한 심리단계를 두고 비록 소송법상의 심급적 연결이 되어 있지는 않지만 특별법원의 소송에 대한 사실상의 전심으로서 역할을 맡김으로써 이 분야의 비전문가인 법관의 부담을 경감시킴과 동시에 실질적으로 당사자의 권익 보호를 도모할 수 있게 하고 있다.

이와 함께, 특허권의 존속기간의 연장등록의 무효심판[26], 실용신안권의 존속기간의 연장등록의 무효심판[27], 상표권의 존속기간갱신등록의 무효심판[28], 상품분류전환등록의 무효심판[29]이 있다.

특허권 존속기간 연장등록의 무효심판과 관련하여, 이해관계인 또는 심사관은 특허법 제92조에 따른 특허권의 존속기간의 연장등록이 다음 어느 하나에 해당하는 경우에는 무효심판을 청구할 수 있다.[30]

- 특허발명을 실시하기 위하여 특허법 제89조에 따른 허가 등을 받을 필요가 없는 출원에 대하여 연장등록이 된 경우
- 특허권자 또는 그 특허권의 전용실시권 또는 등록된 통상실시권을 가진 자가 특허법 제89조에 따른 허가 등을 받지 아니한 출원에 대하여 연장등록이 된 경우
- 연장등록에 따라 연장된 기간이 그 특허발명을 실시할 수 없었던 기간을 초과하는 경우

25) 김창화, "특허심판의 필요적 전치주의에 대한 타당성 연구 - 미국과의 비교를 중심으로", 「법학논총」 제41권 제3호, 단국대학교 법학연구소, 2017, 358면

26) 특§134

27) 실§31의2

28) 상§118

29) 상§214

30) 특§134①

- 해당 특허권자가 아닌 자의 출원에 대하여 연장등록이 된 경우
- 특허법 제90조 제3항을 위반한 출원에 대하여 연장등록이 된 경우

또한 이해관계인 또는 심사관은 특허법 제92조의5(등록지연에 따른 특허권의 존속기간의 연장등록결정)에 따른 특허권의 존속기간의 연장등록이 다음 어느 하나에 해당하면 무효심판을 청구할 수 있다.[31]

- 연장등록에 따라 연장된 기간이 특허법 제92조의2에 따라 인정되는 연장의 기간을 초과한 경우
- 해당 특허권자가 아닌 자의 출원에 대하여 연장등록이 된 경우
- 특허법 제92조의3 제3항을 위반한 출원에 대하여 연장등록이 된 경우

연장등록을 무효로 한다는 심결이 확정된 경우에는 그 연장등록에 따른 존속기간의 연장은 처음부터 없었던 것으로 본다.[32] 다만, 연장된 기간이 실제 그 특허발명을 실시할 수 없었던 기간을 초과하였다는 이유(특허법 제134조 제1항 제3호)로 연장등록을 무효로 하는 심결이 확정된 때에는 그 초과하여 연장된 기간에 대해서만 연장이 없었던 것으로 보고, 연장등록이 특허법 제134조 제2항 제1호에 해당되어 무효로 된 경우에는 제92조의2(등록지연에 따른 특허권의 존속기간의 연장)에 따라 인정되는 연장의 기간을 초과하여 연장된 기간에 대해서만 연장이 없었던 것으로 본다.[33]

### 나. 정정의 무효심판

이해관계인 또는 심사관은 특허법 제132조의3 제1항, 제133조의2 제1항, 제136조 제1항 또는 제137조 제3항에 따른 특허발명의 명세서 또는 도면에 대한 정정이 다음 어느 하나의 규정에 위반한 경우에는 그 정정의 무효심판을 청구할 수 있다.[34]

- 특허청구범위의 감축, 잘못 기록된 것의 정정, 불명확한 기재를 명확하게 하는 경우에 해당하지 않는 때
- 정정심판절차에서 명세서 또는 도면의 정정이 특허발명의 명세서 또는 도면에 기

31) 특§134②
32) 특§134④ 본문
33) 특§134④ 단서
34) 특§137①

재된 사항의 범위를 벗어난 경우(잘못 기록된 것을 정정하는 경우에는 출원서에 최초로 첨부된 명세서 또는 도면에 기재된 사항의 범위를 벗어난 경우)

- 명세서 또는 도면의 정정이 특허청구범위를 실질적으로 확장하거나 변경인 경우
- 특허청구범위의 감축·잘못 기재의 정정의 경우에 정정 후의 특허청구범위에 기재된 사항이 특허출원을 한 때에 특허를 받을 수 없는 경우

정정무효심판을 청구할 수 있는 자는 이해관계인 또는 심사관이다.[35]

### 다. 상표등록의 취소심판

상표등록의 원시적 무효 사유는 존재하지 않으나, 상표등록 후에 상표권자가 당해 상표를 올바로 사용하지 않는 경우 특허심판원에 당해 상표등록을 취소해 줄 것을 청구하는 심판이다.[36] 상표법 제119조는 최근 3년 이상 불사용, 부정사용 등 상표등록의 취소사유를 상세히 규정하고 있고, 상표등록을 취소한다는 심결이 확정되었을 경우에는 그 상표권은 그때부터 소멸된다. 다만 상표법 제119조 제1항 제3호(불사용 취소심판)에 해당하는 것을 사유로 취소한다는 심결이 확정된 경우에는 그 심판청구일에 소멸하는 것으로 본다[37]. 한편, 최근 상표법 전부개정[38]으로 불사용 취소심판에서 청구인 적격요건 중 이해관계의 요건이 삭제되었으므로 현행 상표법이 적용되는 사건의 경우에는 이해관계에 관한 판례는 심판에 더 이상 적용될 여지가 없게 되었다.

### 라. 권리범위 확인심판

특허권자, 전용실시권자 또는 이해관계인은 특허발명의 보호범위를 확인하기 위하여 특허권의 권리범위 확인심판을 청구할 수 있다.[39] 권리범위 확인심판은 어떤 제품 및 기술 등의 실시 형태가 등록된 발명(실용신안)의 특허(실용신안) 청구범위에 포함되는지 여부를 확인하기 위하여 특허심판원에 판단을 청구하는 심판이다.[40] 특

35) 특§137①
36) 상§119
37) 상§119⑥
38) 2016. 2. 29. 법률 제14033호
39) 특§135①, ②
40) 특§135, 실§33, 구실§50

허권의 권리범위 확인심판을 청구하는 경우에 청구범위의 청구항이 둘 이상인 경우에는 청구항마다 청구할 수 있다.[41]

권리범위 확인심판이란 분쟁의 대상이 된 물건이나 제품(확인대상발명)이 특허권의 권리범위에 속하는지 여부를 확인하는 것이므로 특허권의 청구범위 해석과 확인대상발명의 특정이 매우 중요한 쟁점이 된다. 권리범위 확인심판은 실질적으로 확인대상발명의 특허권 침해 여부를 판단하는 것이지만 특허가 갖는 기술적인 전문성을 고려하여 전문기관인 특허심판원으로 하여금 권리범위를 명확히 해석하여 주도록 함으로써 소송비용을 절감하고 분쟁의 조기 해결에 기여하기 위한 제도로서 본격적인 특허분쟁의 발생을 사전에 방지하며, 민·형사상의 법적 절차에서 판단 기준을 제공함으로써 법관이 기술적 측면의 심리에 소요되는 부담을 경감시키고자 한 측면이 있다. 이러한 취지에 입각하여 권리범위 확인심판의 법적 성질에 대해서, 대법원은 단순히 특허의 범위라고 하는 사실구성의 상태를 확정하는 것이 아니라, 그 권리의 효력이 미치는 범위를 대상물과의 관계에서 구체적으로 확정하는 것이라고 보고 있다.[42]

권리범위 확인심판은 우리나라의 독특한 제도[43]인데, 우리나라의 권리범위 확인심판과 가장 유사한 제도를 운영하고 있는 국가로 오스트리아가 있다. 독일에서는 특허분쟁 절차에서 수인의 감정인의 감정 결과가 다를 때에 법원 또는 검사의 청구에 의하여 특허청이 감정을 할 의무가 있음을 규정[44]하고 있고, 일본의 경우에도 권리범위 확인심판을 폐지하면서도 특허청에 일종의 감정 의견을 구하는 판정제도를 도입하였는데 그 판정결과에 대해서는 구속력을 인정하지 않으며 그에 대한 취소소송도 인정하지 않고 있다.[45]

특허권자, 전용실시권자 또는 이해관계인은 특허발명의 보호범위를 확인하기 위하

41) 특§135③

42) 대법원 1991. 3. 27. 선고 90후373 판결 특허법원, 「지적재산소송실무」, 2006, 161면 참조. 따라서 권리범위 확인심판의 목적은 기술적 범위를 확인하는 사실관계의 확정에 있지 아니하고 청구범위에 의하여 정하여진 권리범위와 확인대상발명 간의 권리관계 또는 법률관계를 확정하는 데 있다. 최정열, "권리범위 확인심판에 관한 소고", 「특허소송연구」, 특허법원, 2005.12, 43면(구대환, "권리범위 확인 심판에서의 진보성 판단에 관한 고찰", 한국지식재산연구원, 「지식재산연구」, 제9권 제3호, 2014년, 63면).

43) 정상조·박성수 공편, 「특허법주해Ⅱ」 제2판, 박영사, 359면

44) 독일 특허법 제23조

45) 정상조·박성수 공편, 앞의 책, 432면

여 특허권의 권리범위 확인심판을 청구할 수 있다.[46] 권리범위 확인심판은 어떤 제품 및 기술 등의 실시 형태가 등록된 발명(실용신안)의 특허(실용신안) 청구범위에 포함되는지 여부를 확인하기 위하여 특허심판원에 판단을 청구하는 심판이다.[47] 특허권의 권리범위 확인심판을 청구하는 경우에 청구범위의 청구항이 둘 이상인 경우에는 청구항마다 청구할 수 있다.[48]

상표 분야에서의 권리범위 확인심판은 어떤 표장이 등록상표의 권리범위에 포함되는지의 여부를 확인하기 위하여 특허심판원에 판단을 청구하는 심판이다[49]. 상표법 121조에 의하면 상표권자, 전용사용권자 또는 이해관계인은 등록상표의 권리범위를 확인하기 위하여 상표권의 권리범위 확인심판을 청구할 수 있고, 등록상표의 지정상품이 둘 이상 있는 경우에는 지정상품마다 청구할 수 있다. 확인대상상표가 등록상표의 권리범위에 속한다고 하기 위해서는 1) 심판청구가 적법해야 하고, 2) 두 상표가 서로 동일 또는 유사해야 하나, 3) 위 두 요건을 모두 충족한 경우라 하더라도 확인대상상표가 자기의 성명·명칭, 기술적 표장이나 현저한 지리적 명칭 등과 같이 상표법 제90조 소정의 상표권의 효력이 미치지 않는 범위에 해당하는 경우에는 등록상표의 효력이 미치지 않는다.

디자인 분야에서는 어떤 디자인이 등록디자인의 권리범위에 포함되는지의 여부를 확인하기 위하여 특허심판원에 판단을 청구하는 심판이다.[50] 디자인보호법 제122조에 의하면 디자인권자·전용실시권자 또는 이해관계인은 등록디자인의 보호범위를 확인하기 위하여 디자인권의 권리범위 확인심판을 청구할 수 있고, 이 경우 복수디자인등록출원된 디자인등록에 대하여는 각 디자인마다 청구하여야 한다. 확인대상디자인이 등록디자인의 권리범위에 속한다고 하기 위해서는 1) 심판청구가 적법해야 하고, 2) 두 디자인이 서로 동일 또는 유사해야 하나, 3) 위 두 요건을 모두 충족한 경우라 하더라도 확인대상디자인이 i) 연구 또는 시험을 하기 위한 등록디자인 또는 이와 유사한 디자인의 실시, ii) 국내를 통과하는 데에 불과한 선박·항공기·차량 또는 이에 사용되는 기계·기구·장치, 그 밖의 물건, iii) 디자인등록출원 시부터 국내에

46) 특§135①
47) 특§135, 실§33, 구실§50
48) 특§135③
49) 상§121
50) 디§122

있던 물건 등과 같이 디자인보호법 제94조에서 정하는 디자인권의 효력이 미치지 않는 범위에 해당하는 경우에는 등록디자인의 효력이 미치지 않는다. 또한 확인대상 디자인이 등록디자인의 출원 전에 그 디자인이 속하는 분야에서 통상의 지식을 가진 사람이 공지디자인 또는 이들의 결합에 따라 쉽게 실시할 수 있는 것인 때에는 등록 디자인과 대비할 것도 없이 그 등록디자인의 권리범위에 속하지 않는다고 보아야 한다[51].

### 마. 통상실시권 허락의 심판

후출원 특허(실용신안, 디자인)가 선출원 특허(실용신안, 디자인)에 대한 이용 저촉 관계에 해당되어 후출원자가 선출원 권리자에게 실시 허락을 받고자 하였으나 협의하지 못하거나 허락을 받을 수 없는 경우에 후출원 권리자가 선출원 권리자에 의한 실시권 허여를 특허심판원에 청구하는 심판이다.[52]

특허권자·전용실시권자 또는 통상실시권자는 해당 특허발명이 특허법 제98조에 해당하여 실시의 허락을 받으려는 경우에 그 타인이 정당한 이유없이 허락하지 아니하거나 그 타인의 허락을 받을 수 없을 때에는 자기의 특허발명의 실시에 필요한 범위에서 통상실시권 허락의 심판을 청구할 수 있다.[53]

통상실시권 허락의 심판의 청구가 있는 경우에는 그 특허발명이 그 특허발명의 출원일 전에 출원된 타인의 특허발명 또는 등록실용신안과 비교하여 상당한 경제적 가치가 있는 중요한 기술적 진보를 가져오는 것이 아니면 통상실시권을 허락하여서는 안 된다.[54] 통상실시권 허락의 심판에 따라 통상실시권을 허락한 자가 그 통상실시권을 허락받은 자의 특허발명을 실시할 필요가 있는 경우에 그 통상실시권을 허락받은 자가 실시를 허락하지 아니하거나 실시의 허락을 받을 수 없을 때에는 통상실시권을 허락받아 실시하려는 특허발명의 범위에서 통상실시권 허락의 심판을 청구할 수 있다.[55]

특허법 제138조 제1항 및 제3항에 따라 통상실시권을 허락받은 자는 특허권자,

51) 대법원 2016. 8. 29. 선고 2016후878 판결 참조
52) 특§138, 실§32, 구실§53, 디§123
53) 특§138①
54) 특§138②
55) 특§138③

실용신안권자, 디자인권자 또는 그 전용실시권자에게 대가를 지급하여야 한다. 다만, 자기가 책임질 수 없는 사유로 지급할 수 없는 경우에는 그 대가를 공탁하여야 한다.[56] 특허법 제138조 제4항에 따른 통상실시권자는 그 대가를 지급하지 아니하거나 공탁을 하지 아니하면 그 특허발명, 등록실용신안 또는 등록디자인이나 이와 유사한 디자인을 실시할 수 없다.[57]

## 5 특허(실용신안등록) 취소신청

특허(실용신안등록) 취소신청이란 누구든지 특허권(실용신안권)의 설정등록일로부터 등록공고일 후 6개월이 되는 날까지 그 특허(실용신안등록)가 취소이유에 해당하는 경우에 특허심판원장에게 신청하는 제도이다(특§132의2, 실§30의2). 이는 특허청의 특허(실용신안) 심사의 전문성을 보완하려는 일종의 공중심사 참여 제도에 해당한다.

기존의 결정계 심판과는 달리 참가제도(보조참가)가 인정되며, 양 당사자가 서로 대립하는 구조를 취하는 당사자계 심판과도 다르다.

56) 특§138④
57) 특§138⑤

# 제5절 특허심판원

## 1 설치

### 가. 법적근거

특허청은 정부조직법 제37조 제4항 및 제5항에 따라 산업통상자원부의 소속기관으로 설치되어 있으며, 특허심판원은 중앙행정기관인 특허청의 소속기관으로 설치되어 있다. 특허심판원의 설치에 대한 법적 근거는 특허법 제132조의16(특허심판원)에서 찾을 수 있다.

특허심판원의 운영에 관한 사항은 특허심판원 훈령(심판부의 설치·운영에 관한 규정)에 근거를 두고 있으며 동 훈령은 심판부의 설치(제3조), 심판부의 구성(제4조), 심판부의 기능(제5조), 근무명령 및 근무요건(제6조, 제7조), 교육과정 운영(제8조)과 관련한 사항 등을 규정하고 있다.

### 나. 관할

특허법상의 심판제도는 형식적으로는 행정상의 쟁송절차라 할 수 있지만, 사실상 대법원을 최종심으로 하는 특허법원의 전심절차로서 민사소송에 준하는 엄격한 절차를 거쳐 판단되는 준사법적 행정행위로서의 성질을 가진다. 특허법상의 심판제도는 일반 행정심판과 달리 반드시 특허심판을 거친 후에 특허소송을 제기할 수 있는 것이 특징이다.

## 2 구성

### 가. 특허심판원장

특허심판원장은 특허심판원 운영과 관련한 사무를 총괄하며, 중요하다고 인정되는 사건에 대해 스스로 사건의 심판장이 될 수 있다.

### 나. 심판부

특허심판원장 아래에 직접 심판업무를 담당하는 심판부는 수석심판장, 심판장, 심판관 포함하여 구성된다. 심판부는 산업재산권(특허·실용신안·디자인 및 상표 등)에

관한 실체 심판을 담당하며 심판부는 상표, 디자인, 기계, 화학, 전기의 분야별로 구분된다.

### 다. 심판정책과

심판정책과는 심판기획, 법·제도 개선 및 운영, 심판품질 평가, 심판 관련 국제협력, 심판관 교육, 법원과의 협력, 심판 방식심사, 구술심리 지원, 심판 관련 민원처리, 심결문집/판결문집의 편찬/발간 및 배포 등의 심판지원 업무 등 심판행정을 담당한다.

### 라. 송무과

송무과는 특허청장을 피고로 하는 심결취소소송 관련 준비서면, 답변서 작성 및 제출 등 심판부(결정계) 심결에 대한 소송수행업무를 담당한다.

## 3 업무

### 가. 특허심판원장

특허심판원장의 주요 직무는 아래와 같다.[58)]

1. 특허심판행정 운영 전반에 관한 직무
2. 5인의 심판관으로 구성되는 합의체의 장으로서의 직무
3. 심결취소사건 중 중요 사건에 대한 심판장으로서의 직무
4. 특허취소신청의 결정문 또는 심결문 내용의 적정성 여부에 관한 확인 사무
5. 심판장의 인사 등의 이유로 심판부의 심판처리계획에 차질이 우려된 경우에는 제5조 제2항에 의한 심판장의 직무

### 나. 심판그룹 및 심판부

심판부는 3인 또는 5인의 심판관 합의체가 심판업무를 담당하며, 심판청구서 보정명령 및 청구서 각하 결정, 답변서·의견서 기간지정 및 지정기간 연장승인, 부가기

58) 특허심판원 사무분장규정(제3조)

간 지정승인, 심판관 제척, 기피, 회피 신청 시 그 결정, 심리 또는 심결의 분리, 병합 결정, 신청 또는 직권에 의한 서면심리 및 구술심리 결정, 청구의 각하, 기각, 인용의 심결 등을 담당한다.

심판부의 주요 업무는 이하와 같다.[59]

1. 특허·실용신안·디자인 및 상표에 관한 심판
2. 특허·실용신안에 관한 취소신청
3. 법원에 대한 소송수행 업무
4. 특허취소신청·심판·소송에 관한 조사 및 연구

각 심판사건 처리 시의 심판 합의부는 일반적으로 심판장 1명, 심판관 2명(총 3명)으로 구성되고, 판례 변경이 쟁점인 사건 등 중요 사건에 대해서는 심판장 1명, 심판관 4명(총 5명)으로 구성된다.

### 다. 심판정책과

심판정책과는 심판기획, 법·제도 개선 및 운영, 심판품질 평가, 심판 관련 국제협력, 심판관 교육, 법원과의 협력, 심판 방식심사, 구술심리 지원, 심판 관련 민원처리, 심결문집/판결문집의 편찬/발간 및 배포 등의 심판지원 업무 등 심판행정을 담당하며, 주요 업무는 이하와 같다.[60]

1. 심판처리 종합계획 수립
2. 심판제도 및 법령의 운영·개선
3. 특허심판원 소속공무원의 인사·복무 및 교육훈련
4. 심판정책과원에 대한 평가
5. 심판관평가에 관한 사무
6. 예산의 편성 및 운영
7. 산업재산권 심판제도 관련 각종 자료의 발간 및 보급업무
8. 심결문집·판결문집의 편찬·발간 및 배포

59) 특허심판원 사무분장규정(제4조 제1항)
60) 특허심판원 사무분장규정(제4조 제2항)

9. 특허취소신청서 또는 심판청구서(이하 '심판청구서 등'이라 한다)의 접수 및 서지적 사항의 전산입력
10. 특허취소신청서류 또는 심판서류(이하 '심판서류 등'이라 한다)의 방식심사 및 보정서의 처리
11. 심판관지정·변경 및 지정통지서·변경통지서의 송부
12. 심판연구관심판방식 심사관보의 복무 및 평가
13. 기일지정·기일변경 및 지정기간·법정기간 연장승인의 통보
14. 특허취소신청의 결정 또는 심결(이하 '심결 등'이라 한다)의 확정 및 확정된 심결 등의 관계과(팀) 통지
15. 심판관련 통계작성 및 유지
16. 문서의 분류·수발·통제·편찬·보존 및 증거물 등의 관리
17. 관인·관인대장의 관수 및 보안
18. 심판관계 제증명 발급 및 민원상담
19. 심결문집 및 완결 심판서류철의 열람·복사제공
20. 특허취소신청·심판청구 및 소제기사실의 예고등록 의뢰
21. 심사전치의뢰 및 통보
22. 심판청구서 등 및 중간서류 부본 송달
23. 심리종결통지 및/또는 심결 등의 등본 송달
24. 기타 산업재산권 심판행정에 관한 사항

### 라. 송무과

송무과의 주요 업무는 이하와 같다.[61]

1. 송무관련 기본계획 수립
2. 송무팀원에 대한 평가

61) 특허심판원 사무분장규정(제4조 제3항)

3. 특허소송제도 및 법령 운영·개선
4. 송무관련 각종자료의 발간 및 보급
5. 특허소송관련 통계작성 및 유지
6. 소송수행자 지정·변경관련 업무
7. 준비서면, 답변서 제출 등 소송수행업무
8. 소송사무에 관한 처리보고 및 통보업무
9. 소송결과에 따른 소송비용의 지급 및 회수 관련업무
10. 소송결과에 대한 판결확정 내용의 관계과(팀) 통지

# 제2장

# 심판의 주체 등

제1절 특허심판원장 ····· 31
제2절 수석심판장 ····· 34
제3절 수석심판장 전원회의 ····· 35
제4절 심판장 ····· 36
제5절 심판관 ····· 38
제6절 심판관합의체 ····· 54
제7절 심판연구관 ····· 56
제8절 심판방식 심사관보(심판사무관) ····· 57
제9절 당사자 ····· 58
제10절 참가인 ····· 82
제11절 대리인 ····· 92

# 제2장 심판의 주체 등

## 제1절 특허심판원장



### 1 자격

심판원장이 될 수 있는 사람은 심판관의 자격이 있는 사람으로 한다(특시령§8④).

심판관의 자격의 직급에 해당하는 공무원으로서 변리사의 자격이 있는 사람은 심판원장이 될 수 있다(특시령§8⑤).

### 2 역할

심판원장은 특허청장의 명을 받아 소관 사무를 통할하고, 소속 공무원을 지휘·감독한다(직제§21③). 심판원장은 특히 중요하다고 인정되는 사건에 대해서는 원장 스스로 심판장이 될 수 있다(직제§21④). 또한, 심판원장은 각 심판사건에 대하여 합의체를 구성할 심판관을 지정하여야 하고(특§144①), 심판원장은 심판관 중 심판에 관여하는 데 지장이 있는 사람이 있으면 다른 심판관에게 심판하게 할 수 있다(특§144②). 심판원장이 사고가 있을 때에는 특허청과 그 소속기관 직제 제22조 제2항에서 정한 심판장 중 선임자가 그 직무를 대행할 수 있다.

심판원장은 서류의 수신처가 되며, 심판관 등의 지정, 보정명령, 통지, 송부, 송달 및 결정을 행한다.

〈심판원장의 직무〉
특허심판원장은 다음 각호의 1의 직무를 수행한다(특허심판원 사무분장규정 제3조)
1. 특허심판행정 운영 전반에 관한 직무
2. 5인의 심판관으로 구성되는 합의체의 장으로서의 직무
3. 심결취소사건 중 중요 사건에 대한 심판장으로서의 직무
4. 특허취소신청의 결정문 또는 심결문(이하 '심결문 등'이라 한다) 내용의 적정성

여부에 관한 확인 사무(심판경력이 6월 미만인 심판장의 심판경력이 6월에 도달하는 월까지 그 심판장이 주심심판관으로 배당받은 사건에 한함)〈개정 2008.6.25〉

5. 심판장의 인사 등의 이유로 심판부의 심판처리계획에 차질이 우려된 경우에는 제5조 제2항에 의한 심판장의 직무

심판을 청구하는 자는 심판청구서를 심판원장에게 제출하여야 한다(특§140①). 심판관의 제척 또는 기피신청, 심판청구 전의 증거보전신청도 심판원장에게 해야 한다. 다만, 이미 심판이 계속 중인 경우에 증거보전신청은 그 사건의 심판장에게 한다(특§157③).

심판원장은 각 심판사건에 대해서 합의체를 구성하는 심판관을 지정해야 한다(특§144①). 다만, 심사전치에 해당하는 경우 즉 특허 거절결정에 대한 심판을 청구하고 그날부터 30일 이내에 특허출원서에 첨부된 명세서 또는 도면에 대해서 보정이 있는 경우에는 심판관을 지정하기 전에 이를 특허청장에게 통지하고, 특허청장은 그 청구를 심사관에게 다시 심사하게 한다.

※ 심사전치는 2009. 6. 30. 이전 특허출원, 2006. 10. 1 ~ 2009. 6. 30. 실용신안등록출원, 2009. 6. 30. 이전 디자인등록출원에 적용된다.

심판원장은 지정된 심판관 중 심판에 관여하는데 지장이 있는 사람이 있으면 즉, 장애사유가 있는 경우에는 다른 심판관으로 변경하여야 한다(특§144②). 여기서 장애사유라 함은 심판관의 제척, 기피 및 심판관 본인에 의한 회피의 경우를 말한다.

특허에 관한 절차가 행위능력 또는 대리권의 범위에 관한 규정에 위반된 경우 및 심판청구서의 방식에 관한 규정에 위반되거나 수수료를 납부하지 아니한 경우에는 심판원장이 보정을 명하고, 청구인이 이에 응하지 않으면 심판청구에 관한 절차를 무효로 할 수 있다(특§46, 특§16).

심판원장은 특허취소신청서 또는 심판청구서를 접수하면 특허취소신청번호 또는 심판번호를 부여하고 그 사건에 대한 합의체를 구성할 심판관을 지정하여야 하고(특시칙§58①), 심판원장은 심판사건에 대해서 심판관을 지정하거나 또는 변경을 한 경우에 그 사실을 당사자에게 통지하여야 한다(특시칙§58②).

〈 심판원장의 직무와 권한 〉

특허법령에 규정되어 있는 심판원장의 직무와 권한은 다음과 같다.

가. 특허심판행정 운영전반에 관하여 특허청장으로부터 독립된 기관장으로서의 역할 수행(특§132의16, 특§136⑫, 특§140①, 특§144①, 구특§173①, 구특§175②)
나. 특허에 관한 절차를 밟을 기간, 즉 지정기간 연장승인(특§15②)
다. 절차의 보정명령(위임장 불비, 방식위반, 수수료 불납)(특§46)
라. 절차의 무효처분 및 무효처분의 취소(특§16①②)
마. 각종 심판청구서 접수(특§140, 특§140의2)
바. 심판번호통지
사. 합의체를 구성할 심판관 및 심판장 지정(특§143①, 특§144①, 특§145①)
아. 심판관지정 또는 변경통지(특시칙§58②)
자. 제척·기피의 소명서 접수(특§151)
차. 심판관의 제척·기피 대상 확인(특§144②, 특§148, 특§150)
카. 심판관의 회피허가(특§153의2)
타. 증거조사 및 증거보전 신청서 접수(특§157③)
파. 증거보전 관여 심판관 지정(특§157④)
하. 심판비용액 결정(특§165⑤)
거. 심사전치 의뢰(구특§173①)
너. 심판에 관한 증명, 서류의 등·초본 교부, 서류의 열람·복사(특§216①②)
더. 서류의 송달, 공시송달, 재외자에 대한 송달(특§220)
러. 소제기통지서, 재판서 정본 수령(특§188①②)
머. 5인합의체 대상 사건 합의·주재(심판사무취급규정§28)
버 심결취소소송관련 법원과 검찰청에 관한 사무
서. 침해소송에 관한 법원과의 관련사무(특§164③④)
어. 예고등록, 확정등록 의뢰

# 제2절 수석심판장

## 1 자격

특허심판원에는 심판장 51명을 두는데, 그 중 11명은 수석심판장으로 하고, 그 직급은 일반직 고위공무원단에 속하는 일반직 공무원으로 한다.(직제§22②)

## 2 역할

수석심판장은 심판장의 직무를 수행함과 동시에 다음 사항의 직무를 수행한다(특심훈제108호§5②).

1. 11개 분야별 심판처리 계획 통합 수립
2. 11개 분야별 국제특허분류·물품·상품류 구분의 조정·배분 등 심판업무량 조정에 대한 총괄업무 수행
3. 11개 분야별 심·판결례 조사·연구 분석, 심사·심판관 합동회의 개최 및 교육자료 작성 등 심사·심판업무의 품질향상을 위한 사무
4. 상표·디자인, 기계, 화학, 전기 심판품질위원회의 위원장
5. 판례평석 심의위원회 위원
6. 특허심판원장이 지정하는 대외협력과 관련한 사항
7. 심판관 5인 합의체 합의 주재
8. 11개 분야별 심판관에 대한 사건 조정
9. 11개 분야별 심판부 배당사건의 송무 총괄
10. 11개 분야별 심판장 및 심판관에 대한 평가
11. 기타 특허심판원장이 지정하는 특허심판원 현안에 대한 중요 사항의 결정

# 제3절 수석심판장 전원회의

## 1 구성

심판 법제도를 개선하거나 법리통일을 통한 심판기준을 새롭게 정립하거나 개선방안을 심의·의결하기 위하여 「수석심판장전원회의」(이하 '전원회의'라 한다)를 둔다(특훈제1037호§3).

전원회의는 위원장 1인, 위원 11인으로 구성하고, 전원회의의 위원장은 특허심판원장으로 하고, 위원은 각 수석심판장으로 하며, 전원회의의 간사는 심판정책과장으로 한다. 위원장은 필요하다고 인정하는 경우 소관업무 담당과장 또는 심판장·심판관을 전원회의에 참석시켜 의견을 청취할 수 있다(특훈제1037호§3의3).

위원장은 위원회를 대표하며, 위원회의 사무를 총괄하고, 위원장이 부득이한 사유로 직무를 수행할 수 없을 때에는 기획심판장이 그 직무를 대행한다(특훈제1037호§3의4).

## 2 역할

전원회의는 다음 각 호의 사항을 심의·의결한다(특훈제1037호§3의2).

1. 심판 법제도 개선에 관한 사항
2. 사회적인 관심도가 높은 주제로서 새로운 심판 기준 정립이 필요한 사항
3. 심판부간 의견이 통일되지 않아 일치된 심판 기준이 필요한 사항
4. 판례 및 법원의 재판기준 수용 여부에 관한 사항
5. 위원이 안건으로 제안한 사항
6. 그 밖에 위원장이 필요하다고 인정하여 회의에 부치는 사항

# 제4절 심판장

## 1 자격

심판장이 될 수 있는 사람은 특허청 또는 그 소속기관의 4급 이상의 일반직 국가공무원 또는 고위공무원단에 속하는 일반직공무원으로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람으로 한다. 다만, 「국가공무원법」제28조의4제1항에 따른 개방형 직위로 지정된 심판장으로 임용될 수 있는 사람은 같은 조 제2항에 따라 설정된 직무수행요건을 갖춘 사람으로 하고, 같은 법 제28조의5 제1항에 따른 공모 직위로 지정된 심판장으로 임용될 수 있는 사람은 같은 조 제2항에 따라 설정된 직무수행요건을 갖춘 사람으로 한다(특시령§8③).

1. 특허심판원에서 2년 이상 심판관으로 재직한 사람
2. 제2항에 따른 심판관의 자격을 갖춘 사람으로서 3년 이상 특허청 또는 그 소속기관에서 심사 또는 심판사무에 종사한 사람

## 2 역할

심판장은 다음의 업무를 수행한다(특심훈§108③).

1. 소관 심판부 심판업무 총괄
2. 소관 심판부의 심판업무량 조정
3. 심판관 3인 합의체 합의 주재
4. 심판부 배당사건에 대한 구술심리 진행
5. 소관 심판부의 심판처리상황 점검·지도 및 심리진행지휘
6. 심결문(안) 등 검토·보완
7. 심판부 배당사건의 소송수행업무 지휘
8. 소속 심판관에 대한 평가에 대하여 수석심판장에게 의견제시

심판절차를 수행함에 있어서 원활하지 못한 상황이 발생하는 경우가 있으며, 그것을 그대로 방치하면 이후의 절차를 진행할 수 없는 경우가 있다. 그러한 경우에 심

판장은 절차의 진행을 촉진하기 위해 다음과 같은 조치를 취할 수 있다.

① 소제기 부가기간 지정(특§186⑤) 및 지정기간의 연장(심판사무취급규정§22), 기일의 변경

② 대리인의 선임 또는 교체명령(특§10)

③ 승계인에 대한 절차속행규정(특§19)

④ 심판절차 중지 또는 절차중지취소의 통지(특§23④)

※ 당사자(대리인) 또는 참가인이 절차를 수행하지 않고, 또한 구술심리에서 당사자(대리인) 또는 참가인이 참석하지 않더라도 심판절차를 진행할 수 있다.

심판장은 보정명령 및 결정각하, 통지, 송달 등의 업무를 수행한다. 심판청구에 관한 절차가 방식에 위반한 경우에 심판장은 상당한 기간을 정하여 보정을 명하여야 하며, 지정기간 내에 보정을 하지 아니한 경우에는 결정으로 심판청구서를 각하하여야 한다(특§141②). 중단 또는 중지된 심판, 재심절차를 수계해야 하는 자가 수계를 하지 아니하면 직권으로 수계를 명하고(특§22⑤), 지정된 기간 내에 수계가 없으면, 수계기간이 끝나는 날의 다음 날 수계가 있는 것으로 보고 심판장은 수계사실을 당사자에게 통지한다.

특허(등록)무효심판 및 정정무효심판 등의 청구가 있는 경우에는 심판청구서 부본을 피청구인에게 송달하고 상당한 기간을 지정하여 답변서를 제출할 기회를 부여하여야 하며, 심판청구의 취지를 해당 특허권에 관한 전용실시권자 그 밖에 그 특허에 관하여 등록한 권리를 가지는 자에게도 통지하여야 한다(특§133④, 특§137②).

# 제5절 심판관

## 1 자격

심판관이 될 수 있는 사람은 특허청 또는 그 소속기관의 4급 이상의 일반직 국가공무원 또는 고위공무원단에 속하는 일반직공무원 중 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람으로서 국제지식재산연수원에서 소정의 심판관 연수과정을 수료한 사람으로 한다. 다만, 「국가공무원법」제28조의4제1항에 따른 개방형 직위로 지정된 심판관으로 임용될 수 있는 사람은 같은 조 제2항에 따라 설정된 직무수행요건을 갖춘 사람으로 하고, 같은 법 제28조의5제1항에 따른 공모 직위로 지정된 심판관으로 임용될 수 있는 사람은 같은 조 제2항에 따라 설정된 직무수행요건을 갖춘 사람으로 한다(특시령§8②).

1. 특허청에서 2년 이상 심사관으로 재직한 사람
2. 특허청에서 심사관으로 재직한 기간과 5급 이상의 일반직국가공무원 또는 고위공무원단에 속하는 일반직공무원으로서 특허심판원에서 심판업무에 직접 종사한 기간 및 특허법원에서 기술심리관으로 재직한 기간을 통산하여 2년 이상인 사람

## 2 역할

심판관은 법률이 정한 요건을 만족하는 자이어야 하며 심판원장의 지정에 의해서 심판한다. 심판관의 직무는 다음과 같다(특심훈제108호§5⑤).

1. 심판관 3인 합의체 합의 참여
2. 심판관 5인 합의체 합의 참여
3. 심판관 3인 합의체 합의 시 배당사건 보고
4. 배당사건 심결문(안) 등 작성
5. 특허취소신청·심판·소송에 관한 조사·연구

## 3 제척

### 가. 개요

심판의 공정성을 유지하기 위하여 심판관이 담당하는 구체적인 사건과 인적·물적으로 특수한 관계가 있는 경우에 그 사건의 직무집행에서 배제되는 제도를 심판관의 제척·기피·회피라 한다.

심판원장은 각 심판사건에 대하여 심판관을 지정하도록 규정하고 있으며(특§144①, 실§33, 디§131①, 상§130①) 심판관 중 심판에 관여하는데 지장이 있을 때에는 다른 심판관으로 하여금 이를 행하게 할 수 있도록 규정하고 있는 바(특§144②) 심판의 공정을 기하기 위하여 심판관이 구체적 사건과 특수한 관계가 있을 때에는 그 사건에 관하여 직무집행을 하지 못하도록 하는 것이 필요하다(특§148 내지 §153, 실§33, 디§135 내지 §141, 상§134 내지 §139).

제척은 일정한 원인에 의하여 법률상 당연히 직무의 집행에서 제외되는 것이며, 기피는 심판의 공정을 기대하기 어려운 사정이 있어 당사자 등으로부터 그 직무집행의 배제신청이 있는 경우에 결정에 의하여 직무집행에서 제외되는 것이다. 제척, 기피 이외에 심판관이 자진하여 직무집행에서 사퇴하는 회피라는 제도도 두고 있다.

심판관은 법정의 사유에 해당하는 경우에 제척되며, 심판의 공정을 해할 만한 사정이 있어 기피의 결정이 있으면 기피된다. 제척 또는 기피의 신청이 있는 경우에 심판원장은 그 신청에 관련된 심판관 이외의 심판관을 지정하여 그 사건을 처리하게 한다.

### 나. 제척원인

제척원인으로서 특§148에는 다음과 같은 경우가 규정되어 있다.

① 심판관 또는 그 배우자이거나 그 배우자이었던 사람이 사건의 당사자, 참가인 또는 특허취소신청인인 경우

② 심판관이 사건의 당사자, 참가인 또는 특허취소신청인의 친족이거나 친족이었던 경우

③ 심판관이 사건의 당사자, 참가인 또는 특허취소신청인의 법정대리인이거나 법정대리인이었던 경우

④ 심판관이 사건에 대한 증인·감정인이거나 감정인이었던 경우

⑤ 심판관이 사건의 당사자, 참가인 또는 특허취소신청인의 대리인이거나 대리인이었던 경우

⑥ 심판관이 사건에 대하여 심사관 또는 심판관으로서 특허여부결정 또는 심결에 관여한 경우

⑦ 심판관이 사건에 관하여 직접 이해관계를 가진 경우

여기에서 직접 이해관계라 함은 법률상의 이해관계를 말하는 것이며 경제상의 이해관계를 포함하지 아니한다. 법률상의 이해관계에는 다음과 같은 예를 들 수 있다.

- 심판관이 사건의 다툼의 대상이 되어 있는 권리의 질권자일 때
- 심판관이 사건의 다툼의 대상이 되어 있는 권리의 실시권자일 때
- 심판관이 사건의 다툼의 대상이 되어 있는 권리의 물상보증인일 때

※ 상기 제척원인 중 ⑥의 대표적인 경우는 등록/거절결정처분을 내린 심사관이 무효/거절결정불복심판의 심판관으로 관여하는 경우 및 원심결의 심판관이 원심결의 취소확정판결에 따른 심판에 다시 관여하는 경우 등을 들 수 있다.

거절결정불복심판을 담당한 심판관은 무효심판에서 제척 대상이고, 정정심판을 담당한 심판관은 정정무효심판에서 제척 대상이다. 한편, 존속기간연장등록거절결정불복심판 담당한 심판관은 존속기간연장등록무효심판에서는 제척 대상이지만, 다른 심판에서는 제척 대상이 아니다. 원심결의 심판관이 취소확정판결에 따른 심판에 다시 관여하는 경우에 제척 대상이 된다는 규정은 민소법에서도 동일한 취지의 규정을 찾아볼 수 있다.

> 민소법 제436조(파기환송, 이송) ①상고법원은 상고에 정당한 이유가 있다고 인정할 때에는 원심판결을 파기하고 사건을 원심법원에 환송하거나, 동등한 다른 법원에 이송하여야 한다.
> ②사건을 환송받거나 이송받은 법원은 다시 변론을 거쳐 재판하여야 한다. 이 경우에는 상고법원이 파기의 이유로 삼은 사실상 및 법률상 판단에 기속된다.
> ③원심판결에 관여한 판사는 제2항의 재판에 관여하지 못한다.

### 다. 제척의 신청

#### 1) 신청인

제척의 원인이 있음에도 불구하고 심판관이 사건에 관여할 때에는 당사자 등은 제척신청을 할 수 있다. 제척신청을 할 수 있는 자는 당사자 또는 참가인이다(특§149).

#### 2) 신청시기

제척신청은 심결시까지 할 수 있다. 심결에서 확정까지의 사이에는 상급심의 청구 또는 소의 원인으로 할 수 있고, 심결 확정 또는 특허취소결정 확정 후에는 재심의 사유로 할 수 있다(특§178, 민소§451).

#### 3) 신청방식

심판사건, 제척하고자 하는 심판관의 성명 및 제척원인(특§148의 해당 호를 표시한다)을 명백히 하여 서면 또는 구술로 신청한다. 다만, 구술에 의한 신청이 인정되는 것은 구술심리의 경우에 한한다(특§151①).

### 라. 제척신청의 효과

제척신청이 있는 때에는 제척심판의 결정이 있을 때까지 심판절차를 중지하여야 한다. 다만 긴급을 요하는 때에는 그러하지 아니하다(특§153, 실§33, 디§140, 상§139). 긴급을 요하는 때를 예시하면 다음과 같다.

① 증인을 긴급히 신문하지 아니하면 외국으로 출국한다든가 사망할 우려가 있는 때

② 긴급히 검증을 하지 아니하면 목적물이 변화, 소멸하는 때

### 마. 제척심판의 절차

① 당사자로부터 서면 또는 구술심리 중에 구술로서 제척의 신청이 있는 때에는 심판정책과는 절차에 따라 사건번호를 부여하고 심판기록을 작성한다. 사건번호는 “0000제척(당)00, 0000제척(원)00”와 같이 부여한다.

② 제척신청이 있으면 신청서가 수리되어 이를 담당할 심판관이 지정되기 전에 그 심판사건의 절차를 중지하고 이를 당사자에게 통지한다. 또한 제척신청을 결정하기 위하여 심판원장은 심판합의체를 구성한다. 이 경우, 제척신청을 받은 심판관

은 이 합의체에 관여할 수 없다. 다만, 의견은 진술할 수 있다(특§152②, 실§33, 디§139의②, 상§138②).

※ 구술심리 또는 증거조사 중에 제척신청이 있는 때의 조치

구술심리 중에 구술에 의한 제척신청이 있는 경우, 심판장은 구술심리조서에 제척신청이 있었다는 사실의 기재를 심판사무관에게 지시하고 또한 그 신청에 대한 결정이 있을 때까지 심판절차를 중지한다는 뜻을 선언한다. 제척신청이 구술로 된 때에는 그에 관한 심판장의 심리에 관한 지휘내용을 특히 정확하고 상세하게 기록하고 3일 이내에 소명서가 제출되어 제척심판이 성립하는 경우에는 바로 해당사건에 심판이력으로 생성시킨다.

③ 제척의 원인은 신청한 날로부터 3일 이내에 이를 소명하여야 한다(특§151②). 이와 같은 소명기간 제한규정(특§151②)은 훈시규정이라 할 것이므로 소명기간 내에 소명이 없다고 하여 신청을 각하할 것이 아니라 제척신청에 대한 결정(특§152)이 있기 전까지 소명하는 경우 신청에 대한 심판을 하여 결정을 하여야 한다.

※ 소명이란 증명보다 낮은 정도의 개연성, 즉 심판관이 일응 확실할 것이라고 추측을 얻은 상태 또는 그와 같은 상태에 이르도록 증거를 제출하는 당사자의 노력을 말한다.

④ 서면 또는 구술로서 제척신청과 동시에 소명된 원인으로 보아, 그 신청이 명백한 제척신청권의 남용이라고 판단할 수 있는 경우에는 그 신청이 있은 후, 기타의 소명사항이 신청되지 않은 것을 확인하고 나서, 곧 합의에 들어가 그 신청은 신청권의 남용이라는 취지로 각하하는 결정을 할 수 있을 것이다.

⑤ 제척신청에 의하여 본안 심판절차가 중지되므로, 제척신청에 대한 심판은 가능한 한 빨리 심리하고 결정하여야 한다.

⑥ 제척신청에 대한 결정은 서면으로 하여야 하며 그 이유를 붙여야 한다. 이 결정에 대하여는 불복할 수 없다(특§152③④, 실§33, 디§139의③④, 상§138③④). 이 결정은 즉시 확정된다.

⑦ 제척신청에 대한 결정이 있는 때에는 심판정책과는 바로 해당사건에 심판이력으로 생성시키고 해당사건의 심판장(주심심판관)에게 회부한다.

⑧ 제척신청에 대한 심판사건의 심판관에 대하여 다시 제척신청이 된 경우도 심판

절차상 다른 점은 없다.

제척신청이 서면으로 된 때 또는 구술심리 중에 구두로 행하여졌을 때 심판정책과는 다음에 정한 바에 따라 신속히 심판기록을 작성하는 등의 절차를 밟는다.

① 제척의 신청이 있을 때에는 심판원장은 즉시 심판의 절차중지를 명하고(심판당사자에게 심판절차중지통지), 신청의 결정을 위하여 심판합의체를 구성하며 이를 당사자 등에게 통지한다.

② 제척의 신청에 대하여 사건번호를 부여하고 심판관의 지정에 대하여 심판원장의 지시를 받는다. 사건번호는 0000당(기피)00호와 같이 바로 해당사건에 심판이력으로 생성시킨다.

③ 새로 구성된 합의체에서 제척여부 결정은 서면으로 즉시 행하여야 하며 당사자 등에 통보하고 신청이 받아들여질 경우 심판원장은 해당 심판을 처리할 새로운 심판부를 구성한다.

(제척신청 → 제척 허부를 결정할 심판부 구성 → 제척결정이 있는 경우, 해당심판을 처리할 새로운 심판부 구성)

### 바. 제척심판의 결정 서식

제척의 신청사건은 심판에 의하여 결정한다(특§152①, 실§33, 디§139의①, 상§138①, 특시칙§67, 실시칙§17, 디시칙§83, 상시칙§82).

결정문에는 다음 사항을 기재한다.

| |
|---|
| ① 심판번호<br>② 당사자·참가인(또는 참가신청인)의 성명 및 주소(법인의 경우에는 그 명칭·영업소)<br>③ 당사자·참가인(또는 참가신청인)의 대리인이 있는 경우에는 각각 그 대리인의 성명 및 주소나 영업소<br>④ 심판사건의 표시<br>⑤ 결정의 주문 및 이유<br>⑥ 결정연월일 |

제척을 신청한 날로부터 3일 이내(특§151②)에 소명이 없는 경우의 각하결정 기재례는 다음과 같다.

【기재례 】
0000당0000 심판 사건에 관하여 제척신청인은 20 . . 에 심판관 ○○○에 대한 제척신청을 하였으나 현재까지 제척원인의 소명이 없다.
특허법 제151조 제2항에 의하면 제척원인은 신청한 날로부터 3일 이내에 이를 소명하여야 하므로 이 사건 제척신청은 부적법한 것이다. 따라서 주문과 같이 결정한다

### 사. 제척심판의 결정 효과

긴급을 요하는 경우를 제외하고는 제척원인이 있는 심판관은 법률상 당연히 해당 심판사건에 대하여 일체의 직무집행을 할 수 없다(특§153). 해당 심판관이나 당사자 등이 제척원인을 알고 있는지의 여부에 관계없이 그 효과가 발생한다.

심판의 결과, 제척원인이 있는 심판관이 관여한 심리는 절차상 무효로 되어야 하는 것이므로, 심결 전이라면 다시 심리하지 않으면 안 된다. 또 심결이 되고 그 심결에 대하여 특허법원에 소를 제기한 후에는 특허법원에서 원심결을 취소하게 될 것이다. 또 심결이 확정된 때에는 재심의 이유로 된다(특§178, 실§33, 디§158, 상§157, 민소§451).

심판원장은 심판관의 제척사건을 처리할 심판관에는 신청을 당한 심판관 이외의 심판관을 지정한다.

【참 고】
민사소송법상 긴급을 요하는 소송행위가 이루어진 후에, 제척(또는 기피)의 신청을 이유가 있는 것으로 하는 재판이 있는 경우에 그 행위의 효력이 어떻게 되는지에 대하여 항상 무효로 한다는 설, 항상 유효로 한다는 설, 절충적으로 제척의 경우에는 무효이지만 기피의 경우에는 유효한 것으로 한다는 설이 있다.
만약, 상기 제척(또는 기피)의 신청이 기각 또는 각하결정으로 확정된 경우, 판례는 위법성이 치유된다고 적극적으로 보고 있다. 이는 당사자의 소송상의 이익을 해치지 않는 범위 내에서 위법성이 치유된다고 보는 절충적 견해이다.

### 아. 불복

다만, 제척신청이 있고 이에 대한 결정이 있는 때에는 이를 이유로 하여 불복신청을 할 수 없으며(특§152④, 실§33, 디§139의④, 상§138④), 또한 이를 이유로 특허법원에 취소의 소를 제기하거나 또는 재심을 청구할 수 없다.

### 자. 판례

○ 법관의 제척원인이 되는 전심관여는 최종변론과 판결의 합의에 관여하거나 종국판결과 더불어 상급심의 판단을 받는 중간적인 재판에 관여함을 말하는 것이고 최종변론 전의 변론이나 증거조사 또는 기일지정과 같은 소송지휘상의 재판 등에 관여한 경우는 포함되지 않는다(대법원 1997. 6. 13. 선고 96다56115 판결).

○ 제1차 항고심판관으로 심결에 관여한 심판관은 다시 원심결(환송사건의 심결)에 관여할 수 없다(대법원 1970. 9. 17. 선고 68후28 판결).

○ 구특허법 제118조에 의하여 준용되는 같은법 제99조 제6호에 의하면 심판관이 사건에 대하여 심사관, 심판관 또는 판사로서 사정, 심결 또는 판결에 관여한 때에는 심판 관여로부터 제척된다고 규정되어 있고 여기에서 「사정에 관여한 때」라고 함은 심사관으로서 직접 사정을 담당하였을 경우를 말하는 것인 바, 일건기록에 의하면 원심의 항고심판에 관여한 심판관 OOO는 그 전심인 거절사정 자체에 관여한 것이 아니라 구특허법 제74조의 규정에 의거하여 본원특허에 대한 거절사정을 하기전에 출원인으로 하여금 의견서 제출의 기회를 주기 위하여 그 거절이유를 명시한 거절이유의 통지 즉 거절의 예고통지를 하는데 관여하였을 뿐이고, 그 후에 의견서를 제출받아 이를 검토한 후 출원인의 의견을 이유없다고 판단하여 1976.4.19.자로 그 거절사정을 한 것을 심사관 △△△임을 알 수 있으므로 원심의 심판에 관여한 심판관 OOO는 그 전심의 거절사정에 관여한 사람이 아니라고 할 것이다. 논지도 이유 없다(대법원 1980. 9.30. 선고 78후3 판결).

○ 본조에 의하여 실용신안에 준용되는 특허법 제81조는 심사관의 제척에 관하여 동법 제107조의 심판관의 제척에 관한 규정을 준용하도록 규정하고 있으므로 심사관이 사건에 대하여 심사관, 심판관 또는 판사로서 사정, 심결 또는 판결에 관여한 때에는 심사의 사정에 관여할 수 없다 할 것이니, 파기환송전의 제1차 거절사정에 관여한 심사관이 환송 후의 제2차 거절사정에 다시 관여함은 제척사유 있는 심사관의 관여로서 위법하다(대법원 1982. 6. 22. 선고 81후30 판결).

○ 특허법 제126조에 의해 항고심판에 준용되는 같은 법 제107조 제6호의 심판관이 사건에 대하여 심사관으로서 사정에 관여한 때라 함은 심사관으로서 직접 사정을 담당하였을 경우를 말한다(대법원 1988. 2. 23. 선고 83후38 판결).

○ 특허심판관의 제척사유를 규정한 개정 전의 특허법(1990. 1. 13 법률 제4207호로 개정되기 전의 것) 제107조 제6호 소정의 심판관이 사건에 대하여 심사관, 심

판관 또는 판사로서 사정, 심결 또는 판결에 관여한 때의 사건이라 함은 현재 계속 중인 해당 사건을 가리킨다(대법원 1992. 3. 31. 선고 91후1632 판결).

○ 특허법 제148조 제6호는 심판관이 사건에 대하여 심사관 또는 심판관으로서 사정 또는 심결에 관여한 경우에는 심판 관여로부터 제척된다고 규정하고 있는 바, 위 규정에서 사건이라 함은 동일사건을 의미한다 할 것이다. 따라서, 특허에 대한 무효심판과 같은 특허에 대한 정정심판은 서로 동일사건이라 할 수 없으므로 정정심판에 관여한 심판관이 같은 특허에 대한 무효심판에 관여하였다 하더라도 특허법 제148조 제6호의 심판관 제척사유에 해당한다고 할 수 없다(특허법원 1998. 9. 3. 선고 98허1822 판결).

○ 위 인정사실에 의하면 심판관 ○○○은 이건 고안에 대한 심사를 하여 등록사정을 하였으므로 이건 심판에 관여할 수 없음에도 불구하고 이건 심판에 심판관으로서 관여하여 심결을 하였다할 것이어서 이건 심결은 심판관의 제척에 관한 규정을 위반하여 그 자체로 위법함이 명백하다(특허법원 1998. 8. 27. 선고 98허3484, 98허4869 판결).

### 차. 심결례

○ 특허심판원은 98원1945호로 심리하여 1998. 12. 28. '원사정을 취소하고 본건을 심사국에 환송한다'라는 심결을 하였고 1999. 2. 3. 에는 이 사건 등록의장이 등록된 사실, 98원1945호 사건에 관여한 심판관은 김00, 정00, 이00 이었고, 이후 이 사건 등록무효심판의 심결에 관여한 심판관은 홍00, 이00, 진00 이었는데 소외 이00는 이 사건 등록무효심판의 심결에서 주심심판관이었던 사실이 인정되므로, 이 사건 심결 이전에 이 사건 등록의장의 절사정불복심판에 관여함으로써 위 특허법 규정에 따라 직무집행에서 제척되어야 할 위 이00이 이 사건 심결에 관여한 것은 위법하다 할 것이다(특허법원 2000. 8. 17. 선고 2000허3463 판결).

○ 이 사건과 같이 단지 심사관이 상급 지휘자인 심사담당관이 심사업무의 원활하고 올바른 진행을 위하여 심사관에 대한 지휘·감독차원에서 특허사정서에 결재하는 행위는 포함되지 않는다 할 것이므로, 이 사건 심결이 심판관 제척사유에 해당하는 심판관의 관여에 의해 이루어진 것이어서 위법하다는 원고의 위 주장은 받아들일 수 없다(특허법원 2005. 7. 8. 선고 2004허5894 판결).

○ 이 사건 정정무효심판에 대한 심결 이전에 이 사건 등록특허의 정정심판에 관여함으로써 특허법 제148조 제6호의 규정에 따라 직무집행에서 제척되어야 할 심판관 김00가 이 사건 심결에 관여한 것은 위법하다(특허법원 2010. 5. 7. 선고 2009허7680 판결)

## 4 기피

### 가. 개요

기피원인은 심판관에게 심판의 공정을 기대하기 어려운 사정이 있는 경우이다. 심판의 공정을 기대하기 어려운 사정이 있는 때라 함은 건전한 상식을 가진 보통인의 판단에 비추어 재판관과 사건과의 관계로 보아 불공정한 심판을 하지나 않을까 하는 염려를 당사자에게 일으킬 수 있을 것이라고 생각되는 객관적인 사정이 있는 때를 말하고 단순히 불공정한 심판이 될지도 모른다고 하는 주관적인 의심을 갖는 사정을 의미하지는 않는다(헌재 2001. 7. 12. 2001헌사236).

### 나. 기피원인

심판관에게 심판의 공정을 기대하기 어려운 사정이 있으면 당사자 또는 참가인은 기피신청을 할 수 있다(특§150).

기피원인의 구체적인 예는 다음과 같다.

① 심판관이 사건의 당사자와 친우일 때

② 심판관이 사건의 당사자와 원한관계에 있는 때

③ 심판관이 사건에 대하여 경제적으로 특별한 이해관계를 가지고 있을 때

④ 심판관이 사건에 대하여 사적인 감정서를 제출한 일이 있을 때

⑤ 심판관이 당사자와 내연 또는 약혼관계가 있을 때

### 다. 기피의 신청

#### 1) 신청인

심판관에게 심판의 공정을 기대하기 어려운 사정이 있으면 당사자 또는 참가인은 기피신청을 할 수 있다(특§150).

#### 2) 신청시기

당사자 또는 참가인은 사건에 대하여 심판관에게 서면 또는 구두로 진술을 한 후에는 심판관을 기피할 수 없다. 다만, 기피의 원인이 있는 것을 알지 못한 때 또는 기피의 원인이 그 후에 발생한 때에는 서면 또는 구두로 진술을 한 후에도 기피의 신청을 할 수 있다(특§150②). 여기에서 진술이라 함은 구술심리에 의한 경우는 당사자 또는 참가인이 일정의 신청을 한 때는 아직 그 이유에 대하여 진술을 하지 아니하여도 진술이 있었던 것이라고 할 수 있다. 서면심리에 의한 경우는 답변서, 의견서 등의 제출이 있었을 때에는 진술이 있는 것이라 할 수 있다.

#### 3) 신청방식

심판사건, 기피하고자 하는 심판관 성명 및 기피원인을 명백히 하여 서면 또는 구술로 신청한다. 다만, 구술에 의한 신청이 인정되는 것은 구술심리의 경우에 한한다(특§151①).

### 라. 기피신청의 효과

기피신청이 있는 때에는 기피심판의 결정이 있을 때까지 심판절차를 중지하여야 한다. 단, 긴급을 요하는 때에는 예외로 할 수 있다. 긴급을 요하는 때를 예시하면 다음과 같다.

① 증인을 긴급히 신문하지 아니하면 외국으로 출국한다든가 사망할 우려가 있는 때

② 긴급히 검증을 하지 아니하면 목적물이 변화, 소멸하는 때

### 마. 기피심판의 절차

① 당사자로부터 서면 또는 구술심리 중에 구술로서 기피의 신청이 있는 때에는 심판정책과는 절차에 의하여 심판기록을 작성한다. 심판번호는 0000기피(당)00호와 같이 부여한다.

② 기피신청이 있으면 그 심판사건의 절차를 중지하고 이를 통지한다. 또한 제척신청을 결정하기 위하여 심판원장은 심판합의체를 구성한다. 이 경우, 기피신청을 받은 심판관은 이 합의체에 관여할 수 없다. 다만, 의견은 진술할 수 있다(특§152②, 실§33, 디§139의②, 상§138②).

※ 구술심리 또는 증거조사 중 기피신청이 있을 때의 조치요령은 제척신청이 있을 때와 같다.

③ 기피의 원인은 신청한 날로부터 3일 이내에 이를 소명하여야 한다(특§151②). 이와 같은 소명기간 제한규정(특§151②)은 훈시규정이라 할 것이므로 소명기간 내에 소명이 없다고 하여 신청을 각하할 것이 아니라 기피신청에 대한 결정(특§152)이 있기 전까지 소명하는 경우 신청에 대한 심판을 하여 결정을 하여야 한다.

④ 서면 또는 구술로서 기피신청과 동시에 소명된 원인으로 보아, 그 신청이 명백한 기피신청권의 남용이라고 즉시 판단할 수 있는 경우에는 그 신청이 있은 후, 기타의 소명사항이 신청되지 않은 것을 확인하고 나서, 곧 합의에 들어가 그 신청은 신청권의 남용이라는 취지로 각하하는 결정을 할 수 있을 것이다.

⑤ 기피신청에 대한 심판은 가능한 한 빨리 심리하고 결정하여야 함은 제척의 경우와 같다.

⑥ 기피신청에 대한 결정은 서면으로 하여야 하며 그 이유를 붙여야 한다. 이 결정에 대하여는 불복할 수 없다(특§152③④, 실§33, 디§139의③④, 상§138③④). 이 결정은 즉시 확정된다.

⑦ 기피신청에 대한 결정이 있는 때에는 심판정책과는 바로 해당사건에 심판이력으로 생성시키고 해당사건의 심판장(주심심판관)에게 회부한다.

⑧ 기피신청에 대한 심판사건의 심판관에 대하여 다시 기피신청이 있는 때에도 심판절차상 다른 점은 없다.

기피신청이 서면으로 된 때 또는 구술심리 중에 구두로 행하여졌을 때 심판정책과는 다음에 정한 바에 따라 신속히 심판기록을 작성하는 등의 절차를 밟는다.

① 기피의 신청이 있을 때에는 심판원장은 즉시 심판의 절차중지를 명하고(심판당사자에게 심판절차중지통지), 신청의 결정을 위하여 심판합의체를 구성하며 이를 당사자 등에게 통지한다.

② 기피의 신청에 대하여 사건번호를 부여하고 심판관의 지정에 대하여 심판원장의 지시를 받는다. 사건번호는 0000당(기피)00호와 같이 바로 해당사건에 심판이력으로 생성시킨다.

③ 새로 구성된 합의체에서 기피여부 결정은 서면으로 즉시 행하여야 하며 당사자

등에 통보하고 신청이 받아들여질 경우 심판원장은 해당 심판을 처리할 새로운 심판부를 구성한다.

(기피신청 → 기피 허부를 결정할 심판부 구성 → 기피결정이 있는 경우, 해당심판을 처리할 새로운 심판부 구성)

### 바. 기피심판의 결정 서식

기피의 신청사건은 심판에 의하여 결정한다(특§152①, 실§33, 디§139①, 상§138①, 특시칙§67, 실시칙§17, 디시칙§83, 상시칙§82). 결정문에는 다음 사항을 기재한다.

① 심판번호
② 당사자·참가인(또는 참가신청인)의 성명 및 주소(법인의 경우에는 그 명칭·영업소)
③ 당사자·참가인(또는 참가신청인)의 대리인이 있는 경우에는 각각 그 대리인의 성명 및 주소나 영업소
④ 심판사건의 표시
⑤ 결정의 주문 및 이유
⑥ 결정연월일7

### 사. 기피심판의 결정 효과

기피심판에 의하여, 그 신청이 이유가 있다고 하는 결정이 있는 경우에는 그 심판관은 그 결정 후 직무집행으로부터 제외된다. 기피신청에 대하여 그 신청이 이유가 있다는 결정이 있는 경우에 그 원인이 제척원인(특§148)에 해당될 때에는 그 원인이 발생한 때 이후에 해당 심판관이 관여한 심판절차는 무효로 된다. 심판원장은 심판관의 기피사건을 처리할 심판관으로 신청을 당한 심판관 이외의 심판관을 지정한다.

### 아. 불복

기피신청에 따른 결정에 대해서는 불복할 수 없다(특§152④, 실§33, 디§139의④, 상§138④).

### 자. 판례

○ 여기서 심판의 공정을 기대하기 어려운 사정이 있는 때라 함은 건전한 상식을 가진 보통인의 판단에 비추어 재판관과 사건과의 관계로 보아 불공정한 심판을 하지나 않을까 하는 염려를 당사자에게 일으킬 수 있을 것이라고 생각되는 객관적인 사정이 있는 때를 말하고 단순히 불공정한 심판이 될지도 모른다고 하는 주관적인 의심을 갖는 사정을 의미하지는 않는다. 그런데 재판관 甲이 이 사건 기피신청의 본안사건과 그 기초관계가 동일한 사건들에 관하여 재판장으로서 4차례에 걸쳐 기각 또는 각하결정을 하였다는 사정은 단지 신청인으로 하여금 불공정한 심판이 될지도 모른다는 주관적인 의심을 갖게 하는 사정이 될 수 있을지언정, 공정한 심판을 기대하기 어려운 객관적 사정에 해당된다고 할 수 없음이 명백하므로 재판관 甲에게는 이 사건 기피신청의 본안사건인 2001헌마375 불기소처분취소 사건에 관하여 기피의 원인이 있다고 할 수 없다(헌재 2001. 7. 12. 2001헌사236))

○ "재판의 공정을 기대하기 어려운 사정이 있는 때"라 함은 당사자가 불공평한 재판이 될지도 모른다고 추측할 만한 주관적인 사정이 있는 때를 말하는 것이 아니고, 통상인의 판단으로서 법관과 사건과의 관계로 보아 불공정한 재판을 할 것이라는 의혹을 갖는 것이 합리적이라고 인정될 만한 객관적인 사정이 있는 때를 말하는 것이므로, 설사 소송당사자 일방이 재판장의 변경에 따라 소송대리인을 교체하였다 하더라도 그와 같은 사유가 재판의 공정을 기대하기 어려운 객관적인 사정이 있는 때에 해당할 수 없다(대법원 1992. 12. 30 자 92마783 결정)

○ 위 재판부가 피고들의 이 사건 건물에 대한 위 현장검증 및 감정신청을 받아들인 결과 감정인이 피고들의 관리소홀로 인하여 발생하였거나 확대된 하자부분을 고려하지 않았다거나 비용산출의 기초가 되는 자료로 시중에서 통용되는 가액을 적용하여 피고들이 처음 주장한 금액 이상으로 하자보수비용이 감정되었다고 하더라도 그러한 사정은 감정내용의 신빙성의 문제가 될 수는 있을지언정, 이에 더 나아가 위 재판장 이 피고들의 편에서 편파적으로 재판을 진행하여 재판의 공정을 기대하기 어려운 객관적인 사정이 있는 때에 해당한다고는 할 수 없다.(서울고등법원 1995. 4. 17 자 95카116 결정)

○ 법관기피제도는 법관에게 공정한 재판을 기대하기 어려운 사정이 있는 때에 당사자의 신청에 의하여 그 법관을 해당 사건에 관한 직무집행에서 배제함으로써 당사자로 하여금 공정한 재판을 받을 권리를 보장하는 제도이지만, 기피신청의 원인이 매우 추상적으로 규정되어 있어 법원의 소송진행 등에 대한 주관적인 불만이나 의

혹에 지나지 않는 사유를 들어 재판의 공정을 기대할 수 없는 사정이 있다고주장하면서 기피신청을 하는 등 당사자의 소송지연책으로 악용됨으로써 법관의 독립성이 침해되고 신속한 재판의 진행에 장애를 초래할 위험도 내재하고 있는바, 민사소송법 제48조 단서에서 변론종결 후에 관여 법관에 대한 기피신청이 있는 때에는 소송절차를 정지하지 아니하고 종국판결을 선고할 수 있도록 한 취지는, 이미 변론이 종결되어 종국판결의 선고만이 남은 상태에서는 사안의 실체에 대한 구체적인 자료가 대부분 드러나 법원이 어느 쪽이든 내심의 심증을 형성하고 있을 터이어서 당사자가 법원의 심증방향을 추단하여 자신에게 불이익한 판결을 피해보고자 하는 의도로 기피신청에 이르는 등 기피제도를 악용할 가능성이 높고 그렇지 아니한 경우라도 이러한 기피신청은 너무 시기에 늦은 신청이어서 이로 인하여 반대당사자의 신속한 재판을 받을 권리를 지나치게 제약하고 법관의 독립성을 침해하는 결과가 초래되기 때문에 이를 방지하기 위한 것이다. 그러므로 변론종결 후에 기피신청이 있더라도 소송절차를 정지하지 아니하고 종국판결을 선고할 수 있도록 한 민사소송법 제48조 단서는 그 합리성을 충분히 인정할 수 있고, 거기에 법관기피제도의 본질적인 내용을 침해하여 당사자의 공정한 재판을 받을 권리를 침해하고 입법재량의 한계를 일탈하였다고 볼 사유가 있다고 할 수 없다.(대법원 2007. 6. 18 자 2007아9 결정)

## 5 회피

### 가. 개요

심판관의 회피라 함은 심판관이 스스로 제척 또는 기피 이유가 있다고 인정하여 자발적으로 직무 집행을 피하는 것을 말한다(특§153의2).

### 나. 회피요건

회피에 관한 규정은 2001. 2. 3. 특허법에 신설되었다. 회피의 경우에는 따로 심결을 요하지 않으며, 심판원장의 허가를 얻으면 된다.

당사자 등으로부터 제척 또는 기피의 신청이 있을 것을 사전에 방지하고 또한 심판의 공정을 기하는 취지에서 필요하다고 인정될 경우에는 언제라도 회피의 신고를 심판관 스스로 하여야 할 것이다.

### 다. 회피절차

제척 및 기피의 원인은 물론 이에 준하는 원인으로 아래와 같은 때에 심판관은 심판원장에게 신고하여 사건에 관여하지 말아야 할 것이다.

① 임용후 재직기간이 3년 미만인 심판관으로서 임용직전 5년 동안에 재직한 근무처와 관련된 사건을 심판하는 경우(심판사무취급규정 제27조⑨항 2호)

② 동일 심판부에서 근무했던 자가 심판관으로 퇴직하여 변리사로 활동한 지 2년이 경과되지 아니한 때 대리하는 사건(특허심판원 심판관 윤리강령 운영지침 제5조①항 1호)

③ 동일부서에서 근무했던 자가 퇴직하여 변리사로 활동한 지 2년이 경과되지 아니한 때 대리하는 사건(특허심판원 심판관 윤리강령 운영지침 제5조①항2호)

심결시까지의 회피신고에 대하여 그 신고가 이유 있다고 인정되는 경우에 심판원장은 심판정책과장에게 심판관의 지정변경을 지시한다.

# 제6절 심판관합의체

## 1 구성

심판원장에 의하여 각 심판사건의 합의체를 구성하는 심판관이 지정된다. 합의체는 3인 또는 5인의 심판관으로 구성되며, 합의는 과반수로 결정한다(특§146①②). 대개의 경우에는 3인의 심판합의체에 의하여 사건을 심리하게 되지만, 소정의 경우에는 5인의 심판합의체가 구성된다. 5인 심판합의체는 심판원장 또는 심판장과, 심판원장이 지정하는 심판장 또는 심판관 4인으로 구성되며, 합의체심판장은 심판원장 또는 수석심판장이, 주심심판관은 원칙적으로 해당 사건의 주심심판관으로 지정된 자가 된다(특훈제1037호§28②).

## 2 역할

특허법 제146조의 규정에 의한 심판은 3인의 심판관으로 구성되는 합의체가 이를 행함을 원칙으로 한다. 다만, 다음 각호의 1에 해당하는 사건은 5인의 심판관으로 구성되는 합의체에서 이를 행한다(특훈제1037호§28①).

1. 종전의 판례에 따르기에 적합하지 아니하거나 종전의 심결을 변경할 필요가 있는 사건
2. 법률적 · 기술적 판단에 있어서 매우 중요하고 또한 사회적 영향이 큰 사건
3. 법원에서 취소된 사건으로서 그 사안이 중요한 사건
4. 여러 심판부에 공통으로 걸쳐있는 사건으로서 각 심판부의 의견이 상반되어 전체적인 의견 조정이 필요한 사건
5. 3인 합의체에 의하여 합의가 이루어지지 아니한 사건
6. 삭제〈2010. 6. 29〉
7. 상표는 동일하나 지정상품류가 서로 달라 심판사건들의 주심이 서로 다른 사건으로서, 해당 심판사건의 처리 방향에 대한 사전 합의가 이루어지지 않은 사건
8. 동일한 산업재산권에 대해 청구된 여러 개의 심판사건의 주심이 서로 다른 사건으로서, 1인의 주심심판관으로 지정변경하는 것에 대한 합의가 이루어지지 않은 사건

9. 사건 쟁점이 복잡하여 장기간 처리가 지연되는 사건

10. 중소기업 사건, 심판부간 협업이 필요한 기술 융복합 사건, 일괄 심리가 필요한 사건, 공통기술 사건 등 특허심판원장이 필요하다고 인정하는 사건

# 제7절 심판연구관

## 1 자격

특허심판원에는 취소신청, 심판과 재심에 관한 조사·연구와 그 밖의 사무를 담당하는 인력을 둘 수 있으며(특§136조의16③), 심판연구관이 될 수 있는 사람은 특허심판원에 근무하는 5급 공무원으로서 심판원장이 임명한다(특훈제1037호§28의3).

심판원장은 다음의 각호의 어느 하나에 해당하는 자 중에서 임명한다(특심예제83호§2②).

1. 특허청에서 5년 이상 심사관으로 근무한 사람
2. 2년 이상 소송수행자 근무경력을 포함하여 4년 이상 특허청에서 심사관으로 근무한 사람
3. 심사국장이 심사역량 및 전문성이 우수하다고 인정하여 추천한 심사관

## 2 역할

특허심판원장은 특허심판원에 근무하는 5급 공무원인 심판연구관으로 하여금 특허취소신청, 심판 및 재심에 필요한 조사· 연구 및 그 밖의 사무를 하게 할 수 있다(특훈제1037호§28의3).

# 제8절 심판방식 심사관보(심판사무관)

## 1 자격

특허청장은 심판 절차의 원활한 추진을 위해 심판업무 보좌를 위한 심판방식 심사관보를 지정할 수 있다(특훈제1037호§28의2①).

## 2 역할

심판방식 심사관보는 심판 방식, 구술심리의 지원 · 참여 및 조서작성 등의 업무를 한다(특훈제1037호§28의2②). 심판사무관은 다음 각호의 사무를 담당한다(특심훈제108호§4⑤).

1. 구술심리 및 심리방식 개선방안 수립
2. 구술심리 지원 및 참여로 조서작성
3. 구술심리시 심판장을 보좌하여 심판정의 질서유지
4. 구술심리의 속기·녹음과 관련한 기록의 보관 및 폐기
5. 구술심리에 참여하는 기록원 및 속기사 관리

# 제9절 당사자

## 1 당사자의 구분

당사자라 함은『자기의 이름으로 심판을 청구하거나 청구받는 자』를 말하고, 심판 및 재심 절차에 있어 당사자는 청구인, 피청구인 및 재심청구인, 재심피청구인 등이다.

미성년자의 친권자·법인의 대표이사 등의 법정대리인이나 변리사 등의 임의대리인은 타인의 이름으로 판결을 요구하거나 요구받는 자이므로 당사자가 아님은 물론이다.

한편, 심결의 효력은 미치나 당사자적격이 인정되지 아니하는 보조참가인(특§155③)은 당사자 일방의 승소를 보조하기 위하여 자기의 이름으로 심판절차를 수행한다는 점에서 당사자와 구별되고, 반면 심결의 효력이 미침은 물론 당사자적격도 인정되는 당사자참가인(특§155①)은 일단 참가가 적법하면 당사자와 마찬가지로 일체의 행위를 할 수 있으며 피참가인이 청구를 취하한 때에도 심판절차를 계속할 수 있다는 점에서 피참가인인 당사자와는 공동소송인의 관계에 있다 할 것이다.

- ○ 등록무효심판계속 중 피청구인이 그 등록권리를 제3자에게 이전하였다 하더라도 당사자로서의 지위에는 영향을 받지 아니한다(대법원 1967. 6. 27. 선고 67후1 판결).
- ○ 실용신안권의 권리범위확인심판청구인이 그 심판 계속 중에 그 실용신안 물건의 제조판매영업권을 양도하였다 하더라도 본법상의 이해관계인임에는 변함이 없으므로 심판청구인에 대한 심결이나 판결의 효력은 그 승계인에게도 미치는 것이므로 심판청구인은 종국에 이르기까지 당사자로서 자기 또는 승계인을 위하여 행위할 당사자 적격을 가진다(대법원 1977. 12. 27. 선고 76후33 판결).
- ○ 실용신안법 제25조 제2항이 심사관으로 하여금 실용신안등록의 무효심판을 청구할 수 있도록 규정한 것은 공익적 견지에서 나온 것이므로 그 심사관은 당시 실용신안의 등록출원에 대한 심사를 담당하고 있는 자이면 되고 반드시 해당 실용신안등록을 심사하여 등록사정한 심사관에 한하거나 심결 당시에 그 심사관의 지위에 있어야만 하는 것은 아니다(대법원 1989. 3. 14. 선고 86후171 판결).

## 2 당사자에 관한 심판청구요건

당사자에 관하여는 당사자의 실재, 당사자능력, 절차능력, 당사자적격 등 심판청구요건을 구비하고 있을 것이 요구된다. 또한, 심판청구요건은 본안심결의 전제요건이고, 그 흠이 발견되면, 본안심리에 들어가거나 또는 그것을 계속할 필요가 없게 된다.

※ 민사소송법에 있어서는 소가 적법한 것으로서 받아 들여져 청구의 당부에 관한 본안심결을 받기 위하여 구비하여야 하는 사항을 소송요건이라고 하는데, 소송능력을 가질 것, 당사자가 실재하고 또 당사자 능력을 가질 것, 소권 (당사자적격)이 있을 것 등을 들고 있다. 특허법에 있어서도 동일하게 해석하여야 할 것이다.



## 3 당사자능력

### 가. 개요

당사자능력이라 함은 절차의 주체가 될 수 있는 능력이고, 원칙적으로 권리능력을 가진 자는 당사자능력이 있다.

한편, 권리능력을 갖지 아니한 사단 또는 재단으로서 대표자 또는 관리인이 정하여진 경우에는 그 사단 또는 재단의 이름으로 출원심사청구, 이의신청, 심판청구 등 일정절차에 한하여만 당사자능력을 인정하고 있다(특§4, 실§3, 디§5, 상§5).

※ 민사소송법 제51조는 『당사자능력, 소송능력, 소송무능력자의 법정대리와 소송행위에 필요한 권한의 수여는 이 법에 특별한 규정이 없으면 민법, 그 밖의 법률에 따른다.』라고 규정하고 있는바, 당사자능력을 원칙적으로 민법 등 실체법의 규정에 따르도록 한 것인데, 그 의미는 실체법상의 권리능력자인 자연인 및 법인에 대하여 당사자능력을 인정하는 취지이다. 특허법에는 이와 같은 규정은 없으나 같이 해석하여야 할 것이다.

국가, 지방자치단체, 영조물법인, 공공조합 등은 공법인으로서 민법상의 권리능력을 갖기 때문에 당사자능력이 있다. 그러나 국가의 행정기관임에 그치는 행정청이나 국가의 입법기관인 국회 등은 당사자능력이 없다.

| ○ 특허법에서는 당사자능력에 관한 규정을 따로 두고 있지 아니하므로 특허권과 특허법의 성질에 비추어 민법과 민소법에 따라 거기에서 정하고 있는 권리능력과 당 |
|---|

사자능력이 있는 자라야 소송의 당사자가 될 수 있다고 할 것이다. 국가의 기관인 경북대학교는 국립대학으로서 민사법상의 권리능력이나 당사자능력이 없음이 명백하므로 특허출원이나 항고심판청구인, 상고인이 될 수 없다(대법원 1997. 9. 26. 선고 96후825 판결)

○ 해당 특허권자로부터 권리의 대항을 받거나 받을 염려가 있는 회사가 제기한 특허무효심판의 심결취소소송 계속 중에 그 회사에 대하여 청산종결의 등기가 경료되었다고 하여도 청산종결의 등기 당시 계속 중인 소송은 청산인이 현존사무의 종결로서 처리하여야 하므로 그 소송이 종결되기까지는 회사의 청산사무는 종료되지 아니하고 회사는 청산의 목적범위 내에서 여전히 존속하고 있고, 특허권자는 회사를 상대로 특허권침해를 이유로 하여 손해배상청구소송을 제기하는 등 필요한 조치를 취할 수도 있다. 따라서 다른 특별한 사정이 없는 한 특허무효심판의 심결취소소송 계속 중 특허무효심판을 청구한 회사에 대하여 청산종결의 등기가 경료된 사정만으로는 당사자능력이 상실된다거나 특허무효심판의 심결취소를 구하는 소의 이익이 부정된다고 할 수 없다(대법원 2005. 11. 24. 선고 2003후2515 판결).

○ 소외 회사는 파산선고를 받은 자로서 이 사건 심판청구는 파산의 목적범위 밖의 행위에 해당하므로, 피고(소외 회사의 파산관재인)는 이 사건 심판에서의 당사자능력이 없거나 이 사건 심판청구의 이해관계인에 해당하지 아니한다고 주장한다. 그러나 위에서 본 바와 같이 이 사건 등록상표의 존재로 인하여 소외 회사의 상표출원이 거절되었으므로, 피고로서는 이 사건 등록상표가 등록무효심결의 확정으로 소멸되는 경우, 위 출원상표를 다시 출원하는 등의 방법으로 상표등록을 받게 될 가능성이 있고, 따라서 이 사건 심판청구가 파산의 목적 범위 밖의 행위라고 할 수 없다 할 것이므로, 원고의 위 주장 역시 이유 없다(특허법원 2007. 10. 31. 선고 2007허5000 판결).

○ 피고 1이 이 사건 등록무효심판을 청구하기 위해서는 심판청구 당시(2002. 12. 31.)에 실재하는 단체여야 할 것인바, 피고 1이 실재하는 단체임을 입증하기 위하여 피고들이 제출한 증거 중 을제1호증에는 피고 1과 유사한 단체의 명칭(피고 1의 영문 명칭은“World Professional Golf Association Incorporated”이나 을제1호증에 나와 있는 명칭은“World Professional Golf Associ”이다)과 주소가 기재되어 있을 뿐이고, 을제2호증에는 피고 1이 2001. 3. 13. 미국 플로리다주에서 등록되었다는 사실만이 기재되어 있으며, 을제128호증에는 피고 1이 플로리다주에 등록된 법인이고 그 대표자가 폴 케이 조(Paul K. Cho)라는 사실이 기재되

어 있을 뿐이어서, 위 증거들만으로는 피고 1이 이 사건 심판청구 당시까지 존재하고 있었다는 점을 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없다. 오히려, 갑제40호증 내지 갑제43호증의 1, 2의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 미국은 50개의 주가 연방국가를 구성하고 있으나 회사법은 단일한 연방법으로 제정되어 있지 않고 각 주별로 다른 회사법을 가지고 있어서 특정한 주에서 회사를 설립하여 영업활동을 하고자 할 경우에는 영업하려고 하는 주 정부에 등록을 하여야 하고 또 주 정부로부터 회사활동에 대한 허가를 받아야 하는데, 통상적으로 주 정부에서 요구하는 서류를 제출하고 회사설립에 관한 허가증서(Corporate Charter 또는 Certificate of Incorporation)를 교부받게 되는 사실, 피고 1이 소재하고 있다고 주장하는 플로리다 주 역시 마찬가지로, 플로리다 주에서 법인체를 설립하고자 할 때에는 법인의 종류를 선택한 후 주 정부에 관련 서류를 제출하여 회사설립을 증명하는 증명서를 받고, 등록이 된 후에는 주 정부에 매년 정기적인 사업보고를 하고 위 허가에 대한 세금(Franchise Tax)을 납부함으로써 비로소 독립법인으로서 권리의무를 행사할 수 있게 되는 사실, 피고 1은 2001. 3. 13. "1551 SE 80TH ST. OCALA FL 34480"을 주소지로 하여 영리목적으로 설립된 회사로서, 설립 당시 폴 케이 조(Paul K Cho), 임**(Lim **), 이**(Lee **) 등 3인이 창립이사로 등록되었다가, 플로리다 주 정부에 제출해야 하는 연례 사업보고서를 제출하지 않아 2002. 10. 4. 주 정부의 명령에 의하여 강제폐쇄된 사실이 인정되어, 피고 1은 이 사건 심판청구 당시 존재하지 않는 상태였다 할 것이다. 그렇다면, 이 사건 등록무효심판청구 중 피고 1에 관한 부분은 당사자능력이 없는 자에 의하여 제기된 것으로서 부적법하다 할 것이다(특허법원 2005. 2. 24. 선고 2004허1878 판결).

○ 법인인 농업협동조합중앙회가 당사자능력이 있을 뿐 농업협동조합중앙회 충남지역본부는 구 농업협동조합법상 농업협동조합중앙회의 지사무소에 불과한 것으로 독립하여 당사자능력이 인정되지 않는다 할 것이다(특허법원 2000. 8. 11. 선고 2000허1412 판결).

## 나. 권리능력

### 1) 의의

권리능력이란 특허법에 의해 부여되는 일반적인 권리·의무의 주체가 될 수 있는 지위 또는 자격을 말한다. 권리능력에 관해서는 특허법에서 특별히 규정한 외국인의

경우를 제외하고는 민법의 규정이 유추 적용된다.

내국인의 경우에는 자연인과 법인에 대해서는 권리능력이 인정된다. 외국인의 경우에는 재내자에 대해서는 권리능력이 인정되나, 재외자에 대하여는 특허법 제25조 제1호 내지 제3호에 해당하는 경우를 제외하고는 권리능력이 인정되지 않는다.

※ 특허법 제25조에 규정된 외국은 우리나라에 의하여 외교상 승인된 국가만을 지칭하는 것은 아니다. 그 나라가 국가로서의 실질적 요건을 구비하고 우리 국민에 대하여도 특허권 및 특허에 관한 권리의 향유를 보장하는데 족한 법질서가 형성되어 있는 경우에는 설사 미승인국이라 하더라도 상호주의가 통용되는 것이라고 하여야 할 것이다.

원칙적으로 권리능력을 가진 자는 당사자 능력이 있으나, 권리능력을 갖지 아니한 사단 또는 재단으로서 대표자 또는 관리인이 정하여진 경우에는 그 사단 또는 재단의 이름으로 출원심사청구, 이의신청, 심판청구 등 일정한 절차에 한하여만 당사자 능력을 인정하고 있다(특§4, 실§3, 디§5, 상§5).

**2) 권리능력 유무의 판단**

권리능력의 유무에 관한 판단은 산업재산권법상의 행위도 일반의 재산권법상의 행위와 동일하게 재산권에 관한 권리의무의 주체가 될 수 있는 자격이 있는지를 정하는데 의의가 있다.

권리능력 유무에 관한 판단과 관련해서는, 권리능력이 없는 자가 특허에 관한 절차를 밟는 경우 이를 심판관의 실체적 심사에 맡겨야 한다는 판례[62]도 있으나, 방식심사 단계에서도 권리능력 유무에 관한 판단을 하여야 하며, 그 결과 절차를 밟는 자의 구체적인 확인이 필요한 경우에는 관련 증명서류를 제출하도록 명령한다.

권리능력의 유무판단은 특허절차를 진행하는 최초의 절차 즉, 특허고객번호 부여

62) 구특허법 시행규칙(1980. 12. 31. 상공부령 제616호로 개정되기 전의 것) 제14조 제1항 제11호 소정의 `서류가 방식에 적합하지 아니한 경우'라 함은 서류의 기재사항에 결격이 있거나 구비서류가 갖추어져 있지 아니하는 경우 등 서류가 법령상 요구되는 형식적인 방식에 적합하지 아니한 경우를 뜻하고, 형식적인 문제를 벗어나서 출원인이나 발명자가 특§40조에 규정된 권리능력을 가지는지 또는 출원인이 동법 제33조 제1항에 규정된 특허를 받을 수 있는 자인지 여부 등 실질적인 사항에 관한 것을 포함하지 아니하고, 출원서류가 그 같은 실질적인 사항을 포함하는 경우에는 위 시행규칙 제14조제1항제11호에 의하여 불수리 처분을 할 것이 아니라 일단 이를 수리하여 심사관으로 하여금 실질적인 심사를 하게 하여야 함이 상당하다(대법원 82. 9. 28. 선고 80누414 판결).

신청시 및 출원시 뿐만 아니라 심판절차의 진행 중에 타인에게 이전하는 경우에도 양수인이 권리능력을 갖는 자인지를 판단한다.

현행 특허넷 시스템 하에서 출원인은 사전에 특허청에 특허고객번호 부여 신청서 제출 시에 출원인에 대한 인적사항을 등록하고 고유번호를 부여받아 출원 시 특허고객번호와 성명(명칭)만을 기재하므로 출원인 적격문제는 특허고객번호 부여(출원인 등록)단계에서 철저히 점검되어져야 할 사항이다.

특히 특허고객번호 부여 신청서 또는 출원서에 법인등록번호의 기재 없이 법인출원처럼 표기되었을 경우에는 법인임을 증명하는 서면을 제출하도록 요구하여야 하며, 이러한 요구에 대한 증명서의 제출이 없으면 해당서류는 반려한다.

또한 출원인의 인적사항 등 출원인 정보변경이 수리되었을 경우, 심판시스템에서도 연계하여 '심판관련인 변경'을 하고 있다.



### 3) 내국인의 권리능력

대한민국의 국적을 가진 자는 국내에 거주하거나 외국에 거주하는 자를 불문하고 산업재산권에 관한 권리능력이 인정되며, 이는 "사람은 생존한 동안 권리와 의무의 주체가 된다"는 민법 제3조의 규정에 따른 것이다.

실종선고가 확정되기 전의 실종자도 당사자능력이 있다는 판결(대법원 1992. 7. 14. 선고 92다2455 판결)이 있다.

국내에 주소나 영업소를 갖지 않는 내국인의 경우에도 재외자이므로 특허에 관한 절차를 밟음에 있어서는 국내에 주소나 영업소를 가진 대리인(이하 "특허관리인"이라 한다)에 의해서 절차를 밟아야 한다(특§5, 실§3, 디§6, 상§6).

### 4) 조약국(상호주의 확인국) 국민의 권리능력

외국인으로서 산업재산권 보호에 관한 국제조약 가입국 국민이거나 대한민국과 산업재산권에 관한 권리를 상호 인정하기로 합의한 국가의 국민은 권리능력이 인정된다[63].

63) 외국인의 권리능력에 대한 판례
외국인으로서 우리나라에 주소나 영업소가 없을 때에는 원칙적으로 산업재산권에 관한 권리능력을 인정하지 아니하지만 그 예외로서 조약이나 협정이 체결되어 있거나 또 그 외국인이 속하는 나라의 법률의 규정에 의하여 우리나라의 국민에게 그 나라 안에 주소나 영업소가 없더라도 산업재산권에 관한 권리를 허용하는 국가의 국민에 대하여는 우리나라도 산업재산권에 관한 권리를 향유하

국제조약으로는 산업재산권보호에 관한 실체적 내용을 가진 “산업재산권보호에 관한 파리협약” 또는 “무역관련 지식재산권협정(WTO/TRIPs)” 등이 해당된다. 다만, 상표등록출원의 경우에는 상표법조약이 여기에 해당한다.

국제조약 미가입국의 국민이라 할지라도 해당국가간 조약 또는 기타 상호주의 확인에 의하여 산업재산권에 관한 권리능력을 인정키로 한 경우에도 인정된다. 산업재산권에 관한 상호주의 확인증명서는 한 가지 사건에 관해 그 취지의 증명이 있는 경우에는 그 이후 동일국에 대하여는 증명서 제출은 요구하지 않는다.

조약가입국 또는 상호주의 확인국 해당여부는 서류 제출일을 기준으로 하여 판단한다.

#### 5) 비조약국 국민의 권리능력

비조약국 또는 상호주의 미확인국 국민의 경우에도 다음과 같은 일정한 경우에는 국내에서 산업재산권에 관한 권리능력을 향유할 수 있다.

① 국내에 주소 또는 영업소를 가지고 있는 경우

② 조약국 내에 주소 또는 영업소를 가지고 있는 경우

③ 상호주의 확인서를 제출하는 경우

※ 비조약국 국민의 청구인의 경우에는 국내에서 산업재산권에 관한 권리능력을 갖는지를 구체적으로 확인하기 위한 증명서류의 제출을 요구할 수 있다.

국내(조약국 내)에 주소 또는 영업소를 가진 경우에는 다음과 같이 판단한다.

① 특§25조 본문에서는 “재외자 중 외국인”에 대하여는 일정한 요건하에서 권리능력이 있음을 규정하고 있으므로, 국내에 주소 또는 영업소를 가진 외국인(재내자)의 경우에는 권리능력이 있다.

② “주소”의 해석과 관련하여, 거소는 생활의 근거지라고 할 수는 없지만 일정기간 계속하여 거주하는 장소를 말하는 데 외국인이 국내에 일정한 거주가 있는 경우, 즉 거소가 있는 경우에

는 권리능력이 인정되는 것으로 해석한다(파리협약 제3조(a) 해석).

---

게 한다고 보아야 할 것이다. 이때 그 외국인이 속하는 나라의 법률이 상표에 관한 권리를 허용하는 국가로서 우리나라를 특정하여 규정하고 있음을 요하지는 아니한다(대법원, 1976. 4. 27. 선고 74후61 판결).

③ 외국인에는 자연인은 물론 외국에서 인가된 법인도 포함하며, 영업소는 반드시 주된 영업소(본점)일 필요는 없고 지점, 공장 등도 포함되는 것으로 해석한다(파리협약 제3조(a) 해석).

비조약국 국민으로 조약국내에 주소 또는 영업소를 가지지 않은 경우에도, 해당국의 권한 있는 기관이 대한민국 국민에 대하여 자국 내에서 산업재산권에 관한 권리능력을 인정하는 경우에는 상호주의에 의하여 대한민국 내에서 해당국의 국민도 산업재산권에 관한 권리능력을 인정받게 된다(특§25).



### 6) 무국적자의 권리능력

무국적자로서 대한민국 내에 주소 또는 거소를 가진 자 및 파리조약 동맹국 또는 세계무역기구 가맹국 중 한 나라의 영역 내에 주소 또는 거소를 가진 자는 산업재산권 또는 산업재산권에 관한 권리를 향유할 수 있다. 무국적자가 산업재산권에 관한 절차를 밟는 경우에는 다음의 서면을 제출하도록 한다(특시칙§8).

① 대한민국이나 파리조약 당사국 중 1국의 영역 안에 주소(거소 포함)가 있음을 증명하는 서류

② 국적이 없음을 증명하는 서류(국적이 없음을 본인이 선서한 선서문도 가능)

### 7) 법인의 권리능력

법인은 일정한 단체가 구성원과는 독립되어 법률에 의해 부여받은 권리·의무의 주체로서의 인격을 갖는다. 그러나 법인은 권리·의무의 주체가 될 수 있지만 자연인처럼 스스로 행동할 수 없기 때문에 기관(예 : 대표이사)을 설정하고 그 기관의 행위를 곧 법인의 행위로 간주하는 방식을 취하고 있다. 특허법에서도 법인의 권리능력은 민법에서의 권리능력과 다를 바 없이 인정된다.

※ 법인 등기부상의 법인명칭 표시

- 상법법인의 경우 : 주식회사, 유한회사, 합자회사, 합명회사
- 민법법인의 경우 : 재단법인, 사단법인
- 특수법인의 경우(특별법에 의하여 설립된 법인) : 학교법인 ○○○○, 법무법인 ○○○○, 특허법인 ○○○○, 영농조합법인 ○○○○ 등

### 8) 국가의 권리능력

국가는 법률에 특별한 규정은 없지만 법인으로 의제되어 권리주체가 된다. 그러나, 입법부, 사법부 및 행정각부는 물론, 그 산하기관과 소속기관, 국립대학교 등은 법인격이 없으므로 권리주체가 될 수 없다.

국가의 기관인 국립대학교 자체는 권리능력이 없으므로 국립대학이 심판당사자가 되는 경우 『대한민국(××대학교 총장)』으로 표기한다.

국립대학교 내에 설치된 산학협력단은 별도 법인으로서 권리능력이 있으므로(산업교육진흥 및 산학연협력촉진에 관한 법률§25②), 산학협력단이 심판당사자가 되는 경우에는 『××대학교 산학협력단』으로 표기한다. 사립대학교에 설치된 산학협력단의 경우에도 위와 같다.

행정관청이 심판당사자가 되는 경우에는 『대한민국(소관청)』으로 당사자 표기한다. 예를 들어 국유특허로서 소관청이 농촌진흥청이라면 『대한민국(농촌진흥청장)』으로 표기한다.

【공무원 직무발명의 취급 】

○ 국가공무원이 자기가 맡은 직무와 관계되는 발명(고안)을 한 경우에는 지체 없이 그 내용을 발명기관(소속기관)의 장에게 신고하여야 하며, 신고를 받은 발명기관의 장은 그 발명이 직무발명에 속하는지 여부를 결정하고, 그 결정결과를 해당 공무원에게 서면으로 통지하여야 한다. 또한 국가승계결정 통지를 받은 발명자는 지체 없이 그 직무발명에 대하여 특허를 받을 수 있는 권리 또는 특허권을 국가에 양도하여야 한다(공무원 직무발명의 처분관리 및 보상 등에 관한 규정§5, 6).

○ 국유특허는 특허청장이 이를 관장한다(발명진흥법§10④). 발명기관의 장이 특허를 받을 수 있는 권리를 양도받은 때에는 지체 없이 발명기관의 장을 부기하여 국가명의로 특허출원하여야 한다.(공무원 직무발명의 처분관리 및 보상 등에 관한 규정§7).

### 9) 지방지차단체의 권리능력

지방자치단체는 법인으로 한다(지방자치법 제3조). 따라서 지방자치단체도 권리의 주체가 될 수 있다. 지방자치단체의 종류에는 특별시, 광역시, 특별자치시, 도, 특별자치도, 시, 郡 및 區가 있으며 區의 경우에는 특별시와 광역시의 관할구역 안에 있

는 區에 한정한다.[64]

※ 지방자치단체의 명칭 표시방법[65]
- 특별시·광역시·도의 경우 : 서울특별시, ○○광역시, ○○도
- 기초자치단체의 경우 : 서울특별시 ○○구, ○○광역시 ○○구
- 시·군의 경우 : ○○시, ○○군
- 시립대학의 경우 :「○○특별(광역)시(○○대학총장)」



### 다. 절차능력

#### 1) 의의

절차능력이라 함은 당사자로서 스스로 절차를 밟는데 필요한 능력이다.

#### 2) 미성년자, 피한정후견인, 피성년후견인, 재외자의 절차능력

특허법에는 미성년자, 피한정후견인, 피성년후견인(특§3, 실§3, 디§4, 상§4) 및 재외자(특§5)에 대하여는 절차능력을 제한하는 취지의 규정이 있다. 따라서 행위능력이 없는 자는 법정대리인에 의하지 아니하면 특별히 정한 경우를 제외하고 산업재산권에 대한 절차를 밟을 수 없다(특§3①). 국내에 주소 또는 영업소를 가지지 아니하는 자(재외자)는 국내에 주소 또는 영업소를 가지는 자(특허관리인)에 의하지 아니하면 산업재산권에 대한 절차를 밟을 수 없다(특§5①).

한편, 심판장은 절차를 밟는 자가 그 절차를 밟는데 적당하지 아니하다고 인정 되는 때에는 대리인으로 하여금 절차를 밟도록 명할 수 있다(특§10, 실§3, 디§12, 상§12)라고 규정되어 있다.

#### 3) 2인 이상이 공동으로 절차를 밟는 경우

2인 이상의 출원인이 산업재산권에 관한 절차를 밟는 경우(공동출원 등)로서 대표자를 정하지 아니한 때에는 각자가 전원을 대표한다. 다만, 다음에 해당하는 경우에는 전원이 절차를 밟아야 한다(특§11, 실§3, 디§13, 상§13).

① 출원의 변경·포기·취하 또는 특허권 존속기간 연장등록출원의 취하

64) 지방자치단체의 "구(區)"는 "특별시"와 "광역시"의 관할구역 안의 區(자치구라 함)에 한정되므로 자치구가 아닌 "市"의 "區"(예 : 수원시 권선구)는 권리능력의 주체가 될 수 없다.

65) 지방자치법 제3조 참조

② 상표권의 존속기간의 갱신등록신청, 지정상품추가등록출원 또는 상품분류전환등록신청의 취하

③ 신청의 취하·특허법 제55조 제1항의 규정에 의한 우선권주장 또는 그 취하

④ 청구의 취하

⑤ 디자인보호법 제52조에 따른 출원공개의 신청

⑥ 거절결정에 대한 심판청구, 상표·디자인 보정각하결정에 대한 심판, 디자인등록취소결정에 대한 심판

따라서 대표자를 정하지 아니한 때에는 절차행위의 결과가 전원에게 불이익이 되지 않는 경우, 예를 들어 의견서의 제출, 제출서류의 보정 등의 절차는 공동당사자 중 1인이 할 수 있고 그 행위는 전원에 대하여 효력이 발생된다.

2인 이상의 출원인이 산업재산권에 관한 절차를 밟는 경우로서 대표자를 선정하여 특허청에 신고한 때에는 신고된 대표자만이 해당 산업재산권에 관한 절차를 밟을 수 있다. 다만, 신고된 대표자는 상기 단서에서 제한하고 있는 행위에 대하여는 대표자 선정신고 시 그러한 행위에 대한 위임사항을 특기하고 있는 경우에만 가능한 것으로 본다.

## 4 당사자적격

### 가. 의의

당사자적격이라 함은 청구로서 주장된 특정 권리관계에 관하여 당사자로서 절차를 밟고 심결을 받는데 필요한 자격을 말하며, 특별한 경우에는 파산관재인 등도 당사자적격이 있다.

당사자적격은 특정권리관계에서 결정되는 것이므로 당사자능력이나 절차능력과 같이 특정사건과 관계없이 일반적·추상적으로 정하여지는 자격 내지 인격적 능력과는 구별하여야 한다.

※ 민사소송법에 있어서는, 일반적인 경우 권리 또는 이익의 귀속주체가 그 적격을 갖는 것이라고 할 수 있으나, 특별한 경우로서 실질적인 적격자를 갈음하여 또는 그와 병행하여 제3자가 특별한 이유로 소송물에 관한 적격을 갖는 경우가 있는

데 이를 “제3자의 소송담당”이라 하며, 제3자의 소송담당에는 법률로 정한 바에 따라 당연히 생기는 법정소송담당(예. 파산관재인 : 채무자 회생 및 파산에 관한 법률§359, 선장 : 상법§859②)과 이익주체의 의사에 의하여 생기는 임의적 소송담당(예. 선정당사자 : 민소§53)이 있다고 되어 있으나 파산관재인 등에 관하여는 특허법 등에 있어서도 적용되는 것이라고 할 것이다.

### 나. 청구인의 당사자적격

심판 종류별 청구인의 당사자 적격은 다음과 같다.

○ 무효심판
- 2017. 3. 1. 이후 설정등록된 특허와 실용신안에 대해서는 특허취소신청 및 실용신안등록취소신청이 도입됨에 따라 이해관계인 또는 심사관만이 무효심판의 청구인이 될 수 있다.(특§133, 실§31, 디§121, 상§117). 다만, 특허법 제33조 제1항 또는 제44조를 위반한 경우에는 특허를 받을 수 있는 자만 청구할 수 있다.
- 2006. 10. 1. 부터 2017. 2. 28. 까지 설정등록된 특허와 2006. 10. 1. 이후 출원되고 2017. 2. 28. 까지 설정등록된 실용신안에 대해서는 설정등록이 있는 날부터 등록공고일 후 3월 이내에 누구든지 무효심판을 청구할 수 있다(다만, 모인 또는 공동출원 위배를 이유로 하는 것은 제외한다). 위 기간이 경과되면 이해관계인 또는 심사관만이 청구할 수 있다.
- 디자인 및 상표, 2006. 9. 30. 이전에 설정등록된 특허, 2006. 9. 30. 이전의 실용신안등록출원은 이해관계인 또는 심사관만이 청구할 수 있다(특§133, 실§31, 구실§49, 디§121).

○ 특허권(실용신안권) 존속기간연장등록의 무효심판: 이해관계인 또는 심사관(특§134, 실§31의2)

○ 상표권 존속기간갱신등록의 무효심판: 이해관계인 또는 심사관(상§118)

○ 권리범위 확인심판
- 권리자 또는 이해관계인. 다만 2006. 10. 1. 이후에 청구되는 권리범위확인심판에 있어서는 전용실시권자도 청구인이 될 수 있다.

(특§135, 실§33, 구실§50, 디§122, 상§121)

○ 정정심판: 권리자(특§136, 실§33, 구실§51)

○ 정정의 무효심판: 이해관계인 또는 심사관(특§137, 실§33, 구실§52)

○ 통상실시권허락의 심판: 권리자, 전용실시권자 또는 통상실시권자(특§138, 실§32, 구실§53,디§123)
○ 상표등록의 취소심판: 누구든지(상§119⑤) 다만, 상§119①4호, 6호에 해당하는 것을 사유로 하는 경우에는 이해관계인만 청구할 수 있다.
○ 등록상표의 전용사용권 또는 통상사용권 등록의 취소심판: 누구든지 청구할 수 있다(상§120③).
○ 거절결정불복심판: 거절결정을 받은 자(출원인)
(특§132의17, 실§33, 디§120, 상§116)
○ 취소결정불복심판: 취소결정을 받은 자(권리자)
(구특§132의3, 구실§54, 디§120)
○ 보정각하결정불복심판: 보정각하결정을 받은 자(출원인)
(2001. 2. 3. 이전 특§132의4[66], 1999. 6. 30 이전 실§46, 디§119, 상§115)
○ 특허취소신청: 누구든지 신청할 수 있다. (특§132의2)

### 다. 피청구인의 당사자적격

당사자계 심판의 피청구인은 특허권자, 실용신안권자, 디자인권자, 상표권자이다. 다만 적극적 권리범위 확인심판의 경우는 예외이다.

### 라. 회생절차개시 및 파산선고 받은 회사의 당사자적격

회생절차개시결정이 있고 관리인이 선임되면 채무자인 회사의 재산에 관한 소송에서는 관리인이 당사자가 된다[67]. 따라서 당사자계 심판에서도 권리자인 회사는 피청구인이 될 수 없고 관리인만이 피청구인적격이 있으므로 피청구인의 표시를 보정하게 한 후 심리판단하여야 한다.

또한, 파산선고 받으면 파산재단에 관한 소송에서도 파산관재인이 당사자가 되므로 위와 같다.

### 마. 청산 중인 회사의 당사자적격

청산 중인 회사도 당사자 적격을 갖는다.

66) 2001. 2. 3. 개정법에서 삭제

67) 채무자회생및파산에관한법률§78(당사자 적격) 채무자의 재산에 관한 소송에서는 관리인이 당사자가 된다. §359(당사자 적격) 파산재단에 관한 소송에서는 파산관재인이 당사자가 된다.

회사는 해산 후에도 청산의 목적 범위 내에서 존속하는 것으로 본다(상법§245)[68]. 따라서 채무변제·재산환가처분 등 정관에 명시되지 않은 소극적인 권리능력은 회사의 법인격과 함께 청산 중에도 존속한다. 또한, 최근에는 사회·경제적 사정에 의하여 청산종료까지 수년을 요하는 경우가 많으므로 청산 중인 회사의 당사자 적격을 인정하여 그 재산환가를 용이하게 하는 것이 타당하다. 따라서 청산 중인 회사의 당사자 적격은 인정되는 것이다.



## 5 당사자의 확정

당사자를 확정하는 것은 심결을 누구에 대하여 할 것인가를 식별하는 것 뿐만 아니라, 심판관의 제척(특§148), 기피(특§150), 회피(특§153의2), 심판절차의 중단 또는 중지(특§20 내지 §24) 등의 문제도 이에 따라 결정되는 것이고, 당사자능력, 절차능력, 당사자적격 등도 그 자에 관하여 판단하여야 할 사항이기 때문에 심판에 있어서는 우선 이를 명확하게 하여야 한다. 한편 적법한 심판 당사자가 되기 위해서는 당사자가 실재하여야 하고 당사자 능력, 당사자 적격 등의 당사자에 관한 심판청구요건을 구비하고 있을 것이 요구된다. 이러한 심판청구요건은 본안심리의 전제요건으로서 직권조사사항이다.

당사자의 확정은 심판청구서의 내용을 객관적으로 관찰하여 확정한다. 심판청구서에는 당사자 표시가 요구되고 있으나(특§140, §140의2, 실§33, 디§126, §127, 상§125, §126) 거기에 기재된 당사자 표시만이 유일한 자료는 아니고, 심판청구서의 전취지 등을 보아 판단하여야 한다.

※ 민사소송법에 있어서, 당사자의 확정은 소제기행위 중 어느 요소를 취하여 확정의 표준으로 할 것인지에 대하여 주로, 소제기에 즈음한 특정인의 의사를 표준으로 하는 의사설, 구체적인 행동에 착안하는 행동설, 소장에 표시된 바에 의한 표시설이 있는데, 표시설이 통설로 되어 있다(대법원 1983. 3. 8. 선고 82다카291 판결). 특허법에 있어서도 표시설을 기초로 하여 판단하여야 할 것이다.

68) 상법§245(청산 중의 회사) 회사는 해산된 후에도 청산의 목적범위내에서 존속하는 것으로 본다.

## 6 당사자의 보정

### 가. 결정계 심판(정정심판 제외)

① 청구인의 보정이 청구서 전체의 취지나 청구서의 첨부서류상 청구인의 표시 또는 출원서상 출원인의 표시로 보아 이와 동일인으로 정정하려는 경우

② 청구인의 보정이 심판청구서상의 청구인의 표시로 보아 동일인은 아니나 다음에 해당하는 경우

○ 출원인변경신고(특§38⑤, 실§33, 디§57④, 상§48③)가 수리된 이후 구권리자를 신권리자로 보정하는 경우

※ 심판청구서에 심판청구기간 내에 일반승계가 있었다는 것을 간단하게 표시하고 신권리자가 청구한 경우에는 출원인변경신고를 하도록 안내한다.

○ 심판청구기간 내에 누락된 공동출원인을 추가 보정하는 경우(2009. 1. 30. 전 결정계 심판청구에 적용)

○ 누락된 공동출원인을 청구인에 추가 보정하는 경우(2009. 1. 30. 이후 심판청구에 적용, 상표 결정계 심판은 상§126의 시행일인 2012. 3. 15. 이후에 심판청구된 건부터 적용)

[대법원 판례(2005. 5. 27. 선고 2003후182 판결) ]
특허법 제33조 제2항, 제44조, 제132조의3, 제139조 제3항, 제140조 제2항에 의하면, 특허거절결정을 받은 자가 불복이 있는 때에는 그 결정등본을 송달받은 날로부터 30일 이내에 심판을 청구할 수 있고, 특허를 받을 수 있는 권리가 공유인 경우에는 공유자 전원이 공동으로 특허출원을 하여야 하고, 특허를 받을 수 있는 권리의 공유자가 그 공유인 권리에 관하여 심판을 청구하는 때에는 공유자 전원이 공동으로 청구하여야 하며, 심판청구서의 보정은 청구의 이유를 제외하고는 요지를 변경할 수 없다 할 것이므로, 공동출원인 중 일부만이 심판청구를 제기한 경우 그 심판의 계속 중 나머지 공동출원인을 심판청구인으로 추가하는 보정은 요지의 변경으로서 허용할 수 없음이 원칙이나, 아직 심판청구기간이 도과되기 전이라면 나머지 공동출원인을 추가하는 보정을 허용하여 그 하자가 치유될 수 있도록 함이 당사자의 권리구제 및 소송 경제면에서 타당하다 할 것이다.
※ 2009. 6. 30. 이전 결정계 심판(정정심판 제외)에 적용됨

### 나. 당사자계 심판(정정심판 포함)

① 당사자의 보정이 청구서 전체의 취지나 청구서의 첨부서류상 당사자의 표시로 보아 이와 동일인으로 정정하려는 경우

② 당사자의 보정이 심판청구서상의 당사자의 표시로 보아 동일인은 아니나 다음에 해당하는 경우

- 특허(실용·디자인·상표)권 명의변경 신고가 있은 후 구권리자를 신권리자로 보정하는 경우
- 권리자가 피청구인인 심판사건에서 심판청구직전에 권리자가 변경되어 구권리자를 피청구인으로 한 것이 청구인의 귀책사유로 보기 어려운 경우에 구권리자를 신권리자로 보정하는 경우
- 누락된 특허권자(실용신안권자, 디자인권자, 상표권자)를 추가 보정하는 경우 (2009. 1. 30. 이후 심판청구에 적용)



## 7 흠이 있는 경우의 취급

당사자에 관한 심리는 청구의 당부에 관한 본안심리에 앞서 행하여지는 것이고, 당사자에 관하여 심판청구서 방식요건의 흠이 있는 경우에는 다음과 같이 처리한다.

### 가. 당사자 표시에 관한 형식적 흠이 있는 경우

심판청구서에 당사자 기재가 없거나(특§140①, §140조2①, 실§33, 디§126①, §127①, 상§125①, §126①), 절차무능력자가 당사자인데 그의 법정대리인이 기재되지 않은 경우 및 대리권 수권범위가 벗어난(특§141①2, 실§33, 디128①2, 상§127①2) 경우에, 심판원장 또는 심판장은 청구인에 대하여 상당한 기간을 지정하여 보정을 명하고(특§46, 실§11, 디§47, 상§39 / 특§141①, 실§33, 디§128①, 상§127①) 지정기간 내에 청구인이 보정을 아니한 경우에는 심판청구서를 무효처분(특§16①, 실§3, 디§18①, 상§18①)하거나 결정으로써 그 청구서를 각하(특§141②, 실§33, 디§128②, 상§127②)한다.

※ 특§141의 규정에 의한 심판장의 심사는 동조에 열거된 사항, 즉 청구서가 필수적 기재사항의 기재누락 등 법령에 정해진 방식에 위반되지 않았는지, 소정의 수

수료가 납부되었는지 여부에 관한 극히 형식적인 사항에 한정되며, 기타의 요건의 심사에는 미치지 않는 것이라고 해석하는 것이 상당하다.

※ 특141①이 보정의 대상으로 규정하고 있는 것은 동법§140① 또는 ③~⑤, §140조의2①에서 규정하는 심판청구서의 방식위반에 한하고, 동법§139③의 위반과 같이 전혀 심판청구를 하지 아니한 다른 공유자의 의사에 관한 것까지 포함하는 것이라고 해석하기는 어렵다.

> ○ 특허심판원이 원고들에게 반드시 공동으로 거절사정 불복심판을 청구하여야 한다고 안내하여야 할 의무가 있다고 할 수 없고, 또한 특허법 제141조 제1항은, 제140조 제1항·제3항 내지 제5항 또는 제140조의2 제1항의 규정에 위반되는 경우와 제82조의 규정에 의한 수수료를 납부하지 아니하는 경우에는 기간을 정하여 그 흠의 보정을 명하여야 한다고 규정하고 있을 뿐이어서, 수명이 공동으로 심판청구를 하여야 할 것인데 그 중 일부만이 심판청구를 하였다 하여(즉 위 제139조 제3항에 위반하여 심판청구를 하였다 하여) 그것이 보정명령의 대상이 된다고도 할 수 없으므로, 특허심판원이 원고들에게 공동으로 거절사정 불복심판을 청구하여야 한다는 내용의 보정명령을 하지 아니하였다는 데에 어떠한 위법이 있다고 할 수 없다(특허법원 1999. 7. 15. 선고 99허4705 판결).

### 나. 당사자 요건에 흠이 있는 경우

#### 1) 원칙

심판청구서에 당사자를 잘못 특정하여 당사자 적격 또는 당사자 능력에 흠이 발생한 경우에는 다음과 같이 처리한다.

우선 심판장은 제대로 된 당사자로 보정하는 것이 요지변경에 해당하는지 여부를 판단한다. 심판청구서의 전취지로 보아 실질적으로 동일한 자를 다시 표시하는데 지나지 않거나, 도산절차가 개시된 경우로서 법인으로 기재된 당사자를 그의 파산관재인 또는 관리인으로 보정하는 경우, 개인사업자의 상호명으로 기재된 당사자를 개인으로 보정하는 경우, 행정청 또는 국립대학으로 기재된 당사자를 대한민국으로 보정하는 경우 등으로서 보정이 허용되는 경우에는 심문을 통해 올바른 당사자로 보정할 것을 알린다. 만약 보정이 되지 않으면 심리종결후 부적법한 심판청구로서 심결각하한다.

그리고, 보정하는 것이 요지변경에 해당하여 보정이 불가능한 경우라고 판단되면 보정가능함을 알릴 필요 없이 바로 심리종결후 심결각하한다(특§142, 실§33, 디§129, 상§128).

### 2) 결정계 심판 청구인 또는 권리자의 보정

2009. 1. 30. 이후 심판청구건부터 결정계 심판에서 청구인의 기재를 바로잡거나 추가하는 경우(특§140의2②1, 실§33, 디§127②1, 상§126②1) 및 당사자계 심판에서 특허(실용신안, 디자인, 상표)권자의 기재를 바로잡거나 추가하는 보정(특§140②1, 실§33, 디§126②1, 상§125②1)은 요지변경으로 보지 않는다(단, 상표 결정계 심판에 대해서는 2012. 3. 15. 심판청구건부터 적용).

상기 개정법의 취지는 권리자의 기재를 바로잡는 경우 예외적으로 요지변경을 허용하는 것이므로, 권리자에 해당하지 않는 무효심판(정정 무효심판)의 청구인, 상표등록 취소심판의 청구인, 소극적 권리범위 확인심판의 청구인, 적극적 권리범위확인심판의 피청구인 등의 보정은 동일성을 유지하는 경우에만 보정이 허용된다.



○ 소송에 있어서 당사자가 누구인가는 당사자능력, 당사자적격 등에 관한 문제와 직결되는 중요한 사항이므로, 사건을 심리·판결하는 법원으로서는 직권으로 소송당사자가 누구인가를 확정하여 심리를 진행하여야 하는 것이며(대법원 87. 4. 14. 선고 84다카1969 판결 참조), 이 때 당사자가 누구인가는 소장에 기재된 표시 및 청구의 내용과 원인 사실 등 소장의 전취지를 합리적으로 해석하여 확정하여야 할 것이고(대법원 96. 12. 20. 선고 95다26773 판결, 99. 11. 26. 선고 98다19950 판결 등 참조), 소장에 표시된 원고에게 당사자능력이 인정되지 않는 경우에는 소장의 전취지를 합리적으로 해석한 결과 인정되는 올바른 당사자능력자로 그 표시를 정정하는 것은 허용되며(대법원 96. 10. 11. 선고 96다3852 판결, 99. 4. 9. 선고 97누19731 판결 등 참조), 소장에 표시된 당사자가 잘못된 경우에 당사자표시를 정정케 하는 조치를 취함이 없이 바로 소를 각하할 수는 없다고 할 것이다(대법원 2001. 11. 13. 선고 99두2017 판결).

○ 피고는 이 사건 심판청구 당시 심판청구인을 '남양주시청'으로 표시하였다가 이 사건 소송절차에서 '남양주시'로 당사자 표시를 정정하였는데, 심판절차 및 소송절차에 있어서 당사자의 확정은 심판청구인의 이 사건 심판청구의 목적이라는 견지에서 심판청구 내용을 합리적으로 해석함으로써 이루어질 수 있다 할 것인바, 갑 1호증, 을 1호증의 각 기재에 변론의 전취지를 종합하면, '남양주시'는 원고가 남

양주시의 산하기관인 농업기술센터에 대하여 이 사건 등록상표의 사용을 자제하여 달라는 요청을 하자, 이 사건 등록상표의 무효를 구할 이해관계인의 지위에서 이 사건 심판청구에 이르렀고, 이 사건 심결문의 심판청구인 표시가 "남양주시청 / 경기 남양주시 금곡동 185-10 / 대표자 000"로 되어 있는 사실을 인정할 수 있고 반증이 없는바, 이에 의하면 피고는 지방자치단체로서 이 사건 심판청구를 하면서 심판청구서상 자신의 표시를 당사자능력이 없는 남양주시청으로 잘못 표시하였음에 지나지 않고, 이 사건 심판절차에서도 심판청구인을 지방자치단체인 '남양주시'로 확정하고도 "남양주시청"으로 표시한데 불과하다 할 것이므로, 그 실질적인 심판청구인은 '남양주시'이고 위 당사자표시의 정정은 그 확정된 당사자와 동일성이 인정되는 범위 내에서 이루어진 것임을 알 수 있다. 따라서 피고는 지방자치단체로서 이 사건 무효심판을 청구할 이해관계인에 해당한다(특허법원 2002. 4. 12. 선고 2001허6582 판결).

○ 기록에 의하면, 이 사건 심판청구서의 당사자란에 피심판청구인을 '주식회사 논노상사'라고 기재하고 있으나, 이 사건 심판청구에서 심판청구인이 바라는 청구의 목적이라는 견지에서 청구원인을 살펴보면 심판청구인이 주식회사 논노상사 명의 상표권의 등록취소를 구한다는 것이어서, 심판청구인이 주식회사 논노상사에 대한 정리절차개시결정이 된 사실을 알았더라면 그 관리인을 피심판청구인으로 표시하여 청구하였을 것으로 짐작되는 터이므로, 심판청구인은 단지 심판청구서상 피심판청구인의 표시를 당사자적격이 없는 자로 잘못 표시하였음에 지나지 않고 사실상의 피심판청구인 내지 그 실질적인 피심판청구인은 그 관리인임을 알아볼 수 있다. 뿐만 아니라, 기록에 의하면, 피심판청구인측 대리인으로 심판에 관여한 청구외 변리사 000에 대한 위임은 바로 그 관리인이 한 것으로 되어 있다. 그렇다면 원심으로서는 마땅히 석명권을 행사하여 심판청구인에게 이 사건의 피심판청구인이 누구인지를 분명히 하도록 명하여 피심판청구인을 명확히 확정한 다음에, 확정된 피심판청구인이 관리인이라면 피심판청구인의 표시를 관리인으로 보정케 하는 조치를 취한 다음 본안에 관하여 심리 판단하였어야 할 것이다(대법원 1999. 1. 26. 선고 97후3388 판결).

○ 상표법 제77조, 제82조, 특허법 제140조 제1, 2항에 의하면 심판청구서를 보정함에 있어서는 그 요지를 변경할 수 없도록 규정하고 있으나 단순한 당사자 표시의 보정은 이에 해당되지 않는다고 할 것이고, 이 경우 당사자 표시의 보정은 심판청구서상의 당사자 표시만에 의하는 것이 아니라 청구의 취지 및 이유 등 심판청구

서의 전취지를 합리적으로 해석하여 당사자를 확정한 후에 확정된 당사자와 그 동일성이 인정되는 범위 내에서 심판청구서상 당사자의 표시를 정정하는 것을 의미한다 할 것이다. 기록에 의하면, 이 사건 심판청구서의 당사자 난에 피심판청구인을 "평안섬유공업주식회사 대표이사 000"이라고 기재하고 있으나, 이 사건 심판청구에서 심판청구인이 바라는 청구의 목적이라는 견지에서 청구원인을 살펴보면, 심판청구인은 평안섬유공업주식회사 명의의 상표권의 등록취소를 구한다는 것이어서 심판청구인이 평안섬유공업주식회사에 대하여 정리절차개시결정이 된 사실을 알았더라면 그 관리인을 피심판청구인으로 표시하여 청구하였을 것임이 엿보이므로 심판청구인은 심판청구서상 피심판청구인의 표시를 당사자적격이 없는 자로 잘못 표시하였음에 지나지 않고 그 실질적인 피심판청구인은 그 관리인임을 알 수 있다. 그렇다면, 이 사건 원심으로서는 본안심리에 앞서 피청구인의 법인등기부등본을 제출 받아 그 대표자를 확인하는 등의 방법으로 당사자적격 유무를 확인하였어야 할 것이고, 심판청구서에 피심판청구인의 대표이사로 기재된 000은 실제로는 대표이사가 아니라 관리인인 주식회사 조흥은행이 선임한 관리인 대리임이 등기부등본에 나타나 있으므로 원심으로서는 마땅히 석명권을 행사하여 심판청구인에게 이 사건 피심판청구인이 누구인지를 분명히 하도록 명하여 이를 명확히 한 후에 확정된 피심판청구인이 관리인이라면 피청구인의 표시를 보정케 하는 조치를 취한 다음 심리판단하였어야 할 것이다(대법원 1995. 4. 11. 선고 94후296 판결).



### 다. 절차능력을 결한 자가 한 행위

절차능력을 결한 자가 한 행위라도 보정된 당사자나 법정대리인에 의한 취소 또는 추인(특§7의2, 실§3, 디§9, 상§9)이 가능하고, 추인이 있는 때에는 행위 시에 소급하여 그 효력이 발생하고, 취소를 할 경우에는 확정적인 무효가 된다.

## 8 당사자의 사망 또는 소멸

심판 계속 중 당사자가 사망하거나 합병에 의하여 소멸한 때에는 절차의 수계통지를 하거나 절차를 속행할 때까지 심판절차가 중단되므로, 승계인에 의한 수계절차를 기다려 처리한다. 다만, 임의대리인이 있는 경우에는 절차가 중단되지 아니한다(특§19~§24, 실§3, 디§21~§26, 상§21~§26).

## 9 판례

### 가. 당사자 적격

○ 회사정리법에 의한 정리절차개시 결정이 있는 때에는 회사사업의 경영과 재산의 관리 및 처분을 하는 권리는 관리인에게 전속하며, 회사의 재산에 관한 소에 있어서는 관리인이 원고 또는 피고가 되는 것인바, 그 회사의 재산에 관한 소송 가운데는 회사에 대한 정리회사 명의의 상표등록의 취소를 구하는 심판도 포함되므로, 정리회사가 상표권자인 상표의 등록취소를 청구하는 심판에 있어서 정리회사는 피청구인이 될 수 없고 오로지 관리인만이 피청구인 적격이 있다(대법원 1995. 1. 12. 선고 93후1414 판결).

○ 구 상표법(1997. 8. 22. 법률 제5355호로 개정되기 전의 것) 제56조 제1항 제1호는 상표권의 이전은 상속 기타 일반승계의 경우를 제외하고는 이를 등록하여야만 그 효력이 발생한다고 규정하고 있고, 상표등록원부상 등록명의인 표시변경등록은 등록명의인의 동일성이 유지되는 범위 내에서 등록원부상의 표시를 실제와 합치시키기 위하여 행하여지는 것에 불과할 뿐 어떠한 권리변동을 가져오는 것은 아니므로(대법원 2000. 5. 12. 선고 99다69983 판결, 대법원 99. 6. 11. 선고 98다60903 판결 등 참조), 상표권을 이전하기로 하는 내용의 약정을 체결하였으나 그 약정에 따른 상표권이전등록을 하는 대신 등록명의인표시(명칭)변경등록을 하였다고 하더라도 원칙적으로 상표권이전의 효력이 발생한다거나 실체관계에 부합된다고 할 수는 없다고 할 것이다. 그런데 원심이 인정한 사실관계, 즉, 상표권자인 M 코리아와 원고 사이에 이 사건 등록상표를 원고에게 양도하기로 하는 합의가 있었고, 위 약정에 따른 상표권이전등록신청을 하는 대신 M 코리아가 그 법인 명칭과 주소를 변경하였음을 원인으로 하는 등록명의인표시(명칭)변경등록신청을 하고, 이에 기하여 원고 명의로 표시변경등록이 이루어진 것일 뿐이어서 위 등록명의인 표시(명칭)변경등록으로써 상표권 이전의 효력이 발생할 수는 없으므로, 비록 상표등록원부에 원고가 상표권자로서의 외관을 갖추게 되었다 하더라도 그러한 사정만으로 위 표시변경등록이 현재의 권리관계를 나타내는 것으로서 실체관계에 부합하는 것이라고 할 수는 없다. 따라서 이 사건 등록상표의 상표권자는 여전히 M 코리아라고 할 이 사건에서 피고가 원고를 상대로 제기한 이 사건 심판 청구는 상표권자가 아닌 자를 피심판청구인으로 삼은 것으로서 부적법하다고 할 것이다(대법원 2002. 2. 26. 선고 2001후1259 판결).

### 나. 소송행위의 추인

○ 적법한 대표자 자격이 없는 비법인 사단의 대표자가 한 소송행위는 후에 대표자 자격을 적법하게 취득한 대표자가 그 소송행위를 추인하면 행위 시에 소급하여 효력을 갖게 되고, 이러한 추인은 상고심에서도 할 수 있다(대법원 2010. 6. 10. 선고 2010다5373 판결).

### 다. 당사자를 그르친 판결

○ 항소심이 임의적 당사자 변경에 관한 판단을 그르쳐 소송당사자가 아닌 자를 소송당사자로 한 판결을 선고한 경우, 진정한 소송당사자에 대하여는 항소심판결이 아직 선고되지 않았다고 할 것이므로, 그 판결은 상고대상이 되지 아니하고, 진정한 소송당사자와 사이의 사건은 아직 항소심에서 변론도 진행되지 않은 채 계속 중이라고 할 것이다(대법원 1996. 12. 20. 선고 95다26773 판결).

### 라. 당사자의 정정·변경을 인정한 사례

○ 변론취지에 의하여 심판청구인으로 표시한 박00는 박**의 별명에 불과하고 따라서 이 사건 청구는 박**가 제기하였다고 봄이 상당하다 할 것이므로 이 사건에 있어서 청구인으로 박00로 표시한 것을 박**로 정정을 하면 족할 것이다(대법원 1967. 8. 29. 선고 67후9 판결).

○ 상표법 제77조, 특허법 제140조 제2항에 의하면 심판청구서를 보정함에 있어서는 그 요지를 변경할 수 없도록 규정하고 있으나, 단순한 당사자 표시의 보정은 이에 해당되지 않고, 이 경우 당사자 표시의 보정은 심판청구서상 당사자 표시만에 의하는 것이 아니라 청구의 취지 및 그 이유 등 심판청구서의 전 취지를 합리적으로 해석하여 당사자를 확정한 연후에 확정된 당사자와 그 동일성이 인정되는 범위 내에서 심판청구서상 당사자의 표시를 정정하는 것을 의미한다(대법원 1995. 1. 12. 선고 93후1414 판결).

○ 구 상표법(1995. 1. 5. 법률 제4895호로 개정되기 전의 것) 제77조에 의하여 준용되는 구 특허법(1995. 1. 5. 법률 제4892호로 개정되기 전의 것) 제140조 제2항에 의하면, 상표에 관한 심판청구서를 보정할 경우 그 요지를 변경할 수 없다고 규정하고 있으나, 단순한 당사자표시의 보정은 이에 해당되지 아니하고, 이 경우

당사자표시의 보정은 심판청구서상의 당사자표시만에 의하는 것이 아니라 청구의 취지와 그 이유 등 심판청구서의 전취지를 합리적으로 해석하여 당사자를 확정한 다음 그 확정된 당사자와 동일성이 인정되는 범위 내에서 심판청구서상의 당사자 표시를 정정하는 것을 의미한다(대법원 1999. 1. 26. 선고 97후3371 판결).

### 마. 당사자의 정정·변경을 인정하지 않은 사례

○ 당사자는 소장에 기재한 표시만에 의할 것이고 청구의 내용과 원인사실을 종합하여 확정하여야 하는 것이며 당사자 정정신청을 하는 경우에도 실질적으로 당사자가 변경되는 것은 허용할 수 없는 것이므로, 원고 주식회사 전주백화점 대표자 강익수를 강익수로 하는 정정신청은 당사자의 원고를 변경하는 것으로 허용될 수 없다(대법원 1986. 9. 23. 선고 86누953 판결).

○ 민소법 제234조의2 제1항 소정의 '피고를 잘못 지정한 것이 명백한 때'라고 함은 청구취지나 청구원인의 기재 내용 자체로 보아 원고가 법률적 평가를 그르치는 등의 이유로 피고의 지정이 잘못된 것이 명백하거나 법인격의 유무에 관하여 착오를 일으킨 것이 명백한 경우 등을 말하고, 피고로 되어야 할 자가 누구인지를 증거조사를 거쳐 사실을 인정하고 그 인정사실에 터잡아 법률 판단을 해야 인정할 수 있는 경우는 이에 해당하지 않는다(대법원 1997. 10. 17. 선고 97마1632 판결).

○ 당사자표시 정정은 당사자의 동일성을 해하지 않는 범위에서 인정되는 것이고, 실질적으로 당사자가 별개의 실체를 갖는 당사자로 변경되는 경우에는 허용될 수 없다 할 것인바, 위에서 본 바와 같이 이 사건 소의 원고가 '주식회사 샤인화학'에서 '***'로의 당사자 표시정정은 당사자인 원고를 변경하는 것으로 허용될 수 없다할 것이고, 행정소송법 제14조 제1항의 규정은 행정법규나 행정조직이 매우 복잡하고 수시로 변경되는 관계로 행정소송에서 피고의 지정을 그르침으로써 발생할지도 모를 원고의 불측의 손해를 방지하기 위하여 마련된 피고경정제도로서 원고를 경정하겠다는 이 사건의 경우에는 적용될 여지가 없다 할 것이다(이 사건 항고심판 기록이 특허청에서 당원으로 이관되기에 앞서 특허청 항고심판소가 피청구인 제출의 심판사건답변서 부본을 청구인 "***" 앞으로 송달하였고, 심판원이 당원으로서의 이관통지를 청구인 "***" 앞으로 하였다 하여 그러한 사정만으로 원고가 "주식회사 샤인화학"에서 "***"로 적법하게 정정되었다고 볼 수는 없다) 그렇다면 이 사건 심결의 당사자도 아닌 원고가 제기한 이 사건 소는 구 디자인법(1995.

1. 5. 법률 제4894호로 개정되기 전의 것) 제71조 제1항에 위반하여 원고적격이 없는 자가 제기한 소로서 부적법하다(특허법원 1998. 5. 22. 선고 98허485 판결).

○ 000과 태화라텍스(주)는 별개의 권리주체이고 피고가 소외 회사의 대표이사로 있다고 하여 그 결론이 달라지는 것도 아니라 할 것인바, 피청구인을 피고에서 소외 회사로 변경함은 단순한 당사자 표시의 정정이라 할 수 없다(특허법원 1998. 8. 21. 선고 98허4555 판결).

○ 정보공개거부처분을 받은 개인이 자신의 명의로 취소소송을 제기하였다가 항소심에서 원고의 표시를 개인에서 시민단체로 정정하면서 그 단체의 대표자로 자신의 이름을 기재한 당사자표시정정신청이 임의적 당사자변경신청에 해당하여 허용될 수 없다(대법원 2003. 3. 11. 선고 2002두8459 판결)

# 제10절 참가인

## 1 의의

참가라 함은 심판의 계속 중에 제3자가 심판당사자의 일방에 참여하여 그 심판절차를 수행하는 것을 말한다(특§155, 실§33, 디§143, 상§142).

특허무효 등에 관한 심판에 의한 분쟁의 해결은 심판당사자간에 상대적으로 이루어지는 것이 통상이므로 제3자가 이에 간섭할 필요가 없는 것이 일반적이다.

그러나 제3자가 당사자와 어떠한 법률적 관계가 있을 경우 또는 특허법 등에서는 심결의 효력이 제3자에게 미치게 되어 있어 타인간의 심판의 결과가 제3자의 법률상의 지위에 직접, 간접으로 영향을 미치는 사건이 있다. 이와 같은 경우에 그 심판당사자의 심판절차의 수행대로 내버려두고, 방관하고 있으면 그 결과에 따라서는 제3자는 법률상 불측의 손해를 입을 염려가 있다. 이와 같은 제3자가 자기의 법률상의 이익을 보호하기 위하여 타인 간에 계속 중인 심판에 개입하여 일방 당사자를 보조하여 승소하게 하거나 또는 자기 스스로 청구인으로서 일방의 당사자에 참여하여 타방의 당사자를 상대로 자기의 청구의 취지를 주장하여 심판절차를 수행하는 것을 인정하는 것이 심판에 있어서의 참가제도인 것이다.

## 2 참가의 종류

### 가. 당사자 참가(특§155①)

특§139①(실§33, 디§125②, 상§142①)의 규정에 의하여 심판을 청구할 수 있는 자는 심리가 종결될 때까지 청구인으로서 그 심판에 참가할 수 있다. 이는 당사자로서 심판을 청구할 수 있는 자(예: 이해관계인이 2이상인 경우)가 이해관계인 중 한 사람의 심판청구에 참가하여 공동심판청구인과 같은 입장에서 심판절차를 진행하는 참가이다.

### 나. 보조 참가(특§155③)

심판의 결과에 대하여 이해관계를 가진 자는 심리가 종결될 때까지 당사자의 일방을 보조하기 위하여 그 심판에 참가할 수 있다(특§155③, 실§33, 디§143③, 상§142

③). 이는 심판결과에 이해관계를 가지는 제3자(예: 전용실시권자, 통상실시권자, 질권자)가 당사자 일방을 도와서 심판절차를 보조하는 것이다.

## 3 참가의 형태

### 가. 공동소송적 당사자참가

공동소송적 당사자참가인은 당사자적격이 있는 자이므로, 그 지위, 권한은 다른 청구인의 지위, 권한과 하등 다름이 없고, 따라서 일체의 심판절차를 행할 수 있다. 피참가인인 심판청구인이 그 심판의 청구를 취하한 후에도 참가인은 그 심판절차를 속행할 수 있다(특§155②). 참가인에게 심판 절차의 중단 또는 중지의 원인이 있는 때에는 그 중단 또는 중지는 피참가인에 대하여도 그 효력이 발생한다(특§155⑤).

※ 심판청구가 취하되어도 당사자 참가인은 별도로 심판을 청구할 수 있는 자이므로 심판합의체는 참가인의 특별한 의사가 없는 이상 절차가 속행된 것으로 보고 절차를 진행한다. 그리고 당사자 참가인은 피청구인의 동의를 받아 참가취하서(특시칙§69③)를 제출함으로써 절차를 종료시킬 수 있다.

### 나. 공동소송적 보조참가

심판의 심결의 효력은 보조참가인에게도 미치므로 그 참가인은 일체의 심판절차를 행할 수 있다(특§155④). 따라서 피참가인의 행위와 저촉되는 행위도 할 수 있다. 그러나 이 경우의 참가는 당사자 일방을 보조하기 위하여 참가한 것이므로 그 당사자가 심판의 청구를 취하하였을 때에는 당사자 참가의 경우와는 달리 심판절차를 속행할 수 없다. 참가인에게 심판절차의 중단 또는 중지의 원인이 있는 때의 결과는 당사자참가의 경우와 같다(특§155⑤).

## 4 참가의 요건

### 가. 당사자 참가(특§155①)의 요건

#### 1) 참가를 할 수 있는 자

동일한 특허권(실용신안권, 디자인권, 상표권)에 대하여 무효심판, 존속기간의 연장등록의 무효심판, 상표등록의 취소심판, 권리범위 확인심판, 정정의 무효심판을 청

구하는 자가 2인 이상일 때에는 이들은 공동으로 심판을 청구할 수 있는데(특§139①), 이와 같이 공동으로 심판을 청구할 수 있는 자는 당사자 참가를 할 수 있다.

#### 2) 대상물의 동일

대상물이 동일한 것이어야 한다. 예를 들면 2이상의 발명을 포함하는 특허의 경우에는 이미 계속 중인 심판의 대상이 동일 특허 중에서 동일발명에 관한 것이어야 한다.

#### 3) 심판 계속 중

이미 계속되어 있는 심판에 참가하는 것이므로 심판이 계속 중이고, 또한 심리종결 전이어야 한다.

### 나. 보조 참가(특155③)의 요건

#### 1) 참가를 할 수 있는 자

그 심판의 결과에 대하여 이해관계가 있어야 하지만 당사자 적격을 가질 필요는 없다. 심판결과라 함은 특허의 유효, 무효라고 하는 최종의 결과를 말하는 것이고 심결의 이유에 나타난 판단이나 사실을 의미하지 아니한다.

#### 2) 심판 계속 중

이미 계속되어 있는 심판에 참가하는 것이므로 심판이 계속 중이고, 심리의 종결 전이어야 한다.

## 5 참가 절차

### 가. 참가의 신청

#### 1) 신청시기

참가의 신청은 심리가 종결될 때까지 할 수 있다(특§155①③, 실§33, 디§143①③, 상§142①③).

#### 2) 참가신청서의 방식 위반

참가신청서가 특§156(실§33, 디§144, 상§143, 특시칙§62, 실시칙§17, 디시칙§78, 상시칙§66 :

특시칙 별지 제33호 서식)에 규정된 방식에 위반되어 있는 경우(수수료 불납 포함) 및 참가종류 또는 피참가인이 불분명한 경우에는 심판장은 기간을 지정하여 보정을 명하고, 그 기간이 경과하여도 보정이 되지 않으면 심판장은 참가신청서를 결정으로 각하한다(특§156③, 실§33, 디§144③, 상§143③).

### 나. 참가 허부의 결정

#### 1) 결정 전 절차

참가신청이 있는 때는 심판장은 참가신청서의 부본을 양 당사자 및 참가인(이미 참가허가결정을 득한 자)에게 송달하고 상당한 기간을 지정하여 그것에 대한 의견서를 제출할 기회를 주어야 한다(특§156②).

한편, 참가신청인이 제출한 참가신청서 이외의 서류에 대하여는 4.에 따라 처리한다.

위의 의견서를 받은 결과 당사자참가에 대한 청구인적격이나 보조참가에 대한 이해관계가 분명하지 아니한 경우에는, 심판장은 참가신청인에게 심문서를 보내어 참가이유에 대하여 소명하도록 한다. 위의 지정기간 경과 후 즉시 참가허부결정을 한다.

참가허부의 결정은 서면으로 하여야 하며, 또한 그 결정서에는 이유를 붙여야 한다(특§156④, 실§33, 디§144④, 상§143④).

#### 2) 참가 허부의 결정 및 고지

참가의 요건은 직권조사사항이다.

참가허부결정시에는 참가신청의 이유와 이것에 대한 의견서 내용을 검토한다. 참가허부는 당사자 참가의 경우에는 신청인의 당사자 적격유무, 보조참가의 경우에는 이해관계의 유무에 따라 판단한다.

참가인은 심판결과에 대하여 이해관계를 갖는 것이 필요하다(특§155③, 실§33, 디§143③, 상§142③).

특§155①,③의 이해관계를 가진 자라 함은 심판의 결과 여하에 따라서 그 심판의 대상으로 되어 있는 특허권에 대한 법률적 지위 또는 신청인과 청구인, 피청구인간의 법률관계에 변동이 생길 수 있는 어떤 제3자를 말한다.

참가신청인이 이해관계를 갖지 아니한 것으로 인정되는 때에는 결정으로 참가를

허가하지 않는다.

심판청구인의 청구인 적격의 판단시는 심결시로 되어 있으나 참가인의 이해관계에 대하여는 심결 전에 참가허부의 결정이 되어져야 하는 것으로 보아 참가허부의 결정시가 기준이 된다.

> ○ 주된 당사자인 심판청구인이 이해관계를 갖지 않는다는 이유로 그 심판청구가 허용될 수 없는 것인 이상 가사 보조참가인이 그 실에 있어서는 독립하여 이 사건 디자인의 무효심판을 청구할 수 있는 이해관계를 가진 자라 하더라도 그로 인하여는 이 사건 심판청구인의 심판청구를 적법하게 할 수는 없다(대법원 1970. 8. 31 선고 69후13 판결).
>
> ○ 상표관리인이란 재외자를 대리하는 포괄적인 대리권을 가지는 자로서 형식상은 임의대리인이지만 실질적으로는 법정대리인과 같은 기능을 하는 관계로 당사자 본인에 준하여 취급된다고 볼 수 있으므로, 재외자의 등록상표에 대한 상표등록무효심판에서 그 등록상표의 상표관리인이라는 사정만으로는 해당 소송의 결과에 제3자로서 법률상의 이해관계가 있다고 할 수 없어 그 재외자를 위한 보조참가를 할 수 없다(대법원 1997. 3. 25. 선고 96후313, 320 판결).
>
> ○ 특허무효심판청구인의 무효심판청구가 제척기간 내에 제기된 이상 보조참가인에 대하여 별도로 제척기간을 따질 것은 아니다(대법원 1984. 5. 29. 선고 82후30 판결).

참가허부결정의 기재사항은 심결문에 준하여 소정 서식에 따라 기재한다(특시칙 §67, 실시칙§17, 디시칙§83).

#### 3) 참가 허부 결정에 대한 불복

참가신청의 결정에 대하여는 불복할 수 없다(특§156⑤, 실§33, 디§144⑤, 상§143⑤).

### 다. 참가신청인이 제출한 서류의 처리

참가신청인은 참가신청과 참가인으로서 할 수 있는 심판절차를 병행하여 할 수 있는 것이므로, 참가신청인으로부터 제출된 서류의 부본은 참가결정을 하기 전이라도 당사자에게 송부하고 필요하다면 의견 등을 구할 수 있다.

## 6 참가의 효력

### 가. 심판절차의 수행

#### 1) 참가가 허용되는 심판 및 허용되지 않는 심판

참가에 대하여는 특§155, §156(실§33, 디§143 및 §144, 상§142 및 §143)에 규정이 있으며 특허거절결정 및 특허권의 존속기간의 연장등록거절결정에 대한 심판에는 상기 규정을 적용하지 아니한다(특§171).



##### 가) 허용되는 심판

① 무효심판, 특허권존속기간연장등록의 무효심판, 정정 무효심판, 상표권갱신등록 무효심판, 상품분류전환등록무효심판

② 권리범위 확인심판

③ 상표등록의 취소심판

④ 위 ①~③의 확정심결에 대한 재심

##### 나) 허용되지 않는 심판

① 거절결정불복심판, 특허권 존속기간연장등록거절결정불복심판, 상품분류전환등록신청거절결정불복심판, 지정상품추가등록신청거절결정불복심판

② 디자인등록취소결정불복심판

③ 보정각하결정불복심판

④ 정정심판에 관하여는 별도의 규정이 없으나, 정정심판은 청구인만이 존재하고 이해관계를 가진 자는 정보제공을 할 수 있으므로, 참가의 규정 취지를 고려하여 별도의 참가는 허용하지 않는다.

참가인 또는 해당 심판이나 재심에 참가신청을 하였으나 그 신청이 거부된 자는 특허법원에 소를 제기할 수 있다(특§186①②, 실§33, 디§166①②, 상§162①②).

결정계 심판의 경우 위에서 설명한 바와 같이 심판단계의 참가는 법률에 의해 허용되지 않으나 심결취소 소송에서는 특허법상의 참가규정이 적용되지 아니하고 민사소송법상의 참가제도에 관한 규정이 적용되므로 심결에 이해관계를 가지고 있는 자는 참가가 허용되고 있다.

거절결정불복 심결취소소송에서 보조참가를 인정한 예로는 특허법원 2009. 4. 23. 선고 2008허7485 판결, 2008. 10. 23. 선고 2008허7997 판결 등 다수가 있다.

> ○ 심판의 참가는 당사자계심판이나 재심에 한하고 상표의 등록거절사건에 관하여는 상표법상 참가의 근거규정이 없으므로 참가신청은 부적법하다 할 것이어서 각하될 수 밖에 없다(대법원 1997. 7. 8. 선고 97후75 판결).
>
> ○ 승계참가인이 피청구인으로부터 등록고안에 관한 실용신안권을 양도받은 권리승계인이라 하여 상고심에 이르러 비로서 승계참가신청을 하고 있으나, 이러한 참가신청은 법률심인 상고심에서는 허용되지 아니한다(대법원 1995. 12. 12. 선고 94후487 판결).

#### 2) 참가인이 할 수 있는 심판절차의 범위

참가인은 심판에 있어서 공격·방어방법의 제출 및 기타 일체의 심판절차를 밟을 수 있다(특§155②④, 실§33, 디§143②④, 상§142②④).

#### 3) 피참가인과의 관계

당사자참가(특§155①)의 참가인은 이미 심판청구되어 있는 심판에 참가하고 있지만 별도로 심판을 청구할 수 있는 당사자적격을 가지며 임의로 공동으로 심판을 청구하는 대신 청구인으로서 참가하고 있는 것이므로 청구 취지의 범위내에서 피참가인의 행위와 모순되는 심판절차를 밟을 수 있다.

보조참가(특§155③)의 참가인은 공동소송적 보조참가에 해당하므로 일체의 심판절차를 행할 수 있다. 따라서 피참가인의 행위와 저촉되는 행위도 할 수 있다. 그러나 이 경우 참가는 당사자 일방을 보조하기 위하여 참가한 것이므로 그 당사자가 심판을 취하한 때에는 당사자 참가와 달리 그 심판을 속행할 수 없다. 또한, 참가인에게 심판절차의 중지가 있는 때에는 당사자 참가와 같다.

#### 4) 심판절차를 밟는 시기

참가인의 심판절차는 참가신청과 병행하여 할 수 있다(민소§72③의 유추). 참가가 허가되지 아니한 경우에도 참가인의 소송행위는 당사자가 원용한 때에는 그 효력이 있다(민소§75②).

### 나. 참가신청인이 밟은 심판절차의 원용

참가신청인이 한 심판절차는 당사자가 그것을 수용한 때는 참가불허가 결정이 확정되어도 그 효력을 갖는 것으로 해석된다(민소§75②의 유추).

### 다. 참가인에 대한 심판절차의 정지

참가인에 대하여 심판절차의 중단 또는 중지의 사유(특§20, §23, 실§3, 디§22, 디§25, 상§22, 상§25)가 발생한 때는 심판절차 자체가 정지된다(특§155⑤).

### 라. 심결의 효력

심결이 있는 때는 심결의 효력은 참가인에게 미친다.

### 마. 심결 및 결정에 대한 불복

참가인은 심판에 있어서 공격, 방어 방법의 제출 및 기타 일체의 심판절차를 밟을 수 있다(특§155②④, 실§33, 디§143②④, 상§142②④).

해당 심판이나 재심에 참가신청을 하였으나 그 신청이 거부된 자는 참가여부의 결정 자체에 관하여는 불복할 수 없으나(특§156⑤) 해당 심판의 심결·재심에 대해서는 특허법원에 소를 제기할 수 있다(특§186①②, 실§33, 디§166①②, 상§162①②).

참가가 거부된 자가 소를 제기할 수 있는 이유는 참가신청의 기각(각하)결정에는 심판의 지연을 방지한다는 정책적인 이유로 불복할 수 없도록 하고 있지만, 직접 특허법원에 소를 제기하여 법원에서 이해관계를 인정받는 경우에는 본안까지도 다투도록 하여 우회적으로 참가신청의 기각(각하)결정에 대하여 불복을 인정하고자 함이다.

### 바. 심판청구의 취하와의 관계

심판청구인이 심판청구를 취하하는 경우는 참가인의 동의를 요하지 않는다. 심판청구가 취하된 경우는 당사자 참가인은 그대로 심판절차를 속행할 수 있지만(특§155②) 보조 참가인은 참가인의 지위를 상실한다.

## 7 참가의 취하

### 가. 취하시기

참가의 취하(특시칙§69③)의 시기는 심판청구의 취하(특§161①)에 준하여 심결이 확정될 때까지는 심판청구의 어느 단계에서도 인정된다.

### 나. 취하조건

참가의 신청 또는 취하는 그것에 의하여 피참가인 및 그 상대방의 이익을 해하는 것은 아니며, 또 심결의 효력은 취하한 참가신청인 또는 참가인에게도 미치는 것이기 때문에 어느 당사자의 동의도 필요하지 않는 것으로 해석된다. 다만, 당사자참가로서 심판청구인이 심판의 청구를 취하하였기 때문에 참가인만이 절차를 진행하고 있는 경우에는 참가인의 주장에 대하여 피청구인이 답변서를 제출한 후에는 참가의 취하에는 특§161①(실§33, 디§149①, 상§148①)의 규정을 유추하여 피청구인의 동의를 필요로 하는 것으로 해석된다.

### 다. 취하절차

취하는 구술심리 경우에는 구술로서, 또 그 이외의 경우는 서면에 의한다. 서면에 의한 취하의 경우는 그 취지를 당사자 쌍방에 통지한다.

## 8 심판청구가 각하되거나 취하되는 경우의 취급

### 가. 참가 허부 결정 전 심판청구의 각하

심판청구가 부적법한 경우는 심판청구서 또는 심판청구가 각하되지만 이와 같은 부적법한 심판청구에 대한 참가신청서가 제출된 경우에는 먼저 심판장이 심판청구서를 결정에 의하여 각하하든가, 또는 합의체가 심판청구를 심결에 의하여 각하하고 이어서 참가신청을 결정에 의하여 각하한다.

### 나. 참가 허부 결정 후 심판청구의 각하

이에 관련해서는 아래 판례를 참고한다.

○ 참가인이 원심에서 이해관계인으로서 참가의 허가를 얻어 적법하게 심판에 참가한 사실과 위 참가는 이 사건 심판청구인을 위한 보조참가의 성질을 띤 것임을 인정할 수 있으며, 주된 당사자인 심판청구인이 이해관계를 갖지 않는다는 이유로 그 심판청구인이 허용될 수 없는 것인 이상, 가사보조 참가인이 그 사실에 있어서는 독립하여 이 사건 의장의 무효심판을 청구할 수 있는 이해관계를 가진 자이라 하더라도, 그로 인하여는 이 사건 심판청구인의 심판청구를 적법하게 할 수는 없는 것이다. 같은 판단을 전제로 한 것임이 명백한 원심결은 정당하다. 참가인의 이 사건 참가가 의장법 제28조에 의하여 준용되는 특허법 제91조 소정의 공동심판청구의 성질을 띄는 것이라는 소론은 이유없는 것이며(참가신청서에도 이 사건 참가가 의장법에 의하여 준용되는 특허법 제107조 소정의 참가임을 명백히 하고 있다.) 그와 같은 소론이 채용될 것임을 전제로 하는 논지는 배척을 면치못할 것이다(대법원 1970. 8. 31. 선고 69후13 판결).



### 다. 참가 허부 결정 전 심판청구의 취하

당사자참가신청이 있고, 참가허부결정전에 심판청구의 취하가 있는 때에도 참가허부결정을 하여야 하고 참가허가시에는 심판절차를 진행한다.

보조참가신청이 있고, 참가허부결정전에 심판청구 취하가 있는 때는 합의체가 참가신청을 결정에 의하여 각하한다.

### 라. 참가 허부 결정 후 심판청구의 취하

당사자참가인 경우에는 참가인이 절차를 속행할 수 있으므로 참가인의 청구에 의하여 심결할 수 있다.

보조참가인 경우에는 참가인이 절차를 속행할 수 없으므로 그대로 종료된다.

## 9 참가의 소멸

참가불허가의 결정이 있는 때, 심결이 확정된 때, 참가신청이 취하된 때는 참가는 소멸한다.

# 제11절 대리인

## 1 의의

대리라 함은 대리인이 자신이 하는 법률행위가 본인을 위하여 하는 것임을 표시하여(현명주의) 대리인이 하는 법률행위의 효과가 직접 본인에게 귀속되는 제도이다.

소송법상 대리인이라 함은 당사자의 이름으로 소송행위를 하거나 소송행위를 받는 제3자이다. 대리인의 행위는 당사자 본인에게만 그 효과가 미치고 대리인에게는 미치지 않는다.

## 2 대리인의 능력

민법상 대리인은 능력자임을 요하지 않는다(민§117)고 규정되어 있으나 특허에 관한 절차에 대하여는 특허법에 미성년자, 피한정후견인, 피성년후견인이 법정대리인에 의하지 아니하면 절차를 밟을 수 없다(특§3)라고 규정되어 있는 것으로 보면, 무능력자가 대리인이 되는 것은 바람직하지 않다.

만약, 무능력자가 대리인으로서 절차를 밟는 경우는 절차를 밟는 자의 대리인이 그 절차를 밟는데에 적당하지 않은 것으로 하여 개임을 명할 수 있다(특§10, 실§3, 디§12, 상§12).

## 3 대리인의 구분

### 가. 법정대리인

#### 1) 개요

법정대리인이라 함은 직접 법률규정에 의하여 대리권이 수여된 대리인으로, 본인의 의사에 의하지 아니하고 대리인이 된 자를 말한다. 법률에 의하여 자격을 얻게 되었든, 법원 등 관청의 선임에 의하여 자격을 갖게 되었든 상관없다. 법정대리인제도는 스스로 소송수행할 능력이 없는 자의 소송상의 권익을 보호하기 위한 것이다.

#### 2) 법정대리인이 될 수 있는 자

##### 가) 친족, 신분에 의하여 당연히 되는 경우

(1) 친권자(민§911)

(2) 법정후견인(민§938)

##### 나) 법원이 선임하는 경우

(1) 부재자의 재산관리인(민§22, §23)

(2) 선임후견인(민§936)

(3) 상속재산관리인(민§1053)

(4) 유언집행자(민§1096)

##### 다) 일정한 지정권자의 지정에 의한 경우

(1) 지정후견인(민§931)

(2) 지정유언집행자(민§1093, §1094)

#### 3) 대리권을 증명하는 서면

민사소송법에서 대리권수여의 방식은 자유이며 말로나 서면으로 할 수 있으나 대리권의 존재와 범위는 서면으로 증명하지 않으면 안되므로(민소§89①) 서면으로 하는 것이 보통이다. 소송 진행 중에 대리권의 존재를 다투는 것을 미연에 방지하기 위해서이다.

대리권을 증명하는 서면으로으로서 법정대리인 또는 대표는 가족관계등록부 또는 법인등기부등(초)본 등을 제출하도록 한다.

#### 4) 법정대리권의 발생 및 소멸

대리권의 발생, 소멸은 민법 등의 정하는 바에 따르는 것을 원칙으로 하나 그 소멸은 민소§63①의 예에 따라 상대방에게 통지하는 것이 바람직하다. 법정대리인이 사망하거나 그 대리권을 상실한 경우에는 절차는 중단된다(특§20, 민소§235). 한편, 법정대리권의 소멸이유로서는 본인 또는 법정대리인의 사망, 법정대리인의 금치산 또는 파산, 후견인의 사퇴, 해임(민§939, §940) 등이 있다.

#### 5) 법정대리권의 범위

법정대리권의 범위는 민법 등에 의하여 정하여진다. 예컨대, 민§920에는 친권을 행사하는 자(者)는 자(子)의 재산에 관한 법률행위에 대하여 그 자(子)를 대리한다.

그러나 그 자(子)의 행위를 목적으로 하는 채무를 부담할 경우에는 본인(子)의 동의를 얻어야 한다. 한편, 법정대리인은 그의 책임으로 복대리인을 선임할 수 있다.

### 6) 법정대리인의 지위

법정대리인은 당사자 본인이 아니기 때문에 법관의 제척, 재판적을 정하는 표준이 되지 아니하며, 판결의 효력인 기판력, 집행력도 받지 않기 때문에 당사자와는 다르다. 법정대리인의 표시는 소장이나 판결의 필수적 기재사항이다. 법정대리인을 신문할 때에는 당사자 본인 신문의 규정에 의한다.

### 7) 법정대리인이 없는 경우의 취급

종전 민법에서 금치산자·한정치산자 제도를 폐지하고 피성년후견인·피한정후견인 제도로 변경하여 시행('13. 7. 1.)함에 따라 특허법, 실용신안법, 상표법, 디자인보호법도 관련 규정이 개정되었다.

미성년자, 피한정후견인, 피성년후견인이 법정대리인에 의하지 아니하고 절차를 밟는 경우는 법정대리인 선임의 보정을 명한다. 다만 미성년자나 피한정후견인이라 하더라도 본인이 독립하여 법률행위를 할 수 있는 경우에는 그러하지 아니하다(특§3①, 실§3, 디§4①, 상§4). 한편, 민법규정에는 미성년자가 혼인을 한 때에는 성년자로 본다고 되어 있다(민§826의2).

보정명령에 응하지 아니할 때는 그 절차는 부적법한 것으로서 심판청구서를 각하한다(특§141,실§33, 디§128, 상§127).

【제도 변경 사항 】

| 구분 | 금치산자 ·한정치산자 | 피성년후견인·피한정후견인 |
|---|---|---|
| 의미 | ◇ 금치산자<br>- 심신상실자 | ◇ 피성년후견인<br>- 질병, 장애 등으로 사무처리능력이 지속적으로 결여된 자 |
| | ◇ 한정치산자<br>- 심신박약자나 재산낭비자 | ◇ 피한정후견인<br>- 질병, 장애 등으로 사무처리 능력이 일시적으로 부족한 자 |
| 독자적 행위권 | ◇ 금치산자<br>- 독자적인 법률행위 불가 | ◇ 피성년후견인<br>- 일용품 구입 등 최소행위만 가능 |
| | ◇ 한정치산자<br>- 원칙상 후견인 동의 필요<br>(수익적 법률행위 제외) | ◇ 피한정후견인<br>- 원칙상 온전한 행위능력 보유<br>* 후견인 동의 필요사항은 가정법원이 정함 |

### 나. 임의대리인(위임에 의한 대리인)

#### 1) 개요

위임에 의한 대리인이라 함은 본인의 신임을 받아 본인의 의사에 따라 대리인이 되는 자이다.

#### 2) 임의대리인이 될 수 있는 자

##### 가) 변리사

변리사는 특허·실용신안·디자인 또는 상표에 관하여 특허청에 대한 대리를 업으로 한다(변

§2). 변리사가 아닌 자는 변리사법 제2조에 따른 대리 업무를 하지 못한다(변§21).

변리사는 상대방의 대리인으로서 취급한 사건에 대하여는 그 업무를 행하지 못하며(변§7), 변리사의 자격을 가진 자가 등록을 하지 아니하고 업으로서 변리사의 업무를 행한 자도 처벌의 대상이 된다(변§25).

##### 나) 특허법인 및 특허법인(유한)

특허법인이란 변리사법 제6조의3의 규정에 의거, 변리사가 변리 업무를 조직적·전문적으로 행하기 위하여 3명 이상의 변리사를 구성원으로 하여 설립한 법인을 말한다.

특허법인(유한)은 변리사법 제6조의12의 규정에 의거, 변리사는 업무를 조직적·전문적으로 수행하기 위하여 대통령령으로 정하는 바에 따라 5명 이상의 변리사를 구성원으로 하여 설립한 법인을 말한다.

변리사법 제6의3 및 동 시행령 제14조 제1항의 규정에 의하여 설립된 특허법인은 법인의 명의로 업무를 수행하며, 업무를 수행할 때에는 그 업무를 담당할 변리사를 지정하여야 한다. 다만, 소속변리사를 업무담당 변리사로 지정할 경우에는 구성원과 공동으로 지정하여야 한다. 지정된 구성원 또는 소속변리사는 해당 업무에 관하여 각자가 그 법인을 대표한다. 법인이 업무에 관하여 작성하는 문서에는 법인의 명의를 표시하고, 그 업무를 담당하는 구성원 및 소속변리사가 기명날인하여야 한다. 변리사법 제6의12 및 동 시행령 제14조 제1항의 규정에 의하여 설립된 특허법인(유한)은 법인의 명의로 업무를 수행하며, 업무를 수행할 때에는 그 업무를 담당할

변리사를 지정하여야 한다. 다만, 이사가 아닌 구성원이나 소속변리사를 업무담당 변리사로 지정할 경우에는 이사와 공동으로 지정하여야 한다. 지정된 이사, 이사가 아닌 구성원 또는 소속변리사는 해당 업무에 관하여 각자가 그 특허법인(유한)을 대표한다. 특허법인(유한)이 업무에 관하여 작성하는 문서에는 법인의 명의를 표시하고, 그 업무를 담당하는 구성원 및 소속변리사가 기명날인하여야 한다.

법인의 구성원 및 소속변리사는 자기 또는 제3자를 위하여 법인의 업무범위에 속하는 업무를 수행할 수 없다(변§6의7). 법인의 구성원이었던 사람 또는 소속변리사였던 사람은 그 법인에 소속된 기간 중에 그 법인이 수임하거나 수임을 승낙한 사건에 관하여는 변리사 업무를 수행할 수 없다(대법원 2007. 7. 26. 선고 2005후2571 판결 참고).

### 3) 대리권을 증명하는 서면

민사소송법에서 대리권수여의 방식은 자유이며 말로나 서면으로 할 수 있으나 대리권의 존재와 범위는 서면으로 증명하지 않으면 안되므로(민소§89①) 서면으로 하는 것이 보통이다. 소송 진행 중에 대리권의 존재를 다투는 것을 미연에 방지하기 위해서이다. 소송위임에 의한 소송대리인의 경우에는 소송위임장을 제출한다. 특허법은 절차를 밟는 자의 대리인(특허관리인 포함)의 대리권은 서면으로서 증명하여야 한다(특§7, 실§3, 디§8, 상§8)고 규정하고 있다.

대리권을 증명하는 서면으로는 다음과 같다.

① 법정대리인 또는 대표: 가족관계등록부, 법인등기부등(초)본 등

② 위임에 의한 대리인, 특허관리인

- ○ 최초제출시 : 위임장
- ○ 출원시 제출한 위임장을 원용하는 경우 : 해당서식의 첨부서류란에 원용취지 기재(특시칙§10②)
- ○ 포괄위임등록을 받은 경우 : 심판청구서 등에 포괄위임등록번호 기재(특시칙§5의2③)
- ○ 외국법인의 대리인 : 위임장의 서명자가 대표자가 아닌 경우, 특별수권 사항은 증명서류 제출 필요. 증명서류는 기존 공증서 뿐만 아니라 2018년 8월부터 서명권한인정서(확인서)까지로 확대

※ 서명권한인정서(서명자) : 서명자 본인이 위임장에 서명할 권한이 있음을 인정한 서면, 서명권한확인서(대리인) : 대리인이 위임장에 서명한 자가 서명권한이 있음을 확인한 서면

③ 지정대리인: 지정서

대리권의 범위 다음과 같다.

법정대리인, 특허관리인, 지정대리인에 대하여는 각각 민법, 특허법 등에 규정되어 있다. 위임에 의한 대리권을 증명하는 서면으로서의 위임장에 대리권의 범위를 표시하는 경우는 『○○○를 대리인으로서 하기사항을 위임한다』라고 위임하는 대리인의 성명을 기재하고, 다음에 위임사항으로서 『사건번호』 『○○에 관한 건』이라고 기재하여 위임하여야 할 사항을 특정한다(특시칙 별지제1호서식). 한편, 출원취하, 거절결정에 대한 심판청구, 보정각하결정에 대한 심판청구 또는 복대리인의 선임 등 특별수권을 요하는 사항(특§6, 실§3, 디§7, 상§7)을 아울러 위임하는 경우는 위임장에 그 취지를 명기한다.

* 위임문구와 그 범위의 해석

가. "심판"의 해석

(1) 결정계 심판의 경우

출원절차에 있어서 제출된 위임장에 "심판"이란 문구가 기재되어 있는 경우 『심판청구에 관한 사항』도 위임된 것으로 해석하여 절차를 진행한다.

(2) 당사자계 심판의 경우

『실용신안등록 제○○○호 심판청구』라는 기재가 있으면 "무효" 또는 "권리범위확인"등의 명시가 없더라도 그 사건에 관한 무효심판청구 또는 권리범위 확인심판청구가 위임된 것으로 보고 심판을 진행한다.

나. "참가신청"의 해석

참가신청을 위임하면, 참가결정 후에 공격방어의 대리위임까지 받은 것으로 보는 것이 타당하다.

다. "기타", "기타 일체"의 해석

통상의 임의대리인은 본인에게 불이익한 행위 예를 들면, 출원의 취하, 청구의 취하, 권리의 포기 등은 포함되지 않는 것으로 본다. 다만, 재외자의 특허관리인의

경우에는 출원의 취하, 청구의 취하, 권리의 포기 등의 특별수권을 포함한 것으로 본다. 물론, 재외자가 특별수권사항에 대해 특허관리인의 대리권의 범위를 제한한 경우에는 당연히 포함되지 아니한다(특§5②).

* 서면이 적정하지 않거나 미제출된 경우의 취급

대리권을 증명하는 서면(특§7, 실§3, 디§8, 상§8)(이하 서면이라 한다)의 유무를 확인하고, 그 서면이 적정하지 아니한 경우 또는 서면이 결여된 경우에는 그 보정을 명한다(특§46, 실§11, 디§47, 상§39).

대리인(특허관리인 포함)은 보정의 유무에 불구하고 적정한 서면이 결여되어 있으면 그 대리인은 무권대리인이 된다.

대리인의 능력, 위임능력의 유무에 대하여는 지나치게 깊이 조사하지 않고, 특히 당사자가 공격 방어하는 과정에서 다투게 될 때에 한하여 직권으로 조사하고 판단하면 된다.

○ 소송대리권의 입증

제소단계에서의 소송대리인의 대리권 존부는 소송요건으로서 법원의 직권조사사항이다. 대리권이 흠된 소송대리인에 의하여 소가 제기된 경우에는 부적법한 소로서 각하되어야 한다(대법원 1997. 7. 25. 선고 96다39301 판결).

#### 4) 대리권의 발생 및 소멸

대리권은 본인이 타인에게 대리권을 수여함으로써 발생한다.

대리권은 본인이 수권행위를 철회한 경우에는 당연히 소멸하지만 민법에서 규정하는 대리권의 소멸사유(민§127)와는 달라서 본인의 사망이나 능력상실, 본인인 법인의 합병에 의한 소멸, 본인인 수탁자의 신탁임무의 종료, 법정대리인의 사망이나 능력의 상실 또는 대리권의 소멸 또는 변경으로 인하여 소멸하지 아니한다(특§8, 실§3, 디§10, 상§10).

이는 민§127의 원리를 일관할 때에는 대리인이 본인의 사망을 알지 못하고 한 절차는 무효로 되고, 또 긴급을 요하는 절차를 할 수 없게 되며, 본인의 상속인에게 예측할 수 없는 손해를 주게 될 뿐만 아니라 심사·심판의 모든 절차진행에도 지장을 주게 되기 때문이다. 따라서 특허법에는 특별히 특§8의 규정을 마련하여 대리권의 불소멸을 규정하고 있다.

#### 5) 임의대리권의 범위

국내에 주소 또는 영업소를 가지는 자로부터 특허에 관한 절차를 밟을 것을 위임받은 대리인은 특별수권을 얻지 아니하면 특허출원의 변경·포기·취하, 특허권의 존속기간의 연장등록출원의 취하, 특허권의 포기, 신청의 취하, 청구의 취하, 제55조 제1항 규정에 의한 우선권주장이나 그 취하, 제132조의17의 규정에 의한 심판청구 또는 복대리인의 선임을 할 수 없다(특§6).

한편, 본인 사망후의 대리인의 대리행위는 그 권리의 승계인을 위한 것임을 표시하여야 한다.



○ 제소단계에서의 소송대리인의 대리권 존부는 소송요건으로서 법원의 직권조사사항이고, 이와 같은 직권조사사항에 관하여도 그 사실의 존부가 불명한 경우에는 입증책임의 원칙이 적용되어야 할 것인바, 본안 판결을 받는다는 것 자체가 원고에게 유리하다는 점에 비추어 소송요건에 대한 입증책임은 원고에게 있다할 것이다. 원고가 소재가 불명인 것으로 판명된 상태에서 원고의 소송대리인에 의하여 소가 제기되었고, 원고가 소송과정에서 어떠한 조치를 취한 바도 없으며, 송달 또는 공시송달의 방법에 의하여 이루어졌다면 원고 명의로 소를 제기한 소송대리인이 원고로부터 적법하게 소송대리권을 수여받은 바 없었다고 할 것이므로, 이와 같은 경우 해당 소는 대리권이 흠된 소송대리인에 의하여 제기된 부적법한 소로서 각하되어야 한다(대법원 1997. 7. 25. 선고 96다39301 판결).

### 다. 특허관리인

#### 1) 개요

특허관리인이라 함은 국내에 주소 또는 영업소를 가지지 아니한 자 (이하 "재외자"라 한다)에 의하여 위임된, 국내에 주소 또는 영업소를 가진 대리인을 말한다(특§5, 실§3, 디§6, 상§6). 재외자는 특허관리인에 의하지 아니하면 특허에 관한 절차를 밟거나 특허법 또는 특허법에 의한 명령에 의하여 행정청이 한 처분에 대하여 소를 제기할 수 없다. 다만, 재외자가 국내에 체재하는 경우에는 그러하지 아니하다(특§5①, 실§3, 디§6①, 상§6①).

#### 2) 특허관리인이 될 수 있는 자

국내에 주소 또는 영업소를 가진 대리인을 말한다(특§5, 실§3, 디§6, 상§6).

### 3) 대리권을 증명하는 서면

민사소송법에서 대리권수여의 방식은 자유이며 말로나 서면으로 할 수 있으나 대리권의 존재와 범위는 서면으로 증명하지 않으면 안되므로(민소§89①) 서면으로 하는 것이 보통이다. 소송 진행 중에 대리권의 존재를 다투는 것을 미연에 방지하기 위해서이다. 소송위임에 의한 소송대리인의 경우에는 소송위임장을 제출한다. 특허법은 절차를 밟는 자의 대리인(특허관리인 포함)의 대리권은 서면으로서 증명하여야 한다(특§7, 실§3, 디§8, 상§8)고 규정하고 있다.

대리권을 증명하는 서면으로는 다음과 같다.

- ○ 최초제출시 : 위임장
- ○ 출원시 제출한 위임장을 원용하는 경우 : 해당서식의 첨부서류란에 원용취지 기재(특시칙§10②)
- ○ 포괄위임등록을 받은 경우 : 심판청구서 등에 포괄위임등록번호 기재(특시칙§5의2③)
- ○ 외국법인의 대리인 : 위임장의 서명자가 대표자가 아닌 경우, 특별수권 사항은 증명서류 제출 필요. 증명서류는 기존 공증서 뿐만 아니라 2018년 8월부터 서명권한인정서(확인서)까지로 확대

※ 서명권한인정서(서명자) : 서명자 본인이 위임장에 서명할 권한이 있음을 인정한 서면, 서명권한확인서(대리인) : 대리인이 위임장에 서명한 자가 서명권한이 있음을 확인한 서면

* 위임문구와 그 범위의 해석

가. “심판”의 해석

(1) 결정계 심판의 경우

출원절차에 있어서 제출된 위임장에 “심판”이란 문구가 기재되어 있는 경우 『심판청구에 관한 사항』도 위임된 것으로 해석하여 절차를 진행한다.

(2) 당사자계 심판의 경우

『실용신안등록 제○○○호 심판청구』라는 기재가 있으면 “무효” 또는 “권리범위확인”등의 명시가 없더라도 그 사건에 관한 무효심판청구 또는 권리범위 확인 심판청구가 위임된 것으로 보고 심판을 진행한다.

나. “참가신청”의 해석

참가신청을 위임하면, 참가결정 후에 공격방어의 대리위임까지 받은 것으로 보는 것이 타당하다.

다. “기타”, “기타 일체”의 해석

통상의 임의대리인은 본인에게 불이익한 행위 예를 들면, 출원의 취하, 청구의 취하, 권리의 포기 등은 포함되지 않는 것으로 본다. 다만, 재외자의 특허관리인의 경우에는 출원의 취하, 청구의 취하, 권리의 포기 등의 특별수권을 포함한 것으로 본다. 물론, 재외자가 특별수권사항에 대해 특허관리인의 대리권의 범위를 제한한 경우에는 당연히 포함되지 아니한다(특§5②).

* 서면이 적정하지 않거나 미제출된 경우의 취급

대리권을 증명하는 서면(특§7, 실§3, 디§8, 상§8)(이하 서면이라 한다)의 유무를 확인하고, 그 서면이 적정하지 아니한 경우 또는 서면이 결여된 경우에는 그 보정을 명한다(특§46, 실§11, 디§47, 상§39).

대리인(특허관리인 포함)은 보정의 유무에 불구하고 적정한 서면이 결여되어 있으면 그 대리인은 무권대리인이 된다.

대리인의 능력, 위임능력의 유무에 대하여는 지나치게 깊이 조사하지 않고, 특히 당사자가 공격 방어하는 과정에서 다투게 될 때에 한하여 직권으로 조사하고 판단하면 된다.

#### 4) 대리권의 범위

특허관리인은 위임된 권한의 범위에서 특허에 관한 모든 절차 및 특허법 또는 특허법에 따른 명령에 따라 행정청이 한 처분에 관한 소송에서 본인을 대리한다[69](특§5②, 실§3, 디§6②, 상§6②).

※ 2001. 2. 3. 특허법 개정으로 인하여 특허관리인 등록제도가 폐지되었다(구특§5③④ 삭제).

69) 2001. 2. 3. 개정 특허법(법률 제6411호)에 의해 특허관리인의 대리권 범위가 제한될 수 있다는 취지임.

### 5) 특허관리인이 없는 경우의 취급

#### 가) 특허관리인에 의하지 아니하고 절차를 밟은 경우

① 청구인의 경우

국내에 주소 또는 영업소를 가지고 있지 않은 자(이하 "재외자"라 한다)의 절차는 특허관리인에 의하지 아니하면 아니된다. 다만, 재외자가 국내에 체재하는 경우에는 그러하지 아니하다(특§5①, 실§3, 디§6①, 상§6①).

따라서, 재외자가 특허관리인에 의하지 아니하고 심판청구서 등의 서류를 제출하면 반려이유통지 후 반려한다(특시칙§11).

② 피청구인의 경우

재외자는 특허관리인에 의하지 아니하고는 답변서 등의 심판서류를 제출하면 반려(특시칙§11) 되므로 절차를 진행할 수 없다.

③ 특허관리인이 심판청구 후에 사망, 기타에 의하여 존재하지 않게 된 경우에도 ①, ②와 같이 취급한다. 다만, 사망, 사임, 해임 등에 의하여 특허관리인이 존재하지 않게 된 경우는 특허관리인의 선임 기회를 주어 새로운 특허관리인을 선임하도록 하여야 한다.

④ 재외자가 특허관리인에 의하지 않고 밟은 절차는 상기 ①, ②에 따르나 심판원에서는 재외자에게 심판청구서 등을 직접 송달할 수 있다(특§220).

#### 나) 피청구인측에 특허관리인이 없는 경우

① 재외자의 특허권에 대하여 심판청구가 된 경우에는 해당 심판사건의 과거 출원·심판절차에서 선임되었던 특허관리인에게 연락하여 사건의 수임의사를 확인한다.

② 수임의사가 없거나 대리인선임신고가 이루어지지 않으면 심판청구서 부본을 재외자에게 직접 발송한다. 이 경우 "해당 심판청구에 대하여 피심판청구인으로서 절차를 진행할 때에는 특§5의 규정에 의하여 특허관리인을 선임하고 이후 절차는 모두 특허관리인(대리인)에 의하여 행하여야 한다."라는 요지의 영문을 첨부한다.

③ 재외자에게 송달할 서류는 항공등기 우편으로 발송하고(특§220②), 그 발송한 날에 송달된 것으로 본다(특§220③).

④ 심판관변경통지, 심리종결통지 등은 그 후에 발송하는 결정, 심결 등의 송달서류와 일괄하여 발송한다.

⑤ 심결문은 번역문을 첨부하지 않고 발송할 수 있다.

#### 6) 재외자의 등록권리를 대상으로 심판이 청구된 경우의 취급

2001. 2. 3. 개정전 특허법에 의해 특허관리인이 선임되어 등록원부에 등록되어 있는 경우 등록된 특허관리인이 선임·등록시의 위임장 사본을 제출하면 대리권이 있는 것으로 본다. 다만, 특허관리인 선임·등록시 위임장에 "심판에 관한 모든 절차"가 위임되지 아니한 경우에는 특허관리인이 없는 경우와 동일하게 취급하므로 다시 위임을 받아 제출해야만 한다.

※ 심판청구서 부본 송달시 처리 절차 → 제5장 제10절 2. (2) 참조

### 라. 지정대리인

#### 1) 개요

지정대리인이라 함은 국가나 행정청을 당사자로 하는 절차에 행정청 등으로부터 지정되어 절차를 행하는 소송수행자를 말한다(국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률§5).

#### 2) 지정대리인이 될 수 있는 자

행정청의 장은 그 행정청의 직원 또는 상급 행정청의 직원을 지정하여 행정소송을 수행하게 할 수 있다. 행정청의 장은 변호사를 소송대리인으로 선임하여 행정소송을 수행하게 할 수 있다(국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률§5).

#### 3) 대리권을 증명하는 서면

대리권을 증명하는 서면으로서 지정대리인 지정서를 제출한다.

#### 4) 대리권의 발생 및 소멸

지정대리인의 대리권은 국가나 행정청의 지정 또는 선임에 의하여 발생하고, 지정의 해제, 해임에 의하여 소멸한다.

① 국가소송수행자는 국가를 당사자로 하는 소송에 한정하고 지방자치단체를 당사자로 하는 소송에는 적용이 없으므로(대법원 2006. 6. 9 선고 2006두4035 판결

등) 지방자치단체의 장은 소송수행자를 지정할 수 없다.

② 변리사, 변호사의 자격이 없어도 지정될 수 있다.

③ 복대리인 선임을 제외하고 일체의 소송행위를 대리할 수 있다(국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률§7).

따라서 법무부장관의 승인없이 청구의 인락을 하여도 유효하다(대법원 1995. 7. 28. 선고 94다44903 판결).

#### 5) 대리권의 범위

지정대리인은 지정받은 그 소송에 관하여 대리인 선임을 제외한 모든 재판상의 행위를 할 수 있다(국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률§7).

#### 6) 결정계 심결취소소송 사건의 소송수행자 지정

거절결정이나 취소결정에 대한 심판 또는 보정각하결정에 대한 심판의 심결이나 결정에 대한 소제기나 상고제기에 있어서 소송수행자를 지정할 필요가 있을 때에는 해당 심결의 주심심판관 1인, 송무과의 전담소송수행자 1인, 심사국의 담당심사관 1인 등 3인을 지정한다. 그러나 심판장이 주심심판관일 경우에는 해당 심판부의 다른 심판관을 소송수행자로 지정할 수 있으며 필요한 경우 3인을 초과하여 소송수행자를 지정할 수 있다(소송수행자 지정 및 업무분장에 관한 지침§3).

### 마. 복대리인

#### 1) 개요

복대리라 함은 대리인이 자기의 권한 내의 행위를 행하게 하기 위하여 자기의 명의로 다시 대리인을 선임하여 본인을 대리하도록 하는 것이며 이와 같이 대리인에 의하여 선임된 본인의 대리인을 복대리인이라 한다. 복임권이라 함은 복대리인을 선임하는 권한을 말하며 당연히 대리권의 일부는 아니고 본인의 승낙이나 직접 법률규정에 의하여 부여되는 별개의 권한이다(민§120).

#### 2) 임의대리인의 복대리인 선임 권한 및 책임

임의대리인(특허관리인을 포함한다)은 특별한 수권을 얻지 아니하면 복대리인을 선임할 수 없다(특§6, 실§3의2, 디§7, 상§7). 다만, 2001. 2. 3. 법개정 이전에는 특허에 관한 절차에 대하여는 위임에 의한 대리인의 대리권범위가 규정되어 있고 특

허관리인의 대리권 범위가 별도로 정해져 있었던 것으로(2001. 2. 3. 개정전 특§5②) 보아 특허관리인은 당연히 복임권을 가지는 것으로 해석되었다.

한편, 민법에서는 원칙적으로 임의대리인은 본인의 승낙을 얻었을 때나 부득이한 사유가 있을 때가 아니면 복대리인을 선임하지 못한다(민§120)고 규정되어 있다.

[민사소송법상 특별수권사항]→민소§90② 참고

(가) 반소의 제기

(나) 소의 취하, 화해, 청구의 포기·인낙, 소송탈퇴

(다) 상소의 제기 또는 취하(상소제기의 특별수권이 되어 있다 하더라도 소송대리권은 상소의 제기로써 종료되는 것이지 상소심까지 연장되지 않는다.)

(라) 복대리인의 선임(복대리인은 통상의 소송대리인과 같은 권한을 가지며 복대리인이 다시 복대리인을 선임할 수 없다.)

임의대리인의 복대리인 선임의 책임은 선임 및 감독을 태만한 때에만 본인에 대하여 손해배상을 할 책임이 있다(민§121①). 다만, 대리인이 본인의 지명에 의하여 복대리인을 선임한 경우에는 그 부적임 또는 불성실함을 알고도 이를 본인에게 통지나 그 해임을 태만한 때에만 책임이 있다(민§121②).

### 3) 법정대리인의 복대리인 선임 권한 및 책임

법정대리인은 본인의 의사에 의하지 아니하고 대리인이 된 자로, 그 권한도 일반적으로 광범하고 사임도 자유롭지 아니하며, 본인의 승낙 능력이 없는 경우도 많으므로 법정대리인은 항상 복임권을 가지며 그 책임으로 복대리인을 선임할 수 있다(민§122, 민소§51).

법정대리인의 복대리인 선임의 책임은 원칙적으로 선임, 감독에 관한 과실의 유무를 묻지 않고 복대리인 행위 모두에 미친다(민§122). 다만, 법정대리인은 부득이한 사유가 있는 때는 그 선임, 감독에 대하여만 책임이 있다(민§122 단서).

### 4) 복대리권의 소멸

복대리권의 소멸은 본인 또는 대리인이 수권행위를 철회한 경우에 당연히 소멸하지만 특허법 제8조에서 정한 사유에 해당하는 경우에는 소멸하지 아니한다.

또한, 특허에 관한 절차를 밟는 복대리인의 대리권은 대리인의 사망·사임에 의하여서는 소멸하지 않는 것으로 한다.

#### 5) 본인에 의한 복대리인 해임

복대리인은 본인이나 제3자에 대하여 대리인과 동일한 권리의무가 있으며(민§123②), 복대리인이라도 위임의 본 취지에 따라 선관주의의무를 지는 것이기 때문에 본인은 복대리인도 해임할 수 있다고 해석된다.

#### 6) 복대리인의 권한

복대리인은 그 권한내의 행위에 대하여 본인을 대리하고(민§123①), 본인 및 제3자에 대하여 대리인과 동일한 권리의무가 있다(민§123②). 복대리인은 다시 복대리인을 선임할 수 없으나, 특별수권이 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

## 4 대리의 유형

### 가. 개별대리

산업재산권에 관한 절차를 밟는 자의 대리인이 2인 이상이 있는 때에는 특허심판원에 대하여 각자가 본인을 대리한다(특§9, 실§3, 디§11, 상§11).

이와 같이 개별대리 제도를 채택한 것은 특허절차 또는 소송절차의 지연 및 상대방의 불편을 방지하기 위한 것이다. 특허에 관한 절차를 밟음에 있어서 2인 이상의 대리인 중 1인만이 절차를 수행하여도 효력이 발생하며, 특허심판원에서도 2인 이상의 대리인 중 1인에게만 서류송달 등의 절차를 밟으면 전원에 대하여 밟은 것과 동일한 효과가 발생한다.

### 나. 공동대리

공동대리라 함은 수인의 대리인이 공동으로 하여서만 대리권을 행사할 수 있는 대리를 말한다. 다만, 특허에 관한 절차에 대하여는 그 절차를 밟는자의 대리인이 2인 이상일 때에는 특허청에 대하여 각자가 본인을 대리한다(특§9, 실§3, 디§11, 상§11).

### 다. 복대리

복대리라 함은 대리인이 자기의 권한 내의 행위를 행하게 하기 위하여 자기의 명의로 다시 대리인을 선임하여 본인을 대리하도록 하는 것이며 이와 같이 대리인에 의하여 선임된 본인의 대리인을 복대리인이라 한다.

### 라. 쌍방대리

쌍방대리라 함은 어떤 법률행위의 당사자 쌍방의 대리인이 되는 것을 말하는 것으로서 이것은 민법의 규정(민§124)에 의하여 금지되어 있다(변§7).

○ 변리사법 제7조에 "변리사는 상대방의 대리인으로서 취급한 사건에 대하여는 그 업무를 행하지 못한다"라고 한 규정은 변리사가 동일한 사건에 대하여 어느 일방 당사자를 대리하여 업무를 취급하였다가 그 후 또 다시 다른 당사자를 대리하여 종전 당사자의 이익과 반대되는 입장에서 업무를 취급하여서는 아니된다는 취지로 해석하여야 할 것이니, 소론과 같이 피심판청구인의 대리인인 변리사 이00 가 종전에 심판청구인의 대리인이 되어 특허청에 대하여 본건 인용상표의 출원 및 등록에 관한 수임사건에서 대리행위를 하였다 하더라도 심판청구인이 위 인용상표와 피심판청구인의 본건 등록상표가 유사하다고 하여 본건 등록상표의 무효심판을 구하는 이 사건에서 피심판청구인의 대리인이 되어 행하는 대리행위를 가리켜 이를 변리사법 제7조에 저촉되는 것이라고는 볼 수 없다(대법원 1982. 4. 27. 선고 81후51 판결).

○ 변리사법 제7조는 '변리사는 상대방의 대리인으로서 취급한 사건에 대하여는 그 업무를 행하지 못한다.'라고 규정하고 있는바, 이 규정이 변리사가 동일한 사건에 대하여 일방을 대리하여 업무를 취급하였다가 타방을 대리하여 종전 당사자의 이익과 반대되는 입장에서 업무를 취급해서는 안된다는 취지인 점에 비추어 볼 때, 동일한 변리사가 동일한 사건에서 시기를 달리하여 심판청구인과 피심판청구인을 대리하는 경우뿐만 아니라 같은 시기에 심판청구인과 피심판청구인을 동시에 대리하는 행위도 당연히 금지된다고 할 것이고, 이 규정은 변리사법 제6조의10 제1항에 의하여 특허법인의 경우에도 준용되므로, 일방 당사자의 대리인으로 특허법인이 선임된 경우에 상대방의 대리인인 변리사가 그 특허법인의 구성원 내지 소속변리사라면 변리사법 제7조에 위반하게 된다. 그리고 일방 당사자의 대리인으로 특허법인이 선임된 경우에는 상대방의 대리인인 변리사가 형식적으로 특허청장에게 그 특허법인의 소속변리사로 신고되어 있는 경우뿐만 아니라 실질적으로 그 특허법인의 소속변리사에 해당하는 경우에도 그 특허법인의 소속변리사라고 보아야 한다. 위 법리에 비추어 볼 때, 원심이 인정한, 피심판청구인의 대리인인 00특허법인의 인터넷 홈페이지에 심판청구인의 대리인인 변호사 하00이 구성원으로 표시되어 있고, 하00 변호사 사무실의 안내게시판 맨 위에 영문으로 'H00 00000'이,

그 아래에 한자로 '00特許法人'이, 그 아래에 '테크노리서치'가, 그 아래에 '변호사 하00'이 각 기재되어 있는 사실, 변리사(변호사로도 등록되어 있고, 이하 변리사라고 한다) 하00의 사무실 주소가 2004. 7. 21.자로 00특허법인과 같은 빌딩인 서울 강남구 00동 00-00 0000으로 변경된 사실, 피심판청구인의 대리인인 00특허법인이 심판청구인의 주장에 대하여 다투지 아니한 사실 등에다가 원심이 배척하지 아니한 증거에 의하여 인정되는 이 사건 심판청구 당시 변리사 하00의 사무실 주소가 00특허법인의 사무실 주소와 같은 서울 강남구 00동 000-0 000빌딩 00층이었던 사실 등에 의하면, 비록 변리사 하00이 형식적으로는 특허청장에게 00특허법인의 구성원 내지 소속변리사로 인가 내지 신고되지않았다고 하더라도 실질적으로는 00특허법인의 소속변리사에 해당하는 것으로 보이므로, 00특허법인이나 변리사 하00의 특허심판원에서의 심판대리행위는 변리사법 제7조에 위반된다고 할 것이다. 그러나 한편 기록에 의하면, 원고나 심판청구인 또는 피심판청구인 본인이 이 사건 심결시까지 00특허법인이나 변리사 하00의 심판대리행위에 대하여 아무런 이의를 제기한 바가 없어서, 변리사법 제7조에 위반한 00특허법인이나 변리사 하00의 심판대리행위에 완전한 효력이 생겼을 뿐만 아니라, 특허법 제159조 제1항에 의하여 특허심판절차에는 직권심리주의가 적용되어 심판 대리행위에 관한 위와 같은 절차상의 잘못이 심결을 취소하여야 할 중대한 잘못이라고 보기도 어려우므로, 변리사법 제7조에 위반되는 00특허법인이나 변리사 하00의 특허심판원에서의 심판대리행위가 변리사로서 징계를 받을 행위에 해당하는 것은 별론으로 하고, 이러한 잘못이 이 사건 판결의 결과에 영향을 미치지는 않는다고 할 것이다. 따라서 이와 관련된 원고의 상고이유에서의 주장은 결국 받아들일 수 없다(대법원 2007. 7. 26. 선고 2005후2571 판결).

### 마. 무권대리

무권대리란 대리인이라고 칭하고 행위를 하는 자가 정당한 대리권을 갖고 있지 아니한 경우를 말한다. 대리권이 없는 자가 밟은 절차는 절차를 밟을 능력이 있는 본인 또는 법정대리인이 추인할 수 있다(특§7의2, 실§3, 디§9, 상§9).

① 절차를 밟는 자의 대리인(특허관리인[70]포함)의 대리권은 서면으로서 증명하여야 한다(특§7, 실§3, 디§8, 상§8).

70) 제5편제5장의 특허관리인 참조

② 대리인(특허관리인 포함))에 의한 절차로서 대리권을 증명하는 서면(이하 위임장이라 한다.)이 첨부되지 아니할 때 또는 위임장에 기재되어 있는 본인의 성명이 다를 때 또는 본인의 인감이 당초의 것과 다를 때 등은 무권대리로 본다.

③ 이 경우는 보정을 명하여 올바른 위임장을 제출시키며, 올바른 위임장이 제출되었을 때에는 본인에 의하여 추인이 된 것으로 한다.

④ 만약 추인이 되지 아니하였을 때는 대리인의 행위는 무효로 되며 무권대리인에 의해 제출된 심판청구서는 각하된다(특§141②, 실§33, 디§128, 상§127).



○ 청구인대리인 000은 적법한 대리권이 없이 항고심판절차에서 기심판청구인을 대리하였고, 역시 적법한 대리권이 없이 상고를 제기하여 본원은 대리권의 흠의 보정을 명하였으나 소정기간 내에 보정하지 아니하였으므로 결국 이 상고는 권한이 없는 자에 의하여 제기된 것으로서 부적법한 것이라 아니 할 수 없어 상고를 각하하고 상고비용은 대리인 김의창의 부담으로 한다(대법원 1979. 11. 27. 선고 79후3 판결).

○ 소송행위의 추인
적법한 대표자 자격이 없는 비법인 사단의 대표자가 한 소송행위는 후에 대표자 자격을 적법하게 취득한 대표자가 그 소송행위를 추인하면 행위시에 소급하여 효력을 갖게 되고, 이러한 추인은 상고심에서도 할 수 있다(대법원 2010. 6. 10. 선고 2010다5373 판결).

○ 국가를 당사자로 하는 법률에 따라 소송수행자로 지정받지 않은 자도 무권대리인에 속한다(대법원 1967. 1. 31. 선고 66다2395 판결).

○ 소송수행자로 지정을 받지 아니한 자가 제기한 항소라 하더라도, 추인하면 소급하여 그 효력이있는 것이므로 법원은 사전에 기간을 정하여 보정을 하도록 명하는 것이 상당하다. 따라서 원심으로서는 기간을 정하여 피고로 하여금 그 보정을 하도록 명하는 것이 상당하다 하였을 것이다. 원심이 이러한 조치에 이르지 아니하고 막연히 본건 항소제기 행위의 흠은 보정이 불가능하다가하여 이 항소를 각하한 것은 위법이라 할 것이다(대법원 1967. 1. 31. 선고 66다2395 판결).

○ 원고 소송대리인은 대리권을 증명하기 위하여 H주식회사 대표이사 000 명의의 1997. 9. 22자 소송대리 위임장을 당원에 제출한 바 있으나, 원고의 법인등기부등본의 기재에 의하면 1996. 6. 18 원고의 상호가 H주식회사에서 N주식회사로 변경됨과 동시에 대표이사 000이 사임하고 ***이 취임한 사실을 인정할 수 있는

바, 위 인정사실에 의하면 원고 소송대리인이 제출한 위임장은 대표권한 없는 자에 의하여 작성된 것으로서 소송대리권을 증명하고 있지 못하며, 나아가 원고 소송대리인이 그러한 대리권의 흠을 보완할 수 없다고 당 법정에서 자인하고 있으므로, 이 사건 소는 소송대리권의 흠을 보완할 수 없는 부적법한 소에 해당하여 이를 각하하기로 하고 소송비용은 민소법 제99조, 제98조 제2항을 적용하여 원고 소송대리인 xxx의 부담으로 한다(특허법원 1998. 9. 10. 선고 98허1839 판결).

○ 소송대리인 ○○○은 위 대법원의 파기환송전 항고심 소송대리인으로서 동 항고심에서 소송대리권을 가지고 있었음이 인정되는 바 그렇다면 대법원의 파기환송심결에 의하여 사건이 동 환송전 항고심에 계속하게 되었으므로 동 항고심의 소송대리인 ○○○에게 위 환송심판번호 및 심판관지정통지서를 송달하였음은 적법하다(대법원 1985. 5. 28. 선고 84후102 판결).

○ 심판절차에서의 대리인의 대리권은 다른 사정이 없는 한 특허심판원이 심결을 하고 그 심결에 대하여 취소소송을 제기할 때까지 존속하는바, 심결취소소송에서 심결을 취소하는 판결이 확정됨에 따라 특허심판원이 심판사건을 다시 심리하게 되는 경우 아직 심결이 없는 상태이므로 종전 심판절차에서의 대리인의 대리권은 다시 부활하고, 당사자가 심결취소소송에서 다른 소송대리인을 선임하였다고 하여 달라지는 것은 아니다. 따라서 심결의 취소에 따라 다시 진행된 심판절차에서 종전 심판절차에서의 대리인에게 한 송달은 당사자에게 한 송달과 마찬가지의 효력이 있다(대법원 84. 6. 14. 선고 84다카744 판결 참조). 이 사건으로 돌아와 보건대, 갑 제1호증의 기재에 의하면 원심판절차에서 원고의 대리인은 변리사 홍00이었던 사실을 인정할 수 있으므로, 원고가 원심결취소소송에서 변호사 류00를 소송대리인으로 선임한 것(갑 제2호증)과 관계없이 이 사건 심판절차에서 변리사 홍00의 대리권이 다시 부활하였다 할 것이고, 더욱이 원고는, 이 사건 심판절차에서 특허심판원이 변리사 홍00를 원고의 대리인으로 인정하여 변리사 홍00에게 송달한 2005. 9. 27.자 의견제출통지서(을 제3호증)를 변리사 홍00로부터 전달받았고, 이 사건 심판절차에서 새로 대리인을 선임하지도 아니하였음을 스스로 인정하고 있으므로, 원고가 이 사건 심판절차에서 변리사 홍00를 해임하였거나 변리사 홍00가 사임하였음을 인정할 만한 아무런 증거가 없는 이상 원고가 위 의견제출통지서를 받고 2005. 10. 25. 직접 의견서(을 제4호증)를 작성하여 제출하였다는 사실만으로는 원고가 변리사 홍00를 해임하였다고 인정할 수 없다, 원고로서는 이 사건 심판절차에서 변리사 홍00의 대리권이 다시 부활하였음을 충분히 알 수

있었다. 그리고 소송대리인이 판결 정본의 송달을 받고도 당사자에게 그 사실을 알려주지 아니하여 당사자가 그 판결 정본의 송달사실을 모르고 있다가 상소제기 기간이 경과된 후에 비로서 그 사실을 알게 되었다 하더라도 이를 가리켜 당사자가 책임질 수 없는 사유로 인하여 불변기간을 준수할 수 없었던 경우에 해당한다고 볼 수 없다(대법원 84. 6. 14. 선고 84다카744 판결 참조). 그런데 앞에서 본 바와 같이 변리사 홍00가 이 사건 심판절차에서 원고의 대리인인 이상, 변리사 홍00가 이 사건 심결의 등본을 송달받고도 원고에게 전달하거나 알려주지 아니하여 원고가 이 사건 심결이 있은 사실을 알지 못하여 심결취소소송의 제소시간을 도과하였다 하더라도, 이는 원고가 책임질 수 없는 사유로 말미암아 제소기간을 지키지 못한 경우에 해당한다고 할 수 없으므로 이 시간 소 제기의 추후보완은 허용되지 아니한다. 따라서 원고의 이 사건 소는 제소기간을 도과한 것으로 부적법하므로 이를 각하한다(특허법원 2006. 4. 13. 선고 2006허978 판결).



### 바. 포괄위임

특허에 관한 절차를 대리인에 의하여 밟는 경우에 있어서 현재 및 장래의 사건에 대하여 미리 사건을 특정하지 아니하고 포괄위임하고자 하는 경우에는 포괄위임등록신청서에 대리권을 증명하는 포괄위임장을 첨부하여 제출하여야 하며, 특허청장은 이에 대하여 포괄위임등록번호를 부여한다(특시칙§5의2).

① 포괄위임을 받아 특허에 관한 절차를 밟고자 하는 자는 포괄위임등록번호를 기재함으로써 위임장을 대신한다.

※ 특허출원은 물론 이의신청, 심판과 관련된 절차를 밟고자 하는 경우에도 포괄위임등록번호를 기재하면 별도의 대리인선임신고를 할 필요가 없다(특시칙§5의2③).

② 포괄위임등록이 되어있는 경우에도, 출원서 등의 제출시 포괄위임등록번호를 기재하지 않았을 때에는 포괄위임을 인정하지 않기 때문에 개별위임을 하여야 한다.

포괄위임등록사항을 변경하려는 경우에는 포괄위임등록 변경신청서에 포괄위임장을 첨부하여 특허청장에게 제출하여야 한다(특시칙 §5의2④).

포괄위임등록을 한 자가 특정한 사건에 대하여 포괄위임의 원용을 제한하고자 하는 경우에는 포괄위임원용제한신고서를 제출하여야 한다. 다만, 대리인 또는 복대리

인의 선임신고를 하면서 먼저 선임된 대리인 또는 복대리인의 해임을 기재한 신고서를 제출한 경우, 대리인 또는 복대리인을 해임하는 신고서를 제출한 경우는 그러하지 아니하다(특시칙§5의3).

포괄위임등록을 한 자가 포괄위임을 철회하고자 할 경우에는 포괄위임등록철회서를 제출해야 한다(특시칙§5의4).

## 5 대리인과 관련된 절차

### 가. 선임의 경우

심판진행 중에 대리인이나 복대리인을 선임한 경우 특시칙§5③의 규정에 의하여 위임장을 첨부한 선임신고서를 제출하되 먼저 선임된 대리인 또는 복대리인이 있는 때에는 그 해임여부를 기재하여야 한다.

대리인 선임신고 없이 중간서류에 위임장(심판에 관한 일체의 건을 위임한 취지의 기재가 된 경우를 포함한다)을 첨부한 경우 해당 중간절차(동시에 타중간 절차가 행하여지고 있는 경우에는 그 중간 절차를 포함한다)에 한하여 대리권이 있는 것으로 취급한다. 이후 그 대리인이 절차를 밟는 경우는 특시칙§5의 규정에 의한 신고를 하여야 하며 이미 제출한 증명서의 내용에 변경이 없는 경우에는 동 증명서를 원용할 수 있다(특시칙§10).

### 나. 해임, 사임, 또는 대리권의 내용을 변경하는 경우

대리인 해임 또는 사임, 복대리인 해임 또는 사임을 하는 경우 심판원장에게 해당 신고서를 제출하여야 하며 대리권이나 복대리권의 내용을 변경하는 경우에는 해당 신고서에 그 변경내용을 증명하는 서류를 첨부하여야 한다.

대리인 선임, 해임, 사임(복대리인 포함)의 경우 2이상의 사건에 대하여 절차를 밟는 자가 동일하고 대리인이 동일한 때에는 하나의 신고서에 기재하여 제출할 수 있다.

### 다. 대리인이 특허법인의 구성원이 된 경우

대리인이 특허법인의 구성원이 되거나 특허법인의 소속변리사가 되어 그 특허법인을 복대리인으로 선임하고자 하는 경우에는 특허법인의 설립인가서와 복대리인 선임

확인서[특허법 시행규칙 별지 제2호서식의 기재요령 제7호 참조]를 첨부하여 해당 신고서를 심판원장에게 제출하여야 한다.

> 확 인 서
>
> 본인은 신고서에 적힌 사건(사건번호: 00-0000-0000000)에 대한 복대리인의 선임이 의뢰인의 위임에 근거하여 정당하게 이루어졌음을 확인하며, 복대리인의 선임이 의뢰인의 위임에 의하지 아니하고 이루어진 경우에는 이에 대한 모든 법적 책임을 질 것을 서약합니다.
>
> 년 월 일
>
> 대리인 ○○○



## 6 대리권 불소멸

대리권은 본인이 수권행위를 철회한 경우에는 당연히 소멸하지만, 특허에 관한 절차에 있어서는 위임에 의한 대리인의 대리권은 다음의 경우에도 소멸[71]하지 않는다(특§8).

① 본인의 사망이나 능력의 상실
② 본인인 법인의 합병에 의한 소멸
③ 본인인 수탁자의 신탁임무의 종료
④ 법정대리인의 사망 또는 능력의 상실
⑤ 법정대리인의 대리권의 소멸 또는 변경

따라서 해당 대리권이 소멸하기 위해서는 상속인, 합병 후의 법인, 새로운 법정대리인 또는 위탁자나 새로운 수탁자(이하 “상속인 등”이라 한다)가 대리인 해임 또는 변경, 대리권 변경이나 소멸의 신고서(특시칙 별지 제2호 서식)에 그 신고내용을 증명하는 서류를 첨부하여 심판원장에게 제출하여야 한다(특시칙§5).

71) 특§8의 취지는 위임에 의한 대리인의 대리권은 본인의 사망 등으로 실체법상 소멸(민법§127·§128)함에도 불구하고 대 특허청관계 및 특허에 관한 절차에 대한 제3자와의 관계에서는 소위 절차의 안정을 위하여 당연히 소멸하는 것은 아닌 것으로 한다는 것이다. 위임에 의한 대리는 대리인의 전문적 지식 및 인적 신뢰위에 성립하고 위임 사무의 목적·범위가 명확한 것이기 때문에 해당 대리권의 범위내에서 절차를 수행하게 하여도 상속인등의 이익을 손상시키는 것은 아니다. 따라서 그 후에 상속인 등으로부터 출원인변경신고, 새로운 위임에 의한 대리인 선임(변경)신고 또는 법정대리인 변경신고 등의 제출이 없는 한 해당 위임에 의한 대리인의 대리권은 소멸하지 않는다.

## 7 심판장에 의한 선임·교체

심판장은 산업재산권에 관한 절차를 밟는 자가 그 절차를 원활히 수행할 수 없거나 구술심리에서 진술할 능력이 없다고 인정되는 등 그 절차를 밟는데 적당하지 아니하다고 인정되면 대리인을 선임하여 그 절차를 밟을 것을 명할 수 있다(특§10①③, 실§3, 디§12①③, 상§12①③).

심판장은 산업재산권에 관한 절차를 밟는 자의 대리인이 그 절차를 원활히 수행할 수 없거나 구술심리에서 진술할 능력이 없다고 인정되는 등 그 절차를 밟는데 적당하지 아니하다고 인정되면 그 대리인의 교체를 명할 수 있다(특§10②③, 실§3, 디§12②③, 상§12②③).

심판장은 대리인선임명령을 한 후 대리인선임 전에 특허에 관한 절차를 밟는 자가 특허심판원장에 대하여 한 절차 및 대리인 교체명령을 한 후 대리인 교체 전에 대리인이 특허심판원장에 대하여 한 특허에 관한 절차의 전부 또는 일부를 무효로 할 수 있다(특§10④, 실§3, 디§12④, 상§12④).

## 8 대리인이 사망한 경우의 취급

### 가. 대리인이 사망한 경우의 절차

#### 1) 법정대리인이 사망한 경우

법정대리인이 사망한 때에는 절차를 밟을 능력을 회복한 당사자 또는 법정대리인이 된 자가 그 절차를 수계할 때까지 중단한다(특§20, 실§3, 디§22, 상§22).

#### 2) 임의대리인(위임에 의한 대리인)이 사망한 경우

임의대리인이 사망한 때는 이후 당사자에 대하여 절차를 행한다. 다만, 특허관리인의 경우에는 재외자는 특허관리인에 의하지 아니하고는 절차를 밟을 수 없으므로(특§5, 실§3, 디§6, 상§6) 직접 당사자에게 송부함과 동시에 특허관리인을 선임하도록 통지한다.

#### 3) 특허관리인이 사망한 경우

① 청구인의 경우

국내에 주소 또는 영업소를 가지고 있지 않은 자(이하 "재외자"라 한다)의 절차

는 특허관리인에 의하지 아니하면 아니된다. 다만, 재외자가 국내에 체재하는 경우에는 그러하지 아니하다(특§5①, 실§3, 디§6①, 상§6①).

따라서, 재외자가 특허관리인에 의하지 아니하고 심판청구서 등의 서류를 제출하면 반려이유통지 후 반려한다(특시칙§11).

② 피청구인의 경우

재외자는 특허관리인에 의하지 아니하고는 답변서 등의 심판서류를 제출하면 반려(특시칙§11)되므로 절차를 진행할 수 없다.

③ 특허관리인이 심판청구 후에 사망, 기타에 의하여 존재하지 않게 된 경우에도 ①, ②와 같이 취급한다. 다만, 사망, 사임, 해임 등에 의하여 특허관리인이 존재하지 않게 된 경우는 특허관리인의 선임 기회를 주어 새로운 특허관리인을 선임하도록 하여야 한다.

#### 4) 복대리인이 사망한 경우

복대리인이 사망한 경우 이후 대리인에 대하여 절차를 행한다.

### 나. 대리인이 사망한 경우의 심결문 또는 결정문 작성

대리인 사망의 경우 대리권은 소멸되므로(민§127) 해당사건의 대리인이 사망한 후에 행한 심결 또는 결정에는 심판청구인 또는 피심판청구인의 성명 및 주소만 기재하고 사망에 의하여 대리권이 소멸한 대리인의 성명 및 주소를 기재하지 아니한다.

### 다. 대리인이 사망한 경우 복대리인의 지위 및 취급

복대리인의 대리권은 대리인의 사망에 의하여 소멸하지 아니한다. 다만 본인이 복대리인을 해임하는 것은 막지 못한다.

민  법에 있어서는 대리인의 사망에 의하여 그 대리권이 소멸된 경우에는 동시에 대리인이 복대리인을 감독하는 가능성도 전부 소멸하므로, 복대리인의 대리권도 소멸하는 것으로 해석되나, 민사소송법에 있어서는 소송의 원활신속한 수행이라는 소송대리의 목적 등에 비추어 소송대리인이 사망하여도 당연히 복대리인의 대리권은 소멸하지 않는다는 것이 통설이다.

따라서 특허의 절차는 출원, 심사, 심판 등 일련의 흐름으로 진행되어 소송절차와

유사하기 때문에 복대리인의 대리권은 대리인의 사망에 의하여 소멸되지 않는 것으로 한다.

복대리인은 본인 및 제3자에 대하여는 대리인과 동일한 권리의무를 가지며(민§123②) 복대리인이라 하더라도 위임의 본래의 취지에 따라 선관주의의무를 부담하는 것이므로 본인은 복대리인을 해임할 수 있는 것이라고 해석된다.

## 9 심판구조제도

### 가. 국선대리인

#### 1) 개요

2019. 1. 8. 개정 특허법 등은 국선대리인 규정을 신설하여, 산업재산권 심판에서 국선대리인 선임 근거를 마련하고, 국선대리인이 선임된 당사자에 대하여 심판 절차와 관련된 수수료를 감면할 수 있도록 하였다(특§139조의2, 실§33, 디§125조의2, 상§124조의2 신설). 다만, 심판청구가 이유 없음이 명백하거나 권리의 남용이라고 인정되는 경우에는 그러하지 아니하다(특§139조의2①, 실§33, 디§125조의2①, 상§124조의2①).

「특허심판원 국선대리인의 선임 및 운영에 관한 규칙」제2조의 요건을 갖춘 심판당사자는 국선대리인 선임신청서(동 규칙의 별지 서식)에 지원 대상에 해당됨을 증명하는 서류를 첨부하여 제출함으로써 특허심판원장에 국선대리인을 선임하여 줄 것을 신청할 수 있다.

| 구분 | 특허심판원 국선대리인 |
|---|---|
| 근거 | · 특허법 제139조의2, 실용신안법 제33조, 상표법 제124조의2, 디자인보호법 제125조의2<br>· 특허심판원 국선대리인 선임 및 운영에 관한 규칙<br>· 특허료 등의 징수규칙 제7조의3<br>· 특허심판원 국선대리인 운영에 관한 규정 |
| 지원대상 | 국민기초생활 수급자, 국가유공자, 장애인, 미성년자, 소기업, 대기업과 산업재산권분쟁 중인 중기업, 청년창업자 등 |
| 신청기간 | 심판장이 심리종결을 통지하기 전 |
| 수수료 감면 | · 심판청구료 및 정정청구료<br>· 심결등본 송달 후 해당 수수료 반환 |

제도 도입 시에는 심판 초기에 국선대리인을 선임하여 줌으로써 당사자가 심판에 효율적으로 대응할 수 있도록 하기 위하여 국선대리인의 신청기간을 심판의 초기로 제한(청구인: 심판을 청구한 날로부터 1개월 이내, 피청구인: 답변서 제출기간의 만료일까지) 하였으나, 제도 취지인 사회·경제적 약자의 권익 보호를 강화하고자 심판장이 심리종결을 통지하기 전까지는 언제든지 신청이 가능하도록 신청기간을 확대하였다('21.11.11 특허심판원 선임 및 운영에 관한 규칙 일부개정완료).

국선대리인 선임신청서가 제출되면 특허심판원장은 직권으로 답변서 제출 기간을 연장할 수 있고, 특허심판원장이 국선대리인 선임에 관한 결정을 한 경우에는 지체 없이 그 사실을 해당 국선대리인과 신청인에게 서면으로 통지해야 한다(동 규칙 제2조③④).

기타 국선대리인의 선임, 보수지급 등 국선대리인 운영에 필요한 구체적인 사무처리 요령에 대해서는 「특허심판원 국선대리인 운영에 관한 규정」으로 정하고 있다.



### 2) 국선대리인이 될 수 있는 자

특허심판원장은 산업통상자원부령으로 정하는 요건을 갖춘 심판 당사자의 신청에 따라 국선대리인을 선임하여 줄 수 있고(특§139조의2), 변리사는 특허청 또는 법원에 대하여 특허, 실용신안, 디자인 또는 상표에 관한 사항을 대리하고 그 사항에 관한 감정과 그 밖의 사무를 수행하는 것을 업으로 하며(변§2), 변리사 자격을 가진 사람이 변리사 업무를 시작하려는 때에는 특허청장에게 등록하여야 한다(변§5①).

결국, 국선대리인은 특허청장에게 등록된 변리사 중에서 선임하여야 한다.

### 3) 지원대상

특허심판원장에게 국선대리인을 선임하여 줄 것을 신청할 수 있는 심판 당사자(이하 "신청인"이라 한다)는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람으로 한다(특허심판원 국선대리인의 선임 및 운영에 관한 규칙 제2조 제1항 제2호).

1. 「국민기초생활 보장법」 제2조제2호에 따른 수급자
2. 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 자
   가. 「국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률」 제4조 및 제5조에 따른 국가유공자와 그 유족 또는 가족

나. 「5 · 18민주유공자예우 및 단체설립에 관한 법률」 제4조 및 제5조에 따른 5 · 18민주유공자와 그 유족 또는 가족

다. 「고엽제후유의증 등 환자지원 및 단체설립에 관한 법률」 제3조에 따른 고엽제후유증환자 · 고엽제후유의증환자 및 고엽제후유증 2세환자

라. 「특수임무유공자 예우 및 단체설립에 관한 법률」 제3조 및 제4조에 따른 특수임무유공자와 그 유족 또는 가족

마. 「독립유공자예우에 관한 법률」 제6조에 따른 등록된 독립유공자와 그 유족 또는 가족

바. 「참전유공자 예우 및 단체설립에 관한 법률」 제5조에 따라 등록된 참전유공자

3. 「장애인복지법」 제32조제1항에 따라 등록된 장애인

4. 「초 · 중등교육법」 제2조에 따른 학교의 재학생

5. 만 6세 이상 19세 미만인 사람

6. 「병역법」 제5조제1항제1호 및 제3호에 따른 병(兵) 또는 사회복무요원으로 복무하거나 같은 법 제25조에 따른 전환복무를 수행하는 자

7. 「중소기업기본법」 제2조에 따른 소기업

8. 「중소기업기본법」 제2조에 따른 중기업으로서 대기업(「중소기업기본법」 제2조에 따른 중소기업이 아닌 기업을 말한다)과 산업재산권에 관련된 분쟁 중에 있는 기업

9. 「중소기업창업 지원법」 제4조의2제2항에 따른 청년창업자

10. 그 밖에 특허심판원장이 특별히 지원이 필요하다고 인정하는 자

#### 4) 지원내용

국선대리인은 심판절차와 관련한 서면 작성 및 제출, 구술심리 및 기술설명회 참석 등의 업무를 수행하여 특허심판원에 대하여 신청인이 하여야 할 사항의 대리를 한다.

#### 5) 지원절차

국선대리인 선임 신청대상자는 심판장이 심리종결을 통지하기 전까지면 언제든지 국선대리인 선임 신청을 할 수 있다.

신청대상자는 국선대리인 선임 신청서에 심판번호와 신청인 정보를 기재하고, 국선대리인 선임 대상에 해당함을 증명하는 서류를 제출해야 하나, 담당공무원이 해당 서류를 「전자정부법」 제36조제1항에 따른 행정정보 공동이용 서비스를 통해 확인이 가능한 경우 증빙서류의 제출을 생략할 수 있다. 이 경우 신청대상자는 행정정보 공동이용 동의서의 동의 란에 서명하여야 한다.

피청구인이 국선대리인 선임 신청서를 특허법 제147조 제1항(실§33, 디§134①, 상§133①)에 따라 정해진 답변서 제출기간이 만료되기 전까지 제출한 경우에는 특허심판원장은 직권으로 답변서 제출 기간을 연장할 수 있고, 심판원장이 국선대리인의 선임에 관한 결정을 한 경우에는 지체 없이 그 사실을 해당 국선대리인과 신청인에게 서면으로 통지해야 한다(산업통상자원부령 제436호 §2④⑤).

#### 6) 심판수수료의 반환

국선대리인이 선임된 당사자가 특허심판원장에게 납부한 심판청구 관련 수수료는 국선대리인이 선임된 해당 심판사건에 대한 심결의 등본이 송달된 후 당사자의 청구에 따라 이를 반환한다. 다만, 국선대리인 선임의 취소 또는 국선대리인 사임이 있는 경우는 제외한다(수규칙§2③④).

### 나. 공익변리사

#### 1) 개요

특허청장은 발명에 대한 국민의 인식 향상과 발명 활동의 촉진을 위하여 필요한 사업으로서(발명진흥법§6), 사회적 약자에 대한 특허 관련 상담 등 무료 변리서비스를 제공하기 위하여 공익변리사 특허상담센터(이하 “상담센터”라 한다)를 설치하여(발명진흥법§26의2①) 경제적으로 어려운 자와 소외된 지역에 있는 자에게 차별화된 특허상담을 지원해줌으로써 산업재산권 분야의 사회적 형평성 확보와 산업재산권 창출기반 확대를 한다.

“공익변리사”라 함은 상담센터에서 상담 업무를 담당하는 변리사 자격을 가진 상담원을 말한다.

국선대리인 이외에도 공익변리사 특허상담센터는 사회적·경제적 약자의 산업재산권을 보호하기 위해 심판·심결취소소송의 대리를 지원하고 있다. 국선대리인과 공익변리사는 지원대상, 지원대상사건 등에서 다소 차이가 있으나, 산업재산보호에 취약한 계층을 보호하기 위한 취지는 동일하다.

| 구분 | 공익변리사의 심판·소송 대리 | 특허심판원 국선대리인 |
|---|---|---|
| 근거법률 | 발명진흥법 제26조의2<br>(동법시행령 제9조의9~13) | 특허법 제139조의2,<br>실용신안법 제33조<br>상표법 제124조의2<br>디자인보호법 제125조의2 |
| 운영주체 | 공익변리사 특허상담센터 | 특허심판원 |
| 지원대상 | 의료급여 수급자, 국가유공자 등, 장애인, 학생, 소기업, 미성년자, 사회복무요원, 대기업과 분쟁 중인 중기업, 청년창업자 등 사회·경제적 약자 | 좌동 |
| | 다문화 가족, 한부모 가족 | - |
| 지원범위 | 1. 특허권자 · 실용신안권자의 권리범위 확인심판, 무효심판 및 정정심판<br>2. 상표권자 · 디자인권자의 무효심판<br>3. 상표권자의 상표등록 취소심판<br>4. 상표권 · 디자인권의 권리범위확인심판<br>5. 제1호부터 제4호까지의 심결에 대한 심결취소소송 | 지원 대상에 해당하는 신청인의 심판사건 |

### 2) 공익변리사가 될 수 있는 자

상담센터의 장은 변리사 자격이 있는 자를 공익변리사로 채용하여야 하며, 다음 각호의 1에 해당하는 계열의 공익변리사를 1인 이상 채용하는 것을 원칙으로 한다.

1. 기계·금속
2. 전기·전자
3. 화학·약품

다음 각호의 1에 해당하는 자는 공익변리사로 채용하여서는 아니한다.

1. 금치산자, 한정치산자
2. 파산자로 복권되지 아니한 자
3. 병역기피의 사실이 있는 자

4. 관계법령에 의해 근로의 금지 또는 취업의 제한을 받는 자
5. 전 각호의 1에 준하는 사유로 공익변리사로 채용함이 심히 부당하다고 인정되는 자

### 3) 지원대상

상담센터는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자를 지원대상으로 한다(발명진흥법§26의2③).

1. 「국민기초생활 보장법」에 따른 의료급여 수급권자
2. 「국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률」 제4조 및 제5조에 따른 국가유공자와 그 유족 및 가족
3. 「장애인복지법」 제32조제1항에 따라 등록된 장애인
4. 「초·중등교육법」 제2조 및 「고등교육법」 제2조에 따른 학교의 학생(특수대학원의 학생은 제외한다)
5. 「중소기업기본법」 제2조에 따른 소기업
6. 그 밖에 상담·지원이 특별히 필요하다고 대통령령으로 정하는 자

위에서 "대통령령으로 정하는 자"란 다음 각 호의 자를 말한다.

1. 만 6세 이상 만 19세 미만인 사람
2. 「중소기업기본법」 제2조제2항에 따른 중기업으로서 대기업(「중소기업기본법」 제2조에 따른 중소기업이 아닌 기업을 말한다)과 산업재산권에 관련된 분쟁 중에 있는 기업. 다만, 제9조의9제1항에 따른 서류작성 지원 업무의 경우에는 제외한다.
3. 「5·18민주유공자예우 및 단체설립에 관한 법률」 제4조 및 제5조에 따른 5·18민주유공자와 그 유족 또는 가족
4. 「고엽제후유의증 등 환자지원 및 단체설립에 관한 법률」 제3조에 따른 고엽제후유증환자·고엽제후유의증환자 및 고엽제후유증 2세환자
5. 「특수임무유공자 예우 및 단체설립에 관한 법률」 제3조 및 제4조에 따른 특수임무유공자와 그 유족 또는 가족
6. 「병역법」 제5조제1항제1호 및 제3호에 따른 병(兵) 또는 사회복무요원으로 복무하거나 같은 법 제24조 또는 제25조에 따른 전환복무를 하는 사람

7. 「독립유공자예우에 관한 법률」 제6조에 따라 등록된 독립유공자와 그 유족 또는 가족

8. 「참전유공자 예우 및 단체설립에 관한 법률」 제5조에 따라 등록된 참전유공자

8의2. 「다문화가족지원법」 제2조제1호에 따른 다문화가족

8의3. 「한부모가족지원법」 제4조제2호에 따른 한부모가족

8의4. 「중소기업창업 지원법」 제4조의2제2항에 따른 예비청년창업자 또는 청년창업자

9. 그 밖에 특허청장이 특별히 지원이 필요하다고 인정하는 자

#### 4) 지원내용

상담센터는 다음 각 호의 업무를 수행한다(발명진흥법§26의2②).

1. 산업재산권의 출원 · 심사 · 등록 · 심판절차와 관련한 상담 및 서류작성 지원

2. 「변리사법」 제2조에 따라 특허청 또는 법원에 대하여 하여야 할 사항의 대리

3. 산업재산권 관련 분쟁조정신청서 검토 및 잠정 합의권고안 작성 지원

4. 특허분쟁 경영컨설팅 및 법률 자문

5. 산업재산권 관련 설명회의 개최 및 상담

6. 그 밖의 산업재산권 관련 법률서비스 지원 및 대통령령으로 정하는 상담센터의 운영 목적에 부합하는 업무

상담센터가 수행하는 업무 중 발명진흥법§26의2②1에 따른 서류작성 지원 업무의 범위는 다음 각 호와 같다(발명진흥법시행령§9의9①).

1. 특허 · 실용신안 출원과 관련된 명세서, 의견서 및 보정서의 작성 지원

2. 디자인 출원과 관련된 도면, 의견서 및 보정서의 작성 지원

3. 상표출원과 관련된 의견서, 보정서 및 이의신청 답변서의 작성 지원

4. 거절결정불복심판과 관련된 심판청구서, 의견서 및 보정서의 작성 지원

5. 특허취소신청 및 실용신안등록취소신청에 대한 특허권자 · 실용신안권자의 의견서 및 정정청구 관련 서류의 작성 지원

상담센터가 수행하는 업무 중 발명진흥법§26의2②2에 따른 대리 업무의 범위는 다음 각 호와 같다(발명진흥법시행령§9의9②).

1. 특허권자 또는 실용신안권자의 권리범위 확인심판, 무효심판 및 정정심판에 관한 사항의 대리
2. 상표권자 또는 디자인권자의 무효심판에 관한 사항의 대리
3. 상표권자의 상표등록 취소심판에 관한 사항의 대리
4. 상표권 또는 디자인권의 권리범위 확인심판에 관한 사항의 대리
5. 제1호부터 제4호까지의 심결에 대한 심결취소소송에 관한 사항의 대리

#### 5) 지원절차

발명진흥법§26의2②에 따른 업무를 지원 받으려는 자는 지원 신청서에 다음 각 호의 서류를 첨부하여 상담센터에 신청하여야 한다(발명진흥법시행령§9의13①).

1. 법 제26조의2제3항 각 호의 어느 하나에 해당하는 자임을 증명하는 서류
2. 발명과 관련된 업무의 경우에는 발명의 내용을 설명하는 서류
3. 그 밖에 주장사실을 증명하는 서류

상담센터의 소장은 이러한 신청을 받으면 등록가능성, 지원의 필요성 또는 승소가능성 등을 고려하여 지원 여부를 결정하여야 한다(발명진흥법시행령§9의13②).

#### 6) 심결취소소송의 대리

상담센터가 수행하는 업무 중 발명진흥법§26의2②2에 따른 대리 업무의 범위는 다음 각 호와 같다(발명진흥법시행령§9의9②).

1. 특허권자 또는 실용신안권자의 권리범위 확인심판, 무효심판 및 정정심판에 관한 사항의 대리
2. 상표권자 또는 디자인권자의 무효심판에 관한 사항의 대리
3. 상표권자의 상표등록 취소심판에 관한 사항의 대리
4. 상표권 또는 디자인권의 권리범위 확인심판에 관한 사항의 대리
5. 제1호부터 제4호까지의 심결에 대한 심결취소소송에 관한 사항의 대리

## 10 대리와 구별하여야 할 제도

### 가. 대표

법인의 대표기관의 행위에 의하여 법인이 직접 권리·의무를 취득하는 점에서 대표는 대리와 비슷하다. 그러나 대표기관은 법인과 서로 대립하는 지위에 서는 것이 아니고, 그의 행위는 법 이론상 그대로 법인의 행위로 보게 되는 관계에 있다. 또한 대표는 사실행위나 불법행위에 관하여서도 성립하는 점에서 대리와는 다르다.

### 나. 사자(使者)

본인의 의사를 전달하는 사자는 대리와 비슷한 점이 있다. 그러나 사자는 어디까지나 본인이 이미 결정한 본인의 의사를 전달하는 것뿐이고, 대리인과 같이 자기의 의사를 결정해서 표시하는 자는 아니다.

### 다. 간접대리

위탁매매업과 같이 자기의 이름으로 법률행위를 하고, 그 효과는 행위자 자신에 관하여 생기며, 후에 그가 취득한 권리를 타인에게 이전하는 관계가 이른바 간접대리이다. 그 경제적 작용은 본래의 대리(직접대리)와 비슷하나, 근본적으로는 행위의 효과가 직접 본인에게 돌아가지 않는다는 점에서 대리와 다르다.

# 제3장

# 심판의 절차 및 제반 업무

제1절 서설 ····· 127
제2절 심판의 절차 ····· 128
제3절 기일 및 기간 ····· 150
제4절 절차의 정지 ····· 167
제5절 절차의 효력 승계 ····· 177
제6절 서류의 송달 ····· 180
제7절 심판서류의 열람·복사 ····· 190
제8절 증거물 등 보관물의 관리 및 반환 ·· 196
제9절 심판수수료 ····· 199
제10절 심판서류의 반출금지 및
비밀누설죄 ····· 202

# 제3장 심판의 절차 및 제반 업무

## 제1절 서 설

특허법(실용신안법, 디자인보호법, 상표법)은 심판청구부터 심결문 송달에 이르기까지 심판의 전 과정에 걸쳐 심판절차를 규정하고 있다. 심판절차에 관하여서 법률의 규정이 우선 적용되고, 심판절차의 구체적·세부적인 사항에 관하여는 특허법시행령(실용신안법시행령, 디자인보호법시행령, 상표법시행령), 특허법시행규칙(실용신안법시행규칙, 디자인보호법시행규칙, 상표법시행규칙)과 심판사무취급규정 등이 적용된다.

# 제2절 심판의 절차

## 1 심판청구서(취소신청서)의 기재사항 및 첨부서류

심판청구서에는 청구인, 대리인, 피청구인, 사건의 표시, 청구의 취지, 청구의 이유 등에 대해서 기재되어야 한다.

청구인(피청구인) 란에는 성명(국문 성명 또는 법인의 명칭)과 특허고객번호를 기재하고, 특허고객번호가 없는 경우에는 청구인은 직접 서명하거나 인감을 날인하여야 한다. 미성년자, 피한정후견인 또는 피성년후견인이 법정대리인에 의하여 제출하는 경우에는 법정대리인의 성명과 특허고객번호를 적고, 그 대리권을 증명하는 서류를 첨부한다.

대리인 란에는 대리인의 성명과 대리인번호를 적고, 대리인이 법인인 경우에는 법인의 명칭과 지정된 변리사의 성명을 모두 적는다.

사건의 표시 란에는 심판의 종류 및 심판의 종류에 따른 사건번호를 적는다.

청구의 취지 란에는 해당 심판청구의 취지를 다음 예와 같이 간략하게 적되 필요에 따라 별지를 사용할 수 있다.

[예 1] 특허무효심판의 경우
【청구의 취지】
"특허 제0000000호 청구범위 제1항 및 제2항은 그 등록을 무효로 합니다. 심판비용은 피청구인의 부담으로 합니다."라는 심결을 구함
[예 2] 특허거절결정불복심판의 경우
【청구의 취지】
"원결정을 취소합니다. 특허출원 00-0000-0000000호는 특허결정합니다."라는 심결을 구함
[예 3] 적극적 권리범위확인심판의 경우
【청구의 취지】
"확인대상발명의 설명서 및 도면에 적혀 있는 "자동차 연료 감지장치"는 특허 제0000000호 청구범위 제1항, 제2항 및 제3항의 권리범위에 속합니다. 심판비용은 피청구인의 부담으로 합니다."라는 심결을 구함

청구의 이유 란에는 청구의 이유를 구체적으로 적되, 필요하면 별지에 적어 청구서에 첨부한다. 그 외에도 이해관계 여부를 증명하는 서류, 특허발명과 대비되는 발명의 실시를 증명하는 서류, 심판사건을 긴급하게 처리할 필요성을 증명하는 서류 등이 필요한 경우에는 첨부하여야 한다.

증거방법 란에는 증거가 있을 경우에만 적으며, 필요에 따라 별지를 사용할 수 있다.

수수료 란에는 심판청구 시에 납부하는 수수료의 금액을 적고, 수수료 감면 대상자의 경우에는 감면사유 및 감면 후 수수료를 추가로 적는다.

첨부서류 란에는 심판청구서 서식과 함께 제출하는 서류명과 부수를 적는다. 첨부하는 서식은 다음과 같다.

① 특허발명과 대비될 수 있는 설명서(특허발명과의 구체적인 대비표 작성) 및 필요한 도면 각 1통

② 정정명세서 및 도면 각 1통(정정심판의 경우)

③ 전용실시권자, 질권자 또는 통상실시권자의 동의가 필요한 경우에는 그 동의를 증명하는 서류 1통

④ 시각적 표현에 합치하는 소리파일 1통(소리상표의 경우)

⑤ 시각적 표현에 합치하는 냄새견본 밀폐용기 1통 또는 향패치 10매(냄새상표의 경우)

⑥ 그 밖에 법령에서 정한 서류 각 1통

**심판청구서**

【청구인】
【성명(명칭)】
【특허고객번호】
【대리인】
【성명(명칭)】
【대리인번호】
(【포괄위임등록번호】)
(【피청구인】
【성명(명칭)】
【특허고객번호】)
【사건의 표시】
【심판의 종류】
【출원번호[특허(등록)번호, 국제등록번호, 상품분류전환등록신청번호, 심판번호]】
(【디자인의 일련번호】)
【청구의 취지】
【청구의 이유】
(【증거방법】)

위와 같이 특허심판원장에게 제출합니다.

청구인(대리인) (서명 또는 인)

【수수료】(기재요령 제7호 참조)
【심판청구료】 개 원
(【수수료 자동납부번호】)
【첨부서류】 법령에서 정한 서류 각 1통 (기재요령 제9호 참조)

**특허취소신청서 · 실용신안등록취소신청서**

(3쪽 중 제1쪽)

※ 뒤쪽의 작성방법을 읽고 작성하시기 바랍니다.

| | | |
|---|---|---|
| 취소신청인 | 성명(명칭) | |
| | 특허고객번호 | |
| 대리인 | 성명(명칭) | |
| | 대리인번호 | |
| | (포괄위임등록번호) | |
| 권리자 | 성명(명칭) | |
| | 특허고객번호 | |
| 사건의 표시 | 특허(실용신안등록)번호 | |
| | 등록공고일 | |
| | 대상 청구항 | |
| 신청의 이유 | | |
| 증거 방법 | | |
| 수수료 | | |
| (수수료 자동납부번호) | | |

위와 같이 특허심판원장에게 제출합니다.

제출인(대리인) (서명 또는 인)

특허취소신청서에 기재할 내용은 심판청구서의 기재 내용과 거의 대부분 유사하다. 취소신청인, 대리인, 권리자, 사건의 표시, 신청의 이유, 증거 방법, 수수료 등을 기재하여야 한다. 사건의 표시 란에는 취소신청하려는 대상 특허(실용신안등록)번호와 등록공보 또는 등록원부에 기재된 등록공고일을 적고, 취소신청의 대상이 되는 청구항의 번호를 적는다. 신청의 이유 및 증거 방법 란에는 '별지와 같음'이라 적고, 각각 별지에 작성하여 첨부한다.

## 2 심판서류의 접수

### 가. 개요

특허취소신청·심판 관한 서면서류, 전자적 기록매체(플로피디스크 또는 광디스크 등), 모형, 견본 및 증거물은 특허심판원 심판정책과 또는 특허청 서울사무소 출원등록과에서 접수한다(심판사무취급규정§4①).

심판정책과 또는 출원등록과는 심판에 관한 서류 등이 제출되면 필요한 사항을 심판사무처리시스템에 전산 입력한 후 접수일자, 제출인의 성명, 건명, 접수번호 등이 기재된 접수증을 교부하여야 한다(심판사무취급규정§4②).

서류 등을 우편으로 제출한 경우에는 특허청 운영지원과에서 접수하되 공휴일 또는 일과시간 후에 도착된 것은 일·숙직 직원이 접수한다(심판사무취급규정§4③).

그리고, 심판서류는 전자문서 이용신고를 한 자에 의해서 전자문서의 형태로 정보통신망을 통해 바로 특허심판원 접수용 전산정보처리조직으로 접수될 수도 있다(특§28의3③, 실§3, 상§30③, 디§30③). 이때에는 자동으로 접수번호가 온라인 통지된다.

### 나. 전자접수(접수절차, 대상서류)

#### 1) 특허로에 의한 접수

전자문서 이용신고를 한 자에 의해서 전자문서 형태로 정보통신망을 통해 접수된 심판청구서, 답변서, 의견서 등의 심판서류는 심판진행절차에 따라 처리한다.

#### 2) 전자적 기록매체에 의한 접수(심판사무취급규정§6③)

심판정책과 및 출원등록과는 심판서류 등을 전자적 기록매체로 접수한 때에는 다음의 조치를 하여야 한다.

① 전자적 기록매체를 전산 입력하여 전자적 기록매체에 수록된 내용과 전자적 기록매체 제출서에 기재된 내용과의 동일여부를 확인한다.

② 전자적 기록매체 및 전자적 기록매체 제출서에 접수번호가 기록된 바코드를 부착한다.

③ 전자적 기록매체에 수록된 내용을 전산정보처리조직에 저장한다.

④ 이 조치가 끝난 후에는 전자적 기록매체를 방식담당자별로 관리한다.

### 다. 서면접수

심판청구에 관한 서류를 접수한 때에는 심판정책과는 점검사항에 관한 잘못된 기재, 누락의 유무 등을 점검하고 다음과 같이 처리한다.

#### 1) 우편에 의한 접수(심판사무취급규정§5)

① 운영지원과는 우편에 의한 심판서류 등이 제출된 경우에는 즉시 문서에 접수인을 날인하고 접수부에 접수 연월일, 제출인의 성명 또는 명칭 및 건명을 기재하여 심판정책과에 인계하여야 한다.

② 운영지원과는 ①에 따라 접수된 서류에 그 우편물의 통신일부인의 연월일을 표시하여 합철하고, 심판청구료 등의 수수료가 첨부된 경우에는 그 금액을 명확하게 기재하고 취급자가 날인하여야 한다.

③ 일·숙직 직원이 공휴일 또는 일과시간 후에 우편물로 도달한 서류를 접수하였을 때에는 당직일지에 기재한 후 다음 근무일에 운영지원과에 인계하고, 운영지원과는 ①의 절차에 따라 처리한다.

④ 심판정책과는 운영지원과로부터 인수한 서류에 통상환 증서 등의 유가증권이 심판청구료 등의 수수료로 첨부된 경우에는 접수절차를 거친 후 국고수납 금융기관에 납부하여야 한다.

#### 2) 직접 제출되는 서류

① 잘못된 기재 및 누락 등이 없을 때에는 '우편에 의한 접수절차'의 예에 따라 처리한다.

심판정책과 및 출원등록과는 서면으로 제출된 서류 등을 접수한 때에는 필요한 사

항을 전산에 입력한 후, 접수된 서류 등에 접수번호가 기록된 바코드를 부착하고, 접수일자, 특허고객번호, 서류명 등이 기재된 접수증을 전산정보처리조직을 이용하여 교부하고 전산 처리된 대장으로 관리한다(심판사무취급규정§6).

② 잘못된 기재 또는 누락 등이 있을 경우는 아래 절차를 따른다.

○ 제출자에게 정정하게 한 후 이를 접수한다.

○ 제출자가 정정에 응하지 아니할 때에도 일단 이를 접수한다.

○ 심판서류 등을 접수한 경우에는 즉시 접수증을 발부한다.

※ 앞의 ①,②에 의해 서류로 접수된 심판서류는 「산업재산권 관련서류 전자화 사무취급규정」에 의거 전자화기관에 이관하여 전자화작업을 수행해야 한다.

### 라. 접수창구

특허취소신청·심판 관한 서면서류, 전자적 기록매체(플로피디스크 또는 광디스크 등), 모형, 견본 및 증거물은 특허심판원 심판정책과 또는 특허청 서울사무소 출원등록과에서 접수한다(심판사무취급규정§4①).

서류 등을 우편으로 제출한 경우에는 특허청 운영지원과에서 접수하되 공휴일 또는 일과시간 후에 도착된 것은 일·숙직 직원이 접수한다(심판사무취급규정§4③).

그리고, 심판서류는 전자문서 이용신고를 한 자에 의해서 전자문서의 형태로 정보통신망을 통해 바로 특허심판원 접수용 전산정보처리조직으로 접수될 수도 있다(특§28의3③, 실§3, 상§30③, 디§30③).

### 마. 접수담당자

특허취소신청·심판 관한 서면서류는 특허심판원 심판정책과 또는 특허청 서울사무소 출원등록과에서 접수담당자가 접수하고, 우편으로 제출한 경우에는 특허청 운영지원과에서 접수하고, 공휴일 또는 일과시간 후에 도착된 것은 일·숙직 직원이 접수한 후에 상기 특허심판원의 접수담당자에게 인계한다.

### 바. 접수증

심판정책과 또는 출원등록과는 심판에 관한 서류 등이 제출되면 필요한 사항을 심판사무처리시스템에 전산 입력한 후 접수일자, 제출인의 성명, 건명, 접수번호 등이

기재된 접수증을 교부하여야 한다(심판사무취급규정§4②).

그리고, 심판서류는 전자문서 이용신고를 한 자에 의해서 전자문서의 형태로 정보통신망을 통해 바로 특허심판원 접수용 전산정보처리조직으로 접수될 수도 있다(특§28의3③, 실§3, 상§30③, 디§30③). 이때에는 자동으로 접수번호가 온라인 통지된다.

#### 사. 접수서류의 점검

접수서류의 점검사항은 그 서류에 따라 또는 법령 등이 정하는 바에 따라 다르나 당사자계사건 심판청구서의 경우를 예시하면 다음과 같다.

| |
|---|
| 가. 청구인, 피청구인, 참가인 또는 대리인의 성명, 주소, 법인에 있어서는 그 명칭 및 영업소의 소재지(특허고객번호 또는 대리인번호), 청구인 또는 피청구인이 외국인인 경우 국적, 성명 및 주소(특허고객번호), 특허관리인의 성명과 주소(대리인번호) |
| 나. 사건의 표시 |
| 다. 발명(고안)의 명칭(물품명, 상표명) |
| 라. 청구의 취지 |
| 마. 청구의 이유 |
| 바. 증거방법 |
| 사. 첨부서류 또는 첨부물건의 목록 |
| 아. 수수료의 납부여부는 특허넷 상의 수납정보조회에서 확인 |

## 3 심판번호 부여

심판원장(심판정책과)이 특허취소신청서 또는 심판청구서를 수리한 때에는 특허취소신청번호 또는 심판번호를 부여하고, 그 사건에 대한 합의체를 구성할 심판관을 지정한다(특시칙§58, 실시칙§17①, 디시칙§72, 상시칙§62).

수리는 제출서류를 유효한 행위로 수령하는 준법률행위적 행정행위로 접수와 구분되지만, 심판청구서는 반려대상이 아니므로 접수된 때를 수리한 때와 동일하게 보고 심판번호를 부여한다.

심판번호는 특허취소신청사건, 당사자사건(무효심판 사건, 취소심판 사건, 권리범위확인심판 사건), 거절결정불복사건, 취소결정불복사건, 보정각하결정불복사건, 정정

심판사건, 재심사건 등으로 구분하여 매년 갱신하되 연도별로 제출일의 순위에 따라 일련번호를 부여하며, 취소판결이 확정된 사건의 경우에도 당', '원'과 같은 사건의 유형을 나타내는 표시 옆에 '(취소판결)' 표시를 추가하여 새로운 심판번호를 부여한다(심판사무취급규정§9).

○ 특허(실용신안등록)취소신청사건 : 소(재심사건 : 재소)

○ 당사자사건 : 당(재심사건 : 재당)

○ 거절결정불복사건 : 원(재심사건 : 재원, 추완사건 : 추원)

○ 취소결정불복사건 : 취(재심사건 : 재취, 추완사건 : 추취)

○ 보정각하결정불복사건 : 보(재심사건 : 재보, 추완사건 : 추보)

○ 실용신안등록출원각하결정불복사건 : 기(재심사건 : 재기, 추완사건 : 추기)

○ 정정심판청구사건 : 정(재심사건 : 재정, 추완사건 : 추정)

## 4 심판서류 처리

온라인 심판청구 이후 심판서류철은 원칙적으로 작성하지 않으며 전자문서의 형태로 정보통신망을 통해 바로 특허심판원 접수용 전산정보처리조직으로 접수된 심판서류는 바로 해당사건에 심판이력으로 생성된다.

심판정책과 방식담당자는 서면이나 우편으로 제출된 심판서류의 경우 전자화기관에 이관하여 전자화작업을 수행한 후 해당사건에 심판이력으로 생성시킨다.

## 5 심판처리부 기재

심판정책과는 특허넷에 다음 사항을 입력한다.

① 청구연월일, 심판종류, 대상 출원 및 등록권리, 사건의 명칭

② 심판장, 주심 및 부심심판관의 성명과 지정 또는 변경연월일

③ 당사자변경, 대리인의 선임 및 해임, 참가신청, 상표등록이의신청 또는 정정에 대한 이의신청이 있는 경우 그 당사자, 대리인, 참가인 또는 이의신청인의 성명, 심판, 재심 등의 취하연월일

④ 심결 또는 결정의 연월일, 심결 또는 결정의 확정연월일, 소 또는 상고가 있는 경우 그 연월일 및 판결(선고)연월일, 신속(우선)심판신청 이관일, 증거물건 이관일 등

## 6 등록원부 예고등록 의뢰

등록된 권리의 심판청구나 특허(실용신안등록) 취소신청이 있을 때에는 등록과에 심판청구 예고등록을 의뢰한다(특등령§6).

## 7 서류철 대출 의뢰

심판사건 서류철을 작성할 때에는 필요한 경우 관련 출원·등록서류철을 기록관실 또는 출원·등록과에서 대출받아 심판에 활용한다. 사건이 종료되면 심판정책과 및 해당 심판부는 대출받은 서류철을 반환한다. 다만, 출원·등록서류철이 전자문서인 경우에는 전자문서를 활용하도록 한다.

## 8 심판관 지정

### 가. 일반적 심판관 지정

심판정책과는 방식심사를 완료한 후 심판관을 지정함으로써 심판부에 사건을 이관한다. 다만, 거절결정불복심판의 경우 심사전치가 있는 경우에는 심사전치결과보고가 있은 후에 심판관을 지정한다. 심판관지정 시 전심에 관여한 심사관, 심판관의 성명을 조사하여 제척사유에 해당하는지 유무를 확인한다.

심판관의 지정은 권리종류 및 분야별 특허분류·물품 및 상품류 구분 등을 참작하여 유사분야로 이루어진 그룹 내에 속한 심판관들 사이에서 무작위로 지정한다. 심판관 지정시 심판장, 주심 및 부심 심판관의 성명과 지정연월일을 기재하고, 심판원장의 결재를 받는다.

심판관 지정변경의 경우에도 위와 같다.

### 나. 특허기술그룹 설명서 제출이 있는 경우의 심판관 지정

특허기술그룹 설명서는 융복합화 추세에 따라 현행 CPC에 의한 일률적인 심판사건 배정방식을 탈피하고, 관련 기술에 대한 전문 심판관에게 심판받을 기회를 제공하기 위하여 도입된 제도이다.

심판청구인은 심판청구와 동시에 해당 특허가 속하는 기술그룹 설명서를 제출할 수 있으며, 피청구인은 심판청구서의 부본을 송달받은 후 답변서 제출기간 내에 기술그룹 설명서를 제출할 수 있다(심판사무취급규정§27⑦, 별지 제26호).

심판원장은 심판청구인이 선택한 기술그룹과 심판관의 전문 분야 등을 고려하여 심판관을 지정 또는 변경할 수 있다(심판사무취급규정§27⑧).

### 다. 심결(결정)취소된 사건의 심판관 지정

심판원장(심판정책과)은 특허법원이나 대법원으로부터 심결(결정)을 취소하는 판결문을 통보받은 때에는 '당', '원'과 같은 사건의 유형을 나타내는 표시 옆에 '(취소판결)' 표시를 추가하여 새로운 심판번호를 부여하고(심판사무취급규정§9), 심판의 공정성을 제고하기 위하여 그 사건에 대한 합의체를 원심결을 담당한 심판관들이 아닌 심판관들로 구성한다.

## 9 심판관 변경

특허심판원장(심판정책과)은 특정 사건을 담당하는 심판부 및 심판관의 변경이 있는 때에는 당사자들에게 심판관 변경통지를 하여야 한다. 심판관 변경 사유는 심판그룹 사이에 업무 재배분, 심판그룹 내 업무 재배분, 심판관 인사이동, 특별 5인합의체의 구성 등을 들 수 있다. 심판그룹 사이에 업무 재배분나 심판그룹 내 업무 재배분을 위한 심판관 변경은 특정 심판그룹 또는 특정 심판부가 심판사건을 지나치게 많이 보유하고 있어 심판그룹 또는 심판부 사이에 심판의 처리기간에 큰 차이가 날 우려가 있는 경우 등과 같이 심판의 공정성 및 신속성을 달성하기 위하여 불기피한 경우에 이루어진다. 담당 심판그룹이나 심판부는 특허심판원장(심판정책과)에게 심판관 변경 이유, 변경 전후의 심판관 등을 보고한 후 심판관을 변경한다.

## 10 심판관 지정·변경 통지서의 작성 및 통지

심판정책과는 심판번호 및 심판관지정의 결재가 있으면 소정서식의 통지서에 필요사항을 기재한 후 서면 또는 정보통신망으로 통지한다.

심판관변경이 있는 때에는 그 사실을 온라인 수신자의 경우 심판관변경 통지를 하지 않고(특허로에서 변경된 심판관 확인 가능) 우편수신인의 경우에만 심판관 변경을 통지한다.

심판관의 제척·기피의 결정이 있는 경우나 필요시(심판관의 회피신청, 인사이동, 퇴직, 기구개편 등)에는 개별 통지할 수도 있다.

참가가 허가된 후에 심판관의 변경이 있는 경우 심판관의 변경통지는 참가인에게도 한다. 참가인도 제척, 기피 신청을 할 수 있으므로(특§149, 실§33, 디§137, 상§136) 당사자와 마찬가지로 통지한다.



## 11 방식심사

### 가. 특허심판원장(심판방식 심사관보)에 의한 심사

방식심사란 심판청구서 및 심판에 관한 절차가 법령에 정한 방식에 적합한지 여부를 심리하는 것을 말한다. 심판청구방식에 관한 사항, 행위능력 및 대리권에 관한 사항, 법령에서 정하는 방식에 위반된 사항 등을 심리한다.

본안 심리에 들어가기 전에 소정의 방식요건을 구비하고 있는지 여부에 대하여 심판정책과 직원에 의한 방식심사와 심판합의체의 주심심판관에 의한 심리로 구분할 수 있다.

심판관련 서류에 대한 방식심사는 먼저 심판정책과에서 심판원장 명의로 이를 수행한다.

### 나. 심판장에 의한 심사

심판정책과에서 절차상 흠에 대한 방식심사를 누락한 경우에는 위와 같이 실체심판을 심리하는 심판부의 주심심판관이 심판장 명의로 수행하게 된다. 방식심리란 심판장이 심판청구서 등이 법령에 정한 방식에 적합한지 여부를 심리하는 것을 말한다.

### 다. 보정요구

심판청구서는 특허법 제140조 제1항 본문의 규정에 따라 심판원장에게 제출하여야 하고, 심판청구서가 방식에 위반된 경우에는 특허법 제46조의 규정에 의하여 심판원장은 보정을 명할 수 있다. 그러나 심판사건에 심판합의체가 지정되면, 그 사건은 심판원장으로부터 심판장에 넘겨지게 되고 심판장이 방식심리를 한다. 심판장은 보정사항이 있는 경우 보정을 명하며, 보정하지 않을 경우 결정으로 심판청구서를 각하하여야 한다(특§141②, 실§33, 디§128②, 상§127).

### 라. 서류송달

서류의 송달은 심판청구인, 피청구인, 참가인, 취소신청인 등에게 해당 사건에 관한 서류의 내용을 알리기 위하여 일정한 방식으로 서류를 교부하는 절차를 말한다. 각종 서류의 송달(통지)은 법령에서 규정하고 있는 방식에 의해서 이루어지며, ① 교부송달, ② 우편송달, ③ 정보통신망에 의한 송달, ④ 공시송달로 구분할 수 있다.

### 마. 기간산정

심판장이 보정을 명하면서 정할 수 있는 보정기간은 1개월 이내로 한다. 다만, 특허에 관한 절차에 관련된 시험 및 결과측정에 시일을 요하는 때에는 그 지정지간은 해당 시험 및 결과측정에 소요되는 기간으로 한다(특시칙§16).

### 바. 심판청구서의 각하 및 반려

심판장의 보정 명령에도 보정하지 않을 경우 결정으로 심판청구서를 각하하여야 한다(특§141②, 실§33, 디§128②, 상§127).

그러나 심판청구서 이외의 절차를 밟기 위한 기간이 정하여져 있는 중간서류가 해당 서류를 반려하는 것이 현저하게 불합리한 결과로 되는 경우를 제외하고는 해당서류를 심판청구인 또는 제출인에게 그 이유를 명시하여 반려할 수 있다. 다만, 반려를 하고자 할 때에는 반려이유를 통지하고, 상당한 기간을 정하여 소명서를 제출할 수 있는 기회를 주어야 한다(특시칙§11, 실시칙§17, 디시칙§24, 상시칙§25).

## 12 심판청구서(취소신청서)의 보정

### 가. 개요

당사자는 심판이 심판원에 계속되고 있는 때에 심판청구의 요지를 변경하지 않는 범위 내에서 심판청구서(취소신청서)를 보정할 수 있다. 다만, 심판청구의 이유에 대해서는 요지변경이 되더라도 관계없다(특§140②, 실§33).

### 나. 요지변경 불가

심판청구서의 요지란 심판의 당사자와 심판의 대상들을 의미하므로 당사자, 사건의 표시, 청구의 취지 부분이 이에 해당되며, 청구의 취지 및 이유 등 심판청구서 전체의 취지를 살펴보아 등록된 권리를 중심으로 하여 적어도 그 동일성을 해하지 아니하는 범위내의 것을 말하며, 이들의 동일성을 해하는 범위의 변경을 요지변경이라 한다.

요지변경은 심판절차의 지연을 초래하거나 피청구인의 방어권행사를 곤란케 할 우려가 있기 때문에 원칙적으로 인정되지 않으나, 심판청구서의 전체적 취지를 합리적으로 해석하여 보정에 의하여 심판청구서의 내용이 실질적으로 변경되는지 여부를 기준으로 판단하여야 하며, 동일성을 벗어나지 않는 범위 내에서만 인정된다(특§140②, 실§33, 디§126②, 상§125②).

따라서, ① 당사자 ② 사건의 표시 ③ 청구의 취지에 관하여 청구서의 요지를 변경하는 것은 인정되지 아니한다.

심판청구서의 보정이 요지변경에 해당하여 보정이 불가능한 경우라고 판단되면 보정을 요구하지 않고 바로 심리종결 후 심결각하할 수 있다(특§142, 실§33, 디§129, 상§128).

### 다. 예외

#### 1) 청구의 이유를 보정하는 경우

심판, 재심의 청구에 있어서는 당사자는 심리종결 전까지 그 이유를 분명하게 하여야 하며 심리종결까지는 이유를 보충할 수 있다(특§140, §140의2, §184, 실§33).

이유의 보충에 있어서는 신청, 청구의 취지를 변경하지 아니하는 한 최초 신청한

이유의 일부 또는 전부를 정정하고 다시 새로운 이유를 추가할 수 있다(특§140②).

심리종결의 통지후에 이유보충서가 제출된 경우에는 그 내용에 따라 심리재개의 필요가 있는지의 여부를 검토하고 그 필요가 있을 때에는 심리를 재개하지만 만약 그 필요가 없다고 인정될 때에는 그 보충서는 신청이 있는 경우에 한하여 반환한다(특시칙§66). 심결문의 등본을 발송한 후에 제출된 이유보충서는 반려 처분할 수 있다.

### 2) 당사자의 보정

청구인 및 피청구인의 보정은 심판청구서 전 취지를 통해 합리적으로 해석되는 자와 동일성을 유지하는 경우를 제외하고 요지변경이다.

다만, 2009. 1. 30. 이후 심판청구건부터 결정계심판에서 청구인의 기재를 바로잡거나 추가하는 경우(특§140의2②1, 실§33, 디§127②1, 상§126②1) 및 당사자계 심판에서 특허(실용신안, 디자인, 상표)권자의 기재를 바로잡거나 추가하는 보정(특§140②1, 실§33, 디§126②1, 상§125②1)은 요지변경으로 보지 않는다(단, 상표 결정계심판에 대해서는 2012. 3. 15. 심판청구분 부터 적용).

상기 개정법의 취지는 권리자의 기재를 바로잡는 경우 예외적으로 요지변경을 허용하는 것이므로, 권리자에 해당하지 않는 무효심판(정정 무효심판)의 청구인, 상표등록 취소심판의 청구인, 소극적 권리범위 확인심판의 청구인, 적극적 권리범위 확인심판의 피청구인 등의 보정은 동일성을 유지하는 경우에만 보정이 허용된다.

다만, 심판당사자의 편의 및 심판경제를 도모하기 위해 권리자에 해당하지 않는 공동청구인·피청구인 중 전원이 아닌 일부 청구인의 심판청구 취하는 허용된다. 이 경우 청구인은 심판청구 일부취하서에 그 취지를 기재하여 제출해야하고, 피청구인의 답변서가 제출된 경우 피청구인의 동의를 얻어야 한다.

### 3) 권리범위 확인심판에 있어 확인대상발명의 보정

심판청구서에서 확인대상발명의 보정의 한계를 정하는 기능을 하는 발명의 동일성은, 당사자들 사이의 분쟁을 합리적 실질적으로 달성시켜준다는 소송경제의 적합성과 심판절차의 지연을 초래하거나 피청구인의 방어권 행사를 곤란케 할 염려가 있는가라고 하는 견지에서 파악되는 것이므로, 확인대상발명의 보정으로 새로운 사실관계의 심리나 새로운 소송자료의 제공을 필요로 하지 않고 당사자들의 방어권을 과도

하게 방해하지 않는다면 그 보정을 인정할 필요가 있다고 하겠다.

실제로 당사자들은 권리범위 확인심판에서 확인대상발명의 요지변경으로 심결각하 결정을 받게 되면, 심결각하 결정에 대한 심결취소소송을 제기하여 요지변경 여부에 대해 다투거나 요지변경으로 심결각하된 확인대상발명을 대상으로 다시 권리범위 확인심판을 청구하는 것 이외에 달리 다른 구제방법이 없다. 그런데 요지변경으로 심결각하된 확인대상발명을 대상으로 다시금 권리범위 확인심판을 청구하도록 하는 것은 소송경제에 부합하지 않는다.

그와 같은 견지에서 확인대상발명의 보정은 심판절차의 지연을 초래하거나 피청구인의 방어권 행사를 곤란케 할 염려가 없는 경우로서 ㉮ 심판청구서에 첨부된 확인대상발명의 불명확한 부분을 구체화하는 것이거나 ㉯ 처음부터 당연히 있어야 할 구성부분을 부가한 것에 지나지 아니하여 심판청구의 전체적인 취지에 비추어 볼 때 그 발명의 동일성이 유지되는 것이라면 요지변경에 해당되지 않는다(대법원 2000. 9. 8. 선고 97후4039 판결, 대법원 1995. 5. 12. 선고 93후1926 판결).

그런데 적극적 권리범위 확인심판에서 심판청구서의 확인대상발명에 대하여 피청구인이 자신이 실제로 실시하고 있는 발명과 다르다고 주장하는 경우, 청구인이 피청구인의 실시주장발명과 동일하도록 확인대상발명을 보정하는 것은 그 발명의 동일성이 유지되는지 여부와 관계없이 청구취지의 변경으로 보지 아니하며 그 보정은 적법한 것으로 받아들인다(특§140②, 2007. 7. 1. 이후 심판청구 사건에 적용)



## 13 심판청구서(취소신청서) 부본 송달 및 통지

심판청구서가 접수되면, 심판청구서의 부본을 상대방에게 송달하여 답변서를 제출할 기회를 부여한다(특§147②, 실§33, 디§134①, 상§133①).

### 가. 당사자계 심판사건

심판청구서의 부본을 상대방에게 송달할 때에는 다음의 절차를 밟는다.

① 청구서정본에 『위 심판사건에 대한 심판청구서 부본을 송달하니 상기 제출기일까지 답변서(또는 의견서)를 제출하시기 바랍니다』라고 하는 뜻을 기재한 기안문을 작성하고 심판장의 결재를 받는다.

② 발송부본에는 ①과 같이 기재한 서면에 심판장 직인을 찍고 이하 통상의 규칙에 따라 동봉하여 발송한다.

참가신청서의 부본을 당사자 및 참가인에게 송달할 때에는 신청서 정본에 『위 심판참가신청에 관한 신청서 부본을 특허법 제156조 제2항의 규정에 의하여 송달하니 20 . . .까지 의견서를 제출하시기 바랍니다』라고 기재한 기안문을 작성하고 심판장의 결재를 받는다.

한편, 심판장은 심판이 청구된 사실을 특허권의 전용실시권자, 기타 특허·실용신안·상표·디자인에 관하여 등록을 한 권리를 가지는 자에게 통지하여야 한다. 근거규정은 다음과 같다.

- 무효심판(특§133④, 실§31④, 상§117⑤, 118④, 디§121④)
- 취소심판(상§119⑦, 상§120⑤)

### 나. 결정계 심판사건

2001. 6. 30. 이전 출원된 특허, 1999. 6. 30. 이전 출원된 실용신안에 있어서 정정심판청구공고에 대한 이의신청서의 부본을 청구인에게 송달할 때에는 신청서의 부본에 『정정심판청구공고에 대한 이의신청에 대하여 답변서를 20 . . .까지 제출하시기 바랍니다』라고 기재한 기안문을 작성하고 심판장의 결재를 받아 1. ②의 절차를 밟는다.

이의신청으로 인한 거절결정(취소결정)으로 거절(취소)결정불복심판이 청구된 때에는 이의신청인에게 『구특허법 제140조의2 제2항(2006. 3. 3. 법률 제7871호로 개정되기 이전의 것)〔구실용신안법 제56조(2006. 3. 3. 법률 제7872호로 개정되기 이전의 것), 디자인보호법 제127 제1항, 상표법 제126조 제3항〕의 규정에 의하여 위와 같이 청구되었음을 통지합니다.』라고 기재한 기안문을 작성하고 심판장의 결재를 받는다.

### 다. 특허(실용신안등록)취소 신청사건

취소신청서의 부본을 특허권자에게 송달할 때는 다음의 절차를 밟는다.

① 취소신청서 정본에 『위 취소신청사건에 대한 취소신청서 부본을 송달합니다』라고 하는 뜻을 기재한 기안문을 작성하고 심판장의 결재를 받는다.

② 발송부본에는 ①과 같이 기재한 서면에 심판장 직인을 찍고 이하 통상의 규칙에 따라 동봉하여 발송한다.

한편, 심판장은 취소신청이 접수된 사실을 특허(실용신안)권의 전용실시권자나 그 밖에 특허(실용신안)에 관하여 등록을 한 권리를 가지는 자에게 통지하여야 한다.(특§132조의4④, 실§30조의3)

## 14 답변서 수리

답변서가 제출된 때에는 다음의 절차를 밟는다.

① 심판번호, 사건의 표시, 당사자의 표시, 답변의 취지, 이유, 제출인의 주소, 성명, 인장, 제출연월일 및 필요한 첨부서류 등의 적합여부를 심사한다.

② 방식이 적합한 경우 심판장 명의로 상대방에게 부본을 등기우편으로 송달하거나 정보통신망을 이용하여 통지한다.

③ 방식이 적합하지 아니한 경우에는 심판장의 지시를 받아 보완 또는 보정하게 한다.

④ 심판피청구인의 대리인이 있는 경우는 그 성명을 특허넷에 입력한다.

## 15 의견서 등의 취급

### 가. 심리종결 전에 제출된 의견서 등

심판사건의 심리가 종결될 때까지 그 사건에 관하여 제출되는 서류에 대하여 다음 절차를 밟는다.

① 심판번호, 당사자표시, 제출인의 주소, 성명, 인감 및 필요서류 등의 적합여부를 심사한다.

② 방식이 적합한 경우에는 상대방에게 부본을 등기우편으로 송달하거나 정보통신망을 이용하여 통지한다.

③ 방식이 적합하지 아니한 경우에는 심판장의 지시를 받아 보완 또는 보정하게 한다.

④ 증거물이 제출된 때에는 특허넷의 증거물 관리에 전산입력한 후 심판부에 이관한다.

### 나. 심리종결 후에 제출된 의견서 등

답변서, 의견서, 보정서, 정정청구서 등의 중간서류는 심결에 참작하지 아니하고 그대로 기록에 편철하며 그 서류는 신청이 있는 경우에 한하여 반환한다. 그러나 반환 전에 당사자 또는 참가인의 신청에 의하여 또는 심판관(합의체)의 협의에 의하여 심리를 재개한 경우에는 그러하지 아니하다(특시칙§66, 실시칙§17, 디시칙§81, 상시칙§70).

당사자 및 참가인 등의 변경에 관한 신고서(명의변경신고, 명칭변경신고, 대표자변경신고 등[72])는 수리한 후에 정보통신망을 통해 접수된 경우는 바로 해당사건에 심판이력으로 생성시키고 서면이나 우편으로 제출된 경우는 전자화기관에 이관하여 전자화작업을 수행한 후 해당사건에 심판이력으로 생성시킨다.

## 16 심판서류 등의 반환

### 가. 신청

심판에서 심리의 종결을 통지한 후에 당사자 또는 참가인이 제출한 서류는 이를 심결에 참작하지 아니하며 그 서류는 신청이 있는 경우에 한하여 당사자 또는 참가인에게 반환한다. 다만, 그 반환전에 특허법 제162조 제4항의 규정에 의하여 심리를 재개한 경우에는 그러하지 아니하다. 서류의 반환신청을 하고자 하는 당사자 또는 참가인은 특허법시행규칙 별지 제8호서식의 서류반환신청서를 특허심판원장 또는 심판장에게 제출하여야 한다.

### 나. 반환할 수 있는 서류

반환할 수 있는 서류는 심판의 심리 종결을 통지한 후에 당사자 또는 참가인이 제출한 서류(특시칙§66)와 이미 제출되었으나 수리되기 전인 출원서류 중 특허청장이 정하여 고시하는 서류이다(특시칙§11조의2).

### 다. 반환서류의 처리

반환 신청인은 반환받으려는 서류의 명칭과 수령 방법을 적는다. 제출인이 수령하

72) 2001. 2. 3. 개정법에서 삭제

는 경우에는 '온라인수령', '방문수령(대전)', '방문수령(서울)' 및 '우편수령'중 하나를 선택하여 적고, 대리인이 신청하는 경우에는 '온라인수령', '방문수령(대전 송달함)', '방문수령(서울 송달함)' 및 '우편수령'중 하나를 적는다.

## 17 심결(결정) 인증 및 심결(결정)등본 송달

심판정책과는 다음 요령에 의하여 심결문 및 결정문에 대한 인증 및 심결의 송달 절차를 행한다.

### 가. 인증

① 서류 등의 조사

대리권의 유무, 합의체의 구성, 심리종결통지의 유무, 수수료 등의 조사를 한다.

② 심결문과 서류의 대조

심판번호, 사건의 표시, 당사자의 주소·성명, 대리인의 표시, 공고년월일의 표시, 주문과 결론의 일치여부, 심결연월일 등에 대하여 주심심판관과 협의하여 정정한다.

③ 원본과 등본 등의 대조

등본 등은 원본과 같이 고친다.

### 나. 심결(결정)등본 송달

#### 1) 특별우편송달

심판장은 심결 또는 결정이 있는 때에는 그 등본을 당사자, 참가인 및 심판에 참가신청을 하였으나 그 신청이 거부된 자에게 특별송달우편으로 송달하여야 한다. 심결문을 특별송달우편으로 송달하는 경우에는 우편송달통지서를 첨부하여야 한다. 봉투 및 특별송달우편물 우편송달통지서에 심판번호, 주소, 성명을 기재하고 서류와 대조하여 착오유무를 확인한 후 당사자, 참가인 등에게 송달한다.

#### 2) 정보통신망에 의한 송달

2011. 4. 1. 이후 심결 · 결정건부터는 특허법 제28의4 제1항(실§3, 디§31①, 상

31①)의 규정에 의하여 전자문서 이용신고를 한 자에 대하여서는 정보통신망을 이용하여 송달할 수 있다(특§162⑥, 특시령§18③, 실§33, 실시령§9, 디§150⑥, 디시령§9③, 상§149⑥, 상시령§18③). 전자송달로 발송되었으나 송달받을 자가 4일간(공휴일, 토요일 제외) 확인하지 않은 경우는 우편으로 특별송달 한다(심판사무취급규정§10⑤).

#### 3) 교부송달

심결 또는 결정등본은 교부송달 근거는 없으나 심판사무취급규정(제84조①) 및 민사소송법(제176조, 제177조)의 규정을 참고하여 심결 또는 결정에 대하여 당사자 및 참가인 등에게 소송사건 등과 관련하여 심결등본이 시급하게 필요한 경우 등 특별한 사정이 있다고 인정되고, 또한 발송단계에 있으며 당사자 및 참가인 등이 심판정책과에 직접 출두한 경우에 한하여 심판정책과 직원으로 하여금 위 심결의 등본을 당사자 및 참가인 등에게 교부하여 송달하게 할 수 있다. 이 때에는 수령일자 및 수령자의 성명이 기재된 영수증을 받아야 하며, 수령일을 송달일로 하여 전산에 입력해야 한다.

#### 4) 재외자에 대한 송달

재외자로서 특허관리인이 있는 경우에는 그 재외자에게 송달할 서류는 특허관리인에게 송달하여야 한다(특§220, 실§44, 디§211, 상§220).

재외자로서 특허관리인이 없는 경우에는 그 재외자에게 송달할 서류는 항공등기우편으로 발송할 수 있다.

위 서류를 항공등기우편으로 발송한 때에는 그 발송을 한 날에 송달된 것으로 본다.

## 18 심결의 확정 절차

### 가. 송달일자 확인

① 특별송달우편물 우편송달통지서는 스캔하여 특허넷의 심판이력에 입력한다.

② 특별송달우편물 우편송달통지서가 오지 아니할 경우에는 우체국에 등기번호로 조회한다.

③ 온라인 송달로 발송되었으나 송달받을 자가 4일이내(공휴일, 토요일 제외) 확인하지 않은 경우는 우편으로 특별송달 한다(심판사무취급규정§10⑤).

④ 송달되지 아니한 경우에는 봉투의 주소, 성명과 서류의 주소, 성명을 재확인하고 재송달 또는 공시송달한다.

### 나. 확정 절차

특별우편송달의 경우에는 우편송달통지서가 오면 송달일을 확인하여 특허넷에 입력한다. 전자송달에 의한 경우에는 수취인이 확인하면 그 확인일이 송달일이 된다.

확정일이 도과할 때까지 불복이 없으면 심판번호, 사건의 표시, 심판청구일, 심결일자, 확정일자, 심결의 주문을 확인하여 심결확정통보서를 작성하여 특허청 등록과에 통보한다.

## 19 통지서 등의 처리요령

심판정책과는 심판원장 또는 심판장 명의로 모든 명령, 통지 등 심판에 관한 문서를 작성할 때에는 다음의 원칙에 따른다. 심판처리부는 1999.1.1. 이후부터 전자문서로 관리한다.

### 가. 기안

심판정책과 방식담당자가 소정서식에 의하여 기안한다. 심판의 실체에 관한 사항은 주로 심판부에서 기안한다. 작성자는 기안자(담당)란에 서명 또는 날인을 한다.

### 나. 결재

심판정책과 방식담당자가 기안한 명령·통지 등의 서류는 심판정책과장, 주심심판관, 심판장, 심판원장 등의 순서로 결재를 받으며 심판부에서 기안하여 결재되어온 심판서류는 심판정책과 방식담당자의 확인을 거쳐 시행한다. 다만, 대결 또는 권한이 위임된 때에는 별도로 정하는 바에 의한다.

### 다. 발송

특허법 등에 따라 송달할 서류는 당사자 또는 그 대리인에게 직접 교부하거나 정보통신망을 이용하여 송신하는 경우를 제외하고는 등기우편으로 발송한다. 다만, 법에 따른 송달대상서류가 아니거나 단순안내서류 등 경미한 서면은 보통우편으로 발송할 수 있다.

당사자 또는 대리인에게 서류를 직접 교부 경우에는 수령자로부터 수령일자 및 성명을 기재 날인한 수령증을, 등기우편으로 발송하는 경우에는 등기우편물수령증을 받아 보관한다.

심판에 관한 심결문 또는 결정문은 특별송달우편에 의하여 발송하여야 하며, 우편송달통지서를 첨부하도록 한다. 다만, 2011. 4. 1. 이후 심결 · 결정건부터는 전자문서 이용신고를 한 자에 대해 송달하는 경우에는 정보통신망을 통해 송달할 수 결정건부터는 전자문서 이용신고를 한 자에 대해 송달하는 경우에는 정보통신망을 통해 송달할 수 있고(특시령§18③, 실시령§9, 디시령§9③, 상시령§18③), 당사자가 심판정책과를 방문한 경우에 한하여  교부하고, 수령증을 받아 보관한다.(심판사무취급규정§84①).

### 라. 보관

발송이 끝난 문서는 주심심판관 또는 심판정책과에서 보관한다. 다만, 심판정책과에서 보관할 경우 상대방으로부터 대응문서의 제출이 있을 때에는 그 방식을 심사한 후 기록에 편철하고 다음 절차를 밟는다.

① 방식이 적합한 때에는 기록을 속히 주심심판관에게 회부한다.

② 방식이 불비한 때에는 심판정책과에서 보정절차를 밟는다.

③ 지정기간이 경과된 후 접수된 대응문서도 방식을 심사한 후 주심심판관에게 회부한다.

지정기간이 경과되면 대응문서가 제출되지 아니하여도 기록서류철을 주심심판관에게 회부한다.

### 마. 기타

심판정책과는 전자문서 및 기타문서로 처리된 통지서 등을 다음 방법으로 송달하여야 한다.

① 온라인에 의한 통지서 수신을 희망하는 수취인에 대한 온라인 송달

② 문서송달함을 이용하고자 하는 수취인에 대한 교부 송달

③ 상기의 경우에 해당하지 아니한 수취인에 대한 우편송달

심판정책과는 정보통신망을 이용하여 발송된 통지서가 4일 동안 수취인이 확인하지 않은 경우에는 이를 등기우편 또는 송달함을 이용하여 발송하여야 한다.

대리인 사이의 송달, 송달서류의 반송시의 조치, 공시송달의 방법, 서류 등의 보존관리에 대하여는 심판사무취급규정 제11조 내지 제14조를 참조한다.

# 제3절 기일 및 기간[73)]

## 1 기일

### 가. 기일의 개념

민사소송절차의 신속하고 경제적인 진행을 위하여 시간적 제약 요소로서 기일과 기간의 제도가 있다. 일반적으로 기일이라 함은 법원(특허심판원)이 당사자 기타 소송관계인(증인, 감정인, 보조참가인 등)과 일정한 장소에 모여 소송행위를 함께 하기 위하여 미리 지정한 일시와 장소를 말한다. 기일은 그 때 행하여질 소송행위의 목적에 따라서 변론준비기일, 변론기일, 증거조사기일, 구술심리기일(특허심판), 판결선고일 등으로 불린다.

### 나. 기일의 지정 및 통지

민사소송절차에서 기일의 진행은 원칙적으로 법원이 주재하며, 기일이 정하여지면 소송관계인이 그 정해진 기일과 장소에 모여 소송행위를 하게 된다. 기일은 직권으로 또는 당사자의 신청에 따라 소송(심판)절차를 주재하는 재판장(심판장)이 지정한다. 심판장은 구술심리를 행하는 경우에는 사건의 구술심리개시일, 개정 시간 및 장소를 지정하여야 한다(심판사무취급규정§40①).

기일의 통지는 기일이 지정된 경우에 당사자 또는 기일에 출석하여야 할 소송관계인에게 그 기일이 지정된 사실을 알리는 것을 말한다. 민사소송법은 기일에 참석할 권리가 있을 뿐 출석할 의무가 없는 당사자 등에게는 '기일통지서'를, 기일에 출석할 의무가 있는 증인 등에게는 '출석요구서'를 송달함으로써 기일을 통지하도록 하고 있다. 법원(심판원)은 새롭게 발전된 다양한 통신수단을 이용한 간이한 기일통지 방식을 활용할 수 있도록 하였다(민소§167).

### 다. 기일의 변경 및 취소

기일의 변경이라 함은 기일을 바꾸는 것, 즉 기일을 개시하기 전에 그 지정을 취소하고 대신 새로운 기일을 지정하는 것을 말한다. 기일의 개시 전에 미리 그 지정을 취소하는 점에서, 일단 기일을 개시한 후 아무런 소송행위를 하지 아니하고 새로

73) 법원실무제요 민사소송법Ⅱ 123~181쪽 참조

다음 기일을 지정하는 연기와 구별되며, 또 기일을 개시하여 목적한 소송행위의 일부 또는 전부를 하였으나 완결을 보지 못하여 나머지의 소송행위를 하기 위하여 다음 기일을 지정하는 속행과도 구별된다. 기일 변경은 기일지정권자의 기일변경명령의 형식으로 고지하게 된다.

민사소송법은 소송절차의 신속을 꾀하기 위하여 기일변경의 요건을 엄격히 하여 첫 변론준비기일이나 변론기일을 제외하고는 현저한 사유가 소명된 경우에만 기일의 변경을 허가하도록 하고 있다.

심판장은 필요한 경우 신청 또는 직권으로 구술심리기일, 개정 시간 및 장소를 변경할 수 있고, 당사자 등이 기일변경신청을 하고자 하는 때에는 기일변경이 필요한 사유를 밝히고, 그 사유를 소명하는 자료를 제출하여야 한다(심판사무취급규정§41).

심판장은 필요한 경우 직권으로 지정 또는 변경된 구술심리기일을 취소할 수 있고, 이 경우 심판장은 구술심리기일취소통지서를 송달하여 통지한다(심판사무취급규정§42의2).



### 라. 기일의 종료

기일은 그 기일에 예정되었던 소송행위가 끝남으로써 종료하는 것이 원칙이다. 통상의 변론기일(구술심리기일)은 재판장(심판장)이 변론(구술심리)의 종결을 선언하거나 연기 또는 속행을 선언한 다음, 다음 기일(판결선고일 또는 다음 변론기일)을 지정 고지함으로써 종료하는 것으로 보아야 한다.

## 2 기간

### 가. 기간의 개념

기간은 소송사건을 신속하고 명확하게 처리하기 위하여 특정의 소송행위를 일정한 기간 내에 하여야 하도록 정하여진 기간을 말한다. 특허법에 규정된 기간에는 법정기간, 지정기간 및 부가기간이 있다.

법정기간은 산업재산권에 관한 법률 또는 이에 근거한 명령에 의하여 정하여진 기간을 말한다.

지정기간은 출원·청구 기타의 절차를 밟은 자에 대하여 특허청장·특허심판원장·

심판장 또는 심사관이 산업재산권에 관한 법률 또는 이에 근거한 명령에 근거하여 지정하는 기간을 말한다.

부가기간은 특허심판원 심판장이 원격 또는 교통이 불편한 지역에 있는 자에게 특허법원에 소제기를 할 수 있는 기간을 재량으로 지정하여 주는 기간을 말한다.

특허·실용·상표·디자인법의 절차 등 기간 일람표

〈 법정기간 〉

| 절 차 | 근거규정 | 기준일 | 기간 | 연장 여부 |
|---|---|---|---|---|
| 명세서·도면의 보정 및 출원분할 | 특§52①, 특§47①, 실§11 | 거절이유통지일 | 의견서제출 기일 | ○ |
| | | 거절결정불복심판청구일 | 30일 | ○ |
| | 특§67조의2① | 거절결정등본송달일(재심사청구, 2009. 7. 1 시행) | 30일 | ○ |
| 등록출원서의 기재사항·도면·도면기재사항·사진이나 견본의 보정 및 출원분할 | 디§48①④, 디§50①③, 디§64① | 디자인등록결정 또는 디자인등록거절결정에 해당하는 결정의 통지서가 송달되기 전, 재심사 청구시, 거절결정불복심판 청구일 부터 30일 | | |
| 신규성 의제출원 | 특§30① 실§5(구실§6①) | 신규성 상실일 | 1년 | |
| | 디§36① | 신규성 상실일 | 6개월 | |
| 상기 증명서제출 | 특§30② 실§5(구실§6②) | 출원일 | 30일 | |
| | 디§36② | 출원일 | 30일 | |
| | | 거절이유통지에 대한 의견서제출시, 디자인일부심사에 대한 이의신청 답변서 제출시, 무효심판에 대한 답변서 제출시 | | |
| 조약우선권주장 출원 | 특§54②, 실§11(구실§20) 파리조약 4C(1),E(1) | 최초 제1국 출원일 | 1년 | |
| | 디§51② | 최초 제1국 출원일 | 6개월 | |
| | 상§46② | 최초 제1국 출원일 | 6개월 | |
| 상기 증명서 제출 | 특§54⑤, 실§11(구실§20) | 최초 제1국 출원일 | 1년 4월 | |
| | 디§51④ | 등록출원일 | 3개월 | |
| | 상§46④ | 등록출원일 | 3개월 | |

| 절 차 | 근거규정 | 기준일 | 기간 | 연장 여부 |
|---|---|---|---|---|
| 국내우선권주장출원 | 특§55①<br>실§11(구실§18) | 선출원일 | 1년 | |
| | 상§47① | 박람회 출품 | 6개월 | |
| 상기 증명서 제출 | 상§47② | 등록출원일 | 30일 | |
| (이중출원) | 구특§53① | - 실용신안권 설정등록일 | 1년 | |
| | (구실§17) | - 최초특허거절결정등본송달일 | 30일 | ○ |
| | | - 특허결정서등본송달전 | | |
| 변경출원 | 특§53<br>실§10 | 최초거절결정등본송달일 | 30일 | |
| (이중출원에 의한 우선권주장) | 구특§53④<br>(구실§17④) | 이중출원일 | 3개월 | |
| 심사청구 | 특§59②<br>실§12② | 출원일 | 3년<br>3년 | |
| | 특§59③<br>실§12③ | 분할(변경)출원일 | 30일 | |
| 이의신청 | 구특§69①<br>(구실§47) | 설정등록이 있는날부터 등록공고일 | 3개월 | |
| | 디§68① | 디자인일부심사등록공고일 | 3개월 | |
| | 상§60① | 출원공고일 | 2개월 | |
| 이의신청이유 등의 보정기간 | 구특§70①<br>(구실48) | 특허이의신청기간 말일 | 30일 | ○ |
| | 디§69 | 이의신청한 날 | 30일 | ○ |
| | 상§61 | 이의신청기간 말일 | 30일 | ○ |
| 거절결정불복심판청구 | 특§132의17,<br>실§33,<br>디§120,<br>상§116 | 결정등본 도달일 | 30일 | ○ |
| 취소결정불복심판청구 | 구특§132의3<br>구실§54,<br>디§120 | 결정등본 도달일 | 30일 | ○ |
| 특허권(실용신안권) 존속기간 연장등록 거절결정불복심판청구 | 특§132의17,<br>실§33 | 결정등본 도달일 | 30일 | ○ |
| 보정각하결정불복심판청구 | 구특§132의4,<br>디§119,<br>상§115 | 결정등본 도달일 | 30일 | ○ |
| 특허료/등록료납부 | 특§79,<br>실§16, 디§79 | 결정등본 도달일 | 3개월 | |
| | 상§72 | 결정등본 도달일 | 2개월 | 상○ |

| 절 차 | 근거규정 | 기준일 | 기간 | 연장 여부 |
|---|---|---|---|---|
| 특허료/등록료보전 | 특§81의2, 실§20, 디§83, 상§76 | 보전명령을 받은날 | 1개월 | |
| 추납기간 | 특§81, 실§20, 디§82 | 납부기간의 말일 | 6개월 | |
| 과오납 반환청구 | 특§84, 실§20, 디§87, 상§79 | 과오납통지 도달일 | 3년 | |
| 특허권등의 회복 | 특§81의3①, 실§20, 디§84①, 상§77① | 책임질 수 없는 사유 종료일. 다만, 추납기간 또는 보전기간 만료일 중 늦은 날 부터 1년 경과시에는 불가 | 2개월 | |
| 재심청구 | 특§180, 실§33, 디§160, 상§159 | - 심결확정 후 재심의 사유를 안 날<br>- 심결확정일 | 30일<br>30일<br>3년 | |
| 심결취소소송 | 특§186, 실§33, 디§166, 상§162 | 결정·심결의 등본 도달일 | 30일 | 내국인 20일<br>재외자 30일 |

〈 지정기간 〉

| 절 차 | 근거규정 | 기준일 | 기간 | 연장 여부 |
|---|---|---|---|---|
| 명령에 의한 절차 (방식)보정 | 특§46,특시칙§16①;실§11,실시칙§17;디§47,디시칙§10의5;상§39,상시칙§32 | 보정요구통지 발송일 | 1개월 이내 | ○ |
| 의견서 제출 | 특§63, 실§15, 디§63, 상§55 | 거절이유통지 발송일 | 2개월 이내 | ○ |
| 답변서 제출 | 특§147, 실§33, 디§134, 상§133 | 심판청구서부본송달일 | 1개월 이내 | ○ |
| 필요한 서류 등의 제출 | 특§222, 실§44, 디§213, 상§56 | 서류제출통지 발송일 | 1개월 이내 | ○ |
| 절차의 수계 | 특§22⑤, 실§3, 디§24④, 상§24⑤ | 절차수계명령의 발송일 | 1개월 이내 | ○ |
| 출원인(승계인)의 협의결과 보고 | 특§36⑥, 실§7⑥, 디§46⑤ | 협의결과 신고명령의 발송일 | 1개월 이내 | ○ |

〈 기타 〉

| 절 차 | 근거규정<br>(준용규정) | 기준일 | 기간 | 연장<br>여부 |
|---|---|---|---|---|
| 정당권리자의 출원 | 특§34, 실§11,디§44 | 거절결정(심결)이 확정된 날 | 30일 | |
| | 특§35, 실§11 | - 심결의 확정일 | 30일 | |
| | 디§45 | - 취소결정 또는 심결의 확정일 | 30일 | |
| 기간해태면제신청<br>(무효처분의 취소) | 특§16②, 실§3<br>디§18②, 상§18 | - 불가피한 사유소멸일<br>- 법정(지정)기간 만료일 | 2개월<br>1년 | |
| 절차의 추완 | 특§17, 실§3<br>디§19 | - 불가피한 사유소멸일<br>- 법정(지정)기간 만료일 | 2개월<br>1년 | |
| | 상§19 | - 불가피한 사유소멸일<br>- 법정(지정)기간 만료일 | 2개월<br>1년 | |
| 출원공개 | 특§64①, 실 §15 | - 출원일 또는 우선권주장의 기초출원일, 선출원일 중 최선일<br>- 신청에 의한 조기공개 | 1년 6개월<br>- | |
| 국내우선권주장시 선출원의 취하간주시기 | 특§56①②<br>구실§19① | 선출원일 | 1년 3개월 | |
| 권리존속기간 | 특§88<br>실§22 | 출원일 | 20년<br>10년 | 특○ |
| | 디§91<br>상§83 | 출원일<br>설정등록일 | 20년<br>10년 | 상<br>(갱신) |
| 공시송달 효력발생시기 | 특§219③,<br>실§44,<br>디§210③,<br>상§219③ | 공보게재일 | 2주 | |
| 특허권 존속기간 연장등록출원 | 특§90② | - 허가 등을 받은 날<br>- 존속기간 만료일 | 3개월<br>6월전 | |
| 상표권 존속기간 갱신등록 신청 | 상§84 | - 존속기간 만료일 | 만료전1년<br>만료후<br>6개월 | |

## 나. 기간의 계산

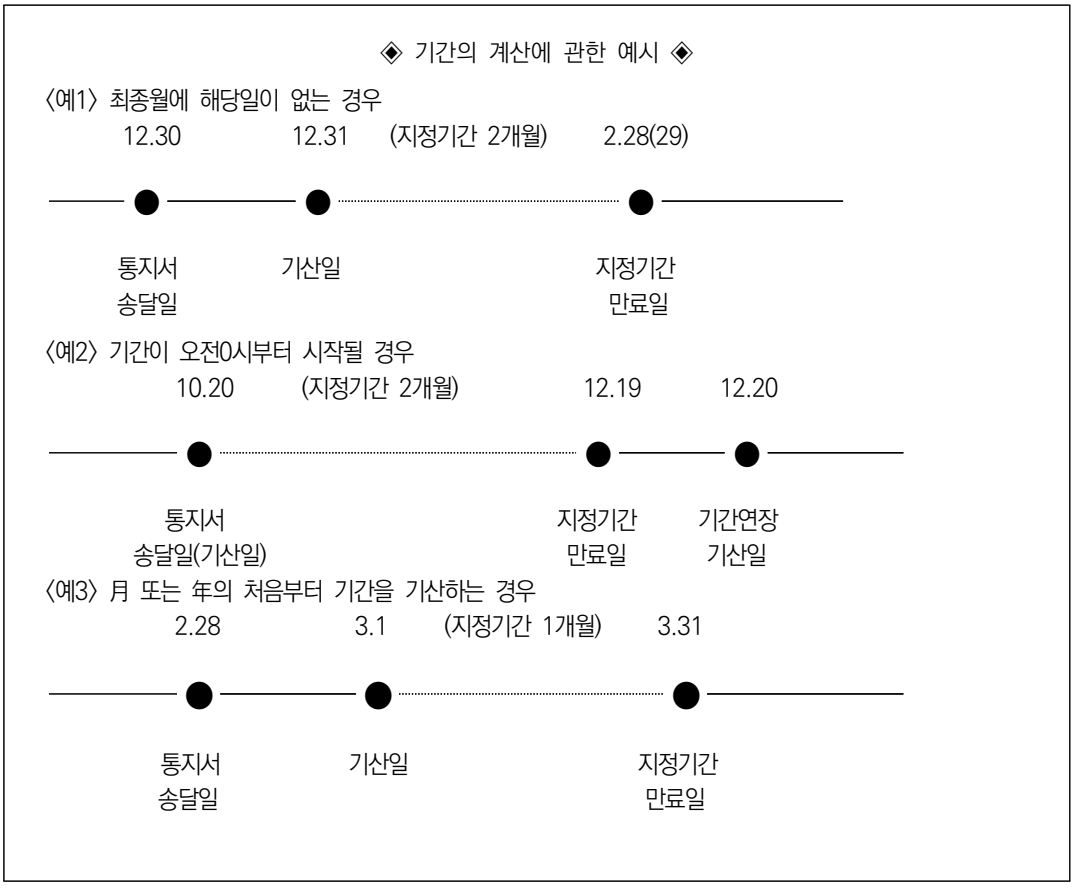
### 1) 원칙

기간의 초일은 이를 산입하지 아니한다. 다만, 그 기간이 오전 0시부터 시작될 때에는 초일을 산입한다(특§14제1호, 실§3, 디§16제1호, 상§16제1호).

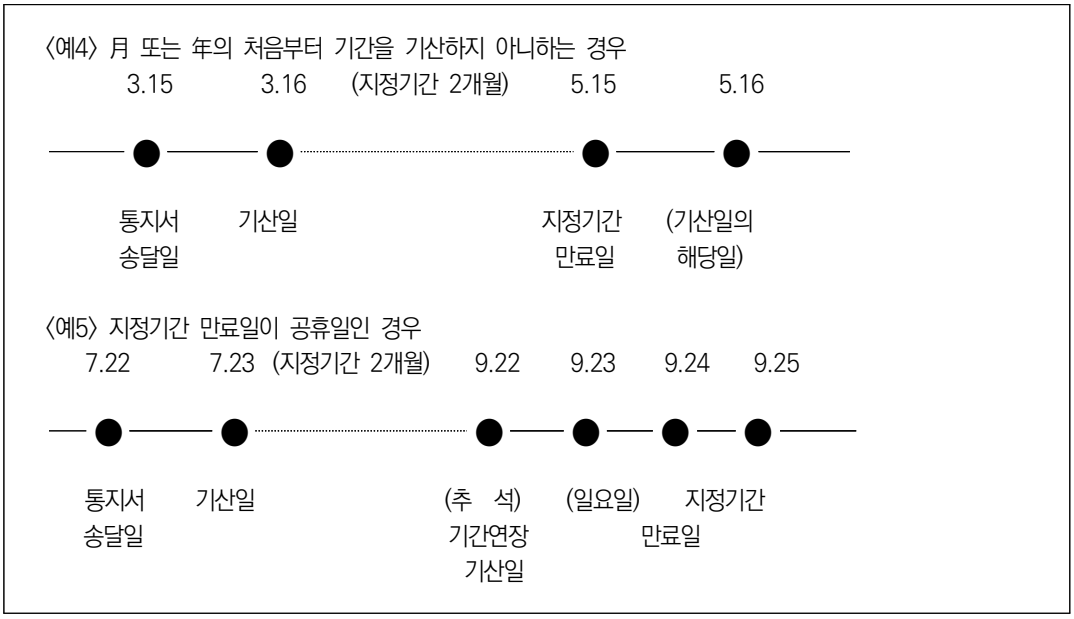
기간을 월 또는 년으로 정한 때에는 역(曆)에 의하여 계산한다(특§14제2호, 실§3, 디§16제2호, 상§16제2호).

월 또는 년의 처음부터 기간을 기산하지 아니하는 때에는 최후의 월 또는 년에서 그 기산일에 해당하는 날의 전일로 기간이 만료한다. 다만, 월 또는 년으로 정한 경우에 최종의 월에 해당일이 없을 때에는 월의 말일로 기간이 만료한다(특§14제3호 실§3, 디§16제3호, 상§16제3호).

기간의 말일이 공휴일(근로자의 날 제정에 관한 법률에 의한 근로자의 날, 토요일을 포함)에 해당하는 때의 기간[74]은 그 다음날로 만료한다(특§14제4호, 실§3, 디§16제4호, 상§16제4호).



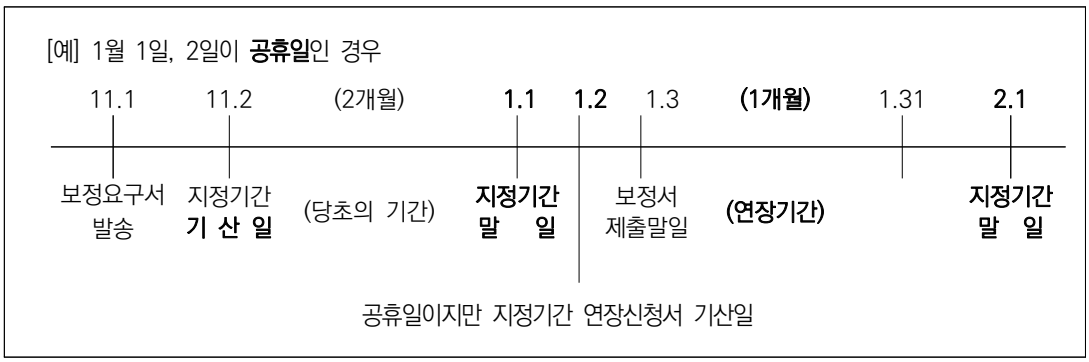

74) 말일이 공휴일인 경우의 기간계산 판례
특허법에 의한 기간을 계산함에 있어 기간의 초일은 산입하지 아니하고, 특허에 관한 출원·청구 기타의 절차에 관한 기간의 말일이 공휴일에 해당될 때에는 그 다음날을 기간의 말일로 한다고 규정하고 있는 바, 1990년 달력에 의하면 원심이 명세서 보정기간이 만료되었다고 인정한 1990. 1. 27은 설날 연휴이고, 1. 28은 일요일로서 공휴일에 해당함이 명백하므로 위 보정기간은 그 다음날인 1. 29에 만료된다고 할 것이고, 따라서 출원인의 1990. 1. 29자 보정서는 적법한 기간 내에 제출되었다고 할 것이다(대법원 91. 2. 28. 선고 90후1680 판결).




### 2) 기간연장을 한 경우

특허법 제15조(실§3, 디§17, 상§17)의 규정에 의한 연장기간은 당초의 기간과 일체로 하여, 합계된 하나의 기간으로서 절차를 밟을 수 있는 기간이 정해지는 것이며, 특§14(실§3, 디§16, 상§16)에서 말하는 『특허에 관한 절차에 있어서 기간의 말일』이라 함은 당초의 기산일로부터 계산해서 합계된 하나의 기간의 말일을 지칭하는 것으로 한다. 따라서 당초의 기간의 말일이 공휴일(근로자의날 제정에 관한 법률에 의한 근로자의 날, 토요일을 포함한다)에 해당하여도 거기에 특§14제4호(실§3, 디§16, 상§16제4호)의 규정이 적용되는 것은 아니다.

결국 기간의 기산일이 공휴일이라 하더라도 그 기간의 계산은 공휴일부터 시작된다.



### 다. 기간의 종류

#### 1) 법정기간(심판절차와 관련된 법정기간)

특허청장은 청구에 따라 또는 직권으로 제132조의17에 따른 심판의 청구기간을 1회에 한하여 30일 이내에서 연장할 수 있다. 다만, 도서·벽지 등 교통이 불편한 지역에 있는 자(재외자 포함)의 경우에는 그 횟수 및 기간을 추가로 연장할 수 있다(특§15①, 실§3, 디§17, 상§17).

특허청장이 심판청구기간을 연장하는 때에는 재내자 30일, 재외자 60일로 하여 연장승인한다(심판사무취급규정§21). 다만 재외자가 희망하는 경우 30일, 추가 30일로 연장승인할 수 있다.

법정기간 경과 후에 법정기간연장신청서가 제출된 경우에는 기간연장을 승인하지 아니한다.

| 절 차 | 근거규정 | 기준일 | 청구기간 | 연장 가능성 |
|---|---|---|---|---|
| 거절결정불복심판 | 특§132의17, 실§33, 디§120, 상§116 | 결정등본 도달일 | 30일 | ○ |
| 취소결정불복심판 | 구특§132의3, 디§120 | 결정등본 도달일 | 30일 | ○ |
| 특허권 존속기간 연장등록 거절결정 불복심판 | 특§132의17 | 결정등본 도달일 | 30일 | ○ |
| 과오납 반환청구 | 특§84, 실§20, 디§87, 상§79 | 통지 도달일 | 3년 | × |
| 보정각하불복심판 | 구특§132의4, 디§119, 상§115 | 결정등본 도달일 | 30일 | ○ |
| 재심청구 | 특§180,실§33, 디§160, 상§159 | - 심결확정 후 재심의 사유를 안 날<br>- 심결확정일 | 30일<br>3년 | × |
| 심결취소소송 | 특§186,실§33, 디§166, 상§162 | 결정·심결의 등본 도달일 | 30일 | 내국인 20일, 재외자 30일[75] |

#### 2) 지정기간

##### 가) 심판절차와 관련된 지정기간

특§46(실§11, 디§47, 상§39) 또는 특§141①(실§33, 디§128①, 상§127①)의 규정

75) 부가기간

에 의하여 심판원장 또는 심판장이 정할 수 있는 절차의 보정기간은 1개월 이내로 하고, 특§63(실§14, 디§63, 상§55)의 규정에 의한 의견제출기간 등 법령에 의하여 심판원장·심판장 또는 심사관이 정할 수 있는 기간은 2개월 이내로 한다. 다만, 그 절차에 관련된 시험 및 결과 특정 등으로 별도의 시일을 요하는 경우에는 이에 소요되는 기간을 가산하여 지정할 수 있다(특시칙§16, 실시칙§17, 디시칙§29, 상시칙§32, 심판사무취급규정§22).

| 절 차 | 근거규정 | 기준일 | 기간 | 연장 여부 |
|---|---|---|---|---|
| 명령에 의한 절차 (방식)보정 | 특§46, 특시칙§16①<br>실§11, 실시칙§17<br>디§47 디시칙§29, 상§39,<br>상시칙§32 | 보정통지서의 발송일 | 1개월이내 | ○ |
| 필요한 서류 등의 제출 | 특§222,<br>실§44,<br>디§213,<br>상§56 | 서류제출통지 발송일 | 1개월이내 | ○ |
| 절차의 수계 | 특§22⑤,<br>실§3,<br>디§24④,<br>상§24④ | 절차수계명령의 발송일 | 1개월이내 | ○ |
| 명세서 및 도면의 보정[76] | 특§47①1,2, §63<br>실§11, §14 | 거절이유 통지 발송일 | 2개월이내 | |

### 나) 지정기간의 연장 또는 단축

지정기간은 특허법 제15조 제2항(실§3, 디§17, 상§17)의 규정에 의거하여 모두 연장이 가능하다.

특허심판원장 또는 심판장이 관련 법령에 의하여 지정하는 지정기간의 연장기간은 1개월 이내로 한다. 지정기간에 대한 연장신청이 있는 경우에는 불가피성을 소명한 경우에 한하여 그 기간의 연장을 승인하고 이를 통지하여야 하며, 심판기간의 불필요한 지연을 예방하기 위해 지정기간연장신청 수수료 미납 보정요구에 대한 지정기간연장신청은 승인하지 않을 수 있다.

76) 특허출원인은 심사관이 특허결정의 등본을 송달하기 전까지 특허출원서에 첨부된 명세서 또는 도면을 보정할 수 있다.

다만, 답변서 제출기간에 대한 최초 연장신청의 경우에는 그 기간의 연장에 대한 불가피성을 소명하지 않아도 1개월의 기간을 연장할 수 있다. 연장은 2회에 한함을 원칙으로 하나 재연장 신청의 불가피성을 소명한 경우에 이를 승인할 수 있다(심판사무취급규정§22).

신속심판 또는 우선심판의 경우에는 지정기간연장신청이 1회로 제한된다(심판사무취급규정§22②).

최종 기간연장 승인시에는 "지정 기간의 재연장은 승인하지 않음"이라는 예고문을 지정기간연장승인서에 기재하도록 한다.

기간연장신청서가 제출되었을 경우 심판정책과는 방식 및 수수료납부에 대한 점검을 하고 흠이 없으면 기간연장승인절차를 밟는다.

지정기간 또는 연장기간 경과 후에 지정기간 연장신청서가 제출된 경우에는 기간연장신청서를 반려한다.

### 3) 부가기간

#### 가) 부가기간의 지정

심판장은 특허법원 소제기 부가기간을 다음과 같이 지정할 수 있다(특허법원 소제기 부가기간의 지정에 관한 지침).

① 심판장이 원격 또는 교통이 불편한 지역에 있는 자를 위하여 정할 수 있는 부가기간은 심판장의 판단에 의하여 정하되, 위 요건에 해당하는 당사자로부터 부가기간 지정 신청이 있는 경우에는 이를 허여함을 원칙으로 한다.

② 심판장은 부가기간을 지정함에 있어서 당사자의 주소(원격지 여부)·대리인 유무·교통·통신의 편리성 및 접근용이성 등을 종합 감안하여 내국인의 경우 20일 이내, 재외자의 경우 30일 이내의 범위 내에서 심판장 직권에 의하여 정한다.

③ 부가기간은 심결문의 주문에 기재하여 지정하거나, 심결과는 별도의 부가기간 지정서로 이를 지정할 수 있다.

#### 나) 부가기간 지정신청 및 처리절차

부가기간 지정신청 및 처리절차는 다음과 같다.

① 특허법원 소제기 기간(30일)은 불변기간이므로 그 기간이 경과되면 부가기간을 지정할 수 없다.

② 심판사건의 당사자가 부가기간 지정신청을 할 경우에는 불가피한 사유가 없는 한 늦어도 불변기간 종료일 4일전까지 심판정책과로 제출(우편으로 제출하는 경우에는 동기간에 도달)하도록 한다.

③ 부가기간 지정신청에 대한 허여결정은 불가피한 사유가 없는 한 신청일로부터 3일 이내에 행함을 원칙으로 하고, 늦어도 불변기간 종료 전일까지는 부가기간 지정여부를 결정·통지하여야 한다.

④ 부가기간 지정신청 허부결정이 불변기간 종료일까지 신청인, 해당 사건의 상대방 및 참가인에게 통지 서면으로 도달하지 아니할 것으로 판단되는 경우 심판장은 불변기간 종료전일까지 전화·FAX 등으로 통보하여야 한다.

⑤ 부가기간 지정신청이 있을 경우 심판정책과는 방식심사를 한 후 심판부에 이송하고 심판장은 그에 대한 허부결정을 하여 신청인, 해당 사건의 상대방 및 참가인에게 통지한다.

⑥ 심판장의 유고·휴가·장기출장 등의 사유로 부가기간 지정업무를 적기에 수행하기 어려운 경우에는 해당부의 심판관이 이를 대신 행할 수 있다.

⑦ 부가기간이 지정되면 특허법 제186조 제3항(실§33, 디§166③, 상§162③)의 규정에 의한 소제기 기간과 합산하여 전 기간이 불변기간으로 된다.

⑧ 부가기간 지정은 직권사항이므로 이에 대한 불복은 인정하지 아니한다.

부가기간의 지정[77]시 특허법 제186조 제5항(실§33, 디§166⑤, 상§162④)의 규정은 동법 제5576호(98. 9. 23.) 부칙 제2조에 의하여 1998년 12월 31일 이전 출원에 대해서는 적용되지 않으므로 부가기간을 지정할 수 없다.

【부가기간 지정 효력에 관한 판례】

○ 구 상표법(2007. 1. 3. 법률 제8190호로 개정되기 전의 것) 제86조 제2항에 의하여 준용되는 특허법 제186조 제5항에 의하면 심판장은 원격 또는 교통이 불편한 지역에 있는 자를 위하여 직권으로 심결취소소송을 제기할 수 있는 기간에 대하여 부가기간을 정할 수 있으나, 같은 조 제4항이 심결취소소송의 제소기간은 불변기간으로 한다고 규정하고 있는 점에 비추어 제소기간의 연장을 위한 부가기간의 지정은 제소기간 내에 이

77) 특§186(심결 등에 대한 소) ⑤ 심판장은 원격 또는 교통이 불편한 지역에 있는 자를 위하여 직권으로 제4항의 불변기간에 대하여는 부가기간을 정할 수 있다.

> 루어져야만 효력이 있고, 단순히 부가기간지정신청이 제소기간 내에 있었다는 점만으로는 불변기간인 제소기간이 당연히 연장되는 것이라고 할 수 없다.
>
> 위 법리와 기록에 의하여 살펴보면, 심결취소소송의 제소기간을 넘긴 후에 제기된 이 사건 소에 있어서 원심이 원고의 특허심판원에 대한 부가기간지정신청이 제소기간 경과 전에 있었다고 할지라도 제소기간 경과 후에 이루어진 부가기간의 지정은 효력이 없어 이 사건 소는 부적법하다는 취지로 판단하였음은 정당하고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 취소소송의 제소기간에 관한 법리오해의 위법이 없다(대법원 2008. 9. 11. 선고 2007후4649 판결).

### 라. 답변서 등의 부본 송달 시 기간 지정에 대한 절차

심판장은 청구서 부본의 송달에 대하여 피청구인으로부터 답변서 또는 정정청구서(이하 「답변서 등」이라고 한다)를 수리한 때에는 그 부본을 청구인에게 송달하여야 하고(특§147②, 실§33, 디§134②, 상§133②), 필요한 경우 당사자를 심문할 수 있다(특§147③, 실§33, 디§134③, 상§133③).

의견을 진술할 기회를 부여하기 위해서 답변서, 정정청구서 또는 심판사건의견서 등의 부본을 상대방에게 송달하기 위해 아래의 절차를 취한다.

① 기간을 지정하여 의견을 진술할 기회를 주는 경우에는 중간서류 부본송달서를 기안하여 답변서 등의 부본을 청구인에게 송달한다(제출기일 입력).

② 기간을 지정할 필요가 없는 경우에는 중간서류 부본송달서를 기안하여 답변서 등의 부본을 청구인에게 송달한다(제출기일 미입력).

③ 심판사건의견서의 부본송달에 대해서도 상기 ① 또는 ②와 마찬가지로 한다.

### 마. 특허심판원에서 규정한 기간

당사자계 심판에 있어서 기간을 지정하는 것은 심판의 심리 촉진과 편의를 도모하기 위해서이고, 당사자는 특§162③(실§33, 디§150③, 상§149③)에 의한 심리종결통지가 될 때까지는 심판사건의견서 등의 서면을 제출할 수 있으므로, 지정한 기간이 경과한 후에 제출된 서면이라고 하더라도 이것을 심리의 대상으로 인정하여야 한다.

한편, 심판절차는 그동안 주장·증거의 제출시기에 제한이 없어 심리가 지연되는 문제가 자주 발생하고 있는데, 분쟁기간이 장기화될수록 자금력이 부족한 중소 · 벤

처기업에게 불리할 수밖에 없다. 이에 특허심판원은 민사소송법의 적시제출주의 규정을 준용하도록 하여, 심판장이 새로운 주장·증거의 제출시기를 정하고, 뒤늦게 제출한 증거 등은 각하할 수 있는 법적 근거를 마련했다. 이번 적시제출주의 제도 도입으로 심판 당사자는 그의 주장이나 증거를 적절한 시기에 제출해야 한다. 앞으로, 심판장이 요구하는 시기보다 고의 또는 중과실에 의하여 뒤늦게 제출한 주장이나 증거에 대해서는 심리에 반영되지 않는 불이익을 받게 된다.

## 3 기일·기간의 해태

### 가. 개념

기일의 해태라 함은 당사자가 적법한 기일통지를 받고도 '필요적 변론기일'에 출석하지 않거나 출석하여도 변론하지 않는 것을 말한다.

### 나. 효력

기일은 소송관계인이 일정한 장소에 모여 소송행위를 함께 하기 위하여 미리 지정된 일시를 말하므로, 이러한 기일에 참석할 소송관계인이 결석하게 되면 사건의 해결이 지연될 뿐만 아니라 소송제도의 기능이 마비되게 된다. 따라서 민사소송법은 소송관계인이 기일에 결석할 경우에 여러 가지 불이익을 줌으로써 소송절차를 원활하게 진행할 수 있도록 하는 여러 가지 제도적 장치들을 마련하고 있다.

먼저, 당사자의 결석에 관하여는 한쪽 당사자가 결석한 경우에는 진술간주(민소 148조)와 자백간주(민소 150조)의 효과가 생기도록 하고, 양쪽 당사자가 결석한 경우에는 소의 취하간주(민소 268조)의 효과가 생기도록 하며, 나아가 불출석한 당사자에게 지연으로 인한 소송비용을 부담(민소 100조)시키도록 규정하고 있다. 그 밖에 증인이나 감정인 등 소송관계인이 결석한 경우에는 과태료나 감치(민소 311조, 333조)에 처하도록 규정하고 있다.

그러나 특허심판에 대해서는 직권탐지주의를 채택하고 있어서 민소법상 자백간주 규정을 준용하지 않는다.

## 4 기간의 추후 보완

### 가. 관련 규정 (특§17, 실§3, 디§19, 상§19)

> 특허법 제17조(절차의 추후 보완)
> 특허에 관한 절차를 밟은 자가 책임질 수 없는 사유로 인하여[78] 제132조의17[79]의 규정에 의한 심판의 청구기간, 제180조제1항의 규정에 의한 재심의 청구기간을 준수할 수 없을 때에는 그 사유가 소멸한 날부터 2개월[80] 이내에 지키지 못한 절차를 추후 보완할 수 있다. 다만 그 기간의 만료일부터 1년이 경과한 때에는 그러하지 아니하다.

### 나. 취지 및 요건

특허·실용·디자인·상표에 관한 절차를 밟은 자가 책임질 수 없는 사유로 심판이나 재심의 법정청구기간을 경과하여 결정, 심결 또는 판결이 확정된 경우 당사자가 치명적인 불이익을 받게 되는 것은 가혹하기 때문에 이를 방지하기 위한 규정이 특허법 제17조(실§3, 디§19, 상§19)의 취지이다.

본 조는 특허·실용·디자인·상표에 관한 절차를 밟는 자가 책임질 수 없는 사유로 보정각하결정불복심판 청구기간 또는 거절결정에 대한 심판 청구기간, 또는 재심청구기간을 준수할 수 없을 때 구제하기 위한 규정으로서 거절결정에 대한 심판이나, 보정각하결정불복심판, 재심의 청구기간에 한한다.

### 다. 절차의 추후 보완 기간

절차의 추후 보완 기간은 특허·실용·디자인·상표에 관한 절차를 밟은 자가 책임질 수 없는 사유로 특허법 제132조의17(실§33, 디§119,120, 상§115,116) 규정에

---

78) 2001. 2. 3. '천재·지변 기타 불가피한 사유로 인하여'를 '책임질 수 없는 사유로 인하여'로 개정. 이는 절차를 추후 보완 할 수 있는 사유를 더 넓게 인정하여 민원인이 구제 받을 수 있는 사유를 확대한 것으로 2001. 6. 30. 이전 출원에도 적용된다.

79) 2001. 2. 3. '제132조의3 또는 제132조의4'를 '제132조의3'으로 개정하여 132조의 4(보정각하결정에 대한 심판)를 폐지: 이는 개정법에서 보정각하 결정에 대한 불복 심판의 삭제를 반영한 것으로 2001. 6. 30. 이전 출원에 대하여는 2001. 2. 3. 개정전의 규정을 적용한다. 2016. 2. 29. '132조의 3'을 '132조의 17'로 변경

80) 2016. 2. 29. 기간을 '15일'에서 '2개월' 변경: 시행일 2017. 3. 1. 이전에 보완기간이 경과한 경우는 종전의 규정을 적용한다.

의한 심판 청구기간 또는 특허법 제180조 제1항(실§33, 디§160①, 상§159①에 의한 재심청구기간을 준수할 수 없을 때에는 그 사유가 소멸한 날부터 2개월 이내에 지키지 못한 절차를 추후 보완할 수 있다. 다만 그 기간의 만료일부터 1년이 경과한 때에는 그러하지 아니하다(특§17, 실§3, 디§19, 상§19).

**【참고자료】**

○ 추후보완은 당사자가 그 책임으로 돌릴 수 없는 사유로 인하여 불변기간을 준수할 수 없었던 경우에 인정된다. 당사자의 책임으로 돌릴 수 없는 사유라고 하는 것은 천재지변 기타 피할 수 없었던 사변보다는 넓은 개념으로서 당사자가 소송수행자로서 통상 하여야 할 주의를 다하였음에도 피할 수 없었던 사유를 의미하는데 이에 해당하는가의 여부는 결국 법원의 판단에 따라 정해진다[법원실무제요(민사소송Ⅱ), 법원행정처, 2005, 214-215쪽].

○ 여행이나 지방출장, 질병치료를 위한 출타 등으로 인하여 기간을 지키지 못한 경우에는 당사자 본인에게 책임질 수 없는 사유에 해당하지 아니한다[법원실무제요(민사소송Ⅱ), 법원행정처, 2005, 215쪽].

○ 공시송달의 경우에는 그 당사자가 현실적으로 송달서류의내용을 알 수 있는 경우란 거의 없다. 그러나 제1심 판결정본이 공시송달의 방법에 의하여 피고에게 송달되었다면 비록 피고의 주소가 허위이거나 그 요건에 미비가 있다 하더라도 그 송달은 유효한 것이므로, 항소기간의 도과로 그 판결은 형식적으로 확정되어 기판력이 발생한다. 여기서 상소의 추후보완을 허용할 것인지에 관하여, 판례는 공시송달 제도의 기능과 송달받을 사람의 이익을 조화롭게 고려하여, 송달받을 사람이 송달 사실을 몰랐고 또 모른 데 과실이 없을 것(즉, 선의와 무과실)을 요건으로 하여 추후보완이 허용되어야 한다는 견해를 취하고 있다[법원실무제요(민사소송Ⅱ), 법원행정처, 2005, 216쪽].

**【판례】**

○ 피항소인에게 항소장의 부본 및 변론기일 소환장이 공시송달의 방법에 의하여 송달되었고, 판결정본도 공시송달의 방법으로 송달되었다면, 피항소인으로서는 항소인이 항소를 제기하여 항소심의 절차가 진행되었던 사실을 모르고 있었다고 할 것이어서, 특별한 사정이 없는 한 피항소인은 과실 없이 판결의 송달을 알지 못한 것이라고 할 것이고, 이러한 경우 피항소인은 책임질 수 없는 사유로 불변기간을

준수할 수 없었던 때에 해당하여 그 사유가 종료된 후 2주일 내에 추완상고를 할 수 있다(대법원 1997. 5. 30. 선고 95다 21365 판결).

○ 자신이 구속되었다는 사정은 기간을 준수하지 못함에 책임질 수 없는 사유에 해당하지 않아서 추후보완이 허용되지 않는다(대법원 1991. 4. 14. 선고 92다3441 판결).

○ 소송대리인이 판결정본의 송달을 받고도 당사자에게 그 사실을 알려 주지 아니하여 기간을 지키지 못한 경우처럼 그 책임이 소송대리인에게 있는 이상 본인에게 과실이 없다 하더라도 추후보완은 허용되지 않는다(대법원 1984. 6. 14. 선고 84다카744 판결).

○ 일단 통상의 방식에 따라 적법한 송달이 이루어져 당사자가 소송계속 여부를 알고 있는 경우에는 소송의 진행상태를 조사하여 그 결과까지도 알아보아야 할 의무가 있으므로, 그 후 공시송달로 진행되어 판결이 송달되었더라도 항소기간을 지킬 수 없었던 것에 당사자의 책임을 인정한다(대법원 2001. 7. 27. 선고 2001다30339 판결).

○ 법인인 소송당사자가 법인이나 그 대표자의 주소가 변경되었는데도 이를 법원에 신고하지 아니한 경우나 당사자가 주소변경신고를 하지 않아 결과적으로 공시송달의 방법으로 판결 등이 송달된 경우에도 추후보완이 허용되지 아니한다(대법원 1991. 1. 11. 선고 90다9636 판결, 2004. 3. 12. 선고 2004다2083 판결).

○ 당사자가 소송계속 여부를 안 경우라 하더라도 법원의 잘못이 개재되어 공시송달이 이루어지게 된 경우, 예컨대, 법원의 부주의로 주소를 잘못 기재하여 송달한 탓으로 송달불능이 되자 공시송달을 한 경우, 추후보완을 인정한다(대법원 2000. 10. 13. 선고 2000다31410 판결).

# 제4절 절차의 정지

## 1 개요

절차의 정지라 함은 일정한 사유가 발생하여 그 일체의 절차가 법률상 진행되지 않는 상태를 말한다.

정지는 법률상의 효과를 수반하며, 정지 중에 행하여진 특허청·심판원 및 당사자의 절차는 당사자 쌍방 또는 상대방과의 관계에서 무효임을 원칙으로 하고 기간의 진행도 정지된다. 정지에는 중단과 중지가 있다.

중단이라 함은 당사자 중 어느 한쪽 당사자의 사망 또는 소멸, 기타 절차를 밟는 자의 교체필요성이 생긴 경우에 당사자 보호를 위한 정지를 말한다(특§20, 실§3, 디§22, 상§22).

중지라 함은 천재·지변 기타 불가피한 사유로 인하여 특허청·심판원 또는 당사자가 절차의 속행이 불가능 또는 부적당하게 된 경우에 법률상 당연히 또는 특허청장이나 심판관의 결정에 의하여 일어나는 정지를 말한다(특§23, 실§3, 디§25, 상§25).

**【참고자료】**

소송절차의 정지

【법원실무제요(민사소송Ⅱ), 법원행정처, 2014, 461쪽】

가. 의의

소송절차의 정지라 함은 소송이 계속된 후 그 종료 전에 소송절차가 법률상 진행되지 않는 상태를 말한다. 그 사유는 법률에 개별적으로 규정되어 있으며, 따라서 관련사건 또는 감정결과의 대기 등으로 소송절차가 사실상 정지된 경우와 구별된다.

소송절차의 정지는 쌍방심리주의가 적용되어 양쪽 당사자의 계속적인 소송관여를 필요로 k는 판결절차 또는 이에 준하는 절차(독촉절차, 제소전화해절차, 항고절차, 소송비용확정절차 등)에 관하여 인정된다.

강제집행절차(대법원 1998. 10. 27. 선고 97다39131 판결, 1970. 11. 24. 선고 70다1894 판결), 가압류·가처분절차(대법원 1993. 7. 27. 선고 92다48017 판결),

증거보전절차 등에는 이와 같은 소송절차의 정지가 인정되지 아니한다.

나. 종류

소송절차의 정지에는 중단과 중지 두 가지가 있다.

중단이라 함은 당사자나 소송수행자에게 소송수행이 불가능한 사유가 생겼을 때 새로운 당사자나 소송수행자가 나타나 소송을 수행할 때까지 법률상 당연히 절차의 진행이 정지되는 것을 말한다. 당사자에 의한 소송절차의 수계나 법원의 속행명령에 의하여 해소된다.

중지라 함은 법원이나 당사자에게 소송을 진행할 수 없는 사유가 생겼거나 진행에 부적당한 사유가 생겼을 때 법률상 당연히 또는 법원의 결정에 의하여 절차의 진행이 정지되는 것을 말한다. 당사자 또는 소송수행자의 교체가 이루어지지 않는 점에서 중단과 다르다.

## 2 절차의 중단

### 가. 절차의 중단 사유

중단이라 함은 당사자 중 어느 한쪽 당사자의 사망 또는 소멸, 기타 절차를 밟는 자의 교체필요성이 생긴 경우에 당사자 보호를 위한 정지를 말한다.

다음의 경우 절차를 중단한다. 다만, 절차를 밟을 것을 위임받은 대리인이 있는 경우에는 그러하지 아니하다(특§20, 실§3, 디§22, 상§22).

#### 1) 사망

당사자가 사망한 경우에는 상속인, 상속재산관리인 기타 법령에 의하여 절차를 속행할 자가 그 절차를 수계할 때까지 중단한다(특§20,§21, 실§3, 디§22,§23, 상§22,§23).

상속인은 상속을 포기할 수 있을 때까지는 그 절차를 수계할 수 없다(특§21, 실§3, 디§23, 상§23).

심판참가인(보조참가인 포함)에 대하여도 중단의 원인이 있을 때는 중단한다(특§155⑤, 실§33, 디§143⑤, 상§142⑤).

※ 사망사실이 확인되지 않는 경우 처리절차

당사자의 사망이 추정되거나 다음과 같이 그 사망이 확인되지 않는 경우에는 G4C(행정공동이용망)을 통해 조회하여 사망사실이 확인되면 해당 시·읍·면·동장 앞으로 제적등본 등을 청구한다.

- 심판원으로부터 송달된 우편물이 수취인 사망으로 배달 불능인 경우
- 당사자의 연고자 등으로부터 당사자의 사망이 통지되었으나 이것을 증명하기에 충분한 증거의 제출이 없을 때

#### 2) 법인의 합병

당사자인 법인이 합병에 의하여 소멸한 경우에는 합병에 의하여 설립한 법인 또는 합병 후 존속하는 법인이 그 절차를 수계할 때까지 중단한다(특§20,21, 실§3, 디§22,23, 상§22,23).

#### 3) 법정대리인의 사망, 법정대리권의 소멸

당사자가 절차를 밟을 능력을 상실하거나 법정대리인이 사망하거나 혹은 그 대리권이 소멸한 때는 능력을 회복한 당사자 또는 법정대리인이 그 절차를 수계할 때까지 중단한다(특§20,21, 실§3, 디§22,23, 상§22,23).

#### 4) 신탁업무 종료

당사자의 신탁에 의한 수탁자의 임무가 종료한 때는 새로운 수탁자가 그 절차를 수계할 때까지 중단한다(특§20,21, 실§3, 디§22,23, 상§22,23).

#### 5) 자격상실

특§11① 단서규정에 의한 대표자가 사망하거나 그 자격을 상실한 경우에는 새로운 대표자 또는 각 당사자가 그 절차를 수계할 때까지 중단한다(특§20,21, 실§3, 디§22,23, 상§22,23).

파산관재인 등 일정한 자격에 의하여 자기 이름으로 남을 위하여 당사자가 된 자가 그 자격을 잃거나 사망한 경우에는 같은 자격을 가진 자가 절차를 수계할 때까지 중단한다(특§20,21, 실§3, 디§22,23, 상§22,23).

※ 본인 사망시 대리인이 선임된 경우

대리인이 선임되어 있는 경우에는 본인이 사망하더라도 대리권은 소멸하지 않기 때문에 절차의 중단은 생기지 않으나(특§8, 실§3, 디§10, 상§10), 다음 사항을 참고한다.

① 대리인의 사망 기타 사유로 그 소송대리권이 없어지거나 혹은 그 본래 주어진 대리권 범위에 속하는 사항을 완료하면 절차는 중단된다. 심급 대리원칙에 따라 그 심급 종국심결을 수령하기까지의 대리권이 있기 때문에 심결송달에 의해 비로소 중단된다.

② 사망자 명의로 심결이 있어도 최초부터 사망자를 당사자로 한 경우와는 달리 실질상은 동일인의 승계인에 대한 심결로서 유효하다. 다만 승계인의 확정이 후일로 넘겨지는 것에 불과하다.

③ 승계인이 자신의 명의로 다시 위임장을 제출할 경우 그 승계인 적격을 심사하여 그 승계인 명의로 심결하여도 되며 만약 잘못이 있다하여도 위와 같이 그 심결은 유효하다.

**【 당사자 사망시 소송절차 중단 관련 판례 】**

○ 당사자가 사망하였으나 소송대리인이 있어 소송절차가 중단되지 아니한 경우 원칙적으로 소송수계라는 문제가 발생하지 아니하고 소송대리인은 상속인들 전원을 위하여 소송을 수행하게 되는것이며 그 사건의 판결은 상속인들 전원에 대하여 효력이 있다 할 것이고, 이때 상속인이 밝혀진 경우에는 상속인을 소송승계인으로 하여 신당사자로 표시할 것이지만 상속인이 누구인지 모를 때에는 망인을 그대로 당사자로 표시하여도 무방하며, 가령 신당사자를 잘못표시하였다 하더라도 그 표시가 망인의 상속인, 상속승계인, 소송수계인 등 망인의 상속인임을 나타내는 문구로 되어 있으면 잘못표시된 당사자에 대하여는 판결의 효력이 미치지 아니하고 여전히 정당한 상속인에 대하여 판결의 효력이 미친다고 볼 것이다. 따라서 이 사건 제1심판결의 효력은 당사자표시에서 누락되었음에도 불구하고 위 망 남기열의 정당한 상속인인 위 남국현, 남주현에게도 그들의 상속지분만큼 미치는 것이고 통상의 경우라면 심급대리의 원칙상 이 판결의 정본이 소송대리인에게 송달된 때에 소송절차는 중단되는 것이며, 소송수계를 하지 아니한 남국현과 남주현에 관하여는 현재까지도 중단상태에 있다고 할 것이나, 기록에 의하면 이 사건의 경우 망 남기열의 소송대리인이었던 임종선변호사는 상소제기의 특별수권을

부여받고 있었으므로(소송대리위임장에 부동문자로 특별수권이 부여되어 있다) 항소제기기간은 진행된다고 하지 않을 수 없어 제1심판결중 위 남국현, 남주현의 상속지분에 해당하는 부분은 그들이나 소소대리인이 항소를 제기하지 아니한 채 항소제기기간이 도과하여 이미 그 판결이 확정되었다고 하지 않을 수 없다(대법원 1992. 11. 5.자 91마342 결정).

○ 소송계속 중 회사인 일방 당사자의 합병에 의한 소멸로 인하여 소송절차 중단 사유가 발생하였음에도 이를 간과하고 변론이 종결되어 판결이 선고된 경우에는 그 판결은 소송에 관여할 수 있는 적법한 수계인의 권한을 배제한 결과가 되는 절차상 위법은 있지만 그 판결이 당연무효라 할 수는 없고, 다만 그 판결은 대리인에 의하여 적법하게 대리되지 않았던 경우와 마찬가지로 보아 대리권 흠을 이유로 상소 또는 재심에 의하여 그 취소를 구할 수 있을 뿐이나, 소송대리인이 선임되어 있는 경우에는 민사소송법 제95조에 의하여 그 소송대리권은 당사자인 법인의 합병에 의한 소멸로 인하여 소멸되지 않고 그 대리인은 새로운 소송수행권자로부터 종전과 같은 내용의 위임을 받은 것과 같은 대리권을 가지는 것으로 볼 수 있으므로, 법원으로서는 당사자의 변경을 간과하여 판결에 구 당사자를 표시하여 선고한 때에는 소송수계인을 당사자로 경정하면 될 뿐, 구 당사자 명의로 선고된 판결을 대리권 흠을 이유로 상소 또는 재심에 의하여 취소할 수는 없다(대법원 2002. 9. 24. 선고 2000다49374 판결).



### 나. 중단된 절차의 수계

#### 1) 관련 규정(특§22, 실§3, 디§23, 상§23)

**특허법 제22조 (수계신청)**

① 제20조의 규정에 의하여 중단된 절차에 관한 수계신청은 상대방도 할 수 있다.
② 특허청장 또는 심판장은 제20조의 규정에 의하여 중단된 절차에 관한 수계신청이 있는 때에는 이를 상대방에게 통지하여야 한다.
③ 특허청장 또는 심판관은 제20조의 규정에 의하여 중단된 절차에 관한 수계신청에 대하여 직권으로 조사하여 이유 없다고 인정한 때에는 결정으로 기각하여야 한다.
④ 특허청장 또는 심판관은 결정 또는 심결의 등본을 송달한 후에 중단된 절차에 관한 수계신청에 대하여는 수계하게 할 것인가의 여부를 결정하여야 한다.
⑤ 특허청장 또는 심판관은 제21조에 규정된 자가 중단된 절차를 수계하지 아니하

는 경우에는 직권으로 기간을 정하여 수계를 명하여야 한다.
⑥ 제5항의 규정에 의한 기간 내에 수계가 없는 경우에는 그 기간이 만료되는 날의 다음날에 수계가 있는 것으로 본다.
⑦ 특허청장 또는 심판장은 제6항의 규정에 의하여 수계가 있는 것으로 본 경우에는 이를 당사자에게 통지하여야 한다.

#### 2) 심결등본 송달 전 수계절차

##### 가) 수계신청이 있는 경우 수계절차

중단된 절차의 수계는 그 취지를 기재한 서면을 특허심판원에 제출하여 행한다(특§22①, 실§3, 디§24①, 상§24①).

수계신청이 있을 때는 심판장은 그 취지를 상대방에게 통지하여야 한다(특§22②, 실§3, 디§24②, 상§24②).

중단된 심판절차에 관한 수계신청에 대하여 심판관(합의체)이 직권으로 이를 조사하고 이유가 없다고 인정한 때는 결정으로서 기각하여야 한다(특§22③, 실§3, 디§24③, 상§24③).

##### 나) 직권에 의한 수계절차

당사자가 사망하였음에도 특§21에 규정된 자가 중단된 절차를 수계하지 아니하는 경우에는 심판장은 직권으로 기간을 정하여 그 수계를 명하여야 한다(특§22⑤, 실§3, 디§24④, 상§24④).

심판장은 지정한 기간 내에 수계가 없는 때에는 그 기간이 만료되는 날의 다음날에 수계가 있는 것으로 본다(특§22⑥, 실§3, 디§24⑤, 상§24⑤).

심판장은 수계가 있는 것으로 본 경우에는 이를 당사자에게 서면으로 통지하여야 한다(특§22⑦, 실§3, 디§24⑥, 상§24⑥).

#### 3) 심결등본 송달 후 수계절차

심판관(합의체)은 결정 또는 심결의 등본을 송달한 후에 중단된 절차에 관한 수계신청에 대하여는 수계하게 할 것인가의 여부를 결정하여야 한다(특§22④, 실§3).

민사소송법 제243조 제2항[81]에 같은 취지의 규정이 있는 바, 이는 판결의 효력을 받을 자를 분명하게 함과 아울러 상소기간을 명확히 하기 위한 것이다. 위의 결정은

소정의 서식에 따라 문서로서 행하고 이유를 붙여야 한다. 결정의 등본은 당사자에게 송달한다.

## 3 절차의 중지

### 가. 절차의 중지 사유

#### 1) 심판관의 불가피한 사유

심판관이 천재·지변 기타 불가피한 사유로 인하여 그 직무를 행할 수 없는 때에는 심판원에 계속 중인 절차는 그 사유가 소멸될 때까지 중지된다(특§23①, 실§3, 디§25①, 상§25①).

#### 2) 당사자의 부정 기간의 장애

심판관은 당사자가 부정(不定)기간의 장애로 심판원에 계속 중인 절차를 속행할 수 없는 때에는 결정으로 그 중지를 명할 수 있다(특§23②, 실§3, 디§25②, 상§25②).

#### 3) 다른 심판 또는 소송에 의한 중지

- 심판장은 심판에서 필요하면 직권 또는 당사자의 신청에 따라 그 심판사건과 관련되는 특허취소신청에 대한 결정 또는 다른 심판의 심결이 확정되거나 소송절차가 완결될 때까지 그 절차를 중지할 수 있다(특§164①, 실§33, 디§152①, 상§151①).
- 일부심사등록디자인에 대하여 무효심판과 이의신청이 중복되어 제기된 경우, 동 이의신청이 결정될 때까지 심판관련 중간서류의 접수·발송은 하되 최종심결을 보류한다. 다만, 그 무효심판이 우선심판 신청되었거나 무효여부가 명백한 경우에는 이의결정보다 먼저 심결처리할 수 있다.
- 실용신안 무효심판과 중복되어 기술평가 청구가 된 경우도 위와 같이 처리한다.
- 발명진흥법 제41조에 의한 산업재산권분쟁조정위원회에 관련사건이 계속 중인 경우 심판부는 공익적인 측면을 고려하여 해당 심판을 중지할 수 있다.
- 보정각하결정불복심판의 종료시까지 심사·심판절차의 중지

81) 민소§243②(수계신청에 대한 재판) : 재판이 송달된 뒤에 중단된 소송절차의 수계에 대하여는 그 재판을 한 법원이 결정하여야 한다.

디자인·상표 등록출원의 보정에 대한 각하결정에 대하여 불복심판을 청구한 때 또는 소를 제기한 때에는 그 심판의 심결 또는 소의 판결이 확정될 때까지 그 출원의 심사 또는 거절결정에 대한 심판을 중지하여야 한다(디§152①, 상§151①).

> ○ 상§77조, §82조에 의하여 각 준용되는 특§164조 제1항에서 심판에서 필요한 때에는 타 심판의 심결이나 타 항고심판의 심결이 확정될 때까지 또는 소송절차가 완결될 때까지 그 절차를 중지할 수 있다고 규정한 것은 임의규정으로서 심판절차를 꼭 중지하여야 하는 것은 아니므로, 원심이 인용상표에 대한 갱신등록무효심판이 계속 중 임에도 이 사건 심판절차를 중지하지 아니하고 항고심결에 이른 조치를 위법하다고 할 수 없다(대법원 1995. 4. 25. 선고 94후2094 판결, 1998. 2. 13. 선고 97후1832판결 참조).

#### 4) 제척·기피

제척 또는 기피의 신청이 있을 때는 그 신청에 대한 결정이 있을 때까지 심판절차를 중지하여야 한다. 다만, 긴급을 요할 때는 그러하지 아니하다(특§153, 실§33, 디§140, 상§139). 긴급을 요하는 때를 예시하면 다음과 같다.

㉮ 증인을 긴급히 신문하지 아니하면 외국으로 출국한다든가 사망할 우려가 있는 때

㉯ 긴급히 검증을 하지 아니하면 목적물이 변화, 소멸하는 때

#### 5) 공동심판 등에 있어서 절차의 중단·중지

공동심판에 있어서 청구인이나 피청구인 중 1인에 관하여 심판절차의 중단 또는 중지의 원인이 있는 때에는 전원에 관하여 그 효력이 발생한다(특§139④, 실§33, 디§125④, 상§124④).

### 나. 절차중지 통지

심판장은 절차 중지를 할 때는 절차중지통지서를 청구인, 피청구인, 참가인, 특허취소신청인, 권리자 등에게 통지한다. 만약 구술심리 기일, 심판사건 설명회, 면담 등이 예정된 경우, 이를 함께 취소 또는 연기 통지하는 것이 바람직하다.

### 다. 중지결정의 취소

심판관은 심판절차의 중지결정을 취소할 수 있다(특§23③, 실§3, 디§25③, 상§25

③). 이 경우, 심판장은 절차중지취소통지서를 청구인 등에게 통지한다.

> ○ 법원이 소송절차중지의 결정을 할 것인지의 여부는 법원이 합리적인 재량에 의하여 직권으로 정하는 것으로서 그 소송절차를 중지한다는 결정에 대하여는 당사자가 항고(재항고)에 의하여 불복할 수 없다(대법원 1992. 1. 15.자 91마612 결정).

#### 라. 중지된 절차의 속행

천재·지변 등 특허청의 직무집행불능의 상태가 소멸되면 특허법 제23조 제1항(실§3, 디§25①, 상§25①)에 의하여 중지된 절차는 당연히 속행된다.

특허법 제23조 제2항(실§3, 디§25③, 상§25②)에 의하여 중지된 절차에 대하여는 그 중지사유가 소멸되거나 기타 절차의 속행이 가능하다고 인정되는 때에는 중지결정을 취소할 수 있다.

특허법 제23조 제1항 또는 제2항(실§3, 디§25④, 상§25④)에 의하여 절차가 중지되거나 또는 중지결정을 취소한 때에는 이를 각각 당사자에게 통지하여야 한다.

## 4 중단·중지의 효력

#### 가. 기간 진행의 정지 및 개시

특허에 관한 절차가 중단 또는 중지된 경우에는 그 기간의 진행은 정지되고 그 절차의 수계통지를 하거나 그 절차를 속행한 때부터 다시 모든 기간이 진행된다(특§24, 실§3, 디§26, 상§26)

#### 나. 속행 금지

심판관 또는 당사자는 중지하는 동안 그 사건에 관한 절차를 속행할 수 없다.

#### 다. 중단 또는 중지 중에 행하여진 절차

수계 또는 속행의 신청자가 그 신청(명의변경신고에 의하여 수계신청을 하는 경우도 포함)을 할 때, 중단 또는 중지 중에 당사자, 특허청 또는 심판원이 행한 절차(이하 “중단 중의 절차”라 한다)의 효력에 대하여 다툼이 없을 때는 중단 중의 절차의 무효 또는 취소를 주장하는 것은 인정하지 않는 것으로 한다.

**【 참고자료 】**

소송절차 정지의 효과

[법원실무제요(민사소송Ⅱ), 법원행정처, 2014, 471-473쪽]

소송절차의 정지기간 중에 행하여진 당사자나 법원의 소송행위는 원칙적으로 무효이다. 그러나 무효라 하여도 상대방이 아무런 이의를 하지 아니함으로써 민사소송법 151조의 이의권이 상실되면 유효하게 된다. 또한 정지제도는 공익적 제도가 아니라 당사자를 보호하기 위한 제도이기 때문에 정지중의 소송행위라도 추인하면 유효하게 된다. 상소도 마찬가지이다.

그러나 중단사유를 간과하고 소송절차가 진행되어 종국판결이 선고되었다면 그 판결을 함부로 무효라고 할 수 없다. 그 판결은 당연무효라 할 수 없고, 대리인에 의하여 적법하게 대리되지 않았던 경우와 마찬가지로 보아 대리권 흠을 이유로 상소(확정전) 또는 재심(확정후)에 의하여 그 취소를 구할 수 있을 뿐이다(대법원 1996. 2. 9. 선고 94다24121 판결, 2012. 9. 27. 선고 2012두11546 판결 등). 따라서 사망자의 승계인에 관한 승계집행문의 부여도 가능하다(대법원 1998. 5. 30.자 98그7 결정). 대

한편 위와 간은 중단사유를 간과한 판결선고 후 그 상속인들이 수계신청을 하여 판결을 송달받아 상고하거나 또는 적법한 상속인들이 사실상 송달을 받아 상고장을 제출하고 상고심에서 수계절차를 밟은 경우에는 그 수계와 상고는 적법한 것이라고 보아야 하며 또한 당사자가 판결 후 명시적 또는 묵시적으로 원심의 절차를 적법한 것으로 추인하면 그 상소사유 또는 재심사유는 소멸한다(대법원 1995. 5. 23. 선고 94다28444 전원합의체 판결).

소송절차가 정지된 때에는 기간의 진행이 정지되고, 정지상태가 해소된 때, 즉 소송절차의 수계사실을 통지한 때 또는 소송절차를 다시 진행한 때부터 전체 기간이 새로이 진행된다(민소§247②).

# 제5절 절차의 효력 승계

## 1 절차의 효력 승계

특허권자 또는 특허에 관한 권리를 가진 자가 밟은 절차 또는 그 자에 대하여 밟은 절차의 효력은 그 특허권 또는 특허에 관한 권리의 승계인에게 미친다(특§18, 실§3, 디§20, 상§20).

이 경우 특§38⑤, 실§11, 디§57④, 상§48③의 규정에 따라 그 취지를 특허청장에게 지체 없이 신고할 의무가 있어. 일반승계(사망, 회사합병/분할과 같이 권리·의무 일체를 승계)의 경우를 제외하고는(특§18⑤) 출원인변경신고를 하여야만 그 효력이 발생한다. 일반승계시에는 심판청구서중에 간단히 표시(사망, 회사합병에 의함 등 자구의 기재)하는데 그치는 경우도 있다.

상표무효심판에 있어서 청구인인 선등록상표권자(이해관계인)가 제3자에게 승계되는 경우에는 승계인이 당사자참가신청을 하고, 심판관 합의체는 참가허부결정을 한 후 심판절차를 계속 진행하여야 한다. 다만, 청구인(승계 전 선등록상표의 원상표권자)은 심결시 이해관계가 없어 당사자적격이 없으므로 청구인의 심판청구는 각하하거나, 심리 중에 청구인은 취하서를 제출하여 심판청구를 취하할 수도 있다(취소확정판결에 따른 심판의 경우, 피청구인의 동의서는 요하지 않는다). 청구인이 심판청구를 취하하더라도 참가인이 있으므로, 심판관 합의체는 심결을 하여야 한다.

〈 일반승계의 경우 첨부서류 〉

① 회사합병(흡수합병, 설립병합)에 따라 존속하는 회사가 신고하는 경우 : 등기부등본 또는 합병사실을 증명하는 서면.

② 상속에 의한 경우

- 상속인 전원이 상속하는 경우 : 가족관계증명서, 제적등본
  한편, 본적지에서 상속하지 않은 자, 혼인, 입양을 한 자나 사망자가 있는 때 등에는 첨부서면과 함께 지분(상속분)을 증명하는 서면 필요
- 상속인 전원이 상속하지 않은 경우 : 유산분할협의서
- 상속인 중에 포기한 자가 있는 경우 : 상기 ①과 가정법원의 수리증명이 있는 상속포기 신고서

- 공유자의 일방이 상속인 없이 사망한 경우 : 상속인으로서 자격을 갖고 있는 권리를 주장하는 자가 없음을 증명하는 증명서

## 2 절차의 속행

특허청 또는 심판원에 사건이 계속 중에 특허권 또는 특허에 관한 권리의 이전이 있었을 때에는 심판장은 승계인에 대하여 절차를 속행하게 할 수 있다(특§19, 실§3, 디§21, 상§21).

## 3 속행 통지

특허청장 또는 심판장은 승계인에 대하여 특허에 관한 절차를 속행하게 하고자 할 때에는 그 취지를 당사자에게 서면으로 통지하여야 한다(특시칙§18, 실시칙§17, 디시칙§31, 상시칙§10).

○ 이 사건 심판절차 진행 중 이 사건 등록상표 중 지정상품 '전기칫솔' 부분의 권리가 피심판청구인이던 피고로부터 터보이온에게로 이전되어 그 분할이전등록까지 마쳐진 이상, 그러한 사실을 알고 있던(이 사건 심결에는 위와 같은 권리 이전에 관한 사실인정까지 되어 있다) 이 사건 심판절차의 담당 심판장으로서는, 위와 같은 권리 이전을 알게 된 후 마땅히 석명권을 행사하여 승계인에 대한 절차 속행을 할 수 없는 특별한 사정이 있는지 여부를 심리한 다음, 그러한 사정이 없다면 승계인인 터보이온에 대하여 이 사건 심판절차를 속행할 것을 명한 후에 본안에 관하여 심리·판단하였어야 함에도 불구하고, 이러한 조치를 취하지 아니한 채 이 사건 심결에 이른 위법이 있다.(특허법원 2018. 7. 19. 선고 2017허8404 판결)

○ 권리범위확인심판계류중 심판청구인이 그 실용신안권에 관한 제조판매영업권을 양도하였다 하여도 실용신안법상의 이해관계인임에 변함이 없고 당사자적격에도 아무런 영향이 없다(대법원 1977. 12. 27. 선고 76후33 판결).

○ 특허법이나, 민사소송법상 사건 계속 중, 그 등록권리의 특별승계가 있는 경우 승계인으로 하여금 당사자의 지위를 당연히 승계케 하는 규정이 없으므로, 계쟁 권리에 대한 처분금지가 처분에 관한 규정이 없는 위와 같은 특허사건의 피심판청구인은 계쟁중인 등록 권리를 타인에게 양도함으로써 심판청구인으로 하여금 속

수무책으로 패배케 하는 불합리한 결과에 이르게 하는 사례가 없지 않을 것인즉, 이러한 결과를 막기 위하여 특허사건의 특이성과 당사자 쌍방과 권리승계인의 권리관계를 공평히 교량하고, 특허법 제32조의 취지를 감안하여 위와 같은 권리양도의 경우에는 그 양도가 피심판청구인의 당사자로서의 지위에는 아무런 영향도 미치는 것이 아니고, 일방 본안에 관한 심결 또는 판결의 효력을 승계인에게도 미치는 것이므로, 당초의 피심판청구인은 그 사건이 종국에 이르기까지 당사자로서 자기 또는 승계인을 위하여 제반의 행위를 할 적격을 가지는 것이라고 해석하지 않을 수 없다(대법원 1967. 6. 27. 선고 67후1 판결).

○ 기록에 의하면, 피심판청구인은 소송기록접수통지서가 그에게 송달된 이후인 1998. 2. 5.에 상고인을 피심판청구인에서 이 사건 등록상표에 관한 상표권을 이전받은 청구외 상원어패럴 주식회사(이하 청구외 회사라고 한다)로 변경하는 당사자표시 변경신청서를 이 법원에 제출하였음을 알 수 있다. 그러나 당사자표시변경은 원칙적으로 당사자로 표시된 자와 동일성이 인정되는 범위 내에서 그 표시만을 변경하는 경우에 허용되는 것이므로 위와 같이 상고인을 새로운 당사자로 변경하는 것은 원래 허용될 수 없는 것이므로 이를 불허하며, 설사 이 사건 신청이 그 형식에 구애됨이 없이 피심판청구인의 승계인의 지위에 있는 청구외 회사가 승계참가신청을 한 것으로 본다고 하더라도 이러한 승계참가는 법률심인 상고심에서는 허용되지 아니하는 것이므로 청구외 회사에 의한 승계참가신청은 역시 부적법하여(대법원 95. 12. 12. 선고 94후487 판결 참조) 허용될 수 없다고 할 것이다(대법원 1998. 12. 22. 선고 97후2934 판결).

# 제6절 서류의 송달

## 1 의의

서류의 송달은 심판청구인, 피청구인, 참가인, 취소신청인 등에게 해당 사건에 관한 서류의 내용을 알리기 위하여 일정한 방식으로 서류를 교부하는 절차를 말한다.

한편, 서류의 통지도 그 목적이나 법률적 효과의 발생에 있어서는 송달과 동일하다 하겠으나 무방식이라는 점에서 송달과 구별된다.

※ 통지와 송달

1. 통지(준법률행위)

가. 관념의 통지 : 법률관계의 당사자의 일방이 상대방에 대해 과거 또는 현재의 사실을 알리는 것을 말하며 사실의 통지라고도 한다.
(1) 처분성이 인정 안됨(행정소송의 대상이 안됨)
(2) 특허출원의 공고, 귀화의 고시, 공무원의 당연퇴직 통보 등

나. 의사의 통지 : 자기의 의사를 타인에게 통지하는 행위로서, 각종의 최고가 이에 속하며 행위자가 최고에 따라 어떤 법률효과의 발생을 의욕하였는지를 묻지 않고서 법이 직접 일정한 법률효과를 부여한다.
(1) 처분성이 인정됨(행정소송의 대상이 됨)
(2) 대집행의 계고, 납세독촉 등

2. 송달

송달이라 함은 절차상의 처분을 비롯하여 관계인에 대하여 영향을 미칠 수 있는 행위에 관한 서류를 일정한 방식에 의하여 관계인에게 알리는 것을 목적으로 하는 행정권의 작용을 말한다. 송달은 공권적 행위이므로, 적법하게 송달이 행하여진 이상 송달받을 사람이 현실적으로 서류의 내용을 알았는가, 몰랐는가의 여부에 상관없이 법적으로 정해진 효과가 발생한다.

[관련 판례]

○ 심판관의 서명날인이 빠졌을 때에는 위법이며 그 송달은 무효가 된다(대법원 1957. 3. 23. 선고 4289민상558 판결).

◦ 2 이상의 심판청구 사건이 병합심결로 종결된 경우에는 하나의 심결이 되어 일체로 취급되므로, 심판등본송달서의 심판번호란에 각각의 심판번호를 기재하였다고 하더라도 각 사건마다 송달된 것으로 볼 수 없고, 또한 위 인정사실에 의하면 이 사건 심판사건에서 병합한 1999당1932사건의 대리인인 변리사 박00은 병합된 2000당1363 사건에 대해서도 대리권이 있다고 할 것이므로, 이 사건 심결은 변리사 박00에게 송달됨으로써 그 때부터 제소기간이 진행된다고 할 것이다(특허법원 2001. 5. 18. 선고 2001허1068 판결, 특허법원 2001. 5. 18. 선고 2001허683 판결).

## 2 서류송달 방법

각종 서류의 송달(통지)은 법령에서 규정하고 있는 방식에 의해서 이루어지며, ① 교부송달, ② 우편송달, ③ 정보통신망에 의한 송달, ④ 공시송달로 구분할 수 있다.



### 가. 교부송달

교부송달은 당사자 또는 대리인에게 송달서류의 등본을 직접 교부하는 방법으로 송달하는 것을 말한다(특시령§18조①, 실시령§9, 디시령§9①, 상시령§18①). 교부송달을 하는 경우에는 수령자로부터 수령일자 및 성명을 기재한 수령증을 받아 비치하여야 한다(특시령§18②, 실시령§9, 디시령§9②, 상시령§18②).

다만, 문서발송대장 또는 문서교부대장의 해당란(서명란)에 수령자가 수령일자 및 성명을 기재 날인하는 경우에는 수령증의 비치로 갈음할 수 있다(특허청 송달함설치운영규정§7).

### 나. 우편송달

우편송달은 특허심판원이 송달할 서류를 우편으로 송달하는 방법을 말하며, 우편으로 발송할 경우에는 등기우편으로 발송하여야 한다(특시령§18①, 실시령§9, 디시령§9①, 상시령§18①). 다만, 특허법 등 관련법령에 따른 송달서류가 아니거나 경미한 통지 등은 보통우편으로 발송할 수 있으며, 등기우편으로 발송하는 경우에는 우체국의 등기우편물 수령증을 비치하여야 한다(특시령§18②, 실시령§9, 디시령§9②, 상시령§18②).

그러나 특허이의신청(구특시령§18③)·심판·재심·통상실시권 설정의 재정 및 특허권의 취소에 관한 심결 또는 결정의 등본을 송달할 경우에는 우편법령에 의한 특별송달방법에 의하여야 한다(특시령§18③, 실시령§9, 디시령§9③, 상시령§18③).

다만, 등기우편 및 특별송달방법으로 송달하는 경우라도 특허법 제28의4제1항(실§3, 디§31①, 상§31①)의 규정에 의하여 전자문서이용신고를 한 자에게 송달하는 경우에는 정보통신망을 이용하여 송달할 수 있다.

송달할 장소는 이를 받을 자의 주소 또는 영업소로 한다. 당사자·법정대리인은 심판사건별로 송달영수인 및 송달받을 장소(대한민국안의 장소로 한정한다)를 신고할 수 있으며, 심판정책과는 신고가 있는 심판사건에 대해 송달영수인에게 그 장소로 송달하여야 한다(특시령§18⑨,심판사무취급규정 제10조의2).

### 다. 전자송달(정보통신망을 이용한 송달)

특허심판원장·심판장 또는 심판관은 특§28의4①(실§3, 디§31①, 상§31①)의 규정에 의하여 특허심판원장에게 전자문서이용신고를 한 자 중 전자문서로 송달 또는 통지를 받고자 신청한 자에 대하여는 정보통신망을 이용하여 이를 행할 수 있다. 정보통신망을 통한 서류의 통지 등은 서면으로 행한 것과 동일한 효력을 가지며 송달받는 자가 사용하는 전산정보처리조직의 파일에 기록된 때에 특허심판원이 운영하는 발송용 전산정보처리조직의 파일에 기록된 내용으로 도달한 것으로 본다(특§28의5, 실§3, 디§32, 상§32).

심결문 등을 송달받을 자가 전자문서 이용신고를 한 경우 전자송달을 하며 송달받을 자가 심결등본 등을 온라인으로 확인할 때 송달받은 것으로 본다. 다만, 송달받을 자가 심결등본 등을 발송일로부터 4일내에 확인하지 않으면 특별송달방법으로 심결등본 등을 재발송한다.

※ '전산정보처리조직'의 정의 : 특허청이 사용하는 컴퓨터와 특허에 관한 절차를 밟는 자 또는 그 대리인이 사용하는 컴퓨터를 정보통신망으로 접속한 조직(특시칙§1의2, 실시칙§17, 디시칙§2, 상시칙§23)

### 라. 전자우편, 팩시밀리를 이용한 송달

당사자계 사건에서 양쪽 당사자가 대리인을 선임한 경우, 한쪽 당사자의 대리인이

상대방 대리인에게 송달될 심판서류 등의 부본을 교부하거나, 팩시밀리 또는 전자우편으로 보내고 그 사실을 심판원에 증명한 때에는 송달된 것으로 본다, 다만, 그 심판서류 등이 당사자 본인에게 교부되어야 할 경우에는 그러하지 아니한다.

심판장은 대리인이 위와 같은 방법으로 송달증명을 하고자 하는 때네는 심판서류 등을 교부받거나 팩시밀리 또는 전자우편으로 받은 취지와 그 날짜를 적고 송달받은 대리인의 기명날인 또는 서명한 영수증을 제출하도록 하여야 한다(심판사무취급규정 제11조).

### 마. 반송 서류의 처리

발송서류가 반송된 경우에는 방식담당자는 해당 제출인(자연인 및 법인 포함)의 성명, 주민등록번호, 법인명, 법인번호 및 주소를 전산망을 이용하여 제출인의 주소를 조회한다(주소변동이 있으면 심판관련인 송달주소에 입력).

전산망에 의한 조회에 의하여 제출인의 새로운 주소를 확인할 수 없는 경우에는 심판청구서 등에 기재된 전화번호 등으로 제출인의 주소를 확인하여 재발송한다(확인된 주소는 심판관련인 송달주소에 입력).

① 청구서 재발송시 답변서 제출기일 다시 입력하여 재발송

② 재외자 반송 : 재발송 하지 않고 삭제

③ 법인이 파산상태인 경우 청산종결등기가 아직 안됐으면 파산관재인에게 재발송(파산관재인을 법정대리인으로 관련인 변경)

④ 적극적 권리범위 확인심판의 경우 반송시 청구인에게 주소보정명령

⑤ 해산 간주이면 대표자 찾아서 재발송(청산인이 존재하면 청산인에게 재발송

### 바. 공시송달

#### 1) 관련 규정

송달을 받을 자의 주소나 영업소가 불분명하여 송달할 수 없는 때에는 공시송달을 하여야 한다(특§219①, 실§44, 디§210①, 상§219①). 공시송달은 송달할 서류를 받을 자에게 어느 때라도 교부한다는 뜻을 특허공보에 게재함으로써 행한다(특§219②, 실§44, 디§210②, 상§219②).

한편, 등록원부상에 표시된 주소와 다른 현주소에 대하여 당사자 일방의 신고가 있고 증거에 의하여 현주소라고 판단이 되는 경우에는 공시송달을 하지 않고 그 현주소로 송달한다.

### 2) 송달효력 발생시기

최초의 공시송달은 공보(웹공보)에 게재한 날부터 2주일을 경과하면 그 효력이 발생한다. 다만, 동일당사자에 대한 이후의 공시송달은 공보(웹공보)에 게재한 날의 다음 날부터 그 효력이 발생한다(특§219③, 실§44, 디§210③, 상§219③).

한편, 공동출원인에 대하여 특허법 제219조 제1항에 의한 공시송달을 실시하기 위해서는 "공동출원인 전원의 주소 또는 영업소가 불분명하여 송달받을 수 없는 때"에 해당하여야 하고, 이러한 공시송달 요건이 구비되지 않은 상태에서 공동출원인 중 1인에 대하여 이루어진 공시송달은 부적법하고 그 효력이 발생하지 않는다(대법원 2005. 5. 27. 선고 2003후182 판결).

### 3) 공시송달 절차

발송서류가 반송된 경우에는 방식담당자는 해당 제출인(자연인 및 법인 포함)의 성명, 주민등록번호, 법인명, 법인번호 및 주소를 전산망에 의한 제출인 주소조회를 실시한다.

전산망에 의한 조회에 의하여 제출인의 새로운 주소를 확인할 수 없는 경우에는 방식담당자는 심판청구서 등에 기재된 전화번호 등으로 제출인의 주소를 확인하여야 한다.

방식담당자는 위의 조치에도 불구하고 제출인의 주소를 확인할 수 없는 경우에는 반송된 서류에 대하여 정보고객지원국에 공시송달 의뢰를 하여야 한다.

**【 판례: 공시송달 방법 】**

○ 피심판청구인에 대하여 청구서 사본을 등록원부상의 주소로 1회 송달하여 본 후 반송되자 바로 내부결재를 받아 그 이후의 서류송달을 공시송달의 방법에 의하고 있으나, 등록원부에 피심판청구인의 주민등록번호가 기재되어 있어 관련 행정기관에 조회하는 등의 방법으로 직권 조사하여 보는 등 피심판청구인의 실제 주소를 알 수 있는 방법이 없는 것이 아님에도 불구하고, 그러한 노력도 없이 바로 공시송달결정을 한 것은 적정한 절차의 진행이라고 볼 수 없는 것이다(대법원 1991.

10. 8. 선고 91후59 판결).

○ 특허법 제219조 제1항에서 공시송달 사유로 들고 있는 "주소 또는 영업소가 불분명하여 송달할 수 없는 때"라 함은 송달을 할 자가 선량한 관리자의 주의를 다하여 송달을 받아야 할 자의 주소 또는 영업소를 조사하였으나 그 주소 또는 영업소를 알 수 없는 경우를 말하는 것이고, 한편 특허법 제11조 제1항에 의하면, 2인 이상이 특허에 관한 절차를 밟는 때에는 같은 항 각 호의 1에 해당하는 사유를 제외하고는 각자가 전원을 대표한다고 되어 있으므로, 거절결정등본의 송달도 공동출원인 중 1인에 대하여만 하면 전원에 대하여도 동일한 효과가 발생한다고 할 것이지만, 이러한 법리는 공동출원인 중 1인에 대하여 이루어진 송달은 다른 공동출원인에게도 송달의 효력이 발생한다는 의미이지, 공동출원인 중 1인에게 실시한 송달이 불능된 경우에 송달을 실시해 보지 아니한 다른 공동출원인에 대한 송달도 불능으로 보아야 한다는 뜻은 아니라 할 것이다. 따라서 공동출원인에 대하여 특허법 제219조 제1항에 의한 공시송달을 실시하기 위해서는 "공동출원인 전원의 주소 또는 영업소가 불분명하여 송달받을 수 없는 때"에 해당하여야 하고, 이러한 공시송달 요건이 구비되지 않은 상태에서 공동출원인 중 1인에 대하여 이루어진 공시송달은 부적법하고 그 효력이 발생하지 않는다(대법원 2005. 5. 27. 선고 2003후182 판결).

○ 이 건 보정명령은 1999. 2. 27.자로 심판대리권이 상실된 소외 변리사 甲에게 1999. 3. 3.자로 송달되었을 뿐 1999. 2. 27.자 이후의 적법한 심판대리인인 변리사 乙 및 丙이나 심판청구인 본인에게 송달된 바가 없으므로 이 건 보정명령은 심판청구인인 원고에게 아무런 효력을 가질 수 없다 할 것이고 따라서 이 건 결정은 흠의 보정을 명한 바도 없이 심판청구서를 각하한 결과로 되어 위법하다 할 것이다(특허법원 1999. 9. 30. 선고 1999허4657 판결).

## 3 송달대상 서류

### 가. 특별송달 대상서류

심판장은 심결 또는 결정이 있는 때에는 그 등본을 '당사자, 참가인 및 심판에 참가신청을 하였으나 그 신청이 거부된 자'에게 특별송달우편으로 송달하여야 한다(특§162⑥, 특시령§18③, 실§33, 실시령§9 ; 디§150⑥, 디시령§8③ ; 상§149⑥, 상시령§18③). 다만, 특허법 28의4①(실§3, 디§31①, 상§31①)의 규정에 의하여 전자문

서이용신고를 한 자에 대해서는 정보통신망을 이용하여 송달할 수 있다.

※ 심결문 또는 결정문의 등본을 정보통신망을 통하여 발송했으나, 4일 이내에 확인하지 않은 경우, 우편법령에 의한 특별송달방법에 의하여 송달한다.

심결문 또는 결정문을 특별송달우편으로 송달하는 경우에는 우편송달통지서를 첨부하여야 한다.

※ 우편법

제15조 (선택적 우편역무의 제공) ③ 선택적 우편역무의 종류와 그 이용조건은 과학기술정보통신부령으로 정한다.

※ 우편법 시행규칙

제25조 (선택적 우편역무의 종류 및 이용조건 등) ① 법 제15조제3항에 따른 선택적 우편역무의 종류는 다음 각호와 같이 구분한다.

6. 특별송달: 등기취급을 전제로 민사소송법 제176조의 규정에 의한 방법으로 송달하는 우편물로서 배달우체국에서 배달결과를 발송인에게 통지하는 특수취급제도

제62조 (특별송달) ① 다른 법령에 의하여 민사소송법이 정하는 방법으로 송달하여야 할 서류를 내용으로 하는 등기통상우편물은 이를 제25조제1항제6호의 규정에 의한 특별송달로 할 수 있다.

② 특별송달우편물을 발송할 때에는 그 표면의 왼쪽 중간에 "특별송달"의 표시를 하고, 그 뒷면에 송달상 필요한 사항을 기재한 우편송달통지서용지를 첨부하여야 한다.

제63조 (특별송달우편물의 배달) ① 특별송달우편물을 배달하는 때에는 우편송달통지서의 해당란에 수령인의 서명(전자서명을 포함한다) 또는 날인을 받아야 한다.

② 특별송달우편물의 수령을 거부하는 때에는 다음 각호의 1에 해당하는 경우를 제외하고는 그 장소에 우편물을 두어 유치송달할 수 있다.

1. 수취인의 장기간 부재 등으로 대리수령인이 그 우편물을 수취인에게 전달할 수 없는 사유가 입증된 경우
2. 우편물에 기재된 주소지에 수취인이 사실상 거주하지 아니하는 경우

③ 특별송달우편물을 배달한 때에는 배달우체국에서 해당우편물에 첨부된 우편송달통지서에 송달에 관한 사실(제2항의 경우에는 유치송달의 사유 또는 제2항 각호의 사유를 포함한다)을 기재하여 발송인에게 등기우편으로 송부하여야 한다. 다만, 발송인의 원하는 경우에는 정보통신망을 통한 전자적 방법으로 송부할 수 있다.

### 나. 서류의 교부송달

특허법 등 관계법령에 따라 송달할 서류는 당사자 또는 대리인이 직접 수령할 수 있으며, 이 때에는 수령일자 및 수령자의 성명이 기재된 수령증을 보관하여야 한다(특시령§18②1).

심결 또는 결정등본은 특허법상 교부송달 근거는 없으나(특시령§18③) 심판사무취급규정(제84조①) 및 민사소송법(제176조, 제177조)의 규정을 참고하여 심결 또는 결정에 대하여 당사자 및 참가인등에게 소송사건 등과 관련하여 심결등본이 시급하게 필요한 경우 등 특별한 사정이 있다고 인정되고, 또한 발송단계에 있으며 당사자 및 참가인 등이 심판정책과에 직접 출두한 경우에 한하여 심판정책과 직원으로 하여금 위 심결의 등본을 당사자 및 참가인 등에게 교부하여 송달하게 할 수 있고, 이 때에는 수령일자 및 수령자의 성명이 기재된 영수증을 받아야 한다.

### 다. 특허법상 송달해야 할 서류

① 무효처분 또는 무효처분의 취소처분(특§16, 실§3, 디§18, 상§18)

② 심판청구서의 부본 (특§147①, 실§33, 디§134①, 상§133①)

③ 심판청구에 대한 답변서 또는 정정청구서의 부본 (특§147②, 특§133의2③, 실§33, 디§134②, 상§133②)

④ 구술심리 기일지정·장소·취지를 적은 서면(특§154, 실§33, 디§142③, 상§141③)

⑤ 참가신청서의 부본 (특§156②, 실§33, 디§144②, 상§143②)

⑥ 심결(결정)의 등본 (특§162⑥, 실§33, 디§150⑥ , 상§149⑥)

## 4 서류의 수신인

송달의 수신인은 원칙적으로 송달을 받는 자가 된다(특시령§18④, 실시령§9, 디시령§8④, 상시령§18④).

대리인이 있는 경우에는 대리인을, 복대리인이 있는 경우에는 복대리인을 수신인으로 한다.

송달을 받을 자가 무능력자인 경우에는 법정대리인에게 송달하여야 한다(특시령§18⑤, 실시령§9, 디시령§8⑤, 상시령§18⑤).

대리인이 2인 이상인 경우의 수신인은 다음 절차에 따른다.

① 대리인이 2인 이상인 경우에는 특허심판원에 대하여 각자가 본인을 대리하므로(특§9, 실§3, 디§11, 상§11) 대리인 중 누구에게 보내도 유효하다(특시령§18⑥, 실시령§9, 디시령§8⑥, 상시령§18⑤).

② 다만, 서류송달대표자를 신고한 경우에는 서류송달대표자에게, 그렇지 않은 경우에는 관례적으로 가장 늦게 선임된 대표자에게 송달하며, 동시에 선임된 경우에는 첫 번째 기재된 대리인으로 수신인으로 하는 것이 일반적이다.

대리인이 없이 2인 이상이 특허에 관한 절차를 밟는 때에 대표자를 선정하여 특허청에 신고한 경우에는 대표자(특§11, 실§3, 디§13, 상§13), 대표자선정신고가 없는 경우에는 특허심판원에 대하여 각자가 전원을 대표할 수 있으므로 누구에게 보내도 유효하다. 다만, 관례적으로는 전항과 같이 청구서에 표시된 자 중 첫 번째에 기재된 자를 수신인으로 하여 "○○○외 ○명"으로 한다.

교도소 또는 구치소에 구속된 자에 대한 송달은 그 소장에게 한다(특시령§18⑦, 실시령§9, 디시령§8⑦, 상시령§18⑤).

## 5 재외자에 대한 서류송달 절차

재외자로서 특허관리인이 있는 때에는 그 재외자에게 송달할 서류는 특허관리인에게 송달한다(특§220①, 실§44, 디§211①, 상§220①).

재외자로서 특허관리인이 없는 때에는 그 재외자에게 송달할 서류는 항공 등기우편으로 발송한다(특§220②, 실§44, 디§211②, 상§220②). 서류를 항공등기우편으로 발송한 때에는 발송을 한 날에 송달된 것으로 본다(특§220③, 실§44, 디§211③, 상§220③).

심판장은 당사자계 심판에 있어서 심판청구서 등의 부본 송달이 필요한 경우에는 특별한 사정이 없으면 바로 피청구인(심판참가인 포함)에게 송달하여야 한다. 다만, 피청구인이 권리자로서 재외자인 경우, 해당 권리 등록 당시 권리자로부터 심판에 관한 절차의 포괄(또는 개별)위임을 받은 대리인이 있다면, 해당 대리인에게 심판청

구에 대한 심판관지정 사실과 대리인 선임확인여부를 먼저 통지한 후, 심판청구서 등의 부본을 송달할 수 있다(심판사무취급규정 제23조제1항).

〈참 고〉

○ 대한민국 내에 주소 또는 영업소를 가지지 아니하는 자(재외자)[82]는 그 자(법인인 경우에는 대표자)가 국내에 체재하는 경우를 제외하고는 특허관리인에 의하지 아니하고는 특허에 관한 절차를 밟을 수 없다(특§5).[83]

○ 특허심판원이 이 사건 심결의 정본을 재외자(在外者)인 원고에게 상표법 제92조에 의하여 준용되는 특허법 제220조 제2항에 의하여 항공등기우편으로 발송하였고 같은 조 제3항에 의하여 발송한 날에 송달된 것으로 간주되어 발송일인 2006. 11. 30.로부터 30일이 경과한 2006. 12. 31. 이 사건 심결이 확정되었다. 그러나 원고로서는 이 사건 심결에 대한 심판청구서부본 등을 송달받지 못하여 심판청구가 계속된 사실을 처음부터 알지 못한 채 이 사건 심결이 있었고, 이 사건 심결의 정본이 항공등기우편으로 발송되었다가 반송되었으며, 이 사건 심결이 확정된 후인 2007. 3. 30.경에야 비로소 원고가 그러한 사실을 알게 되었다면, 특별한 사정이 없는 한 원고가 제소기간인 불변기간을 지키지 못한 것은 원고가 책임질 수 없는 사유로 말미암은 것이라고 보아야 한다. 따라서 원고의 이 사건 소는 추완요건을 갖춘 것으로서 적법하다(특허법원 2007. 12. 13. 선고 2007허3257 판결).



82) 내국인도 대한민국 내에 주소 또는 영업소를 가지지 아니하면 재외자에 해당됨

83) 재외자가 특허관리인에 의하지 않고 심판관련 서류를 제출한 경우는 해당서류의 반려사유에 해당된다.

# 제7절 심판서류의 열람·복사

## 1 신청

### 가. 신청인

민사소송법 제162조 제1항에 의하면, 당사자나 이해관계를 소명한 제3자는 대법원규칙이 정하는 바에 따라, 소송기록의 열람·복사를 신청할 수 있다고 규정하고 있다. 이는 재판의 심리와 판결은 원칙적으로 공개하도록 되어 있는 공개재판주의(헌법 109조)의 실현과 관련된 것이다.

특허심판서류의 열람 또는 복사를 신청할 수 있는 사람은 당사자(당사자로부터 열람·복사의 위임을 받은 사람 포함), 법정대리인 또는 특별대리인(이로부터 열람·복사의 위임을 받은 사람 포함), 소송대리인, 이해관계를 소명한 제3자, 그 밖에 법령이 허용하는 사람이다.

### 나. 요건

신청인은 제3자인 경우에는 이해관계의 존재를 소명하여야 하고, 특허법 시행규칙 별지29호 서식을 작성하여 심판서류의 열람 또는 복사를 신청하고, 특허료 등의 징수규칙이 정하는 수수료를 납부하여야 한다.

### 다. 대상서류

열람 또는 복사 신청 대상인 심판서류는 특정한 사건에 관하여 특허심판원과 당사자가 공통으로 자료로 사용할 수 있는 서면으로서 특허심판원이 보관하고 있는 것을 총칭한다. 심판서류에는 심판청구서, 답변서 및 의견서, 증거신청서, 서증의 사본, 그 밖에 당사자 또는 제3자로부터 특허심판원에 제출된 서류 등 일체의 서류를 포함한다.

## 2 처리절차

심판서류의 열람 또는 복사 신청서를 접수받은 특허심판원 복사담당자는 신청인의 자격에 대한 형식적 요건을 심사하고, 심판서류의 열람·복사의 허가 여부는 해당 서

류 등이 비밀을 요하는지의 여부에 따라 결정되며, 특허심판원은 아래 3. 및 4.에서 볼 수 있는 바와 같이 신청이 있더라도 열람·복사를 허가하지 않거나 제한할 수 있다.

## 3 신청이 있더라도 허가되지 않는 경우

심판원장은 신청이 있더라도 다음에 열거하는 서류에 대하여는 이를 허가하지 아니할 수 있다(특§216. 실§44, 디§206, 상§215).

① 출원공개 또는 설정등록되지 아니한 특허출원·실용신안출원·디자인등록출원(제55조제1항에 따른 우선권 주장을 수반하는 특허출원이 출원공개 또는 설정등록된 경우에는 그 선출원은 제외한다)에 관한 서류

② 출원공개 또는 설정등록되지 아니한 특허출원·실용신안출원의 거절결정에 대한 심판에 관한 서류

③ 공공의 질서 또는 선량한 풍속에 어긋나거나 공중의 위생을 해칠 우려가 있는 서류

④ 심판 또는 재심이 계속 중인 경우 등으로써 열람 · 복사 등이 부적당하다고 판단되는 경우(심판사무취급규정§84①).

⑤ 심판당사자가 비밀이 적혀 있는 부분에 대하여 열람 · 복사의 제한을 신청한 경우 그 비밀기재부분(단, 열람복사제한신청이 불인정되거나 열람복사제한결정이 취소된 경우는 제외)(심판사무취급규정§85).

공공의 질서 또는 선량한 풍속에 어긋나거나 공중의 위생을 해칠 우려가 있는 것은 그 서류를 제출한 자가 아니면 그 서류(서류의 일부에 그 취지의 기재 또는 첨부서류가 있을 경우는 해당되는 곳 또는 그 첨부서류)의 열람을 청구할 수 없다. 단, 「상표」에 대해서는 이에 해당하지 않는다.

## 4 결정계 심판의 열람

심결완료된 사건에 대하여는 당사자 등에게 심결(결정)등본이 송달되고, 개인정보 보호조치가 되어 있는 것에 한하여 이해관계가 있는 제3자에게 그 기록의 열람을

허가한다. 다만, 다음의 경우는 당사자(출원인)나 그의 대리인에 한하여 열람을 허가한다.

① 특허, 실용신안, 디자인에 있어서 출원공개 또는 설정등록되지 않은 것

② 비밀 디자인 및 신청서의 방식이 불비된 것

③ 공공의 질서 또는 선량한 풍속에 어긋나거나 공중의 위생을 해칠 우려가 있는 기록

## 5 당사자계 심판의 열람

심결확정 전 당사자계 심판의 서류 등은 당사자 및 이해관계를 소명한 자에 한하여 열람을 허가한다. 심결확정된 당사자계 심판의 서류 등은 당사자 등에게 심결(결정)등본이 송달되고, 개인정보가 보호조치가 되어 있는 것에 한하여 일반의 열람을 허가한다.

다만, 공공의 질서 또는 선량한 풍속을 문란하게 할 염려가 있을 때에는 당사자나 대리인 또는 이해관계를 소명한 자에 한하여 열람을 허가한다.

## 6 취소신청 사건의 열람

결정완료된 취소신청 사건의 서류 등은 취소신청인 등에게 결정등본이 송달되고, 개인정보가 보호조치가 되어 있는 것에 한하여 일반의 열람을 허가한다.

다만, 공공의 질서 또는 선량한 풍속을 문란하게 하거나 공중의 위생을 해칠 우려가 있을 때에는 취소신청인, 특허권자 및 이해관계를 소명한 자에 한하여 열람을 허가한다.

## 7 열람 거부

### 가. 심판업무에 지장을 가져올 경우

심판업무에 지장을 가져올 경우에는 열람을 거부할 수 있다. 심판정책과장은 심판 또는 재심의 계속 중으로써 열람·복사 등이 부적당하다고 판단되는 경우에는 열람·복사를 거부할 수 있다(심판사무취급규정 제84조①)

### 나. 이해관계를 소명하지 않은 제3자

심판사건의 심리 중 이해관계를 소명하지 않은 제3자의 열람복사 신청은 심판의 공정성 및 당사자의 명예와 생활의 평온을 저해할 우려가 있는 '부적당'한 경우로 보아 열람을 거부할 수 있으며, 특히 당사자계 사건에서는 양 당사자에게 개인정보·영업비밀의 유출 염려 없이 자유로운 의견제출을 보장하기 위해 심결이 확정될 때까지 열람을 거부할 수 있다.

### 다. 비밀보호를 위한 열람 등의 제한

당사자가 다음 각 호 가운데 어느 하나에 해당한다는 소명과 함께 심판기록 중 비밀이 적혀 있는 부분에 대한 열람·복사의 제한을 신청하는 경우 결정으로 열람·복사의 제공을 당사자로 한정할 수 있다.

① 심판기록 중에 당사자의 사생활에 관한 중대한 비밀이 적혀있고, 제3자에게 비밀기재부분 등의 열람을 허용하면 당사자의 사생활에 지장이 클 우려가 있는 때

② 심판기록 중에 당사자가 가지는 영업비밀(부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 제2조 제2호에 규정된 영업비밀)이 적혀 있는 때

## 8 열람 허가를 위한 이해관계의 판단 기준

이해관계를 소명한 자라 함은 다음 어느 하나에 해당하는 자를 말한다.

① 열람에 관하여 당사자(출원인, 등록권리자 등)의 동의를 받은 자

② 특허, 실용신안 또는 디자인의 등록을 받을 권리의 승계인 또는 이들의 권리를 모인한 자가 행한 출원에 대한 정당한 권리자

③ 의견제출통지 또는 이의신청(특허, 디자인, 상표)을 받은 출원인·특허(등록)권자 또는 심판청구인으로서 그 거절이유 또는 이의신청의 이유에 인용된 출원에 관한 서류 또는 기록을 열람하고자 하는 자

④ 발명·고안, 디자인 또는 상표의 실시 또는 사용에 관하여 출원인(등록권리자 등)으로 부터 경고를 받은 제3자

⑤ 법원위임장을 제출하고 해당 심판사건과의 이해관계를 소명하는 경우

⑥ 동일권리에 대하여 무효심판계속 중 정정심판이 제기된 경우

⑦ 해당 출원, 등록에 관련한 민형사 분쟁의 당사자로, 법원 계류중, 검찰 또는 경찰 입건, 불공정무역행위조사 중, 침해금지가처분 신청, 침해금지 경고장을 받은 사실 등을 소명하거나 법원, 검찰, 무역위원회에서 통보받은 경우

⑧ 결정계 사건 및 특허취소신청사건에서 출원시의 이의신청인이나 정보제출인

⑨ 결정계 사건 및 특허취소신청사건에서 출원인과 동종기술분야, 동일 물품의 제조.판매자 등 향후 등록되었을 경우, 권리대항을 받을 직접적 우려가 있는 자

⑩ 상표 거절결정불복심판에서 심결이 완료된 경우(심사결과의 확정여부와 관계없음)

신청인은 소정의 신청서를 제출하고 수수료를 납부한 후 소정의 장소에서 열람하여야 한다.

한편, 심판서류 등의 보존 연한에 대하여는 '공문서 분류 및 보존에 관한 규칙'에 따라 심결문 원본은 영구보존, 심판청구서 및 관련 중간 서류(온라인 심판청구 도입 이전 서류)는 30년으로 정해져 있다.

## 9 심결문의 공개(KIPRIS)

심결문은 특허정보넷 키프리스(www.kipris.or.kr)에 탑재되어 공개되므로 누구든지 검색하여 열람할 수 있다. 이때 공개되는 심결문은 당사자의 이름이나 주민등록번호 등을 삭제한 비실명화 과정을 거쳐 제공된다.

## 10 정보공개 신청

'공공기관의 정보공개에 관한 법률'에 따르면 모든 국민은 정보의 공개를 청구할 권리를 가진다(5조). 그리고 정보라 함은 공공기관이 직무상 작성 또는 취득하여 관리하고 있는 모든 문서를 포함한다(2조). 다만 몇가지 사항은 공개하지 않을 수 있는 예외 사유가 있다(9조).

정보의 공개를 청구하는 자는 당해 정보를 보유하거나 관리하고 있는 기관(특허심판원)에 직접 출석하거나 우편·모사전송 또는 정보통신망에 의하여 정보공개청구서를 제출할 수 있다.

따라서 당사자나 이해관계를 소명한 제3자는 민사소송법이 정하는 바에 따라 소송기록의 열람·복사 청구를 할 수 있고, 이해관계가 없는 국민이나 국내에 일정한 주소를 두고 거주하거나 학술·연구를 목적으로 일시적으로 체류하는 외국인과 국내에 사무소를 두고 있는 외국의 법인 또는 단체는 '공공기관의 정보공개에 관한 법률'에 따라 재판서(심결문)의 제공을 신청할 수 있다(5조, 공공기관의 정보공개에 관한 법률 시행령 3조).

재판서(심결문) 제공신청으로 제공되는 재판서(심결문)는 당사자의 이름이나 주민등록번호 등을 삭제한 비실명화 과정을 거쳐 제공되는 것으로 어떠한 법적 효력이 인정되지 않으며 소송당사자나 그 대리인에게 교부되는 판결정본(심결정본) 등과 차이가 있다.

# 제8절 증거물 등 보관물의 관리 및 반환

## 1 증거물 등의 관리

### 가. 개요

증거물 등이라 함은 특허심판원이 심판사건에 관하여 법령의 규정에 의해 보관하는 문서와 기타 물건으로서 제출한 당사자 또는 송부한 제3자에게 소유권 등 권리가 유보되는 것을 말한다. 예를 들면 다음과 같다.

- ○당사자가 소지한 문서와 기타 물건으로서 심판서류 또는 심판에서 인용한 것을 심판관의 석명처분에 의해 제출하게 한 것
- ○당사자 또는 제3자가 제공한 문서 기타의 물건으로서 심판원이 유치한 것
- ○서증신청자가 제출한 문서원본, 문서제출명령에 의해 제출된 문서
- ○심판원의 문서송부촉탁에 의해 송부되어 온 문서
- ○문서의 진부를 증명하기 위하여 필적 또는 인영의 대조용으로 제출 또는 송부된 대조용 문서
- ○제출되거나 송부된 검증 목적물 등으로서 심판원이 유치한 문서와 기타 물건 등

증거물 등의 수령, 대출 및 반환에 관한 사무는 심판진행절차에 따라 심판정책과 또는 심판관이 처리한다. 그러나 심판이 종료된 증거물 등에 대하여는 심판정책과장이 지정하는 자가 관리한다.

### 나. 증거물 등의 접수 및 보관

접수담당자는 증거물 등이 제출되었을 때에는 전자문서첨부서류등 물건제출서 상의 정보를 전산 입력하고 “증거물접수정보”를 출력하여 전자문서첨부서류등 물건제출서에 첨부한 후 전자화작업을 의뢰하고 증거물 등에는 바코드를 부착하여 전자문서첨부서류 등 물건제출서와 함께 심판정책과의 방식담당자에게 이관한다(심판사무취급규정 §74①).

민사소송규칙 제48조(부본제출의무)를 참고하여 심판원장은 당사자에게 동영상, CD, USB, 증거물 등 부본송달을 위해 부본송달에 필요한 수만큼 제출을 요구할 수

있다. 불가피하게 1개만 존재하는 경우를 제외하고는 부본송달에 부족한 수만큼 추가 제출할 것을 보충요구할 수 있으며, 그럼에도 1개만 제출된 경우에는 심판장의 허가를 얻어 타방 당사자에게 열람을 허가한다.

방식담당자는 전자문서첨부서류 등 물건제출서 및 증거물 등에 대한 방식심사가 완료되면 이를 증거물보관실 등에 보관하고 해당 사건의 주심 심판관에게 관련 사실을 즉시 알려야 한다.

주심 심판관은 증거물보관실 등에 보관된 증거물 등을 필요한 경우 방식심사자를 통해 대출하거나, 원하는 때에 반납할 수 있으며 방식담당자는 증거물 등을 심판부에 대출하거나 반납 받은 경우 그 사실을 증거물건관리대장에 입력하여야 한다(심판사무취급규정 §74②, ④, §75②).

주심 심판관은 심판이 종료되면 심결문 등본 발송의뢰와 동시에 해당 사건에 관한 증거물 등을 심판정책과로 반납하여야 한다. 방식심사자는 이관사실을 증거물관리대장에 입력한 후 이관받은 증거물 등을 증거물보관실 등에 보관한다(심판사무취급규정 §74③④).

### 다. 증거물 등의 대출

증거물건의 관리자가 그 보관하는 증거물건을 타 심판부 또는 법원에 일시적으로 교부 또는 송부하는 경우에는 담당심판장의 허가를 얻어야 하며, 대출의 취지, 대출영수자 및 일자 등 필요사항을 증거물건관리대장의 해당란에 입력하여야 한다(심판사무취급규정 §75).

한편, 주심 심판관은 대출 중에 심판관 지정변경 등의 사유로 다른 심판관에게 증거물 등을 이관하는 경우, 증거물품 인수인계서를 작성하고(심판사무취급규정 별지 제36호 서식) 해당 사건의 방식담당자에게 이를 제출하여야 한다(심판사무취급규정 §.75③).

당사자에게 대출은 증거물의 위·변조 우려로 허용하지 않으며, 심판장의 허가를 얻어 열람만을 허용한다.

## 2 증거물 등의 반환

심결의 확정 등으로 증거물 등을 유치할 필요가 없게 된 경우, 증거물 등에 대한 반환절차는 다음과 같다(심판사무취급규정 §76).

① 방식심사자는 사전에 당사자가 증거물 반환을 희망하지 않은 경우를 제외하고 증거물반환신청안내통지를 한다.(심판사무취급규정 §76①).

② 증거물 등은 이를 반환받을 제출자 또는 송부자에게 교부하고 수령증(심판사무취급규정 별지 제15호 서식)에 영수자의 기명·날인을 받아야 한다. 우편수령의 경우에는 증거물관리대장에 그 사실을 입력하고 우편발송번호를 수령증에 기재하여 보관하여야 한다(심판사무취급규정 §76②).

③ 반환을 희망하지 않은 증거물과 반환안내통지서에 지정한 기일(반환통지서를 공시송달한 때에는 공시송달일로부터 6주일이 경과된 때)까지 반환신청 등 수령절차를 밟지 않는 증거물 등은 심판정책과에서 폐기한다(심판사무취급규정 §76③).

주심 심판관은 분기별 1회 대출받은 증거물 등의 보관상황을 점검하고, 더 이상 대출이 불필요한 증거물 등에 대하여는 신속히 심판정책과에 반납해야 한다.

심판정책과장은 분기별 1회 증거물건관리대장상의 기록과 심판정책과에서 보관 중인 증거물 등의 보관 상황을 점검하고 유치할 필요가 없는 증거물 등에 대하여는 반환을 독촉해야 한다(심판사무취급규정 §77).

# 제9절 심판수수료

## 1 서설

심판청구와 관련된 수수료는 특허료 등의 징수규칙 제2조제3항에서 정하고 있는데, 심판청구료, 재심청구료, 정정청구료, 보정료, 심판 참가신청료, 심판관의 제척·기피 신청료, 기간연장신청료 등으로 구분하여 정하고 있다.

〈심판별 금액〉

| 심판 종류 | 심판 청구료 |
|---|---|
| 거절결정불복심판<br>정정심판<br>정정무효심판 | 가. 청구서를 전자문서로 제출하는 경우 : 매건 15만원에 특허출원 또는 특허권의 청구범위의 1항마다 1만5천원을 가산한 금액<br>나. 청구서를 서면으로 제출하는 경우 : 매건 17만원에 특허출원 또는 특허권의 청구범위의 1항마다 1만5천원을 가산한 금액 |
| 무효심판<br>특허권존속기간연장등록의 무효심판<br>권리범위확인심판<br>통상실시권허여심판 | 직접적으로 심판청구의 이유가 있는 청구항에 대하여 아래 산정한 금액. 다만, 「특허법」 제132조의2에 따른 특허취소신청의 경우에는 매건 1만1천원으로 한다.<br>가. 청구서를 전자문서로 제출하는 경우 : 매건 15만원에 특허출원 또는 특허권의 청구범위의 1항마다 1만5천원을 가산한 금액<br>나. 청구서를 서면으로 제출하는 경우 : 매건 17만원에 특허출원 또는 특허권의 청구범위의 1항마다 1만5천원을 가산한 금액 |
| 재심청구료 | 원 심판의 종류에 따라 규정에 의하여 산정한 금액 |
| 정정청구료 | 가. 정정청구서를 전자문서로 제출하는 경우: 매건 3만원에 청구범위의 1항마다 7천원을 가산한 금액. 다만, 특허이의신청과 관련되는 정정청구에 대해서는 매건 2만6천원<br>나. 정정청구서를 서면으로 제출하는 경우: 매건 4만원에 청구범위의 1항마다 7천원을 가산한 금액. 다만, 특허이의신청과 관련되는 정정청구에 대해서는 매건 3만6천원 |

## 2 심판수수료의 납부

심판수수료는 접수번호를 부여받아 이를 납부자번호로 하여 접수번호를 부여받은 날의 다음 날까지 납부하여야 한다. 심판수수료의 납부일이 공휴일(「근로자의 날 제

정에 관한 법률」에 따른 근로자의 날 및 토요휴무일을 포함한다)에 해당하는 경우에는 그날 이후의 첫번째 근무일까지 납부하여야 한다.

## 3 심판수수료의 반환

### 가. 개요

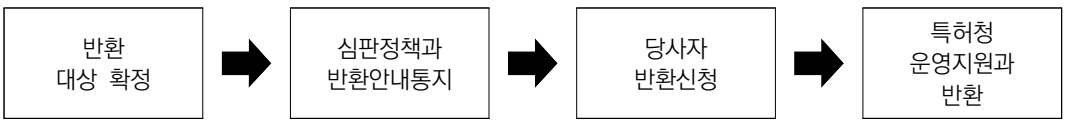
특§84①7~11, 실§20, 디§87①4~8, 상§79①3~7에 따라 심판수수료 중 전부 또는 일부를 수수료를 납부한 자의 청구에 의하여 반환한다. 다만 특허법, 실용신안법은 2016. 6. 30. 이후, 상표법, 디자인보호법은 2016. 4. 28.이후부터 심판수수료 반환제도를 시행한다.

### 나. 반환액

반환액은 심판(또는 재심) 청구료의 전부 또는 일부(2분의 1), 참가신청료의 일부(2분의 1)이다. 반환제도 시행이후 거절결정, 존속기간연장등록의 거절결정, 보정각하결정, 디자인등록취소결정(이하 '거절결정 등'이라 한다.)이 취소된 경우 심판청구료 전부를 반환한다. 다만 심판 중 보정이 있는 경우와 심사전치(종전의 「특허법」(법률 제9381호 특허법 일부개정법률로 개정되기 전의 것을 말한다) 제173조제1항에 따라 심판청구를 하고 명세서 또는 도면을 보정하여 특허청장에게 통지한 출원의 심판청구)가 있는 후 거절결정 등이 취소된 경우는 경우에는 적용하지 아니한다.

### 다. 반환요령

특허심판원장은 위 관련 규정에 따라 반환 대상이 되는 당사자에게 '수수료반환안내통지서'를 통지하여야 하고, 특허료·등록료와 수수료 및 등록세 반환요령(특허청 고시, 소관 운영지원과)에 따라 반환에 관한 통지를 받은 수신인 또는 정당하게 위임을 받은 자는 특허청장에게 서면 또는 온라인으로 반환신청할 수 있다. 이후 특허청장은 당사자에게 심판수수료를 반환하여야 한다.



## 4 수수료 미납 시 심판절차

### 가. 심판사무관의 업무처리

수수료 미납은 방식에 위반된 경우에 해당하므로 심판원장 명의로 보정(특§46)을 명할 수 있다. 보정명령을 하였으나 지정기간 내에 그 명령에 응하지 아니한 때에 심판원장은 해당 절차를 무효처분 할 수 있다(특§16, 실§3, 디§18, 상§18).

### 나. 심판관의 업무처리

심판사건에 심판합의체가 지정되면, 그 사건은 심판원장으로부터 심판장에 넘겨지게 되고 심판장이 방식심리를 한다. 이때 수수료 미납에 대해서는 심판장 명의로 보정명령을 명한다. 심판장의 보정명령을 지정기간 내에 응하지 아니한 때에 심판원장은 특허취소신청서 또는 심판청구서를 결정으로 각하한다.

# 제10절 심판서류의 반출금지 및 비밀누설죄

## 1 심판·재심서류의 반출 및 감정 등의 금지

심판·재심서류는 외부에 반출할 수 없다. 다만, 특허문서전자화업무의 위탁을 위하여 반출하는 경우, 전자정부법 제32조 제2항의 규정에 의한 온라인 원격근무를 위하여 반출하는 경우에는 이를 적용하지 아니한다(§217의2, 실§44, 디§207①, §208, 상§216①, §217).

또한, 출원·심사·특허취소신청 심판이나 재심으로 계속 중에 있는 사건의 내용 또는 특허여부결정·심결이나 결정의 내용에 관하여는 감정·증언 또는 질의에 응답할 수 없다(특§217②, 실§44, 디§207②, 상§216②).

## 2 비밀누설죄

특허청직원·특허심판원 직원 또는 그 직에 있었던 자가 직무상 지득한 출원중의 발명(국제출원 중의 발명을 포함한다) 등에 대한 비밀을 엄수할 의무가 있으며, 이러한 비밀을 누설하거나 도용한 때에는 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다(특§226, 실§46, 디§224).

전문조사기관 또는 문서전자화기관의 임·직원 또는 그 직에 있었던 자도 직무상 공개되지 않은 발명 등의 내용을 용이하게 취득할 수 있는 점을 감안하여 특허청직원 또는 그 직에 있었던 자로 본다(특§229의2, 실43, 디§226, 상§217).

# 제4장

# 심 리

제1절 방식심리 ····· 205
제2절 요지변경 ····· 224
제3절 적법성 심리 ····· 230
제4절 심판의 대상(심판물) ····· 232
제5절 심판청구의 이익
(심판청구권) ····· 235
제6절 이해관계 ····· 240
제7절 일사부재리 ····· 254
제8절 중복심판청구 ····· 267
제9절 본안심리 ····· 272
제10절 직권심리 ····· 275
제11절 서면심리 ····· 278
제12절 구술심리 ····· 279
제13절 적시제출주의 ····· 305
제14절 심판사건 설명회 ····· 307
제15절 심문 ····· 312
제16절 우선심판 ····· 314
제17절 신속심판 ····· 317
제18절 심리병합 ····· 321
제19절 심리분리 ····· 327
제20절 심판-조정 연계 ····· 328
제21절 정보제공 ····· 332

# 제4장 심 리

## 제1절 방식심리

### 1 서설

방식심사란 심판청구서 및 심판에 관한 절차가 법령에 정한 방식에 적합한지 여부를 심리하는 것을 말한다.

심판청구서는 특허법 제140조 제1항 본문의 규정에 따라 특허심판원장에게 제출하여야 한다. 심판청구서가 제출되면 소정의 방식요건을 구비하고 있는지 여부에 대하여 심판정책과는 방식심사를 하여 심판청구서가 방식에 위반된 경우에 특허심판원장은 보정을 명하여야 하고(특§46), 보정명령을 받은 자가 지정된 기간에 그 보정을 하지 아니하면 특허심판원장은 해당 심판청구절차를 무효처분할 수 있다(특§16①).

심판사건에 심판합의체가 지정되면, 그 사건은 특허심판원장으로부터 심판장에 넘겨지게 되고 심판장은 본안심리에 들어가기 전에 방식심리를 하여 심판청구서가 방식에 위반된 경우에는 심판장은 보정을 명하여야 하고(특§141①), 보정명령을 받은 자가 보정을 하지 않거나 보정한 사항이 요지변경인 경우에 심판장은 심판청구서 등을 결정으로 각하하여야 한다(특§141②).

적법성심리란 심판합의체가 심판청구 자체의 적법성 여부를 심리하는 것으로 심판청구가 적법해지기 위해 갖추어야 할 심판청구요건 내지 적법요건에 대한 심리를 말한다. 이러한 심판청구요건의 흠이 있고 그 흠을 보정할 수 없는 경우에 심판합의체는 본안심리를 하지 않고 심결로써 각하한다(특§142, 실§33, 디§129, 상§128).

【방식심리와 적법성심리 비교】

| 구분 | 방식심리(특허법 제141조) | 적법성심리(특허법 제142조) |
|---|---|---|
| 의의 | 심판청구서가 법령에 정한 방식에 적합한지 여부를 심리하는 것으로 심판장 단독명의로 처리 | 심판합의체가 심판청구 자체의 적법성 여부를 심리하는 것 |

| | 주체 | 심판장 | 심판합의체 |
|---|---|---|---|
| 요건 | 대상 | 1. 심판청구서 기재방식 위반(특§140 ①, ③, ④, ⑤ 또는 특§140의2 ① 위반)<br>- 당사자 성명 및 주소 기재방식 위반<br>- 특허고객번호 미기재 또는 오기재<br>- 대리인 미기재 또는 오기재<br>- 심판사건 오기재<br>- 청구이유 미기재<br>- 권리범위 확인심판 청구 시 설명서 및 필요한 도면 미첨부<br>- 정정심판에서 명세서 또는 도면 미첨부<br>- 기타 절차 하자 사항<br>2. 심판에 관한 절차 위반<br>① 행위능력 위반(특§3)<br>② 대리권 흠(특§6)<br>③ 수수료 미납<br>④ 이 법에서 정한 방식 위반 | 부적법한 심판청구로서 흠을 보정할 수 없는 경우<br>1. 특허심판사항이 아닌 심판청구<br>2. 실존하지 않는 자를 당사자로 하는 심판청구<br>3. 당사자능력이 없는 자의 심판 청구<br>4. 당사자적격이 없는 자의 심판청구, 즉 공유자 중의 일부만을 심판의 당사자로 하거나 이해관계 없는 자가 한 심판청구<br>5. 일사부재리에 위반된 경우<br>6. 특허심판원에 이미 계속 중인 사건에 대한 동일한 심판청구(민소§259 준용)<br>7. 심판청구시에는 적법한 심판청구였으나 심판청구 후 대상출원이 취하·포기되어 심판대상물이 소멸한 경우<br>8. 심판청구기간 경과 후의 심판청구<br>9. 심결확정 전에 재심청구되거나, 재심사유가 아닌 사유로 재심청구한 경우<br>10. 제척·기피 결정에 대한 불복<br>11. 기타 부적법한 심판청구로 그 흠을 보정할 수 없는 경우 |
| 절차 | | 보정기회 부여 | 피청구인에 답변서 제출기회 부여하지 않고 심결각하 가능. 단, 보정 가능한 것이라면 보정기회 부여해야 함 |
| 효과 | | 심판청구서 각하결정 | 심판청구 심결각하 |
| 불복 | | - 각하결정등본을 송달받은 날로부터 30일 이내에 특허법원에 소 제기<br>- 특허청장이 피고 | - 각하심결등본을 송달받은 날로부터 30일 이내에 특허법원에 소 제기<br>- 결정계 심판은 특허청장, 당사자계 심판은 원심판의 피청구인이 피고 |

## 2 주체

심판관련 서류에 대한 방식심사는 먼저 심판정책과에서 특허심판원장 명의로 이를 수행한다. 그러나 심판정책과에서 절차상 흠에 대한 방식심사를 누락하고 심판합의체가 지정되면 실체심판을 심리하는 심판부의 주심심판관이 심판장 명의로 방식심리를 수행한다.

## 3 방식위반 조사

### 가. 절차의 보정에 관한 사항

절차의 보정에 관한 것으로는 절차능력에 관한 사항, 법령에서 정한 기재방식에 관한 사항, 수수료의 납부에 관한 사항이 있다.

- 산업재산권에 관한 절차를 밟는 자의 구체적인 확인이 필요한 경우에는 증명서류의 제출을 요구할 수 있으므로(특시칙§8, 실시칙§17, 디시칙§13, 상시칙§13), 절차를 밟는 자가 권리능력 또는 당사자능력이 있는지에 관하여 방식심사 단계에서 검토한다. 예를 들면 다음과 같다.

  ① 법인출원의 경우 법인격 유무

  ② 법인이 아닌 사단 등의 당사자 능력(특§4, 실§3, 디§5, 상§5)

- 절차능력에 관한 사항은 청구인 등이 산업재산권에 관한 절차를 독립하여 수행할 수 있는지에 관한 것으로서 그 주요내용은 다음과 같다.

  ① 미성년자 등의 행위능력(특§3, 실§3, 디§4, 상§4)

  ② 재외자의 특허관리인(특§5, 실§3, 디§6, 상§6)

  ③ 무권대리 또는 대리권의 범위를 넘는 절차대리(특§6, 실§3, 디§7, 상§7)

- 법령에서 정한 방식에 관한 사항은 법령의 개별조문 또는 기재요령에서 정하고 있는 형식상의 요건에 관한 것으로서, 주요내용은 다음과 같다.

  ① 법령에서 정한 필수적 사항 기재여부
  “OOO를 기재하여야 한다” 또는 “OOO를 기재한”의 표현 등

  ② 기본서류와 첨부서류의 관계
  “OOO를 첨부하여야 한다” 또는 “OOO를 첨부한” 등의 표현

기본서류의 기재사항과 첨부서류와의 일치여부
첨부서류(증명서)의 불비여부

③ 인장(서명)등의 의사표시 확인
제출인이 "기명·날인하여야 한다" 등의 표현

④ 법령에서 정한 기간의 준수여부

심판청구 수수료 등에 관한 사항은 법령에서 정한 기간 내에 소정의 수수료를 납부하였는지에 관한 것으로서, 수수료의 납부절차 및 납부액은 "특허료 등의 수수료의 징수규칙"에서 구체적으로 정하고 있는 기준에 의하여 판단한다.

**나. 필수적 첨부서류 미비**

심판청구서에 반드시 첨부할 서류를 법령에 따라 열거하면 다음과 같으며, 이들이 미비된 경우 보정을 명한다.

① 법인이 아닌 사단 또는 재단으로서 대표자 또는 관리인이 정하여져 있고 그 사단 또는 재단의 이름으로 절차를 밟는 경우

대표자 또는 관리인의 자격을 증명하는 서면(특§4)

② 미성년자, 피한정후견인, 피성년후견인 등이 절차를 밟는 경우

법정대리권을 증명하는 서면이나 또는 미성년자나 피한정후견인이 독립하여 법률행위를 할 수 있다는 것을 증명하는 증명서(특§3, 특시칙§5, 실§4, 실시칙§17, 디§4, 디시칙§7, 상§4, 상시칙§2)

③ 특허관리인 또는 위임에 의한 대리인이 절차를 밟는 경우

대리인을 증명하는 서면(특§7, 특시칙§5, 특시칙§7, 실§3, 실시칙§17, 디§8, 디시칙§7, 상§8, 상시칙§2)

④ 2인 이상이 공동으로 절차를 밟음에 있어 그 대표자를 선정한 경우

해당사실을 증명하는 서면(특§11, 특시칙§6, 실§3, 실시칙§17, 디§13, 디시칙§11, 상§13, 상시칙§6)

⑤ 권리를 받을 권리의 승계인이 그 절차를 밟는 경우

권리의 승계를 증명하는 서면, 그 권리가 공유인 때에는 타 공유자의 동의서(특

§38, 특시칙§7, §26, 실§11, 실시칙§17, 디§57, 디시칙§12, §10의12, 상§48, 상시칙§9, §84)

⑥ 정정심판을 청구하는 경우

특허권에 관한 전용실시권자, 직무발명에 의한 통상실시권자, 허락에 의한 통상실시권자, 질권자가 있을 때에는 그 전용실시권자 등의 동의서(특§136⑦, 특시칙§7②, 실§33, 실시칙§17)

정정한 명세서 또는 도면(특§140⑤, 실§33)

정정 전후 대비표

⑦ 무효심판 및 정정의 무효심판 절차에서 정정을 청구하는 경우

위의 ⑥과 같다(특§133의2③, 137④, 실§33).

⑧ 권리범위 확인심판의 경우

특허·실용신안의 경우 특허발명 등과 대비될 수 있는 확인대상 발명·고안의 설명서 및 필요한 도면(특§140③, 실§33)

디자인의 경우 등록디자인과 대비될 수 있는 확인대상 디자인의 도면(디§126③)

상표의 경우 등록상표와 대비될 수 있는 상표견본 및 그 사용상품목록(상§125③)

⑨ 위임장, 국적증명서, 기타 서면으로서 외국어로 기재된 경우

그 번역문(특시칙§6, 실시칙§17, 디시칙§6, 상시칙§15)

⑩ 심판청구인이 성명 또는 명칭을 변경한 경우

그 변경을 증명하는 서면(특시칙§9③, 실시칙§17, 디시칙§14③, 상시칙§16③)

### 다. 출원번호 또는 등록번호에 잘못이 있는 경우

출원번호 또는 특허(등록)번호 표시에 잘못이 있는 경우, 심판장(주심심판관)은 청구인을 심문하고 그 회답을 기다려 처리한다. 다만, 심판관 지정 이전 단계에서는 방식담당자가 특허심판원장 명의로 보정을 요구한다.

청구인이 보정서를 제출하였고, 심판청구서에 표시된 특허(등록)번호 또는 출원번호의 잘못이 단순한 오기인 경우와 같이 그 잘못을 보정하는 것이 청구서의 요지를

변경하는 것이 아닐 때에는 그 보정을 인정한다.

한편, 보정서가 제출되었으나 심판청구서에 표시된 권리번호 또는 출원번호의 잘못을 보정하는 것이 청구서의 요지를 변경하는 것으로 되는 때에는 심결로써 그 청구를 각하한다. 이 때 보정을 인정할 수 없는 경우의 예는 다음과 같다.

○ 심판청구서 부본이 상대방에게 송달된 경우

○ 잘못 청구된 특허(등록)번호로 예고등록이 이루어진 경우

○ 심판청구 전체 취지로 보아 청구서의 요지를 변경하는 것으로 판단되는 경우 등

또한, 심문에 대하여 청구인으로부터 아무런 회답이 없는 때 또는 보정서의 제출이 없는 때는 그 청구는 심결로써 각하한다.

### 라. 청구이유의 보충이 있는 경우

심판, 재심의 청구에 있어서는 당사자는 심리종결 전까지 그 이유를 분명하게 하여야 한다. 심판, 재심의 청구에 대하여는 심리종결까지는 이유를 보충할 수 있다(특§140, §140의2, §184, 실§33, 디§126, 127, 164, 상§125, §126, §161).

이유의 보충에 있어서는 신청, 청구의 취지를 변경하지 아니하는 한 최초 신청한 이유의 일부 또는 전부를 정정하고 다시 새로운 이유를 추가할 수 있다(특§140②, 실§33, 디§126②, 상§125②, §126②). 다만, 실용신안 선등록에 있어 청구이유의 요지를 변경할 수 없으나, 2001. 7. 1. 이후 출원에 대한 심판청구건은 청구이유의 요지를 변경할 수 있다(구실§55②).

심리종결 통지 후에 이유보충서가 제출된 때에는 그 내용에 따라 심리재개의 필요가 있는지의 여부를 검토하고 그 필요가 있을 때에는 심리를 재개하지만 만약 그 필요가 없다고 인정될 때에는 그 보충서를 보관한 후 신청이 있으면 반환한다(특시칙§66, 실시칙§17, 디시칙§81, 상시칙§70).

심결문등본 발송 후에 제출된 이유보충서는 반려 처분할 수 있다.

### 마. 청구이유의 기재가 없는 경우

심판청구의 이유를 기재하는 것은 특§140①3, 특§140의2①6(실§33, 디§126①4, 127①7, 상§125①4, 126①7)의 규정에 의하여 필수사항으로 되어 있다.

심판청구의 이유는 심사전치 또는 심판에서의 심리를 함에 있어서 심사관 및 심판관이 청구인의 주장을 신속하고 명확하게 파악하기 위하여 중요하므로 심판청구를 할 때 심판청구의 이유를 실질적인 내용을 명확하게 기재하여야 한다.

「청구의 이유」란에 실질적 이유가 기재되어 있지 않은 경우에는 특§141①1(실§33, 디§128①1, 상§127①1)에 의하여 보정을 명하여야 하고 지정기간 내에 보정을 하지 않은 경우에는 특§141②(실§33, 디§128②, 상§127②)의 규정에 의하여 결정으로 심판청구서를 각하하여야 한다. 다만, 특허·실용신안·디자인에 대한 거절결정불복심판에서 심사전치(2009. 6. 30. 이전 출원 건) 대상사건 중 청구의 이유를 기재하지 않은 경우에는 심사전치가 종결된 후에 심판장 명의로 청구의 이유 기재를 위한 보정을 명한다(구특§140의2③, §141①, 구실§33, 구디§72).

다음과 같은 경우에도 실질적으로 청구의 이유가 기재되지 않은 것으로 취급한다.

① 「상세한 내용은 추후에 보충한다」등과 같이 후일 보충할 취지의 의사만 기술되어 있는 경우

② 「원결정에 불복한다」등과 같이 원결정의 결론자체를 승복할 수 없다는 취지의 의사만 기술되어 있고 구체적으로 승복할 수 없는 점이 기술되어 있지 않은 경우

③ 원결정에 도달한 경과만 기술되어 있는 경우

④ 위 ① ~ ③의 조합에 상당하는 것만이 기술되어 있는 경우

다만, 판례에서는 심판청구이유의 기재는 청구원인이 특정되면 족하다고 판단하고 있으므로 청구이유 기재여부는 심판사건별로 청구원인이 특정되는지 여부를 살펴 판단하여야 할 것이다.

심판정책과 방식담당자의 방식심사를 거쳐 심판부에 이관된 사건에 있어서도 심판청구의 이유가 실질적으로 기재되어 있지 않은 경우에 상당하는 것이 있을 수 있다. 이러한 경우에는 합의체의 심판장에 의하여 심문할 필요가 있다.

### 바. 결정계 심판에서의 방식위반 조사

청구서의 형식적 기재사항인 청구인, 법정대리인, 위임대리인, 사건의 표시, 청구의 취지 및 이유 등의 기재와 날인의 유무, 청구 대상물의 인정(출원번호) 및 법정수수료가 납부되었는지 등을 점검한다(특§140, §140의2, 특시칙§57, 실§33, 실시칙

§14, 디§126, §127, 디시칙§71, 상§126, 상시칙§60).

① 출원이력, 위임장 등과 대조하여 청구인(출원인) 적격의 유무 확인

② 공동출원인 전원이 공동으로 심판을 청구하였는지 여부(특§139, 실§33, 디§125, 상§124)

③ 법정대리권 또는 위임대리권의 유무 및 그 범위 확인(특§6, §7, 실§3, 디§7, §8, 상§7, §8)

④ 심판청구가 법정기간 내에 되었는지 여부(특§132의3, 2001. 2. 3 개정 전 특§132의4, §180, 실§33, 디§119, 120, 160, 상§115, §116, §159)

- 특허 무효심판이 심판원에 계속 중에 정정심판이 청구되었는지 여부

⑤ 필요 첨부서류의 유무 확인

**사. 당사자계 심판에서의 방식위반 조사**

심판청구가 법정방식에 적합한지의 여부 특히 청구서의 형식적 기재사항인 청구인, 피청구인, 법정대리인, 위임대리인, 심판사건의 표시, 청구의 취지 및 이유 등의 기재 및 날인의 유무, 청구 대상물의 확정(등록번호), 법정수수료의 납부 여부 등을 점검한다(특§140, 특시칙§57, 실§33, 실시칙§14, 디§126, 디시칙§71, 상§125, 상시칙§60).

① 당사자의 확인

실재하는 진실의 당사자와 일치하는지를 위임장, 등기부등(초)본, 등록원부 등과 대조

② 당사자능력·절차능력의 유무 확인

③ 당사자 적격의 유무, 공유 권리에서 공동심판 청구인지의 여부(특§139, 실§33, 디§125, 상§124)

④ 법정대리권 또는 위임대리권의 유무 및 그 범위(특§6, §7, 실§3, 디§7, §8, 상§7, §8)

⑤ 심판이 적법한 기간 내에 청구되었는지 여부 확인

- 재심청구가 법정기간 내에 되었는지 여부(특§180, 실§33, 디§160, 상§159)

- 특허·실용신안의 무효심판절차에서의 정정청구가 지정된 기간이내에 되었는지 여부(특§133의2①, 실§33)

⑥ 필요 첨부서류의 유무 확인

- 정정심판에 있어서 정정한 명세서 또는 도면(특§140⑤, 실§33)
- 권리범위 확인심판: 특허·실용신안의 경우 특허발명·등록실용신안과 대비될 수 있는 설명서 및 필요한 도면(특§140③, 실§33), 디자인의 경우 등록디자인과 대비될 수 있는 도면(디§126③), 상표의 경우는 등록상표와 대비될 수 있는 상표견본 및 그 사용상품목록(상§125③)

⑦ 정정청구, 정정심판, 정정 무효심판에서 명세서 또는 도면에 대하여 정정하는 경우

- 전용실시권자, 통상실시권자, 질권자, 동의서 유무 여부(특§133의2③, 136⑦, 137④)

⑧ 무효심판의 경우

- 특허권의 전용실시권자, 기타 특허에 관하여 등록을 한 권리를 가지는 자에게 심판청구가 있다는 통지를 하기 위한 등록원부 조사(특§85, §133④, 실§18, §31④, 디§88, §121④, 상§80, 117⑤).

### 아. 유의사항

포괄위임을 받아 심판에 관한 절차를 밟고자 하는 경우에는 포괄위임등록번호를 심판관련 서류에 기재함으로써 위임장의 제출을 생략할 수 있다(특시칙§5의2③, 실시칙§17①, 디시칙§8③, 상시칙§3③).

특허고객번호 및 대리인번호는 출원절차와 데이터를 공유하고 있으므로 출원단계에서 특허고객번호 및 대리인번호 관련사항(주소·전화번호 등)이 변경될 경우 심판관련 전산자료가 동시에 변경되므로 서류 송달 시 유의한다.

## 4 방식심리에 따른 조치

방식심사 결과, 결함의 유무 또는 사유에 따라 심판관련 서류의 반려(특시칙§11, 실시칙§7, 디시칙§24, 상시칙§25), 보정명령(특§46, 실§11, 디§47, 상§39), 증명서류의 제출(특시칙§8, 실시칙§27, 디시칙§13, 상시칙§13) 등의 조치를 취한다.

【기재사항의 결함 유형별 처리 】

| 기재사항 | 반려대상 | 보정·직권정정대상<br>(보정 불인정 포함) |
|---|---|---|
| 청구인, 피청구인 성명, 주소 | 미기재 | 오기재 |
| 대리인(법정대리인) | - | 미기재, 오기재 |
| 사건의 표시 | 출원·등록·심판번호 미기재 | 오기재, 기타사항 |
| 제출원인 번호, 일자 | - | 미기재, 오기재 |
| 보정할 사항 | 미기재 | 오기재 |
| 청구의 이유 | - | 미기재 |
| 명세서 | 누락, 미기재 | - |
| 증명(첨부)서류 | - | 미제출 |
| 심판청구 취하 | ① 취하의 대상이 불명한 것<br>② 청구인의 주소, 성명, 인감 등의 누락<br>③ 동의서(답변서 제출 후 필요)의 불비<br>④ 심결 확정 후 취하<br>⑤ 취하대상 서류명 미기재·오기재 | ① 위임사항 중 취하에 관한 특별수권 누락<br>② 법정대리권 누락 |
| 변경서류 | 변경사항 미기재 | 변경전 사항 미기재, 오기재 |
| 특허고객번호 | - | 미기재, 오기재 |
| 기간연장의 표시 | - | 미기재, 오기재 |
| 수수료 | - | 미납, 과오납 |

### 가. 반려

특허심판원장은 방식심사 결과 심판청구서 이외의 제출서류가 본질적인 요건을 갖추지 못하여 법적 효과를 인정할 수 없는 흠이 있고 보정에 의하여도 그 흠을 치유할 수 없는 경우에는 해당 서류를 반려하는 것이 원칙이다.

#### 1) 반려이유

심판청구서 이외의 중간서류가 다음에 열거하는 사항에 해당되는 때에는 절차를 밟기 위한 기간이 정하여져 있기 때문에 해당 서류를 반려 하는 것이 현저하게 불합리한 결과로 되는 경우를 제외하고는 해당서류를 심판청구인 또는 제출인에게 그 이

유를 명시하여 반려할 수 있다. 반려를 하고자 할 때에는 반려이유를 통지하고 상당한 기간을 정하여 소명서를 제출할 수 있는 기회를 주어야 한다(특시칙§11, 실시칙§17, 디시칙§24, 상시칙§25).

【반려 이유】

○ 제출취지가 불명인 서류·기타 물건으로서 절차를 밟은 때

○ 절차를 밟는 자의 성명(명칭)이 기재되지 아니한 서류로 절차를 밟은 때

○ 심결 또는 결정등본 발송 후에 의견서, 이유보충 답변서 등의 서류를 제출한 때

○ 법정 또는 지정기간의 연장을 신청한 경우에 그 기간연장이 법률상 허용되지 않는 것일 때 또는 그 기간만료 후에 연장신청을 한 때(특§15, 실§3, 디§17, 상§17)

○ 1통의 서류로 2이상의 청구에 대하여 절차를 밟은 때(특시칙§11①1, 실시칙§17, 디시칙§24①5, 상시칙§25①3)

○ 다음 서류가 첨부되지 않은 때
- 절차보정서에 첨부하여야 할 서류(물건)가 첨부되어 있지 않은 때
- 물건제출서에 물건이 첨부되어 있지 아니한 때
- 대표자 선임신고서에 누가 대표자로 되는 것인지의 기재가 없는 때 또는 대표자임을 증명하는 서류가 첨부되지 아니한 때
- 정보(성명, 명칭) 변경(경정)신고서에 새로운 성명(명칭)의 기재가 없는 때 또는 변경(경정)을 증명하는 서류가 첨부되지 아니한 때
- 출원인 명의변경신고서에 승계인의 성명(명칭) 또는 주소가 기재되지 아니한 때 또는 승계인이라는 것을 증명하는 서류가 첨부되지 아니한 때
- 대리인선임(대리인변경, 대리인해임, 대리인사임) 신고서에 선임한 대리인의 성명(명칭) 또는 주소가 기재되지 아니한 때 또는 대리인의 선임을 증명하는 서류가 첨부되지 아니한 때

○ 사건의 표시가 기재되어 있지 아니한 때 또는 불명한 서류로 절차를 밟은 때

○ 극히 지워지기 쉬운 것을 사용하여 작성한 서류를 제출한 때

○ 국어로 쓰여지지 아니한 서류로 절차를 밟은 때(특시칙§11①4, 실시칙§17, 디시칙§24①10, 상시칙§25①4)

○ 재외자가 국내에 체재하는 경우를 제외하고는 국내에 주소를 가진 대리인에 의하지 아니하고 절차를 밟은 때

○ 절차를 밟는 자의 성명 또는 주소가 청구서 등에 이미 제출된 서류에 기재된 것과 다른 성명 또는 주소가 기재된 서류로 절차를 밟은 때

○ 절차를 밟는 자의 인감이 날인(전자문서의 경우에는 전자서명)되지 않은 서류, 불명한 인감이 날인되어 있는 서류 또는 이미 제출된 서류의 인감과 다른 인감이 날인되어 있는 서류로 절차를 밟은 때

○ 발명(고안)의 명칭, 디자인의 대상이 되는 물품 또는 상품류가 청구서 등에 기재된 것과 다르게 기재한 서류를 출원취하 또는 포기, 심판청구의 취하 또는 출원인 변경신고 한 때

○ 결정계 심판에 있어서 참가신청서의 제출이 있는 때

○ 절차보정명령에 대하여 그 명령의 취지에 적합하지 않는 절차보정서로서 절차를 밟은 때

○ 이 법 또는 이 법에 의한 명령이 정하는 기간 이내에 제출되지 아니한 서류인 경우(특시칙§11①7, 실시칙§17, 디시칙§24①1, 상시칙§25①13)

○ 이 법 또는 이 법에 의한 명령이 정하는 기간 중 연장이 허용되지 아니하는 기간에 대한 기간연장신청서인 경우(특시칙§11①8, 실시칙§17, 디시칙§24①2, 상시칙§25①14)

○ 심판의 청구기간 또는 특허청장·특허심판원장·심판장 또는 심사관이 지정한 기간을 경과하여 제출된 기간연장신청서인 경우(특시칙§11①9, 실시칙§17, 디시칙§24①4, 상시칙§25①7)

○ 특허에 관한 절차가 종료된 후 그 특허에 관한 절차와 관련하여 제출된 서류인 경우(특시칙§11①10, 실시칙§17, 디시칙§24①18, 상시칙§25①15)

○ 해당 특허에 관한 절차를 밟을 권리가 없는 자가 그 절차와 관련하여 제출한 서류인 경우(특시칙§1①11, 실시칙§17, 디시칙§24①13, 상시칙§25①18)

○ 정보통신망이나 전자적 기록매체로 제출된 특허출원서 또는 기타의 서류가 특허청에서 제공하는 소프트웨어 또는 특허청 홈페이지를 이용하여 작성되지 아니하였거나 전자문서로 제출된 서류가 전산정보처리조직에서 처리가 불가능한 상태로 접수된 경우(특시칙§11①13, 실시칙§17, 디시칙§24①17, 상시칙§25①17)

- ○ 특허출원서에 첨부된 명세서 또는 도면의 보정 없이 재심사를 청구하거나 특허법 제67조의2 제1항 단서에 해당하여 재심사를 청구할 수 없는 경우(특시칙§11①19, 실시칙§17)
- ○ 특허법 제52조 제1항 단서에 따라 국어번역문이 제출되지 아니하거나 특허법 제53조 제1항 제2호, 특허법 제59조 제2항 제2호 또는 특허법 제64조 제2항 제2호에 해당하는 경우(특시칙§11①20, 실시칙§17)
- ○ 동일한 출원인 등이 이미 제출한 서류와 중복되는 서류를 제출한 경우(특시칙§11①21, 실시칙§17, 디시칙§24①19, 상시칙§25①19)

### 2) 반려절차

특허심판원장은 서류를 반려하고자 하는 경우에는 심판청구인 또는 제출인에 대하여 심판서류 등을 반려하겠다는 취지, 반려이유 및 소명기간을 기재한 서면을 송부하여야 한다.

다만, 서류제출 명령을 받은 자가 정당한 소명 없이 소명기간 내에 제출하지 아니한 경우에는 반려이유를 기재하여 즉시 심판서류 등을 반려한다(특시칙§11②, 실시칙§17, 디시칙§24, 상시칙§25②).

### 3) 반려이유 통지에 대한 소명

반려이유통지를 받은 청구인 등이 소명하고자 하는 경우에는 소명기간 내에 소명서(특허법시행규칙·실용신안시행규칙 별지 제40호 서식, 디자인보호법시행규칙·상표법시행규칙 별지 제1호 서식)를 제출하고, 소명 없이 심판서류 등을 소명기간 이내에 반려 받고자 하는 경우에는 특허법 시행규칙 별지 제8호 서식의 반려요청서를 특허심판원장(심판정책과)에게 제출하여야 한다.

소명서는 반려이유에 대한 설명 또는 증빙의 성격을 갖는 것이므로 소명서 자체로서 반려이유통지의 대상이 된 서류의 내용을 변경하고자 하는 것은 허용되지 아니한다.

특허심판원장(심판정책과)은 청구인 등으로부터 반려요청을 받은 때, 청구인 등이 소명기간 이내에 소명서 또는 반려요청서를 제출하지 아니하거나 제출한 소명의 내용이 이유 없다고 인정되는 때에는 소명기간이 종료된 후 바로 심판서류 등을 반려한다(특시칙§11④, 실시칙§17, 디시칙§24④, 상시칙§25④).

### 나. 보정명령

방식심사 결과, 반려사항에 해당되지는 아니하지만 절차상 하자가 있는 경우에는 기간을 정하여 보정을 명한다(특§141, 실§33, 디§128, 상§127).

#### 1) 보정명령을 해야 하는 유형

##### 가) 심판청구서 방식위반

특허법 제141조 제1항 제1호(실§33, 디§128①1, 상§127①1)의 규정에 의한 심판청구서가 방식에 위반한 경우란, 심판청구서가 심판청구서식{특시칙§57(별지 제31호 서식), 실시칙§17, 디시칙§71, 상시칙§60}에서 정한 청구서의 기재요건을 구비하고 있지 않은 것을 말한다.

특허법 제141조 제1항 제2호(실§33, 디§128①2, 상§127①2)의 규정에 의한 절차가 방식에 위반된 경우란 심판청구서 이외에 심판 관련 절차 즉, 참가신청서, 기피신청서, 증거보전신청서, 정정청구서 등이 절차의 필수적 기재요건을 구비하고 있지 않는 것과 수수료의 불납 및 대리인의 위임장이 첨부되어 있지 않은 것 등을 말한다.

※ 특허·실용신안·디자인에서 심사전치 대상 사건(2009. 6. 30. 이전 출원 건)에 대해서는 심판관을 바로 지정하지 않으므로 심판청구서 기재요건을 충족시키지 않은 경우까지 포함하여 특허심판원장 명의로 특허법 제46조(실§11, 디§47조)에 따라 보정명령을 한다. 심사전치가 종결된 후에는 심판합의체가 지정되므로 청구이유를 기재하지 않은 경우에는 심판장 명의로 청구의 이유 기재를 위한 보정을 명한다(구특§140의2③, §141①, 구실§33, 구디§72).

##### 나) 흠에 대한 보정

특허법 제141조 제1항(실§33, 디§128①, 상§127①)에는 다음과 같은 경우 심판장은 보정을 명하여야 한다고 규정하고 있다. 즉, 심판청구서에 당사자의 성명 및 주소(법인인 경우에는 그 명칭 및 영업소의 소재지), 대리인이 있는 경우에는 그 대리인의 성명 및 주소나 영업소의 소재지(대리인이 특허법인인 경우에는 그 명칭, 사무소의 소재지 및 지정된 변리사의 성명), 심판사건의 표시, 청구의 취지 및 그 이유, 정정심판을 청구하는 경우에는 정정한 명세서 또는 도면을 첨부하지 않은 경우 등이다.

심판청구서를 보정하는 경우 그 요지를 변경할 수 없다.

### 2) 보정명령의 절차

① 심판정책과는 심판청구에 따라 청구서 등의 방식을 심사하고 위반 또는 의문이 있는 사항을 발견한 때에는 특허넷에서 보정요구서를 작성하고 심판부로 이관한다. 특히 보정요구서의 내용은 보정할 사항, 보정명령의 근거규정, 보정기간 등 청구인 또는 신청인이 이해하기 쉽게 상세하고 구체적으로 작성·입력한다.

② 보정사항, 심문사항에 대하여 보정명령 또는 심문을 하여야 할 것은 소정서식에 그 내용을 기재하고 이하 절차를 밟는다.

※ 심문(審問)은 특허법 제147조 제3항(실§33, 디§134③, 상§133③)에 의거 청구의 적법요건 구비에 대하여 사실관계를 분명히 하기 위하여 또는 심판청구서 등의 표시를 정확하게 하였는지 확인하기 위하여 또는 본안 심리 후 사실관계를 명확하게 할 필요가 있는 때에 심판장이 행한다. 심문에 대하여 당사자가 불응하더라도 이를 유일한 이유로 하여 심판청구서를 각하할 수 없다.

③ 특허심판원장(심판정책과장) 또는 심판장(주심심판관)의 보정요구서에 대한 결재가 있는 이후 심판정책과 방식심사자는 통상의 규칙에 따라 절차를 밟는다.

④ 절차의 보정명령에 따른 보정기간은 1월 이내의 기간으로 한다(특시칙§16, 실시칙§17, 디시칙§29, 상시칙§32).

### 3) 보정명령의 효과

보정명령을 하였으나 지정기간 내에 그 명령에 응하지 아니한 때에 특허심판원장이 보정명령을 한 경우 해당 심판청구절차를 무효처분할 수 있고(특§16, 실§3, 디§18, 상§18), 심판장이 보정명령을 한 경우에는 결정으로서 특허취소신청서 또는 심판청구서를 각하하며, 특허, 실용신안, 상표(디자인은 제외)의 경우에는 해당 절차와 관련된 청구나 신청도 각하결정의 대상이 된다(특§132의5, §141②, 실§33, 디§128②, 상§127②).

보정을 위한 지정기간은 불변기간이 아니므로 보정기간이 경과한 이후 심판청구서 또는 중간서류가 각하되기 이전에 보정이 이루어진 경우에는 적법한 보정으로 보고 심리를 진행한다.

### 가) 무효처분과 무효처분의 취소

심판청구서는 특허심판원장에게 제출하여야 하고, 심판합의체가 지정되기 이전이라면 심판청구서가 방식에 위반된 경우 특허심판원장이 보정(특§46)을 명할 수 있다. 특허심판원장은 보정명령을 받은 자가 지정된 기간 이내에 '그 보정을 하지 아니하면' 그에 관한 절차를 무효로 할 수 있다(특§16①, 실§3, 디§18①, 상§18).

무효 처분 시에는 그 이유를 명시하여 서류의 제출인에게 통지하여야 하며, 통지서에는 행정심판 또는 행정소송의 제기가 가능하다는 예고문을 부기한다.

'그 보정을 하지 아니하면'이란 보정명령을 받은 자가 지정기간 내에 보정서 또는 지정기간연장신청서를 제출하지 아니하거나, 제출된 보정서가 절차상의 하자를 치유하지 못한 경우가 해당된다.

무효처분의 대상이 되는 서류 또는 효력의 범위는 특허법 제16조 제1항이 "그 보정을 하지 아니하면 특허에 관한 절차를 무효로 할 수 있다"고 규정하고 있으므로, 해당 절차에 한하여 무효로 할 수 있다.

따라서 청구서에 대하여 보정명령을 하고 하자가 치유되지 않은 경우에 하는 무효처분은 청구서의 전체가 절차무효가 되는 반면에, 특허심판원장이 보정서 등 중간서류에 하자가 있어 보정명령을 하고 이를 무효 처분한 경우에는 해당 절차만이 무효로 된다.

특허심판원장은 신청·청구 및 기타의 절차가 무효로 된 경우에도 그 기간을 지키지 못한 것이 보정명령을 받은 자가 '책임질 수 없는 사유'에 의한 것으로 인정될 때에는 그 사유가 소멸한 날부터 2개월 이내에 보정명령을 받은 자의 신청에 의하여 그 무효처분을 취소할 수 있다.

※ 무효처분 취소에 대한 판례: 구특허법 제32조 제2항에 규정된 이른바 해태결과의 면제는 동조 제1항에 규정된 바와 같이 출원, 청구 및 기타의 절차를 밟은 자가 그 후의 행위에 대하여 지정기간을 해태하거나 등록을 받을 때에 납부하여야 할 특허료의 납부를 하지 아니한 때에 특허법에 다른 규정이 있는 경우를 제외하고 특허청장이 그 출원·청구 및 기타의 절차를 무효로 한 경우에만 그 적용이 있고, 특허법 제77조 제3항에 규정된 바와 같은 등록된 특허권자가 특허료를 추납기간 내에 특허료를 추납하지 아니하여 특허료를 납부할 기간이 경과한 때에

소급하여 특허권이 소멸되는 것으로 간주되는 경우에는 그 적용이 없다(대법원 82. 12. 14. 선고 82누264 판결).

다만, 지정된 기간의 만료일로부터 1년이 경과한 때에는 그러하지 아니하다(특§16②, 실§3, 디§18②, 상§18②).

'보정명령을 받은 자가 책임질 수 없는 사유'란 일반인이 보통의 주의를 다하여도 피할 수 없는 사유로 천재·지변 기타 불가피한 사유가 해당됨은 물론이며, 심판실무에서 무효처분의 서류를 당사자가 아닌 자에게 송달한 경우에는 본인이 책임질 수 없는 사유에 해당되나, 공시송달사실을 몰랐다는 이유는 특별한 사유가 없는 한 책임질 수 없는 사유에 포함되지 않는다.

절차의 보정명령을 받은 자가 무효처분을 취소 받고자 하는 경우에는 특허법 시행규칙 별지 제10호 서식에 의한 기간경과구제신청서에 기간경과이유를 증명할 수 있는 서류 1통, 대리인의 경우 그 대리권을 증명하는 서류 1통을 첨부하여 특허심판원장에게 제출하여야 한다(특시칙§17, 실시칙§17, 디시칙§30, 상시칙§8).

무효처분을 취소한 경우에는 그 결과를 신청인에게 통보하며, 무효처분취소통지서에 무효처분을 취소한 때부터 당초 보정기간에 해당하는 기간 내에 보정할 수 있다는 취지를 병기하여 보정할 수 있도록 한다.

한편, 무효처분 후 무효처분취소 전까지 심판에 관한 절차가 진행된 경우에는 사안별로 검토하여 무효처분의 취소여부에 따른 영향과 신뢰 보호원칙 등을 고려하여 그 절차 및 심판결과의 효력 여부를 인정한다.

#### 나) 결정각하

심판장이 보정명령을 하였으나 지정기간 내에 그 명령에 응하지 아니한 경우에는 결정으로서 심판청구서를 각하한다. 심판청구서에 대한 각하결정에 대하여 불복하고자 하는 자는 결정등본을 송달받은 날로부터 30일 이내에 특허법원에 소를 제기할 수 있다.

【결정각하문 사례】

① 보정기간이 경과된 경우

> 청구인은 이 사건 심판을 청구함에 있어 심판청구서에 청구의 이유를 기재하지 아니하였는바, 이에 심판장은 기간을 정하여 그 흠의 보정을 명하였음에도 불구하고 지

정된 기간(2000. 00. 00.)이 지난 현재까지 이를 보정하지 아니하였음이 명백하다.
그러므로 (특허법 제141조 제2항의 규정에 의하여, 디자인 보호법 제128조 제2항의 규정에 의하여, 상표법 제127조 제2항의 규정에 의하여) 이 사건 심판청구서를 각하하기로 하여 주문과 같이 결정한다.

② 보정기간 경과 및 수수료 불납의 경우

청구인은 이 사건 심판청구를 함에 있어 심판청구서에 청구의 이유를 기재하지 아니하고 소정의 수수료를 납부하지 아니하였는바, 이에 심판장은 기간을 정하여 그 흠을 보정할 것을 명하였음에도 불구하고 지정된 기간(2000. 00. 00.)이 지난 현재까지 이를 보정하지 아니하였음이 명백하다.
그러므로 (특허법 제141조 제2항의 규정에 의하여, 디자인보호법 제128조 제2항의 규정에 의하여, 상표법 제127조 제2항에 의하여) 이 사건 심판청구서를 각하하기로 하여 주문과 같이 결정한다.

### 다. 서류제출명령

#### 1) 제출하게 할 수 있는 서류

특허심판원장 또는 심판장은 심판에 관한 절차를 밟는 자에 대한 구체적인 확인이 필요하다고 인정되는 때에는 다음의 서류를 제출하게 할 수 있다(특시칙§8①, 실시칙§17, 디시칙§13①, 상시칙§13①).

① 가족관계등록부, 주민등록표 등·초본(외국인의 경우에는 국적증명서), 그밖에 당사자를 확인할 수 있는 서류

② 심판에 관한 절차를 밟는 자가 법인인 경우에는 법인임을 증명하는 서류

③ 인감증명서(작성 후 6개월 이내의 것이어야 하며, 인감증명제도가 없는 외국인의 경우에는 이에 준하는 증명서)

④ 서명에 대한 공증서(외국인 경우에는 본인의 서명을 하였다는 본국관서의 증명서면을 포함한다)

특시칙§8①, 실시칙§17, 디시칙§13①, 상시칙§13①에 해당함에 불구하고 「전자정부법 시행령」제43조에 따른 공동이용 대상 행정정보에 해당하는 서류에 대해서는

동법 제39조 제1항에 따라 행정정보 공동이용센터를 통하여 확인하여야 한다. 다만, 이를 통하여 확인할 수 없거나 특허에 관한 절차를 밟는 자가 「전자정부법 시행령」 제43조에 따른 공동이용 대상 행정정보에 해당하는 서류(법인 등기사항증명서는 제외한다)의 확인에 동의하지 아니하는 경우와 법인 등기사항증명서의 확인에 필요한 정보를 제공하지 아니한 경우에는 그 서류를 제출하게 할 수 있다(특시칙§8②, 실시칙§17, 디시칙§13②, 상시칙§13②).

외국인이 산업재산권에 관한 절차를 밟을 경우 그 자가 속하는 국가가 파리조약의 당사국 또는 산업재산권에 관하여 대한민국과 상호 보호할 것을 약속한 국가(호혜주의 확인국)가 아닌 경우에는 다음의 서류를 제출하게 할 수 있다(특시칙§8③, 실시칙§17조, 디시칙§13③, 상시칙§13③).

① 동맹국 중 1국의 영역 안에 주소 또는 영업소를 가지고 있는 경우에는 이를 증명하는 서류

② 그 외국인이 속하는 국가에서 대한민국 국민에 대하여 그 국민과 동일한 조건으로 특허권 또는 특허에 관한 권리의 향유를 인정하는 경우에는 이를 증명하는 서류

③ 대한민국이 그 외국인에 대하여 특허권 또는 특허에 관한 권리의 향유를 인정하는 경우에는 그 외국인이 속하는 국가에서 대한민국 국민에 대하여 그 국민과 동일한 조건으로 특허권 또는 특허에 관한 권리의 향유를 인정하는 경우에 이를 증명하는 서류

#### 2) 제출절차

특허심판원장 또는 심판장은 서류의 제출을 명하는 때에는 서류제출명령서에 의하여 제출서류명과 그 이유를 통지하고 기간을 정하여 소명할 수 있는 기회를 부여하여야 한다(특시칙§8④, 실시칙§17, 디시칙§13④, 상시칙§13④).

서류제출명령서에 대한 별도의 서식은 없기 때문에 보정요구서 등을 활용하여 통지하여야 한다.

#### 3) 서류제출명령의 효과

서류제출명령에 대하여 지정기간 내에 해당 증명서류를 제출하지 않은 경우, 기제출된 서류는 반려한다(특시칙§11① 제14호, 실시칙§17, 디시칙§24①1, 상시칙§25①2).

# 제2절 요지변경

## 1 서설

심판청구서의 요지란 심판의 당사자와 심판의 대상들을 의미하므로 당사자, 사건의 표시, 청구의 취지 부분이 이에 해당되며, 청구의 취지 및 이유 등 심판청구서 전체의 취지를 살펴보아 등록된 권리를 중심으로 하여 적어도 그 동일성을 해하지 아니하는 범위내의 것을 말하며, 이들의 동일성을 해하는 범위의 변경을 요지변경이라 한다.

요지변경은 심판절차의 지연을 초래하거나 피청구인의 방어권행사를 곤란케 할 우려가 있기 때문에 원칙적으로 인정되지 않으나, 심판청구서의 전체적 취지를 합리적으로 해석하여 보정에 의하여 심판청구서의 내용이 실질적으로 변경되는지 여부를 기준으로 판단하여야 하며, 동일성을 벗어나지 않는 범위 내에서만 인정된다(특§140②, 실§33, 디§126②, 상§125②).

따라서 ① 당사자 ② 사건의 표시 ③ 청구의 취지에 관하여 청구서의 요지를 변경하는 것은 인정되지 아니한다.

심판청구서의 보정이 요지변경에 해당하여 보정이 불가능한 경우라고 판단되면 보정을 요구하지 않고 바로 심리종결 후 심결각하할 수 있다(특§142, 실§33, 디§129, 상§128).

## 2 요지변경 판단방법

### 가. 당사자 보정

청구인 및 피청구인의 보정은 심판청구서 전 취지를 통해 합리적으로 해석되는 자와 동일성을 유지하는 경우를 제외하고 요지변경이다.

다만, 2009. 1. 30. 이후 심판청구건부터 결정계심판에서 청구인의 기재를 바로잡기 위한 보정(청구인을 추가하는 것을 포함하되, 그 청구인의 동의가 있는 경우로 한정)(특§140의2②1, 실§33, 디§127조②1 상§126②1) 및 당사자계심판에서 특허(실용신안, 디자인, 상표)권자의 기재를 바로잡기 위한 보정(특허권자를 추가하는 것을 포함하되, 청구인이 특허권자인 경우에는 추가되는 특허권자의 동의가 있는 경우로

한정)(특§140②1 실§33, 디§126②1, 상§125②1)은 요지변경으로 보지 않는다(단, 상표 결정계심판에 대해서는 2012. 3. 15. 심판청구분부터 적용).

상기 개정법의 취지는 권리자의 기재를 바로잡는 경우 예외적으로 요지변경을 허용하는 것이므로, 권리자에 해당하지 않는 무효심판(정정 무효심판)의 청구인, 상표등록 취소심판의 청구인, 소극적 권리범위 확인심판의 청구인, 적극적 권리범위 확인심판의 피청구인 등의 보정은 동일성을 유지하는 경우에만 보정이 허용된다.

다만, 심판당사자의 편의 및 심판경제를 도모하기 위해 권리자에 해당하지 않는 공동청구인·피청구인 중 전원이 아닌 일부 청구인의 심판청구 취하는 허용된다. 이 경우 청구인은 심판청구 일부취하서에 그 취지를 기재하여 제출해야하고, 피청구인의 답변서가 제출된 경우 피청구인의 동의를 얻어야 한다.

### 나. 사건 표시 보정

출원번호 또는 권리번호의 표시에 잘못이 있어 보정한 때는 그 잘못이 단순히 오기 등과 같이 그 보정에 의하여 심판청구의 대상의 동일성을 잃지 아니하는 경우에 한하여 요지변경으로 보지 않는다.

### 다. 청구 취지 보정

심판청구의 대상인 특허번호 등의 보정의 경우, 번호의 표시에 잘못이 있어 이것을 보정한 때는 그 잘못이 단순히 오기 등과 같이 그 보정에 의하여 심판청구의 대상의 동일성을 잃지 아니하는 경우에 한하여 요지변경으로 보지 않는다.

청구취지를 전체 청구항에서 일부 청구항으로 감축하는 경우에는 심판청구 일부취하서를 제출하는 것이 바람직하나, 최초 심판청구서, 청구의 이유, 답변서 등을 종합적으로 고려하여 청구인 또는 양 당사자가 일부 청구항만 다투는 것이 명확한 경우, 청구취지의 보정을 허용할 수 있다.

적극적 권리범위 확인심판에서 확인대상 발명의 설명서 또는 도면에 대하여 피청구인이 자신이 실제로 실시하고 있는 발명과 비교하여 다르다고 주장하는 경우에 청구인이 피청구인의 실시 발명과 동일하게 하기 위하여 확인대상 발명의 설명서 또는 도면을 보정하는 경우에는 요지변경이 아니다(특§140의2②3).

특허의 무효심판청구의 대상이 된 특허발명이 정정심판의 결과에 의하여 정정된

경우 정정후의 특허발명을 심판청구의 대상으로 변경하는 보정은 요지변경으로 보지 아니한다.

정정심판의 경우 청구인에게 심리종결 통지가 있기 전에 한하여 심판청구서에 첨부된 정정한 명세서 또는 도면에 대하여 보정을 할 수 있지만(특§136⑪), 상기 보정의 경우에도 특허법 제136조 제1항, 제3항 내지 제5항에 규정된 정정의 범위 안에서만 허용됨은 물론이고, 정정한 명세서 또는 도면은 청구 취지의 일부를 이루는 것이므로 보정을 함에 있어서 그 요지를 변경할 수 없다. 정정사항에 대한 보정의 유형으로서는, 당초의 정정사항과 별개인 새로운 정정사항을 추가하는 것(추가적 변경, 정정사항 A에 정정사항 B를 더하는 것), 일부의 정정사항을 삭제하는 것(감축적 변경, 정정사항 A 및 B로부터 정정사항의 일부인 B를 삭제), 당초의 정정사항을 새로운 정정사항으로 교환하는 변경(교환적 변경) 등이 있다. 추가적 변경과 교환적 변경은 특별한 사정이 없는 한 청구 취지의 요지를 변경하는 것이고, 감축적 변경은 통상 청구 취지의 요지를 변경하는 것이 아닌 것으로 본다.

무효심판의 대상이 된 청구항 기재발명을 다른 청구항 기재 발명 등으로 변경하는 보정은 요지변경이다.

상표등록의 무효심판청구를 상표등록의 취소심판청구로 보정하는 것은 요지변경이다.

정정무효심판의 청구를 특허(등록)무효심판의 청구로 하는 보정은 요지변경이다.

상표·디자인등록출원에 있어서 복수의 보정각하의 결정이 있는 경우 심판청구의 대상이 된 보정각하결정을 변경하는 보정은 요지변경이다.

상표취소심판에서 최초 심판청구서의 청구취지에 지정상품을 기재하지 않고, 상표등록 전체를 취소하도록 기재하였으나, 청구의 이유에는 일부 지정상품만 기재하고, 추후 심판청구서의 청구취지를 보정하는 경우, 청구의 이유에 기재된 지정상품류와 다른 경우, 청구의 취지의 명백한 오기를 청구의 이유와 일치하도록 보정하는 것은 요지변경이 아니다.

### 라. 기타 요지변경 사례

청구서를 보정하면서 앞의 가.에서 허용되는 경우를 제외하고 당사자를 추가하거나 실질적으로 당사자를 변경하는 것은 심판에서 허용될 수 없다.

무효심판청구를 권리범위 확인심판으로 변경하거나, 동일한 특허에 관한 것이라고 하더라도 무효심판의 대상이 되는 청구항을 바꾸거나 그 대상이 되는 청구항을 추가하는 것은 청구취지의 변경으로서 허용되지 아니한다.

여러 청구항의 무효를 구하다가 그 중 일부 청구항에 대한 청구를 취하하고 나머지 항에 대한 무효를 구하는 것은 청구취지의 감축으로서 허용된다(특§161②). 이 경우 피청구인이 답변서를 제출한 경우라면 동의를 얻어야 한다.

## 3 요지변경 시 조치방안

심판장은 심판청구서의 보정이 요지변경이라고 판단한 경우 바로 각하하지 말고, 석명권을 행사하여 심문서, 보정요구서, 보충요구서 등을 통해 청구인이 다시 심판청구서를 보정할 기회를 부여하는 것이 바람직하다. 심판청구서의 보정이 요지변경이라 해서 모든 심판청구가 각하되는 것이 아니라 보정 이전의 심판청구서를 기준으로 심리가 가능한 경우에는 보정 전 심판청구서를 기준으로 심리를 한다. 그러나 심판청구서를 보정한다 하더라도 요지변경에 해당하여 보정이 불가능한 경우라고 판단되면 보정을 요구하지 않고 바로 심리종결 후 심결각하할 수 있다(특§142, 실§33, 디§129, 상§128).

심판청구서의 보정이 요지변경이라 해서 모든 심판청구가 각하되는 것이 아니라 보정 이전의 심판청구서를 기준으로 심리가 가능한 경우에는 보정 전 심판청구서를 기준으로 심리를 한다.

정정심판의 경우, 청구인은 심판청구서에 첨부된 정정한 명세서 또는 도면에 대하여 보정할 수 있는데(특§136⑪), 상기 보정이 요지변경으로 판단되면 심결문에 요지변경된 보정을 허용할 수 없다는 내용과 이유를 기재하고 보정 이전의 정정명세서 등을 대상으로 정정의 인정 여부를 판단한다. 무효심판절차에서의 정정청구의 경우도 마찬가지이다.

권리범위확인심판의 경우, 청구인은 확인대상발명을 보정할 수 있는데, 상기 보정이 요지변경으로 판단되면 심결문에 그 보정이 부적법한 이유를 밝히고 보정 전 확인대상발명을 심판의 대상으로 하여 심리한다.

> ○ 증거와 변론취지에 의하여 심판청구인으로 표시한 “박00”는 “박**”의 별명에 불과하고 따라서 이 사건청구는 “박**”가 제기되었다고 봄이 상당할 것이므로 이 사건

에 있어서 청구인으로 “박00”를 “박**”로 정정을 하면 족한 것이다(대법원 1967. 8. 29. 선고 67후9 판결).

○ 원고는 2004. 12. 7.자 최초 심판청구서에서 청구의 취지를 “서비스표등록 제0005488호의 등록을 취소한다.”로 기재하였으나, 청구의 이유에서는 심판청구의 대상이 되는 지정서비스업은 이 사건 등록서비스표의 지정서비스업 중 “호텔업”이고, 그에 대해서만 등록의 취소를 청구하고 있으며, (중략) 위 인정사실에 나타난 최초 심판청구서 및 2004. 12. 7.자 심판청구보정서의 전체적인 취지를 합리적으로 살펴볼 때, 원고는 이 사건 심판절차에서 이 사건 등록서비스표의 지정서비스업 중 “호텔업”에 대해서만 그 등록의 취소를 구하고 있음이 분명하고, 최초 심판청구서상의 위 청구취지는 “서비스표등록 제0005488호의 호텔업에 관한 등록을 취소한다.”의 단순한 오기임이 명백하다고 할 것이므로, 특허심판원으로서는 석명권을 행사하여 심판청구인인 원고에게 보정을 명하여 청구취지의 잘못된 기재를 바로 잡은 후 그에 따라 심판절차를 진행하여야 할 의무가 있다고 할 것이고, 위와 같은 청구취지의 명백한 오기를 청구의 이유와 일치하도록 보정하는 것은 심판청구서의 청구취지에 어떤 실질적 변경을 초래하는 것이 아니어서 심판청구서의 요지변경에 해당하지 않는다고 할 것이다(특허법원 2006. 1. 19. 선고 2005허6344 판결).

【요지변경 여부 판단 사례】

| 요지 | 요지변경 아님 | 요지변경 해당 |
|---|---|---|
| 당사자 | · 결정계 심판에서 청구인(공동출원인, 공동권리자) 정정, 추가<br>· 당사자계 심판에서 권리자 정정, 추가<br>· 권리자에 해당하지 않는 청구인(무효심판, 정정 무효심판, 상표등록취소심판, 소극적 권리범위 확인심판의 청구인) 및 적극적 권리범위 확인심판의 피청구인 등의 보정이 동일성을 유지하는 경우 당사자 표시를 바로잡는 표시정정만 허용<br>〈동일성을 인정하는 경우〉<br>- 당사자의 이름에 오기 내지 누락이 | · 권리자에 해당하지 않는 청구인(무효심판, 정정 무효심판,상표등록 취소심판, 소극적 권리범위 확인심판의 청구인) 및 적극적 권리범위 확인심판의 피청구인 등의 추가 등 동일성을 해하는 실질적 변경인 경우<br>〈동일성을 인정하지 않는 경우〉<br>- 법인과 대표자 개인은 동일성이 인정되지 않음<br>- 아들이 원고로 소제기한 후 그의 아버지로 변경<br>- 새로운 당사자를 추가하는 경우<br>- A주식회사의 표시를 분할된 회사인 B |

| | | |
|---|---|---|
| | 명백한 경우: 가족관계등록부, 법인등기부등본 등 공부상의 기재에 비추어 오기 내지 누락이 명백한 경우<br>- 명백한 당사자무능력자의 표시 : 관계행정청을 대한민국으로 보정하거나, 지점을 본점으로 보정하는 경우 등 당사자능력이 없는 자를 당사자로 잘못 표기한 것이 명백한 경우 | 주식회사로 변경<br>- 종회의 대표자로서 소송을 제기한 자의 그 종회 자체로 당사자표시를 변경 |
| 사건의 표시 | · 특허번호의 단순 오기 정정으로 심판청구 대상의 동일성을 유지하는 경우 | · 청구대상 특허번호의 보정이 동일성을 해하는 경우<br>· 심판의 종류 변경<br>- 상표등록의 무효심판청구를 상표등록의 취소심판청구로 보정<br>- 정정무효심판의 청구를 특허(등록) 무효심판의 청구로 보정<br>- 무효심판의 청구를 권리범위확인심판의 청구로 보정 등 |
| 청구의 취지 | · 특허 무효심판청구의 대상이 된 특허발명이 정정심판의 결과에 의하여 정정된 경우 정정 후의 특허발명을 심판청구 대상으로 변경하는 보정<br>· 청구의 취지에 심판대상 지정상품(청구항)의 미기재, 명백한 오기재를 청구의 이유와 일치하게 정정<br>· 여러 청구항(또는 전체권리) 중 일부 청구항에 대한 청구를 취하하고 나머지 항에 대한 무효를 구하는 청구취지의 감축(피청구인 답변이 있는 경우, 심판청구일부취하서는 피청구인 동의 필요) | · 무효심판의 대상이 된 청구항 기재발명을 다른 청구항 기재 발명 등으로 변경<br>· 동일한 특허권을 대상으로 하더라도 무효심판의 대상이 되는 청구항을 변경 또는 추가<br>· 심판대상 청구항(지정상품) 추가<br>· 복수의 보정각하결정 중에서 심판청구 대상 보정각하결정을 변경 |

# 제3절 적법성 심리

## 1 서설

적법성심리란 심판합의체가 심판청구 자체의 적법성 여부를 심리하는 것으로 심판청구가 적법해지기 위해 갖추어야 할 심판청구요건 내지 적법요건에 대한 심리를 말한다.

## 2 심판청구 요건

① 특허심판사항이 아닌 심판청구

② 실존하지 않는 자를 당사자로 하는 심판청구

③ 당사자능력이 없는 자의 심판 청구

④ 당사자적격이 없는 자의 심판청구, 즉 공유자 중의 일부만을 심판의 당사자로 하거나, 이해관계 없는 자가 한 심판청구

## 3 부적법한 심판청구

① 일사부재리에 위반된 경우

② 특허심판원에 이미 계속 중인 사건에 대한 동일한 심판청구(민소§259 준용)

③ 심판청구 시에는 적법한 심판청구였으나 심판청구 후 대상출원이 취하·포기되거나 권리가 소멸되어 심판대상물이 소멸한 경우

④ 심판청구기간 경과 후의 심판청구

⑤ 심결확정 전에 재심청구되거나, 재심사유가 아닌 것을 이유로 재심청구한 경우

⑥ 제척·기피 결정에 대한 불복

⑦ 권리범위 확인심판에서 확인대상발명이 특정되지 않는 경우

⑧ 기타 부적법한 심판청구로 그 흠을 보정할 수 없는 경우

## 4 절차

부적법한 심판청구로서 보정으로 부적법이 치유될 수 있다면 보정기회를 부여하고 보정으로 그 흠을 보정할 수 없는 경우에는 피청구인에게 답변서 제출기회를 부여하지 않고 바로 심결각하한다.

## 5 효과

심판청구요건 내지 적법요건에 흠이 있으면 본안심리에 들어가지 않고 심결로써 각하된다.

## 6 불복

심판합의체의 심결각하에 대하여 불복하고자 하는 자는 결정 또는 심결등본을 송달받은 날로부터 30일 이내에 특허법원에 소를 제기할 수 있다.

# 제4절 심판의 대상(심판물)

## 1 소송물과 대비되는 심판물이라는 개념의 존재 유무

소송물은 민사소송에 있어서 소송의 객체를 말하며, 소송상의 청구 또는 심판의 대상이라 한다.

심판에서도 민사소송의 소송물과 유사한 개념으로 심판의 대상을 심판물(審判物)이라 부를 수 있다. 심판물은 심판청구의 취지만으로 특정되고 심판청구의 이유에 기재된 개개의 무효나 취소 사유는 공격방법에 불과하다. 하나의 심판절차에는 수 개의 심판물이 있을 수 있다.

한편, 항고소송의 일종인 심결취소소송에 있어서 소송물은 심결의 위법성 일반으로, 심결이라는 행정처분의 절차상 위법과 심결의 실질적 판단의 위법을 의미하고, 심결의 개개의 위법사유는 공격방어방법에 불과하다. 심결취소소송에서의 소송물의 수는 심판물의 수에 따라 정해진다. 따라서 청구범위 제1항과 제2항에 대하여 무효심판청구를 하였고(이 경우 심판물은 2개임), 청구항 모두 무효라는 심결에 대하여 피청구인이 제1항에 대해서만 심결취소소송을 제기한 경우, 소 제기를 하지 않은 제2항에 대한 심결은 제소기간이 도과되면 확정된다. 이는 심결취소소송의 제기는 항소가 아니라 신소의 제기이므로 병합된 수 개의 청구 중 불복의 대상으로 되지 않은 청구항도 항소심에 이심된다는 민사소송법상 항소불가분의 원칙이 적용되지 않기 때문이다. 그리고 심결취소소송에서의 소송물의 수는 심판물의 수에 따라 정해지는 것이므로 피청구인이 제1항과 제2항을 독립하여 심결취소소송을 하더라도 중복제소가 되지 않는다.

## 2 심판종류별 심판의 대상

### 가. 거절결정에 대한 불복심판

거절결정에 대한 불복심판은 출원발명 전체가 하나의 심판물이다. 출원발명의 청구범위가 여러 개의 청구항으로 되어 있는 경우 그 중 하나의 항이라도 거절이유가 있는 경우에는 전부를 거절해야 하므로(대법원 2001. 12. 24. 선고 99후2181 판결 등), 출원발명 전체가 하나의 심판물이 되는 것이지 청구항마다 별개의 심판물이 된다고 보기 어렵다.

### 나. 존속기간 연장등록의 거절결정에 대한 불복심판

특허권(실용신안권)의 존속기간의 연장등록거절결정에 대한 불복심판은 연장등록출원발명 전체가 하나의 심판물이다.

### 다. 정정심판

정정심판청구는 특허발명의 명세서 또는 도면의 기재를 정정 명세서 또는 도면의 기재와 같이 정정하고자 하는 데에 대한 심판을 구하는 것이고, 더욱이 특허를 받고자 하는 하나의 기술적 사상의 창작인 발명을 표현하는 명세서는 항상 그 전체가 일체불가분의 것으로 해석·파악되어야 하는 것이므로, 그 정정이 실질적으로 특허청구의 범위에 영향을 미치는 경우에는 명세서의 부분마다 정정을 인정하기도 하고 인정하지 아니하기도 하는 것은 하나의 기술적 사상인 발명을 나누어서 판단하고 더 나아가서는 청구인이 신청하지 아니한 청구의 취지에 대하여 심리하는 것으로 귀결되므로 채택할 수 없다. 따라서 정정심판청구나 무효심판사건에서의 정정청구는 거절결정불복심판과 마찬가지로 정정사항 전체가 하나의 심판물을 구성하고, 개개의 청구항 또는 정정사항마다 별개의 심판물이 된다고 할 수 없다.

### 라. 무효심판

무효심판은 청구범위의 청구항이 2 이상인 경우 청구항마다 무효심판을 청구할 수 있고(특§133①), 2 이상의 청구항에 대하여 무효심판을 청구한 때에는 청구항마다 취하할 수 있으므로(특§161②), 청구항마다 별개의 심판물로 보아야 한다.

따라서 무효심판이 청구된 복수의 청구항 중 일부 청구항에 대하여 무효사유가 있는 경우 일부인용, 일부기각의 심결을 하여야 한다.

### 마. 상표등록의 취소심판

상표등록의 취소심판은 어떤 등록상표가 상표법 제119조에서 정하는 등록상표의 부정사용이나 불사용 등의 취소사유에 해당하는 경우 그 상표권을 사후적으로 소멸시키는 것으로서, 심판의 대상은 등록된 상표권이고, 같은 조 제1항 제3호에서 정하는 등록상표의 불사용에 해당하는 것을 사유로 취소심판을 청구하는 경우 등록상표의 지정상품이 둘 이상 있는 경우에는 일부 지정상품에 관하여 취소심판을 청구할 수 있다(상표법 제119조 제2항).

### 바. 권리범위 확인심판

권리범위확인심판의 경우 청구범위의 청구항이 2 이상인 경우 청구항마다 권리범위확인심판을 청구할 수 있고(특§135③), 2 이상의 청구항에 대하여 권리범위확인심판을 청구한 때에는 청구항마다 취하할 수 있으므로(특§161②), 청구항마다 별개의 심판물로 보아야 한다.

### 사. 존속기간 연장등록의 무효심판

특허권(실용신안권)의 존속기간연장등록의 무효심판이란 연장등록된 특허권(실용신안권)의 존속기간을 무효로 하기 위하여 청구하는 심판을 뜻한다. 따라서 그 심판물은 존속기간 연장등록결정이다.

### 아. 정정의 무효심판

정정무효심판청구의 대상은 정정심판 또는 무효심판 또는 취소신청절차에서의 정정청구에 의하여 행해진 정정처분이다(특§137①, 실§33).

따라서 정정의 무효심판은 거절결정불복심판과 마찬가지로 정정사항 전체가 하나의 심판물을 구성하고, 일부 청구항에 대해서만 정정을 무효로 한다는 취지의 청구를 할 수 없고, 정정사항 등에서 일부를 무효로 한다는 취지의 청구도 할 수 없다.

### 자. 통상실시권 허락의 심판

통상실시권허락심판은 해당 권리가 선원인 다른 권리와 이용 또는 저촉관계에 있을 때 그 권리의 실시를 조정하기 위한 심판으로(특§138), 특허발명 전체의 실시 여부가 심판물이라 할 수 있다.

### 차. 취소신청

취소신청의 경우 청구범위의 청구항이 2 이상인 경우 청구항마다 취소신청을 할 수 있고(특§132의2①), 2 이상의 청구항에 대하여 취소신청을 한 때에는 청구항마다 취하할 수 있으므로(특§132의12②), 청구항마다 별개의 심판물로 보아야 한다.

# 제5절 심판청구의 이익(심판청구권)

## 1 서설

민사소송법은 소송요건의 하나로 소권이 있을 것(소의 이익)을 들고 있는데, 소권요건은 객관적 소의 이익과 주관적 소의 이익으로 나눌 수 있다. 객관적 소의 이익은 ① 청구가 재판상 주장을 함에 적합한 특정의 권리관계의 주장일 것, ② 제소가 금지되어 있지 않은 경우일 것, ③ 사건에 관하여 중재계약이 존재하지 않을 것, ④ 기타 제소의 장애사유가 없을 것이 요구된다. 그리고 주관적 소의 이익은, 그 소송당사자가 정당한 당사자일 것, 즉 소송물에 관한 이해관계인으로서 그 존부를 확정하는 판결을 받을 적격(당사자적격이라 한다)을 가진 자일 것, 또는 소의 목적을 달성하기 위하여 당사자로서 소송을 수행할 수 있는 권능(소송수행권이라 한다)을 가진 자일 것이 요구된다.

특허법에서는 이상의 민사소송법에서처럼 체계화되어 있지는 않지만, 특허출원 등의 거절결정이나 발명에 대한 특허부여에 대한 다툼에 관하여는 특허법 등에 규정되어 있고, 특히 그 성격은 심결 등에 대한 불복의 소가 특허법원의 전속관할로 되어 있는 점을 고려하면, 심판에서도 민사소송법에서와 같은 원칙이 지배되는 것이라 할 것이다. 따라서 심판청구요건의 하나에 심판청구권(심판청구의 이익)이 있고, 그 청구권요건은 객관적 청구권이익과 주관적 청구권이익으로 나누어진다.

심판청구의 이익은 심결시를 기준으로 판단되어야 하므로, 심결 이후에 발생한 사정을 이유로 심판청구의 이익을 부정할 수는 없다. 이는 항고소송에 있어서의 처분의 위법 판단의 기준시점에 관한 우리나라의 통설 및 판례로서 소송의 대상인 처분의 위법성은 처분시의 법규와 사실상태를 기준으로 판단하여야 한다는 처분시설에 따른 것이다.



## 2 객관적 청구권 이익

### 가. 권리로 존재하는 것에 대한 청구

권리범위 확인심판은 현존하는 특허권의 범위를 확정하는 것을 목적으로 하는 것이므로, 소멸된 특허권을 대상으로 청구하였을 경우에는 확인의 이익이 없으며, 권

리범위 확인심판에 대한 소송 진행 중에 특허권이 소멸된 경우에도 확인의 이익이 없다. 이에 대해 무효심판 및 정정심판의 청구가 해당 권리소멸 후에도 청구할 수 있는 점과 특허권 등의 권리범위는 손해배상 등 민사소송의 중요한 선결문제로서 권리가 소멸된 후에도 권리범위를 확인할 실익이 있다는 견해도 있으나, 권리범위 확인심판은 권리관계의 즉시 확정을 통해 현재 청구인이 당면한 불안이나 위험을 제거하기 위한 것이고 권리가 소멸됨으로써 현재 상태의 불안은 해소되었다는 측면에서 부정하는 입장이 다수설이고 판례의 입장이다.

정정심판은 특허권이 소멸된 후에도 청구할 수 있으나(특§136⑦), 특허취소결정이 확정되거나 특허를 무효(특허법 제133조 제1항 제4호에 의한 무효는 제외, 즉 특허된 후 그 특허권자가 특허법 제25조에 따라 특허권을 누릴 수 없는 자로 되거나 그 특허가 조약을 위반함에 따른 무효는 제외)로 한다는 심결이 확정된 후에는 정정심판 청구의 이익이 없다.

### 나. 일사부재리에 해당하지 않을 것

일사부재리라 함은 심판의 심결이 확정되었을 때에는 그 사건에 대해서는 누구든지 동일 사실 및 동일 증거에 의하여 다시 심판을 청구할 수 없다는 확정 심결의 효력을 말한다(특§163). 다만, 확정된 심결이 각하심결인 경우에는 일사부재리 효력이 없다. 일사부재리에 해당하면 심결 각하된다.

### 다. 확인대상발명(고안, 디자인, 표장)의 특정 여부

확인대상발명이라 함은 권리범위확인심판에 있어서 특허발명과 대비되는 발명으로서 청구인이 대상물을 주관적으로 가공하여 특허명세서 및 도면의 기재 형식을 빌어 기재한 것이다. 따라서 확인대상발명이 특허발명과 대비될 수 있을 정도로 구체적으로 기재되었는지에 관한 특정 문제는 심판의 대상물을 확정하기 위한 것으로, 당사자의 명시적인 주장이 없더라도 의심이 있을 때에는 본안심리 전에 이를 직권으로 조사하여 밝혀야 할 심판부의 직권조사 사항이다.

확인대상발명의 특정을 위하여 대상물의 구체적인 구성을 전부 기재할 필요는 없고 특허발명의 구성요건에 대응하는 부분의 구체적인 구성을 기재하면 되는 것이며, 또한 그 구체적인 구성의 기재도 특허발명의 구성요건과 대비하여 그 차이점을 판단함에 필요한 정도면 족하다.

만일 위 특정에 미흡한 점이 있다면 확인대상발명의 설명서 및 도면에 대한 보정을 명하는 등의 조치를 취하여야 할 것이며, 이 때 청구인은 확인대상발명을 요지가 변경되지 않는 범위 내에서 보정할 수 있다. 보정에도 불구하고 확인대상발명의 기술구성이 특허발명과 대비할 수 있을 정도로 특정이 되지 않았다면 그 심판청구는 부적법하여 심결로써 각하되어야 한다. 특정되지 않은 확인대상발명을 특허발명과 대비하여 심결을 한 경우에는 심결취소의 사유가 된다.

### 라. 확인대상발명(고안, 디자인, 상표)의 실시 여부

소극적 권리범위 확인심판에서는 청구인이 실제로 실시하고 있는 발명 뿐 아니라 현재 실시하고 있지 않으나 장래에 실시예정인 발명을 확인대상발명으로 특정하여 청구한 경우에도 확인의 이익이 있다고 보아 적법한 청구로 인정된다.

그러나 확인대상발명을 실시한 바도 없고 앞으로 실시하지도 아니할 것이라면 그 대상발명에 대하여 심판청구인이 구하는 바대로의 심결을 받는다고 하더라도 심판청구인이 실시하고 있거나 실시하고자 하는 발명에 대하여는 아무런 효력을 가지지 아니하여 심판청구인의 법적불안을 해소하는데 아무런 도움이 되지 않아 이에 대한 소극적 권리범위확인심판청구는 확인의 이익이 없으므로 부적법하여 각하되어야 한다(대법원 2005. 10. 14. 선고 2004후1663 판결, 특허법원 1999. 3. 25. 선고 98허6162 판결).

적극적 권리범위 확인심판은 확인대상발명을 피심판청구인이 실시하고 있는 경우 또는 과거에 실시한 적이 있고 앞으로 실시할 가능성이 없다고 단정지을만한 사정이 없을 때 확인의 이익이 인정된다.

실시주장발명과 확인대상발명이 다를 경우에는 설사 확인대상발명이 특허발명의 권리에 속하는 심결이 확정된다고 하더라도 그 기판력은 확인대상발명에만 미치는 것이지 실시주장발명에는 미칠 수 없는 것이므로, 확인대상발명에 대한 권리범위 확인심판 청구는 그 확인의 이익이 없어 부적법하다는 이유로 각하된다.

【객관적 청구이익 결여에 관한 판례 】

○ 피고의 이 사건 등록무효심판청구는 위 확정된 심결과 비교하여 볼 때 동일사실 및 동일증거에 의한 것으로서 일사부재리의 원칙에 위배되므로 부적법하다고 본 원심판결은 정당하다(대법원 2006. 6. 29. 선고 2004후3171 판결).

○ 확인대상발명이 적법하게 특정되었는지 여부는 특허심판의 적법요건으로서 당사자의 명확한 주장이 없더라도 의심이 있을 때에는 특허심판원이나 법원이 이를 직권으로 조사하여 밝혀보아야 할 사항이라고 할 것이다(대법원 2005. 4. 29. 선고 2003후656 판결).

○ 상소는 자기에게 불이익한 재판에 대하여 자기에게 유리하도록 그 취소 변경을 구하는 것이므로 전부 승소한 원심판결에 대한 상고는 상고를 제기할 이익이 없어 허용될 수 없고, 이 경우 비록 그 판결의 이유에 불만이 있더라도 역시 상고의 이익이 없다고 할 것이다(대법원 2009. 7. 23. 선고 2008후2770 판결).

○ 실용신안권자가 어떤 물품이 자신의 등록실용신안권의 권리범위에 속한다는 내용의 적극적 권리범위확인심판을 청구한 경우, 그 심판청구인이 특정한 물품과 피심판청구인이 실시하고 있는 물품 사이에 동일성이 인정되지 아니하면, 피심판청구인이 실시하지도 않는 물품이 등록고안의 권리범위에 속한다는 심결이 확정된다고 하더라도 그 심결은 심판청구인이 특정한 물품에 대하여만 효력을 미칠 뿐 실제 피심판청구인이 실시하고 있는 물품에 대하여는 아무런 효력이 없으므로, 피심판청구인이 실시하지 않고 있는 물품을 대상으로 한 적극적 권리범위확인 심판청구는 확인의 이익이 없어 부적법하고 각하되어야 한다(대법원 2003. 6. 10. 선고 2002후2419 판결).

○ 상표권의 권리범위확인심판은 심판청구인이 그 청구에서 확인대상표장에 대하여 상표권의 효력이 미치는가 여부를 확인하는 권리확정을 목적으로 한 것으로 그 심결이 확정된 경우 각하심결이 아닌 한 심판의 당사자뿐 아니라 제3자에게도 일사부재리의 효력이 미친다. 따라서 소극적 권리범위확인심판의 청구인이 확인대상표장과 피심판청구인의 등록상표가 표장 및 그 사용(지정)상품이 동일하거나 유사하다는 점은 다투지 아니한 채, 다만 자신은 상§57조의3의 '선사용에 따른 상표를 계속 사용할 권리'를 가지고 있다거나, 피심판청구인의 상표등록출원행위가 심판청구인에 대한 관계에서 사회질서에 위반된 것이라는 등의 대인적(對人的)인 상표권 행사의 제한사유를 주장하면서 확인대상표장이 등록상표의 권리범위에 속하지 아니한다는 확인을 구하는 것은 상표권의 효력이 미치는 범위에 관한 권리확정과는 무관하므로 그 확인의 이익이 없어 부적법하다고 할 것이다(대법원 2012. 3. 15. 선고 2011후3872 판결, 대법원 2013. 2. 14. 선고 2012후1101 판결).

## 3 주관적 청구권 이익

주관적 청구권이익으로서 당사자가 특허 등에 관하여 정당한 당사자, 즉 당사자적격을 가진 자일 것이 요구된다.

무효심판은 이해관계인 또는 심사관(특§133, 실§31, 디§121, 상§117), 존속기간연장등록의 무효심판은 이해관계인 또는 심사관(특§134, 실§31의2), 상표권 존속기간갱신등록의 무효심판은 이해관계인 또는 심사관(상§118), 상품분류전환등록의 무효심판은 이해관계인 또는 심사관(상§214), 권리범위 확인심판은 권리자, 전용실시권자(전용사용권자) 또는 이해관계인(특§135, 실§33, 디§122, 상§121), 정정심판은 권리자(특§136, 실§33), 정정의 무효심판은 이해관계인 또는 심사관(특§137, 실§33), 통상실시권 허락의 심판은 권리자, 전용실시권자 또는 통상실시권자(특§138, 실§32, 디§123), 상표등록의 취소심판은 원칙적으로 누구든지 청구 가능(상§119⑤), 등록상표의 전용사용권 또는 통상사용권 등록 취소심판은 누구든지 청구 가능(상§120③), 거절결정 불복심판은 거절결정을 받은 자(출원인)(특§132의17, 실§33, 디§120, 상§116), 존속기간연장등록 거절결정 불복심판은 거절결정을 받은 자(출원인)(특§132의17, 실§33), 지정상품추가등록 거절결정 불복심판은 거절결정을 받은 자(출원인)(상§116), 상품분류전환등록 거절결정 불복심판은 거절결정을 받은 자(신청인)(상§116), 디자인등록 취소결정 불복심판은 취소결정을 받은 자(권리자)(디§120), 보정각하결정 불복심판은 보정각하결정을 받은 자(출원인)(디§119, 상§115), 취소신청은 누구든지 청구 가능(특§132의2, 실§30의2)하다.

# 제6절 이해관계

## 1 서설

심판청구요건의 하나로 심판청구권(심판청구의 이익)이 있고, 그 청구권요건은 객관적 청구권이익과 주관적 청구권이익으로 나누어지는데, 주관적 청구권이익에 관하여는 당사자가 특허 등에 관하여 정당한 당사자, 즉 당사자적격을 가진 자일 것이 요구된다.

특허법 등은 특정 심판을 청구할 수 있는 자로서 이해관계인을 규정하고 있는데, 이는 남소를 방지하여 '이익이 없으면 소권 없다'라는 기본 이념을 달성하기 위함이다.

## 2 당사자 적격

특허법에서는 민사소송법과 달리 구체적으로 심판종류별로 주관적 청구권이익인 당사자 적격자를 명시하고 있다. 따라서 법에 규정되지 아니한 자가 심판을 청구하거나 법에 규정되지 아니한 자를 상대로 심판을 청구하면 당사자 적격이 흠되어 결국 심판청구가 부적법하게 된다.

현행 법률에서 규정한 심판종류별 청구인 적격은 다음과 같다.

○ 특허·실용신안등록·디자인등록·상표등록의 무효심판: 이해관계인 또는 심사관(특§133, 실§31, 디§121, 상§117)

- 다만 2017. 3. 1. 이후 설정등록된 특허권·실용신안권에 대해 특허법 제33조 제1항 본문 및 특허법 제44조를 사유로 무효심판을 청구할 수 있는 이해관계인은 특허·실용신안등록을 받을 수 있는 권리를 가진 자(특§133①, 실§31①)

○ 특허권·실용신안권 존속기간연장등록의 무효심판: 이해관계인 또는 심사관(특§134, 실§31의2)

○ 상표권 존속기간갱신등록의 무효심판: 이해관계인 또는 심사관(상§118)

○ 상품분류전환등록의 무효심판: 이해관계인 또는 심사관(상§214)

○ 권리범위 확인심판: 권리자, 전용실시권자(전용사용권자) 또는 이해관계인(특§135,

실§33, 디§122, 상§121)

○ 정정심판: 권리자(특§136, 실§33)

○ 정정의 무효심판: 이해관계인 또는 심사관(특§137, 실§33)

○ 통상실시권 허락의 심판: 권리자, 전용실시권자 또는 통상실시권자(특§138, 실§32, 디§123)

○ 상표등록의 취소심판: 누구든지 청구 가능(상§119⑤)

- 다만 상§119①4 및 제6호에 해당하는 것을 사유로 하는 심판은 이해관계인만이 청구 가능

○ 등록상표의 전용사용권 또는 통상사용권 등록 취소심판: 누구든지 청구 가능(상§120③)

○ 특허·실용신안등록·디자인등록·상표등록 거절결정 불복심판: 거절결정을 받은 자(출원인)(특§132의17, 실§33, 디§120, 상§116)

○ 특허권·실용신안권 존속기간연장등록 거절결정 불복심판: 거절결정을 받은 자(출원인)(특§132의17, 실§33)

○ 지정상품추가등록 거절결정 불복심판: 거절결정을 받은 자(출원인)(상§116)

○ 상품분류전환등록 거절결정 불복심판: 거절결정을 받은 자(신청인)(상§116)

○ 디자인등록 취소결정 불복심판: 취소결정을 받은 자(권리자)(디§120)

○ 보정각하결정 불복심판: 보정각하결정을 받은 자(출원인)(디§119, 상§115)

○ 특허 · 실용신안등록 취소신청: 2017. 3. 1. 이후 설정등록된 특허권 · 실용신안권에 대해서는 설정등록일부터 등록공고일 후 6개월이 되는 날까지 누구든지 청구 가능(특§132의2, 실§30의2)

○ 한편, 심판청구인이 당사자 적격이 없는 회생회사를 당사자로 표시하였다면 심판관은 심판청구의 내용을 종합하여 당사자를 확정하여야 한다. 그리하여 확정된 당사자가 관리인이라면 당사자의 표시를 관리인으로 보정하게 한 다음 심리·판단하여야 하고, 확정된 당사자가 회생회사라면 당사자 적격이 없으므로 심판청구를 각하하여야 한다(대법원 2016. 12. 29. 선고 2014후713 판결 참조).

## 3 당사자 적격자로서의 이해관계인

법에서 심판청구인이 될 수 있는 자로서 규정한 특허(실용·디자인·상표)권자, 심사관, 전용실시권자 등은 그 자격이 명백하여 논란이 되지 않지만, 특정 심판(무효심판, 권리범위확인심판, 상표등록취소심판)에서는 이해관계인이 심판을 청구할 수 있다고 규정하고 있어, 이해관계인의 해석에 따라 심판청구 요건 중의 하나인 당사자 적격 여부가 가려진다.

법에서 특정 심판을 청구할 수 있는 자로서 이해관계인을 규정한 취지는 남소를 방지하여 '이익이 없으면 소권 없다'라는 기본 이념을 달성하기 위함이다.

이해관계인이라는 관념은 심판청구인과 그 심판사건과의 관계에 관하여 하나하나 구체적으로 판단되어야 하는 것이고 개개의 사건을 떠나서 추상적, 일반적으로 판단되는 것은 아니므로 과거의 심·판결례가 중요하다.

판례에 따르면 당사자 능력이 없어도 이해관계인으로 보지 않고 있다.

【당사자 능력이 없어 바로 이해관계인이 아니라는 사례 】

- ○ 참모지위에 있는 육군본부 병참감은 실용신안등록무효의 심판을 청구할 수 있는 이해관계인으로 볼 수 없다(대법원 1973. 6. 5. 선고 71후44 판결).
- ○ 실§25조 제1항 제3호에 의하면 실용신안권의 권리범위확인심판은 이해관계인에 한하여 청구할 수 있다고 규정되어 있는바, 행정관청인 경기도지사는 권리의무의 주체가 아니므로 이해관계인이라고 볼 수 없다(대법원 1987. 4. 25. 선고 87후131 판결).
- ○ 행정관청인 도지사는 권리의무의 주체가 아니므로 실용신안권의 권리범위확인심판을 청구할 수 있는 실§25조 제3항 소정의 이해관계인이라고 볼 수 없다(대법원 1989. 4. 25. 선고 87후131 판결).
- ○ 구 특허법(1990. 1. 13. 법률 제4207호 개정 공포되기 전의 것) 제97조 제2항 제1항에 의하면 특허무효심판은 이해관계인 또는 심사관에 한하여 청구할 수 있다고 규정되어 있는데 행정관청인 철도청장은 권리의 주체가 아니므로 이해관계인이라 볼 수 없다(대법원 1993. 11. 23. 선고 93후273 판결).

※ 적극적 권리범위 확인심판의 경우

1990. 1. 13. 법률 제4207호로 전문개정되기 전의 특허법 제97조 제3항에서는 이해관계인에 한하여 권리범위확인 심판을 청구할 수 있다고 규정되었으나, 그 이후부터는 특허권자, 이해관계인이 권리범위 확인심판을 청구할 수 있다(특§135①)고 개정(2006. 10. 1. 이후부터는 전용실시권자도 추가됨)되어, 적극적 권리범위확인심판인 경우에는 청구인 적격 문제에 있어서 특허권자 및 전용실시권자는 바로 적법한 청구인이 된다. 또한 디자인권자 및 전용실시권자(디§122), 상표권자 및 전용사용권자는 바로 적법한 청구인이 된다(상§121).

## 4 이해관계인의 범위

다음은 대표적인 이해관계인의 사례이다.

① 해당 특허권의 소추를 받은 자

② 해당 특허발명을 실시하고 있지 않으나 실시설비를 가진 자

③ 해당 특허발명의 실시준비를 하는 자

- 필요한 기계나 재료를 구입하거나 계약하는 자
- 공장의 건설이나 설계를 착수하는 자

④ 업무의 성질상 해당 특허발명을 실시할 가능성을 가진 자

⑤ 해당 특허발명과 동종의 물을 제조하는 자

⑥ 무효사유인 특허법 제33조(특허를 받을 수 있는 자) 또는 제44조(공동출원) 관련하여 다투는 경우에는 특허를 받을 수 있는 권리를 가진 자 또는 공동발명자(발명의 승계가 정당하게 이루어졌는지 여부에 대해 다투는 경우 포함)

⑦ 무효사유인 특허법 제36조(선출원) ①~③ 관련하여 다투는 경우 그 후원에 대한 선원자

⑧ 상표권자로부터 권리의 대항을 받거나 권리의 대항을 받을 우려가 있는 자

⑨ 해당 등록상표를 이유로 상표등록출원에 대한 거절결정을 받은 자

⑩ 해당 등록상표의 지정상품과 동종의 업을 하는 자

⑪ 해당 특허발명을 실시하고 있거나 실시할 염려가 있는 자

⑫ 해당 특허발명을 이용하는 다른 특허발명의 특허권자(전용실시권자, 통상실시권자)

⑬ 해당 특허권과 저촉되는 디자인권자(전용실시권자, 통상실시권자)

⑭ 선사용에 의한 통상실시권을 가진 자

⑮ 해당 특허발명과 동일할 염려가 있는 발명을 실시하는 자

⑯ 해당 특허발명과 같은 기술분야의 권리보유자

실시권자가 심판청구의 이해관계인에 해당하는지 여부에 대해서는 이를 긍정하는 판례와 부정하는 판례가 있었으나, 대법원 2019. 2. 21. 선고 2017후2819 전원합의체 판결에 따라 특별한 사정이 없는 한 이해관계인에 해당하는 것으로 본다.

※ 대법원 2019. 2. 21. 선고 2017후2819 전원합의체 판결: 구 특허법(2013. 3. 22. 법률 제11654호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제133조 제1항 전문은 "이해관계인 또는 심사관은 특허가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 무효심판을 청구할 수 있다."라고 규정하고 있다. 여기서 말하는 이해관계인이란 해당 특허발명의 권리존속으로 인하여 법률상 어떠한 불이익을 받거나 받을 우려가 있어 그 소멸에 관하여 직접적이고도 현실적인 이해관계를 가진 사람을 말하고, 이에는 해당 특허발명과 같은 종류의 물품을 제조·판매하거나 제조·판매할 사람도 포함된다. 이러한 법리에 의하면 특별한 사정이 없는 한 특허권의 실시권자가 특허권자로부터 권리의 대항을 받거나 받을 염려가 없다는 이유만으로 무효심판을 청구할 수 있는 이해관계가 소멸되었다고 볼 수 없다. (중략) 이와 달리 실시권자라는 이유만으로 무효심판을 청구할 수 있는 이해관계인에 해당하지 않는다는 취지로 판시한 대법원 1977. 3. 22. 선고 76후7 판결, 대법원 1983. 12. 27. 선고 82후58 판결을 비롯한 같은 취지의 판결들은 이 판결의 견해에 배치되는 범위 내에서 이를 모두 변경하기로 한다.

## 5 이해관계의 심리

### 가. 심판청구서에 이해관계의 기재

특시칙§57에 의한 심판청구서 서식(특허법시행규칙 별지 제34호)에는 이해관계인의 란이 없다. 그러나 이해관계는 직권으로 심리판단하여야 하는 사항이며, 심판청

구가 이해관계 없는 것으로 판단되는 경우에는 부적법한 것으로서 심결각하되는 것이므로 심판청구서에 이해관계에 관한 주장을 기재하여야 한다.

### 나. 이해관계의 조사

심판청구서에 이해관계의 주장이 기재되지 않았거나 그 청구서의 전체취지로 보아 실질적으로 기재되지 않은 경우 또는 이해관계가 불충분하게 기재된 경우에는 이해관계가 있음을 주장하고 입증하도록 보정을 명하고, 이에 의하여도 이해관계의 존부가 명확하게 되지 않을 때는 필요한 직권조사를 하여 판단한다.

이해관계에 관하여는 상대방의 다툼 여부에 불구하고 필요한 경우에는 그 흠의 보정을 명하거나 직권조사를 행한다. 다만 이해관계에 관하여 상대방이 다투지 않는 경우로서 청구인이 이해관계가 있음이 특허심판원에서 현저한 때는 예외를 인정할 수 있을 것이다.

### 다. 이해관계 존부판단의 표준 시

이해관계의 존부는 심판청구당시가 아니고 심결 시를 표준으로 판단하여야 한다. 따라서 심판청구당시에는 이해관계가 없어도 그 후 심결 시에 이해관계를 갖게 되면 이해관계인이 된다.

### 라. 이해관계가 없는 경우의 취급

이해관계가 없는 때에는 설령 심판청구의 당부가 명백하다 할지라도 본안의 심결을 하지 아니하고, 그 심판청구를 부적법한 것으로 심결로써 각하한다(특§142, 실§33, 디§129, 상§128).

### 마. 이해관계 판단의 적시 여부

이해관계의 존부에 대한 판단은, 당사자 사이에 다툼이 있는 경우와 직권조사결과 이해관계가 없어 부적법한 심판청구임을 이유로 각하하는 경우에는 적시하여야 한다. 그러나 당사자 사이에 다툼이 없는 경우 등의 경우에는 심판청구요건의 구비 여부에 대하여 일반적, 형식적 설명을 한다는 것은 심결문의 간결성을 해하는 것이므로 일부러 기재할 필요는 없다.

### 바. 유형별 이해관계 사례

#### 1) 법인대표자 및 종업원의 이해관계

##### 가) 법인 대표자의 이해관계

법인의 대표자 개인이 개인 명의로 특허(등록)의 무효심판을 청구하고 그 법인이 예컨대 특허권과 동종의 물품제조를 영업내용으로 하는 등을 이유로 하여 이해관계를 주장하는 경우, 법인으로서는 그 영업내용상 이해관계가 있다고 하더라도 그 법인의 대표자는 대표자로서 그 법인의 영업에 관여하고 있는 것이지 개인으로서 관여하는 것이 아니므로 그 대표자 개인은 해당 심판사건에 관하여 이해관계가 없다. 다만 법인의 대표자 개인이 해당 특허발명과 같은 기술분야에 속하는 권리의 보유자로서 이해관계가 인정될 수도 있으므로, 이에 대해서도 함께 살펴볼 필요가 있다.

한편 상법 등에는 소위 경업금지규정(상법§397)이 있어, 대표자 개인이 그가 속하는 법인의 영업과 동종영업을 하는 것은 이사회의 승인을 얻은 경우 이외에는 금지되어 있다.

##### 나) 종업원의 이해관계

청구인이 사용자의 고용인으로서 사용자가 제조한 어떤 물품을 판매한 것에 지나지 않는 때는 청구인 자신이 업으로서 그 물품판매에 종사하고 있는 것은 아니라고 할 것이다. 청구인이 사용자의 고용인에 지나지 않는 때는 청구인이 개인으로서 이 건 발명과 동종의 업에 종사하고 있다고 할 수 없을 것이다.

##### 다) 예외적으로 인정되는 경우

법인의 대표자 또는 종업원이 현실적으로 민·형사상의 권리대항을 받은 경우에는 이해관계가 있는 것으로 한다.

○ 심판청구인이 소외 국제나이론 주식회사의 대표이사로 재직할 때 이 사건 등록고안의 권리를 침해하였다고 하여 실용신안법 위반으로 기소되고 현재 그 형사재판이 진행 중이라면 이 사건 권리범위확인 심판을 구할 이해관계인에 해당한다 할 것이므로 같은 취지의 원심결은 정당하고 거기에 지적하는 바와 같은 법리오해의 위법이 없다(대법원 1990. 10. 16. 선고 89후568 판결).

○ 원고는 소외회사 대표이사로서 피고로부터 소외 회사와 함께 이 건 등록고안을 침해하였다는 이유로 고소를 당한 사실을 인정할 수 있는바, 그렇다면 원고는 이 건

권리범위확인심판을 청구할 수 있는 정당한 이해관계를 가진 자이다(특허법원 1999. 3. 25. 선고 99허109 판결).

○ 법인의 대표자는 법인의 업무에 관하여 타인의 상표권을 침해하는 경우 형사처벌을 받을 수 있는 지위에 있을 뿐만 아니라 법인이 등록상표권을 침해하였다는 이유로 등록권자로부터 현실적으로 권리의 대항을 받았으므로 법인의 대표자로서는 등록상표에 관하여 등록권리자를 상대로 소극적 권리범위확인심판을 청구할 이해관계가 있다(특허법원 2005. 5. 6. 선고 2004허1144 판결).

○ 확인대상발명은 피고 명의로 등록되어 있는 것도 아니고 피고는 단지 그 개발자일 뿐이며 그 제조·판매업도 피고가 아닌 법인 A가 영위하고 있어서 확인대상발명의 제조·판매에 지장이 초래되더라도 피고는 법인 A의 대주주이자 대표이사로서 받을 수 있는 배당이나 보수 또는 주식가치 하락에 의한 손실을 입을 뿐인바, 이러한 이해관계는 사실상의 경제적 이해관계에 불과하다(특허법원 2004. 10. 22. 선고 2004허905 판결).

### 2) 동종업자 관련 이해관계

○ 특허무효심판을 청구할 수 있는 이해관계인이란 해당 특허발명의 권리존속으로 인하여 그 권리자로부터 권리의 대항을 받거나 받을 염려가 있어 그 피해를 받는 직접적이고 현실적인 이해관계가 있는 사람을 말하고, 이에는 해당 특허발명과 같은 종류의 물품을 제조·판매하거나 제조·판매할 자도 포함된다(대법원 2010. 1. 28. 선고 2007후1022 판결).

○ 심판청구인은 축산 양돈업자로서 이 사건 특허의 발명내용인 균체효소 사료의 제조방법에 따라 제조한 사료의 효능을 시험한 뒤 자신이 사육하여 판매하려는 돼지의 사료를 사용하기 위하여 제조공정을 마련하는 등 생산채비를 하고 있다는 것이므로 결국 심판청구인은 업으로서의 위 균체효소 사료의 제조방법에 의하여 생산된 물건을 사용하거나 사용하려는 자로서 이 사건 심판청구를 함에 있어 이해관계인으로서 적법한 당사자 적격이 있다고 할 것이다(대법원 1987. 7. 7. 선고 85후46 판결).

### 3) 권리행사를 받은 자의 이해관계

○ 피심판청구인은 심판청구인이 유사한 상표를 사용한다는 이유로 심판청구인에게

이에 대한 사용중지를 요구하는 경고장을 보낸 데 대하여 "루비나 부띠크"란 상호로 패션디자이너 겸 의류제조 판매업 등에 종사하고 있는 심판청구인은 위 상표권 침해 주장을 반박하면서 피심판청구인의 등록상표에 대하여 등록무효심판을 청구할 것을 밝히고 있으므로 심판청구인은 이 사건 등록상표의 소멸에 직접적인 이해관계가 있다(대법원 1996. 3. 12. 선고 95후1401 판결).

○ 심판청구인은 이 사건 등록디자인과 동종의 물품을 제조·판매하는 자로서 이 사건 등록의장권자인 피심판청구인으로부터 의장권의 침해금지를 요청하는 경고장을 받은바 있으므로 이 사건 심판청구(권리범위확인)를 할 수 있는 이해관계인에 해당한다(대법원 2000. 4. 11. 선고 97후3241 판결)

#### 4) 상표등록취소심판의 이해관계

○ 상표법 제73조 제1항 제3호, 제3항, 제4항의 규정으로 미루어 볼 때, 심판청구인은 취소할 지정상품의 범위를 지정상품 전부로 할 것인지 아니면 그 일부로 할 것인지 임의로 정하여 상표등록취소심판을 청구할 수 있고, 동시에 수 개의 지정상품에 관하여 상표등록취소심판이 청구된 경우 심판청구 대상인 지정상품을 불가분일체로 취급하고 전체를 하나의 청구로 간주하여 지정상품 중 하나에 대하여 사용이 입증된 경우에는 그 심판청구는 전체로서 인용될 수 없고 사용이 입증된 지정상품에 대한 심판청구만 기각하고 나머지에 관한 청구를 인용할 것은 아니므로(대법원 2012. 1. 27. 선고 2011후2916 판결 등 참조), 상표등록취소심판청구에 있어서의 이해관계는 취소심판청구에 관계되는 지정상품 중 어느 하나의 지정상품에 관하여 있으면 충분하고, 반드시 취소심판청구에 관계되는 지정상품 각각에 관하여 모두 이해관계가 있을 필요까지는 없다(대법원 2013. 2. 28. 선고 2012후3442 판결).

○ 이해관계인이라 함은 취소되어야 할 등록상표의 존속으로 인하여 상표권자로부터 상표권의 대항을 받아 그 등록상표와 동일 또는 유사한 상표를 사용할 수 없게 됨으로서 피해를 받을 염려가 있거나 법률상 자신의 지위에 영향을 받을 것이 객관적으로 명백하여 그 등록상표의 소멸에 직접적이고도 현실적인 이해관계가 있는 사람을 말한다(대법원 2006. 9. 14. 선고 2005후3291 판결).

#### 5) 영업의 양도·폐지시의 이해관계

○ 실용신안권의 권리범위확인심판 청구인이 그 심판 계속 중에 그 실용신안 물건

의 제조판매영업권을 양도하였다 하더라도 본법상의 이해관계인임에는 변함이 없다(대법원 1977. 12. 27. 선고 76후33 판결).

○ 실용신안의 무효심판을 청구할 수 있는 이해관계인이라 함은 해당 실용신안권자로부터 그 권리의 대항을 받을 염려가 있어 현재 업무상 손해를 받고 있거나 후일 받을 염려가 있는 자를 포함하는 것이므로 해당 영업을 폐지한 자도 이해관계인이 될 수 있다(대법원 1981. 1. 13. 선고 80 후72 판결).

○ 본건 등록실용신안인 주철관과 그 제조방법이 판이한 별개 물품인 강관판매업을 경영하다가 이를 사실상 폐업한 후 원심의 심결 종결 시까지 다른 영업도 한 바가 없는 자는 이해관계인이 아니다(대법원 1981. 4. 14. 선고 79후90 판결).

### 6) 동업자 단체의 이해관계

한국화섬협회와 같은 동업체 단체가 회원을 대표하여 심판청구를 하는 경우에는 그 개개의 구성원이 이해관계가 있으면 협회로서도 그 이해관계가 있다고 보아야 할 것이다(대법원 1990. 2. 9. 선고 89후1271 판결).

### 7) 상표 불사용 의사표시가 있는 경우의 이해관계

○ 본건 등록상표를 사용하는 행위가 불공정한 행위라는 경제기획원장관의 제정명령에 따라 신문에 해명광고를 게재하면서 본건 등록상표를 사용하지 않겠다는 의사표시를 하였다면 그 후 위 시정명령이 해제되었거나 청구인이 본건 등록상표를 계속 사용하고 있지 않는 이상 청구인은 본건 등록상표의 존부에 관하여 이해관계가 없다(대법원 1980. 7. 8. 선고 79후38 판결).

○ 당국의 경고지시에 따라 피청구인의 본건 상표를 사용하지 아니할 것과 새로운 상표를 대체 사용하겠다고 광고하여 본건상표를 사용하지 아니할 것을 적극적으로 표시하고 실천하고 있는 심판청구인은 본건 상표등록의 취소심판을 청구할 수 있는 이해관계인이 아니다(대법원 1981. 7. 7. 선고 80후10 판결).

### 8) 위반행위를 하지 않기로 합의한 경우의 이해관계

위 인정사실에 의하면, 피고들은 위합의 당시 (가)호 고안이 이건 등록고안의 권리범위에 속함을 인정하고 1998. 10. 31.까지는 사용료를 지불하는 조건으로 (가)호 고안을 실시하고 1998. 11. 1.부터는 (가)호 고안을 실시하지 않기로 약정한 것으로 봄이 상당하다 할 것이므로 원고와 피고들은 위 합의를 준수하여야 할 계약상의 의

무를 지게 되어 위 합의 이후로는 피고들에게 (가)호 고안이 이건 등록고안의 권리범위에 속하지 아니한다는 확인을 구할 이해관계가 소멸되었다 할 것이다(특허법원 1999. 4. 8. 선고 98허9697 판결).

#### 9) 다투지 않기로 합의한 경우의 이해관계

○ 의장등록 무효심판은 이해관계인 및 심사관에 한하여 이를 청구할 수 있는바, 심판청구 당시 이해관계가 있는 당사자라 하더라도 심판계속 중에 당사자 사이에 다투지 아니하기로 하는 합의가 있다면 특별한 사정이 없는 한 이해관계는 소멸된다고 보아야 할 것이다(대법원 2000. 1. 21. 선고 99후2198 판결).

○ 당사자간에 실시권 설정, 권리의 공유 등의 사실이 없어도 당사자간에 일체의 분쟁을 하지 아니한다는 화해각서가 존재하는 한 이는 심판을 청구함에 있어서 이해관계가 소멸된 것이다(대법원 1979. 3. 13. 선고 77후50 판결).

#### 10) 심판청구 취하 약정에 관한 이해관계

○ 특허권의 권리범위확인의 심판청구를 제기한 이후에 당사자 사이에 심판을 취하하기로 한다는 내용의 합의가 이루어졌다면 그 취하서를 심판부(또는 기록이 있는 대법원)에 제출하지 아니한 이상 심판청구취하로 인하여 사건이 종결되지는 아니하나, 당사자 사이에 심판을 취하하기로 하는 합의를 함으로써 특별한 사정이 없는 한 심판이나 소송을 계속 유지할 법률상의 이익은 소멸되었다 할 것이어서 해당 청구는 각하되어야 한다(대법원 1997. 9. 5. 선고 96후1743 판결).

○ 심판청구인의 위 각 상표의 사용이 피심판청구인과의 사이에 이루어진 상표사용계약에 터잡은 것이고 그 사용계약을 체결할 당시 피심판청구인과 사이에 동 사용계약이 해지된 이후에는 이 사건 각 등록상표를 사용하지 아니하며 또한 사용 계약이 해지된 이후에는 그 사용사실을 이유로 이 사건 상표권을 다투지 않기로 하는 취지의 약정을 한 바 있다 하여도 이와 같은 약정은 위 사용계약이 해지된 이후에 비로소 발생된 심판청구인의 이 사건 각 상표등록소멸에 관한 이해관계를 심판청구인으로 하여금 그 발생 이전에 미리 포기하게 함으로써 상표법의 제재에서 벗어나자는데 그 목적이 있음이 분명한 바 이와 같은 이해관계의 사전포기 합의를 허용하게 되면 상표권자의 상표부정사용을 방지하기 위한 제재적 규제인 동시에 일반수요자의 이익을 도모하기 위한 공익적 규정인 상표법의 적용을 당사자들의 합의에 의하여 임의로 배제할 수 있는 결과가 될

뿐만 아니라 상표권자의 위법행위를 조장할 우려마저 없지 않으므로 이와 같은 이해관계의 사전포기 약정은 위 규정 취지에 비추어 그 효력이 없다고 봄이 상당하다 할 것이다(대법원 1987. 10. 26. 선고 86후78, 79, 80 판결).

### 11) 관할관청의 허가가 필요한 경우의 이해관계 판례

유량기계작업을 하려면 원심 설시와 같은 관할 관청의 허가를 요하는 바 항고심판청구인은 동 허가를 얻은 바 없이 단순히 위 기술원조계약을 체결한 사실만으로 주장하고 있으니 항고심판청구인을 특허법 제89조 소정의 이해관계인이라고 인정할 수 없다 할 것이다(대법원 1973. 12. 26. 선고 73후28 판결).

### 12) 국제기관의 이해관계 판례

국제기관이라도 저명하다면 그 국제기관의 표장과 유사한 상표를 등록한 자를 상대로 상표무효심판을 구할 이해관계인에 해당한다(대법원 1987. 4. 28. 선고 85후11 판결).

### 13) 보조참가인이 있는 경우의 이해관계 판례

○ 주된 당사자인 심판청구인이 이해관계를 갖지 아니한 경우에는 가사 보조참가인이 독립하여 무효심판을 청구할 수 있는 이해관계를 가진 자라 하더라도 그로써 심판청구인의 심판청구를 적법하게 할 수는 없다(대법원 1970. 8. 31. 선고 69후13 판결).

○ 상표관리인이란 재외자를 대리하는 포괄적인 대리권을 가지는 자로서 형식상은 임의대리인이지만 실질적으로는 법정대리인과 같은 기능을 하는 관계로 당사자 본인에 준하여 취급된다고 볼 수 있으므로 위 보조참가인이 무효심판이 청구된 이 사건 등록상표들의 상표관리인이라는 사정만으로는 이 사건 소송의 결과에 제3자로서 법률상의 이해관계가 있다고 할 수 없고, 그 주장하는 다른 사정들도 사실상, 경제상의 이해관계에 지나지 아니하는 것으로 보이므로, 결국 위 보조참가인의 이 사건 보조참가신청은 참가의 요건을 갖추지 못한 부적법한 것이라고 할 것이다(대법원 1997. 3. 25. 선고 96후313,320 판결).

### 14) 권리가 다른 경우의 이해관계 판례

실용신안권에 대한 권리범위의 확인은 해당 실용신안권자의 권리의 대항으로 업무상 손해를 받고 있거나 받을 염려가 있는 자인 이해관계인이 해당 실용신안권의 효

력이 미치는 범위를 구체적 사실에 대한 관계에서 확정하는 것이므로 구체적 사실이 동일한 것이라 하여도 이와 같은 관계에서 심판대상이 되는 실용신안권이 별도의 것인 한 그 결과를 달리할 수 있고 이해관계 또한 다를 수가 있다 할 것이니, 동일한 고안으로 동일한 당사자에 대하여 그 상대방이 가지는 어느 실용신안권의 권리범위 확인청구를 하고 있거나 심판을 받았다 할지라도 특별한 사정이 없는 한 이와 별개의 실용신안권에 대한 권리범위 확인청구가 이중 청구가 된다거나 전 심결로서 이해관계가 소멸된다고 볼 수 없다(대법원 1983. 4. 12. 선고 80후65 판결).

## 6 판례

**【이해관계의 심리 】**

○ 무효심판을 구할 이해관계의 유무는 직권조사사항이라고 하는 것은 당원의 일관한 판례이다(대법원 1981. 7. 28. 선고 80후77 판결).

○ 당사자 사이에 다툼이 없다하여 이건 청구인을 이해관계인으로 단정하였음은 심판청구의 적법 여부에 관하여 심리를 다하지 아니한 위법이 있다(대법원 1983. 12. 27. 선고 82후58 판결).

○ 심판청구당시 이해관계가 있는 당사자라도 심판계속 중에 당사자 사이에 다투지 아니하기로 하는 합의가 있다면 특별한 사정이 없는 한 이해관계는 소멸된다고 보아야 한다(대법원 2000. 1. 21. 선고 99후2198 판결).

**【이해관계 결정의 기준 시점 】**

○ 이해관계인의 여부는 심결시를 기준으로 판단하여야 한다(대법원 2006. 9. 14. 선고 2005후3291 판결, 2009. 5. 28. 선고 2007후3325 판결)

○ 특허권이 특허료의 불납으로 소멸한 경우에도 이해관계인은 특허권의 무효심판을 청구할 수 있으며, 이해관계는 심판청구 당시에 존재함으로써 족한 것이지 특허권이 존속하고 있는 기간 중에 존재하여야 하는 것은 아니다(대법원 1989. 5. 23. 선고 88후578 판결).

○ 피고는 이 사건 심결 당시 사업장 소재지를 평택시 청북면 토진리 91-2, 사업종류를 제조업 등, 사업종목을 수문관련제품 등으로 하여 사업자등록이 되어 있었음을 알 수 있으므로, 피고는 업으로서 명칭을 “수문권양기”로 하는 이 사건 특허발

명(특허번호 제0552713호)과 같은 종류의 물품인 수문관련제품을 제조·판매하거나 제조·판매할 자로서 이 사건 특허발명의 무효심판을 청구할 수 있는 이해관계인에 해당한다 할 것이고, 그 후 피고가 국외로 이주하거나 위 사업장 소재지에서 수문 관련제품을 제조·판매하고 있지 않더라도, 위와 같은 사정만으로 피고의 무효심판에 관한 이해관계가 소멸하였다고 볼 수 없다(대법원 2009. 9. 10. 선고 2007후4625 판결).

# 제7절 일사부재리

## 1 서설

일사부재리라 함은 심판의 심결이 확정되었을 때에는 그 사건에 대해서는 누구든지 동일 사실 및 동일 증거에 의하여 다시 심판을 청구할 수 없다는 확정 심결의 효력을 말한다(특§163). 다만, 확정된 심결이 각하심결인 경우에는 일사부재리 효력이 없다.

특허법상 일사부재리는 형사판결의 일사부재리와 민사판결의 기판력과 구별된다.

확정된 형사판결의 일사부재리라 함은 유·무죄의 실체판결이나 면소판결이 확정되면, 원칙적으로 공소가 제기된 피고인에 대하여 사실심 판결선고일 당시를 기준으로 판결의 대상이 된 공소사실은 물론 그 공소사실과 단일하고도 동일한 관계에 있는 사실의 전부에 대하여 그 후에 새로운 증거가 발견된다고 하더라도 다시 심리·판단할 수 없다는 원칙이다. 즉, 확정된 형사판결의 일사부재리는 원칙적으로 공소가 제기된 피고인에만 미치고, 새로운 증거가 발견된다 하더라도 일사부재리가 적용된다.

확정된 민사판결의 기판력이라 함은 판결이 확정되면 원칙적으로 당사자는 사실심 변론종결일 당시 제출할 수 있었던 공격방어방법을 들어 전소의 판결 주문에서 확정된 권리관계와 다른 판단을 구할 수 없고, 후소 법원은 그와 같은 사유가 제출되어도 이를 배제하여야 한다는 원칙이다. 민사판결의 기판력은 동일 당사자간에 동일사실(소송물)에 관하여 미치므로 증거가 다르더라도 동일소송물에 관한 것인 한 다시 소를 제기할 수 없다.

특허법상 확정심결의 효력인 일사부재리는 확정된 민·형사판결의 효력과 달리 '공소가 제기된 피고인' 또는 '당사자' 외에 '제3자'에 대하여도 대세효를 가지어 그 주관적 범위가 확대되는 점(주관적 범위의 확대), '동일사실'에 의한 심판이라도 '동일증거'에 의하지 아니한 경우에는 적용되지 아니하여 그 객관적 범위가 축소되는 점(객관적 범위의 축소)에서 특징이 있다.

특허법에 일사부재리의 규정을 둔 이유는 이미 확정된 심결과 모순·저촉되는 심결이 발생하는 것을 방지함으로써 확정된 심결의 신뢰성과 권위를 유지하고, 심판청구의 남용을 방지하여 심판절차의 경제성을 도모함으로써 동일한 심판에 대하여 상대방이 반복적으로 심판에 응하여야 하는 번거로움을 면하도록 하는 데에 있다.

일사부재리 규정이 적용되는 심결은 그 종류에 제한이 없으므로, 이론상으로는 등록무효심판에 대한 기각심결과 권리범위확인심결 뿐만 아니라, 특허거절결정 또는 연장등록거절결정에 대한 심판, 특허권의 존속기간의 연장등록의 무효심판, 정정심판, 정정의 무효심판, 통상실시권 허여의 심판에서의 각 인용심결과 기각심결 모두 일사부재리 효력을 가진다고 할 수 있으나, 실무상으로는 등록무효심판에 대한 기각심결과 권리범위확인심결 등에서 주로 문제된다.

※ 구법(2001. 2. 3. 법률 제6411호로 개정되기 전의 것)은 '심결이 확정 등록'될 것을 요건으로 하고 있었으나 개정법(2001. 7. 1. 시행)에서는 심결이 확정되는 것으로 개정하였고, 상기 개정조항은 개정법률 제6411호 부칙 제3조에 의해 개정법률 시행 이후의 출원부터 적용되므로 2001. 7. 1. 이후 출원에 대해서는 심결의 확정등록요건이 적용되지 않는다.

## 2 일사부재리 판단

일사부재리는 확정 심결의 효력으로서, 동일심판, 동일사실 및 동일증거라는 요건이 충족되는 경우에만 그 효력이 미친다.

한편, 심판청구인에 대하여는 특별한 규정이 없기 때문에 심판청구인이 동일한지 여부는 문제가 되지 아니한다. 따라서 동일사실, 동일증거가 아니라면 청구인이 동일하여도 다시 심판을 청구할 수 있다.



### 가. 확정심결

일사부재리 적용은 확정된 심결에 적용되는데, 다만 각하심결의 경우에는 특허법 제163조 단서 규정에 의해 일사부재리가 적용되지 아니한다.

위 단서 규정은 새로 제출된 증거가 선행 확정 심결을 번복할 수 있을 만큼 유력한 증거인지에 관한 심리·판단이 이루어진 후 선행 확정 심결과 동일 증거에 의한 심판청구라는 이유로 각하된 심결인 경우에도 동일하게 적용되어 이 경우 일사부재리가 적용되지 않는다(대법원 2021. 6. 3 선고 2021후10077 판결).

### 나. 동일심판

동일심판이라 함은 청구취지가 동일한 심판, 즉 청구취지의 대상으로 되어 있는

권리가 동일하고, 종류가 동일한 심판이라고 해석된다.

다만, 대세효가 있는 일사부재리의 적용범위를 함부로 넓히는 것은 국민의 재판청구권 행사를 제한하는 것이므로(대법원 2012. 1. 19. 선고 2009후2234 판결), 동일심판의 범위는 좁게 해석하여야 할 것이다.

거절결정불복심판에서 인용 심결이 확정된 경우 그에 따라 등록된 특허에 대한 무효심판은 거절결정불복심판과 동일한 심판이 아니고, 정정심판의 인용심결이 확정된 경우 정정된 특허에 대한 정정무효심판을 정정심판과 동일한 심판으로 보는 정정무효심판제도 자체를 부정하는 것이므로 동일심판이 아니라고 할 것이다.

반면에, 동일한 확인대상발명에 대한 적극적 권리범위확인심판과 소극적 권리범위확인심판은 동일한 심판에 해당한다(대법원 1991. 11. 26. 선고 90후1840 판결, 대법원 2012. 5. 24. 선고 2012후757 판결).

정정무효심판에서 인용 심결이 확정된 이후의 정정심판은 정정무효심판과 동일한 심판에 해당한다.

무효심판절차에서의 정정청구와 정정무효심판의 일사부재리 여부는 정정청구를 인용한 심결이 확정된 경우와 정정청구를 기각한 심결이 확정된 경우로 나누어 볼 수 있다.

먼저, 무효심판절차 중의 정정청구를 기각한 심결이 확정된 후 정정심판이 청구된 경우에는, 정정심판절차가 당사자 대립의 심리 구조를 취하지 아니하는 것이어서 서로 반대의 입장에서 다투는 양 당사자를 공통적으로 상정하기 어려우므로 양자를 '동일 심판'에 해당한다고 보기 어려우므로 일사부재리 원칙이 적용되지 않는다고 본다.

다음으로, 무효심판절차 중의 정정청구를 인용한 심결이 확정된 후 정정심판이 청구된 경우에는, 정정청구와 정정무효심판은 모두 당사자계 심판으로서 실질적으로 동일하게 심리가 진행되므로 일사부재리 원칙이 적용된다고 보는 견해가 있다. 다만, 무효심판 절차에서의 정정청구가 항상 당사자 대립구조에 의한 심리가 이루어지는 것은 아니므로 정정무효심판과 사실상 동일한 심판절차라고 보기 어렵고, 특히 상대방이 다투지 않아 정정청구가 인정된 심결이 확정되는 경우까지 일사부재리를 인정한다면, 사실상 제3자가 정정을 다툴 방법이 없게 되는 결과가 된다고 하면서,

무효심판절차 중의 정정청구를 인용하는 심결이 확정된 이후 청구된 정정무효심판에 대해 특허심판원은 일사부재리를 적용하여 심결각하하지 아니하고 정정무효를 기각한 심결을 하였는데, 상고심인 대법원도 일사부재리를 적용하지 않은 채 이 사건 정정이 청구범위를 실질적으로 변경한 경우에 해당하지 않는다고 판단하였는데(대법원 2019. 2. 28. 선고 2016후403 판결), 이는 대법원이 정정청구와 정정무효심판은 동일한 절차가 아니므로 일사부재리가 적용되지 않는다는 전제하에 판단한 것이라는 견해도 있다{김민상, "특허무효심판절차에서의 정정청구와 후속 정정무효심판 사이에 일사부재리가 적용되는지", 대법원판례해설(제120호), 법원도서관(2019년 상), 523면}.

### 다. 동일사실

일사부재리 원칙에서의 동일사실에서의 사실이라 함은 동일권리에 대하여 동일한 원인을 이유로 하는 특정한 사실을 가리킨다고 보는 것이 일반적이다. 따라서 특허무효심판에 있어서 무효의 효과를 발생시키는 사유로서 특허법 제29조 소정의 공지, 공연실시 및 반포간행물기재는 동일한 신규성의 흠이라는 원인을 이유로 하는 것이므로 이를 모두 동일사실을 구성한다. 반면에 같은 무효의 효과를 발생시키는 사유라도 신규성의 흠, 진보성의 결여, 산업상 이용가능성의 결여 등은 각각 별개의 사실을 구성한다. 권리범위확인심판사건에서는 확인대상발명과 이에 대비되는 특허발명에 의하여 동일사실인지 여부가 판단되므로 그 중 하나라도 상이한 경우에는 동일사실이라고 볼 수 없다.

○ 특허나 실용신안의 등록무효심판청구에 관하여 종전에 확정된 심결이 있더라도 종전 심판에서 청구원인이 된 무효사유 외에 다른 무효사유가 추가된 경우에는 새로운 심판청구는 그 자체로 동일사실에 의한 것이 아니어서 일사부재리의 원칙에 위배되지는 아니한다. 그러나 모순·저촉되는 복수의 심결이 발생하는 것을 방지하고자 하는 일사부재리 제도의 취지를 고려하면, 위와 같은 경우에도 종전에 확정된 심결에서 판단이 이루어진 청구원인과 공통되는 부분에 대해서는 일사부재리의 원칙 위배 여부의 관점에서 그 확정된 심결을 번복할 수 있을 정도로 유력한 증거가 새로이 제출되었는지를 따져 종전 심결에서와 다른 결론을 내릴 것인지를 판단하여야 한다. 원심이 그 판시와 같은 이유를 들어, 원고가 이 사건에서 한 주장 중 이 사건 등록고안의 진보성이 부정된다는 부분은 종전에 확정된

심결이 있는 등록무효심판에서 청구원인이 된 무효사유와 공통되는데, 이 사건에서 제출된 비교대상고안 7은 이미 확정된 심결의 이유 중에 거론되어 판단되었던 증거이고, 새로이 제출된 비교대상고안 1 내지 6, 8 내지 12 등은 모두 확정된 심결을 번복할 수 있을 정도로 유력한 증거라고 볼 수 없다는 이유로, 이 사건 등록고안의 진보성이 부정된다는 주장을 배척한 것은 위 법리에 따른 것으로서, 거기에 상고이유 주장과 같이 일사부재리 원칙 적용에 관한 법리를 오해하는 등의 잘못이 없다(대법원 2017. 1. 19. 선고 2013후37 전원합의체 판결).

○ 종전 확정심결에서 청구원인이 된 무효사유는 진보성 부정이었고, 이 사건 심판청구에서는 진보성 부정 외에 신규성 부정의 무효사유가 추가되었다. 그런데 특허발명에 신규성이 없다는 것과 진보성이 없다는 것은 원칙적으로 특허를 받을 수 없는 사유로서 독립된 특허무효사유이다(대법원 2002. 11. 26. 선고 2000후1177 판결 등 참조). 따라서 앞서 본 법리에 비추어 볼 때 이 사건 심판청구는 동일사실에 의한 것이라고 볼 수 없으므로, 종전 확정심결에 대한 관계에서 일사부재리의 원칙에 위배된다고 볼 수 없다(특허법원 2018. 6. 29. 선고 2017허7005 판결).

### 라. 동일증거

동일증거는 동일성을 가진 증거를 의미하는데, 이전 확정심결에서의 증거와 새로운 심판청구에서의 증거 사이의 '동일' 범위를 어디까지로 볼 것인가에 대하여는 여러 견해가 있다.

대법원은 "동일증거에는 전에 확정된 심결의 증거와 동일한 증거만이 아니라 그 심결을 번복할 수 있을 정도로 유력하지 아니한 증거가 부가되는 것도 포함하는 것"이라고 판시(대법원 2005. 3. 11. 선고 2004후42 판결 등)하여 중요증거설의 입장에 있다.

대법원 2013. 9. 13. 선고 2012후1057 판결은 "동일사실에 의한 동일한 심판청구에 대하여 전에 확정된 심결의 증거에 대한 해석을 다르게 하는 등으로 그 심결의 기본이 된 이유와 실질적으로 저촉되는 판단을 하는 것은 특허법 제163조가 정한 일사부재리 원칙의 취지에 비추어 허용되지 않으나, 전에 확정된 심결의 증거를 그 심결에서 판단하지 않았던 사항에 관한 증거로 들어 판단하거나 그 증거의 선행기술을 확정된 심결의 결론을 번복할만한 유력한 증거의 선행기술에 추가적, 보충적으로

결합하여 판단하는 경우 등과 같이 후행심판청구에 대한 판단내용이 확정된 심결의 기본이 된 이유와 실질적으로 저촉된다고 할 수 없는 경우에는, 확정된 심결과 그 결론이 결과적으로 달라졌다고 하더라도 일사부재리 원칙에 반한다고 할 수 없다."고 판시하였는바, 법원의 확정판결의 기속력의 범위에 관한 특허법 제189조 제3항의 "그 취소의 기본이 된 이유"와 일치시켜 법원 판결의 효력 구현 매커니즘과 사이에 문제가 발생하지 않도록 하기 위한 것이라고 설명하는 경우도 있다.

#### 마. 심결 이유 중의 사실 및 증거

일사부재리의 객관적 범위를 판단함에 있어 기준이 되는 동일사실 및 동일증거는 확정심결의 이유에서 거론되었던 것이어야 한다. 심결 이유 중에 다루어지지 않았던 사실 및 증거와의 관계에서는 심결의 모순·저촉이라고 하는 문제는 발생하지 않기 때문이다. 대법원도 2013. 9. 13. 선고 2012후1057 판결에서 "전에 확정된 심결의 증거를 그 심결에서 판단하지 않았던 사항에 관한 증거로 들어 판단하는 경우에는 일사부재리 원칙에 반하지 않는다."고 판시하여 이를 명백히 하였다.

심결의 이유에서 거론되지 않았던 것으로서 심결취소소송에서 비로소 새로운 주장이나 증거가 제출되어 그것이 판결의 이유에서 거론된 경우 새로운 주장이나 증거는 일사부재리의 객관적 범위에 포함되는 것으로 보는 것이 특허법원의 실무이다.

한편, 일사부재리 위반을 이유로 한 각하심결에 대한 심결취소소송에서 새로운 주장이나 증거에 의해 각하심결을 취소할 수 있는지 여부가 문제이다. 이에 대해 대법원은 일사부재리원칙 위반 여부는 심결시를 기준으로 동일사실과 동일증거를 제출한 것인지를 심리하여 판단하여야 하고, 심결취소소송에서 심판청구인이 심판절차에서 주장하지 않은 새로운 등록무효사유를 이유로 각하 심결을 취소할 수 없고, 새로운 등록무효 사유에 대하여 판단할 수도 없다고 보았다(대법원 2020. 4. 9. 선고 2018후11360 판결).

### 3 일사부재리 판단의 기준시점

#### 가. 청구 시 대 심결 시

일사부재리는 확정심결의 효력이다. 그런데 심결이 확정되었는지 여부를 후행 심판의 청구시를 기준으로 할 것인지 아니면 심결시를 기준으로 할 것인지에 대해 많

은 논란이 있었는데, 종전에는 심결시로 보았다. 그러나 심결시 기준에 의하면 심판청구가 늦은 사건이 먼저 심결이 확정된 경우 앞서 청구한 심판 사건이 일사부재리의 적용을 받는 경우가 있을 수 있고, 이와 같이 관련 확정 심결의 등록이라는 우연한 사정에 의하여 심판청구인이 자신의 고유한 이익을 위하여 진행하던 절차가 소급적으로 부적법하게 되는 것은 부당하다는 비판이 있었다.

대법원은 이러한 비판을 수용하여 대하여 대법원 2012. 1. 19. 선고 2009후2234 전원합의체판결을 통해 종전의 심결 시 기준을 청구 시 기준으로 변경하였다. 위 대법원 전원합의체 판결은 "일사부재리의 원칙에 따라 심판청구가 부적법하게 되는지 여부를 판단하는 기준 시점은 심판청구를 제기하던 당시로 보아야 한다."고 하였는데, 이는 선행 심결의 확정을 판단하는 기준 시점이 쟁점이 된 사안에서 특허법상 일사부재리 원칙의 대세효로 제3자의 권리 제한을 최소화하기 위하여 부득이하게 선행 심결의 확정과 관련해서만 그 기준 시점을 심결 시에서 심판청구 시로 변경한 것이다. 따라서 동일사실, 동일증거인지 여부를 판단하는 기준 시점은 여전히 심결 시를 기준으로 하여야 하므로, 특허심판원은 심판청구 후 심결 시까지 보정된 사실과 이에 대한 증거를 모두 고려하여 심결 시를 기준으로 심판청구가 선행 확정 심결과 동일한 사실·증거에 기초한 것이라서 일사부재리 원칙에 위반되는 여부를 판단하여야 한다(대법원 2020. 4. 9. 선고 2018후11360 판결).

### 나. 대법원 판례

○ 구 특허법(2001. 2. 3. 법률 제6411호로 개정되기 전의 것. 이하 같다) 제163조는"심판의 심결이 확정 등록되거나 판결이 확정된 때에는 누구든지 동일사실 및 동일증거에 의하여 그 심판을 청구할 수 없다"라고 하여 일사부재리의 원칙을 규정하고 있다.

종래 대법원은 일사부재리의 원칙에 해당하는지 여부는 심판의 청구시가 아니라 그 심결 시를 기준으로 판단되어야 한다고 해석하였다. 그리하여 일사부재리의 원칙은 어느 심판의 심결이 확정 등록되거나 판결이 확정된(이하 두 경우 중 심판의 심결이 확정 등록된 경우만을 들어 설시하기로 한다) 후에 청구되는 심판에 대하여만 적용되는 것은 아니고, 심결 시를 기준으로 하여 그 때에 이미 동일사실 및 동일증거에 의한 다른 심판의 심결이 확정 등록된 경우에는 당해 심판의 청구시기가 확정된 심결의 등록 전이었는지 여부를 묻지 아니하고 적용된다고 판

시하여 왔다(대법원 2000. 6. 23. 선고 97후3661 판결, 대법원 2006. 5. 26. 선고 2003후427 판결 참조).

이와 같은 종래의 대법원판례에 따르면, 동일특허에 대하여 동일사실 및 동일증거에 의한 복수의 심판청구가 각각 있은 경우에 어느 심판의 심결(이를 '제1차 심결'이라고 한다)에 대한 심결취소소송이 계속하는 동안 다른 심판의 심결이 확정 등록된다면, 법원이 당해 심판에 대한 심결취소의 청구가 이유 있다고 하여 제1차 심결을 취소하더라도 특허심판원이 그 심판청구에 대하여 특허법 제189조 제1항 및 제2항에 의하여 다시 심결을 하는 때에는 일사부재리의 원칙에 의하여 그 심판청구를 각하할 수밖에 없다. 그러나 이는 관련 확정심결의 등록이라는 우연한 사정에 의하여 심판청구인이 자신의 고유한 이익을 위하여 진행하던 절차가 소급적으로 부적법하게 되는 것으로 헌법상 보장된 국민의 재판청구권을 과도하게 침해할 우려가 있고, 그 심판에 대한 특허심판원의 심결을 취소한 법원의 판결을 무의미하게 하는 불합리가 발생하게 된다.

나아가 구 특허법 제163조의 취지는 심판청구의 남용을 방지하여 심판절차의 경제성을 도모하고 동일한 심판에 대하여 상대방이 반복적으로 심판에 응하여야 하는 번거로움을 면하도록 하는 데에 있다. 그러나 위 규정은 일사부재리의 효력이 미치는 인적범위에 관하여 "누구든지"라고 정하고 있어서 확정 등록된 심결의 당사자나 그 승계인이외의 사람이라도 동일사실 및 동일증거에 의하여 동일심판을 청구할 수 없으므로, 함부로 그 적용의 범위를 넓히는 것은 위와 같이 국민의 재판청구권의 행사를 제한하는 결과가 될 것이다. 그런데 구 특허법 제163조는 위와 같이 '그 심판을 청구할 수없다'라고 규정하고 있어서, 위 규정의 문언에 따르면 심판의 심결이 확정 등록된 후에는 앞선 심판청구와 동일사실 및 동일증거에 기초하여 새로운 심판을 청구하는 것이 허용되지 아니한다고 해석될 뿐이다. 그러함에도 이를 넘어서 심판청구를 제기하던 당시에 다른 심판의 심결이 확정 등록되지 아니하였는데 그 심판청구에 관한 심결을 할 때에 이미 다른 심판의 심결이 확정 등록된 경우에까지 그 심판청구가 일사부재리의 원칙에 의하여 소급적으로 부적법하게 될 수 있다고 하는 것은 합리적인 해석이라고 할 수 없다.

그렇다면 일사부재리의 원칙에 따라 심판청구가 부적법하게 되는지 여부를 판단하는 기준시점은 심판청구를 제기하던 당시로 보아야 할 것이고, 심판청구 후에 비로소 동일사실 및 동일증거에 의한 다른 심판의 심결이 확정 등록된 경우에는 당해 심판청구를 일사부재리의 원칙에 의하여 부적법하다고 할 수 없다.

이와 달리 구 특허법 제163조에 정한 일사부재리의 원칙에 해당하는지 여부는 심판의 청구시가 아니라 그 심결 시를 기준으로 판단되어야 한다고 판시한 대법원 2000. 6. 23. 선고 97후3661 판결과 대법원 2006. 5. 26. 선고 2003후427 판결의 취지는 이와 저촉되는 범위 내에서 변경하기로 한다(대법원 2012. 1. 19. 선고 2009후2234 전원합의체 판결).

○ 특허법 제163조는 "이 법에 따른 심판의 심결이 확정되었을 때에는 그 사건에 대해서는 누구든지 동일 사실 및 동일 증거에 의하여 다시 심판을 청구할 수 없다. 다만 확정된 심결이 각하심결인 경우에는 그러하지 아니하다."라고 확정 심결의 일사부재리 효력을 정하고 있다. 따라서 위 규정을 위반한 심판청구는 누가 청구한 것이든 부적법하여 각하하여야 한다.

심판청구인은 심판청구서를 제출한 후 그 요지를 변경할 수 없으나 청구의 이유를 보정하는 것은 허용된다(특§140조 제2항 참조). 따라서 특허심판원은 심판청구 후 심결 시까지 보정된 사실과 이에 대한 증거를 모두 고려하여 심결시를 기준으로 심판청구가 선행 확정심결과 동일한 사실·증거에 기초한 것이라서 일사부재리 원칙에 위반되는지 여부를 판단하여야 한다.

대법원 2012. 1. 19. 선고 2009후2234 전원합의체 판결은 '일사부재리의 원칙에 따라 심판청구가 부적법하게 되는지 여부를 판단하는 기준 시점은 심판청구를 제기하던 당시로 보아야 한다.'고 하였는데, 이는 선행 심결의 확정을 판단하는 기준 시점이 쟁점이 된 사안에서 특허법상 일사부재리 원칙의 대세효로 제3자의 권리 제한을 최소화하기 위하여 부득이하게 선행심결의 확정과 관련해서만 그 기준시점을 심결시에서 심판청구시로 변경한 것이다(대법원 2020. 4. 9. 선고 2018후11360 판결).

## 4 심결취소소송에서 주장·입증 책임 결여로 인한 취소확정판결에 따른 심결의 일사부재리 적용 여부

무효심판에 대한 인용심결이 있은 후 그 불복소송에서 청구인인 피고가 불출석하는 경우 주장·입증의 책임이 있는 피고가 이를 다하지 못했다는 엄격한 변론주의 입장을 택해 심결을 취소하는 것이 특허법원의 실무이고, 이러한 심결취소판결에도 기속력이 있다는 것이 대법원의 입장이다(대법원 2002. 12. 26. 선고 2001후96 판결).

따라서 피고불출석에 따라 "무효라는 취지의 심결"이 취소되면 특허심판원은 그 기속력에 의해 "무효가 아니라는 취지의 취판심결[84]"을 하게 된다. 그런데 이러한 취판심결이 확정되는 경우 일사부재리 효력의 객관적 범위가 취소된 심결의 사실 및 증거에까지 미치는 것인지가 문제이다.

확정된 심결은 무효가 아니라는 취지의 심결이지 심결취소 확정판결에 의하여 취소된 심결이 아니므로 취소된 심결에서 거론되었던 사실과 증거는 당연히 일사부재리의 효력이 미치는 객관적 범위에 포함되지 않는다고 보아야 할 것이다. 따라서 제3자가 취소된 심결과 동일사실, 동일증거에 의하여 다시 무효심판을 청구하더라도 일사부재리에 저촉되지 않는다.

## 5 조치

일사부재리에 해당한다고 판단하는 경우 심결각하하여야 한다.

## 6 효과

일사부재리는 확정된 민·형사판결의 효력과 달리 심결의 당사자나 그 승계인뿐만 아니라 제3자에 대하여도 대세적으로 효력이 있다(주관적 범위의 확대).

일사부재리 효력에 저촉되는 후행 심판청구는 부적법하므로 각하해야 하고, 기각 또는 인용심결을 한 경우 특허법원은 이를 취소해야 한다.

## 7 유사 제도

### 가. 재심

재심은 확정된 심결에 대해서 그 심결에 이르는 과정에 중대한 절차상의 하자가 있다거나 심결이 불공정한 상태에서 확정되었다는 이유를 들어 확정된 심결의 취소를 구하는 심판이다. 일사부재리 원칙과 달리 심판청구의 이유가 다르므로 양자는 상호 모순됨이 없다.

84) 취소판결에 대한 환송사건의 심결

### 나. 재소금지

재소금지란 종국판결이 있은 후에 소를 취하한 자는 다시 동일한 소를 제기할 수 없다는 민사소송법상의 원칙이다. 재소금지 원칙의 제도적 취지는 종국판결이 있는데도 원고가 스스로 소를 취하한 경우에는 그 자에게 더 이상 심판의 기회를 줄 필요가 없다는 제재적인 의미의 원칙이다. 그러므로 일사부재리와는 거리가 먼 원칙이다.

특허심판은 재소금지 원칙이 적용되지 않는다. 특허심판에 있어서는 심결의 확정 전까지는 청구의 취하를 할 수 있고(특§161①), 심판청구의 기간에 문제가 없다면 다시 심판을 청구할 수 있기 때문이다.

## 8 판례

- ○구디자인법 제56조에 의하여 준용되는 구특허법 제147조의 일사부재리의 원칙은 심결, 심판, 판결이 확정된 경우에 적용되는 것이지 미확정의 파기 환송판결에 대해 적용되는 것이 아니다(대법원 1991. 6. 28. 선고 90후1123 판결).
- ○실§29조에 의하여 준용되는 특허법 제147조의 일사부재리의 원칙이란 심판 또는 항고심판의 심결이 확정등록되거나 판결이 확정되었을 때에는 누구든지 동일사실 및 동일증거에 의하여 그 심판을 청구할 수 없다고 하는 것으로서, 당사자를 달리하거나 증거의 해석을 달리한다는 것만으로 위 원칙이 배제되는 것은 아니다(대법원 1991. 1. 15. 선고 90후212 판결).
- ○확정된 심결 또는 판결에 대하여 동일사실 및 동일증거에 의한 재심판 청구를 금지하는 일사부재리의 원칙을 규정한 구특허법 제147조에서 동일증거라 함은 전에 확정된 심결의 증거와 동일한 증거뿐만 아니라 그 확정된 심결을 번복할 수 있을 정도로 유력하지 아니한 증거가 부가되는 것도 포함하는 것이므로 확정된 심결의 결론을 번복할 만한 유력한 증거를 새로이 제출한 경우에는 일사부재리의 원칙에 저촉된다고 할 수 없다(대법원 1991. 1. 15. 선고 90후212 판결).
- ○동일사실이라 함은 원칙적으로 해당 상표권과의 관계에서 확정이 요구되는 구체적인 사실이 동일함을 말하는 것이고(대법원 2001. 6. 26. 선고 99후2402 판결 참조), 등록상표에 대한 권리범위확인심판에서 확정이 요구되는 구체적인 사실은 적극적 권리범위확인심판에서의 그것과 소극적 권리범위확인심판에서의 그것을 달리

볼 것이 아니므로 적극적 권리범위확인심판의 심결이 확정등록된 때에는 그 일사부재리의 효력이 소극적 권리범위확인심판 청구에 대해서도 그대로 미치는 것이라고 볼 것이다(대법원 2006. 5. 26. 선고 2003후427 판결).

○ 등록실용신안이 출원전 공지의 고안이라는 확정심결의 사안과 공지의 고안이라는 주장에 다시 이 분야에 통상의 기술을 가진 자가 극히 용이하게 고안할 수 있다는 본건청구의 이유는 소송물이 서로 상위하므로 본건 일사부재리의 원칙이 적용될 수 없다(대법원 1976. 12. 28. 선고 70후4 판결).

○ 건외사건은 적극적 확인이고 본건 심판청구는 소극적 확인이라는 차이가 있어도 다같이 포지절단장치와 (가)호 도면 및 그 설명서의 포지절단장치는 그 구조나 작용효과가 유사하느냐 상이한 것이냐 하는 사실을 들고 (가)호 절단장치가 등록실용신안의 권리범위에 속하는지 여부의 심판을 구하였고, 위 양 사건의 (가)호 도면 및 그 설명서는 같은 것임이 분명하다. 그렇다면 위 양 사건은 위 양자의 기술적 고안이 유사한가 상이한가에 관한 동일한 사실이며 그 유사 또는 상이함을 판단하는 자료인 등록실용신안의 도면 및 설명서와 (가)호 도면 및 그 설명서는 동일한 증거라 할 것이므로 이 사건은 일사부재리의 원칙에 저촉되는 것이라 아니할 수 없고 이와 같은 견해에서만 원심결의 판단은 정당하다 할 것이다. 한편, 원심에서 각 증거는 위 확정사건에서 제출된 바 없으니 동일증거라 할 수 없다는 전제에서 이론을 펴고 있으나, 이들은 위 양자의 고안이 유사 또는 상이한 점에 관한 것이 아니라 등록실용신안의 고안이 공지공용의 것이라는 점을 입증하기 위한 것임을 알 수 있으므로 이는 등록고안이 신규성이 없는 무효의 것이라고 하는 데 역점을 둔 자료임이 소론 (갑) 각호증의 존재는 이 사건 권리범위확인에 있어서 일사부재리 원칙의 적용에 관한 한 아무런 지장이 없는 것이라 할 것이다(대법원 1976. 6. 8. 선고 75후18 판결).

○ 권리범위확인사건에 있어서도 신규성 유무를 판단하기 위한 새로운 증거의 제출이 있을 수 있고 따라서 동일사실을 청구원인으로 하는 경우라도 증거의 이동문제가 생길 수 있다(대법원 1977. 2. 22. 선고 76후19 판결).

○ 기록에 의하여 살펴보면 전 사건과 이 사건의 (가)호 도면 및 설명서는 모두 심판청구인 제품인 동일모델의 T.V.회로도로서 그 일부분에 상이한 점이 있어도 이는 주요부품의 선택에 따라 달라지는 것일 뿐이고 동일성이 달라진다고 할 수 없으므로 원심이 위 양 도면을 동일한 것이 아니라고 판단한 것은 잘못이라 하겠으나, 이 사건 고안이 공지공용의 것이라는 점에 관하여 이 사건에서 제출된 증거들은

전 사건에서는 제출되지 아니한 새로운 증거들이므로 여전히 이 사건 심판청구는 일사부재리의 원칙에 반하지 아니하는 것이므로 원심의 판단은 결론에 있어 정당하다 할 것이다(대법원 1991. 11. 26. 선고 90후1840 판결).

○ 심판사건에 있어서 동일증거라 함은 전에 확정된 심결을 전복할 수 있을 정도로 유력하지 아니한 증거들을 부가한 것도 포함하는 개념이므로 전에 확정된 심결에 영향을 미치지 아니할 새로운 증거들을 전에 확정된 심결의 증거에 부가되었다고 하더라도 이는 동일증거로 인정되는 것이다(대법원 1978. 3. 28. 선고 77후28 판결).

○ 피고가 특허법원 2002허8066호로 위 심결의 취소를 구하는 소를 제기하였으나 청구기각의 판결이 선고되어 위 심결은 확정된 사실을 인정할 수 있는바, 위 2001당1115호 심판청구 사건은 참고발명과 대비하여 이 사건 정정 전 특허에 관한 등록무효 심판청구 사건임에 비하여 이 사건은 확인대상발명이 이 사건 특허의 권리범위에 속하는지 여부를 가리는 권리범위확인 심판청구사건이어서 양 심판청구 사건은 사건의 종류와 대상을 달리하는 것이므로 양 심판청구 사건은 증거의 동일 여부에 관하여 나아가 살펴 볼 필요 없이 일사부재리에 해당하지 않는다고 할 것이다(특허법원 2006. 6. 2. 선고 2005허5099 판결).

○ 위와 같이 이 사건 등록고안의 출원단계에서의 보정이 신규사항의 추가에 해당하지 아니하여 무효사유에 해당하지 않는다는 실질적 판단이 이루어진 특허심판원의 심결이 확정이 된 점, 위 확정심결에는 일사부재리의 효력이 인정되어 동일한 사유에 기한 무효심판 청구는 부적법한 점, 우리나라의 특허법 규정상 이 사건 등록고안의 유·무효에 관한 판단권한은 특허심판원의 고유권한으로 맡겨져 있는 점, 무효사건에서의 위와 같은 확정심결의 판단내용은, 심결의 모순 저촉을 방지하기 위해서, 별개의 심판절차인 권리범위확인심판에서도 그대로 효력이 인정된다고 봄이 상당한 점 등에 비추어 보면, 이 사건 등록고안의 2004. 3. 12.자 보정이 신규사항 추가에 해당하지 아니하여 이 사건 등록고안에 등록무효사유가 없다는 취지의 위 확정심결의 실질적 판단내용은, 별개의 심판절차인 이 사건 권리범위확인심판 및 그에 대한 심결취소소송에도 그대로 효력이 미치는 것이어서, 피고로서는 이 사건 등록고안에 그 주장과 같은 무효사유가 있는지 여부에 대하여 더 이상 다툴 수 없을 뿐만 아니라 가사 다툴 수 있다고 할지라도 동일한 판단이 이루어질 뿐이므로, 이와 다른 전제에 선 피고의 위 주장은 이유없다(특허법원 2008. 5. 28. 선고 2007허8542 판결).

# 제8절 중복심판청구

## 1 서설

이미 계속된 동일한 사건에 대하여 당사자는 다시 소를 제기하지 못한다. 이를 중복제소의 금지 또는 이중소송의 금지원칙이라 하며 민사소송법상의 원칙이다(민소§259). 중복제소를 금지하는 이유는 동일사건에 대하여 다시 제소를 허용함은 소송제도의 남용으로서, 법원이나 당사자에게 시간·노력·비용을 이중으로 낭비시키는 것이어서 소송경제상 좋지 않고, 판결이 서로 모순·저촉되는 결과를 빚을 염려가 있기 때문이다.

중복심판청구 금지 규정은 그동안 심판 실무상 중복된 심판청구의 경우 소권의 남용에 관한 법리 및 중복제소금지에 관한 일반 법리에 따라 심결각하하던 관행을 입법적으로 뒷받침하기 위해 2006. 3. 3. 법률 제7871호로 신설되었다(특§154⑧). 따라서 동일 당사자 간에 동일사안을 중복 청구한 것은 흠결을 보정할 수 없는 부적법한 청구라 할 것이어서 각하되어야 한다.

> ○ 특허법 제154조(심리등) ⑧「민사소송법」 제143조·제259조·제299조 및 동법 제367조의 규정은 심판에 관하여 이를 준용한다.
>
> ○ 민사소송법 제259조(중복된 소제기의 금지) 법원에 계속되어 있는 사건에 대하여 당사자는 다시 소를 제기하지 못한다.

## 2 중복심판청구 판단

### 가. 당사자 동일

당사자가 동일하면 원고와 피고가 전소와 후소에서 서로 바뀌어도 중복제소에 해당한다. 또한 전소와 후소의 당사자가 동일하지 않더라도 후소의 당사자가 기판력의 확장으로 전소 판결의 효력을 받는 자(민소§218)에 해당하면 동일 사건이라고 할 수 있다.

마찬가지로 당사자가 동일하면 심판청구인과 피청구인이 전(前)심판과 후(後)심판에서 서로 바뀌어도 무방하다.

### 나. 청구(심판물) 동일

청구가 동일한지는 심판물을 어떻게 파악하는지에 따라 결정된다. 심판물은 심판청구의 취지만으로 결정되고 심판청구의 이유에 기재된 개개의 무효나 취소사유는 공격방법에 불과하다.

전심판 심결에 대한 심결취소의 소가 상고심 계속 중일 때 동일 당사자 사이에 다른 증거를 들어 다시 동일한 취지의 후심판을 청구하는 경우에도 중복심판에 해당한다(특허법원 2016. 9. 30. 선고 2016허4405 판결).

### 다. 전심판의 계속 중 후심판 청구

전심판의 계속 중이라 함은 '전심판이 심판원에 계속 중인 경우뿐만 아니라 전심판에서 내려진 심결이 아직 확정되지 아니한 경우'도 포함하며(특허법원 2014. 7. 10. 선고 2013허9805 판결), 전심판이 부적법한 경우 후심판이 중복심판인지 여부에 대해 중복심판금지의 취지인 심판경제를 감안하여 중복심판이 아닌 것으로 해석된다(대법원 2013. 12. 18. 선고 2013다 202120 다수견해).

전심판이 계속 중인지 여부는 '후심판의 심결시'를 기준으로 판단한다.

※ 대법원 2020. 4. 29. 선고 2016후2317 판결

민사소송법 제259조는 "법원에 계속되어 있는 사건에 대하여 당사자는 다시 소를 제기하지 못한다."라고 규정하고, 2006. 3. 3. 법률 제7871호로 개정된 특허법 제154조 제8항은 심판에 관하여 민사소송법 제259조를 준용하고 있다. 이러한 관련 법령의 내용에 다음의 사정을 고려하면, 특허심판원에 계속 중인 심판(이하 '전심판'이라 한다)에 대하여 동일한 당사자가 동일한 심판을 다시 청구한 경우(이하 '후심판'이라 한다), 후심판의 심결 시를 기준으로 한 전심판의 심판계속 여부에 따라 후심판의 적법 여부를 판단하여야 한다.

① 민사소송에서 중복제소금지는 소송요건에 관한 것으로서 사실심의 변론종결시를 기준으로 판단하여야 하므로, 전소가 후소의 변론종결시까지 취하·각하 등에 의하여 소송계속이 소멸되면 후소는 중복제소금지에 위반되지 않는다(대법원 1998. 2. 27. 선고 97다45532 판결, 대법원 2017. 11. 14. 선고 2017다23066 판결 등 참조). 마찬가지로 특허심판에서 중복심판청구 금지는 심판청구의 적법요건으로, 심결 시를 기준으로 전심판의 심판계속이 소멸되면 후심판은 중복심판청

구 금지에 위반되지 않는다고 보아야 한다.

② 대법원 2012. 1. 19. 선고 2009후2234 전원합의체 판결은 "특허법 제163조의 일사부재리의 원칙에 따라 심판청구가 부적법하게 되는지 여부를 판단하는 기준 시점은 심판청구를 제기하던 당시로 보아야 한다"고 하였는데, 이는 선행 심결의 확정을 판단하는 기준 시점이 쟁점이 된 사안에서 특허법상 일사부재리 원칙의 대세효로 인한 제3자의 권리 제한을 최소화하기 위하여 부득이하게 일사부재리 원칙의 요건 중 선행 심결의 확정과 관련해서만 그 기준 시점을 심결 시에서 심판청구 시로 변경한 것이다(대법원 2020. 4. 9. 선고 2018후11360 판결 참조). 중복심판청구 금지는 동일 당사자에 의한 심판청구권 남용을 방지함으로써 심결의 모순·저촉을 방지하고 심판절차의 경제를 꾀하기 위한 것이어서, 일사부재리 원칙과 일부 취지를 같이 하지만 그 요건 및 적용범위에 차이가 있으므로, 후심판이 중복심판청구에 해당하는지 여부까지 위 전원합의체 판결을 들어 후심판청구 시를 기준으로 판단할 것은 아니다.

상기 대법원 판결은, 무효심판청구에 대한 심결취소소송의 대법원 판결 선고로 심결이 확정되기 하루 전에 당사자와 청구가 동일한 무효심판을 다시 청구한 사안이었는데, 일사부재리의 원칙의 판단기준시점이 후심판의 심판청구 시이고(대법원 2012. 1. 19. 선고 2009후2234 전원합의체 판결), 중복심판청구 금지의 판단기준시점은 후심판의 심결 시이므로(대법원 2020. 4. 29. 선고 2016후2317 판결), 후심판청구 시 심결이 확정되지 않았으므로 일사부재리의 적용이 없고, 후심판청구에 대한 심결 시 심결이 확정되어 중복심판청구에 해당하지도 않게 되었다.

## 3 조치

중복심판에 해당하면 심판합의체는 각하심결을 한다.

## 4 효과

중복제소이어서는 안된다는 것은 소극적 소송요건이다. 중복제소인가의 여부는 직권조사사항이기 때문에 이에 해당하면 피고의 항변을 기다릴 필요 없이 판결로써 후소를 부적법 각하하여야 한다.

동일한 사건이라 하여도 전소의 기록 분실로 소송을 진행할 수 없는 경우에 기록의 재편을 위한 신소의 제기는 중복소송이 되지 않는다. 만일 중복제소임을 법원이 간과하고 본안판결을 하였을 때에는 상소로 다툴 수 있다. 그러나 판결이 확정되었을 때에는 당연히 재심사유가 되는 것은 아니며, 그렇다고 당연무효의 판결은 아니다. 다만, 전·후 양소의 판결이 모두 확정되었으나 서로 모순저촉이 되는 때에는 어느 것이 먼저 제소되었는가에 관계없이 뒤의 확정판결이 재심사유가 될 뿐이다. 그러나 재심판결에 의하여 취소되기까지는 뒤의 판결이 새로운 것이기 때문에 존중되어야 할 것이다.

## 5 판례

○ '전심판의 계속 중'을 '전심판에서 내려진 심결이 확정되지 아니한 경우'를 의미하는 것으로 해석하는 것이 타당하다. 즉, ① '전심판의 계속 중'을 '전심판이 특허심판원에 계속 중'으로 좁게 해석하게 되면 심판청구인은 전심판절차에서 내려진 심결에 대하여 심결취소소송을 제기한 후 그 심결이 확정되기 전에 다시 동일한 심판을 청구하여도 후심판청구는 일사부재리의 원칙에 위배되지 않게 되고(대법원 2012. 1. 19. 선고 2009후2234 판결 참조), 특허심판원은 후심판청구에 대하여 심결을 하여야 하므로 결국 동일한 심판청구에 대하여 2개의 심결이 있게 되어 무용한 절차의 반복을 방지하고자 하는 중복 심판청구 금지 규정의 입법취지에 반한다. ② '전심판이 특허심판원에 계속 중'으로 좁게 해석하게 되면 전심판절차에서 불리한 심결을 받은 심판청구인은 심결취소소송을 제기한 후 다시 동일한 심판청구를 할 수 있게 되어 피심판청구인은 심결취소소송에 대하여 방어해야 될 뿐만 아니라 새로 제기된 후심판청구에 대하여도 방어권을 행사해야 되므로 소송경제에 반하고 심판청구권의 남용을 방지하고자 하는 중복 심판청구 금지 규정의 입법목적도 달성할 수 없게 된다. ③ 더구나 전심판청구에 관한 심결에 대한 취소소송을 제기하고 동일한 심판을 다시 청구한 경우 전심판절차에서 내려진 심결을 취소하는 판결이 선고되어 확정되면 특허심판원에 후심판청구가 계속 중임과 동시에 재심리절차가 개시되면서 전심판청구가 계속되어 동일 당사자 사이에 동일한 심판청구에 대하여 2개의 심판절차가 진행되는 불합리한 결과가 발생한다(2014. 7. 10. 선고 특허법원 2013허9805).

○ 등록서비스표의 지정서비스업 모두에 대하여 등록취소심판을 청구한 후, 다시 지

정서비스업 중 '식당체인업'에 대하여만 등록취소심판을 청구한 경우, 양 심판청구의 각 심판물이 서로 다르므로, 중복심판청구에 해당하지 않음(특허법원 2009. 12. 4. 선고 2009허7413 판결).

○ 이 사건 심판청구는 취소의 대상이 되는 지정상품의 범위 즉, 심판의 청구취지가 선행 사건의 심결의 그것과 달라 심판물 자체가 다르고, 또한 심판청구일이 달라 등록취소를 구하는 상표의 사용행위의 기준시점도 상이하므로 어느 모로 보나 중복 청구에 해당하지 아니함(특허법원 2011. 6. 22. 선고 2011허2749 판결).

# 제9절 본안심리

## 1 서설

심판청구서가 특허심판원장에게 제출되면, 심판정책과는 특허심판원장 명의로 방식심사를 하고, 심판합의체가 지정되면 심판장은 방식심리를 하고, 이후 심판합의체는 본안심리를 한다.

> 제154조(심리 등) ① 심판은 구술심리 또는 서면심리로 한다. 다만, 당사자가 구술심리를 신청하였을 때에는 서면심리만으로 결정할 수 있다고 인정되는 경우 외에는 구술심리를 하여야 한다.
> ② 삭제
> ③ 구술심리는 공개하여야 한다. 다만, 공공의 질서 또는 선량한 풍속에 어긋날 우려가 있으면 그러하지 아니하다.
> ④ 심판장은 제1항에 따라 구술심리로 심판을 할 경우에는 그 기일 및 장소를 정하고, 그 취지를 적은 서면을 당사자 및 참가인에게 송달하여야 한다. 다만, 해당 사건의 이전 심리에 출석한 당사자 및 참가인에게 알렸을 때에는 그러하지 아니하다.
> ⑤ 심판장은 제1항에 따라 구술심리로 심판을 할 경우에는 특허심판원장이 지정한 직원에게 기일마다 심리의 요지와 그 밖에 필요한 사항을 적은 조서를 작성하게 하여야 한다.
> ⑥ 제5항의 조서에는 심판의 심판장 및 조서를 작성한 직원이 기명날인하여야 한다.
> ⑦ 제5항의 조서에 관하여는 「민사소송법」 제153조 · 제154조 및 제156조부터 제160조까지의 규정을 준용한다.
> ⑧ 심판에 관하여는 「민사소송법」 제143조 · 제259조 · 제299조 및 제367조를 준용한다.
> ⑨ 심판장은 구술심리 중 심판정 내의 질서를 유지한다.

## 2 심리원칙

심판은 구술심리 또는 서면심리로 하는데, 당사자가 구술심리를 신청하였을 때에는 서면심리만으로 결정할 수 있다고 인정되는 경우 외에는 구술심리를 하여야 한다(특§154①, 실§33). 심판은 민사소송과 달리 직권심리가 가능하다.

### 가. 직권심리

민사소송은 원래 당사자가 자유로 처분할 수 있는 개인의 이익에 관한 분쟁의 해결을 목적으로 하는 것이므로 당사자주의를 기본으로 하는데 비해, 심판은 심결의 효력이 널리 제3자에게도 미치고 대세적인 영향이 크므로 당사자의 의사와는 어느 정도 무관하게 심판관이 직권으로 적극적으로 사건에 개입하고 주도하여 심리를 진행하는 직권주의 요소가 많다.

심판절차에 있어서의 직권주의는 직권진행주의와 직권조사의 두 가지로 나누어 볼 수 있는데, 직권탐지주의는 당사자의 의사와는 관계없이 심판관이 심결의 기초자료를 직권에 의하여 적극적으로 수집하는 것으로서, 직권증거조사(특§157①, 디§145①, 상§144①), 직권증거보전(특§157①, 디§145①, 상§144①), 당사자 또는 참가인이 신청하지 아니한 이유에 대한 직권심리(특§159, 디§147①, 상§146①), 거절결정이유와 다른 거절이유의 발견(특§170, 디§124②, 상§123③) 등을 들 수 있다.

### 나. 서면심리

심판장은 서면심리만으로 결정할 수 있다고 인정되는 사건은 서면심리만으로 판단이 가능한데, 서면심리만에 의할 수 있는 경우로 다음을 들 수 있다.

① 심판청구 또는 심판청구에 관한 절차를 각하해야 할 경우

② 심판청구의 이유·증거 및 답변이 명확하여 서면심리가 적당하다고 판단되는 경우

③ 구술심리를 거친 이후 서면심리가 적절하다고 판단되는 경우

④ 등록상표의 불사용취소심판에서 피청구인으로부터 어떤 답변도 없는 경우 또는 제출된 증거에 의하여 인용 또는 기각이 명확한 경우

⑤ 심사기준·심판의 운용기준 등이 쟁점이 되고 있는 경우로서 서면심리가 적당하다고 판단되는 경우

⑥ 특허취소신청 사건에 대한 심리

### 다. 구술심리

민사소송은 구술심리가 원칙이나 심판은 서면심리 또는 구술심리 모두 가능하다.

협의의 구술심리는 심판정에서 개최되는 당사자들의 청구이유에 대한 공방만을 의

미하나, 광의의 구술심리는 당사자들의 공방 외에 증인신문, 감정, 검증, 증거보전절차 등을 포함한다.

## 3 심사관 의견 요청

특허심판원장은 특허취소신청 또는 심판을 위하여 필요한 경우 특허청장에게 해당 특허취소신청서 또는 심판청구서의 부본을 송부하고, 관계심사관의 의견을 제출하도록 특허청장에게 요청할 수 있다(특시칙§64).

# 제10절 직권심리

## 1 서설

직권주의란 소송절차과정에서 소송심리의 주도권을 법원에 두는 것을 말하는데, 당사자주의에 대칭되는 개념이다.

직권주의는 직권진행주의와 직권탐지주의로 대별되는데, 직권진행주의는 당사자의 주장에 의하지 않고 소송, 심리의 촉진을 위한 제도이고, 직권탐지주의는 당사자의 주장에 의하지 않고 직권으로 심리하여 증거조사나 증거보전을 할 수 있는 제도로서, 직권심리, 직권증거조사, 직권증거보전 등을 포함한다.

민사소송법에 있어서도 법원이 직권에 의하여 소송의 진행을 도모하는 등 직권주의에 의한 규정을 적지 않게 볼 수 있으나 민사소송은 원래 당사자가 자유로 처분할 수 있는 개인의 이익에 관한 분쟁의 해결을 목적으로 하는 것이므로 동법의 근간을 이루는 주요한 조항에 당사자주의(처분권주의, 변론주의) 입장을 취하는 규정의 비중이 직권주의의 입장을 취하는 규정보다도 크다.

이에 비해 심판에 있어서는 그 심결의 효력이 널리 제3자에게도 미치고 대세적인 영향이 크므로 이들 당사자주의적 규정을 준용하지 않고 심판청구가 된 후에는 취하가 없는 한 당사자의 의사와는 어느 정도 무관하게 심판관이 직권에 의하여 적극적으로 사건에 개입하고, 또한 주도하여 심리를 진행하여야 한다는 취지를 규정한 조항이 특허법 등 관계법에 많이 마련되어 있어 그 비중이 대단히 크다.

이런 점으로 볼 때 심판절차의 특징의 하나는 직권주의를 기조로 하여, 직권탐지주의를 대폭 도입하고 있는 점이라고 할 수 있고, 심판절차에 있어서의 직권주의는 직권진행주의와 직권조사의 두 가지로 나누어 볼 수 있다.

## 2 직권진행주의

### 가. 개요

직권진행주의란 심판절차의 진행을 도모하는 절차를 심판관이 직권으로 행하고, 이것에 관하여 당사자의 신청을 필요로 하지 아니하거나, 또는 신청을 허여하지 않는 방식을 말한다.

### 나. 내용

법정기간 또는 지정기간의 직권에 의한 연장(디§17), 심리방식의 선택(특§154, 디§142, 상§141), 심판의 진행(특§158, 디§146, 상§145) 또는 중지한 절차의 수계명령(특§22⑤, 디§23, 상§24) 등에 직권진행주의가 받아 들여져 있다.

## 3 직권탐지주의

### 가. 개요

소송심리의 내용면에서 볼 때 판결을 위한 자료를 제공하여 사건의 내용을 명확하게 하는 역할을 법원에 맡길 때 이를 직권탐지주의라 한다. 법원이 직권으로 수집하는 것은 판단의 기초가 되는 사실과 증거에 관한 것이다. 반면에 직권조사는 당사자의 신청 또는 이의가 없거나 혹은 당사자가 시인한다 하여도 공익에 관한 것이기 때문에, 법원은 반드시 직권으로 조사하여 판단을 하여야 할 사항으로 변론주의와 직권탐지주의가 아닌 제3의 입장이다. 직권주의의 적용범위는 소송요건 또는 상소요건, 절차적 강행법규의 준수, 실체법상의 해석적용 따위이다.

직권탐지주의는 당사자의 의사와는 관계없이 심판관이 심결의 기초자료를 직권에 의하여 적극적으로 수집하는 것을 말한다.

### 나. 내용

특허심판에서의 직권탐지주의는 직권증거조사(특§157①, 디§145①, 상§144①), 직권증거보전(특§157①, 디§145①, 상§144①), 당사자 또는 참가인이 신청하지 아니한 이유에 대한 직권심리(특§159, 디§147①, 상§146①), 거절결정이유와 다른 거절이유의 발견(특§170, 디§124②, 상§123③) 등을 들 수 있다.

### 다. 제한

심판에서는 당사자 또는 참가인이 신청하지 아니한 이유에 대해서도 의견진술기회를 주고 심리할 수 있으나(특§159①, 디§147①, 상§146①), 청구인이 주장하지 아니한 청구취지에 관하여는 심리할 수 없다(특§159②, 디§147②, 상§146②).

청구인이 주장하지 아니한 청구취지에 관하여 심리를 허용하는 것은 청구인의 의사에 반하여 청구취지를 변경하는 것으로 귀결되고 또 행정법 일반의 법률유보원칙이나 민사소송법상의 처분권주의에 반하는 것이기 때문이다.

○ 실용신안법 제50조에 의하면, 실용신안권자 또는 이해관계인은 실용신안등록 청구범위의 청구항이 2 이상인 때에는 청구항마다 권리범위확인심판을 청구할 수 있고, 위와 같은 권리범위확인심판의 경우에도 민사소송법 제188조의 당사자처분권주의가 적용됨에 따라 심판원은 당사자가 신청하지 아니한 사항에 대하여는 심결하지 못한다 할 것인 바(대법원 92. 6. 26. 선고 92후148 판결 참조), 위 1.항의 라.에서 인정한 바와 같이 피고가 심결에서 '(가)호 고안이 이 사건 등록고안 청구항 1.의 권리범위에 속하지 아니한다'는 확인만을 구하였음에도 심판원은 '(가)호 고안이 이 사건 등록고안 전부의 권리범위에 속하지 아니한다'는 취지의 심결을 하였는 바, 이는 심판청구인인 피고가 청구한 바 없는 청구항 2.의 권리범위에 관한 판단을 아울러 한 것으로서, 당사자처분권주의에 위반하여 부적법함이 분명하므로, 원고가 주장하는 나머지 취소사유에 대하여는 나아가 살필 필요도 없이 이 사건 심결은 취소를 면할 수 없다(특허법원 2002. 5. 2. 선고 2001허4579 판결).

### 라. 의견진술 기회 부여

당사자 또는 참가인이 신청하지 아니한 이유에 대하여 심리한 때는 그 심리의 결과를 당사자 및 참가인에 통지하여 의견진술의 기회를 주어야 한다(특§159①, 실§33, 디§147①, 상§146①).

결정계사건에 대한 심판에서는 거절이유를 통지하고 의견서를 제출할 기회를 주어야 한다(특§170②, 디§124②, 상§123③).

정정심판에서는 정정불인정이유를 통지하고 의견서를 제출할 기회를 주어야 한다(특§136⑤, 실§33).

○ 직권심리의 경우 당사자 또는 참가인에게 의견진술의 기회를 주도록 규정한 특허법 제119조, 증거조사나 증거보전의 결과를 당사자, 참가인 또는 이해관계인에게 송달하고 이에 대한 의견서 제출의 기회를 주도록 규정한 동법 제116조 제6항의 규정들은 심판의 적정을 기하여 심판제도의 신용을 유지하기 위하여 준수하여야 하는 공익상의 요구에 기대한 강행규정이다(대법원 1989. 5. 23. 선고 86후90 판결, 1997. 8. 29. 선고 96후2104 판결, 1999. 6. 8. 선고 98후1143 판결).

## 제11절 서면심리

심리의 방법은 구술에 의한 구술심리와 서면에 의한 서면심리로 구분된다.

현행 민사소송은 구술심리(변론)주의를 원칙으로 하되, 서면심리주의로써 그 결점을 보완하고 있는데, 심판은 구술심리 또는 서면심리 모두가 가능하다.

서면심리주의는 심판정에 출정해야 하는 번거로움이 없고, 청취하여 내용을 이해해야 하는 불편함이 없으며, 진술내용이 확실하고 그 내용을 보존하고 재확인하는데 편리하다. 그러나 서면의 작성 및 열람에 많은 시간이 필요하고, 소송기록이 방대해져 쟁점을 찾아 심리를 집중하는데 불편하며, 합의제의 실효성을 확보하기 어려운 단점이 있다.

# 제12절 구술심리

## 1 서설

심판이 청구되었을 때 특별한 사정이 없는 한 심리가 진행된다. 심리는 심결을 내리는데 기초가 되는 자료를 수집하기 위한 심판의 가장 핵심적인 절차로, 양 당사자의 공격·방어뿐만 아니라 심판부의 소송운영 및 당사자의 신청에 대한 사실인정 등을 가리킨다.

심리는 심판장의 판단에 따라 서면 또는 구술에 의해 심리하는데, 당사자가 구술심리를 신청한 때에는 특별한 사정이 없는 한 구술심리를 개최하도록 하고 있다.

협의의 구술심리절차는 특허심판정에서 개최되는 당사자들의 청구이유에 대한 공방만을 의미하나, 광의의 구술심리절차는 당사자들의 공방 외에 증인신문, 감정, 검증, 증거보전절차 등을 포함한다. 특허심판에서의 구술심리는 협의의 구술심리절차, 증인신문절차, 현장검증절차 등이 대부분이다.

## 2 구술심리의 법적 의의

민사소송에 있어서 구술변론은 법률의 규정에 따라 일정한 절차 하에 행해지고, 판결절차에 있어서는 구술변론을 반드시 열어야 하며(민소§134, 필요적 구술변론) , 당사자의 주장을 법적으로 유효하게 하기 위해서는 구술에 의한 진술이 필요하다(구술주의).

이에 대하여, 특허심판원의 심리는 구술 또는 서면에 의해 행하는 것이 가능하기 때문에 구술심리가 행해진 때의 주장뿐만 아니라 서면으로 제출된 것도 전부 특허심판에 있어 유효하게 진술된 것이 된다.

따라서 특허심판의 구술심리는 증인신문을 포함한 증거조사, 심판합의체가 증인 및 당사자에게 실시하는 쟁점사항에 대한 심문 등에 더 큰 의의가 있다.

## 3 구술심리와 서면심리의 비교

### 가. 구술심리주의의 장·단점

구술심리에 의하면 심판관이 당사자·증인의 진술을 직접 들을 수 있고, 즉각적인 반문을 통해 진상을 파악하여 모순된 사항을 쉽게 발견할 수 있으며, 의문나는 점을 명확하게 밝힐 수 있어 쟁점 파악이 용이하고, 파악한 쟁점에 대해서는 증거조사를 집중시킬 수 있으므로 신속하고 정확한 심판을 할 수 있다.

또한 당사자는 심리의 진행상황을 알 수 있고, 심판부는 구술심리 기일을 지정해야 하므로 사건을 계속해서 방치할 수 없게 되며, 화해 시도가 쉽게 성공할 수도 있다. 한편, 특허심판은 민사소송과 달리 직권주의에 기초하여 심리를 진행하기 때문에 구술심리에 있어서 심판장이 적극적으로 심리지휘를 할 수 있으므로 사건에 따라 다양한 검토를 함으로써 최적의 사건해결을 도모할 수 있다.

그러나 구술주의는 심판정에 당사자·증인들이 출석해야 하는 번거로움이 있고, 진술결과를 보존하고 재확인하는 것이 용이하지 아니하며, 진술이나 청취는 쉽게 망각하게 되고 복잡한 사실관계나 기술설명은 이해하기 어려우며, 청취결과를 정리하기 어려운 단점이 있다.

### 나. 서면심리주의의 장·단점

서면심리주의는 심판정에 출정해야 하는 번거로움이 없고, 청취하여 내용을 이해해야 하는 불편함이 없으며, 진술내용이 확실하고 그 내용을 보존하고 재확인하는데 편리하다.

그러나 서면의 작성 및 열람에 많은 시간이 필요하고, 소송기록이 방대해져 쟁점을 찾아 심리를 집중하는데 불편하며, 합의제의 실효성을 확보하기 어려운 단점이 있다.

## 4 대상사건

일방당사자 또는 쌍방당사자가 구술심리를 신청한 사건, 석명권행사를 위하여 구술심리가 필요하다고 인정하는 사건에 대해서는 원칙적으로 구술심리를 행하여야 한다. 다만, 심판장은 일방당사자 또는 쌍방당사자가 구술심리를 신청한 사건에 대하

여 구술심리를 하지 않고 서면심리만을 행할 수 있는데, 이 경우 심판장은 심판사건 신청서를 인계받은 날 또는 답변서 제출기간 만료일 중 늦은 날로부터 15일 이내에 구술심리를 신청한 당사자에게 서면심리만으로 결정한다는 사실을 통지하여야 한다(심판사무취급규정 별지 23호 서식). 다만, 위 기간에 개최여부 등을 결정할 수 없는 경우 심판장은 추후에 결정할 것임을 알리는 보류통지(심판사무취급규정 별지 제12-5호 서식)를 하여야 한다(심판사무취급규정 제39조의2).

설명회 개최신청이 있는 사건에 대하여도 위와 같은 절차를 준용한다.

일반적으로 구술심리를 개최할 필요성이 높은 사건의 예를 들면 다음과 같다.

① 일방당사자 또는 쌍방당사자가 구술심리를 신청한 사건
② 침해소송이 계속 중인 사건 중 필요하다고 인정하는 사건
③ 청구이유가 불분명하거나 주장에 관한 근거가 불명확한 사건
④ 발명 또는 증거에 대한 당사자의 설명이 필요한 사건
⑤ 증거조사, 증인신문, 검증을 동반한 사건
⑥ 효율적인 심리를 위하여 심판장이 필요하다고 인정하는 사건

## 5 개최장소

### 가. 일반

일반적으로 구술심리는 특허심판원 소재지의 심판정에서 개최한다.

심판장은 원격 또는 교통이 불편한 지역에 주소지를 둔 심판의 당사자 쌍방이 특허심판원 소재지 이외의 장소에서 구술심리를 하고자 하는 경우로서 다음에 해당하는 경우 특허심판원장의 승인을 받아 특허심판원 소재지 이외의 다른 장소에서 구술심리를 개최할 수 있다(심판사무취급규정 제39조의3).

특허심판원 소재지 이외의 장소에서 구술심리를 희망하는 심판의 당사자는 심판사건신청서의 '신청의 이유'란에 다음 ① 내지 ⑤ 중의 하나에 해당한다는 취지를 기재하고, 이를 증명하는 서류 및 참석자 명단을 첨부하여야 한다.

① 심판의 당사자가 장애인, 65세 이상의 고령인 또는 거동이 불편한 자로서 구술심리에 참석하는 경우

② 심판의 당사자, 대리인, 참가인, 증인 등을 포함하여 당사자 일방의 참석자가 10인 이상인 경우

③ 심판 증거자료가 과대·과중하여 이동이 불편함을 소명한 경우

④ 신속심판 대상 사건인 경우

⑤ 심판장이 특허심판원 소재지 이외의 장소에서 구술심리를 할 필요성이 있다고 인정하는 경우

### 나. 원격영상구술심리

심판관이 당사자·증인의 진술을 직접 듣는 기존의 구술심리는 신속하고 정확한 심판을 할 수 있는 장점이 있는 반면, 수도권의 심판당사자들이 대전 심판정으로 내려오거나, 심판부와 지원인력이 서울 심판정으로 가야하는 번거로움이 있었다. 이에 따른 불편함을 해소하기 위하여 당사자를 동영상과 음성을 동시에 송수신하는 장치가 갖추어진 원격지의 심판정에 출석시켜 진행하는 원격영상구술심리를 개최할 수 있다.

원격영상구술심리는 특허심판원 소재지 이외의 장소에서 구술심리를 할 수 있는 사건(심판사무취급규정 제39조의3), 상표·디자인 당사자계 사건으로서 구술심리 개최 시 추가적인 증거제출이 없는 사건에 대하여 당사자의 일방 또는 쌍방의 신청이 있는 경우 개최할 수 있다(심판사무취급규정 제39조의4).

원격영상구술심리는 심판관계인이 특허심판원 또는 특허청 서울사무소 소재지의 심판정에 출석하여 진행한 구술심리로 보며, 원격영상구술심리를 하는 경우 그 취지 및 심판관계인이 출석한 심판정을 구별하여 조서에 기재한다.

### 다. 구술심리의 공개

심판장은 구술심리 기일이 정해지면, 해당 일정을 특허심판원 홈페이지 등에 게재하여 구술심리 개최 전까지 일반인의 방청신청을 받도록 하는데, 다만 심판정의 허용인원을 고려하여 방청인원의 수를 제한할 수 있고(심판사무취급규정 39조의2 제4항), 심판장은 영업비밀 노출 우려 등을 이유로 당사자의 요청이 있는 경우, 일반인의 구술심리 방청을 제한할 수 있다(심판사무취급규정 39조의2 제5항).

## 6 내용

구술심리는 당사자의 청구취지 진술, 당사자의 공격과 방어, 증인신문 및 심판부의 심문이 주된 것이다.

### 가. 청구취지의 진술(본안신청)

본안신청은 청구인이 심판청구서의 청구취지에 해당하는 심결을 구한다는 뜻을 진술함으로써 시작된다. 피청구인은 본안신청에 대하여 청구각하·청구기각의 심결을 구하는 신청을 하게 된다.

특허심판절차에서는 민사소송과 달리 서면으로 제출된 심판청구서 및 답변서 등은 구술심리에서 진술하지 않아도 유효하므로, 이 절차는 심판장의 지휘 하에 생략할 수도 있다.

### 나. 당사자의 주장 및 증거조사(공격방어방법)

청구취지를 진술한 후 당사자는 본격적으로 청구취지를 뒷받침하는 공격과 방어를 하게 된다. 공격방어방법이라 함은 신청을 뒷받침하기 위해 제출하는 일체의 심판자료를 말한다.

청구인이 제출하는 자료를 공격방법이라 하고, 피청구인이 제출하는 자료를 방어방법이라 하는데, 이를 합하여 공격방어방법이라 부른다. 공격방어방법은 당사자의 주장, 부인(否認) 및 증거신청이 주된 것이다.

증거신청은 다툼이 있는 사실에 대하여 필요한데, 상대방이 부인하는 사실에 대해 심판관으로 하여금 자신의 주장이 진실이라는 확신을 얻게 하기 위한 행위이다. 증거신청은 심판부에 의한 증거조사가 개시되기 전까지는 임의로 철회할 수 있다. 증거신청에 대해 상대방은 부적법, 불필요, 증거능력의 흠 등을 이유로 하여 각하를 구하거나 증거력이 없으므로 증거조사결과를 채택하지 말아달라는 항변을 할 수 있다.

특허심판에 있어서는 심판의 신속·경제성을 고려하여 통상 구술심리기일에 증거조사절차도 함께 이루어진다.

### 다. 심판장의 심문 및 증인신문

당사자의 주장 이외에 심판장은 직권으로 당사자에 대해 심문(審問)할 수 있고, 민

사소송법에 따른 당사자신문(訊問), 증인신문(訊問)을 하는 경우 먼저 당사자 및 증인에게 선서를 하게 하여야 한다. 심판장이 심문 또는 신문하는 사항의 예는 다음과 같다.

① 당사자가 권리범위확인심판에서 특허발명의 공지주장을 하지 않는 경우, 확인대상발명의 공지공용·자유실시기술 주장을 하지 않은 경우 이에 대해 당사자에게 심문할 수 있다.

② 적극적 권리범위확인심판사건에서 확인대상발명의 실시여부가 불분명하고 증거자료가 불충분한 경우 청구인에게 확인하고 상대방의 반론을 들어 실시여부를 석명할 필요가 있다.

③ 증인에 대한 확인서가 제출된 경우 사문서라 할지라도 그 성립의 진정성 및 증거력이 있는지 여부에 대해 양 당사자에게 의견을 진술할 것을 명할 필요가 있다.

④ 발명의 기술내용이 복잡하거나 배경기술·이론 등이 복잡하여 이해하기 어려운 경우 이에 대해 당사자를 심문할 수 있다.

⑤ 당사자의 주장이 불명확하거나 제출된 증거의 입증취지가 명확하지 않은 경우에 심판장은 직권으로 당사자 및 증인에게 심문할 수 있다.

⑥ 당사자가 필요하지 않은 주장을 하거나, 상호 모순되는 주장을 하는 경우 주장의 취하를 권고할 수 있다.

## 7 절차

### 가. 직권에 의한 개최 결정

구술심리는 일방당사자 또는 쌍방당사자의 신청이 있거나 구술심리가 필요하다고 인정되는 경우에 개최되고, 다만, 심판장은 일방당사자 또는 쌍방당사자가 구술심리를 신청한 사건에 대하여 서면심리만으로 결정할 수 있다고 인정되는 때에는 구술심리를 개최하지 아니할 수 있다.

### 나. 신청서 접수

구술심리를 하고자 하는 심판의 당사자는 심판사건신청서(특허법 시행규칙 제33호서식)를 특허심판원장 또는 심판장에게 제출하여야 한다(특시칙§65①).

### 다. 기일지정 및 진술요지서 제출명령

심판장은 구술심리의 기일 및 장소를 정하고 그 취지를 기재한 서면을 당사자 및 참가인에게 송달하여야 한다(특§154④). 당사자의 구술심리 신청이 있는 사건에 대하여 구술심리를 행하는 경우에는 심판사건신청서를 인계받은 날 또는 답변서 제출기간 만료일 중 나중의 날로부터 15일 이내에 구술심리기일, 개정 시간 및 장소를 지정하여 기일지정통지서(심판사무취급규정 별지 제12호 서식)를 당사자에게 통지하여야 한다. 다만, 위 기간에 개최여부 등을 결정할 수 없는 경우 심판장은 추후에 결정할 것임을 알리는 보류통지(심판사무취급규정 별지 제12-5호 서식)를 하여야 한다. 설명회 개최 신청이 있는 사건에 대하여도 위와 같은 절차를 준용한다.

구술심리를 개최할 경우에는 심판정의 사용가능 여부를 확인하고 기일을 확정한다. 심판정의 사용가능 여부는 심판시스템(특허넷 심판정/회의실 예약)에서 확인한다.

구술심리기일지정통지서는 특별한 경우를 제외하고는 기일의 3주 전에는 발송하여 당사자가 쟁점과 증거 등을 정리할 기간을 주는 것이 바람직하다. 심판장은 당사자가 진술할 내용을 정리한 구술심리진술요지서를 늦어도 구술심리기일 1주일 전까지 제출하도록 구술심리기일지정통지서에 기재하는 것이 바람직하다.

심판정책과는 다음 점에 유의하여 기일지정의 절차를 밟으며 구술심리기일지정통지서를 확인한다.

① 대리인의 권한유무를 점검하고 심판번호 등 기일지정통지서의 기재의 착오유무를 점검한다.

② 해당사건의 참가인에게도 송달한다.

기일지정통지서가 반려된 때에는 이를 기록하고, 기일지정통지서의 송달이 불가능할 때에는 공시송달 하며, 기일지정통지서는 소정 서식에 의한다.

### 라. 구술심리 쟁점심문서 통지

심판장은 구술심리에서 쟁점이 될 심문사항이 있다고 예상되는 경우 당사자에게 쟁점심문서(심판사무취급규정 별지 12-4호 서식)를 통지할 수 있다(심판사무취급규정 제40조 제2항).

### 마. 심판사무관의 지정

특허법 제154조 제5항의 규정에 의하여 심판장은 특허특허심판원장이 지정한 직원(이하 '심판사무관'이라 한다)에게 구술심리기일마다 심리의 요지 기타 필요한 사항을 기재한 조서를 작성하게 하여야 한다. 심판사무관은 심판사무 추진을 원활하게 하기 위하여 구술심리의 지원·참여 및 조서작성 등의 업무를 수행한다(심판사무취급규정 제28조의2).

### 바. 진술요지서 제출

구술심리기일지정통지서를 받은 당사자는 당사자의 주장 및 주요 증거의 요지 등 구술변론을 할 내용을 정리하여 구술심리진술요지서를 미리 제출하도록 한다. 구술심리진술요지서는 구술심리기일 1주일 전까지 제출하여 심판합의체와 상대방 당사자가 충분히 검토할 수 있도록 한다.

### 사. 기일의 준비

구술심리에 참석하려는 당사자 또는 대리인은 구술심리기일에 신분증을 지참하고 개정 10분 전까지 출석한다. 당사자가 아닌 위임받은 자가 출석하여 당사자로 발언하려면 아래의 서류를 미리 제출하여야 한다.

① 자연인(개인)인 당사자가 참석하는 경우: 신분증

② 법인의 대표이사 또는 지배인이 참석하는 경우: 신분증, 법인등기부등본

③ 법정대리인: 신분증, 가족관계증명서

④ 위임에 의한 대리인(변리사 또는 변호사)이 참석하는 경우: 신분증, 위임장

※ 변리사법 제2조: 변리사는 특허, 실용신안, 디자인 또는 상표에 관하여 특허청 또는 법원에 대하여 하여야 할 사항의 대리 및 그 사항에 관한 감정 기타의 사무를 행함을 업으로 한다.

※ 변리사법 제22조: 변리사가 아닌 자는 제2조의 규정에 의한 대리업무를 하지 못한다.

※ 자연인의 친·인척, 법인의 소속직원은 당사자를 대리할 수는 없으나, 심판장의 허락을 얻어 참고인 자격으로 발언을 할 수 있다.

양 당사자가 구술심리기일에 새로운 증거자료 또는 진술요지서를 제출하는 것은 지양되어야 하나, 부득이하게 당일 제출할 경우 5부(심판부 3부, 상대방 당사자 1부, 심판사무관 1부)를 제출한다.

한편, 구술심리기일과 장소가 정해지고 당사자의 진술요지서가 제출되면, 주심심판관은 구술심리 개최 전에 심판장에게 구술심리시 심문·확인할 사항을 보고한다. 주심이 보고할 사항은 다음과 같다.

① 이 건 특허(실용신안, 디자인, 상표)의 내용

② 확인대상발명(고안, 디자인, 상표)의 내용

③ 증거로 제출된 비교대상발명(고안, 디자인, 상표)의 내용

④ 비교대상발명(고안, 디자인, 상표)과의 차이점

⑤ 사건의 주요 쟁점

⑥ 구술심리시 확인할 사항 및 심문사항

⑦ 주심이 직접 심문할 사항

심판장은 구술심리 준비와 진행시 다음사항에 유의하여야 한다.

① 구술심리 개최 전에 사건의 쟁점을 명확하게 파악한다.

② 구술심리 개최 전에 심문사항이 무엇인지, 주심이 직접 심문할지 여부에 대해 주심심판관과 충분히 논의한다.

③ 양 당사자가 발언할 때에는 항상 심판장의 허락을 얻도록 한다.

④ 양 당사자는 심판장의 지휘에 따라 간결하고 명료하게 진술하게 하고, 심판의 쟁점과 직접적으로 관련이 없는 사항을 진술하는 경우에는 이를 즉시 제지시킨다.

⑤ 당사자가 심판진행에 지장을 준다고 판단될 때에는 발언을 중지시키거나 퇴장을 명한다.

⑥ 양 당사자 간에 직접 질문이나 답변을 하지 못하도록 하고, 상대방에 질문하고자 하는 사항은 항상 심판장을 통해 질문을 하도록 한다.

### 아. 기일의 변경 및 취소

심판장은 직권 또는 당사자의 신청에 의하여 필요하다고 인정하는 때에는 구술심

리기일, 개정 시간 및 장소 등을 변경할 수 있고, 이 경우에 심판장은 당사자(대리인이 있는 경우에는 대리인)에게 구술심리기일변경통지서(심판사무취급규정 별지 제12-2호 서식)로 통지한다(심판사무취급규정 제41조 제3항). 증인·감정인 등 당사자 외의 사람에 대하여 출석요구를 한 후에 그 기일이 변경된 때에는 바로 그 취지를 출석요구를 받은 사람에게 증인출석기일변경통시서(심판사무취급규정 별지 제13-2호 서식)를 송달하여 통지하여야 하며, 심판청구의 취하, 그 밖의 사정으로 출석요구를 취소할 경우에는 출석요구를 받은 사람, 당사자 및 참가인에게 증인출석요구취소통지서(심판사무취급규정 별지 제13-3호 서식)를 통지한다(심판사무취급규정 제43조 제1항, 2항).

당사자가 구술심리기일의 변경을 신청하고자 하는 때에는 기일변경신청서에 기일변경이 필요한 사유를 밝히고 그 사유를 소명하는 자료를 첨부하여 제출한다. 기일변경신청서는 서면으로 작성하거나 특허심판원 홈페이지(특허심판원-사이버민원안내-심판서식-기일변경신청서)에서 다운받아 전자문서로 제출한다.

#### 1) 기일변경신청을 인정하는 경우

기일변경신청서에 상대방의 동의가 표시되어 있을 때에는 언제든지 이를 인정할 수 있지만, 다음과 같은 경우에는 상대방의 동의가 없어도 인정할 수 있다.

① 대리인이 없는 당사자, 대리인 또는 증인이 질병에 대한 의사의 진단서가 첨부되고 출석할 수 없는 이유가 명백한 경우

② 기일이 이보다 먼저 지정된 법원의 기일과 경합하는 경우

③ 대리인이 없는 당사자 또는 증인이 공무 또는 기타 부득이한 사정으로 출석할 수 없는 이유가 명백한 경우

④ 기타 위의 사유에 준하는 이유로 제3자의 증명서가 첨부되어 심판장이 정당한 이유라고 인정한 경우

#### 2) 기일변경신청을 인정하지 않는 경우

다음의 경우에는 기일변경신청을 인정하지 아니한다.

① 당사자 1인에 2인 이상의 대리인이 있고 대리인 중 1인에게 기일변경신청의 이유가 생겼을 경우

② 지정기일 직전에 기일변경신청이 있어 증인 등 지정기일에 출석할 자에게 연락할 수 없는 경우에는 상대방의 동의 여부를 불문한다.

심판장은 필요한 경우 직권으로 지정 또는 변경된 구술심리기일을 취소할 수 있다. 구술심리기일을 취소하는 경우 심판장은 구술심리기일취소통지서(심판사무취급규정 별지 12-3호 서식)로 통지한다(심판사무취급규정 제42조의2 제2항).

### 자. 기일의 진행

#### 1) 증인신문이 없는 경우의 구술심리 진행

##### 가) 개정(開廷)

심판합의체가 입장하면 심판사무관은 심판정 내 출석자 및 방청인을 모두 기립하게 하고, 심판합의체가 배석 후 출석자 및 방청인을 착석하도록 한다.

☞ (심판장) 0000당0000, 특허 제000000호 무효심판사건에 관한 구술심리를 시작하겠습니다. (심판봉 3타 : 생략가능)

##### 나) 출석자 확인

심판장은 출석자를 확인한다. 이때 심판사무관은 출석자 명부를 미리 작성하여 심판장에게 전달한다.

☞ (심판장) 먼저, 출석자를 확인하도록 하겠습니다. 청구인측 출석자는 누구입니까?

☞ (청구대리인) 예, 저는 청구인 000의 대리인 변리사 000입니다.

☞ (심판장) 피청구인측은 누가 출석하셨습니까?

☞ (피청구인) 예, 피청구인 000입니다.

※ 구술심리 출석자의 적격 여부

구술심리에는 당사자(법인이면 대표이사) 또는 대리인(임의대리인, 법정대리인, 지배인)이 출석해야 한다. 법인인 당사자의 소속직원 또는 개인인 당사자의 친·인척 등은 특허심판을 대리할 수 있는 전문성을 인정할 수 없어, 변리사법에 따라 대리인이 될 수 없기 때문에 심리참여를 배제한다. 다만 심판장이 허가하는 경우 발언권을 얻어 진술할 수는 있다.

### 다) 구술심리 진행과 관련된 주의사항 고지

심판장은 구술심리 진행과 관련된 주의사항을 당사자에게 알린다. 심판사무관이 개정 전에 미리 '구술심리 진행시 주의사항'을 배포하므로, 심판장은 주의사항 낭독을 생략할 수 있다. 또한, 심판장은 해당사건의 구술심리에서 중점적으로 다루어야 할 사항을 밝히고 생략해도 좋은 사항, 중점적으로 설명하여야 할 사항 등을 요청할 수 있다.

☞ 지금부터 구술심리를 시작하겠습니다.

☞ 구술심리 진행과 관련된 몇 가지 주의사항을 말씀드리겠습니다.

첫째, 양 당사자와 대리인께서는 심판장의 구술심리 지휘에 따라 가급적 간결하고 명료하게 진술하시기 바랍니다.

둘째, 이 건 심판과 직접적으로 관련이 없는 사항에 대하여는 진술을 삼가기 바랍니다. 만일 심판진행에 지장이 있다고 판단될 때에는 발언을 중지시키거나 퇴장을 명하도록 하겠습니다.

셋째, 양 당사자의 대리인 간에 질문 또는 답변을 하시는 경우에도 심판장을 통해서 하여 주시기 바랍니다.

본 구술심리는 공개로 진행하고, 진술내용은 녹취하도록 하겠습니다.

구술심리 진행시 주의사항

1. 심판장의 구술심리 지휘에 따라 쟁점을 중심으로 간결하고 명료하게 진술하시기 바랍니다.
2. 이 건 심판과 직접적인 관련이 없는 진술은 삼가기 바랍니다.
3. 양 당사자 간에 질문 또는 답변을 하는 경우에도, 심판장을 통해서 하여 주시기 바랍니다.
4. 심판진행에 지장이 있다고 판단될 때에는 심판장은 발언을 중지시키거나 퇴장을 명할 수 있습니다.
5. 본 구술심리는 공개로 진행되며, 심판이나 소송의 증거자료로 사용 할 수 있도록 모든 진술내용을 녹취하고 있습니다.

### 라) 서증의 (진정)성립의 인부(認否) 및 내용의 확인

필요한 경우에는 서증번호 또는 서증부호를 정리하고, 제출된 서증의 형식적 증거력의 조사를 위하여 출석한 상대방에게 진정성립을 인정하는지 여부를 묻는다.

☞ (심판장) 갑 제5호증은 문서송부촉탁 받은 기록의 표지이고 갑 제6호증은 그 내용물인데, 이는 연관된 문서이므로 갑 제5호증은 '갑 제5호증의 1'로, 갑 제6호증은 '갑 제5호증의 2'로 번호를 정리하겠습니다.

☞ (심판장) 청구인은 갑 제0호증부터 갑 제0호증까지 제출하셨습니다. 맞습니까?

☞ (심판장) 피청구인은 갑 제0호증부터 갑 제0호증까지 인부하십시오.

☞ (피청구인) 갑 제0호증 내지 갑 제0호증까지는 성립인정하고, 갑 제0호증은 부지입니다.

☞ (심판장) 피청구인은 을 제0호증부터 을 제0호증까지 제출하셨지요?

☞ (심판장) 청구인은 제0호증부터 을 제0호증까지 인부하십시오.

☞ (청구인) 을 제0호증 내지 을 제0호증은 성립인정합니다.

※ (진정)성립의 인부 절차에서 상대방 당사자의 태도는 ① 성립인정 ② 부인 ③ 부지 등이다. 성립인정은 문서제출자가 작성자라고 주장하는 자가 진실로 작성한 것이고 그의 의사와 무관하게 다른 사람에 의해 위조·변조된 것이 아님을 뜻하는 것으로, 그 문서의 기재내용이 객관적으로 진실하다는 것까지 말하는 것은 아니다(작성의 진정이지 내용진정이 아니다. 허위내용의 이력서라도 진정성립이 될 수 있다). 문서의 진정성립을 부인하는 때에는 당사자는 그 이유를 구체적으로 밝혀야 하며, 그렇지 않은 경우 심판장은 구체적인 이유를 밝히도록 석명하여야 한다.(민사소송규칙 제116조). 부인할 경우 증명책임은 문서제출자에게 있다(민소§357). 제3자 명의의 문서에 대하여는 부지의 답변을 할 수 있으나, 자기명의의 문서에 대해서는 부지라고 할 수 없고 인정 또는 부인을 해야 한다.

상대방이 적극적·명시적으로 서증의 진정성립을 다투지 아니하는 때에는 심판장은 굳이 인부의 진술을 촉구하지 아니하여도 되지만, 해당 문서의 성립이나 내용에 관하여 다툼이 있고 이것이 그 사건의 쟁점과 관련이 있는 경우에는 인부의 의견을 진술하게 하여야 한다.

확인서, 사진 등이 증거자료로 제출되어 그 형식적 증거력에 다툼이 있는 경우 그 내용을 확인한다.

☞ (심판장) 피청구인은 청구인이 제출한 확인서가 사문서에 불과하여 형식적 증거력이 없다고 주장하는데 청구인은 이에 대해 반론이 있습니까?

☞ (심판장) 청구인이 제출한 사진에 찍힌 우측하단의 날짜에 대해 피청구인은 사진의 날짜는 얼마든지 조작될 수 있다는 주장을 하고 있는데, 피청구인은 이에 대해 주장할 사항이 있습니까?

**마) 취지 및 이유의 요지 진술**

심판장은 청구인(또는 그 대리인)에게 청구의 취지 및 이유의 요지를 진술하게 한다. 청구인은 청구의 이유 및 그 이유의 요지를 간단히 진술한다.

이어서 피청구인(또는 그 대리인)에게 답변의 취지 및 이유의 요지를 진술하게 한다.

☞ (심판장) 청구인은 청구의 취지와 그 이유의 요지만 간략히 진술해 주십시오.

☞ (청구인) 청구의 취지는 '이 사건 특허발명 제00000호 제0항, 제0항은 무효로 한다. 심판비용은 피청구인의 부담으로 한다'입니다. 제0항은 부적법한 분할출원에 의한 것으로 특허법 제000조에 의해 무효로 되어야 하고, 제0항은 진보성이 없는 발명으로 특허법 제00조에 의해 무효로 되어야 합니다.

☞ (심판장) 피청구인은 답변의 취지와 그 이유의 요지만 간략히 진술해 주십시오.

☞ (피청구인) 답변의 취지는 '이 사건 심판청구를 기각한다. 심판비용은 청구인의 부담으로 한다'입니다. 제0항은 적법한 분할출원에 의한 것이고, 제0항은 진보성이 부정되지 않은 발명입니다.

**바) 청구인의 진술**

청구인이 청구의 이유에 있어서 강조하고 싶은 것, 정리해서 진술하고 싶은 것을 주장한다. 청구인은 쟁점에 대하여 석명하는 것이 바람직하며, 이 건 발명기술, 배경기술, 상품거래 실태 등의 설명을 할 수 있다. 청구서, 심판사건 의견서 등에 기재되어 있는 사항은 진술하지 않아도 심결의 기초가 된다.

☞ (심판장) 이 사건의 쟁점은 제0항이 적법한 분할출원인지 여부와 제0항이 진보성이 부정되는 발명인지 여부이므로 청구인은 그에 대하여 중점적으로 진술해 주십시오.

☞ (청구인) 이 사건 제0항은 … (생략) 입니다. 나머지는 구술심리 진술요지서의 기재대로입니다.

**사) 피청구인의 진술**

심판장은 피청구인 또는 그 대리인에게 답변의 취지 및 이유의 요지를 진술하게 한다. 답변이유가 답변서 및 구술심리진술요지서에 기재된 것과 같으면 그 취지를 진술하면 된다. 나머지 사항은 위 청구인의 진술과 같다.

☞ (심판장) 피청구인은 답변의 이유 중에서 쟁점에 대하여 중점적으로 진술해 주십시오.

☞ (피청구인) 이 사건 제0항의 원출원은 … (생략) 입니다. 나머지는 구술심리 진술요지서의 기재대로입니다.

**아) 사건에 대한 추가의견 및 답변**

피청구인측이 진술한 답변에 대해 청구인측이 의견을 개진하고 그 의견에 대한 답변이 있으면 피청구인측이 그것을 진술하게 한다.

☞ 청구인은 피청구인의 답변에 대해 진술할 사항이 있습니까?

☞ 피청구인은 이에 대해 진술할 사항이 있습니까?

**자) 심판장의 심문**

심판장은 당사자를 심문할 수 있다. 심판관도 심판장에게 알리고 당사자를 심문할 수 있다(민소§136②). 심판장 심문의 예는 다음과 같다.

① 적극적 권리범위 확인심판사건에서 확인대상발명의 실시여부가 불분명한 경우

☞ 청구인은 피청구인이 확인대상발명을 실시한다고 주장하고 있는데, 이와 관련된 자료가 제출된 증거 중에 있습니까?

☞ 피청구인은 이러한 청구인의 확인대상발명 실시주장에 대해 반론이 있습니까?

☞ 심판사무관은 조서에 '피청구인이 확인대상발명을 실시하고 있다고 진술함'이라고 기재하십시오.

② 당사자가 주장을 철회한 경우

☞ 청구인은 심판청구서에서 이 사건 제0항 발명이 신규성이 없다는 주장을 하면서 아직까지 증거자료를 제출하지 않았습니다. 이에 대한 주장은 철회하는 것입니까? 청구인 맞습니까?

☞ 심판사무관은 조서에 '청구인은 이 사건 제0항 발명이 신규성이 없다는 주장을 철회한다'라고 기재하십시오.

**차) 추가 질문**

심판장은 청구인, 피청구인에게 보충하여 진술할 사항이 있는지 확인한다.

☞ (심판장) 청구인, 보충할 것이 있습니까?

☞ (청구인) 없습니다.

☞ (심판장) 피청구인, 보충할 것이 있습니까?

☞ (피청구인) 없습니다.

**카) 기일지정과 서면심리의 고지**

이후 심리는 서면심리로 할 것임을 고지하고, 심리종결시기와 함께 서류제출기일을 고지한다. 심판장은 구술심리에서 인정되었거나 주장된 사실들을 정리하여 양 당사자에게 확인할 수 있으며, 충분한 쟁점정리가 이루어져 추가로 심리할 필요가 없다고 판단되고 양 당사자가 동의할 경우에는 보충 서류의 제출요청을 생략할 수 있다.

☞ (심판장) 이후의 심리는 서면심리로 진행하겠습니다.

☞ (심판장) 이건 심판과 관련하여 새로운 주장이 있거나, 보충할 서류가 있다면 0월0일까지 제출해주시기 바랍니다. 제출된 서류를 검토한 후, 특별한 사정이 없는 한 이번 달 말(또는 다음달 중순)경에 심결이 이루어질 수 있을(심리가 종결될) 것으로 예상됩니다.

**타) 폐정**

심판장은 구술심리를 종료함을 알리고 폐정한다. 심판사무관은 심판합의체가 퇴정할 때까지 출석자 및 방청인을 기립하도록 한다.

☞ 0000당0000 무효심판사건의 구술심리를 마칩니다. (심판봉 3타 : 생략가능)

**2) 증인신문이 있는 경우의 구술심리 진행**

증인신문과 함께 진행하는 구술심리의 경우, 증인신문이 없는 구술심리 진행에서 '가)' 개정부터 '차)' 추가질문의 절차는 동일하고, 이후 증인신문 절차가 추가된다.

증인신문은 경우에 따라 청구인과 피청구인의 진술 이전에 할 수도 있다.

#### 카) 증인신문 개시

구술심리기일에 있어서 증인신문을 병행하는 경우는 당사자의 진술 전에 증인신문을 할 수도 있다.

☞ 그러면 증인신문을 시작하겠습니다.

☞ 증인출석요구서와 증인의 신분증을 제출하세요.(심판사무관이 증인에게 받아 심판장에 전달한다. 미리 받아두어도 된다)

#### 타) 증인 확인

심판장은 신분증과 증인 얼굴을 비교 확인한다. 증인의 이름, 나이, 주소, 직업을 확인한다. 증인과 증인신문을 신청한 당사자와의 관계를 질의하여 친족 또는 후견인 관계일 경우 선서를 시키지 아니할 수 있다(심판사무관은 구술심리 개정 전에 미리 증인의 신분을 확인해둔다).

☞ (신분증과 증인의 얼굴을 비교 확인한다) 증인은 성명, 나이, 주소, 직업을 말씀해 주십시오.

☞ 증인, 증인신청인과 증인은 어떤 관계입니까?

#### 하) 증인의 선서 및 서명

심판장은 증인으로 하여금 선서하도록 한다.

※ 심판장은 증인에게 선서의 취지를 설명하고, 위증할 때에는 처벌받을 수 있음을 경고한 후 선서하게 한다. 증인이 여러 명일 때에는 심판장은 전원을 심판대 앞에 나란히 서게 하고, 증인 중 1명을 지정하여 선서서를 대표로 낭독시킨다. 낭독 후에는 선서서에 증인이 서명 하도록 한다. 증인이 여러 명일 경우 격리신문이 원칙이나, 필요에 따라 신문할 증인을 심판정 안에 머무르게 할 수 있다.

☞ 신문에 앞서 증인이 선서를 하겠습니다. 선서란 거짓을 말하지 않는다는 맹세로 선서 후 기억에 반하는 진술을 하면 특허법의 규정(특§227)에 의해 위증죄로 처벌될 수 있으므로 주의해 주십시오.

☞ 증인은 일어서서 선서해 주시기 바랍니다.

☞ (증인) 선서. 양심에 따라 숨기거나 보태지 아니하고 사실 그대로 말하며, 만일 거짓말을 하면 위증의 벌을 받기로 맹세합니다(민소§321).

☞ 증인은 선서서에 서명하여 주시기 바랍니다.

(심판사무관은 증인이 서명한 선서서를 심판장에게 전달한다)

☞ 증인 2명을 격리신문 하도록 하겠습니다. 심판사무관은 증인 000씨를 심판정 밖으로 안내해 주십시오. (심판사무관이 증인을 심판정 밖으로 안내한다)

**거) 증인에 대한 주의사항 고지**

심판장은 증인에게 주의사항을 알려준다.

☞ 증인은 심판부를 향해서 확실하게 그리고 천천히 증언을 해 주십시오.

증인은 자기가 경험한 것만을 증언하고 자신의 의견은 말하지 않도록 하시기 바랍니다. 증인은 묻는 것만을 대답하도록 해 주십시오. 증인의 비밀에 관한 것이나 자신에게 불리한 증언 등은 거부할 수 있으므로 그때마다 신청해 주십시오.

**너) 증인신문신청을 한 당사자에 의한 주신문**

심판장은 증인신청인으로 하여금 주신문을 먼저 하도록 하고, 다음에 상대방 당사자가 반대신문을 하도록 한다. 심판장은 언제든지 신문할 수 있다(민소§327). 주신문에서는 유도신문을 삼가고, 일문일답의 형식으로 증언할 수 있도록 주의를 준다.

☞ 증인신청인은 유도신문을 삼가고, 증언은 조서에 기재하여야 하므로 증인이 일문일답의 형식으로 대답할 수 있도록 질문해주시기 바랍니다.

☞ (신청대리인) .... 이것으로 주신문을 마칩니다.

**더) 상대방 당사자에 의한 반대신문**

상대방 당사자에게 반대신문 하도록 한다. 반대신문에서 주신문에 나타나지 아니한 새로운 사항에 관하여 신문하고자 하는 때에는 심판장의 허락을 받아야 한다. 반대신문사항을 미리 제출하지 않은 경우 반대신문을 시작하기 전에 심판합의체에 제출한다.

☞ 반대신문사항을 심판부와 상대방 당사자에게 주십시오. (심판사무관은 반대신문사항을 심판부와 증인신문신청 당사자에게 전달한다)

☞ 심판장의 허가없이 주신문에 없는 새로운 사항에 관한 신문을 할 때에는 신문을 제한하겠습니다. 반대신문을 시작하십시오.

☞ (피신청대리인) 이것으로 반대신문을 마칩니다.

**러) 증인에 대한 추가신문**

심판장은 증인신청인이 추가로 신문할 사항이 있는지 확인한다. 필요한 경우 심판장이 증인에게 질문할 수도 있다.

☞ (피)청구인, 증인에게 다른 질문 있습니까?

☞ 그러면 제가 증인에게 질문을 하겠습니다. 증인은 언제부터 000연구소에 근무하셨습니까?

**머) 증인신문 종료**

증인에 대한 신문이 끝나기 전에, 배석 심판관의 의향을 확인하고 증인신문을 종료한다.

☞ 증인신문을 마칩니다.

**버) 구술심리 재개**

증인신문이 끝나면 구술심리를 재개한다.

☞ (심판장) 그러면 구술심리를 계속 진행하겠습니다.

청구인, 보충할 것이 있습니까?

☞ (청구인) 없습니다.

☞ (심판장) 피청구인, 보충할 것이 있습니까?

☞ (피청구인) 예. 갑 제0호증은 … (생략) …입니다.

**서) 기일지정과 서면심리의 고지**

이후 심리는 서면심리로 할 것임을 고지하고, 심리종결시기와 함께 서류제출기일을 고지한다. 심판장은 구술심리에서 인정되었거나 주장된 사실들을 정리하여 양 당사자에게 확인할 수 있으며, 충분한 쟁점정리가 이루어져 추가로 심리할 필요가 없다고 판단되고 양 당사자가 동의할 경우에는 보충 서류의 제출요청을 생략할 수 있다.

☞ 이후의 심리는 서면심리로 진행하겠습니다.

☞ 이건 심판과 관련하여 새로운 주장이 있거나, 보충할 서류가 있다면 0월 0일까지 제출해주시기 바랍니다. 제출된 서류를 검토한 후, 특별한 사정이 없는 한 이번 달 말(또는 다음달 중순) 경에 심결이 이루어질 수 있을 것으로 예상됩니다.

#### 어) 폐정

심판장은 구술심리를 종료함을 알리고 폐정한다. 심판사무관은 심판합의체가 퇴정할 때까지 출석자 및 방청인을 기립하도록 한다.

☞ 0000당0000 심판의 구술심리를 마칩니다. (심판봉 3타 :생략가능)

### 3) 특수한 경우의 진행

#### 가) 당사자 일방의 불출석

심판장은 구술심리기일에 당사자(참가인을 포함한다) 중 일방이 출석하지 않더라도 구술심리를 개최할 수 있으므로(특§158조) 출석한 당사자에 대하여 구술심리를 진행한다. 심판사무관은 구술심리조서에 출석하지 아니한 당사자의 불출석을 기재한다.

#### 나) 당사자 쌍방의 불출석

구술심리기일에 당사자 쌍방이 출석하지 아니한 경우에는 구술심리를 할 수 없으므로 불출석 사실을 기재한 구술심리조서를 작성한다. 당사자 쌍방이 불출석한 경우에도 민사소송법 제295조(당사자가 출석하지 아니한 경우의 증거조사)에 의해 증인신문이 가능하므로, 당사자 쌍방은 출석하지 아니하였으나 증인이 출석한 경우에는 증인신문을 행하고 당사자 쌍방의 불출석 사실을 기재한 구술심리조서와 증인신문조서를 각각 작성한다.

#### 다) 증인의 불출석

구술심리기일에 증인신문을 함께 행할 예정이었던 경우에 증인이 출석하지 않은 때는 구술심리조서만을 작성한다.

증인이 출석요구를 받고 기일에 출석할 수 없을 경우에는 바로 그 사유를 밝혀 신고하여야 한다.

특허심판원으로부터 증인, 감정인 또는 통역인으로 출석요구를 받은 자가 정당한 이유 없이 출석에 응하지 않거나 선서·진술·증언·감정 또는 통역을 거부한 자와 민사소송법 제299조 제2항, 제367조에 의하여 선서를 한 자로서 허위진술을 한 자에게 50만원 이하의 과태료를 부과한다(특§232).

#### 라) 증인신청인 또는 상대방 당사자의 불출석

증인신문에 있어서 증인신문을 신청한 측의 당사자가 출석하고 있는 때는 출석한

당사자에게 신문하게 한다. 반면, 증인신문을 신청한 측이 불출석이고 그 상대방이 출석하고 있는 때는 신청인 측이 제출한 증인신문사항에 기초하여 심판장이 증인신문을 하고, 상대방에게 반대신문기회를 줄 수 있다(민사소송법규칙 제90조).

**마) 통역**

구술심리에서는 국어를 사용하여야 하므로(특시칙§65②) 구술심리에 참여하는 사람이 우리말을 하지 못하거나, 듣거나 말하는 데 장애가 있으면 통역인에게 통역하게 하여야 한다. 다만, 위와 같은 장애가 있는 사람에게는 문자로 질문하거나 진술하게 할 수 있다. 통역인에게는 감정인에 관한 규정을 준용한다(민소§143).

통역인은 심판장이 지정한다(민소§333, §335). 증인이 통역이 필요한 경우 증인신문에서 심판장은 통역인에게 주의사항을 전달하고 선서하도록 한다. 통역인은 "양심에 따라 성실히 통역하고, 만일 거짓이 있으면 거짓통역의 벌을 받기로 맹세합니다."라고 선서한다. 이후 심판장은 통역인을 통하여 증인에게 주의사항을 알리고 선서하도록 한다. 통역인의 여비, 통역에 필요한 비용 등은 증인을 신청한 당사자가 부담한다(민소§116).

※ 통역인의 지정

민사소송법에 의하면 감정인은 심판장이 지정하므로 통역인은 심판장이 지정하여야 하나, 실무에서 심판장이 전문성 있는 통역인을 찾아 지정하기란 수월하지 않을 수 있다. 그러한 경우 증인을 신청한 당사자에게 상대방 당사자의 동의를 얻어 공정한 통역인을 찾아 심판장이 그 통역인을 지정하도록 한다. 상대방 당사자가 동의하지 않는 경우, 각자 통역인을 데려와 통역하도록 한다.

**바) 청구취지의 일부취하**

구술심리 중 청구인이 청구취지를 일부취하하는 경우 심판장은 피청구인에게 동의 여부를 질의한다. 피청구인이 동의하면, 심판장은 청구취지가 일부취하되었음을 확인하고 심판사무관에게 조서에 기재할 것을 명한다(또는 현장에서 바로 청구취지일부취하서와 동의서를 작성하여 제출할 수도 있다).

구술심리기일 종료 후 심판사무관은 조서에 청구취지가 일부취하 되었음을 기재한다. 조서를 작성할 때까지 청구인이 청구취지일부취하서를 제출하지 아니한 경우, 심판사무관은 청구취지일부취하서를 작성하여 주심심판관과 심판장의 결재를 받아 이를 직권으로 생성한다(방식담당자는 방식화면에서 청구취지 일부취하서를 수리하

고, 심판이력에서 청구의 취지를 일부변경 후 등록과와 양 당사자에게 심판청구일부취하통지서를 발송한다). 이후 청구인이 동일한 청구취지일부취하서를 제출할 경우에 방식담당자는 구술심리기일에 이미 취하되었다는 사실을 알리고 반려한다.

#### 사) 병합사건

복수의 심판을 병합하여 심리하는 사건에 구술심리, 증인신문, 증거조사 등을 행할 경우 동일절차, 동일심리를 동일한 기일에 동시에 진행한다. 병합사건에 대하여 구술심리를 행할 경우, 심판장은 구술심리기일지정통지서를 모든 당사자에게 송달한다.

심판장은 같은 서증부호를 사용할 당사자가 여러 사람인 때에는 당사자 전부 또는 일부에 대하여 기본부호에 가지부호를 붙이도록 할 수 있다(예: "갑가", "갑나").

### 4) 구술심리 심판정에서 직원의 의무

심판사건에 관하여 구술심리 또는 증거조사를 행하기 위하여 심판정을 개정할 때는 심판사무관은 심판장의 지시에 따라 다음의 직무를 행한다.

심판사무관은 심판장의 지시에 따라 개정준비를 한다. 당사자 등이 입정하기 시작하였을 때는 각각 정위치에 착석시킨 후 심판장에게 출석상황을 보고한다.

심판관(합의체)이 입정한 때는 전원 일어서도록 한다.

증인신문이 시작되어 증인이 선서서를 낭독할 때에는 일어서도록 한다.

증인이 2인 이상일 때는 증인 전원에게 선서서에 서명을 하게 한 후 심판장의 지시에 따라 다음에 신문할 증인을 대기실에 안내하여 대기시키고 심판장의 지시에 따라 차례로 증인을 심판정에 불러들인다.

증거물건, 기타물건을 당사자 및 증인과 심판관 사이에 왕복하게 하는 경우에는 심판장의 지시에 따라 신속히 전달한다.

구술심리에 있어서 증인신문을 행한 때에는 심판장이 증인신문을 종료하더라도 계속하여 구술심리에 들어갈 것이므로 전원 일어서지 않아도 된다. 개정중에는 예절을 지키고 심판정의 질서를 문란하게 하는 언행을 하는 자가 있을 때에는 그 자에 대하여 가벼운 주의를 주고 특히 심판장으로부터 지시를 받았을 때에는 그 지시에 따라 언행단속, 퇴정 등의 조치를 한다. 폐정에 있어서 심판장이 구술심리 또는 증거조사를 종료한다고 한 때에는 전원 일어서도록 한다.

전원 퇴정한 뒤 유실물의 유무점검, 비품의 정돈 등을 행한다.

### 차. 구술심리의 종결

#### 1) 조서의 작성

구술심리기일이 종결되면, 구술심리에 참여한 심판사무관은 심리의 요지 및 그 밖에 필요한 사항을 기재한 조서를 작성한다(특§154).

#### 2) 속기 및 녹음

심판장은 구술심리를 행하는 경우 녹음을 하여야 하며 필요한 경우 속기를 하게 할 수 있다(심판사무취급규정 제44조).

## 8 조서

### 가. 조서의 작성

구술심리를 개최한 경우에는 기일마다 심리의 요지 그 밖에 필요한 사항을 기재한 조서를 작성하여야 한다(특§154⑤, 실§33, 디§142④, 상§141④). 조서는 구술심리 기일에 있어서 심리절차의 경과나 내용을 명확하게 함과 동시에 이것에 관하여 확실한 증명 문서를 남기는 것을 목적으로 하여 작성된다 .

### 나. 조서의 기재사항

구술심리조서에는 사건번호, 심판관 및 출석한 당사자등 및 대리인의 성명, 심리의 일시 및 장소 등의 형식적 기재사항 외에 실질적 기재사항으로서 당사자, 대리인 및 참가인의 진술, 심판장이 기재를 명한 사항 및 당사자 또는 참가인의 진술사항이 기재된다(민소§153, §154). 다만, 구술심리에서 당사자가 이야기한 것의 전부를 조서에 기재하는 것은 아니다. 그러나 당사자가 의견서 등의 서면에 기재되어 있지 않은 사항을 구술심리 개최 시에 주장하였음에도 불구하고 조서에 기재되지 않았다면 심판에 있어 진술된 것을 증명할 수 없기 때문에 심결에 영향이 있는 것은 반드시 조서에 기재되어야 한다. 아울러, 영상구술심리를 개최한 경우 그 취지 및 심판관계인이 출석한 심판정을 구별하여 조서에 형식적 기재사항으로 기재하여야 한다(심판사무취급규정 제39조의4).

#### 1) 형식적 기재사항

조서에는 다음의 사항을 반드시 적어야 한다(특§154⑦, 민소§153).

① 사건의 표시

② 심판관과 심판사무관의 성명

③ 출석한 당사자·대리인과 출석하지 아니한 당사자의 성명

④ 구술심리의 날짜와 장소

⑤ 구술심리의 공개여부와 공개하지 아니한 경우에는 그 이유

⑥ 원격영상구술심리를 하는 경우에는 그 취지 및 심판관계인이 출석한 심판정 기재(심판사무취급규정 제39조의4 제5항)

조서에는 심판장과 조서를 작성한 심판사무관이 기명날인한다. 다만, 심판장이 기명날인할 수 없는 사유가 있는 때에는 심판합의체의 심판관이 그 사유를 적은 뒤에 기명날인하며, 심판합의체의 심판관 모두가 기명날인할 수 없는 사유가 있는 때에는 심판사무관이 그 사유를 적는다.

### 2) 실질적 기재사항

조서의 실질적 기재사항은 구술심리의 내용을 이루는 당사자나 심판원의 행위 및 증거조사의 결과 등을 기재한다. 구술심리의 내용 전부를 기재할 필요는 없고 그 요지를 기재하면 된다. 실질적 기재사항은 형식적 기재사항과는 달리 그것이 없어도 조서 자체가 무효로 되지 않는다.

그러나 민사소송법 제154조는 다음사항에 관해서는 명확하게 기재할 것을 요구하고 있다.

① 화해, 청구의 포기·인낙, 소의 취하와 자백

② 증인·감정인의 선서와 진술

③ 검증의 결과

④ 심판장이 적도록 명한 사항과 당사자의 청구에 따라 적는 것을 허락한 사항

⑤ 서면으로 작성되지 아니한 심판

### 3) 반드시 기재하여야 하는 사항

① 당사자가 주장서면에 기재되어 있지 아니한 사실을 주장하고 그것이 쟁점이나 실체 판단에 영향을 미치는 경우나 당사자가 이를 매우 중요하다고 생각하는 경우

② 심판부의 석명에 기하여 당사자가 답변한 내용이 주장서면에 기재된 것과 어감이 다르거나 주장서면에 기재되어 있기는 하지만 평면적으로 주장서면을 읽어서는 손쉽게 파악하기 곤란하거나 주장서면에 명확히 드러나지 않을 경우

③ 당초 서면공방에서는 다툼이 있었지만 쟁점정리과정에서 구술심리를 통하여 상호 양해하여 다툼없는 사실로 정리되거나 한쪽 당사자의 주장에 대하여 상대방이 수용하게 된 사실관계나 일부 주장

④ 당사자가 구술심리의 내용을 조서에 남겨주기를 희망하는 경우

### 다. 조서의 증명력

조서가 무효가 아닌 한 구술심리의 방식에 관한 규정이 지켜졌다는 것은 조서의 기재에 의하여만 증명할 수 있다(민소§158). 조서에 기재가 있으면 그 사실은 있는 것으로 인정되고, 조서에 없으면 그 사실은 존재하지 않는 것으로 된다.

조서는 관계인(대리인·참가인 등, 증인·감정인도 자기의 증언이나 감정의견에 관한 한 관계인이다)의 신청이 있는 때에는 심판원은 조서를 이를 읽어주거나 보여주어야 한다(민소§157).

변론의 방식에 관한 사항이 아닌 사항인 구술심리진술의 내용, 증인의 선서나 진술내용 등은 법정증거력이 인정되지 아니하며 증거가 되는데 그친다. 다만 조서는 엄격한 형식 하에 공공기관이 작성하는 것이기 때문에 특별한 사정이 없는 한 진실한 것이라는 강한 증명력을 가진다.

## 9 심판사건 설명회 및 심판관 면담과의 관계

### 가. 심판사건 설명회

설명회는 특허·실용신안·상표·디자인 심판사건의 쟁점을 신속하게 파악하기 위하여 당사자와 심판관의 참석 하에 이루어지며 조기에 심판을 종결하기 위하여 개최되는 것이라는 점에서 구술심리와 유사하다.

### 나. 설명회와 구술심리의 차이점

설명회와 구술심리는 다음과 같은 차이가 있다.

① 심판관의 참석범위: 구술심리는 합의체 심판관이 모두 참석하는데 비해, 설명회는 주심심판관만 참석해도 된다.

② 개최장소: 구술심리는 심판정에서 개최되는데 비해, 설명회는 심판정, 심판장실, 면담실, 특허청 서울사무소 등에서도 가능하다.

③ 증인신문과 엄격한 형식: 증인신문은 일반적으로 구술심리와 함께 실시되며, 당사자·증인이 진술할 때는 선서 등의 엄격한 형식 하에 진행된다. 이에 비해, 설명회에서는 증인신문을 실시하는 경우가 드물고 당사자가 진술할 때도 형식적 절차 없이 심판장 또는 심판관의 지휘 하에 자유롭게 할 수 있다.

④ 결과보고: 구술심리는 개최 후에 심판사무관이 정해진 형식의 구술심리조서를 작성하는데 비해, 설명회는 심판관이 비교적 자유로운 형식의 설명회 결과보고서를 작성한다. 특히, 설명회 중 속기록이 작성된 경우에는 설명회 결과보고서의 내용은 '첨부된 속기록 참조'로 간략히 기재하고 속기록을 결과보고서에 첨부하는 방식으로 작성한다(심판사건 설명회 등 운영규정 §10).

# 제13절 적시제출주의

## 1 서설

민사소송에서 적시제출주의라 함은 당사자가 공격방어방법을 소송의 정도에 따라 적절한 시기에 제출하여야 하는 것을 말한다. 종전에 민사소송법은 변론종결 전까지 어느 때라도 공격방어방법을 제출할 수 있다는 수시제출주의를 채택하고 있었는데, 수시제출주의는 변론의 집중을 어렵게 하고, 악의의 당사자에 의한 소송지연의 도구로 남용된다는 폐해가 적지 않아 2002년 민사소송법 개정으로 적시제출주의를 새로 채택하였다.

심판절차는 그동안 주장·증거의 제출시기에 제한이 없어 심리가 지연되는 문제가 자주 발생하고 있는데, 분쟁기간이 장기화될수록 자금력이 부족한 중소·벤처기업에게 불리할 수밖에 없다. 이에 2021. 8. 17. 법률 제18409호(2021. 11. 18. 시행)로 특허법 제158조의2(상§145의2, 디§146의2)를 신설하여 민사소송법의 적시제출주의 규정을 준용하도록 하였다. 이에 따라 심판장이 새로운 주장·증거의 제출시기를 정하고, 뒤늦게 제출한 증거 등은 각하할 수 있는 법적 근거를 마련했다.

○ 특허법 제158조의2(적시제출주의) 심판절차에서의 주장이나 증거의 제출에 관하여는 「민사소송법」 제146조, 제147조 및 제149조를 준용한다.

○ 민사소송법 제146조(적시제출주의) 공격 또는 방어의 방법은 소송의 정도에 따라 적절한 시기에 제출하여야 한다.

○ 민사소송법 제147조(제출기간의 제한) ① 재판장은 당사자의 의견을 들어 한 쪽 또는 양 쪽 당사자에 대하여 특정한 사항에 관하여 주장을 제출하거나 증거를 신청할 기간을 정할 수 있다.

② 당사자가 제1항의 기간을 넘긴 때에는 주장을 제출하거나 증거를 신청할 수 없다. 다만, 당사자가 정당한 사유로 그 기간 이내에 제출 또는 신청하지 못하였다는 것을 소명한 경우에는 그러하지 아니하다.

○ 민사소송법 제149조(실기한 공격·방어방법의 각하) ① 당사자가 제146조의 규정을 어기어 고의 또는 중대한 과실로 공격 또는 방어방법을 뒤늦게 제출함으로써 소송의 완결을 지연시키게 하는 것으로 인정할 때에는 법원은 직권으로 또는 상대

> 방의 신청에 따라 결정으로 이를 각하할 수 있다.
>
> ② 당사자가 제출한 공격 또는 방어방법의 취지가 분명하지 아니한 경우에, 당사자가 필요한 설명을 하지 아니하거나 설명할 기일에 출석하지 아니한 때에는 법원은 직권으로 또는 상대방의 신청에 따라 결정으로 이를 각하할 수 있다.

이번 적시제출주의 제도 도입으로 심판 당사자는 그의 주장이나 증거를 적절한 시기에 제출해야 한다. 앞으로, 심판장이 요구하는 시기보다 고의 또는 중과실에 의하여 뒤늦게 제출한 주장이나 증거에 대해서는 심리에 반영되지 않는 불이익을 받게 된다.

## 2 적시제출주의의 내용

심판장은 주장의 제출하거나 증거를 신청할 기간을 정할 수 있고, 당사자가 그 기간을 넘긴 때에는 당사자가 정당한 사유로 그 기간 이내에 제출 또는 신청하지 못하였다는 것을 소명한 경우를 제외하고 주장을 제출하거나 증거를 신청할 수 없다.

당사자가 고의 또는 중대한 과실로 공격 또는 방어방법을 뒤늦게 제출함으로써 심판을 지연시킨 것으로 인정될 때에는 심판합의체는 결정으로 이를 각하할 수 있다.

## 3 적시제출주의의 실효성 확보를 위한 제도

적시제출주의를 실효성 있게 운영하기 위해서는 뒤늦게 제출한 주장이나 증거에 대해서는 심리에 반영되지 않을 수 있어야 한다.

# 제14절 심판사건 설명회

## 1 서설

심판관이 특허취소신청·심판에 관한 밟는 자 또는 그 대리인과 만나서(온라인 영상 또는 전화 포함) 기술·상표·디자인의 쟁점사항 등을 설명함으로써 심판절차의 투명성과 공정성을 보장하고, 심리의 촉진을 도모함을 목적으로 한다.

## 2 심판사건 설명회의 신청 및 요청

특허취소신청·심판에 관한 절차를 밟는 자 또는 그 대리인은 설명회를 신청할 수 있다.

설명회를 하고자 하는 대리인 등은 심판관에게 심판사건 설명회 개최 신청서(심판사건 설명회 등 운영규정 별지 제2호 서식)를 작성하여 제출하여야 한다.

한편, 심판관은 내용의 파악이 어렵거나 주된 쟁점사항이 모호한 사건 등에 대해서는 필요에 따라 직권으로 설명회를 요청할 수 있다.

## 3 심판사건 설명회의 방법

설명회는 특허심판원의 심판관 면담실에서 개최하는 것을 원칙으로 한다.

설명회는 신의성실의 원칙에 입각하여 진행하며, 이 경우 당사자계 사건은 심판의 공정성을 위하여 당사자 양방이 참석하도록 하며, 병합사건 및 그 밖에 심리의 효율적인 진행을 위하여 불가피한 경우를 제외하고는 심판사건별로 행함을 원칙으로 한다.

한편, 설명회의 개최 시기는 결정계 사건의 경우에는 심판관이 지정한 날부터 심리종결 이전까지, 당사자계 사건의 경우에는 피청구인이 심판사건에 대한 답변서를 제출한 날로부터 심리종결 이전까지로 한다. 다만, 심판관이 불가피하다고 인정하는 경우에는 변경할 수 있다.

## 4 심판사건 설명회의 대상자

설명회에 참석할 수 있는 자는 아래의 경우와 같다.

① 해당 심판사건의 당사자(참가인도 포함한다)

② 당사자의 대리인

당사자 또는 그 대리인은 설명회를 효율적으로 수행하기 위하여 해당 기술의 발명자(고안자 등), 디자인의 창작자 등 기타 사실 및 법률관계를 명확히 하기 위한 관계인을 심판장의 허락을 얻어 동반할 수 있다.

## 5 심판사건 설명회의 절차

### 가. 심판사건 설명회 일시 등의 통지

심판관은 설명회로 개최하는 경우 설명회의 개최 일시·장소 및 기타 설명회에 필요한 사항을 통지하여야 한다. 통지는 심판사건 설명회 등 운영규정 별지 제5호 서식의 심판사건 설명회 개최 통지서에 의하여 이를 행한다.

이 경우 심판관은 사안에 따라 당사자의 동의 후 설명회의 방식을 변경(방문, 영상, 전화)하여 통지할 수 있다.

심판관은 설명회 신청서를 인계받은 날 또는 답변서 제출기간 만료일 중 늦은 날부터 15일 이내에 설명회 개최 여부 등을 정하여 대리인 등에게 통지하여야 하지만, 위 기간에 개최여부 등을 결정할 수 없는 경우, 추후 결정할 것임을 통지하여야 한다. 통지는 심판사건 설명회 등 운영규정 별지 제6-1호 서식의 심판사건 설명회 보류통지서에 의하여 이를 행한다.

한편 심판관은 설명회 신청서 제출에도 불구하고 서면심리만으로 결정할 수 있다고 판단되면, 설명회를 개최하지 않을 수 있으며 이 경우 서면심리만으로 결정한다는 사실을 통지하여야 한다. 통지는 심판사건 설명회 등 운영규정 별지 제6호 서식의 서면심리통지서에 의하여 이를 행한다.

만약, 부득이한 사정으로 개최일정을 변경하거나 취소해야 할 경우에는 설명회를 신청한 자에게 이를 통지하여야 한다. 통지는 개최일정 변경 시 심판사건 설명회 등 운영규정 별지 제5호 서식의 심판사건 설명회 개최 변경 통지서를, 개최일정 취소

시 동규정의 별지 제6-2호 서식의 심판사건 설명회 개최 취소통지서에 의하여 이를 행한다.

### 나. 심판사건 설명회 기록서의 작성 및 교부

심판관은 설명회를 개최한 경우에는 심판사건 설명회 등 운영규정 별지 제8호 서식의 심판사건 설명회 결과보고서(이하 '설명회결과보고서')를 작성하여 해당사건의 전자서류철 이력에 기록물로 등재하며, 심판사건 설명회에 속기사가 참석한 경우 속기사가 작성한 속기록을 결과보고서에 첨부하도록 한다. 심판관은 결과보고서 내용란에 '첨부된 속기록 참조' 정도로 간략히 기재하고, 심판사건 설명회의 속기록을 결과보고서에 첨부함으로써 그 내용을 갈음할 수 있다.

## 6 심판사건 설명회 결과의 활용

심판관 합의체는 설명회 결과를 심리에 반영하도록 한다.

민사소송의 변론준비기일 조서에는 공격 또는 방어의 방법, 이에 대한 상대방 측 진술을 기재하여야 하고(민소§283①), 조서에 화해, 청구의 포기·인낙을 적은 경우 확정판결과 같은 효력을 지니며(민소§220), 변론준비기일에 제출하지 않은 공격·방어방법은 특별한 사유를 제외하고는 변론에서 제출하지 못한다(민소§285). 따라서 조서는 엄격한 형식 하에 법원사무관등이 작성하고 재판장이 인증한 것이므로, 특별한 사정이 없는 한 진실한 것이라는 강한 증명력을 지닌다.

결과보고서는 형식이 자유롭고 법령에서 정하고 있는 서식이 아니므로 구술심리 조서와 같은 효력은 없으나, 심판부의 입회하에 당사자가 설명회에 참여하여 발언한 녹음 내용을 문서로 옮긴 속기록이 첨부되므로, 진정하게 성립한 문서로 보아 형식적인 증거력은 인정될 것으로 보인다. 다만, 실질적인 증거력인정 여부는 심판부에서 개별적으로 판단할 필요가 있다.

## 7 구술심리와의 차이점

설명회와 구술심리는 다음과 같은 차이가 있다.

① 심판관의 참석범위: 구술심리는 합의체 심판관이 모두 참석하는데 비해, 설명회는 주심심판관만 참석해도 된다.

② 개최장소: 구술심리는 심판정에서 개최되는데 비해, 설명회는 심판정, 심판장실, 면담실, 특허청 서울사무소 등에서도 가능하다.

③ 증인신문과 엄격한 형식: 증인신문은 일반적으로 구술심리와 함께 실시되며, 당사자·증인이 진술할 때는 선서 등의 엄격한 형식 하에 진행된다. 이에 비해, 설명회에서는 증인신문을 실시하는 경우가 드물고 당사자가 진술할 때도 형식적 절차 없이 심판장 또는 심판관의 지휘 하에 자유롭게 할 수 있다.

④ 결과보고: 구술심리는 개최 후에 심판사무관이 정해진 형식의 구술심리조서를 작성하는데 비해, 설명회는 심판관이 비교적 자유로운 형식의 설명회 결과보고서를 작성한다. 특히, 설명회 중 속기록이 작성된 경우에는 설명회 결과보고서의 내용은 '첨부된 속기록 참조'로 간략히 기재하고 속기록을 결과보고서에 첨부하는 방식으로 작성한다(심판사건 설명회 등 운영규정 §10).

## 8 민사소송법상 변론준비기일과의 차이점

| 구분 | 심판사건 설명회 | 변론준비기일 |
|---|---|---|
| 목적 | 사건 중 내용의 파악이 어렵거나 주된 쟁점이 모호한 사건 등의 효율적 심리를 위해 대리인 등이 쟁점사항 등을 설명하기 위함<br>⇒구술심리 준비절차가 아님 | 변론준비 절차를 진행하는 동안에 주장 및 증거를 정리하기 위함<br>⇒변론 준비절차의 일부임 |
| 근거 법령 | 없음 | 재판장 등은 변론준비절차를 진행하는 동안에 주장 및 증거를 정리하기 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 변론준비기일을 열어 당사자를 출석하게 할 수 있다(민소§282①). |
| 개최 주체 | 심판장 직권 또는 대리인등의 신청(제5조③ | 재판장등(재판장, 수명법관, 다른 판사에게 촉탁)(민소§280②~④) |
| 조서 작성 | 결과보고서 작성<br>(필수기재내용 없음)<br>⇒ 기재내용 자유(속기사 참석 시 작성된 속기록 첨부로 내용 갈음) | 변론준비기일 조서 작성(민소§283①)<br>(필수기재내용)<br>공격 또는 방어의 방법 상대방의 청구와 공격 또는 방어의 방법에 대한 진술 |
| 조서 효력 | 향후 증빙자료로 활용<br>⇒구술심리에 영향을 미치지 않음 | 1. 확정판결과 같은 효력(민소§220)<br>화해, 청구의 포기·인낙을 조서에 적은 경우 |

| | | |
|---|---|---|
| | | 2. 변론 시 제한사유(민소§285)<br>기일에 제출하지 않은 공격방어방법은 특별한 사정(소명 등)을 제외하고는 변론에서 제출 못함 |
| 일측 불참 | 당사자계 사건은 심판 공정성을 위해 당사자 양방참석 설명회가 원칙(제3조③) | 상대방이 주장한 사실을 명백히 다투지 아니한 것으로 여겨 자백한 것으로 보는 자백간주 법리 준용 |
| 양측 불참 | 종료 또는 신청에 의한 기일 재지정 | 종료 또는 기일 재지정<br>- 재지정 기일에도 양측 불참인 경우 소취하 간주(민소§268) |
| 절차 효력 | 설명회·구술심리는 별개 절차이므로, 설명회 당시 미제출된 내용이 구술심리 중 제시되는 것을 제한하고 있지 않음 | 제출하지 않은 공격방어 방법은 특정사유에 해당하지 않으면 변론에 제출불가(민소§285①)<br>단, 소장, 준비절차전에 준비서면에 적힌 내용은 예외(민소§제285③) |

# 제15절 심 문

## 1 서설

심문이라 함은 일반적으로 어떤 사항 또는 문제에 관하여 진술하게 하는 것으로 질문과 같은 의미이며, 특히 납득할 수 있도록 상세하게 진술하도록 하는 의미가 포함되어 있다.

심문(審問)과 구별되는 개념으로 신문(訊問)이 있는데, 심문은 자세히 따져 묻는다는 뜻으로 법원이 당사자나 그 밖의 이해관계가 있는 사람에게 서면이나 구두로 개별적으로 진술할 기회를 주는 것을 말하고, 신문은 알고 있는 사실을 캐어묻는다는 뜻으로 법원 또는 당사자가 증인이나 반대 당사자 등에 말로 물어 조사하는 것으로 증인신문, 당사자신문 등이 여기에 해당한다.

심판장은 심판에 관하여 당사자를 심문(審問)할 수 있다(특§147③, 실§33, 디§134③, 상§133③). 심판의 심리에 있어 당사자의 신청, 주장, 입증 또는 명세서의 기재 등이 명확하지 않으면, 그 쟁점을 인식하여 정확한 심리를 할 수 없다. 그래서 이런 것들을 분명히 하기 위하여 심문을 할 수 있다.

## 2 심문의 범위

당사자의 주장을 명확히 하기 위한 당사자 심문은 민사소송법에 있어서의 석명권 행사에 상당한 것이나 직권탐지주의에 의거해서 사안의 심리를 행하는 심판, 특히 결정계심판사건에 있어서는 변론주의의 원칙이 지배하는 민사소송에서 행사되는 석명권의 범위에 그치지 않고 더욱 적극적인 당사자 질문도 허용되는 것으로 해석된다.

## 3 심문의 형식

### 가. 서면심리의 경우

서면심리에 있어서의 심문은 심판장 명의로 심문서를 발부하는 것으로 행한다.

### 나. 구술심리의 경우

구술심리에 있어서의 심문은 민사소송의 구두변론에 있어서 석명권행사와 같이 할 수 있다.

## 4 석명 의무

심문은 직권에 의하여 행하여지지만 심문여부는 단순한 재량사항은 아니고 필요한 때는 이를 행하여야 하며 이와 같은 경우에 심문을 행하지 아니한 때에는 위법으로 되는 경우가 있다.

## 5 심문에 응하지 아니하는 경우의 취급

심문에 대하여 당사자가 불응하는 경우는 그대로 심리를 진행하고 불응한 것을 유일의 이유로서 각하심결을 하거나 그 당사자에게 불리한 주문을 도출해서는 안 된다.

## 6 통지와의 비교

통지라 함은 심판장 또는 합의체가 당사자 등에 대하여 심판계속의 발생 및 그 내용, 심판절차의 진행 및 그 내용·결정사항 또는 심판장이나 합의체의 견해 등을 단순히 알리든가 또는 당사자 등의 의견을 진술할 수 있는 기회를 주기 위하여 알려주는 것을 목적으로 하는 것이다. 단순히 알려줄 때에는 통지만을 하고, 당사자 등의 의견을 요구하지 않는다.

한편 당사자 등에게 의견을 진술할 기회를 주기 위하여 통지하는 때에는 기간을 정하고, 예컨대 『이것에 대하여 의견이 있으면』이라고 하는 것처럼 소극적인 의미에서의 회답을 요구하도록 한다.

통지의 예로서는, 무효심판청구통지, 서면심리통지, 구술심리·증거조사 기일통지, 병합심리통지, 직권 증거조사 결과통지, 부본의 송부, 절차수계통지, 절차속행통지, 심리종결통지, 심리재개통지 등이 있다.

# 제16절 우선심판

## 1 서설

심판은 청구일 순으로 심리하는 것을 원칙으로 한다. 다만, 우선심판의 필요가 있다고 인정되는 사건에 대해서는 다른 사건보다 우선하여 심판할 수 있다(심판사무취급규정 제31①).

## 2 우선심판의 대상

### 가. 신청에 의한 우선심판

① 지식재산권 분쟁으로 사회적인 이슈를 일으키고 있는 사건으로서 당사자 또는 관련기관으로부터 우선심판신청이 있는 사건

② 국제간에 지식재산권 분쟁이 야기된 사건으로 당사자가 속한 국가기관으로부터 우선심판신청이 있는 사건

③ 국민경제상 긴급한 처리가 필요한 사건 및 군수품 등 전쟁수행에 필요한 심판사건으로서 당사자 또는 관련기관으로부터 우선심판신청이 있는 사건

④ 발명(고안)의 명칭만 정정하는 정정심판으로서 우선심판신청이 있는 사건

⑤ 침해분쟁의 사전 또는 예방단계에 활용하기 위하여 경고장 등으로 소명한 권리범위 확인심판, 무효심판 또는 취소심판으로서 당사자로부터 우선심판신청이 있는 사건

⑥ 약사법 제50조의2 또는 제50조의3에 따라 특허목록에 등재된 특허권(일부 청구항만 등재된 경우에는 등재된 청구항에 한정한다)에 대한 심판사건으로서 당사자로부터 우선심판신청이 있는 사건. 다만, 약사법 제32조 또는 제42조에 따른 재심사기간의 만료일이 우선심판 신청일부터 1년 이후인 의약품과 관련된 특허권에 대한 심판사건은 제외

⑦ 「소재·부품·장비산업 경쟁력강화를 위한 특별조치법」제13조에 따른 특화선도기업, 제14조에 다른 전문기업, 제15조에 따른 강소기업 및 창업기업으로 선정 또는 확인받은 기업이 당사자인 권리범위확인심판 또는 무효심판으로서 당사자로부터 우선심판신청이 있는 사건

⑧ 특허청이 정한 4차 산업혁명 관련 신특허분류를 부여한 특허 · 실용신안등록출원에 대한 무효 · 권리범위확인심판으로서 당사자로부터 우선심판신청이 있는 사건

### 나. 직권에 의한 우선심판

① 보정각하결정에 대한 심판사건

② 심결취소소송에서 취소된 사건

③ 심사관이 무효심판을 청구한 사건

④ 종전에 거절결정불복심판이 있었던 출원에 대하여 취소심결 후 다시 청구된 거절결정불복심판사건

⑤ 우선심사한 출원에 대한 거절결정불복심판사건. 다만, 자기 실시(사용) 중이거나 준비 중인 출원, 전문기관에 선행기술·디자인·상표조사를 의뢰한 경우로서 그 조사결과를 특허청장에게 통지하도록 해당 전문기관에 요청한 출원에 대한 거절결정불복심판인 경우는 제외

⑥ 특허출원일(실용신안등록출원일)부터 3년 6개월과 출원심사 청구일부터 2년 6개월 중 늦은 날을 경과(다만, 특허법 시행령 제7조의2 및 동법 시행규칙 제54조의5에 따른 출원인으로 지연된 기간은 제외한다)한 거절결정불복심판사건으로서 특허분류가 A61K 또는 C07K에 해당하는 사건(다만, A61K 6(치과용 제제) 및 A61K 8(화장품 제제)은 제외)

⑦ 특허 · 실용신안 · 디자인 · 상표 일괄심사된 출원에 대한 거절결정불복심판사건

## 3 우선심판의 신청 및 처리절차

### 가. 신청절차

우선심판을 신청하고자 하는 자는 우선심판신청서(심판사무취급규정 별지 제4호서식)에 그 사실을 증명하는 서류를 첨부하여 제출하여야 한다.

### 나. 처리절차

① 심판정책과는 우선심판신청서가 접수되면 즉시 특허넷에 입력하고 주심심판관에게 인계한다.

② 우선심판신청이 있는 경우 심판장은 주심심판관과 사건의 긴급성을 협의하여 심판정책과로부터 사건을 이관받은 날 또는 우선심판신청서를 이관받은 날로부터 10일 이내에 우선심판대상의 해당 여부를 결정하고, 이를 바로 당사자에게 통보하여야 한다(심판사무취급규정 별지 5-1, 5-2호 서식). 다만, 방식 위반을 이유로 보정을 명한 사건에 대해서는 흠이 치유된 후에 우선심판 해당 여부를 통보할 수 있다. 이때의 방식 위반에 따른 보정요구는 ① 수수료 미납, ② 대리인 위임장 미제출, ③ 심판청구서 청구이유의 불충분 등이 포함된다. 권리범위 확인심판에서 확인대상발명의 특정·실시 등은 당사자 간 다툼의 주된 사유가 되는 본안판단에 준하는 쟁점임을 감안하여, 확인대상발명의 특정에만 문제가 있는 경우에는 보정요구를 보내지 않고 우선심판결정 통보 후에 신속히 판단하도록 한다.

③ 심판장(관)은 우선심판대상으로 결정된 심판사건에 대하여는 구술심리·사건(기술, 상표, 디자인)설명회·증거조사·검증 또는 면담 등을 활용하여 사건의 조기 성숙을 유도하고, 원칙적으로 우선심판결정일부터 4개월 이내에 처리한다. 다만, 해당 심판사건이 성숙되지 아니하여 동 기간 내에 처리할 수 없는 경우에는 최종의견서 접수일로부터 2.5개월 내에 처리한다.

④ 심판장(관)은 우선심판사건에서 심리종결통지 전에 발송하는 심리진행상황 안내통지를 생략할 수 있으나, 해당사건의 권리자가 개인, 중소기업 등 경제적·사회적 약자로서, 심리 중 답변서 또는 의견서를 제출하지 않았다면 권리자의 방어권 행사 기회를 추가 부여하여 의견서 또는 자료 제출을 유도할 수 있도록 심리진행상황 안내통지를 하여야 한다.

⑤ 심판정책과는 특허넷에 청구에 의한 우선심판신청서의 접수일자, 심판부 인계일자, 우선심판 결정일자, 결정내용 및 심결일자 등을 기록하여야 한다.

# 제17절 신속심판

## 1 서설

당사자계 심판 중 침해소송 관련 사건과 신속심판신청서가 제출된 사건 등은 우선심판 사건보다 신속하게 심판할 수 있다. 다만, 우선심판의 절차가 이미 진행된 사건은 우선심판 처리절차에 의해 심판한다(심판사무취급규정 제31조의2).

## 2 신속심판의 대상

### 가. 신청에 의한 신속심판

① 지식재산권 침해분쟁으로 법원에 계류중이거나(침해금지가처분신청 포함) 경찰 또는 검찰에 입건된 사건과 관련된 심판으로서 당사자로부터 신속심판신청이 있는 권리범위 확인심판사건, 무효심판사건, 정정심판사건 또는 취소심판사건. 다만 법원 등에서의 관련사건과 당사자가 동일하지 않은 권리범위 확인심판, 2심까지 침해소송이 종결된 사건과 관련된 심판은 제외

※ 법원 계류 사건 중 권리이전, 실시권(사용권), 직무발명 등의 사건은 무효, 권리 속부 판단에 관한 것으로 보기 어려우므로, 신속심판대상에서 제외하는 것이 바람직함

② 당사자 일방이 상대방의 동의를 얻어 신속심판신청서를 답변서 제출기간 내에 제출한 사건

③ 「중소기업창업지원법」제4조에 따라 정부로부터 자금을 투자·출연·보조·융자 지원을 받은 기업 또는 「1인 창조기업 육성에 관한 법률」제11조, 제12조 또는 제15조에 따라 정부로부터 기술개발지원 또는 아이디어의 사업화 지원, 금융지원을 받은 1인 창조기업이 당사자인 권리범위 확인심판 또는 무효심판으로서 당사자로부터 신속심판신청이 있는 사건

④ 특허법원이 무효심판의 심결취소소송에 대한 변론을 종결하기 전에 권리자가 해당 소송대상 등록권리에 대하여 청구한 최초의 정정심판 또는 새로운 무효증거(무효사유 포함) 제출에 대응하여 청구한 정정심판으로서 신속심판신청이 있는 사건

⑤ 특허법 제33조 제1항 본문의 규정에 따른 무권리자의 특허라는 이유에 의해서만 청구된 무효심판사건으로서 당사자로부터 신속심판신청이 있는 사건

⑥ 중소기업과 대기업 간의 권리범위 확인심판, 무효심판 또는 취소심판으로서 중소기업 당사자로부터 신속심판신청이 있는 사건

⑦ 규제샌드박스 정책과 관련된 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 심판사건으로서 당사자로부터 신속심판신청이 있는 사건

가. 정보통신진흥 및 융합 활성화 등에 관한 특별법 제36조에 따른 신속처리 신청, 제37조에 따른 임시허가 신청 또는 제38조의2에 따른 실증을 위한 규제특례 신청과 관련된 심판사건

나. 산업융합촉진법 제10조의2에 따른 규제 신속확인 신청, 제10조의3에 따른 규제특례 신청, 제10조의5에 따른 임시허가 신청 또는 제11조에 따른 적합성 인증 신청과 관련된 심판사건

다. 금융혁신지원 특별법 제5조에 따른 혁신금융서비스 지정 신청 또는 제24조에 따른 규제 신속 확인 신청과 관련된 심판사건

라. 규제자유특구 및 지역특화발전특구에 관한 규제특례법 제85조에 따른 규제확인 요청, 제86조에 따른 실증특례 신청 또는 제90조에 따른 임시허가의 신청과 관련된 심판사건

마. 스마트도시 조정 및 산업진흥 등에 관한 법률 제49조에 따른 스마트혁신사업 계획 또는 제50조에 따른 스마트실증사업 계획에 대하여 승인을 받은 스마트혁신·실증사업 관련 심판사건

### 나. 직권에 의한 신속심판

① 특§164③, 실§33, 디§152③, 상§151③에 의하여 법원이 통보한 침해소송사건 또는 무역위원회가 통보한 불공정무역행위조사사건과 관련된 사건으로서 심리종결되지 아니한 권리범위 확인심판사건, 무효심판사건, 정정심판사건 또는 취소심판사건. 다만 법원 등에서의 관련 사건과 당사자가 동일하지 않은 권리범위 확인심판, 2심까지 침해소송이 종결된 사건과 관련된 심판은 제외

※ 법원이 통보하는 사건 중 권리이전, 실시권(사용권), 직무발명 등의 사건은 무효, 권리속부 판단에 관한 것으로 보기 어려우므로, 신속심판대상에서 제외하는 것이 바람직함

② 검찰에 입건된 사건과 관련된 심판으로서 심판장이 필요하다고 인정한 사건

③ 특허법원이 무효심판의 심결취소소송에 대한 변론을 종결하기 전에 권리자가 해당 소송대상 등록권리에 대하여 최초로 청구한 정정심판으로서 심판장이 필요하다고 인정한 사건

④ 특허법 제164조의2, 실용신안법 제33조, 디자인보호법 제152조의2, 상표법 제151조의2에 의하여 심판장이 산업재산권분쟁조정위원회에 회부한 사건으로서, 조정이 결렬되어 심리가 재개된 사건

## 3 신속심판의 신청 및 처리절차

### 가. 신청절차

신속심판을 신청하고자 하는 자는 신속심판신청서(심판사무취급규정 별지 제24호 서식)에 그 사실을 증명하는 서류를 첨부하여 제출하여야 한다.

양 당사자가 신속심판에 합의한 경우에는 당사자 일방이 상대방 당사자의 동의서를 첨부하여 답변서 제출기간 내에 신속심판신청서를 제출하여야 한다.

### 나. 처리절차

① 심판정책과는 신속심판신청서가 접수되면 즉시 특허넷에 입력하고 주심심판관에게 이관한다.

② 신속심판 대상사건에 대해 심판장은 주심심판관과 사건의 긴급성을 협의하여 심판정책과로부터 신속심판신청서를 이관 받은 날 또는 관련 기관으로부터 통보사실이 접수된 날(또는 심판관이 지정된 날)로부터 10일 이내에 신속심판 해당여부를 결정하고 이를 바로 당사자에게 통보하여야 한다(심판사무취급규정 별지 24-1, 24-2호 서식). 다만, 방식에 위반되어 보정을 명한 사건에 대해서는 흠이 치유된 후에 신속심판 여부를 통보할 수 있다. 이때의 방식 위반에 따른 보정요구는 ① 수수료 미납, ② 대리인 위임장 미제출, ③ 심판청구서 청구이유의 불충분

등이 포함된다. 권리범위 확인심판에서 확인대상발명의 특정·실시 등은 당사자 간 다툼의 주된 사유가 되는 본안판단에 준하는 쟁점임을 감안하여, 확인대상발명의 특정에만 문제가 있는 경우에는 보정요구를 보내지 않고 신속심판결정 통보 후에 신속히 판단하도록 한다.

③ 당사자계 사건 중 침해소송 관련사건, 신속심판신청서가 제출된 사건에 대하여는 답변서 제출기간 만료일(정정청구가 있는 경우는 정정청구에 대한 무효심판청구인의 의견서 제출기간 만료일)로부터 1개월 이내에 구술심리를 개최하고, 특허특허심판원장이 인정한 경우를 제외하고는 구술심리 개최일(구술심리를 속행하는 경우에는 최후 구술심리 개최일) 또는 새로운 증거 또는 주장이 제출된 경우 의견서 제출기간 만료일에 해당하는 날 중 늦은 날부터 2주 이내에 심결하여야 한다.

④ 구술심리를 개최할 필요가 없다고 인정되는 사건은 특허특허심판원장이 인정한 경우를 제외하고는 신속심판결정일로부터 2.5개월, 새로운 증거 또는 주장이 제출된 경우 양 당사자의 의견서 제출기간 만료일로부터 2.5개월 또는 최초 답변서 제출일로부터 1.5개월에 해당하는 날 중 늦은 날 이내에 심결해야 한다.

⑤ 심판장(관)은 신속심판사건에서 심리종결통지 전에 발송하는 심리진행상황 안내통지를 생략할 수 있으나, 해당사건의 권리자가 개인, 중소기업 등 경제적·사회적 약자로서, 심리 중 답변서 또는 의견서를 제출하지 않았다면 권리자의 방어권 행사 기회를 추가 부여하여 의견서 또는 자료 제출을 유도할 수 있도록 심리진행상황 안내통지를 하여야 한다.

⑥ 심판정책과는 신속심판신청서 접수일자, 심판부 이관일자, 심결일자 등을 기록하여야 한다.

# 제18절 심리병합

## 1 서설

심리병합이란 2이상의 심판사건을 동일의 심판절차에 의해 심리하는 것을 말하는데, 당사자 양쪽 또는 한쪽이 동일한 둘 이상의 심판은 심리 또는 심결을 병합하거나 분리할 수 있다(특§160, 실§33, 디§148, 상§147).

심리의 병합은 심리의 중복을 피하여 심리 절차의 경제성을 도모함과 동시에 심결간의 모순저촉을 피하는 것을 목적으로 한다.

심리의 병합에 의해 심리병합의 목적을 달성하는 것이 가능하다고 판단되는 경우 병합할 필요가 있다. 병합의 목적을 달성하는 것이 가능하다는 것은 예를 들면 다음과 같은 경우라 할 수 있다.

① 동일한 증거조사가 있는 것

② 대상으로 되는 발명의 기술적인 기초가 공통인 것

③ 비교대상발명(선행기술 등), 증거방법이 동일한 것

④ 동일한 권리에 대한 복수의 무효심판

## 2 심리병합의 요건

심판 실무 상 심리병합의 요건은 i) 당사자의 양쪽 또는 한쪽이 동일할 것, ii) 2이상의 심판이 동일 종류일 것, iii) 심리종결 전일 것을 필요로 한다. 심판(대상)물이 일치할 필요가 없으므로 심판대상 청구항이 다르거나, 정정청구 여부가 다른 경우에도 병합할 수 있다.

## 3 심리병합의 절차

### 가. 심판관(합의체)에 의한 판단

심리병합을 할 것인지 여부를 판단하는 권한을 가진 자는 심판관(합의체)이고, 심판관(합의체)은 자유로운 판단에 기초하여 병합심리의 목적에 따라 심리의 신속 정

확화의 관점에서 병합이 바람직한지 여부를 검토하여 직권으로 그러한 결정을 할 수 있다.

### 나. 심리병합의 결정 통지

심판장은 심리를 병합하는 경우에는 그 취지를 당사자에게 통지한다.

### 다. 심리방식

병합심리하는 복수의 심판에 대해서는 답변서 부본 등 관계문서를 당사자에게 발송 통지, 구술심리(구두에 의한 심문, 면담을 포함한다), 증거조사, 합의, 기타 심판에 관한 절차 및 심리를 동일절차, 동일심리하여 동시에 한다. 이 경우 통지서 등 기타 서면에 심판번호, 특허(등록)번호, 당사자 명의란 등에는 각 심판의 기재사항을 모두 병기한다. 병합된 심판의 모든 것에 대해서 심리가 성숙되었을 때 심결한다.

## 4 단순·선택적·예비적 병합

민사소송에 있어서 청구의 병합이라 함은 원고가 하나의 소송절차에서 여러 개의 청구를 하는 경우를 말한다. 청구의 병합에는 단순병합, 선택적 병합, 예비적 병합이 있다.

단순병합은 원고가 여러 개의 청구에 대하여 차례로 심판을 구하는 형태의 병합으로, 병합된 다른 청구가 이유 있든 없든 관계없이 차례로 심판을 구하는 것이기 때문에 병합된 모든 청구에 대하여 법원의 심판을 필요로 한다.

선택적 병합은 양립할 수 있는 여러 개의 청구를 하면서 그 중 어느 하나가 인용되면 소의 목적을 달성할 수 있는 형태의 병합으로, 어느 하나가 인용되면 다른 청구에 대한 법원의 판단은 불필요하다.

예비적 병합은 양립될 수 없는 여러 개의 청구를 하면서 제1차적 청구(주위적 청구)가 기각 또는 각하될 때를 대비하여 제2차적 청구(예비적 청구)에 대하여 심판을 구하는 형태의 병합을 말한다.

## 5 심리병합의 효과

### 가. 심리병합한 사건의 심결

심리를 병합한 심판사건에 관해서는 동시에 동일한 심결문으로 병합된 수만큼의 사건을 심결하는 것이 가능하다.

### 나. 제출서류, 증거방법 등의 이용

2이상의 심판의 심리가 병합된 경우에는, 병합 전에 각각의 심판사건에 대해 제출 또는 제시된 서류 및 물건, 각각의 심판사건의 심리에 의해 얻어진 증거방법 등은 병합된 심판사건에 이용될 수 있다. 다만, 상기 증거방법을 채용하는 경우에는 당사자에 대해서 의견의 신청 또는 답변서를 제출할 기회를 주어야 한다.

동일 권리에 대한 복수 무효심판에서 정정청구서가 다르게 존재하는 경우에는, 심판물을 동일하게 확정하기 위한 수단으로 심리를 병합하여 모든 무효증거 등을 다시 당사자들에게 통지하여 의견서, 답변서, 정정청구서를 다시 제출하도록 기회를 부여하는 것이 바람직하다. 다만, 병합해야 할 사건의 수가 많다면, 정정청구서 제출 대상이 권리자임을 감안하여, 모든 심판관련서류를 재송부하지 않을 수 있다. 정정청구의 기회를 부여할 때에는 병합통지 또는 심판부 통지를 통해 한다. 권리자가 새로운 종합 정정청구서를 제출하는 경우 각 사건에서 이전 정정청구는 취하된 것으로 간주된다.

병합결정문 작성시 정정청구 기간을 부여하기 위해 다음과 같이 기재한다.

**【기재례 】**

위 심판사건들은 특허 제000000호 발명을 대상으로 무효심판을 청구한 동일한 사안이므로, 심리절차의 경제성을 도모하고 복수의 정정청구에 의한 심결간의 모순 저촉을 피하기 위하여 특허법 제160조의 규정에 의하여 직권으로 주문과 같이 결정한다.

위 심판사건들이 병합됨에 따라 특허권자에게 2021.00.00.까지 정정청구 기회를 부여한다. 상기 기일까지 정정청구를 하지 않는 경우에는, 정정이 인정되는 정정명세서 중에서 가장 늦게 제출된 것을 기준으로 무효여부를 판단한다. 끝.

심판부통지서 작성시 정정청구 기간을 부여하기 위해 다음과 같이 기재한다.

**【기재례】**

위 심판사건들이 병합됨에 따라 특허권자에게 2021.00.00.까지 정정청구 기회를 부여한다. 상기 기일까지 정정청구를 하지 않는 경우에는, 정정이 인정되는 정정명세서 중에서 가장 늦게 제출된 것을 기준으로 무효여부를 판단한다. 끝.

## 6 병합 심결문 작성 시 유의사항

병합한 사건의 심판번호는 상하로 병렬하여 기재한다.

【기재례】 심 판 번 호 2011당OOOO
2011당△△△△(병합)
2011당××××(병합)

또한, 사건의 표시에 있어 권리가 다른 경우에는 그 권리를 모두 표시한다.

【기재례】실용신안등록 제 ○○○ 호『 』의 무효
실용신안등록 제 × × × 호『 』의 무효 (병합)

심결을 병합할 수 있는 것은 당사자 쌍방 또는 일방이 동일한 경우이므로 동일하지 않은 사람의 당사자의 표시는 각 청구인 또는 피청구인의 기재 아래에 대응하는 심판번호를 기재한다.

심결을 병합하는 경우 병합심리·심결한다는 취지는 심결의 이유항목 모두에 다음과 같이 기재한다.

**【기재례】**
이 유
심판번호 2011당OOOO, 2011당△△△△, 2011당×××× 무효심판청구에 대하여 특허법 제160조의 규정에 따라 병합하여 심결한다.

심결의 주문 및 이유에 대하여는 병합한 사건에 공통하는 사항은 사건을 특별히 표시하지 아니하고, 병합하지 아니한 경우와 같이 기재하되, 병합한 사건에 따라 다

른 사항은, 예를 들면 기재례 1, 2와 같이 그 사건 또는 대상물 등을 특별히 표시하여 각각 기재하는 것이 필요하다. 한편, 다른 부분이 많은 경우에는 심결의 간략화를 목적으로 한 병합심결의 의미는 적어지게 된다.

**【기재례 1】**
청구인은 갑 제1호증 내지 갑 제8호증(단, 2011당△△△△에 있어서는 갑 제 8호증을 뺀 갑 제1호증 내지 갑 제 7호증)을 제출하고 있는바,

**【기재례 2】**
한편, 2011당OOOO의 청구인은 갑 제 호증을 제출하고 . . . . 라고 진술하고 있고 2011당△△△△의 청구인은 . . . . 라고 진술하여, 증인신문신청을 하고 있다. 그러나 . . . .

당사자 한쪽이 동일한 2이상의 심판에 대하여 청구인별로 청구취지가 다른 경우 병합하지 않고 심결하거나, 병합심결을 하더라도 청구취지에 따라 청구인별로 주문을 달리 기재하여야 한다. 병합사건의 경우 개별 사건의 청구취지를 각각 기재하는 등 심결문 작성에 주의가 요구된다.

병합심결 주문의 예는 다음과 같다.

(예1) 청구인, 주문이 모두 동일하고 기각하는 경우
이 사건 심판청구를 모두 기각한다.
심판비용은 모두 청구인(들)이 부담한다.

(예2) 청구인이 복수이고 피청구인 및 목적물이 동일하며, 인용하는 경우
특허 제○○호를 무효로 한다.
심판비용은 피청구인이 부담한다.

(예3) 청구인이 복수이고 피청구인이 동일하며, 청구인별로 청구의 취지(예, 무효 대상 청구항의 공통부분 존재)가 다르며, 전부 인용하는 경우
청구인 1, 2의 심판청구 중 특허 제○○호 청구범위 제○항을 무효로 한다.
청구인 2의 심판청구 중 특허 제○○호 청구범위 제○항을 무효로 한다.
심판비용은 피청구인이 부담한다.

(예4) 청구인이 복수이고 피청구인이 동일하며, 청구인별로 청구의 취지(예, 무효 대상 청구항의 공통부분 존재)가 다르며, 공통부분 일부만 인용하는 경우

청구인 1, 2의 심판청구 중 특허 제○○호 청구범위 제○항을 무효로 한다.
청구인 1의 심판청구 중 그 나머지 부분에 대한 심판청구를 기각한다.
청구인 1이 청구한 심판의 비용 중 ○/○은 청구인 1이, 나머지는 피청구인이 부담하고, 청구인 2가 청구한 심판의 비용은 피청구인이 부담한다.

(예5) 청구인이 복수이고 피청구인이 동일하며, 청구인별로 기각/각하하는 경우
이 사건 심판청구 중 청구인 1의 심판청구는 기각한다.
이 사건 심판청구 중 청구인 2의 심판청구는 각하한다.
심판비용은 청구인 1, 2가 각각 부담한다.

(예6) 청구인 및 권리(특허 및 실용신안)가 다르고 피청구인이 동일하며, 인용하는 경우
특허 제○○호 및 실용신안등록 제○○호를 모두 무효로 한다.
심판비용은 피청구인이 부담한다.

# 제19절 심리분리

## 1 서설

심리의 분리는 2이상의 심판사건을 동일의 심판절차에 의해 심리하기 위해 병합한 것을 분리하는 것을 말한다(특§160, 실§33, 디§148, 상§147).

현재 심판사건이 다른 심판사건과 관련성이 없다고 인정되어 동일한 절차로 심판할 필요가 없을 뿐 아니라, 심리의 복잡화 및 지연의 원인이 되고 있다고 인정되는 경우에는 심리를 분리하여 각각 별개의 절차에 의해 심리하여, 절차의 간명과 촉진을 도모하는 것이다.

## 2 심리분리의 요건

심리분리가 가능한 경우는 심리를 병합한 경우로 한정된다.

## 3 심리분리의 절차

심리분리의 결정은 심판관(합의체)의 재량에 속하고, 심리의 분리는 직권에 의해 결정한다.

심판장은 심리를 분리하는 경우에는 그 취지를 당사자에게 통지한다.

## 4 심리분리의 효과

심리분리결정에 의해 분리된 심판사건은 별개의 독립된 심리절차로 심리판단되어, 심결도 별개로 된다.

# 제20절 심판-조정 연계

## 1 서설

특허심판원에서 특허법원으로 이어지는 지식재산권 분쟁은 비용과 시간이 상당 부분 소요되어 중소기업 등에 큰 부담이 되므로, 심판의 심리 중에 당사자가 산업재산권분쟁조정위원회의 조정제도를 활용할 수 있도록 심판-조정연계 제도를 신설하여 소송 전에 분쟁의 조기해결을 도모하고자 하였다. 이를 위해 특허·실용신안·디자인·상표 및 발명진흥법에 관련 규정을 신설하였다(2021. 11. 18. 시행).

> ○ 특허법 제164조의2(조정위원회 회부) ① 심판장은 심판사건을 합리적으로 해결하기 위하여 필요하다고 인정되면 당사자의 동의를 받아 해당 심판사건의 절차를 중지하고 결정으로 해당 사건을 조정위원회에 회부할 수 있다.
> ② 심판장은 제1항에 따라 조정위원회에 회부한 때에는 해당 심판사건의 기록을 조정위원회에 송부하여야 한다.
> ③ 심판장은 조정위원회의 조정절차가 조정 불성립으로 종료되면 제1항에 따른 중지 결정을 취소하고 심판을 재개하며, 조정이 성립된 경우에는 해당 심판청구는 취하된 것으로 본다.
>
> ○ 발명진흥법 제49조의3(심판과 조정의 연계 특례) ①「특허법」제164조의2,「실용신안법」제33조,「디자인보호법」제152조의2 및「상표법」제151조의2에 따라 위원회 회부가 결정된 때에는 해당 사건이 위원회에 회부된 날에 43조제1항에 따른 신청이 있는 것으로 본다.
> ② 제1항에 따라 조정신청된 사건으로서 해당 심판장이 필요하다고 인정하고 당사자가 동의하는 경우에는 해당 심판합의체의 전부 또는 일부가 제42조에 따른 조정부의 일원이 될 수 있다.

심판장은 심리 중 필요한 경우 양당사자의 동의를 얻어 심판사건을 조정위원회에 회부할 수 있으며, 조정 성립 시 심판청구는 취하된 것으로 보고, 조정 불성립 시 심리 재개 후 신속심판으로 변경하여 신속히 심리를 진행한다.

산업재산권의 무효 및 취소 여부, 권리범위의 확인 등에 관한 판단만을 요청하는 사항은 조정의 대상이 아니므로, 심판-조정 연계제도는 심판합의체가 준사법적인 절차에 따라 공정·신속하게 특허분쟁을 해결한다는 심판의 역할을 유지하는 범위 내에서 제한적으로 운영하여야 한다.

일당사자만 존재하는 결정계 사건(거절결정불복, 정정심판 등)은 심판의 합의체 판단이 반드시 필요하므로 조정 대상이 아니다.

## 2 산업재산권분쟁조정위원회

### 가. 개요

산업재산권 분쟁조정제도는 산업재산권에 관한 분쟁이 있을 경우, 소송이나 심판을 통해서 해결하는데 소요되는 비용과 시간을 절약할 수 있도록 특허청이 설치한 「산업재산권분쟁조정위원회」에서 당사자를 분쟁해결절차에 직접 참가시켜 상호 간의 합의를 유도하는 제도를 말한다.

산업재산권분쟁조정위원회는 발명진흥법 제41조 규정에 근거를 두고 있다.

> 발명진흥법 제41조(산업재산권분쟁조정위원회) ①다음 각 호의 사항과 관련된 분쟁(이하 "분쟁"이라 한다)을 심의·조정하기 위하여 산업재산권분쟁조정위원회(이하 "위원회"라 한다)를 둔다.
> 1. 산업재산권(산업재산권 출원을 포함한다)
> 2. 직무발명
> 3. 영업비밀
> 4. 「부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률」 제2조제1호에 따른 부정경쟁행위(이하 "부정경쟁행위"라 한다)
> ②위원회는 위원장 1명을 포함한 15명 이상 100명 이하의 조정위원(이하 "위원"이라 한다)으로 구성한다.
> ③위원회의 위원은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자 중에서 특허청장이 위촉하며, 위원장은 특허청장이 위원 중에서 지명한다.
> 1. 특허청 소속 공무원으로서 3급의 직(職)에 있거나 고위공무원단에 속하는 공무원인 자
> 2. 판사 또는 검사의 직에 있는 자
> 3. 변호사 또는 변리사의 자격이 있는 자
> 4. 대학에서 부교수 이상의 직에 있는 자
> 5. 「비영리민간단체 지원법」 제2조에 따른 비영리 민간단체에서 추천한 자
> 6. 그 밖에 제1항 각 호의 사항에 관한 학식과 경험이 풍부한 자
> ④위원의 임기는 3년으로 한다. 다만, 제3항제1호 및 제2호에 해당하는 위원의 임기

는 해당 직위에 재임하는 기간으로 한다.
⑤위원 중 결원이 생기면 제3항에 따라 보궐위원을 위촉하여야 하며, 그 보궐위원의 임기는 전임자의 남은 임기로 한다. 다만, 위원의 수가 15명 이상인 경우에는 보궐위원을 위촉하지 아니할 수 있다.
⑥ 위원회의 업무를 지원하기 위하여 제55조의2제1항에 따른 한국지식재산보호원에 사무국을 둔다.

**나. 분쟁조정위원회의 특징 및 기대효과**

- ○ 재판이나 심판에 비하여 신청절차가 간편
- ○ 신청비용을 무료로 처리(다만, 당사자의 필요에 의해 선임할 수도 있는 대리인, 감정인의 비용 등은 당사자 부담)
- ○ 비공개로 모든 절차를 처리하므로 기업의 비밀이 공개되지 않음
- ○ 합의가 잘 될 경우 분쟁 해결 기간 단축

**다. 조정신청 대상**

산업재산권의 침해로 인하여 발생된 분쟁, 산업재산권의 양도 또는 실시에 관련된 분쟁, 직무발명, 기술상 영업비밀에 관련된 분쟁은 조정신청 대상이 되는 분쟁이다.

그러나 조정신청일 현재 특허청에 출원·등록되어 있지 않은 산업재산권에 대한 분쟁, 산업재산권의 무효 및 취소 여부와 권리범위확인 등에 관한 판단만을 요청하는 사항, 기타 화해의 알선·조정을 하기에 적절치 못하다고 판단되는 사항은 조정신청 대상이 되지 않는다.

## 3 절차

심판장은 심리 중 필요한 경우 양당사자의 동의를 얻어 사건을 조정위원회에 회부할 수 있다. 구술심리 진행 과정에서 심판장이 조정 회부를 제안하여 양당사자가 현장에서 동의하면 조정회부 동의사실을 조서에 기재하고, 동의서를 작성한 후 심판절차중지를 통지하고, 분쟁조정위원회 회부사실 통지하고 조정절차를 진행한다.

구술심리 진행 과정에서 심판장이 조정 회부를 제안하여 양당사자가 현장에서 동의하지 않았지만 추후 결정하겠다고 하는 경우 조정회부 동의기한 조서에 기재하고, 기한 내 동의서를 제출하지 않으면 심리를 계속하고, 기한 내 동의서를 제출하면 심판절차중지를 통지하고 분쟁조정위원회 회부사실을 통지하고 조정절차를 진행한다.

산업재산권분쟁위원회에서의 조정절차는, 양측 의견서 접수-조정부 구성-조정회의 개최-조정안 작성 및 통지-조정안 수락여부 통보서 송부-조정안 수락여부 통보서 접수-조정조서 작성(조정 성립 시)-조정결과 통지(성립하면 조정조서 통지, 불성립인 경우 조정절차 종료보고서 통지)

조정이 성립하면 심판청구는 취하 간주하여 심판절차는 종료되고, 조정이 불성립하면 심판절차중지 취소 통지 후 심리를 계속한다.

# 제21절 정보제공

## 1 서설

정보제공제도는 공개된 출원에 대하여 누구든지 그 출원이 등록될 수 없다는 정보를 제공하도록 함으로써 부실권리의 발생을 방지하고자 하는 제도이다.

## 2 정보제공을 할 수 있는 자

정보제공은 자연인 또는 법인인 경우 누구나 할 수 있으나, 행위능력이 없는 미성년자 등이 정보제공을 하고자 하는 경우에는 법정대리인을 통하여 정보제공을 하여야 한다.

## 3 정보제공을 할 수 있는 심판

결정계 심판은 거절결정(취소결정) 후에도 심판절차를 통하여 등록이 가능한 것이므로 심판 중에도 이해관계인이 아니더라도 특허법 제63조의2 규정에 따라 정보제공을 할 수 있으나, 무효, 권리범위확인심판 등의 당사자계 심판은 이해관계인이라면 참가신청에 의하여 증거 및 의견 제출이 가능하므로 정보제공을 할 수 없는 것으로 한다.

정정심판에서는 제3자가 정보제공을 할 수 있다는 근거 규정이 명확하지 아니하나, 정정불인정이유가 있는 증거가 제출되어 직권심리가 가능함에도 불구하고 이를 살피지 아니한다면 공익에 반하는 결과를 초래하므로, 정정심판에 있어서도 정보제공을 할 수 있는 것으로 하여 독립특허요건 등의 정정요건에 대해서 심리를 한다.

또한 정정심판의 대상이 되는 권리에 대하여 무효심판의 심결취소소송이 특허법원에 계속되고 있는 경우, 심판장은 무효심판청구인에게 정정심판 청구사실을 통지하여, 무효심판청구인이 소송단계에서 새로 제출한 무효 증거를 특허심판원에 정보제공할 수 있도록 안내할 수 있다.

## 4 정보제출서의 반려

당사자계 심판절차에 대한 정보제출서는 특허에 관한 절차가 종료된 후 그 특허에 관한 절차와 관련하여 제출된 서류이므로, 특허법 시행규칙 제11조 제1항 제10호 등의 규정에 의하여 반려한다.

## 5 제출할 수 있는 정보

### 가. 특허될 수 없다는 취지의 정보

정보제공대상출원이 특허법 제62조 각호의 어느 하나에 해당되어 특허될 수 없다는 취지의 정보를 그 증거와 함께 제출할 수 있다. 다만, 정보제공대상출원이 특허법 제42조 제3항 제2호, 같은 조 제8항 또는 제45조에 해당한다는 취지의 정보는 제출할 수 없다.

### 나. 제출 가능한 증거

정보제공자는 제공하고자 하는 정보가 타당한 정보라는 사실을 증명하기 위하여 필요한 증거를 제출할 수 있다. 일반적으로 정보제공 시 제출되는 증거로는 간행물이나 그 사본 또는 출원명세서나 도면의 사본이 제출되나, 그 이외의 증거도 제출할 수 있다. 외국 특허공보 등의 경우에는 정보제공자에게 번역문도 함께 제출하도록 요구할 수 있다.

## 6 제출된 증거의 채택 여부

제출된 증거가 반포된 간행물이나 그 사본 또는 명세서나 도면의 사본 이외의 서류 등으로, 증거조사를 하지 않고도 해당 서류에 의하여 증명하고자 하는 사실의 존재에 대하여 확신할 수 있는 경우에는 제출된 증거에 의하여 자판의 근거로 활용한다.

정보제공에 의한 증거에 의해 증거조사를 행할 필요가 있는 경우에는 증거조사를 행한다.

## 7 정보제공자 등에 대한 통지

심판정책과는 정보제공이 있는 심판사건에 대한 심결이 있는 때에는 정보제공자에게 그 심결의 결과를 통지한다. 다만, 심사국에 취소환송하는 사건의 경우에는 그러하지 아니하다(심판사무취급규정 제38조의2④).

심판관은 심판사건에 정보제공이 있는 때에는 그 정보제출서가 이관된 날로부터 1개월 이내에 정보제공이 있다는 사실을 심판청구인에게 통지할 수 있으며, 정보제공된 증거가 다음 각 호의 어느 하나인 경우에 그 증거를 식별할 수 있는 정보(문서번호, 식별번호 등)를 함께 통지할 수 있다(동규정 제38조의2②, ③).

1. 특허공보, 실용신안공보 또는 디자인공보

특허법 제29조제1항제2호에 해당하는 학술논문이나 기술 표준 문서

## 8 정보제공자의 해당 정보에 관한 석명·면접 등의 기회

정보제공자는 특허출원의 심판에 있어서 당사자가 아니므로, 해당 정보에 관한 석명 및 대상출원의 특허등록 가부에 대한 설명 등을 위해 심판사건 설명회 등에 의해 심판관과 정보제공자가 연락하는 것은 인정되지 아니한다. 또한, 특허법 제147조(답변서등의 제출)에 의해 심판장이 서류 등의 제출을 요구할 수 없다.

# 제5장

# 증거조사

제1절 증거 ····· 337
제2절 증거조사 ····· 346
제3절 서증 ····· 362
제4절 당사자신문 ····· 381
제5절 증인신문 ····· 384
제6절 검증 ····· 421
제7절 감정 ····· 431
제8절 증거보전 ····· 436
제9절 수명심판관 ····· 443

# 제5장 증거조사

## 제1절 증 거

### 1 서설

증거의 의미는 일반적으로 어떤 사실을 증명하는데 요구되는 근거를 말하며, 심판과 같이 법규를 해석·적용하는 업무에서는 법규의 적용에 앞서 우선적으로 확정할 필요가 있는 사실관계를 뒷받침하기 위한 근거로서 다양한 형태의 증거가 활용되고 있다. 이러한 증거의 존재 여부나 증거의 사실확정은 심판의 판단에 기초가 되고 심판의 결론에 영향을 미치게 되는 바 심판에서 증거의 활용은 판단자(심판관)와 당사자 모두에게 사실관계를 확정하기 위한 필수불가결한 수단이다. 당사자주의와 변론주의에서 증거를 수집하고 제출하는 것은 당사자의 몫이지만 심판에서는 직권심리·탐지가 허용되는 영역에서 특허심판원의 책임이 된다.

### 2 증거의 필요성

심판은 구체적인 사실을 소전제로 하고 법규의 존부와 해석을 대전제로 하여 삼단논법에 따라 권리관계를 판단하는 것이므로 사실관계의 확정이 필수적이다. 특허심판원의 심판은 직권심리주의, 직권탐지주의를 채택하고 있지만 판단의 전제로서 사실관계의 확정이 필수적인 만큼 그 확정에 객관성과 합리성이 담보되어야 그 자체에 대한 신뢰성뿐만 아니라 심판의 공정성에 대한 신뢰를 확보할 수 있게 되어, 결과적으로 심판의 품질을 결정하는 중요한 요소이다. 심판 절차에서는 판단의 근거자료로서 증거가 요구되며, 그 증거에 대한 조사절차 또한 중요하다.

일반적으로 증거는 증거방법, 증거자료 등의 뜻으로 일컬어진다. 증거방법이란 심판관이 오관(눈, 귀, 코, 혀, 피부 등 다섯 가지 감각기관)의 작용에 의하여 조사할 수 있는 유형물을 말한다. 그 유형물은 인증(人證)과 물증(物證)으로 구분되고, 인증으로는 증인·감정인·당사자·본인, 물증으로는 문서·검증물이 해당된다.

증거자료란 위 증거방법의 조사로부터 얻은 내용을 말하는 것으로, 증인 등의 증언, 감정결과, 문서의 기재내용, 검증결과, 당사자 신문결과, 그 밖의 사진, 녹음테이프 등의 조사결과, 증거조사 촉탁결과 등을 포함한다.

증거는 심판의 사실확정을 뒷받침하기 위한 자료로 제공되는 것이라는 점에서 법률적용을 뒷받침하기 위하여 제출되는 참고자료와는 구분되어야 한다. 당사자 주장의 근거로 제출되는 법률, 시행령, 시행규칙, 판결문, 심결문, 심사기준 등은 참고자료에 해당한다.

심판절차에서 당사자가 증거를 제출하는 경우 서면의 말미에 증거방법(또는 입증방법)을 갑 제O호증, 을 제O호증과 같은 방식으로 표시하여 목록형태로 기재하는 것이 통상적이고, 참고자료와는 구분하여 기재한다. 법률, 판결, 심결 등은 대부분 참고자료에 해당하나 당사자가 자신의 주장을 입증하는 근거로서 사용할 경우에는 증거방법으로 제출하기도 하는데, 이 경우 엄밀하게 증거에 해당하는지 여부를 심리하는 것은 일반적이지 아니하다. 그러나 심판장은 필요하다면 당사자로 하여금 증거와 참고자료를 구분하여 정리할 것을 요구할 수 있고, 구술심리기일에서 증거와 참고자료를 구분하여 정리할 수도 있다. 재판에서 변론기일의 증거인부 과정에서 증거방법과 참고자료를 구분하는 경우가 종종 있다.

## 3 증거능력과 증거력

증거능력이란 인증과 물증 형태의 유형물이 증거방법으로서 증거조사의 대상이 될 자격이 있는지를 말하는 것이다. 민사소송법은 자유심증주의를 채택하기 때문에 원칙적으로 증거능력의 제한은 없다(민소§202).[85] 다만, 법정대리인, 당사자와 당사자인 법인의 대표자는 당사자신문의 대상이므로 증인능력이 없고(민소§367), 기피당한 감정인은 감정인 능력을 잃는다(민소§336).[86]

증거력이란 증거자료가 증명이 요구되는 사실(요증사실)의 인정에 기여하는 정도

85) 민사소송법 제202조(자유심증주의) 법원은 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과를 참작하여 자유로운 심증으로 사회정의와 형평의 이념에 입각하여 논리와 경험의 법칙에 따라 사실주장이 진실한지 아닌지를 판단한다.

86) 대법원 2012. 12. 13. 선고 2010도14360 판결 - 민사소송의 당사자인 법인의 대표자가 선서하고 증언한 경우, 위증죄의 주체가 될 수 있는지 여부에 대하여, "민사소송의 당사자는 증인능력이 없으므로 증인으로 선서하고 증언하였다고 하더라도 위증죄의 주체가 될 수 없고, 이러한 법리는 민사소송에서의 당사자인 법인의 대표자의 경우에도 마찬가지로 적용된다."고 판시함.

를 말하며, 증명력 또는 증거가치라고도 한다. 이것은 형식적 증거력과 실질적 증거력의 두 단계로 나누어지는데, 특히 서증의 경우에 중요한 의미가 있다. 문서가 입증자(증거를 신청하여 증명을 하려는 당사자)가 그 문서의 작성자라고 주장하는 특정인의 의사에 기하여 작성된 것을 문서의 진정성립이라고 한다. 진성성립의 문서이면 원칙적으로 형식적 증거력이 있다고 한다. 이에 반해, 실질적 증거력은 문서가 어떤 요증사실을 증명하기에 얼마나 유용한가의 증거가치를 말한다.

서증인 문서가 사문서이더라도 위변조된 문서가 아니고 그 작성자에 의해 작성된 것이라면 진정성립의 문서로 인정되어 원칙적으로 그의 형식적 증거력이 인정된다. 다만, 그 내용에 따라 실질적 증거력에서 문제가 될 수 있다.

불법 검열·감청에 의하여 취득된 우편물이나 전기통신, 공개되지 아니한 타인 간의 대화를 녹음 또는 청취하여 취득한 자료의 내용은 재판절차에서 증거력이 없어 증거로 사용할 수 없다(통신비밀보호법§4, §14).[87][88]

## 4 증거의 종류

### 가. 직접증거와 간접증거

증명의 방법에 따라 직접증거, 간접증거로 구분되고, 이는 주요사실에 관계되는 것인지를 기준으로 한 것이다.[89] 직접증거는 주요사실의 존부를 직접적으로 증명하는데 이용되는 증거를 말하며, 간접증거는 간접사실과 보조사실을 증명하는 증거로서 간접적으로 주요사실을 증명하는데 이용되는 증거를 말한다(간접증거는 정황증거라고도 한다). 예를 들어 계약서는 계약의 존부를 증명하는 직접증거이고, 음주운전의 증거는 운전자의 과실을 추정하는 간접증거이다.

87) 통신비밀보호법 제4조(불법검열에 의한 우편물의 내용과 불법감청에 의한 전기통신내용의 증거사용 금지) 제3조의 규정에 위반하여, 불법검열에 의하여 취득한 우편물이나 그 내용 및 불법감청에 의하여 지득 또는 채록된 전기통신의 내용은 재판 또는 징계절차에서 증거로 사용할 수 없다.
통신비밀보호법 제14조(타인의 대화비밀 침해금지) ① 누구든지 공개되지 아니한 타인간의 대화를 녹음하거나 전자장치 또는 기계적 수단을 이용하여 청취할 수 없다.

88) 최근 전기통신을 이용한 사인 간 대화 내용이 증거로 제출되는 경우가 증가하고 있으므로(대표적인 예로 SNS 대화, 전화통화 녹음, 인터넷회선 감청 파일 등) 이 경우 증거력 유무에 대해 검토해 볼 필요가 있다.

89) 소송에서의 사실은 주요사실(법률효과의 발생 또는 소멸에 필요한 사실)과 간접사실(그 주요사실의 존부를 추인하게 하는 사실)이 있다. 이외 보조사실은 증거의 증거능력과 증거력에 관한 사실로서 보조사실의 입증 증거는 간접증거의 일종으로 인정된다.

심판에서 당사자의 자백은 직접증거가 될 수 있고 전문가 증인의 증언은 간접증거가 된다. 심판관이 심증을 형성하는데 직접증거와 간접증거의 증명력에는 차이가 없다. 심판에서 등록권리의 무효를 판단하는데 대비되는 선행문헌은 직접증거에 해당하나 등록권리나 선행문헌에 개시된 사항이 갖는 의미를 파악하기 위한 보충자료로서 제출된 전문기관의 분석보고서, 발명자의 진술서 등은 주요사실을 추인케하는 간접증거가 될 수 있다.

### 나. 본증과 반증

증명의 목적에 따라 본증과 반증으로 구별된다. 본증은 자기에게 증명책임이 있는 사실을 증명하기 위하여, 즉 거증책임을 지는 당사자가 제출하는 증거를 말하고, 반증이란 상대방이 증명책임을 지는 사실을 부정하기 위해, 즉 본증을 다투고자 상대방이 제출하는 증거이다.

무효심판청구에서 청구인이 제출하는 무효증거는 본증이 될 수 있고 이에 대응하여 피청구인이 본증의 사실을 부인하기 위해 제출하는 증거는 반증이 된다. 본증은 심판관이 요증사실에 대한 확신을 갖도록 하여야 성공하지만, 반증은 심판관이 요증사실의 존재에 관해 의심을 갖도록 하면 성공한다. 반증은 반대사실의 증명과 구별되는데 반대사실의 증명은 법률상의 추정을 번복하기 위해 제출되어 증거되는 것으로 본증이다. 따라서 반대사실의 증명은 단순히 추정사실의 존재에 의심을 품게 하는 정도의 입증으로는 부족하고 추정사실에 반대되는 사실의 존재를 제시하여 심판관이 그 사실을 확신할 수 있을 정도로 입증하여야 한다는 점에서 반증과는 다르다.

### 다. 인증과 물증

인증과 물증은 증거방법으로 일컬어진다. 증거방법이란 심판관이 오관(눈, 귀, 코, 혀, 피부 등 다섯 가지 감각기관)의 작용에 의하여 조사할 수 있는 유형물을 말하는 것으로서, 사람인지 물건인지에 따라 인증(人證)과 물증(物證)으로 구분된다. 인증은 사람이 증거가 되는데 증인·감정인·당사자·본인이 있고 결국 사람의 말이 증거가 된다. 물증은 유형적인 물건의 형태로서 문서·검증물 등이 있다. 인증에 의한 증명이 손쉬운 방법이기는 하나 진실된 정도를 가늠할 수 없어 신뢰하기 어려운 경우가 많고 물증은 확보하는데 한계가 있는 문제가 있고 객관성 있는 서증의 역할이 가장 중요하다고 볼 수 있다. 서증에 의존하다 보면 서증으로 드러나지 아니한 사실의 존부가 간과되는 것이 문제이다.

## 5 증명의 대상

증명의 대상(요증사실)은 사실, 경험법칙, 법규 등이다. 쟁점에 대한 판단을 하기 위하여 증명의 대상이 되는 사실을 가려서 심리할 필요가 있다. 즉 쟁점중심으로 집중하여 증거조사를 실시하는 것이다.

증명의 대상으로서 사실이란 인식할 수 있는 외계의 사실과 내심의 사실(고의, 과실, 선의, 악의)을 말한다. 모든 사실은 증명의 대상이 된다. 현재나 과거의 사실, 적극적 사실이나 소극적 사실 및 가정적 사실도 증명의 대상이 된다. 다툼이 있는 사실로서 심판결과에 영향을 미칠 사실이어야 증거조사의 대상이 되고, 주장 자체로 이유 없는 사실에 대해서까지 증거조사를 할 필요는 없다.

경험법칙이란 인간의 경험을 통해 귀납적으로 얻어지는 사물에 대한 지식이나 법칙을 말한다. 많은 경험을 한 결과 얻은 공통인식에 바탕을 둔 일반적인 결론이라 볼 수 있다.[90] 일반상식인 단순한 경험법칙이 있고 전문적 지식에 속하는 경험법칙이 있다. 경험법칙 가운데 일반상식에 속하는 것은 증명의 대상이 되지 않으나 전문적 지식에 속하는 것은 증명이 필요하다. 한편, 민사소송에서는 재판상의 자백은 증명이 필요 없는 불요증사실(不要證事實)이나 이는 변론주의에 의하여 심리되는 소송절차에 한하는 것이므로, 직권탐지주의가 적용되는 특허심판에서는 이러한 재판상의 자백은 불요증사실이 될 수 없고, 단지 하나의 증거원인에 불과한 것으로 취급된다.

경험법칙에 위배된 판단을 한 경우에 사실문제로 볼 것인지, 법령위반으로 상고이유가 되는지에 대해서는 다툼이 있는데, 우리 판례는 경험법칙 위반을 법령위배처럼 상고이유가 된다고 보는 법률문제설인데, 반면 사실문제로 본다는 사실문제설이 있다. 그러나 경험법칙의 적용에 현저한 오류가 있는 때(채증법칙의 현저한 위배)에만 상고이유가 되고 심리불속행 사유를 면할 수 있다는 절충설도 있다.[91]

법규의 적용이나 존부확정은 법원의 책무이므로 증명의 대상이 되지 않는 것이 원칙이다. 따라서 법률규정에 관한 자료를 증거로 제출할 필요는 없다. 외국법, 관습법이나 구법 등은 법관이 반드시 알고 있지 못하다고 보는 때에는 증명의 대상이 될 수 있다. 증명을 요하지 않는 사실(불요증사실)은 당사자 간에 다툼이 없는 사실, 현

90) 상례(common sense)라고도 표현한다.

91) 이시윤, 신민사소송법, 박영사(2017), 464-465.

저한 사실, 법률상 추정을 받는 사실이다. 법률상 추정을 받는 사실은 적극적 증명 없이 판단의 기초가 되는 것이므로 역시 증명을 요하지 않는다.

자백은 당사자가 자기에게 불리한 사실을 인정하는 진술을 말하는데 일단 자백이 성립되면 그 내용은 증명을 요하지 않는 것이나(민소§288). 직권탐지주의가 적용되는 심판에서는 자백의 구속력이 미치지 않는다.

## 6 증거의 제출시기

증거의 제출은 법률상 시기적 제약이 있지는 않다. 그러나 집중심리주의와 적시제출주의를 채택하고 있는 현행 민사소송법에 따르면 증거는 집중심리에 방해되지 않도록 적절한 시기에 제출되어야 한다. 통상 심판에서는 심리종결 전까지 자유로이 주장과 증거를 제출할 수 있지만 당사자는 절차 정도에 따라 적절한 시기에 공격과 방어 방법으로 증거를 제출해야 한다.

심판에서 구술심리 또는 기술설명회를 통해 집중심리가 이루어지는 점을 고려하면 구술심리 또는 기술설명회 개최 때까지는 증거 제출이 완성되는 것이 바람직하다. 구술심리 또는 기술설명회를 개최하지 않는 경우라면 심판장은 심리종결예정시기통지와 함께 증거 제출이 완성되도록 요구하는 것이 바람직하다.

현행 민사소송법이 소송자료의 제출에 법정의 순서 또는 시기의 제한을 두는 법정순서주의(法定順序主義)를 채택하지 아니하고 있어(민소§146 적시제출주의)[92] 신속한 심판처리를 위해 증거를 조기에 일괄하여 제출하도록 하거나 증거의 제출시기를 제한하는 것을 강제할 수는 없다. 하지만 실무적으로 절차의 효율성을 위해 당사자의 공격·방어권에 장애를 초래하지 않는 범위 내에서 심판장(심판관)이 증거 제출의 기간을 정하고 그 기간을 벗어나면 증거를 제출할 수 없는 것으로 운영하는 것이 바람직하다. 이는 민사소송법 제147조(제출기간의 제한) 규정에 부합한다.[93]

92) 민사소송법 제146조(적시제출주의) 공격 또는 방어의 방법은 소송의 정도에 따라 적절한 시기에 제출하여야 한다.

93) 민사소송법 제147조(제출기간의 제한) ①재판장은 당사자의 의견을 들어 한 쪽 또는 양 쪽 당사자에 대하여 특정한 사항에 관하여 주장을 제출하거나 증거를 신청할 기간을 정할 수 있다. ②당사자가 제1항의 기간을 넘긴 때에는 주장을 제출하거나 증거를 신청할 수 없다. 다만, 당사자가 정당한 사유로 그 기간 이내에 제출 또는 신청하지 못하였다는 것을 소명한 경우에는 그러하지 아니하다.

## 7 증거의 채택여부

심판에서의 증거조사는 당사자의 신청에 의한 것을 원칙으로 하되, 직권증거조사도 가능하다. 증거의 채부는 법원의 전권에 속하는 재량사항이다.[94] 신속하고 원활한 심판절차를 위해서는 당사자가 신청한 모든 증거에 대하여 조사하지 아니하고 유력한 증거방법에 대한 신청만을 채택하여 조사할 수 있다. 다만 당사자의 주장사실에 대한 유일한 증거는 특별한 사정이 없는 한 조사하지 않으면 아니된다(민소§289 증거의 신청과 조사).[95]

채증법칙이란 증거의 채택에 관한 법칙으로, 구체적으로 증거능력의 판단과 증명력에 관한 판단에 적용되는 법칙을 말한다. 채증법칙을 위배하여 사실을 오인하였다는 것은, 예를 들어, 증거능력이 없는 증거를 증거능력이 있는 것으로 판단하거나, 증거능력은 있으나 증거력이 부족한 증거를 어떠한 사실을 인정하기에 충분한 증거로 삼았거나, 그 반대의 경우 등을 말한다.

전통적인 증거방법으로서 증인·감정인·당사자·본인, 문서·검증물 등이 주로 사용되나 최근에는 많은 자료들이 컴퓨터나 인터넷 등에 디지털 정보 형태로 존재하고 있어 이러한 정보자료들이 증거방법으로 제출되고 있다. 디지털 정보의 증거(전자증거)는 출력물로서 문서형태로 제출할 수 있고, 동영상, 음성, 컴퓨터프로그램 등은 저장매체에 담은 형태로 제출할 수 있다.[96] 전통적인 문서형태의 서증과는 달리 온라인논문, 이메일 내용, 문자메시지 등 온라인 게시물을 출력하여 종이문서 형태의 서증으로 제출하는 경우는 빈번하다. 이때 원본인 전자문서의 존재 및 성립의 진정에 문제가 없다면 사본인 출력문서의 증거능력이 문제되지 아니한다.

온라인 증거로서 전기통신회선을 통한 공개의 경우에, 심판관은 먼저 해당 전기통신회선의 인지도, 일반 공중의 이용빈도, 운영주체의 신뢰도, 운영기간 등을 고려하여 그 공개내용·공개시점의 신뢰성을 검토한다. 검토한 결과, 공개사실의 신뢰성이 있는 것으로 판단되면 선행기술로 인용할 수 있다. 그 온라인 증거의 실제 게재일을

94) 대법원 2015. 8. 27. 선고 2013다215744, 대법원 2011. 11. 10. 선고 2011다67743 판결.

95) 유일한 증거는 사건 전체가 아닌 각 쟁점 단위로 유일한지 판단하며, 본증과 반증 모두 포함되는지에 대한 견해 대립이 있으나 판례는 본증에 한한다는 입장이다.

96) 민사소송 등에서의 전자문서 이용 등에 관한 법률 제2조(정의) 1. "전자문서'란 컴퓨터 등 정보처리능력을 가진 장치에 의하여 전자적인 형태로 작성되거나 변환되어 송신·수신 또는 저장되는 정보를 말한다.

확인하기 위해서는, 해당 전기통신회선의 정보게재에 관한 권한이나 책임이 있는 사람에게 게재사실을 문의하거나 미국의 비영리단체인 인터넷 아카이브가 운영하는 www.archive.org에 저장된 내용 및 게재일 자료를 활용할 수 있다.

전기통신회선에서의 공개시점은 전기통신회선에 해당 내용을 게재한 시점이다. 따라서 이미 반포된 간행물을 전기통신회선을 통하여 공개한 경우라도 전기통신회선에 공개된 자료의 내용을 인용하는 경우 그 내용이 전기통신회선에 공개된 시점을 공개일로 한다. 전기통신회선에 공개된 자료의 내용이 게재된 당시의 문서와 동일성이 인정될 수 없는 요인이 있는지도 검토가 필요하다. 만일 게재된 이후 내용에 변경 또는 수정된 사항이 있다면 공개시점을 그 문서 전체가 최초 게재일에 공개된 것으로 볼 것인지, 변경 또는 수정된 내용에 대해서만 그 변경 또는 수정된 날에 공개된 것으로 볼 것인지에 대하여 확인하다. 참고로 네이버나 다음 블로그 등은 인터넷 아카이브에서 확인이 되지 않을 수 있고. 아카이브에 저장된 파일이 내용적으로 변경 또는 수정되는 가능성이 있으므로 주의를 요한다.

○ 유튜브에 일단 동영상을 업로드 한 후 동영상의 일부를 삭제하거나 조명, 색상을 수정하는 등의 편집을 할 수는 있으나, 동영상 자체를 교체하는 경우 새로운 URL이 부여되므로 기존 URL 및 게시일의 변경 없이 동영상을 교체할 수 없는 사실을 인정할 수 있다. 한편 을 제3호증의 기재에 의하면, 유튜브에 동영상을 업로드 할 때 일반인들이 동영상을 열람하지 못하도록 '비공개'로 설정할 수 있는 사실이 인정되기는 하나, 다음과 같은 이유로 선행발명 2 내지 4는 모두 최초 업로드 당시부터 일반인들이 자유롭게 열람할 수 있도록 '공개' 상태로 설정되어 있었다고 봄이 타당하다(특허법원 2018. 2. 1. 선고 2017허1519 판결).

○ 미국의 비영리단체인 아카이브가 운영하는 인터넷 기록보관 사이트(www.archive.org)의 웨이백 머신(wayback machine)에서 검색하면 선행발명 2와 동일한 내용의 게시글이 2013. 4. 24. 캡처된 자료를, 선행발명 3과 동일한 내용의 게시글이 2012. 2. 29. 캡처된 자료를 확인할 수 있다. 그런데 웨이백 머신은 아카이브봇이라는 검색엔진이 공개 사이트의 내용물 등을 임의로 저장하는 것이고, 그 결과 웨이백 머신에 기록된 날짜는 해당 내용이 아카이브에 저장된 시점을 의미한다. 그렇다면, 〈중략〉, 선행발명 2, 3은 이 사건 출원발명의 출원 전에 공지된 선행기술로서 이 사건 출원발명 중 청구항 1의 진보성 부정 여부 판단에 사용할 수 있다고 보아야 한다(특허법원 2019. 4. 12. 선고 2018허3710 판결).

## 8 주장/증명책임

당사자의 공격과 방어 방법은 자신이 주장하는 사실과 함께 당해사실의 증명으로 이루어진다. 그러나 소송절차에서 증거조사를 마쳐도 당해사실의 증명만으로는 심증을 형성할 수 없는 때(진위불명의 경우) 그 사실은 존재하지 않는 것과 마찬가지로 취급하고 그 사실을 요건으로 하는 법률효과의 발생을 인정하지 아니한다. 이처럼 진위불명의 경우 당해사실에 의해 이루어질 법률적 판단에서 당사자 일방의 위험 또는 불이익을 입증책임(증명책임)이라 한다. 증거를 통해 사실관계를 확정할 수 있거나 자유심증으로 요증사실의 존부를 확정할 수 있다면 입증책임이 개입되지 아니하나 소송의 마지막 단계까지 요증사실의 존부를 확정할 수 없는 경우 입증책임이 판단기준으로서 역할을 하게 된다.

증명책임은 변론주의 및 직권탐지주의 절차 모두에서 문제 되는데 주요사실의 진위불명인 경우는 양자에서 동일하게 발생하기 때문이다. 변론주의에서는 당사자가 주장하지 아니한 주요사실에 대해서는 법률판단을 받지 못하게 되는 위험 내지 불이익을 주장책임이라 하는데, 이는 증명책임에 선행하게 되고 증명책임과는 엄격히 분리된 개념이다. 주장책임이 되는 주요사실이 증거자료에서 도출되더라도 당사자가 주장하지 않은 사실인 이상 그 사실에 대한 법률판단을 내릴 수 없다. 민사소송에서 직권증거조사는 당사자의 신청증거에 의해 심증을 얻을 수 없는 등의 경우에 보충적으로만 허용된다.

한편 행정소송, 가사소송과 같이 직권증거조사주의, 직권탐지주의가 적용되는 경우에는 주장책임이 문제되지 않는다(행소§26, 가소§17). 직권탐지주의는 변론주의에 대응되는 개념으로 직권증거조사가 원칙이다. 행정소송에도 직권탐지주의가 채택되는지에 대해서는 의견 대립이 있지만 판례와 실무에서는 당사자주의, 변론주의 구조하에서 현출된 쟁점에 대한 직권증거조사를 하고 있고 당사자의 주장사실이 아닌 것을 적극적으로 직권 판단하지는 않는다.

심판은 대세적 효력이 있는 절대적 권리의 형성과 존부에 관해 판단을 내리는 것이므로 실체적 진실주의 하에서 직권증거조사 뿐 아니라 직권탐지주의가 적용된다. 자세한 사항은 다음의 제2절에서 기술한다.

# 제2절 증거조사

## 1 서설

심판에서 증거조사는 원칙적으로 당사자의 신청에 의하여 심판정에서 이루어진다. 당사자의 증거신청에 대하여 증거로 채택할 것인지를 결정하면 그 증거를 대상으로 한 증거조사를 실시하게 된다. 신청된 증거에 의한 심증형성과정은 일반적으로 증거신청 → 채택여부결정 → 증거조사실시 → 실시결과에 따른 심증형성의 순서로 진행된다. 특허법 제157조 제2항에서 증거조사 및 증거보전에 관한 사항은 민사소송법의 관련 규정을 준용하도록 하고 있다.

심판에서 증거에 의하여 판단하는 경우, 본안의 최종적 판단을 하는 심판부가 직접 증거를 접하여 조사하는 방법과 심판부를 구성하는 일부의 심판관 또는 심판부 외의 다른 심판관이나 다른 기관이 증거조사를 하도록 하고 그 보고에 의하여 합의체가 간접적으로 조사하는 방법이 있다. 전자는 증거조사의 직접주의, 후자는 증거조사의 간접주의라고 한다. 민사소송은 원칙적으로 법정에서 증거조사를 시행하는 직접주의를 채택하고 있으나 법률로서 직접주의의 예외를 인정하여 직접주의의 한계를 보완하고 있다(민소§296, §297). 이때 구술주의에 의해 증거조사결과를 당사자가 변론에서 진술하여야 한다는 견해가 있지만 당사자에게 증거조사결과를 제시하고 의견진술의 기회를 주면 충분하다는 견해도 있다.[97]증거조사의 결과를 심판의 기초로 삼기 위해서는 당사자에게 그 증거조사 결과를 송달하거나 심리기일에서 제시하여 그에 대한 의견진술의 기회를 부여하여야 한다.

증거조사 및 증거보전사무에 대하여는 심판사무취급규정 제8장(§46~§77)을 참고한다.

## 2 구분

심판에서는 당사자, 참가인 또는 이해관계인의 신청에 의하여 또는 직권으로 증거조사를 할 수 있다(특§157①). 직권으로 증거조사를 하였을 때에는 그 결과를 당사자, 참가인 또는 이해관계인에게 통지하고 기간을 정하여 의견서를 제출할 수 있는

97) 정동윤 외, 민사소송법 제8판, 법문사(2020), 603.

기회를 주어야 한다(특§157⑤). 즉 심판에서의 증거조사는 신청 또는 직권에 의해 이루어질 수 있다.

### 가. 신청에 의한 증거조사

변론주의 하에서 증거조사는 당사자의 신청에 의한 것이 원칙이고 증거신청이 적법하다면 증거조사를 거부할 수 없으며 만일 이를 거부한다면 위법한 절차가 된다. 당사자는 인증 및 물증 등 모든 증거를 형식이나 종류에 구애 없이 제출할 수 있고 제출과 함께 증거조사는 개시된 것으로 본다.

민사소송에서의 증거 등 신청은 서면 또는 말로 할 수 있도록 규정하고 있어(민소§161①) 심판에서의 증거신청도 서면 또는 말로 할 수 있겠으나 통상 말로 진술하였더라도 서면 제출을 하여 서면 기록에 남기는 것이 일반적이다.

### 나. 직권에 의한 증거조사

당사자주의, 변론주의를 채택하고 있는 민사소송에서도 실체적 진실주의를 추구하지 않을 수 없으므로 진실을 밝힐 수 있는 경우까지 직권증거조사를 제한하여야 할 이유는 없으므로 법률로서 직권에 의한 증거조사를 허용하고 있다(민소§292). 이는 또한 당사자 사이의 소송 능력의 불균형을 고려하면 법원이 직권으로 개입하여 그 불균형을 해소할 필요가 있다고 보는 것이다. 그러나 민사소송에서 직권증거조사는 처음부터 적극적으로 이루어지기 보다는 당사자가 신청한 증거에 의하여 심증을 얻을 수 없거나 그 밖에 필요하다고 인정한 때에만 보충적으로 인정된다.

반면, 심판에서는 당사자주의, 변론주의에 더하여 심결의 제3자에 대한 대세적 효력을 고려하여 당사자 의사와는 어느 정도 무관하게 심판관이 청구인의 청구취지를 벗어나지 않는 범위라면 직권에 의하여 적극적으로 사건에 개입하여 증거조사를 할 수 있도록 규정하고 있다.[98] 그 규정은 민사소송의 예외적 행위의 제한을 두고 있지 아니하다.[99] 따라서 심판의 직권증거조사는 (1) 특§157①(디§145①, 상§144①)에 의

98) 특허법 제157조(증거조사 및 증거보전) ① 심판에서는 당사자, 참가인 또는 이해관계인의 신청에 의하여 또는 직권으로 증거조사나 증거보전을 할 수 있다.

99) ② 제1항에 따른 증거조사 및 증거보전에 관하여는 「민사소송법」 중 증거조사 및 증거보전에 관한 규정을 준용한다. 다만, 심판관은 다음 각 호의 행위는 하지 못한다.
1. 과태료의 결정
2. 구인(拘引)을 명하는 행위

할 뿐 아니라 (2) 특§157②(디§145②, 상§144②)에 의하여 준용되는 민소§294(조사의 촉탁), 민소§296(외국에서 시행하는 증거조사), 민소§297(법원밖에서의 증거조사)에 의해서도 실시된다.

또한 당사자에게 석명하도록 하여 증거조사를 할 수 있다. 석명권은 심판의 사실관계를 분명하게 하기 위하여 당사자에게 사실상 또는 법률상 사항에 대하여 질문하고 증명을 하도록 촉구하는 것이다. 심판장이 스스로 석명권을 행사하기도 하지만 당사자는 필요한 경우 심판장에게 상대방에 대하여 석명을 요구하여 줄 것을 요청할 수 있다. 당사자는 자신의 석명 요구사항을 구석명신청을 통해 신청하고 이때 심판장은 석명명령을 할 것인지를 결정하여야 한다. 당사자가 구석명신청을 할 때에는 석명사항뿐 아니라 그 석명을 통해 증명하고자 하는 사항을 함께 기재하도록 한다.

심판은 직권증거조사와 함께 직권탐지주의가 적극 활용된다. 직권탐지주의는 당사자의 의사와는 관계없이 심판관이 심결의 기초자료를 직권에 의하여 적극적으로 수집하는 것으로서 직권증거조사(특§157①, 디§145①, 상§144①), 직권증거보전(특§157①, 디§145①, 상§144①), 당사자 또는 참가인이 신청하지 아니한 이유에 대한 심리(특§159, 디§147①, 상§146①), 거절결정이유와 다른 거절이유의 발견(특§170, 디§124②, 상§123③) 등에 도입되어 있다.[100]

당사자 또는 참가인이 신청하지 아니한 이유에 대하여 심리하거나 거절결정이유와 다른 거절이유의 발견한 경우 그 심리의 결과를 당사자 및 참가인에 통지하여 의견진술의 기회를 주어야 한다(특§159①, 실§33, 디§147①, 상§146①).

결정계사건에 대한 심판에서는 거절이유를 통지하고 의견서를 제출할 기회를 주어야 한다(특§170②, 디§124②, 상§123③).

정정심판에서는 정정불인정이유를 통지하고 의견서를 제출할 기회를 주어야 한다(특§136⑤, 실§33).

실체적 사항 관련한 직권탐지의 사례로는, (가) 원결정의 거절이유가 미흡한 경우 적합한 거절이유 유무의 조사, (나) 원결정의 거절이유가 불충분한 경우, 예를 들어

3. 보증금을 공탁하게 하는 행위

100) 제159조(직권심리) ① 심판에서는 당사자 또는 참가인이 신청하지 아니한 이유에 대해서도 심리할 수 있다. 이 경우 당사자 및 참가인에게 기간을 정하여 그 이유에 대하여 의견을 진술할 수 있는 기회를 주어야 한다.
② 심판에서는 청구인이 신청하지 아니한 청구의 취지에 대해서는 심리할 수 없다.

1) 원결정에 예시되지 않은 관용수단 또는 공지사실이 결정불복의 쟁점이 되어 그 예시가 필요하다고 인정되는 경우 관용수단 또는 공지사실 유무의 조사, 2) 원결정의 선행발명의 공개시점이 결정불복의 쟁점이 된 경우 그 공개일의 조사(소장 도서관에 사실조회 또는 직권조사), 3) 원결정이 채택한 증거에 형식적 증거능력 등의 결함이 결정불복의 쟁점이 되는 경우 이의 보완 가능여부 조사를 들 수 있다.

심결은 대세적 효력를 가지는 것이므로 직권탐지주의에 의하여 진실의 발견에 노력하는 것이나 심판청구인이 신청하지 아니한 청구취지에 대하여는 심리할 수 없다는 점에서(특§159②, 실§33, 디§147②, 상§146②) 직권탐지주의가 제한된다.

## 3 증거조사의 절차

### 가. 증거 및 증거조사신청서의 제출

증거방법 즉 증거조사의 대상이 되는 유형물로서 증인, 감정인, 당사자본인, 서증의 문서, 검증물 등이 있지만 최근 여러 형태의 전자증거를 포함한다. 증거조사의 절차는 변론주의에서 당사자의 증거신청과 함께 개시되지만 직권조사가 허용되는 심판에서는 그 개시 시점에 의미가 없다. 심판청구 전에도 당사자의 증거보전신청이 가능하다는 점에서 더욱 그러하다(특§157④).

심판에서 증거제출 및 철회는 심리종결시까지 할 수 있다. 다만 심판원은 심리지연 문제를 해소하고자 심판장이 증거의 제출시기를 미리 알리고, 특별한 이유없이 뒤늦게 제출한 증거는 받아들이지 않도록 하는 적시제출주의를 적용할 수 있고 뒤늦은 증거제출로 심판이 지연될 것으로 판단된다면 그 증거 등을 각하할 수 있다(2021. 11. 시행).

민사소송에서는 증거조사 개시가 있기 전까지는 증거신청을 어느 때나 철회할 수 있으나 증거조사가 개시된 이후에는 상대방의 동의가 있는 때에 한하여 그 신청을 철회할 수 있다. 제출된 증거에 대한 증거조사결과가 제출자의 상대방에게 유리하게 참작될 수도 있기 때문이다(증거공통의 원칙). 증거신청이 철회된 때에는 그 증거신청이 없었던 것으로 된다.

심리종결을 통지한 후 당사자 또는 참가인이 증거제출을 하면서 심리재개신청을 할 수 있다. 이때 심판장은 심리재개가 필요한지를 판단하여 그 가부를 정할 수 있다(특§162④, 디§150④, 상§149④).

증거 제출하는 경우 그 증거를 서면에 의하여 구체적으로 특정함과 동시에 그 증거와 입증하고자 하는 사실의 관계를 명시할 필요가 있다.

심판의 청구서, 답변서 기타 심판에 대하여 심판원에 제출하는 서면에는 자기 주장을 증명하기 위한 증거방법으로서 필요한 증빙자료를 첨부하고 증거 물건이 있는 때는 그것을 첨부하여야 한다(특시칙§63①, 실시칙§17①, 디시칙§75①, 상시칙§63①). 증빙자료가 서면인 때에는 그 등본을, 그 도면·견본 또는 물건인 때에는 실물에 갈음할 수 있는 복사나 사진을 첨부하여야 한다. 다만, 견본 또는 물건을 추가로 제출하고자 하는 경우에는 심판관련 서류에 견본 또는 물건을 별도로 제출한다는 취지를 기재하고 별지 제7호서식의 전자문서첨부서류등 물건제출서에 첨부하여 제출하여야 한다(특시칙§63②, 실시칙§17①, 디시칙§75②, 상시칙§63②). 견본에는 그 도면을 첨부하여야 하며 첨부할 수 없을 때에는 설명서를 첨부하여야 한다(특시칙§63③, 실시칙§17①, 디시칙§75③, 상시칙§63②). 서증신청은 원본·정본 또는 인증등본의 제출이 원칙이나, 특허공보와 같이 원본의 존재 및 성립에 다툼이 없는 경우에는 사본에 의한 증거신청이 허용된다.

※ 문서는 원본, 정본 또는 인증등본의 제출이 원칙이다(민소§355①). 만일 원본의 성립·존재 등에 다툼이 있는데 원본에 갈음하여 사본이 제출되면 증거신청은 부적법하다.[101]

※ 대법원 2010. 1. 29, 2009마2050; 동 2002. 8. 23, 2000다66133; 동 1996. 3. 8, 95다48667 등은 원본의 존재 및 성립에 다툼이 없고 사본을 원본으로 대용하는데 이의 없는 경우는 사본에 의한 증거신청이 허용되고, 그렇지 않으면 증거에 의하여 사본과 같은 원본이 존재하고 또 원본의 진정성립이 인정되어야 사본에 의한 증거신청이 가능하다고 하였다.[102]

증거신청, 증거보전신청, 증인신청 및 현장검증신청은 당사자가 정해진 서식(특시칙 별지 제33호서식)에 의거하여 제출한다.

### 나. 방식심사

증거신청은 서면 또는 말로 한다(민소§161①). 증거신청에는 증거방법을 구체적으

101) 이시윤, 신민사소송법 제13판, 박영사(2017), 514.
102) 이시윤, 신민사소송법 제13판, 박영사(2017), 514-515, 각주 10).

로 특정하여야 하고 증명할 사실을 표시하고 그 증명을 통해 입증하고자 하는 취지가 무엇인지를 기재하여야 하며, 필요한 서면이 있는 때에는 함께 제출하도록 한다.

합의체는 증거조사신청서 및 증거 제출에 대하여 흠이나 기타 불비사항이 있는지를 검토하여 보정이 필요하다고 판단하면 보정명령하거나 직권에 의하여 보정한다. 증거의 제출에 관한 서류점검의 결과 발하게 되는 보정명령에 대하여 심판당사자가 응하지 않은 경우에는 증거의 제출로 인정하지 않고 심리를 진행하는 등 합의체의 판단에 따르지만, 심결로써 심판청구 자체를 각하할 수는 없다.

증거방법의 유형에 따른 방식심사는 다음 사항을 고려한다.

### 1) 증인

증인이라 함은 과거에 경험하여 알게된 사실을 심판에서 보고할 것을 명령받은 사람으로서 당사자 및 법정대리인(대표자 포함) 이외의 제3자를 말하고, 증인의 증언으로부터 증거자료를 얻는 증거조사를 증인신문이라 한다. 증인신청을 하는 경우 증인을 특정하는 요건으로서 성명, 연령, 직업(소속 및 직위 포함) 및 거주지 주소 등을 명시함과 동시에 별지로 증인신문이 필요한 이유(증명하고자 하는 사항) 및 신문요구사항을 기재한 서류를 첨부하여야 하고 신문요구사항은 일반적으로 질문형식으로 기재하기도 한다. 필요하다면 증인의 신뢰성, 적합성 근거로 증인의 학력 및 경력, 실적 등 이력을 첨부한다. 이러한 점들을 포함하여 증인 및 증인신문 사항에 관련하여 흠이나 불비사항이 있을 때에는 보정(보충)명령을 한다.

### 2) 감정인

감정이란 법관의 판단능력을 보충하기 위하여 전문적 지식과 경험을 가진 자로 하여금 법규나 경험칙(대전제에 관한 감정) 또는 이를 구체적 사실에 적용하여 얻은 사실판단을 심판원에 보고하게 하는 증거조사이다. 이와 같이 보고된 법규나 경험칙 또는 사실판단을 감정의 결과(감정의견)라 하고, 법원으로부터 감정을 명령받은 사람을 감정인이라고 한다. 감정인은 심판장이 지정하고(민소§335). 당사자의 감정인 신청이 있더라도 합의체가 검토하여 판단할 사항이므로 구속될 필요가 없다. 상대방 당사자가 신청된 감정인에 대해 동의하는 경우 합의체는 이를 수용하여 감정인으로 지명할 수 있다. 당사자가 감정인을 신청하는 경우에는 감정을 신청하는 서면에 감정인을 특정하는 요건으로서 성명, 연령, 직업(소속 및 직위 포함) 및 거주지 주소 등을 명시하여야 한다. 필요하다면 감정인의 신뢰성, 적합성의 근거로 감정인의 학

력 및 경력, 실적 등 이력을 첨부한다. 감정을 신청하는 서면에는 별지로 감정사항을 기재한 서면을 첨부하여야 한다. 감정사항으로는 감정의 목적(감정으로 증명하고자 하는 사항), 감정의 대상, 감정의 방법, 필요하다면 감정수행이 가능한 기관 등 감정에 필요한 사항을 포함하여 기재하고, 현실적으로 감정인의 의무수행에 필요한 요건이 모두 충족되었는지를 검토하여 흠이나 불비사항이 있을 때에는 보정(보충)명령을 한다. 감정인은 상기 증인신문 규정이 준용되므로 증인에 준하는 취급을 행한다(민소§333).

### 3) 감정증인(전문가증인)

감정증인이란 특별한 학식·경험을 가졌기 때문에 알게 된 과거의 구체적 사실에 대하여 진술하는 증인을 말한다. 사실을 알게되는 과정에서 특별한 학식과 경험을 이용하였다는 것일 뿐 어디까지나 사실에 관한 진술을 하는 자이므로 감정인이 아니라 증인의 일종이며 통상 일반적인 증인과는 구별하여 전문가증인이라 칭한다. 따라서 증인신문에 관한 규정에 의하여야 한다(민소§340). 감정증인신문을 신청하는 서면에 감정증인을 특정하는 요건으로 성명, 연령, 직업(소속 및 직위 포함) 및 거주지 주소 등을 명시함과 동시에 별지로 감정증인신문이 필요한 이유 및 감정증인신문사항을 기재한 서면을 첨부하여야 하며, 위 증인의 경우와 같이 취급하여(민소§340) 감정증인신청서에 흠이나 불비사항이 있는 경우 보정(보충)명령을 한다.

### 4) 당사자 본인 등

다른 증거방법이 없거나 기타 증거방법만으로는 충분한 사실확정을 얻을 수 없는 경우에 보충적인 증거방법으로 하여 과거의 사실 및 상태에 대하여 자기의 인식을 심판에서 진술하는 것을 당사자 신문이라 하고, 직권 또는 당사자의 신청에 의해 진행할 수 있다(민소§367). 이 경우 당사자는 증인과 마찬가지로 출석·선서·진술의 의무가 있다. 당사자 본인, 법정대리인, 법인 및 단체의 대표자가 있는 경우 그 신문을 신청하는 서면에 신문을 받을 당사자 본인 등을 특정하는 요건으로 성명, 연령, 직업(소속 및 직위 포함) 및 거주지 주소 등을 명시함과 동시에 별지로 당사자 신문사항을 기재한 서면을 첨부하여야 하며 증인의 경우에 준하여 취급한다. 또 참가인의 경우도 당사자 신문에 준한다.

### 5) 서증

서증이란 문서의 의미와 내용이 증거자료가 되는 증거방법이다. 서증을 신청하는

경우에는 원래의 문서상 명백한 경우가 아니라면 문서의 제목, 작성자 및 작성일을 밝혀야 한다. 서증은 통상 문서 소지자가 제출하고, 만일 제3자나 상대방이 문서를 가진 경우에는 문서제출명령을 신청할 수 있고, 이때의 신청에는 문서의 표시, 문서의 취지, 문서를 가진 사람, 그 문서로 증명할 사실, 문서제출의 의무의 원인을 밝혀야 한다.[103] 문서가 증거방법이 되더라도 그 문서의 의미와 내용이 증명의 대상이 아니고 문서의 지질, 형상, 필적 또는 인영 등 문서의 외형존재 자체를 자료로 할 때에는 그 문서는 서증이 아니고 검증의 대상 내지 목적물이다. 전자문서는 '그 밖의 증거'에 속한다. 문서는 작성자의 일정한 사상을 표현한 것이면 족하고, 작성명의인의 서명날인 유무나 작성자가 사인인지 공무원인지 하는 것은 묻지 아니한다. 당해 사건의 증거조사 결과를 기재한 문서(증인신문조서, 검증조서, 감정서 등)는 서증의 대상이 아니지만 다른 사건의 증인신문조서, 검증조서, 판결서 등도 서증의 대상이 될 수 있다. 심판에서 문서의 진정성립 여부에 대하여 상대방에게 질문하고 답변하게 하는 성립 인부 절차를 진행한다. 방식심리에서 문서의 형식적 증거력까지는 살펴야 하고 실질적 증거력에 대한 판단은 실체심리에서 행하여진다.

문서를 증거물로 신청하는 경우에는 증거를 신청하는 당사자가 스스로 가진 문서를 직접 제출하거나, 상대방 또는 제3자가 가지고 있어 제출의무가 있는 문서는 그 소지자가 그 문서를 제출하도록 제출명령을 구하는 신청하거나, 소지자가 제출의 의무가 없는 문서에 대해서는 문서송부촉탁을 신청할 수 있다.[104] 문서제출명령신청이 있는 때에는 문서의 표시, 취지, 증명할 사실, 제출의무자 및 그 의무의 원인 등을 함께 기재하여야 하고, 이 신청에 대하여 심판장은 제출의무와 소지사실을 검토하여 그 신청의 허가여부를 결정한다. 문서의 제출은 특허법 시행규칙 별지 제7호 서식

103) 대법원 2010. 7. 14 자 2009마2105 결정 [문서등제출명령에대한이의] 민사소송법 제344조 제1항 제1호, 제374조를 신청 근거 규정으로 기재한 동영상 파일 등과 사진의 제출명령신청에 대하여, 제1심법원이 사진에 관한 구체적인 심리 없이 곧바로 문서제출명령을 하고 검증의 대상인 동영상 파일을 문서제출명령에 포함시킨 것이 정당하다고 판단한 원심의 조치에는 문서제출명령의 대상에 관한 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례. 동영상 파일은 검증의 방법으로 증거조사를 하여야 하므로 문서제출명령신청의 대상이 될 수 없고, 사진의 경우에는 그 형태, 담겨진 내용 등을 종합하여 감정·서증·검증의 방법 중 가장 적절한 증거조사 방법을 택하여 이를 준용하여야 함에도 원심이 이들을 구체적 심리없이 문서제출명령에 포함시킨 것에는 법리오해가 있다고 판단함.

104) i) 민소§343에 의하여 서증의 신청은 문서의 제출 또는 문서의 제출명령을 신청하여 이를 행한다. ii) 문서가 민소§344 규정의 문서제출의무를 가진 타인의 소지물일때는 합의체로부터 민소§347①에 의해 제출명령을 구하는 신청을 하여 이를 행한다. iii) 문서제출의무가 없는 타인의 소지물인때는 민소§352 규정에 의해 그 문서를 송부하도록 합의체가 그 타인에 대하여 촉탁하는 것을 구하는 신청을 하는 것에 의해 이를 행한다.

(전자문서첨부서류등 물건제출서)에 의한다(특시칙§14, 실시칙§27①, 디시칙§27, 상시칙§20). 문서의 제출 또는 송부는 원본, 정본 또는 인증있는 등본이어야 한다(민소§355①).

서증에는 이를 제출하는 당사자에 따라 청구인이 제출하는 것에는 "갑", 피청구인이 제출하는 것에는 "을", 당사자참가인이 제출하는 것에는 "병"이라는 부호를 붙이고 그 제출순서에 따라 번호를 부여한다(심판사무취급규정§61①). 보조참가인은 당사자가 아니므로 피참가인의 부호를 그대로 따른다. 같은 부호를 사용할 당사자가 여러 명인 경우 심판장은 기본부호 다음에 "가", "나", "다" 등의 가지부호를 붙여 제출자를 분명하게 할 수 있다(심판사무취급규정§61②). 이 경우에는 서증목록도 가지부호별로 별도의 용지를 사용하고 "피청구인 ○○○ 제출"의 식으로 제출자의 성명을 첫머리에 기재하며, 어느 용지가 "가"이고 "나"인지도 함께 표시하여야 한다. 복수의 서증이 서로 밀접한 관련을 가질 경우에는 하나의 모번호에 가지번호를 붙여 이를 나타낸다(예, 일본공개특허공보과 번역문, 갑 제2호증의 1, 2, 3... 등). 실무상 번역문을 서증의 부속물로 보아 별도의 가지부호를 붙이지 아니하고 서증번호로만 기재하기도 한다.

문서가 도서인 때에는 다음에 유의하여 흠이 있으면 보정명령을 한다. 원본을 제출한 경우 심판청구관계인 송달용 사본에는 해당 도서의 형식적 증거능력과 관련하여 표지, 관계참조면·뒤표지·이면표지 등 해당문서를 특정(발행처, 저자, 발행일 등)하는데 필요한 것이 완비되었는지의 여부를 검토한다.

증거신청한 당사자가 증거로서 도서 원본을 제출한 후 이의 반환을 요청한 경우(특시칙§15)에 기록에 편철할 사본이 증거로서 완비되었는지의 여부를 검토한다. 또 증거의 원본을 제출한 당사자에게 반환할 때에는 상기의 사본과 상위없음을 확인하고 사본에 그 뜻을 기록한다.

증거가 아래 이외의 문서이거나, 증거 원본을 제출하지 않은 경우에는 그의 성립이나 증명내용에 대하여 명확하게 하기 위하여 증인신문의 신청을 병행하는 것이 보통이다.

① 반포된 일자가 명확한 간행물

② 증명사항을 소관사항으로 하는 관공서의 증명 공문서

③ 시설 및 전문기술자가 갖추어져 있는 대학 또는 연구소의 정식증명서

④ 그 의약이 저명병원의 시료(施療)에 있어서 사용되고 있는 것이 명확한 경우, 그 병원의 정식 의약효과 증명서

증거가 외국문헌인 경우 증거를 인용하는 부분의 번역문을 필히 첨부하여야 하고(특시칙§4①②, 실시칙§17①, 디시칙§6①②, 상시칙§15), 그 번역문의 내용에 다툼이 있을 경우에는 전문가의 감정을 받아야 할 것이다. 번역문의 제출은 전문번역으로 제출하는 것을 원칙으로 한다. 문헌의 일부가 증명할 사실과 관계되거나 전문의 분량이 상당한 경우에는 발췌 번역문으로 제출하는 것을 허용할 수 있다. 번역문 제출 시에는 그 번역사항이 원문의 어디에 해당하는지를 쉽게 확인할 수 있도록 원문의 해당 페이지나 단락을 함께 기재하도록 한다.

증거로서 외국문헌이 제출되었으나 번역문이 첨부되지 않거나, 증거로서 인용된 내용에 대해 번역되지 않은 경우, 번역문이 제출되었으나 미비한 경우에는 보충요구서를 발송하고 응답이 없는 경우 증거로 채택하지 않고 심리를 진행할 수 있다(민소칙§109). 보충요구서에는 이와 같은 취지를 명확하게 기재한다.

### 6) 검증물

검증이란 심판관이 오관의 작용에 의하여 사물의 성상이나 현상을 검사하여 그 결과를 증거자료로 하는 증거조사방법이다. 검증의 대상이 되는 사물을 검증물이라고 한다. 당사자가 검증을 신청하는 때에는 검증이 목적을 표시하여야 한다. 검증을 하는 장소가 심판원 심판정인 정내검증과 심판정 밖의 장소인 정외검증(현장검증)이 있다. 검증물이 제출된 경우에는 검증은 심판정에서 행하게 된다(정내검증). 검증물을 제출할 수 없는 때, 기타 필요한 경우에는 검증이 그 검증물의 소재장소에서 행하여진다(정외검증, 실지검증 또는 현장검증 등이라도 한다). 이 경우에는 검증을 신청한 서면(특시칙§65의2②, 심판사건 신청서)에서 검증물을 특정하는 요건의 하나로서 검증물의 소재장소가 명시되어야 한다. 현장에 나가서 검증하는 경우 심판관 및 심판원 직원 등의 여비, 숙박료 등의 비용이 필요하고 이 비용은 신청 당사자가 예납하도록 조치한다. 검증을 실시할 때 검증신청을 한 당사자나 제3자가 검증물에 대하여 구체적으로 지시설명을 할 필요가 있으므로 그 용의가 있는지의 여부를 미리 확인한다. 검증물 및 그 모형, 견본 등에는 신청을 한 자가 청구인, 피청구인 또는 참가인 어느 쪽인가에 따라 검갑, 검을 또는 검병을 앞에 기재하고 제출순으로 제○○호증인가를 표기하도록 되어 있으므로 불비가 있으면 직권으로 보정한다. 검증의

경우에는 동시에 증인신문이나 감정인 입회 신청이 수반되기도 하고, 약도나 사진 등도 제출되는 일이 많기 때문에 이들 신청이나 제출절차에 불비가 없는지 여부에 대하여도 주의한다. 문서의 형태는 구비하고 있으나 그 기재내용을 증거방법으로 채택할 수는 없고 그 성질 또는 상태 등이 심판관의 심증형성의 근거로 되는 것은 문서가 아니고 증거물이다.

### 7) 그 밖의 증거(준문서)

증인·감정인·문서·검증물·당사자본인 등 5가지 증거방법 이외에 「그 밖의 증거」로 도면·사진·녹음테이프·비디오테이프·컴퓨터용 자기디스크, 그 밖에 정보를 담기 위하여 만들어진 물건으로서 문서가 아닌 증거가 있다. 이러한 증거의 조사에 관한 사항은 감정·검증·서증에 준하여 조사한다(민소§374, 민소규칙§120~122).[105)106)]

### 8) 보정명령에 응하지 않는 경우

증거의 제출에 관한 서류점검의 결과 발하게 되는 보정명령에 대하여 심판당사자가 응하지 않은 경우에는 적법한 증거의 제출로 인정하지 않고 심리를 진행하는 등 합의체의 판단에 따르지만, 심결로써 심판청구 자체를 각하할 수는 없다.

---

105) 민사소송법 제374조(그 밖의 증거) 도면·사진·녹음테이프·비디오테이프·컴퓨터용 자기디스크, 그 밖에 정보를 담기 위하여 만들어진 물건으로서 문서가 아닌 증거의 조사에 관한 사항은 제3절 내지 제5절의 규정에 준하여 대법원규칙으로 정한다.

106) 민사소송규칙 제120조(자기디스크등에 기억된 문자정보 등에 대한 증거조사) ①컴퓨터용 자기디스크·광디스크, 그 밖에 이와 비슷한 정보저장매체(다음부터 이 조문 안에서 이 모두를 "자기디스크등"이라 한다)에 기억된 문자정보를 증거자료로 하는 경우에는 읽을 수 있도록 출력한 문서(다음부터 이 조문 안에서 "출력문서"라고 한다)를 제출할 수 있다.

제121조(음성·영상자료 등에 대한 증거조사) ①녹음·녹화테이프, 컴퓨터용 자기디스크·광디스크, 그 밖에 이와 비슷한 방법으로 음성이나 영상을 녹음 또는 녹화(다음부터 이 조문 안에서 "녹음등"이라 한다)하여 재생할 수 있는 매체(다음부터 이 조문 안에서 "녹음테이프등"이라 한다)에 대한 증거조사를 신청하는 때에는 음성이나 영상이 녹음등이 된 사람, 녹음등을 한 사람 및 녹음등을 한 일시·장소를 밝혀야 한다.

②녹음테이프등에 대한 증거조사는 녹음테이프등을 재생하여 검증하는 방법으로 한다.

③녹음테이프등에 대한 증거조사를 신청한 당사자는 법원이 명하거나 상대방이 요구한 때에는 녹음테이프등의 녹취서, 그 밖에 그 내용을 설명하는 서면을 제출하여야 한다.

제122조(감정 등 규정의 준용) 도면·사진, 그 밖에 정보를 담기 위하여 만들어진 물건으로서 문서가 아닌 증거의 조사에 관하여는 특별한 규정이 없으면 제3절 내지 제5절의 규정을 준용한다.

②자기디스크등에 기억된 문자정보를 증거로 하는 경우에 증거조사를 신청한 당사자는 법원이 명하거나 상대방이 요구한 때에는 자기디스크등에 입력한 사람과 입력한 일시, 출력한 사람과 출력한 일시를 밝혀야 한다.

③자기디스크등에 기억된 정보가 도면·사진 등에 관한 것인 때에는 제1항과 제2항의 규정을 준용한다.

### 다. 채택여부 결정

심판부는 당사자의 증거신청에 대해 채택여부를 결정할 수 있고 그 신청된 증거가 필요하지 아니하다고 인정되면 조사하지 않을 수 있다(민소§290).

증거 채택여부에는 증거신청을 배척하는 각하결정, 채택하는 증거결정, 그리고 채택의 보류 등이 있다. 증거신청에서 이와 같은 증거 채택여부의 결정을 반드시 해야 하는지에 대하여 판례는 부정적이나 증거신청을 배척할 때에는 당사자가 별도의 증거를 준비할 기회를 갖도록 각하결정하는 것이 바람직하다는 것이 통설이다.[107] 동일사실의 증명을 위하여 복수의 증거를 신청한 경우 이들 모두 조사할 필요 없이 그 중 유력한 증거방법만을 채택하여 조사할 수 있는데 이것은 심판원의 전권에 속하는 재량사항이라고 할 것이다.[108]

부적법한 증거신청이나 증거방법 자체의 부적법, 위법하게 수집한 증거방법 또는 시기가 너무 늦은 경우에는 조사하지 아니하여도 상관없다. 또한, 증인의 행방불명, 목적물의 분실, 증거조사를 할 수 있는지 여부를 알 수 없는 경우에도 조사를 거부할 수 있다.

적법한 증거신청이라도 사건과 관계없거나 쟁점판단이나 증명하려는 사실의 증명에 가치가 없는 것으로 심판결과에 영향이 없는 사실인 경우에는 조사하지 아니하여도 된다.

주요사실에 대하여 직접증거로서 제출된 유일한 증거인 경우에는 그 증거를 조사하지 않으면 안된다. 유일한 증거란 그 증거를 조사하지 아니하면 증명의 수단이 존재하지 아니하여 아무런 입증이 없는 것으로 되는 증거를 말하고 유일한지 여부는 쟁점 단위로 유일한지를 판단하여야 한다. 유일한 증거에 대해서도 위 언급한 조사하지 아니하여도 되는 경우에 해당한다면 조사하지 아니할 수 있다.

※ 증거신청에 대하여 채부의 결정 없이 변론이 종결되었다면 증거목록에 기재하지 아니하였다 하더라도 그 신청을 묵시적으로 기각하였다고 볼 수 있으나(대법원 1992. 9. 25. 선고 92누5096 판결), 당사자가 별도의 증거를 준비할 수 있도록 명시적으로 기각(또는 각하)결정을 하고 고지하는 것이 바람직하다[109].

107) 대법원 1989. 9. 7.선고 89마694 판결. 이시윤, 신민사소송법 제13판, 박영사(2017), 484.
108) 이시윤, 신민사소송법 제13판, 박영사(2017), 482.
109) 법원실무제요 민사소송(Ⅲ), 법원행정처, 2014, 16쪽

※ 증거신청에 대해서는 반드시 채택여부의 결정을 요하느냐의 문제가 있다. 판례는 부정적이다(대법 1989. 9. 7, 89마694). 판례는 증거조사의 범위결정은 직권사항임을 들어 증거를 채택할 때 반드시 명시적인 증거결정을 요하는 것이 아니고 다만 증거조사의 일시·장소를 당사자에게 고지하여 참여의 기회를 부여하면 된다는 것이고, 보류한 증거에 대하여는 불필요하다고 인정할 때에 각하결정을 하지 않고 묵과하면 묵시적 기각이 된다는 것이다. 생각건대 증거신청을 채택할 때에는 법원이 일시 변론을 중지하고 증거조사의 태세를 취하는 것으로 응답의 표시가 되므로 구태여 증거결정이 필요 없다고 할 것이다. 그러나 증거신청을 배척할 때에는 당사자가 별도의 증거를 준비하는 데 도움이 되도록 각하결정을 하는 것이 바람직할 것이다. 그것이 또한 당사자권의 한 가닥인 당사자의 증명권의 존중일 것이다(다수설). 어정쩡한 보류는 재판의 투명성에 저해가 된다[110].

개별 증거방법에 관하여 민사소송법과 민사소송규칙이 정한 증거신청 방식의 대표적인 예는 아래 예시표에 기재된 것들을 들 수 있고, 원칙적으로 그에 기재된 처리방법에 따른다.

| 증거 방법 | 신청방식의 개요 | 내용 |
|---|---|---|
| 증인 | ①일괄신청의 원칙 | 규 제75조(증인신문과 당사자신문의 신청)<br>① 증인신문은 부득이한 사정이 없는 한 일괄하여 신청하여야 한다. 당사자 신문을 신청하는 경우에도 마찬가지이다. |
| | ②증인의 특정 | 법 제308조(증인신문의 신청)<br>당사자가 증인신문을 신청하고자 하는 때에는 증인을 지정하여 신청하여야 한다. |
| | ③증인신문사항 제출<br>④신문사항 수정 | 규 제80조(증인신문사항의 제출 등)<br>① 증인신문을 신청한 당사자는 법원이 정한 기한까지 상대방의 수에 3(다만, 합의부에서는 상대방의 수에 4)을 더한 통수의 증인신문사항을 적은 서면을 제출하여야 한다. 다만, 제79조의 규정에 따라 증인진술서를 제출하는 경우로서 법원이 증인신문사항을 제출할 필요가 없다고 인정하는 때에는 그러하지 아니하다.<br>② (생 략)<br>③ 재판장은 제출된 증인신문사항이 개별적이고 구체적이지 아니하거나 제95조 제2항 각호의 신문이 포함되어 있는 때에는 증인신문사항의 수정을 명할 수 있다. 다만, 같은 항 제2호 내지 제4호의 신문에 관하여 정당한 사유가 있는 경우에는 그러하지 아니하다. |

110) 이시윤, 신민사소송법(제6판), 박영사(2011년), 447쪽

| | | |
|---|---|---|
| | ⑤증인정보 제공<br>⑥여비 등 납부 | 규 제75조(증인신문과 당사자신문의 신청)<br>② 증인신문을 신청하는 때에는 증인의 이름·주소·연락처·직업, 증인과 당사자의 관계, 증인이 사건에 관여하거나 내용을 알게 된 경위, 증인신문에 필요한 시간 및 증인의 출석을 확보하기 위한 협력방안을 밝혀야 한다.<br>규 제77조(증거조사비용의 예납)<br>① 법원이 증거조사의 결정을 한 때에는 바로 제19조 제1항 제3호 또는 같은 조 제2항의 규정에 따라 그 비용을 부담할 당사자에게 필요한 비용을 미리 내게 하여야 한다.<br>② 증거조사를 신청한 사람은 제1항의 명령이 있기 전에도 필요한 비용을 미리 낼 수 있다.<br>③ 법원은 당사자가 제1항의 명령에 따른 비용을 내지 아니하는 경우에는 증거조사결정을 취소할 수 있다. |
| 서증 | ①원본제출주의<br>②사본제출의무 | 법 제355조(문서제출의 방법 등)<br>① 법원에 문서를 제출하거나 보낼 때에는 원본, 정본 또는 인증이 있는 등본으로 하여야 한다.<br>② 법원은 필요하다고 인정하는 때에는 원본을 제출하도록 명하거나 이를 보내도록 촉탁할 수 있다.<br>③ 법원은 당사자로 하여금 그 인용한 문서의 등본 또는 초본을 제출하게 할 수 있다.<br>④ 문서가 증거로 채택되지 아니한 때에는 법원은 당사자의 의견을 들어 제출된 문서의 원본 · 정본 · 등본 · 초본 등을 돌려주거나 폐기할 수 있다.<br>규 제105조(문서를 제출하는 방식에 의한 서증신청)<br>② 서증을 제출하는 때에는 상대방의 수에 1을 더한 수의 사본을 함께 제출하여야 한다. 다만, 상당한 이유가 있는 때에는 법원은 기간을 정하여 사본을 제출하게 할 수 있다. |
| | ③작성자등 명시의무<br>④증거설명서 의무<br>⑤번역문 제출의무 | 규 제105조(문서를 제출하는 방식에 의한 서증신청)<br>① 문서를 제출하여 서증의 신청을 하는 때에는 문서의 제목·작성자 및 작성일을 밝혀야 한다. 다만, 문서의 기재상 명백한 경우에는 그러하지 아니하다.<br>규 제106조(증거설명서의 제출 등)<br>① 재판장은 서증의 내용을 이해하기 어렵거나 서증의 수가 방대한 경우 또는 서증의 입증취지가 불명확한 경우에는 당사자에게 서증과 증명할 사실의 관계를 구체적으로 밝힌 설명서를 제출할 것을 명할 수 있다.<br>② 서증이 국어 아닌 문자 또는 부호로 되어 있는 때에는 그 문서의 번역문을 붙여야 한다. 다만, 문서의 일부를 증거로 하는 때에는 재판장의 허가를 받아 그 부분의 번역문만을 붙일 수 있다. |

| | | |
|---|---|---|
| 감정 | ①감정사항 제출 | 규 제101조(감정사항의 결정 등)<br>① 감정을 신청하는 때에는 감정을 구하는 사항을 적은 서면을 함께 제출하여야 한다. 다만, 부득이한 사유가 있는 때에는 재판장이 정하는 기한까지 제출하면 된다.<br>② 제1항의 서면은 상대방에게 송달하여야 한다. 다만, 그 서면의 내용을 고려하여 법원이 송달할 필요가 없다고 인정하는 때에는 그러하지 아니하다.<br>③ 상대방은 제1항의 서면에 관하여 의견이 있는 때에는 의견을 적은 서면을 법원에 제출할 수 있다. 이 경우 재판장은 미리 그 제출기한을 정할 수 있다.<br>④ 법원은 제1항의 서면을 토대로 하되, 제3항의 규정에 따라 의견이 제출된 때에는 그 의견을 고려하여 감정사항을 정하여야 한다. 이 경우 법원이 감정사항을 정하기 위하여 필요한 때에는 감정인의 의견을 들을 수 있다.<br>⑤ 삭제 |
| | ②감정비용 | 규 제77조(증거조사비용의 예납)<br>① 법원이 증거조사의 결정을 한 때에는 바로 제19조제1항 제3호 또는 같은 조 제2항의 규정에 따라 그 비용을 부담할 당사자에게 필요한 비용을 미리 내게 하여야 한다.<br>② 증거조사를 신청한 사람은 제1항의 명령이 있기 전에도 필요한 비용을 미리 낼 수 있다.<br>③ 법원은 당사자가 제1항의 명령에 따른 비용을 내지 아니하는 경우에는 증거조사결정을 취소할 수 있다. |

### 라. 증거조사 결정 및 비용예납 명령

심판부가 증거조사를 하기로 결정한 때에는 일시·장소를 지정하고 바로 그 비용을 부담할 당사자에게 비용을 예납하도록 명하여야 한다(심판사무취급규정§49, 민소§116, 민소칙§77①). 위의 예납명령에도 불구하고 당사자가 이를 납부하지 아니하면 증거조사결정을 취소할 수 있다. 반드시 증거조사를 필요로 하는 터에 예납하지 아니하여 소송절차의 진행 등이 현저히 곤란하게 되는 때에는 그 비용을 국고에서 대납지출할 수 있다(민소칙§20).

### 마. 증거조사의 실시

증거조사는 증인, 감정인, 문서, 검증물, 당사자본인 및 그 밖의 증거에 대해 실시한다.

증거조사는 구술심리기일에 심판정에서 집중적으로 행하는 것을 원칙으로 한다. 따라서, 증인신문기일과 당사자신문기일이 동시에 구술심리기일이 된다. 그러나, 심판정 밖에서의 현장검증, 서증조사의 경우에는 구술심리기일과 증거조사기일이 달라질 수 있다. 증거조사 후에는 증거조사조서를 작성하여야 한다.

## 4 병합사건의 증거조사

심리가 병합되면 이후의 절차에서는 사건기록이 하나로 통합된다. 병합사건의 증거조사 절차에서는 구술심리기일지정통지서에 병합사건번호를 병기하고, 대표사건의 특허넷에 구술심리조서 등의 증거조사 결과를 입력한다. 병합된 각 사건별로 증거에 대하여 "갑", 피청구인이 제출하는 것에는 "을"이라는 부호를 붙이고 같은 부호를 사용할 당사자가 여러 명인 경우 심판장은 기본부호 다음에 "가", "나", "다" 등의 가지부호를 붙여 제출자를 분명하게 정리한다(심판사무취급규정§61②). 통상 심판사건번호 순으로 제출순서대로 정리하되 중복되게 제출된 증거에 대해서는 앞선 부호부여를 그대로 적용한다.

## 5 증거방법의 원용 및 추완

『증거방법으로 ○○을 원용한다』라는 뜻의 신청은 용이하게 직권조사를 할 수 있고 원본과의 대조도 용이한 다음의 경우를 제외하고는 증거의 제출로 인정하지 아니한다.

① 등록원부 또는 공보

② 외국공보(그 등본의 제출이 있는 것에 한함)

③ 특허청 또는 심판원 소장의 간행물(그 필요부분의 사본제출이 있는 것에 한함)

『증거방법은 추후 제출함』이라는 신청이 있는 경우 상당한 기간이 경과하여도 제출이 되지 아니한 때에는 그대로 심결하는 경우도 있을 수 있다.

# 제3절 서 증

## 1 서설

서증이란 문서의 의미와 내용이 증거자료가 되는 증거방법이다. 서증으로서 문서는 작성자가 문자나 기호, 부호 등에 의하여 일정한 사상을 표현한 유형물을 말한다.[111] 문서가 증거방법이 되더라도 그 문서의 의미와 내용이 증명의 대상이 아니고 문서의 지질, 형상, 필적 또는 인영 등 문서의 외형존재 자체를 자료로 할 때에는 그 문서는 서증이 아니고 검증의 대상 내지 목적물이다. 전자문서는 '그 밖의 증거'에 속한다.

문서는 작성자의 일정한 사상을 표현한 것이면 족하고, 작성명의인의 서명날인 유무나 작성자가 사인인지 공무원인지 하는 것은 묻지 아니한다. 당해 사건의 증거조사 결과를 기재한 문서(증인신문조서, 검증조서, 감정서 등)는 서증의 대상이 아니지만 다른 사건의 증인신문조서, 검증조서, 판결서 등은 서증의 대상이 될 수 있다. 어떤 사실이 세상에 널리 유포되었다는 사실을 증명하기 위하여 제출하는 신문, 전단 등은 작성자의 사상내용을 증거자료로 하려는 것이 아니므로 엄격한 의미에서는 서증이 아니라 검증목적물에 가깝다고 보는 견해도 있다.[112]

서증은 심결에서 판단의 기초로 삼을 수 있으려면 그 문서의 증거능력과 증거력이 인정되어야만 한다. 민사소송에서는 문서가 증거방법으로서 적격성이 있는지를 말하는 문서의 증거능력에 제한을 두고 있지 않다. 서증의 사본, 당해 사건에서 증명자가 작성한 문서도 증거능력이 부인되지 않는다. 문서가 증거로서 가치가 있는지를 말하는 증거력은 증명이 필요한 사실(요증사실)의 증명에 문서가 기여하는 힘(효과)를 말한다. 우선 문서가 증거력을 가지기 위해서는 진정하게 성립된 것이라는 형식적 증거력을 갖추어야 한다. 진정 성립된 문서란 문서가 작성명의인의 의사에 기하여 진정하게 작성되었다고 인정되는 것을 말한다. 형식적 증거력을 갖춘 문서라는 전제에서 그 문서가 요증사실을 증명하는데 이바지하는 효과를 실질적 증거력이라 한다. 심판에서 문서의 진정성립 여부에 대하여 상대방에게 질문하고 답변하게 하는 성립 인부 절차를 진행한다. 방식심리에서 문서의 형식적 증거력까지는 살펴야 하고 실질적 증거력에 대한 판단은 실체심리에서 행하여진다.

111) 호문혁, 민사소송법, 법문사(2016), 558

112) 주석 민사소송법(V) 제8판, 한국사법행정학회(2018), 448(호제훈)

## 2 문서의 종류

### 가. 공문서와 사문서

공문서와 사문서는 그 작성자에 따라 분류한 것이다. 공문서는 공무원이 그 직무상 권한 내의 사항에 관하여 정규의 방식에 따라 작성한 문서를 말하고, 그 이외의 문서는 모두 사문서이다. 공무원이 직무상 권한에 기하여 작성한 것이 아니면 공문서에 해당하지 않는다. 공문서와 사문서는 그 형식적 증거력의 인정 여부가 구별된다. 공문서는 그 성립의 진정이 당연 추정되지만(민소§356) 사문서는 그와 같은 추정을 받지 못한다. 따라서 사문서는 상대방이 그 진정성립을 인정하지 않는다면 그 증거신청자는 다른 증거방법(주로 증인)에 의해 그 성립의 진정을 증명하여야 한다(민소§357). 하나의 문서에 공문서부분과 사문서부분이 공존하는 경우가 있는데 대표적으로 내용증명우편으로 보낸 편지의 증명부분은 공문서이고 나머지는 사문서이며, 등기필증의 등기필 증명부분은 공문서이고 나머지는 사문서이다.

### 나. 처분문서와 보고문서

처분문서와 보고문서는 그 기재내용에 따라 구분한 것이다. 처분문서는 증명하고자 하는 법률적 행위(처분)가 그 문서 자체에 의하여 이루어진 문서이고, 보고문서는 처분문서 이외의 것으로 문서작성자가 보고 듣고 느끼고 판단한 내용을 기재한 문서를 말한다. 판결서, 행정처분서, 각종 계약서, 유언서, 어음, 수표, 해약통고서 등은 처분문서에 해당하고,[113] 부동산등기부, 영수증, 장부, 일기, 다른 사건의 변론조서(공문서) 등은 보고문서의 예가 된다(공증인이 작성한 유언서는 공문서에 해당한다). 처분문서와 보고문서가 결합된 이러한 구별로부터 문서의 실질적 증거력, 즉 증거가치의 인정 여부를 판단하는데 실익이 있다. 처분문서의 경우 그 문서의 진정성립이 인정되면 증명의 대상인 법률적 행위(처분)가 있었던 것이 증명되는 것이다.

### 다. 원본, 등본 및 초본

원본, 등본 및 초본은 그 작성형식에 따라 구분한 것이다. 원본은 일정한 사상을

113) 판결서는 그 판결의 존재, 그 판결의 내용의 사실을 증명하기 위한 것으로 처분문서이지만 판결서에서 이루어진 사실판단을 그 사실을 증명하기 위해 이용하는 경우에는 판결서도 그 한도 내에서 보고문서이다(주석 민사소송법(V) 제8판, 한국사법행정학회(2018), 450(호제훈), 대법원 2010. 9. 30. 선고 2009다76195 판결).

표현하기 위하여 최초로 확정적으로 작성된 문서로서 최초 작성된 1통의 문서이다. 판결원본, 계약서원본 등이 이에 해당한다. 등본은 원본을 완전히 옮겨 쓴 문서인데 최초의 사상표현이 아니라는 점에서 원본과 다르다. 원본의 번역문은 다른 문자를 사용하였지만 원본의 내용을 그대로 옮겼다는 점에서 등본과 같다고 본다. 등본 중에서 그 내용이 원본과 동일하다는 것을 인증기관이 공증한 것을 인증등본(등기부등본, 가옥대장등본 등)이라 하고, 등본에 대하여 인증권한을 가진 사람이 특히 정본이라고 표시한 문서로서 원본과 동일한 효력을 가지는 것을 정본이라고 부른다. 따라서 인증등본은 정본에 기하여서도 작성할 수 있다.

초본은 원본의 일부분만이 필요한 경우에 원본 내용 중의 일부만을 기재한 문서이며 등본의 일종이다. 민사소송에서 판결서는 정본을 송달한다(민소§210②). 특허심판에서는 특허넷상에 있는 전자화된 심결문이 원본이다(전자정부법 참조).

## 3 문서의 증거력

서증으로 제출된 문서는 증거조사 대상으로서의 적격이 부정되지 않는다.[114] 따라서 서증인 문서에 담긴 의미내용이 증명할 사실의 증명에 기여하는 정도를 말하는 증거력(증명력), 즉 형식적, 실질적 증거력을 판단하여 그 문서의 증거가치를 평가하여야 한다.

### 가. 형식적 증거력

문서가 증거신청인이 그 문서를 작성한 사람이라고 주장하는 특정인의 의사에 기하여 작성되었고 타인에 의해 위조·변조된 것이 아닌 때 "문서의 진정성립"이라 하고 형식적 증거력이 인정된다. 이때 비로소 사실인정의 자료로 사용될 가치를 가진다. 문서의 진정성립은 작성명의인이 자신의 의사에 따라 작성한 것이면 족하므로 반드시 자신의 자필 작성이 아니더라도 작성명의인의 승낙하에 작성된 것이라면 "진정성립"이 인정되며, 문서작성자의 날인이 반드시 필요한 것도 아니다.

서증이 제출된 경우 합의체는 그 형식적 증거력의 조사를 위하여 증거인부 절차를

114) 민사소송에서는 문서의 성립의 진정을 추정하는 법정증거법칙(민소 356조 358조)이 있으므로 서증의 대상이 될 수 있는 자격에 제한이 없다. 시점 상 해당사건의 계속 중에 작성된 문서나 문서의 사본도 증거능력이 있다.

통해 상대방에게 그것의 진정성립의 인정 여부를 물어보는데, 이에 대한 상대방의 답변을 "성립의 인부(認否)"라 한다. 상대방의 성립의 인부에 대한 답변은 (ⅰ)성립인정, (ⅱ)부인(성립인정하지 아니한다), (ⅲ)부지(알지 못한다), (ⅳ) 침묵 등이 될 수 있다.

문서의 진정성립을 부인하는 경우 단순부인은 허용되지 아니하고 부인하는 당사자가 그 이유를 구체적으로 밝혀야 하는데(민소칙§116) 그 이유를 밝히지 않는 경우 심판장은 구체적인 이유를 밝히도록 석명한다. 상대방이 문서의 진정성립에 대하여 부인·부지로 답변하여 다투는 경우 증명이 필요한데 그 증거의 신청자에게 증명책임이 있다. 민사소송에서는 상대방이 문서의 진정성립에 대하여 인정하거나 침묵하는 경우 그 문서의 형식적 증거력을 자백한 것으로 간주한다. 부인, 부지한 사례/판례 중 상대방이 '부지'라고 다툰 경우 증거신청인이 그 문서의 진정성립을 증명하지 않더라도 심리를 통해 자유심증으로 그 진정성립을 인정할 수도 있다. 그러나 당사자 간에 진정성립을 다투는 경우라면 합의체는 어떠한 이유로 그 문서의 진정성립이 인정되는지에 대한 객관적인 근거를 심결에 제시하여야 한다. 서증의 인부는 상대방 당사자가 하는 것이므로, 보조참가인은 원칙적으로 서증의 인부를 하는 자가 아니다.

공문서는 진정성립이 추정되므로 쉽게 그 진실성을 부정할 수 없으며, 만일 이를 다툰다면 다투는 상대방이 반증을 제시하여야 한다. 공문서의 진정성립이 의심스럽다면 심판장은 해당기관에 사실조회하여 확인할 수 있다. 공문서의 증거신청자가 그 진정성립을 증명하여야 한다.

사문서는 작성자 본인 또는 대리인 등의 서명·날인이 진정한 것이면 그 문서 전체의 진정성립이 추정된다. 판례에 의하면 이때의 추정은 문서의 내용을 먼저 기재하고 나서 서명·날인이 이루어진 경우로 한정되므로(완성문서의 추정) 문서가 미완성된 상태에서 작성명의인이 서명·날인을 먼저 하였다면 진정성립이 추정되지 않을 수 있다.[115] 백지문서(작성명의인의 서명 날인만 되어 있고 그 내용이 백지로 된 문서)를 작성명의인이 아닌 자가 보충하였다면 그것이 정당한 권원에 기한 것임을 문서제출자가 증명하여야 한다.[116]

115) 대법원 2012.12.13, 선고 2011두21218 판결, 대법원 2011.11.10. 선고 2011다62977 판결.
116) 법원실무제요, 민사소송(III), 법원행정처(2017), 1431, 대법원 1997.6.13. 선고 96재다462 판결.

### 나. 실질적 증거력

실질적 증거력은 문서의 내용이 요증사실을 증명하기에 얼마나 유용한가의 증거가치를 말하는 것으로서 다툼이 있는 사실을 입증할 수 있는 능력을 말하며, 문서의 진정성립 즉 형식적 증거력이 있을 것이 전제된다. 다만 형식적 증거력이 있는 문서라도 그 기재의 진실성이 없거나 증명사항과 관계가 없는 것이면 증거가치가 있다고 할 수 없다. 이러한 실질적 증거력의 판단은 심판관이 자유심증에 기해 판정하도록 일임되어 있다.

처분문서는 그 진정성립이 인정된다면 달리 분명한 반증이 없는한 그 문서내용의 법률행위가 존재한 사실을 인정하여야 한다. 보고문서는 그 증거력을 인정하는데 있어 작성의 목적이나 작성 방식, 작성자의 신분이나 직업 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여야 한다.

공문서인 보고문서는 대체로 그 진실성을 추정하는 예가 많고 공증인이 작성한 공증문서도 마찬가지이다. 변론조서도 보고문서이지만 그 증거력이 법정되어 있으므로 심판에서 작성되는 조서도 이와 같다고 볼 수 있다.[117]

## 4 문서의 제출

서증은 해당문서가 제출되어 증거조사신청이 이루어지고 이로써 증거조사가 시작된다. 당사자가 서증을 신청할 때는 문서의 소재에 따라 당사자가 자신이 소지한 문서를 직접 제출하거나 상대방이나 제3자가 소지한 문서로서 제출의무가 있는 문서를 증거로 제출하도록 하는 방법이 정해져 있다(민소§343 서증신청의 방식). 문서의 제출 방법으로는 신청자가 소지한 문서를 직접 제출하는 방법, 상대방 또는 제3자가 소지하고 있고 제출의무가 있는 문서에 대해서는 문서제출명령신청을 하는 방법, 문서소지가가 제출의무가 없는 때는 문서송부촉탁신청을 하는 방법, 문서소지자에게 송부촉탁하기 어려운 경우 문서가 소재하는 장소에서의 서증조사를 신청하는 방법이 있다(민소§345, §294)[118][119].

117) 정동윤 외, 민사소송법 제8판, 법문사(2020), 628.

118) 민사소송법 제345조 (문서제출신청의 방식) 문서제출신청에는 다음 각호의 사항을 밝혀야 한다.
1. 문서의 표시 2. 문서의 취지 3. 문서를 가진 사람 4. 증명할 사실
5. 문서를 제출하여야 하는 의무의 원인

문서제출명령신청이 있는 경우 그 신청을 채택하기로 결정하면 심판장은 위 신청에 대하여 문서소지자에게 관련문서 사본·등본의 문서제출명령을 한다. 문서송부촉탁신청이 있는 경우 문서소지자가 제출의무가 없지만 심판장은 그 문서소지자에게 문서의 송부를 촉탁할 수 있다.

심판장은 제출된 서증의 수나 내용이 방대하거나 그 내용을 이해하기 어려운 경우, 서증의 입증취지가 불명확한 경우에는 그 제출한 당사자에게 각 서증이 증명할 사실이 무엇인지를 구체적으로 밝히는 증거설명서를 제출하도록 요구할 수 있다(민소칙§106①). 증거설명서에는 서증부호, 문서의 제목, 작성연월일, 작성자 및 증명취지 등을 기재하도록 한다. 위 기재사항들은 서증번호 순으로 목록 또는 표 형식으로 기재하여도 무방하다. 당사자는 스스로 심리의 효율성 및 증명의 명확성을 위하여 증거설명을 제출할 수 있다. 증거설명은 증거신청을 하는 때 서면에 함께 기재할 수 있지만 구술심리기일 또는 사건이 성숙된 시점에 그간 제출된 서증을 종합하여 제출하여도 무방하다.

### 가. 직접 제출

증거신청자가 자신이 증명하려는 사실에 대한 증거방법을 심판원이 열람하도록 신청하기 위해 문서를 증거로 직접 제출하는 것이다(민소§343 전단). 즉 자신이 제출한 문서를 서증으로 조사해 줄 것을 요청하는 것이다. 당사자는 청구서, 답변서, 의견서 등 심판 서면을 제출할 때 자신의 주장과 함께 그 증명의 방법이 되는 문서의 사본을 서증으로 첨부하는 것이 일반적이다. 만일 이미 주장한 사실에 대해 추가적으로 증명하기 위해 문서를 제출하는 경우라면 서증만을 별도 제출하여도 상관없다. 변론주의 하의 재판에서는 서증은 변론기일 등에서 법원에 현출되어야 하나 심판은 서증을 제출하는 것만으로 서증의 신청이 된 것으로 볼 수 있다.

서증은 원본 제출이 원칙이다. 원본이 아닌 정본 또는 인증등본으로 대신할 수 있다. 필요하다면 정본 또는 인증등본이 제출되었더라도 원본 제출을 요구할 수 있고, 이때 원본을 증거로 제출하지 않더라도 정본 또는 인증등본이 원본과 정확성이 있는지를 판단할 목적으로 열람을 요구할 수 있다. 심판에서는 원본의 제출이 요구되는

119) 민사소송법 제294조 (조사의 촉탁) 법원은 공공기관·학교, 그 밖의 단체·개인 또는 외국의 공공기관에게 그 업무에 속하는 사항에 관하여 필요한 조사 또는 보관중인 문서의 등본·사본의 송부를 촉탁할 수 있다.

특별한 사정이 없는 한 사본을 원본에 갈음한다. 그러나 당사자가 사본 제출에 이의를 제기하는 경우 원본을 제출하도록 하여 증거조사 한다. 문서는 전부를 증거로 제출하는 것이 원칙이나 문서의 양이 방대하거나 전부를 제출하기 곤란한 사정이 있는 경우에는 증거로 원용할 부분만(초본)을 제출할 수 있다.

서증은 문서의 형태나 형식에 상관없이 증거능력이 인정되나 진정성립이 인정되기 위해서는 문서의 제목, 작성자, 작성일자 등이 분명하게 나타나는 것이 바람직하다. 서증이 국어가 아닌 문자 또는 부호로 된 때에는 그 문서의 번역문을 첨부해야 하고 문서 전체에 대한 번역문을 첨부하는 것이 원칙이다. 만일 문서의 일부를 증거신청하는 경우 그 부분의 번역문만을 첨부할 수 있다. 제출된 번역문이 미흡한 때에는 당사자에게 보충할 것을 요구하거나 새로 번역문을 제출할 것을 요구한다. 당사자가 적절한 번역문을 제출하기 어려운 사정이라면 심판원이 번역할 수도 있다.

### 나. 문서제출 요구

심판에서 당사자는 상대방 당사자 또는 제3자가 가지고 있는 제출의무가 있는 문서를 서증으로 신청하기 위한 방식으로서 그 문서에 대한 제출명령을 신청할 수 있고(민소§343 후단), 또한 직권으로 그 문서의 제출을 명령할 수 있다(특§157조①②). 당사자가 문서제출명령을 신청하는 때에는 제출명령의 대상이 되는 문서의 표시 및 그 문서의 취지, 그 문서에 의해 증명할 사실, 문서 소지자, 문서를 제출하여야 하는 의무의 원인 등이 명확히 특정되어야 한다(민소§345 문서제출신청의 방식). 만일 이 사항들의 기재가 명확하지 않다면 보정명령을 내린다. 문서의 존재와 소지가 증명되어야 문서제출명령을 할 수 있는데, 그 증명책임은 원칙적으로 신청자에게 있다.

문서제출명령신청서의 기재사항에 관하여, 신청당사자가 상대방이 소지한 문서를 구체적으로 알지 못하여 그 문서를 특정하기 어려울 수 있다. 이점을 고려하여 ①개괄적으로 특정할 수 밖에 없는 구체적 사정이 있다거나, ②그러한 사정을 회피하기 곤란하거나 신청인에게 책임을 돌리기도 어려운 경우, 또는 ③개괄적으로 기재된 문서의 표시, 취지, 증명할 사실 등에 관한 추론이 합리적이라는 사정이 신청서에 기재되어 소명된다면, 문서의 표시, 문서의 취지, 증명할 사실을 개괄적으로 표시할 수 있다.

심판장은 당사자의 문서제출명령신청에 정당한 이유가 있다고 인정하는 경우 및 직권으로 문서제출의 필요성을 인정하는 경우인데도(민소§347, 특§157①) 만일 문서

소지자가 문서제출요구에 불응하는 경우 심판정책과는 사실조회독촉 공문을 재발송하면서 회신의무사항(특§157, 디§145, 상§144, 민소§344 문서의 제출의무) 및 회신불응시 관련법에 따라 50만원 이하의 과태료를 부과한다는 내용을 함께 통보하도록 한다. 해당 문서소지자가 정당한 이유 없이 사실조회독촉에 회신하지 않을 경우 심판정책과는 특허청장 명의로 50만원 이하의 과태료를 부과한다(특§232, 디§229, 상§237).

문서제출명령신청이 있는 경우, 그간의 심판경과와 문서제출신청의 내용에 비추어 신청 자체로 받아들일 수 없는 경우가 아니라면 상대방에게 그 신청서를 송달하고 기간을 정하여 의견을 제출할 수 있도록 한다. 이때 당사자의 신청내용에 관련하여 상대방이 서증으로 제출할 문서가 무엇인지, 제출할 수 없는 문서가 무엇이고 그 이유는 무엇인지, 어떤 방식으로 제출할 것인지에 대하여 적어내도록 할 수 있다. 그 결과에 따라 해당문서의 존재와 소지 여부, 해당문서가 서증으로 필요한지 등 문서제출명령의 요건에 대해 심리하여 문서제출명령신청의 허부를 결정한다. 만일 문서제출명령신청에 대하여 상대방에게 의견진술할 기회를 주지 않고 별다른 심리도 없이 문서명령신청이 있은 다음 날에 한 문서제출명령은 위법하다.[120] 상대방이 문서를 소지하지 않았다거나 제출하는데 시간이 걸린다고 한다면 신청자에게 상대방의 문서 소지 사실을 증명하도록 촉구하거나 상대방에게 신속한 답변을 촉구하는 것이 바람직하다.

문서제출명령신청에 대하여 상대방은 제출의무가 있는 문서에 프라이버시나 영업비밀이 기재되어 있다는 이유로, 그 문서가 공개되지 않도록 해 줄 것을 요구할 수 있다. 이때 심판장은 이 문서에 대한 제시명령(In Camera Proceedings)을 할 수 있는데 이 경우 그 문서를 심판관과 문서소지자 외의 다른 사람이 보도록 하여서는 안된다(민소§347④단서). 이 규정에 의해 심판장은 문서소지자가 그 문서를 제출할 의무가 있는지를 판단하기 위하여 그 문서를 비공개적으로 심리할 수 있다.

심판에서 문서제출명령신청은 직권으로 하거나 당사자가 신청하도록 하도록 하여 사실관계 증명에 효율성을 높이기 위한 방안으로 적극 활용해 볼 수 있다.

※ 민사소송법 제349조(당사자가 문서를 제출하지 아니한 때의 효과)와 제350조(당사자가 사용을 방해한 때의 효과)에서 법원의 문서제출 명령을 받은 당사자가 문

120) 대법원 2009. 4. 24.자 2009무12 결정, 주석 민사소송법(V) 제8판, 한국사법행정학회(2018), 11460.

서를 제출하지 아니하거나, 상대방의 사용을 방해할 목적으로 제출의무가 있는 문서를 훼손하여 버리거나 이를 사용할 수 없게 한 때에는, 법원은 그 문서의 기재에 대한 상대방의 주장을 진실한 것으로 인정할 수 있다. 그러나 민사소송법이 당사자주의를 원칙적으로 채택하고 있는 반면, 특허심판은 직권주의를 채택하고 있으므로 민사소송법의 규정 중 당사자주의에 관련되는 규정(민소§349, §350 등)은 준용되지 않는다고 보아야 할 것이다(특허청, 조문별 특허법해설, 370).

문서제출명령신청서

【서류명】문서제출신청서
【심판번호】
【제출인】
　【성명(명칭)】
　【특허고객번호】
　【사건과의 관계】
【대리인】
　【성명(명칭)】
　【대리인번호】
　(【지정된 변리사】)
　(【포괄위임등록번호】)
【신청사유】(별지사용가능)

1. 문서의 표시

2. 문서의 취지(내용)

3. 문서를 가진 사람

4. 증명할 사실

5. 문서제출의무의 원인(해당란에 √표시)
   - □ 당사자가 심판에서 인용한 문서(인용문서)
   - □ 제출인이 문서를 가지고 있는 사람에게 그것을 넘겨달라고 하거나 보겠다고 요구할 수 있는 사법상의 권리를 가지고 있음(인도·열람문서)
   - □ 문서가 제출인의 이익을 위하여 작성되었음(이익문서)
   - □ 문서가 제출인과 문서를 가지고 있는 사람 사이의 법률관계에 관하여 작성된 것임(법률관계문서)
   - □ 그 밖에 제출이 필요한 문서

사유 :

【취지】 위 사건에 관하여 제출인은 주장사실을 입증하기 위하여 다음과 같이 문서제출명령을 신청합니다.

제출인(대리인) (인)

【첨부서류】 1. 문서제출신청사항을 기재한 서류 1통
2. 대리인에 의하여 절차를 밟는 경우 그 대리권을 증명하는 서류 1통

특 허 심 판 원
제 부
제 출 요 구 서

심 판 번 호
사 건 의 표 시

청 구 인 성 명
주 소

대 리 인 성 명
주 소

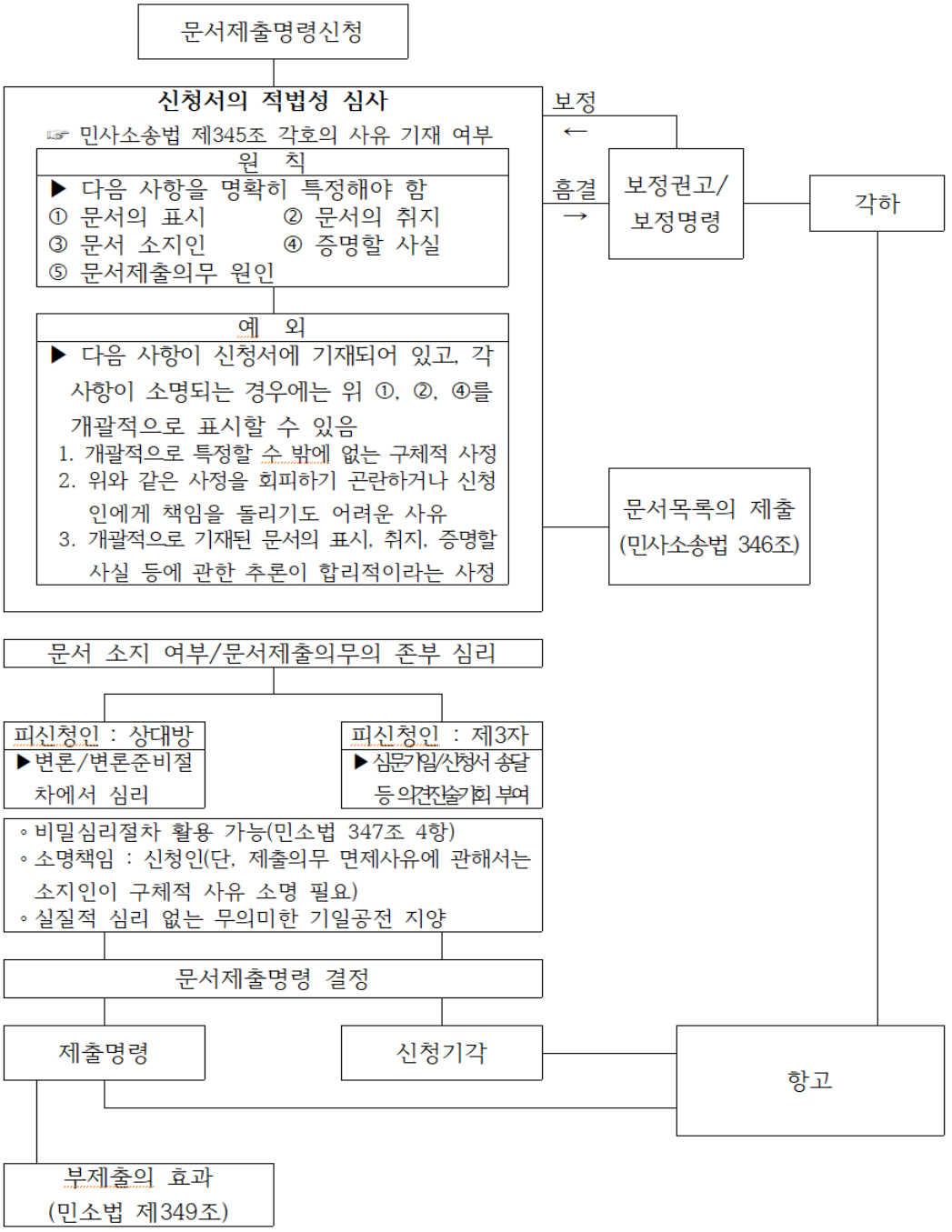
피 청 구 인 성 명
주 소

대 리 인 성 명
주 소

위 심판사건에 관한 아래 사항에 대하여 . . . 까지 견본을 제출하여 주시기 바랍니다.

제 출 사 항

심 판 장




참고로, 법원의 문서제출명령 절차개요도는 다음과 같다.

[참고자료]

적절한 증거채부 실무운영 방안(법원, `14.12. 공표)

문서제출신청은 서면으로 하여야 하고(규칙 제110조제1항), 신청서에는 민사소송법 제345조 각 호에서 정한 사항이 특정되어야 한다. 특정 정도의 원칙적, 예외적 기준은 아래를 참조한다.

| 구분 | 특정 정도 | |
|---|---|---|
| ① 문서의 표시 | 원칙 | ▶ 매매계약서, 영수증 등 문서의 종류, 작성자, 작성일자, 표제 등으로 문서를 명확히 특정하여야 한다.<br>◦ 다른 서류와 합철되어 있다면, 그중 어떤 부분인지를 표시하여 특정한다. |
| | 예외 | ▶ 신청인에게 개괄적으로 특정할 수밖에 없는 사정이 있고(구체적 사유 및 회피곤란 또는 귀책곤란), 소지인이 그 대상이 되는 문서를 명확히 인식할 수 있다고 추론되는 경우(합리적 추론)에는 그 한도에서 개괄적 표시가 허용된다(모색적 증명의 기준 참조).<br>◦ 가령, 행정소송, 공해소송, 국가배상소송 등에서, 신청인이 그 작성과정이나 기재된 사건에 관여하지 않은 문서의 제출을 신청하면서, "위 허가신청서 및 첨부서류 이외에, 甲 공사가 피고(국가)에게 제출한 조사자료, 참고자료 일체"라 기재한 경우에는 해당 신청을 적법하다고 볼 수 있다.<br>◦ 위 판단기준은 모색적 증명에서의 증명취지를 완화할 수 있는 기준과 같다고 볼 수 있다. |
| ② 문서의 취지 | 원칙 | ▶ 문서에 기재된 내용의 대강 또는 요지를 기재하여야 한다.<br>◦ '① 문서의 표시'와 더불어 문서제출명령의 대상인 문서를 특정하고, 소지인이 제출할 문서를 식별할 수 있도록 하여야 한다.<br>◦ '증명할 사실'과 제출대상 문서 사이의 관련성(요증사실 관련성) 판단 자료로 기능한다.<br>◦ 문서제출명령에 따르지 아니하거나 제출의무 있는 문서를 훼손·폐기하는 등의 경우, 이러한 사정이 사실인정 자료가 될 수 있다. |
| | 예외 | ▶ 문서의 취지를 특정하지 못할 구체적 사유가 있고, 이러한 사유를 회피하기 곤란하거나, 신청인에게 책임을 묻기 어려운 경우로서, 그 취지를 합리적으로 추론하여 기재한 경우에는, 문서의 취지를 개괄적이고 추상적으로 기재하더라도 예외적으로 신청이 적법하다고 볼 수 있다(모색적 증거신청의 허용기준 참조). |

| | | |
|---|---|---|
| | | ◦ 가령, “피고 회사는 원자력안전법 제10조 제1항에 따라 이 사건 발전용원자로의 설치 허가를 받기 위해 원자력안전위원회에 제출한 허가신청관계서류에, 이 사건 원자로 구조와 안전성조건을 기재하고 있지만, 여기에는 위 원자로 구조 및 안전성의 구체적 조건에 관해 본질적인 위험성이 내재되어 있음도 명시되어 있을 것이다.” 정도로 기재하였다면, 문서의 취지 기재가 부적법하다고 볼 수 없다. |
| ③<br>문서의<br>소지인 | 원칙 | ▶ 문서를 가지고 있는 사람의 성명과 주소를 명시하여 그를 특정할 수 있도록 기재한다.<br>▶ 문서의 소지인이 그 문서를 소지하게 된 사정에 관해서도 기재함이 원칙이다.<br>◦ 가령, “서울 00구 00로 00, 김○○, 위 사람은 유언집행자로서 위 문서를 소지한다.” 정도로 기재할 수 있다. |
| | 예외 | ▶ 제출명령 심리과정에서 문서의 소지 여부가 다투어지지 않은 경우에는 반드시 문서를 소지하게 된 사정까지 기재할 필요는 없다. |
| ④<br>증명할<br>사실 | 원칙 | ▶ 민사소송법 제289조 제1항의 증명할 사실을 가리킨다.<br>▶ 법원은 이 기재사항을 가지고 증거조사의 필요성(제2영역)의 판단을 내리게 되므로, 가능한 한 간명하면서도 구체적으로 적어야 한다. |
| | 예외 | ▶ 모색적 증명 중 증명할 사실을 구체화하기 어려운 사정이 있고, 그것이 회피곤란 또는 귀책곤란하며, 합리적 추론에 기한 것이라면, 그 증명할 사실의 구체적 기재정도가 완화될 수 있다. |
| ⑤<br>문서제출<br>원인 | 원칙 | ▶ 민사소송법 제344조 각 호의 어느 것에 해당하는지, 또는 상법 제32조에 해당하는지 등을 구체적 사실로써 밝힌다.<br>◦ 가령, “위 문서는 원고의 이익을 위해 작성된 것이므로 유언서의 소지인인 김○○은 민사소송법 제344조 제1항 제3호에 의해 제출의무가 있다.”와 같이 기재한다. |

### 다. 문서송부 촉탁

민사소송에서는 문서를 가지고 있는 사람(상대방 또는 제3자)에게 그 문서를 보내도록 촉탁할 것을 당사자가 신청하는 방식으로 서증의 신청을 할 수 있도록 하고 있고(민소§352 문서송부의 촉탁),[121] 법원은 공공기관·학교, 그 밖의 단체·개인 또는 외국의 공공기관에게 그 업무에 속하는 사항에 관하여 필요한 조사 또는 보관 중인 문서의 등본·사본의 송부를 촉탁할 수 있다(민소§294 조사의 촉탁). 심판에서는 특허법 제157조 제2항(디§145②, 상§144②)의 민사소송법 준용에 따라 위 민사소송의 문서송부의 촉탁 및 조사의 촉탁 규정이 적용된다. 이와 같이 상대방 또는 제3자가 소지한 제출의무가 없는 문서에 대해서 당사자는 문서소지자가 문서를 보내도록 촉탁할 것을 신청할 수 있다. 다만 당사자가 법령에 의해 문서의 정본 또는 등본을 청구할 수 있는 경우에는 촉탁하지 아니한다. 문서송부촉탁신청서에는 문서 소지자(또는 문서 소재지), 송부촉탁신청하는 문서를 명시하고 그 촉탁문서에 의하여 증명하고자 하는 취지 등을 구체적으로 기재하여야 한다.

심판장은 문서송부촉탁의 신청에 대하여 채부 결정을 하여야 하고, 만일 그 신청에 이 이유가 있다고 인정되는 경우 문서제출 의무가 없는 상대방 또는 제3자에게 문서송부촉탁을 한다. 심판장은 송부촉탁의 신청이 있는 때에는 필요한 경우 상대방에게 의견진술의 기회를 줄 수 있다.

촉탁에 의해 송부된 문서라도 그 증거력 유무는 다른 서증에 대한 판단과 같은 방식으로 판단하여야 한다. 민사소송에서 문서를 소지하고 있어 문서송부의 촉탁을 받은 사람은 정당한 사유가 없는 한 협력하여야 한다는 협력의무를 부과하고 있을 뿐이어서(민소§352의2) 촉탁에 불응한 때 제재가 없다고 해석되고 있고, 한편 특별한 사정이 없는 한 송부촉탁에 응할 공법상 의무를 부담한다고 보아야 한다는 견해도 있다.[122]

송부촉탁을 받은 문서소지자가 심판원의 송부촉탁에 응할 수 없는 사정이 있는 경우에는 그 사유를 심판원에 통지해 주도록 요청한다.

송부촉탁으로 제출된 문서의 보관 및 반환에 관하여는 심판청구시 제출된 증거물 등 보관물의 관리 및 반환절차에 의한다.

---

121) 민사소송법 제352조(문서송부의 촉탁) 서증의 신청은 제343조의 규정에 불구하고 문서를 가지고 있는 사람에게 그 문서를 보내도록 촉탁할 것을 신청함으로써도 할 수 있다. 다만, 당사자가 법령에 의하여 문서의 정본 또는 등본을 청구할 수 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

122) 정동윤 외, 민사소송법 제8판, 법문사(2020), 639.

1995. 1. 5. 개정전 특허법에는 심판에서 증거조사나 증거보전할 때 법원촉탁할 수 있었으나 특허심판원의 설립과 사법부의 요청에 의하여 1995. 1. 5. 법률 제4892호 개정 특허법에서 이를 삭제하였다.[123]

문서송부촉탁신청서

【서류명】문서송부촉탁신청서
【심판번호】
【제출인】
　【성명(명칭)】
　【특허고객번호】
　【사건과의 관계】
【대리인】
　【성명(명칭)】
　【대리인번호】
　(【지정된 변리사】)
　(【포괄위임등록번호】)
【신청사유】(별지사용가능)
　　1. 기록의 보관처

　　2. 송부촉탁할 기록

　　3. 증명하고자 하는 사실
【취지】 위 사건에 관하여 제출인은 주장사실을 입증하기 위하여 다음과 같이 문서송부촉탁을 신청합니다.

제출인(대리인)　　(인)

【첨부서류】 1. 문서송부촉탁 신청사항을 기재한 서류 1통
　　2. 대리인에 의하여 절차를 밟는 경우 그 대리권을 증명하는 서류 1통

123) 1995. 1. 5. 개정전 특허법 제157조 ②제1항의 규정에 의한 증거조사나 증거보전은 민사소송법 제347조의 규정에 의한 관할법원 기타의 법원에 이를 촉탁할 수 있다.

특허심판원
제0부
사실조회

심 판 번 호
사건의 표시

청 구 인 성 명
주 소

대 리 인 성 명
주 소

피 청 구 인 성 명
주 소

대 리 인 성 명
주 소

특허법 제157조제2항(실용신안법 제33조, 디자인보호법 제145조제2항, 상표법 제144조제2항)이 준용하는 민사소송법 제294조의 규정에 의하여 위 사건에 관하여 사실조회 또는 귀 기관이 보관하고 있는 문서의 등본·사본의 송부를 촉탁요청하오니 협조하여 주시기 바랍니다.

| | |
|---|---|
| 조 회 기 관 | |
| 첨 부 | 별 첨. 끝. |
| 사실조회사항 또는 송부촉탁문서 | 붙임 파일 (갑제00-00호증)이 귀 기관 문서보관소에 보관된 문서와 페이지 수, 기재내용 등이 동일한지 여부 |
| 요 청 사 유 | 귀 기관 문서보관소에 보관된 문서를 복사 후 스캔하여 PDF로 송부하여 주시기를 요청하오니, 적극적으로 협조하여 주시기 바랍니다.<br>특허권 무효심판사건에서 증거채택 여부 판단에 있어 중요한 사항임 |

[참고자료]

사실조회에 관한 법원실무 (법원실무제요 참조)

가. 사실조회의 의의

사실조회란 공공기관, 학교, 상공회의소 기타의 단체 또는 기관이나 외국의 공공기관에 대하여 특정사항에 관한 조사보고를 요구함으로써 증거를 수집하는 절차를 말하며, 민사소송법에는 조사의 촉탁으로 규정되어 있으나(민소§294), 실무에서는 사실조회라고 호칭되고 있다.

사실조회절차는 민사소송법 중 증거에 관한 총칙 중에 규정되어 있으나, 그 실질은 증인신문, 감정, 서증, 검증 등과 동렬에 서는 독립의 증거방법으로 이해되고 있고, 실무의 취급도 그러하다.

위와 같은 단체 또는 기관의 관장사항에 관하여는 증인신문, 서증조사 등에 의하여 법원이 직접 증거자료를 탐지하는 것보다 그 단체 또는 기관자체에 대하여 조사를 촉탁하여 그 결과를 회신하게 하는 것이 훨씬 더 능률적이기 때문에, 실무에서는 당사자의 신청 또는 직권에 의한 증거결정에 의하여 활발하게 이용되고 있다.

나. 사실조회 공문의 발송

사실조회를 하기로 하는 증거결정을 한 때에는 재판장의 명의로 사실조회서를 작성하여 발송한다.

조회 대상기관이 외국의 공공기관일 경우에는 외국에서 할 증거조사(민소§296)에 해당하므로 국제민사사법공조법상의 촉탁경로에 따라 사실조회서를 발송하여야 하나 조회 대상기관이 외국 주재의 우리나라 대사, 영사 등이고 조회사항도 해당 대사관 또는 영사관의 담당사무 자체에 관한 것일 때에는 위 법상의 촉탁경로에 의할 것없이 재판장이 직접 해당 대사 또는 영사에게 사실조회서를 통상의 외국우편으로 발송하면 된다.

회보가 늦어지는 경우에는 소송촉진을 위하여 독촉공문을 발송하는 것이 바람직하다. 또한 회보가 왔으나 불충분, 불명확한 경우에는 다시 보충적인 조회를 할 필요성이 생기는 수도 있다. 이들 경우에는 공문의 문안에 관하여 미리 재판장의 지시를 받아서 작성하여야 한다.

다. 회보가 도착한 경우의 처리

회보가 도착한 때에는 다음 변론기일에서 변론에 상정하는 절차를 거쳐야 하며, 당사자가 원용하는 수가 많다. 이에 관계되는 사항은 기본조서에 기재하며, 증인 등 목록의 비고란에는 발송일자와 도착일자만을 기재한다.

소송촉진을 기한다는 의미에서는 회보가 도착한 즉시 원 · 피고 쌍방에게 그 사실을 통지(전화, 모사전송 등)하여 다음 변론기일까지 회보에 기초한 변론을 준비하게 하는 것이 요망된다.

회보에 관하여는 이상의 처리로 족하며 나아가 이를 따로 서증으로 제출시킬 필요는 없다. 회보처(단체 또는 기관)에서 임의로 참고서류 사본 등을 동봉 송부한 경우에도 이를 포함한 전체를 사실조회결과로 처리하면 되며, 그 참고서류를 따로 서증으로 할 필요는 없다. 이 점은 문서촉탁의 경우와 다른 점이다. 다만 해당기관 이외의 자가 작성한 문서로 단순한 참고서

류가 아닌 정식의 문서가 포함되어 있는 경우에는 이를 증거로 하려면 별도의 서증으로 제출받아야 한다.[124] 다만, 그 사본을 다시 제출할 필요는 없고 첨부되어 온 서류에 직접 서증번호를 부기하면 된다.

※ 사실조회 거부 사례
- 법원은 종전 전기통신사업자에게 통신내역을 사실조회 요청 시 거부당하는 사례가 있었으나, "법원은 재판상 필요한 경우에는 민사소송법 제294조 또는 형사소송법 제272조의 규정에 의하여 전기통신사업자에게 통신사실확인자료제공을 요청할 수 있다"는 통신비밀보호법 제13조의2 규정을 근거로 문제점을 해결하였음

[전산양식 A1840] 사실조회서

**○ ○ 법 원**

**사실조회**

귀하

사 건 20○○가합○○○ 매매대금

원 고

피 고

위 사건의 심리를 위하여 민사소송법 제294조에 의거하여 다음 사항을 조회하오니 회보하여 주시기 바랍니다. 위 사건의 다음 재판기일이 200. . . 이므로 그 이전까지 회보서가 도착되도록 배려하여 주시기 바랍니다.

조회사항 : 별지와 같음

※ 회보서에는 당원의 사건번호(20○○가단1000)를 반드시 기재하여 주시기 바랍니다.

200 . . .

판 사 ㊞

124) 재판예규 제745호(개정 1999. 10. 29.) : 바람직한 재판운영방안(재일 94-1)

### 라. 문서가 있는 장소에서의 증거신청(심판원 밖 증거조사)

이 증거신청은 문서가 소재하는 장소에 가서 문서를 열람하는 방식으로 문서의 내용을 조사하는 것이다(민소칙§112①). 이는 제3자가 소지한 문서에 대하여 문서제출명령이나 문서송부촉탁의 방법으로 서증신청을 할 수 없는 사정이 있는 때에 활용할 수 있는 방법이고 문서 소재지에서 문서를 읽음으로써 이루어진다. 예를 들어 재판기록 또는 수사 기록으로서 외부에 제공하기 어려운 경우에 종래의 기록검증 방식보다는 증거가 되는 해당문서의 내용을 열람함으로써 그 내용에 대한 증거조사를 실시할 수 있다. 서증조사의 신청인은 문서 소재 장소에서 서증조사기일에 참여하여, 서증으로 신청할 문서를 개별적으로 지정하고 서증부호와 번호를 붙이고, 이 서증 부분의 사본은 사건 기록으로 첨부하고 이에 대한 상대방의 방어권을 부여하도록 한다. 법원에서는 재판부 전원이 아니라 수명법관 또는 수탁판사를 통해 법원 밖 증거조사를 할 수 있는데 심판에서도 마찬가지일 것이다.

## 5 자인, 자백

자백이란 당사자가 자기에게 불리한 상대방의 주장사실을 진실한 것으로 인정하는 행위를 말한다. 또한 상대방이 주장하기에 앞서서 당사자가 자기에게 불이익한 사실을 진술하여 선행자백한 경우 상대방이 이를 원용하거나 그에 상응하는 주장을 한 때에는 자백에 효력이 있다. 그러나 상대방이 원용하기 전까지는 그 진술을 철회하고 그와 모순된 주장을 할 수 있다.

자백은 구체적 사실에 한하고, 권리관계나 법규, 경험칙은 대상이 아니다.[125] 민사소송에서 재판상의 자백은 증명이 필요 없는 불요증사실(不要證事實)로서 법원과 당사자 모두를 구속하는 것이나 이는 변론주의에 의하여 심리되는 소송절차에 한하는 것이므로, 직권탐지주의가 적용되는 심판에서는 이러한 재판상의 자백은 효력이 없어 불요증사실이 될 수 없고, 단지 하나의 증거원인에 불과한 것으로 취급된다. 또한, 당사자가 상대방이 주장하는 사실을 명백히 다투지 아니한 때 그 사실을 자백한 것으로 보아 '자백간주'라고 한다. 심판에서는 자백간주 역시 있을 수 없다. 심판의 심리 중에 당사자의 진술이 자백 또는 자백간주에 해당하는 경우 심판관은 이를 심판사건의 전체 취지와 함께 자유심증으로 판단하는데 고려할 수 있다.

125) 대법원 1992.2.14. 선고 91다31494 판결.

# 제4절 당사자신문

## 1 서설

당사자신문은 당사자 본인(청구인 또는 피청구인)이 증거방법이 되고 그가 경험한 사실을 신문하고 그 진술을 증거자료로 하는 증거조사로서 본인신문이라고도 한다. 당사자 본인신문은 당사자 본인을 증거방법하여 그 신문내용을 증거자료로 얻는 것인데 비해, 당사자가 심판의 주체로서 출석하여 사건의 사실관계를 분명하게 하기 위해 진술하는 경우 이 진술은 소송자료가 된다. 다같이 당사자의 진술이지만 증거방법의 지위에서 한 진술과 심판주체라는 지위에서 한 진술은 서로 다르다. 당사자신문에서 당사자가 진술한 것이더라도 이를 소송주체로서 따로 주장하지 않는다면 그 진술사항은 심판의 기초가 되지 않는 것이 원칙이다. 물론 심판에서는 직권으로 그 사항을 심리할 수 있다.

당사자, 당사자의 법정대리인, 법인 기타 단체가 당사자인 경우 이를 대표하여 심판을 수행하는 대표자 또는 관리인도 당사자신문의 대상이 된다. 당사자신문은 증인과 마찬가지로 출석, 선서, 진술의 의무를 진다. 당사자 진술의 신빙성을 높이기 위해 당사자신문 전에 반드시 선서하도록 하고, 선서한 당사자의 거짓진술에 대하여는 50만원 이하의 과태료 처분명령을 내린다(특§232, 디§229, 상§237).

법원의 재판실무는 2002. 1. 26. 전부개정 민사소송법 이전에는 당사자신문을 다른 증거조사에 의해서도 계쟁사실에 대한 심증을 형성할 수 없는 때 최후적인 증거자료로 허용하던 입장이었으나(증거방법으로서의 보충성), 위 개정법 이후에는 당사자신문을 다른 증거방법과 대등한 지위에서 사건의 진실 파악 및 원활하고 신속한 소송 진행에 도움이 되도록 활용하고 있다. 당사자신문에서의 선서는 개정전 임의적이었으나 위 개정과 함께 필요적으로 되었다.

## 2 절차

당사자신문은 원칙적으로 당사자의 신청에 의한다(민소§367). 또한 심판원이 필요하다고 인정할 때에는 직권으로 시행할 수 있다.

당사자신문의 보충성이 더 이상 적용되지 아니하므로 절차면에서 다른 증거방법과 다르지 않다. 당사자신문절차는 증인신문 절차를 준용한다. 증인신문의 신청과 마찬

가지로 신문을 구하는 당사자본인(또는 법정대리인)을 지정하여야 한다(민소§372, §308). 당사자신문의 신청에는 증명할 사실을 표시하여야 한다(민소§289①). 당사자신문의 신청에 대하여 신문하기로 결정을 한 때에는 심판원은 기일을 정하여 그 당사자에게 출석요구서를 송달한다. 출석요구를 받은 당사자는 그 출석요구가 적법한 이상 출석의무, 선서·진술의무가 있다. 민사소송법에서는 당사자가 정당한 사유 없이 출석하지 아니하거나 선서 또는 진술을 거부한 때에는 법원은 신문사항에 관한 상대방의 주장을 진실한 것으로 인정할 수 있다고 규정하고 있다(민소§369).[126] 반면 직권탐지주의를 채택한 심판에서는 당사자가 출석의무, 선서·진술의무를 위반하였다고 하여 상대방 주장이 진실한 것으로 인정되지는 않는다.

당사자신문의 시기는 증인신문의 경우처럼 구술심리기일에서 집중적으로 행하거나(민소§293) 별도의 신문기일을 지정할 수 있다. 당사자신문에서도 증인신문과 같이 절차개시에 앞서 당사자에게 선서하도록 한다.

당사자신문을 한 때에는 선서의 유무와 진술 내용을 기재한 당사자신문조서를 작성한다(민소§371). 민사소송법에서는 변론조서의 실질적 기재사항으로 증인·감정인의 선서와 진술만이 열거되어 있고(민소§154) 당사자신문조서에 대해서는 별도로 규정하고 있다(민소§371).

특 허 심 판 원
제 부
당 사 자 신 문 조 서

| | |
|---|---|
| 심 판 번 호 | 2011당0000 |
| 사건의 표시 | |
| 청 구 인 | |
| 피 청 구 인 | |
| 본 인(당사자) | 성 명 |
| | 생년월일 |
| | 직 업 |
| | 주 소 |

126) 출석할 수 없는 정당한 사유로서 건강상 요양 중인 경우라면 수명심판관을 지정하여 정외신문할 수 있고 사업상 해외출장 중이라면 신문연기하는 등의 조치로 대응할 수 있다. 만일 정당한 사유 없이 당사자가 불출석한 경우라면 그 당사자의 신문이 유일한 증거방법이더라도 신문하지 않고 심리종결하여도 무방하다.

심 판 장:
○ 당사자본인에게 선서의 취지를 명시하고 위증의 벌을 경고한 다음, 별지 선서서에 의하여 선서를 하게 하였다.
○ 당사자본인은 갑제5호증의 물건을 제조하였습니까? 예

심판사무관 000
심판장 000

## 3 법적 성격

심판장은 특허법 제157조 제2항이 준용하는 민사소송법 제367조의 규정에 따라 당사자 본인을 신문할 수 있다. 민사소송법에서 당사자본인은 소송의 주체이지 증거조사의 객체가 아닌 것이 원칙이지만, 예외적으로 당사자본인을 증거방법(證據方法)으로 하여, 마치 증인처럼 그가 경험한 사실에 대해 진술케 하는 증거조사가 당사자신문이다. 당사자신문에서의 진술은 증인의 증언과 마찬가지로 증거자료이고 소송자료가 아니다. 따라서 심판관은 당사자신문에서의 진술에 대한 증거력을 심리하여야 하고 당사자는 당사자신문에서의 진술을 소송자료로 삼기 위해서는 의견서나 심리기일에서 주장하여야 한다. 이에 관해서는 그 상대방 당사자도 마찬가지이다. 그러나 만일 당사자가 당사자신문에서의 진술내용을 주장하지 않더라도 심판에서는 직권으로 그 진술에 대해 심리할 수 있다.

당사자신문에서의 진술이 소송자료가 아닌 증거자료인바 당사자신문의 과정에서 상대방의 주장사실과 일치되는 부분이 있다 하여도 자백이라고 할 수 없다. 또 심판장의 석명에 대하여 당사자본인이 진술하는 것(특§147③, 민소§136①)은 사실관계에 대한 자신의 주장을 보충하는 것일 뿐이므로 이는 당사자신문이 아니다. 당사자신문은 소송무능력자도 당사자신문의 대상이 되고(민소§372 단서), 당사자의 법정대리인, 법인 등이 당사자인 경우 그 대표자 등도 당사자신문의 대상이 된다(민소§372, §64).

# 제5절 증인신문

## 1 서설

증인신문은 증인에게 질의하여 얻은 응답으로부터 증거자료를 얻는 증거조사를 말하고 증인이 답하는 진술을 증언이라 한다. 증인은 자신이 과거에 경험한 사실을 심판원에 보고할 것을 명령받은 제3자이다. 또한 전문적 지식을 기반으로 경험하게 된 사실을 보고하는 자를 감정증인이라 하는데 이 또한 증인에 해당하므로 그 신문은 증인신문절차에 의한다. 증인은 특별한 학식과 경험을 가진 사람으로서 심판원이 지정한 사항에 대하여 전문적 지식에 의한 판단을 심판원에 보고하는 감정인과는 다르다. 감정인이 감정과정에서 검증이나 실험을 통해 인식할 사실을 진술한다면 이때는 증인이 된다.[127] 증인은 경험사실을 보고할 뿐 자기의견이나 판단, 상상한 바를 진술하는 사람이 아니다.

예를 들어, 자신이 경험하였거나 알고 있는 장치에 대하여 그 작동원리나 기계적 구조를 진술하는 경우에는 감정증인이 되지만, 그 장치의 원리나 구조에 대한 자신의 판단의견을 진술하는 경우에는 감정인이 된다.

증인신문은 심판정에서 이루어지는 것이 원칙이며, 절차상 번잡함을 피하기 위해 민사소송의 예에 따라 쟁점정리가 된 후 하나의 기일에 집중하여 실시하는 것이 바람직하고, 가능하다면 구술심리기일에 병행하는 것이 바람직하다. 쟁점정리에 필요하다면 증인신문에 앞서 당사자신문 등 다른 신문절차를 먼저 진행한다. 이것은 심리에 신중을 기할 뿐 아니라 절차, 비용, 기일 등을 절약하는 의미에서 바람직하다. 그러나 별도의 신문기일을 정하여도 무방하다.

증인의 증언은 최악의 증거로 평가되는데, 그 이유는 증언의 신뢰성 문제와 증인의 기억·관찰에 한계가 있기 때문이고 당사자가 증인을 동반하게 되고 위증에 관용적인 사회적 분위기가 있기 때문이다.

127) 이 경우 감정인은 감정인으로서 증인으로서 진술하게 되므로 감정인 선서와 증인 선서를 모두 하여야 한다.

## 2 증인능력

당사자, 법정대리인 및 당사자인 법인 등의 대표자 외에는 모두 증인이 될 수 있어 증인능력을 가진다.[128] 당사자, 법정대리인 및 당사자인 법인 등의 대표자는 증인신문이 아닌 당사자신문의 대상이어서(민소§367 내지 373) 이들은 증인이 될 수 없기 때문이다. 공동으로 당사자인 경우(공동 청구인, 공동 피청구인) 그 중 당사자 1인은 자신의 청구와 무관한 사항에 대한 진술을 요구받은 때에는 증인이 될 수 있다. 그러나 공동 당사자의 각 청구에 관련성이 있는 경우에는 증인이 아닌 당사자본인신문을 하여야 한다.[129]

심판대리인도 증인이 될 수 있다. 재판에서는 해당 사건에 관여 중인 법관, 법원사무관 등도 증인이 될 수 있는데, 증언을 하면 그 이후부터 그 사건에서 제척되는 것으로 규정하고 있어(민소§41③, §50①), 이는 심판에서도 마찬가지로 보아야 할 것이다.

국내에 거주하는 외국의 대사와 공사, 군인 등 우리나라 재판권에 복종하지 아니하는 자는 증인의 의무가 없으므로 강제로 증인신문할 수 없으나 자발적으로 응한다면 신문이 가능하다.

## 3 증인의 의무

증인의 의무로는 출석의무, 선서의무 및 진술의무가 있다. 즉 증인은 출석요구서에 따라서 신문기일에 출석하여야 하고, 증인신문기일에 출석하여 증인신문 개시 전에 증인선서를 하여야 하고, 신문에서 양심을 좇아 진술을 진술하여야 한다. 증인에게 증언의무가 있지만 증인을 모욕하거나 증인의 명예를 해쳐서는 아니된다. 전·현직 공직자의 직무상 비밀에 속하는 사항은 증인신문의 내용에서 제한되고 그에 대해 신문할 경우 그 소속관청 또는 감독관청의 동의를 받아야 한다(민소§306).

### 가. 출석의무

심판원으로부터 증인으로 출석할 것을 요구를 받은 증인은 그 출석요구서에서 지

128) 민사소송법 제303조(증인의 의무) 법원은 특별한 규정이 없으면 누구든지 증인으로 신문할 수 있다.

129) 김홍엽, 민사소송법(제6판), 박영사(2016), 631

정한 일시, 장소에 출석할 의무가 있다. 증인이 출석요구서를 받고서 기일에 출석할 수 없는 사정에 있는 경우 심판원에 그 사유를 밝히도록 한다. 이 신고의무를 이행하지 아니하면 해당 증인이 정당한 사유가 없이 불출석한 것으로 인정될 수 있다(민소칙§81①2).[130] 심판원의 증인 출석요구에 불응한 때에는 50만원 이하의 과태료를 부과하도록 하고 있다(특§232①3). 이때 심판장이 과태료를 직접 부과·징수하는 것이 아니라 특허청장에게 과태료 부과·징수를 요청한다(특§157②).[131] 심판원은 증인의 출석 여부에 대하여 신문기일 1주일 이전에 미리 확인해 둘 필요가 있다.[132]

실무적으로 당사자가 증인신청서를 제출하면서 증인을 대동할 것이라고 표시한다. 그렇다면 심판원이 증인출석요구서를 송달하지 않아도 증인출석을 기대할 수 있겠으나 이때 만일 증인이 불출석한 경우 과태료 등의 제제를 할 수 없게 되고 증인출석 여부가 당사자와 증인 본인의 의지에 맡겨지게 되는 문제가 생기는 점을 고려해야 한다.

증인의 출석에 대하여 당사자가 증인신청서 등에서 미리 알리지 아니하거나 심판원에서 출석요구를 하지 아니한 사람이 심판정에 기일출석하고, 이 사람을 그 자리에서 증인으로 신청하여 채택된 증인을 재정증인(在廷證人)이라 하고, 이처럼 증인채택을 하는 경우에는 상대방의 의견을 들은 이후 채택 여부를 결정하는 것이 바람직하다.

한편, 증인과 증명할 내용 등을 고려하여 서면에 의한 진술로 충분하다고 인정할 때에는 증인으로 하여금 출석·증언에 갈음하여 증언할 사항을 적은 서면을 제출하게 할 수 있다(민소§310). 이와 같은 서면증언은 증인의 증언이라는 점에서 서증인 증인진술서와는 다르다.[133]

### 나. 진술의무

증인은 신문에 대해 증언할 의무를 진술의무라 한다. 증인은 말로 진술하는 것이 원칙이며 심판장이 허가하지 않은 한 서류에 의하여 진술하지 못한다(민소§331)[134].

130) 여기에서 "정당한 사유"란 질병, 관혼상제, 교통의 두절, 천재지변 등을 의미한다.

131) 민사소송법 제311조에 증인이 출석하지 아니한 경우 과태료에 처하는 등의 제재 규정을 두고 있지만 법원에서 증인의 불출석에 대한 제제는 법원의 직권사항이다. 증인의 출석을 유도하기 위하여 과태료 처분을 예고하고 그 부과는 유보하는 방식을 취하기도 한다.

132) 민사소송규칙 제82조는 재판에서는 참여사무관 등이 기일 1주일 전에 증인의 출석여부를 확인하도록 하고 있다.

133) 서면증언은 화상증인심문제도가 도입되면서 그 활용도가 낮아지고 있다.

심판장은 필요하다고 인정한 때에는 증인에게 문자를 손수 쓰게 하거나 그 밖의 필요한 행위를 하게 할 수 있다(민소§330)[135].

증인은 ① 증인자신 또는 증인과 밀접한 관계를 가진 근친자가 증언의 결과로 처벌 또는 치욕이 될 염려가 있는 경우(민소§314) ② 직무상 비밀에 관한 사항이나 기술 또는 직업의 비밀에 속하는 사항에 대하여 신문을 받을 경우에는 증언거부권을 갖는다(민소§315).

증인이 출석하여 진술을 거부하거나 선서한 증인이 거짓 진술을 한 때 특허청장은 50만원 이하의 과태료를 부과·징수한다. 증인이 진술을 거부한 때에는 그 이유를 소명하도록 한다(민소§316, 318). 진술거부에 정당한 사유가 없다고 인정된다면 그 증인에게 심판비용을 부담하게 할 수 있다.

### 다. 선서의무

선서는 심판장이 증인신문을 개시하기 전에 증인이 하도록 하는 것인데, 양심에 따라 진실을 진술할 것을 선서하는 의무이다. 이에 앞서 심판장은 증인에게 선서의 취지, 위증의 벌에 대해 경고하여야 한다(민소§320)[136]. 특별한 사유가 있다면 신문 뒤에 선서시킬 수도 있다. 증언거부권이 있는 자가 증언을 하는 경우에는 선서를 면제할 수 있다(민소§323조). 증인은 일어서서 선서서를 낭독하고 기명날인 또는 서명으로써 선서를 하게 된다. 복수의 증인이라면 1인이 대표로 낭독하게 할 수 있다. 선서서에는 "양심에 따라 숨기거나 보태지 아니하고 사실 그대로 말하며, 만일 거짓말을 하면 위증의 벌을 받기로 맹세합니다."라고 적어야 한다(민소§321). 선서를 시키지 않고 증인신문을 하는 때에는 그 사유를 조서에 적어야 한다(민소§325). 이외 선서의 방식은 민사소송법 제321조에 규정된 방식에 따른다. 선서를 거부하는 자에게는 그 이유를 소명하게 하고(민소§316,§318) 정당한 사유가 되지 못한다고 인정되면 심판비용을 부담하게 할 수 있다.

134) 민사소송법 제331조 (증인의 진술원칙) 증인은 서류에 의하여 진술하지 못한다. 다만, 재판장이 허가하면 그러하지 아니하다.

135) 민사소송법 제330조 (증인의 행위의무) 재판장은 필요하다고 인정한 때에는 증인에게 문자를 손수 쓰게 하거나 그 밖의 필요한 행위를 하게 할 수 있다.

136) 민사소송법 제320조 (위증에 대한 벌의 경고) 재판장은 선서에 앞서 증인에게 선서의 취지를 밝히고, 위증의 벌에 대하여 경고하여야 한다.

## 4 증인신문의 진행

증인신문은 증인신청 → 증인채택(신문결정) → 증인비용 예납(대동증인의 경우 불필요) → 신문기일 지정 → 증인신문사항 제출 → 상대방 당사자에게 신문사항 송달 → 신문기일에 신문 실시의 순서로 진행된다.

### 가. 증인신문의 신청

증인신문을 신청하는 당사자는 심판사건 신청서(특허법 시행규칙 별지 제33호서식)를 제출하여 증인신청을 하여야 한다. 신청서에는 증인신문이 필요한 이유(증인의 인적사항 포함) 및 증인신문사항을 기재한 서류를 첨부하도록 한다(특시칙§65의2①, 디시칙§79①, 상시칙§79①). 증인신청 시에 신청 증인 및 증인을 통한 증명의 취지가 무엇인지를 밝히고 구체적인 질문형식의 신문사항을 추후 별도 제출하게 할 수 있다.

증인신문사항을 기재한 서면은 증인신문기일 10일 전까지 제출하여야 하며, 심판사건 신청서에 증인신문사항을 첨부하지 아니한 때에는 이를 제출하도록 보정(보충)명령을 한다. 또한 제출이 되었어도 신문사항의 내용이 구체적이지 아니하고 증명의 취지가 적절하지 아니하여 불비한 경우에는 보정한 것을 제출하도록 보정(보충)명령을 한다.

위의 보정(보충)명령에 응하지 아니하였을 경우에는 합의체 판단으로서 증인신청의 채택을 유보하거나 채택한다 하더라도 그 절차를 진행하지 않고 또다시 신문사항을 보정(보충)하도록 적당한 지시를 하는 것이 바람직하다.

증인신청서 및 증인신문사항의 예는 다음과 같다.

심판사건 신청서

【신청구분】 □심판관 제척 □심판관 기피 □심판참가 □증거보전(조사)
□구술심리 ☑증인 □현장검증 □심리재개

【심판번호】

【제출인】

【성명(명칭)】

【특허고객번호】

【사건과의 관계】

【대리인】000

【성명(명칭)】

【대리인번호】

【신청의 이유】상표 사용 사실을 증명하고자 증인을 신청합니다.

증인

성명 : 000

주소 : 서울특별시 00구 00동 000-01

우편번호 : 000-000

위와 같이 특허심판원장(심판장)에게 제출합니다.

대리인 000 (서명 또는 인)

【첨부서류】 1. 증인신문사항 1통
2. 대리인에 의하여 절차를 밟는 경우 그 대리권을 증명하는 서류 1통

〈첨부서류〉

증인신문사항 〈예시〉

1. 증인의 직업은 건축업이라고 하셨는데, 구체적으로 어떤 일을 하는 것인가요?
2. 증인은 이 사건의 청구인을 잘 알고 있습니까?
3. 증인은 이 사건의 피청구인도 알고 있습니까?
4. (갑 제3호증의 물품을 제시하면서) 증인은 이 물건을 2000. 1. 2. 00회사에 납품한 적이 있습니까?
5. 증인은 00회사에서 이 물건을 인수한 사람이 누구인지 아십니까?
6. 증인외에 이 물건의 납품에 대해 알고 있는 사람이 있습니까?
7. 증인은 청구인이 납품의뢰한 제품의 도면을 갖고 있습니까?
8. 증인은 청구인이 갑 제3호증의 물품을 건축물에 설치할 경우 비밀로 유지하여야 한다는 사실에 대해 들은 적이 있습니까?
9. 증인은 일반적으로 작업할 때 갑 제3호증의 물품을 여러명과 함께 건축물에 부착하시나요?

### 나. 보정명령

증인의 인적사항이 사실과 다르거나 불분명한 경우, 증인신문을 통한 증명의 취지가 불분명하거나 쟁점과 관련성이 떨어지는 경우, 증인신문사항이 구체적이지 아니하여 그 취지가 모호한 경우에는 이를 보정(보충)할 것을 명한다.

### 다. 증인신문의 결정

증인신청이 있는 경우, 필요하다고 인정되지 않는 경우 외에는 증인신문을 하여야 한다. 증인신문은 통상 구술심리와 함께 진행되므로 심판정의 사용가능 여부를 확인하여야 한다. 관련성은 주로 증인이 증명할 사실을 알게 된 사연(경험의 관점)을 중심으로 판단하고 증명할 사실의 증거방법으로서 증인이라는 증거방법이 적합한가(적합의 관점)도 부차적으로 고려한다. 경험과 적합성을 판단할 때에 아래 예시를 참조한다.

| 구분 | 심리사항 |
|---|---|
| 증명할 사실과 증인의 관련성 | ① 증인이 증명할 사실을 알게 된 사연(경험의 관점) |
| | ▷ 문제된 약정체결에 직접 관여한 경우<br>▷ 계약 체결에 의도적으로 입회한 경우<br>▷ 단순히 계약장소에 같이 동석하거나 당사자와 함께 동반하였다가 목격<br>▷ 직접 목격하지 못하고 특정인으로부터 전문하여 알고 있는 경우<br>▷ 이러한 약정을 전제로 그와 관련된 업무를 담당하여 알게 된 경우<br>▷ 약정 이후에 누군가로부터 들은 적이 있는 경우<br>▷ 신청당사자로부터 들어서 알고 있는 경우(특히, 소송이후에) |
| | ② 증명할 사실의 증거방법으로서의 증인조사의 적합성 여부 |
| | ▷ 증명할 사실이 구체적 수치, 금액의 문제라서 증인의 기억만으로 정확한 수치 등을 증언할 수 있는지(송금관계, 금전지급사실 등의 입증 목적)<br>▷ 관련서류의 제출로 대체할 수 있는지, 이에 추가하여 해당 증인이 이를 기초로 증언하여 입증할 수 있는지, 이것이 불필요한지<br>▷ 토지시가에 관하여 부동산중개인을 증인으로 신청하거나, 평소 아는 공사업자로 하여금 하자보수에 대한 견적을 산출하게 하고 증인으로 신청<br>▷ 증인의 시각적 목격사항이나 청각적 경험사항이 증명할 사실인데, 시각장애인이나 청각장애인이 증인으로 신청된 경우 |

| | |
|---|---|
| | ▷ 증인이 자신의 적법한 증언거부권을 행사할 것임을 미리 밝힌 경우(단, 증언거부권 행사가 예상된다는 사정만으로 관련성을 부정할 수 없음, 증언거부권 행사의 사를 밝혔다가 이를 번복할 때에도 마찬가지임) |

증인의 신용성이나 증언의 신빙성처럼, 예상되는 증거가치의 경중은 증거조사 필요성에서 원칙적으로 고려하지 않는다. 다만, 상대방이 이의를 제기하는 경우에는 절차운영 적정성에서 현저한 절차지연 등의 사유가 있으면 증거조사의 필요성 정도와 비교형량하여야 하는데, 그 때에는 일반적인 증거가치의 대소가 증거채부의 판단에 영향을 미칠 수 있다. 증인의 일반적 증거가치 평가에 고려할 사항을 예시하면 다음과 같다.

| 평가요소 예시 |
|---|
| ▷ 당사자와 증인이 친족관계(배우자, 자녀 등 가까운 친척), 친분관계(학연, 지연 등), 업무관계(종업원, 동료, 상사, 현재 퇴사 여부)등 우호적 관계에 놓여 있는지<br>▷ 증인이 당사자와 특별한 관계에 있지는 않지만, 해당 사건의 결과에 관하여 증인이 밀접한 이해관계를 갖고 있는지<br>▷ 증인이 신청인에게 유리한 증언을 해줄 만한 다른 특별한 사정이 있는지<br>▷ 증명할 사실을 경험·지득·전문 등으로 알게 된 이후로 오랜 기간 경과하였는지 |
| ▷ 증인이 상대방과 적대적 관계가 있는지 ⇒ 이 사건으로 인하여 피해를 입었는지<br>▷ 증인이 양쪽 당사자 모두에게 어느 쪽에 유리한 증언을 하여도 난처한 입장에 처할 수 있는지<br>▷ 증인이 중립적 증인에 해당한다고 볼 만한 사유가 있는지<br>▷ 관련 사건으로 인하여 정확한 증언을 하기 곤란한 상황인지 |
| ▷ 우호적 증인일 경우에는 다른 중립적 증인의 존재 여부, 증인신문 이외의 증거방법의 모색 등 대체가능성이 있는지, 준당사자로서의 지위를 가진다고 판단될 때 당사자본인 신문으로 대체할 수 있는지<br>▷ 대체적 증거가 있다고 하더라도 해당 증인을 신문하는 것에 불가피한 사정이 없는지 확인 |

### 라. 기일 및 증인출석요구서 통지

증인신문을 하기로 결정하면, 증인출석요구서를 작성하여 증인에게 발송한다. 증인출석요구서에 기재할 내용은 당사자 표시, 일시 및 장소, 신문사항요지 등이다. 기일이 변경, 취소되는 경우 이를 통지한다. 출석요구서에 당사자 표시를 포함하는 것

은 증인이 그 사건의 당사자를 보고서 증언거부 또는 선서거부할 것인지 검토하도록 하기 위함이다. 신문사항의 요지는 증인을 신청한 당사자가 제출한 증인신문사항에 의하여 파악되는 핵심내용을 기재하면 되는데, 통상 실무적으로 당사자가 제출한 증인신문사항을 그대로 첨부할 수 있다. 증인에게 신문사항의 요지를 제공하는 이유 역시 증인이 미리 증언이나 선서 거부를 할 것인지를 검토하도록 하기 위함이고, 증언할 내용이 무엇인지를 미리 알려두어 충실한 증언을 하도록 하기 위함이기도 하다. 증인출석요구서는 증인이 출석할 날보다 2일 전에 송달되어야 한다. 다만, 부득이한 사정이 있는 경우에는 그러하지 아니하다(심판사무취급규정§52, 민소칙§83).

증인신문은 구술심리와 함께 진행하는 것이 일반적이므로 증인신문기일은 구술심리기일과 같다. 기일이 정해지면 구술심리기일지정통지서(구술심리를 하지 않을 때에는 증거조사기일통지)에 증인신문에 대한 내용을 기재하여 양 당사자에게 송달한다.

상기의 서류가 송달불능한 경우에는 다음과 같이 조치한다.

구술심리기일지정통지서가 송달불능할 때는 공시송달한다. 증인출석요구서가 송달불능한 경우는 그 서류를 기록에 편철한다. 상기의 서류가 송달되면 이를 기록에 편철하고 곧 심판장(주심)에게 회부한다.

구술심리기일지정통지서

심 판 번 호

사건의 표시

청 구 인 성명

대 리 인

피 청 구 인 성명

대 리 인

위 심판사건에 관하여 특허법 제154조 제4항의 규정에 의하여 구술심리기일 및 장소를 다음과 같이 지정하였으니 출석하시기 바라며, 구술심리진술요지를 기재한 서면 1통을 . . . 까지 제출하시기 바랍니다.

일 시 :

장 소 : 특허심판원 심판정 1(정부대전청사 2동 15층 1501호)

심 판 장 000

특 허 심 판 원
제 부
증 인 출 석 요 구 서

심 판 번 호 (연도) 당 (호)

사건의 표시

증 인 성 명

청 구 인

대 리 인

피 청 구 인

대 리 인

신문사항요지 별지와 같음

1. 위 심판사건에 관하여 귀하를 증인으로 신문하고자 하오니 2000. . . :에 특허심판원 심판정1(정부대전청사 2동 1501호실)에 출석하시기 바랍니다.

(관계법령 : 특허법 제157조제2항, 실용신안법 제33조, 디자인보호법 제145조제2항, 상표법 제144조제2항)

2. 출석할 수 없는 경우에는 그 이유를 명시하여 신고하시기 바랍니다. 신고하지 아니하거나, 정당한 이유 없이 출석요구에 응하지 아니하는 때에는 과태료를 부과하게 됩니다.

(관계법령 : 특허법 제232조, 실용신안법 제52조, 디자인보호법 제229조, 상표법 제237조)

20 . . .

심 판 장 ㊞

주의 : 출석할 때에는 증인 여비등이 지급되니 주민등록증과 인장을 가져오시기 바랍니다.

### 마. 심판비용예납요구서 발송

증인의 교통비 등을 증인신청한 당사자가 부담하도록 하기 위하여 심판비용예납요구를 한다. 심판정책과의 방식심사 담당자에게 "심판비용예납요구서"를 작성하여 발송하도록 한다.

특 허 심 판 원
제 부
심 판 비 용 예 납 요 구 서

심 판 번 호 2011당0000

사건의 표시

청 구 인

피 청 구 인

위 심판사건에 관하여 신청한 증인 ○○○의 신문(현장검증 등)비용 등 예납금명세에 따른 예납금 원을 20 . . .까지 지정된 예납인의 이름으로 아래의 은행계좌에 입금하시기 바랍니다. 이 지정기간의 연장은 승인하지 아니합니다.

- 은행 : 농협 계좌번호 : 676-01-011430

예금주 : 특허청 특허심판원예납금

예납금명세

20 . . .

심 판 장 ㊞

증인신문에 필요한 심판비용은 심판사건 신청서의 기재에 의거 민사소송비용법에 의한 증인의 여비, 일당, 숙박료 등으로 계산한다(특§165⑥, 실§33, 디§153⑥, 상§152⑥). 다만, 증인신청하는 당사자가 증인을 대동하면서 비용지급이 불필요하다는 의견을 제시한 경우에는 비용예납요구가 필요하지 아니하다. 이러한 경우라면 통상 심판사건 신청서(증인신청서)에 증인의 여비 등 청구권포기서를 첨부한 경우에는 예납통지 절차를 생략한다(심판사무취급규정§17①).

거절결정에 대한 심판에 있어서도 증거조사비용의 예납을 명할 수 있다(특§165, 실§33, 디§153, 상§152).

심판정책과장이 지명한 회계담당공무원은 예납금의 납부 및 지급 내역을 심판비용 예납금처리부에 기재한다. 예납금을 지급할 때에는 심판장의 결재 및 영수인의 날인을 받은 후 이를 지급한다(심판사무취급규정§17, §18).

【 심판비용예납금 처리부 】

| 심판 번호 | 종류 | 납부 일자 | 납부자 | 종목 | 예납 금액 | 지출내역 | | | | | 잔액 | 잔액처리내역 | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | | | | | | 일자 | 적요 | 금액 | 심판장 | 영수인 | | 환급 통지 일자 | 환급 일자 | 환급 금액 | 심판장 | 영수인 | 국고 귀속 일자 |
| | | | | | | | | | | | | | | | | | |

심판비용예납요구서가 발송된 후 증인이 출석하지 않거나 증인신문이 취소된 경우에는 그 취지를 예납금 처리부에 기재한 후 신청인에 대하여 통지하고, 예납금을 반환한다. 다만, 그 통지가 늦어서 기일에 증인이 출석한 경우에는 증인에게 비용을 지급한다.

### 바. 신문사항과 증인진술서의 제출 및 교부

#### 1) 증인신문사항의 제출 및 교부

심판장은 증인신문을 신청한 당사자가 제출한 심판사건 신청서(증인신문사항 첨부)의 부본을 증인신문기일 전에 상대방 당사자에게 송달하여야 한다(심판사무취급규정§51②). 증인신문사항을 상대방에게 교부하는 것은 증인신문기일 전에만 하면 족하나, 반대신문의 준비를 충분히 할 수 있도록 증인신문사항이 제출된 직후에 교부하는 것이 바람직하다. 그 방법으로 상대방에게 기일통지서 등 다른 서류를 송달할 기회가 있을 때 이를 동봉하여 송달할 수 있다.

증인신청 당사자가 심판정 내에서 증인을 대상으로 주신문을 하는 때 그 주신문의 범위는 이미 제출한 증인신문사항의 범위 내에서만 할 수 있다. 만일 증인신문의 기일 직전에 변경된 신문사항을 제출하거나 추가신문 사항을 제출할 경우에는 종전 신문사항의 범위를 크게 벗어나지 아니하면 신문을 허용할 수 있지만, 증인과 상대방 당사자의 상대방의 반대신문권을 침해할 우려가 있으므로 상대방 당사자의 의견을

물어 신문여부를 결정하여야 한다. 상대방 당사자의 동의를 얻어 당초 증인신문사항에 비해 새로운 사항이나 변경된 사항에 대한 신문을 제외하고 실문절차를 진행할 수도 있다.

위의 보정(보충)명령에 응하지 아니하였을 경우에는 합의체 판단으로서 증거조사 신청의 채택을 유보하거나 채택한다 하더라도 그 절차를 진행하지 않고 또다시 적당한 지시를 하는 것이 바람직하다.

### 2) 반대신문사항의 제출

증인신문사항을 받은 상대방 당사자는 증인신문기일에 출석할 때 반대신문사항을 미리 작성하고 부본을 준비하여 심판정에서 반대신문을 하기 전에 심판합의체에 제출한다. 증인신문기일에는 반대신문사항에 따라 증인신문을 한다.

※ 반대신문사항은 그 작성이나 제출의 의무가 법규에 정해져 있지는 않다. 그러나 민사소송 실무에서는 통상 여러 통을 작성하여 그 중 2통은 법원에 제출하고, 1통은 방청석에서 방청하고 있는 당사자에게 교부하기도 하며, 나머지는 신문을 하는 변호사가 사용한다. 법원에 반대신문사항을 제출하지 않고도 반대신문을 할 수는 있으나, 법원사무관 등이 이를 모두 기재한다는 것은 기대할 수 없고, 반대신문에 의하여 나온 증언을 증인신문조서에 옮겨 적는 과정에서도 누락되거나 잘못 기재될 가능성이 많으므로 반대신문사항은 반드시 작성·제출되어야 한다[137].

### 3) 증인진술서의 제출 및 교부

증인을 신청한 당사자에게 기간을 정하여 증인진술서를 제출하게 할 수 있는데, 이는 종래 교호(交互) 신문방식에 따른 증인신문의 형식적·비효율적인 운영을 개선하기 위하여 마련된 것이다. 심판관은 효율적인 증인신문을 위하여 필요하다고 인정하는 때, 심판정에서는 쟁점사항에 한정하여 주신문을 하고 나머지 입증사항에 관하여는 위 증인진술서가 사실대로 작성되었다는 취지의 증언을 하게 함으로써 주신문에 갈음하여 시간을 절약하고, 주신문 내용뿐 아니라 증인진술서의 기재 내용에 대하여 곧바로 반대신문을 하도록 하는 방식을 취할 수 있다.

증인진술서에는 증언할 내용을 그 시간 순서에 따라 적고, 증인이 서명날인하도록 하여야 한다. 심판장은 증인진술서가 제출된 경우에는 증인신문기일 전에 상대방에게 그 부본을 송달하여야 한다.

137) 증인신문기술, 사법연수원(2009년), 80쪽

※ 증인진술서의 제출을 명함이 상당하지 아니한 사건, 예를 들면 ① 증인이 적대적 증인이거나 자기의 지배영역 안에 있지 않은 중립적 증인인 경우, ② 증인이 글을 읽거나 쓸 수 없는 경우, ③ 사건이나 증인의 특성상 증언내용을 미리 밝히는 것이 사건의 공정한 해결을 위하여 상당하지 아니한 경우 등에는 증인신문사항을 제출하도록 한다[138].

증인진술서는 다음의 요령에 따라 작성한다.

① 증인진술서에는 먼저 증언할 사건의 표시(사건번호, 사건명)와 증인의 인적사항(이름, 주소, 전화번호) 및 당사자와의 관계를 적은 다음, 증인이 증언할 내용을 사건이 진행된 시간 순서에 따라 간결하게 적어야 한다.

② 특히, 증언할 내용이 증인 자신이 직접 경험한 것인지 여부를 기재하여야 하고, 만일 자신이 직접 경험하지 않은 사실을 적는 때에는 그 사실을 알게 된 경위(예컨대, "언제 어디서 ○○○로부터 들었다")를 분명하게 밝혀야 한다.

③ 증인진술서에는 개인적인 의견이나 법률적 견해를 적어서는 안된다.

④ 증인진술서의 말미에는 "이상의 내용은 모두 진실임을 서약하며, 이 진술서에 적은 사항의 신문을 위하여 특허심판원이 출석요구를 하는 때에는 심판정에 출석하여 증언할 것을 약속합니다"라는 문구와 증인진술서를 작성한 날짜를 적고, 작성한 사람이 서명날인하여야 한다.

증 인 진 술 서 (작성례)

심판번호 2011당0000 특허 000호 무효

청구인 ○○○

피청구인 ○○○

증인의 인적사항

이름 : ○○○

생년월일 : 0000년 00월 00일

138) 법원실무제요 민사소송(Ⅲ), 법원행정처, 2005, 54쪽

주소 : 서울 00구 00동 000

전화번호 : 02-000-0000(휴대폰 010-000-0000)

1. 진술인 000는 1988년경 00시 00구에 00동에 거주할 때부터 00교회에서 친분을 가진 후 친하게 지내왔으며, 피청구인 000씨가 대표로 운영하던 (주)00회사의 총무이사로 재직한 바도 있었습니다.
2. 피청구인 000씨는 1999년 1월경부터 케일, 치커리, 과일 등을 이용하여 식물성 효소를 연구 생산하여 섬마을 주민들에게 무료로 제공하였으며 2003년 야생 약쑥을 발효숙성시켜서 주민들에게 나누어 준 바 000씨의 모친 000씨의 오랜 지병이 호전되는 효과를 보게 되었습니다.
3. 이를 계기로 피청구인은 투자자를 영입하기 위하여 많은 사람들을 사무실로 불러들여 의논을 하였으며 그 과정에서 진술인은 청구인 000씨를 소개받기도 하였습니다. 피청구인은 청구인과 이익을 50:50으로 나누어 가질 것을 약속하고 (주)00회사를 설립하고 00군청에 설명회를 개최하고 제품의 효능분석 및 특허출원을 시작하였습니다.
4. 이상의 내용은 모두 진실임을 서약하며, 이 진술서에 적은 사항의 신문을 위하여 특허심판원이 출석요구를 하는 때에는 심판정에 출석하여 증언할 것을 약속합니다.

20 . . .

진술인 (날인 또는 서명)

증인절차의 지연, 증인불출석, 구인·과태료 부과 등 증인신문의 장애가 발생하게 된 사유별로 재판장이 취하게 되는 적절한 조치에 대한 예시는 다음과 같다.

| 구분 | 재판장이 취할 절차 |
|---|---|
| 증인절차의 부당한 지연 | ▶ 증인을 신청하고도 증인 출석을 위한 절차(대동하거나, 주소를 특정하고 여비를 납부하는 등)를 밟지 않을 경우에는 일정기간까지 그 이행을 명하고 합리적 사유 없이 이를 어긴 경우에는 증거결정을 취소할 수 있다. |
| 연락·통지 수단의 강구 | ▶ 신청 당시 증인의 연락처를 잘 모르는 경우로서, 그 소재를 파악하기 위하여 상당한 시간이 소요되고 이에 따라 소송지연이 예상되는 경우에는 절차운영의 적정성 관점에서 증거조사 필요성(특히, 쟁점판단 필요성)의 정도에 따라 채택 또는 불채택을 결정한다.<br>▶ 성명과 생년월일, 종전 주소지 등을 알고 있는 경우에는 주민센터(동사무소)에 대한 사실조회 등을 통하여 통지할 주소 등을 파악하고 그에 따라 기일통지를 실시한다. |

| | |
|---|---|
| | ▶ 증인 채택 당시 송달가능성, 출석가능성이 확보되지 않았을 경우에는 증거조사 필요성이 큰 증인이 아닌 한, 다음 기일에 증인신문할 수 없으면 철회·취소하는 조건으로 증거협의를 하고 이를 조서에 기재한 다음 채택하는 실무운영도 고려해 봄직하다. |
| 불출석에 대한 대처 | ▶ 증인이 출석하지 않는 경우(대동증인, 소환증인 모두 포함)에는 신청인에게 증인 유지 여부를 묻고 증인신문기일을 추가로 정한다. 다만, 추가 지정횟수는 1회를 원칙으로 하되, 다음의 사정이 있는 경우에는 증인채택을 취소할 수 있다.<br>① 증인이 증명할 사실에 대해 알지 못한다거나 관련성이 없다는 뜻을 서면 등으로 재판부에 알려 오고 이를 수긍할 수 있는 경우<br>② 증인채택 이후 대체증거가 제출되어 증거조사 필요성은 약화되고, 반대로 증거절차의 지연이나 증거조사의 곤란 등의 사유가 드러나 절차운영의 적정성 측면에서 불채택이 고려될 수 있는 경우<br>▶ 추가 지정된 기일에도 증인이 출석하지 않은 경우에는, 위 ① 또는 ②의 사정이 없더라도, 해당 불출석 기일을 기준으로 증거조사 필요성과 절차운영 적정성(절차지연 사유 등 고려)을 재심사하여, 추가 증인신문기일을 정하거나 당초의 증인채택을 취소할 수 있다.<br>◦ 가령, 추가 지정된 기일에 이르기까지 증인에 대한 출석통지가 되지 않은 상황에서, 상대방에게 절차지연에 따른 손해발생 우려가 크고 변론종결 단계에 이르렀으며, 신청인에게 귀책사유가 인정되는 경우라면 증거취소를 고려할 수 있다. 만일 그렇지 않으면 추가 증인신문기일을 지정한다.<br>▶ 증인이 출석하지 않은 경우(최초 지정기일, 추가지정기일 모두 포함) 신문사항의 내용, 출석하는 경우 소요될 시간과 경비, 증거조사 필요성의 정도 등을 감안하여 당사자에게 증인진술서 제출을 권유할 수 있다(법 제310조).<br>◦ 위와 같은 사유를 감안하여 증인소환 전에 증인진술서의 우선 제출을 권유할 수도 있다.<br>◦ 다만, 상대방의 이의가 있거나 반대신문의 필요가 있다면 출석·증언하도록 한다. |
| 구인·<br>과태료 등 | ▶ 증인이 정당한 사유 없이 불출석하는 경우에는 구인과 과태료 중 하나 이상의 강제조치를 취한다(실무상 실효성이 더 큰 과태료를 부과하는 경우가 더 많다).<br>▶ 증거조사의 필요성이 인정되어 채택된 증인이 정당한 사유 없이 불출석하는 경우에는 과태료 등의 강제조치를 검토한다.<br>◦ 소환증인에 대한 강제조치는 앞서 본 『불출석에 대한 대처』항목의 신문기일 '추가 지정횟수 1회 원칙'과 무관하게 검토한다.<br>◦ 다만, 아래 사유를 고려하여 증거조사 필요성과 절차운영 적정성의 관점에서 증인불채택 사유가 있는 경우에는 당초의 증인채택을 취소할 수 있는데, 이러한 경우에는 과태료 등의 강제조치를 취하지 아니한다. |

<table>
<tr><td></td><td>① 증인이 증명할 사실에 대해 알지 못한다거나 관련성이 없다는 뜻을 서면 등으로 재판부에 알려 오고 이를 수긍할 수 있는 경우<br>② 증인채택 이후 대체증거가 제출되어 증거조사 필요성은 약화되고, 반대로 증거절차의 지연이나 증거조사의 곤란 등의 사유가 드러나 절차 운영의 적정성 측면에서 불채택이 고려될 수 있는 경우<br>◦ 불출석 기일을 기준으로 볼 때 여전히 증인채택을 유지할 필요성이 크더라도 증인에게 적법한 송달이 이루어지지 않았거나 불출석에 관한 정당한 사유가 있는 경우에는 과태료부과 등의 조치를 취할수 없다.<br>- ‘정당한 사유’ : 법정에 출석하기 어려운 정도의 병환이나 교통기관의 고장(○), 폭설 등의 천재지변(○), 긴요한 출장(○), 관혼상제(○), 출석요구서 기재사항의 불비(○), 출석에 지장이 없는 병환(×), 자기업무의 과다(바쁘다, ×), 증언거부권 보유(×, 그러나 미리 관련자료 제출한 경우는 제외).<br>▶ 과태료는 민사소송법 제311조 제1항에 따라 500만 원 이하의 금액으로 부과하되, 증인의 증거조사 필요성의 정도, 불출석 사유, 경제적 사정 등을 종합적으로 고려하여 부과금액을 정한다.<br>◦ 예를 들어 아래 표의 왼편에 해당하는 증인은 오른편에 해당하는 증인보다 고액의 과태료 부과대상이 될 수 있다.<br>·증거조사 필요성이 매우 높은 요증사실을 직접 경험한 증인으로서 사실상 당사자이거나 그에 준하는 사람임이도 단순히 귀찮다는 이유 등으로 불출석하는 경우 〉 ·쟁점관련 사항을 경험한 제3자적 증인임에도 특별한 이유 없이 불출석하는 경우 〉 ·단순 목격자·가담자, 하급실무자 등의 관련증인</td></tr>
<tr><td>부정기한 장애 또는 사실상 조사곤란</td><td>▶ 법원과 증거신청인이 연락·통지를 위한 제반조치를 강구하였는지(특히, 강제조치를 발동하기에 부적절하거나 이미 발동하였으나 실효를 거두지 못한 사정도 고려한다), 증인불출석을 수긍할 만한 합당한 사유가 있는지, 해당 증인의 증거조사 필요성(요증사실 관련성과 쟁점 판단 필요성)이 높은지 등을 종합적으로 평가하여 판단한다.</td></tr>
<tr><td>입증기회 부여의 관점</td><td>▶ 한편, 증거조사 필요성은 낮지만 당사자의 증인신청을 기각하는 것이 가혹하다고 판단되어 채택한 경우에는 일정기한까지 말미를 주고 그 때까지 증인출석이 곤란할 경우 그 이후에 취소할 것임을 고지하고 그에 따라 절차진행</td></tr>
</table>

### 사. 증인신문의 실시

증인신문일에는 당사자가 신청한 증인을 먼저 신문하고(주신문), 다음에 다른 당사자가 그 증인을 신문할 수 있다(반대신문). 주신문과 반대신문 이후에 증인을 신청한 당사자는 재주신문을 할 수 있다(민소칙§89). 다른 당사자가 신청한 증인이 있을 때에도 같은 방식으로 한다. 이른바 교호신문 방식으로 한다. 재주신문 이후 추가적인 신문은 심판장의 허가를 얻은 때에만 할 수 있다. 증인신문에서 심판장의 보충신문이 필요하지만 당사자의 주신문과 반대신문이 핵심이다. 다만 합의체는 당사자들의 신문 과정을 통해 증언의 신빙성을 검증하고 쟁점 판단에 도움되는 증언이 이루어지도록 절차를 진행한다.

증인신문은 다음과 같은 방식에 따라 실시한다.

#### 1) 증인의 출석 및 인적사항 확인(주신문 전 절차)

심판장은 주신문에 앞서 직원으로 하여금 당사자, 대리인 및 증인의 출석 여부와 그 인적사항을 확인하게 한다. 구술심리절차에서 증인신문을 하는 경우에는 증인에 대해서만 주신문 전에 출석과 인적사항을 확인한다. 심판장은 증인으로부터 주민등록증 등 신분증을 제시받거나 그 밖의 적당한 방법으로 증인임이 틀림없음을 확인하여야 한다(민소칙§88). 심판장은 출석한 증인이 지참한 증인출석요구서를 원본과 대조한 후 증인의 성명, 연령, 직업 및 주소를 신문한다. 출석한 증인이 증인출석요구서를 지참하지 않았더라도 적당한 방법으로 증인의 동일성을 확인할 수 있으면 된다.

증인의 인적사항 등이 증인신청서에 기재된 것과 상이하다면 즉시 증인 혹은 당사자에 대하여 석명을 구한다(특히 증인신청서의 주소와 신분증의 주소가 상이한 경우가 많이 있으므로 주의가 요망된다). 석명의 결과, 증인의 동일성이 인정된 때에는 당사자에 대하여 증인신청서의 보정을 명하거나 직원에게 석명의 내용을 조서에 기재하도록 지시를 하는 등, 필요한 조치를 한 후 증인신문을 진행한다.

만일 증인의 동일성 확인절차가 누락되어도 당사자가 지체없이 이의하지 아니하였고 그 증인의 동일성이 인정된다면 증언의 효력에는 영향이 없다고 본다.

#### 2) 선서서의 낭독

심판장은 증인이 선서하기 전에 선서의 취지를 설명하고 또한 위증의 벌을 고지하고(특§227①, 실§47, 디§221①, 상§232), 증언거부권(민소§314, §315)[139]을 설명한다. 이후 증인을 기립시켜 『양심에 따라 숨기거나 보태지 아니하고 사실 그대로 말

하며, 만일 거짓말을 하면 위증의 벌을 받기로 맹세합니다』라고 기재된 선서서를 증인에게 낭독하게 한 후 기명날인 또는 서명하게 한다(민소§321).

증인이 다수일 때에는 심판장은 개별적으로 선서를 진행할 수 있으나, 대신 그 전원을 심판대 앞에 나란히 서게 하고 증인 중 1명을 지정하여 선서서를 대표로 낭독시키고 모두 서명하도록 하는 것도 무방하다.

선 서 서

심판번호 : 2011당0000

사건표시 : 특허 제000000호 무효

양심에 따라 숨기거나 보태지 아니하고 사실 그대로 말하며, 만일 거짓말을 하면 위증의 벌을 받기로 맹세합니다.

20 년 월 일

증 인

성 명 : (인)

주 소 : 경기도 수원시 장안구 000

직 업 :

139) 민사소송법 제314조(증언거부권) 증인은 그 증언이 자기나 다음 각호 가운데 어느 하나에 해당하는 사람이 공소제기되거나 유죄판결을 받을 염려가 있는 사항 또는 자기나 그들에게 치욕이 될 사항에 관한 것인 때에는 이를 거부할 수 있다.

1. 증인의 친족 또는 이러한 관계에 있었던 사람
2. 증인의 후견인 또는 증인의 후견을 받는 사람

민사소송법 제315조(증언거부권) ①증인은 다음 각호 가운데 어느 하나에 해당하면 증언을 거부할 수 있다.

1. 변호사·변리사·공증인·공인회계사·세무사·의료인·약사, 그 밖에 법령에 따라 비밀을 지킬 의무가 있는 직책 또는 종교의 직책에 있거나 이러한 직책에 있었던 사람이 직무상 비밀에 속하는 사항에 대하여 신문을 받을 때
2. 기술 또는 직업의 비밀에 속하는 사항에 대하여 신문을 받을 때

②증인이 비밀을 지킬 의무가 면제된 경우에는 제1항의 규정을 적용하지 아니한다.

민사소송법 제316조(거부이유의 소명) 증언을 거부하는 이유는 소명하여야 한다.

민사소송법 제317조(증언거부에 대한 재판) ①수소법원은 당사자를 심문하여 증언거부가 옳은 지를 재판한다.

②당사자 또는 증인은 제1항의 재판에 대하여 즉시항고를 할 수 있다.

민사소송법 제318조(증언거부에 대한 제재) 증언의 거부에 정당한 이유가 없다고 한 재판이 확정된 뒤에 증인이 증언을 거부한 때에는 제311조제1항, 제8항 및 제9항의 규정을 준용한다.

### 3) 주신문

주신문은 증인신문신청을 한 당사자에 의한 신문(직접신문)을 말한다.

심판장은 주신문 전에 증인에게 사건과의 관계와 쟁점을 포함하여 사건을 알게 된 경위, 당사자와의 관련성, 증인으로서의 전문성 등에 관해 질의하고 개략적으로 진술하게 할 수 있다. 이는 증인이 쟁점을 명확히 이해하게 하고 기억을 환기하게 하기 위함이다.

주신문은 증인신청을 한 당사자가 자신에게 입증책임이 있는 사항 및 이에 관련된 사항에 대하여 신문하는 것이 원칙이다. 주신문의 범위는 증인신청 시 제출한 신문사항의 범위 내에서 증명할 사항과 관련된 간접적인 사항 및 증인의 증명력을 보강하기 위해 필요한 사항도 포함하는 것이 통상이다.[140]

주신문에서는 원칙적으로 유도신문을 해서는 아니 된다.[141] 유도신문은 신문자가 희망하는 진술을 명시하거나 암시하는 것을 말하며, 특별히 어떤 대답을 하게끔 신문하는 것을 말한다. 유도신문은 증인신청을 한 당사자와 증인의 관계에 따라 허위증언으로 유도될 가능성이 높아 증언의 신뢰성을 떨어뜨릴 우려가 있기 때문이다.

유도신문이 필요한 특별한 사정이 있는 경우가 아니라면 심판장은 적절히 개입하여 유도신문을 금지하거나 제한하여야 한다. 증인으로부터 대략적인 상황에 대한 기억에서 세부적인 상황을 떠올리게 하여 이를 확인할 필요가 있는 경우라면 유도신문의 필요성이 인정될 수 있다.

신문에서 증언하지도 않은 것을 마치 사실인 것처럼 가정하여 증인이 그에 동의하도록 하는 질문으로 신문하거나(오도신문), 입증된 사실에서 도출되는 추론이나 해석을 제시하면서 증인의 동의를 구하는 방식의 주장적 질문도 금지된다.

주신문을 할 당사자(증인신문을 신청한 당사자)가 신문기일에 출석하지 아니한 경우에는 심판장이 그 당사자에 갈음하여 신문을 할 수 있다.

증인신문을 함에 있어서 다음 사항을 참고한다.[142]

먼저 증인을 안정시킨다. 곧바로 주신문에 들어가기 보다는 심판장이 주신문 전에

140) 법원실무제요, 민소소송(III), 법원행정처(2017), 1371.

141) 민사소송규칙 제91조 제2항은 주신문에서 유도신문이 예외적으로 허용되는 경우를 규정하고 있다.

142) 사법연수원, 증인신문기술(2017), 45-51, 주석 민사소송법(V) 제8판, 한국사법행정학회(2018), 327-328(심담).

심리적 안정을 유도하는 분위기로 대화를 나누고, 증인에게 사건과의 관계와 쟁점 등에 대해 대략적 진술을 하도록 대화하는 것이 신문에 임하는 증인의 긴장완화에 도움되기도 한다.

신문은 일문일답식으로 하고, 반드시 증인이 답변한 후에 다음 질문으로 넘어간다. 일문일답이지만 증인이 답변하기 쉽도록 질문을 나누거나 보충 또는 보강 질문을 통해 답변하게 할 수 있다.

증인에게 얻을 가능성이 없는 증언을 구하여서는 안된다. 당사자의 교호신문 과정을 통해 증언의 신빙성과 증언을 통해 입증 가능한 사항이 무엇인지를 판단한다. 증인의 답변이 증명할 사항에 미치지 못하거나 증인의 증명력이 의심되는 경우 더 이상 신문절차를 진행하지 아니한다.

증인의 성향이나 성격을 고려할 필요가 있다. 신문자는 증인의 답변방식을 고려하여 효율적인 답변을 얻기 위한 방식으로 질문한다.

증인의 잘못 답변하고 있는 경우 질문의 각도를 바꾸어 다시 질문하여 답변을 바로잡도록 한다.

#### 4) 반대신문

반대신문은 증인신청을 한 당사자가 아닌 상대방 당사자에 의한 신문을 말하고, 주신문 다음에 하는 것이다.

신문자는 주신문을 통해 자신에게 유리한 내용 위주로 신문을 한다. 따라서 반대신문에서는 상대방 당사자는 주신문에서 나타난 사항, 이에 관련된 사항 및 증언의 신빙성에 관한 사항에 대하여 신문하고 이를 탄핵하는 것이 목적이다. 반대신문은 주신문의 증언 내용이 명백히 잘못 되었거나 명백히 잘못되지는 않았더라도 증언에 오류가 있다거나 반대신문자의 주장을 입증하는 사실을 진술하게 함으로써 그 목적을 달성한다.

반대신문의 범위는, 주신문에 나타난 사항과 이에 관련된 사항 내이다(민소규 92조 1항). 반대신문에서 주신문에 나타나지 아니한 새로운 사항에 관하여 신문하고자 하는 때에는 심판장의 허가를 받아야 한다. 이때의 새로운 사항에 대한 신문은 그 사항에 관하여는 주신문으로 간주된다. 만일 주신문 사항의 범위를 벗어나 반대신문 하였어도 상대방의 이의 및 심판장의 제지가 없었다면 그 증언은 사실인정의 자료가 될 수 있다.

반대신문에서는 주신문과 달리 증인이 신문자와 호의적 관계가 아니므로 원칙적으로 유도신문이 허용된다(민소칙§92조②).[143] 심판장은 증인이 반대신문자와 호의적이거나 유도신문의 방법이 상당하지 않은 경우(민소칙§92③) 유도신문을 제한 할 수 있다.

증인의 증언에 대하여 반대신문할 권리가 주어지지 아니한 때 그 증언 부분은 증거력이 인정되지 않는다.

반대신문은 통상 주신문에 이어서 같은 기일에 진행한다. 만일 시간관계 상 반대신문을 이어서 할 수 없는 경우 차회 기일로 속행하여 반대신문을 진행한다.

반대신문사항은 주신문과 달리 미리 작성하여 제출할 의무가 없다. 반대신문은 주신문의 내용에 따라 달라지기 때문에 미리 그 신문사항을 정할 수 없기 때문이다. 그러나 실무상 증인신문 절차에 임할 때 주신문 사항을 검토한 후 미리 반대신문사항을 준비하기도 하고, 문서로 작성하여 제출하기도 한다. 통상 반대신문사항을 심판서류로 제출하지 않더라도 신문의 효율성을 높이고자 증인신문 기일에 심판부나 상대방 당사자에게 배부하기도 한다.

반대신문을 함에 있어서 다음 사항을 참고한다.

① 반대신문은 주신문에서의 증인의 증언에 대한 신빙성을 흔들어놓기만 해도 성공한 것이다. 따라서 증언의 신빙성을 무력화시키거나 적어도 약화시키는데 주력한다. 증인이 신청인에게 유리한 입장에서 진실된 진술을 하지 않는다는 점을 지적하거나 증인의 기억에 정확성이 떨어진다거나 사실에 대한 오해가 있다는 등을 지적하는 것으로 신문할 수 있다.

② 반대신문의 질문은 증인이 예, 아니오로 답변하도록 한다. 가급적 증인이 답변의 근거와 이유를 말하도록 묻지 아니한다.

③ 반대신문에서 증인으로부터 기대한 답변을 얻지 못한 대에서는 신속히 다음 질문으로 넘어간다.

### 5) 재주신문

증인신문신청을 한 당사자가 상대방의 반대신문에서 나타난 사항 및 이에 관련된 사항에 대하여 증인을 재신문하는 것을 말한다(민소칙§93§②).

143) 법원행정처, 민사소송규칙(2002), 181.

재주신문은 주신문의 방식을 그대로 따르되(민소칙§93③), 신문의 범위를 반대신문에서 나타난 사항 및 이에 관련된 사항으로 제한한다. 통상 주신문, 반대신문, 재주신문까지는 심판장의 개입 없이 당사자 간에 순차 진행되도록 한다.

그러나 만일 재주신문에서 그 외의 사항에 대하여 신문하려고 하면 심판장의 허가를 받도록 한다. 그 외 사항에 대한 신문을 허가한 때에는 상대방에게 그 사항에 대한 반대신문의 기회를 부여하여야 한다. 필요하다면 심판장은 재주신문 이후 재반대신문, 재재반대신문, 재재주신문 등을 허가할 수 있다.

통상 재주신문은 반대신문에서 탄핵하려고 한 증언의 신빙성을 보강하거나 주신문에서 누락된 사항을 추가로 신문하거나 반대신문에서 질문된 것에 대한 답변을 정확하게 이끌어내기 위한 목적으로 진행되고, 이를 통해 증인신문신청을 한 당사자는 자신의 주장에 대한 증명을 꾀함으로써 증인신청의 본래 목적을 달성할 수 있다.

#### 6) 보충신문

심판장은 위의 주신문, 반대신문, 재주신문을 통해 당사자 사이의 신문이 끝난 후 증인을 신문할 수 있다(민소§327②) 그 신문의 범위는 당사자들의 교호신문 과정에서 신문한 사항과 관련이 있는 사항에 한정된다. 심판장은 당사자들의 신문 범위를 벗어난 사항에 대하여서는 신문할 것이 아니므로[144], 당사자들이 주장하지 아니한 사하에 대해서는 신문할 수 없다. 당사자들이 신문한 사항 내에서 주신문과 반대신문에서의 증언이 서로 모순되거나 증언을 분명하게 할 필요가 있는 사항에 대해 보충신문하는 것은 무방하다.

심판장이 당사자들의 신문 범위를 벗어나서 증인을 신문하였더라도 당사자가 지체 없이 이의하지 아니한 이상 증거자료로 삼을 수 있다.

#### 7) 직권신문

증인신문기일에 보충신문을 하지 못하였지만 추후 보충신문의 필요가 발견된 때에는 직권으로 그 증인에 대한 신문을 결정하여 출석하게 하여 보충신문할 수 있다.

심판장은 주신문, 반대신문, 재주신문 중에 또는 그 밖에 언제든지 증인신문을 할 수 있는데, 이를 개입신문이라고 한다(민소§327③). 증인신문에서 다음 질문으로 넘어가기 위해서는 사실관계를 분명하게 해 둘 필요가 있는 경우에는 심판장이 개입하여 신문하는 것이 유리하다.

144) 전병서, 기본강의 민사소송법(제9판), 홍문사(2017), 539.

심판부의 직권에 의한 증인신문 시 미출석 당사자 또는 이해관계인에게 증인신문 결과를 송달하여야 한다(특§157⑤)

### 8) 대질신문

증인신문은 따로따로 하는 것이 원칙이지만, 심판장은 필요한 경우, 예를 들어 증언이나 진술이 상이한 경우 등에는 증인 상호간 대질 또는 증인과 당사자 간의 대질을 명할 수 있다. 당사자가 대질할 경우에는 당사자에게 선서하게 하여야 한다(민소§329[145], §367, §368[146]). 당사자 또는 증인에게 대질에 대한 요구권이 있지는 않다.

대질신문은 증인들에게 동시에 동일한 질문을 하여 대답하게 하거나, 질문에 대하여 증인들이 자유롭게 문답하게 하거나 증인들이 서로 질문·답변하게 하거나, 다른 증인의 답변에 대해 반론하게 하는 방식으로 할 수 있다. 대질신문의 내용은 조서에 기재하여야 한다(민소§154②).

### 9) 증인의 격리신문과 예외

증인은 따로따로 신문하여야 하고, 신문하지 아니한 증인은 심판정에서 나가도록 명하여야 한다. 다만, 필요하다고 인정할 때에는 신문할 증인을 심판정 안에 머무르게 할 수 있다(민소§328).

같은 기일에 여러 명의 증인을 신문하는 경우 이들을 따로따로 한사람씩 신문하여야 하는데, 이는 다른 증인의 증언을 들음으로써 자신의 증언을 자유롭게 하지 못하거나 그 증언에 맞추어 허위진물을 할 우려를 방지하기 위함이다. 이미 증언을 마친 증인이라면 다음 증인의 신문을 방청하여도 된다.

증인신문절차에서 심판장은 절차개시와 함께 출석한 증인 모두에 대해 출석을 확인하고 나서 주신문 대상인 증인 외의 증인에 대해 퇴정명령을 할 수 있다. 퇴정한 수인의 증인이 서로 증언 내용을 조정하는 등 담합의 우려가 있다면 이들을 심판정 밖에서도 격리하도록 한다.

심판장은 필요하다고 인정하는 때에는 신문하지 아니한 증인을 격리하지 아니하고 심판정 내에 머무르도록 할 수 있다(민소§326②단서). 이때 필요하다고 인정하는 때가 어떤 경우인지는 심판장의 합리적 재량으로 정한다.

145) 민사소송법 제329조(대질신문) 재판장은 필요하다고 인정한 때에는 증인 서로의 대질을 명할 수 있다.

146) 민사소송법 제368조 (대질) 재판장은 필요하다고 인정한 때에 당사자 서로의 대질 또는 당사자와 증인의 대질을 명할 수 있다.

당사자는 다른 증인을 격리 조치하도록 요구할 권리가 없고, 이 요구는 단지 심판장이 직권 조치하도록 촉구하는 의미뿐이다. 증인의 요구도 마찬가지이다.

실무적으로 신문하지 아니한 증인을 심판정 내에 머무르도록 허용하는 것에 대하여 우선 당사자의 이의가 없어야 할 것이고, 다른 증인이 증인의 신문 내용을 듣게 하는 것이 다른 증인의 증언에 도움이 되거나 두 증인의 증언할 사항이 전혀 상이한 경우에 가능한 것으로 본다. 신문을 마친 증인의 경우 심판장은 퇴정해도 좋다거나 퇴정하라고 명할 수 있다. 다음 증인의 자유로운 증언을 보장하기 위해서는 신문을 마친 증인을 퇴정시키는 것이 바람직하다. 그러나 증인들이 이미 제출된 진술서에서 상반되게 일관하여 진술한 바 있어서 증인신문을 모두 마친 후 증인들의 상이한 진술에 대해 확인할 필요가 있다고 이미 판단되는 경우라면 심판장은 증언을 마친 증인을 심판정 내에 머무르도록 할 수 있다.

### 10) 질문의 제한

심판장은 주신문, 반대신문 또는 재주신문에 있어서 신문사항의 범위를 벗어나거나 유도신문에 해당하거나 증인을 모욕 또는 프라이버시 침해의 우려가 있는 등 질문이 적절하지 아니하다고 인정될 때에는 직권으로 질문을 제한할 수 있다. 상대방 당사자가 증인신문 제한을 요구하는 이의 신청을 한 때 그 이의의 구체적인 이유를 진술하게 한다. 당사자의 이의와 그에 대한 의견 진술이 있은 후 심판장은 이의를 수용하여 신문을 제한하거나 이의를 수용할 수 없다면 그대로 신문을 진행할 수 있다.

### 11) 증인의 행위의무

심판장은 필요하다고 인정한 때에는 증인에게 문자를 손수 쓰게 하거나 그 밖의 필요한 행위를 하게 할 수 있다(민소§330). 대표적으로 민사소송에서 문서의 진정성립 인정을 위해 필적 대조를 하는 경우 증인에게 문자를 손수 쓰게 하는 예를 들 수 있다. 여기서 “그 밖에 필요한 행위”는 말로만 설명하는 것 보다 그림으로 그리거나 문자로 기재하여 설명하는 것이 증인의 진술내용을 정확하게 이해하는데 도움이 되는 경우 그 해당행위를 말한다.

이러한 증인의 행위에 대한 요구는 심판장의 재량이고, 당사자는 이 행위요구를 할 수 없고 단지 심판장의 직권발명을 촉구하기 위해 신청할 수 있을 뿐이다.

증인의 행위는 증언에 부수적인 것이고 독립된 검증절차와는 달리 지극히 간단한 사항만이 대상이다.

실무에서 증인 스스로 어떤 행위를 하겠다고 신청하는 경우 심판장은 불허할 사유가 있지 않은 이상 허여하는 것이 바람직하다. 이때 상대방 당사자에게 의견을 물을 수 있다.

### 12) 당사자의 이의

당사자는 증인신문에서 상대방 당사자의 신문사항이나 질문의 방식이 적절하지 않은 경우, 증인신문 절차에서 심판장의 허부·명령이 부적절한 경우 등의 이유로 심판장에게 이의신청을 할 수 있다. 즉 당사자 이의의 대상은 심판장의 조치 또는 명령이다. 심판장은 당사자의 이의에 대하여 직권을 발동하여 조치할 수 있다. 당사자는 구체적인 이유와 함께 즉시 이의하여야 하고 이에 대해 심판장은 어떻게 조치할지에 대하여 바로 조치하여야 한다. 그 경위와 이의에 대한 결정은 증인신문조서에 기재한다.

당사자의 이의는 주로 신문사항과 관련 없는 질문이라거나 증인이 인정하도 않은 사실을 전제로 하여 질문한다거나 유도신문을 한다거나 증인의 답변을 강요하고 있다거나 증인이 알지 못하는 사실에 대해 질문한다거나 가정하여 질문을 하고 있다거나 의견을 구하는 식의 질문이라는 이유에 의한다.

### 13) 재정증인

재정(在廷)증인은 심판원의 증인신문결정 및 출석요구가 없었는데도 심판정에 임의 출석하여 있다가 그 자리에서 바로 채택된 증인을 말한다. 신문사항이 간략하거나 상대방이 이의를 제기하지 않는 경우에 한하여 허가한다.

예정된 증인신문이 진행되고 아직 불명료한 점에 대하여 재정증인에게 신문할 것을 당사자 일방이 신청한 경우에는 다른 당사자도 동의하고 그 증인신문이 이미 행하여진 증인신문의 보충적인 것이라고 인정되는 경우에는 이를 채택하여도 무방하다. 다만, 다른 당사자가 동의하지 아니할 경우에는 반대신문의 준비가 되어 있지 아니하다는 점도 고려하여 보충적인 것이 명백하지 아니하면 채택하지 아니하는 것이 바람직하다.

재정증인은 당사자 신청 뿐 아니라 법원이 직권으로 신문하는 증인이 되기도 하고, 증인신문사항을 제출할 필요가 없다.

### 아. 증언에 갈음하는 서면의 제출

증거조사에 대하여 민사소송법 중 증거조사에 관한 규정이 준용되므로(특§157②, 실§33, 디§145②, 상§144②) 증인과 증명할 사항의 내용 등을 고려하여 상당하다고 인정하는 때에는 증인의 출석·증언에 갈음하여 증언할 사항을 적은 서면을 제출하게 할 수 있다(민소§310①). 또한 상대방의 이의가 있거나 필요하다고 인정하는 때에는 증인으로 하여금 출석·증언하게 할 수 있다(민소§310②).

서면제출로 증언에 갈음하는 경우는, ① 사건의 경위나 정황 등 당사자 사이의 실질적 다툼의 대상이 아닌 사실을 진술하는 경우, ② 객관적으로 기재된 문서를 전문적 지식에 의하여 설명 또는 정리하는 경우(회계·경리관계, 의사의 진료관계, 감정인 등), ③ 형식적인 사항을 설명하는 경우(계산관계, 장부·통장 등의 관련성 등), ④ 장기간에 걸쳐 발생한 당사자 사이의 사실관계를 시간의 경과에 따라 정리하는 경우(부부·친족간의 소송에서 당사자 본인의 진술 등) 등에 활용한다.

서면에 의한 증언의 경우 선서 없이 반대신문도 받지 않으므로 신빙성문제 등 실시에 있어서 유의할 필요가 있다.

#### 1) 서면에 의한 증언(민소칙§84)

증언에 갈음하는 서면을 제출하게 하는 경우, 증인에게 신문사항 및 제출기한을 고지하고, 출석요구가 있는 때에는 출석·증언할 의무가 있음을 고지한다. 상대방에게 그 서면을 송달하고 답변할 기회를 주어 반대신문권을 보장한다. 심판장은 보충신문할 사항이 있다면 증인에게 함께 고지한다. 증인은 본인이 작성한 서면에 서명날인하여 심판원에 회신한다. 서면증언서는 심판기록으로 관리하고[147] 심결에서 이를 인용하는 경우 증인 누구의 서면에 의한 진술서라고 표시하면 된다.

> 민사소송규칙 제84조 (서면에 의한 증언) ①법 제310조 제1항의 규정에 따라 출석·증언에 갈음하여 증언할 사항을 적은 서면을 제출하게 하는 경우 법원은 증인을 신청한 당사자의 상대방에 대하여 그 서면에서 회답을 바라는 사항을 적은 서면을 제출하게 할 수 있다.
> ②법원이 법 제310조 제1항의 규정에 따라 출석·증언에 갈음하여 증언할 사항을 적은 서면을 제출하게 하는 때에는 다음 각호의 사항을 증인에게 고지하여야 한다.

147) 법원에서는 변론기일에 서면증언서가 현출되어야 증언으로서의 효력을 갖는데, 법원이 진술서가 도착하였음을 당사자에게 고지하고 의견 진술할 수 있는 기회를 부여하는 방식으로 현출된다.

1. 증인에 대한 신문사항 또는 신문사항의 요지
2. 법원이 출석요구를 하는 때에는 법정에 출석·증언하여야 한다는 취지
3. 제출할 기한을 정한 때에는 그 취지

③증인은 증언할 사항을 적은 서면에 서명날인하여야 한다.

증인신청이 있는 때 증인신문절차를 진행하기 전에 증인을 신청한 당사자에게 증인진술서를 미리 제출하게 할 수 있다(민소칙 79). 민사소송에서 증인신청은 증인진술서 제출과 함께 이루어지고 증인진술서를 통해 법원은 증인채택의 가부 결정의 근거를 확인한다. 한편 증인채택결정을 고지하면서 증인진술서를 제출하게 할 수도 있다.

증인채택이 되고 증인신문기일이 정해지면 그 전에 증인을 신청한 당사자는 신문사항을 문서로 미리 제출하도록 하여 신문사항이 증명방법으로서 적절한지를 검토하고, 상대방에게도 송달한다. 증인을 신청한 당사자의 지배하에 있는 증인에 대한 신문사항을 미리 개시함으로써 실질적으로 주신문은 핵심사항 위주로 이루어지고 상대방의 반대신문의 비중이 높은 신문이 되도록 한다.

심판에서 증인신청하고자 한다면 증인진술서(또는 전문가진술서)를 먼저 제출하도록 하는 것이 심리의 효율성에 도움이 된다.

#### 2) 감정인에 대한 서면증언

위와 같다(민소§333).

#### 3) 당사자 신문

당사자신문은 증인신문의 제규정을 준용한다(민소§373). 당사자 신문에서 당사자 본인은 서면증언에 관한 규정(민소§310)을 준용하지 않는다.

### 자. 증인신문조서의 작성

증인신문을 마치면 증인신문조서를 작성한다. 증거조사 조서는 구술심리조서의 경우와 같으며 심판원장이 지정하는 직원(심판사무관)이 심판장의 명을 받아서 작성한다.

증거방법에 의하여 증거조사결과 얻은 자료 즉 증언, 감정의견, 문서의 의미내용, 검증결과 등으로부터 심판관의 심증이 형성되는 것이므로 그 자료를 기록하는 증거조사조서는 중요한 문서이다. 증거조사조서의 작성요령은 구술심리조서의 작성요령

에 준하는 것이나 특히 증인 등의 증거방법을 명확히 하여야 한다. 증거방법에 따라 증인신문조서, 당사자신문조서, 검증조서 등으로 호칭된다.

특 허 심 판 원
제 0 부
증 인 신 문 조 서

심 판 번 호 2011당000 권리범위확인 (적극)
사건의 표시 특허 제00000호『기능성 0000 시공방법』의 권리범위확인 (적극)
청 구 인 주식회사 000
대전 0구 000
대 리 인 000
서울 0구 000
피 청 구 인 (주)한국0000
서울 0구 000
대 리 인 고00
서울 0구 00
증 인 김00
생년월일 0000. 00. 00.
직 업 (주)00000 감사
주 소 인천 부평구 000
증 인 최00
생년월일 0000. 00. 00.
직 업 (주)00000 대표이사
주 소 인천 00구 000

○참 석 자

청 구 인 주식회사 0000 출석함

대 리 인 변리사 윤00 출석함

피 청 구 인 (주)한국0000건설 출석함

대 리 인 변리사 고00 출석함

○심판장은 증인에게 선서의 취지를 밝히고 위증죄의 처벌을 경고하였으며, 선서를 시킨 후 다음 신문할 증인이 있는 곳에서 신문함

1. 증인 김00에 대한 신문사항

가. 주신문

(1) 증인은 2000년 여름에 광주 00동에 소재하는 스포츠 상가의 증축 공사에 관여한 일이 있으시죠?

- 증인 : 네

(중간생략)

(26) 그럼, 크레인 기사는 시공된 아치지붕에 대한 내부 구조를 볼 수 있었다고 할 수는 없겠네요?

- 증인 : 네

나. 반대신문

(1) 주신문사항 1과 관련하여

○증인은 김00로부터 광주 00동 스포츠 상가 지붕 공사에 관한 위임을 받은 날짜는 언제인가요?

- 증인 : 잘 기억이 나지 않음(5월경)

(2) 주신문사항 2와 관련하여

○증인은 000 건설을 언제부터 알게 되었나요?

- 증인 : 그 전에 다른 현장에서 작업을 했음. 증인은 96년부터 있었으나 정확히 모름

다. 기타 신문사항

○ 옥상 출입문을 언제 시공했나요?

- 증인 : 9월초 기성품으로 시공했음.

○ 옥상출입문에 시건장치를 했나요?

- 증인 : 예

라. 주심 신문사항

○ 김00에게 특허출원에 대한 비밀유지고지를 했다는 것을 들었나?

- 증인 : 네, 후에 들음

○ 옥상출입문을 준공시점 전에 만들었죠?

- 증인 : 네

2. 증인 최00에 대한 신문사항

가. 주신문

(1) 갑제9호증의 증인진술서는 증인이 사실대로 진술하고 공증사무소에서 인증을 받은 것이지요?

- 증인 : 예

(중간생략)

나. 반대신문

(1) 주신문사항 1과 관련하여

○ 증인의 진술서에는 상가 주인의 허락을 받았다고 진술하였지요?

- 증인 : 서점의 상가주인에게 허락을 받았다.

(중간생략)

(4) 기타 신문사항

○ 그냥 들어갈 수 있는데 예의상 이야기하고 들어간 것은 무단으로 들어가거나 양해

를 구하고 들어가느냐 하는 것은 준공전이기에 아무나 들어갈 수 없는 것이죠?

- 증인 : 저는 서점에서 허락을 받고 들어갔습니다.

다. 주심 신문사항

○ 서점에 들어갔을 때 주인이 누구인지 알았나요?

- 증인 : 몰랐습니다. 진술서에는 그 중 한사람이 주인이었다는 것이죠.

2011. . .

심판사무관 000 (인)

심 판 장 000 (인)

### 차. 증인에 대한 비용지급

증인이 심판정에 출석한 경우 심판원은 그 증인의 청구에 의하여 증인이 들인 비용을 지급하여야 한다(민소비용법§4 내지 §11). 증거조사를 위하여 증인을 신청한 당사자는 그 증인에 대한 여비, 일당, 숙박료 등의 비용을 부담하고 심판원은 그 비용을 예납하게 한다(민소칙§77②). 심판비용은 그 행위로 이익을 받을 당사자로 하여금 부담하게 하는 것이 원칙이므로 증인을 신청한 당사자가 부담한다.

일반적으로 증인을 신청한 당사자가 증인신청 당시 증인신문기일에 증인을 대동하겠다는 의견과 함께 증인비용 지급을 필요로 하지 않는다는 의사를 밝히므로 이때 심판원이 증인 비용의 예납을 명하지 않아도 된다. 증인에 대한 비용이 예납되지 않은 경우 증인을 출석하지 아니하도록 할 수 있고 증인채택을 취소할 수 있다(민소칙§77조③). 증인이 심판정에 출석하였음에도 증인에게 책임없는 사유로 신문이 이루어지지 않은 경우, 주신문과 다른 기일에 동일한 증인을 대상으로 반대신문을 한 경우에도 비용을 지급해야 한다.

### 카. 주의사항

#### 1) 심판장의 지휘

심판장은 증인신문을 원활히 행하기 위하여 직권(보충)신문을 포함하여 심판정내

에서의 지휘를 적절히 행하도록 노력하여야 한다. 심판정 내에서 사진촬영, 속기, 녹음, 녹화 또는 방송을 하려면 심판장의 허가를 얻어야 한다.

#### 2) 허용되지 않는 질문

심판장은 증인에 대하여 다음과 같은 질문을 하지 않도록 주의하여야 한다. 신문자가 그와 같은 질문을 한 때에는 심판장은 신청 또는 직권으로 제한할 수 있다.

##### 가) 구체적 또는 개별적이 아닌 질문

일문일답의 형식을 취하지 않는 포괄적 또는 추상적인 질문은 허여하지 않는다.

##### 나) 유도질문

주신문에서는 유도신문을 하여서는 아니된다. 다만, 증인과 당사자의 관계, 증인의 경력 등 실질적인 신문에 앞서 미리 밝혀둘 필요가 있는 준비적인 사항에 관한 신문의 경우, 증인이 주신문을 하는 사람에 대하여 적의 또는 반감을 보이는 경우, 증인이 종전의 진술과 상반되는 진술을 하는 때에 그 종전 진술에 관한 신문의 경우, 그 밖에 유도신문이 필요한 특별한 사정이 있는 경우에는 그러하지 아니하다. 심판장은 위의 경우에 해당하지 아니하는 경우의 유도신문은 제지하여야 하고, 유도신문의 방법이 상당하지 아니하다고 인정하는 때에는 제한할 수 있다(민소칙§91).

반대신문에서 필요한 때에는 유도신문을 할 수 있으나, 심판장이 유도신문의 방법이 상당하지 아니하다고 인정하는 때에는 신문이 제한될 수 있다(민소칙§92).

##### 다) 증인을 모욕하거나 곤혹하게 하는 질문

##### 라) 이미 한 질문과 중복되는 질문

역시 허용되지 아니한다. 다만, 증인의 증언이 오해 또는 망각에 의한 것일 때 기타 특히 필요하다고 인정될 때에는 허여된다.

##### 마) 의견의 진술을 구하는 질문

다만, 감정증인에 대하여는 허여된다.

##### 바) 전문증언(傳聞證言)

증인이 직접 경험하지 아니한 사실에 대하여 진술을 구하는 질문은 허여되지 아니한다. 다만, 실제로 견문한 제3자가 사망한 경우 기타 경험한 자로부터 증언을 얻을 수 없는 사정이 있을 때에는 심판장의 재량에 의하여 허여된다.

### 3) 메모 등 서류에 의한 진술

메모 등 서류에 의한 증인의 진술은 원칙적으로 인정되지 아니한다. 다만, 심판장이 허가한 경우는 그러하지 아니하다(민소§331). 증인이 메모 등에 의하여 진술한 경우에는 그 사유를 조서에 기재한다. 진술은 원칙적으로 증인의 기억에 의하여 하여야 되지만, 기술적인 내용이 복잡한 경우 등은 적당한 서류를 참조하면서 진술하는 편이 정확한 증언을 얻을 수도 있다. 따라서 심판장은 증인이 진술에 있어서 필요하다고 인정한 때에는 이미 제출되어 있는 증거의 문서 등을 증인에게 보여준 후 진술을 하게 하여도 좋다.

### 4) 다른 증인의 신문이 필요하지 않게 된 경우

입증사항에 대하여 일정의 심증이 얻어져, 그 결과 예정하고 있던 다른 증인의 신문이 필요하지 아니하게 된 때는 그 시점에서 증인신문을 종료한다.

### 5) 당사자의 증인신문

당사자 또는 참가인은 심판장의 허가를 얻어 증인신문할 수 있다. 이때 문서, 도면, 사진, 모형, 장치 등을 이용하여 증인에게 질문할 수 있다.

### 6) 증인신문의 요령

① 질문은 일문일답식으로 짧게 잘라서 하되, 구체적인 질문을 개별적으로 한다.

② 용어는 일상적인 회화체를 사용한다.

③ 전문용어는 그 뜻을 이해시킨 뒤에 사용하고 특수한 용어는 한자도 겸용한다.

④ 질문 태도는 진지하고 냉정하게 한다.

⑤ 증인의 성격, 교양의 정도, 표현능력, 성향 등을 잘 파악한 다음 질문한다.

⑥ 신문은 항상 신중하고, 특히 표현방법에 유의한다.

⑦ 의견을 구하는 신문은 원칙적으로 하지 않는다.

⑧ 심판부에 대해서도 주의를 기울인다.

⑨ 조서 작성이 용이하도록 신문한다.

⑩ 신문 도중에 서면, 도면 등을 제시하거나 서증을 인용할 때에는 심판사무관에게도 이를 보여 확인시키면서 신문한다.

⑪ 신문에 이미 제출한 증거를 사용하는 경우 심판사무관에게 그 증거를 당사자에게 보여주게 한다(전자심판기록을 열어 화면에 띄우게 한다).

⑫ 질문을 통해 얻고자 하는 답변을 하도록 강요하지 않는다.

⑬ 증언의 취지가 모호한 경우 증인에게 취지를 정리하여 말하도록 하거나 그 취지를 정리하여 증인에게 재차 확인한다.

⑭ 특히 반대신문의 경우 증인을 모욕하거나 사생활 침해 소지가 없도록 유의한다.

⑮ 증인이 질문의 내용을 잘 이해하지 못하는 경우 신문사항 문서를 통해 질문을 읽어서 이해하는데 도움을 준다(증인신문사항 질문을 화면에 띄워서 증인이 그에 답변하도록 한다).

이상과 같이 증인신청에 관한 영역별 쟁점사안과 영역상호간의 비교판단시 참조사항을 종합정리하면 아래와 같다.

| 영역구분 | | 구체적 내용 |
|---|---|---|
| 증인신청 적법성 | | ① 증인의 특정과 입증취지의 제시(법289, 308, 규74)<br>② 증인신문에 관련된 정보(증인의 연락처, 당사자와 관계, 증명할 사실의 지득경위, 증인신문 소요시간, 증인출석 확보 방안 등)의 공개(규75)<br>③ 증인신문사항 제출과 수정명령의 이행(규80)<br>④ 증인조사 비용의 예납(규77) |
| 증거조사 필요성 | 요증사실 관련성 | ① 증인이 증명할 사실을 알게 된 사연(경험의 관점)<br>② 증명할 사실의 증거방법으로서의 증인신문 적합성<br>③ 증인의 신용성과 증언의 신빙성은 원칙적 불고려<br>④ 최적의 증거조사를 위한 증거협의 |
| | 쟁점판단 필요성 | ① 해당 증언에 의하여 인정되는 증명할 사실이 해당 사건의 주요쟁점과 어떤 관련이 있는가(부연하면, 증명할 사실이 존재하는 것으로 확인되면 청구원인, 항변, 재항변을 판단하는 데 어떤 영향을 미치는가, 핵심쟁점의 근거가 되는 논거나 정황이 확인될 수 있는가 당사자에게 얼마나 유리한 상황으로 변경될 수 있는가 등)<br>② 이미 재판부가 심증을 형성한 경우라면 이를 얼마나 유효하게 변경·강화시키는 등으로 영향을 줄 수 있는가<br>③ 기존에 조사된 증거와 함께 고려하면 중복되거나 불필요하지 않은가 |

| | |
|---|---|
| 절차운영의 적정성 | ① 증인의 자격 구비 및 증언 허용성(법304~306, 314, 315, 322, 324)<br>② 신청된 증인신문을 실시하면 소송이 너무 지연되는 것이 아닌가(이로 인하여 상대방에게 큰 불이익이 유발되는가)<br>③ 당사자가 증인신청을 빌미로 소송지연을 의도하는 것은 아닌가<br>④ 당사자 뒤늦게 증거신청을 한 데에 귀책사유가 있지 않은가<br>⑤ 증인에 대한 송달 또는 증인 출석 등의 문제로 증인신문이 너무 지연되지 않은가<br>⑥ 이미 너무 많은 증인신문을 실시하여 이 사건에 과다한 사법자원이 투입되고 있지 않은가<br>⑦ 증인에게 증언을 요구하는 것이 프라이버시나 증인 보호(위증으로 고소할 태도가 명백하게 드러나고 해당 증언이 없더라도 결론 내리는 데 지장이 없는 경우 등)에 문제가 없는가<br>⑧ 증인이 출석하여 신문할 수 있을지, 언제 그리할 수 있을지를 알 수 없는 경우(부정기한의 장애)에 해당하지 않는가(법291, 규82) |

### 타. 증인신문에 의한 증인의 진술과 진술서를 통한 제3자의 진술이 갖는 차이점

증인신청된 증인이 증인신문절차에서 선서를 한 후 진술하는 것을 증언이라 말하고 이때의 증거방법은 인증인 증인이다. 민사소송에서 증인은 재판장이 허가하지 아니하는 한 서류에 의하여 진술하지 못하는 것으로 규정하고 있다(민소§331, 증인의 진술원칙). 반면 제3자가 자신의 진술내용을 문서로 작성하여 제출하는 것은 증거방법이 서증에 해당하므로 증인에게 부과되는 의무가 없다고 할 것이다.

그러나 증인신청이 있는 경우 심판장은 효율적인 증인신문을 위하여 증인을 신청한 당사자에게 증인진술서를 제출하게 할 수 있는 점(민소칙§79①), 심판장은 제3자가 제출한 진술서를 통해 직접 출석하게 하여 신문할 필요가 있다고 판단하는 경우 그 제3자에게 증인으로 출석하여 진술할 것을 요구할 수 있는 점에 비추어 보면, 증인진술서를 작성한 제3자가 증인이 될 개연성이 상당한 것으로 볼 수 있다.

증인으로 출석한 제3자가 심판정에서 증인으로서 선서를 하고 나서 진술서를 제출하는 경우 그 진술내용에 허위가 있다면 증인과 마찬가지로 위증죄 적용을 받을 수 있다. 증인이 심판정에서 선서 후 이미 제출된 증인진술서에 기재된 내용이 사실

대로라는 취지의 진술만을 한 경우에는, 증인이 그 증인진술서의 기재내용 중 특정 사항을 구체적으로 진술한 것과 같이 볼 수 있는 등의 특별한 사정이 없는 한 증인이 그 기재된 구체적인 내용을 기억하여 반복 진술한 것으로는 볼 수 없으므로, 설령 거기에 허위 기재된 내용이 있더라도 그 부분에 관하여 심판정에서 증언한 것으로 보아 위증죄로 처벌할 수는 없다고 할 것이다.[148] 이는 증인은 원칙적으로 서류로 진술하지 못하도록 규정한 점과 증인신문은 개별적이고 구체적으로 해야 한다는 규정과 상통한다.

증인은 증인채택결정을 통해 형식적 증거력이 인정되고 그 증언의 실질적 증거력이 심리대상이 된다. 서증인 제3자의 진술서는 그 문서의 형식적 증거력을 심리하여 진정성립을 인정할 수 있어만 판단의 기초로 삼을 수 있게 된다. 증인의 증언과 제3자의 서면진술의 실질적 증거력은 심판장이 전체적인 심리내용과 종합하여 자유심증주의에 의해 형성되는 심증에 따라 판단하면 된다.

148) 대법원 2010. 5. 13 선고 2007도1397 판결. 증인진술서의 실질적인 진정성립을 인정하는 취지의 진술만으로는 법정에서 구체적으로 진술하거나 이와 같이 볼 수 있는 특별한 사정이 있는 경우라고 보기는 어렵다는 이유로 판단함.

# 제6절 검 증

## 1 서설

검증은 심판관이 오관(사람의 다섯가지 감각기관인 눈(시각), 귀(청각), 코(후각), 혀(미각), 피부(촉각))을 통해 보고 듣고 느끼는 등 오각(五覺)을 동원하여 사물의 형상이나 현상 등 주로 외형적인 사항을 직접적으로 검사하여 얻은 결과를 증거자료로 삼는 증거조사이다. 그 검증의 대상을 검증물이라 한다.

검증목적물을 소지한 당사자 또는 제3자는 정당한 사유가 없는 한 검증협력의무가 있어 검증목적물을 제출하거나 검증을 받을 의무가 있다.[149] 검증에 특별히 경험이나 학식을 갖춘 전문가가 필요한 경우 감정인으로 입회시킬 수 있다(민소§365). 필요한 경우 두 당사자 및 그 대리인이 참여할 수도 있다. 일방 당사자와 관련된 사항에 대한 검증인 경우 당사자들의 협의나 사전 동의를 거쳐 검증 참여자 범위를 미리 정할 필요가 있다.

문서의 내용을 증거로 하는 경우 서증이지만 문서의 존재사실이나 물리적 형태, 그 문서 내 필적, 인영 등은 검증의 대상이 되는 점에 차이가 있다. 인증은 사람의 진술내용을 통해 밝혀지는 사항이 증거자료가 되지만 사람의 신체적 특징이나 유전자분석 등은 그 사람이 검증의 대상이 된다. 음성이나 영상이 저장된 녹음테이프나 컴퓨터용 저장매체 등은 이로부터 보고 들은 내용이 증거자료가 되므로 검증물이 된다.[150] 이처럼 검증은 주로 시각 인식되는 것이 많은 것으로 여겨지지만 냄새, 향기, 소음, 진동, 표면거칠기 등 후각이나 청각, 촉각으로 인식되는 경우도 종종 있다.

## 2 심판정내 검증(정내검증)

심판정 내에서의 검증을 말하고 검증의 장소는 원칙적으로 심판원이 된다. 당사자의 신청이 있고 심판원 심판정에서 검증물의 제시가 있는 경우에는 정외검증의 요령에 따라 검증한다. 구술심리 등 심판정 내에서의 절차가 예정된 경우 당사자는 별도의 검증신청 없이 의견서에 실물이나 동영상 등을 제시하겠다는 의사표시를 할 수

149) 민사소송법에 검증협력의무에 대한 명문상 규정은 없다. 그러나 공법상 일반의무로 인정되고 있고, 여기서 정당한 사유란 증언거부사유와 마찬가지이다(민소§314).

150) 민사소송규칙 제121조는 이를 검증의 대상으로 명확하게 규정하고 있다.

있다. 이와 같은 경우 당사자의 의견서를 통해 검증에 필요한 사항들에 대한 파악이 가능할 수 있다. 만일 심리의 효율과 충실성을 위하여 당사자에게 그 필요한 사항들에 대한 보충을 미리 요구할 수 있다. 당사자가 구술심리나 증인신문 절차 내에서 실물 제시나 제출을 통해 검증을 하게 되는 경우 검증조서를 별지로서 작성하지 아니하고 구술심리나 증인신문의 조서 중에 검증조서에 기재되는 사항들(검증물의 표시, 검증물의 목적, 당사자의 지시설명, 검증의 경위, 검증의 결과)을 정리하여 기재하여도 된다.

검증 목적물이 제출되거나 보내온 경우에는 멸실 또는 훼손되지 않도록 보관하고 검증실시 이후에도 검증목적물의 보관이 필요한 경우에는 보관증을 교부하고 심판원에 보관할 수 있다. 이 검증목적물에도 제출자에 따라 "검갑 제O호증"과 같이 표시한다. 더 이상 검증 목적물의 보관이 필요하지 않은 경우 그 제출자에게 당연히 돌려주어야 한다. 만일 당사자가 환부받기를 원치 아니한다는 의사를 분명히 밝힌 경우에는 환부하지 않을 수 있다.

## 3 심판정외 검증(현장검증)

검증물이 심판정 외에 있어 현장에 가서 검증해야 하는 경우 당사자는 현장검증 신청을 하고 이에 응하여 심판관(또는 심판부)은 현장검증을 수행한다.

심판관은 현장검증신청의 요건이 갖추어졌는지를 심리하고 보충이 필요한 경우에는 보정명령을 한다. 현장검증을 하기로 결정한 때 검증일자와 검증 참여자를 협의한다. 검증에는 주심심판관 또는 협의체가 참여할 수 있고 검증조서 작성을 위한 지원인력을 대동할 수 있다.

정외검증의 경우 검증물 특정을 위해서는 반드시 검증물 소재 장소를 명시하고 또 그 장소에서 신청자가 지시 설명할 필요가 있기 때문에 검증신청 서면에 소재장소의 기재명시 유무에 유의한다.

검증목적물은 제출자가 청구인, 피청구인, 참가인인 경우 각각 "검갑", "검을" 또는 "검병"으로 머리글자를 붙이고 제출 순으로 "검갑 제0호증"과 같이 표기한다.

검증 실시에 특별한 학식경험을 가진 사람을 감정인으로 입회하도록 명할 수 있고, 증인이나 감정인의 입회신청이 수반되기도 하며 검척, 사진촬영의 보조 또는 기계조작을 위하여 필요한 기술자 등을 사건의 관계자로서 입회시키는 경우도 있다.

필요하면 검증현장에서 구술심리를 할 수 있다(특§154④, 실§33, 디§142④, 상§141④).

검증은 특별한 이유가 없는 한 공개로 한다. 비공개 검증으로 하여야 할 이유는 다음과 같다. 검증절차 일부를 비공개로 진행할 수도 있다.

① 결정계 사건으로 미공개·미공고된 것 또는 당사자가 공장, 설비, 제조공정 등의 검증에서 비밀로 할 것을 요청하여 그 필요성이 인정된 때

② 공공의 질서 또는 선량한 풍속을 문란하게 할 염려가 있을 때

③ 검증현장의 질서를 혼란하게 할 염려가 있을 때

심판사건 신청서

【신청구분】 □심판관 제척 □심판관 기피 □심판참가
□증거보전(조사) □구술심리
□증인 ☒현장검증 □심리재개
【심판번호】
【제출인】
【성명(명칭)】
【특허고객번호】
【사건과의 관계】
【대리인】
【성명(명칭)】
【대리인번호】
(【포괄위임등록번호】)
(【대상심판관(참가의 종류, 증거, 증인, 검증할 장소)】)
【신청의 이유】
(【소명방법】)

위와 같이 특허심판원장(심판장)에게 제출합니다.

제출인(대리인) (서명 또는 인)

【첨부서류】 대리인에 의하여 절차를 밟는 경우 그 대리권을 증명하는 서류 1통

## 4 검증의 절차

### 가. 검증의 신청

검증은 원칙적으로 신청에 의해 개시되고 대체로 서증의 절차를 준용한다(민소§366①). 검증의 신청은 검증의 목적이 될 검증 목적물을 표시하여야 하며(민소§364)[151], 검증물의 제출 또는 송부에 대하여는 서증에 관한 규정이 준용된다(민소§366). 신청인이 소지하고 있는 물건은 이를 직접 제출하고(민소§343[152] 전단), 타인이 소지하고 있는 물건은 제출명령(민소§343 후단) 또는 송부촉탁신청(민소§352)에 의하게 된다.

검증을 신청한 당사자는 검증물을 특정하는데 필요한 도면·견본(견본인 때에는 도면을 첨부하여야 하며, 첨부할 수 없을 때에는 설명서 첨부) 또는 물건(실물을 갈음할 수 있는 복사나 사진 첨부)을 제출하여야 하므로(특시칙§63②③, 실시칙§17①, 디시칙§75②③, 상시칙§76②③) 이것을 완비하지 않은 경우에는 보정을 명한다.

만일 검증을 수인할 의무가 있는 당사자가 정당한 이유 없이 검증을 거부하거나 방해하는 경우에는 검증사항에 대한 상대방의 주장을 진실한 것으로 인정할 수 있고 제3자가 제출명령에 응하지 않을 경우 과태료 처분을 받게 된다(민소§366②).

### 나. 검증기일의 지정

검증신청서가 접수되면 합의체는 검증신청이 쟁점판단에 필요한지를 검토하여 그 필요성이 인정되면 검증하기로 결정하고, 검증기일을 지정하여 통지한다. 검증기일은 당사자(또는 대리인)와 협의하여 정할 수 있다. 만일 검증신청의 내용만으로 검증의 필요성이 인정되지 않을 때에는 검증신청을 채택하지 않을 수 있다.

현장검증에서 제3자의 건물 내에 검증물이 보관되어 있는 경우에는 신청인으로 하여금 사전에 그 관리자의 양해를 얻도록 한 후 기일을 지정한다. 검증의 대상이 설비의 작동이나 제조공정이라면 그 검증에 필요한 조치를 미리 해 두도록 신청 당사자에게 요구할 수 있고 필요한 경우 검증기일에 검증수행의 구체적인 방법을 미리 정리하여 제출하도록 요구할 수 있다.

---

151) 민사소송법 제364조 (검증의 신청) 당사자가 검증을 신청하고자 하는 때에는 검증의 목적을 표시하여 신청하여야 한다.

152) 민사소송법 제343조 (서증신청의 방식) 당사자가 서증(書證)을 신청하고자 하는 때에는 문서를 제출하는 방식 또는 문서를 가진 사람에게 그것을 제출하도록 명할 것을 신청하는 방식으로 한다.

특허심판원
제 0 부
현장검증실시통지

심판번호:

청 구 인:

피청구인:

아래와 같이 현장검증을 실시하고자 하오니 참석하여 주시기 바랍니다.

검증일시:

검증장소:

심판장 000

### 다. 비용의 예납

심판정내 검증인 경우 비용이 별도로 필요하지 않으나 현장검증의 필요성이 인정되는 경우에는 현장검증을 신청한 당사자에게 현장검증에 소요되는 비용에 대한 예납을 명한다. 합의체 및 직원이 필요로 하는 비용을 포함하며, 검증이 복잡하거나 혹은 증인신문 등이 수반될 경우에는 직원 1명 외 추가 인력을 포함시킬 수 있다.

### 라. 검증의 실시

① 검증 실시에 출석하여야 할 당사자, 참가인 및 대리인, 기타 감정인, 심판원 직원 등 관계자를 확인한다. 상기 이외의 사람은 검증에 방해가 되지 않는 곳으로 퇴거시킨다. 당사자가 비공개 검증이나 비밀유지를 요청한 경우에는 상대방 관계자의 참여를 제한할 수 있다. 검증에 감정인이 필요한 경우로는 검증을 통해 확인할 사항이 전문적인 지식이나 경험을 요구하는 때가 대부분이며, 때로는 검증절차에서 감정인이 감정하거나 또는 감정에 필요한 사항을 확인할 필요가 있는 때, 검증의 정확성을 확보하는데 보조적인 역할을 담당할 자격을 갖춘 사람이 필요한 때를 들 수 있다.

② 검증물의 소재지의 위치(정확한 주소로 표시할 것), 검증장소의 상황(소재지에 복수 건물이 있는 경우 정확한 건물을 특정할 것), 검증에 고려할 사항으로 필요하다면 검증장소의 온도, 습도, 명암도, 일기 등을 조사한다.

③ 당사자의 지시설명

검증의 목적을 명확히 하기 위하여 검증신청자(입증자)로 하여금 검증물에 대하여 검증을 구하는 부분, 그 취지의 주장 및 설명을 하도록 한다. 설명은 요령있게 하여야 하므로 심판장은 입증자에 대하여 적절한 지시를 하고 또한 적절히 거증자의 설명에 대하여 석명을 구할 수 있고 상대방에게도 충분히 검증물을 이해시키도록 한다. 필요하다면 상대방의 반대의견을 구하고, 그에 대한 입증자의 석명을 구한다.

④ 그 후에 심판관이 설명에 따라 검사하고 오감에 의하여 지득한 결과를 조서에 기재한다. 검증의 결과로서 검증 조서는 심리 진행 및 결론의 중대한 근거가 될 수 있으므로 작성에 신중을 기한다. 직원의 조서 작성이 원활하도록 당사자가 설명을 명확히 하도록 하고, 심판관은 그 설명에서 각부분을 지시하거나 구체적인 구조를 설명하면서 합의체가 지각, 인식한 것이 조서 작성에 정확히 반영되도록 한다. 심판관은 조서기재 사항을 구술로 요약 정리하고 이를 직원이 받아 적도록 시할 수 있다. 필요하다면 당사자에게 그 요약 정리한 사항이 주장한 취지에 부합하는지를 확인한다.

⑤ 당사자의 주장이나 검증의 결과를 명료하게 하기 위하여 설계도, 공작도면, 사진, 약도, 지도 등 적당한 것을 인용하여 검증조서에 첨부하여 이것을 조서의 일부로 할 수 있다.

### 마. 주의사항

① 휴대할 물건

검증신청서 등 해당 사건의 검증에 관계된 서류, 필기용구, 카메라, 측정도구, 녹음기, 기타 필요한 물건. 다만 카메라나 녹음기 등에 대해서는 촬영 가능 여부나 소지 여부를 미리 확인해 둘 필요할 수 있다. 검증 소재지(기업이나 연구소 등)에 따라 출입보안 규정이 있어 이를 미리 확인해 둘 필요도 있다.

② 검증여비의 청구는 지정기일의 전에 한다.

③ 검증현장에 도착하면 즉시 검증물 소재지에 가서 검증물 관리자와 연락하여 미리 검증현장을 돌아보고 검증절차 진행에 불비한 점이 없는가를 확인하고 검증물 관리자와 사전 협의하여 검증 당일의 준비를 하도록 하여 만전을 기한다.

## 5 의견제출 기회

직권에 의한 검증을 한 때에는 그 결과를 당사자, 참가인 또는 이해관계인에게 통지하고 상당한 기간을 지정하여 이에 대한 의견제출 기회를 주어야 한다(특§157⑤, 실§33, 디§145⑤, 상§144⑤). 당사자가 검증신청을 한 경우에도 의견서 부본송달을 통해 당사자의 검증신청에 대하여 상대방이 의견 진술할 기회를 부여하는 것이 자연스럽다.

## 6 검증조서의 작성

검증을 실시한 후에는 검증조서를 작성한다. 검증조서는 검증을 실시한 결과를 명백하게 할 목적으로 작성하는 것으로서 민사소송에서는 그 기재사항에 관하여 변론조서에 관한 규정을 준용하고 있다. 구술심리 기일이나 증인신문 기일에 함께 검증이 이루어진 때에는 그 조서에 검증의 결과를 기재하면 된다. 그러나 별도로 검증을 실시하였거나 심판정외 검증을 실시한 경우에는 별도의 검증조서를 작성하여야 한다. 이때 조서에 기재된 사항을 확인하거나 보충하는데 필요한 자료는 조서에 첨부하도록 한다.

검증조서에는 다음과 같은 형식적 사항과 실질적인 사항이 기재되어야 한다(민소§153, §154)

※ 형식적인 사항

① 사건의 표시 및 기일, 검증실시 시간
② 심판부 및 당사자의 출석자
③ 검증장소(정확한 지번 주소) 및 검증의 공개 여부
④ 조서 작성자 성명 및 기명날인

※ 실질적인 사항

① 검증의 목적물: 검증 목적물의 명확하게 특정되도록 기재할 것

② 검증의 목적: 검증에 의해 증명하거나 명확히 하고자 하는 사항

③ 검증 소재지: 형식적 검증장소로 지번 표시를 하나 검증이 실시될 구체적인 장소를 특정하고 필요하다면 현장위치도에 표시하거나 건물명과 위치를 특정하여 기재할 것

④ 현장에서의 당사자의 주장 및 현장에서의 설명자의 설명: 검증현장에서 당사자의 설명 및 주장, 현장 설명자의 설명 등을 들은 대로 취지의 변경없이 기재할 것

⑤ 검증의 결과: 심판관이 오관에 의해 검증에서 인식한 내용을 기재한 것으로서 검증조서에서 가장 중요한 사항이고 조서의 필수적 기재사항이다(민소§154③). 검증의 결과는 검증 목적물로부터 직접 얻은 증거자료가 되고 조서의 나머지 사항은 검증의 결과에 대한 기초사실 내지 전제사실일 뿐이다.

도면과 사진: 현장에서 얻은 도면과 사진 등의 자료를 조서의 일부로 할 수 있다(민소§156,§160).

검증조서를 작성할 때에는 다음과 같은 점에 주의하여야 한다.

① 조서는 합의체의 객관적 인식을 보고하는 것이어야 한다.

② 결과는 검증사항마다 또는 검증에 의하여 명백히 하고자 하는 사항마다 「항목별」로 기재하는 것이 좋다.

③ 검증으로서 곧 추측할 수 있는 사실의 결론을 기재한다.

④ 법 적용의 결론은 절대로 피하여야 한다(이는 심판관이 심결의 단계에서 하여야 하기 때문이다).

⑤ 거리관계를 기재할 때는 기점 및 방위를 명확히 한다.

⑥ 검증물의 명칭 등은 독자적인 표현방법을 피하고 일반호칭에 따른다.

⑦ 약도나 사진의 경우 검증결과의 설명을 문자 대신 도면을 이용하였다는 것뿐이므로 결코 별개의 의미를 가진 것은 아니며 검증결과 그 자체이다. 그러므로 ⓐ 거리관계 등은 본문 중에는 생략하고 도면에 기재하는 것이 좋다. ⓑ 거리관계는 미터법에 의한다. 도면은 되도록 축척도로 한다. 필요하다면 단면도, 입체스케치도 등을 고려하여도 좋다. ⓒ 사진을 이용할 때에는 그 사진마다, 피사체는 무엇이고 촬영년월일, 시간, 필요하다면 일기 등을 명백히 하여야 한다.

⑧ 기타사항으로는 다음에 유의한다.

- 날인이 없는 조서는 무효이다.
- 조서에는 각면에 작성한 직원이 간인을 찍어야 한다. 약도, 사진을 첨부하였을 때도 같다.
- 검증의 필요상 특히 명확한 검증시간이 필요한 검증(몇 시 몇 분 현재의 결과 등)일 때에는 그 시간을 명백히 한다.

특 허 심 판 원
제 부
검 증 조 서

심 판 번 호 2011당0000
사건의 표시 일 시 : 20 . . .

심 판 장 심판관 장 소
주 심 심판관
심판관 공개여부

청 구 인 출 석
대 리 인
피 청 구 인 출 석
대 리 인

※ 기재사항례

1. 검증목적물
2. 검증목적
3. 검증장소의 위치(현장검증의 경우)
4. 현장상황 ( 〃 )
5. 당사자의 주장 또는 현장에 있는자의 지시설명
6. 검증결과
7. 검증실시시간

심판사무관 000 ㊞
심 판 장 000 ㊞

※ 현장검증에 심판사무관이 참여하지 아니한 경우 현장검증조서를 심판관이 작성할 수도 있다.

# 제7절 감 정

## 1 서설

감정이라 함은 특별한 학식과 경험을 가진 당사자 이외의 제3자에게 그 전문적 지식 또는 그 지식을 이용한 판단을 보고하도록 하는 증거조사를 말하고, 이 보고를 행하는 사람을 감정인이라 한다. 감정인이 감정의 결과를 감정서로 제출하지만 감정은 인증의 일종이다. 감정은 심판관의 판단능력을 보충하기 위한 증거조사이다. 따라서 심판관이 통상의 지식과 경험에 의해 판단할 수 있는 사안이라면 감정에 기댈 필요가 없겠으나 사안이 전문가의 조력을 통해서 보다 명확해지는 경우라면 사건의 심리를 충실하게 하고 정확한 판단 근거를 확보하기 위한 방법으로서 감정이 유용하다. 점차 사안이 복잡화, 고도화 되는 추세에서 감정을 활용하는 빈도는 증가하고 있다.

감정인은 당사자가 아닌 제3자로서 사건에 영향을 미치는 사안에 대해 보고하는 역할을 한다는 점에서 증인과 공통성이 있다. 그러나 전문적 학식과 경험을 바탕으로 얻은 구체적 사실을 보고하는 감정인(감정증인)은 통상 증인이 과거에 존재하던 사실에 대한 자신의 경험을 보고하는 것과는 역할이 다른 측면이 있다. 증인은 특정 사안에서 대체성이 없는 경우가 절대적이나 전문적 학식과 경험에 의한 구체적 사실을 보고하는 사람은 대체성이 있는 점에서도 양자에 차이가 있다. 증인은 당사자가 신청하지만 감정인은 심판원이 지정하고 그 신문은 증인신문절차에 의한다. 증인은 자연인만이 될 수 있지만 감정인은 전문성을 갖춘 자연인뿐만 아니라 공공기관, 학교, 기타 기관도 될 수 있다. 심판에서 감정은 보통 기술 측면에서의 전문성을 보충하기 위해 활용되고 있으나 감정의 대상은 전문적 지식 또는 전문적 판단을 필요로 하는 경우라면 외국법규, 경험법칙, 사실의 확정 등도 포함한다.

## 2 감정의무

감정에 필요한 학식과 경험이 있는 사람은 감정할 의무를 진다(민소§334①). 다만 민사소송법 제334조 제2항 규정에 따라 자신 또는 친족 등과 현저한 이해관계가 있다거나 16세 미만인 사정 등으로 증언 또는 선서를 거부할 수 있는 사람의 경우에는 감정인이 되지 못한다(민소§334②, §314, §322, §324). 감정의무의 내용은 출석

의무, 선서의무, 감정의견보고의무이다. 감정인은 통상 1회 심판정에 출석하여 감정인 지정을 수락하고 선서를 한다. 감정의견보고는 서면으로 제출하는 것이 통상적이다. 감정인이 선서하지 아니하면 그의 감정결과는 증거능력이 없다. 감정인의 편의를 위해 감정인의 출석 없이 선서서를 서면 제출하도록 하는 방법을 고려해 볼 수 있겠으나 감정인이 최소 1회 출석하는 것은 심판관이 오관을 통해 감정인을 평가하는 기회로 활용하기에 유리한 점이 있다.

감정인이 감정을 타인에게 위임할 수 없으며(감정위임금지 의무) 감정사항이 자신의 전문분야에 속하지 않는 경우나 그에 속하더라도 다른 감정인과 함께 감정을 하여야 하는 경우에는 심판원에 감정인의 지정취소 또는 추가지정을 요구해야 한다(기역량 고지의무)(민소§335의2), 감정 수행에 현저하게 위법한 잘못이 경우에는 위증죄로 처벌하고 있고(특§227) 또한 손해배상의 책임을 부과할 수 있다고 해석되고 있다.[153]

## 3 절차

감정은 당사자의 신청에 의하여 하는 것이 원칙이다. 감정신청서에는 감정을 구하는 사항으로서 감정신청의 목적, 감정신청의 대상 및 이유를 기재하고 감정의 목적물을 함께 제출하도록 한다. 감정신청서는 상대방에게 송달하는 것이 원칙이다. 심판장이 감정신청을 채택하고 절차를 진행하는 경우 그 절차는 그 성질에 어긋나지 아니하는 범위 안에서 원칙적으로 증인신문에 준한다.

심판장은 감정신청 서류의 부본을 상대방에게 송달하여 의견제출기회를 주어야 한다. 다만, 그 서류의 내용을 고려하여 심판관이 송달할 필요가 없다고 인정하는 때에는 그러하지 아니하다.

심판장은 신청서를 토대로 하되 상대방의 의견서가 제출된 때에는 그 의견을 고려하여 감정사항을 정하여야 한다. 이 경우 심판관이 감정사항을 정하기 위하여 필요한 때에는 감정인의 의견을 들을 수 있다. 심판원이 감정사항을 정하는 단계에서 당사자의 협의만으로 해결되지 아니하는 사안이나 감정사항의 감정이 가능한지 여부 등을 감정인과 협의할 수 있다.

153) 정동윤 외, 민사소송법 제8판, 법문사(2020), 617.

심판관은 감정에 필요하다고 인정하는 참고자료를 감정인에게 보낼 수 있다. 당사자들은 심판원을 통해서만 감정인에 자료 또는 의견을 제공할 수 있고, 개별적으로 감정인을 접촉하여서는 아니된다. 감정인 또한 심판원을 상대로만 절차를 진행하여야 한다.

감정인은 감정을 마치면 감정의견 보고의무를 이행하여야 한다. 감정의견 보고는 주로 서면으로 하고 별도의 기일이나 심판절차 중에 심판정에 출석하여 말로 할 수 있다. 감정의견 보고가 감정서로 제출되면 심판의 증거자료로 삼을 수 있는데 증거로 채용할지는 심판관의 자유심증에 맡겨진다. 여러 개의 감정결과가 서로 상반된 결과를 제시하는 경우 그 중에 어느 하나를 채택하더라도 배척한 것에 대한 이유를 설시하지 아니하여도 된다.

심판장은 특허법 제157조 제2항이 준용하는 민사소송법 제341조 제2항의 규정에 따라 감정인으로 하여금 감정서를 설명하게 하는 때에는 당사자를 참여하게 하여야 한다. 감정이 끝나면 조서를 작성한다.

| 구분 | 내용 예시 |
|---|---|
| ▶ 종전 감정결과에 중대한 결함이 드러난 경우 | ◦ 감정결과에 논리적 비약 등이 있어 추론적 사고가 불가능한 경우<br>◦ 감정결과에 상당한 모순이 발견되는 경우<br>◦ 감정결과에 불완전하거나 불명확한 부분이 있고, 그 부분을 보완하는 것이 쟁점판단에 필요한 경우<br>◦ 해당 사안에 부합하지 않는 전제사실에 기초하여 감정이 이루어진 경우<br>- 법원이 증거조사를 통해 인정한 사실이 아니라, 감정인이 독자적으로 판단한 사실을 기초로 감정을 진행한 경우<br>- 감정 후에 주장 및 증명이 이루어졌고, 그 결과 인정되는 사실관계가 종전 감정의 전제사실과 다른 경우 |
| ▶ 감정인의 작업방법에 중대한 하자가 있는 경우 | ◦ 감정인의 감정준비 작업이 해당 전문분야에서 일반적으로 통용되는 전문적 방식에 부합하지 않는 경우<br>◦ 선택 가능한 다른 전문적 방식이 있음에도 이를 따르지 않았고 그리한 것에 대해 합리적 사유를 밝히지 못한 경우 |
| ▶ 감정인의 자격·능력에 문제가 있거나 감정인에게 기피사유가 있는 경우 | ◦ 감정인의 전문지식에 대해 의심이 드는 경우<br>◦ 감정인에 대한 기피신청이 인용된 경우<br>◦ 기피되지는 않았지만, 어느 당사자에 대하여 편파적인 처신을 하였음이 밝혀진 경우 |

감정 이후에 당사자 일방이 재감정을 신청하면, 심판장은 재감정을 신청할 상당한 사유가 있거나 상대방의 동의가 있다면, 이미 감정이 실시되었다는 이유만으로 재감정의 필요성을 부정하지 않는다.

재감정이 신청되면, 이에 대한 상대방의 동의가 없는 한 그 상당한 사유를 심사하여야 하므로, 재판부는 원칙적으로 기존 감정결과의 오류 가능성 또는 감정인의 불공정성 등 신뢰성에 관하여 의심이 드는 사유를 제시할 것을 요구한다. 의심이 드는 사유로는 아래 예와 같다. 다만, 위와 같은 사유를 확인하기 위하여 우선 증거협의를 통해 감정인신문, 감정보완조치 등을 통한 감정결과 내용의 해명조치를 우선적으로 고려한다.

만일, 기존 감정결과가 명확성, 정확성, 타당성 등에 상당한 흠이 있다거나 감정인의 편파성이나 불공정성에 대한 의심이 커서 해명절차를 거칠 필요가 없다고 판단되는 경우, 해명절차를 거치더라도 위와 같은 흠과 의심이 쉽게 해소되기 어려운 경우 등이라면 증거조사 필요성을 높게 평가하여 곧바로 재감정 채택을 고려한다.

## 4 지정·기피

감정인 지정은 증인신청과는 달리 당사자가 특정인을 지정하여 신청하지 아니하고, 단지 감정할 사항만을 표시하여 신청한다(민소§289①). 다만 당사자가 감정인을 특정하여 신청하는 경우가 있는데, 이는 그 감정인을 추천하는 것에 불과할 뿐이므로 심판원은 이에 구속될 필요는 없다. 실무적으로는 감정신청을 하는 당사자가 감정신청의견제출과 함께 감정수행에 적합한 감정인(자연인 또는 기관 등)을 기재하여 추천한다. 심판부가 먼저 감정인 추천을 요청할 수 있고 감정신청 당사자뿐 아니라 양 당사자 모두에게 요청하기도 한다. 감정신청 당사자가 신청한 감정인에 대하여 상대방들이 합의한 경우 그 신청된 감정인이 부적당하다고 할 특별한 사정이 없다면 그 사람을 감정인으로 선정하는 것이 일반적이다. 당사자들의 합의에 구속되지 아니하고 심판원이 적합하다고 판단한 다른 감정인을 지정하는 것도 문제없다. 심판부는 대학, 기관 등에 감정인 추천을 의뢰하는 방식으로 감정인 선정의 공정성 및 적정성을 도모할 수 있다.

당사자는 감정인이 성실하게 감정할 수 없는 때 그 감정인에 대한 기피신청을 할 수 있다(민소§336). 기피신청을 하는 때 기피사유를 소명하여야 한다. 감정인이 당

사자 일방과 개인적, 업무적, 기타 관계에서 밀접한 관계에 있는 경우, 사건과 특별한 이해관계가 있는 때, 양 당사자에 대한 공정성을 훼손하는 때(예로 일방의 자료만 제공받고 다른 일방에게는 자료 제공의 기회를 부여하지 않는 때)등이 기피 사유에 해당한다. 감정인의 전문적인 학식이나 경험을 신뢰할 수 없다는 것은 기피사유가 되지 않는다. 감정인 기피신청은 원칙적으로 감정의견 진술이 있기 전까지 하여야 하고 그 진술이 있은 후에는 허용되지 않는다. 이는 기피권을 부당하게 남용하는 것을 방지하기 위한 것이다. 감정인이 서면으로 감정의견을 제출한 때에는 그 서면 제출한 때가 감정의견을 진술한 때이다.

## 5 촉탁

심판원은 필요하다고 인정하는 경우 개인이 아니라 공공기관, 학교, 그 밖에 상당한 설비가 있는 단체 또는 외국의 공공기관에 감정의 촉탁을 할 수 있다(민소§341). 당사자의 감정신청이 있더라도 심판원이 직권으로 촉탁할 수 있다. 감정인에게 감정을 명할지 감정촉탁을 할지는 심판원의 재량으로 정한다. 감정촉탁의 경우 감정인의 선서나 진술의무는 면제된다. 선서가 면제되는 만큼 상당한 공신력을 갖춘 학교나 기간이 대상이 된다. 심판원은 촉탁기관에 감정사항을 명시한 감정촉탁서를 송달함으로써 촉탁절차가 개시되고, 촉탁기관은 감정서를 제출함으로써 감정을 이행하는 것이다. 이때 감정인은 출석하여 진술할 의무는 없으나 감정서 내용의 보충 또는 확인을 위하여 그 촉탁기관에서 감정에 관여한 자에게 심판원에 출석하여 설명하도록 할 수 있다. 이때의 설명은 감정서 기재내용을 보충하는 것이므로 일체로서 감정의견을 구성한다. 감정촉탁기관에서 직접 감정에 관여한 사람을 증인 또는 감정증인으로 채택하여 선서시키고 신문할 수 있다. 이는 감정촉탁과는 별개의 신문절차가 되고 감정에서 지득한 사항에 대한 신문이 진행된다.

감정촉탁으로 제출된 감정서를 심판의 증거나 자료로 활용하기 위해서는 이를 현출시켜서 당사자에게 의견제출의 기회를 주어야 한다.

※ 민사소송법 제341조(감정의 촉탁) ②제1항의 경우에 법원은 필요하다고 인정하면 공공기관·학교, 그 밖의 단체 또는 외국 공공기관이 지정한 사람으로 하여금 감정서를 설명하게 할 수 있다.

# 제8절 증거보전

## 1 서설

증거보전이란 통상적인 증거조사 절차대로 진행하거나 심판사건이 성숙되고 본격적인 심리에 들어가는 때에 이르러서 증거조사를 하게 되면 그 증거조사가 불능하게 되거나 곤란하게 될 염려가 있는 특정한 증거에 대하여 증거조사의 긴급성을 인정하여 본격적인 심리에 앞서 미리 증거조사를 하고 그 결과를 보전해 두는 절차를 말한다(특§157, 실§33, 디§145, 상§144, 민소§375[154]).[155]

증거보전은 말 그대로 장래의 증거조사에 곤란함이 없도록 필요한 증거를 '보전'하는 것이 본래 목적이나 증거의 사전 개시 또는 획득의 기능을 가지기도 한다. 예를 들어, 상대방이 소지하고 있는 주요한 증거를 확보하는데 증거보전절차가 유용할 수 있다. 침해금지 가처분신청 사건에서 본안 사건에 대비하여 미리 증거보전 신청을 하여 보전결정을 받아두는 전략이 가능하다. 민사소송에서 증거보전절차는 소송제기 전이나 소송계속 중에 본래의 소송절차와는 별개의 절차로 당사자의 신청에 따라 진행되는 것으로서 소송절차에 해당하므로 증거조사의 규정이 적용된다. 심판에서 실제로 심판청구 이전에 증거보전의 신청을 받아들여 진행할 수 있을지는 의문이 있기는 하나 당사자의 신청이 있는 경우에는 증거보전의 필요성이 인정된다면 절차를 진행하는 것이 바람직할 것이다.

심판에서는 심판청구 이후 당사자가 의견서 서면을 통해 쟁점에 관한 공방을 수회 교환하고 나면, 그 다음에 심판관은 당사자의 주장을 검토하여 사건의 쟁점을 정리하고, 당사자 간 다툼이 있는 사항에 대하여만 증거조사하는 것이 통상적이다. 이 경우에 다툼이 있는 모든 사항에 대하여 조사하는 것이 아니고 그 다툼이 있는 사항과 관련하여 입증이 필요한 것에 대하여만 행하는 것이 일반적이므로 다툼과의 관련성이나 입증의 중요성이 없는 증거에 대하여는 조사하지 아니할 수 있다. 그러나 증거보전 신청에서는 입증사실의 중요성에 대한 판단이 필요하지 않고 해당 증거의 조사를 기다릴 수 있는 긴급성이 있는지가 고려된다.[156]

---

154) 민사소송법 제375조 (증거보전의 요건) 법원은 미리 증거조사를 하지 아니하면 그 증거를 사용하기 곤란할 사정이 있다고 인정한 때에는 당사자의 신청에 따라 이 장의 규정에 따라 증거조사를 할 수 있다.

155) 증거조사가 곤란하게 되는 경우에는 비용이 상당한 정도로 증가하게 되는 경우도 포함된다.

따라서 심판에서 당사자의 증거보전 신청이 있는 경우 다툼 사항과의 관련성과 그 증거조사의 긴급성 등을 고려하여 신청의 채택 가부를 결정하고 증거조사 기일을 지정하고 증거조사를 실시하는 것이 통상의 순서이다. 이와 같은 시간적 경과를 기다리다가는 증인이 사망할 우려가 있거나 증거물이 소실되는 등 증거조사를 할 수 없게 되거나 곤란하게 되는 경우가 있다. 이와 같은 특별한 사정이 있을 때에는 우선 그 증거조사를 하여 증거를 보전하여 둘 필요가 있다. 심판계속 중에는 심판관이 직권으로도 증거보전 절차를 진행할 수 있다.[157]

## 2 증거보전의 절차

증거보전의 신청은 서면으로 하고, 심판청구 전에는 당사자가 심판원장에게 신청하고 심판 계속 중에는 그 사건의 심판장에게 하여야 하고(특§157③, 실§33, 디§145③, 상§144③) 심판계속 중에는 당사자의 신청외 심판장 직권으로도 할 수 있다.

심판청구 전에 증거보전신청이 있는 경우 심판원장은 그 신청에 관여할 심판관을 지정한다(특§157④, 실§33, 디§145④, 상§144④). 심판장이 직권으로 증거보전하는 경우 그 결과를 당사자, 참가인 또는 이해관계인에게 통지하고, 기간을 정하여 의견서를 제출할 수 있는 기회를 주어야 한다(특§157⑤, 실§33, 디§145⑤, 상§144⑤).

증거보전의 신청 방식은 통상의 증거신청과 다르지 않으나 본래의 증거조사까지 기다릴 수 없는 긴급성이 고려되는 점에서 다른 점이 있다. 그 신청서에는 신청인 및 상대방의 표시, 증명할 사실, 보존하고자 하는 증거, 증거보전의 사유를 밝혀야 하고, 증거보전의 사유를 소명하여야 한다(민소§377).

### 가. 신청인 및 상대방의 표시

신청인 및 상대방 각자의 주소 및 성명(명칭)을 기재하여야 하며, 신청인은 당사

156) 독일이나 오스트리아에서는 증거보전 제도에 대해 분쟁예방 기능을 인정하여 증거조사의 불능 또는 곤란이라는 사정이 없는 경우라도 당사자 간의 합의가 있거나 어떤 사실의 현상을 확정할 필요가 있고 신청인이 그 확정에 관하여 법률상 이익을 가질 때에는 증거보전 절차를 취할 수 있다는 규정을 두고 있다(주석 민사소송법 제8판, 한국사법행정학회(2018), 590(홍승면).

157) 현행 민사소송법은 증거보전 절차의 남용을 방지하기 위하여 증거보전의 필요성에 관한 소정의 요건이 충족될 때에만 그 절차를 허용하고 있고 법원이 직권으로도 할 수 있도록 하고 있으며, 증거방법에 대한 제한을 두고 있지 않다.

자·참가인 또는 이해관계인이 될 수 있다. 심판계속 중 신청하는 경우는 상대방 당사자가 상대방이 된다. 증거조사에 상대방을 참여시키는 것이 원칙이므로 심판청구 전에 신청하는 경우 상대방의 주소를 확실하게 표시하여야 한다.[158]

### 나. 증명할 사실

증명할 사실은 증거신청할 때 표시하여야 하는 증명할 사실과 같다(민소§298①). 신청인이 증거보전을 통해 증명할 사실이 무엇인지를 밝히도록 하고 그 사실은 주장을 입증하는 것이어야 한다. 그러나 그 사실과 신청의 관련성이나 신청의 명확성을 구체적으로 기재할 것이 요구되지는 않고 신청의 필요성을 인정받을 수 있을 범위 내에서 간명하게 기재하여도 된다. 신청서의 증명할 사실이 증거보전할 사항이 아님에도 증거보전한 경우에는 그 비용을 심판비용 부담에 고려할 수 있고, 증명할 사실이 장래의 심리에 명백히 필요하지 않다면 신청을 각하한다.

### 다. 보전하고자 하는 증거

증거보전의 보전하고자 하는 증거의 대상으로는 모든 증거방법이 해당되므로 증인, 감정인, 문서, 검증물, 당사자본인 어느 것이나 무방하다. 이중 어는 증거방법을 보전하고자 하는지를 명확히 그리고 구체적으로 밝혀야 한다. 각 증거방법에 대하여 다음과 같은 사항이 기재되어야 한다.

① 증인: 주소, 성명으로 특정한다.

② 감정인: 감정인은 심판합의체가 지정하므로 특정할 필요가 없다. 특히 감정인의 경우는 대체성이 있으므로 그 감정인이 아니면 안된다는 경우는 거의 없을 것이다.

③ 문서: 문서의 작성일, 작성자, 표제, 기재사항의 요지 내지 개요, 현재 문서를 소지하고 있는 자를 표시할 필요가 있다.

④ 검증물: 그 명칭, 내용, 소재장소의 표시가 필요하다. 신청인 외의 사람의 관리하에 있는 때에는 그의 승낙을 얻어 제출받게 되는 것이므로 그의 주소, 성명의 기재도 필요하다.

158) 형사사건에서 범죄행위를 한 상대방(가해자)이 불분명하여 상대방을 지정할 수 없는 경우에는 그 사정을 주장, 소명하여야 한다.

⑤ 당사자본인: 증인에 준한다. 또한 증거방법이 증인 또는 당사자본인인 경우에는 그 신문사항, 감정인의 경우에는 감정사항, 검증물의 경우에는 검증사항을 각각 명시하여야 한다.

### 라. 증거보전의 사유

사전에 증거조사를 하여 두지 아니하면 증거가 멸실 또는 훼손되는 등 그 증거를 사용하는 것이 곤란하거나 불가능하게 될 염려가 있다는 사실이 명확히 기재되어 있어야 한다. 예를 들어 증인이 사망할 우려가 있거나, 외국인으로서 곧 출국한다던가 하는 경우, 감정인이 1인 밖에 없는 경우로서 상술한 증인과 같은 사정이 있는 경우(당사자본인도 증인과 같다) 검증물이나 문서에 있어 현장이 변경될 염려가 있는 경우, 특히 문서에 있어서는 자구를 고치거나 은닉 또는 인멸될 가능성이 많은 사정이 있는 경우 등 구체적인 사정에 의한 필요성이 기재되어 있어야 한다.

### 마. 증거보전 사유의 소명

증거보전의 필요성이 분명하지 않으면 신청인에게 그 사유를 소명하도록 한다. 그 소명이 없으면 신청을 각하할 수 있다. 소명은 즉시 조사할 수 있는 증거에 의하여야 한다(민소§299)[159]. 심판계속 중인 때에는 의견서와 함께 또는 구술심리기일에 소명의 증거를 제출할 수 있다. 실제로는 사인(私人)의 보고(증명)서와 같은 것이 첨부되어 있는 것이 대부분일 것이다.

## 3 증거보전의 결정

증거보전의 신청이 방식에 맞고 그 요건을 구비하고 있는 것으로써 증거가 신청인 또는 제출의무자의 관리하에 있고 증거보전의 사유가 소명되어 있어 증거보전을 하여야 할 것으로 판단한 때에는 증거보전을 한다는 취지의 결정을 한다. 증거보전의 결정에 대하여는 불복할 수 없다(민소§380[160]).

증거보전의 대상이 되는 증거가 상대방 또는 제3자의 관리하에 있을 때에는 증거보전결정과 아울러 문서제출명령 내지 제시명령을 한다. 제출 또는 제시 명령에 불

159) 민사소송법 제299조 (소명의 방법) ①소명은 즉시 조사할 수 있는 증거에 의하여야 한다.
160) 민사소송법 제380(불복금지) 증거보전의 결정에 대하여는 불복할 수 없다.

응하는 경우 심판정책과는 사실조회독촉 공문을 재발송하면서 회신의무사항(특§157, 디§145, 상§144) 및 회신 불응시 관련법에 따라 50만원 이하의 과태료를 부과한다는 내용을 함께 통보하도록 한다.

정당한 이유 없이 해당기관이 회신하지 않을 경우 심판정책과는 특허청장 명의로 50만원 이하의 과태료를 부과한다(특232, 디§229, 상§237).

## 4 실시 전의 준비절차

증거보전의 결정은 통상 신청일로부터 1개월 이내에 한다. 결정이 되면 즉시 기일이 지정된다. 결정으로부터 기일까지의 기간도 짧으므로 증거조사의 준비절차는 다음의 순서에 의하여 신속히 행하여야 한다.

### 가. 결정등본의 송달

증거보전결정서 등본을 신청인, 상대방 및 참가인에게 송달한다.

### 나. 증거보전에 소요되는 비용의 예납

증거보전은 긴급을 요하는 경우이기 때문에 통상의 예납절차를 취하면 시간이 맞지 않는 경우가 있으므로 신청인(대리인)과 연락하여 즉시 비용을 예납하도록 한다. 예납 비용은 증인, 감정인이 참여하는 경우 그 여비, 일당, 숙박료 등의 증거조사 비용도 포함한다. 증거보전에 관한 비용은 소송비용의 일부로 심판 결과 비용부담 결정에 고려한다.

### 다. 기일지정 통지

심판정책과는 비용예납이 된 후 즉시 현장검증실시통지서(증인신문만의 경우는 증거조사 기일통지) 및 증인신문을 병행하는 경우는 증인출석요구서를 기안하고 결재 후 당사자 및 증인에게 등기우편으로 송달한다.

신청일부터 기일까지의 기간이 짧으므로 증거보전신청서 부본, 증거보전결정서 등본, 현장검증실시통지서 등의 서류를 일괄하여 송달하는 경우가 많다.

### 라. 검증출장

비용이 예납된 때에는 출장명령서를 작성하고 결재를 받는다.

### 마. 검증의 장소, 용구 등의 검토

증거보전신청인(대리인)과 검증에 관한 다음의 점을 상의한다.

① 검증장소: 정확한 지번과 방문할 지점을 확인한다. 가능하면 약도를 제출받는다. 교통편, 숙박시설 등을 파악해 두면 좋다.

② 상대방 혹은 제3자의 건물이나 시설에 들어가는 경우 및 검증물의 소유자 내지 관리인 등의 허락이 필요한 경우 미리 상황을 확인한다.

③ 검증 당일 필요로 인정되는 용구

- 증인신문이 병행되는 때에는 신문을 행하는 장소, 책상, 의자 등
- 옥외의 검증으로 우천의 우려가 있을 때에는 그 필요 용구
- 검증물이 건조물 등일 때에는 사다리 등
- 디자인 사건 등 전문적 사진이 필요하게 되는 경우는 전문가에 의뢰한다.

## 5 증거조사 실시

증거보전에서의 증거조사에 있어서도 관계 증거조사 규정에 따라 행하여지므로 그 실시도 증인신문·검증 등과 같다.

증거보전절차에 의한 증거조사의 결과를 심판사건에 이용하기 위해서는 증거로서 제출되어야 한다. 증거보전에서의 조사 결과는 서증이 아니고, 검증한 결과나 감정인 의견은 그 자체가 증거가 되고, 그 절차에서 신문한 증인의 증언은 증인으로 제출되는 것이다. 민사소송에서는 증거보전에서의 조사 결과는 변론에 상정되어야 하지만 당사자가 이를 원용하여야만 하는 것은 아니므로 이러한 점을 심판에서 고려하면 절차적으로 당사자, 참가인 또는 이해관계인에게 증거보전에서의 조사 결과를 송부하고 기간을 정하여 의견제출의 기회를 부여하는 것이 바람직할 것이다. 직권으로 증거보전절차를 진행한 경우에는 반드시 당사자 등에게 의견제출의 기회를 주어야 한다.

○ 구특허법(1990. 1. 13. 법률 제4207호로 전문 개정되기 전의 것) 제116조 제6항(현행 제157조 제5항)은 심판의 적정을 기하여 심판제도의 신용을 유지하기 위하여 준수하지 않으면 안된다는 공익상의 요구에 기인하는 이른바 강행규정이라 할 것이므로 의견서 제출의 기회가 주어지지 아니한 채 직권으로 이루어진 증거조사나 증거보전은 형식상으로는 이러한 의견서 제출의 기회가 주어지지 아니하였어도 실질적으로는 이러한 기회가 주어졌다고 볼 수 있을 만한 특별한 사정이 없는 한 위법한 것으로서 허용되지 않는다(대법원 1984. 2. 28. 선고 81후10 판결, 대법원 1984. 3. 27. 선고 82후6 판결, 대법원1996. 2. 9. 선고 94후241 판결 등).

증거보전에서의 증거조사 결과는 그에 대한 증거력 등을 면밀히 심리하여 심판에 활용한다.

증거보전신청을 한 당사자 또는 상대방이 증거보전절차에서 신문한 증인(민소 §303, §204)을 상대로 신문을 하고자 신청한다면 합의체는 보전절차가 긴급하게 진행되어 반대신문의 기회가 제대로 주어질 수 없는 점을 고려하여 그 증인을 신문하도록 한다.

이점에 대해서는 반대신문 기회의 정도에 따라 신청에 대한 허부를 결정할 수 있다는 견해와 심판원의 재량이라는 견해가 있으나 신청이 있고 신문이 가능하다면 실시하는 것이 필수적이라고 해석하고 있다.[161]

161) 이시윤, 신민사소송법, 박영사(2017), 530; 주석 민사소송법 제8판, 5권, 2018 한국사법행정학회, 384

# 제9절 수명심판관

## 1 서설

심판에 있어서 증거조사 또는 증거보전(특§157①, 실§33, 디§145①, 상§144①)에는 특§157②(디§145②, 상§144②)의 규정에 의하여 민사소송법 관계규정(민소§297[162], §313[163], §354[164], §365[165])이 준용된다. 수명심판관은 법원 소송에서의 수명법관에 상응하는 개념으로서, 원칙적으로 증거조사는 심판정에서 이루어지는 것이지만 심판정 밖에서의 증거조사(현장검증, 증인신문, 서증조사 등)가 필요한 경우 증거조사 또는 증거보전을 행할 심판관을 지정하여(서식 2-16). 이를 수행하도록 할 수 있다. 수명심판관을 지정할 것인가 여부는 심판부 합의에 의하여 결정하지만 그 지정은 심판장이 행한다. 실무적으로는 주심 심판관이 수명심판관 역할을 겸하는 경우가 많으나 수명심판관은 주심 심판관과는 달리 법률에 의거한 것이다.

## 2 역할

수명심판관은 심판합의체의 보조기관으로서 본래 그 합의체가 행할 증거조사, 증거보전을 행한다. 수명심판관 제도는 단독심판의 장점인 기동성, 경제성을 합의제에 도입한 것으로서 수명심판관이 심판정 밖에서의 증거조사 업무를 진행하는 경우에는 심판원 및 심판장의 직무를 행하는 것과 같으나 그것이 합의제 구조와 역할에 혼란

162) 민사소송법 제297조 (법원밖에서의 증거조사) ①법원은 필요하다고 인정할 때에는 법원밖에서 증거조사를 할 수 있다. 이 경우 합의부원에게 명하거나 다른 지방법원 판사에게 촉탁할 수 있다.
②수탁판사는 필요하다고 인정할 때에는 다른 지방법원 판사에게 증거조사를 다시 촉탁할 수 있다. 이 경우 그 사유를 수소법원과 당사자에게 통지하여야 한다.

163) 민사소송법 제313조 (수명법관·수탁판사에 의한 증인신문) 법원은 다음 각호 가운데 어느 하나에 해당하면 수명법관 또는 수탁판사로 하여금 증인을 신문하게 할 수 있다.
1. 증인이 정당한 사유로 수소법원에 출석하지 못하는 때
2. 증인이 수소법원에 출석하려면 지나치게 많은 비용 또는 시간을 필요로 하는 때
3. 그 밖의 상당한 이유가 있는 경우로서 당사자가 이의를 제기하지 아니하는 때

164) 민사소송법 제354조 (수명법관·수탁판사에 의한 조사) ①법원은 제297조의 규정에 따라 수명법관 또는 수탁판사에게 문서에 대한 증거조사를 하게 하는 경우에 그 조서에 적을 사항을 정할 수 있다.
②제1항의 조서에는 문서의 등본 또는 초본을 붙여야 한다.

165) 민사소송법 제365조 (검증할 때의 감정 등) 수명법관 또는 수탁판사는 검증에 필요하다고 인정할 때에는 감정을 명하거나 증인을 신문할 수 있다.

을 일으켜서는 안된다. 따라서 수명심판관에 의한 증거조사, 증거보전은 간단한 것에 한하여 행하는 것이 바람직하고, 심판의 효율성을 위해 불가피한 경우에 한하는 것이 바람직할 것이다. 불가피한 경우란 증인이 정당한 사유로 출석하지 못하는 때, 현장검증이 필수적인 때, 그 밖의 상당한 이유가 있는 경우로서 당사자가 이의를 제기하지 아니하는 때를 들 수 있다(민소§313).

제6장

# 심판의 종료

제1절 취하 ····· 447
제2절 포기·인낙 ····· 463
제3절 심리종결 ····· 468
제4절 합의 ····· 473
제5절 심결 ····· 478
제6절 심판종료선언 ····· 507
제7절 심판비용 ····· 510
제8절 경정 ····· 525
제9절 심결취소소송 ····· 528

# 제6장 심판의 종료

## 제1절 취 하

### 1 서설

심판은 특허심판원의 심결로써 종료됨이 보통이다(특§162①). 심판청구의 취하는 심결에 의하지 않고 심판을 종료시키는 특별한 행위이다. 심판청구인 또는 당사자참가인(이하 '심판청구인 등'이라 한다)이 심판의 일부 또는 전부를 철회하기 위해 특허심판원에 하는 단독적 의사표시이다. 상대방의 동의를 필요로 하는 경우라도 그것은 심판청구 취하의 효력발생에 필요한 한 가지 요건일 뿐, 당사자 간의 합의는 아니다.

심판은 직권심리를 원칙으로 하고 있으므로(특§159), 이를 철저히 따른다면 심판청구의 취하는 인정할 수 없지만, 특허법은 심판청구 및 취하에 관해 당사자에게 처분의 자유를 인정하고 있다(특§161①). 취하된 심판청구는 심판청구가 없었던 상태로 돌아가기 때문에 후일 동일한 청구취지로 같은 피심판청구인에 대하여 다시 심판을 청구할 수 있다.

### 2 요건

심판청구를 취하하려는 심판청구인 등은 특허심판원에 심판청구 취하서를 제출하여야 한다. 당사자 간에 심판청구를 취하하기로 한다는 내용의 합의가 이루어졌다 하더라도 취하서를 특허심판원에 제출하지 않는다면, 그 심판청구는 취하로 종료되지 않는다. 다만 당사자 간에 심판을 취하하기로 하는 합의서를 심판합의체에 제출하였다면, 그 심판은 특별한 사정이 없는 한 계속 유지할 법률상의 이익이 소멸되었으므로 각하심결을 하게 된다(대법원 1997. 9. 5. 선고 96후1743 판결).

심판청구인 등은 모든 심판청구에 대하여 자유롭게 취하할 수 있다. 심판청구요건

의 흠 등으로 유효한 심판청구가 아닌 심판도 취하할 수 있다. 심판청구 취하는 심판청구 후 심결이 확정되기 전까지 할 수 있으므로(특§161①), 심결취소소송이 특허법원, 대법원에 계속 중에도 할 수 있다. 다만 피심판청구인이 답변서를 제출한 후에는 그의 동의가 필요하다(특§161③).

심판청구를 취하하는 심판청구인 등에게는 행위능력이 있어야 하고, 지정대리인, 위임에 의한 대리인(특허관리인[166] 포함) 등이 심판청구를 취하하려면 특별한 권한을 받아야 한다(특§6, 민소§56②[167]). 다만 무능력자 또는 무권대리인은 추인이 없는 한, 스스로 제기한 심판청구를 취하할 수 있다.[168] 무효심판, 정정의 무효심판 등과 같이 민사소송법에서 말하는 유사필수적 공동소송의 형태를 취하는 심판에서는 공동심판 청구인 중 일부가 취하할 수 있으나, 정정심판, 거절결정불복심판 등과 같이 민사소송법에서 말하는 고유필수적 공동소송의 형태를 취하는 심판에서는 공동심판 청구인 전원이 공동으로 취하하여야 한다.[169]

심판청구의 취하는 하자 있는 의사표시 또는 착오로 인한 의사표시라는 이유로 다시 취소할 수 없다(대법원 1970. 6. 30. 선고 70후7 판결). 소의 취하가 사기·강박(대법원 1980. 8. 26. 선고 80다76 판결)이나 착오(대법원 1997. 6. 27. 선고 97다6124 판결)를 이유로 철회나 취소를 주장할 수 없는 이유와 같다. 한편 소의 취하가 형사상 처벌할 다른 사람의 행위로 인하여 이루어진 때에는 민소§451①5[170]

166) 특허관리인, 실용신안관리인, 디자인관리인, 상표관리인 등을 통칭하여 '특허관리인'이라 한다.

167) 민소§56(법정대리인의 소송행위에 관한 특별규정) ① 미성년후견인, 대리권 있는 성년후견인 또는 대리권 있는 한정후견인이 상대방의 소 또는 상소 제기에 관하여 소송행위를 하는 경우에는 그 후견감독인으로부터 특별한 권한을 받을 필요가 없다.

② 제1항의 법정대리인이 소의 취하, 화해, 청구의 포기·인낙 또는 제80조에 따른 탈퇴를 하기 위해서는 후견감독인으로부터 특별한 권한을 받아야 한다. 다만, 후견감독인이 없는 경우에는 가정법원으로부터 특별한 권한을 받아야 한다.

168) 이시윤, 新民事訴訟法(제15판), 박영사 (2021), 571면.

169) 고유필수적 공동소송의 형태를 취하는 심판에서 공동심판청구인 중 일부 또는 공동피심판청구인 중 일부에 대한 청구의 취하가 있으면, 당사자 적격을 잃게 되므로 각하심결을 받는다는 의견도 있다(로앤비, 주석 온주특허법(https://www.lawnb.com/Info/ContentMain/ONJU) (2017), 제161조).

170) 민소§451(재심사유) ① 다음 각 호 가운데 어느 하나에 해당하면 확정된 종국판결에 대하여 재심의 소를 제기할 수 있다. 다만, 당사자가 상소에 의하여 그 사유를 주장하였거나, 이를 알고도 주장하지 아니한 때에는 그러하지 아니하다.

1. 법률에 따라 판결법원을 구성하지 아니한 때
2. 법률상 그 재판에 관여할 수 없는 법관이 관여한 때
3. 법정대리권·소송대리권 또는 대리인이 소송행위를 하는 데에 필요한 권한의 수여에 흠이 있

사유를 유추하여 무효·취소를 주장할 수 있다고 한다(대법원 1985. 9. 24. 선고 82다카312 판결)[171]. 이때에 원고는 민소§451②항의 요건, 즉 유죄의 확정판결까지 필요로 하지 않는다(확정판결불요설). 그러나 최근의 대법원 2001. 1. 30. 선고 2000다42939 판결에서는 다른 사람의 행위에 대하여 유죄판결이 확정되고, 또 그 소송행위가 그에 부합하는 의사 없이 외형적으로만 존재할 때에 한하여 그 효력을 부인할 수 있다고 좁게 해석하고 있다(확정판결필요설).[172] 소 취하의 무효·취소 사유는 심판청구 취하의 무효·취소 사유로도 삼을 수 있는 것으로 보인다.

**〈판례〉 대법원 1970. 6. 30. 선고 70후7 판결**

> 민사소송에 있어 소 또는 항소를 취하하는 소송행위가 정당한 당사자에 의하여 이루어진 것이 사실인 이상에는 그 소 또는 항소를 취하함에 있어서 타인으로부터 기망을 당하였다던가 또는 법률행위의 내용의 중요한 부분에 착오가 있다하여 민법 제109조 또는 제110조에 의하여 위 소송행위를 취하할 수는 없는 것이라 함이 본원의 판례( 대법원 1964.9.15. 선고 64다92 판결)이므로 민사소송법의 규정을 준용하는 이 사건 항고심판청구의 취하에 있어 소론과 같이 금강스레트공업주식회사 대표이사(상대방인 피심판청구인 회사의 대표이사도 아니다)의 기망에 의하여 취하

---

는 때. 다만, 제60조 또는 제97조의 규정에 따라 추인한 때에는 그러하지 아니하다.

4. 재판에 관여한 법관이 그 사건에 관하여 직무에 관한 죄를 범한 때
5. 형사상 처벌을 받을 다른 사람의 행위로 말미암아 자백을 하였거나 판결에 영향을 미칠 공격 또는 방어방법의 제출에 방해를 받은 때
6. 판결의 증거가 된 문서, 그 밖의 물건이 위조되거나 변조된 것인 때
7. 증인·감정인·통역인의 거짓 진술 또는 당사자신문에 따른 당사자나 법정대리인의 거짓 진술이 판결의 증거가 된 때
8. 판결의 기초가 된 민사나 형사의 판결, 그 밖의 재판 또는 행정처분이 다른 재판이나 행정처분에 따라 바뀐 때
9. 판결에 영향을 미칠 중요한 사항에 관하여 판단을 누락한 때
10. 재심을 제기할 판결이 전에 선고한 확정판결에 어긋나는 때
11. 당사자가 상대방의 주소 또는 거소를 알고 있었음에도 있는 곳을 잘 모른다고 하거나 주소나 거소를 거짓으로 하여 소를 제기한 때

② 제1항 제4호 내지 제7호의 경우에는 처벌받을 행위에 대하여 유죄의 판결이나 과태료부과의 재판이 확정된 때 또는 증거부족 외의 이유로 유죄의 확정판결이나 과태료부과의 확정재판을 할 수 없을 때에만 재심의 소를 제기할 수 있다.

③ 항소심에서 사건에 대하여 본안판결을 하였을 때에는 제1심 판결에 대하여 재심의 소를 제기하지 못한다.

171) 법원행정처, 법원실무제요 민사소송 [III] (2005), 266

172) 이시윤, 新民事訴訟法(제15판), 박영사 (2021), 571~572면.

서가 제출되었다하여 심판청구인에 의하여 이루어진 취하를 취소할 수 없다 할 것이고 또 금강스레트공업주식회사 대표이사의 소론과 같은 기망으로 항고심판을 취하하게 한 행위가 형사상 벌할 사기죄를 구성한다고도 보기 어려운 것이니 원심결에 법령해석과 적용의 위법이 없다.

**〈판례〉 대법원 1980. 8. 26. 선고 80다76 판결**

항소의 취하는 일단 제기한 항소를 철회하여 항소심의 소송계속을 종결시키는 항소법원에 대하여 하는 항소인의 일방적인 소송행위임이 분명한 바, 민사소송법상의 소송행위에는 특별한 규정 또는 특별한 사정이 없는 한 민법상의 법률행위에 관한 규정을 적용할 수 없다 할 것이므로 사기, 강박 또는 착오 등 의사표시의 하자를 이유로 그 무효나 취소를 주장할 수 없다고 해석되며(당원 1963. 11. 21. 선고 63다441 판결, 1967.10.31. 선고 67다204 판결등 참조), 적법한 항소취하서가 항소심 법원에 제출되면 그때에 취하의 효력이 발생하여 항소의 효과는 소급적으로 소멸하고, 이는 항소인의 일방적인 행위이기 때문에 상대방의 동의를 필요로 하지 아니하나 민사소송법 제363조 제2항에서 같은 법 제239조 제4항을 준용하여 항소취하서를 상대방에게 송달토록 한 취지는 항소취하를 상대방에게 알려주라는 뜻이지 그 통지를 항소취하의 요건 내지 효력에 관한 규정이라고 볼 수 없다.

**〈판례〉 대법원 1985. 9. 24. 선고 82다카312 판결**

원고들의 소유권포기와 소취하에 관한 위 약정서는 강요와 폭행에 의하여 이루어진 것이고 원고 2의 소취하서 또한 그 작성제출 경위에 비추어 강요에 의한 것으로 보는 것이 상당하므로 이러한 형사책임이 수반되는 타인의 행위로 인한 소취하의 약정과 소취하서의 제출은 무효로 해석되어야 할 것이라 하여 원고 2의 본소는 취하에 의하여 종료되고 원고 1의 본소는 소송 외에서 소취하의 합의가 성립되어 권리보호의 이익이 없다는 취지의 원심 당사자참가인들의 주장을 배척하고 원고 2의 기일지정신청은 이유 있다 하여 받아들이고 있는 바, 기록에 비추어 살펴보면 위와 같은 원심의 조치는 정당하고 거기에 논지들이 주장하는 바와 같은 사실오인이나 판단유탈, 소취하 약정 및 소취하의 효력에 관한 법리오해가 있다고 인정되지 아니한다.

### 〈판례〉 대법원 2001. 1. 30 선고 2000다42939 판결

민법상의 법률행위에 관한 규정은 민사소송법상의 소송행위에는 특별한 규정이나 특별한 사정이 없는 한 적용이 없는 것이므로 착오 또는 기망을 이유로 소취하를 다시 취소할 수는 없는 것이다(대법원 1997. 10. 10. 선고 96다35484 판결, 1964. 9. 15. 선고 64다92 판결 등 참조), 그리고 소송행위가 사기, 강박 등 형사상 처벌을 받은 타인의 행위로 인하여 이루어졌다고 하여도 그 타인의 행위에 대하여 유죄판결이 확정되고 또 그 소송행위가 그에 부합되는 의사 없이 외형적으로만 존재할 때에 한하여 민사소송법 제422조 제1항 제5호, 제2항에 규정을 유추 해석하여 그 효력을 부인할 수 있다고 해석함이 상당하다( 대법원 1984. 5. 29. 선고 82다카963 판결 등 참조). 그런데 이 사건에서 그와 같은 사정을 인정할만한 자료도 없으므로 원고의 이 사건 기일지정신청은 받아들일 수 없는 것이다.

### 〈판례〉 대법원 1997. 9. 5. 선고 96후1743 판결

특허권의 권리범위 확인의 심판청구를 제기한 이후에 당사자 사이에 심판을 취하하기로 한다는 내용의 합의가 이루어졌다면 그 취하서를 심판부(또는 기록이 있는 대법원)에 제출하지 아니한 이상 심판청구취하로 인하여 사건이 종결되지는 아니하나, 당사자 사이에 심판을 취하하기로 하는 합의를 함으로써 특별한 사정이 없는 한 심판이나 소송을 계속 유지할 법률상의 이익은 소멸되었다 할 것이다( 대법원 1989. 9. 12. 선고 88후1281 판결 참조).

기록에 의하면, 이 사건 권리범위 확인심판의 당사자들은 상고심 계속 중인 1997. 2. 17. 이 사건 심판청구를 취하하기로 약정한 사실이 분명하므로, 이로써 심판청구인으로서는 이 사건 심판이나 소송을 계속 유지할 법률상의 이익이 없게 되었다 할 것이고, 따라서 원심결과 특허청 심판소의 초심심결(1995. 3. 15.자 94당270 심결)은 이 점에서 그대로 유지될 수 없으므로 이를 모두 파기하고, 이 법원이 직접 심판하기로 하여 위와 같이 법률상 이익이 없음을 이유로 하여 이 사건 심판청구를 각하한다.

## 3 절차

### 가. 취하서의 접수

#### 1) 신청인

심판청구인 등이 제출할 수 있다.

#### 2) 제출시기

심판청구는 심결이 확정될 때까지 취하할 수 있으므로(특§161①), 심판청구 취하서는  심결이 확정되기 전까지 제출할 수 있다. 구 특허법(1990. 1. 13. 법률 제4207호로 개정되기 전의 것)§118①은 심판청구는 그 심리가 종결될 때까지 이를 취하할 수 있다고 규정하고 있었다. 이는 심판의 진행이 심결을 할 수 있을 정도로 성숙하여 심리종결통지를 한 경우에도 심판청구를 취하할 수 있게 하면 그때까지의 심리가 헛수고로 되기 때문에 그 시기적 제한을 둔 것이었다. 그러나 심판 및 소송에서 당사자가 보다 자유롭게 대응할 수 있게 하고, 분쟁의 조기 해결 등을 도모하기 위하여 그 시기적 제한을 심결확정시까지로 개정한 것이다.[173]

#### 3) 제출처

심판청구를 취하하려는 자는 특허법 시행규칙 별지 제12호서식의 취하서를 작성하여 그 사건이 계속 중인 특허심판원(특허심판원장 또는 심판장)에 제출하여야 한다(특시칙§69③, 실시칙§17, 디시칙§80①, 상시칙§69①). 민사소송법에는 변론 또는 변론준비기일에서 말로도 할 수 있다고 규정하고 있으나(민사§266③), 특허법에는 말로 심판청구를 취하할 수 있다는 규정이 없으므로 서면으로 하여야 한다. 적법한 심판청구 취하서가 제출되면, 임의철회는 할 수 없다.

심결취소소송 계속 중에 당사자 사이에 합의가 성립되어 분쟁을 종료하고자 하는 경우에는 먼저 심판청구를 취하한 후 소송사건을 취하하여야 한다. 만약 심결취소소송을 먼저 취하하면 심결이 확정되는 효과가 발생하기 때문이다.

### 나. 취하서의 점검

심판청구 취하는 요식행위가 아니므로 방식여하를 따지지는 않으나 그 기재내용을 다음과 같이 조사·점검한다.

173) 정상조 박성수 공편, 특허법 주해 II, 박영사 (2010), 629면

### 1) 사건의 표시 등 확인

사건의 표시, 성명, 특허고객번호, 인감을 점검하고, 본문내용이 심판청구 취하의 취지인지를 확인한다.

### 2) 답변서 제출이 있는 경우

당사자계 심판은 답변서 제출 후에는 피심판청구인의 동의를 얻지 아니하면 심판청구 취하를 할 수 없으므로, 답변서 제출 후 심판청구 취하서가 제출되면 동의서가 첨부되어 있는지 확인한다. 피심판청구인이 답변서를 제출한 것은 심판청구에 적극적으로 대응할 태도를 보인 것이고, 피심판청구인에게도 심판을 유지하는데 이해관계가 있다고 보아야 하며, 청구기각 심결을 받을 이익이 생겼다고 할 수 있기 때문이다.[174] 한편, 피심판청구인을 보조하기 위한 보조참가인이 있는 경우, 보조참가인은 당사자가 심판청구를 취하하였을 때는 심판절차를 속행할 수 없으므로, 보조참가인이 답변서를 제출하였더라도 그의 동의가 없어도 심판청구는 취하할 수 있다.

심판청구 취하 동의서에는 심판번호, 피심판청구인의 성명, 특허고객번호, 인감(인감증명서) 또는 서명이 표시되어 있어야 한다. 피심판청구인이 2인 이상인 경우(공동권리자)는 전원의 동의를 받아야 한다. 다만, 피심판청구인 중 1인만이 답변서를 제출하였을 때에는 답변서를 제출한 피심판청구인의 동의만 받아도 된다.

답변서가 심판청구 취하서와 같은 날 제출되었을 때에는 심판청구에 대해 심결을 받으려는 적극적 태도를 가진 피심판청구인의 의사를 존중하여 동의서 없는 심판청구 취하서는 반려하고 동의서를 첨부하여 제출하도록 한다.

### 3) 대리인이 있는 경우

심판청구 취하서가 지정대리인, 위임에 의한 대리인(특허관리인 포함)에 의해 제출된 경우는 취하에 관한 특별위임사항이 지정서 또는 위임장에 기재되어 있는지를 확인한다(특§6, 실§3, 디§7, 상§5의4). 법정대리인 중에서 미성년후견인, 대리권 있는 성년후견인 또는 대리권 있는 한정후견인이 심판청구 취하서를 제출하는 때에도 특별한 권한을 받아야 한다(민소§56②)[175].

---

174) 이시윤, 新民事訴訟法(제15판), 박영사 (2021), 570면.

175) 제56조(법정대리인의 소송행위에 관한 특별규정) ① 미성년후견인, 대리권 있는 성년후견인 또는 대리권 있는 한정후견인이 상대방의 소 또는 상소 제기에 관하여 소송행위를 하는 경우에는 그 후견감독인으로부터 특별한 권한을 받을 필요가 없다.

구 특허법은 재외자의 특허관리인은 통상의 위임대리인보다는 대리권의 범위가 넓어 포괄적 대리권을 가지므로 특별위임사항의 기재가 없어도 “일체의 절차에 관하여···”와 같은 일반적인 위임사항의 기재가 있으면 심판청구 취하를 할 수 있다고 해석되었다. 그러나 2011. 12. 2. 법률 제11113호로 개정된 상표법은 상표관리인 역시 특별수권을 받지 않고는 심판청구를 취하할 수 없다고 규정하였다(상§5의4). 이후 특허법, 실용신안법, 디자인보호법도 같은 취지로 개정되었다(특§6, 실§3, 디§7).

당사자계 심판에서 그 권리등록원부에 등록되어 있는 특허관리인[176]이 심판청구 취하서를 제출하는 경우는 위임장이 첨부되지 않아도 취하를 인정한다.

#### 4) 참가인이 있는 경우

당사자참가인(특§155①, 실§33, 디§143①, 상§142①)은 피참가인인 심판청구인이 심판을 취하하여도 절차를 속행할 수 있다(특§155②, 실§33, 디§143②, 상§142②). 그러므로 심판청구인이 심판을 취하하더라도, 당사자참가인이 심판을 계속 진행할 수 있으므로, 심판은 종료되지 않는다. 즉, 당사자참가인이 있는 경우, 심판청구인의 심판 취하는 일부취하로 간주되고, 심판청구인과 당사자참가인 모두 심판을 취하할 때 심판이 종료된다.

그러나 보조참가인(특§155③, 실§33, 디§143③, 상§142③)은 심판청구인을 보조하기 위해 참가한 것이므로, 심판청구인이 심판청구를 취하하면 당사자참가인과는 달리 심판절차를 속행할 수 없다.

【 참고: 심판청구 취하와 참가 취하의 비교 】

| 구분 | 심판청구 취하 | 참가 취하 |
|---|---|---|
| 주체 | 심판청구인 또는 당사자참가인 | 참가인 |
| 객체 | ① 심판청구<br>② 무효심판, 권리범위확인심판 등과 같은 일부 심판은 청구항마다 가능 | 참가 |

② 제1항의 법정대리인이 소의 취하, 화해, 청구의 포기·인낙(인낙) 또는 제80조에 따른 탈퇴를 하기 위해서는 후견감독인으로부터 특별한 권한을 받아야 한다. 다만, 후견감독인이 없는 경우에는 가정법원으로부터 특별한 권한을 받아야 한다.

176) 2001. 2. 3. 법률 제6411호로 개정되기 전의 특허법은 ‘재외자는 특허권의 설정등록을 할 때 또는 당해 특허권의 존속기간중에는 특허관리인을 선임·등록하여야 한다.’고 규정하고 있었으나, 위 개정법에서 삭제되었다. 실용신안법, 디자인보호법, 상표법도 마찬가지이다.

| | | |
|---|---|---|
| 시기 | 심결확정 전까지 | 심결확정 전까지<br>※ 참가신청은 심리종결 전까지 |
| 동의 | 원칙적으로 피심판청구인의 동의가 필요하지 않으나, 답변서 제출 후에는 답변서를 제출한 피심판청구인의 동의 필요 | 원칙적으로 상대방 동의가 필요하지 않으나, i) 당사자 참가인만이 절차를 진행하고 있고, ii) 피심판청구인의 답변서 제출 후에는 피심판청구인의 동의 필요 |
| 절차 | 특시칙§69③에 따른 별지 제12호 서식에 취하대상을 적시하여 제출 | |
| 효과 | 심판청구가 없었던 것으로 봄 | 참가신청이 없었던 것으로 봄 |

### 다. 취하서에 대한 반려처분

점검결과 흠이 있는 심판청구 취하서는 반려한다. 반려처분의 이유는 다음과 같은 것이 있다.

① 취하의 대상이 불명확한 것
② 청구인의 성명, 특허고객번호, 인감 등의 누락
③ 동의서의 불비(답변서 제출된 건만 필요)
④ 심결 확정 후 취하서 제출
⑤ 취하대상 서류명 미기재·오기재

### 라. 취하서의 보정

점검결과 아래와 같은 흠이 있는 경우는 보정요구서를 통지하여 보정 하도록 한다.

① 법정대리권 누락
② 위임사항 중 취하에 관한 특별수권 누락

### 마. 심결 후 취하서 제출 시 절차

심판청구 취하서가 제출된 경우, 취하서의 최종 점검 권한은 해당 심판사건의 심판합의체에 있다. 심결 후 심판청구 취하서가 제출된 경우도 마찬가지이다. 다만, 심결 후 취하서가 제출되고, 해당 사건의 심판합의체의 일부 또는 전부가 전보 또는 퇴임된 경우에는 다시 심판합의체를 지정하지 않고 심판정책과에서 취하서를 점검하여 수리하거나, 특허심판원장 명의로 반려처분 또는 보정 명령한다. 심판청구 취하

가 적법하게 수리되면 특허심판원장 명의로 당사자, 참가인 또는 참가신청을 하였으나 그 신청이 거부된 자에게 취하통지서를 송부한다(특시칙§69④, 실시칙§17, 디시칙§80②, 상시칙§69②).

#### 바. 취하서 채부의 권한

심판청구 취하서가 제출된 경우 취하서의 최종 점검 권한, 즉 반려 처분할 것인지, 보정 명령할 것인지 또는 수리할 것인지는 심판합의체에게 있다. 그러나 방식에 적법하게 제출된 심판청구 취하서는 특허심판원에 제출된 때에 취하의 효력이 발생하므로, 심판합의체에게 그 채택 여부를 결정할 권한이 없다.

## 4 취하가 인정된 후의 절차

#### 가. 처리 절차

심판청구 취하서가 적법하게 수리되면 심판합의체는 심판청구취하통지서, 심판청구취하통보서를 작성하고, 당사자, 당사자참가인 또는 참가신청을 하였으나 그 신청이 거부된 자, 특허청(등록과)(당사자 심판사건의 경우) 등에 그 사실을 통지하여야 한다.

※ 예고등록이 되어 있지 아니한 사건은 특허청(등록과)에 통지할 필요가 없다

※ 상대방의 동의를 얻어 취하서가 제출된 경우 및 답변서 미제출에 의하여 상대방의 동의가 필요하지 않은 경우에도 상대방에게 심판청구취하통지서를 송부한다.

※ 당사자참가인이 있는 경우, 심판청구인이 심판청구를 취하하여도 그 심판은 종료하지 않는다(특§155②, 실§33, 디§143, 상§142).

※ 상표거절결정불복심판이 취하된 경우 상표등록 이의신청이 있으면 이의신청인에게도 심판청구통지서를 송부한다.

#### 나. 소송 계속 중 취하서가 수리된 경우

심결 후 해당 심판사건이 특허법원에 계속 중인 때에 적법한 심판청구 취하서가 특허심판원에 접수된 경우 이를 처리하고 그 취지를 특허법원에 송부한다. 심결 후 해당 심판사건이 대법원에 계속 중인 때에 적법한 심판청구 취하서가 특허심판원에

접수된 경우 이를 처리하고 그 취지를 특허법원을 경유하여 대법원으로 송부한다.

적법하게 이루어진 심판청구취하의 효력은 심판청구 취하서가 특허심판원에 접수된 시점에 발생하고, 심판청구취하가 있는 때에는 심판청구는 처음부터 없었던 것으로 보므로(특§161③), 이와 관련된 심결취소소송은 그 취소를 구할 대상이 존재하지 않게 되어 부적법하므로 소가 각하된다. 그러나 법원이 소 각하판결을 하기 전에 법원에 소취하서를 제출하면 법원은 관련된 심결취소소송을 소취하로 종료한다.

**〈판례〉 대법원 2001. 4. 24. 98후2849 판결**

> 이 사건 등록고안(등록번호 제93039호)의 등록무효를 구하는 이 사건 심판(97당26) 청구는 그 심결의 취소를 구하는 이 사건 소송이 이 법원에 계속 중인 1999. 9. 15.에 취하되었으므로, 이 사건 소는 그 취소를 구할 대상이 존재하지 않게 되어 부적법하게 되었고 따라서 원심판결은 이 점에서 그대로 유지될 수 없어 이를 파기하고 이 법원이 직접 심판하기로 하여 위와 같은 이유로, 이 사건 소를 각하하며 소송총비용은 패소자의 부담으로 하여 주문과 같이 판결한다.

### 다. 모형·견본·증거물 등의 반환

심판청구 취하로 모형·견본·증거물 등을 더 이상 유치(留置)할 필요가 없는 경우에는 제1권 제3장 제8절을 참고하여 처리한다.

### 라. 취하의 효력을 다투는 절차

심판청구 취하의 존재여부 또는 유·무효에 대해 당사자 간에 다툼이 있을 때에는 당해 심판 절차 내에서 해결하여야 한다. 심판청구 취하의 존재여부 또는 유·무효에 대해 다투는 당사자는 특허심판원에 별도의 심판을 청구할 수는 없고, 법원에 소송을 제기할 수도 없다.[177]

심판청구 취하의 존재여부 또는 유·무효에 대해 다툼이 있는 당사자는 특§155②에 정한 제척기간 내에 주장하여야 한다.[178] 심판장은 당사자가 심판청구의 취하가 부존재 또는 무효라는 것을 주장하는 경우, 그 사유와 소명자료를 작성하여 제출하도록 할 수 있으며 구술심리 등을 개최하여 당사자의 신청사유에 관하여 심리하여야 한다.

177) 이시윤, 新民事訴訟法(제15판), 박영사 (2021), 579면.
178) 이시윤, 新民事訴訟法(제15판), 박영사 (2021), 571면.

① 심리한 결과 신청이 이유 있다고 심판장이 인정하는 경우에는, 심판청구의 취하가 무효임을 선언하고 심판청구 취하 당시의 심판의 진행 정도에 따라 필요한 심판절차를 계속하여야 한다(심판사무취급규정§26③). 민사소송법에서는 취하의 효력 다툼과 관련하여 중간판결이나 종국판결의 이유 속에서 판단·표시하여야 한다고 규정하고 있다(민소칙§67③). 심판에도 참고하면 좋을 듯하다.

② 심리한 결과 신청이 이유 없다고 심판장이 인정하는 경우, 특허법(실용신안법, 디자인보호법, 상표법)에는 심판합의체가 취하여야 하는 절차가 규정되어 있지 아니하다. 민사소송법에는 판결로 소송의 종료를 선언한다고 규정하고 있는데(민소칙§67③[179]), 이를 참고하여 심결로 심판의 종료를 선언할 필요가 있을 듯하다.

**〈판례〉 대법원 2001. 1. 30 선고 2000다42939 판결**

주 문

이 사건 소송은 2000. 12. 15.자 소취하로 종료되었다.
기일지정신청 이후의 소송비용은 원고(반소피고)의 부담으로 한다.

이 유

그러므로 이 사건 소송은 원고 소송대리인의 위와 같은 소취하로 종료되었음을 선언하고, 기일지정신청 이후의 소송비용은 원고의 부담으로 하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

179) 민소칙§67 (소취하의 효력을 다투는 절차) ① 소의 취하가 부존재 또는 무효라는 것을 주장하는 당사자는 기일지정신청을 할 수 있다.

② 제1항의 신청이 있는 때에는 법원은 변론을 열어 신청사유에 관하여 심리하여야 한다.

③ 법원이 제2항의 규정에 따라 심리한 결과 신청이 이유 없다고 인정하는 경우에는 판결로 소송의 종료를 선언하여야 하고, 신청이 이유 있다고 인정하는 경우에는 취하 당시의 소송정도에 따라 필요한 절차를 계속하여 진행하고 중간판결 또는 종국판결에 그 판단을 표시하여야 한다.

④ 종국판결이 선고된 후 상소기록을 보내기 전에 이루어진 소의 취하에 관하여 제1항의 신청이 있는 때에는 다음 각호의 절차를 따른다.

1. 상소의 이익 있는 당사자 모두가 상소를 한 경우(당사자 일부가 상소하고 나머지 당사자의 상소권이 소멸된 경우를 포함한다)에는 판결법원의 법원사무관등은 소송기록을 상소법원으로 보내야 하고, 상소법원은 제2항과 제3항에 규정된 절차를 취하여야 한다.
2. 제1호의 경우가 아니면 판결법원은 제2항에 규정된 절차를 취한 후 신청이 이유 없다고 인정하는 때에는 판결로 소송의 종료를, 신청이 이유 있다고 인정하는 때에는 판결로 소의 취하가 무효임을 각 선언하여야 한다.

⑤ 제4항 제2호 후단의 소취하무효선언판결이 확정된 때에는 판결법원은 종국판결 후에 하였어야 할 절차를 계속하여 진행하여야 하고, 당사자는 종국판결 후에 할 수 있었던 소송행위를 할 수 있다. 이 경우 상소기간은 소취하무효선언판결이 확정된 다음날부터 전체기간이 새로이 진행된다.

## 5 심판청구의 일부 취하

### 가. 개요

심판청구의 일부 취하는 ① 무효심판, 정정의 무효심판 등과 같이 민사소송법에서 말하는 유사필수적 공동소송의 형태를 취하는 심판에서 공동심판청구인 중 일부가 청구를 취하하거나, ② 무효심판, 권리범위확인심판 등과 같이 청구항별로 청구할 수 있는 심판에서 일부 청구항의 청구를 취하하는 것이다.

### 나. 심판청구의 일부 취하 가부

① 무효심판, 정정의 무효심판 등과 같이 민사소송법에서 말하는 유사필수적 공동소송의 형태를 취하는 심판은 공동심판청구인 중 일부가 그 청구를 취하할 수 있다. 적극적 권리범위확인심판에서 피심판청구인이 복수인 경우, 심판청구인은 공동피심판청구인 중 일부에 대한 청구를 취하할 수도 있다.

② 공유인 특허권의 특허권자에 대한 심판청구는 공유자 모두를 피심판청구인으로 하여야 한다(특§139②). 그러므로 무효심판, 정정의 무효심판, 소극적 권리범위확인심판 등의 대상이 되는 특허의 특허권자가 공유인 경우는 심판청구인이 공동피심판청구인 중 일부에 대한 청구를 취하할 수 없다.

③ 특허권 또는 특허를 받을 수 있는 권리의 공유자가 그 공유인 권리에 관하여 심판을 청구할 때에는 공유자 모두가 공동으로 청구하여야 한다(특§139③). 그러므로 정정심판, 거절결정불복심판 등과 같이 민사소송법에서 말하는 고유필수적 공동소송의 형태를 취하는 심판은 공동심판청구인 중 일부만이 청구를 취하할 수는 없고, 공동심판청구인 전원이 공동으로만 취하할 수 있다.

④ 특허(실용신안등록) 청구범위에 기재된 2이상의 청구항에 관한 무효심판 및 권리범위확인심판청구는 청구항마다 취하할 수 있다(특§161②, 실§33). 그러나 특허(실용신안등록) 청구범위에 하나의 청구항으로 기재되어 있는 것의 일부(예: 청구항 제1항에, 택일적으로 기재된 발명 A 또는 발명 B 중에서, 어느 하나의 발명인 발명 A)에 대해서는 취하할 수 없다.

⑤ 디자인등록의 무효에 대하여는 일부취하를 할 수 없다. 다만 복수디자인등록의 경우에는 일부취하가 가능하다.

⑥ 지정상품이 둘 이상 있는 경우의 상표등록 또는 지정상품 추가등록의 무효심판 상표권의 존속기간갱신등록의 무효심판, 상품분류전환등록의 무효심판은 지정상품마다 심판청구를 취하할 수 있다(상§148②). 그러나 불사용취소심판을 포함한 상표등록취소심판은 심판청구의 일부를 취하할 수 없다. 한편 권리범위확인심판은 2016. 2. 29. 전부개정법(2016. 9. 1. 시행)에서 등록상표의 지정상품이 둘 이상 있는 경우, 지정상품마다 청구할 수 있도록 규정하면서도 일부 지정상품에 대한 심판청구취하를 허용하는 규정이 없다. 그러므로 권리범위확인심판도 일부취하는 인정되지 않는다.

⑦ 거절결정 또는 취소결정에 대한 심판(특§132의17, 실§30의3, 디§120, 상§116), 보정각하결정에 대한 심판(디§119, 상§115), 정정심판(특§136, 실§33), 정정의 무효심판(특§137, 실§33)은 일부 청구항의 취하를 허용하는 규정이 없다. 그러므로 심판청구의 일부를 취하할 수 없다. 다만 2이상의 정정사항에 대하여 하나의 정정심판이 청구되어 있는 경우에 있어서 그 중의 일부사항에 대하여 삭제를 인정하는 것은 인정한다.

### 다. 주의사항

심판은 직권심리주의를 취하고 있어 일부취하가 있는 부분에 대한 신청의 이유 및 증거는 특§159(실§33, 디§147, 상§146)의 '당사자 또는 참가인이 신청하지 아니한 이유'에 해당하고, 취하는 심판이 심결로써 종료된 것이 아니다. 그러므로 특§165①(실§33, 디§153①, 상§152①)의 규정에 의거 심판비용 부담을 결정으로써 정하여야 하는 점에 유의한다.

## 6 취하사건의 부실권리 존속방지를 위한 처리

### 가. 개요

무효심판 사건에서 무효라는 취지의 심결 및 판결이 있은 후 심결확정 전에, 다음의 사유로 권리가 존속되면 부실권리일 개연성이 있으므로 특허청 해당심사국에 그 처리결과를 통보하여 심사관으로 하여금 무효심판청구 여부를 검토하도록 한다(심판사무취급규정§87).

① 상대방에게 권리의 전부 또는 일부이전 등의 이유로 이해관계가 소멸되어 심판

청구가 각하 또는 취하된 경우

② 상대방에게 전용실시권, 통상실시권을 허여함으로써 심판청구가 각하 또는 취하된 경우

### 나. 특허청 심사국에 통보

심판정책과는 위에 해당하는 사유로 심판이 종료된 때에는 각 권리별 분류표에 따라 분류하고 소정의 서식으로 특허청 해당심사국에 통보한다.

### 다. 무효심판 청구 여부의 결정

특허청 심사관은 무효사유를 안 날로부터 30일 이내에 무효심판 청구여부를 결정하여야 한다. 구체적인 절차는 특허· 실용신안 심사사무취급규정 및 상표· 디자인심사사무취급규정 등에서 정하는 바에 따라 처리한다.

## 7 효과

### 가. 효과의 발생시기

심판청구 취하의 효과는 적법하게 제출된 심판청구 취하서가 특허심판원에 접수된 시점에 발생한다(대법원 1970. 6. 30. 선고 70후7 판결).

**〈판례〉 대법원 1970. 6. 30. 선고 70후7 판결**

> 항고심판청구의 취하는 그 통지가 상대방에 도달하였을 때 그 효력이 발생한다는 주장은 특허법 제120조 및 동법 제118조에 의하여 준용되는 심판청구 취하에 관한 동법 제110조를 오해한 것이니(상대방인 피심판청구인의 답변서 제출이 있기 전에 취하서가 제출 접수된 이 사건에 있어서는 그 접수시에 취하의 효력이 발생하였다고 볼 것이다) 반대의 견해를 전제로 한 논지는 이유 없다.

### 나. 심판계속의 소급적 소멸

심판청구가 취하되면 처음부터 심판이 계속되지 아니하였던 것과 같은 상태에서 종료된다(특§161③). 심판을 더 이상 진행시키거나 청구기각·인용 등의 심결을 하여서는 안 된다. 심판청구를 취하하기에 앞서 행한 특허심판원의 심판행위, 특히 이미

한 심결도 당연히 실효된다. 그러므로 심판청구인 등은 같은 상대방에 대해 동일한 심판을 다시 청구할 수 있다.

심판청구가 취하되어 심판이 종료된 후에는, 심판이 심결에 의하지 아니하고 종료된 것이므로 특허심판원은 심판비용의 부담과 금액을 정하는 절차는 남는다(특§165①). 심판비용은 당사자의 신청에 의하여 특허심판원이 결정으로 정하는데(특§165⑤), 실무상으로는 심판청구인 등에 패소자에 준하여 심판비용 전액을 부담시킨다.

# 제2절 포기·인낙

## 1 서설

심판청구의 포기는 심판청구인 등이 자기의 심판청구가 이유 없음을 자인하는 특허심판원에 대한 일방적 의사표시이고, 심판청구의 인낙은 피심판청구인이 심판청구인 등의 심판청구가 이유 있음을 자인하는 특허심판원에 대한 일방적 의사표시이다.

심판은 민사소송법 제220조[180]의 청구의 포기, 인낙에 관한 규정이 없고, 직권심리주의(특§159, 실§33, 디§147, 상§146)를 취하고 있어, 특허법(실용신안법, 디자인보호법, 상표법)에서 특별히 규정하지 않은 당사자의 자유로운 처분은 허용되지 아니한다. 그러므로 특허법(실용신안법, 디자인보호법, 상표법)에서 특별히 허용하는 규정이 없는 심판청구의 포기·인낙은 허용되지 않고, 청구를 포기·인낙하여도 심판은 종료되지 않는다.[181]

심결취소소송은 청구포기가 가능하다. 다만 심사관이 공익의 대표자로서 제기한 특허무효 심결취소소송은 청구포기를 할 수 없다. 행정소송의 청구인낙에 대해서는 양론이 있으나 소극설(귀속재산에 관한 소송에 관한 대법원 1954. 10, 16. 선고 54민상137 판결)이 우세하다. 소극설은 행정청이 하자 있는 처분을 직권 취소할 수 있으나 바로 청구인낙이라는 확정판결과 같은 소송행위를 할 수는 없다는 것이다. 심결취소소송도 판결의 대세효로 인해 처분권주의가 제한되어 청구의 인낙은 허용되지 않는다는 것이 통설로 보인다.[182]

【 참고: 소 취하와 청구의 포기·인낙 비교 】

| 구분 | 소취하 | 청구의 포기·인낙 |
|---|---|---|
| 주체 | 원고 | 원고(포기) 또는 피고(인낙) |
| 객체 | 소송상의 청구 | 소송상의 청구 |
| 시기 | 판결확정 전까지 | 판결확정 전까지 |

180) 민소§220(화해, 청구의 포기 · 인낙조서의 효력) 화해, 청구의 포기 · 인낙을 변론조서 · 변론준비기일조서에 적은 때에는 그 조서는 확정판결과 같은 효력을 가진다.

181) 김현호, "심판의 증거 및 심판의 종료", 발명특허 vol 404. (2010. 3.), 77면.

182) 법원행정처, 특허소송실무 (1998), 322면., 특허청, 소송수행 업무편람(개정 제1판) (2010), 54. 전경애, "특허쟁송제도의 연구 - 심결취소소송의 심리범위를 중심으로 -", 석사학위 논문, 한남대학교(2004), 23면.

| | | |
|---|---|---|
| 동의 | 원칙적으로 피고의 동의가 필요하지 않으나, 답변서 제출 후에는 답변서를 제출한 피고의 동의 필요 | 필요 없음 |
| 절차 | 원칙적으로는 소송이 계속 중인 법원에 취하서를 제출하여야 함. 다만 변론기일 또는 변론준비기일에서는 말에 의한 취하도 허용됨 | 원칙적으로는 변론기일 또는 변론준비기일에서 말로 하는 것이 원칙임. 다만 불출석한 원·피고가 진술간주되는 준비서면에 청구의 포기·인낙의 의사표시를 적었고 공증사무소의 인증까지 받은 경우에는 그 취지대로 청구인의 포기·인낙이 성립된 것으로 봄 |
| 효과 | 소가 없었던 것으로 봄 | 소가 종료됨 |

【 참고: 청구의 포기·인낙과 자백의 비교 】

| 구분 | 청구의 포기·인낙 | 자백 |
|---|---|---|
| 주체 | 원고(포기) 또는 피고(인낙) | 당사자 모두 가능 |
| 객체 | 소송상의 청구 | 소송물 판단의 전제가 되는 개개의 사실이나 권리관계 |
| 시기 | 판결확정 전까지 | 변론종결 전까지 |
| 동의 | 필요 없음 | 필요 없음 |
| 절차 | 원칙적으로는 변론기일 또는 변론준비기일에서 말로 하는 것이 원칙임. 다만 불출석한 원·피고가 진술간주되는 준비서면에 청구의 포기·인낙의 의사표시를 적었고 공증사무소의 인증까지 받은 경우에는 그 취지대로 청구인의 포기·인낙이 성립된 것으로 봄 | 준비서면에 그 의사표시를 적어서 할 수 있고, 변론기일 또는 변론준비기일에서는 말로 하는 것도 허용됨 |
| 효과 | 소가 종료됨 | 자백한 사실은 증거를 필요로 하지 아니하고, 재판의 기초로 삼음 |

## 2 절차

심판청구의 포기서는 그 기재내용에 따라서 다음과 같이 처리한다

① 포기서의 내용이 취하로 해석되는 경우, 심판장은 심판청구인에게 취하절차를 밟도록 안내하고 취하서(답변서가 제출된 경우에는 상대방의 동의서를 첨부)가 제출되면 심판을 종료한다.

② 증인에 의한 공지사실의 주장·입증이 착오에 기인한 것임이 판명되어 청구를 포기한 경우, 심판청구인이 그 이상 증인조사의 절차를 수행할 의사가 없는 것으로 인정하고 예납명령을 하지 아니하고 심결 한다.

③ 공지사실의 입증이 간행물에 의한 경우 및 공지사실에 관한 증인조사가 끝난 후에 포기서가 제출된 경우, 심판합의체는 포기서에 관계없이 증거에 의하여 본안을 심리한다.

심판청구의 인낙서는 그 기재내용에 따라서 다음과 같이 처리한다.

① 인낙서의 내용이 심판청구인의 심판청구가 이유 있음을 자인하는 경우, 심판합의체는 인낙서에 관계없이 증거에 의하여 심리한다.

② 인낙서의 내용이 심판청구 자체에 대한 인낙이 아니고, 심판청구의 당부 판단에 전제되는 개개의 사실상의 주장에 대한 경우, 심판합의체는 위 사항에 한해 인정한 것으로 보고 심리한다. 예컨대, 적극적 권리범위확인심판에서 피심판청구인이 '확인대상발명을 실시하고 있다는 사실'을 자백하는 경우가 있을 수 있다.

## 3 사례

심판원에서는 심판청구의 포기·인낙을 허용하지 않으므로 사례는 찾을 수 없다. 심결취소소송에서 청구를 포기하면, 포기조서를 작성하고, 이는 확정판결과 같은 효력을 가진다(민소§220[183]).

위에서 설명한 것처럼, 심결취소소송은 청구의 인락이 허용되지 않는다는 것이 통설로 보인다. 그러나 권리범위확인심판의 심결취소소송에서는 청구의 인낙을 허용한 사례가 있다(특허법원2016. 3. 30.자 2015허6459 인낙조서). 특허심판원에서 정정 전 특허발명이 유효하고, 확인대상발명도 그 권리범위에 속한다는 심결이 있었고, 심결취소소송에서 심결이 지지되었다. 그런데 대법원은 정정 전 특허발명에 기재불비의 무효사유가 있고, 이로 인해 권리범위를 특정할 수 없다는 이유로 파기 환송하였다. 파기환송 후 특허권자는 정정으로 기재불비를 해소하였으나, 확인대상발명은 그 권리범위에 속하지 않게 되었다. 이에 피고인 특허권자는 환송 후 권리범위확인

183) 민소§220(화해, 청구의 포기 · 인낙조서의 효력) 화해, 청구의 포기 · 인낙을 변론조서 · 변론준비기일조서에 적은 때에는 그 조서는 확정판결과 같은 효력을 가진다.

심판의 심결취소소송에서 원고의 청구를 인낙하여, 인낙조서의 작성으로 소송이 종결된 사례이다.

| | 정정 전 특허발명 | | 정정 후 특허발명 | |
|---|---|---|---|---|
| | 무효심판 | 적극적 권리범위확인심판 | 무효 | 적극적 권리범위확인 |
| 심판원 | 유효 | 속함 | - | - |
| 특허법원 | 기각(유효) | 기각(속함) | - | - |
| 대법원 | 파기환송(무효: 기재불비) | 파기환송(불속: 기재불비로 권리범위 특정불가) | - | - |
| 정정심판 | 정정인정(청구범위 감축으로 기재불비를 해소하였으나, 확인대상발명은 그 권리범위에 속하지 않게 됨) | | | |
| 환송 후 특허법원 | - | - | 유효 | 인낙 |

포기·인낙조서는 '원고는 이 사건 청구를 포기하였다', '피고는 이 사건 청구를 인낙하였다' 등과 같이 간단히 기재하고, '청구의 표시'를 기재한다. 청구의 표시는 '별지 소장 및/또는 준비서면의 해당란 기재와 같다'고 기재하고, 원고의 청구취지 및 청구원인이 기재된 소장 및/또는 준비서면을 첨부한다(아래 참조).

특 허 법 원

인 낙 조 서

사 건

원 고

피 고

재판장판사 OOO　　기 일: 2000. 0. 0. 00:00

판 사 OOO　　장 소: 제OOO호 법정

판 사 OOO　　공개여부: 공 개

기술심리관 OOO

법원사무관 OOO

원고 소송대리인 변리사 OOO　　출석

피고 소송대리인 변호사 OOO　　불출석

---

피고 대리인 제출의 20OO. O. O.자 청구인낙서 진술간주(청구인낙)

청구의 표시

청구취지
특허심판원이 20OO. O. O. 20OO당OOOO 사건에 관하여 한 심결을 취소한다.

청구원인
별지 준비서면(20OO. O. O.자) 해당란 기재와 같다.

법원사무관 OOO
재판장 판사 OOO

## 4 효과

심판에서는 심판청구의 포기·인낙을 허용하지 않는다. 그러나 심결취소소송에서는 심판청구의 포기는 일반적으로 허용되고, 인낙이 허용된 사례도 있다. 청구의 포기·인낙이 허용되면, 소송은 종료된다. 이를 간과한 채 심리가 계속 진행된 때에는 당사자의 이의나 법원의 직권에 의해 판결로써 소송종료선언을 하여야 한다. 포기나 인낙을 한 당사자는 패소자로서 소송비용을 부담하는 것이 원칙이다(민소§114②[184], §98[185]). 포기조서나 인낙조서가 성립하면, 포기조서는 청구기각의 확정판결, 인낙조서는 청구인용의 확정판결과 같은 효력이 있으므로, 판결에 있어서와 같은 당연 무효의 사유가 없는 한 기판력이 생긴다는 것이 통설·판례이다.[186]

184) 민소§114(소송이 재판에 의하지 아니하고 끝난 경우) ① 제113조의 경우 외에 소송이 재판에 의하지 아니하고 끝나거나 참가 또는 이에 대한 이의신청이 취하된 경우에는 법원은 당사자의 신청에 따라 결정으로 소송비용의 액수를 정하고, 이를 부담하도록 명하여야 한다.
② 제1항의 경우에는 제98조 내지 제103조, 제110조제2항·제3항, 제111조 및 제112조의 규정을 준용한다.

185) 민소§98조(소송비용부담의 원칙) 소송비용은 패소한 당사자가 부담한다.

186) 이시윤, 新民事訴訟法(제15판), 박영사 (2021), 586~587면.

# 제3절 심리종결

## 1 심리진행상황 안내통지

### 가. 개요

특허심판은 주로 서면심리에 의하여 이루어지고 특§162③⑤의 규정에 의한 심리종결통지는 보통 심결 1 ~ 2개월 전에 행해지므로, 당사자는 심리종결시기에 대한 예측이 어려워 증거 및 주장을 언제까지 하여야 할지에 대한 판단이 어렵다.

따라서 당사자에게 심리종결 시기에 대한 예측가능성을 높여주어 당사자가 필요한 주장을 충분히 할 수 있도록 함과 동시에 심판관의 심판사건에 대한 심리의 충실도를 높이고자 2005년 5월부터 서류제출기한과 심리종결예정시기를 안내하는 '심리종결예정시기통지' 제도가 도입되었다.

한편 심리종결예정시기통지는 당사자 편의를 위해 도입한 제도이지만, 통지된 심리종결 예정시기를 준수하지 않거나 예정시기를 변경하여 다시 통지하는 등으로 인해 오히려 당사자의 불만을 초래하였으므로, 2021년 12월부터 심리종결 예정시기 및 변경통지를 폐지하고 적시제출주의를 반영한 '심리진행상황 안내통지'로 변경되었다(심판사무취급규정 §32).

심리진행상황 안내통지는 기존의 심리종결예정시기통지와 달리 심리종결 예정시기를 기재하지 않는 대신 통지한 서류제출일까지 제출되지 않은 증거 등은 심결에 반영되지 않음을 명확히 하여, 심판관의 집중심리를 유도할 수 있도록 하였다.

### 나. 법적효력

심리진행상황 안내통지 제도는 법정절차가 아니라 심판사무취급규정(특허청 훈령)에 규정되어 있는 훈시적 규정으로 당사자에게 심리가 곧 종결됨을 알리고 통지된 기한까지 당사자가 증거·주장을 충분히 제출하도록 하여 심판관의 집중심리를 유도하고자 통지하는 것에 불과하다. 그러므로 심리진행상황 안내통지를 하지 않았거나 통지된 서류제출기간을 경과하여 증거·주장을 제출하여도 위법하지 않고, 심결취소사유가 되지도 않는다.

다만, 제도의 도입취지를 고려하고, 원활한 심리 진행을 위해, 심판장은 당사자로

하여금 서류제출기간동안 적극적으로 증거·주장을 제출할 수 있도록 충실히 안내해야 한다.

**〈판례〉 특허법원 2006. 4. 13. 선고 2006허978 판결**

> 특허심판원이 심리종결예정통지나 심리종결통지를 원고나 그 대리인에게 보내지 아니하였다 하더라도, 이 사건 심결의 취소소송절차에서 위 사유로 인하여 이 사건 심결에 절차의 위법이 있어 이 사건 심결이 위법하다고 할 수 있는지 여부는 별론으로 하고심리종결통지 규정은 심결을 할 수 있는 정도로 사건이 성숙하였다고 인정되는 경우에는 그 심리종결을 당사자에게 통지하고 지체없이 심결을 하도록 하기 위한 훈시적 규정에 불과하므로 심리종결통지서와 심결 등본을 동시에 송달하여도 이를 위법하다고 할 수 없다( 대법원 1995. 2. 24. 선고 93후1841 판결).

### 다. 통지시기

결정계 사건은 심리종결시기로부터 1~2개월 전에, 당사자계 사건은 당사자 간에 공방이 오가면서 사건이 어느 정도 성숙한 때에 통지하는 것이 바람직하다. 필요한 서류의 제출기한은 최소한 2주일 이상 지정하여 통지하는 것이 바람직하다.

### 라. 통지대상

심판장은 원칙적으로 특허심판원에 계속 중인 모든 심판사건에 대해 심리진행상황 안내를 통지하여야 한다. 다만, 아래에 해당하는 심판사건은 심리진행상황 안내통지를 생략할 수 있다(심판사무취급규정§32①).

① 심문서에 미리 심리진행상황 안내 및 증거 등 서류 제출기한을 병기하여 통지한 심판사건

② 구술심리 또는 기술·상표·디자인설명회 시 당사자에게 심리진행상황 안내를 구두로 통지한 사건

③ 심결각하 또는 결정(청구서 각하결정 등)하는 사건

### 마. 심리종결보류결정

심리진행상황 안내를 통지하였더라도 심판장은 당사자의 신청에 따라 심리진행상

황 안내통지에서 정한 서류제출기한으로부터 최대 2개월 내에서 심리종결을 보류할 수 있다. 보류신청은 절차의 공정성을 기하기 위해 당사자 일방이 상대방의 동의를 얻어 심리종결보류신청서를 제출한 사건에 한한다. 심판장은 심리종결보류신청서가 제출된 사건에 대해 심리종결보류결정을 통지한다(심판사무취급규정§32의2).

## 2 심리종결 통지

### 가. 개요

심리종결통지 규정은 심결을 할 수 있을 정도로 사건이 성숙한 때에 당사자 및 참가인에게 심리종결을 통지하고 지체 없이 심결을 하도록 하는 규정이다(특§162③).

심리종결 통지는 당사자 또는 참가인에게 자료의 추가제출 기회를 주기 위한 것은 아니다. 심판은 서면 심리의 경우는 물론이고 구두심리의 경우에도 당사자 또는 참가인의 출석여부에 관계없이 직권으로 진행할 수 있어(특§154, §158), 당사자 또는 참가인이 심판의 진행 상태를 명확히 파악하기 어려우므로 심결 전에 이들에게 미리 사건이 심결을 함에 있어 성숙하였음을 알림으로써 심리의 진행상황을 주지시켜 심리절차의 공정과 촉진을 기하기 위한 것이다. 심리종결을 통지한 후에 당사자 또는 참가인이 제출한 서류는 심결에 참작하지 아니한다(특시칙§66①).

한편 판례는 심리종결통지 규정을 위반하여도 위법이라고 볼 수 없는 훈시적 규정이라보고 있다(대법원 1984. 1. 31. 선고 83후71 판결, 1995. 2. 24. 93후1841 판결 등). 그러나 심리종결통지 제도의 취지를 고려할 때 판례에 기대어 심리종결통지를 게을리 하여서는 안 된다.

**〈판례〉 대법원 1984. 1. 31. 선고 83후71 판결**

> 특허심판에서 심리종결을 통지하는 이유는 특허심판은 서면 심리의 경우는 물론이고 구두심리의 경우에도 당사자 또는 참가인의 출석여부에 관계없이 직권으로 진행할 수 있도록 되어 있어(특허법 제117조, 제113조 제4항) 당사자 또는 참가인으로서는 심판의 진행 상태를 명확히 파악하기 어려운 실정이므로 심결 전에 이들에게 미리 사건이 심결을 함에 있어 성숙하였음을 알림으로써 심리의 진행상황을 주지시켜 심리절차의 공정과 촉진을 기하고자 함에 있으므로 심판장은 심결 전에 반드시 심리종결의 통지하여야 하나 다만 위 심리종결통지에 관한 규정은 훈시규정이라고 할 것이므로 이에 위반하여도 위법이라고는 볼 수 없다.

〈판례〉 대법원 1995. 2. 24. 93후1841 판결

> 그 특허법 제121조 제5항의 심리종결 통지규정은 당사자에게 자료의 추가제출이나 심리재개 신청의 기회를 주려는 취지가 아니고 심결을 할 수도 있는 정도로 사건이 성숙하였다고 인정되는 경우에는 그 심리종결을 당사자에게 통지하고 지체 없이 심결을 하도록 하기 위한 훈시적 규정에 불과하다 할 것이므로(당원 1979. 10. 10. 79후35 판결 참조), 원심이 이 사건 심리종결을 1993. 10. 28.자로 하고 종결통지서와 심결정본을 동시에 1993. 10. 30.자로 송달하였다 하여 이를 위법이라 할 수 없다 할 것이다.

### 나. 통지시기

심리종결통지는 심결을 할 정도로 사건이 성숙한 때에 통지하고, 적어도 심결일 하루 전까지는 통지하여야 한다(심판사무취급규정§77의2). 심결을 할 정도로 사건이 성숙한 때란 심판에 필요한 사실이나 증거를 조사·검토한 결과 심판의 결론을 내리기에 충분한 심증을 얻었을 때를 말한다.

참고로 심리종결통지는 심결(인용, 기각, 심결각하 포함)에 한하여 통지하는 것이어서, 결정(각하결정, 참가결정, 기피결정, 제척결정 등)에 대해서는 통지할 필요가 없다.

### 다. 심결시기

심판청구서의 각하결정, 심판청구의 취하, 출원의 포기·취하·변경에 의한 심판의 종료, 기타 심판절차의 중지 및 심리재개 사유가 발생한 경우를 제외하고, 심판합의체는 심리종결을 통지한 날로부터 20일 이내에 심결하여야 한다(특§162⑤, 실§33, 디§150⑤, 상§149⑤).

## 3 심리재개

심리종결통지를 한 후에도, 심판장은 당사자 또는 참가인의 신청이나, 직권으로 심리를 재개할 수 있다(특§162④, 실§33, 디§150④, 상§149④). 심리를 재개하는 경우, 심판장은 심리재개통지를 하여야 한다.

심리재개 신청이 있다고 하여 심판합의체에 심리재개 의무가 있는 것은 아니므로, 심리재개하지 않은 것을 심결취소 사유로 삼을 수는 없다. 심리재개를 쉽게 인정하면 당사자가 신의칙상의 성실의무를 해태하게 되므로 심판정책상 바람직하지 않다. 그러나 심리재개 사유가 심리의 결과에 영향을 미칠 수 있는 것일 때는 심리를 재개하는 것이 특허법의 기본정신에 어긋나지 않으면서 분쟁을 일회적으로 해결하는 것이므로 심판경제의 측면에서 바람직하다.

**〈판례〉 법원 2010. 10. 28. 선고 2010다20532 판결**

당사자가 변론종결 후 주장·증명을 제출하기 위하여 변론재개신청을 한 경우 당사자의 변론재개신청을 받아들일지 여부는 원칙적으로 법원의 재량에 속한다(대법원 1987. 12. 8. 선고 86다카1230 판결, 대법원 2009. 7. 23. 선고 2008다14619 판결 등 참조). 그러나 변론재개신청을 한 당사자가 변론종결 전에 그에게 책임을 지우기 어려운 사정으로 주장·증명을 제출할 기회를 제대로 갖지 못하였고, 그 주장·증명의 대상이 판결의 결과를 좌우할 수 있는 관건적 요증사실에 해당하는 경우 등과 같이, 당사자에게 변론을 재개하여 그 주장·증명을 제출할 기회를 주지 않은 채 패소의 판결을 하는 것이 민사소송법이 추구하는 절차적 정의에 반하는 경우에는 법원은 변론을 재개하고 심리를 속행할 의무가 있다. 또한 법원이 사실상 또는 법률상 사항에 관한 석명의무나 지적의무 등을 위반한 채 변론을 종결하였는데 당사자가 그에 관한 주장·증명을 제출하기 위하여 변론재개신청을 한 경우 등과 같이 사건의 적정하고 공정한 해결에 영향을 미칠 수 있는 소송절차상의 위법이 드러난 경우에는, 사건을 적정하고 공정하게 심리·판단할 책무가 있는 법원으로서는 그와 같은 소송절차상의 위법을 치유하고 그 책무를 다하기 위하여 변론을 재개하고 심리를 속행할 의무가 있다.

한편, 법원이 변론을 재개할 의무가 있는지 여부는 위와 같은 예외적인 요건 등을 갖추고 있는지 여부에 의하여 판단하여야 하고, 위와 같은 예외적 요건 등을 갖추지 못하여 법원이 변론을 재개할 의무가 없는데도 변론이 재개될 것을 가정한 다음, 그와 같이 가정적으로 재개된 변론의 기일에서 새로운 주장·증명을 제출할 경우 실기한 공격방어방법으로 각하당하지 아니할 가능성이 있다는 사정만으로 법원이 변론을 재개할 의무가 생긴다고 할 수는 없다. 다만, 실제로 법원이 당사자의 변론재개신청을 받아들여 변론재개를 한 경우에는 소송관계는 변론재개 전의 상태로 환원되므로, 그 재개된 변론기일에서 제출된 주장·증명이 실기한 공격방어방법에 해당되는지 여부를 판단함에 있어서는 변론재개 자체로 인한 소송완결의 지연은 고려할 필요 없이 민사소송법 제149조 제1항이 규정하는 요건을 충족하는지를 기준으로 그 해당 여부를 판단하면 된다.

# 제4절 합 의

## 1 서설

합의는 심판합의체의 구성원이 그 합의체에 부쳐진 심판사건을 공동으로 심리하는 것을 말한다.

합의는 3인 또는 5인의 심판관으로 구성되는 합의체(특§146①, 실§33, 디§133①, 상§132①)에서 행해지는데 각 심판관의 심판을 단순히 모은 것이 아니고 심판합의체가 일체가 되어 흡사 하나의 기관이 심판하는 것처럼 그 심판에 임하는 것이다(특§146). 이는 개별 심판관의 주관이 배제된 객관성을 갖도록 하려는 것이고, 각 사항에 대한 인정 판단은 심판합의체의 과반수로 결정한다. 심판의 합의는 공개하지 않는다(특§146③, 실§33, 디§133③, 상§132③). 합의 장소에는 제한이 없고 합의내용의 비밀이 보장되는 장소라면 족하다.

## 2 심판합의체

심판합의체는 심판청구 사건에 대하여 심판원장이 지정한 3인 또는 5인의 심판관에 의해 구성되고 심판의 종료와 동시에 해체되는 성질의 것이다(특§143~§146).

심판관은 특허심판원 소속 직원이지만 심판사건에 대하여 지정되면 그 사건 당사자와의 관계에서 독립기관으로서 사건을 다룬다. 다만 결정계 심판사건의 소송은 행정기관의 장인 특허청장이 피고가 된다(특§187). 실무상으로는 특허심판원 송무과의 전담소송수행자가 그 사건을 심리한 심판장의 검토를 거쳐 해당 수석심판장의 지휘 아래 특허청장의 지정대리인이 되어 소송사무를 수행한다.

통상의 심판사건은 심판원장이 지정하는 3인의 심판관으로 구성되는 심판합의체에서 심리한다. 합의는 과반수로 결정한다(특§146②). 특허심판원장은 심판합의체를 구성하는 3인의 심판관 중 1인은 심판장으로, 다른 1인은 주심심판관으로 지정한다. 나머지 1인은 부심심판관이 된다. 주심심판관이 따로 지정되지 않은 심판사건은 심판장이 주심심판관을 겸한다. 심판장은 그 심판사건에 관한 사무를 총괄하고(특§145), 주심심판관은 합의대상 심판사건의 기록 검토, 합의 준비, 심판합의체에의 설명 등 심판합의체의 활동을 원활하고 신속하게 하는 역할을 하며, 합의결과에 따

른 심결문 작성을 책임진다. 해당 심판사건의 각종 서식 및 대장류에도 표기한다.

심판합의체의 심판장 또는 심판관은 해당 심판합의체에 배당된 사건 중 심판사무취급규정 제28조 제1항에 규정되어 있는 5인 합의체 담당 사건이 있으면, 수석심판장과 협의하여 5인 합의체사건으로 선정하고 특허심판원장에게 보고 후, 합의체를 구성하여야 한다(심판부의 설치·운영에 관한 규정§14①).

5인 심판합의체는 심판원장 또는 심판장과, 심판원장이 지정하는 심판장 또는 심판관 4인으로 구성한다(심판사무취급규정§28). 5인 합의체의 심판장은 특허심판원장 또는 심판장이 되고, 심판의 효율적인 진행을 위하여 주심심판관을 따로 정할 수 있다. 주심심판관은 원칙적으로 해당사건의 주심으로 지정된 심판관이 된다. 5인 합의체의 심리진행, 합의 그 밖의 운영에 관한 사항은 3인 합의체와 같다.

심판사무취급규정에 규정되어 있는 5인 합의체 사건은 다음과 같다(심판사무취급규정§28①).

① 종전의 판례를 따르기에 적합하지 아니하거나 종전의 심결을 변경할 필요가 있는 사건

② 법률적·기술적 판단에 있어서 매우 중요하고 또한 사회적 영향이 큰 사건

③ 법원에서 취소된 사건으로서 그 사안이 중요한 사건

④ 여러 심판부에 공통으로 걸쳐있는 사건으로서 각 심판부의 의견이 상반되어 전체적인 의견 조정이 필요한 사건

⑤ 3인 합의체에서 합의가 이루어지지 않은 사건

⑥ 상표는 동일하나 지정상품류가 서로 달라 심판사건들의 주심이 서로 다른 사건으로서, 해당 심판사건의 처리방향에 대한 사전 합의가 이루어지지 않은 사건

⑦ 동일한 산업재산권에 대해 청구된 여러 개의 심판사건의 주심이 서로 다른 사건으로서 1인의 심판관을 주심심판관으로 지정변경하는 것에 대한 합의가 이루어지지 않은 사건

⑧ 사건의 쟁점이 복잡하여 장기간 처리가 지연되는 사건

⑨ 중소기업 사건, 심판부간 협업이 필요한 기술융복합 사건, 일괄심리가 필요한 사건, 공통기술사건 등 심판원장이 필요하다고 인정하는 사건

위 3인 또는 5인의 심판합의체를 구성하는 심판관은 심리에 공정을 기대할 수 없는 법정 제척원인(특§148)이 있는 경우는 그 직무의 집행으로부터 제척된다. 또한 심판관에게 제척원인 있는 때에는 당사자 또는 참가인이 제척신청을 할 수 있다(특§149).

법정 제척원인 외에 심판관에게 심판의 공정을 기대하기 어려운 사정이 있는 때에는 당사자 또는 참가인은 그 심판관을 기피 신청할 수 있다(특§150).

이상과 같이 심판관에 대하여 법률은 직무의 엄정 중립과 독립을 도모하고 있으므로 심판관의 자격이 당연히 문제가 된다. 그러므로 특허법 제143조 제2항은 '심판관의 자격은 대통령령으로 정한다'라고 규정하고 있고, 특허법시행령 제8조에서 그 자격을 규정하며, 심판의 중요성과 곤란성의 견지에서 심판관은 심사관보다 더 엄격한 직무수행요건이 요구된다.

## 3 합의준비

주심심판관은 미리 지정된 방침에 따라 심리에 착수할 사건을 선정하고 그 사건의 기록을 충분히 검토하여 공정하고 타당한 사건의 처리방침 및 그 방침에 따른 처리절차 등에 대하여 상세하게 입안하며 기타 합의에 필요한 준비가 잘 되었는가를 검토한다.

이 경우 입안이 곤란하여 장시간이 필요하다고 생각되면 능률적으로 진행하기 위하여 그 입안을 보류한 채 합의에 들어가는데 이와 같은 합의를 중간합의라 한다.

그 밖에 합의에 필요한 준비사항은 다음과 같다.

① 형식적 심리사항에 속하는 사항의 결함 유무를 검토하여 결함이 있으면 필요한 조치(예를 들면, 서류의 보충, 자료 또는 물건의 제출명령)를 취하고 기타심문 등을 발할 필요가 있을 때는 그 사항만의 중간합의를 거친 후 이후 절차를 밟는다.

② 심판합의체에 사안을 설명할 때는 이해를 돕기 위한 자료 또는 물건, 예를 들면 공보, 도서 등의 각종 간행물과 모형 견본 등을 준비하거나 때에 따라서는 설명용의 메모, 약도 등을 준비할 수 있다.

③ 물적인 준비 외에 무형의 준비, 예를 들면 심판합의체의 심판관 전원이 집합하기 쉽도록 하는 조치도 필요하다. 또한 결정계 심판에 있어 특별한 경우 담당심사

관의 견해를 사전에 확인할 수도 있다.

주심심판관이 필요한 준비를 완료하여 심리의 시기가 성숙되었다고 판단할 때는 심판장의 지시를 받아 심판합의체의 소집을 심판합의체를 구성하는 심판관에게 요청한다. 경우에 따라서는 심판장과 사전에 먼저 합의를 하고 더 필요한 준비의 유무 및 주심심판관이 입안한 절차, 방침 등을 검토할 수도 있다. 물론 심판합의체의 합의과정에서도 필요한 준비를 완성하기 위한 절차를 다시 밟거나 합의를 연기할 수도 있다.

## 4 합의

주심심판관은 심판합의체에게 사안을 설명하고 각 심판관의 질문에 답하여야 하는데 여기까지는 주심심판관이 조사자의 역할을 하는 것이 된다.

각 심판관 사이의 자유로운 질의응답이 끝나고 심판합의체 전원이 사안을 이해한 후 사건의 처리절차에 대하여 주심심판관이 안이 있으면 이를 설명하고, 심판장은 심판합의체의 의견을 종합한다.

의견이 일치되지 않을 경우에는 바로 다수결로 결정하지 않고 다음 합의를 예정하여 각자 재검토한 후 다시 의견교환을 한다. 두 번, 세 번의 합의에서도 의견이 일치되지 아니하면 다수결로 결정한다. 다수결로 합의된 결과와 주심심판관의 의견이 다른 경우 주심심판관은 자기의 의견과 반대되는 심결문을 기안하여야 하는데 이러한 경우에는 주심심판관의 요청 또는 심판장의 직권으로 다른 심판관과 논의한 후 심판원장에게 보고하여 주심심판관을 변경할 수도 있다

주심심판관이 합의에서 사안을 설명하는 순서나 방식은 사안별로 상이할 수 있으나 대체로 다음과 같은 순서로 한다.

【 결정계 심판사건 】

① 심판청구 취지

② 방식사항

③ 발명 또는 고안 내용

④ 청구범위 내용

⑤ 심사 절차
- 각종 지시(심문, 명령)와 응답 유무
- 거절결정의 이유 및 증거
- 명세서 등의 보정과 의견서 유무
- 기타

⑥ ④의 내용 특히 거절결정의 이유에 대해 상세히 설명하고 거절결정에 관한 추가적인 이유가 있었던 경우는 그 이유 설명

⑦ 심판청구서의 청구이유

⑧ 주심심판관 의견

【 당사자계 심판사건 】

① 심판청구 취지

② 등록원부의 기재사항

③ 발명 또는 고안의 내용

④ 청구범위 내용

⑤ 무효심판은 무효사유, 권리범위확인심판은 확인대상발명(고안, 디자인, 상표)의 설명서 및 도면의 내용

⑥ 심판청구 후 절차 및 내용
- 답변, 의견의 절차 경과
- 각종 지시(심문, 명령)와 응답 유무

⑦ 주심심판관 의견

# 제5절 심 결

## 1 서설

심판은 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 심판합의체가 심결할 정도로 사건이 성숙한 때 심리종결을 당사자 및 참가인에게 통지한 후 합의(심결내용의 확정)를 거쳐 심결로써 종결한다(특§162①, 실§33, 디§150①, 상§149①). 심결은 심판합의체가 하는 최종적인 의사표시로서 심판을 완결시키는 것이다. 재판에 있어서 종국판결에 상당한다.

심결내용의 확정은 심리에 관여한 심판관이 하여야 하므로, 심리종결 후 심결내용이 확정되지 않은 상태에서 심판합의체를 구성하는 심판관이 일부라도 바뀌면 심리를 재개하여야 한다. 심결내용이 확정된 후 심결은 서면으로 하여야 하고, 심결을 한 심판합의체의 심판관들은 그 서면에 기명날인하여야 한다(특§162②). 심결내용 확정 후 관여 심판관이 사망·퇴임 등의 사유로 심결문에 기명날인할 수 없더라도 심판합의체의 다른 심판관이 심결에 그 사유를 적고 기명날인하면 되고 심결의 성립에는 영향이 없다.

심결에는 부적법한 심판청구의 심결각하(특허§142, 실§33, 디§129, 상§128)와 본안심리를 거친 심결이 있다(특§162⑤, 실§33, 디§150⑤, 상§149⑤).

## 2 심결문 양식 및 표기방법

### 가. 규격

컴퓨터를 이용한 심결문 등 작성요령(심판원예규)에는 심결문 기재의 규격 및 서식이 다음과 같이 규정되어 있다. 그러나 다른 규격이나 서식이 적용되기도 하며 관례에 의하여 확립된 사항도 있다.

① 용지는 A4(210mm, 297mm)로 하되, 용지의 위로부터 35mm, 왼쪽 및 오른쪽으로부터 각각 20mm, 아래로부터 25mm의 여백을 두고, 한면에 들어가는 줄수는 21줄 내외(장수 표시제외)로 한다.

② 심판번호의 표시는 좌측 기본선에서부터 제목 “심판번호” 다음에 2자 간격을 두고 심판번호를 기재한다. 사건의 표시도 이에 준한다. 심판번호는 모두 붙여 쓴다.

③ 당사자 및 참가인의 성명은 제목표시 다음에 2자 간격을 두고 각 띄어쓰기 없이 표시하고 대리인은 당사자의 성명 첫 글자 아래에서 “대리인 변리사 OOO”과 같이 표시한다. 당사자 및 참가인의 주소는 당사자 성명 첫 글자 아래에서 시작하고, 대리인의 주소는 대리인 자격 첫 글자 아래에서 시작한다.

④ 청구인이 복수인 경우에는 청구인별 대리인을 청구인 성명 아래에 기재하도록 하고 다만 복수청구인의 대리인이 동일한 경우에는 마지막 청구인의 성명 밑에 “위 청구인들의 대리인”이라는 표시와 함께 대리인의 성명 등을 기재한다.

⑤ 심결일자는 표제부의 가장 하단에 기재한다

⑥ 주문 청구취지 등의 제목표시는 윗줄로부터 1줄씩 띄어 줄 중앙부위에 표시하며 줄을 바꾸어 해당 내용을 표시하되 좌측 기본선부터 시작한다.

⑦ 심판관의 기명날인은 심판장 및 관여 심판관의 성명을 기재한 다음 날인 한다.

【 심결문 기재례 】

↑
3.5 cm
↓

(상부기본선) ..... ..... ⓣIII.270-Y(10)
심결분류

특 허 심 판 원
제 부
심 결

(좌측 기본선) (우측 한계선)

←2cm→ · 심 판 번 호 · ○○ · 2014당0001 · ←2cm→
· 사 건 표 시 · ○○ · ·
· 청 구 인 · ○○ · 김갑동 ·
· · · 서울○종로구○동승동길 111
· · · 대리인○변리사○이을동 ·
· · · 서울○강남구○강남대로111길 ·
· 피 청 구 인 · ○○ · (위와 같은 방식) ·
· · 대리인
원 심 결
· 취 소 판 결 ·
취소확정판결
심 결 일 · ○○ · 2014. 7. 31.

주 문

· 이 사건 심판청구를.....한다
.....한다

청 구 취 지

· 주문과 같다.

이 유

· 1. 기초사실 ·
.....

심판장 심판관 ○○○ ㊞
심판관 ○○○ ㊞
심판관 ○○○ ㊞

.....(하부한계선)

↑
2.5cm
↓

### 나. 문체

심결문의 문장은 논리적, 일의적, 간결, 정확, 명료한 문체로서 구어체 문구를 사용하여 알기 쉽게 표현해야 하고, 법령에서 사용되는 문구는 동일하게 사용한다. 아래 사항에 주의하여 작성한다.

① 주어, 술어, 목적어 등의 누락

② 문법에 맞지 않는 작성(주어에 대한 술어의 적절치 못한 활용 등)

③ 격조와 품위를 잃거나 속된 표현

### 다. 용어

심결문은 한글로 띄어서 가로쓰되 표준어를 사용하여야 하며 뜻의 전달이 곤란한 경우에는 괄호 안에 외국어(한자)를 병기할 수 있다. 외국인의 이름, 외국의 지명 또는 외국어로 표기할 수 밖에 없는 단어인 경우에도 일단 한글로 그 외국어의 음을 기재한 다음 괄호 안에 외국문자(또는 한자)를 병기하는 것을 원칙으로 한다. 다만 “m”, “km” 등의 도량형의 단위나, “%” 등은 외국어라기보다는 만국공통의 부호라고 보아야 할 것이므로 이를 그대로 표기하여도 무방하다. 숫자는 아라비아 숫자를 사용하되, 심결문 주문의 금액 표시는 한글로 할 수 있다.

### 라. 항목의 구분

주문 또는 이유에서 체제상 항목을 구분하여 각 항목에 일련번호를 부여할 필요가 있는 경우가 있는데 이때는 다음과 같이 표시한다.

첫째항은 1, 2, 3, 4 , ……로,

둘째항은 가, 나, 다, 라, ……로,

셋째항은 1), 2), 3), 4) ……로,

넷째항은 가), 나), 다), 라) ……로

다섯째항은 (1), (2), (3), (4) , ……로

위 둘째 및 넷째항의 경우에 하 이상 계속될 때는 거, 너, 더, 러 …… 로 계속한다.

#### 마. 일시

일자는 숫자로 표시하되, “년”, “월”, “일”의 글자는 생략하고 점(.)을 해당 단위마다 찍어서 년, 월, 일을 구분한다(예: 2021. 9. 30.). 시간은 오전 오후의 표시 없이 24시간제에 의하되 “시”, “분”의 글자는 생략하고 두점(:)을 찍어, 시, 분을 구분한다.

#### 바. 주소

주소는 다음 원칙을 따라 표시한다.

① 특별시, 광역시 및 특별자치시는 “서울”, “인천”, “세종”으로만 표시한다.

② 도와 특별자치도는 “경기”, “제주”의 예로 표시한다.

③ 시·군을 표시할 때는 앞에 도, 특별자치도, 광역시의 표시를 한다.

#### 사. 법률 조항

법령의 이름은 단어 별로 띄어 쓴다. 법령의 조문을 표시할 경우 “제O조ˇ 제O항ˇ 제O호”로 기재한다(예: 특허법 제29조 제1항 제1호). 법령의 가지번호는 붙여 쓴다(예: 특허법 제132조의16), 법령의 “목”은 ( ) 안에 표시함(예: 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 제2조 제1호 (가)목).

## 3 심결문 기재방법

#### 가. 기재사항과 배열순서

심결문(또는 결정서)의 필수적 기재사항은 특§162②, 특시칙§67, 실§33, 디§150②, 상§149②에 규정되어 있다. 컴퓨터를 이용한 심결문 등 작성요령(심판원예규)에는 위 필수적 기재사항의 배열순서가 규정되어 있다.

| |
|---|
| ① 심판원의 표시 |
| ② 표제부(심판부의 표시 및 심결 또는 결정의 표시) |
| ③ 심판번호 |
| ④ 사건표시 |
| ⑤ 당사자, 참가인, 법정대리인, 위임대리인 등 심판진행에 관여한 사람의 성명 및 |

주소나 영업소의 소재지(대리인이 특허법인·특허법인(유한)인 경우에는 그 명칭, 사무소의 소재지 및 지정된 변리사의 성명)

⑥ 심결일(또는 결정일)

⑦ 주문(제138조에 따른 심판의 경우에는 통상실시권의 범위·기간 및 대가를 포함한다)

⑧ 청구의 취지

⑨ 이유

⑩ 심결한 심판합의체의 표시 및 기명날인

### 나. 표제부

먼저 '특허심판원'이라고 심판원을 표시한 후에, 줄을 바꾸어 표제부를 표시한다. 심판부는 "제 62 부"와 같이 표시하고, 심결(또는 결정)은 "심결(또는 결정)"이라 표시한다.

### 다. 심판번호

심판번호는 청구된 연도에 접수된 순으로 부여된 번호와 심판의 종류(원, 취, 보, 당, 정 등)를 표시한다. 심판번호는 붙여 쓰기 한다(예: 2021원1234). "원"은 거절결정, "취"는 취소결정, "보"는 보정각하결정에 대한 심판이고, "당"은 당사자계, "정"은 정정에 대한 심판이다.

### 라. 사건표시

심판사건은 그 등록번호(또는 출원번호)를 표시하고, 발명(또는 고안)의 명칭(디자인은 디자인의 대상이 되는 물품을 부기한다)과 심판사건의 종류를 표시한다. 결정계 심판사건은 거절결정불복, 취소결정불복, 보정각하결정불복, 상품분류전환등록거절결정불복 등이 있다. 당사자계 심판은 무효, 존속기간연장등록무효, 정정무효, 권리범위확인(적극)(소극), 취소, 존속기간갱신등록무효, 상품분류전환등록무효심판 등이 있다.

심결문(또는 결정서)의 기재사항을 규정하고 있는 특허법 제162조 제2항(실§33, 디§150②)에는 심결문에 발명(고안)의 명칭이나 디자인의 대상이 되는 물품을 기재

하여야 한다는 규정은 없으나, 심판사건을 명확하게 표시하고 심결문을 읽는 사람의 편의를 도모하기 위하여 심판사건의 표시에 "발명(또는 고안)의 명칭 또는 디자인의 대상이 되는 물품"을 부가하여 기재한다. 그 기재례는 다음과 같다.

**【심판사건의 기재례 】**

- 2021년 특허(실용신안등록)출원 제1234호 『발명(고안)의 명칭』의 거절결정불복
- 2021년 디자인등록추원 제1234호 『디자인의 대상이 되는 물품』의 거절결정불복
- 2021년 (국제)상표/서비스표등록출원 제1234호 거절결정불복
- 특허(실용신안등록) 제1234호 『발명(고안)의 명칭』의 권리범위확인(적극)
- 디자인등록 제1234호 『디자인의 대상이 되는 물품』의 무효
- 상표등록 제1234호 취소

### 마. 심판관계인

당사자, 참가인, 대리인 등 심판관계인은 사건의 표시 다음에 기재한다. 구체적 기재방법은 다음과 같다.

① 당사자가 개인일 때는 성명과 주소를, 법인일 때는 법인 명칭과 주소를 기재하여야 하고, 참가인은 피참가인의 표시 다음에 기재한다. 당사자가 복수인 경우 당사자 전원을 기재한다.

② 참가가 있는 경우, 당사자참가(특§155①)는 피참가인(청구인)의 표시 다음에 "당사자참가인"이라고 기재한다. 보조참가(특§155③)는 피참가인(청구인 또는 피청구인)의 표시 다음에 "보조참가인"이라고 기재한다. 참가인이 복수인 경우 참가인 전원을 기재한다.

③ 대리인이 있는 경우 다음과 같이 기재한다.

- 대리인이 그 전원을 대리하는 경우에는, 당사자 전원을 기재한 다음 "대리인 ○○○"라고 기재하거나, "상기 몇 명 ○○○", 또는 "상기 대리인 ○○○"라고 기재한다.
- 대리인이 당사자의 일부를 대리하는 경우는 그 수권자 다음에 "대리인 ○○○"이라고만 기재한다.
- 대리인이 복수이고 대리권이 뒤섞여 얽힌 경우는 당사자와 대리인의 관계가 명확히 되도록 기재한다.

④ 청구인·피청구인이 복수이고 동일 대리인인 경우는 다음과 같이 기재한다.

청 구 인 1.
　　2.
　　청구인들 대리인
피청구인 1.
　　2.
　　피청구인들 대리인

⑤ 대리인이 복수인 경우는 다음과 같이 기재한다.

1) 대리인들의 주소가 같은 경우
　　대리인 변리사 ○○○ ○○○ ○○○
　　주소
2) 대리인들의 주소가 다른 경우
　　대리인 변리사 ○○○
　　주소
　　대리인 변리사 ○○○
　　주소

⑥ 참가인이 복수인 경우에도 위 대리인과 같다.

⑦ 당사자의 기재순서와 당사자의 지위가 둘 이상 중첩되는 경우에는 다음과 같이 기재한다.

- 청구인을 먼저 기재하고 피청구인을 그 다음에 기재하며 당사자가 법인일 때에는 법인 명칭 주소 순서로 행을 바꾸어 기재한다.
- 결정계 사건의 경우 청구인만을 기재하는 것으로 한다.
- 재심사건의 경우에 그 재심을 어느 쪽에서 제기하였든 간에 재심대상심결에 표시된 청구인·피청구인의 순서대로 기재하되 “청구인(재심청구인)”, “피청구인(재심피청구인)” 또는 “청구인(재심피청구인)”, “피청구인(재심청구인)”의 형식으로 재심에 관한 지위를 괄호 안에 넣어 병기한다.

⑧ 법정대리인이 있는 경우에는 “법정대리인 ○○○” 라고 기재한다.

⑨ 동일인을 대리하는 대리인이 2인 이상일 경우는 “외 ○명” 이라 기재하지 아니하고 전원을 한다.

⑩ 대리인이 선임한 복대리인이 있는 경우에는, 그 대리인 다음에 복대리인을 “복대리인 ○○○”이라 기재한다. 대리인(또는 복대리인)이 변리사인 경우에는 “대리인(또는 복대리인) 변리사 ○○○”라고 기재한다.

| |
|---|
| 대리인 변리사 ○○○<br>주소<br>복대리인 변리사 ○○○<br>주소 |

⑪ 대리인이 법인인 경우 법인의 명칭, 주소, 지정변리사의 성명을 기재한다.

| |
|---|
| 대리인 특허법인 ○○<br>지정된 변리사 ○○○ ○○○ ○○○<br>주소 |

⑫ 국가를 당사자로 하는 심판에서 지정대리인이 있는 경우에는 “심판수행자 ○○○” 라고 기재

⑬ ‘채무자 회생 및 파산에 관한 법률’에 의한 파산관재인 또는 관리인이 있는 경우 “파산관재인(관리인) ○○○” 라고 기재한다. 심판관은 파산관재인 또는 관리인의 확인이 필요한 경우, 심판정책과의 협조를 얻어 법인등기부등본을 열람할 수 있다.

⑭ 다음의 경우에는 심결문에 그 대리인을 기재하지 않는다.

- ○ 심결당시에 대리인이 해임 해당 사건에 대하여 업무정지되어 있는 경우
- ○ 심결당시에 대리인이 사망한 것을 심판원에서 인지한 경우
- ○ 대리인의 사망신고서가 제출되어 있는 경우
- ○ 대리권을 증명하는 서면(위임장)이 적법하게 제출되어 있지 않은 경우. 단, 심판청구인측의 대리인 전원에 대하여 대리권의 부존재를 이유로 각하하여야 할 때는 그러하지 아니하다.

○ 위임장이 제출되어 있었어도 그 대리인에 의해서 절차를 밟지 아니한 경우

○ 대리인의 표시가 있어도 그 대리인의 날인이 없는 경우

○ 중도선임의 경우에 위임장의 제출이 있어도 대리인선임신고서를 제출하지 아니한 경우

⑮ 특수한 경우의 당사자 기재례

| | |
|---|---|
| 청구인 | 특허청 심사관<br>대전 서구 청사로 189 정부대전청사 4동 특허청 OO심사국<br>대한민국(관리청: 특허청장, 승계청: 농촌진흥청장) |
| 당사자참가인 | 경기 수원시 권선구 수인로 150<br>대리인 특허법인 OOO<br>지정된 변리사 OOO, OOO<br>서울 강남구 역삼동 000-00<br>복대리인 변리사 OOO<br>서울 강남구 서초동 |
| 피청구인 | 1. 파산자 주식회사 OOOO의 파산관재인 홍길동<br>서울 송파구 거여동<br>2. 김철수<br>대전 유성구 구암동OOO<br>피청구인들의 대리인 변리사OOO, OOO<br>서울 구로구 구로동000-00 |

※ 직권무효심판의 경우에는 청구인을, 심사관 성명을 기재하지 않고 “특허청 심사관”으로 기재하고(검사가 당사자가 되는 민사소송(예: 친생자 부인의 소 민§847 ②) 판결문에서도 검사 성명을 기재하지 않고 있음), 소관청에서 대리인을 선임하지 않고 소속직원이 수행하는 경우에는 대리인 기재 대신 “심판수행자 OOO”라 기재한다.

### 바. 주문(결론)

#### 1) 개요

주문은 심결·결정의 결론부분으로서 당사자의 청구 또는 신청에 대한 심판합의체

또는 심판장의 판단 결과이다. 심결·결정의 주문에는 청구·신청 등의 부적법 각하, 청구취지에 따른 전부 또는 일부의 인용 또는 배척범위를 간단 명확하게 기재하여, 주문 자체로 그 심결·결정의 효력 및 범위가 특정될 수 있어야 한다.

### 2) 주문(결론)의 내용

심판은 심판청구인이 신청하지 아니한 청구의 취지에 대해서는 심리할 수 없으므로(특§159②), 주문에도 심판청구인의 청구취지 또는 신청범위를 넘는 판단을 표시해서는 안 된다. 다만, 청구각하 및 비용부담에 대하여는 그러하지 않다.

주문은 다른 필수적 기재사항과 분리하여 이유의 항 바로 앞에 기재한다. 기재 순서는 ① 정정청구가 있는 무효심판에서, 그 정정청구를 인정하는 경우는 그 정정에 관한 것(정정청구를 불인정하는 하는 경우에는 주문에는 표시하지 않고, 심결의 이유에 그 내용을 기재한다), ② 본안에 대한 판단결과, ③ 일부 각하가 있는 경우는 일부각하에 대한 사항, ④ 비용부담 등이다.

먼저, 정정청구가 있는 무효심판에서, 정정청구를 인정하는 경우는, "2021. 9. 30.자 정정을 인정한다."와 같이 정정사항을 표시한다. 다음으로, 심판청구인의 청구(신청)를 배척하는 경우에는 심판청구(신청)를 기각한다고 표시하고, 인용하는 경우에는 심판청구서에 기재된 '청구(신청)취지'의 문언에 좇아 구체적으로 기재한다. 다음으로, 일부 각하가 있는 경우는 일부각하에 대한 사항을 기재한다.

끝으로, 심판비용 부담에 대해 기재한다. 무효·존속기간연장등록무효·권리범위확인·정정의 무효·취소심판에 관한 비용부담은 당사자의 청구와 관계없이, 직권으로 어느 쪽이 부담하느냐를 주문에 명확히 표시하여야 한다(특§165①, 실§33, 디§153①, 상§152①).

거절결정불복심판, 정정심판 등 법 규정에 심판청구인이 심판비용을 부담하도록 된 경우에는 주문에 표시할 필요가 없다(특§165③, 실§33, 디§153③, 상§152③). 참가허부결정시에 참가신청에 반대하는 의견에 의해 생긴 비용부담에 관해서는 주문에 기재한다(민소§103[187], 특§165②).

특허법 등에는 주문의 경정에 대한 규정은 없으나 잘못된 기재임이 명백할 때는 이를 경정할 수 있다.

187) 민소§103조(참가소송의 경우) 참가소송비용에 대한 참가인과 상대방 사이의 부담과, 참가이의신청의 소송비용에 대한 참가인과 이의신청 당사자 사이의 부담에 대하여는 제98조 내지 제102조의 규정을 준용한다.

### 3) 주문(결론)의 기재례

각 심판 종류별 주문(결론)의 상세한 기재례는 제2~4권의 해당 심판 부분을 참고하면 된다. 여기서는 주문의 몇 가지 기재례만 표시하기로 한다.

① 각하심결

1. 이 사건 심판청구를 각하한다.
2, 심판비용은 청구인이 부담한다.

② 거절결정에 대한 심판

○ 원결정을 취소하고 환송하는 경우
원결정을 취소하고 이 사건 출원을 특허청 심사관에게 보내어 다시 심사에 부친다.

○ 기각하는 경우
이 사건 심판청구를 기각한다.

③ 무효심판

○ 인용하는 경우
특허 제0000호를 무효를 한다.
심판비용은 피청구인이 부담한다.

○ 일부인용하는 경우
1. 특허 제0000호의 청구범위 제1항은 무효로 한다.
2. 그 나머지 부분에 대한 심판청구는 기각한다.
3. 심판비용중0/0은 청구인이, 나머지는 피청구인이 각 부담한다.

④ 권리범위확인심판

○ 인용하는 경우
확인대상발명은 특허 제0000호의 권리범위에 속한다(속하지 아니한다).
심판비용은 피청구인(청구인)이 부담한다.

○ 기각하는 경우
이 사건 심판청구를 기각한다.
심판비용은 청구인이 부담한다.

### 사. 이유

#### 1) 개요

심결의 이유는 주문이 정당하다는 것을 인정할 수 있는 정도로 당사자의 주장, 그 밖의 공격·방어방법에 관한 판단을 표시한다(민소§208②[188]). 심판청구인의 청구이유와 피심판청구인의 답변을 종합하여 사실을 확정하고, 이 사실에 법률을 적용하여 주문에 도달한 경로를 명확히 하여야 한다. 대세효가 있는 심결은 당사자뿐 아니라, 일반 국민도 쉽게 알 수 있도록 명확하고 이해하기 쉽도록 기재하여야 한다.

이유 기재의 정도는 당사자의 주장과 공격방어방법의 '전부'에 관한 판단을 표시할 필요까지는 없으므로 심결결과에 영향이 없는 주장 등 사소한 사항에 대한 판단은 생략할 수 있다. 그러나 패소한 당사자의 주장·항변은 패소한 당사자가 심결취소소송을 제기할지 여부를 결정하는데 도움이 되도록 가급적 누락하지 말고 직접적이고 구체적으로 배척하는 이유를 기재하는 것이 바람직하다.

한편 심판은 직권심리주의 채택하고 있기는 하나, 당사자 또는 참가인이 쟁점화하거나 주장하지 않은 사항에 대한 판단은 불의의 타격이 될 수 있으므로 경계하여야 한다. 당사자 또는 참가인이 쟁점화하거나 주장하지 않은 사항은 당사자 또는 참가인에게 의견제출기회를 부여한 후 심리·판단하여야 한다(특§159①). 그렇지 않으면, 강행규정 위반으로 심결취소사유가 된다.

---

188) 민소§208(판결서의 기재사항 등) ① 판결서에는 다음 각호의 사항을 적고, 판결한 법관이 서명날인하여야 한다.

1. 당사자와 법정대리인
2. 주문
3. 청구의 취지 및 상소의 취지
4. 이유
5. 변론을 종결한 날짜. 다만, 변론 없이 판결하는 경우에는 판결을 선고하는 날짜
6. 법원

② 판결서의 이유에는 주문이 정당하다는 것을 인정할 수 있을 정도로 당사자의 주장, 그 밖의 공격·방어방법에 관한 판단을 표시한다.

③ 제2항의 규정에 불구하고 제1심 판결로서 다음 각호 가운데 어느 하나에 해당하는 경우에는 청구를 특정함에 필요한 사항과 제216조제2항의 판단에 관한 사항만을 간략하게 표시할 수 있다.

1. 제257조의 규정에 의한 무변론 판결
2. 제150조제3항이 적용되는 경우의 판결
3. 피고가 제194조 내지 제196조의 규정에 의한 공시송달로 기일통지를 받고 변론기일에 출석하지 아니한 경우의 판결

④ 법관이 판결서에 서명날인함에 지장이 있는 때에는 다른 법관이 판결에 그 사유를 적고 서명날인하여야 한다.

### 2) 이유의 내용

심결 이유의 기본틀은 다음과 같은 형태가 보통이다.

| 결정계 심판사건 | 당사자계 심판사건 |
|---|---|
| 1. 기초사실<br>가. 절차의 경위<br>나. 이 사건 출원발명의 청구범위<br>다. 비교대상발명<br>라. 원결정 이유<br>2. 청구인 주장<br>3. 판단<br>4. 결론 | 1. 기초사실<br>가. 절차의 경위<br>나. 이 사건 특허발명의 청구범위<br>다. 비교대상발명<br>2. 당사자 주장<br>가. 청구인 주장<br>나. 피청구인 주장<br>3. 이해관계<br>4. 판단<br>5. 결론 |

기초사실 중, 절차의 경우 항목에는 출원일(변경 또는 분할출원은 원출일도 표시), 우선권주장일, 등록일, 심판청구일 등을 명확히 기재하여야 한다. 이는 심리대상, 적용법률 등을 특정하는 기준일이기 때문에 중요하다.

정정청구가 있는 심판사건의 경우, 정정을 인정하는 때에는 그 취지를 심결의 주문 중에 기재하고 정정요건을 충족하는 이유를 심결의 이유 중에 기재한다. 정정을 인정하지 않을 때에는 심결의 주문에는 그 취지를 기재하지 않고 정정요건을 충족하지 않는 이유만을 심결의 이유 중에 기재한다.

판단 항목은 심판청구인의 청구이유와 피심판청구인의 답변을 종합하여 확정한 사실에 법률을 적용하여 주문에 도달한 경로가 명확히 드러나도록 기재하여야 한다. 판단 항목의 내용은 심판사건의 종류, 쟁점 등에 따라 상이하다. 심판사건 중에서 가장 흔한 유형은 특허무효심판 사건에서 진보성이 쟁점인 경우라 할 수 있는데, 진보성이 쟁점인 사건은 다음의 절차에 따라 판단하고, 그 내용을 심결의 이유 중에 기재한다.

① 청구항에 기재된 발명을 특정하는 단계.

특히 마쿠쉬 타입의 청구항과 같이 하나의 청구항에 2이상의 발명이 기재된 청구항, 제조방법으로 특정된 물건의 청구항 등은 청구항에 기재된 발명 중에서 심

리대상을 특정하는 것이 중요하다.

② 심판청구인 또는 심사관이 청구항에 기재된 발명과 가장 가깝다고 주장한 비교대상발명, 즉 '가장 가까운 비교대상발명의 내용'을 특정하는 단계.

거절결정불복심판 또는 그 심결취소소송에서 특허출원 심사 또는 심판 단계에서 통지한 거절이유에 기재된 가장 가까운 비교대상발명을 다른 비교대상발명으로 변경하는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 새로운 거절이유에 해당하여, 심결취소사유가 되므로 주의를 요한다(대법원 2019. 10. 31. 2015후2341 판결). 직권심리가 적용되는 당사자계 심판사건은 당사자 또는 참가인이 신청하지 아니한 이유에 대해서도 심리할 수는 있어서, 심판청구인이 주장과 다른 비교대상발명을 가장 가까운 비교대상발명으로 선택하고 특정할 수 있기는 하나, 이 경우 당사자 및 참가인에게 기간을 정하여 그 이유에 대하여 의견을 진술할 수 있는 기회를 부여한 후 심리하여야 한다.

③ 가장 가까운 비교대상발명과 청구항에 기재된 발명을 대비하여 그 공통점과 차이점을 추출하는 단계.

구성대비표를 활용하거나 대비 결과를 전체적으로 서술하는 등의 방식으로 특허발명과 가장 가까운 비교대상발명의 구성요소들을 분석하여 공통점과 차이점을 추출한다.

④ 가장 가까운 비교대상발명이 청구항에 기재된 발명과 차이가 있음에도 불구하고, 청구에 기재된 발명에 이르는 것이 용이한지를 판단하는 단계.

차이점의 내용, 정도 등을 검토하여 기술상식이나 주지관용기술에 의해 극복될 수 있는지, 차이점에 해당하는 구성요소들이 다른 비교대상발명들에 개시되어 있는지, 개시되어 있다면 비교대상발명들 사이에 결합이 용이한지 등을 검토한다.[189]

### 3) 이유의 기재례

| |
|---|
| 1. 기초사실<br>가. 절차의 경위<br>1) 발명의 명칭 : OOOO<br>2) 번역문 제출/국제출원/우선권주장: 20OO. O. O./20OO. O. O./20OO. O. O. |

189) 특허청, 특허·실용신안심사기준 (2020), 3304면.

3) 특허등록/등록번호 : 20OO. O. O./특허 제OOOO호
4) 무효심판 청구 : 20OO. O. O.
5) 정정청구 :20OO. O. O.
6) 구술심리 : 20OO. O. O.
나. 이 사건 특허발명의 청구범위(생략)
다. 비교대상발명
1) 비교대상발명 1(갑 제O호증)
비교대상발명 1은 공개특허공보 제20OO-OOOO호(20OO. O. O. 공개)에 게재된 'OOOO'에 관한 것이고~~~~
2) 비교대상발명 2(갑 제O호증)
2. 당사자 주장
가. 청구인 주장(생략)
나. 피청구인 주장(생략)
3. 이해관계
피청구인은 청구인이 제조·판매하는 OOOO 제품이 이 사건 특허발명을 침해한다면서, 청구인을 상대로 20OO. O. O. 특허권 침해금지 청구 소송을 제기하였다(갑 제O호증). 그러므로 청구인은 이 사건 특허발명의 존속 여부에 직접적이고도 현실적인 이해관계를 갖고 있으므로, 이 사건 심판청구는 이해관계인에 의한 적법한 청구로 인정된다.
4. 판단(생략)
5. 결론
따라서 이 사건 제1항 정정발명에 대한 심판청구는 인용하기로 하고, 이 사건 제2항 정정발명에 대한 심판청구는 기각하기로 하며, 심판비용 중 1/2은 청구인이, 나머지는 피청구인이 부담하기로 하여 주문과 같이 심결 한다.

### 아. 기명날인

심결문에는 심결내용의 결정에 관여한 심판관의 기명날인을 요한다(특§162②. 특시칙§67, 실§33, 디§150②, 상§149②). 만약 심결을 한 심판관의 기명만 있고 날인이 없는 때에는 심결원본이 있다 할 수 없고, 심결원본이 없기 때문에 심결의 효력도 없다(대법원 1956. 11. 24. 선고 4289민상236 판결, 서울고법 상고부 1963. 4. 8. 선고 62다235 판결). 다만 심결내용 확정 후 관여 심판관이 사망·퇴임 등에 의하여 심결문에 기명날인할 수 없을 때에는 심판장이, 심판장이 기명날할 수 없다면 선임심판관이 그 사유를 적고 기명날인한다(예: 심판관 OOO는 퇴임으로 인하여 서명날인불능임. 심판장 심판관 OOO)(민소§208④[190]).[191]

### 자. 별지

확인대상발명(고안, 디자인, 상표)의 설명서 및 도면은 심결문 본문 다음 장에 첨부한다. 심결문 본문에서 별지도면, 설명서, 표장 등의 목록을 인용할 경우 각 목록마다 순차번호를 붙이고 심결문 본문과 장수표지를 연속으로 표시하는 것을 원칙으로 한다.

### 차. 기타

#### 1) 원결정의 표시

거절결정불복심판과 같이 원결정이 있는 심판사건은 "원결정 특허청 20OO. O. O.자 거절결정(또는 취소결정, 보정각결정)"과 같이, 원결정을 표시한다.

#### 2) 취소판결의 표시

법원판결에 의하여 해당 심결 또는 결정이 취소된 사건의 경우에는 원심결 또는 원결정 다음에 상하로 각각 다음과 같이 표시한다.

원 심 결　　특허심판원 20OO. O. O.자 20OO다OOOO 심결

---

190) 민소§208(판결서의 기재사항 등) ① 판결서에는 다음 각 호의 사항을 적고, 판결한 법관이 서명날인하여야 한다.

1. 당사자와 법정대리인
2. 주문
3. 청구의 취지 및 상소의 취지
4. 이유
5. 변론을 종결한 날짜. 다만, 변론 없이 판결하는 경우에는 판결을 선고하는 날짜
6. 법원

② 판결서의 이유에는 주문이 정당하다는 것을 인정할 수 있을 정도로 당사자의 주장, 그 밖의 공격·방어방법에 관한 판단을 표시한다.

③ 제2항의 규정에 불구하고 제1심 판결로서 다음 각 호 가운데 어느 하나에 해당하는 경우에는 청구를 특정함에 필요한 사항과 제216조제2항의 판단에 관한 사항만을 간략하게 표시할 수 있다.

1. 제257조의 규정에 의한 무변론 판결
2. 제150조제3항이 적용되는 경우의 판결
3. 피고가 제194조 내지 제196조의 규정에 의한 공시송달로 기일통지를 받고 변론기일에 출석하지 아니한 경우의 판결

④ 법관이 판결서에 서명날인 함에 지장이 있는 때에는 다른 법관이 판결에 그 사유를 적고 서명 날인하여야 한다.

191) 이시윤, 新民事訴訟法(제15판), 박영사 (2021), 619면., 법원행정처, 법원실무제요 민사소송 [III] (2017), 1580~1582면.

취 소 판 결　특허법원 20OO. O. O.자 20OO허OOOO 판결

취소확정판결　대법원 20OO. O. O.자 20OO후OOOO 판결

### 3) 심결을 병합한 경우

병합한 사건의 심판번호는 상하로 병렬하여 기재하고, 권리가 다른 경우에는 그 권리를 표시한다.

**【 기재례 】**

특허 제1234호 『발명의 명칭』의 무효

실용신안등록 제1234호 『고안의 명칭』의 무효

심결을 병합할 수 있는 사건은 당사자 쌍방 또는 일방이 동일한 경우이므로 동일하지 않은 당사자 표시는 각 청구인 또는 피청구인의 기재 아래에 대응하는 심판번호(20OO당OOOO)를 기재하거나, 각 청구인 또는 피청구인의 이름 옆에 대응하는 심판번호를 기재할 수도 있다(예: 청구인 홍길동(심판번호(20OO당OOOO))).

【기재례】

| | |
|---|---|
| 심판번호 | 0000당000 |
| | 0000당xxx (병합) |
| | 0000당yyy (병합) |
| 사건표시 | 특허 제OOOO호 『　』의 무효 |
| 청 구 인 (0000당000) | 홍길동 |
| 청 구 인 (0000당xxx) | 이순신 |
| 청 구 인 (0000당yyy) | 임꺽정 |
| 피청구인 | 나권리 |

심결을 병합한 경우, 병합심리·심결한다는 취지를 심결의 이유 항목의 처음에 다음과 같이 기재한다.

위 사건들을 특허법 제160조의 규정에 따라 병합하여 심리·심결 한다. 청구인 1 내지 청구인 6이 제출한 자료를 각각 '갑가', '갑나', '갑다', '갑라', '갑마', '갑바'로 구분하고, 동일한 증거자료에 대해서는 20OO당OOOO 사건의 번호를 따른다.

심결의 주문 및 이유는 병합한 사건에 공통하는 사항은 사건을 특별히 표시하지 아니하고, 병합하지 아니한 경우와 같이 기재하되, 사건에 따라 다른 사항은 기재례 1, 2와 같이 그 사건, 대상물 등을 특별히 표시하여 기재한다. 한편, 사건마다 다른 사항이 많은 경우에는 심결의 간략화를 목적으로 한 병합심결의 의미는 적어진다.

【 기재례 1 】

청구인은 갑 제1호증 내지 갑 제8호증(단, 20OO당OOOO 사건은 갑 제8호증을 제외한 갑 제1호증 내지 갑 제7호증 을 제출하고 있는바),

【 기재례 2 】

한편 20OO당OOOO의 청구인은 갑 제1호증을 제출하고 .... 라고 진술하고, 20OO당OOOO의 청구인은 .... 라고 진술하며 증인신문신청을 하고 있다. 그러나 ....

## 4 심결 후의 서면으로 접수된 서류의 처리

해당 심판부에서 심결이 완료되어 심판합의체의 기명날인이 있는 경우, 심판정책과 담당자는 기재사항의 오기가 없는지 심결연월일이 제대로 되어 있는지를 특허넷의 기록과 대조하여, 확인 후 발송 처리한다.

전자문서가 아닌 일반서류는 확정시까지 심판정책과에서 임시 보관하다가 확정 후에는 확정에 관한 절차를 밟아 계속 보존한다.

서면형식으로 접수된 서류(서면에 의한 증빙서류 포함)는 심판이 종료되면 심결문 등본 발송의뢰와 동시에 해당 서류를 심판정책과장에게 이관해야 하고, 심판정책과장은 해당 사건의 심결문을 발송한 후 해당 서류를 폐기할 수 있다(심판사무취급규정§14③). 서면형식으로 접수된 서류는 전자화되어 특허넷에 전자문서 형태로 탑재되어 있다(심판사무취급규정§6②, 산업재산권관련서류전자화 사무취급규정§5).

## 5 심결의 확정

### 가. 의의

특허심판원이 한 심결·결정이 당사자의 불복으로 취소할 수 없게 된 때 심결이 확정되었다고 한다. 심결의 확정은 심결등본이 적법하게 송달되었음을 전제로 한다. 또한 심결의 확정은 당사자가 책임질 수 없는 사유로 말미암아 불변기간을 지킬 수 없었던 경우에는 추후보완(민소§173[192])이나 재심의 청구(특§178, 민소§451[193])에 의해 배제될 수 있다.

### 나. 확정시기

먼저, 불복할 수 없는 심결이나 결정(예: 특허(등록)할 것으로 한다는 심결, 정정심

192) 민소§173조(소송행위의 추후보완) ① 당사자가 책임질 수 없는 사유로 말미암아 불변기간을 지킬 수 없었던 경우에는 그 사유가 없어진 날부터 2주 이내에 게을리 한 소송행위를 보완할 수 있다. 다만, 그 사유가 없어질 당시 외국에 있던 당사자에 대하여는 이 기간을 30일로 한다.

② 제1항의 기간에 대하여는 제172조의 규정을 적용하지 아니한다.

193) 민소§451(재심사유) ① 다음 각 호 가운데 어느 하나에 해당하면 확정된 종국판결에 대하여 재심의 소를 제기할 수 있다. 다만, 당사자가 상소에 의하여 그 사유를 주장하였거나, 이를 알고도 주장하지 아니한 때에는 그러하지 아니하다.

1. 법률에 따라 판결법원을 구성하지 아니한 때
2. 법률상 그 재판에 관여할 수 없는 법관이 관여한 때
3. 법정대리권·소송대리권 또는 대리인이 소송행위를 하는 데에 필요한 권한의 수여에 흠이 있는 때. 다만, 제60조 또는 제97조의 규정에 따라 추인한 때에는 그러하지 아니하다.
4. 재판에 관여한 법관이 그 사건에 관하여 직무에 관한 죄를 범한 때
5. 형사상 처벌을 받을 다른 사람의 행위로 말미암아 자백을 하였거나 판결에 영향을 미칠 공격 또는 방어방법의 제출에 방해를 받은 때
6. 판결의 증거가 된 문서, 그 밖의 물건이 위조되거나 변조된 것인 때
7. 증인·감정인·통역인의 거짓 진술 또는 당사자신문에 따른 당사자나 법정대리인의 거짓 진술이 판결의 증거가 된 때
8. 판결의 기초가 된 민사나 형사의 판결, 그 밖의 재판 또는 행정처분이 다른 재판이나 행정처분에 따라 바뀐 때
9. 판결에 영향을 미칠 중요한 사항에 관하여 판단을 누락한 때
10. 재심을 제기할 판결이 전에 선고한 확정판결에 어긋나는 때
11. 당사자가 상대방의 주소 또는 거소를 알고 있었음에도 있는 곳을 잘 모른다고 하거나 주소나 거소를 거짓으로 하여 소를 제기한 때

② 제1항 제4호 내지 제7호의 경우에는 처벌받을 행위에 대하여 유죄의 판결이나 과태료부과의 재판이 확정된 때 또는 증거부족 외의 이유로 유죄의 확정판결이나 과태료부과의 확정재판을 할 수 없을 때에만 재심의 소를 제기할 수 있다.

③ 항소심에서 사건에 대하여 본안판결을 하였을 때에는 제1심 판결에 대하여 재심의 소를 제기하지 못한다. 법령)

판에서 정정이 인정된 심결 등)은 청구인이 그 등본을 송달 받은 날 확정된다.

다음으로, 불복할 수 있는 심결이나 결정(예: 무효심판 심결, 권리범위확인심판 심결 등)은 제소기간 도과 시에 확정된다. 즉, 불복이 있는 당사자가 심결 또는 결정의 등본을 받은 날부터 30일 이내(부가기간이 적법하게 지정된 경우에는 그 부가기간 이내)에 특허법원에 소를 제기하지 않을 때 확정된다(특§186③⑤, 실§33, 디§166③⑤, 상§162③⑤). 또한, 특허법원에 소를 제기하였더라도, 종국적으로 심결 또는 결정이 지지되어 통상의 방법으로 취소할 수 없는 상태로 된 때 확정된다. 심결 또는 결정을 지지한 심결취소소송 판결을 송달 받은 원고가 14일 이내에 상고하지 않거나(민소§425[194], 396[195]), 상고하였더라도 심결취소소송 판결이 지지되어 상고기각되면 판결 선고와 동시에 확정된다.

한편, 심결 또는 결정을 취소하는 판결이 있고, 당사자의 불복으로 그 판결을 취소할 수 없게 된 때 취소판결이 확정되었다고 한다. 취소판결이 확정되었다고 해서, 그 판결의 내용대로 심결이나 결정이 바로 확정되지는 않는다. 취소판결이 확정되면, 특허심판원은 새로운 심판부호를 부여하고, 새로운 심판합의체를 구성한 후, 다시 심리하여 심결 또는 결정을 하여야 하기 때문이다(특§189②, 실§33, 디§169②, 상§165②). 취소판결에 따른 심결 또는 결정도 그 심결이나 결정이 당사자의 불복으로 취소할 수 없게 된 때 확정된다.

심판정책과장은 심결 또는 결정 확정일 부터 2개월(정정이 인정된 정정심판은 1개월)이내에 심결 또는 결정이 확정되었음을 등록과장에게 통보하여 등록 의뢰 등의 조치를 하여야 한다(심판사무취급규정§78, 등록사무취급규정§20).

구체적인 확정일의 산출방법은 다음과 같다

① 법정기간(심결 또는 결정등본을 송달받은 날부터 30일 이내에 소제기, 부가기간이 적법하게 지정된 경우에는 그 부가기간 이내: 특§186③④⑤, 실§33, 디§166③④⑤, 상§162③④⑤)을 특§14(실§3, 디§16, 상§16)의 규정에 의하여 계산하고 제소기간 만료일의 익일을 확정일로 한다.

194) 민소§425(항소심절차의 준용) 상고와 상고심의 소송절차에는 특별한 규정이 없으면 제1장의 규정을 준용한다

195) 민소§396(항소기간) ① 항소는 판결서가 송달된 날부터 2주 이내에 하여야 한다. 다만, 판결서 송달전에도 할 수 있다.
② 제1항의 기간은 불변기간으로 한다.

② 심결 또는 결정에 대하여 특허법원에 소를 제기할 수 있는 자가 2인 이상이고, 각자에 대한 등본송달의 일시가 상위할 때는 가장 늦게 송달을 받은 자를 기준으로 확정일을 산출한다.

③ 심결문 또는 결정문 등본이 재외자에게 항공등기우편으로 발송된 경우는 발송한 날에 송달된 것으로 보고 확정일을 산출한다.

④ 주소가 확인되지 않아 심결문 또는 결정문 등본이 공시송달 되었을 때에는 특허법 제219조 제3항(실§44, 디§210③, 상§219③)에 의해 확정일을 산출한다.

예를 들어, 최초공시송달시 특허(실용신안, 디자인, 상표) 공보게재일이 2008. 7. 4.이라면 초일불산입에 따라 2008. 7. 5.부터 2주일이 되는 다음날인 2008. 7. 19.에 송달된 것으로 하고 제소기간 30일을 계산한다. 단, 이때 민법 제157조에 의거 2008. 7. 19. 오전영시에 송달된 것으로 해서 초일산입을 적용하면 2008. 8. 17.이 소제기만료일이 되며 다음날인 2008. 8. 18.이 확정일이 된다.

또한 동일 당사자에 대한 이후의 공시송달시 특허(실용신안, 디자인, 상표) 공보게재일이 2008. 7. 4.이라면 다음날인 2008. 7. 5. 오전 0시에 송달된 것으로서 해서 초일산입을 적용하면 제소기간 만료일은 2008. 8. 3.이 되며 다음날인 2008. 8. 4.이 확정일이 된다.

### 다. 확정절차

심판정책과는 심결문 및 결정문 등본의 우편송달통지서를 접수한 때에 특허넷 송달정보에 송달일자를 입력하고 우편송달통지서는 스캔하여 이력에 첨부한다. 다만 정보통신망을 통해 심결문 및 결정문 등본을 송달하는 경우에는 수신자가 확인한 날이 송달일이 된다. 확정일까지 특허법원에 소 또는 대법원에 상고가 되지 않는 사건은 다음과 같은 절차를 밟는다.

#### 1) 확정일자 입력

특허넷에 심결등본송달일자를 확인한 후 확정일(제소기간 만료일의 익일)을 입력한다.

#### 2) 확정통보서 작성

소정서식의 심결확정통보서를 작성하여 등록과에 통보한다. 다만 구특허·구실용·

디자인 취소결정불복심판의 경우에도 심결확정통보서를 작성하여 등록과 및 해당 심사국에 통보한다(심판사무취급규정§78①).

#### 3) 정정명세서 공고의뢰

정정이 인정된 정정심판, 정정무효심판, 특허(실용신안등록) 취소신청 또는 무효심판 중 정정청구에 의해 정정이 인정된 경우, 심결확정 후 정정명세서공고의뢰서를 특허청 정보관리과장에게 통보하여 공고하도록 요청한다(특§136⑫⑬).

#### 4) 확정통보서의 직권경정의뢰

확정절차에 착오나 누락이 있음을 발견한 경우에 그 착오 또는 누락이 특허심판원 직원의 과실로 인한 것일 때에는 특허심판원(심판정책과)은 확정통보서의 직권경정의뢰를 특허청장(등록과장)에게 의뢰한다.

[ 확정통보서의 직권경정 통지 기재례 ]
"특허 제OOOO에 관한 OOOO당OOOO에 대하여 20OO. O. O.에 귀과에 송부한 심결확정통보서를 직권경정의뢰(기재중 OOOO을 XXXX로 정정)합니다"

### 라. 등록원부에 기록한 내용과 심판관이 인정한 내용이 어긋나는 경우의 취급

특허청장은 등록을 마친 후 그 등록에 착오 또는 누락이 있음을 발견한 경우에 그 착오 또는 누락이 특허청 또는 특허심판원 직원의 과실로 인한 것일 때에는 등록에 이해관계가 있는 제3자가 있는 경우를 제외하고는 지체 없이 그 등록을 경정하고 그 뜻을 등록권리자와 등록의무자에게 문서로 알려야 한다(특등령§32①).

### 마. 확정 관련 주의사항

#### 1) 심판사건 확정일 계산

특허법원 제소기간 및 대법원 상고기간의 계산에는 "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"고 규정한 특허법 제14조 제4호가 적용되지 아니한다. 특허법이나 행정소송법에도 별도로 규정하고 있는 바가 없다. 그러므로 행소§8에 의하여 준용되는 민소§170에 따라 "기간의 말일이 토요일 또는 공휴일에 해당한 때에는 기간은 그 익일로 만료한다"고 규정한 민§161가 적용

된다(대법원 2014. 2. 13. 선고 2013후1573 판결).

예를 들어 제소기간 만료일이 공휴일(토요일을 포함한다)(예:일요일)인 경우 다음날(예:  월요일)까지 소제기가 가능하므로 제소기간 만료일(예: 월요일)의 다음날(예: 화요일)이 심결확정일이 된다. 특히 민§161에 의하면, 근로자의 날은 토요일 또는 공휴일에 해당하지 아니하여 근로자의 날이 제소기간의 만료일인 경우 만료일의 다음날이 심결확정일이 된다.

### 2) 심판사건에 따른 확정

당사자 쌍방의 제소기간이 만료됨으로써 특허심판원 심결이 확정된다.

한편, 특허법은 공유인 특허권 또는 특허를 받을 수 있는 권리에 관한 심판청구는 공유자 전원이 심판청구인이 되거나 피심판청구인이 되어야 한다고 규정하고 있다(특§159②③, 실§33, 디§125①③, 상§124②③). 그러나 심결취소소송 절차의 원고적격에 관해서는 아무런 규정을 두고 있지 않다. 판례는 민법상 공유의 규정을 적용하여 공유자 중 1인은 공유물의 보존행위로서 단독으로 심결취소소송을 제기할 수 있다고 본다(대법원 2004. 12. 9. 선고 2002후567 판결, 특허법원 2008. 11. 13. 선고 2008허7690 판결). 따라서 특허권(실용신안권, 디자인권, 상표권) 또는 특허(실용신안, 디자인, 상표)를 받을 수 있는 권리의 공유자가 그 권리의 효력에 관한 심판에서 패소한 경우, 그 공유자 중 1인만이 심결취소소송을 제기하더라도 심결의 확정은 차단된다.

**〈판례〉 대법원 2004. 12. 9. 선고 2002후567 판결**

> 상표권의 공유자가 그 상표권의 효력에 관한 심판에서 패소한 경우에 제기할 심결취소소송은 공유자 전원이 공동으로 제기하여야만 하는 고유필수적 공동소송이라고 할 수 없고, 공유자의 1인이라도 당해 상표등록을 무효로 하거나 권리행사를 제한·방해하는 심결이 있는 때에는 그 권리의 소멸을 방지하거나 그 권리행사방해배제를 위하여 단독으로 그 심결의 취소를 구할 수 있다 할 것이고, 위와 같이 공유자 1인에 의한 심결취소소송의 제기를 인정하더라도 위에서 본 바와 같이 다른 공유자의 이익을 해한다거나 합일확정의 요청에 반하는 사태가 생긴다고 할 수 없다.
> 그렇다면 피고가 제기한 이 사건 등록상표에 관한 권리범위확인심판에서 패소한 원고들로서는 이 사건 등록상표권의 권리행사를 방해하는 위 심결의 확정을 배제하기 위하여 보존행위로서 이 사건 심결취소소송을 제기할 수 있다고 할 것이다.

〈판례〉 특허법원 2008. 11. 13. 선고 2008허7690 판결

> 특허권의 효력에 관한 심판에서 패소한 경우에 제기할 심결취소소송은 공유자 전원이 공동으로 제기하여야만 하는 고유필수적 공동소송이라고 할 수 없고, 공유자의 1인이라도 당해 특허등록을 무효로 하거나 권리행사를 제한·방해하는 심결이 있는 때에는 그 권리의 소멸을 방지하거나 그 권리행사 방해배제를 위하여 단독으로 그 심결의 취소를 구할 수 있어(대법원 2004. 12. 9. 선고 2002후567 판결 참조) 그 제소기간 등 소송요건은 당해 소송을 제기한 공유자를 기준으로 판단하여야 한다.

### 3) 특허법원 사건에 따른 확정

① 특허법원에서 소취하되면, 특허심판원 심결이 확정된다. 특허소송 계속 중에 당사자 사이에 합의가 성립되어 심결내용과는 다르게 분쟁을 종료하고자 하는 때에는 먼저 심판청구를 취하한 후 심결취소소송을 취하하여야 한다. 만약 소를 먼저 취하하면 심결이 확정되는 효과가 발생하기 때문이다.

당사자 쌍방이 특허법원의 변론기일에 2회에 걸쳐 출석하지 않거나 출석하더라도 변론하지 아니한 때는 1개월 내에 기일지정신청을 하지 않거나 기일지정신청에 의해 정해진 기일에 다시 불출석한 때에 소취하가 있는 것으로 본다(민소§268)[196].

② 제소기간 만료 전에 당사자 쌍방이 상소권을 포기한 경우에는 그 포기 시에 확정된다(민소§394). 다만 일방이 포기한 경우에는 타방이 상소기간을 경과한 때 확정된다.

③ 기각판결이나 각하판결은 당사자 쌍방의 상고기간이 만료되면 특허법원 판결이 확정되고, 동시에 특허심판원 심결도 확정된다. 상고기간은 특허법원 판결정본 수령일로부터 14일 이내이다.

---

196) 민소§268(양 쪽 당사자가 출석하지 아니한 경우) ① 양 쪽 당사자가 변론기일에 출석하지 아니하거나 출석하였다 하더라도 변론하지 아니한 때에는 재판장은 다시 변론기일을 정하여 양 쪽 당사자에게 통지하여야 한다.

② 제1항의 새 변론기일 또는 그 뒤에 열린 변론기일에 양 쪽 당사자가 출석하지 아니하거나 출석하였다 하더라도 변론하지 아니한 때에는 1월 이내에 기일지정신청을 하지 아니하면 소를 취하한 것으로 본다.

③ 제2항의 기일지정신청에 따라 정한 변론기일 또는 그 뒤의 변론기일에 양쪽 당사자가 출석하지 아니하거나 출석하였다 하더라도 변론하지 아니한 때에는 소를 취하한 것으로 본다.

④ 상소심의 소송절차에는 제1항 내지 제3항의 규정을 준용한다. 다만, 상소심에서는 상소를 취하한 것으로 본다.

한편, 인용판결인 경우, 당사자 쌍방의 상고기간이 만료되면, 최소판결인 특허법원 판결이 확정된다. 취소판결이 확정되면, 특허심판원은 새로운 심판부호를 부여하고, 새로운 심판합의체를 구성한 후, 다시 심리하여 심결 하여야 한다.

#### 4) 대법원 사건에 따른 확정

① 대법원에서 상고취하를 하면 대법원 상고만 없었던 것이 되므로 특허법원 판결이 확정된다. 대법원에서 특허법원의 소를 취하하면 대법원 및 특허법원의 소까지 없었던 것이 되므로 특허심판원 심결이 확정된다. 참고로 이 경우 취하는 특허법원의 원고만이 할 수 있다.

② 상고기간 만료 전에 상고권을 포기한 경우에는 그 포기 시에 특허법원 판결이 확정된다(민소§394[197], §425[198], §443[199]). 다만 당사자 일방이 포기한 경우에는 당사자 타방이 상소기간을 경과한 때 특허법원 판결이 확정된다.

③ 기각판결은 상소가 허용되지 아니하는 판결로 판결 선고와 동시에 확정된다. 다만 판결의 선고가 필요하지 않는 상고심절차에 관한 특례법 제4조[200] 및 민소

197) 민소§394(항소권의 포기) 항소권은 포기할 수 있다.

198) 민소§425(항소심절차의 준용) 상고와 상고심의 소송절차에는 특별한 규정이 없으면 제1장의 규정을 준용한다.

199) 민소§443조(항소 및 상고의 절차규정준용) ① 항고법원의 소송절차에는 제1장의 규정을 준용한다.

② 재항고와 이에 관한 소송절차에는 제2장의 규정을 준용한다.

200) 상고심절차에 관한 특례법§4조(심리의 불속행) ① 대법원은 상고이유에 관한 주장이 다음 각 호의 어느 하나의 사유를 포함하지 아니한다고 인정하면 더 나아가 심리(심리)를 하지 아니하고 판결로 상고를 기각(기각)한다.

1. 원심판결(원심판결)이 헌법에 위반되거나, 헌법을 부당하게 해석한 경우
2. 원심판결이 명령·규칙 또는 처분의 법률위반 여부에 대하여 부당하게 판단한 경우
3. 원심판결이 법률·명령·규칙 또는 처분에 대하여 대법원 판례와 상반되게 해석한 경우
4. 법률·명령·규칙 또는 처분에 대한 해석에 관하여 대법원 판례가 없거나 대법원 판례를 변경할 필요가 있는 경우
5. 제1호부터 제4호까지의 규정 외에 중대한 법령위반에 관한 사항이 있는 경우
6. 「민사소송법」 제424조제1항 제1호부터 제5호까지에 규정된 사유가 있는 경우

② 가압류 및 가처분에 관한 판결에 대하여는 상고이유에 관한 주장이 제1항 제1호부터 제3호까지에 규정된 사유를 포함하지 아니한다고 인정되는 경우 제1항의 예에 따른다.

③ 상고이유에 관한 주장이 제1항 각 호의 사유(가압류 및 가처분에 관한 판결의 경우에는 제1항 제1호부터 제3호까지에 규정된 사유)를 포함하는 경우에도 다음 각 호의 어느 하나에 해당할 때에는 제1항의 예에 따른다.

1. 그 주장 자체로 보아 이유가 없는 때
2. 원심판결과 관계가 없거나 원심판결에 영향을 미치지 아니하는 때

§429[201]조에 의한 기각판결은 상고인에게 송달됨으로써 그 효력이 생기는 것이므로 소송기록에 의하여 상고인에게 판결이 송달된 날을 확인하여 이를 판결확정일로 한다(상고심절차에 관한 특례법§5②[202]).

④ 각하 및 상고장 각하명령은 상고기간의 만료 시에 특허법원 판결로 확정된다.

#### 5) 불상소 합의에 따른 확정

불상소 합의란 미리 상소를 하지 않기로 하는 소송법상의 계약으로 구체적인 사건의 심급을 특허법원으로 한정하기로 하는 당사자 쌍방의 합의이다. 불상소 합의가 있는 때에는 판결 선고와 동시에 확정된다. 다만 상고할 권리를 유보하고 항소만 하지 않기로 하는 비약상고의 합의가 있는 때에는 상고기간이 경과한 때에 확정된다(민소§390①[203]).

#### 6) 병합심결에 따른 확정

병합심결한 심판사건은 그 일부 당사자가 심결취소소송을 제기하더라도, 그 심결은 전부에 대하여 확정이 차단된다(대법원 2009. 5. 28. 선고 2007후1510 판결). 따라서 심결취소소송이 제기되지 않은 나머지도 확정하지 않으므로, 특허넷의 확정대상목록에 해당사유를 남긴 후 심결취소소송이 제기된 사건이 최종 확정되면 병합심결건 전부를 확정한다.

**〈판례〉 대법원 2009. 5. 28. 선고 2007후1510 판결**

> 특허를 무효로 한다는 심결이 확정된 때에는 해당 특허는 제3자와의 관계에서도 무효로 되므로 동일한 특허권에 관하여 2인 이상의 자가 공동으로 특허의 무효심판을

201) 민소§429(상고이유서를 제출하지 아니함으로 말미암은 상고기각) 상고인이 제427조의 규정을 어기어 상고이유서를 제출하지 아니한 때에는 상고법원은 변론 없이 판결로 상고를 기각하여야 한다. 다만, 직권으로 조사하여야 할 사유가 있는 때에는 그러하지 아니하다.

202) 상고심절차에 관한 특례법§5(판결의 특례) ① 제4조 및 「민사소송법」 제429조 본문에 따른 판결에는 이유를 적지 아니할 수 있다.
② 제1항의 판결은 선고(선고)가 필요하지 아니하며, 상고인에게 송달됨으로써 그 효력이 생긴다.
③ 제1항의 판결은 그 원본을 법원서기관, 법원사무관, 법원주사 또는 법원주사보(이하 "법원사무관등"이라 한다)에게 교부하며, 법원사무관등은 즉시 이를 받은 날짜를 덧붙여 적고 도장을 찍은 후 당사자에게 송달하여야 한다.

203) 민소§390조(항소의 대상) ① 항소(항소)는 제1심 법원이 선고한 종국판결에 대하여 할 수 있다. 다만, 종국판결 뒤에 양 쪽 당사자가 상고(상고)할 권리를 유보하고 항소를 하지 아니하기로 합의한 때에는 그러하지 아니하다.
② 제1항 단서의 합의에는 제29조제2항의 규정을 준용한다.

청구하는 경우 그 심판은 심판청구인들 사이에 합일확정을 필요로 하는 이른바 유사필수적 공동심판에 해당한다. 위 법리에 비추어 보면 당초 청구인들이 공동으로 특허발명의 무효심판을 청구한 이상 청구인들은 유사필수적 공동심판관계에 있으므로 비록 위 심판사건에서 패소한 특허권자가 공동심판청구인 중 일부만을 상대로 심결취소소송을 제기하였다 하더라도 그 심결은 청구인 전부에 대하여 모두 확정이 차단되며 이 경우 심결취소소송이 제기되지 않은 나머지 청구인에 대한 제소기간의 도과로 심결 중 그 나머지 청구인의 심판청구에 대한 부분만이 그대로 분리 확정되었다고 할 수 없다.

#### 7) 심결의 일부 확정

복수 개의 청구항(디자인 대상 물품, 지정상품)에 대하여 심결이 있고 그 후 일부 청구항에 관한 부분이 확정되어 일부확정을 필요로 하는 경우에는 등록과에 등록 의뢰 등의 조치를 하여야 한다(심판사무취급규정§78②3). 다만 무효심판 중 정정청구가 있는 경우에는 정정청구 부분만을 따로 확정할 수 없으므로 정정청구의 확정을 전제로 하는 심결의 일부확정도 할 수 없다.

**〈판례〉 대법원 2011. 2. 10. 선고 2010후2698 판결**

특허무효심판절차에서 정정청구가 있는 경우, 정정의 인정 여부는 무효심판절차에서 함께 심리되는 것이므로, 독립된 정정심판청구의 경우와 달리 정정청구 부분은 따로 확정되지 아니하고 무효심판의 심결이 확정되는 때에 함께 확정된다(대법원 2008. 6. 26. 선고 2006후2912 판결, 대법원 2009. 1. 15. 선고 2007후1053 판결 등 참조).

## 6 심결의 효력

### 가. 기속력

심결의 기속력은 심결을 한 특허심판원에 대한 구속력이다. 심결이 발송되면 심결을 한 특허심판원도 이에 구속되어 스스로 심결을 철회하거나 변경하는 것이 허용되지 않는다. 심결하고 나서 오판임을 알아 당사자의 양해를 얻어도 내용을 바꿀 수 없다. 이를 심결의 기속력 혹은 자기구속력이라 한다. 일단 심결로서 외부에 표현된

이상 자유로운 변경의 인정은 법적 안정성을 해치고, 심판의 신용에도 악영향을 주기 때문이다.[204]

또한 심결의 기속력은 심사관에 대한 구속력을 뜻할 때도 있다. 특허심판원이 거절결정, 보정각하결정, 취소결정 또는 존속기간의 연장등록거절결정을 취소한 때, 심결에서 취소의 기본이 된 이유는 그 사건에 대하여 심사관을 기속하는 것이 그것이다(특§176, 실§33, 디§157, 상§156).

### 나. 형식적 확정력

심결의 형식적 확정력은 심결의 확정에 의하여 당사자에 대한 관계에서 생기는 확정력이다. 심결에 대하여 당사자의 볼복으로 취소할 수 없게 된 때 심결이 형식적으로 확정되었다고 하고, 이 취소불가능성을 형식적 확정력이라 한다. 심결의 형식적 확정은 심결정본이 적법하게 송달되었을 것을 전제로 한다. 심결의 형식적 확정력은 당사자가 책임질 수 없는 사유로 말미암아 불변기간을 지킬 수 없었던 경우에는 추후보완(민소§173)이나 재심의 청구(특§178, 민소§451, 453)에 의해 배제될 수 있다.[205] 심결이 형식적으로 확정되면, 심판은 종국적으로 종료된다.

### 다. 실질적 확정력

심결의 실질적 확정력은 특허심판원, 당사자 및 제3자에 대한 관계에서 생기는 확정력이다. 확정된 종국판결의 기판력과 유사한 것이다. 확정된 심결은 대세효가 있으므로, 심판청구에 대한 심결내용은 당사자와 특허심판원 뿐 아니라, 제3자를 규율하는 새로운 규준으로서의 구속력을 가진다. 그러므로 각하심결이 아닌 심결이 확정되었을 때는 그 사건에 대해 당사자를 포함하여 누구라도 동일사실 및 동일증거에 의하여 다시 심판을 청구할 수 없는 일사부재리의 효력이 생긴다(특§163, 실특§33, 디§151, 상§150).[206]

심결의 실질적 확정력은 확정된 심결과 모순·저촉되는 심결이 발생하는 것을 방지함으로써 확정된 심결의 신뢰성과 권위를 유지하고, 심판청구의 남용을 방지하여 심판절차의 경제성을 도모함으로써, 같은 심판에 대해 상대방이 반복적으로 심판에 대응해야  하는 번거로움을 면하도록 하기 위한 것이다.

---

204) 이시윤, 新民事訴訟法(제15판), 박영사 (2021), 622면.

205) 이시윤, 新民事訴訟法(제15판), 박영사 (2021), 625~627면.

206) 일사부재리에 대한 상세한 내용은, 제1권 제4장 제7절을 참고하면 된다.

# 제6절 심판종료선언

## 1 서설

심판은 심결로써 종료됨이 보통이나(특§162①), 당사자의 행위에 의하여 심판이 종료되는 경우도 있다. 심판청구의 취하(특§161③), 심판청구가 취하된 것으로 보는 조정의 성립(특§164의2③)이 그것이다.

심판이 종료되었는지에 관하여 다툼이 있는 경우 심판종료선언을 통해 심판이 종료되었음을 확인하여야 한다. 심판종료선언은 심결로써 심판이 유효하게 종료되었음을 확인선언하는 것을 말한다. 그러나 특허법(실용신안법, 디자인보호법, 상표법), 훈령, 예규 등에는 명확한 규정이 없다. 법원의 소송종료선언도 판례를 통해 발전되어 오다가 뒤에 민사소송규칙에서 명문화되었다(민소칙§67③[207]).[208] 이를 참고하여 관련 규정을 명문화할 필요가 있을 듯하다.

## 2 사례

심판청구 취하로 심판이 종료된 뒤에 당사자가 심판청구의 부존재·무효를 주장하

207) 민소칙§67(소취하의 효력을 다투는 절차) ① 소의 취하가 부존재 또는 무효라는 것을 주장하는 당사자는 기일지정신청을 할 수 있다.

② 제1항의 신청이 있는 때에는 법원은 변론을 열어 신청사유에 관하여 심리하여야 한다.

③ 법원이 제2항의 규정에 따라 심리한 결과 신청이 이유 없다고 인정하는 경우에는 판결로 소송의 종료를 선언하여야 하고, 신청이 이유 있다고 인정하는 경우에는 취하 당시의 소송정도에 따라 필요한 절차를 계속하여 진행하고 중간판결 또는 종국판결에 그 판단을 표시하여야 한다.

④ 종국판결이 선고된 후 상소기록을 보내기 전에 이루어진 소의 취하에 관하여 제1항의 신청이 있는 때에는 다음 각호의 절차를 따른다.

1. 상소의 이익 있는 당사자 모두가 상소를 한 경우(당사자 일부가 상소하고 나머지 당사자의 상소권이 소멸된 경우를 포함한다)에는 판결법원의 법원사무관등은 소송기록을 상소법원으로 보내야 하고, 상소법원은 제2항과 제3항에 규정된 절차를 취하여야 한다.
2. 제1호의 경우가 아니면 판결법원은 제2항에 규정된 절차를 취한 후 신청이 이유 없다고 인정하는 때에는 판결로 소송의 종료를, 신청이 이유 있다고 인정하는 때에는 판결로 소의 취하가 무효임을 각 선언하여야 한다.

⑤ 제4항 제2호 후단의 소취하무효선언판결이 확정된 때에는 판결법원은 종국판결 후에 하였어야 할 절차를 계속하여 진행하여야 하고, 당사자는 종국판결 후에 할 수 있었던 소송행위를 할 수 있다. 이 경우 상소기간은 소취하무효선언판결이 확정된 다음날부터 전체기간이 새로이 진행된다.

208) 이시윤, 新民事訴訟法(제15판), 박영사 (2021), 562~565면.

는 경우이다. 이 경우, 심판장은 이를 주장하는 당사자에게 그 사유와 소명자료가 첨부된 서면을 작성하여 제출하게 하고, 그 서면이 접수된 때에는 구술심리, 심판사건설명회 등을 개최하여 당사자의 신청사유에 관하여 심리하여야 한다(심판사무취급규정§26①②). 심리한 결과 신청이 이유 없다고 심판장이 인정하는 경우, 취하여야 하는 절차는 특허법(실용신안법, 디자인보호법, 상표법), 훈령, 예규 등에 특별히 규정되어 있지 않으나, 심결로써 심판종료선언을 하여야 할 것으로 보인다(민소칙§67③).

또한 특허심판원이 확정심결, 심판청구의 취하(취하간주 포함) 등에 의하여 심판종료의 효과가 발생되었는데도 이를 간과하고 심리를 진행하여 심판하는 경우이다. 이 때에는 당사자의 주장이 없더라도, 특허심판원이 직권으로 조사하여 심판종료선언을 하여야 한다. 심판종료선언의 심결에 불복이 있는 당사자는 특허법원에 소를 제기할 수 있다.

## 3 심판비용의 문제

무효심판, 존속기간의 연장등록의 무효심판 등과 같이, 심판이 심결에 의하여 종료된 때 그 심결에서 심판비용을 정하여야 하는 심판을 심판종료선언 심결로 종료할 때에는  심판비용도 함께 정하여야 한다(특§165①, 실§33, 디§153①, 상§152①).

심판종료선언 심결이, ① 당사자의 이유 없는 주장에 의한 것인 때에는 심판청구의 부존재·무효를 주장하는 서면 제출한 후 발생하는 새로운 심판비용에 대해, 그 당사자에게 부담시키고, ② 특허심판원의 간과에 의한 것인 때에는 심판종료의 효과가 발생한 후 발생하는 새로운 심판비용에 관해서는 심판이 종료되었음에도 계속해서 심판절차가 진행하게 된 것에 책임 있는 당사자에게 심판비용을 부담시킨다(대법원 2011. 4. 28. 선고 2010다103048 판결).

**〈판결〉 대법원 2011. 4. 28. 선고 2010다103048 판결**

> 소송이 종료되었음에도 이를 간과하고 심리를 계속 진행한 사실이 발견된 경우 법원은 직권으로 소송종료선언을 하여야 한다.
> 기록에 의하면, 제1심 소송계속 중 원고(탈퇴) 망 갑(이하 '원고'라고만 한다)으로부터 소송탈퇴에 관한 특별수권을 받은 원고 소송대리인은 승계참가인 을이 승계참가 신청을 하자 2008. 10. 16. 소송탈퇴를 신청하였고, 2008. 10. 17. 피고들 소송대

리인이 위 탈퇴에 동의한 사실, 원고는 그 이전인 2008. 9. 11. 사망하였는데 위 을은 2009. 8. 26. 이 사건 소송물과 관련한 원고의 재산을 단독으로 상속하게 되었다면서 소송수계신청을 한 사실, 을은 2009. 9. 17. 위 승계참가신청취하서를 제출하였고, 2009. 9. 18. 피고들 소송대리인이 위 취하에 동의한 사실을 인정할 수 있다.

앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 비록 이 사건 소송탈퇴 당시에는 이미 원고가 사망하였다 하더라도 원고의 소송대리인은 법률상 당연히 원고의 상속인들의 소송대리인으로 취급되어 상속인들 모두를 위하여 소송을 수행하게 되는 것이므로 원고의 소송대리인이 한 소송탈퇴신청은 원고의 상속인들 모두에게 그 효력이 미친다고 할 것이고, 따라서 원고와 피고들 사이의 소송관계, 즉 원고의 상속인들과 피고들 사이의 소송관계는 위와 같은 소송탈퇴로 인하여 적법하게 종료되었다고 할 것이다. 따라서 을의 이 사건 소송수계신청은 이미 종료된 소송관계에 관하여 수계신청을 한 것이어서 이유 없음이 명백하다. 한편 승계참가인과 피고들 사이의 소송관계도 승계참가인의 승계참가신청취하와 피고들의 이에 대한 동의로 적법하게 종료되었다.

결국 이 사건 소송은 제1심 소송계속 중 승계참가인의 승계참가신청취하로 소송관계가 모두 종료되었다고 할 것임에도, 제1심은 이를 간과하고 원고의 소송수계인의 청구를 기각하는 판결을 선고하였고, 원심도 이를 바로잡지 않은 채 원고의 소송수계인의 항소를 일부 받아들이는 판결을 선고하고 말았으니, 원심판결에는 소송탈퇴 및 승계참가와 그 취하에 따른 소송종료에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다 할 것이다.

그러므로 상고이유에 대하여 나아가 살펴볼 필요 없이 원심판결을 파기하되, 이 사건은 대법원이 직접 재판하기에 충분하므로 자판하기로 하는바, 이 사건 소송은 제1심 소송계속중 승계참가인의 승계참가신청취하로 소송관계가 모두 종료되었다고 할 것임에도, 제1심은 이를 간과한 채 원고의 소송수계인의 청구를 기각하는 판결을 선고하여 위법하므로 이를 취소하고 이 사건 소송수계신청을 기각하며 이 사건 소송에 대하여 소송종료선언을 하고 소송종료 이후의 소송비용은 원고의 소송수계인이 부담하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

한편, 거절결정불심판, 정정심판 등과 같이, 심판비용이 심판청구인이 부담하도록 규정되어 있는 심판에 대해(특§165③, 실§33, 디§153③, 상§152③), 심판종료선언 심결을 할 때에는 심판비용 부담자를 별도로 정하지 않아도 된다.

# 제7절 심판비용

## 1 서설

심판비용이란 당사자가 현실적으로 심판에서 지출한 비용 중 법령에 정한 범위에 속하는 비용을 말한다. 심판비용을 부담한다는 것은 부담자의 지출비용은 부담자 자신이 부담하고, 상대방의 지출비용을 부담자가 상대방에게 갚아주어야 함을 뜻한다.

특허(등록)의 무효심판, 상표등록의 취소심판, 상표사용권 등록의 취소심판, 정정의 무효심판, 존속기간연장(갱신) 등록의 무효심판, 상표분류전환등록의 무효심판, 권리범위확인심판에 관한 심판비용의 부담은 심판이 심결에 의하여 종결될 때에는 심판합의체가 직권으로 심결로 정하여 주문 중에 기재한다(특§165①, 실§33, 디§153①, 상§152①).

심판이 심결에 의하지 아니하고 종료된 때(심판청구의 취하(특§161), 방식 위반에 의한 각하결정(특§141②))에는 심판합의체가 결정으로 정하여야 한다(특§165①, 실§33, 디§153①, 상§152①). 그러나 이 경우 심판비용은 심판청구인이 부담하여야 하므로 실무상으로는 심판합의체가 별도의 결정을 하지 아니한다.

당사자가 부담하는 심판비용에 관한 사항은 민소§98~§103[209], §107①②[210],

209) 민소§98(소송비용부담의 원칙) 소송비용은 패소한 당사자가 부담한다.

민소§99(원칙에 대한 예외) 법원은 사정에 따라 승소한 당사자로 하여금 그 권리를 늘리거나 지키는 데 필요하지 아니한 행위로 말미암은 소송비용 또는 상대방의 권리를 늘리거나 지키는 데 필요한 행위로 말미암은 소송비용의 전부나 일부를 부담하게 할 수 있다.

민소§100(원칙에 대한 예외) 당사자가 적당한 시기에 공격이나 방어의 방법을 제출하지 아니하였거나, 기일이나 기간의 준수를 게을리 하였거나, 그 밖에 당사자가 책임져야 할 사유로 소송이 지연된 때에는 법원은 지연됨으로 말미암은 소송비용의 전부나 일부를 승소한 당사자에게 부담하게 할 수 있다.

민소§101(일부패소의 경우) 일부패소의 경우에 당사자들이 부담할 소송비용은 법원이 정한다. 다만, 사정에 따라 한 쪽 당사자에게 소송비용의 전부를 부담하게 할 수 있다.

민소§102(공동소송의 경우) ① 공동소송인은 소송비용을 균등하게 부담한다. 다만, 법원은 사정에 따라 공동소송인에게 소송비용을 연대하여 부담하게 하거나 다른 방법으로 부담하게 할 수 있다.

② 제1항의 규정에 불구하고 법원은 권리를 늘리거나 지키는 데 필요하지 아니한 행위로 생긴 소송비용은 그 행위를 한 당사자에게 부담하게 할 수 있다.

민소§103(참가소송의 경우) 참가소송비용에 대한 참가인과 상대방 사이의 부담과, 참가이의신청의 소송비용에 대한 참가인과 이의신청 당사자 사이의 부담에 대하여는 제98조 내지 제102조의 규정을 준용한다.

210) 민소§107(제3자의 비용상환) ① 법정대리인 · 소송대리인 · 법원사무관등이나 집행관이 고의 또는

§108[211], §111[212], §112[213], §116[214]가 적용되고(특§165②, 실§33, 디§153②, 상§152②), 심판청구인 또는 이의신청인이 부담하는 심판비용에 관한 사항은 민소§102[215]가 적용된다(특§165④, 실§33, 디§153④, 상§152④). 민사소송법은 소송비용의 범위·금액·납부 등에 관하여 민사소송규칙, 민사소송비용법, 민사소송비용규칙, 민사소송 등 인지법, 민사소송 등 인지규칙, 변호사보수의 소송비용산입에 관한 규칙, 집행관 수수료 규칙 등에 의하도록 정하고 있다(민소§98~§116).

## 2 심판비용의 구성

심판비용은 '특허청에 납입하는 비용(아래 ①, ④, ⑤ 등이 해당)'과 '당사자 비용(아래 ②, ③ 등이 해당)'으로 구성되고, 그 범위는 성질에 반하지 않는 한 민사소송비용법 중 해당 규정의 예에 의한다(특§165⑥, 실§33, 디§153⑥, 상§152⑥).

심판비용의 범위는 심판행위에 필요한 한도의 비용으로 다음에 기재하는 사항으로 한다. 다만 아래 ②에 의한 변리사의 보수가 포함된 경우에는 ③에 의한 비용은 인정하지 아니한다(산업재산권 심판비용액 결정에 관한 고시§8).

---

중대한 과실로 쓸데없는 비용을 지급하게 한 경우에는 수소법원은 직권으로 또는 당사자의 신청에 따라 그에게 비용을 갚도록 명할 수 있다.

② 법정대리인 또는 소송대리인으로서 소송행위를 한 사람이 그 대리권 또는 소송행위에 필요한 권한을 받았음을 증명하지 못하거나, 추인을 받지 못한 경우에 그 소송행위로 말미암아 발생한 소송비용에 대하여는 제1항의 규정을 준용한다.

211) 민소§108(무권대리인의 비용부담) 제107조제2항의 경우에 소가 각하된 경우에는 소송비용은 그 소송행위를 한 대리인이 부담한다.

212) 민소§111(상대방에 대한 최고) ① 법원은 소송비용액을 결정하기 전에 상대방에게 비용계산서의 등본을 교부하고, 이에 대한 진술을 할 것과 일정한 기간 이내에 비용계산서와 비용액을 소명하는 데 필요한 서면을 제출할 것을 최고(최고)하여야 한다.

② 상대방이 제1항의 서면을 기간 이내에 제출하지 아니한 때에는 법원은 신청인의 비용에 대하여서만 결정할 수 있다. 다만, 상대방도 제110조제1항의 확정결정을 신청할 수 있다.

213) 민소§112(부담비용의 상계) 법원이 소송비용을 결정하는 경우에 당사자들이 부담할 비용은 대등한 금액에서 상계(상계)된 것으로 본다. 다만, 제111조제2항의 경우에는 그러하지 아니하다.

214) 민소§116(비용의 예납) ① 비용을 필요로 하는 소송행위에 대하여 법원은 당사자에게 그 비용을 미리 내게 할 수 있다.

② 비용을 미리 내지 아니하는 때에는 법원은 그 소송행위를 하지 아니할 수 있다.

215) 민소§102(공동소송의 경우) ① 공동소송인은 소송비용을 균등하게 부담한다. 다만, 법원은 사정에 따라 공동소송인에게 소송비용을 연대하여 부담하게 하거나 다른 방법으로 부담하게 할 수 있다.

② 제1항의 규정에 불구하고 법원은 권리를 늘리거나 지키는 데 필요하지 아니한 행위로 생긴 소송비용은 그 행위를 한 당사자에게 부담하게 할 수 있다.

① 심판(재심)의 청구료

② 심판의 대리를 한 변리사에게 당사자가 지급한 또는 지급할 보수

③ 심판(재심)의 청구서, 기타 서류 및 도면의 작성료

④ 출석통지에 의한 당사자, 증인, 감정인, 통역인 등의 운임·일비·숙박비 및 식비(이하 '여비'라 한다)

⑤ 신청에 의하여 비용을 예납시키고 실시한 현장검증에 소요된 여비

위 각호에 규정된 비용항목의 비용액산정은 다음 기준에 의한다(산업재산권 심판비용액 결정에 관한 고시§9).

① 심판(재심)의 청구료는 "특허료 등의 징수규칙"의 규정에 의하여 특허청 또는 특허심판원에 납부한 금액

② 심판의 대리를 한 변리사에게 당사자가 지급 또는 지급할 보수는 심판 또는 재심의 청구료 범위 이내에서 보수계약에 의하여 당사자가 지급하는 금액으로 한다. 다만, 당사자계 사건에서 아래 각 목의 하나에 해당하는 불공정행위를 행한 경우 심판비용 부담의 실효성을 높이기 위하여, 변리사에게 지급할 보수는 실비(단, 740만원 이내)로 부담한다.

가. 일당사자가 고의·중과실로 증거 등을 충분히 제출하지 않다가 법원에서 뒤늦게 제출한 후 승소한 경우

나. 거짓이나 그 밖의 부정한 행위로 취득한 권리로 심결을 받거나 심리 중 거짓이나 그 밖의 부정한 행위를 한 사실이 발견된 경우

③ 서류 및 도면 작성료는 1면당 300원, 1면이 미달할 경우에는 1면으로 본다. 다만, 서류는 1면 16행 이상, 1행 20자 이상으로 본다

④, ⑤의 여비는 「공무원 여비규정 」별도 2 "국내여비지급표" 제2호 해당자에 대하여 산정하는 금액으로 한다.

한편 심판비용액 결정에 관한 고시§8에는 심판비용의 범위에 '신청에 의하여 비용을 예납시키고 실시한 감정에 소용된 비용'을 열거하고 있지 않다. 그러나 특허법(실용신안법, 디자인보호법, 상표법)에서 심판에 관한 비용의 범위는 그 성질에 반하지 않는 한 민사소송비용법 중 해당 규정의 예에 의한다고 규정하고 있고, 민사소송비

용법 제6조에는 "감정, 통역, 번역과 측량에 관한 특별요금은 법원이 정한 금액에 의한다"고 규정하고 있는 점, 특허법이 증거조사 및 증거보전에 관해 준용하는 민사소송법에서 증거조사의 방법으로 '감정'을 허용하고 있는 점 등을 고려할 때, '신청에 의하여 비용을 예납시키고 실시한 감정에 소용된 비용'도 심판비용의 범위에 당연히 포함되어야 할 것이다.

## 3 심판비용의 계산

심판비용은 비용액결정청구가 있는 사건의 심판기록, 청구인의 비용계산서, 피청구인의 의견서를 대조하여 조정하고 심판비용의 범위내의 항목에 대해 소정의 비용계산기준(산업재산권 심판비용액 결정에 관한 고시§8, §9) 및 법원에서 처리하는 소송비용액 확정절차에 의거 다음 절차에 따라 계산한다. 다만 그 가액은 비용지출 당시의 가액으로 한다.

① 심판기록에 의거 신청인이 지출한 개개의 비용항목 및 금액을 조사·계산한다.

② 신청인이 제출한 비용계산서의 비용항목 및 금액을 계산 대조한 후 필요한 정정을 한다.

③ 신청인이 제출한 비용계산서에 있는 비용항목 또는 그 금액 중 심판기록에 명확하지 아니한 것이 있을 때에는 신청인이 비용 계산서에 첨부하거나 또는 보정명령에 의하여 제출한 소명서에 의하여 조사·계산하고 필요한 정정을 한다.

④ 피신청인이 제출한 의견서를 신청인이 제출한 의견서와 대조하여 이유가 있다고 인정되는 사항에 대하여는 피신청인의 의견서에 의거하여 신청인의 비용계산을 정정한다.

⑤ 위와 같은 절차를 거쳐 신청인의 비용계산서의 각 비용항목 및 금액이 적정한 것으로 인정되는 때에는 비용총액결정을 위한 비용 총액을 산정하여야 한다. 다만 그 비용총액은 신청인의 비용액 결정청구 총액을 초과하여서는 안 된다.

## 4 심판비용 부담자

### 가. 법에서 청구인의 부담으로 정한 경우

정정심판(특§136, 실§33), 통상실시권 허락의 심판(특§138, 실§32, 디§123), 거절결정 등에 대한 심판(특§132의17, 실§33, 디§120, 상§116), 보정각하 결정에 대한 심판(디§119, 상§115), 취소결정에 대한 심판(디§120), 특허·실용신안등록 취소신청에 따른 결정(특§132의15)은 심판청구인, 취소신청인이 비용을 부당하도록 규정되어 있다(특§165③, 실§33, 디§153③, 상§152③). 심결시 주문에 비용부담을 정하지 않는다.

### 나. 패소자 부담의 원칙과 예외

심판비용은 당사자 중 패소자가 부담하는 것을 원칙으로 한다(민소§98). 다만 민사소송법에는 다음과 같은 예외를 두고 있다.

먼저, 민소§99에는 "법원은 사정에 따라 승소한 당사자로 하여금 그 권리를 늘리거나 지키는 데 필요하지 아니한 행위로 말미암은 소송비용 또는 상대방의 권리를 늘리거나 지키는 데 필요한 행위로 말미암은 소송비용의 전부나 일부를 부담하게 할 수 있다."고 규정하고 있고, 민소§100에는 "당사자가 적당한 시기에 공격이나 방어의 방법을 제출하지 아니하였거나, 기일이나 기간의 준수를 게을리 하였거나, 그 밖에 당사자가 책임져야 할 사유로 소송이 지연된 때에는 법원은 지연됨으로 말미암은 소송비용의 전부나 일부를 승소한 당사자에게 부담하게 할 수 있다."고 규정하고 있다.

심판에서는 아래의 경우가 민소§99, 민소§100가 적용되는 예외가 될 수 있다.

① 심판청구가 화해, 권리이전, 실시권 설정을 이유로 심결각하된 경우 심판비용은 각자 부담으로 할 수 있다.

② 소극적 권리범위확인심판에서, 피청구인(권리자)이 경고 등 권리를 행사한 바 없고 방어도 하지 아니한 때에는 청구인(비권리자)이 승소한 경우에도 승소자가 비용을 부담한다.

③ 신청에 의한 증인신문, 감정, 통역, 번역, 감정의 촉탁 등에 소용된 여비는 증인심문 결과, 감정 결과가 입증사항과 관계없는 사항으로 판명된 경우, 신청한 당

사자가 승소자인 경우에도 그 자에게 일부나 전부를 부담시킬 수 있다.

④ 특허무효심판 청구 후 특허발명의 명세서가 정정청구에 의하여 정정된 결과 무효사유가 소멸된 경우(청구항 삭제로 인한 각하심결 포함), 피청구인이 승소자인 경우에도 비용을 일부나 전부를 부담시킬 수 있다.

⑤ 상표불사용취소심판에서, 피청구인(권리자)이 권리를 포기하고자 대응을 하지 아니한 때에는 청구인(비권리자)이 승소한 경우에도 심판비용은 각자 부담으로 할 수 있다.

⑥ 권리범위확인심판에 있어 권리자가 일부 청구항(지정상품 등)을 포기하거나 일부 청구항의 무효 등이 확정되어 소멸된 경우 권리자가 승소한 경우에도 심판비용은 각자 부담으로 할 수 있다.

⑦ 당사자계 심판에서 일당사자가 고의·중과실로 증거 등을 충분히 제출하지 않다가 법원에서 뒤늦게 제출하여 승소한 경우, 일당사자가 승소자인 경우에도 비용의 전부를 부담시킬 수 있다.

⑧ 거짓이나 그 밖의 부정한 행위로 취득한 권리로 심결을 받거나 심리 중 거짓이나 그 밖의 부정한 행위를 한 사실이 발견된 경우, 행위자가 승소자인 경우에도 비용의 전부를 부담시킬 수 있다.

### 다. 일부 패소의 경우

일부패소의 경우, 당사자들이 부담할 심판비용은 특허심판원이 정하여야 한다. 다만, 사정에 따라 한 쪽 당사자에게 심판비용의 전부를 부담하게 할 수 있다(민소 §101).

① 3개의 청구항에 관하여 무효심판이 청구되어 심결에서 2개의 청구항을 무효로 하고 1개의 청구항을 기각하는 경우, 비용부담은 다음과 같이 정한다.

| |
|---|
| 심판비용 중 1/3은 청구인이, 나머지는 피청구인이 각 부담한다. |

② 등록상표의 3개의 지정상품에 관해 무효심판이 청구된 경우 심결에서 2개의 지정상품을 무효로 하고 나머지를 기각한 경우 비용부담은 다음과 같이 기재한다.

| |
|---|
| 심판비용 중 2/3은 청구인이, 나머지는 피청구인이 각 부담한다. |

### 라. 공동심판의 비용 부담

공동심판인(당사자참가인 포함)은 원칙적으로 소송비용을 균등하게 부담한다. 다만, 특허심판원은 사정에 따라 공동심판인에게 심판비용을 연대하여 부담하게 하거나 다른 방법으로 부담하게 할 수 있다. 다만, 특허심판원은 권리를 늘리거나 지키는 데 필요하지 아니한 행위로 생긴 심판비용은 그 행위를 한 당사자에게 부담하게 할 수 있다(민소§102).

구체적으로 다음과 같이 정한다.

① 공동당사자가 패소한 경우 균등하게 부담한다.

| 심판비용은 피청구인들이 연대하여 부담한다. |
|---|

② 공유특허권자가 비용을 부담하는 경우 연대 부담시킬 수 있다. 심결 주문에는 다음과 같이 기재한다.

③ 갑, 을에 의한 공동심판청구에 대하여 갑이 이해관계가 없어 갑의 심판청구가 각하되었으나 을의 심판청구가 성립된 경우에는 갑과 피청구인 간에 생긴 비용은 갑의 부담으로 하고 그 외의 비용은 패소자인 피청구인이 부담한다. 심결 주문에는 다음과 같이 기재한다.

| 심판비용 중 청구인 갑으로 인한 비용은 청구인 갑이 나머지는 피청구인이 각 부담한다. |
|---|

### 마. 참가의 비용 부담

참가 비용에 대한 참가인과 상대방 사이의 부담과, 참가이의신청 비용에 대한 참가인과 이의신청 당사자 사이의 부담은 민소§98~§102의 규정을 준용한다(민소§103).

즉, 참가신청에 대해 당사자와 다른 참가인으로부터 의견이 제출되어 참가 허부결정이 있는 경우 참가신청인과 의견을 제출한 당사자 또는 다른 참가인 간에 그로 인하여 생긴 비용을 부담시키는 경우에도 패소자부담의 원칙을 적용한다. 참가에 의하여 생긴 비용은 공동심판의 경우와 같이 심결로서 정하나 참가신청의 반대의견에 의하여 참가가 불허되는 경우 그 참가비용은 참가허부 결정시 정한다.

한편 민사소송법 제103조는 보조참가인의 경우에 적용되며 당사자 참가인의 경우는 민사소송법 제102조가 적용된다.

#### 바. 이해관계 심리에 따른 비용 부담

심판청구의 이해관계에 관해 당사자 사이에 다툼이 있어 증거조사에 비용이 소요된 경우, 그 비용의 부담은 본안심리에서의 승소와는 별도로 다툰 당사자 간에 이해관계의 다툼의 승패에 따라 정할 수 있다. 그 비용을 공유특허권자가 부담하는 경우 연대 부담시킬 수 있다.

## 5 심판비용과 심급

심판비용의 부담은 특허심판원에서 정하고, 소송비용의 부담은 특허법원 및 대법원에서 각각 별도로 정한다. 그리고 취소판결 심판의 심판비용 부담은 취소된 원심판의 심판비용까지 포함하여 심판총비용을 정하는 것이 바람직하다.

심결이 확정된 후 심판 또는 재심에 관한 비용액(이하 '심판비용액'이라 한다.)의 확정은 특허심판원(특허심판원장)에서 결정하고, 소송비용액의 확정은 법원에서 결정한다.

## 6 결정 절차

#### 가. 심판비용액 결정청구

실무적으로 심결 또는 결정의 주문에는 심판비용액까지는 정하지 않고, 부담자와 부담비율까지만 정한다. 그러므로 심결 또는 결정이 확정된 후에 당사자는 심판비용액을 정하기 위한 절차(심판비용액 결정청구)를 밟아야 하고, 심판비용액은 특허심판원장이 결정한다(특§165⑤, 실§33, 디§153⑤, 상§152⑤). 심판비용액 결정절차에서는 심결이 주문에서 정한 부담자와 부담비율에 따라 심판비용액을 결정할 뿐이고, 이를 변경할 수 없다(대법원 2017. 11. 21. 선고 2016마1854 판결).

심판비용액의 결정을 청구하는 자는 심판비용액 결정청구서에 필요한 비용계산서와 증빙서류를 첨부하여야 한다(특시칙§68, 실시칙§17①, 디시칙§84, 상시칙§73). 심판비용액의 결정을 위한 구체적인 절차와 방법은 '산업재산권 심판 비용액 결정에

관한 고시'(특허청 고시)에서 정하고 있다. 참고로 민§165[216]에 따라 심판비용액 결정청구의 소멸시효는 10년으로 한다.

**〈판례〉 대법원 2017. 11. 21. 선고 2016마1854 판결**

> 소송비용액확정 결정절차에서는 상환할 소송비용의 액수를 정할 수 있을 뿐이고, 소송비용부담재판에서 확정한 상환의무 자체의 범위를 심리·판단하거나 변경할 수 없다. 따라서 위와 같은 불합리한 결과의 발생을 방지하고 공동소송인 사이의 형평성과 구체적 타당성에 부합하는 소송비용부담재판이 되도록 하기 위해서는, 통상공동소송에서 공동소송인이 같은 비율로 함께 패소하였을 경우, 공동소송인 사이에 소송목적의 값에 현저한 차이가 있다거나 소송물의 내용이나 성격, 항쟁의 정도 등이 다르다는 등의 사정으로 공동소송인이 공동으로 소송비용을 부담하는 것이 형평에 반하거나 불합리하다고 생각된다면 민사소송법 제102조 제1항 단서를 적극적으로 적용하여 공동소송인별로 소송관계를 구분하여 소송비용의 부담을 정하거나 공동소송인별로 수액이나 그 부담비율을 정하는 등의 방식으로 소송비용부담재판을 하는 것이 더 바람직하다.

### 나. 심판비용액 결정청구서의 방식심사 및 보정명령

심판비용액 결정청구서가 접수된 때에는 해당 사건기록과 대조하여 기재사항 등의 흠 유무를 조사하고 다음 중 하나에 해당하는 사유가 있는 때에는 기간(통상 30일 이내)을 정하여 보정명령의 절차를 취한다.

① 수수료가 납부되지 아니하거나 부족하게 납부된 때

② 비용부담에 관한 심결주문과 심판비용액 결정청구서의 내용이 일치하지 아니한 때

③ 청구인 및 심판비용액을 부담할 자의 주소, 성명, 날인 또는 서명 등에 흠이 있을 때

④ 대리인이 있는 경우에 대리권을 증명하는 서면이 첨부되지 아니한 때(이미 해당사건에 대한 특별한 수권이 있는 경우는 제외)

한편 심판사건이 계속 중에 있을 때에는 심판비용액 결정청구서를 반려한다.

---

216) 민§165(판결 등에 의하여 확정된 채권의 소멸시효) ① 판결에 의하여 확정된 채권은 단기의 소멸시효에 해당한 것이라도 그 소멸시효는 10년으로 한다.
② 파산절차에 의하여 확정된 채권 및 재판상의 화해, 조정 기타 판결과 동일한 효력이 있는 것에 의하여 확정된 채권도 전항과 같다.
③ 전2항의 규정은 판결확정당시에 변제기가 도래하지 아니한 채권에 적용하지 아니한다.

### 다. 최고서의 작성 및 송달

심판비용액 결정청구서의 방식이 완비된 때에는 소정서식에 의한 최고서를 작성하고 특허심판원장의 결재를 받은 후 심판비용액 결정을 청구하는 자(이하 '신청인'이라 한다)가 제출한 청구서 및 비용계산서(심판비용액을 증명하는 서면을 포함) 각 부본을 첨부하여 심판비용액을 부담할 자(이하 '피신청인'이라 한다)에게 송달하되 기간(통상 30일 이내)을 정하여 의견서 제출 기회를 준다.

신청인이 제출한 비용계산서의 청구항목이 심판비용 범위에 해당하지 아니하거나 또는 비용청구금액이 '산업재산권 심판비용액 결정에 관한 고시'에서 정한 기준을 초과하여 계상된 경우, 청구비용가액이 소정의 기준항을 초과하여 계산된 때에는 심판정책과에서 계산한 비용계산서를 신청인에게 제시하여 신청인으로 하여금 정정하게 한 후 피신청인에게 최고절차를 취할 수 있다.

최고에 대하여 피신청인이 의견서를 제출하면 그 부본을 다시 신청인에게 송달하고 신청인의 비용계산서 및 피신청인의 의견서 등을 참작하여 심판비용을 계산하고 피신청인의 의견서가 제출되지 않을 때에는 이미 제출된 청구서만을 기초로 하여 비용을 계산하고 결정한다(특§165⑤, 실§33, 디§153⑤, 상§152⑤, 민소§110[217]).

### 라. 심판비용액의 결정

심판비용액을 결정한 때에는 소정 서식에 의한 심판비용액결정서를 작성하고 특허심판원장(심판정책과장)의 결재를 받은 후 그 등본을 당사자에게 송달한다. 심판비용액 결정에 관한 사무가 완결된 때에는 해당 서류를 심판정책과에서 보존한다.

217) 민소§110(소송비용액의 확정결정) ① 소송비용의 부담을 정하는 재판에서 그 액수가 정하여지지 아니한 경우에 제1심 법원은 그 재판이 확정되거나, 소송비용부담의 재판이 집행력을 갖게 된 후에 당사자의 신청을 받아 결정으로 그 소송비용액을 확정한다.
② 제1항의 확정결정을 신청할 때에는 비용계산서, 그 등본과 비용액을 소명하는 데 필요한 서면을 제출하여야 한다.
③ 제1항의 결정에 대하여는 즉시항고를 할 수 있다.

## 7 심판비용액결정 집행문

### 가. 개요

특허법에 의하여 특허심판원장이 정한 심판비용액 또는 심판관이 정한 대가에 관하여 확정된 결정은 집행력 있는 집행명의와 동일한 효력을 가지므로, 심판비용액결정이 확정되면 이를 집행권원으로 하여 상대방으로부터 강제 집행하여 받아낼 수 있다(특§166, 실§33, 디§154, 상§153).

### 나. 집행문 부여 신청

강제집행문 부여를 신청하는 자는 집행문부여등신청서(산업재산권 심판비용액 결정에 관한 고시 별지 제5호 서식)를 특허심판원장에게 제출하여야 한다(산업재산권 심판비용액 결정에 관한 고시§11①). 단 신청을 위해서는 불복기간이 경과하여야 한다. 심판비용액 결정에 불복하는 당사자는 심판비용액 결정등본을 송달받은 날로부터 90일 이내에 행정심판이나 행정소송을 제기할 수 있다(행심§27[218], 행소§20[219]).

강제집행문은 법원의 강제집행을 위한 서류로 심판비용액결정 정본송달증명원 및

---

218) 행심§27(심판청구의 기간) ① 행정심판은 처분이 있음을 알게 된 날부터 90일 이내에 청구하여야 한다.

② 청구인이 천재지변, 전쟁, 사변(사변), 그 밖의 불가항력으로 인하여 제1항에서 정한 기간에 심판청구를 할 수 없었을 때에는 그 사유가 소멸한 날부터 14일 이내에 행정심판을 청구할 수 있다. 다만, 국외에서 행정심판을 청구하는 경우에는 그 기간을 30일로 한다.

③ 행정심판은 처분이 있었던 날부터 180일이 지나면 청구하지 못한다. 다만, 정당한 사유가 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

④ 제1항과 제2항의 기간은 불변기간으로 한다.

⑤ 행정청이 심판청구 기간을 제1항에 규정된 기간보다 긴 기간으로 잘못 알린 경우 그 잘못 알린 기간에 심판청구가 있으면 그 행정심판은 제1항에 규정된 기간에 청구된 것으로 본다.

⑥ 행정청이 심판청구 기간을 알리지 아니한 경우에는 제3항에 규정된 기간에 심판청구를 할 수 있다.

⑦ 제1항부터 제6항까지의 규정은 무효등확인심판청구와 부작위에 대한 의무이행심판청구에는 적용하지 아니한다.

219) 행소§20(제소기간) ① 취소소송은 처분등이 있음을 안 날부터 90일 이내에 제기하여야 한다. 다만, 제18조제1항 단서에 규정한 경우와 그 밖에 행정심판청구를 할 수 있는 경우 또는 행정청이 행정심판청구를 할 수 있다고 잘못 알린 경우에 행정심판청구가 있은 때의 기간은 재결서의 정본을 송달받은 날부터 기산한다.

② 취소소송은 처분등이 있은 날부터 1년(제1항 단서의 경우는 재결이 있은 날부터 1년)을 경과하면 이를 제기하지 못한다. 다만, 정당한 사유가 있는 때에는 그러하지 아니하다.

③ 제1항의 규정에 의한 기간은 불변기간으로 한다.

심판비용액결정 확정증명원도 함께 요하므로 집행문부여등신청서가 있는 경우, 강제집행문 심판비용액 결정서 정본과 함께 발급되며 이때 심판비용액 결정정본 송달일자 및 확정일자를 반드시 확인한 후 발급한다.

### 다. 집행문 부여

심판비용액에 관하여 확정된 결정은 집행력 있는 집행명의와 동일한 효력을 가지며, 집행력 있는 정본은 특허심판원 소속 공무원인 심판정책과장이 부여한다(특§166, 실§33, 디§154, 상§153). 이에 따라 심판정책과장은 청구인의 신청에 따라 소정서식에 의하여 강제집행문을 부여하여야 한다.

| |
|---|
| 집 행 문<br>심 판 번 호<br>사건의 표시<br><br>이 정본은 피청구인 OOO에 대한 강제집행을 실시하기 위하여 청구인 XXX에게 내어 준다.<br>20 . . .<br>특 허 심 판 원<br>심 판 정 책 과 장<br>◇ ◇ 유 의 사 항<br>※ 이 집행문은 심판비용액 결정정본과 분리하여서는 사용할 수 없습니다 |

모든 강제집행에 있어서 집행문부여절차가 필요한 것은 아니고 집행절차의 간이성 및 신속성의 요구에 따르거나 예를 들어 법률상 집행력 있는 집행권원과 동일한 효력이 인정되는 경우(특§166) 등에는 집행문의 부여가 필요하지 아니하다. 따라서 특허법 제166조에 의한 심판비용액결정은 집행력 있는 집행권원과 동일한 효력을 가진다고 규정하고 있으므로 집행문을 부여받을 필요 없이 집행할 수 있다고 해석함이 타당하다.[220]

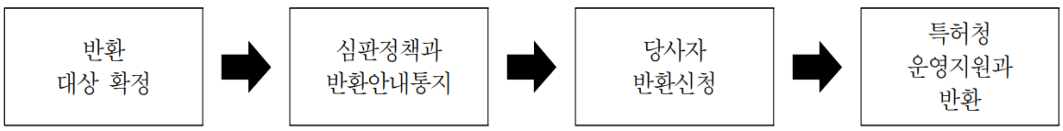
220) 법원행정처, 법원실무제요 민사집행 [Ⅰ] 집행총론 (2003), 201~203면.

## 8 반환

특허법, 실용신안법은 2016. 6. 30. 이후, 디자인보호법, 상표법은 2016. 4. 28. 이후부터 심판수수료 반환제도를 시행하고 있다. 특§84①7~11, 실§20, 디§87①4~8, 상§793~7에 따라, 심판수수료 중 전부 또는 일부를 수수료를 납부한 자의 청구에 의하여 반환한다.

반환액은 심판 또는 재심 청구료의 전부 또는 2분의 1, 참가신청료의 2분의 1이다. 반환제도 시행이후 거절결정, 존속기간연장등록의 거절결정, 보정각하결정, 디자인등록취소결정(이하 '거절결정 등'이라 한다)이 취소된 경우 심판청구료 전부를 반환한다. 다만 심판 중 보정이 있는 경우와 심사전치(구특허법(법률 제9381호로 일부개정되기 전의 것을 말한다) 제171조 제1항에 띠라 심판청구를 하고 명세서 또는 도면을 보정하여 특허청장에게 통지한 출원의 심판청구)가 있은 후 거절결정 등이 취소된 경우는 적용하지 아니한다.

특허심판원장은 위 관련 규정에 따라 반환대상이 되는 당사자에게 수수료반환안내통지서를 통지하여야 하고 특허료·등록료와 수수료 및 등록세 반환요령(특허청 고시)에 따라 반환에 관한 통지를 받은 수신인 또는 정당하게 위임을 받은 자는 특허청장에게 서면 또는 온라인으로 반환신청할 수 있다. 이후 특허청장은 당사자에게 심판수수료를 반환하여야 한다.




## 9 예납금

### 가. 개요

특허법 제165조 제2항(실§33, 디§153②, 상§152②)에서 준용하는 민사소송법 제116조에는 "비용을 필요로 하는 소송행위에 대하여 법원은 당사자에게 그 비용을 미리 내게 할 수 있다. 비용을 미리 내지 아니하는 때에는 법원은 그 소송행위를 하지 아니할 수 있다"라고 규정하고 있다. 위 규정에 따른 심판 또는 재심비용에 관한 예납금취급절차와 방법은 심판사무취급규정§15~§620에서 정하고 있다.

### 나. 예납금의 대상이 되는 비용

① 증인 감정인 통역인에 대한 여비

② 통역에 필요한 비용, 감정인 통역인에 대한 감정료, 통역료, 번역료 및 감정

③ 감정의 촉탁을 한 경우 그에 필요한 비용

④ 현장검증 등 행위를 수행하기 위하여 심판관 및 참여 공무원 등에게 지급되는 여비

### 다. 비용 산정기준

예납금대상 항목의 비용액 산정기준은 다음과 같다

① 증인 감정인 통역인, 번역인에 대한 여비는 공무원여비규정 별표 2 “국내여비지급표” 제2호 해당자에 산정하는 금액

② 감정료, 통역료 및 감정, 통역, 번역에 필요한 비용은 해당연도 예산집행지침에서 정한 금액

③ 감정의 촉탁을 한 경우에는 그 실비액

④ 현장검증 등 행위를 수행하기 위한 심판관 및 참여 공무원에게는 공무원 여비규정 별표 2 “국내여비지급표”에 의한 금액

### 라. 예납금의 납부절차

① 심판비용을 요하는 행위에 대하여 당사자에게 그 비용을 예납하게 할 때에는 심판장은 당사자에게 소정의 서식의 예납요구서를 송부하여야 한다(심판사무취급규정§17①, 동규정 별지 제1호 서식).

② 예납명령을 받은 자는 소정의 기간 내에 특허심판원 예납금계좌에 입금하여야 하며 지정기간의 연장은 승인되지 아니한다.

### 마. 예납금 영수증서의 교부 및 행정처리

심판정책과장이 지명하는 회계담당공무원(이하 ‘회계공무원’이라 한다)은 심판사무취급규정 제17조의 규정에 의하여 예납금을 받았을 때에는 심판비용예납금처리부에 기재하여 정리한다(심판사무취급규정§17②, 동규정 별지 제2호 서식).

### 바. 예납금의 지급 및 환급

회계공무원은 예납금의 지급사유가 발생한 경우에는 예납금 계산 기준에 의거 심판비용예납금처리부에 기재하여 심판장의 결재 및 영수인의 날인을 받은 후 이를 지급한다.

### 사. 예납금의 반환

잘못 납부된 예납금은 납부한 자의 청구에 의하여 반환하여야 하며 심판정책과장은 납부자에게 소정의 서식에 의해 환급통지를 한다(심판사무취급규정§19①②, 동규정 별지 제3호 서식).

환급을 받을 권리를 가진 자가 수급권자임을 증명하는 서면 또는 증표를 회계공무원에게 제시하여 그 예납금의 환급을 받고자 할 때에는 회계공무원은 심판비용예납금처리부에 기재하여 심판정책과장의 결재 및 영수인의 날인을 받은 후 환급하여야 한다.

### 아. 환급청구가 없는 경우의 처리

사건이 확정된 때로부터 5년이 경과되어도 환급되지 아니한 예납금이 있을 때에는 회계공무원은 예납금을 해당 연도 말에 '정부보관금에 관한 법률' 제1조[221]의 규정에 의한 국고처리를 하여야 한다.

### 자. 예납금 처리부의 기록 및 보관표의 처리

예납금의 처리가 완결되었을 때에는 처리부에 완결사항을 기록한다.

---

221) 정부보관금에 관한 법률§1(국고에의 귀속) ① 법령에 따라 정부가 보관하는 공유금이나 사유금(이하 "보관금"이라 한다)은 법률로 따로 규정한 경우를 제외하고는 다음 각 호의 구분에 따라 해당하는 날부터 계산하여 10년이 지나도 환불 청구가 없을 때에는 국고에 귀속한다. 〈개정 2020.3.31〉

1. 보관의무 해제 기한이 있는 보관금: 보관의무가 해제된 다음 날
2. 보관의무 해제 기한이 없는 보관금: 보관한 다음 날
3. 소송사건으로 인하여 환불 청구를 할 수 없는 보관금: 재판이 확정된 다음 날

② 각 중앙관서의 장은 제1항에 따라 소멸시효가 완성되기 전에 기획재정부령으로 정하는 바에 따라 환불 청구 권리를 가진 자에게 해당 보관금을 환불 청구할 수 있는 권리가 있음을 미리 통지하여야 한다.

# 제8절 경 정

## 1 서설

민사소송법에는 "판결에 잘못된 계산이나 기재 그 밖에 이와 비슷한 잘못이 있음이 분명한 때에 법원은 직권 또는 당사자의 신청에 따라 경정결정을 할 수 있다"고 규정하고 있다(민소§211①). 그러나 특허법은 이와 같은 규정이 없어 법문상 심결의 경정을 할 수 있는지가 분명하지 않다. 판례는 일관하여 심결을 경정할 수 있다고 판시하고 있다(대법원 1967. 1. 31. 선고 66후14 판결, 대법원 1996. 10. 16.자 96그49 결정, 대법원 2000. 11. 24. 선고 98후2313 판결).

**〈판례〉 대법원 1967. 1. 31. 선고 66후14 판결**

원심 심결주문과 이유에 의하면, 이유에 있어서는 항고심판 청구인의 주장을 인용하면서 주문 제2항에서는 항고심판청구를 각하한다고 표시하여 주문과 이유가 서로 모순되어 있고 이는 주문의 표시가 명백한 오류로 인정되는 바 항고심판청구인의 답변서, 참고서의 기재에 의하면, 원심은 심결주문의 오류를 발견하고 "원심결을 파훼한다. 본건심판의 청구는 이를 각하한다."로 경정하였음이 분명하므로 이를 논란하는 논지는 이유 없다.

**〈판례〉 대법원 1996. 10. 16.자 96그49 결정**

판결의 경정은 일단 선고된 판결에 대하여 그 내용을 실질적으로 변경하지 않는 범위 내에서 판결의 표현상의 기재 잘못이나 계산의 착오 또는 이와 유사한 오류를 법원 스스로가 결정으로써 경정 또는 보충하여 강제집행이나 호적의 정정 또는 등기의 기재 등 이른바 광의의 집행에 지장이 없도록 하자는 데 그 취지가 있다 할 것이다.

**〈판례〉 대법원 2000. 11. 24. 선고 98후2313 판결**

그러므로 상고를 기각하고, 원심판결의 주문 제1항과 이유에서 특허청 심판의 번호 표시중 "96당844호"는 "97당844호"의 오기임이 명백하므로 이를 직권으로 경정하기로 하여 관여 법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

## 2 심결의 취소 여부

심판은 심결로써 종결한다(특§162①, 실§33, 디§150①, 상§149①). 심결이 발송된 후에는 심결을 한 특허심판원도 이에 구속되어 스스로 심결을 취소할 수 없고, 철회나  변경도 허용되지 않는다. 이를 심결의 기속력이라 한다.

## 3 경정의 내용

심결의 경정은 심결내용을 실질적으로 변경하지 않는 오류를 간이한 절차로 고치는 것이어서 심결내용을 실질적으로 변경하는 것은 허용되지 않는다. 경정결정은 표시상의 명백한 오류를 정정하는 경우에 한한다.

판례는 심판번호가 오기("96당844호"가 "97당844호"의 오기)임이 명백하다는 이유로 직권으로 경정한 사례가 있다(대법원 2000. 11. 24. 선고 98후2313 판결). 또한 판례가 허용한 경정사유의 예로는, 당사자의 표시에 주소누락(대법원 1995. 6. 19. 선고 95그26 판결), 판결서 말미에 별지목록의 누락(대법원 1989. 10. 13. 선고 88다카19415 판결), 목적물의 표시에 있어 번지의 호수누락(대법원 1964. 4. 14. 선고 63마40 판결) 등이 있다.[222]

## 4 경정의 실시 및 등본 송달

경정결정은 직권 또는 당사자의 신청에 의해 해당 심결을 한 심판합의체가 한다(민소§211①[223]). 경정결정을 한 경우, 경정결정서 등본은 심결을 송달한 자에게 송달하고 심결원본 마지막 여백에 경정결정 내용을 부기하여 둔다.

---

222) 이시윤, 新民事訴訟法(제15판), 박영사 (2021), 623~624면.

223) 민소§211(판결의 경정) ① 판결에 잘못된 계산이나 기재, 그 밖에 이와 비슷한 잘못이 있음이 분명한 때에 법원은 직권으로 또는 당사자의 신청에 따라 경정결정(경정결정)을 할 수 있다.
② 경정결정은 판결의 원본과 정본에 덧붙여 적어야 한다. 다만, 정본에 덧붙여 적을 수 없을 때에는 결정의 정본을 작성하여 당사자에게 송달하여야 한다.
③ 경정결정에 대하여는 즉시항고를 할 수 있다. 다만, 판결에 대하여 적법한 항소가 있는 때에는 그러하지 아니하다.

【 경정결정문 기재례 】

주 문

위 심판사건에 관하여 20OO. O. O.에 행한 심결의 주문 중 "OO"를 "△△"로, 이유 중 제X면 제X행의 "××"를 "△△"로 각각 경정한다.

이 유

위 심결문 중 표시상의 오류가 있으므로 직권에 의하여 주문과 같이 결정한다

결정결정은 원심결과 일체가 되어 심결시에 소급하여 그 효력이 발생한다(대법원 1999. 12. 10. 선고 99다42346 판결). 심결에 대한 제소기한은 경정에 의하여 영향을 받지 않고 심결이 송달된 날로부터 진행한다.

**〈판결〉 대법원 1999. 12. 10. 선고 99다42346 판결**

채권가압류결정의 경정결정이 확정되는 경우 당초의 채권가압류결정은 그 경정결정과 일체가 되어 처음부터 경정된 내용의 채권가압류결정이 있었던 것과 같은 효력이 있으므로, 원칙적으로 당초의 채권가압류결정 정본이 제3채무자에게 송달된 때에 소급하여 경정된 내용의 채권가압류결정의 효력이 발생한다(대법원 1998. 2. 13. 선고 95다15667 판결, 1962. 1. 25.자 4294민재항674 결정 등 참조).

# 제9절 심결취소소송

## 1 서설

### 가. 개요

심결취소소송은 특허법 제186조 제1항(실§33, 디§166①, 상§162①)에서 특허법원의 존속관할로 규정하고 있는 취소결정 또는 심결에 대한 소, 특허취소신청서·심판청구서·재심청구서의 각하결정에 대한 소 등을 말한다. 심결취소소송은 특허법(실용신안법, 디자인보호법, 상표법), 민사소송법 등에 규정되어 있는 법률상의 용어는 아니나 실무상 또는 강학상 자주 사용된다.

특허소송이란 용어도 법률상 용어는 아니나, 특허권(실용신안권, 디자인권, 상표권)과 관련된 분쟁을 해결하기 위한 모든 소송을 일컫는 용어로서 실무상 또는 강학상 자주 사용된다. 특허소송은 광의의 특허소송과 협의의 특허소송으로 나누는데, 심결취소소송이 협의의 특허소송이다.

광의의 특허소송에는 특허권, 실용신안권, 디자인권, 상표권 등의 소위 지식재산권에 관한 소송 전부를 가리킨다. ① 법원조직법 제28조의4[224]에서 특허법원의 관할로 되어 있는 심결취소소송, ② 소위 침해소송이라 불리는 특허법 제126조(실§33, 디§113, 상§107)의 금지청구소송, 민법 제750조와 특허법 제128조(실§33, 디§115, 상§109) 등에 의한 손해배상청구소송, ③ 특허권 등의 귀속을 둘러싼 소송(발명자의 특정, 승계와 관계된 권리명의이전청구, 특허를 받을 권리의 확인소송 등), ④ 특허청이 한 행정상의 처분에 대한 행정소송 등이 모두 포함된다.

협의의 특허소송인 심결취소소송은 행정소송의 일종으로 보는 것이 통설·판례의 입장이다. 심결취소소송 중 특허청장을 피고로 하는 결정계 사건은 행정소송법 제3조 제1호[225] 소정의 항고소송이라는 데는 다툼이 없다. 특허권자 또는 이해관계인을

---

224) 법조§28조의4(심판권) 특허법원은 다음의 사건을 심판한다. 〈개정 2015.12.1, 2016.2.29〉
1. 「특허법」 제186조제1항, 「실용신안법」 제33조, 「디자인보호법」 제166조제1항 및 「상표법」 제162조에서 정하는 제1심사건
2. 「민사소송법」 제24조제2항 및 제3항에 따른 사건의 항소사건
3. 다른 법률에 따라 특허법원의 권한에 속하는 사건

225) 행소§3(행정소송의 종류) 행정소송은 다음의 네 가지로 구분한다. 〈개정 1988.8.5〉
1. 항고소송: 행정청의 처분 등이나 부작위에 대하여 제기하는 소송

상대로 하는 당사자계 사건은 결정계사건과 마찬가지로 항소소송이라고 보는 견해와 당사자소송에 속한다고 보는 견해로 나누어지는데, 다수설은 항고소송의 실질을 가지는 형식적 당사자소송이라고 한다.

당사자계 사건은 소송의 외양을 보면 양 당사자가 서로 대립하는 민사소송의 구조와 다를 바 없으나, 당사자대립의 구조는 편의상의 것에 불과하고 그 실질을 보면 특허심판원의 심결에 대한 불복절차이고, 직권증거조사 등 심리에 있어서 민사소송과 다른 특수성을 인정할 필요가 있다. 특히 무효심결은 당사자만이 아니라 제3자에게도 효력이 미치는 점에서, 당사자 사이의 법률관계의 확인 또는 형성만을 목적으로 하는 당사자소송과는 다르게 취급하여야 한다는 견해도 있다.[226] 판례는 결정계 사건, 당사자계 사건을 구분하지 않고, 심결은 행정처분에 해당하므로 그에 대한 불복의 소송인 심결취소소송은 항고소송이라고 판시하고 있다(대법원 2005. 7. 289. 선고 2003후922 판결, 2002. 6. 25. 선고 2000후1306 판결).

**〈판례〉 대법원 2005. 7. 28. 선고 2003후922 판결**

> 심판은 특허심판원에서의 행정절차이며 심결은 행정처분에 해당하고, 그에 대한 불복의 소송인 심결취소소송은 행정소송에 해당한다 할 것이며, 행정소송법 제8조에 의하여 준용되는 민사소송법 제136조 제1항은 재판장은 소송관계를 명료하게 하기 위하여 당사자에게 사실상과 법률상의 사항에 관하여 질문하거나 입증을 촉구할 수 있다고 규정하고 있고, 같은 조 제4항은 법원은 당사자가 명백히 간과한 것으로 인정되는 법률상의 사항에 관하여 당사자에게 의견진술의 기회를 주어야 한다고 규정하고 있으므로, 법원으로서는 계쟁사실을 입증하기 위하여 제출한 증거가 당사자의 부주의 또는 오해로 인하여 불완전·불명료한 경우에는 당사자에게 그 제출된 증거를 명확·명료하게 할 것을 촉구하거나 보충할 수 있는 기회를 주어야 하고, 만약 이를 게을리 한 채 제출된 증거가 불완전·불명료하다는 이유로 그 주장을 배척하는 것은 석명의무 또는 심리를 다하지 아니한 것으로서 위법하다.

2. 당사자소송: 행정청의 처분 등을 원인으로 하는 법률관계에 관한 소송 그 밖에 공법상의 법률관계에 관한 소송으로서 그 법률관계의 한쪽 당사자를 피고로 하는 소송
3. 민중소송: 국가 또는 공공단체의 기관이 법률에 위반되는 행위를 한 때에 직접 자기의 법률상 이익과 관계없이 그 시정을 구하기 위하여 제기하는 소송
4. 기관소송: 국가 또는 공공단체의 기관 상호간에 있어서의 권한의 존부 또는 그 행사에 관한 다툼이 있을 때에 이에 대하여 제기하는 소송. 다만, 헌법재판소법 제2조의 규정에 의하여 헌법재판소의 관장사항으로 되는 소송은 제외한다.

226) 특허법원 지적재산소송 실무연구회, 지적재산소송실무(제3판), 박영사, 2014, 4면.

심결취소소송은 특허법(실용신안법, 디자인보호법, 상표법)의 소송절차가 우선적으로 적용된다. 그러나 특허법은 심결취소소송에 관하여 몇 개의 조문에서 단편적으로 규정하고 있을 뿐 심결취소소송 전반에 관하여 규정하고 있지 않은 사항이 많다. 특허법(실용신안법, 디자인보호법, 상표법)에 규정이 없으면 행정소송법이 준용되고, 행정소송법에도 관련 규정이 없으면 민사소송법이 준용된다(행소§8②[227]).

### 나. 심판과의 관계

#### 1) 심결전치주의

특허법 제186조 제6항(실§33, 디§166⑥, 상§162⑥)에는 "취소를 신청할 수 있는 사항 또는 심판을 청구할 수 있는 사항에 관한 소는 심결에 대한 것이 아니면 이를 제기할 수 없다."고 규정하고 있어, 심결취소소송은 심결전치주의를 취하고 있다. 심결전치주의를 취하는 이유는 심결취소소송이 전문지식을 요하는 소송이어서 심판합의체에 의한 판단을 선행시키는 것이 바람직하기 때문이다.

심결전치주의를 취하고 있어, 심결취소소송에서 특허심판원이 제1심으로 기능하고, 특허법원의 심결취소소송이 그에 대한 항소심으로서의 성질을 가지기는 하나, 소송법적으로는 특허심판원과 특허법원 사이에는 아무런 심급적 연결관계가 없다.

#### 2) 절차의 중지(진행의 조정)

특허법(실용신안법, 디자인보호법, 상표법)은 필요가 있을 때에 심판절차를 중지할 수 있는 규정과 소송절차를 중지할 수 있는 규정을 두고 있고(특§164, 실§33, 디§152, 상§151), 당사자에게 신청권도 부여하고 있다. 심판사건과 다른 심판사건, 심판사건과 심결취소소송 사이에는 밀접한 관계가 있으므로 이들 심리절차의 진행을 조정할 필요가 있을 수 있다. 예를 들어, 특허무효심판과 권리범위확인심판 또는 무효심판에 대한 심결취소소송과 정정심판이나 권리범위확인심판이 계속된 경우, 일방의 절차를 먼저 진행하고 다른 절차를 중지하는 것이 소송경제나 통일적 판단을 위해 적절한 경우가 있으므로 양 절차의 절차진행을 조정할 필요가 있다.

그러므로 심판장은 심판에서 필요하면 직권 또는 당사자의 신청에 따라 그 심판사

227) 행소§8의2(법적용예) ① 행정소송에 대하여는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법이 정하는 바에 의한다.
② 행정소송에 관하여 이 법에 특별한 규정이 없는 사항에 대하여는 법원조직법과 민사소송법 및 민사집행법의 규정을 준용한다. 〈개정 2002.1.26〉

건과 관련되는 특허취소신청에 대한 결정 또는 다른 심판의 심결이 확정되거나 소송절차가 완결될 때까지 그 절차를 중지할 수 있다(특§164①), 법원도 마찬가지이다(특§164②).

절차의 중지 여부는 합리적 재량에 의하여 직권으로 정하는 것이므로, 항고 또는 재항고에 의하여 불복할 수 없다. 또한 위 규정은 임의규정이므로 절차를 중지하지 않고 심리하더라도 절차진행이 위법한 것도 아니다(대법원 1990. 3. 24. 선고 89후2168 판결).[228] 그러나 위 규정의 취지가 당사자의 절차적 권리를 보장해주기 위한 것이므로, 결정에 대한 불복을 허용하는 것이 타당하다는 의견도 있다.[229]

#### 3) 심판 및 소송기록의 송부

특허심판원과 특허법원은 아무런 심급적 연결관계가 없다. 따라서 심결취소소송이 제기되면 특허법원이 속심으로서 특허심판원으로부터 사건기록을 송부 받아 심리하는 것이 아니므로, 심결취소소송을 제기하는 당사자가 심판절차에서 제출된 심판자료(주장 및 증거)를 포함하여 심결취소소송에서 필요한 주장과 증거를 모두 새로 제출하여야 한다. 다만, 특허법원에서 필요하다고 인정할 경우 특허청장 또는 심판원장에게 심사·심판·등록서류 등본의 송부를 촉탁하거나 당사자에게 그 등본을 제출하게 할 수 있다.

### 다. 관할

심결취소소송은 특허법원의 전속관할이고(특§186①, 실§33, 디§166①, 상§162①), 특허법원의 토지관할은 대한민국 전 지역이므로, 특허심판원의 심결 또는 결정에 대한 불복을 하려는 자는 당사자의 주소가 어느 곳이든 묻지 않고 특허법원에 소송을 제기하여야 한다.

전속관할은 관할을 법정함에 있어 재판의 적정·공정 등 고도의 공익적 요구에 기하여 특정법원만이 배타적으로 관할권을 갖도록 한 경우이다. 심결취소소송은 특허법원의 전속관할로 하기 때문에 당사자간에 합의를 하였더라도 다른 법원에 심결취소소송의 관할권이 생기지 않고, 일방 당사자가 다른 법원에 심결취소소송을 제기하고 다른 당사자가 이에 응소하더라도 다른 법원에 관할권이 생기지 않는다.[230]

228) 특허법원 지적재산소송 실무연구회, 지적재산소송실무(제3판), 박영사, 2014, 15~16면.
229) 로앤비, 주석 온주특허법 (2017), 제164조.

특허법원 판결에 불복이 있는 경우에는 대법원에 상고할 수 있도록 함으로써 특허심판의 심결 또는 결정에 대한 소송은 특허법원, 대법원으로 이어지는 2심제로 운영하고 있다(특§186⑧).

참고로 특허법원은 심결취소소송뿐 아니라, 다른 법률에 의하여 특허법원의 권한에 속하는 사건(예를 들면, 농수산물 품질관리법 제54조 제1항[231]에 관한 소정의 사건, 식물신품종 보호법 제103조 제1항[232]에 관한 소정의 사건)의 제1심 재판 및 민사소송법 제24조 제2항 및 제3항[233]에 따른 사건의 항소사건을 전속관할한다.

### 라. 소송대상

심결취소소송의 대상은 심결의 실체적·절차적 위법 여부이다. 심결취소소송은 불

---

230) 정상조 박성수 공편, 특허법 주해 II, 박영사 (2010), 763면.

231) 농수산물품질관리법§54(심결 등에 대한 소송) ① 심결에 대한 소송은 특허법원의 전속관할로 한다.

② 제1항에 따른 소송은 당사자, 참가인 또는 해당 심판이나 재심에 참가신청을 하였으나 그 신청이 거부된 자만 제기할 수 있다.

③ 제1항에 따른 소송은 심결 또는 결정의 등본을 송달받은 날부터 60일 이내에 제기하여야 한다.

④ 제3항의 기간은 불변기간으로 한다.

⑤ 심판을 청구할 수 있는 사항에 관한 소송은 심결에 대한 것이 아니면 제기할 수 없다.

⑥ 특허법원의 판결에 대하여는 대법원에 상고할 수 있다.

232) 식물신품종보호법§103(심결 등에 대한 소) ① 심결에 대한 소와 심판청구서 또는 재심청구서의 보정각하결정에 대한 소는 특허법원의 전속관할로 한다.

② 제1항에 따른 소는 당사자, 참가인 또는 해당 심판이나 재심에 참가신청을 하였으나 신청이 거부된 자만 제기할 수 있다.

③ 제1항에 따른 소는 심결이나 결정의 등본을 송달받은 날부터 30일 이내에 제기하여야 한다.

④ 제3항의 기간은 불변기간으로 한다.

⑤ 심판을 청구할 수 있는 사항에 관한 소는 심결에 대한 것이 아니면 제기할 수 없다.

⑥ 제98조에 따라 준용되는 「특허법」 제165조에 따른 심판비용의 심결이나 결정에 대하여는 독립하여 제1항에 따른 소를 제기할 수 없다.

⑦ 특허법원의 판결에 대하여는 대법원에 상고할 수 있다.

233) 민소§24(지식재산권 등에 관한 특별재판적) ① 특허권, 실용신안권, 디자인권, 상표권, 품종보호권(이하 "특허권등"이라 한다)을 제외한 지식재산권과 국제거래에 관한 소를 제기하는 경우에는 제2조 내지 제23조의 규정에 따른 관할법원 소재지를 관할하는 고등법원이 있는 곳의 지방법원에 제기할 수 있다. 다만, 서울고등법원이 있는 곳의 지방법원은 서울중앙지방법원으로 한정한다. 〈개정 2011.5.19, 2015.12.1〉

② 특허권등의 지식재산권에 관한 소를 제기하는 경우에는 제2조부터 제23조까지의 규정에 따른 관할법원 소재지를 관할하는 고등법원이 있는 곳의 지방법원의 전속관할로 한다. 다만, 서울고등법원이 있는 곳의 지방법원은 서울중앙지방법원으로 한정한다. 〈신설 2015.12.1〉

③ 제2항에도 불구하고 당사자는 서울중앙지방법원에 특허권 등의 지식재산권에 관한 소를 제기할 수 있다. 〈신설 2015.12.1〉

이익한 심결을 받은 당사자가 자기에게 유리하도록 취소·변경을 구하는 것이므로, 전부 승소한 심결에 대한 심결취소소송은 소의 이익이 없어 허용될 수 없다. 심결의 이유에 불만이 있더라도 마찬가지다(대법원 2009. 7. 23. 선고 2008후2770 판결).

1개의 심판절차에서 수 개의 심판물에 대하여 심결을 하였을 경우(처음부터 심판으로 제기한 경우와 별도로 제기한 심판이 병합된 경우 모두), 소송대상이 개수에 관하여 다음과 같은 두 가지 견해가 있을 수 있다. ① 하나의 심결에 하나의 소송대상을 인정하는 견해와 ② 심판대상에 따라 수 개의 소송대상을 인정하는 견해이다.

심판단계에서 복수의 심판대상(예를 들면, 수 개의 청구항으로 이루어진 특허에 대한 무효심판의 경우)이 병합청구되어 하나의 심결로 판단되고 각 심판대상에 대하여 별도로 심결취소소송이 제기된 경우, 위 견해에 따라 그 처리에 차이가 생긴다. 예를 들어, 청구범위 제1항과 제2항에 대한 무효심판청구 전부에 대하여 무효심결이 있고, 피심판청구인이 제1항과 제2항을 독립하여 심결취소소송을 제기한 경우, ②의 견해에 따라 소송대상이 심판대상에 따라 별개라고 하면 중복제소가 되지 아니한다. ①의 견해에 따라 소송대상이 하나라고 보면, 후소는 중복제소에 해당하여 각하되고, 전소의 원고는 청구취지를 확장하여 심결 전부의 취소를 구할 수 있을 것이다. 또한 ②의 견해에 따르는 경우, 청구범위 제1항, 제2항에 대한 무효심결이 있음에도, 제1항에 대해서만 심결취소소송을 제기한 경우 제2항에 대해서는 심결이 확정되는 것인지, 아니면 심결전체에 확정차단의 효력이 생기는 것인지, 제소기간은 각각 계산을 하여야 할 것인지 등의 문제가 발생한다.

민사소송법상 항소의 경우에는 항소에 의하여 병합된 수 개의 청구 중 불복의 대상으로 되지 않은 청구도 항소심에 이심된다. 그러나 심결취소소송의 제기는 항소가 아니라 신소의 제기이므로 민사소송법상 항소 불가분의 원칙이 적용된다고 볼 수 없으므로, 무효심판과 같이 청구항마다 심판대상을 달리하는 경우에는 적법한 제소기간 내에 불복하지 아니한 청구항에 관하여는 소송단계에서 그 불복범위를 확장할 수 없다고 봄이 상당하다. 특허법원의 실무도 ②의 견해에 따라 청구범위 제1항과 제2항 전부에 대하여 무효심결이 있고, 제1항에 대해서만 심결취소소송 제기가 있는 경우에는 제2항에 대해서는 심결이 확정되는 것으로 취급하고 있다.[234]

234) 특허법원 지적재산소송 실무연구회, 지적재산소송실무(제3판), 박영사, 2014, 55~57면.

### 마. 당사자

#### 1) 원고

심결취소소송에서 원고적격을 갖는 자는 ① 심판(재심)사건의 당사자, ② 참가인 또는 ③ 당해 심판(재심)에 참가신청을 하였으나 그 신청이 거부된 자이다(특§186②, 실§33, 디§166②, 상§162②).

먼저, ① 특허법 제186조 제2항 제1호(실§33, 디§166②, 상§162②)에서 규정하는 심결취소소송의 원고가 될 수 있는 당사자란, 심판절차에서 당사자로 심결에 기재된 자 중에서 불이익한 심결을 받은 자이다. 결정계 사건에서는 심판청구를 한 자, 당사자계 사건에서는 불이익한 심결을 받은 심판청구인 또는 피심판청구인이다. 즉 심판청구를 기각한 심결의 취소를 구하는 심결취소소송의 원고는 심판청구인이고, 심판청구를 인용한 심결의 취소를 구하는 심결취소소송의 원고는 피심판청구인이다.

한편 특허법은 공유인 특허권 또는 특허를 받을 수 있는 권리에 관한 심판청구는 공유자 전원이 심판청구인이 되거나 피심판청구인이 되어야 한다고 규정하고 있다(특§159②③, 실§33, 디§125①③, 상§124②③). 그러나 심결취소소송의 원고 적격에 관해서는 아무런 규정이 없다. 판례는 민법상 공유의 규정을 적용하여 공유자 중 1인 단독에 의한 심결취소소송도 공유물의 보존행위로서 가능하다고 본다(대법원 2004. 12. 9. 선고 2002후567 판결, 특허법원 2008. 11. 13. 선고 2008허7690 판결).

또한 특허법 제139조 제1항(실§33, 디§125①, 상§124①)은 동일한 특허권에 관하여 무효심판, 권리범위확인심판을 청구하는 자가 2인 이상이 있는 때에는 그 전원이 공동으로 심판을 청구할 수 있다고 규정하고 있다. 위 규정에 의한 공동심판에 대하여, i) 공동심판청구를 기각하는 심결이 있는 경우, 공동심판청구인중 1인이 단독으로 심결취소소송을 제기할 수 있는지, ii) 공동심판청구인의 청구를 인용하는 심결이 있는 경우 피심판청구인이 공동심판청구인 중 1인을 피고로 하여 심결취소소송을 제기할 수 있는지가 문제된다.

위 i)의 경우, 공동심판청구인중 1인 단독의 심결취소소송은 가능하다. 위 규정에 의한 공동심판은 유사필수적 공동심판의 성격을 가진다고 보아야 할 것이며, 심결이 있은 후 공동심판청구인 전원에 대하여 제소기간이 경과하여야 심결이 확정되므로 1인이라도 심결취소소송을 제기하면 심결은 확정되지 않는다(대법원 2004. 12. 9.

선고 2002후567 판결, 특허법원 2008. 11. 13. 선고 2008허7690 판결). 위 ii)의 경우, 공동심판청구인 중 일부에 대하여 심결취소소송을 제기하여도 적법하고, 나머지 공동심판청구인에 대한 심결은 제소기간을 도과하더라도 확정되지 않으며 제기된 심결취소소송으로 심결이 취소·확정되면 다시 심리가 속행되는 심판절차에 심결취소소송이 제기되지 않은 공동심판청구인도 참여할 수 있다. 다만, 심결취소소송을 제기하지 않은 공동심판청구인 대한 제소기간이 경과하고 나면, 당사자로 추가하는 것은 허용될 수 않으므로 보조참가만 할 수 있다(특허법원 2000. 10. 12. 선고 99후9571 판결).

다음으로, ② 특허법 제186조 제2항 제2호(실§33, 디§166②, 상§162②)에서 규정하는 심결취소소송의 원고가 될 수 있는 참가인이란, 심판청구인이 될 수 있음에도 심판청구를 하지 아니하고 타인이 청구한 심판절차에 참가하는 당사자참가인(특§155①, 실§33, 디§143①, 상§142①)과 심판의 당사자는 될 수 없으나 심판결과에 대하여 법률상 이해관계를 가지는 자(예를 들면, 무효심판이 청구된 특허권에 관한 전용실시권, 통상실시권 또는 질권자 등)가 당사자의 일방을 보조하기 위하여 심판절차에 참가하는 보조참가인이 있다(특§155③, 실§33, 디§143③, 상§142③). 이러한 참가인은 피참가인이 심결취소소송을 제기하지 않더라도 독자적으로 심결취소소송을 제기할 수 있다.

끝으로, ③ 특허법 제186조 제2항 제3호(실§33, 디§166②, 상§162②)에서 규정하는 해당 특허취소신청의 심리, 심판 또는 재심에 참가신청을 하였으나 신청이 거부된 자도 심결취소소송의 원고적격을 갖는다. 참가신청에 대한 참가여부의 결정에 대하여 불복은 할 수 없으나(특§156⑤, 실§33, 디§144⑤, 상§143⑤), 그 심결에 대하여 불만이 있을 경우 심결취소소송을 제기할 수 있도록 함으로써 결과적으로 참가신청의 거부에 대하여 불복할 수 있도록 하고 있다.

### 2) 피고

먼저, 결정계 심판의 심결 및 심판청구서나 재심청구서의 각하결정에 대한 취소를 구하는 심결취소소송의 피고적격은 특허청장이 갖는다(특§187, 실§33, 디§167, 상§163).

심결의 취소를 구하는 소는 특허심판원의 심판합의체가 행한 심결이라는 행정처분의 취소를 구하는 것이고, 심판청구서 또는 재심청구서의 각하결정의 취소를 구하는

심결취소소송은 심판장이 행한 각하결정이라는 행정처분의 취소를 구하는 것이다. 심판관은 독립된 기관으로 해석되기 때문에, 행정소송법의 일반원칙에 따르면 심결취소소송의 피고는 심판합의체 또는 심판장으로 할 수도 있으나, 심결취소소송의 적정하고도 능률적인 운영을 위한 합목적적인 고려에서 특허청이라는 기관의 대표자인 특허청장에게 피고적격을 인정하고 있다.[235]

다음으로, 당사자계 심판의 심결 또는 그 재심심판의 심결에 대한 심결취소소송의 피고는 심판 또는 재심의 심판청구인 또는 피심판청구인이다(특§187, 실§33, 디§167, 상§163). 당사자계 심판에서는 불이익한 심결을 받은 측이 원고가 되고, 그 상대방이 피고가 된다는 취지를 정한 것으로, 심판청구를 인용한 심결에 대한 심결취소소송의 피고는 심판청구인이고, 반대로 심판청구를 기각한 심결에 대한 심결취소소송의 피고는 피심판청구인이다. 예를 들어, 무효심판청구가 받아들여진 경우의 심결취소소송의 피고는 심판청구인이고, 심판청구를 기각한 경우의 심결취소소송의 피고는 특허권자인 피심판청구인이다.

이와 같이 당사자계 심판의 심결의 취소를 구하는 소의 피고를 특허청장이나 심판합의체가 아니라 심판청구인 또는 피심판청구인으로 한 이유는, 이해가 상반되는 당사자 사이의 문제로서 다투게 하는 것이 실정에 부합하고, 또한 입증활동의 적정하고 효율적인 운영을 기대할 수 있을 뿐 아니라 심결의 결과가 직접 당사자의 이해와 관계되어 있는 점 등을 종합적으로 고려한 입법정책에 따른 것이다.

부적법한 심판청구로서 그 흠결을 보정할 수 없어서 피심판청구인에게 답변서 제출의 기회를 주지 아니하고 심판청구인의 심판청구를 심결로 각하한 경우(특§142, 실§33, 디§129, 상§128)에는 피심판청구인의 의견을 듣지 않고 심결이 내려지게 되지만, 이 경우에도 피고는 특허청장이 아니고 피심판청구인 것에는 변함이 없다.[236]

공유인 권리에 대하여 심판을 청구할 때에는 공유자 모두를 피심판청구인으로 하여야하므로(특§139②, 실§33, 디§125③, 상§124③), 특허권자를 피고로 하는 심결취소소송도 공유자 전원을 피고로 하여야 하는 고유필수적 공동소송이라고 보는 것에는 별 이론이 없는 듯하다. 만약 원고가 공유자 중 일부를 피고에서 누락한 경우에는 피고를 추가할 수 있다(민소§68[237]).

235) 로앤비, 주석 온주특허법 (2017), 제187조.
236) 로앤비, 주석 온주특허법 (2017), 제187조.

한편, 당사자계 심판사건에서, 심판의 참가인이 심결취소소송의 피고적격이 있는지는 명확하지 않다. 특허법 제187조(실§33, 디§167, 상§163) 단서 규정에는 당사자계 심판의 피고적격을 "심판청구인 또는 피심판청구인"으로 규정하고 있다. 이에 관해 당사자참가인은 보조참가인과 달리 심결취소소송의 피고적격을 인정한 판례가 있다(특허법원 2008. 1. 18. 선고 2006허6303, 8330 판결). 그 이유는, 당사자참가인은 피참가인이 심판청구를 취하한 후에도 심판절차를 속행할 수 있는 점(특§155②), 당사자참가인에 대하여 심판절차의 중단 또는 중지의 원인이 있는 때에는 그 중단 또는 중지는 피참가인에 대하여도 그 효력이 발생하는 점(특§155⑤) 등을 들어, 특허법이 당사자참가인에게는 보조참가인과는 달리 당사자에 준하는 지위를 부여하고 있다는 이유를 들고 있다.[238]

### 바. 심결취소소송의 구분

#### 1) 특허청장을 피고로 한 결정계 심결 등 취소소송

① 디자인등록출원, 상표등록출원에 대한 심사관의 보정각하결정에 대한 심판(재심)의 심결[239]

② 심사관의 거절결정 취소결정(디자인)에 대한 심판(재심)의 심결

③ 위 심판(재심)청구각하의 심결의 심결각하

④ 위 심판(재심)청구서각하결정, 특허(실용신안등록) 취소신청서의 각하결정

---

237) 민소§68(필수적 공동소송인의 추가) ① 법원은 제67조제1항의 규정에 따른 공동소송인 가운데 일부가 누락된 경우에는 제1심의 변론을 종결할 때까지 원고의 신청에 따라 결정으로 원고 또는 피고를 추가하도록 허가할 수 있다. 다만, 원고의 추가는 추가될 사람의 동의를 받은 경우에만 허가할 수 있다.

② 제1항의 허가결정을 한 때에는 허가결정의 정본을 당사자 모두에게 송달하여야 하며, 추가될 당사자에게는 소장부본도 송달하여야 한다.

③ 제1항의 규정에 따라 공동소송인이 추가된 경우에는 처음의 소가 제기된 때에 추가된 당사자와의 사이에 소가 제기된 것으로 본다.

④ 제1항의 허가결정에 대하여 이해관계인은 추가될 원고의 동의가 없었다는 것을 사유로 하는 경우에만 즉시항고를 할 수 있다.

⑤ 제4항의 즉시항고는 집행정지의 효력을 가지지 아니한다.

⑥ 제1항의 신청을 기각한 결정에 대하여는 즉시항고를 할 수 있다.

238) 특허법원 지적재산소송 실무연구회, 지적재산소송실무(제3판), 박영사, 2014, 30~31면.

239) 2001. 2. 3. 개정 특허법에서는 보정각하결정 불복심판 제도가 폐지(종전 특§132의4 삭제)되었으므로 심판단계에서의 보정각하결정에 대해서도 별도의 소송을 제기할 수 없다. 상표, 디자인의 경우종전과 동일하다.

⑤ 거절결정에 대한 심판(재심)에서의 심판관의 보정각하결정(상표·디자인)

⑥ 정정심판(재심)의 심결

⑦ 심판관에 의한 특허취소결정

**2) 특허권자·이해관계인을 피고로 한 당사자계 심결 등 취소소송**

① 특허무효·특허권의 존속기간의 연장등록의 무효·권리범위확인·정정무효·통상실시권허락의 심판(재심) 등의 심결

② 위 심판(재심) 청구각하의 심결

**3) 특허청장을 피고로 한 당사자계 심결 등 취소소송**

① 무효·존속기간의 연장등록의 무효, 상품분류의 전환등록의 무효·정정의 무효·취소·권리범위확인심판·통상실시권 허락의 심판(재심) 청구서 각하결정

### 사. 제소기간

소의 제기는 심결 또는 결정의 등본을 송달받은 날로부터 30일 이내에 하여야 하며, 이 기간은 불변기간이다(특§186③④, 실§33, 디§166③④, 상§162③④). 위 제소기간은 심판장의 직권 또는 당사자의 신청에 의하여 부가기간을 정할 수 있고, 내국인의 경우 20일 이내, 재외자의 경우 30일 이내의 범위 내에서 심판장이 직권으로 정한다(특허법원 소제기 부가기간의 지정에 관한 지침§2②). 위 제소기간은 불변기간이므로 그 기간을 경과하여 부가기간 지정 신청을 한 경우에는 심판장은 부가기간을 지정할 수 없다(특허법원 소제기 부가기간의 지정에 관한 지침§2③).

불변기간은 법률이 특히 불변기간이라고 규정하고 있는 기간을 말한다. 법원은 불변기간을 늘이거나 줄일 수는 없으나(민소§172①) 부가기간을 정할 수 있다(민소§172②[240]). 당사자가 책임질 수 없는 사유로 그 기간을 지킬 수 없었던 때에는 추후보완(민소§173[241])이 허용되며, 불변기간의 준수여부는 법원의 직권조사사항에 속

240) 민소§172(기간의 신축, 부가기간) ① 법원은 법정기간 또는 법원이 정한 기간을 늘이거나 줄일 수 있다. 다만, 불변기간은 그러하지 아니하다.
② 법원은 불변기간에 대하여 주소 또는 거소가 멀리 떨어진 곳에 있는 사람을 위하여 부가기간(부가기간)을 정할 수 있다.
③ 재판장·수명법관 또는 수탁판사는 제1항 및 제2항의 규정에 따라 법원이 정한 기간 또는 자신이 정한 기간을 늘이거나 줄일 수 있다.

241) 민소§173(소송행위의 추후보완) ① 당사자가 책임질 수 없는 사유로 말미암아 불변기간을 지킬

하는 소송요건이다. 심결취소소송에서의 불변기간도 같은 개념이므로, 특허심판원이나 특허법원이 제소기간을 늘이거나 줄일 수는 없고, 심결취소소송의 대상 심결을 한 심판장은 부가기간을 정할 수 있으며(특§186⑤), 당사자가 책임질 수 없는 사유로 제소기간을 경과하여 심결취소소송을 제기하였더라도 추후보완 규정에 의하여 적법한 소 제기가 된다(특허법원 2007. 12. 13. 선고 2007허3257 판결).[242]

심결취소소송의 제소기간 및 상고기간의 계산에는 특허법 제14조 제4호가 적용되지 아니하고, 그에 관하여 특허법이나 행정소송법에서 별도로 규정하고 있는 바도 없으므로 결국 행정소송법 제8조에서 준용하는 민사소송법 제170조에 따라 "기간의 말일이 토요일 또는 공휴일에 해당한 때에는 기간은 그 익일로 만료한다"고 규정한 민법 제161조가 적용된다(대법원 2014. 2. 13. 선고 후 판결 참조 2013후1573 ). 특히, 민법 제161조[243]는 근로자의 날을 '공휴일'로 보지 않으므로, 근로자의 날에도 제소기간이 만료될 수 있으므로 유의하여야 한다.

서류제출의 효력발생시기와 관련하여 우편으로 특허심판원에 서류를 제출하는 경우는 우편물의 통신일부인에서 표시된 날에 도달한 것으로 간주하지만(특§28②, 실§3, 디§28②, 상§28②), 특허법원 및 대법원에 제출하는 서류는 예외 없이 도달주의가 적용된다.

## 2 심결취소사유와 입증책임

### 가. 절차적 심결취소 사유

심결의 절차적 위법이 심결취소사유가 되기 위해서는 훈시규정이 아닌 효력규정을 심결이 위반하여야 한다. 그 절차 위반이 심결의 결과에 영향을 미쳤는지 여부는 심결의 절차적 위법을 판단하는데 고려하지 않아도 된다.[244] 특허법에서 보장하고 있

---

수 없었던 경우에는 그 사유가 없어진 날부터 2주 이내에 게을리 한 소송행위를 보완할 수 있다. 다만, 그 사유가 없어질 당시 외국에 있던 당사자에 대하여는 이 기간을 30일로 한다.

② 제1항의 기간에 대하여는 제172조의 규정을 적용하지 아니한다.

242) 정상조 박성수 공편, 특허법 주해 II, 박영사 (2010), 850~851면

243) 민§161(공휴일 등과 기간의 만료점) 기간의 말일이 토요일 또는 공휴일에 해당한 때에는 기간은 그 익일로 만료한다.

244) 심결의 절차상의 위반이 심결의 결과에 영향을 미칠 가능성이 있어야, 절차적 위법으로 심결취소사유가 된다는 의견도 있다(정상조 박성수 공편, 특허법 주해 II, 박영사 (2010), 770면).

는 당사자의 권리보장 관점에서 이에 위반한 절차로 이루어진 심결을 더 이상 유지할 수 없기 때문이다.

심결의 절차적 위법을 유형별로 보면, ① 심판청구서의 방식에 관한 하자(예: 심판장의 보정명령과 각하), ② 심판청구의 적법요건에 관한 하자(예: 당사자적격, 심판청구기간, 심판청구이익, 일사부재리위반 등), ③ 심결자체의 하자, ④ 심판절차상의 하자 등이 있다.

위 심결자체의 하자는 심결문의 형식적 하자(예: 주문이 특정이 안 된 경우, 심판청구대상 청구항에 대한 주문 누락 등)와 판단누락(예: 심결에 영향을 미치는 중요한 공격방어 방법에 대한 판단) 등이 있다. 심판절차상의 하자는 i) 거절결정불복심판에서 의견제출 기회 없이 거절결정의 이유와 다른 거절이유로 심판청구를 기각하는 경우(대법원 2003. 10. 10. 선고 2001후2757 판결), ii) 거절결정불복심판에서 주선행발명을 다른 선행발명으로 변경하여 출원발명과의 공통점 및 차이점의 인정이 달라진 경우(대법원 2019. 10. 31. 선고 2015후2341 판결), iii) 권리범위확인심판에서, 보정기회 부여 없이 확인대상발명의 불특정을 이유로 심판청구를 각하하는 경우(특허법원 2004. 9. 10. 선고 2003허6531 판결), iv) 심결취소판결이 확정되어 특허심판원이 다시 심리하는 절차에서, 당사자에게 의견제출기회를 부여하지 않고 심결하는 경우(특허법원 1999. 10. 14. 선고 99허4026 판결) 등의 잘못이 있다.[245]

### 나. 실질적 심결취소 사유

본안판단에 관한 심결의 실체적 하자, 심리미진, 채증법칙위반, 판단누락 등이 있다. 심결의 실체적 위법은, 예를 들어 거절결정불복심판 사건에 대한 심결취소소송은 거절결정의 이유를 긍정한 심결의 판단이 위법한가 여부이고, 무효심판에 대한 심결취소소송은 심판청구인 또는 피심판청구인이 주장한 사항에 대한 심결의 판단이 위법한가 여부이다. 거절결정의 적법 여부나 특허등록의 유·무효 그 자체가 심결취소소송의 심리대상이 되는 것은 아니다. 이는 심결의 위법 여부 판단을 통해 간접적으로 심결취소소송에서 판단을 받게 되는 셈이다.

심결의 실체적 위법을 유형별로 보면, i) 출원발명 또는 특허발명의 보호범위의 인정 잘못, ii) 비교대상발명의 개시내용 인정 잘못(대법원 2002. 11. 8. 선고 2001후

245) 정상조 박성수 공편, 특허법 주해 II, 박영사 (2010), 770~772면.

27 판결), iii) 비교대상발명의 특정 잘못(특허법원 2011. 4. 15. 선고 2010허5994 판결, 2013. 1. 24. 선고 2012허6403 판결), iv) 기재불비, 신규성, 진보성 등에 대한 판단의 잘못 등이 있다.[246]

### 다. 입증책임

민사소송은 소송절차의 개시, 심판의 범위 및 절차의 종결에 관하여 처분의 자유를 인정하는 처분권주의(민소§203)[247] 아래 진행되고, 행정소송에서도 이 원칙이 준용되어 원칙적으로 처분권주의가 적용된다(행소§8②[248]). 그러나 행정소송은 행정청의 위법한 처분, 공권력의 행사·불행사 등으로 인한 국민이 권리 또는 이익의 침해를 구제하고, 공법상의 권리관계 또는 법적용에 관한 다툼을 적정하게 해결하는 것을 목적으로 한다. 이에 행정소송법은 직권심리주의를 보충적으로 채택하고 있다. 심결취소소송도 행정소소송의 일종이므로 이러한 관점을 고려하여 주장·입증책임을 검토해야 한다.[249]

주장책임은 변론주의를 바탕으로 하는 소송절차에서 재판에 필요한 사실은 변론에서 당사자의 주장을 통하여 도입되어야 하고, 변론에서 주장하지 아니한 주요사실은 없는 것으로 취급되어 유리한 법률효과의 발생이 인정되지 않을 당자자의 위험 또는 불이익을 말한다.[250] 일반 행정소송에서 행정처분의 위법을 들어 그 취소를 구하는 경우에 직권조사사항을 제외하고는 그 취소를 구하는 원고가 위법사유에 해당하는 구체적 사실을 주장하여야 한다. 이는 심결취소소송에서도 마찬가지이다(대법원 2011. 3. 24. 선고 2011후3509 판결). 따라서 일반적으로 심결취소를 구하는 자는 특허청 및 특허심판원에서의 절차진행 경과, 해당 발명 및 이와 대비되는 비교대상발명 등에 관한 사실관계, 심결에서 결론에 이르게 된 이유, 그 심결을 취소하여야 하는 사유 등에 관하여 구체적인 위법사유를 주장하여야 한다.[251] 다만, 어느 당자

246) 정상조 박성수 공편, 특허법 주해 II, 박영사 (2010), 809면.

247) 민소§203(처분권주의) 법원은 당사자가 신청하지 아니한 사항에 대하여는 판결하지 못한다.

248) 행소§8(법적용예) ① 행정소송에 대하여는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법이 정하는 바에 의한다.

② 행정소송에 관하여 이 법에 특별한 규정이 없는 사항에 대하여는 법원조직법과 민사소송법 및 민사집행법의 규정을 준용한다

249) 특허법원 지적재산소송 실무연구회, 지적재산소송실무(제3판), 박영사, 2014, 115면.

250) 정상조 박성수 공편, 특허법 주해 II, 박영사 (2010), 770면.

251) 특허법원 지적재산소송 실무연구회, 지적재산소송실무(제3판), 박영사, 2014, 116면.

자든지 변론에서 주장하였으면 되고 반드시 주장책임을 지는 당사자가 주장하여야 하는 것은 아니다.

입증책임은 변론종결시에 이르러서도 판결의 기초가 되는 사실이 존재하는지 여부가 불분명한 경우에 그 사실이 존재하지 않는 것으로 취급되어 판단을 받게 될 당사자 일반의 위험 또는 불이익을 말한다.[252]

행정소송에서 입증책임에 관하여 통설, 판례는 민사소송에서와 같은 법률요건분류설을 취한다(대법원 1984. 7. 24. 선고 84누124 판결). 이 견해는 실체법규를 ① 일정한 권리발생을 규정한 권리근거규정, ② 그 권리의 발생을 방해하는 사유를 규정한 권리장애규정, ③ 권리의 소멸사유를 규정한 권리소멸규정으로 나눈 다음, 권리의 존재를 주장하는 자는 권리근거규정의 요건사실을, 그 부존재를 주장하는 자는 권리장애규정과 권리소멸규정의 요건사실을 입증하여야 한다고 한다는 것이다.[253] 행정소송의 성질을 갖는 심결취소소송도 법률요건분류설을 취하고 있다. 심결취소사유가 특허요건인 경우에는, 다음과 같이 그 취소사유에 따라 당사자가 주장·입증책임을 다르게 부담한다.

한편, 결정계 사건에서 심사관의 거절이유 통지 의무(특§63), 당사자계 사건에서 심판관이 직권으로 심리한 사항의 통지 의무(특§159①) 등을 위반한 때에도 심결취소사유가 된다. 위 통지가 있었음의 주장·입증책임은 심결이 적법하다고 주장하는 자(피고)에게 있다고 본다. 또한, 판단유탈, 심리미진 등 심결 자체에 나타나 있지 않은 위법을 심결취소사유로 주장하는 경우에는 이를 주장하는 원고가 주장책임을 부담하고, 피고가 입증책임을 부담한다고 본다.[254]

#### 1) 특허발생요건

특허요건 중, 다음과 같이 일정한 권리발생을 규정한 권리근거규정인 특허발생요건은 출원인 또는 특허권자가 주장·입증책임을 진다. 예를 들어, 거절결정불복심판에서는 출원인인 원고가, 무효심판에서는 피심판청구인인 특허권자가 주장·입증책임을 부담한다.

① 산업상 이용할 수 있는 발명이라는 사실(특§29①본문)

252) 정상조 박성수 공편, 특허법 주해 II, 박영사 (2010), 809면.
253) 특허법원 지적재산소송 실무연구회, 지적재산소송실무(제3판), 박영사, 2014, 117면.
254) 특허법원 지적재산소송 실무연구회, 지적재산소송실무(제3판), 박영사, 2014, 117~119면.

② 명세서 기재가 충실하다는 사실(특§42③④⑧에 따른 요건을 갖추고 있다는 사실)

③ 하나의 특허출원의 범위에 해당한다는 사실(특§45)

④ 국내에 주소 또는 영업소를 가지지 아니한 자는 특허대리인이 선임되어 있다는 사실(특§5)

⑤ 출원인이 적격하다는 사실(§25, §33①, §38①, §44)

⑥ 신규성 상실의 예외 사유가 있다는 사실(특§30①각호)

#### 2) 특허장애요건

특허요건 중, 다음과 같이 권리의 발생을 방해하는 사유를 규정한 권리장애규정과 권리의 소멸사유를 규정한 권리소멸규정에 해당하는 특허장애요건은 거절결정한 심사관(특허청장) 또는 무효심판을 청구한 심판청구인이 주장·입증책임을 부담한다.

① 신규성이 없는 발명이라는 사실(특§29①각호)

② 진보성이 없는 발명이라는 사실(특§29②)

③ 확대된 선출원 발명과 같은 발명이라는 사실(§29③~⑦)

④ 선출원 발명과 같은 발명이라는 사실(특§36①~③)

⑤ 공서양속에 위반되어 특허 받을 수 없다는 사실(특§32)

⑥ 조약을 위반하여 특허를 받은 사실

⑦ 특허된 후 그 특허권자가 제25조에 따라 특허권을 누릴 수 없는 자로 되거나 그 특허가 조약을 위반한 경우

⑧ 명세서 또는 도면의 보정이 그 범위를 벗어난 보정이라는 사실(특§47②)

⑨ 범위를 벗어난 분할·변경출원이라는 사실(특§52①, §53①)

## 3 상고

### 가. 의의

특허법원의 판결에 불복이 있을 때에는 대법원에 상고할 수 있디(특§186⑧, 실§33, 디§166⑧, 상§162⑦). 상고심인 대법원은 특허법원 판결의 당부를 전적으로 법

률적인 측면에서만 심사한다. 상고심은 스스로 사건의 사실관계를 더 이상 조사하지 않고, 원심이 조사한 사실관계를 전제로 재판한다. 이러한 의미에서 원판결이 적법하게 확정한 사실은 대법원을 기속한다(민소§432[255]). 당사자도 상고심에서는 사실관계에 대하여 새로운 주장을 내세우거나, 새로운 증거를 제출하여 원심의 사실인정을 다툴 수 없다, 비록 사실심의 변론종결 이후에 발생한 사실이라도 마찬가지이다.[256]

다만, 예외적으로 직권조사사항인 소송요건·상소요건의 존부, 재심사유, 원심의 소송절차 위배, 판단 누락 등을 판단함에 있어서는 새로운 사실을 참작할 수 있으며, 필요한 증거조사를 할 수 있다.[257]

한편, 특허법에는 다른 규정이 없으므로, 민사소송법 규정에 따라 특허법원의 결정·명령에 불복이 있을 때에는 대법원에 재항고할 수 있다(민소§442[258]). 민사소송법상의 상고규정을 준용한다(민소§443②[259]). 행정소송법에서 즉시항고가 인정되는 경우는 ① 피고경정신청 각하결정(행소§14③[260]), ② 소송참가신청 각하결정(행소§16③[261]), ③ 소의 변경허가결정(행소§21③[262]) 등이 있다.[263]

---

255) 민소§432(사실심의 전권) 원심판결이 적법하게 확정한 사실은 상고법원을 기속한다.

256) 이시윤, 新民事訴訟法(제15판), 박영사 (2021), 891면.

257) 이시윤, 新民事訴訟法(제15판), 박영사 (2021), 891~392면.

258) 민소§442(재항고) 항고법원·고등법원 또는 항소법원의 결정 및 명령에 대하여는 재판에 영향을 미친 헌법·법률·명령 또는 규칙의 위반을 이유로 드는 때에만 재항고(재항고)할 수 있다.

259) 민소§442(항소 및 상고의 절차규정준용) ① 항고법원의 소송절차에는 제1장의 규정을 준용한다.
② 재항고와 이에 관한 소송절차에는 제2장의 규정을 준용한다.

260) 행소§14(피고경정) ① 원고가 피고를 잘못 지정한 때에는 법원은 원고의 신청에 의하여 결정으로써 피고의 경정을 허가할 수 있다.
② 법원은 제1항의 규정에 의한 결정의 정본을 새로운 피고에게 송달하여야 한다.
③ 제1항의 규정에 의한 신청을 각하하는 결정에 대하여는 즉시항고할 수 있다.
④ 제1항의 규정에 의한 결정이 있은 때에는 새로운 피고에 대한 소송은 처음에 소를 제기한 때에 제기된 것으로 본다.
⑤ 제1항의 규정에 의한 결정이 있은 때에는 종전의 피고에 대한 소송은 취하된 것으로 본다.
⑥ 취소소송이 제기된 후에 제13조제1항 단서 또는 제13조제2항에 해당하는 사유가 생긴 때에는 법원은 당사자의 신청 또는 직권에 의하여 피고를 경정한다. 이 경우에는 제4항 및 제5항의 규정을 준용한다.

261) 행소§16(제3자의 소송참가) ① 법원은 소송의 결과에 따라 권리 또는 이익의 침해를 받을 제3자가 있는 경우에는 당사자 또는 제3자의 신청 또는 직권에 의하여 결정으로써 그 제3자를 소송에 참가시킬 수 있다.
② 법원이 제1항의 규정에 의한 결정을 하고자 할 때에는 미리 당사자 및 제3자의 의견을 들어야 한다.

### 나. 상고기간

상고는 특허법원의 판결서가 송달된 날로부터 2주일 내에 원심법원인 특허법원에 상고장을 제출하여야 한다(민소§397[264], §425[265]). 상고기간 계산에는 특허법이 아닌 민법과 민사소송법이 적용된다. 특허법원이 판결을 선고한 후에는 그 판결정본이 당사자에게 송달되기 전에도 상고할 수 있다(민소§396[266]). 상고장에 상고이유를 적지 아니한 때에는 대법원 법원사무관 등으로부터 소송기록 접수통지(민소§426[267])를 받은 날부터 20일 이내에 상고이유서를 제출하여야 한다(민소§427[268]).

2007. 12. 21.에 민법 제161조를 개정하여 기간의 말일이 공휴일뿐만 아니라 토요일이어도 공휴일처럼 기간이 익일 만료하게끔 하였다. 다만 시행은 부칙 제1조에 의해 공표 후 3개월이 경과한 날인 2008. 3. 22.부터 적용되며 부칙 제3조에 의해 시행 당시 법원에 계속 중인 사건에 관하여는 적용되지 않는다.

---

③ 제1항의 규정에 의한 신청을 한 제3자는 그 신청을 각하한 결정에 대하여 즉시항고할 수 있다.

④ 제1항의 규정에 의하여 소송에 참가한 제3자에 대하여는 민사소송법 제67조의 규정을 준용한다. 〈개정 2002.1.26〉

262) 행소§21(소의 변경) ① 법원은 취소소송을 당해 처분등에 관계되는 사무가 귀속하는 국가 또는 공공단체에 대한 당사자소송 또는 취소소송외의 항고소송으로 변경하는 것이 상당하다고 인정할 때에는 청구의 기초에 변경이 없는 한 사실심의 변론종결시까지 원고의 신청에 의하여 결정으로써 소의 변경을 허가할 수 있다.

② 제1항의 규정에 의한 허가를 하는 경우 피고를 달리하게 될 때에는 법원은 새로이 피고로 될 자의 의견을 들어야 한다.

③ 제1항의 규정에 의한 허가결정에 대하여는 즉시항고할 수 있다.

④ 제1항의 규정에 의한 허가결정에 대하여는 제14조제2항·제4항 및 제5항의 규정을 준용한다.

263) 법원행정처, 특허소송실무 (1998), 345면.

264) 민소§제397(항소의 방식, 항소장의 기재사항) ① 항소는 항소장을 제1심 법원에 제출함으로써 한다.

② 항소장에는 다음 각호의 사항을 적어야 한다.

1. 당사자와 법정대리인
2. 제1심 판결의 표시와 그 판결에 대한 항소의 취지

265) 민소§425(항소심절차의 준용) 상고와 상고심의 소송절차에는 특별한 규정이 없으면 제1장의 규정을 준용한다.

266) 민소§396(항소기간) ① 항소는 판결서가 송달된 날부터 2주 이내에 하여야 한다. 다만, 판결서 송달전에도 할 수 있다.

② 제1항의 기간은 불변기간으로 한다.

267) 민소§426조(소송기록 접수의 통지) 상고법원의 법원사무관등은 원심법원의 법원사무관등으로부터 소송기록을 받은 때에는 바로 그 사유를 당사자에게 통지하여야 한다.

268) 민소§427(상고이유서 제출) 상고장에 상고이유를 적지 아니한 때에 상고인은 제426조의 통지를 받은 날부터 20일 이내에 상고이유서를 제출하여야 한다.

### 다. 상고이유

상고는 민사소송법 제423조에 규정한 일반적 상고이유와 민사소송법 제424조에서 규정하는 절대적 상고이유가 있는 경우에 할 수 있다.

먼저, 상고심은 법률심이므로 일반적 상고이유로 되는 것은 원판결의 법령위반만이고 사실인정의 잘못은 상고이유로 되지 않는다. 그러나 모든 법령위배가 곧 상고이유가 되는 것은 아니고, 판결에 영향을 미친 헌법·법률·명령 또는 규칙의 위반이다(민소§423[269]).

법령 위반은 ① 그 원인을 기준으로, 법령해석의 잘못과 법령적용의 잘못이 있다. 법령해석의 잘못이란, 법령 효력의 시간적·장소적 제한의 오해나, 법규의 취지·내용의 부정확한 이해가 있는 경우를 뜻한다. 법령적용의 잘못이란 법령 해석은 잘못이 없어도 구체적인 사건이 법규의 구성요건에 해당하지 아니하는데도 해당되는 것으로 적용한 경우이다. ② 그 형태를 기준으로, 판단상의 잘못과 절차상의 잘못이 있다. 판단상의 잘못이란, 원판결 중의 법률판단이 부당하여 청구의 당부 판단의 잘못을 초래하게 된 경우이다. 절차상의 잘못이란, 절차법규를 위배한 절차가 있는 경우를 말한다. 예를 들면, 변론주의·처분권주의의 위반, 석명의무·지적의무의 위반, 당사자에 기일통지 없이 한 변론 등이다. 다만 훈시규정의 위반은 상고이유가 되지 아니한다.[270]

또한 법령 위반은 '판결에 영향을 미친' 법령 위반이라야 상고이유가 된다. 단순한 법령위반의 존재만으로는 상고이유가 되지 아니하고, 법령위반과 판결의 결론인 주문과의 사이에 인과관계가 있을 것이 필요하다. 즉, 원심에 법령위반이 없었다면 그 결론이 달라질 가능성이 있을 때 상고이유가 된다.

다음으로, 절대적 상고이유는 일반적 상고이유와 달리, 원판결의 결과에 영향을 미쳤는지에 관계없이 상고이유가 되는 경우이다. 민사소송법 제424조[271]에서 열거

269) 민소§423(상고이유) 상고는 판결에 영향을 미친 헌법 · 법률 · 명령 또는 규칙의 위반이 있다는 것을 이유로 드는 때에만 할 수 있다.

270) 예를 들면, 특§162③에서 규정하는 심리종결통지 규정은 훈시적 규정에 해당한다(대법원 1984. 1. 31. 선고 83후71 판결, 1995. 2. 24. 93후1841 판결 등).

271) 민소§424(절대적 상고이유) ① 판결에 다음 각호 가운데 어느 하나의 사유가 있는 때에는 상고에 정당한 이유가 있는 것으로 한다.
1. 법률에 따라 판결법원을 구성하지 아니한 때
2. 법률에 따라 판결에 관여할 수 없는 판사가 판결에 관여한 때

하고 있는 절차상의 잘못이 이에 해당한다. 민사소송법 제424조 제1항 제6호를 제외한 다른 절대적 상고이유는 심리불속행 사유에서도 제외된다(상고심절차에 관한 특례법 제4조 제1항 제6호).

민사소송법 제424조에서 열거하고 있는 절대적 상고이유는 다음과 같다.

① 법률에 따라 판결법원을 구성하지 아니한 때(민소§424①1): 판결법원의 구성이 법원조직법 및 민사소송법을 따르지 아니한 경우이다. 예를 들면, 번론에 관여하지 않은 법관이 판결에 관여하는 경우, 법관이 바뀌었는데도 변론의 갱신절차를 밟지 않은 경우 등이 있다.

② 법률에 따라 판결에 관여할 수 없는 판사가 판결에 관여한 때(민소§424①2): 제척이유 또는 기피의 재판이 있는 법관, 파기환송된 원판결에 관여한 법관이 관여한 판결이 해당한다. 판결관여란 판결의 합의 및 원본작성에의 관여를 뜻하며, 선고만의 관여는 이에 포함되지 않는다.

③ 전속관할규정에 어긋난 때(민소§424①3): 전속관할이 정해진 사건에 대해 관할권이 없는 법원이 판결한 경우이다.

④ 법정대리권·소송대리권 또는 대리인의 소송행위에 대한 특별한 권한의 수여에 흠이 있는 때(민소§424①4): 대리인으로서 소송수행을 한 자에게 대리권이 없는 경우, 무능력자의 소송행위, 대리인의 특별한 권한의 흠 등이 이에 해당한다.

⑤ 변론을 공개하는 규정에 어긋난 때(민소§424①5): 헌법 제109조[272]와 법조§57[273]의 규정에 위배하여 판결의 기본이 되는 변론을 공개하지 않은 경우이다.

---

3. 전속관할에 관한 규정에 어긋난 때
4. 법정대리권 · 소송대리권 또는 대리인의 소송행위에 대한 특별한 권한의 수여에 흠이 있는 때
5. 변론을 공개하는 규정에 어긋난 때
6. 판결의 이유를 밝히지 아니하거나 이유에 모순이 있는 때

② 제60조 또는 제97조의 규정에 따라 추인한 때에는 제1항제4호의 규정을 적용하지 아니한다.

272) 헌법§109 재판의 심리와 판결은 공개한다. 다만, 심리는 국가의 안전보장 또는 안녕질서를 방해하거나 선량한 풍속을 해할 염려가 있을 때에는 법원의 결정으로 공개하지 아니할 수 있다.

273) 법조§57(재판의 공개) ① 재판의 심리와 판결은 공개한다. 다만, 심리는 국가의 안전보장, 안녕질서 또는 선량한 풍속을 해칠 우려가 있는 경우에는 결정으로 공개하지 아니할 수 있다.

② 제1항 단서의 결정은 이유를 밝혀 선고한다.

③ 제1항 단서의 결정을 한 경우에도 재판장은 적당하다고 인정되는 사람에 대해서는 법정 안에 있는 것을 허가할 수 있다.

⑥ 판결의 이유를 밝히지 아니하거나 이유에 모순이 있는 때(민소§424①6): 법원이 어떻게 사실인정을 하고 법규를 해석·적용하여 주문에 이르렀는지가 불명확한 경우이다. 예를 들면, 판결에 이유를 전혀 기재하지 아니하거나, 이유의 일부를 빠뜨리는 경우 또는 이유의 어느 부분이 명확하지 아니한 경우, 판결이유의 문맥에 모순이 있어서 일관성이 없고, 이유로서 체제를 갖추지 못한 경우 등이다.

## 4 판결

### 가. 심결확정

판결에 의한 심결확정은 심결취소소송에 대한 본안판결이 청구기각으로 확정되어 당사자의 불복으로 취소할 수 없게 된 상태를 말한다. 결정계 사건은 심결확정을 특허심판원장(심판정책과)이 확인한 때에, 등록원부가 있는 정정심판, 특허취소신청 또는 디자인등록 취소결정불복 사건은 특허청 등록과에 심결확정통지를 하여 등록원부를 정리하도록 하고, 보정각하 사건은 특허청 심사국에 심결확정통지를 한다.

당사자계 사건은 법원에서 소송절차가 완결된 후 법원으로부터 판결서 정본이 특허심판원장(심판정책과)에게 송부된 때에(특§188②), 특허청 등록과에 심결확정통지를 하여 등록원부를 정리하도록 하고, '98. 12. 31. 이전 출원인 경우에는 대출받은 등록서류철도 심결확정통지와 함께 반환하며 등록서류철의 대출절차를 말소 조치한다.

### 나. 심결취소

판결에 의한 심결취소는 심결취소소송에 대한 본안판결의 주문이 특허심판원의 심결을 취소한다는 판결이 확정된 상태를 말한다. 심결을 취소하는 판결이 확정되면 새로운 심판합의체에서 다시 심리하여 심결하여야 한다(특§189②, 실§33, 디§169②, 상§165②).

특허법원 또는 대법원에서 심결이 취소되면, 심판정책과는 특허넷에 원심판와 다른 취소판결에 따른 심판번호를 새롭게 부여하여 재심리해야 할 취소판결에 따른 심판사건을 생성시켜야 한다. 다만 그 취소판결에 따른 심판사건의 청구취지는 원심결이 취소된 범위가 되도록 한다. 결정계 사건에 대해서는 특허심판원 송무과에서 위의 절차를 직접 처리한다.

특허법원 또는 대법원으로부터 심결이 취소되어 확정된 사건은 새로운 심판합의체를 지정하여야 하며 이때 원심판의 심결에 관여하였던 심판관은 제척된다(특§148, 특§149, 민소§436③).

새로운 심판합의체의 지정절차가 끝나면 심판정책과는 이를 특허법원 또는 대법원 판결 당시의 당사자(원고·피고, 상고인·피상고인, 참가인 등)에게 통지한다. 그러나 심판의 원심결 당시에 당사자의 대리인이 있었을 때에는 특별한 사정이 없는 한 위임내용은 아직도 그 효력이 있는 것으로 하여 원심결 당시의 대리인에게 통지한다.

특허법원 또는 대법원으로부터 심결이나 결정이 취소되고 그 취소판결이 확정된 사건에 대하여 새로운 심판합의체가 지정된 이후부터는 다른 심판사건의 처리절차와 동일하게 진행된다. 다만 취소의 기본이 된 이유는 그 사건에 대하여 심판원을 기속한다(특§189③, 실§33, 디§169③, 상§165③)(대법원 2002. 6. 14. 선고 2000후3364 판결).

주의할 점은 심결의 취소판결이 확정되어 다시 특허심판원에서 심리하는 경우에도 심판청구인에게 새로운 증거를 제출할 수 있도록 기간을 부여하고 피심판청구인에게 이에 대한 답변서를 제출할 기회를 주어야 한다(특허법원 2018. 11. 1. 선고 2018후4201 판결). 취소판결에 따른 심판은 우선심판결정이 통지되므로 심판장은 기간을 지정할 필요는 없지만 우선심판 심결만료일에 맞춰 상당한 기간이 경과한 후 심결하는 것이 바람직하다.

**〈판례〉 대법원 2002. 6. 14. 선고 2000후3364 판결**

> 심결을 취소하는 판결이 확정된 경우, 그 취소의 기본이 된 이유는 그 사건에 대하여 특허심판원을 기속하는 것인바, 이 경우의 기속력은 취소의 이유가 된 심결의 사실상 및 법률상 판단이 정당하지 않다는 점에 있어서 발생하는 것이므로, 취소 후의 심리과정에서 새로운 증거가 제출되어 기속적 판단의 기초가 되는 증거관계에 변동이 생기는 등의 특단의 사정이 없는 한, 특허심판원은 위 확정된 취소판결에서 위법이라고 판단된 이유와 동일한 이유로 종전의 심결과 동일한 결론의 심결을 할 수 없다고 할 것이다.

**〈판례〉 특허법원 2018. 11. 1. 선고 2018허4201 판결**

> 특허심판원으로서는 심결취소판결이 확정되어 다시 심리하게 되었을 때에는 심판절차에 관한 특허법 규정에 따라 심판청구인으로 하여금 새로운 증거를 제출할 수 있

도록 기간을 부여하고, 새로운 증거가 제출된 경우 피청구인에게도 기간을 정하여 답변서를 제출할 수 있는 기회를 주어야 할 것이고, 만약 특허심판원이 심결취소판결 확정 이후 심판관지정통지, 우선심판결정통지, 심리종결통지를 하면서 상당한 기간을 부여하지 않아 심판당사자들로 하여금 특허법에서 규정하고 있는 증거제출 기회나 심판절차 진행이나 심리에 관여할 수 있는 권리를 사실상 행사할 수 없도록 하였다면 그 심결은 절차상 위법이 있다 할 것이다.

### 다. 기속력

#### 1) 개요

판결의 기속력의 의미는 민사소송법상의 것과 행정소송법상의 것이 각각 다른 의미로 이해되고 있다. 특허심판원의 심결 또는 결정에 대한 소, 즉 특허소송은 그 성질상 행정소송에 속하므로 특허소송에 있어서 판결의 기속력은 행정소송법상의 의미로 이해되어야 할 것이다. 따라서 특허소송에 있어서 판결의 기속력에 관하여도 특허법 규정 이외에 일반법으로서 행정소송법의 관계규정의 취지가 적용된다.

그러나 특허소송에 있어서 판결도 법원에 의하여 행하여지는 것이므로 민사소송법상의 판결에 공통하는 효력을 갖고 있는 것임은 말할 것도 없으며 민사소송법상의 의미에 있어서 기속력도 갖는다.

#### 2) 민사소송법상의 기속력

판결이 일단 선고되어 성립되면 판결을 행한 법원도 이에 구속되어 스스로 취소철회를 할 수 없으며 그 존재 및 내용을 존중하여야 한다. 선고하고 나서 오판임을 알아 당자자의 양해를 얻어도 내용을 바꿀 수 없다. 이를 판결의 기속력 혹은 자기구속력이라 한다.

판결에 잘못된 계산이나 그 밖에 이와 비슷한 잘못이 있음이 분명한 때에 법원은 직권으로 또는 당사자의 신청에 따라 경정 결정을 할 수 있다(민소§211①[274]). 그러

274) 민소§211(판결의 경정) ① 판결에 잘못된 계산이나 기재, 그 밖에 이와 비슷한 잘못이 있음이 분명한 때에 법원은 직권으로 또는 당사자의 신청에 따라 경정결정(경정결정)을 할 수 있다.
② 경정결정은 판결의 원본과 정본에 덧붙여 적어야 한다. 다만, 정본에 덧붙여 적을 수 없을 때에는 결정의 정본을 작성하여 당사자에게 송달하여야 한다.
③ 경정결정에 대하여는 즉시항고를 할 수 있다. 다만, 판결에 대하여 적법한 항소가 있는 때에는 그러하지 아니하다.

나 판결의 경정은 기속력을 완화하는 것이 아니다.

결정이나 명령은 원심법원이 항고를 이유 있다고 인정하는 때에는 그 재판을 경정하여야 한다(민소§446①[275]). 그외 일반적으로 소송지휘에 관한 결정과 명령은 확정적인 판단의 표시가 아니므로 언제든지 취소할 수 있다(민소§222[276]).

기속력은 환송판결, 이송판결, 이송결정이 하급심 법원을 기속하는 의미로도 사용된다(법조§8[277], 민소§38[278], §436[279]). 이 경우 하급심 법원이 상급심 법원이 파기이유로 한 사실상과 법률상이 판단에 기속된다. 이는 환송심에서 이전과 같은 견해를 고집하면 상급심과의 사이에 사건이 끊임없이 왕복하게 되어 종결이 불가능하게 되기 때문으로 심급제도의 본질에서 유래하는 효력이다.

한편 기속력은 기판력과는 다르다. 기판력은 확정된 종국판결에 있어서 청구에 대한 판결내용은 당사자와 법원을 규율하는 새로운 규준으로서의 구속력을 가지면, 뒤에 동일사항이 문제되면 당사자는 그에 반하여 되풀이하여 다투는 소송이 허용되지 아니하며, 어느 법원도 재심사하여 그와 모순·저촉되는 판단을 해서는 안 된다는 것을 의미한다.[280] 이러한 확정판결의 판단에 부여되는 구속력을 기판력이라 한다.

### 3) 행정소송법상의 기속력

행정소송법상 판결의 효력은 기속력(구속력), 확정력, 집행력으로 나누어진다. 기속력은 판결의 내용에 따라 소송당사자 및 관계인 모두를 기속하는 효력이다. 그 취지는 모든 관계인이 판결의 존재를 인정하고 일방이 그 판결내용을 실현하고 타방이 이를 수인하여야 하는 기속을 받는 데 있고 동일사건에 관하여는 해당소송에 관계하

275) 민소§제446조(항고의 처리) 원심법원이 항고에 정당한 이유가 있다고 인정하는 때에는 그 재판을 경정하여야 한다.

276) 민소§222(소송지휘에 관한 재판의 취소) 소송의 지휘에 관한 결정과 명령은 언제든지 취소할 수 있다.

277) 법조§28(상급심 재판의 기속력) 상급법원 재판에서의 판단은 해당 사건에 관하여 하급심(하급심)을 기속(기속)한다.[전문개정 2014.12.30]

278) 민소§38(이송결정의 효력) ① 소송을 이송받은 법원은 이송결정에 따라야 한다.

② 소송을 이송받은 법원은 사건을 다시 다른 법원에 이송하지 못한다.

279) 민소§436(파기환송, 이송) ① 상고법원은 상고에 정당한 이유가 있다고 인정할 때에는 원심판결을 파기하고 사건을 원심법원에 환송하거나, 동등한 다른 법원에 이송하여야 한다.

② 사건을 환송받거나 이송받은 법원은 다시 변론을 거쳐 재판하여야 한다. 이 경우에는 상고법원이 파기의 이유로 삼은 사실상 및 법률상 판단에 기속된다.

③ 원심판결에 관여한 판사는 제2항의 재판에 관여하지 못한다.

280) 이시윤, 新民事訴訟法(제15판), 박영사 (2021), 627면.

지 않은 행정청도 이와 관계를 갖는 한도에서 동등하게 판결의 기속을 받는 것이라고 해석된다.

처분 등을 취소하는 확정판결은 그 사건에 관하여 당사자인 행정청과 그 밖의 관계행정청을 기속한다(행소§30①[281]). 판결에 의하여 취소되는 처분이 당사자의 신청을 거부하는 것을 내용으로 하는 경우에는 그 처분을 행한 행정청은 판결의 취지에 따라 다시 이전의 신청에 대한 처분을 하여야 한다(행소§30②). 위 규정은 신청에 따른 처분이 절차의 위법을 이유로 취소되는 경우에 준용한다(행소§30③).

#### 4) 특허법상의 기속력

특허법 제189조 제1항은 "법원은 제186조 제1항에 따라 소가 제기된 경우에 그 청구가 이유 있다고 인정할 때에는 판결로써 해당 심결 또는 결정을 취소하여야 한다.", 특허법 제189조 제2항은 "심판관은 제1항에 따라 심결 또는 결정의 취소판결이 확정되었을 때에는 다시 심리를 하여 심결 또는 결정을 하여야 한다.", 특허법 제189조 제3항은 "제1항에 따른 판결에서 취소의 기본이 된 이유는 그 사건에 대하여 특허심판원을 기속한다."고 규정하고 있는데, 특허법 제189조 제3항에 규정된 내용을 취소판결의 기속력이라고 한다. 특허법 제189조 제2항 및 제3항은 일반 행정소송에서 취소판결의 기속을 규정하고 있는 행정소송법 제30조에 대한 특별규정이다.

즉, 특허법상의 기속력은 심결취소소송에서 심결 또는 결정을 취소하는 판결이 확정되면, 특허심판원은 동일 사실관계 아래에서 동일 당사자에 대하여 동일한 내용의 심결 또는 결정을 반복해서는 안 되는 '반복금지효'(특§189③)와 심판합의체가 당사자의 새로운 신청을 기다리지 않고 취소판결의 취지에 따라 다시 심리하여야 하는 '재심리의무'(특§189②)를 그 내용으로 한다.

한편, 특허법에는 심사관을 기속하는 규정도 있는데, 심판에서 거절결정·취소결정 또는 보정각하 결정을 취소하는 심결을 하는 경우, 심결취소의 기본이 된 이유는 그 사건에 대하여 심사관을 기속하는 경우이다(특§176③).

---

281) 행소§30(취소판결등의 기속력) ① 처분등을 취소하는 확정판결은 그 사건에 관하여 당사자인 행정청과 그 밖의 관계행정청을 기속한다.
② 판결에 의하여 취소되는 처분이 당사자의 신청을 거부하는 것을 내용으로 하는 경우에는 그 처분을 행한 행정청은 판결의 취지에 따라 다시 이전의 신청에 대한 처분을 하여야 한다.
③ 제2항의 규정은 신청에 따른 처분이 절차의 위법을 이유로 취소되는 경우에 준용한다.

### 5) 심결취소 취지 판결의 기속력에 관한 실무상의 주의점

심결취소소송에서 심결을 취소하는 판결이 확정되면, 기속력은 취소의 이유가 된 심결의 사실상 및 법률상의 판단이 정당하지 않다는 점에 발생하는 것이므로, 취소 후의 심리과정에서 새로운 증거가 제출되어 기속력 판단의 기초가 되는 증거관계에 변동이 생기는 등의 특별한 사정이 없는 한 특허심판원은 확정된 취소판결에서 위법이라고 판단된 이유와 동일한 이유로 종전의 심결과 동일한 심결을 할 수는 없다(대법원 2008. 6. 12. 선고 2006후3007 판결, 2002. 12. 26. 선고 2001후96 판결, 2002. 1. 11. 선고 99후2860 판결).

즉, 취소된 심결이 행하여진 심판절차 내지는 그 심결취소소송에서 채택, 조사되지 않은 것으로서 심결 취소판결의 결론을 번복하기에 족한 증명력을 갖는 새로운 증거에 의하거나(대법원 2008. 6. 12. 선고 2006후3007 판결, 2002. 12. 26. 선고 2001후96 판결), 새로운 사실에 의하여 다른 법령을 적용하거나, 심결취소의 이유가 심판절차의 위법이나 형식상의 흠인 경우에는 심판합의체가 적법한 절차나 형식을 갖추어 다시 동일한 결론의 심결을 하는 것은 가능하다. 또한 심결취소판결의 기속력은 심결이 취소된 사건, 즉 재심리하는 사건에 미치는 것이므로 다른 사건에서 심결취소의 이유로 된 법률상 이유와 같은 이유로 판결과 반대되는 처분을 하는 것도 물론 가능하다. 다만, 특허심판원이 다시 원심결과 동일한 결론의 심결을 하는 경우는 취소의 기본으로 된 이유가 이에 해당하지 아니하는 이유를 명확하게 할 필요가 있다.

한편, 위 새로운 증거란 특허심판원의 심리절차 및 그 심결취소소송 절차에서 채택, 조사되지 않은 증거이므로, 당사자가 특허심판원의 심리절차에서 제출되었던 증거를 그 심결취소소송에서 제출하지 않은 탓에 심결이 취소된 후, 특허심판원의 재심리과정에서 다시 제출된 같은 증거는 새로운 증거라고 보지는 않는다(대법원 2002. 12. 26. 선고 2001후96 판결).

특허심판원이 심결취소판결 사건에 대해 새로이 행한 심결에 대하여 다시 소를 제기할 수 있음은 물론이다. 특허심판원이 다시 한 심결이 취소판결의 기속력에 반하는 판단을 하는 경우는 그 자체로 위법하게 되고 취소사유로 된다. 그리고 종전 심결을 취소한 판결의 확정 후의 심판절차에서 새로운 주장, 입증이 없이 그대로 판결의 기속력에 따라 한 심결은 적법하고 그에 불복하는 당사자는 원칙적으로 그 기속

력에 따른 인정판단이 잘못되었다는 것을 다시 한 심결의 취소사유로서 주장하는 것은 그 자체로 이유가 없다. 다만, 불리한 심결을 받은 당사자가 새로운 사실을 주장하거나 또는 취소판결에서 인정한 사실을 번복하기에 족한 새로운 증거를 제출하는 등으로 취소판결에서 판단한 것과 다른 새로운 위법사유를 주장할 수는 있다(특허법원 2005. 7. 21. 선고 2005허2724 판결, 2000. 12. 14. 선고 2000허976 판결 등).[282]

**〈판례〉 대법원 2008. 6. 12. 선고 2006후3007 판결**

> 심결을 취소하는 판결이 확정된 경우 그 취소의 기본이 된 이유는 그 사건에 대하여 특허심판원을 기속하는 것인바, 이 경우의 기속력은 취소의 이유가 된 심결의 사실상 및 법률상 판단이 정당하지 않다는 점에 있어서 발생하는 것이므로, 취소 후의 심리과정에서 새로운 증거가 제출되어 기속적 판단의 기초가 되는 증거관계에 변동이 생기는 등의 특단의 사정이 없는 한, 특허심판원은 위 확정된 취소판결에서 위법이라고 판단된 이유와 동일한 이유로 종전의 심결과 동일한 결론의 심결을 할 수 없고, 여기에서 새로운 증거라 함은 적어도 취소된 심결이 행하여진 심판절차 내지는 그 심결의 취소소송에서 채택, 조사되지 않은 것으로서 심결 취소판결의 결론을 번복하기에 족한 증명력을 가지는 증거라고 보아야 할 것이다.

**〈판례〉 대법원 2008. 2. 28. 선고 2005다11954 판결**

> 파기환송판결의 기속력이라 함은 사건을 환송받은 법원은 상고법원이 파기의 이유로 삼은 사실상 및 법률상 판단에 기속된다는 것으로서 여기에서 파기이유로 삼은 사실상의 판단이란 상고법원이 절차상의 직권조사사항에 관하여 한 사실상의 판단을 말하고 본안에 관한 사실판단을 말하는 것이 아니며, 환송판결에서 파기이유로 하지 않은 부분에서 부수적으로 지적한 사항에 미치지도 아니하고, 또한 환송을 받은 법원은 변론을 거쳐 새로운 증거나 보강된 증거에 의하여 본안의 쟁점에 관하여 새로운 사실인정을 할 수 있는 것이므로, 그 심리과정에서 당사자의 주장입증이 새로이 제출되거나 또는 보강되어 상고법원의 기속적 판단의 기초가 된 사실관계에 변동이 생긴 때에는 환송판결의 기속력은 미치지 않는다.

282) 특허법원 지적재산소송 실무연구회, 지적재산소송실무(제3판), 박영사, 2014, 150~151면.

## 5 심결취소소송과 관련된 특허심판원의 업무

### 가. 개요

심결취소소송과 관련한 특허심판원의 업무는, 특허청 훈령인 심결취소소송에 관한 사무취급규정, 소송수행자지정 및 업무분장에 관한 지침 등에 규정되어 있다. 특허법원으로부터 송부되는 각종 통지서를 접수하는 업무, 등록을 요하는 사항은 특허청(등록과)에 전달하여 등록원부를 정리하도록 하는 업무 등이다.

심결취소소송(특§186①, 실§33, 디§166①, 상§162①) 또는 그 심결취소소송의 판결에 대한 상고(특§186⑧, 실§33, 디§166⑧, 상§162⑦)가 제기되었을 때에는 특허법원에서 특허심판원장에게 소제기의 통지서(이하 '통지서'라 한다)가 송부된다(특§188①, 실§33, 디§168①, 상§164①).

### 나. 특허청장 또는 심사관을 피고로 하는 소송

#### 1) 소장부본 등의 접수 및 처리

특허청장을 피고로 하는 소송(결정계, 특허취소신청사건) 및 심사관을 피고로 하는 소송(무효심판)은 특허청장에게 소장부본, 기일통지서, 출석요구서 등이 송달된다(행소§8②, 민소§255①, §282①, §287①, §167①). 위 서류가 접수되면 특허심판원 송무과는 특허넷에 전산입력하여, 소송기록부, 소송사건처리부, 불변기일대장 등이 생성되게 하고, 전담 소송수행자는 개별 사건별로 해당 서송서류철을 작성·관리한다.

#### 2) 소송수행자 지정

심결취소소송이 제기되었을 때, 특허심판원 송무과는 피고(특허청장)를 대리하는 소송수행자로 지정할 대상자를 특허청 규제개혁법무담당관에게 통보한다(심결취소소송에 관한 사무취급규정§6). 소송수행자는 특허청 소송 총괄과인 규제개혁법무담당관이 지정하는데, 특허심판원 송무과가 통보한 대상자, 해당 심판부의 심판관, 심사국의 담당심사관 등을 지정한다.

소송수행자의 구성은 해당 심결의 주심 심판관 1인, 특허심판원 송무과의 전담소송수행자 1인, 심사국의 담당 심사관 1인 등 3인으로 한다. 그러나 심판장이 주심 심판관일 경우에는 해당 심판부의 다른 심판관을 소송수행자로 지정할 수 있으며 필요한 경우 3인을 초과하여 소송수행자를 지정할 수 있다(소송수행자지정 및 업무분장에 관한 지침§3①).

지정된 소송수행자는 특별한 사정이 없으면, 소장부본의 사본과 소송수행자지정서의 사본을 심결취소소송에 관한 사무취급규정 별지 제6호 서식에 첨부하여 대전고등검찰청에 보고하고(심결취소소송에 관한 사무취급규정§8), 소송수행자지정서를 특허법원에 제출하여야 한다(심결취소소송에 관한 사무취급규정§9).

특허심판원은 특허법원 및 대법원에서의 소송수행을 위하여 송무과를 설치하고 심사 및 심판에 경험이 있는 4급 또는 5급 공무원으로 하여금 소송업무를 전담하도록 하고 있다. 소송수행자는 특§186①, 실§33, 디§166①, 상§162①의 규정에 의해 특허법원을 전속관할로 하는 사건 중, 특허청장을 피고로 하는 결정계심판 및 이 사건의 상고심에 대한 소송사무를 업무로 하며 한다. 소송수행자는 그 소송에 관한 대리인 선임외의 모든 재판상의 행위를 할 수 있다.

소송수행자는 그 업무를 수행함에 있어서는 검찰의 지휘를 받아야 한다. 1심은 특허법원에 대응하는 대전고등검찰청 검사장의 지휘를 받고 2심인 상고심은 대법원에 대응하는 대검찰청의 검사장의 지휘를 받는다(실제로는 모두 고검이 지휘).

검찰보고는 전담소송수행자가 하는데, 소장 접수, 답변서나 준비서면의 접수나 제출, 변론·준비절차 기일 출석, 판결문 접수, 소송의 결과(확정, 패소, 승소 등), 상고 등 거의 모든 소송절차 및 단계에서 사전 또는 사후에 보고하도록 규정되어 있다.

○ 사전에 보고하여 특별한 수임이나 지휘를 받아야 할 사항

- 상고제기, 상고 포기·취하, 소 취하의 동의

○ 소 접수: 소장부본이 소송수행자에게 전달된 날로부터 3일 이내 보고

○ 준비절차, 변론 참석: 3일 이내 소송진행상황 보고

○ 판결 선고: 승소 판결문을 송달받은 즉시 선고결과를 보고하고 패소 판결문을 송달받은 경우 상고제기시에는 상고제기의견서 및 패소원인분석표를, 상고포기시에는 상고포기의견서 및 패소원인분석표를 작성하여 지휘요청

○ 판결 확정: 판결확정증명원 첨부하여 5일 이내 소송종결사실을 보고

### 3) 소송수행자의 소송수행

전담소송수행자는 초안을 작성하기 전에 혹은 초안을 작성한 후에 심판장의 결재를 거쳐 답변서, 준비서면 등을 작성하여 특허법원 또는 대법원에 제출한다(심결취

소소송에 관한 사무취급규정§9, §17). 또 필요한 경우 담당 심사관과 협의할 수도 있다.

특허법원에서 패소한 경우, 특허청의 상고 여부 의견은 해당 사건을 심결한 심판합의체에서 검토하여 특허심판원장의 승인을 얻어 대전고등검찰청에 보고한다(심결취소소송에 관한 사무취급규정§14②).

전담소송수행자가 소송사건 수행시 불변기간이나 법정기간을 해태하면, 검찰청 전산망에서 자동을 적발되어 특허청 감사담당관실로 징계조치하도록 통보되므로 유의하여야 한다.

| | 업무명 | 처리기간 | 근거법 | 비고 |
|---|---|---|---|---|
| 1 | 상고제기 | 판결문 송달일로부터 2주일 | 민소§396, §425 | 불변기간 |
| 2 | 즉시·특별항고 | 재판고지일로부터 1주일 | 민소§447, §449 | |
| 3 | 재심의 소제기 | 재심사유를 안 날부터 30일 | 민소§456① | |
| | | 판결확정일부터 5년 이내 | 민소§456③ | |
| 4 | 소취하부동의 | 취하서 송달일부터 2주일 | 민소§266⑥ | 법정기간 |
| 5 | 상고이유서 제출 | 소송기록접수통지일부터 20일 | 민소§427 | |
| 6 | 상고이유에 대한 답변서 제출 | 상고이유서 부본 수령일부터 10일 | 민소§428② | |
| 7 | 쌍방 불출석 기일지정신청 | 최종변론일부터 1개월 | 민소§268② | |

#### 4) 소송서류의 처리

특허청장을 피고(상고인·피상고인)로 하는 결정계 사건의 경우, 소장·답변서 및 상고이유서 등 소송서류의 부본이 특허청장에게 송달되면 특허심판원 송무과는 이들 서류를 접수하여 관련대장에 기재하고 해당 사건의 주심 심판관을 거쳐 심판장에게 보고하고 별도지시가 있을 때에는 필요한 조치를 하고 소송계속 중인 해당 서류철에 보관한다(국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률 시행규칙 §4[283], §29[284], §3

283) 국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률 시행규칙§4(사건기록) ① 사건기록은 매 사건마다 별책으로 한다. 다만, 보전처분·구상권행사·소송비용회수등에 관한 문서는 본안사건기록에 합철한다.
② 보전처분·구상권행사·소송비용회수등을 위하여 새로운 소를 제기한 때에는 제1항 단서의 규정에 불구하고 따로 그 사건기록을 작성하여야 한다.
③ 제2항의 사건기록과 원본안 사건기록을 상호 관련번호를 병기하여야 한다.

0[285]). 2016년 1월부터 소송수행기관의 효율적 송무업무 수행을 위해 소송관련 서류의 보관 관리를 전자화 방식으로 대체할 수 있도록 하였다.

#### 5) 판결선고의 결과 처리

##### 가) 심결이 확정된 경우

특허법원이나, 대법원에서 심결을 지지하는 판결이 확정된 경우, 송무과장은 등록원부가 있는 사건은 등록원부에 관련사항이 기재될 수 있도록 특허청 등록과에 등록사항을 통지한다(특등령§14②).

또한 그 사건의 진행 및 결과에 대한 요약서를 판결문 정본에 첨부하여 특허심판원장 및 심판장(주심)에 보고하고 관련기록대장에 그 내용을 기재하고, 보고가 끝난 판결문은 복사하여 판결문집 또는 판결 발간용으로 사용하고 판결문 정본은 해당 서류철(특허넷)에 보관한다.

##### 나) 심결이 취소된 경우

특허법원이나, 대법원에서 심결을 취소하는 판결이 확정된 경우에도, 송무과장은 등록원부가 있는 사건은 등록원부에 관련사항이 기재될 수 있도록 특허청 등록과에 등록사항을 통지한다(특등령§14②). 또한 그 사건의 진행 및 결과에 대한 요약서를 판결문 정본에 첨부하여 특허심판원장 및 심판장(주심)에 보고하고 관련기록대장에 그 내용을 기재한다.

또한 송무과는 특허넷에 원심판와 다른 취소판결에 따른 심판번호를 새롭게 부여

---

④ 사건기록에는 표지·색인목록·소송진행상황표 및 증거목록을 붙이고 소송문서의 접수 또는 작성일자 순으로 최근 문서가 하부에 가도록 철하고 매 장마다 장수를 표시한 후 목록을 기입한다. 〈개정 1998.2.28〉

⑤ 사건기록의 표지는 사건의 내용에 따라 별지 제1호서식 내지 별지 제4호서식에 의하고, 색인목록은 별지 제5호서식에 의하며, 소송진행상황표는 별지 제5호의2서식에 의하고, 증거목록은 별지 제5호의3서식에 의한다. 〈개정 1998.2.28〉

⑥ 소송수행자 또는 소송대리인은 민사본안사건·민사신청사건 및 독촉사건의 확정후 조치할 사항을 별지 제5호의4서식에 의하여 기록·관리한다. 〈신설 1998.2.28〉

284) 국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률 시행규칙§29(보존기관) ① 검찰청에서 작성한 사건기록은 제1심 해당검찰청에서 보존한다.

② 행정청에서 작성한 사건기록은 당해 행정청에서 보존한다.

③ 장부는 작성한 각급 검찰청 또는 행정청에서 보존한다. 〈개정 1998.2.28〉

285) 국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률 시행규칙§30(보존방법) ① 완결된 민사본안사건 및 행정소송사건에 관하여는 사건기록과 판결문을 묶은 후 철로 만들어 보존한다. 〈개정 1998.2.28〉

② 제1항의 사건을 제외한 사건의 기록은 건별로 보존한다.

하여 재심리해야 할 취소판결에 따른 심판사건을 생성시키고, 심판정책과는 종전 심결에 관여하지 않은 새로운 심판관으로 구성된 심판합의체를 구성한 후, 다시 심리를 하여 심결 또는 결정을 하여야 한다(특§189②, 실§33, 디§169②, 상§165②).

### 다. 특허청장 또는 심사관을 피고로 하지 않는 소송

#### 1) 소 제기 통지서의 접수 및 처리

특허법원 또는 대법원으로부터 당사자계 사건에 대한 소 또는 상고제기의 통지가 접수되면, 심판정책과장은 특허소송사무처리시스템에 사건번호, 접수일자, 소제기일자, 담당재판부, 청구취지, 심판번호, 당사자 및 참가인과 대리인 등을 차례로 입력한 후, 등록과에 소제기 예고등록을 의뢰한다(심결취소소송에 관한 사무취급규정 §23, §24).

#### 2) 판결선고의 결과 처리

##### 가) 심결이 확정된 경우

당사자계 사건에 대한 소송절차가 완결되면 법원은 지체없이 재판서 정본을 특허심판원장에게 송부하도록 규정되어 있다(특§188②, 실§33, 디§168②, 상§164②). 특허법원이나, 대법원에서 심결을 지지하는 판결이 확정된 경우, 법원으로부터 심결이 확정된 재판서 정본을 받은 후 심판정책과장은 등록원부에 관련사항이 기재될 수 있도록 특허청 등록과에 등록사항을 통지한다(특등령§14②).

또한 결정계 사건과 마찬가지로, 그 사건의 진행 및 결과에 대한 요약서를 판결문 정본에 첨부하여 특허심판원장 및 심판장(주심)에 보고하고 관련기록대장에 그 내용을 기재한다.

##### 나) 심결이 취소된 경우

심판정책과장은 심결을 취소하는 판결이 확정된 후, 법원으로부터 재판서 정본을 송달받으면, 등록원부에 관련사항이 기재될 수 있도록 특허청 등록과에 등록사항을 통지한다(특등령§14②). 또한 심결이 확정된 경우와 마찬가지로, 그 사건의 진행 및 결과에 대한 요약서를 판결문 정본에 첨부하여 특허심판원장 및 심판장(주심)에 보고하고 관련기록대장에 그 내용을 기재한다.

또한 심판정책과는 특허넷에 원심판과 다른 취소판결에 따른 심판번호를 새롭게

부여하여 재심리해야 할 취소판결에 따른 심판사건을 생성시킨다. 또한 종전 심결에 관여하지 않은 새로운 심판관으로 구성된 심판합의체를 구성한 후, 다시 심리를 하여 심결 또는 결정을 하여야 한다(특§189②, 실§33, 디§169②, 상§165②).

# 제7장

# 재 심

제1절 서설 ····· 563
제2절 절차 ····· 569
제3절 청구사유 ····· 572
제4절 심리 ····· 584
제5절 심결 ····· 586
제6절 재심에 의하여 회복된 특허권 등의 효력 ·· 588
제7절 심·판결례 ····· 590

# 제7장 재 심

## 제1절 서 설



### 1 개요

재심이라 함은 확정된 심결(또는 특허취소결정)에 대하여 재심사유에 해당하는 중대한 하자가 있음을 이유로 하여 그 심결의 파기와 재심판을 구하는 비상(非常) 불복신청을 말한다(특§178, 디§158, 상§157)

### 2 청구대상

당사자는 확정된 심결 또는 특허취소결정에 대하여 재심을 청구할 수 있다(특§178①, 실§33, 디§158①, 상§157①).

미확정심결은 재심의 대상이 될 수 없다. 미확정판결은 뒤에 확정되어도 그에 대한 재심의 청구가 적법하게 되지 않는다는 것이 판례이다(대법원 1980. 7. 8. 선고 80다1132 판결). 따라서 미확정심결에 대해서 재심을 청구하면 그 청구를 심결로써 각하하고 기재례는 아래와 같다.

【기재례】
이 사건 재심청구는 전심결이 확정되기 전에 청구된 것이어서 특허법 제178조(실§33(특허법의 준용), 디§158, 상§157)의 규정에 위반되어 그 흠을 보정할 수가 없는 것이다. 따라서 주문과 같이 심결한다.

재심은 확정된 종국판결에 대하여서만 제기할 수 있는 것이요, 확정되지 아니한 판결에 대한 재심의 소는 부적법한 것이고, 판결확정전에 제기한 재심의 소가 부적법하다는 이유로 각하되지 아니하고 있는 동안에, 판결이 확정되었다고 하더라도, 그 재심의 소는 적법한 것으로 되는 것이 아니라고 할 것이니, 같은 취지에서 한 원심의 판단은 정당하고, 피고(재심원고)의 주장은 독자적인 견해에 지나지 아니하여 받아들일 수 없다(대법원 1980.7.8. 선고 80다1132 판결)

## 3 청구인

### 가. 청구인

재심을 청구할 수 있는 자는 원칙적으로 확정심결의 당사자로서 전부 또는 일부 패소한 자이다. 그러나 사해심결에 대한 재심의 경우에는 제3자도 청구할 수 있다(특§179, 실§33, 디§159, 상§158).

사망한 사람을 당사자로 한 판결에 대한 재심은 부적법하고 재심의 소를 각하해야 한다.(대법원 1994. 12. 9. 선고 94다16564 판결).

사해심결에 대한 재심의 경우 제3자가 심결로 인하여 어떠한 권리 또는 이익을 침해당했는지에 대한 입증이 필요하다.

○ 원래 재심의 소는 종국판결의 확정력을 제거함을 그 목적으로 하는 것으로 확정된 판결에 대하여서만 제기할 수 있는 것이므로 소송수계 또는 당사자표시 정정 등 절차를 밟지 아니하고 사망한 사람을 당사자로 하여 선고된 판결은 당연무효로서 확정력이 없어 이에 대한 재심의 소는 부적법하다 할 것인바(1982. 12. 28. 선고 81사8 판결), 같은 취지에서 원심이 1981. 9. 19.에 이미 사망한 ***을 피고로 하여 선고된 원심 판시 재심대상판결에 대한 이 사건 재심의 소를 각하한 조처는 정당하고 거기에 소론과 같은 위법이 있다고 할 수 없다(대법원 1994. 12. 9. 선고 94다16564 판결).

○ 원고는 1999. 12. 9. 재심대상 심판청구를 하였고, 재심대상심결은 2000. 3. 21. 이루어졌는데, 그 당시 피고는 이 사건 등록상표나 기본상표에 관하여 어떠한 이해관계도 없었고, 그로부터 3년여가 지난 2003. 4. 15.에야 소외 쌍용으로부터 기본상표에 대한 질권을 양도받고 같은 달 17. 위 질권에 대한 이전등록절차를 마쳤으며, 같은 해 5. 28. 기본상표를 낙찰받아 같은 해 7. 9. 상표권자명의변경등록을 마쳤는바, 위와 같은 재심대상심결 결과 피고가 기본상표에 대하여 권리를 취득한 때 사이의 기간 등에 비추어 보면, 재심대상심결로 인하여 피고가 어떠한 권리 또는 이익을 침해당하였다고 보기 어렵고, 따라서 피고는 재심대상심결에 대하여 재심을 청구할 수 있는 제3자에 해당하지 않는다(특허법원 2004. 11. 4. 선고 2004허3980 판결).

### 나. 피청구인

재심피청구인은 원칙적으로 확정심결의 당사자로서 전부 또는 일부 승소한 자이다.

사해심결에 대한 재심의 청구에는 심판의 당사자를 공동피청구인으로 해야 한다(특§179②, 실§33, 디§159②, 상§158②).

## 4 참가

참가인은 재심절차에 있어서 일체의 심판절차를 밟을 수 있다(특§155②④, 실§33, 디§143②④, 상§142②④). 재심에 참가신청을 하였으나 그 신청이 거부된 자는 참가 여부의 결정자체에 관하여는 불복할 수 없으나 해당 심판의 재심에 대해서는 특허법원에 소를 제기할 수 있다(특§186①②, 실§33, 디§166①②, 상§162①②).

참가가 거부된 자가 소를 제기할 수 있는 이유는 참가신청의 기각(각하)결정에는 심판의 지연을 방지한다는 정책적인 이유로 불복할 수 없도록 하고 있지만, 직접 특허법원에 소를 제기하여 법원에서 이해관계를 인정받는 경우에는 본안까지도 다투도록 하여 우회적으로 참가신청의 기각(각하)결정에 대하여 불복을 인정하고자 함이다.

## 5 청구기간

당사자는 심결 또는 특허취소결정 확정후 재심의 사유를 안 날부터 30일 이내에 재심을 청구하여야 한다(특§180①, 실§33, 디§160①, 상§159①). 재심청구가 청구기간을 도과하여 각하해야 할 재심청구를 간과해서 재심사유의 존부에 대하여 판단하게 되면 위법하게 되므로 주의해야 한다(특허법원 1998. 8. 20. 선고 98허4036 판결).

대리권의 흠(민소§451①제3호)을 이유로 하여 재심을 청구하는 경우에 안 날로부터 30일은 청구인 또는 법정대리인이 특허취소결정등본 또는 심결등본의 송달에 의하여 특허취소결정 또는 심결이 있는 것을 안 날의 다음 날부터 기산한다(특§180②, 실§33, 디§160②, 상§159②). 다만 심결이 확정되어야 하므로 송달 후 심결이 확정된 때부터 30일을 기산한다.

판단누락(민소§451①제9호)은 송달된 때에 알았다고 봄이 상당하므로 송달시로부

터 기산한다. 다만 심결이 확정되어야 하므로 송달 후 심결이 확정된 때부터 30일을 기산한다(대법원 2012. 1. 27. 선고 2011후3421 판결).

여러 개의 재심사유를 주장한 때에는 재심기간은 각 재심사유마다 이를 안 때부터 진행된다.

심결 또는 특허취소결정 확정후 3년을 경과한 때에는 재심을 청구할 수 없다(특§180③, 실§33, 디§160③, 상§159③).

재심사유가 심결 또는 특허취소결정 확정후에 생긴 때에는 심결 확정 후 3년은 그 사유가 발생한 날의 다음날부터 이를 기산한다(특§180④, 실§33, 디§160④, 상§159④).

해당 심결 이전의 확정심결과 저촉한다는 이유로 재심을 청구하는 경우에는 기간의 제한이 없다(특§180⑤, 실§33, 디§160⑤, 상§159⑤). 이는 심결의 통일을 확보하기 위하여 특례를 규정한 것이다.

확정심결과 저촉되는 이유라 함은 동일 당사자간의 같은 내용의 사건에 관하여 저촉되는 확정심결이 있는 경우를 말한다. 당사자가 다르거나 내용이 동일하지 않은 경우는 저촉되는 심결이라 할 수 없다.

[참고: 민사소송법과의 비교]

① 민사소송법에서는 제척기간을 5년으로 한다(민소§456③).

② 민사소송법에서는 대리권의 흠(민소§451①제3호)과 확정판결의 저촉(민소§451①제10호)을 이유로 들어 제기하는 재심의 소에는 청구 기간(30일, 5년)을 적용하지 않는다.

※ 특허법에서는 확정심결의 저촉에만 청구 기간(30일, 3년)을 적용하지 않고, 대리권의 흠에 대해서는 명확하게 청구 기간을 적용한다(특§180②).

> ○ 판결정본이 송달되면 특별한 사정이 없는 한 그 당사자는 판결정본을 송달받았을 때에 그 판결에 판단누락이 있는지를 알게 됨으로써 재심사유의 존재를 알았다고 할 것이다. 따라서 그 후에 판결이 확정된 경우에는 위 판단누락을 이유로 하는 재심의 소 제기기간은 재심대상판결이 확정된 때로부터 기산하여야 한다(대법원 2012. 1. 27. 선고 2011후3421 판결).

○ 판단유탈이라는 재심사유의 존재는 특단의 사유가 없는 한 재심대상판결의 정본을 읽어 봄으로써 알 수 있는 것이므로, 이를 알지 못하였다는 특단의 사유에 대한 주장 입증이 없는 한 당사자는 재심대상판결의 정본을 송달받은 때에 재심사유의 존재를 알았다고 봄이 상당한데(대법원 93. 12. 14. 선고 93다43798 판결 등 참조), 이 사건에서 원고가 재심사유를 파악하지 못하였다거나 재심 사유를 확정할 수 있는 증거를 확보하기 위하여 경과기간이 발생하였다는 것만으로는 이러한 특단의 사유가 될 수 없다 할 것이고, 그밖에 달리 재심사유의 존재를 바로 알 수 없을 만한 특단의 사유에 관하여 주장 입증이 없으므로 원고는 재심대상판결의 정본을 송달받은 2004. 1. 19. 재심사유의 존재를 알았다고 봄이 상당하다(대법원 2007. 3. 30. 선고 2006재후29 판결).

○ 심결이 대리인에게 송달되었을 때에는 그 대리인은 특별한 사정이 없는 한 그 송달을 받을 당시에 그 심결에 판단유탈이 있는 여부를 알았다고 할 것이고 그 대리인이 판단유탈 유무를 알은 경우에는 특별한 사정이 없는 한 당사자도 그 판단유탈의 유무를 알았던 것이라고 보아야 할 것이므로(대법원 82. 8. 24 선고 81사11 판결 참조) 확정심결에 대하여 판단유탈이 있음을 이유로 한 재심청구의 제기기간은 대리인이 심결의 송달을 받은 때에 안 것으로 하여 계산하여야 할것이다(대법원 1987. 7. 21. 선고 87후55 판결).

○ 특허법 제180조 제1항에 의하면, 재심은 당사자가 심결 확정 후 재심의 사유를 안 날로부터 30일 이내에 청구하여야 한다고 규정하고 있고, 같은 조 제3항에 의하면, 심결 확정후 3년을 경과한 때에는 재심을 청구할 수 없다고 규정하고 있는 바, 원고가 이 사건 재심대상 심결(90항당18)의 등본을 심결일인 1991. 7. 25. 로부터 약 12주일 후에 송달받았음을 자인하고 있으므로 특별한 사정이 없는 한 원고는 이 당시에 이 사건 소에서 주장하는 재심사유인 재심대상 심결의 판단유탈을 알았다고 볼 것이고, 또 갑 제4, 8호증의 각 기재에 의하면, 이 사건 재심대상 심결에 대한 상고심 판결(91후1229)이 1992. 1. 21. 선고된 사실을 인정할 수 있어 그 때 재심대상 심결이 확정되었다 할 것이므로, 이 사건 재심의 소는 원고가 재심사유를 안 날 이후로서 위 상고심 판결 선고일로부터 30일의 재심제기기간이 훨씬 경과한 후인 1997. 7. 5. 제기되었음이 기록상 분명할뿐더러 재심대상 심결 확정 후 3년의 제척기간이 경과한 후에 제기되었으니 어느모로 보나 부적법하다 할 것이다(특허법원 1998. 6. 18. 선고 98재허10 판결).

○ 구 상표법(1990. 1. 13. 법률 제4210호로 전문 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제55조에 의하여 준용되는 구 특허법(1990. 1. 13. 법률 제4207호로 전문 개정되기 전의 것) 제137조 제1항은 심결확정 후 재심의 사유를 안 날로부터 30일 이내에 재심을 청구하여야 한다고 규정하고, 같은 조 제3항은 심결확정 후 3년을 경과한 때에는 재심을 청구할 수 없도록 규정하고 있다. 그런데 갑제2호증 및 을제1호증의 각 기재에 의하면 이건 재심대상 심결은 1993. 3. 3. 확정되고 원고는 늦어도 1997. 6. 11.경 원고가 주장하는 재심사유를 알고 있었던 사실을 인정할 수 있는 바, 심결확정 후 3년이 경과한 1996. 3. 3. 이건 재심청구기간이 도과하였다 할 것이므로(재심의 사유를 안 날로부터 30일이 경과한 날은 그 보다 뒤이다) 1997. 8. 18. 청구된 이건 재심청구는 부적법함이 명백하다. 그렇다면 재심사유의 존부에 관한 판단을 하기에 앞서 이건 재심청구가 재심청구기간을 도과하여 부적법하다는 이유로 각하하였어야 함에도 불구하고 이를 간과하고 재심사유의 존부에 관하여 판단하여 재심청구를 기각한 이건 심결은 그 자체로 위법하다(특허법원 1998. 8. 20. 선고 98허4036 판결).

○ 특허법 제180조 제5항의 1에 규정된 '해당심결 이전에 행하여진 확정심결과 저촉되는 이유'라 함은 동일 당사자간의 같은 내용의 사건에 관하여 저촉되는 확정심결이 있는 경우를 말하는 것인바(대법원 98. 3. 24. 선고 97다32833 판결 등 참조), 이 사건 재심의 대상심결은 그 심결 전에 확정된 특허청 심판소 88당797호 심결과는 동일한 당사자간의 심결사건이 아니고, 그 내용도 동일하지 아니하여 확정심결과 저촉되는 때에 해당하지 아니하므로, 재심 제기의 기간 제한을 받지 아니한다고 볼 수는 없으니 같은 전제에서 이 사건 재심청구를 각하한 원심의 처리는 원고(재심원고)만이 상고한 이 사건에서 결과적으로 정당하다(대법원 2001. 10. 12. 선고 99후1737 판결).

# 제2절 절 차

심판에 대한 재심의 절차는 그 성질에 반하지 아니하는 한 심판의 절차에 관한 규정을 준용한다(특§184, 실§33, 디§164, 상§161).

## 1 재심청구서 제출

재심은 재심을 제기할 심판결을 한 심급의 전속관할이다(특§178②, 실§33, 디§158②, 상§157②, 민소§453①,②).

특허법원에서 사건에 대해 본안판결을 하였을 때에는 사건이 전면적으로 재심판된 것이기 때문에 특허심판원의 심결에 대하여 재심청구를 제기하지 못하고(민소§451③), 특허법원의 판결만이 재심 대상이 된다(민소§453②). 다만 각각 독립된 재심사유가 있는 때에는 그렇지 아니하다(민소§453②단서). 따라서 특허법원에서 본안판결을 한 사건에 대해서 재심을 청구하면 그 청구를 심결로써 각하하고 기재례는 아래와 같다.

※ (참고)민사소송에서는 항소심에서 본안판결을 했는데, 당사자가 잘못하여 제1심법원에 재심의 소를 제기하면 항소법원으로 이송하나, 심판에서는 이송할 수 없으므로 각하한다.

【기재례】

이 사건 재심청구는 특허법원에서 본안판결을 한 사건으로 특허법 제178조에서 준용하는 민사소송법 제451조 제3항 규정에 따라 특허심판원의 심결에 대하여 재심청구를 할 수 없으므로 그 흠을 보정할 수가 없는 것이다. 따라서 주문과 같이 심결한다.

○ 재심청구인의 주장에 의하더라도 이건 재심사유는 위 대법원판결에 영향을 미칠 사항에 관하여 판단을 유탈하였다는 것이고 원심 심결에 재심사유 있다는 아무런 주장을 찾아볼 수 없으니 이 사건 재심대상은 위 원심 심결이 아니라 위 대법원판결임이 명백하다 할 것이므로 재심의 소는 위 대법원판결을 재심대상판결로 하여 민소법 제424조 제1항에 의하여 그 전속관할법원인 당원에 제기하였어야 옳았을 것이다. 그러함에도 위 대법원판결을 재심대상으로 하여 당원에 소를 제기하지

아니하고, 대법원 판결에 재심사유 있음을 이유로 재심대상으로 삼을 수 없는 원심 심결을 재심대상으로 하여 원심에 한 이 사건 재심청구는 부적법하여 각하하였어야 할 것임에도 불구하고 원심이 이를 간과하고 재심사유의 유무를 심리한 후 그 이유 없다하여 이건 재심 청구를 기각하였음은 부당하다 할 것이다(대법원 1982. 12. 14. 선고 81후53 판결).

○ 특허법 제178조, 민소법 제424조 등에 의하면 당사자는 확정된 심결에 대하여 재심을 청구할 수 있고 재심은 재심을 제기할 심결을 한 심판소의 전속관할에 속하므로, 재심 대상인 항고심 심결의 관할 심판소인 특허청 항고심판소에 제기하여야 할 재심의 소를 대법원에 잘못 기재한 경우, 특허법 제8장 재심에 관한 규정에는 민소법 제31조가 준용되어 있지 않을 뿐 아니라, 특허법상의 심판제도는 대법원의 최종심을 전제로 행정관청이 그 전심으로서 특허상의 쟁송을 심리 결정하는 제도로서 특허청 심판소는 외연상은 특허사건에 관한 특별법원에 해당하는 것처럼 보이지만 그 기관의 조직 및 심판의 성질상 어디까지나 행정부에 속하는 행정기관이라 할 것이므로 법원간의 이송을 전제로 한 민소법상의 이송규정을 유추 적용할 수도 없어 결국 그 재심의 소는 부적법하여 각하를 면치 못한다(대법원 1994. 10. 21. 선고 94재후57 판결).

○ 대법원 판결에 재심사유 있음을 이유로 재심 대상으로 삼을 수 없는 원심 심결을 재심대상으로 하여 원심에 한 이 사건 재심청구는 부적법하여 각하하였어야 할 것이다(대법원 1996. 10. 25. 선고 96다30229 판결).

## 2 방식심리

재심의 청구서에는 통상의 심판청구서에 해당되는 방식준수 외에 ①재심의 대상 심결의 표시, ②그 심결에 대하여 재심을 구하는 청구의 취지, ③청구의 이유란에는 재심사유를 기재하여야 한다. 심판장은 재심청구서가 법정의 방식요건에 위반하는 경우 또는 수수료를 납부하지 아니한 경우에는 기간을 정하여 그 흠결의 보정을 명한다.

## 3 재심청구서의 보정

재심청구인이 보정명령에 응하지 않을 때는 결정으로 그 심판청구서를 각하한다(특§142②, 실§33, 디§128②, 상§127②).

## 4 본안심리

재심청구의 적법요건, 재심사유의 존부여부 심리를 거쳐 재심사유가 있다고 인정될 때에는 본안에 대한 심리에 들어간다.

# 제3절 청구사유

## 1 개요

심결이 일단 확정된 이상 법적안정성을 위하여 그 효력이 존중되어야 하므로 재심청구는 민소§451에 규정된 재심사유가 있는 경우에 한하여 허용된다. 개괄적으로 보면 그 심판절차에 중대한 하자가 있거나 그 판단의 기초자료에 비상한 결함 내지 불공평한 점이 간과된 경우이다.

재심 청구는 재심사유를 제소로써 주장할 수 없었던 경우에 한하여 보충적으로 그 청구가 허용된다. 재심 대상이 된 확정심결을 받는 과정에서 당사자가 ①재심사유를 제소로써 주장하였으나 기각된 때, ②이를 알면서 취소소송에서 주장하지 아니한 경우, ③알면서 소송을 제기하지 아니함으로써 확정된 경우에는 같은 사유로 재심을 청구할 수 없다.

재심사유의 주장이나 그 존재를 안 것은 당사자 뿐만 아니라 대리인도 해당된다.

> ○ 민사소송법 제422조 제1항 단서에서 「이를 알고 주장하지 아니한 때」라 함은 당사자가 재심사유의 존재를 알았음에도 불구하고 상소를 제기하면서 이를 상소심에서 주장하지 아니한 경우뿐만 아니라, 상소를 제기하지 아니하여 판결(이 사건에서는 심결)을 확정시킨 경우도 포함하는 것이라고 풀이하여야 할 것이고, 판단유탈과 같은 재심사유는 심결이유를 읽어봄으로서 쉽게 알 수 있는 것이므로 당사자는 특별한 사정이 없는 한 심결정본의 송달에 의하여 이를 안 것이라고 봄이 상당하다. 그렇다면 항고심판청구인이 이 사건에서 재심사유로 내세운 판단유탈은 특별한 사정의 주장, 입증이 없으므로 재심대상 심결정본의 송달에 의하여 알았던 것이고, 이를 알고도 상소에 의하여 주장하지 아니한 경우에 해당되어 그 사유를 이유로 한 재심청구는 할 수 없다 할 것이니, 이유는 달리하나 재심청구를 각하한 원심결의 결론은 이 점에서 정당하다(대법원 1985. 10. 22. 선고 84후68 판결).

## 2 일반 재심사유

재심청구사유에 관하여는 민사소송법의 규정을 준용한다(특§178②, 실§33, 디§158②, 상§157②).

재심청구사유에 관한 민사소송법 제451조의 규정은 다음과 같다. 이는 예시적이 아니라 한정적이므로 여기에 열거되지 않은 사항은 재심사유가 되지 않는다.

제1호 내지 제3호, 제11호는 절대적 상고이유로 되는 것인데, 이 경우에는 심결내용에 영향을 미쳤는가의 여부를 불문하나, 제4호 내지 제10호는 심결의 기초가 되는 사항에 대한 중대한 흠이 있는 경우로, 심결주문에 영향을 미칠 가능성이 있어야 한다.



제451조(재심사유) ① 다음 각호 가운데 어느 하나에 해당하면 확정된 종국판결에 대하여 재심의 소를 제기할 수 있다. 다만, 당사자가 상소에 의하여 그 사유를 주장하였거나, 이를 알고도 주장하지 아니한 때에는 그러하지 아니하다.

1. 법률에 따라 판결법원을 구성하지 아니한 때
2. 법률상 그 재판에 관여할 수 없는 법관이 관여한 때
3. 법정대리권·소송대리권 또는 대리인이 소송행위를 하는 데에 필요한 권한의 수여에 흠이 있는 때. 다만, 제60조 또는 제97조의 규정에 따라 추인한 때에는 그러하지 아니하다.
4. 재판에 관여한 법관이 그 사건에 관하여 직무에 관한 죄를 범한 때
5. 형사상 처벌을 받을 다른 사람의 행위로 말미암아 자백을 하였거나 판결에 영향을 미칠 공격 또는 방어방법의 제출에 방해를 받은 때
6. 판결의 증거가 된 문서, 그 밖의 물건이 위조되거나 변조된 것인 때
7. 증인·감정인·통역인의 거짓 진술 또는 당사자신문에 따른 당사자나 법정대리인의 거짓 진술이 판결의 증거가 된 때
8. 판결의 기초가 된 민사나 형사의 판결, 그 밖의 재판 또는 행정처분이 다른 재판이나 행정처분에 따라 바뀐 때
9. 판결에 영향을 미칠 중요한 사항에 관하여 판단을 누락한 때
10. 재심을 제기할 판결이 전에 선고한 확정판결에 어긋나는 때
11. 당사자가 상대방의 주소 또는 거소를 알고 있었음에도 있는 곳을 잘 모른다고 하거나 주소나 거소를 거짓으로 하여 소를 제기한 때

② 제1항제4호 내지 제7호의 경우에는 처벌받을 행위에 대하여 유죄의 판결이나 과태료부과의 재판이 확정된 때 또는 증거부족 외의 이유로 유죄의 확정판결이나 과태료부과의 확정재판을 할 수 없을 때에만 재심의 소를 제기할 수 있다.

③ 항소심에서 사건에 대하여 본안판결을 하였을 때에는 제1심 판결에 대하여 재심의 소를 제기하지 못한다.

### 가. 심판부 구성의 위법(제1호)

심판합의체를 심판관 2인으로 구성하거나, 대법원의 소부에서 종전의 판례를 변경하는 재판을 한 경우 등이 여기에 해당한다. 심판부가 판례와 다른 견해를 취하여 심결한 경우는 이에 해당하지 않는다.

> ○ 대법원의 판례가 법률해석의 일반적인 기준을 제시한 경우 유사한 사건을 재판하는 하급심법원의 법관은 판례의 견해를 존중하여 재판하여야 하는 것이나, 판례가 사안이 서로 다른 사건을 재판하는 하급심법원을 직접 기속하는 효력이 있는 것은 아니므로, 하급심법원이 판례와 다른 견해를 취하여 재판한 경우에 상고를 제기하여 구제받을 수 있음을 별론으로 하고 민소법 제422조 제1항 제1호 소정의 재심사유인 법률에 의하여 판결법원을 구성하지 아니한 때에 해당한다고 할 수 없다(대법원 1996. 10. 25. 선고 96다31307 판결).

### 나. 심판에 관여할 수 없는 심판관의 관여(제2호)

제척, 기피의 원인이 있는 심판관이 심판에 관여한 경우 여기에 해당한다.

심판사건에 있어서 동일 기술분야를 전공하지 아니한 심판관이 심판에 관여하였다는 재심 주장 사유는 제2호에 해당하지 않는다.

> ○ 화학관련 심판사건에 있어서 화학분야를 전공하지 아니한 심판관이 심판에 관여하였다는 재심주장 사유는 구 특허법(1990. 1. 13. 법률 제4207호로 전문 개정되기 전의 것) 제136조 제2항에 의하여 준용되는 민소법 제422조 제1항 제2호에 해당하지 않을 뿐만 아니라, 민소법 제422조 제1항 각 호의 어디에도 해당하지 아니한다(대법원 1997. 6. 27. 선고 97후235 판결).

### 다. 대리권의 흠(제3호)

법정대리인이나 소송대리인으로 소송을 수행한 이에게 대리권이 없는 경우, 특별수권사항에 관하여 대리인이나 대표자에게 특별수권이 없는 경우, 행위능력이 없는 자가 스스로 심판을 수행한 경우, 특별대리인을 선임해야 할 경우에 대리인의 선임 없이 소송을 수행한 경우 등이 여기에 해당한다. 무권대리인이 관여했어도 본인이 추인한 경우에는 재심사유가 되지 않는다.

### 라. 위조주소로 인한 공시송달(제11호)

당사자가 상대방의 주소나 거소를 알고 있음에도 불구하고 소재불명이라고 하거나 허위의 주소나 거소를 기재하여 심판을 청구한 경우가 여기에 해당된다. 당사자가 전혀 그 심판을 수행하지 못한 상태에서 확정된 판결을 다툴 기회를 주기 위함이다. 이 규정은 심판청구를 전혀 모르고 있었던 당사자를 구제하려는 것이므로 송달에 잘못이 있어도 당사자가 심판청구를 알고 있으면서 아무런 조치를 취하지 않은 경우에는 여기에 해당하지 않는다.



○ 원심은 위 인정사실에 의하여, 피고는 원고 A와의 위와 같은 상표 분쟁과정 및 원고 A와 위 소 외인들과의 연락을 통하여 원고 A의 주소를 알고 있었음에도 불구하고 허위의 주소를 심판청구서에 기재하여 이 사건 재심대상인 심판의 청구를 하였다고 할 것이므로, 이 사건 재심대상 심결은 특허법 제178조 제2항에 의하여 준용되는 민소법 제422조 제1항 제11호 소정의 재심사유가 있다고 판단하였다. 그러나, 기록에 의하니 원심이 피고가 이 사건 재심대상 심판의 청구 당시 원고 A의 주소를 알고 있었다고 본 근거사실 중, 피고와 원고 A의 등록 제*****호 상표에 대한 분쟁 사실 및 피고의 상표권 매수 제의사실은 그것만으로는 피고가 원고 A의 주소를 알고 있었다고 볼 근거가 될 수 없고(등록 제*****호 상표의 등록취소심판에서 1995. 11. 28.의 대법원판결에 이르기까지 심판 및 소송서류에서 원고 A는 상표등록원부상의 옛날 주소를 사용하였음이 인정되고, 피고의 상표권 매수 제의도 1994.경의 일로서 원고 A의 주소지에서 있었던 일도 아니다), 또한 원고 A와 피고가 동종업계에서 있었던 관계로 서로의 근황과 연락처를 잘 알고 있었다는 소외 X, Y의 각 진술(갑 제6, 7호증의 인증서)은 X가 이 사건 등록상표의 사용권자인 △△금속의 직원인 점, Y는 원고 A가 경영하던 △△△산업의 과거 직원이었던 점 및 그 진술서의 형식과 내용등에 비추어 볼 때, 그를 선뜻 믿기 어렵다 할 것이며, 나아가 서로의 근황과 연락처를 잘 알고 있었다는 사실만으로 피고가 원고 A의 주소를 알고 있었다고 단정하기 부족하고, 이 사건 재심대상 심판의 서류는 이 사건 등록상표권의 공유자인 원고 주식회사 △△에게는 적법히 송달되었으므로 그 회사를 통하여 다른 공유자인 원고 A에게도 심판의 청구사실이 알려지게 될 것은 쉽게 예상할 수 있는 것이기 때문에 그와 같은 기망의 방법으로 심결을 얻어내기 위하여 굳이 원고 A의 주소 만을 허위로 기재하였다고 보기는 어렵다 할 것이다. 따라서, 원심으로서는 피고가 더욱 자세히 심리하는 것이 기대되었음에도 그 심리가 이루어지지 않은 단계에서 위의 인정사실만으로 피고가 원

고 A의 주소를 알고 있었다고 단정한 데에는 필요한 심리를 다하지 않았거나 증거법칙을 위배하여 사실을 오인함으로써 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다 할 것이므로 이 점을 지적하는 상고이유의 주장은 정당하기에 이 법원은 그 주장을 받아들인다(대법원 2002. 7. 12. 선고 2001후2610 판결).

### 마. 심판관의 직무상 범죄(제4호)

예를 들면, 심판관이 당사자나 대리인으로부터 뇌물을 받거나 문서를 위조한 경우가 여기에 해당된다.

### 바. 형사상 처벌받을 행위로 인한 자백 또는 공격방어방법의 제출방해(제5호)

상대방 당사자나 그의 대리인, 기타 제3자의 범죄행위로 인하여 자백을 했거나 공격방법이나 방어방법을 제출하지 못한 것을 말한다. 타인의 범죄행위가 직접 원인이 된 경우에 한한다. 그리고 자백이나 제출방해와 불리한 심결사이에 인과관계가 있어야 한다.

### 사. 증거의 위조 또는 변조(제6호)

심결의 증거가 된 문서나 물건이 위조 또는 변조된 경우이다. 여기서 심결의 증거가 되었다는 것은 그 문서나 물건이 증거로 채택되어 사실인정의 자료가 된 경우로, 만일 증거로 채택되지 않았으면 다른 판결을 하였을 개연성이 있는 것을 말하고, 심판관의 심증에 영향을 주었을 것이라고 추측되는 문서라도 그것이 사실인정의 자료로 채택된 바 없으면 이에 해당하지 않는다.

○ 민사소송법 제422조 제1항 제6호 소정의 '판결의 증거로 된 문서 기타 물건이 위조나 변조된 것 인 때'라 함은, 그 위조된 문서 등이 판결주문의 이유가 된 사실인정의 직접적 또는 간접적인 자료로 제공되어 법원이 그 위조문서 등을 참작하지 않았더라면 해당 판결과는 다른 판결을 하였을 개연성이 있는 경우를 말하고 그 위조문서 등을 제외한 나머지 증거들만 가지고도 그 판결의 인정 사실을 인정할 수 있거나 그 위조문서 등이 없었더라면 판결주문이 달라질 수도 있을 것이라는 일응의 개연성이 있지 아니하는 경우 또는 위조문서 등이 재심대상 판결이유에서 가정적 또는 부가적으로 설시한 사실을 인정하기 위하여 인용된 것이고 주요사실

의 인정에 영향을 미치지 않는 사정에 관한 것이었을 때에는 재심사유가 되지 않으며(대법원 94. 9. 23. 선고 93누20566 판결 등 참조), 여기에서 말하는 '위조'에는 형사상 처벌될 수 있는 허위공문서작성이나 공정증서 원본불실기재가 포함된다(대법원 1982. 9. 28. 선고 81다557 판결 참조, 97. 7. 25. 선고 97다15470 판결).



### 아. 증인 등의 거짓진술(제7호)

증인, 감정인, 통역인 또는 선서한 당사자나 법정대리인의 거짓진술이 심판의 증거가 된 때를 말한다. 이러한 거짓진술이 없었으면 심결주문이 달라졌을 개연성이 있는 경우이다.

○ 민사소송법 제422조 제1항 제7호 소정의 "증인의 허위진술이 판결의 증거로 된 때"라 함은 증인이 직접 그 재심의 대상이 된 소송사건을 심리하는 법정에서 허위로 진술하고 그 허위진술이 판결주문의 이유가 된 사실인정의 자료가 된 경우를 가리키는 것이지, 그 증인이 그 재심대상이 된 소송사건 이외의 다른 민·형사 관련사건에서 증인으로서 허위진술을 하고 그 진술을 기재한 조서가 재심대상 판결에서 서증으로 제출되어 이것이 채용된 경우는 위 제7호 소정의 재심사유에 포함될 수 없다(대법원 1997. 3. 28. 선고 97다3729 판결, 1993. 6. 11. 선고 93므195 판결, 1992. 6. 12. 선고 91다33179, 91다33186 판결, 1980. 11. 11. 선고 80다642 전원합의체 판결 등 참조).

### 자. 심결의 기초가 된 재판 또는 행정처분의 변경(제8호)

심결의 기초가 되었다 함은 재심대상심결이 다른 재판이나 행정처분에 법적으로 구속되어 내려진 경우는 물론이고, 다른 재판 등에서 판단한 사실을 채택하여 사실인정을 한 경우도 포함한다. '사실인정의 자료가 되었다'라고 함은 그 재판이나 행정처분이 확정심결의 사실인정에 있어서 증거자료가 되었고 그 재판이나 행정처분의 변경이 확정심결의 사실인정에 영향을 미칠 가능성이 있는 경우를 말한다.

심결의 전제로 된 행정처분의 적법여부에 관한 법원의 해석이나 판단이 그 후 다른 사건에서의 판례 변경으로 그와 상반된 해석을 내렸다는 것은 여기에 해당되지 않는다.

민사소송법 제451조 제1항 제8호는 “판결의 기초가 된 행정처분이 다른 행정처분에 의하여 변경된 때”를 재심사유로 규정하고 있다. 이는 판결의 심리·판단 대상이 되는 행정처분 그 자체가 그 후 다른 행정처분에 의해 확정적·소급적으로 변경된 경우를 말하는 것이 아니고, 확정판결에 법률적으로 구속력을 미치거나 또는 그 확정판결에서 사실인정의 자료가 된 행정처분이 다른 행정처분에 의해 확정적·소급적으로 변경된 경우를 말한다. 여기서 ‘사실인정의 자료가 되었다’는 것은 그 행정처분이 확정판결의 사실인정에 있어서 증거자료로 채택되었고, 그 행정처분의 변경이 확정판결의 사실인정에 영향을 미칠 가능성이 있는 경우를 말한다(대법원 1994.11.25. 선고 94다33897 판결, 대법원 2001.12.14. 선고 2000다12679 판결 등 참조). 이에 따르면 특허권자가 정정심판을 청구하여 특허무효심판에 대한 심결취소소송의 사실심 변론종결 이후에 특허발명의 명세서 또는 도면에 대하여 정정심결이 확정되더라도 정정 전 명세서 등으로 판단한 원심판결에 민사소송법 제451조 제1항 제8호가 규정한 재심사유가 있다고 볼 수 없다(대법원 2020.1.22. 선고 2016후2522 전원합의체 판결).

○ 인용상표의 선출원을 이유로 등록상표의 등록무효심판이 확정된 후 피심판청구인이 심판청구인을 상대로 인용상표에 대하여 상표등록무효심판을 청구한 사건의 항고심인 특허청 항고심판소에서 인용상표를 무효로 한 심결이 내려지고 대법원에서 그에 대한 심판청구인의 상고가 기각되었다면, 인용상표는 구 상표법(1990. 1. 13. 법률 제4210호로 개정되기 전의 것) 제13조 제3항, 제48조 제2항에 의하여 위 등록상표에 대한 관계에서 처음부터 없었던 것으로 보아야 할 것이고, 인용상표가 소급적으로 없었던 것이 되었음에도 불구하고 선출원되어 유효하게 등록되었음을 기초로 한 위 등록상표의 등록무효심판의 확정판결에는 민사소송법 제422조 제1항 제8호 소정의 재심사유가 있다(대법원 1997. 9. 12. 선고 97재후58 판결).

○ 민소법 제422조 제1항 제8호 소정의 재심사유인 ‘판결의 기초로 된 민사나 형사의 판결 기타의 재판 또는 행정처분이 다른 재판이나 행정처분에 의하여 변경된 때’라 함은 그 확정판결에 법률적으로 구속력을 미치거나 또는 그 확정판결에서 사실인정의 자료가 된 판결 등 재판이나 행정처분이 그 후 다른 재판이나 행정처분에 의하여 확정적이고 소급적으로 변경된 경우를 말한다 할 것이고(대법원 82. 5. 11. 선고 81후42 판결, 91. 7. 26. 선고 91다13694 판결, 94. 11. 25. 선

고 94다33897 판결 각 참조), 이 사건 재심대상판결의 기초로 된 재판이라고 주장된 당원 1987. 10. 13. 선고 87후45 판결 및 1991. 8. 27. 선고 90후1512 판결은 모두 이 사건과는 당사자를 달리하는 판결들로서 이 사건 재심대상판결에 법률적으로 구속력을 미치는 경우라고 할 수 없을 뿐 아니라 상고심 판결인 이 사건 재심대상판결에서 위 판결들이 사실인정의 자료로 쓰인 것도 아님이 명백하므로, 위 판결들이 이 사건 재심대상 판결의 기초로 되었다고 할 수 없다(대법원 1995. 6. 29. 선고 94재후26 판결).



### 차. 판단누락(제9호)

심결에 영향을 미칠 중요한 사항에 관하여 판단을 빠트린 경우이다. 당사자가 주장한 공격방법이나 방어방법에 대하여 심결이유에서 판단하지 않은 것을 말한다(대법원 2008.11.27. 선고 2007다69834 판결). 이 판단누락으로 심결에 영향이 생겼으면 재심사유가 된다.

보다 구체적으로 판단이 있는 이상 그 판단에 이르는 이유가 소상하게 설시되어 있지 아니하거나, 당사자 주장을 배척하는 근거를 일일이 개별적으로 설명하지 아니하더라도 판단 누락은 아니며(대법원 2008.11.27. 선고 2007다69834 판결), 설령 실제로 판단을 하지 아니하였다 하더라도 그 주장이 배척될 경우임이 분명한 때에는 판단결과에 영향이 없어 판단누락이 있다고는 할 수 없다(대법원 2008. 7. 10. 선고 2006재다218 판결). 다만, 송달일자가 잘못 기재된 송달보고서에 기초하여 상고이유서가 제출기간을 도과하여 제출된 것으로 보아, 상고이유를 판단하지 아니한 채 심리불속행기각한 경우는 판단누락에 해당한다(대법원 2006. 3. 9. 선고 2004재다672 판결). 한편, 심리불속행기각에서 상고이유가 심리불속행사유에 해당하여 더 나아가 심리를 하지 아니하고 상고를 기각한 것은 재심사유가 아니다(대법원 2007. 3. 30. 선고 2006 재후29 판결).

직권조사사항에 대한 판단을 누락했어도 당사자가 그 조사를 촉구하지 않았으면 여기에 해당하지 않는다.

○ 판결서의 이유에는 주문이 정당하다는 것을 인정할 수 있을 정도로 당사자의 주장, 그 밖의 공격 방어방법에 관한 판단을 표시하면 되고 당사자의 모든 주장이나

공격방어방법에 관하여 판단할 필요가 없다(민사소송법 제208조). 따라서 법원의 판결에 당사자가 이유로 주장한 사항에 대한 구체적·직접적인 판단이 표시되어 있지 않더라도 판결 이유의 전반적인 취지에 비추어 그 주장을 인용하거나 배척하였음을 알 수 있는 정도라면 판단누락이라고 할 수 없다(대법원 2013. 12. 12. 선고 2012재후37 판결).

○ 원고 주장의 재심사유는 '이 사건 제1항 발명과 확인대상발명은 구성요소들의 기술적 사상이나 과제해결의 원리가 동일하여 확인대상발명이 이 사건 제1항 발명의 권리범위에 속함에도 이와 달리 판단한 이 사건 재심대상 심결이 위법하다'는 것으로 이 사건 재심대상 심결의 판단이 잘못되었음을 탓하는 것일 뿐, 민사소송법 제451조 제1항 제9호에서 규정하고 있는 재심사유인 '판결에 영향을 미칠 중요한 사항에 관하여 판단을 누락한 때'에 해당한다고 보기 어렵고, 위와 같은 원고 주장의 재심사유가 민사소송법 제451조 제1항 각호에서 규정하고 있는 다른 재심사유에 해당한다고도 보기 어렵다(특허법원 2011. 6. 10. 선고 2011허26 판결).

○ 상고이유가 상고심절차에 관한 특례법 소정의 심리불속행사유에 해당한다고 보아 더 나아가 심리를 하지 아니하고 상고를 기각한 재심대상판결에는, 상고이유에 대한 판단유탈이 있을 수 없으므로 이를 민사소송법 제451조 제1항 제9호의 재심사유로 삼을 수 없다(대법원 2007. 3. 30. 선고 2006재후29 판결).

○ 심리미진은 상고심판결인 재심대상판결에 대한 재심사유가 될 수 없다(대법원 2007. 3. 30. 선고 2006재후29 판결).

○ 민소법상 제422조 제1항 제9호에 규정된 재심사유인 '판결에 영향을 미칠 중요사항에 관하여 판단을 유탈한 때'라 함은 판결의 결론에 영향이 있는 당사자의 공격방어방법에 대하여 판결 이유 중에 아무런 판단을 표시하지 아니한 경우를 말하는 것이므로 그에 대한 판단이 있는 이상 설령 그 판단내용에 잘못이 있다거나 그 판단에 이르는 이유가 소상하게 설시되어 있지 않았다거나 또는 상고인의 주장을 배척한 근거를 일일이 개별적으로 설명하지 아니하더라도 이는 위 법조가 규정하는 재심사유가 되지 아니한다(대법원 1989. 4. 25. 선고 88재후49, 88후1458 판결).

○ 민소법 제422조 제1항 제9호의 판결에 영향을 미칠 중요한 사항이라 함은 직권조사사항 여부를 불문하나, 다만 당사자가 주장하였거나 그 조사를 촉구하지 아니한 직권조사사항은 이를 판단하지 아니하였다고 하여도 위 법조 소정의 재심사유에 해당하지 않는다 할 것이므로(당원 82. 12. 29. 82사19 결정 참조), 소론과

같이 위 상고 이유에 명시되지 아니한 직권조사사항으로서 그 판결결론에 영향을 미칠 중요한 사항이 있다고 하더라도 원고가 이를 주장하거나 그 조사를 촉구 한 바 없는 이상 그 판단유탈을 재심사유로도 삼을 수 없다 할 것이다(대법원 1994. 11. 8. 선고 94재누32 판결).

○ 민소법 제422조 제1항 제9호에서 판결에 영향을 미친 중요한 사항에 관하여 판단을 유탈한 때라 함은 소송요건에 흠이 없어서 본안에 들어가 사건을 판단하는 경우에 있어서는 당사자가 적법히 소송상 제출한 공격방어의 방법으로서 당연히 판결의 결론에 영향이 있는 것에 대하여 판결이유 중에서 판단을 표시하지 않는 것을 말하고, 소송요건에 흠이 있어서 본안에 들어가 판단을 할 수 없는 경우에 있어서는 그 소송은 부적법하다 하여 각하하여야 하고 본안에 대한 판단을 할 수 없으므로, 이러한 경우에 본안에 대한 판단이 없다하여 민소법 제422조 제1항 제9호에서 이른바 판결에 영향을 미칠 중요한 사항에 관하여 판단을 유탈한 때에 해당한다고 할 수 없다(대법원 1994. 11. 8. 선고 94재누32 판결).

○ 결국 이 부분 재심청구이유는 재심대상판결의 사실인정과 판단내용이 부당하다고 다투는 것에 지나지 아니한 바, 이는 앞에서 본 바와 같이 재심사유인 판단유탈에 해당하지 않는다고 할 것이다(대법원 2001. 10. 12. 선고 2001재후24 판결).

### 카. 심결의 저촉(제10호)

확정심결의 충돌을 해결하기 위한 규정이다. 전후 두 심결이 모두 청구인의 청구를 기각한 것이라면 서로 어긋나는 것이 아니다. 당사자를 달리하면 서로 어긋나도 재심사유로 되지 않는다. 또한 청구취지를 달리하면 저촉의 문제가 발생하지 않는다(대법원 2011.7.21. 선고 2011재다199 전원합의체 판결).

○ 구 민사소송법 제422조 제1항 제10호에 규정된 재심사유는 재심대상 판결의 기판력과 전에 선고한 확정판결의 기판력과의 충돌을 조정하기 위하여 마련된 것으로(대법원 1994. 8. 26. 선고 94재다383 판결 참조), '재심을 제기할 판결이 전에 선고한 확정판결과 저촉되는 때'라 함은 동일 당사자 사이에 같은 내용의 사건에 관하여 기판력이 저촉되는 두 개의 확정판결이 있는 경우를 말하는 것이고, 두 판결의 사안이 유사하기는 해도 당사자나 청구원인을 달리하고 있다면 이는 별개의 사건으로 보아야 할 것이다(대법원 1990. 3. 27. 선고 90재누10 판결 참조).

○ 원심결은 거절결정의 취소를 구하는 불복심판청구에 대한 심결인 반면, 이 사건 재심대상 심결은 피고들이 원고를 상대로 이 사건 특허발명에 대한 등록무효를 구하는 심판청구에 대한 심결인 점에서, 원심결과 이 사건 재심대상 심결은 그 당사자나 청구취지 및 청구원인을 달리하고 있어 별개의 사건이라 할 것이므로, 비록 두 심결에서 이 사건 제7항 발명이 발명의 상세한 설명에 의해서 뒷받침되는지 여부에 관하여 그 결론을 달리하고 있다고 하더라도 이를 구 민사소송법 제422조 제1항 제10호에 규정된 재심사유에 해당한다고 할 수는 없다(특허법원 2009. 7. 23. 선고 2008허9795 판결).

○ 구 특허법 제129조 제5항에 의한 재심대상이 될 수 있는 '해당 심결 이전에 행하여진 확정심결과 저촉한다.'는 그 확정심결이라 함은 청구의 동일성 및 당사자의 동일성이 인정되는 경우라야 할 것이다. 그리고 구 특허법 제131조에 의하여 준용되는 민소법 제422조 제1항의 '당사자가 재심사유를 알고 이를 주장하지 아니한 때에는 예외로 한다.' 함은 재심사유로 삼을 수 없다는 뜻이라 할 것이며, 이는 상소를 하여 주장하지 아니한 경우는 물론 이 사유를 알고도 상소를 하지 아니하여 주장을 하지 아니한 경우도 재심사유로 삼을 수 없다는 것이다(대법원 1972. 3. 23. 선고 71후32 판결).

## 3 사해심결에 대한 재심사유

심판의 당사자가 공모하여 제3자의 권리 또는 이익을 사해할 목적으로 심결을 하게한 때에는 제3자는 그 확정된 심결에 대하여 재심을 청구할 수 있다(특§179①, 실§33, 디§159①, 상§158①).

이러한 규정은 심결의 대세적 효력에 의하여 자신의 권리 또는 이익을 부당하게 침해받은 제3자를 구제하기 위해서 그 제3자로 하여금 원칙적으로 불복할 수 없는 확정심결에 대하여 일정한 사유를 갖춘 경우에 한하여 예외적으로 재심을 청구할 수 있도록 한 것이다. 따라서 재심 청구인이 주장하는 재심사유가 특허법 제179조 제1항의 재심사유에 해당하는지 여부는, 특별한 사정이 없는 한 위 규정의 문언에 따라 엄격하게 해석하여야 한다.

이 경우의 재심의 청구에는 심판의 당사자를 공동피청구인으로 해야 한다(특§179②, 실§33, 디§159②, 상§158②).

피고 ***가 2012. 2. 24. 특허심판원에 피고 △△△ 및 피고 ◇◇◇를 상대로 하여, 이 사건 특허발명에 관한 등록무효심판을 청구하였는데, 특허심판원은 이를 2012당510호로 심리한 다음 2012. 6. 27. 이 사건 특허발명은 그 출원 당시 완성된 발명이라 할 수 없다는 요지의 이유로 이 사건 특허발명을 무효로 한다는 원심결을 하였고, 위 원심결이 2012. 8. 7. 확정된 사실은 앞서 본 바와 같다.

그러나 원고가 제출한 모든 증거를 종합하여 보더라도 피고들이 공모하여 원고의 권리 또는 이익을 사해할 목적으로 원심결에 이르게 하였다는 점을 인정하기에는 부족하다고 판단된다(특허법원 2013. 9. 12. 선고 2013허1832 판결).



○ 특허법 제179조 제1항이 재심사유로서 규정하고 있는 “심판의 당사자가 공모하여 제3자의 권리 또는 이익을 사해할 목적으로 심결을 하게 한 때”는 문언해석상 심판의 당사자가 심결 이전에 공모하여 제3자의 권리 또는 이익을 사해할 목적으로 부당한 심결을 하게 한 경우만을 가리키고, 심결의 당사자가 이미 심결이 내려진 이후에 이에 불복하였던 심결취소소송을 취하함으로써 그 결과로 심결이 확정되게 된 경우는 그 내려진 심결에 이미 공모한 사해행위가 있었다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 이에 포함되지 않는다고 해석함이 상당하다.

설령, 심결의 당사자가 심결 이후에 그에 관한 심결취소소송을 취하함으로써 심결이 확정되도록 한 행위가 특허법 제179조 제1항의 재심사유에 포함되는 것으로 해석될 수 있다고 하더라도, 그와 같은 행위가 특허법 제179조 제1항의 재심사유에 해당하기 위해서는 피고 **과 0000가 “제3자의 권리 또는 이익을 사해할 목적”으로 그러한 행위를 하였음이 인정되어야 할 것인데, 이를 인정할 아무런 증거가 없다.

원고는, 앞서 본 합의약정 및 소취하로부터 피고 **과 0000의 사해목적이 추단된다는 취지로 주장하나, 심결취소소송을 제기한 피고 **은 자유로운 의사에 따라 제반 사정을 고려하여 소송의 상대방과 합의약정을 체결하고 소취하 여부를 결정할 수 있는 것이므로, 위와 같은 사정은 피고 **과 0000에게 사해목적이 있었음을 뒷받침할 수 있는 사정이 되지 못한다(특허법원 2007. 4. 5. 선고 2006허3977 판결).

# 제4절 심 리

## 1 개요

재심사유가 있다고 인정될 때에는 본안에 대한 심리에 들어간다. 당사자는 새로운 공격방어방법을 제출할 수 있다.

① 심리한 결과 재심대상 심결이 부당하다고 인정되면 재심대상 심결을 취소하고 이를 갈음하는 심결을 한다.

② 재심대상 심결이 정당하다고 인정되면 재심사유가 있는 경우에도 재심청구를 기각한다.

③ 재심의 심결에 대하여는 다시 심결취소소송을 제기할 수 있다.

## 2 심리범위

재심의 본안심판은 재심청구이유(재심사유)의 범위 안에서 하여야 한다(특§185, 실§33, 디§165, 상§157②, 민소§459①). 특§185에서 민소§459①만을 준용하고, 민소§459②(재심사유의 변경)을 준용하고 있지 않아 재심사유를 바꿀 수 없다고 보는 것이 타당하다.

※ 민사소송법에서는 재심의 소제기 후에도 재심청구이유(재심사유)를 변경할 수 있다(민소§459②).

## 3 심리순서

### 가. 재심청구의 적법요건 심리

재심의 적법 요건을 심리하여야 하며, 그와 같은 요건은 직권조사사항이다. 흠이 있는 경우에 보정하지 않거나 보정할 수 없을 때에는 심결로써 재심청구를 각하하여야 한다.

【 적법 요건 】

① 당사자(청구인, 피청구인, 제3자) 적격

② 청구대상 적격

③ 재심 청구 기간

※ 재심사유가 대리권 흠이나 판단누락이면 심결 또는 특허취소결정 정본이 송달되었을 때 재심사유를 알았다고 보고, 심결 또는 특허취소결정이 확정된 때부터 기산한다.

④ 청구의 이유가 법정 재심사유(민소§451①1~11, 특§179(사해심결))인지 여부

※ 재심사유의 적부를 심리하여 재심사유에 해당하지 않는 것은 기각하여야 한다.

⑤ 재심의 보충성



### 나. 재심사유의 존부여부 심리

재심청구가 적법하면, 다음 단계로 재심사유의 존재여부를 조사하여야 한다. 그 입증책임은 재심 청구인에게 돌아간다. 확정심결의 취소는 단순한 사익을 넘어서는 것이고 당사자의 의사로 좌우할 수 없으므로 주장된 재심사유의 존재 여부에 관하여는 직권으로 사실탐지를 할 수 있다. 청구의 포기·인락이나 자백에 구속되지 않는다.

심리해 본 결과 재심사유가 없는 것으로 인정되면 심결로써 재심청구를 기각하여야 한다.

### 다. 본안심리

재심사유가 있다고 인정될 때에는 본안에 대한 심리에 들어간다. 당사자는 새로운 공격방어방법을 제출할 수 있다.

① 심리한 결과 재심대상 심결이 부당하다고 인정되면 재심대상 심결을 취소하고 이를 갈음하는 심결을 한다.

② 재심대상 심결이 정당하다고 인정되면 재심사유가 있는 경우에도 재심청구를 기각한다.

③ 재심의 심결에 대하여는 다시 심결취소소송을 제기할 수 있다.

# 제5절 심 결

## 1 심결문에 기재할 사항

심결문의 필수적 기재사항에 대하여는 특§162②, 실§33, 디§150②, 상§149②에 규정되어 있으며, 컴퓨터를 이용한 심결문 등 작성요령(심판원예규)에는 심결문의 기재방식이 규정되어 있다.

사건표시는 재심대상심결에 대한 재심임을 다음과 같은 방식으로 표시한다.

사건표시 0000당0000(특허 제0000000호 무효) 재심

| |
|---|
| 가. 심판원의 표시<br>나. 표제부(심판부의 표시 및 심결 또는 결정의 표시)<br>다. 심판번호<br>라. 사건표시<br>마. 당사자, 참가인 및 그 법정대리인과 심판대리인 등 심판진행에 관여한 자의 표시<br>바. 심결(결정)일<br>사. 주 문<br>아. 청구취지<br>자. 이 유<br>차. 심결한 심판장(관)의 표시 및 기명날인 |

## 2 주문 및 이유의 작성

청구가 부적법하여 각하되는 경우와 본안에 들어가 심리된 결과 재심대상 심결이 정당하다고 인정되어 청구가 기각되는 경우와 재심대상 심결이 부당하다고 인정되어 청구가 인용되는 경우, 그 뜻과 심판비용부담에 대하여 기재한다. 다만, 청구를 인용하는 경우에는 그 내용을 구체적으로 기재한다.

## 3 확정

재심심결에 대해 불복이 있는 자가 심결의 등본을 받은 날부터 30일 이내(부가기

간이 적법하게 지정된 경우에는 부가기간 이내)(특§186③, 실§33, 디§166③, 상§162③)에 특허법원에 소를 제기하지 않거나, 심결취소소송 판결에 대해 상고가 제기되지 않거나, 소가 제기되더라도 종국적으로 심결이 지지되어 통상의 불복신청방법으로 취소할 수 없는 상태로 된 때 확정된다.

## 4 효력

재심심결이 확정되면 심결의 대세적 효력 즉 일사부재리의 효력이 발생되어, 누구든지 동일사실 및 동일증거에 의하여 다시 심판을 청구할 수 없게 된다.

## 5 불복

재심심결에 대하여는 다시 심결취소소송을 제기할 수 있다.

# 제6절 재심에 의하여 회복된 특허권 등의 효력

## 1 특허권·실용신안권·디자인권·상표권의 효력 제한 (특§181, 실§33, 디§161, 상§160)

다음 어느 하나에 해당하는 경우에 특허권의 효력은 해당 심결 또는 특허취소결정이 확정된 후 재심청구의 등록전에 선의로 수입 또는 국내에서 생산하거나 취득한 물건에는 미치지 아니한다.

① 무효로 된 특허권(존속기간의 연장등록된 특허권을 포함한다)이 재심에 의하여 회복된 경우

② 특허권의 권리범위에 속하지 아니한다는 심결이 확정된 후 재심에 의하여 이와 상반되는 심결이 확정된 경우

③ 거절한다는 취지의 심결이 있었던 특허출원 또는 특허권의 존속기간의 연장등록출원이 재심에 의하여 특허권의 설정등록 또는 특허권의 존속기간의 연장등록이 된 경우

④ 취소된 특허권이 재심에 의하여 회복된 경우

## 2 재심에 의하여 회복한 특허권·실용신안권·디자인권에 대한 선사용자의 통상실시권(특§182, 실§33, 디§162)

해당 심결 또는 특허취소결정이 확정된 후 재심청구의 등록전에 선의로 국내에서 그 발명의 실시 사업을 하고 있는 자 또는 그 사업의 준비를 하고 있는 자는 그 실시 또는 준비를 하고 있는 발명 및 사업의 목적의 범위안에서 그 특허권 등에 관하여 통상실시권을 가진다.

## 3 재심에 의하여 특허권·실용신안권·디자인권에 대한 통상실시권을 상실한 원권리자의 통상실시권(특§183, 실§33, 디§163)

통상실시권 허여심판에 의하여 통상실시권을 허여한다는 심결이 확정된 후 재심에 의하여 이에 상반되는 심결의 확정이 있는 경우에는 재심청구 등록 전에 선의로 국

내에서 그 발명의 실시사업을 하고 있는 자 또는 그 사업의 준비를 하고 있는 자는 원 통상실시권의 사업의 목적 및 발명의 범위 안에서 그 특허권 또는 재심의 심결의 확정이 있는 당시에 존재하는 전용실시권에 대하여 통상실시권을 가진다.

※ 상표의 경우는 통상실시권허락심판 제도가 없으므로 해당하지 않는다.

# 제7절 심·판결례

## 1 판례

### 가. 재심의 목적

> ○ 재심은 확정된 종국판결에 대하여 판결의 효력을 인정할 수 없는 중대한 하자가 있는 경우 예외적으로 판결의 확정에 따른 법적 안정성을 후퇴시켜 그 하자를 시정함으로써 구체적 정의를 실현하고자 마련된 것이다(대법원 1992. 7. 24. 선고 91다45691판결).

재심이란 확정된 종국판결에 재심사유에 해당하는 중대한 하자가 있는 경우에 그 판결의 취소와 이미 종결된 소송을 부활시켜 재 심판을 구하는 비상의 불복신청방법으로서 확정된 종국판결이 갖는 기판력, 형성력, 집행력 등 판결의 효력 배제를 주된 목적으로 하는 것이다.

### 나. 재심의 관할

> ○ 재심청구인의 주장에 의하더라도 이건 재심사유는 위 대법원판결에 영향을 미칠 사항에 관하여 판단을 유탈하였다는 것이고 원심 심결에 재심사유 있다는 아무런 주장을 찾아볼 수 없으니 이 사건 재심대상은 위 원심 심결이 아니라 위 대법원 판결임이 명백하다 할 것이므로 재심의 소는 위 대법원판결을 재심대상판결로 하여 민소법 제424조 제1항에 의하여 그 전속관할법원인 당원에 제기하였어야 옳았을 것이다. 그러함에도 위 대법원판결을 재심대상으로 하여 당원에 소를 제기하지 아니하고, 대법원 판결에 재심사유 있음을 이유로 재심대상으로 삼을 수 없는 원심 심결을 재심대상으로 하여 원심에 한 이 사건 재심청구는 부적법하여 각하하였어야 할 것임에도 불구하고 원심이 이를 간과하고 재심사유의 유무를 심리한 후 그 이유 없다하여 이건 재심 청구를 기각하였음은 부당하다 할 것이다(대법원 1982. 12. 14. 선고 81후53 판결).
>
> ○ 특허법 제178조, 민소법 제424조 등에 의하면 당사자는 확정된 심결에 대하여 재심을 청구할 수 있고 재심은 재심을 제기할 심결을 한 심판소의 전속관할에 속하므로, 재심 대상인 항고심 심결의 관할 심판소인 특허청 항고심판소에 제기하여야 할 재심의 소를 대법원에 잘못 기재한 경우, 특허법 제8장 재심에 관한 규

정에는 민소법 제31조가 준용되어 있지 않을 뿐 아니라, 특허법상의 심판제도는 대법원의 최종심을 전제로 행정관청이 그 전심으로서 특허상의 쟁송을 심리 결정하는 제도로서 특허청 심판소는 외연상은 특허사건에 관한 특별법원에 해당하는 것처럼 보이지만 그 기관의 조직 및 심판의 성질상 어디까지나 행정부에 속하는 행정기관이라 할 것이므로 법원간의 이송을 전제로 한 민소법상의 이송규정을 유추 적용할 수도 없어 결국 그 재심의 소는 부적법하여 각하를 면치 못한다(대법원 1994. 10. 21. 선고 94재후57 판결).

○ 대법원 판결에 재심사유 있음을 이유로 재심 대상으로 삼을 수 없는 원심 심결을 재심대상으로 하여 원심에 한 이 사건 재심청구는 부적법하여 각하하였어야 할 것이다(대법원 1996. 10. 25. 선고 96다30229 판결).

### 다. 재심청구인

○ 원래 재심의 소는 종국판결의 확정력을 제거함을 그 목적으로 하는 것으로 확정된 판결에 대하여서만 제기할 수 있는 것이므로 소송수계 또는 당사자표시 정정 등 절차를 밟지 아니하고 사망한 사람을 당사자로 하여 선고된 판결은 당연무효로서 확정력이 없어 이에 대한 재심의 소는 부적법하다 할 것인바(1982. 12. 28. 선고 81사8 판결), 같은 취지에서 원심이 1981. 9. 19.에 이미 사망한 *** 을 피고로 하여 선고된 원심 판시 재심대상판결에 대한 이 사건 재심의 소를 각하한 조처는 정당하고 거기에 소론과 같은 위법이 있다고 할 수 없다(대법원 1994. 12. 9. 선고 94다16564 판결).

○ 원고는 1999. 12. 9. 재심대상 심판청구를 하였고, 재심대상심결은 2000. 3. 21. 이루어졌는데, 그 당시 피고는 이 사건 등록상표나 기본상표에 관하여 어떠한 이해관계도 없었고, 그로부터 3년여가 지난 2003. 4. 15.에야 소외 쌍용으로부터 기본상표에 대한 질권을 양도받고 같은 달 17. 위 질권에 대한 이전등록절차를 마쳤으며, 같은 해 5. 28. 기본상표를 낙찰받아 같은 해 7. 9. 상표권자명의변경등록을 마쳤는바, 위와 같은 재심대상심결 결과 피고가 기본상표에 대하여 권리를 취득한 때 사이의 기간 등에 비추어 보면, 재심대상심결로 인하여 피고가 어떠한 권리 또는 이익을 침해당하였다고 보기 어렵고, 따라서 피고는 재심대상심결에 대하여 재심을 청구할 수 있는 제3자에 해당하지 않는다(특허법원 2004. 11. 4. 선고 2004허3980 판결).

### 라. 재심청구기간

○ 판단유탈이라는 재심사유의 존재는 특단의 사유가 없는 한 재심대상판결의 정본을 읽어 봄으로써 알 수 있는 것이므로, 이를 알지 못하였다는 특단의 사유에 대한 주장 입증이 없는 한 당사자는 재심대상판결의 정본을 송달받은 때에 재심사유의 존재를 알았다고 봄이 상당한데(대법원 93. 12. 14. 선고 93다43798 판결 등 참조), 이 사건에서 원고가 재심사유를 파악하지 못하였다거나 재심 사유를 확정할 수 있는 증거를 확보하기 위하여 경과기간이 발생하였다는 것만으로는 이러한 특단의 사유가 될 수 없다 할 것이고, 그밖에 달리 재심사유의 존재를 바로 알 수 없을만한 특단의 사유에 관하여 주장 입증이 없으므로 원고는 재심대상판결의 정본을 송달받은 2004. 1. 19. 재심사유의 존재를 알았다고 봄이 상당하다(대법원 2007. 3. 30. 선고 2006재후29 판결).

○ 심결이 대리인에게 송달되었을 때에는 그 대리인은 특별한 사정이 없는 한 그 송달을 받을 당시에 그 심결에 판단유탈이 있는 여부를 알았다고 할 것이고 그 대리인이 판단유탈 유무를 알은 경우에는 특별한 사정이 없는 한 당사자도 그 판단유탈의 유무를 알았던 것이라고 보아야 할 것이므로(대법원 82. 8. 24 선고 81사11 판결 참조) 확정심결에 대하여 판단유탈이 있음을 이유로 한 재심청구의 제기기간은 대리인이 심결의 송달을 받은 때에 안 것으로 하여 계산하여야 할 것이다(대법원 1987. 7. 21. 선고 87후55 판결).

○ 특허법 제180조 제1항에 의하면, 재심은 당사자가 심결 확정 후 재심의 사유를 안 날로부터 30일 이내에 청구하여야 한다고 규정하고 있고, 같은 조 제3항에 의하면, 심결 확정후 3년을 경과한 때에는 재심을 청구할 수 없다고 규정하고 있는 바, 원고가 이 사건 재심대상 심결(90항당18)의 등본을 심결일인 1991. 7. 25.로부터 약 12주일 후에 송달받았음을 자인하고 있으므로 특별한 사정이 없는 한 원고는 이 당시에 이 사건 소에서 주장하는 재심사유인 재심대상 심결의 판단유탈을 알았다고 볼 것이고, 또 갑 제4, 8호증의 각 기재에 의하면, 이 사건 재심대상 심결에 대한 상고심 판결(91후1229)이 1992. 1. 21. 선고된 사실을 인정할 수 있어 그 때 재심대상 심결이 확정되었다 할 것이므로, 이 사건 재심의 소는 원고가 재심사유를 안 날 이후로서 위 상고심 판결 선고일로부터 30일의 재심제기기간이 훨씬 경과한 후인 1997. 7. 5. 제기되었음이 기록상 분명할뿐더러 재심대상 심결 확정 후 3년의 제척기간이 경과한 후에 제기되었으니 어느모로 보나 부적법하다 할 것이다(특허법원 1998. 6. 18. 선고 98재허10 판결).

○ 구 상표법(1990. 1. 13. 법률 제4210호로 전문 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제55조에 의하여 준용되는 구 특허법(1990. 1. 13. 법률 제4207호로 전문 개정되기 전의 것) 제137조 제1항은 심결확정 후 재심의 사유를 안 날로부터 30일 이내에 재심을 청구하여야 한다고 규정하고, 같은 조 제3항은 심결확정 후 3년을 경과한 때에는 재심을 청구할 수 없도록 규정하고 있다. 그런데 갑제2호증 및 을제1호증의 각 기재에 의하면 이건 재심대상 심결은 1993. 3. 3. 확정되고 원고는 늦어도 1997. 6. 11.경 원고가 주장하는 재심사유를 알고 있었던 사실을 인정할 수 있는 바, 심결확정 후 3년이 경과한 1996. 3. 3. 이건 재심청구기간이 도과하였다 할 것이므로(재심의 사유를 안 날로부터 30일이 경과한 날은 그 보다 뒤이다) 1997. 8. 18. 청구된 이건 재심청구는 부적법함이 명백하다. 그렇다면 재심사유의 존부에 관한 판단을 하기에 앞서 이건 재심청구가 재심청구기간을 도과하여 부적법하다는 이유로 각하하였어야 함에도 불구하고 이를 간과하고 재심사유의 존부에 관하여 판단하여 재심청구를 기각한 이건 심결은 그 자체로 위법하다(특허법원 1998. 8. 20. 선고 98허4036 판결).

○ 특허법 제180조 제5항의1에 규정된 '해당심결 이전에 행하여진 확정심결과 저촉되는 이유'라함은 동일 당사자간의 같은 내용의 사건에 관하여 저촉되는 확정심결이 있는 경우를 말하는 것인 바(대법원 98. 3. 24. 선고 97다32833 판결 등 참조), 이 사건 재심의 대상심결은 그 심결전에 확정된 특허청 심판소 88당797호 심결과는 동일한 당사자간의 심결사건이 아니고, 그 내용도 동일하지 아니하여 확정심결과 저촉되는 때에 해당하지 아니하므로, 재심 제기의 기간 제한을 받지 아니한다고 볼 수는 없으니 같은 전제에서 이 사건 재심청구를 각하한 원심의 처리는 원고(재심원고)만이 상고한 이 사건에서 결과적으로 정당하다(대법원 2001. 10. 12. 선고 99후1737 판결).

○ 재심청구인이 주장하는 민사소송법 제451조 제1항 제9호 소정의 '판결에 영향을 미칠 중요한 사항에 관하여 판단을 누락한 때'에 해당하는 재심사유의 존재는 특단의 사유가 없는 한 재심대상판결의 정본을 읽어봄으로써 알 수 있는 것이므로, 이를 알지 못하였다는 특단의 사유에 대한 주장 입증이 없는 이 사건에 있어서, 원고는 재심대상판결의 정본을 송달받은 1992. 12. 3. 재심사유의 존재를 알았다고 봄이 상당하고, 그렇다면 이 사건 재심의 소는 원고가 재심사유의 존재를 안 후로서 재심대상판결이 확정된 1993. 3. 12.로부터 30일내에 제기하여야만 하는 것인데, 재심제기의 기간이 경과한 후인 1993. 4. 19.에 제기되었음이 기록상 명백하므로, 이 사건 재심의 소는 부적법한 것이다(대법원 1993. 12. 14. 선고 93다43798 판결).

### 마. 재심의 사유

○ 상고이유가 상고심절차에 관한 특례법 소정의 심리불속행사유에 해당한다고 보아 더 나아가 심리를 하지 아니하고 상고를 기각한 재심대상판결에는, 상고이유에 대한 판단유탈이 있을 수 없으므로 이를 민사소송법 제451조 제1항 제9호의 재심사유로 삼을 수 없다(대법원 2007. 3. 30. 선고 2006재후29 판결).

○ 심리미진은 상고심판결인 재심대상판결에 대한 재심사유가 될 수 없다(대법원 2007. 3. 30. 선고 2006재후29 판결).

○ 인용상표의 선출원을 이유로 등록상표의 등록무효심판이 확정된 후 피심판청구인이 심판청구인을 상대로 인용상표에 대하여 상표등록무효심판을 청구한 사건의 항고심인 특허청 항고심판소에서 인용상표를 무효로 한 심결이 내려지고 대법원에서 그에 대한 심판청구인의 상고가 기각되었다면, 인용상표는 구 상표법(1990. 1. 13. 법률 제4210호로 개정되기 전의 것) 제13조 제3항, 제48조 제2항에 의하여 위 등록상표에 대한 관계에서 처음부터 없었던 것으로 보아야 할 것이고, 인용상표가 소급적으로 없었던 것이 되었음에도 불구하고 선출원되어 유효하게 등록되었음을 기초로 한 위 등록상표의 등록무효심판의 확정판결에는 민사소송법 제422조 제1항 제8호 소정의 재심사유가 있다(대법원 1997. 9. 12. 선고 97재후58 판결).

○ 구 특허법 제129조 제5항에 의한 재심대상이 될 수 있는 '해당 심결 이전에 행하여진 확정심결과 저촉한다.'는 그 확정심결이라 함은 청구의 동일성 및 당사자의 동일성이 인정되는 경우라야 할 것이다. 그리고 구 특허법 제131조에 의하여 준용되는 민소법 제422조 제1항의 '당사자가 재심사유를 알고 이를 주장하지 아니한 때에는 예외로 한다.' 함은 재심사유로 삼을 수 없다는 뜻이라 할 것이며, 이는 상소를 하여 주장하지 아니한 경우는 물론 이 사유를 알고도 상소를 하지 아니하여 주장을 하지 아니한 경우도 재심사유로 삼을 수 없다는 것이다(대법원 1972. 3. 23. 선고 71후32 판결).

○ 민사소송법 제422조 제1항 단서에서 「이를 알고 주장하지 아니한 때」라 함은 당사자가 재심사유의 존재를 알았음에도 불구하고 상소를 제기하면서 이를 상소심에서 주장하지 아니한 경우뿐만 아니라, 상소를 제기하지 아니하여 판결(이 사건에서는 심결)을 확정시킨 경우도 포함하는 것이라고 풀이하여야 할 것이고, 판단유탈과 같은 재심사유는 심결이유를 읽어봄으로서 쉽게 알 수 있는 것이므로 당사자는 특별한 사정이 없는 한 심결정본의 송달에 의하여 이를 안 것이라고 봄이 상

당하다. 그렇다면 항고심판청구인이 이 사건에서 재심사유로 내세운 판단유탈은 특별한 사정의 주장, 입증이 없으므로 재심대상 심결정본의 송달에 의하여 알았던 것이고, 이를 알고도 상소에 의하여 주장하지 아니한 경우에 해당되어 그 사유를 이유로 한 재심청구는 할 수 없다 할 것이니, 이유는 달리하나 재심청구를 각하한 원심결의 결론은 이 점에서 정당하다(대법원 1985. 10. 22. 선고 84후68 판결).

○ 민소법상 제422조 제1항 제9호에 규정된 재심사유인 '판결에 영향을 미칠 중요사항에 관하여 판단을 유탈한 때'라 함은 판결의 결론에 영향이 있는 당사자의 공격방어방법에 대하여 판결 이유 중에 아무런 판단을 표시하지 아니한 경우를 말하는 것이므로 그에 대한 판단이 있는 이상 설령 그 판단내용에 잘못이 있다거나 그 판단에 이르는 이유가 소상하게 설시되어 있지 않았다거나 또는 상고인의 주장을 배척한 근거를 일일이 개별적으로 설명하지 아니하더라도 이는 위 법조가 규정하는 재심사유가 되지 아니한다(대법원 1989. 4. 25. 선고 88재후49, 88후1458 판결).

○ 민소법 제422조 제1항 제9호의 판결에 영향을 미칠 중요한 사항이라 함은 직권조사사항 여부를 불문하나, 다만 당사자가 주장하였거나 그 조사를 촉구하지 아니한 직권조사사항은 이를 판단하지 아니하였다고 하여도 위 법조 소정의 재심사유에 해당하지 않는다 할 것이므로(당원 82. 12. 29. 82사19 결정 참조), 소론과 같이 위 상고 이유에 명시되지 아니한 직권조사사항으로서 그 판결결론에 영향을 미칠 중요한 사항이 있다고 하더라도 원고가 이를 주장하거나 그 조사를 촉구한 바 없는 이상 그 판단유탈을 재심사유로도 삼을 수 없다 할 것이다(대법원 1994. 11. 8. 선고 94재누32 판결).

○ 민소법 제422조 제1항 제9호에서 판결에 영향을 미친 중요한 사항에 관하여 판단을 유탈한 때라 함은 소송요건에 흠이 없어서 본안에 들어가 사건을 판단하는 경우에 있어서는 당사자가 적법히 소송상 제출한 공격방어의 방법으로서 당연히 판결의 결론에 영향이 있는 것에 대하여 판결이유 중에서 판단을 표시하지 않는 것을 말하고, 소송요건에 흠이 있어서 본안에 들어가 판단을 할 수 없는 경우에 있어서는 그 소송은 부적법하다 하여 각하하여야 하고 본안에 대한 판단을 할 수 없으므로, 이러한 경우에 본안에 대한 판단이 없다하여 민소법 제422조 제1항 제9호에서 이른바 판결에 영향을 미칠 중요한 사항에 관하여 판단을 유탈한 때에 해당한다고 할 수 없다(대법원 1994. 11. 8. 선고 94재누32 판결).

○ 민소법 제422조 제1항 제8호 소정의 재심사유인 '판결의 기초로 된 민사나 형사의 판결 기타의 재판 또는 행정처분이 다른 재판이나 행정처분에 의하여 변경된 때'라 함은 그 확정판결에 법률적으로 구속력을 미치거나 또는 그 확정판결에서 사실인정의 자료가 된 판결 등 재판이나 행정처분이 그 후 다른 재판이나 행정처분에 의하여 확정적이고 소급적으로 변경된 경우를 말한다 할 것이고(대법원 82. 5. 11. 선고 81후42 판결, 91. 7. 26. 선고 91다13694 판결, 94. 11. 25. 선고 94다33897 판결 각 참조), 이 사건 재심대상판결의 기초로 된 재판이라고 주장된 당원 1987. 10. 13. 선고 87후45 판결 및 1991. 8. 27. 선고 90후1512 판결은 모두 이 사건과는 당사자를 달리하는 판결들로서 이 사건 재심대상판결에 법률적으로 구속력을 미치는 경우라고 할 수 없을 뿐 아니라 상고심 판결인 이 사건 재심대상판결에서 위 판결들이 사실인정의 자료로 쓰인 것도 아님이 명백하므로, 위 판결들이 이 사건 재심대상 판결의 기초로 되었다고 할 수 없다(대법원 1995. 6. 29. 선고 94재후26 판결).

○ 민사소송법 제451조 제1항 제8호는 "판결의 기초로 된 행정처분이 다른행정처분에 의하여 변경된 때"를 재심사유로 규정하고 있다. 이는 판결의 심리·판단 대상이 되는 행정처분 그 자체가 그 후 다른 행정처분에 의하여 확정적·소급적으로 변경된 경우를 말하는 것이 아니고, 확정판결에 법률적으로 구속력을 미치거나 또는 그 확정판결에서 사실인정의 자료가 된 행정처분이 다른 행정처분에 의하여 확정적·소급적으로 변경된 경우를 말하는 것이다. 여기서 '사실인정의 자료가 되었다'는 것은 그 행정처분이 확정판결의 사실인정에 있어서 증거자료로 채택되었고 그 행정처분의 변경이 확정판결의 사실인정에 영향을 미칠 가능성이 있는 경우를 말한다(대법원 1994. 11. 25.선고 94다33897 판결, 대법원 2001. 12. 14. 선고 2000다12679 판결, 대법원2020. 1. 22. 선고 2016후2522 전원합의체 판결).

○ 대법원의 판례가 법률해석의 일반적인 기준을 제시한 경우 유사한 사건을 재판하는 하급심법원의 법관은 판례의 견해를 존중하여 재판하여야 하는 것이나, 판례가 사안이 서로 다른 사건을 재판하는 하급심법원을 직접 기속하는 효력이 있는 것은 아니므로, 하급심법원이 판례와 다른 견해를 취하여 재판한 경우에 상고를 제기하여 구제받을 수 있음을 별론으로 하고 민소법 제422조 제1항 제1호 소정의 재심사유인 법률에 의하여 판결법원을 구성하지 아니한 때에 해당한다고 할 수 없다(대법원 1996. 10. 25. 선고 96다31307 판결).

○ 민사소송법 제422조 제1항 제7호 소정의 "증인의 허위진술이 판결의 증거로 된

때"라 함은 증인이 직접 그 재심의 대상이 된 소송사건을 심리하는 법정에서 허위로 진술하고 그 허위진술이 판결주문의 이유가 된 사실인정의 자료가 된 경우를 가리키는 것이지, 그 증인이 그 재심대상이 된 소송사건 이외의 다른 민·형사 관련사건에서 증인으로서 허위진술을 하고 그 진술을 기재한 조서가 재심대상 판결에서 서증으로 제출되어 이것이 채용된 경우는 위 제7호 소정의 재심사유에 포함될 수 없다(대법원 1997. 3. 28. 선고 97다3729 판결, 1993. 6. 11. 선고 93므195 판결, 1992. 6. 12. 선고 91다33179, 91다33186 판결, 1980. 11. 11. 선고 80다642 전원 합의체 판결 등 참조).



○ 화학관련 심판사건에 있어서 화학분야를 전공하지 아니한 심판관이 심판에 관여하였다는 재심주장 사유는 구 특허법(1990. 1. 13. 법률 제4207호로 전문 개정되기 전의 것) 제136조 제2항에 의하여 준용되는 민소법 제422조 제1항 제2호에 해당하지 않을 뿐만 아니라, 민소법 제422조 제1항 각 호의 어디에도 해당하지 아니한다(대법원 1997. 6. 27. 선고 97후235 판결).

○ 민사소송법 제422조 제1항 제6호 소정의 '판결의 증거로 된 문서 기타 물건이 위조나 변조된 것인 때'라 함은, 그 위조된 문서 등이 판결주문의 이유가 된 사실인정의 직접적 또는 간접적인 자료로 제공되어 법원이 그 위조문서 등을 참작하지 않았더라면 해당 판결과는 다른 판결을 하였을 개연성이 있는 경우를 말하고 그 위조문서 등을 제외한 나머지 증거들만 가지고도 그 판결의 인정 사실을 인정할 수 있거나 그 위조문서 등이 없었더라면 판결주문이 달라질 수도 있을것이라는 일응의 개연성이 있지 아니하는 경우 또는 위조문서 등이 재심대상 판결이유에서 가정적 또는 부가적으로 설시한 사실을 인정하기 위하여 인용된 것이고 주요사실의 인정에 영향을 미치지 않는 사정에 관한 것이었을 때에는 재심사유가 되지 않으며(대법원 94. 9. 23. 선고 93 누20566 판결 등 참조), 여기에서 말하는 '위조'에는 형사상 처벌될 수 있는 허위공문서작성이나 공정증서원본불실기재가 포함된다(대법원 1982. 9. 28. 선고 81다557 판결 참조, 97. 7. 25. 선고 97다15470 판결).

○ 결국 이 부분 재심청구이유는 재심대상판결의 사실인정과 판단내용이 부당하다고 다투는 것에 지나지 아니한 바, 이는 앞에서 본 바와 같이 재심사유인 판단유탈에 해당하지 않는다고 할 것이다(대법원 2001. 10. 12. 선고 2001재후24 판결).

○ 원심은 위 인정사실에 의하여, 피고는 원고 A와의 위와 같은 상표 분쟁과정 및

원고 A와 위 소외인들과의 연락을 통하여 원고 A의 주소를 알고 있었음에도 불구하고 허위의 주소를 심판청구서에 기재하여 이 사건 재심대상인 심판의 청구를 하였다고 할 것이므로, 이 사건 재심대상 심결은 특허법 제178조 제2항에 의하여 준용되는 민소법 제422조 제1항 제11호 소정의 재심사유가 있다고 판단하였다. 그러나, 기록에 의하니 원심이 피고가 이 사건 재심대상 심판의 청구당시 원고 A의 주소를 알고 있었다고 본 근거사실 중, 피고와 원고 A의 등록 제*****호 상표에 대한 분쟁사실 및 피고의 상표권 매수 제의사실은 그것만으로는 피고가 원고 A의 주소를 알고 있었다고 볼 근거가 될 수 없고(등록 제*****호 상표의 등록취소심판에서 1995. 11. 28.의 대법원판결에 이르기까지 심판 및 소송서류에서 원고 A는 상표등록원부상의 옛날 주소를 사용하였음이 인정되고, 피고의 상표권 매수 제의도 1994.경의 일로서 원고 A의 주소지에서 있었던 일도 아니다), 또한 원고 A와 피고가 동종업계에서 있었던 관계로 서로의 근황과 연락처를 잘 알고 있었다는 소외 X, Y의 각 진술(갑 제6, 7호증의 인증서)은 X가 이 사건 등록상표의 사용권자인 △△금속의 직원인 점, Y는 원고 A가 경영하던 △△△산업의 과거 직원이었던 점 및 그 진술서의 형식과 내용등에 비추어 볼 때, 그를 선뜻 믿기 어렵다 할 것이며, 나아가 서로의 근황과 연락처를 잘 알고 있었다는 사실만으로 피고가 원고 A의 주소를 알고 있었다고 단정하기 부족하고, 이 사건 재심대상 심판의 서류는 이 사건 등록상표권의 공유자인 원고 주식회사 △△에게는 적법히 송달되었으므로 그 회사를 통하여 다른 공유자인 원고 A에게도 심판의 청구사실이 알려지게 될 것은 쉽게 예상할 수 있는 것이기 때문에 그와 같은 기망의 방법으로 심결을 얻어내기 위하여 굳이 원고 A의 주소만을 허위로 기재하였다고 보기는 어렵다 할 것이다. 따라서, 원심으로서는 피고가 더욱 자세히 심리하는 것이 기대되었음에도 그 심리가 이루어지지 않은 단계에서 위의 인정사실만으로 피고가 원고 A의 주소를 알고 있었다고 단정한 데에는 필요한 심리를 다하지 않았거나 증거법칙을 위배하여 사실을 오인함으로써 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다 할 것이므로 이 점을 지적하는 상고이유의 주장은 정당하기에 이 법원은 그 주장을 받아들인다(대법원 2002. 7. 12. 선고 2001후2610 판결).

## 2 심결례

○ 기록에 의하면, 이 사건 재심사유에서 청구인이 이 사건 재심대상 심결의 기초가 되었다고 주장하는 '우선권 주장에 대한 무효처분통지서(갑 제2호증)', '서울고등법원2016누30905 판결(갑 제3호증)'은 모두 이 사건 재심대상 심결의 '이 사건 특허발명(출원번호 : 제10-2014-7009842호)'과는 그 출원번호를 달리하는 별개의 특허출원(출원번호: 제10-2014-7010065호 등)에 대한 행정처분 및 판결로서 처분대상 및 소송물을 달리하고 있는바, 이 사건 재심대상 심결에 법률적으로 구속력을 미치는 경우라고 할 수 없을 뿐 아니라, 이 사건 재심대상 심결에서 위 행정처분 및 판결들이 사실인정의 자료로 쓰인 것도 아님이 명백하므로, 결국 위 행정처분 및 판결이 이 사건 재심대상 심결의 기초로 되었다고 할 수 없다. 따라서 이 사건 재심대상 심결에 대해 민사소송법 제451조제1항 제8호의 재심사유가 있다고 인정할 수 없다(특허심판원 2020. 10. 29. 선고 2019재당8 심결).

○ 위에서 살펴본 바와 같이, 재심청구인은 특허법 제179조의 규정에 따라 재심을 청구할 수 있는 당사자 지위를 가지고 있지 않고, 특허법 제178조에 의한 이 사건 재심청구는 재심청구기간을 도과한 것이고, 청구인이 주장하는 재심사유는 특허법 제178조제2항에서 준용하는 민사소송법 제451조 제1항 제1호 내지 제11호가 한정하고 있는 재심사유에 해당하지 아니하거나 그 자체로서 이유 없으므로, 결국 이 사건 재심청구는 부적법한 청구로서 그 흠결을 보정할 수 없는 경우에 해당하여, 특허법 제142조에 의하여 각하되어야 한다(특허심판원 2019. 8. 13. 선고 2019재당2 심결).

○ 살펴보면, 특허법 제178조 제2항에서 준용하는 민사소송법 제451조 단서에 "다만, 당사자가 상소에 의하여 그 사유를 주장하였거나, 이를 알고도 주장하지 아니한 때에는 그러하지 아니하다"고 규정되어 있고, 재심청구인의 주장은 재심대상 심결에서 이 사건 특허발명의 진보성 판단에 잘못이 있다는 것이나, 2017허4945 판결문에 의해 재심청구인은 재심대상 심결에서 한 이 사건 특허발명에 관한 진보성 판단에 잘못이 있음을 이미 주장하였다는 것을 알 수 있는바, 재심대상 심결에 진보성 판단의 잘못이 있다는 것을 이유로 한 재심의청구는 민사소송법 제451조 단서에 의해 허용되지 않는다. 게다가, 재심청구인이 2016당460 심결에서 특허법 규정에 대한 착오나 오인이 있다고 주장하는 특허법 제132조의2 제2항의 규정은 '특허취소신청'에 적용되는 규정이므로, 이는 재심청구 대상인 2016당460

사건(특허법 제133조에 규정된 특허의 무효심판)에는 적용되지 않은 규정이다. 즉 재심대상 심결에는 재심청구인이 주장하는 것과 같은 특허법 규정에 대한 착오나 오인은 찾아볼 수 없다. 따라서, 재심청구 대상인 2016당460 사건에는 특허법 제178조 제2항에서 준용하는 민사소송법 제451조 제1항 제9호의 재심사유가 없다(특허심판원 2019. 8. 21. 선고 2018재당1 심결).

○ 구 상표법 제84조의2는 재심청구의 기간과 관련하여 '당사자는 심결 확정 후 재심의 사유를 안 날부터 30일 이내에 재심을 청구하여야 한다'라고 규정하고 있다. 그런데 위 '가. (1)'에서 인정된 사실에 의하면, 청구인은 아무리 늦어도 2015. 1. 8. 이전에 이 사건 재심청구사유를 알고 있었다고 봄이 타당하다고 판단된다. 따라서 2015. 10. 21.자로 비로소 제기된 이 사건 재심청구는 그 청구기간이 도과된 이후에 청구된 것이라 할 것이다. 이에 대하여 청구인은 원심결을 번복할 수 있는 구체적인 증거를 확보하지 못한 상태에서 위 '가. (2)'에서와 같이 원심결에서 인용되었던 대리운전 콜 내역서와 다른 콜내역서를 송달받은 날인 2015. 10. 13.자에 위 재심사유가 있는 것을 알았다고 주장한다. 그러나 증거를 확보하였는지 여부에 따라 재심사유를 알고 있었는지 여부가 결정된다고 볼 수 없고(특허법원 2013. 6. 26. 선고 2012허4346 판결 참조), 위 '가. (3)'에서와 같이 원심판절차에 제출된 대리운전 콜 내역서 증거가 위조, 조작된 것이라고 볼 수 없다는 법원의 결정이 최종 확정되었으므로, 청구인의 위 주장은 이유 없다. 따라서 이 사건 재심청구는 구 상표법 제84조의2에서 규정하고 있는 심결 확정 후 재심사유를 안 날로부터 30일이 경과하여 재심을 청구한 것이므로 그 청구기간을 도과한 부적법한 청구이다(특허심판원 2016. 9. 22. 선고 2015재당3 심결).

○ 특허법 제180조 제3항에는 "심결 확정 후 3년이 지나면 재심을 청구할 수 없다."고 규정되어 있다. 그런데, 이 사건 재심청구는 2015. 6. 2. 청구되었고, 특허등록원부에 의하면 재심대상심결은 2011. 7. 18. 확정되었다. 따라서 이 사건 재심청구는 재심청구기간을 도과하여 청구된 것이어서 부적법하다(특허심판원 2015. 7. 10. 선고 2015재당2 심결).

○ 그런데, 청구인이 재심청구한 원심결(2013당576 사건 심결)은 청구인이 주장하는 건 외 2012원846 사건 심결을 기초로 하여 판단한 사실이 없을 뿐만 아니라(원심결의 내용을 살펴보더라도 그 어디에서도 2012원846 사건 심결을 전제로 한다는 내용을 확인할 수 없다), 건 외 특허심판원 2012원846 사건 심결은 다른 재판이나 행정처분에 따라 바뀐 적도 없이 그 자체로 확정된 심결로서 '다른 재

판이나 행정처분에 따라 바뀐 때'에 해당하지도 않는다. 따라서, 이 사건 재심청구는 민사소송법 제451조 제1항 제8호의 재심사유에 해당하지 않는 부적법한 청구에 해당한다(특허심판원 2016. 2. 22. 선고 2015재당1 심결).

○ 따라서 특허법 제179조에 의거한 사해심결에 대한 재심청구는 제3자(재심청구인) 및 공동피청구인(재심의 대상이 되는 심판의 양 당사자)간의 3면 관계가 처음부터 법률상 정해져 있고, 당사자의 보정은 오기의 심판청구서 전취지를 통해 합리적으로 해석되는 자와 동일성을 유지하는 경우를 제외하고는 허용되지 아니하므로(대법원 1995. 1. 12. 선고 93후1414 판결 참조), 이러한 기준에 근거하여 보면, 2013. 10. 29. 심판청구서 등 보정에 의해 재심피청구인으로 추가한 ○○코퍼레이션은 재심의 대상이 되는 심판의 양 당사자가 아니어서 적법한 재심피청구인에 해당하지 않으므로, ○○코퍼레이션을 재심피청구인으로 추가한 2013. 10. 29. 심판청구서 등 보정은 허용되지 않는다(특허심판원 2013. 11. 18. 선고 2013재당3 심결).

○ 재심대상심결은 원고가 그 정본을 송달받은 2010. 11. 1. 재심사유의 존재를 알았다고 봄이 상당하므로, 재심청구인이 재심사유의 존재를 안 이후로써 재심대상심결이 확정된 2011. 7. 14.로부터 30일 이내에 재심사유 1, 2에 대한 재심의 심판을 청구하였어야 할 것인데, 재심청구인은 특허법 제180조 제1항의 재심제기의 기간이 경과한 후인 2013. 9. 23. 재심사유 1, 2에 대한 심판을 청구하였으므로, 이 부분 재심의 소는 부적법하다고 할 것이다(특허심판원 2013. 11. 13. 선고 2013재당1 심결).

○ 특허법 제179조에 의거한 사해심결에 대한 재심청구는 제3자(재심청구인) 및 공동피청구인(재심의 대상이 되는 심판의 양 당사자)간의 3면 관계가 처음부터 법률상 정해져 있고, 그 3면 관계의 분리취하나 분리각하는 상정하기 어렵기 때문에, 고유필요적 공동심판의 관계에 있다고 할 것이고, 고유필요적 공동소송에서 공동소송인으로 될 자를 일부 빠뜨림으로써 당사자 적격에 흠결이 생긴 경우 당사자를 추가할 수 있다는 점을 감안하면(대법원 1993. 9. 28. 선고 93다32095 판결 참조), 2012당510 무효심판의 당사자인 주식회사 ○○○○를 재심피청구인으로 추가한 2012. 11. 5. 심판청구서 등 보정은 허용된다고 보는 것이 타당하다(특허심판원 2013. 2. 15. 선고 2012재당1 심결).

○ 이 사건 재심청구로 돌아와 보건대, 이 사건 재심대상심결인 2012. 12. 14. 2011당2627 심결은 위에서 살펴본 절차의 경위로부터 알 수 있는 바와 같이 특

허법원에 소가 제기되어 현재 소 계속 중에 있으므로 확정되지 않은 것이 명백하다 할 것이고, 이 사건 재심청구는 이 사건 재심대상심결이 확정되지 않은 시기인 2012. 12. 24. 청구된 것이므로, 확정되지 않은 심결을 대상으로 하여 제기한 이 사건 재심청구는 부적법하다 할 것이다(특허심판원 2013. 2. 1. 선고 2012재당3 심결).

○ 이 사건 재심청구로 돌아와 보건대, 먼저 특허법원 2010허 6218 권리범위확인(실) 판결은 2011. 8. 29.자로 선고하여 2011. 9. 16.자로 확정된 것으로서 이 사건 재심대상심결일인 2009. 11. 26. 이전에 확정된 판결이라 할 수 없어 이 사건 재심청구는 재심사유에 해당하지 않는다. 나아가 이 사건 재심대상심결인 2009. 11. 26.자 2009당1914 심결은 무효심판에 관한 것이고, 재심청구의 이유로 제시된 2011. 8. 29.자로 선고된 특허법원 2010허 6218 권리범위확인(실) 판결은 특허심판원 2010당 138호 권리범위확인심판 사건에 대한 판결로, 양자는 별개의 심판에 해당하므로 이 사건 재심청구는 재심사유에 해당하지 않는바, 어느 모로보나 재심사유에 해당하지 않는다(특허심판원 2013. 4. 23. 선고 2011재당2 심결).

# 색 인 목 록


ㄱ

가족관계등록부 ····· 93,96,222,229
간접대리 ····· 124
간접증거 ····· 339,340
감정의무 ····· 431
감정인 ····· 351,352,384,411,431,433
감정증인 ····· 352,384,431,435
개별대리 ····· 106
거절결정불복심판 ····· 40,87,135,234,488
검증물 ····· 355,421,422,424,438,424
검증의 신청 ····· 424
검증조서 ····· 422,427,428
격리신문 ····· 295,407
결정각하 ····· 221
결정계 심판 ····· 12,13,72,142,191
경정결정 ····· 525,526,527,550
경제적 가치 ····· 22
고유필수적 공동소송 ····· 448,459,501,536
공격방어방법 ····· 232,254,283,311,472
공동대리 ····· 106
공동심판 ····· 174,505,516,534
공모 ····· 583
공문서 ····· 363,365
공서양속 ····· 543
공시송달 ····· 155,165,183,184,185,575
공휴일 ····· 157,539,545
과태료 ····· 163,399,400
교부송달 ····· 146,181,187
구성요소 ····· 492,580
구술심리 ····· 273,279,280,282,285,290
구술심리기일변경통지서 ····· 288
구술심리기일취소통지서 ····· 151,289
구술심리주의 ····· 289
권리능력 ····· 61,62,63,64,65,66
권리범위 확인심판 ·· 19,20,21,140,213,234
귀책사유 ····· 73,399
근로자의 날 ····· 501,539
금치산자 ····· 94
기간연장신청서 ····· 160
기간의 계산 ····· 155,156
기간의 말일 ····· 157
기술설명회 ····· 118,342
기술심리관 ····· 38
기속력 ····· 505,506,526,550,551,552
기재불비 ····· 465
기피 ····· 39,47,48,49,50,174,434
기피신청 ····· 48,49,52,435
기피원인 ····· 47,48

ㄴ

내국인 ····· 62,63,189

ㄷ

답변서 ····· 143,160,162,453
당사자 능력 ····· 59,62
당사자계 심판 ····· 12,16,73,97,192,212
당사자신문 ····· 381,382,383,411
당사자의 확정 ····· 71,75
당사자참가 ····· 83,88
대리권의 발생 ····· 93,98,103
대리권의 범위 ····· 32,93,97,99,101,104
대리권의 소멸 ····· 93,98,169
대리인 ·· 92,93,95,98,99,100,103,112,114

대질신문 ····· 407
동일사실 ····· 237,254,257,258,264
동일심판 ····· 255
동일증거 ····· 237,254,258,259,264
동종업자 ····· 247

ㅁ

면담 ····· 303
명세서 ····· 233
모형·견본 ····· 457
무국적자 ····· 65
무권대리 ····· 108,109
무효심판 ····· 16,17,18,233,234,461
무효처분 ····· 220
무효처분의 취소 ····· 220
문서의 증거력 ····· 364
문서송부촉탁 ····· 353,366
문서제출명령 ····· 353,366,368
미성년자 ····· 58,67,94

ㅂ

반대신문 ····· 296,396,404,405
반려 ····· 138,214,215,217,333
반증 ····· 340
방식심리 ····· 137,205,213,570
법인대표자 ····· 246
법정기간 ····· 151,158,498
법정기간연장신청서 ····· 158
법정대리인 ····· 92,93,94,105,114,169
변경출원 ····· 543
변조 ····· 576
병합심결 ····· 181,325,504
병합심리 ····· 321,322
보고문서 ····· 363,366
보정각하결정불복심판 ····· 70
보정명령의 절차 ····· 219
보정명령의 효과 ····· 219
보조참가 ····· 83,91
보충서 ····· 140
보충신문 ····· 406
복대리권 ····· 105
복대리인 ····· 104,105,106,115,116
복수의 정정청구 ····· 232
본안심리 ····· 137
본증 ····· 340
부가기간 ····· 152,160,161
부가기간지정서 ····· 160
부본송달 ····· 196,427
부실권리 ····· 460
부정경쟁 ····· 329
부정사용 ····· 19
분할출원 ····· 292,491
불변기간 ····· 161,506,538,539
불사용 ····· 249
불출석 ····· 298
비밀누설죄 ····· 202
비조약국 ····· 64

ㅅ

사건의 표시 ····· 397,453
사문서 ····· 363,365
사실조회 ····· 378,379
사해심결 ····· 582
산업상 이용가능성 ····· 257
상고기간 ····· 500,502,503,549
상고이유서 ····· 545
상고장 ····· 176,545
상소권 ····· 502
상표견본 ····· 209
상표관리인 ····· 251

상표권 이전 ····· 78
상표등록원부 ····· 78
상표등록이의신청 ····· 134
상표등록출원 ····· 64
상표등록취소심판 ····· 248,460
상표법조약 ····· 64
상품분류전환등록의 무효심판 ·· 17,239,460
서면심리주의 ····· 278,280
서증부호 ····· 300
석명권 ····· 348
선서서 ····· 295,401
선서의무 ····· 387
설명회 ····· 303,304,307,308,309
성립의 인부 ····· 291,365
소 취하 ····· 449
소송비용 ····· 110,510,511
소송수행자 ····· 104,555,556
속행통지 ····· 313
손해배상 ····· 105,432
수계신청 ····· 171,172
승계인 ····· 58,170,177
신속심판 ····· 317,318,319
실시권자 ····· 244
실시사업 ····· 589
실시여부 ····· 284
실질적 기재사항 ····· 302,382
실질적 변경 ····· 228
실질적 증거력 ····· 337,362,363,366,420
심결각하 ····· 74,141,231
심결의 확정 ····· 146,497,588
심결일자 ····· 147,316,479
심결전치주의 ····· 530
심리병합 ····· 321,322,323
심리분리 ····· 327
심리재개 ····· 471,472
심리종결예정시기 ····· 342,468
심리종결통지 ····· 468,470,471
심문서 ····· 312
심사전치 ····· 32,218
심판비용 ····· 510,511,513,514,517
심판비용액 결정청구 ····· 517,518
심판비용예납요구서 ····· 394,395
심판비용의 계산 ····· 513
심판사건신청서 ····· 388,423
심판사무관 ····· 57,201,286
심판수행자 ····· 486,487
심판청구의 포기 ····· 463
심판합의체 ····· 473
쌍방대리 ····· 107

## ㅇ

예납금의 반환 ····· 524
예납금의 지급 ····· 524
요지변경 ····· 139,140,224,227,228
우선심판 ····· 314,315
우편송달 ····· 181
위반행위 ····· 249
위임대리인 ····· 454
위임장 ····· 96,97,100,109
위조 ····· 576,577,597
유도신문 ····· 299,403,409
유사필수적 공동소송 ····· 448,459
유일한 증거 ····· 343,357
의견제출기회 ····· 432,490,510
이해관계의 조사 ····· 245
이해관계인 ····· 240,242,243,244,245
인감증명서 ····· 222
인낙 ····· 463,464
일사부재리 ····· 236,254,255,256,259
입증책임 ····· 345,539,541,542

## ㅈ


자백 ····· 340,342,380,464
자백간주 ····· 163,380
자유실시 ····· 284
자판 ····· 333
재소금지 ····· 284
재심 ····· 202,560,570,572,588
재심사유 ····· 263,560,563,570,571
재외자 ····· 99,102,114,146,188
재정증인 ····· 386,409
재주신문 ····· 405,406
적법성심리 ····· 205,230
전기통신회선 ····· 343,344
전산정보처리조직 ····· 130,182
전속관할 ····· 235,531
전용사용권자 ····· 21,239,243
전용실시권자 ····· 19,142,209,242
전자문서이용신고 ····· 182,186
전자송달 ····· 146,182
전자적 기록매체 ····· 130
절차능력 ····· 59,67,77
절차의 속행 ····· 178
절차의 정지 ····· 167
절차의 중단 ····· 168
접수증 ····· 132
정보제공 ····· 332
정정 무효심판 ····· 75,87,140,225
정정명세서 ····· 129,227,323
정정명세서 공고의뢰 ····· 500
정정심판 ····· 15
정정청구 ····· 122,199,213,233,256
정정청구서 ····· 144,162,218,323
제소기간 ····· 111,161,500,533
제척기간 ····· 86,457,566,567,592
제척신청 ····· 41,475
제척원인 ····· 39
조서의 기재사항 ····· 301
조서의 증명력 ····· 303
조약국 ····· 63,64
종국판결 ····· 45,52,176,264,458,478
종업원 ····· 246,391
주심심판관 ····· 54,104,137,147
준문서 ····· 356
중단 또는 중지 ····· 37,71,83,175
중단된 절차의 수계 ····· 171
중복심판청구 ····· 267
중지결정 ····· 174,175
중지결정의 취소 ····· 174
중지사유 ····· 175
증거능력 ····· 338
증거력 ····· 338
증거물건 ····· 135,197,300
반환 ····· 522
증거방법 ····· 129,323,337
증거보전 ····· 436
증거보전결정 ····· 439
증거보전절차 ····· 436,441
증거보전의 사유 ····· 437,439
증거자료 ····· 338
증거조사 ····· 335,346
증거조사결정 ····· 360
증거조사신청서 ····· 349,351
증거조사의 실시 ····· 360
증인능력 ····· 385
증인신문 ····· 384
증인신문조서 ····· 298,353,362,411
증인진술서 ····· 396
증인출석요구서 ····· 295,386,391,401
지정기간 ····· 151
지정대리인 ····· 97,103

직권신문 ····· 406
직권조사 ····· 245,273
직권주의 ····· 273,275
직권진행주의 ····· 275
직권탐지주의 ····· 276
직접심리주의 ····· 337,460
직접증거 ····· 339,340
진보성 ····· 257,258,491,599
진술요지서 ····· 285,286
진술의무 ····· 386
질권자 ····· 129,209,535
집행력 ····· 94,520,590
집행문 부여 ····· 521

## ㅊ

참가신청서 ····· 84,85,218
참가의 취하 ····· 90
참가인 ····· 82
참가허부결정 ····· 85,177,488
참고자료 ····· 338,433
채증법칙 ····· 343
처분문서 ····· 363
청구의 포기 ····· 463
청구취지의 일부취하 ····· 299
청산 중인 회사 ····· 70
최고서 ····· 519
추후 보완 ····· 164,165
출석의무 ····· 382,385
출원공개 ····· 68,191
출원공고결정 ····· 15
출원인변경신고 ····· 72,177
특허고객번호 ····· 63,128,213,453
취소이유 ····· 23
취소결정불복심판 ····· 70,158,500
취하서 채부의 권한 ····· 456
취하서에 대한 반려처분 ····· 455
취하서의 점검 ····· 452
침해소송 ····· 10,281,317,528

## ㅌ

통상실시권자 ····· 22,23,83,129,209
통상실시권허락심판 ····· 234,589
특별송달 ····· 185,186
특별수권 ····· 96,454,574
특별행정심판 ····· 3
특허권 존속기간 연장등록의 무효심판 ··· 17
특허발생요건 ····· 542
특허법인 ····· 95
특허소송 ····· 528
특허장애요건 ····· 543
특허취소신청 ····· 274,307,531

## ㅍ

파리조약 ····· 65,223
판단누락 ····· 540,565,579
파산관재인 ····· 68,69,74,169
패소자 부담 ····· 514
포괄위임 ····· 111
포기 ····· 463
피고경정 ····· 80,544
피참가인 ····· 58,83,354,484
필수적 기재사항 ····· 73,94,428,482,586

## ㅎ

한정치산자 ····· 94,120
행위의무 ····· 408
행정소송 ····· 12,13,103,345,528
행정심판 ····· 3
헌법재판소 ····· 529

현장검증 ····· 355,422
형성력 ····· 590
형식적 기재사항 ····· 301
형식적 증거력 ····· 291,339,362,364
화해 ····· 105,280,302,309
확인대상발명 ····· 20,140,236
확인대상발명의 실시여부 ····· 284,293
확인대상발명의 요지변경 ····· 141
확인대상발명의 특정 ····· 20,236,316,320
확인의 이익 ····· 235,236,237
확정일 ····· 147,468,499
확정통보서 ····· 499,500
확정판결 ····· 259,309,552
회생절차 ····· 70
회피 ····· 52

## 심판일반 집필위원

| | |
|---|---|
| 심 판 원 장 | 이재우 |
| 집 필 | 고종욱 전 심판관, 곽준영 전 심판관, 김상은 전 심판관<br>김승조 전 심판관, 박진석 전 심판관, 윤원길 전 심판관<br>이태영 전 심판관 |
| 감 수 | 윤병수 심판정책과장, 마정윤 심판장, 양승태 심판장<br>신훈식 심판관, 심봉수 심판관, 권인섭 심판관<br>김경민 심판관, 장인욱 심판관, 곽주호 서기관<br>한지혜 서기관, 김의태 사무관 |

**지식재산 심판실무 – 심판일반 편**

▸2022. 1. 10. 초 판 발행

발 행 : **특허심판원 심판정책과**
전화 : 042) 481-5489
팩스 : 042) 472-3474

ISBN : 979-11-6884-018-8 13500



| 이용허락 유형 | 표시 마크 | 이용허락범위 |
|---|---|---|
| [제4유형]<br>제1유형+상업적<br>이용금지+변경금지 | OPEN 출처표시 상업용금지 변경금지 공공누리 공공저작물 자유이용허락 | - 출처 표시<br>- 비상업적 이용만 가능<br>- 변형 등 2차적 저작물 작성 금지 |