

Industry 4.0 환경에서
혁신촉진과 반독점정책의
조화방안 연구

2022년 11월

공정거래위원회

신 용 호

차례

< 국외훈련 개요 > / 3

< 훈련기관 개요 > / 4

< 훈련결과보고서 > / 7

I. 서론 / 7

II. 표준기술 남용행위에 대한 경쟁법적 규율방법 / 11

III. 사실상 필수특허에 대한 경쟁법적 규율 가능성 / 33

IV. 동의를결제도의 활용 / 81

V. 결론 및 제언 / 93

< 참고문헌 > / 97

< 훈련결과보고서 요약 > / 102

국외훈련개요

1. 훈련국 : 미국
 2. 훈련기관명 : 펜실베니아 대학교 (University of Pennsylvania)
 3. 훈련분야 : 공정거래정책
 4. 훈련기간 : 2021. 8. 1. ~ 2022. 7. 31.
- * 참고로, 국내외 연계과정(1+1)을 통한 국외훈련으로서(~2022.12.31.)
국내 1년 과정은 한국개발연구원(KDI)에서 연구를 수행하였음

훈련기관 개요

1. 개요

- 기관명 : 펜실베니아 대학교(University of Pennsylvania)
 - 약칭 : 유펜(UPenn)
 - 법학대학원(Penn Carey Law)
- 대표(총장) : M. Elizabeth Magill (2022. 7.~)
- 주소 : 3501 Sansom Street, Philadelphia, PA 19104
- 인터넷 홈페이지 : www.upenn.edu
 - 법학대학원 : www.law.upenn.edu
- 전화 : +1 215-898-5000

2. 세부사항

가. 펜실베니아 대학교

○ 연혁

- 1740년 11월 미국 건국의 아버지(founding fathers) 중의 한 명인 Benjamin Franklin이 설립
- 1779년 미국 최초의 종합대학교인 펜실베이니아주립대학교로 변경되었다가 1791년 사립대학으로 분리하여 독립

* 펜실베이니아 주립대학은 Penn State University로서 별개의 대학임

- 미국에서 가장 오래된 대학 중 하나로 아이비리그(Ivy League)에 속함

○ 현황

- 학부 4개 대학, 12개 일반대학원 및 전문대학원으로 구성
- 학생수 : 학부 10,106명, 대학원 12,924명 (2021년 기준)
- 전임교원수 : 4,793명 (2018년 기준)
- 유명 동문 : 니콜라스 비들, 도널드 트럼프, 노엄 촘스키, 일론 머스크, 워렌 버핏, 사프라 캣츠, 순다 피차이 등

나. 법학대학원

- 설립 : 1850년

- 수여학위 : 3년 J.D.(법무박사), 1년 LL.M.(법학석사), 1년 LL.C.M.(비교법학석사), J.S.D.(법률과학박사) 학위를 수여

- 미국 랭킹 6위 로스쿨 (USNEWS)

- full-time class 학비는 약 7만불이며, 교수-학생 비율은 4.8:1

- 학장 : Theodore Ruger

- 유명 동문 : 오웬 로버츠 연방 대법원 대법관, 윌리엄 M. 메레디스 미국 재무장관, 로버트 J. 워커 미국 재무장관, 제임스 H. 더프 펜실베이니아주 주지사, 로이드 라운데스 주니어 메릴랜드주 주지사, 오스카 굿맨 라스베이거스 시장, 사프라 카츠 오라클 공동사장 등이 있음

I. 서론

IT 기술이 융·복합되는 4차 산업혁명(Industry 4.0) 시대를 맞이하여 시장 상황과 이에 따른 정책 환경은 그 어느 때보다도 급변하고 있다. 4차 산업혁명 시대에는 인공지능, 빅데이터 등 지능정보 기술이 산업·사회 전반에 범용으로 영향을 미치게 됨에 따라 이러한 핵심 기술¹⁾을 소유한 기업이 시장을 독점화하는 문제가 발생하게 된다. 특히 이 시대는 모든 기계와 사물이 지능정보 기술을 통해 연결되는 특성, 이른바 ‘초연결성²⁾’으로 인하여 핵심 기술을 가진 기업의 독점력이 하나의 시장뿐만 아니라 전방위적으로 확대될 위험이 존재한다. 실제로 마이크로소프트(MS), 구글(Google), 애플(Apple) 등 Industry 4.0 시대를 선도하는 ICT 기업들의 시장 독점화 현상은 현재 전세계 경쟁당국의 주요 모니터링 대상이 되고 있다.

아울러 스마트폰을 비롯한 스마트 기기의 발달로 인해 하나의 기기에 수많은 특허기술이 융·복합되어 포함되는 소위 ‘일물다특허(一物多特許)’ 현상은 관련 특허의 유효성, 특허권의 정당한 행사범위, 시장경쟁에 미치는 영향 등의 측면에서 복잡한 고차방정식을 제시하고 있다. 가령 스마트폰에는 무선통신기술을 비롯해 근거리통신기술, 음향기술, 광학기술, 운영체제, 응용 소프트웨어, 디자인 및 하드웨어 관련 기술에 이르기까지 실로 다양한 기술이 얽혀 포함되어 있어 필연적으로 수많은 표준과 특허(patent thicket)를 실시하게 된다. 이러한 특허기술은 어느 한 기업이 독점하는 것이 아니라 다양한 참여자들이 분산 보유하고 있기 때문에 이들이 시장에서 한편으로는 경쟁(competete)하고 한편으로는 협력(cooperate)하면서 상황에 따라 다양한 소송(특허소송, 반독

1) 범용기술(GPT, General Purpose Technology) : 산업·사회 대부분에 영향을 미치는 기술로서 증기기관, 전기, 컴퓨터, 인터넷 등이 이에 해당한다. (출처: 대통령 직속 ‘4차산업혁명위원회’)

2) 2016년 세계경제포럼(World Economic Forum)은 4차 산업혁명의 특징으로 △초연결성(hyper-connected), △초지능성(hyper-intelligent), △예측가능성(predictability)을 꼽았다.

점소송, ITC 등 통상분쟁 소송 등)이 제기되고 있다. 특허기술을 둘러싼 이들의 지위와 시장에서의 역할이 다양하다는 점³⁾도 분쟁의 양상을 더욱 복잡하게 만들고 있다.

바야흐로 생태계(ecosystem) 간 경쟁의 시대가 열렸다는 점도 간과할 수 없다. PC 환경에서 시작된 생태계 간 경쟁(윈도우즈, 리눅스, Mac 등)이 모바일 환경으로 전이되며 급팽창하였고(안드로이드, iOS, 윈도우즈 등), 이제는 IoT 기술의 발달에 따라 생태계의 영향력이 더욱 깊고 넓게 확산되고 있다. 이러한 상황에서 사업자들은 자신만의 생태계를 확장하려고 하는 자, 생태계에 포섭되어 시장점유율을 높이고자 하는 자, 핵심 특허기술을 가지고 있으면서 양자 모두에게 그 이용 대가를 최대한으로 끌어내고자 하는 자 등 저마다 복잡한 이해관계 속에서 합종연횡을 거듭하고 있다.

나아가 코로나19 이후 비대면(untact) 거래가 증가하면서 ICT 기업이 온라인 플랫폼을 매개로 독점력을 더욱 강화할 수 있는 여건도 마련되었다. 플랫폼은 기본적으로 사용자가 많아질수록 그 가치가 높아지고 이는 다시 더 많은 사용자를 끌어들이는 네트워크 효과(network effect)에 기반하고 있다. 그러나 한편으로는 고착효과(lock-in)를 매개로 한 경쟁제한적 행위가 발생할 우려가 있기 때문에 이에 따라 플랫폼을 둘러싸고 발생하는 불공정거래행위 역시 반독점정책의 당면 과제라 할 수 있다.⁴⁾

이같은 혁신의 양상 및 이를 둘러싸고 벌어지는 분쟁의 기저에는 두 가지 큰 두 힘(force) 간 충돌이 존재한다. 기술을 보유한 자로부터는

3) upstream innovator, downstream manufacturer (OEM), vertically integrated firm, platform operator, patent assertion entity (PAE)에 이르기까지 다양한 형태의 사업자가 존재한다.

4) 네트워크 효과와 고착효과로 대별되는 플랫폼 사업의 특징은 이하에서 중점적으로 살펴볼 표준기술 관련 이슈들과도 유사한 점이 있다.

해당 기술의 사용 정도를 높이고 기술의 권리 범위를 최대한 넓게 해석하고자 하는 요구가 있고, 기술을 사용하는 자로부터는 그 기술을 최대한 값싸게 이용하고자 하는 요구가 있다. 그리고 이러한 상반된 요구사항은 결국 지식재산권과 경쟁법이라는 법적 테두리 안에서 다투어지게 된다.

4차 산업혁명 시대의 기술은 특허권으로 대표되는 지식재산권의 보호 아래 혁신을 거듭하여 왔다. 지식재산권법은 발명가에 대하여 일정 기간 동안 기술에 대한 독점적 권리를 보장함으로써 혁신적 기술 발명과 투자를 촉진하는 역할을 한다.⁵⁾ 이러한 기술을 가진 기업들은 지식재산권을 토대로 수익을 창출하고 있으며, 특히 이 과정에서 기술 표준화 여부가 이익극대화의 분수령이 된다. 어떤 기술이 산업표준 내지 시장표준으로 등극하게 되면 이에 대한 수요가 급증하여 해당 기술이 많이 팔리게 되기 때문이다.⁶⁾

그러나 표준화는 독점의 문제를 야기하므로 시장의 경쟁 질서를 유지하고 소비자 권익을 보호하기 위해 반독점적 규율이 불가피하다. 문제는, 기술의 발전과 융·복합이 매우 빠른 속도로 일어나기 때문에 이에 기반한 시장 상황과 경쟁 여건을 반독점 당국이 신속·정확하게 분석하고 적절한 처방을 내리는 것이 점점 더 어려워지고 있다는 것이다.⁷⁾ 뿐만 아니라 지식재산권과 반독점법 간 태생적 긴장관계를 고려할 때 독점화 문제를 해소하면서도 시장의 혁신 유인에 해가 가지 않

5) 시장경제체제 하에서 기술 발명에 대한 독점·배타적 사용·수익권이 보장되지 않으면 투자유인이 사라지고 혁신도 불가능하다고 할 수 있다.

6) 한편 기술을 소비하는 입장에서는 이윤극대화 이전에 상호운용성(interoperability)이 문제가 된다. 산업표준 내지 시장표준이 되면 해당 기술을 직접적으로든 간접적으로든(교류 내지는 소통을 위하여) 사용할 수밖에 없는 상황이 펼쳐지기 때문에 이를 둘러싸고 한편으로는 특허기술의 침해와 유효성과 같은 특허법적 관점에서의 분쟁, 한편으로는 거래거절 및 강제실시와 같은 경쟁법적 관점에서의 분쟁이 교차하게 된다.

7) 특히 Industry 4.0 시대에서 기업 행동의 시장 영향을 정확하게 분석하기 위해서는 전통적인 경제 분석 틀에서 벗어나 동태적 경쟁 효과를 파악하는 것이 중요해졌다.

도록 신중한 접근이 필요하다고 볼 수 있다.

이와 같이, 범람하는 첨단기술과 이를 토대로 한 시장에 대한 현명한 판단(*informed decision*)이 필요하다는 점, 시장의 혁신 유인을 극대화할 필요가 있다는 점 등을 고려할 때 반독점당국으로서 보다 발전적이고 대안적인 규율방식을 고민해야할 시점이 되었다고 판단된다. 이하에서는 특히 두 가지 측면에 주목해 보고자 한다. 실체법적 측면에서는 공식적인 표준화 과정을 거치지 않은 사실상 필수적인 특허⁸⁾(소위 *de facto* SEP)가 야기하는 반독점 문제에 대한 개입 가능성 및 관련 이슈를 살펴보고, 절차법적 측면으로는 반독점 당국의 기술적 이해가 부족한 영역에서 신속하고 실효적인 방안⁹⁾을 도출하기 위해서 사용가능한 대체수단인 동의를결제의 활용도 및 실효성 제고방안을 검토해 보기로 한다.

8) 표준화 과정을 거친 표준필수특허(SEP)의 경우 특허권자에게 보편적으로 요구되는 FRAND 의무가 부과되어 독점의 우려를 해소할 수 있으나, 이와 유사한 효과를 갖는 *de facto* SEP의 경우에는 FRAND와 같은 제한이 없어 규제의 사각지대에 노출되어 있다고 볼 수 있다.

9) 시장상황이 급변하는 Industry 4.0 환경에서는 범위반 리스크와 피해의 신속한 시정이 요구되며, 반독점 당국이 하나부터 열까지 조치수단을 결정하는 전통적인 방식보다는 시장 상황에 정통한 기업의 자발적인 시정방안과 이에 대한 이해관계자들의 의견수렴을 통해 문제를 해결하는 것이 바람직하므로 동의를결제의 활용이 적합한 분야라고 판단된다.

II. 표준기술 남용행위에 대한 경쟁법적 규율방법

1. 표준의 개념 및 의의

WTO TBT 협정문에 따르면 표준(standard)이란 규칙, 지침, 상품의 특성 또는 관련 공정 및 생산방법을 공통적이고 반복적인 사용을 위하여 규정하는 문서로서, 인정된 기관에 의하여 승인되고 그 준수가 강제적이 아닌 문서¹⁰⁾를 의미한다. ISO/IEC 지침서 2는 표준을 회원 간 일치된 의견(consensus)을 바탕으로 정립되고 공인된 표준화기구에 의해 승인된 문서로서 주어진 맥락에서 최적의 결과를 이룰 수 있도록 하는 활동 혹은 결과에 대한 규격, 지침 또는 특성을 제공하며 공통적이고 반복적으로 이용되는 문서¹¹⁾로 정의하고 있다. 한편, Hawkins et al(1995)¹²⁾는 기술의 물리적 특성이나 적용시에 나타나는 논리로서 축적된 기술적 경험을 성문화한 것을 표준으로 정의한다. 이러한 정의에 비추어볼 때 표준은 공통의 또는 일관된 사용을 목적으로 특정 구성원 간에 합의를 전제로 하는 기술적 언어라고 이해할 수 있다.

표준은 문명의 발전 과정에서 늘 중요한 역할을 담당해 왔지만 특히

10) Agreement on Technical Barriers to Trade Annex 1. 2. : “Document approved by a recognized body, that provides, for common and repeated use, rules, guidelines or characteristics for products or related processes and production methods, with which compliance is not mandatory. It may also include or deal exclusively with terminology, symbols, packaging, marking or labelling requirements as they apply to a product, process or production method.”

11) ISO/IEC Directives Part 2 3.1.2 : “[d]ocumnt, established by consensus and approved by a recognized body, that provides, for common and repeated use, rules, guidelines or characteristics for activities or their results, aimed at the achievement of the optimum degree of order in a given context.”

12) Hawkins, R., Mansell, R., and Skea, J. (1995), “Standards, innovation and Competitiveness: the politics and economics of standards in natural and technical environments”, International Journal of Strategic Management, Vol.29, No.3, p.431.

4차 산업혁명 시대에 표준의 역할이 보다 중요해진다. ICT 산업이 중심이 되는 이 시대에는 여러 정보통신 기기(device) 간 상호 정보 교환이 가능한(interoperable) 기술이 무엇보다도 중요하다. 이러한 상호운용성(interoperability)이 담보되지 않으면 기기 간 물리적 연결뿐만 아니라 정보교환 자체가 어려워져 기기의 본질적인 기능 수행이 가로막힌다. 예컨대 휴대전화는 있지만 통신사가 다르거나 국가가 달라지면 서로 통화가 안되는 사태가 발생하는 것이다. 따라서 오늘날 상호운용성이 전제되지 않은 ICT 기술의 발전은 무의미하다고 해도 과언이 아니다. 사물인터넷(Internet of Things, IoT)이 확산되는 환경에서는 더욱 그렇다. 뿐만 아니라 상호운용성의 강화는 네트워크 효과의 증가를 불러일으킨다. 왜냐하면 상호운용성을 바탕으로 보다 많은 사람들이 특정 기술을 사용하게 되면 기술의 개발 비용이 줄어들기 때문이다. 이와 같이 상호운용성 및 이에 따른 기술의 보편적인 사용을 촉진하는 수단이 되는 것이 바로 표준화라고 할 수 있다.

2. 표준의 유형

표준은 제정 방식에 따라 공적 표준(*de jure* standard)과 사실상 표준(*de facto* standard)으로 구분될 수 있다. “공적 표준”은 국가 또는 그 권한을 위임받은 단체로부터 공인된 표준화기구(이른바 공적 표준화기구) 또는 산업별로 관련 기업들을 중심으로 결성된 표준화기구(이른바 사실 표준화기구)에서 사회안전보장 및 산업정책적 목적으로 회원들 간에 특정 기술을 공통적으로 사용하기 위하여 제정된 표준을 의미한다.

이에 비해 “사실상 표준”은 관련 시장에서 대체기술들 간의 경쟁을 통해 다수의 사용자들에 의해 자연적으로 선택되고 확산됨으로써 표준의 지위를 획득한 경우를 의미한다.¹³⁾ 다시 말해, 기본적으로 상호 호

13) 심미랑, “지식재산권법과 경쟁법의 조화 방안에 관한 연구,” 특허청·한국지식재산연구원 (2016. 12.).

환되지 않는(incompatible) 기술이 적용된 경쟁 상품들은 시장에서 소비자 선택을 받게 되고, 궁극적으로 지배적인 선택을 받는 상품이 사실상 표준의 지위를 누리게 되는 셈이다. 이러한 “표준 전쟁(standard war)”의 대표적인 사례로서 비디오 카세트 레코더 포맷 부문에서 Sony사의 Betamax 기술과 Matsushita사의 VHS 기술 간 경쟁을 들 수 있다(결과적으로 VHS가 사실상 표준의 지위를 획득함). 하지만 모든 경쟁 상품들 간 경쟁이 사실상 표준의 탄생이라는 결과를 가져오는 것은 아니다.¹⁴⁾ 주로 모든 소비자가 동일한 상품을 이용하는 데서 오는 네트워크 효과가 큰 시장에서 사실상 표준이 등장할 가능성이 높다.¹⁵⁾

따라서 특정 기술을 보유한 기업들은 표준화기구에 참여하여 합의적 표준 제정에 참여할 것인지, 그렇지 않고 활발한 경쟁을 통해 자신의 기술이 사실상 표준의 지위를 얻게 함으로써 소위 승자독식의 이익을 누릴 것인지 전략적으로 판단 및 결정한다고 볼 수 있다.¹⁶⁾

일반적으로 공적 표준과 사실상 표준은 다음과 같은 차이를 보인다.¹⁷⁾ 첫째, 사실상 표준은 표준의 결정자가 시장 메커니즘인데 비해, 공적 표준은 표준화기구와 같은 공적 기구이다. 둘째, 사실상 표준은 사용자에게 의해서 결정되는 반면, 공적 표준은 표준화기구의 권위에 의해서 결정된다. 셋째, 사실상 표준의 경우 표준화의 동기는 표준화가

14) 예컨대, 비디오 게임 콘솔 시장에서 Sony사의 Playstation과 Microsoft사의 XBox, Nintendo사의 Wii는 각자 나름대로 자신만의 차별화된 기술표준을 유지하며 경쟁하고 있다.

15) US DoJ & FTC, “Antitrust Enforcement and Intellectual Property Rights: Promoting Innovation and Competition,” (2007). 34면.

16) 기업 입장에서 볼 때 표준화기구에 참여하는 경우에는 표준 전쟁을 통해 야기되는 경쟁의 비용과 거래비용을 회피할 수 있다는 장점이 있고, 소비자 입장에서 볼 때 특정한 기술이 적용된 상품을 선택했다가 해당 상품이 표준 전쟁에서 낙오하는 경우 지불해야 하는 비용을 절감할 수 있다는 장점이 있다.

17) <http://www.kats.go.kr/content.do?cmsid=26> (국가기술표준원 누리집)

없어서 불편하다는 점에 있으나, 공적 표준의 경우 표준화되지 않은 제품은 제대로 기능을 발휘할 수 없기 때문에 추진된다. 넷째, 사실상 표준은 시장 초기의 점유율·유력기업의 참여 여부가 표준화의 관건이 되는데 비해, 공적 표준은 표준화기구의 영향력 및 관련기업 등 이해관계자의 참여 여부가 관건이다. 다섯째, 사실상 표준은 통상 먼저 사업화가 되고 그 후 표준화가 추진되지만, 공적 표준은 표준 설정이 선행하고 그 후 사업화가 이루어지게 된다.

3. 표준화 및 표준화기구

표준화(standardization)란 표준을 결정하거나(업계표준이거나 표준화기구에 의한 표준화의 경우) 표준으로 형성되는 과정(사실상 표준의 경우)을 의미한다.¹⁸⁾

표준화기구(Standard Setting Organization)는 표준의 개발, 조정, 공개, 수정, 개정, 해석 또는 기타 표준화 활동을 수행하는 법인이나 단체 등을 의미하며, 일반적으로 표준화는 표준화기구에 의해 주도되고 있다. 대표적인 표준화기구로는 국제표준기구(International Organization for Standardization : ISO), 국제전자기술위원회(International Electrotechnical Commission : IEC), 국제전기통신연합(International Telecommunication Union : ITU), 태평양지역표준회의(Pacific Area Standards Congress : PSAC), 유럽정보통신표준화협회(European Telecommunications Standards Institute : ETSI) 등이 있다. ISO, IEC, ITU는 국제표준화기구이며, PSAC, ETSI는 지역표준화기구에 속한다고 볼 수 있다.¹⁹⁾ 위의 표준화기구들은 주로 국가를 회원으로 하고, 기술분야 전반을 대상으로, 회원들 간 충분한 협의를 거쳐 비교적

18) 최승재, “표준보유자의 특허권남용행위에 대한 경쟁법적 규율에 관한 연구,” 서울대학교 법학박사학위논문 (2009. 8.).

19) 그밖에도 한국의 국가기술표준원(KATS), 미국의 ANSI (American National Standards Institute) 등 국가표준화기구도 존재한다.

장기간(3~4년)에 걸쳐 표준을 개발하는 이른바 공적 표준화기구에 해당한다. 반면, 기업이나 개인을 회원으로 하고, 특정 기술분야에 집중하여, 회원들 간 신속한 합의를 거쳐 비교적 단기간(12개월 이내)에 표준을 개발하는 표준화기구도 있는데, 이를 사실상 표준화기구라 부른다.²⁰⁾

앞서 표준을 공적 표준과 사실상 표준으로 분류하였고, 표준화기구를 공적 표준화기구와 사실상 표준화기구로 분류하였다고 해서 공적 표준은 공적 표준화기구가 제정하고, 사실상 표준은 사실상 표준화기구가 제정하는 것은 아니다.²¹⁾ 공적 표준과 사실상 표준은 표준화에 참여한 당사자간 협의를 통하여 인위적으로 선정한 표준(소위 ‘합의적 표준’)인지 여부에 따라 구분되는 것이고,²²⁾ 관련된 표준화기구의 유형에 따라 정해진다고 보기 어렵다. 예컨대, 사실상 표준화기구인 IEEE에서 제정한 ‘IEEE1394’나 ‘IEEE802’도 공적 표준에 해당한다.²³⁾ 사실상 표준은 당사자간 합의의 과정을 거치지 않고 시장에서 다수 수요자들의 선택을 받아 표준에 준(準)하는 이용률 내지는 범용성을 갖게 된 의미에서 ‘사실상’이란 수식어가 붙게 된 것이라 보는 것이 타당하다. 이러한 사실상 표준의 대표적인 예로는 Microsoft사가 독자적으로 개발하여 시장에서 널리 이용되는 운영체제 Windows OS를 들 수 있다. 요컨대 공적 표준화기구와 사실상 표준화기구 모두 공적 표준을 제정한다고 볼 수 있으며, 사실상 표준은 표준화기구를 통한 여하한 합의 과정 없이, 시장 선택으로 형성되는 표준이라는 점이 핵심적인 차이이

20) 미국전기전자기술자협회(Institute of Electrical and Electronics Engineers : IEEE), 국제무선인터넷표준화기구(Open Mobile Alliance : OMA)가 그 대표적인 예이다.

21) 공적 표준화기구는 공적 표준 제정을 담당하고, 사실상 표준화기구는 사실상 표준의 제정을 담당한다는 견해도 있지만(정원준·정현준, “ICT 표준경쟁 현황과 시사점 : 표준특허 분쟁을 중심으로,” 저스티스 통권 575호 (2014. 4.)) 일반적인 견해는 아닌 것으로 판단된다.

22) 이호영, “소위 ‘사실상 표준필수특허’의 행사에 대한 경쟁법적 평가 - 2016년 지식재산권 심사지침 개정을 중심으로,” (2016. 4.).

23) 후술하는 바와 같이, 사실상 표준화기구도 공적 표준화기구와 마찬가지로 FRAND 협약 등과 같은 지식재산권 정책을 실시하고 있다.

다.

4. 표준화기구의 지식재산권 정책

앞서 살펴본 바와 같이, 표준은 공통의 사용과 합의의 과정을 전제로 하고 있기 때문에 독점적·배타적 권리인 특허권과는 상충되는 측면이 있다. 따라서 표준이 특허권의 대상이 되는 기술을 포함하는 경우 표준화 과정에서 특허권과의 충돌이 발생할 수 있다.²⁴⁾ 이 문제에 대해 표준화기구들은 공통된 견해를 보이고 있는바, 기술적인 이유에 의해 정당화되는 경우 지식재산권의 보호 대상이라 하더라도 표준에 포함시킬 수 있다는 입장이다. 다만 표준의 실효성을 높이기 위해 표준화기구들은 특허권의 행사에 일정한 제한을 가하는 지식재산권 정책(IPR policy)을 마련하고, 관련 당사자(특허권자)에게 일정한 의무를 부과하고 있다.

지식재산권 정책의 세부 내용은 표준화기구마다 다소 차이가 있으나 일반적으로 다음과 같은 내용을 포함하고 있다.²⁵⁾ 첫째, 특허를 표준화 기술에 반영한다. 둘째, 특허가 반영될 경우 해당 라이선스는 공정하고, 합리적이며, 비차별적인 조건(FRAND²⁶⁾: Fair, Reasonable and Non-Discriminatory)으로 실시한다. 셋째, 표준화 확정 전에 미리 특허 관련 서약서를 받도록 한다. 이 서약서는 적정한 조건의 실시료를 실시하겠다는 내용과 특허를 알고 고지하지 않거나, 고의로 숨겼을 경우에는 불이익을 감수하겠다는 내용을 담고 있다. 넷째, 특허로 인하여 표준화를 실시할 수 없을 때는 표준화를 폐기할 수 있다. 다섯째, 특허

24) 윤기호 외 4인, “표준특허 선정 관련 공정경쟁 확보 및 합리적 라이선싱 방안에 대한 연구,” 공정거래위원회 연구용역보고서 (2010. 12.), 27면.

25) 김형철, “기술표준과 특허권의 문제,” 지식재산21, 제59호 (2000), 143면.

26) 유럽의 표준화기구들은 FRAND 조건을, 미국의 표준화기구들은 RAND (Reasonable and Non-Discriminatory) 조건을 요구하는 경향이 있으나, 양자는 크게 구분되지 않고 사용되고 있다.

공개 의무 조항을 채택한다. 여섯째, 특허권자가 제정되는 표준에 자신의 특허기술이 포함되도록 적극적으로 관여하는 경우, 그 특허권의 행사에 제한이 가해진다.

<표 1> 주요 표준화기구의 지식재산권 정책 비교

	공적 표준화기구		사실상 표준화기구
	ISO/IEC/ITU	ETSI	IEEE
공개규칙	<ul style="list-style-type: none"> -범위: 필수특허 및 특허 출원정보 공개 의무 -시기: 표준화 시작단계 	<ul style="list-style-type: none"> -범위: 필수특허 및 특허 출원정보 공개 의무 -시기: 시의적절하게 조기공개 유도 	<ul style="list-style-type: none"> -범위: 필수특허 및 특허 출원정보 공개 가능, 요구되지는 않음 -시기: IEEE의장이 회의시작시 각 모임의 참석자에게 공개할 수 있는 기회 제공
특허검색 의무	-없음	-의무사항이 아니라고 명시	-특허검색을 하지 않는다고 명시하고 있으나 예외조항이 있음
라이선싱 규칙	-RAND조건 라이선싱	-FRAND조건 라이선싱	-로열티무료 라이선싱

	-로열티무료 라이선싱	-제3자가 필수특허를 보유하는 경우에 ETSI는 제 3자에게도 FRAND조건으로 라이선싱을 선언을 하도록 요구가능	(특허권 범위 공개) -RAND조건 라이선싱 (특허권 범위와 로열티요율 공개)
라이선싱 거부시	-특허권자의 해당 특허번호와 청구항 및 관련 표준기술 통보(ISO/IEC 권장사항, ITU 의무사항) -관련 위원회에서 특허가 포함되는 기술을 제외시킴(표준개정 또는 폐지)	-FRAND 라이선싱 표준에서 제외, 관련 IPR을 우회하는 표준을 다시 도출 -회원들이 고의로 지연을 한 특허공개는 ETSI 총회에서 제재 가능	-RAND 라이선싱 표준에서 제외
협상규칙	-이해 당사자 간에 ISO/IEC/ITU 밖에서 해결	-ETSI 내에서 구체적인 라이선싱 조건 등의 상업적인 토론이나 협상 금지	-특허권리 범위나 가격 담합에 관한 논의를 엄격하게 금지 -표준화 추진시 최적 기술선정을 위한 상대비교 가능

* 출처: 윤기호 외 4인, 앞의 보고서(2010)

5. 표준필수특허 규제의 필요성

표준필수특허(SEP : Standard Essential Patent)는 표준화기구에서 제정한 표준을 기술적으로 구현하는 과정에서 필수적으로 실시되는 특허를 의미한다. 다시 말해, 어떤 특허를 침해하지 않고서는 특정 표준을 실행할 수 없을 때 그 특허가 바로 표준필수특허인 것이다.²⁷⁾

표준기술은 기술 상호 간 호환성을 높여 경제적 효율성을 창출하고, 관련 기술의 이용과 개발을 촉진시킨다는 점에서 산업 정책적으로 그 필요성이 강조되고 있다.²⁸⁾ 이와 같이 표준은 산업정책적 측면에서의 중요성뿐만 아니라, 개별 표준 보유자의 경제적 유인 측면에서도 의미가 있는데, 일단 표준필수특허의 지위를 획득하면, 그 표준과 관련한 시장이 형성·확대됨에 따라 당해 표준필수특허 보유자는 특허 라이선스 시장에서 독점력을 이용하여 높은 이윤을 얻을 수 있기 때문이다.²⁹⁾ 다시 말해, 표준필수특허 보유자는 이윤 극대화를 위해 특허권을 남용할 능력과 유인이 생긴다. 일단 표준이 형성되면 어떤 상품의 소비자가 많을수록 당해 상품의 판매자가 증가하게 되고, 이는 다시 소비자들을 당해 상품으로 끌어들이어 당해 상품의 구매자 수를 증가시키는 효과인 “티핑효과(tipping effect)”가 발생할 가능성이 크다.³⁰⁾ 나아가 표준필수특허를 사용하는 데 “고착효과(lock-in effect)³¹⁾”가 발생하

27) 필수성에 대한 별도의 논의는 아래 사실상 필수특허에 대한 논의에서 자세히 다룬다.

28) 「지식재산권의 부당한 행사에 대한 심사지침」(이하 ‘심사지침’) 5. 가.

29) 표준화기구가 어떤 기술을 표준에 포함시키기로 결정하면, 해당 기술에 대한 효과적인 대체기술이 없거나, 대체 표준규격으로 전환하는데 비용(switching cost)이 많이 소요되게 된다. 이 경우 표준기술을 보유한 특허권자는 해당 표준으로 제정되기 전보다 더 높은 실시료 또는 불합리한 라이선스 조건들을 요구함으로써 자신의 이익을 극대화할 수 있게 된다.

30) 권영관, “기술혁신과 경쟁촉진을 위한 균형있는 경쟁법 집행에 관한 연구,” 공정거래조정원 (2015), 25면.

31) 정보 산업 기술 분야에서, 새로운 서비스나 기술이 출현해도 그 기술이나 서비스로 바꾸기 위하여 드는 비용 때문에 현재 사용하는 기술과 서비스를 계속 사용할 수밖에 없는

게 되면 기업은 새로운 상품 또는 서비스를 창출하기 위한 제품혁신이나 가격경쟁력 향상을 위한 공정혁신과 같은 추가적인 노력이 없더라도 시장 지위를 유지하는 상황이 발생하게 되고, 그 결과 새로운 기술혁신이 발생하더라도 보다 열등한 기술에 의해 시장에 안착하지 못하거나 진입 자체가 배제되는 현상이 발생할 수 있다.³²⁾

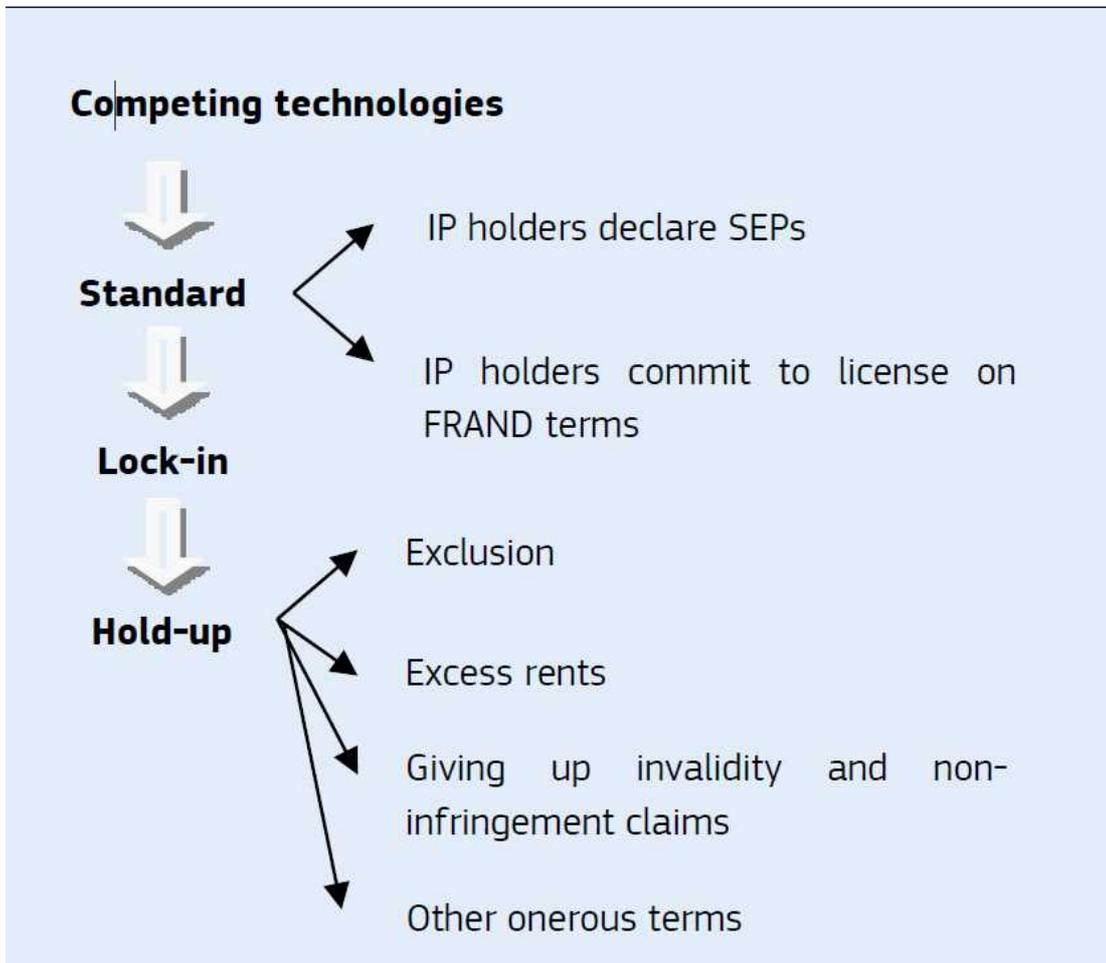
이러한 상황에서 특허권자는 lock-in 이전보다 더욱 높은 실시료를 요구할 수 있게 된다. 보다 구체적으로, 특허권자는 표준화 과정에서 자신이 소유한 관련 특허정보를 기만적으로 은닉한 후 자신의 특허기술이 표준으로 선정된 후 해당 표준기술을 이용하는 자에 대하여 소송을 제기하고 사용료를 요구하는 이른바 “특허매복(patent ambush)” 행위를 할 수 있다. 또한 표준에 따르는 것이 사실상 강제되는 상황에서 표준기술 이용자들이 표준필수특허권자가 요구하는 실시조건을 거절할 수 없다는 점을 이용하여 표준필수특허권자가 자신의 특허 이용을 대가로 과도한 실시료를 부과하거나 실시허락을 받을 의사가 있는 잠재적 실시권자(willing licensee)에게 소송을 제기하는 소위 “특허억류(patent hold-up)”이 발생할 수도 있다.

< 이하 그림 삽입을 위한 여백 >

현상 (네이버 국어사전)

32) 권영관, 앞의 보고서, 24면.

<그림 1> 표준과 고착효과, 특허역류 간 관계



* 출처: European Commission, “Standard-essential patents,” Competition Policy Brief Issue 8 (June 2014)

따라서 표준화기구들은 저마다 지식재산권 정책을 통해 해당 표준이 침해할 가능성이 있는 특허의 존재 여부를 공개하고, FRAND 조건에 따라 특허를 실시허락할 것을 참여자들에게 요구하고 있다.³³⁾ 이러한 특허공개의무 및 FRAND 의무를 통해 특허매복이나 특허역류와 같은 특허권 남용 행위를 방지하고자 하는 것이다.³⁴⁾

33) 심미랑, “지식재산권법과 경쟁법의 조화 방안에 관한 연구,” 특허청·한국지식재산연구원 (2016. 12.). 129면.

34) 다만 현실에서는 특허공개의무와 FRAND 의무를 이행하는 것이 그렇게 간단한 일은 아니다. 정보통신기술 분야에서 복잡한 표준기술 속에 구체적으로 어떠한 특허가 포함되

6. FRAND 확약의 의미와 적용

일반적으로 FRAND 조건과 관련하여 ‘공정’하다는 것은 실시허락의 내용이 양 당사자에게 공평할 것과 함께 라이선스 계약을 위한 절차가 정당할 것을 의미하고, ‘합리적’이라는 것은 특허 실시료 등 라이선스 조건을 합리적인 수준에서 설정해야 함을 의미하며, ‘비차별적’이라는 것은 다른 라이선스 계약 및 다른 당사자와 비교하여 차별적이지 않도록 해야 함을 의미한다.

그렇다면 FRAND 조건을 충족여부를 어떠한 기준으로 판단할 것인가가 관건인데, 주요 표준화기구의 지식재산권 정책에서는 FRAND 조건의 구체적인 의미에 대해서는 규정하지 않고 대신 개별 당사자의 협상에 의해 결정되도록 맡겨두고 있다.³⁵⁾ 예컨대 ETSI는 “취소 불가능한 실시를 제공할 준비가 되어 있다”의 선언을 하도록 요구하고, ITU/ISO/IEC는 “준비가 되어 있다”에 더하여 “무상으로”라는 옵션을 선택할 수 있도록 하고 있다.³⁶⁾ 나아가 표준화기구에 따라서는 오직 “교차실시허락(cross-license)”하는 경우에만(즉 상호주의를 전제로) 실

어 있는지 가려내는 것이 쉽지 않을 뿐더러, 라이선스 실무에서 공정성·합리성·비차별성이라는 추상적 원칙이 지켜졌는지 판단하는 것도 여러 학설·판례의 논의가 있다.

35) Rudi Bekkers, Andrew Updegrave, "A study of IPR policies and practices of a representative group of Standards Setting Organizations worldwide", Commissioned by the US National Academies of Science, Board of Science, Technology, and Economic Policy (STEP), Project on Intellectual Property Management in standard setting processes, (Sep. 17, 2012).

36) “<제1안> The Patent Holder is prepared to grant a Free of Charge license to an unrestricted number of applicants on a worldwide, non-discriminatory basis and under other reasonable terms and conditions to make, use, and sell implementations of the above document. <제2안> The Patent Holder is prepared to grant a license to an unrestricted number of applicants on a worldwide, nondiscriminatory basis and on reasonable terms and conditions to make, use and sell implementations of the above document.”

시를 제공하도록 하는 선택권을 주거나 “선의의 잠재적 실시권자 (willing licensee)”에 한하여 실시를 제공한다는 유보를 명시할 수 있도록 하기도 한다.³⁷⁾ IEEE의 경우에는 특허침해금지소송이 가능한지도 명시하도록 요구하고 있다.³⁸⁾ 즉 FRAND 확약의 이행 여부는 실시허락의 당사자인 특허권자와 실시권자 간 협상을 통해 결정되는 것이다. 이와 같이 FRAND 확약의 내용이 기본적으로 불확정개념이라는 점에서 이를 준수하였는지에 대한 논란도 발생하게 된다.³⁹⁾

생각건대, FRAND가 의미하는 공정성·합리성·비차별성의 원칙은 그 자체로 추상적인 개념으로서 개별·구체적인 사안을 전제로 하지 않고 그 의미를 세세하게 규정하는 것은 현실 적합성이 떨어진다고 볼 수 있다. 또한 표준기술의 수가 매우 많을 뿐더러 각각의 표준기술에 반영된 특허의 수도 무수히 많다는 점, 시장의 경쟁상황 및 라이선스 관행이 각기 다르다는 점 등을 고려할 때, 수많은 경우의 수를 사전에 일일이 따져 공통된 규칙을 정해놓는 것도 바람직하지 않다. 한편 FRAND 의무가 지나치게 구체적으로 규정되어 있을 경우 자칫하면 특허권자의 표준화기구 참여를 저조하게 하는 원인이 될 수 있는바, 이는 앞서 언급한 표준화의 목적에도 부합하지 않는다.⁴⁰⁾

37) “<제1안> Also mark here __ if the Patent Holder’s willingness to license is conditioned on Reciprocity for the above document. <제2안> Also mark here __ if the Patent Holder reserves the right to license on reasonable terms and conditions (but not Free of Charge) to applicants who are only willing to license their Patent, whose use would be required to implement the above document, on reasonable terms and conditions (but not Free of Charge).”

38) “The Submitter without conditions will not enforce any present or future Essential Patent Claims against any person or entity making, using, selling, offering to sell, importing, distributing, or implementing such a compliant implementation.”

39) 김지홍, 이병주, “기술표준 설정과 FRAND 선언, 그 공정거래법적 의미,” 2014년 법·경제그룹 연구보고서, 116면.

40) 권국현, “표준설정 과정에서 나타나는 표준화기구 기만행위에 대한 경쟁법 적용의 타당성과 그 적용요건에 관하여,” 지적재산권 라이선싱의 법적 규제 (2011. 4.).

결론적으로 말해 표준화기구는 기본적으로 참여자들에게 최소한의 요구사항을 마련하고, 나머지 이해관계의 조정은 당사자들 사이의 자율적 합의에 맡기고 있다.

따라서 개별 사안에서 FRAND 확약이 지켜졌는지 여부는 분쟁이 발생한 사후에 경쟁당국 등에서 판단이 필요한 부분이다. 생각건대 실시허락 자체를 했는지 여부는 사실관계를 통해 상대적으로 판단이 용이한 부분이라고 해도, 무엇이 공정하고(fair) 합리적인(reasonable) 수준의 실시허락 조건인지 여부 및 차별이 있었는지 여부는 쉬운 일이 아니며, 따라서 이에 대한 경제적 분석 이론이 다양하게 존재한다.

합리적인 특허 실시료(royalty) 수준을 판단하기 위해 고려할 수 있는 원칙들로는 (1) 사전적(ex ante) 경쟁수준, (2) Georgia-Pacific 요소(factor), (3) 기여도 원칙, (4) 샵플리값(Shapley value) 및 (5) 산업관행 및 예상 등이 있다.⁴¹⁾ 이 중에서 가장 많이 활용되는 사전적(ex ante) 경쟁수준의 의미는 합리적인 로열티 수준은 표준선정 전의 사전적 경쟁(ex ante competition)을 기준으로 정의되고 실행되어야 한다는 것이다.

비차별적(non-discriminatory) 로열티 수준을 결정하는 기준으로 Swanson and Baumol은 통신 산업 등 규제산업에서 종종 언급되는 ECPR(efficient component pricing rule: 효율적 요소가격 책정규칙)을 제시한다. 이에 따르면 ECPR 수준을 벗어난 로열티 수준 FRAND 확약을 위반한 것으로 판단된다. ECPR은 등가원칙(parity principle)에 기반을 둔 가격책정에서의 효율성 원칙으로서 특허권자가 해당 특허를 자기 자신이 최종제품의 투입으로 이용하는 것에 대해 책정하는 암묵적 가격(implicit price)은 자신의 최종생산물 가격에서 자본 등 다른 모든 증분비용을 차감한 금액으로 계산된다.⁴²⁾

41) 윤기호 외 4인, 앞의 보고서 (2010), 158면.

그러나 현실적으로 합리적인 실시료율을 산정하는 문제는 쉬운 일이 아니고, 특히 특허 라이선스 거부로 인해 강제실시가 이루어지는 사안에서 경쟁당국이 직접 실시료율을 책정하는 것은 바람직하지도 않다. 예컨대 과거 Dell Computer 사건에서 미국 FTC는 특허권자에게 무상의 강제실시의무를 부과하였고, Rambus 사건에서는 실시료율의 상한선을 정하여 시정조치를 부과하는 방법을 택하였다. Microsoft 사건에서는 유럽 집행위원회가 work group server의 상호접속정보를 실시허락하도록 한 시정조치가 확정된 이후에도 Microsoft가 받을 실시료 수준에 대한 이견이 긴 다툼의 대상이 된 바 있다.⁴³⁾

합리적인 실시료 수준을 산정하는 작업은 특히 다수의 특허기술이 중첩적으로 이용되는 스마트 기기와 관련된 사안일 때 더욱 복잡한 이슈를 수반한다. 앞서 언급한 바와 같이 스마트폰과 같은 기기에는 수많은 특허기술이 사용되고 있는데, 이와 같이 마치 특허덤불(patent thicket)과 같은 상황에서는 각각의 특허에 대한 실시료율을 모두 더하면 지불해야 하는 실시료 총액이 과도해지는 이른바 “실시료 과적(royalty stacking)” 문제가 발생한다. 한 연구에 따르면, \$400짜리 스마트폰을 만들기 위해 지불해야 하는 총 특허 실시료 금액이 \$120~\$150에 달한다고 하는데,⁴⁴⁾ 이는 결국 최종 소비자의 부담으로 귀결되기 때문에 표준화기구를 비롯하여 학계 및 당국에서 여러 논의가 이루어지고 있다. 가령 FRAND 확약을 통해 총(aggregate) 로열티 수준도 합리적일(reasonable) 것을 요구하는 것도 하나의 대응방안으로 제시된다.

42) 윤기호 외 4인, 앞의 보고서(2010), 158면.

43) 이러한 상황을 고려할 때, 경쟁당국이 일방적으로 시정조치를 하는 것보다 해당 특허기술의 가치와 시장의 라이선스 관행을 잘 알고 있는 피심인 사업자 및 이해관계인을 참여시켜 동의의결의 형태로 사안을 해결하는 것이 바람직한 대안이 될 수 있다.

44) Ann Armstrong, Joseph J. Mueller, Timothy D. Syrett, Wilmer Hale, The Smartphone Royalty Stack: Surveying Royalty Demands for the Components Within Modern Smartphones, (2014) 2.

<그림 2> 스마트폰 부품당 특허 로열티



* Ann Armstrong 외, 앞의 논문(2014)

< 이하 표 삽입을 위한 여백 >

<표 2> 스마트폰 특허 실시료 과적 예시

Table 4. Smartphone Royalty Stacking		
Company	Announced LTE Rate	Royalty (\$400 Device)
Qualcomm	3.25% of device	\$13.00
Motorola	2.25% of device	\$9.00
Alcatel-Lucent	Up to 2% of device	\$8.00
Huawei	1.5% of device	\$6.00
Ericsson	1.5% of device	\$6.00
Nokia	1.5% of device	\$6.00
Nortel	1% of device	\$4.00
ZTE	1% of device	\$4.00
Siemens	0.8% of device	\$3.20
Via Licensing Patent Pool	Per Unit Sliding-Scale Fee Based on Volume	\$2.10 per unit (sales over 10M units)
Sisvel Patent Pool	0.99 Euros per device	\$1.36
Vodafone	Free	\$0.00
TOTAL		\$54.30

* 출처: Ann Armstrong 외, 앞의 논문(2014), 13~14면.

한편, 특정 제품이 다양한 부품으로 구성된 경우에 실시료 산정의 기초인 실시권자의 제품 매출액을 산정함에 있어서 어느 단계의 가격을 기준으로 사용해야 하는지가 문제된다.⁴⁵⁾ 최종 완제품 가격을 기준으로 매출액을 산정하는 방법을 전체시장가치원칙(Entire Market Value Rule)이라 하고, 특허발명이 적용된 최소 판매가능 특허실시단위(Smallest-Salable Patent Practicing Unit, SSPPU)을 기준으로 매출액을 특정하는 방법도 있다.⁴⁶⁾ 이에 대하여 미국 연방특허항소법원은 특허 침해에 대한 적절한 보상 차원에서 적절한 최소 손해액을 정확하게 계산하기 위해서는 “일반적으로 실시료가 전체 상품에 기초하여 산정되어서는 아니 되고, ‘최소판매가능특허실시단위’에 기초하여 산정되어야 한다”고 판시한 바 있다.⁴⁷⁾ 다만 스마트폰 시장의 라이선스 실무

45) 일반적으로 특허 실시료는 실시권자의 일정한 매출액을 산정 기초로 삼아 실시료율(rate)을 곱하는 방식으로 산정된다.

46) 이황, “지식재산권의 부당한 행사에 대한 심사지침 개선방안 연구,” 공정거래위원회 연구구용역보고서 (2014), 20면.

에서는 최종 완제품을 기준으로 실시료율을 정하는 경우도 많다.

7. FRAND 확약 위반에 대한 경쟁법적 개입

이와 같이 표준필수특허권자는 FRAND 확약을 자발적으로 하는 것이기 때문에 FRAND 확약의 준수를 법적으로 강제하기는 어렵다. 특허권자가 FRAND 확약을 거절하거나 이를 준수하지 않는 경우 일부 표준화기구(standard setting organization)는 표준화 작업을 중단하거나 표준을 취소할 수도 있다. 그러나 일단 표준이 제정되고 나면 이를 기초로 하여 많은 투자가 이루어지므로 사후적으로 표준을 취소하거나 변경하는 것은 매우 어려운 일이다.⁴⁸⁾

이러한 점에서 FRAND 확약 위반으로 인해 시장경쟁이 저해되는 경우 경쟁법의 개입이 필요해진다.⁴⁹⁾ 앞서 살펴본 바와 같이 경쟁법의 규율 대상이 되는 특허권자의 권리행사 유형은 다양한데, 표준필수특허권자의 FRAND 확약 위반의 경우에는 주로 (1) 공정하고 합리적이 지(fair and reasonable) 않은 실시료를 요구하는 경우, (2) 실시료 협상

47) LaserDynamic Inc. v. Quanta Computer USA Inc., 694 F.3d 51, 67 (Fed. Cir. 2012).

48) 김지홍, 이병주, “기술표준 설정과 FRAND 선언, 그 공정거래법적 의미,” 2014년 법·경제분석그룹(LEG) 연구보고서

49) 다만, 앞서 살펴본 것처럼 FRAND 확약의 의미가 표준화기구마다 서로 다르므로 경쟁당국이 FRAND 확약 준수 여부를 판단할 방법이 없고, 사적 선언에 대하여 경쟁법 위반 여부를 다룬다는 것이 적절치 않다는 지적도 있다[권남훈, 홍대식, “지식재산권에 대한 실시료의 수준과 경쟁법의 역할”, 정보법학 제15권 제2호, 2011]. 또한 (1) 특허에 관해 보다 많은 정보를 갖고 있는 시장 참여자들에 의한 시장 중심적 해결방안이 정부 주도형 규제보다 문제 해결에 더 적합하고, (2) 그 방식은 손해배상소송 등을 통한 사적 구제수단으로 처리하면 되며, (3) 표준화 과정이 수많은 이해관계자가 개입된 복잡한 과정임을 감안할 때 경쟁법 개입을 허용할 경우 실시료 협상에 불만을 품은 사업자들이 경쟁법에 호소할 소지가 커진다는 점을 근거로 경쟁법 개입을 반대하는 견해도 있다[권국현, “표준 설정과정에서 나타나는 표준화기구 기만행위에 대한 경쟁법 적용의 타당성과 그 적용요건에 관하여,” 지적재산권 라이선싱의 법적 규제, 혁신·경쟁·규제법 센터, 2011].

과정에서 경쟁사업자를 배제할 목적으로 특허침해금지소송을 제기하는 경우, (3) 경쟁사업자 배제 등을 위해 차별적(discriminatory) 실시료를 부과하는 경우 등이 주로 이슈가 된다. 여기서 실시허락 자체를 거절한 경우에는 부당한 거래거절의 법리, 공정하고 합리적이지 않은 고액의 실시료를 부과하는 경우 가격남용의 법리, 차별적인 로열티 부과행위가 있을 경우 가격차별의 법리 등이 적용될 여지가 있다.

우리나라 공정거래법도 FRAND 협약 위반에 대하여 개입할 수 있는 경우를 언급하고 있다.⁵⁰⁾ 심사지침은 특허공개의무와 FRAND 조건 협의절차는 표준필수특허권의 남용을 방지하는 측면에서 필요하며, 해당 절차의 이행 여부는 표준필수특허권 행사의 부당성을 판단할 때 중요한 고려사항이 된다고 규정하고 있다. 보다 구체적으로는 관련 시장에서 독점력을 강화하거나 경쟁사업자를 배제하기 위하여 FRAND 조건으로의 실시허락을 부당하게 회피·우회하는 행위, 부당하게 표준필수특허의 실시허락을 거절하는 행위, 부당하게 표준필수특허의 실시조건을 차별하거나 비합리적인 수준의 실시료를 부과하는 행위, 표준필수특허의 실시허락을 하면서 실시권자가 보유한 관련 특허권의 행사를 부당하게 제한하는 조건을 부과하거나 부당하게 실시권자가 보유한 비표준필수특허에 대한 상호실시허락의 조건을 부과하는 행위, FRAND 협약을 한 표준필수특허권자가 실시허락을 받을 의사가 있는 잠재적 실시권자(willing licensee)⁵¹⁾에 대하여 침해금지청구를 하는 행위는 특허권의 정당한 권리 행사를 벗어난 것으로서 관련 시장의 경쟁을 제한할 우려가 있는 행위로 판단할 수 있다고 규정하고 있다.

50) 심사지침 5. 표준기술 관련 특허권의 행사

51) 반대로 실시허락을 받을 의사가 없는 잠재적 실시권자(unwilling licensee)에 대한 표준필수특허권자의 침해금지청구가 허용되지 않으면 잠재적 실시권자가 성실하게 협상을 하지 않거나 실시료 지급을 지연 또는 회피하는 역 특허억류(reverse hold-up)가 발생할 수 있으므로 이러한 경우에는 표준필수특허권자의 침해금지청구가 부당한 행위로 판단될 가능성이 낮다고 규정하고 있다.

<표 3> 지식재산권 남용 규제 등에 대한 주요국 입법례

한국	<ul style="list-style-type: none"> • 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(1980 제정) • 지식재산권의 부당한 행사에 대한 심사지침(2010 전면개정, 현행 공정거래위원회 예규 제 247호, 2016. 3. 23. 시행)
미국	<ul style="list-style-type: none"> • 반독점법(Antitrust Act): 셔먼법(Sherman Act, 1890 제정), 클레이튼법(Clayton Act)와 연방거래위원회(FTC)법 (1914 제정) • 지식재산권의 라이선스에 대한 반독점법 가이드라인(Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property, 1995 제정, 현재 개정논의중)
일본	<ul style="list-style-type: none"> • 사적독점의 금지 및 공정거래 확보에 관한 법률(私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律, 1947 제정) • 표준화에 반하는 특허권 형성에 관한 독점금지법상 고려방안(2005 제정) • 지적재산의 이용에 관한 독점금지법상의 지침(2007 전면개정, 2016.1.21.개정)
중국	<ul style="list-style-type: none"> • 중화인민공화국 반독점법(2007 제정) • 지식재산권을 남용한 경쟁 배제·제한 행위 금지에 관한 규정(2015. 4. 제정) • 지식재산권 남용에 관한 반독점법 집행지침(안) (2015.12. 공표)
EU	<ul style="list-style-type: none"> • EU기능조약(Treaty on the Functioning of the European Union) 제101조(경쟁제한적 합의에 대해 적용) • EU기능조약 제102조(시장지배적 지위남용에 대하여 적용) • 기술이전계약에 대한 규칙(Commission Regulation (EU) No. 316/2014 of 21 March 2014) • 기술이전계약에 대한 가이드라인(2014/C 89/03)

* 출처: 심미량, 앞의 보고서(2016)

다만 FRAND 확약의 위반이 경쟁법적으로 당연위법(*per se*)이 된다고 볼 수는 없다. 자율에 기초한 확약과 사적 라이선스 계약에 대하여 공적 개입이 이루어지는 것이므로 어디까지나 경쟁법의 틀 내에서 관련된 판단기준과 위법성 요건을 충족할 때 경쟁당국의 개입이 정당화될 수 있다. 가령 시장지배적지위의 인정 여부에서부터 경쟁제한성, 효율성 증대효과, 소비자후생 저해효과 등의 판단절차를 거쳐야 한다.⁵²⁾

52) 이와 관련하여, 차별적 실시료 부과의 경쟁제한성을 3단계에 거쳐 판단할 수 있다는 견해가 있다. 즉, (i) 해당 기업이 시장지배력을 가졌는지(그렇지 않으면 경쟁제한성 불인정), (ii) 시장지배력을 가진 특허권자가 하방시장에도 활동하고 있는지(그렇지 않으면 경쟁제한성 불인정), (iii) 시장지배력을 가지고 하방시장에도 활동하고 있는 사업자의 가격차별이 유발하는 경제적 효과는 어떠한지를 판정하는 3단계를 거쳐 경쟁제한성을 판단할 수 있다는 입장이다[윤기호 외, 앞의 보고서(2010)].

<표 4> 표준특허 관련 국내외 주요 사례

미국	<ul style="list-style-type: none"> • Dell 사건 (121 F.T.C 616 (1996)) • Wang 사건 (103 F.3d 1571 (Fed. Cir. 1997)) • Rambus 사건 (522 F.3d 456 (D.C. Cir. 2008)) • Bosch 사건 (FTC 동의의결, Docket No. C-4377 (Apr. 24, 2013)) • Google 사건 (FTC 동의의결, Docket No. C-4410 (Jul. 24, 2013)) • Apple v. Motorola 사건 (757 F.3d 1286 (Fed. Cir. 2014))
유럽	<ul style="list-style-type: none"> • 독일 연방대법원의 'Orange Book' 판결 (2009) • 유럽집행위원회의 Google v. Motorola 사건 (2012) • 유럽집행위원회의 삼성 v. 모토로라 사건 (2014) • 유럽사법재판소의 Huawei 판결 (2015)
한국	<ul style="list-style-type: none"> • 퀄컴 I 사건 (공정거래위원회 의결 제2009-281호) • 삼성 v. 애플 사건 (서울중앙지법 2011가합39552 공정거래위원회 결정 (2014)) • 마이크로소프트의 노키아 영업양수 사건(공정거래위원회 의결 제2015-316호) • 퀄컴 II 사건 (공정거래위원회 2016.12.28. 보도자료)

* 출처: 심미량, 앞의 보고서(2016)

한편 공정거래법 제117조(구법 제59조)의 적용제외 규정에 따르면, 이 법은 특허법 등에 따른 권리의 정당한 행사에 대해서는 적용하지 아니한다고 되어 있어 특허권의 남용행위에 대해서만 공정거래법이 적용될 여지가 있다. 기본적으로 특허권의 부당한 행사에 대한 제재로는 특허권 남용에 의한 규제와 공정거래법 위반에 의한 규제가 있을 수 있다.⁵³⁾ 무효인 특허권에 기한 권리행사와 같은 특허권의 남용에 대해서는 권리행사의 효과가 부정되는 것에 그치지만 특허권 남용으로 인한 시장지배력의 확대나 공정한 거래질서 훼손 등의 경쟁제한적 효과가 나타나는 경우에는 공정거래법상 시정명령, 과징금 부과와 같은 시정조치의 대상이 된다. 즉 특허권 남용이 항상 공정거래법에 저촉되는 것은 아니며 공정거래법 위반까지는 해당되지 않는 특허권의 남용행위도 존재한다. 이러한 특허권 남용행위로는 무효사유가 있는 특허권에

53) 다만, 1986년 공정거래법이 개정됨과 동시에 특허법에서 특허권 남용에 관한 규정이 삭제된 점을 고려하여 특허권 남용에 대한 규율을 시장경제에 미치는 영향에 중점을 두어 공정거래법에 의한 규율로 맡기려는 취지가 있다는 견해가 있다(강명수, “특허권 남용에 대한 고찰,” 지식재산연구 제9권 제2호(2014. 6.)).

기한 권리행사, 특허권 취득 자체에 부정한 목적 등이 있는 경우, 특허권의 행사 자체가 권리남용에 해당하는 경우 등이 있다.⁵⁴⁾

54) 강명수, 위의 논문(2014).

Ⅲ. 사실상 필수특허에 대한 경쟁법적 규율 가능성

1. 개념

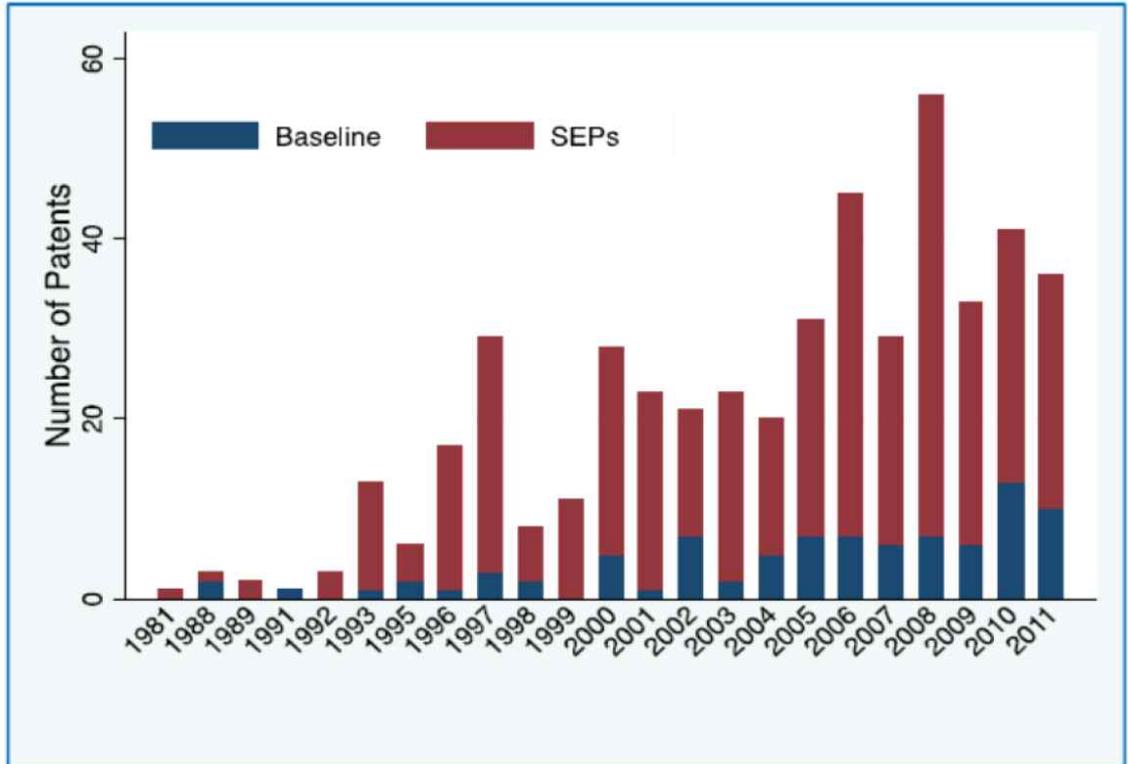
앞서 살펴보았듯이 사실상 표준에 대한 논의의 경우 공적 표준과 대별되는 개념으로서 여러 문헌을 통해 그 의미를 찾아볼 수 있으나,⁵⁵⁾ 사실상 필수특허에 대한 정의를 찾아보기는 쉽지 않다. 여러 가지 이유가 있겠으나 특허권의 행사에 대한 경쟁법적 규율이 표준필수특허를 중심으로 이루어진 것도 하나의 이유인 것으로 판단된다. 무엇보다 지난 2~30여년 간 휴대전화 기술의 발전 및 스마트폰 시장의 팽창으로 인해 주로 이와 관련된 기술표준 분야(LTE, WiFi, Bluetooth 등 무선통신기술표준, 근거리통신기술표준 등)에 표준화기구 등의 논의가 집중되면서 사실상 필수특허는 후순위로 밀린 측면이 없지 않다. 하지만 사실상 표준 및 그와 관련된 특허는 분명 특허 라이선스 시장 및 분쟁의 한 축을 담당하고 있었고, 이는 특히 컴퓨터 소프트웨어와 같이 네트워크 효과가 강한 분야⁵⁶⁾에 있어서 두드러지게 나타났다. 즉 논의의 발전 정도나 규제 현실과는 달리, 시장에 미치는 영향력에 있어서는 사실상 필수특허 역시 표준필수특허에 못지 않았던 것으로 판단된다.⁵⁷⁾

55) US DoJ & FTC, “Antitrust Enforcement and Intellectual Property Rights: Promoting Innovation and Competition” (2007).

56) 멀게는 VHS, MS-DOS, CD-RW에서부터 QWERTY 자판, MS office suites 등에 이르기까지 다양하다.

57) 최근(2011~2018) 가장 이목을 끌었던 특허 관련 분쟁 중 하나인 삼성-애플 간 특허 분쟁의 대상도 스마트폰 관련 디자인 및 사용자 인터페이스와 관련한 애플의 여러 비표준 특허들(단말기 곡면 디자인 및 홈버튼 관련 특허, 아이콘 인터페이스 관련 특허, Pinch-to-zoom, Twist-to-rotate, Tap-to-zoom 기능 관련 특허 등)이었다.

<그림 3> Number of litigation cases of SEPs and non-SEPs(“Baseline”) by litigation years



* 출처 : Competition Directorate-General of the European Commission, Competition Policy Brief - Standard-essential patents (Issue 8, June 2014)

그럼에도 불구하고 학계의 일반적인 접근방식에 따르면 표준화기구의 합의적 표준 제정 과정을 통하지 않고 시장 경쟁을 통해 표준의 지위를 획득한 ‘사실상 표준’ 기술의 구현을 위해 필수적인(essential)⁵⁸⁾ 특허를 ‘사실상 표준에 필수적인 특허(*de facto* standard essential patents)’라고 일컫는 것으로 보인다.⁵⁹⁾

58) 여기에서 필수성이란 통상 기술적 필수성으로서, 특정 특허청구범위의 청구항들(claims) 중 하나 이상이 해당 표준문서 상의 기술 명세에서 읽히는(read on) 경우를 의미한다. 상업적 필수성의 경우 상업적으로 중요한 특허(commercially important patents)라는 별도의 항목으로 구분하는 것이 표준화기구 등에서의 일반적인 견해인 것으로 보인다.

59) Anne Layne-Farrar, “Moving Past the SEP RAND Obsession: Some Thoughts on the Economic Implications of Unilateral Commitments and the Complexities of Patent Licensing” (2014), 이호영, “소위 ‘사실상 표준필수특허’의 행사에 대한 경쟁법적 평가

경쟁당국의 지식재산권 관련 심사지침과 같은 문서에서도 사실상 필수특허에 대한 정의를 찾아보기는 쉽지 않다. 다만 우리나라의 경우 2016년 개정되기 이전의 지식재산권의 부당한 행사에 대한 심사지침에서 ‘표준기술’의 범위에 ‘정부, 표준화기구, 사업자단체, 동종기술보유 기업군 등이 일정한 기술 분야에서 표준으로 선정한 기술 또는 해당 기술 분야에서 사실상 표준으로 널리 이용되는 기술’을 말한다고 규정하였으며, 이어서 ‘표준필수특허’의 의미를 ‘표준기술을 구현하기 위한 특허로서, 표준기술을 필요로 하는 상품을 생산하거나 서비스를 공급하기 위해서는 실시허락을 필수적으로 받아야 하는 특허’로 정한 바 있는데, 이에 따르면 사실상 표준기술을 구현하기 위한 특허를 사실상 필수특허로 규정하고, 이에 해당하면 표준필수특허(SEP)와 동일 선상에서 규율하고자 했던 것으로 판단된다.⁶⁰⁾

위 사실상 표준에 필수적인 특허의 개념에 해당되는 대표적인 사례로서 Microsoft사의 Windows OS, Adobe사의 PDF 문서형식⁶¹⁾ 등이 있다. 그밖에 소비자에게는 보다 덜 알려져 있지만 Intel사의 마이크로프로세서 구조(microprocessor architecture) 또는 Hewlett Packard사의 프린터 컨트롤 언어(Printer Control Language for laser printers)도 좋은 예이다.

한편 종래 표준필수특허였다가 사실상 필수특허의 영역으로 이동(migration)하는 현상이 나타날 수도 있다는 의견도 있다.⁶²⁾ 표준화기

(2016) 등.

60) 위 심사지침은 2016년 개정되면서 ‘표준기술’의 범위에서 사실상 표준을 제외하고 공적 표준만 의미하는 것으로 적용범위를 축소하였다.

61) 다만 Adobe사가 2007년 해당 특허를 ISO에 제출함에 따라 공적 표준의 영역으로 이동한 것으로 보인다.

62) Anne Layne-Farrar, “Moving Past the SEP RAND Obsession: Some Thoughts on the Economic Implications of Unilateral Commitments and the Complexities of Patent Licensing” (2014), 4~5면.

구가 참여자들에게 요구하는 FRAND 확약 의무가 특허권자들에게 과도한 부담으로 작용할 경우 특허권자가 표준화기구를 통한 표준 제정 과정에 참여하는 것을 저조하게 만들 우려가 있으며 이에 대한 반작용으로서 기업의 전략적 선택이 SEP 보유가 아닌 사실상 필수특허 보유로 옮겨가게 될 수 있다는 것이다. 이 경우 FRAND 의무에서 벗어난 ‘필수적인’ 특허의 수가 늘어남에 따라 특허 hold-up 문제 증가 등 사실상 필수특허를 둘러싼 분쟁이 더욱 늘어날 것이며, 이에 대처하는 것이 보다 중요해질 수 있다는 지적이다. 물론 이러한 평가는 개별 기업에 따라 입장이 다를 수 있다. 즉 상부시장에서 기술과 특허를 보유하고 있는 기업은 SEP을 중심으로 한 표준화기구의 사전 규율 및 당국의 사후 규제가 과도하여 기술개발 및 혁신의 유인을 저해한다고 주장할 수 있는 반면, supply chain의 하방시장에서 주로 제조·판매를 담당하는 업체들은 이러한 주장에 동의하지 않을 수 있다. 이러한 갈등이 지나치게 확대되면 불필요한 소송비용만 초래되고 추가적인 혁신이 정체되게 되어 결국 소비자 후생의 감소로 이어질 우려가 있다. 이러한 부작용을 막기 위해서라도 기술 개발과 유통, 경쟁의 장을 보다 세심하게 설계할 필요가 있다.

사실상 표준에 필수적인 특허와 별도로 상업적으로 중요한 특허 (commercially important patents)도 특허와 경쟁을 둘러싼 세 가지 축 중 하나이다. 상업적으로 중요한 특허는 그 기능에 따라 크게 두 가지로 구분될 수 있는데, 표준에 필수적인 특허는 아니지만 표준필수특허를 보조하는 기능을 하는 특허(supporting-role patents), 하방시장에서 경쟁력 확보를 위해 다른 제품과 차별화되는 기술을 포함하는 특허(starring-role patents)가 있다.⁶³⁾ 전자는 그 자체로 표준을 이루는 기술에 속하지는 않지만(즉 해당 특허의 청구항이 표준기술을 read on 하는 것은 아니나) 기술의 다층구조 하에서⁶⁴⁾ SEP 기술을 보조하는

63) Anne Layne-Farrar, “Moving Past the SEP RAND Obsession: Some Thoughts on the Economic Implications of Unilateral Commitments and the Complexities of Patent Licensing” (2014), 9~10면.

64) 현대의 기술혁신은 보통 이전의 기술혁신의 토대 위에서 추가적인 혁신이 더해지면서

하위기술에 관련한 보조특허이다. 그래서 이들은 라이선스 실무에서도 보통 SEP과 함께 라이선스되는 경우가 많다.⁶⁵⁾ 반면 후자는 차별화특허로서 수직통합 기업이 자신의 제품 차별화를 위해 사용할 용도로 개발·보유되기 때문에⁶⁶⁾ 라이선스되지 않는 것이 보통이다.⁶⁷⁾

이 지점에서 검토하고 넘어가야 할 것이 무엇이 필수적(essential⁶⁸⁾)인가에 대한 논의이다. 앞서 언급한 바와 같이 지금까지 표준화기구를 중심으로 이루어진 논의에 따르면 표준필수특허에서 필수성이란 일반적으로 기술적 필수성을 말한다.⁶⁹⁾ 필수성의 개념에 상업적 필수성을 포함시킬 것인지에 대한 입장은 표준화기구에 따라 다르다. Bekker & Undegrove의 연구⁷⁰⁾에 따르면, 대표적인 10개의 표준화기구 중 2개는 상업적 필수성을 자체 지식재산권 정책의 정의에 명시적으로 포함시킨 반면 1개는 상업적 필수성을 명시적으로 배제하고 있다.

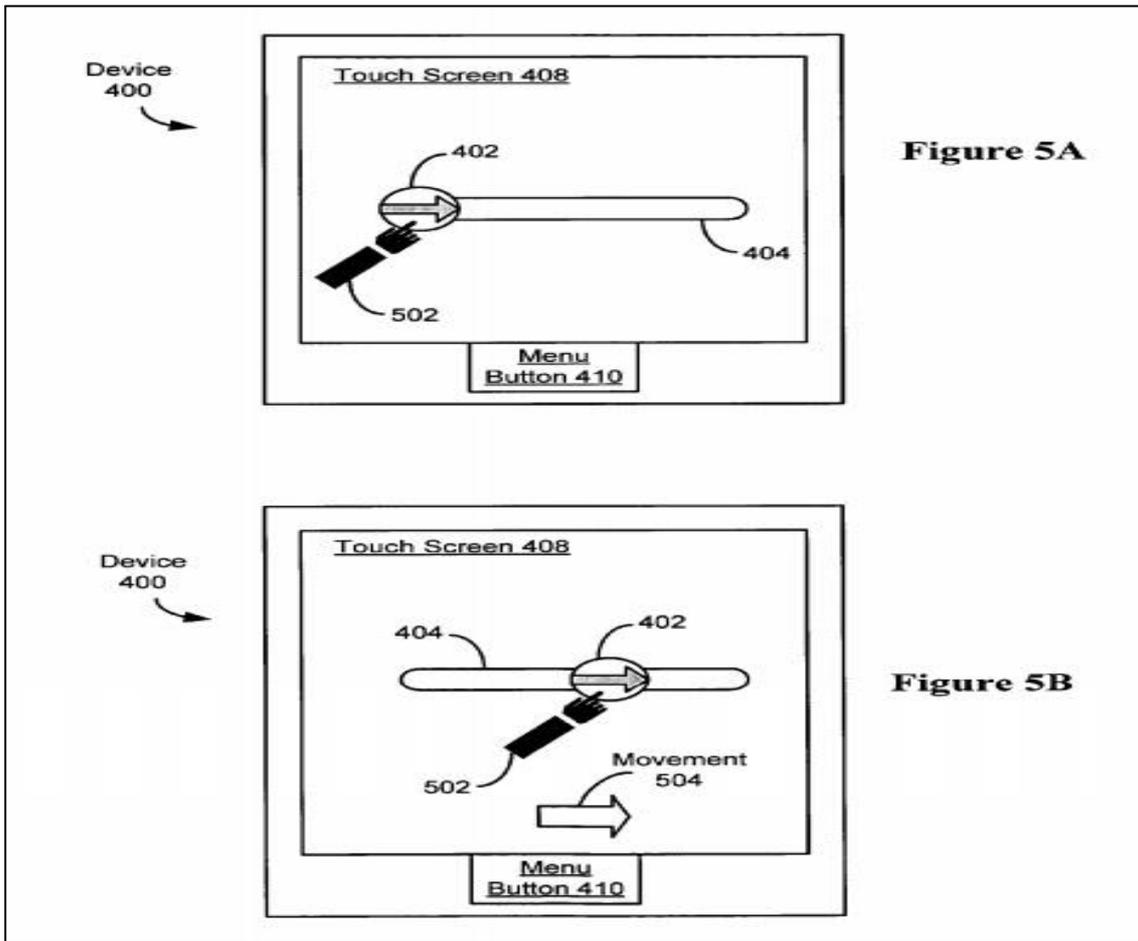
< 이하 표 삽입을 위한 여백 >

이루어지는바, 이는 마치 피라미드의 벽돌을 쌓는 것과 유사하다(Carl Shapiro, Navigating the Patent Thicket: Cross Licenses, Patent Pools, and Standard Setting, in 1 INNOVATION POLICY AND THE ECONOMY 119 (Adam B. Jaffe, Josh Lerner & Scott Stern eds., 2000).

65) 물론 경우에 따라서는 특허권자가 보조특허를 라이선스하는 것을 원치 않을 수 있고 (non-SEP이므로), 이 경우 별도의 구체적인 목록을 만들어 라이선스 대상에서 제외하기도 한다.

66) 발명의 디자인 특징을 보호하는 다수의 디자인 특허(design patents)가 이에 해당한다고 볼 수 있다. 왜냐하면 다른 기업이 해당 디자인 특허를 침해하지 않고 우회하는(design around) 대체기술을 발명할 수 있기 때문이다. 가령 앞서 소개한 삼성-애플 특허 분쟁에서 애플의 “slide-to-unlock” 기술(터치스크린을 밀어서 단말기의 잠금을 해제하는 것)의 경우 당시 애플의 휴대폰을 특징짓는 기능 중 하나인데, 경우에 따라서는 단말기를 해제하는 여러 다른 방식을 고안해낼 수 있기 때문에 차별화특허라고 볼 수 있다.

<그림 4> Apple사의 “Slide to unlock” 특허



* 출처 : US PTO

- 67) 물론 비실시기업(Non-Practicing Entity, NPE)의 경우 차별화특허라고 하더라도 이를 필요로 하는 다른 기업에 실시허락할 수 있다. 그리고 이 경우에는 그 자신의 제품 경쟁력을 위해 보호되어야 한다는 차별화특허의 본질이 일정 부분 희석되기 때문에 NPE의 특허권 행사에 대해서는 보다 주의깊게 들여다볼 필요가 있다는 견해가 있다.
- 68) 영어 단어 ‘essential’의 사전적 의미는 ‘absolutely necessary; extremely important’로서 (Oxford 영영사전), 즉 절대적으로 필요한 것, 극단적으로 중요한 것을 뜻한다.
- 69) 소수의 표준화기구는 상업적으로 필수적인 특허도 SEP으로 포함시키기도 한다(예: IEEE-SA).
- 70) Rudi Bekkers, Andrew Updegrave, “A Study of IPR Policies and Practices of a Representative Group of Standards Setting Organizations Worldwide, Commissioned by the US National Academies of Science, Board of Science, Technology, and Economic Policy (STEP), Project of Intellectual Property Management in Standard Setting Processes 39. table 4 (2012).

<표 5> 주요 표준화기구별 상업적 필수성 포함여부에 대한 입장

표준화기구	상업적 필수성 포함 여부
ITU/ISO/IEC	부정
IEEE	긍정
ETSI	명시적 부정
ANSI	부정
IETF	부정
OASIS	부정
VITA	긍정
W3C	부정
HDMI	부정
NFC	부정

하나의 표준화기구 내에서도 무엇이 표준에 필수적인지 판단하는 작업이 쉬운 일은 아니다. 이에 대하여 다음과 같은 이유들이 제시되고 있다.⁷¹⁾ 첫째, 표준화기구가 회원들로 하여금 특허조사를 요청하는 것이 어렵다. 표준화기관의 특허조사 요청은 법적 구속력이 없는 임의적인 것으로서 해당 회원이 표준 설정 이후에 특허공개의무와 관련된 제재를 받게 되는 것과는 별개로 조사 자체에는 응하지 않을 수 있다. 둘째, 출원 진행 중인 특허의 권리범위가 불확실한 문제가 있다. 출원 공개중인 특허는 이미 공개되어 있기 때문에 조사와 발견이 가능하지만 권리범위가 확정되어 있지 않기 때문에 필수성 판단이 곤란한 경우가 많다. 또한 공개되어 있지 않은 출원에 대해서는 조사 자체가 어렵다. 셋째, 조사 비용과 시간의 문제도 있다. 특허권자 입장에서는 표준의 내용이 확정되기 전에 실시허락을 명시하거나 미공개 특허출원을 공개하게 되면 특허권이 약화되는 위험이 있어 조사 시점을 늦추려는 유인이 있다. 넷째, 특허의 필수성 판단이 어렵다는 점이다. 표준의 설

71) 윤선희, “지적재산권과 표준화의 관계,” 지식재산21(2000. 7.), 61면.

정은 표준안이 구체화될 때까지 의견을 조정하면서 이루어지고, 그러한 과정을 거치며 서서히 필수특허 또는 주변특허로 구분되기 때문에 일도양단으로 분류될 수 있는 성질의 것이 아니다.

한편 과거 미국 DoJ의 business review letters⁷²⁾에서도 필수성(essentiality)의 개념을 엿볼 수 있는 대목이 있다. DoJ는 MPEG-LA 표준(1997년), DVD 표준(1998, 1999년)과 관련된 특허 풀(patent pools)을 평가하기 위해 business review letters를 발간하였는데, MPEG-LA letter에서는 MPEG-2 표준필수특허는 MPEG-2 표준을 준수하기 위해 필수적인(“essential to compliance”) 특허로, DVD letter (1998)에서는 DVD 표준을 준수하기 위해 필요한(“necessary (as a practical matter) for compliance”) 특허로, DVD letter (1999)에서는 DVD 표준을 준수하기 위해서는 해당 특허의 침해가 불가피한(“necessarily infringed”) 또는 현실적으로 대체가 불가능한(“there is no realistic alternative”) 특허를 필수적인 특허로 본 해당 특허 풀의 정의를 승인하였다.

이를 기반으로 Kesan & Hayes⁷³⁾는 필수성의 유형으로서 (1) 핵심적 필수성(core essential, 즉 당해 표준의 핵심 기능을 위해 기술적으로 필수적인), (2) 비핵심적 필수성(non-core essential, 즉 표준의 선택적인 기능을 위해 기술적으로 필수적인), (3) 상업적 필수성(commercial essential, 즉 해당 특허의 청구항이 표준에 기술적으로 필수적이지는 않지만 상업적으로 필수적인 요소를 포함하고 있는)을 제시하고 있다. 이에 따르면, MPEG-2 표준특허 풀의 기준인 “essential to compliance”는 가장 좁은 정의로서 핵심적 필수성을 의미하고, DVD letter (1998)의 “necessary (as a practical matter) for compliance”는 핵심적 필수성과, 비핵심적 필수성뿐만 아니라 잠재적으

72) DoJ는 잠재적인 반독점 이슈를 검토하기 위해 필요한 경우 business review letter를 발행할 수 있다.

73) Jay P. Kesan, Carol M. Hayes, “FRAND’s Forever: Standards, Patent Transfers, and Licensing Commitments,” (2014)

로 상업적 필수성도 포함하는 의미이며, DVD letter (1999)의 “there is no realistic alternative”는 상업적 필수성을 지칭한다.⁷⁴⁾

나아가 이들은 상업적 필수성에 대해서는 다음과 같이 평가하고 있다.⁷⁵⁾ (1) 거의 예외가 없는 시장수요로 인해 경쟁자들도 해당 기능을 필요로 할 수밖에 없는 경우, (2) 특히 상호운용성 측면에서, 상호 운용가능한(compatible) 보완적 제품을 개발하고자 할 경우 해당 기술이 필요한 경우, (3) 비필수 특허(non-essential patents)임에도 불구하고 표준에 포함될 수 있는 경우로서 (3-1) 대체기술 개발에 너무 많은 비용이 들어서 단 하나의 기술만 상업적으로 실현 가능한 경우, (3-2) 특정 기능에 대한 소비자 선호가 너무 큰 나머지 다른 기술로 대체하는 것이 상업적으로 실현 불가능한 경우를 들 수 있다.⁷⁶⁾

이상의 논의를 종합해 볼 때, 표준필수특허와 비표준특허, 사실상 필수적인 특허의 범위를 다음과 같이 나타내볼 수 있다.

먼저, 표준화기구(공적 표준화기구 또는 사실상 표준화기구)의 합의

74) 참고로 지금은 폐지되었지만 과거 「공정거래법 자율준수를 위한 표준화기구의 모범운영기준」에 따르면 ‘필수 지식재산권이란 해당 지식재산권을 침해하지 않으면 표준의 전부 또는 일부를 이용하는 것이 기술적으로 불가능하거나, 기술적으로 가능하더라도 비용, 성능 등을 고려할 때, 이용이 현실적으로 불가능한 경우의 지식재산권을 의미한다’고 규정하였는데, 문언상 의미를 고려할 때 필수성에 대하여 기술적 필수성과 상업적 필수성을 모두 고려하고 있었던 것으로 판단된다.

75) 이들은 Google, Microsoft, Research In Motion, IBM사 등 산업계 전문가들로부터 의견을 수렴하여 본 연구를 수행하였다.

76) 이에 대한 학자들의 견해도 다소 차이가 있는 것으로 보인다. Lemley는 “실질적인 측면에서 필요한(necessary as a practical matter)” 특허를 필수적인 특허로, Shapiro는 “표준을 준수하기 위해 필요한(necessary to comply with standard)” 특허를 필수적인 특허로 정의한 바 있다[Mark A. Lemley, Intellectual Property Rights and Standard-Setting Organizations, 90 CALIF. L. REV. 1889, 1892 (2002), Carl Shapiro, Navigating the Patent Thicket: Cross Licenses, Patent Pools, and Standard Setting, in 1 INNOVATION POLICY AND THE ECONOMY 119, 119 - 20].

적 표준 제정 과정을 통해 제정된 표준의 핵심적인 기능을 위해 필수적인(core essential, essential to compliance) 특허는 이론의 여지 없이 표준필수특허(SEP)일 것이다.⁷⁷⁾ 둘째, 해당 표준의 핵심 기능을 위해 필수적이진 않지만 표준의 선택적 기능 수행을 위해 필수적인(non-core essential) 특허가 있을 수 있다. 이는 앞서 DoJ의 DVD letter (1998)에서와 같이 표준 준수를 위해 실질적으로 필요한(necessary (as a practical matter) for compliance) 특허들로서⁷⁸⁾ 필수성(essentiality)에 관한 표준화기구의 접근방식에 따라 SEP으로 인정될 수도 아닐 수도 있는 특허이다. 이러한 특허들은 만약 SEP으로 인정되지 않는다고 하더라도 사실상 필수적인 특허로 인정될 가능성이 크다. 셋째, 해당 특허가 표준의 핵심적인 기능을 위해 필수적이거나 선택적인 기능을 위해 필요하지는 않더라도 현실적으로 대체 불가능한(there is no realistic alternative) 것이라면, 필수성의 범위를 광의로 해석할 때(앞서 DVD letter (1999)에서와 같이) SEP으로 인정될 여지가 있다. 요컨대, 위의 세 가지 특허 종류는 표준화기구에서 제정하는 표준과 관련이 있는 특허들로서 해당 표준화기구가 필수성의 개념을 어떻게 보느냐에 따라 SEP으로 인정될 수도 그렇지 않을 수도 있는 특허들이다. 따라서 이러한 특허들에 대해 SEP 여부를 판단할 때에는 해당 표준화기구의 특수성 해석 방침을 염두에 두어야 한다. 나아가 만약 SEP에 해당되지 않는 경우라도 사실상 필수적인 특허로 인정될 가능성이 크다고 볼 수 있다.⁷⁹⁾

77) 다만 특정 표준 제정 과정에서 특허권자가 SEP에 해당된다고 판단하여 FRAND 약속을 한 특허라고 하더라도, 실제 사후에 특허침해소송과 같은 분쟁 과정에서 해당 특허가 무효인 것으로 판명되거나 청구범위가 표준과 관계가 없어서 결과적으로 SEP이 아닌 것으로 판단되는 경우가 적지 않다. 따라서 단순히 표준 제정 과정에서 특허권자가 해당 특허를 공개했다는 사실만으로 SEP의 지위가 무조건적으로 인정된다고 보기는 어렵다.

78) 앞서 논의한 바와 같이, 비표준특허(non-SEP) 중 상업적으로 중요한 특허(commercially important patents)를 supporting-role patents와 starring-role patents로 구분하는 방식에 따르면 이 특허들은 supporting-role patents라고 볼 수 있다.

79) 다만 성격상 둘 중에서는 두 번째 특허가 세 번째 특허 종류보다 사실상 필수적인 것으로 인정될 가능성이 큰 것이다.

다음으로 표준과는 무관한 특허들이 있다. 수직통합된 특허권자 관점에서 볼 때 자신의 제품 차별화를 위해 개발·보유하는 차별화 특허로서 그 성질상 표준에 친하지는 않지만 시장에서 어느 정도로 받아들여지느냐에 따라 상업적으로는 매우 중요한 의미를 가질 수 있는 특허이다. 이들은 기본적으로 비표준 특허(non-SEP)이지만 상업적 성공여부에 따라서 사실상 필수적인 특허의 지위를 획득할 가능성이 있다. 상업적 성공여부에 대해서 엄밀히 얘기하면 시장수요가 높다는 것 정도에서 그치지 않고, 그러한 압도적인 시장 수요로 인하여 산업 전반에 걸쳐(industry-wide)⁸⁰⁾ 이용이 불가피한 정도에 이르렀다는 의미이다. 즉 어떤 특허기술이 구현된 기능이 특정 제품의 본질적인 기능이라서 시장 내 대부분의 경쟁자가 해당 특허기술의 실시허락 유무에 관계 없이 이를 사용하고 있는 경우⁸¹⁾를 생각해볼 수 있다. 요컨대 비표준 특허도 다 같은 비표준 특허가 아닌 것이다. 그 중에서 소수의 특허는 소비자의 선택, 나아가 경쟁자의 선택을 받아 결과적으로 표준에 이를 정도의 범용성을 갖게 되고 이 경우에는 사실상 필수특허로 인정될 가능성이 크다.

특히 4차 산업혁명 시대에 ICT 산업의 발전과정 및 시장의 급속한 성숙 주기를 고려할 때 이와 같은 현상이 나타날 가능성이 적지 않다. 예컨대, 안드로이드 OS 시스템에 포함된 스마트폰과 같은 모바일 기기 간 또는 모바일 기기와 서버 간 정보 동기화에 관한 특허기술⁸²⁾은 오늘날 모바일 단말기의 본질적인 기능이 되는 것으로서 비단 안드로이드

80) 산업 내 이용이 어느 정도로 되어야 'industry-wide'라고 볼 수 있을지와 관련하여 귀일된 관점은 없으나, 반독점 규정이 일반적으로 60% 이상의 시장점유율의 경우에 시장지배력(dominance)을 인정한다는 점을 고려할 수 있다는 견해가 있다(Layne-Farrar, 앞의 논문(2014) 3면).

81) 특허권자 입장에서 제품 차별화 특허인 경우에 기본적으로 실시허락을 할 유인이 떨어지겠지만 시장 수요가 워낙 큰 경우에는 경쟁업체로서는 일단은 특허침해를 감수하고서라도(추후 소송을 통해 다투거나 합의를 시도하더라도) 해당 기술을 사용할 수밖에 없는 상황이 될 가능성이 크다.

82) Exchange ActiveSunc (EAS) 기술

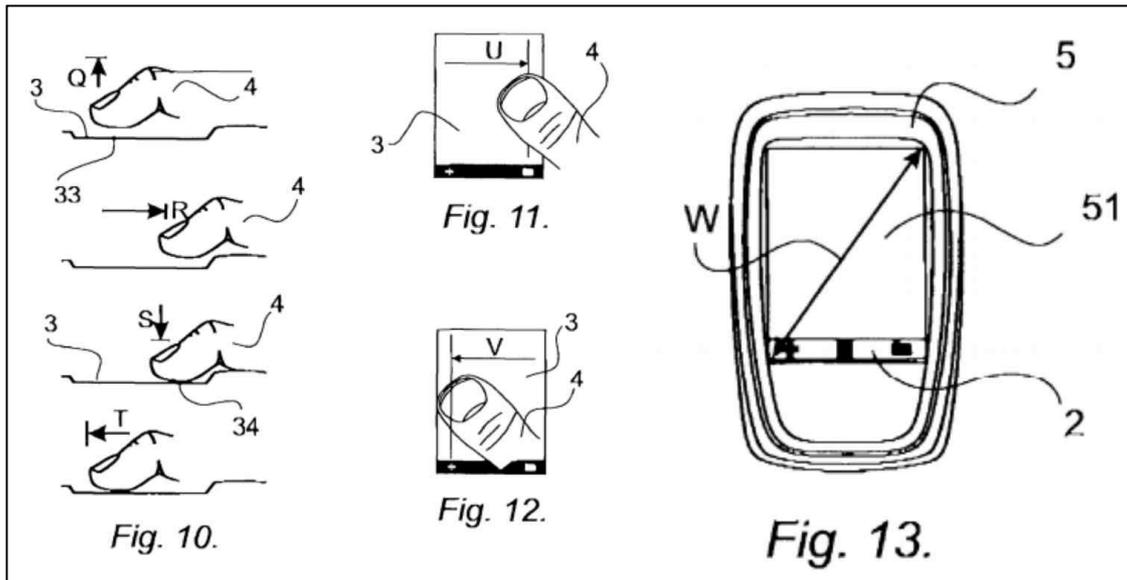
드 스마트폰뿐만 아니라 IoT의 발전에 따라 인접 시장으로까지 방사적으로 영향력을 미치고 있는데, 이러한 기술은 산업 전반에 걸쳐 이용이 불가피한 정도에 이르렀다고 볼 수 있을 것이다. 특히 기술의 발전과 시장의 확대가 모바일 생태계(ecosystem)를 기반으로 이루어지고 있는 4차 산업혁명 시대의 특징을 고려할 때, 이러한 생태계의 근간을 이루고 있는 안드로이드와 같은 운영체제(OS)를 이루고 있는 특허기술들은 표준화의 대상이 아니라고 하더라도 산업 전반에 걸쳐(industry-wide), 나아가 개별 산업을 뛰어넘어(inter-industry) 광범위한 수요를 일으키고 있다. 즉 안드로이드와 같은 OS는 스마트 모바일 기기 시대의 일종의 기반시설(infrastructure)과 유사한 역할을 하고, 여기에 포함된 non-SEP 기술들은 그 인프라를 이루는 원재료와 같은 것으로서 차별화를 위한 기술이라기보다는 사실상 기초(baseline)에 해당한다는 점에서 사실상 필수성을 인정할 수 있을 것이다.

이와 같은 특허들 중에서는 해당 특허의 기술방식에 따라 회피설계가 사실상 불가능하게 되어 있어 사실상 필수적인 것으로 여겨지는 경우도 있다. 가령 앞의 “Slide-to-unlock” 기능과 관련된 애플의 특허의 경우에는 손가락을 움직이는 방향(왼쪽에서 오른쪽) 자체가 정해져 있다. 미국 대법원은 삼성전자가 이러한 애플의 특허를 침해했다는 판결을 내리고 1억 달러에 달하는 배상금 지불을 명령했다.⁸³⁾ 이후 삼성전자는 정해진 경로를 따라 움직여 잠금해제를 하는 것이 아니라 경로가 정해져 있지 않은 잠금해제 기능을 탑재하는 것으로 회피설계를 하여 특허 침해 논란을 벗어날 수 있었다. 그러나 이와 유사한 기능을 구현하는 기술이면서 보다 광범위한 청구범위를 갖고 있는 특허라면 얘기가 달라진다. 스웨덴 기업 네오노드의 특허는 터치 감지 디스플레이와 탭 활성화 아이콘에 관련된 기술로서 애플의 아이폰 X 이후 모델들과 같이 화면을 쓸어올려 잠금을 해제하거나 상단을 쓸어내려 제어센터를 불러오는 기능 등이 모두 자신의 특허 침해라고 주장하고 있다. 이러한 특허라면 앞서 애플의 “Slide-to-unlock” 특허보다 회피하기가 더욱

83) 유럽 법원들의 입장은 다소 차이가 있었다. 런던고등법원에서는 특허침해가 없었다고 판결했고, 네덜란드 헤이그지방법원에서는 애플 특허의 진보성을 부정했으며, 독일 연방대법원에서는 애플 특허를 무효화했다.

어려울 것이며 경우에 따라서는 사실상 필수적인 특허로 여겨질 가능성이 더욱 클 것이다.

<그림 5> 네오노드의 특허(US8095879)



* 출처 : US PTO

요컨대 특허의 구체적 청구범위에 따라서 필수성의 정도가 차이가 날 수 있는바, 이는 애초에 특허 등록이 적절했는지에 대한 비판을 불러일으킬 수 있다. 신규성, 진보성 등 요건에 비추어 특허의 청구범위가 적절했는지에 대한 논란이 있을 수 있기 때문이다. 다시 말해, 특허의 청구범위가 넓어질수록 청구항의 공격력이 강력해져서 다른 사람이 이를 회피설계하기가 어려워지는 반면, 그만큼 청구발명의 신규성이나 진보성을 부정할 수 있는 선행기술의 범위도 넓어지기 때문에 논란의 여지를 남겨놓게 되는 것이다. 실제로 세계 최대의 기술시장으로서 사업자 입장에서 특허 등록이 필수적이라고 여겨지는 미국의 경우 전 세계에서 특허등록이 가장 활발하게 이루어지지만 질이 낮은 특허가 너무 많이 등록되고 있다는 비판이 있어 왔다.⁸⁴⁾ 이러한 문제는 비단

84) Fiona M. Scott-Morton, "The Role of Standards in the Current Patent Wars," Charles River Associates Annual Brussels Conference: Economic Developments in

특허제도의 취지를 몰각하는 데서 나아가, 특허권자로 하여금 발명의 가치와 무관하거나 그것을 과도하게 넘어서는 시장지배력을 보유하게 함으로써 궁극적으로 시장경쟁의 왜곡을 야기하는 결과를 초래하기도 한다.

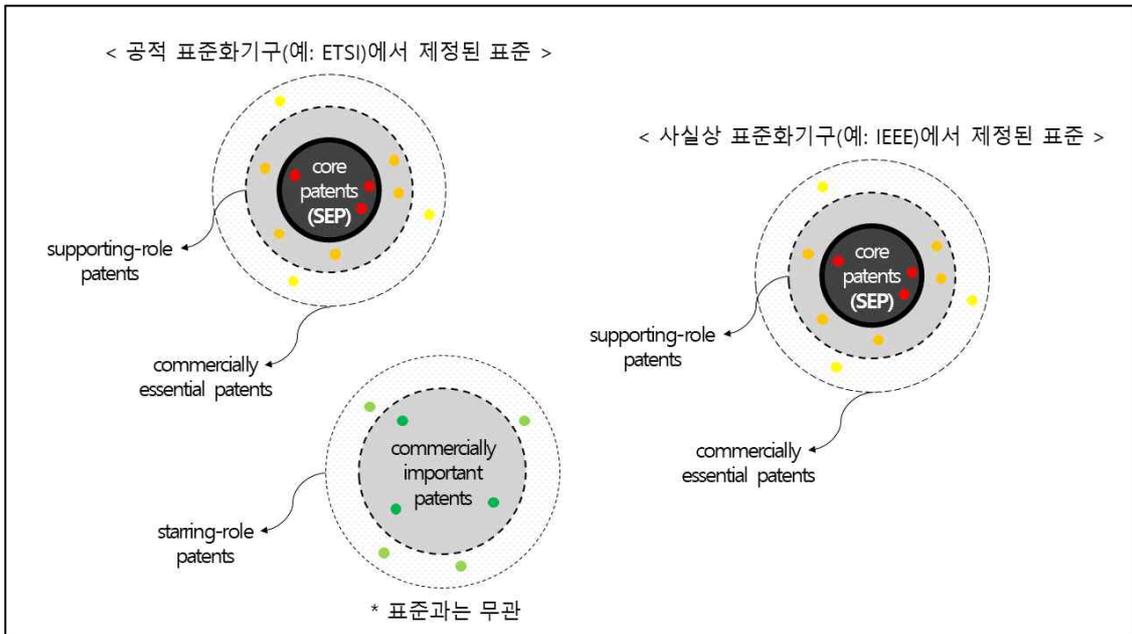
앞서 살펴보았듯이, 이러한 문제는 특허권 남용의 가능성도 제기할 수 있다. 따라서 “①상업적으로 필수적인 특허 → ②시장에서 자유로운 경쟁 과정을 통해 우월한 기술로 인정받은 기술 → ③특허권의 정당한 행사 → ④경쟁법 적용 제외 대상”으로 거의 반 자동적으로 연결되는 주장은 다소 위험한 측면이 있다. 상업적으로 필수적인 특허라고 해서 그 전제가 되는 경쟁과정이 반드시 자유롭고 공정한 경쟁이었다고 볼 수는 없기 때문이다. 앞선 경우와 같이 특허 자체가 신규성·진보성의 측면에서 흠결이 있는 것이 명백하거나 논란의 여지가 있는 경우⁸⁵⁾ 결국 무효사유가 있는 특허권에 기한 권리행사일 가능성이 있다. 그리고 Industry 4.0 환경에서는 관련 시장 자체가 커질뿐더러 범용기술이 인접 시장에도 영향을 미치게 되어 이러한 상황이 더욱 광범위하게 펼쳐질 우려가 있다. 그리고 기술의 발전 속도와 새로운 시장의 성숙 속도가 워낙 빠르기 때문에 당초 기술의 개발 당시에는 미처 예상치 못했던 정도로 큰 영향을 미치게 된다. 따라서 혁신과 반독점 정책은 매우 밀접하게 관련되어 있으며, 특허권의 정당한 행사 여부를 판단함에 있어서도 이러한 구조를 염두에 두고 구체적 사안에 따라 보다 신중을 기할 필요가 있다.

이상의 내용을 도식화하면 아래 그림과 같다.

European Competition Policy (2012).

85) 국가마다 준거법이 다르기 때문에 법역에 따라서 서로 다른 판단이 내려질 가능성이 충분히 있다.

<그림 6> 특허의 종류(SEP, non-SEP, *de facto* SEP)



2. 사실상 필수특허에 대한 규율방안

사실상 필수특허의 규율 필요성은 우선 상호운용성 확보 측면에서 인정될 수 있다. 표준화는 상호운용성의 확보를 위한 가장 중요한 수단이다. 표준화기구에 의한 표준의 경우에는 표준화기구가 상호운용성 확보를 위한 장치를 사전에 정책문서를 통해서 갖출 수 있다. 그러나 사실상 필수특허에 대해서는 경쟁당국이 개입하지 않고는 상호운용성 확보가 사실상 불가능하다. 그러므로 사실상 필수특허 보유자의 경쟁법 위반에 대해서는 강제실시명령이나 과징금을 통한 금전적인 간접강제와 같은 수단을 사용하여 상호운용성을 확보하여야 한다.⁸⁶⁾

또한 사실상 필수특허 보유자의 특허권 행사로 인한 분쟁은 실제로 발생하고 있고, 그것이 시장경쟁에 광범위하고 유의미한 영향을 미치기 때문에 사적 자치의 영역에서 그치는 것이 아니라 공적 집행의 필

86) 최승재, 앞의 논문(2009), 291면.

요성을 불러일으킨다. 특히 Microsoft 사건, MS-Nokia 사건 등에서 보는 바와 같이 ICT 분야에서 그러한 분쟁이 발생할 가능성이 크다는 점에서 동 이슈는 현재 진행형이라고 볼 수 있다. 이하에서는 특히 경쟁법적 관점에서 사실상 필수특허에 대한 규율 가능성을 검토해 보기로 한다.

가. 경쟁법적 규율 가능 여부

먼저, 사실상 필수적인 특허의 개념상 복잡성을 고려하여 이에 대한 경쟁법 집행상의 문제로서 사실상 필수적인지 여부를 사전에 일정한 기준에 따라서 판단할 수 없다는 견해가 있다.⁸⁷⁾ 이에 따르면 사실상 필수특허에 대한 경쟁법 집행을 위해서는 문제된 기술과 대체관계에 있는 기술들을 사후적으로 식별하여 관련시장을 확정하고, 해당 시장에서 문제된 기술이 차지하는 지위를 평가하는 과정을 거쳐야 하는데, 결국 경쟁당국은 물론 분쟁 당사자인 특허권자와 실시자 모두 문제된 특허가 사실상 필수특허인지 여부를 사전에 알기 어려워 법 적용 시 문제가 된다는 입장이다. 이 견해에 따르면, 반대로 표준필수특허의 경우에는 특허권자가 스스로 해당 특허가 표준기술을 구현하는 데 필수적인 것으로 판단하고 FRAND 약속을 제출한 것이므로 원칙적으로 당해 특허가 표준필수특허에 해당하는지 여부가 다투어질 여지도 없이 명확하다. 즉 합의적 표준의 경우에는 대상이 되는 특허에 대해 경쟁법을 적용함에 있어서 유용하고 명확한 사전적 판단기준이 존재한다는 입장이다.

표준화기구의 표준선정과정을 매개로 한 합의적 표준, 즉 표준필수특허의 경우 표준화기구의 IPR 정책 상 특허권자로 하여금 해당 특허의 사전 공개를 요구하고 있으므로 법적용 대상이 사전적으로 특정된다는 견해는 일견 타당하다. 나아가 이러한 과정을 전제로 하지 않는

87) 이호영, 앞의 논문(2016).

사실상 필수특허와의 대비를 위해서 법적용상 차별점을 제시하고자 하는 취지 역시 이해할 만 하다. 그러나 몇 가지 간과되어서는 안 될 지점에 대해서 지적하고 넘어가고자 한다.

첫째, 실무상 특허권자가 사전에 선언한 특허가 반드시 해당 표준에 필수적인 특허가 아닐 수도 있다. 무엇보다도 무엇이 표준에 필수적인 특허인지 식별하는 작업 자체가 상당히 어려울뿐더러 주관이 개입될 여지도 있다. 앞서 살펴보았듯이 필수성에 대한 판단 기준이 다양하게 존재하다는 점, 문제가 된 표준기술명세와 수많은 특허의 청구항들을 하나하나 비교·분석하여 필수성을 판단하는 것은 특허권자에게도 쉬운 일이 아니기 때문이다.⁸⁸⁾ 또한 표준선정과정에 참여하는 특허권자로서는 자신이 보유한 최대한 많은 특허가 해당 표준에 필수적이라고 선언할 유인이 있을 수 있다. 이러한 소위 특허권자의 과다선언 경향(over-declaration)은 표준 선정과정의 정치적 성격과 관련하여 실제로 발생하고 있는 문제이다. 연구에 따르면, 3G 이동통신 표준인 W-CDMA와 CDMA-2000에 필수적이라고 선언한 7,796개 특허 및 특허청구 중 실제로 표준필수적인 특허는 약 21%에 불과한 것으로 나타났다. W-CDMA에 필수적으로 선언된 752개 특허 중 약 90%인 672개 특허는 표준화기구 전체 구성원의 단 4%에 불과한 12개 회사가 보유하고 있었다.⁸⁹⁾ 나아가 표준 선정 이후 SEP을 둘러싸고 벌어지는 특허침해소송 등 분쟁 과정에서 무효이거나 표준에 필수적이지 않다고 최종 판명되는 경우도 적지 않다. 실제로 이와 같은 특허 소송에서 46%의 특허가 유효하지 않은 것으로 판단되었다는 통계도 있다.⁹⁰⁾

88) Fully identifying all genuinely “essential” patents is generally a very difficult task, for a number of reasons. ... Second, even after a standard has been defined, it can be a subjective judgment as to whether a particular patent’s claims match the technical specifications of a standard... (Anne Layne-Farrar (2014) 10면).

89) Goodman & Myers, “3G Cellular Standards and Patents,” IEEE WirelessCom (2005).

90) Mark A. Lemley & Carl Shapiro, “Probabilistic Patents,” 19 J. ECON. PERSP. 75, 80 (2005).

둘째, 특허남용행위에 대한 경쟁법의 적용에 있어서 SEP인지 아닌지 여부가 절대적인 기준이 되는 것은 아니다.⁹¹⁾ 표준에 필수적인 특허라고 해서 남용행위를 판단의 전제가 되는 시장지배력이 추정되는 것은 아니며, 별도로 해당 SEP이 관련시장에서 시장지배력이 있음이 입증되어야 하기 때문이다.⁹²⁾ 즉 비록 표준화기구를 통해 선정된 표준이라고 하더라도 해당 표준기술의 응용 및 시장화 단계에서 그 전에는 미처 발견하지 못했던 기술적, 현실적인 이유로 해당 표준이 광범위하게 채택되지 않는 경우가 있을 수 있다. 나아가 이를 대체할 새로운 표준이 개발되는 경우 기존 표준 및 SEP의 시장지배력을 인정하기 더욱 어려워질 것이다.

요컨대, 사실상 필수특허에 대하여 경쟁법 적용이 곤란한 점으로서 사실상 필수특허 개념 및 범위의 불명확성 내지는 사전적으로 특정하기 어렵다는 점을 드는 견해는 몇몇 문제점이 존재한다. SEP의 경우도 이러한 문제가 없다고 볼 수 없으며, SEP과 non-SEP의 구분이 남용행위의 유무를 결정짓는 잣대가 되지는 않기 때문이다.

따라서 사실상 필수특허의 권리행사도 다른 특허권의 행사와 마찬가지로 특허권의 정당한 행사를 넘어서는 경우 경쟁법적으로 규율이 가능하다. 공정거래법 제59조⁹³⁾ 역시 특허권 등의 ‘정당한’ 행사에 대하

91) 물론 표준화기구에서의 합의적 표준제정과정 그 자체로부터 비롯되는 행위 유형(가령 (1) 표준기술 선정을 위한 협의 과정에서 각종 거래조건에 부당하게 합의하는 행위, (2) 표준기술로 선정될 가능성을 높이거나 실시조건의 사전 협상을 회피할 목적 등으로 부당하게 자신이 보유한 관련 특허 정보를 공개하지 않는 행위 등)의 경우에는 별도로 시장력을 입증할 필요 없이 그 행위 자체의 위법성을 판단할 수 있을 것이다.

92) 지식재산권이 그 보유자에게 특정 상품 내지 제조과정에 대하여 배제적 권한을 부여했다고 하더라도 해당 특허권자가 시장력(market power)을 행사하지 못하도록 하는 충분히 밀접한 잠재적 대체제가 존재할 경우 시장력의 존재를 추정할 수 없다(Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property, Sec. 2.2.). 미국 연방대법원은 Illinois Tool Works v. Independent Ink, Inc. 사건에서 특허가 반드시 그 보유자에게 시장력을 부여하는 것은 아니며 해당 특허권자가 관련 시장에서 시장력을 가지고 있음이 입증되어야 한다고 판시한 바 있다.

여 공정거래법의 적용이 제외된다고 규정하고 있으므로 특허권 등의 ‘정당하지 않은’ 행사에 대해서는 여전히 공정거래법의 적용이 가능하다. 간혹 이러한 적용제외규정에 대한 몰이해로 인해 특허권의 행사에 대해서는 ‘원칙적으로’ 공정거래법을 적용해서는 아니 되고, 예외적으로 표준필수특허에 대해서만 FRAND 의무가 주어지기 때문에 그 외에 사실상 필수특허를 포함한 비표준 특허에 대해서는 당연히 공정거래법을 적용할 수 없다는 주장들도 종종 보인다. 그러나 특허권을 비롯한 지식재산권에 대해서는 ‘혁신 촉진’이라는, 경쟁법 제도와 공통적으로 추구하는 목표가 있다는 점을 존중하여 문제된 시장지배력이 지식재산권에 근거한 경우 일정한 정도의 예양(comity)을 부여하는 것이지 경쟁법의 원리를 무조건적으로 배제하겠다는 것은 아니다. 지식재산권 심사지침도 “이러한 법 제59조의 규정에 따른 지식재산권의 정당한 행사라 함은 관련 법률에 따라 허여받은 지식재산권의 배타적 사용권 범위 내에서 행사하는 것을 말하며, 이러한 경우에는 법 제59조의 규정에 따라 이 법의 적용이 배제된다. 그러나 외형상 지식재산권의 정당한 행사로 보이더라도 그 실질이 지식재산 제도의 취지를 벗어나 제도의 본질적 목적에 반하는 경우에는 정당한 지식재산권의 행사로 볼 수 없어 이 법 적용 대상이 될 수 있다. 아울러 지식재산권의 행사가 정당한 것인지 여부는 특허법 등 관련 법령의 목적과 취지, 당해 지식재산권의 내용, 당해 행위가 관련 시장의 경쟁에 미치는 영향 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 판단한다.”고 규정함으로써 지식재산권의 행사에 대한 일반적 심사원칙을 다시 한번 강조하고 있다.

물론 실제 남용행위로 판단될 가능성이 얼마나 높은가는 또다른 문제다. 남용행위 여부를 판단함에 있어서 표준필수특허의 경우 특허권자 등 당사자간 합의를 통해 특정 기술을 표준으로 선정함으로써 해당 기술시장에서 독점적 지위를 부여한 것이므로 여타 특허권의 행사와는 달리 보다 엄격한 기준을 적용하고 있다는 것은 앞서 살펴본 바와 같다. 즉 표준필수특허의 경제적 가치는 인위적인 표준 설정 이후로 급

93) 이 법의 규정은 저작권법, 특허법, 실용신안법, 디자인보호법 또는 상표법에 의한 권리의 정당한 행사라고 인정되는 행위에 대하여는 적용하지 아니한다.

격하게 올라가는 것이므로 시장에서 자유로운 기술 경쟁을 통해 획득한 경제적 가치에 비해서는 다른 취급이 주어지는 것이 합리적이다.⁹⁴⁾

아울러 표준 설정에 참여하여 자신의 특허를 공개하는 것은 특허권자의 자율적, 전략적 선택의 결과이다. 표준에 참여하지 않고 기술 경쟁을 하는 것보다 표준 참여로 인해 사후적으로 자신의 특허가치를 증대시키는 것이 더 큰 이익을 가져다 줄 것이라는 판단이 있기 때문에 표준화기구의 IPR 정책이 요구하는 FRAND 확약을 기꺼이 감수하는 것이다. 그렇기 때문에 표준 제정과정에서 일종의 공유재산으로 변모하게 되는⁹⁵⁾ SEP의 남용행위에 대해서는 보다 엄중한 제재가 주어지는 것이 법리상 자연스럽다. 그러나 사실상 필수특허의 경우에는 (그것이 성질상 표준화에 친하지 않든 그렇지 않든 간에) 개별 특허권자가 자신의 재산(특허)을 독점·배타적으로 사용·수익화하겠다고 판단하여 개별적으로(합의적 표준의 경우와 같이 공동의 표준화 노력과는 대비되는) 자원을 투입하여 시장에서 그 가치가 상승한(appreciation) 것이므로 SEP의 경우에서와 같이 비교적 수월한 남용행위 판단이 수반되는 않는다. 요컨대, 표준필수특허와 사실상 필수특허가 경제적 가치를 증대시키는 과정에 있어서 보이는 차이점은 남용행위 판단의 수월성에 영향을 미치는 것은 사실이지만 사실상 필수특허에 대한 경쟁법 적용 자체를 가로막는 것은 아니다.

그렇다면 사실상 필수특허는 어떠한 수준으로 경쟁법적 규율이 가능할 것인지 살펴보는 것이 본 연구의 주요 목적이다. 시장이용의 정도 및 시장에 대한 효과의 유사성에 기대어 표준필수특허와 동일한 판단 기준을 적용할 수 있다는 견해가 있는가 하면, 해당 기술이 필수적인

94) US DoJ & PTO, "Policy Statement on Remedies for Standards-Essential Patents subject to Voluntary F/RAND Commitments 6 (2013).

95) 표준 선정과정에서 자신의 특허를 '공개'하고 표준 선정 이후 willing licensee에게 자신의 특허를 '실시허락'할 것을 약속하는 과정을 통해 자신의 사유재산(특허기술)을 존속기간 동안 독점적, 배타적으로 사용할 권리를 포기하는 것과 마찬가지로 볼 수 있다.

지위에 오르게 된 과정에 초점을 맞춰 표준필수특허와 같은 판단기준을 적용할 수 없다는 견해도 있다. 이러한 견해의 대립은 ICT 산업의 두 거대 기업인 Google과 Apple이 2012년 미국 상원 법사위에 각각 제출한 서한을 통해서 잘 드러난다. 먼저 Google에 따르면, 표준화기구의 협력적 표준 설정 과정을 통해 제정되는 표준이 중요한 역할을 수행하고 있지만, 한 기업이 일방적으로 사적 기술(proprietary standard)을 공개하고, 다른 기업이 이 기술을 자신의 제품에서 사용하기 위해 보완적인 투자(complementary investment)를 하는 경우에도 상호운용성(interoperability)과 소비자 후생의 측면에서 공적 표준과 동일한 효과가 있으므로 이러한 *de facto* standard의 남용 우려도 SEP과 마찬가지로 고려되어야 한다.⁹⁶⁾ 이에 반해 Apple에 의견에 따르면, 표준기술은 서로 다른 기기가 동일한 핵심 기능을 갖도록 함으로써 상호운용성을 촉진하는 것이지만, 비표준 기술은 이러한 기기들을 차별화하고 경쟁을 촉진하며 혁신을 불러일으킨다. 따라서 non-SEP에 SEP과 동일한 규율을 적용하는 것은 혁신과 소비자후생을 저해할 우려가 있다.⁹⁷⁾

96) “While collaborative [Standards Setting Organizations (SSOs)] play an important part in the overall standard setting system, and are particularly prominent in industries such as telecommunications, they are not the only source of standards. Indeed, many of the same interoperability benefits that the FTC and others have touted in the SSO context also occur when one firm publishes information about an otherwise proprietary standard and other firms then independently decide (whether by choice or of necessity) to make complementary investments to support that standard in their products. ... Because proprietary or *de facto* standards can have just as important effects on consumer welfare, the Committee’s concern regarding the abuse of SEPs should encompass them as well.”

97) “The capabilities of an iPhone are categorically different from a conventional phone, and result from Apple’s ability to bring its traditional innovation in computing to the mobile market. Using an iPhone to take photos, manage a home-finance spreadsheet, play video games, or run countless other applications has nothing to do with standardized protocols. Apple spent billions in research and development to create the iPhone, and third party software developers have spent billions more to develop applications that run on it. The price of an iPhone reflects the value of these nonstandardized technologies – as well as the value of the aesthetic design of the iPhone, which also reflects immense study and development by Apple, and which is entirely unrelated to standards.”

이하에서는 이 두 가지 견해와 그 논거를 구체적으로 살펴보고, 나아가 적용 가능한 규율방안을 제시해 보도록 한다.

나. 표준필수특허와 동일한 판단기준 적용 가능성

이 견해는 사실상 필수특허를 SEP과 기본적으로 동일선상에 놓고 규율해야 한다는 입장이다. 그 논거로는 크게 다음과 같이 두 가지가 제시되고 있다.

(1) 사실상 필수특허에 대하여 일방적 FRAND 확약이 주어진 경우

첫째, 사실상 필수특허이지만 일방적으로(unilaterally) FRAND 확약이 주어진 경우이다. FRAND 확약은 표준화기구에서의 표준화 과정에서 이루어지는 것이 일반적이지만 현실에서는 표준화기구 밖에서도 특허권자의 일방적인 FRAND 확약이 이루어지기도 한다.⁹⁸⁾ 이러한 확약을 함으로써 시장 내 다른 참여자들이 해당 특허기술을 사용하도록 유도하고 결과적으로 자신의 특허가 사실상 필수특허의 지위를 획득하도록 하는 효과가 있기 때문이다. 특히 오늘날 기술 집약적인 혁신시장은 생태계(ecosystem)간 경쟁이 이루어지고 있고 상호운용성(interoperability)이 중요하다는 점에서 기업들은 한편으로 경쟁(competes)하면서 한편으로는 협력(cooperates)하는 전략을 취하는 경우가 많다.⁹⁹⁾ 즉 사실상 표준을 형성하고자 하는 특허권자는 해당 특허기술의 이용률을 높이기 위해 자발적으로 FRAND 확약을 함으로써 다

98) Nadia Soboleva & Lawrence Wu, “Standard Setting: Should There Be a Level Playing Field for All FRAND Commitments?” CPI Antitrust Chron. 4 (Oct. 2013).

99) 이러한 현상을 일컬어 “coopetition”라고 하기도 한다.

른 시장 참여자와 협력을 추구한다. 이러한 자발적 FRAND 약속은 표준화기구에서 행해지는 것과 유사한 효과로서 필수적인 특허의 라이선스를 촉진하는 반면, 또다른 대체기술의 개발유인을 낮추고 경쟁하는 (competing) 사실상 표준기술의 출현을 막는 효과가 있다. 요컨대 자발적 FRAND 약속의 협력적이면서 동시에 경쟁제한적 효과는 표준화기구를 통한 FRAND 약속의 효과와 동일하다는 점이다.

예를 들면, Sun Microsystems는 2005년 소프트웨어 개발자들이 자신의 OpenSolaris 프로젝트에 잘 참여하지 않는 현상을 맞이하여 자신의 1,600여 특허를 주장하지 않겠다고 선언한 바 있다. Microsoft도 이와 유사한 이유(즉 자신의 생태계를 견고하게 구축하고자 하는 목적으로)로 2006년 자신의 특허를 FRAND 조건으로 제공할 것을 약속하였다.¹⁰⁰⁾

이와 같이 표준화기구 ‘밖에서’ 특허권자가 일방적으로 행하는 FRAND 약속으로 인해 형성되는 사실상 시장 표준 역시 공식적 표준과 마찬가지로 심각한 고착효과(lock-in effect)를 야기하며, 따라서 SEP과 동일하게 특별한 규제가 정당화된다.¹⁰¹⁾ 이 견해에 따르면, 고

100) Microsoft will generally license patents on its operating system inventions (other than those that differentiate the appearance of Microsoft's products) on fair and reasonable terms so long as licensees respect Microsoft's intellectual property rights. . . . Microsoft is committed to supporting a wide range of industry standards in Windows that developers can use to build interoperable products. Microsoft is committed to contributing to industry standard bodies as well as working to establish standards via ad hoc relationships with others in the industry. (Press Release, Microsoft Corp., Windows Principles: Twelve Tenets to Promote Competition (July 2006))

101) Patent holders sometimes make RAND commitments outside the formal standard-setting process to encourage other firms to adopt their technology.⁸ The goal may even be to make their patents part of the de facto market standard.⁹ Such de facto market standards can create lock-in effects just as severe as formal standards, thus equally justifying any special rules. (Einer Elhauge, "Treating RAND Commitments Neutrally" *Journal of Competition Law & Economics*, 11(1) 1-22 (2015))

착효과가 발생하는 데는 특허가 표준화기구를 통해 표준필수특허가 된 것인지 표준화기구 없이 사실상 필수특허가 된 것인지와는 무관하다. 만약 어떤 사실상 필수특허를 우회하는 것이 상업적으로 실현가능하지 않다면(commercially unfeasible) F/RAND 확약 위반은 (필수적 지위 획득) 이전의 경쟁(*ex ante* competition)적 수준의 특허가치(가격)를 (필수적 지위 획득) 이후의 독점(*ex post* monopoly)적 수준의 특허가치(가격)로 변화시키는데, 이는 표준필수특허의 경우와 다르지 않다. 다시 말해, F/RAND 확약 위반으로 인한 특허역류 및 경쟁제한효과는 그 확약이 표준화기구를 통해 이루어진 것인지, 그렇지 않은 것인지 여부와 관계 없이 동일하다는 관점이다.

여기에서 고착효과는 높은 전환비용 때문에 소비자가 기존 제품에 고착되는 상황을 일컫는다.¹⁰²⁾ 고착효과가 없으면 소비자가 특정 제품에서 다른 제품으로 전환할 때 해당 제품의 가격만을 지불하면 되지만, 고착효과가 있는 경우 해당 제품의 가격 외에도 새로운 시스템에 대한 학습비용과 같은 전환비용(*switching cost*)을 야기하게 된다. 기업 입장에서는 소비자들이 자신의 제품에 고착효과를 갖는다면 새로운 제품으로의 혁신이나 가격 인하 없이도 기존 고객의 이탈을 막을 수 있다. 표준화는 이러한 고착효과를 가속화할 우려가 있기 때문에, 사실상 필수특허를 보유한 기업은 고착효과를 매개로 혁신을 소홀히 하거나 가격을 인상할 우려가 있다고 볼 수 있다.

특허역류(*hold-up*)와 관련하여서는, 사실상 필수특허 역시 다른 특허 기술로의 회피가 사실상 어렵기 때문에 특허권자와 실시권자 사이에 힘의 불균형이 발생하게 된다. 결국 사실상 필수특허를 보유한 자는 실시권자에게 과도한 실시료나 기타 부당한 조건을 부과하는 등 특허역류 행위를 할 능력이 주어지게 된다. 따라서 사실상 필수특허권자도 표준필수특허권자와 마찬가지로 특허역류를 통해 시장경쟁을 제한할 우려가 있다.

102) 윤기호 외, 앞의 논문(2010), 41면.

이와 같이 사실상 필수특허의 고착효과와 표준필수특허의 고착효과 사이에는 근본적인 차이가 없다고 볼 수 있는데, 사실상 필수특허는 표준필수특허권자에게 일반적 명시적으로 요구되는 FRAND 의무와 같은 제어장치가 없기 때문에 특허권 남용의 유인이 오히려 더욱 크다는 것도 표준필수특허와의 동일한 판단기준이 요구된다는 주장의 근거가 된다.

하나의 가상의 사례로서 통신 프로토콜의 경우를 예로 들어 보면,¹⁰³⁾ “host”와 “terminal”은 상호 간 통신을 위해 같은 프로토콜을 필요로 한다. host의 제조업체는 상호운용성을 높이기 위해 terminal 제조업체들이 자신과 같은 프로토콜을 도입하도록 할 강한 유인이 있을 것이다. 따라서 host 제조업체가 관련 프로토콜에 대한 특허기술을 개발한다면 해당 특허 라이선스를 F/RAND 조건으로 제공할 것이라는 약속을 통해 terminal 제조업체를 유인하려 한다. 만약 이러한 F/RAND 확약이 없다면 terminal 제조업체들은 host 제조업체의 프로토콜을 도입하려 하지 않을 것이다. 왜냐하면 host 제조업체가 고착효과 발생 이후 높은 실시료를 요구할 가능성을 우려하기 때문이다. 이러한 hold-up 상황을 피하기 위해 terminal 제조업체들은 비록 기술적으로 열등하더라도 다른 프로토콜 기술을 사용하게 되는데, 이러한 선택은 결국 상호운용성을 감소시켜 전체적으로 볼 때 기술적으로 열등한 상태로 이끌 것이다. 이러한 상황을 막기 위해서는 host 제조업체로 하여금 자발적인 F/RAND 확약을 지키도록 하고, terminal 제조업체로 하여금 그러한 억제효과를 신뢰하여 host의 특허기술을 사용하게끔 하는 제도적 장치(경쟁법적 규제)가 필요한 것이다.

이 입장에 따르면 표준필수특허에 대한 규제의 이유로서 그것이 표준화기구에서의 수평적인 합의(horizontal agreement)의 산물이기 때문

103) Einer Elhauge, “Treating RAND Commitments Neutrally” *Journal of Competition Law & Economics*, 11(1) 1-22 (2015) 6면.

이라는 주장은 설득력이 없다. 왜냐하면 고착효과를 야기하는 것은 F/RAND 확약이지 수평적으로 조직되어 있었는지(공동행위) 여부가 아니기 때문이다. 즉 고착효과와 이로 인한 경쟁제한효과는 수평적 합의의 결과로 발생하는 것이 아니라 F/RAND 확약 위반, 즉 단독행위(unilateral act)로 인해 발생하는 것이다.

또한 성공적인 표준에 반드시 필수적인(truly essential) 특허는 본질적으로 시장력을 가지고 있다는 반대 측의 주장 역시 맞지 않다. 표준에 필수적인지 여부가 반드시 시장력을 가져다주는 것은 아니며 표준화기구가 필수성을 어떻게 정의하고 있는지, 표준의 변경 가능성이 있는지, 해당 표준이 실제로 상업적인 관점에서 얼마나 필수적인지 여부가 중요하기 때문이다. 아울러 hold-up 문제는 단순히 해당 특허가 진정으로 필수적이기 때문에 발생하는 것이 아니며 특허권자가 해당 특허를 상업적으로 필수적이게 만드는 고착효과 이후에 F/RAND 확약을 지키지 않음으로써 비로소 발생하는 것이다.

뿐만 아니라, 상업적으로 필수적인 특허의 범위를 결정하는 것은 어려운 작업이라는 주장도 표준필수특허의 경우에도 마찬가지로 어려움이 있다는 점에서 적절한 논거가 되지 못한다. 즉 표준필수특허의 경우에도 표준화기구마다 필수성에 대한 정의가 다르고, SEP의 구체적인 범위 역시 고정된 것이 아니기 때문에 이러한 상황에서는 고착효과가 발생하지 않을 수도 있고, 그리하여 표준이 상업적으로 필수적이지 않다면 *ex ante* competition의 *ex post* monopoly로의 전환 역시 이루어지지 않을 것이다. 즉 F/RAND 확약 위반에 대한 적절한 경쟁법적 규제를 위해서는 표준화기구의 개입 여부와 관계없이 상업적¹⁰⁴⁾ 필수성에 대한 조사가 필요하다는 것이다.

104) 이상의 논의에서 ‘상업적으로 필수적인(commmercially essential)’의 의미는 협의의 ‘시장에서’라는 의미보다는 ‘표준에 필수적인(standard essential)’과 대별되는 의미로서 ‘실질적으로’라는 의미로 이해할 때 이해가 더욱 빠를 수 있다.

(2) 표준필수특허권자와의 협상력 차이가 존재할 우려

지금까지 살펴본 바와 같이, 이상의 논의를 배경으로 할 때 특허는 표준화기구를 통한 표준필수특허, 자발적 확약으로 비롯된 사실상 필수적인 특허, 그밖에 상업적으로 중요한 특허로 구분할 수 있다. 오늘날 ICT 산업에서 이 세 가지 유형의 특허는 복잡한 기술의 총체인 하나의 제품 내에서 서로 유기적으로 연결되어 있는 기능을 수행하기 위하여 서로 밀접한 관련이 있다. 따라서 이들은 현실에서 각각 별도로 라이선스되기보다는 하나의 특허 묶음으로 묶여서 거래되는 경우가 많다.

한 연구에 따르면, 노트북 컴퓨터를 이루고 있는 250여개의 표준 중에서 44%(112개)는 사실상 표준화기구를 통해 개발된 표준, 36%(90개)는 공적 표준화기구를 통해 제정된 표준이며, 나머지 20%(49개)는 개별 기업이 자체적으로 개발한 표준이라고 한다.¹⁰⁵⁾ 이와 같이 오늘날에는 하나 제품 내에도 수많은 특허가 포함되어 있으며(소위 “一物多特許”), 이러한 특허는 해당 제품을 개발·생산하는 여러 기업들이 분산하여 소유하고 있는 경우가 많다. 가령 5G 통신기술특허의 경우 각국의 주요 모뎀칩 제조사들이 모두 각기 많은 수의 특허를 보유하고 있다.

< 이하 표 삽입을 위한 여백 >

105) Brad Biddle, Andrew White & Sean Woods, “How Many Standards Un a Laptop? (And Other Empirical Questions)”, in INT’L TELECOMM. UNION, PROCEEDINGS OF THE 2010 ITU-T KALEIDOSCOPE ACADEMIC CONFERENCE: “BEYOND THE INTERNET?—INNOVATIONS FOR FUTURE NETWORKS AND SERVICES” 123 (2010).

<표 6> 5G 특허 보유현황

Ranking	Firm	Country	5G Declared Patent Families
1	Huawei	China	2,160
2	Nokia/Alcatel	Finland/France	1,516
3	ZTE	China	1,424
4	LG	Korea	1,359
5	Samsung	Korea	1,353
6	Ericsson	Sweden	1,058
7	Qualcomm	U.S.	921
8	Sharp	Japan	660
9	Intel	U.S.	618

* 출처: IPLytics (2019)

오늘날 ICT 관련 특허 보유 지형이 이와 같다면 특허 라이선스 협상과 관련하여 다음과 같은 상황이 발생할 가능성이 크다. 첫째, 자신의 특허기술만 사용해서는 ICT 제품을 개발·판매하는 것이 사실상 불가능하기 때문에 다른 회사(경쟁사업자 등)의 특허의 사용권을 얻는 것이 불가피하다. 둘째, 협상 대상이 되는 특허의 수가 워낙 많아 개별 특허 하나 하나에 대하여 별도의 협상을 벌이는 것이 아니라 서로 가지고 있는 특허 전체를 놓고 한꺼번에 주고받는 교차 라이선스(cross-license)¹⁰⁶⁾ 협상이 주를 이루게 된다. 셋째, 사용권을 얻어야 하

106) 상호실시허락(cross license)이란 복수의 특허권자가 각각 보유하는 특허에 대하여 서로 실시를 허락하는 협정으로 특허 특허 분쟁과정의 합의 수단으로 이용되는 경우가 많다. 이러한 상호실시허락은 특허풀에 비해 연관된 사업자의 수가 적고, 운영방식 또한 덜 조직적인 특성을 갖는다. 그러나 기술이용의 촉진과 거래비용 절감 등의 친경쟁적 효과에도 불구하고 사업자간 공동행위, 제3의 경쟁사업자 배제 가능성 등으로 인해 경쟁을 저해할 우려가 있다는 점에서 특허풀과 상당한 공통점이 있다. 따라서 특허풀과 관련된 이 지침의 4. 가. (1), (2), (3) 등의 규정은 상호실시허락을 통한 행위가 특허권의 정당한

는 특허의 유형은 표준필수특허에만 국한되는 것이 아니라 사실상 필수특허를 비롯한 비표준특허도 다수 포함되어 있다. 넷째, 회사마다 특허 포트폴리오가 상이하기 때문에 어떤 회사는 표준필수특허를 주로 보유하고 있는 반면, 어떤 회사는 사실상 필수특허가 협상의 주무기가 되는 경우도 있다.

이 때 주로 표준필수특허를 보유한 기업이 특허 포트폴리오가 주로 사실상 필수특허로 구성되어 있는 기업과 라이선스 협상을 하는 경우 사실상 필수특허 보유자는 표준필수특허 보유자가 침해금지청구를 행사할 수 없다는 제한 하에 있다는 점을 이용하여 자신의 특허 실시 대가로 높은 실시료를 요구하거나 상대방의 특허에 대하여 FRAND에서 크게 벗어난 실시료를 요구할 수 있다. 표준필수특허 보유자는 FRAND 제약 하에 있기 때문에 이러한 요구에 대하여 대항할 수 있는 수단이 마땅치 않게 된다.¹⁰⁷⁾ 사실상 필수특허를 보유한 기업이면서 자발적인 FRAND 확약을 하지 않은 자 혹은 자발적인 FRAND 확약을 하지 않았지만 이를 강제할 수 있는 사후적 제재수단이 없어 그 확약을 자유롭게 파기할 수 있는 자 모두 이러한 전략을 취할 수 있다. 이렇게 되면 표준특허권자와 사실상 필수특허 보유자 간 동등한 협상의 장이 성립하지 않아 경쟁이 제한될 여지가 있다. 결국 정식으로 공동의 표준화 작업에 참여한 기업들의 상대적 협상력이 그렇지 않은 기업들에 비해 약해지는 결과가 초래됨으로써 합의적 표준화 과정 자체에 대한 참여가 저조해지게 되면 표준화를 통한 혁신의 촉진이 더디지게 되는 악영향을 미칠 수 있다. 앞서 언급한 대로 하나의 제품에 수많은 특허가 사용되고 있는 상황에서는 이러한 사실상 필수특허가 없는 제품을 상정하기 어렵고 결국 사실상 모든 중요한 특허 라이선스 협상에서 이러한 현상이 발생할 가능성이 있다. 따라서 이러한 협상력 차이로 인한 경쟁의 왜곡 우려는 국지적이지 않고 산업 전반에 걸쳐 나타

권리범위를 벗어난 것인지 여부를 판단할 때에도 준용할 수 있다. (심사지침 III.4.나.)

107) 협상 상대방이 마찬가지로 SEP 보유자인 경우에는 그 상대방의 FRAND 확약 준수를 요구하거나, 자신의 FRAND 확약이 상호주의를 기반으로(reciprocal) 한다는 점을 이용하여 협상력의 균형을 맞출 수 있다.

날 수 있는 것이다.

이상의 내용을 종합해볼 때, 사실상 필수특허의 경우도 이론적으로나 실무적으로 표준필수특허에 준할 정도의 특허권 남용의 위험이 있는 것으로 보이고, 따라서 표준필수특허와 마찬가지로의 경쟁법적 판단 기준을 적용하는 것이 필요하다는 견해는 나름대로 합당한 논거가 있는 것으로 판단된다.

다. 표준필수특허와 구별되는 판단기준 적용 가능성

사실상 필수특허에 대한 경쟁법적 규율은 표준필수특허에 대한 규율과 달리 봐야 한다는 주장의 핵심 논거는 양자는 시장지배력의 원천이 근본적으로 다르다는 것이다.

우선 표준필수특허는 표준화기구를 통해 특허권자들 간 집단적·사전적 ‘합의’를 통해 인위적으로 시장지배력(market power)을 부여한 것이다.¹⁰⁸⁾ 이러한 합의는 주로 잠재적 경쟁관계에 있는 사업자들 간에 이루어지고 이들이 공동으로 다른 기술을 배제하는 특징을 보인다. 이에 따라 이미 존재하는 대체기술뿐만 아니라 장래에 대하여 새로운 대체기술의 출현도 실질적으로 봉쇄하는 효과가 있다. 따라서 표준필수특허의 성립 과정에서는 일정 부분 자유로운 경쟁이 왜곡되는 측면이 태생적으로 존재한다. 더구나 이러한 합의는 경쟁법에서 가장 부정적인 것으로 평가하는 카르텔의 성격을 내포하고 있는바, 기타 일반적인 특허와는 달리 매우 엄격한 행위규제(FRAND와 같은)가 수반된다는 입장이다.

108) Standard essential patents achieve their status through the collective action at the SSOs. Harm can occur when companies come together and bestow market power on each other by agreeing on a common technology. [Fiona M. Scott-Morton, “The Role of Standards in the Current Patent Wars” (2012)]

반면, 사실상 필수특허는 이러한 협력적·합의적 표준 선정 과정이 수반되지 않는다. 즉 이는 기본적으로 해당 특허권자가 단독으로 시장 경쟁을 통해 얻은 시장지배력의 부산물이다. 따라서 이 과정에서 다른 어떠한 경쟁제한적 행위가 개입되지 않았다면(competition on the merits) 여기서 획득한 시장지배력은 얼마나 강력한지 여부에 관계없이 적법한 것이다. 이러한 시장지배력을 토대로 높은 실시료를 요구한다든지, 특허 실시허락을 거절한다든지, 특정한 거래상대방하고만 거래하는 것과 같은 행위는 특허권의 정당한 행사에 속하는 것이며, FRAND와 같은 별도의 의무가 부과되어서는 아니 된다는 입장이다.

사실상 필수특허 역시 경우에 따라 hold-up 문제를 야기할 수는 있지만 이것은 근본적으로 해당 특허가 인정됨으로써 발생하는 문제이지 경쟁자 간 집단적 의사결정으로 인해 야기되는 것이 아니다. 단지 특허권자의 일방적인 혁신 노력이 중요하다는 점에서 SEP과 FRAND 확약이 갖는 경쟁법적 의미와는 결이 다르다.

Scott-Morton (2012)에 따르면, 시장지배력을 적법하게 보유하는 것은 위법이 아니다. 사실 시장에서 독점적 지위를 획득할 수 있다는 가능성은 경쟁과 혁신, 나아가 획기적인 기술발전을 촉진하는 촉매제와도 같다. 대체제가 존재할 수 있음에도 불구하고 표준으로 채택함으로써 생기는 시장지배력과 소비자가 원하는 방향으로 제품을 차별화함으로써 얻게 되는 시장지배력 간에는 큰 차이가 있다. 비표준 기술은 시장에서 제품을 차별화하고, 경쟁과 혁신을 촉진한다. 또한 두 특허 유형에 대한 특허권자의 사업전략도 다르다. SEP 특허권자가 FRAND 확약을 하는 이유는 해당 특허권의 사용을 허락함으로써 금전적 보상이 주어질 것이라는 기대 때문이지만, 차별화 특허에 대한 특허권자의 입장은 타인의 이용을 배제함으로써 자신의 제품 판매를 높이고자 하는 것이다.

경쟁을 통해 획득한 지위에 과도한 규제를 부과할 경우 혁신 인센티브가 저해될 우려가 있으며, 이는 지식재산권 규율의 목적이 아니다. Jurata & Baker (2015)에 따르면, 사실상 필수특허는 기본적으로 차별화 특허로서 SEP과는 구분될 필요가 있다. SEP은 합의를 통해 특허 가치를 높이거나 창출하는 것이므로 FRAND 확약이라는 규율이 예외적으로 필요한 반면, 차별화 특허는 자유로운 이용을 보장함으로써 혁신 인센티브를 보장해줄 필요가 있다.¹⁰⁹⁾

상업적 필수성 개념이 모호하다는 점도 현실적으로 표준필수특허와 동일한 판단기준을 적용하기 어렵다는 논거가 된다. 앞서 살펴본 것처럼 예외가 없을 정도의 시장수요가 있는지, 개량기술이 당해 특허기술을 상호운용성 확보를 위해 필요한지, 대체기술의 비용이 너무 큰지 등 상황에 따라 다양한 기준이 제시될 수 있고, 규율대상의 범위가 불명확하다는 약점이 있다.

공정위도 사실상 필수특허에 대해 표준필수특허와 동일한 판단기준을 적용했던 심사지침 조항을 삭제·정비함으로써 사실상 필수특허를 표준필수특허와는 동일선상에 놓고 판단하지 않겠다는 입장으로 선회한 것으로 보인다.

109) Jay Jurata & Adya Baker, “Apples and Oranges: Comparing Assertion of SEPs and Differentiating Patents from an Antitrust Perspective” CPI Antitrust Chronicle (2015).

3. 국내·외 사례

가. 미국¹¹⁰⁾

미국 연방대법원은 기본적으로 특허권자의 실시허락 의무에 대하여 매우 제한적인 입장을 취해왔다. 합의적이지 않고 별도로 경쟁제한 의도·목적이 없는 한 원칙적으로 반독점법 위반이라고 볼 수 없다는 입장이다. 연방항소법원은 Data General v. Grumman Systems Support 사건에서 저작권의 라이선스 거절행위가 원칙적으로 셔먼법 제2조의 적용 대상에서 제외되는 것은 아니나 기본적으로 저작권 보유자가 타인을 자신의 저작권으로부터 배제하는 것은 정당한 것으로 추정된다고 판시하였다. 이와 유사하게 연방항소법원은 Image Technical Services v. Eastman Kodak 사건에서 특허권자나 저작권자는 라이선스 거절의 자유가 있고 그러한 행위를 반독점법 위반으로 인정한 사례를 찾아보기 어렵지만 당해 행위는 경쟁제한적 의도와 결합되어 있기 때문에 반독점법 위반으로 인정된다고 판시하였다. 이후 연방항소법원은 In re Independent Service Organizations Antitrust Litigation 사건에서 특허권자의 라이선스 거절은 fraud를 통한 특허권 취득, sham litigation 또는 특허권의 보호범위를 초과하여 독점력을 획득하기 위해 사용한 경우에만 제한될 수 있다고 판시하였다. 이와 같이 미국 법원은 특허 등 지식재산권의 라이선스 거절행위가 반독점법 위반에 해당되는지에 대하여 매우 제한적인 입장을 취해 왔다고 할 수 있다.

지식재산권의 라이선스 거절에 대하여 적용될 가능성이 있는 필수설비이론(essential facilities doctrine)의 경우 연방대법원은 Verizon Communications v. Law Office of Cutis V. Trinko 사건에서 동 이론을 수용하지 않았다고 선언한 바 있다. 이후 필수설비 여부가 다투어진 일부 사건에서 법원은 해당 설비를 보유한 특허권자와 그 설비에의

110) 이하 내용은 이호영, 앞의 논문(2016) 참조.

접근을 요구하는 실시권자가 같은 시장에서 경쟁하는 경우에 한하여 적용할 수 있고,¹¹¹⁾ 해당 설비의 보유자가 자연독점의 지위에 있는 경우에 한하여 적용될 수 있다¹¹²⁾는 입장이었다.

이에 대하여 지식재산권에 대하여 필수설비이론을 적용하는 것은 실시허락을 강제하는 것으로서 타당하지 않지만, 앞서 살펴본 바와 같이 특허권자가 스스로 자신의 특허에 FRAND 확약을 한 경우, 해당 특허가 더 이상 유효하지 않거나 특허권의 범위를 초과하는 경우 등에는 예외적으로 실시허락 강제가 인정될 수도 있다는 견해도 있다.¹¹³⁾

이러한 배경에 따라 미국의 두 경쟁당국은 특허권자의 경쟁사업자에 대한 라이선스 거절이 독점금지법 위반이 되는 것은 극히 예외적인 경우에 한한다고 밝히고 있다.¹¹⁴⁾ 라이선스 거절 자체는 특허권의 핵심 권능에 해당하기 때문에 단순 라이선스 거절이 문제되지 않는으나, 일정한 경쟁제한효과를 초래하는 조건부 거절행위는 범위반 가능성이 있다는 입장이다. 참고로 미국의 특허법은 특허권자의 라이선스 거절이 남용(misuse)에 해당하지 않는다고 규정하고 있으나, 경쟁당국들은 이 규정이 특허법상 남용에만 해당되기 때문에 특허권자의 거래거절을 전적으로 면책하는 것은 아니라고 보고 있다.¹¹⁵⁾

111) Intergraph Corp. v. Intel Corp., 195 F.3d 1346 (Fed. Cir. 1999).

112) Aldridge v. Microsoft Corp., 955 F.Supp. 728 (S.D. Tex. 1998).

113) Herbert Hovenkamp, Mark D. Janis & Mark A. Lemley, “Unilateral Refusals to License” 2 J Competition L. & Econ. 1, 12 (2006).

114) US DoJ & FTC, 앞의 보고서(2007), 114면.

115) 윤기호 외 4인, 앞의 보고서(2010), 130면.

나. EU

EU의 경우에도 특허권자의 실시허락 거절행위가 TFEU 제102조 위반이 되는지 여부가 문제된 사례에서 지식재산권의 라이선스 거절행위는 그 자체로서 시장지배적지위 남용행위에 해당되는 것은 아니고, 다만 매우 예외적인 상황에 한하여 남용행위로 인정될 수 있다고 판시하였다.

유럽사법재판소는 Magill 사건¹¹⁶⁾에서 (i) 특징적이고 지속적이며 일상적인 소비자의 잠재적 수요가 존재하는 종합 프로그램 편성표에 대한 대체재가 존재하지 않고, (ii) 편성정보를 제공하지 않음으로써 잠재적인 소비자 수요가 존재하는 새로운 상품의 출현이 방해되었으며, (iii) 제공 거절에 대한 정당화 사유가 없으며, (iv) 문제된 행위를 통해 TV 방송사들이 주간 방송편성표가 실린 시장(secondary market)에서의 경쟁을 모두 배제하였다는 점을 근거로 예외적으로 시장지배적지위 남용행위에 해당된다고 판시하였다. 이와 같이 EU 법원은 지식재산권의 라이선스 거절행위에 대하여 필수설비이론을 긍정적으로 적용해왔다.

필수설비이론과 관련한 주요 사건으로 Microsoft 사건¹¹⁷⁾이 있다. 이 사건에서 EU 집행위원회는 Microsoft가 인터페이스 정보를 경쟁사에게 제공하지 않는 행위는 Work group server의 공급에 있어 경쟁을 배제시키고 소비자에게 해악을 끼치는 중대한 위험을 야기했다고 판단

116) Magill TV Guide(Re the): ITP, BBC and RTE v. Commission(89/205/EEC), 21 December 1988, OJ 1989, L78/43; on appeal Radio Telefis Eireann and Others v. Commission(T-69, 70, 76-77 & 91/89), 10 July 1991 [1991] ECR II- 485(CFI); Radio Telefis Eireann and Others v. Commission(C-241 & 242/91 P), 6 April 1995, [1995] ECR I-743(ECJ).

117) Commission Decision of 24 March 2004, Microsoft W2000(COMP/C-3/37.792) OJ 2007 L32/23.

하였다. 집행위의 입장에 따르면 창작 발명이 공익을 위해 증진되어야 한다는 것도 지식재산권법의 주요 목적이므로 라이선스 거절은 예외적인 상황 하에서 혁신이나 소비자 후생에 부정적 결과를 가져오는 시장 지배적지위 남용행위가 될 수 있다.¹¹⁸⁾

또한 EU 집행위원회는 IMS Health 사건에서 ‘1860 brick structure’가 ‘사실상 산업표준(de facto industry standard)’이 되었다고 판단하고, Magill 사건에서 제시된 요건 해석 하에 관련시장에서 대체재가 존재하지 않으므로 해당 구조는 업계 표준이 되었고 이 구조를 사용하지 않고서는 관련시장에서 경쟁하는 것이 사실상 불가능하기 때문에 객관적인 사유 없이 이 구조의 이용을 거절하는 것은 모든 경쟁자들을 배제시킬 우려가 있으므로 이러한 특별한 사정(exceptional circumstances) 하에서 시장지배적지위 남용행위에 해당한다고 결정하였다. 이에 대하여 유럽사법재판소는 특정 사업활동에 필수불가결한 제품이나 서비스에 대한 접근에 관한 저작권을 갖고 있는 사업자가 라이선스를 거절하는 행위가 구 EC조약 제82조 상의 남용행위에 해당하기 위해서는 다음과 같은 특별한 사정(exceptional circumstances)이 모두(cumulative) 충족되어야 한다고 판시하였다. (i) 시장지배적 사업자의 라이선스 거절이 잠재적 소비자 수요가 있는 새로운 상품의 출현을 막을 것, (ii) 당해 행위가 정당화되지 않을 것, (iii) 2차시장(secondary market)에서 모든 경쟁을 배제할 정도일 것.¹¹⁹⁾

이에 반하여 유럽사법재판소는 문제된 지식재산권이 표준필수특허인 경우에는 라이선스 거절에 대하여 다른 법리를 적용하였다. Huawei Technologies Co. Ltd. v. ZTE Corp. 사건에서 LTE 표준필수특허에 대하여 FRAND 확약을 한 사업자가 해당 특허기술 실시를 허락받은 자에 대하여 금지명령을 청구할 수 있는지가 문제되었다. 이에 대하여 유럽사법재판소는 그동안 지식재산권 보유자가 자신의 지식재산권의

118) 윤기호 외 4인, 앞의 보고서(2010), 132면.

119) 정영진, “공정거래법과 지적재산권의 만남,” 경쟁저널 (2006).

사용에 있어서 제3자를 배제하는 행위에는 앞서 Magill 건 및 IMS 건의 법리가 확립된 판례법이지만 이번 사건은 이들과는 구별된다고 판시하였다. 보다 구체적으로 표준필수특허는 해당 표준에 부합하는 상품을 제조하는 모든 사업자에게 필수적인 것이고, 해당 특허권자가 FRAND 조건으로 라이선스하겠다는 약속을 한 대가로 표준필수특허 지위를 획득하였으며, 이러한 상황과 FRAND 약속을 통해 잠재적 실시권자에 대하여 실시허락에 대한 정당한 기대를 창출하였으므로, 표준필수특허권자의 실시허락 거절행위는 TFEU 제102조 위반에 해당한다고 판시하였다.

즉 EU 경쟁당국 및 법원은 표준필수특허와 그렇지 않은 사실상 표준에 해당하는 지식재산권을 구분하여 전자에 대해서는 실시허락 거절에 대한 남용행위 인정을 보다 수월하게 하는 반면, 후자에 대해서는 매우 엄격한 요건을 충족하는 경우에만 예외적으로 남용행위를 인정하는 입장을 취하고 있다.

다. 우리나라

우리나라의 경우에도 과거 심사지침 등에서 사실상 필수적인 특허와 표준필수특허에 대한 규율에 차이를 두지 않던 입장에서 현재는 양자를 원칙적으로 분리하는 입장으로 선회한 것으로 보인다.

구 심사지침에서는 표준기술을 정의함에 있어서 ‘사실상 표준으로 널리 이용되는 기술’을 포함시킴으로써 표준화기구 등에서 표준으로 선정한 기술과 실질적으로 동일한 의무를 부과하였다. 그러나 이러한 위법성 판단기준이 특허권에 대한 과도한 제한으로 해석될 수 있다는 의견이 제기되어 결국 해당 규정에서 ‘사실상 표준으로 널리 이용되는 기술’을 제외함으로써 이른바 함의적 표준만 동 규정의 목적상 표준기술로 해당됨을 명확하게 하였다.

다만 동 개정으로 인해 사실상 필수특허가 동 지침에서 표준기술 관련 특허권의 행사와 관련된 규정(Ⅲ. 5. 표준기술 관련 특허권의 행사)의 적용에서는 배제되지만 일반적인 지식재산권 행사의 판단기준은 여전히 적용 가능하다. 즉 심사지침은 ‘실시허락 거절’과 관련하여(Ⅲ. 3. 나.) 특허권자에게 발명에 대한 배타적 독점권을 인정하면서도 경쟁제한에 부당하게 이용되는 경우를 차단하기 위해¹²⁰⁾ 특허권의 정당한 행사에 해당되지 않는 실시허락 거절로서 다음과 같이 구체적인 예시를 들고 있다.

“실시허락 거절에는 직접 실시허락을 거절하는 경우뿐만 아니라 제3자에게 실시허락을 거절하도록 하는 행위, 명시적인 실시허락의 거절뿐만 아니라 거래가 사실상 또는 경제적으로 불가능할 정도로 부당한 가격이나 조건을 제시하여 실시허락 거절과 동일한 효과를 발생시키는 행위, 공급거절과 구입거절, 거래개시의 거절과 거래계속의 거절이 모두 포함된다.”

(1) 정당한 이유 없이 자기와 경쟁관계에 있는 다른 사업자와 공동으로 특정사업자에 대하여 실시허락을 거절하는 행위

(2) 부당하게 특정사업자에 대하여 실시허락을 거절하는 행위

[참고] 실시허락 거절의 의도나 목적이 관련 시장의 경쟁제한과 관련되어 있는지 여부, 실시허락이 거절된 기술을 사용하지 않고서는 상품이나 용역의 생산, 공급 또는 판매가 사실상 불가능하여 관련 시장에 참여할 수 없거나, 관련 시장에서 피할 수 없는 경쟁 열위상태가 지속되는지 여부, 특정 사업자가 당해 기술을 독점적으로 소유 또는 통제하고 있는지 여부, 실시허락이 거절된 기술의 대체

120) 혁신적 발명에 대한 정당한 보상을 제공하고 새로운 기술 개발을 촉진하기 위하여, 특허제도는 특허권자에게 해당 발명 실시에 대한 배타적 독점권을 부여하고 있다. 따라서 일반적으로 특허권자가 자신의 권리보장을 위해 합리적인 범위에서 실시허락을 거절하는 행위는 특허권에 의한 정당한 권리 행사로 볼 수 있다. 그러나 다음과 같이 실시허락을 부당하게 거절하는 행위는 예외적으로 특허권의 정당한 권리범위를 벗어난 것으로 판단할 수 있다.

기술을 확보하는 것이 사실상, 법률상 또는 경제적으로 불가능한지 여부, 실시허락 거절행위로 인하여 경쟁제한의 효과가 발생하였거나 발생할 우려가 있는지 여부 등이 부당성 판단시 고려될 수 있다.

(3) 특허권자가 부과한 부당한 조건을 수용하지 않는다는 이유로 실시허락을 거절하는 등 다른 부당한 행위의 실효성을 확보하기 위하여 실시허락을 거절하는 행위

위 (2) 부당하게 특정사업자에 대하여 실시허락을 거절하는 행위에서 ‘부당성’ 판단시 고려될 수 있는 [참고] 사항은 시장지배적지위남용행위의 세부 유형 중 하나인 필수요소에 대한 접근 거절의 성립 요건을 정하고 있는 「시장지배적지위 남용행위 심사기준」의 관련 내용¹²¹⁾과 동일하다. 즉 우리나라에서도 지식재산권 행사의 부당성 판단

121) 다. 정당한 이유없이 다른 사업자의 상품 또는 용역의 생산·공급·판매에 필수적인 요소의 사용 또는 접근을 거절·중단하거나 제한하는 행위(영 제9조제3항제3호)

(1) 「필수적인 요소(이하 “필수요소”라 한다)」라 함은 네트워크, 기간설비 등 유·무형의 요소를 포함하며, 다음 각호의 요건을 충족하여야 한다.

(가) 당해 요소를 사용하지 않고서는 상품이나 용역의 생산·공급 또는 판매가 사실상 불가능하여 일정한 거래분야에 참여할 수 없거나, 당해 거래분야에서 피할 수 없는 중대한 경쟁열위상태가 지속될 것

(나) 특정 사업자가 당해요소를 독점적으로 소유 또는 통제하고 있을 것

(다) 당해 요소를 사용하거나 이에 접근하려는 자가 당해 요소를 재생산하거나 다른 요소로 대체하는 것이 사실상·법률상 또는 경제적으로 불가능할 것

(2) 이 목에서 「다른 사업자」라 함은 필수요소 보유자 또는 그 계열회사가 참여하고 있거나 가까운 장래에 참여할 것으로 예상되는 거래분야에 참여하고 있는 사업자를 말한다.

(3) 「거절·중단·제한하는 행위」라 함은 다음과 같은 경우를 포함하여 실질적으로 거절·중단·제한하거나 이와 동일한 결과를 발생시키는 행위를 말한다.

(가) 필수요소에의 접근이 사실상 또는 경제적으로 불가능할 정도의 부당한 가격이나 조건을 제시하는 경우

(나) 필수요소를 사용하고 있는 기존 사용자에게 비해 현저하게 차별적인 가격이나 배타조건, 끼워팔기 등 불공정한 조건을 제시하는 경우

(4) 「정당한 이유」가 있는지를 판단함에 있어서는 다음 경우에 해당하는지 여부 등을 고려한다.

(가) 필수요소를 제공하는 사업자의 투자에 대한 정당한 보상이 현저히 저해되는 경우. 다만, 경쟁의 확대에 의한 이익의 감소는 정당한 보상의 저해로 보지 아니한다.

(나) 기존 사용자에게 대한 제공량을 현저히 감소시키지 않고서는 필수요소의 제공이 불가능

에 있어서 ‘필수설비’와 관련된 논의가 적용될 수 있는 것이다. 다만 일반적인 특허의 실시허락 거절이 부당한 것으로서 공정거래법 위반에 해당되는지 여부를 판단함에 있어서 당해 특허가 시장지배적지위 남용 행위 심사기준 상의 ‘필수요소’에 해당하기 위한 요건과 동일한 요소가 존재하는 것이 부당성 판단에 구체적으로 어떠한 영향을 미치는지, 필수요소의 성립요건과 동일한 요건을 적용하는 것이 타당한지 등에 대해서는 미국, EU의 경우와 같이 앞으로 추가적인 논의가 필요하다.¹²²⁾

우리나라에서 지식재산권의 필수설비이론이 문제된 사건으로는 SK텔레콤 멜론 사건¹²³⁾이 있다.¹²⁴⁾ 이 건은 경쟁사업자인 AD이천엔터테인먼트가 SK텔레콤 멜론으로부터 SKT DRM의 사용을 거절당한 사안에서 SK텔레콤의 DRM이 ‘필수설비’에 해당되는지 여부가 문제되었다. 이에 대해 서울고법은 일반적으로 어떤 설비가 ‘필수설비’에 해당되기 위해서는, (i) 필수성, 즉 당해 요소를 사용하지 않고서는 상품이나 용역의 생산·공급 또는 판매가 사실상 불가능하여 일정한 거래분야에 참여할 수 없거나, 당해 거래분야에서 피할 수 없는 중대한 경쟁 열위 상태가 지속되어야 하고, (ii) 통제성, 즉 특정 사업자가 당해요소를 독점적으로 소유 또는 통제하고 있어야 하며, (iii) 대체불가능성, 즉 당해 요소를 사용하거나 이에 접근하려는 자가 당해 요소를 재생산하거나 다른 요소로 대체하는 것이 사실상·법률상 또는 경제적으로 불가능하여야 하며, (iv) 다만, 예외적으로 필수요소를 제공하는 사업자에게 ‘정당한 이유’가 있는 경우에는 제외할 수 있다고 하면서 SK텔레콤의

한 경우

- (다) 필수요소를 제공함으로써 기존에 제공되고 있는 서비스의 질이 현저히 저하될 우려가 있는 경우
- (라) 기술표준에의 불합치 등으로 인해 필수요소를 제공하는 것이 기술적으로 불가능한 경우
- (마) 서비스 이용고객의 생명 또는 신체상의 안전에 위협을 초래할 우려가 있는 경우

122) 이호영, 앞의 논문(2016).

123) 공정거래위원회 2007. 2. 6. 의결 제2007-044호; 서울고법 2007 12.27. 선고 2007누8623 판결.

124) 이하 이 사건에 대해서는 윤기호 외, 위의 보고서(2010), 135~136면.

DRM이 ‘필수설비’에 해당한다고 보기 어렵다고 판단하였다.

한편 삼성-애플 특허분쟁 과정에서 삼성의 애플에 대한 특허침해금지소송 제기¹²⁵⁾가 공정거래법에 위반되는지 여부가 다투어졌는데, 여기서 ‘필수요소’에 대한 공정위와 법원의 판단을 비교하여 검토해볼 만하다.¹²⁶⁾ 먼저, 공정위는 삼성의 침해금지청구가 필수요소에 관한 접근거절에 해당된다는 애플의 주장에 대하여, 문제가 된 표준특허는 필수요소 부합성이 다소 결여되어 삼성전자의 금지청구는 필수요소의 사용 또는 접근 거절에 해당된다고 보기 어렵다고 판단하였다. 즉 필수요소에 해당하기 위한 요건으로는 (i) 필수성, (ii) 독점적 통제성, (iii) 대체불가능성이 있는데, 이 중에서 ‘독점적 통제성’을 충족하지 못했다는 판단이었다. 공정위에 따르면, 표준필수특허권자는 잠재적 실시권자에게 FRAND 조건으로 실시허락할 의무가 발생하여 당해 표준특허의 독점적 소유 또는 통제에 일정한 제한이 있다. 이 사안에서 제3세대 이동통신(UMTS/WCDMA) 기술과 관련하여 50개 이상의 회사가 15,000건 이상의 표준특허를 보유(Fairfield Resources International '09년 보고서)하고 있으므로, 필수요소가 1개만 존재하는 통상의 경우와는 구별되어야 한다는 입장이다.

125) 삼성-애플 간 특허분쟁을 해결하기 위한 협상이 진행되고 있는 도중 애플이 2011년 4월 15일 미국에서 삼성전자를 상대로 디자인권 및 비표준특허의 침해금지 및 손해배상을 구하는 소송을 제기하자, 삼성전자는 2011년 4월 21일 서울중앙지방법원에 애플을 상대로 제3세대 이동통신 기술과 관련한 4개 표준특허 및 1개 비표준특허의 침해금지 및 손해배상을 구하는 소송을 제기하였다[표준특허 침해를 이유로 삼성전자가 판매금지를 청구한 제품은 iPhone 3GS, iPhone 4, iPad1(Wifi+3G), iPad2(Wifi+3G)였다]. 이에 미국 애플 본사(Apple Inc.)와 애플코리아(유)는 삼성전자가 표준특허에 근거하여 금지청구를 제기함으로써 시장지배적 사업자가 특허침해 소송을 부당하게 이용하여 사업활동을 방해하였다고 공정위에 신고(2012. 4. 3.)하였다. 아울러, 이러한 행위는 필수요소에 관한 접근 거절에도 해당하고 삼성전자는 기술 표준화과정에서 특허정보의 공개의무를 위반했으므로 이는 사업활동 방해 등에 해당한다고 주장하였다[공정거래위원회 보도자료(2014. 2. 25.)].

126) 비록 이 사안에서 문제된 특허가 표준필수특허였지만 ‘필수요소’에 대한 해석이 다루어졌다는 점에서 주목할 만 하다.

반면 서울중앙지법은 삼성전자가 이동통신기술 시장에서 시장지배적 사업자이며, 표준선언 특허가 필수설비에 해당된다는 점은 인정하면서도 당해 행위가 필수설비에 대한 접근거절이나 거래중단은 아니라고 판시하였다. 금지소송 제기 이후에도 협상이 지속되었는데 양측이 모두 협상에 불성실하게 임해서 타결되지 않은 것을 고려할 때 소송 제기만으로 제공이 거부되었다고 인정할 수 없으며, 삼성전자의 침해금지청구가 시장에서의 독점을 유지·강화할 의도나 목적, 즉 시장에서의 자유로운 경쟁을 제한함으로써 인위적으로 시장질서에 영향을 가하려는 의도나 목적을 가지고 있다고 단정하기 어렵고, 객관적으로도 경쟁제한의 효과가 생길만한 우려가 있는 행위로 평가되기 어렵다는 이유였다.

이러한 점을 고려할 때, 문제된 특허가 필수요소에 해당되려면 독점적 통제성 요건을 비롯한 3가지 요건을 모두 충족하는지 여부를 검토한 후, 주관적 경쟁제한 의도·목적과 객관적 경쟁제한효과가 인정되는지에 대한 검토가 필요하다. 표준필수특허의 경우에는 앞의 필수요소에 대한 요건 충족은 상대적으로 수월하겠으나, 사실상 필수특허의 경우에는 이 요건 해석과 관련하여 보다 엄격한 검토가 요구될 것으로 보인다.

한편, 구체적 사례에서 거의 항상 검토되어야 하는 것이 공정거래법 제117조(구 59조) 상의 적용제외 규정이다. 이에 따르면 공정거래법의 규정은 특허법 등에 따른 권리의 정당한 행사에 대해서는 적용되지 아니하므로, 사실상 필수특허의 남용행위가 문제된 사안에서 특허권자가 반드시 주장하는 부분일 것이다. 동 규정의 해석과 관련하여 권리 행사의 '정당성'의 의미가 중요한데, 대법원은 특허권의 정당한 행사로 인정되지 않는 행위란 행위의 외형상 특허권의 행사로 보이더라도 그 실질이 특허제도의 취지를 벗어나 제도의 본질적 목적에 반하는 경우를 의미하고, 여기에 해당하는지는 특허법의 목적과 취지, 당해 특허권의 내용과 아울러 당해 행위가 공정하고 자유로운 경쟁에 미치는 영향

등 제반 사정을 함께 고려하여 판단하여야 한다고 판시하였다.¹²⁷⁾ 나아가 당해 사건에서와 같이 의약품에 관한 역지불합의가 이에 해당하는지는 특허권자가 합의를 통해 자신의 독점적 이익의 일부를 상대방에게 제공하는 대신 자신의 독점적 지위를 유지함으로써 공정하고 자유로운 경쟁에 영향을 미치는지에 따라 개별적으로 판단하여야 하고, 이를 위해 합의의 경위와 내용, 합의의 대상이 된 기간, 합의에서 대가로 제공하기로 한 경제적 이익의 규모, 특허분쟁에 관련된 비용이나 예상 이익, 그밖에 합의에서 정한 대가를 정당화할 수 있는 사유의 유무 등을 종합적으로 고려해야 한다고 판시하였다.

이러한 내용을 고려할 때, 특허권의 정당한 행사인지의 여부는 특허법상의 목적과 규정에만 의거하여 판단할 것이 아니라(예컨대 당해 특허권의 유·무효만 따지는 형식주의적인 접근법이 아니라) 경쟁법적인 요소, 즉 자유롭고 공정한 경쟁에 미치는 영향을 고려하고 당해 행위와 관련된 의도·목적·효과 등 구체적인 사실관계를 종합하여 실질적으로 판단해야 한다.

위와 같이 특허권의 실시 거절행위에 대하여 법령상 필수설비에 관한 규정을 적용한다면 이에 대한 시정조치로서 경쟁당국이 강제실시를 명할 수 있는 것인지의 문제로 귀결된다. 그러나 이 경우에도 SK텔레콤 사건 및 삼성-애플 사건에서와 같이 우리 법원은 일반적으로 필수설비의 요건을 엄격하게 해석하고 있고, 나아가 경쟁제한성에 관한 주관적·객관적 요건을 충족해야 하는 입장으로서, 헌법상 거래 상대방 선택의 자유를 제한할 수 있는 부당한 거래거절의 인정에 대해서 매우 신중하게 접근하고 있는 것으로 보인다.

이러한 배경에서 강제실시의 근거를 공정거래법이 아닌 특허법에서 찾아야 한다는 견해도 있다.¹²⁸⁾ 특허법은 제107조 통상실시권 설정의

127) 대법원 2014. 2. 27. 선고 2012두24498 판결.

128) 윤기호 외, 앞의 보고서(2010), 138~139면.

재정에서와 같이 공공의 이익을 위해 필요하다고 판단되는 경우 특허권의 실시를 강제할 수 있다는 명문의 규정을 두고 있기 때문이다.¹²⁹⁾ 따라서 특허법이 자체적으로 강제실시를 행할 수 있는 규정을 두고 있으므로 특허법이 공정거래법에 우선하여 적용되어야 하고 이 규정으로 포섭할 수 없는 경우에 한해서만 공정거래법이 적용되어야 한다는 입장이다.

이에 대하여 공정거래법상 강제실시는 특허법상 제도와는 구별되는 취지와 목적을 가지고 있고 그 범위 또한 특별한 제한을 두고 있지 않다는 점에서 반드시 예외적으로만 적용해야 할 필요가 없다는 입장이 있다. 즉 특허법 제107조 제1항 제1, 2호의 특허권의 불실시를 원인으로 하여 통상실시권의 재정을 청구하기 위해서는 특허권이 일정한 기간(3년 이상)실시되지 않아야 하고, 특허 출원일부터 4년이 경과하여야 하며(특허법 제107조 제2항), 특허권이 취소되기 위해서는 그러한 재정

129) 제107조(통상실시권 설정의 재정) ① 특허발명을 실시하려는 자는 특허발명이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하고, 그 특허발명의 특허권자 또는 전용실시권자와 합리적인 조건으로 통상실시권 허락에 관한 협의(이하 이 조에서 “협의”라 한다)를 하였으나 합의가 이루어지지 아니하는 경우 또는 협의를 할 수 없는 경우에는 특허청장에게 통상실시권 설정에 관한 재정(裁定)(이하 “재정”이라 한다)을 청구할 수 있다. 다만, 공공의 이익을 위하여 비상업적으로 실시하려는 경우와 제4호에 해당하는 경우에는 협의 없이도 재정을 청구할 수 있다.

1. 특허발명이 천재지변이나 그 밖의 불가항력 또는 대통령령으로 정하는 정당한 이유 없이 계속하여 3년 이상 국내에서 실시되고 있지 아니한 경우
2. 특허발명이 정당한 이유 없이 계속하여 3년 이상 국내에서 상당한 영업적 규모로 실시되고 있지 아니하거나 적당한 정도와 조건으로 국내수요를 충족시키지 못한 경우
3. 특허발명의 실시가 공공의 이익을 위하여 특히 필요한 경우
4. 사법적 절차 또는 행정적 절차에 의하여 불공정거래행위로 판정된 사항을 바로 잡기 위하여 특허발명을 실시할 필요가 있는 경우
5. 자국민 다수의 보건을 위협하는 질병을 치료하기 위하여 의약품(의약품 생산에 필요한 유효성분, 의약품 사용에 필요한 진단키트를 포함한다)을 수입하려는 국가(이하 이 조에서 “수입국”이라 한다)에 그 의약품을 수출할 수 있도록 특허발명을 실시할 필요가 있는 경우

이 있는 날로부터 다시 2년 이상 특허발명이 실시되지 않아야 한다(특허법 제116조).¹³⁰⁾ 그러나 표준특허 보유자나 사실상 필수특허 보유자의 경우에는 위와 같이 장기간 동안 특허권을 실시하지 않는 경우에 해당되지 않을 것이므로 특허법과는 별도로 공정거래법상 필수설비 등의 인정으로 강제실시를 명할 실익이 있다. 무엇보다 특허법에 의한 강제실시는 원칙적으로 당사자 간의 해결방법에 불과한데 반해 공정거래법에 의한 강제실시는 요건을 갖춘 모든 자에게 허용되는 것이기 때문에 양자가 중복된다고 보기도 어렵다는 시각이다.¹³¹⁾

4. 소결

사실상 필수특허에 대한 경쟁법적 규율 가능성에 대해서는 그동안 학계의 논의가 활발하지 않았다. 오히려 표준필수특허에 대한 강화된 규율과 대비하여 이와 구별되는 사실상 필수특허는 그와 같은 규율이 필요 없다거나 나아가 규율되어서는 아니 된다는 평가까지 있었던 것이 사실이다.¹³²⁾

이러한 입장의 가장 강력한 근거가 되는 것은 표준필수특허와 사실상 필수특허는 그 지위를 획득하게 되는 경로가 다르고, 사업자들이 해당 특허를 보유하고자 하는 목적에서도 차이가 있으며, 대체가능성

130) 윤기호 외, 앞의 보고서(2010), 139면.

131) 참고로, 미국에서는 patent pool을 통한 공동행위 및 독점화행위 등에 대한 시정조치로서 특허권의 강제실시가 이루어진 사례는 많으나, 다른 종류의 경쟁상 피해를 야기하는 행위에 대하여 강제실시가 명해진 사례는 거의 없으며, 설사 있다 하더라도 시장봉쇄의 결과가 초래된 경우에 해당 시장을 개방하여 경쟁을 도입하는 데 필요한 정도로 한정되어 이루어졌다. 반면, EU에서는 미국보다는 특허의 강제실시에 보다 적극적인 것으로 보인다. 즉 IMS Health 건이나 Microsoft 건에서 볼 수 있듯이 집행위가 강제실시를 명하고 법원이 이를 지지함으로써 지식재산권에 대하여 경쟁법에 의한 강제실시가 가능하다는 점을 명확히 했다[윤기호 외, 앞의 보고서(2010), 137~138면].

132) 국내외 일부 사례(IMS Health 건, Microsoft 건 등)에서 표준특허가 아닌 지식재산권과 관련한 논의들이 있었으나, 사실상 필수특허에 초점을 맞춘 것은 아니었다.

의 정도도 다르다는 점일 것이다.

그러나 앞서 살펴본 바와 같이, 사실상 필수특허의 유형을 보다 세부적으로 살펴보면 이들을 단순히 표준필수특허가 아닌 것들로 뭉뚱그려 접근하는 방식은 실제 사실상 필수특허의 개발, 역할 및 라이선스 실무와 다소 거리가 있다는 것을 알 수 있다. 즉 사실상 필수특허 중에서는 공적 표준화기구 또는 사실상 표준화기구에서 제정된 표준에 필수적인 특허를 보완하는(supporting) 특허가 있을 수 있고, 상업적으로 필수적인 특허가 있을 수 있으며, 표준과 무관한 영역에서 이른바 제품 차별화를 위한 목적으로 보유되는(starring) 특허가 있을 수 있다. 이들의 성격은 다소 다르기 때문에 필수성을 어떻게 보느냐에 따라 사실상 필수적인 특허로 인정될 가능성도 달라질 것이다. 또한 표준필수특허의 경우도 필수성의 관점에서 볼 때 개념적으로 명백하거나 불변의 것이 아니기 때문에 특정 사안에서 ‘표준필수특허=반드시 필수적인 것’, ‘사실상 필수특허=반드시 필수적인 것으로 볼 수는 없는 것’으로도 식적으로 접근하는 방식은 바람직하지 않다. 이것은 특히 ICT 산업에서 baseline이 되는 특허기술의 청구범위의 문제, 회피설계의 곤란성 등을 고려할 때 더욱 그렇다. 한 가지 분명한 사실은 사실상 필수특허라고 해서 경쟁법의 적용에서 제외되는 것은 아니며, 일반적인 지식재산권 남용에 대한 규율에 관한 법리가 적용될 수 있다는 것이다.

다만 구체적인 적용 방식과 관련하여, 표준필수특허와 동일한 판단 기준을 적용할 것인지, 표준필수특허와는 구별되는 판단기준을 적용할 것인지에 대한 견해의 차이가 존재한다. 전자의 논거 중 이론적으로 볼 때 사실상 필수특허에 대하여 일방적 FRAND 약속이 부여된 경우에는 고착효과로 야기되는 특허역류의 가능성 측면에서 표준필수특허와 차이가 없기 때문에 동일한 취급이 필요하다는 점은 일견 타당하다. 또한 공정경쟁의 관점에서 표준필수특허 보유자와 사실상 필수특허 보유자 간 협상력의 불균형을 해소하기 위해 동일한 판단기준이 적용되어야 한다는 근거도 보다 라이선스 협상 실재를 반영한 것으로 의

미가 있다고 판단된다.

이에 반해 사실상 필수특허는 표준필수특허와 다른 판단기준을 적용해야 한다는 견해의 핵심 논거는 양자가 갖는 시장지배력의 원천이 다르다는 것이다. 결과적으로 특허 억류와 같은 위험 측면에서 양자 간 차이가 없다고 하더라도 기본적으로 집단적 합의가 시장지배력 획득의 분기점이 되는 표준필수특허와, 경쟁과정을 시장지배력 확보의 루트로 삼는 사실상 필수특허와는¹³³⁾ 규율 경로를 달리하는 것이 궁극적으로 혁신의 인센티브를 해하지 않는 처방이라는 점에서 타당하다고 판단된다.

표준필수특허에 대해서는 우리 심사지침에서와 같이 표준기술 선정 과정에서의 불공정행위, FRAND 약속 및 이와 관련한 실시허락 거절 행위, 차별적 실시조건 부과행위 등에 대하여 특허권의 부당한 행사가 될 수 있는 특별한 규율이 존재한다. 심사지침의 개정 취지와 같이 사실상 필수특허에 대해서는 이와 다른 판단기준을 적용한다고 할 때, 적용 가능한 법리는 ‘필수설비(essential facility)’ 이론이 있다. 이미 국내외 경쟁당국 및 법원에서 동 이론을 적용한 사례들이 있고 공정거래법에도 동 이론을 차용한 규정이 존재한다. 비록 엄격한 요건 하에서 제한적으로 인정되는 경향이 있긴 하지만 사실상 필수특허 남용행위에 대한 규율수단으로 사용하는 것이 바람직하다고 판단된다.

사실상 필수특허에 대한 규율 가능성 그 자체에 대한 논의에서 한 발 더 나아가, 시정조치 측면에서 강제실시가 가능한 것인지에 대해서 견해의 차이가 존재한다. 사실상 필수특허 보유자의 라이선스 거절행위는 기본적으로 시장에서의 경쟁을 봉쇄하고 장기적으로 잔존경쟁마

133) 경우에 따라서는 순수한 의미의 기술경쟁 및 소비자 선택의 과정이 아닌, 일부 특허권자의 자발적·선행적 특허공개와 이에 대응한 일부 사업자의 협력(해당 특허기술 사용 및 투자)이라는 소위 準합의적 과정을 통해 시장지배력이 획득되는 경우도 있으나, 이러한 경우는 별론으로 한다.

저도 소멸시킬 수 있으며, Microsoft 사건의 경우처럼 2차 시장에 시장 지배력을 전이하기 위해서 사용될 수도 있으므로 경쟁당국은 이에 대해 강제실시를 포함한 강력한 제재를 가하여야 한다는 의견¹³⁴⁾이 있는 반면, 특허법상 통상실시제도가 완결적으로 갖추어져 있는 만큼 필요한 경우 특허법을 우선적으로 적용하고, 공정거래법은 최후의 수단으로 보충적으로 적용되어야 한다는 의견¹³⁵⁾도 있다. 이러한 논란에 대해서는 공정거래법상 동의의결제가 하나의 대안이 될 수 있는바, 이하 IV.에서 보다 구체적으로 살펴보도록 한다.

134) 최승재, 앞의 논문(2009), 290면.

135) 장재원, “특허권의 거래거절과 공정거래법,” 창작과 권리 44호, 2006.9. 16-17, 21~23면.

IV. 동의를결제도의 활용

1. 개념 및 의의

동의를결제란 사업자가 스스로 소비자피해구제, 원상회복 등 타당한 시정방안을 제안하고 공정위가 이해관계자 등의 의견수렴을 거쳐 그 타당성을 인정하는 경우 위법 여부를 확정하지 않고 사건을 신속하게 종결하는 제도로서 신속하고 실질적인 피해구제 및 경쟁질서 회복을 목표로 하고 있다. 동의를결제는 미국(1915년)에서 최초 도입한 이후 EU(2004년), 독일(2005년) 등 대륙법계 국가를 포함한 대부분 경쟁당국에서 도입·운영하고 있는 등 현재 글로벌 스탠더드로 자리잡고 있다고 볼 수 있다.¹³⁶⁾

우리나라에서 동의를결제의 입법 과정은 순탄하지만은 않았다. 공정위는 소비자 피해구제 및 사건처리절차 선진화를 위해 2005년경부터 동의를결제의 도입을 추진해왔다. 그 후 한·미 FTA의 체결을 계기로 이에 따른 이행입법(implementation act)의 하나로 2011년 공정거래법 제51조의2 내지 제51조의5의 규정으로 도입·시행되었다.

공정거래법 위반행위에 대한 법집행은 행정적 제재(시정명령, 과징금), 민사적 구제(손해배상소송), 형사적 제재(벌금 등)의 세 가지로 구분될 수 있다. 이 중에서 행정적 제재가 주된 법집행 수단을 이루고 있고, 민사적 구제는 아직까지 잘 활용되고 있지 않으며, 형사적 제재는 보충적으로 활용되고 있다. 이러한 상황에서는 공정거래법 위반행위로 인한 소비자 피해를 실질적으로 구제하고 경쟁질서를 신속하게 회복하는데 다소 한계가 있다고 볼 수 있다. 공정위가 아무리 많은 과징금을 부과한다 하더라도 사업자의 범위반을 억제하는 효과는 있을지라도 걸린 과징금이 직접 소비자 피해구제에 사용되는 것은 아니기 때

136) 공정거래위원회 보도자료(2012. 4. 3.)

문이다.

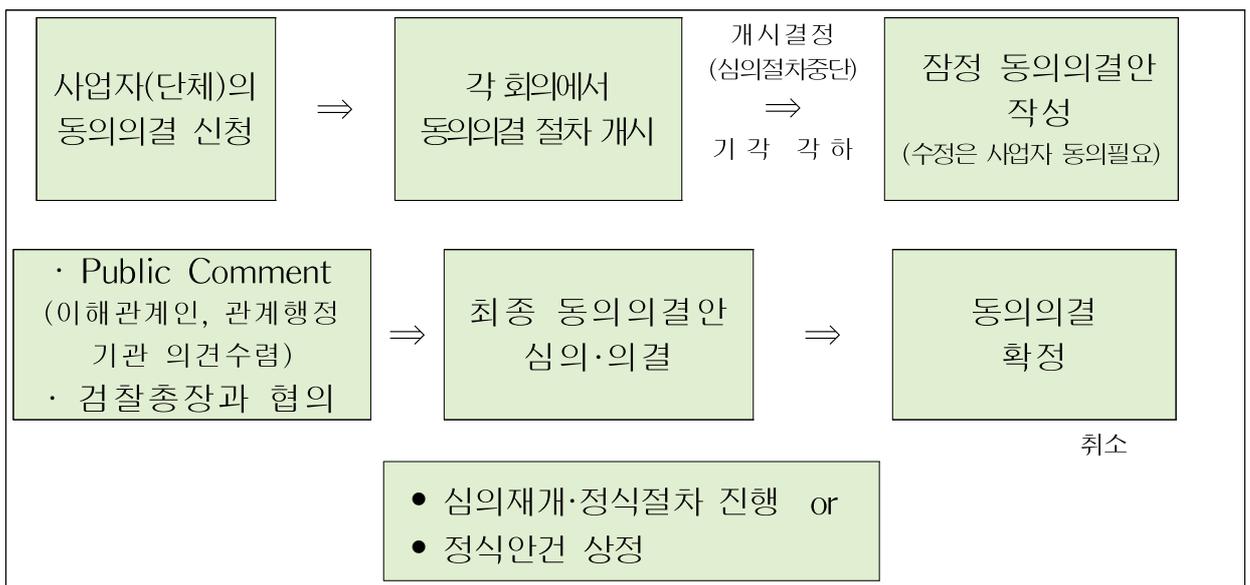
또한 공정거래 사건은 사안에 따라 차이는 있지만 사실관계나 위법 여부 판단이 복잡한 사건일수록 최종적으로 결론이 나기까지 상당한 시일이 소요되며, 사업자가 공정위의 결정에 불복하는 경우 항소심·상고심을 거치는 동안 더욱 많은 시일이 소요되게 된다. 이 경우 사건의 신속한 해결과 그에 따른 경쟁질서의 빠른 회복이라는 목표는 달성하기 어렵게 된다. 특히 ICT 분야처럼 기술의 변화가 급격히 이루어지고 이에 따른 시장의 경쟁환경이 동태적으로 변화하는 경우 기존의 사건 처리 절차에 따르면 사건이 대법원에서 최종적으로 종결되기까지 지나치게 많은 시일이 걸리게 되어 시장의 왜곡이나 경쟁제한 상태를 적시에 해소하지 못하는 문제가 더욱 커질 수 있다.¹³⁷⁾ 이러한 영역에서는 실효적인 사건 처리를 위해 사건을 조기에 해결하는 것이 더욱 중요하기 때문에 동의의결제의 이용이 더욱 긴요해진다.

뿐만 아니라 신경제 및 4차 산업혁명 시대에 접어들면서 ICT 등 다양한 분야에 걸친 복잡한 기술 및 지식재산권 등이 관련된 사건이 증가하면서 문제된 구체적인 사안과 왜곡된 시장을 정확하게 교정하는 시정조치를 마련하는 것이 더욱 어려운 일이 되었다. 공정위가 일방적으로 시정조치를 고안하는 것이 경우에 따라서는 거래 현실에 맞지 않는 결과를 초래할 수도 있다. 따라서 동의의결제의 도입은 행정적 제재를 중심으로 하는 기존의 법집행 체계에 새로운 법집행 방식을 추가함으로써 공정거래 관련 사건을 더욱 효율적으로 처리하고 보다 거래 현실에 부합하는 조치가 이루어질 수 있도록 하였다는 데 의미가 있다.

137) 가령 마이크로소프트의 시장지배적지위 남용행위 건은 공정위가 2001년 신고를 접수하여 2005년 전원회의 의결로 처리하였으나, 마이크로소프트가 이에 대해 불복하여 2006년 이의신청 및 행정소송을 제기하였고 이에 대한 소송 계속 중 2007년이 되어서야 마이크로소프트의 소 취하를 통해 사건이 종결되었다.

이와 같은 의의는 동의의결제 도입을 내용으로 하는 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 일부개정법률안의 법률안의 제안이유를 통해 재차 확인할 수 있다. “동의의결제란 이 법의 위반 여부가 중대하지 않거나 명백하지 않은 공정거래사건에 한하여 사업자가 스스로 소비자 피해구제, 원상회복 등 타당한 시정방안을 제안하면 검찰총장과의 사전협의, 이해관계인 및 관계기관 등의 의견수렴절차 등을 거쳐 위법 여부를 확정하지 않고 사건을 신속하게 종결하는 제도”이며, “신속하고 실효성 있게 경쟁질서를 회복하고 소비자 피해를 실질적으로 구제할 수 있어서 미국, EU, 독일, 일본 등 주요 선진국을 포함한 외국 경쟁당국에서도 대부분 도입하고 있으며, 동의의결제를 도입하게 되면, 소비자 입장에서는 가격인하, 소비자 피해 배상 등 다양한 시정방안을 통해 기존의 일방적 시정조치로 불가능한 소비자 피해의 신속하고 실질적인 구제가 가능해지고, 기업 입장에서는 신속한 사건 해결을 통해 시간과 비용의 절감이 가능하고 위법판단을 받지 않으므로 기업이미지 실추도 방지할 수 있을 뿐만 아니라, 시정방안에 시장상황을 잘 알고 있는 기업, 이해관계인, 관계부처 등의 의견이 충분히 반영되므로, 시장질서를 회복하기 위한 실효성 있는 조치가 가능”하게 된다.

<그림 7> 동의의결 절차 개요



* 출처 : 공정위 보도자료(2012. 4. 3.)

신속·효율적인 사건처리를 위해 동의를결체가 도입되었지만 그 활용도는 다소 저조하였다고 평가할 수 있다. 2011년 12월 제도 시행 이후 11년이 지났지만 현재까지 총 12건의 개시 신청이 있었고, 그 중 최종적으로 동의를결이 확정된 건은 7건이다.

<표 7> 우리나라의 동의를결 사례

연번	사건명	일자	확정여부
1	포털사업자(네이버·다음) 건	2014년 3월	확정
2	SAP코리아 건	2014년 10월	확정
3	영화사업자(CJ·롯데) 건	2014년 12월	기각
4	마이크로소프트-노키아 건	2015년 8월	확정
5	이동통신 3사 건	2016년 9월	확정
6	현대모비스 건	2017년 11월	기각
7	골프존 건	2018년 9월	기각
8	남양유업 건	2020년 5월	확정
9	애플코리아 건	2021년 2월	확정
10	삼성웰스토리 건	2021년 6월	기각
11	브로드컴 건	2022년 9월	개시
12	스타필드하남 건	2022년 11월	확정

이는 외국의 경쟁당국들이 활발하게 동의를결체를 이용하고 있는 것과 대비된다. 미국 FTC는 대부분의 사건을 동의명령(consent order)을 통해 종결하고 있으며,¹³⁸⁾ EU 집행위원회도 카르텔과 기업결합 이외

사건을 대부분 동의의결(commitment decision)으로 해결하고 있다.¹³⁹⁾

우리나라에서 동의의결제의 활용도가 다소 저조한 이유로는 여러 가지가 있겠으나, 일단 국민 일반의 법감정상의 문제가 있을 수 있다. 즉 문제가 되는 행위를 한 기업이 규제당국과 협의하여 사건을 해결하는 양태가 한편으로는 금전을 대가로 면죄부를 사는 것으로 보여질 수도 있어 이용이 꺼려지는 사회적 분위기가 있다.¹⁴⁰⁾ 특히 동의의결 절차가 끝날 때까지 비공개로 이루어지는 것이 아니라 동의의결 개시부터 잠정동의안의 마련 및 의결 확정에 이르기까지 의견수렴 과정을 위해 일반에 공개되는 현실에서는 특히 문제된 사안이 사회적으로 지탄받는 이슈가 포함된 경우에는 기업 입장에서는 선뜻 동의의결을 통한 해결 방식을 선택하기 어려운 분위기가 된다. 특히 의견수렴 과정에서 오히려 기업에 과중한 부담이 되는 시정방안이 마련될 가능성도 있어 범위 반 판단을 감수하고서라도 일반적인 행정적 제재를 다투는 트랙을 선호할 가능성도 있다. 한편으로는 동의의결을 한다는 것이 마치 기업이 불법행위를 인정하는 것처럼 보이는 착시효과가 있을 수 있다는 점도 도입 초기의 일반적 법인식을 반영한다고 볼 수 있다.

또한 동의의결의 적용 대상 자체에 제한이 있는 것도 하나의 이유가 될 수 있다. 현행 동의의결제도는 부당한 공동행위 위반행위인 경우이거나 고발요건에 해당하는 경우와 같이 중대·명백한 위법행위에 대해서는 적용대상에서 제외하고 있다. 이러한 적용범위의 제한은 원칙적

138) 미국 FTC는 1996년부터 2011년 9월까지 기업결합 이외의 분야에서 총 120건의 조치를 취하였는데 그 중 94건이 동의명령이었고, 같은 기간 기업결합 분야에서는 총 358건의 조치를 취하였는데 그 중 222건이 동의명령이었다.

139) 카르텔과 기업결합 이외의 사건에 대해 2005년부터 2010년까지 총 10건의 금지결정을 채택하였고, 동의의결은 총 19건 채택하였다.

140) 동의의결제도는 제도가 태동한 미국을 비롯한 영미식 분쟁해결시스템으로서 당사자를 중심으로 분쟁해결을 도모하는 대체적 분쟁해결 수단(alternative dispute resolution)의 하나로 미국의 형사절차 중에서는 유죄협상(plea bargaining)과 일부 유사한 측면이 있다.

으로 모든 행위를 동의의결 대상에 포함시키는 미국 등 다른 국가와는 구별되는 것으로서 중대·명백한 범위반행위인가(특히 고발요건에 해당 하는지 여부 등)에 대한 판단을 사전에 하기 어려운 경우가 있음에도 이러한 행위에 대한 이용을 위축시키는 효과도 있을 것이다.

2. 외국의 입법례

가. 미국

미국은 세계 최초로 동의의결제도를 도입한 나라이다. 미국의 경쟁 당국 중 하나인 연방거래위원회(Federal Trade Commission, FTC)가 1915년 설립되면서 동의명령(consent order)¹⁴¹⁾을 할 수 있는 권한을 부여받았다. 그러나 동의의결의 법적 근거는 FTC법이 아닌 연방행정 절차법(Administrative Procedure Act) 제554조(c)에 있다.¹⁴²⁾

FTC가 동의명령을 발하면 심판절차를 거친 일반적인 명령과 동일한 구속력을 갖게 된다. 따라서 만약 사업자가 동의명령을 이행하지 않으면 통상의 시정명령 불이행과 같은 절차에 따라 민사벌에 해당하는 제재를 받게 된다.¹⁴³⁾

141) FTC가 법원의 개입 없이 기업과 독자적으로 합의를 한다는 점에서 또다른 경쟁당국인 법무부(DoJ) 반독점국이 법원의 판단을 받아 이끌어내는 동의판결(consent decree)과는 다르다.

142) The agency shall give all interested parties opportunity for (1) the submission and consideration of facts, arguments, offers of settlement, or proposals of adjustment when time, the nature of the proceeding, and the public interest permit; and (2) to the extent that the parties are unable so to determine a controversy by consent, hearing and decision on notice and in accordance with sections 556 and 557 of this title.

143) 이하 미국의 동의명령제도에 대해서는 최승재, “동의의결제 적용범위와 구체적 적용 방안,” LEG Working Paper Series 2012_03 (2012) 103~104면.

동의명령을 하는 경우 양 당사자는 사실 및 법률 적용의 인정, 심판 절차의 포기, 사법적 재심이나 명령의 타당성에 대한 이의제기 등 모든 권리를 포기한다는 내용을 합의(consent agreement)에 포함시킨다. 또한 FTC는 이해관계인 및 전문가 의견(public comment)을 수렴하여 검토한 후 동의명령안의 수락 여부를 최종 결정하게 되며, 동의명령안과 별도로 작성되는 분석서에는 합의의 바탕이 된 정황과 사유, 당해 행위의 반경쟁적 영향, 수집 증거의 성격 및 범위, 시정조치의 성격, 소비자에 미치는 영향에 대한 설명이 포함된다.

한편 미국은 동의명령의 대상에는 제한이 없다. 따라서 우리나라와는 달리 카르텔 사건의 경우도 원칙적으로 동의명령의 대상이 될 수 있다.

나. EU

EU는 2004년 이사회규칙 2003/1호를 통해 동의의결(Commitment Decision, 화해결정) 제도를 도입하였다.¹⁴⁴⁾ 동 규칙에 따르면 사업자가 법위반 혐의를 받고 있는 행위에 대해서 시정을 위해 필요한 조치를 취하겠다고 약속하는 경우 EU 집행위는 그 타당성 여부를 검토하여 시정방안이 적절하다고 판단되면 경쟁법 위반 결정을 내리지 않고 재량으로 동의의결을 내릴 수 있다.¹⁴⁵⁾

144) Council Regulation No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Article 81 and 82 of the Treaty [2003] OJ L1/1, last amended by Council Regulation No 1419/2006 [2006] OJ L 269/1.

145) “Where the Commission intends to adopt a decision requiring that an infringement be brought to an end and the undertakings concerned offer commitments to meet the concerns expressed to them by the Commission in its preliminary assessment, the Commission may by decision make those commitments binding on the undertakings. Such a decision may be adopted for a specified period and shall conclude that there are no longer grounds for action by the Commission.”

EU 역시 미국의 경우와 마찬가지로 동의를결을 함에 있어서 경쟁제한효과에 대한 검토, 이해관계자의 의견수렴 등의 절차를 준수해야 한다.¹⁴⁶⁾ 동의를결의 개시는 이사회규칙 1/2003 제9조 1항에 의거한 예비조사(preliminary assessment) 보다 선행하거나 동시에 진행되어야 한다.³²⁾ 예비조사에서 EU 집행위원회는 유럽연합기능조약(the Treaty on the functioning of the European Union, TFEU) 제101조 또는 제102조 위반 가능성에 대하여 반드시 검토하여야 한다. 또한 예비조사의 결과는 관련 사업자에게도 전달되어야 하며, 이는 동의를결의 제안과 협상의 기초를 제공한다. 동의를결이 확정되면 공식문건(Official Journal)으로 동의를결의 주된 내용과 사건의 구체적인 개요를 반드시 기록하여야 하며, 공식 웹사이트에도 관련 내용을 게시하여야 한다. 이해관계가 있는 제3자는 동의를결이 행해진 후, 최소 1개월의 기간 내에 동의를결에 대한 이의를 제기할 수 있는 기회를 갖는다. 만약 제3자의 이의제기에 따른 “시장조사(market test)”에서 문제점이 드러나면 집행위원회는 동의를결에 대하여 재심의하거나, 의결을 취소(abandon)할 수 있다.

동의를결의 대상에 대해서는 EU는 미국과 다소 차이점이 있다. EU에서 동의를결은 집행위가 과징금(fine)을 부과하려는 명확한 의도가 있는 사건에는 적합하지 않다고 여겨진다.¹⁴⁷⁾ 따라서 일반적으로 과징금이 부과될 가능성이 큰 경성 카르텔에 대해서는 동의를결이 활용되지 않는다고 볼 수 있다.

146) 이하 EU의 동의를결제에 대해서는 최난설현, “공정거래법상 동의를결제도에 대한 불복 절차와 관련한 비교법적 검토 - EU 일반법원과 EU 사법재판소의 Alrosa 판결이 주는 의미 -” (2012).

147) “Commitment decisions are not appropriate in cases where the Commission intends to impose a fine.” [Regulation No. 1/2003 Recital (13)].

3. 동의를결 활용도 제고방안

가. 동의를결 적용 대상에 부당공동행위 포함

현행 제도는 공정거래법 제40조 제1항에 따른 위반행위(카르텔, 즉 부당공동행위)에 해당하는 경우에는 행위의 구체적인 성격이나 위반의 중대성 여부를 묻지 않고 동의를결 대상에서 일괄적으로 제외하고 있다. 이와 같이 구체적 사정에 대한 고려 없이 부당공동행위에 대해서는 동의를결 가능성을 원천적으로 차단함으로써 범위반 행위의 신속·적정한 해결이라는 제도의 취지가 반감될 우려가 있다. 오히려 증거의 확보가 어렵고 높은 수준의 제재가 예상되는 부당공동행위와 같은 행위일수록 동의를결제의 제도적 장점을 발휘하기 용이할 수 있다. 현행 법제 하에서는 경쟁제한 효과만 발생시키는 경우라서 해악이 큰 경성 카르텔뿐만 아니라 효율성 증대효과가 수반되는 연성카르텔도 동의를결제도에서 제외됨으로써 제도 활용을 원하는 기업 입장에서 과도한 제한으로 작용하고 있다.¹⁴⁸⁾

특히 오늘날 Industry 4.0과 같이 ICT 등 기술이 융·복합되고 인접시장의 관련 기업들 간 기술 제휴나 사업협력이 활발하게 이루어지는 시대에서는 연성카르텔 유형에 해당될 수 있는 행위가 빈번하게 일어날 수 있다. 앞서 살펴본 바와 같이, ICT 산업에서 특정 제품의 개발에 필요한 특허기술이 어느 한 기업이 독점적으로 보유하고 있는 경우는 드물고, 다수 기업이 수많은 특허기술을 분산 보유하고 있는 상황에서는 경쟁기업 간 또는 공급망의 인접 기업 간 협력이 빈번하게 일어날 수밖에 없다. 또한 생태계(ecosystem) 간 경쟁이 격화되는 상황에서는 자신의 생태계의 확장을 위해서 다양한 형태의 합종연횡이 일어나기도 한다. 비록 연성카르텔의 경우 그간 경쟁당국의 주요 법집행

148) 물론 기업결합의 형태에 이르는 조인트벤처나 제휴·합작의 경우에는 현행 법제 하에서도 동의를결제도의 활용이 가능할 것이다.

대상에서는 벗어나 있었긴 하지만 위와 같은 시장 생태계의 변화를 고려할 때 앞으로는 이로 인한 부정적 효과도 복잡다단하게 나타날 가능성이 있다. 나아가 이제는 혁신시장에 미치는 영향도 적극적으로 고려해야 하는 법집행 환경에서는 연성카르텔이 갖는 효율성 증대효과와 잠재적 경쟁제한효과를 검토하는 일이 쉽지 않은 일이 될 것이다. 이러한 상황이라면 오히려 사업자와 이해관계인을 참여시켜 시정방안을 도출하는 것이 보다 적합한 처방을 이끌어낼 수 있으며 따라서 동의를결제의 활용이 더욱 긴요해지는 분야라고 보인다.

참고로 해외에서도 부당공동행위, 즉 카르텔을 동의를결 대상에서 일괄 제외하는 입법례가 드문 실정이다. 실제로 지난 한미 FTA 이행 협의 과정에서도 우리나라가 동의를결 적용 대상에서 부당공동행위를 제외한 것이 최종 잔여쟁점이 되어 FTA 발효에 어려움을 겪은 경험 이 있다. 연성 카르텔에 대한 그간의 공정위의 태도를 설명하는 것으로는 미국과 같이 동의를결의 대상에 제한을 두지 않는 나라의 문제제기나 의구심을 해소하는 일이 수월한 작업은 아니다. 이러한 과정에서 국가간에 불필요한 오해가 생기면 제도를 이용하는 기업들에게까지 영향을 미쳐 동의를결제도의 활용을 위축시키는 결과를 초래할 수도 있다.

<표 8> 주요국의 동의를결제도 적용대상

국가	미국	EU	독일	호주
동의를결 대상행위	모든 행위	집행위가 fine을 부과하고자 하는 경우 제외	모든 행위	모든 행위

따라서 동의를결제도 활용도를 높이는 방안으로서 부당공동행위 제외 규정을 삭제하는 방안을 생각해볼 수 있다. 구체적으로는, 행위유형을 기준으로 동의를결 대상을 제한하지 않고 제출된 시정방안이 동의를결제도의 취지에 부합하는지를 중심으로 판단하는 방식을 고려해볼

수 있다. 만약 동의를결이 타당하지 않은 중대·명백한 범위반행위의 경우에는 검찰총장과의 협의절차를 통해 제외할 수 있을 것이다.¹⁴⁹⁾

나. 시정방안의 요건에서 예상 제재와의 균형 삭제

현행 규정은 시정방안의 요건으로서 해당 행위가 범위반이라고 판단될 경우 예상되는 시정조치 및 제재와 균형을 이룰 것을 요구하고 있다.¹⁵⁰⁾

그러나 이러한 요건은 동의를결의 본질적인 요소에 반하는 측면이 있다. 동의를결은 기본적으로 범위반을 전제로 하지 않음에도 불구하고 범위반에 따른 제재와의 균형을 요구하는 것이기 때문이다. 법문언과 같이 사실관계에 대한 조사만을 가지고 최종적으로 위원회의 심의·의결을 거쳐 결정되는 제재수준을 예상하는 것은 쉬운 일이 아니다. 뿐만 아니라 그밖의 제재로서 과징금의 수준도 구체적인 범위반 유형 및 관련매출액 등에 대한 확인을 거친 후 비로소 확정되기 때문에 이러한 제재 수준과 미리 균형을 맞추는 것은 곤란한 측면이 있다.

특히 Industry 4.0과 같은 분야에서 동의를결제를 활용하는 주된 목적이 급변하는 신기술 시장과 복잡한 상품·서비스 유형이 관련된 사안

149) 경성카르텔과 연성카르텔을 구분하여 경성카르텔만 제외하도록 규정할 경우에는 무엇이 경성카르텔에 해당되는지에 대한 추가적인 판단이 요구되어 사건의 신속한 해결이라는 취지가 오히려 약화될 우려가 있다.

150) 공정거래법 제89조 제3항 공정거래위원회는 해당 행위의 사실관계에 대한 조사를 마친 후 제2항제2호 및 제3호에 따른 시정방안이 다음 각 호의 요건을 모두 갖추었다고 판단되는 경우에는 해당 행위 관련 심의 절차를 중단하고 시정방안과 같은 취지의 의결을 할 수 있다. 이 경우 신청인과의 협의를 거쳐 시정방안을 수정할 수 있다.

1. 해당 행위가 이 법을 위반한 것으로 판단될 경우에 예상되는 시정조치 및 그 밖의 제재와 균형을 이룰 것
2. 공정하고 자유로운 경쟁질서나 거래질서를 회복시키거나 소비자, 다른 사업자 등을 보호하기에 적절하다고 인정될 것

에서, 혹은 지식재산권의 배타적 독점권과 경쟁원리 등 쉽게 조화되기 어려운 가치가 충돌하는 사안에서 기존의 조치유형에서 벗어나 보다 합목적적인 시정방안을 도출하는 것이라고 볼 때, 예상되는 제재와 균형을 이루어야 하는 요건은 동의의결의 효과를 반감시키는 요인이 될 수 있다. 또한 동 요건이 시정방안의 하한으로 작용할 때는 신청인의 제도 활용 유인을 떨어뜨리고, 반대로 상한으로 작용할 때는 피해구제의 규모를 제약할 우려도 있다.

따라서 시정방안 요건에서 예상되는 제재와의 균형 요건을 삭제함으로써 시정방안 마련의 경직성에서 탈피할 필요가 있다. 대신에 또다른 요건(‘공정하고 자유로운 경쟁질서나 거래질서를 회복시키거나 소비자, 다른 사업자 등을 보호하기에 적절하다고 인정될 것’)을 통해 동의의결의 취지는 유지할 수 있을 것이다.

V. 결론 및 제언

이른바 Industry 4.0 시대의 한복판에서 혁신적인 기술의 발달은 날로 중요성을 더해가고 있다. 스마트폰의 도래가 사회 전반의 패러다임을 일거에 바꿔버린 현상을 고려할 때 인공지능, 빅데이터, IoT 등 첨단 기술로 인한 경제환경의 급격한 변화는 앞으로도 지속될 것으로 보인다. 이러한 변화의 중심에는 혁신가(innovator)와 기업(firm), 소비자(consumer)가 있다. 혁신가가 새로운 기술을 발명하면, 기업이 이를 상용화하고, 그 중에 일부 기술이 소비자의 선택을 받아 시장을 선도하게 된다. 이 과정에서 특허와 같은 지식재산권(intellectual property)이 혁신의 중요한 매개체(vehicle)가 된다. 지식재산권의 행사는 독점·배타성을 전제로 하기 때문에 시장(market)과 밀접한 관계가 있다. 성공적인 발명은 특허(patent)의 보호 아래 시장에서 독점적 이윤을 얻을 수 있다는 약속된 기대는 혁신의 강한 유인이 된다. 특허가 보호하는 독점이윤은 시장에서 신규진입을 촉진하고 이들 참여자들로 하여금 해당 기술을 일종의 공공재로 활용하고자 하는 요구를 불러일으킨다. 동시에 특허권자는 어렵게 획득한 시장 내 지배적 지위를 특허권의 보호가 이루어지는 기간 동안 최대한 유지하고자 한다. 이러한 상반된 동력이 교차하면서 분쟁이 발생하게 되고, 특허권과 경쟁법의 다소 긴장된 관계 속에서 혁신촉진과 반독점 정책을 조화시켜야 하는 과제가 주어졌다.

표준(standard)은 기술경쟁의 성패를 가져오는 과정에서 일종의 지름길(fast track)의 역할을 한다. 기업과 혁신가들은 표준화기구라는 모임을 통해 여러 대안 기술들 중에 하나의 기술을 선택해 공통적으로 이용하기로 결정한다. 언뜻 경쟁원리에 반하는 것처럼 보이는 이러한 인위적 과정이 정당화되는 이유는 상호운용성(interoperability)이라는 가치 때문이다. 특히 정보통신기술이 혁신의 근간(infrastructure)이 되는 4차 산업혁명 시대에 그 중요성이 더욱 커지는 상호운용성은 협력적(cooperative) 표준 설정 과정을 통해 보다 신속하게 달성될 수 있다.

다만 이러한 표준화 절차는 한편으로 시장기구를 배경으로 이루어지는 경쟁 과정을 생략하는 문제가 있기 때문에 조금 특별한 처방을 필요로 한다. 따라서 여러 표준화기구들은 IPR 정책을 통해 표준 설정에 참여하는 특허권자들로 하여금 장래에 자신의 표준필수특허(SEP)에 관한 권리를 행사함에 있어 FRAND 확약을 하고 준수할 것을 요구한다. FRAND 확약은 혁신가와 기업들이 자율적으로 행하는 것으로서 기본적으로 사적 계약의 성질을 띠고 있으나, 경쟁당국이 사후에 공적 집행을 함에 있어서도 중요한 의미가 있다. 각국 경쟁당국들은 FRAND 확약이라는 자율에 기반한 경쟁 보호 장치를 심분 활용하여 나름의 규정을 만들고 표준필수특허 보유자의 경쟁제한행위에 대해서는 적극적인 규율을 해오고 있다. 이러한 사례가 누적됨에 따라 표준필수특허 남용행위가 관련시장의 경쟁에 미치는 영향과 이에 대한 적절한 조치방안에 대해서는 이론과 실무가 어느 정도 확립되어 있다고 볼 수 있다.

그러나 오늘날 기술시장을 이루고 있는 것은 표준필수특허뿐만이 아니다. 표준필수특허라고 선언되지는 않았으나 그 주변부에서 해당 표준기술을 직·간접적으로 지원하는 특허도 있고, 집단적인 표준화 작업에서는 제외되어 있지만 유력한 혁신가의 일방적인 기술공개와 이에 협력한 기업들의 상당한 투자를 통해 하나의 생태계(ecosystem)을 형성함으로써 그 생태계 내 시장에서 활동하기 위해서는 이용이 반드시 필요한 특허도 있으며, 여러 대체 기술들 간 순수한 경쟁 과정을 통해 압도적인 시장점유율을 구축한 특허도 있다. 사실상 표준에 필수적인 특허 또는 상업적으로 필수적인 특허로 불리는 이러한 특허들은 표준필수특허를 지원하는 역할(supporting role)을 하거나, 제품 차별화를 위한 역할(starring role)을 함으로써 표준필수특허와 함께 혁신의 두 기둥(pillars)을 이루고 있다.

그러나 이들 사실상 표준에 필수적인 특허 내지 상업적으로 필수적

인 특허가 관여된 잠재적 경쟁제한행위에 대해서는 표준필수특허에서와 같은 사전적·사후적 통제가 이루어지지 않고 있는 실정이다. 오히려 이들의 시장에서의 지위 획득 과정이 경쟁에 의한 것이었음을 논거로 이러한 특허권의 행사는 예외 없이 ‘정당한’ 특허권의 행사인 것으로 추정하고 경쟁법의 적용을 자제해야 한다는 주장이 지지를 얻고 있다. 그러나 이러한 주장에서 보이는 다소 이분법적인 태도는 복잡한 기술 경쟁의 현실을 간과한 측면이 있다. 앞서 언급한 바와 같이 이들 특허도 그 지위를 획득한 과정이나 주된 역할이 사뭇 다르다는 점, 경쟁제한효과를 일으키는 고착효과(lock-in)는 표준필수특허와 사실상 필수특허 간 차이가 없다는 점, 지식재산권의 행사에 대한 경쟁법의 적용이 반드시 혁신을 저해하는 것은 아니라는 점 등을 고려할 때, 이들 특허에 대한 적절한 규율방안을 모색하는 것이 혁신촉진과 경쟁정책 간 조화를 위해 필요하다.

그렇다면 사실상 필수특허에 대해 구체적으로 어떤 규율을 할 것인가에 대해서는 다양한 의견이 있을 수 있다. 큰 틀에서 볼 때 표준필수특허와 동일한 취급을 할 것인지, 표준필수특허와는 구별되는 입장을 취할 것인지가 관건인데, 학계의 논의과정 및 그간 우리 법제의 개선 동향을 고려할 때 표준필수특허와 동일한 규율을 가하는 것은 다소 무리인 것으로 판단된다. 뿐만 아니라 표준필수특허와 구별되는 규율을 한다고 해서 사실상 필수특허가 갖는 잠재적 경쟁제한효과를 교정할 수 없는 것도 아니다. 이러한 측면에서 그간 경쟁법이 발전시켜온 ‘필수설비’의 법리가 사실상 필수특허 규율의 하나의 대안이 될 수 있다. 이 법리는 국내외 경쟁당국과 법원에서 널리 인정되어 있고 엄격한 요건 하에 적용될 수 있는 만큼, 사실상 필수특허의 행사를 지나치게 제약하지 않으면서도 객관적·주관적으로 경쟁을 저해하는 효과가 있을 때에 한하여 경쟁법적으로 개입할 수 있는 훌륭한 도구가 될 것으로 판단된다.

사실상 필수특허에 대한 규율을 할 수 있다는 것과, 경쟁당국이 어

면 정도까지 특허권의 강제실시를 명할 수 있는가는 또다른 문제다. 일정한 공공의 이익을 위해 여러 제한적인 조건 하에 실시할 수 있는 통상실시권이 구체적으로 규정되어 있는 특허법과는 달리 경쟁법은 이 문제에 대해 확립된 법리가 존재하지 않는다. 뿐만 아니라 Industry 4.0 시대에 기술의 급격한 발전속도와 기술의 융·복합으로 인한 사안의 복잡성 및 현실에서 나타나는 라이선스의 다양한 양태를 고려할 때, 경쟁당국이 일방적으로 적절한 시정조치를 고안하는 것은 매우 어려운 일이고 그다지 효율적이지도 않다.

이러한 상황에서 대체적 분쟁해결수단의 하나로 고려해볼 만한 것이 경쟁법상 동의를결제도이다. 사업자와 경쟁당국간 합의된 시정방안으로 사안을 종결하는 이 제도는 대부분의 국가에서 인정되고 있는 글로벌 스탠다드이다. 우리나라도 한미 FTA를 계기로 도입된 이후 이제 10여년의 운용 경험이 축적되었으나, 아쉽게도 그 활용도가 기대에 미치지 못하고 있는 것이 사실이다. 그러나 기술의 발전이 빠르고 복잡한 양상을 띠고 있는 Industry 4.0 하의 시장상황을 고려할 때 사업자와 이해관계자를 참여시켜 시정방안을 마련하는 것이 보다 효과적이라는 점, 지식재산권의 자유로운 행사를 통한 혁신 촉진을 유도하기 위해서 명시적인 범위반 판단보다는 다소 유연하면서도 도전적인 시정방안을 마련하는 것이 필요하다는 점, 분쟁의 신속한 해결을 통해 추가적 혁신이 이루어질 수 있도록 지원하는 것이 중요하다는 점을 고려할 때 동의를결제의 활용도를 제고할 필요가 있다. 그 구체적인 방안으로는 동의를결 적용범위의 확대, 시정방안 요건의 완화 등을 들 수 있는 바, 앞으로의 논의를 통해 제도 개선방안이 보다 구체적으로 검토될 수 있기를 기대한다.

< 참고문헌 >

1. 국내문헌

심미랑, “지식재산권법과 경쟁법의 조화 방안에 관한 연구,” 특허청·한국지식재산연구원 (2016. 12.).

최승재, “표준보유자의 특허권남용행위에 대한 경쟁법적 규율에 관한 연구,” 서울대학교법학박사학위논문 (2009. 8.).

이호영, “소위 ‘사실상 표준필수특허’의 행사에 대한 경쟁법적 평가 - 2016년 지식재산권 심사지침 개정을 중심으로,” (2016. 4.).

윤기호 외 4인, “표준특허 선정 관련 공정경쟁 확보 및 합리적 라이선싱 방안에 대한 연구,” 공정거래위원회 연구용역보고서 (2010. 12.).

김형철, “기술표준과 특허권의 문제,” 지식재산21, 제59호 (2000).

권영관, “기술혁신과 경쟁촉진을 위한 균형있는 경쟁법 집행에 관한 연구,” 공정거래조정원 (2015).

김지홍, 이병주, “기술표준 설정과 FRAND 선언, 그 공정거래법적 의미,” 2014년 법·경제그룹 연구보고서.

권국현, “표준설정 과정에서 나타나는 표준화기구 기만행위에 대한 경쟁법 적용의 타당성과 그 적용요건에 관하여,” 지적재산권 라이선싱의

법적 규제 (2011. 4.).

이황, “지식재산권의 부당한 행사에 대한 심사지침 개선방안 연구,” 공정거래위원회 연구용역보고서 (2014).

강명수, “특허권 남용에 대한 고찰,” 지식재산연구 제9권 제2호(2014. 6.).

정영진, “공정거래법과 지적재산권의 만남,” 경쟁저널 (2006).

공정거래위원회 보도자료(2012. 4. 3.).

최승재, “동의를결제 적용범위와 구체적 적용 방안,” LEG Working Paper Series 2012_03 (2012).

최난설현, “공정거래법상 동의를결제도에 대한 불복절차와 관련한 비교법적 검토 - EU 일반법원과 EU 사법재판소의 Alrosa 판결이 주는 의미 -” (2012).

2. 외국문헌

Hawkins, R., Mansell, R., and Skea, J. (1995), "Standards, innovation and Competitiveness: the politics and economics of standards in natural and technical environments", International Journal of Strategic Management, Vol.29, No.3.

US DoJ & FTC, “Antitrust Enforcement and Intellectual Property Rights: Promoting Innovation and Competition,” (2007).

European Commission, “Standard-essential patents,” Competition Policy Brief Issue 8 (June 2014).

Rudi Bekkers, Andrew Updegrave, “A study of IPR policies and practices of a representative group of Standards Setting Organizations worldwide”, Commissioned by the US National Academies of Science, Board of Science, Technology, and Economic Policy (STEP), Project on Intellectual Property Management in standard setting processes, (Sep. 17, 2012).

Ann Armstrong, Joseph J. Mueller, Timothy D. Syrett, Wilmer Hale, The Smartphone Royalty Stack: Surveying Royalty Demands for the Components Within Modern Smartphones, (2014) 2.

Anne Layne-Farrar, “Moving Past the SEP RAND Obsession: Some Thoughts on the Economic Implications of Unilateral Commitments and the Complexities of Patent Licensing” (2014).

Carl Shapiro, Navigating the Patent Thicket: Cross Licenses, Patent Pools, and Standard Setting, in 1 INNOVATION POLICY AND THE ECONOMY 119.

Jay P. Kesan, Carol M. Hayes, “FRAND’s Forever: Standards, Patent Transfers, and Licensing Commitments,” (2014).

Mark A. Lemley, Intellectual Property Rights and Standard-Setting Organizations, 90 CALIF. L. REV. 1889, 1892 (2002).

Fiona M. Scott-Morton, “The Role of Standards in the Current Patent Wars,” Charles River Associates Annual Brussels Conference: Economic Developments in European Competition Policy (2012).

Goodman & Myers, “3G Cellular Standards and Patents,” IEEE WirelessCom (2005).

Mark A. Lemley & Carl Shapiro, “Probabilistic Patents,” 19 J. ECON. PERSP. 75, 80 (2005).

US DoJ & PTO, “Policy Statement on Remedies for Standards-Essential Patents subject to Voluntary F/RAND Commitments 6 (2013).

Nadia Soboleva & Lawrence Wu, “Standard Setting: Should There Be a Level Playing Field for All FRAND Commitments?” CPI Antitrust Chron. 4 (Oct. 2013).

Einer Elhauge, “Treating RAND Commitments Neutrally” Journal of Competition Law & Economics, 11(1) 1-22 (2015).

Brad Biddle, Andrew White & Sean Woods, “How Many Standards Un a Laptop? (And Other Empirical Questions)”, in INT’L TELECOMM. UNION, PROCEEDINGS OF THE 2010 ITU-T

KALEIDOSCOPE ACADEMIC CONFERENCE: “BEYOND THE INTERNET?—INNOVATIONS FOR FUTURE NETWORKS AND SERVICES” 123 (2010).

Jay Jurata & Adya Baker, “Apples and Oranges: Comparing Assertion of SEPs and Differentiating Patents from an Antitrust Perspective” CPI Antitrust Chronicle (2015).

Herbert Hovenkamp, Mark D. Janis & Mark A. Lemley, “Unilateral Refusals to License” 2 J Competition L. & Econ. 1, 12 (2006).

< 훈련결과보고서 요약 >

성 명	신용호	직 급	행정사무관
훈 련 국	미국	훈련기간	'21.8.1.~'22.7.31.
훈련기관	University of Pennsylvania	보고서 매수	101 매
훈련과제	Industry 4.0 환경에서 혁신촉진과 반독점정책의 조화방안 연구		
보고서 제목	Industry 4.0 환경에서 혁신촉진과 반독점정책의 조화방안 연구		
내용요약	<p>1. Industry 4.0 시대에서 혁신적인 기술의 발달은 중요성을 더해가고 있다. 인공지능, 빅데이터, IoT 등 첨단 기술로 인한 경제환경의 급격한 변화는 앞으로도 지속될 것이다. 혁신가가 새로운 기술을 발명하면, 기업이 이를 상용화하고, 그 중에 일부 기술이 소비자의 선택을 받아 시장을 선도하게 되는데, 이 과정에서 특허와 같은 지식재산권(intellectual property)이 혁신의 중요한 매개체(vehicle)가 된다. 성공적인 발명은 특허(patent)의 보호 아래 시장에서 독점적 이윤을 얻을 수 있다. 독점이윤은 신규진입을 촉진하고 해당 기술을 일종의 공공재로 활용하고자 하는 요구를 불러일으킨다. 반면 특허권자는 시장지배적 지위를 최대한 유지하고자 한다. 이러한 과정에서 분쟁이 발생하게 되고, 특허권과 경쟁법의 다소 긴장된 관계 속에서 혁신촉진과 반독점 정책을 조화시켜야 하는 과제가 주어져 있다.</p> <p>2. 표준(standard)은 기술경쟁의 성패를 가져오는 과정에서 일종의 지름길(fast track)의 역할을 한다. 기업과 혁신가들은 표준화기구를 통해 여러 대안 기술들 중에 하나의 기술을 선택해 공통적으로 이용하기로 결정한다. 이러한 인위적 과정이 정당화되는 이유는 상호운용성(interoperability)</p>		

때문이다. 특히 4차 산업혁명 시대에 그 중요성이 더욱 커지는 상호운용성은 협력적(cooperative) 표준 설정 과정을 통해 보다 신속하게 달성될 수 있다.

3. 표준화 절차는 한편으로 시장의 경쟁과정을 생략하는 문제가 있기 때문에 조금 특별한 처방을 필요로 한다. 표준화기구들은 IPR 정책을 통해 표준 설정에 참여하는 특허권자들로 하여금 표준필수특허(SEP)에 관한 권리를 행사함에 있어 FRAND 확약을 준수할 것을 요구한다. FRAND 확약은 기본적으로 사적 계약의 성질을 띠고 있으나, 각국 경쟁당국들은 FRAND 확약을 심분 활용하여 나름의 규정을 만들고 표준필수특허 보유자의 경쟁제한행위에 대해서는 적극적인 규율을 해오고 있다. 이에 따라 표준필수특허 남용행위가 관련시장의 경쟁에 미치는 영향과 이에 대한 적절한 조치방안에 대해서는 이론과 실무가 어느 정도 확립되어 있다.

4. 표준필수특허라고 선언되지는 않았으나 그 주변부에서 해당 표준기술을 직·간접적으로 지원하는 특허, 집단적인 표준화 작업에서는 제외되어 있지만 유력한 혁신가의 일방적인 기술공개와 이에 협력한 기업들의 상당한 투자를 통해 하나의 생태계(ecosystem)을 형성함으로써 그 생태계 내에서 반드시 필요한 특허, 여러 대체 기술들 간 경쟁 과정을 통해 압도적인 시장점유율을 구축한 특허 등 사실상 표준에 필수적인 특허 또는 상업적으로 필수적인 특허도 기술시장을 이루는 중요한 요소이다. 이들은 표준필수특허를 지원하는 역할(supporting role)을 하거나, 제품 차별화를 위한 역할(starring role)을 한다.

5. 이들 사실상 표준에 필수적인 특허 내지 상업적으로 필수적인 특허가 관여된 잠재적 경쟁제한행위에 대해서는 표준필수특허에서와 같은 사전적·사후적 통제가 적극적으로 이루어지지 않고 있다. 오히려 이러한 특허권의 행사는 예외 없이 '정당한' 특허권의 행사인 것으로 추정하고 경쟁법의 적용을 자제해야 한다는 주장도 힘을 얻고 있다. 그러나 이

러한 특허들도 시장 내 지위 획득 과정이나 주된 역할이 사
뭇 다르다는 점, 경쟁제한효과를 일으키는 고착효과(lock-in)
는 표준필수특허와 사실상 필수특허가 차이가 없다는 점, 지
식재산권의 행사에 대한 경쟁법의 적용이 반드시 혁신을 저
해하는 것은 아니라는 점 등을 고려할 때, 사실상 필수적인
특허에 대한 적절한 규율방안을 모색하는 것이 필요하다.

6. 사실상 필수특허를 표준필수특허와 동일하게 규율할 것
인지에 대한 견해의 대립이 있다. 그간 학계의 논의과정 및
우리 법제의 개선 동향을 고려할 때 표준필수특허와 동일한
규율을 가하는 것은 다소 무리인 것으로 판단된다. 또한 표
준필수특허와 구별되는 규율을 한다고 해서 사실상 필수특
허가 갖는 잠재적 경쟁제한효과를 교정할 수 없는 것도 아
니다. 이러한 측면에서 '필수설비'의 법리가 사실상 필수특허
규율의 하나의 대안이 될 수 있다. 이 법리는 국내외 경쟁당
국과 법원에서 널리 인정되어 있고 엄격한 요건 하에 적용
될 수 있는 만큼, 사실상 필수특허의 행사를 지나치게 제약
하지 않으면서도 객관적·주관적으로 경쟁을 저해하는 효과
가 있을 때에 한하여 경쟁법적으로 개입할 수 있는 훌륭한
도구가 될 것으로 판단된다.

7. 나아가 경쟁당국이 어떤 정도까지 특허권의 강제실시를
명할 수 있는가의 문제가 있다. 통상실시권이 구체적으로 규
정되어 있는 특허법과는 달리 경쟁법은 이 문제에 대해 다
소 소극적이다. 사실 기술의 급격한 발전속도와 기술의 융·
복합으로 인한 사안의 복잡성 및 현실에서 나타나는 라이선
스의 다양한 양태를 고려할 때, 경쟁당국이 일방적으로 적절
한 시정조치를 고안하는 것은 매우 어려운 일이고 그다지
효율적이지도 않다.

8. 이러한 상황에서 대체적 분쟁해결수단의 하나로 고려해
볼 만한 것이 경쟁법상 동의를결제도이다. 사업자와 경쟁당
국간 합의된 시정방안으로 사안을 종결하는 이 제도는 대부
분의 국가에서 인정되고 있는 글로벌 스탠다드이다. 우리나라

라도 10여년의 제도 운용 경험이 축적되었으나, 그 활용도가 기대에 미치지 못하고 있다. 그러나 기술의 발전이 빠르고 복잡한 양상을 띠고 있는 Industry 4.0 하의 시장상황을 고려할 때 사업자와 이해관계자를 참여시켜 시정방안을 마련하는 것이 보다 효과적이라는 점, 지식재산권의 자유로운 행사를 통한 혁신 촉진을 유도하기 위해서 명시적인 범위반 판단보다는 다소 유연한 시정방안을 마련하는 것이 필요하다는 점, 분쟁의 신속한 해결을 통해 추가적 혁신이 이루어질 수 있도록 지원하는 것이 중요하다는 점을 고려할 때 동의의결제의 활용도 제고가 필요하다. 그 구체적인 방안으로는 동의의결 적용범위의 확대, 시정방안 요건의 완화 등을 들 수 있는바, 앞으로 구체적인 논의의 진전을 기대한다.