

# 특허권 행사에 대한 독점규제법(공정거래법) 적용 여부 판단 기준

서울대학교 법학전문대학원 1기 | 박 성 민

## I. 들어가며

특허법은 특허권을 부여함으로써 특허대상 기술에 대한 독점권을 창설한다. 그리고 그 특허대상 기술이 중요하고 비대체적일수록 특허권자는 시장에서 독점적 지위를 확보하기가 용이해진다. 이에 비하여 독점규제법은 시장에서의 독점 폐해나 경쟁제한행위를 금지하고 있다. 따라서 양자는 법형식 상으로 서로 충돌할 가능성을 가지고 있다. 그래서 독점규제법 제59조는 특허법에 의한 권리의 정당한 행사라고 인정되는 행위에 대해서는 적용하지 아니 한다고 규정하고 있다. 이론적으로 독점규제법 제59조에 의한 지식재산권에 대한 독점규제법 적용문제가 논의되기도 하였지만<sup>1)</sup> 실제로 적용된 경우는 없는 것으로 알려져 있고,<sup>2)</sup> 공정거래위원회의 의결서 중에서는 방론이기는 하지만 '산업재산권의 보호범위는 공정거래위원회에서 다룰 것이 아니' 라고 한 것도 있다.<sup>3)</sup>

공정거래위원회는 2000년 8월 30일 「지적재산권의 부당한 행사에 대한 심사지침」을 제정하여 시행하고 있었지만 실제로 적용된 바는 거의 없었다.<sup>4)</sup> 이러한 문제점에 대한 인식 때문이었는지는 알 수 없지만 공정거래위원회는 2010년 업무 추진계획을 발표하면서 지식재산권 분야의 법적용 합리화를 위하여 노력하겠으며, 특히 제약, IT 등의 분야에 대한 실태조사를 실시하겠다고 밝힌 바 있다.<sup>5)</sup> 그리고 2010년 3월 31일 「지식재산권의 부당한 행사에 대한 심사지침」을 개정하였다.<sup>6)</sup>

새로운 심사지침이 지식재산권 남용 규제 장치로서 필수적인 법적 기반을 제공하는 기능을 하

1) 권오승, 경제법(제6판), 법문사, p. 140.

2) 권오승, 이봉의, 이호영, 홍명수, 홍대식, 조성국, 신영수, 황태희, "2010 독점규제법", 법문사, p. 307.

3) 공정거래위원회 전원회의 재결 제2000-53호 2000. 11. 30. 사건번호 2000심삼1043에서는 특허권, 실용신안권의 보호범위를 다루는 신청인의 주장에 대하여 - 방론에 불과하며 특허권 행사에 공정거래위원회가 관여하지 않겠다는 취지는 아닌 것으로 보이지만 - 그 보호범위는 공정거래위원회에서 다룰 문제가 아니라고 하고 있다.

4) 최승재, "부당한 지적재산권 행사에 대한 심사기준의 개정에 대하여", IT와 법연구 제4집, p. 65에서는 2004년 의장법이 디자인보호법으로 개정되어 범명이 바뀌었지만 위 심사지침에서는 2010년까지도 그 범명의 변경조차 반영하지 않았음을 지적하고 있다. 이는 이 심사지침이 활용되지 않고 있었음을 보여주는 것이 아닐까 한다.

5) 공정거래위원회 2010년 업무 계획 [http://www.ftc.go.kr/news/report/reportView.jsp?report\\_data\\_no=3783](http://www.ftc.go.kr/news/report/reportView.jsp?report_data_no=3783) <최종 방문일: 2011. 1. 10.>

6) 지식재산권의 부당한 행사에 대한 심사지침 개정 2010. 3. 31. 공정거래위원회 예규 제80호.

고, 그로 인하여 지식재산권의 '건강한' 축적과 기술혁신이 더욱 촉진되는 것을 기대한다. 본 고에서는 지식재산권 중에서 특허권을 중심으로 독점규제법 제59조가 어떤 의미가 있는 조문인지 여부를 검토하고(Ⅱ) 독점규제법 제59조를 어떻게 해석할 것인지 그 해석론을 제시해보고자 한다(Ⅲ). 그리고 그러한 해석론이 실제로 문제의 해결능력을 얼마나 갖고 있는지 실제 우리나라 공정거래위원회가 규제한 사례를 통하여 검토하여 보고자 한다(Ⅳ).

## Ⅱ. 독점규제법 제59조의 의미 : 확인적 규정

독점규제법 제59조는 당연한 것을 규정한 것이라는 견해가 통설<sup>7)</sup>인 것으로 알려져 있는데, 특허권의 성격에 따르면 정당하지 못한 특허권 행사에 독점규제법 적용이 당연하다는 견해<sup>8)</sup>와 동조는 독점규제법 제58조와의 관계에서 당연규정이라고 보는 견해<sup>9)</sup>가 있다. 여기서 더 나아가 독점규제법 제59조는 폐지되어야 한다는 견해<sup>10)</sup>도 있다. 이에 대하여 독점규제법 제58조와의 관계에서 볼 때 제59조는 여전히 독자적인 의미가 있다는 견해<sup>11)</sup>가 있는데, 이 역시 제59조가 폐지되어야 할 조문이라는데 반대하는 것이지 확인적 규정이 아니라고 하는 것은 아닌 것으로 보인다.

생각건대 특허권의 정당한 행사로 인정되는 행위는 독점금지법에 의하여 위법으로 판단되지 않는다는 것을 기정사실로 받아들인다면, 독점규제법 제59조는 삭제되어도 무방할 것이다. 그리고 독점규제법 제58조를 해석하면서 특허법의 경우는 특허법의 특성을 반영한다고 본다면, 역시 독점규제법 제59조는 삭제되어도 무방할 것이다. 그러나 독점규제법 제59조가 없는 상황에서 특허

- 7) 오승환, "특허, 지적권법의 기본목적과 정책에 대한 경제적 분석", 상사판례연구 제18집 제3권, p. 247에서는 "현재 국내의 통설은 IP 행사로 인정되는 행위에 대한 독점금지법의 적용 예외를 규정하고 있는 독점금지법 제59조는 특별한 새로운 독점금지법의 예외를 창설하는 것이라기 보다, 확인적 성질을 가지는 것으로 IP 행사로 인정되는 행위는 독점금지법에 의하여 위법으로 판단되지 않는다는 기존의 사실을 확인하는 것으로 해석하고 있다"고 서술하고 있다.
- 8) 권오승, "특허권과 독점규제법, 지적재산권법강의", 홍문사, p. 603.
- 9) 김성삼, "공정거래위원회 IPR 지침", LAW & TECHNOLOGY 제2권 제6호, p. 108. 독점규제법 제58조에서는 다른 법률에 따라 행하는 정당한 행위에 대해서는 독점규제법을 적용하지 않는다고 하고 있다. 독점규제법 제59조가 없더라도 제58조에 의하여 각종 지적재산권 보호 법률에 의거하여 하는 지적재산권의 정당한 행사행위는 적용 제외될 수 있으므로 제59조는 제58조에서 규정하는 다른 법률의 하나를 특별히 명시하고 있다고도 볼 수 있다. 이렇게 해석하는 것은 제59조의 존재 가치를 반감하게 하는 해석이라고 할 수 있다. 이 입장을 극단적으로 강조하자면 제58조가 존재하는 한 제59조는 폐지되어도 무방하다고 할 것이다. 그러나 이 논문의 필자가 이러한 견해를 취한 것은 아니고 단지 그런 견해가 가능하다고 소개하고 있다.
- 10) 일본의 경쟁법학자인 무라카미 교수는 일본과 한국에만 있는 이 조문을 폐지하는 것이 바람직하다고 보고 있다고 한다. 정영진, "표준화와 공정거래법 - 지적재산권의 남용을 중심으로", LAW & TECHNOLOGY 제2권 제6호, p. 28. 단, 이 논문의 필자가 무라카미 교수와 같은 견해를 취하는 것은 아니다. 무라카미 교수의 견해는 특허 관련 독점거래법의 집행실적이 극히 저조한 점에 비추어 일본의 독점규제법을 계수한 것으로, 사실상 사문화되어 있는 독점규제법 제59조를 폐지하여 특허와 같은 지적재산권 관련 독점규제법 위반행위도 다른 독점규제법 위반행위와 질적인 차이가 없다는 점을 선언하여야 한다는 것이다.
- 11) 김성삼, "공정거래위원회 IPR 지침", LAW & TECHNOLOGY 제2권 제6호, p. 108. 독점규제법 제59조는 제58조의 원칙과 구별되는 특별한 것을 포함하고 있다고 보는 견해가 있다. 독점규제법 제59조는 지적재산권이 갖는 법적 독점 가능성의 창출이라는 특성 때문에 일용 독점규제법과 충돌하는 것으로 오인될 수 있으므로 이를 피하고, 그 정당한 권리행사에 대해서는 독점규제법의 적용을 제외하고자 규정된 조항으로서 파악하는 것이다. 이렇게 해석하면 제59조의 존재 의의를 인정할 수 있다는 것이다.

권의 특성을 충분히 고려하지 않고 독점규제법을 적용하게 될 위험이 있다고 한다면, 독점규제법 제59조는 그것을 분명히 하여 확인하는 규정으로서 의의가 있는 조문이라고 할 것이다.

특허권의 행사를 독점규제법으로 규제할 때 특허권의 특성을 고려하여 규제하여야 한다는 점에서 독점규제법 제59조는 확인적 의미가 있다는 통설의 입장에 찬동하지만 당연한 것을 규정하였다고 삭제하여도 좋을 조문이라고는 할 수 없을 것이다. 이는 독점규제법이 소위 동태적 효율성<sup>12)</sup>을 고려하는데 익숙하지 않다고 볼 수도 있다는 점<sup>13)</sup>에서도 더욱 그러하다.

### Ⅲ. 독점규제법 제59조의 해석

이 규정을 특허권의 행사에 독점규제법이 적용되어서는 안 된다는 의미로 해석하는 견해는 없는 것으로 보인다.<sup>14)</sup> 특허법은 동태적 의미에서 혁신을 향한 경쟁과 발전을 추구하는데, 이는 현재 시점의 단면에서 정태적 의미에서의 경쟁과 발전과는 다른 특성이 있다. 그러나 결국 특허권의 행사도 시장에서 이루어지게 되므로 시장경제를 규율하는 일반법인 독점규제법의 규제대상이 되어야 할 것이고, 특허권 행사에 독점규제법이 완전히 배제된다는 것은 생각하기 어렵다. 특허법은 자체적으로 경쟁정책적인 고려를 하고 있고<sup>15)</sup> 우리나라 판례의 특허권 남용법리<sup>16)</sup>에서도 그러한 고려가 담겨 있기는 한 것으로 보이지만 - 미국에서 특허권 남용의 법리가 주로 반독점(Antitrust) 법리와 연관되어 전개되고 있는 것<sup>17)</sup>에서도 알 수 있듯이 - 그것만으로는 시장에서

12) 오승환, 전개서, p. 251.에서는 동태적 효율성을 지식재산권법의 궁극적인 정책 목표로 제시한다. 동태적 효율성은 기존 독점금지법의 주된 목적으로 설명되어 온 정태적, 분배적 효율성에 상대되는 개념으로 '사회 복지를 증진시키는 혁신으로부터 발생하는 효율성'을 의미한다. 정상조, "특허법 주해 I", 박영사, p. 1-22.에서는 특허법 제1조에서 발명의 장려와 기술의 발전이라는 중간 목적을 통하여 산업발전 또는 경제 발전에 기여하고자 하는 법임을 명시하고 있다고 하는데, 이는 동태적 효율성과 다른 것은 것이라 생각된다.

13) 독점규제법에서 동태적 효율성에 주목하는 것의 예로, 기업결합 금지의 예외 인정과 부당한 공동행위에서의 인가를 들 수 있다. 그러나 현실에서의 적용에서 그러한 고려가 충분히 이루어져 반영되고 있는지는 의문이다. 독점규제법 제7조 제2항 제1호에서는 당해 기업결합 외의 방법으로 달성하기 어려운 효율성 증대효과가 경쟁제한으로 인한 피해보다 더 큰 경우를 기업결합 금지의 예외로 두고 있고, 공정거래위원회는 1994년 한화회계와 삼미정공의 기업결합과 1996년 창원특수강과 삼미중합특수강의 기업결합에 대하여 독점규제법 제7조 제2항 제1호를 적용하여 예외를 인정한 바 있다(권오승, "경제법 제6판", 법문사, p.198 참조). 그러나 이러한 효율성 항변이 실제로 받아들여지는 경우는 드문 것으로 보인다. 그리고 독점규제법 시행령 제24조의2 이하에서는 공정거래위원회가 인가하는 공동행위들을 제시하고 있다. 그러나 이 역시 현실에서는 거의 인정된 바가 없는 것으로 보인다(권오승, "경제법 제6판", 법문사, p. 270 참조).

14) 정상조, "지적재산권법의 체계, 지적재산권법 강역", 홍문사(1997), p. 31에서는 지적재산권의 행사에 대해서도 독점규제법이 적용될 수 있음을 독점규제법 내의 국제계약 체결에 대한 조문과의 관계에서 간략히 논증하고 있다. 이는 특허법 등에 대하여 독점규제법은 전면적으로 적용 배제되는게 아닌가 하는 유효한 논란이 있어서라기 보다는 당시 제59조가 특허권 등의 '정당한 행사'라고 되어 있지 않고, 특허권 등의 '행사'라고 인정되는 경우에 적용 배제한다고 되어 있어 혹시 모를 오해를 방지하기 위한 논의인 것으로 보인다.

15) 정상조, "지적재산권과 경쟁정책의 국제적 조화", 대외경제정책연구원(1994), p. 47에서는 특허청장의 재정, 통상실시권 허용의 심판 청구 등 강제실시제도를 특허권 남용(경쟁정책의 측면)규제 방안으로서 마련된 것이라고 한다.

16) 대법원 2004. 10. 28. 선고 2000다69194 판결, 특허법원 2009.2.18. 선고 2007허12961 판결 등에서는 무효임이 분명한 특허권 행사는 권리 남용이라는 취지로 판시하고 있다. 이는 실제로 특허무효의 항변을 인정한 것으로, 특허무효가 아닌 다른 사유를 근거로 제기되는 특허권 남용의 항변을 받아들이는 것은 아니어서 엄밀한 의미에서의 특허권 남용의 항변을 인정한 것으로 보기는 어렵다고 할 수 있다. 다만, 무효인 특허는 비록 그것이 등록되어 있다고 하더라도 그것을 가지고 그 기술에 대하여 독점권을 부여하는 것은 경쟁을 해(害)하는 것으로 허용할 수 없다는 고려가 담겨 있는 것이라 생각된다.

정당하지 못한 특허권 행사가 제대로 규제될 수 없다.

그래서 특허권 행사에 독점규제법이 적용되는데 그 적용을 제한하는 규정으로서 독점규제법 제 59조가 있다고 보고 그 해석방법을 논하게 된다. 이 조문을 해석할 때 조문 상의 '정당한 행사'에 주목하여 정당한 행사와 정당하지 못한 행사로 이분법적으로 접근하는 방법, 특허법의 목적과 독점규제법의 특허권 행사 규제 목적에 주목하여 접근하는 방법, 독점규제법의 일반법적 성격에 주목하여 특허권 행사에도 전면적으로 적용 가능하다는 관점에서 접근하는 방법이 있다. 이러한 접근방법들은 서로 배치되는 것은 아니며 상당 부분 비슷하기도 하다. 이에 대하여 검토하고 특허법이 추구하는 동태적 효율성에 주목하여 어떤 해석론을 취하여야 할지 살펴보고자 한다.

## 1. 기존의 견해들과 그에 대한 평가

### (1) 이분법적 해석방법

독점규제법 제59조는 특허권의 정당한 행사에 대하여 독점규제법을 적용하지 않는다고 함으로써 정당한 행사와 정당하지 않은 행사를 나누어 이분법적으로 해석하는 방법이 있다.<sup>18)</sup> 이러한 해석은 독점규제법과 특허법의 대립적인 측면에 주목하게 된다. 즉, 지적재산권법과 독점규제법을 각각 '독점 보장'과 '독점 금지'로 보아 두 법이 상호 대립하는 것으로 이해하고 독점규제법 제59조는 이러한 대립을 조정하는 것이라고 보는 것이다. 이에 따르면 정당한 행위와 정당하지 않은 행위의 이분법적 구별이 중요한 의미를 가지게 된다.

그러나 특허권자의 행동은 정당한 행위와 그렇지 않은 행위로 나눌 정도로 단순하지 않고 복잡하고 다양한 이해상황 속에서의 구체적인 행동이기 때문에, 비록 일반적으로는 정당한 행사인 경우라고 하더라도 어떤 상황에서는 경쟁제한성 또는 공정거래 저해성이 있을 수 있기 때문에 도대체 어떤 기준으로 정당함과 부당함을 나눌 것인가 하는 의문이 제기된다.

그래서 정당한 행사라고 인정되는 경우라고 하더라도 그것이 권리의 남용에 해당하는 경우는 권리남용의 법리를 원용(援用)하여 독점규제법을 적용하자는 견해가 있다. 독일의 경쟁제한방지법(GWB) 제20조 1항과 2항에서 규정하고 있는 구별기준인 권리의 본래적 행사에 의한 제한과 권리자의 지위를 이용한 비(非)본래적 행사에 의한 제한이라는 기준을 해석상 참고할 필요가 있다는 것이다.<sup>19)</sup>

그러나 이에 대해서는 우리 관례가 민법상 권리남용의 법리를 매우 엄격하게 인정하고 있음을

17) Hovenkamp, IP and Antitrust, Wolters Kluwer, p. 3-2에서는 일부 법원과 학자들이 지식재산권 남용의 법리가 Antitrust 법리와 거의 같은 것이라고 이해하고 있지만 꼭 그런 것은 아니라고 하면서도, 많은 경우에 지식재산권 남용의 법리는 Antitrust 법리와 연관되어 있다고 한다.

18) 구재균, "지적재산권과 독점규제법의 관계", 사법행정, 2000. 7., p. 13.

19) 구재균, 전계서, p. 14.

고려할 때<sup>20)</sup> 구체적인 기준과 규율이 없이는 독점규제법의 규제를 사실상 원천적으로 봉쇄하게 된다는 비판이 가능하며, 이 비판은 지난 시간 동안 실제로 독점규제법 제59조가 구체적으로 적용된 바가 거의 없다는 점을 감안한다면 힘을 얻게 된다.

## (2) 특허법과 독점규제법의 목적에 주목하는 해석방법

특허법은 궁극적으로는 국가의 산업기술의 발전을 위한 것으로, 그를 위하여 활발한 기술개발 경쟁을 도모하기 위한 수단으로 배타적 독점권인 특허권의 부여를 인정하고 있는 것이다.<sup>21)</sup> 그러므로 특허권은 자유로운 경쟁을 촉진하려는 목적에서 주어지는 권리라고 할 것이다. 이는 독점규제법과 공통된 것이며, 단지 그 대상에 차이가 있을 뿐이다. 즉, 특허법은 기술 분야를 그 대상으로 하는데 반하여 독점규제법은 경제 분야를 그 대상으로 한다는 것이다. 따라서 특정 사업자가 그 독점적 지위를 남용하게 되면 그것은 직접적으로는 독점규제법에 위반하게 되지만, 그것이 기술 분야에서의 경쟁을 저해하게 되면 특허법의 목적에도 반하게 된다고 할 수 있다. 그러므로 특허권이라는 독점권이 산업기술의 발전과 기술 분야에서의 경쟁을 촉진하려는 특허법의 목적에 반하는 경우는 특허권의 정당한 행사라고 할 수 없고, 그러한 경우는 독점규제법도 위반하게 된다는 것이다.<sup>22)</sup> 이와 유사한 견해로서 독점규제법과 특허법이 상호 보완적이라는 관점에서 독점규제법 적용이 배제되는 '정당한 행사'의 경우는, 특허권이라는 독점권을 부여함으로써 예견되는 산업발전의 긍정적 효과가 경쟁을 제한하는 역효과보다 더 크다고 평가되는 경우이어야 한다는 견해<sup>23)</sup>가 있다. 그리고 독점규제법 제59조에서 권리의 정당한 행사라는 것은 외형적인 권리의 행사에 대하여 독점규제법을 적용하지 않겠다는 것이 아니라, 실질적으로 '권리의 행사라고 인정되는' 경우에만 적용을 하지 않겠다는 것이라고 보아 특허기술에 대한 원래 권리의 행사라고 볼 수 없는 행위는 독점규제법이 적용된다는 견해<sup>24)</sup>가 있다.

이에 비하여 독점규제법의 특허권 행사의 규제 목적에 주목하는 견해<sup>25)</sup>가 있다. 이 견해는 특허권에 대한 독점규제법 규제는 연구개발에 유해한 영향을 주지 않도록 한계를 정한 규제라고 보고, 연구개발에 악영향을 끼치는 규제는 독점규제법의 자기부정(自己否定)이므로 독점규제법 자

20) 최승재, 전계서, p. 67-69.

21) 특허권의 부여 이유에 대하여 로크의 Labor Theory, 헤겔의 Personality Theory와 같이 자연권으로 보는 견해(Wendy J. Gordon, A Property Right in Self-Expression: Equality and Individualism in the Natural Law of Intellectual Property, The Yale Law Journal, Vol. 102, No. 7 (May, 1993), pp. 1540, John Leitner, International Intellectual Property, p. 53.)도 있지만, 현재는 공리주의적인 관점에서 사회의 부(富)를 극대화하기 위한 수단으로서 부여되는 권리라고 보는 견해가 다수인 것으로 보인다.(William Landes and Richard Posner, An Economic Analysis of Copyright Law, Journal of Legal Studies, 18(1989): 325.)

22) 권오승, "특허권과 독점규제법, 지적재산권법 강의", 홍문사, p. 603.

23) 구재균, 전계서, p. 17.

24) 손영화, "지적재산권 라이선스 거절에 대한 공정거래법의 적용", 한양법학 제21권 제1집, p. 635.

25) 구재균, 전계서, p. 14.

체가 내재적으로 규제의 한도를 갖추고 있으며 독점규제법 제59조는 이를 확인한 것이라는 것이다. 이 견해에 따르면 특허권 행사에 대한 독점규제법의 규제는 연구개발에 유해한 영향을 주지 않는 범위에서만 가능한 것이 된다. 그러나 이 견해는 연구개발에 유해한 영향을 주지 않아야 한다는 것이 독점규제법의 특허권 행사 규제의 목적이라고 하는 근거가 무엇인지 분명하게 제시하지 못하고 있다. 그리고 '연구개발에 유해한 영향'의 범위를 어떻게 설정하느냐에 따라서, 결국 앞서 살핀 견해와 같은 결론에 이르게 되며 그 차이는 표현 상의 차이에 불과할 수 있다.

### (3) 독점규제법이 전면적으로 적용된다는 견해

일반 사법상 소유권 등의 재산권이 경쟁질서를 형성하는 단위가 되고 그에 대하여 독점규제법이 적용됨으로써 그 재산권의 행사에 제한을 가할 수 있는 것과 마찬가지로, 특허권도 일종의 재산권으로 경쟁질서의 형성의 단위가 되는 권리이므로 특허권도 전면적으로 독점규제법의 규제하에 놓이는 것으로 보는 견해<sup>26)</sup>가 있다. 이 견해는 독점규제법 상의 독점이라는 개념은 시장에서의 독점을 나타내는 것이고, 특허법 상의 법적 독점은 발명의 배타적 이용권이라고 할 것이므로 양 법이 모순되고 대립하는 것으로 이해하는 것은 차원이 다른 대상에 대하여 혼동하는 것이라고 보고, 독점규제법 제59조는 불필요한 주의규정에 불과하다고 주장한다.

일반적인 재산권인 소유권을 자연권이라고 보는 것이 보통이지만 동태적인 의미에서의 효율성을 추구하기 위하여 인정되는 권리라고 정당화하는 이론<sup>27)</sup>도 있는데, 그러한 소유권에 대하여 독점규제법으로 규제가 가능하다면 자연권으로서의 성격이 약하고,<sup>28)</sup> 효율성을 추구하기 위하여 정책적으로 인정되는 특허권에 대해서는 독점규제법의 규제가 당연히 전면적으로 인정된다고 보아야 한다는 주장도 가능할 것이다.

그러나 법이 허용하는 권리는 모두 어느 정도는 동태적 효율성을 추구하는 것이며 권리마다 그 추구하는 정도가 다르다는 점을 주목한다면, 특허권은 주로 기술 혁신과 동태적 효율성을 추구하는 권리이므로 단지 소유권이 동태적 효율성을 추구하는 측면이 있다는 점만으로 동일하게 볼 수는 없을 것이다. 즉, 독점규제법이 주로 관심을 두고 있지는 않은 것 같다고 의심할 수 있는 동태적 효율성을 특허법은 주된 목적으로서 다룬다는 점에서, 독점규제법이 특허권에 대하여 소유권 등 일반 재산권에 적용되듯이 똑같이 적용된다는 것은 무리라는 비판이 가능할 것이다.<sup>29)</sup>

26) 正田核, 全訂獨占禁止法II, 일본평론사, 1981, p. 230., 구재군, 전거서, p. 15에서 재인용

27) Harold Demsetz, Toward a theory of property rights, The American Economic Review, Vol. 57, No. 2, May, 1967, p. 348에서는 소유권이 외부효과를 내부화 시키는 등으로 효율성을 달성하도록 한다고 밝히고 있다. 이러한 논증은 소유권의 동태적 효율성에 주목하는 것이라고 생각된다.

28) John Leitner, International Intellectual Property, p. 53. 로크는 지적재산권을 일종의 노동(Labor)에 대한 보상(Compensation)이라고 하였고, 헤겔은 개인의 의지의 확장과 개인 정체성(Self-Identity, Personality)의 전달체(Vehicle)의 의미로서 보호하는 것이라고 하여 특허권을 자연권으로 보지만, 오늘날 이러한 견해는 받아들여지지 않고 있으며 받아들여진다 하여도 상당히 부분적으로만 인정되고 있다.

## 2. 개인적인 견해 : 불공정거래행위와 다른 행위와의 구분

위의 기존 견해들을 검토해보건대 공정거래 저해성에 대한 고려는 찾아보기 어렵다. 독점규제법 제59조를 해석할 때는 경쟁제한성에 대한 규제와 공정거래 저해성에 대한 규제의 경우를 나누어서 해석하여야 할 것으로 보인다. 우선 경쟁저해성에 대한 규제의 경우, 독점규제법으로서는 간과할 가능성도 있는 동태적 효율성에 주목하여 효율성을 형량하는 방법으로 독점규제법 제59조를 해석하면 될 것으로 보인다. 그러나 그 성질상 형량이 불필요한 것으로 보이는 불공정거래행위의 경우는 달리 보아야 할 것이다. 즉, 경쟁제한성을 핵심으로 하는 규제에 대해서는 동태적 효율성과의 형량을 통하여 특허권의 정당한 행사인지 여부를 판단하고, 공정거래 저해성을 핵심으로 하는 규제에 대해서는 원칙적으로 효율성이나 경쟁제한성에 대한 고려가 없이도 공정거래 저해성 그 자체만으로도 정당한 행사가 될 수 없다고 보아야 한다고 생각한다.

### (1) 경쟁제한성에 대한 규제의 경우

독점규제법 제59조는 특허권의 정당한 행사에 대하여 독점규제법을 적용하지 않는다고 하므로 특허권의 정당한 행사가 아닌 경우는 동법을 적용한다고 반대로 해석함이 올바른 문언(文言) 해석으로 보인다. 그러한 의미에서 이분법적 해석론과 같이 정당한 행사와 정당하지 않은 행사를 나누어야 할 것이다. 그 기준을 설정할 때는 특허법의 목적과 독점규제법의 목적을 고려하여야 할 것이다. 그래서 독점규제법과 특허법이 상호보완적이라는 관점에서 독점규제법 적용이 배제되는 '정당한 행사'의 경우는 특허권이라는 독점권을 부여함으로써 예견되는 산업발전 등의 긍정적 효과가 경쟁을 제한하는 역효과보다 더 크다고 평가되는 경우이어야 한다는 견해<sup>29)</sup>에 수긍이 간다.

직접적으로 독점규제법에 관하여 다루는 논의는 아니지만, 기술과 법에 대한 유력한 학설은 기술과 시장의 변화에 따라서 발생하는 분쟁에 있어서 문제가 되는 '영업상 이익'이 보호할 만한 가치가 있는지 여부의 판단은, 그 보호에 의하여 자원의 효율적인 배분이 가능해지는지 또는 사회 전체적으로 생산의 효율성이 높아지는지 여부에 관한 시각에 따라서 달라져야 한다고 주장한다.<sup>30)</sup> 그러나 그러한 견해도 위와 같은 이익형량이 반영되어 있는 것으로 보인다.

동태적 효율성을 계량할 때는 특허로 인하여 주어지는 적법한 이익이 어느 정도인지가 중요한 측정요소일 것이다. 연구개발자들이 특허로 인하여 적법하게 얻을 수 있는 이익이 클수록 더욱

29) 오승환, "지식재산권 라이선스의 배타적 조건에 대한 독점금지법의 위법성 판단", 비교사법 제13권 1호, p. 742에서는 지식재산권법과 독점금지법의 관계는 상호보완적 관계로 해석될 필요가 있으며, 지속적 혁신을 통한 사회 복지의 증진 역시 독점금지법의 공통적인 목적이기 때문에 독점금지법은 지식재산권의 행사와 관련된 위법성 판단에 있어서 지식재산권 기본 정책들을 고려할 의무가 있다고 한다.

30) 구재균, 전제서, p. 17.

31) 정상조, "불공정 경쟁행위의 규제 - 기술과 시장의 변화에 대한 법적 대응", 서울대 법학 제45권 제3호, p. 209.

연구개발에 힘쓸 가능성이 크기 때문에 특별한 사정이 없는 한 동태적 효율성도 더 클 것이기 때문이다. 다만, 한계효용의 체감과 같은 현상이 있을 수 있음이 고려되어야 할 것이라고 생각된다.<sup>32)</sup>

## (2) 공정거래 저해성에 대한 규제외의 경우

그러나 불공정거래행위에 대해서는 경쟁제한성을 고려할 필요가 없다고 할 것이다. 미국 등 다른 나라의 Antitrust 법제에서는 - 어떠한 입장을 취하는지는 알 수 없지만 - 입법론으로서는 다른 설명이 가능하겠지만, 우리나라의 독점규제법(「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」)은 공정거래법이기도 하며, 그 해석상 불공정거래행위 금지제도는 계약의 자유 등의 관점에서 공정거래 저해성을 규제하는 것으로 보는 것이 타당하다고 생각된다. 효율성이 아무리 높고 - 그것이 동태적 효율성이든 정태적 효율성이든 - 경쟁제한성이 없다고 하여도 규범적 가치 설정을 도외시하여 사적 자치의 인위적 제한이라도 경제적 효율성에 의하여 규범적 무가치 판단이 반복된다는 것은 경쟁법을 도덕적 기형으로 만드는 것이라고 할 것이다.<sup>33)</sup> 이는 특허권의 행사에 있어서도 마찬가지일 것이다. 즉, 불공정거래행위의 경우는 특허권의 행사가 아무리 그 순효율성(Net Efficiency)을 증진시킨다고 하여도 그것은 정당한 행위가 될 수 없다는 것이다. 물론 불공정성이 있는 행위가 경쟁제한성도 동시에 겸하게 될 때 경쟁제한성을 가졌다는 이유로 그에 관하여 규제하는 것이 가능함은 당연한 것이겠지만, 그것은 불공정성 규제와는 별개의 것이라고 보아야 한다고 여겨진다.

## IV. 위 해석론의 실천적 난점과 구체적 사례 분석

### 1. 위 해석론의 실천적 난점

위에서 채택한 해석론은 특허권 행사가 불공정거래행위에 해당할 경우는 그 적용이 비교적 용

32) 필자가 개인적인 의견에 불과하지만, 동태적 효율성을 위하여 연구개발자에게 부여하는 경제적 이익의 가능성(특허권)에도 한계효용체감과 같은 현상이 생길 것이라고 생각한다. 즉, 특허권을 통하여 얻을 수 있는 이익이 많으면 많을수록 그런 기술을 개발하려는 유인이 더욱 커질 것이지만 동태적 효율성이 항상 특허권을 통하여 얻을 수 있는 이익과 정비례하지는 않을 것이라는 생각이다. 특허권을 통하여 얻을 수 있는 이익이 증가하다가 어느 정도가 지나면 그로 인하여 실제로 기술개발이 일어나게 되는 - 동태적 효율성이 달성되는 - 정도는 그 증가분이 점차 작아질 것이라고 생각한다. 예를 들어, 현재 신약 개발에 성공하면 특허를 부여받아 얻을 수 있는 이익이 a라면 그 이익으로 인하여 연구개발이 활성화되어 신약이 10년에 하나씩 나오고 있다고 가정해보자. 특허로 인한 이익이 a의 50%로 감소하면 신약이 개발되는데 20년이 걸리고 특허로 얻는 이익이 a의 두 배로 증가하면 그 개발기간이 5년으로 줄어들 것인가? 그렇지 않을 것이라고 생각한다. (투박하게) 추측해보건대 특허로 얻는 이익이 a의 4배로 증가하여도 그 개발기간이 10년에서 많이 줄어들지는 않을 것이다. 기술개발에 필요한 인적·물적 자원이 충분히 투입되기 전에는 그 투자에 비례하여 기술개발의 결과가 나타날 수 있지만, 일단 충분히 투입되고 나면 그 이후에는 더 많이 투입하여도 기술개발이 그에 비례하여 이루어지는 것은 아닐 것이기 때문이다.

33) 이봉의, "불공정거래행위의 위법성, 공정거래와 법치", 법문사, p. 668, p. 672.



이하다. 그러나 시장지배적 지위 남용, 기업결합, 부당한 공동행위와 같은 경쟁제한성을 규제하는 경우에서는 그 적용에 대하여 다음과 같은 의문을 낳는다. 특허권에 의한 산업발전에서의 긍정적 효과와 동태적 효율성이라는 것을 어떻게 평가할 것인가? 그리고 경쟁제한성과 그것을 어떻게 비교할 것인가? 경쟁제한성과의 비교보다는 쉬울 것으로 여겨지는 정태적 효율성(분배적 효율성)과 동태적 효율성(창의와 혁신을 통한 효율성)의 비교도 둘 다 '효율성'이지만 평면을 달리하기 때문에 쉬운 일이 아닐 것이다. 특허권 행사를 통한 효율성 증진효과와 경쟁제한성을 형량하여야 하는데, 이를 어떻게 할 수 있을까?

그래서 실무에서 그 판단이 어려운 경우는 '효율성'의 비교를 통한 독점규제법의 적용보다는 불공정거래행위로의 도피를 통하여 해결하려는 유인이 클 것이다. 불공정성이 큰 사안에 대해서는 그러한 해결에 문제가 없다고 할 수도 있겠지만, 불공정성이 분명하지 않은 경우에 실제로는 효율성과 경쟁제한성의 관점에서 규제할 필요성을 느끼면서도 '불공정성'이라는 개념을 매개로 독점규제법을 적용한다면 그것은 '원님재판'이라는 비판을 면하기 어려울 것이며, 특히 공정거래위원회는 법원이 아니라는 점에서 더욱 그러할 것이다.

그러므로 위 해석론이 현실에서 고장 없이 작동하기 위해서는 특허권이라는 독점권을 부여함으로써 예견되는 산업발전 등의 긍정적 효과가 경쟁을 제한하는 역효과보다 더 크다고 평가되는 경우가 어떠한 경우를 말하는지 그 기준을 제시하고, 가능하다면 실무에서 참조할 수 있는 도그마틱(Dogmatik)을 제시할 수 있어야 할 것이다. 이에 대해서는 미국의 판례에 의하여 특허권 남용의 법리가 형성되고,<sup>34)</sup> 특허권 남용행위 중에서 독점규제법이 적용되어야 할 행위란 어떤 것인가에 대한 논의가 진행되어 온 것을 기억하고<sup>35)</sup> 참고하여야 할 것이다. 그러나 그러한 법리는 정책적 측면에서 형성되는 것으로 당시의 경제·사회·정치·문화적 상황에 특유한 것이어서 미국의 법리를 우리나라에 그대로 적용하는 것은 무리가 따른다고 생각한다.<sup>36)</sup>

특히 우리나라는 미국과는 특허권의 보호에 대한 입장이 - 적어도 현재까지는 - 많이 다르고,<sup>37)</sup> 독점규제법의 적용에 있어서도 미국에서는 사소(私訴)를 통한 문제 해결이 많지만<sup>38)</sup> 우리나라에서는 사실상 공정거래위원회가 독점적으로 독점규제법을 운영하고 있다는 점 등을 고려한다면

34) 조원희, "미국특허법상 특허권 남용의 범위", 저스티스 토크 제104호에서는 판례에 의한 특허권 남용범리의 발전과정을 보여주면서 이러한 특허권 남용에 대하여 독점규제법을 적용하는 것에 관련하여, 특허권의 남용은 그 독자적인 남용법리로 하면 될 일이지 독점규제법을 적용하여서 안 된다는 입장과 오히려 특허권 남용범리를 폐기하고 독점규제법을 적용하여야 한다는 입장, 그리고 부분적으로 적용하는 입장 등이 있음을 소개하고 있다.

35) Antitrust enforcement and intellectual property rights (April 2007), U.S. Department Of Justice and the Federal Trade Commission., The IP and antitrust intersection, GCR(Global Competition Review)(Aug, Sep 2007), p. 30. 미국 법무부와 연방거래위원회는 판례와 연구, 공청회 등을 통하여 refusal to license patents, standard setting, cross-licensing agreement and patent pools, variations on licensing practices(particular licensing restraints), tying and bundling을 주요한 특허권 남용행위의 유형으로 제시하고 있다.

36) Hovenkamp, 전제서, p. 1-19에서는 지식재산권과 Antitrust의 경계는 경제주거나 정치적 영향에 의하여 달라지는 것이기 때문에 그 '법리'가 무엇인지 알기가 어려우며, 과거의 판례는 그 당시의 상황에서 제시된 해결책이기 때문에 그 역사적, 경제적 맥락을 바탕으로 이해하여야 한다고 한다. 같은 미국에서도 과거 판례에 대하여 주의를 기울여 이해하여야 한다고 하는데, 하물며 우리나라에서는 더할 나위가 없을 것이다.

그 논의의 기초에서부터 차이가 있다고 생각한다. 결국 우리나라에서도 이 문제에 대한 구체적인 사례들이 축적됨으로써 우리나라 상황에 맞는 법리가 형성되어야 할 것이다. 그러한 측면에서 우리나라에서 공정거래위원회가 특허권의 행사에 대하여 독점규제법을 적용한 것으로 볼 수 있는 최근의 두 가지 사례를 간단하게 검토하여 보고자 한다.

## 2. 구체적 사례 분석

### (1) 퀄컴 사건 (공정거래위원회 의결 제2009-281호)

이 사건<sup>39)</sup>에서 특허권과 관련하여 눈에 띄는 점은 다음과 같다. 공정거래위원회는 특허권자의 시장지배력 판단에 있어서 특허권의 존재만으로 그 시장지배력을 추정하지는 않았다. 퀄컴(QualComm)의 기술은 특허만 되어 있는 게 아니라 표준기술로 설정(Standard Setting)되어 있었는데, 공정거래위원회는 이를 이용하여 시장지배력 판단을 보다 용이하게 하고 있다. 그리고 소위 'FRAND' (Fair, Reasonable and Non-Discriminatory) 조건<sup>40)</sup>이 적용되므로 경쟁제한의 의도가 있었음을 쉽게 인정하고 경쟁제한의 우려가 있음도 불구하고 보다 용이하게 판단하고 있는 것으로 보인다. 만약 기술표준이 아닌 상황에서의 가격 차별적 행위가 판단대상이라면 이를 경쟁제한성의 측면에서 특허권의 정당한 행사가 아니라고 하기가 쉽지 않을 것이다.<sup>41)</sup> 그리고 특허권 소멸 후에도 실시료를 받기로 하는 계약을 불공정거래행위로 판단하였다.

#### ① 시장지배적 지위 남용 판단에 관하여

우선 퀄컴의 특허권에 의한 긍정적인 효과와 그로 인한 역효과를 비교하여 특허권 행사가 정당

37) 미국이 우리나라보다 특허권을 더 강하게 보호한다는데 대해서는 이견이 없다. 보호할 것인지 보호하지 않을 것인지 여부에서도 차이가 나고, 보호할 때 어느 정도로 보호할지에도 그 차이가 크다. 예를 들어, 미국에서는 특허침해가 인정되는 경우는 3배 배상제도 등으로 손해배상액을 상당히 크게 산정하는데 반하여 우리나라는 실손해에 한정하여 배상하도록 하여야 한다는 입장을 고수하고 있으며, 현실적으로는 특허침탈을 사실상 허용하는게 아니냐는 불만도 없지 않은 상황이다.

38) Herbert Hovenkamp, *ederal Antitrust Policy*, West Group, 1999, p. 593. 홍명수, *경제법론 I*, 경인문화사, p. 316에서 재인용. 오래 전 자료이기는 하지만 미국에서는 Antitrust 관련하여 1999년 현재 90% 이상의 사건이 사적 분쟁해결방식에 의하여 처리되고 있다고 한다.

39) 공정거래위원회 의결 제2009-281호. 퀄컴이 휴대폰 제조사에게 CDMA 모뎀칩/RF칩을 판매하면서 수요량의 대부분을 자신으로부터 구매하는 조건으로 리베이트를 제공하고, 경쟁사의 모뎀칩을 사용하는 경우는 높은 로열티를 부과한 행위 등에 대하여 시정명령 및 과징금(2,731억 원)을 부과한 사건이다.

40) 기술표준과 FRAND 약정에 관하여 오승환, "특허기술의 표준책정과 경쟁법 적용의 문제", *산업재산권 제23호* p. 637. 이하 참조.

41) *Laitram Corp. v. King Crab, Inc.* 245 F.Supp. 1019 D.C. Alaska 1965, October 06, 1965은 클레이튼법(Clayton Act)에 기하여 제기한 소송이 아닌 특허침해 소송이었다. 지방법원은 특허권자가 라이선스 실시료를 차별적으로 설정한 것으로 독점이 형성된 것은 아니지만, 특허권의 남용(Misuse)에 해당한다고 하였다. 이 사안은 미국 연방거래위원회가 특허권자를 조사하여 특허권자가 자신의 경쟁자와 경쟁자가 아닌 자를 차별하여 취급했음이 밝혀진 바 있었던 사안이었다. 이에 대해서는, 만약 특허권자가 경쟁자들에게는 라이선스를 거절하였다면 괜찮았을 것이지만 - 독점이 형성되지 않는 경우이었기에 - 가격차별을 하였다고 부당한 특허권 행사라고 하는 것이 이상하다는 비판이 있다 (Hovenkamp, *IP and Antitrust*, Wolters Kluwer, p. 23-40).

한지를 검토해보자면, 특허권 존재 자체만으로 시장지배력을 인정하지 않은 것이 합리적이라고 할 것이다. 이는 미국 연방대법원의 현재 입장과 유사한 태도<sup>42)</sup>를 취하고 있다고 할 수 있는데, 어떤 특허 기술을 사용하지 않아도 다른 기술로 원하는 상품을 만들 수 있는 경우가 많이 있을 것을 예상할 수 있으므로 이러한 태도가 타당하다고 생각한다.<sup>43)</sup>

그리고 이 사건에서 표준기술의 설정과 FRAND 약정이 시장지배적 지위 남용을 인정하는데 중요한 고려요소였다. 표준기술 설정을 통하여 특허권의 가치는 원래의 가치보다 상당히 커지게 되며 - 그리고 그러한 가치 상승분은 기술 자체나 특허권 자체에서 나오는 것이 아니다 - 이 사안의 경우는 그렇게 보는데 무리가 없는 것 같다. 그래서 퀄컴으로서는 특허권에의 제한이라고 할 수 있는 FRAND 약정을 맺어도 특허권으로 말미암는 긍정적 효과인 동태적 효율성은 이미 확보된 것이라 할 것이다. 비록 FRAND 약정으로 특허권 행사를 다소 제한하였으나 표준기술이 됨으로써 이익을 충분히 누릴 수 있으므로 앞으로 어떤 연구자가 그런 기술개발, 혁신을 추구할 경제적 유인을 충분히 허용하였기 때문이다. 그러므로 그 특허로부터 FRAND 약정에서 합의한 만큼의 이익만 취해도 동태적 효율성은 어느 정도 달성되었다고 할 수 있고, 그 이상의 이익을 취하게 된다면 동태적 효율성의 상승분이 그리 크지는 않을 것이라고 보는 것이 - 물론 보다 실증적인 분석이 필요하겠지만 - 무리하다고 생각되지 않는다. 그럼에도 퀄컴은 이를 이용하여 경쟁을 하여야 할 모뎀칩을 구매하도록 함으로써 과도한 이익을 취하였고 그로 말미암아 모뎀칩을 판매하려는 경쟁자와의 경쟁을 해치고 그 모뎀칩을 더 싸게 더 널리 사용할 수 있는 소비자나 사회의 이익을 해하였다. 그러므로 특허권을 부여함으로써 얻은 동태적 효율성보다 경쟁제한성이 더 크다고 평가할 수 있다. 그래서 독점규제법 제59조에서 말하는 정당한 행사가 아니므로 독점규제법이 적용되어야 한다.

## ② 불공정거래행위에 관하여

특허권 소멸 후에도 실시료를 받기로 하는 계약을 한 것에 대해서는 미국의 Brulotte 사건<sup>44)</sup>과

42) 최승재, “특허권의 시장지배력 추정에 관한 연구”, 상사판례연구 제22집 제1권(2009. 3. 31.), p. 161, p. 187. 미국에서는 Morton Salt 사건 이후 특허권의 존재만으로 시장지배력이 추정된다는 입장이었지만, 이는 그 대부분이 끼워팔기(Tying)의 경우들이었고, Illinois Tool Works 사건에서 특허권의 존재가 시장지배력을 추정하지 않는다고 하여 그 태도를 바꾼 것으로 보인다. III. Tool Works Inc. v. Indep. Ink, Inc., 126 S. Ct. 1281, 1284(2006)에서는 지적재산권(Intellectual Property Right)이 독점(Monopoly)을 야기할 수도 있지만, 반드시 그러한 것은 아니라고 한다. 왜냐하면 소비자들은 특허기술이나 그 상품과 다른 기술, 상품으로 바꿀(Substitute) 수 있기 때문이다.

43) 위 해석론으로 볼 때 독점규제법 제59조의 해석은 정당한 행위인지 아닌지에(즉, 정당성 여부) 주목하고 있기 때문에 시장지배력의 유무라는 객관적 판단과는 차원을 달리한다는 생각이 있을 수 있다. 시장지배력의 유무에 규범적 판단이 들어가지 않는다는 견해도 있지만, 시장지배력도 법개념으로서 규범적 고려가 개입된다는 입장에 찬동한다. 그러한 관점에서 보면 동태적 효율성을 위하여 주어진 독점권인 특허권의 존재만으로 시장에서의 지배력을 추정하는 것은 특허권자에게 독점규제법 적용을 더 쉽게 하는 것이어서, 특허권의 긍정적 효과와 역효과를 비교하여 정당성을 판단하겠다는 입장에 부합하지 못하다고 할 것이다.

44) Brulotte v. Thys Co., 379 U.S. 29 (1964)는 특허권자가 협상을 통하여 가능한 한 높은 실시료를 받는 것은 당연히 인정된다고 하면서도, 특허권 소멸 후에도 실시료를 받는 것에 대해서는 끼워팔기와 유사하게 보아 특허권이 유효할 때의 권리를 지렛대(Lever)로 하여 특허권이 소멸한 후까지 실시료를 받는 것은, 독점적 영향(Monopoly Influences)이 미쳐서는 안 되는 데까지 미치게 하는 것이라고 보았다.

그에 대한 논의들<sup>45)</sup>이 참고할 만한 것이라고 생각되지만, 불공정거래행위에 대해서는 미국과 우리나라 법제가 차이가 있으므로 이를 감안하여야 할 것이다. 특허권 소멸 후에도 실시료를 받기로 하는 라이선스 계약은 특별한 사정<sup>46)</sup>이 없는 한 - 계약의 보충적 해석에 기대어 볼 때 - 계약 자유의 침해<sup>47)</sup>라고 할 것이다. 그러므로 독점규제법 제59조의 정당한 행위가 아니다. 따라서 불공정거래행위의 금지규정이 적용된다. 불공정거래행위에서도 경쟁제한성을 요(要)하는 심사기준에 따른다면 특허권 존속기간 중에 정당하게 받을 수 있는 실시료만큼 받을 수 있었다면 - 이 때 FRAND 약정이 있었음이 고려될 것이다 - 그 특허권을 통한 동태적 효율성의 추구는 충분히 이루어진 것으로 보아야 할 것이므로, 소멸 이후에도 실시료를 받는 것이 특허권 존속기간 중에 상대방의 자금 조달의 어려움 등을 감안하여 특허권자가 실시료의 지급시기를 유예하여 준 것 등의 특별한 사정이 없는 한 특허권 소멸 이후 실시료는 동태적 효율성과는 무관한 것이라고 할 것이고, 그러므로 이로 인한 경쟁제한성을 감안한다면 이는 독점규제법 제59조의 정당한 행위라고 할 수 없다는 식의 논의가 필요할지도 모른다. 그러나 이미 살펴보았듯이 불공정거래행위에서 경쟁제한성을 고려하여야 하는 것은 아니며, 위와 같은 효율성의 형량이 없이도 불공정거래행위성은 인정할 수 있다고 생각한다.

## (2) '약가 알박기' (공정거래위원회 의결 제 2009-111호)

오리지널 제약회사의 특허가 만료되는 등의 이유로 제네릭 제약회사가 시장에 진입하면 오리지널 약가(藥價)에서 일정 비율만큼 낮은 가격으로 약가를 받게 된다. 이 때 제네릭 제약회사가 진입하는 순서대로 계단식으로 약가가 낮아지게 되어 있어서 오리지널 제약회사는 제네릭 경쟁자를 줄이기 위하여 '약가 알박기'<sup>48)</sup>를 하기도 한다. 이는 미국의 특허허가연계제도와 Hatch-Waxman Act<sup>49)</sup>에 의하여 미국에서 발생하는 역지급합의<sup>50)</sup>와 다소 비슷한 양상을 띄게 된다.

45) Brulotte 법리에 대해서는 비판이 많다고 한다.(Hovenkamp, 전개서, p. 23-2, 이하 참조) 그리고 그 법리가 완전히 파기된 것은 아니지만 이를 비판하며 그 적용범위를 줄인 제7형소법원의 Schieber 판결이 있다(Scheiber v. Dolby Laboratories, 293 F.3d 1014, 7th Cir. 2002 cert. denied 537 U.S. 1109(2003)).

46) 미국 연방대법원의 Brulotte 판결의 원심 판결인 Thys Co. v. Brulotte 62 wash. 2d 284, 382 P. 2d 271에서는 특허권 소멸 후의 실시료에 대하여 특허권 실시료를 할부로 점진적 상환(Amorize)하는 것이라고 해석하였다. 그러나 연방대법원은 여러 정황들을 들며 그리 볼 수는 없다고 하였다. 특허권자가 특허권이 유효한 동안의 실시료 일부의 변제기를 늦추어 준 것이라면, 이는 특허권 소멸 후에 지급된다고 하여도 '특허권 소멸 후의 실시료'라고 하기 어려울 것이다.

47) 합리적인 당사자라면 특허권이 소멸한 뒤에도 실시료를 지급하는 것은 특별한 사정이 없는 한 기대하기가 어려울 것이다.

48) 예를 들어, 오리지널 제약회사가 A, B, C, D, E라는 제네릭 제약회사 5개와 합의하여 A, B, C, D, E 회사가 선순위로 제네릭 시장에 진입하도록 하면, 다른 회사들은 진입하더라도 낮은 약가를 받게 되는 것이다. 이 때 만약 E회사가 자신의 약가를 자진 인하하게 되면 그 후순위 회사들의 약가는 그에 맞추어 다시 한 번 더 인하되게 되어 약가 인하의 효과가 더욱 커진다. 약가가 낮으면 수익성이 낮아져 경쟁자가 진입을 포기하거나 공격적인 영업을 할 수 없게 될 수 있다. 이러한 행태를 업계에서는 '약가 알박기'라고 한다. 拙稿, "제약산업에서의 시장경제활성화 방안", 경제법연구 2010년 상반기호, p. 251-252 참조. <http://medi.seoul.co.kr/news/quickViewArticleView.html?idno=430> <최종 방문일 2010. 5. 10.> <http://news.mt.co.kr/mtview.php?no=2008040117230236601&ygb=column&code=column131> <최종 방문일 2010. 5. 10.>

공정거래위원회는 최근 약가 압박기를 규제하였는데,<sup>51)</sup> 이 사건에서 국내 제약회사가 특허권자는 아니고 이탈리아의 제약회사로부터 독점판매권을 부여받고 있었기 때문에, 엄밀히 말하면 특허권 행사에 대한 규제라고 하기는 어려울 것이다. 그러나 라이선스 계약을 통하여 국내 독점판매권 가지고 있는 것이 사실상 특허권을 가지고 있는 것과 마찬가지로, 만약 특허권자가 같은 행위를 하였다라고 규제를 받았을 것을 넉넉히 짐작할 수 있는 사건이다.

① 시장지배적 지위 남용, 부당한 공동행위에 대한 규제라면

공정거래위원회는 불공정거래행위로서만 규제하였지만 약가 압박기는 시장지배적 지위 남용이나 부당한 공동행위에도 해당할 수 있는 가능성이 있으므로, 그런 규제가 있었다고 가정하고 위의 해석론으로 분석하여보면 다음과 같다. 특허권의 기간이 만료되었는데도 약가 제도의 허점과 자신의 특허기술을 활용하여 경쟁사업자의 진입을 방해하는 것은, 특허법이 특허권을 부여하면서 예상한 이익과는 무관한 것이고 그로 인한 동태적 효율성의 증가분이 얼마나 될지 의문이다. 그러므로 그 행위로 인한 - 보다 실증적인 분석이 필요하겠지만 - 동태적 효율성보다 경쟁제한성이 더 크다고 할 수 있을 것이다. 그러므로 독점규제법 제59조의 정당한 행사에 해당하지 않아서 시장지배적 지위 남용이나 부당한 공동행위의 규정이 적용될 수 있을 것이다.

② 불공정거래행위에 관하여

이미 살펴보았듯이 다른 사업자의 사업활동을 방해하여 계약의 자유를 침해한 것이므로, 그 자체로 독점규제법 제59조의 정당한 행위에 해당하지 않는다고 할 것이기에 독점규제법이 적용될 것이다.

49) 「Drug Price Competition and Patent Term Restoration Act」라고도 한다. 특허권이 없는 제네릭 제약회사가 미국 FDA에 자신의 제네릭 약품이 기존 특허권자의 특허권을 침해하는 것이 아니라고 주장하면 특허권자는 45일 이내에 특허권 침해 소송을 제기할 수 있고, FDA는 제네릭 제약회사에게 30개월 동안 허가를 내 줄 수 없다. 물론 법원에 의하여 그 특허가 무효라는 판단 또는 제네릭 제약회사의 약품이 특허권 침해가 아니라는 판단이 확정되면 30개월이 지나기 이전에도 허가를 내 줄 수 있다. 일단 제네릭 제약회사 중에서 첫 번째 신청자가 허가를 받게 되면 180일 동안은 그 제네릭 제약회사만이 제네릭 약품을 독점하게 해준다.

50) 제네릭 독점권을 갖게 된 제네릭 제약회사와 기존의 특허권자인 오리지널 제약회사가 담합하여 제네릭 제약회사가 제품을 출시하지 않기로 하거나 시장 분할을 하거나 하는 등의 행위를 말한다. 이러한 합의에 대하여 Cardizem 사건(In re Cardizem CD Antitrust Litig., 332 F.3d 896 6th Cir. 2003)에서는 당연위법(per se illegal)이라고 하였다. 그러나 특허권자인 오리지널 제약회사와 제네릭 제약회사가 합의를 보다 복잡하고 여러 층위로 나누어 한 사안에서는 당연위법으로 보지 않았다.(Arkansas Carpenters Health & Welfare Fund v. Bayer AG, 604 F.3d 98 C.A.2 (N.Y.), 2010. April 29, 2010 등) 이에 대하여 최승재, “제약시장에서의 역지급합의에 대한 경쟁법 적용에 관한 연구”, 경쟁법연구 제19권 참조.

51) 공정거래위원회 전원회의 의결 제 2009-111호 2009. 5. 12. 이 심결에서는 리베이트 문제와 약가 압박기 문제와 관련하여 리베이트는 부당한 고객유인행위로, 약가 압박기는 사업자활동 방해로 규제하였다. 이것이 약가 압박기에 대한 최초의 규제였고, 2011년 1월 10일 현재까지 이 사건 외에는 약가 압박기를 규제한 적이 없다.

### 3. 소결

최근에 규제되었던 쉐일 사건과 약가 알박기 사건을 본 고에서 선택한 독점규제법 제59조의 해석론으로 분석하여 보았다. 그러나 위의 두 가지 사례는 특허권의 정당한 행사가 아니라는 것이 비교적 쉽게 판단될 수 있는 사례들이기 때문에 위 해석론이 작동하기가 쉬운 것으로 보이며, 앞으로 더 많은 사례의 축적과 연구가 필요할 것으로 생각된다.

## V. 결론

우리나라가 기술 선진국으로서 발돋움하고 있는 상황이고 다국적 회사들이 특허를 활용하여 많은 이익을 취하는 것이 일반화되는 상황임을 감안할 때 특허권의 행사에 대한 독점규제법의 적용 문제는 우리 경제질서에서 중요한 과제가 될 것이며, 그 과제를 해결하는데 있어서 독점규제법 제59조가 전제하고 있는 특허권 등에 대한 특별한 고려에 대하여 보다 많은 사례의 축적과 연구가 있어야 할 것으로 보인다.

본 고에서는 독점규제법 제59조의 해석에 있어서 경쟁제한성을 규제하는 경우와 공정거래 저해성을 규제하는 경우를 나누어, 전자의 경우는 특허법의 목적과 독점규제법의 목적을 고려하여야 한다고 보고 특허권에 의한 산업발전 등의 긍정적 효과가 경쟁제한의 역효과보다 클 때가 정당한 행사에 해당한다는 입장을 취하였고, 후자의 경우는 불공정행위는 그 자체만으로도 정당한 행사가 아니라는 입장을 취하였다. 개정된 심사지침은 공정거래 저해성뿐만 아니라 경쟁제한성도 불공정거래행위의 요건으로 보고 있는 것으로 보이는데, 그것이 공정거래 저해성만으로는 불공정거래행위가 되는데 미치지 못한다는 취지라면 이는 시정되어야 할 것이라고 생각한다. 경쟁제한성에서 형량의 문제에 대해서는 앞으로 보다 많은 연구가 필요하며, 그를 위해서는 국내의 현실 사례들의 축적이 필요하다.

우리나라에서 특허권의 정당하지 않은 행사로 경쟁을 제한하거나 불공정한 행위를 하는 경우가 없다면 감사히 받아들여야 할 일이겠지만, 만약 그러한 경우가 있는데도 불구하고 그것이 글로 적혀 있는 법체계에 의해서만 금지될 뿐 현실에서의 법체계에 의해서는 허용되고 있는 것이라면 이는 시정되어야 할 것이다.

\* 지면 사정상 참고문헌은 생략합니다.