

# BOOK FOUR

MRLC 지적재산권법과 경쟁법

2015 연차보고서 (한국)



## 제1부.

# 한국지식재산권법과 한국공정거래법의 개요

### 제1장.

한국지식재산권법의 개요와 2015년 동향

### 제2장.

한국공정거래법의 개요와 2015년 동향

# 제1장 한국지식재산권법의 개요와 2015년 동향

안효질\*

## I. 개관

한국에는 지식재산권보호를 위한 하나의 통합된 법전은 없고, 각 보호대상에 따라 개별적인 법률이 존재한다. 우선 기술보호법으로서 발명을 보호하는 특허법이 있고, 실용신안을 보호하는 실용신안법이 있는데, 자연법칙을 이용한 기술적 사상의 창작으로서 고도한 것은 발명이고, 고도하지 않은 것, 즉 소발명은 실용신안이다. 다만, 실용신안법은 물질과 방법에 대해서는 보호하지 않는다. 반도체 설계기술은 별도의 「반도체집적회로의 배치설계에 관한 법률」(이하 ‘반도체설계법’)이 보호한다. 또한 산업디자인을 보호하는 디자인보호법이 있고, 등록상표를 보호하는 상표법이 있다. 그리고 부정경쟁행위와 영업비밀침해행위를 금지하는 「부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률」(이하 ‘부정경쟁방지법’)이 있다. 부정경쟁방지법은 도메인이름의 부당한 등록과 사용을 금지하는 규정도 두고 있는데, 도메인이름의 부정 등록과 사용에 대해서는 「인터넷주소 자원에 관한 법률」에서도 관련 규정을 두고 있다. 부정경쟁방지법상 보호대상인 영업비밀에 속하지 않는 것이라 하더라도(예컨대 기업이 아닌 공공 연구소의 기술), 국가의 안전보장 및 국민경제의 발전에 중대한 영향을 미치는 국가핵심기술이나 첨단기술에 대해서는 그 산업기술의 부정한 유출을 방지하고 보호하기 위한 「산업기술의 유출방지 및 보호에 관한 법률」(이하 ‘산업기술유출방지법’이라 함)이 있다. 그 외에 식물의 신품종을 보호하는 식물신품종보호법이 있다. 다음 저작자, 실연자, 음반제작자 등을 보호하기 위한 저작권법이 있으며, 상당한 노력으로 제작한 콘텐츠를 그 제작일로부터 5년 동안 보호하는 콘텐츠산업진흥법이 있다. 아울러 지식재산의 창출, 보호 및 활용을 촉진하고 그 기반을 조성하기 위한 정부의 기본 정책과 추진 체계를 마련하기 위한 지식재산기본법이 2011년 제정되었다.

각 개별 법률의 적용대상은 다른 국가들의 입법례와 비교하여 큰 차이는 없다. 다만, 상표, 상호 등 영업표지는 이원적으로 보호되고 있다. 즉, 상표법은 등록상표만을 보호하고 있고, 등록상표는 그것이 주지상표 또는 저명상표인지 여부를 불문하고 그 보호 범위는 상품출처의 오인·혼동에 국한되어 있다. 반면, 부정경쟁방지법은 국내에 널리 인식된 상표, 상호, 성명 기타 영업표지를 등록 여부를 불문하고 보호하고 있고, 출처의 오인·혼동뿐만 아니라 희석화까지도 금지하고 있다. 한편, 디자인보호법은 2004년부터 글자체도 디자인의 범위에 포함시켜 보호하고 있다.

특허법, 실용신안법, 반도체설계법, 디자인보호법, 상표법 및 부정경쟁방지법의 업무는 특허청에서 관장하고 있으며, 저작권법과 콘텐츠산업진흥법의 업무는 문화체육관광부에서 관장하고 있다. 산업기술유출방지법의 업무는 산업통상자원부에서 관장하고 있고, 식물신품종보호법의 업무는 농림축산식품부와 해양수산부에서

\* 고려대학교 법학전문대학원 교수·법학박사

관장하고 있으며, 지식재산기본법과 인터넷주소법의 업무는 미래창조과학부에서 관장하고 있다.

특히, 상표 등 산업재산권의 등록무효심판과 권리범위확인심판은 특허청 소속의 심판관으로 구성되는 특허심판원에서 사실상 제1심을 담당한다. 특허심판원의 심결에 대한 취소소송은 1998년 설립된 특허법원에서 담당하고, 이에 대한 상고심은 대법원에서 담당한다. 2016년부터는 특허권, 실용신안권, 디자인권, 상표권, 품종보호권에 대한 침해소송의 1심은 5개의 지방법원에서 심리하되, 그 항소심은 특허법원이 관할한다. 즉, 특허권 등의 침해소송의 2심은 심결취소송의 경우와 마찬가지로 특허법원의 전속관할로 하고 있다.

## II. 2015년 동향

2015년에는 지식재산권법 분야에서 법률개정은 많지 않았다. 법률개정으로서 중요한 것을 보면, 특허법, 실용신안법과 부정경쟁방지법의 개정이 있었고, 시행령으로서는 특허법시행령, 실용신안법시행령, 상표법시행령과 저작권법시행령의 개정이 있었다.

가장 중요한 변화로는 특허권 등 산업재산권 침해소송의 관할이 변경되었다는 점이다. 과거에는 특허침해소송과 특허의 유·무효에 대한 심결취소소송이 각각 일반법원과 특허법원이 관할하는 이원화된 특허소송 체계를 갖고 있었다. 그러나 법원조직법과 민사소송법을 개정하여 침해소송에 대한 관할을 집중시켰다. 우선 민사소송법을 개정하여, ‘특허권 등의 지식재산권’(특허권, 실용신안권, 디자인권, 상표권, 품종보호권)에 관한 침해소송은 해당 지역을 관할하는 고등법원이 있는 곳의 지방법원의 전속관할로 하였다. 다만, 서울고등법원 소재지의 지방법원은 서울중앙지방법원으로 한정한다(제24조 제2항). 결국, 서울중앙지방법원, 대전지방법원, 대구지방법원, 부산지방법원, 광주지방법원 등 5개의 법원에만 소를 제기할 수 있다. 또한 전속관할의 경우에도 당사자는 선택적으로 서울중앙지방법원에 소를 제기할 수 있도록 중복관할을 인정하고 있다(제24조 제3항). 이는 그 동안 서울중앙지방법원이 축적해 온 특허권 등의 지식재산권 소송의 전문성을 활용하도록 한 것이다. 또한 법원조직법을 개정하여, 특허권 등의 지식재산권에 관한 침해소송의 항소심 관할을 특허법원의 전속관할로 하였다(제28조, 제28조의4, 제32조 제2항). 이렇게 함으로써 판결의 전문성, 일관성 및 효율성을 높이게 되었다. ‘특허권 등을 제외한 지식재산권’에 관한 소는 구법과 같이 민사소송법의 관할규정에 따른 법원(제2조 내지 제23조)에 소를 제기할 수 있으며, 그 외에 부가적·경합적으로 해당 고등법원 소재지의 지방법원에도 소를 제기할 수 있다(민사소송법 제24조 제1항). 이러한 종류의 소에는 저작권법에 따른 저작권과 저작인접권, 부정경쟁방지법에 따른 부정경쟁행위와 영업비밀침해, 반도체설계법에 따른 배치설계권, 농수산물품질관리법에 따른 지리적 표시권에 관한 소 등이 해당한다.

(1) 다음, 특허법 개정에 의하여 출원 후에도 공지에의주장을 할 수 있도록 하고(제30조 제3항), 특허등록결정 이후에도 분할출원을 허용하였다(제52조 제1항). 즉, 구법은 출원시에만 공지에의주장을 할 수 있도록 하였으나, 개정법은 출원 후 명세서 또는 도면을 보정할 수 있는 기간 또는 특허결정이나 특허거절결정 취소심결의 등본을 송달받은 날부터 3개월 이내에 공지에의주장을 할 수 있도록 하였다. 동 규정은 실용신안등록출원의 경우에도 준용된다(개정 실용신안법 제11조). 또한 구법은 명세서 또는 도면을 보정할 수 있는 기간에만 분할출원할 수 있도록 하였으나, 개정법은 특허결정의 등본을 송달받은 날부터 3개월 이내에 분할출원을 할 수 있도록 분할출원 기간을 확대하였다. 이는 출원인이 특허를 받을 가능성을 높일 수 있도록 한 것이다. 또한 특허법시행령을 개정하여, 65세인 사람과 건강에 중대한 이상이 있어 우선심사를 받지 아니하면 특

히결정 또는 특허거절결정까지 특허에 관한 절차를 밟을 수 없을 것으로 예상되는 사람의 특허출원을 우선심사할 수 있도록 하였다(제9조 제12호). 실용신안법시행령도 우선심사와 관련하여 동일한 취지의 규정을 두고 있다(제5조 제13호).

특허분야에서는 지난 해 두 개의 의미 있는 전원합의체 판결이 있었다. 먼저, '제조방법이 기재된 물건발명(product-by process)'의 특허요건을 판단함에 있어서, 종래의 판례는 그 제조방법에 의해서만 물건을 특정할 수밖에 없는 등의 '특별한 사정'이 있는지 여부로 나누어, 이러한 특별한 사정이 없는 경우에만 그 제조방법 자체를 고려할 필요 없이 특허청구범위의 기재에 의하여 물건으로 특정되는 발명만을 선행기술과 대비하는 방법으로 진보성 유무를 판단하여야 한다고 하였으나(대법원 2006. 6. 29. 선고 2004후3416 판결 등), 최근 대법원은 전원합의체판결로 제조방법이 기재된 물건발명의 경우 그 제조방법이 기재되어 있다고 하더라도 발명의 대상은 그 제조방법이 아니라 최종적으로 얻어지는 물건 자체이므로, 그 발명의 특허요건을 판단함에 있어서 그 기술적 구성을 제조방법 자체로 한정하여 파악할 것이 아니라, 제조방법의 기재를 포함하여 특허청구범위의 모든 기재에 의하여 특정되는 구조나 성질 등을 가지는 물건으로 파악하여, 출원 전에 공지된 선행기술과 비교하여 신규성, 진보성 등이 있는지 여부를 살펴야 한다고 판시하여 종래의 태도를 변경하였다(대법원 2015. 1. 22. 선고 2011후927 판결). 즉, '특별한 사정'의 존재 여부를 불문하고 '물건 자체'에 대하여 특허요건을 판단하여야 한다는 것이다. 또한 이러한 청구범위의 해석방법은 특허침해소송에서 침해 여부를 판단함에 있어서도 원칙적으로 동일하게 적용되어야 한다고 판시하였다(대법원 2015. 2. 12. 선고 2013후1726 판결). 다음, 종전의 대법원 판례는 의약의 투여용법이나 투여용량은 의료행위로서 특허의 대상이 아니고, 물건 자체에 관한 것이 아니어서 발명의 구성요소도 아니라고 하였으나(대법원 2009. 5. 28. 선고 2007후2926 판결 등), 최근 대법원은 전원합의체판결에서 의약이라는 물건의 발명에서 대상 질병 또는 약효와 함께 투여용법과 투여용량을 부가하는 경우에 이러한 투여용법과 투여용량은 의료행위 자체가 아니라 의약이라는 물건이 효능을 온전하게 발휘하도록 하는 속성을 표현함으로써 의약이라는 물건에 새로운 의미를 부여하는 구성요소가 될 수 있고, 이와 같은 투여용법과 투여용량이라는 새로운 의약용도가 부가되어 신규성과 진보성 등의 특허요건을 갖춘 의약에 대해서는 새롭게 특허권이 부여될 수 있다고 하여 종전의 태도를 변경하였다(대법원 2015. 5. 21. 선고 2014후768 판결).

그 외에 한국에서 이루어진 직무발명에 대하여 외국에서 특허등록이 된 경우, 그 직무발명에서 특허를 받을 권리의 취득과 승계, 사용자의 통상실시권의 취득 및 종업원의 보상금청구권에 관한 사항은 사용자와 종업원 사이의 고용관계를 기초로 한 권리의무 관계에 해당하며, 따라서 속지주의 원칙이나 지식재산권의 보호에 관한 국제사법의 준거법규정이 적용되지 않고, 근로계약에 관한 준거법규정에 따라 한국의 법률, 즉 발명진흥법이 적용되어야 한다고 한 판결(대법원 2015. 1. 15. 선고 2012다4763 판결), 특허가 물건발명인 경우 그 물건의 생산에만 사용하는 물건을 생산 또는 양도하는 것은 원칙적으로 특허법 제127조의 간접침해행위에 해당하지만, 만일 특허침해물건(완제품)의 생산이 국외에서 이루어지는 경우에는 그 전 단계의 행위(반제품의 생산)가 국내에서 이루어지더라도 속지주의 원칙상 간접침해가 성립되지 않는다고 한 판결(대법원 2015. 7. 23. 선고 2014다42110 판결)이 있다. 또한, 어떤 발명이 타인의 특허발명과 동일한 발명뿐만 아니라 균등한 발명을 이용하는 경우에도 이용관계가 성립하여 그 타인의 특허발명의 권리범위에 속한다고 한 판결(대법원 2015. 5. 14. 선고 2014후2788 판결), 약리효과의 기재가 요구되는 의약의 용도발명에서는 출원 전에 명세서 기재의 약리효과를 나타내는 약리기전이 명확히 밝혀진 경우와 같은 특별한 사정이 없다면, 특정 물질에 그와 같은 약리효과가 있다는 것을 약리데이터 등이 나타난 시험례로 기재하거나 또는 이에 대신할 수 있을 정도로 구체적으로 기재하여야만 명세서의 기재요건을 충족한 것으로 본다(대법원

2015. 4. 23. 선고 2013후730, 2015후727 판결) 등이 있다.

(2) 상표법 분야에서는 우선심사대상을 확대하기 위한 상표법시행령의 개정이 있었다. 즉, 해당 상표등록출원인이 다른 상표등록출원인으로부터 상표등록출원에 관한 지정상품과 동일하거나 이와 유사한 상품에 대하여 출원된 상표와 동일하거나 이와 유사한 상표를 사용한다는 이유로 서면으로 경고를 받은 경우 경고를 받은 자의 상표등록출원이 우선하여 심사받을 수 있도록 하였다(제2조의5). 이는 상표에 관한 분쟁을 조속히 해결하고자 한 것이다.

상표 분야에서는 특히 입체상표와 관련하여 의미 있는 판결이 있었다. 우선, 심장혈관용 약제, 성기능장애 치료용 약제(비아그라)를 지정상품으로 하고 마름모 도형의 입체적 형상과 푸른색 계열의 색채를 결합하여 구성된 등록상표의 상표권자와 이와 유사한 형상과 색채의 발기부전 치료용 약제를 생산·판매하는 자 사이의 상표권침해소송에서, 비아그라의 입체적 형상과 색채는 상품의 기능을 확보하는데 불가결한 입체적 형상만으로 이루어진 것은 아니므로 유효한 등록상표에 해당하지만, 양 제품 사이에는 형태의 차이점도 존재할 뿐만 아니라, 해당 제품은 전문의약품으로서 의사의 처방에 따라 약사에 의하여 투약되고, 제품 포장과 제품 그 자체에 기재된 생산자의 문자상표와 상호 등에 의하여 구별될 수 있으므로 출처의 혼동가능성이 없어서 상표권침해도 아니고 부정경쟁행위도 아니라고 한 판결이 있다(대법원 2015. 10. 15. 선고 2013다84568 판결). 또한 '인공 고관절용 볼'(hip joint balls)을 지정상품으로 한 입체상표에 대한 등록거절결정취소소송에서, 입체적 형상 자체에는 식별력이 없더라도 볼 형상 표면에 식별력 있는 문자가 표시되어 있으므로 해당 상표는 전체로서 식별력이 있다고 한 판결도 있다(대법원 2015. 2. 26. 선고 2014후2306 판결).

그 밖에, 여성그룹 가수의 명칭인 '소녀시대'를 '면제품 코트', '화장서비스업' 등을 지정상품 또는 지정서비스업으로 하여 등록된 상표의 등록무효소송에서, 해당 상표의 등록결정일 당시 '소녀시대'가 여성그룹의 명칭으로 일반공중의 대부분에 널리 알려져 저명성을 획득하였으므로(데뷔로부터 약 1년 6개월만에 대중매체를 통하여 저명성 획득), 해당 등록상표는 선사용상표와 다른 지정상품 또는 지정서비스업에 사용되더라도 출처의 오인을 일으킬 염려가 있으므로 그 등록은 무효라고 한 판결(대법원 2015. 10. 15. 선고 2013후1207 판결), 문자 'MONTESSORI'만으로 구성된 상표는 유아교육과 밀접한 관련 있는 지정상품인 '완구'에 대하여 식별력이 없으므로 제3자가 이와 동일한 상표를 사용하는 것은 상표권침해도 아니고 부정경쟁행위도 아니라고 본 판결(대법원 2015. 6. 11. 선고 2013다15029 판결), 농산물·이유식을 지정상품으로 하여 등록된 상표 '서울대학교'는 현저한 지리적 명칭인 '서울'과 흔히 있는 명칭인 '대학교'가 불가분적으로 결합됨에 따라 단순히 '서울에 있는 대학교'가 아니라 특정된 국립대학교인 서울대학교를 나타내는 것으로 식별력이 있다고 본 판결(대법원 2015. 1. 29. 선고 2014후2283 판결) 등이 있다.

(3) 저작권법 분야에서는 저작재산권자가 불명(不明)인 저작물, 즉 고아저작물(orphan works)을 이용하기 위한 요건을 완화시키기 위한 저작권법시행령의 개정이 있었다. 즉, 개정된 시행령은 법정허락의 요건으로서 저작재산권자를 찾는다는 취지를 문화체육관광부 인터넷 홈페이지에 공고하도록 하였던 요건을 폐지하고, 대신에 정보통신망 정보검색도구를 이용하여 저작재산권자를 검색하도록 하는 요건을 추가하였다(제18조 제1항). 또한 문화체육관광부장관은 법정허락신청에 대한 승인 전에 저작재산권자를 찾는다는 취지를 공고하여야 하는데, 개정법은 그 공고기간을 종전의 15일에서 10일로 단축하였다(제20조 제1항 제1호).

저작권 분야에서는 의미 있는 판례가 많았다. 우선, 인터넷 링크(Internet link)는 인터넷에서 링크하

고자 하는 웹 페이지나 웹 사이트의 서버에 저장된 개개의 저작물의 웹 위치 정보나 경로를 나타낸 것에 불과하여, 비록 인터넷 이용자가 링크 부분을 클릭함으로써 저작권자에게서 이용 허락을 받지 아니한 저작물을 게시하거나 인터넷 이용자에게 그러한 저작물을 송신하는 방법으로 저작권자의 복제권이나 공중송신권을 침해하는 웹 페이지에 직접 연결된다고 하더라도, 이는 저작권법상 복제 및 전송에 해당하지 않고, 저작권 침해 행위의 실행 자체를 용이하게 한다고 할 수는 없으므로 저작권침해의 방조에 해당한다고 볼 수도 없다고 한 판결(대법원 2015. 3. 12. 선고 2012도13748 판결)과 철도역사 내 벽면과 기둥들에 설치된 벽화를 관련 규정에 따른 절차를 거치지 않고 철거하여 소각한 사건에서, 저작물 폐기행위로 저작자의 명예감정 및 사회적 신용이나 명성이 침해된 경우에는 저작권법상 동일성유지권 침해의 성립 여부와 별개로 저작자의 일반적 인격권을 침해한 것으로 본다는 판결(대법원 2015. 8. 27. 선고 2012다204587 판결)이 중요하다. 또한, 저작권 신탁이 종료되어 저작권이 원저작권자인 위탁자에게 이전된 경우에는 저작물 이용자가 신탁종료에 따른 저작권 이전 후의 이용행위에 대하여 수탁자의 이용허락이 있었음을 들어 원저작권자에게 대항할 수 없고, 음악저작물의 일부를 미리듣기 서비스로 제공하는 것은 일종의 샘플 제공행위로서 원칙적으로 그 저작물에 표현된 저작자의 사상이나 감정이 왜곡되거나 저작물의 내용이나 형식이 오인될 우려가 없으므로 동일성유지권의 침해가 되지 않는다고 한 판결(대법원 2015. 4. 9. 선고 2011다101148 판결; 대법원 2015. 4. 9. 선고 2012다109798 판결), 저작권법 제76조의2와 제83조의2에 따르면, '판매용 음반'을 '사용'하여 공연을 하는 자는 상당한 보상금을 실연자나 음반제작자에게 지급하여야 하는데, 여기서 '판매용 음반'에는 불특정 다수인에게 판매할 목적으로 제작된 음반뿐만 아니라 어떠한 형태이든 판매를 통해 거래에 제공된 음반(예컨대 디지털 음반)이 모두 포함되고, '사용'에는 판매용 음반을 스트리밍의 방식을 통하여 재생하는 간접사용이 포함된다고 한 판결(대법원 2015. 12. 10. 선고 2013다219616 판결)과 저작물의 내용 중에 부도덕하거나 위법한 부분이 포함되어 있더라도 저작권법상 저작물로 보호되므로, 음란한 동영상 파일을 인터넷상 업로드한 행위는 저작권법위반죄에 해당한다고 한 판결(대법원 2015. 6. 11. 선고 2011도10872 판결)도 의미 있다.

그 밖에, 음악저작물의 창작성 여부를 판단할 때에는 음악저작물의 표현에 있어서 가장 구체적이고 독창적으로 표현되는 가락(melody)을 중심으로 하여 리듬(rhythm), 화성(harmony) 등의 요소를 종합적으로 판단하여야 한다고 한 판결(대법원 2015. 8. 13. 선고 2013다14828 판결), 한국음악저작권협회가 노래방 영업주의 노래반주기에서 그 협회의 인증절차를 거치지 않으면 신곡파일이 연주되지 않도록 한 기술적 보호조치를 부착하였는데, 그 보호조치를 무력화하는 장치를 제조·판매한 자는 무력화금지규정을 위반하는 것뿐만 아니라, 공연권침해로 인한 저작권법위반죄의 간접정범이 된다고 한 판결(대법원 2015. 7. 9. 선고 2015도3352 판결), 토끼를 사람 형상으로 표현한 것으로서 외국에서 창작된 캐릭터를 모방한 인형을 국내에 수입·판매한 사건에서, 외국인의 캐릭터라도 베른협약상 내국민대우의 원칙에 따라 우리나라의 저작권법에 의하여 보호받으며, 그 인형은 캐릭터를 단순히 입체적 형상으로 만든 것으로서 그 캐릭터의 복제권 또는 2차적저작물작성권을 침해한 것에 해당하고, 부정경쟁방지법도 위반하였다고 본 판결(대법원 2015. 12. 10. 선고 2015도11550 판결), 가사와 악곡으로 구성된 노래는 가사 부분과 악곡 부분을 각각 분리하여 이용할 수 있으므로 공동저작물이 아니라 결합저작물에 해당한다고 본 판결(대법원 2015. 6. 24. 선고 2013다58460, 58477 판결), 소설에서 추상적인 인물의 유형 혹은 어떤 주제를 다루는 데 전형적으로 수반되는 사건이나 배경 등은 아이디어의 영역에 속하는 것으로 저작권법에 의해 보호받을 수 없다고 한 판결(대법원 2015. 3. 12. 선고 2013다14378 판결) 등도 있다.

(4) 영업비밀 분야에서는 영업비밀 보호요건을 완화시키기 위한 부정경쟁방지법의 개정이 있었다. 구법 상으로는 영업비밀로 보호받기 위해서는 '상당한 노력'으로 비밀로 유지하여야 하는데, 중소기업은 영업비밀

보호를 위한 충분한 시스템을 구비하지 못하여 영업비밀로 보호받지 못하는 사례가 발생하였다. 이에 개정법은 비밀유지에 필요한 ‘상당한 노력’을 ‘합리적인 노력’으로 완화하였다(제2조 제2호). 또한 2013년 개정된 부정경쟁방지법에 도입된 영업비밀 원본증명제도에 의하여 원본증명서를 발급받은 자는 전자지문의 등록 당시에 해당 전자문서의 기재 내용대로 정보를 보유한 것으로 추정하는 규정을 신설하였다(제9조의2 제3항). 이는 영업비밀 보유자의 입증근거를 완화하기 위한 것이다.

영업비밀 분야에서는 의미 있는 대법원 판결은 없고, 다수의 하급심 판결이 선고되었는데, 그 중 중요한 판결을 소개하면 아래와 같다. 문제된 정보의 일부가 특허로 공개된 경우에도 특허 출원된 내용 이외의 정보가 영업비밀로 관리되고 경제성을 갖고 있다면 영업비밀로 인정될 수 있다고 한 판결(서울중앙지방법원 2015. 6. 23. 선고 2014노5270 판결), 사용자가 연봉이 낮고 하위직급에 근무하는 직원들과 퇴직 후 2년간 경쟁업체에 취업하지 않는다는 내용의 경업금지약정을 하면서 어떠한 대가도 지급하지 않고 1억원의 위약벌을 정하였다면, 이는 헌법상 보장된 직업선택의 자유와 근로권 또는 자유로운 경업을 지나치게 제한하므로 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하는 행위로서 민법 제103조에 따라 무효라고 본 판결(수원지방법원 2015. 5. 12. 선고 2012가합16110, 2012가합20317 판결), 영업비밀은 그로 인하여 제품의 개발과 생산이 단축되는 기간(이 사건의 경우 3년) 동안에만 보호받으므로, 그 기간의 경과 후 위 영업비밀을 누설하거나 사용하였다면 영업비밀침해가 성립하지 않는다고 한 판결(부산고등법원 2015. 1. 15. 선고 2014노1033 판결), 영업비밀의 보호기간은 영업비밀 보유자가 해당 기술정보를 취득할 때까지 소요된 기간과 비용, 경쟁자가 독자적인 개발이나 역설계와 같은 합법적인 방법에 의하여 그 기술정보를 취득하는데 필요한 시간 등을 고려하여 합리적인 범위(이 사건의 경우 3년) 내로 제한되어야 하는데, 이 사건의 변론종결일 현재 그 보호기간은 경과하였으므로 침해금지청구는 인정되지 않으나, 그 기술정보의 무단 사용으로 인한 손해배상청구는 인정한 판결(서울중앙지방법원 2015. 2. 12. 선고 2011가합34076 판결), 사용자와 근로자 간 체결된 5년의 전직금지 기간에 대해, 근로자의 직책, 업무 내용, 영업비밀의 보호대가로 받은 금액의 크기, 근로자의 직업선택의 자유에 대한 침해 우려 등을 고려하여 그 기간을 퇴사일로부터 2년으로 축소한 판결(서울동부지방법원 2015. 1. 22. 선고 2013가합108097 판결), 어떤 정보가 비공시성과 경제적 유용성은 충족하나 비밀유지성은 충족하지 못하여 부정경쟁방지법상 영업비밀에 해당하지 않더라도, 그 정보가 영업상 주요한 자산에 해당한다면 이를 외부에 반출하여 사용한 행위는 형법상 업무상 배임죄에 해당하고, 민법상 불법행위로 인한 손해배상책임도 발생한다고 본 판결(대구고등법원 2015. 8. 20. 선고 2015나473 판결; 부산지방법원 2015. 4. 23. 선고 2013가합48800 판결) 등이 있다.

(5) 부정경쟁행위의 금지와 관련된 법률 개정은 없었고, 이 분야의 판례를 소개하면 다음과 같다. 우선 대법원 판결로서 뮤지컬의 제목은 원칙적으로 상품이나 영업의 출처를 표시하는 기능은 없으나, 뮤지컬 ‘CATS’는 국내에서 오랫동안 다수 공연되었으므로 그 제목 ‘CATS’는 특정인의 뮤지컬 공연임을 연상시킬 수 있게 되었고, 따라서 제3자가 ‘어린이 캣츠’라는 제목으로 뮤지컬을 공연하는 것은 부정경쟁행위에 해당한다고 본 판결(대법원 2015. 1. 29. 선고 2012다13507 판결)이 있다. 그밖에 하급심 판결로는, 타인의 영업표지의 창작이나 주지성 획득에 일정 부분 기여하였다는 사정만으로 그 타인의 영업표지를 동의 없이 임의로 사용할 권리가 인정되는 것은 아니라고 한 판결(서울중앙지방법원 2015. 8. 28. 선고 2015카합702 결정), ‘영업상 주요한 자산’인 기술상 또는 경영상 정보는 영업비밀로서의 요건을 갖추지 못하였다 하더라도 ‘타인의 상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과 등’에 해당하므로, 이를 공정한 상거래 관행에 반하는 방법으로 자신의 영업을 위하여 이용하는 것은 부정경쟁행위에 해당한다고 본 판결(서울중앙지방법원 2015. 12. 23. 선고 2014가합514641 판결) 등이 있다. 또한 연예인의 성명과 상품명을 조합한 문구를 키워드로 등록하여 사용

하는 인터넷 키워드 검색광고 서비스를 제공한 인터넷 포털 사업자와 관련하여, 국내법상 재산권으로서 퍼블리시티권은 인정되지 않으므로 인격권 침해 여부만이 문제될 수 있는데, 키워드 광고로 인하여 원고들의 사회적 평가와 명성이 저하되지 않았고 그 밖의 다른 손해가 발생하지도 않았으므로 원고들의 인격권이 침해되었다고 볼 수 없고, 키워드 검색광고는 인터넷 검색서비스에서 일반적으로 사용되는 사업방식으로 '공정한 상거래 관행에 반하는 방법'이 아니므로 부정경쟁행위에도 해당하지 않는다고 본 판결(서울고등법원 2015. 1. 30. 선고 2014나2006129 판결)이 있다. 위 판결은 퍼블리시티권의 존재를 부정하였으나, 퍼블리시티권을 별개의 재산권으로 인정한 하급심 판례도 많다. 이 문제에 대한 대법원 판결은 아직 없고, 학설에서도 논란이 있다.

## 제2장 한국공정거래법의 개요와 2015년 동향

이황\*

### I. 개관

한국공정거래법은 1980년말 제정되었다. 다른 나라와 달리 외국이나 국제기구의 영향을 받은 결과가 아니라, 정치적·경제적 혼란기에 재벌의 횡포를 막고 자유롭고 공정한 시장경제질서를 확립해달라는 국내 요구에 따라 자발적으로 제정되었다는데 특징이 있다.

한국의 공정거래제도는 헌법 제119조 제2항의 이른바 경제조항에 근거를 두고 있다. “독점규제 및 공정거래에 관한 법률”(공정거래법)을 기본법으로 하여 중소기업 등 경제적 약자를 보호하기 위한 특별법인 하도급법, 가맹사업거래법, 대규모유통업법, 대리점법 등으로 구성되었다. 공정거래법의 규제내용은 크게 3가지로 분류된다. 첫째, 전통적인 경쟁법 영역으로서 시장에서의 자유로운 경쟁을 보호하고 촉진하기 위한 것이다. 시장지배적 지위의 남용금지, 경쟁제한적 기업결합의 제한, 부당한 공동행위의 금지 등이 이에 해당한다. 둘째로, 시장과 당사자 간의 공정한 거래질서를 유지하기 위한 불공정거래행위의 금지가 있다. 하도급법 등 경제적 약자를 보호하기 위한 4개의 특별법들은 불공정거래행위 금지제도 중 특히 당사자 간 거래에서 우월적 지위에 있는 강자가 거래상대방에 대하여 힘을 남용하는 ‘거래상 지위 남용행위’를 산업별 또는 행위유형별로 구체화한 것이다. 셋째로, 1960년대 이래 정부주도의 수출주도형 불균형 경제개발과정에서 초래되었던 과도한 경제력집중을 억제·완화하기 위하여 마련된 경제력집중 억제시책이 있다. 그러나 이 부분 규제는 2000년대 중반 이후 현저하게 완화되었다.

시장지배적 지위 남용금지 규정은 주로 시장지배력을 갖는 사업자가 그 힘을 남용하여 시장경쟁을 제한할 우려가 있을 때 적용된다. 과거에는 규제대상에 시장지배적 사업자의 시장경쟁을 제한하는 행위 외에 불공정한 행위까지 포함되는지 여부가 논쟁의 대상이었다. 그러나 대법원이 2007년 이른바 포스코 판결을 통하여 시장지배적 사업자의 거래거절 행위를 규제하기 위해서는 경쟁제한적 효과의 입증 필요하다는 효과주의 기준을 천명함으로써 적어도 실무상으로는 논란이 해소되었다. 공정거래법은 시장지배적 사업자의 배제적 행위와 착취적 행위를 모두 규제대상으로 규정하고 있으나, 착취적 행위에 대한 규제의 폭이 매우 좁은데다 집행도 어려워 규제실적은 거의 없는 형편이다. 배제남용에 대해서는 대체로 포스코 판결의 취지에 따라 경쟁제한적 의도 내지 목적과 경쟁제한적 효과의 입증이 요구되는 것으로 이해되고 있다. 시장지배적 지위 남용금지는 구체적인 경제분석이 필요한 경우가 많은 등 구성요건의 입증이 까다롭기 때문에 과중한 사건처리의 부담을 안고 있는 공정거래위원회는 상대적으로 한정된 자원을 이 분야에 투입하는데 신중한 모습을 보

\* 고려대학교 법학전문대학원 교수

이고 있으며, 그 결과 최근 규제사례는 매우 중요한 사건에 한정되는 경향을 보이고 있다.

경쟁제한적 기업결합의 제한은 독과점적 시장구조가 고착화된 한국시장에서 큰 의미가 있으며 특히 21세기에 들어서 활발하게 집행되고 있다. 국내 기업결합뿐 아니라, 한국에 영향을 미치는 외국 기업결합에 대한 역외적용도 활발해지고 있다. 근래 들어서 공정거래위원회가 위법한 기업결합에 대한 시정조치로 구조적 조치보다는 사후감시가 어려운 행태적 조치를 많이 적용해온 점을 문제로 지적하는 경우가 있었다. 부당한 공동행위의 금지는 공정거래위원회가 21세기 들어 이를 시장경제 제1의 공적으로 규정하고 법집행을 강화하면서 규제실적과 성과가 두드러진다. 공정거래위원회가 부과하는 연간 1조원 안팎의 과징금 중 70% 안팎이 카르텔에 대한 것이다. 국내에 영향을 미치는 국제카르텔에 대한 규제와 외국 경쟁당국과의 공조도 활발하다. 행정기관으로서 조사권한에 한계가 있는 공정거래위원회가 훌륭한 카르텔 규제성과를 보여온 데에는 자신신고자에 대한 과징금등 감면제도가 크게 기여한 것으로 평가된다.

시장경쟁촉진에 관심을 두는 위의 3가지 금지유형과 달리 행위의 불공정성에 초점을 두는 불공정거래행위 금지제도는 공정거래위원회가 매년 처리하는 5~8백여건의 공정거래법 위반행위 사건의 50% 이상을 차지하고 있다. 이는 경제력 집중으로 인한 양극화 현상과 경제적 강자의 횡포가 심각한 문제로 여겨져 온 한국에서 공정거래법의 주요 기능 중 하나가 거래상대방의 불공정한 행위로 불이익을 입는 경제적 약자들을 구제하는 것으로 인식되어왔기 때문이다. 그러나 최근 공정거래위원회는 법 집행의 효율성을 제고하기 위해서는 전통적인 경쟁법 영역에 자원을 집중할 필요가 있다는 판단 하에, 거래당사자 간 단순한 경제적 분쟁은 조정 등 당사자 간 자율적 해결을 우선하도록 하거나 민사소송으로 해결하도록 하고 있다. 불공정거래행위는 9가지 행위유형과 29개 세부행위유형으로 규정되어 있다. 규제대상이 되는 행위유형은 대체로 일반 사업자 단독의 수직적 거래제한행위가 주종을 이루고 있으나 실제로는 대단히 광범위하다. 단독의 위반행위뿐 아니라 집단 거래거절 등 복수사업자의 행위도 포함되고 부당한 고객유인행위 등 소비자보호의 성격을 갖는 유형과 부당지원행위와 같이 경제력집중 억제시책의 성격을 띠는 것도 있다. 행위유형뿐 아니라 행위효과 면에서도, 경쟁제한적 효과를 야기하는 행위는 물론 거래의 수단이나 내용이 공정한 거래질서를 저해할 우려가 있는 행위까지 규제대상에 포함된다. 그에 따라 불공정거래행위는 위법성 판단기준이 모호하고 규제범위가 지나치게 넓은 비판을 받고 있다. 한편 공정거래위원회는 시장지배적 사업자의 경쟁제한적 행위로 의심되는 경우라도, 경쟁제한효과 등 까다로운 입증부담을 피하기 위하여 시장지배적 지위 남용행위 규정을 적용하는 대신 비교적 위법성 입증이 쉬운 불공정거래행위로 규율하는 경우가 많아 문제로 지적되어 왔다.

위에서 설명한 4가지 규제유형이 이른바 공정거래법의 4대지주라 일컬어지는데, 그 외에 한국 공정거래법의 주요 특징 중 하나는 행정기관으로서의 성격을 활용한 활발한 경쟁주창 기능이다. 공정거래위원회는 독과점적 시장구조를 개선하기 위한 경쟁촉진시책과 규제완화방안을 제시해왔다. 모든 정부기관들은 경쟁제한적인 법령을 제·개정할 때 반드시 공정거래위원회와 협의하도록 의무화되어 있는데, 공정거래위원회 위원장이 국무회의에 참석하여 발언하거나 법령 협의과정에서 의견제시 등의 방법을 통해 공정거래위원회가 경쟁정책의 시각을 반영하는데 큰 효과를 보고 있다.

미국을 제외한 대부분 나라들과 마찬가지로 한국의 공정거래법 집행은 공정거래위원회에 의한 공적집행에 의존해왔다. 그런데 21세기 들어 공정거래위원회의 카르텔 적발 및 제재수준이 높아지고 피해자들의 권리의식도 커지는 동시에 사법시스템도 완비되면서, 최근 카르텔 사업자들에 대한 손해배상청구소송이 집중하고 있다. 상징적인 성공사례가 군납유류입찰담합 사건이었는데, 5개 정유사들이 군납유류 입찰에서 장기

간 담합한 사건이 공정거래위원회에 의해 적발되어 대법원에서 확정되자 방위사업청이 이들에 대해 손해배상 청구소송을 제기하여 2013년 1,355억원의 손해배상을 받기로 결정되었다. 그러나 일반적으로는 피해자들의 위법증거 수집과 구체적인 손해액 입증에 어려움 뿐 아니라 집단소송제도가 도입되지 않는 등 절차적 어려움도 있어 아직 사적소송이 활발하다고 말하기는 어려운 실정이다. 그럼에도 앞으로는 공정거래법 관련 민사소송은 크게 증가할 것으로 기대되고 있다.

## II. 2015년 동향 I : 공정거래법 사건의 실제적 특징

공정거래위원회는 경제의 양극화와 지속적 성장의 정체를 맞아 시장경쟁 촉진을 위해 지속적 노력을 기울여 왔고 성과도 많았다. 그러나 근래 들어서는 공정거래위원회가 자유로운 시장경쟁 촉진보다는 경제적 약자 보호 문제에 상대적으로 집중하는 모습을 보이는 경향을 보이고 이는 경쟁당국의 본령에서 벗어나는 것이라는 비판도 제기되었는데, 2015년에도 이러한 목소리는 여전한 것으로 보인다.

2015년 공정거래법 사건을 분야 별로 살펴보면 몇 가지 특징이 눈에 띈다. 무엇보다 공정거래위원회가 21세기 들어 가장 역점을 두어온 카르텔 규제에 있어서 법원이 위법성 심사기준을 까다롭게 하는 경향을 강화하였다. 대표적인 사례가 정보교환 방식에 의한 담합에 있어서 대법원이 2015년말 라면담합 판결을 통해 형사 사건에 가까울 정도로 높은 수준의 합의 입증을 요구한 것이었다. 이는 카르텔에 대해 공정거래위원회가 부과하는 과징금 액수가 막대한 수준에 이르는 등 카르텔 사건이 보통의 행정사건과는 다른 성격을 갖는다고 보는 데서 비롯된 것으로 보인다. 그 결과 공정거래위원회로서는 앞으로 합의입증 등 카르텔의 위법성을 뒷받침할 수 있는 증거수집에 더욱 많은 노력을 기울여야 하게 되었다. 이러한 상황에서 앞에서 설명한 조사권한의 약화는 어려움을 가중시킬 것으로 보인다.

법원은 반면 카르텔의 경쟁제한성 입증방법을 과거에 비하여 상대적으로 완화시키는 경향을 보였다. 최근 수년간 대법원은 경성카르텔에 대해서도 공정거래위원회가 항상 시장획정을 하고 경쟁제한효과까지 입증하도록 하는 요구하는 판례를 정립해왔고, 그에 따라 경쟁제한효과 입증이 부족하다는 이유로 공정거래위원회가 패소하는 사례가 상당했다. 그 결과 경성카르텔에 대한 엄격한 규제노력이 위축될 것을 우려하는 목소리가 많았다. 그런데 대법원은 2015년 들어 일련의 판결을 통해 공정거래위원회가 카르텔의 경쟁제한성을 입증하기 위하여 항상 본격적인 경제분석을 통해 시장획정을 하여야만 하는 것은 아니고 대신 직관적인 방법의 시장획정도 가능하다는 새로운 입장을 보였다. 동시에 경성카르텔에 대하여는 본질적으로 경쟁제한성을 초래할 가능성이 높다는 평가도 내놓았다. 이는 경성카르텔의 경쟁제한성 부분에 대하여 상대적으로 공정거래위원회의 입증부담을 완화한 것으로 평가된다.

카르텔에 관하여 상당한 변화가 있었던 것과는 달리, 시장지배적 지위 남용행위 분야에서는 특기할만한 공정거래위원회의 법 집행실적이나 판례의 변화가 눈에 띄지 않았다. 이는 2007년 포스코 판결로 효과주의에 입각한 경쟁제한효과의 입증이 요구되면서, 과중한 업무에 시달리고 있는 공정거래위원회가 상대적으로 많은 자원과 노력이 필요한 이 분야보다는 카르텔이나 경제적 약자 보호와 같이 사회적으로 규제가 시급한 분야에 치중하였기 때문으로 해석된다.

경쟁제한적 기업결합의 규제에 있어서는 3건의 글로벌 기업결합에 대한 공정거래위원회의 시정노력이 돋보였다. 순수외국기업 간 기업결합에 대해서는 2007년 국내매출액 요건이 신설된 이래 공정거래위원회에

대한 신고가 많아지는 경향이였다. 그 배경에서 공정거래위원회가 역외적용 실적은 역대 최대수준으로 많은 관심을 끌었다. 그 중에서도 특히 Microsoft와 Nokia 간 기업결합에 대하여 기업결합 사건으로는 처음으로 동의의결 절차에 의한 시정조치가 내려진 것은, 외국기업들이 기업결합에 있어서도 동의의결 절차를 활용할 수 있다는 전례를 남겼다는 점에서 큰 의미가 있었다고 평가된다. 그 외에 어플라이드 머티어리얼즈 아이엔씨(AMAT)와 도쿄 일렉트론 엘티디(TEL) 합병사건에 대하여 공정거래위원회가 미국과 중국의 경쟁당국과 적극적으로 협조하여 문제를 제기한 끝에 당사자들이 기업결합을 철회하게 된 것도 경쟁당국 간 협조사례로 특기할만 하다. 이처럼 글로벌 기업결합에 있어서 공정거래위원회가 심사보고서를 발송한 것을 계기로 기업결합을 철회하게 된 것은 사상 두 번째이다.

지적재산권에 대한 공정거래법상 규제에 있어서는 무엇보다 2015년 3월 약사법 개정에 따라 의약품 허가특허연계제도가 본격적으로 시행된 것이 중요한 사건이었다. 이미 2014년 GSK-동아제약의 복제약 출시 지연 합의에 관한 대법원 판결이 선고되어 그 위법성이 확인되었지만, 위 제도가 시행됨에 따라 관련 파생사건에 대한 공정거래위원회의 감시가 더 강화되게 되었다. 또 다른 주요 사건으로는 글로벌 기업결합에 있어서 특허권 남용우려에 대한 시정조치를 들 수 있다. 공정거래위원회는 2015년 8월 Microsoft와 Nokia 간의 기업결합 사건을 동의의결로 승인하면서 Microsoft가 인수하는 Nokia의 표준 및 비표준 특허권 남용을 방지하기 위한 다양한 시정조치를 부과하였다. 이는 같은 사안을 미국이나 EU가 조건없이 승인한 것과 비교되며 중국의 조건부 승인조치와 비슷한 것으로 평가되어 눈길을 끌었다. 한편 공정거래위원회가 Dolby의 표준특허 라이선스 계약을 불공정거래행위 중 거래상 지위 남용행위에 해당한다고 보아 시정조치한 것도 중요하다. 이는 표준특허의 남용행위에 대하여 시장경쟁제한효과에 주목하여 원칙적으로 이를 시장지배적 지위 남용행위로 규제하겠다는 공정거래위원회의 공식입장과 다소 궤를 달리하여 불공정거래행위 중 거래상 지위 남용행위로 규제한 것으로, 근래 드문 사례였다.

### Ⅲ. 2015년 동향 II : 공정거래법 집행 절차에 대한 사회적 관심과 개선노력

2015년에는 공정거래위원회의 법 집행 절차에 문제가 있다는 지적이 많았다. 이는 공정거래위원회의 법 집행이 강력해지는 것과 함께, 규제대상인 기업들의 방어권 보장 등 권리의식이 강해지고 법원과 로펌 등을 중심으로 적법절차 준수에 대한 기대감이 커진데 기인한 것으로 이해된다. 무엇보다 공정거래위원회가 독립규제위원회로서 준수법적 권한을 인정받기는 하지만 기본적으로 행정기관의 하나라는 정체성을 갖고 있기 때문에, 공정거래위원회 처분에 대한 사법심사를 충실하게 하고 공정거래위원회의 조사 및 심의절차 등도 적법절차 원리에 충실하도록 개선해야 한다는 것이 주된 쟁점이었다.

절차개선에 대한 요구는 공정거래위원회가 가장 역점을 두고 있는 카르텔 조사에서 본격화된 것으로 보인다. 공정거래위원회의 적극적인 법 집행으로 전통적인 경성카르텔이 점점 사라지고 합의의 직접증거 확보도 어려워지면서, 공정거래위원회는 점점 조사범위를 연성카르텔에까지 확장하고 합의 입증방법도 광범위한 간접증거를 종합하는 방식으로 전환하는 경향을 보이고 있다. 최근 가장 주목을 끈 이슈였던 정보교환(information exchange) 방법에 의한 카르텔에 대한 규제가 대표적 사례이다. 그런데 대법원은 2015말 선고된 라면 가격담합 판결을 통해 정보교환 담합에 대하여 공정거래위원회가 높은 수준의 합의 입증을 하도록 요구하였다. 판례의 요구를 충족시키기 위해서는 공정거래위원회가 더욱 강력한 조사를 통해 위법혐의를 뒷받침할 수 있는 다양한 증거를 확보하여야 하는데, 최근 공정거래위원회 조사방법이 임의적 조사권한을 규정

한 법령과 달리 강제적 성격을 갖는다는 비판이 커지고 있는 환경에서 공정거래위원회는 많은 어려움을 겪는 것으로 알려졌다. 따라서 앞으로 공정거래위원회의 효과적인 법 집행과 절차적 보장에 대한 요구를 어떻게 조화시킬 것인가가 한국 공정거래법 집행에 큰 이슈가 될 것으로 예상된다.

절차적 문제 중에서도 주된 것은 공정거래위원회의 법집행 절차개선, 전속고발제 폐지, 그리고 3심제 도입 등이었다. 이들 쟁점을 차례로 소개한다. 첫째, 공정거래위원회는 2015년 10월, 위법행위 조사방법에 중대한 변혁을 가져오는 조사절차 개선방안을 발표하였다. 공정거래위원회는 종래 행정기관의 하나로서 위법행위를 조사함에 있어서 기업의 자발적 협조와 증거제출에 의존해왔다. 그러나 위법행위가 적발될 경우 엄중한 시정조치와 제재에 노출될 수 있음을 잘 아는 일부 기업들이 조사에 협조하지 않는 경우가 있었고, 공정거래위원회가 이를 극복하는 과정에서 조사를 강압적으로 한다는 불평이 있었다. 그 외에도 공정거래위원회의 심의·의결 등 내부적인 사건처리절차가 피심인의 방어권을 충분히 보장하지 못한다는 불만도 많았다. 공정거래위원회는 이러한 절차적 문제를 해결하기 위하여 이른바 “사건처리 3.0”이라는 개선책을 내놓았다. 이는 모든 조사에서 대상 기업의 동의와 협조를 더욱 적극적으로 구하고 심의과정에 있어서도 피심인이 방어권을 행사하기에 충분한 진술기회를 보장하는 등 투명하고 공개된 절차를 구축하여 적법절차원칙을 구현한다는 목적으로 다양한 개선책을 강구한 것이다. 이를 통하여 공정거래위원회의 법 집행에 대한 시비가 없어질 것을 기대하고 있지만, 반면 이는 공정거래위원회의 규제노력을 약화시켜 궁극적으로 카르텔 등 심각한 위법행위를 억지하는데 큰 지장을 초래할 것이라는 우려도 제기되고 있다.

둘째, 공정거래법이 규율하는 위반행위 대부분은 대부분 형사처벌을 할 수 있도록 규정되어 있다. 그런데 처벌대상에는 경쟁제한적 기업결합이나 가벼운 불공정거래행위도 포함되어 있는 등 형사처벌 대상이 지나치게 광범위한 뿐 아니라, 공정거래법 분야에 전문적 능력이 부족한 검찰과 경찰이 기업의 경영활동을 직접 수사하게 되면 경제를 위축시킬 수 있다는 우려가 많았다. 그 결과 공정거래 관계법령 위반행위에 대하여는 공정거래위원회가 고발해야 비로소 검찰이 기소할 수 있다는 원칙이 공정거래법 제정 당시부터 있었는데 이것이 이른바 ‘전속고발제’이다. 그런데 공정거래위원회가 중대한 위법행위에 대해서도 검찰에 고발하지 않아 형사처벌을 못하는 경우가 있다는 비판이 많았다. 그러던 중 2012년 대통령선거 시에 주된 이슈의 하나였던 이른바 “경제민주화” 조치의 일환으로 검찰은 물론 감사원 등 5개 관련기관이 공정거래위원회에 고발을 요청하면 공정거래위원회는 반드시 고발해야 한다는 의무고발제가 2013년 도입되었다. 그러나 이후에도 관련기관들의 고발요청이 많지 않아 실효성이 떨어진다는 지적이 많았고, 그렇다면 차제에 전속고발제를 폐지하는 것이 낫다는 목소리가 커진 것이다. 공정거래위원회가 적극 반대하고 있는 이 이슈가 앞으로 어떻게 전개될지는 큰 관심사이다.

셋째, 현재 공정거래위원회 처분에 대한 불복소송은 보통 행정기관에 대한 것과는 달리 서울고등법원에 직접 취소소송을 제기하도록 하는 2심제를 채택하고 있다. 그런데 최근 대폭 강화된 행정법원을 중심으로 공정거래사건을 비롯한 전문적 분야에 대한 법원의 판단능력이 제고되면서 공정거래사건도 다른 행정사건과 같이 3심제로 전환하여야 한다는 비판이 강해졌다. 앞으로 전개방향이 관심을 끈다.

#### IV. 결론

한국 공정거래법은 대기업 중심 경제개발의 한계를 넘어 시장경쟁 중심의 새로운 발전 패러다임을 형성

하는데 핵심적 역할을 해왔다. 1998년 외환위기와 2008년 글로벌 금융위기를 거치면서 사회와 경제의 양극화 문제가 더욱 심각해지는 오늘날 공정거래법의 역할은 더욱 커질 것으로 예상된다.

2015년은 한국 공정거래법 집행에 있어서 큰 변화가 많았던 해는 아니었다. 이는 현 정부 3년차를 맞아 공정거래법 집행동향이 비교적 안정적이었음을 의미한다. 전반적으로 카르텔에 대한 규제성과를 지속적으로 확대하고 경쟁제한적 기업결합에 대하여 국내외를 막론하고 높은 수준의 경제분석을 통해 파악한 경쟁제한효과를 근거로 과감하게 시정에 나서는 등 경쟁법의 전통적 영역에서 충실한 법 집행을 보였다. 무엇보다 지적재산권 남용행위에 대한 선도적 법 집행을 강화한 것이 눈에 띄었다.

그럼에도 경제적 효율성 제고를 본래 목적으로 하는 공정거래법 집행이 사회적 약자 보호로 변질되는 경향이 있다거나, 법 집행 절차가 적법절차 원리를 충족시키지 못한다는 문제제기가 있었던 것도 사실이다. 이러한 문제제기는 한국 경제가 양적 성장을 넘어 질적인 발전을 도모하는 현 단계에서 시장경쟁 촉진을 본령으로 하는 공정거래법이 큰 역할을 하여야 한다는 기대감에 바탕한 것으로 이해된다. 이를 위해서는 공정거래법 집행이 보다 독립적으로 이루어지고 절차적으로도 헌법이 요구하는 적법절차 원리가 충실히 구현되어야 한다는 목소리가 점점 커지고 있는 것은 특기할만하다.

2016년에는 이런 문제점들이 개선되어 경제발전과 소비자 후생 증진은 물론 양극화 해소라는 심각한 경제현안까지 해소하는데 공정거래법이 크게 기여했다는 평가가 가능하기를 기대한다.

## 제2부.

# 한국지적재산권법 동향

### 제1장.

특허법 분야의 입법 및 판례 동향

### 제2장.

상표법 분야의 입법 및 판례 동향

### 제3장.

저작권법 분야의 입법 및 판례 동향

### 제4장.

영업비밀보호법 분야의 입법 및 판례 동향

### 제5장.

부정경쟁방지법 분야의 입법 및 판례 동향

# 제1장

## 특허법 분야의 입법 및 판례 동향

이은우/전하윤\*

### I. 개관

2015년 특허제도에는 공지예외의 주장 제도의 보완과 보정안 리뷰 제도 도입과 같은 실무적인 측면에서의 변화도 있었으나, 가장 큰 변화는 특허침해소송에 대한 항소심이 특허법원의 전속관할 사건이 된 것이다. 이로써 2016. 1. 1.부터는 특허심결취소소송과 특허침해소송이 모두 특허법원에 의하여 심리된다. 또한, 2015년에는 제조방법이 기재된 물건방법(소위 product-by-process claim)의 해석에 대한 전원합의체 판결, 의약의 투여용법 및 투여용량을 한정하는 특허의 성립성에 대한 전원합의체 판결 등 중요한 법적 쟁점에 대한 대법원의 판결들이 있었다.

### II. 입법 및 정책 동향

#### 1. 관할집중

종전 특허의 무효심판은 특허심판원이 심리하며, 특허심판원의 심결에 대해서는 특허법원에 심결취소소송을 제기할 수 있었다. 반면, 특허침해소송은 보통의 민사소송과 같이 1심은 지방법원에서 심리되고, 그 항소심은 고등법원의 관할이었다. 이와 같이 무효심판에 대한 심결취소소송과 침해소송의 관할 법원이 서로 달라, 양 사건에서 판결이 상충되거나, 사건의 심리가 지연되는 문제가 있었다.

2015. 12. 법원조직법이 개정되어, 특허침해소송의 항소심을 특허법원의 관할 사건으로 규정하였다. 또한, 민사소송법도 함께 개정되어 특허침해소송의 1심에 대해서는 지식재산권 사건에 대한 전담재판부를 운영하고 있는 서울중앙지방법원이 언제나 보충적인 관할을 갖게 되었다.

이와 같은 개정을 통하여, 특허법원이 무효사건과 침해사건을 모두 관할하게 되었으며, 침해소송의 1심도 대부분 서울중앙지방법원으로 집중될 수 있게 되었다. 이로써 특허법원의 전문성이 강화되고 깊이 있는 법리 개발과 판례의 누적에 이루어질 것으로 기대된다. 개정된 법은 2016. 1. 1.부터 시행되었다.

\* 법무법인 광장 변호사

## 2. 공지에외주장 제도 보완

출원인이 출원 전에 자신의 발명을 공개한 경우, 자신의 공개에 의하여 발명의 신규성이 부정되는 것을 방지하기 위하여 소정의 유예기간을 부여하는 제도가 세계적으로 채택되고 있으며, 한국 특허법에서도 같은 취지에서 “공지에외주장 제도”가 인정되어 왔다. 그러나, 종전의 특허법에서는 출원인이 특허출원서에 공지에외 주장 사실을 기재하도록 요구하였기 때문에, 출원인이 자신의 공개 사실을 출원 후에 알게 되는 경우, 또는 실수로 주장을 누락하는 경우에는 유예기간 내에 출원이 이루어지더라도 유예기간의 혜택을 받지 못하는 문제가 있었다. 이는 출원인이 출원서에 공지 예외 주장 사실을 기재할 것을 요구하지 않는 미국의 grace period system과 비교하여 출원인에게 가혹하다는 비판이 있었다.

2015. 1. 28. 부터 적용되는 개정 특허법 하에서는, 출원인이 출원 시에 공지에외주장 사실을 기재하지 않더라도, 추후 출원 과정에서 심사관이 공개 사실을 지적하는 경우에 보완 수수료를 납부하고 공지에외주장을 할 수 있게 되었다.

## 3. 보정안 리뷰 제도 도입

특허청은 2015. 1.부터 보정안 리뷰 제도를 도입하였다. 이 제도에 의하면, 출원인은 심사관의 거절이 유통지에 대응하여 보정서를 제출하기 전에 미리 심사관에게 보정안을 제시하고 심사관과의 면담을 통하여 그 보정의 허용 여부 및 거절이유극복 여부에 대한 심사관의 의견을 들을 수 있다. 따라서 출원인은 심사관이 수용할 수 있는 최종 보정서를 제출하여 신속히 거절이유를 극복할 수 있다.

보정안 리뷰 제도를 이용하기 위해서는 심사관의 거절이유통지에 대한 대응기한 전 1개월까지 보정안을 제출하면서 보정안의 리뷰 및 심사관과의 면담을 신청하여야 한다. 면담과정에서 심사관은 보정 방향을 제시할 수 있으며, 심사관의 보정안에 대한 의견, 심사관과 출원인 사이에 협의된 보정 방향 등이 면담기록으로 작성된다. 그러나 출원인은 면담의 내용에 구속받지 않으며, 협의된 것과 다른 방식으로 보정서를 제출하는 것이 허용된다.

## Ⅲ. 주요 사건

### 1. 제조방법의 기재를 포함하는 물건에 관한 청구항의 해석(대법원 2015. 1. 22. 선고 2011후927 전원 합의체 판결 및 대법원 2015. 2. 12. 선고 2013후1726 판결)

특허청구범위가 물건에 관한 것이면서 그 제조방법의 기재를 포함하고 있는 청구항(소위, product-by-process claim)에 있어서는, 청구범위 해석에 있어서 제조방법의 기재를 물건 발명의 특징으로 고려하여야 하는지가 문제되어 왔다.

종전 우리 대법원은 특허요건의 판단에 있어 제조방법에 의해서만 물건을 특정할 수 밖에 없는 등 특별한 사정이 없다면, 제조방법 자체는 특허요건 판단에 있어 고려할 필요가 없다는 입장을 보여 왔다(대법원 2006. 6. 29. 선고 2004후3416 판결). 즉, 제조방법에 의해서만 물건을 특정할 수 밖에 없는 경우라면 제조방법을 특허요건 판단에 고려하지만, 그렇지 않으면 제조방법은 특허요건 판단에 고려하지 않는다는 것이다.

한편, 침해 판단에 있어 제조방법의 기재에 의하여 발명의 권리범위가 제한되는지 여부에 대해서는 대법원의 판결은 없었다.

대법원 2015. 1. 22. 선고 2011후927 전원합의체 판결에서 대법원은 “제조방법이 기재된 물건발명의 특허요건을 판단함에 있어서 그 기술적 구성을 제조방법 자체로 한정하여 파악할 것이 아니라 제조방법의 기재를 포함하여 특허청구범위의 모든 기재에 의하여 특정되는 구조나 성질 등을 가지는 물건으로 파악하여 출원 전에 공지된 선행기술과 비교하여 신규성, 진보성 등이 있는지 여부를 살펴야 한다”고 판시하여, 제조방법에 의해서만 물건을 특정할 수 밖에 없는 사정이 있는지 여부를 고려하지 않고, 제조방법의 기재를 포함하는 청구항의 기재에 의하여 특정되는 구조나 성질을 가지는 “물건”에 대하여 특허요건을 판단하여야 한다고 하면서, 특별한 사정의 존부에 따라 기준을 달리한 중전의 판례를 모두 변경하였다.

한편, 대법원은 대법원 2015. 2. 12. 선고 2013후1726 판결에서, 위 전원합의체 판결의 법리는 특허 침해 여부 판단에 있어서도 동일하게 적용된다고 판시하여, 처음으로 침해 판단에 있어서의 product-by-process claim 의 해석 원칙을 제시하였다. 다만, 위 원칙에 의하여 해석된 권리범위가 명세서 기재에 비추어 지나치게 넓은 경우, 이를 제조방법의 기재에 의하여 한정할 수 있다는 예외도 제시하였다.

구체적인 판단 내용을 살펴보면, 위 사건에서 문제된 청구항은 위장질환 치료제인 자세오시딘(Jaceosidin)에 관한 것이었는데, 청구항에는 그 제조방법이 기재되어 있었다. 대법원은 위 제조방법은 자세오시딘의 구조나 성질에 영향을 주지 않으므로 제조방법의 기재는 청구범위 해석에 고려되지 않으며, 이러한 해석에 의하더라도 권리범위가 과도히 넓다고 볼 수 없다고 하면서, 제조방법의 기재로 권리범위를 제한하지 않았다.

이번 판결들에 의하여 우리 대법원은 product-by-process claim에 있어서 특허요건 판단과 침해 판단에 있어 동일한 청구범위 해석 원칙을 적용하되, 제조방법의 기재는 그 제조방법이 물건의 구조나 성질에 영향을 주는 경우에만 청구범위 해석에 고려된다는 입장을 명확히 하였다.

## **2. 한국에서 이루어진 직무발명에 대하여 외국에서 특허등록이 된 경우, 발명자와 사용자등 사이의 권리 관계에 적용될 법률(대법원 2015. 1. 15. 선고 2012다4763 판결)**

한국의 발명진흥법에 따르면, 회사의 직원이 그 직무에 관하여 발명한 것으로 사용자의 업무범위에 속하고 그 직무를 하게 된 행위가 직원의 직무 범위에 속하는 발명(“직무발명”)에 대하여서는, 사용자에게 무상의 통상실시권을 부여하고, 사용자는 근로계약 등으로 직무발명을 예약승계할 수 있으며 그에 대한 정당한 보상을 지급하여야 한다. 그런데, 직무발명에 대하여 한국이 아닌 다른 나라에서 특허등록이 된 경우에, 외국 특허에 대해서도 한국의 발명진흥법이 적용되어 회사가 통상실시권을 갖거나 예약승계를 할 수 있는지에 대해서는 법리가 확립되지 않았었다. 특히 특허에 관하여서는 속지주의 원칙이 적용된다는 점에서, 외국 특허에 대한 한국법의 적용 가능성이 문제되었다.

이 사건에서 대법원은 직무발명에 대한 회사와 직원의 권리관계는 특허권의 성립이나 유효성에 관한 것이 아니므로 속지주의의 원칙이 적용되지 않는다고 판시하였다. 반면, 회사와 직원 사이에 체결된 근로계약

에 대해서는 한국법이 적용되므로, 직무발명에 관한 회사와 직원 사이의 권리관계도 한국법에 의하여 규율되고, 회사는 외국에서 등록된 특허에 대해서도 무상의 통상실시권을 가질 수 있다고 판단하였다.

### 3. 간접침해의 성립에 있어 속지주의의 적용(대법원 2015. 7. 23. 선고 2014다42110 판결)

한국 특허법 제127조 특허가 물건의 발명인 경우, “그 물건의 생산에만 사용하는 물건을 생산하는 행위”를 특허에 대한 간접침해로 규정한다. 이러한 간접침해 규정은 특허침해의 예비 행위를 침해로 간주하여 특허권자를 보호하려는 것이다.

그런데, 본 사안에서 피고는 휴대전화의 반제품을 생산하여 수출하였고, 반제품의 조립 및 완성, 즉 침해품의 생산은 국외에서 이루어졌다. 이러한 행위가 위 특허법 제127조의 간접침해 행위에 해당하는 것인지가 특허법의 속지주의와 관련하여 문제가 된 것이다. 특히, 미국 특허법 §271(f)와 같은 규정이 없는 한국 특허법 하에서, 간접침해의 성립 범위에 대하여 논란의 여지가 있었다.

이에 대해 대법원은 “간접침해 제도는 어디까지나 특허권이 부당하게 확장되지 아니하는 범위에서 그 실효성을 확보하고자 하는 것이다. 그런데 특허권의 속지주의 원칙상 물건의 발명에 관한 특허권자가 그 물건에 대하여 가지는 독점적인 생산·사용·양도·대여 또는 수입 등의 특허실시에 관한 권리는 특허권이 등록된 국가의 영역 내에서만 그 효력이 미치는 점을 고려하면, 특허법 제127조 제1호의 ‘그 물건의 생산에만 사용하는 물건’에서 말하는 ‘생산’이란 국내에서의 생산을 의미한다고 봄이 타당하다. 따라서 이러한 생산이 국외에서 일어나는 경우에는 그 전 단계의 행위가 국내에서 이루어지더라도 간접침해가 성립할 수 없다”고 판시하여, 간접침해 성립에 있어 침해품의 생산은 국내에서 이루어져야 한다는 의견을 밝혔다.

한편, 대법원이 간접침해 성립을 위하여 국내에서의 생산을 요구하였으므로, 이는 생산, 즉 직접침해가 성립하는 경우에만 간접침해가 성립할 수 있다는 법리를 전제로 하고 있는 것이라고 해석하는 견해도 있으나, 이번 판결에서는 직접침해 성립이 간접침해 성립의 전제가 되는지에 대해서는 정면으로 다루지 않았으므로, 아직 대법원의 입장이 명확해 진 것은 아니라고 생각된다.

### 4. 의약의 투여용법과 투여용량의 특허적격(대법원 2015. 5. 21. 선고 2014후768 전원합의체 판결)

의약품의 투여용법과 투여용량, 소위 dosage regimen에 대하여 특허를 받을 수 있는지에 대하여서는 세계적으로 논쟁이 되어왔다. 종전 대법원은 (1) 의약품의 투여용법이나 투여용량은 방법으로서의 의료행위에 해당하므로 특허대상이 아니며 (2) 투여용법이나 투여용량은 의약 물질을 구성하는 것이 아니어서 물질에 대한 신규성이나 진보성을 판단함에 있어 이를 고려할 수 없다는 입장이었다(대법원 2009. 5. 28. 선고 2007후2926 판결; 대법원 2009. 5. 28. 선고 2007후2933 판결).

그러나, 2010. 2. 19. 유럽특허청 EBA(Enlarged Board of Appeal)는 G02/08 사건에서 투여용법과 투여용량은 유럽특허법상 특허를 받을 수 있는 구체적 용도(specific use)에 해당하므로 물질에 대한 신규성과 진보성을 판단함에 있어 이를 고려하여야 한다고 판단하였다. EBA Case No. G 0002/08. 그에 앞

서 일본 특허청도 2009. 10. 심사기준을 개정하여 용법 및 용량을 신규성 및 진보성 판단에 고려하도록 하였다(특허실용신안 심사 핸드북 부속서 B 제3장 3-2-2).

이러한 세계적 추세 속에서, 우리 대법원도 종전의 판결을 변경하여 투여용법과 투여용량도 물질에 대한 특허성 판단에 고려할 수 있다고 판시하였다. 구체적으로 대법원은 “의약이라는 물건의 발명에서 대상 질병 또는 약효와 함께 투여용법과 투여용량을 부가하는 경우에 이러한 투여용법과 투여용량은 의료행위 자체가 아니라 의약이라는 물건이 효능을 온전하게 발휘하도록 하는 속성을 표현함으로써 의약이라는 물건에 새로운 의미를 부여하는 구성요소가 될 수 있고, 이와 같은 투여용법과 투여용량이라는 새로운 의약용도가 부가되어 신규성과 진보성 등의 특허요건을 갖춘 의약에 대해서는 새롭게 특허권이 부여될 수 있다”고 판시하였다.

이번 판결로 인하여 제약사들은 투여용법과 투여용량의 개선을 통해 환자의 부작용을 개선하는 개량 특허를 확보할 수 있게 되었으며, 다국적 제약회사들의 입장에서는 오리지널 의약의 특허권이 만료된 이후에도 투여용법, 투여용량에 대한 별개의 특허등록을 통해 권리보호 기간의 연장을 시도할 수도 있을 것으로 예상된다.

## 제2장 상표법 분야의 입법 및 판례 동향

김원오\*

### I. 개관

#### 1. 법령개정과 정책개선

2015년도는 삼성과 애플사건을 계기로 입체상표의 기능성 심사를 강화하는 정책변화가 있었고 상표브로커와 위조상표의 근절을 위한 단속과 노력이 지속적으로 이루어져 소기의 성과를 본 한해이기도 하다. 또한 작년에 법률 제12751호로 확정되어 2014년 6월 11일자로 공표와 동시에 시행되고 있는 개정 상표법의 위입사항을 정하는 후속 하위법령의 개정과 구체적 심사기준의 전면개정이 뒤따라 이루어졌으며 2015년 말에도 우선 심사 대상의 추가, 입체상표의 식별력판단기준의 변경 등을 포함하는 상표심사기준의 개정작업이 이어졌다. 2015년도에는 직전 개정 법률 제12751호에 포함되지 못한 부분을 중심으로 하고 법령 조문의 전면 개편까지 포함한 상표법 전면개정안이 재차 2014년 12월 24일자로 국회에 정부안으로 상정(의안 제13183호)되었던 바, 2015년 내내 공전하다가 2016년 2월 4일자로 국회를 통과하여 2.29자로 공포되고 2016년 9.1부터 시행될 예정이다. 이 개정 상표법의 내용은 (1) 독립법으로서의 상표법의 법조문체제의 전면재편 (2) 선원주의 및 상표등록요건 관련 규정의 정비 (3) 불사용취소심판 제도의 합리적 보완 (4) 기타 절차 규정의 보완으로 구별해 볼 수 있다. 또 2015년 말 민사소송법과 법원조직법의 개정을 통해 상표권을 포함한 산업재산권의 침해소송에 대한 2심의 집중관할이 관철되어 2016년 1월 1일 이후 1심판결이 선고된 사건의 항소심은 특허법원의 전속관할이다.

#### 2. 주요 상표 판결

2015년 상표에 관한 대법원 판결 중 가장 주목받을 만한 상표판결은 화이자와 한미약품간 비아그라 제형의 기능성과 혼동성에 관한 판결(2013다84568)을 들 수 있고, 국내 대표적 걸그룹의 명칭인 “소녀시대”의 제3자 상표등록 무효판결(2013후1207)도 제법 반향을 일으켰다. 이밖에도 “입체상표의 식별력”에 관한 판결(2014후2306), 현저한 지리적명칭의 본질적 식별력 인정에 대해 논란을 불러일으킨 ‘서울대학교’ 판결(2014후2283), 상표법 제6조 제1항 제7호의 기타 식별력이 없는 상표에 해당여부 판단기준을 제시한 “Montessori” 판결(2013다 15029), 부정경쟁방지법 적용상 쟁점이었지만 뮤지컬 제목이 타인의 영업임을 표시한 표지에 해당하는지 여부를 다룬 판결(2012다13507)등이 있었다.

\* 인하대학교 법학전문대학원 교수

## II. 입법 및 정책 동향

### 1. 2014. 6. 11. 개정 상표법에서 개정된 사항의 후속 하위 규범의 개정

#### (1) 상표법 시행령과 시행규칙의 개정

상표법 개정 시행령(대통령령 제26216호)에서 상표 우선심사 대상을 정비하여 출원인으로부터 상표 사용금지 경고를 받은 경우 경고의 근거가 되는 출원상표를 우선 심사가 가능하도록 하였고 상표법 시행규칙도 개정(산업통상자원부령 제156호)되어 i) 의견서 제출기한을 법정기간에서 지정기간으로 변경 하여 조기 권리화를 위하여 단축할 수 있도록 정비하고(제30조의2) ii) 동작상표의 출원 시 전자적 기록매체 제출을 의무화 하는 등 제출서류에 대한 정비 iii) 사용에 의한 식별력 입증서류에 수요자 인식조사(survey)결과를 포함시켰다(제36조 제4항 신설)

#### (2) 특허청 예규 제79호(2015.1.1. 시행)에 의한 상표심사기준의 전면개정

첫째, 심사기준 기술방식이 종전의 장별-조문별 체계에서, 부별-장별 체계로 전환되었다.(조문은 관련 조문을 함께 묶어서 표시)

둘째, 2014. 6. 11. 개정 상표법에서 개정/추가된 사항을 반영하여 연예인 이름, 방송프로그램 제목 등을 모방하여 출원한 상표에 대한 조문을 구체화 하였고(제4부 제7장) 저명상표를 희석화 하는 상표출원에 대한 심사기준 신설하고(제5부 제10장) 부정한 목적을 가진 상표출원에 대한 새로운 판단기준을 마련(제5부 제12장)하였으며, 신의성실원칙에 위반한 상표출원에 대한 심사기준도 신설(제5부 제18장)하였다.

셋째, 비전형상표(특수상표)에 대한 심사기준을 모아서 정비하였고(제8부) ▷ 성질표시 적용요건 및 판단방법을 구체적으로 제시(제4부 제3장) ▷ 식별력 없는 표장간 결합상표의 식별력 유무 판단기준 개선(제4부 제8장) ▷ 공서양속을 해칠 우려가 있는 상표에 대한 적용요건 완화(제5부 제4장) ▷ 저명한 타인의 성명 등을 포함하는 상표에 대한 적용요건 완화(제5부 제6장) ▷ 상표의 유사여부 판단기준 보완(제5부 제7장)등이 이루어졌다.

#### (3) 2016.2.1 시행 개정 심사기준(특허청 예규 제88호)

우선, 상표법 시행령과 시행규칙의 개정에 따른 내용 반영하여 i) 우선심사 대상 추가 ii) 의견서 제출기간을 법정기간에서 지정기간으로 변경 iii) 동작상표 출원 시 전자적 기록매체 제출 의무화 iv) 사용에 의한 식별력 사용실적 인정 대상이 개정되었다.

둘째, 후술하는 비전형상표의 기능성 요건 심사강화 방침 아래 입체상표 등의 기능성 판단 관련 규정 구체화하여 운영하던 가이드라인을 상표심사기준(제13장)으로 흡수하여 규정하였다.

셋째, 이밖에도 입체상표의 식별력 판단기준을 후술하는 대법원판례와 상충되지 않도록 변경하였고, 지정상품 보정의 요지변경 판단기준 변경, 지리적 표시 단체표장의 심사기준을 구체화하는 작업도 이루어졌다.

## 2. 비전형상표의 기능성 요건 심사강화 가이드라인

한국 특허청은 삼성과 애플사건을 계기로 입체상표 등의 기능성 심사를 강화하는 정책변화를 시도하였는데, 아래와 같은 내용을 골자로 하는 구체적 가이드라인을 작성하여 2015년 9월 출원상표의 심사부터 적용해 오고 있다.

### (1) 입체상표 등에 대한 심사관점의 전환

그동안 주로 식별력 유무를 중점적으로 판단하고 기능성 판단은 극히 미흡했던 점을 개선하여 기능성이 있는 상품이나 상품포장은 상표등록을 받을 수 없도록 기능성도 식별력과 동시에 판단하도록 함.

### (2) 입체상표 등에 대한 기능성 요건을 엄격하게 적용

지금까지는 표장 전체가 기능성이 있는 경우에만 상표법 제7조 1항 13호를 적용하고 있으며, 다른 대체적인 형상 등이 있는 경우에는 미적용하도록 되어 있던 기준을 개선하여, '표장을 전체적으로 보았을 때 기능성이 있는 것으로 판단되면 일부 비기능적인 요소가 포함되어 있어도 관련 거절조문을 적용할 수 있도록 하였다.

### (3) 기능성 유무 판단을 위해 다양한 자료 검색·활용

지금까지는 출원상표의 식별력이나 유사 여부 판단을 위해 선출원·선등록상표 위주로 검색을 실시하였으나 특허획득 여부나 사용실태도 조사하여 기능성 판단에 적극 활용하도록 하였다.

## 3. 2016. 7. 1. 시행 상표법 전면 개정안(의안 제13183호)의 골자

### (1) 개정 취지

상표에 대한 국민들의 이해를 돕기 위하여, 지나치게 복잡하고 제한적으로 규정되어 있는 상표의 정의(定義) 규정을 상표의 핵심적 의미와 그 대표적인 표현방식 위주로 간결하게 정비하고, 상표를 먼저 사용한 상표등록 출원인에 대한 권리보호를 강화하기 위하여 상표의 선사용(先使用)에 따른 우선등록 관련 규정을 신설하며, 상표의 불사용에 대한 사후관리를 강화하기 위하여 상표등록의 취소심판 제도를 정비하는 한편, 법 문장을 원칙적으로 한글로 적고, 어려운 용어를 쉬운 용어로 바꾸며, 길고 복잡한 문장을 간결하게 하여 법 문장을 이해하기 쉽게 정비하려는 것이다.

## (2) 주요내용

## ① 독립된 법체계 상표법의 법조문 체제의 전면 재편

그동안 잦은 개정으로 인한 가지변호, 특허법 준용규정을 모두 풀어 규정해 버림으로써 상표법이 독립된 법으로서의 면모를 갖추게 되었다.

## ② 상표 등의 정의 규정 정비(제2조 제1항 제1호 및 제2호)

상표를 자기의 상품 또는 서비스 등과 타인의 상품 또는 서비스 등을 식별하기 위하여 사용하는 표장(標章)으로 정의하고, 표장을 기호, 문자, 도형, 소리, 냄새, 입체적 형상 또는 색채 등으로서 그 구성이나 표현방식에 상관없이 상품의 출처를 나타내기 위하여 사용하는 모든 표시로 정의하여 상품의 식별력과 출처표시 등 그 핵심적인 의미와 대표적인 표현방식 위주로 간결하게 정비하였다.

## ③ 선원주의 및 상표등록요건의 정비

i) 상표권 소멸 후 1년간 상표등록을 제한하는 규정(현행법 제7조 제1항 8호)을 삭제(제34조 제1항)하여 앞으로는 상표권이 소멸한 날부터 1년이 지나지 아니하여도 그 상표와 동일·유사한 상표를 타인이 상표등록을 받을 수 있게 되었다.

ii) 상표등록여부 판단시점이 출원시가 아니라 원칙적으로 등록여부결정시를 기준시임을 분명히 하되, 특정인에게 손해를 입히려는 등 부정할 목적을 가지고 사용하는 상표의 경우 등은 종전과 같이 상표등록을 출원하는 때를 기준으로 하도록 정비하였다(제34조 제2항) iii) 상표의 선사용에 따른 우선등록 규정을 신설(제35조 제2항)하여 같은 날에 둘 이상의 상표등록출원이 경합하는 경우에는 그 상표를 먼저 사용한 출원인이 그 상표를 등록받을 수 있도록 함과 동시에 iv) 상표 공존 동의 제도(consent)를 신설(제36조)하여 먼저 출원하여 등록한 상표권자로부터 상표등록의 동의를 받은 경우에는 상표의 출처 오인 등의 우려가 있는 경우 등을 제외하고는 상표등록을 받을 수 있도록 하였다.

## ④ 불사용취소심판 제도의 합리적 개선

개정법은 등록주의의 맹점을 보충해 주고 있는 불사용취소심판제도가 제 기능을 다할 수 있도록 i) 지금까지 이해관계인만 청구할 수 있도록 되어 있었던 불사용취소심판의 청구인 자격을 '누구든지'로 확대하되, 단체표장 등에 대한 취소심판은 종전과 같이 이해관계인만 청구할 수 있도록 하고(제119조 제6항), ii) 불사용취소심판 청구일로부터 3개월 이내에 사용한 행위에 대해서는 취소를 면하기 위한 '명목적 사용으로 추정' 하여 상표의 정당한 사용 부인(否認) 규정을 신설(제119조 제4항)하고 iii) 상표 불사용에 따른 취소심판의 심결이 확정되었을 경우 지금까지는 그 취소심판의 심결이 확정되는 때에 상표권이 소멸되도록 하여 왔으나, 앞으로는 그 취소심판의 청구일로 소급하여 상표권이 소멸되도록 규정함으로써(제119조 제7항) 취소심판청구인이 소멸된 상표와 동일 유사한 상표를 보다 용이하게 등록 받을 수 있도록 배려하고 있다.

## ⑤ 기타 절차 규정의 보완

i) 상표등록의 출원공고에 대한 이의신청 이유의 보정기간 등의 연장 근거를 마련(제17조 제1항 본문)하여 특허청장 또는 특허심판원장은 상표등록의 출원공고에 대한 이의신청 이유 등의 보정기간 및 보정각하결정에 대한 심판의 청구기간 등을 당사자의 청구 또는 직권으로 30일 이내에서 한 차례

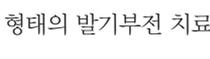
연장할 수 있도록 하였다.

- ii) 상표등록에 대한 심판 취하 시 수수료 반환 근거의 신설(제79조제1항 제3호)하여 상표등록에 대한 심판청구 후 1개월 이내에 그 심판을 취하한 경우에 이미 납부한 수수료는 납부한 자의 청구에 의하여 반환되도록 하여 수수료 반환 대상의 범위를 확대하였다.

### Ⅲ. 주요 사건

#### 1. 비아그라 제형 입체상표의 기능성 판단기준(대법원 2015. 10. 15. 선고 2013다84568 판결)

##### (1) 사안의 골자와 쟁점

심장혈관용 약제, 성기능장애 치료용 약제를 지정상품으로 하고 마름모 도형의 입체적 형상과 푸른색 계열의 색채를 결합하여 구성된 “” 표장으로 상표등록을 한 외국법인(화이자)등이 “”, “” 형태의 발기부전 치료용 약제를 생산·판매·광고하고 있는 피고(한미약품)를 상대로 상표권 침해금지 등을 청구한 사안이다.

이 사건에서 문제시된 쟁점은 1) 상표법 제7조 제1항 제13호의 입법 취지 및 지정상품 또는 그 포장의 입체적 형상으로 된 상표가 상표법 제7조 제1항 제13호에 해당하는지 여부를 판단하는 기준 2) 상표권 침해 판단의 전제로서 입체적 형상으로 된 양 상표의 유사 여부를 판단하는 기준과 양 표장이 부정경쟁방지법상 혼동의 우려가 있는지 여부가 쟁점이었다.

##### (2) 판결 요지

① 1997. 8. 22. 법률 제5355호로 개정된 상표법은 상표의 한 가지로 입체적 형상으로 된 상표를 도입 하면서, 특허제도 등과의 조화를 도모하고 경쟁자들의 자유롭고 효율적인 경쟁을 보장하기 위한 취지에서 제 7조 제1항 제13호를 신설하여 상표등록을 받으려는 상품 등의 기능을 확보하는 데 불가결한 입체적 형상만으로 된 상표 등은 제6조의 식별력 요건을 충족하더라도 상표등록을 받을 수 없도록 하였다. 이러한 입법 취지에 비추어 보면, 상품 등의 입체적 형상으로 된 상표가 위 규정에 해당하는지는 i) 그 상품 등이 거래되는 시장에서 유통되고 있거나 이용 가능한 대체적인 형상이 존재하는지, ii) 대체적인 형상으로 상품을 생산하더라도 동등한 정도 또는 그 이하의 비용이 소요되는지, iii) 입체적 형상으로부터 상품 등의 본래적인 기능을 넘어서는 기술적 우위가 발휘되는 아니하는 것인지 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.

원심판결 이유와 기록에 의하면, 내복용 알약에는 다양한 크기, 형상, 색깔이 존재할 수 있어 이용 가능한 대체적 형상이 다수 존재하고, 이 사건 등록상표의 지정상품인 심장혈관용 약제, 성기능장애 치료용 약제가 실제로 이 사건 등록상표와 같은 마름모 도형의 입체적 형상과 푸른색 계열의 색채가 아닌 다른 색채와 형

상으로도 여러 업체에서 생산되어 판매되고 있는 점, 또한 위 형상과 색채의 결합이 알약의 본래적인 기능을 넘어서는 기술적 요소가 발휘된 것이라고 보기는 어려운 점 등을 알 수 있다. 이러한 사정에 비추어 보면, 이 사건 등록상표는 상표등록을 받고자 하는 상품의 기능을 확보하는 데 불가결한 입체적 형상만으로 된 상표에 해당한다는 사유로 그 상표등록이 무효로 될 것이 명백하다고 할 수는 없다고 판시한 사례이다.

② 상표권 침해와 부정경쟁방지법 위반 여부의 기본 전제가 되는 양 포장의 유사성과 관련하여 대법원은 “비록 이 사건 등록상표와 피고 제품들의 형태에 공통되는 부분이 있기는 하지만, 그 형태에 차이점도 존재할 뿐만 아니라, 전문의약품으로서 대부분 병원에서 의사의 처방에 따라 약사에 의하여 투약되고 있는 피고 제품들은 그 포장과 제품 자체에 기재된 명칭과 피고의 문자상표 및 상호 등에 의하여 이 사건 등록상표와 구별될 수 있다고 봄이 타당하다. 따라서 이 사건 등록상표와 피고 제품들의 형태는 수요자에게 오인·혼동을 일으킬 우려가 있다고 하기는 어려워 서로 동일 또는 유사하다고 볼 수 없다”고 판시하였다. 양 포장의 사용 실태를 고려해 부정경쟁방지법상 혼동의 우려도 없다고 보았다.

### (3) 판결해설

대상판결은 피고가 원고의 등록상표에는 상표등록무효사유가 존재하는 것이 명백하여 권리남용에 해당한다는 항변을 하였으므로 이에 그 당부를 살피기 위한 전제로서 위 입체상표의 등록무효 여부를 판단하였는데 그 사유 중 기능성 요건이 핵심 쟁점이 되었던 사안이고, 상표권 침해여부를 판단하기 위해 양 포장의 유사성 여부를 판단한 사안이다. 대법원은 위 제형의 형상과 색채가 해당 상품의 장식 또는 외장(外裝)으로만 인식되는데 그칠 뿐이어서 상표법 제6조 제1항 제3호의 성질표시상표에 해당한다고 보았으나 ‘사용에 의한 식별력 취득’을 인정함으로써 입체상표로서의 효력을 엄격하게나마 인정하였다. 그런데 문제는 기능성의 존부인데 입체상표가 사용에 의한 식별력을 취득한 경우라 하더라도 상표법상 기능성 요건(제7조 제1항 제13호)에서 규정한 ‘상품 또는 그 상품의 포장의 기능을 확보하는데 불가결한 형상 등’에 해당하면 등록불가하기 때문이다.

이 사안에서 대법원은 이른바 ‘법률상 기능성’(de jure functionality)이 특허제도와외의 조화(기능성은 특허로 단기간만 보호받으면 족하다는 취지) 및 다른 경쟁자의 자유로운 사용을 보장하기 위한 공익적 견지에서 등록을 불허한다는 취지임을 자세히 밝혔다. 대상판결의 의의는 입체상표제도가 시행 된지 20년에 근접하지만 법률상 기능성 요건의 구체적 판단기준을 제대로 제시한 판결이 없었는데 그 기준을 글로벌 스탠더드에 맞게 구체적으로 실시하였다는 점이다. 이는 최근 비전형 상표의 기능성 요건 적용을 강화하고 있는 특허청의 움직임과도 부합된다.

## 2. 소녀시대 판결(대법원 2015. 10. 15. 선고 2013후1207 판결(등록무효))

### (1) 사안의 골자와 쟁점

걸그룹 명칭인 “소녀시대”의 소속 연예기획사가 동일성 있는 표장을 다른 상품과 서비스업에 2007년도에 출원하여 등록한 개인을 상대로 해당 등록상표서비스표가 상표법 제7조 제1항 제11호의 후단인 수요자기

만 우려가 있다는 이유로 등록무효심판을 청구하였는데 제1심인 특허심판원이 인용하는 심결을 한 반면 원심인 특허법원은 심결을 취소하였으나 대법원이 다시 원심을 파기환송하여 등록무효를 확정 지은 사건이다. 이 사안에서 선사용상표가 해당 상표 출원 후 저명성을 취득한 상표인 경우에도 등록상표가 수요자를 기만할 염려가 있는 상표에 해당하기 위한 요건 및 이종상품에 대해서까지 동 제11호를 적용할 수 있는 지 여부가 쟁점이 된 사안이다.

### (2) 판결요지

① 원심인 특허법원은 “이 사건 등록상표·서비스표 “ ”의 등록결정일(2009. 2. 9.) 당시 ‘음반, 음원’ 등의 사용상품 및 이와 연계된 ‘가수공연업, 음악공연업, 방송출연업, 광고모델업’ 등의 사용서비스업과 관련하여 피고의 상품·서비스업을 표시하는 식별표지로 인식되었다고 할 것이나, 특정인의 상표·서비스표로 알려진 정도를 넘어서 저명한 정도에까지 이르렀다고 볼 수 없으므로, 위 사용상품 및 사용서비스업과 유사하거나 경제적 견련관계가 밀접하지 아니한 이종의 이 사건 등록상표서비스표의 지정상품·서비스업에 대해서까지 출처의 오인·혼동을 일으켜 수요자를 기만할 염려가 있다고 볼 수 없다.”는 취지로 판단하였다.

② 이에 비해 대법원은 “선사용상표가 사용상품에 대한 관계거래자 이외에 일반공중의 대부분에까지 널리 알려지게 됨으로써 저명성을 획득하게 되면, 그 상표를 주지시킨 상품 또는 그와 유사한 상품뿐만 아니라 이와 다른 종류의 상품이라고 할지라도 상품의 용도 및 판매거래의 상황 등에 따라 저명상표권자나 그와 특수한 관계에 있는 자에 의하여 생산 또는 판매되는 것으로 인식될 수 있고 그 경우에는 어떤 상표가 선사용상표의 사용상품과 다른 상품에 사용되더라도 수요자로 하여금 상품의 출처를 오인·혼동하게 하여 수요자를 기만할 염려가 있다.”고 판시하였다.

### (3) 판결해설

대상판결은 원고의 등록상표인 유명 걸 그룹 명칭이 저명성을 획득한 경우를 전제로 피고의 등록상표가 상표법 제7조 제1항 제11호 후단의 출처의 혼동으로 인해 수요자를 기만할 염려가 있는 상표에 해당하기 위한 요건을 판단한 것이다. 그동안 상표법 제7조 제1항 제11호 후단의 수요자를 기만할 염려가 있는 상표란 선사용상표가 주지, 저명 상태에 이르지 못하고 특정인의 상품표지로 인식된 상표에 그치는 경우에 적용하여 왔고, 밀접한 경제적 견련관계가 있는 등 특별한 사정이 인정되는 경우에는 이종(異種)상품에 대해서도 적용할 수 있으며, 그 판단시점은 상표등록여부 결정시를 기준으로 하는 규정이었다. 그런데 원심은 선사용상표가 주지·저명한 정도에 이르렀다고 볼 증거가 없으며 그 지정상품과 등록상표의 지정상품이 동일·유사하지 않고 경제적 견련관계도 밀접하지 않으므로 등록상표는 상품출처의 혼동으로 인해 수요자를 기만할 염려가 있는 상표에 해당하지 않는다고 판단하였다. 그러나 대법원은 피고 등록상표의 상표등록 결정시점에서 원고의 선사용상표가 저명성을 획득하여 모든 사람들에게 걸 그룹 소녀시대로 인식될 만한 명칭이 되었으므로 전혀 무관한 이종상품에 대해서까지 피고의 등록표장이 수요자를 기만할 염려가 있는 표장에 해당하여 무효라는 취지로 판단한 것이다.

대상판결은 저명영업과 혼동을 방지하는 조항인 제7조 1항 10호가 그 판단시점이 출원시 기준이고, 10호 후단의 저명상표 희석화 방지규정이 2014년에 신설되기 전에 상표등록 한 사안이어서 불가불 11호 후단

을 확대 적용하여 현실적인 불합리성을 해결한 판결로 보이지만 자칫 우리 상표법 등록요건의 체계를 뒤흔드는 무리한 확장해석이라는 비평도 받을 수 있다. 다만 이는 한류를 주도한 대표적 걸그룹 명칭의 상표등록 문제였다는 점에서 불가피한 측면도 보이고, 저명상표 보호에 관한 상표법이 정비된 현 시점에서는 우선적으로 적용될 가능성이 희박한 쟁점이어서 1회적 사건으로 그칠 공산이 크다.

### 3. 문자가 결합된 입체상표의 식별력 판단(대법원 2015. 2. 26. 선고 2014후2306 판결)

#### (1) 사안의 골자와 쟁점



‘인공 고관절용 볼’(hip joint balls) 등을 지정상품으로 “ ”형태의 표장을 입체상표로 출원 하였는데 영문자 ‘BIOLOX delta’(조어)라는 문자가 볼 형상 표면에 작게 표시되어 있는 결합상표였다. 특허청과 특허심판원은 출원상표에 대한 심사결과 등근 홈이 형성된 반구형상으로 구성되어 있는 입체적 형상은 그 지정상품의 형상을 보통으로 사용하는 방법으로 표시한 표장에 불과하여 상표법 제6조 제1항 제3호(기술적 표장)에 해당하여 등록받을 수 없다고 판단하였으나 특허법원과 대법원은 식별력을 인정한 사안이다.

이 사안의 쟁점은 입체적 형상 자체에는 식별력이 없더라도 식별력이 있는 기호·문자·도형 등과 결합하여 상표가 전체적으로 식별력이 있는 경우, 상표법 제6조 제1항 제3호(기술적인 상표)등에 해당한다는 이유로 상표등록을 거절할 수 있는지 여부이다.

#### (2) 판결 요지

대법원은 특허심판원의 심결을 취소한 원심판결을 지지 하면서 “ 출원상표에 대하여 등근 홈이 형성된 반구형상으로 구성되어 있는 입체적 형상 부분은 지정 상품의 형상을 보통으로 사용하는 방법으로 표시한 표장이므로 식별력이 없고, 핑크색 부분은 일반적으로 흔히 볼 수 있는 색상으로서 역시 식별력이 없으나, 이와 결합된 영문자 ‘BIOLOX delta’는 지정상품과의 관계에서 성질 등을 나타내는 기술적 의미를 가지고 있지 않는 조어 상표로서 식별력이 있으므로, 위 출원상표는 전체적으로 식별력이 있어서 상표법 제6조 제1항 제3호에 해당하지 않는다”고 판시하였다.

#### (3) 판결해설

입체적 형상과 문자가 결합한 입체상표의 식별력(제6조 1항 3호 해당여부) 판단에 있어 특허청 의 2012. 3. 15. 개정된 상표심사기준(제8부 제1장 3.4 11)은 “입체적 형상에 식별력 있는 문자나 도형 등이 부가된 경우, 평면상표와의 구별을 위하여 입체적 형상에 결합된 문자나 도형 등의 식별력은 고려하지 않으며, 입체적 형상 그 자체로 식별력 유무를 판단하여야 한다.”라고 규정하였다.

입체상표의 경우 일반 결합상표와 다른 심사기준을 정립한 이유는 입체상표 취지를 기재하여 등록되는 상표라면 입체적 형상 자체에 식별력이 있어야 마땅하며, 당시 권리불요구제도(disclaimer) 도입이 좌절 되면서 식별력 없는 입체적 형상과 문자가 결합된 상표를 등록한 후 자칫 형상부분에 대한 권리까지도 행사할 우려를 사전에 불식시키기 위한 것이었다.

이러한 심사기준을 근거로 특허청과 심판원은 이 건 상표에 대하여 i) 지정상품의 거래자 및 수요자들은 이 사건 출원상표인 입체적 형상으로부터 지정상품 ‘고관절용 볼’을 직감적으로 인식할 수 있으므로, 지정상품의 형상을 보통으로 사용하는 방법으로 표시한 상표에 해당하고, ii) 이 사건 출원상표의 입체적 형상에 가미된 색채는 고급스러운 느낌을 주기 위하여 사용되는 색상에 불과하며, iii) 문자부분이 식별력이 있다 하더라도 입체상표의 식별력을 판단함에 있어서는 고려되지 아니한다고 판단하였다.

이에 대해 법원은 심사기준은 법규성이 없다는 점을 고려하면서 i) 결합된 기호·문자·도형 등을 무시하고 입체적 형상만을 기준으로 식별력을 판단하여야 한다는 상표법 규정도 없고 ii) 식별력이 없는 입체적 형상 부분을 포함하고 있는 상표가 전체적으로는 식별력이 인정되어 상표등록이 되더라도 식별력이 없는 입체적 형상 부분에는 그 상표권의 효력이 미치지 아니하므로(상표법 제51조 제1항), 그러한 상표의 등록을 허용한다고 하여 식별력이 없는 입체적 형상 부분에까지 상표권의 효력이 확장되어 다른 사람의 사용을 제한하는 부당한 결과가 발생할 우려는 없다는 이유로 특허청과 다른 입장을 취한 것이라 할 수 있다. 이 사건 판결 후 특허청도 최근 심사기준을 개정(2016.02)하여 위 특별한 적용기준을 삭제함으로써 판례의 입장과 대립을 해소시켰다.

# 제3장

## 저작권법 분야의 입법 및 판례 동향

조용식\*

### I. 개관

2015. 7. 13. 저작권법 시행령이 개정되었는데, 저작재산권자 불명인 저작물 이용 시 문화체육관광부 장관의 법정허락 승인기간을 단축하고 신청인의 편의를 제고하기 위하여 절차를 개선하기 위한 조항들을 신설하였다. 또한, 문화체육관광부는 저작권법상 저작자의 저작재산권이 보호됨에도 불구하고 저작자와 투자자 또는 양수인 사이에 불공정한 계약 관행을 시정하기 위하여 문화예술 분야의 표준계약서를 마련하여 저작자의 권익을 보호, 강화하고자 하였다. 또한 한국저작권위원회는 2015년 디지털 콘텐츠 해외진출에 따른 저작권 보호 및 저작권 기술 시장 확대를 위하여 저작권기술 국제협력체계를 구축하기 위하여 노력하였다. 우리나라에서는 급변하는 디지털 환경에 대응하는 법개정이 계속되어 왔는데, 최근 또 다시 이슈화 된 인터넷 링크와 관련된 저작권 문제에 관한 대법원 판결을 소개하였다.

특허법 일부개정법률안에서 프로그램 발명(SW특허)을 특허법의 보호범위에 두는 것에 대한 논의가 진행 중이다. 저작권과 관련하여, 알고리즘인 아이디어를 특허발명으로 보호하게 되면 특정인에게 프로그램의 독점배타권이 허여되고, 결국 표현이 다를지라도 동일한 알고리즘을 거치는 프로그램은 특허권자에 의해서만 실시할 수 있게 되는데, 이는 저작권이 사실상 특허권에 기속되는 문제점이 있어, 이에 대한 논의가 앞으로 계속 진행될 것으로 예상된다.

### II. 입법 및 정책 동향

#### 1. 저작권법 시행령 일부개정

저작재산권자 불명인 저작물 이용 시 문화체육관광부 장관의 법정허락 승인기간을 단축하고 신청인의 편의를 제고하기 위하여 절차를 개선하기 위하여 2015. 7. 13. 저작권법 시행령이 개정·공포되었다.

저작권법 제50조<sup>1</sup>는 저작재산권자 불명인 저작물의 이용에 관하여 규정하고 있는데, 이번 시행령에서

\* 법무법인 다래 대표변호사

1. 저작권법 제50조 (저작재산권자 불명인 저작물의 이용) ①누구든지 대통령령이 정하는 기준에 해당하는 상당한 노력을 기울였어도 공표된 저작물(외국인의 저작물을 제외한다)의 저작재산권자나 그의 거소를 알 수 없어 그 저작물의 이용허락을 받을 수 없는 경우에는 대통령령이 정하는 바에 따라 문화체육관광부 장관의 승인을 얻은 후 문화체육관광부 장관이 정하는 기준에 의한 보상금을 공탁하고 이를 이용할 수 있다. [개정 2008.2.29 제8852호(정부조직법)]

저작재산권자 불명인 저작물 이용을 위한 법정허락 신청 절차를 개선하였다(제18조 제1항 제3호, 제4호, 제18조 제2항 제4호, 제20조 제1항 제1호 및 제21조 제1항). 그 내용으로는 ① 법정허락 신청을 위해 이용자가 행해야 하는 '상당한 노력'에 '정보검색도구를 이용하여 저작재산권자나 그의 거소를 검색'하는 것을 추가하였고, ② 법정허락 승인절차의 효율성을 제고하기 위해 신청 과정 및 승인 후 각종 공고 장소를 '권리자 찾기 정보시스템'으로 일원화하였으며, ③ 법정허락 절차의 신속성을 확보하고 신청인의 편의를 제고하기 위해 승인에 소요되는 각종 공고 기간을 단축하였다.

## 2. 표준계약서 마련<sup>2</sup>

문화체육관광부는 저작권법상 저작재산권 전부에 대한 양도표준계약서, 저작재산권 일부에 대한 양도 표준 계약서, 저작재산권 독점적 이용허락 표준계약서, 저작재산권 비독점적 이용허락 표준계약서를 제시하였다. 현실적으로 창작자의 권리 보호와 이용자의 원활한 이용 보장 사이에 적절한 균형이 필요하다. 문화체육관광부는 영화산업 분야의 시나리오 표준계약서도 발표하였는데, 기존에 집필 기간을 명시하지 않고 계약을 하거나, 집필료를 제대로 지급하지 않고, 작가의 저작권을 침해하는 등 작가들에게 불리한 계약 관행들을 없애기 위하여 표준계약서는 저작권법 등을 고려하여 시나리오 작가의 창작자로서 권리를 보장하는 방향으로 개선되었다.

그밖에 출판분야 저작재산권양도계약서, 방송프로그램에 대한 권리와 수익 배분을 합리적으로 규정하기 위한 방송분야 표준계약서, 공연예술 표준계약서, 영화 상영 표준계약서 등 다양한 분야의 표준계약서를 제시하였는데, 문화예술 분야의 불공정 계약 관행을 개선하고 창작자의 권익을 강화하고자 하였다.

## Ⅲ. 주요 사건

### 1. 인터넷 링크를 하는 행위가 저작권법상 복제 및 전송에 해당하는지 여부<sup>3</sup>

피고인이 운영하는 인터넷 사이트에 사이트의 회원들이 저작권자로부터 이용허락을 받지 않은 디지털 콘텐츠를 게시하여 이용자가 열람 또는 다운로드 할 수 있도록 링크(link)글을 게시한 사건에서, 이용자들의 링크 행위는 저작권법이 규정하는 복제 및 전송에 해당하지 아니하므로, 피고인이 링크 글을 삭제하지 않고 방치하였더라도 저작재산권 침해행위의 방조행위에 해당한다고 볼 수 없다고 판시하였습니다.

이른바 인터넷 링크(Internet link)는 인터넷에서 링크하고자 하는 웹 페이지나, 웹사이트 등의 서버에 저장된 개개의 저작물 등의 웹 위치 정보나 경로를 나타낸 것에 불과하여, 비록 인터넷 이용자가 링크 부분을 클릭함으로써 링크된 웹 페이지나 개개의 저작물에 직접 연결된다 하더라도 위와 같은 링크를 하는 행위는 저작권법이 규정하는 복제 및 전송에 해당하지 아니한다고 판시하였습니다. 이는 모든 인터넷 링크행위가 범죄에 해당되지 않는다는 것이 아니라 구체적 링크방법에 따라 범죄의 성립 여부가 결정된다는 의미로, 이 판결 역시 사건의 구체적 사정 등을 종합하여 볼 때 저작권법상 복제·전송죄에 해당되지 않는 것으로 판단한 것이다.

2. <http://www.mcst.go.kr>.

3. 대법원 2015. 3. 12. 선고 2012도13748 판결.

또한, 형법상 방조행위는 정범의 실행을 용이하게 하는 직접, 간접의 모든 행위를 가리키는 것인데, 링크를 하는 행위 자체는 위와 같이 인터넷에서 링크하고자 하는 웹 페이지 등의 위치 정보나 경로를 나타낸 것에 불과하여, 인터넷 사용자가 링크 부분을 클릭함으로써 저작권자로부터 이용 허락을 받지 아니한 저작물을 게시하거나 인터넷 이용자에게 그러한 저작물을 송신하는 등의 방법으로 저작권자의 복제권이나 공중송신권을 침해하는 웹 페이지 등에 직접 연결된다고 하더라도 그 침해행위의 실행 자체를 용이하게 한다고 할 수는 없으므로, 이러한 링크 행위만으로는 위와 같은 저작권재산권 침해행위의 방조행위에 해당한다고 볼 수 없다고 판시하였다.

한편 이와 관련하여 인터넷 사이트에서의 음란정보전시죄의 방조범 성립 여부에 대하여, “음란한 정보를 반포·판매한 것은 정보제공업체이므로, (정보제공업체를 관리하는 포털사이트의 직원) 작위의무에 위배하여 그 반포·판매를 방치하였다는 것만으로는 음란한 정보를 반포·판매하였다는 것과 동일시할 수는 없고, 따라서 피고인들이 정보제공업체들의 전기통신기본법 위반 범행을 방조하였다고 볼 수 있음은 별론으로 하고 위와 같은 작위의무 위배만으로는 피고인들을 전기통신기본법 위반죄의 정범에 해당한다고 할 수는 없다”는 대법원 판결이 있었다<sup>4</sup>. 즉, 자신이 관리하는 인터넷 사이트에서 범죄행위가 이루어지고 있음에도 불구하고 그대로 방치한 행위는 부작위에 의한 방조범에는 해당된다는 입장으로 볼 수 있다.

이 판결은 인터넷 링크행위가 저작권법상의 복제·전송행위에 해당되지 않는다는 이유로 민사상의 불법행위책임을 부정한 종전의 대법원 입장을 형사사건에도 그대로 적용하고 있는데, 인터넷 링크행위만으로는 저작권법상의 복제·전송죄나 그 방조범도 성립하지 않는다는 것을 선언한 최초의 형사판결이라는 점에 의의가 있다. 또한, 자세한 배경 설명은 없으나, 링크에 대한 법적 제재를 최소화하여 이른바 위축효과(chilling effect)를 엄격히 방지함으로써 인터넷상 정보교환의 자유를 최대한 보장하려는 의도가 있다고 볼 수도 있다.

## 2. 저작권법의 ‘판매용 음반’에 스트리밍 등의 방식을 통하여 재생하는 음악이 포함되는지 여부<sup>5</sup>

음악실연자와 음반제작자의 저작권법상 권리를 신탁관리하고 있는 원고가 디지털 음원을 전송 받아 백화점 내 매장에서 틀어놓은 피고에게 보상금을 청구한 사안에서, 대법원은 판매용 음반을 사용하는 행위에는 판매용 음반을 스트리밍 등의 방식을 통하여 재생하는 간접사용이 포함된다고 판시하였다.

저작권법 제76조의2 제1항, 제83조의2 제1항은 판매용 음반을 사용하여 공연을 하는 자는 상당한 보상금을 해당 실연자나 음반제작자에게 지급하도록 규정하고 있다. 위 각 규정이 실연자와 음반제작자에게 판매용 음반의 공연에 대한 보상청구권을 인정하는 것은, 판매된 음반이 통상적으로 예정하고 있는 사용 범위를 초과하여 공연에 사용되는 경우 그로 인하여 실연자의 실연 기회 및 음반제작자의 음반판매 기회가 부당하게 상실될 우려가 있으므로 그 부분을 보상해 주고자 하는 데에 그 목적이 있다. 이러한 규정의 내용과 취지 등에 비추어 보면 위 각 규정에서 말하는 ‘판매용 음반’에는 불특정 다수인에게 판매할 목적으로 제작된 음반뿐만 아니라 어떠한 형태이든 판매를 통해 거래에 제공된 음반이 모두 포함된다고 판시하여 디지털 음원이 일반화된 현실을 반영하여 ‘음반’의 개념을 기존의 LP나 CD 등에서 스트리밍 방식에까지 넓혔다.

4. 대법원 2006. 04. 28. 선고 2003도80 판결.

5. 대법원 2015. 12. 10. 선고 2013다219616 판결

또한, '사용'에는 판매용 음반을 직접 재생하는 직접사용뿐만 아니라 판매용 음반을 스트리밍 등의 방식을 통하여 재생하는 간접사용도 포함된다고 해석함이 타당하다고 하였는데, 저작권법 제2조 제3호는 '공연'에 관하여 '저작물 또는 실연·음반·방송을 상연·연주·가창·구연·낭독·상영·재생 그 밖의 방법으로 공중에게 공개하는 것'으로 정의하고 있으므로, 피고가 이러한 디지털 음원을 스트리밍 방식을 통하여 재생하는 방법으로 피고의 매장에 틀어 놓은 행위는 판매용 음반을 '사용'하여 '공연'한 행위에 해당한다고 보았다.

### 3. 음악저작물 침해 판단 기준<sup>6</sup>

유명 작곡가 박진영이 작곡한 곡이 다른 작곡가의 음악저작권을 침해한 곡인지 여부가 문제가 된 사건에서, 대법원은 원 저작물이 전체적으로 볼 때에는 저작권법이 정한 창작물에 해당한다고 하더라도 그 내용 중에 창작성이 없는 표현부분에 대해서는 원저작물에 관한 복제 등의 효력이 미치지 않는다고 하면서 음악저작물에 관한 저작권침해소송에서 원저작물 전체가 아니라 그 중 일부가 상대방 저작물에 복제되었다고 다투어 지는 경우 먼저 원저작물 중 침해 여부가 다투어지는 부분이 창작성이 있는 표현인지 여부를 살펴보아야 한다고 판시하였다. 이는 저작권 침해 판단기준에 대한 기존 대법원의 입장을 확인한 것이다.

또한 음악저작물의 창작성 여부를 판단함에 있어서는 음악저작물의 표현에 있어서 가장 구체적이고 독창적인 형태로 표현되는 가락을 중심으로 하여 리듬, 화성 등의 요소를 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.”고 하여 음악저작물에 있어 창작성 판단기준을 제시하였다.

이런 법리에 의하면 이 사건 원고의 음악저작물은 비교대상 저작물과 실질적으로 유사한 것으로 원고 대비 부분에 가해진 수정이나 증감, 변경은 새로운 창작성이 더한 정도에는 이르지 못한 것으로서 원고 대비 부분은 창작성이 있는 표현에 해당한다고 볼 수 없어 이 부분에 대해서까지 원고 복제권 등의 효력이 미치는 것이 아니라고 판단하였다. 따라서 대법원은 원고의 곡이 창작성을 가지지 못한다고 보고, 피고의 저작권침해를 인정한 원심을 파기환송 하였는데, 이 판결은 저작권 침해 사건에서의 창작성 판단에 대한 판결로 의미가 있다.

### 4. 음악저작물의 신탁계약이 해지된 경우 저작권자와 이용자의 관계<sup>7</sup>

음악저작권협회가 피고에게 음악저작물에 관하여 이용허락을 하였으나, 이용허락계약의 계약기간 종료 전 원저작자인 원고와 음악저작권협회 사이에 체결된 신탁 계약이 해지되어 피고의 저작물 사용 권한이 문제된 사안에서, 대법원은 저작물 이용자가 저작권자와의 이용허락계약에 의하여 취득하는 이용권은 저작권자에 대한 관계에서 자신의 저작물 이용행위를 정당화할 수 있는 채권으로서의 성질을 가지는 데 불과하므로, 저작권 신탁이 종료되어 저작권이 원저작자인 위탁자에게 이전된 경우에는 원저작권자와 수탁자 사이에 수탁자가 행한 이용허락을 원저작권자가 승계하기로 하는 약정이 존재하는 등의 특별한 사정이 없는 한 저작물 이용자는 신탁종료에 따른 저작권 이전 후의 이용행위에 대해서까지 수탁자의 이용허락이 있었음을 들어 원저작권자에게 대항할 수 없다고 판시하였다.

6. 대법원 2015. 8. 13. 선고 2013다14828 판결.

7. 대법원 2015. 4. 9. 선고 2011다101148 판결.

종래 대법원은 저작재산권의 양도등록은 제3자에 대한 대항요건으로 제3자는 저작재산권의 양도에 관한 등록의 흠결을 주장함에 상당한 이익을 가지는 제3자에 한하고, 저작재산권을 침해한 사람은 여기서 말하는 제3자에 해당하지 않는다고 하여 저작권 침해자의 경우 저작권법 제54조가 정하는 제3자에 해당하지 않는다는 점만을 밝혔을 뿐<sup>8</sup> 저작권의 신탁계약 해지의 경우에 이용허락을 받은 자가 제3자에 해당하는지 여부에 관하여는 판단하지 않았다. 이번 대법원 판결은 저작재산권 신탁계약의 종료로 인하여 원저작자에게 음악 저작물이 이전된 경우 제3자가 신탁계약 종료 이전에 해당 수탁자로부터 이용허락을 받았다는 사실을 들어 원저작자에게 대항할 수 없다고 판단을 하였는데, 향후 저작권에 대한 이용허락을 받는 경우, 이용허락의 대상이 되는 해당 저작권이 신탁계약의 해지 혹은 저작권의 양도로 인해 저작권자의 변동이 있게 되면, 새로이 저작권을 취득한 저작권자에 대한 관계에서 이용허락계약을 받았다는 이유로 대항을 할 수 없다고 인정될 가능성이 높으므로 이에 대한 대응책을 준비할 필요가 있다.

또한, 본 건에서는 음악저작물의 미리듣기 서비스가 저작자의 인격권(동일성유지권)을 침해하는지 여부도 문제가 되었는데, 어문저작물이나 음악저작물·영상저작물 등의 일부만을 이용하더라도, 그 부분적 이용이 저작물 중 일부를 발췌하여 그대로 이용하는 것이어서 이용되는 부분 자체는 아무런 변경이 없고, 이용 방법도 그 저작물의 통상적 이용방법을 따른 것이며, 그 저작물의 이용관행에 비추어 일반 대중이나 당해 저작물의 수요자가 그 부분적 이용이 전체 저작물의 일부를 이용한 것임을 쉽게 알 수 있어 저작물 중 부분적으로 이용된 부분이 그 저작물의 전부인 것으로 오인되거나, 그 부분적 이용으로 그 저작물에 표현된 저작자의 사상·감정이 왜곡되거나 저작물의 내용이나 형식이 오인될 우려가 없는 경우에는, 그러한 부분적 이용은 그 저작물 전부를 이용하는 것과 이용하는 분량 면에서만 차이가 있을 뿐이어서 저작자의 동일성유지권을 침해한 것으로 볼 수 없다고 판시하였다.

##### 5. 저작권법상 '기술적 보호조치'의 의미<sup>9</sup>

노래반주기 제작업체인 甲 주식회사가 매월 노래방에 신곡을 공급하면서, 일련의 인증절차를 거치지 않으면 노래반주기에서 신곡파일이 구동되지 않도록 보호조치를 마련하였는데, 피고인이 보호조치를 무력화하는 장치를 제조·판매하여 음악저작권협회의 저작권을 침해하였다는 내용으로 기소된 사안에서, 위 보호조치는 복제권·배포권 등과 관련해서는 저작권법 제2조 제28호 (가)목의 보호조치에 해당하고, 공연권과 관련해서는 같은 호 (나)목의 보호조치에 해당한다고 판시하였다.

저작권법 제2조 제28호는 “기술적 보호조치”를 (가)목의 ‘저작권, 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리(이하 ‘저작권 등’이라 한다)의 행사와 관련하여 이 법에 따라 보호되는 저작물 등에 대한 접근을 효과적으로 방지하거나 억제하기 위하여 그 권리자나 권리자의 동의를 받은 자가 적용하는 기술적 조치’와, (나)목의 저작권, 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리에 대한 침해행위를 효과적으로 방지하거나 억제하기 위하여 그 권리자나 권리자의 동의를 받은 자가 적용하는 기술적 조치’로 나누어 정의하고 있다.

그 중 (가)목의 보호조치는 저작권 등을 구성하는 복제·배포·공연 등 개별 권리에 대한 침해행위 그 자체를 직접적으로 방지하거나 억제하는 것은 아니지만 저작물이 수록된 매체에 대한 접근 또는 그 매체의

8. 대법원 2006. 7. 4. 선고 2004다10756 판결 등.

9. 대법원 2015. 7. 9. 선고 2015도3352 판결.

재생·작동 등을 통한 저작물의 내용에 대한 접근 등을 방지하거나 억제함으로써 저작권 등을 보호하는 조치를 의미하고, (나)목의 보호조치는 저작권 등을 구성하는 개별 권리에 대한 침해행위 그 자체를 직접적으로 방지하거나 억제하는 보호조치를 의미한다고 할 것이다. 문제되는 보호조치가 둘 중 어느 쪽에 해당하는지를 결정함에 있어서는, 저작권은 하나의 단일한 권리가 아니라 복제권, 배포권, 공연권 등 여러 권리들의 집합체로서 이들 권리는 각각 별개의 권리이므로 이 각각의 권리를 기준으로 개별적으로 판단하여야 한다고 하였다.

저작권법은 저작자가 저작물에 대한 접근을 제한하거나 복제를 방지하기 위해 취하는 기술적인 조치를 ‘기술적 보호조치’로 보고, 기술적 보호조치를 제거, 변경하거나 우회하는 등의 방법으로 무력화하는 행위를 금지하고, 이를 위반하는 자에 대하여 민사적, 형사적 제재를 가할 수 있도록 규정하고 있다. 대법원은 이 판결을 통해 저작권법에서 규정하고 있는 기술적 보호조치의 개념을 명확히 하였고, 기술적 보호조치를 무력화하는 장치를 이러한 사정을 모르는 자에게 제조, 판매한 행위에 대하여 저작권 침해에 대한 간접정범을 인정하였다.

#### 6. 외국에서 저작물로 보호되지 않는 응용미술의 보호<sup>10</sup>

피고인은 상표권자 일본국 甲 유한회사가 등록한 상표 “”와 동일 유사한 상표가 부착된 인형



“”을 수입 수입·판매함으로써, 甲의 저작권산권을 침해하고, 甲 회사 등과의 상품화 계약에 따라 乙이 국내에서 판매하는 인형과 혼동하게 하였다는 이유로 저작권법 위반, 부정경쟁방지법 위반, 상표법 위반으로 기소된 사안에서, 대법원은 일본국에서 저작물로 보호되지 않는 응용미술도 우리나라의 저작권법에 따라 미술저작물로 보호될 수 있다고 판시하였다.

피고인은 이 사건 캐릭터나 토끼인형은 응용미술로서 그 본국인 일본에서 저작물로 보호되지 않으므로, ‘문화적·예술적 저작물의 보호를 위한 베른협약’ 제2조 제7항<sup>11</sup> 또는 저작권법 제3조 제3항<sup>12</sup>에 의하여 우리나라에서도 저작물로 보호되지 않는다고 주장하였다. 그러나 이 사건 캐릭터는 흔히 볼 수 있는 실제 토끼의 모습과는 구별되는 독특한 형상으로서 창작자 나름의 정신적 노력의 소산으로서의 특성이 부여되어 있고 다른 저작자의 기존 작품과 구별할 수 있는 정도라고 보이므로 저작권법에 의하여 보호되는 저작물의 요건으로서의 창작성을 구비하였다고 할 것이므로 미술저작물로 볼 수 있는데, 베른협약의 체결국 사이에서는 협약상 내국민대우의 원칙이 적용되고, 상호주의를 규정한 저작권법 제3조 제3항이 이러한 베른협약상의 내국민대우의 원칙을 배제하는 조항이라고 해석되지는 아니하기 때문에, 일본이 베른협약의 체결국으로서 같은 협약국인 우리나라 국민의 저작물에 대하여 내국민대우를 하는 이상 일본을 본국으로 하는 이 사건 캐릭터는 우리나라 저작권법에 따라 미술저작물로 보호될 수 있다고 판시하였다.

또한, 피고인의 범죄사실은 저작권법 위반 부분, 부정경쟁방지법 위반 부분, 상표법 위반 부분으로 이루어

10. 대법원 2015. 12. 10. 선고 2015도11550 판결.

11. 제2조 (7) 이 협약 제 7 조 제 4 항의 규정에 따를 것을 조건으로, 응용미술저작물 및 산업의장·모형에 관한 법률의 적용범위와 그러한 저작물·의장 및 모형이 보호되는 조건은 동맹국의 입법에 맡겨 결정한다. 본국에서 오로지 의장과 모형으로만 보호되는 저작물은 다른 동맹국에서 의장과 모형에 부여하는 것과 같은, 그러한 특별한 보호만을 받는다. 다만, 그 다른 동맹국에서 그러한 특별한 보호를 부여하지 않는 경우에, 그 저작물은 예술적 저작물로서 보호된다.

12. 저작권법 제3조 (외국인의 저작물) ③ 제1항 및 제2항에 따라 보호되는 외국인(대한민국 내에 거주하는 외국인 및 무국적자는 제외한다. 이하 이 조에서 같다)의 저작물이라도 그 외국에서 대한민국 국민의 저작물을 보호하지 아니하는 경우에는 그에 상응하게 조약 및 이 법에 따른 보호를 제한할 수 있다.

어져 있는데, 저작권법 위반죄와 부정경쟁방지법 위반죄는 1개의 행위가 수개의 죄에 해당하는 형법 제40조의 상상적 경합관계에 있고, 상표법 위반죄는 나머지 죄들과 그 구성요건과 행위태양 등을 달리하므로 그 죄들과 형법 제37조 전단의 실체적 경합관계에 있다고 보아야 한다고 하였다.

# 제4장 영업비밀보호법 분야의 입법 및 판례 동향

김병일\*

## I. 개관

2015년에는 영업비밀 보호 제도와 관련하여 「부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률(법률 제13081호, 2015. 1. 28. 시행)」이 일부 개정되었다. 주요한 개정 내용은 영업비밀 인정요건 완화와 원본증명서 발급에 따른 추정효력의 도입이다. 이하에서는 2015년 영업비밀보호 제도 분야의 동향을 소개한다.

## II. 입법 및 정책 동향

### 1. 영업비밀 인정요건 완화

부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률(이하 ‘부정경쟁방지법’)은 동법에 의해 보호받는 “영업비밀”을 “공공연히 알려져 있지 아니하고 독립된 경제적 가치를 가지는 것으로서, 합리적인 노력에 의하여 비밀로 유지된 생산방법, 판매방법, 그 밖에 영업활동에 유용한 기술상 또는 경영상의 정보”라고 정의하고 있었다(부정경쟁방지법 제2조 제3호). 그런데 부정경쟁방지법상 비밀관리의 요건이 너무 엄격하여 보호가치가 있는 일부 중소기업들의 경영상 또는 기술상의 비밀들이 보호를 받기 어렵다는 비판이 있어 왔다.

경제적 가치를 지닌 비공지 상태의 기술·경영 정보라 하더라도 영업비밀로서 보호받기 위해서는 당해 정보의 보유자가 비밀유지를 위하여 “상당한 노력”을 하여야 한다. 즉 영업비밀 보유자가 주관적으로 비밀을 유지하려는 의식을 가져야 하고, 객관적으로 제3자 또는 종업원이 알 수 있는 방식으로 비밀임을 표시하여 관리해야 한다. 여기서 ‘상당한 노력’이란 (i) 어떤 정보가 비밀이라고 인식될 수 있는 표시를 하거나 고지를 하고, (ii) 그 정보에 접근할 수 있는 대상자나 접근 방법을 제한하거나 그 정보에 접근한 자에게 비밀준수의무를 부과하는 등 객관적으로 그 정보가 비밀로 유지·관리되고 있다는 사실이 인식 가능하도록 노력하는 정도를 의미한다. 그런데 자금사정이 좋지 않은 중소기업들의 경우 정보 접근 차단 등과 같은 영업비밀 보호를 위한 충분한 시스템을 갖추기 어려운 경우가 많았고, 비밀관리 요건을 충족하지 못했다는 이유로 보호가치가 있는 영업비밀이 보호를 받지 못하는 문제점이 발생하였다. 이에 현행법상 영업비밀로 인정받기 위한 요건 중 하나인 비밀유지에 필요한 “상당한 노력”을 “합리적인 노력”으로 완화하여 상대적으로 영업비밀 보호 시스템 구비에 어려움이 있는 중소기업이 처한 현실적 여건을 고려할 수 있도록 법률이 개정되었다.

\* 한양대학교 법학전문대학원 교수

이 법률 개정으로 인해 완벽한 수준의 정보접근 제한조치를 하지 않더라도 상황에 따라서 영업비밀성이 인정될 여지가 생겼다. 다만, ‘합리적 노력’이 어느 정도 수준의 노력을 의미하는지에 대해서는 확립된 법원의 해석이 존재하지 않기 때문에, 영업비밀 관리를 위해 업계에서 통상 요구되는 수준의 관리의무를 행할 필요가 있다.

## 2. 원본증명서 발급에 따른 추정효력 도입

영업비밀에 관한 원본증명제도는 기업의 기술 비밀과 연구 아이디어 및 경영정보 등의 영업비밀이 포함된 전자문서를 등록하게 함으로써 영업비밀침해 관련 분쟁에서 영업비밀 보유자의 입증곤란을 완화하기 위한 것으로 2010년 11월 도입되어 한국특허정보원에서 운영 중에 있다. 이러한 원본증명제도의 법적 근거를 마련하고, 제도의 신뢰성 제고를 위하여 원본증명기관의 지정 기준 등 구체적 지침을 마련하도록 규정하고 있는 부정경쟁방지법이 2014년 1월 31일부터 시행 중이다. 그런데 원본증명서가 발급되더라도, 영업비밀보유자가 해당 시점에 등록된 정보를 보유한 것으로 추정하는 규정이 없어 영업비밀보유사실에 대한 영업비밀보유자의 입증곤란을 완화하는데 한계가 노출되었다. 원본증명제도가 영업비밀관련 분쟁에서 영업비밀보유자의 입증완화를 위한 제도라는 점을 고려하여 보면, 원본증명제도의 실효성을 제고하기 위해 원본증명서 발급 시 해당 정보를 보유한 사실을 추정하는 규정을 도입할 필요 있다. 이에 개정 법률은 원본증명기관으로부터 원본증명서를 발급받은 경우 원본증명된 전자문서의 등록시점에 해당 전자문서의 기재 내용대로 정보를 보유한 것으로 추정하는 규정을 신설함으로써 원본증명제도의 실효성을 제고하여 영업비밀 보유자의 영업비밀 보유사실에 대한 입증부담을 완화하고 있다.

## Ⅲ. 주요 사건

2015년에는 영업비밀 분야에서 비밀유지명령에 대한 의미 있는 결정이 내려졌는데, 그 내용은 다음과 같다.

### 1. 영업비밀 침해소송에서 자기의 영업비밀을 다른 당사자 등이 부정하게 취득하여 사용하고 있다고 주장하면서 그 영업비밀에 대하여 한 비밀유지명령 신청을 받아들일 수 없다고 본 판례(대법원 2015. 01. 16.자 2014마1688 결정)

부정경쟁방지법 제14조의4 제1항은, 법원은 영업비밀 침해행위로 인한 영업상 이익의 침해에 관한 소송에서 그 당사자가 보유한 영업비밀에 대하여 다른 당사자(법인인 경우에는 그 대표자), 당사자를 위하여 소송을 대리하는 자, 그 밖에 해당 소송으로 인하여 영업비밀을 알게 된 자에게 비밀유지명령을 할 수 있다고 규정하면서, 그 단서에서 “다만, 그 신청 시점까지 다른 당사자(법인인 경우에는 그 대표자), 당사자를 위하여 소송을 대리하는 자, 그 밖에 해당 소송으로 인하여 영업비밀을 알게 된 자가 제1호에 규정된 준비서면의 열람이나 증거 조사 외의 방법으로 그 영업비밀을 이미 취득하고 있는 경우에는 그러하지 아니하다.”고 규정하고 있다.

대법원은 “위 규정에 따른 비밀유지명령은 소송절차에서 공개된 영업비밀의 보호를 목적으로 하는 것으로

로서 소송절차와 관계없이 다른 당사자 등이 이미 취득하고 있는 영업비밀은 위와 같은 목적과는 아무런 관련이 없으므로, 영업비밀 침해소송에서 자기의 영업비밀을 다른 당사자 등이 부정하게 취득하여 사용하고 있다고 주장하면서 그 영업비밀에 대하여 한 비밀유지명령 신청은 받아들일 수 없다고 보아야 한다.”고 판시하였다.

#### IV. 결어 및 향후 영업비밀보호 분야의 예상 동향

특허청은 거래실정을 반영하여 형사처벌 대상인 영업비밀 침해행위의 범죄 구성요건을 본문에서 각호로 옮겨 재구성하고, 영업비밀 사용·보유 권한 소멸 후 삭제 또는 반환요구를 받고도 이를 거부하는 행위를 처벌대상으로 신설하는 것과 벌금형 상한 금액의 정액화를 입법예고하는 등 영업비밀 보호를 강화하는 데 상당한 입법 노력을 경주하고 있다. 영업비밀 인정요건 완화와 영업비밀 침해행위의 범죄구성요건을 구체화하는 입법적 보완은 업계의 건전한 거래질서 유지에 기여할 것으로 기대된다

# 제5장

## 부정경쟁방지법 분야의 입법 및 판례 동향

박준우\*

### I. 개관

한국은 1961년에 ‘부정경쟁방지법’을 제정하였다. 1991년의 개정에서 ‘영업비밀의 보호’를 추가하고, 법이 방지하려는 행위를 ‘부정경쟁행위’와 ‘영업비밀침해행위’로 구분하였다. 그리고 ‘부정경쟁행위’로는 주지상표를 이용한 상품주체혼동행위, 원산지허위표시, 품질오인유발행위 등 ‘영업의 외관인 표지’를 이용하여 오인·혼동 등을 일으키는 행위들을 열거하였다. 이후 1998년에 법의 명칭을 ‘부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률’(이하 ‘부정경쟁방지법’)로 변경하였다. 그런데 이와 같은 입법방식이 바람직한지는 의문이다. ‘영업비밀침해’의 성질도 ‘부정경쟁’인데, 마치 영업비밀침해는 부정경쟁행위가 아닌 듯한 인상을 주기 때문이다. 그러므로 ‘영업비밀침해’도 ‘부정경쟁행위’의 일부로서 열거되는 규정방식이 더 바람직하다. 그러나 이 장에서는 현행법의 구조에 따라 ‘영업의 외관인 표지를 이용한 ‘부정경쟁행위’에 관한 입법과 판례의 동향만을 소개한다. (‘영업비밀침해’에 관하여는 노하우의 보호와 함께 별도의 장에서 소개한다.)

최근 부정경쟁방지법 관련 동향의 특징은 ‘분쟁 유형의 다양화’이다. 산업의 중심이 과거 제조업·오프라인에서 최근 문화산업·온라인으로 이동하면서 새로운 형태의 부정경쟁행위와 쟁점이 출현하였고, 이에 대응한 입법과 판결이 뒤따랐다.

### II. 입법 및 정책 동향

1991년에 영업비밀의 보호를 규정한 이후에, 저명상표의 희석화 금지(2001년), 도메인이름과 상품형태의 보호(2004년)를 추가하였다. 가장 최근의 개정은 2013년에 ‘부정경쟁행위’를 규정한 부정경쟁방지법 제2조 제1호에 ‘부정경쟁행위의 일반조항’을 ‘(차)목’으로 추가한 것인데, 1961년의 제정 이후 가장 큰 변화이다. 이로써 부정경쟁방지법 제2조 제1호에 한정적으로 열거되었던 ‘(가)목’부터 ‘(자)목’의 부정경쟁행위들이 모두 예시적 열거가 되었으며, 부정경쟁방지법의 기능과 역할이 크게 늘어났다. ‘(차)목’의 규정은 다음과 같다: “그 밖에 타인의 상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과 등을 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로 자신의 영업을 위하여 무단으로 사용함으로써 타인의 경제적 이익을 침해하는 행위”

‘(차)목’의 성립요건은 ①원고의 상당한 투자·노력의 결과일 것(보호대상), ②피고의 영업을 위한 사용

\* 서강대학교 법학전문대학원 교수

일 것(피고행위), ③원고의 경제적 이익이 침해되었을 것(경제적 손해), ④공정한 상관행·경쟁질서에 반할 것(위법성), ⑤인과관계 등이다. 이는 특정한 유형의 부정경쟁행위가 아닌, 부정경쟁행위의 일반적인 성립요건을 정의한 것이며, ‘(차)목’의 조문도 “그 밖에”로 시작함으로써 (차)목이 모든 부정경쟁행위를 포함하는 일반조항이라는 점을 명확히 하고 있다.

‘(차)목’은 산업과 기술의 변화로 인해 나타나는 새로운 유형의 부정경쟁행위를 규율하기 위한 일반조항을 도입할 필요에서 규정되었다. 이로써 아바타, 게임아이템, 운동경기 통계 자료 등의 무단이용행위, 출처혼동 유발 인터넷 프레이밍 광고, 퍼블리시티권의 이용행위 등을 부정경쟁행위로 판결하는 것이 가능해 졌다. 또한 ‘경쟁업자의 홈페이지에 게재된 창작성 없는 사진의 영업목적이용’ 등의 행위도 예전에는 ‘법률상 보호할 가치가 있는 이익’을 침해한 민법 제750조의 불법행위로 판결하였으나, 이제는 ‘(차)목’의 행위로 판결할 수 있게 되었다.

### III. 주요 사건

2014년 MRLC Report에 소개된 판결 이후에 선고된 대법원의 주요판결들을 소개한다. 사건은 대부분 유명한 상표표지 또는 영업표지를 이용한 혼동유발행위에 관한 것인데, 주지성, 식별력, 혼동가능성 등 다양한 쟁점을 다루었으며, 상품형태모방행위가 주장된 사건도 있었다. 아래에서는 각 사건의 사실관계와 대법원의 판결 및 판결이유, 그리고 그 의미를 살펴본다.

#### 1. le sucre 사건(대법원 2015.12.10. 선고 2015도11550 판결)

이 사건에서 피해자는 토끼모양의 캐릭터인 ‘le sucre’의 저작권자인 일본의 오리지널플랜트 유한회사와 라이선스를 체결한 후, 한국에서 인형 등을 지정상품으로 상표등록을 하고 아래 사진과 같은 le sucre 인형을 수입·판매하였다. 피고인은 2010년 11월부터 2013년 4월까지 피해자의 등록상표와 유사한 토끼모양의 인형 83,950개를 수입하여 약 36억원 어치를 판매하였다. 피고인이 수입·판매한 토끼인형에는 아래 사진과 같은 태그(tag)가 달려 있었는데, 정품을 원하는 고객들은 이 태그에 표시된 피해자의 상표를 보고 정품으로 믿고 구입하였다.

피해자 등록상표	피해자 인형	피고인 인형	피고인 인형의태그
			

대법원은 저작권과 등록상표권의 침해 및 부정경쟁방지법 위반을 모두 인정하고 피고인에게 징역 2년을 선고하였다. 특히 ‘국내에 널리 알려진 타인의 상품표지와 유사한 것을 사용하여 타인의 상품과 혼동하게 하는 행위를 금지한 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (가)목의 위반과 관련하여 대법원은 ‘피해자의 캐릭터 및 그 입체적 형상인 토끼인형이 국내에 널리 인식된 타인의 상품임을 표시한 표지에 해당’한다고 하였다.

이 사건에서 대법원은 캐릭터뿐만 아니라 상품인 토끼인형도 (가)목의 상품표지라고 인정하였다. 상품의 용기나 포장과 같이 출처표시가 고유의 기능이 아닌 것에 대해서 대법원은 고유의 식별력을 인정하지 아니한다. 다만, 상품의 디자인이 가진 차별적 특징이 오랜 기간 동안 배타적으로 사용되어 현저히 개별화된 경우에는 출처표시기능이 있는 상품표지라고 인정한다. 특히 요사이에는 광고매체의 발달로 인하여 단기간의 배타적인 사용만으로도 출처표시기능이 생길 수 있다고 한 판결들도 보인다. le sucre 토끼인형은 일본의 작가 나 오미 토자키가 창작한 캐릭터로 2009년에 한국의 유명 섬유탈취제 광고에 등장하여 어린이를 둔 부모나 여성에게 큰 인기를 끌었다.

### 2. 비아그라 사건(대법원 2015. 10. 15. 선고 2013다84568 판결)

이 사건에서 원고 Pfizer와 Pfizer Korea는 성기능장애 치료용 약제를 지정상품으로 푸른색의 마름모형의 입체적 형상을 등록하였고, 피고 제약회사는 파란색 계열과 마름모 형태의 발기부전 치료용 약제를 생산·판매하였다. 원고 제품의 겉포장은 흰색 바탕에 좌측의 남색과 하늘색 띠로 둘러져 있으며, 속포장은 은색 바탕이고 뒷면에 ‘한국화이자제약(주), 비아그라, Pfizer’라고 기재되어 있고, 알약에는 ‘Pfizer’가 음각되어 있다.

원고 등록입체상표	원고 제품	피고 사용상표
		

대법원은 ①원고와 피고의 제품은 모두 전문의약품으로서 대부분 병원에서 의사의 처방에 따라 약사에 의하여 투약되는 점, ②두 제품 모두 알약과 포장에 기재된 명칭, 문자상표 및 상호에 의하여 구별될 수 있는 점을 이유로 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (가)목의 ‘혼동가능성’ 요건을 충족하지 못하였다고 판결하였다.

피고가 ‘혼동가능성’을 부인할 수 있는 주요 항변사유는 ①원고와 피고상품의 수요자층이 다르다는 것과 ②수요자가 전문적인 지식을 가지고 있다는 것이다. 후자는 다시 ①자동차나 사치품과 같이 상품의 가격이 높기 때문에 수요자가 구매 전에 충분한 정보조사를 하는 경우와 ②수요자가 전문가로 구성되어 있는 경우로 나뉘는데, 이 사건은 후자의 경우이다. 이 사건에서는 제품을 선택하는 수요자인 의사와 약사가 상품에 대하여 가지는 전문성 때문에 혼동가능성이 부인되었다.

### 3. 몬테소리 사건(대법원 2015. 6. 11. 선고 2013다15029 판결)

이 사건에서 원고 한국 몬테소리는 1988년에 설립되어 몬테소리 교육이론에 근거한 제품을 개발·판매하였고, 1998년에 완구류를 지정상품으로 ‘몬테소리’와 ‘MONTESSORI’를 등록하였다. 피고회사는 ‘몬테소리’를 표시하여 교육용 장난감을 판매하였다. 대법원은 일반 수요자와 거래자들 사이에서 ‘몬테소리’는 ‘특정

유아교육법 이론 또는 그 이론을 적용한 학습교재·교구를 지칭하는 것으로 널리 인식·사용되고” 있으므로 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (가)목부터 (다)목의 ‘국내에 널리 인식된’과 ‘식별력(상품표지성)’ 요건을 갖추지 못 했다고 판결하였다.

부정경쟁방지법에 의해 보호받는 상품표지나 영업표지가 되기 위해서는 ‘출처표시기능’이 있어야 한다. 이 판결은 ‘몬테소리’에는 특정인의 출처를 나타내는 기능이 아닌 ‘특정 교육이론임을 나타내는 설명적 기능’ 밖에는 없다고 본 것이다. ‘몬테소리’는 이탈리아의 의사인 ‘Maria Montessori’가 개발한 어린이를 위한 교육이론인데, 1929년에 설립된 국제몬테소리협회(Association Montessori Internationale)는 몬테소리 이론에 입각한 교사의 훈련과 인증을 하고 있다.

#### 4. 뮤지컬 캣츠 사건(대법원 2015. 1. 29. 선고 2012다13507 판결)

이 사건에서 영국의 The Really Useful Group Ltd.(RUG)는 뮤지컬 캣츠(CATS)의 제작 및 관련 영업을 하고 있는데, 원고는 RUG와 뮤지컬 캣츠에 관한 공연라이선스 계약을 체결하고, 주요 도시에서 2003년 191회, 2004년 58회, 2007년 140회, 2008년 172회의 영어 내한공연을 RUG와 공동기획하였으며, 2008년 146회, 2009년 59회, 2011년 수십 회의 한국어 공연을 하였다. 피고는 2003년부터 2011년까지 주요 도시에서 ‘어린이 캣츠’, ‘뮤지컬 어린이 캣츠’, ‘라이브 뮤지컬 어린이 캣츠’라는 제목으로 뮤지컬을 제작·공연하였다. 한편 원고는 이 사건의 제1심(서울중앙지방법원 2011. 4. 22. 선고 2010가합99946 판결) 계속 중인 2011년에 공연의 광고·홍보에 관하여 ‘CATS’의 영문·한글 표기를 독점적으로 사용할 수 있는 권한을 부여받는 것으로 RUG와의 기존 라이선스 내용을 변경하였다.

이 사건의 쟁점은 ‘캣츠’가 ‘뮤지컬 캣츠’라는 공연업에 관한 식별표지인지, 아니면 뮤지컬 캣츠에 등장하는 캐릭터를 제명으로 사용한 것에 불과한 지의 여부였다. 대법원은 ‘뮤지컬 캣츠’는 “거래자 또는 수요자에게 해당 뮤지컬의 공연이 갖는 차별적 특징을 표상함으로써 구체적으로 누구인지는 알 수 없다고 하더라도 특정인의 뮤지컬 제작·공연 등의 영업임을 연상시킬 정도로 현저하게 개별화”되었으므로 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (나)목의 영업표지에 해당한다고 판결하였다.

이 판결에 관하여 주목할 점은 다음과 같다. 첫째, 상품의 포장이나 용기와 같이 ‘출처표시가 고유의 기능이 아닌 것’은 ‘(출처표시로서의) 현저한 개별화’를 입증한 경우에만 식별력을 인정하는 것이 대법원의 일관된 입장이다. 그러므로 이 판결에서 대법원이 ‘현저한 개별화’를 이유로 ‘뮤지컬 캣츠’의 식별력을 인정한 것은, ‘뮤지컬의 제목에는 고유의 식별력을 인정할 수 없음’을 전제로 한다. 실제로 대법원은 “뮤지컬은 각본·악곡·가사·안무·무대미술 등이 결합되어 음악과 춤이 극의 구성·전개에 긴밀하게 짜 맞추어진 연극저작물의 일종으로서, 그 제목은 특별한 사정이 없는 한 해당 뮤지컬의 창작물로서의 명칭 또는 내용을 함축적으로 나타내는 것에 그치고 그 자체가 바로 상품이나 영업의 출처를 표시하는 기능을 가진다고 보기는 어렵다”고 판결하였다.

둘째, 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (가)목과 (나)목의 상품표지나 영업표지를 이용한 부정경쟁행위에 해당하려면 해당 표지의 주지성과 식별력뿐만 아니라 ‘혼동가능성’까지 인정되어야 한다. 그러나 대법원 판결에는 피고의 ‘어린이 뮤지컬 캣츠’라는 표지가 그 관리를 결정하는 학부모나 교사에게 ‘피고의 공연을 원고의 영

업활동으로 혼동시킬 가능성이 있는지의 여부'에 관한 판단이 없다. 만약 '혼동가능성'이 쟁점이 되었어도 같은 결론을 내렸을 지는 의문이다.

#### 5. 화장품 용기 모방 사건(대법원 2014. 3. 27. 선고 2013다212066 판결)

이 사건에서 원고회사는 외국의 고가 브랜드 화장품을 수입·판매하였고, 피고회사는 중저가 화장품을 제조·판매하였다. 피고는 원고 화장품의 다 쓴 병을 피고의 매장에 가져오면 피고의 화장품으로 교환해주는 행사를 진행하였다. 원고는 피고가 원고의 화장품 용기를 모방하였으며, 이는 부정경쟁방지법의 '상품형태모방행위'에 해당한다고 주장하였다.

부정경쟁방지법 제2조 제1호 (자)목은 “타인이 제작한 상품의 형태(형상·모양·색채·광택 또는 이들을 결합한 것을 말하며, 시제품 또는 상품소개서상의 형태를 포함)를 모방한 상품을 양도·대여 또는 이를 위한 전시를 하거나 수입·수출하는 행위”를 부정경쟁행위로서 열거하고 있다. 대법원은 (자)목의 성립요건인 '모방'이란 “타인의 상품형태에 의거하여 이와 실질적으로 동일한 형태의 상품을 만들어 내는 것”인데, ①피고에게 원고상품에 무임승차할 의도가 있었다고 보기 어렵고 ②원고상품과 피고상품은 성분이 다르며 ③원고의 화장품 용기의 모양은 피고도 이전부터 다른 화장품에 사용하였으므로, 피고상품은 원고상품의 모방품이 아니라고 판결하였다.



이 판결은 결론은 타당하나 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (자)목의 적용에 관하여는 다음의 검토가 필요하다. 첫째, 부정경쟁방지법 (자)목의 보호대상은 '상품성분'이 아니고 '상품형태'이므로, 이 판결에서 (자)목의 판단대상은 '화장품'이 아닌 '화장품 용기'이다. 둘째, (자)목의 '모방' 요건을 판단함에 있어서 '무임승차의 의도'는 고려사항이 아니다. 셋째, (자)목은 “타인이 제작한 상품과 동종의 상품(동종의 상품이 없는 경우에는 그 상품과 기능 및 효용이 동일하거나 유사한 상품을 말한다)이 통상적으로 가지는 형태를 모방한 상품”은 보호대상에서 제외하고 있다. 그런데 '원통형 용기'는 화장품 분야뿐만 아니라 다른 상품분야에서도 용기가 가지는 통상적인 형태이므로, 이 사건에서는 굳이 '모방'의 여부를 판단할 필요가 없었다.

## 제3부.

# 한국공정거래법 동향

### 제1장.

부당한 공동행위 규제분야의 입법 및 판례동향

### 제2장.

시장지배적 지위의 남용 규제분야의 입법 및 판례동향

### 제3장.

기업결합 규제분야의 입법 및 판례동향

### 제4장.

불공정거래행위 규제분야의 입법 및 판례동향

### 제5장.

사적소송 분야의 입법 및 판례동향

# 제1장

## 부당한 공동행위 규제분야의 입법 및 판례동향

금창호/류송\*

### I. 개관

카르텔은 공정거래위원회가 전통적으로 적극적인 법 집행을 해 왔던 분야이고, 이러한 경향은 2015년에도 지속되었다. 공정거래위원회는 2015년 한해 동안 88건의 카르텔을 제재하고 함께 약 5,000억 원(미화 약 4억 2천만 달러)의 과징금을 부과하였다.<sup>1</sup> 공정거래위원회는 최근 수 년 동안 이른바 정보교환 형식의 담합에 대하여 적극적인 규제 권한을 행사하여 왔는데, 2015년에는 이러한 공정거래위원회의 태도에 제동을 거는 주요한 법원 판결들이 선고되었다.

공정거래위원회의 카르텔 집행과 관련하여 2015년에는 조사절차 측면에서도 중대한 변화가 있었다. 공정거래위원회의 카르텔 등 공정거래법 위반 행위에 대한 조사가 법원의 영장 없이 이루어지는 임의적 성격의 조사임에도 불구하고, 사실상 강제조사와 유사하게 운영되는 동시에 피조사업체의 절차적 권리가 충분히 보장되지 않는다는 비판을 받아 왔다. 그런데, 공정거래위원회는 2015. 10. 21. 기업들의 권익 보호 및 조사절차의 투명성 강화를 중심으로 하는 조사절차의 개혁 방침(이른바 “사건처리 3.0”)을 발표하였으며, 그러한 방침의 구체적 실행으로서 2016. 2. 4. 부터 ‘공정거래위원회의 조사절차에 관한 규칙’(이하 “조사절차규칙”)을 시행하고 있다. 또한, 공정거래위원회는 “사건처리 3.0”의 일부로서, 허위 또는 과장의 자진신고로 인한 폐단을 개선하기 위하여 담합에 가담한 임·직원이 공정거래위원회의 심판정에 의무적으로 출석하도록 하는 내용으로 ‘부당 공동행위 자진신고자 등에 대한 시정조치 등 감면제도 운영고시’(이하 “자진신고 고시”)를 개정하겠다고 발표하였다.

### II. 입법 및 정책동향

한국의 사법체계에서 공정거래위원회는 사실상 1심 법원의 기능을 담당하는 준사법기관의 성격을 가지고 있다는 평가를 받고 있다. 그러나, 공정거래위원회는 최근 고액 과징금 부과처분 사건에서 수 차례 패소하였고, 그 외에도 사건처리에 소요되는 기간, 현장조사 과정에서의 적법절차 등 사건처리 절차 전반에 대한 개선론이 제기되었다. 이러한 상황에서 공정거래위원회의 처분에 대한 불복소송도 현행과 같은 2심제가 아니라 다른 행정소송과 마찬가지로 3심제로 전환할지 여부에 관한 학계의 논의가 진행되기도 하였다.

\* 법무법인 화우 변호사

1. 공정거래위원회 2016년도 대통령 업무보고 (2016. 1.)

공정거래위원회는 위와 같은 여론을 수렴하는 한편, 자체적인 논의를 거쳐 2015. 10. 21. 이른바 “사건처리 3.0”을 발표하였다. 이에에는 조사대상 사업자의 권의 보호하고 조사절차의 투명성을 제고하는 방안이 포함되어 있다. 이에 따라 공정거래위원회의 조사절차 규칙이 새로 제정되고 기존에 존재하던 사건처리절차 규칙이 개정되어 2016. 2. 4. 부터 시행되고 있다.

공정거래위원회의 처리사건 중 대규모 과징금 부과 사건의 대부분이 카르텔 사건이고,<sup>2</sup> 현장조사의 다수도 카르텔의 조사과정에서 실시된다. 따라서 위와 같은 제도변경은 향후 카르텔 사건에 대한 공정거래위원회의 법 집행에도 중요한 영향을 미칠 것으로 보인다. “사건처리 3.0”의 주요 내용은 다음과 같다.

(1) 현장조사 등 조사관행의 개선: (i) 조사공문에 구체적인 법 위반혐의를 적시하고 조사대상을 특정하여 과잉조사를 사전에 차단, (ii) 현장조사, 진술조사 등 전 조사과정에서 원칙적으로 변호인 참여 보장, (iii) 조사장소 도착시간, 조사시작·종료시간 등을 기재한 ‘조사과정확인서’ 및 ‘수집·제출 자료목록’을 작성하여 피조사업체에게 교부, (iv) 조사 담당부서장이 현장조사 종료 후 피조사업체로부터 현장조사 과정상 애로사항 청취, 조사 담당공무원은 조사내용 및 과정 등에 대한 현장조사 일일보고 기재.

(2) 내부통제 강화 및 사건처리절차 개선: (i) 사건을 공정거래위원회의 전산시스템에 등록하여 사건번호를 부여 받은 이후에 현장조사를 진행하고, 위법 여부에 관계 없이 모든 사건 처리결과를 조사대상 사업자에 통보, (ii) 원칙적으로 조사개시일로부터 6개월(카르텔 사건의 경우 13개월) 이내에 사건을 처리하되, 부득이한 사유로 인하여 연장이 필요한 경우 연장기간을 정하여 사무처장이 허가, (iii) 심판부서 소속 공무원에 대한 제척·기피·회피 제도 도입.

(3) 자진신고 제도의 악용 방지: 카르텔에 대한 허위·과장된 자진신고를 막기 위해 카르텔 가담 임직원의 심판정 출석을 의무화하여 자진신고의 진실성 여부를 면밀히 심사.<sup>3</sup>

### III. 주요 사건

#### 1. 다른 사업자의 사업활동을 방해하거나 제한함으로써 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위 - 복합유선 방송사업자들의 담합행위 사건<sup>4</sup>

공정거래법 제19조 제1항은 제1호 내지 제8호에서 가격담합, 출고담합, 시장분할협정, 설비제한협정, 입찰담합 등 구체적인 담합행위의 유형들을 열거하는 한편, 제9호에서는 일반조항으로서 제1호부터 제8호까지 외의 행위로서 복수의 사업자들이 공동으로 다른 사업자의 사업활동 또는 사업내용을 방해하거나 제한함으로써 일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위를 금지하고 있다. 종전까지 위 제9호를 적용한 카르텔 사건은 많지 않았는데, 이 사건이 향후 대표적인 선례가 될 것으로 보인다.

2. 2014년의 경우 공정거래위원회가 부과한 과징금액은 약 8,043억원(미화 약 6억 7,500만 달러)이었는데, 이 가운데 약 95%에 해당하는 약 769억원(미화 약 6억 4,500만 달러)이 카르텔에 대하여 부과된 과징금이었다.

3. 자진신고 신청 회사의 담합 가담자의 심의기일 출석의무를 규정하기 위한 자진신고 고시의 개정은 의견수렴 절차가 진행 중이며 곧 이루어질 것으로 예상된다.

4. 대법원 2015. 4. 23. 선고 2012두24177 판결.

이 사건에서 문제된 공동행위는 5개 복합유선방송(MSO) 사업자가, 인터넷멀티미디어방송(IPTV) 사업자와 방송프로그램 공급계약을 체결한 방송사업자(PP)에 대하여 방송채널을 축소하는 방식으로 제재를 가하기로 하는 등의 합의한 것이었다. 이에 대하여 대법원은 공정거래위원회와 마찬가지로, 이러한 MSO 사업자들의 합의로 인하여 PP 중 상당수가 IPTV 사업자에게 방송프로그램을 공급하는 것을 포기하게 함으로써 간접적으로 IPTV 사업자의 유료방송서비스사업이 방해되었고, 소비자의 유료방송서비스에 대한 선택의 폭이 축소될 우려가 발생하였으므로, 유료방송서비스시장에서의 경쟁을 제한하거나 제한할 우려가 있는 상태를 초래한 행위로서 공정거래법 제19조 제1항 제9호에서 정한 담합행위가 인정된다고 판시하였다. 담합행위의 유형이 점차 복합적으로 이루어지고 있는 현실을 고려할 때, 향후 제9호의 적용이 고려될 사안도 증가할 수 있을 것으로 보인다.<sup>5</sup>

## 2. 가격담합 사건에서의 관련지역시장 확정 - 컵커피 가격담합 사건<sup>6</sup> 및 운전학원 수강료 담합 사건<sup>7</sup>

공정거래법 및 한국의 소송법에서는 일정한 행위요건이 충족되면 경쟁제한성에 관한 항변이 허용되지 않는다는 의미에서의 당연위법(per se illegal) 법리가 인정되지 않는다. 이에 따라 대법원은 카르텔의 경우에도 경쟁제한성을 평가하기 위하여 관련시장을 구체적으로 확정해야 한다는 입장을 취하면서도,<sup>8</sup> 관련시장 확정에 관한 공정거래위원회의 입증책임은 다소 완화될 수 있다고 판시하여 왔다. 즉, 카르텔의 다양성과 그에 대한 규제의 효율성 및 합리성 등을 고려할 때 공정거래위원회가 관련상품시장을 확정할 때 반드시 실증적인 경제분석을 거쳐야 하는 것은 아니고, 문제된 공동행위의 유형과 구체적인 내용, 그 행위의 내용에서 추론할 수 있는 경제적 효과, 공동행위 대상 상품의 일반적인 거래현실 등에 근거하여 시장확정의 타당성을 판단할 수 있다는 것이다.<sup>9</sup>

컵커피 가격담합 사건에서 대법원은 이러한 입장을 다시 한번 확인하였다. 즉, 이 사건에서 대법원은 위와 같은 종전의 법리에 비추어 볼 때 공정거래위원회가 컵커피의 관련시장을 캔커피 또는 병커피 제품과는 구별되는 별개의 시장으로 확정한 것이 적법하다고 판시하였다. 다만, 위 사건에서 대법원 실령 관련시장을 전체 커피음료 제품시장으로 확장하더라도 그러한 시장에서 담합 가담 사업자들의 시장점유율 합계가 약 30% 수준에 이르므로 경쟁제한성이 인정될 수 있다는 판시도 덧붙였다.

대법원은 운전학원 수강료담합 사건에서 위와 같은 법리를 좀더 구체화하였다. 이 사건에서는 서울 각 지역에 산재한 7개 운전학원들이 수강료에 관하여 합의한 행위가 문제되었는데, 공정거래위원회가 관련지역시장을 서울지역 운전학원시장으로 확정한 것이 타당하지 여부가 다투어졌다. 즉, 운전학원들은 서울 인근 지역의 수강생들도 대중교통수단을 이용하여 운전강습을 받고 있으므로 그러한 시장에서의 시장점유율이 산정되어야 한다고 주장했다.

5. 참고로, 대법원 2015. 8. 19. 선고 2013두1683 판결도 공정거래법 제19조 제1항 제9호를 적용한 카르텔 사건이었다. 이 사건에서는 특정 병원의 의약품구매입찰에 참여하는 의약품 도매상들이 각자의 기존 취급제품에 대한 기득권을 인정하고, 누가 낙찰을 받든 그것이 자신의 기존 취급제품이 아닌 경우에는 해당 제품의 취급 도매상으로부터 그 제품을 구매하여 병원에 납품하기로 합의한 행위가 카르텔로 인정되었다.

6. 대법원 2015. 4. 9. 선고 2014두762 판결.

7. 대법원 2015. 10. 29. 선고 2012두28827 판결.

8. 대법원 2013. 4. 11. 선고 2012두11829 판결.

9. 대법원 2014. 11. 27. 선고 2013두24471 판결.

이에 대하여 대법원은 가격담합의 경우에는 “특별한 사정이 없는 한 합의의 내용 자체로 합의에 경쟁제한적 효과가 있다는 점이 비교적 쉽게 드러나게 되므로” 공정거래위원회가 적정하게 획정된 관련지역시장에서 공동행위 가담자들의 정확한 시장점유율을 계량적으로 산정하지 않았더라도 위법성이 인정될 수 있다고 판시하였다. 즉, 가격담합 사건에서 공정거래위원회가 적법한 관련시장의 범위보다 협소하게 시장획정을 한 잘못이 있음이 밝혀져 적법한 시장획정을 전제로 한 정확한 시장점유율이 산정되어 있지 않더라도, 예상되는 시장점유율의 대략을 합리적으로 추론해 볼 때 경쟁을 제한하거나 제한할 우려가 있음이 인정되지 않을 정도로 시장점유율이 미미하다는 등의 특별한 사정이 없다면, 경쟁제한성 판단의 구체적 고려 요소를 종합하여 경쟁제한성을 인정할 수도 있다는 것이다.

이러한 법리에 따라 대법원은 위 운전학원 수강료담합에 대해서도, 서울 소재 운전학원을 관련지역시장을 ‘서울시 전제와 이에 인접한 경기도 일부 지역’으로 볼 여지가 크다는 사실은 인정하면서도, 관련지역시장이 다소 넓어진다고 하여 관련 사업자들의 시장점유율에 큰 변화가 없을 뿐 아니라 실제로 영향을 미칠 수 있는 지역은 서울 지역일 가능성이 높은 점에 비추어 서울 지역으로 한정된 공정거래위원회의 판단이 결론에서 정당하다고 인정하였다.

### 3. 정보교환에 의한 담합의 성립요건 - 라면 가격담합 사건<sup>10)</sup>

공정거래위원회는 2012년 4개의 국내 라면 제조·판매사업자들이 가격인상에 관한 정보를 교환한 후 시장선도적 사업자가 가격을 인상하면 하위 사업자들이 순차적으로 가격을 인상하였다고 판단하고, 이러한 행위가 담합에 해당한다고 보았다. 특히 공정거래위원회는 교환된 정보의 내용 및 횟수, 가격인상의 실행방식, 유사한 가격인상률 등의 여러 정황자료들을 근거로 담합에 해당한다고 보았는데, 그 중에서도 사업자들이 가격인상 여부를 논의하였던 회의에 참석한 자인 A로부터 라면가격 인상에 관한 논의를 하였다는 취지의 말을 들었다는 B의 진술이 결정적인 증거로 작용하였다.

그러나, 대법원은 정보교환이 사업자 간의 의사연결의 상호성을 인정할 수 있는 유력한 자료가 될 수는 있지만 정보교환 자체만으로 부당한 공동행위가 성립할 수 없다는 전제 하에 담합행위를 인정할 증거가 부족하다고 판시하였다. 대법원은 그 이유로서, (i) B의 진술은 전문진술로서 회의에서 논의된 내용이 정확하지 않고, (ii) 라면업체들이 가격인상 시기를 늦추거나 유통망에 별도의 자금지원을 하는 등 합의와 양립하기 어려운 사업자의 행동이 나타나며, (iii) 라면 제품이 다양하여 외형상 일치가 있는지 여부가 불분명한 상태에서, (iv) 공정거래위원회가 제시한 증거만으로 의사연결의 상호성이 인정되지 않는다는 점을 들었다.

### 4. 외국사업자의 외국에서의 담합행위에 대한 형사처벌 - 베어링 가격담합 사건

공정거래법은 담합행위를 한 자에 대하여 3년 이하의 징역 또는 2억원 이하의 벌금에 처할 수 있도록 하고 있고(공정거래법 제66조), 공정거래위원회는 최근 담합행위를 적발하는 경우 그에 대한 검찰고발에 적극적이다. 그런데 2015년에 일본 베어링 제조·판매사업자들이 일본 내에서 한국에 공급하는 베어링 가격을

10. 대법원 2015. 12. 24. 선고 2013두25924 판결. 한편, 공정거래위원회가 위 라면 가격담합 사건에 가담하였다고 제재한 다른 사업자에 대한 대법원 2016. 1. 14. 선고 2013두26309 판결의 결론도 동일하다.

담합하고 한국지사를 통해 이를 실행한 행위와 관련하여,<sup>11</sup> 외국사업자에 대해 처음으로 법원에서 형사처벌(벌금)이 선고되었다. 본 사건 이전에도 외국에서 이루어진 담합행위에 대해 공정거래위원회가 공정거래법의 역외 적용을 통해 외국사업자에게 시정명령 및 과징금을 부과한 적은 있었으나, 공정거래위원회의 고발을 통해 외국사업자에게 형사처벌까지 내려진 것은 이 사건이 처음이다.

### 5. 담합행위의 종기 - 정유사들의 가격담합 사건<sup>12</sup>

담합에 대한 형사처벌에 있어서 공소시효는 담합에 따른 실행행위가 종료한 날로부터 진행된다.<sup>13</sup> 대법원은 종전부터 (i) 담합에 가담한 사업자 중 일부의 실행행위가 종료되었다고 인정되려면, 그 사업자가 다른 사업자에 대하여 명시적 또는 묵시적으로 합의에서 탈퇴한다는 내용의 의사표시를 하고 독자적인 판단에 따라 합의가 없었더라면 존재하였을 수준으로 가격을 책정하는 등 합의의 목적에 반하는 행위를 하여야 하고, (ii) 담합에 가담한 사업자들 전부의 실행행위가 종료되었다고 인정되려면, 해당 사업자들이 명시적으로 합의를 파기하고 각자의 독자적인 판단에 따라 합의가 없었더라면 존재하였을 수준으로 가격을 책정하는 등 합의의 목적에 반하는 행위를 하거나, 사업자들 사이의 반복적인 가격경쟁 등으로 합의가 사실상 파기되었다고 인정할 수 있을 정도의 행위가 일정 기간 계속되는 등 합의가 사실상 파기되었다고 볼 수 있을 만한 사정이 있어야 한다고 기준을 제시하였다.<sup>14</sup>

이 사건에서는 정유사들 중 일부가 4차례에 걸쳐 일시적으로 다른 정유사들보다 큰 폭으로 가격을 할인한 사실을 담합 실행행위의 종료로 인정할 수 있는지 여부가 문제되었다. 이에 대하여 대법원은 가격담합에 있어서 수회의 합의 중에 일시적으로 사업자들이 가격인하 등의 조치가 있더라도 명시적인 담합 파기 의사표시가 없으면 합의가 파기되거나 종료되어 합의가 단절되었다고 볼 수 없다는 기준을 제시하면서, 일시적인 이탈현상만으로는 이 사건 합의가 사실상 파기되었다고 볼 수는 없다고 판시하였다. 즉, 대법원은 이 사건에서 4차례에 걸쳐 일시적으로 정유사들 별 가격할인 폭에 차이가 있어 이탈현상이 발생하였지만 담합의 종료로 인정하지 아니하는 이유로서, (i) 과점시장에서는 담합에 참여하면서도 이윤을 극대화하기 위해 담합에서 이탈하려는 시도가 일시적으로 이루어질 수 있고, (ii) 일시적인 이탈현상 후 바로 원래 상태로 복귀가 이루어졌으며, (iii) 정유사들이 공동행위 기간 동안 합의이행 여부를 확인하고 불이행에 대해 항의하는 방법으로 합의이행을 유지하고자 했던 점 등을 들었다.

11. 공정거래위원회 2015.1. 14. 의결 제2015-003호 '4개 소형 베어링 제조, 판매업체들의 부당한 공동행위에 대한 건' 등 참조.

12. 대법원 2015. 8. 19. 선고 2014도471 판결.

13. 대법원 2012. 9. 13. 선고 2010도16001 판결.

14. 대법원 2008. 10. 23. 선고 2007두2586 판결 등 참조.

## 제2장 시장지배적 지위의 남용 규제분야의 입법 및 판례동향

이창훈\*

### I. 개관

2015년에는 시장지배적지위 남용행위 규제와 관련된 법과 정책의 측면에서 의미 있는 변화가 있지는 않았다. 또한 시장지배적지위 남용행위 이슈가 정면으로 다루어진 공정위 심결이나 법원의 판결도 거의 없었는바, 기업메시징 서비스 사건에서의 공정위 심결이 사실상 유일한 사례인 것으로 보인다. 특히 위 기업메시징 서비스 사건은 이윤압착(margin squeeze)이 문제되었던 한국 최초의 사건이었기에 많은 관심을 받았다. 위 사건에서 공정위는 부당염매 조항을 적용하여 시장지배적지위 남용행위의 성립을 인정하였는데, 다만 부당염매에 해당되는지 여부를 판단함에 있어 '비용' 기준이 아닌 '정상적 거래가격' 기준을 적용한 것은 다소 이해하기 어려운 측면이 있다. 현재 진행되고 있는 소송의 결과가 주목된다.

### II. 입법 및 정책 동향

2015년에는 시장지배적지위 남용행위 규제와 관련된 법과 정책의 측면에서 특별한 변화는 없었다.

### III. 주요 사건

2015년에 한국에서 시장지배적지위 남용행위가 정면으로 다루어져 공정위나 법원의 판단이 내려진 사건은 KT와 LG 유플러스(이하 "KT 등")가 피심인이었던 기업메시징 서비스 사건(공정위 의결 제2015-049, 050호)이 사실상 유일한 사례인 것으로 보인다. 아래에서는 위 기업메시징 서비스 사건에 관하여 (공정위가 인정한 사실관계에 따라<sup>2)</sup>) 간략히 살펴보도록 하겠다.

\* 법무법인 세종 변호사

1. 물론 일부 민사소송 사건에서 시장지배적지위 남용행위 쟁점이 다루어지기는 하였으나(서울서부지방법원 2015. 12. 17. 선고 2015가단17244 판결 등), 해당 쟁점에 대한 깊이 있는 판단이 내려지지는 않았다.  
2. 필자가 관여했던 사건이 아니기에, 공정위 의결서에 기재된 사실관계에 의존할 수밖에 없었다.

## 1. 사건의 개요

기업메시징 서비스(이하 “메시징 서비스”)를 제공하는 사업자(이하 “메시징 제공사”)는 이동통신사의 무선통신망을 통하여 은행이나 카드사 등 기업고객의 컴퓨터에서 그 기업고객과 거래하는 이용자의 휴대폰 단말기로 문자메시지(예컨대, 은행 입출금, 신용카드 승인 등에 관한 문자메시지)를 전송해주는 서비스를 제공하고, 그 대가로 그 기업고객으로부터 서비스 건당 일정한 요금을 받는다. 이동통신사는 메시징 제공사와 계약을 체결하고 무선통신망을 통해 자신의 이동통신망 가입고객인 위 이용자에게 문자메시지를 발송하는 전송 서비스(이하 “전송서비스”)를 제공하고, 그 대가로 메시징 제공사로부터 서비스 건당 일정한 요금을 받는다. 즉, 이동통신사가 메시징 제공사에게 전송서비스를 판매하면, 메시징 제공사는 이를 필수적 원재료로 하여 자신의 기업고객에게 메시징 서비스를 판매하는 구조이다. 한편, 이동통신사인 KT 등은 메시징 제공사에게 전송서비스를 판매하면서도, 그와는 별도로 수직통합사업자로서 직접 그 스스로 기업고객들에게 메시징 서비스를 판매하고 있다.<sup>3</sup> 이렇게 본다면, 메시징 제공사는 무선통신망을 보유한 KT 등과 같은 메시징 제공사와 무선통신망을 보유하지 못한 일반 메시징 제공사로 구분된다. 특정 이동통신서비스에 가입한 이용자에게는 그 해당 이동통신사만이 문자메시지를 보낼 수 있으므로, 특별한 사정이 없는 한 메시징 제공사는 모든 이동통신사와 전송서비스 계약을 체결해야 한다(KT 등과 같이 무선통신망을 보유한 메시징 제공사도 다른 이동통신사 가입고객에 대한 문자메시지 전송을 위해 다른 이동통신사로부터 전송서비스를 구매하고 있다).

KT 등은 자신이 다른 메시징 제공사에게 판매하는 전송서비스의 요금보다도 낮고 또한 자신이 다른 이동통신사로부터 구매하는 전송서비스의 요금보다도 낮은 수준으로 메시징 서비스를 판매하였다. 즉, 전송서비스의 요금이 건당 평균 9.2원이었는데, KT 등은 그보다 낮은 건당 8원대에 메시징 서비스를 판매하였다. KT 등은 자신의 이동통신서비스 가입고객과 관련하여서는 수직통합사업자로서 전송서비스 요금을 별도로 부담하지 않기 때문에 위와 같은 저가판매가 가능하였다.

## 2. 공정위 판단

공정위는 KT 등의 메시징 서비스 저가판매 행위가 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 “공정거래법”) 제3조의2 제1항 제5호 전단 소정의 부당한 경쟁사업자 배제행위(“부당하게 경쟁사업자를 배제하기 위하여 거래하[는 행위]”)로서 그 가운데 공정거래법 시행령 제5조 제5항 제1호 소정의 부당염매(“부당하게 상품 또는 용역을 통상거래가격에 비하여 낮은 대가로 공급[하는 행위]”)에 해당된다고 보아, 시장지배적지위 남용 행위의 성립을 인정하였다. 공정위는 우선 무선통신망을 통한 기업메시징 서비스 시장을 관련상품시장으로 보고, 국내시장을 관련지역시장으로 획정한 뒤, 관련시장에서의 점유율 및 메시징 서비스의 필수원재료인 무선통신망의 자체 보유사실 등에 근거하여 KT 등을 시장지배적 사업자로 보았다. 나아가 공정위는 위 시행령 소정의 부당염매 행위요건(“통상거래가격에 비하여 낮은 대가로 공급”)과 관련하여, “통상거래가격”을 “정상적으로 이루어지는 거래에서 적용되는 가격”이라고 전제한 다음, KT 등이 전송서비스 요금수준 미만으로 메시징 서비스를 판매하고 있음을 이유로 들어 위 행위요건이 충족되었다고 판단하였다. 또한 공정위는 일반 메시징 제공사의 점유율이 급감한 점, KT 등이 전송서비스 요금수준 미만으로 메시징 서비스를 지속적으로 판매할 경우 KT 등조차도 손해를 보지 않고서는 메시징 서비스에 대한 가격경쟁이 구조적으로 불가능하다는

3. 한국에는 총 3개의 기간이동통신사(SKT, KT, LG 유플러스)가 존재하는데, 그 중 SKT의 경우에는 메시징 서비스를 판매하고 있지 않다.

점, 이와 관련하여 경쟁사업자(일반 메시징 제공사)를 시장에서 배제하려는 의도 이외의 다른 합리적 이유를 찾기 어려운 점 등을 부당성(경쟁제한의 우려 및 의도) 인정의 근거로 제시하였다.

이러한 판단을 전제로, 공정위는 KT 등에게 다음과 같은 내용의 시정조치를 부과하였다: (i) 'KT 등이 주무부처에 신고한 전송서비스 최저요금과 메시징 서비스를 생산하기 위해 투입되는 기타비용(전송서비스 요금 제외)을 합산한 금액'보다 낮은 수준으로 메시징 서비스 요금을 설정하는 행위 금지, (ii) 메시징 서비스 사업부문에 대한 회계를 분리한 뒤 그 소요원가 계산서를 공정위에 정기적으로 보고(단, 원가를 계산함에 있어 자신이 직접 제공하는 전송서비스를 사용한 경우에는 자신이 주무부처에 신고한 전송서비스 이용요금을 적용하여야 함), (iii) 메시징 서비스 거래내역을 공정위에 정기적으로 보고.

### 3. 심결에 대한 평가

공정거래법은 시장지배적지위 남용행위를 규제함에 있어 각 개별 행위유형별로 규제근거가 되는 구성요건들을 제한적으로 열거하는 방식을 따르고 있다. 이윤압착을 직접적으로 규제하는 조항이 공정거래법에는 존재하지 않는바, 이에 본건과 관련하여 가장 먼저 제기될 수 있는 이슈는 구체적으로 어떠한 남용행위 유형을 적용해야 하는지에 관한 문제이다. 예컨대, 공정거래법 제3조의2 제1항 제3호 및 그 시행령 제5조 제3항 제3호는 필수요소에 대한 접근제한을 금지하고 있으므로, KT 등이 일반 메시징 제공사에게 고가로 전송서비스를 판매한 것과 관련하여 위 필수요소 접근제한 조항의 적용을 고려해볼 수도 있다(이 경우 KT 등이 전송서비스 시장에서의 지배력을 메시징 서비스 시장으로 전이하였는지 여부도 판단되어야 할 것이다). 하지만 본건에서 공정위는 메시징 서비스의 저가판매에 초점을 맞추어 앞서 언급한 바와 같이 부담판매 조항을 적용하였는데, 이는 메시징 서비스를 아예 판매하고 있지 않은 또 다른 이동통신사(SKT)가 설정한 전송서비스 요금수준이 KT 등이 설정한 전송서비스 요금수준과 거의 차이가 없다는 사실을 감안한 결과인 것으로 보인다.

본건 심결에서 보다 주목되는 내용은 부담판매의 판단기준에 관한 부분이다. 공정위는 정상적 거래가격보다 낮은 수준의 가격이라면 부담판매의 행위유형에 포함된다고 보았으나, 이러한 판단에 대해서는 상당한 의문이 있다. 대법원은 포스코 판결<sup>4</sup>을 통해 공정거래법의 목적이 (경쟁자의 보호가 아니라) 경쟁의 보호에 있음을 명시하였는바, 효율적인 사업자가 시장에 등장하여 그간 정상적인 거래에서 적용되던 가격보다 더 낮은 수준으로 가격을 설정하였다고 하여 이를 부담판매의 행위유형으로 포섭시키는 것은 위 포스코 판결의 취지에 위배되는 측면이 있어 보인다. 즉, 효율적 사업자의 저가정책으로 인해 상대적으로 비효율적인 경쟁사업자가 결과적으로 불이익을 입게 되더라도, 이는 시장이 효율적 사업자 위주로 재편되는 결과일 뿐이므로, 경쟁법의 정신에 반한다고 보기 어렵다. 이러한 점을 감안하여, 일반적으로 부담판매 조항에 대해서는 '비용'보다 낮은 수준의 약탈적 가격설정(below-cost price)을 규제하는 취지인 것으로 이해되어 왔던 것이다. 본건에서 KT 등은 자체적인 무선통신망을 보유한 상태에서 직접 메시징 서비스 사업을 영위하는 수직통합기업으로서, 그러한 수직통합 덕분에 이중마진이 제거되고 효율성이 증대된 결과로 이들이 메시징 서비스를 정상적 거래가격보다 더 낮은 가격으로 판매할 수 있었다고 한다면(공정위도 이러한 사실 자체는 인정하고 있는 것으로 보인다), 이러한 결과는 금지되어서는 안된다고 본다. KT 등의 저가정책이 이와 같은 효율성

4. 대법원 2007. 11. 22. 선고 2002두8626 판결

증대의 결과인지 여부는 결국 그 가격이 KT 등 스스로의 '비용'을 초과하는 수준인지 여부에 따라 결정되어야 할 일이므로, '정상적 거래가격'을 부당염매의 판단기준으로 삼는 것은 적절하지 않아 보인다. KT 등은 본건 공정위 처분에 불복하여 소송을 제기하였는바, 현재 본건에 대한 서울고등법원의 심리가 계속 진행되고 있는 상황이다. 향후 선고될 판결의 내용을 계속 주목할 필요가 있다.

# 제3장

## 기업결합 규제분야의 입법 및 판례동향

김경연\*

### I. 개관

한국 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 “공정거래법”)은 기업결합의 당사회사의 자산총액 또는 매출액 규모가 기업결합 직전사업연도 말 현재 각각 200억원과 2000억원을 넘는 경우에 원칙적으로 기업결합 신고의무가 발생하는 것으로 하되, 그 중 하나 이상의 당사회사의 자산총액 또는 매출액이 2조원 이상인 경우에는 공정거래위원회(이하 “공정위”)의 기업결합 승인 전에 기업결합을 완료할 수 없도록 하는 사전신고의무를 부여하고 있다. 외국기업간 기업결합의 경우에는 이 이외에도, 기업결합 당사회사 각각의 대한민국 내 매출액이 200억원을 넘어야 신고의무가 발생한다. 공정위의 기업결합 신고 및 심사와 관련해서는 공정거래법과 동법 시행령을 비롯하여, 관련 세부사항에 대한 공정위의 고시를 두고 있다.<sup>1</sup>

공정위가 발표한 2015년 기업결합 동향에 따르면, 총 669건 중, 국내 기업간 기업결합의 경우 사건 수는 534건, 금액은 56.3조원, 외국기업간 기업결합의 경우 사건 수는 135건, 금액은 325.6조원으로, 관련된 수치가 모두 작년과 대비할 때 증가하였고, 특히 중국 기업의 국내 기업인수가 점진적으로 증가하는 추세를 보인 것이 특기할만하다.<sup>2</sup>

### II. 입법 및 정책동향

#### 1. 주요 입법 동향

##### (1) 공정거래법 개정안 국무회의 통과<sup>3</sup>

2014. 12. 23. 국무회의를 통과한 공정거래법 개정안의 주요 내용은, (i) 1/3 미만의 임원겸임, (ii) 대규모 회사가 아닌 회사의 계열회사 간 합병 및 영업양수, (iii) 단순투자 또는 특정 분야 투자 사업만을 영위하는

\* 법무법인 유한 올촌 변호사.

1. 기업결합의 신고요령(공정위 고시 제2012-59호), 기업결합 심사기준(고시 제2015-3호), 기업결합 신고기준 위반사건에 대한 과태료 부과기준(고시 제2012-22호), 기업결합 시정조치 부과기준(고시 제2011-3호), 기업결합 관련 시정조치 불이행에 따른 이행강제금 부과기준(고시 제2012-23호)

2. 2013년 2건(0.04조 원)→ 2014년 4건(0.6조 원)→2015년 10건(1.6조 원)으로 집계되었다.

3. [http://www.ftc.go.kr/news/policy/competeview.jsp?news\\_no=2418&news\\_div\\_cd=1](http://www.ftc.go.kr/news/policy/competeview.jsp?news_no=2418&news_div_cd=1) 다만, 2016. 2. 23. 현재 본 개정안은 아직 시행되고 있지 않다.

회사(유동화전문회사, 선박투자회사 등)에 대한 주식취득·회사설립·임원겸임에 대한 신고의무 면제를 비롯하여, 사모투자전문회사 등 다른 기업인수를 목적으로 하는 회사의 경우 실제 기업 인수 단계에서만 신고의무를 부과하고 설립 단계에서는 신고의무를 면제하는 등, 신고의무의 부과 단계에서부터 실질적 경쟁제한성을 고려하여 제도의 운용을 효율적으로 하려는 정책적 고려가 담겨 있다고 할 수 있다.

(2) 「기업결합 심사기준」 개정안 시행 (2015. 6. 30.)<sup>4</sup>

공정거래위원회는 임의적 사전심사에서 경쟁을 제한하지 않는다고 판단된 인수합병 건이 이후 정식 신고될 경우, 그 심사기간을 현행 30일에서 '15일'로 단축하고, 해당 기간 내에 심사결과를 회신하기로 기업결합 심사기준을 개정하였다. 따라서, 당사자로서는 임의적 사전 심사 결과 경쟁제한성이 없다고 판단된 인수합병을 더욱 신속하게 진행할 수 있게 되었다.

### III. 주요 사건

#### 1. 시정조치 부과 건

(1) NXP Semiconductors N.V.의 Freescale Semiconductors Ltd. 인수 건 (2015. 11. 25.자 의결, 2015기결3595)

비메모리반도체를 생산하는 글로벌 반도체 회사인 NXP Semiconductors N.V.("NXP")가 Freescale Semiconductors Ltd.("Freescale")의 주식을 100% 취득하는 계약을 체결한 사건이다. 공정위는 양사가 서로 경쟁하고 있는 상품을 중심으로 범용 MCU 시장, 범용 DSP 시장, 차량용 MCU 시장, 차량용 DSP 시장, 차량용 Analog Power IC 시장, RF Power Transistor 시장 등 6개로 관련시장을 획정하였는데, 그 중 RF Power Transistor 시장은 결합 후 점유율 합계가 61.7%(1위)가 되어 경쟁제한성이 추정된다고 보았다. 이에 따라 공정위는 NXP의 RF Power Transistor 사업부문 전체를 6개월 이내에 제3자에게 매각(이미 EU의 동의의결에 따라 사업부문을 매각할 예정임을 고려함)하도록 하고, 매각 대상에서 제외되는 자산에 대해서는 매수인이 요청하는 경우 공정하고 합리적인 조건 하에서 이를 이용할 수 있도록 하였으며, 향후 5년간 매 사업연도 종료일로부터 60일 내에 시정조치 이행 결과를 보고하도록 하는 시정조치를 부과하였다.

(2) 롯데쇼핑의 대우백화점 영업양수 건 (2015. 6. 25.자 의결, 2015기결1493)

롯데쇼핑이 대우인터내셔널로부터 대우백화점 마산점 및 대우백화점 센트럴스퀘어점(부산)을 인수하는 행위 중, 대우백화점 마산점의 영업부문을 양수하는 행위가 창원지역 백화점 시장에서 시장 점유율 합계가 64.2%로 1위가 되어 창원시를 주된 영업지역으로 하는 입점·납품업체에 대해 경쟁제한 효과가 나타날 가능성이 높다고 판단하여 시정조치를 부과한 건이다. 공정위는, 롯데쇼핑에 대해 3년간 창원시를 주된 영업지역

4. [http://www.ftc.go.kr/policy/compet/competView4.jsp?report\\_data\\_no=6295&tribu\\_type\\_cd=020&report\\_data\\_div\\_cd=&currpage=1&searchKey=&searchVal=&startdate=&enddate=](http://www.ftc.go.kr/policy/compet/competView4.jsp?report_data_no=6295&tribu_type_cd=020&report_data_div_cd=&currpage=1&searchKey=&searchVal=&startdate=&enddate=)

으로 하는 대우백화점 입점 납품업체에 대한 임대료율 및 수수료율 인상 금지의무를 부과하였다. 이 사건은 백화점 사업자 간 기업결합 건에서 최초로 입점·납품업체에 대한 수수료 인상을 제한하는 시정조치를 부과한 사례로 의미가 있다.

(3) 바이엘코리아의 한국 엠에스디 일반 의약품 영업양수 건 (2015. 5. 4.자 의결, 2015기결0588)

공정위는 바이엘코리아가 한국 엠에스디의 일반 의약품 영업(일반 의약품 4가지 품목의 영업 부문)을 양수하는 행위가 국내 경구용 피임제 시장에서 경쟁을 실질적으로 제한할 우려가 있다고 판단하였다. 이에 따라, 한국 엠에스디로부터 양수하는 경구용 피임제(머시론) 영업 관련 권리·자산 등을 제3자에게 매각하고 (매수인 선정 시 공정위와 협의), 한국 엠에스디의 경구용 피임제(머시론) 영업 부문의 매수인 또는 머시론을 유통하는 사업자를 통하여 기존 바이엘코리아의 경구용 피임제를, 판매하는 행위를 금지하였다.

(4) 세아베스틸의 포스코특수강 인수 건 (2015. 5. 18.자 의결, 2015기결0464)

세아베스틸이 포스코특수강의 주식 52.16%를 취득함으로써, 탄합봉강, 빌렛, 라운드빌렛, 공구강, 플라스틱금형강, 탄합선재, 자유단조 7개 상품시장에서 경쟁 관계에 있어 수평형 기업결합이 발생하고, 스테인리스 선재-스테인리스 마봉강, 스테인리스 선재-스테인리스 와이어 시장에서는 원재료 공급부터 제품 생산까지 수직계열화도 이루어지게 되었다. 공정위는 (i) 세아베스틸과 포스코특수강이 직접 경쟁하고 있는 탄합봉강, 빌렛, 라운드빌렛 시장에서 3년간 가격인상 등을 제한하고, (ii) 빌렛, 스테인리스 선재 등 경쟁사업자의 입장에서 원재료 구매선 봉쇄가 우려되는 시장에서는 가격차별 및 공급량 또는 공급비율 조절을 하지 못하도록 제한하는 시정조치를 부과하였다.

(5) 한화의 삼성 석유 화학 계열사 인수 건 (2015. 3. 30.자 의결, 2015기결0450)

공정위는 한화케미칼이 계열회사인 한화에너지와 함께 삼성종합화학의 주식을 취득하는 행위가 국내 에틸렌 비닐 아세테이트 시장에서의 경쟁을 제한할 우려가 있다는 이유로, 3년 간 국내 가격 인상률을 수출 가격 인상률 이하로 제한하고, 국내 가격 인하율을 수출 가격 인하율 이상으로 제한하며, 매 반기마다 시정명령 이행 결과 보고서를 공정위에 제출하도록 하였다.

## 2. 기업결합 신고 철회 및 동의명령 건

(1) AMAT-TEL 기업결합 철회 (2015. 4. 29. 공정위 보도)

세계 1, 3위 반도체 제조장비 업체인 어플라이드 머티어리얼즈 아이엔씨(AMAT)와 도쿄 일렉트론 엘티디(TEL)(이하 "당사회사")가 합병계약을 체결하고 공정위에 기업결합 신고를 하였다(비슷한 시기에 미국, 중국, 일본, 대만 등 주요국가에도 기업결합 신고가 이루어졌다). 이후 당사회사는 중첩 분야 자산을 장비별 단

위로 매각하는 내용의 자진시정 방안을 공정위를 비롯한 관련 국가의 경쟁당국에 제출하였다.

공정위는 국내의 이해관계자 및 전문가 의견을 수렴하고 외국 경쟁당국과 공조하여 본건 기업결합의 경쟁제한 효과를 분석한 결과, 본건 기업결합이 반도체 장비 시장(세계시장)의 경쟁을 실질적으로 제한한다고 보았다. 더 나아가 공정위는, 당사회사가 제출한 자진시정 내용이 불충분하다고 보아, 중첩 사업 부문의 매각조치 등을 포함한 시정조치를 부과하는 내용의 심사보고서를 발송하였다. 이 과정에서 공정위는 미국 법무부 반독점국(DOJ), 중국 상무부, 일본 공정위, 대만 공정위와 협의를 진행하고 심사 경과를 논의하였는데, 심사보고서 발송 후 당사회사가 기업결합을 포기하였다. 이 사건은 BHP빌리턴-리오턴토 간 기업결합 이후로 공정위의 심사보고서 발송 이후 당사회사가 기업결합을 철회한 두 번째 국제적 기업결합 사건이다.

## (2) MS-Nokia 기업결합 건 (2015. 8. 24. 공정위 보도)

한국에서 기업결합 사건에 동의의결제를 적용한 첫 사례로서, 공정위는 본건 기업결합의 경쟁제한성을 인정하는 취지의 심사보고서를 작성하였고, MS가 2014. 8. 27. 공정위에 본건 기업결합의 경쟁제한성을 자진시정하도록 하는 취지의 동의의결 신청을 하였다.

MS는 2013. 9.경 Nokia의 모바일 단말기 사업 부문을 인수하는 내용의 기업결합을 발표하고 미국, 유럽, 중국, 일본, 대만 등 세계 각국의 경쟁당국에 기업결합신고를 하였으며, 같은 해 11.경 공정위에도 기업결합신고를 하였다. 미국 및 유럽 등에서는 2013년 말 및 2014년 초에 본건 기업결합의 경쟁제한성이 없다는 취지로 기업결합 승인을 하였으나, 한국에서는 본건 기업결합으로 인한 국내 모바일 단말기 시장에서의 경쟁제한 우려가 제기되었다.

MS는 FRAND 조건 준수, 판매금지 청구 소송 금지, 향후 7년 간 현행 특허료 수준 초과 금지, 사업제휴 계약에서 정보공유 근거 조항 삭제 등의 내용을 포함한 자진시정 방안을 제시하였다. 공정위는 2015. 2. 4., 동의의결 절차 개시를 결정하고, 시정방안을 수정·보완하여 시정방안의 적용 범위를 확대하였다. 이에 따라, (i) 표준필수특허(SEP)에 대해서 FRAND 조건을 준수하고 국내 제조사에 대해 판매금지, 수입금지 소송을 제기하지 않기로 약속하도록 하고, (ii) 비표준특허(non-SEP)에 대해서 특허 사용료를 현행 수준 이하로 하고, 향후 5년간 양도를 금지하며, 국내 제조사에 대해 판매금지, 수입금지 소송을 제기하지 않기로 약속하도록 하였으며, (iii) 사업제휴계약과 관련하여 영업정보 교환 관련 조항을 삭제하고 향후 민감한 영업정보를 교환하지 않기로 약속하도록 하고 해당 기업결합을 조건부로 최종 승인하였다.

# 제4장 불공정거래행위 규제분야의 입법 및 판례동향

강일/신상훈\*

## I. 개관

공정거래위원회는 2014. 12. 17. 「지식재산권의 부당한 행사에 대한 심사지침」(공정거래위원회 예규 제 205호)을 개정해 이를 2014. 12. 24. 부터 시행하고 있다.

또한 대리점거래에 있어서의 불공정한 거래관행을 개선하기 위하여 「대리점거래의 공정화에 관한 법률」이 발의된 후 국회에서 2015. 12. 3. 통과되어 입법화 되었다.

그리고 공정위는 2015년 불공정거래행위 심사지침을 개정하여, 경쟁제한성을 위주로 심사하는 불공정거래행위 유형에 대한 경쟁제한성 판단기준을 보다 구체화하였다. 또한 끼워팔기의 위법성 여부를 경쟁제한성 위주로 판단하도록 합리화하고, 거래상지위 남용행위에서 거래상 지위를 계속적 거래 여부 및 거래의존도 중심으로 판단하도록 보완하였다. 또한 기술 · 인력의 부당이용 · 채용행위의 위법성 요건을 완화하여 법집행이 보다 쉽게 이루어질 수 있도록 하였다.

한편, 공정위는 2015년 공기업의 불공정한 거래 관행을 적발, 개선하고 공공 부문 전반으로 개선 효과가 확산될 수 있도록 하기 위해, 민간 영역에 중대한 영향력을 행사하는 국가 공기업은 물론, 지방 공기업까지 조사 대상을 확대하였다. 그리고 공정위는 국제 음향 표준 기술을 보유한 돌비가 사용권(라이선스) 계약을 체결하면서 국내 사업자에게 불공정한 거래 조건을 설정한 행위에 시정명령을 부과하였다. 대법원은 아큐브 콘택트렌즈 관련 재판매가적 유지행위 등과 관련하여, 2015. 11. 12. (주)한국존슨앤드존슨이 공정위를 상대로 제기한 시정명령 및 과징금부과처분 취소소송에서 원고 패소 판결을 선고하였다.

## II. 입법 및 정책동향

공정거래위원회는 2014. 12. 17. 「지식재산권의 부당한 행사에 대한 심사지침」(공정거래위원회 예규 제 205호)을 개정해 이를 2014. 12. 24.부터 시행하고 있다.

\* 법무법인 태평양 변호사

지식재산권 분야에서 부각되고 있는 특허관리전문회사(Non-Practicing Entity, 이하 'NPE')와 표준필수특허권자의 특허권 남용행위 등의 구체적인 법집행 증거를 마련하고, 지식재산권 행사에 대한 일반적인 심사원칙과 남용행위 유형체계를 개편하였으며 관련시장 추가 등 상당수의 내용을 보완하였다.

지식재산을 통한 수익화(monetization)가 활발해지면서 해외는 물론이고 국내에서도 다양한 NPE 유형의 업체가 등장하여 활동하고 있고, 종래에는 특허권자가 직접 권리행사를 통해 수익화를 했다면 최근 들어서는 양도, 독점적 실시권허여 등의 방법으로 NPE를 통한 권리행사가 확대되고 있는데, 개정 심사지침은 이러한 NPE의 특허권 남용행위에 대해 구체적으로 규정하였다.

또한 표준필수특허와 관련하여, 개정 심사지침은 FRAND 조건의 실시허락을 부당하게 회피, 우회하는 행위나 표준필수특허의 실시허락을 하면서 실시권자가 보유한 관련 특허권의 행사를 부당하게 제한하는 행위를 남용행위로 추가하였다.

지난 2015. 12. 3. 「대리점거래의 공정화에 관한 법률」(이하 “대리점법”)이 국회 본회의를 통과하였다. 위 법이 적용되는 대리점거래는 “공급업자(대리점 본사)와 대리점 간 상품 또는 용역의 재판매 또는 위탁판매를 위하여 행해지는 거래”로서 “일정기간 지속되는 계약을 체결하여 반복적으로 행해지는 거래”를 의미한다. 대리점거래와 관련하여, 공급업자는 계약서를 작성하고 이를 대리점에 교부하며, 대리점거래가 종료한 날로부터 3년간 보관하여야 한다. 공급업자가 대리점거래 계약서 작성 및 교부의무를 위반할 경우 5천만원 이하, 보관의무를 위반할 경우 1천만원 이하의 과태료가 부과된다.

대리점법은 공급업자가 대리점에게 ① 구입할 의사가 없는 상품 또는 용역을 구입하도록 강제하는 행위(구입강제 행위), ② 금전, 물품, 용역 기타의 경제상 이익을 제공하도록 강요하는 행위(경제상 이익 제공 강요 행위), ③ 자기가 공급하는 상품 또는 용역과 관련하여 대리점에게 거래에 관한 목표를 제시하고 이를 달성하도록 강제하는 행위(판매목표 강제 행위), ④ 대리점에게 불이익이 되도록 거래조건을 설정 또는 변경하거나 그 이행 과정에서 불이익을 주는 행위(불이익 제공행위), ⑤ 대리점의 경영활동에 간섭하는 행위(경영활동 간섭), ⑥ 대리점이 청약 또는 구입의사를 표시한 제품, 수량 등 주문 내역에 대한 정당한 확인 요청을 거부하거나 회피하는 행위(주문내역의 확인요청 거부 또는 회피), ⑦ 대리점의 분쟁조정 신청, 신고 등을 이유로 불이익을 주는 행위(보복조치) 등을 금지하고, 위와 같은 거래상 지위 남용 행위를 하는 자에 대하여 2년 이하의 징역 또는 1억 5천만원 이하의 벌금을 부과할 수 있도록 규정하였다.

또한 공급업자가 대리점법을 위반하여 대리점에게 손해를 입히는 경우 공급업자는 대리점에 대하여 손해를 배상하여야 한다. 특히 공급업자가 대리점에 대하여 구입강제 행위 혹은 경제상 이익 제공 강요 행위를 하였을 경우, 공급업자는 대리점이 입은 손해의 3배의 범위 내에서 배상 책임을 부담하게 된다(3배 배상 제도).

한편, 공정위는 「불공정거래행위 심사지침」(이하 “심사지침”)을 개정하여, ① 경쟁제한성을 위주로 심사하는 불공정거래행위 유형(거래 거절, 차별적 취급, 경쟁 사업자 배제, 구속 조건부 거래)에 대한 판단 기준을 보다 구체화하고, ② 끼워팔기의 위법성을 경쟁제한성 위주로 판단하도록 기준을 보완하며, ③ 거래상지위 판단 기준을 계속적 거래 여부 및 거래 의존도 중심으로 판단하도록 보완하고, ④ 기술·인력의 부당 이용·채용 행위의 위법성 요건을 완화하였다.

과거 심사지침에는 ‘경쟁제한성’에 대한 의미만 간략하게 서술되어 있을 뿐 구체적 판단 기준이나 시장 점유율에 관한 기준이 없어, 실제 개별 행위가 경쟁제한적인지 여부를 판단하기에 어려움이 있었다. 이에, 심사지침 개정안은 ① 구체적인 경쟁제한성 판단 기준 및 ② 시장점유율 기준을 제시하여 경쟁제한성 판단에 대한 세부기준을 마련하였다. 먼저, 경쟁제한성 위주로 위법성을 심사하는 불공정거래행위의 경우, 당해 행위로 인하여 “시장 가격 상승” 또는 “시장 전체의 생산량 축소”가 발생하거나 발생할 가능성을 기준으로 위법성을 판단하여야 한다는 점을 명시하였다. 나아가, 시장력(market power)이 있는 사업자가 경쟁사업자를 배제하는 경쟁제한 행위를 하는 경우 경쟁제한효과를 수반할 가능성이 높다고 규정한 후, 행위주체의 시장력(market power) 보유 여부 판단을 위한 구체적 시장점유율 기준을 제시하였다.

또한 과거 심사지침은 ‘끼워팔기’의 위법성을 판단함에 있어서 경쟁제한성 이외에 소비자의 선택권이 침해되는지(불공정한 경쟁수단) 여부도 고려하도록 규정하고 있었으나, 심사지침 개정안은 최신 경쟁법 이론 및 주요 국가의 법 집행 관행을 반영하여 끼워팔기의 위법성 판단 기준을 경쟁제한성 위주로 한정하고, 불공정한 경쟁수단에 관한 내용을 삭제하였다. 개정안에서는 끼워팔기를 규제하기 위한 4가지 위법성 요건으로 ① 2개의 별개 상품이 존재, ② 끼워파는 행위의 존재, ③ 주된 상품 시장에서의 상당한 지위, ④ 종된 상품시장의 경쟁자 배제를 규정하고 있다.

기준에는 ‘거래상지위’ 존재 여부를 판단함에 있어 대체거래선 확보의 용이성을 고려하도록 하였는데, 심사지침 개정안은 “계속적 거래” 여부 및 “거래 의존도” 중심으로 판단하도록 기준을 보완하였다. 즉, ① 계속적 거래를 하는 경우에는 통상 특화된 자본설비, 인적자원, 기술 등에 대한 투자가 이루어져 고착화(lock-in) 현상이 발생하고, 거래 상대방은 우월적 지위에 있게 된다는 점, ② 또한 일반 사업자의 전체 매출액에서 타방 사업자에 대한 매출이 차지하는 비중을 고려하여 거래 의존도가 상당하다고 판단되는 경우 거래상 지위가 인정된다는 점을 명시하였다.

나아가, 최근 판례(대법원 2015. 9. 10. 선고 2012두18325 판결)를 반영하여, ‘소비자에 대한 거래상 지위 남용행위’의 위법성 여부는 ‘불특정 다수의 소비자’에게 피해를 입힐 우려가 있거나 유사한 위반 행위 유형이 ‘계속적·반복적’으로 발생하는 등 ‘거래 질서’와의 관련성을 중심으로 판단하여야 한다는 점을 명시하였다.

마지막으로 기존 심사지침상 기술·인력의 부당 이용·채용의 위법성 요건이 엄격하여 기업들이 인수합병(M&A)을 활성화하는 대신 기술이나 인력을 부당하게 이용하거나 채용하더라도 이를 효과적으로 규제하지 못한다는 비판이 있었기에, 심사지침 개정안은 위법성 판단 기준으로 ‘현저히 사업활동을 곤란하게 하는 경우’를 ‘상당히 사업 활동을 곤란하게 하는 경우’로 완화하였다.

### Ⅲ. 주요 사건

#### 1. 돌비의 라이선스 계약 상 거래상지위 남용행위(공정거래위원회 의결(약) 제2015-125호, 2015. 8. 3.)

공정위는 2015. 8. 3. 국제 음향 표준 기술 및 특허 등에 대한 사용권(라이선스) 권한을 가지고 있는 ‘돌비 래버러토리즈 라이선싱 코퍼레이션(미국 법인) 및 ‘돌비 인터내셔널 에이비’(스웨덴 법인)가 사용권(라이선스) 계약을 체결하면서 국내 사업자에게 불공정한 거래 조건을 설정한 행위에 대해 시정명령을 부과하였다.

돌비는 디지털 오디오 코딩 기술 표준인 에이씨3(AC-3)에 대한 사용권한(라이선스)을 가지고 있으므로, 사업자들이 관련 디지털 오디오 제품을 생산하기 위해서는 반드시 돌비의 허락을 받아야 한다. 에이씨3(AC-3) 기술은 세계 각국의 디지털 방송 및 디브이디(DVD) 등 매체의 표준화 기구에서 오디오 코딩 표준으로 채택한 기술로서 해당 매체와 관련된 제품(예: 디지털 텔레비전, 디브이디 플레이어 등)에 동 기술이 구현되지 않는 경우 소리를 재생할 수가 없다.

돌비는 라이선스 계약상 라이선시가 어떤 방법으로도 특허효력·소유를 다룰 수 없도록 하고, 라이선시가 특허의 유효성을 다룰 경우 계약을 해지할 수 있도록 거래 조건을 설정하였다. 또한 라이선시가 자신의 지적재산권을 실제로 침해·남용한 경우 이외에도 침해·남용의 우려만 있는 경우에도 계약을 해지할 수 있도록 하였다. 그리고 라이선시가 사전에 보고한 물량과 감사로 확인된 물량의 차이가 미미한 경우에도 라이선시에게 손해배상과 제반 감사 비용을 전부 부담하도록 거래 조건을 정하였다. 또한 라이선시가 취득한 이용발명 등 권리에 대해 돌비에 배타적 양수권을 부여하고 제3자에 대한 사용권(라이선스) 허여를 금지하는 거래 조건을 정하였다.

공정위는 위와 같은 돌비의 라이선스 계약 내용이 불공정한 거래 조건을 설정·유지하는 방식으로 거래 상대방에게 불이익을 제공하는 행위에 해당한다고 판단하였다.

## 2. EBS의 판매강제 및 거래지역제한 행위(공정거래위원회 의결 제2016-024호, 2016. 1. 26.)

공정위는 한국교육방송공사(EBS)의 판매강제 및 거래지역제한 행위를 이유로 EBS에게 시정명령 및 과징금 총 3억 5,000만원을 부과하였다.

공정위의 판단에 따르면, EBS 교재를 수능 시험과 연계시킨다는 정부 정책에 따라 EBS는 고3 참고서 시장의 독점력을 획득한바, EBS는 이를 이용하여 총판(비전속 대리점)에게 EBS의 수능 비연계 교재(초등·중학·고교 1·2학년 용)를 판매하도록 강제하였다. 특히 EBS는 총판 평가 지표를 설정하면서, 수능 연계 교재에 비하여 잘 팔리지 않는 수능 비연계 교재의 판매 실적에 대하여 수능 연계 교재의 최대 5배에 달하는 점수를 배정하고, 평가 점수가 저조하면 총판계약을 종료(“퇴출 조치”)하는 등 불이익을 가하였다는 것이다. 또한 공정위는 EBS가 총판별로 각각의 판매 지역을 설정한 후 다른 지역에 교재를 공급하는 총판에 대해서는 경고하거나 경위서를 징구하는 등의 강제 수단을 통해 거래 지역을 엄격히 제한하였다고 판단하였다.

## 3. 한국존슨앤드존슨의 콘택트렌즈 재판매가격 유지행위(대법원 2015. 11. 12. 선고 2015두44066 판결)

대법원은 2015. 11. 12., 아큐브 콘택트렌즈의 재판매가격 유지행위 등과 관련하여 (주)한국존슨앤드존슨(이하 “존슨앤드존슨”)이 공정위를 상대로 제기한 시정명령 및 과징금부과처분 취소소송에서 원고 패소 판결을 선고하였다.

공정위는 2014. 5. 26. 존슨앤드존슨이 안경원에게 공급하는 아큐브 콘택트렌즈의 최저 재판매가격을 사전에 정해주고 지정 가격 이하로 팔지 못하도록 강제한 행위 및 해당 제품을 비거래 안경원에 팔지 않는 조건

을 부과한 행위가 공정거래법 제29조 제1항의 '재판매가격유지행위' 및 제23조 제1항의 '구속조건부 거래행위'에 해당한다고 판단하여, 존슨앤존슨에 과징금 총 18억 600만 원을 부과하고 시정명령을 내렸다.

존슨앤존슨이 공정위의 위 처분에 대하여 불복하고 법원에 제기한 소송에서, 대법원은 ① 존슨앤존슨이 정한 최저 소비자 판매가격을 거래 안경원에게 알려주고, 존슨앤존슨의 직원이 지정가격 준수 여부를 점검하여 위반사실이 발견되면 공급을 중단하는 조치를 취한 것은 재판매가격유지행위에 해당하고, ② 거래 안경원이 비거래 안경원에게 아큐브 콘택트렌즈를 판매하지 못하도록 약정하고 이를 위반하는 경우 제품 공급을 일시적으로 중단한 행위는 재판매가격유지를 목적으로 하는 행위로서 공정한 거래를 저해할 우려가 있다고 판단한 원심(서울고등법원)의 입장을 유지하였다.

# 제5장

## 사적소송 분야의 입법 및 판례동향

홍대식\*

### I. 개관

한국의 경쟁법은 주로 공정거래위원회(‘공정위’)에 의하여 집행된다. 그러나 사적소송이 최근에 급속히 증가하였는데, 반경쟁적인 행위를 방지하는 사적원고들의 역할을 촉진하는 법 개정도 일부 영향을 미쳤다.

사적소송의 증가에 기여한 한 가지 주요한 제도적 발전은 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(‘공정거래법’)에 의한 반독점 손해배상소송을 제기하기 위해서 공정위의 시정조치가 선확정되도록 한 요건을 폐지한 것이다. 2004년의 공정거래법 개정 전에는 원고들은 법 위반행위에 대한 사적소송을 제기하기 위해서는 공정위의 시정조치가 확정될 때까지 기다리도록 요구되었다. 공정위 처분에 대한 불복이 있는 경우에는 원고들이 소를 제기하기 위해서는 불복절차가 종결되어 시정조치가 확정될 것이 요청되었다. 그러나 개정된 공정거래법은 이 요건을 폐지하여 원고들이 언제라도 공정거래법에 의한 손해배상청구를 자유롭게 제기할 수 있게 되었고, 공정위에 의한 사건 조사 중에도 소 제기가 가능해졌다.

### II. 입법 및 정책동향

#### 1. 일반 절차

제도의 발전에도 불구하고 공정거래법 위반행위에 대한 사적소송은 공정위의 위반사실 인정 없이는 거의 제기되지 않는다. 집단소송제도와 광범위한 증거개시절차가 없기 때문에 공정위의 공정거래법 위반사실 인정 없이는 사적 개인의 소송수행 부담이 상당히 크다.

공정위의 위반사실 인정에 따르는 사적소송은 그러한 장애를 우회하게 해준다. 공정위 절차가 종결되면, 공정위의 사실인정은 비록 법원이 공정위가 인정한 사실에 구속되는 것은 아니지만 법원에 의하여 사실로서 추정될 수도 있다. 공정위의 사실인정에 따르는 위반사실의 추정으로 인하여 원고들은 계속적인 행정소송에도 불구하고 손해배상소송을 제기할 유인을 갖는다. 공정위는 법원의 요구가 있으면 당해 사건의 기록을 송부하여야 한다. 따라서 공정위의 조사가 전에 이루어진 사건의 경우 공정위가 이용한 것과 본질적으로 같은 증거가 공정위 절차에서의 피심인을 상대로 한 사적소송에서도 이용된다.

\* 서강대학교 법학전문대학원 교수

이런 측면은 자진신고자에게는 우려의 원인이 될 수 있다. 비록 공정위에 제출된 증거가 영업비밀로 취급된다고 하더라도 공정위가 후속소송에서 그러한 요구를 받은 경우 수집된 증거를 법원에 제출하는 것을 거부할 법적 근거가 없다. 이러한 증거제출 요건으로부터 자진신고서류를 예외로 하는 제도적 장치를 도입하지는 논의는 있지만, 해결책이 아직은 시행되고 있지 않다.

## 2. 손해액 산정

공정거래법은 법원에 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과에 기초하여 상당한 손해액을 인정할 수 있는 권한을 부여한다. 다수의 원고들이 각각 상대적으로 소액의 손해를 입은 경우, 이 조항은 법원이 일정한 금액을 손해액으로 인정함으로써 피고의 행위로부터 발생한 정확한 손해액을 입증해야 하는 원고의 부담을 경감해줄 수 있게 한다. 법원은 각 개인의 손해액이 상대적으로 작았던 교복담합 사건에서 구매자에 대한 손해액을 인정하면서 이 조항을 이용하였다.

그러나 법원은 손해액 산정에서의 입증부담의 경감을 인과관계 입증에 확대하는 것에는 신중하다. 예컨대, 마이크로소프트의 시장지배적 지위 남용행위로 인한 손해배상청구 사건에서 법원은 메신저 기반 사업 활동의 폐지로 초래된 원고들 주장의 손실은 대부분 실현되지 않은 이익에 기초한 손실이라는 점에서 원고들이 공정위가 인정한 마이크로소프트의 위반행위와 이런 손실 간의 인과관계를 입증하지 못하였다고 판단하였다.

손해액을 추산하는 법원의 권한이 개인 원고에 대하여 사적소송에 대한 접근을 보다 가능하게 해주었다면, 손해액 추산에서 경제분석의 사용은 군납유류 입찰담합 사건에서와 같이 청구된 손해액이 막대한 금액인 사건에서 주된 쟁점이 되고 있다. 한국 법원은 민사소송에서의 손해액 산정에 일반적으로 가정적 상황('but for') 접근법을 채택하고 있다. 즉 대법원은 사적소송의 손해액은 '피고의 위법행위가 없었을 경우 존재하였을 원고의 재산상태와 그 위법행위가 가해진 재산상태의 차이'를 말한다고 판시한다. 그러나 그 차이를 평가하기 위하여 이용되어야 할 적절한 경제적 접근법에 대하여는 논란이 있다. 군납유류 입찰담합 사건에서 서울중앙지방법원은 중회귀분석 모형을 이용한 계량경제학적 분석방법에 의하여 추정된 가상 경쟁가격에 기초하여 손해액을 산정하였다. 반면에, 서울고등법원은 계량경제학적 분석방법의 현실적 제약을 고려하여 법원이 구체적인 사건에서 현실적합성이 높은 결론을 얻을 수 있는 가장 합리적인 방법을 선택해야 한다고 판단하면서 '변형된' 표준시장 비교방법을 채택하여 손해액을 산정하였다. 이에 대하여 대법원은 범위반행위가 없었을 경우에 형성되었을 가격은 그 행위가 발생한 당해 시장의 다른 가격형성요인을 그대로 유지한 상태에서 그 행위로 인한 가격상승분만을 제외하는 방식으로 산정하여야 한다고 판시하였다. 이를 전제로 대법원은 이 사건에서 경제적 요인의 변동이 있었음에도 그 변동요인이 가격형성에 미친 영향을 제외한 가상 경쟁가격의 산정이 되지 않았다는 이유로 서울고등법원의 판단을 번복하였다.

## 3. 그 밖의 쟁점

3배배상이나 다른 형태의 징벌적 배상은 공정거래법에는 아직 도입되지 않았다. 공정거래법 하에서는 사업자 또는 사업자단체만이 범위반행위에 대한 손해배상책임을 진다. 따라서 범위반행위가 사업자의 개인

피용자에 의하여 행해진 경우에도 개인에 대한 사적소송은 공정거래법에 의해서는 제기될 수 없다. 반대로 공정거래법 위반행위로 인한 손해를 입었다고 주장하는 자는 누구나 그가 직접구매자인지 여부와 관계없이 소를 제기할 자격이 있다.

손해전가의 항변(pass-on defense)은 한국에서 공정거래법 위반행위에 대하여 명시적으로 정립되어 있지 않다. 밀가루 담합 사건에서 대법원은 제품 가격의 인상으로 인한 수요 감소를 무릅쓰고 비용을 전가할 것인지 여부는 원고의 별도의 판단에 따른 것이라는 사정 등에 근거하여 담합으로 인한 밀가루 가격 상승에 따른 원고의 손해와 원고가 제품 가격의 인상에 의하여 취득한 가액 사이에는 상당인과관계가 없다고 판단하여 손해전가의 항변을 배척하였다. 그러나 법원은 손해액이 소비자에게 전가된 사실을 인정하고 그 전가액을 고려할 때 원고가 뜻하지 않은 이익을 얻게 하는 것은 손해배상의 이념에 반한다는 점에서 손해액을 일부 감액하는 방식으로 손해전가의 항변을 인정하는 것과 유사한 효과를 얻게 하였다. 한편 대법원은 이른바 간접 구매자도 범위반행위와 자신의 손해 사이에 상당인과관계가 인정되는 한 범위반행위를 한 사업자에 대하여 손해배상청구를 할 수 있다는 점을 명시적으로 확인하였다.

### Ⅲ. 주요 사건

2015년에는 새로운 판시사항이 적용된 대법원 판결은 없었으나, 손해액 산정방법에 관한 주목할 만한 하급심판결이 있었다. 국민건강보험공단 대 동아에스티 외 1 사건은 한국에서 최초로 역지불합의에 의한 부당한 공동행위가 인정된 공정위 사건에 대한 후속소송인데, 이 사건에서 서울서부지방법원은 위법행위가 없었을 경우의 재산상태를 산정하는 방법으로 시장점유율의 변화를 예상 판매량으로 환산하여 손해액수를 환산하는 시장점유율 이론을 채택하였다. 이러한 판단은 의약품 가격 형성의 특성상 가격에 영향을 미칠 다른 요소가 개입될 여지가 거의 없다는 점에 근거하였다. 그에 따라 법원은 피고가 적어도 이 사건 합의가 있었던 실제 상황에서 가장 실적이 좋았던 업체와 유사한 수준의 경쟁력을 가졌을 것으로 봄이 상당하다고 보고, 이를 전제로 이 사건 합의가 없었을 경우의 시장점유율을 추정할 수치에 근거하여 손해액을 산정하였다.

제4부.

한국에서의 지식재산권과 관련한  
공정거래법 집행 동향

# 한국에서의 지식재산권과 관련한 공정거래법 집행 동향

구본천/김진오\* /최지현\*\*

## I. 개관

독점규제 및 공정거래에 관한 법률(“공정거래법”) 제59조는 지식재산권의 정당한 행사라고 인정되는 행위에 대하여는 공정거래법을 적용하지 않는다고 규정하고 있으며, 이에 기초하여 한국 공정거래위원회(“공정위”)의 지식재산권의 부당한 행사에 대한 심사지침(“지재권 심사지침”)은 외형상 지식재산권의 정당한 행사로 보이더라도 그 실질이 지식재산 제도의 취지를 벗어나 제도의 본질적 목적에 반하는 경우에는 정당한 지식재산권의 행사로 볼 수 없어 공정거래법의 적용대상이 될 수 있다고 규정하고 있다.

한국 공정위는 2000년대 중반 이후 지식재산권 남용을 중요한 공정거래법 집행분야 중 하나로 인식하고 지속적으로 관련 규정과 기준을 정비하고 적극적으로 반경쟁적인 남용행위를 규제해 왔다. 구체적으로, 2010년 4월 지재권 심사지침의 전면재정을 통해 종래 라이선스 계약상 부당한 조건 규제 위주의 내용에서, 특허풀 및 기술표준 관련 남용행위, 특허소송의 남용행위, 특허분쟁의 부당한 합의 등 새롭게 문제되는 지식재산권 이슈들을 포괄하면서 동시에 외국사업자의 행위 또한 규율 할 수 있도록 내용을 크게 보강하였고, 2012년에는 표준특허와 라이선스 계약에 대하여 별도의 가이드라인을 제정하였다. 2010년 이후 제약분야, 기계분야 및 화학분야에 대한 특허권 남용 실태조사를 진행하였고, 국내외 제약회사 및 IT회사의 지재권 행사와 관련된 사업활동을 공정거래법 위반으로 판단한 결정들을 내려왔다.

한국 공정위의 지재권 남용에 대한 적극적인 관심은 2014년에도 지속되어, 2014년 12월 17일 특허판리전문회사(Non-Practicing Entity, NPE) 규제, SEP 관련 규정 수정을 위한 지재권 심사지침을 개정하였다. 또한 SEP 관련 규제의 합리성 제고를 위하여, 일부 조항에 대한 추가 개정 및 의견 수렴 절차를 진행하였고, 2016년 3월 추가적으로 개정된 심사지침을 발표하였다. 이와 더불어 공정위는 2015년 MS의 기업결합행위, Dolby의 거래상지위남용행위 등에 대한 적극적인 규제를 하였고, 2016년에도 특허권 남용 우려행위에 대한 지속적인 조사를 계속하고 있는 것으로 보인다.

한편 법원에서는, 2014년 공정위의 2011년 복제약 출시지연 담합건 결정에 대한 대법원 판결이 선고되었는데, 이는 공정거래법 제59조의 적용기준에 대하여 한국의 최고법원이 최초로 판시한 것으로 실무적 의의가 크다고 보여진다.

\* 김장 법률사무소 변호사

\*\* 변호사, U.C. Berkeley School of Law 박사과정생

## II. 입법 및 정책 동향

### 1. 지재권 분야에 대한 경쟁법의 적용

한국의 경쟁법인 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(“공정거래법”) 명시적으로 지식재산권에 의한 정당한 권리행사에 대하여는 공정거래법의 적용을 배제하고 있다. 즉 공정거래법 제59조는 “이 법의 규정은 「저작권법」, 「특허법」, 「실용신안법」, 「디자인보호법」 또는 「상표법」에 의한 권리의 정당한 행사라고 인정되는 행위에 대하여는 적용하지 아니한다.”고 규정하고 있어, 지식재산권 분야에 대한 공정거래법 적용의 제한 및 한계를 스스로 설정하고 있다. 다만 반대로, 지식재산권의 행사라 하더라도 정당하지 않다고 평가되는 경우에는 공정거래법이 적용될 수 있다는 의미를 가진다.

이러한 정당한 권리행사의 의미와 관련하여, 대법원은 “행위의 외형상 특허권의 행사로 보이더라도 실질이 특허제도의 취지를 벗어나 제도의 본질적 목적에 반하는 경우를 의미하고, 여기에 해당하는지는 특허법의 목적과 취지, 당해 특허권의 내용과 아울러 당해 행위가 공정하고 자유로운 경쟁에 미치는 영향 등 제반 사정을 함께 고려하여 판단해야 한다(대법원 2014. 2. 27. 선고 2012두24498 판결)”고 판시하여 특허법에 의한 권리행사의 공정거래법상 정당한 범위에 대하여 판단한 바 있다. 이는 제약 특허권자와 실시자간 담합 혐의에 관한 판결로 공정거래법 제59조의 적용 범위에 관한 대법원의 유일한 판단으로, 지식재산권 분야에 대한 경쟁법 적용 문제를 해결하는 데에 주요한 의미를 가지고 있다.

한국에서 경쟁법을 집행하는 경쟁당국인 공정위 또한 이에 대한 일반 원칙과 구체적 심사기준을 제시하기 위하여 2000년 공정위 예규인 지재권 심사지침을 제정하였다. 지재권 심사지침은 “지식재산권의 정당한 행사라 함은 관련 법률에 따라 허여 받은 지식재산권의 배타적 사용권 범위 내에서 행사하는 것을 말하며, 이러한 경우에는 법 제59조의 규정에 따라 이 법의 적용이 배제된다”고 규정하여 공정거래법 적용의 한계를 재확인하고, “지식재산권의 행사가 정당한 것인지 여부는 특허법 등 관련 법령의 목적과 취지, 당해 지식재산권의 내용, 당해 행위가 관련 시장의 경쟁에 미치는 영향 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 판단한다”고 규정하여 대법원과 유사한 기준을 제시하고 있다.

### 2. 2014년 12월 지재권 심사지침 개정

공정위는 2000년 지재권 심사지침 제정 이후 지식재산권 행사의 공정거래법적 규제에 관한 공정위의 조사 및 판례 등을 반영하고 해외 경쟁당국의 가이드라인 등을 참고하여 5차에 걸쳐 개정해 왔다. 그 과정에서 공정위는 2014. 12. 미국, EU 등 해외 주요 사례를 반영하고 특허청 등 관계 부처와 산업계와 지재권 전문가의 의견을 폭넓게 수렴하여 지재권 심사지침을 대폭 개정하였다. 2014년 개정지침에서는 소위 “Non-Practicing Entity” (“NPE”)와 표준필수특허권자의 특허권 남용행위에 대한 공정거래법 집행의 준거를 마련하였으며, 일반 심사원칙과 남용행위 유형의 체계도 개편하였다. 특히 공정위는 그간 발표한 업무계획에서 이미 NPE 및 표준필수특허와 관련하여 과도한 특허사용료 부과, 부당한 특허사용료 차별 및 일방적 특허침해소송 제기 등으로 오히려 혁신경쟁이 저하되고 국내기업의 부당한 피해가 우려된다고 지적하면서 그러한 특허권 남용방지에 대한 규제계획을 밝혔는데, 2014년 진행된 심사지침 개정은 그에 따른 것이다. 2014년 개정지침의 요지는 아래와 같다.

## (1) NPE 관련 사항

2014 개정지침에서는 NPE를 “특허관리전문사업자”라고 칭하고 이를 “특허기술을 이용하여 상품의 제조·판매나 서비스 공급을 하지 아니하면서 특허를 실시하는 자 등에 대한 특허권의 행사를 통하여 수익을 창출하는 것을 사업활동으로 하는 사업자”로 정의하는 규정을 두었다. 그리고 NPE의 남용행위를 ① 과도한 실시료 부과, ② FRAND 조건의 적용부인, ③ 부당한 조건의 실시계약 합의나 부당한 거절, ④ 부당한 특허소송 제기 및 소송제기 위협, ⑤ 특허권자가 NPE에게 특허권을 이전하여 위와 같은 행위를 하게 하는 사나포션 행위의 5가지 유형으로 구체화하여 제시하였다.

미국과 EU에서 현재 NPE에 대해 범위를 어떻게 할 것인지, 특별한 경쟁법적 규제가 필요한지 등에 대해 활발한 연구와 논의가 이루어지고 있지만, 아직 해당 경쟁당국에서 NPE 규제를 위한 가이드라인을 제정하거나 구체적인 집행계획을 천명하지 않고 있는 상황에서, 한국 공정위의 선제적인 심사지침 개정은 적극적인 규제의지를 보여주는 것으로 해석된다.

## (2) 표준필수특허 관련 사항

표준필수특허(Standard-Essential Patent, “SEP”)를 “표준기술을 구현하기 위한 특허로서, 표준기술을 필요로 하는 상품을 생산하거나 서비스를 공급하기 위해서는 실시허락을 필수적으로 받아야 하는 특허”로 정의하는 규정을 신설하고, 표준필수특허권자의 침해금지청구 관련 규정을 기존의 표준기술 관련 특허권 행사관련 내용에 추가하였다. 즉, FRAND 조건으로 실시허락할 것을 확약한 표준필수특허권자가 실시허락을 받을 의사가 있는 잠재적 실시권자(willing licensee)에 대하여 침해금지청구를 제기하는 것은 특허권 남용행위가 될 수 있음을 규정하고, 표준필수특허권자가 잠재적 실시권자와 실시허락을 위해 성실하게 협상하지 않고 침해금지청구를 제기하는 행위는 부당한 행위로 판단될 가능성이 크다는 점을 명시하였다. 이는 아래에서 설명하는 애플의 삼성전자에 대한 신고 건에서 공정위가 취한 입장과 합치하는 것이고, 최근 외국 경쟁당국과 법원이 라이선스 협상에 성실하게 임한 표준특허권자의 소위 unwilling licensee에 대한 금지청구는 일정한 요건하에 허용하는 것과는 궤를 같이한다고 볼 수 있다. 한편, FRAND 조건으로의 실시허락을 부당하게 회피하는 행위나 실시권자의 특허권 행사를 부당하게 제한하는 행위를 표준필수특허권자의 새로운 유형의 남용행위로 추가하였다.

## (3) 일반 심사원칙과 남용행위 유형의 체계 개편

사업자가 단독으로 지재권을 행사하는 경우에는 그 사업자가 시장지배력을 보유한 경우에 한하여 심사지침이 적용된다는 내용을 추가하여 과거 불공정거래행위 중심의 심사지침을 시장지배적지위 남용행위 중심으로 전환하였다. 또한 남용행위 유형을 특허권 취득부터 행사(소송, 실시허락 등) 순서로 단계적으로 제시하는 체계로 개선함으로써 심사지침의 완결성을 높였으며, 그랜트백(Grantback), 패키지 실시허락(Package Licensing) 등의 위법성 판단기준을 추가하여 지재권 특유의 이슈들에 대한 판단기준을 제시하고 예측 가능성을 높였다.

### 3. 2016년 3월 지재권 심사지침 개정

공정위는 2014년 12월 개정에 이어 2016년 3월에도 심사지침을 추가로 일부 개정하였다. 지식재산권의 행사에 대한 공정거래법의 균형 잡힌 집행을 목표로, 기존 심사지침 중 표준기술 및 표준필수특허의 정의 규정, 규제 대상 및 범위에 관하여 그간 수집된 여러 의견을 반영할 결과물로 보인다.

위 2016년 개정지침은 표준기술의 정의에서 “해당 기술 분야에서 사실상 표준으로 널리 이용되는 기술”을 삭제하여 표준화기구 등이 선정한 표준으로 한정하고, 표준필수특허의 정의에 FRAND 조건으로 실시허락하겠다는 자발적 확약이 요청되는 특허일 것을 요건으로 추가하였다. 이에, 소위 사실상 표준특허(de facto SEP)를 SEP 개념에서 제외하여, 향후 ‘사실상 표준특허’의 행사에 관하여는 일반적인 특허권의 부당한 행사와 동일한 기준으로 위법성을 판단하게 될 것으로 보인다. 이는 기존 지재권 심사지침 중 사실상 표준특허 보유자의 특허권 행사에 대하여 SEP와 동일한 수준의 위법성 판단 기준을 적용하는 것이 특허권에 대한 과도한 제한으로 해석될 수 있다는 의견이 반영된 것이다.

또한 지재권 심사지침의 목적을 “자유롭고 공정한 경쟁 촉진”이라고 명시하고, 라이선스 거절(refusal to license)의 부당성 판단기준을 명확히 규정하는 등 특허권자의 특허권 행사에 우호적인 방향으로 개정된 것으로 평가된다.

### 4. 의약품 허가특허연계제도의 시행

2015. 3. 한미FTA에 따라 미국의 Hatch-Waxman Act와 유사한 제도를 도입하는 방향으로 약사법이 개정되면서, 의약품에 관한 특허권의 등재 및 특허권자에 대한 통지 제도의 개선, 특허 분쟁에 따른 판매금지조치의 마련, 특허분쟁 종결 합의에 대한 신고의무 신설 등을 내용으로 하는 의약품 허가특허연계제도가 시행되었다. 공정위는 이와 관련하여 2016년 업무계획에서, 허가특허연계제도의 전면시행으로 특허권자의 부당한 특허권 행사 가능성 증대되었고, 의료· 제약분야에서 특허권자가 경쟁사인 특허이용자와 합의하여 경쟁제품 출시를 지연·차단하는 행위 등에 대한 감시를 강화하겠다고 언급하였다. 특히, 역지불 합의(reverse payment) 등 모니터링을 위해 제약사간 특허분쟁 종결합의 내용을 15일 이내에 공정위에 신고하도록 하는 제도가 마련됨에 따라 공정위가 제약업계의 지재권 행사와 대하여 보다 적극적으로 개입할 수 있는 여지가 생겼다. 다만, 공정위는 아직 신고 절차 및 신고 내용 검토에 관한 상세한 기준을 공표하지 않아, 향후 공정위의 법집행 방향에 이목이 집중되고 있다.

## Ⅲ. 주요사건

지재권 행사에 관한 경쟁법 집행의 문제가 여러 국가에서 보다 주목을 받고 다양한 관련 사건들이 발생하면서, 한국에서도 최근 수년간 관련 중요 쟁점에 관한 법원의 판결과 공정위의 처분이 있었다. 본 항에서는 최근 있었던 주요 사례의 검토를 통해 한국 법원과 공정위의 주요 관련 쟁점에 관한 입장과 그 의의에 대하여 검토한다.

## 1. 제약특허분쟁 종결 합의의 부당한 공동행위 인정 (대법원 2014. 2. 27. 선고 2012두24498 판결)

## 〈사실관계〉

글로벌 제약사 A사는 항구토제인 X약품을 판매하고 있었고, 국내 제약사 B사는 X약품의 주요 유효성분을 포함한 항구토제인 Y약품을 새로 출시하였는데, A사는 B사의 Y약품이 X약품의 특허를 침해한다는 주장을 하며 특허침해금지청구의 소를 제기하고, B사는 A사를 상대로 특허청에 해당 특허에 관한 소극적 권리 범위확인심판을 청구하였다. 그 후, A사와 B사는 (i) B사가 Y약품의 제조, 판매를 중단하고 특허 관련 청구소송을 취하기로 하는 화해계약, (ii) A사가 B사에 X약품의 국내 공동판매권을 부여하고 B사는 X약품과 동일 또는 유사한 유효성분을 포함하는 약품 및 경쟁관계에 놓일 수 있는 약품의 개발, 제조, 등록, 판매 등을 하지 않기로 하는 계약 및 (iii) A사가 미출시 신약인 Z약품의 국내 독점판매권을 B사에 부여하면서, 실제 판매량과 무관하게 A사가 B사에게 매년 1억원의 정액 인센티브를 5년간 제공하는 내용의 공급계약을 체결하였다. 이후 (ii) 및 (iii)의 계약이 이행되어 B사는 실제 국내에서 Y약품 및 Z약품을 공급하게 되고, 두 계약이 서면으로 갱신된 후 계약 기간 만료일인 2008. 12. 및 2010. 1. 이후에도 이행이 묵시적으로 계속되었다. X약품의 유효성분에 관한 제조방법특허의 만료일은 2005. 1. 25. 이었다.

이에 대하여 공정위는 A사와 B사의 위 화해계약과 (ii) 및 (iii) 공급계약 세 건을 하나의 공동행위로 보면서, 관련 시장에서 부당하게 경쟁을 제한하는 담합이라는 이유로 시정명령 및 과징금을 부과하였다. 이에 A사와 B사는 해당 처분이 위법하다는 이유로 법원에 처분취소소송을 제기하였다.

## 〈판단〉

이 사건에서 서울고등법원, 대법원은 관련시장 및 점유율에 관하여, 특정 계열 항구토제 시장에서 A사는 시장점유율이 47%이고 2위 제품과 시장점유율 합계 90%를 상회하여 시장지배적 사업자의 지위에 있고, A사 제조 X약품의 주요 유효성분이 포함된 항구토제 시장에서는 B사의 Y약품 출시 전에는 독점 사업자였다는 점을 인정하였다. 또한, 대법원은 부당한 공동행위에 해당되기 위하여는 관련 시장에서 당해 행위로 인한 경쟁제한성이 인정되어야 한다고 하면서, A사와 B사의 화해계약 및 X약품에 관한 (ii) 공급계약은 ‘오리지널 제약사가 특허 관련 소송비용보다 훨씬 큰 규모의 경제적 이익을 제공하면서 그 대가로 경쟁제품을 시장에서 철수하고, 특허기간보다 장기간 그 출시 등을 제한하기로 한 것으로서 특허권자가 자신의 독점적 이익의 일부를 침해자에게 제공하는 대신 자신들의 독점력을 유지함으로써 공정하고 자유로운 경쟁에 영향을 미친 것’으로 경쟁제한성이 인정되어 부당한 공동행위에 해당한다고 판단하였다. 한편, Z약품에 관한 (iii) 공급계약에 관하여, 공정위와 서울고등법원은 A사와 B사의 부당한 공동행위의 일부라고 인정하였으나, 대법원은 공정위의 처분에서 Z약품에 관한 관련시장이 획정되지 않았고 경쟁제한성의 근거도 제시되지 않아 위법한 처분이라고 판단하며, 이 부분에 관한 공동행위 성립을 인정한 원심을 파기하였다.

위 대법원 판결은 공정거래법 제59조의 의미와 적용 한계에 대해 최초로 최고법원의 입장을 제시하여, “특허권의 정당한 행사라고 인정되지 아니하는 행위란 행위의 외형상 특허권의 행사로 보이더라도 실질이 특허제도의 취지를 벗어나 제도의 본질적 목적에 반하는 경우를 의미하고, 여기에 해당하지는 특허법의 목적과 취지, 당해 특허권의 내용과 아울러 당해 행위가 공정하고 자유로운 경쟁에 미치는 영향 등 제반 사정을 함께 고려하여 판단해야 한다”고 판시하였다. 또한, 특허분쟁 종결합의가 부당한 공동행위인지 여부를 판단함에 있어, 관련 시장 획정 및 해당 관련 시장 내에서의 경쟁제한성 검토가 필요하다는 기준을 제시함으로써, 위법성 판단기준에 관하여 당연위법의 원칙이 아닌 합리의 원칙에 가까운 입장을 보였다고도 평가될 수 있다.

## 2. 표준필수특허에 관한 금지청구의 위법여부에 대한 판단 (공정위의 2014. 2. 무혐의 결정)

### 〈사실관계〉

삼성전자는 양사 간 특허분쟁을 해결하기 위한 협상 진행 도중 애플이 2011년 4월 15일 미국에서 삼성전자를 상대로 디자인권 및 비표준특허의 침해금지 및 손해배상을 구하는 소송을 제기하자, 2011. 4.경 서울중앙지방법원에 애플을 상대로 제3세대 이동통신 기술과 관련한 4개 표준필수특허 및 1개 비표준특허의 침해금지 및 손해배상을 구하는 소송을 제기하였다. 이에 애플은 2012. 4. 삼성전자가 표준특허에 근거하여 금지청구를 제기함으로써 시장지배적 사업자가 특허침해 소송을 부당하게 이용하여 사업활동을 방해하였다고 공정위에 신고하였다. 또한 애플은 삼성전자의 이러한 행위는 필수요소에 관한 접근 거절에도 해당하고 기술표준화 과정에서 특허정보의 공개의무를 위반했으므로 이는 시장지배적지위 남용행위 및 불공정거래행위인 사업활동 방해 등에 해당한다고 주장하였다.

### 〈판단〉

공정위는 약 2년 가까이 심사한 후 2014. 2. 무혐의 결정을 내렸다. 무혐의 결정의 경우 서면 의결서가 공개되지 않아 공정위 결정의 상세한 근거와 논리를 확인하기는 어려우나, 공정위는 이 사건에서 무혐의 결정에 관하여는 이례적으로 상세한 보도자료를 배포하여 이를 통해 결정의 주요 근거를 살펴 볼 수 있다. 공정위는 우선 관련시장에 관하여, 삼성전자가 애플을 상대로 제기한 소송의 근거인 4개의 표준특허가 각기 개별 기술시장을 구성한다고 보고, 삼성전자는 각 해당 기술시장에서 독점력을 보유하고 있다고 판단하였다. 또한, 삼성전자가 국내 이동통신기기 시장에서 지배력을 행사하는 시장지배적 사업자라고 확인하였다. 다만, 기술시장 및 이동통신기기 시장 간의 관계, 독점력의 전이 여부, 양면시장성 등에 관하여는 의견이 제시되지 않았다.

공정위는 (i) 협상결과를 종합적으로 고려할 때 잠재적 실시자인 애플은 협상에 성실히 임했다고 보기 어려운 반면, (ii) 표준특허권자인 삼성전자가 금지청구소송 제기 전후로 다양한 실시조건들을 애플에게 제안하였고, 애플이 제시한 실시료율과의 격차를 해소하기 위한 실질적인 협상을 진행하였으며, 실시료율은 다양한 요인에 의해 결정되는 만큼 제한한 실시료율이 FRAND 조건에 위반되는 과도한 것으로 보기 어렵다는 점에서, 협상을 성실히 이행하지 않았다고 보기 어렵다고 판단하였다. 결국 표준필수특허권자의 침해금지 청구가 사업활동 방해에 해당되기 위해서는 특허침해 소송을 부당하게 이용함으로써 다른 사업자의 생산, 판매 등의 활동을 어렵게 하여야 하나, 본건은 특허권자인 삼성전자의 정당한 권리행사의 결과로 볼 수 있으므로 부당한 사업활동 방해라고 보기 어렵다는 결론 내렸다. 다만, 삼성과 애플의 분쟁에 관하여, 유럽연합 경쟁당국은 삼성전자의 표준특허 행사가 위법하다는 취지의 심사보고서를 발부한 것으로 보도되는 등 각국에서 사실상 동일한 사안에 관하여 서로 다른 결론이 내려진 바 있다.

이 사안은 표준특허권자의 침해금지 청구가 지식재산권의 남용행위로서 공정거래법에 위반되는지 여부를 판단한 최초의 사례로서 앞서 본 2014년 지재권 심사지침 개정의 토대가 되었다

### 3. MS - 노키아 기업결합사건에서의 동의를결에 따른 승인 (공정위 2015. 8. 결정)

#### 〈사실관계〉

2013. 9. MS가 노키아의 휴대폰 단말기 사업부문을 인수하는 계약을 체결하고, MS는 본건 기업결합에 대하여 2013. 11. 공정위에 승인을 요청하는 신고서를 제출하였다. 동 인수계약을 통하여 모바일 관련 특허를 다수 보유한 MS가 직접 단말기까지 생산하게 되어 국내 스마트폰 업체들과 경쟁 관계에 있게 되었고, 노키아는 기존 보유하고 있던 특허권은 그대로 보유하면서 제조업 부문을 양도하는 효과가 발생하게 되었다.

#### 〈판단〉

공정위는 본 기업결합사건에서, MS의 특허남용 가능성을 차단하는 내용의 동의를결을 조건으로 최종 승인하였고, 노키아가 결합 후에도 계속 보유하게 되는 특허권은 기업결합 심사 대상에 포함되지 않는다고 판단하여 노키아에 대하여는 심사를 하지 않기로 결정하였다.

즉 공정위는 국내 스마트폰 제조업체들과 경쟁관계에 있게 되는 MS가 경쟁 업체들에게 특허권을 남용할 우려가 있고, 또한 MS가 특정 스마트폰 업체와 체결한 사업제휴계약이 경쟁사 간 영업정보 교환의 근거가 되어 경쟁을 저해할 우려도 있다고 판단하였다. 이에 MS는 경쟁제한 우려를 자발적으로 해소하는 내용의 시정방안 제출과 함께 동의를결을 신청하였고 이에 공정위는 다음과 같은 조건을 주된 내용을 기업결합을 승인하였다.

표준특허(SEP)에 대하여는 FRAND 조건을 항상 준수하고, 국내 스마트폰/태블릿 제조사에 대해 국내 외에서 판매금지, 수입 금지 소송을 제기하지 않기로 약속

비표준특허(non-SEP)에 대해서는 특허 사용료를 현행 수준 이하로 하고, 향후 5년간 양도를 금지하며, 국내 스마트폰/태블릿 제조사에게 국내외에서 판매 금지, 수입 금지 소송을 제기하지 않기로 약속

MS가 특정 국내 스마트폰 업체와 맺은 사업제휴계약과 관련하여 신제품 개발, 마케팅 계획 등 경쟁상 민감한 영업 정보 교환 관련 조항을 삭제하고 향후 이러한 영업 정보를 교환하지 않기로 약속

이러한 공정위의 처분은 표준필수특허뿐만 아니라, 비표준특허까지 시정 대상에 포함시켰다는 점, 본건 기업결합의 관련시장을 모바일 단말기, OS 시스템, 특허기술 시장으로 나누어 확정하여 스마트폰뿐만 아니라 태블릿 관련 특허, MS 계열회사가 보유한 특허도 시정방안 적용 대상에 포함시키고 국내뿐만 아니라 해외에서의 판매 금지 소송도 제한하였다는 점, 기업결합 사건에 동의를결제도를 적용한 최초의 사례라는 점에서 의의가 있다고 볼 수 있다.

특히, 미국과 EU 등 본건 기업결합을 심사한 다른 경쟁당국에서는 조건 없이 승인을 하였음에도, 한국 공정위는 동의를결을 통해 일정 조건을 부과하였다는 점이 특징적이며, 이는 본건 기업결합에 대하여 조건부로 승인한 중국 경쟁당국의 판단과 유사한 것으로 보인다. 한국과 중국 모두 SEP뿐 아니라 기술적, 상업적으로 필수적이라고 판단되는 non-SEP에도 일정 제약을 가할 수 있다고 보고 있는 것으로 생각된다. 다만 이러한 판단은 앞서 본 대로 SEP가 아닌 특허에 대하여 SEP와 동일한 수준의 규제를 가한 것으로 국내외에서 많은 논란을 불러 일으켰으며, 이에 2016년 지적권 심사지침의 개정으로 인하여 표준화 기구에 자발적인

FRAND 확약을 한 SEP와 그 외 특허들을 차별화하게 되었다. 앞으로 SEP가 아닌 특허들에 대한 공정위 규제를 눈 여겨 보아야 할 것이다.

다만 공정위는 노키아에 대하여는 양도인으로서 본 기업결합으로 인하여 본래 보유하고 있는 특허를 계속 보유하게 된 것으로 공정거래법상 기업결합 심사대상에 포함되지 않는다고 판단하였다. 이는 노키아가 휴대폰 단말기 사업을 매각함으로써 기존에 보유하고 있는 특허남용 우려 및 경쟁제한성이 발생하였다는 이유로 FRAND 원칙 준수 의무를 부과한 중국 경쟁당국과는 다른 판단을 한 것이다.

#### 4. Dolby의 라이선스 계약에 대한 시정명령 부과 (공정위 2015. 8. 결정)

##### 〈사실관계〉

Dolby는 디지털 오디오 코딩 기술에의 표준기술을 보유하고 있으며, 세계 각국의 디지털 방송 및 DVD 등 매체의 표준화 기구에서 오디오 코딩 표준으로 채택한 기술인 AC-3 기술에 대한 라이선스 권한을 가지고 있어, 관련 디지털 오디오 제품을 생산하기 위해서는 반드시 Dolby의 허락을 받아야 한다. Dolby는 국내 업체들과의 라이선스 계약을 통해, (i) 라이선시가 Dolby가 보유한 특허효력/소유를 다룰 수 없고, 라이선시가 특허의 유효성을 다룰 경우 계약을 해지할 수 있고, (ii) 라이선시가 Dolby의 지식재산권에 대한 침해/남용의 '우려'만 있는 경우에도 계약을 해지할 수 있으며, (iii) 불공정한 손해배상 및 감사비용 분담 기준을 적용하고, (iv) 라이선시가 Dolby의 특허기술에 기반하여 개발할 권리에 대해 Dolby에 배타적 양수권을 부여하고 제3자에 대한 라이선스를 금지하고, 이를 위반할 경우 계약을 해지할 수 있게 하는 등의 조건을 부과하였다.

##### 〈판단〉

공정위는 Dolby가 해당 기술을 사용하려는 한국 사업자와 체결하는 라이선스 계약의 위와 같은 조항들이 불공정한 거래조건임을 이유로 해당 조건들을 수정할 것을 명하였다. 공정위는 Dolby가 (i) 특허의 효력 등에 대한 부정 의무를 부과한 것, (ii) 지적 재산권 침해 우려만으로도 계약 해지가 가능하도록 거래 조건을 설정한 것, (iii) 불공정한 손해배상 및 감사비용 분담 기준을 설정한 것, (iv) 사용권을 받은 사업자가 취득한 이용발명 등 사업자의 권리를 처분·행사하는 데에 제한을 가한 행위 등이 거래상지위 남용행위로서 위법하다고 판단하였다. 이에 공정위는 Dolby에 위와 같은 부당한 거래조건을 부과하는 행위를 금지하고, 이미 체결된 라이선스 계약에 대하여는 해당 조건들을 수정하여 다시 계약을 체결할 것을 명하고, 다만 실제 그러한 조건이 시행된 사실은 없다는 이유로 과징금을 부과하지는 않았다.

Dolby에 대한 공정위 처분은 표준기술을 보유한 사업자에 대한 공정거래법 적용 및 규제라는 점에서 의의가 있으며, 공정위 또한 보도자료를 통하여 표준기술 보유 사업자의 불공정한 행위에 관한 감시를 강화하고 법 위반 행위가 적발될 경우 엄중하게 제재할 계획이라고 밝힌 바 있어, 앞으로도 적극적인 규제가 지속될 것으로 예상된다.

다만 공개된 의결서상 Dolby가 표준기술을 보유하고 있는 점과 해당 기술 시장에서의 점유율 및 지위 등에 관한 명확한 판단 없이 Dolby가 라이선스들에 대하여 “상대적으로 우월한 지위 또는 적어도 상대방과의 거래활동에 상당한 영향을 미칠 수 있는 지위” 즉, 불공정거래행위의 성립을 위한 ‘거래상 지위’를 바로 인정하고 있어, 표준특허 관련 시장지배적 지위 인정 여부에 관한 기준은 다른 사안에 대한 공정위의 판단을 기다

려야 할 것으로 보인다. 또한 적용범위를 시장지배적지위 남용행위에 한정하고 있는 지재권 심사지침의 불공정거래행위 판단 기준으로서의 활용 가능성에 대하여, “지재권 심사지침은 지재권 행사에 대한 법 적용의 일반원칙과 구체적 심사기준을 제시하기 위한 용도로 마련된 것이라는 점, (불공정거래행위인) 거래상 지위 남용행위와 시장지배적 사업자의 남용행위는 법 위반의 논리적 구조가 유사한 측면이 있는 점” 등을 고려하여, 결국 불공정거래행위 판단 기준으로 지재권 심사지침이 참고되었다고 설명하고 있는 점이 주목된다.

# 부록

## 부록 1.

한국 지적재산권법 관련 통계자료

## 부록 2.

한국 경쟁법 관련 통계자료

## 부록 1

한국 지적재산권법 관련 통계자료<sup>1</sup>

최지필\*

표) 최근 5년간 권리별 출원 현황

(단위: 건, %)

구 분	2011	2012	2013	2014	2015	YoY[%]
특허	178,924	188,915	204,589	210,292	213,694	1.6
실용신안	11,854	12,424	10,968	9,184	8,711	△5.2
디자인	56,524	63,135	66,940	64,413	67,954	5.5
상표	134,234	142,176	159,217	160,663	185,443	15.4
합 계	<b>381,536</b>	<b>406,650</b>	<b>441,714</b>	<b>444,552</b>	<b>475,802</b>	<b>7.0</b>

## I. 특허

## 1. 특허출원수

2015년 특허, 실용신안, 디자인, 상표 등 지적재산권에 대한 총 출원건수는 475,802건으로 전년대비 7% 증가하였다. 이 중 특허출원은 총 213,694건으로 전년대비 1.6% 증가하여 2009년 이후 지속적으로 성장세를 이어가고 있지만, 전세계적 특허출원 둔화 추세에 따라 증가폭은 둔화되고 있다. 한국의 특허출원은 세계 4위 수준이다. 2015년 특허출원의 심사종결처리 건수는 149,620건(전년대비 15.6% 감소)이었으며, 거절결정률은 35.4%였다.

## 2. 특허등록수

2015년에 지적재산권에 대한 총 등록건수는 274,446건으로 전년대비 4.9% 감소하였다. 이 중 특허등록건수는 101,873건으로 전년대비 21.5% 감소하였다.

\* ICR 센터 연구원.

1. 특허청, 2015 지식재산 백서 (2016) 참조.

[http://www.kipo.go.kr/kpo/user.tdf?a=user.html.HtmlApp&c=3072&catmenu=m04\\_02\\_03](http://www.kipo.go.kr/kpo/user.tdf?a=user.html.HtmlApp&c=3072&catmenu=m04_02_03).

### 3. PCT 특허출원 및 등록수

2015년 12월 WIPO 잠정 통계에 따르면 PCT 국제특허출원건수는 2014년에 비해 1.7% 증가한 218,000건으로 잠정 집계되었는데, 그 중 2015년에 한국 특허청에 접수된 PCT 국제출원은 14,549건으로 전년대비 11.1% 증가하였다. 다출원국가 순위는 미국, 일본, 중국, 독일에 이어 전년과 같은 5위를 유지하였다.

PCT 국제출원에서 한국이 차지하는 비중은 2014년 6.1%에서 6.7%로 증가하는 추세이며, 한·중·일 3국의 비중도 2014년 37.9%에서 2015년 40.7%로 지속적으로 높아지고 있다. 2015년 세계 10대 PCT 다출원 기업에 한국 기업이 2개(삼성전자, 엘지전자) 포함되어 있다.

## II. 상표

2015년에 상표등록출원은 185,443건으로 전년대비 15.4% 증가하였으며, 디자인등록출원은 67,954건으로 전년대비 5.5% 증가하였다.

2015년 전 세계 마드리드 국제상표출원 49,273건 중 한국을 본국관청으로 한 것은 835건(전년대비 24.4% 증가)이었으며, 마드리드 국제등록상표 51,938건 중 한국을 본국관청으로 한 것은 924건이었다.

2015년에 헤이그시스템을 통한 국제디자인 출원분야국가별 순위에서 한국은 1,282건(디자인 수준)으로 독일(3,453건)과 스위스(3,316건), 프랑스(1,317건)에 이어 세계 4위를 차지하였으며, 한국 기업인 삼성전자는 1,132건을 출원하여 기업별 순위 1위를 차지하였다.

## III. 저작권

2015년에 37,495건의 저작물이 저작권위원회에 등록되었으며, 4년 이상 3만건 이상을 기록하며 완만한 성장세를 이어가고 있다.<sup>2</sup>

## IV. 한국의 지적재산관련 소송

2015년에 특허법원은 878건의 특허소송사건을 접수하였으며, 이 중 446건이 특허 사건이다.<sup>3</sup> 특허법원에 접수되는 사건 수는 2011년 이후 지속적으로 감소하고 있다. 특허법원은 822건을 처리하였으며, 이 중 223건에 대해 상고가 제기되었다. 상고율은 37.2%로 전년과 같다. 2015년에 대법원에는 240건이 접수되었으며 257건이 처리되었다. 특허소송사건에서 평균처리기간은 특허법원 판결 사건의 경우 평균 225.5일이고, 대법원 판결 사건의 경우 평균 159.2일이었다.

2. <http://www.copyright.or.kr/information-materials/statistics/registration/index.do>.

3. 법원행정처, 2016 사법연감, 2016. 563-564, 646, 888면.

특허심판원에 대한 심판청구건수는 전년 대비 16.7% 증가한 13,986건이었으며, 이 중 특허·실용신안 사건은 전년대비 23.4% 증가한 9,364건이었다. 의약품 허가-특허 연계 제도 시행 이후 관련 심판청구건수가 2013년 49건에서 2014년 216건, 2015년 1957건으로 급증하는 추세에 있다는 점을 주목할 필요가 있다.<sup>4</sup> 특허 무효심판 인용률은 감소세이지만 2015년에도 45.0%로 일본의 2배 이상이었다. 특허심판원의 심결에 불복하여 특허법원에 제소한 비율은 13.8%이었으며, 특허법원의 심결취소율은 24.2%였다.

---

4. 특허청 2016.3.14보도자료, 의약품 허가-특허 연계제도 시행 1년

## 부록 2

# 한국 경쟁법 관련 통계자료<sup>1</sup>

최지필\*

### I. 공정거래위원회

공정거래위원회는 2015년 적극적인 법집행성과를 인정받아 2016년 Global Competition Review의 경쟁당국 평가에서 처음으로 5점 만점에 5점을 획득하여 세계 최고 수준의 경쟁당국으로서의 위상을 인정받았다.

2015년에 공정거래위원회는 총 4,367건의 사건(전년 대비 9.2% 증가)을 처리하였으며, 그 중 2,661건에 대해 경고 이상의 조치를 하였다.

표) 최근 3년간 조치(경고이상 현황)

(단위: 건, %)

	분류	2013	2014	2015	YoY(%)
공정거래법	시장지배적 지위 남용	0	0	5	
	기업결합제한	21	39	24	Δ38.5
	경제력집중억제	45	63	97	54.0
	부당공동행위	45	76	88	15.8
	사업자단체금지	63	57	63	10.5
	불공정거래행위	180	122	103	Δ15.6
	소계	349	357	380	6.4
소비자보호관련법		658	1090	783	Δ28.1
하도급법		1085	911	1358	49.1
가맹사업법		74	70	121	72.9
대규모유통업법		1	6	15	150
기타(자료미제출, 조사거부 등)		0	1	4	300
합계		2167	2435	2661	9.2

2015년 공정거래위원회의 과징금 부과건수는 202건으로 전년보다 78.7% 증가하였으나, 총 과징금 부과금액은 5,889억원으로 전년보다 26.7% 감소하였다. 과징금 부과금액의 85.7%인 5049억원은 부당한 공동행위(64건)에 대한 것이었으며, 불공정거래행위에 대해 242억원(19건), 시장지배적 지위남용행위에 대해 125

\* ICR 센터 연구원.

1. 특허청, 2015 지식재산 백서 (2016) 참조.

[http://www.kipo.go.kr/kpo/user.tdf?a=user.html.HtmlApp&c=3072&catmenu=m04\\_02\\_03](http://www.kipo.go.kr/kpo/user.tdf?a=user.html.HtmlApp&c=3072&catmenu=m04_02_03).

억원(4건)의 과징금이 부과되었다. 과징금 총액이 감소한 주된 요인은 전년도인 2014년도에 호남고속철도 입찰담합 사건에서 사상최대 규모의 과징금이 부과되었기 때문이다.

공정거래위원회는 검찰에 56건의 고발조치 하였으며, 그 중 9건은 부당공동행위 사건이었다. 2015년에 공정거래법 위반을 이유로 실형이 선고된 사안은 없으며, 지방법원과 고등법원 단계에서 각 2건의 집행유예가 선고되었다.

2015년 행정소송의 대상이 되는 공정거래위원회의 처분 511건 중 16.8%에 해당하는 76건에 대해 행정소송이 제기되었다. 2015년 법원판결이 확정된 사건 122건 중 공정거래위원회는 90건에 대해 승소하고, 17건에 대해 일부 승소, 15건에 대해 패소하였다. 다만 행정소송 결과 환급된 과징금액이 2014년 2518억, 2015년 3572억에 달한다는 점이 중요한 현안이다.<sup>2</sup>

표) 최근 3년간 경고이상 사건 처리 현황

(단위: 건, %, 억 원)

구 분	2013	2014	2015	YoY(%)
고발	63	62	56	△9.6
시정명령	312	267	450	68.5
과징금(부과금액)	89[4,184]	113[8,043]	202[5,889]	78.7(△26,7)
시정권고, 경고, 자진시정 등	1,792	1,993	1,953	△2.0
합 계	2,167	2,435	2,661	9.2

2015년에 기업결합신고건수는 669건(전년대비 17.2% 증가)이었으며, 전체 기업결합 금액은 381.9조원(전년대비 81.6% 증가)에 달하였다.<sup>3</sup> 공정거래위원회는 이 중 32건에 대해 집중심사하였으며, 6건에 대해 경쟁제한성을 근거로 시정조치 하였다. 기업결합 신고의무위반 건수는 16건이었다.

## II. 경쟁주창<sup>4</sup>

2015년에 공정거래위원회는 1,337건의 정부입법에 대해 사전 법령협의를 하였으며, 그 중 13건에 대해 의견을 제시하였고 이 가운데 9건은 공정거래위원회의 의견에 따라 시정되었다.<sup>5</sup> 또한 571건의 법령 제·개정안에 대한 경쟁영향평가를 요청받아 그 중 16건에 대해 ‘경쟁제한성 있음’의 의견을 제시하였고, 그 중 11건에서 공정거래위원회의 의견이 반영되었다(의견반영률 69%).<sup>6</sup>

지속적인 경쟁제한적 규제개선작업의 일환으로, 공정거래위원회는 2015년 국민 생활과 밀접한 농수축산, 유통, 게임, 관광 분야를 중심으로 18건의 사례를 선정하여 추진하였다.<sup>7</sup> 공정거래위원회는 2015년 4월에 역내 기업 보호를 명분으로 역외 기업의 지역 내 시장 진출과 사업 활동을 불합리하게 제한하는 3개 분야

2. 국회예산정책처, 2015회계연도 결산 위원회별 분석 [정무위원회 소관] (2016.7) 참조.

3. 공정거래위원회 2016.2.26 보도자료, 2015년 기업결합 동향 및 주요 특징.

4. 이 부분은 MRLC, China-Korea IP & Competition Law Annual Report 2014 (Meng Yanbei & Lee Hwang eds, 2015), 246면 이하 (홍대식 교수 작성 부분)의 설명을 기초로 하여 2015년의 새로운 동향만을 업데이트한 것이다.

5. 2015년도 통계연보, 119면.

6. 규제개혁위원회, 2015 규제개혁백서 (2016), 707면.

7. 공정위 2015.11.30일자 보도자료, “2015년도 경쟁제한적 규제 18건 개선 방안 확정”.

134건의 조례를 지역 실정에 맞게 개선하도록 해당 지방자치단체에 권고하였으며,<sup>8</sup> 경기도의회가 부동산 공인중개사의 중개보수를 상한요율제에서 고정요율제로 개정 추진한 사안에서 고정요율제가 가격경쟁을 배제하고 소비자이익을 저해하여 경쟁제한성이 있다는 의견을 제시하여 무산시킨 사례가 있다.

---

8. 공정위 2015.4.30일자 보도자료, “지방자치단체 경쟁 제한적 조례 개선 권고”.