

토론문 3

FRAND 확약을 행한 표준필수특허 보유자의 로열티 책정행위의 경쟁법적 평가

이 호 영

(한양대학교 법학전문대학원 교수)

이호영

한양대학교 법학전문대학원 교수

hoylee@hanyang.ac.kr

◆ 주요 학력

서울대학교 법과대학 사법학과 졸업(1988)
서울대학교 법과대학원 (법학석사) (1990)
미국 미주리주립대 J.D. (1999)
서울대학교 법학박사 (2003)



◆ 주요 경력

한양대 법학전문대학원 교수(2004.9 - 현재)
한국경제법 학회 부회장
공정거래위원회 경쟁정책자문위원

◆ 주요 저서

독점규제법(제4판), 홍문사, 2013
소비자보호법(제2판), 홍문사, 2012
경제법연습(제2판), 홍문사, 2012

FRAND 확약을 행한 표준필수특허 보유자의 로열티 책정행위의 경쟁법적 평가

이호영 (한양대 법학전문대학원)

1. 근래 국내·외적으로 특히 이동통신단말기와 관련된 표준필수특허를 보유한 사업자가 해당 기술을 실시하는 경쟁자나 인접한 관련시장 사업자에 대하여 특허침해소송을 제기하여 침해금지청구를 제기하거나 실시자의 입장에서 불합리하게 높다고 생각되는 수준의 실시료를 부과하는 행위들의 경쟁법적 평가가 문제로 되고 있는데, 여전히 논란이 지속되고 있기는 하지만 각국의 경쟁당국의 법집행례나 법원의 판례이론 및 학자들의 논의를 거쳐서 점차 가닥을 잡아가는 중이라고 평가할 수 있음.
2. 우선, 침해금지명령을 청구하는 문제는 적어도 자발적 실시자(wiling licensee)에 대해서 이를 청구하는 것은 FRAND 확약의 가장 기본적 내용이라고 할 수 있는 ‘실시를 해줄 의무’를 위반한 것으로서 경쟁법 위반으로 문제될 수 있다는 것으로 일단락되었다고 할 수 있고, 표준필수특허 보유자들 역시 이제 더 이상 경쟁자에 대하여 침해금지청구를 무기로 사용하지 않는 것으로 보임.
3. 이제 남은 문제는 FRAND 확약의 다른 부분은 즉, ‘공정하고 합리적’(Fair, Reasonable) 또는 ‘비차별적’(Non-discriminatory) 조건으로 실시할 의무와 관련된 것이라고 할 수 있음. 후자의 경우는 상대적으로 차별적 조건인지 여부를 판단하는 것은 용이하되 경쟁법 위반 여부를 판단하기 위해서 그 효과를 평가하는 것이 주된 쟁점이 될 것이고, 전자의 경우에는 합리적인 수준의 실시료인지 여부를 판단하는 것이 어려운 쟁점이라고 할 수 있음.
4. 그런데 표준필수특허의 합리적인 실시료에 대해서도 최근 학자들뿐만 아니라 미국 등 각국 법원이 판례 이론을 통하여 다양한 산정기준을 제시하고 있는데, 모든 상황에서 항상 최선이라고 할 수 있는 하나의 산정기준을 제시하기는 불가능할지 모르지만 문제로 된 사안에 따라서 상대적으로 적절한 산정기준을 찾아서 적어도 합리적인 실시료의 범위를 확인하는 것은

가능한 단계에 이르렀다고 판단됨. 또한 당사자가 자발적으로 실시료에 관한 합의에 이르지 못한 경우에 그 합리적 액수를 정해주는 것과 실제로 FRAND 확약을 한 표준필수특허 보유자가 책정한 실시료 수준이 불합리한 것인지를 판단하는 것은 다른 문제로서, 후자의 경우 상대적으로 용이할 뿐만 아니라 설령 다소 어렵더라도 경쟁당국이 마땅히 수행해야 할 작업이라고 할 수 있음.

5. 한편, 근래 문제로 된 표준필수특허 보유자의 로열티정책은 단순히 높은 수준의 실시료를 책정하는 것이 아니라, 한편으로 FRAND 확약을 탈법적으로 우회하여 로열티 수입을 극대화하면서도 다른 한편으로 관련시장에서 자신의 지위를 강화·유지하고 현재적 또는 잠재적 경쟁자의 경쟁조건을 악화시키거나 진입장벽을 높이기 위한 전략적 고려에 바탕을 두고 정교하게 고안된 것으로서 경쟁법 집행상 다양한 흥미로운 쟁점을 제기하고 있음.
6. 예컨대, 홍대식교수님이 설명해주신 바와 같이 2009년 공정위가 문제로 삼았던 쉐컴사의 행위는 CDMA 표준기술시장에서 가진 독점적 지위를 이용하여 CDMA2000용 모뎀칩시장에서의 경쟁자를 배제하고 자신의 지위를 강화하기 위하여 자신으로부터 모뎀칩을 구입한 경우에 유리해지는 차별적인 로열티정책을 취한 것이 문제로 되었는데, 유의할 점은 단순히 차별적인 로열티정책뿐만 아니라 이와 병행적으로 조건부 리베이트가 제공되어 모뎀칩시장에서의 경쟁자 배제효과가 배가되었다는 것임. 실제로 이 사건 공정위의 처분에 대하여 제기된 행정소송에서 쉐컴사는 각각의 행위를 분리하여 그 위법성 여부를 평가하여야 한다고 주장하였지만, 서울고법은 그 경쟁제한성을 인정하면서 위 두 가지 행위의 효과가 상호 중첩적으로 영향을 미쳤음을 중요한 근거로 들었음.
7. 이상승 교수님이 분석하신 쉐컴사의 행위는 단순한 로열티정책이라기 보다는 포괄적인 라이선스정책이라고 할 수 있는데, 더욱 복잡하고 정교하게 고안된 것이라고 볼 수 있음. 즉, 단순히 차별적이거나 높은 실시료를 책정하는 행위가 아니라 표준기술시장과 모뎀칩 시장 모두에서 지배적 지위를 가진 수직적으로 결합된 사업자가 우선, 이동통신단말기 제조사들에 대하여 FRAND 확약 위반 여부를 판단하기 어려운 복잡하고 불투명한 로열티정책을 취하고 표준필수특허의 라이선스를 모뎀칩 공급과 연계시켜서 이들로부터 수취하는 실시료 수입을 극대화하고, 동시에 모뎀칩 시장에서 경쟁자에게는 통상적인 라이선스를 해주지 않는 대신 부제소확약만을 부여함으로써 특허소진을 회피하면서 경쟁 모뎀칩 제조자를 경쟁상 열위에

놓이게 하고 잠재적 경쟁자의 진입을 막는 효과를 거둬으로써 자신의 지배적 지위를 유지·강화할 우려가 있는 것으로 평가할 수 있음.

8. 만일 위와 같은 행위가 사실이라면 그 경쟁법적 성격을 다음과 같이 규정할 수 있음. 즉, 원재료시장인 기술시장과 중간재시장인 모뎀칩 시장 양자에서 가진 지배적 지위를 이용하여, 한편으로 최종재 생산자인 이동통신단말기 제조자로부터 독점이윤 수준의 실시료를 거두고, 다른 한편으로 중간재시장의 경쟁자에 대하여 통상적인 형태의 라이선스를 거절하고 라이선스를 받은 단말기 제조자에게만 모뎀칩을 공급하도록 함으로써 최종재 생산자로부터 독점이윤을 거둘 수 있도록 하는 동시에, 경쟁자의 경쟁능력을 약화시키거나 진입장벽을 높이는 행위로서 소위 ‘착취적 남용’(exploitative abuse)과 ‘배제적 남용’(exclusionary abuse)의 측면을 모두 가진다고 할 수 있고, 결국 관련시장에서의 경쟁의 감소와 혁신저해 및 최종재의 가격상승을 통하여 소비자후생 역시 감소시킬 것이 비교적 명백한 행위라고 할 수 있음.
9. 물론 위와 같은 행위가 일정한 효율성 증진 등 경쟁촉진적 효과를 가질 가능성도 부인할 수는 없을 것임. 그러나 위와 같은 경쟁제한의 우려가 입증된다면, 이를 상쇄할 만한 경쟁촉진적 효과가 있음을 입증할 책임은 해당 사업자가 부담하여야 할 것임. 실제로 2009년 쉘컴사의 행위와 관련해서도 예컨대, 수직적 결합기업의 경우에 이중마진의 문제를 해결하는 등 경쟁촉진적 효과를 가진다는 항변이 제기되었으나 이를 구체적으로 입증할 수 있는 자료를 제시하지 못하였고, 따라서 공정위와 서울고법은 그러한 주장을 수용하지 않았음.
10. 경쟁법 집행의 역사는 종전에 경험하지 못했던 새로운 형태의 사업자의 시장행동에 대응하여 시장에 유사한 효과를 초래하는 행위에 관한 국내·외에서 정립된 법리를 바탕으로 하되, 관련된 경제학적 이론의 도움을 받아서 종전의 법리를 조금씩 점진적으로 변형·발전시켜나가는 과정이라고 할 수 있음. FRAND 확약을 한 표준필수특허 보유자가 다양한 탈법적인 방법으로 이를 우회하여 표준채택으로 인하여 획득한 지배력을 착취적 또는 배제적으로 남용하는 행위가 우리나라뿐만 아니라 선진국에서도 매우 새로운 경쟁법적 문제를 제기하는 것이 사실이지만, 비록 미흡하더라도 우리나라 경쟁당국과 학계가 자신감을 가지고 지혜를 모은다면 충분히 대처할 수 있을 것으로 생각됨.
11. 표준필수특허권 행사행위에 대한 경쟁법 집행을 고려하는 경쟁당국으로서 가장 중요한 것

은 여러 가지 다양한 논의를 검토하면서도 민간표준화기구의 표준설정과 표준필수특허 보유자의 FRAND 확약이 수행하는 경쟁법적 기능을 이해하고, 이에 비추어 문제로 된 행위의 경쟁법적 본질이 무엇인지를 파악하고 이에 초점을 맞추어 당해 행위가 관련시장에 미치는 영향을 분석해내는 것이고, 우리나라 공정거래법의 규정방식의 광범위성과 유연성에 비추어 볼 때 법적용상 기술적인 논란(technicalities)은 부차적인 것임.

12. 마지막으로 발표자 두 분께 각각 한 가지씩 질문을 드리고자 함. 첫째, 일부 학자나 실무자들이 특허권의 실시료 수준에 대한 경쟁법적 개입을 기타의 상품이나 서비스의 가격규제에 비유하면서 부당하다는 주장을 제기하고 있는데, 표준필수특허의 경우에도 그와 같은 주장이 타당하다고 생각하시는지, 표준필수특허의 경우에는 좀 다른 접근이 필요하다면 그 근거와 기준은 무엇인지, 둘째, 분석하신 퀄컴사의 행위가 지적하신 바와 같이 (1) 경쟁과정으로서의 표준설정과정을 왜곡하는 측면, (2) 지배력을 이용하여 과도한 실시료를 얻어내는 측면 이외에도, 모뎀칩 시장에서 경쟁자를 경쟁상 열위에 처하게 하는 측면이나 모뎀칩 시장에 진입할 능력과 의사가 있는 잠재적 경쟁자에 대하여 진입장벽을 높이는 측면에 초점을 맞춘 이론 구성이 가능한 것은 아닌지 여쭙어보고 싶습니다.