

지식재산권 실시료 과다 책정 여부의 경쟁법적 판단은 가능한가?

건국대학교 경제학과 교수 | 권 남 훈
서강대학교 법학전문대학원 교수 | 홍 대 식

I. 서론

공정거래위원회는 지난 2010년 3월 「지식재산권의 부당한 행사에 대한 심사지침」(이하 “지식재산권 지침”이라 한다)을 전면적으로 개정하였다. 이는 2000년에 동 지침을 제정한 이후 10년 만에 내용을 대대적으로 개편하고 구체화한 것으로, 기존의 지침이 가지고 있었던 모호성을 탈피하고 지식재산권 행사에 대한 경쟁법의 역할을 구체화하고자 하였다는 의미로 평가할 수 있을 것이다.

그렇지만 지식재산권 행사에 대한 경쟁법 적용의 범위와 방법론을 명확화하는 것은 여전히 쉽지 않은 과제이다. 특히 공정거래법은 제59조에서 “이 법의 규정은 저작권법, 특허법, 실용신안법, 디자인보호법 또는 상표법에 의한 권리의 정당한 행사로 인정되는 행위에 대하여는 적용하지 아니한다”라고 하여 정당한 지식재산권의 행사에 대해서는 적용 제외조항을 두고 있다. 이때 과연 어느 수준까지의 지식재산권의 행사범위를 ‘정당한’ 것으로 간주할 수 있을 것인지에 대해서는 상당한 이견이 있으며, 앞으로도 지속적인 연구가 필요한 사안이라고 할 것이다.

이러한 관점에서, 이 글은 개정된 지식재산권 지침의 내용 중 일부에 대하여 보완의 필요성을 제기하고자 한다. 특히 지식재산권 지침 중에서 실시허락의 대기수준 결정과 관련하여 부당한 행위의 예로서 “통상적인 거래관행에 비추어 볼 때 현저히 불합리한 수준의 실시료를 부과하는 행위”(III. 1. 가. (2))와 “부당하게 기술표준으로 널리 이용되는 특허 발명의 실시조건을 차별하거나, 비합리적인 수준의 실시료를 부과하는 행위”(III. 3. 라)를 제시한 것에 대하여 비판적으로 검토하고자 한다.

이 조항들에 대하여 비판적으로 검토하게 된 계기는 ‘현저히 불합리한 수준의 실시료’ 또는 ‘비합리적인 수준의 실시료’라는 개념이 지식재산권법과 경쟁법의 취지 및 상호균형의 정신을 감안할 때, 과연 명확하게 정의되고 규제될 수 있는 대상인가라는 의문에서 출발한다. 두 조항은 먼저

실시료 일반을 대상으로 하고, 다음으로는 조금 더 좁혀서 '기술표준으로 널리 이용되는 특허 발명'에 대한 실시료를 규제대상으로 삼고 있으므로, 이하에서도 동일한 순서로 검토할 것이다.

II. 실시료 수준에 대한 경쟁법적 규제가 갖는 일반적 문제점

1. 가격남용 규제의 문제점

지식재산권의 실시료 수준에 대하여 경쟁법적인 규제가 바람직한지, 심지어 가능한지를 평가하는데 있어서 먼저 고려하여야 할 사실은 지식재산권의 실시료 역시 하나의 상품가격이라는 점이다. 경제학자들은 경쟁당국이 직접적인 가격규제에 나서는 것에 대하여 지속적으로 반대하여 왔으며, 그 이유는 다음과 같이 정리된다. 첫째, 가격 설정의 자유는 시장경제 시스템의 기본요소이며, 수요와 공급의 상호작용을 통한 자원 배분의 효율성을 달성하기 위한 필수 요건이다. 둘째, 전력이나 통신과 같이 산업의 특성상 가격규제가 일부 필요하다고 여겨진 분야에서도 그 역할은 해당 산업에 대한 전문적 지식과 지속적 감시능력을 지닌 전문규제기관의 몫으로 주어졌으며, 이마저도 시장기능 확대 추세에 따라 점차 사라지거나 축소되는 추세이다. 셋째, 가격과 관련하여 경쟁당국이 어떤 식으로든 개입된다면 그 역할은 가격 자체를 규제하는 것이 아니라, 가격결정과정에서 시장지배력을 불법적으로 획득하거나 행사하였는지를 분석하는 데 국한되어야 한다는 것이 일반적 견해이다.¹⁾ 넷째, 기업이 정당한 경쟁을 통하여 얻은 지위에 기반하여 가격을 결정한 경우, 이에 대한 제재가 바람직한 지에 대해서는 상당한 논란이 존재한다. 시장지배적 위치를 차지하기 위한 기업의 노력 자체가 경쟁과 기업가정신의 일부로서 장려될 필요가 있는 요소이기 때문이다.

이러한 점들을 고려하여 각국의 경쟁당국은 가격남용행위에 대한 제재를 아예 도입하지 않거나, 도입하더라도 매우 제한적인 범위에서만 적용하고 있다.²⁾ 우리나라도 공정거래법 제3조의2 제1항 제1호에서 시장지배적 사업자가 '상품의 가격이나 용역의 대가를 부당하게 결정·유지 또는 변경하는 행위'를 금지하고는 있지만, 실제로는 가격의 변경과 관련된 3건의 심결례를 제외하면 1990년대 이래 이 조항이 적용된 바는 없다.³⁾ 더구나 이 조항이 가격의 변경이 아닌 절대적

1) 예를 들어 미국 법무부 반독점국의 범부차관이었던 휴잇 페이트(Hewitt Pate)는 2005년 EU Competition Workshop에서 "반독점국에 단순히 실시료가 높다는 이유로 제소하는 것은 잘못된 전략이다. 경쟁당국은 가격규제기관이 아니다. 우리는 경쟁과정을 보호하며 특별한 결과, 그 중에서도 특정한 가격을 수호하지 않는다"라고 표명한 바 있다. ('Bringing a complaint to the Antitrust Division about "excessive" royalties, without more, is a losing strategy. Antitrust enforcers are not in the business of price control. We protect a competitive process, not a particular result, and particularly not a specific price.' R. Hewitt Pate, Competition and Intellectual Property in the U. S.: Licensing Freedom and the Limits of Antitrust, 2005 EU Competition Workshop, Florence, Italy, 2005. 6. 3.)

‘수준’을 규제하는데 사용될 수 있는지, 나아가 조항 자체가 존속될 필요성이 있는지에 대한 논란도 계속되고 있다.

이러한 상황을 감안할 때 상품가격의 일종인 실시료 그 자체에 대하여 ‘현저한 불합리성’이라는 기준으로 이를 규제하는 것이 바람직한지, 또한 법현실상 가능한 일인지에 대해서도 심사숙고할 필요가 있다.

2. 지식재산권법과 경쟁법 취지의 충돌

경쟁법은 시장의 경쟁제한적 요소를 제거하기 위하여 노력하며, 그 결과는 대개 가격을 낮추는 방향으로 나타난다. 이와는 대조적으로, 지식재산권법은 권리의 보유자에게 배타적 행사권한을 인위적으로 부여하는데, 그 직접적 목적은 발명가나 투자자를 비롯하여 지식재산의 생산에 기여한 이들에게 적절한 동기를 부여하는 것이다. 물론 지식재산에 대한 배타적 행사권한이 반드시 시장지배력으로 연결되는 것은 아니다. 그러나 시장지배력을 정당하게 획득할 수 있다는 ‘가능성’의 존재가 투자와 발명의 유인으로 작용하는 것이다. 궁극적으로는 지식재산권법도 신제품과 신기술의 개발 및 상업화 유인을 제고함으로써 경쟁을 촉진한다는 점에서 두 법은 모순되지 않는다. 그러나 경쟁법적 규제를 통하여 가격 하락을 유도하는 과정에서 지식재산권법이 지향하는 동태적 효율성이 자칫 저해될 수 있다는 점은 항상 염두에 두어야 할 것이다.

이러한 점에서 지식재산권자에 대한 시장지배력 남용혐의의 적용은 일반 상품에 비하여 더욱 신중하고 제한적으로 이루어져야 할 필요가 있다. 특히 지식재산권의 보호강도(保護強度)는 혁신과 동태적 효율성 제고를 통한 사회후생 극대화를 염두에 두고 정책적으로 ‘설계된’ 것이라는 점을 고려하여야 한다. 따라서 만일 지식재산권법이 부여한 배타적 행사권한이 지나치게 강력하여 ‘현저히 불합리한’ 수준의 가격 설정이 가능한 상황이라고 판단된다면, 이는 일차적으로 지식재산권법에서 권리의 행사범위와 효력을 조절함으로써 해결하는 것이 적절하다. 물론 지식재산권법으로는 도저히 해결하기 어려운 가격남용행위가 존재한다는 주장도 있을 수 있다. 그러나 설령 그러한 경우가 존재한다고 하더라도 이는 어디까지나 예외적 상황으로 간주되어야 하며, 이를 규

2) 미국은 합법적으로 독점력을 보유하게 된 사업자가 그 독점력을 행사하여 가격을 인상하는 행위는 금지대상으로 보지 않는다. 반면, EU 경쟁법 제102조 (a)는 시장지배력을 취득한 방법이 정당하였는지 여부를 불문하고 시장지배력을 가진 사업자가 가격을 경쟁가격 이상으로 인상하는 행위를 착취남용행위(Exploitive Conduct)로 금지하고 있다. 그러나 EC는 실제로는 위 조항을 거의 적용하지 않고 있다. EC의 Chief Economist인 데미안 네븐(Damien Neven)에 따르면, EU에서의 가격남용 규제조항은 하나의 시장 통합이라는 EU의 정책목적을 실현하기 위한 정책적 고려를 위하여 유지되고 있을 뿐이다. Neven, D. and M. de la Mano "Economics at DG Competition 2009-2010," Review of Industrial Organization, 37(4) (2010) p.318 참조

3) 이 3개의 심결은 1992년 제과업체의 가격남용사건(공정위 1992. 1. 25. 의결, 9111 독점 759, 9111 독점 760, 9111 독점 761), 1999년 현대자동차 및 기아자동차 상용차 가격남용 사건(공정위 1999. 9. 3. 의결 9906, 독점 0901), 2001년 신용카드회사들의 수수료 가격남용사건(공정위 2001. 3. 28. 의결 2001 독점 0280)이다.

제하기 위해서는 설득력과 명확성을 갖춘 상세한 조건을 법령에 명시하는 것이 선행되어야 할 것이다.

3. 실시료에 대한 가격납용 여부 판단을 위한 합리적 기준의 부재와 그에 따른 규제의 위험성

실시료에 대한 가격납용 여부를 판단할만한 적절한 기준이나 방법이 존재하지 않는다는 것도 중요한 문제점이다. 적어도 필자들이 아는 바로는 국내외적으로 실시료의 수준의 과다 여부를 판단할 수 있는 구체적이고 객관적인 기준은 개발된 바 없다.⁴⁾ 적절한 기준 없이 개입이 이루어질 경우는 규제 결과에 대한 불확실성이 높아지게 된다. 발명가나 투자자의 입장에서 이러한 불확실성은 심각한 영향을 줄 수 있다. 지식재산에 대한 보상의 크기에 대한 예측이 어렵고 그것이 제3자의 개입에 따라 좌우된다면, 단지 그 사실만으로도 발명가나 투자자가 느끼는 주관적 위험은 매우 커질 수 있다. 잘 알려진 것처럼 투자의 결정은 수익뿐만 아니라 위험성에도 민감하게 반응한다. 성공한 연구개발에 대한 규제는 실제로 적용되지 않고, 단지 그 가능성만 존재하더라도 투자자의 유인을 크게 위축시킬 수 있다. 규제의 기준이 명확하지 않아서 재량이 개입할 여지가 넓을수록 이러한 위축효과가 더욱 심화됨은 물론이다.

사후적 제재를 속성으로 하는 경쟁법의 특성상 성공한 연구개발일수록 규제의 대상이 될 가능성이 크다는 점도 혁신과 발명의 유인을 크게 저해하는 요소가 될 수 있다. 예를 들어, Grabowski, Vernon, and DiMasi (2002)는 평균 연구개발비용 이상을 수익으로 회수하는 신규 개발 의약품은 전체의 30% 정도에 불과하고, 나머지 70%의 경우는 비용조차도 회수하지 못한다고 보고하였다. 동시에, 상위 10%의 세후 수익은 무려 평균 연구개발비의 6~7배에 달한다는 결과도 얻었다. 사후적으로 본다면 상위 10%가 얻는 이와 같은 수익은 지나치게 높은 것처럼 보일 수도 있다. 그러나 이는 개발자들이 70%에 달하는 실패확률을 무릅쓰고도 신약 개발에 나서는 원동력이 된다.

지식재산권의 적절한 보장을 통한 투자의 확보는 혁신활동의 핵심적인 요소일 뿐만 아니라 매우 민감한 문제이기도 하다. 알렉산더 플레밍(Alexander Fleming)은 1929년에 페니실린을 발견한 후 자신의 발견이 아무런 제약 없이 상용화되고, 세계적으로 빨리 확산되기를 바라는 숭고한 목적에서 특허권을 추구하지 않았다. 그러나 특허권으로 보호받지 못하는 약을 상용화하고자 하

4) 굳이 찾아보자면 EC법원의 United Brands 판결(United Brands Company and United Brands Continental BV v. Commission, 27/76 [1978] ECR-207)에서 제시된 2단계 테스트나 미국의 특허소송 판결과정에서 인용되어 온 Georgia Pacific 기준(Georgia-Pacific v. U.S. Plywood, Corp., 318 F. Supp. 1116, S.D.N.Y., 1970) 등이 참고자료로 활용될 수는 있을 것이다. 그러나 이러한 방법들도 규제의 기준으로 삼기에는 구체성이나 명확성이 크게 부족하다.

는 투자자는 나타나지 않았고, 결과적으로 페니실린의 상업적 생산은 14년이나 미루어져 제2차 세계대전 중의 전쟁수요에 의하여 비로소 달성되었다는 점은 새겨둘 필요가 있을 것이다.⁵⁾

Ⅲ. 기술표준화 및 FRAND 조건의 경쟁법적 해석과 한계

1. 표준화 과정이 경쟁에 미치는 효과

기술표준에는 시장경쟁을 통하여 자연스럽게 부상하는 경우인 사실상의 표준(De Facto Standard)도 있지만, 경쟁법에서 주로 관심의 대상이 되는 것은 표준화 기구(SSO)를 통하여 일정한 절차와 심의를 거쳐 제정되는 공식 표준(De Jure Standard)이다. 공식표준을 설정하는 기구는 행정적 강제력을 보유한 국가기관이 될 수도 있지만, 특정 산업이나 기술영역에 종사하는 민간 주체들의 모임으로 이루어지는 경우도 많다. 그런데 이러한 표준화 기구는 이해관계자들이 모여서 상당한 내용들을 결정하기 때문에 경쟁법적 측면에서 볼 때 공동행위의 매개체가 될 위험성이 존재한다.⁶⁾ 그럼에도 불구하고 경쟁법에서 민간 표준화 기구의 활동을 허용하고 있는 이유는 표준화를 통하여 호환성을 얻은 제품들 간에 네트워크 외부성을 극대화하는 등 경쟁촉진적 효과를 기대할 수 있기 때문이다.

표준화 과정은 이처럼 양면적인 특성을 가지고 있을 뿐만 아니라 경쟁법적 관점으로만 단순히 판단할 수 없는 어려운 과제를 수반한다. 예를 들어, 어떤 특허가 표준화 기구를 통하여 표준에 포함되는 필수특허로 선정되면 해당 특허의 시장가치는 상승할 가능성이 있지만, 그러한 경우에 선정되지 않은 특허의 가치는 반대로 하락할 것이다. 지식재산권 보장의 근본 목적인 혁신과 발명의 유인 제공의 측면과 특허보유자의 가격납용 가능성의 측면을 종합적으로 고려할 때, 이러한 변화의 총합이 정태적 및 동태적 경쟁촉진을 통한 사회적 후생 증대에 어떠한 영향을 미칠 것인지 쉽게 판단하기 어렵다. 따라서 만일 경쟁당국이 표준에 포함된 특허의 실시료 상승에 대해서만 부정적인 입장을 취할 경우, 자칫 혁신의 유인을 감소시키거나 특허보유자로 하여금 표준화

5) Burge, D., Patent and Trademark Tactics and Practice, 1984, John Wiley & Sons, p. 27. 참조.

6) 특히 기술 공급자들은 표준 선정과정을 통해 서로 경쟁하는 관계인 반면, 구매자들의 이해는 일치된다는 점에서 수요자 카르텔의 우려가 더 크다고 볼 수 있다. 렘리(Lemley, 2002)에 따르면 “지식재산권이 대상인 경우, 표준화 기구는 수요자 카르텔(더 정확하게는 실시권자 카르텔)의 역할을 할 수 있다. ... 공동의 협상을 통하여 산업의 구성원들은 개별적으로 협상하는 경우에 비하여 낮은 가격에 실시권을 얻을 수 있다. 실제로, 몇몇 초기의 산업협회들은 주로 회원들의 개별적인 특허소송 합의를 금지함으로써 낮은 실시료를 강취해 내고자 하는 목적에 의하여 설립된 것으로 보인다.”(When intellectual property rights are at stake, standard-setting organizations sometimes act as a buyer's cartel(or more precisely, a licensee cartel) ... By negotiating jointly, the members of an industry may be able to obtain a license at a lower price than if they bargained individually. Indeed, some early industry associations were apparently set up primarily in order to coerce lower licensing fees by preventing the members from settling patents suits independently.) Lemley, M. “Intellectual Property Rights and Standard Setting Organizations” California Law Review, vol. 90 (2002), p. 1940.

활동에 대한 참여 자체를 회피하도록 하는 결과로 이어질 수도 있다.

어떤 경우든 표준에 포함된 특허나 발명의 권리행사 과정에 대하여 경쟁법의 감시가 필요한지를 판단할 때는 표준에 포함됨으로써 '변화된' 부분이 존재하는지의 여부가 전제될 필요가 있다. 만일 어떤 특허로 인한 시장지배력이 해당 특허가 표준에 포함되기 이전과 이후에 있어서 별다른 차이가 없다면, 그러한 시장지배력의 행사과정에서 발생할 수 있는 문제점은 적어도 표준 설정과는 상관이 없다고 추론할 수 있을 것이기 때문이다.⁷⁾

2. 표준화기구의 FRAND 조건과 경쟁법적 반영의 한계

대부분의 표준화 기구들은 표준에 포함된 기술들에 대한 구성원들의 접근성을 높이고 원활한 활용을 도모하기 위하여 자체적인 지식재산권 정책을 채택하고 있다. 이 중 가장 대표적인 것은 RAND 또는 FRAND(Fair, Reasonable, and Non-Discriminatory) 약속으로, 특허보유자로 하여금 적정한 수준의 실시료를 누구에게나 합리적이면서 비차별적으로 (FRAND의 경우는 공정성을 추가) 적용할 것을 조건화한 것이다. 대개의 경우, 이러한 조건은 의무사항은 아니지만 특허권 보유자가 자신의 기술을 표준에 필수적 특허로 포함시키기 위하여 자발적으로 FRAND 조건의 준수를 약속하는 경우도 흔하다.

그런데 개정된 지식재산권 지침의 III. 3에서는 "[FRAND 조건을 따르도록 하는] 실시조건 협의절차는 기술표준으로 선정된 특허권의 남용을 방지한다는 측면에서 그 필요성이 강조되며, 해당 절차의 이행 여부는 기술표준과 관련된 특허권 행사의 부당성을 판단할 때 중요한 고려사항이 된다"라고 하고 있어, FRAND 조건의 준수 여부를 표준 참가 특허권자의 경쟁법 위반을 판단하는 기준으로 삼겠다는 의도를 나타내고 있다.

그러나 이러한 입장에 대해서는 적어도 두 가지 측면에서 의문이 제기된다. 첫째, 표준화 기구에서 설정한 FRAND 조건의 준수 여부가 경쟁법 규제의 대상이 되는 것이 과연 적절한지에 대한 것이다. 둘째, 현실적으로 FRAND 조건의 준수 여부를 규제기관 입장에서 판단할 수 있는 객관적인 방법이 존재하는가의 여부이다.

이미 언급한 바와 같이 FRAND 약속은 표준화 기구와 표준에 포함된 특허의 보유자들 간에 이루어지는 일종의 계약이며, 표준화 기구를 통하여 자율적으로 부과된 것이다. 표준화 기구는 FRAND 조건을 구체화하거나 강제하려는 시도를 하지 않는데, 이는 당사자들 간의 자율적 협상을 통하여 상황에 맞는 실시료와 실시조건에 도달할 수 있도록 하는 것이 최선이라는 점을 인식

7) 이에 대한 논리로는 (예를 들어) 다음의 논문을 참조한다.: Layne-Farrar, A. and J. Padilla, "Assessing the Link between Standard Setting and Patent Holder Market Power", *International Journal of IT Standards and Standard Setting Research*, (2011).

하고 있기 때문이며, 표준화 기구에 의한 구체적이고 강제적인 조건의 부과는 현실적이지도 않고 오히려 경쟁제한적으로 간주될 수도 있기 때문으로 보인다.

FRAND 조건의 내용이 개별 계약에서 어떻게 구체화될 것인가 하는 점은 일차적으로 당사자의 자율적 협상에 맡겨져 있는 것이고, 그 내용이 객관적으로 명확하지 않을 때에 이를 명확하게 하는 것은 계약법의 역할이다. 따라서 경쟁법의 관점에서 경쟁제한성과 같은 고유의 위법성 요소가 없이 FRAND 조건을 구체화하는 역할을 대신하는 것은 바람직하지 않다. 그럼에도 불구하고 FRAND 조건이 표준에 포함된 특허 보유자들이 준수하여야 할 경쟁법적 의무를 새롭게 제시하고 있다고 판단하여 경쟁법이 이를 통하여 개입하여 구체적이고 강제적인 FRAND 조건을 규정하도록 한다면, 이는 사적자치적 형성을 우선하면서 그 전제가 훼손되어 경쟁 또는 경쟁기반이 침해된 경우에만 소극적으로 개입하는 것을 원칙으로 하는 경쟁법의 정신⁸⁾에 부합한다고 보기 어렵다. 이러한 방식의 경쟁법 집행은 민간 표준화 기구가 자신의 회원들을 상대로 맺은 자율적 협약에서 부과된 계약 상의 의무에 따라 표준에 포함된 특허보유자들이 성실하게 실시계약협상에 임하여 실시계약의 내용을 형성할 수 있는 사적자치의 영역을 사실상 부정하고, 경쟁법이 이를 대체하여 실시계약의 내용을 강제하는 상황을 초래하기 때문이다. 이러한 개입은 표준화 기구 및 회원들의 민간성과 자율성을 침해할 뿐만 아니라 표준화 기구 내의 이해집단 간의 힘의 균형을 깨뜨리는 결과로 이어질 우려가 있다.

3. FRAND 조건의 준수 여부 판단방법의 부재

FRAND 조건의 준수 여부를 경쟁법적 규제의 대상으로 삼거나 또는 비합리적인 실시료 부과라는 것을 근거로 하여 FRAND 조건의 위반 여부를 판단하는 것이 부적절한 또 하나의 이유는, 경쟁당국이 이를 객관적으로 판단할 수 있는 방법이 없다는 것이다. FRAND 약속은 표준에 포함된 특허 보유자들의 부당한 실시거절 가능성을 배제하고 실시료 및 실시조건협상에 성실히 임하도록 하는 중요한 역할을 하지만, 특정한 실시료의 수준이 비합리적이거나 불공정한 수준인지를 판단하기 위한 구체적인 기준을 제시하고자 하지 않는다. FRAND 조건을 조금 더 구체화하고자 하는 노력이 그 동안 없었던 것은 아니다. 그러나 적어도 지금까지 제시된 대안들은 규제의 기준은 물론이려니와 일반적인 가이드라인으로서 활용하는 것조차도 상당한 한계를 지니고 있는 것

8) 이와 관련하여 대법원은 포스코 판결(대법원 2007. 11. 22. 선고 2002두8626 전원합의체 판결)에서 “사유재산제도와 경제활동에 관한 사적 자치의 원칙에 입각한 시장경제질서를 기본으로 하는 우리나라에서는 원칙적으로 사업자들에게 계약 체결 여부의 결정, 거래상대방 선택, 거래내용의 결정 등을 포괄하는 계약의 자유가 인정되지만, 시장의 지배와 경제력의 남용이 우려되는 경우에는 그러한 계약의 자유가 제한될 수 있다 할 것이고, 이러한 제한 내지 규제는 계약자유의 원칙이라는 시민법 원리를 수정한 것이기는 하나 시민법 원리 그 자체를 부정하는 것은 아니며, 시민법 원리의 결함을 교정함으로써 그것이 가지고 있던 본래의 기능을 회복시키기 위한 것으로 이해할 수 있다”(강조 부분 : 필자들) 고 판시한 바 있다.

이 사실이다.

예를 들어, Swanson and Baumol(2005)⁹⁾은 FRAND 조건의 목적이 단지 표준에 포함됨으로써 얻어지는 시장지배력을 이용한 실시료 인상행위를 저지하는 것이라면, 이는 이론적으로 사전에 표준화 기구가 표준 선정 여부를 놓고 일종의 경매를 실시함으로써 달성될 수 있다고 보았다. 그러나 FRAND 조건의 목적이 단지 표준화로 인한 실시료의 인상을 저지하는 것이라는 전제에는 문제가 있으며, 설령 이를 받아들인다고 하더라도 이 방법을 현실에서 적용하기에는 많은 한계가 존재한다. 예를 들어, Chappatte(2009)¹⁰⁾는 현실에서의 표준 선정과정은 이미 정립된 기술들을 놓고 선택하는 것이 아니라는 점을 지적하였다. 실제로는 기술의 발전과 표준의 구성, 특허의 출원 등이 동시에 진행되며, 이동통신 업계에서의 GSM이나 UMTS 표준 선정과정에서 보통 이 수 천 가지의 기술적 결정이 복잡하게 얽혀서 일어난다는 것이다. 이러한 상황에서 개별적 기술부분들에 대하여 사전 경매를 진행한다는 것은 정보의 부족과 진행비용의 과다라는 측면에서 보더라도 비현실적이다. 특히 표준이 선정되는 당시의 상황에서는 관련 기술들에 대한 특허가 출원 중이어서, 최종적으로 누가 특허를 수여 받고 표준에 포함된 필수적 특허의 보유자가 될 지 알 수 없는 경우도 흔하다.¹¹⁾

한편, Chappatte 등은 표준에 포함된 특허들에 대한 실시료의 총합이 일정 수준을 넘지 않도록 '누적 실시료 상한' (Cumulative Royalty Cap)을 부여하고, 이어 개별적 실시료는 총 필수특허 수 대비 개별 특허권자의 보유 특허 수에 따라 나누는 '산술적 비례 방식' (Numerical Proportionality)을 적용하자고 제안하였다. 실시료에 대하여 누적 상한을 부과하는 것이 FRAND 조건과 부합한다는 주장은 실시료 과적(Royalty Stacking)의 가능성과 깊은 관련이 있다. 실시료 과적이란, 서로 보완적인 특허들에 대한 실시료 협상이 개별적으로 이루어질 경우, 이론적으로 실시료의 총합이 지나치게 커져서 이러한 특허들을 사용한 상품의 제조가 경제성을 잃어버리는 수준에까지 이를 수 있다는 문제점을 지적한 것이다.

그러나 실시료의 과적현상은 다수의 보완적인 특허보유자들과 협상을 하는 과정에서 발생할 수 있는 이론적인 가능성일 뿐, 이를 표준화나 FRAND 조건과 특별히 연결할 당위성은 존재하지 않는다. 더 근본적으로, 현실에서는 실시료의 과적을 해결하는 여러 기제(Mechanism)가 존재하기 때문에 이것이 문제가 되는 경우 자체를 찾기 어렵다. Geradin, Layne-Farrar, and Padilla(2008)는 표준화 과정에서 일어나는 상호실시계약(Cross Licensing)의 체결, 특허풀

9) Swanson and Baumol "Reasonable and Non-discriminatory (RAND) Royalties, Standards Selection, and Control of Market Power," *Antitrust Law Journal* 73(1) (2005).

10) Chappatte, P. "FRAND Commitments-The Case for Antitrust Intervention," *European Competition Journal* 5(2), (2009) pp. 319-346, p. 337.

11) 뿐만 아니라 사전적 경매를 통하여 구매조건을 결정하는 상황은 구매기업들이 조합을 결성하여 공동으로 구매하는 경우와 유사하며, 사실상 구매자 카르텔을 허용하는 결과로 이어질 수도 있다.

(Patent Pool)의 구성, 반복적 거래에 따른 명성 쌓기(Reputation) 효과 등이 실시료의 총합이 지나치게 커지는 것을 통제하며, 그 결과 실시료 과적문제가 존재한다는 실증적 증거는 발견할 수 없다고 지적하였다.¹²⁾

뿐만 아니라 실시료의 누적 상한은 현실적 적용에 있어서도 많은 문제를 지니고 있다. 우선 실시료의 합리적인 누적 상한값을 결정하는 문제는 최소한 개별 특허의 합리적 실시료 수준을 결정하는 문제만큼 어려울 것이며, 비교할만한 대상이 전혀 없다는 점에서는 오히려 더 어려울 수도 있다. 설령 어떻게든 누적 상한을 부과하더라도, 그 다음 단계로서 이를 개별 특허권자들이 각각 적절한 보상을 받도록 배분하는 과정은 더욱 어렵다. 앞서 언급한 '산술적 비례방식'은 지금까지 유일하게 제안된 배분방법론으로, 이 방법이 많은 문제점을 지니고 있다는 점은 조금만 생각하여 보아도 자명하다. 첫째, 표준에 포함되는 모든 특허에 대하여 각각 동일한 가격을 부과하는데, 모든 특허들이 동일한 부가가치를 가질 수는 없다는 점에서 이는 비합리적일 뿐만 아니라 불공정하다. 둘째, 표준화 과정에서 얻어질 수도 있는 추가적 시장가치의 크기는 특허마다 다르며, 특허에 따라서는 전혀 가치의 변화가 없을 수 있다. 그럼에도 불구하고 표준에 포함되었다는 이유만으로 산술적 비례방식을 강제할 경우는 특허권자의 입장에서는 오히려 종전보다도 불리한 조건을 강요 받는 결과가 될 수도 있다. 한편, Geradin and Rato(2009)¹³⁾가 지적한 것처럼 산술적 비례방식은 연구개발자의 유인을 크게 왜곡할 수 있다. 예를 들어, 연구개발자들은 중요한 핵심 기술을 추구하기보다는 단지 표준에만 포함될 수 있는 정도의 기술들을 가능한 다수로 개발하려 할 것이고, 특허도 가능한 세분화하여 출원하고자 할 것이다.

이처럼 FRAND 조건을 구체화하려는 노력은 아직까지 전혀 성공을 거두지 못하였으며, 그나마 일부 학자들이나 이해 당사자들에 의하여 시도되었을 뿐 정작 표준화 기구 자체는 이를 적극적으로 추구한 사례가 없다. 이는 FRAND 조건의 유연성을 유지하면서 자율적 협상을 보장하는 쪽이 더 실익이 있다는 판단에 따른 것으로 보인다. 이러한 상황에서 경쟁당국이 FRAND 조건을 사후적 규제를 위한 구체적·객관적 판단기준으로 연결시키고자 하는 것이 과연 가능하거나 바람직한 일이 될 것인지는 의문이다.

12) Geradin, Layne-Farrar, and Padilla "The Complements Problem within Standard Setting: Assessing the Evidence on Royalty Stacking," Boston University Journal of Science and Technology Law 14,(2008), p. 149.

13) Geradin, D. and M. Rato, "FRAND Commitments and EC Competition Law" (December 23, 2009). Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1527407>, pp. 28-29.

IV. 결론

이 글에서는 지식재산권법과 경쟁법 취지의 조화라는 관점에서 지난 2010년 개정된 지식재산권지침 중에서 실시허락의 대가수준 결정과 관련한 두 조항을 중심으로 비판적인 검토를 수행하였다. 그 결과, 실시료의 수준의 부당성을 평가하는 것은 이론적으로나 현실적으로 많은 문제점을 안고 있음을 제시하였다. 이는 일반적인 실시료의 경우는 물론이고, 기술표준에 포함된 특허에 대한 실시료의 경우에 있어서도 마찬가지로 적용된다. 따라서 이러한 한계를 인식하여 관련 부분을 개정하거나 적어도 규제의 내용을 구체화·객관화할 수 있는 대상에 한하여 조금 더 신중히 적용할 수 있도록 보완하는 노력이 필요하다. 기술 표준화와 관련해서는 표준화 전후의 변화가 있는지를 비교하는 등의 방식으로 안전지대(Safe Harbor)를 마련하는 것도 도움이 될 것이다.

어차피 지식재산권 행사에 대한 경쟁법의 역할 정립은 이제 중요한 첫 발을 내디뎠을 뿐이다. 향후 지식재산권 지침을 주의 깊게 발전시켜 나가면서 지식재산권 보장의 근본 목적을 달성하고, 경쟁법의 보완적 기능을 극대화할 수 있도록 적극적인 노력을 기울여 나갈 필요가 있으며, 이 글이 그와 같은 노력에 조금이나마 도움이 되기를 바란다. 

