

## 토론문 2

# FRAND 확약 위반의 경쟁제한성

오 승 한

(아주대학교 법학전문대학원 교수)



## ◆ 주요 학력

아주대학교 대학원 법학과, 경제법 석사(1999)  
서울대학교 법과대학, 경제법 박사과정 수료(2001)  
Washington University in St.Louis, L.L.M.(2003)  
Washington University in St.Louis, J.S.D for IP Misuse(2005)



## ◆ 주요 경력

아주대학교 법학전문대학원 전임교수(2006.9 - 현재)  
한국공정거래조정원 법경제연구그룹(LEG) 회원(2010. 7 - 현재)  
공정거래위원회 경쟁정책자문위원(지식재산분과)  
한국법제연구원 초빙연구원  
서울대학교 법과대학 BK21 사업단 사무국장/ 박사후 과정 연구원

## ◆ 주요 저서

제약사업자 간 분쟁종결합의의 위법성 판단기준, 지식재산연구 10권 1호, 2015.  
한국 특허허가 연계제도의 시행과 경쟁제한 분쟁종결합의의 가능성, 아주법학 8권 4호, 2015.  
식품·화장품의 품질경쟁 유인과 소비자선택권 보장을 위한 표시규제 개선 방향, 규제연구 23권 1호, 2014.  
FRAND 확약 특허권자의 자발적 실시자에 대한 금지청구권의 행사와 독점규제법 위반 책임, 경쟁법연구 29권, 2014.  
SK 이동통신의 휴대폰 폐쇄 DRM 장착행위의 경쟁제한성 판단, 경쟁법연구 28권, 2013.  
표준 필수기술 선정 절차에서 기만적 FRAND 확약을 제출한 특허권자의 권리실행 제한에 관한 연구, 지식재산연구 7권 4호, 2012.  
특허허가 연계제도의 도입을 위한 주요국가 규제체계의 비판적 검토, 법제연구 43호, 2012.  
표준개발 과정에서 제출된 FRAND 의무 위반행위의 판단기준에 대한 연구, 경제법연구 11권 2호, 2012.  
표준개발과 관련된 경쟁제한 약정에 대한 공동행위 규정의 적용과 위법성 판단, 아주법학 6권 2호, 2012.  
사적표준화 기구의 공개의무의 범위 및 공개의무 위반행위에 대한 사후 규제, 산업재산권 제36호, 2011.  
특허·저작권 남용의 본질 및 근거와 독점규제법 위반행위와의 구분, 산업재산권 제33호, 2010.

## ◆ 주요 상훈

2014 공정거래분야 공로자 대상 정부포상, 국무총리표창  
2013 최우수논문상, 한국지식재산연구원

## FRAND 확약 위반의 경쟁제한성

오승한 (아주대학교 법학전문대학원 교수)

### I. 홍대식 교수님 발표에 대한 토론문

홍교수님의 발표는 주로 2009년 Qualcomm의 가격 차별행위를 통한 경쟁자 배제행위의 내용과 부당성 판단을 다루고 있는 것으로, 특히 문제가 되었던 행위 유형 중에서 FRAND 확약을 위반하여 자신의 모뎀을 구매한 사업자에게만 가격할인을 제공하는 Qualcomm의 차별적 기술실시료 부과행위를 다루고 있다. 대체로 발표자의 논지에 동의하고 있으나, 몇 가지 중요한 논제를 살펴보면 다음과 같다.

#### 1. 공정거래위원회 및 법원의 적용 법리와 피심인 Qualcomm의 항변

이 사건에서 공정거래위원회와 고등법원은 줄곧 가격차별 법리를 적용하였고, Qualcomm 도 역시 이 행위는 일종의 가격할인임을 주장하였다. 따라서 기술실시료와 모뎀칩의 동시구매로 할인 제공된 피심인들의 모뎀칩 가격이 생산비용 이하로 떨어졌고 그 결과 '동등하게 효율적인 경쟁자가 배제되었다는 점'이 증명되어야 한다고 주장하였다. 이러한 주장은 모뎀칩의 가격이 비용 이상에서 결정된 경우에, 동등하게 효율적인 경쟁자라면 누구나 그와 같은 할인가격을 지급할 수 있어야 하는데 경쟁자들이 그와 같은 가격할인을 제공하지 못하는 것은 Qualcomm 보다 효율성이 떨어지기 때문이고 결국 경쟁자들의 배척효과는 경쟁의 당연한 결과라는 주장이다.

공정거래위원회는 Qualcomm의 이와 같은 주장을 받아들이지 않았고, 발표자도 이에 찬성하는 견지에서 동태적 산업의 사례에서는 동등하게 효율적이지 않고 효율성이 더 떨어지는 경쟁자라도 시장지배적 사업자에 대한 경쟁압력으로 작용할 수 있다는 점 및 차별행위가 없었다면 동등하게 효율적인 경쟁자가 될 수 있는 경쟁자의 경쟁능력을 문제의 차별행위가 저해할 우려가 있다는 점에서 공정거래위원회의 의견에 찬성하고 있다. 토론자도 동태적 기술혁신이 중요한 산업에서 규모의 경제에 먼저 도달하였다는 이유만으로 항상 효율성이 보장되는 것은 아니라는 점에서 발표자의 견해와 의견을 같이 한다.

## 2. 가격차별 행위의 본래의 위법성 요건과 공정위 및 법원의 판단과 차이

다만, 본래 가격차별행위의 위법성 판단기준은 실제 약탈적 가격책정과 동일한 것으로 가격차별이 위법성을 인정받기 위해서는 일반적으로 더 낮은 차별 가격 제공을 위해 '비용 이하의 가격'이 책정되고 시장 독점화 이후 '독점수익의 환수가능성이 인정될 것'을 그 요건으로 한다. 따라서 사업자가 가격할인이라고 주장하고 있는 경우에 그것의 위법성을 입증하기 위해서는 원칙적으로 비용 이하의 가격이 먼저 입증되어야 한다. 특히 피심인이 주장하는 '동등하게 효율적인 경쟁자 가설' 역시 '약탈적 가격책정' 이론에서 비롯된 것이기 때문에, 그것이 실제 가격차별 혹은 가격할인이라면 궁극적인 위법성 판단요건은 할인 가격이 '비용 이하'의 가격인지 여부에 달려 있다. 비용 이하의 가격책정이 입증되지 않음에도 불구하고 공정위와 서울고등법원이 Qualcomm의 FRAND 위반 실시료 책정의 위법성을 인정한 것은 외형상 가격차별 행위가 실제로는 명백한 경쟁자 배척효과를 야기하고 있기 때문이라고 할 수 있다.

## 3. 사실상의 배타적 거래약정으로 파악할 필요성

이 사건에서 FRAND 위반행위를 굳이 가격차별행위로 판단하여야 하는지는 의문이다. 즉, FRAND 확약이 금지하는 차별행위 방지의 주목적은 경쟁자 배제를 막기 위한 것이고 사안의 행위도 역시 그 효과가 경쟁자 배척에 있다는 것을 고려 할 필요가 있었다. 특히, 최근 시장에서는 외형상으로는 고객 혹은 경쟁자에게 이익이 되는 것처럼 보이지만, 실제로는 경쟁자를 배척하는 효과를 유도하는 약정이 상당수 존재한다. 대표적인 약정이 이 사안에서 문제가 된 구매량별 조건부 리베이트 제공 약정으로서, 대체적으로 고객들은 규모의 경제에 도달하지 못한 경쟁자가 동일한 할인율을 제공할 수 없기 때문에 시장지배적 사업자의 요구대로 시장지배적 사업자에게 구매량 전부 구입하는 것이 일반적이다. 유사한 사건에서 최근 미국 연방항소 법원은 이들 약정이 가격할인이 아니라 사실상의 배타조건부 거래약정으로서(De facto exclusive dealing) 실질적 시장봉쇄 효과를 야기하기 때문에 위법이라고 판단하고 있다. 특히, 미국 연방항소법원은 ZF Meritor(2012) 등에서 실질적인 가격할인 판매라면 고객이 할인된 가격을 제시하는 공급자 혹은 그 밖의 공급자를 자유롭게 선택할 수 있어야 한다고 전제하고, 실제 “고객이 다른 선택의 자유가 없다면 형식과 관계없이 이것은 배타적 구속약정에 불과하다”고 판단하고 있다.<sup>1)</sup> 이 사건의 가격차별 역시 실제

1) ZF Meritor, LLC v. Eaton Corp., 696 F.3d 254, 281 (2012) (법원은 다른 경쟁 사업자가 시장지배적 사업자의 가격조건으로 경쟁할 수 없었던 것이 아니라, 상당한 고객의 수요에 상품을 제공할 능력에도 불구하고 경쟁할 기회를 가질

배타적 거래조건을 보고 그와 관련된 규정을 적용하는 것이 더 타당하였을 것으로 판단된다.

#### 4. Qualcomm의 '동등하게 효율적인 경쟁자 가설' 주장의 적절성

이 사건에서 특히 Qualcomm은 “동등하게 효율적인 경쟁자라면 Qualcomm과 동일한 가격할인을 제공할 수 있어야 하고, 경쟁자가 그와 같은 할인을 제공할 수 없다면 결국 비효율적인 경쟁자로서 시장에서 퇴출되는 것이 당연하다”는 Posner 판사가 제시한 이론을 주장을 하고 있다. 그러나 토론자의 견해로는 '동등하게 효율적인 경쟁자 가설'을 FRAND 확약을 위반한 Qualcomm이 주장하는 것 자체가 적절하지 않다고 판단된다. 그 이유는 원칙적으로 이 이론은 시장의 정당한 경쟁과정을 통해 순수한 사업자의 경쟁 우월성에 근거하여 독점적 지위를 취득한 사업자는 그 독점적 이익의 향유가 당연하다는 내용을 내포하고 있다. 그러나 Qualcomm의 SEP 지위 취득을 통한 기술시장 독점 및 SEP 실시만을 목적으로 한 칩 제조자로서 독점적 지위는 FRAND 확약을 제출한 조건으로 취득한 것으로서, 이제 FRAND 확약을 위반한 Qualcomm의 주장은 독점적 지위의 취득이 기만적 수단을 사용한 것임을 입증하는 것이다. 따라서 Qualcomm은 순수한 효율성에 근거하여 독점적 지위를 취득한 것이 아니기 때문에, 다른 경쟁자에게 자신과 같은 효율성을 요구하는 것은 타당하지 않다.

#### 5. 질문:

발표자께서는 29면에서 수직적으로 통합된 표준필수특허(Standard Essential Patent, 이하 'SEP') 보유자의 경쟁제한 행위는 특허의 필수성에 의하여 경쟁자 배척 후 잔존경쟁(remaining competition) 정도가 낮다는 특별한 상황 때문에, SEP권리자의 배척행위에 대한 경쟁자의 불이익 만으로도 경쟁제한효과의 입증이 충분한 것으로 판단 할 수 있다는 견해를 제시하고 있다. 이와 같은 견해는, 2009년 사건이 거래고객에게는 가격할인을 제공하여 이익이 되지만, 경쟁자의 거래 가능성을 사실상 차단 하여 경쟁자에게 상당한 불이익을 초래하였기 때문에 위법으로 인정되었다는 점에서 유사한 결론이라고 생각된다.

그런데 이러한 결론을 확장하여, 경쟁자가 아닌 하위 사업자에게 SEP 권리자가 FRAND 확약을 위반하는 거래조건을 사용함으로써 하위 사업자에게 상당한 불이익을 야기한 경우라면, 그러한

---

수가 없어서 시장에서 배척 당하였다고 판결); E.I. du Pont de Nemours & Co. v. Kolon Indus., Inc., 637 F.3d 435, 451-452 (4th Cir. 2011).

불이익 자체가 결국 FRAND 확약을 위반하여 발생한 것이라는 점에서 경쟁제한효과로 인정될 수 있을지 질문을 드린다.<sup>2)</sup>

## II. 이상승 교수님의 발표에 대한 토론문

### 1. FRAND 확약위반행위에 대한 경쟁당국의 규제 정당성

발표자는 FRAND 확약 위반행위는 결국 표준개발과정의 경쟁을 침해하는 것으로 단순한 사적 계약 위반의 문제가 아니기 때문에 경쟁당국의 개입과 규제가 필요하다고 주장하고 있는데, 토론자 역시 동일한 의견이다. 특히, 표준개발과정은 사업자들의 연합체로서 그 효율성이 담보되지 않는다면 경쟁자간 특정상품의 제조 유통 혹은 구매를 제한하는 위법성이 명백한 공동합의로 판단될 여지가 크다. 표준에 포함되지 못한 대체기술의 경쟁기회가 박탈되고 시장진입이 봉쇄되는 결과가 발생한다는 점에서 SEP 지정을 포함하는 표준개발과정은 경쟁제한효과를 필연적으로 수반한다고 할 수 있다.

이와 같은 표준개발의 경쟁제한성을 방지하고 표준의 조기 확정과 표준을 이용한 새로운 상품·서비스의 출현을 보장하기 위해서는 FRAND 확약의 유지가 표준개발 공동행위의 효율성을 지키기 위한 필수적인 요건이라고 할 수 있다. SEP 권리자가 표준확정 후 FRAND 확약을 지키지 않는 행위는 결국 표준개발 과정에서 유보된 경쟁제한효과를 실현시키는 행위라고 할 수 있다.

### 2. FRAND 확약을 위반하는 독점력 남용에 대한 경쟁제한효과 입증

발표자는 SEP의 추후 독점력의 실행에 의한 경쟁배제는 결국 SSO가 FRAND를 지킬 것이라는 조건으로 제공한 독점력의 남용으로서, 그것의 경쟁제한효과의 입증은 더 낮은 기준을 적용하여야 함을 주장하고, 예를 들어 실제증거 대신에 '배제의 가능성' 수준이면 충분하다는 의견을 제시하고 있다.(21면) 일반적으로 경쟁제한성의 입증을 위해서 요구되는 객관적 경쟁제한효과는 반드시 실제 존재하는 것을 입증하여야 하는 것은 아니다. 2007년 포스코 판결 역시 경쟁제한효과의

2) 실제 SEP 권리자의 금지명령청구의 독점법 위반여부를 심사하면서 EU 및 미국 경쟁당국은 금지명령에 의한 다른 하위 휴대폰 판매 사업자의 상품출시가 방해 되는 경우 혹은 초과 경쟁실시료가 부과되는 경우에 대체로 그와 같은 하위 사업자의 불이익만으로 경쟁제한효과를 인정하고 있다.

발생가능성 혹은 경쟁제한 효과가 발생할 것으로 우려되는 상황도 일단 객관적 경쟁제한효과로서 인정하고 있다.

이와 관련해 경쟁자 배척 행위에 대한 위법성 심사는 주로 봉쇄효과를 측정하는데, 봉쇄효과는 실제 배제가능성을 측정하는 것으로 FRAND 확약행위에도 동일하게 적용된다. 다만, 실제 실무적인 입장에서 경쟁가능성의 우려가 입증되었는지를 판단하는 것은 대단히 주관적일 수 있는데, 발표자의 의도는 FRAND 확약 위반행위는 이미 위반시에 경쟁제한효과가 발생할 것이 예정되어 있다는 점에서 그 입증이 더 완화될 수 있다고 판단하고 있고, 토론자도 역시 그와 같은 의견에 찬성한다.

### 3. 최종 상품 제조자에 대한 FRAND 거래거절 및 부당한 조건부과 행위의 규제

#### ■ 발표자의 주장

우선, 발표자는 자발적 실시자에 대하여 FRAND 확약을 제출한 SEP 권리자의 금지명령 청구에 대한 경쟁당국의 규제 사례를 제시하여 경쟁당국의 개입은 표준획정 절차의 진실성을 보호하기 위한 조치라는 점을 강조하고 있다. 결국 최근 미국 EU 경쟁당국이 FRAND 확약에 위반한 금지명령의 청구에 직접 개입한 것처럼, 동일 유사한 효과를 가져오는 다른 FRAND 위반행위에도 경쟁당국의 규제가 필요하다고 주장하고 있다. (27면).

이와 같은 주장을 전제로, 발표자는 우선 Qualcomm이 핸드폰 제조를 위해 필수적인 칩(Chip)의 구매를 위해서 칩을 통해 실시되는 방법특허의 실시 계약 및 불제조 특약을 별도로 약정하는 조건을 핸드폰 제조업체에게 강제로 부과하고, 이 조건을 수락하는 핸드폰 제조업체에게만 칩을 판매하는 것은 사실상 거래거절과 다르없다고 판단하고 있다. 결국, 이러한 거래거절은 자발적 실시자에 대한 금지명령 청구와 동일한 효과를 가진다고 주장하고, 경쟁당국의 개입이 필요하다고 주장하는 것으로 판단된다.

#### ■ 토론자의 의견

대체 표준이 존재하지 않고 표준을 적용한 최종 상품의 대체가능성이 없는 상태에서, 당해 표준의 SEP를 실시하는 칩의 공급거절 행위는 실제 최종 상품(핸드폰)의 생산을 불가능하게 만든다는 점에서 최종 생산자에 대한 사실상의 거래거절이라고 해석할 여지가 있고 금지명령청구의 효과와



유사하다고 할 수 있다. 다만, 중국 발개위에 회부된 Qualcomm의 사안에서 법률적 판단은 일단 Qualcomm이 핸드폰 제조업체에게 SEP를 제공하였고 현실적으로 모든 핸드폰 제조업체가 그와 같은 거래조건을 수용하였다는 점에서 명백한 거래거절로 보기에 어려운 점이 있다. 특히, Qualcomm의 입장에서는 핸드폰 제조업체에게 칩 판매와 별도로 요구되는 SEP의 실시료가 별도 약정을 통해 방법특허에 대한 실시료를 부과하는 것으로, 별도 약정을 통한 특허소진의 예외를 인정하고 있는 특허법상 정당한 권리행사라고 주장할 여지가 있다.

일단, 발표자는 SEP 권리자(Qualcomm)가 '직접 경쟁자'가 아닌 '최종 제품 생산자'에게 부당한 거래조건을 요구하여 실질적으로 FRAND 확약을 위반한 행위(거래거절)에 대해서, 경쟁당국이 표준개발 과정의 경쟁을 침해한 경쟁제한행위로 규제 할 수 있다고 판단하고 있다.<sup>3)</sup> 이러한 주장은 대단히 의미가 있는 것으로서, 실제 SEP 권리자의 불공정·비합리적 초과경쟁 실시료 요구가 직접 경쟁관계가 없는 최종 제품 생산자를 직접 압박한 경우에 이것이 '경쟁질서 침해'인지 아니면 단순히 경쟁질서 침해와는 관계가 없는 '불공정한 착취'의 문제에 불과한지가 논란이 될 수 있다. 토론자도 역시 발표자와 동일한 취지에서 SEP 권리자가 경쟁관계가 없는 최종 제품 사용자에게 FRAND 확약을 위반한 초과경쟁가격을 부과한 행위도 경쟁침해로 판단하는 것이 타당하다고 본다. 다만, 이와 같은 해석을 위해서 반드시 FRAND 확약 위반의 효과가 금지명령 청구와 동일한 판매중지 혹은 생산중단과 같은 경쟁제한 효과를 가져올 필요는 없다고 생각된다.

즉, SEP 권리자의 자발적 실시자에 대한 금지명령 청구를 독점규제법에 따라 규제하는 근거는, FRAND 확약자체가 특허권자의 기술실시에 대한 재량권을 부인하고 합리적 기술실시료 지급을 조건으로 기술실시 허락의무를 부과하고 있기 때문이다. 따라서 합리적 기술실시료가 지급된다면 특허권의 인센티브는 보호되는 것이고, 그 이상의 금지명령 청구를 통해 실시자를 압박하는 것은 결국 특허권자의 인센티브 보호목적이 아니라 독점이익을 착취 하기 위한 것으로 해석된다. 그런데 실제 이와 같은 금지명령의 경쟁제한효과는 SEP 권리자가 실시자에게 FRAND를 위반한 과도한 실시료 부담을 지우고 결국 이것이 최종 상품가격의 상승을 가져와 소비자 복지를 침해한다는 것이 주요 내용이 된다. 그렇다면 실제 금지명령을 청구하기 전 단계에서 FRAND 확약을 위반하여 과도한 실시료를 요구하는 압박행위 자체를 경쟁질서의 침해로 규제하는 것도 역시 타당하다고 생각된다.

이와 관련된 발제자의 견해를 첫 번째 질문으로 부탁드립니다.

3) 발제자는 우리법상 시장지배적 지위 남용조항인 EU 조약 102조를 적용한 EU 경쟁당국의 규제사례를 언급함.

#### 4. FRAND 확약 SEP 권리자의 경쟁자에 대한 거래거절 금지 법리 위반

발표자는 Qualcomm이 SEP를 실시하는 칩셋 제조업자에게 칩셋의 제조·판매를 허용하는 실시 허락을 제공하지 않고, Qualcomm과 별도 실시계약을 맺은 핸드폰 제조업자에게 판매하는 경우에만 특허침해 제소를 하지 않는 불제소 확약만을 제공하는 것은 사실상 FRAND 확약에 위반한 거래거절이라고 판단하고 있다. 우선, 중간 생산자가 칩셋을 생산하는 궁극적인 목적은 그것을 외부에 자유롭게 판매하기 위해서인데, Qualcomm이 제시한 CNS 조건은 Qualcomm과 직접 기술 실시 약정(SULA)을 맺은 핸드폰 제조업체에게만 칩셋을 판매하도록 허락하는 행위로서, 사실상 칩셋 사업자의 모든 직접 판매를 금지하는 것이라고 할 수 있다. 직접판매에 필요한 기술실시 허락을 제공하지 않는다는 점에서 이 행위는 발표자의 주장과 같이 거래거절이라고 판단할 여지가 있다. 이것은 FRAND 확약 위반행위로서 상위시장 점유율 100% 사업자의 경쟁자에 대한 배척행위로서 경쟁제한 효과가 당연히 야기 된다고 볼 수 있다.

다만, 이 행위에 대해서는 다음과 같은 반론도 역시 가능하다고 볼 수 있어서 주의가 필요하다. 즉, 핸드폰 제조업자의 거의 90% 이상이 Qualcomm과 기술실시약정을 맺은 고객이라는 점에서, 경쟁자들에게 Qualcomm과 기술실시 약정을 한 핸드폰 제조업자에게 칩을 판매하도록 허용한 행위는 실제 핸드폰 제조업자 중 90% 이상의 사업자에게 여전히 칩셋을 판매할 수 있는 권한을 부여한 것이다. 따라서 이 행위는 엄밀한 의미에서 거래거절이 아니고, 경쟁자 배척이 일어나지 않는다고 주장할 여지가 있다.

이와 같은 주장에도 여전히 거래거절로 FRAND 확약 위반 책임을 물을 수 있을 것인지, 발제자에게 두 번째 질문을 드린다.

그 외, 비필수 특허와 필수특허의 묶음 판매 행위는 위법성이 명확하기 때문에 발제자와 견해를 같이 한다.

이상 두 가지 질문을 드린다.