



# GLOBAL IP TREND

Technological Innovation Research & Development  
Enforcement National IP Strategy Dispute in IP

## 2015

최중혁  
법무법인 세종 선임외국변호사

이창훈  
법무법인 세종 파트너변호사

# 표준필수특허 및 FRAND 약정을 둘러싼 최근의 경쟁법적 이슈

1

## 들어가며

특허권자는 업으로서 그 특허발명을 실시할 권리를 독점할 수 있고(특허법 제94조, 특허권의 적극적 효력) 특허침해행위에 대하여 금지 또는 예방을 청구하거나 손해배상을 청구할 수 있다(특허법 제126조 및 제128조, 특허권의 소극적 효력). 이와 같이 특허권은 기본적으로 독점권 및 배제권을 그 내용으로 하고 있다. 그러다보니 특허권자의 특허권 행사는 때에 따라서는 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 “공정거래법”)과 묘한 긴장관계를 형성하기도 한다. 공정거래법은 시장에서의 경쟁을 촉진하고자 하는 그 법의 목적상 기본적으로 독점권자의 배제적 행위에 대해 부정적인 입장을 취하고 있기 때문이다. 물론 특허법과 공정거래법 모두 혁신을 장려하겠다는 이념 내지는 목표 자체에 있어서는 공통되지만, 이와 같은 이념 또는 목표를 달성하는 구체적인 방식에 있어서는 서로 차이가 있다. 특허법의 경우 특허권의 행사를 두텁게 보호함으로써 이를 달성하고자 하는 반면에, 공정거래법의 경우에는 시장에서의 경쟁이 활성화되도록 함으로써 이를 통해 혁신의 유인을 꾸준히 유지하고자 하는바 그러한 공정거래법의 집행과정에서 개별 특허권자의 특허권 행사가 오히려 규제를 받게 되는 상황도 발생하게 된다. 공정거래법은 특허법과의 이러한 긴장관계를 해소하고자 “특허법[...]에 의한 권리의 정당한 행사라고 인정되는 행위”에 대해서는 공정거래법을 적용하지 않는다는 규정을 두고 있으나(공정거래법 제59조), 무엇이 특허권의 정당한 행사인지에 대해서는 여전히 해석에 맡겨져 있기 때문에 위 규정만으로 문제가 완전히 해결되었다고 보기는 어렵다.

특히 해당 특허가 표준필수특허\*인 경우에는 이러한 문제가 조금 더 복잡해진다. 표준필수특허는 표준기술을 필요로 하는 상품을 생산하거나 서비스를 제공하기 위해 필수적으로 사용되어야 하는 특허를 의미한다. 표준필수특허에 대한 접근(access)이 부당하게 제한될 경우에는 자칫 그 해당 표준기술에 기반한 상품 또는 서비스의 공급과 관련된 시장에서의 경쟁이 제한되는 결과가 초래될 우려가 있는바, 이와 관련하여 표준필수특허권의 행사에 대해서는 공정거래법이 좀 더 적극적으로 개입해야 한다고 보는 시각도 있다. 또한 표준필수특허권자는 표준화기구에게 소위 FRAND(Fair, Reasonable and Non-Discrimination) 약정을 하는 경우가 많은데, 이러한 표준화기구와의 FRAND 약정을 공정거래법 위반의 문제와 연결지으려는 견해들도 있다. 하지만

표준필수특허권 역시 다른 일반적인 특허권들과 마찬가지로 엄연히 특허법의 보호대상으로서, 혁신의 유인을 유지한다는 특허법의 기본정신이 표준필수특허라고 하여 본질적으로 달라질 수는 없다고 본다. 즉, 표준필수특허권의 행사에 대해 공정거래법 소정의 규제가 가능하다고 하더라도, 그렇다고 하여 특허권으로서의 본질이 소멸되는 것은 아니므로, 표준필수특허권 행사에 대한 공정거래법상의 규제 역시 특허 제도와 조화를 이룰 수 있어야 한다고 본다.

이하에서는 특허권 행사에 수반될 수 있는 여러 경쟁법적 이슈들 중에서도 특히 이러한 표준필수특허 및 FRAND 약정을 둘러싼 최근의 논의들에 대해 간략히 살펴보고자 한다. 좀 더 구체적으로, (i) FRAND 약정과 공정거래법의 관계, (ii) FRAND 의무의 본질에 관한 문제, 즉 성실협상 의무 v. 계약체결 의무의 문제 및 자유로운 접근 v. 소진적 라이선스의 문제, (iii) 표준필수특허가 공정거래법 소정의 필수요소에 해당되는지 여부에 관하여 순차적으로 살펴보기로 한다.

2

## FRAND 약정 위반은 그 자체로 공정거래법 위반의 근거가 될 수 있는가?

1) Microsoft Corp. v. Motorola, Inc., 864 F. Supp. 2d 1023, 1031 (W.D. Wash. 2012) (“A RAND commitment is a contract formed through any essential patent holder’s commitment to the [SSO] to license patents on RAND terms.”); J. Miller, Standard Setting, Patents, and Access Lock-In: RAND Licensing and the Theory of the Firm, 40 Indiana Law Review 351 (2007) (“The RAND promise, embedded in SSO bylaws to which participants agree, is primarily a matter of contract law.”); M. Lemley, Intellectual Property Rights and Standard-Setting Organizations, 90 California Law Review 1889, 1909 (2002) (“SSO IP rules have legal significance only to the extent they are enforceable. Because the IP policies are at base agreements by members of the SSO to abide by certain rules regarding IP ownership, their enforceability is initially a question of contract law.”).

표준필수특허 및 FRAND 약정을 둘러싼 여러 경쟁법적 이슈들 중에서 가장 우선적으로 고민해 봐야 할 사항은 FRAND 약정이 과연 경쟁법적으로 특별한 의미를 갖는다고 볼 수 있는지 여부이다. 즉, FRAND 약정을 위반하였다는 사정이 그 자체로 공정거래법 위반으로 판단할 수 있는 근거가 될 수 있는지 여부에 대한 검토가 선행되어야 할 것이다.

기본적으로 FRAND 약정의 법적 성격은 표준필수특허 보유자와 관련 표준화기구 간의 사적(私的) 계약에 해당한다.<sup>1)</sup> 따라서 설령 어느 행위자가 FRAND 약정을 위반한 경우 이와 관련하여 민법상의 계약위반이 문제될 수 있을지는 몰라도, FRAND 약정을 위반하였다는 사실 자체가 곧바로 공정거래법 위반의 문제가 된다고 보는 것은 법리적으로 타당하지 않다. 즉, 어떠한 문제된 행위가 FRAND 약정에도 위반되는 동시에 공정거래법 위반에도 해당되는 경우가 있을 수는 있어도, 이는 FRAND 약정을 위반하였기 ‘때문에’ 공정거래법 위반의 문제가 야기된 것이 아니라, 그 문제되는 행위 자체가 (FRAND 약정 위반 여부와는 상관없이) 원래부터 공정거래법에 위반되는 행위일 뿐이라고 보는 것이 좀 더 합리적이다. 예를 들어, 표준필수특허 보유자의 부당한 실시조건 차별이 FRAND 약정 위반에 해당되고 동시에 공정거래법 위반에도 해당된다고 할 때, 그 차별행위가 공정거래법에 위반되는 법적 근거는 사적 계약인 FRAND 약정을 위반하였기 때문이 아니라 공정거래법이 원래부터 명시적으로 부당한 차별취급을 금지하고 있기 때문이다. 위 사례에서 차별취급 행위가 공정거래법 소정의 부당성 요건을 충족시키는 경우에 그 자체로 공정거래법 위반이 성립하는 것이지, 더 나아가 FRAND 약정이라는 사적 계약의 위반사실이 공정거래법 위반의 근거가 될 수는 없다고 본다.

특히 표준필수특허권의 행사를 둘러싼 경쟁법적 이슈와 관련하여서는 공정거래법 소정의 시장

2) 대법원 2007. 11. 22. 선고 2002두8626 판결.

지배적지위 남용행위 성립 여부가 주로 논의되고 있는데, 이러한 시장지배적지위 남용행위의 성립을 위해서는 무엇보다도 부당성, 즉 경쟁제한성이 인정되어야 한다. 이에 관한 효시적 판결인 대법원의 포스코 판결<sup>2)</sup>에 따르면, 경쟁제한성은 상품의 가격상승, 산출량 감소, 혁신 저해, 유력한 경쟁사업자의 수의 감소, 다양성 감소 등을 주된 내용으로 하는바, 여기에는 시장에서의 경쟁 상황에 대한 고려가 필수적으로 전제되어야 한다. 그런데 FRAND 약정이라는 사적 계약에 위반했다는 사실 자체는 경쟁사업자 배제 여부 등 시장에서의 경쟁상황과 같은 공정거래법 소정의 부당성 판단요소와 관련하여 특별한 시사점을 주지 못한다. 즉, 실령 FRAND 약정에 위반되는 행위가 있었다고 할지라도, 그것이 경쟁사업자 배제 여부 등 시장에서의 경쟁상황에 아무런 영향도 주지 못하는 경우라면, FRAND 약정 위반사실이 공정거래법상의 경쟁제한성과 관련하여 갖는 실질적인 의미는 없다고 보는 것이 타당하다.

이와 같이 FRAND 약정이 과연 경쟁법적으로 특별한 의미를 갖는다고 볼 수 있을지 매우 의문이다. FRAND 약정을 위반하였다는 사정 그 자체를 공정거래법 위반의 근거로 삼고자 하는 일각의 견해에 대해서는 동의하기 어렵다.

### 3

## FRAND 의무의 본질

### 1. 성실협상의무 v. 계약체결의무

3) 특허기술에 대한 접근을 허용하는 방식으로는 라이선스 계약 외에도 부제소화약이나 보충적 권리행사 협약 등 다양한 형태가 존재하는바, 이하 특허기술에 대한 접근을 허용하는 내용의 계약을 “그랜트” 또는 “그랜트 계약”으로 통칭한다.

4) 서울중앙지방법원 2012. 8. 24. 선고 2011가합39552 판결.

5) European Telecommunications Standards Institute.

FRAND 약정이 경쟁법적으로 특별한 의미를 갖는지 여부를 논외로 하더라도, FRAND 의무의 본질이 성실협상의무에 있다는 점에 대해서는 분명하게 이해될 필요가 있다. 이와 관련하여 일부에서는 FRAND 약정의 의미와 관련하여 이를 마치 표준필수특허에 대한 접근을 내용으로 하는 그랜트(grant) 계약<sup>3)</sup>의 체결 자체를 의무화하는 내용의 약정인 것처럼 이해하는 견해도 있는 것으로 보인다. 하지만 FRAND 약정은 기본적으로 그랜트 계약의 체결을 놓고 협상하는 당사자에게 성실하게 협상할 의무(성실협상의무)를 부과하고 있을 뿐, 더 나아가 표준필수특허권자에게 그 협상을 반드시 성사시켜 그랜트 계약의 체결에까지 이르도록 해야 하는 의무(계약체결의무)를 지우고 있지는 않다.

서울중앙지방법원은 삼성전자와 애플 간의 특허침해소송에 대한 판결<sup>4)</sup>에서 FRAND 선언의 의미와 관련하여, “FRAND 조건으로 성실하게 협상할 의무 등을 부담시키는 일반 원칙을 선언하는 것”이라고 하여 FRAND 약정의 의미가 성실협상의무에 있음을 밝힌 뒤, “원고(삼성전자)의 FRAND 선언의 문언 내용에 비추어 보면 불특정 제3자에 대한 구속력 있는 실시권의 허여를 확약한 것이라고 단정할 수 없다”, “ETSI<sup>5)</sup> 지적재산권 가이드라인 4.1조에 의하면 라이선싱 조건 [...]은 당사자가 협상으로 정할 문제로서, ETSI는 이에 관여하지 않는다고 규정하고 있어서 계약당사자 사이에 자유로운 협상을 통한 조건에 관한 합의를 전제로 하고 있다”, “ETSI의 지적재산권 정책의 부속서의 FAQ에서도 ETSI의 표준선언 필수특허에 대한 실시를 위해서는 특허권자의 허락이 필요하다거나 실시권을 허여받기 위해서는 특허권자와 협상을 해야 한다는 취지로

답변을 하고 있어서 특허권자와 사이에 별도의 협상을 통해 라이선스 계약의 체결을 전제로 하고 있다”라고 판시함으로써, FRAND 확약이 그랜트를 반드시 제공하겠다는 취지의 확약이 아니라는 점, 그리고 표준필수특허에 대한 그랜트 계약은 표준필수특허권자와 잠재적 라이선스 간의 자유로운 협상에 기하여 결정되어야 할 문제라는 점을 분명히 하였다. 특히 서울중앙지방법원은 위 판결에서 “FRAND 선언의 내용을 구속력 있는 확약의 의미로 해석한다면 표준화의 특성을 고려하더라도 특허권자의 의사에 반하는 강제실시(compulsory license)를 광범위하게 허용하는 결과가 되어 표준화를 통한 기술개발과 이를 통한 산업발전도 저해하게 되며, 표준화기관의 정책목적에 반하게 된다”라고 하여, FRAND 약정이 결코 강제실시를 내용으로 하지는 않는다는 점을 강조하였다.

6) 공정거래위원회 심사지침 III. 5. 나.

공정거래위원회의 입장 역시 서울중앙지방법원과 다르지 않은바, 공정거래위원회가 제정한 ‘지식재산권의 부당한 행사에 대한 심사지침’도 “표준필수특허권자가 FRAND 조건으로 실시허락할 것을 확약한 경우[...]성실하게 협상할 의무를 부담한다는 것을 의미하며[...]자동적으로 실시권을 부여해야 한다는 것을 의미하지는 않는다”라고 밝히고 있다.<sup>6)</sup> 실제로 공정거래위원회는 애플이 삼성전자를 신고하면서 FRAND 약정 위반을 문제 삼은 사안에서, 삼성전자가 다양한 실시조건들을 애플에게 제안하였고 애플이 제시한 실시료율과의 격차를 해소하기 위한 실질적인 협상을 진행하였다는 점을 거론하며 삼성전자가 협상을 성실히 이행하지 않았다고 보기는 어렵다는 이유를 들어, 삼성전자가 FRAND 약정을 위반하였다는 애플의 주장을 배척하였다.<sup>7)</sup>

7) 공정거래위원회 2014. 2. 25.자 보도자료

이와 같이 FRAND 의무는 표준필수특허에 대한 접근을 내용으로 하는 그랜트 계약의 체결을 강제하는 내용의 의무가 아닌바, 그 체결을 위해 협상을 하는 경우에는 그 협상에 성실하게 임하도록 하는 것을 본질로 하고 있을 뿐이다. 앞서 살펴본 서울중앙지방법원 판결도 FRAND 약정에도 불구하고 그랜트 조건은 표준필수특허권 보유자와 잠재적 라이선스 간의 별도의 협상을 통해 결정될 문제임을 분명히 밝혔는데, 이 역시 같은 맥락이라 할 것이다. 따라서 FRAND 약정을 체결한 표준필수특허권자가 진지하고 성실하게 실질적인 협상에 임한 이상, 설령 결과적으로 계약의 체결에까지 이르지 못하였다고 하더라도, 이를 그랜트 거절로 간주하여 FRAND 약정 위반으로 보는 것은 타당하지 않다.

한편 잠재적 라이선스의 유형을 그랜트받을 의사가 있는 willing 라이선스인 경우와 그렇지 않은 unwilling 라이선스인 경우로 구분한 뒤 이를 사실상 유일한 기준으로 삼아, willing 라이선스와 그랜트 계약의 체결에 이르지 못한 경우에는 그 자체로 그랜트 거절에 해당되어 FRAND 약정 위반이라고 보는 견해도 있는 것으로 보인다. 그러나 이와 같이 단순히 잠재적 라이선스가 그랜트받을 의사가 있는지 여부만을 기준으로 판단하는 것은 표준필수특허권자에게 지나치게 가혹한 결과를 초래하므로 적절하지 않다. 일반적으로 그랜트 계약의 체결과정에서는 특허에 대한 접근을 허용한다는 단순한 내용의 합의만을 놓고 협상이 진행되는 것은 아닌바, 통상 그에 수반



되는 무수한 제약조건들에 대해서도 치열한 협상이 이루어지게 되고, 그렇기 때문에 협상 자체가 수년에 걸쳐 장기적으로 진행되는 경우도 많다. willing 라이선시와의 협상에 있어서도 표준필수특허권자가 진지하고 성실하게 장기간에 걸쳐 실질적인 협상에 임하더라도 결국 제약조건들에 대해 이견이 발생하여 체결에까지 이르지 못하는 경우는 얼마든지 있을 수 있는 것인데, 이러한 경우까지도 표준필수특허권자가 FRAND 약정을 위반한 것으로 보는 것은 사실상 표준필수특허권자로 하여금 willing 라이선시가 제시한 제약조건을 일방적으로 수용하도록 강요하는 것이나 마찬가지로서, 이는 표준필수특허권자에게 마땅히 허용되어 있는 협상의 자유를 박탈하는 것이나 다를 바 없다.

8) 공정거래위원회 심사지침 III. 5. 나.

이와 관련하여 '지식재산권의 부당한 행사에 대한 심사지침'에서는 표준필수특허권자가 성실하게 협상의무를 이행했는지 여부를 판단함에 있어 그랜트 조건에 합의하지 못하는 경우 법원이나 중재기관에 회부하기로 했는지 여부 등을 고려할 수 있다고 규정하고 있다.<sup>8)</sup> 그러나 이는 그랜트 계약의 협상이 '실제로' 어떻게 진행되는지에 관한 이해가 충분히 전제되지 않은 규정으로 보인다. 앞서 언급한 대로 그랜트 계약 내에는 단순히 그랜트를 제공한다는 문구만 들어가는 것이 아니라 그에 수반되는 무수한 세부계약조건들이 포함되어 있는바, 하나의 계약이 체결에 이르기까지는 상호간에 수많은 제안과 역제안, 수정제안이 지속적으로 이루어지게 된다. 이 때 각 협상당사자의 자체적인 판단과 계산에 따라 자유롭게 이루어진 협상에 의해 결정되어야 마땅한 세부계약조건들을 법원이나 중재기관과 같은 제3자가 임의로 결정한다는 것은 그 자체로 수긍하기 어려울 뿐만 아니라 이들 기관이 그러한 능력을 갖추고 있는지도 매우 의문이다. 즉, 그랜트 계약의 세부조건들에 대해서는 양 당사자들이 각자 주관적으로 판단하는 전체적인 대가구조 하에서 상호 제안이 이루어지고 의견이 모아져 합의에 이르게 되는 것인데, 법원이나 중재기관이 이러한 전체적인 대가구조를 판단하여 강제한다는 것 자체가 쉽게 수긍하기 어려운 일이다. 또한 이는 마치 FRAND 의무가 성실협상의무가 아니라 사실상 계약체결의무에 가깝도록 만드는 부당한 결과를 초래할 것이다.

2. 자유로운 접근 보장 v. 소진적 라이선스

FRAND 의무의 본질과 관련하여 또 하나 생각해보아야 할 점은 성실협상의무의 대상이 되는 그랜트의 형태에 관한 문제이다. 즉, 표준필수특허권자가 잠재적 라이선시와 성실하게 협상을 해야 할 그랜트의 형태가 반드시 소진적 라이선스의 형태여야만 하는지, 아니면 잠재적 라이선시의 자유로운 접근만 허용된다면 소진적 그랜트인지 여부는 불문하는지에 관한 문제가 바로 그것이다. 오늘날 특허세계에서는 소진적 라이선스 외에도 부제소확약이나 보충적 권리행사확약 등과 같은 다양한 형태의 비소진적 계약이 이용되고 있는바, FRAND 약정의 대상이 되는 표준필수특허의 경우에도 반드시 소진적 라이선스의 형태로만 특허에 대한 접근이 이루어지고 있는 것은 아닌 실정이다. 결국 이는 FRAND 약정의 목적에 대한 고려와 검토를 통해 답을 찾아야 할 것으로 보인다.

표준필수특허에 의해 보호되는 일정한 표준기술에 접근(access)하고자 하는 사업자가 있고, 그리고 그 사업자가 그 표준에 기반한 제품을 제조하거나 판매하고자 하는 경우에, 표준필수특허의 보유자가 (성실한 협상도 거치지 않은 채) 일방적으로 위 제조 및 판매를 금지시키지 못하도록 하는 것이야말로 FRAND 약정의 주된 목적이다. 일반적인 특허권에 있어 가장 핵심이 되는 권능은 타인이 그 해당 특허기술을 이용하지 못하도록 배제하는 것에 있는바(이러한 배제권능은 특허 제도가 존재하는 이상 특허권자에게 합법적으로 부여되는 권능이다), 만약 FRAND 약정이 없는 일반적인 상황이라면 특허권자로서는 타인이 자신의 특허기술을 이용하지 못하도록 일방적으로 배제한 상태에서 스스로 자신의 특허기술을 활용하여 직접 제조활동 등을 함으로써 투자를 회수하고 이익을 거둘 수도 있을 것이고, 실제로 이러한 사업모델을 갖추고 있는 특허권자들도 많다. 하지만 FRAND 약정이 체결된다면 표준필수특허권자는 해당 표준필수특허에 대한 타인의 접근을 더 이상 (성실한 협상도 거치지 않은 채) 일방적으로 배제할 수 없게 되므로 그만큼 표준 이용의 확산이 촉진될 수 있다.

9) 서울중앙지방법원 2012. 8. 24. 선고 2011가합39552 판결.

서울중앙지방법원 역시 삼성전자와 애플 간의 특허침해소송 사건에서, FRAND 약정의 목적과 관련하여 “ETSI와 같은 표준화기구의 표준선언특허에 대한 FRAND 선언의 요구나 특허권자의 FRAND 선언은[...]그 표준특허를 진정하게 실시하거나 실시하려는 자에 대하여 독점적·배타적 권한을 가진 특허권자의 권리를 합리적인 범위로 제한하기 위한 것”이라고 판시함으로써, 9) 기본적으로 FRAND 약정의 목적이 특허권의 배제적 권능을 제한하여 접근의 기회를 제공하기 위한 것임을 밝힌 바 있다. 또한 대표적인 표준화기구인 ETSI가 제정한 ETSI Policy(여기에는 FRAND 약정에 관한 내용이 포함되어 있다)는 “필수특허에 대한 접근이 불허됨에 따라 표준화 준비를 위한 투자가 무의미해지는(investment in the preparation[...]of [standards] could be wasted as a result of an [essential] IPR being unavailable)” 위험을 감소시키는 것이 그 목적임을 명시하고 있고, 10) 또 다른 표준화기구인 ITU 역시 ‘Common Patent Policy for ITU-T/ITU-R/ISO/IEC’를 통해, 표준필수특허에 대한 접근을 보장하는 것이 “[ITU] 정책의 유일한 목적(sole objective of the code of practice)”이라고 명시하고 있다. 이와 같이 표준화기구들이 요구하고 있는 FRAND 약정의 주된 목적은 표준필수특허에 대한 접근의 기회를 제공하는 것에 있다.

10) ETSI IPR Policy 3.1 참조.

이렇게 본다면, FRAND 의무를 부담하는 표준필수특허권자가 잠재적 라이선스와 성실하게 협상을 해야 할 그랜트의 형태가 반드시 소진적 라이선스의 형태일 필요는 없다고 본다. 표준필수특허에 대한 그랜트의 형태가 소진적이든 아니면 비소진적이든 간에, 그 표준필수특허에 의해 보호되는 기술에 대한 자유로운 접근이 보장되는 한, 표준 이용의 확산은 촉진될 수 있기 때문이다. 즉, 성실협상 의무를 내용으로 하고 있는 FRAND 약정 역시 반드시 소진적 라이선스만을 그 협상의 대상으로 삼으라고 요구하는 것은 아닌바, 자유로운 접근을 제공하는 (업계에서 광범위하게 활용되고 있는) 다양한 형태의 그랜트들도 FRAND 약정에 반하지 않는다고 보는 것이 타당하다. 특히 거래실무에 비추어 보면, 통상 로열티 지급의무를 수반하는 소진적 라이선스의 경

## 표준필수특허는 공정거래법 소정의 필수요소인가?

11) 김권희, “필수설비의 법리에 관한 연구”, 서울대학교 박사학위논문(2005. 6.), 196-197면.

12) Alaska Airlines, Inc. v. United Airlines, Inc., 948 F.2d 536, 544 (9th Cir.1991).

우와는 달리 비소진적 유형 중에서는 로열티 지급의무가 수반되지 않는 경우가 많은데, 만약 비소진적 그랜트(또는 특허주장 자제)의 형태를 통해 로열티 지급의 부담 없이 특허에 접근할 수 있게 된다면 그만큼 표준 이용의 확산은 더 촉진되므로, 이러한 측면에 비추어 볼 때 오히려 비소진적 그랜트(또는 특허주장 자제)를 통한 표준필수특허에 대한 접근허용이 FRAND 약정의 목적에 더 부합한다고 볼 여지도 있다.

공정거래법 시행령 제5조 제3항 제3호는 ‘부당하게 다른 사업자의 상품 또는 용역의 생산·공급·판매에 필수적인 요소의 사용 또는 접근을 거절·중단하거나 제한한 행위’를 금지하고 있다. 이와 관련하여 공정거래위원회가 제정한 시장지배적지위 남용행위 심사기준 IV.3.다.(1)항에 따르면, 필수요소에 해당되기 위해서는, (i) 필수성, (ii) 독점적 통제성, (iii) 대체불가능성의 3가지 요건이 충족되어야 한다. 그 중 ‘독점적 통제성’과 관련하여 위 심사기준은 “특정사업자가 당해 요소를 독점적으로 소유 또는 통제하고 있을 것”이라고 규정하고 있는데, 여기에서 “독점적으로”라는 문언의 의미와 관련하여서는, 해당 요소를 소유 또는 통제하고 있는 사업자가 그 요소의 제공 여부를 전적으로 좌우할 수 있는 지위에 있어야 한다는 뜻(즉, 배제적 권능을 온전히 보유하고 있어야 한다는 뜻)으로 해석하는 견해<sup>11)</sup>가 유력해 보인다. “독점적으로”라는 문언이 추가적으로 명시되어 있는 바와 같이, 해당 요소를 단순히 소유 또는 통제하는 것만으로는 독점적 통제성 요건이 충족되지 않는다고 보는 것이 상당하다. 미국연방항소법원 역시 필수설비의 독점적 통제성과 관련하여, “어느 단일기업이 통제하는 설비가 ‘필수적인’ 것으로 고려되기 위해서는, 반드시 경쟁을 제거할 수 있는 권능이 그 통제권에 함께 수반되어야만 한다([A] facility controlled by a single firm will be considered ‘essential’ only if control of the facility carries with it the power to eliminate competition [...])”라고 판시함으로써, 같은 입장을 취하고 있다.<sup>12)</sup> 이러한 관점에서 볼 때 표준필수특허가 독점적 통제성이라는 요건을 충족시킬 수 있을 것인지 매우 의문인데, 그 이유는 다음과 같다.

첫째, 표준필수특허권자는 자신이 보유한 표준필수특허에 관하여 FRAND 약정을 하는 것이 보통인바, 이로써 표준필수특허에 대한 접근기회 제공 여부를 전적으로 좌우할 수 있는 지위(배제적 권능)에 상당한 제약을 받게 된다. 본디 특허 제도가 존재하는 한 특허권의 핵심이 되는 권능은 타인이 그 해당 특허기술을 이용하지 못하도록 배제하는 것에 있는데, 만약 표준필수특허권자가 FRAND 약정을 했을 경우에는 표준필수특허에 타인의 접근을 (성실한 협상도 거치지 않은 채) 일반적으로 배제하지 못하게 되는바, 이처럼 FRAND 약정은 특허권의 배제적 권능 그 자체에 상당한 제약을 가하게 된다. 따라서 표준필수특허권자가 FRAND 약정을 체결한 이상, 그 표준필수특허는 독점적 통제성 요건을 충족시키기 어렵다고 보는 것이 타당하다.



둘째, 특정 표준필수특허권자의 표준필수특허는 표준규격을 구성하는 수많은 특허들 중 일부에 해당될 뿐이고 표준규격을 구성하는 다른 많은 표준필수특허들은 다른 다수의 사업자들이 나누어 보유하고 있는 상황에서, 일부 표준필수특허를 보유하고 있다는 사실만으로 독점적 통제성이 인정될 수는 없다. 예컨대, LTE 표준을 구현하기 위한 표준필수특허만 하더라도 전세계의 여러 IT 업체들이 이를 나누어 보유하고 있고, 이들 IT 업체들은 서로가 서로의 표준필수특허에 대해 크로스 그랜트의 관계를 형성하고 있는 경우도 있는바, 따라서 일방적인 배제적 권능의 행사는 구조적으로 어려운 경우가 많다.<sup>13)</sup> 이러한 측면에서 보더라도 표준필수특허는 독점적 통제성 요건을 충족시킬 수 없다.

13) Robert O'Donoghue, "Injunctions and Standard Essential Patents (SEPs): The Problems of Arguing from the Particular to the General", p.2. ("It is trite that the property ownership rights granted by the IP laws do not of themselves give rise to an economic monopoly over a relevant market for purposes of competition law. It all depends on the availability of substitute technologies and other constraints on market power, including, notably in a SEPs context, countervailing buyer power exercised by the licensee through the need for the licensor to seek SEP cross-licenses from the licensee for the licensee's own SEPs.")

셋째, 표준설정과정의 동태적 측면까지 고려한다면, 표준필수특허의 독점적 통제성은 더욱 인정되기 어렵다. 예를 들어, 이동통신표준은 2G, 3G, 4G 표준을 거쳐 현재 5G 표준화 과정이 진행 중이고 또한 각 통신세대 내에서도 해당 표준에 속하는 다수의 릴리즈(release)<sup>14)</sup>들이 계속 발표되고 있는바, 이처럼 표준의 설정은 1회에 그치는 것이 아니라 동태적으로 꾸준히 진행되고 있다. 그 일련의 과정에서 표준에 포함되기 위한 기술 간 경쟁 역시 1회에 그치는 것이 아니라 계속 이루어질 수밖에 없다. 즉, 어느 한 사업자가 자신의 특허기술을 특정시점의 표준에 포함시켰다고 할지라도 이로써 기술 간 경쟁이 종료되는 것이 아닌바, 표준이 진화함에 따라 새로이 논의되는 개선된 표준에 자신의 특허기술을 포함시키고 표준화기구 내에서의 자신의 입지를 유지하고자 하는 기술 간 경쟁을 계속 해나가야만 한다. 그런데 만약 특정 표준필수특허권자가 일방적으로 배제적 권능을 행사한다면, 표준화기구의 구성원들은 차세대 표준의 설정과정에서 그 표준필수특허 보유자의 특허기술을 배제시키고자 할 것이고(이들은 실제로도 그러한 힘을 갖고 있다), 따라서 이러한 점을 감안하여서라도 표준필수특허의 배제권능 행사는 크게 제약을 받을 수밖에 없는 것이 특허세계에서의 현실이다.<sup>15)</sup>

14) 표준규격이 갱신되는 단위.

15) Damien Geradin, Miguel Rato, "Can Standard-Setting Lead to Exploitative Abuse? A Dissonant View on Patent Hold-Up, Royalty Stacking and the Meaning of FRAND", European Competition Law Journal 101, 2007, p.42.

이와 같이 표준필수특허는 공정거래법 소정의 필수요소에 해당되기 위한 독점적 통제성 요건이 결여되어 있다고 할 수 있는데, 공정거래위원회의 입장 역시 이와 다르지 않은 것으로 보인다. 공정거래위원회는 애플이 삼성전자를 공정거래위원회에 신고한 사건에서, "제3세대 이동통신(UMTS/WCDMA) 기술과 관련하여 50개 이상의 회사가 15,000건 이상의 표준특허를 보유하고 있으므로 필수요소가 1개만 존재하는 통상의 경우와 구별된다"고 하면서 삼성전자가 보유한 3G 표준필수특허에 대하여 독점적 통제성 요건의 결여로 인해 필수요소에 해당된다고 보기 어렵다고 판단하였다.<sup>16)</sup>

16) 공정거래위원회의 2014. 2. 25.자 보도자료.

한편, 보다 근본적으로 살펴보자면, 표준필수특허를 필수요소로 보는 것은 필수요소 이론을 법제화한 배경에 부합하지 않는 측면이 있는데, 이는 이른바 필수요소 이론의 연원과 관련이 있다. 본디 필수요소 이론은 '필수설비 이론(Essential Facilities Doctrine)'이라는 명칭으로 더 흔하게 알려져 있듯이, 설비 독점자가 그 지위를 이용하여 후방시장에서의 경쟁가능성을 봉쇄하

17) 공정거래위원회의 2002. 5. 9.자 보도자료

18) 김권희, 앞의논문(각주 9), 194~195면.

지 못하도록 하는 것에 그 이론적 기반이 있었다. 이에 따라 필수설비의 범위를 자연독점적 인프라설비(예컨대, 항만, 공항시설, 철도역사, 스포츠경기장, TV방송국, 통신망, 가스망, 전력망, 철도망 등)로 보는 것이 일반적이었다. 필수설비 이론에 기반한 외국의 규제 동향도 그러하거나, 공정거래위원회 역시 필수요소 접근거절행위에 관한 시장지배적지위 남용행위 심사기준 개정취지에 관하여 “금융망, 통신망 등 네트워크와 도로, 항만 등 사회간접자본과 같은 필수설비에의 접근거부행위에 대한 법 적용기준을 구체화하기 위한 것”이라고 밝힘으로써,<sup>17)</sup> 공정거래법 시행령 소정의 “필수적인 요소”라는 문언의 실질적인 의미는 인프라설비에 있다는 점을 명확히 하였다.<sup>18)</sup> 또한 같은 맥락에서 위 심사기준은 “필수적인 요소”의 예시로서 네트워크와 기간설비를 열거하고 있다.

## 5

### 마치며

이상에서 살펴본 표준필수특허 및 FRAND 약정을 둘러싼 최근의 경쟁법적 이슈들은 결국 특허법과 공정거래법의 각 이념을 어떻게 조화롭게 구현할 수 있겠는지에 관한 문제로 귀결된다. 혁신의 유인을 꾸준히 유지해나갈 수 있도록 하는 환경을 조성하고자 한다는 점에 있어서는 특허법과 공정거래법이 지향하는 바가 전혀 다르지 않으므로, 특허권 행사를 둘러싼 구체적인 법 적용에 있어서도 이러한 공통된 목적을 잊지 말아야 할 것이다. 특히 표준필수특허권 역시 특허법이 보호하고 있는 혁신의 결과물이므로, 표준필수특허권의 행사에 대한 경쟁법적 규제에 있어서도 특허법 정신과의 조화를 위하여 그만큼 더욱 신중한 법 집행이 요구되는 경우가 많을 것이다.