

(표지)

우리 대법원의 특허법 해석론에 대한 검토

- 전통적 법해석론, 법실증주의와 법현실주의를 중심으로 -

이성재¹⁾

목 차

- I. 서론
 - 1. 문제의 제기
 - 2. 연구의 범위와 방향
- II. 이론적 토대
 - 1. 전통적 법해석론
 - 2. 법실증주의와 법현실주의
- III. 대법원 판결의 검토
 - 1. 2012후4162 전원합의체 판결
 - 2. 2014후768 전원합의체 판결
 - 3. 2016후2522 전원합의체 판결
 - 4. 2009후2234 전원합의체 판결
 - 5. 2011후927 전원합의체 판결
 - 6. 2013후37 전원합의체 판결
 - 7. 2017후2819 전원합의체 판결
- IV. 결론
 - 1. 대법원의 특허법 해석과 비판
 - 2. 한계 및 제언

* 건국대학교 물리학과

〈요약문〉

법해석론의 양상은 해석의 대상이 되는 실정법에 영향을 받는다. 가령 형법의 경우, 유추 적용이 금지되는 특성으로 인해 목적론적 해석이 소극적으로 행해지는 반면 민법의 경우 유추 적용이 허용되어 목적론적 해석이 다소 자유롭게 채택될 수 있다는 것이다. 그렇다면 특허법의 해석은 어떠한가. 그동안의 법해석론에 대한 실체적인 연구에 있어 대법원의 법해석론에 대한 선행 연구가 많이 있어왔지만, 그 연구 대상이 되는 판결들은 대부분 민법 혹은 형법의 법해석에 기반해있다. 본 연구는 대법원의 판결을 중심으로 법해석론을 검토하고 비판한다는 점에서 그러한 선행 연구들의 후속 연구인 동시에, 그동안의 연구가 조명하지 않았던 특허법 중심의 판례를 들여다본다는 점에서 보충적 성격의 연구라고 할 수 있다. 본 연구는 2012년부터 지금까지 선고된 대법원 전원합의체 판결들을 중심으로 법해석론이 특허법에 적용될 때 어떠한 모습으로 나타나는지 살펴보고 그러한 특허법 해석론에 있어 다른 실정법과 비교될 만한 특허법 고유의 해석 경향성이 있는지 고찰해본다. 또한, 특허법에 적용되는 법해석에 흠결이 있는지 검토해보고 더욱 온전한 설득력을 갖기 위한 제언을 덧붙인다. 즉, 우리 대법원이 보이는 판결의 태도를 분석하여 우리 사회에 요구되는 사법부의 상을 제시하려는 기존의 성과를 특허법의 영역까지 확장시키고 그 해석의 더 나은 방향을 모색함에 본 연구의 목적이 있다. 연구의 이론적 토대를 이루는 법해석론에 있어서는 사비니(Savigny)의 전통적 법해석론(문리적 해석, 체계적 해석, 목적론적 해석, 역사적 해석)과 법철학의 큰 흐름을 이루는 법실증주의와 법현실주의적 법해석이 그 기반을 이룬다. 이러한 법해석론 이론을 토대로 7개의 전원합의체 판결을 분석해본 결과, 주목해볼만한 해석기준이 2개 있음을 확인한다. 체계적 해석과 법현실주의적 해석이 그것이다. 2014후768 전원합의체 판결과 2016후2522 전원합의체 판결에서 암시적으로 드러나는 ‘특허법제의 세계적 통일화’ 중심의 체계적 해석의 요청은 ‘헌법합치적 해석’에 주로 초점이 맞추어져 있던 기존의 체계적 해석에 대한 담론을 국제적 질서와의 조화에 대한 담론으로까지 확장시킬 수 있음을 시사하며, 2013후37 전원합의체 판결에서 보이는 체계적 해석은 심사 실무에 대한 범형성적인 판결을 내림에 있어 민사소송법의 법리가 심판절차 뿐만 아니라 심사 절차에까지 인용될 수 있다는 점에서 인상적이다. 또한 법현실주의적 해석은 산업발전에 이바지하고자 하는 특허법의 입법 목적상 자주 등장하는 해석기준임을 확인한다. 특허법의 산업 의존성이 그 법해석에도 승계되는 것이다. 하지만 이러한 산업 의존성이 특허요건 중 신규성 및 진보성의 판단에 있어서는 법실증주의적 해석으로 말미암아 배척된 시도 또한 확인할 수 있다. 이는 특허요건 중 특허대상성 파악에 있어서는 법현실주의적 해석이 적극 동원됐다는 점과 비교해 볼 때 흥미롭다.

I. 서론

1. 문제의 제기

법해석론의 양상은 해석의 대상이 되는 실정법에 영향을 받는다. 가령 형법의 경우 유추적용이 금지되기에 목적론적 해석이 소극적으로 행해지는 반면 민법의 경우 유추적용이 허용되어 목적론적 해석이 다소 자유롭게 채택될 수 있다는 것이다²⁾. 그렇다면 특허법의 해석은 어떠한가. 그동안의 법해석론에 대한 실체적인 연구에 있어 대법원의 법해석론에 대한 선행연구가 많이 있어왔지만, 그러한 연구들의 주요 관심사는 민법 혹은 형법의 법해석에 기반해있다. 즉 특허법의 법해석론 연구에 있어서는 진지한 성찰이 부족한 것이 현실이며 대법원의 법해석론을 전관하기 위해서는 그 연구범위가 민법과 형법의 법해석에서 확장될 필요가 있다. 본 연구는 대법원의 법해석론에 대한 선행연구들의 연구방법을 동원하는 동시에 그 선행연구 범위에는 포함되지 않았던 특허법을 포함시킨다. 그리하여 대법원의 법해석론에 대한 총체적인 상(像)을 그리려는 기존의 노력을 이어받아 기존의 연구가 채우지 못한 빈 부분을 조금이나마 채색해보는 동시에 다른 실정법의 해석과 대비될만한 특허법만의 해석경향성이 있는지 고찰해보려 한다. 즉, 우리 대법원이 보이는 판결의 태도를 분석하여 우리 사회에 필요한 사법부의 상을 제시하려한 기존의 성과를 특허법의 영역까지 확장시키고 그 해석의 더 나은 방향을 모색함에 본 연구의 목적이 있다.

2. 연구범위와 방향

대법원 판결은 대법관들과 대법원장의 재판철학이 융합된 결과물이다.³⁾ 특히 전원합의체 판결에서의 다수의견과 소수의견이 대립하는 모습은, 재판의 역할과 본질에 관한 견해 차이가 법해석론으로 투영되어 재판에서 어떻게 구현되는지 생생히 보여준다.⁴⁾ 이러한 이유로 법해석론에 대한 실천적 연구의 대다수는 대법원 전원합의체 판결들이 그 핵심연구 대상이었다. 본 연구도 이러한 대법원 전원합의체 판결이 갖는 연구대상으로의 가치를 활용한다. 특허법 해석이 동원된 판결들 중 2012년부터 지금까지 선고된 8건의 대법원 전원합의체 판결 중 7건에 대한 법해석론을 분석하고자 한다. 나머지 한 건인 2010다96390 전원합의체 판결은 2012후4162 전원합의체 판결을 통해 드러나는 간접적인 논의로 인해 자체적인 논의의 실익이 크지 않아 포함시키지 않는다. 또한

2) 고봉진, 판례 법학방법론, 한국학술정보, 2013, 52면.

3) 공두현, “우리 대법원 법해석론의 흐름 : 법실증주의, 법현실주의, 법원리론”, 법철학연구, 제22권 제2호(2019.7), 186면.

4) 공두현, “우리 대법원 법해석론의 흐름 : 법실증주의, 법현실주의, 법원리론”, 법철학연구, 제22권 제2호(2019.7), 186면.

법해석론 논의를 풍부하게 하는 다수의견과 소수의견의 대립이 포함된 전원합의체 판결들은 우선적으로 배치하였으며 나머지는 사건번호 상의 시간 순으로 연구를 이어간다. 연구의 이론적 토대가 되는 법해석론에 있어서는 문리적 해석, 목적론적 해석, 역사적 해석, 체계적 해석 중심의 전통적 법해석론과 법철학의 전통, 즉 법실증주의와 법현실주의를 반영하는 법해석론을 채택하였다. 이러한 이론적 토대로 대법관들이 각 사건에서 동원한 법해석론들을 분석하고 이러한 해석론이 합리적으로 적용되었는지를 비판적으로 검토해보며 특히법만의 해석경향성을 살펴보고자 한다.

추가로, 이 연구의 서술에 대해서 짚고 넘어가야 할 점을 여기에 밝힌다. 이 연구는 대법원 판례가 연구대상이 되는 바, 판례가 어떠한 법해석을 적용했는지 상세하게 파악하기 위해서는 해당 판례를 있는 그대로 인용하는 것이 가장 좋을 것이나 가시성을 위해 직접인용을 택하는 대신 판례의 핵심내용을 ‘표’칸에 재구성해서 논의를 이어나간다. 다시 말해, 해당 연구에서 ‘표’칸에 인용하고 있는 부분은 가독성을 위해 따로 재구성된 것으로, 이 논문이 제시하는 법해석에 대한 판단은 ‘표’칸을 통해 재구성된 내용이 아닌 판례 원문에 기반했음을 밝히는 바이다. 그러므로, 법해석론의 판단에 대한 구체적인 상을 파악해야 된다면 판례와 함께 보길 권장한다.

II. 이론적 토대

1. 전통적 법해석론

법조문에 있는 법규범은 ‘구체적인 사건에서의 정의’를 말하지 않는다. 현실에서 실제로 일어난 사건에 법규범을 적용할 때 ‘구체적인 사건에서의 정의’는 법해석이 그 매개체가 되어 완성된다.⁵⁾ 즉, 법해석이 참된 이해에 도달할 때에만 비로소 법규범의 실질적 내용을 밝힐 수 있고 이를 개념적으로 온전히 포착할 수 있을 것이다.⁶⁾ 사비니(Savigny)는 이러한 법해석을 이해하고 체계화하려는 시도에 초석을 다진 인물이며 그가 세운 이론적 토대는 전통적 법해석론으로 자리매김하게 된다.⁷⁾

전통적인 법해석론은 문언적 해석, 체계적 해석, 목적론적 해석, 역사적 해석이라는 법해석을 제시하는데, 이러한 해석법은 그 자체가 범명제의 근거가 된다고보다 구체적 사건 속에서 범명제를 확정하기 위해 요구되는 논거를 찾는 방법의 유형이다.⁸⁾

첫 번째로 문언적 해석에 대해 말해보자면, 문언적(문리적, 언어적, 문법적) 해석 방법은 일상적

5) 고봉진, 판례 법학방법론, 한국학술정보, 2013, 9면.

6) 칼 엥기쉬, 법학방법론, 안법영·윤재왕, 세창출판사, 2011, 110면.

7) 김학태, 법의 해석과 적용, H.Press, 2017, 41면.

8) 공두현, “우리 대법원 법해석론의 흐름 : 법실증주의, 법현실주의, 법원리론”, 법철학연구, 제22권 제2호(2019.7), 191면.

의미와 법률언어의 구문구조에 입각해 법문언의 규범적 의미를 파악하려는 방법이다.⁹⁾ 법문의 언어와 문법규칙이 어떻게 활용되는지를 중점에 두는 해석법이다. 문언적 해석과 관련해서 무엇보다 이 해석방법이 마치 의미해석과 구별되는, 순수한 문언해석일 뿐인 것처럼 왜곡되는 경우가 많은 점을 유의해야 한다. 문언적 해석은 ‘문언의 의미’를 중심에 둔 해석이고, 이와 반대되는 해석은 ‘문언의 의미’보다 다른 방식으로 의미를 규정 지으려는 태도의 해석인 것이다.¹⁰⁾

두 번째로 역사적 해석을 보자. 역사적 혹은 의도중심적 해석방법은 입법자가 특정한 법률을 제정하면서 의도했던 입법취지에 맞게 법률의 의미를 파악하는 법해석방법론을 지칭한다. 입법자가 당시 의욕했던 입법의도와 목적을 반영하여 입법자의 목적을 달성하기 위한 수단으로 법령제의 의미를 확정하는 법해석이다. 과거 입법자의 의도를 되살린다는 점에서 역사적이며 의도중심적인 것이다. 이러한 의도중심적 법해석은 법리의 성립과정에서 발생한 담론들이 규범의 진정한 의미를 파악하는데 본질적인 참고자료가 될 수 있다는 태도의 해석이기도 하다.¹¹⁾ 입법의 재·개정 연혁을 살펴보면 이에 근거한 해석을 펼치는 모습 또한 역사적 해석의 일환이라고 할 수 있다.¹²⁾

세 번째로 목적론적 해석이 있다. 목적론적 해석은 법질서를 통해 요청하고자 하는 목적에 따라 법규범의 의미를 찾고자 하는 해석법이다. 목적론적 해석은 과거의 입법자가 고려했던 사항들을 단순히 되새김질하는 것이 아닌, 입법자의 의사가 지향했던 법의 정신을 새로운 현실과 상황을 고려해 다시금 새로이 하는 작업이라 할 수 있으며, 과거의 입법자의 결정에 종속되지 않고 현재의 법상황에 입각해 입법취지를 새롭게 조명하는 기능을 가진다고 할 수 있다. 이러한 목적론적 해석은 법률문언과 체계 그리고 입법자의 의도에 한정되지 않고 법이념을 구현키 위해 법의 체계에 대한 구속으로부터 다소 자유로운 법해석을 한다고 볼 수 있다.¹³⁾

마지막으로 체계적 해석이 있다. 체계적 해석이란 해당 법규정이 속해있는 일정한 법체계의 전체적인 맥락에 따라 해석하는 방법이다. 이는 동일한 사안이라도 여러 법규가 중복되는 경우, 법규의 체계적인 관계를 파악하지 못한다면, 법문언의 의미를 충실히 파악해도 합리적인 해석을 하기 어려운 문언중심적 해석에 대한 흠결을 보충할 수 있는 해석방법이기도 하다.¹⁴⁾ 상법전에 나오지 않는 부분은 민법전에 의거하는 태도가 대표적인 체계적 해석의 태도다.¹⁵⁾ 드워킨의 ‘법이 전체적으로 정합적으로 보이게 하라’는 요구와 그 맥을 같이한다고 볼 수 있는 해석이기도 하다.¹⁶⁾ 정리하자면, 체계적 해석은 법률규정의 위치, 다른 법규정과의 관계 등을 고려하여 법문언을 해석하는 해석방법인 것이다.¹⁷⁾ 체계적 해석은 법률규정 전체와의 관련성 하에서 해석한다는

9) 김학태, 법의 해석과 적용, H.Press, 2017, 35면.

10) 칼 엥기쉬, 법학방법론, 안법영·윤재왕, 세창출판사, 2011, 120면.

11) 김학태, 법의 해석과 적용, H.Press, 2017, 54면.

12) 고봉진, 판례 법학방법론, 한국학술정보, 2013, 61-62면.

13) 김학태, 법의 해석과 적용, H.Press, 2017, 55-57면.

14) 김학태, 법의 해석과 적용, H.Press, 2017, 51-53면.

15) 김학태, 법의 해석과 적용, H.Press, 2017, 36면.

16) 공두현, “우리 대법원 법해석론의 흐름 : 법실증주의, 법현실주의, 법원리론”, 법철학연구, 제22권 제2호(2019.7), 205면.

점에서 목적론적 해석과 밀접하게 연결되어 있다.¹⁸⁾

2. 법실증주의와 법현실주의

	법의 이해	법의 권위	법의 효력	법원(法源)	법관의 지위
법실증주의	실정법	법제정 당국	합법성	법규범의 문언	법률에 구속되어 법을 발견
법현실주의	사회현실	사회적 맥락에서 결정됨 (사회현상, 사회의식)	사회적 구속력	사회적 현실	법관 개인의 책임 하에 법을 창조

19) < 표1 > : 법실증주의와 법현실주의

본 연구는 전통적 법해석론에 입각하여 해석기준을 검토할 때에 생기는 흠결을 보충하는 동시에 법해석에 관한 논의를 더욱 풍성하게 하기 위해 법철학의 큰 계통에 따른 법해석의 경향성 분석을 추가한다. 법철학의 전통은 크게 3갈래로 나뉜다. 법실증주의, 법현실주의, 자연법론(법원리론)이 그것이다.²⁰⁾ 여기서 자연법론의 경우 특허법의 해석에 있어서는 그 논의실익이 크지 않아 법실증주의와 법현실주의적 해석만을 연구에 포함시킨다. 본 연구의 목표는 각 법철학적 입장에 대한 탐구가 아니기에, 필요 범위 내에서 핵심만 짚어 살펴보기로 한다.

법실증주의적 법해석론은, 정치현실이나 공동체 도덕으로부터 법의 영역은 엄격히 분리되어야 한다는 주장을 핵심적인 전제를 토대로, ‘법관은 법을 해석하고 적용할 때에 법 외적인 요소를 모두 배제할 수 있으며 그렇게 해야만 한다’는 입장으로 응축된다.²¹⁾ 2013다64908 전원합의체 판결의 대법관 조희대의 반대의견에 대한 보충의견은 법실증주의 관점의 법해석을 엿볼 수 있는 대표적인 의견 중 하나이다.²²⁾ 이 의견은 설령 법의 해석이 모든 면에서 만족스러운 결과를 도출하지 못하더라도 언어의 통상적 의미와 논리적 의미체계로부터 분명한 해석에 이룬다면 이 해석에

17) 고봉진, 판례 법학방법론, 한국학술정보, 2013, 71면.

18) 고봉진, 판례 법학방법론, 한국학술정보, 2013, 71면.

19) 김학태, 법의 해석과 적용, H.Press, 2017, 23면.

20) 공두현, “우리 대법원 법해석론의 흐름 : 법실증주의, 법현실주의, 법원리론”, 법철학연구, 제22권 제2호(2019.7), 196면.

21) 공두현, “우리 대법원 법해석론의 흐름 : 법실증주의, 법현실주의, 법원리론”, 법철학연구, 제22권 제2호(2019.7), 201면.

22) 공두현, “우리 대법원 법해석론의 흐름 : 법실증주의, 법현실주의, 법원리론”, 법철학연구, 제22권 제2호(2019.7), 200면.

만 의존해야 된다고 본다. 즉 법문언과 다른 해석은 규범의 해석이 아닌 해석이라는 명목으로 새로운 규범을 창설하는 행위로 입법자의 권한을 행사하는 것과 다름 아니라고 본다. 언어의 의미와 논리로 풀어내는 일관성 있는 법률해석이 사법의 가장 기초적인 존재의미로 보며 다소의 불합리를 시정키 위하거나 정책적 목적의 달성을 위해 문언을 벗어나는 법해석에 대해 금지하는 이러한 입장의 법해석을 법실증주의적 법해석이라고 볼 수 있다.

법현실주의적 법해석론은 법실증주의와 다르게 법문언에 얽매이지 않고 법이 적용되는 사회적 현실을 적극적으로 살펴보고 이를 법해석에 채용하는 태도를 보인다. 즉 법발견의 기초를 법문언으로 보기보다 구체적 사회현실 내지 사회의식에 두는 입장이라고 볼 수 있을 것이다.²³⁾ 이러한 법현실주의적 해석은 사회적 효용에 대한 고려 내지 법의 판결이 사회에 미칠 영향 내지 경제성에 대한 고려로 구현된다. 즉 판결의 결과와 정책적 판단에 대한 고려는 법현실주의적 해석의 두드러진 특징이라고 할 수 있다.²⁴⁾ 2015다200111 전원합의체 판결 중 종합적 고려를 포함하는 부분의 설시는 법현실주의적 해석이 반영된 것으로 평가된다.²⁵⁾ 이 설시에서 주목해야 할 부분은 ‘종합적 고려’의 구체적 요소들인데 사회적 비난의 정도, 법률행위가 유효로 인정될 시의 부작용, 당사자간의 이익균형과 같은 요소들은 전통적으로 고려되는 법의 영역에서 벗어난 실질적이고 현실적인 요소라는 점이다. 우리 대법원이 예전부터 자주 사용해오는 이러한 ‘종합적 고려’를 포함하는 설시에는 구체적 타당성에 맞게 법의 해석이 이루어져야 한다는 법현실주의적 해석의 경향이 담겨 있다고 볼 수 있다.

III. 대법원 판결의 검토

1. 2012후4162 전원합의체 판결

2012후4162 전원합의체 판결에서는 권리범위확인심판에서 특허발명의 진보성 여부를 심리 판단할 수 있는지가 쟁점이 되었으며 다수의견과 반대의견이 갈린 전원합의체 판결이다. 다수의견과 반대의견이 대립되는 3가지 지점을 중심으로 법해석론을 고찰해본다.

1) ‘별도’임을 강조하는 체계적 해석

23) 김학태, 법의 해석과 적용, H.Press, 2017, 22면.

24) 공두현, “우리 대법원 법해석론의 흐름 : 법실증주의, 법현실주의, 법원리론”, 법철학연구, 제22권 제2호(2019.7), 203면.

25) 공두현, “우리 대법원 법해석론의 흐름 : 법실증주의, 법현실주의, 법원리론”, 법철학연구, 제22권 제2호(2019.7), 204면.

우리 특허법은 권리범위확인심판과 특허무효심판이 ‘별도로’ 규정되어 있다	
다수의견 및 보충의견	반대의견 및 보충의견
<p>1. ‘별도로’ 규정되어 있다는 점을 이용해 특허무효심판 이외의 절차에서는 그 특허가 무효 여부를 판단할 수 없다는 규범을 제시.</p> <p>2. ‘별도로’ 규정되어 있다는 점을 통해 절차들은 독립적이어야 한다는 규범을 도출.</p>	<p>1. 특허법이 권리범위확인심판 제도와는 ‘별개로’ 특허무효심판 제도를 두고 있다고 하여 권리범위확인심판의 전제를 부정해서는 안된다는 규범을 제시.</p> <p>2. 실체가 없는 특허권에 관하여도 형식적이거나 권리범위확인심판을 허용하는 것이 두 제도를 ‘병치’시켜 둔 특허법의 취지라고 할 수 없다.</p>

26) < 표2 >

다수의견과 이에 대한 보충의견이 특허무효심판절차와 권리범위확인심판절차들이 ‘별도로’ 규정되어 있다는 점을 통해 이들 간의 ‘독립성’을 강조함에는 특허법 체계의 근간을 지켜야 된다는 체계적 정합성의 요청이 작용해 있음을 확인할 수 있다. 다수의견은 특허무효심판절차를 권리범의확인심판의 적법 요건을 심사하는 전심절차로 취급하는 상황과 본래 무효심판의 기능에 속하는 것을 권리범위확인심판에 부여하여 특허무효심판의 기능을 상당 부분 약화시키는 상황에 대해 반발하고 있는데, 이는 기존 체계의 온전한 유지를 중시했다는 점에서 다소 법실증주의적 해석이라고 평가할 수 있다.

반면, 반대의견은 법형성에 적극적인 법해석을 보여준다. 다수의견이 특허무효심판을 마치 전심절차로 되는 상황을 경계하는 것과 달리 반대의견은 권리범위확인심판에서 선결문제로서 특허의 무효사유를 심리 판단할 수 있도록 심판 구조를 바꿔야 한다는 적극적인 법형성의 주장을 내놓는다. 법형성에 대한 적극성이 ‘별도로’ 규정된 절차들 간의 관계 및 규범을 다수의견과 달리 해석하게 하는 결과를 낳았다고도 볼 수 있는 부분이다.

검토 : 과연 다수의견이 내세우는 것처럼 ‘별도로’ 규정된 절차들 사이의 독립성을 엄밀히 지키는 것이 특허법 체계의 근간을 해치지 않는 것인지 의문을 제시할 수 있겠다. 지엽적 체계에 대한 고려가 전체적으로 볼 때 도리어 균형을 무너뜨리는 결과를 낳을 수 있기 때문이다. 반대의견이 제시하는 것처럼 다수의견을 따를 때 발생하는 ‘실체가 없는 특허권’의 문제는 분명 체계의 근간에 대한 잠재적 위험요소가 될 수 있기 때문이다.

2) 시간과 비용을 고려하는 법현실주의적 해석

26) 대법원 2014. 3. 20. 선고 2012후4162 전원합의체 판결.

다수의견 및 보충의견	반대의견 및 보충의견
1. 권리범위확인심판에서 항상 직권으로 무효로 될 것인지 판단해야 된다면 이는 과도한 심리부담을 지우는 것이라고 함 2. 권리범위확인심판의 판단은 특허침해소송과 특허무효심판에 기속력이 없어 별도의 절차로 분쟁을 계속하게 될 것이라고 함	1. 특허무효심판과 권리범위확인심판의 판단주체가 같다고 함 2. 단일한 분쟁을 여러 개의 소송사건으로 만드는 것을 방지한다고 함.

27) < 표3 >

다수의견과 반대의견 모두 법의 적용이 불리일지킬 사회적 효용을 고려하는 법현실주의적 해석을 보이는데 그 중심에는 시간과 비용에 대한 고려가 있다. 두 의견 모두 시간과 비용을 감소시킬 수 있는 규범을 도출해야 한다는 입장의 법해석을 보이는 것이다. 하지만 그 결론이 다른 점에 주목해야 할 것인데, 이번 판결의 경우 법현실주의적 해석이 차이를 보이는 원인에는 그 해석이 전제하고 있는 법현실의 차이와 법현실로부터 사회적 효용을 계산하는 방법의 차이가 원인이 되었다.

다수의견은 권리범위확인심판에서 항상 직권으로 진보성 요건의 검토와 같은 무효사유에 대한 판단이 이루어져야 한다면 이는 과도한 심리부담을 지우는 일이라고 하는 반면 반대의견은 심리하는 데 부담이 따른다고 하여 그 심리를 생략한 채 아무런 이익도 없는 심판청구를 허용할 수 없다는 당위성을 바탕으로 그 가중치를 낮게 책정한다. 즉 [권리범위확인심판에서 직권으로 무효 여부를 판단하게 되는 사안에서 투입되는 ‘시간과 비용’ x 가중치] 에 있어, 반대의견이 내세우는 심판절차에서의 당위성은 그 가중치를 낮추는 요인이 되며 이는 각 의견의 계산법이 차이를 보이는 지점이 되었다. 이러한 계산법의 차이로 인해 다수의견에서는 비용으로 등장하는 상황이 반대 의견에서는 비용으로 고려되지 않았다. 또한 두 의견 모두 ‘시간과 비용’을 감소시키기 위한 방편으로 계속적 분쟁의 방지를 주장하는데 이 지점에서는 들여다보고 있는 법현실의 차이가 그 결론의 상이함을 낳게 되었다. 다수의견에서는 기속력이 없다는 점을 바탕으로 권리범위확인심판에서 무효의 판단이 있었음에도 불구하고 계속 분쟁을 이어나가는 가정적 상황을 전제하며 반대의견에서는 권리범위확인심판에서 무효의 판단이 있었다면 당사자들이 분쟁을 더 이상 이어나가지 않을 가정적 상황을 전제한다. 그리고 이렇게 인식된 법현실의 차이는 서로 다른 결론으로 이어지게 된다.

검토 : 법현실주의적 해석이 온전한 설득력을 얻기 위해서는 그 해석이 전제하고 있는 법현실이 실제적 현실에 대한 명확하고 온전한 묘사를 포함하고 있어야 하며 이러한 법현실로 사회적 효용

27) 대법원 2014. 3. 20. 선고 2012후4162 전원합의체 판결.

을 따짐에 있어서는 적절한 가중치에 의한 효용계산이 이루어져야 한다고 본다. 이러한 점에서 볼 때, 다수의견과 반대의견이 내세우고 있는 서로 다른 가정적 상황은 본질적으로 ‘가정’이며 그러한 가정을 채택함에 있어 설득력 있는 항변을 보여주지 못했다는 점에선 두 의견 모두 온전한 실상을 내포하는 가정이 아닐 수 있겠다는 생각이 든다.

3) 2010다95390 전원합의체 판결에 대한 서로 다른 관점의 해석

다수의견 및 보충의견	반대의견 및 보충의견
<p>1. 침해금지 소송이었던 해당 판결의 상황 및 맥락을 넘어서는 해석을 하면 안된다.</p> <p>2. 반대의견의 체계적 해석은 오히려 특허법 체계의 근간을 해치는 해석.</p>	<p>1. 침해금지 소송이었던 해당 판결의 법리가 권리범위확인심판에도 그대로 적용되어야 한다.</p> <p>2. 해당 판결의 결과가 낳는 실질적인 권리외관을 고려.</p> <p>3. 해당 판결이 보여주었던 소송경제성과 효율성의 추구를 권리범위확인심판에도 그대로 적용될 수 있다.</p>

28) < 표4 >

반대의견에서는 침해금지 소송의 맥락의 2010다95390 전원합의체 판결에서 도출한 법리(진보성이 없어 무효로 될 것이 명백한 특허의 경우 특허권의 행사를 허용할 수 없다)는 침해금지 소송 뿐만 아니라 권리범위확인심판에서도 정합적으로 적용되어 한다는 체계적 해석을 보여준다.²⁹⁾ 이에 대한 반박으로 다수의견에 대한 보충의견에서는 오히려 그러한 체계적 해석이 특허법 체계의 근간을 해치는 것이라고 주장하는데, 그 이유는 침해금지소송에서와 달리 권리범위확인심판에서는 ‘일사부재리’의 효력이 적용되기 때문이라고 한다. 즉, 특허권침해소송에서 진보성이 없다는 주장을 인정하더라도 이는 특허의 대세적 효력을 특허무효심판에 의해서만 부정할 수 있도록 한 특허법의 기본구조와 상충되지 않지만, 심결에 대세적 효력이 있는 권리범위확인심판에서 진보성 결여를 이유로 무효사유 주장을 인정하게 되면 특허법의 기본 구조와 상충된다는 것이다. (1)에서 살펴본 ‘별도’임을 강조하는 체계적 해석에서의 대립과 마찬가지로 정합성에 대한 요청을 기반으로 한 확장적인 체계적 해석이 오히려 그 체계의 근간을 해치는 결과로 이어질 수 있다는 담론을 살펴볼 수 있는 대목이다.

검토 : ‘전체 법질서와의 조화’의 추구하고 ‘법을 최대한 정합적이게 보이려는’ 시도를 하는 체계

28) 대법원 2014. 3. 20. 선고 2012후4162 전원합의체 판결.

29) 대법원 2012. 1. 19. 선고 2010다95390 전원합의체 판결.

적 해석에 있어서 선행되어야 할 작업이 있음을 살펴볼 수 있었다. 바로 그러한 체계적 해석의 정당성을 약화시킬만한 특허법만의 ‘특수한 사유’가 있는지를 살펴보는 일이다(이번 판결에서는 일사부재리의 효력이라 할 수 있겠다). 그러한 특수한 사유가 잠재되어 있음에도 불구하고 그러한 특수성을 정합성에 대한 요청을 이유로 뭉갠다면 다수의견에 대한 보충의견이 우려하는 것처럼 도리어 특허법 체계의 근간을 해치는 일일 수 있기 때문이다. 물론 반대의견 또한 이 점을 인지도고 있었으며, 보충의견을 통해 이에 대한 흠결을 매우려한 노력은 인정되어야 할 것이다.

2. 2014후768 전원합의체 판결

1) 다수의견

2014후768 전원합의체 판결은 ‘투여용법과 투여용량’이 의약용도발명의 구성요소로 볼 수 있는지의 여부와 구성요소로 볼 수 있다면, 투여용법과 투여용량을 부가한 의약용도발명이 특허대상성에 포섭되는지의 여부가 쟁점이 된 사안을 다룬다.

다수의견 [법현실주의적 해석]

1. ‘다각도의 시험’을 거쳐야 ‘구체적인 약리효과’를 알 수 있다.
2. 의약용도발명을 개발함에는 ‘오랜 기간의 임상시험’에 따른 ‘비용과 노력’이 소요.
3. 의약용도발명을 개발함에 ‘비용과 노력’이 소요된다는 사실을 토대로 특허로써 보호하여 장려해야 한다는 주장을 강화.

30)〈 표5 〉

일단 다수의견은 ‘의약용도발명’의 해석에 있어 의약물질의 효과는 오랜기간의 시험, ‘비용과 노력’을 필요로 한다는 점을 강조하며 구체적 사회현실과 법의 해석이 부합되어야 함을 염두에 둔 법현실주의적 해석을 거친 후, 이러한 ‘의약용도발명’을 특허로써 보호, 장려하여야 한다고 주장한다. 여기서 다수의견이 언급하는 것처럼 ‘비용과 노력’이 특허대상성의 확장을 정당화시킬 수 있는 요소 중 하나라면, 그러한 ‘비용과 노력’을 책정하는 기준에 대해 성찰해 볼 필요가 있을 것이다. 특허의 대상이 되는 발명은 의약산업 뿐만 아니라 다양한 산업을 포괄하고 있기에 그러한 다양성을 보편적으로 포섭할 수 있는 기준의 설정이 어렵다고 할 수 있으며 이로 인해 ‘비용과 노력’에 대한 판단이 개별사안의 구체적 타당성에만 의존하게 되는 가능성이 있기 때문이다. 한 산업에서는 ‘비용과 노력’을 인정받아 특허대상성으로 포섭되는 반면 다른 산업에서는 ‘비용과 노력’을 인정받지 못해 특허대상에서 제외되는 결과를 낼 때, 대법원은 그러한 ‘비용과 노력’의 정당성에 대해 설득력 있는 항변을 내놓을 수 있는지에 대한 의문이 있을 수 있겠다.

30) 대법원 2015. 5. 21. 선고 2014후768 전원합의체 판결.

다수의견 [역사적 해석]

1. '구 특허법(1986.12.31.이전) 제4조'는 의약용도발명이 특허의 대상에서 제외되었다.
2. '특허개방정책'의 도입으로 위 규정이 삭제.
3. 그리하여 우리 특허법상 의약용도발명의 특허대상성을 부정할 근거는 더 이상 존재하지 않게 되었다.

31)〈 표6 〉

다수의견은 나아가 '법률의 제·개정 연혁'에 기반한 역사적(의도중심적) 해석을 더하며, 의약용도발명의 특허대상성을 인정할 수 있다는 취지를 강화시키고자 하였다. 다시 말해, 정책의 영향으로 특허대상성을 확장하려고 했던 의도를 중심에 두고 의약용도발명의 특허대상성을 판단하려는 모습을 보인다고 할 수 있다. 이는 정책의존성이 큰 특허법의 특성이 법해석에도 승계되는 일면이라 하겠다.

['의료행위에 관한 방법발명'과 '투여용법과 투여용량']

1. 의약용도발명은 '물건'인 의약에 의약용도를 부가시킨 것.
2. 과거판례(2006후3564, 2012후3664)를 통해 의약용도발명은 의약물질과 '의약용도'가 발명을 구성하는 것.
3. '의약용도'는 '물건'인 의약이 '새로운 의미'를 부여하는 요소.
4. '투여용법과 투여용량'도 의약이 사회에서 사용되는 형태를 고려할 때 의약에 '새로운 쓰임새'를 제공한다.
5. 그러므로 '대상 질병 또는 약효' 뿐만 아니라, '투여용법과 투여용량'도 의약용도로 포섭시킬 수 있다.

32)〈 표7 〉

다수의견은 문리적 해석을 통해 '의약용도발명'의 '물건성'을 부각시키며 의료방법발명에 포함될 여지를 피해가려 한다. 또한 과거 판례의 해석에 있어서, 의약용도는 '대상 질병 또는 약효'라고 한 점에 문언적으로 집중하기보다, '투여용법과 투여용량'이 현실에서 적용되는 실질적인 형태가 '대상 질병 또는 약효'와 본질적으로 동등하다는 점에 초점을 맞추는 법현실주의적 해석을 병행한다. 여기서 의료방법발명에 포함될 여지에 있어선 과거판례에 대한 문리적 해석을 통해 의약용도발명을 물건의 발명으로 축소시킨 반면, 투여용법과 투여용량에 있어선 '대상 질병 또는 약효'로 의약용도를 한정된 과거판례에 대한 엄격한 문리적 해석 대신 법현실주의적 해석으로 의약용도를 확장시킨 점이 눈에 띈다.

31) 대법원 2015. 5. 21. 선고 2014후768 전원합의체 판결.

32) 대법원 2015. 5. 21. 선고 2014후768 전원합의체 판결.

['투여용법과 투여용량']

1. 적절한 투여용법과 투여용량을 개발하는데 '상당한 비용'이 소요된다.
2. '투자의 결과'로 완성되고 '공공의 이익에 이바지'할 수 있는 기술에 대해 특허대상성을 원천봉쇄하는 것은 산업발전에 이바지하지는 '특허법의 목적'에 부합하지 아니함.

33)〈 표8 〉

또한, 다수의견은 투여용법과 투여용량을 발견하고 개발하는 데에는 상당한 비용과 투자로 완성된다는 점을 반영하는 법현실주의적 해석에 공공의 이익에 이바지할 수 있는 기술임을 강조하며 이를 특허법의 목적에 연관시키는 목적론적 해석을 더하는 방식으로 마무리한다.

검토 : 다수의견은 특허대상성을 넓혀왔던 법률의 제·개정 연혁(역사적 해석)과 의약용도를 개발하는 데에는 상당한 비용이 투자된다는 점(법현실주의적 해석), 그리고 의약은 물건(문리적 해석)이라는 점을 통해 의약용도발명은 의약에 '새로운 의미'를 주는 물건 발명임을 명시한 후, 투여용법과 투여용량도 이러한 '새로운 의미'에 포섭되는 개념임을 '개발하는데에 상당한 비용이 투자된다'는 사회적 현실(법현실주의적 해석)을 들어 설득시키려 한다. 이렇게, 법현실주의적 해석을 적용함에 있어서 '비용과 노력', '상당한 비용', '투자의 결과' 등을 언급하게 되는데, 특허대상성의 확장을 정당화하는 비용과 노력의 정도를 책정함에 있어서 모든 산업에 공평하게 적용될 수 있는 기준을 제시할 수 있는지의 여부가 문제 될 수 있을 것이다. 그러한 기준에 대한 확정이 자의적으로 이루어진다면, 특허 접근성에 있어서 산업간 불평등이 생길 수 있기 때문이다.

33) 대법원 2015. 5. 21. 선고 2014후768 전원합의체 판결.

2) 별개의견과 다수의견에 대한 보충의견

〈 표9 〉 : 의약용도에 대한 해석	
별개의견	<ol style="list-style-type: none"> 1. 2006후3564, 2012후3664에서 말하는 의약용도를 ‘대상 질병 또는 약효’로 한정. 2. 2003후1550, 2006후3564는 ‘대상 질병 또는 약효’ 대신 다른 것(약리기전)이 청구범위에 기재되더라도 발명의 설명 등 명세서의 다른 기재로 특정할 수 있는 이상, 청구항의 명확성 요건을 충족하기에, ‘대상 질병 또는 약효’가 본질적인 점은 변함이 없다.
다수의견에 대한 보충의견	<ol style="list-style-type: none"> 1. 의약이라는 물질은 사용태양에 따라 약이 될 수도 있고 독이 될 수 있는 양면성을 지닌다. 2. 의약이라는 물질이 목적을 달성하기 위해서는 반드시 투여용법과 투여용량이 수반되어야 한다. 3. 투여용법과 투여용량을 개발한 자의 사회적 공헌에 대한 정당한 평가를 해줘야 한다.

대법관 이상훈, 대법관 김소영의 별개의견에서는 과거 판례의 의약용도에 대한 해석(대상질병 또는 약효)을 있는 그대로 유지해야 된다는 법실증주의적인 역사적 해석을 통해, 투여용법과 투여용량을 ‘의약용도’에 포섭하는 것을 반대한다. 이와 달리 보충의견에서 설파하는 의약용도와 ‘투여용법 및 투여용량’이 불가분의 관계라는 주장은 의약이 구체적으로 현실적으로 어떻게 활용되는지를 고려하는 법현실주의적 해석을 거쳤음을 확인할 수 있다. 그리고 다수의견에서처럼 의약용도에 관한 특허대상성의 법해석에 있어서 발명가의 사회적 공헌을 인정해줘야 한다는 법현실주의적 해석 또한 볼 수 있다.

별개의견 중 주목할 부분 중 하나는 의료법과의 체계적 정합성을 고려한 체계적 해석을 보임에 있다.

‘의료행위에 관한 발명’에 대하여	
다수의견에 대한 보충의견	<ol style="list-style-type: none"> 1. 의약용도발명을 ‘물건의 발명’으로 보는 건 의약용도에 특허대상성을 주려는 태도와 의료행위 관한 발명에 있어서는 특허대상성에서 제외하려는 태도를 상충시키지 아니하면서 ‘조화롭게 반영’하려는 노력의 부산물. 2. ‘이미’ 물건의 발명으로 해석한 이상, ‘투여용법 및 투여용량’은 방법으로서의 의료행위가 아님.
별개의견	<ol style="list-style-type: none"> 1. 투여용법과 투여용량을 정하는 것은 ‘용법의 변경’이다. 2. ‘용법의 변경’은 의료법 제12조 제1항을 침해하게 된다.

34) 〈 표10 〉

보충의견은 문리적 해석과 역사적 해석의 충돌에 있어서 역사적 해석을 우선시함을 보여준다. 특허대상성에 포섭시키려는 힘과 특허대상성에서 제외시키려는 힘의 적절한 균형을 맞추려 노력한 과거판례의 의도를 기반에 둔 역사적 해석을 특허법 상 규정하는 물건 발명에 대한 엄격한 문리적 해석의 우위에 두고 있음을 알 수 있다. 의약용도발명을 ‘물건의 발명’으로 보는 과거판례의 의도는 의약용도에 특허대상성을 주려는 특허법의 태도와 의료행위 관한 발명을 특허의 대상에서 제외하려는 태도를 조화시키려는 것이었기 때문에, 이 의도를 중심으로 본다면, 문리적 해석상으로 의약용도발명이 방법 발명인지 따질 필요 없이, ‘이미’ 방법으로서의 의료행위가 될 수 없다고 하는 것이다.

반면, 별개의견에서는 의료법과의 체계적 정합성을 고려한 법해석을 보여준다. 의료법 제12조는 ‘의료행위에 대하여는 이 법이나 다른 법령에 따로 규정된 경우 외에는 누구든지 간섭하지 못한다’라고 규정하는데, 여기서 언급되는 의료행위에는 ‘용법의 변경’을 포함되므로 투여용법과 투여용량을 부가한 의약용도발명의 특허대상성을 부정하려 하는 것이다. 이렇게 특허법을 해석함에 있어 의료법을 고려하게 되었다는 점은 우리 특허법이 산업과 불가분적으로 관계하고 있다는 것을 보여주는 일례라 할 수 있겠으며, 산업상 이용가능성을 해석함에 있어서 그 산업을 지배하는 법규범의 영향을 받을 수 있다는 방증일 수 있다. 즉, 특허법의 해석이 구체적인 사안에서 등장하는 산업에 따라 달라질 수 있다는 여지를 남기기도 한다.

별개의견과 보충의견에서 주목해볼만한 두 번째 지점은 국제법과의 질서를 염두에 둔 체계적 해석에 관한 언급에 있다.

국제법과의 질서를 염두에 둔 체계적 해석	
다수의견에 대한 보충의견	<ol style="list-style-type: none"> 1. ‘국가의 특허처분’에 의해 특허권이 형성된다는 점에서 각국의 ‘정책적인 면’이 특허법제의 통일화에 대한 정당성을 약화시키는 건 맞다. 2. 하지만, ‘특허법제의 세계적 통일화라는 흐름’에 비추어 볼 때, ‘정책적인 면’을 이유로 ‘특허대상성’의 확장을 부인해서는 안된다.
별개의견	<ol style="list-style-type: none"> 1. ‘국제적인 기준과의 조화’가 중요하지 않은 요소는 아님. 2. 특허권은 ‘국가의 특허처분’에 의해 생성되고 특허 부여의 권리는 나라마다 ‘독립하여 존재’하는 ‘지역적 제한’을 갖는다. 3. ‘세계에서 가장 높은 수준으로 특허권을 보호하는 법제’에 맞추어 법해석을 할 필요는 없다.

35)〈 표11 〉

34) 대법원 2015. 5. 21. 선고 2014후768 전원합의체 판결.

35) 대법원 2015. 5. 21. 선고 2014후768 전원합의체 판결.

비록, 다수의견에서는 언급되지 않았지만, 별개의견과 보충의견을 통해 ‘국제적인 기준과의 조화’를 고려하는 체계적 해석에 대한 논의가 오갔음을 간접적으로 확인할 수 있다. 체계적 해석에 있어서 헌법합치적 해석이 주요 포인트로 거론된 기존의 민사법과 형사법에 대한 연구가 조명하지 못한 부분 중 하나가 바로 여기에 놓여있는데, 특허법에 대한 체계적 해석은 ‘세계적 통일화’에 대한 논의까지 확장될 수 있다는 점이 그것이다. 별개의견은 ‘세계적 통일화’에 입각한 체계적 해석을 통해 특허대상성을 확장시킬 필요가 있다고 설파하는데, 다른 법과 달리 특허법의 해석에 있어서 이러한 ‘세계적’ 정합성에 대한 요청이 도마 위에 오를 수 있던 이유와 그 정당성을 생각해 볼 필요가 있을 것이다. 그러한 진지한 성찰이 선행된 뒤에야 비로소 ‘세계적 통일화’의 관점에서의 체계적 해석이 온전한 설득력을 갖출 수 있을 것이며, 그러한 체계적 해석이 정당화될 수 있는 범위와 한계를 명확히 할 수 있기 때문이다.

검토 : 산업발전에 이바지함을 그 목표로 하는 특허법의 특성상, 산업에 대한 고려가 갖든 법해석이 다수의견과 별개의견 모두에서 드러남을 확인할 수 있었다. 가령, 산업이 구체적인 사회현실에서 어떻게 드러났는지(다수의견의 법현실주의적 해석)를 염두에 두건, 해당 산업을 규율하는 법규정(별개의견의 체계적 해석)을 더 우위에 두건 산업을 빼놓을 수 없었기 때문이다. 이는 곧, 특허법을 해석함에 있어서 특정 사안에 등장하는 산업이 무엇이나에 따라 동원되는 법해석이 달라질 수 있음을 의미하기도 한다. 예컨대, 다소 규율이 엄격한 의료산업보다 규제로부터 자유로운 산업에 있어서는 법현실주의적 해석이 더 적극적으로 동원되는 경우를 생각해 볼 수 있다. 즉, 특허법 해석의 경향성은 특허법 자체의 내재적 특성을 파악하는 것으로 부족하고, 특허법과 관계하는 여러 산업들과의 상호작용 속에서 더욱 구체적인 상을 얻을 수 있음을 의미한다. 또한, ‘특허법제의 세계적 통일화라는 흐름’ 내지 ‘국제적인 기준과의 조화’를 고려한 체계적 해석이 특허법 해석의 고유한 특징 중 하나라고 할 수 있는데, 이러한 통일성에 대한 요청의 범위가 문제 될 수 있으며, 그러한 통일화에 대한 정당성은 어디에 있는지에 대한 구체적 논의가 뒷받침되어야 세계적 정합성을 토대로 한 체계적 해석이 온전한 설득력을 얻을 수 있을 것이다.

3. 2016후2522 전원합의체 판결

2016후2522 전원합의체 판결은 심결취소소송에서 ‘사실심 변론종결 이후 정정심결의 확정이라는 사유’가 민사소송법 제451조 제1항 제8호에서 규정하는 재심사유가 될 수 있는지가 관건이 된 판결이다. 해석의 중심이 되는 규정이 민사소송법의 조항이라는 점에서 엄밀한 의미에선 민사소송법의 해석으로 다뤄질 주제이지만, 그 해석의 맥락에 있어 특허법적 절차가 중심에 있다는 점에선 특허법 해석에 대해서도 시사하는 점이 있어 해당 판결을 연구범위에 포함하게 되었다.

[민사소송법 제451조 제1항 제8호]

판결의 기초가 된 민사나 형사의 판결, 그 밖의 재판 또는 **행정처분**이 다른 재판이나 행정처분에 따라 **바뀔** 때³⁶⁾

37)〈 표12 〉

1) 다수의견의 문리적 해석 - ‘판결의 기초가 된 행정처분’, ‘바뀔’

다수의견이 민사소송법 제451조 제1항 제8호의 문언을 통해 도출한 규범적 의미는 바로 정정심결로 인해 특허결정의 행정처분에 변화가 있더라도 이를 ‘판결의 기초가 된 행정처분’으로 포섭시킬 것이 아니라 ‘심결취소소송에서 심리,판단해야할 대상(이하 ‘소송물’)’으로 보아야 한다는 것이다. 즉, 특허결정이라는 행정처분은 소송물로 해석해야 하므로, 정정심결로 인해 행정처분에 변화가 생겨도 ‘판결의 기초가 된 행정처분’이 바뀔 것은 아니라고 해석한 것이다. 이때 문언을 중심으로 규범적 의미를 파악하는 문리적 해석에 있어서, 주목해야 할 부분 중 하나는 바로 법률언어의 일상적 의미를 어떠한 맥락에서 읽어내고 있느냐인데, 다수의견이 위와 같은 규범을 파악함에 있어 인용하고 있는 맥락은 바로 특허법이 채택하고 있는 절차적 구조이다. 다수의견은 우리 특허법이 행정심판전치 주의와 재결주의를 취하고 있음을 언급하며 심결취소소송과 심결과의 관계를 고려하면 특허결정이라는 행정처분은 소송물로 포섭시키는 것이 합당하며, 판결의 기초가 된 행정처분으로 해석해선 안된다고 하였다.

다수의견의 문리적 해석에 있어 짚어보아야 할 두 번째 지점은 ‘바뀔’의 해석에 있다. 다수의견은 판결의 기초가 되는 행정처분이 변경될 때의 변경을 ‘확정적’ 변경으로 파악하였다. 그리고 ‘확정적’에 대해서는 실제 특허법상의 절차적 맥락을 통해 그 의미를 해석하게 된다. 특허의 정정이 특허무효 절차에서 특허권자의 주요 방어수단으로 활용되고 있고, 특허 무효 분쟁은 필연적으로 정정의 무효심판절차까지 이어지게 마련이라는 실제적 맥락으로 볼 때, 정정을 인정하는 내용의 심결이 확정되었다고 하여, 정정 전의 명세서 등에 따른 특허발명의 내용이 그에 따라 ‘확정적으로’ 변경되었다고 볼 것은 아니라고 한 대목에서 이를 확인할 수 있다.

정리하자면, 다수의견이 ‘판결의 기초가 된 행정처분’과 ‘바뀔’을 중심으로 문리적 해석을 제시함에 있어 공통적으로 인용하고 있는 법률언어의 의미맥락이 있음을 확인할 수 있었다. 바로 특허법이 취하고 있는 절차적 구조 내지 특허법 상의 절차적 맥락이다. 이는 민사소송법이 적용하고 있는 구체적 실정법에 따라 그 법률 문언의 의미가 다르게 차용될 수 있음을 시사하는 바이기도 하다.

2) 입법취지를 중심으로 한 목적론적 해석

36) 민사소송법 제451조 제1항 제8호.

37) 대법원 2020. 1. 22. 선고 2016후2522 전원합의체 판결.

입법취지에 대한 고려는 목적론적 해석뿐만 아니라 역사적 해석에서도 나타난다. 이 둘의 명확한 구분은 사실상 불가능하다 하겠지만, 입법취지를 인용함에 있어 과거의 입법자의 의사를 추론하는 쪽에 보다 힘을 싣는 경우에는 역사적 해석이라고 할 수 있으며, 입법취지에서 현재의 법의 목적을 이끌어 내거나 현재 법의 상황을 입법취지에 적극 대입하는 태도를 목적론적 해석이라고 할 수 있다. 이러한 관점에서 볼 때, 해당 판결에서는 ‘취지’를 중심으로 한 목적론적 해석을 3의견 모두 차용하고 있음을 확인할 수 있다. 여기서 눈여겨볼 점은, 다수의견과 이에 대립하는 별개의견 모두 같은 조항과 같은 제도를 근거로 목적론적 해석을 인용했다는 점이다.

입법취지를 중심으로 한 목적론적 해석		
다수의견	별개의견	다수의견의 보충의견
특허법 제136조 제10항, 정정심판 제도	특허법 제136조 제10항, 정정심판 제도	재심제도

38)〈 표13 〉

목적론적 해석이 현재 법의 상황을 적극 도입하여 취지를 재해석한다는 점에서 다수의견과 별개의견은 인지하고 있는 ‘현재 법의 상황’이 다름을 확인할 수 있기에, 어떻게 다른지 짚어볼 필요가 있다. 물론 여기서 말하는 인식되어진 ‘법의 상황’이란, 각 의견의 종합적인 논거들을 통해 도출된 것이 아니라, 목적론적인 해석에 인용한 ‘법의 상황’에 한정함을 밝힌다. 별개의견은 특허 무효심판에 대한 심결취소소송 절차에서 정정심판청구가 이루어진다는 ‘현재의 실무’를 감안하여, 무효사유를 제거시킬 수 있는 특허권자의 기회가 박탈당할 수 있는 상황을 ‘법의 상황’으로 인식하였다. 이러한 인식이 정정심판 제도의 취지를 목적론적으로 이끌어냄에 있어서, 특허권자의 보호를 더욱 돈독히 해야한다는 주장으로 이어진다는 것은 당연한 귀결이라 볼 수 있겠다. 이와 달리, 다수의견에서는 ‘법의 상황’을 인식함에 있어 특허심사와 심판절차와의 조화유지에 초점을 맞추었고, 이러한 인식은 별개의견에서 인정해야 한다고 주장하는 ‘모든 법률관계의 소급효’에 대한 부정적인 입장의 취지해석으로 이어진다.

3) 소송경제성을 중심으로 한 법해석

소송경제성을 중심으로 한 법해석		
다수의견	별개의견	다수의견의 보충의견
‘민사소송의 이상’	‘분쟁의 일회적 해결과 소송경제’	‘분쟁의 종국적 해결과 소송경제’

38) 대법원 2020. 1. 22. 선고 2016후2522 전원합의체 판결.

39)〈 표14 〉

‘소송경제성’은 다수의견이 언급하는 바와 같이 민사소송법 제1조 제1항에도 명문화 되어 있는 민사소송의 이상인 점에선 체계적 해석 내지 목적론적 해석, 최선의 사회적 효용이 필연적으로 고려된다는 점에선 법현실주의적 해석으로 이어진다고 할 수 있다. 하지만 위에서도 살펴보았듯, 같은 법해석론을 적용한다고 해도 다른 결론이 나올 수 있다. 목적론적 해석에 있어 합치되지 않은 결론은 법의 목적을 이끌어냄에 있어서 법관이 인식하는 ‘법의 상황’이 다르기 때문이며, 법현실주의적 해석에 있어서는 법관이 사회적 효용을 계산함에 있어 테이블 위에 올려놓고자 하는 ‘법의 상황’이 다르기 때문이다. 그러므로, ‘소송경제성’을 필두로 한 법해석이 서로 다른 결론에 이르면, 결론들 사이의 우열은 그 결론의 전제로 차용하고 있는 ‘법의 상황’이 얼마나 명확하고 실체에 부합하는 상(像)을 갖고 있는지에 따라 갈리게 될 것이다.

각 의견이 소송경제성을 주장함에 있어 인용한 ‘법의 상황’을 정리하면 아래와 같다.

다수의견	1. 특허무효심판 절차에서는 정정청구를 통해, 그 심결취소소의 사실심에서는 정정심판청구를 통해 얼마든지 대응할 수 있다.
별개의견	1. 심결취소소의 특성 을 감안. 2. 특허무효심결을 유지한 특허법원의 판결이 상고된 후 정정심결이 확정된 경우를 가정 .
다수의견의 보충의견	1. 종전의 판례의 태도 는 특허무효심판에 대한 심결취소소송 뿐만 아니라 권리범위확인심판에 대한 심결취소소송, 특허권 침해를 원인으로 하는 민사소송에도 영향을 미쳤다. 2. 특허무효심판 절차에서 정정청구를 할 수 있었을 뿐만 아니라 심결취소소송의 사실심에서도 정정심판을 청구할 수 있는 기회가 부여된다 . 3. 원심의 실체적 판단이 잘못되었다고 원심을 파기환송하게 되면, 환송 후 원심은 정정 후 명세서 등을 대상으로 다시 심리한 후 판단하게 된다.

40)〈 표15 〉

개인적인 의견을 보태자면, 법관이 들여다보고 있는 ‘법의 상황’이 지엽적이고 현실과 유리된 가정에 근거한다면 그것으로부터 도출되는 해석 또한 정당성을 잃을 것이라고 생각한다. 그러한 점에서 볼 때, 다수의견의 보충의견이 제시하는 밑그림이 가장 합리적이라고 본다. 가정적인 상황에 대한 그림은 실제로 일어나고 있는 상황에 대한 묘사보단 ‘덜 현실적’일 수 있다는 점에서 별개의견이 내세우는 가정이 힘이 다소 떨어진다고 생각하며 가정적 상황 이전에 ‘이미’ 특허권자에 절차적 보장이 갖추어져 있다는 점을 주목하는 것이 ‘법의 상황’에 대한 정확한 묘사에 유리하다고

39) 대법원 2020. 1. 22. 선고 2016후2522 전원합의체 판결.

40) 대법원 2020. 1. 22. 선고 2016후2522 전원합의체 판결.

보기 때문이다. 물론 여기서 다수의견의 보충의견이 가정적 상황을 도입하고 있지 않은 것은 아니며, 가정적 상황을 무조건적으로 배척해야 한다고 생각하는 것도 아니다. 다만 가정적 상황은 실제적 상황에 충분히 뒷받침되어함을 주장하고자 하는 것이다. 이는 2012후4162 전원합의체 판결의 소송경제에 관한 논의의 연장선상에 있는 지점이기도 하다.

4) ‘소송의 일반원칙’을 중심으로 한 체계적 해석

‘소송의 일반원칙’을 중심으로 한 체계적 해석	
별개의견	1. 2015두295, 2001다64479에서 도출되는 항고소송 및 일반소송의 원칙을 심결취소소송에 끌어오려는 체계적 해석.
다수의견에 대한 보충의견	1. 2015다295 전원합의체 판결과 특허법 제136조 제1항 사이의 체계적 해석으로 별개의견의 정당성을 약화. 2. 2001다64479는 심결취소소송에 그대로 적용된다고 보기 어렵다고하며 별개의견이 내세우는 체계적 해석에 대해 반박.

41)〈 표16 〉

체계적 해석은 법률규정의 위치, 다른 법규정과의 관계를 고려하는 등 법률규정 전체와의 정합성을 중심에 두는 해석이다. 그렇다면 별개의견과 보충의견이 2015두295와 2001다64479를 언급하며 항고소송 및 일반소송의 원칙을 내세운 체계적 해석이 과연 다른 법규정과 정합적이게 되는지 살펴볼 필요가 있다. 이 판결에서와 같이 다른 법규정과의 관계에 있어 정합성을 요청할 때에는 그러한 요청을 정당화하는 근거를 탄탄히 해야 온전한 설득력을 갖출 것인데, 그러한 관점에서 볼 때 별개의견보단 보충의견이 더욱 합리적인 체계적 해석을 제시했다고 할 수 있겠다. 그 이유는 첫째로 2015두295를 인용함에 있어 별개의견은 해당 판결 중 중요한 단서부분은 생략한 채 일부분의 발췌만으로 항고소송의 원칙에 정합적이어야 한다고 주장하는 것과 달리 보충의견은 단서부분을 포함하여 발췌한 후 이를 특허법 제136조 제1항에 일일이 대입해보는 방식의 체계적 해석을 제시하기 때문이며 둘째로 별개의견은 확인의 소의 권리보호요건에 관한 판결인 2001다64479가 심결취소소송(항고소송)에도 적용되어야 정합적이라는 근거를 충분히 제시하지 못하기 때문이다.

검토 :

<p>민사소송법 제451조 제1항 제8호</p> <p>판결의 기초가 된 민사나 형사의 판결, 그 밖의 재판 또는 행정처분이 다른 재판이나 행정처분에 따라 바뀔 때⁴²⁾</p>
--

41) 대법원 2020. 1. 22. 선고 2016후2522 전원합의체 판결.

위 법문언 하나를 온전하게 해석하기 위하여, 특허법적 절차를 기반에 둔 문리적 해석, 정정심판제도(특허법)와 재심제도(민사소송법)의 취지를 언급하는 목적론적 해석, 소송경제성을 중시하는 법현실주의적 해석, 항고소송 및 일반소송의 원칙과의 정합성을 중시하는 체계적 해석 등 다양한 법해석론이 뒷받침되었음을 확인 할 수 있었다. 여기서 인상적인 점은 민사소송법을 해석함에 있어 해석론의 종류를 불문하고 특허법의 고유한 절차적 맥락이 강하게 작용했다는 것이다. 민사소송법이 다른 실정법에 적용될 때의 법해석을 고찰해보고 특허법의 경우와 비교해보는 후속작업은 특허법에 대한 대법원의 법해석을 더욱 입체적으로 파악해볼 수 있는 계기가 될 수 있으리라 생각한다.

4. 2009후2234 전원합의체 판결

특허법 163조가 정하는 일사부재리를 적용함에 있어서 심판청구가 부적법하게 되는 판단시를 종래판례는 ‘심결시’로 판단하였으나, 2009후2234 전원합의체 판결은 ‘심판청구시’로 판단하였다. 기존의 판결을 변경함에 있어서 원용하는 163조에 대한 문언중심적 해석이 인상적인 판결이다.

[관련 조문]

헌법 제27조 :

① 모든 국민은 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다.⁴³⁾

구 특허법 제163조(일사부재리) :

이 법에 따른 심판의 심결이 확정되었을 때에는 그 사건에 대해서는 ‘**누구든지**’ 동일 사실 및 동일 증거에 의하여 ‘**그 심판을 청구할 수 없다**’.⁴⁴⁾

문언중심적(문리적) 해석이란 문언을 중심으로 규범을 도출하는 해석인 점에 비추어보아, 대법원이 163조를 통해 이끌어낸 규범을 살펴보자. 아래의 문장1과 2는 해당 판결의 직접인용 구절이다.

1. 인적 범위에 관하여 “**누구든지**”라고 정하고 있어서 확정 등록된 심결의 당사자나 그 승계인 이외의 사람이라도 동일사실 및 동일증거에 의하여 동일 심판을 청구할 수 없으므로, 함부로 그 적용의 범위를 넓히는 것은 위와 같이 국민의 재판청구권의 행사를 제한하는 결과가 될 것이다.⁴⁵⁾

2. ‘**그 심판을 청구할 수 없다**’라고 규정하고 있어서, 위 규정의 문언에 따르면 심판의 심결이

42) 민사소송법 제451조 제1항 제8호

43) 헌법 제27조

44) 구 특허법 제163조

45) 대법원 2012. 1. 19. 선고 2009후2234 전원합의체 판결.

확정 등록된 후에는 앞선 심판청구와 동일사실 및 동일증거에 기초하여 새로운 심판을 청구하는 것이 허용되지 아니한다고 해석될 뿐이다⁴⁶⁾

여기서 ‘누구든지’라는 문언을 통해서는 ‘(일사부재리의 원칙을)함부로 적용의 범위를 넓혀서는 안된다’는 규범을 도출하는데, 이는 헌법 26조가 규정하는 국민의 재판청구권의 행사를 제한해서는 안된다는 헌법합치적 의도를 문언적 해석에 내포시킨 것의 결과다. 그리고 ‘그 심판을 청구할 수 없다’라는 문언에 대해서는, ‘그 심판을 청구하는 것’이 허용되지 않을 뿐이지, 심판 청구 후에도 일사부재리의 효력을 부여할 수 있는 것은 아니라며 문언중심적 해석으로 규범을 제시한다.

대법원은 이러한 관점에서, 기존의 일사부재리의 원칙을 적용함에 있어 심판청구가 부적법하게 되는지 판단하는 시점을 심결시로 판단하는 입장은 위법하다고 주장한다. ‘그 심판을 청구할 수 없다’의 문언중심적 해석을 통해 볼 때, 심판청구의 부적법 판단시를 ‘심판청구시’로 보는 것은 당연한 귀결이며, “누구든지”에 대한 헌법합치적 해석을 통해 볼 때, 관련 확정 심결의 등록이라는 사유로 자신의 절차가 소급적으로 부적법하게 되는 것은 헌법상 누릴 수 있는 재판청구권이 과도하게 침해되는 우려가 있기 때문이라고 한다.

검토 : 2009후2234 전원합의체 판결은 특허법 제163(일사부재리)에 대한 대법원의 문언적 해석을 엿볼 수 있는 판결로, (헌법합치적)체계적 해석을 가미한 점이 특징적이다.

5. 2011후927 전원합의체 판결

2011후927 전원합의체 판결은 특허심사의 규범을 제시함에 있어 우리 대법원이 어떤 법해석을 거치는지 살펴볼 수 있는 판결 중 하나로, 진보성과 신규성의 판단에 있어 ‘제조방법이 기재된 물건의 발명’은 물건으로 파악하여 기술적 구성을 확정된 후 특허요건을 판단해야 한다고 했다.

1. 특허법 제2조 제3호의 발명의 구분에 따르면 ‘제조방법이 기재된 물건발명’은 ‘물건발명’으로 취급해야 한다고 함.
2. 그러므로 특허요건을 판단하기 위한 기술적 구성의 확정에 있어서 ‘물건의 발명’에 적용되는 기준이 똑같이 적용되어야 한다고 함.
3. 생명공학 분야나 고분자, 혼합물, 금속 등의 화학 분야 등에서 ‘제조방법에 의해서만 물건을 특정할 수 밖에 없는’ 사정이 있는 경우도 마찬가지임.

47)〈 표17 〉

종전 판례는 제조방법이 기재된 물건 발명의 경우, ‘제조방법에 의해서만 물건을 특정할 수 밖에 없는 사정’이 있는 경우에, 발명의 기술적 구성의 확정에 있어서 ‘제조방법’만으로 확정할 수

46) 대법원 2012. 1. 19. 선고 2009후2234 전원합의체 판결.

47) 대법원 2015. 1. 22. 선고 2011후927 전원합의체 판결.

있다는 판시를 했으며, 2011후927의 원심판결에서도 제조방법이 기재된 물건발명에 있어서 ‘제조 방법’만을 살펴본 후 진보성이 부정되지 않는다는 판단을 하였다. 종전 판례가 생명과학 분야나 고분자, 혼합물, 금속 등의 화학 분야와 같은 구체적인 산업분야에서의 실태를 고려해 물건의 발명임에도 그 제조방법만으로 발명의 구성을 확정할 수 있는 후 진보성 여부를 심리할 수 있다고 한 판시는 앞서 2014후768에서도 언급된 ‘산업의존성’을 고려한 특허요건의 유연한 해석과 맥을 같이한다고 볼 수 있다. 그러한 관점에서 볼 때, 2011후927 전원합의체 판결은 이러한 ‘산업의존성’에 대한 고려를 배척하려는 시도로 해석할 수 있다. 그리고 그러한 시도의 중심에는 특허법 제2조 3 제호에 대한 법실증주의적 문리적 해석이 깃들어 있음을 확인 할 수 있다. 우리 특허법 제2조 제3호는 ‘물건의 발명’과 ‘방법의 발명’ 그리고 ‘물건을 생산하는 방법의 발명’의 구분은 없기에 ‘제조방법이 기재된 물건의 발명’은 특별한 사정에도 불구하고 ‘물건의 발명’으로 확정해야 한다는 입장을 내비친다.

검토 : 이 판결을 통해 대법원이 특허법 제2조 제3호의 정의규정을 해석할 때 각 발명마다 기술적 구성의 확정에 대한 규범이 다르다는 점을 염두에 두고 있음을 확인 할 수 있었고, 그러한 규범의 해석에 있어서 생명공학 분야나 화학분야 등과 같은 산업이 갖고 있는 특수성에도 불구하고 엄격한 문리적 해석이 중심에 있었음을 알 수 있다. 또한 2014후768 전원합의체 판결과 비교해 볼 때, 특허요건 중 특허대상성에 있어서는 법현실주의적 관점에서 산업의존성에 대한 고려를 적극적으로 채용한 반면 진보성 및 신규성의 판단에 있어서는 법실증주의적 관점에서 산업의존성을 배척하려는 양면적인 태도가 눈여겨볼만하다.

6. 2013후37 전원합의체 판결

대법원의 특허법 해석은 특허심사 실무에도 영향을 끼치며, 출원인이 지켜야할 바람직한 규범을 제시하기도 하는데 2013후37 전원합의체 판결을 통해 이를 확인해 볼 수 있다. 이 판결에서는 신규성 내지 진보성 판단의 전제가 되는 ‘공지 여부에 관한 증명책임의 문제’가 쟁점이 되었는데, 기존의 원칙을 적극적으로 수정하려는 태도가 대법관 이기택의 보충의견에 분명하게 드러난다.

[대법관 이기택의 보충의견]

1. 명세서의 기재 위치에만 근거하여 공지된 기술로 간주하는 태도는 공지에 관한 확인도 없이 출원인의 지식을 그 출원발명의 진보성을 부정하는 이유로 삼아도 좋다는 것이어서 ‘객관적 진실’에 반하는 결과를 낳을 위험성이 있다.
2. 출원인의 의도가 공지를 자인하는 것으로 인정되는 경우에도 ‘무조건적으로’ 심사관이 공지의 증거를 찾아야만 이를 선행기술로 사용할 수 있다고 보는 태도는 ‘심사의 효율성’을 지나치게 저해한다.
3. ‘객관적 진실’과 ‘심사의 효율성’ 사이의 조화점을 찾기 위해선, 기존의 증명책임의 원칙을 수정해야 한다.
4. 심사민사소송법의 법률규정을 직접적으로 적용시킬 수는 없으나, 이에 준하는 적용을 할 수 있다.

48)〈 표18 〉

우리 특허법 제29조 제1항 제1호에 의하면, ‘공지’된 발명에 대해서는 특허를 받을 수 없어 공지성 여부가 문제시 되는데 대법관 이기택은 그러한 공지성이 실제 심사에서 어떻게 판단되어야 하는지에 있어서, ‘결과의 부당함’, ‘심사의 효율성’ 등에 대한 종합적 고려를 중요시하는 법현실주의적 해석으로 논거를 도출한다. 여기서 주목할 점은 법현실주의적 해석 사이의 충돌이 있다는 점인데, 이러한 충돌을 조화롭게 해소하기 위해선 기존의 원칙을 적극적으로 수정해야 한다고 주장한다. 또한 이러한 원칙의 수정을 정당화하는 과정에서 민사소송법의 규정을 가져오는 체계적 해석을 볼 수 있고, ‘특허심사’에 있어서 ‘소송’의 법리를 간접적으로 적용할 수 있다고 주장하는 점이 인상적이다.

검토 : 대법관 이기택의 보충의견에서 등장하는 ‘잘못된 시각이 바로잡히기를 기대한다’와 ‘-는 특허 실무가 형성되기를 기대한다’ 등의 표현으로 미루어볼 때 대법원이 특허법을 해석함에 있어 특허 실무의 형성에 대해 적극적인 입장도 존재함을 확인할 수 있다. 또한 특허심사에 대한 규범을 해석함에 있어서 체계적 해석으로 민사소송법의 법리를 끌어오려 했다는 점도 눈여겨볼만 하

48) 대법원 2017. 1. 19. 선고 2013후37 전원합의체 판결.

다.

7. 2017후2819 전원합의체 판결

2017후2819 전원합의체 판결은 특허법 제133조 제1항이 규정하는 ‘이해관계인’에 대한 문리적 해석과 법현실주의적 해석을 볼 수 있는 판결이다.

1. ‘이해관계인’이란 특허권의 존속으로 인해 ‘법률상 어떠한 불이익’을 받거나 그 우려가 있어 그것의 ‘소멸’에 직접적이고도 현실적인 이해관계를 가진 사람이다.
2. 실시권자에게는 실시료 지급, 실시 범위 등의 제약이 있다.
3. 무효심결이 확정되기까지는 상당한 시간과 비용이 소요되기에 우선 실시권을 설정받고 그 무효여부에 대한 다툼을 추후로 미루어 둘 수 있다.

49) < 표19 >

법현실주의적 해석의 설득력은 그 해석을 이용하는 법관의 현실인식이 얼마나 합리적이냐에 따라 다르다고 할 수 있겠다. 여기서 76후7과 같은 종전 판결도 특허법 제133조 제1항의 ‘이해관계인’을 풀이함에 있어 법현실주의적 해석을 거쳤음을 고려한다면 법관의 현실인식이 어떻게 바뀌었는지 확인할 수 있는데, 종래 판결에서는 실시권을 허락받은 자는 허락기간 내에는 그 권리의 대항을 받을 염려가 없어 업무상 손해를 받거나 받을 염려가 없으므로 이해관계인에 해당하지 않는다고 단정하였다. 하지만 2017후2819 전원합의체 판결은 과거 판결이 조명하지 않았던 ‘현실’을 언급하며 반박한다. 바로 실시권자에게는 실시료 지급, 실시 범위 등의 제약이 있다는 ‘현실’이다. 그리고 대법원은 이러한 제약은 ‘법률상 어떠한 불이익’ 내지 ‘소멸’에 이해관계를 가지게 하는 요건이라고 보게 된다. ‘이해관계인’에 대한 해석과 더불어 대법원은 추가로 실시권 계약이 곧 부쟁의 의사표시를 하는 것이 아니라는 주장을 펼치는데 여기서도 법현실주의적 해석을 엿볼 수 있다. 무효심결이 확정되기까지는 상당한 시간과 비용이 소요된다는 현실을 토대로 우선 실시권을 설정받은 후 그 무효여부를 다툴 수 있는 상황을 이끌어낸다. 이런 법현실을 고려할 때 실시권 계약이 곧 ‘부쟁의 의사표시’로 이어지지 않는다는 법해석을 내놓게 되는 것이다.

다만 여기서 대법원의 ‘부쟁의 의사표시’에 관한 언급이 필수적이었는지 의문이 제기 될 수 있다. 만약 대법원이 제시하는 상황과 반대로 실시권계약에 부쟁의무가 포함되는 것으로 해석된다면 대법원의 논지로 볼 때 그러한 사실이 실시권자가 이해관계인이 될 수 있는지의 여부에 부정적인 영향을 끼칠 수 있음을 암시하게 되고 이는 대법원이 제시한 문리적 해석만으로는 ‘부쟁의 의사표시’를 한 실시권자가 이해관계인에 속하게 되는지 아닌지에 대하여 명확한 답을 줄 수 없는 영역에 놓여있기 때문이다.

49) 대법원 2019. 2. 21. 선고 2017후2819 전원합의체 판결.

IV. 결론

1. 대법원의 특허법 해석과 비판

7개의 전원합의체 판결을 통해 특허법의 해석경향성을 들여다본다고 할 때, 주목할 만한 해석 유형은 2가지다. 바로 체계적 해석과 법현실주의적 해석이다.

일단 체계적 해석에 있어서는 ‘특허법제의 세계적 통일화’⁵⁰⁾를 내세우는 국제적인 기준과의 체계적 고려와 산업발전에 이바지함을 목적으로 하고 있는 특허법의 특성상 각 산업을 규율하는 법과의 체계적 정합성을 띄려고 하는 시도 등이 그것이다. 특히 전자의 경우는 특허법의 해석에 대한 연구가 ‘헌법합치적 해석’에 주로 초점이 맞추어져 있던 기존의 체계적 해석에 대한 담론을 국제적 질서와의 조화에 대한 담론으로까지 확장시킬 수 있음을 보여주는 부분이기도 하다. 본 연구에 담은 판결들을 통해 국제적인 기준과의 조화를 고려하는 체계적 해석이 과연 합리적으로 이루어졌다고 볼 수 있는가에 대한 의문을 제기해볼 때, 분명 흠결이 있는 부분이 있다고 생각한다. 가령, 2016후2522 전원합의체 판결의 다수의견에 대한 보충의견과 2012후4162 전원합의체 판결의 다수의견 간의 잠재적 상충이 그러한 체계적 해석의 온전한 설득력을 약화시키는 일례가 될 수 있다. 2016후2522 전원합의체 판결의 다수의견에 대한 보충의견은 주요 국가들의 제도와 비교해도 매우 ‘이례적’임을 강조하며 종전 판결에 따른 실무에 비판적인 입장을 취한다. 이는 특허소송제도에 있어서 국제적 정합성의 추구가 합리적인 논거가 될 수 있음을 시사하는데 이러한 논지는 사실 2012후4162 전원합의체 판결의 다수의견에 대한 반박이 된다. 왜냐하면 권리범위확인심판 제도는 오스트리아와 우리나라만 유지하고 있다는 국제적인 상황에 비추어 볼 때 ‘이례적’이라는 비판을 피해갈 수 없기 때문이다.⁵¹⁾ 그럼에도 2012후4162 전원합의체 판결에서는 이러한 체계적 고려가 드러나지 않았음을 비추어 볼 때, 과연 국제적인 질서를 차용하는 체계적 해석이 일관성 있게 동원되고 있는지에 대한 의문이 제기 될 수 있다.

이러한 국제적 기준과의 정합성뿐만 아니라 우리 특허법은 각 산업을 규율하는 실정법과의 정합성도 체계적 해석에 고려된다. 특허대상성의 파악에 있어 의료법과의 체계적 해석을 보인 2014후768 전원합의체 판결이 그 일례다. 대법원은 이러한 산업의존적 체계적 해석을 할 때에 그 해석이 각 산업의 특성에 영향을 받는다는 점에서 거시적으로 볼 때 특정 산업에게만 유리한 법해석을 낳을 수 있는 여지가 있다는 것을 인지하고 있어야한다고 생각한다. 또한 체계적 해석 중 민사소송법의 법리를 특허심사 실무에도 적용할 수 있다고 주장하는 2013후37 전원합의체 판결의 체계적 해석도 인상적이었다. 이는 차후 대법원이 심사실무에 대한 법형성적인 결론을 내릴 필요가

50) 대법원 2015. 5. 21. 선고 2014후768 전원합의체 판결.

51) 박지환, 특허법 강의, ME·LAB, 2022, 738면.

있을 때 준거점이 될 수 있기 때문이다.

특허법의 해석에 있어 돋보이는 법해석 중 두 번째는 법현실주의적 해석이다. 산업발전에 이바지한다는 특허법의 목적에 비추어 볼 때 특허법의 해석에 법현실주의적 해석이 자주 동원된다는 사실은 어쩌면 당연한 귀결일 수 있다. 특허법의 산업의존성이라는 특성은 필연적으로 법현실주의적 해석과 관계지어질 수밖에 없는 구조인 것이다. 특허대상성을 판단함에 있어 현실적으로 비용과 노력이 많이 든다는 점을 강조하여 특허대상성을 확장하려는 시도, 특허법 제133조 제1항이 정하는 ‘이해관계인’을 해석함에 있어 기존 판결이 고려하지 못한 법현실을 근거로 그 범위를 확장하려는 시도, 소송경제성 내지 시간과 비용을 근거로 특허법적 절차에 대한 규범을 해석하려는 시도 등이 그것이다. 다만 이번 연구를 통해 검토해 본 결과 특허법해석에 있어 산업의존성이 배제되는 영역이 없지 않음도 확인할 수 있었는데, 앞서 본 특허대상성(특허법 제29조 제1항)에 대한 해석과 달리 신규성 및 진보성 심리(특허법 제29조 제1항 각호, 제2항)에 있어서는 산업의존성을 배척하려는 법실증주의적 시도가 있었다는 점이다. 특허요건 중 산업상 이용가능성(특허대상성)에 대한 해석에 있어서는 법현실을 적극적으로 채용한 반면 특허요건 중 신규성 및 진보성에 대한 해석에 있어서는 법실증주의적 접근을 하는 양면성이 인상적이라고 할 수 있다. 또한 법현실주의적 해석을 함에 있어 그 정당성에 의문이 제기 될 수 있는 영역이 있었는데, 바로 특허심판 내지 소송에 있어 시간과 비용을 고려하는 이른바 소송경제성 중심의 법현실주의적 해석이다. 다수의견과 소수의견이 나뉜 3개의 전원합의체 판결 중 2개의 판결에서 소송경제성에 관한 대립이 있었고, 이러한 대립의 근원에는 가정할 수 있는 법현실이 다양하다는 점에 있었다. 대법원이 특허심판 내지 특허소송과 같은 절차에 관한 규범 해석에서 가정적 상황을 법현실로 차용할 때에는 그 현실이 실제적인지에 대한 엄밀한 고려가 선행되어야 할 것이다. 그러한 고려가 선행되지 아니한 채 이루어진 법해석은 온전한 설득력을 갖추지 못할뿐더러 법현실주의적 해석이 의도하는 사회적 효용 또한 이루지 못하기 때문이다.

2. 연구의 한계 및 제언

우선, 본 연구는 본 연구의 이론적 토대가 갖고 있는 흠결을 그대로 승계한다. 즉, 전통적 법해석론과 법철학의 전통만으로는 법관의 법해석에 관한 재판철학을 있는 그대로 묘사하기는 불가능하다는 한계가 그것이다. 또한, 전통적 법해석론의 각 해석방법에 대한 이해에 있어서 학자마다 조금씩 다른 견해를 보이기도 하기에 본 연구에 적용된 법해석론은 본 연구가 인용하고 있는 단행본들의 관점과 다른 관점을 갖고 있는 이가 볼 때 법해석의 분류에 동의하지 못하는 부분이 있을 수 있다.

두 번째로 법해석의 경향성은 상대적으로 정의된다는 점이다. 다시 말해, 관심을 갖고 들여다보는 실정법과 다른 실정법에서의 법해석은 어떻게 이루어지고 있는지를 알고 있어야 그 고유한 특

장을 명확하게 짚어낼 수 있을 것이다. 특허법 해석의 편향성을 정확하게 진단할 수 있으려면 모든 법령에 대한 해석을 연구하진 못하더라도 민법, 행정법, 민사소송법, 상법, 헌법 등과 같이 특허법과 밀접하게 연관되어 있거나 특허법을 이루는 법리의 토대를 제공해주는 법들의 해석에 대한 성찰이 전제되어야 할 것이다. 그런 점에서 볼 때, 본 연구의 전제는 탄탄하지 못하다는 비판이 있을 수 있다. 다른 법들의 해석에 관한 연구를 토대삼아 비교법적으로 고찰해 볼 때 특허법 해석의 경향성에 대한 논의는 더욱 정밀해질 것이라고 생각한다. 이러한 맥락에서 타 산업재산권법(상표법, 디자인보호법)과 비교해보려는 시도도 특허법 해석에 대한 입체적인 시야를 얻게 도와주는 밑그림이 되어 줄 것이다.

참고문헌

〈 국내 단행본 〉

- 1) 김학태, 법의 해석과 적용, H.Press, 2017.
- 2) 고봉진, 판례 법학방법론, 한국학술정보, 2013.
- 3) 칼 엥기쉬, 법학방법론, 안법영·윤재왕, 세창출판사, 2011.
- 4) 박지환, 특허법 강의, ME:LAB, 2022.

〈 국내 학술지 〉

- 1) 공두현, “우리 대법원 법해석론의 흐름 : 법실증주의, 법현실주의, 법원리론”, 법철학연구, 제 22권 제2호(2019년 7월).

〈 판결 〉

- 1) 대법원 2012. 1. 19. 선고 2009후2234 전원합의체 판결
- 2) 대법원 2012. 1. 19. 선고 2010다95390 전원합의체 판결
- 3) 대법원 2014. 3. 20. 선고 2012후4162 전원합의체 판결
- 4) 대법원 2015. 1. 22. 선고 2011후927 전원합의체 판결
- 5) 대법원 2015. 5. 21. 선고 2014후768 전원합의체 판결
- 6) 대법원 2017. 1. 19. 선고 2013후37 전원합의체 판결
- 7) 대법원 2019. 2. 21. 선고 2017후2819 전원합의체 판결
- 8) 대법원 2020. 1. 22. 선고 2016후2522 전원합의체 판결