

표준화와 특허권 행사, 경쟁법적 판단을 어떻게 할 것인가?

서강대학교 법학전문대학원 교수 | **홍대식**
건국대학교 경제학과 교수 | **권남훈**

I. 서론

필자들은 지난 호인 경쟁저널 제155호에 기고한 글¹⁾을 통하여 공정거래위원회(이하 “공정위”라고 한다)의 「지식재산권의 부당한 행사에 대한 심사지침」(이하 “지식재산권 지침”이라 한다)의 내용 중에서 실시허락의 대가수준 결정과 관련한 부당한 행위 유형을 제시한 조항들을 비판적으로 검토한 연구를 소개하였다. 본 고에서는 그 연장선상에서 지식재산권 지침 중에서 기술표준 관련 특허권의 행사에 관하여 구체적인 판단기준과 부당한 행위 유형을 제시한 부분(III. 3.)에 초점을 맞추어, 행위 유형의 식별방식과 기준의 타당성을 비판적으로 검토하고 대안을 제시하고자 한다.

지식재산권 지침 III. 부분에서는 지식재산권의 행사방법을 유형별로 나누어 문제될 수 있는 구체적인 행위 유형과 그에 대한 판단기준을 제시하고 있다. 여기에 열거된 특허권 행사 유형 중에서 ‘3. 기술표준 관련 특허권의 행사’ 부분은 주로 표준화 기구(SSO; Standard Setting Organization)를 통하여 이루어지는 기술표준 선정과정과 관련되어 있다. 지식재산권 지침은 그 과정에서 특허권 보유자 또는 특허출원자의 행위 중 사후적 기회주의(ex post Opportunism)로 평가될 수 있는 행위를 식별하는 한편, 그와 같은 행위가 초래할 수 있는 공정거래 저해효과를 판단하기 위한 행위 특정적 기준(Conduct-Specific Standard), 그리고 판단에 관련되는 고려사항들을 제시하고 있다. 그러나 여기에서는 ① 심사지침에서 제시하고 있는 구체적인 행위 유형이 법령이 지시하는 행위 요건과 부합하지 않는 문제 ② 행위 특정적 기준이 공정거래 저해효과라는 모호한 척도를 사용함으로써 관리 가능하고 예측 가능한 기준을 제시하지 못하고 있는 문제 ③ 제시된 기준 또는 관련 고려사항들과 공정거래 저해효과 간의 연결성에 대한 명확한 근거 제시가

1) 권남훈·홍대식, “지식재산권 실시료 과다 책정 여부의 경쟁법적 판단은 가능한가?”, 경쟁저널 제156호 (2011. 5.)

없이 일정한 행위가 있으면 사실상 위법성이 추정될 수 있는 구조를 취하고 있는 문제 등이 있다.

기술표준 선정과정에서는 특허기술 보유자의 전략적 행위가 나타날 수 있는데, 이러한 행위들이 기회주의적으로 나타날 경우를 방지하기 위하여 표준화 기구들은 여러 가지 사적인 대응책을 마련해 두고 있다. 그러나 사적인 대응책을 필요로 하는 기회주의적 행위인지 여부와 경쟁법적으로 문제될 수 있는 행위인지 여부는 분명히 구별되어야 한다. 본 고에서 취하고 있는 비판적 입장은 지식재산권 지침이 이러한 구별을 명확히 하지 않고, 표준화 기구의 사적인 대응책에 부합하지 않는 행위를 바로 경쟁법적으로 문제될 수 있는 행위로 보는 것이 아닌가 하는 의문에서 출발한다. 이하에서는 먼저 기술표준 선정절차와 표준화 기구의 대응책에 대하여 간략히 살펴본 후, 다음으로 지식재산권 지침의 'Ⅲ. 구체적 판단기준' 중 '3. 기술표준 관련 특허권의 행사' 부분의 내용을 분석하고 비판적으로 검토하기로 한다. 검토의 순서는 지식재산권 지침의 해당 부분 구성 방식에 따라 위법성 심사기준 부분과 구체적 행위 유형 부분으로 나눈다. 구체적 행위 유형은 ① 기술표준 선정 관련 조건에 대한 부당한 합의행위 ② 관련 특허 정보 비공개행위 ③ 실시허락 거절행위 ④ 실시조건 차별 또는 비합리적인 수준의 실시로 부과행위로 구분되는데, 여기서는 ②의 행위와 ④의 행위에 초점을 맞추기로 한다.

II. 기술표준 선정절차와 기술표준 관련 특허권의 행사행위

1. 표준화 기구의 기술표준 선정절차

기술표준은 기술간 호환성을 높여 경제적 효율성을 창출하고, 관련 기술의 이용과 개발을 촉진시킨다는 점에서 산업정책적으로 그 필요성이 강조된다. 특히 네트워크 산업의 경우, 특정한 소비자에 대한 상품의 가치는 얼마나 많은 다른 소비자들이 동일하거나 호환이 되는 상품을 이용하는가에 달려 있는 경우가 많다.²⁾ 이런 점에서 상호운용성 또는 호환성을 가능하게 하여 상품의 효용성을 증진하는 기술표준은 소비자에게도 중대한 혜택을 가져다 준다.

표준화 기구를 통한 집단적인 기술표준 선정은 경쟁 및 기술혁신 촉진효과를 갖는다. 그러나 표준화 기구의 성격과 선정된 기술표준의 내용에 따라 기술시장에서의 경쟁을 배제하거나 기술혁신을 지연하는 효과, 소비자 선택권을 감소시키는 효과 또는 공동행위를 촉진시키는 효과와 같은 경쟁저해효과를 야기할 수도 있다는 점이 지적되기도 한다.³⁾ 기술표준 선정과정과 그와 관련된

2) Lemley, Mark A., "Intellectual Property Rights and Standard Setting Organizations", 90 Cal. L. Rev. 1889 (2002)

3) OECD, "Standard Setting and Competition Policy", OECD Policy Round Tables DAF/COMP/WP2(2010)4 (2010), pp. 5-7.

일련의 행위들에 대한 일정한 조사가 필요하다라는 주장은 이러한 지적에 기초하고 있다.

2. 기술표준 선정절차에서의 특허기술 보유자의 전략적 행위에 대한 관심

표준화 기구를 통한 기술표준의 선정 당시 대안이 되는 기술이 존재하고, 대안들 사이에서 합리적인 결정을 하는데 사용할 수 있는 정보가 충분하지 않은 상황을 가정하여 보자. 이 경우, 특허기술 보유자는 자신의 특허기술이 대안이 될 수 있는 경쟁기술에 우선하여 기술표준에 포함될 수 있도록 전략적으로 행동할 수 있다.⁴⁾ 이러한 상황을 전제로 할 때, 특허기술 보유자가 기술표준 선정과정 및 그와 관련하여 행하는 일련의 행위들을 어떤 기준에 의하여 기술표준 선정절차를 악용하는 행위 또는 기술표준에 포함된 자신의 특허기술을 부적절하게 사용하여 경쟁자 또는 거래 상대방의 이익을 침해하는 행위로 평가할 것인지, 그리고 공정거래법이 그러한 행위를 차단하거나 그에 대처하기 위하여 어느 단계에서 어떻게 개입하도록 허용할 것인지가 주된 쟁점이 된다.

기술표준의 획득을 목적으로 하는 경쟁이 존재하는 상황이라도 표준화 기구가 충분한 정보를 갖고 있지 않은 경우라면, 기술표준에 포함되어야 할 요소기술로서 적합하면서도 하방시장에서의 상품 생산자의 이용 가능성을 최대화하는 기술을 채택하는 작업은 간단하지 않을 수 있다. 이러한 경우, 기술표준에 선정될 가능성이 있는 기술에 관한 특허권 보유자 또는 특허 출원자는 사적 정보의 우위를 활용하여 기술표준 선정과정에서 해당 기술의 기술표준으로서의 적합성이나 특허권 행사의 범위에 관하여 적극적으로는 기만적인 선전활동을 하거나, 소극적으로는 관련 정보를 은닉하는 행위를 하게 될 위험이 있다는 지적⁵⁾이 있다.

미국 연방대법원의 Illinois Tool Works 판결⁶⁾에서 판시된 바와 같이, 특허권 보유가 곧 시장지배력을 의미하는 것은 아니다. 이는 특허권 보유자의 특허기술이 기술표준에 포함되었다고 하여, 그로 인하여 언제나 특허권 보유자가 시장지배력을 획득하였다고 볼 수는 없다는 것을 의미한다. 여기서 유의할 점은 특허권 보유자의 시장지배력의 원천이 특허권 그 자체인 경우, 특허권 보유자는 그 특허를 특허법을 통하여 정당하게 취득한 것이므로 경쟁법적 개입이 허용되지 않는다는 점이다. 그러나 특허권 보유자의 시장지배력의 원천이 표준화이고 단지 특허권에 의하여 획득된 지위가 아니며, 특허권 보유자가 특허공개의무가 있는 기술표준 선정과정에서 관련 특허에 관한

4) Lichtman, Douglas Gary, "Patent Holdouts and the Standard-Setting Process", University of Chicago Law and Economics, Olin Working Paper No. 292 (2006). Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=902646>.

5) 기술표준의 형성에 있어서의 공정거래법 상의 문제에 대한 국내에서의 논의는 손영화, "네트워크시장에서의 기술표준과 공정거래법상의 문제", 상사법연구 제22권 제1호 (2003)

6) Illinois Tool Works Inc. v. Independent Ink, Inc., 126 S.Ct.1281, 1293 (2006).

주요 정보를 의식적으로 공개하지 않는 등의 부당한 행위를 행함으로써 표준에 편입된 경우는, 특허권 보유자가 전략적으로 행하는 특정한 행위를 사후적인(ex post) 기회주의적 행위로 평가할 수 있다. 그러나 그 경우에도 이를 경쟁법의 관심사로 삼기 위해서는 다음과 같은 점들이 검토되어야 한다. 즉, 기술표준 선정이 표준화된 기술과 대체 가능성이 있는 기술을 포함한 기술시장에 미치는 영향, 기술표준에 포함된 특허기술의 실시가 표준화된 기술을 사용하는 데 필수적인지 여부, 선정된 기술표준의 사용이 관련된 기술을 활용한 상품의 유통과 관련된 상품시장에 미치는 영향 등이 그것이다. 다시 말하면, 산업적 목적의 표준화를 위한 사적인 질서조정(Private Ordering)과정인 기술표준 선정과정의 관점에서 기회주의적 행위라고 평가될 수 있다고 하여 언제나 경쟁법의 관심사가 되는 것은 아니다. 오히려 이는 관련되는 기술표준과 그에 포함된 특허기술의 특성과 시장상황에 따라 달라질 수 있는 문제이므로, 기회주의적 행위인지 여부와 경쟁법적으로 문제될 수 있는 행위인지 여부는 분명히 구별되는 문제라고 할 것이다.

3. 기회주의적 행위를 방지하기 위한 표준화 기구의 대응책

일단 표준이 선정된 후에는 표준화 실행자들의 매몰비용(Sunk Cost)으로 인하여 새롭거나 다른 표준으로의 전환이 배제된다는 점에서, 표준화 기구는 기술표준에 포함되는 특허기술 보유자가 사후적인 기회주의적 행위를 할 능력을 제한하기 위하여 일정한 규칙을 마련하여 두고 있다. 더욱이 표준화 기구들은 대개 회원들에게 표준화 기구에 참여하는 조건으로 이러한 규칙에 대한 동의를 요청하거나 이러한 규칙을 기술표준 선정 합의의 내용으로 한다. 이러한 규칙을 일컬어 표준화 기구의 '특허정책' (Patent Policy) 또는 '지식재산정책' (Intellectual Property Policy)이라고 한다.⁷⁾

그와 같은 대응책의 내용은 첫째, 표준화 과정에 참여하는 사업자에게 표준 선정과 관련된 보유 특허기술이나 특허출원이 진행 중인 기술에 관한 정보의 공개를 요구하는 것과 둘째, 표준 선정 후에 표준에 포함된 특허권에 대하여 합리적이고 비차별적인(Reasonable and Non-Discriminatory, RAND) 조건 또는 공정하고 합리적이며 비차별적인(Fair, Reasonable and Non-Discriminatory, FRAND) 조건에 의하여 실시허락할 것을 약속(Commitment)하도록 요구하는 것으로 나누어진다.⁸⁾

전자의 대응책은 그것이 표준화 기구의 회원인 특허권 보유자에게 부과된 경우, 이를 위반하는 행위에 대하여 일정한 제재가 따를 수도 있다는 점에서 의무적 성격을 가질 수 있다. 그에 반하여

7) Lemley, 전제논문 참조.

8) 상계논문.

후자의 대응책은 FRAND 조건으로 특허를 실시허락할 것을 약속하는 특허권 보유자의 의지에 달린 것이므로 의무적 성격을 갖는다고 볼 수 없다. 표준화 기구들은 대체로 회원들에게 FRAND 약속을 할 것을 요건으로 하지는 않고 이를 요청하거나 권고하는 방식으로 하며, 만일 필수적인 특허의 보유자가 FRAND 약속을 거절할 경우는 제안된 표준을 거부하거나 변경할 수 있을 뿐이다. FRAND 약속은 대체로 표준을 채택한 상품 생산자들의 이익을 위하여 주어지는 것이고, FRAND 조건이 실시허락 계약의 내용이 된 경우는 생산자들은 계약 위반에 대한 구제수단을 통하여 이를 집행할 수 있다. 또한 표준화 기구의 표준 선정시점을 기준으로 볼 때, 특허권 보유자가 특허정보를 공개하였다면 표준화 기구가 그 특허기술을 기술표준에 포함시키지 않을 수도 있었을 것이라는 인과관계가 성립할 경우, 특허정보 공개요구에 위반하는 행위는 기술표준에 선정되기 위한 사전적인(ex ante) 기회주의적 행위의 성격을 가질 수도 있다. 그러나 특허정보의 공개요구 역시 FRAND 조건 준수 약속 요구와 마찬가지로 표준화 기구가 관련 특허 정보를 충분히 확보하도록 함으로써 표준 선정 후에 기술표준 실시단계에서 야기될 수 있는 사후적 기회주의적 행위를 방지하거나 제한하기 위한 계약적인 수단을 강구하기 위하여 마련된 대응책으로 보는 것이 더 타당할 것이다.

III. 위법성 심사기준 부분에 대한 검토

1. 지식재산권 지침의 내용

심사지침 III. 3.은 구체적인 행위 유형을 가. 내지 라.로 열거하고 각 행위 유형에 위법성의 표지인 '부당하게'라는 용어를 포함시킨다. 또한 부당성의 판단기준과 관련하여 '특허 정보 공개와 실시조건 협의절차의 이행 여부'가 부당성을 판단할 때 중요한 고려사항이 된다는 점을 강조하면서, 이를 행위 특정적 판단기준(Conduct-Specific Standard)⁹⁾으로 제시한다. 한편 구체적인 행위 유형에 적용될 수 있는 범조항인 시장지배적 지위 남용행위, 부당한 공동행위, 불공정거래행위, 사업자단체의 금지행위 규정의 별도의 위법성 성립요건을 종합적으로 고려하여 위반행위 여부를 결정한다고 하여, 이들 조항의 위법성 판단기준이 일반적인 판단기준(General Standard)이 될 수 있음을 나타내고 있다. 이와 관련하여 심사지침은 II. 3. 위법성 판단시 고려사항 부분에서

9) 위법성 심사기준은 법에 정한 보다 포괄적인 행위 유형에 대하여 제시될 수도 있고, 그 유형의 하위 유형으로서 시행령이나 고시에 정한 보다 세부적인 행위 유형에 대하여 제시될 수도 있다. 전자를 '일반적 심사기준' (General Standard)이라고 한다면, 후자는 '행위 특정적 심사기준' (Conduct Specific Standard)이라고 할 수 있다.

이들 위법성 판단기준을 ‘공정거래 저해효과’로 통칭하면서, 그 효과의 내용은 ‘불공정거래행위 심사지침’에서 제시된 위법성 심사기준인 공정거래 저해성을 원용하여 설명하고 있다.

2. 검토

지식재산권 지침 중 기술표준 관련 특허권의 행사에 관한 III. 3. 부분에서 위법성 판단기준과 관련하여 특히 문제가 되는 것은, 특허 정보 공개와 실시조건 협의절차의 이행 여부가 부당성을 판단할 때 중요한 고려사항이 된다고 규정한 부분이다. 규범적으로 볼 때, 이는 위법성 판단에 있어서 해당 절차의 이행 여부를 추가적 고려사항으로 규정하면서 일반적 고려사항에 우선하여 그 중요성을 고려하도록 하는 취지로 이해된다.

그러나 행위 특정적 심사기준에서 추가적으로 열거되는 고려사항은 그 자체가 위법성 판단을 결정짓는 요소가 된다고 보다는, 제반 상황을 종합하여(Totality of Circumstances) 위법성을 판단하기 위하여 특정한 상황에서 일반적인 판단기준에서 고려사항을 보완하는 것이 되어야 한다. 따라서 특정한 상황에서만 의미 있는 고려요소를 강조하면서, 이를 중요한 고려사항이라고 표현하는 것은 매우 이례적인 것이다. 뿐만 아니라 이러한 특정한 고려요소가 위법성 판단에 결정적 이거나 보다 중요한 요소로서 작용할 수 있다고 보려면, 특정한 상황에서 그 요소와 위법성의 내용이 인과관계 내지는 고도의 상관관계를 갖는다는 점이 경험적으로 인정되어야 한다. 그러나 공정위가 이러한 행위 유형을 규제한 경험이 별로 없다는 점에서 규범적 타당성도 인정 받기 어렵다.

‘특허정보 공개절차’와 ‘실시조건 협의절차’는 기술표준 선정과정을 개선하고 사후적인 기회주의의 잠재성을 확실히 감소시키기 위하여 표준화 기구가 특허권 보유자에게 요구하는 계약적 수단이다. 이러한 점에서 이들 절차의 이행 여부는 표준화 기구에서의 기술표준 선정이 계약의 관점에서 유효하게 성립하였는가, 또한 절차의 위반에 대하여 어떤 종류의 구제수단이 계약법 하에서 부여될 것인가의 문제와 연결되는 것이다. 그러나 이러한 종류의 요소들이 부당한 사업활동 방해행위와 같은 공정거래법 위반행위의 위법성을 판단하는 데 반드시 관련성이 있다고 보기는 어렵다.

기술표준 선정 및 그 실시단계에서 계약법적 의미를 갖는 특허 정보 공개절차와 실시조건 협의 절차의 이행 여부가 공정거래법 위반행위의 위법성 판단기준과 인과관계 또는 고도의 상관관계를 갖는다고 볼 근거가 없는 이상, 해당 절차의 이행 여부가 기술표준과 관련된 특허권 행사의 부당성을 판단할 때 중요한 고려사항이 된다고 한 지식재산권 지침의 표현은, 사적 관계에 관한 영

역에 공정거래법을 부당하게 확장하는 것이 될 위험성이 있다. 해당 절차의 이행 여부는 기술표준의 선정 및 그 실시단계에서 기술표준 관련 특허권의 행사 행위가 위법한지 여부를 판단하기 위하여 고려될 수 있는 위법성 요소라기보다는, 오히려 공정거래법 위반행위의 행위 유형에 해당 하는지 여부를 판단하기 위하여 고려될 수 있는 행위요소로서 보다 더 의미가 있을 뿐이다. 또한 행위요소로 고려되더라도 그 절차를 단순하게 이행하지 않은 데 그친 경우가 아니라 고의로 이행하지 않거나 허위로 이행하여 기술표준 선정 또는 그 실시에 영향을 준 경우에 한정하여 고려되어야 할 것이다. 경우에 따라서는 이들 요소가 사실적 요소에 대비하여 평가적 요소로 볼 수 있는 행위요소를 포함하는 한도에서 행위 특정적 위법성 심사기준에서 고려되는 보완적 요소의 하나로 열거될 수는 있을 것이다. 그러나 이들 요소들은 다른 고려요소들에 우선하여 결정적인 요소가 된다거나 보다 중요한 요소가 된다고 할 수는 없다.

IV. 구체적 행위 유형 부분에 대한 검토

1. 지식재산권 지침의 내용

지식재산권 지침에서 기술표준과 관련된 구체적인 행위로 열거된 유형 중에서 관련 특허 정보 비공개행위는 “기술표준으로 선정될 가능성을 높이거나 실시조건의 사전 협상을 회피할 목적으로 부당하게 자신이 출원 또는 등록한 관련 특허정보를 공개하지 않는 행위”라고 규정되어 있다. 이는 표준화 기구가 기술표준 선정에 앞서 관련된 특허 정보를 미리 공개하도록 요구하는 절차, 즉 특허 정보 공개절차와 관련되어 있다. 다음으로 실시조건의 차별 또는 비합리적인 실시료 부과행위는 “부당하게 기술표준으로 널리 이용되는 특허발명의 실시조건을 차별하거나, 비합리적인 수준의 실시료를 부과하는 행위”라고 규정되어 있다. 이는 표준화 기구가 기술표준 선정에 앞서 기술표준으로 선정될 기술이 특허권으로 보호받는 경우에는 공정하고 합리적이며, 비차별적인 조건으로 실시허락할 것을 사전에 협의하는 절차, 즉 실시조건 협의절차와 관련되어 있다.

2. 관련 특허 정보 비공개행위

관련 특허 정보 비공개행위에 대하여 적용을 검토할 수 있는 법조항은 사업활동 방해행위 조항이지만, 지식재산권 지침에 규정된 관련 특허 정보 비공개행위는 그 규정형식에 비추어 볼 때 사

업활동 방해행위 요건을 충족할 수 있는 행위요소를 갖추고 있지 못하다. 이 점은 시장지배적 지위 남용행위 또는 불공정거래행위로서의 사업활동 방해행위 요건의 내용을 분석하여 그 해석기준과 포섭범위를 분명히 하는 작업을 통하여 확인할 수 있다.

시장지배적 지위 남용행위에 관한 공정거래법 제3조의2 제1항, 동법 시행령 제5조 제3항 본문 및 불공정거래행위에 관한 공정거래법 제23조 제1항 제5호 후단, 동법 시행령 제36조 제1항 관련 [별표 1의2] 제8호에 나타난 행위 요건을 종합하여 볼 때, 사업활동 방해행위에 해당하기 위해서는 다른 사업자에 대한 '방해'가 성립하여야 한다. 또한 다른 사업자의 사업활동에 미치는 방해의 정도는 적어도 그 사업활동을 어렵게 하는 정도에 이르러야 하고, 이는 다른 사업자의 사업활동에 구체적 불이익이 발생하였는지 여부에 따라 측정될 수 있어야 한다. 여기서 '방해'라는 요건은 행위가 다른 사업자에게 작용한 효과를 가리키는 것이라는 점에서, 그 행위가 시장에서 어떤 효과를 갖는지를 가리키는 요건인 경쟁제한성과 일응 구별된다.

행위가 다른 사업자에게 작용하는 효과로서의 방해가 성립하기 위하여 어떤 행위요소를 필요로 하는지에 대하여 시사점을 주는 사례로, 시장지배적 지위 남용행위로서의 사업활동 방해행위 조항이 적용된 일련의 대법원 판례를 들 수 있다. 예컨대, 포스코 사건 판결¹⁰⁾에서 대법원은 "특정 사업자가 사업활동에 곤란을 겪게 되었다거나 곤란을 겪게 될 우려가 발생하였다는 것과 같이 특정 사업자가 불이익을 입게 되었다는 사정"과 "부당성"을 구별하고 있다. 여기서 '특정 사업자가 불이익을 입게 되었다는 사정'은 행위가 시장에 미치는 효과를 가리키는 부당성과 구별하여, 행위가 다른 사업자에게 작용하는 효과로서의 방해를 판단하기 위한 행위요소가 된다는 점을 알 수 있다. 다시 말해서 행위 요건으로서의 방해는 다른 사업자에게 그 사업활동과 관련된 구체적 불이익이 발생하거나 그 우려가 있는 사정이 존재하여야 성립할 수 있다.

지식재산권 지침에 규정된 관련 특허 정보 비공개행위는 구조적으로 '부당하게'라는 일반적인 위법성 요건을 제외하면 '자신이 출원 또는 등록한 관련 특허정보를 공개하지 않는 행위'를 객관적 행위요소로, 그 행위에 대하여 '기술표준으로 선정될 가능성을 높일 목적' 또는 '실시조건의 사전 협상을 회피할 목적'이 있을 것을 주관적 의사요소로 요구하고 있다. 관련 특허 정보를 공개하지 않는 행위의 상대방은 표준화 기구라고 볼 수 있다.

그런데 만일 관련 특허 정보 비공개행위 자체가 방해행위라고 인정하려면 표준화 기구가 그 행위로 인하여 어떤 구체적 불이익을 입었어야 한다. 그러나 관련 특허 정보를 공개하지 않은 행위로 인하여 표준화 기구의 기술표준 선정과 그에 수반된 지식재산정책의 적용이 방해 받지 않았다면, 관련 특허 정보 비공개행위 자체만으로 방해행위가 성립한다고 볼 수는 없다. 이와 같이, 부족

10) 대법원 2007. 11. 22. 선고 2002두8626 전원합의체 판결.

한 행위요소를 보충하기 위해서는 관련 특허 정보의 비공개행위가 표준화 기구로 하여금 특허권 보유자의 기술을 기술표준에 포함하도록 하거나 지식재산정책의 적용의 기회를 얻지 못하도록 하는 원인을 제공하는 과정에서 행위의 기망성(欺罔性), 강박성, 기타 불공정행위와 같은 요소가 행위요건에 추가되어야 한다. 경쟁법의 관점에서 관련 특허 정보 비공개행위에 관하여 의미 있는 행위요소를 추출하기 위해서는 미국의 Rambus 사건을 참조할 수 있다. 이 사건에 관하여 미국 연방거래위원회¹¹⁾와 연방항소법원¹²⁾은 판단을 달리하였지만, 두 기관이 ① 관련 특허 정보 비공개행위가 안티트러스트법(the Antitrust Laws) 위반청구의 행위요소를 충족하기 위해서는 고의적으로 기망하는 행위여야 한다는 점, 나아가 ② 기망행위만으로는 안티트러스트법 위반청구를 성립하는 데 충분하지 않고 기망행위와 기술표준 선정절차에 인과적 효과(Causal Effect)가 있어야 한다는 점에서는 의견의 일치를 보이고 있다는 점에 주목할 필요가 있다.

또한 경쟁법적으로 의미 있는 방해행위를 포착하기 위해서는 행위와 관련될 수 있는 시장인 기술시장, 또는 그 하방에 있는 상품시장에 참여하거나 참여할 수 있는 경쟁자 내지는 거래상대방을 방해행위의 대상으로 상정하여야 한다. 이렇게 볼 때 방해행위의 요건을 충족하기 위해서는, 관련 특허 정보 비공개행위로 인하여 특허권 보유자의 기술이 기술표준에 포함됨으로써 그 대안이 되는 경쟁기술의 보유자가 기술표준에서 배제되는 불이익을 입었다거나, 특허권 보유자가 FRAND 조건 약속 구속을 받지 않게 됨에 따라 그 특허기술에 대한 실시사용자(Licensee)가 실시조건협상에서 불리한 지위에 처하게 되었다는 요소가 행위 요건에 추가되어야 한다.

한편, 주관적 의사 요소로서의 '목적'이라는 표현은 '고의'와 구별되며 그보다 더 구체적이고 고도의 사고작용을 의미한다. 따라서 이러한 목적은 행위자가 기술표준으로 선정될 가능성을 높이거나 실시조건 협상을 회피하게 되는 결과를 인식하였다는 것만으로는 인정하기에 부족하고, 행위자의 행위가 그러한 결과를 얻기 위하여 신중하게 고려한(Deliberately) 사고작용의 산물이라고 판단되는 경우에 한하여 인정된다고 할 것이다.

3. 실시조건 차별 또는 비합리적인 실시료 부과행위

이 행위 유형은 기술표준 선정과정에서 표준화 기구에 대하여 FRAND 조건에 의한 실시허락 약정을 한 특허권 보유자가 기술표준이 선정된 후에 그 약정에 위반하는 행위를 포함한다. 그러나 기술표준에 표준화 기구를 통하여 선정된 기술표준뿐만 아니라 사실상 기술표준으로 널리 이용되는 경우도 포함하고 있으므로, 표준화 기구를 통한 기술표준 선정의 경우에 한정되지는 않는

11) In the matter of Rambus, Inc. (F.T.C. 2006 Docket No. 9302).

12) Rambus, Inc. v. Fed. Trade Comm'n, 522 F.3d 456, 462 (D.C. Cir. 2008).

것으로 보인다. 다만, 지식재산권 지침 III. 1.에서 실시허락 일반에 관하여 현저히 불합리한 수준의 실시료 부과, 실시료의 차별적 부과 및 실시허락시 부당한 조건의 부과행위를 규정하고 있으므로, 여기서 규정하고 있는 행위 유형은 실시료 기타 실시조건 부과의 대상이 되는 특허발명이 기술표준에 포함되어 있는 특정한 상황을 전제로 한다.

여기서 문제가 되는 것은 첫째, 실시허락 일반에 적용되는 규정과 별도로 특허발명이 기술표준에 포함되어 있는 특정한 상황에서 실시료 기타 실시조건 부과와 관련된 행위를 특별히 규정할 필요가 있는가 하는 점¹³⁾ 둘째, 규정된 행위 내용이 위와 같은 특정한 상황에서 경쟁법적으로 문제되는 행위를 식별하는 데 필요한 행위 요소로 구성되어 있는가 하는 점이다.

첫 번째 쟁점과 관련하여, 지식재산권 지침 III. 3.에서 행위 특정적 심사기준을 구성하는 요소로서 특허 정보 공개와 실시조건 협의절차의 이행 여부를 강조하고 있는 점으로 볼 때, 공정위는 이러한 특허권 보유자의 행위를 시장에서의 경쟁에 미치는 영향에 대한 심사를 거치지 않더라도 공정거래법 위반으로 평가할 수 있도록 할 가능성도 있다고 이해된다. 그러나 FRAND 조건 준수 약속은 그 성질상 표준화 기구를 상대로 이루어지는 것으로, 그 약속에 따라 특허권 보유자는 기술표준에 포함된 특허기술을 실시하는 이용자에 대한 계약상 의무를 부담하는 것에 불과하다. 따라서 FRAND 약속을 이행하지 않았다고 이를 문제 삼는 것은 경쟁법적 관점에서의 적절한 고려 없이 사적 자치의 영역에 개입하는 것이 되어 부당하다. 더욱이 지식재산권 지침이 FRAND 약속에 의존하고 있는 한, 지침은 약속의 당사자인 표준화 기구와 특허권 보유자의 의도 역시 고려에 넣어야 하는데, 지침이 그러한 고려를 하였다는 암시를 찾을 수는 없다. 특허권 이용자들이 계약적 구제수단을 통하여 특허권 보유자의 FRAND 약속에 따른 권리의 행사를 구할 수 있다는 점에서, FRAND 약속이 공정거래법 하에서 집행되어야 할 이유는 불분명하다.

첫 번째 쟁점에 대한 답변이 부정적이라면 두 번째 쟁점은 논할 이유도 없다. 다만, 첫 번째 쟁점에 대하여 긍정적인 답변을 한다는 점을 가정하여 두 번째 쟁점을 검토하여 본다. 지식재산권 지침에 규정된 특정한 행위들은 위와 같은 특정한 상황에서 경쟁법적으로 문제되는 행위를 식별하는 데 필요한 행위 요소를 전혀 담고 있지 못하다. 규정된 행위 내용은 실시허락 일반에 관련된 행위 내용(III. 1.)을 단순히 반복하고 있을 뿐이며, 특히 실시료 부과행위와 관련하여서는 실시허락 일반에 관련되는 행위 유형에서 사용된 ‘현저히 불합리한 수준’이라는 표현 대신 ‘비합리적인’이라는 FRAND 조건에서 사용되는 용어를 아무런 경쟁법적 고려 없이 사용하여 혼란을 야기하고 있다.

13) 이 쟁점에 앞서 보다 근본적으로 지식재산권에 대한 실시료가 공정거래법의 규제대상이 되는지 여부 역시 비판적으로 검토되어야 한다. 그러나 이 쟁점에 대해서는 필자들이 다른 글에서 이미 설명하였으므로 여기서는 검토를 생략한다. 권남훈·홍대식, 전제논문, 37~40면.

더 큰 문제는, 일정한 행위가 지식재산권 지침 III. 3. 부분에 특정되어 열거된 행위 유형에 해당하고, 그러한 행위 유형이 FRAND 약속과 연결된다는 사실적 관련성만으로 공정거래법에 위반된다고 판단될 위험이 존재한다는 점이다. 따라서 기술표준 관련 특허권의 행사로서의 실시료 기타 실시조건 부과와 관련한 특정한 상황에서 문제될 수 있는 행위 유형을 실시조건 허락 일반과 관련하여 규정된 행위와 별도로 규정한다고 하더라도, 지식재산권 지침은 그러한 행위와 관련하여 구별되고 구체적인 요건을 제공하여 줄 필요가 있다. 보다 구체적인 요건은 FRAND 약속에 위반한 행위가 단순한 계약상 의무 위반을 넘어 가격·품질·서비스 등의 바람직한 경쟁수단과 연결되지 않는 불공정한 경쟁행위임을 나타내거나 또는 경쟁제한성을 나타내는 요소들을 필요로 한다.

한편 비합리적인 실시료 부과행위의 경우, '비합리적인'이라는 표현은 그 행위에 적용된 가격 책정행위에 관하여 법령에 정한 요건보다도 더 추상적이면서 실시허락 일반과 관련된 실시료 부과행위에서 제시한 '통상적인 거래관행에 비추어 볼 때 현저히 불합리한'이라는 표현과도 부합하지 않는다. 따라서 지식재산권 지침에서의 이 규정은 공정거래법의 구체화 기능을 전혀 수행하지 못하고 있기 때문에 무의미하고 불필요한 규정이다. 이 규정이 규범 구체화 기능을 하기 위해서는, 적어도 FRAND 조건에 포함된 '비합리적인'이라는 표현을 실시료 수준과 관련하여 구체화하기 위한 시도로서 제기된 대안들¹⁴⁾을 참고로 한 규정을 둘 수도 있지만, 현재까지는 어떠한 대안도 성공적이지 못하였다는 점에서 그러한 수정 자체가 사실상 불가능한 작업이 될 것이다.

V. 결론

이 글에서는 지식재산권법과 경쟁법 취지의 조화, 그리고 계약법적 문제와 경쟁법적 문제의 구별이라는 관점에서 지난 2010년 개정된 지식재산권 지침 중에서 기술표준 관련 특허권의 행사항목의 위법성 심사기준과 구체적 행위 유형으로 열거된 관련 특허 정보 비공개행위와 실시조건 차별 또는 비합리적인 수준의 실시료 부과행위를 중심으로 한 비판적인 검토를 수행하였다. 그 결과, 지식재산권 지침에서 부당성을 판단할 때 중요한 고려사항이 된다고 규정한 특허 정보 공개와 실시조건 협의절차의 이행 여부는 공정거래법 위반행위의 위법성과 인과관계 또는 고도의 상관관계를 갖는 요소가 되지 못하여 행위 특정적인 기준을 제시하지 못하고 있고, 구체적 행위 유형으로 열거된 행위들의 요건이나 판단요소들은 표준화 과정의 특성을 반영하지 못하여 행위 유

14) 이에 대한 소개와 비판적 검토는 권남훈·홍대식, 전제논문, 42~44면.

형 구체화 기능을 하지 못하고 있다는 점을 제시하였다.

공정거래법에 의한 개입은 경쟁제한성을 기준으로 하면서 지식재산권의 배타적 권리의 속성상 허용되어야 할 경쟁제한과 부당한 경쟁제한을 구별하는 것을 전제로 한 것이어야 한다. 또한 경쟁제한효과가 현실로 발생하지 않고 그 우려가 있다고 판단하는 경우, 그 판단은 경험적인 증거나 경제적 분석에 기초한 것이어야 하고, 그 판단을 보강할 경쟁제한 의도 및 목적에 의한 증거에 의하여 뒷받침되어야 한다. 경쟁제한성과 연결되지 않는 기술표준 관련 특허권의 부당한 행사에 대하여는 지식재산권 남용의 법리를 수용한 사법적 구제수단을 개발하여 대처하는 방식이 바람직하다. 

