

# 우리나라 지식재산권의 부당한 행사에 대한 심사지침의 주요내용 및 개선방향<sup>1</sup>

법무법인 세종

변호사 김현아

## I. 서론

독점규제및공정거래에관한법률(이하 “공정거래법”이라 한다) 제59조는 공정거래법의 적용제외와 관련하여, “무체재산권의 행사행위”라는 제목 하에 “이 법의 규정은 저작권법, 특허법, 실용신안법, 디자인보호법 또는 상표법에 의한 권리의 정당한 행사라고 인정되는 행위에 대하여는 적용되지 않는다”고 규정하고 있다.

공정거래법이나 같은 법 시행령에서 위 제59조의 구체적인 적용범위와 관련하여 아무런 추가규정을 두고 있지 않으므로 지식재산권<sup>2</sup>의 행사와 관련한 공정거래법의 적용 기준은 일차적으로 공정거래위원회(이하 “공정위”라 한다)의 재량에 맡겨져 있는 셈이다. 이와 관련하여 공정위는 2000. 8. 30. 최초로 “지적재산권의 부당한 행사에 관한 심사지침(이하 “구 심사지침”이라 한다)”을 제정하여 시행하기 시작하였으나, 그 동안 지식재산권 규제에 대해 그다지 적극성을 보이지는 않았다. 그러나, 공정위는 2009년 지식재산권 분야를 중점감시업종 중 하나로 선정한 이래, 2010. 3. 31. 위 지침을 전면적으로 개정한 “지식재산권의 부당한 행사에 관한 심사지침(공정거래위원회 예규 제80호, 이하 “지식재산권 심사지침”이라 한다)”을 2010. 4. 7. 부터 시행하면서<sup>3</sup> 향후 지식재산권에 대한 공정위의 규제가 좀 더 활발하게 이루어질 것으로 예상되고 있다.

그러나, 지식재산권 심사지침은 공정거래법령의 구체적 위임규정에 근거하여 제정

---

<sup>1</sup> 본고의 내용은 필자 개인의 견해로서 소속 법률사무소의 공식적인 견해가 아님을 밝혀둔다.

<sup>2</sup> 무체재산권, 지적재산권, 지식재산권 등의 용어가 혼용되고 있으나 공정위의 개정 지식재산권심사지침 및 최근 제정된 지식재산기본법의 용례에 따라 본고에서는 “지식재산권”이라는 용어를 사용하기로 한다.

<sup>3</sup> 구 심사지침 하에서는 지식재산권 거래의 일방(또는 쌍방) 당사자가 외국 사업자인 국제계약에 대해서는 ‘국제계약상의 불공정거래행위등의 유형및기준’이 적용되었으나, 위 고시가 2009년 8월 규제일몰제 적용으로 폐지되자 일시적인 규제공백이 발생하였으나, 현행 지식재산권 심사지침은 당사자들의 국적에 불문하고 일괄 적용되게 함으로써 이 문제를 해결하였다.

된 것이 아니므로, 법령에 준하는 효력을 갖지 않으며, 단지 공정위가 재량권을 합리적으로 행사함으로써 법집행의 일관성을 확보하고 수범자에게 예측가능성을 제공하기 위해 제정하여 운용하고 있는 내부지침<sup>4</sup>이다. 이에 따라 지식재산권 심사지침은 대외적인 구속력, 특히 법원에 대한 구속력을 갖지 못한다.<sup>5</sup> 따라서, 궁극적으로 지식재산권에 대한 공정거래법의 규율범위는 공정거래법 제59조와 나머지 규정들 사이의 관계, 특히 공정거래법 제59조에서 규정하고 있는 “저작권법, 특허법, 실용신안법, 디자인보호법 또는 상표법에 의한 권리의 정당한 행사라고 인정되는 행위”<sup>6</sup>에 대한 법원의 해석에 따라 결정될 수 밖에 없다.

그런데, 논리적으로 “정당한” 지식재산권의 행사를 공정거래법 적용제외 대상으로 한다는 규정이 정당하지 않은 지식재산권 행사에 대해 언제나 공정거래법을 적용하겠다는 의미로 해석되지는 않는다. 정당하지 않은 지식재산권 행사에 대해서는 공정거래법 외에도 특허법, 저작권법 등 관련 지식재산권법이 적용될 수 있고, 일반법으로서 민법, 특히 권리남용행위에 대한 민법 제2조 역시 적용될 가능성이 있으므로, 이 중 공정거래법에 의한 규율범위는 제한되어야 할 거시고, 그 구체적인 적용범위를 결정함에 있어서

---

<sup>4</sup> 공정위가 지식재산권 심사지침 자체에 “특정한 지식재산권 행사 행위가 지식재산권 심사지침의 규정상 부당한 지식재산권 행사로 인정된다고 하더라도, 곧바로 공정거래법 위반행위로 인정되는 것은 아니고, 당해 행위의 최종적인 공정거래법 위반 여부는 각 공정거래법 규제 행위의 구체적 요건의 충족 여부에 따라 결정된다”는 점을 명시하고 있는 것 역시 이를 반영한 것으로 볼 수 있다.

<sup>5</sup> 대법원은 이미 유사한 쟁점이 문제된 다수의 사례에서 이러한 입장에 따라 판단한 바 있다. 예를 들어, ‘부당한 지원행위의 심사지침’의 법률적 효력이 문제된 사안에서, “동 심사지침은 법령의 위임에 따른 것이 아니라 법령상 부당지원행위 금지규정의 운영과 관련하여 심사기준을 마련하기 위하여 만든 공정거래위원회 내부의 사무처리지침에 불과하다”고 판시함으로써 동 심사지침이 법원이나 일반 국민을 기속하는 법률적 구속력을 갖고 있지 않다는 점을 밝힌 바 있다(대법원 2004. 4. 23. 선고 2001 두 6517 판결, 2004.9.24. 선고 2001 두 6364 판결, 2005.6.9. 선고 2004 두 7153 판결).

<sup>6</sup> 공정거래법 제 59 조에서 저작권법, 특허법, 실용신안법, 디자인보호법 또는 상표법만을 열거하고 있는 것과 관련하여, 이를 한정적 열거라고 보는 견해와 예시적 열거라고 보는 견해가 대립하고 있다. 기술혁신의 결과 새로운 형태의 지식재산권이 출현하고 있는 현실을 감안하고, 규정상으로도 공정거래법 제 59 조에서 그 조항 제목으로 “무체재산권의 행사행위”라고 기재하고 있는 점, 공정위 역시 지식재산권 심사지침 I.2. 가.의 적용범위에서 심사지침의 적용범위를 지식재산권 행사 전반으로 규정하고 있는 점 등을 감안할 때, 예시적 열거라고 해석하는 것이 보다 합리적이고 생각한다{같은 견해로, 양영준, “지식재산권의 행사와 공정거래법-특허침해소송을 중심으로”, 사법 12 권(2010년 6월) 참조}.

는 공정거래법과 지식재산권법 사이의 관계, 특히 두 법률이 공통적으로 추구하는 목적에 대한 해석과 구체적인 적용지침이 필요하게 된다.

지식재산권법과 공정거래법의 관계에 대해서는, 미국 법무부 및 연방거래위원회가 2007년 4월 공동보고서(U.S. Department of Justice & Federal Trade Commission, Antitrust Enforcement and Intellectual Property Rights: Promoting Innovation and Competition)에서 밝히고 있는 바와 같이, 기본적으로 양법률은 상호 모순적인 것이 아니라 ‘소비자 후생의 증진과 기술혁신의 촉진’이라는 동일한 목적을 공유하고 있는 것으로 본다는 데 견해가 대체로 일치하는 것으로 보인다. 지식재산권 심사지침 역시 지식재산 제도와 공정거래법이 궁극적으로 공통의 목표를 추구한다는 점을 인정하고 있다. 그러나, 소비자 후생의 증진은 지나치게 추상적이고 일반적인 개념이므로 구체적인 판단기준으로서 역할을 하기 어렵고, 기술혁신의 촉진 역시 공정거래법의 목적인 ‘공정하고 자유로운 경쟁의 촉진’과 조화로운 해석을 위해서는 구체화가 필요하다<sup>7</sup>. 특히, 다른 나라의 경쟁법과 달리 경쟁제한적인 행위 외에 불공정한 경쟁수단이나 거래내용까지 규제하는 불공정거래행위 규정을 둔 우리나라에 있어서 지식재산권의 행사에 대해 공정거래법을 적용함에 있어서 기술혁신의 촉진이라는 지식재산권법과 공정거래법에 공통되는 목적이 갖는 역할이 어떠한지, 이를 어떻게 구체화할 지가 문제된다. 또한, 그 과정에서 공정거래법이 아닌 지식재산권법 자체나 일반법인 민법에 의하여 규율되어야 하는 행위와 공정거래법에 의하여 규율되어야 하는 행위를 구분할 수 있는 구체적인 기준 역시 세워나갈 필요성이 있을 것이다. 지식재산권 심사지침 역시 이러한 관점에서 비판적으로 검토하여, 향후 개선방향을 모색하여야 할 것이다.

본고는 (i) 개정 지식재산권 심사지침의 주요내용에 대한 간략한 설명과 (ii) 지식재산권 심사지침의 개선방향에 대한 견해로 구성되어 있다. 지식재산권 심사지침의 개선방향은 일반적 심사원칙과 구체적 판단기준으로 나누어 검토하되, 일반적 심사원칙의 개선방향과 관련하여서는 공정거래법 제59조의 해석에 있어서 원칙-지식재산권의 행사에 대한 공정거래법의 규제는 지식재산권과 공정거래법의 접점을 구성하는 동태적 경쟁의 촉진이라는 관점에서 그 범위가 결정되어야 한다는 취지-을 먼저 설명한 후, 이러한 원칙에 따라 지식재산권 행사행위에 대한 불공정거래행위 규정의 적용범위를 제한하는 방

---

<sup>7</sup> 홍대식, “공정거래법과 지적재산권법: 공정거래법 위반의 주장과 지식재산권 침해금지소송”, 민사판례연구 (31), 박영사 (2009. 2.) 976 면 참조

향으로 개선이 이루어질 필요가 있다는 점을 논한다. 마지막으로, 지식재산권 심사지침의 구체적 판단기준과 관련하여서도 (i) 실시허락의 대가에 대한 규제, (ii) 실시허락의 거절에 대한 규제, (iii) 기술표준 관련 특허권의 행사 및 (iv) 기타 주요조항 중 역지불합의로 나누어 각각의 개선방향에 대한 견해를 제시하는 것으로 마무리한다.

## II. 지식재산권 심사지침의 주요내용

지식재산권 심사지침은 특허권, 실용신안권, 디자인권, 상표권, 저작권 등을 포함하는 지식재산권 전반의 행사를 적용 대상으로 하고 있으나, 기술 편의를 위하여 특허권의 행사를 중심으로 규정하면서 지식재산권별 특수성을 고려하여 특허권 이외의 지식재산권 행사에도 유추적용하도록 하고 있다. 그러나, 상표권은 소비자의 상품 동일성에 대한 혼동을 막는 것을 주된 내용으로 하고 있어서 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률상의 부정경쟁행위과 더 큰 관련성을 가지고 있으므로, 여타의 지식재산권과 다른 접근법을 취할 필요가 있다는 견해가 있는데<sup>8</sup> 지식재산권 심사지침을 특허권 이외의 지식재산권 행사에 유추적용하는 것과 관련하여 참고할 필요가 있다고 생각한다. 참고로, 미국의 1995년 지식재산권 라이선싱 가이드라인(Antitrust Guidelines for Licensing of Intellectual Property) 제 1 조에서도 그 적용범위와 관련하여 특허권, 저작권, 영업비밀 및 노우하우 라이선싱에 대해 적용되며, 상표권에 대해서는 적용되지 않음을 밝히고 있다.

현행 지식재산권 심사지침과 구 심사지침을 비교하였을 때, 가장 눈에 띄는 특성은 최근 개정된 지침인 불공정거래행위 심사지침이나 공동행위 심사기준과 같이 위반행위의 유형이나 구체적 사례 등의 구체적인 내용을 추가함으로써 수범자의 예측가능성을 높였다는 점을 들 수 있다. 또한, 위반행위의 유형을 먼저 규정하고 적시하고 그 유형에 해당하는 행위에 대하여 다시 시장지배적 지위남용행위, 부당한 공동행위, 불공정거래행위 등의 각 조항 또는 이에 해당하는 심사지침을 적용하는 방식을 취하고 있는데, 위와 같은 방식을 취한 배경은 남용행위의 유형을 지나치게 구체화하는 경우, 개별 심사지침을 적용함에 있어서 제한요인으로 작용할 수 있으므로 이를 피하고, 아울러 지식재산권 행사의 특수성을 반영한 고려요소들을 적시함으로써 공정거래법 관련 조항을 적용함에

---

<sup>8</sup> 홍대식, 각주 7, 978면~979면

있어서 실질적인 증거자료로 활용할 목적이라고 한다.<sup>9</sup>

### 1. 일반적 심사원칙의 주요내용

지식재산권 심사지침은 일반적 심사원칙으로는 (i) 지식재산권과 공정거래법의 관계, (ii) 지식재산권 행사에 대한 심사의 기본 원칙 (iii) 위법성 판단시 고려사항을 들고 있다. 지식재산권과 공정거래법의 관계와 관련하여서는, 공정거래법이 보호하고자 하는 시장의 자유로운 경쟁과 공정한 거래질서가 지식재산 제도의 목적 달성을 위한 기본전제가 되며, 지식재산권은 기술혁신의 유인을 제공하면서도 관련 시장의 질서를 왜곡하지 않는 범위 내에서 정당하게 행사되어야 하므로, 공정위가 공정거래법과 지식재산 제도가 추구하는 공통의 목표를 달성하는데 기여하기 위하여 지식재산 제도의 근본 취지를 벗어 나는 행위를 규율할 것임을 밝히고 있다.

지식재산권 행사에 대한 심사의 기본 원칙으로는, 공정거래법 적용대상인 “정당한” 지식재산권의 행사 여부를 판단하는 기준을 제시하는데, (i) 새로운 발명 등을 보호장려하고 기술 이용을 도모함으로써 산업발전을 촉진하고자 하는 지식재산권 제도의 본래 취지에 부합하는지 여부와 (ii) 관련 시장의 경쟁상황과 공정한 거래질서에 미치는 영향이라는 두 가지 기준이 그것이다. 다만, 위와 같은 요건을 충족하더라도 개별 지식재산권 행사 행위의 공정거래법 위반 여부는 개별 규정별 위법성 성립요건을 별도로 검토하여 판단한다는 점을 명시하고 있다. 나아가, 지식재산권 행사로 인하여 공정거래저해효과와 효율성 증대효과 효과를 동시에 발생하는 경우에는 두 효과를 비교형량하여 효율성 증대효과가 공정거래저해효과를 상회하는 경우에는 위법하지 않은 행위로 판단할 것임을 제시하고 있다. 다만, 재판매가격유지행위 중 최저가격유지행위<sup>10</sup>와 불공정거래행위 중 위계에 의한 고객유인행위<sup>11</sup>에 대해서는 위법성 판단 시 효율성 증대효과를 고려하지 않는

---

<sup>9</sup> 김준범, 고인혜, “지식재산권 남용행위에 대한 공정거래법 적용의 주요 쟁점”, 경쟁저널(2010. 5.), 9면

<sup>10</sup> 최근 대법원은 공정거래법 제 29 조의 문언에도 불구하고, 최저재판매가격유지행위 역시 당연위법행위가 아니라 정당한 이유가 있는 경우에는 예외적으로 허용된다는 취지의 2 건의 판결(대법원 2010. 11. 25. 선고 2009 두 9543 판결 및 2010. 12. 23. 선고 2008 두 22815 판결 참조)을 내린바 있으므로 지식재산권 심사지침에서 재판매가격유지행위 중 최저가격유지행위의 위법성 판단 시 효율성 증대효과를 고려하지 않는다는 내용 역시 개정되어야 할 것이다.

<sup>11</sup> 위계에 의한 고객유인행위에 대해 효율성 증대효과를 고려하지 않을 경우, 이는 순수하게 경쟁

것을 원칙으로 하고 있다.

위법성 판단 시 고려사항과 관련하여서는, 우선 관련시장 획정에 있어서 기술시장의 특수성을 고려할 것을 규정한 점이 주목할 만하다. 기술혁신이 부단히 이루어지는 경우 동태적 기술시장에 있어서, 현재의 시장점유율이 갖는 의미는 제한적일 수 밖에 없으므로, 기술을 투입요소로 하는 상품시장에서의 시장점유율을 주요 참고자료로 활용할 수 있도록 한 것이다. 개별 기술만을 기준으로 하는 경우 언제나 기술보유자의 독점이 인정될 위험성이 있으므로, 기술시장의 특성을 감안하여, 관련 시장을 획정함에 있어서 경쟁기술의 존재나 기술을 이용한 상품의 시장점유율 등을 감안하는 것은 필수적이라고 할 수 있다. 미국이나 EU의 관련 지침에서도 기술시장의 시장점유율 산정과 관련하여 경쟁기술의 개수나 상품시장의 시장점유율을 감안하도록 하고 있다.

공정거래저해효과 분석과 관련하여서는 일반적인 부당성에 관한 설명인 기본적인 고려사항 외에 경쟁제한성과 불공정성으로 나누어 공정거래저해효과가 큰 경우를 별도로 규정하고 있다. 또한, 효율성 증대효과 고려와 관련하여서는, 이러한 효율성이 정태적인 것이 아니라 장기적 관점의 동태적 효율성임을 명시하고 있으나, 해당 지식재산권 행사보다 공정거래저해효과가 더 적은 다른 방법으로는 달성할 수 없는 것이어야 하고, 효율성 증대효과와 관련한 고도의 개연성이 분명하게 입증되어야 한다는 제한을 두고 있다.

## 2. 구체적 판단기준의 주요내용

구체적 판단기준에서는 (i) 실시허락 일반, (ii) 특허풀과 상호실시허락, (iii) 기술표준 관련 특허권의 행사, (iv) 특허소송의 남용, (v) 특허분쟁 과정의 부당한 행위 및 (vi) 주요 영업부분에 해당하는 특허권의 양도 등 총 6가지 세부유형에 대해 규정하고 있다. 실시허락 일반과 관련하여서는 다시 실시허락의 대가, 실시허락의 거절, 실시범위의 제한, 실시허락 시 부당한 조건의 부과 4가지 세부유형으로 나누어 규정한다. 다만, 기술표준 관련 특허권의 행사 유형에서도 실시허락의 거절 및 실시료의 차별적 부과 및 비합리적

---

수단 혹은 거래내용의 불공정성만을 위법성 판단의 근거로 삼는 경우이므로, 아래에서 자세히 논하는 바와 같이, 오히려 지식재산권 행사와 관련하여서는 위계에 의한 고객유인행위 규정을 원칙적으로 적용하지 않는 것이 타당할 것이다.

수준의 실시료 부과 행위를 규정하고 있는데, 기술표준이 관련된 경우는 그 배타적·독점적 성격 및 특허정보의 사전공개와 FRAND(Fair Reasonable And Non-Discriminatory) 협약 등의 제도를 두고 있다는 점 등을 감안하여 일반적인 경우에 비하여 위법성 판단기준을 달리 적용할 수 있음을 규정한 것으로 볼 수 있다. 위 6가지 유형 중 마지막 (vi)을 제외한 나머지 행위유형의 경우, (i) 기본특성 및 주요 고려사항, (ii) 적용 가능성이 높은 공정거래법 규정, (iii) 남용행위 유형 및 (iv) 남용행위의 구체적 사례<sup>12</sup>의 체계에 따라 위법성 판단기준을 구체적으로 설명하고 있어서 수범자들의 이해를 돕고 있다.<sup>13</sup> 나아가, 구 지침에서 간략하게만 다루고 있던 특히 특허풀 및 상호실시허락 관련 규정을 대폭 보완하고, 기술표준 관련 특허권의 행사, 특허소송의 남용 및 특허분쟁 과정의 부당한 행위의 3가지 유형을 신설하였다.

### III. 지식재산권 심사지침의 개선방향

#### 1. 일반적 심사원칙의 개선방향

##### 가. 공정거래법 제59조의 적용범위에 대한 해석

앞서 살펴본 바와 같이, 지식재산권 심사지침은 일반적 심사원칙에서 공정거래법 제59조와 관련하여 지식재산권의 정당한 권리 행사에 해당하는지 여부를 판단함에 있어 (i) 해당 지식재산권 행사가 지식재산권 제도의 본래 취지에 부합하는지 여부와 (ii) 관련 시장의 경쟁상황과 공정한 거래질서에 미치는 영향을 중심으로 판단하되, 효율성증대효과와 공정거래 저해효과를 한다고 규정하고 있다. (i) 요건의 경우, 명백히 무효인 특허권에 근거한 권리행사와 같이 공정거래법상 기준과 무관하게 특허권 남용행위에 해당하는 경우<sup>14</sup>를 제외하기 위한 선결적 기준으로 보인다. 공정거래법 제59조에서는 “정당

<sup>12</sup> 지식재산권 심사지침에서 행위유형별로 구체적인 사례를 들어 설명을 한 것은 EU의 지침에 영향을 받은 것으로 보이는데, 수범자의 이해를 돕는 사용자 친화적 형식이라는 점에서 진일보한 입법형식이라고 생각한다. 다만, 수범자들의 오해를 불러일으킬 위험이 있으므로, 심사지침에서 인용하는 구체적인 사안은 법원에서의 불복절차가 완료되거나 당사자들이 불복을 포기하는 등으로 관련된 국내외 심결의 내용이 확정된 경우로 한정하는 것이 보다 바람직할 것으로 보인다.

<sup>13</sup> 김준범, 고인혜, 각주 9,9면 참조

<sup>14</sup> 우리나라에서는 아직 지식재산권의 남용행위에 대한 특칙을 규정한 법률 규정이 없으므로 민법의 권리남용 규정에 의하여 특허권의 남용 여부를 판단하여야 할 것인데, 대법원이 “특허의 무

한” 지식재산권 행사를 공정거래법 적용제외 사유로 규정하고 있으므로, 가능한 하나의 해석은 특허권 등 지식재산권의 남용행위만을 제외한 모든 행위에 대해 공정거래법이 적용될 수 있다고 보는 것일 것이다. 그러나, 그와 같이 지식재산권의 남용행위가 아닌 지식재산권 행사 행위 전반에 대해 공정거래법을 적용하는 경우, 공정거래법의 적용범위가 지나치게 확대되어 적용제외 규정을 둔 취지가 오히려 몰각될 수 있다. 따라서, (i) 요건은 공정거래법 적용을 위한 일종의 소극적 전제조건(threshold question)이라고 보아야 할 것이고, 공정거래법 적용 여부는 실질적으로는 (ii) 요건, 즉 공정거래법상 부당성이 인정되는지 여부로 판단하는 것이 합리적일 것이다.

또한, 공정거래법상 부당성 요건을 판단하는 과정에서, 동태적 경쟁의 촉진을 위해 지식재산권법에서 인정하는 배타적 권리 및 특허로 보호되는 기간 동안 실시료 등을 통해 경제적 보상을 충분히 받을 수 있게 하는 것과 공정거래법이 원칙적으로 보호하고자 하는 상품시장에서의 정태적 경쟁, 즉 가격 및 품질 기타 거래조건에 의한 경쟁이 일부 제한받게 될 가능성이 있다는 점을 적극적으로 감안할 필요가 있다. 반대로 가격의 인하 및 적정 산출량 수준의 유지라는 정태적 경쟁보호의 관점만을 강조하는 경우에는 혁신 기술의 개발을 유인하기 위한 기술개발자에 대한 적정 수준의 경제적 보상이 제한되어 결과적으로 지식재산권법이 지향하는 동태적 효율성이 저해될 수 있다는 점 역시 감안하여야 할 것이다<sup>15</sup>.

이와 관련하여, 지식재산권 심사지침의 일반적 판단기준에서 공정거래저해효과,

---

효심결이 확정되기 이전이라도 특허권침해소송을 심리하는 법원은 특허에 무효사유가 있는 것이 명백한지 여부에 대해 판단할 수 있고, 심리한 결과 당해 특허에 무효사유가 있는 것이 분명한 때에는 그 특허권에 기초한 금지와 손해배상 등의 청구는 특별한 사정이 없는 한 권리남용에 해당하여 허용되지 아니한다.”고 판시하고 있는 점에 비추어 볼 때(대법원 2004. 10. 28. 선고 2000 다 69194 판결), 명백히 무효인 특허권에 근거한 권리행사이거나 명백히 특허권의 범위를 벗어난 권리행사인 경우를 특허권 남용행위로 규정하여야 한다는 견해(양영준, 각주 6, 51 면 참조)가 있는데 필자 역시 타당하다고 생각한다. 미국과 일본에서 발달한 특허권 남용의 법리를 활용하여야 한다는 견해도 있으나, 우리나라 구 특허법이 1973년 당시 특허권 남용에 대한 일반규정을 두었다가 1986년 개정 시 삭제되었고, 특허권 남용의 법리에 대한 국내 사례도 충분히 집적되지 않은 점을 감안할 때, 외국의 논의를 막연히 추종하는 것에는 한계가 있다고 생각한다.

<sup>15</sup> 권남훈, 홍대식, 지식재산권 실시료 과다 책정 여부의 경쟁법적 판단은 가능한가?, 경쟁저널 (2011. 5.) 38 면 참조



특히 경쟁제한성의 판단기준으로 “일반적으로 지식재산권을 행사하는 사업자의 시장지배력이 강한 경우, 해당 지식재산권이 필수 생산요소와 같은 유력한 기술로 인정되는 경우, 지식재산권 행사와 관련된 사업자들이 경쟁관계에 있는 경우, 지식재산권의 행사로 공동행위의 가능성이 증대하는 경우 또는 다른 사업자의 시장 진입가능성이 감소하는 경우 등에 관련 시장의 경쟁을 제한하여 공정한 거래질서를 저해할 가능성이 크다.”라고 규정한 부분은 독창적이고 혁신적인 기술일수록 경쟁제한성이 인정되기 쉬운 결론에 이를 위험성이 있으므로 그 내용을 제한적으로 개선하거나 적어도 공정위의 실무운동에 있어서 특히 결과적으로 유력한 기술로 인정된 것 자체로 경쟁저해성이 크다고 단정하지 않는 것이 필요할 것이다. 또한, 효율성 증대효과와 공정거래저해효과를 비교형량함에 있어서 고도의 개연성이 있는 효율성 증대효과를 요구하는 것 역시 기술혁신 촉진을 억제하는 요소로 작용할 위험성이 있어 보이므로 향후 개선하거나 적어도 공정위 운용과정에서 입증의 강도를 완화하여 적용할 필요성이 있을 것으로 생각된다.

나아가, 각국이 두고 있는 안전조항(safe harbor) 역시 참고할 가치가 있는 것으로 판단된다. EU의 경우, 라이선스 계약 당사자들이 경쟁사업자인 경우와 비경쟁사업자인 경우를 나누어 당사자들의 시장점유율이 각각 20% 및 30%를 초과하지 않는 경우에는 일반적으로 경쟁제한성이 없는 것으로 추정하고 있고(Commission Regulation No 772/2004 on the application of Article 81(3) of the Treaty to categories of technology transfer agreements (10) 내지 (12) 항 및 Guideline on the application of Article 81 of the EC Treaty to technology transfer agreements 65 내지 73 참조)<sup>16</sup>, 미국에서는 제한행위가 외견상 반경쟁적이지 않으면서(not facially anticompetitive) 경쟁기술이 4개 이상 존재하는 경우 antitrust safety zone으로 보고 있는데, 향후 지식재산권 심사지침 개정 시에 이들 안전조항을 도입하는 방안 역시 고려할 필요가 있다고 생각한다.

#### 나. 지식재산권 행사행위에 대한 불공정거래행위 규정의 적용범위

---

<sup>16</sup> 우리나라의 경우에도 연성 공동행위와 관련하여서는 당사자들의 시장점유율 합계가 20%이하인 경우 경쟁제한효과가 미미하다고 보고 있고(공동행위 심사기준 IV.2. 나. (3) 참조), 시장지배적 사업자 추정 조항에서 시장점유율 10% 미만인 사업자를 제외하는(공정거래법 제4조 2호) 등 일부 조항에서 당사자들의 시장점유율이 낮은 경우를 예외사유로 감안하고 있지만, 이는 지식재산권 행사의 특성을 감안한 안전조항이라고 보기 어려우므로 지식재산권 심사지침에서 별도로 규정할 필요성은 여전히 존재한다.

우리나라 공정거래법은 경쟁제한성 외에 불공정성 역시 부당성 판단의 요소로 보는 불공정거래행위를 비교적 광범위하게 인정하고 있으므로, 지식재산권 행사와 관련하여 불공정거래행위, 특히 경쟁수단의 불공정성을 위법성의 근거로 하는 불공정거래행위 규정을 어느 범위까지 적용할지 여부가 문제될 수 있다. 특히 일부 불공정거래행위의 경우 건전한 거래질서나 정상적인 거래관행에 반한다는 근거로 위법하다는 판단을 받을 수 있는데, 이는 결과적으로 경쟁 자체가 아닌 거래 상대방이나 경쟁사업자를 보호하게 되어 공정거래법과 지식재산권법의 공통적인 목적을 추구하려는 적용제외 조항의 취지에 위반될 우려가 있다<sup>17</sup>. 물론 미국이나 EU 등과 같이 불공정거래행위 규정을 두지 않은 나라에서의 논의를 우리나라에 그대로 차용하자는 취지의 주장에 대해서는 찬동하지 않지만, 비교법적 차원을 넘어 지식재산권의 보호의 궁극적 목적, 즉 기술혁신 촉진을 구현하기 위해, 불공정거래행위 규정의 적용을 지식재산권 행사에 대해서는 일정 한도 내에서 제한할 필요성이 있다는 것이다.

공정거래법상 경쟁제한성보다는 경쟁수단 혹은 거래내용의 불공정성, 즉 상품 또는 용역의 가격과 질 이외에 바람직하지 않은 경쟁수단을 사용함으로써 정당한 경쟁을 저해하거나 저해할 우려가 있을 위법성 판단의 기준으로 하는 불공정거래행위 유형으로는 부당한 고객유인행위, 거래강제<sup>18</sup>, 거래상 지위의 남용, 사업활동방해가 있다. 특히 거래상 지위의 남용의 경우 지식재산권 보유자에게 거래상 지위가 인정될 가능성이 높아인데, 공정거래법으로 규율되는 행위와 순수한 민사적 행위를 구별하는 것 자체가 쉽지 않다. 예를 들어, 불이익제공과 관련하여 어느 정도의 불이익에 대해 불공정성을 인정할 것인지에 대해 보다 구체화된 기준이 필요할 것이다.

또한, 사업활동방해행위의 경우에도 기술의 부당이용이나 기타 사업활동방해행위가 지식재산권의 행사에도 적용될 가능성이 높는데, 마찬가지로 불공정거래행위 지침에서도 구체적인 기준이 없는 경우들이 많다. 예를 들어 기술의 “부당이용”에 해당하는지 여부를 판단하는 기준으로 “기술이용의 목적 및 의도, 당해 기술의 특수성, 특허법 등 관련 법령 위반 여부, 통상적인 업계의 관행” 등에 비추어 부당성이 있는지 여부와 그러한 부당이용의 결과 다른 사업자의 사업활동이 심히 곤란하게 되었는지 여부를 보고 있는데,

---

<sup>17</sup> 홍대식, 각주 7, 989 면 참조

<sup>18</sup> 거래강제 행위 중 끼워팔기는 불공정한 경쟁수단에 해당되는지 또는 경쟁을 제한하는지 여부를 모두 감안한다.

혁신적인 기술일수록 이에 해당할 가능성이 높아지는 문제가 있으므로 그 기준이 좀 더 구체적이고 엄격할 필요가 있다. 지식재산권 심사지침 자체에 지식재산권의 특수성을 감안하여 특히 불공정성을 위법성 판단기준으로 하는 행위유형에 대해 적용기준을 구체화하고 여타 행위에 비하여 강화된 기준을 신설하는 것이 가장 바람직하겠지만, 심사지침의 개정 전이라도 공정위의 실무운동에 있어서 보다 신중을 기할 필요가 있을 것이다.

결론적으로 비록 경쟁수단 내지 거래내용의 불공정성을 위법성 판단기준으로 하는 불공정거래행위라 하더라도, 지식재산권 행사 행위에 대해 이를 적용함에 있어서는 공정거래법과 지식재산권법의 공통목적인 기술혁신의 촉진 내지 동태적 경쟁의 촉진을 염두에 둘 필요가 있으므로, 불공정한 경쟁수단 혹은 거래내용으로 인하여 경쟁의 기반이 침해되는 경우와 같이 궁극적으로는 경쟁과의 관련성이 있는 경우에 한하여 공정거래법을 적용하여 규제하는 것이 바람직할 것이다<sup>19</sup>. 공정거래법으로 규율되지 않은 지식재산권 행사라 하더라도 다른 관련 법령, 즉 지식재산권법이나 민법 등에 의하여 별도의 규범체계에 따라 규율될 가능성은 여전히 남으므로 공정거래법이 경쟁촉진이라는 본래적 목표에 충실하더라도 규제의 공백은 발생하지 않을 것으로 판단된다.

공정위의 불공정거래행위 심사지침상 불공정성 판단기준에는 이러한 점이 이미 반영되어 있으나, 지식재산권 심사지침에서는 불공정성 판단기준과 관련하여 “일반적으로 지식재산권을 행사하는 사업자가 거래상 우월적 지위에 있는 경우, 거래조건의 설정 및 변경이 일방적으로 이루어지는 경우, 행위의 예측가능성이 불충분한 경우, 통상적인 거래관행에 비추어 볼 때 거래상대방에게 발생하는 불이익이 과도한 경우, 지식재산권 취득 및 행사 과정에 기만적 행위가 존재하는 경우 등에 경쟁수단 또는 거래내용의 불공정성으로 인해 관련 시장의 공정한 거래질서를 저해할 가능성이 크다.”라고만 규정하고 있어서 지식재산권 행사 행위의 특성이 오히려 제대로 반영되어 있지 않은 것으로 판단된다. 이에 따라 불공정성 판단기준 내용 중에 지식재산권 행사 행위의 특수성을 감안하여 불공정성 요건을 엄격하게 적용하여야 한다는 점을 명확히 하는 방향으로 개선이 이루어질 필요가 있으며, 심사지침의 개정 전이라도 공정위의 실무운동상 불공정성 인정에 신중을 기하는 것이 바람직할 것으로 생각한다.

---

<sup>19</sup> 홍대식, 각주 7, 1007 면~1008 면 참조

## 2. 구체적 판단기준의 개선방향

### (1) 실시허락의 대가에 대한 규제

실시허락의 대가와 관련하여 지식재산권 심사지침에서는 ① 부당하게 다른 사업자와 공동으로 실시료를 결정·유지 또는 변경하는 행위, ② 통상적인 거래관행에 비추어 볼 때 현저히 불합리한 수준의 실시료를 부과하는 행위, ③ 부당하게 거래상대방 등에 따라 실시료를 차별적으로 부과하는 행위, ④ 부당하게 실시 허락된 기술을 사용하지 않은 부분까지 포함하여 실시료를 부과하는 행위, ⑤ 부당하게 특허권 소멸 이후의 기간까지 포함하여 실시료를 부과하는 행위, ⑥ 실시료 산정방식을 계약서에 명시하지 않고 특허권자가 실시료 산정방식을 일방적으로 결정 또는 변경할 수 있도록 하는 행위 등을 규제대상 행위유형으로 들고 있다. 또한, 기술표준 관련 특허권 행사에 있어서도 “부당하게 기술표준으로 널리 이용되는 특허발명의 실시조건을 차별하거나 비합리적인 수준의 실시료를 부과하는 행위” 및 이를 위반행위 유형 중 하나로 들고 있다.

위 유형 중 특히 “통상적인 거래관행에 비추어 볼 때 현저히 불합리한 수준의 실시료를 부과하는 행위” 및 “부당하게 기술표준으로 널리 이용되는 특허발명과 관련하여 비합리적인 수준의 실시료를 부과하는 행위”에 대한 규제와 관련하여서는 일반적인 가격남용에 대한 규제와 동일한 비판이 제기되며, 아울러 지식재산권의 실시료 수준에 대한 경쟁당국의 개입이 집행의 실효성 면에서 가능한가 및 경쟁정책적으로 바람직한가 하는 비판도 제기된다.

특히, 공정거래법 제3조의 2 제1항 제1호는 “가격을 부당하게 결정·유지·변경”하는 행위를 시장지배적지위 남용행위의 하나로 규정하고 있는데 반해, 공정거래법 시행령 제5조 제1항은 위 조항의 범위를 “가격을 수급의 변동이나 공급에 필요한 비용의 변동에 비하여 현저하게 상승시키거나 근소하게 하락시키는 경우”에 한정하고 있다는 점에서 특히 문제가 된다. 즉 시행령은 비용과 대비한 가격의 ‘변경’의 경우만을 규제하고 있을 뿐 가격의 ‘결정·유지’의 경우는 언급하고 있지 않다. 지난 2007년 공정거래법 시행령의 개정과 관련하여 위 시행령 조항의 개정 여부가 논의되었으나 여러 관련 당사자들의 의견을 수렴하여 개정을 하지 않는다는 결론에 도달한 바가 있기도 하다. 더욱이, 초기에 기술개발을 위한 막대한 비용(실패한 프로젝트에 소요된 비용 포함)이 필요한 특허권의 실시료와 관련하여서는 적절한 비용배분이 어렵다는 점에서 현행 공정거래법 시행령이 규

정하는 비용-가격 분석 방법을 적용하는 것은 부적절할 것이다.

경쟁당국이 가격 규제를 실시할 경우의 궁극적인 문제는, 경쟁당국이 독점시장의 외부에 존재하는 적절한 가격(완전경쟁시장가격)을 찾아내기가 사실상 어려워서 적절한 가격수준을 명하는 내용의 시정조치를 하는 것이 불가능하다는 집행상의 어려움에 있다. 나아가 공정위 외의 행정당국이 행정목적 달성을 위해 가격규제를 하는 경우(예컨대, 정보통신부의 통신요금 인가), 규제당국과 경쟁당국이 서로 다른 잣대를 적용하여 가격의 적정성을 판단하는 경우 수범자의 예측가능성이 없어지고 가격책정이라는 동일한 이슈에 대해 이중규제의 문제가 생기는 문제 역시 존재한다.

한편, 비교법적으로는, 주지하는 바와 같이, 미국의 셔먼법(Sherman Act)은 독점력을 보유하게 된 이후의 가격설정행위에 대해서는 규제하지 않으며, 독점화 혹은 독점화 시도만을 문제삼고 있다. EU는 EC조약 제102조에서 우리나라와 유사하게 가격남용을 규제하는 조항을 두고 있으나 EC 경쟁당국인 유럽집행위원회(DG Competition)는 경쟁기업들을 배제하기 위한 배제적 행위에 대한 증거가 없는 한 가격규제에 대해 매우 소극적이다. 즉 유럽집행위원회는 경쟁정책에 관한 다수의 연례 보고서에서 이러한 입장을 반복하여 표명하여 왔고,<sup>20</sup> 경쟁정책 책임자들 역시 여러 차례 공개적으로 유럽위원회는 가격통제보다는 시장지배적 사업자의 배제적 행위에 규제상 초점을 둔다는 점을 언급하고 있다.<sup>21,22</sup> 또한 유럽위원회가 40년 이상 경쟁정책을 집행하면서 가격남용 위반으로 결정한 사례는 4건에 불과한데, 이 사례들도 대부분 전형적인 착취적 행위가 아니라 배제적인 성격을 함께 가지고 있거나 하나의 시장이라는 EU의 정책목적 달성을 위한 사례들로 평가받고 있다.<sup>23</sup>

---

<sup>20</sup> XXIV<sup>th</sup> Annual Report on Competition Policy, (1994) at § 207, and XXVII<sup>th</sup> Annual Report on Competition Policy (1997) at § 77.

<sup>21</sup> Philip Lowe, "How different is EU anti-trust? A route map for advisors – An overview of EU competition law and policy on commercial practice" [Speech] ABA 2003 Fall Meeting

<sup>22</sup> A speech delivered by Neelie Kroes, a member of the European Commission in charge of Competition Policy, to the audience at Fordham Corporate Law Institute on Preliminary Thoughts on Policy Review of Article 82 (September 2005).

<sup>23</sup> General Motors case(1974), United Brands case(1975), British Leyland case(1984), Deutche Post II case(2001). EC 의 수석경제학자인 Damian Neven 역시 EU 에서의 가격규제조항은 하나의 시장통합이라는 정책 목적을 실현하기 위한 정책적 고려에 의하여 유지되고 있을 뿐이라고 본다(권남훈,

다만, 최근 개정된 EU의 수평적 행위에 대한 심사지침(Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements)에서는 기술표준이 설정된 경우와 관련하여 FRAND 약약의 존재를 근거로 하여 경쟁당국이 실시권자의 실시료 수준이 합리적인지 여부를 판단할 수 있다는 규정을 두고 있다. 그 경우 실시료의 합리성을 판단하는 기준으로는 United Brands 사건<sup>24</sup>에서 유럽법원이 사용한 기준인 “지식재산권의 경제적 가치와 합리적인 관계가 있는(bear a reasonable relationship to the economic value of the IPR)” 수준인지 여부를 기준으로 판단하고 있다.

그러나, 기술표준이 설정된 경우의 실시료 수준과 관련하여서도 원칙적으로 비용에 기초한 방법은 특허 개발에 소요된 비용을 산정하는데 난점이 있다는 이유로 적용되기 어렵다고 본다. 기술표준이 설정된 경우 실시료의 합리성은 기술표준 채택 이전의(*ex ante*) 실시료 수준과 표준채택 이후의(*ex post*) 실시료 수준을 비교하여 판단할 수 있다는 기준을 제시하고 있다(EU 수평적 행위에 대한 심사지침 289항 참조). 기술표준이 설정된 경우라 하더라도 합리적인 실시료 수준에 대한 기준이 별도로 존재한다고는 보기 어렵고, 아래에서 자세히 살펴보는 바와 같이, FRAND 약정이란 것이 특정한 수준의 실시료 징수를 사전에 약속하는 것으로도 보기 어려우므로, 기술표준이 설정된 경우에도, 경쟁당국이 특정 실시료 수준을 실시권자에게 명하는 것은 전혀 바람직하지 않을 것이다. 다만, 경쟁당국의 개입을 굳이 정당화하자면, 표준설정을 통한 고착효과를 악용한 실시료 인상에 대한 규제에 그치는 것이 바람직할 것이므로, 표준채택 전후의 실시료 비교를 통해 확인하는 방법이 그나마 합리적인 방법이 될 수 있을 것이다.

특허권 소멸 이후의 기간에 대한 실시료 부과행위와 관련하여서도 비교법적인 검토가 필요하다. 우선, 미국의 특허권남용 방지지침 제10조(특허권 소멸 후의 권리행사)에서는 특허권의 존속기간의 만료, 특허권의 소진 등 특허권이 소멸한 후의 권리행사는 특허권 남용이 된다고 규정하고 있다. 그러나, 미국의 경우, 만료된 특허에 로열티를 부과하는 것이 경쟁법 위반인지에 대하여 판단한 판결은 없다. 연방대법원은 *Brulotte v. Thys Co.* 379 U.S.29(1964) 판결에서, 만료된 특허에 실시료를 부과하는 행위는 특허법이

---

홍대식, 각주 15, 38 면 각주 2에서 재인용)

<sup>24</sup> Case 27/76, *United Brand v Commission of the European Communities*, [1978] ECR 207

보장한 권리를 부당하게 확대하는 행위로 특허권의 남용(misuse)이라고 보았으나 경쟁법 위반 여부는 다루어 지지 않았다. 이 판결에서 Posner 판사는 특허권자와 실시권자가 특허기간 이후 실시료를 지불하기로 계약한 것은 특허기간을 부당하게 연장하는 행위가 아니며, 로열티 지불 기간을 연장하는 대신 로열티를 인하하는 분할 상환 조건에 합의한 것에 불과하다고 판시하였다.<sup>25</sup>

나아가, 미국 대법원은 *Aronson v. Quick Point Pencil*, 440 U.S. 257 (1979) 사건에서, 영업비밀과 출원 중인(등록 전) 특허에 대하여 5%의 로열티를 지급하되 특허가 등록되지 않을 경우에는 로열티를 반으로 줄이는 조항이 포함되어 있는 라이선스 계약의 위법성에 대하여 다른 바 있다. 법원은 동 계약은 당사자의 상호 협의의 결과로서, 이전된 영업비밀(특허가 되는 경우에는 그에 대한 권리를 포함)은 축소된 로열티에 상응하는 대가가 되기 때문에 특허권을 불법적으로 연장한 것이 아니라고 하였다.

EU 역시 지식재산권 심사지침에서 “당사자들은 조약 제81조 항에 위배됨이 없이, 통상적으로 라이선스된 지적재산권의 효력기간을 넘어서까지 로열티 지급의무를 연장할 수 있다(the parties can normally agree to extend royalty obligations beyond the period of validity of the licensed intellectual property rights without falling foul of Article 81(1))”고 밝히고 있다 (Guideline on the application of Article 81 of the EC Treaty to technology transfer agreements 159항 참조). 그 이유는 특허권 만료 후에는 제3자가 문제된 기술을 적법하게 사용하면서 계약당사자들과 경쟁할 수 있고 따라서 그러한 제3자들의 경쟁 자체가 당사자 사이에 합의된 로열티 지급의무의 경쟁제한성을 인정할 수 없게 한다는 것이다.

이와 같이, 특허권 소멸 이후의 기간에 대한 실시료 부과행위에 대해서는 미국 특허권남용 방지지침 상 특허권 남용에 해당할 수 있다는 것 외에, 경쟁법적 관점에서는 선진 각국에서도 그 자체로 경쟁제한성은 인정하지 않고 보므로 해당 조항을 삭제하거나 적어도 ‘부당성’을 인정할 수 있는 요건에 대한 구체적인 기준을 보완할 필요성이 있다고 할 것이다.

---

<sup>25</sup> *Scheiber v. Dolly Laboratories, Inc.*, 293 F.3d1014, 1017 (7th Cir.2002), “[f]or a licensee...to go on paying royalties after the patent expires does not extend the duration of the patent... because...if the licensee agrees to continue paying royalties after the patent expires the royalty rate will be lower.”

## (2) 실시허락의 거절에 대한 규제

특허권은 법률에 의하여 부여된 배타적인 권한 혹은 독점적인 권한<sup>26</sup>이므로, 특허 기술의 실시허락 여부의 결정은 실시권자에게 부여된 가장 근본적이고 핵심적인 권한이라고 할 수 있다. 따라서, 실시허락의 거절에 대한 공정거래법상의 규제 및 그 결과에 의한 강제 라이선싱은 원칙적으로 인정되지 않거나 인정된다 하더라도 매우 엄격한 요건 하에서 제한적으로 인정될 필요성이 존재한다. 지식재산권 심사지침 역시 이 점을 인정하여, “일반적으로 특허권자가 자신의 권리보장을 위해 합리적인 범위에서 실시허락을 거절하는 행위는 특허권에 의한 정당한 권리 행사로 볼 수 있다.”고 규정하고 있다. 그러나, 지식재산권 심사지침에서는 “특히 거래거절의 목적이 관련 시장의 경쟁제한과 관련되는 경우, 실시허락이 거절된 기술이 사업활동에 필수적인 요소인 경우, 해당 기술의 대체거래선을 확보하기 어려운 경우, 기술표준과 같이 관련 시장에서 해당 기술이 미치는 영향력이 상당한 경우, 자신이 해당 기술을 실시할 의도가 없음에도 불구하고 실시허락을 거절하여 관련 기술의 이용을 과도하게 저해하는 경우”를 부당성이 인정될 가능성이 큰 행위 드는 행위로 들고 있다. 이러한 지식재산권 심사지침의 기준이 지식재산권의 핵심적 권리를 보호하는데 적절한 수준의 것인지에 대한 검토가 필요하다.

비교법적으로는 지식재산권 관련 거래거절에 대한 미국과 EU의 규제상황을 참고할 필요가 있다<sup>27</sup>. 두 나라의 규제는 일정 정도 차이를 보이고는 있으나 점진적인 합의가 이루어지고 있다고 평가되기도 한다. 우선 미국의 경우, 일반적인 거래거절의 위법성과 관련하여 법원은 *Verizon Communications, Inc. v. Trinko LLP* 판결에서 과잉규제의 오류(false positive)의 위험을 들어, 거래거절이 셔먼법 제2조 위반이 될 수 있는 경우는 엄격하게 제한된다는 원칙을 확립하였으나, 거래거절과 관련하여 필수설비이론을 적용할 것인지 여부에 대해서는 논쟁이 계속되어 상충된 판결들이 나오고 있다(*Image Technical Services Inc. v. Eastman Kodak* 125 F.3d 1195(9th Cir. 1997), cert.denied, 523 U.S. 1094(1998) 사건, *CSU, L.L.C. v. Xerox Corp.*, 203 F.3d 1322(Fed. Cir. 2000), cert. denied, 531 U.S. 1143(2001) 사건 등 참

<sup>26</sup> 우리나라 특허법은 미국 등 다른 나라의 입법과 달리 특허권의 효력에 대해 “특허권자는 업으로서 그 특허발명을 실시할 권리를 독점한다”고 규정하고 있다(특허법 제 94 조 참조)

<sup>27</sup> 이 부분은 Christopher J. Meyers, 독점금지법: 지적재산권 강제 라이선싱, 서울대학교 기술과법센터, LAW & TECHNOLOGY 제 2 권 제 6 호, 57 면 내지 66 면과 설민수, 지적재산권 사용계약에 대한 거래거절에 관한 미국과 EU에서의 공정거래법 적용, 저스티스 통권 101 호 66 면 내지 102 면에 정리된 내용을 주로 참조하였다.



조).

미국에서 지식재산권과 관련하여 필수설비이론을 적용한 사례로는 *Data General Corp. v. Grumman Systems Support Corp* 사건을 들 수 있다. 컴퓨터 시스템을 제조하고, 유지·관리 서비스를 제공하는 Data General사(DG)는 고객의 컴퓨터 시스템을 진단·수리하기 위한 소프트웨어 프로그램을 개발했다. Grumman Systems Support Corp사(Grumman)은 이 프로그램이 필수설비이며, Grumman에 대한 DG의 라이선스 거절 행위가 DG 컴퓨터 시스템의 유지관리 및 수리 시장을 독점하려는 불법적인 시도였다고 주장하며 진단 프로그램에 대한 DG의 라이선스 거절에 대해 이의를 제기했다. 법원은 원고의 주장은 피고의 제품에 관한 고유의 정보에 대한 접근권을 원고에게 제공할 것을 요구하는 것으로서, 지식재산권 영역에서 적용된 필수설비이론의 범위를 넘어선 것이라고 판단하며 원고인 Grumman의 필수설비 관련 주장을 기각하였다.

한편 EU 법원은, 거래거절이 시장지배적 지위의 남용행위가 되는 경우와 관련하여 미국의 필수설비이론과 유사한 입장을 취하고 있다. 1974년 유럽 최고재판소의 *Commercial Solvents* 판결<sup>28</sup>을 통해 거래거절에 관한 필수설비이론이 도입된 이래, 3가지 주요 판결이 일응의 기준을 제시하고 있다. 다만, 법원은 아래 판결들에서 거래거절 자체가 남용행위에 해당하는 것은 아니라는 점을 명백히 하였다<sup>29</sup>. 첫째, *Magill* 판결<sup>30</sup>에서 최고재판소는 저작권에 대한 *Commercial Solvents* 법리 적용을 인정하였다. 이 판결에서 법원은 하위 시장에서 기존에 없었던 포괄적이고 새로운 주간 프로그램 가이드의 통합을 시도하는 경쟁사들에게 TV 편성 데이터 저작권에 대한 라이선스를 허가하도록 요구했다. 두번째 판결은 *Oscar Bronner* 판결<sup>31</sup>인데, Oscar Bronner가 Mediaprint의 배포 시스템을 통해 신문을 배포하려는 요청을 Mediaprint가 거부한 사안이다. Oscar Bronner는 Mediaprint의

---

<sup>28</sup> Cases 6/73 & 7/73, *Instituto Chemioterapico Italiano and Commercial Solvents v. Commission*, [1974] ECR 223.

<sup>29</sup> 유럽 법원은 특히 지식재산권과 관련된 거래거절이 남용행위에 해당하기 위해서는 추가적인 남용행위(additional abusive conducts)가 있거나 예외적 상황(exceptional circumstances)이 있을 것을 요구하는데, 추가적 남용행위와 관련하여 구체적으로 어떤 종류의 남용행위가 필요한지에 대한 기준은 제시하고 있지 않다고 한다(John Temple Lang, *European competition law and intellectual property rights-a new analysis*, ERA Forum (2010), 423 면 참조).

<sup>30</sup> *Joined Cases C-241/91P and C-242/91P, RTE 및 ITP v Commission* [1995] ECR I-1743

<sup>31</sup> *Case C-7/97, Oscar Bronner GmbH & Co. KG v Mediaprint Zeitungs* [1998] ECR I-7791

배송 네트워크가 필수설비라 주장했으나, 법원은 Magill 판결이 “예외적”인 경우라는 점을 분명히 하였고, Commercial Solvents 법리를 재차 강조하면서 남용행위를 인정하지 않았다. 즉 Oscar Bronner는 Mediaprint의 배포 네트워크에 대한 대안이 없었다는 점을 입증하여야 하며, 대안이 존재하나 불편하거나 비효율적이라는 것만으로는 필수설비로 인정받을 수 있는 충분한 입증이 아니라고 보았다. 마지막으로, 최근의 IMS Health 사건<sup>32</sup>에서는 Commercial Solvents 사건의 연장선상에 있는 사건들을 종합하여 3가지 누적적 요건, 즉 거절행위가 (i) 잠재적인 소비자 수요가 예상되는 신제품의 출현을 방해하고, (ii) 사업상의 정당한 목적이 없으며, (iii) 2차 시장에서 경쟁을 배제하는 경우일 것의 요건을 갖춘 경우에 한하여 시장지배적 지위의 남용행위에 해당할 수 있다는 점을 확인하였다.

이와 같이 미국이나 EU의 경우, 정도의 차이는 있지만, 모두 일반적인 거래거절의 위법성을 인정함에 있어서도 엄격한 요건 하에 신중하게 판단하고 있고, 특히 지식재산권의 행사와 관련된 경우에는 더욱 더 신중한 접근법을 취하고 있다는 공통점이 있다. 지식재산권 심사지침이 예시하고 있는 상황이 과연 그 자체로 부당성을 인정할 만한 것인가에 대해서는 의문이 든다. 특히 필수요소에 해당하기 위한 엄격한 요건을 충족하지 못한 경우에도 단순히 대체거래선의 확보가 어려운 경우나 기술표준과 같이 영향력이 상당한 경우에 EU 법원과 유사하게 예외적인 상황이나 추가적인 남용행위의 입증이 없이도 일반적으로 거래거절의 부당성을 인정하게 된다면 배타적인 권한 내지 독점권한을 부여하는 특허법의 본질에 반하는 결과가 되어 기술혁신 내지 동태적 경쟁의 촉진을 저해할 우려가 있을 것으로 보인다. 향후 실시허락의 거절과 관련하여서는 법원의 관련 판례 등을 참조하여 보다 엄격한 기준 하에 위법성을 인정할 필요가 있다고 생각한다.

### (3) 기술표준 관련 특허권 행사의 규제

기술표준 관련 특허권 행사와 관련하여 지식재산권 심사지침에서 문제삼는 행위 유형은 ① 기술표준 선정을 위한 협의과정에서 이와 관련된 거래가격·수향, 거래지역, 거래상대방, 기술개량의 제한 등의 조건에 부당하게 합의하는 행위, ② 기술표준으로 선정될 가능성을 높이거나 실시조건의 사건 협상을 회피할 목적 등으로 부당하게 자신이 출원 또는 등록한 관련 특허 정보를 공개하지 않는 행위, ③ 부당하게 기술표준으로 널리 이용되는 특허발명의 실시허락을 거절하는 행위, ④ 부당하게 기술표준으로 널리 이용되

---

<sup>32</sup> Case 418/01, IMS Health GmbH & Co. OHG v. NDC Health GmbH & Co. KG

는 특허발명의 실시조건을 차별하거나, 비합리적인 수준의 실시료를 부과하는 행위 등이 있다.

③ 및 ④ 유형에 대해서는 앞서 이미 논의한 바 있고, ① 유형은 부당공동행위가 문제되는 사안이므로 그 위법성을 인정하는 기준은 통상적인 공동행위 위법성 판단기준에 의할 수 있을 것이나, ② 유형에 있어서 특허정보 미공개, 특히 의도적 미공개를 공정거래법 위반으로 볼 수 있는지, 볼 수 있다면 어떤 기준에 따라야 하는지가 문제될 수 있다. 현실적으로 표준화기구에 대한 기만행위로는, 특허권자가 표준화 절차 진행 중에 특허권의 존재 사실을 감추고 있다가 표준설정 이후에 그 특허기술을 포함한 표준을 사용하려는 자를 상대로 특허침해소송을 제기하는 등으로 특허권을 억류하는(patent hold-up) 모습으로 발생할 수 있을 것이다.

그러나, 기술표준 설정에 있어서 특허정보의 공개를 요구할 것인지 여부나 공개의 무가 부과된 경우에도 그 위반에 대해 어떤 제재를 가할 것인가는 기본적으로 표준화기구와 표준화기구의 회원사 등의 지위를 갖는 특허권자 사이의 계약에 관한 해석 문제로서 민법에 의한 규율이 보충적으로 적용되어야 할 분야이다. 정보통신기술과 관련된 주요 표준화기구들은 지식재산권 관련 정책에서 많은 경우에 (i) 특허정보를 공개할 것과 (ii) RAND 또는 FRAND 조건으로 실시허락을 할 것을 정하고 있다. 그러나, 특허정보 공개(pre-disclosure)와 관련하여, 일반적으로 표준화기구는 참가자들에게 표준과 관련되어 알고 있는 특허를 공개할 것을 요구하지만, 보유하고 있는 특허를 검색하여 공개할 의무까지 부과하고 있지는 않다.<sup>33</sup> EU의 수평적 행위에 대한 심사지침에서도, “선의(good faith)의 공개를 요구할 수 있고, 표준 참가자는 특별한 기술에 대하여 지식재산권이 없는 것 같다는 수준으로 선언하는 것으로 충분하다”라고 하여 같은 취지로 규정하고 있다(동 심사지침 286항 참조). 또한, RAND/FRAND 약정을 요구함에 있어서도 약정을 요구하는 것 외에 RAND/FRAND의 구체적인 내용에 대해서는 거의 아무런 규정도 두고 있지 않으며, 그러한 약정의 준수 여부에 대한 판단은 기본적으로 약정을 한 특허권자 스스로에게 일임되어 있다.

특허권자에게 특허공개나 RAND/FRAND 약정을 요구하는 것은 기본적으로, 표준

---

<sup>33</sup> ETSI IPR Policy § 4.2, Guide for the Implementation of the ANSI Patent Policy § III.A., TTA 정보통신 표준화 관련 지적재산권 취급요령 2.3 조

이 설정된 후 예상하지 못했던 특허가 발견되어 특허권자가 그 특허를 사용하지 못하게 하거나 과도한 실시료를 책정하여 사실상 사용을 금지하는 결과가 발생하는 경우에 대비하여 표준화기구의 표준화 준비, 선정 적용 과정에서 투자한 상당한 노력과 비용을 보호하기 위한 것이다. 그러나, 한편으로는 기술표준에 대한 자유로운 참가를 촉진할 필요성 역시 존재하기 때문에 특허권자에게는 비교적 느슨한 의무만을 부과하고 있다. 결국 특허공개나 RAND/FRAND 약정의 의미는 기술의 표준화를 통한 장점을 극대화하면서도 특허권자에게 인정되는 핵심적인 권리인 실시허락 거절의 권한이나 실시료 징수의 권한을 최대한 보호하기 위한 절충적 제도로 이해하여야 할 것이다. 따라서 특허공개의무나 RAND/FRAND 의무의 위반 여부에 대한 판단이나 의무위반으로 판단되는 경우에도 이를 곧 소비자의 이익을 저해하는 행위로 인정하여 공정거래법을 적용할지 여부에 대해서는 엄격한 요건에 의하여 판단하는 것이 바람직할 것이다<sup>34</sup>.

무엇보다도 우리나라 공정거래법은 미국과 달리 독점화 기도를 규제하고 있지 않다. 따라서, 특허미공개행위나 RAND/FRAND 협약 위반 행위 그 자체를 시장지배적지위 남용행위나 불공정거래행위로 규율하기 어렵다는 문제가 있다<sup>35</sup>. 특정 특허기술의 보유자가 시장지배적 사업자에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서 하나의 참고자료가 될 가능성이거나 불공정거래행위 중 가장 포괄적인 행위유형인 기타의 방법에 의한 사업활동방해 행위에 포섭될 가능성은 배제할 수 없으나, 관련 규정이나 심사지침 등에서는 특허미공개행위나 RAND/FRAND 협약 위반 행위에 대해 전혀 언급하고 있지 않으므로 그 구체적인 적용범위를 결정하는 것도 어려울 것이다. 따라서, 향후 지식재산권 심사지침을 개정함에 있어서는 특허미공개행위나 RAND/FRAND 협약 위반 행위가 구체적으로 어떤 경우에 어떤 유형의 위법행위가 문제될 수 있는지에 대한 보다 구체적인 기준이 보완될 필요성이 있으며, 그와 같은 보완이 이루어지기 이전에는 공정위의 실무운동 과정에서 신중

---

<sup>34</sup> 이와 관련하여, 특허권자가 의도적으로 경쟁기술을 배제하기 위하여 표준구현에 필수적인 특허를 보유하고 있다는 사실을 알고 있으면서도 특허를 공개하지 않거나 준수할 의도가 없이 RAND/FRAND 약정을 하여 표준화기구가 이를 믿고 특허권자의 기술을 표준기술의 하나로 채택함으로써 경쟁기술이 배제되었을 때, 즉 기만행위가 없었더라면 표준화기구가 경쟁기술을 표준기술로 채택하지 않거나 표준화 행위를 하지 않는 등 다른 조치를 추할 것이 명백한 경우에 한정하여 공정거래법이 적용되는 것으로 해석하여야 한다는 견해(권국현, “표준설정 과정에서 나타나는 표준화기구 기만행위에 대한 경쟁법 적용의 타당성과 그 적용요건에 관하여, 11 면 참조)가 있는데, 타당한 견해라고 생각한다.

<sup>35</sup> 권국현, 각주 34, 21 면 참조

을 기할 필요가 있다고 생각한다.

참고로, 셔먼법에서 독점화 기도를 규율하는 미국에 있어서도, 법원은 특허공개의 무 위반을 인정하거나 그에 대해 셔먼법 등을 적용함에 있어서 매우 신중한 태도를 보이고 있다. 대표적 사건으로 Rambus 사건<sup>36</sup>을 들 수 있는데, 이 사건에서는 Rambus가 JEDEC(the Joint Electron Device Engineering Council)에 참여하면서, 기술표준으로 논의되고 있던 기술에 대하여 자신이 특허출원한 것을 공개하고 있지 않다가, 그 기술이 표준기술로 채택된 이후 특허권을 행사하였는지 여부가 쟁점이 되었다. 미연방위원회(FTC)는 Rambus가 의도적으로 표준화기구를 기만하였고 그러한 기만행위가 없었다면 (i) 당해 표준화기구는 Rambus의 특허기술 외의 다른 기술을 채택하였거나, (ii) Rambus의 기술을 채택하였더라도 Rambus에게 FRAND 조건을 요구하였을 것이라고 판단하였다. 즉 FTC는 특허공개의무 위반이 의도적인 기만행위로 이루어졌고 그 결과 그 특허기술이 FRAND 약정 없이 표준기술로 채택되도록 유도하였다면 그 행위는 셔먼법 제2조와 미연방거래위원회법 제5조 위반에 해당한다고 보았다. 그러나 연방순회항소법원은 2008년 4월 미연방거래위원회의 결정을 파기하면서, 기만행위 그 자체만으로는 경쟁법을 위반한 증거로 충분하지 않으며, 나아가 그 기만행위로 인하여 당해 표준화기구가 Rambus의 기술을 배제하여 표준 자체의 설정을 거부하거나 다른 표준을 채택하였으리라는 입증하지 못했다고 판시하였다. 또한 당시 JEDEC의 내부지침이나 정책상 특허공개의무 및 그 범위가 불명확하여 Rambus의 공개의무위반 혹은 기만행위가 인정되기 어렵다고 하였다. 이에 대하여 FTC가 상고하였으나 2009년 2월 미연방대법원은 이를 기각하였다.

#### (4) 기타 개선방향

지식재산권 심사지침은 특허분쟁 과정의 부당한 합의라는 행위유형과 관련하여, 분쟁의 대상이 된 특허가 무효임을 당사자가 인지한 상태에서 특허권자가 상대방 당사자에게 특허제품을 실시하는 것보다 더 큰 이익을 보장하여 분쟁을 종료하는 합의를 하는 경우, 특허권의 정당한 권리행사의 범위를 벗어난 것으로 판단할 수 있다는 취지로 규정하고 있다. 위 내용은 서로 경쟁관계에 있는 오리지널 제약사와 제네릭 제약사간에 오리지널 제약사가 소송비용을 훨씬 능가하는 경제적 이익을 제네릭 제약사에게 지급하는 대가로, 제네릭사의 시장진입을 포기 내지는 지연하는 내용의 역지급합의를 체결하는 것

---

<sup>36</sup> Rambus Incorporated v. FTC, 522 F3d. 456 (D.C. Cir. 2008)

이 부당한 경쟁제한에 해당할 가능성이 있다는 미국의 역지급합의(Pay-for-delay or Reverse Payment Agreement)에 관한 논의를 배경으로 한 것이다.

무효사유가 있는 특허권의 대상발명은 당초부터 일반 공중의 자유로운 실시가 가능한 영역에 존재하는 기술이므로 경쟁법적 가치에 반하는 배타적 권한 내지 독점적 권한을 인정할 만한 정당성을 인정하기 어렵다. 따라서 이러한 특허권을 부당히 유지하여 경쟁사업자의 시장진입을 제한하는 행위는 반경쟁적 권리행사라고 할 것이므로 이를 규제할 경쟁법적 필요성은 일응 인정된다고 볼 수 있다.

그러나, 이처럼 역지급합의가 경쟁제한을 초래하는 경우 이를 규제할 필요성이 인정된다고 하더라도 역지급합의의 외관을 띠는 합의가 곧바로 부당한 공동행위에 해당한다고 보기 어려울 뿐만 아니라, 역지급합의에 대한 획일적 규제는 특허법이 추구하는 기술공개유인과 이를 통한 기술발전 및 산업발전에 역행하는 결과를 낳을 수 있으므로, 역지급합의에 대한 공정거래법 적용에는 신중을 기하여야 할 것이다.

역지급합의가 문제되는 영역은 주로 신약과 관련된 물질특허의 영역이다. 신약 특허는 물질 자체에 관한 독점권이 발생하기 때문에 그 권리범위가 일반 특허에 비하여 훨씬 넓어 권리 독점으로 인한 경쟁 제한성이 클 뿐만 아니라, 특허권이 소멸되면 제너릭 회사의 시장 진출이 가속화 되어 오리지널 업체의 이익이 급격히 떨어지기 때문에, 오리지널 사는 특허권의 존속에 큰 이해관계를 갖고 있어 이러한 이해가 오리지널 사의 역지급합의에 대한 유인인자로 작용하기 때문이다. 그러나 오리지널 사가 역지급합의를 통하여 분쟁을 종료하였다고 하여 그것을 부당한 권리행사라고 단정할 수 없다.

특허권에 관한 분쟁, 예를 들면 특허무효심판 등의 절차를 통해 기각심결을 받아 기속력을 통한 후속 분쟁을 방지할 것인지, 아니면 무효심판 청구인에게 합의금을 지급하는 방식으로 합의하여 특허권 무효에 대한 리스크를 최소화할 것인지는 권리행사의 영역에 해당하는 것이어서 규제의 대상이 되는 것이 아니다. 더구나 특허의 무효사유인 신규성, 진보성, 명세서 기재요건 등은 ‘통상의 기술자’라는 가상의 인물을 통한 주관적 판단에 따라 결정되는 것이고, ‘통상의 기술자’가 보유하는 지식 수준에 대한 기준은 국가별, 시대별로 유동적인 것이어서, 오리지널 사가 각 국별로 진행 중인 분쟁에서 특허가 무효가 될 것인지를 정확히 판단하기는 쉽지 않다. 반면에 특허권의 무효로 인하여 오리지널 사가 입는 손해는 역지급합의에 따른 비용보다 큰 경우가 대부분이므로, 오리지

널사가 ‘무효를 확신할 수는 없지만 무효가능성이 상당한 상황’에서 합의를 통하여 분쟁을 해결하는 것을 두고 그것이 부당한 권리행사로 비난하기에는 무리가 있다.

더구나 신약개발과 같이 높은 실패 위험과 고비용을 감당하여야 하며, 제너릭사의 복제약 출시가 용이한 산업구조에서 특허권은 신약개발에 대한 유일한 유인인자이다. 따라서 이러한 특허권 유지를 위한 오리지널 사의 역지급합의를 지나치게 규제하게 되면 배타적 권한 내지 독점권의 보장을 통한 신약개발의 유인이라는 특허법 목적에 반하는 결과가 초래 될 수 있으므로 그 규제는 신중하게 이루어져야 한다.

또한 역지급합의가 존재한다고 하여 반드시 합의 당사자 이외의 경쟁사업자에 대한 경쟁까지 제한되는 것은 아니다. 역지급합의를 통하여 합의 상대방이 특허권의 무효를 주장하지 않기로 합의한다고 하더라도 그 합의에는 대세적 효력이 존재하지 않아 타 경쟁사업자의 무효 주장을 막을 수 없다. 그러므로 역지급합의 상대방 이외의 경쟁사업자가 존재하는 경우, 경쟁사업자는 오리지널사의 특허권에 대하여 무효심판을 청구함으로써 그 특허권을 소멸시킬 수 있으므로 역지급합의가 바로 부당한 경쟁제한을 초래하는 것이라고 보기 어렵다. 뿐만 아니라 특허법 제133조 제1항은 경쟁 사업자가 아닌 ‘심사관’도 무효심판을 청구할 수 있음을 인정하고 있기 때문에, 역지급합의에 따른 부당한 특허권 존속의 폐해를 반드시 공정거래위원회의 규제로 달성하여야 할 필요성이 크지 않다.

그리고 역지급합의가 부당한 경쟁제한을 초래하는 것은 신약 특허와 관련한 ‘허가/특허 연계제도’ 때문이므로, 이러한 제도가 시행되기 이전 혹은 이러한 제도와 관련 없는 비제약 특허에 대해서는 역지급합의가 부당한 경쟁행위로 평가될 가능성이 매우 낮다. 역지급합의가 문제된 미국에서는, 제너릭사가 복제약을 출시하기 위해서는 오리지널사의 특허에 대한 무효를 주장하여야 하고, 오리지널사가 제너릭사에 대하여 특허침해금지청구를 하면 제너릭사의 FDA 허가를 30개월간 정지시키는 ‘허가/특허 연계제도’가 시행되고 있다. 이 제도 하에서 오리지널사는 특허권의 존재만으로 FDA허가를 신청한 제너릭사의 시장 진출을 최장 30개월간 늦출 수 있다. 그렇기 때문에 오리지널사와 제너릭사의 특허 분쟁 과정에서 특허 무효사유가 명백하다고 판단되는 경우, 오리지널사는 역지급 합의를 하여 그 특허권을 유지하고, 그 특허권을 근거로 다른 제너릭사의 신약 허가를 다시 최장 30개월간 늦출 수 있다. 그런데 허가/특허 연계제도가 존재하지 않는 우리나라에서는 제너릭사들이 특허권의 존재와 상관 없이 복제약에 대한 식약청 허가를 신

청하여 제품을 출시하는 것이 가능하다. 그렇기 때문에 일반적으로 특허에 무효사유가 있음이 알려지면 여러 제너릭사 중 일부만이 무효심판을 청구하고 나머지 제너릭사는 특허 무효심판도 청구하지 않은 상태에서 복제약에 대한 식약청 허가를 신청하여 제품을 출시한다. 그러므로 오리지널사가 무효심판을 청구한 경쟁사업자 1인과 역지급합의를 한다고 하여 다른 경쟁사업자의 시장진입을 제한할 수 없다. 그리고 특허 무효심판을 청구하지 않고 제품을 출시하는 이러한 현상은 ‘허가/특허 연계제도’에 대한 적용의 여지가 없는 비제약 특허 분야에서도 동일하게 관찰된다. 다만, 향후 한미 FTA나 한-EU FTA가 발효되어 우리나라에서도 ‘허가/특허 연계제도’가 시행되는 시점에서는 신약특허와 관련하여 역지급합의의 경쟁제한성을 평가할 필요성이 발생할 수 있을 것이다.

#### IV. 결론

공정거래법 제59조는 이제 “부당한 지식재산권 행사에는 공정거래법이 적용된다.”로 해석할 필요가 있다는 주장처럼<sup>37</sup>, 지식재산권 심사지침의 개정으로 지식재산권 행사행위에 대한 전면적인 공정거래법 적용이 가능해질 것으로 보인다. 그러나, 정당한 지식재산권의 행사에 대해 공정거래법의 적용제외를 규정한 공정거래법 제59조의 취지에 비추어 볼 때, 지식재산권 행사에 대한 공정거래법 적용은 공정거래법과 지식재산권법이 공통으로 추구하는 목적인 기술혁신의 촉진과 궁극적인 소비자 후생의 증진을 감안하고, 지식재산권이 가지는 배타적 권리 혹은 특허기간 동안의 자유로운 실시료 부과에 따른 경제적 보상의 보장 등의 핵심적 특성을 최대한 배려하는 방향으로 가급적 제한적으로 적용될 필요가 있다. 이에 따라 불공정거래행위 규정 중 경쟁수단 내지 거래내용의 불공정성을 위법성 판단의 근거로 삼는 행위를 지식재산권 행사에 적용함에 있어서는 그러한 불공정성으로 인하여 경쟁의 기반이 침해되는 경우와 같이 경쟁과의 관련성이 인정되는 경우에 한정하는 것이 체계정합적 해석이 될 것이다. 나아가, 개별적 행위 규정과 관련하여서도 실시료에 대한 규제 및 실시허락 거절에 대한 규제, 기술표준에 있어서 특허미공개나 RAND/FRAND 확약 위반 및 역지급합의 등에 대한 공정거래법 적용은 엄격한 기준에 따라 제한적으로 적용하는 방향으로 개선할 필요가 있으며, 심사지침의 개선 보완 이전이라도 공정위의 실무운동 시에 이러한 점을 고려하는 것이 바람직할 것이다.

---

<sup>37</sup> 김준범, 고인혜, 각주 2, 6 페이지 참조.