

특허법상 강제실시에 대한 보상금산정기준고시의 정당성 및 답변서 제출 기간의 적정성*

장재원** · 이명희***

〈목 차〉

- | | |
|---------------------|------------------------|
| I. 서론 | III. 특허법 제108조 ‘기간을 정하 |
| II. 특허권수용규정 제5조의2 제 | 여’ 관련 |
| 4항 ‘보상금액 산정기준’ 관련 | IV. 결론 |

I. 서론

2020년에 코로나바이러스감염증-19(COVID-19)(이하 ‘코로나19’라 함)의 글로벌 대유행(pandemic)을 겪으면서 많은 국가들이 의약

◆ 투고일자: 2021-06-10 심사완료일: 2021-06-18 게재확정일자: 2021-06-22

* 본고는 한국지식재산연구원이 수행한 수시정책연구 과제인 ‘특허법상 강제실시 제도의 청구 및 집행에 관한 가이드 마련’(2020년, 특허청)을 기초로 내용을 수정·보완한 것입니다.

** 제1저자, 법률사무소 해화 대표변호사/변리사.

*** 교신저자, 한국지식재산연구원 선임연구원, 법학박사.

품, 마스크, 산소호흡기 등 필수 의료용품의 원활한 조달을 위해 관련 특허에 대한 강제실시권을 허락하거나, 만일의 강제실시권¹⁾을 허락해야 하는 상황에 대비하여 절차의 간소화와 명확성을 높이기 위한 긴급조치를 마련하였다.²⁾

예를 들어, 2020년 3월 이스라엘은 자국의 코로나19 환자 치료를 위하여 AbbVie사의 칼레트라(Kaletra) 특허에 대한 강제실시권을 승인하여 인도에서 칼레트라를 수입할 수 있도록 하였다.³⁾ 또한 독일은 ‘인간 감염증 예방 통제법(Act on the Prevention and Control of Infectious Diseases in Humans)’을 발효하여 연방의회가 국가적 전염병임을 선포할 경우 연방보건부(Federal Ministry of Health)에게 관련 특허권을 제한할 수 있는 추가적인 권한을 부여하였다. 즉, 마약류, 활성성분, 출발물질, 첨가제, 의료장비, 진단제품, 보조용품, 개인 보호 장비, 소독용품 등을 포함한 의료용품의 공급을 보장하기 위한 법적 조치를 취할 수 있도록 하였다.⁴⁾ 프랑스도 국가공중보건법(Public Health Code)에 총리가 국가 위생 재난 해결을 위해 필요

- 1) 우리나라 특허법은 “정부에 의한 특허발명의 실시”(제106조의2), “통상실시권 설정의 재정”(제107조), “통상실시권 허락의 심판”(제138조)을 규정하고 있는데, 이 3개의 규정을 우리나라에서 강화상 “강제실시제도”라고 칭한다. 특허권자의 의사에 상관없이 또는 특허권자의 의사에 반하여 정부 또는 심판에 의하여 타인에게 특허권을 실시하도록 허락된다는 의미에서 “강제실시제도”라고 부르고 있다. 그리고 위 3개의 규정에 따라 특허권자 아닌 타인에게 부여되는 권리를 강화상 “강제실시권”이라고 한다. 이 글에서도 기술의 편의상 “강제실시”, “강제실시제도”, “강제실시권”의 용어를 사용하고 있다.
- 2) 관련 내용은 다음의 보고서를 참조: 이명희, “코로나19 위기 극복과 특허권 이슈”, IP Focus 2020-15호, 한국지식재산연구원, 2020.12.22., https://www.kiip.re.kr/board/data/view.do?bd_gb=data&bd_cd=5&bd_item=0&po_item_gb=4&po_item_cd=¤tPage=2&po_no=12584 <2021.6.22. 최종접속>
- 3) 관련 내용은 다음의 사이트를 참조: <https://www.keionline.org/32503> <2021.5.24. 최종접속>
- 4) 관련 내용은 다음의 사이트를 참조: <https://verfassungsblog.de/fighting-covid-19-legal-powers-and-risks-germany/> <2021.5.24.최종접속>

한 모든 물품 및 서비스를 압류할 수 있으며, 환자 치료를 위해서 의약품에 대한 필요한 조치를 취할 수 있도록 하였다.⁵⁾ 호주에서도 야당 노동당이 코로나19 대응의 일환으로 정부가 국왕사용 조항(Crown Use Provisions)⁶⁾을 활용하도록 요청하였으며,⁷⁾ 칠레⁸⁾와 에콰도르⁹⁾ 의회가 특허 제품에 대한 강제실시권을 발동하도록 지지하는 결의문을 채택하였다. 특히 캐나다는 특허법을 개정하여 연방보건장관(Federal Minister of Health)이 공중보건의 긴급 상황이라고 판단하고 특허권의 사용을 위해 청구하는 경우에 특허청장은 정부가 특허발명을 생산, 판매, 이용할 수 있도록 허락해야한다고 하는 일몰규정(20년 9월 30일까지 유효)을 도입하였다(캐나다 특허법 제19.4조).¹⁰⁾

우리나라의 경우는 코로나19 대응의 일환으로 특허법상 강제실시제도와 관련하여 그동안 입법적 불비사항으로 남겨져 있던 「특허권의 수용·실시 등을 위한 보상금액 또는 대가의 액 산정기준 고시」(이하 ‘보상금산정기준고시’라 한다)를 마련하였다.¹¹⁾ 「특허권의 수용·실시

5) 관련 내용은 다음의 사이트를 참조: https://www.clydeco.com/en/insights/2020/04/covid-19-france-state-of-public-health-emergency?utm_source=Mondaq&utm_medium=syndication&utm_campaign=LinkedIn-integration <2021.5.24. 최종접속>

6) 호주 특허법(Patent Act 1990) 제163조~제170조는 국왕에 의한 발명의 이용에 관하여 규정하고 있다.

7) 관련 내용은 다음의 사이트를 참조: https://corrs.com.au/insights/covid-19-when-private-patent-rights-give-way-to-the-public-interest?utm_source=Mondaq&utm_medium=syndication&utm_campaign=LinkedIn-integration <2021.5.24. 최종접속 >

8) 관련 내용은 다음의 사이트를 참조: https://www.keionline.org/chilean-covid-resolution?_sm_au_=_iVVvns5WHQ11sMDPvMFckK0232C0F <2021.5.24. 최종접속>

9) 관련 내용은 다음의 사이트를 참조: <https://www.keionline.org/wp-content/uploads/ES-Ecuador-CL-resolution.pdf> <2021.5.24. 최종접속>

10) Patent Act §19.4(1) The Commissioner shall, on the application of the Minister of Health, authorize the Government of Canada and any person specified in the application to make, construct, use and sell a patented invention to the extent necessary to respond to the public health emergency described in the application.

11) 2020년 6월 22일 제정, 특허청 고시 제2020-18호.

등에 관한 규정」(이하 ‘특허권수용규정’이라 한다) 제5조의2 제4항은 동조 제1항부터 제3항까지의 규정에 따라 보상금액이나 대가의 액을 정할 수 없는 경우에는 특허청장이 따로 정하여 고시하는 기준에 따르도록 규정하고 있으나 이 고시가 없는 상태였다가 2020년에 제정한 것이다.

이하에서 살펴보게 되는 내용은 우리나라에서 이번에 제정된 보상금산정기준고시의 배경과 각 조문의 내용을 하나하나 분석하는 것이다. 또한 이에 더하여 특허권에 대한 재정의 청구가 있는 경우에 청구서의 부분을 특허권자·전용실시권자, 그 밖에 그 특허에 관하여 등록을 한 권리자에게 송달하고, 이들에게 기간을 정하여 답변서를 제출할 수 있는 기회를 주도록 정하고 있는 특허법 제108조와 관련하여, 답변서 제출 기간을 얼마로 부여하여야 하는지의 사안도 아직까지 입법적 불비사항으로 남겨져 있기 때문에 이에 대한 해석 및 근거도 함께 살펴보고자 한다.

아직도 코로나19 상황이 지속되고 있는 가운데 강제실시제도에 대한 국내¹²⁾·외의 관심이 높아 우리나라에서 최근 제정된 보상금산정기준고시의 조항을 분석함으로써 고시에 대한 이해를 돕고, 아울러 특허법상 강제실시제도의 입법적 불비사항에 대하여 추후 만일의 상황에 효과적으로 대처하기 위해 관련 내용과 근거를 고찰해 보는 것이 필요하다고 생각된다.

12) 데일리뉴스 정하연 기자, “권철승 의원, 코로나19 치료제·백신 대란 막는다! 「감염병 치료제·백신 공급 강제실시법」 대표발의”, 2020.12.8.자 ; KBS 뉴스, “‘코로나19’ 팬데믹 “정병국”코로나19 준전시상황...정발법 가동해야”, 2020.2.24.자.

Ⅱ. 특허권수용규정 제5조의2 제4항 ‘보상금액 산정기준’ 관련

1. 특허권 수용 및 강제실시에 있어서 ‘보상’

우리나라 헌법에는 재산권의 내용과 한계는 법률로 정하도록 하고 있는 한편,¹³⁾ “공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다”고 규정하고 있다.¹⁴⁾ 특허권의 수용 및 강제실시의 경우에도 특허권자 등에게 ‘정당한 보상’ 또는 ‘상당한 대가’를 지급하여야만 한다.¹⁵⁾

특허법 제107조에 따라 통상실시권 설정의 재정이 이루어지는 경우에는 그 재정서등본 송달의 효과로서 재정서에 적혀 있는 바에 따라 당사자 사이에 협의가 이루어진 것으로 본다.¹⁶⁾ 그렇다면 이 경우 특허권자 또는 전용실시권자에게 지급되어야 할 “정당한 보상”이란 협의가 원만히 성립되었다면 당사자 사이에 합의되었을 것으로 기대되는 합리적 실시대가라고 볼 수 있을 것이다. 이와 유사하게 법정채권을 발생시키는 손해배상의 맥락에서도, 2014. 6. 11. 법률 제12753호로 일부개정되기 이전의 구 특허법에서는 “특허권자 또는 전용실시권자가 고의 또는 과실에 의하여 자기의 특허권 또는 전용실시권을 침해한 자에 대하여 그 침해에 의하여 자기가 받은 손해의 배상을 청구하는 경우 그 특허발명의 실시에 대하여 통상 받을 수 있는 금액에 상당하는 액을 특허권자 또는 전용실시권자가 받은 손해의 액으로 하여 그

13) 헌법 제23조 제1항.

14) 헌법 제23조 제3항.

15) 특허법 제106조 제3항, 제106조의2 제3항, 제107조 제5항.

16) 특허법 제111조 제2항.

손해배상을 청구할 수 있다”라는 규정을 두고 있었다.¹⁷⁾ 여기에서의 “특허발명의 실시에 대하여 통상 받을 수 있는 금액에 상당하는 액”이 “상당한 대가”의 액이다. 통상실시권 설정의 재정이 이루어지는 경우 헌법상 요구에 따라 지급되어야 할 “정당한 보상”은 ①실질적인 측면에서 특허권자 또는 전용실시권자의 실시권능 자체가 재정에 의하여 박탈되지는 아니하는 점, 그리고 ②형식적인 측면에서 재정서등본 송달 시 당사자 간 합의가 있는 것으로 보는 점에 비추어 위 “상당한 대가”를 지급하는 것이 타당하다고 볼 수 있다.¹⁸⁾

이와 달리, 특허법 제106조에 따른 특허권 수용이나 제106조의2에 따른 정부 등에 의한 특허발명의 실시의 경우에는 ①그 수용 또는 실시의 전제로 특허권자 등과의 사전 협의가 전제되지 아니하고, ②이에 당연히 수용 또는 실시 처분의 결정서 송달 시 협의 성립이 있다고 볼 수도 없으며, ③특히 수용의 경우에는 그 효과로 수용 대상 특허발명에 대한 권리를 정부가 원시취득하고 이와 양립할 수 없는 그 위의 일체의 권리가 소멸하게 되는 것이 원칙이므로¹⁹⁾ 헌법 제23조 제3항의 “정당한 보상”이 이루어 져야하고 이에 갈음하여 실시료 상당액이 지급될 수는 없는 것이다.

정리하자면, 재산권에 대한 공익상 침해가 있는 경우 그 침해가 권리자의 수인한도를 넘는 때에는 당연히 헌법상 요구인 “정당한 보상”이 이루어져야 하기 때문에 특허법 제106조에 따른 특허권 수용과 제106조의2에 따른 정부 등에 의한 특허발명의 실시의 경우에도 “정당한 보상”을 하도록 하고 있으며, 특허법 제107조에 따른 통상실시권

17) 구 특허법 제128조 제3항.

18) 같은 이유에서 “실시료 상당액”과 “상당한 대가”를 동일 개념으로 책정할 수 있다는 견해로는 다음의 논문을 참조할 수 있다.; 정차호, “신종 플루 등 대유행 전염병에 대비하기 위한 강제실시 제도의 개선방안”, 『법학논총』, 제29집 제2호, 전남대학교 법학연구소, 2009, 27-29면.

19) 토지보상법 제45조 제1항 참조.

설정의 재정 시에는 실시료 상당액에 해당하는 “상당한 대가”가 지급 되면 “정당한 보상”이 이루어지는 것으로 볼 수 있다고 할 것이다.²⁰⁾

2. 보상금액 산정기준과 토지보상법의 관계

특허법은 특허권의 수용 및 강제실시에 대한 보상금의 산정기준을 대통령령으로 정하고 있으며, 해당 법률인 특허권수용규정 제5조의2가 이에 대하여 산식을 정하고 있다.

우선, 특허법 제106조 규정인 특허권의 수용에 따른 보상금의 산정은 다음 금액을 기준으로 한다.²¹⁾

1. 특허권의 존속기간 중의 실시료 추정총액
2. 제1호에 따라 보상금을 정할 수 없는 경우에는 유사 특허권의 매매실례가격

다음으로 특허법 제106조의2 규정인 정부 등에 의한 특허발명의 실시에 따른 보상금이나 특허법 제107조 규정인 통상실시권 설정의 재정에 따른 대가의 산정은 다음 계산식에 따른다.²²⁾

[보상금액 또는 대가의 액 = 총판매예정수량 × 제품의 판매단가 × 점유율
× 기본율]

20) 다시 말해 “상당한 대가”는 광의의 “정당한 보상”에 속하는 하위개념이라 할 것 인바, 이하 이 글에서는 이 둘을 구분해야 할 필요가 없는 경우 “정당한 보상”으로 용어를 통일하여 사용하도록 한다.

21) 특허권수용규정 제5조의2 제1항.

22) 특허권수용규정 제5조의2 제2항.

위 산식에서 총판매예정수량, 제품의 판매단가, 점유율 및 기본율은 다음과 같다.²³⁾

1. 총판매예정수량: 실시기간 중 매 연도별 판매예정수량을 합한 것
2. 제품의 판매단가: 실시기간 중 매 연도별 공장도가격의 평균
3. 점유율: 단위제품을 생산하는 데에 해당 특허권이 이용되는 비율
4. 기본율: 3퍼센트. 다만, 해당 특허권의 실용적 가치 및 산업상 이용성 등을 고려하여 2퍼센트 이상 4퍼센트 이하로 할 수 있다.

그런데 특허권수용규정 제5조의2 제4항에 따르면, 위와 같은 규정에 따라 보상금액이나 대가의 액을 정할 수 없는 경우에는 특허청장이 따로 정하여 고시하는 기준에 따라 정하도록 하고 있다. 이때 부동산 이외의 다른 재산권에 대한 물적 공용부담(이하 '수용 등'이라 한다)과 관련하여 법률에 다른 규정이 없으면 토지에 대한 수용 등 관련 법률의 규정이 유추적용될 수 있기 때문에 위와 같은 규정에 따라 보상금액이나 대가의 액을 정할 수 없는 경우에 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」(이하 '토지보상법'이라 한다)에서 근거를 찾을 수 있다. 보상금액 산정기준에 있어서 토지보상법에서 근거를 찾는 보다 구체적인 이유는 다음과 같다.

우리나라 헌법이 재산권의 내용과 한계는 법률로 정하고²⁴⁾ 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상도 법률로써 하도록 정하고²⁵⁾ 있음은 앞서 기술한 바와 같다. 이러한 헌법 조항과 관련하여, 우리나라 헌법재판소는 재산권자에 대하여 그가 수인해야 하는 사회적 제약의 한계를 넘는 부담을 지우는 경우에도 보상규정을 두지 않는

23) 특허권수용규정 제5조의2 제3항.

24) 헌법 제23조 제1항.

25) 헌법 제23조 제3항.

것은 비례성의 원칙에 위반되어 위헌성이 있는 것이라고 결정함으로써 법률의 규정이 없다는 이유로 손실보상을 하지 않을 수 없다는 점을 분명히 하였다.²⁶⁾

한편, 수인한계를 넘는 재산권 침해에 대하여는 “정당한 보상”이 이루어져야 하기 때문에, 손실보상 관련 법률 규정은 보상의 내용 및 절차가 정당성을 갖출 수 있을 정도로 명확하게 상세하게 기술되는 것이 바람직하다고 할 것이다. 그러나 현실적으로는 공익적 목적을 위한 재산권의 수용 등에 관하여 규정하고 있는 개개의 각 법률 모두가 보상액의 산정 기준 및 그 절차 등을 명확하게 상세하게 규정하지는 못하고 있는 것이 사실인바, 이러한 입법적 공백은 타법의 유추적용을 통해서든, 아니면 타법을 참고한 법률 개정을 통해서든 최소한 실제 보상이 이루어지는 시점에는 반드시 메워져야만 할 것이다.

그런데 헌법 제23조 제3항의 “정당한 보상”의 산정 기준 및 그 절차에 관한 일반법은 토지보상법이라는 것이 학계의 일반적 견해이고²⁷⁾ 동시에 법 제 개정 관련 실무상의 태도인바,²⁸⁾ 토지보상법 상의 기준 및 절차를 적용할 때에 실질적 타당성을 결여하게 되는 등의 특별한 사정이 있는 경우를 제외하고는 공익상 필요에 의한 재산권 침해 일반에 대한 손실보상액 결정에 토지보상법의 기준 및 절차를 따르도록 하는 것은 형평의 원칙 및 법체계 상 일관성의 확보 측면에서 일응 타당한 것으로 취급할 수 있을 것이다.²⁹⁾

그렇다면 무체재산권이자 지식재산권의 일종으로 널리 재산권의 한

26) 헌법재판소 전원재판부 1998. 12. 24. 자 89헌마214 결정 등.

27) 박보영, “헌법상 손실보상에 관한 헌법적 조망”, 『인권과정의』, Vol.479, 대한변호사협회, 2019.02., 11면.

28) 법제처 정부입법지원센터.; <https://www.lawmaking.go.kr/lmKnlg/jdgStd/info?astSeq=2274&astClsCd=> <2021.6.22. 최종접속>

29) 류준모, 손실보상에 관한 심사 기준 연구, 법제처, 2013.; <https://moleg.tistory.com/3018> <2021.6.22. 최종접속>

종류에 속하는 특허권에 대하여도 특허권자 기타 권리가 침해되는 자의 수인한도를 넘는 공익상 필요에 따른 권리 침해가 일어나는 때에 그 보상기준 및 절차에 대한 특별한 규정이 없는 경우에는 토지보상법의 관련 규정을 유추적용하거나 또는 참고하여 법안 등을 마련함으로써 그 공백을 메울 수 있을 것이다.

한편, 상술한 특허권수용규정 제5조의2 제1항부터 제3항까지의 규정에 따라 보상금액이나 대가의 액을 정할 수 없는 경우란 이미 정하여진 기준이 없어 누구든지 손쉽게 보상금액이나 대가의 액을 산정하는 것이 극히 곤란한 경우이다. 이러한 경우에 있어서 보상금액이나 대가 산정의 절차와 방법 등에 관하여 토지보상법을 유추적용해야 할 사안이 세세하게 많고 복잡하며, 또 사안이 발생할 때마다 토지보상법을 유추적용함에 따라 그때그때의 해석과 적용이 달라지는 것이 예상된다면 관계자들에게 혼동과 분쟁을 초래할 가능성 또한 크다고 판단될 수 있어 이를 해결할 필요성이 있는 것이다. 또한 무엇보다 대통령령인 특허권수용규정에서 산정기준을 따로 정하여 고시하도록 정하고 있는 점에서도 토지보상법을 계속해서 유추적용하도록 하는 것은 적절하다고 할 수 없다. 따라서 보상금액 산정에 필요한 절차와 방법을 토지보상법을 참고하여 특허법 체계에 맞도록 보상금산정기준고시를 제정한 것은 사안에 대한 법 적용의 명확성과 일관성을 확보할 수 있게 되었다는 측면에서 타당하다고 하겠다.

3. 보상금액 산정기준

(1) 토지보상법상 보상금액 산정

토지보상법에 따른 부동산 수용 시의 보상금 산정은 「부동산 가격

공시에 관한 법률(이하 ‘부동산공시법’이라 한다)에 따라 이루어진다. 부동산공시법 제8조는 부동산 가치의 산정 기준을 정하고 있는데, 지가를 산정할 때에는 그 토지와 이용가치가 비슷하다고 인정되는 하나 또는 둘 이상의 표준지의 공시지가를 기준으로 토지가격비준표를 사용하여 지가를 직접 산정하거나 감정평가업자에게 감정평가를 의뢰하여 산정할 수 있다.

여기에서 특허권수용규정 제5조의2 제4항이 적용되어야 할 경우에 대응하는 상황에서는 우선 “감정평가업자에게 감정평가를 의뢰”하고, 필요하다고 인정할 때에는 산정된 지가를 가감 조정하여 적용할 수 있을 것이다. 감정평가업자에 의한 감정평가는 구체적으로 토지보상법 시행령 제28조 및 토지보상법시행규칙 제16조³⁰⁾ 상의 절차와 방법

30) 토지보상법시행규칙 제16조(보상평가의 의뢰 및 평가 등) ①사업시행자는 법 제68조 제1항의 규정에 의하여 대상물건에 대한 평가를 의뢰하고자 하는 때에는 별지 제15호 서식의 보상평가의뢰서에 다음 각호의 사항을 기재하여 감정평가업자에게 평가를 의뢰하여야 한다.

1. 대상물건의 표시
2. 대상물건의 가격시점
3. 평가서 제출기한
4. 대상물건의 취득 또는 사용의 구분
5. 건축물등 물건에 대하여는 그 이전 또는 취득의 구분
6. 영업손실을 보상하는 경우에는 그 폐지 또는 휴업의 구분
7. 법 제82조제1항 제1호의 규정에 의한 보상액 평가를 위한 사전 의견수렴에 관한 사항
8. 그 밖의 평가조건 및 참고사항

②제1항 제3호의 규정에 의한 평가서 제출기한은 30일 이내로 하여야 한다. 다만, 대상물건이나 평가내용이 특수한 경우에는 그러하지 아니하다.

③감정평가업자는 제1항의 규정에 의하여 평가를 의뢰받은 때에는 대상물건 및 그 주변의 상황을 현지조사하고 평가를 하여야 한다. 이 경우 고도의 기술을 필요로 하는 등의 사유로 인하여 자기가 직접 평가할 수 없는 대상물건에 대하여는 사업시행자의 승낙을 얻어 전문기관의 자문 또는 용역을 거쳐 평가할 수 있다.

④감정평가업자는 평가를 한 후 별지 제16호서식의 보상평가서(이하 “보상평가서”라 한다)를 작성하여 심사자(감정평가업에 종사하는 감정평가사를 말한다.

에 따라 이루어진다.

토지보상법시행령 제28조에 따르면, 시·도지사와 토지소유자는 감정평가업자를 추천할 수 있는데 토지보상법 제15조 제2항³¹⁾에 따른 보상계획의 열람기간 만료일부터 30일 이내에 사업시행자에게 감정평가업자를 추천할 수 있다. 또한 시·도지사가 감정평가업자를 추천하는 경우에는 감정평가 수행능력, 소속 감정평가사의 수, 감정평가 실적, 징계 여부 등을 고려하여 추천대상 집단을 선정하여야 한다.

감정평가업자를 추천하려는 토지소유자는 보상 대상 토지면적의 2분의 1 이상에 해당하는 토지소유자와 보상 대상 토지의 토지소유자 총수의 과반수의 동의를 받은 사실을 증명하는 서류를 첨부하여 사업시행자에게 감정평가업자를 추천하여야 한다. 이 경우 토지소유자는 감정평가업자 1명에 대해서만 동의할 수 있다.

이하 이 조에서 같다) 1인 이상의 심사를 받고 보상평가서에 당해 심사자의 서명날인을 받은 후 제1항 제3호의 규정에 의한 제출기한내에 사업시행자에게 이를 제출하여야 한다.

⑤제4항의 규정에 의한 심사자는 다음 각호의 사항을 성실하게 심사하여야 한다.

1. 보상평가서의 위산·오기 여부
2. 법 제70조제1항 및 제76조 제1항 등 관계 법령에서 정하는 바에 따라 대상물건이 적정하게 평가되었는지 여부
3. 비교 대상이 되는 표준지의 적정성 등 대상물건에 대한 평가액의 타당성

⑥보상액의 산정은 각 감정평가업자가 평가한 평가액의 산술평균치를 기준으로 한다.

- 31) 토지보상법 제15조(재결신청서의 열람 등) ② 시장·군수 또는 구청장은 제1항에 따라 송부된 서류를 받았을 때에는 지체없이 재결신청 내용을 시(행정시를 포함한다)·군 또는 구(자치구가 아닌 구를 포함한다)의 게시판에 공고하고, 공고한 날부터 14일 이상 그 서류를 일반인이 열람할 수 있도록 하여야 한다. 다만, 시장·군수 또는 구청장이 천재지변이나 그 밖의 긴급한 사정으로 공고 및 열람 의뢰를 받은 날부터 14일 이내에 공고하지 못하거나 일반인이 열람할 수 있도록 하지 못하는 경우 관할 토지수용위원회는 직접 재결신청 내용을 공고(중앙토지수용위원회는 관보에, 지방토지수용위원회는 공보에 게재하는 방법으로 한다)하고, 재결신청서와 관계 서류의 사본을 일반인이 14일 이상 열람할 수 있도록 할 수 있다.

상기 규정에 따라 토지보상액의 산정은 감정평가업자 3인(사·도지사, 토지소유자가 모두 감정평가업자를 미추천 또는 어느 한 쪽 미추천시에는 2인)이 평가한 평가액의 산술평균치를 기준으로 결정된다.

(2) 기술이전법상 보상금액 산정

한편, 특허기술의 가치평가와 관련하여서는 부동산 감정평가업자에 대응하는 자로서 「기술의 이전 및 사업화 촉진에 관한 법률」(이하 ‘기술이전법’이라 한다) 제35조에 따라 지정되는 기술평가기관이 있다.³²⁾

32) 기술이전법 제35조(기술평가기관의 지정 등) ①관계중앙행정기관의 장은 기술이전·사업화의 촉진을 위하여 기술평가를 위한 전담인력 및 관리조직 등 대통령령으로 정하는 기준을 갖춘 기관을 기술평가기관으로 지정할 수 있다.

②제1항에 따라 지정을 받은 기술평가기관(이하 “기술평가기관”이라 한다)은 다음 각 호의 사업을 한다.

1. 기술평가
2. 기술평가 수요의 조사 및 분석
3. 기술평가정보의 수집·분석·유통 및 관련 정보망 구축
4. 기술평가정보의 공동 활용 및 확산을 위한 사업

③관계중앙행정기관의 장은 기술평가기관이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 그 지정을 취소할 수 있다. 다만, 제2호, 제4호 또는 제5호에 해당하면 그 지정을 취소하여야 한다.

1. 지정된 후 연간 기술평가 실적이 대통령령으로 정하는 건수 이하인 경우
2. 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 지정을 받은 경우
3. 제4항에 따른 통보의무를 3회 이상 이행하지 아니한 경우
4. 스스로 지정의 취소를 원하는 경우
5. 폐업 등으로 인하여 제2항의 사업을 할 수 없게 된 경우
6. 제1항에 따른 지정 기준에 미달하게 된 경우

④기술평가기관은 기업의 경영·영업상 비밀의 유지 등 대통령령으로 정하는 특별한 사유가 있는 경우를 제외하고는 제2항제1호·제3호 및 제4호에 따른 기술평가정보를 산업통상자원부장관에게 통보하여야 한다.

⑤산업통상자원부장관은 제4항에 따라 통보받은 기술평가정보가 기술평가기관에 공유될 수 있고, 기술이전·사업화의 촉진을 위하여 활용될 수 있도록 그 기

특허권 수용 등의 경우에도 일반적으로는 특허권자, 특허기술을 실시하게 될 자 및 주무부장관의 3자관계가 전제되는 것이므로, 특허권 수용규정 제5조의2 제4항의 위임에 따른 특허청장 고시에는 그 고시에 의한 보상액이 기술평가기관 3곳(주무부장관, 특허권자가 모두 기술평가기관을 미추천 또는 어느 한 쪽 미추천시에는 2곳)이 평가한 평가액의 산술평균치를 기준으로 결정된다는 내용이 포함되었다.

구체적으로는 토지보상법시행령 제28조 및 토지보상법시행규칙 제16조의 내용을 참고하여 변경하되, 토지보상법시행규칙 제16조 제1항 제5호의 “건축물등 물건에 대하여는 그 이전 또는 취득의 구분”은 삭제하였다. 특허권은 토지와 달리 그 위에 독립된 재산권의 객체가 존재하는 경우를 생각하기 어렵기 때문이다.³³⁾

실시권이나 질권이 설정되어 있는 경우에는 토지보상 관계 범규상의 “소유권 외 권리”에 대한 평가 규정을 참조하면 될 것이다. 다만, 부동산 물권과 달리 특허권은 존속기간 만료 예정일까지의 권리 존속 여부가 매우 불확실한 권리인바, 실시권 설정계약에서는 거의 대부분의 경우 존속기간 만료일 이전에 특허권자의 고의(드물게 과실/중과실 포함) 없이 특허권이 소멸하는 때에 특허권자를 면책하는 조항이 포함되며, 질권 설정계약에서도 특허권의 불안정성을 고려하여 보수적인 가치평가 및 대체담보 요구 조항이 대부분 포함되는 등의 사정을

술평가정보를 관리하여야 한다.

⑥제1항에 따른 지정절차, 제3항에 따른 지정취소의 절차, 제4항에 따른 통보의 범위 및 제5항에 따른 기술평가정보의 관리 방안 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

- 33) 부동산의 경우에는 토지 위에 그와 완전히 별개의 재산권, 특히 소유권의 객체가 되는 건물이 별도로 존재할 수 있는데, 특허의 경우에는 이와 다르다. 즉, 특허권의 대상이 되는 발명은 부동산으로 비유하자면 그 위에 건물이 존재하지 아니하는 나대지에 대응될 수 있을 것이고, 특허권과 전용실시권 또는 통상실시권 간의 관계는 토지에 대한 소유권과 전세권 또는 임차권 간의 관계와 유사한 것으로 볼 수 있을 것이다.

고려할 필요가 있을 것이다.

4. 보상금산정기준고시 조항 분석

(1) 목적규정

보상금산정기준고시의 직접적인 위임근거는 특허권수용규정 제5조의2 제4항이다. 그러므로 보상금산정기준고시의 제1조 목적규정에는 특허권수용규정 제5조의2 제4항을 근거가 되는 규정으로 명시하였다.³⁴⁾

(2) 정의규정

보상금산정기준고시의 직접적인 위임근거가 되는 특허권수용규정에는 별도의 정의규정을 두고 있지 않기 때문에, 특허권수용규정에서 사용하고 있는 용어, 특히 조항의 표제로 사용되고 있는 용어로서 이미 그 의미가 법적으로 확립되어 있는 것을 제외하고는 보상금산정기준고시에 명확한 정의규정을 두었다. 이에 해당하는 용어로는 특허권수용규정 제3조의 “신청서등”이 있고, 신청서등을 작성하여 특허청장에게 제출하는 “신청인등” 역시 명확·간결한 규정 마련을 위해 정의규정을 두었다.

그 외에 “평가기관” 및 “기준시점”이라는 용어에 대해서도 정의규정을 두었다. “평가기관”은 다른 자산이 아닌 발명의 가치를 평가할 수

34) 보상금산정기준고시 제1조(목적) 이 고시는 특허권의 수용·실시 등(이하 ‘수용 등’이라 한다)에 관한 규정 제5조의2제4항에 따라 같은 조 제1항부터 제3항까지에서 정한 기준에 의해 보상금액 또는 대가의 액(이하 ‘보상금액등’이라 한다)을 정할 수 없는 경우에 적용하기 위해 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

있는 기관이어야 하고, “기준시점”이라는 용어는 그 가치 평가의 기준이 되는 시점이어야 하는바, “법령에 정의 규정이 있는 사항에 대해서는 다른 정의 규정을 두는 것은 자제한다”라는 법령입안심사기준³⁵⁾을 고려한다면, “평가기관”의 정의는 발명진흥법 제28조의 내용을, “기준시점”의 정의는 토지보상법상 토지등의 감정평가에 적용되는 감정평가법 제2조의 내용을 가져왔다.³⁶⁾

(3) 적용범위

적용범위는 특허권수용규정 제5조의2 제4항의 위임범위에 따라 특허권수용규정이 정한 기준으로 보상금액등을 정할 수 없는 경우로 한정하였다. 다만, 신청인등과 특허권자 사이의 보상금액등에 관한 합의는 특허청장의 처분이 있는 후에도 얼마든지 가능한 점을 고려하여,³⁷⁾ 특허청장이 그 처분 시에도 신청인등과 특허권자 사이의 합의

35) 법령입안심사기준(2020)은 다음의 사이트에서 다운로드할 수 있다.: <https://www.moleg.go.kr/menu.es?mid=a10105030000>

36) 보상금산정기준고시 제2조(정의) 이 고시에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. “평가기관”이란 발명의 경제적 가치 및 기술적 우수성을 가액·등급 또는 점수 등으로 평가하는 업을 수행하는 기관으로서 발명진흥법 제28조에 따라 특허청장이 지정한 기관을 말한다.
2. “신청인등”이란 규정 제3조에 따라 특허청장에게 특허법 관련 조항에 따른 처분을 신청하거나 제정을 청구하는 자를 말한다.
3. “신청서등”이란 규정 제3조에 따라 신청인등이 작성하여 특허청장에게 제출하는 서류를 말한다.
4. “특허권자등”이란 특허권의 수용 등의 대상이 되는 발명의 출원인 또는 특허권자·전용실시권자·통상실시권자·질권자를 말한다.
5. “기준시점”이란 보상금액등의 산정의 기준이 되는 시점을 말한다.

37) 예를 들어, 3개 평가기관 평가액의 산술평균치가 신청인등이 신청서등에 기재한 금액보다도 낮아질 수 있는데, 이때에는 특허권자와 신청인등이 당초의 신청서등 기재 금액대로 보상금액등을 지급하기로 하는 합의를 한다면 이를 허용하는 것이 합리적이며, 이를 일반 법원 소송에서 다투게 할 이유는 전혀 없다고 볼 수 있다.

내용을 처분내용에 반영할 수 있도록 하였다.³⁸⁾

(4) 기준시점

기준시점은 모든 재산권 수용등의 보상금액등 산정 시에 동일한 원칙으로 적용된다. 그 원칙은 ①처분시 가격주의와 ②개발이익 배제원칙으로, 보상금산정기준고시에는 기준시점을 ‘처분 결정일’로 명확히 하였다.³⁹⁾

(5) 보상금액등의 산정

1) 전문 평가기관에 의한 보상금액등의 산정

특허권수용규정이 보상금액등 산정을 위한 산식을 마련하고 있는 점을 고려하면, 보상금액등을 특허권수용규정이 정하는 기준에 따라 정할 수 없는 경우란 이 공식에 대입할 입력 값을 산출할 수 있는 유사 특허권의 매매실례조차 찾을 수 없는 경우이다. 이러한 경우에는 일반인에 의해서는 산정이 극히 곤란하여 가치평가 전문가에 의해서만 산정이 가능한 때를 의미한다고 볼 수밖에 없을 것이다. 그렇다면 보상금산정기준고시는 전문적 평가기관을 통한 보상금액등 산정 절차 및 방법을 규정하여야 할 것이다. 이에 보상금산정기준고시 제5조⁴⁰⁾

38) 보상금산정기준고시 제3조(적용범위) 이 고시는 규정 제5조의2제4항에 따라 같은 조 제1항부터 제3항까지에서 정한 기준에 의해 보상금액등을 정할 수 없는 경우에 적용한다. 다만 신청인등과 특허권자등 사이에 합의된 보상금액 또는 보상기준이 이 고시에서 정한 기준을 적용하였을 때보다 특허권자등에게 더 유리한 경우에는 그에 따른다.

39) 보상금산정기준고시 제4조(보상금액등의 기준시점) ①이 고시에 의한 보상금액등의 산정은 특허권의 수용 등 처분 결정일을 기준으로 한다.

②보상금액등을 산정할 경우에 해당 특허권 수용 등으로 인하여 발명의 가격이 변동되었을 때에는 이를 고려하지 아니한다.

는 토지보상법 제68조⁴¹⁾ 및 동법 시행규칙 제16조의 내용을 참고하여 3개 평가기관의 평가액에 대한 산술평균치를 기준으로 하여 보상금액등을 산정하도록 하는 내용을 담았다.

40) 보상금산정기준고시 제5조(보상금액등의 산정) ①특허청장은 특허권의 수용 등을 위한 보상금액등을 산정하려는 경우에는 평가기관 3개소(제2항에 따라 신청인등과 특허권자등이 모두 평가기관을 추천하지 아니하거나 신청인등 또는 특허권자등 어느 한쪽이 평가기관을 추천하지 아니하는 경우에는 2개소)를 선정하여 발명의 평가를 의뢰하여야 한다.

②제1항에 따라 특허청장이 평가기관을 선정할 때에는 신청인등과 특허권자등은 평가기관을 각 1개소씩 추천할 수 있다. 이 경우 특허청장은 추천된 평가기관을 포함하여 선정하여야 한다.

③제1항에 따라 특허청장이 평가기관을 선정할 때 신청인등이 신청서등에 이미 기재한 보상금액등이 평가기관에 의하여 산정된 경우에는 이를 제5항에 따른 보상금액등 산정의 기초로 삼을 수 있다.

④보상 대상 권리가 공유인 경우 제2항에 따라 평가기관을 추천하려는 특허권자등은 보상 대상 권리의 2분의 1 이상에 해당하는 권리와 보상 대상 권리의 권리자 총수의 과반수의 동의를 받은 사실을 증명하는 서류를 첨부하여야 한다. 이 경우 특허권자등은 평가기관 1개소에 대해서만 동의할 수 있다.

⑤보상금액등의 산정은 각 평가기관이 평가한 평가액의 산술평균치를 기준으로 한다.

41) 토지보상법 제68조(보상액의 산정) ①사업시행자는 토지등에 대한 보상액을 산정하려는 경우에는 감정평가법인등 3인(제2항에 따라 시·도지사과 토지소유자가 모두 감정평가법인등을 추천하지 아니하거나 시·도지사 또는 토지소유자 어느 한쪽이 감정평가법인등을 추천하지 아니하는 경우에는 2인)을 선정하여 토지등의 평가를 의뢰하여야 한다. 다만, 사업시행자가 국토교통부령으로 정하는 기준에 따라 직접 보상액을 산정할 수 있을 때에는 그러하지 아니하다.

②제1항 본문에 따라 사업시행자가 감정평가법인등을 선정할 때 해당 토지를 관할하는 시·도지사과 토지소유자는 대통령령으로 정하는 바에 따라 감정평가법인등을 각 1인씩 추천할 수 있다. 이 경우 사업시행자는 추천된 감정평가법인등을 포함하여 선정하여야 한다.

③제1항 및 제2항에 따른 평가 의뢰의 절차 및 방법, 보상액의 산정기준 등에 관하여 필요한 사항은 국토교통부령으로 정한다.

2) 평가기관 추천행위의 법적 성질

보상 대상 권리가 공유인 경우 제2항에 따라 평가기관을 추천하려는 특허권자등은 보상 대상 권리의 2분의 1 이상에 해당하는 권리와 보상 대상 권리의 권리자 총수의 과반수의 동의를 받은 사실을 증명하는 서류를 첨부하도록 하였다. 이 경우 특허권자등은 평가기관 1개소에 대해서만 동의할 수 있다.

한편, 보상금산정기준고서 제5조 제4항 관련으로는 보상 대상 권리가 공유인 경우 “평가기관 추천” 행위의 구체적인 성격이 문제된다고 할 것이다. 즉, 평가기관 추천행위를 특허권의 이전(또는 실시권 설정. 이하 ‘처분등’이라 한다)을 당연한 전제로 하는 대가 산정 절차로서 공유자 전원의 동의하에 이루어져야만 하는 처분등과 불가분의 관계에 있는 행위로 볼 것인지, 아니면 특허권의 처분등을 당연한 전제로 하지는 아니하고 단순히 특허권의 가격만을 확인하기 위한 관리행위의 일종으로서 이에 대한 특허법에 특별한 규정이 없어 공유물 관리에 관한 민법 제265조⁴²⁾가 유추적용되어야 하는 행위로 볼 것인지가 먼저 결정되어야 할 것이다.

생각건대, ①특허권 또는 특허를 받을 수 있는 권리의 수용이나 통상실시권 설정의 재정 등은 모두 특허권자 등의 의사와 관계없이 이루어지는 강제적 처분인 점, ②이러한 처분에 대한 불복의 절차와 방법이 법률상 제한되어 있는 점, 그리고 ③만약 평가기관 추천행위를 특허권의 처분등과 유사하게 취급할 경우 “공익사업의 효율적인 수행을 통한 공공복리의 증진(토지보상법 제1조)” 달성이 어려워질 것이 예상된다는 점 등을 고려한다면, 평가기관 추천행위는 이를 특허권 처분 등 행위와 유사하게 취급하기보다 특허권 관리행위와 유사하게 취급

42) 민법 제265조(공유물의 관리, 보존) 공유물의 관리에 관한 사항은 공유자의 지분의 과반수로서 결정한다. 그러나 보존행위는 각자가 할 수 있다.

하는 것이 타당할 것으로 생각된다. 그렇다면 평가기관 추천에는 특허법 제99조에 제4항⁴³⁾에 따른 모든 공유자의 동의가 필요한 것은 아니라고 보는 것이 합리적인 것이며, 이에 토지보상법시행령 제28조 제4항⁴⁴⁾을 참조하여 그 내용이 마련되었다.

(6) 평가수수료

원래 토지보상법상 토지수용위원회는 사업시행자(신청인)의 부담으로 감정수수료를 지급할 수 있다.⁴⁵⁾ 그런데, 토지 등 부동산과 비교할 때, 발명의 가치는 유사기술에서도 가액의 편차가 매우 크게 나타날 수 있고 특히 매우 적은 가액으로 평가되는 경우가 흔히 나타날 수 있다. 이때에는 보상금액등보다 오히려 그 산정을 위한 수수료가 더 높아지게 되는 일도 벌어질 수 있을 것이고, 이는 수용등 제도를 활용하고자 하는 신청인등에게 큰 부담으로 작용할 수 있을 것이다. 이에 보상금산정기준고시 제6조⁴⁶⁾는 발명진흥법에서 규정하고 있는

43) 특허법 제99조(특허권의 이전 및 공유 등) ④특허권이 공유인 경우에는 각 공유자는 다른 공유자 모두의 동의를 받아야만 그 특허권에 대하여 전용실시권을 설정하거나 통상실시권을 허락할 수 있다.

44) 토지보상법 제28조(시·도지사 및 토지소유자의 감정평가업자 추천) ④제2항에 따라 감정평가업자를 추천하려는 토지소유자는 보상 대상 토지면적의 2분의 1 이상에 해당하는 토지소유자와 보상 대상 토지의 토지소유자 총수의 과반수의 동의를 받은 사실을 증명하는 서류를 첨부하여 사업시행자에게 감정평가업자를 추천하여야 한다. 이 경우 토지소유자는 감정평가업자 1명에 대해서만 동의할 수 있다.

45) 토지보상법 제58조 제3항.

46) 보상금산정기준고시 제6조(평가수수료) ①특허청장은 제5조에 따른 보상금액등의 산정업무를 수행하는 평가기관에게 신청인등의 부담으로 평가수수료를 지급할 수 있다.

②제1항에 따른 평가수수료는 특허청장이 정한다. 다만, 발명진흥법 제28조제5항제2호에 따라 특허청장과 평가기관의 장 사이에 평가수수료가 협의된 경우에는 그 수수료와 실비의 합계액을 제1항에 따른 평가수수료로 한다.

특허청장과 평가기관의 장 사이의 평가수수료 협의제도⁴⁷⁾ 및 평가수수료의 전부 또는 일부 지원제도⁴⁸⁾를 활용할 수 있도록 명시하여 신청인들의 부담을 줄이고 제도 활용의 촉진 가능성을 높이고 있다.

(7) 재검토기한

이 보상금산정기준고시는 매 3년이 되는 시점마다 그 타당성을 검토하여 개선 등의 조치를 취하도록 하고 있다.⁴⁹⁾

(8) 부칙

부칙을 두어 이 고시의 시행일을 공포한 날로부터 시행하는 것으로 하고 있다.

5. 소결

특허권자에 대한 보상금의 산정기준은 특허법의 하위 법령인 특허권수용규정에서 그 산식을 정하고 있다.⁵⁰⁾ 이 규정에 따라 보상금액이나 대가의 액을 정할 수 없는 경우에는 특허청장이 따로 정하여 고시하는 기준에 따라 정하도록 하고 있으며,⁵¹⁾ 이와 관련한 기준이 중

③특허청장은 제1항에 불구하고 발명진흥법 제30조에 따라 예산의 범위에서 평가수수료의 전부 또는 일부를 지원할 수 있다.

47) 발명진흥법 제28조 제5항 제2호.

48) 발명진흥법 제30조.

49) 보상금산정기준고시 제7조(재검토기한) 청장은 이 고시에 대하여 2020년 1월 1일 기준으로 매 3년이 되는 시점(매 3년째의 12월 31일까지를 말한다.)마다 그 타당성을 검토하여 개선 등의 조치를 하여야 한다.

50) 특허권수용규정 제5조의2 제1항 내지 제3항.

래 마련되어 있지 아니하여 새로이 고시가 제정되었다. 고시에 따르면, 법이 정한 산식에 따라 보상금을 산정할 수 없는 경우에는 감정평가업자에게 감정평가를 의뢰하고, 3개 평가기관의 평가액에 대한 산술평균치를 기준으로 보상금액등을 산정한다. 이때 3개의 평가기관의 추천 행위의 성격은 이를 특허권 처분등 행위와 유사하게 취급하기보다 특허권 관리행위와 유사하게 취급하는 것이 타당하다. 따라서 특허권이 공유인 경우에 평가기관 추천에는 특허법 제99조에 제4항에 따른 모든 공유자의 동의가 필요한 것은 아니라고 보는 것이 합리적이다. 또한 평가수수료는 발명의 가치가 유사기술 간에도 가액의 편차가 크게 나타날 수 있고, 특히 매우 적은 가액으로 평가되는 경우에는 보상금액등보다 오히려 그 산정 수수료가 더 높은 일도 발생할 수 있다는 점이 감안되었다. 따라서 발명진흥법상 수수료 협의제도 및 평가수수료의 전부 또는 일부 지원제도를 활용함으로써 신청인의 부담을 경감시키고 제도 활용을 촉진할 수 있도록 하였다.

Ⅲ. 특허법 제108조 ‘기간을 정하여’ 관련

1. 배경

특허법 제108조는 특허청장은 재정의 청구가 있으면 그 청구서의 부분을 그 청구에 관련된 특허권자·전용실시권자, 그 밖에 그 특허에 관하여 등록을 한 권리를 가지는 자에게 송달하고, 기간을 정하여 답변서를 제출할 수 있는 기회를 주도록 정하고 있다. 또한 제108조의 세부절차를 규정하고 있는 특허권수용규정도 마찬가지로 주무부장관

51) 특허권수용규정 제5조의2 제4항.

이 특허를 받을 수 있는 권리의 수용⁵²⁾ 및 특허권의 수용⁵³⁾ 또는 정부 등에 의한 특허발명을 실시⁵⁴⁾하기 위하여 특허청장에게 해당 규정에 따른 처분을 신청하는 경우에는 특허청장은 특허출원인 또는 특허권자·전용실시권자·통상실시권자·질권자(이를 통칭하여 이하에서는 ‘특허권자 등’이라 한다)에게 각각 그 신청서의 부분을 송달하고 기간을 정하여 의견서 제출의 기회를 주어야 한다고 규정하고 있다.⁵⁵⁾

이들 규정에 따르면 출원발명 및 특허권의 수용 또는 강제실시를 위한 신청 또는 청구가 있는 경우에는 특허권자 등에게 일정한 기간을 정하여 의견서 제출의 기회를 주어야만 한다. 그러나 현행 법규에는 의견제출의 기간을 정하고 있지 아니하므로 얼마동안의 기간으로 정하여야 하는지에 대한 법적 근거를 찾고 그 기간을 특정할 필요가 있다.

2. 토지보상법상 관련 규정 유추적용

(1) 일반적 상황

“공용부담”이란 “공익상 필요한 특정 사업의 수요를 충족하거나 특정한 물건의 효용을 확보하기 위하여 개인에게 강제적으로 부과되는 공법상의 경제적 부담”을 의미한다.⁵⁶⁾ 공용부담은 그 내용에 따라 크게 특정인에게 작위·부작위·급부 등의 의무를 부과하는 인적 공용부담과 특정 재산권에 일정한 제한 또는 침해를 가하는 물적 공용부담으로 구분된다. 그리고 물적 공용부담은 다시 공용제한, 공용사용⁵⁷⁾ 및 공

52) 특허법 제41조 제2항.

53) 특허법 제106조.

54) 특허법 제106조의2.

55) 특허권수용규정 제4조 제1항 및 제3조, 제2조 제1항.

56) 김남진, 행정법II, 법문사, 2001, 500면 및 503면.

용수용으로 분류될 수 있다.⁵⁸⁾

물적 공용부담의 법리는 전통적으로 부동산, 특히 토지를 중심으로 하여 발전해 왔다. 특히 물적 공용부담의 핵심에 해당하는 공용수용의 전통적 개념은 “일정한 사업을 위해 필요한 토지를 개별적으로 수용하는 것을 전제”로 구성되어 왔다.⁵⁹⁾ 따라서 일반적으로 부동산 이외의 다른 재산권에 대한 물적 공용부담(이하 ‘수용 등’이라 한다)과 관련하여 법률에 다른 규정이 없으면 토지에 대한 수용 등 관련 법률의 규정이 유추적용될 수 있으며, 이러한 관점에서 토지보상법은 널리 모든 재산권의 수용 등 상황에 있어서의 일반법이 된다.⁶⁰⁾

그런데 특허권의 수용 또는 강제실시는 국방상 필요에 대응하거나 공공의 이익을 위하여 필요한 경우⁶¹⁾ 특정 공익사업에 타인의 재산권인 특허권을 특허권자 등의 의사에 관계없이 제공할 수 있도록 하기 위해 행하는 강제적 처분의 성격을 가지고 있다. 그렇다면 특허권의 수용 또는 강제실시는 행정법상 재산권의 수용 등의 일종인 것으로 볼 수 있다.

57) “공용사용”을 “공익사업을 위하여 사업주체가 타인의 토지 기타 재산권에 대하여 공법상의 사용권을 설정하여 당사자는 그 사용을 받아들여야 할 공법상의 의무를 부담하는 것”으로 정의하고 이를 공용제한의 일종인 사용제한으로 파악하는 견해도 있다.; 장태주, 「행정법개론」, 현암사, 2003, 1005면.

58) 대한민국 헌법 제23조 제3항 참조.

59) 김남진, 행정법Ⅱ, 법문사, 2001, 501면.

60) 서정욱, 행정법요론, 도서출판, 2003, 932면.

61) 특허법 제41조 제2항 및 제4항, 제106조, 제106조의2, 제107조, 제110조, 제111조의2, 제114조 및 제116조 참조.

〈행정법상 재산권의 수용 등과 특허권의 수용 또는 강제실시의 비교〉

항목	재산권의 수용 등	특허권의 수용 또는 강제실시
목적	공익상 필요	국방상 또는 공공의 이익을 위한 필요
처분의 대상	개인에 대한 처분	특허권자 등에 대한 처분
강제성	강제성	특허권자 등의 의사 무관
성격	공법상의 부담	공법상의 부담 ⁶²⁾
부담	경제적 부담	특허권 사용제한 또는 강제적 이전의 수인

특허권의 수용 또는 강제실시를 이처럼 행정법상 재산권 수용 등의 일종으로 보는 한, 특허법상의 특허권 수용 또는 강제실시 관련 규정 및 대통령령인 특허권수용규정에서 달리 정하고 있지 아니한 사항에 대하여는 수용 등의 일반법인 토지보상법의 내용을 특허권의 수용 또는 강제실시 절차에 유추적용할 수 있다고 볼 수 있을 것이다.

(2) 토지보상법상 일반절차

한편, 토지보상법에 규정되어 있는 수용 등의 일반절차는 다음과 같다.⁶³⁾



토지보상법에 따른 수용 등 절차에서는 강제적 수용 등 절차 개시

62) 국가가 특허권자 등에 대하여 그 우월적 지위를 기초로 공공의 이익 달성이라는 행정적 목적을 위해 강제력을 동원하는 상황에 해당한다.
 63) 장태주, 행정법개론, 현암사, 2003, 1010면.
 64) 토지보상법 제26조 제2항에 의하면 사전협의도 가능.; 이하에서는 사전협의의 기준으로 기술.

이전에 사전적으로 협의를 진행할 수도 있는바, 이러한 사전협의를 시도되었음을 전제로 하는 경우 토지 수용 등의 일반절차를 특허권 수용 또는 강제실시를 위한 절차와 상호 대비하여 보면 다음과 정리될 수 있을 것이다.

〈토지 수용 등의 일반절차와 특허권의 강제실시 절차 비교〉

토지 수용 등의 일반절차	특허권 수용 또는 강제실시의 절차
사업준비 ▼	특허조사 ▼
협의를 ⁶⁵⁾ ▼	통상실시권 허락에 관한 협의 ⁶⁶⁾ ▼
사업인정 ▼	주무부장관의 수용 등 대상성 인정 또는 의약품수입을 위한 재정청구 요건 인정 ▼
조서작성 ▼	신청서 또는 청구서 작성 ▼
재결 및 화해	특허청장의 처분

위 표를 통하여 알 수 있는바와 같이, 특허권 수용 또는 강제실시 절차는 애초에 토지 수용 등의 일반절차를 따라 특허권이라는 재산권의 수용 또는 강제실시를 위한 특별절차로 마련된 것이라 하겠다.

-
- 65) 공익사업을 긴급히 시행할 필요가 있는 경우에는 협의를 생략하고 특별자치도지사, 시장·군수 또는 구청장의 허가를 받아 즉시 타인의 토지를 사용할 수 있으며(사업시행자가 국가나 또는 지방자치단체인 경우에는 허가조차 요구되지 아니함), 재결절차가 개시된 이후에도 토지수용위원회는 즉시 해당 토지의 사용을 허가할 수 있다.; 토지보상법 제38조 제1항 및 제39조 제1항.
 - 66) 비상사태의 경우, 공공의 이익을 위하여 비상업적으로 실시할 필요가 있을 경우, 불공정거래행위 시정을 위한 경우 등에는 예외적으로 협의를 거치지 아니할 수 있다.; 특허법 제107조 제1항 단서 및 특허권수용규정 제3조 제1항 제3호.

토지 수용 등의 일반절차에서는 토지수용위원회가 재결신청서를 접수한 경우 지체 없이 이를 공고하고 공고일로부터 14일 이상 관계 서류의 사본을 일반인이 열람할 수 있도록 하여야 한다.⁶⁷⁾ 그리고 토지 소유자 또는 관계인의 의견제시는 원칙적으로 상기 열람기간 중에만 허용된다.⁶⁸⁾

그런데 토지 수용 등의 일반절차에서의 토지소유자 또는 관계인 의견제시에 대응하는 것이 특허권의 수용 또는 강제실시 특별절차에서는 처분신청서를 받은 때의 특허권자 등 의견서 제출이다.⁶⁹⁾

특허권수용규정에서는 상기 의견 제출 기간을 명확히 정하고 있지 아니한 것이 문제이며, 이때에는 앞서 기술한 바와 같이 토지 수용 등의 일반절차에서 토지소유자 또는 관계인이 의견을 제시할 수 있도록 허용된 기간에 대한 규정을 유추적용하여야 할 것이다.

즉, 특허권 수용 또는 강제실시 절차에서 처분신청서를 받은 때의 특허권자 등 의견서 제출 기간에는 토지보상법에 따른 14일의 기간이 유추적용되는 것이 원칙이라 할 것인바, 특허권자 기타 이해관계인의 의견서 제출기간은 긴급을 요하는 특별한 사정이 없는 이상 최소 신청서 접수 사실이 공고된 날로부터 14일 이상으로 보장되어야 할 것이다.

한편, 의견제출의 기간에 대해서도 계속 토지보상법을 유추적용하기보다 특허권수용규정에 명확하게 그 기간을 정한 규정을 두는 것이 바람직할 것이다. 의견제출 기간은 보상금산정기준과 같은 고시로 정할 수 있는 법적 근거도 없기 때문에 추후 법령 개정을 통하여 의견제출의 기간을 명시적으로 두어야 할 것이다.

67) 토지보상법 제31조 제1항.

68) 토지보상법 제31조 제2항.

69) 특허권수용규정 제4조 제1항.

3. 소결

의견제출 기간을 정함에 있어서 상술한 바와 같이 토지보상법을 근거로 14일 이상의 기간을 정하여 특허권자 등에게 의견제출의 기회를 보장하여야 한다는 점을 살펴보았다. 여기서 답변서의 제출기간을 정함에 있어서는 토지보상법상의 관련 규정을 유추하여 검토하였다. 토지 수용 등의 일반절차에서의 토지소유자 또는 관계인 의견제시에 대응하는 것이 특허권 수용 또는 강제실시 특별절차에서는 처분신청서를 받은 때의 특허권자 등 의견서 제출이다.⁷⁰⁾ 토지 수용 등의 일반절차에서는 토지수용위원회가 재결신청서를 접수한 경우 지체없이 이를 공고하고 공고일로부터 14일 이상 관계 서류의 사본을 일반인이 열람할 수 있도록 하여야 하며,⁷¹⁾ 토지소유자 또는 관계인의 의견 제시는 원칙적으로 이 열람기간 중에만 허용된다.⁷²⁾ 특허권수용규정에서는 이러한 의견제출 기간을 정하고 있지 아니한 현실에서 토지 수용 등의 일반절차에서 토지소유자 또는 관계인이 의견을 제시할 수 있도록 허용된 기간에 대한 규정을 유추적용하여 특허권자 기타 이해관계인의 의견서 제출기간은 긴급을 요하는 특별한 사정이 없는 이상 최소 14일 이상으로 보장되어야 할 것이다.

현행 특허법이 의견제출의 기회를 주어야 한다고 규정하고 있을 뿐, 특허권수용규정 등 하위 법령에 그 구체적인 기간을 두지 아니하고 있어 실무적으로 혼동이 예상된다. 여기서 주의해야 될 점은 의견제출기한을 일정한 기간으로 정하는 것은 일종의 권리의 제한에 해당하는 사안으로 특허청의 예규 또는 행정지침으로 기간을 정하는 것은 부적절하다고 판단되며, 법에 그 기한을 명시하는 것이 바람직할 것이

70) 특허권수용규정 제4조 제1항.

71) 토지보상법 제31조 제1항.

72) 토지보상법 제31조 제2항.

다. 따라서 추후 법령 개정을 통하여 명확하게 의견(답변서) 제출의 기한을 정한 규정을 두는 것이 바람직할 것이다.

IV. 결론

그동안 국내 일각에서는 특허법상 강제실시제도는 현실적으로는 활용되지 않는 법문으로만 존재하는 제도라는 인식이 있었으나, 최근 코로나19의 글로벌 대유행 상황에서 전 세계적으로 동 제도의 이용이 적극적으로 고려되고 있음을 알 수 있다. 특허에 대한 강제실시권을 허락하는 경우 특허권자에게 자발적 라이선스 등의 기회를 제한하게 되어 연구개발 의지에 부정적인 영향을 미치게 되는 면을 우려하는 시각도 많은 게 사실임에도 강제실시제도는 기술의 발전과 이용촉진을 통해 산업발전에 이바지하고자 하는 특허법 본연의 목적 달성에 필요한 제도 중 하나임은 분명하다. 무엇보다 중요한 것은 강제실시제도를 이용해야만 하는 상황을 맞는 경우 제도의 불비로 인하여 이해관계자의 보호가 미흡하거나 실무상 혼동을 초래하지 않도록 미리 필요한 사항을 구비해야 할 필요가 있으며, 더욱이 실 사례가 많지 않은 우리나라에서 강제실시제도가 보다 정교함을 갖추기 위해 보다 활발한 연구가 필요할 것으로 생각된다.

〈참고문헌〉

1. 단행본

- 김남진, 행정법 II, 법문사, 2001.
류준모, 손실보상에 관한 심사기준 연구, 법제처, 2013
법제처, 법령입안심사기준, 2020.
서정욱, 행정법요론, 도서출판, 2003.
장태주, 행정법개론, 현암사, 2003.

2. 논문

- 박보영, 헌법상 손실보상에 관한 헌법적 조망, 인권과정의, Vol.479, 대한 변호사협회, 2019.
정차호, 신종 플루 등 대유행 전염병에 대비하기 위한 강제실시 제도의 개선방안, 법학논총, 제29집 제2호, 전남대학교 법학연구소, 2009.

3. 인터넷 사이트

- <https://verfassungsblog.de/fighting-covid-19-legal-powers-and-risks-germany/> <2021.5.24. 최종접속>
https://www.clydeco.com/en/insights/2020/04/covid-19-france-state-of-public-health-emergency?utm_source=Mondaq&utm_medium=syndication&utm_campaign=LinkedIn-integration <2021.5.24. 최종접속>
https://corrs.com.au/insights/covid-19-when-do-private-patent-rights-give-way-to-the-public-interest?utm_source=Mondaq&utm_medium=syndication&utm_campaign=LinkedIn-integr <2021.5.24. 최종접속>
https://www.keionline.org/chilean-covid-resolution?_sm_au_=iV Vvns5WHQ11sMDPvMFckK0232C0F <2021.5.24. 최종접속>
<https://www.keionline.org/wp-content/uploads/ES-Ecuador-CL-resolution.pdf> <2021.5.24. 최종접속>

<https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/p-4/page-4.html#docCont>

〈2021.5.24. 최종접속〉

데일리뉴스 정하연기자, “권칠승의원, 코로나19 치료제·백신 대란 막는다!

「감염병 치료제·백신 공급 강제실시법」 대표발의”, 2020.12.8.자

KBS 뉴스, “‘코로나19’ 팬데믹 ‘정병국’ 코로나19 준전시상황...징발법 가

동해야”, 2020.2.24.자.

〈 국문 초록 〉

2020년에 많은 국가들이 코로나바이러스감염증-19(COVID-19)(이하 '코로나19'라 함)의 글로벌 대유행(pandemic)을 겪으면서 필수 의약품 관련 특허권에 대하여 강제실시권(통상실시권)을 허락하거나, 추후 강제실시권을 허락할 수 있는 경우에 대비하여 절차의 명확화를 꾀하는 긴급조치를 마련한 가운데, 우리나라는 그동안 입법적 불비사항으로 남겨져 있던 특허권수용규정 제5조의2 제4항과 관련하여 특허권자 등에 대한 보상금산정기준에 관한 고시를 제정함으로써 특허권자 보호에 만전을 기하고 실무상 혼동의 소지를 해소하였다. 즉, 특허권수용규정 제5조의2 제1항 내지 제3항의 산식에 따라 보상금을 산정할 수 없는 경우에는 감정평가기관에 감정평가를 의뢰하고 3개 평가기관의 평가액에 대한 산술평균치를 기준으로 보상금을 산정하도록 하였다.

아울러 강제실시의 청구가 있는 경우 특허권자들에게 통지하고 답변서 제출의 기간을 부여하도록 하고 있는 특허법 제108조와 관련하여, 이 답변서 제출의 기간을 어느 정도로 부여해야 하는지도 현재 명확하게 정해져 있지 아니하다. 그런데 일반적으로 부동산 이외의 다른 재산권에 대한 물적 공용부담(이하 '수용 등'이라 한다)과 관련하여 법률에 다른 규정이 없으면 토지에 대한 수용 등의 관련 법률 규정이 유추적용될 수 있기 때문에 특허권 수용 또는 강제실시 절차에서 처분신청서를 받은 때의 특허권자 등의 의견서 제출 기간은 토지보상법상 토지소유자 등이 의견을 제시할 수 있는 기간과 같은 신청서 접수 사실이 공고된 날로부터 14일 이상의 기간이 보장되어야 한다.

주제어: 강제실시, 감정평가, 보상금 산정기준, 답변서 제출기간

〈Abstract〉

Justification of the Public Notice of the Standard for Calculating the Amount of Compensation and Appropriation of the Submission Period of Responses in the Compulsory Licensing under the Patent Act

CHANG, Jae-Won* · LEE, Myeong-Hui**

In 2020, many countries have faced the global pandemic of COVID-19 and have come up with emergency measures to clarify procedures in case they would grant compulsory licenses (non-exclusive licenses). In relation to this, the government of South Korea have established the Public Notice of the Standard for Calculating the Amount of Compensation or Consideration for the Expropriation, Implementation, etc. of Patent Rights(hereinafter referred to as 'the Notice'). The Notice implements the Article 5-2(4) of the Regulations on the Expropriation, Implementation, etc. of Patent Rights (hereinafter referred to as 'the Regulations'), which had been left as a legislative deficiency. The Notice is important for patent holders to protect of rights and resolve confusions in

* Hachwa Law, Representative Lawyer.

** Korea Institute of Intellectual Property, Senior Researcher.

practice. According to the Notice, where compensation is unable to calculate in accordance with Article 5-2(1)~(3) of the Regulations, it shall be requested to be appraised compensation by three appraisal entities, and is calculated based on the arithmetic average of the three appraisal entities.

In addition, in relation to Article 108 of the Patent Act, it is not currently clear how long submission period of responses should be provided to the patentee, exclusive licensee, and other persons who have any registered right or interest in the patent. In this case, it is appropriate to provide the period over 14 days same as submission period of opinion under the Land Compensation Act.

Key Words: Compulsory Licensing, Appraisal and Assessment, Calculation Standard for Amount of Compensation, Submission Period of Responses