

변리사의 소송대리인 자격제도에 관한 법정책적 논의

김 용 섭*

< 목 차 >

- I. 머리말
- II. 변리사의 소송대리권 허용여부에 관한 해석론
- III. 특허 등 침해소송에 있어 변리사의 공동소송대리제도의 도입에 관한 검토
- IV. 특허 등 침해소송에 있어 소송대리제도 개선에 관한 바람직한 법정책적 대안
- V. 맺음말

I. 머리말

사회가 갈수록 복잡화되고 분쟁양상이 다양화됨에 따라 전문화된 법률서비스에 대한 국민적 기대가 높아지고 있다. 변호사 시장은 사법시험을 통과하여 사법연수원을 수료한 법조인과 법학전문대학원(이하 ‘로스쿨’이라 한다)을 수료하고 변호사시험을 통과한 새로운 형태의 법조양성시스템에 의한 법조인의 대량 배출로 인하여 더욱 더 경쟁이 격화되고 있다.

최근에 특허 등 침해소송에 있어서 변리사의 소송대리권 주장으로 인해 변호사와 변리사간의 업권 분쟁의 양상을 보이고 있다. 국민의 양질의 법률서비스의 보장을 위해 유사전문 직종간의 직역다툼으로 변질되는 것은 바람직하지 않으며, 종합적 법률서비스의 제공을 가능하게 하는 인접자격간의 동업(MDP)형태의 허용 등 다각적인 정책적 대안의 모색이 필요한 시점이다.

2013. 7. 3. 이원욱 의원 대표발의 변리사법 일부개정 법률안이 발의되었는 바,

* 전북대 법학전문대학원 교수, 변호사, 법학박사

이는 정부차원에서 검토하여 정부안으로 국회에 제출한 것이 아니라 의원입법의 방식으로 제안한 것으로 업권 분쟁적 요소가 있는 경우에는 정부에서 보다 체계적으로 논의하여 법률안을 발의하는 것이 바람직하다고 할 것이다. 무엇보다 법률서비스를 받고자 하는 소비자인 기업과 국민을 위해서 인접 법률자격사간의 협력은 매우 중요하며, 이 부분이 직역다툼과 밥그릇 싸움의 양상으로 나아가는 것은 누구에게도 좋은 해결방안이 아니고, 상호간에 Win-Win 하는 협력모델을 마련할 필요가 있다.

기본적으로 변호사는 법률사무를 독점하고 있으며, 변호사가 다른 분야의 인접 자격자와의 근본적인 차이는 송무의 영역이라고 할 수 있다. 이처럼 변호사의 송무능력은 변호사의 핵심적 능력이라고 할 수 있는 바, 인접 직역의 소송대리권 확대의 문제는 변호사제도의 근간을 흔드는 문제이므로 신중히 접근할 필요가 있다.

변리사 등 인접 전문가자격사에 대하여 소송대리권의 확대를 통하여 전문적인 법률서비스를 제공하기보다는 근본적으로 특허전문변호사 제도의 도입이나, 변호사와 다른 인접 직역간의 동업허용이 우선적으로 해결될 필요가 있다. 더구나, 변리사 등 인접 자격사 내지 유사자격사의 소송대리권의 문제는 특정 자격단체를 중심으로 각개전투식으로 접근하여 다룰 것이 아니라 우리 법체계 전체를 고려하고, 로스쿨에 의한 법률가 양성시스템을 채택한 측면 등을 함께 고려하는 등 사회 전체적인 관점에서 종합적으로 검토하여 다루어야 하는 문제이다.¹⁾

향후 로스쿨을 통한 법조인 양성시스템 하에서 변리사 등 인접 전문가자격사의 소송대리권 확대나 공동소송대리제도의 허용논의가 활발하게 전개될 것이다. 다시 말해서 변리사의 소송대리권의 허용여부에 대하여 그동안 학계에서 활발하게 논의된 바 있으나, 헌법재판소의 결정과 대법원 판례가 나온 이후에는 해석론이 아니라 입법론적인 관점에서 논의할 필요성이 증대되었다고 할 것이다.

1) 김용섭, “법조직역진출의 관점에서 본 법실무교육의 내실화와 지향점”, 『인권과 정의』 제 428호, 대한변호사협회, 2012, 108~127면.

II. 변리사의 소송대리권 허용여부에 관한 해석론

1. 문제의 제기

현재 심결취소소송의 경우에는 변리사에게 소송대리권이 허용되고 있으나, 특허 등 침해소송인 민사소송이나 보전소송 그리고 형사소송 등에서 변리사의 소송대리권이 허용되는지 여부가 문제가 되고있다. 실무적으로 하급심 법원에서 보전소송에 있어 변리사의 소송대리권을 허용한 사례가 있으나, 대법원에서 이와 관련한 판례가 없어 변리사의 보전소송에 있어서 소송대리권을 공식적으로 인정한 것으로 보기 어렵다. 아울러 형사소송의 경우에는 변리사의 소송대리권의 인정은 무리라고 본다.

따라서 이하에서는 특허 등 침해소송에서 변리사의 소송대리권의 허용여부에 대하여 검토하기로 한다.

2. 특허 등 침해소송에 있어 변리사의 소송대리권 허용여부에 관한 논의

1) 변리사의 소송대리권 허용여부에 대한 찬반론

(1) 찬성하는 입장의 논거

삼성과 애플간의 특허분쟁의 사례에서 나타난 바와 같이 지적재산권이 나라의 경쟁력을 좌우하는 시대가 왔으며, 특히 지적재산권에서 특허기술이 중요한데, 이러한 기술적 전문성에 기반하여 변리사에게 특허 등 침해소송에서 소송대리권을 부여하는 것이 세계적인 추세라는 것이다. 이처럼 이공계와 산업계를 중심으로 기술전문성의 강화를 위한 방안의 하나로 민사소송인 특허침해소송에 있어서 변리사의 소송대리권을 허용하여야 한다는 입장을 지속적으로 표명해왔다.

기존의 찬반론을 검토한 후에 타협적인 대안으로 특허침해소송에 있어서 변리사의 소송대리는 원칙적 공동대리와 예외적 변리사 단독대리를 주장하는 견해²⁾가 있으며, 아울러 우리나라와 유사한 지적재산권 소송체계를 갖고 있는 일

본에서는 2002년 변리사도 변호사와 공동으로 소송대리를 할 수 있는 법률을 제정하였으므로 우리도 이를 참고해야 한다는 주장³⁾도 찬성론의 논거라고 할 것이다.

(2) 반대하는 입장의 논거

먼저 민사소송법 제87조에서 “법률에 따라 재판상 행위를 할 수 있는 대리인 외에는 변호사가 아니면 소송대리인이 될 수 없다.”고 규정하여 다른 법률에서 특별히 정한 경우 외에는 원칙적으로 변호사에게 소송대리권이 있다는 것을 명문화하고 있다. 따라서 특허 등 침해소송에서도 법률전문가인 변호사만 소송대리권을 가지고 변리사는 소송대리권이 허용되지 않는다고 본다. 이와 같이 변호사에게 소송대리권을 부여하는 취지는 법률사무전반을 변호사에게 독점시키고 직무수행을 엄격히 통제하여 당사자의 생명, 신체, 재산, 명예 등의 권리와 의무에 대한 법률사무처리 과정의 신뢰성과 공정성을 충족시키기 위함에 두고 있다.⁴⁾

(3) 검토

일본에서 공동소송대리를 허용한다는 주장과 관련하여, 일본의 경우 변리사 시험을 제1차시험, 제2차시험 및 제3차시험을 치르고, 시험과목 중에 행정법을 필수로 포함하고 있으며, 일정한 교육을 이수한 후에 별도의 시험에 응시하여 합격한 사람만이 공동소송대리가 허용되는 부기변리사시스템을 운영하고 있다. 그러나 우리의 경우 변리사 시험과목이 민법과 민사소송법에 그치고 있는 등 최소한의 법학지식을 묻는데 그치고 있으며, 이와 같은 법학적 지식만으로 특허침해등 민사소송의 대리를 원활히 수행함에 적합한 능력의 검정을 요구하지 않고 있는 점을 감안할 필요가 있다.

우리가 법률로 이른바 전문 자격제도를 정하여 헌법 15조에 의하여 직업의 자유를 제한하는 것은 고도의 전문적 지식과 기술이 요구되기 때문에 공공복리

2) 신운환, “특허침해소송에서 변리사의 소송대리권 문제에 관한 연구- 과학기술 및 산업발전의 관점에서-”, 『행정법연구』 2005년 하반기, 한국행정법연구소, 2005, 196면 이하.

3) 정영화, “지식재산권 분쟁해결제도 개선방안 토론회 자료집”, 이원욱, 전해철, 박홍근 의원실 주최, 2012.11.7. 참조.

4) 이태섭, “전문화시대와 소송대리인제도”, 전문화 사회에 있어서의 소송대리인 제도 선진화 방안 세미나 자료집, 2013.2.13, 17면.

의 차원에서 일정한 자격을 갖춘 자에 대하여 해당업무에 종사하도록 한 것인데, 지적재산권의 취득절차와 분쟁해결절차를 분리하여 접근하는 것이 타당하다고 사료된다.⁵⁾

2) 공동소송대리주장에 대하여

뒤에서 살펴보는 바와 같이 현재 2012.8.23. 2010헌마740결정 변리사법 제8조 등 위헌확인사건에서 재판관 이동흡의 보충의견이 제시된 바 있다. 즉, 보충의견은 “특허침해소송은 특허권 등의 침해 여부를 쟁점으로 하는 소송으로 그 대상물의 발명·고안의 구성요건, 그 신규성이나 진보성 등의 판단 및 첨단기술의 실체 파악 없이는 사안의 정확한 판단이 불가능한 전문성이 있는 사건이다”라고 전제하고 있다. “따라서 입법자로서는 특허침해소송에서 변리사의 법률전문성을 강화하기 위하여 신뢰성이 높은 능력담보조치를 강구한 후에 변호사와 변리사의 공동소송대리를 허용함으로써 소송의 신속화 및 전문화를 도모하고 소송당사자의 권익을 충분히 보호할 수 있도록 입법적 조치를 취하는 방안을 검토하는 것이 바람직하다고 할 것이다.”라고 입법적 개선의 권고적 의견을 덧붙이고 있으나 이는 헌법재판관 1인의 보충의견에 불과하다.

특허침해소송에 있어서 변리사에 의한 소송수행이 가능하게 되어 발명가와 기업의 지식재산권에 대한 보다 확고한 보호가 가능하게 되며, 침해소송을 다루는 특허 및 기술분석은 전문자격사인 변리사가 담당하고 소송의 진행 등에 있어서의 법적 절차 및 법리적 공방은 변호사가 담당함으로써 상호 상승작용을 하게 되어 신속한 소송이 가능하게 된다는 관점에서 찬성하는 입장⁶⁾도 있다. 한편 민사소송의 개별대리의 원칙은 원칙일 뿐이므로 변호사와 변리사가 공동대리를 하는 것이 불가능하지는 않으나 서로 모순되는 행위를 하거나 개별대리를 고집하는 경우 해결이 어려운 문제가 야기된다. 보다 근본적인 문제는 하나의 사건에 대하여 변호사와 변리사를 공동대리하도록 강제하는 방식은 비용의 추가 부담을 초래하고, 공동책임이 제대로 되지 않아 책임 회피가 이루어질 가

5) 이에 관하여는 박지원, “지적재산권 대리인제도의 개선과 관한 소고”, 지적재산권 대리인제도 개선방안심포지엄 자료집 2014.9.15, 16면.

6) 정극원, “변리사의 특허침해소송대리권 불인정의 문제점”, 『헌법학연구』 제19권 제1호 한국헌법학회, 2013, 344~345면.

능성이 있다. 따라서 로스쿨에 의한 교육을 통하여 변리사 출신이 로스쿨에 진학하여 졸업할 경우에는 변호사에 의한 종합적인 대응이 가능한데 우회적인 절차로 나아가게 되므로 불필요한 절차를 국민에게 강요하는 결과가 된다는 주장⁷⁾은 반대론에 서 있다고 볼 것이다.

이와 관련하여 일부 견해⁸⁾는 이동흡 재판관 보충의견에서 언급된 바와 같이 일정한 소송실무교육을 받은 변리사에 대하여 특허침해소송에서 변호사와 공동으로 소송대리인이 될 수 있도록 하는 방안을 제시하기도 한 바 있다. 그러나 이에 대하여는 찬성론보다는 반대론이 우세하다. 변리사의 소송대리를 허용하지 않는 입장에서 법률전문가인 변호사를 소송대리하도록 하고 필요한 전문지식은 다른 방법을 통해 보완하면 되지 공동대리를 수여하는 방법은 적절한 것인지에 의문을 표시하는 입장이 있다.⁹⁾ 변리사의 소송대리를 찬성하는 입장에서 위 보충의견은 특허침해소송에서의 변리사의 소송대리권을 부인하면서 변리사의 전문성을 인정하며 공동소송대리를 허용하는 입법개선 의견을 제시하고 있는 것은 주객이 전도된 주장에 불과하고 변리사의 소송대리권이 허용됨에도 헌법재판소가 변리사법의 입법목적 잘못 해석하였다고 비판하는 견해¹⁰⁾도 제시된 바 있다.

3. 판례의 입장

1) 현재 2012.8.23. 2010헌마 740결정 변리사법 제8조 등 위헌확인

(1) 사건개요

청구인들은 모두 특허청에 등록된 변리사들이다. 청구인들은 법원이 변리사법 제8조 중 ‘특허, 실용신안, 디자인 또는 상표에 관한 사항’ 부분에 특허, 실용신안, 디자인 또는 상표의 침해로 인한 손해배상, 침해금지 등의 민사소송(이

7) 함영주, “지적재산권 대리인제도의 개선에 관한 소고에 대한 토론문”, 지적재산권 대리인제도 개선방안심포지엄 자료집, 2014.9.15, 45면.

8) 이원일, “특허침해소송에서의 변호사·변리사 선택적 공동소송대리”, 전문화 사회에 있어서의 소송대리인 제도 선진화 방안 세미나 자료 2013.2.13. 참조.

9) 박지원, “지적재산권 대리인제도의 개선과 관한 소고”, 지적재산권 대리인제도 개선방안심포지엄 자료집, 2014.9.15, 14~15면.

10) 이승우, “변리사의 소송대리권에 관한 헌법재판소 결정의 평석- 변리사의 소송대리권의 범위를 중심으로-”, 『헌법학연구』 제19권 제1호, 한국헌법학회, 2013, 291~315면.

하 ‘특허침해소송’이라 한다)이 포함되지 아니하고, 민사소송법 제87조 중 ‘법률에 따라 재판상 행위를 할 수 있는 대리인’ 부분에 ‘변리사법 제8조에 따라 특허침해소송을 대리하는 변리사’가 포함되지 아니한다고 해석하여 그 결과 청구인들로 하여금 특허침해소송에서 소송대리를 할 수 없게 함으로써 청구인들의 직업의 자유와 평등권 등이 침해되었다고 주장하며, 2010. 12. 2. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

(2) 결정요지

- 이 사건 법률조항은 변리사라는 자격제도의 형성에 관련된 것이므로 입법자에게 광범위한 입법형성권이 인정되어 그 내용이 합리적인 이유 없이 자의적으로 규정된 경우에만 위헌이라고 할 것이다. 심결취소소송에서는 특허권 등 자체에 관한 전문적 내용의 쟁점이 소송의 핵심이 되므로, 이에 대한 전문가인 변리사가 소송당사자의 권익을 도모할 수 있다. 그러나 특허침해소송은 고도의 법률지식 및 공정성과 신뢰성이 요구되는 소송으로, 변호사 소송대리원칙(민사소송법 제87조)이 적용되어야 하는 일반 민사소송의 영역이므로, 소송당사자의 권익을 보호하기 위해 변호사에게만 특허침해소송의 소송대리를 허용하는 것은 그 합리성이 인정되며 입법재량의 범위 내라고 할 수 있다. 그러므로 이 사건 법률조항이 특허침해소송을 변리사가 예외적으로 소송대리를 할 수 있도록 허용된 범위에 포함시키지 아니한 것은 청구인들의 직업의 자유를 침해하지 아니한다.

- 이 사건 법률조항이 심결취소소송에서는 변호사 외에도 변리사에게 소송대리를 허용하되, 특허침해소송에서는 변호사에게만 소송대리를 허용한 것은 합리적, 합목적적인 차이에 따른 것으로서 정당하며, 달리 입법자가 형성권을 자의적으로 행사하여 변호사와 비교하여 청구인들을 포함한 변리사를 부당하게 차별한 것이라고 할 수 없으므로, 청구인들의 평등권을 침해하지 아니한다.

2) 대법원 2012.10.25. 선고 2010다108104 판결 【상포권침해금지등】

(1) 사건개요

원고는, 피고가 원고의 허락 없이 원고의 이 사건 등록상표와 동일 또는 유

사한 별지1 표시 각 표장을 이 사건 등록상표의 별지3 기재 각 지정상품(또는 서비스업)과 동일 또는 유사한 별지2 기재 각 상품에 사용한 것은 이 사건 등록상표권에 관한 침해를 구성한다고 주장하면서, 갑 등 변리사가 원고를 대리하여 위 상표권 침해로 인한 손해배상으로 1,000만 원의 지급을 구하는 민사소송의 원심에서 패소하자, 민사소송에서 소송대리인 자격으로 상고장을 작성·제출하였다.

(2) 판결요지

- 민사소송법 제87조는 “법률에 따라 재판상 행위를 할 수 있는 대리인 외에는 변호사가 아니면 소송대리인이 될 수 없다”라고 정하여 이른바 변호사 소송대리의 원칙을 선언하고 있다. 한편 변리사법 제2조는 “변리사는 특허청 또는 법원에 대하여 특허, 실용신안, 디자인 또는 상표에 관한 사항을 대리하고 그 사항에 관한 감정과 그 밖의 사무를 수행하는 것을 업으로 한다”고 정하는데, 여기서 ‘특허, 실용신안, 디자인 또는 상표에 관한 사항’이란 특허·실용신안·디자인 또는 상표(이하 ‘특허 등’이라고 줄여 부른다)의 출원·등록, 특허 등에 관한 특허심판원의 각종 심판 및 특허심판원의 심결에 대한 심결취소소송을 의미한다. 따라서 “변리사는 특허, 실용신안, 디자인 또는 상표에 관한 사항의 소송대리인이 될 수 있다”고 정하는 변리사법 제8조에 의하여 변리사에게 허용되는 소송대리의 범위 역시 특허심판원의 심결에 대한 심결취소소송으로 한정되고, 현행법상 특허 등의 침해를 청구원인으로 하는 침해금지청구 또는 손해배상청구 등과 같은 민사사건에서 변리사의 소송대리는 허용되지 아니한다.

- 갑 등 변리사들이 상표권 침해를 청구원인으로 하는 민사소송에서 원고의 소송대리인 자격으로 상고장을 작성·제출한 사안에서, 위 상고는 변호사가 아니면서 재판상 행위를 대리할 수 없는 사람이 대리인으로 제기한 것으로 민사소송법 제87조에 위배되어 부적법하다고 한 사례.

4. 검토의견

그동안 특허침해소송은 민사소송으로 이를 변호사가 대리하고 있음에도, 소송사안의 특성상 소송대리인의 특허기술 전문성이 중요하다는 인식이 변리사업

계를 중심으로 줄기차게 주장되어 왔다.¹¹⁾ 그러나, 이 사건 헌법재판소 결정과 대법원 판결은 기본적으로 특허심결취소소송에서는 변리사의 소송대리를 허용하는데 반하여 특허침해소송시 변리사 소송대리는 불허하는 것이 타당하다는 결론에 도달한 것이다.

변리사법에서 특이하게 다른 자격사와는 달리 변리사의 소송대리권에 관한 규율을 두고 있는 바, 이는 1961년 12월 23일 변리사법 제정당시부터 규율된 것인데¹²⁾, 이 때는 국회의 기능이 마비되어 있는 시점이라서 변호사단체의 의견이 반영되는 등 충분한 논의를 거쳐 법률안이 마련된 것이라기보다 국가재건 최고회의라고 하는 비대의기관에 의한 법률제정인 점이 감안되고 다른 직역의 자격사와의 관계를 고려하여, 변리사에게 소송대리권이 있다는 변리사법 제8조의 규정은 그동안 법원에서 한정적으로 해석해 왔던 것이다.¹³⁾ 같은 연장선상에서 논란이 되었던 특허침해소송에 있어서의 변리사의 소송대리권을 허용하지 않는 것으로 이 사건 헌법재판소 결정과 대법원 판결에서 최종적으로 해석하여, 특허침해소송에 있어서의 변리사의 소송대리권 허용 여부에 관한 해석상의 다툼을 더 이상 존속시키지 않고 종결시킨 바 있다.

이로써 변리사의 특허침해소송의 소송대리권은 허용되지 않은 것으로 법원과

11) 그러나, 변호사들이 기술 분야의 문외한이라는 대한변리사회 측의 주장은 성급한 일반화로써 현재 매년 이공계 출신을 포함한 상당수의 비법학 전공자가 변호사로 배출되고 있고 이 중 상당수는 이미 지적재산권 관련 업무에 종사하고 있다. 또한 로스쿨 재학생의 상당수가 이공계 출신이므로, 기술분야에서의 전문성이 확보되고 있으며 앞으로 지속적으로 보완될 것으로 보인다. 아울러, 로스쿨은 각 로스쿨별로 특허와 지적재산권 분야 과목을 개설하여 특허와 지적재산권 업무에 정통한 변호사를 양성하고 있다. 따라서, 변호사가 지적재산권 분야의 소송대리를 하기 위해서는 특허권의 보호범위 해당여부 내지 침해 여부를 판단하는데 기술적 전문지식이 요구되는 것은 사실이지만, 변리사의 소송대리권의 확대의 방법만이 유일하고 바람직한 방법이라고 보기 어렵다.

12) 이에 관한 입법연혁으로는, 1961.12.23. 법률 제864호로 변리사법이 제정될 당시에는 이 사건 법률조항은 “변리사는 특허, 실용신안, 의장 또는 상표에 관한 사항에 관하여 소송대리인이 될 수 있다.”라고 규정하고 있었다. 그 후 2004.12.31. 법률 제7289호로 개정될 때 ‘의장’이라는 용어가 ‘디자인’으로 변경되었고, 2011.5.24. 법률 제10706호로 개정되면서 자구수정이 있었지만 법조항의 실질적인 내용은 동일하게 유지되고 있다. 또한 이 사건 법률조항이 처음 도입되었던 1961년 당시 대법원은 특허청 항고심판소의 심결에 대한 법률심판을 관할하여 변리사는 위 심결에 대한 상고사건에서만 소송대리를 하여 왔다. 그 후 1994.7.27. 법원조직법 개정으로 1998.3.1. 특허법원이 창설되면서 변리사가 처음으로 사실심 법정에서 소송대리인으로 활동할 수 있게 되었으나, 이는 특허법원의 관할사건인 특허심판원을 거친 심결취소소송에 한정된 것이었다.

13) 김용섭, “전문화 사회에 있어서의 소송대리인 제도 선진화 방안”에 관한 토론문, 대한변호사협회, 2013.2.13. 참조.

헌법재판소의 최종적인 해석을 통하여 법적 분쟁이 종결되었으며, 향후 입법론(de lege ferenda)적으로 해결하지 않는 한 현행법 해석론(de lege lata)으로는 변리사에게는 특허침해소송의 소송대리권은 허용되지 않는다고 할 것이다.

따라서, 위 헌법재판소의 결정에서 밝힌 바와 같이 특허침해소송은 고도의 법률지식 및 공정성과 신뢰성이 요구되는 소송이므로 변호사 소송대리원칙(민사소송법 제87조)이 적용되도록 운영하는 것이 바람직하며, 이러한 점은 특허침해소송의 관할을 특허법원으로 집중하는 경우에도 그대로 적용될 수밖에 없다고 할 것이다.

Ⅲ. 특허 등 침해소송에 있어 변리사의 공동소송대리제도의 도입에 관한 검토

1. 입법개정 노력

그동안 변리사의 소송대리권 부여와 관련한 입법개정노력이 오래전부터 있어 왔다. 제17대 국회인 2006년 11월에 변리사의 특허침해소송에서 공동대리를 허용하는 내용의 변리사법 개정법률안을 최철국 의원이 대표로 발의하였으나, 회기만료로 자동폐기된 바 있고, 제18대 국회인 2008년 11월에 이종혁 의원이 대표가 되어 변리사의 특허침해소송 공동대리를 허용하는 변리사법 개정안을 발의하였으나 역시 회기만료로 자동폐기된 바 있다.

제19대 국회인 2013년 7월에 변리사의 특허침해소송 공동대리를 허용하는 변리사법 개정법률안을 이원욱 대표로 발의하였으며 현재 국회에 계류중이다.

2. 이원욱 의원 대표 발의 법률안과 이에 대한 검토

1) 제안이유

현행법은 변호사에 의한 소송대리만을 인정하고 있으며, 변호사와 변리사의 공동 소송대리는 인정하고 있지 아니하여 특허분쟁의 환경변화에 효과적으로

대응하지 못하고 있어 변리사도 특히침해 소송대리를 할 수 있도록 규정할 필요성이 있다.

또한 변호사는 등록만으로 변리사 업무를 수행할 수 있기 때문에 변리사 업무에 대하여 정확히 파악할 수 없다는 문제점이 있으므로 변리사 업무에 대한 연수 과정이 필요하다.

이에 특히 소송당사자의 효과적인 권리구제를 위하여 변호사는 변리사 연수 과정을 거치도록 하며, 변리사는 변호사와 공동으로 소송대리인이 될 수 있도록 하려는 것이다. (안 제3조 제2호 및 제5조 제2항, 안 제7조의3 신설, 안 제8조 및 제27조제1항)

2) 주요내용

(1) 특히 등의 권리에 대한 침해소송에 대한 침해소송 변리사 교육

제7조의3(특히 등의 권리에 대한 침해소송 변리사 교육) 변리사는 제8조제2항에 따른 특히 등의 권리에 대한 침해소송의 공동 소송대리를 하는 경우에는 대통령령으로 정하는 소송 실무 교육을 이수하여야 한다.

(2) 공동대리인 및 공동출석제도

변리사법 제8조에 제2항 및 제3항 신설하여 변리사의 단독대리가 아니라 변호사와 공동대리제도를 도입하고 있다. 즉, 제8조(소송대리인이 될 자격) ② 변리사는 특히, 실용신안, 디자인 또는 상표에 관한 침해소송에 대하여 변호사가 같은 의뢰인으로부터 수임하고 있는 사건에 한하여 공동으로 그 소송대리인이 될 수 있다. ③ 제2항에 따라 소송대리인이 된 변리사가 재판기일에 출석하는 경우에는 변호사와 함께 출석하여야 한다.

3) 이원육 의원 대표발의 법률안에 대한 비판적 검토

(1) 변리사의 공동대리제도의 도입에 따르는 교육에 관하여

이원육 의원 대표발의 변리사법 개정법률안 제7조의3(특히 등의 권리에 대한 침해소송 변리사 교육)과 관련하여 변리사는 제8조제2항에 따른 특히 등의 권리에 대한 침해소송의 공동 소송대리를 하는 경우에는 대통령령으로 정하는 소

송 실무 교육을 이수하여야 한다고 규정하고 있다

그런데 일정의 교육이수만으로 변호사의 범용적 능력이라고 할 수 있는 송무를 허용하는 것은 일종의 특혜시비를 불러일으킬 수 있다. 아울러 특허 등 침해소송에서 저작권에 관한 소송이라든가 상표 등에 관한 소송의 경우에는 변리사의 전문적 기술적 사항이 별도로 요구되지 않는 측면을 간과하고 있으며, 만약에 소기의 교육만으로 변호사의 자격에서 요구되는 수준의 교육이 이루어지기 어렵고, 단지 변리사에 대하여만 이와 같은 교육 후에 소송대리를 허용하는 방식의 입법은 다른 유사 법률자격자에 대하여도 이를 요구하도록 하여 결과적으로 완전한 법률가(Volljurist)로서의 변호사의 자격을 침탈하게 되는 결과를 야기하게 된다고 할 것이다. 따라서 공동소송대리를 허용한다고 할지라도 제한적으로 허용되어야 할 것이며, 일본의 경우처럼 엄격한 시험을 통과한 경우에 한하여 부기변리사제도를 활용하는 것이 적절하다고 보여진다.

(2) 변리사의 공동대리 및 공동출석제도에 관하여

이원욱 의원 대표발의 변리사법 개정법률안 제8조 제2항 및 제3항에서 변리사는 특허, 실용신안, 디자인 또는 상표에 관한 침해소송에 대하여 변호사가 같은 의뢰인으로부터 수임하고 있는 사건에 한하여 공동으로 그 소송대리인이 될 수 있다고 규율하고 있으며, 소송대리인이 된 변리사가 재판기일에 출석하는 경우에는 변호사와 함께 출석하여야 한다고 규정하고 있다.¹⁴⁾

변리사의 공동대리와 공동출석제도와 관련하여, 사실상 동업형태로 대형로펌에서는 종합적 법률서비스를 제공하고 있으며, 개인 변호사가 역량을 갖춘 경우에 별도로 변리사를 선임하도록 하여 같이 출석하도록 하는 것은 소송비용의 부담을 증가시키는 원인이 될 수 있으며, 로스쿨을 통하여 전문적 법률가를 양성하려는 국가적 계획과는 상반되는 결과가 초래될 수 있다.

공인노무사, 세무사, 공인회계사, 법무사 등 유사 법률 전문직 중에서 변리사에 대하여만 공동소송 대리를 허용하는 것은 형평성에 반한다고 할 것이다.

14) 국회산업통상자원위원회 전문위원 이동근, 변리사법 일부개정법률안 검토보고서(이원욱의원 대표발의), 2013.12. 참조.

3. 외국의 제도 분석

1) 독일의 진술보조인제도

독일의 경우에는 변리사가 특허등록거절처분이나 특허무효심판에 있어서 연방 특허법원이나 연방대법원에 상고하는 사건을 단독으로 대리할 수 있지만, 심결취소소송에 대한 연방특허법원의 판결에 불복하는 경우 변호사 강제주의가 적용되어 변리사는 단지 진술권만 갖는다. 아울러 특허침해소송 등 지적재산권 관련 민사소송에 있어서 변리사의 대리는 불가하고 한쪽 당사자의 신청에 의하여 변리사에게 진술권이 부여되는데 그친다.¹⁵⁾ 즉 독일 변리사법 제4조 제1항에서 “특허법, 실용신안법, 반도체보호법, 상표법, 직무발명법, 디자인보호법, 품종보호법에 의하여 보호되는 권리의 분쟁에 있어서 그리고 연방특허법원의 항고판결에 대한 불복절차에 있어서 일방 당사자의 신청에 의하여 그가 선임한 변리사는 법정에서 진술할 수 있다”는 취지의 규정을 두고 있다.

이와 같이 독일에서는 특허사건이 아니라 상표나 디자인 사건의 경우라면 심결취소소송에 대한 연방특허법원의 판결에 불복하여 독일연방대법원에 상고할 경우 변호사 강제주의가 적용되고, 변리사는 구술변론에서 당사자의 신청에 따라 진술할 권리를 갖는데 그친다.¹⁶⁾ 독일법원에서 이와 같은 진술보조인 제도는 특허사건에만 허용되는 것이 아니라 의료분쟁사건이나 건축사건에 있어서도 인정하고 있으므로, 독일의 진술보조인 제도는 우리 민사소송법의 감정인이나 증인제도와 유사한 측면이 있다.

2) 일본의 소송보좌인 제도 및 공동소송대리제도

일본의 경우에는 먼저 변리사의 소송보좌인제도를 도입하여 운영을 해본 후, 공동소송대리인 제도를 도입하는 방향으로 발전하였으며, 단독으로 소송대리가 허용되지 않는다는 점에서 우리의 공동소송대리인제도와는 약간 다르다. 일본

15) 국회사업통상자위원회 전문위원 이동근, 변리사법 일부개정법률안 검토보고서(이원욱의원 대표발의), 2013.12, 31면.

16) 정상조·김재형·박준석, “지적재산권 권리취득절차 및 분쟁해결절차에서의 바람직한 대리인 제도연구”, 서울대학교 기술과 법센터 연구보고서, 2014, 95~96면.

에서 운영하였던 보좌인은 소송에서 고도의 전문적, 기술적 지식이 요구되는 경우이거나 당사자 본인에게 언어장애나 청력결함이 있는 경우에 당사자의 진술을 보충하고 당사자 주장의 정당성을 명확하게 하는 자를 말한다.¹⁷⁾ 또한 변리사의 소송수행능력의 이행을 담보하기 위하여 연간 100여명의 변리사가 변호사 자격취득을 위한 소송실무교육에 참여하고, 자격시험에서도 주관식 사례형을 실시하며 50 내지 70퍼센트 정도의 합격률을 보이는 등 비교적 엄격하게 운영하고 있다.¹⁸⁾

3) 미국의 특허변호사제도

미국의 변리사(Patent agent) 제도는 특허에 관한 기술적인 업무만이 가능하고, 변호사 자격이 있는 특허변호사(Patent attorney)만이 특허침해소송에 관한 대리업무를 수행할 수 있다. 다시 말해 특허변호사는 특허청의 결정에 대한 취소소송을 제기하거나 특허침해에 대한 손해배상이 문제되는 경우 이에 대한 법률서비스를 제공할 권한이 있는데 반해, 특허변리사는 이러한 권한이 전혀 없으며, 우리의 변리사보다 업무역할이 제한되어 있다.

4) 소결: 외국제도로부터의 시사점

미국식의 특허변호사 제도에 의할 경우 변리사법의 개정이 필연적으로 요청된다. 변리사는 소송대리권이 허용되지 않는 방향이라고 할 것이다. 단지 특허심판원의 대리에 그친다고 보아야 할 것이다. 일본의 제도를 자세히 보면 우리의 공동대리인제도와는 다른 측면이 있다.

우리의 경우에는 변리사에 대한 일반적인 교육만으로 공동소송대리를 허용하려고 하는 것인데 반하여 일본의 경우에는 일정수의 변리사가 교육을 이수하고 별도의 시험을 치러 합격한 경우에 공동소송대리를 허용하고 있으므로, 변리사

17) 이태섭, 앞의 논문, 29면.

18) https://www.jpo.go.jp/shiryu/toushin/shingikai/pdf/dail_newberisi_paper/03.pdf 15면.
(일본의 경우 2003년 68.8%, 2004년 63.2%, 2005년 67.8%, 2006년 57.5%, 2007년 54.8%, 2008년 64.3%, 2009년 55.5%, 2010년 57.2%, 2011년 55.0% 2012년 50.6%으로, 200년부터 2012년까지 10년간 변호사자격취득을 위하여 치른 변리사의 응시자 4,092명 중 합격자가 3,049명으로 이 기간 동안의 합격률은 61%라고 할 것이다.)

의 이행능력을 담보하는 것만으로 변호사의 고유기능이라고 할 수 있는 송무를 수행할 수 있는 자격을 부여하는 것은 문제가 될 수 있다. 즉, 일본의 경우에는 특정한 교육 이수를 한 변리사에 한하여 공동소송대리를 인정하는 부기변리사 제도를 두고 있는 점을 감안할 필요가 있다.

4. 변리사의 소송대리권 허용의 문제점

법률사무는 증거에 의한 사실관계의 분석과 법적 검토를 필요로 한다. 따라서, 법률상담에서부터 조정과 화해 등 ADR의 활용에 이르기까지 법원에서의 재판의 예측 등을 토대로 진행할 수 밖에 없다. 더구나 재판절차는 특정분야의 전문적 지식의 개진만으로는 한계가 있고, 증거와 법적 주장에 기초하여 법관을 설득하는 과정이므로, 그 재판절차에 친숙한 변호사를 제외하고는 인접 직역의 전문가에게 소송대리권을 확대하는 것은 변호사가 법률사무를 독점하도록 한 입법취지에 반한다고 볼 여지가 있다.¹⁹⁾

그동안 특허침해소송은 민사소송으로 이를 변호사가 대리하고 있으나, 민사소송인 특허침해소송에서도 기술의 실체적 내용 및 기술 관련법에 대한 높은 수준의 이해가 당사자 권익 보호를 위해 필요하다는 의견이 지속적으로 제기되었으며, 실제 소송과정의 이면에서는 대형로펌을 중심으로 전문성을 보강하기 위해 변호사·변리사가 공동 분업구조를 형성하여 업무를 진행하는 것이 일반적이라고 할 수 있다.

변호사들이 기술 분야의 문외한이라는 인식은 성급한 일반화로서 현재 매년 이공계 출신을 포함한 상당수의 비법학 전공자가 변호사로 배출되고 있고 이중 상당수는 이미 지적재산권 관련 업무에 종사하고 있다.

또한 로스쿨 재학생의 상당수가 이공계 출신이므로, 기술분야에서의 전문성이 확보되고 있으며 앞으로 지속적으로 보완될 것으로 보인다. 아울러, 로스쿨은 각 로스쿨별로 특허와 지적재산권 분야 과목을 개설하여 특허와 지적재산권 업무에 정통한 변호사를 양성하고 있다. 따라서, 변호사가 지적재산권 분야의 소송대리를 하기 위해서는 특허권의 보호범위 해당여부 내지 침해여부를 판단하는데 기술적 전문지식이 요구되는 것은 사실이지만, 변리사의 소송대리권의

19) 김용섭, 앞의 “전문화 사회에 있어서의 소송대리인 제도 선진화 방안”에 관한 토론문 참조.

확대의 방법만이 유일하고 바람직한 방법이라고 보기 어렵다.

IV. 특허 등 침해소송에 있어 소송대리제도 개선에 관한 바람직한 법정책적 대안

1. 로스쿨 제도의 지속적 개선노력

변리사의 소송대리권 허용여부는 전문화된 사회에서 변호사의 소송대리인 제도를 어떻게 선진화 할 것인지와 밀접한 관련이 있다. 따라서 변호사의 소송대리인 제도의 전문화 방향성을 모색하면서 변호사의 소송대리 전문성 강화를 위한 제도적 개선방안을 논의할 필요가 있다. 변리사의 소송대리를 허용할 것인가의 문제는 전체 자격제도 전반과 밀접한 문제이면서 변호사제도의 근간 내지 로스쿨제도와 밀접한 관련이 있으므로 신중한 접근이 필요하다.

변리사의 소송대리권의 반대 논거로 로스쿨 체제를 강조하는 견해가 있으나, 타당한 측면이 있으면서도 로스쿨의 운영에 있어 실무지향적 강좌의 부족과 특허전문적인 강좌가 제대로 개설되지 못하는 현실을 감안할 때 특허변호사를 전문변호사로 양성하는 것은 별개로 로스쿨에서 배출하는 법조인에게 소송대리를 허용하는 것은 타 지역으로부터 도전에 직면할 수 있다. 따라서 로스쿨을 수료한 후 변호사 자격을 바로 취득하도록 할 것이 아니라 6개월 이상의 소정의 연수를 마친 후 변호사 등 실무자격이 부여되도록 하는 것이 바람직하다.

미국에서 특허변호사가 되기 위해서 공대를 졸업하고 변리사시험에 합격한 후 로스쿨을 나와서 해당주의 변호사시험에 합격해 변호사 자격도 취득하면 특허변호사가 되듯이, 공대나 자연대 출신이 변리사시험을 합격한 후 변리사 활동을 하다가 로스쿨에 진학하여 특허전문변호사의 길로 나아가는 선순환 구조를 이루는 것도 하나의 방법이 될 수 있다.

로스쿨이 설치된 후 향후 변호사가 로스쿨을 통하여 배출되는 구조를 전제로 할 때 로스쿨법 제2조의 교육이념을 충족하려면 로스쿨에서 실무교육을 내실화하는 등 새로운 법조양성시스템인 로스쿨에서 배출하는 변호사의 질적 수준을 보다 높일 필요가 있으며, 만약에 로스쿨에서의 실무교육 내실화가 이루어지지

않고 변호사가 양산될 경우 변리사 등 인접분야 전문가자격사의 변호사의 고유 업무영역에 대한 도전은 더욱 더 가속화될 가능성이 높다.²⁰⁾

2. 변호사와 변리사간의 협력모델 강구: 법정진술제도

변호사는 전 영역에 걸쳐 법률사무를 담당하기 때문에 완전한 법률가라고 할 수 있다. 전문화시대에 변호사의 소송대리를 선진화하기 위해서는 전문변호사 제도를 정착시키는 것이 급선무이지만 그 전이라도 합리적인 대안으로 우선적으로 변리사에게 법정 진술권을 부여하고, 변호사와 협력할 수 있는 모델을 마련하는 것이 바람직하다. 아울러 이 제도를 운영하면서 장기적으로 전문변호사 제도를 도입하거나 공동소송대리권 제도 등을 제한적으로 인정할 필요가 있는 것인지 검토해 나가는 것이 순서라고 할 것이다. 왜냐하면 로스쿨에서의 배출되는 특허 등의 분야에 정통한 변호사의 배출 등을 감안하여 변리사의 공동소송대리의 문제는 신중하게 검토하여 도입여부를 결정할 필요가 있기 때문이다.

로스쿨을 통해 양성된 해당분야의 전문적 역량을 갖춘 변호사가 적극적 활동이 가능해지므로, 로스쿨의 안정적 정착·운영 전까지 단기적으로 변리사 등 인접 전문가자격사에게 소송 대리권은 허용할 수는 없지만, 독일식의 법정 진술권을 부여하는 방식이나 일본의 소송보좌인 제도를 도입하는 등 제도개선을 한다면, 당사자 권익 구제에 상당 부분 기여 가능할 것으로 보인다.²¹⁾

국가지식재산위원회 분쟁해결제도 선진화 특위 운영결과 제시 대안²²⁾은 제1안 특허변호사 제도 도입, 제2안 변리사 단독대리 허용, 제3안 변리사 공동대리 허용, 제4안 변리사 진술권 부여를 제시하고 있다. 검토하건대, 제1안은 변호사

20) 김용섭, “로스쿨에서의 실무역량 강화를 위한 커리큘럼(교육과정)의 개선과제”, 『법학논집』 제18권 제2호, 이화여자대학교 법학연구소, 2014, 337면 이하.

21) 이태섭, 앞의 논문, 30면.

22) 이광형, 2012년도 지식재산권 분쟁해결제도 선진화 특별전문위원회 운영결과, 2012. 12. 12, 국가지식재산위원회, 6면. 논의의 방향은 장기적으로 특허변호사 제도를 도입하여 자격시험 통과자에게 특허침해소송 대리권 부여하고, 소송과 특허·기술법 전문가 양자를 모두 검증할 수 있는 제도로서 이미 도입된 로스쿨 제도의 활용 극대화 가능하며, 과도기적으로 특허침해소송에서 변호사·변리사 공동대리권을 부여하거나 변리사의 법정 진술권 인정 등 다양한 소송대리 전문성 강화방안을 검토하고, 특별전문위원회의 운영기간을 12. 11. 6. 종료되도록 되어 있는 특별전문위원회 운영기간을 2013. 3. 6. 종료하는 것으로 연장하여 추가 논의를 집중하기로 하였으며, 그 후 국가지식재산위원회에서 여러 차례 회의를 개최하여 특허변호사 제도 도입 등 최종합의를 한 바 있다.

법을 개정하여 전문변호사제도를 도입할 경우에 시행할 수 있는 제도로서, 이안이 가장 바람직하나 전문변호사제도의 도입시기와 맞물려 있다. 제2안과 제3안은 앞서 살펴본 바와 같이 소송대리권을 확대하는 것은 현 단계에서 시기상조라고 보여지며, 제4안이 가장 바람직하고, 이와 같은 제도의 운영을 해 가면서 미흡하거나 문제점이 드러날 경우 제3안의 도입 등 국가 및 사회전체적 관점에서 종합적이며 장기적으로 검토할 필요가 있다. 이와 관련하여 국가지식재산위원회는 2013. 9. 4. 국민의 편익을 최우선으로 합목적적이고 실현가능한 방안도출을 위하여 논의한 결과 특허변호사제도 도입하는 것으로 하고, 3년 이내의 준비과정을 거쳐 시행하는 것으로 방침은 정한 바 있으나, 향후 법무부와 특허청의 협의 과정에 난항이 예상된다.

3. 전문자격사간의 동업(MDP) 허용²³⁾

대형로펌의 경우에는 변호사만이 아니라 변리사, 세무사 등 다양한 인접 자격자와의 협력하에 전문적인 법률서비스를 종합적으로 제공하고 있다. 변호사법 제34조에서 전문자격사 동업제도를 금지하고 있으나, 실제에 있어서는 대형로펌을 중심으로 사실상의 MDP(de facto MDP)의 방식이 행하여 지고 있다.²⁴⁾ 따라서 변호사와 전문자격사 동업제도인 MDP를 허용하는 것은 전문자격사에 대한 영업활동규제의 완화를 의미한다.

중소로펌이나 특허법인등의 변호사와 변리사간의 협력을 가능하게 하기 위해서는 변호사법 제34조의 개정이 선행되어야 하며, 근본적으로는 변리사의 소송대리권을 허용하지 않더라도 동업을 허용하게 된다면 특허침해 소송에 있어서 변호사와 변리사의 역할 분담을 통하여 소송대리 전문화의 필요성 요청에 부응할 수 있다. 변호사와 인접자격사간의 동업(MDP)은 또한 분리된 지식이 아닌 포괄적이며 일괄적인 종합적인 법률서비스의 제공이 가능하게 되고, 복잡한 법률문제에 대하여 여러 전문자격사가 참여하여 한꺼번에(aus einer Hand) 종합

23) 이에 관하여는 김용섭, “독일과 일본에서의 MDP 논의”, 『인권과 정의』 통권 412호, 대한변호사협회, 2010. 12, 28~47면.

24) 대형로펌을 중심으로 사실상 MDP가 이루어지고 있으나, 이 부분의 양성화 내지 제도화에 무게를 두기보다는 중소형 로펌에 있어서 포괄적 서비스를 제공하는 등 개인법률사무소와 중소형 로펌의 경쟁력 확보와 법률서비스의 질 개선의 기회로 활용할 수 있도록 하는 것이 바람직하다.

적이며 높은 품질의 서비스를 제공하는 장점이 있다.

4. 형평성에 반하는 특혜시비 차단과 고도의 윤리성 확보요청

세무사, 변리사 등 인접 전문자격사에게 소송대리권 등 일정한 권한이 부여 되면 이에 상응하는 의무가 수반되어야 한다. 만약에 인접 자격사에게 그 자격에 요구되는 고유한 업무뿐만 아니라 전통적인 변호사의 영역인 소송대리권을 부여하여 제한된 범위에서나마 송무를 허용하려면, 변호사에 요구되는 수준의 자격시험의 운영과 지속적인 연수 및 윤리적 의무를 법제화할 필요가 있다. 아울러 변리사 등이 로스쿨에 진학하는 방법도 있으며, 변리사나 공인회계사, 의사 등의 자격을 갖고 로스쿨에 진학하여 변호사 자격을 취득하려는 자와의 관계에서 형평성이 어긋나서 특혜시비가 일어날 수 있다.

따라서, 변리사나 세무사에게 소송대리권을 인정하게 되는 경우에는 소송대리권에 관한 규정을 두는 것으로 그치는 것이 아니라 변호사법 등 다양한 법체계를 정비하여야 하며, 교육에 있어서도 막연히 대법원 규칙에서 정하는 일정시간의 교육만으로 소송대리권을 허용하는 방식은 의회유보의 원칙에 반하여 위험적 소지가 크다고 본다. 아울러 법률에서 소송대리권의 부여를 위한 선행적인 자격시험이나 이행능력을 확보하기 위한 제반 요건등을 법률에서 규정하여, 자격시험의 엄격한 실시, 기존의 변호사를 통한 소송실무교육의 이수 등 로스쿨의 교육과정에 준하는 정도의 상당한 수준을 요구할 필요가 있다. 아울러 업무의 독립성과 공익성, 나아가 변호사법 제31조에서 규정하고 있는 이해충돌방지 의무, 변호사법 제26조에서 규정하고 있는 비밀유지의무 등을 준수할 수 있도록 하고, 윤리규정에 위반시에 엄격한 제재조치 등 변호사법에 준하는 엄격한 내부적인 절차를 확보할 필요가 있다.²⁵⁾

5. 특허전문변호사 제도의 도입

특허전문변호사 제도는 미국식의 특허변호사 제도를 도입하려는 것이라고 볼 수 있다. 이는 국가지식재산위원회에서 2013년 미국식의 특허변호사제도를 도

25) 김용섭, 앞의 “전문화 사회에 있어서의 소송대리인 제도 선진화 방안”에 관한 토론문 참조.

입하는 방안을 결정한 바 있다. 이와 같은 입장은 기본적으로 권리의 취득절차에는 기술적 전문성이 더욱 중요하지만 이후 분쟁해결을 위한 소송절차에서는 법률적 전문성을 보다 중시하는 입장이라고 할 수 있다.²⁶⁾

이와 같은 특허전문변호사 제도는 국민에게 양질의 법률서비스를 제공한다는 점에서 고려할 수 있는 방안이지만 전체적으로 전문변호사제도의 도입을 통하여 실현하는 것이 바람직하다. 현재는 대한변호사협회에서 전문변호사 제도의 초기단계인 전문분야 등록변호사제도를 운영하고 있다. 따라서 이 제도의 운영의 축적을 통해 독일식의 전문변호사제도의 도입을 진향적으로 검토할 필요가 있다.

V. 맺음말

앞에서 살펴본 바와 같이 특허침해소송에 있어서 변리사의 소송대리인 자격제도의 도입과 관련한 법정정책 논의에 관하여 살펴보았다. 무엇보다 변리사의 소송대리권 허용여부에 관한 해석론을 살펴보았고, 이와 관련한 대법원과 헌법재판소의 판례의 태도를 분석하였으며, 변리사의 소송대리제도 개선에 관한 법정정책 대안을 모색해 보았다.

특히 특허침해소송의 소송대리인 자격제도와 관련하여 변리사와 변호사간의 업권분쟁적 양상이 있음을 알 수 있었다. 변리사의 소송대리주장 속에 기술적 전문성과 산업계의 요청이 있음을 감안하더라도 변호사제도의 특성과 법체계성을 고려하고 로스쿨제도 전반에 미치는 심도 있는 종합적인 논의 후에 특허침해소송에서 변리사의 소송대리인 제도를 설계할 필요가 있다고 볼 것이다. 특허침해소송에서 변리사의 공동소송대리허용을 주요내용으로 하는 이원욱의원 대표발의 변리사법개정법률안이 2013년 7월에 국회에 제출된 바 있으나, 독일, 일본 및 미국에서의 변리사제도에 대한 비교법적 분석을 토대로 평가하더라도, 일본에서의 공동소송대리제도를 우리 법제에 접목하려고 시도는 일본식의 부기 변리사제도와 약간의 차이가 있고 변리사에 대한 일정한 교육의 이수만으로 변호사의 범용적인 능력이라고 할 수 있는 민사소송에서의 소송대리를 허용하게

26) 박지원, “지적재산권 대리인제도의 개선와 관한 소고”, 지적재산권 대리인제도 개선방안심포지엄 자료집, 2014. 9. 15, 15~16면.

되면 다른 자격자에 비하여 변리사에 대하여 특혜를 부여하는 결과가 된다고 보여 진다. 좀 더 심도있는 종합적인 분석하에 입법의 통과여부를 판단하는 것이 바람직하고, 양질의 법률서비스를 제공받고자 하는 국민의 입장을 우선적으로 고려하면서 보다 근본적이면서 장기적인 관점에서 특허침해소송에서 변리사의 공동소송대리비용의 문제를 해결해 나갈 필요가 있다.

따라서 변리사의 소송대리제도 개선에 관한 바람직한 법정정책 대안으로 변호사의 전통적인 고유영역과 기능을 존중하면서 로스쿨 제도를 획기적으로 개선하고, 국민을 위하여 상호 협력하는 모델을 찾아 나설 필요가 있으며, 인접 법률자격사간의 동업의 허용(MDP)과 특허전문변호사제도의 도입 등을 통하여 종합적이며 다각적인 방향을 모색할 필요가 있다.

투고일 : 2015.5.1. / 심사완료일 : 2015.6.16. / 게재확정일 : 2015.6.20.

[참고문헌]

- 국가지식재산위원회, “특허소송대리 전문성 강화방안 - 지식재산권 분쟁해결제도 선진화를 통한 국가경쟁력 강화-”, 2013. 11. 13.
- 국회산업자원위원회 전문위원 지성배, “변리사법 일부개정법률안 검토보고서(최철 국의원 대표발의)”, 2006. 11.
- 국회지식경제위원회 전문위원 이원탁, “변리사법 일부개정법률안 검토보고서(이종혁의원 대표발의)”, 2008. 12.
- 국회산업통상자원위원회 전문위원 이동근, “변리사법 일부개정법률안 검토보고서(이원욱의원 대표발의)”, 2013. 12.
- 김영환, “변리사법 제2조·제8조에 대한 헌법적 분석”, 『유럽헌법연구』 제10호, 유럽헌법학회, 2011.
- 김용섭, “법조지역진출의 관점에서 본 법실무교육의 내실화와 지향점”, 『인권과 정의』 제428호, 대한변호사협회, 2012.
- _____, “전문화 사회에 있어서의 소송대리인 제도 선진화 방안”에 관한 토론문, 대한변호사협회, 2013. 2. 13.
- _____, “로스쿨에서의 실무역량 강화를 위한 커리큘럼(교육과정)의 개선과제”, 『법학논집』 제18권 제2호, 이화여자대학교 법학연구소, 2014.
- 김홍엽, 『민사소송법』, 박영사, 2012.
- 노기현, “현행 변리사의 대리권에 관한 비교법적 연구 - 특허침해소송 대리권을 중심으로-”, 『유럽헌법연구』 제10호, 유럽헌법학회, 2011.
- 대한변호사협회, “변리사 공동소송대리권 허용?- 변리사 주장의 허구성과 입법부당분석-”, 2011. 11. 4.
- 박지원, “지적재산권 대리인제도의 개선에 관한 소고”, 국회의원 장윤석, 이한성 및 대한변호사협회 공동주최 지적재산권대리인제도 개선방안심포지엄 자료집, 2014. 9. 15.
- 신운환, “특허침해소송에서 변리사의 소송대리권문제에 관한 연구- 과학기술 및 산업의 발전의 관점에서-”, 『행정법연구』 2005년 하반기, 한국행정법연구소, 2005.
- 양창수, “변리사제도의 현황과 문제점”, 『서울대 법학』 통권 제71권, 서울대학교 법학연구소, 1987.
- 이승우, “변리사의 소송대리권에 관한 헌법재판소 결정의 평석,- 변리사의 소송대리권의 범위를 중심으로-”, 『헌법학연구』 제19권 제1호, 한국헌법학회, 2013.

- 이승우, “특허침해소송에 있어서 변리사의 소송대리권 불인정의 부당성”, 『법학논총』 제6호, 단국대학교 법학연구소, 1999.
- 이태섭, “전문화시대와 소송대리인제도”, 김진태의원 주관 전문화사회에 있어서의 소송대리인제도 선진화방안 세미나 자료집, 2013. 2. 13.
- 정극원, “변리사의 특허침해소송대리권 불인정의 문제점- 현재 2012. 8. 23. 2010헌마740에 대한 평석-”, 『헌법학연구』 제19권 제1호, 한국헌법학회, 2013.
- 정상조·김재형·박준석, “지적재산권 권리취득절차 및 분쟁해결절차에서의 바람직한 대리인 제도 연구”, 서울대학교 기술과 법센터 2014 연구보고서, 2014.
- 정영화, “헌법소송에서 입법재량권에 대한 위헌심사- 2010.2.25. 2007헌마 956- 변리사법 제3조 제1항 제2호 등의 위헌성-”, 『홍익법학』 제14권 제3호, 홍익대학교 법학연구소, 2013.
- 최승수, “지적재산권 분야 소송대리인제도의 선진화 방안,” 국회의원 장윤석, 이한성 및 대한변호사협회 공동주최 지적재산권대리인제도 개선방안심포지엄 자료집, 2014. 9. 15.
- 함영주, “지적재산권 대리인제도의 개선에 관한 소고에 대한 토론문”, 국회의원 장윤석, 이한성 및 대한변호사협회 공동주최 지적재산권대리인제도 개선방안심포지엄 자료집, 2014. 9. 15.
- 허진영, “지적재산 분야 소송대리인 제도의 문제점”, 김진태의원 주관 전문화사회에 있어서의 소송대리인제도 선진화방안 세미나자료집, 2013. 2. 13.

[국문초록]

변리사의 소송대리인 자격제도에 관한 법정책적 논의

김 용 섭*

이 논문에서는 특허침해소송에 있어서 변리사의 소송대리인 자격제도의 도입과 관련한 법정책적 논의에 관하여 다루고자 한다. 이 논문의 핵심적 내용은 변리사의 소송대리권 허용여부에 관한 해석론과 이와 관련한 대법원과 헌법재판소의 판례의 태도 분석 및 바람직한 입법정책적 대안의 모색이다.

특히 특허침해소송의 소송대리인 자격제도와 관련하여 변리사와 변호사간의 업권분쟁적 양상이 있음을 알 수 있다. 그러나 기술적 전문성과 산업계의 요청을 감안하더라도 변호사제도의 특성과 법체계성을 고려하고 로스쿨제도 전반에 미치는 심도 있는 종합적인 논의 후에 특허침해소송에서 변리사의 소송대리인 제도를 설계할 필요가 있다. 특허침해소송에서 변리사의 공동소송대리허용을 주요내용으로 하는 이원욱의원 대표발의 변리사법개정법률안이 2013년 7월에 국회에 제출된 바 있어, 이에 대한 입법적 타당성에 대하여도 검토를 하고자 한다.

아울러 비교법적으로 독일, 일본 및 미국에서의 변리사제도에 대한 검토를 토대로, 일본에서의 공동소송대리제도를 우리 법제에 접목하려는 시도를 평가하면, 이는 일본식의 부기변리사제도와 약간의 차이가 있고 변리사에 대한 일정한 교육의 이수만으로 변호사의 범용적인 능력이라고 할 수 있는 민사소송에서의 소송대리를 허용하게 되면 다른 자격자에 비하여 변리사에 대하여 특혜를 부여하는 결과가 된다고 보여진다.

따라서 변리사의 소송대리제도 개선에 관한 바람직한 법정책적 대안으로는 로스쿨 제도의 개선, 인접 법률자격사간의 동업의 허용(MDP)과 특허전문변호사제도의 도입 등을 들 수 있다. 끝으로 양질의 법률서비스를 제공받고자 하는 국민의 입장을 우선적으로 고려하면서 보다 근본적이면서 장기적인 관점에서 특

* 전북대 법학전문대학원 교수, 변호사, 법학박사

허침해소송에서 변리사의 공동소송대리허용의 문제를 해결해 나갈 필요가 있다.

주제어 : 특허침해소송, 변리사, 특허전문변호사, 공동대리권, 소송대리인제도,
인접 자격사간 동업

[Abstract]

Legal and Political Debates on Qualification of Patent Agent as
Litigation Representative

Kim, Yong-Sup*

This paper has studied the legal issues associated with the introduction of the qualification system for patent agent as litigation representative in patent infringement litigation. To this end, this paper has investigated the theories of interpretation on whether to allow patent agent the right to represent lawsuit, analyzed the attitudes of the Supreme Court and the Constitutional Court shown in judicial precedents, and tried to seek legal and political alternatives to improve the system of lawsuit representation by patent agent.

In particular, it has been found that there are some disputes between lawyers and patent agents with regard to qualification of representing patent infringement litigation. The argument of patent agents on technical expertise and the existence of needs of the industry should be taken into consideration, but the characteristics of the lawyer system, the nature of the legal system, and the impact on the entire law school system also should be taken into account. Accordingly, the system of allowing patent agents the rights to represent patent infringement litigation is required to be designed only after comprehensive and in-depth discussions on these issues. This paper has also tried to review legislative feasibility of the bill for amending the Patent Agent Act submitted to the National Assembly by its member Wonwook Lee in July 2013 mainly concerning allowing patent agents the rights to jointly represent patent infringement litigation.

In addition, this paper argues that the attempt to incorporate the Japan's joint litigation representation system to our legal system, based on the simple

* Professor, Dr. Chonbuk National University

comparative analysis of the patent agent systems in Germany, Japan and the United States, shall be reconsidered for many reasons. The Korean patent agent system is a little different from the Japanese supplementary patent agent system. In addition, it is considered an unbalanced preferential treatment in comparison with other qualified persons to allow patent agents to represent the civil litigation requiring general competency only with completion of regular training.

Therefore, the preferred legal and political alternative to improve the system of allowing patent agents to represent litigation shall be sought in comprehensive and multilateral aspects through improvement of the law school system, allowing the multi-disciplinary practice (MDP), introduction of patent agent system, etc.

Finally, it is necessary to find a solution for the matter of allowing patent agents to cooperatively represent patent infringement litigation in the more fundamental and long-term aspects in preferential consideration of the citizens' needs for better legal service.

Key words : patent infringement litigation, patent agent, patent attorney,
the rights to jointly represent, litigation representation system,
multi-disciplinary practice (MDP)

