

특허심판 전치의 필요성과 제도개선에 관한 연구

김민호*
김현경**

【목 차】

I. 문제의 소개	
II. 특허심판의 연혁과 현황	IV. 특허심판의 제도개선 방안
1. 연혁	1. 특허심판원의 현황과 문제점
2. 현황	2. 전문성 및 독립성의 강화
III. 필요적 특허심판전치주의의 합헌성 및 필요성	3. 사법절차의 준용
1. 필요적 행정심판전치주의의 현황	V. 결론
2. 필요적 특허심판전치의 합헌성	

【국 문 요 약】

우리나라는 특허, 실용신안, 디자인, 상표 등 모든 산업재산권의 유무효, 존속 기간 연장, 통상실시권 허락 등 특허법이 규정하는 분쟁 유형에 대하여 반드시 특허심판원의 심결을 거친 후 그 심결에 대하여 특허법원에 심결취소소송을 제기하는 이른바 필요적 특허심판전치주의를 취하고 있다. 최근 대한변호사협회가 이 같은 필요적 특허심판전치주의를 폐지할 것을 주장하는 성명을 발표하였다. 하지만 변호사협회의 주장은 필요적 특허심판전치주의의 법리적 타당성에 대해 문제를 제기하기보다는 변리사와의 업역(業域)적 관계, 특허법원의 위상 및 역량 등에 대한 것으로서 이것만 보서는 필요적 특허심판전치주의 존폐에 대해 현명한 판단을 하는 것이 곤란할 것으로 보인다. 필요적 특허심판전치주의 존폐에 대한 판단을 위해서는 우선 현행 특허심판제도의 실태조사가 선행되어야 할 것이며, 필요적 심판전치주의가 우리나라 헌법과 법체계상 타당한 것인지에 대한 검토가

* 주저자, 성균관대학교 법학전문대학원 교수

** 교신저자, 서울과학기술대학교 IT정책전문대학원 교수

수반되어야 하는 바, 분석 결과 행정심판의 필요적 전치가 그 운영이나 절차로 인하여 국민의 재판을 받을 권리를 본질적으로 침해하지 않는 한 필요적 행정심판전치로 인하여 실현되는 권리구제적 효용성이 크다면 이를 특별히 제한할 이유는 없다고 판단된다. 특허심판은 위헌성 문제와는 별도로 국민의 권리구제의 실효성과 신뢰성 제고차원에서 공정성을 담보할 수 있는 제도개선이 필요하다. 심판관의 직무상 독립성을 보장하고 전문성이 강화되어야 한다. 심판관 구성을 보다 개방적으로 개편 운영하여 변리사, 변호사 등 전문가와 지적재산권 분야의 대학교수 등 외부 인사를 비상임 위원으로 대폭 확충함으로써 독립성 및 전문성에 대한 신뢰를 제고하여야 한다. 또한 필요적 전치주의가 적용되는 심판은 사법절차가 더욱 엄격히 준용되어야 하므로 특허심판의 대심적 심리구조를 개선하기 위해 구술심리와 집중심리를 더욱 보완·강화할 필요가 있다. 당사자가 구술심리를 신청한 경우 연계된 사건까지 포함하여 반드시 집중심리 대상이 되도록 제도개선이 필요하다.

I. 문제의 소재

현행 특허법 제186조 제6항은 “심판을 청구할 수 있는 사항에 관한 소는 심결에 대한 것이 아니면 제기할 수 없다”고 규정하여 특허 무효나 특허 권리범위확인 등에 관한 행정적인 분쟁을 법원에 바로 제소할 수 없고, 특허심판원의 판단을 필수적으로 거치도록 강제하고 있다. 다시 말해서 우리나라는 특허, 실용신안, 디자인, 상표 등 모든 산업재산권의 유무효, 존속기간 연장, 통상실시권 허락 등 특허법이 규정하는 분쟁 유형에 대하여 반드시 특허심판원 심결을 거친 후 그 심결에 대하여 특허법원에 심결취소소송을 제기하는 이른바 필요적 특허심판전치주의를 취하고 있다.

최근 대한변호사협회가 이 같은 필요적 특허심판전치주의를 폐지할 것을 주장하는 성명을 발표하였다. 대한변협의 주장을 요약하면 첫째, 특허청에 대한 대리를 주 업무로 하는 변리사의 이익 보호를 위해 특허 등에 관한 무효심판 대리 역시 변리사가 독점하는 것은 위법이라는 점, 둘째, 특허 등의 무효 여부를 법원이 아니라 행정기관인 특허청 소속 특허심판원이 판단하도록 강제하는 것은 폐해라는 점, 셋째, 특허법원의 평균 사건처리기간이 특허심판원의 평균 사건처리기간보다 짧고, 재판부의 전문성 및 보조인력이 크게 강화된 사정을 고려할 때 심판

을 강제할 실질적 필요성이 소멸되었다는 점 등이다.

변호사협회의 주장은 필요적 특허심판전치주의의 법리적 타당성에 대해 문제를 제기하기보다는 변리사와의 업역(業域)적 관계, 특허법원의 위상 및 역량 등에 대한 것으로서 이것만 봐서는 필요적 특허심판전치주의 존폐에 대해 현명한 판단을 하는 것이 곤란할 것으로 보인다.

필요적 특허심판전치주의의 존폐에 대한 판단을 위해서는 우선 현행 특허심판 제도에 관한 실태조사가 선행되어야 할 것이며, 필요적 심판전치주의가 우리나라 헌법과 법체계상 타당한 것인지에 대한 검토가 수반되어야 한다. 법리적 검토는 현행 특허심판제도의 실태와 연계하여 분석하여야 한다.

주지하는 것처럼 구 지방세법¹⁾ 제78조제2항은 “제72조 제1항에 규정된 위법한 처분 등에 대한 행정소송은 행정소송법 제18조 제1항 본문·제2항 및 제3항의 규정에 불구하고 이 법에 의한 심사청구와 그에 대한 결정을 거치지 아니하면 이를 제기할 수 없다.”고 규정하여 행정심판 필요적 전치주의를 취하고 있었으나, 헌법재판소가 2001. 6. 28. 심사기관의 독립성·공정성이 없고 심리절차에 있어 사법절차가 준용되지 않음을 이유로 그 행정심판전치주의 규정에 대하여 위헌결정²⁾을 하여 지방세 필요적 심사전치제도가 폐지되었다. 따라서 필요적 특허심판전치주의의 법리적 허용가능성을 판단하기 위해서는 ‘심판기관의 독립성·공정성 유무, 심리절차에 있어 사법절차의 준용여부 등’에 대한 실태적 분석이 수반되어야 한다.

II. 특허심판의 연혁과 현황

1. 연혁

1994년 이전에 우리나라는 특허 분쟁은, 실질적으로 사실심으로 기능했던 행정기관인 특허청의 심판소, 항고심판소 및 법률심인 대법원의 2단계를 거치는 구조였다. 특허청 내에 설치되어 있는 특허심판소를 거쳐 이에 불복할 경우에는 다시 특허청 내에 설치되어 있는 특허항고심판소를 거쳐야 했고, 최종적으로 대법원에 상고할 수 있었다. 이러한 쟁송절차에 의할 경우 특허심판과 특허항고심판

1) 1998. 12. 31. 법률 제5615호로 개정되기 전의 법.

2) 헌법재판소 2001. 6. 28. 선고, 2000헌바30호 결정.

은 법적으로 행정청의 행정심판제도로써의 성격을 갖게 된다. 이는 일반적인 행정쟁송절차로서 행정심판을 경유하고 이에 불복할 경우 고등법원에 제소하는 형태와는 다르다고 볼 수 있다. 즉 행정쟁송의 고등법원의 소송절차를 사실상 특허청의 특허항고심판이 담당하는 것이라고 볼 수 있다.

이러한 특허항고심판제도는 헌법이 보장하는 법관에 의하여 재판을 받을 권리와 평등권 등을 침해할 여지가 있다는 위헌논쟁이 제기되었고 이에 대법원은 “특허항고심판제도는 ① 사실심에 관한 헌법 제27조 제1항에서 보장하고 있는 법관에 의한 재판을 받을 권리를 박탈하고 ② 특허사건의 사실심은 특허청 항고심판소의 항고심판이 최종심으로 되어 사법권의 일부가 특허청 심판소에 귀속되어 사법권은 법원에 속한다는 헌법 제101조 제1항의 사법국가주의 내지 삼권분립의 원칙에 위배될 뿐만 아니라 재판의 전심절차로서만 행정심판을 할 수 있도록 한 헌법 제107조 제3항의 규정에 위반되며 ③ 다른 행정사건과는 달리 특허사건의 당사자에게는 고등법원의 재판을 받을 수 없도록 함으로써 모든 국민은 법앞에 평등하다는 헌법 제11조 제1항에 위배된다”고 하면서 위헌법률제청의견을 제기하였다.

이에 대하여 법무부장관·상공자원부장관·특허청장·대한상공회의소·변리사회는 “① 헌법상 재판을 받을 권리가 반드시 각급법원의 재판을 모두 받아야 한다는 의미가 아니며, 헌법에는 법원의 3심구조에 관한 규정이 없다 ② 헌법에는 강학상 또는 소송실무상 일반적으로 사용되는 개념인 사실심과 법률심의 구별에 관한 규정이 없기 때문에 위헌이라고 단정할수 없다. 특허사건에 관하여도 상고심인 대법원이 일반법원과 마찬가지로 채증법칙위배, 경험칙위배 등을 이유로 하급심인 특허심판소의 사실인정의 잘못에 관하여 사실상 심판을 하고 있으므로 특허사건의 사실인정의 문제가 법원이 재판관할에서 완전히 벗어난 것도 아니다, ③ 헌법적 근거하에 있는 행정심판이 삼권분립주의에 위배되지 않는다”고 하며 합헌의견을 제기하였다.³⁾

이에 대하여 헌법재판소는 ‘법관에 의한 사실확정과 법률의 해석적용’을 재판청구권의 본질로 이해하는 전제에서 헌법불합치결정을⁴⁾ 내렸다. 그 주요내용은 다음과 같다.

3) 성낙인, 재판청구권과 특허심판청구권, 고시계 41집 제4호, 1996, 47-48면.

4) 헌재 1995.9.28.선고, 92헌가11, 93헌가8,9,10(병합).

- “특허청의 심판절차에 의한 심결이나 보정각하결정은 특허청의 행정공무원에 의한 것으로서 이를 헌법과 법률이 정한 법관에 의한 재판이라고 할 수 없다. 특허법 제186조 제1항은 법관에 의한 사실확정 및 법률적용의 기회를 박탈한 것으로서 헌법상 국민에게 보장된 ‘법관에 의한’ 재판을 받을 권리의 본질적 채용을 침해하는 위헌규정이라 아니할 수 없다”

- 특허청의 항고심판심결이나 결정은 그 판단주체로 보아 행정심판임이 분명하고 이러한 행정심판에 대하여는 법원에 의한 사실적 측면과 법률적 측면의 심사가 가능하여야만 비로소 특허사건에 대한 사법권 내지는 재판권이 법원에 속한다고 할 수 있을 것인 바, 특허법 제186조 제1항이 이러한 행정심판에 대한 법원의 사실적 측면과 법률적 측면에 대한 심사를 배제하고 대법원으로 하여금 특허사건의 최종심 및 법률심으로 단지 법률적 측면의 심사만을 할 수 있도록 하고 재판의 전심절차로서만 기능해야 할 특허청의 항고심판을 사실확정에 관한 한 사실심의 최종심으로 기능하게 하고 있는 것은, 일체의 법률적 쟁송에 대한 재판 기능을 대법원을 최고법원으로 하는 법원에 속하도록 규정하고 있는 헌법 제101조 제1항 및 제107조 제3항에 위반된다.⁵⁾

헌법재판소의 헌법불합치결정이 예상되던 시점인 1994년 법원조직법과 특허법 등의 관련 법률을 개정하여 특허청 내의 심판소와 항고심판소를 통합하여 특허심판원을 설치하고, 고등법원급인 특허법원을 설립하는 것으로 제도가 정비되었다. 1994년 7월 27일 법원조직법을 개정하여(법률 제4765호), ‘특허법원’을 설치하고 특허법원으로 하여금 심결취소소송의 제1심사건을 심리하게 하는 한편, 1995

5) 이러한 헌법불합치 결정에 대하여는 “법원의 재판을 받을 권리 즉 헌법과 법률이 정한 법관에 의한 재판을 받을 권리란 그것이 반드시 3심제의 원리에 입각하여 재판을 받을 권리를 의미하지 않으며, 궁극적으로 헌법과 법률이 정한 법관에 의한 재판을 받을 기회를 원천적으로 봉쇄하고 있는지의 여부에 따라 결정되어야 할 일이므로, 특허심판의 경우 대법원에의 상고를 제도화하고 있는 한 이러한 재판청구권에 위배되지 않는다. 또한 법률심이나 사실심이나의 문제는 현행 헌법상 전혀 언급이 없는 문제이고 이에 관한 논의는 범조실무적인 차원의 것에 불과할 뿐만 아니라 대법원이 법률심으로서의 기능만 수행할 것이냐 아니면 사실심으로서의 기능을 동시에 수행하도록 할 것이냐의 문제 또는 어디까지나 입법정책적인 문제에 불과할 뿐 헌법직접적인 문제는 아니다. 그리고 법관에 의한 사실확정이라는 대전제의 충족이 재판청구권의 본질이라면 국내 모든 헌법학자들이 합헌적으로 인용하고 있는 배심제도와와의 관련성도 문제이다... 배심제도의 사실확정은 법관이 아닌 배심원에 의하여 사실상 결정된다는 점에서 사실확정이 재판청구권의 본질적 부분이라고 볼 수 있을 것인지 의문이다.”는 비판의견도 있다. 성낙인, 앞의 논문, 49-50면.

년 1월 5일 특허법을 개정하여(법률 제4892호) 당시 특허청 내에 설치된 심판소와 항고심판소를 통합하여 ‘특허심판원’을 설치함으로써 행정부 내의 2단계 심판을 1단계로 줄이고 특허심판원의 심결 등에 대한 불복의 소는 ‘특허법원’의 전속 관할로 하였다.

2. 현황

가. 특별행정심판으로서 필요적 전치주의

현재 특허심판제도는 행정심판제도의 특칙이라고 볼 수 있다. 민사소송에 준하는 엄격한 절차를 따르도록 규정함으로써 준사법적 성격을 띤다. 사정재결⁶⁾과 같은 판단재량의 여지가 없으며 당사자는 심판청구의 사유가 있는 경우 심판절차를 거치지 않고서는 다른 방법으로 권리구제를 받을 수 없는 필요적 행정심판 전치주의를 채택하고 있다(특허법 제186조제6항). 또한 심결에 대하여는 특허법에 정하여진 절차에 따라 특허법원에 불복소송을 제기하는 이외의 행정심판법이나 행정소송법 등 다른 법률에 의하여 불복할 수 없다(특허법 제224조의2).

나. 특허심판의 유형과 주요내용

특허심판의 유형으로는 ‘당사자계 심판’과 ‘결정계 심판’으로 분류된다. 전자는 특허권이 부여된 이후 당사자 간에 분쟁이 발생한 경우 판단하는 심판을 의미하며, 후자는 청구인이 특허청을 피청구인으로 하는 심판을 의미한다.

‘당사자계 심판’으로는 유효하게 등록된 특허권을 무효사유를 이유로 특허권의 효력을 소급적으로 무효시키는 ‘무효심판(제133조)’과⁷⁾ 분쟁대상물이 특허권의 보호범위에 속하는 지 여부를 심판관이 공적으로 확인함으로써 침해소송 담당 법원에 판단기준을 제공하는 ‘권리범위 확인심판(제135조)’이 있다. 무효심판의 경우 처음 도입 시 심판청구주체는 ‘이해관계인 또는 심사관’으로 제한적이었으나, 특허요건을 구비하지 못한 특허를 조기에 무효로 할 수 있도록 하고자 설정등록일부터 등록공고일 후 3개월 이내에는 누구든지 특허무효심판을 청구할 수 있도록 개정하였다. 그러나 특허무효심판의 복잡성으로 그 활용도가 저조하자 특허취

6) 행정심판청구가 이유 있다고 인정되지만 공공복리 등을 고려하여 그 청구를 받아들이는 것이 적절하지 않다고 인정될 때 심판청구를 기각하는 심결을 받아들이는 것을 말한다.

7) 이해관계인 또는 심사관에 한해 청구 가능하나 등록공고일 후 3개월이 되는 날까지는 누구나 청구할 수 있다.

소신청제도를 도입하고, 무효심판의 청구 주체는 다시 ‘이해관계인 또는 심사관’으로 제한하였다. 특허취소신청제도는 누구든지 하자가 있는 특허에 대하여 선행기술정보에 기초한 특허취소사유를 특허심판원에 제공하면 심판관이 해당 특허의 취소 여부를 신속하게 결정하는 것을 주요 내용으로 한다. 권리범위확인심판은 ① 선결문제로서 법원에 침해판단기준의 제공, ② 권리분쟁의 조기해결 도모, ③ 소제기여부의 결정을 위한 판단자료 제공, ④ 사업 중지 및 계속투자 여부의 결정 판단의 용이성, ⑤ 후발 이용발명자의 권익보호와 강제실시권의 선결문제로서 이용침해판단 등에 실질적으로 기여 등의 장점으로 인해 그 제도적 취지가 인정된다고 한다.⁸⁾

‘결정계심판’으로는 심사관으로부터 거절결정을 받은 경우 그 위법성을 주장하면서 거절결정의 취소를 구하는 ‘거절결정 불복심판(제132조의17)’과 청구범위의 감축, 오류의 정정, 불명료한 내용의 석명 등에 한해 특허를 정정 하는 ‘정정심판(제136조)’, 그밖에 정정무효심판(제137조), 통상실시권허여심판(제138조), 특허권존속기간연장등록의 무효심판(제134조) 등이 있다. 현행 거절결정 불복 심판에서 어느 하나의 청구항이라도 거절이 해소되지 않으면 그 출원 전체에 대해 특허받을 수 없도록 하고 있으나 이는 특허 받을 수 있는 권리를 부당하게 제한하는 요인이므로 심판에서도 각 거절이유/청구항별로 그 당부를 심리하고, 심결확정시 출원에 허여 가능한 청구항이 존재하면 그 청구항만으로 그 특허출원에 대해 특허결정을 하여 등록을 인정하는 제도의 도입 검토가 필요하다는 견해도 있다.⁹⁾

다. 심결의 효력, 소송과의 관계

특허심판의 심결에 대하여는 일사부재리의 효력과 구속력, 확정력 등이 인정된다. 심결이 확정된 때에는 그 사건에 대하여는 누구든지 동일사실 및 동일증거에 의하여 다시 심판을 청구할 수 없다(일사부재리, 제163조). 즉 원칙적으로 특허 등에 관하여 심결이 확정되면 제3자라 하더라도 이를 다시 다툴 수 없도록 한 것이다. 그러나 새로운 사실 또는 새로운 증거를 근거로 확정심결의 내용과 다른 심판청구를 하는 경우 일사부재리에 해당하지 않는다. 심결이 확정되면 당사자는 물론 일반 제3자에게도 대세적 효력이 미치고, 재심사유가 없는 한 소멸, 변경

8) 김원오 외, 권리범위확인심판 존폐론 연구, 지식재산연구센터, 2000.12, 73~74면.

9) 김원오, “특허심판제도와 그 운영을 둘러싼 쟁점과 과제”, 법학연구 제13집 제2호, 132면.

되지 않는다.

우리 특허법상 심판의 특징은 특허권의 무효 여부 및 권리범위 등에 관해서는 특허심판원에서의 심판이 선행되어야 하고, 침해소송에 대해서는 심판을 거치지 아니하고 곧바로 법원에 의한 재판을 받을 수 있다. 즉 침해소송이 제기된 경우에 침해소송의 당사자는 통상 특허무효심판 또는 권리범위확인심판을 청구하여 해당 특허권의 무효 등을 주장하는 것이 보통 이지만 침해소송(일반 민사법원)과 심판(특허심판원)의 소관이 달라 각각 독립하여 판결 또는 심결을 하게 된다. 따라서 법원에 제기하는 특허권 등의 침해에 관한 소송과 당해 소송에 대응하여 특허심판원에 청구하는 특허권 등의 무효심판은 서로 밀접하게 관련되어 있으므로 소송과의 관계를 규정하고 있다. 심판장은 심판에서 필요하면 직권 또는 당사자의 신청에 따라 그 심판사건과 관련되는 특허취소신청에 대한 결정 또는 다른 심판의 심결이 확정되거나 소송절차가 완결될 때까지 그 절차를 중지할 수 있다(제164조제1항). 또한 법원은 소송절차에서 필요하면 직권 또는 당사자의 신청에 따라 특허취소신청에 대한 결정이나 특허에 관한 심결이 확정될 때까지 그 소송 절차를 중지할 수 있다(특허법 164조 제2항). 뿐만 아니라 동 소송 또는 심판이 제기되거나 청구되는 경우에는 법원이나 특허심판원은 서로 상대기관에 그 취지를 통보하도록 의무화 하고 있다(제164조 제3항 제4항).

라. 특허심판원의 구성

특허심판원의 심판관의 자격은 대통령령으로 정한다고 규정하고 있다(제143조 제2항). 이에 따라 특허법 시행령 제8조에서 규정하고 있다. 심판관이 될 수 있는 사람은 특허청 또는 그 소속기관의 4급 이상의 일반직 국가공무원 또는 고위공무원단에 속하는 일반직공무원 중 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람으로서 국제지식재산연수원에서 소정의 심판관 연수과정을 수료한 사람으로 한다(특허법 시행령 제8조제2항). 다음 각 호로는 ① 특허청에서 2년 이상 심사관으로 재직한 사람이거나, ② 특허청에서 심사관으로 재직한 기간과 5급 이상의 일반직국가공무원 또는 고위공무원단에 속하는 일반직공무원으로서 특허심판원에서 심판업무에 직접 종사한 기간 및 특허법원에서 기술심리관으로 재직한 기간을 통산하여 2년 이상인 사람을 의미한다.

다음으로 심판장이 될 수 있는 사람은 특허청 또는 그 소속기관의 3급 일반직

국가공무원 또는 고위공무원단에 속하는 일반직공무원으로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람으로 한다. 다음 각 호는 ① 특허심판원에서 2년 이상 심판관으로 재직한 사람이거나, ② 심판관의 자격을 갖춘 사람으로서 3년 이상 특허청 또는 그 소속기관에서 심사 또는 심판사무에 종사한 사람을 의미한다(특허법 시행령 제8조제3항).

특허심판원장이 될 수 있는 사람은 심판관의 자격이 있는 사람으로 하며(특허법 시행령 제8조제4항), 심사관, 심판관, 심판장 또는 특허심판원장의 자격의 직급에 해당하는 공무원으로서 변리사의 자격이 있는 사람은 제1항부터 제4항까지의 규정에도 불구하고 각각 심사관, 심판관, 심판장 또는 특허심판원장이 될 수 있다(특허법 시행령 제8조제5항).

심판의 합의제에 대하여 특허법 제146조는 “① 심판은 3명 또는 5명의 심판관으로 구성되는 합의체가 한다. ② 제1항의 합의체의 합의는 과반수로 결정한다. ③ 심판의 합의는 공개하지 아니한다.”고 규정하고 있다. 권리별, 전문영역별로 심판장 1인과 심판관 3인으로 구성되는 13개 심판부가 상설합의체로 운영되며, 각 사건마다 심리의 효율화와 신속화를 도모하기 위해 주심 심판관이 지정되고 그가 각 심판부의 심판장이 되어 심결문의 작성 등 실질적 심판업무를 수행하도록 하고 있다.

Ⅲ. 필요적 특허심판전치주의의 합헌성 및 필요성

1. 필요적 행정심판전치주의 현황

가. 필요적 전치주의·임의적 전치주의 개념

필요적 전치주의(mandatory administrative remedy system, exhaustion-of-administrative-remedy system)는 행정소송을 제기하기 전에 행정심판을 반드시 거치도록 하는 제도이다. 그에 반해, 임의적 전치주의(optional administrative remedy system)는 행정심판을 거친 후 행정소송을 제기하는 루트와 행정심판을 거치지 않고 행정소송을 바로 제기하는 루트 중 민원인이 자유롭게 선택할 수 있도록 하는 제도이다. 대륙법계는 행정부의 사법부로부터의 독립이라는 권력분립 원칙 및 행정부가 스스로의 과오를 자율적으로 시정할 수 있는 기회를 준다는 측면을 강조하여,¹⁰⁾ 필요적 전치주의의 필요성을 설명한다. 영미법계에서도 사법부가 전문성, 신속성, 저렴성 등의 측면에서 모든 행정사건에 제대로 대응하기 힘

들다는 자각에 따라 필요적 전치주의가 확산되어 왔다.¹¹⁾

우리나라는 1980년 개정헌법 제108조 제3항에 규정을 신설하여 헌법상 행정심판의 근거를 마련하였다. 이 규정은 1987년 그 내용을 그대로 유지하면서 개정헌법 제107조 제3항으로 옮겨졌다.¹²⁾ 헌법 제107조 제3항에서 “재판의 전심 절차로서 행정심판을 할 수 있다.”는 규정 자체로는 행정심판의 임의적 전치주의와 필요적 전치주의가 선택적으로 허용 가능한 것이지 어느 하나가 금지되는 것은 아니라고 할 수 있다. 따라서 현행 법률상 행정심판을 행정소송을 제기함에 있어서 필수적인 전치주의로 할 것인지 아니면 임의주의로 할 것인지 여부는 행정소송법상 소송요건의 문제에 불과한 것이다.¹³⁾ 행정소송법은 원칙적으로 행정심판임의주의를 채택하고 있다. 이는 “행정심판과 행정소송의 관계”에서 행정심판을 거치지 아니하고도 행정소송을 제기할 수 있다는 원칙을 선언한 것으로 국민들에게 비용부담 없이 행정심판을 통하여 신속한 자기통제를 추가로 더 요구할 수 있도록 하겠다는 취지와 함께, 비용부담이 있더라도 행정심판을 거치지 않고 곧바로 신속하게 법원에 의한 권리구제를 받을 수 있도록 하겠다는 취지도 함께 가진다.¹⁴⁾ 그러나 현행 행정소송법은 예외적으로 필요적 전치주의를 규정하고 있다. 즉 “다른 법률에 당해 처분에 대한 행정심판의 재결을 거치지 아니하면 취소소송을 제기할 수 없다는 규정이 있는 경우(행정소송법 제18조 제1항 단서)” 예외적으로 필요적 행정심판 전치주의를 적용하도록 하고 있다.

나. 필요적 행정심판전치주의 현황

필요적 행정심판을 규정한 법률로는 앞서 언급한 특허법 이외에 국가공무원법(제16조),¹⁵⁾ 지방공무원법(제20조의2),¹⁶⁾ 도로교통법(제142조),¹⁷⁾ 국세기본법(제

10) 김청규, “행정심판 전치범위의 확대방안에 관한 고찰”, 『중앙법학』 제7집 제2호, 중앙법학회, 2005, 71면.

11) 김청규, 앞의 논문, 72면.

12) 헌법에 행정심판의 법적 근거가 마련되기 전에 1951년 ‘소원법’에 먼저 규정되었다. 이 소원법은 1984년에 제정된 행정심판법 부칙 제2조에 의하여 폐지되었고, 같은 부칙 제4조에 의하여 “소원법”을 “행정심판법”으로 개정한다는 점에서 명백히 행정심판법은 소원법을 계승하는 것이고, 1984년 이전에는 소원법이 행정심판법의 역할을 담당하였다. ; “행정심판의 헌법상 근거”, 행정법연구, 44집, 2016, 46면.

13) 최선웅, 앞의 논문, 62면.

14) 신봉기 외, 특별행정심판 제도에 관한 연구, 경북대 산학협력단, 2009. 19면.

15) 제16조(행정소송과의 관계) ① 제75조에 따른 처분, 그 밖에 본인의 의사에 반한 불리한 처분이나 부작위(不作爲)에 관한 행정소송은 소청심사위원회의 심사·결정을 거치지 아니하면 제기할 수 없다.

56조) 등이 있다. 이 경우 직접적으로 행정심판전치를 명시하는 경우도 있고, 행정소송을 제기하는 경우에는 행정심판의 재결에 불복하는 방식으로 할 것을 규정함으로써 간접적으로 규정하는 경우도 있다. 다만 필요적 전치주의를 취하고 있음에도 불구하고 특별행정심판¹⁸⁾의 유형을 취하고 있는 경우는 ‘공무원 신분(소청심사위원회)’과 ‘조세(조세심판원)’의 경우이며, 음주운전의 경우 「행정심판법」에 의한 행정심판을 필요적 전치로 규정하고 있으므로 특별행정심판이라 볼 수 없다. 특별행정심판은 행정심판법에 의한 일반행정심판에 비해 전문성·특수성, 특례의 필요성이 인정되는 경우로 대표적으로 특허심판, 소청심사, 조세심판 등이다. 이하에서는 앞서 검토된 특허심판 외에 공무원등에 대한 소청심사와 조세심판에 대하여 검토한다.

(1) 공무원신분

공무원과 교원의 신분은 보장되며 법에서 정한 사유에 의해서만 불이익한 인사조치나 징계를 당할 수 있다. 즉 형의 선고, 징계처분 또는 법률로 정하는 사유에 의하지 아니하고는 그 의사에 반하여 휴직·강임 또는 면직을 당하지 아니하는 등 신분보장을 받고 있다. 이 규정은 국가공무원법 및 지방공무원법, 교원의 지위 향상 및 교육활동 보호를 위한 특별법 모두 유사하게 규정하고 있다. 이러한 공무원 및 교원의 신분보장에 대한 침해가 있는 경우에는 불복수단으로서의 소청절차를 운용하고 있다. 소청심사는 심사 대상이 공무원과 교원의 신분상의 처분으로 한정되고, 위원의 구성에 있어서 특수성을 가지며 행정소송과의 관계에서 필요적 전치절차로 운영된다. 즉 공무원은 행정소송을 제기하기 전에 반드시 소청심사를 거쳐야 하며(국가공무원법 제16조, 지방공무원법 제20조의2), 교원소청심사 신청에 대한 심사위원회의 결정에 대하여 교원, 「사립학교법」제2조에 따른 학교법인 또는 사립학교 경영자 등 당사자는 그 결정서를 송달받은 날부터 90일 이내에 「행정소송법」으로 정하는 바에 따라 소송을 제기할 수 있다.(교원지

16) 제20조의2(행정소송과의 관계)제67조에 따른 처분, 그 밖에 본인의 의사에 반한 불리한 처분이나 부작위에 관한 행정소송은 심사위원회의 심사결정을 거치지 아니하면 제기할 수 없다.

17) 제142조(행정소송과의 관계) 이 법에 따른 처분으로서 해당 처분에 대한 행정소송은 행정심판의 재결(裁決)을 거치지 아니하면 제기할 수 없다.

18) 특별행정심판이란 특정분야의 행정심판에 대하여 행정심판법에 의한 일반행정심판 절차에 따라 심판하지 아니하고 각 개별법에서 행정심판법에 갈음하여 따로 정한 특례절차에 따라 하는 행정심판을 말한다.; 김기표, 신행정심판법론, 2003, 한국법제연구원, 636면.

위향상을 위한 특별법 제10조 제3항).¹⁹⁾

소청심사의 위원은 다른 행정심판과는 달리 공무원이나 교육경력이 있는 사람을 위촉하도록 함으로써 전문성을 강화하였다고 볼 수 있다. 그리고 위원회를 일반 행정심판과 별도로 구성하여 소청심사에 관한 사안만을 전담하도록 하는 것은 전문성의 강화에 기여한다고 할 수 있다.

행정기관 소속 공무원의 소청은 행정안전부에 두는 소청심사위원회에서 한다(국가공무원법 제9조 제1항). 과거 소청심사위원회는 중앙인사위원회 소속이었으나 행정조직의 개편에 의하여 소속이 변경된 바 있다. 국회, 법원, 헌법재판소 및 선거관리위원회 소속 공무원의 소청에 관한 사항을 심사결정하게 하기 위하여 국회사무처, 법원행정처, 헌법재판소사무처 및 중앙선거관리위원회사무처에 각각 해당 소청심사위원회를 두고 있다(동법제9조 제2항). 지방공무원의 징계에 대한 소청을 심사하기 위한 기관으로 지방소청심사위원회가 구성되어 있으며, 각급 학교 교원의 징계처분과 그 밖에 그 의사에 반하는 불리한 처분에 대한 소청심사(소청심사)를 하기 위하여 교육부에 교원소청심사위원회(이하 “심사위원회”라 한다)를 둔다(교원지위향상을 위한 특별법 제7조).

소청심사위원회는 통상 5명에서 9명의 위원으로 구성하도록 규정하고 있다. 행정안전부에 설치된 소청심사위원회는 위원장 1명을 포함한 5명 이상 7명 이내의 상임위원으로 구성하되, 위원장은 정무직으로 보하고, 필요하면 약간의 비상임위원을 둘 수 있다(국가공무원법 제9조 제3항). 지방소청심사위원회는 위원 7명으로 구성한다(지방공무원법 제14조 제1항). 교원소청심사위원회는 위원장 1명을 포함하여 7명 이상 9명 이내의 위원으로 구성하되 위원장과 대통령령으로 정하는 수의 위원은 상임으로 한다.

위원의 자격은 통상 법관·검사 또는 변호사의 직에 일정기간 이상 근무한 자, 대학에서 행정학·법률학을 담당할 부교수 이상의 직에 근무한 자, 그리고 3급·국장급 이상 또는 고위공무원단에 속하는 공무원으로 일정기간 이상 근무한 자 등이다. 직무의 특성을 인정하여 교원소청심사위원회의 경우 교육 경력이 10년 이상인 교원 또는 교원이었던 자, 사립학교를 설치·경영하는 법인의 임원이나 사립

19) 교원소청심사를 신청한 교원만이 아니라 학교법인 또는 사립학교 경영자도 소송을 제기할 수 있다. 이에 관한 헌법재판소의 결정례(헌재2006.02.23. 2005헌가7)는 헌법재판소가 중전의 1998.7.16. 95헌바19등 결정에서 이 사건 법률조항이 헌법에 위반되지 아니한다고 판시한 의견을 변경한 결과이다.

학교 경영자, 「교육기본법」 제15조제1항에 따라 중앙에 조직된 교원단체에서 추천하는 자 등이 포함된다.

소청심사는 그간 많은 변화를 겪었다. 위원회의 소속기관이 자주 변경되었으며 근거 법령의 개정 작업도 빈번하게 이루어졌다. 적지 않은 소청 접수 건수와 처리 건수 그리고 상대적으로 높은 인용률에 비추어 볼 때 나름대로 소청인의 권리 구제를 위하여 제 역할을 다하였다고 평가할 수 있을 것이다. 그러나 소속 기관 으로부터 독립성이 보장되지 않은 점, 위원 임명의 투명성과 위원의 신분보장이 미약한 점 등을 개선사항으로 지적할 수 있다.²⁰⁾

(2) 조세

조세심판은 필요적 행정심판전치주의 방식이다. 즉 위법한 처분에 대한 행정소송은 국세기본법에 의한 심사청구나 심판청구를 거치지 않으면 제기할 수 없다고 규정하고 있다(법 제56조 제2항).

이러한 조세심판에서의 필요적 행정심판전치주의를 채택한 근거에 대하여는 조세법률 관계의 특성을 들어 설명하는 견해가 있다. 즉 조세법률은 전문적이고 기술적이며, 대량적이고 반복적으로 분쟁이 발생하므로 전문적·기술적 지식이 필요하면서도 신속하고 정확하게 해결할 필요가 있다고 보아 조세심판전치주의가 필요하다고 보는 것이다.²¹⁾ 조세심판은 다른 일반 행정심판과 달리 세법의 적용 여부 뿐만 아니라 ‘세무회계’의 적용이라는 점에서 조세심판만이 가진 특유한 전문기술성이 있다는 것이다.²²⁾

또 다른 근거로는 외국의 경우를 들어 외국의 경우에도 조세사건에 대하여 소송만으로 해결하는 것이 아니라 대부분 조세행정심판제도를 두고 있다고 한다. 일본은 국세청 산하에 국세불복심판제도의 심사청구절차를 전치주의로 거치게 하고 있으며 독일도 소송 전에 과세행정청의 심판담당부서에 이의신청을 하도록 하고 있다고 한다. 다만, 미국만 종전의 행정부 내의 조세항소위원회가 조세법원으로 발전한 것이라고 주장한다.²³⁾

20) 신봉기외, 전계보고서, 304면.

21) 임승순, 조세법, 2009, 267면 이하.

22) 서희열, “국세심판제도의 평가와 장단기 개편방안”, 세무학연구 제22권 제3호, 2005.9, 13면.

23) 유일언, “미국의 연방조세법원제도에 관한 연구”, 법학연구(충남대) 제6권 제1호, 1995.12, 51면 이하.

아울러 이러한 필요적 조세심판전치는 소송경제적 측면에서도 필요하다고 한다. 법원에 대한 소송부담을 줄여 주는 측면과 조세행정심판 단계에서 사전에 쟁점을 정리해주어 법원의 심리부담을 줄여 준다고 평가하기도 한다.²⁴⁾ 대량의 사건이 행정소송을 거치므로 소송경제에 역기능을 하는 것 보다는 조세심판을 통하여 오히려 사법심을 보완하는 기능이 있고, 행정소송보다는 신속한 권리구제기능을 한다는 견해이다.²⁵⁾

이러한 필요에 따라 조세심판원은 2008년 2월 29일자 「국세기본법」 및 「지방세법」 개정에 따라 종전의 재정경제부 산하에 있던 ‘국세심판원’과 ‘지방세심의위원회’의 확대개편을 통하여 국무총리 소속으로 공식 출범하여, 국세(관세 포함)와 지방세에 대한 조세심판업무를 수행하고 있다.

조세심판원의 조직은 ‘원장’과 ‘조세심판관’을 두도록 규정하고 있다. 조세심판원장의 자격요건은 고위공무원단에 속하는 일반직 공무원 중에서 국무총리의 제청으로 대통령이 임명하도록 규정하고 있다(「국세기본법」 제67조 제3항). 다만, 이 경우에 국무총리가 해당 업무의 관련부서인 기획재정부장관과 행정안전부장관의 의견을 들을 수 있도록 규정하여 전문성에 대한 검증을 보완하고 있다(국세기본법 시행령 제55조의4 제1항). 물론 원장도 단순한 행정직이 아닌 직접 조세심판에 관여하는 ‘조세심판관’이다. 다만 조세심판원장은 조세심판관에게 적용되는 임기 및 신분상 보장, 당연퇴직사유 등이 적용되지 않는다(「국세기본법」 제67조 제6항). 이러한 점에서는 독립성이 부족하다고 지적도 제기된다.²⁶⁾

조세심판관은 상임조세심판관과 비상임조세심판관으로 구분된다. 그러나 양자는 모두 조세·법률·회계분야에 관하여 전문지식과 경험을 갖춘 자로서(「국세기본법」 제67조 제4항) ① 조세에 관한 사무에 4급 이상의 국가공무원·지방공무원 또는 고위공무원단에 속하는 일반직공무원으로서 3년 이상 근무한 자 또는 5급 이상의 국가공무원·지방공무원으로서 5년 이상 근무한 자, ② 판사·검사 또는 군법무관의 직에 5년 이상 재직한 자, ③ 변호사·공인회계사·세무사·관세사 또는 감정평가사의 직에 6년 이상 재직한 자, ④ 공인된 대학에서 법률학·회계학·무역학·재정학 또는 부동산 평가학의 부교수이상의 직에 재직한 자의 각

24) 김범준, “조세심판제도의 실무적 개선방안과 입법론”, 조세법연구, 제15권 제1호, 2009, 163면 이하.

25) 서희열, 앞의 논문, 13면.

26) 신봉기 외, 앞의 연구보고서, 242면.

해당하는 자격을 가져야 한다(「국세기본법 시행령」 제55조의2 제1항).

조세심판관의 신분은 법적으로 ‘임기보장’과 ‘신분보장’으로 보장된다. 이는 조세심판관의 신분보장(인적 독립)을 통하여 전문성·독립성을 확보하고자 하는 정책이다. 구체적으로 조세심판관의 임기는 3년으로 하고 2차에 한하여 연임할 수 있다. 아울러 조세심판관에 대한 당연퇴직사유를 규정하고 있는데, ① 금고 이상의 형의 선고를 받았을 때, ② 장기의 심신쇠약으로 직무를 수행할 수 없게 된 때에 해당하는 경우가 아니면 본인의 의사에 반하여 면직되지 않는다고 규정되어 있다(「국세기본법」 제67조 제5항).

상임조세심판관은 원장과 마찬가지로 고위공무원단에 속하는 일반직 또는 별정직 공무원 중에서 국무총리의 제청으로 대통령이 임명하도록 규정하고 있다.²⁷⁾ 다만, 상임조세심판관의 경우도 국무총리가 해당 업무의 관련부서인 기획재정부 장관과 행정안전부장관의 의견을 들을 수 있도록 규정하여 전문성에 대한 검증을 보완하고 있다.²⁸⁾ 따라서 상임조세심판관은 국장급 공무원으로서 그 임무는 심판관회의에서 주심 및 배석심판관을 담당한다.

비상임조세심판관의 임용은 심판업무에 필요한 비상임조세심판관으로서 조세심판원장의 제청으로 국무총리가 예산의 범위에서 위촉한다.²⁹⁾ 이들은 상임심판관과 동수 이상의 인원이 참여하여 자유심증에 따라 다수결로 의결함으로써 공정하고 심도 있는 심판이 이루어지도록 하는데 기여하고 있다. 따라서 이러한 비상임조세심판관을 조세담당공무원 이외의 자인 민간전문가를 위촉함으로써 상임조세심판관이 가지지 못한 객관성을 담보하고자 하는 제도적 취지로서 어느 정도의 객관성을 확보할 수 있다고 보여 진다.³⁰⁾

그러나 조세심판원의 위와 같은 원장, 상임조세심판관의 인적 구성은 현직 조세공무원이 참여한다는 점에서 현실적으로 심판기관의 객관성을 인정받기 어렵다는 견해도 있다. 물론 비상임조세심판관을 이러한 정당성 및 객관성 확보차원에서 임명한다고는 하지만 이 역시 상임조세심판관의 판단을 넘어서기는 역부족이므로 논란이 된다는 것이다.³¹⁾ 즉 같은 행정조직의 심판관이 직접 심판을 한다는 점에서는 권리구제절차가 가진 기본적인 인적 독립에 의한 심사의 객관성을 확보

27) 「국세기본법」 제67조 제3항.

28) 「국세기본법 시행령」 제55조의4 제1항.

29) 「국세기본법 시행령」 제55조의4 제2항.

30) 신봉기 외, 앞의 연구보고서, 243-244면.

31) 신봉기 외, 앞의 연구보고서, 244면.

하는 데에는 실패하였다고 볼 수 있다고 하며, 이러한 조세심판관의 인적 독립성의 부족에 다수의 사건을 처리한다는 점에서 심판기구로서의 객관성과 공정성을 확보하기에는 부족하다는 지적이 가능하다.³²⁾

(3) 운전면허 등

도로교통법은 “이 법에 따른 처분으로서 해당 처분에 대한 행정소송은 행정심판의 재결(裁決)을 거치지 아니하면 제기할 수 없다”(제142조)라고 규정함으로써 필요적 행정심판전치주의를 취하고 있다. 동법에 따르면, 동법상의 운전면허취소 처분 등에 대하여 지방경찰청장에게 이의신청을 할 수 있도록 하면서, 그 이의신청 여부와 관계없이 행정심판법에 의한 행정심판청구를 할 수 있도록 함과 동시에 행정소송에 있어 재결전치주의를 채택하고 있다(제94조).

2. 필요적 특허심판전치의 합헌성

가. 필요적 행정심판전치의 위헌성 여부

(1) 헌법 제107조 제3항의 해석

행정심판이란 행정기관이 행하는 행정쟁송절차인바, 행정상 법률관계의 형성이나 법률사실의 존부·진부에 대한 분쟁을 행정기관이 심리·판단하는 절차로서 실정법상으로는 행정심판 이외에 이의신청·심사청구·심판청구·재결신청·불복신청 등의 명칭으로 사용되고 있다.

헌법 제107조 제3항에서 “재판의 전심절차로서 행정심판을 할 수 있다. 행정심판의 절차는 법률로 정하되, 사법절차가 준용되어야 한다.”라고 규정하고 있으며, 이에 따라 「행정심판 절차를 통하여 행정청의 ‘위법 또는 부당한’ 처분이나 부작위로 침해된 국민의 권리 또는 이익을 구제하고, 아울러 행정의 적정한 운영을 꾀함」을 목적으로 지난 1984년 12월 15일 법률 제3755호로 제정된 「행정심판법」은 행정심판에 관한 일반법으로서 기능하고 있다. 그 밖에도 국가공무원법, 국세기본법, 도로교통법 등에서 행정심판 절차에 관한 특칙을 정하고 있다.

행정심판과 행정소송의 관계는 종래에는 행정심판을 거쳐야만 행정소송의 제

32) 이는 곧 행정심판제도에서 행정심판위원이 주로 민간전문가로 구성되어 객관성을 확보한다는 점과 비교할 때, 심판기관 구성이 심리의 공정성을 해치는 문제점으로 등장할 수 있다고 하며 이는 곧 조세심판원의 주사법적 기능의 미흡으로 연결된다고 한다.; 서희열, 앞의 논문, 23면.

기가 가능한 이른바 ‘행정심판전치주의’가 원칙이었으나, 오늘날에는 행정소송 제기에 앞서 행정심판을 선행할 것인지는 당사자가 임의적으로 결정할 수 있다. 물론 행정소송에 있어 행정심판의 재결을 필수요건으로 삼는 필요적 (행정심판)전치주의의 적용례가 여전히 존재한다. 「국가공무원법」 소정의 소청심판, 「국세기본법」 소정의 국세심판, 「도로교통법」 소정의 운전면허처분에 관한 행정심판, 「특허법」 소정의 특허심판 등이 바로 그것이다.³³⁾

행정심판은 행정상 분쟁에 관하여 사실관계를 인정하고 법을 적용하여 그 분쟁을 심리·판단하는 판단작용의 성질과 행정의사의 표현으로서 분쟁관계를 규율함으로써 행정목적의 실현하는 행정행위의 성질을 함께 지니고 있다. 이러한 이중적 성격 중 어느 쪽에 더 비중을 둘 것인가는 입법정책적 문제이나, 현행 우리 헌법은 판단작용으로서의 성격을 강조하고 있다고 볼 것이다.³⁴⁾ 따라서 행정심판 역시 넓은 의미의 사법절차로 보아야 한다. 현행 헌법 제107조 제3항은 이를 분명히 확인하고 있다. ‘법률의 근거’와 ‘사법절차의 준용’이라는 요건을 충족한 행정심판은 넓은 의미의 사법구제절차에 포함된다 할 것이다.

헌법 제107조 제3항의 내용은 현행 헌법에서 처음 규정된 것으로서, ‘행정심판이 재판을 받을 권리를 침해하는 것인가’라는 논쟁을 불식하기 위하여 제정되었다. 현행 헌법 제107조 제3항의 규정으로 행정심판의 헌법적 근거가 마련됨으로서 적어도 행정심판이 재판을 받을 권리를 침해한다는 논란은 종식된 것으로 보여 진다.

다만 “재판의 전심절차로서 행정심판을 할 수 있다.”는 규정의 해석상, 재판의 전심절차로서 행정심판을 거칠 것인지는 오로지 청구인의 임의적 결정에 따라야 하는 이른바 ‘임의적 행정심판전치주의’여야 하는지, 아니면 입법자가 구체적 사정에 따라 필요적 전치주의 또는 임의적 전치주의를 선택적으로 결정할 수 있는지에 대해 견해의 대립이 있을 수 있다.

이 문제는 2가지 측면에서 분석이 필요하다. 하나는 행정심판전치의 형태(임의주의, 필요주의)에 관한 사항이 입법정책적 결단사항이 될 수 있는지, 또 하나는 만약 필요적 전치주의를 선택할 경우 삼심재판제도의 예외성을 인정하게 되는

33) 「행정소송법」 제18조 (행정심판과의 관계) (1) 취소소송은 법령의 규정에 의하여 당해 처분에 대한 행정심판을 제기할 수 있는 경우에도 이를 거치지 아니하고 제기할 수 있다. 다만, 다른 법률에 당해 처분에 대한 행정심판의 재결을 거치지 아니하면 취소소송을 제기할 수 없다는 규정이 있는 때에는 그러하지 아니하다.

34) 김민호, 행정법, 박영사, 2018(출간예정), 423면.

바, 헌법상 재판의 심급제도는 반드시 3심제여야 하는지를 각각 검토해 보아야 한다.

(2) 행정심판전치의 형태에 관한 문제

구 행정소송법³⁵⁾은 취소소송 등 행정소송을 제기하려면 법령의 규정에 의하여 당해 처분에 대한 행정심판을 제기할 수 있는 경우에는 이에 대한 재결을 거치도록 하는 필요적 행정심판전치주의를 채택하고 있었으나, 1994. 7. 27 법률 제 4770호로 행정소송법이 개정되어 당해 처분에 대한 행정심판을 제기할 수 있는 경우에도 이를 거치지 아니하고 취소소송 등을 제기할 수 있도록 하여 임의적 전치주의를 원칙으로 하고 다른 법률에 당해 처분에 대한 행정심판의 재결을 거치지 아니하면 취소소송 등을 제기할 수 없다는 규정이 있는 때에는 행정심판의 재결을 거치도록 하는 필요적 행정심판전치주의를 예외적으로 인정하고 있다.

이처럼 원칙적으로 행정심판임의주의를 취하면서 예외적으로 필요적 행정심판전치주의를 채택하는 이유는 당해 처분이 전문적이고 기술적인 경우이어서 그에 대한 판단을 법률가인 법관에 의한 사법적인 판단보다는 전문가로 구성되는 행정심판위원회에 맡기는 것이 적절한 때, 행정청의 재량권의 행사가 위법하지 않고 부당한 경우라도 사회정책적 고려에서 상대방을 구제하여 주는 것이 적절한 때, 유사한 행정처분이 대량적·반복적으로 행하여지므로 사법부의 부담을 들어 주고 행정의 통일성을 확보할 필요가 있는 때 등을 들 수 있다.³⁶⁾

현행 헌법 제107조 제3항의 문언만으로는 행정심판전치의 형태가 임의주의만을 의미하는지 아니면 필요주의와 임의주의를 모두 인정하고 있는 것인지를 명확히 알 수는 없으나, 국가공무원법, 국세기본법, 도로교통법 등 필요주의를 취하고 있는 현행 법률이 있다는 점, 여전히 필요적 행정심판전치가 요구되는 영역이 존재한다는 점 등을 고려한다면 헌법 제17조 제3항의 규정이 행정심판전치의 형태에 대해서는 특별히 제한을 두고 있지 않은 것으로 보인다. 다만 헌법 제27조 제1항은 “모든 국민은 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다.”라고 규정하고 있으므로 행정심판의 전치가 ‘국민의 재판을 받을 권리’를 본질적으로 침해하여서는 안 된다. 따라서 행정심판의 전치가 국민

35) 1994. 7. 27. 법률 제4770호로 개정되기 이전의 행정소송법 제18조 제1항, 제38조 제2항.

36) 전국수, “2011.1.1 시행된 지방세기본법에서의 행정심판전치주의에 관한 연구”, 공법연구 제40집 제1호, 2011.10, 506면.

의 재판을 받을 권리를 본질적으로 침해하지 않는 한 그 전치의 형태는 입법자의 결단사항인 것으로 해석하는 것이 타당하다.

헌법재판소도 “헌법 제107조 제3항은 “……행정심판의 절차는 법률로 정해 되……”라고 규정하고 있으므로 입법자는 행정심판을 통한 권리구제의 효율성, 행정청에 의한 자기시정의 개연성, 문제되는 행정심판사항의 특성 등 여러 가지 요소를 감안하여 입법정책적으로 행정심판절차의 구체적 모습을 형성할 수 있다 할 것이다.”라고 결정³⁷⁾하여 이 같은 입장을 취하고 있다.

입법자가 행정심판전치의 형태를 결정할 때에는 법원 및 사안의 전문성, 심판 및 소송의 경제성 등 여러 요인을 고려하여야 한다.³⁸⁾ 특히 필요적 심판전치주의가 필요한 이유는 행정처분이 대량으로 이루어지는 경우 그 처분에 대한 심판에 일관성, 통일성을 기하여야 하는 점, 심리의 내용에 전문성을 확보하여야 하는 점, 법원의 자원에 부담을 줄여야 하는 점 등을 제시할 수 있다.³⁹⁾

(3) 재판의 심급제도에 관한 문제

헌법 제27조 및 제107조의 해석상 재판의 심급제도는 반드시 3심제여야 하는지에 대한 검토가 필요하다. 왜냐하면 현행 특허심판제도는 행정심판을 필요적으로 전치하고 있을 뿐만 아니라 특허심판원의 재결에 불복할 경우 고등법원급인 특허법원에 소송을 제기하도록 하고 있으므로 법원에 의한 재판은 특허법원-대법원의 2심제 구조를 취하고 있으므로 만약 헌법의 해석상 재판은 반드시 3심제여야 한다면 이러한 2심적 구조 자체가 위헌이기 때문이다.

이에 대해 헌법재판소는 “재판이란 사실확정과 법률의 해석적용을 본질로 함에 비추어 법원에 의하여 사실적 측면과 법률적 측면의 한 차례의 심리검토의 기회는 적어도 보장되어야 할 것이며, 또 그와 같은 기회에 접근하기 어렵도록 제약이나 장벽을 쌓아서는 안 된다고 할 것으로, 만일 그러한 보장이 제대로 안되면 재판을 받을 권리의 본질적 침해의 문제가 생길 수 있다고 할 것이다. 그러나 모든 사건에 대해 똑 같이 3차례의 법률적 측면에서의 심사의 기회의 제공이 곧 헌법상의 재판을 받을 권리의 보장이라고는 할 수 없을 것이다.”라고 결정⁴⁰⁾하여

37) 헌법재판소 2001. 6. 28.자 2000헌바30 결정.

38) 김청규, “행정심판 전치범위의 확대방안에 관한 고찰”, 「중앙법학」 제7집 제2호, 중앙법학회, 2005, 64면.

39) 김청규, 앞의 논문, 73면.

재판의 심급제도가 반드시 3심제가 아니라는 사실만으로 국민의 재판을 받을 권리를 침해한 것은 아니라는 입장이다.

현행 헌법 제101조 제2항은 “법원은 최고법원인 대법원과 각급법원으로 조직된다.”라고 하여 심급재판제도를 규정하고 있다. 하지만 3급심을 반드시 보장해야 한다는 명문의 규정은 없다. 오히려 헌법 제110조 제4항은 비상계엄하에서 특수한 경우 군사법원을 단심으로 할 수 있음을 규정하고 있다.

대법원과 하급법원으로 구성되는 심급제도의 보장은 입법자가 상소가능성을 전면적으로 배제할 때 위헌이 되는 것이지, 2심이나 3심 혹은 4심 등의 특정심급을 입법자가 보장해야 하는 것은 아니라는 것이다.⁴¹⁾ 대법원도 양형의 부당·사실의 오인 등 사실심의 상고제한은 3심제 그 자체에는 위배되지만 합리적인 이유가 있는 경우에는 위헌이 아니라고 판시⁴²⁾하고 있다. 상고심을 순전한 법률심으로 하여 법령위반을 이유로 하는 때에 한하여 상고를 할 수 있다고 하든가 또는 법령위반 이외에 양형부당이나 사실오인의 경우에도 상고 할 수 있는가, 하는 것은 입법정책의 문제이지, 위헌 여부의 문제는 아니고, 우리나라에서 일반적으로 3심제를 유지하고 있는 것은 사법작용상 본질적인 의미에서가 아니라 장기적인 제도운영의 결과라는 것이다.⁴³⁾ 결국 우리 헌법이 대법원을 최고법원으로 규정한 이상 개별입법이 심급제를 완전히 폐지해 버리거나 대법원에의 상고를 부당하게 제한하는 것은 입법정책의 문제가 아니라 ‘재판을 받을 권리’를 침해하는 위헌적인 처사지만 합리적인 이유와 방법에 따른 상고 허용 여부의 문제는 결국 입법정책과 입법재량의 문제로 귀결된다는 것이 통설이자 헌법재판소와 대법원의 일관된 입장이다.⁴⁴⁾

(4) 단기 제소기간에 관한 문제

현행 행정심판법이나 행정소송법은 행정심판 또는 행정소송의 제소기간을 처분이 있음을 안 날로부터 90일 이내로 규정하고 있음에 반하여 특허법 제186조 제3항과 제4항의 심결 등에 대한 소의 경우 제소기간을 ‘심결 또는 결정의 등본

40) 헌법재판소 1992. 6. 26.자 90헌바25 결정.

41) 박선영, “헌법 제27조 제1항의 ‘재판을 받을 권리’와 심급제에 관한 소고”, 「유럽헌법연구」 제18호, 유럽헌법학회, 2015, 234면.

42) 대법원 1966. 11. 22.선고 66도1240 판결; 대법원 1987. 4. 14.선고 87도350 판결 등.

43) 법제처, 헌법주석서, 2010, 166면.

44) 박선영, 앞의 논문, 234면.

을 송달받은 날부터 30일 이내'에 제기하도록 하고 있는 바, 이처럼 제소기간을 단기로 제한하는 것은 위헌이라는 주장이 있다.

하지만 특허사건의 경우 오히려 당사자의 권리구제절차를 신속히 하여 권리관계를 조속히 확정하여 주는 것이 당사자에게 유리할 수 있다. 기술의 발달이 급속한 지금의 산업환경 하에서는 산업재산권에 대한 법률관계를 신속하게 확정하는 것이 필요하다는 것이다. 단지 제소기간이 단기라고 해서 국민의 재판받을 권리가 침해되었다고 할 수는 없다. 재판받을 권리를 실현하는 구체적 절차와 형식은 입법재량에 속한다는 것은 통설적 입장이다.

나. 필요적 행정심판전치의 유용성

행정심판은 약식쟁송이라는 점에서의 절차적 불완전성과 심판대상인 행정기관 자신이 심판자의 지위에 서게 되는 점에서의 절차적 불합리성을 내포하고 있음에도 불구하고 쟁송법상 중요한 역할을 담당한다.

첫째, 자율적 행정통제의 기능을 들 수 있다. 행정심판은 행정권이 사법권의 간섭을 받지 아니하고 행정권 행사에 있어서의 과오를 자기반성에 의하여 자체적으로 시정함으로써 행정권의 지위를 보장하고 권력분립의 원칙을 유지하는 데 조력한다.⁴⁵⁾

둘째, 행정능률의 보장 기능이다. 법원에 의한 분쟁의 종국적 판단은 심리절차의 공정 및 신중으로 말미암아 현실적으로 상당한 시간적·경제적 비용이 요구된다는 한계를 지니고 있으므로 신속·간편한 행정심판을 인정함이 분쟁의 신속한 해결을 도모하게 되어 행정능률의 보장에 기여하게 된다.⁴⁶⁾

셋째, 행정청의 전문지식 활용이라는 기능도 발휘된다. 고도로 복잡화된 현대 행정은 수많은 사회적·경제적 문제의 해결을 위한 전문성과 기술성을 필요로 하지만, 사법부의 일반 법원조직은 이러한 전문적·기술적 문제의 처리에 있어 적합하지 않은 점이 많으므로 전문기관인 행정청으로 하여금 그에 관한 분쟁을 심판하게 하려는 것이다.⁴⁷⁾

넷째, 소송경제의 확보 기능을 간과하여서는 아니 될 것이다. 제차 강조하거나 사법절차는 시간적·물리적·경제적으로 막대한 비용이 소요된다. 이에 비하여

45) 김민호, 앞의 책, 424면.

46) 김민호, 앞의 책, 425면.

47) 김민호, 앞의 책, 425면.

행정심판은 이러한 비용을 절감할 수 있으며, 행정소송 제기 이전에 행정심판을 거침으로써 불필요한 제소나 남소(濫訴)를 방지하여 법원의 소송 부담을 경감시키는 실질적 효과를 갖고 있다.⁴⁸⁾

다섯째, 권익구제의 폭을 확대하는 기능도 있음을 부인할 수 없다. 가령 행정소송의 한 유형인 취소소송의 경우 ‘처분 등’ 행정작용의 위법을 법원에서 판단하는 구조에 놓여 있기 때문에 원칙적으로 임의적인 행정심판을 거치지 않고 항고소송을 제기하면 원고가 되는 ‘처분 등’의 상대방 또는 그 위법을 다투는 제3자는 행정권의 행사가 ‘법규에 적합한가 아니면 법규에 위반한 작용인가?’하는 합법성 여부 심사에 국한되는 판단을 받게 된다. 따라서 위법하거나 부당한 ‘처분 등’에 대한 심판이 가능한 행정심판에서는 ‘재량적 행정작용을 적정하게 함으로써 행정권의 행사가 공익 목적에 적합한가?’라는 합목적성 여부 심사를 포함하고 있다는 점에서 정당하지 않은 부당한 ‘처분 등’을 통제하는 차원에서 행정심판 청구인에 대한 권익구제의 길을 넓혀주고 있다고 볼 것이다.⁴⁹⁾

따라서 행정심판의 필요적 전치가 그 운영이나 절차로 인하여 국민의 재판을 받을 권리를 본질적으로 침해하지 않는 한 필요적 행정심판전치로 인하여 실현되는 권리구제적 효용성이 크다면 이를 특별히 제한할 이유는 없을 것으로 보인다.

다. 필요적 특허심판전치의 필요성

행정심판의 필요적 전치가 국민의 권리구제적 효용성이 있는 때에는 이를 인정한다고 해서 헌법상 국민의 재판을 받을 권리를 침해하지는 않는다. 그렇다면 특허무효심판의 성격상 필요적 전치주의를 취해야 할 필요성이 있는지를 검토해 보아야 한다.

주지하는 바처럼 조세심판도 필요적 심판전치주의를 채택하고 있다. 그 필요성에 대해서는 대체적으로 다음과 같은 논리가 제시된다. 첫째, 행정청 스스로에게 자기시정의 기회를 줄 필요가 있다. 둘째, 청구가 인용되는 경우 간이·신속한 해결로 쟁송경제를 도모할 수 있다. 셋째, 조세사건은 매우 빈번하게 발생하는 사건으로서 이처럼 대량적 사건에 대해 일관성·통일성을 기할 필요가 있다. 넷째,

48) 김민호, 앞의 책, 425면.

49) 김민호, 앞의 책, 425면.

다수 사건 전부가 법원에 제기되어 법원의 부담이 늘어나는 상황을 방지할 필요가 있다. 다섯째, 행정청의 전문성을 활용할 필요가 있다.⁵⁰⁾

결국 특허심판 역시 이러한 관점에서 필요적 전치의 타당성을 검토해 보아야 할 것이다. 특히 주의 깊게 검토해야 할 기준은 전문성과 신속성에 대한 요구이다. 이에 대해서는 필요적 전치를 지지하는 견해와 반대하는 입장의 차이가 존재한다.

(1) 공정성

특허심판의 필요적 전치를 지지하는 자들은 현행 제도가 ① 심판제도는 사법제도를 준용하므로 소송과 동일한 공정성을 확보하고 있다는 점, ② 특허법 또는 특허 관련 박사학위 소지자 또는 변리사 등 자격을 가진 전문가를 심사관으로 채용 후 수년간의 심사경험과 훈련을 거친 인력만 심판관으로 선발하고 있다는 점, ③ 2015년 기준 심결 중 86.2%는 법원 소송 단계로 이르지 않아 신속하고 효율적으로 권리구제가 실현된 것으로 보인다는 점, ④ 심판관은 기술을 직접 파악하여 특허성을 판단할 수 있으나, 법관은 기술심리관의 도움을 받아야 하므로 시간 및 비용의 낭비를 초래할 수 있다는 점 등을 고려해 볼 때 공정성이 담보된다고 주장하고 있다.

반면에 제도의 개선을 요구하는 주장의 논거는 ① 특허청장이 심판관에 대한 인사권을 가지고 있는 지금의 제도 하에서는 특허심판원의 독립성과 공정성이 담보될 수 없다는 점, ② 현행 교육시스템으로는 심판관의 자질을 신뢰하기 곤란하다는 점, ③ 행정심판과 달리 특허심판의 경우 심판마다 비용이 지출된다는 점 등이다.

(2) 절차의 중복

필요적 전치의 폐지를 주장하는 자들은 현행 특허심판은 적극적·소극적 권리법 위확인심판을 그 내용으로 하는 까닭에 법원의 침해소송과 판단과정 및 내용이 중복된다는 이른바 절차의 중복을 비판하고 있다. 반면에 필요적 전치가 유지되어야 한다고 주장하는 자들은 오히려 유사특허에 대해 법원의 소송과 특허심판이 별개로 진행된다면 특허성 판단의 통일성을 저해할 수 있다고 반박한다.

50) 대법원 1988. 2. 23. 선고 87누704 판결; 1986. 9. 9. 선고 86누254 판결 등.

특허권 침해소송 법원에서 대상 특허발명의 신규성 및 진보성을 판단할 수 있고, 자유실시기술의 항변 법리로 인하여 권리범위확인심판에서도 확인대상발명의 신규성 및 진보성을 판단할 수 있으므로 판단이 상충하는 결과가 발생할 수 있다.⁵¹⁾ 따라서 절차의 중복문제가 아니라 오히려 특허성 판단의 통일성을 위해서라도 특허심판이 필요적으로 전치되어야 한다.

(3) 재판받을 권리

무효심판에 있어 특허심판의 경우 사법적 절차에 따른 사실심은 특허법원 1회로 제한되므로 재판받을 권리를 침해하고 있다는 비판에 대하여, 필요적 전치가 유지되어야 한다고 보는 입장에서는 오히려 무효확인소송 1심을 지방법원 관할로 할 경우 지방법원의 전문인력이 부족하여 충실한 국민의 권리구제를 저해할 수 있다는 반론을 제기하고 있다.

재판을 받을 권리의 구체적 실현형태는 입법재량으로서 그 형태만으로 재판받을 권리가 침해되었다고는 보기 어렵다. 형태적 측면보다는 실질적으로 국민권익구제 수단 및 절차가 제한적이고 불합리하다면 재판을 받을 권리가 침해되었다고 볼 수 있다. 결론적으로 특허심판을 필요적으로 전치하였다는 형식적 사실만으로 재판을 받을 권리가 침해되었다고 단정할 수는 없다.

(4) 소결

일반 행정심판과 달리 특허심판은 고도의 기술전문성과 심사심판 경험을 통한 청구항의 해석능력, 특허법 지식이 필요하다는 점을 부인하기는 어렵다. 또한 행정청의 전문지식을 활용하는 것이 국민 권익구제에 유용할 수 있고, 행정청 스스로 자율적·능률적으로 신속하게 행정처분의 위법을 시정할 수 있으며, 법원의 부담을 경감하는 장점도 있다.

특허 등 전문기술적 성격을 가지는 사건에 대하여 행정심판의 재결이 제3자적 독립성이 확보된 합의제의결기관에 의하여 행해지는 경우에는 이러한 행정심판은 사실상 1심의 기능을 담당하고 있는 것으로서 특허심판원, 특허법원, 대법원의 불복절차는 형식적으로는 2심제로 운영되지만 실체적으로는 3심제로 운영된다고

51) 정차호, 권리범위확인심판 및 침해소송에서의 공지기술의 항변 및 자유실시기술의 항변, 성균관법학 제27권 제3호, 2015.9, 292면.

볼 수 있다.

과거 특허심판제도는 특허청의 심판소와 항고심판소를 거친 심결에 대하여 대법원에 바로 상고하도록 하여 위헌의 문제가 제기되었다. 헌법재판소는 법률심인 대법원에서만 심리가 이루어져 사실관계에 대하여 법원의 판단을 받지 못하는 결과를 초래하는 구 제도가 위헌이라고 판단하였던 것이다. 하지만 현행 제도는 헌법재판소가 지적한 법원에서의 사실심 판단을 위하여 특허법원이 사실심을 수행하도록 하고 있으므로 위헌성은 제거되었다고 보여 진다.

하지만 여전히 위헌성 제거와는 별도로 국민의 권리구제의 실효성과 신뢰성 제고차원에서 ‘공정성’을 담보할 수 있는 제도개선이 필요하다. 인사제도 개선을 통한 특허청과 심판원 상호간의 독립성 강화 문제, 사법적 분쟁해결의 기본 이념을 충실히 반영한 심판절차의 개선 문제 등에 대한 공론화가 필요할 것으로 보인다.

V. 특허심판의 제도개선 방안

1. 전문성 및 독립성의 강화

특허심판의 독립성을 강화하기 위한 방안으로 ‘특허심판원을 특허청으로부터 분리하는 방안’과 ‘중앙행정심판위원회에 통합하는 방안’이 을 검토된 바 있다. 위헌성은 전혀 문제될 것이 없는 수준이지만 그럼에도 불구하고 특허심판행정의 품질을 더욱 높이기 위하여 독립성, 공정성, 전문성을 제고하기 위한 노력은 계속되어야 할 것이다.

특허심판원을 특허청으로부터 구조적으로 분리시키는 방안은 ①비용·효과분석 결과, 제도개편에 따른 혼란에 비해서 분리·독립의 실익이 크지 않다는 점, ②전문지식을 갖춘 심판인력을 안정적으로 수급하기 곤란하다는 점 등에서 바람직하지 않다는 연구결과가 있다.⁵²⁾

현재 국민권익위원회에 소속되어 있는 중앙행정심판위원회에는 국가보훈사건, 도로교통법사건, 정보공개청구사건 등에 대해서 전문위원회를 두고 있는데 중앙행정심판위원회의 조직 운영상 특허심판을 전담하는 전문위원회를 설치·운영하는 것이 현실적으로 곤란 할 것으로 보인다. 현행처럼 특허심판원을 독립적으로 운

52) 한국행정학회, “특허심판의 공정성과 독립성 강화를 위한 조직 및 제도 연구”, 특허청 발주 연구용역 보고서, 2016.

영하는 것이 가장 바람직하다. 다만 특허심판원의 전문성·독립성을 강화하기 위해 몇 가지 제도개선이 필요하다.

첫째, 심판관의 직무상 독립성을 보장하고 전문성이 강화되어야 한다. 특허쟁송의 한 주축인 특허심판제도는 원론적으로 법치행정의 기반 하에 민사소송의 이념인 적정, 신속, 공평, 경제와 특허법의 목적인 권리보호와 이용도모를 통한 산업발전에 기여라는 명제가 적절히 조화를 이룰 수 있도록 운영해 나가야 한다.⁵³⁾ 심판관의 직무독립은 심판업무에만 전념할 수 있도록 심판지원 인력 및 시스템이 보완되어야 한다. 현행법상 심판의 구술심리 조서작성은 특허심판원장이 지정하는 직원이 심판장의 명을 받아 하도록 되어 있는데, 심리내용의 공공성 내지는 공정성을 충분히 담보하기 위해서는 조서의 작성을 특허청장이 임명하는 사무관으로 하여금 담당하게 하는 심판서기관제도 도입이 필요하다.⁵⁴⁾

둘째, 심판관에 대한 인사제도가 개선되어야 한다. 대부분의 행정심판위원회는 변호사, 법학교수, 의사 등 전문가 등 외부인사로 구성되는 것이 일반적이다. 물론 공무원으로 보해지는 상임위원은 있다. 하지만 심판위원 모두가 공무원인 심판관으로 구성된 경우는 특허심판이 유일하다. 따라서 특허심판원의 심판관 구성을 보다 개방적으로 개편 운영하여야 한다. 변리사, 변호사 등 전문가와 특허법 분야의 대학교수 등 외부 인사를 비상임 위원으로 대폭 확충함으로써 독립성 및 전문성에 대한 신뢰를 제고하여야 한다. 2017년 특허심판원은 외부전문가를 상임심판관으로 특별채용한 바가 있는데 이러한 특별채용이 대폭 확대되어야 할 것이다.

셋째, 심판관의 자격을 더욱 엄격하게 하여야 한다. 현재는 심판관의 자격을 ‘특허청 또는 그 소속기관의 공무원으로서 국제지식재산연수원에서 소정의 심판관 연수과정을 수료한 자(특허법 시행령 제8조)’로 하고 있는데, 앞으로는 심사경력기간을 늘리고 변리사, 변호사 업무를 10년 이상 수행한 자 등으로 심판관의 자격을 보다 강화할 필요가 있다.

2. 사법절차의 준용

필요적 전치주의가 적용되는 심판은 사법절차가 엄격히 준용되어야 한다. 특허

53) 김원오, “특허심판제도와 그 운영을 둘러싼 쟁점과 과제”, 인하대학교 법학연구 제13집 제2호, 2010. 8., 117~157면.

54) 김원오, 앞의 논문, 117~157면.

특허심판처럼 1심 재판의 성격을 지니고 있는 경우에는 더욱 엄격한 사법절차가 준수되어야 한다.⁵⁵⁾ 사법절차의 핵심적 구성요소는 독립성, 공정성, 대심적 심리구조, 당사자의 절차적 권리보장 등이다.⁵⁶⁾

특허심판의 대심적 심리구조를 개선하기 위해 구술심리와 집중심리를 더욱 보완·강화할 필요가 있다. 구술심리제도는 구체적 진실을 파악하여 심리의 충실을 기하고, 양당사자가 심판정에 직접 출석하여 진술하도록 함으로써 충분한 공격·방어의 기회를 주고 그 과정에서 상대방의 주장, 쟁점 및 심판진행에 대한 명확한 이해와 함께 결과에 대한 예측가능성을 높여줌으로써 심판의 신뢰도를 제고할 수 있으며, 집중심리제도와 결부되면 더욱 심리축진을 기할 수 있다.⁵⁷⁾ 집중심리제도는 1회의 서면공방 후 양 당사자로부터 주장과 증거 자료를 한꺼번에 제출받아 구술심리 및 기술설명회 등을 통하여 쟁점 및 증거를 조기에 정리하고 신속하게 결정을 내리는 제도이다.⁵⁸⁾ 당사자가 구술심리를 신청한 경우 연계된 사건까지 포함하여 반드시 집중심리 대상이 되도록 운영한다면 사법절차의 기본이념인 대심주의 및 당사자의 권리보장 등이 제도적으로 담보될 수 있을 것으로 보인다.

VI. 결론

이상에서 필요적 특허심판전치주의의 법리적 허용가능성을 분석하였다. 이를 위하여 심판기관의 독립성·공정성 유무, 심리절차에 있어 사법절차의 준용 여부 등에 대해 살펴보았다. 결론적으로 행정심판의 필요적 전치가 그 운영이나 절차로 인하여 국민의 재판을 받을 권리를 본질적으로 침해하지 않는 한 필요적 행정심판전치로 인하여 실현되는 권리구제적 효용성이 크다면 이를 특별히 제한할 이유는 없다고 판단하였다.

특허심판은 ① 심판제도는 사법제도를 준용하므로 소송과 동일한 공정성을 확보하고 있다는 점, ② 특허법 또는 특허관련 박사학위 소지자 또는 변리사 등 자격을 가진 전문가를 심사관으로 채용 후 수년간의 심사경험과 훈련을 거친 인력만 심판관으로 선발하고 있다는 점, ③ 2015년 기준 심결 중 86.2%는 법원 소

55) 최영규, “행정심판의 기능과 심판기관의 구성-‘행정심판의 사법화’에 대한 이의”, 행정법연구, 제42호, 행정법이론실무학회, 2015, 51면.

56) 헌법재판소 2000. 6. 1. 자 98헌바8 결정.

57) 김원오, 앞의 논문, 117~157면.

58) 김원오, 앞의 논문, 117~157면.

송 단계로 이르지 않아 신속하고 효율적으로 권리구제가 실현된 것으로 보인다는 점, ④심판관은 기술을 직접 파악하여 특허성을 판단할 수 있으나, 법관은 기술 심리관의 도움을 받아야 하므로 시간 및 비용의 낭비를 초래할 수 있다는 점 등을 고려해 볼 때 공정성이 담보된다고 보여 진다. 또한 유사특허에 대해 법원의 소송과 특허심판이 별개로 진행된다면 특허성 판단의 통일성을 저해할 수 있다는 점에서 특허심판이 절차의 중복문제를 야기 시키지는 않는 것으로 판단된다. 아울러 특허심판의 필요적 전치를 폐지하고 무효확인소송 1심을 지방법원 관할로 할 경우 지방법원의 전문인력이 부족하여 충실한 국민의 권리구제를 저해할 수 있다. 하지만 여전히 위헌성 제거와는 별도로 국민의 권리구제의 실효성과 신뢰성 제고차원에서 공정성을 담보할 수 있는 제도개선이 필요하다. 심판관의 직무상 독립성을 보장하고 전문성이 강화되어야 한다. 심판관 구성을 보다 개방적으로 개편 운영하여 변리사, 변호사 등 전문가와 특허법 분야의 대학교수 등 외부 인사를 비상임 위원으로 대폭 확충함으로써 독립성 및 전문성에 대한 신뢰를 제고하여야 한다. 또한 필요적 전치주의가 적용되는 심판은 사법절차가 더욱 엄격히 준용되어야 하므로 특허심판의 대심적 심리구조를 개선하기 위해 구술심리와 집중심리를 더욱 보완·강화할 필요가 있다. 당사자가 구술심리를 신청한 경우 연계된 사건까지 포함하여 반드시 집중심리 대상이 되도록 제도개선이 필요하다.

(논문투고일: 2017.11.12., 심사개시일: 2017.11.14., 게재확정일: 2017.12.11.)



▶ **김민호 · 김현경**

행정심판전치주의, 특허심판, 특허심판원, 무효심판, 특허소송

【참 고 문 헌】

I. 단행본

김기표, 신행정심판법론, 한국법제연구원, 2003.

김민호, 행정법, 박영사, 2018(출간예정).

법제처, 헌법주석서I, 2010.

II. 논문

김범준, “조세심판제도의 실무적 개선방안과 입법론”, 조세법연구, 제15권 제1호, 2009

김원오 외, 『권리범위확인심판 준폐론 연구』, 지식재산연구센터, 2000.12.

김원오, 특허심판제도와 그 운영을 둘러싼 쟁점과 과제, 法學研究第13輯 第2號

김원오, 표호건, “권리범위확인심판의 준폐문제연구”, 지적재산권연구센터, 2000.

김청규, “행정심판 전치범위의 확대방안에 관한 고찰”, 「중앙법학」 제7집 제2호, 중앙법학회, 2005.

박선영, “헌법 제27조 제1항의 ‘재판을 받을 권리’와 심급제에 관한 소고”, 「유럽헌법연구」 제18호, 유럽헌법학회, 2015, 2

박정희, “권리범위확인심판제도의 폐지 필요성에 대한 고찰”, 「특허소송연구」 제3집, 특허법원, 2005.

, “특허무효심판에서의 특허의 정정”, 「특허소송연구」 제4집, 특허법원, 2008.

성낙인, (헌법-자유권과 평등권)재판청구권과 특허심판청구권, 고시계41(4), 1996.

신봉기외, 특별행정심판 제도에 관한 연구, 경북대 산학협력단, 2009.

서희열, “국세심판제도의 평가와 장단기 개편방안”, 세무학연구 제22권 제3호, 2005.9

유일언, “미국의 연방조세법원제도에 관한 연구”, 법학연구(충남대), 제6권 제1호, 1995.12.

전극수, “2011.1.1 시행된 지방세기본법에서의 행정심판전치주의에 관한 연구”, 공법연구 제40집 제1호, 2011.10.

정차호, “특허심판원의 나아갈 방향: 세계 최고 심판품질의 달성”, 지식재산21,

통권 제104호, 특허청, 2008.

정차호, 권리범위확인심판 및 침해소송에서의 공지기술의 항변 및 자유실시기술의 항변, 성균관법학 제27권 제3호, 2015.9.

한국행정학회, “특허심판의 공정성과 독립성 강화를 위한 조직 및 제도 연구”, 특허청 발주 연구용역 보고서, 2016.

최선웅, 행정심판의 헌법상 근거. 행정법연구, 제44집, 2016.

최영규, “행정심판의 기능과 심판기관의 구성-‘행정심판의 사법화’에 대한 이의”, 행정법연구, 제42호, 행정법이론실무학회, 2015,

Abstract

**A Study on the Improvement of the System of
Intellectual Property Trial & Appeal Board in Korea**

Kim, Min Ho

Kim, Hyun Kyung

In Korea, after all the types of disputes such as patent, design, trademark, all industrial property rights, extension of duration, permission of commercial license, etc. must be examined by the Intellectual Property Trial & Appeal Board before lawsuit. Recently, the Korean Bar Association issued a statement claiming to abolish such patent litigation system. The lawyers' assertion is not necessarily about the legal validity of patent litigation system, but rather about the business relationship with the patentee and the status and competence of the patent court. In order to decide the necessity of the patent litigation system, it is first necessary to investigate the actual condition of the current patent referee system and it should be accompanied with a review of whether the patent litigation system is valid in the constitution and the legal system of Korea. It is considered that there is no reason to limit the patent referee system. However the patent referee needs to improve the system to ensure fairness in order to improve the effectiveness and reliability of the people's rights remedy. The independence of the judges in terms of their duties shall be ensured and professional expertise shall be strengthened. The referee structure should be more openly reorganized and the trust of independence and professionalism should be improved by reconciling external experts such as patent attorneys, lawyers, and professors in the

field of patent law to non-standing committee members. In addition, judges to which the necessary preconceptions apply should be more strictly enforced in the judicial process, so it is necessary to further supplement or reinforce oral psychology and intensive psychology in order to improve the antecedent psychological structure of patent referees.



▶ **Kim, Min Ho · Kim, Hyun Kyung**

the principle of the exhaustion of administrative remedies, Patent trial system, Intellectual Property Trial & Appeal Board, Invalidation trial, Patent litigation.