

2008년 특허분쟁대비 지재권 정보지원사업



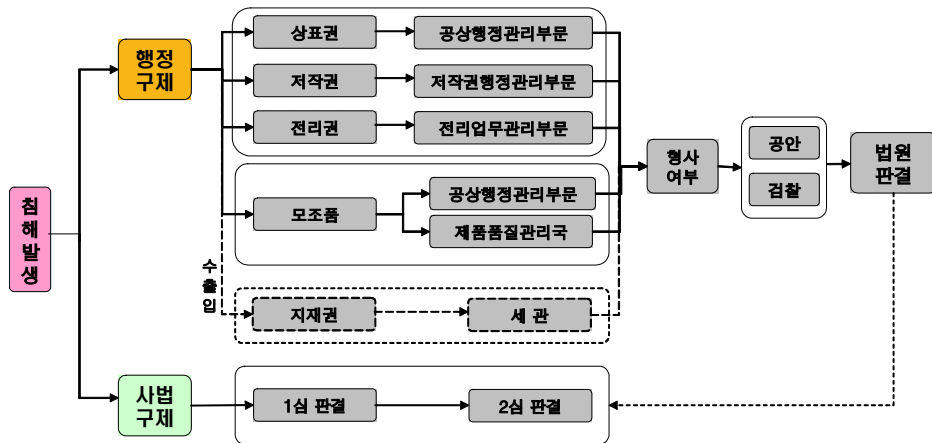
# 중국특허(전리)분쟁지도

제도편

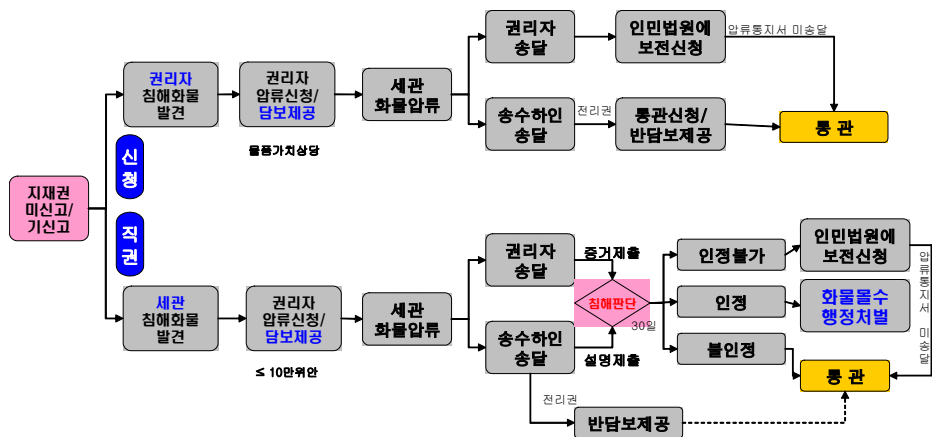


## 중국의 지식재산권 보호체계(행정구제)

- 1984년에 최초 제정된 전리법상에서 **행정보호와 사법보호를 병행**하는 쌍궤제를 채택
- 전리업무관리부문에서는 권리자의 청구에 의해 **전리권**에 대한 침해행위 정지명령, 배상액 조정 등의 역할을 수행하며, 기타 타인전리사칭, 전리허위표시 처리와 관련된 행정보호 업무를 담당
- 공상행정관리부문에서도 권리자의 청구에 의해 **상표권**에 대한 침해행위 정지명령, 배상액 조정 등의 역할을 수행하며 전용도구 몰수, 과태료 부과 등과 관련된 조사 직권을 보유
- 지적재산권 유형별로 세관보호 현황을 살펴보면 상표사건이 전체사건의 80.6%를 차지하고 있어, **상표권 침해의 경우 세관보호가 매우 유효한 수단인 것으로 분석됨**



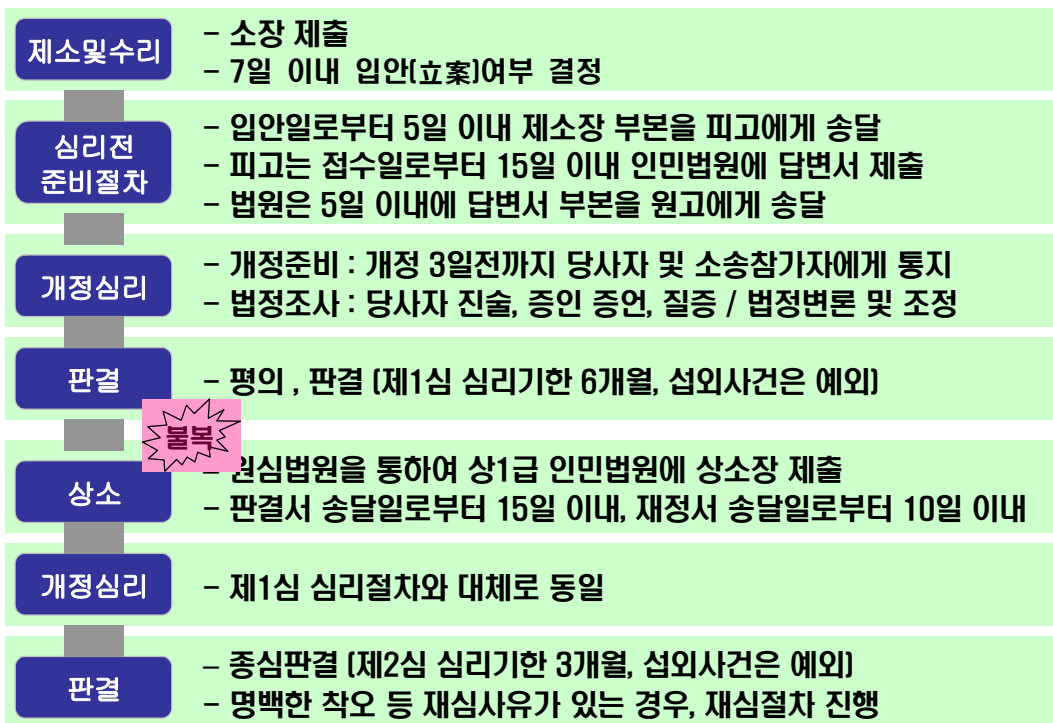
〈중국의 지식재산권 보호체계〉



〈세관보호 처리절차〉

## 중국의 지식재산권 보호체계(사법구제)

- 중국의 사법제도는 **4급**(기층인민법원, 중급인민법원, 고급인민법원, 최고인민법원) **2심제**를 시행
- 최고인민법원은 사법해석을 통해 **섭외사건에 대하여** 지역별로 소송금액을 기준으로 1심 관할 표준을 정하여 시행(북경시 중급인민법원의 경우 소송금액이 2,000만 위안 이상인 사건을 관할)
- 전리 민사사건의 경우 피고주소지, 계약이행지, 침해행위지 관할을 원칙으로 하며 **전리권자 및 이해관계인(피허가자, 상속인 포함)이 제소권을 가짐**



〈민사소송 절차〉

## 중국의 지식재산권 보호 특수제도 - 1

저명상표 보호제도	<ul style="list-style-type: none"> <li>● 등록 저명상표인 경우 그 보호범위를 동일 또는 비유사 상품까지 확대</li> <li>● 미등록 저명상표에 대해서도 일정한 보호 제공(동일/유사상품)</li> <li>● 고려 요소 : 해당상표의 인지도, 사용기간, 선전 정도, 저명상표로서의 보호 기록 등</li> <li>● 인정 이점 : 기업명칭 등기의 취소, 도메인네임 등록 불법 인정, 표지 위조 형사소추</li> <li>● 행정·사법 인정 모두 원칙상 해당 분쟁에서만 유효, 영향력의 차이 존재</li> </ul>
전시회 기간의 지재권 보호제도	<ul style="list-style-type: none"> <li>● 전시회(3일이상)의 임시성·유동성을 고려, 전시회 현장에 지재권 고소 기구 운영</li> <li>● 고소기구: 전시회 주최측, 전시회관리부문, 지재권 행정관리부문 인원으로 구성</li> <li>● 지재권 관리자는 유효한 지재권 귀속증명과 침해혐의에 대한 기본정보 제출</li> <li>● 침해혐의가 인정되면 유형에 따라 처리결정하고, 침해전시품 등 철수 명령</li> </ul>
다여지정원칙	<ul style="list-style-type: none"> <li>● 독립항에 발명의 완성과 무관한 기술특징을 부가적으로 기재 (동일 침해)</li> <li>● 피고가 침해물품에서 당해 부가적 기술특징을 실현하지 않아도 침해 인정</li> <li>● 1995년, 북경시고급인민법원이 “인체스펙트럼정합반응장치”판례에서 최초로 인정</li> <li>● 하지만, 최고인민법원은 2005년 이 원칙의 경솔한 적용을 반대한다는 입장 표명</li> </ul>



〈등록 저명상표 예시〉

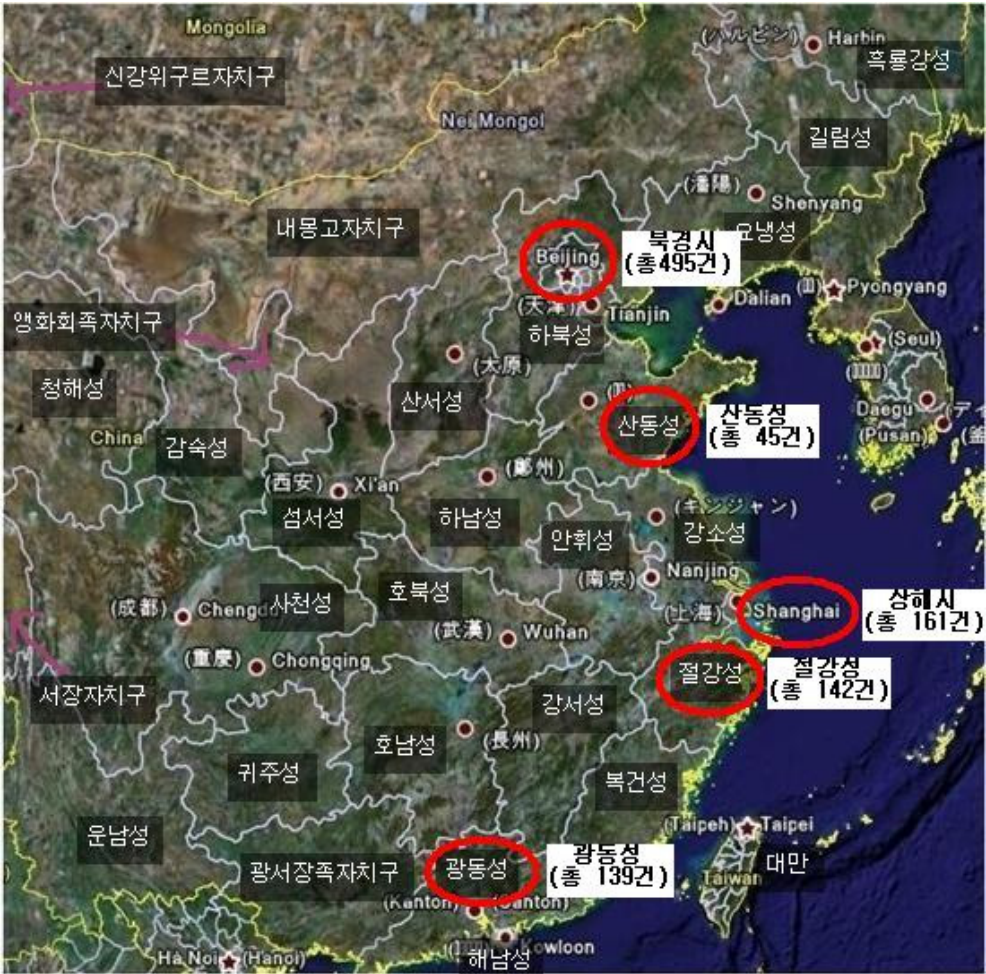
## 중국의 지식재산권 보호 특수제도 - 2

비고의행위	<ul style="list-style-type: none"> <li>● 전리침해제품(방법전리포함)임을 모르고 생산경영목적으로 사용 또는 판매한 경우</li> <li>● 사용자 및 판매자가 그 제품의 합법적인 출처를 증명하면 배상책임을 면제(배상책임 면제 조건 : “모르고” + “합법적인 출처 증명”)</li> <li>● <b>중국 전리침해분쟁에서 피고의 항변수단으로 자주 등장</b></li> </ul>
민사조정제도	<ul style="list-style-type: none"> <li>● 재판과정에서 법관의 주재하에 당사자가 자주적인 협상을 통해 분쟁 해결</li> <li>● 1심, 2심 및 재심에 모두 적용 (<b>07년도 조정취하율 : 55.5%</b>)</li> <li>● 조정의 협의 내용이 소송의 청구범위를 벗어나는 경우에도 법원은 허락 가능</li> <li>● <b>조정이행의 담보방안으로 조정 미이행시 추가 민사부담을 약정할 수 있음</b></li> <li>● 효율성 증대를 위해 조정협회의 서명 또는 날인을 효력발생조건으로 할 수 있음</li> </ul>
사법감정제도	<ul style="list-style-type: none"> <li>● 사법부 주관, 사법감정기구 및 감정인에 대한 허가 등록제 시행</li> <li>● 침해기술 동일 여부, 기술자문 등의 이행결과와 계약약정 부합 여부 등 판단</li> <li>● 감정기구는 감정협의를 체결일로부터 30근무일 내 감정결론 제공</li> <li>● <b>감정결론은 당연히 증거효력을 갖는 것이 아니고, 법관의 심사와 인정 필요</b></li> </ul>
전리권 비침해 확인청구분쟁	<ul style="list-style-type: none"> <li>● 일반적으로 전리권자가 침해소송에서 피고의 고의를 입증하기 위해 경고서신 발송</li> <li>● 권리자가 경고만하고 제소하지 않는 경우, 피경고자의 지위가 계속 불안</li> <li>● 2002년, 최고인민법원은 강소성 고급인민법원의 “소주용보공사 - 소주량력복공사 제소사건” 문의에 대한 답변에서 분쟁명칭을 수용하고 전리민사분쟁으로 분류</li> <li>● 비침해 확인청구소송의 성격 : 확인소송 또는 침해소송 (최고법원의 의견)</li> </ul>



## 판결동향 분석 모집단

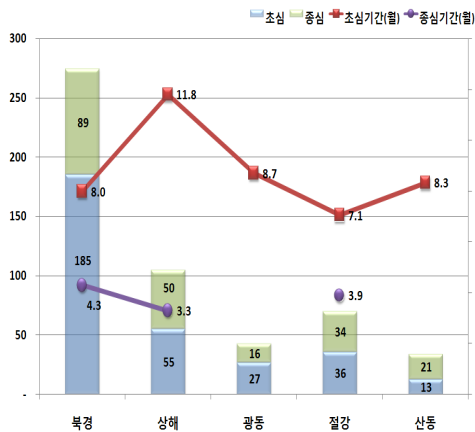
- 본 연구의 정량분석에 대한 데이터 모집단은 중국 북경대 법보 및 북경시 법원망, 미법망 등의 DB 중심으로 추출하였음. 모집단은 **중국의 북경시, 상해시, 광둥성, 절강성, 산둥성 등 한국기업의 주요 진출지역 및 침해빈발 지역을 중심으로 해당 지역의 법원에서 2003. 01. 01 ~ 2008. 06. 30 까지 판결이 선고된 민사사건**으로서, 공개된 재판문서(판결서, 조정서) 총 1,022건을 조사대상으로 하였음
- 재판문서 중 발명·실용신안 및 디자인에 대한 판결서와 조정서만을 정량분석대상으로 선정하였음



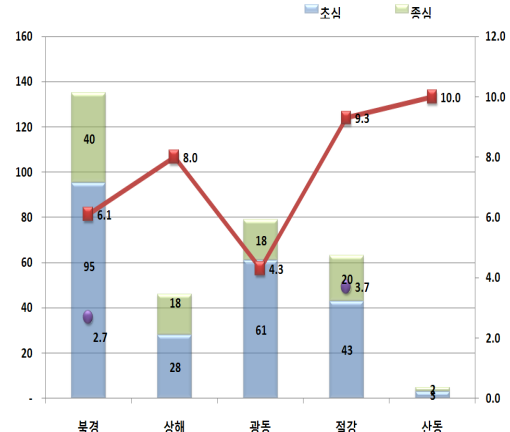
〈지역별 판결동향 분석 모집단 건수〉

## 연도별 판결건수 및 소송 소요기간 판결동향

- 중국의 전리소송(발명·실용신안) 관련 민사판결은 2003년 ~ 2008년(상반기)까지 총 526건임. 발명·실용신안 관련 민사소송 소요기간은 **평균 7.2개월이 소요**되고 있으며, 초심의 경우에는 8.8개월, **중심의 경우에는 3.9개월이 소요**되고 있는 것으로 분석됨
- 연도별로는 2003년 90건, 2004년 76건을 유지하고 있었으나 **2005년 113건, 2006년 118건으로 상당부분 증가**한 것으로 나타남. 이는 중국의 경제발전과 외국기업들의 중국진출 등의 원인으로 인하여 **북경 관할을 중심으로 전리분쟁이 격화되고 있음**을 시사하고 있다고 볼 수 있음
- 중국의 디자인 관련 민사판결은 총 328건으로 분쟁이 발생한 주요 지역으로는 북경(135건, 41.2%), 광둥(79건, 24.1%), 절강(63건, 19.2%) 등 순으로 나타남. 중국에서의 디자인소송은 **평균 5.8개월(초심 6.6개월, 중심 3.0개월)이 소요**되고 있으며, **산동성의 경우 소송에 평균 10.0개월(초심)이 소요된 것으로 분석**되어 디자인소송에 소요되는 기간이 다른 지역에 비해서 긴 것으로 나타남



〈발명·실용신안 소송건수 및 소요기간〉

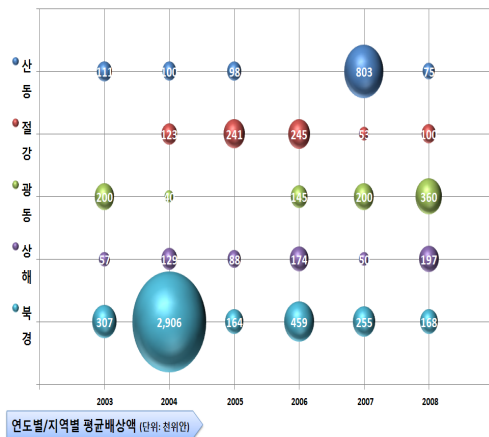


〈디자인 소송건수 및 소요기간〉

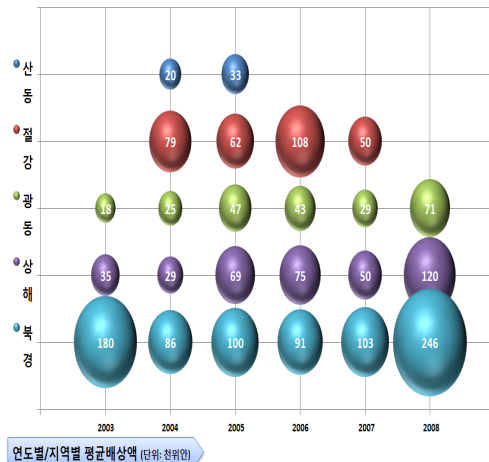


## 손해배상액 판결동향

- 2003년~2008년(상반기) 발명·실용신안 관련 민사소송의 총 손해배상액은 약 7,491만 위안으로 분석되었으며, 2004년도의 경우 다른 연도에 비해 고액인 약 2,846만 위안의 손해배상청구소송이 인용되었다는 점이 특징적임. 특히 북경의 2004년도 총배상액이 급증한 것으로 나타났는데, 분석결과 이는 전기전자 분야의 특정사건에서 총 2,540만 위안(전리 사용비 1,818만 위안, 손해배상 722만 위안)의 손해배상액이 인정되었기 때문인 것으로 나타남
- 상당수의 발명·실용신안 관련 민사소송에서는 평균 손해배상액이 약 35만 위안 이하로 분석되었음. 이는 주된 분쟁의 대상이 첨단과학기술분야 보다는 일상생활용품과 관련된 일반산업분야의 권리들이 주로 계쟁의 대상이 되고 있는 점에서 기인한 것으로 예측됨. 그리고 북경의 경우 평균배상액이 약 57만 위안으로 전체 평균배상액을 상회하고 있으며, 총 배상액의 약 70.3%를 차지하고 있는 것으로 분석됨
- 2003년~2008년(상반기) 디자인 관련 민사소송의 총 손해배상액은 약 1,490만 위안으로 분석되고 있으며, 총 배상액에서 북경이 48.9%, 절강성 24.8%를 각각 차지하고 있는 것으로 나타남. 디자인 소송에서는 평균 손해배상액이 약 6만9천 위안 이하로 분석되었으며, 중국 북경의 경우에는 평균 배상액이 11만 위안 정도로 타 지역에 비해 높은 것으로 나타남



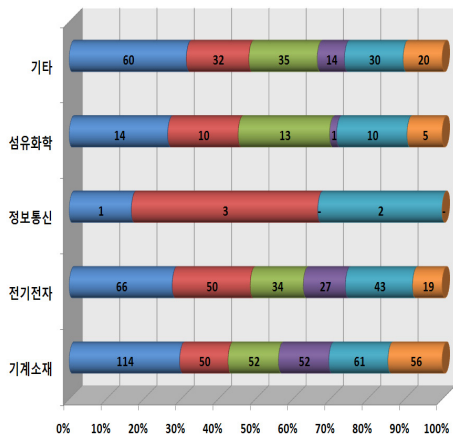
〈발명·실용신안 민사소송 평균배상액〉



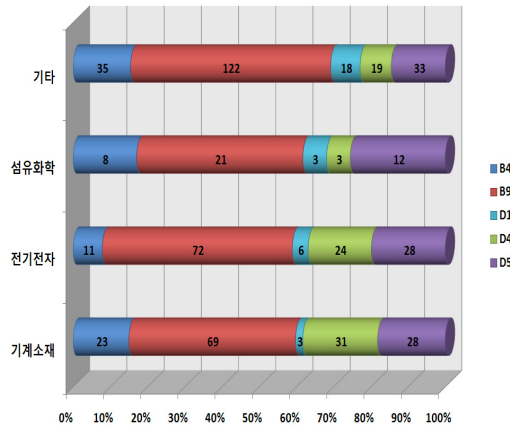
〈디자인 민사소송 평균배상액〉

## 산업분야별 법률쟁점 판결동향

- 발명·실용신안 관련 민사소송에서는 주로 문제된 법률쟁점은 증거일반, 문언침해, 균등론, 무효심판, 비교의행위 등으로 나타남. 전리권의 침해판단과 관련 문언침해(B1) 255건, 균등론(B2) 145건, 공지기술의 참작(B4) 134건이 각각 쟁점이 된 것으로 분석됨. 또한 입증과 관련하여 증거일반이(C1) 345건, 방어와 관련하여 무효심판이(D4) 146건, 비교의행위가(D5) 100건이 각각 쟁점이 된 것으로 분석됨
- 발명·실용신안 관련 민사소송에서 방어와 관련하여 무효심판이 많이 활용되는 것은 실체 심사 없이 전리권을 수여하는 실용신안 관련 소송이 많이 제기되고 있기 때문인 것으로 예측됨. 특히, **전리 민사소송에서 중국기업들이 비교의행위를 방어수단으로 활용하는 사건이 많음을 알 수 있는데, 이는 전리침해 제품을 판매 또는 사용하여 전리침해행위가 인정된다 할지라도 합법적인 출처를 증명하는 경우 배상책임을 면제하는 것으로 규정하고 있는 “중국 전리법 제63조 제2항의 규정” 때문인 것으로 분석됨**
- 디자인소송에서 주로 문제된 법률쟁점은 동일유사성 판단, 증거일반, 비교의행위, 증거보전, 무효심판, 공지기술의 참작 등으로 나타남



〈발명·실용신안 산업분야별 법률쟁점〉



〈디자인 산업분야별 법률쟁점〉

## 주요판례 심층 분석 - 사례

### 1. 판결 요지

사건번호	(2005)民三提字第1号	판결일자	2005. 8. 22.
원고	대련인달신형장체(大连仁达新型墙体)건축상	피고	대련신익건축재(大连新益建材)유한공사
원고대리인	북경시립방(立方)올사사무소	피고대리인	대련지혜(智慧)전리사무소
전리종류	발명	전리번호	ZL98231113.3
1심승패	원고 승소	전리법조항	전리법 제56조
소송결과	피고 승소	법원/주심	최고인민법원/王永昌

### 2. 주요 쟁점

**다여지정원칙**이 침해소송에 있어서 기본적으로 적용되는 원칙인지 여부 및 **균등론의 판단 기준**이 “각 요소의 비교방법”에 의거하는지 여부

### 3. 사실 관계

원고 인달창은 실용신안권을 가지고 있는 왕모씨로부터 콘크리트 박벽통체 부재에 관한 독점적 실시권의 허락을 받은 후 실용신안권의 기재와 구성요소의 일부가 다른 제품을 판매하는 신익공사를 상대로 손해배상과 사죄광고를 요구하는 소를 제기하였고, 1심 및 2심 판결에서 인달창이 승소함. 피고(신청인) 신익공사는 2심판결에 불복하여 최고인민법원에 재심을 청구함

### 4. 소송 경과

본 사안에 있어서 실용신안권과 본건 제품은 ① “통체부”와 “통저부”로 구성되어 있는데, ② 실용신안권의 통체부에는 2개층의 유리섬유포를 적층하게 되어 있는데 반해, 본건 제품은 1개층의 유리섬유포를 적용하고 있고, ③ 실용신안권의 통저부에는 유리섬유포가 적용되어 있는데 반해, 본건 제품의 통저부에는 유리섬유포가 적용되어 있지 않다는 차이가 있음. 이에 대하여, 1심 법원(대련시 중급인민법원)은 ① “통저부”는 “통체부”에 비해 부차적인 역

할을 수행하는 구성요소라는 전제하에, ② 통저부에 있어서 유리섬유포가 적용되어 있지 않다는 본건 제품의 차이점을 주목하기 보다는, 양 기술 모두 통체부에 유리섬유포를 적용한다는 점에서 본질적으로 동일하고, 여기서 유리섬유포가 1개층인지 2개층인지 여부는 단순한 숫자의 차이에 불과하므로, 피고인 신익공사는 손해배상 및 사죄광고의 책임이 있다는 판결을 하였고, 2심 법원(요녕성 고급인민법원) 역시 위와 같은 1심 판결을 지지하는 판결을 하였음

## 5. 상소심 판결요지

원심 판결은 “통저부가 통체부의 부차적 역할을 수행한다는 점”을 근거로 하고 있으나, 통저부의 층 구조가 청구범위에 명확하게 기재된 이상 “다여지정원칙”을 경솔하게 적용하는 것에 찬성하지 않음.

그런데 양 기술의 통저부 구조는 유리 섬유포를 포함하는지 여부의 차이가 있고, 권리요구서와 설명의 기재된 한정조건을 감안할 때, 통체부 역시 유리 섬유포가 2개인지 1개인지 여부의 차이까지 존재함.

따라서 원심 판결은 법률 적용을 잘못하여 균등 침해를 인정하는 오류를 범하였으므로, 원심 판결을 파기하고 원고의 청구를 기각함

## 6. History map

(2005) 民三提字 第1号	최고인민법원	원심파기
↑		
(2004) 遼民四知終字 第67号	요녕성(遼寧省) 고급인민법원	전리침해
↑		
(2003) 大民知初字 第25号	대련시(大连市) 중급인민법원	전리침해

## 7. 결론 및 시사점

침해판정에 있어 “다여지정원칙”의 적용에 대하여 중국에서는 이론과 실무에 있어서 계속 논쟁이 되어 왔는데, **이 사건에서 최고인민법원은 최초로 다여지정원칙의 적용을 기본적으로 부정하는 태도를 취함.** 그러나 최고인민법원은 다여지정원칙의 적용을 근본적으로 부정하지 않았고, 어떤 상황에서 적용할 수 있는지에 대해서도 언급하지 않은 점을 고려할 때, **앞으로 다여지정원칙이 어떻게 운용될지 주목할 필요가 있음.** 또한, 위 판결은 균등론을 적용하는데 있어서 “**전체적 효과를 분석하는 방법**” 대신에 “**각 요소를 비교하는 방법**”을 채택함으로써, 균등론이 무분별하게 적용되어서는 안 된다는 점을 명확히 한 판결이므로, 청구법위의 작성에는 이전보다 더욱 세심한 주의가 필요할 것으로 판단됨





# Contents

## 목차(제도편)

### ■ 제1장 서

#### 1.1 보고서 작성의 배경 및 목적\_ 3

1.1.1 보고서 작성의 배경 ..... 3

1.1.2 본 보고서 작성의 목적 ..... 5

#### 1.2 분석대상 및 방법론\_ 6

#### 1.3 보고서의 구성\_ 8

#### 1.4 보고서의 용어 사용\_ 10

### ■ 제2장 중국의 지식재산권 제도 일반

#### 2.1 지식재산권 관련 전국 행정관리기구\_ 15

2.1.1 국가지식재산권국 ..... 15

2.1.2 국가공상행정관리총국 ..... 18

2.1.3 국가판권국 ..... 21

2.1.4 농업부 ..... 21

2.1.5 세관 ..... 21

#### 2.2 지식재산권 관련 사법기구\_ 23

2.2.1 최고인민법원 ..... 23

2.2.2 지방각급인민법원 ..... 25

2.3 지식재산권 관련 주요 법률 및 사법해석__	26
2.3.1 지식재산권 관련 주요 법률·법규 .....	26
2.3.2 지식재산권 관련 주요 사법해석 .....	27
2.3.3 지식재산권 관련 주요 국제협약 .....	28
2.4 전리출원, 심사 및 보호제도__	30
2.4.1 전리출원 현황 .....	30
2.4.2 전리법의 개요 .....	36
2.4.3 전리출원권의 권리귀속 .....	37
2.4.4 전리권의 요건 .....	39
2.4.5 전리의 출원 .....	42
2.4.6 전리출원의 심사 및 비준 .....	47
2.4.7 전리출원권·전리권의 양도 및 질권 설정 .....	52
2.4.8 전리권의 존속기간·소멸·무효 .....	53
2.4.9 전리권의 효력 .....	54
2.4.10 전리권의 침해행위 .....	58
2.4.11 타인전리사칭 및 전리허위표시 .....	71
2.4.12 전리권침해의 판정 .....	77
2.4.13 전리권침해의 법률책임 .....	90
2.5 상표출원, 심사 및 보호제도__	96
2.5.1 상표출원 현황 .....	96
2.5.2 상표법의 개요 .....	100
2.5.3 상표등록의 출원 .....	104
2.5.4 상표등록의 심사 및 확인 .....	107
2.5.5 등록상표의 존속기간, 양도, 사용허가 및 질권의 설정 .....	109
2.5.6 등록상표 분쟁의 재정 .....	111
2.5.7 상표 사용의 관리 .....	113
2.5.8 등록상표전용권의 침해 .....	116
2.6 전리법 개정 동향 및 개정내용__	119
2.6.1 개정 동향 .....	119
2.6.2 개정 주요 내용 .....	119

### ■ 제3장 중국의 전리·상표 분쟁 및 보호

3.1 보호제도 일반__	135
3.2 행정보호제도__	137
3.2.1 전리권의 행정보호 .....	137
3.2.2 상표권의 행정보호 .....	144
3.2.3 세관에 의한 행정보호 .....	149
3.2.4 행정보호 현황 .....	160
3.3 사법보호제도__	176
3.3.1 전리권의 사법보호 .....	176
3.3.2 상표권의 사법보호 .....	185
3.3.3 사법보호 현황 .....	191
3.4 전리민사소송 절차__	197
3.4.1 전리민사소송 절차의 순서도 .....	197
3.4.2 제1심 절차 .....	198
3.4.3 민사소송절차의 특수정황 .....	202
3.4.4 제2심 절차 .....	206
3.4.5 심판감독절차 .....	210
3.4.6 집행절차 .....	212
3.5 저명상표의 특수보호__	217
3.5.1 저명상표의 개요 .....	217
3.5.2 저명상표의 인정 .....	221
3.6 전시회 기간의 지식재산권 보호__	224
3.6.1 입법배경 .....	224
3.6.2 고소 및 처리 .....	224
3.7 전리권 침해 관련 임시조치(가처분)제도__	229
3.7.1 제소 전 전리권 침해행위의 정지 .....	229

3.7.2 소송 중 및 제소 전의 재산보전 조치 .....	233
3.7.3 소송 중의 선집행 .....	237
<b>3.8 인민법원의 민사조정(調解)제도_ 240</b>	
3.8.1 개요 .....	240
3.8.2 민사조정업무 규정의 내용 .....	240
<b>3.9 지식재산권 사법감정제도_ 244</b>	
3.9.1 개요 .....	244
3.9.2 지식재산권 사법감정 .....	244
3.9.3 법적 근거 .....	246
3.9.4 사법감정의 범위, 감정인, 감정기구 .....	246
3.9.5 사법감정 절차 .....	247
3.9.6 사법감정 결론의 성격 .....	248
<b>3.10 지식재산권 보호요강 및 전략강요_ 249</b>	
3.10.1 2006년 - 2007년 지식재산권 보호행동 요강 .....	249
3.10.2 국가지식재산권 전략강요 .....	253

## ■ 제4장 전리 민사분쟁 및 법률쟁점 판례 가이드

<b>4.1 전리 민사분쟁 판례 가이드_ 271</b>	
4.1.1 전리출원권 귀속분쟁 .....	271
4.1.2 전리권 귀속분쟁 .....	271
4.1.3 전리권 침해분쟁 .....	272
4.1.4 전리출원권·전리권 양도계약분쟁 .....	273
4.1.5 타인전리사칭분쟁 .....	273
4.1.6 발명전리출원 임시기간 사용비 분쟁 .....	274
4.1.7 직무발명창조 발명자·설계자의 장려금·보수 분쟁 .....	274
4.1.8 제소 전 권리침해 정지 및 재산보전신청 분쟁 .....	275
4.1.9 전리 발명자·설계자 자격 분쟁 .....	276
4.1.10 전리실시허가계약 분쟁 .....	277
4.1.11 전리권 비침해 확인청구분쟁사건 .....	277

## 4.2 법률쟁점 판례 가이드\_ 286

4.2.1 전리의 유효성 .....	286
4.2.2 전리권 침해판단 .....	294
4.2.3 입증 .....	303
4.2.4 방어 .....	305
4.2.5 권리구제수단 .....	314
4.2.6 사칭행위 .....	316
4.2.7 직무발명 .....	317

# Contents

## 표목차(제도편)

[표 2.3-1] 지식재산권 관련 중국의 주요 법률·법규 현황 .....	26
[표 2.3-2] 지식재산권 관련 중국의 주요 사법해석 목록 .....	27
[표 2.3-3] 지식재산권 관련 중국의 국제조약 가입 현황 .....	28
[표 2.4-1] 중국의 1985년-2007년 전리출원 누적 현황 .....	31
[표 2.4-2] 중국의 WTO 가입 후 전리출원 현황 .....	32
[표 2.4-3] 외국의 국가별 대 중국 전리출원 현황 .....	33
[표 2.4-4] 2007년 중국출원 상위 10대 외국기업의 현황 .....	34
[표 2.4-5] 중국의 PCT 국제출원 현황 .....	35
[표 2.4-6] 한·중 양국의 지식재산권 분류와 법체계의 비교 .....	36
[표 2.5-1] 1979년 - 2006년 상표 출원 및 등록 현황 .....	97
[표 2.5-2] WTO가입 이후 상표출원 현황 .....	98
[표 2.5-3] 최근 3년간 주요국의 상표출원 현황 .....	99
[표 2.5-4] 2006년 상표 출원 및 등록 현황 .....	100
[표 3.2-1] 2006년 전국 전리권 행정집행 현황 (1) .....	161
[표 3.2-2] 2006년 주요지역 전리권 행정집행 현황 (2) .....	165
[표 3.2-3] 2006년 전국 상표침해사청사건 조사처리 현황 .....	166
[표 3.2-4] 1996-2005년 중국세관의 지식재산권 .....	167
[표 3.2-5] 1996-2005년 중국세관의 지식재산권 .....	167
[표 3.2-6] 1996-2005년 중국세관의 지식재산권 .....	168
[표 3.2-7] 1996-2005년 중국세관의 지식재산권 행정집행 현황 .....	168
[표 3.2-8] 2007년 지식재산권 보호조치 현황 .....	169



[표 3.2-9] 2007년 침해상품 수량 및 금액 .....	169
[표 3.2-10] 2007년 각종 운송방식별 권리침해상품의 수량 및 금액 .....	170
[표 3.2-11] 권리침해상품의 진출입 경로 .....	171
[표 3.2-12] 침해상품의 지식재산권 유형 .....	172
[표 3.2-13] 세관을 통한 지식재산권 침해의 주요 구제 국가 .....	173
[표 3.2-14] 중국세관의 집행방식 .....	174
[표 3.2-15] 지식재산권의 신고 유형 .....	174
[표 3.2-16] 세관총서에 신고한 지식재산권자의 국적 .....	175
[표 3.3-1] 중국의 섭외사건 관할권 .....	181
[표 3.3-2] 최근 5년간 지식재산권 관련 사건 현황 .....	192
[표 3.3-3] 최근 5년간 지식재산권 관련 민사사건 현황 .....	192
[표 3.3-4] 최근 5년간 지식재산권 관련 행정사건 현황 .....	193
[표 3.3-5] 2007년 전국인민법원 지식재산권 민사 1심사건 현황(수리기준) .....	194
[표 3.3-6] 2007년 전국인민법원 지식재산권 행정 1심사건 현황(수리기준) .....	195
[표 3.3-7] 2007년 전국인민법원 지식재산권 형사사건 현황(심결기준) .....	196
[표 3.3-8] 전국인민법원의 임시조치 현황 .....	196
[표 3.9-1] 북경시·상해시 사법감정기구 리스트 .....	245

# Contents

## 그림목차(제도편)

[그림 1.1-1] 한국과 중국의 기술격차 .....	4
[그림 2.1-1] 중국 국가지식재산권국 조직도 .....	17
[그림 2.1-2] 중국 국가공상행정관리총국 조직도 .....	20
[그림 2.4-1] 중국의 전리출원 현황(1985-2008) .....	30
[그림 2.4-2] 중국의 WTO 가입 후 전리출원 현황 .....	31
[그림 2.4-3] 2007년 외국의 국가별 대 중국 전리출원 현황 .....	33
[그림 2.4-4] 2007년 중국출원 상위 10대 외국기업의 현황 .....	34
[그림 2.4-5] 중국의 PCT 국제출원 현황 .....	35
[그림 2.4-6] 중국의 전리출원 절차의 개요도12) .....	43
[그림 2.5-1] 1982년 - 2006년 상표출원 현황 .....	96
[그림 2.5-2] WTO가입 이후 상표출원 현황 .....	98
[그림 2.5-3] 2006년 주요국의 상표출원 현황 .....	99
[그림 2.5-4] 중국의 상표출원 절차의 개요도 .....	105
[그림 3.1-1] 중국의 지식재산권 보호체계 .....	136
[그림 3.2-1] 세관에 의한 지식재산권 보호절차(신청) .....	150
[그림 3.2-2] 세관에 의한 지식재산권 보호절차(직권) .....	152
[그림 3.2-3] 2006년 전리권 행정집행 현황 .....	164
[그림 3.2-4] 1996 - 2005년 중국세관의 지식재산권 .....	167
[그림 3.2-5] 1996 - 2005년 중국세관의 지식재산권 .....	167

[그림 3.2-6] 1996-2005년 중국세관의 지식재산권 .....	168
[그림 3.2-7] 2007년 지식재산권 보호조치 현황 .....	169
[그림 3.2-8] 2007년 침해상품 수량 및 금액 .....	169
[그림 3.2-9] 2007년 각종 운송방식별 권리침해상품의 수량 및 금액 .....	170
[그림 3.2-10] 권리침해상품의 진출입 경로 .....	171
[그림 3.2-11] 침해상품의 지식재산권 유형 .....	172
[그림 3.2-12] 세관을 통한 지식재산권 침해의 주요 구제 국가 .....	173
[그림 3.2-13] 세관총서에 신고한 지식재산권자의 국적 .....	175
[그림 3.3-1] 최근 5년간 지식재산권 관련 사건 현황 .....	192
[그림 3.3-2] 최근 5년간 지식재산권 관련 민사사건 현황 .....	192
[그림 3.3-3] 최근 5년간 지식재산권 관련 행정사건 현황 .....	193
[그림 3.3-4] 2007년 전국인민법원 지식재산권 민사 1심사건 현황 (수리기준) .....	194
[그림 3.4-1] 전리민사소송 절차도 .....	197
[그림 3.9-1] 전국 지식재산권 고소고발 서비스센터(50개) 분포도 .....	252



## 제1장 서

- 1.1 보고서 작성의 배경 및 목적
- 1.2 분석대상 및 방법론
- 1.3 보고서의 구성
- 1.4 보고서의 용어 사용







## 보고서 작성의 배경 및 목적

### 1.1

#### 1.1.1 보고서 작성의 배경

1992년 한·중 수교는 미국·유럽 등 서방 중심에서 중국, 러시아 등 주변국으로 한국의 교역지형을 전환하는데 있어 결정적인 단초를 제공하였다고 해도 과언이 아니다. 2001년 중국의 WTO (World Trade Organization) 가입 이후 교역규모에서도 한국의 교역량에서 중국이 차지하는 비중은 급속히 증가하였다. 한국의 전체 수출에서 중국이 점유하는 비율은 2001년 11.8%에서 2007년에는 23.0%로 크게 증가한 것으로 분석되고 있다. 2007년도 대 중국 교역 규모를 구체적으로 살펴보면, 한국의 대 중 수출은 819억 달러, 대 중 수입은 630억 달러로 189억 달러의 무역흑자를 기록하고 있으며, 중국은 수출과 수입 면에서 미국, 일본을 제치고 한국의 제1 교역파트너로 자리매김하고 있다.<sup>1)</sup>

중국은 2001년 11월 WTO 가입을 계기로 세계교역 무대의 주인공으로 등장하였을 뿐만 아니라 아시아 지역의 교역구도를 뒤바꾸는 전기를 마련하였다고 평가되고 있다. 또한 WTO 가입으로 촉발된 중국의 대외 개방정책은 역내 투자자본의 집중을 불러왔으며, 세계 다국적기업의 R&D 관련 시설이 중국으로 집중되는 계기를 마련하였다. 즉, 중국은 생산과 소비가 공존하는 세계적으로 몇 안 되는 global 시장이라 볼 수 있으며, 외국기업들이 중국에 R&D센터 및 기업의 현지화를 서두르는 데에는 이러한 시장의 근본적인 속성에 기인한다고 볼 수 있다.

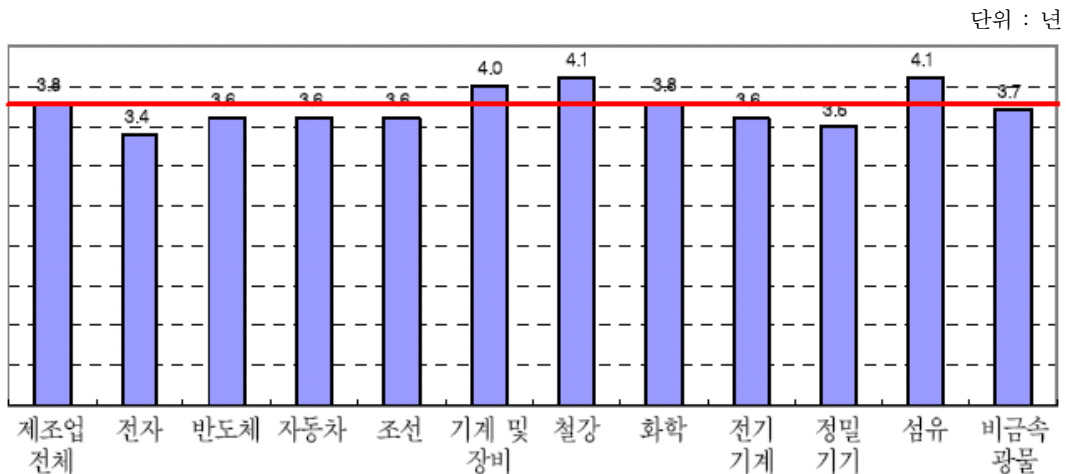
중국 경제규모 및 R&D 역량의 성장은 한국의 대 중국 교역규모를 확대하는 계기가 되었지만 반면, 해외시장에서의 중국과의 경쟁심화는 한국의 기술미래를 위협하는 요인으로 작용하고 있다.<sup>2)</sup> 중국의 산업구조는 경공업 중심에서 중공업 및 최첨단 산업으로 그 역량을 확대하고 있다. 또한 막대한 외국 투자를 배경으로 한 연구개발의 결과 중국의 기술력이 한국의 기술력과 대등 내지 매우 근접한 위치에 도달하고 있다는 점은 한국기업에 있어 향후 더욱 위협적 요소로 작용하리라 판단된다.

한국산업연구원의 조사결과에 의하면, 한국과 중국과의 기술격차는 대부분 4년 내외로 경

1) 통계청 KOSIS 국가통계포털 홈페이지(<http://www.kosis.kr>) 참조(2008. 7. 14. 방문).

2) 유진석, “중국의 WTO 가입에 따른 영향과 그 대응”, 『Issue Paper』, 삼성경제연구소, 2001. 11, 20-22면 참조.

공업 업종에서 격차가 크고, 중화학공업과 정보통신 업종에서 격차가 작은 것으로 분석되었다. 철강(4.1년)과 섬유(4.1년)가 가장 격차가 크고, 전자(3.4년)가 가장 격차가 작은 것으로 조사되었다.<sup>3)</sup> 대 중국 기술격차는 2004년(2차 조사)과 비교 시 상당부분 좁혀진 것으로 분석되었는데 제조업 전체적으로 4.0년 → 3.8년으로 좁혀진 가운데 업종별로는 자동차(4.4년 → 3.6년) 업종이 두드러진 것으로 분석되었으며, 기계 및 장비가 4.7년 → 4.0년, 화학이 4.3년 → 3.8년, 조선이 4.1년 → 3.6년 등으로 대 중국 기술격차가 축소된 것으로 분석되었다. 가장 취약한 기술부문으로는 반도체, 조선, 기계 및 장비, 철강, 화학, 정밀기기, 섬유업 종은 소재 관련 기술을 들었고, 여타 업종은 제품설계기술을 응답한 기업이 가장 많은 것으로 분석되었다.



[그림 1.1-1] 한국과 중국의 기술격차

※ 자료: 산업연구원, 2007

따라서 한·중 교역규모의 성장과 기술 갭이 축소됨에 따라 양국 간의 산업적 경쟁관계는 더욱 심화될 것으로 전망된다. 특히 산업적 경쟁관계의 핵심이라 할 수 있는 지식재산권의 보유 여부는 향후 국내기업이 세계시장에서 경쟁우위의 지배력을 가질 수 있는가 없는가 하는 근원적인 문제로 부각되고 있다.

3) 산업연구원 동향분석실, “2007년 한국 제조업의 업종별 기술수준 및 개발 동향”, 「산업연구원 정책자료 2007-73」, 산업연구원, 2007. 12, 7-8면 참조.

### 1.1.2 본 보고서 작성의 목적

중국의 경제 및 기술의 발전은 지식재산권분야에도 큰 변동을 가져 왔으며, 이에 따라 선진국의 기업들은 중국시장에 앞 다투어 진출하고 있다. 이러한 사업진출은 필연적으로 지식재산권 출원의 폭발적 증가뿐만 아니라 관련 권리분쟁의 증가를 수반하고 있다.

중국은 1980년대부터 지식재산권 보호와 관련된 법률 제정을 시작하여 지식재산권 보호의 역사가 비교적 짧고 보호수준이 미약한 상태이지만 2001년 WTO 가입으로 중국은 WTO의 회원국으로서 ‘무역 관련 지식재산권에 관한 협정(TRIPs)’에 따라 지식재산권 보호 의무를 준수해야 하는 체약국의 의무를 부담하게 되었다.

그럼에도 불구하고 현재 중국에서는 상표권, 특허권, 저작권에 대한 침해가 일반화되어 있고, 특히 컴퓨터 관련 소프트웨어의 불법 복제 및 음반, 영화의 불법 무단 복제 문제가 매우 심각한 수준이라고 보고되고 있다.<sup>4)</sup> 2007년도 중국의 전국지방법원이 수리 및 심결한 지식재산권 민사1심 안건은 각각 17,877건 및 17,395건으로, 전년대비 각각 25.7% 및 23.7% 증가한 것으로 분석되고 있다. 이 중, 전리 안건은 4,041건으로 전년대비 26.4%, 상표 안건은 3,855건으로 전년대비 52.9%, 저작권은 7,263건으로 전년대비 27.0% 증가한 것으로 분석되고 있다.

중국 상무부가 발표한 2005년도 통계에 따르면, 라이터, 지퍼, 펜 등과 같은 일반생활용품부터 생물, 제약, 디지털 칩 등 하이테크산업까지 지식재산권 분쟁의 범위가 전 산업분야에 걸쳐 확대되고 있는 것으로 분석하고 있다. 최근에는 IT분야와 의약분야의 특허분쟁이 크게 증가하고 있으며, 또한 중국의 WTO 가입 이래 미국의 비롯한 중국의 무역상대국들은 지식재산권 이슈에 대하여 보다 강도 높은 조치를 요구하고 있다. 특히, 미국은 중국의 지식재산권 보호에 대하여 이슈로 제기하여 2007년 4월에 중국을 상대로 WTO에 제소한 바 있다.

따라서 본 보고서에서는 한국과 중국이 상호 경쟁관계에 있는 산업분야를 중심으로 향후 발생될 수 있는 예상 분쟁형태를 과거의 지식재산권 분쟁사례들을 통하여 반면교사로 삼고자 한다. 즉, 과거의 특허분쟁사례들의 정량, 정성분석을 통하여 국내기업의 중국진출에 대한 교두보를 마련함과 동시에 현지에 진출해 있는 국내기업들에게 중국에서 지식재산권 관련 분쟁이 일어날 경우, 국내기업의 대응방안을 제시함으로써 향후 지식재산권 분쟁에 대비하는 데 그 목적이 있다.

4) 대외경제정책연구원, “최근 중국의 지식재산권 보호 정책의 현황과 과제”, 대외경제연구원 연구보고서, 2006 참조.

## 분석대상 및 방법론

## 1.2

2008년도 중국특허분쟁지도의 분석방법론 및 주요 분석내용은 다음과 같다.

### ○ 분석방법론

#### － 정량분석

- 기간 : 2003. 01. 01 - 2008. 6. 30(판결일 기준)
- 지역 : 북경시, 상해시 광둥성, 절강성, 산둥성<sup>5)</sup>
- 심급 : 최고, 고급, 중급인민법원의 전리사건에 대한 민사사건의 판결서 및 조정서
- 권리 : 발명, 실용신안, 디자인
- 예외 : 북경시를 제외한 나머지 지역에 대한 판례의 전수 입수가 불가능하므로 분석 데이터는 북대 법보를 기준으로 함

#### － 정성분석

- 기간 : 1985년 - 2008. 6. 30(판결일 기준)
- 지역 : 중국 전 지역의 주요 전리분쟁 민사사건 최고, 고급, 중급인민법원
- 정성분석 데이터의 선별기준
  - 판례평석이 있을 만큼 사회적 반향을 일으킨 사건
  - 판례소개 서적을 통해 공통적으로 소개하고 있는 사건
  - 국제전리분쟁사건
  - 최종심까지 진행된 사건
  - 소송가액이 큰 사건
  - 민사사건 중 침해사건
  - 사법해석에 직접 근거하여 판결한 사건
- 법률쟁점에 따른 분석과 산업분류에 따른 분석을 모두 하되, 중복되는 판례에 대해서는 Indexing 처리

5) 중국의 전리분쟁 분석 대상지역으로는 중국의 경제규모 및 한국기업의 진출 여부 등에 대한 부분을 다각적으로 고려하여 제2차 운영위원회의에서 북경시, 상해시, 광둥성, 절강성, 산둥성으로 한정하여 분석하기로 결정하였다

### ○ 주요 분석내용

- 지식재산권의 출원 및 심사제도의 분석
- 전리분쟁의 유형(민사, 행정) 및 해결절차의 분석
- 전리분쟁 대상 판례에 대한 심층 분석
- 주요 판례에 대한 요지 리스트 및 평석 작성
- 전리분쟁 유형별 주요 대응수단 및 방안 분석
- 주요 제품별, 산업별 및 법률 쟁점별 분석
- 판례 비교·분석을 통한 국내기업의 대응방안 제시

## 보고서의 구성

## 1.3

본 보고서는 총 6개의 장으로 구성되어 있다. 각 장에서 논의될 주된 내용은 아래와 같다.

**제도편의 제2장**에서는 중국의 지식재산권제도에 관한 일반적인 소개를 통하여 국내기업들의 이해를 돕고자 한다. 중국의 지식재산권제도와 한국제도의 비교를 통하여 특징적인 점을 설명하고 지식재산권의 출원, 심사, 분쟁에 대한 일반적인 절차적인 제도를 설명하였다. 또한 2009년 발효될 것으로 예상되는 중국의 전리법 등의 개정 동향에 대하여 자세히 설명하였다.

**제3장**에서는 중국의 전리·상표 분쟁 및 보호제도의 소개를 통하여 중국의 지식재산권 보호제도 전반에 대한 이해를 돕고자 하였다. 이를 위해 먼저 i) 중국에서의 행정보호제도 및 사법보호제도를 설명하고, ii) 중국의 민사조정 및 전리권 침해 관련 임시조치(가처분)제도를 설명하였다. 또한 중국의 분쟁해결 방안으로써의 특징적인 측면을 가진 민사조정제도를 살펴보고 사법감정제도를 설명하였다. 그 외에 저명상표의 특수보호 및 전시회기간의 전리권 보호제도를 설명하고, 중국의 지식재산권 보호요강 및 전략강요를 살펴봄으로써 향후 중국의 지식재산권 정책에 대한 이해를 돕고자 하였다.

**제4장**에서는 전리권 침해판정 등과 관련된 판례의 가이드라인을 제시하고자 하였다. 먼저 중국에서의 지식재산권 분쟁의 형태를 i) 전리출원권 귀속분쟁, ii) 전리권의 귀속분쟁, iii) 전리권의 침해분쟁, iv) 전리권 계약분쟁 등의 다양한 유형으로 나누어 설명하였다. 또한 전리권의 침해 여부를 판정함에 있어 고려되는 전리의 요건 및 침해 여부 판단의 근거들에 대한 부분을 정리하였다.

**판례분석편의 제2장과 제3장**에서는 중국의 전리 관련 민사소송사례에 대한 정량·정성분석을 통하여 국내기업들에게 이와 유사한 분쟁이 일어나는 경우, 향후 진행될 재판 결과를 사전에 예측하는 모델을 제시하고자 하였다. 국내기업들이 중국 내에서 전리분쟁이 발생



하는 경우, 해당 분석자료가 분쟁의 상황해석에 있어 바로미터의 역할을 할 수 있게 하는 데 그 목적이 있다. 정량분석에서는 i) 당사자, ii) 대리인, iii) 법률쟁점, iv) 산업분류, v) 법원, vi) 당사자의 국적, vii) 연도, viii) 권리구제수단, ix) 손해배상액 등 다양한 관점에서 분석을 행하였다. 정성분석에서는 법률쟁점 및 산업분야별 주요 판례 요지를 작성하고, 해당 분쟁의 사실관계, 소송경과(히스토리 맵), 판결요지 및 결론 및 시사점으로 구성하였다.

산업분류의 경우에는 한국표준산업분류를 발췌 가공한 자료를 기준으로 분석하였고, 법률쟁점별 분석에서는 i) 전리의 유효성 분야<sup>6)</sup>, ii) 전리권 침해판단 분야, iii) 입증 분야, iv) 방어분야, v) 권리구제수단 분야, vi) 사칭행위 분야, vii) 직무발명 분야를 중심으로 분석하였다.

끝으로 부록에는 i) 중국 지식재산권 분쟁 판결문 검색방법, ii) 중국의 상표분쟁과 관련된 주요사건 iii) 중국의 지식재산권 세관보호사례 등에 대한 간략한 소개자료를 수록하여 국내기업이 중국에서 분쟁이 발생할 경우 참고자료로 활용할 수 있도록 하였다.

6) 전리의 유효성 분야는 제2차 운영위원회에서 행정사건을 제외하기로 한 결정에 따라 본 분석대상에서는 제외되었다.

## 보고서의 용어 사용

## 1.4

본 보고서에서는 지식재산권 관련 용어를 가능한 한국식 표현을 사용하는 것을 원칙으로 하였다. 그러나 한중 양국이 한자문화권에 속하는 점을 감안하여 중국식 표현을 사용하더라도 용어의 이해에 문제가 없는 경우에는 중국식 표현을 그대로 사용하였다. 특히 중국의 전리법은 우리나라의 3개법(특허법, 실용신안법, 디자인법)을 통합한 것에 해당하는 법이어서, “전리”, “전리법”이라는 용어는 중국식 표현을 그대로 사용하였다.

중 국	한 국	보고서
专利法	특허법, 실용신안법, 디자인법	전리법
商标法	상표법	상표법
著作权法	저작권법	저작권법
发明创造	발명	발명창조
发明(专利)	특허	발명(전리)
实用新型(专利)	실용신안	실용신안(전리)
外观设计(专利)	디자인	디자인(전리)
发明专利权	특허권	발명전리권
实用新型专利权	실용신안권	실용신안전리권
外观设计专利权	디자인권	디자인전리권
专利申请	특허출원	전리출원
初步审查	방식심사	초보심사
实质审查	실체심사	실체심사
新颖性	신규성	신규성
创造性	진보성	진보성
实用性	산업상 이용가능성	실용성
说明书	명세서	설명서
权利要求书	청구범위	권리요구서
附图	도면	도면
权利要求	청구항	권리요구
独立权利要求	독립항	독립항
从属权利要求	종속항	종속항

중 국	한 국	비 고
现有技术	선행기술	선행기술, 종래기술
优先权	우선권	우선권
分案申请	분할출원	분할출원
修改, 补正	보정	보정, 정정
复审	거절결정불복심판	복심
无效宣告	무효심판	무효선고
侵权行为	침해행위	침해행위
纠纷	분쟁	분쟁
强制许可	강제허가	강제허가
假冒他人专利	-	타인전리사칭
冒充专利	-	전리허위표시
职务发明创造	직무발명	직무발명
撤回	취하	취하
撤销	취소	취소
放弃	포기	표기
转让	양도	양도
专利复审委员会		전리복심위원회
商品商标	상품상표	상품상표
服务商标	서비스상표	서비스상표
集体商标	단체상표	단체상표
证明商标	증명상표	증명상표
驰名商标	저명상표	저명상표
地里标志	지리표시	지리표시
注册商标	등록상표	등록상표
续展	갱신	갱신
商标专用权	상표권	상표권
误导	오인	오인
商标类别	상품류별	상품류별
异议	이의신청	이의신청
商标评审委员会		상표평심위원회

또한 주요 용어에는 ( )를 사용하여 중국식 한자를 그대로 병기하였다. 따라서 주요 용어에 대한 한글 표현과 한자 표현이 다른 경우가 있다. 다만 한자는 중국 간체자에 대해 익숙하지 않은 점을 고려하여 우리가 통상적으로 사용하는 번체자를 사용하였다. 예를 들면, 신규성(新颖性), 진보성(创造性) 등의 표현이 이에 속한다.

## 제2장 중국의 지식재산권 제도 일반

- 2.1 지식재산권 관련 전국 행정관리기구
- 2.2 지식재산권 관련 사법기구
- 2.3 지식재산권 관련 주요 법률 및 사법해석
- 2.4 전리출원, 심사 및 보호제도
- 2.5 상표출원, 심사 및 보호제도
- 2.6 전리법 개정 동향 및 개정내용





## 지식재산권 관련 전국 행정관리기구

## 2.1

## 2.1.1 국가지식재산권국

국가지식재산권국은 전국의 전리업무를 주관하고 섭외 지식재산권 사무를 통합 계획하는 국무원 직속기구로서, 그 주요 직능은 다음과 같다.

- ㉠ 법에 따라 전리와 관련된 출원 및 청구를 처리
- ㉡ 관련된 지식재산권 법규의 연구
- ㉢ 전리업무의 규정, 제도를 조직·제정
- ㉣ 지식재산권 섭외업무의 방침 및 정책 연구
- ㉤ 해외 지식재산권 발전 동향 연구
- ㉥ 섭외 지식재산권 사무 통합계획(필요 시, 해외 지식재산권 협상 포함)
- ㉦ 전리업무의 국제연락, 협력 및 교류활동 추진
- ㉧ 전국 전리업무 발전 계획 및 전리정보 네트워크 계획 수립
- ㉨ 전리권 확인, 침해판단 표준 제정 및 전리권 확인기구 지정
- ㉩ 지방 전리분쟁 처리 및 전리 허위표시행위 조사처리 업무의 지도
- ㉪ 전리대리기구의 심사비준 및 인원자격의 확인
- ㉫ 섭외 전리대리기구의 지정
- ㉬ 전리법 및 관련 법규의 선전·보급업무 추진
- ㉭ 지식재산권 교육 및 훈련 계획
- ㉮ 국무원이 지시한 기타사항

1980년 국무원의 비준을 거쳐 성립된 중화인민공화국전리국(중국전리국)이 현재 국가지식재산권국의 전신이다. 1998년 국무원의 기구개혁에 따라 중국전리국은 국가지식재산권국으로 명칭이 변경되었으며, 국무원 직속기구가 되었다.

전리출원과 관련한 심사업무는 국가지식재산권국 전리국의 각 심사부문이 담당한다. 심사업무부문 중 초심절차관리부는 전리출원의 수리업무와 발명전리의 초보심사, 전리증서의 발

급 등을 담당하며, 발명전리출원의 실체심사는 기술분야별로 기계발명심사부, 전기전자발명심사부, 통신발명심사부, 의약생물발명심사부, 화학발명심사부, 광전기술발명심사부, 재료공정발명심사부가 담당하며, 실용신안심사부와 디자인심사부는 실용신안 및 디자인에 대한 초심사를 담당한다.

각급(성, 자치구, 직할시) 인민정부의 전리업무관리부문은 전리법 제3조 제2항의 규정에 따라 전리업무관리부문은 해당 행정구역 내의 전리관리업무를 책임진다.

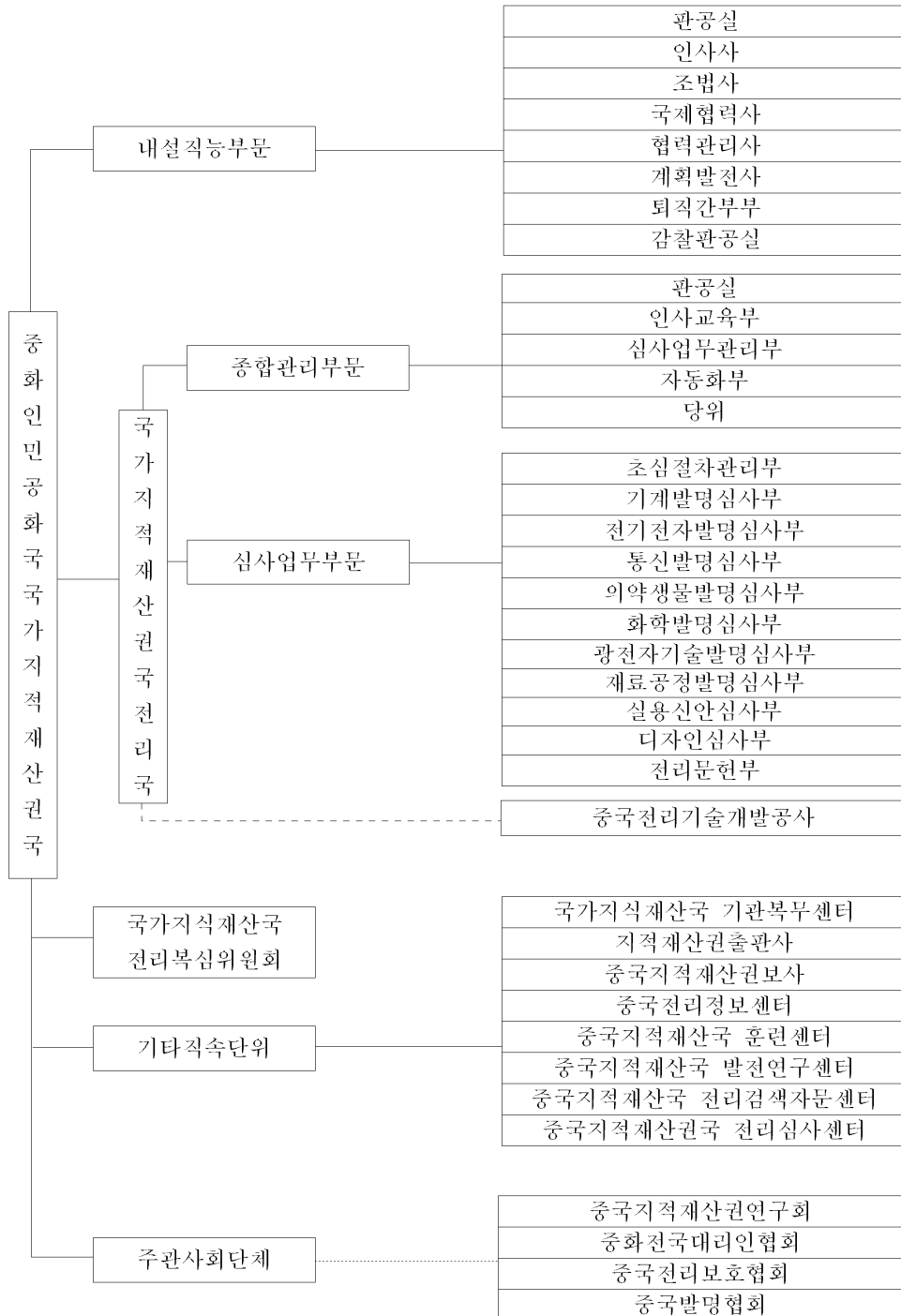
국가지식재산권국 전리복심위원회는 전리국의 출원거절에 대한 불복 즉, 복심청구에 대하여 복심을 담당하며, 무효선고 청구에 대한 심리를 진행하며, 발명사건 소송과 관련한 응소업무를 담당한다.

국가지식재산권국의 편제인원은 현재 5,554명이며, 이 중 전리국은 2,782명(50%), 전리복심위원회는 250명(4%), 지식재산권국 직능사(6개)는 95명(2%), 기타 직속사업단위는 2,427명(44%)으로 구성되어 있으며, 전리국 인원은 발명심사부문이 1,863명(67%), 실용신안·디자인심사부문이 309명(11%), 초심절차부문이 250명(9%), 업무지원부문이 216명(8%), 종합관리부문이 144명(5%)로 구성되어 있다.<sup>1)</sup>

국가지식재산권국은 전리출원의 편리성과 효율성을 제고하기 위하여 전리출원의 수리업무만을 담당하는 전리대판처(專利代办处)를 전국에 설치하여 운영하고 있다. 그 주요지역은 서안, 장사, 상해, 광주, 남경, 제남, 심양, 성도, 무한, 천진, 정주, 석가장, 하얼빈, 장춘, 북경, 곤명, 항주, 귀양, 중경, 심천, 복주 등 21개 지역이다.

1) 국가지식재산권국, 국가지식재산권국 최신 현황 소개(2008년 제1기), 2008 참조.





[그림 2.1-1] 중국 국가지식재산권국 조직도

### 2.1.2 국가공상행정관리총국

중화인민공화국 국가공상행정관리총국은 시장감독관리 및 유관 행정집행업무를 주관하는 국무원 직속기구로서, 그 주요 직능은 다음과 같다.

- ㉑ 공상행정관리 방침, 정책의 수립 연구, 유관 법률, 법규 초안 작성 및 공상행정관리 규장의 제정 및 반포
- ㉒ 각종기업, 경영활동에 종사하는 단위, 개인의 관리 및 대표기구가 설치되어 있는 외국(지구)기업의 등록
- ㉓ 시장경쟁행위의 감독 및 독과점, 부정경쟁, 밀수, 다단계판매, 변형 다단계판매 등 경제위법행위의 조사처리
- ㉔ 시장교역행위 감독, 유통영역 상품품질 감독, 가짜저질상품 등 위법행위 조사처리
- ㉕ 매매대리인, 매매대리기구의 감독관리
- ㉖ 계약 행정감독 실시, 동산 저당물 등기관리, 경매행위 감독관리, 계약사기 등 위법행위 조사처리
- ㉗ 광고 감독관리, 위법행위 조사처리
- ㉘ 상표등록 및 상표관리업무 담당, 상표전용권 보호, 상표권침해행위 조사처리, 저명상표의 인증 및 보호 강화
- ㉙ 개인공상호 등 사영기업의 경영행위 감독관리
- ㉚ 전국 공상행정관리업무 지도
- ㉛ 공상행정관리방면의 국제협력 및 교류 전개
- ㉜ 국무원이 지시한 기타사항 처리

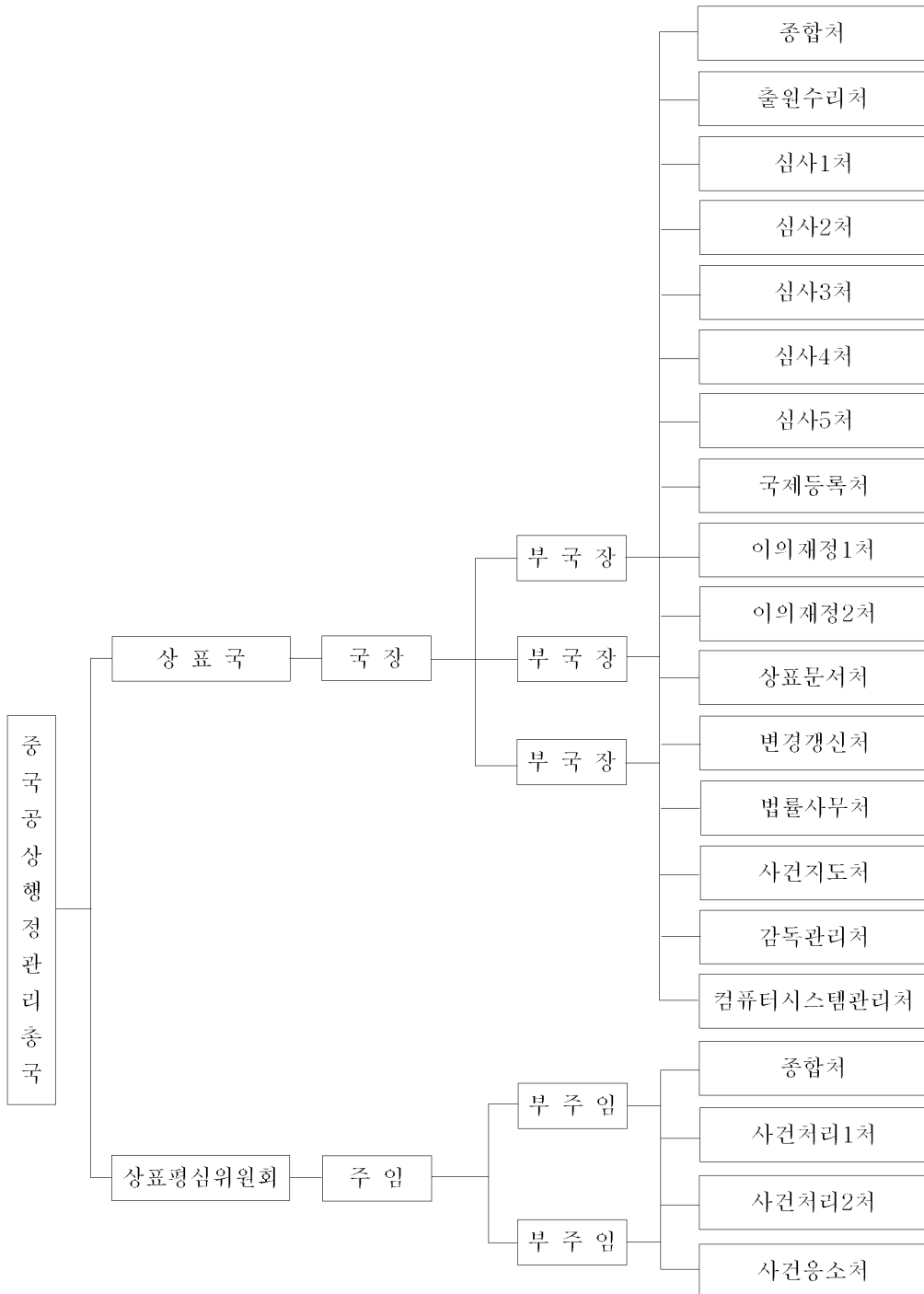
상표국은 국가공상행정관리총국의 예하기관으로 전국의 상표등록 및 관리업무를 주관하며, 상품상표, 서비스상표, 단체상표, 증명상표 등 상표의 등록업무, 상표 이의제정 및 등록상표의 변경, 양도, 갱신, 보정, 말소 등 관련 업무, 지방 공상행정관리기관의 상표권침해, 사칭행위사건의 지도, 저명상표의 인정 및 보호, 상표대리기구의 감독관리, 상표등록 및 관리의 규장제도 연구, 상표국제조약의 조직, 상표국제교류 등을 담당한다.

상표국은 종합처, 출원수리처, 심사1처, 심사2처, 심사3처, 심사4처, 심사5처, 국제등록처, 이의제정처, 상표문서처, 변경갱신처, 법률사무처, 사건지도처, 감독관리처, 컴퓨터시스템관리처 등 16개 직능처로 구성되어 있으며, 편제상 245명으로 구성된다. 현재 구성원은 210명

이며, 그 중 심사관은 144명으로 편제되어 있다.

신 중국수립 이후 중국의 상표등록업무는 중앙사영기업국 및 중앙공상행정관리국이 각각 주관하였다. 1978년 중화인민공화국 공상행정관리총국이 수립된 이후 내부에 상표국을 설치하였다. 1982년 반포한 〈상표법〉은 상표국이 전국의 상표등록 및 관리업무를 주관하며, 각 지 공상행정관리부문이 상표사용행위에 대하여 감독관리를 진행하고, 직권 또는 당사자의 요구에 따라 등록상표전용권 침해행위에 대하여 조사·처리하여 상표권자 및 소비자의 합법적인 권익을 보호하도록 하였다.

상표평심위원회는 상표법 관련 규정에 따라 국가공상행정관리총국이 상표평심업무를 담당하기 위하여 설립한 전문행정집행기구로서, 법에 따라 상표평심업무에 대하여 재결권을 행사하며, 당사자가 상표평심위원회의 결정에 불복하는 경우에는 복경시 제1중급인민법원에 소를 제기할 수 있다. 상표평심위원회는 주로 상표국의 상표등록출원 거절에 대한 불복, 상표국의 이의재정에 대한 불복, 상표국의 등록상표 취소에 대한 불복, 상표국의 부당등록상표 취소에 대한 불복에 대하여 복심을 진행한다.



[그림 2.1-2] 중국 국가공상행정관리총국 조직도

### 2.1.3 국가판권국

중화인민공화국 국가판권국은 국가 최고저작권행정관리부문이다. 국가판권국은 국무원의 직속기구로서 1985년 설립되었다. 국가판권국의 주요 직능은 다음과 같다.

- ㉠ 저작권 법률, 법규의 실시 및 저작권 행정관리방법의 제정
- ㉡ 전국에 중대한 영향을 미치는 저작권 침해사건의 조사처리
- ㉢ 지방저작권행정관리부문 업무의 지도
- ㉣ 저작권단체관리기구, 섭외 대리기구의 설립 비준, 감독, 지도
- ㉤ 국가가 향유하는 저작권 작품의 사용 관리
- ㉥ 저작권 섭외 관리업무
- ㉦ 국무원이 지시한 저작권 관련 기타사항

국가판권국 내에서 판권처(版權處)는 저작권 행정집행 업무를 담당하며, 전국에 중대한 영향을 미치는 저작권 침해사건이나 중대한 섭외 저작권사건에 대하여 조사·처리하는 업무를 담당한다.

### 2.1.4 농업부

농업부는 농업과 농촌경제 발전을 주관하는 국무원 부문이다. 〈중화인민공화국식물신품 중보호조례〉의 규정에 따라 농업부는 농업 식물신품종 보호업무를 담당한다. 농업부에는 식물신품종 보호 관공실, 식물신품종 복심위원회, 식물신품종 측정센터 및 14개 측정 분센터, 식물신품종 보호 관공실 식물신품종 보관센터가 설치되어 있다. 임업 식물과 관련된 신품종 보호는 국무원 직속기구인 국가임업국에서 주관한다.

### 2.1.5 세관

세관은 국경의 진·출입을 관리·감독하는 기관으로서, 조직기구상 세관총서(광둥 분서, 천진 및 상해의 2개 특파원 사무소), 41개 직속세관, 전국에 설립된 313개 예하세관 등 3단계의 수직체계로 구성되어 있다. 그밖에, 상해 및 진황도에 2개의 세관학교와 브르셀, 모스크바, 워싱턴 등에 파견기구를 설치되어 있다. 중국세관의 현재 인원은 48,000여명이며, 항구 감독소가 247개가 설치되어 있다.

중국세관은 수직관리체제로 구성되어 있으며, 세관총서는 중국세관의 최고기관이며, 중국 국무원 예하의 정부급 직속기구로서, 전국 세관을 통일적으로 관리하고 있다. 세관총서에는 15개 부문, 6개 북경직속사업단위, 4개 사회단체, 1개 파견기구 및 3개 해외기구가 설치되어 있다.

중국세관의 기본 직능은 국경을 진·출입하는 운송수단, 화물, 개인용품, 우송물품 및 기타 물품에 대하여 관리·감독하고, 관세 및 기타 세금을 징수하고, 밀수를 조사하고, 세관통계를 작성하고, 기타 세관업무를 처리하는 것이다.

## 지식재산권 관련 사법기구

## 2.2

## 2.2.1 최고인민법원

최고인민법원은 국가의 최고심판기관으로서, 헌법 규정에 따라 국가심판 권력을 행사하며, 지방각급인민법원과 전문인민법원의 심판업무를 감독하며, 전국인민대표대회 및 전국인민대표대회 상무위원회에 대하여 책임을 진다. 최고인민법원의 주요 직능은 다음과 같다.

## 1) 심판업무

중국 민사소송법<sup>2)</sup>은 최고인민법원이 관할하고 심판해야 할 형사, 민사, 행정의 제1심, 제2심 사건을 규정하고 있다. 법에 따라 사형사건의 판결, 재정을 비준한다. 지방각급법원 및 전문인민법원의 효력 판결, 재정에 대한 각종 상소 및 재심 신청을 수리한다. 명확한 착오가 있는 경우, 제심(提審)하거나 또는 하급법원에 재심(再審)을 하달한다.<sup>3)</sup> 최고인민검찰원이 심판감독절차에 따라 제출한 항소사건을 심판한다. 불명료한 하급법원 관할에 대하여 관할을 지정한다. 지방각급인민법원 및 전문인민법원의 심판업무를 감독한다.

## 2) 사법해석 업무

법률 규정에 따라 최고인민법원은 심판업무 중에 심판사건에 있어서 만나는 난제를 해결하기 위하여 법률의 구체적 적용문제에 대해 사법해석을 행하여 법률의 통일적 실시를 확보할 권한이 있다. 사법해석은 최고인민법원의 심판위원회의 토론을 거쳐 공포되며, 전국 각급인민법원 및 전문인민법원은 반드시 집행을 준수하여야 한다.

2) 현행 중국의 민사소송법은 중화인민공화국 주석령 제75호로 제정되었으며, 『「중화인민공화국 민사소송법」수정에 관한 전국인민대표대회 상무위원회의 결정』을 2007년 10월 28일 중화인민공화국 제10기 전국인민대표대회 상무위원회 제30차 회의에서 통과하고 이에 공포하며 2008년 4월 1일부터 시행되었다.

3) 중국 민사소송법 제177조 제2항 : 최고인민법원이 법적 효력을 발생한 지방 각급 인민법원의 판결, 재정에 확실히 오류가 있음을 발견하였을 경우에, 상급인민법원이 법적 효력을 발생한 하급인민법원의 판결, 재정에 확실히 오류가 있음을 발견하였을 경우에 자판하거나 하급인민법원에 재심을 지명할 권한이 있다.

### 3) 사법행정관리 업무

최고인민법원은 법률 규정의 권한에 따라 최고인민법원의 법관 및 업무인원을 관리하며, 인민법원의 기구, 인원편제 업무를 처리한다. 최고인민법원은 외국 사법계, 국제조직 간의 사법교류활동을 조직하며, 최고인민법원의 재무, 장비, 사법과학기술 등의 업무를 관리한다. 또한 하급인민법원의 사법행정관리 업무를 지도한다.

현재 최고인민법원은 사건정, 형사심판 제1정, 형사심판 제2정, 형사심판 제3정, 형사심판 제4정, 형사심판 제5정, 민사심판 제1정, 민사심판 제2정, 민사심판 제3정(지식재산권정), 민사심판 제4정, 행정심판정, 심판감독정, 집행업무관공실, 연구실 등의 업무부분이 설치되어 있다. 그 밖에 판공청, 사법행정장비관리국 등 직능부분이 있다.

최고인민법원의 구성원으로는 법관, 서기원, 사법경찰 및 기타 인원이 있다. 최고인민법원의 법관은 원장, 부원장, 심판위원회위원, 정장, 부정장, 심판원 및 심판원 조리(助理)로 구성된다. 최고인민법원 원장이 수석대법관이다. 최고인민법원 원장은 전국인민대표대회가 선출 및 파면하며, 부원장, 심판위원회위원, 정장, 부정장 및 심판원은 최고인민법원 원장이 전국인민대표대회 상무위원회에 임명을 제청한다. 심판원 주리는 원장이 임명한다.

최고인민법원은 2000년 기구개혁을 단행하여, 최고인민법원의 기구설치 및 직책배분에 대하여 조정을 실시하였다. 〈최고인민법원 기관 내설기구 및 신설사업단위의 직능〉(法發[2003]30호)의 규정에 의한 최고인민법원 지식재산권 심판정(즉, 민사심판 제3정)의 주요 직능은 다음과 같다.

- ④ 저작권(컴퓨터소프트웨어 포함), 상표권, 전리권, 기술계약, 부정당경쟁 및 과학기술 성과권, 식물신품종권 등 지식재산권 사건의 제1심 및 제2심의 심판
- ⑤ 고급인민법원의 재판에 불복하는 지식재산권의 재심신청사건 및 입안정(立案庭)이 이송하여 기층인민법원, 중급인민법원이 재판한 소수의 지식재산권의 재심신청사건
- ⑥ 지식재산권 복의(复议)신청사건
- ⑦ 고급인민법원의 지식재산권사건 심판기한 연장신청 심사비준

그 밖에, 민사심판 제3정은 아래에 열거된 사건을 처리한다.

- ⑧ 본 심판정 업무와 관련된 질의사건의 처리
- ⑨ 본 심판정 업무와 관련된 섭외, 홍콩, 마카오, 대만 관련 사건의 처리



- ㉟ 본 심판정 업무와 관련된 인민대표대회 및 정협위원회의 제안 및 건의 사건의 처리
- ㊱ 관련 사법해석의 초안 작성 참여
- ㉞ 기타 심판업무와 관련된 조사연구 및 협조

### 2.2.2 지방각급인민법원

중국의 사법체계는 지방각급인민법원, 군사법원 및 해사법원 등 전문인민법원과 최고인민법원으로 구성된다. 지방각급인민법원은 3급이 설치되어 있다. 즉, 각 성, 자치구 및 직할시에 설립된 고급인민법원, 각 성, 자치구 및 직할시 내에 지구(자치구)에 따라 설립된 중급인민법원, 현(자치현) 및 시 직할에 설치된 기층인민법원이 있다.

중국 민사소송법에는 일반적으로 소송사건은 2심중심(兩審終審)을 실행한다고 규정하고 있다.<sup>4)</sup> 관련 법률 및 사법해석에 따라 전리, 식물 신품종 및 집적회로 배치설계 분쟁사건은 최고인민법원이 지정한 중급인민법원을 1심법원으로 한다. 2006년 12월 15일까지 전리, 식물 신품종 및 집적회로 배치설계에 대하여 1심사건 관할권을 가진 전국의 중급인민법원은 각각 62개, 38개 및 43개이다. 이 중에는 모든 성급정부 소재 도시의 중급인민법원을 포함한다. 상표, 저작권 등 기타 지식재산권 분쟁사건은 일반 중급인민법원을 1심법원으로 한다. 다만, 최고인민법원이 비준한 일부 기층인민법원은 수리할 수 있다(현재, 전국 약 17개의 기층인민법원이 지식재산권사건 관할권을 행사하고 있다).

4) 중국 민사소송법 제10조 참조.

## 지식재산권 관련 주요 법률 및 사법해석

## 2.3

## 2.3.1 지식재산권 관련 주요 법률·법규

1980년대부터 중국은 지식재산권과 관련한 법률 법규를 제정, 공포하였는데, 그 주요 법률·법규는 다음 표와 같다.

[표 2.3-1] 지식재산권 관련 중국의 주요 법률·법규 현황

법률·법규명칭	통과일	시행일	개정시기
중화인민공화국 상표법	1982. 08. 23	1983. 03. 01	1993. 02. 22(제1차)
중화인민공화국 상표법실시세칙	1983. 03. 10	1983. 03. 10	1988. 01. 03(제1차) 1993. 07. 05(제2차) 1995. 04. 23(제3차) 2002. 08. 03(제4차)
중화인민공화국 전리법	1984. 03. 12	1985. 04. 01	1992. 09. 04(제1차) 2000. 08. 25(제2차)
중화인민공화국 전리법실시세칙	1985. 01. 19	1985. 04. 01	1992. 12. 12(제1차) 2001. 06. 15(제2차)
국방전리보호조례	1990. 07. 30	1990. 07. 30	2004. 09. 17(제1차)
중화인민공화국 저작권법	1990. 09. 07	1991. 06. 01	2001. 10. 27
중화인민공화국 저작권법실시세칙	1991. 05. 24	1991. 06. 01	2001. 10. 27
국제저작권조약실시규정	1992. 09. 25	1992. 09. 30	
중화인민공화국 반부정당경쟁법	1993. 09. 02	1993. 12. 01	
중화인민공화국 지식재산권세관보호조례	1995. 07. 05	1995. 10. 01	2004. 03. 01 실시 (구 조례 폐지)
특수표지관리조례	1996. 07. 13	1996. 07. 13	
중화인민공화국 식물신품종보호조례	1997. 03. 20	1997. 10. 01	
집적회로배치설계보호조례	2001. 02. 28	2001. 10. 01	
컴퓨터소프트웨어보호조례	2001. 12. 20	2002. 01. 01	

법률·법규명칭	통과일	시행일	개정시기
올림픽표지보호조례	2002. 02. 04	2002. 04. 01	
중화인민공화국 민법통칙 (제5장 제3절 지식재산권 제94-97조 및 제88조 제3항, 제4항)	1986. 04. 12	1987. 01. 01	
중화인민공화국 형법 (제3장 제7절 지식재산권침해죄 (제213-220조) 및 제8절 시장질서교란죄(제221조-222조))	1979. 07. 01		1997. 03. 14 개정 1997. 10. 01 시행

※ 출처: 중국지식재산권보호수첩 및 WTO TRIPs협정 해석, 발췌정리

### 2.3.2 지식재산권 관련 주요 사법해석

사법해석은 사법기관이 재판사무 중 사건의 심리 및 법률의 적용문제에 대하여 제정한 규범적 의견으로 법원성(法源性; source of law)을 갖는다. 현행 법률의 법률 적용면에서 만족하지 못하는 부분에 대하여 최고인민법원은 지식재산권 사건의 실제상황에 근거하여 일련의 사법해석을 제정하고 있는데, 이러한 사법해석은 지식재산권 심리과정 중에 매우 중요한 작용을 하고 있으며, 사법심판의 주요 법률적 근거가 되고 있다. 현재 지식재산권과 관련된 최고인민법원의 주요 사법해석은 다음과 같다.

[표 2.3-2] 지식재산권 관련 중국의 주요 사법해석 목록

사법해석 명칭	통과일	시행일
최고인민법원의 제소 전 전리권 침해행위의 정지에 관한 법률적용 문제의 약간규정	2001. 06. 05	2001. 07. 01
최고인민법원의 전리분쟁사건 심리에 관한 법률적용 문제의 약간규정	2001. 06. 19	2001. 07. 01
최고인민법원의 상표사건 심리에 관한 관할 및 법률적용 범위문제의 해석	2001. 12. 25	2002. 01. 22
최고인민법원의 제소 전 상표전용권 침해행위의 정지 및 증거보전에 관한 법률적용 문제 해석	2001. 12. 25	2002. 01. 22
최고인민법원의 상표 민사분쟁사건의 심리에 관한 법률적용 약간문제 해석	2002. 10. 12	2002. 10. 16
최고인민법원의 불법출판물 형사사건의 구체적 법률 응용에 관한 약간문제 해석	1998. 12. 11	1998. 12. 23
최고인민법원의 컴퓨터 네트워크 관련 저작권 분쟁사건의 법률적용에 관한 약간문제 해석	2003. 12. 23	2004. 01. 07

사법해석 명칭	통과일	시행일
최고인민법원의 컴퓨터 네트워크 도메인 관련 민사분쟁사건의 심리에 관한 법률적용의 약간문제 해석	2001. 06. 26	2001. 07. 24
최고인민법원의 저작권 민사분쟁사건의 심리에 관한 법률적용의 약간문제 해석	2002. 10. 12	2002. 10. 15
최고인민법원의 식물신품종 분쟁사건 심리에 관한 약간문제 해석	2000. 12. 25	2001. 02. 14
최고인민법원의 전국법원 지식재산권 심판업무회의의 기술계약 분쟁사건의 심리에 관한 약간문제 기요	2001. 06. 15	2001. 06. 19
최고인민법원의 민사소송 증거에 관한 약간규정	2001. 12. 06	2001. 04. 01
최고인민법원의 행정소송 증거에 관한 약간규정	2002. 06. 04	2002. 10. 01
최고인민법원의 기술계약분쟁사건에 관한 법률적용의 약간문제 해석	2004. 11. 30	2005. 01. 01
최고인민법원, 최고인민검찰원의 지식재산권 침해 형사사건처리의 구체적 법률적용의 약간문제 해석	2004. 11. 02	2004. 12. 22

### 2.3.3 지식재산권 관련 주요 국제협약

중국은 국내의 지식재산권 관련 법률의 제정에 박차를 가하는 동시에 지식재산권 관련 국제조약에도 선택적으로 가입하였다. 2007년 현재 중국의 지식재산권 관련 국제협약 가입 현황은 다음 표와 같다.

[표 2.3-3] 지식재산권 관련 중국의 국제조약 가입 현황

구분	국제협약	체결연도	중국가입	한국가입
산업 재산권	파리협약	1883	1985	1980
	전리협력조약(PCT)	1970	1994	1984
	마드리드협정 마드리드의정서	1891 1989	1989 1995	미가입 2003
	상표법조약(TLT)	1994	미가입	2003
	니스협정	1957	1994	1999
	UPOV	1961	1999	2002
	로카르노협정	1968	1996	미가입
	스트라스부르크협정	1971	1997	1999
	전리법조약(PLT)	2000	미가입	2000

구분	국제협약	체결연도	중국가입	한국가입
저작권	베른조약	1886	1985	1996
	세계저작권협약	1952	1992	1984
	로마협약	1961	미가입	미가입
	WCT	1996	미가입	2004
	WPPT	1996	미가입	미가입
신지식 재산권	부다페스트협약	1977	1995	1988
	워싱턴조약(미발효)	1989	-	-

※ 출처: 대외경제정책연구원, 한중 FTA 보고서, 2007

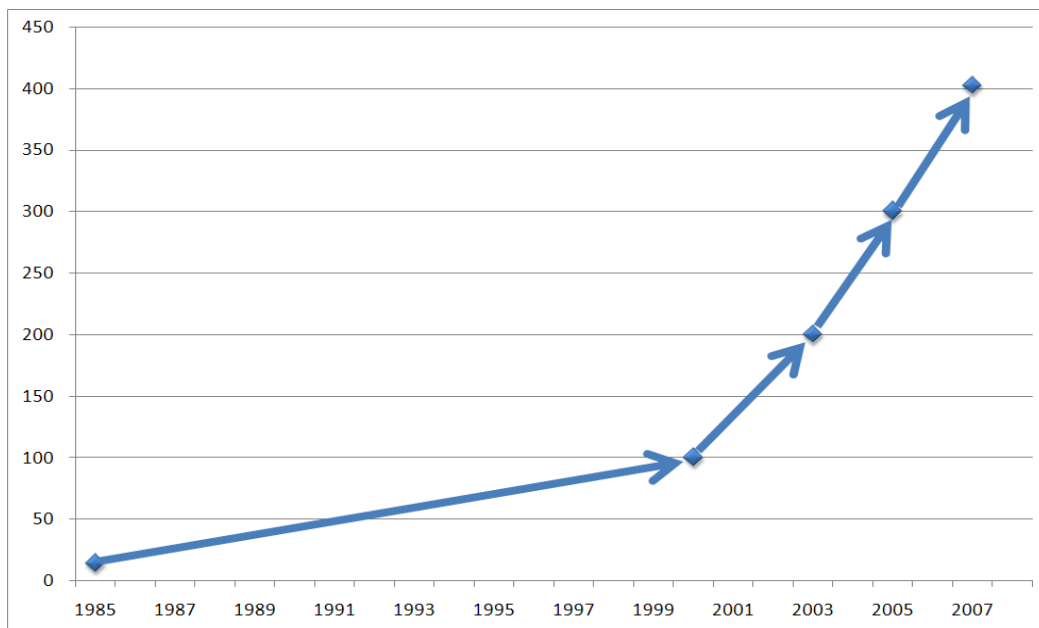
## 전리출원, 심사 및 보호제도

## 2.4

## 2.4.1 전리출원 현황

## 1) 전체(1985년 - 2008년) 출원현황

중국의 전리제도가 처음 시작된 1985년부터 2007년 12월말까지의 전리출원량은 모두 4,028,520건이다. 1985년 중국이 1만4천건의 전리출원을 수리한 이래 처음으로 100만건을 돌파하는데 15년이 걸렸으며, 두 번째 100만건을 돌파하는 데는 4년 2개월, 세 번째 100만건을 돌파하는 데는 2년 3개월, 그리고 네 번째 100만건을 돌파하는 데는 1년 6개월이 소요되어 그 증가 속도가 점점 빨라지고 있는 것으로 분석되고 있다. 2008년의 출원량을 살펴보면 6월까지 345,569건을 기록하고 있다.



[그림 2.4-1] 중국의 전리출원 현황(1985-2008)

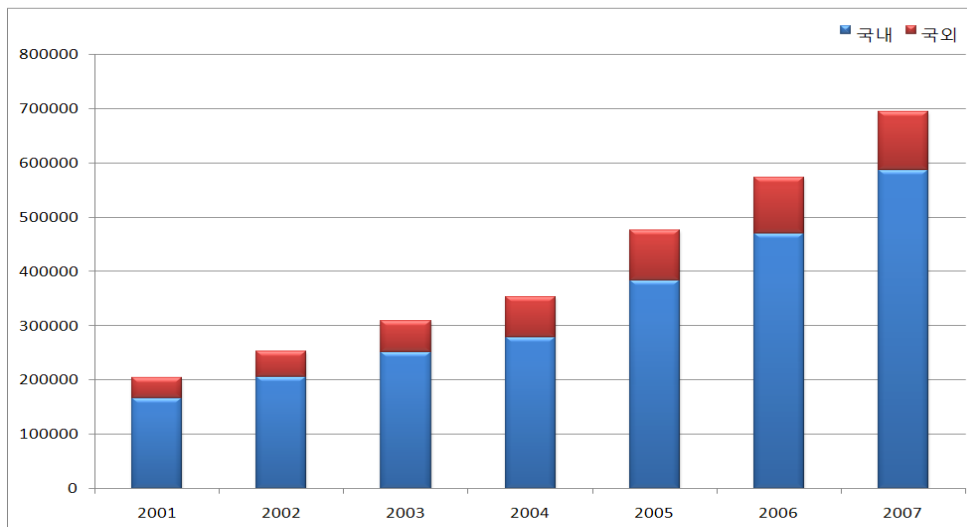
[표 2.4-1] 중국의 1985년 - 2007년 전리출원 누적 현황

구 분		합계		발명		실용신안		디자인	
		출원량	비율	출원량	비율	출원량	비율	출원량	비율
합계	소계	4,028,520	100%	1,334,676	100%	1,471,191	100%	1,222,653	100%
국내	소계	3,314,591	82.3%	718,207	53.8%	1,460,557	99.3%	1,135,827	92.9%
해외	소계	713,929	17.7%	616,469	46.2%	10,634	0.7%	86,828	7.1%

※ 출처: 중국 국가지식재산권국 통계, 발췌정리

## 2) WTO 가입 이후 전리출원 현황

중국은 2001년 WTO 가입 이후 전리출원의 증가량이 급속도로 증가하였다. 2001년 이후 매년 20% - 30%에 달하는 출원증가율을 기록하였는데, 2001년 - 2007년의 7년동안 출원량이 286만건에 달하였으며, 이는 중국의 전체 전리출원량 403만건의 71%에 해당하는 것이다. 전체 전리출원량에서 차지하는 국내출원과 국외출원의 출원량은 양적인 면에 있어서 꾸준히 증가추세를 보이고 있으나, 국외출원의 비율은 2004년 21.2%를 정점으로 2005년 19.5%, 2006년 17.9%, 2007년 15.5%로 점점 낮아지는 추세를 기록하고 있다. 이는 국외출원의 출원감소에 기인한 것이 아니라 중국의 국내기업 및 개인의 전리출원 증가에 따른 비율의 감소로서, 중국의 기업 및 개인의 전리출원에 대한 의식이 점점 제고되는 것을 알 수 있다



[그림 2.4-2] 중국의 WTO 가입 후 전리출원 현황

[표 2.4-2] 중국의 WTO 가입 후 전리출원 현황

구 분		합계		발명전리		실용신안전리		디자인전리	
		출원량	비율	출원량	비율	출원량	비율	출원량	비율
2001	소계	203,586	100%	63,216	100%	79,723	100%	60,647	100%
	국내	165,697	81.4%	29,962	47.4%	79,275	99.4%	56,460	93.1%
	국외	37,889	18.6%	33,254	52.6%	448	0.6%	4,187	6.9%
2002	소계	252,632	100%	80,233	100%	93,139	100%	79,260	100%
	국내	205,396	81.3%	39,662	49.4%	92,162	99.0%	73,572	92.8%
	국외	47,236	18.7%	40,571	50.6%	977	1.0%	5,688	7.2%
2003	소계	308,487	100%	105,318	100%	109,115	100%	94,054	100%
	국내	251,238	81.4%	56,769	53.9%	107,842	98.8%	86,627	92.1%
	국외	57,249	18.6%	48,549	46.1%	1,273	1.2%	7,427	7.9%
2004	소계	353,807	100%	130,133	100%	112,825	100%	110,849	100%
	국내	278,943	78.8%	65,786	50.6%	111,578	98.9%	101,579	91.6%
	국외	74,864	21.2%	64,347	49.4%	1,247	1.1%	9,270	8.4%
2005	소계	476,264	100%	173,327	100%	139,566	100%	163,371	100%
	국내	383,157	80.5%	93,485	53.9%	138,085	98.9%	151,587	92.8%
	국외	93,107	19.5%	79,842	46.1%	1,481	1.1%	11,784	7.2%
2006	소계	573,178	100%	210,490	100%	161,366	100%	201,322	100%
	국내	470,342	82.1%	122,318	58.1%	159,997	99.2%	188,027	93.4%
	국외	102,836	17.9%	88,172	41.9%	1,369	0.8%	13,295	6.6%
2007	소계	694,153	100%	245,161	100%	181,324	100%	267,668	100%
	국내	586,734	84.5%	153,060	62.4%	179,999	99.3%	253,675	94.8%
	국외	107,419	15.5%	92,101	37.6%	1,325	0.7%	13,993	5.2%

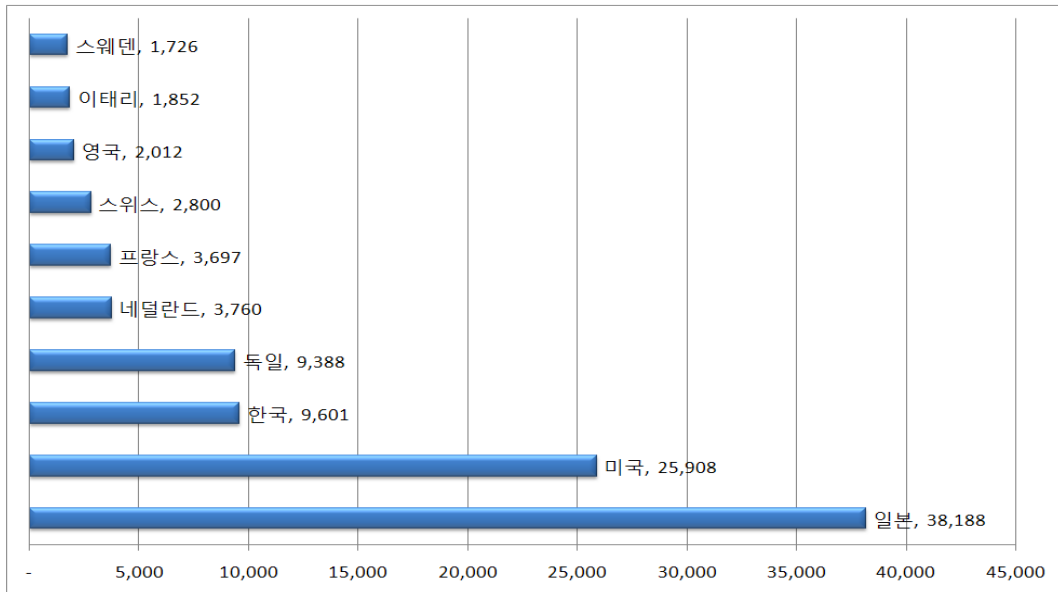
※ 출처: 중국 지식재산권국망, 년도별 발췌정리

### 3) 국가별 출원동향

중국의 WTO 가입 이후, 외국인의 중국에 있어서의 전리출원량을 살펴보면, 일본과 미국이 계속적으로 1위 및 2위를 점하고 있다. 한국은 2003년에 독일을 제치고 3위로 올라온 이래 계속적으로 3위를 유지하고 있어, 한국 기업 및 개인의 대 중국 전리출원이 확대되고 있는 것으로 분석되고 있다. 2002년 3천6백여건에 불과하던 중국 전리출원이 2006년에는 최초



로 1만건을 돌파하였으며, 2007년에는 9,601건을 기록하여 전년대비 995건이 감소한 것으로 분석되고 있다.



[그림 2.4-3] 2007년 외국의 국가별 대 중국 전리출원 현황

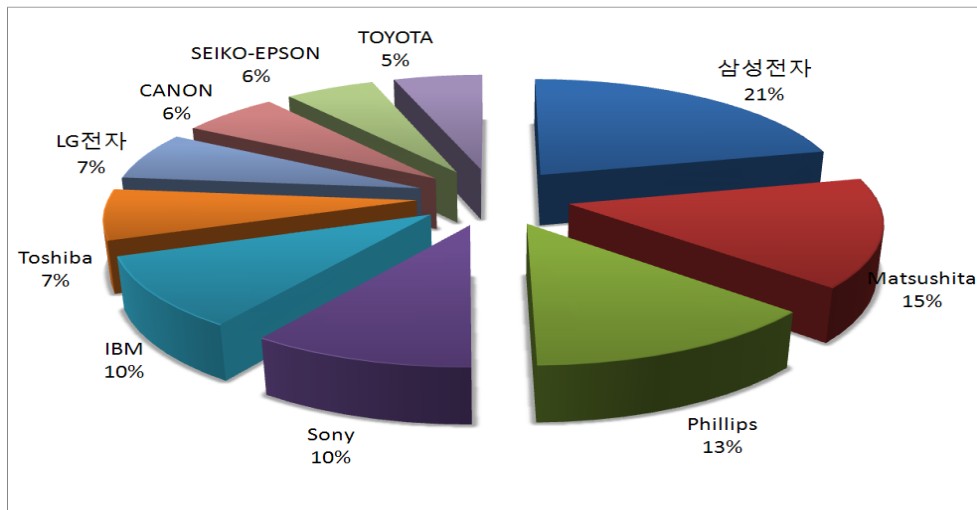
[표 2.4-3] 외국의 국가별 대 중국 전리출원 현황

순위	국가	2002	2003	2004	2005	2006	2007
1	일본	18,275	24,241	30,444	36,221	37,848	38,188
2	미국	10,012	12,221	16,187	20,395	23,494	25,908
3	한국	3,626	5,015	6,660	9,300	10,596	9,601
4	독일	4,015	4,522	5,917	7,502	8,676	9,388
5	네덜란드	2,147	1,376	2,960	3,988	3,721	3,760
6	프랑스	1,932	1,941	2,465	3,190	3,614	3,697
7	스위스	1,110	1,374	1,744	2,106	2,370	2,800
8	영국	1,025	1,314	1,401	1,613	1,813	2,012
9	이탈리아	627	765	1,167	1,632	1,699	1,852
10	스웨덴	952	694	899	1,101	1,492	1,726

※ 출처: 국가 지식재산권국 년도보고, 2007

## 4) 중국출원 상위 10대 외국기업

2007년 기준 외국기업 중 중국출원 1위기업은 한국의 삼성전자로서, 3,315건을 출원하였는데, 2006년에 이어 연속 1위를 차지하였다. 2위는 일본의 마쓰시타전기, 3위는 필립스, 4위는 IBM으로 2006년 순위와 변동이 없다. 10위권 기업에 진입한 기업은 일본의 캐논과 도요다이며, 순위에서 탈락한 기업은 일본의 도시바와 독일의 지멘스이다.



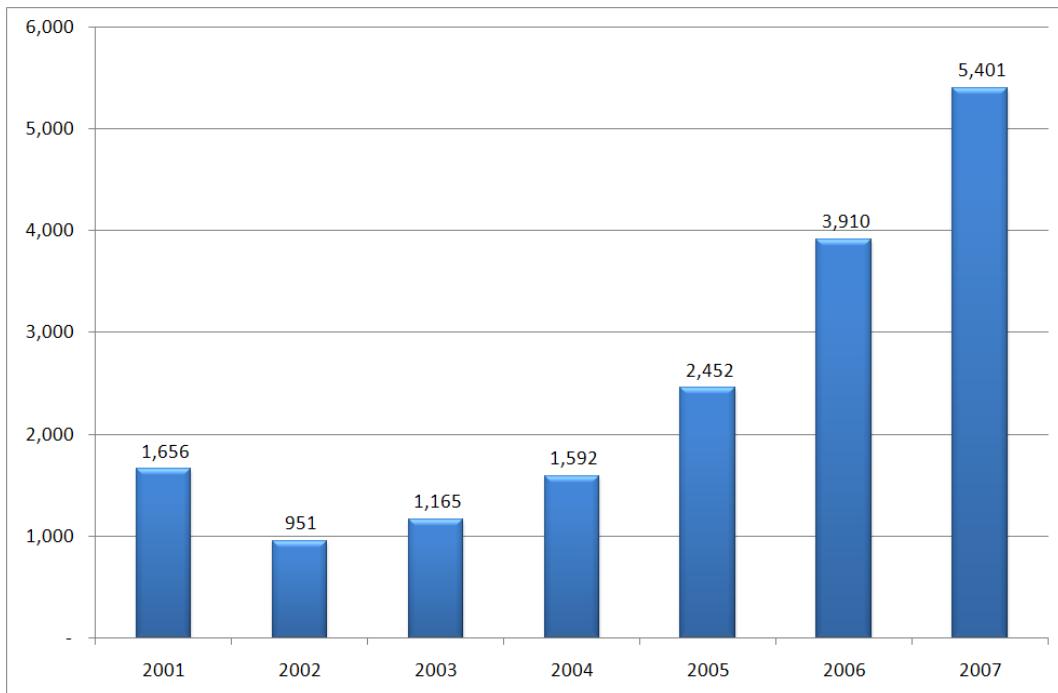
[그림 2.4-4] 2007년 중국출원 상위 10대 외국기업의 현황

[표 2.4-4] 2007년 중국출원 상위 10대 외국기업의 현황

순위	출원인	국가	2007년
1	삼성전자	한국	3,315건
2	松下(MATSUSHITA) 电器	일본	2,329건
3	Philips	네덜란드	2,059건
4	Sony	일본	1,534건
5	IBM	미국	1,527건
6	东芝 (Toshiba Co.)	일본	1,081건
7	LG 전자	한국	1,028건
8	佳能 (CANON)	일본	921건
9	精工爱普生 (SEIKO-EPSON)	일본	843건
10	丰田 (TOYODA)	일본	836건

### 5) 중국의 PCT 국제출원 현황

2007년 중국의 PCT 출원량은 5,401건으로 2006년 3,910건 대비 1,571건이 증가되어 41.1%의 증가율을 기록하였다. 그 중 중국어를 출원언어로 하는 국제출원은 4,835건, 영문을 출원언어로 하는 국제출원은 566건이었다. 1994년 이래 중국 국가지식재산권국이 수리한 국제출원은 총 18,796건에 이르는 것으로 분석되고 있다.



[그림 2.4-5] 중국의 PCT 국제출원 현황

[표 2.4-5] 중국의 PCT 국제출원 현황

연도	2001년	2002년	2003년	2004년	2005년	2006년	2007년
건수	1,656	951	1,165	1,592	2,452	3,910	5,401

## 2.4.2 전리법의 개요

### 1) 용어 개념

중국의 전리제도를 이해하기 위해서는 먼저 ‘전리(專利)’라는 용어의 개념을 먼저 명확히 이해해야 할 것이다. 우리는 중국의 전리제도에 있어서 ‘전리(專利), 전리권(專利權), 전리법(專利法)’을 일반적으로 ‘특허(特許), 특허권(特許權), 특허법(特許法)’에 대응하는 용어로 이해하고 있으나 그 의미가 반드시 일치하는 것은 아니다. 이는 우리나라와 중국의 관련 법체계에서 오는 차이점으로 볼 수 있는데, <표 2.4-5>에서 보는 바와 같이, 우리나라의 경우 특허, 실용신안, 디자인에 대하여 각각의 독립된 법체계를 가지고 있으나 중국은 발명, 실용신형, 외관설계(이들은 각각 우리나라의 특허, 실용신안, 디자인에 해당됨)를 발명창조의 한 형태로 보고 이들을 전리법이라는 단일 법체계에서 통일하여 규정하고 있다. 따라서 중국 전리법에 있어서 전리 또는 전리권의 용어가 독립적으로 사용될 때는 ‘발명, 실용신형, 외관설계의 통칭’을 나타내는 의미이나, 발명창조의 각 형태와 결합하여 쓰일 때에는 특정 전리에 대한 독점적인 권리를 나타내는 의미로 이해하여야 한다.<sup>5)</sup>

[표 2.4-6] 한·중 양국의 지식재산권 분류와 법체계의 비교

한 국		중 국	
지식재산권	관련법	지식재산권	관련법
◇ 특허권	특허법	◇ 전리권 · 발명전리권 · 실용신형전리권 · 외관설계전리권	
◇ 실용신안권	실용신안법		전리법
◇ 디자인권	디자인법		
◇ 상표권	상표법	◇ 상표권	상표법
◇ 저작권	저작권법	◇ 저작권	저작권법

### 2) 전리법의 목적

**전리법 제1조**는 전리법의 목적을 규정하고 있는바, 그 목적은 발명창조의 전리권을 보호하고, 발명창조를 장려하고, 발명창조의 보급과 응용에 도움이 되게 하고, 과학 기술의 진보와 혁신을 촉진하여 사회주의 현대화의 요청에 부응하는 데에 있다.

5) 본 보고서에서는 용어의 혼동을 피하기 위하여 “전리”, “전리법”이라는 용어는 중국식 표현 그대로 사용하고, “발명(發明), 실용신형(實用新型), 외관설계(外觀設計)”는 각각 “발명, 실용신안, 디자인”으로 사용하기로 한다.

### 3) 전리법의 보호대상

전리법은 발명창조(發明創造)를 보호대상으로 하며, 이 발명창조는 발명(發明), 실용신안(實用新型), 디자인(外觀設計)을 가리킨다. “발명(發明)”은 제품·방법 또는 그 개량에 대하여 제출된 새로운 기술방안을 가리키며, “실용신안(實用新型)”은 제품의 형상·구조 또는 그 결합에 대하여 제출된 실용적인 새로운 기술방안을 가리키며, “디자인(外觀設計)”은 제품의 형상·도안 또는 그 결합 및 색채와 형상·도안의 결합에 대하여 행하는 미감이 풍부하며 공업적 응용에 적합한 새로운 설계를 가리킨다.

전리출원의 발명창조가 국가의 안전 또는 중대한 이익에 관계되어 비밀을 보호할 필요가 있는 경우에는 특별히 취급한다. 국가의 법률, 사회의 도덕에 위배되거나 공공의 이익을 해치는 발명창조에는 전리권을 수여하지 않는다. 여기에서 말하는 “국가의 법률에 위배되는 발명창조”에는 그 실시만이 법률로 금지되어 있는 발명창조는 포함되지 않는다.

### 2.4.3 전리출원권의 권리귀속

#### 1) 직무발명창조

##### (1) 직무발명창조와 비직무발명창조

**전리법 제6조**의 규정에 의하면, ‘직무발명창조’는 소속단위(단체, 회사, 조직 등을 가리킴)의 임무를 수행하거나 주로 소속단위의 물질기술조건을 이용하여 완성된 발명창조를 말한다.

‘소속단위의 임무수행 중에 완성된 직무발명창조’는 ① 직무 중에 행한 발명창조, ② 소속단위로부터 부여 받은 본래의 직무 이외의 임무 수행 중에 행한 발명창조, ③ 이직, 정년퇴직 또는 전직 후 1년 이내에 행한 구(舊) 소속단위에서 담당하고 있던 직무 또는 구 소속단위로부터 부여 받은 임무와 관련이 있는 발명창조를 말한다. 소속단위에는 일시적으로 근무하는 단위도 포함된다. 또 ‘소속단위의 물질기술조건’이란 소속단위의 자금, 설비, 부품, 원재료 또는 외부에 공개하지 않은 기술자료 등을 말한다.

**전리법 제6조**의 규정에 의하여, 직무발명창조의 전리를 출원하는 권리는 소속단위에 귀속한다. 출원이 비준된 후는 해당 단위가 전리권자가 된다. 단, 소속단위의 물질기술조건을 이용하여 완성된 발명창조에 관하여 단위와 발명자 또는 설계자가 계약을 체결하여 전리를 출원하는 권리 및 전리권의 귀속에 대해 별도로 정하고 있는 경우는 그 결정에 의한다.

비직무발명창조에 대한 전리를 출원하는 권리는 발명자 또는 설계자에게 귀속하며, 출원이 비준된 후, 해당 발명자가 전리권자가 된다. 발명자 또는 설계자의 비직무발명창조의 전리출원은 어떠한 단위 또는 개인이라도 이것을 억제해서는 안 된다. 발명자 또는 설계자의 비직무발명창조의 전리출원권 및 전리법에 규정하는 그 밖의 권리를 침해한 경우에는 소속 단위 또는 상급주관기관이 행정처분을 한다. 전리법 제17조의 규정에 따라 발명자는 전리문서 중에 자신이 발명자 또는 설계자임을 명기할 권리를 가진다.

## (2) 장려금과 보수

### i. 기본원칙

**전리법 제16조** 규정에 따라 전리권을 수여 받은 단위는 직무발명창조의 발명자 또는 설계자에게 장려금을 주어야 한다. 발명창조 전리의 실시 후에는 그 보급과 응용의 범위 및 그 경제적 효과와 수익에 따라 발명자 또는 설계자에게 합리적인 보수를 주어야 한다.

### ii. 국유기업 사업단위에 있어서의 장려금과 보수

전리권을 수여 받은 국유기업 사업단위는 전리권이 공고된 날로부터 3개월 이내에 발명자 또는 설계자에게 장려금을 지급해야 하며, 1개의 발명전리의 장려금은 2,000위안보다 적어서는 안 된다. 1개의 실용신안 또는 디자인 전리에 대한 장려금은 500위안보다 적어서는 안 된다.

전리권을 수여 받은 국유기업 사업단위는 전리권의 유효기간 내에, 발명창조의 전리를 실시한 후, 매년 해당 발명전리 또는 실용신안전리의 실시에 의해 얻어진 이익 중 납세후의 2% 이상의 액수를 공제하거나 또는 디자인전리 실시로부터 얻은 이익에서 납세 후 0.2% 이상을 공제하여 발명자 또는 설계자에게 보수로서 지급해야 하며, 상기의 비율을 참조하여 발명자 또는 설계자에게 1회에 한꺼번에 보수를 지급할 수도 있다.

전리권을 수여 받은 국유기업 사업단위가 그 밖의 단위 또는 개인에게 해당 전리의 실시를 허가했을 때는, 해당 전리 실시허가에 의해 수취한 실시료 중 납세 후 10% 이상의 액수를 공제하여 발명자 또는 설계자에게 보수로서 지급해야 한다.

## 2) 공동 또는 위탁에 의해 완성된 발명창조

**전리법 제8조** 규정에 따라 2개 이상의 단위 또는 개인이 공동으로 완성한 발명창조와 1개

의 단위 또는 개인이 다른 단위 또는 개인의 위탁을 받아 완성한 발명창조의 전리를 출원하는 권리는 별도로 합의가 있는 경우를 제외하고, 단독 또는 공동으로 완성한 단위 또는 개인에게 귀속한다. 출원이 비준된 후 출원한 단위 또는 개인이 전리권자가 된다.

#### 2.4.4 전리권의 요건

##### 1) 전리의 요건

###### (1) 발명·실용신안

**전리법 제22조**의 규정에 따라, 전리권을 수여하는 발명 및 실용신안은 신규성(新穎性), 진보성(創造性) 및 실용성(實用性)을 구비하여야 한다.

**신규성(新穎性)**은 출원일 이전에 동일한 발명 또는 실용신안이 국내외 출판물상에 공개 발표된 적이 없으며, 국내에서 공개 사용되거나 다른 방식으로 공중이 알고 있지 않으며, 또한 동일한 발명 또는 실용신안이 타인이 국무원전리행정부문에 출원을 제출하여 출원일 이후에 공개된 전리출원서류 중에 기재되어 있지 아니한 것을 가리킨다.

**진보성(創造性)**은 출원일 이전에 이미 존재하는 기술과 비교해 볼 때, 발명은 특출한 실질적 특징과 현저한 진보가 있으며, 실용신안은 실질적 특징과 진보가 있는 것을 가리킨다.

**실용성(實用性)**은 그 발명 또는 실용신안이 제조 또는 사용될 수 있으며, 긍정적인 효과를 생산할 수 있음을 가리킨다.

###### (2) 디자인

**전리법 제23조**의 규정에 따라, 전리권을 수여하는 디자인은 출원일 전에 국내·외의 출판물로 공개적으로 발표되고 또는 국내에서 공개적으로 사용된 적이 있는 디자인과 동일 또는 유사한 것이 아니며, 또한 타인이 먼저 취득한 합법적인 권리와 서로 충돌이 있어서는 안 된다. ‘먼저 취득한 합법적인 권리’에는 상표권, 저작권, 기업명칭권, 초상권 및 지명상품 특유의 포장 또는 장식사용권 등을 포함한다.

## 2) 신규성 상실의 예외

**전리법 제24조**는 신규성 상실의 예외를 규정하고 있는데, 전리를 출원하는 발명창조는 출원일 이전 6개월 내에, 다음 중 어느 하나의 사유에 해당하는 때에는 신규성을 상실하지 않는다.

- ① 중국 정부가 주최하거나 승인한 국제전람회 처음으로 출품한 경우
- ② 규정의 학술회의 또는 기술회의에서 처음 발표한 경우
- ③ 타인이 출원인의 동의를 얻지 않고 그 내용을 누설한 경우

전리출원을 하는 발명창조에 상기 ① 또는 ②의 사유가 있을 때는, 출원인은 전리출원 시에 명시하고 또한 출원일부터 2개월 이내에 관련 국제박람회 또는 학술회의, 기술회의의 주최자가 발행하는 관련 증명문서를 제출해야 한다.

전리출원을 하는 발명창조에 상기 ③의 사유가 있어 국무원 전리행정부문이 필요하다고 인정하는 경우에는 출원인에게 지정기간 내에 증명문서의 제출을 요구할 수 있다.

## 3) 전리권이 수여되지 않는 경우

### (1) 불수여 대상

**전리법 제25조**는 전리권이 수여되지 않는 대상을 다음과 같이 규정하고 있다. 즉, ① 과학적 발견, ② 지적 활동의 규칙 및 방법, ③ 질병의 진단 및 치료방법, ④ 동물 및 식물의 품종(다만, 이들 제품의 생산방법에 대해서는 전리권이 수여될 수 있다), ⑤ 원자핵 변환의 방법에 의해 얻어지는 물질은 전리권은 수여되지 않는다.

### (2) 비즈니스 방법 전리의 여부

비즈니스 방법의 개념은 애매이지만 중국에서는 ‘전자상업경영방식’이라고 불리는 일이 많다. 전자상업경영방식이란, 인터넷상에서 전자 비즈니스를 컴퓨터 프로그램을 통하여 실현하는 상업경영 방식을 말한다.

**전리법 제25조** 제2항의 규정에 의하면, 지적 활동에 관한 규칙 및 방법에는 전리권이 수여되지 않는다. 전리심사지침서(국가지식재산권국 제정, 2006년 7월 1일 시행) 제2부분 제1



장 4.2에 의하면 조직, 생산, 상업 실시 및 경제 등의 관리방법 및 제도는 지적 활동에 관한 규칙 및 방법에 해당하여 전리권이 수여되지 않는다. 그러나 하나의 청구항에 그것을 한정하는 전체 내용에 지적활동의 규칙 및 방법의 내용을 포함하는 동시에 기술특징도 포함하고 있는 경우에는 그 청구항은 전체적으로 볼 때 지적활동의 규칙 및 방법이 아니므로, 전리법 제25조에 근거하여 그 청구항이 전리권을 수여 받을 가능성을 배제해서는 안 된다고 규정하고 있다.

특히 컴퓨터 프로그램에 관계되는 발명 전리에 대해서는 심사지침서 제2부 제9장 ‘컴퓨터 프로그램 관련 전리출원의 심사규정’에 기초하여 전리권 수여의 여부가 심사된다.

### (3) 동물 및 식물의 품종

**전리법 제25조** 제1항 제4호에 의하면, 동물 및 식물의 품종에는 전리권은 수여되지 않는다. 그러나 전리법 제25조 제2항에 의하면, 동물 및 식물 품종의 생산방법에 대해서는 전리권을 수여할 수 있다.

여기에서 말하는 생산방법이란 비생물학적 방법을 가리키며, 동물 및 식물의 탄생이 주로 생물학적 방법인 경우를 포함하지 않는다. 어떤 방법이 「주로 생물학적 방법」에 해당하는지의 여부는 해당 방법에 있어서의 인적 기술 개입의 정도에 의한다. 인적 기술 개입이 해당 방법에 의해 달성하려고 하는 목적 또는 효과에 대해 주요한 지배 작용 또는 결정적 작용을 더하고 있는 경우, 그 방법은 「주로 생물학적 방법」인 경우에는 해당되지 않아 전리권이 수여된다. 예를 들어, 조사 사육법을 이용하여 우유 생산량이 높은 젖소를 낳는 방법, 사육 방법을 개량하여 살코기형 돼지를 생산하는 방법 등은 발명전리의 수여가 가능하다.

### (4) 원자핵변환방법 및 그 방법을 이용하여 획득한 물질

심사지침서 제1장 4.5는 원자핵 변환방법 및 그 방법을 이용하여 획득한 물질은 국가의 경제, 국방, 과학연구 및 공공생활의 중대 이익과 관계되므로 단위 또는 개인이 독점하는 것은 적합하지 않아 전리권을 수여할 수 없다고 규정하고 있다.

### 2.4.5 전리의 출원

#### 1) 선원주의

전리법 제9조의 선원주의 원칙에 따라 2인 이상의 출원인이 동일한 발명창조에 대해 개별적으로 전리출원을 행한 경우, 전리권은 선행 출원자에게 수여된다.

2인 이상의 출원인이 같은 날에 각각 동일한 발명창조의 전리출원을 한 경우에는 국무원 전리행정부문의 통지를 수령한 후, 당사자간에 협의하여 출원인을 확정해야 한다.

#### 2) 전리출원의 일반적 절차, 분할출원, 보정

서면방식으로 전리를 출원하는 경우에는 국무원 전리행정부문에 출원문서 1식 2부를 제출해야 한다.

중국의 단위 또는 개인이 중국 국내에서 전리를 출원하고 및 그 밖의 전리업무를 행하는 경우에는 전리대리기구에 위탁할 수 있다. 출원인이 전리대리기구에 위탁하여 국무원 전리행정부문에 전리를 출원하고, 또는 그 밖의 전리업무를 수속을 하는 경우에는 동시에 위임장을 제출해야 한다.

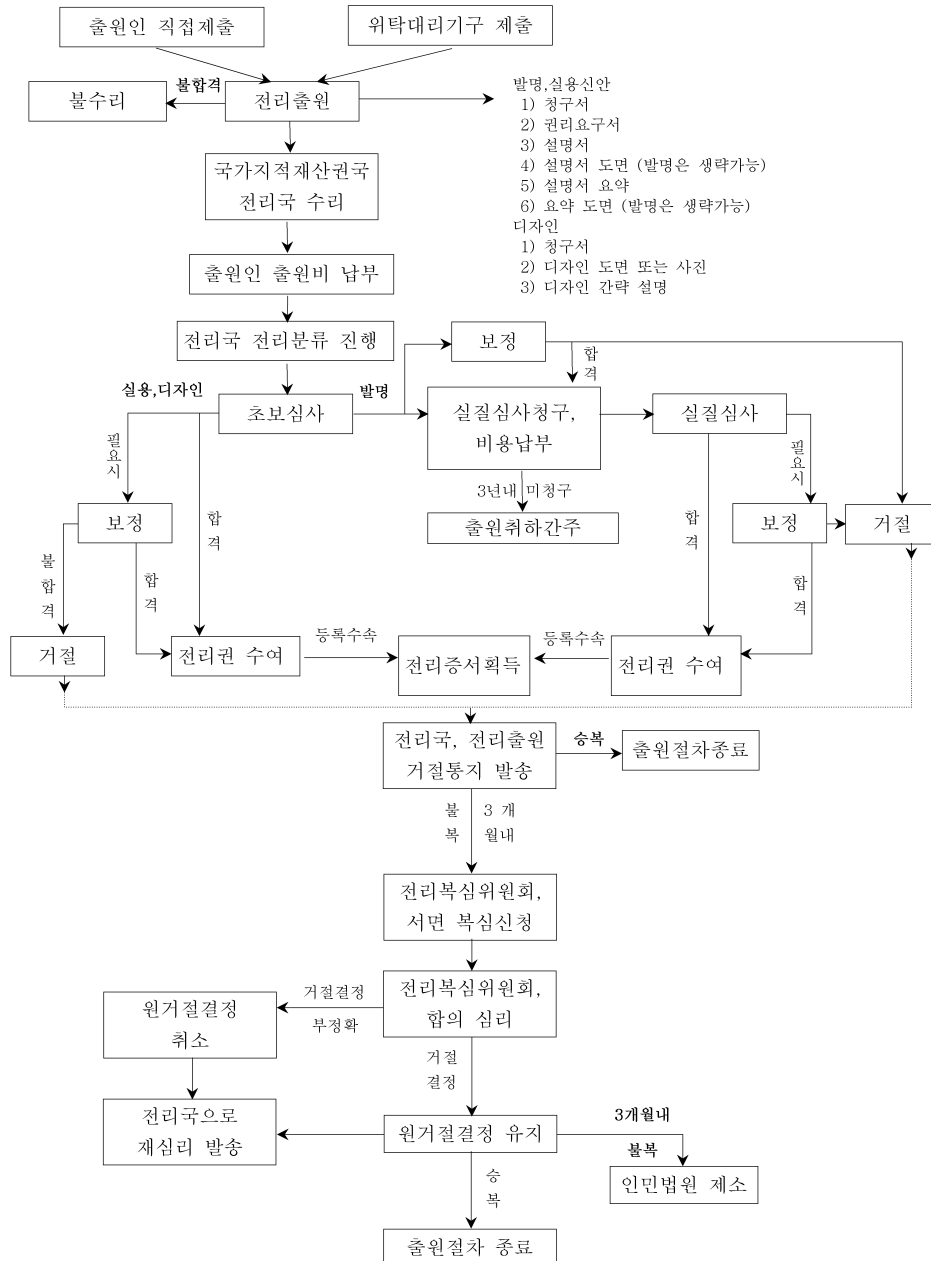
국무원 전리행정부문이 전리출원 문서를 접수한 날을 출원일로 한다. 출원문서가 우송되는 경우에는 제출된 소인일을 출원일로 한다.

1건의 전리출원이 2이상의 발명, 실용신안 또는 디자인을 포함할 때는, 출원인은 전리법 실시세칙 제54조 제1항에 규정하는 기간이 만료하기 전에 국무원 전리행정부문에 분할출원을 할 수 있다. 단, 전리출원이 이미 거절된 경우, 취하된 경우 또는 취하되었다고 간주된 경우에는 분할출원은 할 수 없다. 적법하게 제출된 분할출원은 원래의 출원일이 유지되며 우선권이 있는 것에 대해서는 우선권일이 유지되나 원출원의 공개의 범위를 넘을 수는 없다.

전리법 제33조의 규정에 따라, 출원인은 전리출원 문서를 보정할 수 있다. 단, 전리의 출원문서의 보정은 원래의 설명서 및 전리청구의 범위에 기재한 범위를 넘어서는 안 된다. 전리출원인은 실체심사의 청구를 제출할 때 및 국무원 전리행정부문이 발행한 발명 전리출원의 실체심사단계진입통지서를 수령한 날로부터 3개월 이내에 전리출원에 대해 스스로 보정서를 제출할 수 있다. 출원인은 국무원 전리행정부문이 발행한 심사의견통지서를 수령한 후에 전리출원 문서의 보정을 행하는 경우에는 통지서의 요구에 따라 보정을 해야 한다.

출원인은 전리권을 수여 받기 전에 있어서는 언제라도 그 전리출원을 취하할 수 있다. 전

리출원의 구체적인 절차를 살펴보면 다음 그림과 같다.



[그림 2.4-6] 중국의 전리출원 절차의 개요도<sup>12)</sup>

6) 中国知识产权保护手册, 知识产权出版社, 2007. 5. p 21.

### 3) 전리의 출원절차

#### (1) 발명·실용신안

##### i. 출원서류

**전리법 제26조** 제1항의 규정에 따라 발명 또는 실용신안 전리를 출원하는 경우에는 청구서(請求書), 설명서(說明書) 및 그 요약서(摘要), 권리요구서(權利要求書) 등의 서류를 제출해야 한다.

설명서에는 해당기술분야의 기술자가 실현할 수 있음을 그 기준으로 하여 발명 또는 실용신안에 대하여 명확하고 완전한 설명을 기재하여야 한다. 필요 시에는 도면이 있어야 한다. 요약서는 발명 또는 실용신안의 기술적인 요점을 간략하게 설명하여야 한다.

전리출원의 설명서에는 발명 또는 실용신안의 명칭을 명기해야 한다. 해당 명칭은 청구서의 명칭과 일치해야 한다. 설명서에는 ① 기술분야, ② 배경기술, ③ 발명 또는 실용신안 내용, ④ 도면설명, ⑤ 구체적인 실시방식 등을 포함하여야 한다.

권리요구서<sup>7)</sup>는 설명서를 근거로 하여야 하며 전리보호를 요구하는 범위를 설명하여야 한다. 권리요구서에는 발명 또는 실용신안의 기술적 특징을 설명하고 보호를 청구하는 범위를 명료하고 또한 간결하게 기술해야 한다. 권리요구서에 복수의 권리요구가 있는 경우에는 아라비아 숫자로 일련번호를 붙여야 한다. 권리요구서에서 사용하는 과학기술용어는 설명서에서 사용하는 과학기술 용어와 일치해야 한다. 화학식 또는 수식은 있어도 되지만 도면을 첨부해서는 안 된다. 권리요구서에는 독립항이 있어야 하며 종속항이 있을 수 있다. 독립항은 발명 또는 실용신안의 기술방안을 전체적으로 반영하며, 기술 문제를 해결하는데 필요한 기술적 특징을 기재해야 한다. 종속항은 부가적인 기술적 특징을 사용하여야 하며 또한 인용하는 권리요구에 대하여 진일보하게 한정해야 한다.

설명서의 요약서에는 전리출원이 공개하는 내용의 개요를 명기해야 한다. 즉, 발명 또는 실용신안의 명칭 및 해당 기술분야를 명기하고 또한 해결하고자 하는 기술적 문제, 해당 문제를 해결하는 기술방안의 요점 및 주된 용도를 명확하게 나타내야 한다. 설명서의 요약서에는 발명 또는 실용신안을 가장 잘 설명할 수 있는 화학식을 포함할 수 있다. 도면이 있는 전리출원은 그 발명 또는 실용신안의 기술적 특징을 가장 잘 설명할 수 있는 도면을 1개 제출해야 한다. 요약서의 문자 수는 300자를 넘어서는 안 된다.

7) 권리요구서는 한국의 출원 명세서에 포함된 특허청구범위에 상당한다. 중국은 이를 출원 시 별도의 첨부서류로 요구한다.

## ii. 전리출원의 단일성

**전리법 제31조** 제1항의 규정에 따라 1건의 전리출원은 하나의 발명 또는 실용신안으로 한정되어야 한다. 하나의 기본적 발명 구상에 속하는 2이상의 발명 또는 실용신안은 1건의 출원으로 할 수 있다. 1건의 전리출원으로서 제출할 수 있는 하나의 기본적 발명 구상에 속하는 2이상의 발명 또는 실용신안은 기술적으로 서로 관련되며, 1개 또는 복수의 동일 또는 상응하는 특정 기술특징을 포함해야 한다. 여기에서 특정 기술특징이라 함은 각 발명 또는 실용신안이 전체적으로 기존 기술에 공헌하는 기술적 특징을 말한다. 동일한 발명창조에는 하나의 전리밖에 수여되지 않는다.

### (2) 디자인

**전리법 제31조** 제2항의 규정에 따라 1개의 디자인의 전리출원은 1개의 제품에 사용하는 1개의 디자인에 한정되어야 한다. 동일 분류이며 또한 1세트로 판매 또는 사용하는 제품에 사용되는 2개 이상의 디자인은 1개의 출원으로 할 수 있다. 여기에서 말하는 동일분류는 물품이 분류표의 동일 소분류에 속하는 것을 가리킨다. 1세트로서의 판매 또는 사용이란 각 물품의 설계 구상이 동일하고 또한 습관적으로 동시에 판매되어 동시에 사용되는 것을 가리킨다.

디자인 전리를 출원하는 경우에는 원서 및 그 디자인의 도면 또는 사진 등의 서류를 제출하고 또한 그 디자인을 사용하는 제품 및 그 속하는 분류를 명기해야 한다. 출원인은 디자인을 사용하는 제품 및 그 소속 분류를 기입할 때는 국무원 전리행정부문이 공포한 디자인 제품 분류표를 사용해야 한다.

디자인을 출원할 때는 필요에 따라 디자인의 간단한 설명을 기재해야 한다. 디자인의 간단한 설명에는 해당 디자인을 사용하는 제품 디자인의 요점, 보호를 청구하는 색채, 약도 등의 상황을 기재해야 한다. 디자인의 간단한 설명에는 상업적 선전 용어를 사용해서는 안 되며 또, 제품의 성능을 설명해서는 안 된다.

국무원 전리행정부문은 필요하다고 인정하는 경우에는 디자인의 출원인에게 디자인을 사용하는 제품의 견본 또는 모형의 제출을 요구할 수 있다.

### 4) 외국인 등의 전리출원

**전리법 제18조**의 규정에 따라, 중국에 상주하는 주소 또는 영업소를 갖고 있지 않는 외국

인, 외국기업 또는 외국의 기타 조직이 중국에서 전리를 출원하는 경우에는 그가 속하는 국가와 중국이 체결한 협정서 또는 함께 가입하고 있는 국제조약 또는 호혜의 원칙에 따라 전리법에 근거하여 처리된다. 중국에 상주하는 주소 또는 영업소를 갖고 있지 않는 외국인, 외국기업 및 외국의 기타 조직이 중국에서 전리를 출원하고, 그 밖의 전리업무를 행하는 경우에는 국무원 전리행정부문이 지정하는 전리대리기구에 위탁해야 한다.

#### 5) 중국의 단위 등의 외국에서의 전리출원

중국의 단위 또는 개인이 중국 국내에서 완성시킨 발명창조의 전리를 외국에서 출원하는 경우는, 우선 국무원 전리행정부문에 전리출원하고, 그 지정하는 전리대리기구에 수속을 위탁하며, 또한 전리법 제4조(국가의 안전 또는 중대한 이익에 관련되는 발명창조의 비밀 보호)의 규정을 준수해야 한다. 전리법 제64조의 규정은 상기 규정에 위반하여 외국에 전리를 출원하여 국가의 중요기밀을 누설한 경우에는 소속단위 또는 그 상급주관기관이 행정처분을 행하며, 범죄를 구성할 때는 법에 따라 형사책임을 추궁하도록 규정하고 있다.

#### 6) 우선권

**전리법 제29조** 제1항의 규정에 따라, 외국에서 최초 발명 또는 실용신안의 전리출원을 한 날로부터 12개월 이내에 또는 외국에서 처음으로 디자인 전리출원을 한 날로부터 6개월 이내에 출원인이 중국에서 동일한 주제에 대해 전리출원을 하는 경우에는 그 외국과 중국이 체결한 협정서 또는 함께 가입하고 있는 국제조약에 따라 또는 서로 우선권을 승인하는 원칙에 따라 우선권을 향유할 수 있다. 이는 조약우선권을 말한다.

조약우선권은 파리조약의 어떤 동맹국(제1국)에서 발명에 대한 최선(最先)의 정규 출원을 한 자가 다른 동맹국(제2국)에 동일한 발명에 대하여 전리출원을 하면서 우선권을 주장하는 경우, 일정한 요건 하에 전리요건 등의 판단시점 등을 제1국의 최선(最先)출원일로 소급하여 적용하는 파리조약상의 특별한 제도를 말한다.

**전리법 제29조** 제2항에 따라, 출원인은 중국에서 최초 전리출원을 한 날로부터 12개월 이내에 동일한 주제에 대해 국무원 전리행정부문에 전리출원을 할 때는 우선권을 향유할 수 있다. 이는 국내우선권을 말한다.

국내우선권은 국내에서 이미 출원되어 있는 자신의 선출원 발명을 기초로 하여 당해 선출

원 발명을 보다 구체화하거나 개량, 추가하는 발명을 하는 경우에, 이들 발명에 대한 적절한 보호의 길을 마련하기 위한 제도로서, 선출원을 기초로 우선권주장출원을 하는 경우 선출원과 국내우선권주장출원에 다같이 기재된 발명에 대하여 전리요건 등을 적용함에 있어서 국내우선권주장출원의 기초가 된 선출원시에 출원된 것으로 인정하는 제도이다.

출원인은 1건의 전리출원에 있어서 1개 또는 복수의 우선권을 주장할 수 있다. 복수의 우선권을 주장할 때는 해당 출원의 우선권의 기한은 가장 빠른 우선권일부터 기산한다. 출원인이 국내우선권을 주장할 때는 선출원은 후출원의 제출일에 취하된 것으로 간주된다.

출원인이 우선권을 주장할 때는 출원시에 서면에 의한 신청을 제출하고 또한 최초로 제출한 전리출원 문서의 부분을 3개월 이내에 제출해야 한다. 서면에 의한 신청을 하지 않거나 기한을 넘겨도 전리출원 문서의 부분을 제출하지 않은 경우에는 우선권을 주장하지 않은 것으로 간주된다.

## 7) 국제출원

**전리법 제20조**는 국제출원에 대하여 규정하고 있는데, 중국의 단위 또는 개인은 중국이 가입하고 있는 관련 국제조약에 근거하여 전리의 국제출원을 할 수 있다. 출원인은 국제전리출원을 할 경우 전리법 제20조 제1항(중국의 단위 등의 외국에서의 전리출원)의 규정을 준수해야 한다. 국무원의 전리행정부문은 중국이 가입하고 있는 관련 국제조약, 전리법 및 국무원의 관련 규정에 근거하여 국제전리출원을 처리한다. 전리법 실시세칙 제10장에는 국제출원에 관한 특별규정이 상세히 규정되어 있다.

### 2.4.6 전리출원의 심사 및 비준

#### 1) 출원공개제도

**전리법 제36조**의 규정에 따라, 국무원 전리행정부문은 전리출원을 접수한 후, 초보심사를 거쳐 전리법의 기준에 합치하고 있다고 인정할 때는 출원일부터 만 18개월 후에 즉시 공개한다. 국무원 전리행정부문은 출원인의 청구에 근거하여 그 출원을 조기에 공개할 수 있다. 초보심사는 전리출원이 전리법 제26조 또는 제27조에 규정하는 문서 및 다른 필요한 문서를 구비하고 있는지의 여부 및 이들 문서가 규정된 양식에 적합한지의 여부 등을 심사하는 것을 말한다.

전리출원의 공개일로부터 전리권 수여의 공고일까지는 누구든지 전리법의 규정에 부합하지 않는 전리출원에 대해 국무원 전리행정부문에 이의를 제기하고 또한 이유를 설명할 수 있다.

## 2) 초보심사

전리출원은 전리법 제34조 및 제40조의 규정에 의하여 초보심사를 실시한다. 초보심사는 전리출원이 전리법 제26조 또는 제27조에 규정된 서류 및 기타 필요한 서류를 구비하였는지와 이들 서류가 규정된 격식에 적합한지 여부를 심사하는 것을 가리키는 것으로서, 다음에 열거된 각 호를 심사한다.

- ① 발명전리출원이 전리법 제5조·제25조의 규정에 해당 여부 또는 전리법 제18조·제19조 제1항의 규정에 부합 여부 또는 전리법 제31조 제1항·제33조·세칙 제2조 제1항·제18조·제20조의 규정에 명확하게 부합 여부
- ② 실용신안전리출원이 전리법 제5조·제25조의 규정에 명확하게 해당 여부 또는 전리법 제18조·제19조 제1항의 규정에 부합 여부 또는 전리법 제26조 제3항·제4항·제31조 제1항·제33조·세칙 제2조 제2항·제13조 제1항·제18조 내지 제23조·제43조 제1항의 규정에 명확하게 부합 여부 또는 전리법 제9조에 규정에 따라 전리권 취득 가능 여부
- ③ 디자인전리출원이 전리법 제5조 규정에 명확하게 해당 여부 또는 전리법 제18조·제19조 제1항의 규정에 부합 여부 또는 전리법 제31조 제2항·제33조·세칙 제2조 제3항·제13조 제1항·제43조 제1항의 규정에 명확하게 부합 여부 또는 전리법 제9조에 규정에 따라 전리권 취득 가능 여부

국무원 전리행정부문은 심사의견을 출원인에게 통지하여 그 지정기간 내에 의견을 진술하게 하거나 보정을 요구하여야 한다. 출원인이 기간 내에 답변하지 아니하는 경우에는 그 출원은 취하된 것으로 본다. 출원인이 의견을 진술하거나 보정한 후에도 국무원전리행정부문이 전항에 나열된 각 호의 규정에 여전히 부합하지 아니한다고 판단하는 경우에는 거절하여야 한다.



### 3) 실체심사

**전리법 제35조**의 규정에 따라 국무원 전리행정부문은 발명전리출원에 대해 출원일부터 3년 이내에 출원인이 임의의 시기에 제출하는 청구에 근거하여 그 출원에 대한 실체심사를 실시할 수 있다. 출원인이 정당한 이유 없이 기간이 만료해도 실체심사를 청구하지 않는 경우에는 그 출원은 취하된 것으로 간주된다. 국무원 전리행정부문은 필요하다고 인정될 때는 자발적으로 발명전리출원에 대해 실체심사를 실시할 수 있다.

발명전리출원인이 실체심사를 청구할 때에는 출원일 전에 있어서의 그 발명과 관련 있는 참고정보를 제출해야 한다. 발명전리출원이 이미 외국에서 이루어져 있는 경우는 국무원 전리행정부문은 출원인에 대해 지정기한까지 해당국이 그 출원의 심사를 위해 검색한 자료 또는 심사결과의 자료를 제출하도록 요구할 수 있다. 정당한 이유 없이 기한을 넘겨도 제출하지 않는 경우는 그 출원은 취하된 것으로 간주된다.

실체심사는 주로 발명전리출원이 전리권을 수여 받는 실질적인 조건에 부합되는지 여부에 대하여 심사한다. 심사의 주요 내용은 다음과 같다.

- ㉠ 전리출원발명이 전리법적 의미의 발명에 속하는지 여부
- ㉡ 전리출원발명이 국가법률, 사회공중도덕에 위반하거나 공중이익을 방해하는지 여부
- ㉢ 전리출원발명이 전리권을 수여하지 않는 내용에 속하는지 여부
- ㉣ 전리출원발명이 신규성, 진보성과 실용성을 구비하는지 여부
- ㉤ 기존의 동일한 발명에 대하여 전리권을 수여하였는지 여부
- ㉥ 설명서가 충분히 공개되었는지, 설명서의 형식과 내용이 규정에 부합하는지 여부
- ㉦ 권리요구서가 설명서의 지지를 받는지, 권리요구서의 보호범위가 명확한지, 권리요구서의 작성이 규정에 부합하는지 여부
- ㉧ 전리출원이 단일성의 요구에 부합하는지 여부
- ㉨ 출원인의 출원서류에 대한 보정 또는 분할출원이 원설명서와 권리요구서에 기재한 범위를 초과하는지 여부

**전리법 제37조**의 규정에 따라 국무원 전리행정부문은 발명전리출원에 대한 실체심사의 결과, 전리법의 규정에 부합하지 않는다고 인정하는 경우에는 출원인에게 통지하여 지정기한까지 의견을 진술하거나 그 출원을 보정하도록 요구하여야 한다. 정당한 이유가 없이 기

간 내 답변이 없는 경우에는 그 출원은 취하된 것으로 간주된다.

전리법 제38조의 규정에 따라 국무원 전리행정부문은 발명전리출원이 출원인의 의견 진술 또는 보정을 거친 후에도 여전히 전리법의 규정에 부합하지 않는다고 인정하는 경우에는 거절하여야 한다.

#### 4) 우선심사

〈심사지침서, 제8장 3.4.2〉는 아래의 경우에 특별 처리를 할 수 있다고 규정하고 있다. 즉, 우선심사가 가능하다.

- ① 국가이익 또는 공공이익에 대하여 중대한 의의를 구비한 출원은 출원인 또는 그 주 관부서의 청구에 따라 전리국 국장의 승인 하에 우선심사를 할 수 있으며 후속절차에 있어서도 우선처리를 할 수 있다.
- ② 전리국이 임의로 실질심사를 착수하는 전리출원은 우선처리를 할 수 있다.
- ③ 원출원일을 유지하는 분할출원은 원출원과 함께 심사할 수 있다.

#### 5) 전리권의 수여

##### (1) 발명전리권의 수여

전리출원에 대해 실체심사의 결과 거절이유가 발견되지 않은 경우에는 국무원 전리행정부 문은 전리권을 수여하는 결정을 하고 전리증을 교부하며, 동시에 등록 및 공고를 실시한다. 발명전리권은 공고일로부터 효력을 발생한다.

국무원 전리행정부문이 전리권 수여의 통지를 발송한 후 출원인은 통지를 수령한 날로부터 2개월 이내에 등록절차를 수행하여야 한다. 기간 내에 등록절차를 수행하는 경우에는 국무원 전리행정부문은 전리권을 수여하고 전리증을 교부하며 또한 이것을 공고해야 한다. 기간 내 에 등록절차를 수행하지 않은 경우에는 전리권을 획득할 권리를 포기한 것으로 간주된다.

국무원 전리행정부문은 전리등록원부를 설치하여, ① 전리권의 수여, ② 전리출원권·전리 권의 이전, ③ 전리권의 질권설정·보전 및 그 해제, ④ 전리권 실시허가계약의 신청, ⑤ 전 리권의 무효선고, ⑥ 전리권의 소멸, ⑦ 전리권의 회복, ⑧ 전리 실시의 강제허가, ⑨ 전리권 자의 성명 또는 명칭·국적 및 주소의 변경 사항을 등록한다.

전리법 실시세칙 제89조 제1항은 전리공보의 기재사항에 대하여 규정하고 있다. 국무원

전리행정부문은 정기적으로 전리공보를 발행하고, ① 전리출원에 기재된 서지적 사항, ② 설명서의 요약서, ③ 전리출원의 실체심사 청구 및 국무원 전리행정부문이 전리출원에 대해 자발적으로 실체심사를 실시하는 것에 대한 결정, ④ 비밀전리의 비밀취급의 해제, ⑤ 전리출원 공개후의 거절결정, 취하 및 취하 간주, ⑥ 전리권의 수여, ⑦ 전리권의 무효선고, ⑧ 전리권의 소멸, ⑨ 전리출원권·전리권의 이전, ⑩ 전리실시허가계약의 신고, ⑪ 전리권의 질권설정·보전 및 그 해제, ⑫ 전리실시의 강제허가의 수여, ⑬ 전리출원 또는 전리권의 회복, ⑭ 전리권자의 성명 또는 명칭·주소의 변경, ⑮ 주소 불명의 당사자에 대한 통지, ⑯ 국무원 전리행정부문이 행한 정정, ⑰ 그 밖의 관련 사항 등의 내용을 공개 또는 공고한다. 설명서 및 그 도면, 권리요구서는 국무원 전리행정부문이 별도 전문(全文)을 발행한다.

국무원 전리행정부문의 동의를 얻은 후 누구라도 이미 공개 또는 공고된 전리출원 문서 및 전리등록원부를 열람 또는 복제할 수 있으며, 또한 국무원 전리행정부문에 전리등록원부의 부분의 교부를 청구할 수 있다.

## (2) 실용신안·디자인 전리권의 수여

**전리법 제40조**의 규정에 따라 실용신안 및 디자인의 전리출원에 대해 초보심사의 결과 거절 이유가 발견되지 않은 경우는 국무원 전리행정부문은 실용신안 전리권 또는 디자인 전리권을 수여하는 결정을 하고 상응하는 전리증을 교부하며 동시에 등록 및 공고를 한다. 실용신안 전리권 및 디자인 전리권은 공고의 날로부터 효력을 발생시킨다.

국무원 전리행정부문이 전리권 수여의 통지를 발송한 후 출원인은 통지를 수령한 날로부터 2개월 이내에 등록절차를 수행하여야 한다. 출원인이 기간 내에 등록절차를 수행하였을 경우에는 국무원 전리행정부문은 전리권을 수여하고 전리증을 교부하며 또한 이것을 공고해야 한다. 기간 내에 등록 절차를 수행하지 않았을 경우에는 전리권을 취득할 권리를 포기한 것으로 간주된다.

실용신안 전리권 수여의 결정이 공고된 후 실용신안의 권리자는 국무원 전리행정부문에 실용신안 전리의 검색 보고의 작성을 청구할 수 있다. 심사결과, 실용신안 전리의 검색 보고 작성의 청구서가 규정에 합치하는 경우에는 국무원 전리행정부문은 지체 없이 실용신안 전리의 검색 보고를 작성해야 한다. 검색결과, 국무원 전리행정부문은 해당 실용신안 전리가 전리법 22조의 신규성 또는 진보성에 관한 규정에 합치하지 않는다고 인정하는 경우에는 비교 문서를 인용하여 이유를 설명하며 또한 인용한 비교 문서의 사본을 첨부해야 한다.

## 6) 복심(復審)

전리출원인은 국무원 전리행정부문의 출원거절결정에 불복이 있는 경우, 통지를 받은 날로부터 3개월 이내에 전리복심위원회에 복심을 청구할 수 있다. 전리복심위원회는 국무원 전리행정부문에 설치되어 있다. 전리복심위원회는 국무원 전리행정부문이 지명하는 기술 전문가 및 법률 전문가로 구성되며, 주임위원은 국무원 전리행정부문의 책임자가 겸임한다.

전리복심위원회는 복심 후 결정을 하고 또한 전리출원인에게 통지한다. 전리출원인은 전리복심위원회의 복심결정에 불복이 있을 때는 통지를 받은 날로부터 3개월 이내에 인민법원에 제소할 수 있다.

전리복심위원회는 수리한 복심청구서를 국무원 전리행정부문의 원래의 심사부문으로 이송하여 심사를 하게 하여야 한다. 원래의 심사부문이 복심 청구인의 청구에 근거하여 원결정의 취소에 동의하는 경우에는 전리복심위원회는 이에 근거하여 복심의 결정을 하고 또한 복심청구인에게 통지해야 한다.

전리복심위원회는 복심결과, 복심청구가 전리법 및 전리법 실시세칙의 관련 규정에 부합하지 않는다고 인정하는 때에는 복심청구인에게 통지하여 지정기간 내에 의견을 진술하도록 요구해야 한다. 지정기간 내에 답변이 없는 경우에는 해당 복심청구는 취하된 것으로 간주된다. 의견진술 또는 보정 후 전리복심위원회는 여전히 전리법 및 전리법 실시세칙의 관련 규정에 부합하지 않는다고 인정하는 경우에는 원래의 거절결정을 유지하는 복심결정을 해야 한다. 전리복심위원회는 복심결과, 원래의 거절결정이 전리법 및 전리법 실시세칙의 관련 규정에 부합하지 않거나 보정된 전리출원 문서가 원래의 거절결정에서 지적된 결함을 해소했다고 인정하는 경우에는 원래의 거절결정을 취소하고 원래의 심사부문에 심사절차를 계속하도록 하여야 한다.

### 2.4.7 전리출원권·전리권의 양도 및 질권 설정

#### 1) 전리출원권 및 전리권의 양도

**전리법 제10조**의 규정에 따라 전리출원권 및 전리권은 양도할 수 있다. 중국의 단위 또는 개인이 외국인에게 전리출원권 또는 전리권을 양도하는 경우에는 국무원 대외경제무역주관 부문 및 국무원 과학기술행정부문의 인가를 얻어야 한다.

전리출원권 또는 전리권을 양도하는 경우에는 당사자가 서면에 의한 계약을 체결하고 국

무원 전리행정부문에 등록해야 하며, 국무원 전리행정부문은 이를 공고한다. 전리출원권 또는 전리권의 양도는 등록일로부터 효력이 발생된다.

## 2) 전리권의 질권 설정

**담보법 제75조** 제3항의 규정에 의하면, 법에 따라 양도할 수 있는 전리권은 질권을 설정할 수 있다. 법에 따라 양도할 수 있는 전리권에 질권을 설정하는 경우, 질권설정자와 질권자는 서면계약을 체결한 다음 그것을 관리하는 부문에 대해 질권설정등록을 하여야 한다. 질권설정계약은 등록일로부터 효력이 발생한다.

## 2.4.8 전리권의 존속기간·소멸·무효

### 1) 전리권의 존속기간

전리법 제42조의 규정에 따라 전리권의 존속기간은 20년이며, 출원일부터 기산된다. 전리권자는 전리권을 수여 받은 해부터 년비(年費)를 납부해야 한다.

### 2) 전리권의 소멸

규정된 년비를 납부하고 있지 않을 때 또는 전리권자가 서면으로 그 전리권의 포기를 성명했을 때는 전리권은 기간만료 전에 소멸한다. 전리권이 기간만료 전에 소멸했을 때는 국무원 전리행정부문이 이를 등록 및 공고를 한다.

### 3) 전리권의 무효

**전리법 제45조**의 규정에 따라 국무원 전리행정부문이 전리권 수여를 공고한 날로부터 어떤 단위 또는 개인도 그 전리권의 수여가 전리법의 관계 규정에 부합하지 않다고 인정하는 경우에는 전리복심위원회에 그 전리권의 무효선고를 청구할 수 있다.

무효선고 청구의 이유는 전리법 실시세칙 제64조 제2항에 열거되어 있다. 전리법의 제22조(신규성, 진보성, 실용성), 제23조(선행 디자인과 동일유사, 타인이 먼저 취득한 합법적 권리와 충돌), 제26조 제3항(설명서의 공개가 불충분), 제26조 제4항(권리요구서가 설명서에 의해 뒷받침되지 않음), 제33조(보정이 원 설명서 및 권리요구서의 기재범위를 초과, 보정이 원도면 또는 사진이 표시한 범위를 초과), 전리법 실시세칙의 제2조(발명창조의 정의규정 위

배), 제13조 제1항(전리권의 중복수여에 해당), 제20조 제1항(권리요구서가 불명확), 제21조 제2항(독립항에 필수기술특징이 부족), 전리법의 제5조(국가법률, 사회공중도덕, 공공이익을 방해), 제25조(전리권 불수여 사유에 해당), 제9조(선출원 규정에 저촉)가 이에 해당한다.

전리복심위원회는 전리권 무효선고의 청구에 대해 지체 없이 심사하여 결정을 하고 청구인 및 전리권자에게 통지해야 한다. 전리권 무효선고의 결정은 국무원 전리행정부문이 등록 및 공고를 한다.

전리복심위원회의 전리권 무효선고 또는 전리권 유지결정에 불복하는 경우에는 통지를 받은 날로부터 3개월 이내에 인민법원에 제소할 수 있다. 인민법원은 무효선고 신청수속의 상대방 당사자에게 제3자로서 소송에 참가하도록 통지해야 한다. 무효선고된 전리권은 처음부터 존재하지 않았던 것으로 간주된다.

**전리법 제47조** 제2항의 규정에 의하면, 전리권 무효선고의 결정은 전리권 무효선고 이전에 인민법원이 판결하고 또한 집행된 전리권 침해의 판결, 재정(裁定), 이미 이행 또는 강제집행된 전리권 침해의 처분결정 및 이미 이행된 전리실시허가계약 및 전리권 양도계약에 대해서는 소급효과를 갖지 않는다. 단, 전리권자가 악의에 의해 타인에게 손실을 주었을 경우에는 이것을 배상해야 한다. 전리권자 또는 전리권 양도인이 전리의 실시허가를 받은 자 또는 전리권 양수인에게 전리사용료 또는 전리권 양도대금을 반환하지 않는 것이 명확히 공평의 원칙에 반하는 경우에는, 전리권자 또는 전리권 양도인은 전리의 실시허가를 받은 자 또는 전리권 양수인에게 전리사용료 또는 전리권 양도금액의 전부 또는 일부를 반환해야 한다.

#### 2.4.9 전리권의 효력

##### 1) 전리권의 내용

**전리법 제11조** 제1항의 규정에 따라 발명 및 실용신안 전리권이 수여된 후에는 이 법에 별도의 규정이 있는 경우를 제외하고는 어떠한 단위나 개인도 전리권자의 허가를 받지 않고 그 전리를 실시할 수 없다. 즉 생산경영목적을 위하여 그 전리제품을 제조, 사용, 판매청약, 판매, 수입하거나 그 전리방법을 사용할 수 없으며 또한 그 전리방법에 따라 직접 획득한 제품을 사용, 판매청약, 판매, 수입할 수 없다.

또한 전리법 제11조 제2항의 규정에 따라 디자인전리권이 수여된 후에는 어떠한 단위나

개인도 전리권자의 허가를 받지 않고 그 전리를 실시할 수 없다. 즉 생산경영목적을 위하여 그 디자인 전리제품을 제조, 판매, 수입할 수 없다.

디자인전리권의 효력에는 발명전리권 또는 실용신안전리권에 비하여 디자인전리제품의 “사용”, “판매청약”, “수입”에 대한 독점권이 포함되어 있지 않다. 그 이유는 다음과 같다. 디자인전리를 수여하는 주요 목적은 허가를 받지 않고 관련제품을 제조할 때 전리보호를 받는 전리제품을 복제하는 것을 방지하는데 있으므로 이 목적을 달성하기 위해서는 타인이 허가를 받지 않고 디자인제품을 제조 또는 판매하지 못하게 하면 충분한 것이지 타인이 생산경영목적을 위하여 디자인전리제품을 사용하는 것을 제한할 필요까지는 없기 때문이다. 판매청약의 경우에는 TRIPs 협정상 그 회원국이 디자인전리권자에게 타인의 “판매청약”을 금지할 권한을 부여하도록 요구하고 있지 않기 때문이다.<sup>8)</sup>

## 2) 전리실시허가계약

**전리법 제12조**의 규정에 따라 어떠한 단위 또는 개인이라도 타인의 전리를 실시하는 경우에는 전리권자와 서면에 의한 실시허가계약을 체결하고, 전리권자에게 전리사용료를 지불해야 한다. 피허가자는 계약에서 정하는 자 이외의 어떠한 단위 또는 개인에 대해서도 그 전리의 실시를 인정할 권리를 갖지 않는다.

전리권자가 타인과 체결한 전리실시허가계약은 계약의 효력발생일로부터 3개월 이내에 국무원 전리행정부문에 신고해야 한다.

## 3) 전리의 강제실시허가

### (1) 국유기업 사업단위 등이 보유한 전리의 실시

**전리법 제14조**의 규정에 따라 국유기업 사업단위의 발명전리가 국가의 이익 또는 공공이익에 있어서 중요한 의의를 갖는 경우에는 국무원의 관련 주관부문 및 성, 자치구, 직할시의 인민정부는 국무원의 인가를 얻어 인가범위 내에 있어서의 보급과 응용을 결정하여 지정단위가 실시하는 것을 인정한다. 실시단위는 국가의 규정에 근거하여 전리권자에게 사용료를 지불해야 한다. 중국의 집단소유제단위 및 개인의 발명전리가 국가의 이익 또는 공공이익에 있어서 중대한 의의를 가지며, 보급과 응용의 필요가 있는 경우에는 상기의 전리법 제14조 제1항을 참조하여 처리한다.

8) 国家知识产权局条法司, 新专利法详解, 知识产权出版社, 2002. 3., pp. 79-80.

## (2) 실시조건을 구비한 단위의 청구에 의한 강제허가

**전리법 제48조**의 규정에 따라 실시조건을 구비한 단위가 합리적인 조건에 의해 발명 또는 실용신안 전리권자에게 그 전리의 실시허가를 청구하였으나 합리적인 기간 내에 이러한 허가를 얻을 수 없는 경우에는 국무원 전리행정부문은 그 단위의 신청에 근거하여 발명 또는 실용신안 전리를 실시하는 강제허가를 부여할 수 있다. 전리권이 수여된 날로부터 만 3년 후에는 어떠한 단위라도 상기 규정에 따라 국무원 전리행정부문에 강제허가를 청구할 수 있다.

국무원 전리행정부문이 행한 강제허가의 결정은 중국 국내시장의 수요를 공급하기 위한 것에 한정해야 한다. 강제허가에 관련되는 발명창조가 반도체 기술인 경우에는 강제허가의 실시는 공공의 비영리적인 사용 혹은 사법적, 행정적 절차에 의하여 반경쟁행위라고 결정된 것을 구제하기 위한 사용에 한정된다.

## (3) 국가의 긴급사태 및 공공이익 등을 위한 강제허가

**전리법 제49조**의 규정에 따라 국가에 긴급상황 또는 비상사태가 생겼을 때 또는 공공이익의 목적을 위해 국무원 전리행정부문은 발명 또는 실용신안 전리를 실시하는 강제허가를 부여할 수 있다.

## (4) 이용발명에 의한 강제허가

**전리법 제50조**는 이용발명과 관련한 강제허가에 대하여 규정하고 있는데, 전리권을 취득한 발명 또는 실용신안이 이전에 전리권을 취득하고 있는 발명에 비해 현저한 경제적 의의를 갖는 중요한 기술진보를 이루고 있고 또한 그 실시가 앞의 발명 또는 실용신안 전리의 실시에 의존하고 있는 경우에는 국무원 전리행정부문은 후 전리권자의 신청에 근거하여, 앞의 발명 또는 실용신안 전리를 실시하는 것을 강제허가 할 수 있다. 이 경우, 국무원 전리행정부문은 앞의 전리권자의 신청에 근거하여 후 발명 또는 실용신안 전리의 실시를 강제허가 할 수도 있다.

**전리법 제51조**의 규정에 따라 전리 실시의 강제허가를 신청하는 단위 또는 개인은 합리적인 조건에 의해 전리권자와 실시허가계약을 체결할 수 없다는 증명을 제시해야 한다.

국무원 전리행정부문이 행한 강제허가결정은 지체 없이 전리권자에게 통지하고, 등록 및 공고를 해야 한다. 강제허가결정은 강제허가의 이유에 근거하여 실시의 범위 및 기간을 정



해야 한다. 강제허가의 이유가 소멸하고 또한 재차 생기지 않는 경우는 국무원 전리행정부 문은 전리권자의 청구에 근거하여 심사 후에 강제허가의 종료를 결정해야 한다.

**전리법 제53조**는 강제허가를 취득한 단위 또는 개인은 독점실시권을 향유하지 못하며, 또한 타인에게 실시를 허가할 권리를 가지지 못한다고 규정하고 있다.

**전리법 제54조**의 규정에 따라 강제허가를 취득한 단위 또는 개인은 전리권자에게 합리적인 사용료를 지불해야 하며 그 액수는 쌍방이 협의한다. 쌍방의 협의가 성립하지 않는 경우에는 국무원 전리행정부문이 재정한다.

전리권자가 국무원 전리행정부문에 의한 강제허가결정에 불복하거나, 전리권자 및 강제허가를 얻은 단위 또는 개인이 국무원 전리행정부문의 강제실시허가 사용료 재결에 대하여 불복하는 경우에는 통지를 받은 날로부터 3개월 이내에 인민법원에 제소할 수 있다.

#### 4) 전리권의 보호 범위

##### (1) 발명·실용신안

전리법 제56조 제1항의 규정에 따라 전리권의 보호범위는 그 권리요구의 내용을 기준으로 하며 설명서 및 첨부 도면은 권리요구를 해석하는데 이용할 수 있다.

전리권의 보호범위는 권리요구의 내용에 따라 정해지는 것이 원칙이지만 보호범위를 확대하기 위하여 균등론이 적용된다. 권리요구의 사소한 일부를 약간 변경하여 실질적으로는 거의 같은 제품을 제조 등 하는 행위는 문언침해에는 해당하지 않더라도 일정조건 하에서 전리권 침해가 성립하는 것으로 인정하고 있다.

중국에서도 균등론(等同原則)이 인정되고 있다. 최고인민법원의 사법해석 〈전리분쟁 사건의 심리에 있어서의 법률 적용 문제에 관한 약간 규정〉 17조에 의하면, 전리권의 보호범위는 권리요구에 명확하게 기재되어 있는 필수기술특징에 의해 확정되는 범위를 기준으로 해야 하며, 필수기술특징과 동등한 특징에 의해 확정되는 범위도 포함한다. 여기에서 동등한 특징이란, 기재되어 있는 기술적 특징과 기본적으로 동일한 수단을 사용하고, 기본적으로 동일한 기능을 실현하며, 기본적으로 동일한 효과를 달성하며, 또한 그 영역의 보통기술자가 창조적인 노동을 거치지 않고 연상해 낼 수 있는 특징을 말한다.

## (2) 디자인

전리법 제56조 제2항의 규정에 따라 디자인의 보호범위는 도면 또는 사진에 나타난 그 디자인의 전리제품을 기준으로 한다.

디자인 제품은 형상, 도안 및 색채 등의 요소와 이들 요소의 결합으로 표시되므로 이러한 요소를 문자로 정확하게 표현하는 것은 어렵고, 오히려 시각을 통해 직관적으로 판단을 진행하는데 적합하다. 따라서 디자인 출원은 권리요구서, 설명서 등 문자성 문서의 제출을 요구하지 않고 도면 또는 사진의 제출을 요구한다. 그리고 필요한 때에만 도면 또는 사진 상에 표시된 디자인 전리제품을 보충설명하기 위하여 간략 설명의 제출을 요구한다. 이런 이유로 디자인 전리보호범위를 확정하는 방식은 발명, 실용신안의 전리보호범위를 확정하는 방식과 다른 점이 있다. 디자인 침해판단 방식은 실제에 있어 상표권 침해판단 방식과 비교적 가깝다.

전리법 실시세칙 제28조는 디자인 전리를 출원하는 경우 필요시 디자인에 대한 간략 설명을 명시하도록 규정하고 있으며, 제28조는 필요한 경우 디자인 출원인에게 디자인을 사용한 제품의 견본품 또는 모형을 제출하도록 규정하고 있다. 그러나 간략 설명이나 견본품, 모형이 보호범위의 확정에서 어떤 작용을 하는지에 대해서는 규정하고 있지 않다.

### 2.4.10 전리권의 침해행위

#### 1) 전리권 침해행위의 법률적 특징

전리권의 침해는 전리권의 유효기간 내에 행위자가 전리권자의 허가를 받지 않고 생산경영의 목적으로 그 전리를 실시하는 행위를 가리킨다. 전리권 침해는 다음과 같은 법률적 특징이 있다.

##### (1) 침해의 객체(전리권)가 있음

침해의 대상은 전리법의 보호를 받는 유효한 전리권으로 이는 제품전리와 방법전리를 포함한다. 보호기간이 경과된 전리권, 무효선고된 전리권 또는 전리권자가 포기한 전리권을 실시하는 행위는 전리권 침해를 구성하지 않는다.

## (2) 법정 침해행위가 존재함

침해행위자가 객관적으로 타인의 전리를 실시하면 침해행위를 구성한다. 만약 실시의도만을 가지고 있거나 단지 침해의 준비만을 하고 침해행위를 실시하지 않았다면 전리권 침해를 구성하지 않는다.

**전리법 제11조**의 규정에 따라 제품전리에 있어서 법정 침해행위는 그 전리제품을 제조, 사용(제품의 단독사용 또는 다른 제품의 부품으로 사용을 포함), 판매청약, 판매, 수입하는 것을 가리키며, 방법전리에 있어서 법정 침해행위는 그 전리방법을 사용하거나 그 전리방법에 의하여 직접 획득한 제품을 사용, 판매청약, 판매, 수입하는 것을 가리킨다.

상기 행위이외에 전리법 실시세칙 제84조 및 제85조의 타인전리 사칭행위와 전리허위표시행위도 전리권의 법정 침해행위에 속한다.

## (3) 침해행위에 위법성이 존재함

침해자의 행위가 위법행위이어야만 법률책임을 부담한다. 침해행위가 비록 전리권자에게 손해를 주었을지라도 반드시 위법행위가 되는 것은 아니며, 어떤 침해행위는 법률이 전리권 침해로 보지 않는다고 규정하고 있다. 예를 들면, 과학연구와 실험목적을 위하여 관련 전리를 사용하는 행위, 일시적으로 본국 영토를 통과하는 외국교통수단의 설비 중에 관련 전리를 사용하는 행위 등이다. 어떤 침해행위는 비록 전리권자의 허가를 받지 않았으나 법률의 특별규정이 있는 것이 있다. 예를 들면, 강제허가에 의한 실시행위, 국가계획허가에 의한 실시행위 등이다. 이들 실시행위는 비록 전리권자에게는 일정한 손실을 주지만 전리권 침해행위에는 속하지 않는다.

## (4) 생산경영의 목적임

전리법 제11조에 규정된 모든 실시행위는 생산경영 목적을 공통점으로 하고 있다. 즉 생산경영 목적은 전리제품에만 적용되는 것이 아니라 전리방법에도 적용되며 발명 및 실용신안뿐만 아니라 디자인에도 적용된다. 결국 생산경영 목적은 전리법이 말하는 전리실시행위의 하나에 속한다 할 수 있다. 그러므로 어떤 행위가 전리실시행위에 속하는지 여부는 그 행위가 먼저 생산경영목적에 해당되는지 여부를 판단하여야 한다. 만약 생산경영 목적이 아니라면 전리실시행위를 구성하지 않는다.

### (5) 전리권자의 허가를 받지 않음

전리법 규정에 따라 전리권자의 허가를 받지 않고 타인의 전리를 실시하는 행위는 전리권 침해를 구성한다. 전리권자의 허가를 받거나 전리권자가 묵인한 실시행위는 전리권 침해를 구성하지 않는다.

### (6) 행위자의 귀책사유가 있음

중국 민법총칙 규정에 따라 개인 또는 법인이 민사책임을 부담하기 위해서는 귀책사유(过错)가 있어야 한다. 귀책사유는 일반적으로 고의와 과실 두 가지로 구분한다. 고의(故意)는 침해자가 사전에 자신의 행위가 전리권자의 전리권에 손해를 줄 것이라는 것을 예견하면서도 그 발생을 희망하거나 내버려 두는 것을 가리킨다. 과실(过失)은 침해자가 사전에 자신의 행위와 그 결과에 대하여 예견하거나 예견할 수 있었음에도 예견하지 못한 것을 가리킨다. 예를 들면, 침해자가 전리청구범위 및 설명서 등 전리문헌을 열람한 후 전리권자의 허가를 받지 않고 그 전리제품을 모방하였다면 이러한 행위는 고의적인 침해가 된다. 전리청구범위 및 설명서가 공개된 후 침해자가 이러한 문헌을 열람하지 않고 자기 혼자 전리제품과 동일한 제품을 연구하여 그 제품을 생산 또는 판매하면 과실에 의한 침해가 된다. 지식재산권국이 권리요구 및 설명서를 공개하고 전리공보에 공고하면 신제품을 개발하기 전에 열람해 볼 수 있으므로 열람하지 않았다면 과실이 있는 것으로 인정된다. 물론 고의든 과실이든 민사책임을 부담하여야 한다.

## 2) 법정 전리권 침해행위

전리권 침해행위는 크게 직접침해행위와 간접침해행위로 구분한다.

### (1) 직접침해행위

중국전리법의 규정에 따라 전리권자의 허가를 받지 않고 생산경영의 목적으로 전리제품을 제조, 사용, 판매청약, 판매, 수입하거나, 방법발명전리를 사용하거나 그 방법발명전리에 의해 직접 획득한 제품을 사용, 판매청약, 판매, 수입하는 것은 발명 전리권의 직접침해행위에 속한다. 구체적으로 살펴보면 직접침해행위는 다음과 같다.

### i. 전리제품의 제조행위

이는 전리법의 보호를 받는 전리제품을 생산, 가공하는 것을 가리킨다. 즉, 침해자가 타인의 전리청구범위에 표현된 전리제품을 제조하는 것이다. 이러한 전리제품은 독립된 제품일 수도 있고 다른 제품 중의 부품일 수도 있다. 전리제품을 제조한 행위에 속하는지 여부의 판단은 제품생산 규모의 크기 또는 제조제품 수량의 과다에 달려 있는 것도 아니며 행위자가 무슨 방법을 사용하여 제조했는지 검토할 필요도 없다. 단지 전리권자의 허가를 받지 않고 생산경영의 목적으로 전리제품을 하나라도 생산하면 전리권 침해를 구성한다.

### ii. 전리제품의 사용행위

이는 전리제품이 그 용도에 따라 이용되는 것을 가리킨다. 모든 전리제품은 그의 기능에 따라 하나 이상의 용도를 가지고 있다. 그러므로 어떠한 용도를 이용하든 몇 번을 사용하든 모두 사용행위에 속한다. 전리제품의 사용은 전리제품의 단독사용뿐만 아니라 다른 제품의 부품으로의 사용을 포함한다.

전리제품의 사용행위의 인정은 전리제품의 제조와 유사하다. 즉 전리권자의 허가를 받지 않았다면 생산경영의 목적으로 1회를 사용한다 하더라도 법률적으로 금지된다.

### iii. 전리제품의 판매청약행위

판매청약은 특정한 전리제품을 판매하고자 명확히 표시하는 행위를 가리킨다. 판매청약은 주로 서면형식을 통해 이루어지는데 그 행위는 진열대의 전시를 통해 이루어 질 수도 있고, 광고, 팩스, 인터넷 등을 통해 이루어 질 수도 있다. 예를 들면, 전리제품이 상점에 진열되어 있는 중에 판매 리스트에 올리거나 판매광고를 하는 것 등이다. 다만, 판매행위가 목표로 하는 것은 반드시 타인의 전리권 침해를 구성하는 전리제품이어야 한다. 즉, 판매청약행위의 상품이 침해를 구성하는 것으로 인정되는 경우에만 그 행위가 판매행위에 해당되는지 여부가 인정된다.

판매청약은 판매행위와 다르다. 판매청약은 단지 판매에 제공할 희망만을 표시하는 것으로써, 불특정인을 향한 청약의 유인이라 할 수 있다. 전리법 규정에 따라 전리권자는 허가를 받지 않은 판매청약행위에 대하여 법에 따라 금지할 권리가 있다. 이러한 권리의 직접적인 의의는 권리자가 거래 진행의 초기단계에서 예상침해행위를 금지하여 판매행위의 실제발생을 방지함으로써 권리자의 손실을 감소시키는데 있다.

#### iv. 전리제품 판매행위

전리제품의 판매는 일반제품의 매매와 동일하다. 즉, 판매자는 전리제품을 구매자에게 판매하고, 구매자는 판매자에게 일정한 대금을 지급한다. 판매자는 전리권자일 수도 있고 전리권자의 허가를 받아 전리를 실시하는 자일 수도 있다. 그러나 전리권자의 허가를 받지 않고는 누구든지 생산경영의 목적으로 전리제품을 판매하여서는 아니 된다.

#### v. 전리제품의 수입행위

전리권자는 제3자가 외국으로부터 전리제품과 동일한 전리제품을 수입하는 것을 금지할 권리를 갖는데 이를 수입권이라 한다. 전리법은 전리권자는 전리제품에 대한 수입권을 향유하며 제3자가 전리제품을 다른 국가로부터 중국에 수입하는 것을 금지하는 권리를 갖는다고 규정하고 있다. 즉, 전리권자의 허가를 받지 않고 전리제품을 임의로 수입하는 행위는 전리권 침해를 구성한다.

#### vi. 전리방법의 사용행위

이는 전리권자의 허가를 받지 않고 생산경영의 목적으로 전리법의 보호를 받는 타인의 방법발명전리를 사용하는 행위를 가리키는 것으로 전리권 침해에 속한다. 그러나 전리방법의 사용행위와 전리제품의 제조행위의 판단방법은 다르다. 전리제품의 제조의 경우에는 단지 결과가 동일한지 여부만을 볼 뿐, 방법의 동일 여부를 묻지 않으므로 설사 행위자가 다른 방법을 사용하여 제조한 것일지라도 전리제품의 제조행위에 속하게 된다. 방법전리의 경우에는 결과를 판단하지 않고 단지 그 전리방법을 사용했는지 만을 판단하므로 설사 그 전리방법을 사용하여 다른 제품을 제조하였다 할지라도 전리방법을 사용한 침해행위를 구성하게 된다. 반면, 전리방법과 다른 방법을 사용하여 동일한 제품을 생산하였다 하더라도 방법전리를 침해한 것으로 인정되지 않는다.

#### vii. 전리방법을 사용하여 직접 획득한 제품의 사용, 판매청약, 판매, 수입

전리가 제품의 제조방법인 경우, 전리권자는 타인이 허가를 받지 않고 그 전리방법을 사용하는 것을 금지하는 권리를 자질 뿐만 아니라 타인이 허가를 받지 않고 그 전리방법을 직접 사용하여 획득한 제품을 사용, 판매청약, 판매, 수입하는 것을 금지할 권리를 갖는다. 이 규정의 목적은 방법전리의 전리권자를 효과적으로 보호하기 위한 것으로 전리법 역시 이러한 규정을 두고 있다.

## (2) 간접침해행위<sup>9)</sup>

간접침해행위는 행위자 자신의 실시행위는 전리권 침해를 구성하지 않지만 다른 자에게 타인의 전리를 직접 침해하도록 유도(誘導), 종용(怂恿), 교사(敎唆)하는 행위를 가리킨다. 행위자는 주관적으로 타인의 전리권 침해를 유도 또는 교사한 고의가 있어야 하며 객관적으로 직접침해행위의 발생을 위하여 필요한 조건을 제공하여야 한다.

어떤 행위자는 권리침해로 고발되는 것을 피하기 위하여 권리요구의 기술특징을 전부 실시하지 않고 일부의 기술특징만을 실시하거나 권리요구의 기술특징을 분할하여 실시한다. 예를 들면, 어떤 발명전리가 몇 개의 부품으로 구성되는 경우 행위자는 그 중의 일부만을 생산, 판매할 뿐 전리의 필요기술특징 전부를 실시하지 않는다. 전리침해판정의 원칙에 따라 전리 청구범위의 기술구성 전부를 실시하지 않으면, 즉 단지 하나 이상의 필요기술특징이라도 부족하면 전리권 침해를 구성하지 않는다. 그러나 다음 단계에서 어떤 자가 이들 부품을 조립하여 판매할 때 전리권 침해행위가 출현하게 된다. 만일 전자의 행위가 전리권 침해를 구성하지 않는 것으로 인정되면 권리침해행위의 제1단계인 예비침해행위를 적절히 방지할 수 없으며, 직접침해행위도 역시 막기 어렵다. 이는 실질적으로 전리권의 효력을 약화시켜 전리권이 진정으로 보호되지 못하게 된다. 이러한 현상이 발생하는 것을 방지하기 위하여 간접침해이론을 활용한다.

다음과 같은 경우에 간접침해를 인정한다.

### i. 행위자가 타인이 직접침해를 하도록 유도한 주관적 고의가 존재해야 함

간접침해에 대한 세계 각국의 태도는 각기 다르다. 어떤 국가들은 비고의 간접침해는 법률책임을 면제하거나 감경하는 반면, 어떤 국가들은 간접침해가 고의든 비고의든 관계 없이 권리침해자는 상응하는 법률책임을 부담해야 한다. 중국은 전리제도의 시행시간이 비교적 짧고 국토면적이 크며 공중의 전리의식이 비교적 약하기 때문에 만일 피고의 간접침해행위에 대하여 직접침해와 동일하게 책임을 추궁하게 되면 혼란을 야기하게 될 것이므로 행위자의 주관적 고의가 있는 때에만 간접침해책임을 부담한다.

9) 文希凱 主編, 專利法教程, 知識產權出版社, 2003. 6., pp. 267-269.

## ii. 간접침해 대상은 반드시 ‘전용품(专用品)’이어야 하며, 그 전리에만 소용되고 다른 용도가 없어야 함

간접침해의 대상은 일반적으로 전리제품의 부품, 재료 또는 그 전리제품을 생산하거나 그 전리방법을 사용하는데 전용되는 기계, 장치, 지그 등을 가리키며, 어떤 때는 중간물질 또는 설계도를 포함하기도 한다. 그러나 널리 사용될 수 있는 물건 예를 들면, 못, 나사 등과 같이 일반제품 또는 공용품은 간접침해의 대상이 될 수 없다. 그 제품이 전리제품에만 전문적으로 사용되고, 전리의 일부분을 구성하며, 행위자가 그 제품을 생산하는 목적이 타인이 그 전리를 실시하는데 전문적으로 제공하는 경우에만 그 제품이 간접침해의 대상에 속하게 되며, 간접침해행위가 성립하게 된다.

## iii. 직접침해행위가 존재하며, 간접침해행위와 직접침해행위가 인과관계가 있어야 함

간접침해행위는 직접침해행위에 대하여 보조적이므로 일반적으로 직접침해행위가 없으면 간접침해행위도 없으므로 간접침해행위는 직접침해행위의 발생을 전제조건으로 한다. 즉 직접침해행위가 있어야만 간접침해행위자의 침해책임을 추궁할 수 있다. 예를 들면, 전리제품이 전등과 캡으로 구성된 신형 램프이며, A사와 B사가 각각 전등과 캡을 나누어 생산 및 판매하며, 판매 시 제품설명서에 조립에 관한 설명을 첨부하고 있고, C사는 A사와 B사가 판매하는 제품을 구매하여 설명서에 따라 조립하여 완전한 제품을 만들어 시장에서 판매하는 경우, 전리법 규정에 따라 C사는 램프 전리권을 직접침해한 행위자가 되며, A사와 B사는 간접침해행위자가 된다. 그러나 만약 C사의 구매, 조립, 판매의 직접권 침해행위가 없었다면 전리법 규정과 전리침해 판정원칙에 따라 A사와 B사의 간접침해행위는 성립할 수 없게 된다.

실질적으로 간접침해행위의 표현형식은 주로 전리제품의 부품(미조립된 세트 전리제품 포함)이나 전리제품을 실시하는데 필요한 전문 지그 또는 전리방법을 실시하는데 사용하는 기계, 설비 등을 제조, 판매하는 것이다.

## 3) 법정 비침해행위

전리법 규정에 따라 행위자가 일정한 법률수속을 이행한 후 타인의 전리를 실시하는 행위는 전리권 침해행위에 속하지 않는다.



### (1) 국가계획 실시허가행위

전리법 제14조의 규정에 따라 국유기업 사업단위의 발명전리가 국가의 이익 또는 공공의 이익에 대하여 중대한 의의가 있을 경우에는 국무원유관주관부문 및 성, 자치구, 직할시 인민정부는 국무원의 비준을 받아 비준된 범위 내에서 그 발명을 이용하거나 지정한 단위로 하여금 실시하도록 허가할 수 있으며, 실시단위는 국가규정에 따라 전리권자에게 사용비를 지급하여야 한다. 중국의 집체소유제단위 및 개인의 발명창조가 국가의 이익 또는 공공의 이익에 대하여 중대한 의의가 있어 이용할 필요가 있는 경우에는 전항의 규정을 참조하여 처리한다.

상기 규정에 따라 발명전리권이 국무원유관주관부문 및 성, 자치구, 직할시 인민정부의 계획에 따라 실시를 지정받게 되면 그 행위는 전리권 침해에 속하지 않게 되며, 실시단위는 국가규정에 따라 전리권자에게 사용비를 지불하여야 한다.

### (2) 강제실시허가행위

전리법 규정에 따라 전리실시강제허가는 다음 3가지이다.

#### i. 전리권자의 허가를 얻을 수 없을 때의 강제허가

실시조건을 구비한 단위가 합리적인 조건으로 발명전리권자에게 그 전리의 실시를 청구하였으나 그 단위가 합리적인 시간 내에 이러한 허가를 얻을 수 없을 때는 국무원전리행정부 문은 그 단위의 신청에 따라 그 발명 또는 실용신안 전리를 실시하는 강제허가를 부여할 수 있다.

#### ii. 국가이익을 위한 강제허가

국가에 긴급상황 또는 비상사태가 출현하였을 때나 또는 공공목적의 이익을 위하여 국무원전리행정부 문은 그 발명 또는 실용신안 전리를 실시하는 강제허가를 부여할 수 있다.

#### iii. 이용전리의 강제허가

전리권을 획득한 발명 또는 실용신안이 앞서 전리권을 획득한 발명 또는 실용신안에 비하여 현저한 경제적 의의가 있는 중대한 기술적 진보를 구비하고 있으며, 그 실시가 앞서 발명 또는 실용신안의 실시에 의존하는 경우, 후 전리의 전리권자가 전 전리권자와 합리적 조건

으로 허가를 체결하기 위하여 노력하였으나 그 결과를 얻지 못한 경우이다. 이런 경우에는 국무원 전리행정부문은 후 전리권자의 신청에 근거하여 그 발명 또는 실용신안 전리를 실시하는 강제허가를 부여할 수 있다. 반대로, 전 전리권자도 후 전리권자의 전리를 실시할 가능성이 있는데 이런 경우에는 국무원 전리행정부문은 전 전리권자의 신청에 근거하여 후 전리를 실시하는 강제허가를 부여할 수 있다. 이러한 이용발명의 강제허가는 단위든 개인이든 관계없이 청구할 수 있다.

상기 3가지 강제허가의 경우에 실시자는 국무원주관부문이 행한 강제허가결정에 근거하여 전리를 실시하면 그 행위는 전리권침해를 구성하지 않는다. 다만, 전리권자에게 전리 실시허가비를 지불하여야 한다. 전리권자가 만약 국무원 전리행정부문이 행한 강제허가실시의 결정에 불복하거나 강제실시허가사용비의 결정에 불복하는 경우에는 법정기간 내에 인민법원에 행정소송을 제기할 수 있다.

### (3) 발명전리 임시보호기간 내의 실시행위

전리법에 있어서 임시보호기간은 발명전리출원 공개 후 전리권 수여 전까지의 기간을 말한다. 전리법 제13조의 규정에 따르면 발명전리출원 공개 후 출원인은 그 발명을 실시하는 단위 또는 개인에게 적당한 비용의 지불을 요구할 수 있다. 만약 실시자가 자발적으로 적당한 사용비를 지불하지 않는 경우에는 전리권 수여 후 권리자는 임시보호기간 사용비의 소송을 제기할 수 있다. 엄격히 말하면 이러한 소송은 임시보호기간의 비용분쟁이지 전리권침해 분쟁은 아니다. 그러므로 실시자의 행위는 전리권침해행위에도 속하지 않는다. 왜냐하면 이때는 발명창조가 전리권이 수여되지 않았기 때문이다. 발명전리에 대한 임시보호기간 비용 소송의 제기는 반드시 전리권자가 전리권을 받은 후에 해야 하며 소송청구 중에 단지 실시자가 적당한 비용을 지불하도록 요구할 수 있다. 그러므로 전리권이 비준된 후에만 전리권자는 비로소 임시보호기간 사용비의 소송을 제기하여 임시보호기간에 그 발명을 실시한 자에게 적당한 비용을 지불하여 경제손실을 배상하도록 요구할 수 있다.

### 4) 전리권침해로 보지 않는 경우<sup>10)</sup>

전리권은 배타성을 구비한 권리이므로 전리권자의 동의 없이는 어떠한 자도 임의로 그 발명창조를 실시할 수 없다. 그러나 국가와 민족의 이익의 보호하고, 전리권자의 전리권 남용

10) 文希凯 主编 专利法教程, 知识产权出版社, 2003. 6., pp. 271-274.

을 방지하기 위하여 전리제도를 시행하는 대부분의 국가들은 대부분 권리에 대한 제한규정을 두고 있다. 전리법 역시 여러 경우에 전리제품을 제조, 사용 또는 판매하는 경우에 설사 전리권자의 허가를 얻지 않더라도 전리권침해로 보지 않는다. 이러한 법정 전리권침해로 보지 않는 경우는 다음과 같다.

### (1) 전리권 소진

전리권자가 전리제품을 제조하여 판매한 후 또는 전리권자의 허가를 받아 전리제품을 제조하여 판매한 후에는 그 제품을 사용 또는 판매하더라도 전리권침해로 보지 않는다. 이를 “전리권소진원칙”이라 칭한다. 이는 중요한 권리제한의 하나로써, 전리제품이 전리권자 또는 전리권자의 허가를 받은 자가 제조한 후 일단 판매하면 공중은 그 전리제품을 자유로이 사용 또는 재판매할 수 있다는 것이다. 이러한 규정은 합리적인 것으로 전리권자에 대한 보호가 충분할 뿐만 아니라 상품의 유통에도 유리하며, 전리권자의 권리남용을 방지할 수 있다.

전리권소진원칙의 기본전제는 전리제품이 전리권자 또는 전리권자의 허가를 받은 자가 합법적으로 제조되어 시장에 투입되어야 한다는 것이다.

실질적으로 주의해야 할 전리권소진의 범위는 첫째, 전리권자 또는 전리권자의 허가를 받아 제조한 제품이 판매된 후 그 전리제품의 사용행위에 대한 것인데, 이는 단지 제품의 기능에 관한 것이다. 예를 들면, 어떤 자가 전리권 보호를 받는 선반을 구입한 후 이를 이용하여 어떤 금속부품을 가공한다면 전리권자는 이를 간섭할 권한이 없다. 그러나 만약 이 선반을 구입한 후 분해하여 모방 용도로 삼았다면 침해를 구성할 가능성이 있다. 둘째는 어떤 전리권자가 하나의 발명창조에 대하여 A, B 국가에 대하여 모두 전리권을 획득하였다면, 그가 A국에서 전리제품을 제조하여 시장에 판매하는 것은 B국에서 그의 전리권 소진을 초래하지 않는다. 즉, B국의 개인 또는 단위는 “전리권소진”을 구실로 그 전리제품을 사용 또는 판매할 수 없다.

### (2) 선사용권(先用权)

선사용권은 어떤 발명창조가 출원인이 전리출원을 제출하기 전에 어떤 자(개인 또는 단위)가 이미 동일제품을 제조하거나, 동일방법을 사용하거나 또는 그 제품/방법을 제조·사용하는데 필요한 준비를 한 경우, 그 발명창조가 전리권을 받은 후에 원범위 내에서 그 발명창조를 계속하여 제조 또는 사용할 수 있는 권리를 갖는 것을 가리킨다. 이러한 제조행위

또는 사용행위는 전리권침해로 보지 않는다.

실제적으로 동일한 발명창조가 동시에 서로 다른 발명자에 의하여 각각 연구개발 될 수 있지만 완성된 발명창조에 대한 전리출원 여부는 개인 및 단위에 따라 다른 태도를 가지고 있을 수 있다. 또한 발명창조가 반드시 전리출원 후 실시하는 것도 아니며, 설사 전리출원을 하더라도 출원일자에 있어 선후의 구별이 있어 전리권은 단지 가장 먼저 전리출원한 자에게만 수여된다. 선사용권은 출원하여 전리권을 획득하지 않은 다른 발명자를 보호하는 방법으로, 그에게 특별한 권리를 부여하여 선사용권을 구비한 단위 또는 개인이 전리권자의 허가를 받지 않고 자기가 연구개발한 그 제품 또는 그 방법을 계속적으로 제조, 사용하게 하는 것이다.

선사용권원칙은 전리권에 대한 일종의 제한이다. 그러나 전리법 내의 선사용권은 선발명자를 보호하기 위함이 아니라 선출원주의의 불공평 요소를 제거하기 위함이다. 예를 들면, 자금 또는 인력, 물자를 투입하여 동일한 발명창조를 연구개발한 단위 또는 개인이 이미 실시하거나 실시할 필요한 준비를 완료하였는데, 다른 자가 먼저 전리출원을 하여 자기의 투자를 헛되게 한다면 이는 불공평한 것이다. 그러므로 전리법이 선사용권을 규정하는 실질은 출원일을 시간의 한계로 하여 선출원한 자와 이미 그 전리를 실시 또는 실시준비를 한 자와의 이해관계에 대하여 조정을 실시하여 그들이 공평한 보호를 받게 하기 위함이다.

특히, 전리침해소송에 있어서 피고가 선사용권을 향유하는지 여부는 먼저 피고의 실시행위 대상이 전리기술방안과 완전히 동일한지 여부를 확인하여야 한다. 만약 다르거나 또는 피고가 동일하지 않음을 이유로 침해의 항변을 진행하면 선사용권을 사용하여 더 이상 항변을 진행할 수 없다. 왜냐하면 선사용권의 적용은 반드시 동일한 경우에만 가능하기 때문이다.

전리법 규정에 따라 선사용권을 취득하기 위해서는 엄격한 전제조건을 충족해야 한다. 그 제조 또는 사용행위가 아래 조건 중 어느 하나에라도 부적합하면 행위자는 선사용권을 구비하지 못한다.

① 제조 또는 사용행위가 타인이 전리권을 취득한 전리출원일 이전

선사용권을 향유하는 행위는 반드시 타인의 전리출원일 전에 발생하여야 한다. 즉, 전리출원일부터 전리권수여까지의 기간에 발생한 행위는 선사용권을 향유하지 못한다.

② 제조 또는 사용하는 기술은 선사용권자가 독립적으로 완성한 것

선사용권자는 전리권자 이외의 기타 단위 또는 개인으로부터 합법적으로 계승 또는

양수한 발명창조를 선사용권의 객체로 삼을 수 있다. 그러나 2이상의 단위 또는 개인이 공동연구 완성한 기술성과에 대하여 그중 일방이 임의로 전리출원을 하고 다른 일방은 임의로 실시하는 경우에는, 비록 전자의 전리출원 행위가 법률규정에 부합하지 않는다 하더라도 후자의 실시행위가 그 전리권을 침해할 때에는 실시자측은 선사용권을 항변이유로 삼을 수 없고, 단지 인민법원에 쌍방이 공동전리출원인 또는 공동전리권자에 해당하는지 여부의 확인만을 청구할 수 있다. 만약 공동연구과제가 기술적 난제에 봉착하여 합작관계가 깨어 졌는데, 그 후에 쌍방이 최종적으로 각각 완성하여, 일방이 선출원주의에 따라 전리출원하면 다른 일방은 전리권을 다시 획득할 수 없지만 구체적인 정황에 따라 선사용권을 향유할 수 있다. 만약 공동관계가 해제되기 전에 연구과제를 완성하여 기술성과를 획득한 경우에는 계약조건이 없는 경우 전리출원의 권리는 쌍방에 속한다. 이 경우 일방이 전리출원을 하면 다른 일방은 선사용권을 향유하지 못한다. 즉, 공동발명자와 선사용권을 향유하는 자를 구분하는데 주의해야 한다.

㉔ 선사용권자가 타인의 전리출원 이전에 제조 또는 사용에 필요한 준비

여기서 말하는 “필요한 준비”는 주로 다음과 같은 준비작업을 가리킨다. ① 기술적인 준비 : 기술임무서, 신제품 설계서 및 생산도면 등의 하달 여부, ② 생산적인 준비 : 전문 공장건물, 제품생산에 필수적인 각종 기기설비, 전용공구 및 작업대, 원료 등의 준비 여부, ③ 견본품의 시제 완성 : 견본품이 검사를 통과하여 사용요구 및 기술임무서의 요구를 충족하는 것을 말한다.

㉕ 선사용권의 제조 또는 사용행위는 원 범위 및 규모 내

이것은 선사용권의 남용을 방지하기 위하여 선사용권자에 대하여 행하는 제약이다. 즉 선사용권은 제조의 목적, 사용의 범위, 제품생산 수량이 원 범위를 초과할 수 없다. 원 범위가 일단 확정되면 이 범위를 초과하는 제조 및 사용행위는 선사용권을 향유하지 못하는 것으로 인정하여야 하며 보호를 받을 수 없다.

㉖ 선사용권의 양도 제한

선사용권자는 그 발명창조에 대하여 단지 자기만이 실시할 수 있으며, 선사용권을 향유하는 주체에 수반하여 함께 양도되는 경우를 제외하고는 임의로 양도하지 못한다.

일반적으로 선사용권자가 동일제품을 제조하거나 동일방법을 사용하는 행위는 비공개적이거나 일정한 범위 내의 공개로서 선행기술을 구성하지 않는다. 만약 이 행위가 이미 사회에 공개되었다면 동일제품 또는 동일방법은 신규성을 상실하기 때문에 전리권을 획득할 방법이 없다.

그러나 중국의 실용신안·디자인 전리심사는 발명전리 심사와는 달리 실체심사를 거치지 않고 단지 초보심사만을 거쳐 권리를 수여한다. 또한 어떤 선사용권자는 침해소송 발생 전에는 자신의 이익과 관련이 없기 때문에 자진하여 전리권 수여기관에 어떤 발명창조가 신규성을 상실한 문제에 대하여 알리려 하지도 않는다. 그러므로 전리성 조건에 부합하지 않는 실용신안·디자인이 전리권을 획득하는 것을 피하기 어려우며, 일단 전리권이 수여되며 그 전리성을 부정하려면 무효선고절차를 통해서만 해결할 수 있다.

### (3) 일시적으로 통과하는 교통수단에 전리를 사용하는 행위

이 규정은 외국의 교통수단(육·해·공 운송수단을 포함)이 일시적으로 국내의 영토, 영해, 영공을 통과하며 그 교통수단에 전리법의 보호를 받는 전리를 사용하는 경우이다. 외국의 육·해·공 운송수단이 일시적으로 중국영역을 통과하는 것에 대하여 만약 중국의 전리권자가 그 운송수단이 사용하는 전리를 금지할 권리를 갖는다면 항행의 자유에 대하여 큰 불편을 초래할 수 있다. 그러므로 파리협약은 선박, 항공기 또는 차량이 일시적 또는 우연히 일국의 영토를 진입할 때는 그들이 사용하는 발명은 본국의 전리권을 침해하지 않는 것으로 인정한다. 국제협약과 관례를 따르기 위해 전리법도 동일한 규정을 정했다. 그러나 교통수단 소속국은 중국과 협약을 체결하였거나 국제조약에 공동참가하거나 또는 호혜원칙에 따라 이러한 규정을 적용할 수 있다. 또한 반드시 운송수단의 자체수요를 위하여 사용하여야 하며, 그 장치 및 설비 중에 관련 전리를 사용하는 경우에는 전리권을 침해한 것으로 보지 않는다.

### (4) 비생산경영목적의 사용

전리법 제63조 제4항은 “과학연구와 실험을 위하여 관련전리를 사용하는 경우”에는 전리권침해로 보지 않는다. 그 목적은 과학연구를 장려하고 기술혁신을 촉진하기 위함이다. 과학연구와 실험을 위하여 관련전리를 사용하는 것은 생산경영목적에 위하여 관련전리를 사용하는 것은 다르다. 그러므로 여기에서 “사용”은 전리제품을 제조 및 사용하는 것으로서, 전

리제품을 판매하는 것으로 이해해서는 아니 된다. 제조와 사용행위는 과학, 교육목적으로 진행할 수 있지만 판매와 상업목적은 분리할 수 없다. 그러므로 판매행위는 허락할 수 없으며, 전리제품을 과학기관, 교육기관 또는 실험실에 판매하는 것은 전리권침해를 벗어날 수 없다.

#### (5) 비교의 행위

전리법 제63조 제2항은 “전리권자의 허가를 받지 않고 제조하여 판매한 전리제품 또는 전리방법에 따라 직접 획득한 제품이라는 것을 알지 못하고 생산경영목적을 위하여 사용 또는 판매한 경우에는 그 제품의 합법적인 출처를 증명할 수 있으면 배상책임을 지지 않는다”라고 규정하고 있다.

이 규정은 다음과 같은 의미를 포함한다.

- ④ 행위자가 “알지 못한(不知道)”의 상황 하에서 그 실시행위는 단지 사용행위 또는 판매행위만 적용되는 것으로서, 전리권자의 허락을 받지 않고 제조하여 판매한 제품 또는 전리방법에 따라 직접 획득한 제품임을 알지 못하고 사용 또는 판매한 행위만을 가리킬 뿐, 제조행위, 판매청약행위, 수입행위는 포함하지 않는다.
- ⑤ 그 사용 또는 판매행위는 원칙적으로 전리권침해행위에 속한다.
- ⑥ 그 사용 또는 판매행위에 대하여 행위자는 그 제품의 합법적인 출처를 증명할 수 있으면 배상책임을 부담하지 않는다. 다만, 권리침해행위를 중지하는 등의 기타 민사책임은 여전히 부담하여야 한다.
- ⑦ 합법적 출처는 증거를 통하여 증명하여야 한다. 일반적으로 사용자 또는 판매자가 합법적인 상품경로, 정상적인 매매계약 및 합리적인 가격으로 타인으로부터 구매한 것을 증명할 수 있으면 된다. 만약 권리침해자가 관련 증명을 제공할 수 없거나 또는 제공하려고 하지 않으면 그는 배상책임 및 기타 권리침해책임을 배상하여야 한다.

### 2.4.11 타인전리사칭 및 전리허위표시

타인전리사칭과 전리허위표시의 행위는 전리법 및 전리법 시행세칙이 규정한 특수한 권리침해행위이다. 즉 타인전리사칭행위는 타인의 전리권을 침해하는 것이며, 소비자의 이익을 침해하는 것이다. 반면 전리허위표시행위는 비록 특정 전리권자의 권리를 침해하지는 않았

으나 국가의 전리관리질서 및 소비자의 이익을 침해하기 때문에 전리법의 금지례에 속하게 된다.

### 1) 타인전리사칭(假冒他人专利)

타인전리사칭은 제품 또는 제품의 포장 또는 제품의 광고·선전자료 상에 전리권자의 전리표기 또는 전리번호를 붙여서 사람들로 하여금 그 제품이 전리권자의 전리제품으로 믿게 하는 행위를 가리킨다. 그러므로 유효한 전리권의 존재가 타인전리사칭행위 발생의 기초가 된다.

#### (1) 타인전리사칭행위

전리법 실시세칙 제84조의 규정에 따라 아래 행위는 타인전리사칭행위에 속하게 된다.

- ① 허가를 받지 않고, 제조 또는 판매하는 제품, 제품의 포장에 타인의 전리번호를 표기하는 행위
- ② 허가를 받지 않고, 광고 또는 기타 선전자료에 타인의 전리번호를 사용하여 사람들로 하여금 관련기술이 타인의 전리기술로 오인하게 하는 행위
- ③ 허가를 받지 않고, 계약서에 타인의 전리번호를 사용하여 사람들이 계약서 관련 기술을 타인의 전리기술로 오인하게 하는 행위
- ④ 타인의 전리증서, 전리서류 또는 전리출원서류를 위조 또는 변조하는 행위

실질적으로 자주 보이는 타인전리사칭의 경우는 주로 행위자가 자기의 제품상에 타인의 전리제품임을 표시하거나 직접 타인전리의 전리번호, 전리표기를 표시하거나 광고상에 자기가 생산한 제품이 타인의 전리제품이라고 선전하는 것이며, 어떤 행위자는 부당한 수단을 사용하여 타인의 전리증서를 편취하여 자기가 생산한 제품을 그 전리제품이라고 사칭하여 상업부문에 판매하며, 제품상에는 비록 타인의 전리제품이라고 표시하지 않으나 상업부문에서 전리증서를 근거하여 그 제품을 타인이 제품으로 선전, 판매를 진행한다. 이런 경우에 제품을 판매한 행위자는 타인전리사칭을 구성한다. 반면 상업부문은 그 제품이 전리제품이 아니라는 것을 명확히 알면서도 타인전리제품으로 판매를 진행한 때에만 그 행위는 타인전리사칭을 구성한다.



## (2) 타인전리사칭행위와 전리침해행위의 구분

타인전리사칭과 전리침해는 모두 위법행위이다. 다만, 양자는 구별이 있다.

- ① 전리침해행위는 단지 전리권자의 합법권익을 침해한 것이다. 반면 타인전리사칭행위는 일면으로는 사칭된 전리권자의 명예에 직접적인 영향을 미칠 뿐만 아니라 전리권자의 이익을 저해하여 전리침해행위에 속한다. 다른 한편으로는 그 중사행위가 사기행위에 속하여 많은 소비자의 권익을 저해할 뿐만 아니라 시장질서를 문란하게 하여 사회적인 위해성을 구비한다.
- ② 전리침해행위는 전리권자의 독점권을 침해하나, 독점권은 일종의 민사권리로서 민사권리에 대한 침해행위는 일반적으로 민사소송을 통하여 행위자가 민사책임을 부담하는 등의 해결경로를 통하며, 형사제재는 실행하지는 않는다. 반면, 타인전리사칭행위는 전리권자의 권익을 저해하는 이외에 공중을 기만하는 성격을 구비하고 있으므로 타인전리사칭은 성질이 더욱 나쁜 위법행위이다. 이러한 행위에 대한 처리는 민사책임을 추궁하는 이외에 직접 책임자에 대해서는 형사제재를 가한다.

## (3) 타인전리사칭과 권리침해행위의 한계

실제, 타인전리사칭행위의 성립여부를 판단할 때에는 다음사항을 주의해야 한다.

### ④ 모조전리제품은 타인전리사칭에 속하지 않는다.

모조전리제품은 타인전리제품의 양식을 모방하여 제조를 진행하는 것을 가리킨다. 모조된 제품은 일반적으로 시장에서 비교적 잘 팔리는 제품이다. 일반적으로 영리목적의 모조행위는 일종의 부도덕한 상업행위에 속하거나 부정당경쟁행위에 속한다. 그러나 만약 중국에서 전리출원하여 전리법의 보호를 획득한 전리제품을 모조하면 전리침해행위를 구성한다.

모조전리제품은 전리권침해에 속하나 타인전리사칭에는 속하지 않는다. 전리제품의 모조는 전리출원서류가 제공하는 기술방안이나 제품제조의 기술지도, 또는 완전히 타인전리제품의 양식에 따라 제조하거나, 또는 단지 필수부분과 관련 없는 일부를 수정하였으나 주요부분이나 중요부분은 전리제품과 완전히 같은 것이다.

⑤ 전리권자의 동의 없이 타인이 전리를 실시하도록 허가하거나 위탁하는 것은 타인전리사칭에 속하지 않는다.

중국계약법에 따르면, 전리실시허가의 양도인은 전리권자 또는 그의 합법적인 승계자이어야 한다. 실제에 있어서 어떤 개인이나 단위는 전리권자의 수권 없이 임의로 전리권자의 명의 또는 자기의 명의로 타인과 전리실시허가계약을 체결하거나 또는 전리실시 기술예약을 위탁하는데, 광의로 말하면 이러한 행위는 권리침해행위에 속하여 전리권자의 권리를 침해하며, 그가 체결한 계약은 무효계약이 된다. 만약 피허가자 또는 피위탁자가 그 전리를 실시하지 않으면 전리권자를 사칭한 허가자 또는 위탁자가 권리침해책임을 부담한다. 만약 피허가자 또는 피위탁자가 계약에 따라 그 전리를 실시하면 쌍방 모두 공동권리침해를 구성하여 공동으로 권리침해책임을 부담하여야 한다.

전리권자의 동의 없이 타인이 전리를 실시하도록 허가하거나 위탁하는 것은 타인전리사칭에 속하지 않으며 일종의 전리침해행위이다. 이는 타인전리사칭행위와 다음과 같은 점에서 구별된다. 이러한 행위는 전리권자의 동의 없이 전리권자를 사칭하여 전리권자가 독점하는 허가권을 침해한 것이지 직접 전리제품사칭행위에 종사한 것이 아니어서 타인전리사칭에는 속하지 않는다.

⑥ 타인전리증서의 위조는 타인전리사칭에 속하지 않는다.

전리증서는 지식재산권국이 국가를 대표해서 전리권자에게 발급하는 것으로 그가 전리권을 취득한 것을 증명하는데 사용하는 일종의 증서이다. 전리법 규정에 따라 전리증서의 발급은 엄격한 규정이 있다. 전리증서상에는 발명자의 성명, 전리권자, 전리번호, 발명의 명칭, 전리권의 기한, 승인일자 등을 기재하고 지식재산권국장이 서명하여야 한다. 전리권자가 몇 명이든지 관계없이 하나의 전리증서만을 발급한다. 전리증서를 유실하였거나 훼손한 경우에는 부분으로 대체할 수 있다. 여러 경우에 있어서, 전리증서는 전리권자가 전리권 자격을 얻은 것을 증명하는 역할을 한다. 타인전리증서의 위조는 타인전리사칭행위와는 다르다. 실제 이러한 행위는 범죄행위로서 국가 형법이 규정한 공문서, 증거서류, 도장의 위조에 따라 처리한다. 그러나 전리법 실시세칙 제84조 제4항은 타인의 전리증서, 전리문건 또는 전리출원서류를 위조하거나 변조하는 행위가 타인전리사칭행위에 속한다고 규정하고 있는데 이는 논란의 여지가 있다.

종합적으로 볼 때, 타인전리사칭은 전리권자에게 명예와 경제적 손해를 초래하고 동시에 국가의 전리관리에 혼란을 초래하여 전리법률제도의 건강한 발전을 파괴한다. 그러므로 이는 전리권자의 합법적인 권익과 전리관리질서를 저해하는 행위이다. 이러한 행위는 당연히 법률의 제재를 받아야 한다. 그러므로 최고인민법원의 관련 사법해석 규정에 따라 타인전리사칭을 한 경우에는 인민법원은 전리법 제58조의 규정에 따라 그 민사책임을 추궁할 수 있다. 전리관리부문이 행정처벌을 하지 않은 경우에는 인민법원은 민법총칙 제134조 제3항의 규정에 따라 민사적 제재를 부여하며 민사벌금액수는 전리법 제58조의 규정을 참조하여 확정할 수 있다. 전리법 제58조는 타인전리사칭은 법에 따라 민사책임을 부담하는 이외에 전리관리부문은 개정을 명하는 공고를 하고 위법소득을 몰수하며, 위법소득의 3배이하 벌금을 병과할 수 있으며, 위법소득이 없는 경우에는 5만원이하의 벌금을 부과할 수 있다. 범죄를 구성하는 경우에는 형사책임을 추궁한다.

#### (4) 타인전리사칭죄

타인전리사칭죄는 다음 특징을 구비하여야 한다.

- ④ 타인전리사칭죄의 직접 객체는 전리권자의 전리권이므로 반드시 침해된 대상인 전리권의 존재가 있어야 하며, 그 전리권은 유효기간 내에 있어야 한다.
- ⑤ 타인전리사칭죄의 주체는 일반주체이다. 즉 일정한 연령에 도달하고 책임능력이 있거나 하면 본 죄의 주체가 될 수 있다.
- ⑥ 타인전리사칭죄의 행위자는 사칭의 고의(故意)가 있어야 한다. 과실(过失)은 본 죄를 구성할 수 없다. 즉, 행위자는 자기가 타인의 전리를 실시하는 명의로써 활동을 진행하며, 타인전리사칭은 명확한 동기 하에 일정한 목적을 달성하기 위하여 실시하는 행위이므로 고의행위이다. 그러나 범죄의 동기 목적은 본죄에 영향을 미치지 않는다.
- ⑦ 행위자가 객관적으로 타인전리사칭행위를 실시하여야 한다. 즉 전리권자의 허가 없이 전리법 실시세칙이 규정한 타인전리사칭행위를 실시하여야 한다.
- ⑧ 정황이 엄중하여야 한다. 전리법 규정에 따라 타인전리사칭행위에 대하여 단지 그 정황이 엄중한 경우에만 타인전리사칭죄에 따라 형사책임을 추궁한다. 정황이 엄중

하다는 것은 타인전리를 사칭하여 전리권자의 권익에 심각한 손해를 야기하였으며, 전리관리질서를 심하게 교란하거나 사회에 심각한 결과를 초래한 경우를 가리킨다. 예를 들면, 사칭제품의 품질이 열악하여 중대사고를 일으키거나 국가재산 또는 국민 생명에 심각한 손해를 초래한 경우, 저질상품을 전리제품을 사칭하여 대량 판매하여 폭리를 도모한 경우, 타인전리사칭이 국내외에서 심각한 영향을 초래한 경우, 위험한 방법으로 타인전리사칭방법이 중대사고를 야기한 경우, 전리권자의 권익에 중대한 손해를 초래한 경우, 국가전리관리질서에 심각한 혼란을 야기한 경우 등 이러한 행위는 모두 정황이 심각한 경우에 속하여 직접책임자의 형사책임을 추궁하여야 한다.

그 밖에 본 죄가 추궁하는 것은 직접책임자이다. 즉, 타인전리사칭에 대하여 직접적이고 주요한 책임자이다.

중국 형법 제216조는 “타인전리사칭의 정황이 엄중한 경우에는 3년이하의 유기징역 또는 구류에 처하며, 벌금을 병과하거나 부과한다”라고 규정하고 있다. 이 규정에 근거하여 타인전리사칭의 직접책임자는 3년이하의 징역, 구류 또는 벌금에 처할 수 있다.

그러나 법에 따라 직접책임자의 형사책임을 추궁한다고 해서 타인전리사칭의 단위 또는 개인의 민사책임은 면제되지 않는다. 피해자는 형사소송법 제53조의 규정에 따라 부대민사소송을 제기하여 경제적 손실의 배상을 청구할 수 있으며, 별도로 민사소송을 제기할 수도 있다.

## 2) 전리허위표시

전리허위표시는 비전리제품을 전리제품으로 허위표시하거나 비전리제품을 전리제품으로 허위표시하는 사기행위를 가리킨다. 전리법 실시세칙 제85조는 아래 행위가 비전리제품을 전리제품으로 허위표시하고, 비전리방법을 전리방법으로 허위표시하는 행위로 규정하고 있다.

- ① 전리표기가 있는 비전리제품을 제조 또는 판매하는 경우
- ② 전리권 무효선고 후, 제조 또는 판매하는 제품에 전리표기를 하는 경우
- ③ 광고 또는 기타 선전자료에 비전리기술을 전리기술로 칭하는 경우
- ④ 계약서에 비전리기술을 전리기술로 칭하는 경우
- ⑤ 전리증서, 전리서류 또는 전리출원번호를 위조 또는 변조하는 경우

전리허위표시행위와 타인전리사칭행위는 다르다. 이러한 행위는 보통 어떤 전리권자의 전리와 관련이 없고, 단지 전리의 명의를 도용한 것이다. 설사 사칭자가 제품에 모씨의 전리제품 또는 모 전리번호를 명기했다 할지라도 실제 모씨는 그 전리권이 없고, 근본적으로 그러한 전리번호가 존재하지 않는 경우, 이러한 행위는 전리허위표시행위에 속한다.

전리허위표시행위에 대하여 공중은 전리관리부문에 신고할 수 있으며, 전리관리부문은 자진하여 전리허위표시행위를 단속할 수 있다. 전리법 제59조의 규정에 따라 비전리제품을 전리제품으로 사칭하거나 비전리방법을 전리방법으로 사칭하는 경우에는 전리관리부문은 개정을 명하고 공고하며, 5만원이하의 벌금을 부과할 수 있다.

## 2.4.12 전리권침해의 판정

### 1) 전리 및 실용신안의 권리침해의 판정

#### (1) 전리권 보호범위의 확정

##### i. 전리권 보호범위를 확정하는 법률 근거

전리법 제26조의 규정에 따라 출원인이 제출하는 출원서류에는 권리요구서가 있으며, 이에 는 전리권 보호를 요구하는 범위를 설명하여야 한다. 전리법 실시세칙 제20조는 권리요구서는 발명·실용신안의 기술특징을 설명하고, 명료하고 간단하게 보호범위를 표현하도록 규정하고 있다. 이들 규정에 근거하여 권리요구서는 발명·실용신안의 내용을 반영하는 기술특징으로 구성되어야 한다. 기술특징을 확정하면 그에 따라 전리권의 보호범위를 확정하게 된다.

전리법 제56조는 ‘전리권의 보호범위는 그 권리요구서의 내용을 기준으로 하며, 설명서 및 도면은 권리요구를 해석하는데 이용할 수 있다’라고 규정하고 있다. 이 규정에 따라 전리권의 보호범위의 크기는 권리요구에 따라 결정한다. 당연히 권리요구는 고립적이 아니며 그 는 설명서의 지지를 얻어야 한다. 전리권 보호범위를 확정할 때에 설명서는 권리요구 중 불명료한 묘사에 대하여 해석을 할 수 있다.

##### ii. 전리권리요구에 대한 해석

전리 권리요구에 따라 전리권의 보호범위를 확정할 때는 다음 3가지 방안을 고려하여야 한다.

- ④ 전리권의 보호범위는 그 권리요구의 내용을 기준으로 하는 것이지, 권리요구의 문자 또는 어휘를 기준으로 하는 것이 아니다. 권리요구에 기재된 내용은 전리권 보호범위의 직접근거가 되며 설명서와 도면은 종속적인 지위를 갖는다. 기술적 사상이 설명서 또는 도면에 나타나 있다 하더라도 만약 권리요구서 내에 기재되어 있지 않다면 전리권의 보호범위 내에 있는 것이 아니다.
- ⑤ 권리요구는 단지 전리 설명서에 기재된 필수구성요소의 간단한 표현이다. 권리요구가 나타내는 기술방안의 정확한 내용을 명확히 하기 위해서는 설명서와 도면을 참고하고 연구하여야 하며, 발명의 목적, 작용, 효과를 이해하여야 한다.
- ⑥ 권리요구의 기술용어의 의미를 명확히 하기 위하여 전리출원과정 중 출원인과 지식재산권국간에 주고받은 서류를 참고할 수 있다. 특히 전리권자가 이들 서류에서 인정, 승낙, 확인 또는 포기한 기술내용은 전리보호범위의 확정에 있어서 중대한 의의를 갖는다.

### iii. 전리보호범위를 확정하는데 있어서 설명서의 작용

전리법 제56조의 규정에 따라 전리보호의 범위를 확정하는데에는 2가지 원칙을 고려하여야 한다. 하나는 전리의 보호범위는 권리요구서에 기재된 보호요구의 내용을 기준으로 하는 것이며, 다른 하나는 설명서, 도면은 권리요구를 해석하는데 사용할 수 있다는 것이다. 권리요구를 해석하는 것이 전리보호요구의 내용을 해석하는 것이다. 전리권리요구의 내용과 설명서 내에 기재된 기술내용이 서로 일치하는 때에는 설명서의 지지를 받는 것이고, 전리권리요구가 확실하다는 것을 설명하는 것이다. 전리권리요구의 내용과 설명서의 내용이 차이가 있어 권리요구의 내용을 정확하고 명료하게 이해할 수 없는 경우에는 설명서 및 도면의 내용에 근거하여 권리요구의 내용에 대하여 해석, 수정을 하여 합리적이고 명료하게 전리보호요구의 내용을 이해하여야 한다. 이러한 해석과 수정은 전리권리요구의 내용을 불명료한 것을 명료하게 하며, 과대한 요구를 적당하게 축소하며, 과소한 요구를 적당하게 확대하게 한다. 즉 전리보호범위는 설명서를 통해 권리요구의 내용을 정확히 해석함으로써 확정되는 것이다. 이것이 전리보호범위의 확정에 있어서 설명서의 역할이다.

전리법 제26조는 “설명서는 발명에 대하여 명료하고 완전한 설명을 하여야 하며, 이는 해당기술분야의 기술자가 충분히 실현할 수 있음을 기준으로 한다. 권리요구서는 설명서를 근거로 하여야 하며, 전리보호요구의 범위를 설명하여야 한다”라고 규정하고 있다. 그러므로 전

리침해소송에 있어서 전리설명서는 적어도 다음과 같은 면에서 해석기능을 발휘하여야 한다.

- ㉠ 독립항의 필수기술특징(必要技術特征)이 이해하기 곤란할 때, 전리설명서에 기재된 내용을 근거로 하여 명확한 해석을 줄 수 있다.
- ㉡ 권리요구의 보호범위가 비교적 클 때, 권리요구에 대한 설명서의 적당한 축소해석을 근거하여 권리가 설명서의 지지를 얻을 수 있다.
- ㉢ 권리요구의 보호범위가 비교적 작거나 불확실할 때, 전리설명서에 근거하여 권리요구에 대하여 적당한 해석을 할 수 있다. 명백히 불필요한 부가기술특징(附加技術特征)을 독립항에 기재하여 독립항의 보호범위를 너무 작게 하고 있는 경우, 설명서의 해석에 근거하여 독립항내에 부가기술특징을 생략하여 독립항과 설명서 내에 기재된 내용이 서로 대응되게 한다.

#### iv. 전리보호범위를 확정하는데 있어서 실시예의 역할

전리설명서에 있어서 실시예 또는 구체적인 실시방식은 설명서의 중요 구성부분이다. 실시예가 많을수록 권리요구는 그 범위가 넓다. 실시예 또는 구체적인 실시방식의 설명은 전리권리요구의 기술특징을 구체화하고 그로부터 발명의 실시를 구체화하며 발명의 실시성이 충분한 뒷받침을 얻도록 한다. 전리설명서에는 실시예의 기재에 대하여 발명의 내용, 장점 및 효과와 도면의 설명이 함께 있어야 한다. 그러므로 전리설명서에는 발명의 장점과 효과를 뒷받침할 수 있는 최적의 실시방식을 기재하여야 한다.

### (2) 전리권침해의 대비방법(對比方法)

#### i. 비교대상

전리권의 권리요구는 각각의 구체적인 기술특징으로 구성된 것이다. 전리권리요구는 독립항과 종속항을 포함할 수 있다. 독립항은 발명창조를 구성하는데 필수불가결한 필수기술특징으로 구성되기 때문에 그의 보호범위는 가장 크다. 일반적으로 권리침해의 기술에 대하여 판단을 진행할 때 보호범위가 가장 큰 독립항을 기준으로 한다.

권리침해의 비교를 진행할 때에는 반드시 고소된 침해물의 기술특징을 각각 분해하고 이들 기술특징을 전리의 기술특징을 들어 비교를 진행한다. 침해물이 필수기술특징이나 주요 기술특징이 존재하지 않으면 침해물의 전체 기술특징과 전리의 필수기술특징을 가지고 대비를 진행하여 동일여부에 대한 결론을 도출한다.

## ii. 비교방식

- ㉠ 권리요구 중 기술방안을 구성하는 전체 필수기술특징을 각 구성부분으로 분해하여 그 순서에 따라 나열한다.
- ㉡ 침해제품 또는 침해방법의 전체 특징을 찾아내어 수량 및 그 명칭을 나열하고 순서에 따라 배열한다. 정확한 분석을 위하여 표준 기술용어를 채용하여 가능한 전리 권리요구와 일치하도록 해야 한다.
- ㉢ 대비분석을 진행한다. 기술내용이 비교적 복잡한 경우에는 관련 기술전문가에게 분석을 요청할 수 있으며, 침해물의 기술특징과 전리기술방안 중 필수기술특징이 명칭, 수량상 일치하는지 여부를 명확히 하여야 한다. 그런 다음 권리침해 분쟁대상의 특징간의 관계, 작용을 분석하고, 이들 관계 및 전리권리요구에 기술된 기술특징간의 관계, 작용이 일치하는지 여부를 다시 분석한다. 여기서의 일치하는 문자의 일치를 말하는 것이 아니라 양자가 표현하는 기술내용의 일치여부를 말한다.

### (3) 권리침해판정의 원칙

대비 분석 결과, 침해물의 기술특징이 전리의 필수기술특징을 완전히 복사하였거나 또는 전부를 실현한 경우에는 전리권침해를 구성한다. 그렇지 않으면 전리권침해를 구성하지 않는다. 구체적인 내용은 다음과 같다.

#### i. 전리권침해 인정의 일반원칙

전리권침해 인정을 진행할 때에는 일반원칙과 특수원칙이 있다. 일반원칙은 다음과 같다.

##### ① 권리침해 성립의 정황

##### ㉠ 침해물의 기술특징과 전리 필수기술특징과의 완전한 동일

소위 완전동일은 침해물의 기술특징과 전리의 기술특징을 서로 비교해 볼 때 그 전리 권리요구 중 보호를 요구한 전체 필수기술특징이 침해물의 기술특징과 일치하는 것을 가리키며, 이러한 경우에는 권리침해가 성립하다.

이러한 자명한 권리침해는 실질적으로 전리제품을 모방한 것이다. 이 모방제품은 보호받는 발명의 전체 필수기술특징을 포함하며, 이들 기술특징과 전리 권리요구내의 문자 간에는 1:1 대응관계가 존재하여 기본적으로 차이가 존재하지 않는다.



#### ⑤ 침해물의 기술특징이 전리의 필수기술특정보다 많은 경우

침해물의 기술특징이 전리의 기술특징과 서로 비교해 볼 때 전리권리요구 내의 전체 필수기술특징을 포함하였을 뿐만 아니라 새로운 기술특징을 부가한 경우에는 권리침해가 성립한다.

전리기술과 비교하여 기술특징을 추가한 침해물은 전리권을 획득할 수도 있다. 이때는 침해물이 이용전리에 속하는지 여부를 살펴야 한다. 물론 이용전리에 속한다 하더라도 허락받지 않은 실시행위는 기본전리에 대한 권리침해를 구성한다.

이용전리는 종속전리라고 하기도 하는데 어떤 전리기술의 기술특징이 앞의 기본전리의 전체 필수기술특징을 모두 포함하고 있는 것을 가리킨다. 그 전리기술의 실시는 앞의 전리기술의 보호범위에 속하게 되고 그의 실시는 반드시 앞의 전리기술의 실시에 의존하게 된다. 이용전리의 형식에는 주로 원제품의 전리기술특징의 기술에 새로운 기술특징을 부가하거나, 원제품의 전리기술특징을 기초로 하여 발견하지 못한 새로운 용도를 발견하든가, 원방법의 기술특징을 기초로 하여 새로운 용도를 발견하는 것이다.

이용전리의 특징은 기본전리의 필수기술특징을 보유하는 것이다. 그러므로 종속전리의 실시는 기본전리권자의 허가를 받아야 한다. 그렇지 않으면 전리권침해를 구성하게 된다.

#### ⑥ 침해물의 기술특징과 전리기술특징의 다른 부분이 균등수단의 치환에 속하는 경우

침해물의 기술특징과 전리기술특징을 서로 비교해 볼 때, 비록 양자를 구성하는 기술의 내용이 다른 점이 있다 하더라도 비교를 통하여 만약 침해물과 전리기술의 다른 기술특징이 균등수단의 치환에 속하면 여전히 전리권침해를 구성한다.

전리침해에 있어서 균등론을 적용하는 목적은 행위자가 전리기술과 명백히 균등한 요건 또는 절차를 채용하여 전리권리요구 내의 필수기술특징을 대신하여 문언적으로 권리요구와 직접 동일해지는 것을 피함으로써 권리침해책임을 회피하는 것을 방지하기 위함이다.

#### ⑦ 침해물에 전리 독립항 내의 부가기술특징이 부족한 경우

침해물의 기술특징과 전리의 기술특징을 비교해 볼 때 비록 독립항내의 부분기술특징이 부족하다 할지라도 그 부족한 기술특징이 그 기술분야의 보통기술자에게는 명백히 부가기술특징에 속하고, 반드시 그 전리의 필수기술특징이 아닌 경우에는 여전히 권리침해가 성립한다.

## ② 권리침해 불성립의 상황

④ 하나 이상의 필수기술특징이 부족한 경우

권리요구의 전체내용은 분할하지 못한다. 즉 독립항에 있어서 각각의 기술특징을 모두 이용한 행위만이 전리권 침해를 구성한다. 만약 전리기술의 독립항 4개의 기술특징으로 보호범위를 기재하였다면, 침해물이 그 중 1개 내지 3개의 기술특징을 이용하면 전리권침해를 구성하지 않는다. 4개의 기술특징을 모두 이용된 경우에만 전리권침해를 구성한다. 여기서의 필수기술특징은 1개라도 부족한 경우 전리발명의 기술임무를 달성할 수 없는 것을 가리킨다. 타인이 전리기술의 필수기술특징이 부족한 상태에서 동일한 발명임무를 달성했다면 이는 전리권침해를 구성하지 않는다.

⑤ 하나 이상의 필수기술특징이 다른 경우

침해물의 기술특징을 전리의 기술특징과 비교해 볼 때 그 필수기술특징이 1개 이상의 다른 것을 가지고 있을 경우에는 균등물 치환에 속하지 않으므로 권리침해를 구성하지 않는다.

**ii. 균등론(等同原则)**

최고인법원 사법해석 〈전리분쟁사건의 심리에 관한 법률적용 규정〉 제17조는 “전리법 제56조 제1항의 ‘발명 또는 실용신안 전리권의 보호범위는 권리요구의 내용을 기준으로 하며, 설명서 및 도면은 권리요구를 해석하는데 이용할 수 있다’라는 것은 전리권 보호범위는 권리요구에 명확히 기재된 기술특징이 확정하는 범위를 기준으로 하며, 그 필수기술 특징과 서로 균등한 기술특징이 확정하는 범위를 포함하는 것을 가리키는 것”으로 규정하고 있다.

또한 “균등특징은 기재된 기술특징과 기본적으로 동일한 수단으로 기본적으로 동일한 성능과 효과를 실현할 수 있으며, 해당 기술분야의 보통기술자가 창조적인 노력없이 연상해 낼 수 있는 특징을 가리킨다”라고 규정하고 있다.

이 사법해석은 처음으로 전리권침해소송에 있어서 “균등론”을 적용하여 전리권침해를 판정할 수 있음을 명확히 한 것이다. 소위 “균등론”은 침해물의 기술특징과 전리권리요구에 기재된 필수기술특징을 비교해 볼 때, 표면적으로는 하나 또는 약간의 기술특징이 다르지만 실질적으로는 동일한 방식 또는 동일한 기술수단을 사용하여 전리기술방안 중의 하나 또는 약간의 필수기술특징을 대체하여 침해물이 전리기술과 실질적으로 동일한 효과를 발생하도록 하는 것을 가리킨다. 이러한 경우 침해물이 전리기술의 보호범위를 벗어나지 않는 것으로 간주하여 전리권침해를 구성하는 것으로 인정한다.

침해물 중 전리기술과 표면상 동일하지 않은 기술특징, 즉 전리기술방안 중의 기술특징이 치환작용을 하는 기술특징은 전리기술방안 중 필수기술특징의 “균등물”로 간주한다.

인민법원이 균등론을 적용하여 전리권침해를 판정할 때에는 다음 사항을 확인한다.

- ④ “균등론” 중에 “균등”이 가리키는 것은 기술방안에 있어서 구체적 특징의 기술성능, 작용의 균등을 가리키며, 침해물과 전리 양자의 기술방안의 균등을 가리키는 것은 아니다.
- ⑤ 침해물 내 기술특징이 전리기술에 있어서 어떤 필수기술특징의 균등물에 속하는지 여부의 판단할 때는 그 분쟁기술분야의 보통기술자의 기술수준에서 출발하여야 한다. 침해물이 채용하는 균등수단 또는 사용하는 균등물이 그 분야의 보통기술자에게 자명한 경우에는 침해물이 균등물을 사용한 것으로 인정하여야 하며, 이 때 균등론을 적용하여 권리침해가 성립함을 인정할 수 있다. 그렇지 않으면 균등론을 적용할 수 없다.
- ⑥ 침해물이 균등수단을 사용하여 전리기술의 필수기술특징을 대체하면, 침해물과 전리기술의 발명목적 및 기술효과는 기본적으로 동일하다. 발명목적과 기술효과는 발명내용을 구성하는 필수불가결한 구성부분이다. 전리권의 보호범위를 결정할 때에 고립적으로 기술특징으로부터 출발할 수 없으며, 발명의 목적과 기술효과를 같이 고려해야 한다.

주의해야 할 점은 균등물을 사용한 침해물 전체와 전리기술을 비교하여 그 기술효과가 동일한지 여부를 판단하여야 한다. 만약 대체기술수단과 대체되는 전리기술의 필수기술특징을 비교해서 기술효과가 동일하지만 어떤 기술특징이 대체된 후 발명 전체의 기술효과와 원래 전리의 기술효과가 다르다면 균등물로 인정할 수 없다.

- ⑦ 균등물의 권리침해의 시간한계는 권리침해일을 기준으로 한다. 전리의 경우 20년 보호기간 동안, 실용신안은 10년의 보호기간 동안 과학기술의 발전에 따라 전리출원 또는 전리공개 시 아직 인식하지 못하였던 등가수단이 출현하게 될 수 있다. 만약 균등물의 권리침해 범주를 판단하는 시간의 한계를 권리침해일로 하지 않고 전리출원일 또는 공개 또는 공고일로 한다면 일단 새로운 등가수단이 출현하면 모방자는 그를 이용하여 권리요구중의 상응하는 기술특징을 대신할 수 있게 되어 권리침해의 부담을 피하게 되어 전리권자에게 불공정하게 된다.

### iii. 금반언원칙

전리권자가 전리출원과정에서 지식재산권국과 왕래한 서류 중에 행한 인정, 인가 또는 포기한 내용에 대해서는 전리권자는 침해소송에 있어서 번복할 수 없는데, 이를 금반언원칙이라 한다. 전리권의 효력을 판단하고 전리권침해 여부를 판단하는 때에는 전리권자는 전리권리요구의 해석에 대하여 전후가 일치하여야 한다. 전리권자가 전리권을 획득하기 위하여 전리출원과정에서 전리권리요구에 대하여 협의해석을 진행하고, 권리침해소송에 있어서 타인의 권리침해를 증명하기 위하여 전리권리요구에 대하여 확대해석을 진행하는 것을 인정하지 않는다.

어떤 발명자의 전리출원이 비교적 넓은 보호범위를 획득하려고 시도할 경우 만약 권리요구가 한정하는 보호범위가 너무 넓으면 공중이익을 침해하게 되어 전리권을 획득할 수 없게 된다. 그러므로 전리출원인은 전리권을 획득하기 위하여 어떤 때는 심사관 의견에 따라 어쩔 수 없이 권리요구의 보호범위가 과다히 넓고 애매한 기술특징 및 유사기술특징, 기술특징에 대하여 설명을 하거나, 설명과정에서 일부 기술내용을 포기, 수정하게 된다. 그렇게 하지 않으면 전리권을 획득할 수 없기 때문이다. 전리권자가 출원과정에서 이미 포기한 것에 대하여 전리침해소송에서 전리권자가 다시 주장하는 것을 인정하지 않는다.

### iv. 다여지정원칙(多余指定原则)

전리법 규정에 따라 독립항은 신규성, 진보성을 설명하는 필수기술특징을 포함하여야 한다. 그러나 법률상의 요구는 구체적인 독립항에 기재된 기술특징이 실제 모두 필수기술특징이라는 것과는 다르다. 실질적으로 각종 원인으로 인하여, 예를들면, 출원인의 출원서류를 작성하는 기교가 부족하여 종속항의 지위에 있는 비필수 부가기술특징을 독립항에 기재하는 것이다.

전리권자의 합법적인 권리를 충분히 보호하기 위하여 중국은 사법절차에서 다여지정원칙을 인정한다. 그러나 공중이익을 저해하지 않기 위하여 이 원칙을 운용할 때에는 특별히 조심해야 한다.

사법절차에서 독립항에 기재된 부가기술특징의 인정은 당사자가 자진하여 제기한 경우에만 고려한다. 인정할 때에는 전리설명서에 기재된 발명의 목적, 효과 및 기술수단과 출원인이 전리심사과정에서 지식재산권국에 대해 행한 진술을 결합하여 종합 분석해야 하며 임의로 인정해서는 안 된다.

일단 부가기술특징으로 인정되면 권리침해물에 부족한 것이 이 기술특징인 경우 피고가 권

리침해를 구성하는 것으로 판정할 수 있다. 법원이 이 원칙을 인정하는 이유는 전리권자가 전리서류를 작성할 때에 형식상 실수한 것을 이용하여 권리침해행위자가 실질적인 침해를 감추는 것을 방지하기 위함이다. 즉, 권리침해여부 판단을 진행할 때에 만약 기계적으로 권리침해물의 기술특징과 독립항의 기술특징을 비교하여 기술특징의 부족을 이유로 침해를 부정한다면 권리요구 기재의 소홀로 인하여 많은 권리침해행위가 권리침해가 아닌 것으로 인정되어 전리권자의 권익이 보호될 수 없기 때문이다.

## V. 자유공지기술항변원칙

공지기술은 전리출원일 이전에 국내외에서 출판물을 통해 공개 발표되거나, 국내에서 공개 사용 또는 기타방식으로 공중이 알고 있는 기술을 말하며, 종래기술 또는 선행기술이라고도 한다.

균등권리침해를 판단할 때에는 침해객체가 자유공지기술의 범주에 속하는지를 고려해야 한다. 피고가 피소된 침해객체가 원고의 출원일 이전의 자유공지기술에 속하는 것을 증명할 수 있는 증거를 가지고 있을 때는 법원은 균등권리침해의 결론을 내리기 전에 피소된 침해객체와 종래기술을 비교분석하여 그것이 상대적으로 공지기술에 비하여 신규성, 진보성이 있는지를 살펴보아야 한다. 만약 신규성 또는 진보성이 부족한 경우에는 균등성 범주의 권리침해를 공지기술 범위까지 확대할 수 없다. 즉 권리침해가 아닌 것으로 판결하여야 한다. 이 원칙의 운용은 다른 각도 즉, 피고 항변의 각도에서 피고가 실시한 행위가 전리권침해를 구성하는지 여부를 판단하는 것이다.

자유공지기술항변원칙은 일반적으로 균등한 권리침해에 적용하며, 동일한 권리침해에는 적용하지 않는다. 만약 피소된 침해객체가 그 전리권리요구의 문언적 의미의 전체기술특징을 포함한다면 동일한 권리침해이다. 이 때 만약 피소된 침해객체가 그 전리출원일 전의 공지기술에 상대적으로 신규성 또는 진보성을 구비하지 못했다면 그 전리권리요구도 마찬가지로 신규성 또는 진보성을 구비하지 못한다. 그러므로 전리복심위원회에 그 전리권의 무효선고를 청구하여 전리복심위원회가 그 전리권의 무효를 선고하는 결정과 효력발생을 기다린 후 법원은 권리침해여부의 재결을 행한다.

## 2) 디자인권 침해의 판단

전리법 제11조 제2항의 규정에 따라, 디자인권이 수여된 후에는 어떠한 단위 또는 개인도 디자인권자의 허가를 받지 않고 당해 등록디자인을 실시해서는 아니되며, 생산경영의 목적을 위하여 그 디자인등록제품을 제조, 판매, 수입해서는 아니된다. 그렇지 않으면 타인의 디자인권에 대한 침해를 구성한다. 디자인은 발명 및 실용신안과 다르기 때문에 권리침해의 판단방법 역시 약간 다르다.

### (1) 등록디자인의 보호범위

디자인의 정의에서 볼 때, 등록디자인의 보호범위는 제품의 형상, 도안 또는 이들의 결합 및 색채와 형상, 도안의 결합임을 알 수 있다. 이러한 내용은 언어문자를 사용하여 표현하는 것이 매우 어렵다. 따라서 전리법 제27조는 디자인등록출원 시 청구서 및 그 디자인의 도면 또는 사진 등의 서류를 제출하도록 규정하고 있으며, 또한 그 디자인을 사용하는 제품 및 소속 류별을 기재하도록 요구하고 있다.

**전리법 제56조** 제2항은 디자인권의 보호범위는 도면 또는 사진 상에 표현된 당해 디자인 등록제품을 기준으로 한다고 규정한다. 이로부터 알 수 있듯이, 디자인등록출원 시 권리요구서의 제출을 요구하지 아니할지라도 여전히 권리요구가 있으며, 이는 디자인등록제품의 정면도, 배면도, 부감도, 사시도, 확대도, 평면도, 분해도 등 도형 상에 구체적으로 표현된다. 즉, 등록디자인의 보호범위는 디자인권자가 출원 시 지식재산권국에 제출하는 도면, 사진 및 관련 요약서에서 확정한다. 따라서 권리침해의 판단 시에는 이를 근거로 등록디자인의 보호범위를 확정하여야 한다.

### (2) 디자인권 침해의 판단

#### i. 디자인권 침해판단의 전제

디자인권에 대한 침해의 여부를 판단할 시에는 우선 고발된 침해제품이 디자인등록제품과 동일 류별의 제품인지 여부를 결정하여야 하며, 동일 류별의 제품에 속하지 않을 경우에는 비교할 수도 없고 더욱이 권리침해 여부의 판단을 할 수도 없다. 이러한 전제조건을 확정은 고발된 침해제품과 등록디자인의 동일성 또는 유사성 여부를 판단하는데 있어 매우 중요하다.

디자인권 수여심사와 권리침해 판단의 경우에는 모두 동일 류별의 제품인지 여부의 문제를 고려하여야 하고, 일반적으로 류별을 벗어나서 판단하지 아니한다. 그러나 동일 류별의 제품인지 여부를 확정하는 방법에 있어서, 디자인권 수여심사와 권리침해판단이 채용하는 기준은 동일하지 아니하다.

상기 심사에서는 주로 《국제디자인분류표》에 근거하여 디자인등록출원이 어떤 대분류 및 어떤 소분류에 속하는지를 심사한 후 서로 다른 소분류에 동일하거나 유사한 디자인이 포함되는지를 심사한다. 만일 동일하거나 유사한 디자인이 있을 경우, 당해 디자인등록출원은 권리를 획득할 수 없다. 그러나 권리침해 여부의 판단 시에는 일반적으로 《국제디자인분류표》에 따라 제품의 류별을 확정하지 아니한다. 왜냐하면 이 경우 침해제품에 《국제디자인분류표》상의 어떤 류별에 속한다고 명시하지 않으며, 만일 원고가 굳이 침해제품을 분류하고자 할 경우 고발된 침해자가 반드시 동의하지는 않기 때문이다. 따라서 실제로 있어서는 주로 고발된 침해제품과 디자인등록제품의 상품분류에 근거하여 양자가 동일 류별의 제품에 속하는지 여부를 확정하며, 이 때 《국제디자인분류표》는 단지 참고용에 불과하다.

제품이 종류 및 분류에 있어서 다를지라도 여전히 유사의 가능성은 존재한다. 만일 상품 분류의 각도에서 볼 경우 고발된 침해제품과 디자인등록제품의 류별이 유사하고 형상이 동일하며 기능 및 용도 또한 동일하거나 교차성이 있을 경우에는 유사상품으로 인정하여야 하고 권리침해 여부를 결정할 수 있다.

## ii. 권리침해판단의 비교대상

디자인 침해의 비교대상은 발명 및 실용신안과 동일하지 아니하다. 디자인권 침해의 판단 시에는 주로 침해제품 자체 또는 침해제품의 도면 및 사진을 등록디자인의 도면 또는 사진에 표시한 형상(형태), 도안 및 색채와 비교하여 양자의 동일성 또는 유사성 여부를 비교한다. 만일 결론이 긍정적인 경우에는 권리침해가 성립되며, 부정적인 경우에는 권리침해를 구성하지 아니한다.

주의해야 할 점은, 등록디자인의 보호대상은 디자인권자가 출원 시 제출한 도면 또는 사진에 표현한 제품의 디자인이며, 그 제품은 단지 디자인에 있어 필요한 운반체일 뿐이다. 따라서 만일 디자인권자가 디자인등록출원을 한 후 생산과정에서 제품의 외관을 변경하였을 경우, 실제 생산한 제품은 원 등록디자인의 보호를 받을 수 없다. 권리침해의 판단에 있어서, 비교의 근거는 출원인이 전리국에 출원 시 제출하여 등록공고된 도면 및 사진이어야 하며, 디자인권자가 출원한 후 제조한 디자인등록제품이 아니다. 왜냐하면 전자에서 등록디자

인의 보호범위를 확정하였기 때문이다.

실제로 침해제품과 디자인등록제품의 동일성 여부를 비교, 판단한 것은 비교적 용이하며, 일단 동일하면 권리침해의 인정은 논쟁할 수가 없다. 그러나 현실적으로 침해제품은 외관을 그대로 모방하는 경우는 아주 적다. 예를 들어, 제품의 형상 및 크기를 변화시키거나 도안이 변경될 경우, 이러한 상황에서는 침해제품과 디자인등록제품의 유사성 여부를 판단하여야 한다. 디자인권의 판단 시 유사성은 권리침해로 인정되어야 한다.

등록디자인의 보호에 있어서는 주로 그 형상, 도안 및 이들의 결합, 색채와 형상, 도안의 결합을 고려하는데 치중하여야 한다. 디자인권 침해의 판단 시 다음의 사항에 주의하여야 한다.

#### ④ 형상에 대한 비교를 위주로 함

제품의 디자인은 독립적인 용도를 구비한 공업제품의 외관에 구현되어야 한다. 즉, 디자인은 제품을 운반체로 하여야 한다. 제품의 디자인은 3차원 공간의 입체형태일 수도 있고 2차원 공간의 평면설계일 수도 있다. 보호해야 할 제품의 구체적인 형상은 디자인권자가 출원 시 전리국에 제출한 도면 및 사진에 구현한 형상을 위주로 하여야 한다.

형상을 비교할 시에는 전체적으로 관찰하고 중요한 부분을 포착하며 종합적으로 판단하여야 한다. 2개 제품의 디자인에 대한 동일성 또는 유사성 여부의 판단은 전체적인 시각효과 측면에서 비교하여야 하고 국부적인 미세한 차이에 지나치게 주의해서는 안 된다. 특히 제품의 중요한 창작부위, 즉 가장 주목을 끄는 부분을 포착하여야 한다. 그러나 만일 중요하지 않은 창작부위의 변화로 인해 전체적인 시각효과가 변화될 경우에는 상황이 다를 수 있으며, 따라서 이 경우에는 전면적인 종합판단을 한다.

일반적으로 등록디자인에 있어서 그 형상은 당연히 중요한 부분이다. 따라서 권리침해를 판단할 시에는 형태비교를 위주로 하여야 한다. 디자인권자가 다른 특별한 신청을 하지 않는 경우 단지 형상이 동일하거나 유사하기만 하면 권리침해라고 인정할 수 있다.

#### ⑤ 도안과 색채에 대한 비교는 함께 고려하여야 함

일반적인 상황에서 디자인의 도안과 색채는 형상(형태)의 종속요소로 볼 수 있다. 도안과 색채는 분리하기가 매우 어려운데, 왜냐하면 모든 제품에는 최소한 하나의 색깔이 있고 가끔 도안 자체가 색채에 의해 구성되기 때문이다. 디자인 등록출원하는 제품의 색채는 제품에 사용한 색채 또는 색채의 결합을 가리킨다. 즉, 색채는 제품과 분리하여 독립적으로 존재



할 수 없으며, 동시에 당해 제품은 고정된 형상을 구비하여야 한다. 이로부터 알 수 있듯이, 모든 제품의 디자인은 형상, 도안, 색채 등 3가지 요소의 결합이다. 따라서 권리침해 여부를 결정할 시에는 상기 3가지 요소를 결합하여 고려하여야 한다.

### ㉔ 현저한 색채 보호 시 색채비교는 사전 신청과 일치하여야 함

전리법의 규정에 따라, 색채보호를 청구하는 전리출원은 흑백사진 이외에 색채사진을 제출하고 요약서에 “색채보호청구”를 명시하여야 하며, 제품의 구체적인 색채를 설명할 필요는 없다. 왜냐하면 색채는 문자를 사용하여 정확하게 표현하기가 매우 어려우며, 특히 제품의 외관색채가 여러 색채의 결합일 경우에는 더욱 그렇기 때문이다.

권리침해 여부의 판단 시 만일 디자인등록제품이 색채보호를 요청할 경우, 고발된 침해제품과 디자인권자가 보호를 신청한 색채가 동일할 시에는 권리침해를 구성한다.

### iii. 디자인권 침해의 판단척도

고발된 침해제품과 디자인등록제품의 동일성 또는 유사성 여부의 판단 시 그 결론은 상이한 수준의 사람, 상이한 입장 또는 상이한 안목에 의해 완전히 상반될 수 있다. 따라서 디자인권 침해를 판단할 시에는 동일한 척도 및 통일된 기준을 사용하여야 하며, 이는 보통 소비자의 안목과 수준을 척도로 하여야 한다. 이러한 판별기준은 디자인권 수여의 심사 시 사용하는 기준과 동일하지 아니하여야 한다.

디자인권 수여의 심사 시 디자인등록출원과 기존 제품을 비교하여 동일성 또는 유사성 여부를 확인할 경우에는 해당분야 기술자 또는 보통 미술가의 안목과 수준을 기준으로 하여야 한다. 이렇게 해야 만이 등록된 디자인의 품질이 안정될 수 있고 전리법이 정한 권리수여 조건에 부합할 수 있다.

일단 디자인등록출원이 권리를 획득하면 그 보호범위는 이에 따라 확정된다. 등록디자인의 보호대상은 볼 수 있고 만질 수 있는 제품의 “외관”으로, 볼 수 없고 만질 수 없는 기술특정에 의해 구성되는 발명 및 실용신안의 기술방안과 다르다. 따라서 등록디자인에 대하여 권리침해 여부를 판단할 시에는 보통 소비자의 입장이어야 하며, 해당분야 기술자 또는 보통 미술가의 입장에서 평가하고 판단하지 않아야 한다. 해당분야 기술자 또는 보통 미술가와 보통 소비자의 제품외관에 대한 분별능력에는 매우 큰 차이가 있다. 즉, 유사제품간의 외관상 미세한 차이에 있어서, 해당분야 기술자 또는 보통 미술가는 쉽게 이를 분별할 수 있지만 보통 소비자는 이를 간과하기가 쉽다. 등록디자인의 보호목적은 부정경쟁을 방지하고 표

절 및 모조를 방지하는데 있으며, 이는 생산자에게 그 제품의 외관을 설계 시 다른 생산자의 제품외관과 최대한 구별하도록 요청함으로써 당해 제품을 구매하거나 사용하는 소비자에게 미감에 있어 혼동 및 오인을 조성하지 않도록 한다. 따라서 보통 소비자의 수준에서 제품디자인의 동일성 또는 유사성 여부를 판단하는 것이 합리적인 기준이라 할 것이다.

#### 2.4.13 전리권침해의 법률책임

전리권은 일종의 재산권으로서, 그는 다른 재산권과 마찬가지로 법률보호를 받으므로 누구든지 타인의 전리권을 침해하면 그는 상응하는 법률책임을 부담하여야 한다. 중국민법통칙 및 전리법규정에 따라 전리권침해의 민사법률책임은 다음과 같은 몇 가지 방식이 있다.

##### 1) 권리침해정지

권리침해정지는 권리침해자가 부담하는 주요 책임중 하나이며, 전리권을 보호하는 가장 유효한 조치중의 하나이다.

권리침해정지는 침해자가 전리제품을 임의로 제조, 사용, 판매청약, 판매, 수입하거나 전리방법을 사용하거나 그 전리방법에 의해 직접 획득한 제품을 사용, 판매청약, 판매, 수입하는 행위를 정지하는 것을 가리킨다. 전리권자가 발명창조를 출원하여 전리권을 획득하는 목적은 법률이 자기의 전리권을 보호하는 것을 이용하여 타인이 그의 허가 없이 그 전리제품을 제조, 사용, 판매청약, 판매 수입하거나 그 방법을 사용하는 행위를 금지하여 그 전리에 대하여 자기가 향유하는 독점권을 유지하기 위한 것이다. 그러므로 전리침해소송에 있어서 전리권자는 모두 침해자에게 침해행위를 정지하도록 요구한다.

전리권자 또는 이해관계인은 소송 중에 법원이 침해자에게 침해행위를 즉각 정지하도록 명령하도록 요구할 때에는 인민법원에 재산보전(财产保全) 또는 선집행의 재정을 신청하여야 한다. 동시에 담보를 제공하여야 한다. 적시에 이러한 조치를 취하여 전리제품을 제조하거나 전리방법의 사용을 금지하는 행위는 매우 필요하다.

그러나 인민법원은 소송 중에 침해행위의 정지에 대한 임시조치를 취하는 데에는 매우 신중하다. 왜냐하면 안전 심리 중에 인민법원이 일단 침해정지의 재정을 내리게 되면 특히 제조행위를 정지하게 하면 피고에 대한 이해관계가 매우 크게 된다. 소송 초기에 원고의 전리권 상황이 불명확하거나 침해사실이 불명확한 상황 하에서 일단 침해행위 정지의 임시조치를 취하게 되면 그 결과는 매우 심각하다. 전리권의 유효성이 확인되고 침해사실이 이미 중

명되어 의심할 여지가 없는 경우에만 법원은 비로소 이러한 임시조치를 취할 수 있다.

물론 원고의 소송청구에 따라 안건 심결 시에 피고에게 침해행위를 정지하도록 판결하는 것은 필수적이다. 이 판결결과의 유효한 집행을 보장하고 전리권자가 침해된 권리를 회복하게 하기 위하여 인민법원은 전리권자의 청구에 따라 침해제품을 몰수, 폐기하거나 침해자에게 침해물건을 전달하게 하여 전리권자가 처리를 진행하도록 명령할 수 있다.

침해제품의 몰수, 폐기는 침해행위에 대한 일종의 재산성 제재방식으로 그 목적은 전리침해행위를 유효하게 제지하는데 있다. 일반적인 경우에 판결 중에 이러한 방식을 사용하지 않으나 아래에 열거한 경우에는 예외이다.

- ① 침해자에게 제조침해행위를 정지하도록 명령한 후에 침해제품 제조 생산라인, 전용공구, 전용설비는 몰수하여 폐기한다.
- ② 침해자가 제조한 품질이 열악한 전리허위표시제품은 몰수하여 폐기한다.
- ③ 침해자가 모방한 침해제품에 대해서는 전리권자의 요구에 따라 몰수하여 폐기하거나 전리권자에게 전달하여 처리하게 한다.

침해행위의 몰수, 폐기로 인해 초래된 손실은 침해자가 부담한다.

## 2) 손해배상

손해배상은 법률의 규정을 위반하여 타인의 재산소유권 또는 인격권을 침해한 것에 대한 일종의 법률제재방식이다. 전리권은 일종의 무형재산이므로 이러한 재산이 침해되어 권리자에게 경제적 손실이 초래된 때에는 전리권자 또는 이해관계자는 법에 따라 침해자에게 경제손실을 배상하도록 요구할 수 있다. 즉, 손해배상은 민사책임을 부담하는 가장 보편적이고 기본적이며 사용범위가 가장 넓은 방식이며, 침해된 전리권에 대한 중요한 구제조치이다.

전리침해소송에서, 전리권자 또는 이해관계인은 일반적으로 모두 경제손실에 대한 배상을 요구하려고 한다. 만일 권리자가 제기한 배상손실문제가 잘 해결되지 않는다면 소송을 이기고도 돈을 잃게 되는 결과를 가져오며, 손실은 많고 배상은 적은 국면이 출현하게 되어 법률에 의하여 유효하게 지식재산권을 보호하지 못하게 된다.

중국 민법총칙 제118조는 개인, 법인의 저작권(판권), 전리권, 상표전용권, 발견권, 발명권 및 기타과학기술성결과가 표절되거나 왜곡되거나 사칭되는 등 침해되면 침해를 정지하고 영향

을 제거하며, 손실을 배상하도록 요구할 권리를 갖는다고 규정하고 있다. 손해배상에 대하여 민법총칙이 확정한 기본원칙은 실제손실 전부를 배상하는 것이다. 이 원칙에 따라 전리의 손해배상액을 확정할 때에는 침해자가 경제적으로 이득을 보게 해서는 아니 되며, 권리가 침해로 인해 받은 손실이 충분히 합리적으로 배상을 받도록 하여 전리침해행위를 유효하게 제제하여야 한다.

전리법 및 최고인민법원의 관련사법해석규정에 따라 구체적인 배상액의 산정기준은 다음과 같다.

#### (1) 전리권자가 침해행위로 인하여 받은 실제 경제손실을 손해배상액으로 함

전리권자가 실제 받은 손실은 그가 손실한 이윤액이다. 시장에서 침해제품이 있으면 반드시 전리제품의 시장 일부분을 빼앗게 되어 그 판매액이 내려가며 그로 인하여 이윤의 일부분을 손실하게 된다.

전리권자가 자신의 실제손실액을 계산할 수 있는 경우에는 전리권자의 실제손실액을 전리침해의 손해배상액으로 할 수도 있다. 권리가 침해로 인해 받은 손실은 전리권자의 전리제품이 침해로 인해 초래된 판매량의 감소 수에 전리제품 1개당 합리적인 이윤소득을 곱하여 계산할 수 있다. 권리의 판매량 감소 수를 확정하기 곤란한 경우에는 침해제품이 시장에서 판매된 총수에 전리제품 1개당 합리적인 이윤소득을 곱한 금액을 권리가 침해로 인해 받은 손실로 간주할 수 있다. 이러한 방법을 사용하여 침해손실을 계산하면, 특히 이윤액이 감소하면 전리권자는 반드시 그와 침해행위간의 인과관계를 증명하여야 한다. 실제 시장 상황은 매우 복잡하기 때문에 어떤 경우에 전리권자가 이윤저하가 완전히 타인의 침해행위 때문이라는 것을 증명하는 것은 매우 곤란하므로 전리권자가 증거를 제공하여 이윤저하와 침해행위의 관계를 증명하는 것은 쉽지 않다. 그러나 전리권자 또는 이해관계인이 입증할 수만 있으면 침해자의 침해행위가 자기에게 초래한 손실을 법원이 경제손실의 배상근거로 삼게 할 수 있다.

실제 전리권자의 전리제품이 시장에 투입되기 전에 침해를 당한 경우에는 이러한 계산방법을 사용하여 손해배상액을 확정할 방법이 없다.

#### (2) 침해자가 침해행위로 획득한 전체 이윤액을 손해배상액으로 함

침해행위는 일종의 위법행위이므로 침해행위로 인한 이익은 부당이득으로 권리의 소유

이다. 그러므로 침해배상액을 계산할 때에 침해자가 침해행위로 얻은 이익을 전리권자의 손해배상액으로 할 수 있다. 침해자가 침해로 획득한 이익을 계산하는 것은 그 전리제품이 시장에서 판매된 총수에 침해제품의 1개당 합리적인 이윤소득을 곱하여 합계한 금액을 근거하여 계산할 수 있다. 침해자가 침해로 얻은 이익은 일반적으로 침해자의 영업이익을 근거하여 계산하며, 침해를 업으로 하는 침해자에 대해서는 판매이익을 근거하여 계산할 수 있다.

시장상황이 복잡하기 때문에 어떤 때에는 침해자의 소득이익과 전리권자의 소실이익간의 인과관계는 증명하기가 매우 어렵다. 그러므로 실질적으로 전리권자에게 침해자가 얼마의 이윤을 얻었는지 증명하라고 하는 것도 쉽지 않다. 만약 침해자에게 자기의 이득증명을 제공하라고 요구한다면 그는 이윤이 없다고 하거나 얻은 이윤이 매우 적다고 말할 것이다. 침해자의 이윤을 명확하게 하려면 반드시 회계검사하여야 하는데 이 또한 어려운 일이다. 만약 이러한 방법을 채용하여 손해배상액을 계산하려면 아래에 열거한 요소를 고려하여야 한다.

- ④ 침해제품의 원가를 계산할 때에, 만약 침해제품의 원가가 전리제품보다 높을 경우에는 전리제품의 원가를 기준으로 하여야 한다. 이렇게 해야만 침해자가 얻은 이윤을 계산할 때에 배상액을 적게 하기 위하여 고의로 원가를 부풀려서 것을 방지할 수 있다.
- ⑤ 만약 침해자가 전리제품보다 낮은 가격을 채용하여 시장에서 침해제품을 덤핑하였다면 전리제품의 판매가격으로 침해자의 소득을 계산하여야 한다.

### (3) 전리허가사용비 액수의 배수(倍数)를 참고하여 손해배상액을 확정

이것은 비교적 간단하고 이행하기 쉬운 방법으로, 즉 전리실시허가의 사용비 액수를 기준으로 하여 안건의 구체적 상황을 고려하여 일정한 배수를 곱하여 전리침해의 손해배상액으로 한다. 만약 전리권자가 전리침해 소송 전에 이미 타인과 동일한 전리에 대하여 허가계약을 체결하였다면 그 계약 중에 정한 허가사용비 표준을 손해배상액의 기준으로 할 수 있다. 이러한 사용비는 관련업종 또는 기업의 통상적인 사용비 표준이나 또는 전리권자와 침해자 쌍방이 담판하여 정한 표준으로 확정할 수도 있다. 최고인민법원의 관련 사법해석 규정에 따르면 피침해자의 손실 또는 침해자의 획득 이익이 확정하기 곤란하고, 참고할 수 있는 전리허가사용비가 있는 경우에는 인민법원은 전리권의 종류, 침해자의 침해성질 및 내용, 전리허가사용비의 액수, 그 전리허가의 성질, 범위, 시간 등의 인수를 고려하여 그 전리허가사용비의 1배 내지 3배의 배상액을 확정할 수 있다.

#### (4) 사법해석 규정의 정액배상액 내에서 손해배상액을 확정

전리행위를 규명한 후에 어떻게 손해배상액을 계산할 것인가는 복잡한 문제이기 때문에 상기 3가지 방법은 어떤 때에는 실제 부딪히는 문제 전부를 해결할 수 없다. 1998년 전국지식재산권 심판업무 좌담회 후 나온 〈전국부분법원지식재산권심판업무좌담회기요〉는 “피고가 권리를 침해하여 원고에게 손해를 초래한 것이 분명하나 원고손실액과 피고 획득액 모두 확인할 수 없는 안건에 대해서는 정액배상의 방법을 사용하여 손해배상액을 확정할 수 있다”라고 규정하고 있다. 정액배상의 한도는 인민폐 5천위안 - 30만위안에서 관리하며, 구체적인 액수는 인민법원이 침해된 지식재산권의 종류, 평가가치, 침해지속시간, 권리자가 침해로 인해 받은 상도덕손해 등의 요소를 고려하여 정액배상의 한도 내에서 확정한다. 이후 이 규정은 명확히 최고인민법원의 정식 사법해석에 포함되어 원고손실과 피고이익이 조사하기 곤란하고 또한 참고할 만한 전리사용허가비도 없으며, 또는 전리사용허가비가 명확히 불합리한 경우에는 인민법원은 전리권의 종류, 침해자의 침해성질 및 내용 등을 고려하여 일반적으로 인민폐 5천위안 이상 30만위안 이하에서 배상액을 확정하며, 아무리 많아도 인민폐 50만위를 초과할 수 없도록 하였다.

실제심판에서 상기 배상액의 계산방법에 대하여 인민법원은 당사자의 청구 및 안건의 정황에 따라 적용을 선택할 권리를 갖는다. 당사자 쌍방이 협의하여 기타방법을 사용하여 손해배상액을 계산할 때에는 공평하고 합리적이기만 하면 인민법원은 인정할 수 있다.

이외에 인민법원은 권리자의 청구 및 구체적인 정황에 따라 권리자가 침해를 조사, 제치하기 위하여 지불한 합리적인 비용을 배상액범위 내에 포함할 수 있다.

### 3) 영향제거

영향은 침해내용이 열악하여 침해제품이 전리제품에 대한 소비자의 신용을 저해한 것을 가리킨다. 예를 들어, 침해자가 품질이 열악한 모방제품을 시장에 대량 판매하여 소비자가 전리제품의 품질이 열악한 것으로 오인하게 하거나 침해자가 전리권자의 명의를 도용하여 전리권자의 양호한 신용을 망치는 것이다. 이러한 경우 영향제거는 반드시 필요하다.

영향제거는 주로 침해자에게 신문매체를 통하여 성명을 발표하게 하거나 또는 방송, 텔레비전에 담화, 성명을 발표하여 그 침해행위를 인정하고 다시 침해하지 않을 것을 보증하는 것이다.

일반적인 침해행위에 대해서는, 특히 전리권자가 침해소송을 통하여 침해자와 전리실시허

가계약을 체결하여 손해배상을 이미 한 경우에는 반드시 영향제거를 할 필요가 없다. 왜냐하면 일반적인 전리침해행위는 단지 전리권자에게 경제적인 손실을 초래할 뿐 전리권자의 신용에는 기본적으로 영향이 없기 때문이다.

#### 4) 사과(賠禮道歉)

사과는 일종의 민사책임형식으로 중국의 민사법률책임에 있는 특유한 것이다. 실제 어떤 전리침해분쟁은 사과를 통하여 당사자간의 분쟁을 해결할 수 있다. 왜냐하면 전리분쟁의 법률책임 중에 규정된 사과는 일부의 전리침해분쟁의 해결에 유리하기 때문이다.

일반적으로, 사과는 조정의 내용으로 할 수 있다. 그러나 조정이 이루어지지 않는 경우에는 판결에서 사과의 판결을 할 수 있다.

사과는 법정에서 당사자가 대면하여 진행한다. 영향이 비교적 큰 경우에는 신문, 방송 등의 매체를 통하여 진행할 수 있다. 이런 민사책임방식은 영향제거의 민사책임과 유사하다. 구체적으로 어떤 방식을 적용하여 사과를 할 것인지는 구체적 안전에 따라 정한다.

이상의 민사책임을 부담하는 방식은 단독으로 적용할 수도 있고, 병합하여 적용할 수도 있다.

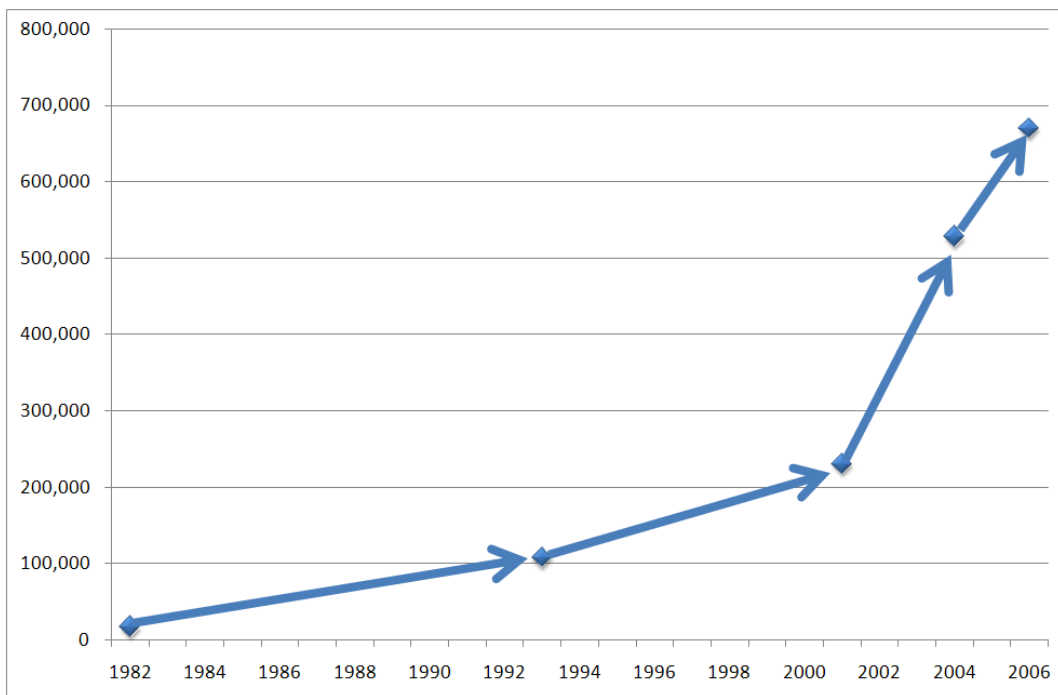
## 상표출원, 심사 및 보호제도

## 2.5

## 2.5.1 상표출원 현황

## 1) 전체(1982년 - 2006년) 출원 현황

중국의 상표출원량은 1982년부터 2006년까지 모두 4,985,989건이다. 이 중 국내출원이 427만건으로 85.7%를 점하고 있으며, 국외출원은 71만건으로 14.3%를 점하고 있다. 2006년 말까지 상표등록건수는 277만건이며, 이 중 국내출원은 228만건으로 82.4%, 국외출원은 49만건으로 17.6%를 차지하고 있는 것으로 분석되고 있다.



[그림 2.5-1] 1982년 - 2006년 상표출원 현황



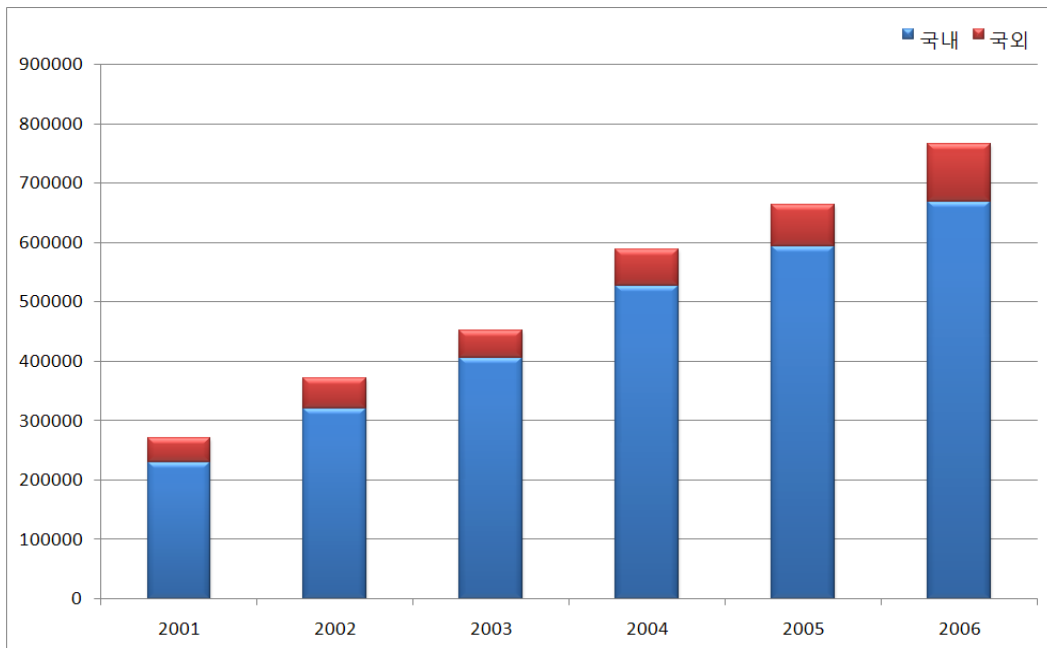
[표 2.5-1] 1979년 - 2006년 상표 출원 및 등록 현황

구 분	출 원				등 록			
	국내	국 외		합계	국내	국 외		합계
		국가신청	마드리드 신청			국가신청	마드리드 신청	
1979					27,459	5,130		32,589
1980				26,177	15,348	1,297		16,645
1981				23,004	15,707	2,049		17,756
1982	17,000	1,565		18,565	12,385	4,672		17,057
1983	19,120	1,687		20,807	42,93	2,278		6,571
1984	26,487	3,077		29,564	13,252	1,518		14,770
1985	43,445	5,798		49,243	19,584	2,084		21,668
1986	45,031	5,939		50,970	26,993	5,126		32,119
1987	40,014	4,055		44,069	27,687	4,454		32,133
1988	41,683	5,866		47,549	25,448	3,604		29,052
1989	43,202	5,209		48,411	31,810	4,625		36,435
1990	50,853	4,371	2,048	57,272	25,966	4,036	1,269	31,271
1991	59,124	5,885	2,595	67,604	34,501	3,523	2,306	40,330
1992	79,837	8,367	2,591	90,795	42,710	4,198	1,180	48,088
1993	107,758	21,014	3,551	132,323	42,668	3,999	2,059	48,726
1994	117,186	20,238	5,193	142,617	47,482	7,803	3,016	58,301
1995	144,610	21,442	6,094	172,146	59,895	12,591	19,380	91,866
1996	122,057	22,615	7,132	151,804	101,178	15,843	11,407	128,428
1997	118,577	21,676	8,502	148,755	188,047	24,958	10,033	223,038
1998	129,394	18,252	10,037	157,683	80,095	14,137	13,478	107,710
1999	140,620	18,883	11,212	170,715	96,139	13,896	12,366	122,401
2000	181,717	24,623	16,837	223,177	129,441	16,327	12,807	158,575
2001	229,775	23,234	17,408	270,417	167,563	19,017	16,259	202,839
2002	321,034	37,221	13,681	371,936	169,904	23,364	19,265	212,533
2003	405,620	33,912	12,563	452,095	206,070	21,188	15,253	242,511
2004	527,591	44,938	15,396	587,925	225,394	25,069	16,156	266,619
소계	3,011,735	359,878	134,840	3,555,563	1,837,019	246,786	156,234	2,240,031
2005	593,382	52,166	18,469	664,017	218,731	23,792	16,009	258,532
2006	669,276	56,840	40,203	766,319	228,814	25,254	21,573	275,641
합계	4,274,393	468,884	193,512	4,985,899	2,284,564	295,832	193,816	2,774,204

※ 출처: 중국상표국망, 중국지식재산권년감 2007, 발췌정리

## 2) WTO가입 이후 출원 현황

중국은 2001년 WTO가입 이후 상표출원의 증가량이 급속도로 증가하고 있다. 2001년 이후 매년 15% - 30%에 달하는 출원증가율을 기록하고 있는데, 2001년 - 2006년의 7년 동안 출원량이 311만건에 달하였으며, 이는 중국의 전체 상표출원량 496만건의 63%에 해당하는 것이다.



[그림 2.5-2] WTO가입 이후 상표출원 현황

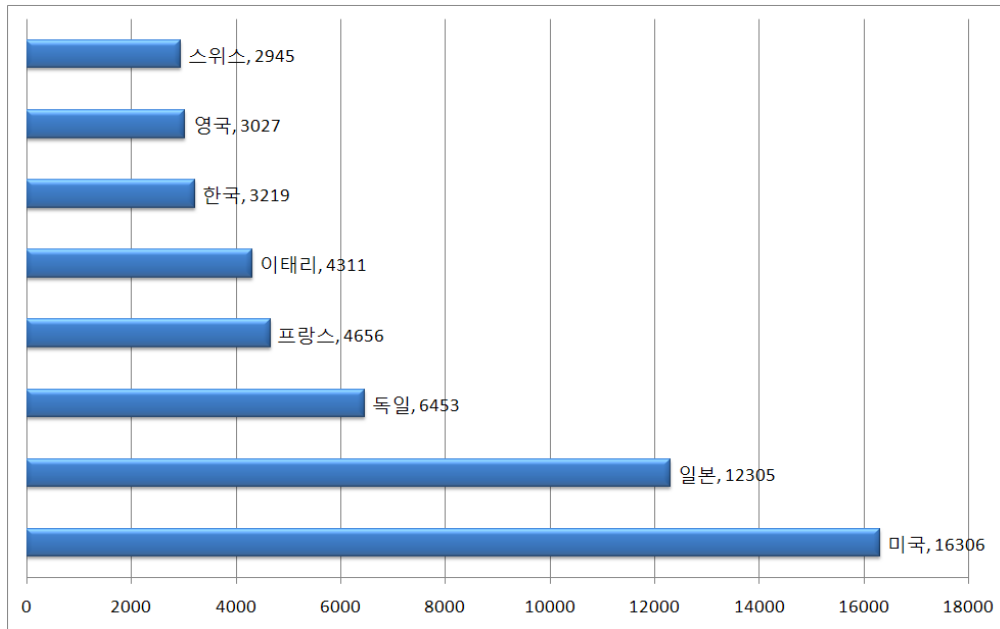
[표 2.5-2] WTO가입 이후 상표출원 현황

년도	2001년	2002년	2003년	2004년	2005년	2006년
총건수	270,417	371,936	452,095	587,925	664,017	766,319
국내	229,775	321,034	405,620	527,591	593,382	669,276
국외	40,642	50,902	46,475	60,334	70,635	97,043

※ 출처: 중국지식재산권보호망, 발췌정리

## 3) 주요국의 출원 현황

중국의 상표출원에 있어서 1위 국가는 미국으로, 2005년 기준으로 16,306건이다. 일본은 12,305건으로 2위, 독일은 6,453건으로 3위이며, 한국은 프랑스, 이태리에 이어 3,219건으로 6위 상표출원국이다.



[그림 2.5-3] 2006년 주요국의 상표출원 현황

[표 2.5-3] 최근 3년간 주요국의 상표출원 현황

구분	2003			2004			2005		
	출원	마드 리드	합계	출원	마드 리드	합계	출원	마드 리드	합계
미국	10,183		10,183	12,675	668	13,343	15,265	1,041	16,306
일본	9,256	317	9,573	11,355	590	11,945	11,708	597	12,305
독일	1,576	3,168	4,744	2,170	3,791	5,961	25,53	3,900	6,453
프랑스	1,053	2,166	3,219	1,597	2,218	3,815	1,708	2,948	4,656
이태리	890	1,530	2,420	1,794	1,959	3,753	2,038	2,273	4,311
한국	1,662	6	1,668	2,784	72	2,856	3,137	82	3,219
영국	1,632	457	2,089	1,981	582	2,563	2,382	645	3,027
스위스	767	1,877	2,644	680	1,283	1,963	795	2,150	2,945

※ 출처: 중국지식재산권보호망, 발췌정리

## 4) 2006년 출원 및 등록 현황

2006년 1년 동안 상표국이 처리한 각종 출원, 등록, 취소 현황을 살펴보면 다음 표와 같다.

[표 2.5-4] 2006년 상표 출원 및 등록 현황

구 분	국내	국외		합계
		국가출원/등록	마드리드출원등록	
상표출원	669,276	56,840	40,203	766,319
상표갱신출원	40,040	12,645	1,759	54,444
상표이의신청	12,128	4,606	145	16,879
상표변경신청	52,294	14,009	3,361	69,664
상표양도신청	52,198	7,567	1,933	61,698
상표말소신청	3,111	549	1,327	7,806
상표취소신청	1,733	1,086		
허가계약신고신청	15,690			15,690
상표등록	228,814	25,254	21,573	275641
상표심사결정	183,576		21,573	205149
상표거절	100,854		7,052	107906
상표변경등록	46,512		2,854	49366
상표양도등록	44,708		1,604	46312
상표연장등록	41,394		1,647	43041
상표말소등록	51,656	5,827	968	59,818
상표취소등록	840	527		
허가계약신고처리	17,983			17,983
상표등록증재발행	3,265			3,265

※ 출처: 중국 지식재산권년감, 2007

## 2.5.2 상표법의 개요

## 1) 상표법 목적

상표법 제1조는 상표법의 목적을 규정하고 있는바, 그 목적은 상표관리를 강화하고, 상표 전용권을 보호하며, 제조사 및 경영자에게 상품과 서비스의 품질의 보증을 촉진하고, 상표의

신용, 명예를 유지 보호하며, 소비자와 생산자, 경영자의 이익을 보장하여, 사회주의 시장 경제의 발전을 촉진하는데 있다.

## 2) 등록상표

### (1) 일반사항

등록상표는 상표국의 심사확인(核准)을 거쳐서 등록된 상표이며, 상표등록자는 상표전용권을 가진다.

상표법 제8조의 규정에 따라 자연인, 법인 또는 그 외의 조직의 상품을 타인의 상품과 구별하게 하는 문자, 도형, 알파벳, 숫자, 입체적 형상 및 색채의 조합, 및 이들 요소의 조합을 포함한 시각적 표장은, 상표로서 등록출원할 수 있다. 등록출원하는 상표는 현저한 특징을 가지며, 용이하게 식별할 수 있는 것이어야 하는 한편, 타인이 먼저 취득한 합법적 권리와 저촉되어서는 안 된다.

상표등록자는 등록상표 또는 등록표장 기호를 표기할 권리를 가진다. 등록상표를 사용할 때에는, 상품, 상품 포장, 설명서 또는 그 외의 부수물상에 등록상표의 문자 또는 등록 표장 기호를 표시해야 한다. 등록표장 기호에는 “®” 및 “™”을 포함한다.

### (2) 상품상표 및 서비스상표

등록상표에는, 상품상표 및 서비스상표(服務商標)가 있다. 상표법 제4조 제1항의 규정에 의하면, 자연인, 법인 또는 그 외의 조직은, 그 생산, 제조, 가공, 선정 또는 판매하는 상품에 대해 상표전용권을 취득할 필요가 있을 때에는, 상표국에 상품상표 등록을 출원해야 한다. 자연인, 법인 또는 그 외의 조직은 그 제공하는 서비스 항목에 대해서, 상표전용권을 취득할 필요가 있을 때에는, 상표국에 서비스상표등록을 출원해야만 한다. 상표법 및 상표법 실시조례의 상품상표에 관한 규정은 서비스상표에 적용된다.

### (3) 상표의 사용·등록이 금지되는 경우

#### i. 상표의 사용이 금지되는 경우

상표법 제10조 제1항은 다음에 열거된 표장에 대하여 상표로서 사용하는 것을 금지한다고 규정하고 있다.

- ① 중화인민공화국의 국명, 국기, 국장, 군기, 훈장과 동일 또는 유사한 것 및 중앙국가 기관 소재지의 특정 지명 또는 표장적인 건축물의 명칭, 도형과 동일한 것.
- ② 외국의 국명, 국기, 국장, 군기와 동일 또는 유사한 것. 단, 해당 국가가 동의하는 경우는 그렇지 아니하다.
- ③ 각국 정부로 이루어진 국제 조직의 명칭, 깃발, 휘장과 동일 또는 유사한 것. 단, 해당 조직이 동의하거나, 또는 공중에 오인을 용이하게 야기하지 않는 경우는 그렇지 아니하다.
- ④ 규제용 또는 보증용의 정부 표장 또는 검사인과 동일 또는 유사한 것. 단, 권한이 주어지지 않은 경우는 그렇지 않다.
- ⑤ “적십자”, “적신월”의 명칭, 표장과 동일 또는 유사한 것.
- ⑥ 민족을 차별하는 성질을 띤 것.
- ⑦ 과도하게 선전하는 한편, 사기성을 띤 것.
- ⑧ 사회주의 도덕, 풍습에 해가 되거나 또는 그 외의 악영향을 미치는 것.

또한 상표법 제10조 제2항의 규정에 따라, 현금 이상의 행정구획의 지명 또는 공지의 외국 지명은 상표로 해서는 안 된다. 단, 그 지명이 다른 의미를 포함하거나 또는 단체상표·증명상표의 구성부분인 경우는 그렇지 않다. 이미 등록된 지명을 사용하는 상표는 계속해서 유효하다.

## ii. 상표의 등록이 금지되는 경우

상표법 제11조 제1항은 다음에 열거된 표장에 대하여 상표로서 등록할 수 없다고 규정하고 있다.

- ① 그 상품의 통용 명칭, 도형, 모델번호만으로 되어 있는 것.
- ② 단지 상품의 품질, 주요 원료, 효능, 용도, 중량, 수량 및 그 외의 특징만을 직접 표시한 것.
- ③ 현저한 특징이 부족한 것.

위에서 열거된 표장이더라도 사용에 의해 현저한 특징을 획득하여 식별하기 쉬운 것이 되었을 때에는 상표로서 등록할 수 있다.

### iii. 입체표장으로 상표 등록이 금지되는 경우

상표법 제12조의 규정에 의하면 입체표장으로 상표 등록을 출원하는 경우, 상품 자체의 성질에 의해 발생하는 형상, 기술적 효과를 얻기 위해 불가결한 상품 형상 또는 상품에 실질적인 가치를 부여하기 위한 형상은 등록할 수 없다.

#### (4) 단체상표 및 증명상표

상표법 제3조 제1항은 등록상표에는 단체상표 및 증명상표가 포함된다고 규정하고 있다. ‘단체상표’란 단체, 협회 또는 그 외의 조직 명의로 등록하여 그 조직 구성원의 상업활동의 사용에 제공하고, 사용자의 해당 조직에 있어서의 구성원 자격을 표시하는 표장을 말한다. ‘증명상표’란 특정의 상품 또는 서비스에 대해서 감독능력을 가지는 조직이 관리하고 있고, 해당 조직 이외의 단위 또는 개인이 그 상품 또는 서비스에 대해 사용하며, 해당 상품 또는 서비스의 원산지, 원료, 제조방법, 품질 또는 그 외의 특별한 품질을 증명하는 표장을 말한다. 단체상표 및 증명상표의 등록 및 관리에 관한 특별한 사항에 대해서는 ‘단체상표 및 증명상표의 등록 및 관리규칙’이 별도로 제정되어 있다.

#### (5) 지리표시

상표법 제16조는 지리표시에 대하여 규정하고 있는데, ‘지리표시’란 어느 상품이 있는 지역을 산지로 하여 해당 상품의 특정의 품질, 신맛 또는 그 외의 특징이 주로 동 지역의 자연적 요소 또는 인문적 요소에 의해서 결정되고 있는 것을 나타내는 표시를 가리킨다. 상표에 상품의 지리표시가 포함되어 있으나 해당 상품이 그 표지가 표시하는 지역에 근원하지 않아 공중을 오인하게 하는 경우는 이를 등록하지 않는 한편, 그 사용을 금지한다. 단, 이미 선의에 의해 등록한 것은 계속 유효하다.

상표법 실시조례 제16조는 상표법 제6조에 의한 지리표시의 등록 및 사용에 대하여 자세히 규정하고 있다. 관련 실시조례에 따르면, 지리표시는 증명상표 또는 단체상표로서 등록을 출원할 수 있다. 이와 관련하여, ① 지리표시를 증명상표로서 등록했을 경우, 그 상품에 대해 해당 지리표시를 사용하는 조건에 합치하는 자연인, 법인 또는 그 외의 조직은 해당 증명 표장을 사용할 것을 요구할 수 있으며 해당 증명상표를 관리하는 조직은 이를 인정하여야 한다. ② 지리표시를 단체상표로서 등록한 경우에는 그 상품에 대해 해당 지리표시를 사용하는 조건에 합치하는 자연인, 법인 또는 그 외의 조직은 해당 지리표시를 단체상표로서

등록한 단체, 협회 또는 그 외의 조직에 참여하는 것을 요구할 수 있으며, 해당 단체, 협회 또는 그 외의 조직은 그 정관에 근거하여 회원으로 받아들여야 한다. 해당 지리표시를 단체 상표로서 등록한 단체, 협회 또는 그 외의 조직에 참여를 요구하지 않는 경우에도 정당하게 해당 지리표시를 사용할 수 있으며, 해당 단체, 협회 또는 그 외의 조직은 이를 금지할 권한이 없다. 외국인 또는 외국기업이 지리표시를 단체상표 및 증명상표로서 등록출원하는 경우에는 그 출원인은 해당 지리표시가 그 명의를 의해 그 본국에 있어서 법적보호를 받고 있는 취지의 증명을 제출해야 한다.

### 2.5.3 상표등록의 출원

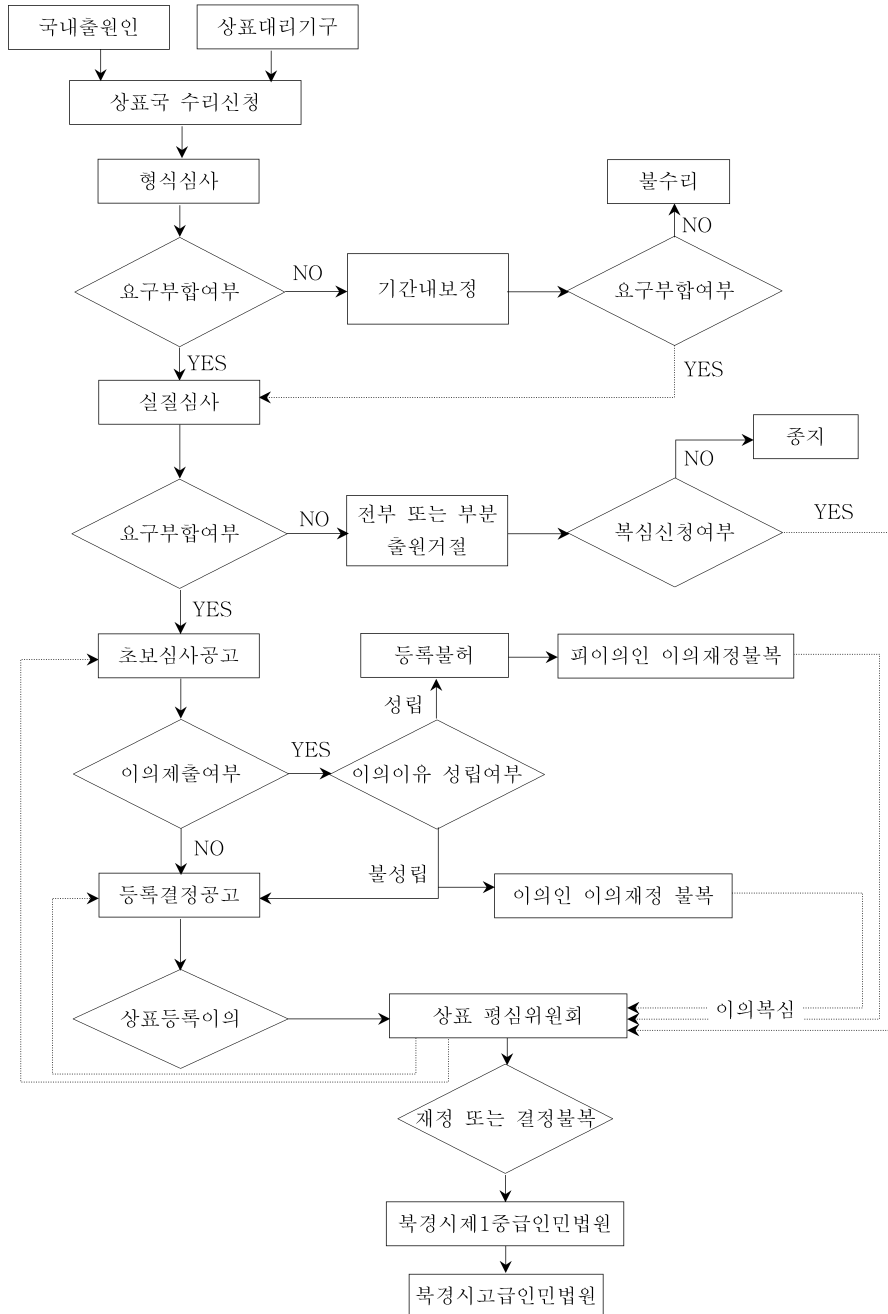
#### 1) 일반사항

상표등록을 출원하는 경우에는 규정된 상품 분류표에 따라 상표를 사용하는 상품류 및 상품명을 기입해야 한다. 상표등록 출원인이 동일 분류가 아닌 상품에 대해 동일 상표를 출원하는 경우는 상품분류표에 따라 등록출원을 해야 한다. 등록상표를 동일 분류의 기타 상품에 사용할 필요가 있는 경우에는 별도로 등록출원을 해야 한다. 상표등록출원 및 기타 상표 사무절차는 수수료를 납부해야 한다. 상표등록의 출원일은 상표국에 출원서류를 접수한 날이 기준이 된다.

출원절차가 기본적으로 완비되고 출원서가 기본적으로 규정에 적합하지만 보정이 필요한 때는 상표국은 출원인에게 통지를 수령한 날로부터 30일 이내에 지정된 내용에 따라 보정하여 상표국에 제출하게 한다. 규정기간 내에 보정하여 상표국에 제출했을 때에는 출원일을 유지하게 된다. 규정 기간이 만료해도 보정하지 않을 때에는 출원을 포기한 것으로 간주하여 상표국은 서면으로 출원인에게 통지해야 한다.

등록상표의 표장을 변경할 필요가 있는 경우에는 새로이 등록출원을 해야 한다. 등록상표의 등록자 명의, 소재지 또는 기타 등록사항을 변경할 필요가 있는 경우에는 변경신청을 해야 한다. 출원인이 그 상표 등록출원을 양도하는 경우, 상표국에 양도수속을 처리해야 한다. 2 이상의 자연인, 법인 또는 기타 조직은 상표국에 공동으로 동일상표 등록을 출원해 해당 상표전용권을 공동으로 향유하고 행사할 수 있다.



[그림 2.5-4] 중국의 상표출원 절차의 개요도<sup>11)</sup>

11) 中国知识产权保护手册, 知识产权出版社, 2007. 5., p 79.

## 2) 모인출원

상표법 제15조 규정에 의하면, 권리를 받지 못한 대리인 또는 대표자가 자기 명의로 피대리인 또는 피대표자의 상표를 출원하여 피대리인 또는 피대표자가 이의를 제기했을 경우에는 그것을 등록하지 않고 사용을 금지한다.

상표의 등록출원은 타인의 기존 권리를 침해해서는 안 된다. '타인의 기존 권리'란 예컨대 성명권, 초상권, 저작권, 디자인권 및 기업명칭권 등과 같이 타인의 합법적인 민사상의 권리를 가리킨다. 타인이 이미 사용하고 있는 일정한 영향력을 지닌 상표를 부정한 수단으로 먼저 등록해서는 안 된다.

## 3) 외국인의 상표등록출원

외국인 또는 외국기업이 중국에서 상표등록을 출원하는 경우에는 그 소속국과 중국이 체결한 협정 또는 함께 가입한 국제조약에 의해 처리하거나 또는 상호주의의 원칙에 따라 처리해야 한다.

외국인 또는 외국기업이 중국에서 상표등록을 출원하여 기타 상표와 관련된 사항을 처리하는 경우에는 국가가 인가한 상표 대리자격을 지닌 대리조직에 위탁해야 한다. 여기에서 '외국인 또는 외국기업'이란 중국에 상주하는 주소 또는 영업소가 없는 외국인 또는 외국기업을 가리킨다.

## 4) 우선권

상표법 제24조의 규정에 따라, 상표등록출원인은 그 상표를 외국에서 최초로 등록출원한 날로부터 6개월 이내에 중국에서 동일상품에 대해 동일한 상표등록출원을 제출하는 경우에는 그 국가가 중국과 체결한 약정 또는 함께 가입한 국제조약, 또는 상호 승인한 우선권원칙에 따라 우선권을 누릴 수 있다. 상기에 따라 우선권을 주장하는 경우에는 상표등록출원 시에 서면에 의한 성명을 제출하고, 3개월 이내에 최초로 제출한 상표등록출원의 원서부분을 제출해야 한다. 서면에 의한 성명을 제출하지 않는 경우 또는 기간 내에 상표등록출원의 원서 부분을 제출하지 않는 경우에는 우선권을 주장하지 않는 것으로 간주된다.

상표법 제25조의 규정에 따라 상표가 중국 정부가 주최 또는 승인한 국제전시회에 전시된 상품에 처음으로 사용되었을 경우, 해당 상품이 전시된 날로부터 6개월간은 해당 상표의 출

원인은 우선권을 가질 수 있다. 상기에 따라 우선권을 주장하여 상표등록을 출원할 때에는 서면에 의한 성명을 제출하고, 3개월 이내에 해당 상품이 전시된 전시회의 명칭, 전시된 상품에 해당 상표를 사용한 증거, 전시일 등의 증명서류를 제출해야 한다. 서면에 의한 성명을 제출하지 않는 경우나 기간이 지나도 증명서류를 제출하지 않는 경우에는 우선권을 주장하지 않는 것으로 간주된다.

### 5) 국제등록출원

상표의 국제등록은 중국이 가입한 관련 국제조약에 따라 실시하며, 구체적인 규칙은 국무원 공상행정관리부문이 제정하는 것으로 되어 있다. 이 규정에 의거하여 제정된 것이 ‘마드리드협정 및 그 의정서에 의거하는 상표국제등록실시규칙’이며, ‘표장의 국제등록에 관한 마드리드협정’ 및 ‘표장의 국제등록에 관한 마드리드협정에 대한 의정서’ 및 ‘표장의 국제등록에 관한 마드리드협정 및 이 협정의 의정서에 대한 공동실시세칙’ 규정에 따라 실시하는 상표의 국제등록 출원절차, 출원자격, 납부비용, 사용언어, 제출문서 방식, 이의제기, 영역지정, 출원거절 등에 대해 구체적인 규정을 두고 있다.

## 2.5.4 상표등록의 심사 및 확인

### 1) 상표등록의 심사

#### (1) 일반사항

**상표법 제27조**의 규정에 따라 등록출원된 상표가 상표법의 관련 규정과 일치하는 경우 상표국은 초보심사결정(初步審定)을 하여 공고한다. 등록출원된 상표가 상표법의 관련 규정과 일치하지 않는 경우, 타인이 이미 동일 상품 또는 유사상품에 등록한 경우, 초보심사결정이 이루어진 상표와 동일 혹은 유사한 경우, 상표국은 출원을 거절하고 이를 공고하지 않는다.

**상표법 제36조**의 규정에 따라 상표의 등록출원인 또는 등록자는 상표의 출원문서 또는 등록문서에 분명한 오류가 있음을 발견했을 경우 정정을 요구할 수 있다. 그러나 상표의 출원문서 또는 등록문서의 실질적인 내용에 관련된 것은 안 된다. 상표국은 법률에 의거하여 직권 범위 내에서 이를 정정하고 당사자에게 통지한다.

## (2) 선원주의

중국의 상표법은 선원주의를 채택하고 있다. 상표법 제29조의 규정에 따라 2명 또는 2명 이상의 상표등록 출원인이 동일상품 또는 유사상품에 대해 동일 또는 유사상표 등록출원을 했을 경우 먼저 출원된 상표에 대해 초보심사결정을 하고 공고한다. 같은 날 출원의 경우에는 먼저 사용된 상표에 대해 초보심사결정을 하고 공고한다. 그 외의 자의 출원은 거절하고 이를 공고하지 않는다.

## (3) 이의제기

**상표법 제30조**의 규정에 따라 초보심사결정한 상표에 대해서는 공고가 있던 날로부터 3개월 이내에 누구든지 이의를 제기할 수 있다. 공고기한이 만료해도 이의제기가 없었던 경우에는 등록을 심사, 확인하여 상표등록증을 발급하고 공고한다.

초보심사결정을 하고 공고한 상표에 대하여 이의제기가 있는 경우, 상표국은 이의제기인 및 피신청인으로부터 사실 및 이유를 청취하여 조사를 통해 사실을 확인한 후에 결정을 내려야 한다. 당사자는 불복이 있는 경우에는 통지를 수령한 날로부터 15일 이내에 상표평심위원회에 복심을 제기할 수 있다. 상표평심위원회는 재정을 실시하여 이의제기인 및 피신청인에게 서면으로 통지한다. 상표평심위원회의 재정에 불복하는 경우 당사자는 통지를 수령한 날로부터 30일 이내에 인민법원에 제소할 수 있다. 인민법원은 상표평심절차의 상대방 당사자에게 제3자로서 소송에 참가하는 취지의 통지를 보내야 한다.

## (4) 출원거절에 대한 불복제기

출원을 거절하여 공고하지 않는 상표에 대해 상표국은 상표등록출원인에게 서면으로 통지해야 한다. 상표등록출원인은 불복하는 경우, 통지를 수령한 날로부터 15일 이내에 상표평심위원회에 복심을 제기할 수 있다. 상표평심위원회는 결정을 내려 출원인에게 서면으로 통지한다. 당사자는 상표평심위원회의 결정에 불복이 있는 경우에는 통지를 수령한 날로부터 30일 이내에 인민법원에 제소할 수 있다.

## 2) 상표등록의 심사 확인

당사자가 법정기한 내에 상표국이 행한 재정에 대해 복심을 청구하지 않거나 또는 상표평심위원회가 행한 재정에 대해 인민법원에 제소하지 않는 경우에는 재정은 효력을 발생한다.

이의가 성립하지 않는다고 결정되었을 경우에는 심사 확인 후에 등록을 하고, 상표등록증을 발급하고 공고한다. 이의가 성립한다고 결정되었을 경우에는 심사 확인 후에 등록을 하지 않는다. 이의가 일부 지정상품에 있어서 성립하는 경우, 그 일부 지정상품의 상표등록출원은 심사 확인을 하지 않는다.

이의가 성립하지 않는다고 결정되어 심사 확인 후에 등록한 경우, 상표등록 출원인의 상표전용권 취득기간은 초보심사결정의 3개월 공고기간이 만료한 날부터 기산한다.

이의가 제기된 상표에 대해 이의제기의 재정이 효력을 발생하기 전에 이미 등록의 공고가 발행된 경우 원래의 등록 공고는 취소하고, 이의 재정을 거쳐 심사확인 후에 등록한 상표를 재공고한다.

이의제기의 재정을 거쳐 심사확인 후에 등록된 상표는 해당 상표의 이의제기 기간이 만료한 날로부터 이의제기의 재정이 발효할 때까지는 타인이 동일상품 또는 유사상품에 해당 상표와 동일 또는 유사한 표장을 사용하는 행위에 대해서 소급력을 가지지 않는다. 단, 해당 사용자의 악의에 의해 상표등록자에게 손실을 초래한 경우에는 배상해야 한다.

### 2.5.5 등록상표의 존속기간, 양도, 사용허가 및 질권의 설정

#### 1) 등록상표의 존속기간·갱신

**상표법 제37조**의 규정에 따라 등록상표의 존속기간은 10년으로 하며, 등록일로부터 기산한다. 등록상표의 유효기간이 만료하여 계속 사용할 필요가 있는 경우에는 기간 만료 전 6개월 이내에 갱신(續展)등록을 신청해야 한다. 이 기간에 신청할 수 없는 경우는 6개월의 연장기간(寬展期)을 부여할 수 있다. 연장기간이 지나도 신청하지 않는 경우 등록상표는 말소된다. 갱신등록의 존속기간은 매회 10년으로 한다. 갱신등록은 심사확인을 거쳐서 공고된다.

#### 2) 등록상표의 양도

등록상표를 양도하는 경우 양도인과 양수인은 양도계약을 체결하여 공동으로 상표국에 신청을 해야 한다. 양수인은 사용하는 해당 등록상표의 상품의 품질을 보증해야 한다. 등록상표의 양도는 심사확인을 거쳐 공고한다. 양수인은 공고일로부터 상표전용권을 가진다.

등록상표를 양도할 때는 상표등록자는 동일 또는 유사 상품에 등록한 동일 또는 유사상표를 반드시 일괄적으로 양도하여야 한다. 일괄적으로 양도하지 않는 경우는 상표국이 통지하

여 기한을 정하고 시정토록 한다. 기간이 만료되어도 시정하지 않는 경우는 해당 등록상표의 양도신청을 포기한 것으로 간주하고 상표국은 서면으로 신청자에게 통지해야 한다. 오인, 혼란 또는 기타 나쁜 영향이 생길 우려가 있는 등록상표의 양도신청에 대해서 상표국은 심사확인하지 않고, 서면으로 신청자에게 통지하고 또한 이유를 설명한다.

### 3) 등록상표의 사용허가

**상표법 제40조** 제1항의 규정에 따라 상표등록자는 상표사용허가계약의 체결에 의해서 타인이 해당 등록상표를 사용하는 것을 허가할 수 있다. 관련 사법해석의 규정에 따르면, 상표사용허가는 독점사용허가, 배타사용허가, 보통사용허가의 3종류가 포함된다.

독점사용허가는 상표등록자가 약정기간 및 지역, 그리고 약정방식에 따라 해당 등록상표를 1인의 피허가자에게만 사용을 허가하며, 상표등록자는 약정에 따라 해당 등록상표를 사용할 수 없는 허가를 말한다.

배타사용허가는 상표등록자가 약정기간 및 지역, 그리고 약정방식에 따라 해당 등록상표를 1인의 피허가자에게만 사용을 허가하며 상표등록자는 약정에 따라 해당등록상표를 사용할 수 있으나 제3자는 해당 등록상표를 사용할 수 없는 허가를 말한다.

보통사용허가는 상표등록자가 약정기간 및 지역, 그리고 약정방식에 따라 해당 등록상표에 대하여 타인의 사용을 허가하고, 동시에 상표등록자 또한 스스로 해당 등록상표를 사용하며, 제3자에게도 그 등록상표의 사용을 허가할 수 있는 허가를 말한다.

**상표법 제40조** 제1항의 규정에 의하여, 허가자는 피허가자가 해당 등록상표를 사용하는 상품의 품질을 감독해야 하며, 피허가자는 해당 등록상표를 사용하는 상품의 품질을 보증해야 한다. 허가를 거쳐 타인의 등록상표를 사용하는 경우는 해당 등록상표를 사용하는 상품에 피허가자의 명칭 및 상품의 원산지를 명시해야 한다. 해당 규정을 위반했을 경우 공상행정관리부문이 기한을 정하고 시정을 명한다. 기한을 초과하고도 시정하지 않는 경우는 그 상표표장을 몰수한다. 상표표장을 상품으로부터 분리하기 어려울 때는 일괄 몰수하여 폐기한다.

상표사용허가계약은 상표국에 신고해야 한다. 타인에게 그 등록상표의 사용을 허가한 경우 허가자는 상표사용허가계약의 체결일로부터 3개월 이내에 계약의 부분을 상표국에 신고해야 한다.

#### 4) 상표전용권에 대한 질권의 설정

담보법 제75조 제3호의 규정에 의하면, 법에 의거하여 양도할 수 있는 상표전용권에는 질권을 설정할 수 있다. 법에 의거하여 양도할 수 있는 상표전용권에 질권을 설정할 경우, 질권설정자와 질권자는 서면계약을 체결한 후, 이를 관리하는 부문에 질권설정을 등록해야 한다. 질권설정계약은 등록일로부터 효력이 발생한다.

법에 따라 양도할 수 있는 상표전용권에 질권이 설정된 후 질권설정자는 이를 양도하거나 이것의 사용을 타인에게 허가해서는 안 되지만 질권설정자와 질권자가 협의하여 합의했을 경우에는 이를 양도 또는 이것의 사용을 타인에게 허가할 수 있다. 질권설정자가 얻은 양도대금·허가료에 대해서는 질권자에 대한 피담보 채권의 사전변제에 이용하거나 또는 질권설정자와 약정한 제3자에게 공탁하여야 한다.

### 2.5.6 등록상표 분쟁의 재정

#### 1) 등록상표 취소 재정의 제기 사유

상표법 제41조 제1항의 규정에 따라 이미 등록된 상표가 상표법 제10조(상표사용이 금지된 표장), 제11조(상표등록이 금지된 상표), 제12조(입체적 표장으로서의 등록이 금지된 경우) 규정에 위배되거나 기만수단 또는 기타 부정한 수단으로 등록을 취득한 경우에는 상표국이 그 등록상표를 취소한다. 그 외 단위 또는 개인은 상표평심위원회에 그 등록상표의 취소재정을 제기할 수 있다.

이미 등록된 상표가 상표법 제13조(저명상표), 제15조(무권대리인 등에 의한 모인출원) 제16조(지리적 표지), 제31조(타인권리의 선등록)의 규정을 위배한 경우에는 상표등록일로부터 5년 내에 상표소유자 또는 이해관계인은 상표평심위원회에 그 등록상표를 취소하는 재정을 청구할 수 있다. 악의에 의한 등록을 한 자에 대하여 저명상표 소유자는 5년의 기간제한을 받지 않는다.

상기 상황 이외에 이미 등록된 상표에 관하여 분쟁이 발생한 경우 즉, 먼저 등록을 출원한 상표와 타인이 나중에 등록을 출원한 상표가 표장 및 지정상품에 있어서 서로 동일 또는 유사하다고 인식되는 경우에 상표 등록일로부터 5년 이내에 상표소유자 또는 이해관계인은 상표평심위원회에 그 등록상표의 취소재정을 제기할 수 있다. 등록되기 전에 이의신청이 제출되어 재정을 거친 상표에 대해서는 동일한 사실 및 이유로 재정을 다시 제기할 수 없다.

## 2) 등록상표 취소재정의 절차

상표평심위원회는 재정신청을 접수한 후 관련 당사자에게 기간 내 답변을 제출하도록 통지해야 한다. 상표평심위원회는 신청서를 접수한 후 심사를 거쳐 수리조건에 부합되는 경우는 이를 수리한다. 수리조건에 부합되지 않는 경우는 이를 수리하지 않고 서면으로 신청인에게 통지하여 이유를 설명한다. 보정을 필요로 하는 경우는 신청인에 통지하고 통지를 받은 날로부터 30일 이내에 보정하게 한다. 보정을 해도 규정에 부합되지 않는 경우, 상표평심위원회는 이를 수리하지 않고 서면으로 신청인에게 통지하고 이유를 설명한다. 기간이 만료해도 보정하지 않는 경우는 제기를 취하한 것으로 간주하여 상표평심위원회는 서면으로서 신청인에게 통지해야 한다.

상표평심위원회는 상표평심신청을 수리한 후에 수리조건에 부합되지 않음을 발견한 경우에는 이를 거절하고 신청인에게 통지해 이유를 설명한다. 상표평심위원회는 상표평심신청을 수리한 후에는 신속하게 제기서의 부분을 상대측 당사자에 송부하여 제기서 부분을 수령한 날로부터 30일 이내에 답변토록 해야 한다. 기간이 만료해도 답변하지 않는 경우라도 상표평심위원회의 평심에는 영향을 주지 않는다.

당사자가 심사신청 또는 답변을 제출한 후에 관련 증거자료를 보충할 필요가 있는 경우에는 신청서 또는 답변서에 석명하여야 하며, 신청서 또는 답변서를 제출한 날로부터 3개월 이내에 제출해야 한다. 기간이 만료하더라도 제출하지 않는 경우는 관련 증거정보의 보충을 포기한 것으로 간주한다.

상표평심위원회는 당사자의 청구 또는 실제적인 필요에 근거하여 평심신청에 대해 공개평심을 결정할 수 있다. 상표평심위원회는 평심신청에 대한 공개평심을 결정한 경우에는 공개평심 15일 전까지 서면으로서 당사자에 통지해 공개평심의 일자, 장소 및 평심위원을 고지하여야 한다. 당사자는 통지서에 지정된 기간 내에 회답하여야 한다. 신청인이 답변하지 않거나 공개평심에도 참가하지 않는 경우 그 평심신청은 취하된 것으로 간주한다. 피신청인이 답변하지 않거나 공개평심에도 참가하지 않는 경우 상표평심위원회는 결석평심을 실시할 수 있다.

신청인은 상표평심위원회가 결정 또는 재정을 하기 전에 신청의 취하를 요구하는 경우에는 서면으로 상표평심위원회에 대해서 이유를 설명하고 취하할 수 있다. 신청을 취하하면 평심절차는 종료된다.

신청인은 상표평심신청을 취하한 경우 동일한 사실 또는 이유에 의해 재차 평심신청을 제



출할 수 없다. 상표평심위원회가 상표평심신청에 대해 이미 재정 또는 결정을 행한 경우에는 어떤 자도 동일한 사실 또는 이유에 의해 평심신청을 재차 제출할 수 없다. 상표평심위원회는 등록상표의 유지 또는 취소의 재정을 한 후 관련 당사자에게 서면으로 통지해야 한다.

**상표법 제43조** 제2항의 규정에 따라 당사자는 상표평심위원회의 재정에 불복하는 경우 통지를 받은 날로부터 30일 이내에 인민법원에 제소할 수 있다. 인민법원은 상표 재정 절차의 상대방 당사자에 제3자로서 소송에 참가하는 취지를 통지해야 한다.

### 3) 등록상표 취소 재정의 효과

취소된 등록상표의 상표전용권은 처음부터 존재하지 않았던 것으로 간주된다. 등록상표의 취소에 관한 결정 또는 재정은 취소 전에 인민법원이 행하고 이미 집행한 상표 권리침해사건의 판결 또는 재정, 공상행정관리부문이 행하고 이미 집행한 상표 권리침해사건의 처리결정 및 이미 이행된 상표의 양도 또는 사용허가계약에 대해서는 소급력이 없다. 다만 상표등록자의 악의에 의해 타인에게 손실을 초래하였을 경우에는 배상해야 한다.

## 2.5.7 상표 사용의 관리

### 1) 일반사항

상표법 및 상표법 실시조례에 말하는 ‘상표의 사용’이란 상표를 상품, 상품 포장 또는 용기 및 상품 처리 문서 위에 이용하거나 상표를 광고·선전, 전시 및 기타 상업활동에 이용하는 것을 포함한다. 상표 사용자는 그 상표를 사용하는 상품의 품질에 대하여 책임을 져야 한다. 각 급의 공상행정관리부문은 상표관리를 통해서 소비자를 기만하는 행위를 제지해야 한다.

### 2) 등록상표의 무단변경·양도·사용정지

**상표법 제44조**의 규정에 의하면, 등록상표의 사용에 있어서 다음에 열거된 행위의 어느 하나에 해당하는 경우에는 상표국은 기한을 정하여 시정을 명하거나 그 등록상표를 취소한다.

- ① 무단으로 등록상표를 변경한 경우.
- ② 무단으로 등록상표의 등록자의 명의, 소재지 또는 그 외의 등록사항을 변경한 경우.
- ③ 무단으로 등록상표를 양도한 경우.
- ④ 연속 3년간 사용을 정지한 경우.

**제44조 제1호 내지 제3호**의 어느 하나에 해당 하는 경우에는 공상행정관리부문은 상표등록자에게 기한을 정하여 시정을 명한다. 시정을 거부하는 경우에는 상표국에 그 등록상표의 취소를 요청한다.

**제44조 제4호**의 행위에 해당하는 경우에는 누구든지 상표국에 해당 등록상표의 취소를 청구할 수 있으며 관계 상황을 설명할 수 있다. 상표국은 상표등록자에게 통지를 받은 날로부터 2개월 이내에 그 상표가 취소신청이 제출되기 전에 사용한 증거정보를 제공하도록 하거나 사용하지 않은 정당한 이유를 제출하도록 통지하여야 한다. 기간 내에 사용한 증거정보를 제출하지 않거나 증거자료가 무효이거나 정당한 이유가 없는 때에는 상표국은 그 등록상표를 취소한다. 상기의 '사용한 증거자료'는 상표등록자가 등록상표를 사용한 증거자료 및 상표등록자가 타인에게 상표의 사용을 허가한 증거정보를 포함한다.

### 3) 등록상표를 이용한 소비자기만 등

등록상표를 사용함에 있어서 그 상품을 조작하게 제조하여 품질을 속이고 소비자를 기만했을 경우는 각급의 공상행정관리부문이 각각의 상황에 따라 기한을 정하여 시정을 명하고, 해당 사항을 통보하거나 과태료를 부과하거나, 상표국이 그 등록상표를 취소한다. 상기에 따라서 과태료를 부과하는 경우의 금액은 불법경영액의 20% 이하 또는 불법이익의 2배 이하로 정하고 있다.

### 4) 등록상표의 취소의 효과

취소된 등록상표는 상표국이 이를 공고한다. 해당 등록상표전용권은 상표국이 취소결정을 행한 날부터 소멸한다. 상표국 및 상표평심위원회가 등록상표를 취소함에 있어서 취소의 이유가 일부 지정상품에만 미칠 때에는 해당 일부 지정상품에 사용하는 상표등록이 취소된다.

등록상표가 취소되었거나 또는 기간만료 후에도 갱신하지 않는 경우에는 취소 또는 말소

한 날로부터 1년 내에 상표국은 그 상표와 동일 또는 유사한 상표등록출원에 대해서 등록을 심사확인하지 않는다.

#### 5) 상표등록자의 사망 및 종료

상표등록자가 사망하였거나 종료한 경우, 사망일 또는 종료일로부터 1년이 만료하고 해당 등록상표에 대하여 양도절차가 이루어지지 않을 때에는 누구든지 상표국에 해당 등록상표의 말소를 신청할 수 있다. 말소신청을 제출하는 경우에는 해당 상표등록자의 사망 또는 종료에 관한 증거를 제출해야 한다. 등록상표가 상표등록자의 사망 또는 종료로 말소되었을 경우 해당 등록상표전용권은 상표등록자의 사망일 또는 종료일부터 소멸한다.

#### 6) 상표등록출원 의무가 있는 상품

상표법 제6조에 따라 국가가 반드시 등록상표를 사용해야 한다고 정한 상품에 대해서는 반드시 상표등록을 출원해야만 한다. 등록하지 않은 경우는 시장에서 판매해서는 안 된다. 상기 규정을 위반한 경우에는 지방 공상행정관리부문은 기한을 정해 등록출원을 명령하고, 과태료를 함께 부과할 수 있다. 과태료를 부과하는 경우의 금액은 불법 경영액의 10% 이하로 정하고 있다.

#### 7) 미등록상표와 관련되는 부정행위

상표법 제48조의 규정에 의하여 미등록상표의 사용에 있어서 다음에 열거된 행위의 어느 하나에 해당하는 경우는 지방공상행정관리부문은 이를 제지하고 기한을 정하여 시정토록 하며 또한 통보를 하거나 과태료를 부과할 수 있다.

- ① 등록상표를 사칭하는 경우
- ② 상표법 제10조 규정(상표사용 금지표장)을 위반했을 경우
- ③ 조악하게 제조하여 품질을 속이고 소비자를 기만했을 경우

과태료를 부과하는 경우의 금액은 불법 경영액의 20% 이하 또는 불법이익의 2배 이하로 정하고 있다.

## 8) 불복신청

**상표법 제49조** 제1항의 규정에 따라 상표국의 등록상표 취소결정에 대하여 당사자에게 불복이 있는 경우는 통지를 받은 날로부터 15일 이내에 상표평심위원회에 복심을 청구할 수 있으며, 상표평심위원회는 결정을 내려 청구인에게 서면으로서 통지한다. 당사자는 상표평심위원회의 재정에 대하여 불복하는 경우에는 통지를 받은 날로부터 30일 이내에 인민법원에 제소할 수 있다.

공상행정관리부문이 상표법 제45조, 제47조 및 제48조 규정에 근거하여 행한 과태료의 결정에 대하여 당사자가 불복하는 경우에는 통지를 받은 날로부터 15일 이내에 인민법원에 제소할 수 있다. 기간 내에 당사자가 제소하지 않거나 이행하지 않을 경우, 관련 공상행정관리부문은 인민법원에 강제집행을 신청한다.

### 2.5.8 등록상표전용권의 침해

#### 1) 일반사항

등록상표전용권은 심사 확인 후 등록을 실시한 상표 및 사용을 지정한 상품에 한정한다. 등록상표에 포함되는 그 상품의 통용명칭, 도형, 모델번호 또는 상품의 품질, 주원료, 기능, 용도, 가중치, 수량 및 그 외의 특징을 직접 표시하거나 지명을 포함하는 경우에는 등록상표전용권자는 타인의 정당한 사용을 금지하는 권리를 가지지 않는다.

등록상표전용권에 대해서 양도 이외의 다른 사유에 의해 이전이 생길 경우 해당등록상표전용권의 이전을 받은 당사자는 관련 증명문서 또는 법률문서에 근거하여 상표국에서 등록상표전용권의 이전절차를 실시하여야 한다. 등록상표전용권을 이전하는 경우 등록상표전용권자는 동일상품 또는 유사상품에 대해 등록된 동일 또는 유사 상표에 대해 일괄하여 이전해야 한다. 일괄하여 이전하지 않는 경우 상표국은 지정기간 내에 시정하도록 통지한다. 기간이 만료하더라도 시정하지 않는 경우는 해당 등록상표 이전신청을 포기한 것으로 간주하여, 상표국은 서면으로서 신청자에게 통지해야 한다.

## 2) 등록상표전용권의 침해행위

### (1) 침해유형

상표법 제52조에 규정된 등록상표전용권의 침해행위는 다음과 같다.

- ① 상표등록자의 허가를 얻지 않고 동일상품 또는 유사상품에 해당 등록상표와 동일 또는 유사한 상표를 사용하는 경우
- ② 등록상표전용권을 침해하는 상품을 판매하는 경우
- ③ 타인의 등록상표 표장을 위조 또는 무단으로 제조하거나, 위조 또는 무단으로 제조한 타인의 등록상표 표장을 판매하는 경우
- ④ 상표등록자의 동의를 얻지 않고 해당등록상표를 바꾸고 또한 상표를 바꾼 상품을 시장에 투입하는 경우
- ⑤ 타인의 등록상표전용권에 기타 손해를 초래하는 경우

상표법 실시조례 제50조는 다음에 열거한 행위를 상표법 제52조 제5호에 해당하는 등록상표전용권의 침해행위로 규정하고 있다.

- ① 동일상품 또는 유사상품에 타인의 등록상표와 동일 또는 유사한 표장을 상품의 명칭 또는 상품의 장식에 이용하고 오인시키는 경우
- ② 고의로 타인의 등록상표전용권을 침해하는 행위를 위하여 창고, 운송, 우송, 은닉 등의 편의를 공여하는 경우

〈상표 민사분쟁사건 심리에 있어서 법률적용의 약간문제에 관한 해석〉 제1조는 다음에 열거한 행위를 상표법 제52조 제5호에 해당하는 등록상표전용권의 침해행위로 규정하고 있다.

- ① 타인의 등록상표와 동일 또는 유사한 문자를 기업의 자호(字號)로 하여 동일 상품 또는 유사 상품에 두드러지게 사용하고 용이하게 관련 공중을 오인시키는 경우
- ② 타인이 등록한 저명상표 또는 그 주요한 부분을 복제, 모방 또는 번역하여 동일 또는 유사하지 않는 상품에 상표로 사용함으로써 공중의 오인을 발생시켜 해당 저명상표의 등록자의 이익에 손해를 초래할 우려가 있는 경우

- ③ 타인의 등록상표와 동일 또는 유사한 문자를 도메인네임으로 등록하고 해당 도메인 네임으로 관련 상품을 거래하는 인터넷 비즈니스를 행하여 용이하게 관련 공중을 오인시키는 경우

## (2) 상표의 동일성 및 유사성

관련 사법해석의 규정에 따르면, 상표법 제52조 제1호에 규정된 ‘상표의 동일’이란 제소된 권리침해 상표와 원고의 등록상표를 비교했을 경우 양자간에 시각상 기본적으로 차이가 없는 경우를 말한다.

**상표법 제52조** 제1호에 규정된 ‘상표의 유사’란 제소된 권리침해 상표와 원고의 등록상표를 비교했을 경우 그 문자의 자형, 읽는 법, 의미 또는 도형의 구도 및 채색, 또는 각 요소가 조합된 결과로서의 전체 구도가 유사하고 또는 그 입체적 형상, 채색의 조합이 유사하여 관련 공중으로 하여금 상품의 출처에 대해 오인을 발생하게 하고 또는 그 출처와 원고의 등록 상표 상품에 특정한 관계가 있다고 오인케 하는 경우를 말한다.

## (3) 상품 및 서비스의 동일성 및 유사성

관련 사법해석의 규정에 따르면, 상표법 제52조 제1호에 규정된 ‘유사상품’이란 기능, 용도, 생산 부문, 판매경로 및 소비대상 등이 같은 상품 또는 관련 공중이 통상 거기에 특정한 관계가 존재한다고 생각하여 용이하게 혼동할 만한 상품을 말한다. ‘유사서비스’란 서비스의 목적, 내용, 방식 및 대상 등이 같은 서비스 또는 관련 공중이 통상 거기에 특정한 관계가 존재한다고 생각하여 용이하게 혼동할 만한 서비스를 말한다. ‘상품 및 서비스의 유사’란 상품과 서비스 사이에 특정한 관계가 존재하여 용이하게 관련 공중에 혼동을 발생시키는 것을 말한다.

인민법원은 동조 제1호의 규정에 따라 상품 또는 서비스가 유사한지 아닌지 여부를 인증하는 경우 상품 또는 서비스에 대한 관련 공중의 일반적 인식에 따라 종합적으로 판단해야 한다. ‘상표 등록용 상품 및 서비스의 국제 분류표’ 및 ‘유사 상품 및 서비스 구분표’는 유사한 상품 또는 서비스를 판단하는 참고로 삼을 수 있다.

## 전리법 개정 동향 및 개정내용

## 2.6

### 2.6.1 개정 동향

중국 전리법은 1985년 4월 1일 시행된 이래 2차례에 걸쳐 개정되었다. 1992년 9월에 중미(中美) 간 합의한 양해각서를 이행하기 위하여 제1차 개정되고, 2000년 8월에는 중국이 세계무역기구에 가입하기 위하여 제2차 개정되었다(현행법).

중국정부는 2005년 4월에 전리법 제3차 개정작업을 착수하였으며, 2006년 8월에는 “의견수렴원고(征求意见稿)”를 발표하여 관련 기관, 연구소, 민간단체 및 각 선진국 등의 의견을 수렴하였고, 이를 바탕으로 2007년 1월에 “심의원고(送审稿)”를 작성하였다.

현재 전리법 제3차 개정은 국무원의 2008년도 입법업무계획에 포함되어 있으며, 곧 전국 인민대표대회 상무위원회의 심의를 거쳐, 2009년도 상반기에 개정업무가 완료될 것으로 예상되고 있다.

### 2.6.2 개정 주요 내용

전리법 제3차 개정과 관련한 개정초안은 2006년 8월에 “의견수렴원고(征求意见稿)”의 형태로 대외에 공개되었으며, 이후 의견수렴 결과를 반영하여 2007년 1월에 “심의원고(送审稿)”가 작성되었으나 전문이 대외에 공식으로 공개되지는 않았다. 따라서 여기서는 “의견수렴원고(征求意见稿)”를 중심으로 주요한 개정 내용을 살펴보고자 한다. 볼드체는 개정 또는 추가된 내용이다.

#### 1) 개정초안 제1조(전리법 목적)

발명창조전리권을 보호하고, 발명창조를 장려하며, 발명창조의 이용을 조장하고, 과학기술의 진보와 창신을 촉진하며, 사회주의 현대화 및 **창신형 국가** 건설의 수요를 충족하기 위하여 이 법을 제정한다.

중국은 2005년 10월에 개최된 중국 공산당 16기 제5차 전체회의에서, 오는 2006년부터 2010년까지의 제11차 경제사회발전 5개년계획 기간동안, 국가발전전략의 일환으로 과학기술 향상에 총력을 기울이며, 이를 통하여 창신행(創新型) 국가를 건설한다는 방침을 제시하였다. 따라서 이번 개정안에서 국가전략목표의 하나인 ‘창신행 국가의 건설’을 전리법 지도 사상의 일부로 추가하였다.

## 2) 개정초안 제6조(직무발명 범위)

본 단위의 임무를 수행하거나 주로 본 단위의 **기술비밀**을 이용하여 완성한 발명창조는 직무발명창조이다.

주로 본 단위의 **기술비밀이외의 기타** 물질기술조건을 이용하여 완성한 발명창조는, 단위와 발명자 또는 설계자가 전리출원의 권리와 전리권의 귀속에 대하여 약정한 경우, 그 약정에 따른다. **약정이 없는 경우에는 그 발명창조는 비직무발명이다. 다만, 단위는 비독점 및 양도불가방식으로 그 발명창조를 실시할 권리를 향유한다.**

본 단위의 임무를 수행하거나 주로 본 단위의 기술비밀을 이용하여 완성한 발명창조를 직무발명창조로 규정하였다. 즉, 현행 전리법은 직무발명의 범위를 본 단위의 물질기술조건을 이용한 발명창조는 모두 직무발명으로 간주하였으나, 개정법에서는 본 단위의 ‘기술비밀’을 이용한 경우에만 직무발명으로 간주하였다. 동시에 비밀기술 이외의 기타물질조건을 이용한 비직무발명에 대하여 본 단위의 전리 실시권을 보장하였다.

## 3) 개정초안 제A1조(공유권리)

2이상의 단위 또는 개인이 전리출원권리, 전리출원권 및 전리권을 공유하는 경우, 아래에 열거된 행위는 별도의 약정이 있는 경우를 제외하고는 전체 공유자의 동의를 받아야 한다.

- (1) 전리출원권리의 양도 또는 전리출원권의 양도
- (2) 전리권의 양도 또는 질권
- (3) 타인전리실시허가

2 이상의 단위 또는 개인이 전리권을 공유하는 경우에는 별도의 약정이 있는 경우를 제외하고는 공유자는 누구나 단독으로 그 전리를 실시할 수 있다.



공유전리출원권 및 공유전리권의 행사에 대해서는 현행 전리법 및 그 실시세칙에는 규정이 없으며, 1987년 제정된 〈기술계약법〉 및 그 실시세칙의 관련 규정을 적용해 왔다. 중국은 1999년 통일된 〈계약법〉을 제정하고, 〈기술계약법〉을 동시에 폐지하였는데, 새로운 〈계약법〉에는 공유전리출원권 및 공유전리권의 행사에 대한 규정이 없다. 따라서 이번 개정안에 공유권리의 행사에 대하여 조항을 신설하게 되었다.

#### 4) 개정초안 제14조(국가투자연구개발사업의 전리출원권리 귀속)

국가투자의 과학연구사업을 담당하여 완성한 발명창조는 전리출원 권리는 과학연구사업의 담당단위에 속한다.

(생략)

과거에는 국가가 투자하는 과학연구사업에 있어서, 연구성과의 국가귀속을 너무 강조함으로써 담당단위의 책임과 권리가 불분명했을 뿐만 아니라 담당단위의 기술혁신 및 지식재산권의 보호에 대한 적극성에 영향을 미쳤다. 따라서 이 문제를 해결하기 위하여 현행 전리법 제14조에 상기 항을 신설함으로써 국가과학연구사업 담당단위가 연구성과 및 지식재산권을 단독으로 향유할 수 있도록 하였으며, 법에 따라 지식재산권의 실시·허가·양도 등을 자주적으로 결정하고, 상응하는 수익을 획득할 수 있도록 하였다.

#### 5) 개정초안 제19조(섭외대리기구 지정제도 폐지)

중국에 상주하는 거주지 또는 영업소가 없는 외국인·외국기업 또는 외국의 기타 조직이 중국에서 전리를 출원하고 기타 전리업무를 처리하고자 하는 경우에는 국무원전리행정부문이 **비준 설립**한 전리대리기구에 위임해서 처리하여야 한다.

중국의 단위 또는 개인이 국내에서 전리를 출원하고 기타 전리업무를 처리하고자 하는 경우에는 **국무원전리행정부문이 비준 설립**한 전리대리기구에 위임해서 처리할 수 있다.

(생략)

현행 전리법에는 중국출원인이 외국에 전리를 출원하는 경우 및 외국출원인이 중국에 전리출원하는 경우에는 모두 지정된 섭외대리기구를 통하여 대리하여야 한다고 규정하고 있

다. 이는 1984년 전리법이 통과될 당시, 전리제도가 중국에서 처음 실시되기 때문에 국내출원인이 중국 또는 외국에 전리출원하는 것을 편리하게 하기 위함이었다. 그러나 전리제도 및 전리사업의 지속적인 발전에 따라 대리업종 역시 나날이 성숙되었고 점차 많은 대리기구가 섭외대리업무의 능력을 갖추게 되었다. 따라서 양호한 공정경쟁의 환경을 조성하고, 전리대리기구의 업무능력을 가일층 제고하기 위하여 이번에 섭외대리의 규정을 취소하게 되었다. 즉, 외국출원인이 중국에 전리를 출원하는 경우, 지정된 섭외대리기구에 제한되지 않고 국가지식산업권이 지정한 대리기구 중 어느 하나에 위임하면 된다.

다른 한편으로는 국내출원인이 외국에 전리출원을 편리하게 하기 위함이다. 현행 전리법은 외국에 전리출원하는 경우 반드시 섭외대리기구에 위임하도록 규정하고 있다. 따라서 실질적으로 국내출원인이 외국에 전리출원하는 경우 현지의 대리기구에 위임하여 처리해야 하므로 이중적인 대리비용을 부담하였다. 물론 개인이나 중소기업과 같이 외국출원에 대하여 잘 모르는 경우, 능력을 갖춘 섭외대리기구에 위임하는 것이 일정한 장점도 있지만 외국에서 전리출원을 직접 처리할 능력이 있는 자는 출원인 자신이 국내 섭외대리기구에 위임할지 여부를 결정하도록 하였다.

#### 6) 개정초안 제22조(절대적 신규성 표준 도입)

전리권을 수여하는 발명과 실용신안은 신규성·창조성 및 실용성을 구비하여야 한다. 신규성은 **그 발명 또는 실용신안이 선행기술에 속하지 아니하며**, 또한 동일한 발명 또는 실용신안이 타인이 국무원전리행정부문에 출원을 제출하여 출원일 이후에 공개된 전리출원서류 또는 공고된 전리서류에 기재되어 있지 아니한 것을 가리킨다.

(생략)

**본 법에서 선행기술이라 함은 출원일 이전에 국내외에서 출판물을 통하여 공개 발표·공개 사용되거나 다른 방식으로 공중이 알고 있는 기술을 가리킨다.**

현행 전리법은 제22조 제2항은 신규성에 대하여 혼합형 표준을 채택하고 있다. 즉, 신규성을 판단함에 있어서, 선행기술의 종류에 따라 다른 지역범위를 규정하고 있다. 출판물 방식으로 공개한 선행기술의 범위는 국내외이고, 공개사용 또는 기타방식으로 공개한 선행기술의 범위는 국내에 한정된다. 전리법 제정 당시 이러한 규정을 채용한 이유는, 첫째 국외에서 발생한 사용, 판매 또는 구두공개행위에 대하여 증거를 취하는 것이 비교적 곤란하였고, 둘째 국외에서 비출판 방식의 공개가 있었으나 중국 내에서 아직 공개사용, 판매된 적이 없

는 기술 또는 설계에 대해서는 중국에 들여와 그 실시를 촉진하는 것이 경제 및 과학기술의 발전에 유리했기 때문이다. 그러나 경제의 글로벌화와 과학기술의 발전이 나날이 빨라지고 있고, 특히 네트워크 기술의 발달로 출판물 공개와 비출판물 공개간의 한계가 점점 모호해짐에 따라 이번 개정법에서 절대적 신규성 표준을 도입하게 되었다.

#### 7) 개정초안 제23조(디자인 전리권 수여조건)

전리권을 수여하는 디자인은 **선행설계에 속하지 아니하며, 동일한 디자인이 타인이 국무원전리 행정부문에 출원을 제출하여 출원일 이후에 공개된 전리출원서류에 기재되어 있지 아니하여야 하며, 또한 해당분야의 설계자에게 있어서 선행기술이나 선행기술 특징의 조합과 비교하여 명확한 구별이 있어야 한다.**

전리권을 수여하는 디자인은 타인이 먼저 취득한 합법적인 권리와 서로 충돌하지 아니 하여야 한다. **본 법에서 선행설계라 함은 출원일 이전에 국내외에서 출판물을 통하여 공개 발표·공개 사용되거나 다른 방식으로 공중이 알고 있는 설계를 가리킨다.**

현행 전리법은 이전의 디자인과 동일 또는 유사한 경우에 디자인전리권을 수여할 수 없는 것으로 규정하고 있다. 개정 전리법 초안에서는 발명 및 실용신안과 유사한 진보성을 요구 하도록 하였다. 즉, 디자인전리권은 종래설계 또는 종래설계의 조합과 비교하여 명확한 구별이 있는 경우에만 수여하도록 하였다.

또한 디자인의 선행설계에 대해서도 발명 또는 실용신안과 동일하게 신규성 표준에 대하여 절대적 신규성 표준을 도입하였다.

#### 8) 개정초안 제25조(디자인전리권 수여대상 제한)

다음에 열거된 각 호에 대하여는 전리권을 수여하지 아니한다.

- (1) 과학발견
- (2) 지적활동의 규칙 및 방법
- (3) 인간 또는 동물의 진단·치료 및 외과수술의 방법
- (4) 동물 및 식물의 품종
- (5) 원자핵 변환방법을 이용하여 획득한 물질
- (6) 도안설계가 단지 표식 작용만을 하는 평면인쇄품

전 항 제(4)호의 제품의 생산방법에 대하여는 이 법의 규정에 따라 전리권을 수여할 수 있다.

현재 중국지식재산권국이 수리한 디자인출원을 볼 때, 일정량은 단지 평면인쇄품의 도형·색채 혹은 이들의 결합에 불과하다. 이러한 평면인쇄품의 설계는 주로 표식작용을 할 뿐 제품의 외관에 대한 개량은 아니다. 또한 표식작용의 설계는 상표권·저작권과 불필요한 교차와 중복을 가져왔다. 따라서 이번 개정 전리법 초안에서는 평면인쇄품의 도형·색채 혹은 이들의 결합이 단지 표식작용을 하는 설계에 불과한 경우에는 디자인전리권을 수여하지 않는 것으로 규정하였다.

#### 9) 개정초안 제A2조(유전자원 전리권 불수여 대상) 및 제26조(유전자원 출처 명시)

발명창조의 완성이 유전자원의 획득 및 이용에 의존하지만, 그 유전자원의 획득 및 이용이 관련 법률법규의 규정을 위반하는 경우에는 전리권을 수여하지 아니한다.

(생략)

발명창조의 완성이 유전자원의 획득 및 이용에 의존하는 경우에는 출원인은 설명서에 그 유전자원의 출처를 명시하여야 한다.

(생략)

현재 유전자원은 국가의 지속발전을 위한 중요 전략자원이 되었으며, 유전자원의 보호는 국제적으로 일정한 국제규칙이 형성되었는데, 그 중 가장 중요한 것이 〈생물다양성협약〉(약칭 CBD)이다. 그러나 CBD는 단지 원칙적인 협약일 뿐 회원국의 권리의무를 규정하지 않았기 때문에 각 회원국의 입법을 통해서 실현한다. 따라서 생물다양성협약을 위반하거나 기타 부당한 행위에 기초한 유전자원관련 발명은 전리권을 수여하지 않는 것으로 규정하였다. 또한 발명의 완성이 유전자원의 획득 및 이용에 의존하는 경우에는 출원인은 설명서에 그 유전자원의 출처를 반드시 명시하도록 규정하였다.

#### 10) 개정초안 제31조(유사디자인의 1건출원)

(생략)

1건의 디자인전리출원은 한 종류의 제품에 사용하는 하나의 디자인에 한정하여야 한다. **동일 제품에 대한 2 이상의 유사디자인 또는 동일류별에 사용하며, 한 벌로 판매 또는 사용하는 2 이상의 디자인은 1건의 출원으로 제출할 수 있다.**

기본 디자인을 완성한 후에 그와 유사한 디자인을 별도로 출원하게 하는 것은 출원인에게 부담을 줄 뿐만 아니라 디자인의 보호에도 불리하다. 따라서 이번 개정 전리법 초안에서는 세트 디자인제품에 대한 1출원외에 유사 또는 관련물품에 대한 1출원을 인정하였다.

#### 11) 개정초안 제48조(3년 불실시에 의한 강제허가)

**발명 또는 실용신안 전리권자가 전리권이 수여된 날부터 3년 내에 정당한 이유 없이 전리를 실시하지 않거나 또는 그 전리를 충분하게 실시하지 않는 경우에는** 국무원전리행정부문은 실시조건을 구비한 단위의 신청에 따라 그 발명전리 또는 실용신안전리를 실시하는 강제허가를 부여할 수 있다.

개정법 초안은 발명 또는 실용신안 전리권자가 전리권이 수여된 날부터 3년 내에 정당한 이유 없이 전리를 실시하지 않거나 또는 그 전리를 충분하게 실시하지 않는 경우에 한정하여, 국무원전리행정부문은 실시조건을 구비한 단위의 신청에 따라 그 발명전리 또는 실용신안전리를 실시하는 강제허가를 부여할 수 있도록 하였다.

#### 12) 개정초안 제49조(유행병에 의한 강제허가)

국가에 긴급상황이나 비상사태가 출현했을 때 또는 공공이익의 목적을 위하여 국무원전리행정부문은 **국무원유관주관부문의 신청에 따라 실시조건을 구비한 단위에게** 그 발명전리 또는 실용신안전리를 실시하는 강제허가를 부여할 수 있다.

**유행병의 출현·만연이 공공건강의 위기를 초래하는 것은 전항의 국가긴급상황에 해당한다. 유행병 출현의 예방·유행병 만연의 통제 또는 유행병자의 치료는 전항의 공공이익 목적의 행위에 속한다.**

**유행병을 치료하는 약품에 대하여 중국에서 전리권이 수여되고, 그 약품의 제조능력이 결핍하거나 제조능력이 부족한 개발도상국가 또는 최빈국가가 중국에서 그 약품을 수입하기를 희망하는 경우에는** 국무원전리행정부문은 중국이 참가한 국제조약의 규정에 따라 실시조건을 구비한 단위에게 그 약품을 제조하고 상기 국가에 수출하는 강제허가를 부여할 수 있다.

강제허가의 확대는 이번 전리법 개정의 주요 특징 중 하나이다. 그 중 하나는 세계무역기구의 도하선언의 실행으로서 만약 유행질환이 발생하거나 만연하여 국가 공중에게 생명의

안전에 대하여 위협을 가져오는 경우, 강제허가를 부여하여 공중의 수요에 필요한 약품을 생산할 수 있게 하였다. 다른 하나는 국가에 공중건강의 위기가 발생한 경우, 인도주의 입장에서 국제협약은 강제허가를 실시하여 관련 약품을 제조하고, 또한 그 약품을 다른 국가에 수출하도록 인정하고 있다. 따라서 개정 전리법 초안에는 제조능력이 부족한 개발도상국가 또는 최빈국가에 유행병 치료약품을 생산하여 수출할 수 있는 강제허가를 실시할 수 있도록 규정하였다.

### 13) 개정초안 제A3조(강제실시허가 제한사항)

이 법의 제49조 제3항에 별도의 규정이 있는 경우를 제외하고, 국무원전리행정부문이 행하는 강제실시허가의 결정은 국내시장의 수요를 공급하는 것에 한정하여야 한다.  
강제허가와 관련된 발명창조가 반도체 기술인 경우에는 그 강제허가의 실시는 단지 공공의 비상업적 사용에 한정하거나, 사법절차 또는 행정절차를 거쳐 부정경쟁행위로 확정된 것을 구제하기 위한 사용에 한정한다.

현행 전리법 실시세칙 제72조 제4항을 상향 조정하여 규정한 내용이다.

### 14) 개정초안 제A4조(전용설비 몰수) 및 A5조(직권 사용)

**전리행정관리부문이 처리할 때는 권리침해행위가 성립된다고 인정되면 권리침해행위를 즉각 중지하도록 명령할 수 있다. 권리침해행위의 정황이 엄중한 경우에는 권리침해물품과 권리침해 행위를 실시하는데 사용하는 전용설비를 몰수할 수 있다.**

**전리행정관리부문이 전리권리침해분쟁을 처리할 때는 아래에 열거된 직권을 행사할 수 있다.**

- (1) 관련 당사자에 대한 질문, 타인의 전리권 침해혐의와 관련된 정황의 조사
  - (2) 타인의 전리권 침해혐의와 관련된 당사자의 계약·영수증·장부 및 기타 관련 자료의 열람·복제
  - (3) 타인의 전리권 침해혐의와 관련된 당소자의 장소에 대한 현장검사 실시
  - (4) 타인의 전리권 침해를 증명할 수 있는 증거가 있는 제품 또는 권리침해행위를 실시한 전용설비에 대해서는 봉인 또는 차압을 할 수 있음
- 전리행정관리부문이 법에 따라 전항에 규정된 직권을 행사할 때에는 당사자는 협조하여야 하며 거절하거나 제지해서는 아니된다.

현행 전리법에는 전리권 침해행위와 관련하여 행정기관에 의한 침해물품 및 전용설비의 몰수권한이 없었다. 이번 개정에서는 전리권의 보호강화와 상표법간의 형평을 고려하여 전리행정관리부문이 처리할 때는 권리침해행위가 성립된다고 인정되면 권리침해행위를 즉각 정지하도록 명령할 수 있으며, 권리침해행위의 정황이 엄중한 경우에는 권리침해물품과 권리침해 행위를 실시하는데 사용하는 전용설비를 몰수할 수 있도록 규정하였다. 또한 전리행정관리부문이 전리권리침해분쟁을 처리할 때는 상표법 규정과 같이 각종 직권을 행사할 수 있도록 규정하였다.

#### 15) 개정초안 A6(실용신안, 디자인 검색보고서 제출)

전리권리침해분쟁이 신제품 제조방법의 발명전리에 관한 것일 때는 동일한 제품을 제조하는 단위나 개인은 그 제품의 제조방법이 전리방법과 같지 않다는 증명을 제출하여야 한다. **전리권리침해분쟁이 실용신안 또는 디자인과 관련되는 경우에는 전리권자 또는 이해관계인은 인민법원 또는 전리행정관리부문에 국무원전리행정부문이 작성한 검색보고서를 제출하여야 한다.**

현행 전리법은 디자인 및 실용신안에 대해서는 초보심사만 진행할 뿐 실질심사는 진행하지 않는 것으로 규정하고 있기 때문에 이들 권리의 수여가 전리법 규정에 부합하는지 불명확하였다. 이는 전리권자 뿐만 아니라 사회공중에게도 불리한 영향을 미쳤다. 따라서 이번 개정 전리법 초안에서는 전리권자가 디자인이나 실용신안에 대하여 권리를 행사하고, 권리침해소송을 제기하려면 반드시 관련 사법기관 및 행정부서에 디자인 또는 실용신안에 대한 검색보고서를 제출하도록 규정하였다.

#### 16) 개정초안 A7조(균등론)

발명 또는 실용신안 전리권의 침해는 고발된 권리침해자가 실시하는 기술이 발명 또는 실용신안의 전리청구항에 기재된 기술방안의 전체기술특징과 동일 또는 균등한 기술특징을 구비하고 있는 것을 가리킨다.  
균등 특징은 고발된 권리침해자가 실시한 어떤 기술특징이 발명 또는 실용신안의 전리청구항에 기재된 상응하는 기술특징과는 비록 다르지만, 해당분야의 기술자가 권리침해행위 발생시 전리 설명서·첨부도면 및 권리요구서를 열람하여 창조적인 노동 없이 대응하는 특징이 기본적으로 동일한 수단을 채용하고, 기본적으로 동일한 기능을 실현하며, 기본적으로 동일한 효과를 생산하는 것을 인식할 수 있는 것을 가리킨다.

상기 균등론은 현재 최고인민법원의 사법해석(법석[2001] 21호) 제17조에 규정되어 있다. 현행 전리법에는 전리권 침해에 있어서 균등론의 적용을 명확히 규정한 것이 없어 이번 개정법에 이를 도입하게 된 것이다.

#### 17) 개정초안 A8조(디자인 침해의 정의)

외관설계 전리권의 침해는 고발된 권리침해자가 제조·판매 또는 수입한 제품이 외관설계 전리서류에 명시된 제품과 동일 또는 유사하며 또한 그 제품의 외관설계가 외관설계전리의 도면 또는 사진에 표시된 외관설계와 동일 또는 유사하여 일반 소비자로 하여금 그에 대하여 혼동을 일으키도록 하는 것을 가리킨다.

개정 전리법 초안에 디자인 침해에 대한 정의 규정을 두었다.

#### 18) 개정초안 A9조(금반언 원칙)

전리권자는 전리심사 또는 무효선고청구 심사절차에서 그 전리출원 또는 전리가 본 법이 규정한 전리권 수여조건을 부합하도록 하기 위하여 전리권보호범위에 대해 제한작용을 하는 서면형식의 보정 또는 의견진술은 전리권자에게 제약작용이 있으며 전리침해분쟁의 심리 또는 처리과정에서 반복할 수 없다.

금반언 원칙을 개정 전리법 초안에 규정한 것이다.

#### 19) 개정초안 A10조(선행기술항변 및 악의 배상)

전리권침해분쟁을 심리 또는 처리하는 인민법원 또는 전리행정관리부문이 당사자가 제공한 증거에 따라 고발된 권리침해자가 실시하는 기술 또는 설계가 선행기술 또는 선행설계라고 인정할 경우에는 그 실시행위가 전리권을 침해하는 행위를 구성하지 않음을 인정하여야 한다. 전리권자가 명백히 전리권을 획득한 그 기술 또는 설계가 선행기술 또는 선행설계에 속한다는 것을 알면서도 악의로 타인이 그 전리권을 침해했다는 이유로 인민법원에 소를 제기하거나 전리행정부문에 처리를 청구하는 경우에는 고발된 권리침해자는 인민법원에 이로 인해 권리침해자에게 초래된 손실을 전리권자에게 배상을 명하도록 청구할 수 있다.



전리소송에 있어서 전리기술 또는 설계가 종래기술에 속하거나 공중이 자유롭게 이용할 수 있는 범위라고 인정되는 경우에는 인민법원은 권리침해가 성립하지 않음을 직접 인정할 수 있도록 하였다. 그렇게 함으로써 법원의 업무량의 감소시키고, 소송비용을 감소할 수 있다.

또한 중국은 실용신안 및 디자인에 대하여 실질심사를 하지 않기 때문에, 개인출원인이 자신의 전리출원기술이 명백히 공지기술임을 알면서도 전리출원하여 등록한 후 타인의 행위에 대하여 악의적인 침해소송을 제기함으로써 타인의 경제활동에 악영향을 끼쳐 온 점도 있다. 개정 전리법 초안에서는 이 경우 피소된 권리침해자는 인민법원에 자신의 손실을 전리권자가 배상할 것을 명하도록 청구할 수 있도록 규정하였다.

## 20) 개정초안 제A11조(중복침해행위)

인민법원 또는 전리행정부문의 침해행위의 성립을 인정하는 판결 또는 처리결정이 효력발생한 후에 동일권리침해자가 동일 전리권을 침해하는 유사행위를 다시 하는 경우에는 법에 따라 민사책임을 부담하는 이외에 전리행정부문이 시정을 명하고, 이를 공고하며, 위법소득을 몰수하고, 위법소득의 3배 이하의 벌금을 병과할 수 있다. 위법소득이 없는 경우에는 10만원 이하의 벌금을 부과할 수 있다.

동일권리침해자의 중복침해행위에 대하여 민사책임 이외에 행정처벌을 부과하는 내용이 다. 이러한 행위는 전리권자의 이익을 저해할 뿐만 아니라 사회 법률질서에도 악영향을 미치기 때문이다.

## 21) 개정초안 제59조(허위표시행위 처벌기준)

비전리제품을 전리제품으로 허위표시하거나 비전리방법을 전리방법으로 허위표시하는 경우에는 **전리행정관리부문**은 시정을 명하고 이를 공고하며, 위법소득을 몰수하고, **위법소득의 3배 이하의 벌금을 병과할 수 있다. 위법소득이 없는 경우에는 10만원** 이하의 벌금을 부과할 수 있다.

타인전리 사칭행위와 전리제품 허위표시행위는 모두 위법이다. 현행 전리법에는 상기 두 가지 사칭행위에 대하여 행정처벌 기준을 다르게 규정하고 있는데 개정 전리법 초안에서는 행정처벌의 기준을 일치시켰다.

## 22) 개정초안 제60조(정액배상)

전리권침해의 배상액은 권리자가 권리침해에 의해 받은 손실 또는 권리침해자가 권리침해로 얻은 이익에 따라 확정한다. 피권리침해자의 손실이나 권리침해자가 얻은 이익을 확정하기 곤란한 경우에는 전리허가사용비의 배수를 참고하여 합리적으로 확정한다. **참고할 수 있는 전리허가사용비가 없거나 전리허가사용비가 명백히 불합리한 경우에는 인민법원은 전리권의 유형·침해행위의 성질 및 내용 등의 요소를 고려하여 인민폐 5000원 이상, 100만원 이하의 배상액을 확정한다.**

최고인민법원의 사법해석(법석[2001] 21호) 제21조의 내용을 개정 전리법 초안에 규정한 것이다.

## 23) 개정초안 제A12조(제소 전 증거보전)

전리권침해행위를 제지하기 위하여 증거가 멸실될 수 있거나 이후 획득이 곤란할 수 있는 경우에는 전리권자 또는 이해관계인은 제소 전 인민법원에 증거보전을 신청할 수 있다. 인민법원은 신청을 접수한 후 48시간 내에 제정을 행하여야 한다. 보전조치를 취하는 재정을 한 경우에는 즉시 집행을 개시하여야 한다.

인민법원은 신청인에게 담보제공을 명할 수 있으며 신청인이 담보를 제공하지 아니하는 경우에는 신청을 거절한다.

신청인이 인민법원이 보전조치를 취한 후 15일 이내에 제소하지 아니하면 인민법원은 그 조치를 해제하여야 한다.

최고인민법원 사법해석(법석[2001] 20호) 제16조에는 인민법원이 제소 전 침해행위정지의 조치를 집행할 때, 민사소송법 제74조의 규정에 따라, 동시에 증거보전을 실시할 수 있다고 규정하고 있다. 개정법 초안에서는 이를 별도의 조항으로 하여 상세한 증거보전절차를 규정하였다.

## 24) 개정초안 A13조(전리권 행사 해태의 규제)

전리권자 또는 이해관계인이 소송시효기간을 초과하여 타인의 전리권침해를 제소한 경우에는 제소일부터 2년 이전의 침해손해배상은 요구할 수 없다.

침해행위가 제소 시에도 계속되고 있는 경우에는 인민법원 또는 전리행정부문에 권리침해자가 침해행위를 정지할 것을 명령하도록 청구할 수 있다.

침해행위가 전리권자 또는 이해관계인이 안 날 또는 알 수 있었던 날부터 계속 진행되어 5년을 초과하였으며, 전리권자 또는 이해관계인이 정당한 이유 없이 권리를 주장하지 아니하는 경우에는 만약 권리침해자가 쌍방의 협상이 일치한 금액이나 인민법원이 재정한 금액에 따라 사용비를 지불하면 그 전리실시행위를 정지하지 아니할 수 있다.

전리권 침해의 소송시효는 2년이며, 안 날로부터 계산하는데, 이번 개정 전리법 초안에서는 손실배상액은 소송일부터 2년 이전까지 요구할 수 있으며, 소송 후에도 침해행위가 계속 진행되는 경우에는 침해행위의 정지를 청구할 수 있게 보충하였다.

또한 전리권자 또는 이해관계인이 침묵함으로써, 권리침해의 단위나 개인이 그 실시행위에 대하여 전리권자나 이해관계인이 더 이상 권리를 주장하지 않을 것이라고 믿게 되었으며, 그 후에 전리권자나 이해관계인이 인민법원에 소송을 제기하거나 행정처리를 청구하는 것이 명백히 신의성실원칙에 위반되는 경우에는 그 실시행위에 대하여 배상을 받을 권리가 없으며, 그 단위나 개인이 실시하는 것을 제지하지 못하도록 규정하였다. 이는 전리권자가 침해행위를 알면서도 방관한 후에 타인의 투자범위가 확대된 다음에 소송을 제기하여 부당한 이익을 취하는 것을 막기 위함이다.

## 25) 개정초안 제63조(병행수입 및 BOLAR 예외)

다음에 열거된 사항의 하나에 해당하는 경우에는 전리권을 침해한 것으로 보지 아니한다.

- (1) 전리권자가 제조·수입하거나 또는 전리권자의 허가를 얻어 제조·수입한 전리제품 또는 전리방법에 의해 직접 획득한 제품이 판매된 후에 그 제품을 사용·판매청약·판매 또는 수입하는 경우
- (2) 전리출원일 이전에, 타인이 자체개발 또는 합법 취득한 기술 또는 설계에 기초하여, 이미 동일한 제품을 제조하였거나, 동일한 방법을 사용하였거나 또는 이미 제조·사용에 필요한 준비를 완료하여, 전리권 수여 후에 원래의 범위 내에서 계속적으로 그 제품을 제조하고 그 제품을 사용·판매청약·판매하거나, 원래의 범위 내에서 계속적으로 그

- 방법을 사용하고 그 방법에 따라 직접 획득한 제품을 사용·판매청약·판매하는 경우**
- (3) 일시적으로 중국의 영토·영해·영공을 통과하는 외국운송수단이 그 소속국과 중국이 체결한 협정 또는 공동참가한 국제조약이나 호혜원칙에 따라 운송수단 자신의 수요를 위하여 그 장치 및 설비에 관련 전리를 사용하는 경우
  - (4) **전리기술 자체에 대한 과학연구 및 실험을 진행하기 위하여 전리제품을 제조·사용·전리방법을 사용하는 경우 및 이를 위해 전리제품을 제조·수입·판매하는 경우**
  - (5) **약품 또는 의료설비의 행정승인에 필요한 정보를 획득 및 제공하기 위하여 전리약품 또는 전리의료설비를 제조·사용·수입하는 경우 및 이를 위해 전리약품 또는 전리의료설비를 제조·수입·판매하는 경우**
- 생산경영목적을 위하여 사용·판매청약 또는 판매한 제품이 전리권자의 허가를 받지 아니하고 제조되고 판매된 전리제품 또는 전리방법에 따라 직접 획득된 제품이라는 것을 알지 못하는 못하였지만 그 제품의 합법적인 출처를 증명할 수 있으면 배상책임을 지지 아니한다.

현행 전리법 제63조는 권리권 소진원칙에 대하여 규정하고 있으나, 수입이 여기에 해당하  
는지 불명료하였다. 개정 전리법 초안은 TRIPS협정에 근거하여 병행수입을 인정하는 것으로  
규정하였다. 따라서 전리권자가 제조, 수입하거나 또는 전리권자의 허가를 얻어 제조, 수입  
한 전리제품 등이 판매된 후에 그 제품을 수입하는 것은 전리권 침해에 해당되지 않는다.  
또한 행정승인을 획득하기 위해 전리약품 및 약품기계를 제조하는 것을 전리침해로 보지 않  
는 BOLAR 예외규정을 두었다. 또한 선사용권의 범위를 확대 규정하였으며, 시험, 연구에 있  
어서 예외규정을 명확하게 하였다.

## 26) 개정초안 제64조(해외전리출원 시 국내전리출원 의무화)

**어떠한 단위나 개인이 이 법 제20조의 규정을 위반하여 중국에서 완성한 발명창조를 먼저  
외국에 전리출원한 경우에는 그 발명창조에 대하여 중국에 제출한 전리출원은 전리권을 수여  
하지 아니한다. 국가비밀을 누설한 경우에는 법에 따라 법률책임을 추궁한다.**

현행 전리법에는 국내에서 완성한 발명을 해외출원 하고자 하는 경우에는 먼저 국가지식  
산업국에 출원하여야 한다는 의무성 조항을 두고 있으나 당사자가 이행하지 않는 경우 법률  
제약이 없었다. 따라서 개정 전리법 초안에서는 중국 내에서 완성한 발명을 국가지식산업국  
에 먼저 출원하지 않고 해외출원한 다음 동일한 발명을 중국에 출원하는 경우에는 그 전리  
출원에 대하여 전리권을 수여하지 않는 것으로 규정하였다.

### 제3장 중국의 전리·상표 분쟁 및 보호

- 3.1 보호제도 일반
- 3.2 행정보호제도
- 3.3 사법보호제도
- 3.4 전리민사소송 절차
- 3.5 저명상표의 특수보호
- 3.6 전시회 기간의 지식재산권 보호
- 3.7 전리권 침해 관련 임시조치(가처분)제도
- 3.8 인민법원의 민사조정(调解)제도
- 3.9 지식재산권 사법감정제도
- 3.10 지식재산권 보호요강 및 전략강요





## 보호제도 일반

## 3.1

중국은 지식재산권에 대한 이중보호제도를 시행하는 국가이다. 소위 “쌍궤제(双轨制)”라고 불리는 이중보호제도는 행정보호와 사법보호가 병존하는 지식재산권 보호시스템을 말한다. 많은 서방 선진국들은 지식재산권을 엄격한 사권(私權)의 범주로 확정하고, 지식재산권 시스템에 대한 보호체계를 오직 사법적인 한 가지 경로만을 취하고 있어, 권리자는 오로지 법원에 청구를 통해서만 보호를 받을 수 있을 뿐, 행정기관은 지식재산권 침해에 대한 최후의 법률책임을 확정할 수가 없도록 되어 있다.

중국은 1984년에 최초 제정된 전리법에서부터 행정보호와 사법보호를 병행하는 쌍궤제를 채택하였으며, 전리의 행정보호는 중국 전리제도의 가장 큰 특색이 되었다. 이러한 쌍궤제의 도입은 중국 내부에서도 계속 논란의 대상이 되고 있는데, 전리법을 시행한지 15년이 지난 오늘, 전리의 행정보호는 유지해야 하는가 아니면 취소해야 하는가? 강화해야 하는가 아니면 약화해야 하는가? 이것이 현행 전리법인 제2차 전리법의 2000년 개정과정에서 가장 논란이 되었던 문제이다.

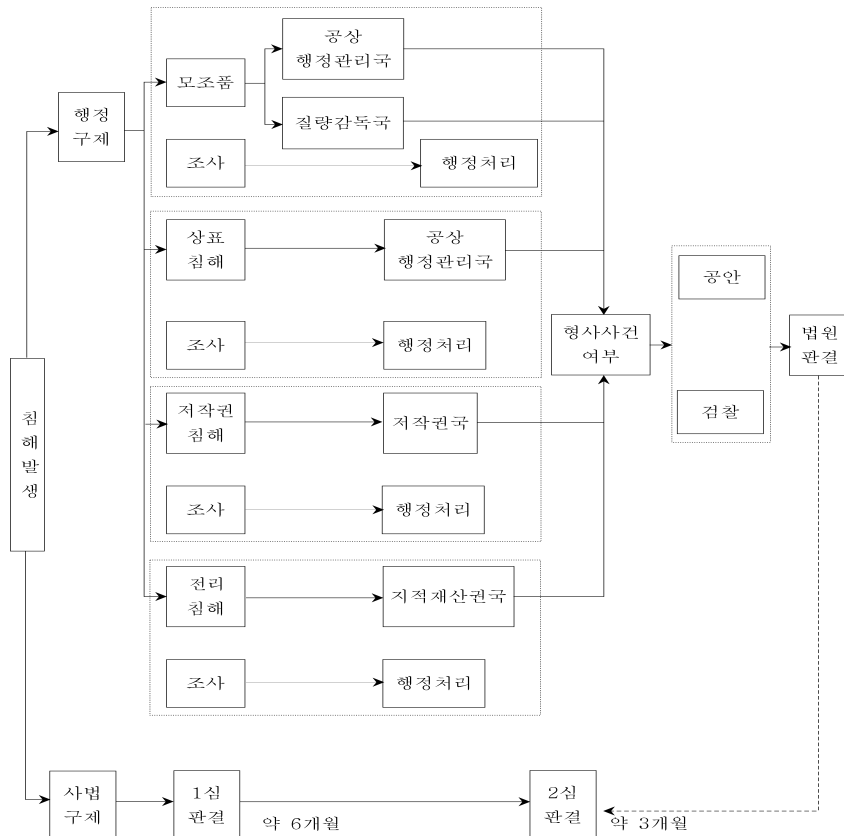
그 중 하나의 관점은 전리행정기관이 전리권침해분쟁을 처리하는 것은 전리제도 발전의 역사적 산물로 지식재산권 사법심판역량이 비교적 약한 상황 하에서는 긍정적인 작용을 하였다는 것이다. 그러나 지식재산권제도의 완비와 사법심판 역량의 강화에 따라 전리권 침해분쟁은 사법경로를 통해 해결해야만 하며, 이렇게 하는 것이 사회자원의 합리적 배분에 유리하며, 사법제도 건설의 전체 방향에 부합한다는 것이다. 동시에 전리업무관리부문의 작용을 충분히 발휘하기 위하여 전리업무관리부문은 당사자의 청구에 따라 전리권 침해에 대하여 조정기능을 담당하여야 한다는 것이다.

다른 하나의 관점은 사법제도 건설의 전체 방향에서 볼 때 정부기관이 민사권리에 불간섭하는 입장을 취하는 것이 타당하나 현재의 실제상황을 고려할 때 국민의 지식재산권 의식이 매우 박약하고 지식재산권의 침해행위는 매우 심각하다는 것이다. 특히 시장경제체제 건설 과정에서 어떻게 지식재산권을 유효하게 보호할 것인가는 매우 중요한데, 이러한 상황에서 전리행정보호를 취소하거나 약화하게 되면 전리권 보호의 약화를 초래하게 되어 전리법 취지와 부합하지 않는다는 것이다. 전리행정보호는 중국의 상황에 적합하므로 약화하여서는

안 되며 진일보하게 강화하여야 한다는 것이다.

또한, 여기서 주의해 볼 점은 현행 전리법 제57조의 개정경위이다. 개정 전 전리법 제60조는 “전리권 침해행위에 대하여 전리권자 및 이해관계인은 전리관리기관에 처리를 청구하거나 인민법원에 직접 제소할 수 있다”라고 규정하고 있었는데 개정된 전리법 제57조는 “전리권 침해행위에 대하여 전리권자 및 이해관계인은 인민법원에 직접 제소하거나 전리관리기관에 처리를 청구할 수 있다”라고 규정하였다. 즉 사법기관과 행정기관이 본 조항에서 순서가 바뀐 것이다. 이는 전리권 침해행위에 대한 구제방식이 행정구제방식에서 사법구제방식으로 전환되고 있음을 나타내는 의미 있는 개정이라 할 것이다.

수많은 토론과 논쟁을 거쳐 자구 수정을 진행하여 마지막으로 현재의 전리법 제57조 제1항의 규정이 완성되었다. 이후 개정된 상표법과 저작권법도 전리법과 같이 행정보호와 사법 보호를 규정하고 있다.



[그림 3.1-1] 중국의 지식재산권 보호체계



## 행정보호제도

## 3.2

### 3.2.1 전리권의 행정보호

#### 1) 전리권 관련 행정보호기관

전리법 제3조의 규정에 의하면, “국무원전리행정부문은 전국의 전리업무를 관리하는 책임을 진다. 모든 전리출원을 접수 및 심사하며 법에 따라 전리권을 수여한다. 성·자치구·직할시 인민정부의 전리업무관리부문은 해당 행정구역내의 전리관리업무를 책임진다”라고 규정하고 있다. 실질적으로, 국무원전리행정부문은 중앙정부의 중화인민공화국 국가지식재산권을 가리키며, 전리업무관리부문은 각급 지방정부의 지식재산권국을 가리킨다.

전리업무관리부문은 성, 자치구, 직할시의 인민정부 및 전리관리업무량이 많고 실제처리 능력을 구비한 구가 설치된 시인민정부에 설립한다. 당사자는 전리관리업무부문에 전리분쟁을 처리하거나 조정하는 것을 청구하여 자기의 합법권익을 보호할 수 있다.

#### 2) 전리권의 행정보호 관련 규정

전리권 행정보호와 관련된 주요 규정은 다음과 같다.

#### 〈전리법 제57조 제1항〉

전리권자의 허가를 받지 아니하고 그 전리를 실시하는 경우, 즉 그 전리권을 침해하여 분쟁을 일으키는 경우에는 당사자가 협상하여 해결한다. 협상을 원하지 않거나 협상이 이루어지지 않는 경우에는 전리권자 또는 이해관계인은 인민법원에 제소하거나 전리업무관리부문에 처리를 청구할 수 있다. 전리업무관리부문이 처리할 때 권리침해행위가 성립된다고 인정되면 권리침해행위를 즉각 정지하도록 명령할 수 있다. 당사자는 이에 불복할 경우에는 처리통지를 받은 날로부터 15일 내에 〈중화인민공화국행정소송법〉에 따라 인민법원에 제소할 수 있다. 권리침해자가 기간이 만료될 때까지 제소하지도 아니하고 권리침해행위를 중지하지도 아니할 경우에는 전리업무관리부문을 인민법원에 강제집행을 신청할 수 있다. 처리를 진행하는 전리업무관리부문은 당사자의 청구에 응하여 전리권침해에 대한 배상액의 조정을 진행할 수 있으며, 조정이 이루어지지 않을 경우에는 당사자는 〈중화인민공화국민사소송법〉에 근거하여 인민법원에 제소할 수 있다.

〈전리법 제58조〉

타인의 전리를 사칭하는 경우에는 법에 따라 민사책임을 지는 이외에, 전리업무관리부문은 시정을 명하고 이를 공고하며, 위법소득을 몰수하며, 위법소득의 3배 이내의 벌금을 부과할 수 있으며, 위법소득이 없는 경우에는 5만원(元) 이하의 벌금에 부과할 수 있다. 범죄를 구성하는 경우에는 법에 따라 형사책임을 추구한다.

형법 제216조는 타인의 전리를 사칭하고, 정황이 심각한 자는 3년 이하의 징역 혹은 구류에 처해지며, 벌금을 병과 또는 단과(單科)한다고 규정하고 있다. 관련 사법해석의 규정에 따르면, 타인의 전리를 사칭한 경우 인민법원은 민사책임을 추궁할 수 있다. 전리관리부문이 행정벌을 과하지 않은 경우에는 인민법원은 민법통칙 제134조 제3항의 규정에 따라 민사제재를 가할 수 있으며, 적용되는 민사 과태료액은 전리법 제58조의 규정을 참조하여 결정할 수 있다.

〈전리법 제5조〉

비전리제품을 전리제품으로 허위표시하거나 비전리방법을 전리방법으로 허위표시하는 경우에는, 전리업무관리부문은 시정을 명하고 이를 공고하며, 5만원(元) 이하의 벌금을 부과할 수 있다.

〈전리법 실시세칙 제84조〉

다음에 열거된 행위는 타인의 전리를 사칭하는 행위에 속한다.

- (1) 허가를 받지 아니하고, 그 제조 또는 판매하는 제품·제품의 포장에 타인의 전리번호를 표시하는 행위,
- (2) 허가를 받지 아니하고, 광고 또는 선전자료에 타인의 전리번호를 사용하여 사람들로 하여금 관련된 기술을 타인의 전리기술로 오인하게 하는 행위,
- (3) 허가를 받지 아니하고, 계약에 타인의 전리번호를 사용하여 사람들로 하여금 계약과 관련된 기술을 타인의 기술로 오인하게 하는 행위,
- (4) 타인의 전리증서, 전리서류 또는 전리출원서류를 위조 또는 변조하는 행위

### 3) 전리관리업무부문의 관할범위

당사자가 전리분쟁에 대하여 처리를 청구하거나 조정을 청구하는 경우에는 피청구자의 소재지 또는 침해행위지의 전리관리업무부문이 관할한다. 2 이상의 전리업무관리부문이 관할권이 있는 전리분쟁은 당사자가 그 중 하나의 전리업무관리부문에 청구를 제출할 수 있다. 당사자가 관할권이 있는 2 이상의 전리업무관리부문에 청구를 제출한 경우에는 가장 먼저 수리한 전리업무관리부문이 관할한다. 전리업무관리부문은 관할권에 대해 분쟁이 생겼을 경우에는 그들의 공통의 상급인민정부의 전리업무관리부문이 관할을 지정한다. 공통의 상급인민정부의 전리업무관리부문이 없는 경우에는 국무원전리행정부문이 관할을 지정한다.

### 4) 전리침해분쟁의 처리(處理)를 통한 권리보호

전리권 침해분쟁과 관련한 행정처리절차는 국가지식재산권국의 〈전리행정법률집행관법〉(2001년 12월 17일 공포)에 구체적으로 규정되어 있다. 그 주요내용을 살펴보면 다음과 같다.

#### (1) 전리권자는 전리침해분쟁처리의 청구를 제기 시 어떤 조건을 구비해야 하는가?

전리업무관리부문에 전리침해분쟁처리를 청구할 경우에는 다음 조건에 부합하여야 한다.

- ㉠ 청구인은 전리권자 또는 이해관계자임
- ㉡ 명확한 피청구인이 존재함
- ㉢ 명확한 청구사항 및 구체적 사실과 이유가 존재함
- ㉣ 사건을 수리하는 전리업무관리부문의 수리범위와 관할에 속함
- ㉤ 당사자가 당해 전리침해분쟁에 대하여 인민법원에 소를 제기하지 않음

상기 조건 ㉠에서 말하는 이해관계자는 전리실시허가계약의 피허가자 및 전리권의 합법적 계승자를 포함한다. 전리실시허가계약의 피허가자 중에서 독점실시허가계약의 피허가자는 단독으로 청구를 제기할 수 있으며, 배타적 실시허가계약의 피허가자는 전리권자가 청구하지 않는 상황 하에서 단독으로 청구를 제기할 수 있다. 또한 계약에 별도의 약정이 있는 경우를 제외하고 보통실시허가계약의 피허가자는 단독으로 청구를 제기할 수 없다.

(2) 전리권자는 전리침해분쟁처리의 청구를 제기 시 어떤 자료를 제출해야 하는가?

### i. 청구서

청구서는 다음 내용을 기재하여야 한다.

- ① 청구인의 성명 또는 명칭과 주소, 법정대표자 또는 주요 책임자의 성명과 직무, 대리인에게 위임할 경우에는 대리인의 성명 및 대리기구의 명칭과 주소
- ② 피청구인의 성명 또는 명칭과 주소
- ③ 처리청구의 사항 및 사실과 이유

### ii. 관련 증거와 증명자료

청구서의 첨부서류의 형식으로 제출한다. 필요시 전리업무관리부문은 국가지식재산권국에 전리권과 관련된 법률상태를 확인할 수 있다. 전리침해분쟁이 신제품 제조방법 발명전리와 관련된 경우, 동일한 제품을 제조하는 단위 또는 개인은 그 제품의 제조방법이 전리방법과 동일하지 않다는 증명을 제공하여야 한다. 또한 전리침해분쟁이 등록실용신안과 관련될 경우, 전리업무관리부문은 청구인에게 국가지식재산권국이 작성한 검색보고서를 제시하도록 요구할 수 있다.

(3) 전리침해분쟁은 어떻게 처리하는가?

전리권자 또는 이해관계자의 청구가 상기 조건에 부합할 경우, 전리업무관리부문은 청구서의 접수일로부터 7일 이내 입안(立案)하고 청구인에게 통지하여야 하며, 동시에 3명 또는 3명 이상 홀수의 담당자를 지정하여 당해 전리침해분쟁을 처리하여야 한다. 한편 청구가 상기 조건에 부합하지 않을 경우, 전리업무관리부문은 청구서의 접수일로부터 7일 이내 청구인에게 불수리를 통지하고 그 이유를 설명하여야 한다. 전리업무관리부문은 입안일로부터 7일 이내 청구서 및 그 첨부서류의 부분을 우송 및 직접송달 또는 기타 방식을 통해 피청구인에게 송달하며, 피청구인에게 접수일로부터 15일 이내 답변서 1식 2부를 제출하도록 요구하여야 한다. 피청구인이 기한 초과 후 답변서를 제출하지 않을 경우, 전리업무관리부문의 처리에 영향을 주지 아니한다. 피청구인이 답변서를 제출할 경우, 전리업무관리부문은 이의 접수일로부터 7일 이내 답변서 부분을 우송 및 직접송달 또는 기타 방식을 통해 청구인에게 송달하여야 한다.

전리업무관리부문이 처리 시 침해행위 성립을 인정할 경우에는 침해자에게 즉시 침해행위를 중지하도록 명령할 수 있으며, 당사자가 이에 불복할 경우에는 처리통지서의 접수일로부터 15일 이내 인민법원에 소를 제기할 수 있다. 침해자가 기한만료 후에도 제소하지 않고 침해행위도 중지하지 않을 경우, 전리업무관리부문은 인민법원에 강제집행을 신청할 수 있다.

당사자가 조정 및 화해합의를 달성하거나 청구인이 청구를 취하할 경우를 제외하고, 전리업무관리부문은 전리침해분쟁의 처리 시 처리결정서를 작성하고 다음 내용을 명시하여야 한다.

- ㉠ 당사자의 명칭 또는 성명과 주소
- ㉡ 당사자가 진술한 사실과 이유
- ㉢ 침해행위 성립 여부를 판단하는 이유와 근거
- ㉣ 처리결정, 침해행위의 성립을 인정할 경우에는 피청구인에게 즉시 중지를 명령한 침해행위의 유형, 대상과 범위를 명확하게 명시하여야 하며, 침해행위의 불성립을 인정할 경우에는 피청구인의 청구를 기각하여야 한다.
- ㉤ 처리결정에 불복하여 행정소송을 제기하는 절차와 기한

처리결정서는 사건의 담당자가 서명하고 전리업무관리부문의 인장을 날인하여야 한다. 처리를 진행하는 전리업무관리부문은 당사자의 청구에 따라 전리권 침해의 배상금액에 대하여 조정할 수 있다. 조정에 불복할 경우 당사자는 《민사소송법》에 따라 인민법원에 소를 제기할 수 있다.

## 5) 전리침해분쟁의 조정(調整)을 통한 권리보호

### (1) 무엇이 전리분쟁의 조정인가?

전리법, 전리법 실시세칙 및 전리행정법집행방법의 관련 규정에 따라 전리분쟁이 발생할 경우 당사자는 피청구인의 소재지 또는 침해행위지의 전리업무관리부문에 조정을 청구할 수 있다.

처리를 진행하는 전리업무관리부문은 당사자의 청구에 따라 전리권 침해의 배상금액에 대하여 조정할 수 있다. 조정에 불복할 경우 당사자는 민사소송법에 따라 인민법원에 소를 제기할 수 있다.

## (2) 어떤 전리분쟁에 대하여 조정을 청구할 수 있는가?

- ④ 전리출원권 분쟁
- ⑤ 전리권귀속분쟁
- ⑥ 전리발명자 및 설계자의 자격분쟁
- ⑦ 직무발명의 발명자 및 설계자의 장려 및 보수분쟁
- ⑧ 발명전리출원이 공고된 후, 전리권이 수여되기 전에 단위 또는 개인이 그 전리를 사용하고 합당한 비용을 지불하지 않은 경우의 분쟁. 당해 분쟁의 발생시, 전리권자는 전리권의 수여 후 제출하여야 한다.

## (3) 어떻게 전리업무관리부문에 전리분쟁의 조정을 청구하는 청구서를 제출하는가?

전리업무관리부문에 전리분쟁의 조정을 청구할 경우에는 청구서를 제출하여야 한다. 청구서는 다음 내용을 기재하여야 한다.

- ① 청구인의 성명 또는 명칭과 주소, 법정대표자 또는 주요 책임자의 성명과 직무, 대리인에게 위임할 경우에는 대리인의 성명 및 대리기구의 명칭과 주소
- ② 피청구인의 성명 또는 명칭과 주소
- ③ 조정청구의 구체적인 사항과 이유. 단독으로 전리권침해배상금액에 대한 조정을 청구할 경우, 관련 전리업무관리부문이 작성한 침해행위 성립을 인정하는 처리결정서 부분을 제출하여야 한다.

## (4) 전리업무관리부문이 전리분쟁을 조정하는 처리절차는 어떠한가?

전리업무관리부문은 조정청구서를 접수한 후 즉시 청구서 부분을 우송 및 직접송달 또는 기타 방식으로 피청구인에게 송달하며, 피청구인에게 접수일로부터 15일 이내 의견진술서를 제출하도록 요구하여야 한다. 만일 피청구인이 의견진술서를 제출하고 조정에 동의할 경우, 전리업무관리부문은 즉시 입안하고 청구인과 피청구인에게 조정시간 및 장소를 통지하여야 한다. 한편, 피청구인이 기한 초과 후에도 의견진술서를 제출하지 않거나 의견진술서에서 조정 불수리를 표시할 경우, 전리업무관리부문은 입안하지 않고 청구인에게 통지한다.

전리업무관리부문은 전리분쟁의 조정 시 관련 단위 또는 개인을 초청하여 협조를 구할 수 있으며, 초청된 단위 또는 개인은 조정에 협조하여야 한다.

당사자가 조정을 거쳐 합의를 달성할 경우에는 조정합의서를 작성하여야 하며, 쌍방 당사

자가 서명하거나 날인한 후 전리업무관리부문에 등기한다. 합의를 달성할 수 없을 경우, 전리업무관리부문은 사건취하의 방식으로 종료하고 쌍방 당사자에게 통지한다.

전리출원권 또는 전리권의 귀속분쟁으로 인해 조정을 청구할 경우, 당사자는 전리업무관리부문의 수리통지서를 근거로 국가지식재산권국에 당해 전리출원 또는 전리권의 관련 절차를 중지하도록 통지할 수 있다.

조정을 거쳐 합의를 달성할 경우, 당사자는 조정합의서를 근거로 국가지식재산권국에 회복수속을 처리하여야 한다. 한편, 합의가 이루어지지 않을 경우, 당사자는 전리업무관리부문이 작성한 사건취하통지서를 근거로 국가지식재산권국에 회복수속을 처리하여야 한다. 중지청구일부터 1년 이내 중지연장을 청구하지 않을 경우, 국가지식재산권국은 자체적으로 관련 절차를 회복한다.

#### 6) 전리분쟁 과정의 관련 중지절차

전리침해분쟁 처리과정에서 피청구인이 무효선고청구를 제기하고 전리복심위원회가 이를 수리할 경우에는 전리업무관리부문에 처리중지를 청구할 수 있다. 만일 전리업무관리부문이 피청구인이 제기한 중지이유가 명확히 성립할 수 없다고 판단할 경우에는 처리를 중지하지 않을 수 있다.

당사자가 전리출원권 또는 전리권의 귀속과 관련한 분쟁발생으로 인해 전리업무관리부문에 이미 처리를 청구하거나 인민법원에 제소한 경우, 국무원 전리행정부문에 관련 절차의 중지를 청구할 수 있다. 관련 절차의 중지를 청구할 경우에는 국무원 전리행정부문에 청구서를 제출하고 전리업무관리부문 또는 인민법원의 관련 수리문건 부분을 첨부하여야 한다. 전리업무관리부문의 처리결정 또는 인민법원의 판결이 효력을 발생한 후, 당사자는 국무원 전리행정부문에 관련 절차의 회복수속을 처리하여야 한다. 중지청구일로부터 1년 이내 전리출원권 또는 전리권의 귀속과 관련한 분쟁이 종료될 수 없어 관련 절차를 계속 중지해야 할 경우, 청구인은 당해 기한 내 중지연장을 청구하여야 한다. 기한 초과 후에도 연장을 청구하지 않을 경우, 국무원 전리행정부문은 자체적으로 관련 절차를 회복한다.

#### 7) 행정보호와 사법보호의 순서에 관한 문제

전리권 침해의 사안의 경우, 전리업무관리부문에의 처리신청과, 인민법원에의 소송제기의 순서를 어떻게 할 것인가에 의해, 한쪽의 법적수단을 이용할 수 없게 되는 경우가 있다.

전리권 침해의 사안의 경우, 이전에는“일단, 행정조치를 제기한 때는, 인민법원에 동일한 소송을 제기할 수 없다”는 취지를 규정한 “전리분쟁안건에 관한 법률적용의 규정”이 있었으나, 2001년 12월 28일에 폐지되었다. 상기 규정이 폐지된 후의 취급에 대해서는 실례가 없는 것 같으나, 상표권 침해 사안의 경우와 같이, 행정관리부문에 처분을 청구했다고 해도, 다시 인민법원에 대해 전리권 침해에 대하여 배상청구의 소송을 제기할 수 있다고 해석된다. 이것에 대해, 먼저 전리권 침해소송을 제기하고, 그 후, 행정조치를 청구하는 것은, 전리 행정법률집행규칙 5조 1항 5호에 의해 할 수 없다.<sup>1)</sup>

따라서 전리업무관리부문에의 처리신청과, 인민법원에 대한 민사소송의 제기를 양쪽 모두 이용하고 싶다면, 통상은 전자를 선행시켜야 할 것이다.

### 3.2.2 상표권의 행정보호

#### 1) 상표권 관련 행정보호기관

상표법과 기타 실시조례의 규정에 근거하면, 상표권의 행정보호기관은 주로 공상행정관리기관, 즉 중화인민공화국 국가공상행정관리총국과 지방 각급 인민정부 공상행정관리국이다.

#### 2) 상표권 관련 행정보호 관련 규정

##### 〈상표법 제53조〉

이 법의 제52조에 열거된 등록상표전용권의 침해행위의 하나에 해당되어 분쟁이 일어나는 경우에는 당사자가 협상하여 해결한다. 협상을 원하지 않거나 협상이 이루어지지 않는 경우에는 상표등록인 또는 이해관계인은 인민법원에 제소하거나 공상행정관리부문에 처리를 청구할 수 있다. 공상행정관리부문이 처리하는 경우에는, 권리침해행위가 성립한다고 인정하는 경우, 권리침해행위를 즉각 중지하도록 명령하며, 권리침해상품 및 권리침해상품을 제조하고 등록상표표지를 위조하는데 전용하는 도구를 몰수·소각하며, 또한 벌금을 부과할 수 있다. 당사자가 처리결정에 대하여 불복하는 경우에는 처리통지를 받은 날부터 15일 내에 《중화인민공화국행정소송법》에 근거하여 인민법원에 제소할 수 있다. 권리침해자가 기간이 만료될 때까지 제소하지도 아니하고 이행도 하지 아니하는 경우에는 공상행정관리부문은 인민법원에 강제집행을 신청할 수 있다. 처리를 진행하는 공상행정관리부문은 당사자의 청구에 근거하여 상표전용권 침해의 배상액에 대하여 중재를 진행할 수 있다. 중재가 이루어지지 아니하는 경우에는 당사자는 《중화인민공화국민사소송법》에 근거하여 인민법원에 제소할 수 있다.

1) 동 규정은 당사자가 그 전리침해분쟁을 인민법원이 제소하지 않은 경우에 한하여 전리업무관리부문에 전리침해분쟁의 처리를 청구할 수 있다고 규정하고 있다.



## 〈상표법 제54조〉

등록상표전용권을 침해하는 행위에 대하여 공상행정관리부문은 법에 따라 현장을 조사할 권한을 보유한다. 범죄혐의가 있는 경우에는 적시에 사법기관에 이송하여 법에 따라 처리하여야 한다.

## 〈상표법 제55조〉

현급 이상의 공상행정관리부문이 이미 확보한 위법혐의 증거 또는 고발에 따라 타인의 등록상표전용권을 침해한 혐의를 받는 행위에 대하여 현장조사를 진행하는 때에는 다음에 열거된 직권을 행사할 수 있다.

- (1) 유관 당사자에 대한 질문 및 타인의 등록상표전용권 침해와 관련된 사항의 조사,
- (2) 권리침해활동과 유관한 당사자의 계약·영수증·장부 및 기타 유관자료의 열람 및 복제,
- (3) 당사자가 타인의 등록상표전용권을 침해하는 활동에 종사한 혐의를 받는 장소에 대한 현장검사 실시,
- (4) 권리침해 활동과 유관한 물품의 검사. 타인의 등록상표전용권을 침해한 증거증명이 있는 물품에 대해서는 차압, 봉인하거나 압류할 수 있다.

## 〈상표법 실시세칙 제51조〉

등록상표전용권을 침해하는 행위에 대해서는 누구든지 공상관리행정부문에 제소 또는 고발할 수 있다.

## 〈상표법 실시세칙 제52조〉

등록상표전용권 침해행위에 대한 벌금액은 불법영역의 3배 이하로 한다. 불법영역을 계산할 방법이 없는 경우에는 벌금액은 인민폐 10만원 이하로 한다.

### 3) 공상행정관리부문의 관할

상표권침해와 관련된 공상행정관리부문의 관할문제는 〈공상행정관리기관 행정처벌절차규정, 2007년 10월 1일 시행〉에 상세히 규정되어 있다. 주요한 사항을 요약하면 다음과 같다.

행정처벌은 ‘위법행위 발생지의 현(縣)급 이상의 공상행정관리기관’이 관할하며, 법률, 행정규정에 별도의 규정이 있는 경우에는 예외로 한다.

현(縣), 시(市) 공상행정관리기관은 본 관할구역 내에서 발생하는 사건을 관할한다.

성, 자치구, 직할시의 공상행정관리기관은 해당 관할 구역 내의 중대하고 복잡한 안건을 관할한다.

국가공상행정관리총국은 직접 행정 처벌해야 하는 안건 및 전국적 범위에서 발생하는 중대하고 복잡 안건을 관할한다.

법률, 법규규정에 따라 자기의 명의로 행정처벌을 실시하는 공상행정관리소의 구체적인 권한은 성급공상행정관리기관이 확정한다.

당사자의 동일 위법행위에 대하여 2이상의 공상행정관리기관이 관할권을 가진 경우에는 먼저 입안한 공상행정관리기관이 관할한다.

2이상의 공상행정관리기관이 관할권으로 인해 분쟁이 발생한 경우에는 협상을 통해 해결하여야 하며, 협상이 성립하지 않는 경우에는 공동 상1급 공상행정관리기관이 관할을 지정한다.

#### 4) 상표권 침해의 처리

##### (1) 상표권 침해에 대한 처리 신청

상표법 실시세칙 제51조의 규정에 따라, 등록상표전용권을 침해하는 행위에 대해서는 누구든지 공상행정관리부문에 제소 또는 고발할 수 있다. 따라서 상표권자뿐만 아니라 상속인, 이해관계인 등도 처리를 청구할 수 있다.

상표전용권 침해행위에 대하여 공상행정관리부문에 처리를 청구하는 경우에는 침해정지를 청구할 수 있으며, 침해상품 및 침해상품을 제조하고, 등록상표표지를 위조하는데 전용하는 도구를 몰수, 소각하는 등의 행정처벌을 청구할 수 있다. 또한 침해배상액에 대해서는 공상행정관리부문에 조정을 청구할 수 있다.

##### (2) 행정처벌의 일반절차

공상행정관리기관은 감독 직권에 따라 또는 고소, 제소, 고발, 기타기관이송, 상급기관지시 등을 통하여 위법행위를 발견하고, 조사 처리한다. 공상행정관리기관이 고소, 제소, 고발, 기타 기관이송, 상급기관 지시의 자료를 접수한 날로부터 7근무일이내 확인 조사하여 입안 여부를 결정한다. 특별한 경우에는 15근무일까지 입안 여부의 결정을 연장할 수 있다.

입안후 처리요원은 즉시 조사를 진행하여 증거를 수집하고, 법률, 법규규정에 따라 검사

를 진행한다. 그 후에, 공상행정관리기관의 확인심사기구가 사건에 대한 확인심사를 진행한다. 확인심사기구는 심사완료 후 행정처벌 건의 및 심사의견을 공상행정관리기관 책임자에게 보고한다. 공상행정관리기관 책임자는 행정처벌 건의를 승인한 후 당사자에게 행정처벌을 하려고 하는 사실, 이유, 처벌내용을 고지하고, 동시에 당사자에게 법에 따라 진술권, 항변권을 향유할 수 있음을 고지한다.

### (3) 공상행정관리부문의 권한

전리법 제55조의 규정에 따라, 현금 이상의 공상행정관리부문이 이미 확보한 위법혐의 증거 또는 고발에 따라 타인의 등록상표전용권을 침해한 혐의를 받는 행위에 대하여 현장 조사를 진행하는 때에는 다음에 열거된 직권을 행사할 수 있다.

- ④ 유관 당사자에 대한 질문 및 타인의 등록상표전용권 침해와 관련된 사항의 조사,
- ⑤ 권리침해활동과 유관한 당사자의 계약·영수증·장부 및 기타유관자료의 열람 및 복제,
- ⑥ 당사자가 타인의 등록상표전용권을 침해하는 활동에 종사한 혐의를 받는 장소에 대한 현장검사 실시,
- ⑦ 권리침해활동과 유관한 물품의 검사. 타인의 등록상표전용권을 침해한 증거증명이 있는 물품에 대해서는 차압, 봉인하거나 압류할 수 있다.

### (4) 처리결정

공상행정관리부문이 처리하는 경우에는, 권리침해행위가 성립한다고 인정하는 경우, 권리침해행위를 즉각 중지하도록 명령하며, 권리침해상품 및 권리침해상품을 제조하고 등록상표표지를 위조하는데 전용하는 도구를 몰수·폐기하며, 또한 벌금을 부과할 수 있다. 등록상표전용권 침해행위에 대한 벌금액은 불법경영액의 3배 이하로 한다. 불법경영액을 계산할 방법이 없는 경우에는 벌금액은 인민폐 10만원 이하로 한다.

### (5) 불복신청

당사자가 처리결정에 대하여 불복하는 경우에는 처리통지를 받은 날부터 15일내에 《중화인민공화국행정소송법》에 근거하여 인민법원에 제소할 수 있다. 권리침해자가 기간이 만료될 때까지 제소하지도 아니하고 이행도 하지 아니하는 경우에는 공상행정관리부문은 인민법

원에 강제집행을 신청할 수 있다.

#### (6) 조정

처리를 진행하는 공상행정관리부문은 당사자의 청구에 근거하여 상표전용권 침해의 배상액에 대하여 조정을 진행할 수 있다. 조정이 이루어지지 아니하는 경우에는 당사자는 민사소송법에 근거하여 인민법원에 제소할 수 있다.

#### (7) 행정처벌의 간이절차

개인의 경우 50위안 이하, 법인 또는 기타조직의 경우 1천위안 이하에 해당하는 과태료 또는 경고의 행정처벌은 현장에서 처벌결정을 행할 수 있다.

간이절차를 적용하여 위법행위를 현장에서 조사·처리하는 경우 처리요원은 현장에서 위법사실을 조사하고, 현장검사를 실시하고, 필요한 증거를 수집하고, 예정된 격식에 따라 행정처벌결정서를 작성하여야 한다.

### 5) 행정보호와 사법보호의 순서에 관한 문제

상표권 침해 사안의 경우, 공상행정관리부문의 처리신청과, 인민법원에의 소송제기의 순서를 어떻게 할 것인가에 의해, 한쪽의 법적수단을 이용할 수 없게 되는 경우가 있다.

“상표안건의 심리에 있어서의 관할 및 법률적용범위의 문제에 관한 해석”3조에 따르면, 먼저 상표등록자가 공상행정관리부문에 대해 상표전용권 침해행위에 대해 처리를 청구했다고 해도, 다시 인민법원에 대해 상표전용권 침해에 대해 배상청구의 소송을 제기할 수 있다. 다만, 처벌에 대해, “공상행정관리부문이 동일한 등록상표전용권 침해행위에 대하여 이미 행정처벌을 부과하고 있는 경우, 인민법원은 재차 민사 제재를 가하지 않는다”고 되어 있을 뿐이다

[“상표민사분쟁안건의 심리에 있어서의 법률적용에 관한 해석” 21조].

이에 대하여, 먼저 인민법원에 대해 상표전용권 침해에 대하여 손해배상청구의 소송을 제기하면, 그 후, 공상행정관리부문에 대해 상표전용권 침해행위에 대하여 처분을 청구하여도, 명문의 규정이 없음에도 불구하고, 공상행정관리부문이 처분을 하지 않는다고 하는 운용이 이루어지고 있다.

따라서 공상행정관리부문에의 처리신청과, 인민법원에 대한 민사소송의 제기를 양쪽 모두 이용하고 싶다면, 통상은 전자를 선행시켜야 할 것이다.

### 3.2.3 세관에 의한 행정보호

중국 국무원은 미국과의 지식재산권 협상에서 약속한 의무를 이행하기 위하여, 1994년 7월 5일 〈진일보한 지식재산권 보호 업무강화에 관한 결정〉을 발표하였다. 당해 결정에서 지식재산권의 세관보호에 대하여 다음과 같이 규정하였다. 중국이 참가한 〈공업재산권보호과리협약〉과 〈문학 및 예술작품 보호를 위한 베른협약〉의 관련 규정을 이행하고 대외경제기술무역에서의 지식재산권 보호를 강화하기 위하여 세관의 지식재산권 보호 및 침해제품의 수출입 제지방면에서의 직능을 강화하고 필요한 경계지역 조치를 취하며, 침해제품의 수출입을 효과적으로 제지하여야 한다. 또한 세관은 관련 부문과의 연합 및 협력을 강화하고 법에 따라 지식재산권의 경계지역 보호조치를 엄격하게 실시하여야 한다.

국무원의 지시에 따라 세관총서는 1994년 9월 1일 공고를 통해 1994년 9월 15일부터 중화인민공화국의 법률과 행정법규의 보호를 받는 지식재산권을 침해하는 물품에 대하여 수출입을 금지한다고 선포하였다. 이로부터 중국은 지식재산권 경계지역 보호의 실시를 개시하였다.

#### 1) 신청에 의한 보호

지식재산권세관보호조례에 따라 세관의 지식재산권에 대한 보호는 신청에 의한 경우와 직권에 의한 경우 두 가지 유형으로 나뉜다. 이 두 가지 유형의 차이는 주로 세관의 개입 정도와 권리자의 의무 방면에서 나타난다.

신청에 의한 보호는 세관이 지식재산권자의 신청에 의해 발견한 침해혐의 물품에 대하여 압류조치를 취하는 것을 가리킨다. 신청에 의한 보호는 다음과 같은 특징을 가진다.

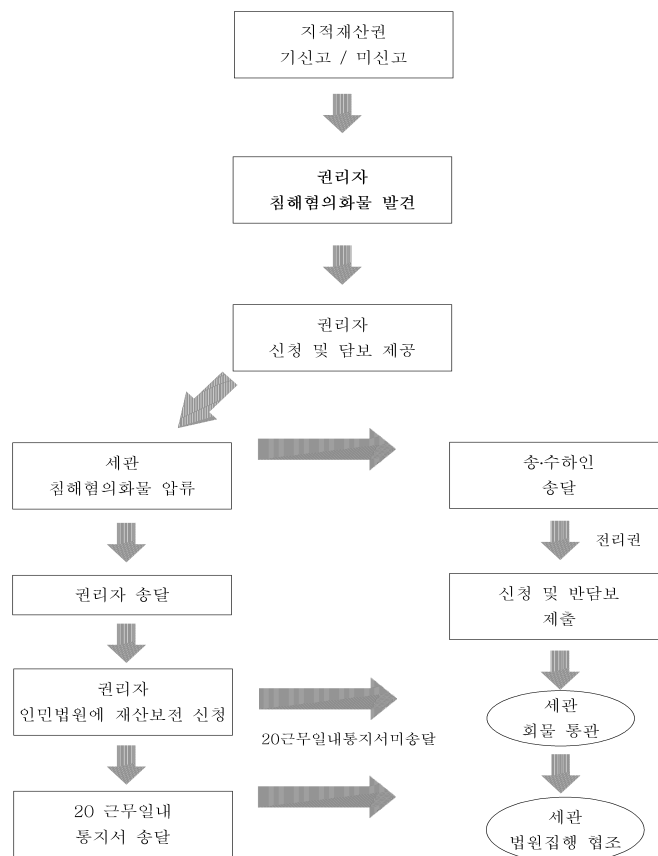
- ㉠ 지식재산권자는 침해혐의 물품을 발견한 후 직접 항구의 세관에 압류를 신청할 수 있으며, 사전에 그 지식재산권을 세관총서에 등기할 필요가 없다.
- ㉡ 세관은 침해혐의 물품의 수출입에 대한 감독 및 통제를 책임지지 않는다.
- ㉢ 지식재산권자는 세관에 침해혐의 물품의 가치에 상당하는 담보를 제공하여야 한다.
- ㉣ 세관은 물품의 침해상황에 대하여 조사할 권한이 없다. 세관이 침해혐의 물품을 압

류한 후, 지식재산권자는 인민법원에 사법적 압류를 신청하여야 한다. 만일 인민법원이 세관의 물품 압류 후 20근무일 내 세관에 압류협조의 통지를 할 수 없을 경우, 세관은 압류된 물품의 통행을 허락하여야 한다.

한편, 침해협약이 있는 물품이 전리권 침해와 관련된 경우에는, 송·수하인은 물품의 가액과 동액의 담보금을 세관에 제공한 후, 그 물품의 통관을 세관에 요청할 수 있다.

이로부터 알 수 있듯이, 신청에 의한 보호는 세계무역기구의 <무역 관련 지식재산권협정> 중 세관의 통행 중지에 관한 규정과 기본적으로 일치한다. 신청에 의한 보호의 경우, 세관은 침해물품의 수출입에 대하여 자발적으로 제지조치를 취할 수 없으므로 신청에 의한 보호는 ‘피동적 보호’ 라고도 한다.

신청에 의한 세관의 구체적인 행정보호 절차는 다음 그림과 같다.



[그림 3.2-1] 세관에 의한 지식재산권 보호절차(신청)

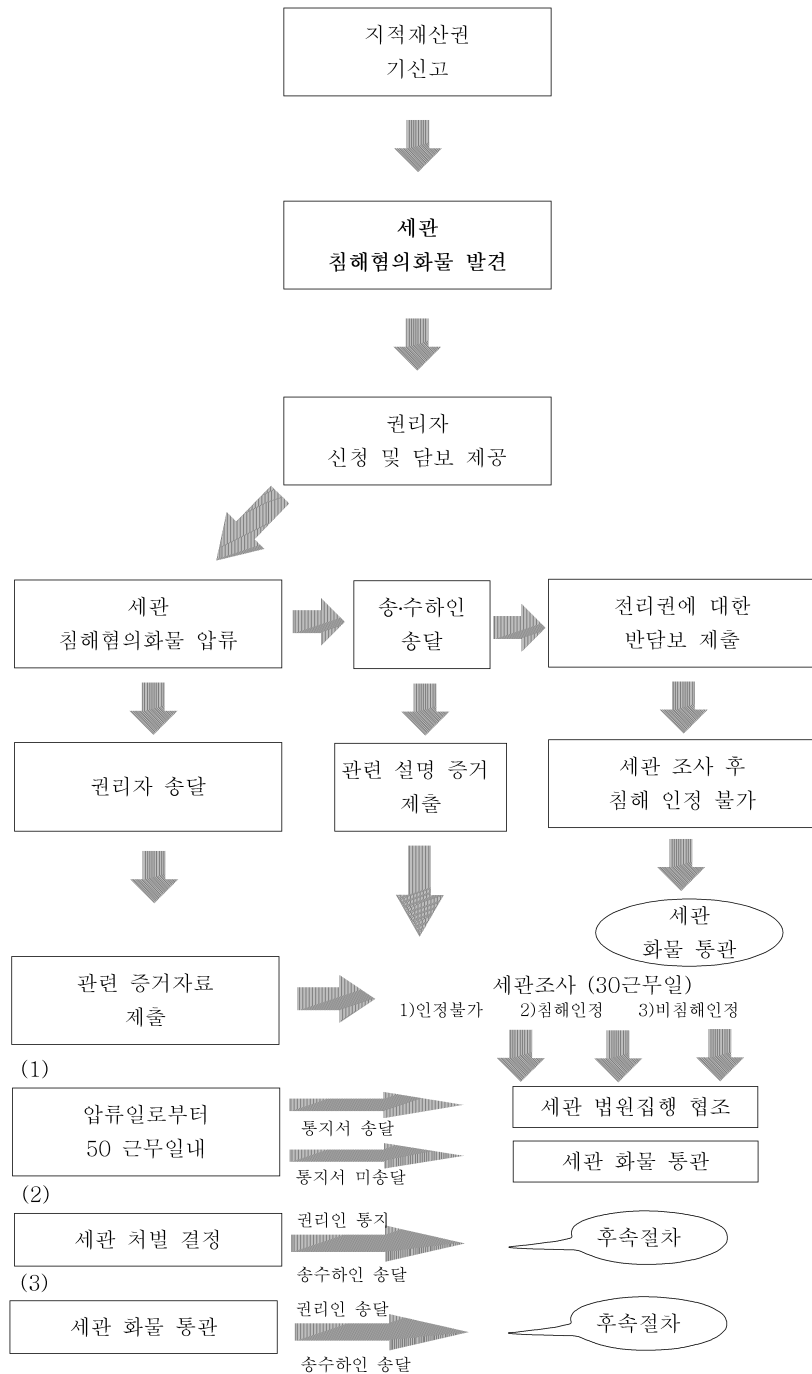
## 2) 직권에 의한 보호

직권에 의한 보호는 세관이 수출입물품에 대한 감독관리과정에서 발견한 지식재산권 침해의 수출입물품에 대하여 자발적으로 취하는 압류와 조사처리의 조치를 가리킨다. 직권에 의한 보호는 다음과 같은 특징을 가진다.

- ㉠ 지식재산권자는 사전에 당해 지식재산권을 세관총서에 등기하여야 한다.
- ㉡ 세관은 등기된 지식재산권에 대한 침해혐의를 받는 수출입물품을 발견 시 통행을 중지하고 관련 지식재산권자에게 서면통지 하여야 한다.
- ㉢ 지식재산권자는 세관에 침해혐의 물품을 압류할 것을 요구할 경우, 3근무일내 신청서를 제출하여야 한다.
- ㉣ 지식재산권자가 세관에 제공하는 담보는 최고 인민폐 10만위안을 초과하지 아니 한다.
- ㉤ 세관은 물품의 침해상황에 대하여 조사 및 판단할 권한을 가진다. 물품의 침해상황을 판단할 수 없는 경우, 세관은 지식재산권자에게 인민법원에 사법적 압류를 신청하도록 통지하여야 한다.
- ㉥ 세관은 침해가 인정된 물품에 대하여 몰수하고 그 침해물품의 수하인과 송하인에게 행정처벌을 부여할 권한을 가진다. 범죄를 구성할 경우에는 공안기관에 이송하여야 한다.
- ㉦ 몰수한 침해물품에 대하여 세관은 법에 따라 처분할 권한을 가진다.

직권에 의한 보호의 경우, 세관은 침해물품의 수출입에 대하여 제지조치를 취할 권한을 가지기 때문에 직권에 의한 보호는 ‘능동적 보호’ 라고도 한다.

직권에 의한 세관의 구체적인 행정보호 절차는 다음 그림과 같다.



[그림 3.2-2] 세관에 의한 지식재산권 보호절차(직권)



### 3) 세관총서의 등기수리의 지식재산권 유형

국무원이 반포한 지식재산권세관보호조례 제2조의 규정에 의하면, 중국 세관이 보호하는 지식재산권은 수출입물품과 관련되고 중화인민공화국의 법률 및 행정법규의 보호를 받는 상표전용권, 저작권 및 이와 관련된 권리, 전리권을 포함한다. 따라서 다음의 지식재산권은 세관에 보호등기를 신청할 수 있다.

- ㉠ 국가공상행정관리총국 상표국이 등록을 비준한 상표(서비스상표는 제외).
- ㉡ 세계지식재산권기구(WIPO)에 등록되고 중국을 지정한 국제등록상표(서비스상표는 제외).
- ㉢ 국가지식재산권국이 전리권을 수여한 발명, 실용신안, 디자인.
- ㉣ 〈문학 및 예술작품 보호를 위한 베른협약〉 체결국의 국민 또는 조직이 소유한 저작권 및 이와 관련한 권리.

이밖에, 국무원이 반포한 〈올림픽표지보호조례〉와 〈세계박람회표지보호조례〉의 규정에 따라 중국 세관은 올림픽표지와 세계박람회표지에 대하여 보호를 실시한다.

### 4) 지식재산권자의 지식재산권세관보호등기의 방법

#### (1) 지식재산권세관보호등기는 어느 부문에 신청하여야 하는가?

《지식재산권세관보호조례》의 규정에 따라 지식재산권자의 지식재산권세관보호등기의 신청은 직접 세관총서에 신청서를 제출하여야 하며, 각 항구의 세관은 수리하지 않거나 세관총서에 지식재산권세관보호등기의 신청을 전달한다.

#### (2) 누가 등기신청인의 자격을 구비하는가?

오직 지식재산권자만이 지식재산권 세관보호등기를 신청할 수 있다. 여기서 “지식재산권자”는 상표법, 전리법, 저작권법에 규정한 상표등록자, 전리권자, 저작권자 및 이와 관련한 권리자 및 올림픽표지와 세계박람회표지의 권리자를 가리킨다.

지식재산권을 사용하는 피허가자 등 이해관계자는 지식재산권세관보호조례의 “지식재산권자”가 아니며, 자신의 명의로서 세관총서에 지식재산권 등기를 신청하거나 항구의 세관에 보호조치를 취하도록 신청할 수 없다. 그러나 피허가자 등 이해관계자는 상표등록자, 전리

권자, 저작권자 및 이와 관련한 권리자의 위탁을 받아 그 대리인의 신분으로 신청을 제기할 수 있다.

### (3) 지식재산권자는 어떻게 등기신청서를 제출하는가?

지식재산권자는 지식재산권 세관보호등기의 진행 시 세관총서에 등기신청서를 제출하고 관련 증명서류를 첨부하여야 한다. 등기신청서 제출의 구체적인 절차는 다음과 같다.

- ④ 등기신청서의 작성. 신청인은 등기신청의 지식재산권의 유형에 따라, 〈상표권세관보호등기신청서〉, 〈전리권세관보호등기신청서〉 및 〈저작권세관보호등기신청서〉를 각각 작성하여야 한다. 또한 신청인은 세관총서의 〈지식재산권세관보호등기의 신청 및 검색시스템〉(이하 “등기시스템”)을 통해 인터넷으로 등기신청을 제출할 수 있으며, 등기시스템의 웹 사이트 주소는 [www.customs.gov.cn](http://www.customs.gov.cn)이다.
- ⑤ 세관총서의 요구에 따라 첨부서류를 완비하여 등기신청서와 함께 세관총서 정책법 규사지식재산권보호처로 우송한다.
- ⑥ 세관총서의 심사의견에 따라 신청서류를 수정 또는 보완한다.

세관총서는 신청인이 제출한 모든 신청서류를 접수한 날부터 30근무일 내 등기 또는 신청 기각을 결정하여야 한다. 요구에 부합하지 않는 신청에 대하여 세관총서는 신청인에게 기각 통지서를 발송하지만 원 신청서류를 반환하지 않는다. 만일 신청인이 등기시스템을 사용하여 신청할 경우에는 검색시스템의 세관총서 “심사의견”란을 통해 기각의 원인을 이해하고 즉시 보정할 수 있다. 세관총서가 신청을 기각할 경우, 신청인은 다음의 규정에 따라 관련 서류를 다시 제출하거나 추가 제출할 수 있다.

- ④ 신청인이 지식재산권자 또는 그 대리인이 아닌 경우에는 변경 후 신청서류 전부를 다시 제출한다.
- ⑤ 신청서 작성에 오류가 있거나 신청인에 의해 날인하지 않은 경우에는 변경 후 신청서를 다시 제출한다.
- ⑥ 첨부서류(등기비용이체증서 포함)가 완비되지 않을 경우에는 관련 서류를 추가 제출한다.

세관총서의 기각 후 신청인이 신청서류를 다시 제출하거나 추가 제출할 경우, 세관총서의 신청에 대한 심사기한은 다시 계산한다.

#### (4) 세관등기 신청 시 첨부서류에 대한 요구는 무엇인가?

지식재산권자는 세관총서에 지식재산권등기신청서를 제출 시 당해 지식재산권의 유형에 따라 상이한 증명서류를 제출하여야 한다. 일반적으로 등기신청서의 첨부서류는 필수제출과 선택제출의 두 가지 유형을 포함한다.

##### i. 필수적 제출서류

- ① 지식재산권자의 신분증명 : 지식재산권자가 국내 자연인일 경우에는 개인 신분증 복사본을 제출하며, 외국 자연인일 경우에는 여권 또는 기타 신분증명 서류의 복사본을 제출한다. 권리자가 국내법인 또는 기타 조직일 경우에는 영업허가증 복사본을 제출하며, 외국법인 또는 기타 조직일 경우에는 회사 및 조직의 증명서류 복사본을 제출한다.
- ② 지식재산권의 증명 : 권리유형에 따라 상표등록증, 전리증서, 작품 등을 제출한다.
- ③ 등기비용납부의 증명 : 지식재산권자는 세관총서에 등기신청서를 제출하기 전에 먼저 세관총서에 비용을 납부하고 등기신청서와 함께 세관총서에 우송하여야 한다.

##### ii. 선택적 제출서류

- ① 대리인의 신분증명 : 지식재산권자가 대리인에게 위탁하여 대신해서 등기신청을 하는 경우에만 한정한다. 대리인이 자연인일 경우에는 신분증 복사본을 제출하고, 법인 또는 기타 조직일 경우에는 공상영업허가증 복사본 또는 기타 등기서류의 복사본을 제출한다.
- ② 대리권 위임장 : 수권위임장은 세관총서의 규정 격식(웹 사이트에서 다운로드 가능)을 사용하고 위탁자가 서명하여야 한다.
- ③ 지식재산권허가계약 : 지식재산권자가 타인의 지식재산권 사용을 허락한 경우에는 (생산, 가공 및 수출입위탁을 포함) 허가계약과 관련한 복사본 또는 생산, 가공 및 수출입을 위탁하는 협의 등 문건을 제공할 수 있다.
- ④ 합법적 물품과 포장사진 및 샘플 : 물품과 포장사진 및 샘플의 제공은 항구세관이

즉시 합법과 침해물품을 식별하는데 도움을 준다.

- ㉔ 이미 알고 있는 침해증거 : 만일 지식재산권자가 세관에 등기 후 즉시 보호조치를 취하도록 요구할 경우에는 관련 수출입 물품이 침해를 이미 구성한다고 판단되는 초보적 증거를 제출하여야 한다.
- ㉕ 세관총서가 제출이 필요하다고 판단되는 기타 서류 : 만일 세관총서가 신청서류의 진실성을 의심할 경우에는 출원인에게 기타 증명서류, 예를 들어, 공증 및 인증서류 등을 제출하도록 요구할 수 있다.

신청인은 첨부서류의 제출 시 다음의 문제에 주의하여야 한다.

- ㉖ 필수제출 또는 선택제출의 첨부서류를 불문하고 복사본일 경우 신청인은 “원본 확인 대조 필”문구를 명시하고 확인도장을 찍어야 한다. 만일 외국어일 경우에는 중문번 역문을 제출하여야 한다.
- ㉗ 선택제출의 첨부서류의 경우, 만일 규정 상황에 속할 경우에는 제출하여야 한다.
  - **주의사항** : 외국(중국홍콩, 마카오, 대만지역 포함)의 지식재산권자가 지식재산권의 세관등기를 신청 할 경우에는 그가 국내에 설립한 사무기구 또는 국내대리인이 세관에 신청서를 제출하여야 한다.

(5) 등기신청서는 반드시 지식재산권자가 서명 또는 날인해야 하는가?

지식재산권자가 직접 세관총서에 등기신청을 할 경우에는 신청서에 서명 또는 날인하여야 한다. 만일 지식재산권자가 타인에게 위탁하여 대신해서 등기신청을 할 경우 신청서는 위탁자 또는 대리인이 자신의 명의로 서명 또는 날인할 수 있다.

(6) 만일 지식재산권자가 등기할 지식재산권이 여러 개인 경우 하나의 신청서를 작성할 수 있는가?

지식재산권자가 동시에 여러 지식재산권에 대하여 세관총서에 등기신청을 할 경우에는 세관총서의 지식재산권세관보호조례의 실시방법에 관한 규정 즉, “1권리 1신청”의 원칙에 따라 신청서를 제출하여야 한다. 등기신청할 지식재산권의 수량에 따라 그만큼 등기신청서를 작성하여야 한다.

## (7) 어떻게 지식재산권 세관보호 등기신청서를 작성하는가?

등기신청인이 신청서를 정확하게 작성하고 관련 첨부서류를 준비하는데 편의를 제공하기 위하여 지식재산권자는 등기시스템을 통해 세관총서에 등기신청을 발송할 수 있으며, 언제든지 신청의 수리 및 심사상황을 검색할 수 있다. 요구에 부합하지 않는 등기신청에 대하여, 세관총서는 등기시스템을 통해 심사의견을 신청인에게 통지하여 적시에 보정하도록 할 수 있다.

## (8) 지식재산권에 대한 세관보호수권위임장은 무엇인가?

본 위임장은 지식재산권자가 그 국내의 대리인에게 위임하는데 사용한다.

④ 세관총서에 지식재산권세관보호등기를 처리하는 경우

⑤ 항구의 세관에 보호조치의 신청서를 제출하는 경우

다운로드 웹 사이트 주소 : [www.customs.gov.cn](http://www.customs.gov.cn)

## (9) 침해혐의 물품의 압류신청서(S-1격식)는 무엇인가?

침해혐의 물품의 압류신청서(S-1)는 지식재산권자가 지식재산권세관보호조례 제13조(즉, 피동적 보호신청)의 규정에 따라 침해혐의 물품의 수출입지역 세관에 제출하는데 독점적으로 사용하는 압류신청서를 가리킨다.

다운로드 웹 사이트 주소 : [www.customs.gov.cn](http://www.customs.gov.cn)

## (10) 〈지식재산권 세관보호등기의 신청 및 검색시스템〉은 무엇인가?

수출입기업과 지식재산권자에게 보다 나은 정보서비스를 제공하고 등기신청인이 관련 수속을 처리하는데 편의를 제공하기 위하여 세관총서는 2004년 9월 등기시스템을 개발, 사용하였다. 등기시스템은 다음 기능을 구비하고 있다.

④ 정보를 검색하는 지식재산권자와 수출입기업은 사용자(user) 등록의 필요 없이 이미 세관총서가 승인한 모든 등기정보를 직접 검색할 수 있다. 지식재산권자의 상업비밀을 보호하기 위하여 공개검색의 허용은 신청인명칭, 등기관리명칭, 권리등록 또는

- 수권번호, 상표사용허가상품 등 이미 공개한 정보에만 한정된다. 지식재산권자가 작성한 연락인의 성명, 연락방식 및 피허가사용기업 등 정보에 대해서는 지식재산권자만이 등록을 통해 유저가 된 후 검색할 수 있다.
- ⑥ 등기신청인은 유저로 등록한 후 세관총서에 지식재산권의 등기신청을 제출할 수 있으며, 세관총서가 신청을 수리한 날짜, 등기비용납부, 세관총서의 심사의견, 등기비준일 및 등기번호 등 정보를 검색할 수 있다.
  - ⑦ 등기정보 직접관리신청인은 시스템을 통해 본인이 이미 제출한 등기신청을 수정하거나 취소할 수 있으며, 본인명의 하의 등기정보에 대하여 검색, 통계, 분류, 인쇄, 출력 등 방식으로 관리함으로써 변경이 필요하거나 등기연장의 상황을 제때에 발견할 수 있다.
  - ⑧ 등기변경신청인은 연락자, 통신주소, 전화와 팩스 등 통신방식, 피허가자명단 등 등기정보에 대하여 시스템을 통해 직접 수정할 수 있으며, 서면형식으로 세관총서에 재차 변경신청을 할 필요가 없다. 이는 인원이동이 많고 등기정보변경이 필요한 상황이 빈번한 지식재산권자에게 있어서 매우 편리하다. 유저로서 등록 여부를 불문하고 누구든지 등기시스템을 사용하는데 비용을 지불할 필요는 없다.

#### (11) 세관이 제출을 요구하는 전리권증명은 무엇을 가리키는가?

상이한 전리권의 유형에 따라 신청인은 다음의 규정에 의거하여 상이한 권리증명을 제출하여야 한다.

##### i. 등록디자인

- ① 국가지식재산권국이 발급한 등록증서 복사본,
- ② 국가지식재산권국이 공표한 디자인등록공고의 복사본.

##### ii. 등록실용신안

- ① 국가지식재산권국이 발급한 등록증서 복사본,
- ② 국가지식재산권국이 제공한 실용신안등록검색보고의 복사본.

### iii. 발명전리

#### ㉔ 국가지식재산권국이 발급한 전리증서 복사본.

만일 상기 세 가지 권리의 공고일로부터 등기신청서류가 세관총서에 송달되는 날까지 1년을 초과할 경우에는 신청인이 세관총서에 등기신청을 제출하기 전 6개월 내에 국가지식재산권국이 작성한 권리등기부 부분을 제출하여야 한다. 상기 서류에 대하여 복사본 제출을 규정한 경우, 신청인은 “원본 확인대조 필”문구를 명시하고 확인도장을 찍어야 한다.

#### (12) 세관총서는 등기연락자에 대하여 어떠한 규정을 하는가?

등기연락자는 지식재산권자가 지식재산권세관보호등기신청서에 지정한 당해 절차의 처리를 책임지는 사람을 가리킨다. 등기연락자는 지식재산권자 본인 또는 본 단위의 종업원일 수 있으며 또한 그가 위탁한 대리인 또는 대리인 소재 단위의 종업원일 수도 있다.

등기연락자는 세관총서와 연락하여 지식재산권등기사항의 처리를 책임질 뿐만 아니라, 항구의 세관과 침해혐의 물품의 차압에 대하여 연락, 협조하는 업무를 담당하여야 한다. 항구의 세관이 침해혐의 물품을 판단하는 시간은 제한적이기 때문에, 제때에 등기연락자의 협조를 받을 수 있는가는 세관의 법집행에 있어 매우 중요하다. 따라서 등기연락자는 다음 요구를 만족하여야 한다.

- ㉕ 국내에 거주하여야 한다. 여기서 “국내”는 중국의 홍콩, 마카오, 대만지역을 포함하지 않는다.
- ㉖ 등기처리와 항구세관과의 연락협조의 직책을 동시에 부담하여야 한다.
- ㉗ 각 지식재산권자는 1 - 2명의 연락자만을 둘 수 있다. 만일 연락자가 지나치게 많을 경우에는 정보전달경로의 혼란을 초래할 수 있다.
- ㉘ 연락자는 언제든지 세관에 협조 및 협력을 제공하여야 한다. 현재 많은 세관은 이미 24시간 통관제도를 실시하고 있으나 몇몇 침해자는 통상 저녁 또는 밤늦게까지도 침해물품을 수출입하는 것을 발견할 수 있다. 세관은 빠른 감별을 통해 통관중지 물품인지 여부를 결정하기 위하여 등기연락자의 정상업무시간 이외에 연락자의 협력을 필요로 한다. 따라서 등기연락자는 언제든지 세관에 협력한다는 심리적 준비를 하여야 한다.

#### 4) 등기의 유효기간 및 갱신

지식재산권의 세관보호 등기는 세관총서에 신고한 날부터 효력이 발생하며, 유효기간은 10년이다.

지식재산권이 유효한 경우, 지식재산권리자는 세관등기 유효기간 만료 6개월 전에 갱신신고를 하여야 하며, 매회 갱신신고의 유효기간은 10년이다.

지식재산권 등기에 변경이 있는 경우에는 변경사유 발생일로부터 30근무일 이내에 세관총서에 등기변경 또는 말소 수속을 처리해야 한다.

#### 5) 세관 등기비용

지식재산권 세관보호조례 제32조와 세관총서의 2004년 5월 25일 지식재산권 등기비용 수령에 관한 2004 - 15호 공고의 규정에 따라, 지식재산권자는 세관총서에 지식재산권세관보호등기를 신청 시 매등기신청에 대하여 등기비용, 인민폐 800위안을 납부하여야 한다.

세관총서의 등기비용 수령 후, 만일 신청인이 제출한 등기신청을 기각할 경우에는 등기비용을 반환하여야 한다. 그러나 지식재산권 세관보호등기가 세관총서에 의해 법에 따라 말소, 취소되거나, 또는 기타 원인으로 실효될 경우, 신청인이 이미 납부한 등기비용은 반환되지 아니한다.

신청인이 등기의 유효기간 내 등기연장 또는 변경을 신청할 경우에는 등기비용을 다시 납부하지 아니한다. 그러나 신청인이 등기의 실효 후 재차 등기신청 할 경우에는 등기비용을 다시 납부하여야 한다.

### 3.2.4 행정보호 현황

#### 1) 전리권 행정보호 현황

2006년 한 해 동안 각 지방 지식재산권국은 전리침해분쟁사건 및 기타 전리분쟁사건으로 1270건을 수리하였으며, 973건을 종결하였다. 1,270건 중 전리침해분쟁사건은 1,227건이며, 기타전리분쟁사건은 43건이다. 또한 타인전리사청사건은 33건이며, 전리사청사건은 933건이다. 출동인원은 20,475명이며, 상업장소 검사는 7,780개소, 상품검사는 2,968,249건이며, 공안부문 이송건수는 12건이다. 그 주요 현황은 다음 표와 같다.



[표 3.2-1] 2006년 전국 전리권 행정집행 현황 (1)

	합계	침해분쟁		기타분쟁		전리허위표시 행위처리		타인전리 사청행위처리	
		수리	심결	수리	심결	수리	심결	수리	심결
합계	총누계	12,756	10,734	2,224	1,925	12,536	11,909	639	622
	2006	1,227	952	43	21	933	933	33	33
북경시	총누계	7,263	254	221	220	195	190	5	7
	2006	17	13	0	0	16	16	0	0
천진시	총누계	125	108	24	21	354	354	7	5
	2006	3	12	2	1	5	5	5	5
하북성	총누계	313	292	87	88	913	912	32	32
	2006	33	38	0	1	9	9	0	0
산서성	총누계	69	52	45	36	40	36	17	16
	2006	3	2	0	0	0	0	0	0
내몽고	총누계	69	78	10	10	597	597	3	3
	2006	15	27	0	0	47	47	0	0
요녕성	총누계	314	279	168	135	44	447	17	17
	2006	16	14	3	2	0	0	0	0
길림성	총누계	114	113	55	47	167	167	5	5
	2006	5	5	2	2	0	0	0	0
흑룡강	총누계	369	321	110	100	85	85	4	5
	2006	18	14	2	2	0	0	0	0
상해시	총누계	422	381	56	55	174	171	6	6
	2006	29	24	0	0	16	16	0	0
강소성	총누계	744	536	123	116	528	528	76	76
	2006	81	45	1	1	12	12	1	1
절강성	총누계	1617	1381	77	66	78	77	9	7
	2006	172	162	1	0	3	3	0	0
안휘성	총누계	129	126	19	15	754	691	3	3
	2006	16	15	1	1	40	40	1	1
복건성	총누계	340	253	35	32	66	61	7	7
	2006	52	44	0	0	6	6	3	3
강서성	총누계	217	115	26	17	255	182	7	7
	2006	18	9	0	0	42	42	0	0
산둥성	총누계	1,247	1,069	148	139	3,376	3,179	134	129
	2006	133	71	2	1	237	237	6	6

	합계	침해분쟁		기타분쟁		전리허위표시 행위처리		타인전리 사칭행위처리	
		수리	심결	수리	심결	수리	심결	수리	심결
하남성	총누계	683	511	86	60	466	464	39	38
	2006	91	52	10	0	8	8	0	0
호북성	총누계	504	443	181	131	357	339	21	20
	2006	39	29	3	1	19	19	1	10
호남성	총누계	391	345	198	180	570	570	26	26
	2006	47	30	3	1	87	87	1	1
광둥성	총누계	3,003	2,522	193	174	833	810	120	118
	2006	240	199	0	0	49	49	9	9
광서구	총누계	123	106	54	37	23	23	0	0
	2006	13	1	0	0	0	0	0	0
중경시	총누계	39	34	5	1	76	75	0	0
	2006	12	8	4	0	3	3	0	0
사천성	총누계	631	542	136	111	367	364	53	51
	2006	64	65	1	1	25	25	0	0
귀주성	총누계	118	88	25	21	413	374	3	2
	2006	12	7	0	0	102	102	0	0
운남성	총누계	134	129	28	22	116	116	11	11
	2006	10	8	1	0	89	89	0	0
서장구	총누계	11	8	0	0	1	1	1	1
	2006	3	0	0	0	0	0	0	0
섬서성	총누계	122	105	28	23	676	674	0	0
	2006	2	2	0	0	0	0	0	0
감숙성	총누계	97	66	25	18	6	5	2	1
	2006	12	7	0	0	1	1	0	0
청해성	총누계	13	11	9	10	61	61	1	1
	2006	0	0	0	0	4	4	0	0
닝하구	총누계	132	132	26	18	75	75	2	2
	2006	14	11	0	0	24	24	1	1
신강구	총누계	319	252	17	14	813	627	13	11
	2006	53	33	7	7	89	89	5	5
해남성	총누계	84	82	9	8	57	57	15	15
	2006	4	5	0	0	0	0	0	0

※ 출처: 중국 지식재산권년감, 2007

국가지식재산권국은 2006년 행정집행의 특징을 다음과 같이 분석하고 있다.

첫째, 전리침해분쟁사건이 전리분쟁사건의 대부분을 차지한다. 2006년 전체 수리건수 1,270건 중 전리침해분쟁사건은 1,227건으로 96.6%를 차지하며, 기타 전리분쟁사건은 43건으로 3.4%를 차지한다.

둘째, 전리침해분쟁사건은 실용신안 및 디자인 전리사건이 차지하고 있는데, 발명은 200건으로 16.3%, 실용신안은 459건으로 37.4%, 디자인은 568건으로 46.3%를 차지하였다.

셋째는, 전리침해분쟁사건의 청구인의 국적이 대부분 중국(대만, 홍콩 포함)이라는 점인데, 수리한 1,227건의 전리침해분쟁사건 중 단지 92건의 청구인이 외국으로 7.5%를 차지하고 있을 뿐, 1,050건의 청구인은 중국대륙으로 85.6%, 79건의 청구인은 중국 홍콩으로 6.4%, 6건의 청구인은 중국 대만으로 0.5%를 각각 차지하고 있다.

넷째, 전리권 침해분쟁이외의 전리분쟁사건은 권리귀속분쟁과 장려금보수분쟁이 주를 이룬다. 43건의 기타전리분쟁사건 중 전리출원권 및 전리권귀속분쟁이 29건으로 67.4%를 차지하고, 직무발명의 발명자, 설계자의 장려금보수분쟁이 9건으로 20.9%, 발명자, 설계자 자격분쟁이 2건으로 4.7%, 기타유형의 분쟁이 3건으로 7.0%를 차지한다.

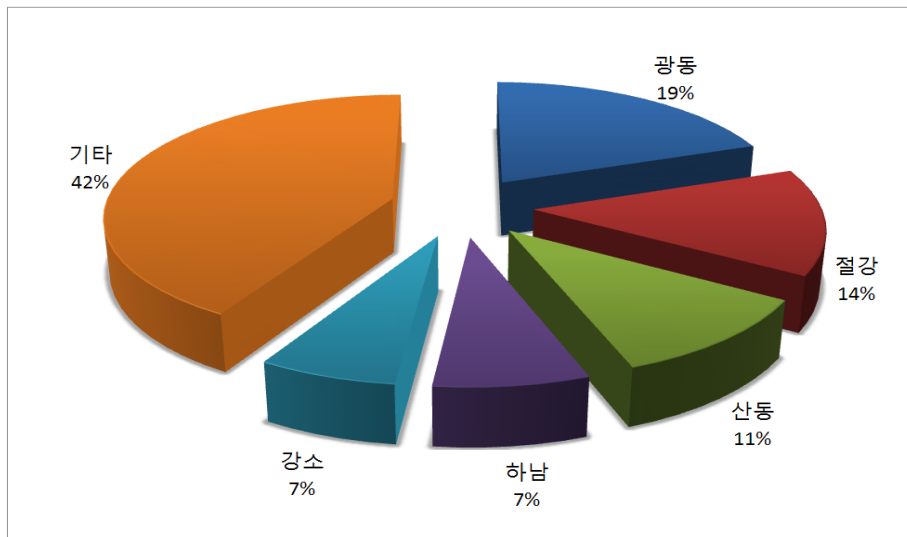
다섯째, 타인전리사청사건이 비교적 적으며, 사청된 전리권자는 대부분 중국대륙이며, 사청된 전리는 대부분 디자인전리이다. 2006년 전국의 타인전리사청 조사처리건수는 33건인데, 그 중 31건의 전리권자는 중국대륙이며, 1건은 일본, 다른 1건은 중국 홍콩이다. 사청된 전리 23건은 디자인전리이고, 6건은 발명전리, 4건은 실용신안이다. 타인전리사청사건의 섭외상품은 58,726건이며, 섭외사건금액은 181,148위안, 과태료는 39,000위안이다.

여섯째, 전리허위표시사건의 섭외사건 금액이 비교적 크다. 2006년 전국의 전리허위표시사건은 933건이며, 섭외사건상품은 488,897건이며, 섭외사건금액은 125,798,718위안이며, 과태료는 766,800위안이다.

일곱째, 지식재산권 행정집행관련 출동인원은 20,475명, 상업장소 검사는 7,780회, 검사상

품은 2,968,249건이다. 동시에 부문간, 지역간 행정집행 협조를 확대하여 공안부문에 이송 12건, 기타부문에 이송32건, 기타부문에서 접수 35건, 기타부문과 집행협조 469회, 해당지역 내 지식재산권국 협조 129회, 타 지역과 협조 32회이다.

참고적으로 전리침해 빈발지역을 살펴보면, 광둥성, 절강성, 하남성, 강소성, 산둥성 등 주로 중국연해지역과 개발지역에서 발생함으로 알 수 있다.



[그림 3.2-3] 2006년 전리권 행정집행 현황

[표 3.2-2] 2006년 주요지역 전리권 행정집행 현황 (2)<sup>2)</sup>

		사건 수량	권리침해 종결금액 (위안)	전리종류			종결 방식					
				발명	실용 신안	디자인	처리	조정	철소	재정	기각	기타
전국	수리	1227		200	459	568						
	종결	952	13,623,645	126	323	503	213	356	332	4	29	18
주요 지역	광둥	수리	240	41	58	141						
		종결	1,009,500	33	45	121	52	68	73	1	3	2
	절강	수리	172	21	38	113						
		종결	162	18	31	113	8	106	32	1	11	4
	산둥	수리	133	46	40	47						
		종결	50,400	12	30	29	9	21	39		2	
	하남	수리	91	9	61	21						
		종결	1,214,700	4	34	14	12	24	14	2		
	강소	수리	81	22	33	26						
		종결	320,000	12	10	23	5	19	21			

		사건 수량	국 가 별											
			중국	미국	일본	영국	프랑스	독일	호주	한국	홍콩	대만	기타	
전국	수리	1,227	1,050	11	37	4	10	12	1	1	79	6	16	
	종결	952	789	4	33	4	4	9	1	2	65	12	29	
주 요 지 역	광둥	수리	240	176	11	20	4	4	6		1	12	1	5
		종결	199	133	4	20	4	4	6		2	9	8	9
	절강	수리	172	105		1		3	1	1		59		2
		종결	162	94		4				1		51		12
	산둥	수리	133	118		8								7
		종결	71	59		5								7
	하남	수리	91	91										
		종결	52	52										
	강소	수리	81	73					4				3	
		종결	45	41					1				3	

※ 출처: 중국 지식재산권보호망, 발췌정리

- 2) “2007년 전국 지식재산권국 시스템 전리침해분쟁사건 데이터”(중국 지식재산권국 홈페이지)에 따르면, 중국 전체의 2007년도 행정집행사건은 수리 986건(중국 881건, 외국 105건), 종결 733건(중국 660건, 외국 73건)이며, 그 중 한국의 행정집행사건은 수리 9건, 종결 9건이다(모두 광둥지역에서 발생). 2006년과 비교해 볼 때, 전체건수가 약 8% 감소(특히 외국건은 41.2% 감소) 했음에도 불구하고 한국의 행정집행사건이 크게 증가한 것은 우리기업들의 중국지역에서의 전리권 보호의식이 크게 증가하였음을 보여준다 할 것이다.

## 2) 상표권 행정보호 현황

2006년 기준, 상표행정관리부문이 단속한 상표침해 및 사칭사건은 모두 41,214건이며, 이 중 외국사건은 9,286건으로 전체의 22.5% 수준이다. 이와 관련, 행정관리부문이 부과한 과태료는 총 34,787만위안이며, 상표표지 수거 및 제거건수는 2,082만건, 침해에 사용한 전용 도구의 수거건수는 2,905건이다. 또한 사법기관에 이송한 것은 252건에 이르며, 관련 인원은 263명이다. 상표사칭행위는 형사벌의 대상이 되지만, 상표침해행위는 민사책임만 부과하고 형사책임을 부과하지 않는다는 문제점이 있다.

[표 3.2-3] 2006년 전국 상표침해사칭사건 조사처리 현황

구 분		사건 총수	외국 사건 건수	입건 처리 건수	입건 금액 (만위안)	과태료 (만위안)	표지 수거 제거 건수	침해 도구 수거 건수	물품몰수 소각(톤)	사법기관 이송	
										사건 총수	명
합 계		41,214	9,286	31,626	83,398.85	34,786.64	28,019,264	2,905	3,779.51	252	263
상표 사칭	허가없이 동일상품 에 등록상표와 동일 한 상표를 사용	3,581	1,335	3,101	14,701.82	5,100.98	3,652,179	491	740.51	100	90
	타인의 등록상표표 지를 위조, 임의 제 조 또는 이를 판매	1,249	150	1,026	2,043.06	1,303.73	5,721,718	475	120.11	29	29
	등록상표를 사칭한 상품임을 명확히 알 고 판매	4,667	1,414	3,716	4,183.09	2,001.20	763,324	151	311.38	55	53
상표 침해	허가 없이 동일상품 에 등록상표와 유사 한 상표 사용, 또는 유 사상품에 등록상표와 동일한 상표 사용	6,015	1,572	4,929	20,297.98	10,614.08	8,372,951	895	1019.20	12	4
	등록상표전용권을 침해한 상품의 판매	22,792	4,549	16,574	35,879.19	13,094.96	5,830,018	563	1,422.56	55	81
	동일유사상품에 타 인의 등록상표와 동 일 또는 유사한 문 자, 도형을 상표명칭 또는 장식으로 사용	1,474	175	11,944	2,525.85	1610.82	2,630,904	112	128.97		
	고의로 타인의 등록 상표전용권 침해행 위를 위하여 창고, 운수, 우송 등 편리 조건을 제공	115	21	80		227.23	218.08	137,889	10	6.00	
	상표등록인의 동의없 이 등록상표를 바꾼 상품을 시장에 투입	85	2	64	969.667	186.10	75008		0.85		
	타인의 등록상표전용 권에 기타 손해를 초래	808	51	610	2,312.35	484.83	580,350	30	18.04		
	올림픽 표지 전용권 침해	428	17	332	258.61	171.86	254,923	178	11.90	1	6

※ 출처: 중국 지식재산권년감, 2007

상표권 침해 및 사칭사건을 제외한 일반위법사건은 9,320건이며, 이 중 등록상표사용 관리 위반사건은 1,924건으로 20.6%, 미등록상표사용 관리위반사건은 5,412건으로 58.1%, 상표사용허가계약 관리위반사건은 316건으로 3.4%, 가타위반사건은 1,668건으로 17.9%를 차지한다.

### 3) 세관의 행정보호 현황

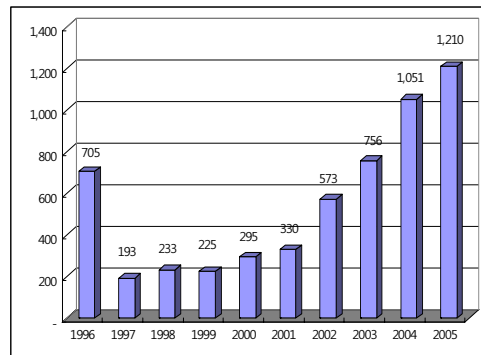
#### (1) 1996 - 2005년 중국 세관의 지식재산권 행정집행 현황

1996년 - 2005년까지의 중국 세관의 지식재산권 행정집행은 총 5,571건이며, 금액으로 7,318만위안이다. 사건을 지식재산권 유형별로 살펴보면 전리 225건, 상표 4,403건, 저작권 943건으로, 상표사건이 전체의 80.6%를 차지하고 있다.

[표 3.2-4] [그림 3.2-4] 1996 - 2005년 중국세관의 지식재산권

행정집행 현황(사건기준)

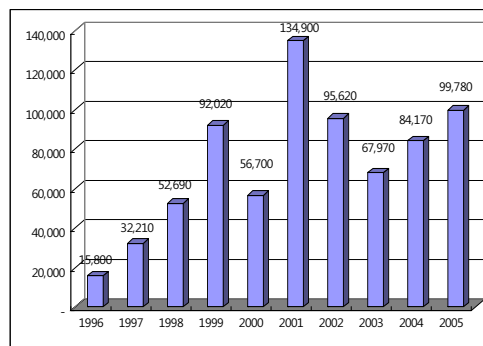
년도	사건(건수)
1996	705
1997	193
1998	233
1999	225
2000	295
2001	330
2002	573
2003	756
2004	1,051
2005	1,210
Total	5,571



[표 3.2-5] [그림 3.2-5] 1996 - 2005년 중국세관의 지식재산권

행정집행 현황(금액기준)

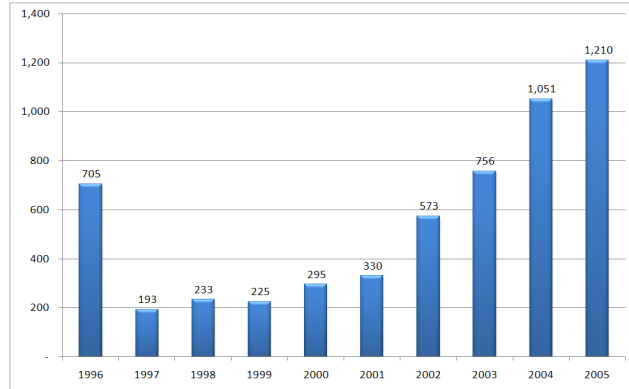
년도	금액(위안)
1996	15,800,000
1997	32,210,000
1998	52,690,000
1999	92,020,000
2000	56,700,000
2001	134,900,000
2002	95,620,000
2003	67,970,000
2004	84,170,000
2005	99,780,000
Total	731,860,000



[표 3.2-6] [그림 3.2-6] 1996 - 2005년 중국세관의 지식재산권

행정집행 현황(권리기준)

년도	상표	판권	전리
1996	38	659	8
1997	92	85	16
1998	139	67	27
1999	178	42	5
2000	235	3	57
2001	308	1	21
2002	557	2	14
2003	741	1	14
2004	1,009	16	26
2005	1,106	67	37
Total	4,403	943	225



## (2) 2007년 세관 지식재산권 침해화물 적발방식

지식재산권 침해화물의 적발방식은 랜덤검사가 6,753건으로 90%, 리스크분석이 604건으로 8%를 차지하고 있으며, 기타 서류검사, 고발, 정보제공 등이 있다.

[표 3.2-7] 1996 - 2005년 중국세관의 지식재산권 행정집행 현황

(적발방식 기준)

적발방식	회수	비율	침해상품 수량	금액(위안)
랜덤검사	6,753	90%	82,799,781	188,800,755
리스크분석	604	8%	176,741,834	125,544,489
서류심사	67	1%	73,477,237	121,526,460
고발	20	<1%	463,479	2,825,886
정보제공	1	<1%	135	36,570
기타	22	<1%	15,783	121,406

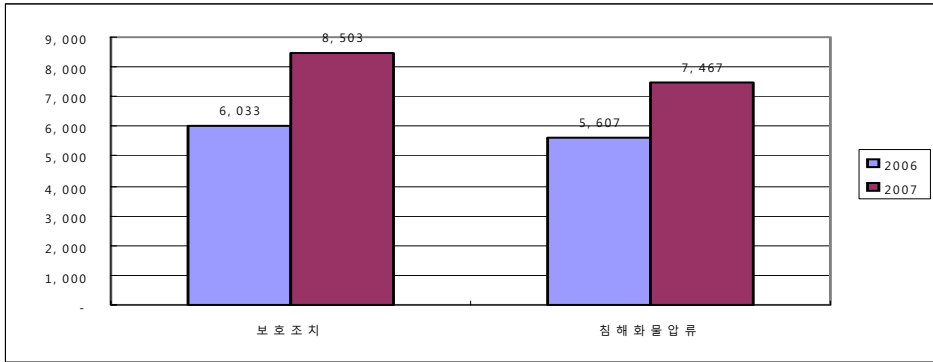
## (3) 2007년 지식재산권 보호조치

2007년 중국 세관이 지식재산권 보호조치를 취한 회수는 8,508회이며, 침해화물 압류는 7,467회, 권리침해상품 적발은 333,498,249건, 사건금액으로 438,855,566위안에 이른다. 이는 2006년 대비 각각 41%, 33%, 61% 및 55% 증가한 것이다.



[표 3.2-8] 2007년 지식재산권 보호조치 현황

년도	보호 조치	동기 대비	침해화물 압류	동기 대비
2006	6,033회		5,607회	
2007	8,503회	+41%	7,467회	+33%



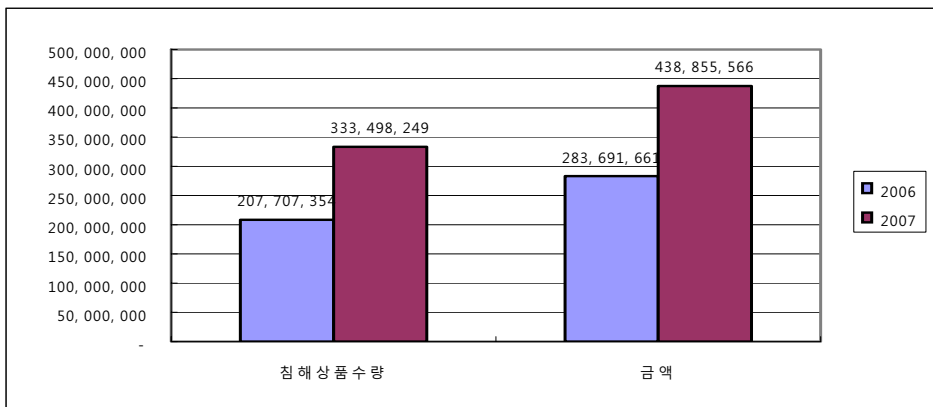
[그림 3.2-7] 2007년 지식재산권 보호조치 현황

## (4) 2007년 침해상품 수량 및 금액

2007년 중국 세관이 적발한 지식재산권 침해상품은 333,498,249건이며, 금액으로는 438,855,566위안으로 전년대비 각각 61% 및 55%가 증가하였다.

[표 3.2-9] 2007년 침해상품 수량 및 금액

년도	침해상품수량(건)	비율	금액(위안)	비율
2006	207,707,354		283,691,661	
2007	333,498,249	61%	438,855,566	55%



[그림 3.2-8] 2007년 침해상품 수량 및 금액

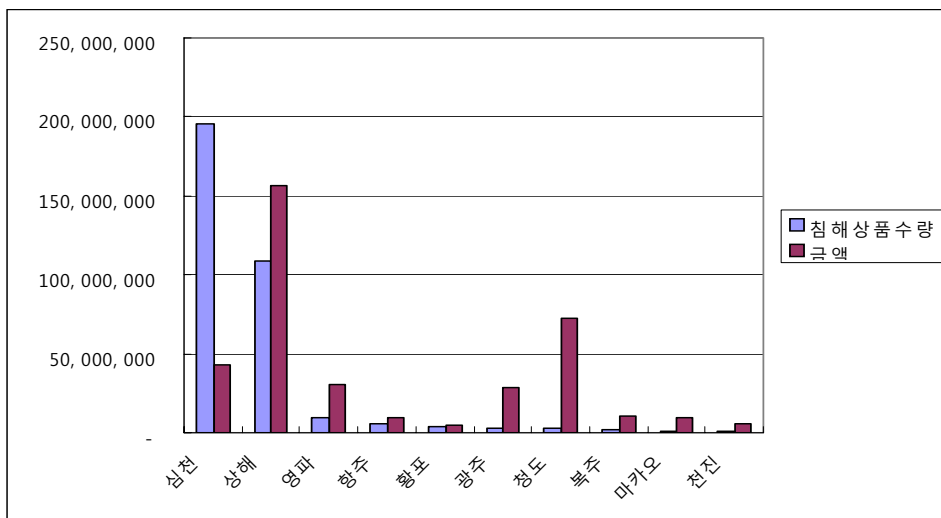
[그림 3.2-9] 2007년 각종 운송방식별 권리침해상품의 수량 및 금액

## (6) 권리침해상품의 진출입 경로

권리침해상품의 주요 진출입 지역은 연안항구이다. 2007년 심천, 상해, 영파, 항주, 항포, 광주, 청도, 복주, 마카오 및 천진은 침해상품 적발이 많은 10대 항구로서, 침해상품 적발건수가 332,436,959건으로 99.7%를 차지하며, 금액면에서도 84%를 차지하고 있다.

[표 3.2-11] 권리침해상품의 진출입 경로

세관명칭	침해상품수량	비율	금액	비율
심천세관	195,726,666	59%	42,568,891	10%
상해세관	109,087,765	33%	156,669,289	36%
영파세관	9,161,716	3%	31,000,483	7%
항주세관	5,859,144	2%	9,112,834	2%
황포세관	3,895,245	1%	4,492,637	1%
광주세관	2,693,397	1%	28,288,654	6%
청도세관	2,496,008	1%	72,479,034	17%
복주세관	1,539,046	1%	10,800,939	2%
마카오세관	1,203,712	<1%	9,215,047	2%
천진세관	774,260	<1%	5,958,704	1%



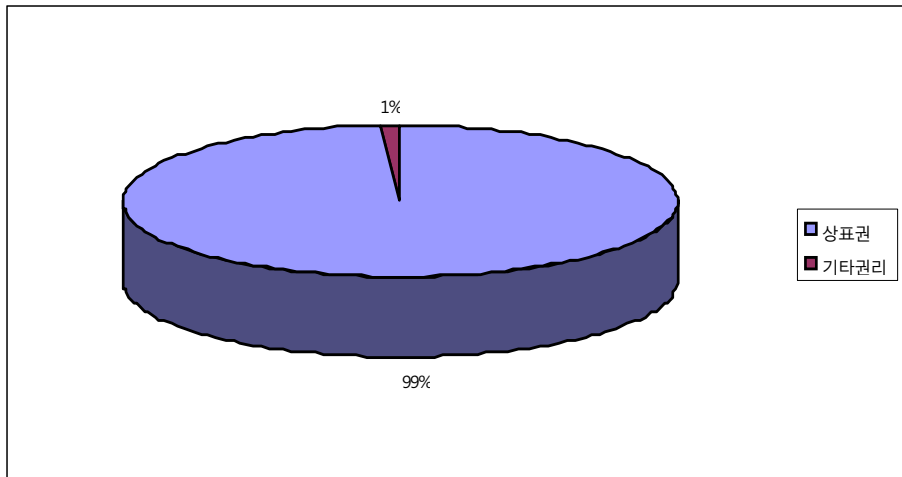
[그림 3.2-10] 권리침해상품의 진출입 경로

## (7) 침해상품의 지식재산권 유형

2007년 중국 세관이 적발한 상표전용권 침해상품은 329,800,223건으로 전체건수의 99%를 차지하며, 금액으로는 전체금액의 97%를 차지한다.

[표 3.2-12] 침해상품의 지식재산권 유형

권리유형	침해상품수량(건)	비율	금액(위안)	비율
상표	329,800,223	99%	425,655,813	97%
전리	3,621,340	<1%	11,782,064	2%
저작권	36,431	<1%	644,705	<1%
올림픽표지	40,255	<1%	772,984	<1%



[그림 3.2-11] 침해상품의 지식재산권 유형

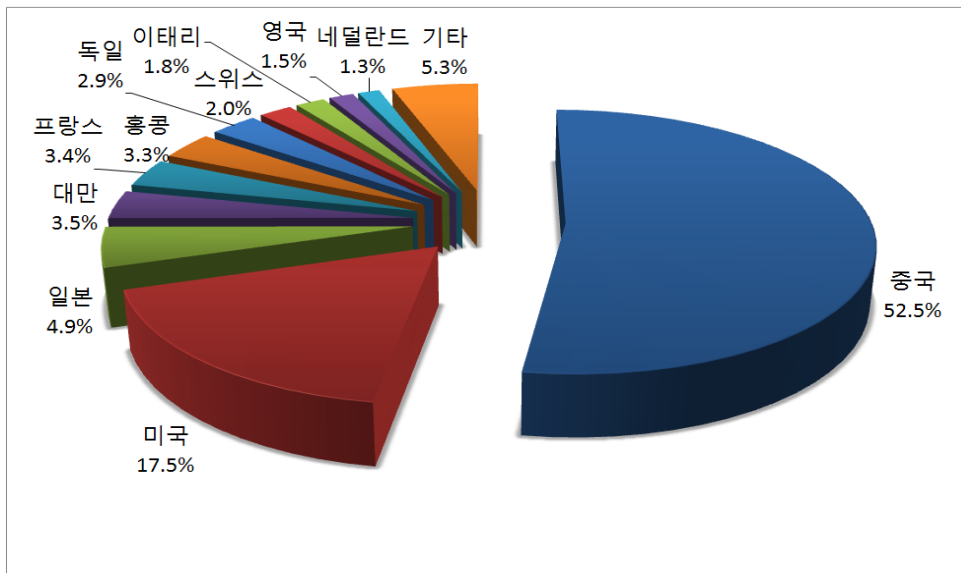
## (8) 세관을 통한 지식재산권 침해의 주요 구제 국가

2007년 중국 세관을 통해 지식재산권의 보호를 받은 국가는 미국, 영국, 일본, 프랑스, 독일, 한국 등 총 34개 국가에 이른다. 중국 세관이 적발한 침해상품 중 미국, 영국, 중국, 일본, 그리스, 프랑스, 독일, 네덜란드, 핀란드, 태국 등 국가기업의 지식재산권 상품수량이 비교적 많아 전체 침해상품의 98.2%에 이른다.

침해상품의 금액면에서는 미국, 중국, 일본, 독일, 프랑스, 핀란드, 네덜란드, 중국, 홍콩 및 스위스 등 국가가 비교적 많으며 전체 금액의 94.4%를 차지한다.

[표 3.2-13] 세관을 통한 지식재산권 침해의 주요 구제 국가

권리자국별	침해화물금액	비율
미국	246,775,671	56%
중국	44,101,456	10%
일본	25,629,376	6%
독일	23,784,235	5%
프랑스	21,190,088	5%
영국	16,067,277	4%
핀란드	15,713,739	4%
네덜란드	11,553,647	3%
홍콩	6,549,865	1%
스위스	3,401,080	1%
기타	20,738,322	
합계	414,766,434	95.5%



[그림 3.2-12] 세관을 통한 지식재산권 침해의 주요 구제 국가

#### (9) 세관의 집행방식

〈중화인민공화국 지식재산권 세관보호조례〉에 따라 중국 세관은 3가지 방식으로 지식재산권 보호조치를 취할 권한을 보유한다. 첫째는 지식재산권자의 신청에 따라 침해혐의 화물을 압류하는 것이다. 둘째는 지식재산권자가 사전에 압류신청을 하지 않았으나 세관이 관련

화물이 세관총서에 신고한 지식재산권을 침해한 화물이라고 판단하는 경우 직권으로 압류할 수 있고, 침해화물임이 확정된 후에는 몰수할 있다. 셋째는 개인이 휴대하거나 우송하는 것이 자기사용 및 합리적 수량을 초과하는 권리침해물품에 대해서는 세관은 몰수할 수 있다.

2007년도 통계에 의하면, 각 세관이 직권에 따라 지식재산권 보호조치를 취한 것이 전체 사건의 98%에 달하며, 수하물·우편물 경로를 통하여 권리침해물품을 적발한 것과 권리자의 신청에 의한 침해화물의 압류사건은 각각 2%, 1%에 불과하다.

[표 3.2-14] 중국세관의 집행방식

집행방식	회수	비율	침해상품수량	비율	금액(위안)	비율
직권	1,068	14%	324,222,080	97%	366,977,536	84%
신청	68	0.9%	3,891,192	1%	15,380,330	3%
수하물 우편물	6,331	85%	5,384,977	2%	56,497,700	13%

#### (10) 지식재산권 신고 유형

2007년말까지 세관총서에 신고된 지식재산권은 9,325건이며, 그 중 상표권은 5450건으로 58.4%, 전리권은 3,494건으로 37.5%, 저작권은 381건으로 4.1%를 각각 차지하고 있다.

[표 3.2-15] 지식재산권의 신고 유형

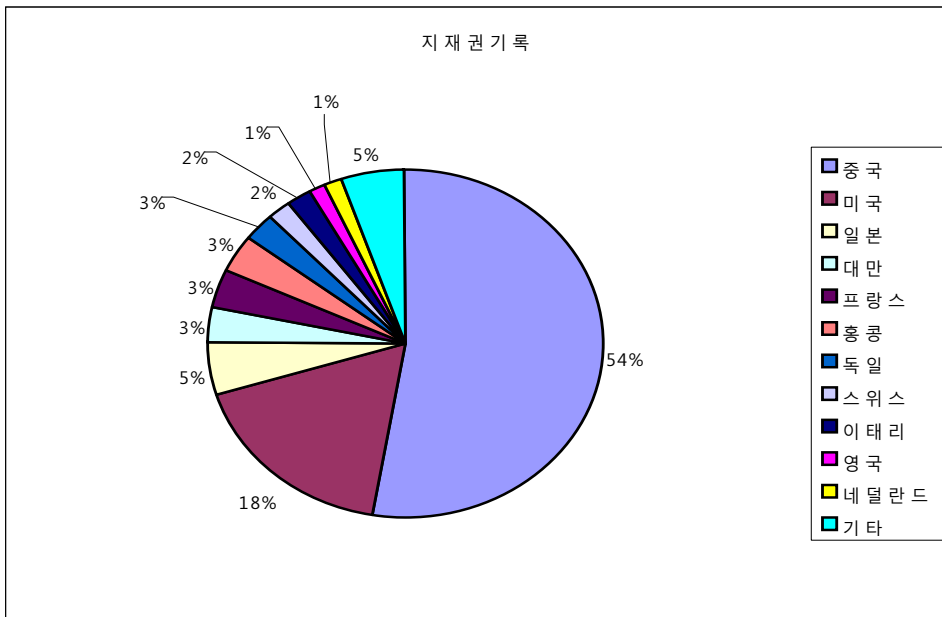
상표권	전리권			저작권
	발명	실용신안	디자인	
5,450	218	678	2598	381

#### (11) 세관총서에 신고한 지식재산권자의 국적

세관총서에 신고한 지식재산권자의 주요 국적은 중국, 미국, 일본, 중국, 대만, 프랑스, 중국홍콩, 독일, 스위스, 이태리, 영국, 네덜란드 등 국가의 기업 및 개인이다.

[표 3.2-16] 세관총서에 신고한 지식재산권자의 국적

국별	지재권신고	비율
중국	4,896	52.5%
미국	1,636	17.5%
일본	457	4.9%
대만	325	3.5%
불란서	319	3.4%
홍콩	310	3.3%
독일	272	2.9%
스위스	189	2.0%
이태리	167	1.8%
영국	139	1.5%
네덜란드	123	1.3%
기타	492	5.3%



[그림 3.2-13] 세관총서에 신고한 지식재산권자의 국적

## 사법보호제도

## 3.3

전리권자는 전리권 침해분쟁을 포함한 전리권 민사분쟁이나 행정분쟁이 발생하면 인민법원에 사법보호를 청구할 수 있다. 전리법, 전리법 실시세칙 및 최고인민법원의 관련 사법해석규정(주로, 〈전리분쟁사건의 심리에 있어서 법률적용문제에 관한 약간 규정〉임)에 근거하여 인민법원이 수리하는 전리분쟁사건의 종류는 십 여종으로, 주로 행정분쟁 및 민사분쟁과 관련된다.

## 3.3.1 전리권의 사법보호

## 1) 전리행정사건

## (1) 종류

〈전리분쟁사건의 심리에 있어서 법률적용문제에 관한 약간 규정〉 제1조가 규정하고 있는 전리행정사건은 다음과 같다.

- ㉠ 전리복심위원회의 출원거절유지복심결정 불복사건
- ㉡ 전리복심위원회의 전리권무효선고청구결정 불복사건
- ㉢ 국무원전리행정부문 강제실시허가결정 불복사건
- ㉣ 국무원전리행정부문 강제실시허가사용비재결 불복사건
- ㉤ 국무원전리행정부문 행정심판결정(行政复议决定) 불복사건
- ㉥ 지방전리업무관리부문 행정결정 불복사건

이들 전리행정사건을 행정부문별로 구분하여 구체적으로 살펴보면 다음과 같다.

## i. 전리복심위원회를 피고로 하는 전리행정사건

## ㉠ 전리복심위원회의 출원거절유지복심결정 불복사건

전리법 제41조의 규정에 의거, 전리출원인이 국무원전리행정부문의 출원거절결정에 대하여 불복하는 경우에는 통지를 받은 날로부터 3개월 내에 전리복심위원회에 복심을 청구할



수 있다. 전리복심위원회는 복심을 행한 후에 결정하고 전리출원인에게 통보한다. 전리출원인이 전리복심위원회의 복심결정에 불복하는 경우에는 통지를 받은 날로부터 3개월 내에 인민법원에 제소할 수 있다.

이러한 분쟁은 전리출원인이 발명, 실용신안, 디자인의 초보심사 결과에 대하여 불복하는 경우와 다른 하나는 전리출원인이 발명전리출원의 실질심사의 결과에 대하여 불복하는 경우에 발생할 수 있다. 이러한 사건은 전리출원인을 원고로 하고 전리복심위원회를 피고로 한다.

#### ⑤ 전리복심위원회의 전리권무효선고청구결정 불복사건

전리법 제45조의 규정에 따라 국무원전리행정부문이 전리권 수여를 공고한 날로부터 어떠한 단위나 개인도 그 전리권의 수여가 전리법의 관련 규정과 부합되지 않는다고 판단하는 경우에는 전리복심위원회에 그 전리권이 무효임을 선고할 것을 청구할 수 있다.

전리복심위원회는 전리권 무효선고의 청구에 대하여 적시에 심사하고 결정하여야 하며, 청구인과 전리권자에게 이를 통지하여야 한다. 전리권 무효선고의 결정은 국무원전리행정부문이 이를 등기하고 공고한다. 전리복심위원회의 전리권 무효선고 또는 유지선고의 결정에 대하여 불복하는 경우에는 통지를 받은 날로부터 3개월 내에 인민법원에 제소할 수 있다. 이 때 인민법원은 무효선고 청구단계의 상대방 당사자가 제3자의 자격으로서 소송에 참가하여야 함을 통지하여야 한다.

이러한 분쟁은 전리권자 또는 무효선고 청구인을 원고로 하고, 전리복심위원회를 피고로 한다. 전리권 무효선고를 청구할 수 있는 사유(12개)는 전리법 실시세칙 제64조 제2항에 열거되어 있으며, 본 보고서 제2장에 소개되어 있다.

### ii. 국가지식재산권국을 피고로 하는 전리행정사건

#### ④ 국무원전리행정부문 강제실시허가결정 불복사건

전리법 제48조 내지 제50조의 규정은 전리권의 강제허가를 규정하고 있는데, 국무원전리행정부문은 (1) 실시조건을 구비한 단위의 청구에 의한 강제허가, (2) 국가의 긴급사태 및 공공이익 등을 위한 강제허가, (3) 이용발명의 실시를 위한 강제허가를 부여할 수 있다.

전리권자는 국무원전리행정부문의 강제허가결정에 대하여 불복하는 경우에는 전리법 제55조의 규정에 따라 통지를 받은 날로부터 3개월 내에 인민법원에 제소할 수 있다.

#### ⑤ 국무원전리행정부문 강제실시허가사용비재결 불복사건

전리권자와 강제실시허가를 취득한 단위 또는 개인이 국무원전리행정부문의 강제실시허가 사용비의 재결에 대하여 불복하는 경우에는 전리법 제55조의 규정에 의거, 통지를 받은 날로부터 3개월 내에 인민법원에 제소할 수 있다.

#### ⑥ 국무원전리행정부문의 행정심판결정에 불복하는 사건

국무원이 제정한 행정심판조례에 따라 공민, 법인 또는 기타조직이 국가행정기관이 행한 구체적 행정행위에 대하여 불복하는 경우에는 행정심판을 제기할 수 있다. 행정심판의 결정에 대하여 불복하는 경우에는 인민법원에 행정소송을 제기할 수 있다.

국가지식재산권국의 행정심판규정의 규정에 따라, 당사자는 국가지식재산권국의 구체적 행정행위가 자신의 합법권익을 침해하는 경우에는 국가지식재산권국에 행정심판을 신청할 수 있으며, 신청인이 행정심판의 결정에 불복하는 경우에는 국가지식재산권국을 피고로 하여 인민법원에 행정소송을 제기할 수 있다.

행정심판규정 제5조에 규정된 행정심판범위는 주로 다음과 같다.

- ① 전리출원의 불수리와 관련된 분쟁
- ② 출원일 확정과 관련된 분쟁
- ③ 우선권을 주장하지 않은 것으로 간주하는 분쟁
- ④ 전리출원의 취하 간주와 관련된 분쟁
- ⑤ 전리권 종료와 관련된 분쟁
- ⑥ 강제실시허가 종료와 관련된 분쟁 등

#### iii. 전리업무관리부문을 피고로 하는 전리행정사건

전리업무관리부문은 관련 법규에 따라 집행직능을 구비하며 당사자의 신청 또는 직권에 따라 다음과 같은 전리분쟁을 해결할 수 있다.

- ① 전리권 침해행위 정지 (전리법 제57조)
- ② 타인전리 사칭행위 처벌 (전리법 제58조)
- ③ 전리허위표시 행위 처벌 (전리법 제59조)
- ④ 전리대리기구 또는 전리대리인의 징계행위 (전리대리징계규칙)

- ㉔ 전리권 침해행위 배상액 조정 (전리법 제57조)
- ㉕ 전리출원권 및 전리권 귀속분쟁 조정 (전리법 실시세칙 제79조)
- ㉖ 발명자·설계자 자격분쟁 조정 (전리법 실시세칙 제79조)
- ㉗ 직무발명관련 발명자·설계자의 장려금 및 보수분쟁 조정 (전리법 실시세칙 제79조)
- ㉘ 임시보호기간의 사용비 분쟁 조정 (전리법 실시세칙 제79조)

이러한 분쟁 중 ㉔ - ㉗는 행정분쟁에 속하며, 전리업무관리부문의 처리에 불복하는 경우에는 전리업무관리부문을 피고로 하여 인민법원에 행정소송을 제기할 수 있다.

## (2) 관할

### i. 전리복심위원회를 피고로 하는 전리행정사건

관련 법률 및 최고인민법원의 사법해석에 따라, 전리복심위원회를 피고로 하는 전리행정 사건은 북경시 제1중급인민법원을 제1심법원으로 하며, 북경시고급인민법원을 제2심법원으로 한다.

### ii. 국가지식재산권국을 피고로 하는 전리행정사건

관련 법률 및 최고인민법원의 사법해석에 따라, 국가지식재산권을 피고하는 하는 사건은 전리복심위원회를 피고로 하는 전리행정사건과 동일하게 북경시 제1중급인민법원을 제1심법원으로 하며, 북경시고급인민법원을 제2심법원으로 한다.

### iii. 전리업무관리부문을 피고로 하는 전리행정사건

관련 법률 및 최고인민법원의 사법해석에 따라, 전리업무관리부문을 피고로 하는 행정사건은 전국의 전리분쟁사건 관할권이 있는 중급법원을 1심법원으로 하며, 상응하는 각 성, 자치구, 직할시의 고급인민법원을 2심법원으로 한다.

## 2) 전리민사사건

### (1) 종류

〈전리분쟁사건의 심리에 있어서 법률적용문제에 관한 약간 규정〉 제1조가 규정하고 있는 전리민사사건은 다음과 같다.

- ㉠ 전리출원권 분쟁사건
- ㉡ 전리권귀속 분쟁사건
- ㉢ 전리출원권 양도계약 분쟁사건
- ㉣ 전리권 양도계약 분쟁사건
- ㉤ 전리권침해 분쟁사건
- ㉥ 타인전리사칭 분쟁사건
- ㉦ 발명전리 공개 후, 전리권수여 전 사용비 분쟁사건
- ㉧ 직무발명창조 발명자·설계자 장려금·보수 분쟁사건
- ㉨ 제소 전 권리침해정지신청 분쟁사건
- ㉩ 제소전 재산보전신청 분쟁사건
- ㉪ 발명자·설계자 자격 분쟁사건
- ㉫ 기타 전리분쟁사건

## (2) 관할

상기 전리민사사건은 소송관할에서 여전히 특별지정관할을 시행하고 있다. 최고인민법원의 관련 사법해석(법석[2001] 21호) 규정에 따라 전리분쟁사건은 각 성, 자치구, 직할시 인민정부소재지의 중급인민법원과 최고인민법원이 지정한 중급인민법원이 1심법원이 된다. 현재 62개의 중급인민법원이 전리분쟁사건에 대하여 관할권을 가지고 있다.

### 〈전리 1심사건 관할권이 있는 중급인민법원〉

- 북경시, 상해시, 천진시의 제1·제2 중급인민법원 및 중경시 제1·제5 중급인민법원
- 27개 성, 자치구 인민정부 소재지의 중급인민법원
- 광둥 심천, 주해, 산둥, 불산, 동관, 강문, 중산, 복건 하문, 천주, 절강 원주, 금화, 영파, 강소 소주, 남통, 무석, 산둥 청도, 연대, 유방, 강서 경덕전, 선춘, 요녕 대련, 호루도, 사천, 면양, 호남 주주, 내몽고 포두, 호북 의창 등 26개시의 중급인민법원 및 신강 생산건설병단 농8사 중급인민법원

이들 민사분쟁사건은 지역관할상 여전히 피고소재지, 계약이행지, 침해행위지의 관할원칙을 실행하고 있다. 최고인민법원은 관련사법해석에서 ‘전리침해의 지역관할문제에 대하여

전리권침해행위로 인하여 제기한 소송은 침해행위지 또는 피고소재지의 인민법원이 관할한다' 라고 규정하였다. 침해행위지는 피소된 발명전리권의 제품의 제조, 사용, 판매청약, 판매, 수입 등 행위의 소재지, 전리방법사용행위의 실시지, 전리방법을 사용하여 직접 획득한 제품의 사용, 판매청약, 판매, 수입 등 행위의 실시지, 타인전리사칭행위의 실시지, 상기 침해행위의 결과 발생지를 포함한다.

최고인민법원의 관련 사법해석은 '원고가 침해제품 제조자에 대해서만 소송을 제기하고, 판매자는 제소하지 않고, 침해제품의 제조지와 판매지가 일치하지 않으면 제조지법원이 관할권을 가지며, 제조자와 판매자를 공동피고로 제소한 경우에는 판매지법원이 관할권을 갖는다. 판매자가 제조자의 분소이며, 원고가 판매지에서 침해제품제조자의 제조, 판매행위를 제소한 경우에는 판매지법원이 관할권을 갖는다' 라고 규정하고 있다.

전리민사사건은 원칙적으로 중급인민법원이 제1심을 관할하도록 규정하고 있으나, 민사소송법 제20조의 규정에 따라 해당 관할구역 내 중대사건에 대해서는 고급인민법원이 제1심을 관할할 수 있다. 2008년 3월 31일 공포되고, 4월 1일부터 시행하고 있는 최고인민법원의 사법해석 〈전국 성·자치구·직할시 고급인민법원 및 중급인민법원의 민상(民商)사건 제1심 관할 표준〉에 따르면, 섭외사건에 대하여 소송금액을 기준으로 제1심 관할법원을 정하고 있다. 주요 지역에 대한 관할 법원을 살펴보면 다음과 같다.

[표 3.3-1] 중국의 섭외사건 관할권

지 역	제1심 법원	관 할 기 준
북경시	고급인민법원	소송금액이 1억위안 이상인 섭외사건
	중급인민법원	소송금액이 2000만위안 이상인 섭외사건
상해시	고급인민법원	소송금액이 1억위안 이상인 섭외사건
	중급인민법원	소송금액이 2000만위안 이상인 섭외사건
광둥성	고급인민법원	소송금액이 2억위안 이상인 섭외사건, 광둥성에 중대한 영향을 미치는 사건, 고급인민법원이 수리해야 한다고 판단되는 사건
	중급인민법원	지역에 따라 다름. 광주시 및 심천은 소송금액이 4000만위안 이상 2억위안 이하인 섭외사건
절강성	고급인민법원	소송금액이 1억위안 이상인 섭외사건
	중급인민법원	지역에 따라 다름. 항주, 영파는 소송금액이 1000만위안 이상인 섭외사건
산둥성	고급인민법원	소송금액이 5000만위안 이상인 섭외사건
	중급인민법원	지역에 따라 다름. 제남, 청도는 소송금액이 500만위안 이상인 섭외사건

### (3) 인민법원에 대한 제소권자

전리법 제57조 제1항은 구제 받을 수 있는 주체를 전리권자와 이해관계인으로 규정하고 있다. 전리권자는 법에 따라 전리권을 획득한 개인·법인 또는 기타 민사주체를 가리키며, 원래의 전리출원인도 가능하며, 양도·상속 등의 방식을 통하여 전리권을 획득한 자도 가능하다. 이해관계인은 비록 전리권자는 아니나 전리권침해 당시 그것에 대하여 이해관계가 있던 자를 가리키는데, 주로 전리권자의 허가를 얻어 전리기술을 사용하는 피허가인을 가리킨다. 자원(自願)허가 및 비자원(非自願)허가의 피허가인을 모두 포함한다. 자원허가의 피허가인은 다시 독점허가의 피허가인, 배타허가의 피허가인 및 보통허가의 피허가인으로 나눌 수 있다. 비자원허가의 피허가인은 강제허가의 피허가인과 이용허가의 피허가인으로 나눌 수 있다.

### (4) 소송시효

전리권침해의 소송시효는 2년이며, 전리권자 또는 이해관계인이 침해행위를 알거나 또는 당연히 알았어야 하는 날로부터 기산된다. 권리자가 2년을 경과하고 나서 소송을 제기했을 경우, 침해행위가 소송제기 시에 여전히 계속하고 있으며, 해당 전리권이 유효기간 내라면 인민법원은 피고의 침해행위의 정지판결을 하여야 하며, 위반행위에 의한 손해배상액은 권리자가 인민법원에 대해 소송을 제기한 날로부터 2년간을 소급하여 계산하여야 한다.

전리출원이 공개되고 나서 전리권이 수여될 때까지 그 발명이 사용되고 적당한 사용료가 지불되지 않았을 경우, 전리권자가 사용료의 지불을 요구하는 소송시효는 2년이 되며, 전리권자가 타인이 그 발명을 사용한 것을 알거나 당연히 알았어야 하는 날로부터 기산된다. 단, 전리권자가 전리권 수여일 전에 이미 알거나 당연히 알았어야 하는 경우에는 전리권을 수여한 날로부터 기산된다.

### (5) 손해배상

전리법 제60조 규정에 따라 전리권 침해의 배상액은 권리자가 권리침해에 기인하여 받은 손실, 또는 권리침해자가 권리침해에 기인하여 얻은 이익에 의해 결정된다. 권리를 침해받은 자의 손실 또는 권리침해자가 얻은 이익의 확정이 어려울 때는 해당 전리의 사용허가료의 배수를 참조하여 합리적으로 결정된다.

인민법원은 전리법 제57조 제1항의 규정에 따라 침해행위자의 배상책임을 추궁하는 경우,

권리자의 청구에 근거하여 권리자가 침해행위에 의해 받은 손실 또는 침해행위자가 침해행위에 의해 얻은 이익에 따라 배상액을 결정할 수 있다.

관련 사법해석의 규정에 따라 권리자가 침해행위에 의해 받은 손실은 '전리권자의 전리제품이 침해행위에 의해 초래된 판매량 감소의 총량'에 '개개의 전리제품의 합리적인 이윤 소득'을 곱하는 것에 의해 계산할 수 있다. 권리자의 판매량 감소의 총량을 확정하는 것이 어려운 경우, '침해제품의 시장에 있어서의 판매총량'에 '개개의 전리제품의 합리적인 이윤소득'을 곱한 것을 권리자가 침해행위에 의해 초래된 손실이라고 간주할 수 있다.

침해행위자가 침해행위에 의해 얻은 이익은, '해당 침해제품의 시장에 있어서의 판매총량'에 '개개의 침해제품의 합리적인 이윤소득'을 곱하는 것에 의해 계산할 수 있다. 침해행위자가 침해행위에 의해 얻은 이익은 통상 침해행위자의 영업 이윤에 의해 계산하며, 완전히 침해행위를 업으로 하고 있던 침해행위자에 대해서는 판매이윤에 의해 계산할 수 있다.

피침해자가 입은 손실 또는 침해행위자가 얻은 이익을 인정하는 것은 어렵지만, 로열티를 참조할 수 있는 경우, 인민법원은 전리권의 종류, 침해행위자에 의한 침해행위의 성질 및 정상, 로열티의 액수 및 해당 전리권 수역의 성질, 범위 및 존속기간 등의 요소에 근거하여, 해당 전리의 로열티의 1배에서 3배의 액수를 참고로 하여 합리적인 배상액을 결정할 수 있다. 참조할 수 있는 로열티가 없는 경우 또는 로열티가 분명하게 불합리한 경우에는 인민법원은 전리권의 종류 및 침해행위자에 의한 침해행위의 성질 및 정상 등의 요소에 근거하여 통상 인민폐 5,000원 이상 30만원 이하 사이에서 배상액을 결정하고, 최고 50만원을 넘어서는 안 된다.

인민법원은 권리자의 청구 및 구체적인 사건 내용에 근거하여 권리자가 조사 및 침해행위의 금지를 위해 지불된 합리적인 비용을 배상액 중에 산입할 수 있다.

#### (6) 전리권자의 제소 전 조치

전리권자의 제소 전 조치는 전리법 제61조, 전리법 실시세칙 제87조 및 관련사법해석(〈전리권 침해행위의 제소 전 정지에 대한 법률적용문제에 관한 약간규정〉)에 근거하고 있다.

전리권자 또는 이해관계인은 타인이 그 전리권을 침해하는 행위를 실시하고 있거나 또는 실시하려 하고 있으며, 적시에 이를 제지하고 않으면 그의 합법적 권익이 보충하기 어려운 손해를 받을 가능성이 있다는 것을 증명할 증거가 있는 경우에는 제소 전에 인민법원에 관련행위의 정지명령 및 재산보전조치를 취할 것을 신청할 수 있다. 여기서 말하는 이해관계인

에는 전리실시허가계약의 피허가자, 전리권의 합법적 상속인 등을 포함한다. 전리실시허가 계약의 피허가자 가운데 독점실시허가계약의 피허가자는 단독으로 인민법원에 신청을 제출할 수 있고, 배타적실시허가계약의 피허가자는 전리권자가 신청하지 않는 경우에 신청을 제출할 수 있다. 전리권 침해행위 제소 전 정지명령의 신청은 전리권 침해사건의 관할권을 가지는 인민법원에 제출해야만 한다. 인민법원은 상기 신청을 처리할 때에는, 민사소송법 제 93조 내지 제96조(재산보전의 신청에 관한 규정) 및 제99조(불복심사에 관한 규정)의 규정을 적용한다.

인민법원이 민사사건의 심리에 있어서, 전리권의 보전조치를 취하는 재정을 행한 경우에는 국무원전리행정부문은 집행에 협력할 때에 보전된 전리권의 관련 절차를 중지한다. 보정 기간 내에 인민법원이 보전조치의 계속을 재정하지 않는 경우에는 국무원전리행정부문은 자발적으로 관련 절차를 재개한다.

신청인은 신청서를 제출할 때 담보를 제공하여야 한다. 신청인이 담보를 제공하지 않을 경우 신청은 거절된다.

인민법원은 전리권자 또는 이해관계인이 전리권 침해행위의 정지명령을 요구하는 신청을 제출한 후, 심사를 거쳐 필요한 증거를 제출하고 있는 경우, 48시간 이내에 서면으로 재정을 행하여야 하며, 피신청인에게 전리권 침해행위의 정지를 명할 것을 재정했을 때에는 즉시 집행을 개시해야만 한다. 인민법원은 상기 기간 내에 있어서 관련 사실을 확인할 필요가 있는 경우, 당사자의 한쪽 또는 양쪽 모두를 소환해 질문한 후, 재차 지체 없이 재정을 행할 수 있다. 인민법원은 피신청인에게 관련 행위의 금지를 소송 전에 명할 것을 재정했을 경우, 지체 없이 피신청인에 통지하여야 하며 늦어도 5일을 넘어서는 안 된다.

당사자는 재정에 불복하는 경우, 재정을 수령한 날로부터 10일 이내에 복심을 1회 신청할 수가 있다. 단, 복심기간에 있어서 재정의 집행은 정지하지 않는다.

전리권리자 또는 이해관계인이 인민법원에 관련 행위의 정지조치를 실시한 후 15일 이내에 소송을 제기하지 않을 경우, 인민법원은 재정에 의해 실시한 조치를 해제한다. 신청인이 소송을 제기하지 않거나 잘못된 신청에 의해 피신청인에게 손해가 발생한 경우, 피신청인은 관할권을 갖는 인민법원에 소송을 제기하여 신청인에 배상을 청구할 수 있는 이외에 전리권자 또는 이해관계인이 제기한 전리권 침해소송에 있어서 손해배상 청구를 제출할 수도 있으며, 인민법원은 일괄해 처리할 수 있다.

전리권 침해행위를 정지하는 재정의 효력은 통상 최종심의 법률문서가 효력을 발생할 때까지 존속한다. 인민법원은 사건의 상황에 근거해 구체적 기한을 확정할 수도 있으며, 기한



이 도래했을 때 당사자의 청구에 근거해 관련 행위를 계속해서 정지하는 재정을 행할 수도 있다.

피신청인이 관련 행위의 정지를 명하는 인민법원의 재정을 위반하는 경우, 민사소송법 제102조의 규정에 근거하여 처벌된다.

인민법원은 전리권 침해행위의 소송 전 정지조치를 집행할 때, 당사자의 신청에 근거하여 민사소송법 제74조의 규정에 비추어, 동시에 증거보전을 행할 수가 있다. 인민법원은 당사자의 신청에 근거하여 민사소송법 제92조·제93조의 규정에 근거하여 재산보전을 행할 수도 있다.

전리권자 또는 이해관계인이 인민법원에 전리권 침해소송을 제기할 때, 동시에 전리권 침해행위의 선행(先行) 정지의 청구를 제출했을 경우, 인민법원은 먼저 재정을 행할 수 있다.

전리권 침해와 관련 소송 중·제소 전 임시조치에 대한 보다 자세한 사항은 제3장의 〈전리권 침해 관련 임시조치제도〉 부분을 참조.

### 3.3.2 상표권의 사법보호

상표법, 상표법 실시세칙 및 최고인민법원의 관련사법해석에 근거하여 인민법원은 상표행정분쟁 및 상표민사분쟁을 처리한다. 상표권의 사법보호와 관련된 주요 사법해석에는 〈상표사건의 심리에 있어서 관할 및 법률 적용범위의 문제에 관한 해석〉, 〈상표민사분쟁사건의 심리에 있어서 법률적용의 약간문제에 관한 해석 제4조 제1항〉, 〈등록상표전용권 침해행위의 제소 전 정지 및 증거보전에 대한 법률적용 문제에 관한 해석〉이 있다.

#### 1) 상표행정사건

##### (1) 상표행정사건의 종류

인민법원은 관련 사법해석의 규정에 따라 다음에 열거된 상표행정사건을 수리한다.

- ① 국무원 공상행정관리부문의 상표평심위원회가 행한 복심결정 또는 재정에 관한 불복사건
- ② 공상행정관리부문에 의한 상표에 관한 구체적 행정행위를 불복으로 하는 사건

### i. 상표평심위원회 복심결정 또는 재정에 관한 불복사건

상표법 제32조의 규정에 따라, 상표국은 출원을 거절하고 공고하지 아니한 상표에 대하여 상표등록출원인에게 서면통지 하여야 한다. 상표등록출원인이 불복하는 경우에는 통지를 받은 날부터 15일 내에 상표평심위원회에 복심을 신청할 수 있으며, 상표평심위원회는 결정을 하고 출원인에게 서면통지를 한다. 당사자가 상표평심위원회의 결정에 대하여 불복하는 경우에는 통지를 받은 날부터 30일내에 인민법원에 제소할 수 있다.

상표법 제33조의 규정에 따라 출원공고결정·공고한 상표에 대하여 이의를 제출한 경우에는 상표국은 이의인과 피이의인의 사실 및 이유의 진술을 청취하여야 하며 조사확인한 후에 재정한다. 당사자가 불복하는 경우에는 통지를 받은 날로부터 15일내에 상표평심위원회에 복심을 신청할 수 있으며, 상표평심위원회는 재정을 하고 이의인과 피이의인에게 서면통지 한다. 당사자가 상표평심위원회의 결정에 대하여 불복하는 경우에는 통지를 받은 날부터 30일 내에 인민법원에 제소할 수 있다. 인민법원은 상표복심절차의 상대방 당사자에게 제3자의 자격으로 소송에 참가하도록 통보하여야 한다.

상표법 제49조의 규정에 따라 상표국의 등록상표취소결정(제44조, 제45조)에 대하여 당사자가 불복하는 경우에는 통지를 받은 날로부터 15일 내에 상표평심위원회에 복심을 신청할 수 있으며, 상표평심위원회는 결정을 하고 신청자에게 서면으로 통지한다. 당사자가 상표평심위원회의 결정에 대하여 불복하는 경우에는 통지를 받은 날부터 30일 내에 인민법원에 제소할 수 있다.

### ii. 공상행정관리부문의 행정행위에 관한 불복사건

상표법 제53조의 규정에 따라, 상표전용권의 침해행위(제52조)의 하나에 해당되어 분쟁이 발생하는 경우에는 당사자가 협상하여 해결한다. 협상을 원하지 아니하거나 협상이 이루어지지 않는 경우에는 상표등록인 또는 이해관계인은 인민법원에 제소하거나 공상행정관리부문에 처리를 청구할 수 있다. 공상행정관리부문이 처리하는 때에는 권리침해행위가 성립한다고 인정하는 경우, 권리침해행위를 즉각 중지하도록 명령하며, 권리침해상품 및 권리침해상품을 제조하고 등록상표표지를 위조하는데 전용하는 도구를 몰수·폐기하며 벌금을 부과할 수 있다. 당사자가 처리결정에 대하여 불복하는 경우에는 처리통지를 받은 날부터 15일 내에 《중화인민공화국행정소송법》에 근거하여 인민법원에 제소할 수 있다.

## (2) 관할

‘국무원 공상행정관리부문의 상표평심위원회에 의한 재심결정 또는 재정을 불복으로 하는 사건’의 제1심 사건은 최고인민법원으로부터의 수권에 근거하여 북경시 고급인민법원이 그 관할 구내의 중급인민법원의 관할을 확정한다(제1중급인민법원).

‘공상행정관리부문에 의한 상표에 관한 구체적 행정행위를 불복으로 하는 사건’의 제1심 사건은 행정소송법의 관련 규정에 근거하여 관할을 확정한다.

## 2) 상표민사사건

### (1) 상표민사사건의 종류

인민법원은 관련 사법해석의 규정에 따라 다음에 열거된 상표민사사건을 수리한다.

- ① 상표전용권의 귀속에 관한 분쟁사건
- ② 상표전용권의 침해에 관한 분쟁사건
- ③ 상표전용권의 양도계약에 관한 분쟁사건
- ④ 상표사용허가계약에 관한 분쟁사건
- ⑤ 상표전용권의 제소 전 침해정지 신청에 관한 사건
- ⑥ 제소 전 재산보전신청에 관한 사건
- ⑦ 제소 전 증거보전신청에 관한 사건
- ⑧ 그외 상표에 관한 사건

## (2) 관할

관련 사법해석의 규정에 따라 등록상표전용권의 위반행위에 기인하여 제기된 민사소송은 상표법 제13조 및 제52조에 규정된 침해행위의 실시지, 권리침해상품의 보관지 또는 압류지, 피고의 주소지에 있는 인민법원이 관할한다. ‘권리침해상품의 보관지’란 대량으로 또는 항시적으로 권리침해상품을 보관 또는 은닉하는 장소를 말하며, ‘압류지’란 세관 또는 공상 등의 행정기관이 법에 따라 권리침해 제품을 압류한 장소를 말한다.

다른 권리침해행위의 실시지에 관련된 다수의 피고에 대해서 제기된 공동소송에 대하여 원고는 그 중 피고 한 명의 권리침해행위 실시지의 인민법원의 관할을 선택 할 수 있다. 그 중 피고 한명에 대해서만 제기된 소송에 대해서는 해당 피고의 권리침해행위 실시지의 인민

법원이 관할권을 가진다.

상표에 관한 민사분쟁의 제1심 사건은 중급 이상의 인민법원이 관할한다. 각 고급인민법원은 관할 구역 내의 실상에 근거하여 최고인민법원의 인가를 거쳐 비교적 큰 도시에서 1 - 2개의 기층인민법원을 확정하여 제1심 상표 민사분쟁사건을 수리할 수 있다.

### (3) 인민법원에 대한 제소권자

상표법 53조에 규정된 이해관계인에는 등록상표사용허가계약의 피허가자, 등록상표 재산권리의 합법적인 상속인 등이 포함된다. 등록상표전용권의 침해가 발생했을 경우 독점사용허가계약의 피허가자는 인민법원에 소송을 제기할 수 있다. 배타사용허가계약의 피허가자는 상표등록자와 함께 소송을 제기할 수도 있고 또한 상표등록자가 소송을 제기하지 않는 경우에는 스스로 소송을 제기할 수도 있다. 통상사용허가계약의 피허가자는 상표등록자의 명확한 수권(授權)을 얻어 소송을 제기할 수 있다.

### (4) 소송시효

등록상표전용권 위반의 소송시효는 2년이며, 시효기간은 상표등록자 또는 이해관계인이 권리침해행위를 안 날 또는 알아야 할 날로부터 기산된다. 상표등록자 또는 이해관계인이 2년을 경과하고 나서 소송을 제기하는 경우, 만약 권리침해행위가 소송제기 시에 여전히 계속하고 있고, 해당 등록상표전용권의 유효기간 내인 경우에는 인민법원은 피고에게 권리침해행위를 중지하도록 판결해야 하며, 그 손해배상액은 권리자가 인민법원에 소송을 제기한 날로부터 2년을 소급하여 계산해야 한다(상표 민사분쟁사건의 심리에 있어서 법률적용의 약간문제에 관한 해석 제18조).

### (5) 판결

인민법원은 등록상표전용권의 침해분쟁사건의 심리에 있어서 민법통칙 제134조 및 상표법 제53조의 규정 및 사건의 구체적인 상황에 근거하여 권리침해자에게 장애의 배제, 위협의 제거, 손실의 배상, 영향의 제거 등 민사책임을 부담하게 하는 것을 판결할 수 있는 것과 동시에 과태료 및 권리침해 제품, 위조된 상표 표시 및 권리침해상품의 제조·전용에 이용되는 재료, 용구, 설비 등 재물의 몰수하는 민사제재의 결정을 할 수도 있다. 과태료액은 상표법 실시조례의 관련 규정에 따라 확정할 수 있다. 공상행정관리부문이 동일한 등록상표전용

권 침해행위에 대하여 이미 행정처벌을 부과한 있는 경우, 인민법원은 재차 민사 제재를 가하지 않는다.

#### (6) 손해배상

상표법 제56조 제1항의 규정에 따라 상표전용권을 위반했을 경우의 배상금액은 침해자가 침해기간 중에 침해로 인해 얻은 이익 또는 피침해자가 침해를 받은 기간 중에 침해로 인해 발생한 손실로 하며, 피침해자가 침해행위를 제지하기 위해 지불한 합리적인 지출을 포함한다.

‘침해에 의해 얻은 이익’은 권리침해상품의 판매량에 해당 상품의 단위당 이윤을 곱하여 계산할 수 있다. 해당 상품의 단위당 이윤을 조사하여 명백히 할 수 없는 경우에는 등록상표 상품의 단위당 이윤에 따라 계산한다. ‘침해에 의해 받은 손실’은 권리가 침해에 의해 초래된 상품 판매의 감소량 또는 권리침해상품의 판매량에 해당 등록상표 상품의 단위당 이윤을 곱하여 계산할 수 있다.

‘침해행위를 제지하기 위해 지불한 합리적인 지출’에는 권리자 또는 위탁대리인이 권리침해행위에 대하여 조사하고 증거를 수집하기 위한 합리적인 비용을 포함한다. 인민법원은 당사자의 소송청구 및 사건의 구체적 상황에 근거해 국가의 관련부문의 규정에 부합되는 변호사 비용을 배상액에 가산할 수 있다.

인민법원은 상표전용권 침해자의 배상책임을 확정할 경우 권리자가 선택하는 계산방법에 근거해 배상액을 계산할 수 있다. 권리침해자가 권리침해에 의해 취득한 이익 또는 피침해자가 권리로 받은 손실 가운데 어느 하나에 대해서라도 확정이 곤란한 경우 인민법원은 당사자의 청구에 근거하여 또는 직권으로 상표법 제56조 제2항의 규정에 따라 배상액을 확정할 수 있다. 당사자가 배상액에 대해 합의한 경우에는 이를 인정하여야 한다.

상표법 제56조 제1항에서 말하는 ‘침해자가 침해에 의해 얻은 이익’ 또는 ‘피침해자가 침해로 인해 받은 손실’을 정하기가 어려운 경우는 인민법원이 권리침해행위의 정황에 근거하여 50만 위안 이하의 배상을 판결에 의해 명한다.

등록상표전용권의 침해상품임을 알지 못하고 판매한 경우, 해당 상품을 합법적으로 취득했음을 증명할 수 있고 또한 제공자를 설명할 수 있는 경우는 배상책임을 지지 않는다(상표법 제56조 제3항).

### (7) 상표권자의 제소 전 조치

상표법 제57조 제1항의 규정에 따라 상표등록자 또는 이해관계인은 타인이 그 등록상표전용권의 침해행위를 실시하고 있거나 실시하려고 하고 있어 즉시 제지하지 않으면 그 합법적 권익을 보충하기 어려운 손해를 받을 수 있다는 것을 증명하는 증거가 있는 경우는 제소 전에 인민법원에 관련 행위의 정지를 명하고 재산 보전조치를 취하는 것을 신청할 수 있다. 인민법원이 상기의 신청을 처리하는 경우는 민사소송법 제93조에서 제96조 및 제99조의 규정을 적용한다.

침해행위를 제지하기 위해서 증거가 멸실될 우려가 있는 경우 또는 향후에 취득하기가 곤란한 경우에는 상표등록자 또는 이해관계인은 제소 전에 증거보전을 신청할 수 있다. 인민법원은 신청을 수리한 후 48시간 이내에 재정하여야 한다. 보전조치를 취하는 재정을 한 경우 즉시 집행을 개시해야 한다. 인민법원은 신청인에게 담보제출을 명할 수 있다. 신청인이 담보를 제출하지 않는 경우는 그 신청을 거절한다. 인민법원이 보전조치를 취한 후 15일 이내에 신청인이 제소하지 않는 경우에는 인민법원은 보전조치를 해제해야 한다.

등록상표전용권 침해행위의 제소 전 정지 및 증거보전 명령의 제기는 불법행위지 또는 피신청인 주소지의 상표사건에 대하여 관할권을 가지는 인민법원에 제출해야 한다.

등록상표전용권 침해행위의 정지재정에 의해 취해진 조치는 신청인이 동의한 경우를 제외하고 피신청인이 담보를 제공해도 해제되지 않는다.

당사자는 등록상표전용권 침해행위의 제소 전 정지의 재정에 불복하는 경우 재정을 수령한 날로부터 10일 이내에 불복신청을 1회 제기할 수 있다. 불복신청기간 중에는 재정집행은 정지하지 않는다.

등록상표전용권 위반행위를 정지하는 재정의 효력은 일반적으로 최종심의 법률문서가 효력을 발생할 때까지 존속한다. 인민법원은 사건의 상황에 근거하여 관련 행위정지의 구체적 기한을 확정할 수 있다. 기한이 도래했을 때 당사자의 청구 및 추가한 담보의 상황에 근거하여 관련 행위를 계속 금지하는 재정을 실시할 수도 있다.

피신청인이 등록상표전용권 위반행위의 정지명령 또는 증거보전의 인민법원의 재정에 위반한 경우, 민사소송법 102조의 규정에 의거하여 처리한다.

상표등록자 또는 이해관계인이 인민법원에 상표권리침해소송을 제기할 때 또는 소송진행 중에 먼저 등록상표전용권 침해행위의 정지청구를 제출한 경우, 인민법원은 먼저 이를 재정할 수 있다.

### (8) 등록상표전용권 침해자의 형사책임

상표법 제59조 제1항 내지 제3항은 등록상표전용권침해에 대한 형사책임의 근거를 규정하고 있다.

상표등록인의 허가를 받지 않고 동종 상품에 그 등록상표와 동일한 상표를 사용하여 범죄를 구성하는 경우에는 피침해자의 손실을 배상하는 이외에 법에 따라 형사책임을 추궁한다(상표법 제59조 제1항). 타인의 등록상표 표지를 위조·임의로 제조하거나 위조·임의로 제조한 등록상표 표지를 판매하여 범죄를 구성하는 경우에는 피침해자의 손실을 배상하는 이외에 법에 따라 형사책임을 추궁한다(상표법 제59조 제2항). 명확히 등록상표를 사칭한 상품을 판매하여 범죄를 구성하는 경우에는 피침해자의 손실을 배상하는 이외에 법에 따라 형사책임을 추궁한다(상표법 제59조 제3항).

형법 제213조 내지 제215조는 등록상표전용권 침해에 대한 구체적인 형사책임을 규정하고 있다. 등록상표 소유자의 허가를 받지 않고 동종 상품에 그 등록상표와 동일한 상표를 사용하고 정황이 엄중한 경우, 3년 이하의 유기징역 또는 구역(拘役)에 처하고 또한 벌금형을 병과하거나 단독으로 부과한다. 정황이 특별히 엄중한 경우에는 3년 이상 7년 이하의 유기징역에 처하고 또한 벌금형에 처한다(형법 제213조). 등록상표를 사칭한 상품임을 확실히 알고 판매하여 판매금액이 비교적 많으면, 3년 이하의 유기징역 또는 구역(拘役)에 처하고 또한 벌금형을 병과하거나 단독으로 부과한다. 판매액이 거대(巨大)한 경우에는 3년 이상 7년 이하의 유기징역에 처하고 또한 벌금형에 처한다(형법 제214조). 타인의 등록상표표지를 위조 또는 독단적으로 제조하거나 위조 또는 독단적으로 제조한 상표표지를 판매하고 정황이 엄중한 경우에는 3년 이하의 유기징역, 구역 또는 관제(管制)에 처하고 또한 벌금을 병과하거나 단독으로 부과한다. 정황이 엄중한 경우에는 3년 이상 7년 이하의 유기징역에 처하고 또한 벌금형에 처한다(형법 제215조).

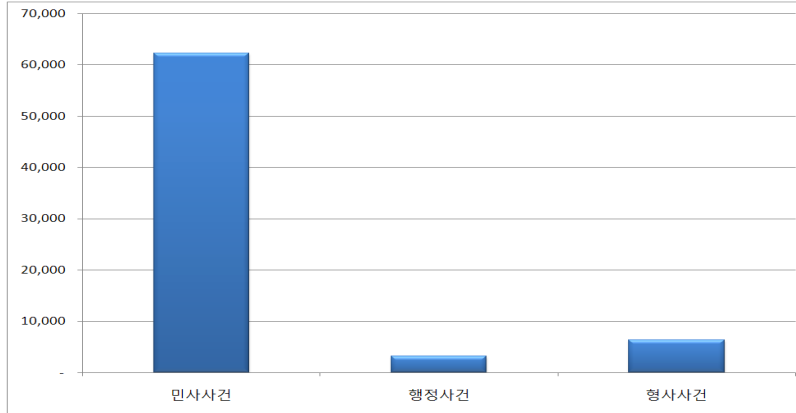
### 3.3.3 사법보호 현황

#### 1) 최근 5년 간(2003년 - 2007년) 사법보호 현황

국가지식재산권망의 보도자료(2008. 3)에 의하면, 최고인민법원의 통계는 최근 5년간(2003년 - 2007년) 동안 전국법원이 심결한 지식재산권 관련 형사사건, 민사사건, 행정사건이 총 71,633건으로 전 5년간에 비하여 1.7배 증가하였음을 보여 준다.

[표 3.3-2] 최근 5년간 지식재산권 관련 사건 현황

민사사건	행정사건	형사사건	소계
62,218	3,165	6,250	71,633건

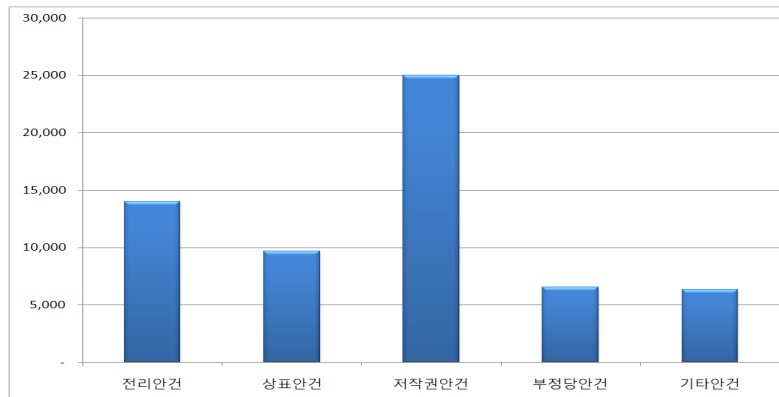


[그림 3.3-1] 최근 5년간 지식재산권 관련 사건 현황

최고인민법원 통계업무 관공실의 데이터에 의하면, 5년간 전국법원의 민사사건 심결건수는 62,218건이며, 그 중 전리권침해사건이 1.4만건, 저작권침해사건이 2.5만건, 상표권침해사건이 9,687건, 부정당경쟁사건이 6,540건, 기술계약, 식물신품종 등 기타지식재산권침해사건이 6,296건이다.

[표 3.3-3] 최근 5년간 지식재산권 관련 민사사건 현황

전리사건	상표사건	저작권사건	부당경쟁 사건	기타사건	소계
1.4만건	9,687건	2.5만건	6,540건	6,296건	62,218



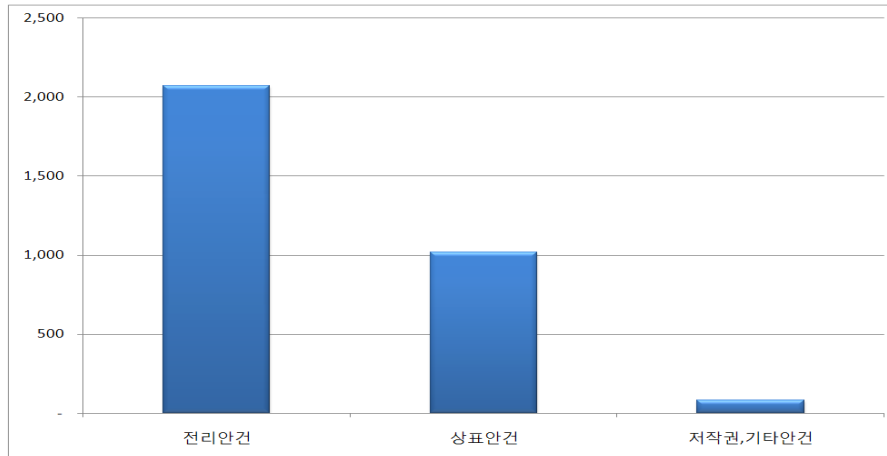
[그림 3.3-2] 최근 5년간 지식재산권 관련 민사사건 현황



각급인민법원의 지식재산권 행정사건 심결건수는 3,165건으로, 전 5년간에 비하여 4.87배 증가하였다. 그 중 전리사건이 2,067건, 상표사건이 1,015건, 저작권 및 기타 사건이 83건이다.

[표 3.3-4] 최근 5년간 지식재산권 관련 행정사건 현황

전리사건	상표사건	저작권, 기타사건	소계
2,067	1,015	83	3,165



[그림 3.3-3] 최근 5년간 지식재산권 관련 행정사건 현황

각급인민법원의 지식재산권 침해 범죄사건 심결건수는 2,962건으로, 전 5년간에 비하여 1.33배 증가하였으며, 년 평균 22.69% 증가하였다. 지식재산권 침해범죄를 단속함과 동시에 불법경영, 저질상품 생산·판매 중 지식재산권과 관련된 형사사건 3,288건을 심결하였다. 5년간 지식재산권 침해판결자는 9,656명이다.

최근 몇 년 동안 최고인민법원은 지식재산권 형사사법 해석업무를 가일층 강화해서 각급 인민법원이 지식재산권 형사범죄에 대하여 처벌을 강화하도록 지도 및 감독하였다. 최고인민법원은 부정당경쟁사건 심리에 관한 사법해석, 컴퓨터 네트워크 관련 저작권분쟁사건에 관한 사법해석, 식물신품종 권리침해 분쟁사건 심리에 관한 사법해석 등을 공포하였다. 최고인민법원은 최고인민검찰원과 연합하여 2004년 〈지식재산권 침해 형사사건 처리에 관한 구체적 법률응용에 관한 약간문제 해석〉을 발표하여, 비교적 큰 폭으로 지식재산권 범죄 정죄형량표준을 조정하였다. 그 후 2007년 4월 〈지식재산권 침해관련 형사사건에 관한 구체적 법률응용에 관한 약간문제 해석〉을 연합 발표하여, 다시 저작권 침해죄의 정죄형량 표준을 명백히 내렸고, 저작권침해죄의 “복제발행”의 의미를 명백히 하였고, 지식재산권 침해 단위

범죄 및 개인범죄의 정죄형량표준을 통일하였고, 감형의 적용을 진일보하게 규범화하였다.

지식재산권사건의 전문성을 고려하고, 심판품질을 보증하기 위하여 2006년까지 전국법원에 지식재산권정 172개를 설치하였고, 지식재산권 합의정 140개를 설치하였으며 지식재산권 법관은 1,667명이다.

## 2) 2007년 보호현황

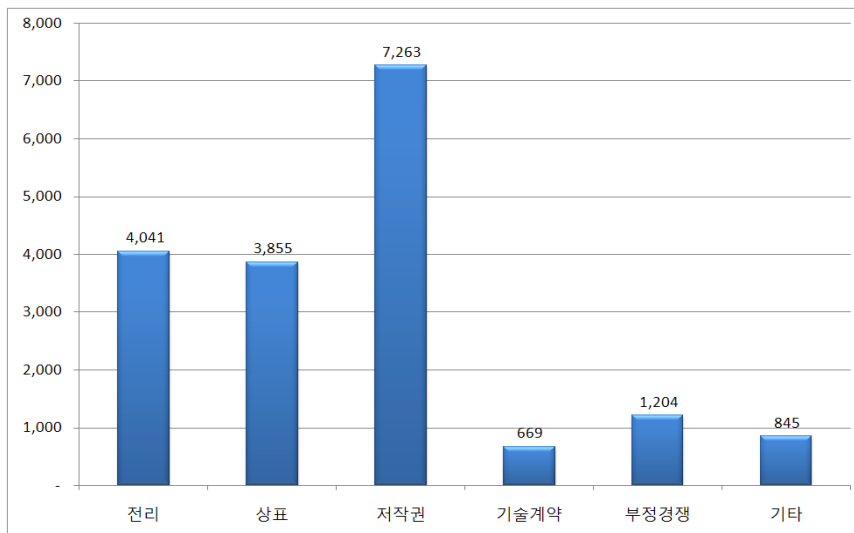
### (1) 민사사건

2007년도 전국지방법원이 수리 및 심결한 지식재산권 민사1심 사건은 각각 17,877건 및 17,395건으로, 전년대비 각각 25.7% 및 23.7% 증가하였다. 이 중, 전리수리사건은 4,041건으로 전년대비 26.4%, 상표사건은 3,855건으로 전년대비 52.9%, 저작권은 7,263건으로 전년대비 27.0% 증가하였다. 기술계약 사건은 669건으로 전년대비 1.8% 증가하였고, 부정당경쟁사건은 1,204건으로 전년대비 4.1% 감소하였으며, 기타 지식재산권 사건은 845건으로 전년대비 0.12% 감소하였다.

[표 3.3-5] 2007년 전국인민법원 지식재산권 민사 1심사건 현황(수리기준)

전리	상표	저작권	기술계약	부정경쟁	기타	소계
4,041	3,855	7,263	669	1,204	845	17,877

※ 출처: 최고인민법원지식재산권심판정, 2008



[그림 3.3-4] 2007년 전국인민법원 지식재산권 민사 1심사건 현황 (수리기준)

2007년도 심결한 섭외지식재산권 민사1심 사건은 668건으로 전년대비 89.2% 증가하였으며, 홍콩·마카오·대만의 지식재산권 민사1심 사건은 323건으로 전년대비 41.1% 증가하였다.

2007년도 수리 및 심결한 지식재산권 민사2심 사건은 2,865건 및 2,870건으로 전년대비 6.7% 및 8.2% 증가하였으며, 재심사건은 39건 및 45건으로 전년대비 각각 7.1% 감소 및 7.1% 증가를 기록하였다.

2007년도 최고인민법원 지식재산권 심판정은 각종 지식재산권사건 128건을 수리하여 전년대비 23.1% 증가하였다.

## (2) 행정사건

2007년도 전국지방법원이 수리 및 심결한 지식재산권 행정1심 사건은 각각 1,001건 및 947건이었다. 그 중 전리수리사건은 599건으로 전년대비 30.8% 증가하였으며, 상표사건은 392건으로 전년대비 66.8% 증가하였으며, 저작권은 6건으로 전년대비 40% 감소하였으며, 기타 사건은 4건이었다.

[표 3.3-6] 2007년 전국인민법원 지식재산권 행정 1심사건 현황(수리기준)

전리	상표	저작권	기타	소계
599건	392건	6건	4건	1,001건

※ 출처: 최고인민법원지식재산권심판정, 2008

행정사건 중 전리복심위원회 및 상표평심위원회를 피고로 하는 사건으로 수리 및 심결한 전리권수권확권사건은 511건 및 339건이며, 상표권수권확권사건은 373건 및 210건이었다.

## (3) 형사사건

2007년도 전국 지방법원이 심결한 지식재산권 관련 형사사건은 2,684건이며, 법률효력 발생자는 4,328명, 그 중 유죄 판결자는 4,322명이었다. 심결사건 중 지식재산권침해범죄 판결 사건은 904건이며, 판결 효력자는 1,371명으로 전년대비 각각 17.6% 및 13.1% 증가하였다. 저질상품 생산판매죄 판결사건은 477건으로 판결 효력자는 891명이며, 불법경영죄 판결사건은 1,296건으로 판결 효력자는 2,024명이었다. 기타범죄 판결사건은 7건이고 판결 효력자는 42명이었다.

[표 3.3-7] 2007년 전국인민법원 지식재산권 형사사건 현황(심결기준)

지식재산권 침해죄	저질상품 생산판매죄	불법경영죄	기타범죄	소계
904건	477건	1,296건	7건	2,684건

※ 출처: 최고인민법원지식재산권심판정, 2008

## (4) 법원의 재판

지식재산권 관련 민사사건의 1심결안율은 2006년의 78.4%에서 2007년 79.9%로 상승하였으며, 상소율은 2006년의 40.7%에서 2007년 16.5%로 하락하였다. 2심환송율은 2006년의 14.5%에서 2007년 15.3%로 하락하였으며, 재심율은 2006년의 0.27%에서 2007년 0.22%로 하락하였다. 2007년도 지식재산권 민사1심 사건의 평균 조정 취하율은 55.5%로 전년대비 2.47 포인트 상승하였다.

## (5) 법원의 임시조치

2007년도 전국 지방법원이 수리 및 심결한 지식재산권 관련 제소 전 권리침해정지신청사건은 234건 및 131건이며, 제소 전 증거보전신청사건은 230건 및 216건, 제소 전 재산보전신청사건은 110건 및 106건이며, 실제 재정지지율은 각각 76.9%, 87.2% 및 98.1%이었다. 지식재산권 관련 소송 중 수리 및 심결한 권리침해정지신청사건은 각각 43건 및 41건이며, 소송 중 증거보전신청사건은 468건 및 418건이며, 소송 중 재산보전신청사건은 443건 및 423건으로, 실제 재정지지율은 각각 57.5%, 90.5 및 96.0%다.

[표 3.3-8] 전국인민법원의 임시조치 현황

구 분	제소전		소송중	
	수리	심결	수리	심결
권리침해정지신청사건	234건	131건	43건	41건
증거보전신청사건	230건	216건	468건	418건
재산보전신청사건	110건	106건	443건	423건

※ 출처: 최고인민법원 지식재산권심판정, 2008

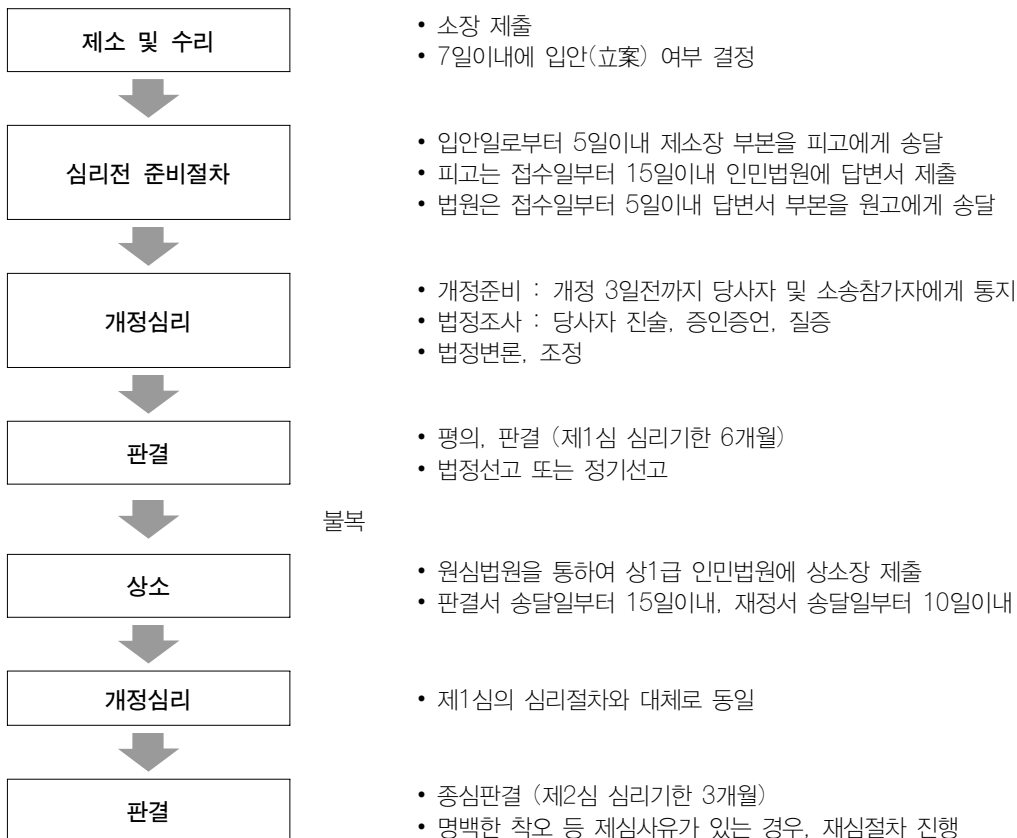
## 전리민사소송 절차

## 3.4

## 3.4.1 전리민사소송 절차의 순서도

전리민사소송은 민사소송의 특수한 유형이지만, 절차상 완전히 일반민사소송절차를 적용한다. 본 장에서는 전리민사소송과 관련된 제1심절차, 제2심절차, 심판감독절차 및 집행절차를 소개한다.

전리민사소송 일반적인 절차는 다음과 같다.



[그림 3.4-1] 전리민사소송 절차도

### 3.4.2 제1심 절차

제1심 절차는 민사소송에 있어서 가장 기본적인 소송절차로서 보통절차라고도 한다.

#### 1) 제소 및 수리

##### (1) 제소조건

제소는 공민, 법인 또는 기타조직이 자신의 민사권익이 타인의 침해를 받는다고 판단하는 경우, 자신의 명의로 법원에 심판을 통하여 사법보호를 청구하는 소송행위를 가리킨다.

제소는 중국 민사소송법 제108조의 규정에 따라 반드시 아래 조건에 부합하여야 한다.

- ① 원고는 본안과 직접 이해관계가 있는 공민, 법인 또는 기타조직일 것
- ② 명확한 피고가 있을 것
- ③ 인민법원이 민사소송을 수리하는 범위에 속하고, 수소인민법원의 관할에 속할 것

그 밖에 원고의 제소형식은 법률규정에 부합하여야 한다. 민사소송법 제109조의 규정에 따라 원고는 일반적으로 인민법원에 소장을 제출하여야 하며, 동시에 피고의 수에 따라 부본을 제출하여야 한다. 제소장에는 다음 내용을 포함하여야 한다. 당사자의 기본사항, 소송 청구 및 근거하는 사실과 이유, 증거 및 증거출처, 증인 성명 및 주소.

##### (2) 제소의 심사 및 수리

인민법원은 원고의 제소를 접수한 후 입안(立案) 여부를 결정하기 위하여 적시에 법에 따라 심사하여야 한다. 인민법원은 심사를 거쳐 제소조건에 부합한다고 판단하는 경우에는 7일 이내에 입안(立案)하고, 당사자에게 통지하여야 한다. 제소조건에 부합하지 않는다고 판단하는 경우에는 7일 이내에 불수리의 재정을 하여야 한다. 만약 원고의 제소수속이 흠결이 있는 경우에는 인민법원은 당사자에게 기한 내 보정하도록 통지한 후, 다시 입안(立案)을 진행한다. 인민법원의 입안(立案)은 인민법원이 원고의 제소를 수리하고 소송절차가 개시됨을 의미한다.

인민법원은 상기 제소조건에 부합하는 사건에 대하여 법에 따라 수리하는 이외에 다음과 같은 특수한 사건에 대해서도 수리하여야 한다.

- ① 당사자가 소취하 또는 법원이 소취하 간주 처리한 후 당사자 일방이 동일한 소송청구로 다시 제소하는 경우 수리하여야 한다.
- ② 불수리를 재정하여 소를 각하한 사건에 대하여 원고가 다시 제소하는 경우, 만약 제소조건에 부합하면 인민법원은 수리하여야 한다.
- ③ 당사자가 소송시효기간을 초과하여 제소한 경우, 인민법원은 수리하여야 한다. 수리 후 중지, 중단, 연장사유가 없는 것을 확인한 후에 그 소송청구를 기각함을 판결한다.

전리민사소송의 소송시효에 관해서는 일반민사소송의 시효규정을 준수하여야 한다. 즉 권리침해를 알거나 알았어야만 하는 날로부터 2년이다. 전리법 제62조는 전리권침해분쟁 및 발명전리의 임시보호기간 내 사용비분쟁의 소송시효에 대하여 구체적으로 규정하고 있다.

그 밖에 민사소송법 및 그 적용의견의 관련 규정에 따라 당사자의 제소가 다음의 하나에 해당하는 경우, 인민법원은 수리하지 않으며 상황에 따라 달리 처리한다.

- ① 사건이 행정소송 범위에 속하는 경우에는 원고에게 행정소송을 제기하도록 고지한다.
- ② 당사자간 서면 중재합의가 있는 경우에는 원고에게 중재기구에 중재를 신청하도록 고지한다.
- ③ 본 법원 관할에 속하지 않는 사건은 원고에게 관할권이 있는 법원에 제소하도록 고지한다. 입안 후 본 법원이 관할권이 없는 것을 발견한 경우에는 사건을 관할권이 있는 법원에 이송하여야 한다.
- ④ 다른 법원이 이미 수리 입안한 사건에 대해서는 불수리를 재정하여야 한다.

## 2) 심리전 준비절차

심리전 준비절차는 인민법원이 당사자와 입안 후 개정심리 전까지 법에 따라 진행하는 일련의 소송활동을 가리킨다. 이는 다음 내용을 포함한다.

### (1) 제소장 부분 및 답변서 부분 송달

인민법원은 입안 후 입안일로부터 5일 이내에 제소장 부분을 피고에게 송달하여야 한다. 피고는 소장부분을 받은 날로부터 15일 이내에 인민법원에 답변서 및 그 부분을 제출하여야 하

며, 법원은 받은 날로부터 5일 이내에 답변서 부분을 원고에게 송달하여야 한다. 피고가 답변서를 제출하지 않는 경우 인민법원의 심리에 영향을 주지 않는다.

### (2) 소송권리의무 및 합의정(合议庭) 구성인원의 고지

인민법원은 원고 및 피고에게 발송하는 사건수리통지서 및 응소통지서 내에 소송과 관련된 당사자의 권리의무를 고지하여야 한다. 인민법원은 합의정을 구성한 후 3일 이내에 합의정 구성인원을 당사자에게 고지하여 당사자가 유효하게 회피신청권을 행사할 수 있도록 하여야 한다.

### (3) 소송재료 확인, 증거수집

인민법원은 당사자가 제출한 제소장, 답변서 및 관련 증거자료를 확인하여야 한다. 동시에 당사자가 객관적인 원인으로 자체 수집할 수 없는 증거와 인민법원이 사건심리에 필요하다고 판단하는 증거에 대하여 조사수집을 진행하여야 한다.

### (4) 당사자 추가

인민법원은 반드시 소송을 공동 진행하여야 하나 소송에 참가하지 않은 당사자에 대하여 그 소송에 참가하도록 통지할 권한이 있다. 당사자도 추가를 신청할 수 있다. 예를 들면, 전리권리귀속분쟁사건에서 전리권이 공유인데도 원고가 단지 그 중 하나의 전리권자만을 제소했다면, 인민법원은 기타 전리권자를 공동 피고로 추가할 권한을 보유하며 기타 전리권자도 공동피고로 추가를 신청할 수 있다.

## 3) 개정심리

개정심리는 인민법원이 당사자 및 기타 소송참가자의 참가 하에 법정형식 및 절차에 따라 법정에서 민사사건에 대하여 실체심리를 진행하는 소송활동을 가리킨다. 개정심리는 심판절차에 있어서 중심단계로서 다음과 같은 단계를 포함한다.

### (1) 개정준비

개정준비단계에서 인민법원은 다음 업무를 완성하여야 한다.



- ① 개정 3일전까지 당사자 및 기타 소송참가자에게 통지한다. 법원은 소환장에 의해 당사자를 소환하며, 통지서를 사용하여 기타 소송참가자에게 통지한다.
- ② 공개심리사건은 당사자의 성명, 사건개요 및 개정시간·지점을 공고하여야 한다.
- ③ 당사자 및 기타 소송참가자가 법정에 나왔는지 확인하고 법정기율을 선포한다.
- ④ 심판장은 당사자를 확인하고 사건개요를 선포하며, 심판원 및 서기원의 명단을 선포하며, 당사자에게 관련 소송권리의무를 고지하며 당사자가 회피신청을 제출했는지 여부를 질문한다.

## (2) 법정조사

법정조사의 주요임무는 당사자의 진술 및 증인증언을 통하여 서증, 물증 및 시청각 자료를 제시하고, 감정결론 및 검증기록을 낭독하며, 사건의 사실을 조사하고, 증거를 확인하는 것이다. 법정조사는 다음 절차에 따라 진행된다.

- ① 원고가 구두로 사실을 진술하거나 소장을 낭독하고 구체적인 소송청구 및 이유를 설명한다.
- ② 피고가 구두로 사실을 진술하거나 답변서를 낭독하며 원고소송청구에 대하여 이의 또는 반소를 제출하는 경우에는 구체적인 청구 및 이유를 설명한다.
- ③ 제3자가 진술 또는 답변한다.
- ④ 원고 또는 피고가 제3자의 진술에 대하여 답변을 진행한다.
- ⑤ 심판장이 본안의 쟁의초점을 귀납한다.
- ⑥ 원고, 피고 및 제3자가 각각 증거를 제시하고 상호 질증(质证)한다.
- ⑦ 심판장은 법원이 조사수집한 증거를 제시하고 원고, 피고 및 제3자는 질증한다.

심판장의 허가를 받아 당사자는 증인에게 질문할 수 있으며, 당사자도 상호 질문할 수 있다.

## (3) 법정변론

법정변론은 합의정 주제 하에 각방당사자가 사건 쟁점을 둘러싸고 구두변론을 진행하는 것을 가리키며, 이로 인해 사건사실을 명확하게 하고, 관련 증거를 확인하며, 책임시비를 분명하게 한다.

#### (4) 사건평의(评议) 및 판결선고

개정심리를 거친 후 당사자가 조정을 원하지 않거나 조정이 성립하지 않는 경우에는 합의정은 휴정하여 평의를 진행하여야 하여 사건성질, 사실인정, 적용법률, 책임시비, 처리결과에 대하여 결론을 내려야 한다.

선고는 법정선고와 정기선고 두 가지로 나눌 수 있다. 법정선고를 하는 경우에는 10일 이내에 판결서를 발송하여야 한다. 정기선고를 하는 경우에는 인민법원은 판결 선고 후 즉시 판결서를 송달하여야 한다. 선고내용에는 인정사실, 적용법률, 판결의 결과 및 이유, 소송비용의 부담, 당사자의 상소권리, 상소기간 및 상소법원을 포함한다.

#### 4) 심결기한

심결기한은 인민법원이 민사사건을 처리하는 법정시간을 말한다. 민사소송법 제135조는 제1심민사사건의 심결기한을 6개월로 규정하고 있다. 심결기한의 계산은 입안 다음 날부터 재판선고 또는 조정서 송달일까지이다. 다만, 공고기간, 감정기간, 관할권 처리 쟁의기간 및 소송중지 기간은 포함하지 않는다.

### 3.4.3 민사소송절차의 특수정황

#### 1) 심리연기

심리연기는 인민법원이 사건을 개정 심리할 때, 법정 규정의 특수한 정황이 출현하여 개정심리를 진행할 수 없어 인민법원이 개정심리 일자를 연기하는 것을 가리킨다. 전리민사소송사건에 있어서 아래 정황이 발생하면 심리를 연기할 수 있다.

- ① 당사자가 회피신청을 제출하는 경우
- ② 새로운 증인을 법정에 출석하도록 통지하는 경우, 새로운 증거를 조사하는 취하는 경우, 재감정, 재검증 또는 보충조사가 필요한 경우

#### 2) 취하

취하는 당사자가 인민법원에 제기한 소송청구를 철회하는 행위를 가리킨다. 취하는 당사자의 소권 처분행위이며, 그 법률적 효과는 사건소송의 종결을 가져온다. 민사소송법의 규

정에 따라 취하한 후에는 제소하지 않은 것으로 간주하므로 원고는 소송제기 권리를 여전히 보유한다.

취하는 신청 소취하와 소취하 간주처리로 나눌 수 있다.

### (1) 신청 소취하

신청 소취하는 당사자가 자발적으로 인민법원에 신청을 제출하여 소송을 철회하는 행위를 가리킨다. 신청 소취하는 아래 조건을 만족하여야 한다.

- ① 원고는 서면 또는 구두방식으로 인민법원에 신청을 제출하여야 한다.
- ② 원고는 자발적으로 취하를 신청하여야 한다.
- ③ 원고의 취하는 국가, 단체 또는 타인의 합법권익을 침해할 수 없다.
- ④ 원고의 취하신청은 인민법원이 판결을 선고하기 전까지 제출하여야 한다.

### (2) 소취하 간주 처리

소취하 간주 처리는 인민법원이 법률규정의 명확한 규정에 따라 원고의 어떤 행위에 대하여 소취하 간주 처리하는 것을 가리킨다. 이러한 행위에는 다음 사항을 포함한다.

- ① 원고가 소환장에 의해 소환되었으나 정당한 이유 없이 법정출석을 거부하거나 또는 법정허가를 득하지 않고 중도퇴정하는 경우
- ② 원고가 사건수리비를 예납하여야 하나 예납하지 않아 인민법원이 예납하도록 통지하였음에도 예납하지 않은 경우
- ③ 원고가 소송행위능력이 없어 법정대리인에게 소환장에 의해 소환하였으나, 정당한 이유 없이 법정출석을 거부한 경우
- ④ 독립청구권이 있는 제3자가 상기 정황에 속하는 경우에는 상기 규정에 따라 처리한다.

### 3) 결석판결(결석판결)

결석판결은 일방당사자가 이유 없이 법정출석을 거부하는 경우 또는 법정허가를 득하지 않고 퇴정하는 경우, 인민법원이 법에 따라 심리한 후 행하는 판결을 가리킨다. 민사소송법 및 관련 사법해석의 규정에 따라 인민법원은 다음의 경우에 결석판결을 할 수 있다.

- ① 인민법원이 원고의 소취하의 불허를 재정하고, 원고에게 소환장을 통해 소환하였음에도 정당한 이유 없이 법정출석을 거부한 경우
- ② 피고가 소송행위능력이 없어 법정대리인에게 소환장에 의해 소환하였으나, 정당한 이유 없이 법정출석을 거부한 경우
- ③ 제3자가 상기조건에 부합하는 경우, 인민법원은 결석판결할 수 있다.

#### 4) 소송중지

##### (1) 소송중지의 일반규정

소송중지는 소송 진행과정 중 법정사유의 출현으로 본안소송 활동을 계속 진행하기가 어려운 경우, 수소법원이 본안소송 절차를 잠시 정지하고, 소송중지의 원인이 제거된 후에 소송절차를 계속 진행하는 법률제도를 말한다.

소송중지는 심리연기와는 다른데, 양자의 차이는 다음과 같다. 첫째, 발생단계가 다르다. 소송중지는 심판절차의 각 단계에서 발생 가능하지만, 심리연기는 개정 심리단계에서만 발생한다. 둘째, 전체 소송절차에 대한 영향이 다르다. 소송중지는 전체 소송절차를 동결상태에 이르게 하지만, 심리연기는 소송절차의 정지를 초래하지 않기 때문에 관련 소송활동은 계속 진행된다. 셋째, 양자는 적용하는 구체적인 법정사유가 다르다.

민사소송법 제136조의 규정에 따라 소송중지를 적용하는 법정사유는 다음 사항을 포함한다.

- ① 일방당사자가 사망하여 소송 참가여부에 대한 승계인의 표명을 기다릴 필요가 있는 경우
- ② 일방당사자가 소송능력을 상실하였으나 법정대리인이 확정되지 않은 경우
- ③ 일방당사자로서의 법인 또는 기타조직이 종료하였으나 권리의무승계인이 확정되지 않은 경우
- ④ 일방당사자가 불가항력 사유로 소송에 참가할 수 없는 경우
- ⑤ 본안이 다른 사건의 심리결과에 의거하여야 하나 다른 사건이 아직 심리되지 않는 경우
- ⑥ 기타 소송을 중지해만 하는 경우

소송중지는 법원이 재정을 행하고 일단 선포하면 즉시 효력을 발생한다. 당사자는 상소할

수 없으며 재심을 청구할 수도 없다. 소송중지는 본안소송 절차를 정지하는 효과가 있으므로 법원, 당사자 및 기타 소송참가자가 설사 그 기간동안 소송행위를 하더라도 법률효과를 발생하지 않는다. 다만, 재산보전과 증거보전은 예외이다. 소송회복 시 원 재정을 취소할 필요가 없으며, 법원이 통지하거나 당사자에게 소송을 계속 진행하도록 허가하면 소송중지의 재정은 효력을 상실한다.

## (2) 전리침해소송의 소송중지

전리침해분쟁사건의 경우에는 피고가 법정기간 내에 전리복심위원회에 전리권 무효선고를 청구하는 것이 전리침해 소송중지를 가져오는 가장 보편적인 상황이다. 최고인민법원 〈전리침해분쟁 심리에 관한 법률적용문제의 약간규정〉의 사법해석에는 전리침해분쟁사건에 있어서 인민법원이 어떻게 소송중지를 적용하는지에 대하여 구체적으로 규정하고 있다.

### i. 소송을 중지해야 하는 경우

실용신안, 디자인 전리분쟁사건의 피고가 소송중지를 청구하는 경우에는 피고가 만약 답변기간 내에 원고의 전리권에 대하여 무효선고 청구를 제출하면 인민법원은 소송을 중지한다.

### ii. 소송을 중지하지 않는 경우

실용신안, 디자인 전리분쟁사건의 피고가 답변기간 만료 후 전리권 무효선고를 청구하는 경우에는 인민법원은 소송을 중지하지 말아야 한다. 다만, 심사를 거쳐 소송을 중지할 필요가 있다고 판단하는 경우에는 예외이다.

### iii. 소송을 중지하지 않을 수 있는 경우

- ① 발명전리권침해분쟁에서 피고가 답변기간 내 그 전리권의 무효선고를 청구한 경우
- ② 원고가 제시한 검색보고에서 실용신안 전리의 신규성, 진보성을 저해할 수 있는 기술문헌을 발견하지 못한 경우
- ③ 피고가 제시한 증거가 그 사용기술이 이미 공지기술이라는 것을 충분히 증명하는 경우
- ④ 피고가 전리권 무효선고를 청구하기 위하여 제공한 증거 또는 근거의 이유가 명백히 충분하지 못한 경우
- ⑤ 전리복심위원회가 전리권을 심사 유지한 실용신안 또는 디자인의 전리분쟁사건에

- 있어서, 피고가 답변기간 내에 그 전리권의 무효선고를 청구한 경우  
 ⑥ 기타 인민법원이 소송을 중지하지 말아야 한다고 판단하는 경우

#### 3.4.4 제2심 절차

제2심 절차는 제1심 당사자가 효력이 발생하지 않은 인민법원의 판결, 재정에 불복하여 법에 따라 상1급 인민법원에 상소를 제기함에 따라 상1급 인민법원이 그 사건에 대해 심판을 진행하는데 적용하는 절차를 가리킨다.

제2심 절차는 제1심 절차를 전제 및 기초로 하며 제2심 절차는 제1심 절차와 함께 중국의 2심종심제도(两审终审制度)를 구성한다.

##### 1) 상소의 조건

민사소송법의 규정에 당사자가 상소를 제기하는 경우에는 아래 조건을 구비하여야 한다.

- ① 상소인과 피상소인은 반드시 적격하여야 한다. 상소인과 피상소인은 1심판결, 재정의 당사자이어야 하며, 원고, 피고, 독립청구권을 가진 제3자 등을 포함한다. 만약 이들이 상소를 제기하면 상소인이 된다.
- ② 반드시 법률이 상소를 인정하는 판결 및 재정이어야 한다. 법률규정이 상소를 인정하는 판결 및 재정은 다음을 포함한다. 제1심 인민법원이 보통절차 및 간이절차를 적용하여 행한 판결, 제2심 인민법원이 원심법원에 파기환송한 사건에 대하여 재심 후 행한 판결, 제1심 인민법원이 행한 불수리 재정, 소각하 재정 및 관할권 이의재정.
- ③ 상소는 반드시 법정기간 내 제출하여야 한다. 민사소송법 제147의 규정에 따라 당사자가 지방인민법원의 제1심 판결에 불복하는 경우에는 판결서 송달일로부터 15일 이내에 상1급 인민법원에 상소를 제기한 권리가 있다. 당사자가 지방인민법원의 제1심 재정에 불복하는 경우에는 재정서 송달일로부터 10일 이내에 상1급 인민법원에 상소할 권리가 있다. 당사자가 상소기간 내에 상소를 제기하지 않는 경우에는 상소기간이 만료한 후 재판은 효력이 발생하며 소송은 종료된다. 상소기간은 판결서 또는 재정서가 당사자에게 송달된 다음날부터 기산한다. 상소기간 내에 당사자가 불가항력의 사유 또는 기타 정당한 이유로 상소권을 행사할 수 없었던 경우에는 장애가 제거된 날로부터 10일 내에 기간연장을 신청할 수 있으며, 허가여부는 인민법원이

결정한다.

- ④ 상소는 반드시 상소장을 제출하여야 한다. 상소장을 제출하는 것은 당사자가 상소를 제기하는 형식요건이다. 상소장은 다음사항을 포함한다. 당사자 성명, 법원명칭 및 법정대표자의 성명 또는 기타조직의 명칭 및 주요 책임자의 성명, 원심 인민법원의 명칭, 사건번호 및 사건개요, 상소의 청구 및 이유.

상소장은 원심법원을 통하여 상1급 인민법원에 제출하여야 하며, 상대방의 수에 따라 부분을 제출하여야 한다. 당사자가 제2심 인민법원에 상소장을 직접 제출하는 경우에는 제2심 법원은 상소장을 접수한 후 5일 이내에 상소장을 원심법원에 이송하여야 한다.

## 2) 상소의 절차

### (1) 상소사건의 수리

- ① 원심인민법원은 상소장을 접수한 후 법정상소조건에 따라 심사를 진행하여야 한다. 상소장의 내용에 상소인에게 기간 내에 보정하도록 통지하여야 한다. 상소장의 내용에 흠결이 없으면 5일 이내에 부분을 피상소인에게 송달하여야 하며, 피상소인은 상소장 부분을 접수한 날로부터 15일 이내에 답변서를 제출하여야 한다.
- ② 원심인민법원은 답변서를 받은 날로부터 5일 이내에 답변서 부분을 상소인에게 송달하여야 한다. 피상소인이 기간 내에 답변서를 제출하지 않는 것은 인민법원의 심리에 영향을 주지 않는다.
- ③ 원심인민법원은 상소장 및 답변서를 받은 후 5일 이내에 전체 사건파일 및 증거와 함께 제2심 법원에 송부하여야 한다. 제2심 법원은 심사를 거쳐 상소조건에 부합한다고 판단하는 경우에는 수리하여야 한다. 상소조건에 부합하지 않는 경우에는 불수리를 재정하여야 한다.

### (2) 상소사건의 취하

상소인은 상소를 취하는 신청을 제출할 수 있으며, 제2심 인민법원은 심사를 진행하여 법정조건에 부합하는 경우에는 상소취하를 허가하는 재정을 하여야 한다. 〈민사소송법적용의견〉 제190조의 규정에 따라, 다음 정황의 하나에 해당하는 경우에는 상소취하를 허가해서는 안 된다.

- ① 제2심 인민법원이 심사를 거쳐, 1심판결의 인정사실 및 적용 법률에 확실한 착오가 있다고 판단하는 경우
- ② 제2심 인민법원이 심사를 거쳐 쌍방당사자가 악의로 연통하여 국가, 단체, 사회이익 및 타인의 합법권익을 침해한다고 판단하는 경우
- ③ 제2심 인민법원이 심사를 거쳐 1심판결이 법정절차를 위반하여 사건의 정확한 재판에 영향을 주었다고 판단하는 경우

### (3) 상소사건의 심리

제2심의 심리절차와 제1심의 심리절차는 대체로 동일하므로 여기서는 제2심 절차의 특유한 규정만을 소개한다.

#### i. 심리방식

제2심 사건의 심리방식은 개정심리 및 서면심리의 2 가지가 있다. 이 중 개정심리를 원칙으로 하며, 서면심리는 예외이다. 〈민사소송법적용의견〉 제188조의 규정에 따라 아래에 열거된 상소사건에 대해서는 합의정은 열람 및 조사를 거친 후에 개정심리가 불필요하다고 판단하는 경우에는 곧바로 판결 또는 재정을 행할 수 있다.

- ① 1심이 불수리, 소각하 및 관할권 이의에 대하여 재정을 행한 사건
- ② 당사자가 제출한 상소청구가 명백히 성립할 수 없는 사건
- ③ 원심재판의 인정사실이 확실하나 적용 법률에 착오가 있는 사건
- ④ 원판결이 법정절차를 위반하여 사건의 정확한 판결에 영향을 미쳤을 가능성이 있어 파기환송할 필요가 있는 사건

#### ii. 심리범위

민사소송법 제151조의 규정에 따라 제2심 인민법원은 상소청구의 관련 사실 및 적용 법률에 대하여 심사를 진행하여야 한다. 즉, 제2심 사건의 심리는 당사자의 상소청구의 범위에 대하여 진행하여야 한다.



### iii. 상소사건에 대한 조정

인민법원의 조정원칙은 제2심 절차에서도 그대로 적용된다. 민사소송법 규정에 따라 제2심 인민법원은 상소사건을 심리할 때 조정을 진행할 수 있다. 조정이 협의를 달성하면 조정서를 작성하여야 한다. 조정서가 쌍방당사자에게 송달된 후, 원심 인민법원의 판결은 취소된 것으로 본다.

### iv. 심결기간

제2심 인민법원의 판결에 대한 상소사건의 심리는 일반적으로 입안 다음 날로부터 3개월 내에 심결하여야 한다. 재정에 대한 상소사건의 심리는 입안한 다음 날로부터 30일 내 심결하여야 한다.

#### (4) 상소사건의 재판 및 재정

제2심 인민법원은 상소사건에 대하여 심리를 거쳐 상황에 따라 각각 다음과 같은 판결 또는 재정을 행하여야 한다.

#### i. 원심판결유지

제2심 인민법원이 원심판결의 인정사실이 확실하고 적용 법률이 정확한 경우에는 상소를 기각하고 원심판결을 유지한다.

#### ii. 재판(改判)

제2심 인민법원이 원심판결의 인정사실이 확실하지만 적용 법률에 착오가 있는 경우에는 법에 따라 직접 재판하여야 한다.

#### iii. 파기환송(发回重申)

제2심 인민법원이 원심판결이 법정절차를 위반하여 사건의 정확한 판결에 영향을 미쳤을 가능성이 있다고 판단하는 경우에는 원심판결을 취소하는 재정을 하고 원심인민법원에 파기환송하여야 한다. 당사자는 재심(重申)사건의 판결 또는 재정에 대하여 상소할 수 있다.

〈민사소송법적용의견〉 제181조의 규정에 따라 제1심 인민법원이 법정절차를 위반하여 사건의 정확한 판결에 영향을 미쳤을 가능성이 있는 정황은 아래에 열거된 정황 중의 하나이다.

- ① 본안을 심리한 심판인원, 서기원이 회피하여야 하나 회피하지 않은 경우
- ② 개정심리를 거치지 않고 판결을 행한 경우
- ③ 보통절차 및 간이절차에서 소환장을 통한 당사자의 소환 없이 결석재판한 경우
- ④ 기타 법정절차를 엄중히 위반하는 경우

그 밖에 제2심 인민법원이 원심판결의 인정사실이 확실하지 않고 증거가 부족한 경우에는 직접 법에 따라 재판하거나 파기환송 할 수 있다.

#### iv. 원 재정 유지 또는 취소

제2심 인민법원이 원 재정의 인정사실이 확실하고 적용 법률이 정확한 경우에는 상소를 기각하는 재정을 하고 원 재정을 유지한다.

제2심 인민법원이 원 재정의 인정사실이 확실하지 않고 증거가 부족하거나 적용 법률에 착오가 있다고 판단하는 경우에는 원 재정을 취소하는 재정을 하고, 다시 재정을 하여야 한다. 제2심 인민법원은 불수리 및 소각하를 취소하는 재정과 동시에 제1심법원에 수리를 입안하거나 심리를 진행하라는 명령을 하여야 한다.

### 3.4.5 심판감독절차

심판감독절차는 재심절차(再審程序)라고도 하는데, 인민법원, 인민검찰원 또는 당사자가 이미 효력이 발생한 인민법원의 판결, 결정 또는 조정협의를 명백한 착오가 있다고 판단하여 재심을 제기 또는 신청하는 경우 인민법원이 법에 따라 사건에 대하여 심리를 진행할 때에 적용하는 소송절차를 가리킨다.

중국은 2심중심제도를 시행하므로, 제1심 절차와 제2심 절차는 통상의 소송절차에 속하지만, 심판감독절차는 통상적인 소송절차가 아니다. 이는 일종의 후속구제절차로서 사건이 정확한 재판을 보증하고, 당사자의 합법권익을 보호하는데 그 목적이 있다. 실제 사법절차에서 심판감독절차를 개시하는 정황은 많지 않다.

#### 1) 심판감독절차의 제기

##### (1) 인민법원이 직권에 의거 제기하는 재심(再審)

각급인민법원장은 이미 법률효력이 발생한 본안의 판결, 재정에 대하여 명백한 착오가 있

는 것을 발견하여 재심이 필요하다고 판단하는 경우에는 심판위원회에 결정의 토론을 제출하여야 한다.

최고인민법원은 이미 법률효력이 발생한 지방인민법원의 판결, 재정에 대하여 상급인민법원은 이미 법률효력이 발생한 하급인민법원의 판결, 재정에 대하여 명백한 착오가 있는 것을 발견한 경우에는 제심(提審)하거나 하급인민법원에 재심(再審)을 명령할 권한이 있다.

## (2) 인민검찰원의 항소 제출

최고인민검찰원은 이미 법률효력이 발생한 각급인민법원의 판결, 재정에 대하여 상급인민검찰원이 이미 효력이 발생한 하급인민법원의 판결, 재결에 대하여 민사소송법 제185조 규정의 4가지 정황 중의 하나를 발견한 경우에는 심판감독절차에 따라 항소를 제출할 권한이 있다.

지방각급인민검찰원은 이미 효력이 발생한 동급인민법원이 판결, 재정에 대하여 항소를 제출할 권한이 없으며 상급인민검찰원에 항소를 제기하도록 제청할 수 있다.

## (3) 당사자의 재심신청

당사자는 이미 효력이 발생한 판결, 재정에 대하여 착오가 있다고 판단하는 경우에는 원심 인민법원 또는 상1급 인민법원에 재심을 신청할 수 있다.

당사자의 신청이 아래에 열거된 정황 중 하나에 부합하는 경우에는 인민법원은 재심하여야 한다. ① 원 판결, 원 재정을 번복할 정도의 새로운 증거가 있는 경우, ② 원 판결, 원 재정의 인정사실의 주요 증거가 부족한 경우, ③ 원 판결, 원 재정의 적용 법률에 명백한 착오가 있는 경우, ④ 인민법원이 법정절차를 위반하여 사건의 정확한 판결, 재정에 영향을 미쳤을 가능성이 있는 경우, ⑤ 심판인원이 그 사건을 심리할 때 뇌물을 받거나 사리사욕을 구하거나 법을 위반하여 재판행위를 한 경우

그 밖에 당사자가 이미 효력이 발생한 조정서에 대하여 조정이 자원(自願)원칙을 위반하거나 조정협약이 법률을 위반하였다는 증거증명을 제출한 경우에는 재심을 신청할 수 있다.

당사자의 재심신청은 판결, 재정, 조정서가 법률 효력을 발생한 날로부터 2년 이내에 제출하여야 한다.

## 2) 심판감독사건의 심리

인민법원이 심판감독절차에 따라 사건을 심리하는 경우에는 원 판결, 원 재정의 집행을 중지하는 재정을 하여야 한다. 동시에 다음 4가지의 정황에 따라 각각 제1심 또는 제2심 절차를 적용하여 심리를 진행한다.

- ① 원심이 제1심인 경우, 제1심 절차에 따라 별도의 합의정을 구성하여 심리한다. 여기서 행해진 판결, 재정에 대해서 당사자는 상소할 수 있다.
- ② 원심이 제2심인 경우, 제2심 절차에 따라 별도의 합의정을 구성하여 심리한다. 여기서 행해진 판결, 재정은 종심판결, 종심재정이다.
- ③ 상급인민법원이 사건을 제심(提審)할 때는 제2심 절차에 따라 별도의 합의정을 구성하여 심리한다. 여기서 행해진 판결, 재정은 종심판결, 종심재정이다.
- ④ 조정으로 심리 종결된 사건은 조정서가 송달된 후 법률효력이 발생된다.

### 3.4.6 집행절차

#### 1) 집행의 조건

집행은 인민법원의 집행기구가 법률 규정의 절차에 따라 의무자로 하여금 효력이 발생한 법률문서의 급부내용을 이행하도록 강제하는 소송활동을 가리킨다.

집행은 민사소송의 마지막 단계이지만 필수적인 단계는 아니다. 인민법원이 집행을 진행할 때에는 반드시 아래 조건을 구비하여야 한다.

- ① 집행은 반드시 효력이 발생한 법률문서를 근거로 하여야 한다. 이들 문서에는 민사 판결, 재정, 조정서, 중재재결서 등이 있다.
- ② 법률문서는 급부내용이 반드시 있어야 한다. 예를 들면, 전리침해소송에서 인민법원이 피고로 하여금 원고에게 일정 금액을 배상하도록 판정한 손실.
- ③ 집행은 일방당사자가 이유 없이 의무를 불이행한 것을 전제로 한다. 원칙적으로 당사자가 규정기간 내 이행하지 않으면 권리자는 인민법원에 강제집행을 신청할 수 있다.

## 2) 집행관할

전리민사소송과 관련되는 집행관할은 다음과 같다.

- ① 인민법원이 작성한 재산집행내용을 구비한 민사판결, 재정, 조정서는 제1심, 제2심 또는 재심에 관계없이 일률적으로 제1심 인민법원이 집행한다.
- ② 중재기구가 작성한 법률효력을 갖는 전리분쟁의 재결서, 조정서는 피집행인의 주소지 또는 피집행인의 재산소재지에 있는 전리민사사건 관할권을 구비한 중급인민법원이 관할한다.

## 3) 집행기구

집행기구는 인민법원이 유효한 법률문서를 집행하는 전문직능기구이다. 인사소송법 규정에 따라 중국은 심판집행분리제도(审判分立制度)를 실행한다. 즉, 인민법원의 심판활동과 집행활동을 각기 다른 직능부분이 실행한다. 중국의 기층인민법원, 중급인민법원은 모두 집행정(执行庭)을 설치하고 있다. 집행정의 인원은 정장, 부정장, 집행원 및 서기원을 포함하며 집행원이 집행을 담당한다.

그러나 중국의 심판집행분리제도는 절대적인 것은 아니다. 특별한 경우에는 같은 부문이 실행한다. 예를 들면, 인민법원이 민사사건 심리 중에 행한 재산보전 및 선집행의 재정은 그 사건을 심판하는 심판정이 집행하며 집행정이 집행하지 않는다.

## 4) 집행신청

당사자가 인민법원에 집행신청을 하는 경우, 반드시 아래 조건에 부합하여야 한다.

- ① 집행신청의 법률문서가 이미 효력이 발생하였으며, 집행내용을 포함하고 있을 것
- ② 법률문서규정의 이행의무기간이 이미 만료되었으나 의무자가 의무를 아직 이행하지 않을 것
- ③ 규정된 집행신청 기간 내에 신청을 제출할 것
- ④ 관할권이 있는 인민법원에 신청을 제출할 것

민사소송법 규정에 따라 집행신청 기간은 쌍방 또는 일방 당사자가 공민인 경우에는 1

년, 쌍방이 법인 또는 기타조직인 경우에는 6개월이다. 상기 기간은 법률문서규정의 이행기간의 최후1일부터 계산한다. 법률문서가 분기이행을 규정한 경우에는 매회 이행기간의 최후 1일부터 계산한다.

## 5) 집행조치

집행절차 개시 후 인민법원은 즉시 강제조치를 취하지 않고, 먼저 피집행인이 이행을 거부하는 원인 및 이행능력을 파악하여, 피집행인에게 통지하여 지정기간 내에 의무를 이행하도록 명령하여야 한다. 피집행인이 기간 내에 이행하지 않는 경우 강제집행을 개시한다.

### (1) 재산에 대한 집행조치

피집행인의 집행 가능한 재물에는 일반적으로 다음사항을 포함한다. ① 피집행인의 현존 재산, ② 피집행인의 장래 취득 가능한 재산, ③ 피집행인의 불법처분 재산.

재산에 대한 인민법원의 집행조치는 다음과 같은 종류가 있다.

#### i. 피집행인의 예금에 대한 조회(查询), 동결(冻结), 이체(划拨)

민사소송법 및 적용의견의 관련 규정에 따라 인민법원은 관련 은행, 신용회사 및 기타 저축업무를 하는 단위에게 피집행인의 예금을 직접 조회, 동결, 이체할 수 있다. 다만, 피집행인의 의무이행 범위를 초과할 수는 없다. 외지 인민법원은 피집행인의 주소지 또는 재산 소재지의 은행, 신용회사 및 기타 저축업무를 하는 단위에게 피집행인의 예금을 직접 조회, 동결, 이체할 수 있으며 현지 인민법원에 대한 절차를 처리할 필요는 없다.

인민법원이 예금의 동결, 이체를 결정하는 경우에는 재정을 하고 집행협조통지서를 발송하여야 하며, 관련 은행, 신용회사 및 기타 저축업무를 하는 단위는 반드시 처리하여야 하며 거절할 수 없다.

#### ii. 피집행인의 수입에 대한 압류, 공제

인민법원이 피집행인의 수입을 압류, 공제할 때에는 재정을 하여 관련 단위에게 집행협조통지서를 발송하여야 하며, 관련 단위는 반드시 처리하여야 하며 거절할 수 없다.

### iii. 피집행인의 재산에 대한 봉인, 차압, 동결, 경매, 환금

피집행인의 예금의 동결과 달리, 여기서의 동결은 재산권의 양도를 금지하는 것을 가리킨다. 인민법원은 봉인, 차압, 동결의 강제조치를 실시한 후 다시 의무를 이행하도록 명령하여야 한다. 피집행인이 기간 내에 이행하지 않는 경우에는 인민법원은 봉인, 차압, 동결한 재산을 경매, 환금한다. 피집행인이 재산을 은닉한 경우에는 인민법원은 수사를 명령하여 피집행인 및 그 주소지 또는 재산은닉지에 대하여 수사를 진행할 권한이 있다.

전리를 포함한 지식재산권의 집행에 대해서 최고인민법원의 사법해석 〈인민법원의 집행업무 약간문제의 규정(试行)〉 제50조는 다음과 같이 규정하고 있다. 피집행인이 유효한 법률문서가 확정된 의무를 이행하지 않는 경우, 인민법원은 피집행인이 그 전리권, 등록상표전용권, 저작권(재산권 부분) 등 지식재산권을 양도하는 것을 금지할 권한이 있다. 상기 권리에 대하여 등기주관부문이 있는 경우에는 동시에 관련 부문에 집행협조통지서를 발송하여 재산권 이전절차를 처리하지 못하도록 요구하여야 하며, 필요시 피집행인에게 재산권 또는 사용권 증명서를 인민법원이 보관하도록 제출하도록 명령할 수 있다. 인민법원은 지식재산권의 재산부분에 대하여 경매, 환금 등 집행조치를 취할 수 있다.

#### (2) 행위에 대한 집행조치

민사소송법 관련 규정에 따라 법률문서가 일정한 재물 또는 유가증권을 인도하도록 지정하였으나 의무자가 기간 내에 인도하지 않는 경우에는 인민법원은 집행인이 쌍방을 소환하여 현장에서 교부하도록 하거나 집행인이 전달하는 방식을 취할 수 있다.

집행에 있어서 재산권 증명서를 이전할 필요가 있는 경우에는 피집행인은 원 권리증서를 제출하여야 한다. 만약 제출을 거절하는 경우에는 인민법원은 관련 단위에게 집행협조통지서를 발송할 수 있으며, 관련 단위는 집행협조통지서의 요구에 따라 증명서 이전절차를 처리하여야 한다. 재산권증명서는 재산권 내용을 담은 각종 증명문서 및 허가증, 예를 들면, 부동산 증명서, 전리증서, 상표증서 등을 말한다.

#### (3) 집행의 보장조치

집행에 있어서 피집행인은 법률문서규정의 의무 이외에 이행지연 이자 및 이행지연금을 교부하여야 한다. 민사소송법 및 그 적용의견의 관련 규정에 따라 피집행인이 기간에 따라 금전급부의 의무를 이행하지 않은 경우에는 은행의 같은 기간 대출금 최고이율에 근거하여

이행지연기간의 채무이자를 더 지불하여야 한다. 집행인이 기간에 따라 비금전집부의 의무를 이행하지 않은 경우에는 집행신청인에게 이미 손실을 초래했는지 여부에 관계없이 이행지연금을 지불하여야 한다. 이미 손실을 초래한 경우에는 2배로 집행신청인의 손실을 보상하여야 한다. 상기 규정의 목적은 피집행인의 의무이행을 독촉하는데 있으므로 집행의 보장조치에 속한다.

## 6) 집행화해

집행화해는 집행과정 중에 쌍방당사자가 집행대상에 대하여 협상을 진행하여 자발적으로 합의에 도달하여 인민법원의 심사비준을 거쳐 집행절차를 종료하는 행위를 가리킨다.

집행화해는 집행과정 중 일종의 자발적인 민사처분행위이다. 집행화해가 일단 성립하면 집행절차는 정지하며 쌍방당사자는 화해협의를 스스로 이행하여야 한다. 다만, 화해협의를 법률문서에 속하지 않으며, 법률상 강제집행의 효력도 구비하지 않으므로 일방당사자가 화해협의를 이행하지 않는 경우, 인민법원은 상대방 당사자의 신청에 근거하여 유효한 원 법률문서의 집행을 회복할 수 있다.



## 저명상표의 특수보호

## 3.5

## 3.5.1 저명상표의 개요

## 1) 저명상표에 관한 개념의 구별

중국에는 「치명상표(馳名商標)」, 「저명상표(著名商標)」 및 「지명상품(知名商品)」의 구별이 있다. 중국에서 ‘치명상표(馳名商標)’란 중국에 있어서 관련 공중이 숙지하는 한편, 비교적 높은 명성을 향유하는 상표를 가리키는 것으로 규정하고 있으므로(〈저명상표의 인정 및 보호에 관한 규정〉 제2조) 그 의미에서 우리나라의 ‘저명상표’라는 용어에 상당한다고 볼 수 있다.

또, 예를 들어〈사천성 저명상표 인정 및 보호조례〉(사천성 인민대표대회 상무위원회 제정, 2002년 7월 20일 공포, 2002년 12월 1일 시행) 등의 지방의 규정에 있어서 ‘저명상표(著名商標)’라고 하는 말이 사용되고 있지만 이는 한 지방에 있어서 넓게 인식시켜지고 있는 경우를 포함하는 것으로 그 의미에서 우리나라의 ‘주지상표’라는 용어에 상당한다고 볼 수 있다.

‘지명상품(知名商品)’이란, 시장에서 어느 정도의 지명도를 가지며 관련 공중에 알려져 있는 상품을 가리킨다. 현금 이상의 공상행정관리부문에는 지명상품을 인정할 권한이 있다(〈지명상품의 특유의 명칭, 포장, 장식을 모방하는 부정경쟁행위의 금지에 관한 약관 규정〉(국가공상행정관리국 제정, 1995년 7월 6일 공포, 동일자 시행) 제6조).

## 2) 저명상표의 보호

중국의 상표법에 있어서는 원칙적으로 등록상표만이 상표전용권의 보호를 받을 수 있다. 다만, 저명상표에 대해서는 특별보호를 규정하고 있다.

## (1) 미등록된 저명상표

미등록된 저명상표의 경우에는 일정한 법적 보호를 부여하는 것으로 하고 있다. 즉, 상표법 제13조 제1항의 규정은 중국에서 미등록 저명상표와 동일 또는 유사한 상품상에 해당 저

명상표를 복제, 모방 또는 번역한 상표를 등록하는 것을 인정하지 않는 한편 해당 상표의 사용을 금지하고 있다.

## (2) 등록된 저명상표

상표법 제13조 제2항의 규정은 이미 중국에서 등록되어 있는 상표가 저명상표일 때에는 그 보호의 범위를 동일 또는 비유사의 상품에까지 확대하고 있다. 즉, 등록출원된 상표가 중국에서 이미 등록되어 있는 저명상표를 복제, 모방 또는 번역하여, 공중을 오인하게 하고, 상표권자의 이익을 침해할 우려가 있을 때에는, 등록을 인정하지 않는 한편 사용을 금지하고 있다. 상표법 제52조·제56조의 규정에 따라 등록되어 있는 저명상표를 침해한 자는 해당 상표의 등록자에 대한 손해 배상책임을 져야 한다.

상표등록 및 상표심사의 과정에 있어서 구체적 분쟁이 생겼을 때 관련 당사자는 상표국 또는 상표평심위원회에 저명상표의 인정 등을 요구할 수 있다. 또한, 인민법원도 상표분쟁 사건 심리 중에 당사자의 청구 및 사건의 구체적 상황에 따라 관련된 등록상표에 대한 저명의 인정 여부를 법에 따라 행할 수 있다.

## 3) 저명상표로 인정 받는 경우의 이점

저명상표로 인정받는 경우의 이점은 개별의 분쟁사건에 있어서 등록상표에 의해 보호를 받을 수 없는 경우라 하더라도 다음과 같이 일정한 법적 보호를 받을 수 있는 점에 있다. 이들의 법적 보호에 대해 권리를 행사할 수 있는 주체는 구체적 사건을 제기하거나 또는 소송제기 등을 하여 저명상표의 인정을 신청한 자뿐이다.

① 미등록의 저명상표와 동일 또는 유사한 상품에 대해 출원한 상표의 부등록·사용금지  
동일 또는 유사한 상품에 대해 출원한 상표가 중국에서 등록하고 있지 않은 타인의 저명상표를 복제, 모방 또는 번역한 것으로 해당 저명상표와 혼동하기 쉬운 경우는 이것을 등록하지 않는 한편 그 사용을 금지한다(상표법 제13조 제1항).

② 기등록의 저명상표와 동일하지 않거나 또는 유사하지 않은 상품에 대해 출원한 상표의 부등록·사용금지

동일 또는 유사하지 않은 상품에 대해 출원한 상표가 중국에서 등록한 타인의 저명

상표를 복제, 모방 또는 번역한 것으로 공중을 오인하게 하고 해당 저명상표의 등록자의 이익에 손해를 줄 우려가 있는 경우는 이를 등록하지 않는 한편 그 사용을 금지한다(상표법 제13조 제2항).

㉔ 악의에 의한 등록자에 대해 등록상표 취소 재정의 제기에 대해 5년의 기한의 제한을 받지 않는 것

이미 등록된 상표가 상표법 13조의 규정을 위반하고 있는 경우 상표의 등록일로부터 5년 이내에 상표 소유자 또는 이해관계인은 상표평심위원회에 그 등록상표의 취소 재정을 제기할 수 있다. 악의에 의한 등록을 한 경우, 저명상표의 소유자는 5년의 기한 제한을 받지 않는다(상표법 제41조 제2항).

㉕ 기업 명칭 등기의 취소

상표 소유자는 타인이 그 저명상표를 기업명칭으로 등기함으로써 공중을 기만하거나 종종에 대하여 오해를 초래할 가능성이 있다고 판단하는 경우에는 기업명칭등기주관기관에 대해 해당 기업명칭 등기의 취소를 신청할 수 있다. 즉, 상표국 또는 인민법원이 저명상표를 인정한 결정서·판결서 등이 기업명칭등기주관부문에 보내져 기업명칭의 취소가 이루어지게 된다. 기업명칭등기주관기관은 기업명칭 등기관리규정에 따라서 처리해야 한다(상표법 실시조례 제53조).

㉖ 도메인네임의 등록, 사용 등의 행위가 불법행위 또는 부정경쟁에 해당할 경우

인민법원이 도메인네임 분쟁사건을 심리할 때 피고의 도메인네임 또는 그 주요한 부분이 원고의 저명상표의 복제, 모방, 번역 또는 음역을 구성하거나 혹은 원고의 등록상표, 도메인네임 등과 동일 또는 유사하여 공중의 오인을 유발하기에 충분한 경우에는 피고의 도메인네임의 등록, 사용 등의 행위가 불법행위 또는 부정경쟁을 구성하는 것으로 인정해야 한다(〈인터넷 도메인네임에 관련된 민사분쟁사건의 심리에 있어서의 법률적용의 약간문제에 관한 해석〉제4조 제2호).

㉗ 형사소추가 의무 지워지는 것

타인의 등록상표 표지를 위조·무단 제조하거나 위조·무단 제조된 등록상표 표지를 판매한 것이 저명상표 표지의 위법 제조 또는 위법 제조한 저명상표 표지의 판매에

해당할 우려가 있을 때에는 소추해야 한다(〈경제범죄사건 소추 기준에 관한 규정〉 제63조 제2호).

#### 4) 저명상표 인정과 그 후의 분쟁에의 일반적 효력

현행의 중국의 저명상표제도에서는 행정에 의한 저명상표 인정과 사법에 의한 저명상표 인정의 어느 경우도 해당 분쟁에 관해서만 유효하다는 것이 기본이며, 그 후의 분쟁에 대해서는 완전한 형태의 법적인 구속력이 없다. 구체적으로는 다음과 같다.

과거에 저명상표의 인정을 받은 것이 국가공상행정관리총국 상표국 및 상표평심위원회의 절차에 있어서 그 후 어떠한 효력을 가지는가에 대해서는 〈저명상표의 인정 및 보호에 관한 규정〉 제12조에 규정되어 있다. 그에 따르면, ① 당사자가 상표법 제13조에 근거해 그 상표에 대해서 보호를 요구할 경우 해당 상표가 과거에 중국의 주관기관에 의해 저명상표로서 보호가 부여된 기록을 제출할 수 있다. ② 수리한 사건이 이미 저명상표로서 보호가 부여되고 있는 사건의 보호범위와 기본적으로 동일하며, 또한 상대방 당사자가 해당 상표의 저명도에 대해 이의가 없는 경우 또는 이의는 있으나 해당 상표가 저명하지 않다는 증거자료를 제공할 수 없는 경우에는 사건을 수리한 공상행정관리부문은 해당 보호기록의 결론에 근거해 사건에 대해 재정 또는 처리할 수 있다. ③ 수리한 사건이 이미 저명상표로서 보호가 부여된 사건의 보호 범위와는 다른 경우 또는 상대방 당사자가 해당 상표의 저명도에 대해서 이의를 가지는 한편 해당 상표가 저명하지 않다는 증거 자료를 제출했을 경우는 상표국 또는 상표평심위원회가 해당 저명상표의 정보에 대해 재차 심사해야 한다.

인민법원에서의 심리에 있어서 당사자가 과거에 행정주관기관 또는 인민법원에 의해 저명상표로서 인정된 보호기록을 제출했을 경우 상대측 당사자가 상표의 저명도에 대해 이의를 가지지 않을 때에는 인민법원은 재차 심사하지 않는다. 이의를 제출한 경우에는 인민법원은 상표법 제14조 규정에 따라 심사한다(〈상표민사분쟁사건의 심리에 있어서의 법률적용의 약간 문제에 관한 해석〉 제22조 제3항).

### 3.5.2 저명상표의 인정

#### 1) 저명상표의 인정신청의 방법

저명상표의 인정 신청은 행정에 의한 방법과 사법에 의한 방법이 있다.

##### (1) 행정에 의한 방법

첫째, 초보심사결정을 거쳐 공고된 타인의 상표에 대하여 상표법 제13조 규정에 부합되지 않는다는 이유로 상표국에 이의신청을 제출하는 방법이다(〈저명상표의 인정 및 보호에 관한 규정〉 제4조 제1항).

둘째, 이미 등록된 타인의 상표에 대하여 상표법 제13조 규정에 부합되지 않는다는 이유로 상표평심위원회에 그 등록상표를 취소하는 재정을 청구하는 방법이다(〈저명상표의 인정 및 보호에 관한 규정〉 제4조 제2항).

셋째, 상표관리 중에 타인이 사용하고 있는 상표가 상표법 제13조 규정에 속한다고 판단하는 경우 상표국에 그 저명상표의 보호를 청구하는 방법이다(〈저명상표의 인정 및 보호에 관한 규정〉 제5조, 제6조).

##### (2) 사법에 의한 방법

인민법원이 상표분쟁사건을 심리하는 과정에서 당사자가 인민법원에 저명상표의 인정을 청구하는 방법이다(〈상표민사분쟁사건의 심리에 관한 법률적용의 약간문제 해석〉 제22조).

#### 2) 저명상표의 인정 절차

저명상표의 인정신청에 대해서는 특별한 절차가 있는 것은 아니고 손해배상청구소송 등과 같은 구체적인 사건의 심리 중에 원고나 이의신청인 등이 저명상표를 가지고 있는지 여부가 판단되며 그 결과는 판결문 등의 이유 중에서 나타나게 되며 별도의 인정신청서나 결정서 등은 없다. 행정에 의한 저명상표 인정은 상표 이의제기 등의 절차의 결정서에, 사법에 의한 저명상표 인정은 민사소송 절차의 판결서에, “저명상표”임이 문언상 명확하게 기재된다.

### 3) 저명상표의 인정의 고려 요소

상표법 제14조는 저명상표의 인정기준을 규정하고 있다. 저명상표의 인정 시에 고려해야 하는 요소는 ① 관련 공중의 해당 상표에 대한 인지도, ② 해당 상표의 계속적인 사용기간, ③ 해당 상표의 모든 선전 업무의 계속기간, 정도 및 지리적 범위, ④ 해당 상표의 저명상표로서의 보호 기록, ⑤ 해당 상표의 저명에 대한 기타요소가 있다.

저명성의 인정에 있어서는 중국에서 해당 당사자가 어느 정도 사용·선전 등을 해 왔는지 등의 사실이 고려된다. 따라서 저명성의 인정은 사실 관계의 입증이 포인트가 된다고 말할 수 있다.

### 4) 저명상표임을 주장할 수 있는 주체

저명상표의 인정을 받는 주체는 단수인 것도 있는가 하면 복수인 것도 있을 수 있다. 다만, 복수의 사람이 동일사건에 있어서 공동으로 인정을 받기 위해서는 전제로서 해당 사건의 당사자가 아니면 안 된다. 이에 대해 복수의 사람이 다른 사건에 있어서 동일한 상표에 대해 저명상표의 인정을 받을 수는 있다.

### 5) 저명상표의 신청이 인정 받지 못한 경우의 불이익

만약 어느 구체적 사건에서 저명상표의 인정신청이 인정받지 못한 경우, 인정 결과가 나온 날로부터 1년 이내는 동일한 상표에 대해 같은 사실 및 이유에 의해 재차 인정청구를 제출할 수 없다(〈저명상표의 인정 및 보호에 관한 규정〉 제9조). 저명상표의 인정신청이 인정받지 못했던 판결문 등이 발표되거나 보도되거나 했을 경우, 후에 다른 사건에 있어서 저명상표 인정 신청의 절차를 취할 때 해당 상표의 저명성을 부정하는 방향으로 작용하는 증거로서 제출될 가능성이 있다.

### 6) ‘행정인정’과 ‘사법인정’의 비교

상술한 바와 같이 행정인정과 사법인정 양자 모두 법적인 효과나 후의 분쟁 등에 대한 일반적 효력의 어느 점에서도 특히 구별은 없다. 또, 인정절차의 면에 있어서도 행정인정과 사법인정의 어느 것이나 구체적인 분쟁사건 중에서 법정의 증명자료를 기초로 하면서 저명성을 주장·입증한다는 형태로의 인정신청이 되며 특별한 인정신청 절차가 있는 것은 아니라는 점에서 공통된다.

단지 예를 들어, 행정당국(국가공상행정관리총국 상표국)에 의한 인정은 국가기관의 권위 있는 기관의 인정이기 때문에 중국 전 국토의 행정기관 및 사법기관에 대해 사실상 큰 영향력을 가지는데 대해 인민법원에 의한 인정은 최고 인민법원을 제외하고는 단지 해당 인민법원에 있어서 사실상의 영향력을 가지는데 지나지 않고 다른 지방의 인민법원에 대해서도 영향력이 작다고 할 수 있다(사법인정의 경우, 최고인민법원, 고급인민법원, 중급인민법원이라고 하는 인민법원의 서열에 의한 차이는 기본적으로는 없다. 다만, 최고인민법원에 의한 인정 또는 불인정의 판단은 행정기관 및 다른 지방의 인민법원에 대한 영향력이 크다고 말할 수 있다).

## 전시회 기간의 지식재산권 보호

## 3.6

## 3.6.1 입법배경

중국은 최근 전시회 업무의 급속한 발전으로 전시회에서 지식재산권 침해분쟁이 빈번히 발생하고 있다. 전시회의 침해행위에 대해서는 지식재산권자가 법에 따라 지식재산권 관련 행정관리부문에 처리를 청구할 수 있으며, 동시에 사법보호도 청구할 수 있다. 그러나 전시회의 임시성 및 유동성 등의 특징을 고려할 때, 지식재산권 관련 행정관리부문이 지식재산권 및 관련 법규규정의 업무절차에 따라 지식재산권 침해분쟁을 처리하는 것은 매우 어려운 실정이다. 최근 몇 년 동안 각종 경제기술무역전시회에서 지식재산권분쟁사건이 부단히 출현하여 전시회의 정상적인 교역질서를 파괴하였으며, 국가의 지식재산권 보호 이미지에도 나쁜 영향을 미쳤다. 그래서 전시회의 지식재산권 보호문제에 대하여 국가지적재산권국, 상표국 및 국가저작권국이 〈전시회 지식재산권 보호방법〉을 제정하여 2006년 1월 10일 반포하였으며, 2006년 3월 1일부터 정식으로 실시되었다.

## 3.6.2 고소 및 처리

## 1) 일반사항

《전시회 지식재산권 보호방법》의 규정에 따라 전시회 기간에 전시회관리부문은 지식재산권 보호에 대한 협조, 감독 및 검사를 강화하고 전시회의 정상적 거래질서를 보호하며 법에 따라 지식재산권자의 합법적 권익을 보호하여야 한다. 전시회 주최측은 지식재산권 행정관리부문의 지식재산권보호업무에 적극적으로 협조하여야 한다. 상기 전시회는 중화인민공화국 경내에서 개최한 각종 경제기술무역전람회, 전시판매회, 박람회, 교역회, 전시회 등 활동을 가리킨다. 전리권자의 합법적 권익이 침해를 받을 시에는 전시회지식재산권고소기구에 고소하거나 직접 지방지식재산권국에 고소할 수 있다.



## 2) 지식재산권 고소기구의 설립 및 고소

### (1) 전리권자는 전시회 기간에 어떻게 지식재산권고소기구에 고소하는가?

전시회 시간이 3일 이상(3일 포함)이고 전시회관리부문이 필요하다고 판단할 경우 전시회 주최측은 전시회 기간에 지식재산권고소기구를 설립하여야 하며, 당해 기구는 전시회 주최측, 전시회관리부문, 전리, 상표 및 저작권 등 지식재산권 행정관리부문의 인원으로 구성한다. 고소기구를 설립할 경우 전시회 개최지의 지식재산권 행정관리부문은 인원을 파견하여 주재하도록 하고 법에 따라 침해사건을 처리하여야 한다. 고소기구를 설립하지 않을 경우, 전시회 개최지의 지식재산권 행정관리부문은 전시회 지식재산권보호에 대한 지도, 감독 및 관련 사건의 처리를 강화하여야 하며, 전시회 주최측은 전시회 개최지의 관련 지식재산권 행정관리부문의 연락처, 연락방식 등 전시회장에서의 정확한 위치를 공시하여야 한다.

권리자는 고소기구에 고소할 경우 다음 자료를 제출하여야 한다.

- ㉠ 합법적이고 유효한 지식재산권 귀속증명 : 전리와 관련되는 경우, 전리증서, 전리공고문건, 전리권자의 신분증명 및 전리법률상대 증명 포함, 상표와 관련되는 경우, 상표등록증명문서, 고소자의 확인, 상표권리자의 신분증명, 저작권과 관련되는 경우 저작권 권리증명, 저작권자 신분증명
- ㉡ 침해혐의 당사자의 기본정보
- ㉢ 침해혐의의 이유 및 증거
- ㉣ 대리인에게 고소를 위임할 경우에는 수권위임장을 제출하여야 한다.

상기 규정에 부합하지 않을 경우, 고소기구는 즉시 고소인 또는 청구인에게 관련 자료를 추가 제출하도록 통지하여야 한다. 추가 제출하지 않을 경우에는 이를 수리하지 않는다.

지방지식재산권국은 고소를 수리하거나 청구를 처리할 경우 전시회 주최측에게 통지하고 즉시 피고소인 또는 피청구인에게 통지하여야 한다. 지식재산권침해의 고소 또는 청구의 처리절차과정에서 지방지식재산권국은 전시회의 연장에 따라 피고소인 또는 피청구인의 답변 기한을 지정할 수 있다. 피고소인 또는 피청구인이 답변서를 제출한 후, 좀 더 조사할 필요가 있는 경우를 제외하고 지방지식재산권국은 즉시 결정하여 쌍방 당사자에게 송달하여야 한다. 피고소인 또는 피청구인이 기한 초과 후에도 답변서를 제출하지 않을 경우, 지방지식재산권국의 결정에 영향을 주지 않는다.

전시회 종료 후, 지방지식재산권국은 즉시 관련 처리결과를 전시회 주최측에 고지하여야 한다. 전시회 주최측은 전시회 지식재산권 보호의 통계분석작업을 실시하고 관련 상황을 즉시 전시회 관리부문에 보고하여야 한다.

그밖에 전시회고소기구가 지방지식재산권국의 협조를 필요로 할 경우, 지방지식재산권국은 적극적으로 협력하고 전시회 지식재산권보호업무에 참여하여야 한다.

## (2) 지식재산권 행정관리부문은 전시회 기간에 어떤 책임을 지는가?

### 1. 지방지식재산권국의 전시회 기간의 업무는 다음 사항을 포함한다.

- ① 전시회고소기구가 이관한 전리권 침해혐의와 관련된 고소를 접수하고 전리법률법규의 관련 규정에 따라 처리한다.
- ② 전리권침해혐의를 받는 전시항목의 전리침해분쟁 처리청구를 수리하고 《전리법》 제57조의 규정에 따라 처리한다.
- ③ 전시항목에 타인의 전리를 사칭하고 전리를 허위표시한 혐의가 있다는 고발을 수리하거나 직권에 의해 전시항목 중에 타인의 전리를 사칭하고 전리를 허위표시한 행위를 조사, 처리하며, 《전리법》 제58조, 제59조의 규정에 따라 처벌한다.

다음 상황 중 하나에 해당할 경우, 지방지식재산권국은 전리권 침해의 고소 또는 처리청구를 수리하지 않는다.

- ① 고소인 또는 청구인이 이미 인민법원에 전리침해소송을 제기한 경우
- ② 전리권이 무효선고청구 절차 중에 있을 경우
- ③ 전리권 귀속분쟁이 존재하며, 현재 인민법원의 심리절차 또는 전리업무관리부문의 조정절차 중에 있을 경우
- ④ 전리권이 이미 종료되어 전리권자가 권리회복을 처리 중인 경우

지방지식재산권국은 피고소인 또는 피청구인에게 통지한 때에는 즉시 조사 및 증거취득을 진행하고 사건과 관련한 문건을 열람, 복제하며 당사자에게 문의하고 사진 및 촬영 등 방식으로 현장조사를 할 수 있으며 또한 샘플을 추출하여 증거를 취득할 수 있다. 지방지식재산권국은 증거수집 시 기록을 작성하여 담당자 및 조사대상의 당사자가 서명, 날인하여야 한다. 조사대상의 당사자가 서명, 날인을 거절할 경우에는 기록상에 원인을 명시하여야 한다.

한편, 기타 인이 현장에 있을 경우에는 동시에 기타 인이 서명할 수 있다.

**ii. 지방공상행정관리부문의 전시회 기간의 업무는 다음 사항을 포함한다.**

- ㉠ 전시회고소기구가 이관한 상표권 침해혐의와 관련된 고소를 접수하고 상표법률 법규의 관련 규정에 따라 처리한다.
- ㉡ 상표법 제52조 규정에 부합하는 상표전용권 침해 고소를 수리한다.
- ㉢ 직권에 따라 상표법 위반사건을 조사·처리한다.

다음 상황 중 하나에 해당할 경우 지방공상행정관리부문은 상표전용권 침해의 고소 또는 처리청구를 수리하지 않는다.

- ㉠ 고소인 또는 청구인이 이미 인민법원에 상표침해소송을 제기한 경우
- ㉡ 상표가 이미 무효 또는 취소된 경우

지방공상행정관리부문은 수리를 결정한 후에 상표법률 법규 등 관련 규정에 따라 조사 및 처리를 진행할 수 있다.

**iii. 지방저작권행정관리부문의 전시회 기간의 업무는 다음 사항을 포함한다.**

- ㉠ 전시회고소기구가 이관한 저작권 침해혐의와 관련된 고소를 접수하고 저작권법률 법규의 관련 규정에 따라 처리한다.
- ㉡ 저작권법 제47조 규정에 부합하는 저작권 침해 고소를 수리하고, 저작권법의 관련 규정에 따라 처벌을 진행한다.

지방저작권행정관리부문은 고소를 수리 또는 청구한 후에 다음 수단을 취하여 증거를 수집할 수 있다.

- ㉠ 침해행위와 관련된 문서, 장부 및 기타 서면자료를 검열 및 복제
- ㉡ 침해혐의 복제품에 대한 견본 증거수집 진행
- ㉢ 침해혐의 복제품에 대한 등기보존 진행

### 3) 법률책임

#### (1) 발명 또는 실용신안 전리권의 침해협약이 인정되는 경우는?

전리법 제11조 제1항(판매청약 금지에 관한 규정) 및 전리법 제57조(권리침해 즉시 정지)의 규정에 따라 처리결정을 하고 피청구인에게 전시회로부터 침해전시품을 철수하고 침해 전시제품을 소개하는 선전자료를 폐기하고 침해 항목의 전시간관을 바꾸도록 명령한다.

#### (2) 디자인 전리권의 침해협약이 인정되고, 피청구인이 전시회에서 그 전시품을 판매하는 경우는?

전리법 제11조 제1항(판매청약 금지에 관한 규정) 및 전리법 제57조(권리침해 즉시 정지)의 규정에 따라 처리결정을 하고 피청구인에게 전시회로부터 침해전시품을 철수하도록 명령한다.

#### (3) 전시회 기간동안 타인전리를 사칭하거나 비전리제품을 전리제품으로 허위표시하는 경우에는?

전리법 제58조 및 제59조의 규정에 따라 처벌을 진행한다.

#### (4) 상표전용권의 침해협약이 인정되는 경우는?

상표법, 상표법 실시세칙 등 관련 규정에 따라 처벌을 진행한다.

#### (5) 저작권의 침해협약이 인정되는 경우는?

저작권법 제47조의 규정에 따라 처벌을 진행하고, 전시품 및 침해전시제품을 소개하는 선전자료를 몰수, 폐기하며, 침해항목의 전시간관을 바꾸도록 명령한다.

## 전리권 침해 관련 임시조치(가처분)제도

## 3.7

## 3.7.1 제소 전 전리권 침해행위의 정지

전리침해분쟁을 처리하는데 있어서 임시조치의 규정은 전리법 제2차 개정(2000년)의 주요 특징 중 하나였다. 개정 전리법에 규정된 제소 전 전리권 침해행위의 정지 조치는 영미법계 및 대륙법계에서는 ‘임시적 금지명령(临时性禁令)’이라고 칭하며, TRIPs협정 제50조에는 ‘임시조치(Provisional measures)’라고 칭하고 있다. 비록 칭하는 것은 다르지만 실질적으로는 모두 TRIPs가 요구에 부합하는 사법조치로서, 동일한 기능과 효력을 구비하고 있다.

중국 최고인민법원은 사법시행과정에서 이 임시조치를 효율적으로 집행하기 위하여〈제소 전 전리권 침해 정지에 대한 법률적용의 문제(2001년 6월 7일 시행)〉의 사법해석을 발표하여 제소 전 전리권 침해행위 정지에 대한 임시조치에 대하여 구체적으로 규정하였다.

## 1) 제소 전 침해행위 정지의 신청 주체

전리법 제61조 제1항은 ‘전리권자 또는 이해관계자가 타인이 전리권 침해행위를 실시하고 있거나 실시하려고 하고 있어 만약 적시에 제지하지 않으면 그 합법권익이 보충하기 어려운 손해를 입을 수 있다는 증거를 가지고 있는 경우에는 제소 전에 인민법원에 유관행위를 정지하고 재산보전의 조치를 취하는 것을 명령할 것을 신청할 수 있다’라고 규정하고 있다. 그러나 전리법은 이해관계자에 대하여 구체적인 제한이 없다. 최고인민법원은 전리법의 입법 정신과 전리심판 경험에 근거하여 이해관계인에 대한 범위에 대하여 한정을 진행하여 신청을 제출하는 이해관계인에 전리실시허가계약의 피허가자, 전리재산권리의 합법승계인 등을 포함하였다. 독점실시허가계약의 피허가자는 단독으로 신청을 제출할 수 있으며, 배타실시허가계약의 피허가자는 전리권자가 신청하지 않는 경우에 신청을 제출할 수 있다. 이로 보아 제소 전 전리권 침해정지를 신청할 수 있는 자와 전리권침해소송을 제기할 수 있는 주체는 기본적으로 일치함을 알 수 있다.

## 2) 제소 전 침해행위 정지의 관할법원

전리권자 또는 이해관계인이 만약 제소 전 전리권 침해행위 정지를 신청하려고 하면 먼저 부딪치는 문제는 어느 법원에 신청할 것인가이다. 전리권 침해행위 정지 신청사건과 전리권 침해사건의 성질은 기본적으로 동일하기 때문에 비교적 전문성을 요구한다. 그러므로 통일적인 법집행과 사건심리의 품질을 보장하고 전리침해사건의 관할과 서로 협조하기 편리하도록 관련 사법해석은 전리권자 또는 이해관계인이 제소 전 인민법원에 관련 침해행위를 정지하도록 명령할 때에 전리사건의 관할권을 갖고 있는 인민법원에 제출하도록 규정하고 있다.

## 3) 제소 전 침해행위 정지의 신청 시 증거제출

전리권자 또는 이해관계인이 인민법원에 신청을 제출할 때 그 신청은 서면형식으로 행하여야 하고 그에는 당사자 및 기본정황, 출원의 구체적 내용, 범위 및 이유 등을 명시하여야 한다. 신청의 이유는 전리권 침해행위를 적시에 제지하지 않으면 신청인의 합법권익이 보충하기 어려운 손해를 얻을 수 있다는 구체적인 설명을 포함한다.

신청인이 관련 사법해석의 규정에 따라 신청을 제출할 때에 아래에 열거한 증거를 제출하여야 한다.

- ① 전리권자는 전리증서, 권리요구서, 설명서, 전리년비납부영수증 등 그 전리권의 유효성을 증명할 수 있는 서류를 제출하여야 한다. 제출하는 신청이 실용신안과 관련된 경우에는 출원인은 국무원행정부문이 발행한 검색보고를 제출하여야 한다.
- ② 이해관계인은 관련 전리실시허가계약 및 국무원행정부문에 등록한 증명재료 등을 제공하여야 하며 등록하지 않은 경우에는 전리권자의 증명 또는 그가 권리를 향유하는 기타 증거를 제출하여야 한다. 배타실시허가계약의 피허가인이 단독으로 신청하는 경우에는 전리권자가 신청을 포기한 증명자료를 제출하여야 한다. 전리재산권리의 승계인은 이미 승계하였거나 승계중인 증거자료를 제출하여야 한다.
- ③ 침해제품 및 전리기술과 침해제품의 기술특징 대비문건 등, 피신청인이 그 전리권 침해를 실시하거나 실시하려고 하는 행위를 증명할 수 있는 증거를 제출하여야 한다.

당사자의 신청이 이들 규정조건에 부합하는 경우에 인민법원은 심사 후에 재정을 할 수가 있다.

그밖에 당사자가 침해행위 정지의 재정에 대하여 불복하는 경우에는 재심권(복의권)을 향유한다. 재정을 접수한 날부터 10일 이내 재심을 신청할 수 있으며 재심기간에는 재정의 집행을 정지하지 않는다. 재심과정 중 인민법원은 쌍방당사자가 제공한 자료에 대하여 적시에 심사를 진행하여 원 재정이 정확한 경우에는 당사자의 신청을 거절함을 통지한다. 재정이 부당한 경우에는 원 재정을 변경하거나 취소한다. 재정기준을 통일하기 위하여 최고인민법원은 피신청인의 행위가 침해를 구성하는지 여부, 보충하기 어려운 손해를 초래하는지 여부, 출원인의 담보 현황 및 취한 조치가 사회공공이익을 침해하는지 여부에 대한 재심심사기준을 규정하였다. 신청을 수리한 인민법원은 상기 4방면에 대하여 당사자의 재심청구를 심사하여야 한다.

#### 4) 제소 전 침해행위 정지의 신청 시 담보제공

전리법 제61조 제2항은 ‘인민법원이 전리권 침해의 정지를 명령하는 신청을 처리하는 경우 민사소송법 제93조 내지 96조의 규정을 적용한다’라고 규정하고 있다. 그 중 민사소송법 제93조는 담보문제를 규정하고 있다. 최고인민법원의 사법해석에는 제소 전 관련행위의 정지 신청 시 담보를 제공하는 문제에 대하여 많은 규정을 두고 있다. 주요 내용은 다음과 같다.

- ① 인민법원이 행하는 제소 전 침해행위 정지의 재정내용은 전리권자 또는 이해관계인이 신청한 범위에 한정한다.
- ② 신청인은 신청을 제출할 때 담보를 제공하여야 한다. 신청인이 담보를 제공하지 않으면 신청을 거절한다.
- ③ 당사자가 제공한 보증, 저당 등 형식의 담보가 합리적이고 유효한 경우에는 인민법원은 허가하여야 한다. 인민법원이 담보범위를 확정할 때에 침해행위 정지명령과 관련한 제품의 판매수입, 합리적인 저장, 보관 등의 비용을 고려하여야 하며, 피신청인이 침해행위의 정지가 초래한 손실, 종업원의 임금 등 합리적인 비용의 지출 등의 요소를 고려하여야 한다.
- ④ 침해행위 정지 재정의 집행과정에서 피신청인은 이 조치를 취함으로써 더욱 큰 손실을 초래할 가능성이 있는 경우에는 인민법원은 신청인에게 상응하는 담보를 추가하도록 명령할 수 있다. 신청인이 담보를 추가하지 않는 경우에는 관련 정지조치를 해제한다.

- ㉔ 침해행위 정지 재정이 취한 조치는 피신청인이 반대담보를 제출하더라도 해제할 수 없다.

#### 5) 침해행위 정지의 조치의 구체적 시행

전리법 제61조의 규정에 따라 침해행위 정지 명령의 조치는 긴급상황 하에 조치를 취하지 않으면 보충하기 어려운 손해를 초래할 때 취하는 조치로써 이 조치는 적시에 가치가 있는 것이다. 그러므로 인민법원은 신청을 접수한 후 가능한 조속히 서면재정을 해야 하며 즉각 집행을 시작하여야 한다. 관련 사실의 검토에 대해서는 일방을 호출하거나 쌍방 당사자에 대하여 심문할 수 있다. 그런 다음 적시에 재정을 한다.

인민법원은 당사자의 신청에 근거하여 제소 전 침해행위의 정지명령에 대한 재정을 하는 때에 다음 사항을 심사하고 구체적인 업무를 시행하여야 한다.

- ㉕ 인민법원은 전리권자 또는 이해관계인이 제출하는 전리권 침해행위 정지명령의 신청을 접수한 후에 심사를 거쳐 규정에 부합하는 경우에는 48시간 내에 서면재정을 행하여야 한다. 피신청인이 침해행위를 정지하도록 명령하는 재정을 한 경우에는 즉시 집행을 시작한다. 인민법원은 48시간 내에 관련 사실에 대하여 검토가 필요하면 일방을 호출하거나 쌍방 당사자에 대하여 심문을 진행한 후 다시 적시에 재정을 한다.
- ㉖ 피신청인이 관련행위를 정지하도록 명령하는 인민법원의 재정은 적시에 피신청인에게 통지하여야 하는데 늦어도 5일을 초과할 수 없다.
- ㉗ 침해행위 정지의 임시조치 실행과 재산보전의 내용 및 적용조건은 다르기 때문에 조치를 취하지 않아 보충하기 곤란한 손해를 초래하는 것은 금전배상을 이용하여 간단하게 문제를 해결할 수 있는 것이 아니다. 그러므로 제소 전 침해행위 정지 임시조치의 해제재정에 대해서는 피신청인이 반대담보를 제출해도 할 수가 없다.
- ㉘ 전리권자 또는 이해관계인이 인민법원이 관련 행위를 정지하는 조치를 취한 후 15일 내에 제소하지 않는 경우에는 인민법원은 재정이 취한 조치를 해제한다. 또한 신청인이 제소하지 않거나 신청의 착오(错误)로 피신청인에게 손실을 초래한 경우에는 피신청인은 관할권을 가진 인민법원에 제소하여 신청인에게 배상을 청구할 수 있으며, 전리권자 또는 이해관계인이 제기한 전리권 침해소송에서 손해배상의 청구를 제출할 수도 있으며 인민법원은 함께 처리할 수 있다.



- ㉔ 침해행위 정지명령의 조치기간 즉, 재정의 효력은 일반적으로 유효한 법률문서가 집행될 때까지이며 인민법원은 사건에 따라 실시하는 구체적인 기간을 확정할 수도 있다. 기간이 만료된 때에는 인민법원은 당사자의 청구에 따라 침해행위 정지조치의 계속 여부에 대한 재정을 할 수 있다.

### 3.7.2 소송 중 및 제소 전의 재산보전 조치

#### 1) 재산보전의 개념

재산보전은 인민법원이 민사판결의 순조로운 집행을 위하여 당사자의 재산 또는 본안과 관련된 재물에 대하여 취하는 일정한 강제성 조치를 가리킨다. 중국민사소송법의 규정에 따라 재산보전은 소송 중 보전(诉讼保全)과 제소 전 보전(诉前保全)을 포함한다.

민사소송 진행 중에 판결이 효력발생에 도달하기 전에 장래의 판결결과가 실제집행을 얻을 수 있는 것을 확보하기 위하여 인민법원은 당사자의 신청 또는 직권에 의하여 재정을 하며 당사자의 분쟁 관련 재물에 대하여 취하는 임시적인 강제조치가 소송 중 보전(诉讼保全)이다.

소송제기 전에 긴급한 상황 하에 장래의 판결결과가 실제집행이 이루어지도록 당사자가 신청 및 담보를 제공하여 관할권이 있는 인민법원이 분쟁이 발생한 재물과 사건과 관련이 있는 재물에 대하여 취하는 임시적인 강제조치가 제소 전 보전(诉前保全)이다.

재산보전은 판결집행을 확보하는 긍정적인 작용이 있으며 판결을 행하기 전에 먼저 분쟁 대상물에 대해 처리를 하여 손실을 감소하고 효력발생한 판결의 집행을 용이하게 하는 작용을 한다. 그러나 이러한 강제조치는 운용이 타당하지 않을 때의 부정적 영향을 충분히 예상하여야 한다. 당사자의 재산이 압류되면 생산경영에 있어 작용을 발휘할 수 없다. 정당한 경영 당사자의 입장에서는 재산보전 조치의 운용이 부당하면 어떤 때는 집행능력을 감소하는 반작용을 일으킬 수 있다. 만약 심판결과가 피신청인이 급부책임을 부담하지 않거나 그렇게 많이 급부하지 않아도 된다면 보전조치를 취하는 것이 당사자에게 의외의 불필요한 경제손실을 가져올 수 있는 것이다.

#### 2) 재산보전을 제출하는 주체

민사소송법 제92조의 규정에 따르면 재산보전을 제출하는 주체는 다음과 같다.

- ④ 당사자가 재산보전의 재정을 신청
- ⑤ 인민법원이 필요하다고 인정하여 직권(职权)으로 재산보전조치를 취함

인민법원은 필요시 재산보전조치를 취하는 것을 제정할 수 있다고 규정한 이유는 실제로 있어서 다음과 같은 두 가지가 있기 때문이다. 하나는 피고인이 재산을 이전(转移), 은닉(隐藏)할 가능성이 있으며, 원고는 법률지식 및 경험의 부족으로 적시에 재산보전신청을 하지 않기 때문이다. 다른 하나는 분쟁의 계쟁물이 회손, 변질, 부식의 위험이 있으나 쌍방 당사자는 서로 책임을 미루고 분쟁재산에 대하여 모두 적극적으로 처리하지 않아 만약 인민법원이 적시에 보전을 재정하지 않으면 손실이 계속 확대되어 판결 후 집행이 곤란하기 때문이다.

### 3) 재산보전의 적용조건

재산보전을 적용하는 조건은 주로 다음 두 가지이다.

- ④ 재산보전을 적용하는 조건은 반드시 급부의 소(给付之诉)이어야 한다. 재산보전조치를 취할 수 있는 소송은 반드시 소송청구 및 장래 법률효력을 발생하는 판결이 재산 급부 내용을 가져야 한다. 장래 법률효력을 발생하는 판결이 유효한 집행을 확보하기 위해서는 재산보전조치를 취하는 것이 필요하다. 그러므로 급부의 소만이 재산보전조치를 취할 수 있다. 확인의 소(确认之诉), 변경의 소(变更之诉)는 재산보전조치를 취할 수 없다.
- ⑤ 사건은 반드시 당사자 일방의 행위 또는 기타 원인으로 장래에 판결을 집행하지 못하거나 집행하기 곤란한 가능성이 있어야 한다. 즉 당사자가 분쟁의 계쟁물(标的物)을 환금, 은닉, 이전, 낭비 또는 도피할 가능성이 있어 판결이 효력발생 후 집행할 수 없거나 당사자 분쟁의 계쟁물이 자연적인 원인으로 변질, 마모, 가치 하락할 경우 판결이 집행 불가하거나 곤란할 수 있다.

재산보전에 대한 인민법원의 소송은 일반적으로 당사자가 법정조건에 부합하는 신청을 제출하여야 한다. 소송분쟁의 재산이 회손, 멸실 등의 위험이 있거나 피신청인이 그 재산을 은닉, 이전, 매매할 가능성이 있는 경우에만 인민법원은 직권으로 재산보전조치를 제정한다.

#### 4) 재산보전의 범위

민사소송법 제94조는 재산보전범위를 명확하고 구체적으로 한정하고 있다. 즉, 재산보전은 청구의 범위 또는 본안과 관련된 재물에 한정한다. 여기서 ‘청구의 범위’는 당사자가 법원에 보호를 청구한 계쟁물 또는 재물의 가치총액을 가리킨다. ‘본안과 관련된 재물’은 보전된 재물이 본안소송의 계쟁물이거나 소송의 계쟁물이 아니더라도 보전된 당사자 소유의 본안과 관련이 있는 재물에 속하여야 한다. 재산보전은 당사자의 재산에 대해서만 진행할 수 있을 뿐만 아니라 또한 본안과 관련된 재물에 대해서만 보전을 진행할 수 있다.

보전의 범위는 임의로 확대할 수 없다. 최고인민법원의 〈경제심판업무에 있어서 민사소송법의 엄격한 집행에 관한 규정〉은 재산보전범위에 대한 재산과 주체에 대하여 ‘인민법원이 재산보전조치를 취할 때 보전의 범위는 당사자의 분쟁재산 또는 피고의 재산에 한한다. 사건 외부인의 재산은 보전조치를 취할 수 없으며, 안외자(案外人)가 선의취득한 사건과 관련된 재물에 대해서는 일반적으로 재산보전조치를 취할 수 없다’라고 진일보한 한정을 하였다.

#### 5) 재산보전의 방법

민사소송법 제94조는 ‘재산보전은 차압(查封), 압류(扣押), 동결(冻结) 또는 법률규정의 기타방법을 취한다’라고 규정하고 있다.

소송보전의 목적은 분쟁재산의 처분 또는 자연멸실을 방지하는데 있다. ‘처분(处分)’은 주로 당사자가 악의로 분쟁의 계쟁물을 처분하는 것을 가리킨다. 예를 들면, 환금, 낭비, 이전, 은닉 등이다. ‘자연멸실(自然灭失)’은 주로 장기 보존물품으로 시간이 지남에 따라 그 가치가 멸실되는 것을 가리킨다. 그러므로 인민법원의 보전조치방법은 주로 차압, 압류, 동결 등이다. 이들 방법은 주로 유형재산을 상대로 하는 것으로 전리기술방안을 실시 후 형성된 전리제품을 포함한다. 전리권, 전리출원권 등 무형재산 자체는 적용이 안 된다. 전리, 전리출원권에 대한 소송보전조치는 다른 방식으로 하여야 한다. 예를 들면, 인민법원이 재정서의 형식으로 지식재산권국에 그 전리와 관련된 일체의 수속을 처리하는 것을 정지하도록 통지하여 그 전리출원 또는 전리권이 통지하달시의 상태에 있도록 한다.

#### 6) 담보제공

민사소송법 제92조 제2항은 ‘인민법원이 재산보전조치를 취할 때 신청인에게 담보를 제공하도록 명령할 수 있다. 신청인이 담보를 제공하지 않으면 신청을 거절한다’라고 규정하고

있다. 신청인에게 담보제공을 명령하는 것은 보전착오(保全错误)로 불필요한 손실을 초래하는 것을 막아 다른 당사자의 합법권익을 보호하기 위함이다. 만약 인민법원이 신청인에게 담보를 제공할 것을 명령하였으나 신청인이 제공하지 않는 경우에는 인민법원은 그 신청을 거절할 권한을 갖는다.

민사소송법 제95조는 ‘피신청인이 담보를 제공하는 경우에는 인민법원은 재산보전을 해제하여야 한다’라고 규정하고 있다. 인민법원이 보전조치를 실시하는 것을 재정한 후에는 피신청인은 담보를 제공할 권리를 갖는다. 피신청인은 담보를 제공하여 신청인, 인민법원의 우려를 없애고, 피신청인 자신의 권익을 보호할 수 있다. 그러므로 피신청인이 상응하는 금액과 집행할 재산을 담보로 제공하는 경우에는 인민법원은 적시에 재산보전을 해제하여야 한다.

인민법원은 상환능력이 있는 기업법인에 대해서는 일반적으로 차압, 동결의 보전조치를 취하지 않는다. 기 보전조치를 차압, 동결한 경우에는 기업법인이 집행에 충당할 재산담보를 제공하거나 기타 방식의 보전을 취할 경우에는 적시에 차압과 동결을 해제하여야 한다.

## 7) 재소 전 보전

제소 전 보전의 법률 근거는 민사소송법 제93조의 규정이다. 즉, 이해관계인은 상황이 긴급하여 즉시 재산보전을 신청하지 않으면 그 합법권익이 보충하기 어려운 손해를 받을 수 있는 경우에는 소송 제기 전에 인민법원에 재산보전조치를 취하는 것을 신청할 수 있다. 신청인은 담보를 제공하여야 한다. 담보를 제공하지 않으면 그 신청을 거절한다.

인민법원은 신청을 접수 후 48시간 내에 재정을 한다. 재산보전조치를 취하는 것을 재정한 경우에는 즉시 집행을 개시하여야 한다.

제소 전 보전은 제소 전에 취하는 일종의 응급조치이므로 이해관계인은 반드시 즉시 소송을 제기하여 관련 재산분쟁이 소송과정에서 인민법원의 심판을 통해 공정하고 합법적인 해결을 얻을 수 있도록 하여 법률효력이 있는 판결로서 쌍방 당사자의 권리의무관계를 최종적으로 확정 한다. 민사소송법 제93조는 ‘신청인이 인민법원이 재산보전조치를 취한 후 15일 내 제소하지 않으면 인민법원은 재산보전을 해제할 수 있다’라고 규정하고 있다.

## 8) 재산보전 착오에 의한 손실의 부담

인민법원이 재산보전조치를 취하는 재정을 한 후 보전재정을 행한 인민법원이 스스로 해제하거나 또는 상급 인민법원이 해제를 결정하는 것을 제외하고는 재산보전기간 내에 어떠한

한 단위도 보전조치를 해제할 수 없다.

소송 중 재산보전의 재정효력은 일반적으로 효력 있는 법률문서가 집행될 때까지 유지되어야 한다. 이 조치의 남용을 방지하기 위하여 민사소송법 제96조는 '신청에 착오가 있는 경우에는 신청인은 피신청인이 재산보전으로 인하여 입은 손실을 배상하여야 한다'라고 규정하고 있다. 이 규정의 목적은 신청인의 권리남용을 방지하는데 있다.

### 3.7.3 소송 중의 선집행

선집행은 인민법원이 어떤 사건에 대하여 판결을 행하기 전에 피고에게 일정한 의무를 명령하는 제정을 하여 일정한 금전 또는 재물을 급부하게 함으로써 원고의 생활 또는 경영상 필요를 해결하기 위한 일종의 임시조치이다. 인민법원이 피고에게 급부를 명령하는 재물은 장래에 인민법원이 행하는 효력판결 중의 일부분이어야 한다.

선집행은 당사자의 합법권익을 보장하기 위하여 취하는 우선집행이지, 민사사건을 심리하는 필수절차는 아니다. 선집행은 사건을 수리한 후 종심판결을 행하기 전에 취하여야 한다.

#### 1) 선집행의 적용범위

민사소송법 제97조는 인민법원은 아래에 열거된 사건에 대해서는 당사자의 신청에 따라 선집행을 재정할 수 있다.

- ① 부모부양비, 자녀부양비, 육아비, 위로금, 의료비용 등
- ② 노동보수비
- ③ 정황이 긴급하여 선집행이 필요한 경우

전리침해분쟁사건 소송절차가 개시된 후 침해손실이 계속 확대되지 않도록 인민법원은 원고인의 신청에 따라 피고가 먼저 전리권을 실시하는 행위를 정지하도록 재정할 수 있는데 이 역시 일종의 선집행이다.

최고인민법원의 관련 사법해석은 선집행은 당사자 소송청구의 범위에 한정하여야 하며, 당사자의 생활, 생산경영의 긴급수요에 한정하다고 규정하고 있다. 인민법원의 선집행의 재정은 당사자의 서면신청에 따라 법정에서 심리 후 행한다. 소송관할권이 확정되지 않은 경우에는 선집행을 재정할 수 없다.

## 2) 선집행의 조건

민사소송법 제98조는 ‘인민법원이 선집행을 집행할 경우에는 아래의 두 가지 조건을 부합하여야 한다.’라고 규정하고 있다. ④ 당사자간의 권리의무관계가 명확하고, 선집행을 하지 않으면 신청인의 생활 또는 생산경영에 막대한 영향을 미쳐야 한다. ⑥ 피고가 일정한 이행능력을 가지고 있고 인민법원이 선집행을 재정한 금전 또는 재산을 급부할 능력이 있어야 한다. 만약 피신청인이 이행능력이 없으면 인민법원의 선집행 재정은 실제 집행할 방법이 없다.

## 3) 선집행 신청의 책임

민사소송법 제98조는 ‘인민법원은 신청인에게 담보를 제공하도록 명령할 수 있다. 신청인이 담보를 제공하지 않은 경우에는 신청을 거절한다. 신청인이 패소한 경우에는 피신청인이 선집행으로 인하여 받은 재산손실을 배상하여야 한다’라고 규정하고 있다. 이는 선집행을 신청한 신청인이 두 가지 책임을 부담해야 함을 명확히 한 것이다. 하나는 인민법원이 신청인에게 담보를 제공하도록 명령하는 것이고, 다른 하나는 신청인이 패소한 경우에는 상대방에게 초래한 경제손실을 배상하는 것이다. 이는 신청인의 책임을 가중하여 신청인이 신중하게 대처하고 법률이 부여한 신청인의 권리를 남용하지 못하도록 한 것이다.

만약 신청인이 패소하면 예를 들어, 피신청인이 급부의 의무를 부담하지 않거나 급부의 금액이 선집행 재정의 금액보다 작은 경우에는 피신청인이 선집행으로 인해 입은 재산손실을 신청인이 배상하여야 한다. 피신청인의 합법권익을 보호하고 신청인이 권리를 남용하는 것을 제한하기 위하여 인민법원은 신청인에게 담보를 제공할 것을 명령할 수 있다.

인민법원이 선집행조치를 취한 후 선집행을 신청한 당사자가 소송취하를 신청하는 경우에는 인민법원은 적시에 상대방 당사자, 제3자 및 관련 안외자(案外人)에게 통지한다. 통지를 받고 소송취하를 허가하는 재정을 송달하기 전까지 상대방 당사자, 제3자 및 관련 안외자(案外人)가 소송취하에 대하여 이의를 제출하는 경우에는 신청인의 소송취하 신청을 거절하는 재정을 하여야 한다.

## 4) 선집행의 재심

민사소송법 규정에 따라 당사자가 선집행의 재정에 대하여 불복하는 경우에는 재심을 1회 청구할 수 있다. 재심기간에는 재정의 집행을 정지하지 않는다. 당사자가 재정에 대하여 불

복하여 재심을 신청하는 경우에는 재정을 불복하는 이유를 충분히 진술하여야 한다. 인민법원은 재심신청의 재정에 대하여 심사하고 재심신청이 이유가 있으면 원 재정을 변경하여야 한다. 신청이 이유가 없으면 거절한다.

## 인민법원의 민사조정(調解)제도

3.8

## 3.8.1 개요

중국 최고인민법원은 그동안 인민법원의 조정업무 실제경험과 실제상황을 토대로 인민법원이 민사사건을 정확하게 조정하도록 보증하고 적시에 분쟁을 해결하며, 당사자가 법에 의해 소송권리를 행사하도록 보증하고, 사법자원을 절약하기 위하여, 《인민법원 민사조정업무 관련 몇 가지 문제에 관한 규정》(이하 “규정”)을 제정하였다. 이 규정은 2004년 8월 18일 최고인민법원 심판위원회 제1321회 회의에서 통과(法释[2004] 12호) 되어 2004년 11월 1일부터 시행되었다.

이 규정에 따르면, 중국 인민법원은 일부 특별한 민사소송이외의 모든 민사소송에 대하여 조정을 진행하도록 규정하고 있으며 제1심, 제2심뿐만 아니라 재심민사사건까지도 조정을 진행하도록 규정하고 있다.

지식재산권 관련된 민사소송에서도 인민법원의 조정이 많이 이루어지고 있는데 통계에 따르면, 2007년도 지식재산권 관련 민사소송의 조정취하율은 55.5%에 달한다. 즉, 지식재산권 관련 민사소송의 절반 이상이 조정절차에 의하여 소송이 종료되고 있으며, 이는 매년 상승하는 추세를 보이고 있다. 중국의 전리법 제57조 및 상표법 제53조에서도 전리권 침해 또는 상표권 침해에 대한 행정보호단계에서 당사자 요청에 의해 침해액을 조정할 수 있도록 규정하고 있다.

우리 입장에서도 중국에서 지식재산권 관련 민사분쟁의 절반가량이 조정방식에 의해 종결되는 점을 고려할 때, 중국의 조정제도에 대한 구체적인 연구가 필요하다 할 것이다.

## 3.8.2 민사조정업무 규정의 내용

## 1) 조정 적용의 소송단계 및 범위

규정 제1조는 제1심, 제2심 및 재심민사사건에 대하여 모두 조정을 적용한다고 규정하고 있다. 규정 제2조는 인민법원은 조정할 수 있는 민사사건에 대하여 조정을 진행하여야 한다고 규정하고 있다. 즉, 특별절차, 독촉절차, 공시최고절차 및 파산상환절차를 적용하는 사건,



혼인관계와 신분관계확인사건 및 기타 사건성질에 의해 조정이 불가능한 민사사건에 대하여는 인민법원이 이를 조정하지 않는 경우를 제외하고, 기타 사건은 모두 조정을 진행하여야 한다.

## 2) 조정 진행시기

조정의 진행은 답변기간 만료 후에 시행함을 원칙으로 하며, 만약 각방 당사자의 동의를 받은 경우에는 답변기간 만료 전에도 조정을 진행할 수 있도록 하였다(제1조).

답변기간 만료 전의 조정에 대해서는 다음과 같은 두 가지 개시방식이 있다. 첫째, 당사자가 조정신청을 할 경우에 즉시 조정절차에 진입할 수 있으며, 둘째, 법원이 주동적으로 각방 당사자의 동의를 받고 조정을 진행할 수 있다. 그러나 답변기간의 만료 전에는 법원이 직권에 의해 주동적으로 조정절차를 개시해서는 안 된다. 또한 답변기간 만료 전의 조정시간이 지나치게 길어 소송을 지연시킬 수 있는 상황을 피하기 위해 규정은 이 단계에서의 조정기간을 제한할 수 있도록 규정하고 있다.

## 3) 조정인원의 범위 확대

심각하게 부족한 심판역량을 해결하여 소송의 효율성을 제고하고 사법의 공정성을 확보하기 위하여, 규정 제3항은 조정인원의 범위를 확대하여 규정하고 있다. 첫째, 협조에 의한 조정으로써 인민법원은 법에 따라 당사자와 특정관계가 있거나 사건과 일정한 연관이 있는 기업사업단위, 사회단체 또는 기타 조직 및 전문지식 및 특정사회경험을 구비하고 당사자와 특정관계가 있어 조정을 추진하기에 유리한 개인을 초빙하여 조정업무에 협조하도록 할 수 있다. 둘째, 주관에 의한 조정으로써, 인민법원은 법률지식, 관련 업무경험 또는 사건과 관련한 문제에 대하여 전문지식을 가진 단위 또는 개인에게 위임하여 사건을 조정할 수 있다. 그 예로는 기술전문가, 주민위원회, 민간조정조직, 업종주관부서 등이 있다. 조정을 거쳐 합의할 경우, 인민법원은 법에 따라 이를 인정하며 법관이 주관한 조정과 동일한 효과를 발생시킨다.

## 4) 조정협의 내용의 확대

규정 제9조는 조정협의 내용이 소송의 청구범위를 벗어나는 경우, 인민법원은 이를 허락할 수 있다고 규정하고 있다. 당사자는 협상을 통해 그들 간의 분쟁을 해결하는 경우, 하나

의 분쟁에 그치지 않고 통상 각 법률관계를 함께 해결한 후 일괄협의를 달성할 수 있다. 일괄협의를의 내용은 통상 당사자의 소송청구범위를 초과할 수 있다. 만일 당사자 간의 이와 같은 협의를 인정하지 않을 경우 당사자 간의 분쟁은 해결하기가 매우 어렵다.

또한 관련 문제 역시 다시 법원에 제소될 수 있으며, 당사자의 편의를 위하여 이에 대하여 법에 따라 심사할 수 있다고 명확히 규정하고 있다. 즉, 단지 법률, 행정법규의 금지성 규정을 위반하지 않고 국가, 사회 및 타인의 합법적 권익을 침해하지만 않으면 그 유효성을 인정할 수 있다.

### 5) 조정이행의 담보방안

당사자의 조정 이행에 대한 우려를 없애고 당사자 간 조정협의를 촉진하기 위하여 규정은 다음과 같은 두 가지 체계를 규정하고 있다. 첫째, 당사자는 조정협에서 일방이 조정협의를 이행하지 않는 경우 추가의 민사책임을 부담한다고 약정할 수 있으며(제10조), 인민법원의 확인 후 일방이 조정협의를 이행하지 않는 상황의 발생 시 다른 일방 당사자가 직접 인민법원에 강제집행을 신청할 수 있다(제19조). 둘째, 당사자는 조정협의를 이행하기 위하여 담보를 설정할 수 있으며(제11조), 조정협의를 이행하지 않는 상황이 발생하면 다른 일방은 법원에 담보인의 재산 또는 담보물에 대한 강제집행을 신청하여(제19조) 그의 채권이 적시에 실현되도록 보장할 수 있다.

### 6) 조정협의를의 효력발생 방식

민사소송법 제89조 제3항은 조정서는 쌍방 당사자가 수령한 후 법적 효력을 구비한다고 규정하고 있다. 그러나 실제에 있어서는 일방 당사자가 조정서의 수령 전에 이유 없이 반복하여 일부러 소송을 지연하는 상황이 존재하여 조정의 효율성에 심각한 영향을 주고 심판자원을 낭비하며 당사자의 소송원가를 증가시키고 소송성실의 원칙을 위반한다는 문제점이 있다.

이를 위하여 규정 제13조는 다음과 같이 규정하고 있다. “민사소송법 제90조 제1항 제(4)호<sup>3)</sup> 규정에 근거하여, 각방 당사자가 조정협의를 서명 또는 날인하면 효력이 발생한다는 것에 동의하면 인민법원의 확인심사를 거친 후 기록에 기재하거나 당해 협의를 사건과일에 첨부하고, 당사자, 심판인원 및 서기가 서명 또는 날인한 후에 법적 효력을 구비한다. 당사자

3) 민사소송법 제90조 제1항은 인민법원이 조정협의를 달성한 후, 조정서를 작성할 필요가 없는 사건을 나열하고 있는데, “(1) 원만한 이혼 조정사건, (2) 입양관계 유지 조정사건, (3) 즉시 이행가능한 사건 (4) 기타 조정서를 작성할 필요가 없는 사건”이다.

가 조정서의 작성을 청구할 경우, 인민법원은 조정서를 작성하여 당사자에게 송달하여야 한다. 당사자가 조정서 수령을 거절할 경우에도 조정협의를 효력에 영향을 주지 않는다. 일방이 조정협의를 이행하지 않을 경우, 다른 일방은 인민법원에 조정서의 집행을 신청할 수 있다”고 규정하고 있다.

#### 7) 화해협의를 통한 조정서 작성

당사자가 소송과정에서 자체적으로 화해협의를 달성할 경우, 인민법원은 당사자의 신청에 따라 법에 의해 화해협의를 확인하고 조정서를 작성할 수 있다. 쌍방 당사자가 법정의 화해를 신청한 기간은 심의기간에 산입하지 않는다. 당사자가 화해과정에서 인민법원에 화해활동에 대한 협조를 신청할 경우, 인민법원은 심판보조인을 파견하거나 관련 단위 및 개인을 초빙 또는 위임하여 협조활동에 종사하도록 할 수 있다.

#### 8) 일부 소송청구에 대한 조정협의 처리

당사자가 일부 소송청구에 대하여 조정협의를 달성하는 경우, 인민법원은 이를 먼저 확인하고 조정서를 작성할 수 있다. 당사자가 주요 소송청구에 대하여 조정협의를 달성한 후, 합의를 달성하지 못한 소송청구에 대하여 인민법원에 처리의견을 제시할 것을 청구함과 동시에 당해 처리결과를 받아 드리겠다고 표시하는 경우에는 인민법원의 처리의견은 조정협의를 일부 내용이 되며 조정서 작성 시 기재된다.

## 지식재산권 사법감정제도

## 3.9

## 3.9.1 개요

사법감정은 소송과정에서 사건의 전문성 문제에 대하여 사법기관이나 당사자가 위탁을 통해 전문지식을 구비한 자를 초청하여 전문성 문제에 대하여 판단을 행하는 활동을 가리킨다.

이러한 사법감정 활동은 민사소송법에 근거하고 있는데, 민사소송법 제63조는 증거의 종류를 ‘서증(書證), 물증(物證), 시청각자료(視聽資料), 증인증언(證人證言), 당사자의 진술(陳述), 감정결론(鑑定結論), 검증기록(檢驗筆錄)’로 규정하고 있다. 또한 민사소송법 제72조의 규정은 인민법원은 전문성 문제에 대하여 감정이 필요하다고 판단하는 경우에는 법정감정부문에 감정을 하여야 하며, 법정감정부문이 없는 경우에는 인민법원이 지정한 감정부문이 감정하도록 규정하고 있다.

이러한 사법감정은 민사소송법뿐만 아니라 법관의 전문성 보충을 위하여 행정소송법(제31조, 제35조) 및 형사소송법(제42조, 제119조 내지 제121조)에서도 유사하게 규정하고 있다.

사법부 통계에 따르면, 2006년말 현재 사법감정기구가 설립되지 않은 서장(西藏)자치구를 제외하고 전국 30개 성(구, 시) 사법행정기관이 지정한 사법감정기구는 총 1,772개로서, 2005년 1,385개보다 387개가 증가하였으며, 증가율은 27.9%로 달한다. 2006년말 현재 법에 따라 등기한 사법감정인은 22,601명으로 2005년 17,692명보다 4,909명이 증가하였다.

## 3.9.2 지식재산권 사법감정

지식재산권 사법감정(知識產權司法鑑定)은 법에 따라 지식재산권 사법감정 자격을 취득한 감정기구 및 감정인이 사법기관 또는 개인의 위탁을 받아 다음 활동을 진행하고 감정결론을 제공하는 것을 가리킨다.

- ① 해당 영역 공지기술 및 관련 전문기술에 대한 기술전문가의 이해에 근거하여, 동시에 필요한 검사측정, 화학실험, 분석수단을 병행하여, 침해 기술 및 관련 기술의 특징에 대해 동일 또는 동등한지 여부에 대하여 인정을 진행
- ② 기술양도 목적물이 완전하고 실용적이고, 계약약정의 표준에 부합하는지 여부에 대

- 하여 인정을 진행
- ③ 기술자문, 기술서비스 및 기타 각종 기술계약의 이행결과가 계약약정 또는 관련 법정표준에 부합하는지 여부에 대하여 인정을 진행
  - ④ 기술비밀이 법정기술조건을 구성하는지 여부에 대하여 인정을 진행하며, 기타 지식재산권 소송중의 기술쟁의에 대하여 감정을 진행

지식재산권분야의 사법감정기구의 전체 현황은 정확히 알 수 없으나 현재 북경시 및 상해시에 설립된 지식재산권과 관련된 사법감정업무를 전문적으로 처리하는 사법감정기구의 명단은 다음과 같다.

[표 3.9-1] 북경시·상해시 사법감정기구 리스트

지역	허가번호	지식재산권 사법감정기구 명칭	법정대표자
북경시	110008001	정보산업부(信息产业部) 소프트웨어 및 배치설계 촉진센터 지식재산권 사법감정소	邱善勤
북경시	1100112	북경국과(国科) 지식재산권 사법감정센터	赵玉海
북경시	100044	북경자도(紫圖) 지식재산권 사법감정센터	闻秀元
북경시	1100003	북경구주세초(九州世初) 지식재산권 사법감정센터	赵军
북경시	1100007	북경국위(国威) 지식재산권 사법감정센터	赵春山
북경시	1100084	북경지혜(智慧) 지식재산권 사법감정센터	祁胜刚
북경시	1100111	화과(华科) 지식재산권 사법감정센터	段瑞春
상해시		상해공신양(公信扬) 지식재산권 사법감정소	
상해시		상해원예(文艺) 지식재산권 사법감정센터, 상해동방(东方) 컴퓨터 사법감정소	

지식재산권 분야에서의 사법감정은 현재 초기단계라고 할 수 있다. 그러나 향후 사법감정 활동은 크게 증가할 것으로 보인다.

### 3.9.3 법적 근거

사법감정과 관련된 주요한 법적근거를 정리하면 다음과 같다.

- 〈전국인민대표대회 상무위원회의 사법감정 관리문제에 관한 결정〉  
(2005년 2월 28일 제10회 전국인민대표대회 상무위원회 제14차회의 통과,  
2005년10월1일 실행)
- 중화인민공화국사법부령 제96호 〈사법감정기구등기관리관법〉, 2005년 9월 30일 시행
- 중화인민공화국사법부령 제95호 〈사법감정인등기관리관법〉, 2005년 9월 30일 시행
- 〈최고인민법원의 민사소송 증거에 관한 약간규정〉 제25조 내지 제29조
- 중화인민공화국 사법부령 제1907호 〈사법감정절차통칙〉, 2007년 10월 1일 시행

### 3.9.4 사법감정의 범위, 감정인, 감정기구

〈전국인민대표대회 상무위원회의 사법감정 관리문제에 관한 결정〉(2005년 10월 1일 시행)은 사법감정의 업무주관, 범위, 감정인 및 감정기구 등에 대하여 다음과 같이 규정하고 있다.

#### 1) 사법감정업무의 주관

국무원 사법행정부문은 전국의 감정인 및 감정기구의 등기관리업무를 주관하며, 성급 인민정부는 사법행정부문이 감정인 및 감정기구의 등록, 명부 편성 및 공고업무를 주관한다.

#### 2) 사법감정 범위

- **법의학류 감정** : 법의병리감정, 법의임상감정, 법의정신병감정, 법의물증감정 및 법의독극물감정을 포함
- **물증류 감정** : 문서감정, 흔적감정 및 미량(微量)감정을 포함
- **음성영상자료 감정** : 녹음테이프, 녹화테이프, 자기디스크 디스크, 사진 등 담체에 기록된 음성, 영상의 진실성, 완전성 등에 대한 감정 및 기록된 음성, 영상 중의 언어, 인체, 물체에 대한 종류 및 동일 인정

### 3) 사법감정인의 자격조건

- 신청한 사법감정 업무와 관련된 고급 전문기술 직책을 구비
- 신청한 사법감정 업무와 관련된 전문직업 자격 또는 대학교 관련 전문 본과 이상의 학력을 구비하고 관련 업무에 5년 이상 종사
- 신청한 사법감정 업무와 관련된 업무에 10년 이상 종사하고, 비교적 강한 전문기능을 구비

고의 범죄 또는 직무과실범죄로 형사처벌을 받은 자, 공직 제외 처분을 받은 자 및 감정인 등기 취소를 받은 자는 사법감정 업무에 종사할 수 없다.

### 4) 사법감정기구의 자격조건

- 명확한 업무범위가 있어야 함
- 사법감정을 진행하는데 필요한 기기, 설비가 있어야 함
- 사법감정을 진행하는데 필요한 검측실험실을 구비해야 함
- 사법감정 업무분야별로 3명 이상의 감정인이 있어야 함

## 3.9.5 사법감정 절차

중국 사법부는 〈사법감정절차통칙〉을 제정하여 2007년 10월 1일부터 시행하고 있는데, 그 주요 내용은 다음과 같다.

- ① 감정업무를 위탁하고자 하는 위탁자는 감정위탁서, 위탁자의 신분증명, 감정에 필요한 감정자료를 사법감정기구에 제출하여야 한다. 위탁자가 타인에게 위임하는 경우에는 위임장을 제출하여야 한다.
- ② 사법감정기구는 위탁감정사항에 대하여 심사를 진행하여 자신의 사법감정 업무범위에 속하는지 여부, 감정위탁사항의 용도 및 감정요구의 합법성, 감정자료의 진술성, 완전성, 충분성 여부에 대하여 심사를 진행하고 수리하여야 한다.
- ③ 사법감정기구는 수리조건에 부합하는 감정위탁은 즉시 수리결정하여야 한다. 즉시 결정할 수 없는 경우에는 7근무일 이내에 수리결정 여부를 통지하고 위탁자에게 통지하여야 한다. 복잡하고 어렵거나 특수감정사항에 대해서는 위탁자와 협의하여 수

리기간을 협상할 수 있다.

- ① 사법감정기구가 감정위탁을 수리하기로 결정한 경우에는 위탁자와의 협의에 기초하여 사법감정협의서(司法鑑定協議書)를 체결하여야 한다. 사법감정서에는 위탁자 및 사법감정기구의 기본상황, 위탁감정 사항 및 용도, 감정위탁의 요구사항, 감정위탁과 관련된 사건의 간략정황, 위탁자가 제공하는 감정재료의 목록 및 수량, 감정과정에 있어서 쌍방의 권리 및 의무, 감정비용 및 지불방식 등이 기재되어야 한다.
- ② 사법감정기구는 감정위탁을 수리한 후 본 기구내의 감정업무 자격을 구비한 사법감정인이 감정을 진행하도록 하여야 한다. 사법감정기구는 동일감정사항에 대하여 2명의 사법감정인이 공동으로 감정을 진행하도록 지정 또는 선정하여야 한다. 사법감정인 본인 또는 그 근친속이 위탁자 또는 위탁사건과 이해관계가 있는 경우에는 공정성에 영향을 줄 수 있으므로 회피하여야 한다.
- ③ 사법감정기구는 위탁자와 사법감정협의서를 체결한 날로부터 30근무일 내에 위탁사항의 감정을 완성하여야 한다. 감정사항이 복잡하고 어렵고 특수기술문제와 관련되거나 검증과정에서 비교적 장기간이 소요되는 경우에는 해당 기구의 책임자가 감정완성기간의 연장을 비준할 수 있으나 연장기간은 30근무일을 초과할 수 없다. 사법감정기구와 위탁자간에 감정의 완성기간에 대하여 다른 약정이 있는 경우에는 그 약정에 따른다. 일정한 경우에는 위탁자의 청구에 따라 보충감정 또는 재감정을 실시할 수 있다.
- ④ 사법감정기구 및 사법감정인은 감정사항을 완성한 후에는 위탁자에게 사법감정문서(私法鑑定文書)를 발급하여야 한다. 사법감정문서는 사법감정의견서((私法鑑定意見書) 및 사법감정검증보고서(私法鑑定檢驗報告書)를 포함한다. 사법감정문서는 사법감정인이 서명 또는 날인하여야 하며 사법감정인간의 감정의견이 다른 경우에는 주기하여야 한다. 사법감정문서는 사법감정기구의 사법감정 전용인장을 날인하여야 한다.

### 3.9.6 사법감정 결론의 성격

사법감정 결론은 당연히 증거효력을 갖는 것이 아니고, 그 증거능력의 크기 및 강약은 반드시 법원의 심사와 인정을 거쳐야 한다. 또한 공개, 공평, 공정의 절차원칙에 따라 법원이 감정결론을 포함한 증거를 사건사실의 인정의 기초로 할 때는 반드시 당사자의 증거조사(质证) 및 법원의 심사, 판단을 거쳐 최종적으로 확정하여야 한다.



## 지식재산권 보호요강 및 전략강요

3.10

## 3.10.1 2006년 - 2007년 지식재산권 보호행동 요강

중국정부는 2004년 지식재산권 보호의 지도업무를 가일층 강화하기 위하여 “국가지식재산권보호공작조(国家保护知识产权工作组)”를 설립하였다. 조장은 오이(吴仪) 부총리이며, 공작조에는 중선부(中宣部), 사법부(司法部), 정보산업부(信息产业部), 상무부(商务部), 문화부(文化部), 국자위(国资委), 세관총서(海关总署), 질검총국(质检总局), 판권국(版权局), 식품약품감독국(食品药品监督管理局), 지식재산권국(知识产权局), 국무원법제판공실(国务院法制办), 국무원뉴스판공실(国务院新闻办) 및 고급법원, 고급검찰원 등 17개 기관으로 구성되었다.

공작조의 주요임무는 전국의 지식재산권 보호업무를 통일적으로 지도하고, 지식재산권 보호업무체계 및 법률법규건설을 추진하며, 타부문과의 지식재산권 집행협조체계를 구축하며, 행정집행과 형사사법을 연계하며, 지식재산권의 선정을 강화하며, 사회의 지식재산권 의식을 강화하는 것이다.

정부차원의 전국적인 지식재산권 보호기구의 설립과 아울러 중국정부는 지식재산권 침해에 따른 경제적 손실과 국가 이미지 추락을 막기 위하여 국내외 지식재산권 보호를 위한 법규 제정이 시급하다고 판단하여 2006년 3월 27일 국무원 판공청은 “지식재산행동강요(2006년 - 2007년)”를 발표하였는데, 그 주요내용은 다음과 같다.

## 1) 지도이념 및 업무목표

본 요강은 약속이행·국정적응·제도개선·적극보호의 방침에 따라 건전한 법률·법규를 건설하고, 행정 및 사법적 보호역량을 증대하며, 법에 따라 지식재산권침해의 위법범죄행위를 엄중히 단속하고, 권리인의 합법적 권익보호를 위해 효과적인 보장을 제공함을 주요한 지도이념으로 하고 있다.

또한 본 요강은 효과적인 업무를 통해 지식재산권보호의 법집행능력을 현저하게 향상시키고, 행정집행과 형사사법의 연계를 더욱 긴밀하게 하며, 지식재산권 침해의 범죄행위를 효과적으로 저지하며, 사회대중의 지식재산권 보호의식을 현저히 향상시키고, 지식재산권 보호의 효과적인 체계건설을 주요한 업무목표로 하고 있다.

## 2) 업무상 요구사항

본 요강이 밝힌 전반적인 업무상 요구사항은 크게 다음 5개 사항인데 구체적인 내용은 다음과 같다.

첫째, 업무총괄을 강화하고 업무영역 간 결합과 상호 연동의 업무시스템을 형성하며 지방 보호를 없앤다. 일상적 관리와 특별 관리를 상호 결합하고 역량을 집중하여 정황이 심각하고 나쁜 영향이 있는 침해사건을 엄격히 조사하며, 침해 범죄집단을 엄격히 단속한다. 또한 적시에 행정법 집행 중 발견한 범죄혐의 사건을 사법기관으로 이관하여 형사적 단속역량을 강화한다.

둘째, 지식재산권 보호업무를 지방 각급 인민정부의 중요한 의사일정에 포함시키고 경제사회발전의 총체적 계획을 도입하며 지도자 조직을 강화하고 책임제와 책임추궁제를 실행한다.

셋째, 건전한 통일지도·부문책임분담의 지식재산권보호 업무시스템을 건립한다.

넷째, 현재의 국제 지식재산권제도의 변화와 발전방향에 깊은 관심을 가지고 국내외 지식재산권 분쟁발전의 특징과 규율을 파악하며 사안에 맞게 대응조치를 제기한다.

다섯째, 상표·문화·저작권·전리·공안 등 부문 및 사법기관의 기초역량을 충실히 하고 법 집행 능력과 임무부담을 상호 조화시킨다.

## 3) 업무중점 및 주요조치

본 요강은 2006년 - 2007년 기간동안의 업무중점과 주요조치 사항은 구체적으로 제시하고 있는데 그 내용은 다음과 같다.

- ① **해적관행위에 대한 엄격한 단속** : 해적관 CD의 생산라인을 강경하게 단속하고, 우편·항공·도로·철도 등 경로를 통한 해적관 운송의 위법범죄행위를 엄격하게 처벌하며, 해적관 CD를 판매하는 불법 노점장소와 행상인을 정리하고, 해적관 서적·보조교재 및 인터넷 침해 해적관 등 행위를 단속한다. 또한 정품S/W 사용업무를 계속해

서 추진한다.

- ② **상품거래시장의 상표침해행위에 대한 지속적인 단속** : 침해행위가 현저한 상품거래 시장을 중점적으로 정리하고 시장의 주요형성자의 관리책임을 엄격히 하며, 행정법 집행부문의 감독책임을 강화하고, 위조침해상품을 장기적으로 판매하나 단속에 힘 쓰지 않는 상품거래시장에 대하여 기한 내 시정을 명령하며 침해정황이 심각할 경우에는 법에 따라 강경하게 단속한다.
- ③ **전리권침해의 중점문제에 대한 처리역량의 강화** : 전리침해분쟁의 처리능력과 효과를 제고하여 식약품·농업 및 신기술분야를 중심으로 전리권보호를 강화한다. 전리와 관련한 사기행위를 계속해서 엄격하게 단속하고 중복적이고 집단적인 전리침해 행위를 저지하며, 전리사칭·타인의 전리위조행위를 처벌한다. 유통단계부터 개입하고 현대기술수단을 운용하여 적극적으로 규범화하고 감독을 강화하며 빠르게 처리하고 강경하게 단속한다.
- ④ **수출입단계의 지식재산권보호에 대한 강화** : 세관은 침해행위에 대한 리스크관리를 강화하고, 선진적 검사수단을 적극적으로 사용하며, 침해물품조사의 능력과 효과를 높이고, 침해물품의 국제적 유통경로를 차단한다. 공상·세관·전리 등 부문은 긴밀하게 협력하고 수출생산가공기업, 특히 OEM가공기업의 감독과 서비스를 완비하며 위탁자의 등록제도를 건립하고, 기업의 자율강화와 내부관리완비를 도와주며, 침해활동에 대한 예방능력을 증강시킨다.
- ⑤ **전시회의 지식재산권관리에 대한 강화** : 전시회 지식재산권보호의 “창공전시회행동(藍天展會行動)”을 전개하고, 전시회의 지식재산권 보호방법을 확고하게 하며, 모든 전시회에 대한 지식재산권관리를 강화하고, 경내 외 불법분자의 전시회를 통한 가공 위조침해상품의 가공과 판매를 방지한다.
- ⑥ **전국적인 고소고발 서비스시스템의 건립** : 현존 기관과 인원을 충분히 이용하고, 전국 50개 도시에 종합적인 지식재산권 고소고발 서비스센터를 건립하며, 완벽한 사건수리·전달처리·추적감독·피드백·상황종합 등 업무시스템을 통해 사건처리감독을 강화한다.



[그림 3.9-1] 전국 지식재산권 고소고발 서비스센터(50개) 분포도

#### 4) 장기 효율적 시스템 건설

- ① **법률·법규체계의 완비** : 현재 지식재산권 보호업무 중의 현저한 문제점을 겨냥하여 관련 법률·법규를 완비하고 실행가능성을 강화하며, 단속역량을 증강한다. 침해위법소득 액수의 계산기준 지식재산권 남용행위 제약 및 기업명칭·상표 및 표시의 유명상표 모방 등 문제를 연구, 해결하고, 유전자원·전통지적·민간문학예술 등 분야의 지식재산권 보호 법률·법규의 건설을 추진한다.
- ② **고효율적 법집행 협조체제의 건립** : 부문 간의 연합과 법집행체제를 완비하고 지역간 사건이송·정보통보·조사협력 등 업무체제를 건립한다. 중문·영문 중국지식재산권 보호 사이트를 개통하고, 정보서비스·사건감독·수치통계·상황평가·감독예비경보 등 기능의 업무데스크를 세우며, 법집행협조기관·행정법집행부문과公安·사법기관업무의 유기적인 연계를 실현한다.

- ③ **기업의 지식재산권 보호능력과 수준의 제고** : 국내외 권리자와의 교류협조를 강화하고, 적시에 지식재산권 방면의 정보자문과 공공서비스를 제공한다. 기업합병·기술거래 등 경제활동에 있어서 지식재산권의 심사체계를 강화하고, 자주적 지식재산권의 유실을 막는다. 기업의 법률무기와 국제규칙 운용을 통한 자기권익 보호를 지원하고 지식재산권의 남용을 방지한다. 기업의 지식재산권 관리제도 건립과 완비를 추진한다. 또한 기업의 국외에서의 권리보호 지원체제를 건립한다.
- ④ **업종협회와 지식재산권 중개조직의 작용을 충분히 발휘** : 업종협회의 자율과 권리보호 활동을 장려, 지원하고, 효과적으로 지식재산권분쟁에 대처한다. 지식재산권 중개 서비스조직의 법에 따른 서비스분야 확대·서비스수준 제고를 지원한다. 관련 법률·법규와 관리방법의 완비를 추진하고 지식재산권 중개서비스 시장을 정리, 규범화한다.
- ⑤ **선전과 교육의 강화** : 다양한 형식을 통해 적시에 중국 지식재산권 보호업무에서의 성과를 선전하고, 전체 사회의 지식재산권 보호의식을 끊임없이 강화한다. 매체 발표제도를 건립하고, 지식재산권 보호에 대한 선전주간활동을 계속해서 전개한다. 여론에 대한 감독작용을 적극적으로 발휘하고, 전형적 침해사건 사례를 발표한다. 여러 경로를 통해 당정부의 지도간부·행정법집행 및 사법인원·기업관리인원에 대한 교육을 실시한다. 지식재산권 보호 법률의 선전교육을 “55”보통법의 내용에 도입하고, 중등학교 교육계획에 포함시킨다. 대학교는 지식재산권 보호의 학과 설치와 전문인재 양성을 강화한다.

### 3.10.2 국가지식재산권 전략강요

중국 국무원은 2008년 6월 5일 발표한 〈국가지식재산권전략강요〉를 통하여 2020년까지 중국을 지식재산권의 창조, 운용, 보호 및 관리가 비교적 높은 수준의 국가로 건설할 계획임을 명확히 밝혔다.

강요는 크게 서언, 지도사상 및 전략목표, 전략중점, 전문임무, 전략조치의 5개 부문 65개 조항으로 구성되어 있다.

강요는 국가지식재산권 전략의 실시가 지식재산권의 창조, 운용, 보호 및 관리능력을 크게 진작함으로써 중국의 자주창신 능력증강 및 창신형 국가의 건설에 유리하며, 사회주의

시장경제체제의 완성, 시장질서의 규범화 및 성실사회의 건립에 유리하며, 중국기업의 시장 경쟁력 증강 및 국가핵심 경쟁력 제고에 유리하며, 대외개방의 확대 및 상호이익의 실현에 유리하므로, 지식재산권 전략을 국가중요전략으로 하여 지식재산권업무를 확실하게 강화하여야 한다고 강조하였다.

국가지식재산권 전략의 지도사상은 창조, 유효한 운용, 법에 의한 보호, 과학적 관리 방침을 격려함으로써, 지식재산권 제도를 완성하고, 양호한 지식재산권의 법치환경, 시장환경, 문화환경을 조성하고, 중국의 지식재산권 창조, 운용, 보호 및 관리를 대폭적으로 제고하여 창신형 국가 및 소강사회(小康社会) 건설을 위한 든든한 버팀목을 제공하여야 한다고 강요는 지적하고 있다.

강요는 또한 국가지식재산권전략의 중점을 다음과 같이 지적하고 있다. 첫째, 지식재산권 제도를 완성하기 위하여 지식재산권의 법집행 및 관리체제를 건전하게 하고, 지식재산권의 법률법규를 진일보하게 완성하며, 경제, 문화 및 사회정책에 있어서 지식재산권의 유도작용을 강화하는 것이다. 둘째, 지식재산권의 창조 및 운용을 촉진하기 위하여 재정, 금융, 투자, 정부조달정책 및 산업, 에너지, 환경보호정책을 운용하고, 시장주체가 지식재산권을 창조 및 운용하도록 유도 및 지지하고, 기업이 지식재산권의 창조 및 운용의 주체가 되도록 지원하는 것이다. 셋째, 지식재산권의 보호를 강화하기 위하여 사법처벌 강도를 강화하고, 권리유지비용을 저감하며, 권리침해 대가를 제고하며, 유효하게 권리침해행위를 제지하는 것이다. 넷째, 지식재산권의 남용을 방지하기 위하여 관련 법률법규를 제정하고, 지식재산권의 경계를 합리적으로 한정하며, 공정경쟁의 시장질서 및 공중합법권익을 보호하는 것이다. 다섯째, 지식을 존중하고, 창신을 숭상하며, 법을 준수하는 지식재산권 문화를 배양하는 것이다.

강요는 전리, 상표, 저작권, 상업비밀, 식물신품종, 전문분야의 지식재산권, 국방지식재산권 등의 전문임무를 명확히 하고, 아울러 지식재산권 창조능력을 향상하고, 지식재산권의 사업화 운용을 격려하고, 지식재산권의 법제건설을 가속화하고, 지식재산권의 법집행 수준을 제고하고, 지식재산권의 행정관리능력을 강화하고, 지식재산권의 중개서비스를 발전시키고, 지식재산권의 인력 건설을 강화하고, 지식재산권 문화의 건설을 추진하며, 지식재산권의 대외교류협력을 확대하는 등 9개 전략조치를 제시하였다.

〈국가지식재산권전략강요〉의 전문내용은 다음과 같다.

## 국무원 국가지식재산권전략강요 발행 관련 통지

각 성, 자치구, 직할시인민정부, 국무원 각 부위원회, 각 직속 기관: 〈국가지식재산권 전략강요〉을 발행하니, 성실하게 관철 및 실시하기 바란다.

국무원  
2008년 6월 5일

## 국가지식재산권전략강요

우리나라 지식재산권의 창조, 운용, 보호 및 관리능력을 제고하고 창신형 국가를 건설하며 전면적인 소강사회를 건설하는 목표를 실현하기 위하여 본 강요를 제정한다.

### 1. 서언

- (1) 개혁개방 이후 우리나라 경제사회는 쾌속적인 발전을 유지하여 왔으며, 과학기술 및 문화창조에서도 장족의 발전을 취득하였으며, 창신능력이 부단히 제고됨에 따라 경제사회 발전에 대한 지식의 작용은 더욱 더 뚜렷해지고 있다. 우리나라는 지금 새로운 역사 출발점에 있으며 지식자원을 대폭 개발 및 이용하는 것은 경제 발전방식을 전환하며 자원환경의 제약을 완화하고 국가의 핵심경쟁력을 제고하며 날로 늘어나는 인민군중의 물질문화생활 수요를 만족시키는데 중대한 전략적 의의가 있다.
- (2) 지식재산권제도는 지식자원을 개발 및 이용하는 기본제도이다. 지식재산권제도는 인민의 지식 및 기타 정보의 소유권을 합리적으로 확정하는 것을 통하여 지식과 정보를 창조, 운용하는 과정 중 발생하는 인민의 이익관계를 조정하며, 창신을 격려하고 경제발전 및 사회진보를 촉진한다. 현 세계에서 지식경제와 경계세계화의

깊은 발전에 따라 지식재산권은 날로 국가발전의 전략적 자원 및 국가경쟁력의 핵심요소로 되고 있으며 창신형 국가를 건설하는 중요한 버팀목이자 발전 주도권을 파악하는 관건이다. 국제사회는 지식재산권 및 창신의 장려를 더욱 중시하고 있다. 선진국가는 창신을 주요 동력으로 경제발전을 추진하며 지식재산권제도를 충분히 이용하여 그 경쟁우세를 유지하며 개발도상국가는 적극적으로 국정에 맞는 지식재산권정책을 실시하여 자신의 발전을 촉진하고 있다.

- (3) 다년간의 발전을 통하여 우리나라 지식재산권 법률법규 체계는 차츰 건전해지고 법률집행 수준도 부단히 제고되었으며 지식재산권 보유량이 빠르게 증가하고 점차 효과를 보이고 있으며 시장주체의 지식재산권 이용능력이 점차 제고되었으며 지식재산권분야의 국제거래도 날로 증가되고 국제영향력도 점차 증강되었다. 지식재산권제도의 건립 및 실시는 시장질서를 규범화하고 발명창조 및 문화창조를 격려하며 대외개방 및 지식자원 도입을 촉진하였으며 경제사회발전에 중요한 작용을 발휘하였다. 그러나 전체적으로 볼 때 우리나라 지식재산권제도는 아직 완전하지 못하며, 자주적 지식재산권 수준 및 보유량은 아직 경제사회발전의 수요를 만족시키지 못하며, 사회대중의 지식재산권 의식이 박약하며 시장주체의 지식재산권 이용능력이 강하지 못하며, 지식재산권 침해 현상이 아직 비교적 돌출하며, 지식재산권 남용행위도 때때로 발생하며, 지식재산권 서비스 지원체계 및 인재배양이 정체되고, 지식재산권제도가 경제사회발전에 대한 촉진작용을 아직 충분히 발휘하지 못하고 있다.

- (4) 국가지식재산권 전략의 실시가 지식재산권의 창조, 운용, 보호 및 관리능력을 크게 진작함으로써, 중국의 자주창신 능력증강 및 창신형 국가의 건설에 유리하며, 사회주의 시장경제체제의 완성, 시장질서의 규범화 및 성실사회의 건립에 유리하며, 중국기업의 시장경쟁력 증강 및 국가핵심 경쟁력 제고에 유리하며, 대외개방의 확대 및 상호이익의 실현에 유리하므로, 지식재산권 전략을 국가중요전략으로 하여 지식재산권업무를 확실하게 강화하여야 한다.



## 2. 지도사상 및 전략목표

### 1) 지도사상

국가지식재산권 전략의 실시는 등소평 이론을 견지하고 “3개대표” 중요사상을 지도로 하며 과학적 발전관을 깊이 관철 및 수행하며 창조, 유효한 운용, 법에 의한 보호, 과학적 관리방침을 격려함으로써, 지식재산권 제도를 완성하고, 양호한 지식재산권의 법치환경, 시장환경, 문화환경을 조성하고, 중국의 지식재산권 창조, 운용, 보호 및 관리를 대폭적으로 제고하여 창신형 국가 및 소강사회 건설을 위한 든든한 버팀목을 제공하여야 한다.

### 2) 전략목표

(1) 2020년까지 우리나라를 지식재산권의 창조, 운영, 보호 및 관리가 비교적 높은 수준의 국가로 건설하여야 한다. 지식재산권 법치환경이 진일보하게 정비하며, 시장주체가 지식재산권 창조, 운영, 보호 및 관리하는 능력을 현저히 증강하며, 지식재산권 의식이 심화되며, 자주적 지식재산권의 수준 및 보유량이 창신형 국가를 건설하는 버팀목이 되며, 지식재산권제도가 경제발전, 문화번영 및 사회건설에 대한 촉진작용이 충분히 드러내야 한다.

(2) 향후5년의 목표는:

- 자주적 지식재산권의 수준을 대폭 제고하며 보유량을 진일보하게 증가한다. 중국 출원인 발명전리의 년도별 수권량이 세계에서 앞서며, 해외 전리출원을 대폭 증가하며, 대량의 국제 저명브랜드를 배양하며, 핵심 저작권산업 생산액의 국내생산총액에서의 비중을 현저히 제고하며, 대량의 우량식물 신품종 및 고수준의 집적회로 배치설계를 보유하며, 상업비밀, 지리표지, 유전자원, 전통지식 및 민간문예 등 효과적으로 보호하며 합리적으로 이용한다.
- 지식재산권의 운용효과를 현저히 증강하며 지식재산권 집약형 상품비중을 현저히 제고한다. 기업의 지식재산권 관리제도를 진일보 건전하게 하며 지식재산권분야에 대한 투입도 대폭 증가하며 지식재산권을 이용하여 시장경쟁에 참여하는 능력도 현저히 제고한다. 대량의 저명브랜드 및 핵심 지식재산권을 보유

하고 지식재산권제도 이용에 익숙한 우세기업을 형성한다.

- 지식재산권 보호현황을 현저히 개선한다. 해적판, 위조 등 권리침해행위를 현저히 감소하며, 권리보호 원가를 현저히 줄이고, 지식재산권의 권리남용 현상을 효과적으로 억제한다.
- 전체 사회 특히 시장 주체의 지식재산권 의식을 보편적으로 제고하며, 지식재산권 문화 분위기를 초보적으로 형성한다.

### 3. 전략중점

#### 1) 지식재산권제도를 정비

- (1) 지식재산권 법률법규를 진일보하게 정비한다. 전리법, 상표법, 저작권법 등 지식재산권 전문법 및 관련 법규를 적시에 개정한다. 유전자원, 전통지식, 민간문예 및 지리표지 등 방면의 입법업무를 적시에 실시한다. 지식재산권 입법연결을 강화하며, 법률법규의 조작성을 증강한다. 반부정당경쟁, 대외무역, 과학기술, 국방 등 방면의 법률법규의 지식재산권 관련 규정을 정비한다.
- (2) 지식재산권 집행 및 관리제도를 건전하게 한다. 사법보호체계 및 행정 법집행체계 건설을 강화하며, 지식재산권 사법보호의 주도작용을 발휘하며, 법률집행의 효율 및 수준을 제고하며 공공서비스를 강화한다. 지식재산권 행정관리체계 개혁을 심화하며, 권한과 책임의 일치, 합리적인 분담, 과학적 의사결정, 순조로운 집행, 유효한 감독의 지식재산권 행정관리체계를 형성한다.
- (3) 지식재산권의 경제, 문화와 사회정책에서의 유도작용을 강화한다. 산업정책, 지역정책, 과학기술정책, 무역정책과 지식재산권정책의 연결을 강화한다. 관련 산업의 발전에 부합되는 지식재산권정책을 제정하여 산업구조의 조정과 최적화를 촉진한다. 지역별 발전 특징에 근거하여 지식재산권 지원정책을 정비하고 지역특색이 있는 경제를 배양하고 지역경제의 조화로운 발전을 촉진한다. 중대한 과학기술 프로젝트의 지식재산권 업무제도를 수립하고 지식재산권의 취득과 보호를 중점으로 전체 과정에 대한 추적 서비스를 제공한다. 대외무역 관련 지식재산권 정책을 건전

히 하며 대외무역분야의 지식재산권 체제, 응급체제, 해외 권리보호제도와 분쟁해결제도를 수립하고 보완한다. 문화, 교육, 과학연구, 위생 등의 정책과 지식재산권 정책의 조화로운 연결을 강화하고 대중이 문화, 교육, 과학연구, 위생 등 활동에서 법에 따라 합리적으로 창조성과 정보를 사용하는 권리를 보장하며 창조성과의 합리적인 공유를 촉진하고 국가의 공공위기에 대처하는 능력을 보장한다.

## 2) 지식재산권 창조와 운용을 촉진

(1) 재정, 금융, 투자, 정부조달정책과 산업, 에너지, 환경보호정책을 이용하여 시장 주체의 지식재산권에 대한 창조와 이용을 인도, 지지한다. 과학기술 창신활동에서의 지식재산권정책의 유도작용을 강화하고 기술창신을 견지하여 합법적인 산업화를 기본적인 전제로 하여 지식재산권을 취득하는 것을 목표로 하며 기술표준의 형성을 방향으로 노력한다. 국가가 자금지원을 제공하는 과학연구성과의 권리 귀속과 이익배당 제도를 보완한다. 지식재산권 지표를 과학기술계획 실시평가체제 및 국유기업 성과평가체계에 포함한다. 지식재산권 집약형 제품의 수출비율을 점차 제고하여 무역성장방식의 근본적 변환과 무역구조의 최적화된 향상을 촉진한다.

(2) 기업이 지식재산권 창조와 이용의 주체로 되게 추진한다. 자주적 창신 성과물의 지식재산권화, 상업화, 산업화를 촉진하고 기업이 지식재산권 양도, 허가, 입찰 등 방식으로 지식재산권의 시장가치를 실현하도록 인도한다. 대학교, 과학연구소의 지식재산권 창조에 대한 중요한 작용을 충분히 발휘한다. 약간의 중점기술분야를 선택하여 핵심적인 자체 지식재산권과 기술기준을 형성한다. 대중적인 발명 창조와 문화창조를 장려한다. 우수한 문화제품의 창작을 촉진한다.

## 3) 지식재산권 보호를 강화

지식재산권 침해행위를 처벌하는 법률법규를 개정하여 사법처벌 강도를 높인다. 권리의자의 자아보호의식과 능력을 제고한다. 권리보호 원가를 인하하고 권리침해 대가를 높이며 권리침해행위를 효과적으로 억제한다.

#### 4) 지식재산권 남용을 방지

관련 법률법규를 제정하며, 지식재산권의 한계를 합리적으로 구분하며, 지식재산권의 남용을 방지하고 공정경쟁의 시장질서 및 공중합법권익을 유지한다.

#### 5) 지식재산권 문화를 양성

지식재산권 홍보를 강화하고 전체사회의 지식재산권 의식을 제고한다. 지식재산권 보급형 교육을 광범하게 전개한다. 정신문명 창조활동과 국가 법률보급교육에 지식재산권 관련 내용을 추가한다. 전체사회에 창조를 영광으로, 표절을 수치로, 성실신용을 영광으로, 위조를 수치로 하는 도덕관념을 발양하여 지식을 존중하고 창조를 숭상하며 성실신용과 법률준수의 지식재산권문화를 형성한다.

### 4. 전문임무

#### 1) 전리

- (1) 국가전략 수요에 맞춰 생물 및 의약, 정보, 신재료, 신제조, 신에너지, 해양, 자원 환경, 현대농업, 현대교통, 항공우주 등 기술영역을 전진 배치하고, 핵심기술의 전리를 장악하여, 중국의 하이테크 산업과 신흥산업의 발전을 지지.
- (2) 표준과 관련된 정책을 제정 및 완성하여, 전리를 표준화는 행위를 규범화. 기업, 업종조직이 국제표준의 제정에 적극 참여.
- (3) 직무발명제도의 정비하여, 직무발명자의 창신 적극성을 자극하고, 전리기술실시를 촉진하는데 유리한 이익분배체제를 건립.
- (4) 전리권 수여 조건에 근거하여 전리심사절차를 정비하고 심사품질을 제고. 비정상 전리출원을 방지.
- (5) 전리보호와 공공이익의 관계를 정확히 처리. 법에 따라 전리권을 보호하는 동시에 강제허가제도를 정비하여, 예외제도의 작용을 발휘할 수 있도록 합리적으로

관련정책을 연구 제정하여, 공공위기 발생시, 공중이 적시에 필요한 제품 및 서비스를 확보할 수 있게 함.

## 2) 상표

- (1) 상표권자와 소비자의 합법권익을 확실하게 보호. 법집행 능력의 건설을 강화하여, 공정경쟁의 시장질서를 유지.
- (2) 기업의 상표전략 실시와 경제활동 중 자체 상표를 사용을 지원. 기업이 상표를 풍부하게 보유하고, 상표 부가가치를 증가하고, 상표지명도를 제고하여 저명상표를 형성하도록 유도.
- (3) 농업 산업화에 있어서 상표의 작용을 충분히 발휘. 시장주체의 상표등록 및 사용을 적극 추진하고, 농산품의 품질제고를 촉진하고, 식품안전을 보증하고, 농산품의 부가가치를 제고하여 시장경쟁력을 증강.
- (4) 상표관리의 강화. 상표심사의 효율을 제고하고, 심사주기를 단축하고, 심사품질을 보증. 시장규율을 존중하고, 저명상표, 유명상표, 유명상품, 브랜드제품, 우수브랜드의 인정 등의 문제를 확실히 해결.

## 3) 저작권

- (1) 뉴스출판, 영화/텔레비전 방송, 문학예술, 문화오락, 광고설계, 공업미술, 컴퓨터 소프트웨어, 정보네트워크 등 저작권 관련 산업발전을 지원하고, 선명한 민족 특색, 시대 특징을 보유한 창작을 지지하고, 시장경쟁에 참여하기 곤란한 우수문화작품의 창작을 지원.
- (2) 제도 정비, 저작권 시장화의 촉진. 저작권 질권, 작품등기 및 양도계약 신고 등의 제도를 진일보하게 정비하고, 저작권의 이용방식을 확대하며, 저작권 교역 원가 및 위험을 저감. 저작권 시장화에 있어서 저작권 단체관리조직, 업종협회, 대리기

구 등 중개조직의 작용을 충분히 발휘.

- (3) 해적판 행위를 법에 따라 처리하고, 해적판 처벌 강도를 강화. 대규모의 해적판 제조 및 전파 산업행위를 중점 단속하고, 해적판 현상을 제지.
- (4) 저작권 보호에 대한 인터넷 등 신기술 발전의 도전을 유효하게 대응. 저작권보호와 정보전파의 보장의 관계를 타당하게 처리하여, 저작권을 법에 따라 보호하면서 정보 전파를 촉진.

#### 4) 영업비밀

시장 주체가 법에 따라 영업비밀관리제도를 건립하도록 유도. 법에 따라 타인의 영업비밀 절취행위를 단속. 영업비밀 보호와 자유직업선택, 비밀 관련 자의 경업제한과 인재의 합리적 유동의 관계를 타당하게 처리하고, 직원의 합법권익을 보호.

#### 5) 식물신품종

- (1) 장려체제를 건립하고, 신품종 재배를 지원하고, 육종 창신 성과를 식물신품종권으로 전환을 촉진.
- (2) 자원제공자, 육종자, 생산자 및 경영자 간의 이익관계를 합리적으로 조절, 농민의 합법권익 보호를 중시. 종묘단위 및 농민의 식물신품종 보호의식을 제공, 품종권자, 품종생산 판매단위 및 신품종을 사용하는 농민의 공동수익을 제고.

#### 6) 특정영역의 지식재산권

- (1) 지리표지 보호제도의 정비. 건전한 지리표지의 기술표준체계, 품질보증체계 및 검사체계의 건립. 지리표지 자원의 전면조사, 지리표지 제품의 지원, 지방특색을 구비한 자연, 인문자원의 우세를 현실 생산력을 전환 추진.
- (2) 유전자원의 보호, 개발 및 이용제도를 정비. 유전자원의 유실 및 무질서한 이용을

방지. 유전자원 보호, 개발 및 이용의 이익관계를 조정, 합리적인 유전자원 확보 및 이익 분배체제를 구축. 유전자원제공자의 지정동의권을 보장

- (3) 건전한 전통지식보호제도의 건립. 전통지식의 정리 및 전승지원, 전통지식발전의 촉진. 전통의약 지식재산권의 관리, 보호 및 이용조정체제의 정비, 전통공예에 대한 보호, 개발 및 이용의 강화.
- (4) 민간예술 보호의 강화, 민간예술발전의 촉진. 민간예술작품 발굴, 민간문예 보존인 및 후속 창작인 간의 합리적인 이익배분체제 건립, 관련 개인, 군중의 합법권익 보호.
- (5) 집적회로 배치설계 전유권의 유효 이용 강화, 집적회로 산업 발전의 촉진.

#### 7) 국방지식재산권

- (1) 국방지식재산권의 통일적 조정관리체제 건립, 전리권 귀속 및 이익분배, 유상사용, 장려체제 및 긴급상황 하 기술실시 등 중대문제 해결.
- (2) 국방 지식재산권 관리의 강화. 지식재산권 관리를 국방 연구개발, 생산, 경영 및 장비구매에 포함, 중대 국방 지식재산권의 장악능력을 증강. 핵심기술지침서 반포, 무기장비 핵심기술 및 민군결합 하이테크 기술영역에 자주적 지식재산권 형성. 국방지식재산권 안전경보체제 건립, 군사기술협력 및 군용품 무역에 있어 국방지식재산권에 대한 특별 심사의 진행.
- (3) 국방지식재산권의 유효한 운용을 촉진. 국방지식재산권의 비밀보호제도를 정비, 국가안전 및 국방이익 확보 기초 하에 국방지식재산권의 민간영역 이전 촉진. 민간영역의 지식재산권이 국방영역에 운용되는 것을 장려.

## 5. 전략조치

### 1) 지식재산권 창조능력의 제고

- (1) 기업 주체, 시장 중심, 산학연이 상호 결합한 자주적 지식재산권 창조체계를 건립. 기업이 연구개발 및 경영활동 전개 전 지식재산권 정보검색을 진행하도록 유도. 기업이 원시적 창신, 집성적 창신 및 도입소화 재창신을 통하여 자주적 지식재산권을 형성하고, 창신성과를 지식재산권으로 전환하는 능력을 제고하도록 지지.

### 2) 지식재산권 산업화 운용의 격려

- (1) 창신요소를 기업에 모으고, 대학교, 과학연구소의 창신성과를 기업으로 이전하고, 기업의 지식재산권의 응용 및 산업화를 촉진하여 산업화 주기를 단축. 각종 지식재산권의 시험, 시범업무를 심도 있게 전개하여 지식재산권의 운용능력 및 지식재산권에 대응한 경쟁능력을 제고.
- (2) 시장주체가 기술자료 및 영업비밀관리제도를 수립하고, 지식재산권 가치평가, 통계 및 재무회계제도를 수립하고, 지식재산권 정보검색 및 중대사항 경보제도 등을 제정하고, 대외협력 지식재산권관리제도를 정비하는 것을 격려 및지지.
- (3) 시장주체가 법에 따라 지식재산권 관련 침해행위 및 법률소송에 대응하고, 지식재산권 분쟁에 대응하는 능력을 제고하는 것을 장려.

### 3) 지식재산권 법제건설을 가속화

- (1) 지식재산권 특징에 적응하는 입법 체제를 건립하고, 입법품질을 제고하고, 입법진척도를 가속화. 지식재산권 입법 전 사전연구 및 입법 후 평가업무를 강화. 입법투명도를 높이고, 기업, 업종협회 및 사회공중의 입법참여 통로의 확대. 지식재산권 법률 개정 및 입법해석을 강화. 지식재산권 새로운 문제에 적시에 대응. 지식재산권 기초성 법률 제정의 필요성 및 실행가능성 연구.



#### 4) 지식재산권 법집행 수준의 제고

- (1) 지식재산권 심판체계의 정비, 심판자원의 배치 최적화, 구제절차의 간소화. 지식재산권 민사, 행정 및 형사사건을 통일적으로 수리하는 전문 지식재산권 법정의 설치 연구. 전리 등 기술성이 강한 사건의 적당한 집중 심리관할 문제의 연구, 지식재산권 상소법원 건립의 탐색. 진일보한 지식재산권 심판기구의 완비, 지식재산권 사법그룹의 충실화, 심판 및 집행 능력의 제고.
- (2) 지식재산권 사법해석 업무의 강화. 지식재산권사건의 전문성에 맞춰 사법감정, 전문가 증인, 기술조사 등 소송제도의 건립 및 정비, 지식재산권 제소 전 임시조치제도의 정비. 전리 및 상표 권리확인, 수권절차의 개혁, 전리무효심리기구 및 상표평심기구의 준사법기구 전환문제의 연구.
- (3) 지식재산권 법집행 인력의 자질 제고. 법집행 자원의 합리적 배치, 법집행 효율 제고. 반복침해, 단체성 침해 및 대규모 사칭, 해적판 행위에 대하여 지식재산권 보호 특별행동을 계획적이고 중점적으로 전개. 지식재산권 형사사건에 대한 행정집법기관의 형사사법기관 이송 및 형사사법기관의 지식재산권 형사사건 수리 역량의 강화.
- (4) 세관 법집행 강도를 강화, 지식재산권 국경보호를 강화, 양호한 수출입 질서의 유지, 중국수출상품의 명성을 제고. 세관집행의 국제협력체제를 충분히 이용, 경계간 지식재산권 위법 범죄행위의 단속, 국제 지식재산권 보호사무에 있어서 세관의 영향력 발휘.

#### 5) 지식재산권 행정관리의 강화

- (1) 지구 및 업종의 지식재산권 전략을 제정 및 실시. 중대경제활동 지식재산권 심의 제도를 건립. 경제사회발전에 필요한 자주적 지식재산권의 창조에 부합하는 산업화 프로젝트를 지원.

- (2) 지식재산권 관리 인력 확보, 업무훈련 강화, 인력 자질 제고. 경제사회발전 수요에 근거하여 현금 이상 인민정부는 상응하는 지식재산권관리기구 설립 가능.
- (3) 지식재산권 심사 및 등기제도 정비, 능력 건설 강화, 절차 최적화, 효율 제고, 행정원가 절감, 지식재산권 공공 서비스 수준 제고.
- (4) 국가 지식재산권 기초정보 공공서비스 기구 구축. 고품질의 전리, 상표, 저작권, 집적회로 배치설계, 식물신품종, 지리적 표시 등 지식재산권 기초정보 데이터베이스의 건설, 중국검색방식과 습관에 적합한 통용검색시스템의 개발 가속화. 식물신품종 보호검사기구 및 보관기구의 완비, 국방지식재산권정보기구 건립.
- (5) 지식재산권 경보체제 건립. 중점영역의 지식재산권 발전추세 보고 공포, 발생 가능한 광범위하고 영향력이 큰 지식재산권 분쟁, 쟁점 및 돌발사건에 대하여 대책 제정, 타당한 대응, 손해의 제어 및 경감.

#### 6) 지식재산권 중개 서비스

- (1) 지식재산권 중개서비스 관리를 정비, 업종 자율을 강화, 정보관리, 신용평가 및 실연징계 등 성실정보관리제도를 건설. 지식재산권 평가업무를 규범화, 평가 공신력을 제고.
- (2) 지식재산권 중개서비스 영업훈련제도의 건립, 중개서비스 직업훈련 강화, 영업자 질관리의 규범화. 지식재산권 대리인 등 중개서비스 인원의 영업범위 명확화, 관련 변호사 대리제도 연구. 국방지식재산권 중개서비스 체계 정비. 중개조직의 해외 지식재산권 출원 및 분쟁처리 서비스 능력 및 국제지식재산권사무 참여능력의 대대적인 제고.
- (3) 업종협회의 작용의 충분한 발휘, 업종협회의 지식재산권업무 전개의 지원, 지식재산권 정보교류 촉진. 업종협회 지식재산권업무에 대한 정부의 감독지도의 강화.

- (4) 기술시장의 작용을 충분히 발휘, 충분한 정보, 활발한 교역, 질서가 양호한 지식재산권 교역체계의 구축. 교역절차의 간소화, 교역원가의 저감, 우수한 서비스 제공.
- (5) 지식재산권 정보서비스 시장화 배양 및 발전, 다양한 지식재산권 정보요구 만족. 사회자금의 지식재산권 정보화 건설 투자를 장려, 부가가치성 지식재산권 정보개발 이용에 기업이 참여하는 것을 장려.

#### 7) 지식재산권 인력 건설 강화

- (1) 부문 간 협력체제 건립, 지식재산권 인력자원 건설 총괄 계획. 국가 및 성급 지식재산권 인재 데이터베이스 및 전문인재 정보네트워크체제 건설 가속화.
- (2) 약간의 국가지식재산권 인재배양기지 건설. 지식재산권 교사자질 인력 건설의 가속화. 지식재산권 2급 학과 설립, 대학교의 지식재산권 석사, 박사 학위 수여기관 설립 지원. 대규모 각급 지식재산권 전문인재 배양, 시급한 기업의 지식재산권 관리 및 중개서비스 인재의 중점 배양.
- (3) 배양계획 제정, 당정 지도간부, 공무원, 기업사업단위 관리인원, 전문기술인원, 문학예술창작인원, 교사 등의 지식재산권 훈련의 광범위한 전개.
- (4) 지식재산권 전문인재 관련제도의 도입, 사용 및 관리의 정비, 인재구조의 최적화, 인재의 합리적 유동 촉진. 공무원법의 실시를 결합, 지식재산권 관리부문 공무원 관리제도의 정비. 국가직명제도개혁의 총체적 요구에 따라, 지식재산권 인재의 전문기술평가체계를 건립 및 정비

#### 8) 지식재산권 문화건설 추진

- (1) 정부주도, 뉴스매체 지원, 광범위한 사회공중이 참여하는 지식재산권 선전업무체계를 건립. 협조체제를 정비, 관련정책 및 업무계획을 제정, 지식재산권의 선전보급 및 지식재산권 문화건설을 촉진.

- (2) 대학교에 지식재산권 관련 과정을 개설하여 지식재산권 교육을 대학생 자질 교육 체계에 포함. 전국 초중학교 지식재산권 보급 교육계획을 제정 및 실시, 지식재산권 내용을 초·중학교 교육과정체계에 포함.

#### 9) 지식재산권 대외교류협력 확대

- (1) 지식재산권 영역의 대외교류협력을 강화. 지식재산권 대외정보 소통교류체제를 건립 및 정비. 국제 및 구역 간 지식재산권 정보자원 및 기초시설의 건설 및 이용의 교류협력을 강화. 지식재산권 인재배양의 대외협력을 전개하는 것을 장려. 공적 파견 유학생을 유도하고, 자비 유학생이 지식재산권을 선택하는 것을 장려. 해외 지식재산권 고위층 인재를 끌어들이고 채용하는 것을 지지함. 국제 지식재산권 질서의 구축에 적극 참여, 국제조직의 관련 의사일정에 유효하게 참여.

## 제4장 전리 민사분쟁 및 법률쟁점 판례 가이드

4.1 전리 민사분쟁 판례 가이드

4.2 법률쟁점 판례 가이드





## 전리 민사분쟁 판례 가이드

## 4.1

**4.1.1 전리출원권 귀속분쟁**

전리출원권 분쟁은 발명창조의 전리출원 이전 또는 이후부터 전리권 수여 전까지 당사자 간에 누구에게 전리를 출원할 권리가 있는지에 대하여 발생하는 분쟁을 가리킨다.

중국 헌법 제47조의 규정에 따라 중화인민공화국의 국민은 과학연구를 진행하고 발명창조를 할 권리와 자유를 가진다. 그러나 전리출원조건을 구비한 발명창조의 발생 후 누구든지 국무원전리행정부서에 전리출원을 제출할 수 있는 것은 아니다.

전리법의 규정에 따르면, 본 단위의 임무를 집행하거나 주로 본 단위의 물질적 기술조건을 이용하여 완성한 발명창조가 직무발명창조로서, 이러한 직무발명창조를 전리출원 할 권리는 당해 단위에 속한다. 한편, 비직무발명창조의 전리출원권은 발명자 또는 설계자에게 속하다.

둘 이상의 단위 또는 개인이 합작하여 완성하는 발명창조와 하나의 단위 또는 개인이 기타 단위 또는 개인의 위임을 받아 완성하는 발명창조에 대해서는 별도 협의가 있는 경우를 제외하고 전리출원권은 완성 또는 공동 완성한 단위 또는 개인에 속한다.

전리출원권 귀속과 관련한 쟁의가 발생할 경우, 당사자는 전리법 실시세칙 제79조의 규정에 따라 전리업무관리부문에 조정을 청구할 수도 있다.

**4.1.2 전리권 귀속분쟁**

전리권 귀속분쟁사건은 발명창조에 대하여 정식으로 전리권이 수여된 이후, 당사자 간에 당해 발명창조의 진정한 권리자가 누구인지에 대하여 권리귀속 쟁의가 발생하는 것을 가리킨다.

이러한 종류의 분쟁은 전리권 취득자가 실제 권리자가 아닐 수도 있기 때문에 실제 권리자가 인민법원에 제소하여 전리권 향유를 요구함으로써 민법상 확인소송을 형성하게 된다.

전리권 귀속분쟁은 주로 다음의 몇 가지 종류를 포함한다.

- ① 단위에 속한 직무발명창조를 개인이 비직무발명으로 전리출원하여 전리권을 획득함

- 으로써 발생하는 분쟁,
- ② 개인에 속한 비직무발명창조를 단위가 직무발명으로 전리출원하여 전리권을 획득함으로써 발생하는 분쟁,
  - ③ 일방 당사자가 완성하거나 다수당사자가 공동 완성한 발명창조를, 당사자 이외의 자가 전리출원하여 전리권을 획득함으로써 발생하는 분쟁,
  - ④ 계약상 권리귀속을 약정을 하지 않은 상황에서, 위임계약에 의해 완성한 발명창조를 위임자가 전리출원하여 전리권을 획득함으로써 발생하는 분쟁,
  - ⑤ 계약상 권리귀속을 약정하지 않고 각방 당사자 중 일방의 자신이 공유한 전리출원권에 대한 포기 성명이 없는 상황에서 합작 개발하여 완성한 발명창조를 공유자 중 일방 또는 일부 당사자가 전리출원하여 전리권을 획득함으로써 발생하는 분쟁.

전리권 귀속과 관련한 쟁의가 발생할 경우, 당사자는 전리법 실시세칙 제79조의 규정에 따라 전리업무관리부문에 조정을 청구할 수도 있다.

#### 4.1.3 전리권 침해분쟁

전리권 침해분쟁사건은 전리분쟁 중 가장 대표적인 사건이다.

전리법 제11조 제1항의 규정에 따라 발명 및 실용신안 전리권이 수여된 후에는 동 법에 별도의 규정이 있는 경우를 제외하고는 어떠한 단위나 개인도 전리권자의 허가를 받지 않고 그 전리를 실시할 수 없다. 즉, 생산경영 목적을 위하여 그 전리제품을 제조, 사용, 판매청약, 판매, 수입하거나 그 전리방법을 사용할 수 없으며, 또한 그 전리방법에 따라 직접 획득한 제품을 사용, 판매청약, 판매, 수입할 수 없다.

또한 전리법 제11조 제2항의 규정에 따라 디자인전리권이 수여된 후에는 어떠한 단위나 개인도 전리권자의 허가를 받지 않고 그 전리를 실시할 수 없다. 즉, 생산경영 목적을 위하여 그 디자인 전리제품을 제조, 판매, 수입할 수 없다.

전리권자의 허가를 받지 아니하고 그 전리를 실시하는 경우, 즉 그 전리권을 침해하여 분쟁을 일으키는 경우에는 당사자가 협상하여 해결한다. 협상을 원하지 않거나 협상이 이루어지지 않는 경우에는 전리권자 또는 이해관계인은 인민법원에 제소하거나 전리업무관리부문에 처리를 청구할 수 있다. 전리업무관리부문이 처리할 때 권리침해행위가 성립된다고 인정되면 권리침해행위를 즉각 정지하도록 명령할 수 있다.



당사자는 이에 불복할 경우에는 처리통지를 받은 날로부터 15일 내에 〈중화인민공화국행정소송법〉에 따라 인민법원에 제소할 수 있다. 권리침해자가 기간이 만료될 때까지 제소하지도 아니하고 권리침해행위를 중지하지도 아니할 경우에는 전리업무관리부문은 인민법원에 강제집행을 신청할 수 있다. 처리를 진행하는 전리업무관리부문은 당사자의 청구에 응하여 전리권침해에 대한 배상액의 조정을 진행할 수 있으며, 조정이 이루어지지 않을 경우에는 당사자는 〈중화인민공화국민사소송법〉에 근거하여 인민법원에 제소할 수 있다.

#### 4.1.4 전리출원권·전리권 양도계약분쟁

최고인민법원의 관련 사법해석 규정에 따라 전리출원권 및 전리권의 양도계약과 관련된 분쟁은 전리분쟁사건의 범위에 포함된다.

전리법 제10조의 규정에 따라 전리출원권 및 전리권은 양도할 수 있다. 중국의 단위 또는 개인이 외국인에게 전리출원권 또는 전리권을 양도하는 경우에는 국무원 대외경제무역주관 부문 및 국무원 과학기술행정부문의 인가를 얻어야 한다.

전리출원권 또는 전리권을 양도하는 경우에는 당사자가 서면에 의한 계약을 체결하고 국무원 전리행정부문에 등록해야 하며, 국무원 전리행정부문은 이를 공고한다. 전리출원권 또는 전리권의 양도는 등록일로부터 효력이 발생된다.

전리법 제10조의 “전리출원권”은 출원인이 전리국에 출원을 제출한 후 전리출원에 대하여 향유하는 권리로서 전리법 제6조의 “전리출원의 권리”와는 구별된다. 전리법 제6조의 전리출원의 권리는 발명창조를 행한 후 그 발명창조에 대하여 향유하는 전리출원의 권리를 가리킨다. 이러한 권리의 양도는 국가지식재산권국의 절차와 관련이 없다.

#### 4.1.5 타인전리사칭분쟁

최고인민법원의 관련 사법해석 규정에 따라 타인전리사칭과 관련된 분쟁은 전리분쟁사건의 범위에 포함된다.

타인전리사칭은 제품 또는 제품의 포장 또는 제품의 광고·선전자료 상에 전리권자의 전리표기 또는 전리번호를 붙여서 사람들로 하여금 그 제품이 전리권자의 전리제품으로 믿게 하는 행위를 가리킨다. 그러므로 유효한 전리권의 존재가 타인전리사칭행위 발생의 기초가 된다.

전리법 실시세칙 제84조의 규정에 따라 아래행위는 타인전리사칭행위에 속하게 된다.

- ① 허가를 받지 않고, 제조 또는 판매하는 제품, 제품의 포장에 타인의 전리번호를 표기하는 행위,
- ② 허가를 받지 않고, 광고 또는 기타 선전자료에 타인의 전리번호를 사용하여 사람들로 하여금 관련 기술이 타인의 전리기술로 오인하게 하는 행위,
- ③ 허가를 받지 않고, 계약서에 타인의 전리번호를 사용하여 사람들이 계약서 관련 기술을 타인의 전리기술로 오인하게 하는 행위,
- ④ 타인의 전리증서, 전리서류 또는 전리출원서류를 위조 또는 변조하는 행위.

#### 4.1.6 발명전리출원 임시기간 사용비 분쟁

최고인민법원의 관련 사법해석 규정에 따라 임시보호기간, 즉 발명전리출원 공개 후 전리권 수여 전까지의 사용비 쟁의는 전리분쟁사건의 범위에 포함된다.

전리법에 있어서 임시보호기간은 발명전리출원 공개 후 전리권 수여 전까지의 기간을 말한다. 전리법 제13조의 규정에 따르면, 발명전리출원 공개 후 출원인은 그 발명을 실시하는 단위 또는 개인에게 적당한 비용의 지불을 요구할 수 있다. 만약 실시자가 자발적으로 적당한 사용비를 지불하지 않는 경우에는 전리권 수여 후 권리자는 임시보호기간 사용비의 소송을 제기할 수 있다.

발명전리에 대한 임시보호기간 비용소송의 제기는 반드시 전리권자가 전리권을 받은 후에 해야 하며, 소송청구 중에는 단지 실시자가 적당한 비용을 지불하도록 요구할 수 있다. 그러므로 전리권이 비준된 후에만 전리권자는 비로소 임시보호기간 사용비의 소송을 제기하여 임시보호기간에 그 발명을 실시한 자에게 적당한 비용을 지불하여 경제손실을 배상하도록 요구할 수 있다.

발명전리출원 공개 후 전리권 수여 전까지의 사용비 쟁의가 발생할 경우, 당사자는 전리법 실시세칙 제79조의 규정에 따라 전리업무관리부문에 조정을 청구할 수 있다. 이 경우 전리권이 수여된 후에 조정을 청구하여야 한다.

#### 4.1.7 직무발명창조 발명자·설계자의 장려금·보수 분쟁

최고인민법원의 관련 사법해석 규정에 따라 직무발명창조와 관련되어 발생하는 발명자 및 설계자의 장려금 및 보수 쟁의는 전리분쟁사건의 범위에 포함된다.

전리법 제16조의 규정에 따라 전리권이 수여된 단위는 직무발명창조의 발명자 또는 설계

자에게 장려금을 지급하여야 하며, 또한 발명창조전리의 실시 후 그 보급사용의 범위와 취득한 경제이익에 근거하여 발명자 또는 설계자에게 합리적인 보수를 제공하여야 한다.

① **직무발명창조의 장려금** : 전리권을 수여 받은 국유기업사업단위는 전리권이 공고된 날로부터 3개월 이내에 발명자 또는 설계자에게 장려금을 지급해야 하며, 1개의 발명전리의 장려금은 2,000위안 보다 적어서는 안 된다. 1개의 실용신안 또는 디자인전리에 대한 장려금은 500위안 보다 적어서는 안 된다.

② **직무발명창조의 보수** : 전리권을 수여 받은 국유기업사업단위는 전리권의 유효기간 내에 발명창조의 전리를 실시한 후, 매년 해당 발명전리 또는 실용신안전리의 실시에 의해 얻어진 이익 중 납세후의 2% 이상의 액수를 공제하거나 또는 디자인전리 실시로부터 얻은 이익에서 납세 후 0.2% 이상을 공제하여 발명자 또는 설계자에게 보수로서 지급해야 하며, 상기의 비율을 참조하여 발명자 또는 설계자에게 1회에 한하여 보수를 지급할 수도 있다.

③ **직무발명창조의 실시허가와 관련된 보수** : 전리권을 수여 받은 국유기업사업단위가 그 밖의 단위 또는 개인에게 해당 전리의 실시를 허가했을 때는 해당 전리 실시허가에 의해 수취한 실시료 중 납세 후 10% 이상의 액수를 공제하여, 발명자 또는 설계자에게 보수로서 지급해야 한다.

발명자 또는 설계자가 장려금 및 보수의 문제로 인해 소속 단위와 쟁의가 발생할 경우, 당사자는 전리법 실시세칙 제79조의 규정에 따라 전리업무관리부문에 조정을 청구할 수도 있다.

#### 4.1.8 제소 전 권리침해 정지 및 재산보전신청 분쟁

최고인민법원의 관련 사법해석 규정에 따라 제소 전 권리침해 정지 및 재산보전신청과 관련된 쟁의는 전리분쟁사건의 범위에 포함된다.

전리법 제61조 제1항에 따라 전리권자 또는 이해관계자가 타인이 전리권 침해행위를 실시하고 있거나 실시하려고 하고 있어 만약 적시에 제지하지 않으면 그 합법권익이 보충하기

어려운 손해를 입을 수 있다는 증거를 가지고 있는 경우에는 제소 전에 인민법원에 유관행위를 정지하고 재산보전의 조치를 취하는 것을 명령할 것을 신청할 수 있다.

제소 전 인민법원에 재산보전조치를 신청하는 경우에는 민사소송법 제93조의 규정에 따라 신청인은 담보를 제공하여야 한다.

민사소송법 제94조는 재산보전은 차압, 압류, 동결 또는 법률규정의 기타방법을 취할 수 있도록 규정하고 있다.

#### 4.1.9 전리 발명자·설계자 자격 분쟁

최고인민법원의 관련 사법해석 규정에 따라 전리출원에 있어서 당사자 간에 누가 발명자 또는 설계자인지로 인해 발생하는 쟁의는 전리분쟁사건의 범위에 포함된다. 발명자 또는 설계자의 권리는 실제 일종의 명예권이자 정신적 권리이며 또한 당연히 경제적 권리의 내용을 포함한다.

전리법 제17조는 발명자 또는 설계자는 전리문건에 자신이 발명자 또는 설계자라고 기재할 권리를 가진다고 규정하고 있다. 이 조항은 전리법의 발명창조자의 인신권리에 대한 보호를 나타낸다. 발명자 또는 설계자로서의 이러한 인신권리는 양도할 수 없고 계승할 수도 없으며, 전리출원인 또는 전리권자의 변경으로 인해 변화될 수 없다.

비직무발명창조의 경우, 발명자 또는 설계자는 대부분 전리권자로서 전리권자의 일체 권리와 의무를 향유한다.

직무발명창조의 경우, 전리법의 규정에 따라 전리권의 소유단위 또는 보유단위는 직무발명창조의 발명자 또는 설계자에게 장려금을 지급하여야 한다. 또한 발명창조전리의 실시 후에는 그 보급사용의 범위와 취득한 경제효과에 근거하여 발명자 또는 설계자에게 합리적인 보수를 제공하여야 한다.

주의해야 할 점은 장려 또는 보수를 받을 자격이 있는 사람은 단지 발명자 또는 설계자 즉, 발명창조의 완성에 창조적인 기여를 한 사람으로 제한한다. 기술적 도움을 준 적이 있는 경우에 대하여 예를 들어, 도면작성, 계산, 시험검사 등을 진행한 사람은 이에 포함되지 않는다.

발명자 또는 설계자의 자격분쟁이 발생하는 경우, 당사자는 전리법 실시세칙 제79조의 규정에 따라 전리업무관리부문에 조정을 청구할 수도 있다.

#### 4.1.10 전리실시허가계약 분쟁

최고인민법원의 관련 사법해석 규정에 따라 전리실시 허가와 관련되어 발생하는 쟁의는 전리분쟁사건의 범위에 포함된다.

전리법 제12조의 규정에 따라 어떠한 단위 또는 개인이라도 타인의 전리를 실시하는 경우에는 전리권자와 서면에 의한 실시허가계약을 체결하고, 전리권자에게 전리사용료를 지불해야 한다. 피허가자는 계약에서 정하는 자 이외의 어떠한 단위 또는 개인에 대해서도 그 전리의 실시를 인정할 권리를 갖지 않는다.

전리권자가 타인과 체결한 전리실시허가계약은 계약의 효력발생일로부터 3개월 이내에 국무원 전리행정부문에 신고해야 한다.

전리실시허가계약은 크게 다음과 같이 분류할 수 있다.

- (1) **독점실시허가** : 일정기간 내, 전리권이 유효지역범위 내에서, 전리권자가 하나의 피허가자에게만 그 전리를 실시하도록 허가하는 것으로 전리권자 자신도 그 전리를 실시할 수 없다.
- (2) **배타실시허가** : 일정기간 내, 전리권이 유효지역범위 내에서, 전리권자가 하나의 피허가자에게 그 전리를 실시하도록 허가하는 것으로 전리권자 자신은 그 전리를 실시할 수 있다.
- (3) **보통실시허가** : 일정기간 내에, 전리권자가 타인이 그 전리를 실시하도록 허가하며, 동시에 제3자에게 그 전리를 실시하도록 허가하는 권리를 보유하는 것을 가리킨다. 이 경우 동일지역 내에 피허가자가 동시에 여러 명이 있을 수 있으며 전리권자 자신도 실시할 수 있다.

#### 4.1.11 전리권 비침해 확인청구분쟁사건<sup>1)</sup>

전리권 비침해 확인청구사건은 우리에게 익숙하지 않은 분쟁사건일 뿐만 아니라 중국에서도 새로운 전리분쟁사건으로 논쟁이 되고 있는 분야이므로 비교적 상세히 소개하고자 한다.

1) 程永顺, 中国专利诉讼, 知识产权出版社, 2006. 4., pp. 319 - 329.

## 1) 개요

전리권 비침해 확인청구는 중국에서는 새로운 전리분쟁사건이며 이의 탄생은 특수한 배경을 지닌다.

1984년 제정한 전리법 제62조는 전리권 침해로 간주하지 않는 상황 중에 “비고의행위(非故意行为)”를 포함한다고 규정하였는데, 이는 “전리권자의 허가 없이 제조, 판매한 전리제품임을 알지 못하고(不知道) 사용 또는 판매”하는 경우는 전리권 침해로 간주하지 않음을 의미한다.

1990년대에 들어서면서 중국에서는 전리출원량 및 등록량의 증가와 함께 전리침해분쟁이 증가하기 시작했다. 그러나 전리침해사건에 한 가지 현상이 발생하였는데 즉, 전리권자가 사용자 또는 판매상을 전리권 침해로 제소하면 사용자 또는 판매상이 “몰랐다(不知道)”는 핑계를 제멋대로 이용하여 항변함으로써 침해책임의 부담을 회피하는 것이었다. 왜냐하면 전리권자는 피고가 마땅히 알았음을 증명하는 증거를 제시하기가 매우 어렵기 때문이다. 피고인의 이와 같은 항변을 방지하기 위하여 전리권자는 보편적으로 침해행위의 발견 후 먼저 침해중지의 경고를 발송하는 조치를 취하였다. 이에 따라 경고서신, 변호사성명이 대량으로 출현하였다. 왜냐하면 이와 같은 경고서신 및 변호사성명이 있으면 피고가 “몰랐다(不知道)”는 핑계를 항변이유로 이용할 수 없기 때문이다. 이 현상의 출현에 곧이어 다른 현상이 발생하였는데 즉, 전리권자는 도처에 변호사 성명 및 경고서신을 배포한 후 경고대상자와 침해분쟁을 협상하거나 기타 경로를 통해 분쟁을 해결하려고 하지 않고 단지 경고대상자가 시장에서 퇴출되거나 경고 받은 “침해제품”이 다시 사용 또는 판매되지 못하도록 하고, 전리권자의 제품이 시장에 진입하기만 하면 그만이었다. 반면에 이러한 상황에서 경고대상자의 태도는 매우 피동적으로 바뀌었다. 만일 자신이 사용 또는 판매행위를 실시하지 않으면 이는 그 행위의 위법성을 인정하는 것과 같지만 진정한 위법여부는 결론을 내릴 수가 없었다. 또한 만일 계속해서 사용 또는 판매행위를 실시할 경우, 일단 침해소송이 제기되면 “몰랐다(不知道)” 또는 “비고의(非故意)”라는 핑계를 이용하여 항변할 수 없어 반드시 전리권침해의 책임을 부담하여야 했다. 한편, 배후의 제품제조상은 더욱 피동적이었으며 가끔 영문도 모른 채 시장에서 퇴출되거나 판매상 혹은 대리상과 계약분쟁이 발생하기도 하였다.

일부 사업가 또는 제품의 제조자는 피동적 상태를 능동적으로 바꾸기 위하여 비침해소송을 제기하고 법원에 자신의 실시행위가 타인의 전리권에 대한 침해를 구성하지 않음을 확인해 줄 것을 청구하였다. 그러나 중국의 민사소송법 및 전리법에는 이에 대한 절차 규정이

없기 때문에 대부분은 제소할 방법이 없었다. 이러한 상황에서 일부 기업은 “명예권 침해”의 소송을 제기하였다. 전리권자가 간행물에 게재하거나 시장에 경고서신 및 변호사 성명을 배포하는 행위는 명예권 침해를 구성하여 그 상업적 명성에 피해를 준다고 판단하였다.

그러나 이러한 민사분쟁은 전리분쟁이 아니기 때문에 이는 보통법원 민사심판정이 심리하며, 전리분쟁과 같이 전문적으로 지정된 법원 및 심판정에서 심리하지 않았다. 그러나 이러한 사건은 명목상 명예권침해분쟁이지 사실상 심리내용은 원고의 실시행위가 피고(전리권자)의 전리권에 대한 침해를 구성하는지 여부에 관한 것이었다. 이 때문에 소송을 접수하는 법원은 심리과정에서 많은 어려움에 봉착하였다.

이와 같은 상황에서, 이러한 분쟁의 증가와 함께 업계가 법원에 전리권비침해확인청구사건을 직접 입안하여 심리할 것을 요구하는 목소리가 점차 높아졌다.

## 2) 관련 사법해석 및 사례

2002년 7월 12일, 최고인민법원 민3정은 강소성고급인민법원의 “소주용보공사(苏州龙宝公司)가 소주랑력복공사(苏州郎力福公司)를 제소한 전리권비침해확인구분쟁사건에 관한 문의”에 대한 답변에서 다음과 같이 지적하였다. “민사소송법 제108조 및 제111조의 규정에 따라 조건에 부합하는 제소에 대하여 인민법원은 이를 수리하여야 한다. 본 사건에서 피고랑력복공사가 원고용보공사의 제품을 판매한 자에게 서신을 발송하여 원고의 제품이 침해와 관련된 제품이라고 지적함으로써, 판매상이 원고제품의 판매를 중지하여 원고의 이익에 손해를 주었으므로, 원고는 본 사건과 직접적인 이해관계가 있다. 원고는 제소에 있어서 명확한 피고를 지정하고 있다. 구체적인 소송청구, 사실 및 이유가 있다. 인민법원이 수리하는 민사소송의 범위 및 소송을 수리한 인민법원의 관할에 속한다. 이에 따라 인민법원은 본 사건을 수리하여야 한다”.

본 사건에서 원고가 인민법원에 소송을 제기한 목적은 단지 피고가 서한을 발송하여 침해를 고발한 행위에 대하여 법원에 자신이 침해하지 않았다는 확인을 청구한 것이지 피고의 행위가 권리침해라고 주장하면서 그 침해책임을 추궁한 것이 아니다. “전리권비침해확인청구분쟁”을 사건명칭으로 하는 것은 당사자 분쟁의 본질을 직접 반영하고 당사자의 청구와 법원재판사항의 핵심내용을 더욱 잘 나타낼 수 있다.

이 답변은 인민법원이 당사자가 제기한 전리권비침해확인청구분쟁사건을 수리하여 일종의 전리민사분쟁사건으로 할 수 있음을 최초로 명확하게 보여주었다.

이 때부터 많은 법원이 이와 같은 분쟁을 수리하였다.<sup>2)</sup> 이와 동시에 침해경고대상자는 전리권자에 대하여 법원에 전리권비침해확인을 청구하고 전리권자는 피고가 자신의 전리권을 침해한다고 제소하는 현상이 발생하였는데 두 사건에서 상호적으로 원고와 피고가 되는 사건당사자가 서로 다른 법원에 제소하여 다른 법원이 각각 수리함으로써 법원 간에도 관할권 분쟁이 발생하였으며 일부 사건은 심지어 최고인민법원에 올라갔다.

2003년 12월 3일 최고인민법원 민3정은 산둥성 고급인민법원과 강소성 고급인민법원의 문의에 대하여 《미국 EliLilly회사(美国伊莱利利公司)와 상주화생제약유한공사(常州华生制药有限公司)의 전리침해분쟁사건 관련 관할지정에 관한 통지》에서 다음과 같이 지적하였다. 산둥성 청도시 중급인민법원이 수리한 (2003)青民停字第1호, 미국 EliLilly회사의 상주화생제약유한공사에 대한 전리침해행위중지명령 신청사건 및 (2003)青民三初字第1416호, 미국 EliLilly회사의 상주화생제약유한공사에 대한 전리침해분쟁사건과 강소성 남경시 중급인민법원이 수리한 (2003)宁民三初字第212호, 상주화생제약유한공사의 미국 EliLilly회사에 대한 전리권비침해 확인분쟁사건은 모두 중국전리 91103346.7호와 관련된 것으로서 상주화생제약유한공사의 “화생olanza-pine(华生奥氮平)” 약품에 대한 제조, 판매 및 판매청약의 행위에 대하여 신청 또는 소송청구를 제기하였다. 강소성 남경시 중급인민법원은 앞서 사건을 실제 입안하고 수리하였다. 민사소송법 제37조 제2항과 최고인민법원의 《경제심판업무에서의〈중화인민공화국민사소송법〉의 엄격한 집행에 관한 약간규정》 제2조의 규정에 따라 산둥성 청도시 중급인민법원은 수리한 미국 EliLilly회사의 상주화생제약유한공사에 대한 전리침해분쟁 관련 두 개 사건을 강소성 남경시 중급인민법원에 이송하여 병합, 심리하도록 한다. 동시에, 상주화생제약유한공사는 미국 EliLilly회사의 상주화생제약유한공사에 대한 전리침해행위 중지명령 신청사건과 관련하여 산둥성 청도시 중급인민법원이 내린 (2003)青民停字第1호 민사재정서에 대하여 재심의(复议)신청을 제기하였으며, 관련 사건들 간의 절차상 상호 연관성으로 인해 산둥성 청도시 중급인민법원에 당해 사건을 전부 강소성 남경시 중급인민법원으로 이송하여 강소성 남경시 중급인민법원이 당해 재심의 신청을 병합하여 법에 따라 결정한다. 산둥성 청도시 중급인민법원은 본 통지의 접수일부터 7일 이내에 모든 사건파일과 관련 자료를 완벽히 준비하여 강소성 남경시 중급인민법원에 이송하여야 한다.

중국 민사소송법에는 비침해확인청구소송에 대한 명문 규정이 없기 때문에 최고법원의 회신이 발표된 후 업계에 큰 반향을 불러일으켰다. 또한 최고법원의 몇 차례 회신은 하급법원

2) 복대 법보에 공개된 건을 기준으로 할 때, 비침해확인청구분쟁사건은 총 25건이다. 이 중 강소성 법원이 21건으로 대부분을 차지하며, 중경시 법원이 2건, 상해, 안휘성 법원이 각각 1건씩이다.



이 문의한 서로 다른 문제와 관련되고 이러한 사건의 많은 구체적인 문제에 대하여 전면적으로 규정할 수 없기 때문에 사법실천과정에서 이러한 문제들에 대한 인식에 있어 다양한 해석이 발생하였다.

우선, 비침해확인청구소송은 어떤 성격에 속하는가?

일부 관점에서는 전리권비침해확인청구는 확인소송에 속한다고 판단하였다. 소송의 목적은 법원에 그 실시행위가 타인의 전리권에 대한 침해를 구성하는지 여부를 확인하도록 요청하기 위함이다. 한편, 일부 관점에서는 비침해확인청구소송은 본질상 침해소송이라고 판단한다. 침해소송의 원고는 전리권자 또는 이해관계자만이 될 수 있으며, 비침해확인청구소송의 원고는 행위실시자이다. 또한 다른 관점에서는 비침해확인청구는 실질적으로 전리침해소송 내의 일종의 항변이므로 이는 단독으로 소송이 되지 못하고 법원의 입안 후 전리권자가 일단 소송에 진입하면 비침해확인청구소송은 전리침해소송으로 변경되어야 한다고 판단하였다. 한편, 최고법원은 상술한 관련 사법회신에서 다음 사항을 명확히 하였다. “전리권비침해확인소송은 침해류 사건에 속한다”. 사실 이 정도로는 명확히 충분하지 않으며 이 문제에 대해서는 앞으로 더 연구해야 할 필요가 있다.

다음으로 비침해확인청구분쟁사건에 대하여 어떻게 심리하는가?

현재 사법실천과정에서 이러한 사건은 관할문제부터 심리내용, 더 나아가 판결주문의 작성문제에까지 많은 분쟁문제가 존재한다. 각지 법원의 조치는 통일적이지 않고 법관 및 학자의 견해도 일치하지 않으므로 입법 또는 사법해석을 통해 명확하게 규정하는 것이 시급히 필요하다.

### 3) 비침해확인청구사건에 대한 심리

#### (1) 사건 제소

민사소송법 제108조의 규정에 따라 민사사건의 제소 조건은 다음과 같다. ① 원고는 본 사건과 이해관계가 있어야 한다. ② 명확한 피고가 존재한다. ③ 구체적인 소송청구와 사실 및 이유를 구비한다. ④ 인민법원의 민사소송 수리범위 및 소송을 수리하는 인민법원의 관할에 속한다. 전리권비침해확인소송은 상기 조건에 부합하여야 한다. 그러나 원고가 인민법원에 타인의 전리권에 대한 비침해확인을 청구할 시 어떠한 사실과 이유를 구비해야 하는지에 대해서는 관점이 동일하지 않다.

그 중 첫째 관점은 원고가 그 행위가 타인의 전리권을 침해할 가능성이 있다고 인식하기만 하면 즉시 인민법원에 제소할 수 있다고 판단하는 것이다. 이러한 관점은 간단히 “의식설(意识说)”이라고 한다. 이 관점은 원고의 소송권 행사에 대하여 지나치게 큰 가능성을 제공하기 때문에 확실히 대량의 소송남용행위를 조성하여 권리자를 매우 분주하게 만들고 동시에 인민법원의 심판압력을 증가시키며 사법자원의 대량적인 낭비를 초래할 수 있다.

둘째 관점은 다음과 같이 판단한다. 원고가 그 행위가 타인의 전리권을 침해할 가능성이 있음을 의식하고 권리자와의 협상을 적극적으로 추진하였으나 권리자를 찾을 수 없거나 또는 권리자와의 협상이 이루어지지 않고 당해 권리자가 꾸물거리며 인민법원에 그 침해행위를 제소하지도 않음으로써 원고가 중대한 손해를 입거나 입을 수 있는 경우, 원고는 타인의 전리권에 대한 비침해확인소송을 제기할 수 있다. 이러한 관점은 “접촉설(接触说)”이라고 하며, 이는 첫째 관점으로 인해 원고의 소송 가능성이 지나치게 광범위해지는 결함을 극복하였으며, 원고에게 제소 전 권리자와 접촉하기 위해 최대한 노력하도록 요청하고 원고와 아무런 접촉이 없이 즉각 타인의 전리권에 대한 비침해소송을 제기하는 것을 인정하지 않는다. 이는 권리자의 이익보장에 적합하며 동시에 원고의 소송권을 적절하게 제한한다.

셋째 관점은 권리자가 원고의 침해행위가 존재할 수 있다고 의식한 후 적극적으로 원고와 접촉하여 협상을 하지 않고 느릿느릿 제소도 하지 않은 경우 또는 권리자의 당해 행위가 원고의 경제활동을 이미 심각하게 위협하거나 그럴 가능성이 있는 경우, 원고는 그 행위에 대하여 전리권비침해확인소송을 제기할 수 있다고 판단하는 것이다. 이러한 관점은 “위협설(威胁说)”이라고 한다. 이러한 관점은 이와 같은 소송제기의 요구조건에 대하여 엄격하며 반드시 원고의 이익에 위협을 조성하여야 한다.

상술한 관점 중에서 둘째와 셋째 관점은 당연히 채택할 만하다. 즉, 전리권비침해확인청구사건에서는 제소 시 원고로서 제출한 증거를 통해 제소사실과 이유를 증명할 경우에 다음 사항을 증명할 수 있어야 한다. 첫째, 원고가 어떠한 행위를 실시했어야 한다. 만일 어떠한 행위도 실시하지 않은 경우에는 타인의 전리권을 침해할 수 없고 타인은 침해소송을 제기할 수 없으며, 원고 역시 자신이 타인의 전리권을 침해하지 않았음을 확인하는 청구를 제기할 수 없거나 그럴 필요가 없고 자신을 원고라고 부를 수 없다. 둘째, 당해 행위는 타인의 전리권을 침해하였다고 판단되어야 한다. 여기서 중점은 그 행위가 타인의 전리권을 침해하였다

고 누가 판단하는가이다. 사실상 전리권침해의 판단은 매우 복잡하므로 반드시 전문지식을 갖춘 법관만이 이에 대하여 판단할 수 있다. 한편, 소송 전 어떤 행위가 타인의 전리권을 침해하였는지 여부에 대한 모든 판단은 사실상 추측에 불과하다. 여기서 말하는 타인의 전리권을 침해하였다고 판단된다는 것은 주로 전리권자의 의견을 가리킨다. 전리권자가 원고에게 경고서신, 변호사 성명 등을 발송한 것은 이를 증거로 할 수 있다. 셋째, 원고는 자신의 행위가 타인의 전리권을 침해하지 않는다고 스스로 판단하여야 한다. 왜냐하면 전리권자는 원고가 자신의 전리권을 침해하였다고 판단하는 반면, 원고는 자신의 행위가 당해 전리권을 침해하지 않았다고 스스로 판단하기 때문에 쌍방간에 이로 인한 분쟁이 발생하였으나, 전리권자가 오히려 느릿느릿 인민법원에 제소하지 않아 원고에게 손해를 초래하였다면, 원고는 비로소 인민법원에 자신의 행위가 타인의 전리권을 침해하지 않았음을 확인하는 청구를 제기할 수 있다. 만일 원고가 자신의 행위가 타인의 전리권을 침해하였다고 판단할 경우, 인민법원에 자신이 타인의 전리권을 침해하지 않았음을 확인하는 청구를 제기하는 것은 거의 의미가 없다. 이 때문에 원고는 법원에 비침해라고 판단할 수 있는 증거를 제공하여야 한다. 넷째, 쌍방이 이 분쟁을 해결하기 위하여 접촉한 적이 있음을 증명하는 증거가 있을 경우, 원고가 전리권자의 경고서신을 접수한 후 적극적으로 전리권자를 찾아서 협상하였는지 혹은 전리권자가 원고를 찾아 협상하였는지를 불문하고 쌍방은 이를 위해 협상, 담판한 적이 있어야 하며, 원고가 전리권자의 경고서신을 받은 후 즉시 소송을 제기하는 것이 아니다. 물론, 원고가 전리권자를 찾거나 하나 근본적으로 찾지 못할 수 있고, 전리권자가 고의로 도피하여 보이지 않을 수 있으며, 협상이 이루어지지 않을 수도 있다. 전리권자는 원고를 찾아 협상하여 한 번에 이루어지지 않으면 다시 한 번 할 수 있다. 그러나 전리권자가 원고를 찾아 협상할 시에는 쌍방이 성의가 있는지를 봐야 하며, 만일 협상이 이루어지지 않을 경우 전리권자는 일정한 기한 내에 기타 해결방법(예: 침해소송 제기)을 찾아야 한다. 만일 전리권자가 고의로 협상하지 않거나 오랫동안 협상을 머뭇거리고 기타 방법을 통해 분쟁을 해결하지 못하여 원고에게 영향 및 손해를 발생시킨 경우, 원고는 전리권비침해확인청구소송을 제기할 수 있다. 이에 대하여 원고는 상응하는 증거를 제공하여야 한다.

실무상 일부 행위자가 신제품을 개발하거나 신제품이 시장에 진입하기 전의 경우, 타인에 의한 전리권침해 제소를 방지하기 위해 먼저 법원에 제소하여 전리권 비침해 확인판결을 청구하였다 할지라도 이러한 제소가 표면적으로 민사소송법 제108조의 형식요건에 부합할지라도 입안해서는 안 된다. 그렇지 않으면 소송남용을 초래할 수 있다는 점에 문제가 있다.

## (2) 소송관할

심급별 관할에서 볼 때, 전리권비침해확인청구사건은 최고인민법원의 특별지정관할에 관한 규정에 따라 전리분쟁사건의 관할권이 있는 중급인민법원이 심리하여야 한다. 이에 대해서는 실무상 이의가 없다. 그러나 지역적 관할에 있어서 어떻게 구분해야 하는지에 대해서는 실무상 논쟁이 많다. 피고 소재지의 인민법원이 관할권을 갖는다는 것에 대해서는 논쟁이 없으며, 주요 논쟁은 침해행위지를 기준으로 관할법원을 정해야 하는지 여부에 있다. 사법해석상 침해행위지에 대한 해석이 점점 더 광범위해지고 있다. 따라서 이로 인해 원고는 전리권자가 경고서신을 발송한 경우에는 원고가 경고서신 또는 변호사 성명을 접수한 장소가 침해행위지라고 판단하며, 만일 전리권자가 간행물에 침해성명을 게재할 경우에는 신문이 어느 지역까지 판매되는지 또는 사람들이 어느 지역에서 당해 신문을 볼 수 있는지에 따라 그 지역의 법원이 관할권을 갖는다. 현재 전국법원이 수리한 전리권비침해 확인청구사건은 예외 없이 원고 소재지의 법원이 관할하는 상황에 주목하여야 한다.

전리권비침해확인청구소송은 민사분쟁사건에 속하며 민사소송법이 규정한 일반민사사건의 관할원칙에 따라 피고소재지와 침해행위지를 기준으로 관할을 정하는 것이 적합하다. 특히 피고 소재지를 기준으로 관할을 정하는 것을 위주로 하고 침해행위지를 기준으로 관할을 정하는 것을 보충으로 하거나 조건제한을 가하여야 한다. 예를 들어, 변호사 성명 및 경고서신의 발송지 또는 비침해확인청구제품의 판매지 등을 침해행위지로 할 수 있지만 변호사 성명 및 경고서신의 수령지 또는 간행물의 판매지를 침해행위지로 할 수 없으며, 특히 원고소재지를 기준으로 관할을 정할 수 없다. 이렇게 하는 것만이 전리권자를 보호할 수 있고 전리권자에게 공평하며 소송비용을 방지할 수 있고 지방보호주의를 방지할 수 있다.

## (3) 병합심리 또는 분할심리

전리침해소송이 이미 제기되어 법원에 입안된 후 피고는 동일사실에 대하여 전리권자를 피고로 다른 법원에 비침해확인청구소송을 제기해서는 안 된다. 피고가 전리침해소송에서 항변하고 이유를 진술하며 증거를 제공하기만 하면 그 소송청구는 만족될 수 있다.

이와 반대로, 전리권비침해확인청구소송이 이미 입안된 상태에서 피고 즉, 전리권자가 동일 사실에 대하여 다른 법원에 전리침해소송을 제기할 경우, 법원은 이를 수리하여야 한다. 그러나 심리 중에 상기 법원 간에 심리상의 충돌이 있을 수 있으며, 먼저 내린 판결 결과가 이후 사건에 영향을 주거나 모순이 발생할 수도 있다. 이러한 모순의 발생을 방지하고 통일

된 사법체계를 만들기 위해서는 이 두 사건을 최대한 병합하여 심리하여야 한다. 예를 들어, 전리권비침해확인청구사건이 이미 입안되고 답변기간에 피고 즉, 전리권자가 답변함과 동시에 원고의 행위가 전리권침해를 구성한다고 판단할 경우에는 수소법원에 입안하여 양자를 동일 사건으로 하고 사건명칭을 전리권침해소송으로 정해야 한다. 이로써 소송누적을 감소하고 심판조정을 달성할 수 있다. 만일 답변기간에 피고가 답변을 하지 않고 다른 법원에 원고에 대한 전리권침해소송을 제기할 경우에는 이미 입안한 두 법원은 협상을 통해 두 사건을 병합, 심리한 후 침해소송을 입안한 법원이 심리하는 것이 적합하며, 이는 민사소송법의 규정과 완전히 일치하지는 않지만 이러한 사건의 심리에 유리하다. 그렇지 않으면, 법원의 판결주문을 작성하기가 쉽지 않고 전리권자에게 불평등을 조성할 수 있다. 또한 만일 답변기간에 피고 전리권자가 답변하지도 않고 응소하지도 않은 다음, 그 후에 별도로 전리침해를 제소할 경우, 법원은 각자 심리하고 각자 판결할 수 있으나, 판결 결과의 일치성에 주의하여야 한다. 특히 피고인 전리권자가 결석한 상황에서의 판결은 특별히 신중해야 한다.

#### (4) 심리 및 판결내용

전리권비침해확인청구사건의 심리는 유형 및 절차에 있어서 전리침해사건의 심리와 일치한다. 이 경우 원고는 상응하는 증거를 제시하여야 하며, 그 예로는 직접실시행위와 관련된 제품 및 방법, 전리권비침해를 주장하는 내용, 권리청구서 및 설명서 등 문건, 비침해를 주장하는 이유 등이 있다. 이 때 만일 전리권자가 법정에서 응소할 경우, 법원의 심리내용은 사실상 원고의 실시행위가 피고의 전리권에 대한 침해를 구성하였는지 여부에 관한 것이다.

원고가 자신의 행위가 침해가 아니라고 주장함으로써 인해 심리결과의 판결주문에서 만일 전리권침해라는 결론이 성립할 경우에는 원고의 소송청구 기각을 판결하여야 한다. 한편, 전리권침해라는 결론이 성립되지 않을 경우에는 원고의 소송청구를 지지하고 원고의 실시행위가 피고의 전리권을 침해하지 않는다고 판결하여야 한다. 이 밖에 기타 원고의 소송청구에 대하여 만일 피고가 경고서신을 발송하여 자신에게 초래한 명예손상에 대하여 배상을 요구하는 등의 청구는 기각되어야 한다. 왜냐하면 비침해확인청구소송의 판결은 집행가능성을 구비하지 않고 급부 관련 내용을 포함해서는 안 되며, 당사자 또한 강제집행을 신청할 필요가 없기 때문이다. 이 점은 전리권침해소송의 판결 결과와 동일하지 않다.

## 법률쟁점 판례 가이드

## 4.2

## 4.2.1 전리의 유효성

## 1) 발명창조의 정의

전리법은 발명창조(發明創造)를 보호대상으로 하며, 이 발명창조는 발명(發明), 실용신안(實用新型), 디자인(外觀設計)을 가리킨다.

전리법 실시세칙 제2조는 발명창조(발명, 실용신안, 디자인)에 대하여 각각 정의하고 있는데, 그 내용은 다음과 같다.

전리법에서 “발명(發明)”은 제품·방법 또는 그 개량에 대하여 제출된 새로운 기술방안을 가리킨다.

전리법에서 “실용신안(實用新型)”은 제품의 형상·구조 또는 그 결합에 대하여 제출된 실용적인 새로운 기술방안을 가리킨다.

전리법에서 “디자인(外觀設計)”은 제품의 형상·도안 또는 그 결합 및 색채와 형상·도안의 결합에 대하여 행하는 미감이 풍부하며 공업적 응용에 적합한 새로운 설계를 가리킨다.

## 2) 신규성

전리법 제22의 규정에 따라 전리권을 수여하는 발명 및 실용신안은 신규성(新穎性), 진보성(創造性) 및 실용성(實用性)을 구비하여야 한다.

전리법에서 “신규성(新穎性)”은 출원일 이전에 동일한 발명 또는 실용신안이 국내외 출판물상에 공개 발표된 적이 없으며, 국내에서 공개 사용되거나 다른 방식으로 공중이 알고 있지 않으며, 또한 동일한 발명 또는 실용신안이 타인이 국무원전리행정부문에 출원을 제출하여 출원일 이후에 공개된 전리출원서류 중에 기재되어 있지 아니한 것을 가리킨다.

전리법 제23조의 규정에 따라 전리권을 수여하는 디자인은 출원일 전에 국내외의 출판물로 공개적으로 발표되고 또는 국내에서 공개적으로 사용된 적이 있는 디자인과 동일 또는 유사한 것이 아니며, 또한 타인이 먼저 취득한 합법적인 권리와 이해 충돌이 있어서는 안 된다. ‘먼저 취득한 합법적인 권리’에는 상표권, 저작권, 기업 명칭권, 초상권 및 지명 상품 특

유의 포장 또는 장식 사용권 등을 포함한다.

전리법 제24조는 신규성 상실의 예외를 규정하고 있는데 전리를 출원하는 발명창조는 출원일 이전 6개월 내에 다음 중 어느 하나의 사유에 해당하는 때에는 신규성을 상실하지 않는다.

- ① 중국 정부가 주최하거나 승인한 국제전람회에 처음으로 출품한 경우.
- ② 규정의 학술회의 또는 기술회의에서 처음 발표한 경우.
- ③ 타인이 출원인의 동의를 얻지 않고 그 내용을 누설한 경우.

전리출원을 하는 발명창조에 상기 ① 또는 ②의 사유가 있을 때는 출원인은 전리출원 시에 명시하고 또한 출원일부터 2개월 이내에 관련 국제박람회 또는 학술회의, 기술회의의 주최자가 발행하는 관련 증명문서를 제출해야 한다. 전리출원을 하는 발명창조에 상기 ③의 사유가 있어 국무원 전리행정부문이 필요하다고 인정하는 경우에는 출원인에게 지정기간 내에 증명문서의 제출을 요구할 수 있다.

### 3) 진보성

전리법 제22의 규정에 따라 전리권을 수여하는 발명 및 실용신안은 신규성(新穎性), 진보성(創造性) 및 실용성(實用性)을 구비하여야 한다.

전리법에서 “진보성(創造性)”은 출원일 이전에 이미 존재하는 기술과 비교해 볼 때, 발명은 특출한 실질적 특징과 현저한 진보가 있으며, 실용신안은 실질적 특징과 진보가 있는 것을 가리킨다.

전리법 제22조 규정의 “이미 존재하는 기술”은 출원일(우선권이 있는 경우에는 우선일) 전에 국내외 출판물상에 공개 발표되었거나, 국내에서 공개 사용되었거나 또는 기타 방식으로 공중이 이미 알고 있는 기술 즉, 선행기술을 가리킨다.

발명이 특출한 실질적 특징이 있다고 하는 것은 해당 기술분야의 기술자에게 있어서, 발명이 선행기술에 비하여 용이하지 아니한 것을 가리킨다. 만약 발명이 해당분야의 기술자가 선행기술을 기초로 단지 논리적 분석, 추리 또는 일정한 실험을 통하여 획득할 수 있다면 그 발명은 용이한 것이며 특출한 실질적 특징을 구비하는 것도 아니다.

발명이 현저한 진보가 있다고 하는 것은 그 발명이 가장 근접한 선행기술에 비하여 유의

한 기술효과를 생산할 수 있는 것을 가리킨다. 예를 들면, 발명이 선행기술에 존재하는 결점 및 부족을 극복하였거나, 어떠한 기술과제를 해결하기 위하여 다른 개념의 기술방안을 제공하거나, 어떠한 새로운 기술발전추세를 나타낸 것을 말한다.

실무상, 발명의 유형별 진보성 판단 기준은 다음과 같다.<sup>3)</sup>

- ① **개척성발명** : 개척성발명은 완전히 새로운 기술방안으로 기술역사에 있어서 그 선례가 없으며 인류 과학기술 발전을 위하여 신기원을 연 발명이다. 개척성발명은 선행기술에 비하여 특출한 실질적 특징과 현저한 진보를 구비하므로 진보성이 있다.
- ② **조합발명** : 조합발명의 진보성을 판단할 때에는 조합한 각 기술특징이 기능상 상호간에 작용하는지 여부, 조합의 곤란성, 선행기술 중에 조합이 존재하는지 여부의 암시 및 조합 후의 기술효과 등을 일반적으로 고려하여야 한다.
- ③ **선택발명** : 선택발명은 선행기술에 공개된 넓은 범위에서 선행기술에 언급되지 아니한 좁은 범위 또는 개체의 발명을 의도적으로 선택하는 것을 가리킨다. 선택발명의 진보성을 판단할 때에 선택으로 인하여 발생한 예측하지 못한 기술효과는 고려해야 할 주요 요소이다.
- ④ **전용발명** : 전용발명은 어떤 기술분야의 선행기술을 다른 기술분야로 전용한 발명을 가리킨다. 전용발명의 진보성을 판단할 때에는 전용한 기술분야의 유사여부, 상응하는 기술암시의 존재여부, 전용의 난이도, 기술상의 곤란을 극복할 필요가 있는지 여부, 전용으로 인한 기술효과 등을 일반적으로 고려하여야 한다.
- ⑤ **공지제품의 신용도 발명** : 공지제품의 신용도발명은 공지제품을 새로운 목적에 사용하는 발명을 가리킨다. 공지제품의 신용도발명의 진보성을 판단할 때에는 신용도와 선행용도 간 기술분야의 유사성, 새로운 용도로 인한 기술효과 등을 일반적으로 고려하여야 한다.

3) 중국전리심사지침, 2007.12, 제2부 제4장 4.



- ⑥ **요소변경 발명** : 요소변경의 발명은 요소관계변경의 발명, 요소대체의 발명 및 요소 생략의 발명을 포함한다. 요소변경발명의 진보성을 판단할 때에는 요소의 변경, 대체 및 생략에 기술암시가 존재하는지 여부, 그 기술효과의 예측가능 여부 등을 일반적으로 고려하여야 한다.

#### 4) 실용성

전리법 제22의 규정에 따라 전리권을 수여하는 발명 및 실용신안은 신규성(新穎性), 진보성(創造性) 및 실용성(實用性)을 구비하여야 한다.

전리법에서 “실용성(實用性)”은 그 발명 또는 실용신안이 제조 또는 사용될 수 있으며 긍정적인 효과를 생산할 수 있음을 가리킨다.

전리권을 수여하는 발명 또는 실용신안은 반드시 기술문제를 해결할 수 있고, 이용할 수 있는 발명 또는 실용신안이어야 한다. 즉, 만약 출원한 것이 제품(발명 또는 실용신안 포함)이면 그 제품은 반드시 산업상 제조할 수 있어야 하고 또한 기술문제를 해결할 수 있어야 한다. 또한 출원한 것이 방법발명이면 그 방법은 반드시 산업상 이용할 수 있어야 하고 또한 기술문제를 해결할 수 있어야 한다. 상기 조건을 만족하는 제품 또는 방법의 전리출원만이 전리권이 수여될 수 있다.

여기서 산업은 공업, 농업, 임업, 수산업, 목축업, 교통운수업 내지 문화체육, 생활용품 및 의료기기 등의 업종을 포함한다.

산업상 제조 또는 사용할 수 있는 기술방안은 자연법칙에 부합하며, 기술적 특징을 구비한 실시 가능한 기술방안을 가리킨다. 이러한 방안은 기계설비를 사용하거나 물품을 제조하는 것만을 의미하는 것이 아니라 예를 들면, 안개를 제거하는 방법 또는 에너지의 형태를 전환하는 방법 등을 포함할 수 있다.

긍정적인 효과를 생산하는 것은 발명 또는 실용신안등록 출원을 제출한 날에 그것이 생산하는 경제, 기술 및 사회의 효과를 당해 기술분야의 기술자가 예측할 수 있는 것을 가리킨다. 이러한 효과는 당연히 긍정적이고 유익한 것이어야 한다.

#### 5) 전리권 불수여 사유

전리법 제5조의 규정에 따라 국가 법률이나 사회공중도덕에 위반하거나 공공이익을 방해하는 발명창조는 전리권이 수여되지 않는다. 예를 들면, 도박설비의 기계, 아편기구, 국가화

폐, 수표, 공문서, 증거서류, 인장, 문화재를 위조하는 설비 등은 모두 국가 법률을 위반하는 발명창조이며, 비의료 목적의 인조 성기관, 사람과 동물의 교배방법, 생식계 유전 동일성 변화방법 등은 사회공중도덕을 위반하는 발명창조이며, 발명창조의 실시 또는 사용이 공중 또는 사회에 위해를 조성하거나 국가 및 사회의 정상적 질서에 영향을 미치는 것은 공공이익을 방해하는 발명창조에 속한다.

또한 전리법 제25조의 규정은 전리권이 수여되지 않는 대상을 다음과 같이 규정하고 있다.

- ① **과학적 발견** : 이는 자연계 중에 객관적으로 존재하는 물질, 형상, 변화과정 내지 그 특성 및 법칙을 찾아내는 것을 말한다.
- ② **지적 활동의 규칙 및 방법** : 인간의 사고활동을 말하며, 이는 인간의 사고를 그 근원으로 하여 추리, 분석 및 판단을 거쳐 추상적인 결과를 생산해 내거나 인간의 사고활동을 매개로하여 자연적인 결과를 생산해 내는데 간접적으로 작용하는 것을 말한다.
- ③ **질병의 진단 및 치료방법** : 인체 또는 동물체를 직접적으로 실시대상으로 하여 병의 원인 또는 병소를 식별, 확정 또는 제거하는 과정을 말한다.
- ④ **동물 및 식물의 품종** : 동물은 자기합성을 할 수 없고, 단지 자연의 탄수화물 내지 단백질을 섭취하여 그 생명을 유지하는 생물을 가리키며, 식물은 광합성 작용으로 물, 이산화탄소 등 무기물로부터 탄수화물, 단백질을 합성하여 생명을 유지하고, 통상 이동하지 않는 생물을 가리킨다. 다만, “동물 및 식물의 품종”의 생산방법에 대해서는 전리법 규정에 따라 전리권이 수여될 수 있다.
- ⑤ **원자핵 변환의 방법에 의해 획득한 물질** : 주로 가속기, 반응로 및 기타 핵반응장치를 이용하여 생산, 제조한 각종 방사성 동위원소를 말한다.

## 6) 선원

전리법 제9조의 선원주의원칙에 따라, 2인 이상의 출원인이 동일한 발명창조에 대해 개별적으로 전리출원을 행한 경우, 전리권은 선행 출원자에게 수여된다. 즉 동일한 발명창조에 대해서는 단지 하나의 전리만을 수여할 수 있다. 이는 중복수권금지원칙으로서 전리제도의 기본원칙이다.

전리법 실시세칙 제13조의 규정에 따라 동일한 발명창조에 대해서는 단지 하나의 전리권을 수여할 수 있다. 또한 전리법 제9조의 규정에 따라 2 이상의 출원인이 같은 날에 각각

동일한 발명창조에 대하여 전리를 출원하는 경우에는 국무원전리행정부문의 통지를 받은 후에 자발적으로 출원인의 확정을 협상하여야 한다.

전리법 제9조 또는 전리법 실시세칙 제13조에서 “동일한 발명창조”는 2 이상의 출원(또는 전리)에 보호를 받고자 하는 범위가 동일한 기술방안이 존재하는 발명창조를 가리킨다.

실무상, 2개 출원에 대한 처리방식은 다음과 같다.<sup>4)</sup>

- ① **출원인이 동일한 경우** : 심사과정에서 동일 출원인이 동일발명창조에 대하여 2개의 출원을 하고, 그 2개의 출원이 모두 전리권을 수여하는 기타조건에 부합하는 경우에는 2개의 전리출원에 대하여 각각 출원인에게 선택하거나 보정하도록 통지한다. 출원인이 기간 내에 답변하지 않는 경우에는 상응하는 전리출원은 취하한 것으로 본다. 출원인이 의견을 진술하거나 보정을 진행한 후에도 전리법 실시세칙 제13조 제1항의 규정에 부합하지 않으며, 출원일이 다른 경우에는 후출원은 거절하고 다른 하나의 출원에 대해서는 전리권을 수여한다. 출원인이 동일한 경우에는 2개의 출원을 모두 거절한다.
- ② **출원인이 다른 경우** : 심사과정에서 서로 다른 출원인이 동일한 발명창조에 대하여 같은 날에 각각 출원을 제출하였으며, 그 2개의 출원이 전리권을 수여하는 기타조건에 모두 부합하는 경우에는 전리법 실시세칙 제13조 제2항의 규정에 따라 출원인에게 자체적인 협상을 통하여 출원인을 확정하도록 통지한다. 출원인이 기간 내에 답변하지 않은 경우에는 그 출원은 취하한 것으로 본다. 협상이 이루어지지 않거나 출원인의 의견진술 또는 보정 후에도 전리법 실시세칙 제13조 제1항의 규정에 부합하지 않는 경우에는 2개의 출원을 모두 거절한다.
- ③ **출원 및 전리권이 공존하는 경우** : 출원에 대하여 심사를 진행하는 과정에서 동일 출원인이 동일한 발명창조에 대하여 제출한 다른 하나의 출원이 이미 전리권을 수여받았으며, 아직 전리권을 수여하지 아니한 출원이 전리권을 수여하는 기타조건에 부합하는 경우에는 출원인에게 선택하도록 통지한다. 이 때 출원인은 이미 획득한 전리권을 포기할 수 있으며 아직 전리권이 수여되지 아니한 출원을 취하할 수도 있

4) 중국전리심사지침, 2007.12, 제2부 제3장 6.2

다. 출원인이 기간 내에 답변하지 아니하는 경우에는 그 출원은 취하된 것으로 본다. 출원인이 의견을 진술하거나 보정을 진행한 후에도 전리법 실시세칙 제13조 제1항의 규정에 부합하지 아니하는 경우에는 그 출원을 거절한다. 출원인이 이미 수여된 전리권을 포기하는 경우에는 의견서 제출 시 이미 권리를 수여한 전리의 출원일로부터 전리권을 포기하는 서면성명을 첨부하여 제출하여야 한다.

## 7) 설명서·권리요구서 기재불비

전리법 제26조 제3항의 규정에 따라 설명서에는 해당 기술분야의 기술자가 실현할 수 있음을 그 기준으로 하여 발명 또는 실용신안에 대하여 명확하고 완전한 설명을 기재하여야 한다. 필요시에는 도면이 있어야 한다.

전리출원의 설명서에는 발명 또는 실용신안의 명칭을 명기해야 한다. 해당 명칭은 청구서의 명칭과 일치해야 한다. 설명서에는 ① 기술분야, ② 배경기술, ③ 발명 또는 실용신안 내용, ④ 도면설명, ⑤ 구체적인 실시방식 등을 포함하여야 한다.

전리법 제26조 제4항의 규정에 따라 권리요구서는 설명서를 근거로 하여야 하며, 전리보호를 요구하는 범위를 설명하여야 한다.

권리요구서에는 발명 또는 실용신안의 기술적 특징을 설명하고 보호를 청구하는 범위를 명료하고 또한 간결하게 기술해야 한다.

권리요구서에 복수의 권리요구가 있는 경우에는 아라비아 숫자로 일련번호를 붙여야 한다. 권리요구서에서 사용하는 과학기술용어는 설명서에서 사용하는 과학기술 용어와 일치해야 한다. 화학식 또는 수식은 있어도 되지만 도면을 첨부해서는 안 된다. 권리요구서에는 독립항이 있어야 하며 종속항이 있을 수 있다. 독립항은 발명 또는 실용신안의 기술방안을 전체적으로 반영하며, 기술문제를 해결하는데 필요한 기술적 특징을 기재해야 한다. 종속항은 부가적인 기술적 특징을 사용하여야 하며 또한 인용하는 권리요구에 대하여 진일보하게 한정해야 한다.

## 8) 보정, 분할

전리법 제33조는 보정의 기본원칙을 규정하고 있다. 출원인은 그 전리출원 서류에 대하여 보정을 진행할 수 있다. 발명 및 실용신안 전리출원서류의 보정은 원 설명서 및 권리요구서의 범위를 초과할 수 없으며, 디자인 전리출원서류의 보정은 원 도면 및 사진이 표시한 범위

를 초과할 수 없다.

발명전리 출원인은 실질심사청구서를 제출할 때와 국무원전리행정부문이 발송한 실질심사단계진입통지서를 받은 날로부터 3개월 내에 그 발명전리출원에 대하여 자진하여 보정서를 제출할 수 있다. 실용신안전리 및 디자인전리 출원인은 출원일로부터 2개월 내에 그 실용신안전리 및 디자인전리 출원에 대하여 자진하여 보정서를 제출할 수 있다.

전리법 제37조는 심사단계에서의 보정을 규정하고 있다. 발명전리출원에 대하여 실질심사를 진행한 후, 전리법 규정에 부합하지 못한다고 인정하는 경우에는 출원인에게 의견을 진술하게 하거나 그 출원에 대하여 보정을 하도록 통지하여야 한다. 출원인이 국무원전리행정부문이 발송한 심사의견통지서를 받은 후에 전리출원서류에 대하여 보정하는 경우에는 통지서의 요구에 따라 보정하여야 한다.

국무원전리행정부문은 전리출원서류의 문자 및 부호의 명백한 착오에 대하여 임의로 보정을 할 수 있다. 국무원전리행정부문이 임의로 보정한 경우에는 출원인에게 통지하여야 한다.

전리법 실시세칙 제60조는 복심단계에서의 보정에 대하여 규정하고 있다. 청구인은 복심청구를 제출할 때 또는 전리복심위원회의 복심통지서에 대하여 답변할 때에 전리출원서류를 보정할 수 있다. 다만, 이 보정은 거절결정 또는 복심통지서가 지적한 하자를 해소하는 것에 한정한다.

전리법 실시세칙 제68조는 무효심판단계에서의 보정에 대하여 규정하고 있다. 무효선고청구의 심사과정에서 발명전리 또는 실용신안전리의 전리권자는 그 권리요구서를 보정할 수 있으나, 원 권리의 보호범위를 확대해서는 아니 된다. 발명전리 또는 실용신안전리의 전리권자는 전리 설명서 및 첨부도면을 보정할 수 없으며, 디자인전리의 전리권자는 도면, 사진 및 요약설명을 보정할 수 없다.

전리법 제31조의 규정에 따라 1건의 발명 또는 실용신안 전리출원은 하나의 발명 또는 실용신안에 한정하여야 한다. 하나의 총괄적인 발명구상에 속하는 2이상의 발명 또는 실용신안은 1건의 전리출원으로 제출할 수 있다. 1건의 디자인 전리출원은 한 종류의 제품에 사용하는 하나의 디자인에 한정하여야 한다. 동일류별에 사용하며 한 벌로 판매 또는 사용하는 2 이상의 디자인은 1건의 전리출원으로 제출할 수 있다.

1건의 전리출원이 2 이상의 발명, 실용신안 또는 디자인을 포함할 때는 출원인은 전리법 실시세칙 제54조 제1항에 규정하는 기간이 만료하기 전에 국무원 전리행정부문에 분할출원을 할 수 있다. 단, 전리출원이 이미 거절된 경우, 취하된 경우, 또는 취하되었다고 간주된 경우에는 분할출원은 할 수 없다. 적법하게 제출된 분할출원은 원래의 출원일이 유지되며,

우선권이 있는 것에 대해서는 우선권일이 유지되나, 원출원의 공개의 범위를 넘을 수는 없다.

#### 4.2.2 전리권 침해판단

##### 1) 문언침해

문언침해는 침해품 또는 침해방법에서 권리요구에 기재되어 있는 모든 기술특징과 동일한 대응 특징을 찾아낼 수 있는 침해를 가리킨다. 문언침해는 다음과 같은 경우를 포함한다.

- ① **문언적 침해** : 단지 문언적 비교 분석만으로 침해품의 기술특징이 전리의 필수적인 기술특징과 동일할 뿐만 아니라 기술특징의 문자적 표현까지도 동일한 경우에 문언적 침해를 인정할 수 있다.
- ② **침해품의 기술특징과 전리의 필수적인 기술특징의 완전 동일** : 소위 완전 동일은 침해품의 기술특징과 전리의 기술특징을 상호 비교할 때, 그 전리의 권리요구서가 보호를 요구하는 필수기술특징 전부가 침해품의 기술특징에 의해 포함되며, 침해품에서 전리의 필수기술특징을 모두 찾을 수 있음을 의미한다.
- ③ **전리독립항 중의 기술특징이 상위개념** : 침해품 중에 나타나는 기술특징은 상위개념 하의 구체적인 개념이며 또한 기술특징이 동일에 속한다.
- ④ **침해품의 기술특징이 전리의 필수적인 기술특정보다 많음** : 침해품의 기술특징과 전리의 기술특징을 상호 비교할 때 전리권리요구서 내의 필수적인 기술특징 전부를 포함할 뿐만 아니라 새로운 기술특징을 추가한 것이다.

##### 2) 균등론

최고인민법원 사법해석 〈전리분쟁사건의 심리에 관한 법률적용 규정〉 제17조는 “전리법 제56조제1항의 ‘발명 또는 실용신안 전리권의 보호범위는 권리요구의 내용을 기준으로 하며, 설명서 및 도면은 권리요구를 해석하는데 이용할 수 있다’라는 것은 전리권 보호범위는 권리요구에 명확히 기재된 기술특징이 확정하는 범위를 기준으로 하며, 그 필수기술특징과 서로

균등한 기술특징이 확정하는 범위를 포함하는 것을 가리키는 것으로 규정하고 있다.

또한 “균등특징은 기재된 기술특징과 기본적으로 동일한 수단으로 기본적으로 동일한 성능과 효과를 실현할 수 있으며, 해당 기술분야의 보통기술자가 창조적인 노력 없이 연상해 낼 수 있는 특징을 가리킨다” 라고 규정하고 있다.

### 3) 다여지정원칙(多余指定原则)<sup>5)</sup>

다여지정원칙은 침해판정에 있어서 중국의 특유한 제도라고 볼 수 있으므로 상세히 살펴본다.

#### (1) 다여지정원칙의 의미

다여지정원칙은 “불필요기술특징배제원칙(排除非必要技术特征原则)”이라고 하며 그 기본적인 의미는 다음과 같다. 전리 독립항에 발명목적의 완성과 무관한 기술특징을 기재하였을 경우에는 당해 기술특징을 부가적 기술특징 또는 불필요 기술특징으로 인정할 수 있으며 전리기술의 구성부분이 아니다. 즉, 피고가 침해물품에서 당해 부가적 기술특징 또는 불필요한 기술특징을 실현하지 않는 경우에도 침해를 구성한다고 인정할 수 있다.

#### (2) 다여지정원칙의 출현

중국의 사법제도에서 처음으로 전리권침해의 판단과정에서 다여지정원칙이 정식으로 확립된 사건은 1995년 북경시중급인민법원과 북경시고급인민법원이 심리한 “인체스펙트럼정합반응장치치료장치”사건이다<sup>6)</sup>.

상기 사건에서 원고 주린(周林)의 “스펙트럼치료장치”는 조합별명으로, 그 독립항은 다음과 같은 7개의 기술특징을 포함하고 있다.

- ① 반응장 발생기 본체
- ② 본체상의 변환층
- ③ 변환통제회로
- ④ 가열부분의 지지 및 보호 시스템

5) 国家知识产权局条法司编, 专利法研究, 2006, pp. 233 - 256.

6) 북경시중급인민법원 (1993) 中经知初字第704호사건, 북경시고급인민법원 (1995) 高知终字第22호사건

- ⑤ 기계부품
- ⑥ 금속산화물, 금속 비스무트 및 산화동 등을 포함한 14종의 혼합희토의 혼합조합물 및 함량제로 구성된 변환층 상의 모의 인체 스펙트럼 발생층
- ⑦ 스트레오음악시스템 및 음악전류경혈자극기의 통제회로

상기 방안과 비교해서, 피고의 권리침해물 “스펙트럼 치료기”는 기술특징 ①-⑥을 포함하고 있으며, 기술특징 ⑦은 포함하고 있지 않다. 피고는 자기의 제품에는 ⑦을 포함하고 있지 않기 때문에 기술특징이 부족하여 전리권침해를 구성하지 않는다고 주장하였다. 그러나 원고는 소위 ⑦의 기술특징은 본 전리에서 부가기술특징에 속하며, 전리설명서를 종합해 볼 때 이 특징은 전리의 총괄적인 발명과 무관하여 이 특징이 부족하다 하더라도 전리권침해를 인정해야 한다고 주장하였다.

2심법원이 확인한 바에 의하면, “스펙트럼치료장치” 전리의 독립항에서 ⑦의 기술특징은 “스트레오음악시스템 및 음악전류경혈자극기의 통제회로”인데, 피고의 권리침해물 “스펙트럼 치료기”에는 이 기술특징이 없다. “스펙트럼 치료장치”의 전리설명서에는 “본 발명장치의 치료성능을 증가하기 위하여 본 장치에 음악치료장치를 추가하였으며, 치료자가 스펙트럼정합 치료를 받음과 동시에 음악치료를 받아 대뇌신경계통의 성능을 회복하고, 뇌의 노쇠를 늦추며, 긴장 및 피로감을 제거하는데 도움을 주어 정신 및 신체상태를 개선하며, 심신의 질병에 치료효과가 있다고 기재되어 있다. 상기와 같이 시간을 절약하고 환자가 유쾌하고 편안한 상태에서 여러 질병을 치료하는 다기능을 보유하고 있다고 기재되어 있다.

이에 대해 2심법원인 북경시고급인민법원은 다음과 같이 판단하였다. 비록 “⑦ 스테레오 음악방송시스템 및 음악전류경혈자극기의 통제회로”의 기술특징이 독립항에 기재되고 85,107,113호 전리의 무효심리과정에서 실질적 특징을 구비한다고 인정되었을지라도, 당해 설명서의 기재내용을 종합하고 당해 전리의 전체 기술방안의 실질면에서 볼 때, 당해 기술특징이 실질적이고 필수불가결한 기능 및 작용을 발생시키지 않으며, 명백하게 출원인의 이해 방면의 착오 및 출원서류 작성 시 경험부족으로 잘못 기재되어 발생한 것이기 때문에 이는 부가적 기술특징으로 간주하여야 한다.

### (3) 다여지정원칙의 법적 근거에 대한 해석

다여지정원칙은 명확한 법규정을 근거가 없다. 일반적으로 민법상의 공평원칙이 다여지정원칙 출현의 기초이며, 전리법의 관련 규정이 다여지정원칙 출현의 법적 근거라고 생각한다.



《전리법 실시세칙》 제21조 제2항의 규정은 다음과 같다. “독립항은 전체적으로 발명 또는 실용신안의 기술방안을 반영하고 기술문제를 해결하기 위한 필요한 기술특징을 기재하여야 한다”. 다여지정원칙의 찬성론자는 상기 규정이 다음과 같은 의미를 내포한다고 판단한다. 기술문제를 해결하기 위해 필수불가결한 기술특징일 경우에만 필요한 기술특징이 되며, 전리권의 보호범위를 확정할 시에 독립항의 모든 기술특징을 일일이 선별할 수 있다. 만일 어떤 기술특징이 필요한 기술특징이 아니라고 인정되어 즉, 있어도 되고 없어도 되는 부가적 기술특징에 속한다고 인정되어, 전리출원인이 이를 독립항 중에 “지정(指定)”하는 것이 “다여(多余)”일 경우, 전리 보호범위를 확정할 때 부가적 기술특징을 무시할 수 있다.

#### (4) 다여지정원칙의 성격

다여지정원칙의 적용 후 침해가 동일침해인지 혹은 균등침해인지를 판단하는 것에 있어서 법원의 관련 판결과 학자의 견해는 이 문제에 대하여 상세하게 설명하지 않고 있다. 다여지정원칙의 의미와 근거에서 볼 때, 다여지정원칙을 적용하여 판단한 침해는 동일침해라고 인정하여야 한다. 왜냐하면 다여지정원칙을 적용하여 전리권리요구 중의 어떤 기술특징을 불필요한 기술특징으로 판단함으로써 전리의 보호범위를 새로이 확정하였기 때문이다. 침해를 판단할 시에는 불필요한 기술특징을 배제한 후의 보호범위에 따라 침해판단을 진행하여야 한다. 불필요한 기술특징을 배제한 후 적용하는 것은 다여지정원칙이지 균등원칙이 아니다. 이에 따라, 만일 침해물품이 문언상 불필요한 기술특징을 배제한 후의 권리요구에 포함되면 침해물품은 동일침해를 구성하며, 균등침해는 아니다.

#### (5) 최고인민법원의 판결

##### i. “콘크리트박벽통체부재”의 전리침해사건

2005년 8월 최고인민법원은 “콘크리트박벽통체부재”의 전리침해사건에 대하여 재심판결을 하였다. 최고인민법원은 당해 판결에서 다여지정원칙의 적용에 대한 의견을 제기하였다. 본 사건의 권리요구는 다음과 같이 기재하였다. “당해 통바닥은 최소 2층 이상의 유리섬유천을 포개서 형성한다”, “당해 통관은 최소 2층 이상의 유리섬유천통을 하나로 포개서 형성한다”. 침해자인 신익회사(新益公司) 제품의 통관 부분은 유리섬유천 1층이 적으며, 통바닥 부분은 유리섬유천이 없다. 원 1, 2심 법원은 모두 침해가 성립한다고 인정하였다.

최고인민법원은 당해 사건에 대하여 제심(提審)하기로 결정하고 재심판결을 하였다. 제심

판결에서 최고인민법원은 다음과 같이 지적하였다. “전리권자가 독립항에 기재한 기술특징은 모두 필요한 기술특징으로 간과해서는 안 되며, 기술특징의 대조 부분에 포함하여야 한다. 본 법원은 ‘다여지정원칙’을 경솔하게 참고하고 적용하는데 찬성하지 않는다”. 이를 기초로 최고인민법원은 전리 받은 통바닥벽층구조 라는 당해 필요한 기술특징과 비교하여 침해제품인 통바닥의 시멘트무기겔화재료에는 유리섬유천이 없다고 판단하였다. 물론, 양자는 동일하지도 않다. 또한, 침해제품 통바닥의 시멘트무기겔화재료에는 유리섬유천을 삽입하지 않았으나, 전리제품 통바닥의 시멘트무기겔화재료의 중간에는 최소 2층 이상의 유리섬유천을 삽입하였으며, 양자는 기본적으로 동일한 방법에 속하지 않기 때문에 역시 균등하지도 않다. 단지 침해제품 통바닥의 기술특징과 전리제품 중 이와 상응하는 기술특징이 동일하지도 않고 균등하지도 않다는 점에 있어서, 침해제품이 전리권의 보호범위에 포함되지 않는다는 것을 판정하기에 충분하다.

## ii. 최고인민법원의 사건 판결에 대한 분석

최고인민법원은 “콘크리트박벽통체부재”사건이라는 분쟁목표액이 크지 않은 사건에 대하여 제심(提審)을 진행하였으며<sup>7)</sup>, 어느 정도 최고인민법원이 본 사건을 통해 다여지정원칙에 대한 태도를 표현하고자 함을 설명하였다.

“콘크리트박벽통체부재”사건의 판결에서 최고인민법원은 “본 법원은 ‘다여지정원칙’을 경솔하게 참고하고 적용하는데 찬성하지 않는다.”고 표시하였다. 그 주요한 이유는 다음 두가지이다.

① 《전리법 실시세칙》 제21조는 독립항은 전체적으로 발명 또는 실용신안의 기술방안을 반영하고 기술문제를 해결하는데 필요한 기술특징을 기재하여야 한다고 명확하게 규정하고 있으며, 이에 따라 전리권자가 독립항에 기재한 모든 기술특징은 필요한 기술특징이므로 간과되어서는 안 된다.

② 권리요구서의 기능은 전리권의 보호범위를 확정하는 것이다. 권리요구서에 기재한

7) 본 사건의 원심 판결에서 확정된 배상금액은 10만위안 인민폐이다. 최고인민법원은 재심(再審)조건에 부합하는 사건에 대하여 제심(提審)할 수 있으며, 또한 하급법원에 재심(再審)을 명령할 수도 있다. 최근 몇 년 최고인민법원이 처리한 지식재산권 제심사건의 상황에서 볼 때, 최고인민법원은 극히 개별적인 지식재산권 제심사건에 대해서만 제심(提審)하였다.

모든 기술특징을 전면적으로 충분하게 존중하기만 한다면 사회공중이 권리요구 내용의 예상 불가능한 변동으로 인해 우왕좌왕하지 않게 됨으로써 법적 권리의 확정성을 보장하고 근본적으로 전리제도의 정상적 운영과 가치 실현을 보장할 수 있다.

이로부터 알 수 있듯이 최고인민법원이 권리요구서의 기재요구와 권리요구서의 기능을 고려하여, 전리법이 전리권리요구에 기술문제를 해결하는 필요기술특징을 기재하도록 요구하고, 권리요구의 기능이 전리권의 보호범위를 확실히 하는데 있는 이상, 전리출원인은 권리요구서의 초안작성 시 규정에 따라 기술문제를 해결하는데 필요한 기술특징을 권리요구에 기재하고, 당해 권리요구가 이미 사회에 공시되면, 법원은 권리요구서에 기재한 모든 기술특징을 근거로 전리의 보호범위를 확정하여야 한다.

상기 판결에서 볼 때 최고인민법원은 다여지정원칙에 대하여 부정하는 태도를 취하였다. 다여지정원칙의 기본적인 출발점은 전리권리요구의 기술특징이 필요한 기술특징과 불필요한 기술특징으로 나눌 수 있다는 데 있으며, 최고인민법원은 당해 판결에서 다음과 같이 명확하게 지적하였다. “전리권자가 독립항에 기재한 모든 기술특징은 필요기술특징이므로 간과되어서는 안 된다”. 이는 다여지정원칙의 근거를 흔들어 놓았다. 그러나 “본 법원은 ‘다여지정원칙’을 경솔하게 참고하고 적용하는데 찬성하지 않는다”는 표현에서 볼 때, 최고인민법원은 근본적으로 다여지정원칙을 부정하지는 않았다. 최고인민법원이 “찬성하지 않는 것”은 단지 “경솔하게” 다여지정원칙을 참고하고 적용하는 것이며, “신중하게” 다여지정원칙을 참고하고 적용하는 것은 인정 받을 수 있다. 만일 최고인민법원이 근본적으로 다여지정원칙의 적용을 부정하고자 한다면 “경솔하게”라는 제한조건을 부가할 필요가 없다. 이로부터 알 수 있듯이 최고인민법원의 다여지정원칙에 대한 태도는 “기본적으로 부정한다”는 것이며, “근본적으로 부정한다”는 것이 아니다.

일반적인 상황에서는 다여지정원칙을 참고, 적용할 수 없다. 그러나 극히 특수한 상황에서는 “신중하게” 다여지정원칙을 참고, 적용할 수 있다. 최고인민법원이 근본적으로 다여지정원칙을 부정하지 않은 이유는 극히 개별적인 상황에서 진보성이 큰 어떠한 개척적인 발명이 권리요구서의 신중하지 못함으로 인해 보호를 받지 못하는 경우 전리권자를 구제하기 위한 가능성을 남겨야 했기 때문이다. 그러나 최고인민법원은 판결 중에 어떤 상황에서 다여지정원칙을 적용할 수 있는지에 대해서는 언급하지 않았다.

#### 4) 자유공지기술향변원칙

공지기술은 전리출원일 이전에 국내외에서 출판물을 통해 공개 발표되거나 국내에서 공개 사용 또는 기타방식으로 공중이 알고 있는 기술을 말하며, 종래기술 또는 선행기술이라고도 한다.

균등권리침해를 판단할 때에는 침해 객체가 자유공지기술의 범주에 속하는지를 고려해야 한다. 피고가 피소된 침해 객체가 원고의 출원일 이전의 자유공지기술에 속하는 것을 증명할 수 있는 증거를 가지고 있을 때는 법원은 균등권리침해의 결론을 내리기 전에 피소된 침해 객체와 종래기술을 비교분석하여 그것이 상대적으로 공지기술에 비하여 신규성, 진보성이 있는지를 살펴보아야 한다. 만약 신규성 또는 진보성이 부족한 경우에는 균등론 범주의 전리침해를 공지기술 범위까지 확대할 수 없다.

최근의 사법절차에서는 자유공지기술향변원칙의 적용이 많은데, 깃대(旗杆) 사건을 예를 들어 본다.<sup>8)</sup>

■ **“깃대”전리의 권리요구** : 기체, 도로래 및 줄로 구성된 깃대에 있어서, 기체는 중공이며, 중공부는 하부 공기실, 중간 공기실 및 상부 공기실로 나누어지며, 기체에는 기를 올리는 일축에 승기(升旗)배기공과 과기(挂旗)배기공이 있으며 기체 하부에는 3개의 기실로 통하는 공기진입관이 있으며 공기공급원과 서로 연결됨을 특징으로 하는 깃대

■ **피고가 생산한 제품** : “깃발취풍(吹风)장치”로서, 주깃대, 깃발, 소깃대, 고정도르래, 승강줄, 송풍기로 구성. 주깃대의 끝단에는 구형의 장식이 있음. 중공의 주깃대 상부에는 타원형의 공기출구공, 하부에는 공기진입공이 설치되며, 주깃대 상부측면에는 도로래가 설치되고, 주깃대 상부는 깃발이 올라갈 때의 적당한 위치에 등간격으로 6줄 12개의 비대칭 타원 원추형 공기구멍을 설치하며, 주깃대의 출구공에 끼워 넣으며, 송풍기 송풍구와 주깃대 공기진입공은 플랜지가 달린 튜브를 통하여 연통되며, 송풍기의 송풍구는 풍량조절밸브가 설치되며, 주깃대의 하부는 베이스에 고정되고 송풍기는 좌대에 설치됨.

8) 文希凯 主编, 专利法教程, 知识产权出版社, 2003. 6., pp. 285-286.

사건심리에서, 피고는 공지기술로서 항변을 진행하였으며, 아울러 원고 전리출원일 전에 공유영역에 진입한 전리출원설명서를 제출하였는데, 그 전리설명서는 정풍(靜風)시 깃발을 휘날리는 장치를 공표하였다. 이 장치는 깃발, 중공깃대, 기좌, 송풍기로 구성되며, 무풍 또는 미풍시 송풍기가 작동하여 공기가 중공깃대의 관로를 따라 깃발의 위치까지 올라가 2줄의 소공을 통해 배출되어 비교적 강한 기류가 깃발을 날리도록 하는 것이다.

법원은 “깃대”전리기술방안과 피고가 제작한 “깃발취풍장치”의 근본적인 구별은 깃대 내에 3개의 공기실이 있다는 것으로 인정하였다. 반면 피고의 “깃발취풍장치”의 깃대에는 1개의 공기실이 있다. 1개 공기실의 취풍장치는 3개 공기실의 취풍장치의 균등 대체로 인정하였다. 또한 1개 공기실 취풍장치의 성능효과는 일정한도내에서 3개 공기실 취풍장치에 미치지 못하며, 보통기술자가 3개 공기실 취풍장치의 기술방안에 따라 창조적인 노동없이 1개 공기실 취풍장치를 획득할 수 있어 양자는 실질적인 차이가 없는 것으로 인정하였다. 그러나 원고가 전리권리요구에 명확히 보호를 요구한 것은 3개 공기실의 취풍장치로서 1개 공기실의 취풍장치에는 미치지 않는다. 더욱 중요한 원인은 1개 공기실 취풍장치에 있는데, 이는 원고의 전리출원일 이전에 이미 전리권이 소멸되어 공유기술이 된 것으로, 전리권의 보호범위는 1개 공기실의 취풍장치를 포함하지 않는다. 그러므로 피고가 제작한 “깃발취풍장치”는 “깃대”의 보호범위에 속하지 않아, 피고의 항변은 이유가 성립하여 그 행위는 전리권침해를 구성하지 않는다.

다시 말해, 전리침해소송에서 피고가 피소된 침해객체가 출원일 이전의 자유공지기술임을 강조할 때에 법원은 전리균등침해를 판단하기 전에 피소된 침해객체와 공지기술을 비교분석하여 그것이 공지기술에 상대적으로 신규성, 진보성을 구비하였는지 살펴보고 만약 신규성 또는 진보성이 없다면 침해가 아닌 것으로 판결하여야 한다.

## 5) 설명서 참작

전리법 제26조의 규정에 따라 설명서는 발명에 대하여 명료하고 완전한 설명을 하여야 하며 이는 해당기술분야의 기술자가 충분히 실현할 수 있음을 기준으로 한다. 권리요구서는 설명서를 근거로 하여야 하며 전리보호요구의 범위를 설명하여야 한다.

또한 전리법 제56조의 규정에 따라 전리권의 보호범위는 그 권리요구서의 내용을 기준으로 하며, 설명서 및 도면은 권리요구를 해석하는데 이용할 수 있다. 권리요구서는 설명서를 근거로 하여야 하며 전리보호요구의 범위를 설명하여야 한다.

전리권리요구의 내용과 설명서의 내용이 차이가 있어 권리요구의 내용을 정확하고 명료하게 이해할 수 없는 경우에는 설명서 및 도면의 내용에 근거하여 권리요구의 내용에 대하여 해석, 수정을 하여 합리적이고 명료하게 전리보호요구의 내용을 이해하여야 한다. 이러한 해석과 수정은 전리권리요구의 내용을 불명료한 것을 명료하게 하며, 과대한 요구를 적당하게 축소하며, 과소한 요구를 적당하게 확대하게 한다. 즉 전리보호범위는 설명서를 통해 권리요구의 내용을 정확히 해석함으로써 확정된다.

#### 6) 금반언원칙

전리권자가 전리출원 과정에서 지식재산권국과 왕래한 서류 중에 행한 인정, 인가 또는 포기한 내용에 대해서는 전리권자는 침해소송에 있어서 반복할 수 없는데, 이를 금반언원칙이라 한다.

전리권의 효력을 판단하고 전리권침해 여부를 판단하는 때에는 전리권자는 전리권리요구의 해석에 대하여 전후가 일치하여야 한다. 전리권자가 전리권을 획득하기 위하여 전리출원 과정에서 전리권리요구에 대하여 협의해석을 진행하고, 권리침해소송에 있어서 타인의 권리 침해를 증명하기 위하여 전리권리요구에 대하여 확대해석을 진행하는 것을 인정하지 않는다.

#### 7) 간접침해

간접침해행위는 행위자 자신의 실시행위는 전리권 침해를 구성하지 않지만 다른 자에게 타인의 전리를 직접침해하도록 유도(誘導), 종용(怂恿), 교사(教唆)하는 행위를 가리킨다. 행위자는 주관적으로 타인의 전리권 침해를 유도 또는 교사한 고의가 있어야 하며, 객관적으로 직접침해행위의 발생을 위하여 필요한 조건을 제공하여야 한다.

일반적으로, 다음과 같은 경우에 간접침해가 인정된다.

- ① 행위자가 타인이 직접침해를 하도록 유도한 주관적 고의가 존재해야 함.
- ② 간접침해대상은 반드시 '전용품(專用品)'이어야 하며, 그 전리에만 소용되고 다른 용도가 없어야 함.
- ③ 직접침해행위가 존재하며, 간접침해행위와 직접침해행위가 인과관계가 있어야 함.

### 8) 생략발명

생략발명은 개악발명이라고도 하며, 권리요구에 기재되어 있는 기술특징 중에서 하나 이상의 기술특징을 생략한 발명을 말한다. 따라서 생략발명에 의한 침해품의 성능 및 효과는 전리제품만 못하다.

### 9) 디자인의 동일·유사

전리법 제23조는 디자인 전리권을 수여하는 조건으로 종래 디자인과 동일 또는 유사하지 않음을 요구하고 있으나, 침해판정에서는 구체적인 규정이 없다.

디자인의 동일·유사는 주로 시각상, 미감상의 동일 또는 유사를 가리킨다. 일반적으로 전리제품의 디자인과 침해제품의 디자인을 비교하여, 양자의 형상, 도안 등의 요부가 동일하면 동일한 디자인으로 인정하고, 구성요소 중 요부가 동일 또는 유사한 경우에는 유사한 디자인으로 인정하며, 양자의 요부가 동일 또는 유사하지 않으면 동일 또는 유사한 디자인으로 인정하지 않는다.

## 4.2.3 입증

### 1) 증거일반

증거는 당사자가 소송을 진행하는 전제조건이며, 인민법원이 사실을 조사하고, 시비를 가리며, 법률을 정확히 적용 등 민사안건을 심리하는 기초가 된다. 또한 증거는 당사자의 합법 권익을 보호하는 수단이므로 자신의 합법권익을 보호하기 위해서는 반드시 증거에 의거해서 증명하여야 한다.

중국민사소송법 제63조는 “증거”의 종류를 다음과 같이 규정하고 있다.

- ① 서증(书证),
- ② 물증(物证),
- ③ 시청각자료(视听资料),
- ④ 증인증언(证人证言),
- ⑤ 당사자 진술(当事人的陈述),
- ⑥ 감정결론(鉴定结论),

- ⑦ 검증기록(勘驗笔录). 상기 증거는 조사하여 사실에 해당하는 경우에 사실을 인정하는 증거로 할 수 있다.

중국 민사소송법 제64조는 ‘당사자는 자기가 제출한 주장에 대하여 증거를 제공할 책임이 있다’라고 명확히 규정하고 있다. 즉, 주장하는 자가 입증해야 하는데, 이것이 입증책임분담 원칙이다.

민사소송법의 규정에 따라 입증책임은 민사소송의 활동 중에 당사자가 자기의 주장에 대하여 상응하는 증거를 반드시 제공하는 것을 가리킨다. 그렇지 않으면 패소의 불리한 책임을 진다.

소송 중에 원고가 소송청구를 제출하고 주장을 제출하면 원고는 그 주장의 사실에 대하여 반드시 증거를 제출하여야 한다. 피고는 소송에서 단순히 원고의 주장을 응소, 승인하는 것이 아니라 대부분의 피고인은 소송 중에 반박의 주장과 이유를 제출하며, 어떤 때는 반소를 제출하기도 한다. 반박과 반소는 일정한 권리 및 사실주장을 내용으로 하기 때문에 피고도 그 주장에 대하여 증거를 제출하여 증명하여야 한다.

당사자가 제출하는 주장은 권리주장과 사실주장을 포함한다. 그러나 권리주장이든 사실주장이든 주장하는 당사자가 증거를 제공하여 증명하여야 한다.

## 2) 생산방법 추정(입증책임의 전환)

중국 민사소송법 제64조는 ‘당사자는 자기가 제출한 주장에 대하여 증거를 제공할 책임이 있다’라고 명확히 규정하고 있다. 그러나 전리소송이 방법발명전리와 관련되는 때에는 특수한 입증책임이 발생하는데, 이것이 입증책임의 전환이다.

전리법 제57조는 전리침해분쟁이 신제품 제조방법의 발명전리와 관련되는 경우에는 동일 제품을 제조한 단위 또는 개인이 그 제품의 제조방법이 전리방법과 다르다는 증명을 제공하도록 규정하고 있다. 즉, 입증책임이 방법전리를 사용하여 신제품을 제조한 피고에게 전환된다.

신제품은 시장에서 이미 판매된 제품과 다른 제품을 가리킨다. 신제품을 판별하는 기준은 전리권을 수여할 때 신규성 기준과는 다르다. 어떤 제품이 전리출원일 이전에 중국시장에서 소비자가 본적이 없다면 신제품으로 판단할 수 있다.



### 3) 문서제출명령

당사자는 자기가 제출한 주장에 대하여 증거를 제공할 책임이 있다. 그러나 당사자 및 그 소송대리인이 객관적 원인으로 자체적으로 수집할 수 없는 증거나 인민법원이 사건을 심리하는데 필요하다고 판단하는 증거에 대해서는 민사소송법 규정에 따라 인민법원이 조사 수집하여야 한다.

이 경우 인민법원은 민사소송법 제65조의 규정에 따라 관련 단위 및 개인을 조사하여 증거를 확보할 권한을 보유하며, 관련 단위 및 개인은 거절할 수 없다.

최고인민법원의 사법해석 〈민사소송 증거에 관한 약간규정〉 제16조에 따라, 인민법원이 증거를 조사 수집하는 것은 당사자의 신청에 의하여 진행하여야 한다.

### 4) 증거보전

민사소송법 제74조의 규정에 따라 증거가 멸실될 가능성이 있거나 획득하기 어려울 가능성이 있는 경우에는 소송참가자는 인민법원에 증거보전을 신청할 수 있으며 또한 인민법원이 자발적으로 보전조치를 취할 수가 있다.

## 4.2.4 방어

### 1) 선사용권

선사용권은 어떤 발명창조가 출원인이 전리출원을 제출하기 전에 어떤 자(개인 또는 단위)가 이미 동일제품을 제조하거나, 동일방법을 사용하거나 또는 그 제품/방법을 제조, 사용하는 데 필요한 준비를 한 경우 그 발명창조가 전리권을 받은 후에 원범위 내에서 그 발명창조를 계속하여 제조 또는 사용할 수 있는 권리를 갖는 것을 가리킨다. 이러한 제조행위 또는 사용행위는 전리권침해로 보지 않는다.

선사용권은 출원하여 전리권을 획득하지 않은 다른 발명자를 보호하는 방법으로 그에게 특별한 권리를 부여하여 선사용권을 구비한 단위 또는 개인이 전리권자의 허가를 받지 않고 자기가 연구개발한 그 제품 또는 그 방법을 계속적으로 제조, 사용하게 하는 것이다.

## 2) 시험연구용 실시 등

전리법 제63조 제4항은 “과학연구와 실험을 위하여 관련 전리를 사용하는 경우”에는 전리권침해로 보지 않는다. 그 목적은 과학연구를 장려하고 기술혁신을 촉진하기 위함이다. 과학연구와 실험을 위하여 관련 전리를 사용하는 것은 생산경영목적을 위하여 관련전리를 사용하는 것은 다르다. 전리제품을 과학기관, 교육기관 또는 실험실에 판매하는 행위는 전리권침해에 해당된다.

외국의 교통수단(육·해·공 운송수단을 포함)이 일시적으로 국내의 영토, 영해, 영공을 통과하며 그 교통수단에 전리법의 보호를 받는 전리를 사용하는 경우에도 전리권 침해로 보지 않는다.

## 3) 권리소진

전리권자가 전리제품을 제조하여 판매한 후 또는 전리권자의 허가를 받아 전리제품을 제조하여 판매한 후에는 그 제품을 사용 또는 판매하더라도 전리권침해로 보지 않는다. 이를 “전리권소진원칙”이라 칭한다. 권리소진원칙에 따라 전리제품이 전리권자 또는 전리권자의 허가를 받은 자가 제조한 후 일단 판매되면 공중은 그 전리제품을 자유로이 사용 또는 재판매할 수 있다.

## 4) 무효선고

전리법 제45조의 규정에 따라 국무원 전리행정부문이 전리권 수여를 공고한 날로부터 어떤 단위 또는 개인도 그 전리권의 수여가 전리법의 관계 규정에 부합하지 않는다고 인정하는 경우에는 전리복심위원회에 그 전리권의 무효선고를 청구할 수 있다.

무효선고 청구의 이유는 전리법 실시세칙 제64조 제2항에 규정되어 있다. 전리법의 제22조(신규성, 진보성, 실용성), 제23조(선행 디자인과 동일유사, 타인이 먼저 취득한 합법적 권리와 충돌), 제26조 제3항(설명서의 공개가 불충분), 제26조 제4항(권리요구서가 설명서에 의해 뒷받침되지 않음), 제33조(보정이 원 설명서 및 권리요구서의 기재범위를 초과, 보정이 원도면 또는 사진이 표시한 범위를 초과), 전리법 실시세칙의 제2조(발명창조의 정의규정 위배), 제13조 제1항(전리권의 중복수여에 해당), 제20조 제1항(권리요구서가 불명확), 제21조 제2항(독립항에 필수기술특징이 부족), 전리법의 제5조(국가법률, 사회공중도덕, 공공이익을 방해), 제25조(전리권 불수여 사유에 해당), 제9조(선출원 규정에 저촉)가 이에 해당한다.

## 5) 비고의행위<sup>9)</sup>

비고의행위(非故意行为)는 선의의 제3자행위라고도 지칭하는데, 이는 중국의 다여지정원칙과 함께 침해판정에 있어서 중국의 특유한 제도라고 할 수 있으며, 또한 전리침해분쟁에서 항변수단으로 자주 등장하므로 상세히 살펴보고자 한다.

### (1) 2000년 《전리법》 개정

《전리법》 제63조 제2항은 다음과 같이 규정하고 있다: 전리권자의 허가 없이 제조, 판매한 전리제품 또는 전리방법에 의해 직접 획득한 제품임을 알지 못하고 생산경영의 목적으로 사용하거나 판매한 경우, 그 제품의 합법적인 출처를 증명할 수 있으면 배상책임을 부담하지 아니한다.

어떤 이는 상기 규정의 법리 기초가 민법상 선의의 제3자 보호의 이론이라고 한다. 해당 이론에 의하면, 만일 행위자의 민법행위가 주관적인 선의에 의한 것이고, 상당한 대가를 지불하였으며, 단지 기타 원인으로 인해 행위가 위법성을 가지게 될 경우에는, 공평원칙에 근거하여 해당 선의의 행위자의 권리는 합리적인 보호를 받아야 한다.

원래의 《전리법》 제62조 (2)는 다음과 같이 규정하였다: “전리권자의 허가 없이 제조, 판매한 전리제품임을 알지 못하고 사용하거나 판매한 경우”, 전리침해로 보지 아니한다. 《전리법》의 2차 개정과정에서, 많은 사람이 이 규정에 대하여 개정의견을 제기하였으며, 선의의 제3자의 권리를 합당하게 고려해 주는 것이 또한 중국의 실제 수요에 부합한다고 판단하였다. 그러나 만일 법률상 이러한 행위를 전리 비침해의 행위로 규정할 경우, 전리권자의 합법이익을 보호하는데 불리할 뿐만 아니라, 전리제품의 불법제조자에게 기회를 제공하게 되어, 그들이 이 규정을 전리권자의 허가를 받지 않고 제조한 전리제품을 합법적으로 판매하는 경로로 이용하게 할 수 있다.

2000년 해당 조항의 개정은 아래 3가지 측면과 관련된다:

- ① 전리방법에 의해 직접 획득한 제품을 보충하였다. 1992년 《전리법》의 1차 개정시, 《전리법》 제11조에 방법전리에 대한 확대보호를 추가하였으며, 방법전리에 대한 보호는 전리방법의 사용뿐만 아니라 해당 방법에 의해 직접 획득한 제품의 판매, 수

9) 尹新天著, 专利权的保护 (第2版), 2006, pp.166 - 177.

입 또는 사용을 포함하였다. 그러나 1992년 《전리법》 제11조의 개정시 원 제62조(2)의 규정에 대해서는 상응하는 개정을 하지 않음으로써 해당 규정은 여전히 “전리제품”만을 포함하게 되었다. 이에, 《전리법》의 2차 개정은 전리방법에 의해 직접 획득한 제품을 보충함으로써 《전리법》 제11조의 규정과 서로 호응하게 되었다.

- ② 적용조건을 엄격히 하였다. 이전의 규정에 의하면, 만일 판매자 또는 사용자가 “알지 못하고(不知道)”를 이유로 변명하고, 전리권자가 판매자 또는 사용자가 판매 또는 사용한 제품이 전리권자의 허가를 받지 않고 제조한 전리제품임을 실제 알았다는 것을 반증할 수 없을 경우에는, 판매자 또는 사용자의 법적 책임을 추궁할 수 없었고 어떠한 법적 구제도 받을 수 없었다. 일반적으로 전리제품의 판매 또는 사용행위는 비교적 발견하기 쉽지만 제조행위는 발견하기가 어렵다. 이전에 침해제품의 제조자는 항상 이 규정을 이용하여 직접 은폐하는 방식으로 전리제품을 불법 제조하고 타인이 그를 위하여 전리제품을 판매하도록 하였으며, 판매자는 “알지 못하고”를 이유로 그 침해책임을 전가하였다. 이와 같이, 전리권자는 “침해책임을 질 수 있는 위법 제조자를 찾기 힘들거나, 또는 행위자는 발견하기 쉬우나 그 침해책임을 추궁할 수 없는” 어쩔 수 없는 상황에 자주 놓이게 되었다. 2000년 2차 개정 후의 조문에 근거하면, 판매자와 사용자는 단지 “알지 못하고”를 이유로 그 침해책임을 면제받을 수 없으며, 그 판매 또는 사용 제품이 합법적인 출처를 갖는다는 것을 증명하여야 한다. 따라서 “지하세계”의 제조자와 서로 내통한 판매자 및 사용자가 그 책임을 전가하기 어렵도록 하였을 뿐만 아니라, 전리권자가 거대한 불법제조자들을 조사하여 전리제품 제조의 위법적 근원을 찾기에 유리하게 하였다.

- ③ 면책범위를 축소하였다. 2000년 2차 개정 후의 《전리법》에 근거하면, 제63조 제2항의 규정조건을 만족할지라도, 판매자와 사용자의 행위는 여전히 전리침해행위이며, 면제될 수 있는 부분은 단지 그 배상책임뿐이다. 중국 《민법통칙》 제118조는 다음과 같이 규정한다: “공민과 법인의 저작권(판권), 전리권, 상표전용권, 발견권, 발명권 및 기타 과학기술성과의 권리가 표절, 왜곡, 위조 등 침해를 받을 경우에는 침해정지, 영향제거 및 손실배상을 요구할 권리를 가진다.” 따라서 전리권자는 판매자와 사용자에게 손실배상 이외의 기타 민사침해책임을 부담하도록 요구할 수 있다.

## (2) 판매청약 행위자의 면책문제

《전리법》의 2차 개정에서, 《전리법》 제11조는 판매청약과 관련한 규정을 추가하였다. 그러나 《전리법》 제63조 제2항의 선의의 제3자의 행위에 관한 규정에서는 판매행위를 제기하였으나 판매청약행위를 제기하지 않았으며, 이는 다수인의 관심과 비평을 불러 일으켰다.

《전리법》 제63조 제2항이 판매청약행위를 기재하지 않은 이유는, 주로 당시 해당 행위가 전리권자에게 실제 손해를 형성하지 아니하고 일반적으로 손실배상의 문제가 존재하지 아니하므로 기재할 필요가 없다고 생각했기 때문이다. 전반부의 분석에 의하면 이러한 관점에는 의문점이 있는데, 즉 특정한 상황에서 판매청약행위는 여전히 가격 침식을 초래할 가능성이 있고 전리권자에 대한 손해를 형성할 수 있으며, 침해자에게 손실배상책임의 부담을 요구할 필요성을 완전히 배제할 수 없기 때문이다.

다른 측면에서 볼 때, 《전리법》 제63조 제2항에 정한 조건을 만족시키는 상황에서는 판매와 사용행위에 대하여 행위자의 배상책임을 면제할 수 있다. 그러나 판매청약행위는 단순히 실제 판매 전의 준비행위이지만, 오히려 행위자의 배상책임을 면제할 수 없는데, 이는 확실히 합리적이지 않다.

최고인민법원이 2003년 10월 제기한 《전리침해사건의 심리시 약간 문제에 관한 규정》의 초안에서는 다음과 같이 건의하였다: 판매청약로 인해 전리침해를 구성할 경우, 인민법원은 침해자에게 침해정지의 민사책임을 부담할 것을 명령하여야 한다. 해당 침해행위로 인해 확실히 권리자의 실제 경제손실을 조성할 경우, 인민법원은 침해자에게 상응하는 배상책임의 부담과 합리적인 조사비용의 지급을 명령하여야 하지만, 판매청약자가 판매청약제품이 타인의 전리권을 침해한 제품임을 알지 못하고 그 합법적인 출처를 증명할 수 있는 경우, 《전리법》 제63조 제2항의 규정을 참고하여 처리한다.

상기 건의가 채택될 수 있을 경우, 《전리법》 제63조 제2항이 규정한 상기 결함을 보충할 수 있다. 물론, 가장 바람직한 것은 법률 규정 자체에서 이 문제를 완벽하게 해결하는 것이며, 이는 다음 《전리법》 개정시 주의해야 할 문제이다.<sup>10)</sup>

## (3) 행위자의 주관적 과실

《전리법》 제63조 제2항의 행위자의 주관적 의도에 대해 채택한 것은 “알지 못하고”라는 단어이다. 소위 “알지 못하고”는 객관적 상태를 가리키고, “명백히 알고”의 반의어로 이해되어

10) 전리법 제3차 개정에서는 판매청약행위를 비고의행위에 포함하도록 개정을 추진 중에 있다.

야 하며, “알 수 없고”와 “마땅히 알아야 하나 실제 알지 못하고”의 두 가지 상황을 포함한다.

중국 《민법통칙》 제106조는 다음과 같이 규정한다: 공민과 법인이 과실에 의해 국가와 집단의 재산을 침해하고, 타인의 재산 및 신체를 침해한 경우에는 민사책임을 져야 한다.

이 규정에 의하면, 행위자가 그 행위가 타인의 권리를 침해한다는 것을 명백히 알고도 해당 행위를 진행할 경우에는 고의적 침해행위를 구성하고 반드시 침해책임을 져야 한다. 또한 행위자가 그 침해행위가 타인의 권리를 침해한다는 것을 마땅히 알았어야 하나 부주의로 인해 알지 못함으로써 해당 행위를 진행한 경우, 과실침해행위를 구성하고 침해책임을 져야 한다.

전리권과 같은 특정한 지식재산권에 있어서, “마땅히 알았어야”의 의미를 어떻게 이해하는가는 퇴고할 만한 가치가 있다. 전리권은 국가가 수여한 권리이며, 전문적인 전리공보에서 공시하여 누구든지 열람할 수 있다. 이론적으로 말해서, 모든 사용자와 판매자는 사전에 전리공보를 열람하여 그 사용 및 판매제품이 전리권자의 허가를 받지 않고 제조한 침해제품인지 여부를 확인하여야 하며, 그렇지 않으면 “과실”에 해당하여 《민법통칙》의 상기 규정에 의거하여 손실배상을 포함하는 민사침해책임을 져야 한다.

중국의 원래의 《상표법》은 “등록상표를 위조한 상품임을 명백히 알고 판매한 경우에는 등록상표전용권의 침해행위에 속한다”고 규정하였다. 2001년 《상표법》의 개정시 그중 “명백히 알고”를 삭제하고 “등록상표전용권을 침해한 상품을 판매한 경우에는 등록상표전용권의 침해행위에 속한다”고 변경하였다. 이는 현재 판매자가 그 판매한 것이 등록상표전용권을 침해한 상품인지 알았는지 여부를 불문하고 침해책임을 져야 한다는 것을 의미한다. 이는 상표보호와 전리보호의 상이한 점이다. 다른 한편으로 주의해야 할 것은, 《상표법》은 위조상표의 제품을 구입하는 것과 더 나아가 사용한 행위가 등록상표전용권의 침해행위를 구성한다고 규정하지 않았는데, 이는 또한 상표보호가 전리보호와 구별되는 점이다. 이에 대해서는 다음과 같은 의문점이 생길 수 있다: 모두 같은 지식재산권인데, 왜 《전리법》과 《상표법》의 상응 규정이 서로 다를 수 있는가?

이는 《상표법》과 《전리법》의 보호객체가 상이한 특징을 구비하여 일괄적으로 논할 수 없기 때문이다.

상표는 하나의 상품 또는 서비스가 다른 상품 또는 서비스와 구별되는 표시이다. 상품상표에 있어서, 상표는 반드시 상품의 표면에 위치하여 사람들에게 의해 매우 쉽게 보여져야 한다. 한 국가가 상표전용권 보호제도를 실행하는 상황에서, 판매자는 수입시 관련 상품이 등록상표전용권의 침해상품인지 여부를 확인할 책임이 있으며, 이는 또한 그가 스스로 할 수

있는 사항이다. 만일 판매자가 단지 “명백히 알고”의 상황에서만 해당 전용권의 침해행위를 구성한다고 규정할 경우에는 침해상품의 시장에서의 유통에 지나치게 큰 여지를 남길 수 있으며, 이는 등록상표전용권자의 이익에 손해를 줄 뿐만 아니라 소비자의 이익보호에도 불리하다.

그러나 전리보호는 이와 다르다. 전리보호의 획득대상은 전체 상품일 수도 있고, 단지 상품의 어떤 부속품, 부품, 전기회로 등 일수도 있다. DVD장치를 예로 들 때, 통계에 의하면 1대의 DVD기계에 대하여 유효한 전리는 1600개 이상이며, 판매자와 사용자가 근본적으로 이해할 수 없을 수도 있고 그 판매 또는 사용상품의 내부구조를 이해할 필요가 없을 수도 있으며, 그들에게 그 판매 또는 사용상품이 다른 이의 전리권을 침해하지 않는다는 것을 정확히 알도록 요구할 수도 없다. 더군다나 《전리법》은 허가를 받지 않고 전리방법에 의해 직접 획득한 제품을 판매 또는 사용해서는 안 된다고 규정하였는데, 이 경우 해당 제품 자체의 구조는 어떠한 변화가 없고 단지 전리방법을 사용하여 제조한 것에 불과할 수 있다. 이때 제조자 이외의 판매자와 사용자가 해당 제품이 전리방법을 사용하여 제조하였는지, 아니면 기타 방법을 사용하여 제조하였는지를 어떻게 알 수 있는가? 만일 전리침해제품의 판매자와 사용자에게 과실이 있을 시 마땅히 손실배상의 침해책임을 부담하도록 요구하는 경우, 판매자와 사용자는 사전에 그 판매 또는 사용하는 모든 제품이 안부터 밖까지, 전체 제품부터 모든 부속품까지 타인의 전리권을 침해하는지 여부를 일일이 조사하여야 하는데, 이는 판매자와 사용자에게 지나치게 무거운 부담을 주고 실제로 있어도 달성하기가 매우 어렵다. 이에 따라 《전리법》 제63조 제2항은 판매자 또는 사용자가 마땅히 알았어야 하나 실제 알지 못하고 동시에 제품의 합법적인 출처를 증명할 수 있는 상황에서는 전리침해행위를 구성한다 할지라도 그 배상책임을 면제할 수 있다고 규정한다. 물론, 행위자는 배상 이외의 기타 침해책임을 부담하여야 하며, 특히 전리제품의 지속적인 사용 또는 판매행위를 정지하여야 한다.

앞서 말한 것처럼, 《전리법》은 전리제품의 제조에 대해서 “절대 보호”를 해 주기 때문에, 행위자에게 반드시 귀책사유가 있어야만 전리침해의 민사책임을 부담하도록 요구하지 않는다. 또한 어떠한 상황에서는 행위자에게 과실이 있어도 반드시 전리침해의 모든 민사책임을 부담하는 것은 아니라고 규정한다. 상기 양자는 전리보호의 구체적인 특징에서 볼 때, 《민법통칙》이 정한 기본원칙에 대한 적당한 융통으로서, 그 목적은 실사구시의 태도에 기초하여 전리제도가 더욱 합리적이 되도록 하는데 있다.

또한 《전리법》 제63조 제2항 중의 “알지 못하고”의 규정에 대해서는 약간의 다른 의견이

있다. 그중 하나의 관점은 다음과 같이 판단한다: 《전리법》 제62조는 전리침해소송의 시효를 전리권자가 침해행위를 “알게 되거나 마땅히 알았어야 하는” 날부터 계산한다고 규정하나, 《전리법》 제63조 제2항은 침해제품의 판매자와 사용자가 “알지 못하고”에 속하기만 하면 배상책임을 면제받을 수 있다고 규정하며, 상기 양자를 비교하면 형평성이 떨어진다. 일부 국가의 전리법은 “마땅히 알았어야 할 합리적인 이유가 없는” 상황이 존재하기만 하면 행위자는 배상책임을 부담하지 아니한다고 규정한다. 이러한 규정에 의한 면책범위는 《전리법》 제63조 제2항이 정한 면책범위보다 좁으며, 이는 만일 행위자가 마땅히 알았어야 할 합리적 이유가 있을 경우에는 그가 실제 알지 못하였을지라도 배상책임을 면제받을 수 없기 때문이다. 그러나 이는 다만 면책범위의 크고 작음에 대한 차이에 불과하다. 즉, 《전리법》은 《상표법》 처럼 판매자 또는 사용자가 그 판매, 사용하는 제품이 전리권자의 허가를 받지 않고 제조, 판매한 전리제품임을 알거나 알지 못하였음을 불문하고 일률적으로 기타 전리침해행위와 마찬가지로 처리한다고 규정할 수 없다.

#### (4) 입증책임

《전리법》 제63조 제2항은 입증책임에 대한 규정을 내포하였다.

《전리법》 제63조 제2항의 적용조건은 “알지 못하고”와 “합법적인 출처를 가진다”에 있다. 이에 대해서는 원고, 즉 전리권자가 입증책임을 져야 하는가, 아니면 제소된 침해자가 입증책임을 져야 하는가? 해당 규정의 단어에 의하면, 이는 민사침해책임을 일부 면제하는 항변으로 볼 수 있으며, 이에 따라 제소된 침해자가 입증책임을 져야 한다.

전리제품의 판매, 사용과 관련한 침해분쟁에 있어서는 원고, 즉 전리권자가 먼저 입증책임을 부담하므로 제소된 침해자가 판매, 사용한 제품이 그 전리제품임을 증명하여야 하며, 또한 해당 제품이 그 허가를 받지 않고 제조, 판매한 것임을 증명하여야 한다.

만일 전리권자가 입증책임에 성공하면, 제소된 침해자가 손실배상의 민사침해책임을 면제받고자 할 경우에는 입증책임을 부담하므로 다음 두 가지 사실을 증명하여야 한다: 첫째, 그는 그 판매 또는 사용한 제품이 전리권자의 허가를 받지 않고 제조, 판매한 것임을 “알지 못하였다”; 둘째, 그 제품은 합법적인 출처를 가진다.

그중, “알지 못하였다”에 대한 증명은 자주 일종의 단언(斷言)에 불과할 수 있으며, 일반적으로 전리권자가 반증을 제공하고 제소된 침해자가 실제 알았다는 것을 증명하기만 하면 그 단언을 부정할 수 있다. 통상적으로 전리권자는 필요한 조치를 취하여 행위자가 “알지 못



하였다”에서 “알았다”로 전환하도록 강요할 수 있다. 예를 들면 사전에 경고서한을 발송하는 등의 상황이다.

제소된 침해자가 그 판매, 사용한 전리제품이 합법적인 출처를 가진다고 증명할 경우에는 반드시 구체적인 증거를 제공하여야 한다. 예를 들어, 정식매매계약서, 상업영수증의 제시 등을 통하여 그가 합법적으로 전리제품을 획득하였음을 증명할 수 있다. “합법적인 출처”는 판매 또는 사용한 전리제품이 정당하고 합법적인 경로를 통해 획득한 것임을 가리키며, 그 중 “합법적인”은 해당 전리제품의 제조, 수입이 반드시 합법적이라는 의미를 포함하지는 아니한다. 《전리법》 제63조 제2항의 적용대상은 전리권자의 허가를 받지 않고 제조, 수입한 전리제품이며, 제조 및 수입행위 자체는 위법행위이다. 따라서 당해 제품 자체는 “위법제품”이다.

여기서 주의해야 할 점은, “알지 못하였다”와 “합법적인 출처를 가진다”는 2개의 서로 독립된 상황이며, 이들을 하나로 섞어서 논할 수는 없다는 것이다. 제소된 침해자가 그 제품의 합법적인 출처를 증명할 수 있다는 것은 행위자가 “알지 못하였다”는 것과 같지 않다.

이에 대하여 최고인민법원이 2003년 10월 제기한 《전리침해사건의 심리시 약간 문제에 관한 규정》의 초안에서는 아래와 같이 건의하였다: 《전리법》 제63조 제2항이 말하는 합법적인 출처는 사용 또는 판매하는 전리제품, 또는 전리방법에 의해 직접 획득한 제품이 합법적인 상업출처를 통해 획득한 것임을 가리키며, 당해 제품이 전리권자가 제조하거나 전리권자의 허가를 거쳐 제조, 판매한 것임을 가리키지 아니한다. 정상매매계약, 상업영수증 등은 합법적인 출처를 증명하는데 사용할 수 있다. 제품의 획득시 계약서 중의 권리하자담보조항만으로 사용자 또는 판매자의 그 제품의 합법적인 출처에 대한 입증책임을 면제할 수 없다. 권리자가 사용자 또는 판매자에게 경고서한, 변호사서한 등을 발송한 적이 있고 전리증서, 전리설명서, 권리요구서 및 기술대조설명 등 문건을 제공한 경우에는 사용자 또는 판매자로 하여금 제소된 침해제품이 전리침해를 구성한다고 판단하기에 충분하며, 사용자 또는 판매자가 계속해서 제소된 침해제품을 사용 또는 판매할 경우에는 그가 이미 알았던 것으로 간주해야 한다. 인민법원의 심리를 거쳐 사용자 또는 판매자가 전리침해를 구성한다고 인정한 경우에는 제품의 합법적인 출처를 증명할 수 있을지라도 손실배상을 포함한 민사책임을 저야 한다.

## 6) 전리권 존속기간

발명전리권의 보호기간은 20년, 실용신안전리권 및 디자인전리권의 보호기간은 10년이다. 보호기간은 출원일로부터 계산한다.

여기서 출원일은 중국에서의 실제출원일을 가리키며, 우선권일이 아니다.

1992년 12월 31일 이전에 제출된 전리출원에 근거하여 권리가 수여된 발명전리권의 보호기간은 15년이며, 실용신안전리권 및 디자인전리권의 보호기간은 5년이다(3년 연장 가능).

### 4.2.5 권리구제수단

#### 1) 임시조치 (가처분)

전리법 제61조 제1항의 규정에 따라 전리권자 또는 이해관계자는 타인이 자신의 전리권 침해행위를 실시하고 있거나 실시하려고 하고 있어 만약 적시에 제지하지 않으면 그 합법권익이 보충하기 어려운 손해를 입을 수 있다는 증거를 가지고 있는 경우에는 제소 전에 인민 법원에 유관행위를 정지하고 재산보전의 조치를 취하는 것을 명령할 것을 신청할 수 있다.

임시조치를 청구할 수 있는 이해관계인에는 전리실시허가계약의 피허가자, 전리재산권리의 합법 승계인등을 포함한다. 독점실시허가계약의 피허가자는 단독으로 신청을 제출할 수 있으며, 배타실시허가계약의 피허가자는 전리권자가 신청하지 않는 경우에 신청을 제출할 수 있다.

#### 2) 침해금지청구

권리침해정지는 권리침해자가 부담하는 주요 책임 중 하나이며, 전리권을 보호하는 가장 유효한 조치 중의 하나이다.

권리침해정지는 침해자가 전리제품을 임의로 제조, 사용, 판매청약, 판매, 수입하거나 전리방법을 사용하거나 그 전리방법에 의해 직접 획득한 제품을 사용, 판매청약, 판매, 수입하는 행위를 정지하는 것을 가리킨다. 전리권자가 발명창조를 출원하여 전리권을 획득하는 목적은 법률이 자기의 전리권을 보호하는 것을 이용하여 타인이 그의 허가 없이 그 전리제품을 제조, 사용, 판매청약, 판매 수입하거나 그 방법을 사용하는 행위를 금지하여 그 전리에 대하여 자기가 향유하는 독점권을 유지하기 위한 것이다. 그러므로 전리침해소송에 있어서 전리권자는 모두 침해자에게 침해행위를 정지하도록 요구한다.

### 3) 손해배상청구

손해배상은 법률 규정을 위반하여 타인의 재산소유권 또는 인격권을 침해한 것에 대한 일종의 법률제재방식이다. 전리권은 일종의 무형재산이므로 이러한 재산이 침해되어 권리자에게 경제적 손실이 초래된 때에는 전리권자 또는 이해관계자는 법에 따라 침해자에게 경제손실을 배상하도록 요구할 수 있다. 즉, 손해배상은 민사책임을 부담하는 가장 보편적이고 기본적인 사용범위가 가장 넓은 방식이며, 침해된 전리권에 대한 중요한 구제조치이다.

손해배상액의 구체적 산정방식은 다음과 같다.

- ① 전리권자가 침해행위로 인하여 받은 실제 경제손실을 손해배상액으로 함.
- ② 침해자가 침해행위로 획득한 전체 이윤액을 손해배상액으로 함.
- ③ 전리허가사용비 액수의 배수(倍数)를 참고하여 손해배상액을 확정.
- ④ 사법해석규정의 정액배상액 내에서 손해배상액을 확정.

### 4) 발명전리 임시보호기간 사용비 청구

전리법에 있어서 임시보호기간은 발명전리출원 공개 후 전리권 수여 전까지의 기간을 말한다. 전리법 제13조의 규정에 따르면 발명전리출원 공개 후 출원인은 그 발명을 실시하는 단위 또는 개인에게 적당한 비용의 지불을 요구할 수 있다. 만약 실시자가 자발적으로 적당한 사용비를 지불하지 않는 경우에는 전리권 수여 후 권리자는 임시보호기간 사용비의 소송을 제기할 수 있다.

발명전리에 대한 임시보호기간 비용소송의 제기는 반드시 전리권자가 전리권을 받은 후에 해야 하며, 소송 청구 중에 단지 실시자가 적당한 비용을 지불하도록 요구할 수 있다. 그러므로 전리권이 비준된 후에만 전리권자는 비로소 임시보호기간 사용비의 소송을 제기하여 임시보호기간에 그 발명을 실시한 자에게 적당한 비용을 지불하여 경제손실을 배상하도록 요구할 수 있다.

## 4.2.6 사칭행위

### 1) 타인전리 사칭행위

타인전리사칭은 제품 또는 제품의 포장 또는 제품의 광고·선전자료 상에 전리권자의 전리 표기 또는 전리번호를 붙여서 사람들로 하여금 그 제품이 전리권자의 전리제품으로 믿게 하는 행위를 가리킨다. 그러므로 유효한 전리권의 존재가 타인전리사칭행위 발생의 기초가 된다.

전리법 실시세칙 제84조의 규정에 따라 아래행위는 타인전리사칭행위에 속하게 된다.

- ① 허가를 받지 않고, 제조 또는 판매하는 제품, 제품의 포장에 타인의 전리번호를 표기 하는 행위
- ② 허가를 받지 않고, 광고 또는 기타 선전자료에 타인의 전리번호를 사용하여 사람들로 하여금 관련 기술이 타인의 전리기술로 오인하게 하는 행위
- ③ 허가를 받지 않고, 계약서에 타인의 전리번호를 사용하여 사람들이 계약서 관련 기술을 타인의 전리기술로 오인하게 하는 행위
- ④ 타인의 전리증서, 전리서류 또는 전리출원서류를 위조 또는 변조하는 행위

중국 판결에서 전리침해행위에 속하는지, 타인전리사칭행위에 속하는지 논란을 일으킨 판례를 살펴보면 다음과 같다.

1999년 3월 주소파(周小波)는 약개제품창을 등록하고 산둥 양곡유리예술제품공장이 “복층예술유리용기”의 전리권을 소유하고 있는 것을 안 후, 주소파는 한편으로는 전리복심위원회에 그 전리권의 무효선고를 청구하고, 한편으로는 모창을 통하여 컵의 본체를 구매하였다. 개당 65위안의 원가로 복층예술유리용기컵(약개상표)을 생산하여 78위안에서 182위안의 가격으로 하북성 모회사 등에 현지 검찰원에 체포될 때까지 총 3,168개를 판매하였다. 법원은 심리를 통하여 피고인 주소파는 타인이 전리권을 가지고 있다는 것을 확실히 알고 있는 상황에서 전리권자의 허가 없이 생산경영 목적으로 불법제조하여 타인의 전리권을 침해하는 약개표 컵을 판매함으로써 국가의 전리관리제도와 타인의 전리독점권을 침해하고, 정황이 엄중하여 전리사칭죄를 구성함을 인정하였으며, 이에 따라 법원은 피고인 주소파에게 전리사칭죄를 판결하

여 유기징역 2년과 벌금 5만원을 부과하고, 불법이득 76,446원을 추징하며, 장물 약 개표 컵 300개를 몰수하며, 민사소송의 원고의 경제손실 76,446원을 배상하도록 판결하였다. 1심법원(산동성 양곡현 인민법원)의 판결 후 주소파는 불복하여 상소하였다. 2심법원(산동성 요성시 중급법원)은 심리 후 1심판결이 이유 없음을 이유로 법에 따라 원심을 유지하였다.

본 사건에서 주소파의 실시행위가 전리침해행위에 속하는지 또는 타인전리사칭행위에 속하는지에 대하여 중국 내에서 많은 논란이 있었다. 전리법 규정에 따르면 상기 침해행위는 일반적인 전리권침해행위이지 타인의 전리사칭행위에 속하지 않으며, 정황이 심각하다고 범죄를 구성하는 것은 더욱 아니다.

## 2) 전리허위표시

전리허위표시는 비전리제품을 전리제품으로 허위표시하거나 비전리제품을 전리제품으로 허위표시하는 사기행위를 가리킨다.

전리법 실시세칙 제85조는 아래 행위를 전리허위표시 행위로 규정하고 있다.

- ① 전리표기가 있는 비전리제품을 제조 또는 판매하는 경우
- ② 전리권 무효선고 후, 제조 또는 판매하는 제품에 전리표기를 하는 경우
- ③ 광고 또는 기타 선전자료에 비전리기술을 전리기술로 칭하는 경우
- ④ 계약서에 비전리기술을 전리기술로 칭하는 경우
- ⑤ 전리증서, 전리서류 또는 전리출원번호를 위조 또는 변조하는 경우

### 4.2.7 직무발명

전리법 제6조의 규정에 의하면, ‘직무발명창조’는 소속단위(단체, 회사, 조직 등을 가리킴)의 임무를 수행하거나, 주로 소속단위의 물질기술조건을 이용하여 완성된 발명창조를 말한다.

‘소속단위의 임무 수행 중에 완성된 직무발명창조’는 ① 직무 중에 행한 발명창조, ② 소속단위로부터 부여받은 본래의 직무 이외의 임무수행 중에 행한 발명창조, ③ 이직, 정년퇴직 또는 전직 후 1년 이내에 행한, 구(舊) 소속단위에서 담당하고 있던 직무 또는 구 소속단위로부터 부여 받은 임무와 관련이 있는 발명창조를 말한다. 소속단위에는 일시적으로 근무하

는 단위도 포함된다. 또, ‘소속단위의 물질기술조건’이란, 소속단위의 자금, 설비, 부품, 원재료 또는 외부에 공개하지 않은 기술자료 등을 말한다.

전리법 제6조의 규정에 의하여, 직무발명창조의 전리를 출원하는 권리는 소속단위에 귀속한다. 출원이 비준된 후에는 해당 단위가 전리권자가 된다. 단, 소속단위의 물질기술조건을 이용하여 완성된 발명창조에 관하여 단위와 발명자 또는 설계자가 계약을 체결하여 전리를 출원하는 권리 및 전리권의 귀속에 대해 별도로 정하고 있는 경우는 그 결정에 의한다.

전리법 제16조 규정에 따라, 전리권을 수여 받은 단위는 직무발명창조의 발명자 또는 설계자에게 장려금을 주어야 한다. 발명창조 전리의 실시 후에는 그 보급과 응용의 범위 및 그 경제적 효과와 수익에 따라 발명자 또는 설계자에게 합리적인 보수를 주어야 한다.

2008년 특허분쟁대비 지재산 정보지원사업  
중국특허(전리)분쟁지도 -제도편-

## ■ 참여인력

편찬기관	특허청
	구영민 팀장 (산업재산보호팀) 강택중 사무관 (산업재산보호팀) 류승호 사무관 (산업재산보호팀)
지문위원	
	강현교 교수 (아주대학교) 은종학 교수 (국민대학교) 이용상 부장 (LG전자) 이희중 사무관 (특허청) 정현권 책임 (삼성전자)
주관기관	한국발명진흥회
	홍성일 팀장 (정보활용지원팀) 김재권 과장 (정보활용지원팀) 정승원 계장 (정보활용지원팀) 전정립 주임 (정보활용지원팀) 정진상 주임 (정보활용지원팀)
작성기관	특허법인 태평양
	박희주 변리사 (수행책임자) 이은경 변리사 (책임연구원) 양성욱 변리사 (참여연구원) 김광남 변리사 (참여연구원) 이정대 변리사 (참여연구원) 장원주 변리사 (참여연구원) 김민규 변리사 (참여연구원) 조세영 변리사 (참여연구원) 양승우 책임연구원 (참여연구원) 박재선 과장 (참여연구원) 안은정 사원 (참여연구원) 홍송봉 중국변호사 (법무법인 태평양(외부위촉)) 신지식 연구원 (법무법인 태평양(외부위촉)) 한옥레 팀장 (법무법인 태평양(외부위촉))

본 보고서는 특허청 용역사업의 결과입니다. 본 보고서의 내용을 인용할 때에는 반드시 특허청 연구사업의 결과임을 밝혀주시기 바랍니다.

2008년 특허분쟁대비 지재산 정보지원사업

## 중국특허(전리)분쟁지도 -제도편-

**발 행** | 특허청 산업재산보험팀

대전시 서구 둔산동 920번지 정부대전청사 4동

전화 042)481-8144, 팩스 042)472-3464

[www.kipo.go.kr](http://www.kipo.go.kr)

한국발명진흥회 정보활용지원팀

서울시 강남구 역삼동 647-9번지 한국지식재산센터

전화 02)3459-2817, 팩스 02)3459-2859

[www.kipa.org](http://www.kipa.org)

[www.patentmap.or.kr](http://www.patentmap.or.kr)

**발행일** | 2008년 12월

**인 쇄** | 경성문화사





# 중국특허(전리)분쟁지도

## 제도편



**특허청**

대전시 서구 둔산동 920번지 정부대전청사 4동  
특허청 산업재산보호팀  
전화 042)481-8144 팩스 042)472-3464  
[www.kipo.go.kr](http://www.kipo.go.kr)



**한국발명진흥회**

서울시 강남구 역삼동 647-9번지 한국지식재산센터  
한국발명진흥회 정보활용지원팀  
전화 02)3459-2817 팩스 02)3459-2859  
[www.kipa.org](http://www.kipa.org) / [www.patentmap.or.kr](http://www.patentmap.or.kr)