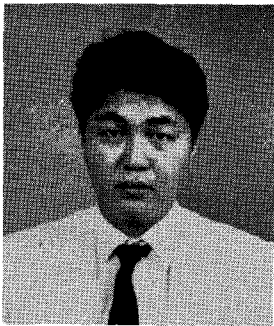


## 목 차

- I. 머리말
- II. 청구취하의 요건
- III. 청구취하의 절차
- IV. 청구의 일부취하
- V. 취하의 효과
- VI. 청구취하에 관한 다툼
- VII. 청구취하의 합의
- VIII. 청구취하의 흠
- IX. 맺는말

〈고딕은 이번號, 명조는 다음號〉

# 審判請求의 取下에 關한 小考(1)



白 健 瑋  
〈제27회 辨試合格者〉

## I. 머리말

심판이나 항고심판의 취하라 함은 특허청에 대한 청구의 當否에 관한 심판의 전부 또는 일부를 철회하는 단독적 의사표시를 말한다. 이에 의하여 심판계속은 溯反的으로 소멸되고, 심판은 종료된다. 특허법 161조 1항에서는 심판청구는 심결이 확정될 때까지 이를 취하할 수 있다고 하여 구특허법 118조에서의 취하가 능시기가 심리종결시인 것에 비해 연장되어있다.

심판청구의 취하의 법률적 성질은 일방적 의사표시이며 피청구인의 동이가 청구의 취하의 효력발생에 필요한 경우라도 당사자의 합의가 아니고 일방적 행위이다. 또한 심결에 의하지 않는 심판종료 사유이며, 이 점에 있어서 민사소송법상에서 인정되는 화해, 청구의 포기·認諾과 공통적이다.

청구의 취하의 의의를 보다 명확하게 이해하기 위하여 청구의 포기와 비교하면, 심판 청구인 일방의 행위에 의한 심판종료사유라는 점에서 양자는 공통성이 있다. 그러나 청구의 취하가 심판의 신청을 溯反的으로 철회하는 행위라면, 청구의 포기는 심판신청 후에 자기의 청구가 이유없다는 자인이라는 데 그 차이가 있다. 따라서 청구의 취하는 확정된 청구각하심결에 해당하고, 청구의 포기는 확정된 청구각하심결

과 그 효력이 같다. 그러나, 특허법상의 심판제도는 민사소송법상과는 달리 직권주의가 매우 강하고 공익성이 강한 까닭에 청구의 포기는 인정될 여지가 없으므로 구특허법 제129조에서 인정되었던 항고심판청구권의 포기를 신법에서는 삭제하게 되어, 구법상에서 논란이 되었던 포기의 효력에 대하여 중지부를 찍게되었다.

또한 직권심리주의의 원칙을 관철한다면 심판청구의 취하는 전적으로 인정되지 않아야 할 것이지만 특허법에서 청구취하를 허용하는 이유는 마치 인사소송, 선거소송이 직권주의를 취하면서도 그 취하를 인정하는 것과 같이 특허법도 심판취하는 당사자의 자유에 맡기기로 한 것이다.

## II. 청구취하의 요건

### 1. 대상

심판청구인은 모든 심판 및 항고심판청구를 취하할 수 있다. 즉, 당사계심판사건 뿐만 아니라 사정계심판사건에 대하여도 취하가능하다. 그러나 일부취하의 경우에는 2이상의 청구항에 관하여 제133조 제1항의 무효심판 또는 제135조의 권리범위확인심판을 청구한 때에 청구항마다 이를 취하할 수 있다(특허법 161조 2항).

청구의 취하를 심판소가 釋明權에 의해 권유하는 것은 어떨까? 명백히 자유없는 청구나 보정불능의 부적법한 청구에 대해서까지 심판소가 심결로써 답하는 친절은 심판관의 에너지의 합리적 관리일 수 없으며, 이러한 경우에는 釋明權을 통해 청구의 취하를 종용하여 정리하고, 남은 정력을 보호할 가치있는 사건의 급속한 해결에 경주하는 것도 생각할 수 있는 일이다. 따라서 청구의 취하가 청구인의 자유임을 지나치게 내세워 이러한 경우까지 청구취하의 종용을 마냥 금지할 일은 아니라 하겠다(사법운용의 합리화와 소송촉진책, 法務諮問委論說集, 114面. Rosenberg-Schwab. S. 352).

### 2. 시기

심판청구는 심결이 확정될 때까지 이를 취하

할 수 있다(특허법 161조 1항). 구법에서는 심결확정전까지만 취하가능하게 하였던 것을 신법에서는 민사소송법 239조 1항과 같이 심결확정 전까지로 연장하고 있다. 구법에서 심결확정 전까지로 하였던 이유는 심판이 진행되어 심결을 내리기에 성숙한 경우에는 여태까지의 심리가 허사로 돌아가지 않도록 시기적 제한을 설정한 것이고, 다시 말하면 심판이 심결을 하기에 성숙되어 있으나 심결후에도 심결청구의 취하를 인정한다면 애써서 직권담지를 하고 직권진행을 하여온 심리의 노고가 그 보람도 없이 무의미하게 될 뿐만 아니라 제도의 공공성이 부인되는 결과로 되기 때문이고 이는 직권주의의 최소한의 보루인 동시에 당사자주의와의 한계를 명시한 것이며 특허제도가 공익적이고 국가산업 정책적인 공공성에 터잡고 있어 직권주의의 색채가 농후하기 때문이었다. 이에 대하여 신법은 심판·항고심판에 대한 당사자의 대응의 자유도를 일층 높여서 특허분쟁의 조기해결 등을 도모하도록 종래의 심판청구의 취하시기를 탄력화시킨 것이므로, 청구의 취하는 청구인의 심판청구후 심결이 확정되기까지 어느 때라도 할 수 있게 하고 있다. 비록 청구요건의 欠缺 등으로 유효한 청구가 아니더라도 이를 취하할 수 있다. 심급간 즉 심결송달후 상소의 제기 전이라도 할 수 있다.

그런데, 민사소송법 240조 2항에서는 「본안에 대한 중국판결이 있는 후 소를 취하한 자는 동일한 소를 제기하지 못한다」라는 소 취하의 효과를 明定하고 있다. 즉 중국판결이 있기 전의 소 취하시는 再許可能하나 그 후에는 불가능한 것으로 이를 재허의 금지라 하는바, 특허법에는 이 民訴法 240조 2항을 集甲하고 있지 않고 있으므로 해석상 의문이 있음은 후술하는 바와 같다.

### 3. 피청구인의 동의

청구의 취하에 있어서 피청구인이 본안에 대하여 답변서를 제출하거나 구두심리에서 진술하거나 변론을 하기 전까지는 피청구인의 동의를 필요로 하지 아니하나, 그 뒤에는 피청구인

의 동의없이 청구를 취하할 수 없다(특허법 161조 1항 단서). 왜냐하면 피청구인이 대응하여 본안심결을 받으려는 적극적인 태도를 보인 때에는 심판을 유지하는 것이 피청구인에게도 利害關係가 있다고 볼 것이며, 피청구인에게 심판으로 주장된 청구에 대하여 심결(청구기각 심결)을 받을 심판상의 권리가 생겼기 때문이다. 요컨대 이러한 피청구인의 동의권에 의하여 피청구인의 소극적 이익이 보장되며 청구인이 청구의 취하후 동일한 심판을 거듭 제기함으로써 입는 피해를 제거할 수 있게 된다.

(1) 피청구인의 동의를 不要로 하는 경우.

피청구인이 본안에 대하여 심판소에 답변서의 제출이 있는 때에는 상대방의 동의를 얻어야 한다. 따라서 상대방인 피청구인의 답변서 발송이 안된 경우에는 승락이 필요없다. 또 즉시항고청구의 취하시에는 본안사건의 피청구인의 동의는 필요없다. 또한 거절사정불복 항고심판의 경우는 사정계심판이므로 답변서가 있을 리 만무하니 언제든지 취하할 수 있다. 여기서 짚고 넘어갈 사항은, 당사자계항고심판의 경우 답변서 제출 후에 취하서를 제출하면, 그 효과는 초심 승소가 확정되는 까닭에 피청구인의 승락이 없어도 무방하다고 사료된다. 이렇게 되면 항고심에서는 당사계나 사정계 심판 모두 동의를 필요없게 된다. 항고심판 청구의 취하라 함은 항고의 청구를 철회하는 단독적 의사표시 행위이며, 항고를 제기하지 않았던 것으로 될 뿐이기 때문에, 심판청구 자체를 철회하는 심판청구의 취하와 성격상의 차이가 크다. 생각컨대 항고의 취하는 항고인의 의사표시만으로 족한 단독적 행위라 볼 수 있으므로 상대방의 동의를 필요로 하지 않아도 되는데도, 현행법 171조에서는 161조를 그대로 集用하고 있는 바, 입법론상 재고를 요하는 바이다. 이러한 해석은 심판편람 43.02(구법용)에서도 피청구인의 승락이 없는 경우에도 피청구인에게 취하통지서를 송부하게 기재되어 있어 동일한 법 해석을 하고 있음을 알 수 있다.

(2) 피청구인의 동의를 요하는 경우.

(가) 청구취하에 대한 피청구인의 동의는 서

면이나 구두심리에서 구술로 할 수 있다. 청구 취하의 동의도 심판절차에 관한 행위이므로 행위능력이 있어야 하며, 또 조건을 붙여서는 안되며 특허청에 대한 의사표시로 하여야 한다. 대리인이 동의함에는 特別援權을 요하지 않는다. 민사소송법에서 말하는 고유필요적 공동소송관계에 있는 피청구일 때에는 그 전원의 동의를 요한다. 동意的 거절은 반드시 명시적으로 하여야 하는 것은 아니며 묵시적으로 하여도 무방하다. 청구의 일부취하청구의 감축에 있어서 피청구인이 이의를 개진하지 않고 심판을 진행시키는 경우에는 묵시적인 동의가 있다고 인정할 것이다. 당사자 사건에서 피심판 청구인측에 참가인이 있는 경우에 이 참가인의 승락서는 포함되지 않는다.

(나) 피청구인이 동의할 것인가의 여부가 밝혀지지 않는 동안에 취하는 청구인에게는 구속력이 있어 이를 철회할 수 없지만 청구취하의 효력은 발생하지 않는다. 물론 이 동안에 청구인은 피청구인의 동의를 얻어 청구취하의 의사표시를 철회할 수 있다. 피청구인이 청구취하의 철회에 이의하지 않으면 청구취하는 효력을 상실하며 따라서 심판을 속행하여야 한다.

일단 피청구인이 이의하여 놓고 그 뒤에 가서 이를 철회하여 동의한다고 하여도 취하의 효력이 생기지 않는다. 왜냐하면, 이 경우에는 동의할 대상이 없어졌기 때문이다. 不同意의 철회를 허용하면 심판의 부동상태가 생기고, 확실한 절차의 진행이 저해되게 되어 실천적으로도 바람직하지 못한 결과가 생긴다.

(다) 피청구인이 청구취하에 동의하는지 여부가 不明하면 심판이 불안정해지게 된다. 이 경우 民訴法에서는 불안정한 상태를 그대로 방치할 수 없기 때문에, 피청구인이 취하서의 송달을 받거나 또는 기일에 출석함으로써 취하가 있는 것을 안 날로부터 2주일 내에 이의하지 아니하면 청구의 취하에 동의한 것으로 본다(동意的 재판)(民訴法 239조 6항). 그러나 특허법에서는 이에 대한 일체의 언급이 없으므로 이 경우에는 동의하지 않은 것으로 보아 심판을 속행할 수 있다고 해석해야 할 것이다.

#### 4. 청구취하의 능력과 권한

취하를 할 수 있는 자는 심판청구인이다. 특허권 또는 특허를 받을 수 있는 권리의 공유자가 그 공유인 권리에 관하여 심판을 청구하는 때에는 공유자 전원이 공동으로 청구하여야 하므로(특허법 139조 3항) 공유자중 1인만이 청구취하할 수 없고 전원의 합의로 취하할 수 있다. 특허심판에서는 직권주의를 원칙으로 하고 있어도 취하는 자유롭게 할 수 있으므로, 청구인이 제3자(예컨대 통상실시권자)를 위하여 심판계속을 할 의무를(예컨대 적극적 권리범위 확인심판) 부담하더라도 청구의 취하를 할 수 있으며, 다만 제3자에 대하여 私法上의 책임을 질 뿐이다. 청구인이 제3자에게 청구를 취하지 않겠다는 약속을 한 경우도 마찬가지이다. 당사자참가 후에 청구인이 청구취하함에 있어서는 심판의 유지에 참가인에게도 이익이 있다 할 것이며, 참가인의 동의를 필요로 한다. 보조참가인은 피참가인의 심판청구를 취하할 수 없다. 통상의 위임대리인이 청구를 취하함에 있어서는 特別援權이 있어야 한다(특허법 6조). 청구의 취하가 特別援權 사항이지만 대리인이 본인으로부터 다른 援權 사항과 마찬가지로 미리 부동문자로 인쇄하여 놓은 위임장을 이용하여 위임받아두기 때문에 법에서 特別援權 사항으로 규정한 취지를 무의미하게 만들고 있다.

재외자의 특허관리인은 특히 수여된 권한외의 일체의 절차 및 특허법 또는 특허법에 의한 명분에 의하여 행정청이 한 처분에 관한 소송에 대하여 본인을 대리하므로, 취하를 자유롭게 할 수 있다. 당사자가 외국인이고 특허법 5조에 의하여 선임된 자가 취하서를 제출하였을 경우에는 동규정에 의하여 일반적인 권한을 가진 자로서의 기재가 위임장에 있는가의 여부가 점검되고 또한 당사자 사건심판의 권리자의

대리인의 경우 그 대리인이 특허법 5조에 의하여 선임된 대리인임이 권리원부에 등록되어 있으면 그대로 대리권한이 인정되고 있다(심판편람).

### Ⅲ. 청구취하의 절차

#### 1. 취하의 방식

심판청구의 취하는 특허청에 취하서를 제출하는 방법에 의하는 것이 원칙이지만 변론기일에 있어서는 구술에 의한 취하도 허용되며, 이때 취하한다는 당사자의 진술은 조서에 기재된다. 청구인의 청구취하에 대한 피청구인의 동의나 거절 역시 서면 또는 구술로 할 수 있다.

#### 2. 취하의 절차

취하서가 제출된 경우 그 채택여부를 결정하는 권한은 합의체로서의 심판관에게 있다. 이 심판관에 의하여 취하가 인정되면 양자사자에게 취하통지서가 발송되며, 다만 예고등록이 되어 있지 아니한 사건에서는 상대방에게 통지하지 아니한다. 참가인이 있는 경우는 각참가인에게 통지된다. 그러나 취하서에 청구인의 취하를 피청구인이 동의한다는 뜻이 포함되어 있는 경우에는 피청구인에게 송달하지 아니하여도 된다고 생각한다. 피청구인에게 송달을 요하게 한 것은 피청구인으로 하여금 무용의 심판준비를 피하도록 하자는 것과 이에 대한 동의여부를 고려토록 하자는 취지이기 때문이다. 그러나 청구의 취하는 원래 특허청에 대한 단독적 의사표시이므로 피청구인의 동의를 요하지 않는 경우에는 이의 송달에 의하여 청구취하의 효력이 생기는 것이 아니라, 취하서의 제출이나 구술에 의한 진술로써 효력이 생긴다고 할 것이다.(계속)

### 학생발명반 설치안내

문의처 : 특 허 청

주소 : 서울특별시 강남구 역삼동 823-1(우편번호 135-784)

전화번호 : 568-8150~64(교환), 568-6073(직통) FAX번호 : 553-9584