

ISSN 2466-0515

법경제연구

제1호 || 2015년 12월

창간특집 · 독점규제법의 최근 쟁점

부산대학교 법경제연구센터 **CLE**

목 차

[논 문]

- 01 시장지배적 지위 남용 관련 SKT 멜론 온라인 음악 서비스 사건에 대한
비판적 고찰/

주진열

**A Comment on the Abuse of Market Dominant Position Case concerning SK
Telecommunication Melon Online Music Service/**

JU Jinyul (Professor, Pusan National University School of Law)

- 42 표준특허 보유자의 FRAND 협약 위반행위에 대한 공정거래법의 적용/

강상욱

The Application of Competition Law on the Breach of FRAND Commitment/
KANG Sang Wook (Judge, Seoul High Court)

- 97 공정거래법상 대항 카르텔에 관한 검토/

임 용

**The Countervailing Power Defense for Cartels under the Monopoly Regulation &
Fair Trade Act/**

LIM Yong (Professor, Seoul National University School of Law)

시장지배적 지위 남용 관련 SKT 멜론 온라인 음악 서비스 사건에 대한 비판적 고찰*

A Comment on the Abuse of Market Dominant Position Case
concerning SK Telecommunication Melon Online Music Service

주진열 (JU Jinyul)†

<Abstract>

In October 2011, the Supreme Court affirmed the Seoul High Court's 2007Nu8623 decision which recognized that the plaintiff *SK Telecommunication* (SKT) which provides mobile telecommunication service as well as online music service *Melon*, neither abused its market dominant position in mobile telecommunication market to restrain competition, nor undermined consumers' benefit in online music service market, by its closed Digital Right Management (DRM) policy. First of all, although SKT asked mobile phone makers to provide SKT MP3 phones with can play DRM MP3 music files provided by *Melon* (*Melon* files), it did never force its telecommunication serve customers who uses SKT MP3 phones to buy *Melon* files. There was no tying arrangement. However, the lower court erroneously accepted the Korean Fair Trade Commission (KFTC)'s argument that SKT did force its users to buy *Melon* files by *de facto* tying. In addition, KFTC never proved that SKT occurred any anti-competitive effect or adverse effect of consumers in the Online music market through SKT MP3 phones. Instead, KFTC just argued that the rapid growth of *Melon* in the Online music market was the result of abuse of dominant position of SKT in the mobile telecommunication market through SKT MP3 phones. Again, the lower court erroneously decided that the rapid growth of *Melon* was the result of leveraging dominant position of SKT through SKT MP3 phones. But the lower court rightly denied 'abuse' of dominant position of SKT. The *Melon* Court just affirmed the main

* 이 논문은 경쟁법연구(한국경쟁법학회), 제34호 (2015. 11), 181-221면에 게재된 것을 일부 수정한 것이다.

†부산대 법학전문대학원 교수(Professor, Pusan National University of Law School of Law).

part of the lower court's decision: denying abuse of dominant position of SKT. Therefore, contrary to some commentaries on the *Melon* case, it cannot be said that the Court affirmed theories of *de facto* tying as well as monopoly leveraging acknowledged by the lower. To avoid any misunderstanding with the meaning of the *Melon* case, of course, the Court should have appointed that the lower court's theories of *de facto* tying and monopoly leveraging was absurd and unacceptable under Korean competition law.

<주제어> 시장지배적 지위 남용, 온라인 음악 서비스, 시장지배력 전이, 경쟁제한성

<key words> abuse of market dominant position, online music service, monopoly leveraging theory, relevant market, restraint of competition

I. 서론

지난 2011년 10월 대법원은 이동통신사업자인 에스케이티텔레콤(이하 ‘SKT’)이 멜론(Melon)이라는 온라인 유료 음악 서비스 사업을 하면서 이동통신서비스시장에서의 시장지배적 지위를 남용하여 MP3¹⁾ 음악 파일(이하 ‘MP3파일’) 다운로드 시장에서 부당하게 소비자의 이익을 현저하게 저해하고 부당하게 경쟁사업자의 사업활동을 방해함으로써 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」(이하 ‘독점규제법’ 또는 ‘법’) 제3조의2 제1항 제3호 및 제5호 후단을 위반하였다는 전제에 선 공정거래위원회(이하 ‘공정위’)의 시정명령 등을 취소한 원심(서울고법 2007. 12. 27. 선고 2007누8623 판결, 원고 전부 승)을 수긍한 바 있다(대법원 2011. 10. 13. 선고 2008두1832 판결, 이하 ‘대상판결’).

이 사건에서는 (i) 이른바 시장지배력 전이 이론(이하 ‘시지전이이론’)²⁾ 및 이에 근거한 관련시장 확정과 경쟁제한성 판단 문제, (ii) 시장지배적 지위 남용(이하 ‘시지남용’) 관련 포스코 판결(대법원 2007. 11. 22. 선고 2002두8626 전원합의체 판결)에서 제시된 부당성, 즉 경쟁제한성 법리의 적용 범위 문제, (iii) 유럽연합(이하 ‘EU’) 경쟁법상 이른바 특별책임론이 우리 독점규제법 제3조2의 제1항 해석에 적용되는지 여부 문제, (iv) MP3파일 관련 디지털저작권암호기술(Digital Rights Management: 이하 ‘DRM’)³⁾ 문제 등이 서로 복잡하게 얽혀 다투어졌지만, 원고의 전부 승소로 인해 대상판결에는 위 문제들과 관련한 쟁점들이 현시되어 있지 않다. 더욱이 이 사건에서 원고는 자신의 이동통신서비스를 이용하는 SKT/MP3폰 보유자에게 SKT/DRM이 장착된 멜론 MP3 음악 파일(이하 ‘멜론파일’)을 구매하도록 강제한 사실이 전혀 없었음에도 불구하고, 공정위와 원심 모두 마치 원고가 SKT/MP3폰 보유자에게 멜론파일을 구매하도록 ‘사실상’ 강제하였다고 원고의 행위사실을 인정하였을 뿐 아니라, 원심판결에는 공정위가 처분 사유로 삼지 않는 필수설비(essential facility) 문제에 대한 판단도 있고, 원심이 일견 부당성을 인정한 것 같으면서도 부당성을 부인하는 등 상당히 혼란스러운 부분이 있

1) ‘MPEG-1 Audio Layer-3’의 약자로서 음악 등 음향 데이터 압축 기술을 의미한다.

2) 자세한 내용은 본고 III.2.(2) 3) 및 4)에서 후술한다.

3) DRM은 디지털 형식으로 존재하는 음악, 영화 등의 불법 다운로드·복제·유포를 방지함으로써 저작권을 보호하기 위한 암호기술로서, 해당 파일과 재생기기(예컨대, 컴퓨터, MP3 플레이어, MP3용 핸드폰 등)에 DRM이 탑재된 경우에는 당해 재생기기로만 해당 파일을 다운로드·재생할 수 있다. DRM은 저작권보호 외에도 음원저작권자와 MP3파일 판매자가 당해 음원이 저장된 MP3파일이 일정기간 동안 얼마나 판매되었는지를 검증하여 저작권료를 편리하게 산정하기 위한 목적으로도 이용된다.

다. 이에 본고는 대상판결 평석의 형식을 빌려 위 문제들과 관련한 공정위와 원심 판단을 비판적으로 검토하고자 한다.

II. 사건의 경위

1. 사실관계

이동통신사업자인 원고 SKT는 2004. 11.부터 ‘멜론’이라는 이름으로 온라인 음악 서비스 사업을 시작하였다.⁴⁾ 원고는 음원저작권자의 저작권 보호 요청으로 멜론에서 고객이 유료로 다운로드 받을 수 있는 MP3파일에 원고 자신이 약 28억 원을 투자하여 직접 개발하여 특허를 취득한 DRM(이하 ‘SKT/DRM’⁵⁾)을 장착하였다(이하 ‘멜론 DRM 장착’).⁶⁾

또한 원고는 멜론(2005년 매출액 기준 온라인음악시장 점유율 56%)에서 고객이 다운로드 받은 MP3파일을 재생시킬 수 있는 수단 중 하나로서 SKT용 휴대폰을 이용할 수 있도록 하기 위하여, 삼성전자 등 휴대폰 제조업자들이 제조·판매하는 SKT용 MP3 휴대폰(이하 ‘SKT/MP3폰’)에 ‘SKT DRM Porting Guide’를 제공하여 SKT/DRM만 설치되도록 하였다(이하 ‘SKT/DRM 장착’이라고만 하고, ‘멜론 DRM 장착’과 ‘SKT/DRM 장착’을 통칭할 때에는 ‘DRM 장착’이라고만 함).

이 사건 당시 원고와 케이티프리텔(이하 ‘KTF’)을 제외한 다른 온라인 음악 서비스 사업자들⁷⁾도 음원저작권자의 요구로 자신이 제공하는 MP3파일에 DRM을 장착하였는데, 마이크로소프트(Microsoft) 등 해외업체가 개발한 Microsoft DRM, Net-Sync DRM, X-Sync DRM 등 이른바 ‘범용’ DRM을 장착하였다.⁸⁾ KTF는 ‘도시락’(2005년 매출액 기준 온라인음악시장 점유율 10.8%)이라는 이름의 유료

4) 원고는 2008. 12. 멜론 서비스 사업 부분을 당시 SK그룹 계열사인 로엔엔터테인먼트에게 양도하였다.

5) SKT/DRM 특허는 표준특허가 아니고, DRM 특허 공개를 강제하는 법령도 없다. 원심의 사실인정에 따르면, 원고는 당초 Microsoft에게 Microsoft DRM 라이선스를 요청했으나, Microsoft가 거절하여 독자적으로 DRM을 개발하게 되었다고 한다.

6) MP3파일 DRM 자체가 음원저작권자의 저작권 보호와 다운로드 횟수 검증 등을 위한 것이고, DRM 표준제도나 DRM 공개를 강제하는 법령은 없다.

7) 벅스뮤직, 큐크온, 도시락(케이티프리텔, 이하 ‘KTF’), 뮤직온(엘지텔레콤, 이하 ‘LGT’), MaxMP3(AD이천엔터테인먼트), 네이버뮤직(NHN), 52street(다음), 비트박스(야후), 애니콜뮤직(삼성전자), 편케익(레인콤) 등.

8) 음원저작권자와 합의된 MP3파일에는 DRM을 장착하지 않았다.

온라인 음악 서비스를 제공하면서 도시락 웹사이트에서 고객이 다운로드 받을 수 있는 MP3파일에 자신이 직접 개발한 DRM(이하 'KTF/DRM')을 장착하였고, 휴대폰 제조업자들이 제조·판매하는 KTF용 MP3 휴대폰에 KTF/DRM만 설치되도록 하였다. 이동통신사업자인 엘지텔레콤(이하 'LGT')도 '뮤직온'(2005년 매출액 기준 온라인음악시장 점유율 3.7%)이라는 이름의 온라인 음악 서비스를 제공하면서 뮤직온 웹사이트에서 고객이 다운로드 받을 수 있는 MP3파일에 Net-Sync DRM을 장착하였고, 휴대폰 제조업자들이 제조·판매하는 LGT용 MP3 휴대폰에 Net-Sync DRM만 설치되도록 하였다.

2. 공정위의 처분

먼저 공정위가 이 사건을 조사한 계기를 보면 다음과 같다. 온라인 음악 서비스 사업자인 AD이천엔터테인먼트는 자신이 운영하던 'MaxMP3'(2005년 매출액 기준 온라인음악시장 점유율 19.8%) 웹사이트에서 고객이 다운로드 받은 파일(Microsoft DRM 또는 Net-Sync DRM이 장착됨)을 SKT/MP3폰으로 재생하여 들을 수 있도록 2005. 7.경 원고에게 SKT/DRM 코드소스를 공개해 줄 것으로 요청하였으나, 원고는 이를 거절하였다.⁹⁾ (이러한 원고의 DRM 비공개는 거래거절이 아니다.¹⁰⁾) 이에 AD이천엔터테인먼트는 2005. 9. 5. 원고의 DRM 비공개가 독

9) 다음 언론 기사를 참조. 아이뉴스24(인터넷판 2006. 4. 4.) 「SKT, 지적권문제여서 DRM 공개 어렵다」 (“[맥]스MP3가 자사 사이트에서 음악을 구입한 사람들도 SK텔레콤 '멜론'에서 음악을 구입한 사람처럼 휴대폰으로 들을 수 있게 해 달라고 SK텔레콤에 요구했지만 SK텔레콤은 이를 거절했다. 이에 따라 맥스MP3는 공정거래위원회에 불공정거래(거래개시거절), 부당한 고객유인, 끼워팔기 혐의로 SK텔레콤을 지난 8월 공정위에 제소하고, 최근 공정위 서울사무국이 조사를 시작했다. (중략) 하지만 SK텔레콤은 “자사가 적용한 자체 디지털저작권관리(DRM)은 지적재산권 문제이기 때문에 다른 회사에서 관련정보를 달라고 한다고 해서 줄 수는 없다”는 입장이다...SK텔레콤 관계자는 이와 관련 “단말기에서 타사 음악파일을 들을 수 있느냐 없느냐의 문제는 단말기 제조업체들과 협의할 문제”라고 전제한 뒤, “각고의 노력을 통해 개발한 DRM 기술정보를 오픈하기는 어렵다”고 말했다...”), http://news.inews24.com/php/news_view.php?g_serial=198632&g_menu=020100; 디지털타임즈(인터넷판 2006. 4. 3), 「맥스MP3, SK텔레콤에 DRM 공개 요구」 (“맥스MP3(www.maxmp3.co.kr)...SKT의 폐쇄적인 디지털저작권관리(DRM) 기술의 호환 및 공개를 요구하고 나섰다. (중략) 지난해 맥스MP3는 SKT를 상대로 SK텔레콤의 고객들도 타 온라인 음악 사이트를 통해 다운로드받은 MP3파일을 정상적으로 이용할 수 있도록 협조를 요청했으나, SKT는 높은 비용을 들여 구축한 유무선 통합망의 부가가치가 떨어지게 되므로 서비스 개방을 할 수 없다는 이유로 거절의사를 밝힌 바 있다.”), http://www.dt.co.kr/contents.html?articlen=200604030201053_1671004.

10) 한편 다음 문헌은 원고가 DRM 특허 라이선스를 거절하였다고 전제하고 원고의 라이선스 거절행위가 경제이론상 시지남용이 될 수 있다고 주장한다. 손상영, “DRM의 반경쟁성에 대한 이론적 접근,” 산업조직연구 제18권1호 (2010), 1-46면; 손상영·황지연·이철남, “디지털저

점규제법 위반 행위에 해당한다며 공정위에 신고하였다. 그러나 공정위는 아래와 같이 원고의 DRM 비공개를 이 사건 시정명령 및 과징금납부명령 사유로 삼지 않았다.

공정위는 법 제3조의2 제1항의 시지남용 적용 대상인 원고의 행위사실을 “[멜론] 사이트의 음악파일과 MP3폰에는 자체개발한 DRM을 탑재하여 SKT용 MP3폰을 소지하고 있는 소비자로 하여금...멜론사이트에서 구매한 음악파일만 재생할 수 있도록 하고 타 유료사이트에서 구매한 음악은 SKT용 MP3폰으로 재생하여 들을 수 없도록 한 사실이 있다. 다만, 별도의 DRM이 장착되지 않은 음악파일은 피심인의 음악사이트(멜론) 회원 가입 후에 컨버팅 과정을 거쳐 청취할 수 있도록 하였다”고 하는 등 SKT/MP3보유자로 하여금 멜론파일을 구매하도록 사실상 강제한 행위라고 특정하였다. (이와 같은 원고의 행위사실 특정의 문제점에 대해서는 본고 III. 2. (1) 2)’에서 후술한다.)

공정위는 위와 같은 원고의 행위로 인해, ① “MP3파일 다운로드서비스시장”(이하 ‘MP3다운로드시장’이라고만 함)에서의 원고의 시장점유율이 0%에서 50%대로 급격하게 상승하고, AD이천엔터테인먼트의 시장점유율은 급격하게 낮아져 3%대를 유지하다 2006. 7. 다른 회사에 인수되었고, 이는 ② “MP3폰을 디바이스로 하는 이동통신서비스 시장”(이하 ‘이동통신서비스시장’이라고만 함)에서의 원고의 시장지배적 지위¹¹⁾의 남용 결과, 또는 시장지배력 전이의 결과라고 하였다.

공정위는 원고의 위 행위가 법 제3조의2 제1항 제3호, 같은 법 시행령 제5조 제3항 제4호¹²⁾, 「시장지배적지위남용행위의 심사기준」¹³⁾(이하 ‘시지남용 심사기준’) IV.3.라.(3)의 “부당하게 거래상대방에게 불이익이 되는 거래 또는 행위를 강제하는 행위로서 다른 사업자의 사업활동을 어렵게 하는 행위”(이하 부당성을 제외한 부분을 ‘불이익강제에 의한 사업활동방해’라고만 함)에 해당되고, 법 제3조의2 제1항 제5호 후단의 “부당하게 소비자의 이익을 현저히 저해할 우려가 있는 행위”(이하 현저성과 부당성을 제외한 부분을 ‘소비자이익저해’라고만 함)에도 해당된다는 이유로, 원고에게 시정명령¹⁴⁾과 330백만 원의 과징금납부명령(이하 ‘이 사

작권관리(DRM)와 경쟁정책,” 정보통신정책연구원 기본연구 08-03 (2008), 1-131면.

11) 2005년도 MP3폰 관련 이동통신서비스 매출액 기준 원고의 점유율 60.2%, 2005년도 MP3폰 가입자 기준 원고의 점유율 59.5%.

12) “제1호 내지 제3호외의 부당한 방법으로 다른 사업자의 사업활동을 어렵게 하는 행위로서 공정거래위원회가 고시하는 행위.”

13) 2005. 7. 13. 공정위 고시 제2005-15호로 개정된 것.

14) “피심인 에스케이텔레콤 주식회사는 이 시정명령을 송달받은 날부터 60일 이후에는 자기의 이동통

건 처분')을 하였다.¹⁵⁾

3. 원심판단 및 대상판결의 요지

원심은 이른바 시지전이이론에 근거하여 공정위가 획정한 이 사건 관련시장을 수궁하고, 시지남용 여부 판단대상인 원고의 행위는 “사실상 ‘끼워팔기’에 준하는 행위” 또는 “일종의 기술적 결합(technological tying)”이므로 소비자의 이익저해 및 불이익강제로 인한 사업활동방해에 해당하며, 이로 인해 “현실적으로 경쟁제한의 효과가 일정한 정도로 나타났다”고 함으로써 마치 부당성을 인정한 것 같은 설시를 하였다. 그러나 원심은 ① DRM의 기술적 특성, 세계 동향, ② 원고의 DRM 개발경위, 원고와 경쟁관계에 있는 다른 사업자들의 폐쇄적 DRM 정책 운영, 멜론 서비스 가격 및 소비자 만족도, DRM을 금지하거나 상호 호환을 강제하는 입법의 부존재, ③ SKT/DRM이 필수설비가 아니라는 점 등을 이유로 들며, 부당성을 인정하지 않고 이 사건 처분을 취소하였다.

대법원은 대상판결에서 원고의 행위가 시지남용에 해당하지 않는다고 본 원심을 수궁하였다.

III. 원고의 행위사실 및 관련시장 문제

1. 원심판단

원심은 원고의 행위사실을 원고의 DRM 장착으로 “SKT MP3폰으로 MP3 음악 파일을 감상하기 위하여는 멜론사이트에서 음악파일을 다운받도록” 함으로써 “소비자에게 불편을 주는 행위”, “MP3폰 소지자에 대해 멜론서비스의 이용을 강제”¹⁶⁾한 “사실상 ‘끼워팔기’에 준하는 행위” 또는 “일종의 기술적 결합(technological tying)” 등 사실상 멜론파일 구매강제에 해당한다고 특정하였다.

원심은 시지남용 관련시장은 “시장지배적사업자가 자신이 지배하는 시장뿐만 아니라 그 이전 또는 다음 단계의 인접시장에서 자신의 지배력을 전이”¹⁷⁾(轉移:

신서비스를 이용하는 고객 중 MP3 폰 소지자들에 대하여 자기가 운영하고 있는 음악사이트 (<http://www.melon.com>)에서 구매한 음악파일만 재생할 수 있도록 하는 행위를 하여서는 아니 된다.”

15) 공정위 의결 제2007-044호(2007. 2. 6).

16) 여기까지는 공정위가 특정한 원고의 행위사실과 같다.

leveraging)하여 그 시장에서 다른 사업자의 활동을 부당하게 방해하는 경우도 시장지배적지위의 남용에 해당된다는 것이 현행법의 해석이다” (밀줄 첨가)라고 설시하고, 원고의 시장지배적지위의 형성이 이루어지는 시장은 이동통신서비스시장이고 원고의 위 행위로 경쟁제한이 나타나는 시장은 MP3다운로드시장이라는 공정위의 주장을 그대로 수긍하였다.¹⁸⁾

2. 검토

(1) 시지남용 여부 판단대상인 원고의 행위사실 특정

1) 문제의 소재

독점규제법 제3조의2 제1항의 시지남용 맥락에서 관련시장을 획정하는 이유는 어떤 ‘문제된 행위’를 한 사업자가 일단 시지사업자에 해당하는지 여부부터 확인하기 위한 것이고, 문제된 행위가 발생한 시장(예컨대 문제된 행위가 A상품 거래거절이라면 당해 거래거절이 발생한 A상품시장)을 기초로 수요대체성 등 여러 가지 요소를 고려하여 관련시장을 획정해야 한다. 따라서 문제된 행위가 잘못 특정되면 관련시장까지 잘못 획정될 위험이 있고, 더욱이 부당성 여부 판단까지 잘못될 위험이 있다. 예컨대 ‘A상품 거래거절로 B사업자의 사업활동을 방해하여 시장에서 퇴출시켰다’는 식으로 문제된 행위사실에 시지남용의 구성요건을 포함시켜서는 곤란하다. 왜냐하면 행위사실이 이렇게 특정하면, A상품 거래거절 때문에 B사업자가 퇴출되었는지 아니면 다른 이유 때문에 퇴출되었는지, B사업자의 퇴출을 경쟁제한 효과로 인정할 수 있는지, A상품 거래거절이 경쟁을 제한할 의도나 목적으로 행하여졌는지 등 구성요건에 대한 법적 판단이 몰각되거나 형해화될 위험이 있기 때문이다. 이 사건에서 공정위와 원심이 특정한 원고의 행위사실에는 시지남용의 구성요건이라고 볼 수 있을 정도의 판단(사실상 구매강제, 사실상 끼워팔기, 소비자 선택권 제한, 소비자이익저해, 불이익강제 등)이 포함되어 있어, 이 사건 관련시장을 논하기에 앞서 시지남용 여부의 판단대상인 원고의 문제된 행위가 무엇인지 정확하게 살펴볼 필요가 있다.

2) 시지남용 여부 판단대상인 원고의 문제된 행위: SKT/DRM 장착

17) [필자 주] 위에서 밀줄 친 부분을 편의상 ‘시장지배력전이이론’ 또는 ‘시지전이이론’이라 한다.

18) 이 사건 관련지역시장이 국내시장이라는 점에는 다툼이 없다.

원고는 SKT/DRM 장착 외에도 멜론 DRM 장착 행위도 하였으므로, 원고의 행위사실은 SKT/DRM장착과 멜론 DRM 장착이다. 다만 이 사건에서 법 제3조의2 제1항의 시지남용 해당 여부의 판단대상인 원고의 문제된 행위는 다음과 같은 이유로 ‘SKT/DRM 장착’으로만 한정하는 것이 타당하다고 생각된다.

첫째, 원고가 자체 개발한 SKT/DRM이 멜론파일에만 장착되고 SKT폰에 장착되지 않았다면, 이 사건 자체가 성립될 수 없다. 왜냐하면 SKT폰에 SKT/DRM이 장착되지 않았다면, 공정위의 이 사건 처분의 근거인 ‘MP3폰을 재생 디바이스로 한 이동통신서비스시장’에서의 원고의 시지남용 자체가 성립될 수 없기 때문이다.

둘째, 앞서 언급한 것처럼 공정위와 원심이 원고의 행위사실을 “원고가 제공하는 이동통신서비스에 가입하는 소비자가 사용하는 단말기(MP3폰) 및 멜론에서 판매하는 MP3 음악파일에 각각 자체 개발한 DRM...만을 탑재함으로써 SKT MP3폰으로 MP3 음악파일을 감상하기 위하여는 멜론사이트에서 음악파일을 다운로드록 하여 소비자에게 불편을 주는 행위”, “MP3폰 소지자에 대해 멜론서비스의 이용을 강제”한 행위, “사실상 ‘끼워팔기’에 준하는 행위”¹⁹⁾ 또는 “technological tying”(원심은 이를 “일종의 기술적 결합”이라고 표현함)²⁰⁾등으로 인정한 것은 행위사실에 침익적 행정처분의 근거가 되는 시지남용의 구성요건에 관한 법적 판단까지 포함될 수 있다는 점에서 대단히 부적절하다.

원고의 SKT/DRM 장착이 (사실상) 구매강제·끼워팔기에 해당하는지 여부는 시지남용 구성요건인 소비자이익저해 또는 불이익제공으로 인한 사업활동방해로 평

19) 원심이 말한 ‘사실상 끼워팔기에 준하는 행위’는 결국 구매강제가 전제된 끼워팔기 행위와 구별하기 어렵다.

20) 원심이 말한 “technological tying” 즉 기술적 끼워팔기는 경쟁법 맥락에서 기술결합(technological bundling)과 그 의미가 다르다. 기술결합(예컨대, 휴대폰에 디지털 카메라 장착)은 그 자체로서 경쟁을 위한 기술혁신이고 소비자후생을 증진시키기 때문에 경쟁제한성이 아예 없다는 의미로 쓰인다. 이에 비해 기술적 끼워팔기는 표면상 기술결합으로 보일 뿐 실제로는 주상품의 시장지배력을 이용하여 고객에게 부상품의 구매를 강제함으로써 경쟁을 제한하는 행위를 말한다. 그럼에도 불구하고 원심은 “technological tying”(경쟁제한행위라는 의미)을 “일종의 기술결합”(경쟁제한행위가 아니라는 의미)이라고 칭함으로써, 원심의 의도가 무엇인지 이해할 수 없다. 예컨대, *United States v. Microsoft*, 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001) 사건과 관련하여 Microsoft가 자사 Windows 98 제품에 인터넷 웹브라우저 인터넷 익스플로러를 탑재한 뒤 당해 프로그램이 Windows 98에서 절대 삭제될 수 없도록 함으로써 Windows 98이 탑재한 PC 구매자는 무조건 인터넷 익스플로러도 같이 (설령 가격이 ‘0’이라고 하더라도) 구매하게 되는 경우, 이를 경쟁을 위한 기술혁신인 기술결합(Microsoft의 주장)으로 볼 것인지 아니면 경쟁자(Netscape)를 부당하게 배제하는 끼워팔기(연방법무부의 주장)로 볼 것인지가 문제되었으나, 결국 이 사건은 합의 종결되었다. 여하튼 원고의 이동통신서비스 가입자는 일반 휴대폰과 SKT/MP3폰 중에서 어느 하나를 자유롭게 선택할 수 있고, 이동통신서비스 가입자가 멜론파일을 강제로 구매해야 하는 것도 아니므로, 원고의 DRM 장착을 “technical tying”으로 볼 수 없다.

가할 수 있겠는지 규범적 판단의 문제임에도 불구하고, SKT/DRM 장착이라는 원고의 행위사실 자체가 (사실상) 구매강제·끼워팔기라고 하게 되면 위와 같은 법적 판단 자체가 형해화될 가능성이 있다. 그럼에도 불구하고 공정위는 마치 원고가 SKT/MP3폰 보유자로 하여금 (사실상) 멜론파일 구매를 강제한 것처럼 원고의 행위사실을 특정하였고, 원심도 이를 수긍하였다.²¹⁾ 공정위가 원고의 행위사실을 위와 같이 특정한 이유는 원고가 SKT/MP3폰 보유자에게 멜론파일을 강매하여 소비자의 이익을 현저하게 침해하였다거나 소비자에게 불이익을 강제하였다고 전제한 뒤, 시지전이이론을 전개하며 경쟁제한성을 증명하지 않고,²²⁾ 원고의 시지납용을 쉽게 인정하기 위한 방편이었던 것으로 보인다. (이와 관련한 자세한 내용은 본고 IV 및 V에서 후술한다.)

원고가 ‘SKT/MP3폰 보유자에게 멜론파일을 구매하도록 강제’하는 것, 즉 끼워팔기 행위는 원고가 자사 이동통신서비스(tying product)를 이용하고자 하는 고객에게 이동통신서비스 이용 조건으로서 SKT/MP3폰을 구매하는 동시에 멜론 서비스(tied product)도 이용하도록 함으로써, 소비자가 SKT/MP3폰과 멜론 서비스를 원하지 않음에도 불구하고 어쩔 수 없이 이들을 구매하는 경우이나 가능하다. 그러나 원고는 이동통신서비스 이용자에게 이동통신서비스 이용 조건으로서 SKT/MP3폰을 구매하도록 요구하거나 멜론 서비스를 이용하도록 요구한 사실이 없다. 원심의 사실인정에 따르면 2005년 기준 원고의 이동통신서비스 가입자(약 1953만 명) 명) 중에서의 약 29%(약 560만 명)만 SKT/MP3폰 보유자인데, 이들은 원고로부터 어떠한 강제도 없이 SKT/MP3폰을 구매하거나 보유한 것이다.

그런데도 원심은 시지전이이론을 전제로 원고의 SKT/DRM 장착을 “사실상의 ‘끼워팔기’에 준하는 행위” 또는 “technical tying”이라고 전제함으로써, 결국 원고가 “소비자 선택권을 침해”하고 “시장지배적지위를 이용하여 다른 사업자들의 사업 활동을 사실상 방해하였다고 볼 여지가 충분하다”고 한 것이다.²³⁾ 그러나 원고가

21) 이와 관련하여 원고의 행위를 “SK전용 MP3 휴대폰에 장착된 폐쇄 DRM은 그 성격상 다른 경쟁자의 음악서비스 사용이 원칙적으로 거의 불가능하다는 점에서 고객들의 다른 선택 가능성이 없고 비교적 후속거래의 ‘사실상 강제성’이 강하고 명확”하므로 “사실상의 배타적 거래약정”이라고 볼 수 있으므로, 시장봉쇄효과를 중심으로 부당성 여부를 판단해야 한다는 견해도 있다. 오승환, “SK 이동통신의 휴대폰 폐쇄 DRM 장착행위의 경쟁제한성판단 -판례평석: 서울고등법원 2007. 12. 27. 선고 2007누8623 판결 (대법원 2011. 10. 13. 선고 2008두1832 판결 확정),” 경쟁법연구 제28권 (2013), 20, 55-57면.

22) 실제로 공정위는 원심에서 이 사건은 시장지배력 전이 사안이므로 경쟁제한성 증명이 필요 없다고 주장했다(본고 V.1 참조).

23) 필자로서는 ‘끼워팔기’와 ‘사실상의 끼워팔기에 준하는 행위’가 무슨 차이인지, ‘사업활동방해’와 ‘사업활동을 사실상 방해’가 무슨 차이인지 구별할 수 없다.

‘SKT/MP3폰 보유자로 하여금 멜론파일을 구매하도록 강제하는 등 사실상 끼워팔기 행위로서 소비자에게 불편을 주고 경쟁사업자의 사업활동을 방해’하였는지 여부는, SKT/DRM 장착이 법 제3조의2 제1항 제5호 후단의 소비자이익저해 또는 「시지남용 심사지침」 IV.3.라.(3)의 불이익제공으로 인한 사업활동방해에 해당하는지 여부에 관한 법적 판단의 문제이므로, 원고의 행위사실로 볼 수 없는 것이다. (이와 관련한 자세한 내용은 본고 IV에서 후술한다.)

(2) 관련시장

1) 문제의 소재

이 사건에서 공정위는 시지전이이론에 근거하여 원고가 시장지배적 지위를 남용한 관련시장은 이동통신서비스시장이지만, 그 경쟁제한효과가 나타난 시장은 MP3 다운로드시장이라고 하였다. 원심은 결론적으로 원고의 행위가 부당하지 않다고 했지만, 정작 공정위가 경쟁제한성 증명을 회피하기 위해 시지전이이론에 근거한 관련시장 획정을 받아들였다는 문제가 있다. 원고가 원심에서 전부 승소하였으므로 상고심에서 공정위의 관련시장 획정을 다룰 수 없었기 때문에, 대법원은 관련시장에 대한 판단을 하지 않고 원심을 수긍한 것이다. 이 때문에 대소판결에서 대법원이 시지전이이론에 근거한 공정위의 관련시장 획정을 인정한 것처럼 오해될 가능성이 있다.

그러나 대소판결보다 3년 전에 선고된 티브로드 판결(대법원 2008. 12. 11. 선고 2007두25183 판결)에서 대법원은 시지전이이론에 근거한 공정위의 관련시장 획정을 수긍한 원심을 파기환송하였다. 이하에서는 이 사건에서 시지전이이론을 인정한 원심판단의 문제점을 지적하고, 포스코 판결 및 티브로드 판결 법리에 비추어 볼 때 이 사건 관련시장 획정이 타당한지 여부를 검토하기로 한다.

2) 포스코 판결과 관련시장 및 인접시장

포스코 판결에 따르면, 시지남용 맥락에서 어떤 사업자가 법 제2조 제7호의 시지사업자²⁴⁾에 해당하는지 여부를 판단하기 위해 정해야 하는 “일정한 거래분야”는

24) 법 제2조 제7호 및 제8호에 의하면, 시지사업자란 일정한 거래분야(거래의 객체별, 단계별 또는 지역별로 경쟁관계에 있거나 경쟁관계가 성립될 수 있는 분야)의 공급자나 수요자로서 단독으로 또는 다른 사업자와 함께 상품이나 용역의 가격·수량·품질 기타의 거래조건을 결정·유지 또는 변경할 수 있는 시장지위를 가진 사업자를 말하고, 시지사업자인지 여부를 판단함에 있어서는 시장점유율, 진입장벽의 존재 및 정도, 경쟁사업자의 상대적 규모 등을 중

당해 사업자의 문제된 행위가 발생한 시장을 중심으로 수요대체성 등 여러 가지 사정을 종합적으로 고려하여 관련상품시장²⁵⁾과 관련지역시장²⁶⁾으로 확정해야 한다. 또한 대법원은 포스코 판결에서 “경쟁제한의 효과가 문제되는 관련시장은 시장 지배적사업자 또는 경쟁사업자가 속한 시장뿐만 아니라 그 시장의 상품 생산을 위하여 필요한 원재료나 부품 및 반제품 등을 공급하는 시장 또는 그 시장에서 생산된 상품을 공급받아 새로운 상품을 생산하는 시장도 포함될 수 있다”고 하였는데, 이러한 설시는 1976년 유럽법원의 *Commercial Solvents* 판결²⁷⁾을 참조한 것으로 보인다. 물론 원재료 시장과 반제품이나 완제품 시장처럼 수직적 연관 관계에 있는 시장의 경우, 이른바 상방시장(upstream market)²⁸⁾에서 발생한 행위의 효과가 하방시장(downstream market)²⁹⁾에서 발생할 수 있음은 물론이다.

그러나 수직적 연관 관계에 있는 2개의 시장이 있는 경우에도 문제된 행위의 관련시장은 상방시장으로 확정되어야 한다. 왜냐하면 상방시장에서 문제된 행위를 한 자가 시지사업자가 아니라면, 당해 행위로 인해 하방시장에서 경쟁제한효과가 발생하였는지 여부를 따져볼 필요가 없기 때문이다. 즉 문제된 행위를 한 사업자가 먼저 상방시장에서 시지사업자로 인정되어야만, 당해 행위의 경쟁제한효과가 하방시장에서 발생하였는지를 따져볼 실익이 있는 것이다.

포스코 판결의 “경쟁제한의 효과가 문제되는 관련시장”이란 부분은 ‘경쟁제한의 효과가 문제되는 시장’으로 이해하는 것이 타당하다. 예컨대, 열연코일이라는 상방

합적으로 고려하여 판단하여야 한다.

25) 포스코 판결에 따르면 “관련상품시장은 일반적으로 시장지배적 사업자가 시장지배력을 행사하는 것을 억제하여 줄 경쟁관계에 있는 상품들의 범위를 말하는 것으로서, 구체적으로는 거래되는 상품의 가격이 상당기간 어느 정도 의미 있는 수준으로 인상 또는 인하될 경우 그 상품의 대표적 구매자 또는 판매자가 이에 대응하여 구매 또는 판매를 전환할 수 있는 상품의 집합”을 의미한다.

26) 포스코 판결에 따르면, “관련지역시장은 일반적으로 서로 경쟁관계에 있는 사업자들이 위치한 지리적 범위를 말하는 것으로서, 구체적으로는 다른 모든 지역에서의 가격은 일정하나 특정 지역에서만 상당기간 어느 정도 의미 있는 가격인상 또는 가격인하가 이루어질 경우 당해 지역의 대표적 구매자 또는 판매자가 이에 대응하여 구매 또는 판매를 전환할 수 있는 지역 전체”를 의미한다.

27) *Instituto Chemioterapico Italiano Spa and Commercial Solvents Corp v. EC Commission* (Case 6 and 7/73) [1974] ECR 223(원재료 시장의 시지사업자가 당해 원재료를 이용하여 완제품을 생산·판매하는 사업자에게 당해 원재료의 공급을 거절하는 경우에는, 완제품 시장에서 경쟁제한효과가 발생할 수 있다).

28) 포스코 판결의 표현으로는 “그 시장의 상품 생산을 위하여 필요한 원재료나 부품 및 반제품 등을 공급하는 시장”이다.

29) 포스코 판결의 표현으로는 “그 시장에서 생산된 상품을 공급받아 새로운 상품을 생산하는 시장”이다.

시장에서 포스코의 열연코일 거래거절로 인하여 자동차용 냉연강판이라는 하방시장에서 가격상승 등 경쟁제한효과가 발생하였는지 여부가 문제될 때, 거래거절이라는 문제된 행위의 관련시장은 하방시장이 아니라 상방시장이 되는 것이다. 따라서 포스코가 시지사업자인지 여부는 열연코일 거래거절이라는 행위가 일어난 상방시장에서 결정되어야 하는 것이다. 즉 상방시장에서 포스코가 시지사업자로 인정되고 거래거절의 경쟁제한효과가 하방시장에서 나타났다는 점이 증명되면, 설령 하방시장에서 포스코가 시지사업자가 아니라고 할지라도 당해 거래거절은 시지남용이 될 수 있는 것이다. 이처럼 하방시장(인접시장)은 문제된 행위를 한 사업자의 시지사업자 해당 여부를 판단하기 위한 관련시장은 아닌 것이다.

포스코 판결은 원재료 상방시장에서 시지사업자의 거래거절이 하방시장에서 경쟁제한효과를 발생시킬 수도 있다는 정도의 의미이지, 아래에서 살펴볼 시지전이이론을 받아들였다고는 볼 수 없다.

3) 티브로드 판결과 시장지배력 전이 이론

이 사건 원심을 맡았던 서울고법 제7특별부는 이 사건 원심을 선고하기 약 1달 전에 티브로드 원심판결(서울고법 2007. 11. 8. 선고 2007누10541 판결)에서도 시지전이이론을 인정한 바 있다. 티브로드 원심은 시지사업자가 자신이 지배하는 시장뿐만 아니라 그 이전 또는 다음 단계의 인접시장에서 자신의 지배력을 전이(轉移)하여 그 시장에서 다른 사업자의 활동을 부당하게 방해하는 경우도 시지남용에 해당하는 것이 현행법의 해석이라고 하면서, 원고 티브로드 강서방송이 인기 채널 8번의 월 사용료로 6천 5백만 원을 제시한 우리홈쇼핑 대신에 9천만 원을 제시한 현대홈쇼핑에게 당해 채널 이용 서비스를 판매하고, 8번 채널이 아닌 다른 채널의 월 사용료로는 3천만 원만 지불하겠다고 우리홈쇼핑에게는 비인기 채널인 18번을 배정한 행위는 서울 강서구 지역에서 원고와 시청자 간의 ‘프로그램송출시장’에서의 시장지배력을 원고와 홈쇼핑업체 등 프로그램 공급자 간의 ‘프로그램송출서비스시장’으로 “전이(轉移)”하여 우리홈쇼핑의 사업활동을 부당하게 방해하였다고 하였다. 그러나 대법원은 (판결문에서 시지전이이론을 직접 언급하지는 않았지만) 티브로드 원심의 시지전이이론을 배척하고 원고 티브로드 강서방송이 프로그램송출시장에서의 시장지배력을 프로그램송출서비스시장으로 전이하였다고 볼 만한 근거가 없고 부당성을 인정할 수도 없다고 하면서 티브로드 원심을 파기환송하였다.

이 사건에서 공정위가 주장하고 원심이 인정한 시지전이이론도 티브로드 원심이 언급한 시지전이이론과 같은데, 이는 미국의 독점력 레버리지 이론(monopoly leveraging theory)³⁰⁾을 잘못 모방한 것으로 보인다. 원래 독점력 레버리지 이론은 미국에서 끼워팔기(tying)의 당연위법성(*per se illegal*)을 설명하기 위한 이론적 도구로 만들어졌으나,³¹⁾ 독점기업의 이윤극대화 가격은 일정하므로 2개 시장에서 단 한번만 독점이윤을 얻을 수 있다는 점에서 독점력 레버리지 이론은 설득력이 없다는 비판이 유력하다.³²⁾

한편 미국 연방대법원은 1984년 *Jefferson Parish Hospital* 판결에서 끼워팔기는 주상품(tying product)의 가격을 경쟁가격 수준보다 높게 설정할 수 있는 시장 지배력을 이용하여 고객이 구매할 의사가 전혀 없는 부상품(tied product)을 주상품 구매를 위해 어쩔 수 없이 강제로 구매하게 함으로써 ‘경쟁을 제한’하는 경우에만 위법이라고 함으로써,³³⁾ 끼워팔기의 당연위법성을 상당히 완화시켰다. (즉 구

30) 어떤 시장에서 독점기업이 그 시장에서의 독점력을 이용하여 다른 시장에서 경쟁우위를 얻었다면, 다른 시장의 독점화 의도와 경쟁제한효과가 없더라도 서면법 제2조 위반에 해당된다는 이론. Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy*, 4th ed. (West, 2011), pp. 459-460.

31) Cf. Michael D. Whinston, “Tying, Foreclosure, and Exclusion,” 80 *Am. Econ. Rev.* 837 (1990), pp. 837-858; Steven S. Salop, “Economic Analysis of Exclusionary Vertical Conduct: Where Chicago Has Overshot the Mark,” in Robert Pitofsky (ed.), *How the Chicago School Overshot the Mark: The Effect of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust* (Oxford University Press, 2008), pp. 144-147; Nicholas Economides, “Tying, bundling, and loyalty/requirement rebates,” in Einer Elhauge (ed.), *Research Handbook on the Economics of Antitrust Law* (Edward Elgar, 2012), pp. 125-130; Louis Kaplow, “Extention of Monopoly Power Through Leverage,” 85 *Columbia Law Review* 515 (1985), pp. 515-556.

32) Cf. Robert Bork, *Antitrust Paradox* (Basic Books, 1978), pp. 362, 372; Herbert J. Hovenkamp, “Tying and the Rule of Reason: Understanding Leverage, Foreclosure, and Price Discrimination” (March 1, 2011), <http://ssrn.com/abstract=1759552>; Ward S. Bowman, Jr., “Tying Arrangements and the Leverage Problem,” 67 *Yale. L. J.* 19 (1957). 한편 2004년 *Trinko* 판결이 나오기 전에 Hovenkamp는 1997년 연방제9항소법원(환송후원심)이 복사기 수리 서비스업체들이 자신들에게 부품 판매를 거절한 *Kodak*의 행위는 독점력 레버리지로서 서면법 위반이라고 한 주장을 배척한 이후 {*Image Technical Services v. Eastman Kodak Co.*, 125 F.3d 1195 (9th Cir. 1997), cert. denied, 523 U.S. 1094 (1998)} 연방법원에서 레버리지 이론은 실패한 이론으로 평가한 바 있다. Herbert Hovenkamp, “The reckoning of post-Chicago antitrust,” in Antonio Cucinotta et al. (ed.), *Post-Chicago Developments in Antitrust Law* (Edward Elgar, 2002), pp. 7-14.

33) *Jefferson Parish Hospital District No. 2 v. Hyde*, 466 U.S. 2 (1984) (“When...the seller does not have either the degree or the kind of market power that enables him to force customers to purchase a second, unwanted product in order to obtain the tying product, an antitrust violation can be established only by evidence of an unreasonable restraint on competition in the relevant market.” p. 18; “Tying arrangements need only

매장제가 주상품 시장에서의 시장지배력 그 자체에 의한 것이 아니거나 경쟁제한성이 없다면 위법하다고 볼 수 없다.) 끼워팔기를 제외한 나머지 단독행위의 경우, 미국 연방대법원은 1948년 *Griffith* 판결³⁴⁾, *Paramount Pictures* 판결³⁵⁾에서 첫 번째 시장의 독점력을 이용하여 두 번째 시장에서 다른 경쟁기업에 비해 경쟁우위를 얻었다면, 두 번째 시장에서 독점화 의도가 없었더라도 서면법 제2조 위반이라고 하였는데, 연방하급심에서는 위의 두 판결이 독점력 레버리지 이론을 인정한 것이라고 이해하고 당해 이론을 인정한 사례³⁶⁾도 있고, 이와 반대로 당해 이론을 부정한 사례³⁷⁾도 있는 등 법리가 나뉘어졌다. 이에 연방대법원은 2004년 *Trinko* 판결³⁸⁾에서 독점력 레버리지 이론을 명시적으로 부인하면서, 하급심의 법리 부조화를 정리하였다.³⁹⁾ 후기시카고학파를 제외하고는,⁴⁰⁾ 미국 학설도 독점력 레버리

be condemned if they restrain competition on the merits by forcing purchases that would not otherwise be made.” p. 28) (밑줄 첨가). 우리나라에서는 끼워팔기는 부상품 구매자의 자유로운 선택권 제한 또는 부상품 관련시장의 경쟁자배제 차원에서 불공정거래행위나 시지남용 등 단독행위 문제로 주로 다루어지고 있지만, 미국에서 끼워팔기는 원고 측 주장에 따라 서면법 제1조의 부당공동행위 문제나 제2조의 독점화 문제로 다루어질 수 있다. 위 *Jefferson Parish Hospital* 사건의 경우 원고(피고 병원 소속의 마취과 의사)가 피고 병원이 환자들이 병원 외부의 마취서비스를 받도록 한 계약(공동행위)은 원고와 환자들의 거래를 제한한 것이므로 피고가 서면법 제1조에 위반되는 끼워팔기라고 주장하였기 때문에, 서면법 제1조 위반 여부가 다투어진 것이다.

34) *United States v. Griffith*, 334 U.S. 100 (1948).

35) *United States v. Paramount Pictures*, 334 U.S. 131 (1948).

36) *Berkey Photo v. Eastman Kodac Co.*, 603 F.2d 263 (2d Cir. 1979), *Kerasotes Mich. Theatres v. National Amusements*, 854 F.2d 135 (6th Cir. 1988), *Advanced Health-Care Servs. v. Radford Community Hosp.*, 910 F.2d 139 (4th Cir. 1990) 등.

37) *Caltin v. Washington Energy Co.*, 791 F.2d 1343 (9th Cir. 1986), *Alaska Airlines v. United Airlines*, 948 F.2d 536, 548 (9th Cir. 1991), *Fineman v. Armstrong World Indus.*, 980 F.2d 171, 206(3d Cir. 1992), *Virginia Atl. Airways v. British Airways PLC*, 257 F.3d 256, 272 (2d Cir. 2001) 등.

38) *Verizon Communications, Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*, 540 U.S. 308 (2004).

39) *Trinko* 판결이 독점력 레버리지 관련 연방하급심의 부조화를 정리한 중요성만큼 이 판결을 분석한 논문만 최소 100편은 넘을 것으로 보인다. 이 판결에 대한 평석으로는 예컨대 다음을 참조. Timothy J. Brennan, “Trinko v. Baxter: The Demise of U.S. v. AT&(and)T,” 50 *Antitrust Bull.* 635 (2005), pp. 635-664; Edward D. Cavanagh, “Trinko: A Kinder, Gentler Approach to Dominant Firms under the Antitrust Laws,” 59 *Me. L. Rev.* 111 (2007), pp. 111-140; George A. Hay, “Trinko: Going All the Way,” 50 *Antitrust Bull.* 527 (2005), pp. 527-548; Roger D. Blair & Christine A. Piette, “The Interface of Antitrust and Regulation: Trinko,” 50 *Antitrust Bull.* 665 (2005), pp. 665-686; Michael A. Carrier, “Of Trinko, Tea Leaves, and Intellectual Property,” 31 *J. Corp. L.* 357 (2006), pp. 357-374; Spencer Weber Waller, “Microsoft and Trinko: A Tale of Two

지 이론에 대해 부정적이거나 *Trinko* 판결을 지지하고 있다.⁴¹⁾

이 사건에서 공정위나 원심이 이른바 양면시장(two-sided markets)이론에 근거하여 시지전이이론을 원용하였는지 여부는 분명하지 않으나, 일각에서는 양면시장의 경우 번들링(bundling)을 통해 시장지배력 전이가 가능하다는 주장도 있으므로⁴²⁾ 이 점에 대해 추가적으로 검토해본다. Roche/Tirole 등의 양면시장이론⁴³⁾은 네트워크 외부성⁴⁴⁾이 존재하는 2개 시장에서 기업의 가격전략에 관한 것이다.⁴⁵⁾ 그런데 이 사건의 경우 이동통신서비스시장과 MP3다운로드시장 간에는 네트워크

Courts,” 2006 *Utah L. Rev.* 741 (2006), pp. 741–760; Daniel F. Spulber & Christopher S. Yoo, “Mandating Access to Telecom and the Internet: The Hidden Side of Trinko,” 107 *Colum. L. Rev.* 1822 (2007), pp. 1822–1907; Jonathan L. Rubin, “The Truth about Trinko,” 50 *Antitrust Bull.* 725 (2005), pp. 725–742; James A. Keyte, “The Ripple effects of Trinko: How It Is Affecting Section 2 Analysis,” 20 *Antitrust* 44 (2005), pp. 44–51; James E. Scheuermann & William D. Semins, “A New Method for Regulatory Antitrust Analysis – Verizon Communications Inc. v. Trinko,” 12 *Rich. J.L. & Tech.* 1 (2005), pp. 1–28; John Thorne, “A Categorical Rule Limiting Section 2 of the Sherman Act: Verizon v. Trinko,” 72 *U. Chi. L. Rev.* 289 (2005), pp. 289–308; Anthony J. Lazzaro, “Monopoly Leveraging in Verizon Communications v. Law Offices of Curtis v. Trinko, LLP: Why the United States Supreme Court Should Draw a Clear Line for Anticompetitive Behavior Violative of the Sherman Act,” 51 *Clev. St. L. Rev.* 235 (2004), pp. 235–262; Adam Candeub, “Trinko and Re-grounding the Refusal to Deal Doctrine,” 66 *U. Pitt. L. Rev.* 821 (2005), pp. 821–870.

40) Cf. Nicholas Economides, “Vertical Leverage and the Sacrifice Principle: Why the Supreme Court Got Trinko Wrong,” 61 *N.Y.U. Ann. Surv. Am. L.* 379 (2005), pp. 379–414.

41) 시지전이이론과 독점력 레버리지 이론에 대한 보다 자세한 설명으로는 다음을 참조. 주진 열, “티브로드 사건에 대한 고찰: 시장지배력 전이 이론을 중심으로,” *경쟁법연구* 제25권 (2012), 251–262면.

42) Cf. Yong Chao & Timothy Derdenger, “Mixed Bundling in Two-Sided Markets: Theory and Evidence,” Carnegie Mellon University Research Showcase (2010), <http://repository.cmu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1565&context=tepper>.

43) Cf. Jean-Charles Rochet and Jean Tirole, “Platform Competition in Two-Sided Markets,” *Journal of the European Economic Association*, Vol. 1, No. 4 (2003), pp. 990–1029; Bernard Caillaud & Bruno Jullien, “Chicken and Egg: Competing Matchmakers,” *The RAND Journal of Economics*, Vol. 34, No. 2 (2003), pp. 309–328; Mark Armstrong, “Competition in Two-Sided Markets,” *The RAND Journal of Economics*, Vol. 37, No. 3 (2006), pp. 668–691; Jean-Charles Rochet & Jean Tirole, “Two-Sided Markets: A Progress Report,” *The RAND Journal of Economics*, Vol. 37, No. 3 (2006), pp. 645–647.

44) 사람들이 어떤 제품(예컨대, 컴퓨터 운영 시스템, 워드 프로세스, 게임기)을 많이 이용할수록 그 제품의 가치가 높게 평가되는 현상을 말한다.

45) 예컨대, 신용카드 사업자의 경우 신용카드 이용자에게 연회비를 낮게 설정하는 대신 신용카드 가맹점에게는 수수료를 높게 설정하게 받는 것이 이익 극대화를 위해 유리하다.

외부성 자체가 없으므로(즉 사람들이 어떤 MP3폰을 많이 이용한다고 해서 MP3 파일의 가치가 높아지는 것이 아님), 이들 두 시장을 양면시장으로 보기는 어렵다. 다른 한편 Evans/Schmalensee는 2개 시장이 아닌 하나의 사업이라는 측면을 강조하여 양면시장이라는 용어 대신에 플랫폼사업(platform business)이라는 용어를 쓰는데, 예컨대 컴퓨터·스마트폰 운영체제 사업, 인터넷기반 사업, 금융·광고 등 중개사업과 같이 서로 다른 경제주체 사이의 거래 비용의 획기적 절감을 통해 이들을 서로 연결시켜 새로운 가치를 창출하는 사업을 다면플랫폼사업(multi-platform business)이라 칭한다. 다면플랫폼이론은 사업자의 가격정책 등 미시적 측면 보다는 전통적 산업구조의 변화를 초래하는 새로운 혁신·성장 동력 또는 사업생태계 조성 등 거시적 측면에 더 큰 비중을 두고 있다.⁴⁶⁾ 이러한 의미에서 사건 당시 SKT는 다면플랫폼사업자라고 볼 수는 있다. 여하튼 양면시장이론이든 다면플랫폼이론이든 애초부터 경쟁법 차원에서 관련시장 획정이나 경쟁제한성 분석을 위해 탄생한 이론이 아님에 유의할 필요가 있다. 실제로 양면시장이론과 플랫폼이론과 관련하여 300편이 넘는 경제학 문헌⁴⁷⁾이 있으나, 어느 시장을 양면시장으로 볼 것인지 부터 이견이 존재하고, 양면시장 또는 플랫폼이라는 특성이 구체적인 경쟁법 사례에서 법적으로 어떻게 고려되어야 하는지는 대단히 불분명하다.⁴⁸⁾ Evans/Schmalensee도 플랫폼사업자의 행위와 관련하여 미국 연방독점금지법 맥락에서 분석을 시도한 바 있으나, 이러한 분석도 종전 연방대법원 판례를 설명하는 식이거나 극히 추상적이고 제한적인 수학 모델 틀 안에서 이루어졌고,⁴⁹⁾ 새로운 경쟁법적 또는 규제법적 시사점 제시에는 신중하고 유보적인 입장을 취하고 있다.

46) David S. Evans, Andrei Hagiu & Richard Schmalensee, *Invisible Engines: How Software Platforms Drive Innovation and Transform Industries* (The MIT Press, 2006), pp. 1-15.

47) Cf. David S., Evans & Richard Schmalensee, "The Antitrust Analysis of Multi-Sided Platform Business," *University of Chicago Law School Coase-Sandor Institute for Law & Economics Working Paper No. 623* (2012), pp. 39-72.

48) Cf. David S. Evans, "Two-Sided Market Definition," in David S. Evans, *Platform Economics: Essays on Multi-Sided Business* (Competition Policy International, 2011) [이하 'Evans (2011)'], pp. 135-160; David S. Evans & Micael D. Noel, "Defining Markets that Involve Two-Sided Platform," in Evans (2011), pp. 161-189; David S. Evans & Richard Schmalensee, "The Industrial Organization of Markets with Two-Sided Platforms," in Evans (2011), pp. 2-29.

49) Cf. Evans & Schmalensee, *supra* note 43; Richard Schmalensee and David S. Evans, "Industrial Organization of Markets with Two-Sided Platforms," *Competition Policy International*, Vol. 3, No. 1 (Spring 2007); David S. Evans and Richard Schmalensee, "Markets with Two-Sided Platforms," in *Issues In Competition Law and Policy* (ABA Section of Antitrust Law), Vol. 1, Chapter 28, 2008;

이에 비해 우리나라에서는 양면시장/다면플랫폼이론과 독점력 레버리지 이론을 통한 경쟁제한성 설명이 확립된 정설처럼 소개되는 경우도 있으므로 주의가 요청된다.

4) 이 사건 관련시장

SKT/MP3폰은 멜론 웹사이트에서 다운로드 받은 MP3파일을 재생시킬 수 있는 여러 가지 방법 중 하나에 불과하고, MP3파일의 원재료는 바로 ‘음악’ 그 자체가 MP3폰이 아니므로,⁵⁰⁾ MP3폰을 디바이스로 하는 이동통신서비스시장을 MP3 다운로드시장의 상방시장으로 볼 수 없다. 따라서 위의 두 시장을 포스코 판결이 언급한 인접시장이라고 볼 수는 없다. 또한 원고의 문제된 행위는 DRM 특허 라이선스 거래거절이 아니므로, 이 사건을 포스코 판결처럼 거래거절과 관련한 인접시장 차원에서 논할 실익도 없다. 그럼에도 불구하고 원심은 공정위의 관련시장 획정을 그대로 받아들여 “MP3폰을 디바이스로 하는 이동통신서비스 시장과 MP3 다운로드서비스 시장은 상호 밀접한 관련이 있는 인접시장”이라고 하면서 이들 두 시장을 관련시장이라고 하였는데,⁵¹⁾ 이러한 원심판단은 관련시장 법리를 오해한 것으로 생각된다.

법 제3조의2 제1항의 시지남용 여부 판단대상인 원고의 문제된 행위는 SKT/DRM 장착이므로 이 사건 관련시장은 ‘MP3폰 제조·판매시장’⁵²⁾이고, 이동통신서비스시장은 관련시장이 될 수 없다. 왜냐하면 휴대폰 제조업자로 하여금 MP3폰에 DRM을 장착해줄 것을 요청하는 행위는 시장지배력 또는 시장지배적 지위와는 전혀 무관하기 때문이다. 즉 SKT/DRM 장착은 원고가 이동통신서비스의 가격, 품질, 기타 거래조건을 결정·유지 또는 변경할 수 있는 시장지배적 지위와는 전혀 무관한 것이다. 실제로 이동통신서비스시장에서 시지사업자가 아닌 사업자도 휴대폰 제조업자에게 자사 서비스를 전제로 한 휴대폰에 MP3 재생 기능과 함께 자체 개발한 DRM만 장착해줄 것을 얼마든지 요청할 수 있다. MP3다운로드시장에서의

50) MP3다운로드시장의 상방시장은 음원저작권자가 멜론 등 온라인 음악 서비스 사업자에게 음원을 공급하는 시장이다.

51) 다음 문헌처럼 시지전이이론 관련 원심판단을 지지하는 견해도 있다. 권창환, “혁신시장에서의 시장지배적 지위남용에 관한 몇 가지 문제 - 멜론 사례를 중심으로”, 『법경제학연구』, 제10권 제1호 (2013), 28, 47면.

52) 음악 청취와 관련하여 MP3폰과 다른 재생장치 사이에 수요대체성이 있다면, 관련시장은 다른 재생장치 시장까지 포함해야 할 것이다.

경쟁제한효과와 관련해서 이동통신서비스시장이 관련시장이 될 수 있는 경우는, 원고가 자사 이동통신서비스를 이용하고자 하는 고객에게 의무적으로 멜론파일 구매를 강제하는 경우로 국한된다. 즉 원고가 자사의 이동통신서비스(주상품, tying product)에 멜론파일(부상품, tied product)을 끼워서 파는 경우, 이동통신서비스에서 시장지배적 지위에 있는 원고의 끼워팔기 행위로 인해 경쟁제한효과가 나타날 수 있는 시장이 MP3다운로드시장이 되는 것이다. (물론 공정위로서는 이 경우에도 MP3다운로드시장에서의 경쟁제한효과 등을 증명해야만 한다.) 이러한 끼워팔기 행위가 없음에도 불구하고, SKT/DRM 장착을 이유로 이 사건 관련시장을 이동통신서비스시장으로 확정하는 것은 납득하기 어렵다.

한편 (i) SKT/DRM 장착이 발생한 MP3폰 제조·판매시장과 (ii) MP3다운로드시장은 서로 구별되는 별개의 시장으로 보는 것이 타당하다. 왜냐하면 MP3폰은 MP3파일을 재생시킬 수 있는 유일한 장치가 아니라 PC, MP3 플레이어와 같이 하나의 도구에 불과하기 때문이다. 예컨대 휴대폰에 디지털 카메라 기능이 장착되어 있더라도, 휴대폰 시장과 디지털 카메라로 찍은 사진을 인화하는 시장은 서로 별개의 시장인 것과 같은 이치다. (즉 휴대폰에 장착된 디지털 카메라로 사진을 찍었다고 해서 그 사진을 반드시 인화해야하는 것은 아니다.)

결국 원고는 자사의 이동통신서비스를 이용하는 SKT/MP3폰 보유자에게 멜론파일을 구매하도록 강제하는 등 끼워팔기를 하지 않았으므로, 이동통신서비스시장과 MP3다운로드시장은 어떤 의미에서 보더라도 (포스코 판결에서 언급된) 인접시장으로 볼 수 없다. 티브로드 판결 법리에 따르면, MP3다운로드시장과 별개의 시장인 이동통신서비스시장에서의 지지사업자가 곧바로 MP3다운로드시장에서도 지지사업자가 되는 것이 아니고, 이동통신서비스시장에서 지지사업자의 시장지배력이 MP3다운로드시장으로 전이된다고 볼 수 없는 것이다.

그런데도 공정위는 지지전이이론을 주장하면서 MP3다운로드시장에서 원고(멜론)의 높은 시장점유율과 일부 경쟁사업자의 영업부진 자체가 원고가 이동통신서비스시장에서의 시장지배력을 남용한 결과라고 전제하고서(이러한 전제에 의하면 경쟁제한성 증명 자체가 필요 없게 된다), 이 사건 관련시장을 이동통신서비스시장으로 확정하고, 그 시장에서 지지남용의 결과 경쟁제한효과가 나타난 시장을 MP3다운로드시장이라고 확정한 것이다. 공정위의 이러한 논리는 미국의 독점력 레버리지 이론⁵³⁾과도 전혀 다른 것이다.

53) 시카고학파의 이론을 받아들여 독점력 레버리지 이론을 배척한 2004년 *Trinko* 판결과 무관하게, Salop, Winston, Economides 등 이른바 후기시카고학과 경제학자들은 여전히 독점력 레버리지 이론을 주장하고 있다. 본고의 위 각주 28), 37) 참조. 우리나라에서도 다수의

4. 소결

이 사건에서 법 제3조의2 제1항의 시지남용 여부 판단대상인 원고의 문제된 행위는 SKT/DRM 장착으로만 정하는 것이 타당하고, 이 사건 관련시장은 당해 행위가 발생한 MP3폰 제조·판매시장으로 보는 것이 옳다. 여하튼 원고는 멜론파일 구매를 조건으로 이동통신서비스를 제공한 사실이 없을 뿐 아니라, SKT/MP3폰은 멜론파일을 재생할 수 있는 여러 가지 장치 중 하나에 불과하므로, SKT/DRM 장착은 원심 표현처럼 구매강제도 아니고 사실상 끼워팔기에 준하는 행위도 아니다. 따라서 SKT/DRM 장착을 이유로 이동통신서비스시장을 이 사건 관련시장으로 볼 수가 없는 것이다.

설령 이 사건 관련시장을 이동통신서비스시장이라고 가정하더라도, 티브로드 판결 법리에 의하면 시지전이이론을 전제로 원고가 이동통신서비스시장에서의 시장 지배력을 MP3다운로드시장으로 전이하였다는 원심판단은 법 제3조의2 제1항의 시지남용 관련시장 법리를 오해한 것으로 볼 수밖에 없다. 따라서 대상판결이 시지전이이론에 근거한 이 사건 관련시장 부분까지 수긍한 것으로는 볼 수 없다. 만약 이 사건 원심에서 원고가 패소했다면, 원고로서는 상고심에서 당연히 관련시장 확정 문제도 다투었을 것이고, 그랬다면 대법원은 부당성 여부 판단에 앞서 티브로드 판결 법리에 따라 시지전이이론을 전제한 이 사건 관련시장 확정이 부당하다는 점을 지적하였을 것으로 생각된다.

결국 이 사건의 경우 관련시장 자체가 공정위의 시지전이이론에 근거하여 잘못 확정되었으므로, SKT/DRM 장착의 부당성 여부를 더 나아가 판단할 필요도 없이, 이 사건 처분은 위법하다고 생각된다. 다만 이 사건 관련 쟁점을 더 논의하기 위하여, 이하에서는 SKT/DRM 장착이 부당하지는 않지만 ‘소비자이익저해’ 또는 ‘불이익강제에 의한 사업활동방해’에 해당된다는 원심판단이 타당한지 여부에 대해 검토하기로 한다.

IV. SKT/DRM 장착이 ‘소비자이익저해’ 또는 ‘불이익강제에 의한

경제학자들이 독점력 레버리지 이론을 주장하고 있는데, 주된 논거는 시장지배력 전이는 일정한 조건에서 엄밀한 수학적 모델로 증명될 수 있다는 것이다. 그러나 ‘수학적 증명’과 소송에서 객관적인 경쟁제한효과의 ‘증명’은 서로 다르다는 점에 유의할 필요가 있다. 따라서 구체적 소송 사건에서 독점력 레버리지가 수학적·이론적으로 증명되었다고 해서 문제된 행위의 경쟁제한효과가 증명되었다고 보기란 곤란하다.

사업활동방해'에 해당하는지 여부

1. 원심판단

원심은 원고의 SKT/DRM 장착 행위의 부당성은 부인하였지만, 당해 행위는 법 제3조의2 제1항 제5호 후단의 소비자이익저해⁵⁴⁾, 「시지남용 심사기준」 IV.3. 라.(3)의 불이익강제에 의한 사업활동방해에는 해당된다고 하였는데, 원심이 든 주요 논거를 요약하면 다음과 같다.

① SKT/DRM 장착은 이동통신서비스시장에서의 원고의 시장지배적 지위를 전이하여 MP3다운로드시장에서 소비자들로 하여금 구매를 사실상 강제하는 효과를 거두었고, 이로써 소비자 선택권을 침해하거나 선택 기회를 제한하는 결과를 초래하였다. 원고의 DRM 장착은 사실상 '끼워팔기'에 준하는 행위로서 MP3다운로드 시장에서 원고로의 쏠림현상이 발생하였으므로, 원고가 시장지배적 지위를 이용하여 다른 사업자들의 사업활동을 사실상 방해하였다고 볼 수 있다.⁵⁵⁾

② 소비자들이 별도로 보유하고 있는 무료 음악파일이나 non-DRM 파일을 자신의 SKT/MP3폰으로 듣기 위해서는 멜론 웹사이트에서 컨버팅(converting) 과정을 거쳐야 하나, 그 과정이 간단하다고 할 수 없어 소비자 입장에서는 멜론에서 MP3파일을 구입할 것이므로 결국 다른 형태로 사실상 거래가 강제된다고 볼 수 있으며, 컨버팅을 위해서는 반드시 원고의 멜론 회원(무료) 가입이 전제되어야 한다는 점에서 멜론에 대한 접근이 빈번하고 되고 그 서비스의 이용 가능성이 늘어나며, 이로 인하여 멜론의 쏠림현상도 나타나게 된다.⁵⁶⁾

54) 원심은 SKT/DRM 장착이 소비자이익저해에는 해당되지만, “일반적으로 음악사이트에 새로 가입하거나 가입사이트를 변경하는 소비자의 경우는 그 침해의 현저성이 문제가 되지 아니하고, 한편 어려운 컨버팅 과정을 거치는 경우에도 불편할 뿐이지 현저한 침해가 된다고 보기 어렵다”고 하면서 현저성은 부인하였다.

55) 원심은 그 이유로서 “실제로 원고 시장점유율은 0%에서 50%대로 급상승한 반면, 최초의 유료음악사이트 운영자인 AD이천엔터테인먼트의 맥스MP3의 시장점유율은 급격하게 낮아져 3%대를 겨우 유지해 오다가 2006. 7월 CJ그룹계열의 CJ미디어(주)에 인수된 사실이 있다. 또한 SKT/DRM 장착은 MP3폰을 디바이스로 하는 이동통신가입자들을 멜론사이트에 회원으로 가입하게 만들고 이는 멜론서비스에 대한 접근을 용이하게 함으로써 멜론서비스에 대한 선택을 사실상 강제하고, 다른 사이트의 활동을 제약하게 된다”는 점을 들었다.

56) 원심은 그 이유로서 “실제로 원고의 이동통신서비스에 가입한 소비자가 멜론을 이용하는 경우가 80.7%로 매우 높게 나타나고 있으며, 이동통신사들의 음악서비스를 이용하는 이유로는 응답자의 65.5%가 MP3폰이 지원하는 DRM이 폐쇄적이어서 이동통신사들이 운영하는 사이트에서 다운로드받은 파일만 재생할 수 있기 때문이라고 답변하였다”라는 점을 들었다.

③ 원고의 이동통신서비스를 사용하고 있는 소비자들은 (i) 멜론에 가입하지 않는 경우 MP3폰을 디바이스로 하는 이동통신서비스를 완전하게 이용하지 못한다는 점, (ii) 만약 멜론 서비스를 이용하지 않으려면 새로 MP3 플레이어를 구입하여야 하거나 non-DRM 파일의 경우에도 멜론 웹사이트에서 쉽지 않은 컨버팅 과정을 거쳐야 한다는 점, (iii) 타 유료 온라인 음악사업자로부터 DRM이 장착된 파일을 구입하더라도 SKT/MP3폰에서는 재생시킬 수 없거나 매우 어려워 다시 멜론에서 돈을 주고 파일을 구입해야 한다는 점, (iv) 컨버팅 작업시에도 일부러 한 곡, 한 곡 다운로드 받아야 하므로 많은 시간이 소요된다는 점에서 소비자이익이 침해되거나 저해할 우려가 있다.

④ 소비자가 타 음악사이트에서 유료로 음악파일을 구입한 경우에 SKT/MP3폰에서 작동이 안 되거나 매우 어렵기 때문에 동일한 음악파일을 보유한 소비자라도 SKT/MP3폰으로 음악을 듣기 위해서는 추가로 멜론에서 MP3파일을 다운로드 받고 비용을 지출하게 되는 이중부담을 질 수 있으므로, 이 경우는 특히 소비자의 이익을 침해하는 불이익을 초래하게 된다.

2. 검토

(1) 소비자이익저해 또는 불이익강제 여부

1) SKT/DRM 장착의 성격

원심의 논리는 결국 SKT/DRM 장착으로 인해 SKT/MP3폰 보유자가 멜론이 아닌 다른 온라인 음악 사이트에서 다운로드 받은 음악파일을 SKT/MP3폰으로 재생하기 위해서는 번거로운 컨버팅 과정을 거쳐야 하며, 이러한 불편함을 피하고 SKT/MP3폰을 재생장치로 간편하게 이용하기 위해서는 이미 다른 사이트에서 구입한 음악파일이 있더라도 멜론에서 다시 같은 파일을 구매해야 하므로, SKT/DRM 장착은 소비자이익저해 및 불이익강제에 해당된다는 것이다.

그러나 위와 같은 원심판단은 다음과 같은 이유로 납득하기 어렵다.

① 원고는 멜론 서비스의 이용을 조건으로 자신의 이동통신서비스를 제공하겠다고 한 사실이 없다. 즉 끼워팔기 행위를 한 사실이 없다. 따라서 원고의 이동통신 서비스 이용을 원하는 자는 SKT/MP3폰을 강제적으로 구매해야 하는 것도 아니고 멜론 서비스를 강제적으로 이용해야 하는 것도 아니다. 즉 멜론을 포함하여 온라인 음악 서비스 자체에 관심이 없는 자는 MP3파일 재생기능이 없는 일반 SKT폰

을 구매할 수 있다. 원심의 사실인정에 따르면 2005년 기준 원고의 이동통신서비스 가입자(약 1953만 명) 중에서의 약 71%(약 1384만 명)이 일반 SKT폰 이용자인데, 원고의 SKT/DRM 장착은 이들에게 어떠한 이익이나 불이익도 끼치지 않았다.

② 소비자가 멜론을 포함한 여러 온라인 음악 웹사이트들의 서비스 이용 가격, 음원 보유고, 이용 편리성, 웹 디자인 등 여러 가지 요소를 비교해본 뒤, 멜론 서비스가 가장 좋다고 판단하고, 멜론파일을 편리하게 재생하기 위해 SKT/MP3폰을 구매한 경우, 소비자는 SKT/MP3폰을 재생장치로 쓸 수 있으므로 원고의 SKT/DRM 장착으로 소비자편익은 분명히 증대된다. 이를 두고 SKT가 SKT/MP3폰 구매자로 하여금 멜론 파일을 구매하도록 사실상 강제했다고 볼 수는 없다.

③ SKT/MP3폰 보유자로서, non-DRM 또는 다른 DRM이 장착된 MP3파일을 SKT/MP3폰으로 재생하기 위해 컨버팅 등 번거로운 과정⁵⁷⁾을 거친 경우, 이는 이 사건 당시 DRM 호환기술의 한계로 인해 발생하는 불가피한 현상이다. (당초 SKT는 널리 통용되는 Microsoft의 DRM을 장착하고자 했으나, Microsoft의 거절로 SKT/DRM을 독자적으로 개발하였다는 앞서 살펴본 바와 같다.⁵⁸⁾) Non-DRM 파일에 비해 다른 DRM(예컨대, Microsoft DRM, Net-Sync DRM, X-Sync DRM, KTF DRM 등)이 장착된 파일은 SKT/DRM 파일로 컨버팅하는 과정(CD 굽기 과정이 추가됨)이 훨씬 더 번거로운데, 이는 원고가 SKT/MP3폰 보유자로 하여금 멜론파일 구매를 사실상 강제하기 위해 일부러 컨버팅이 어렵도록 만든 것이라고 보기는 어렵다. DRM의 암호가 쉽게 해체(이른바 cracking)되어 non-DRM 파일로 변환되어 인터넷상에 불법 배포되면 곤란하므로, DRM 개발자는 암호 코드를 최대한 어렵게 만든다. 따라서 원고가 단 1회에 모든 DRM의 암호를 해체하여 SKT/DRM 파일로 쉽게 변환시킬 수 있는 프로그램을 개발하지 못했다고 해서, 원고가 SKT/MP3폰 보유자로 하여금 멜론파일을 구매하도록 사실상 강제했다고는 볼 수 없는 것이다. 실제로 SKT/DRM 파일을 다른 DRM이 장착된 재생장치로 재생하기 위해 다른 DRM 파일로 컨버팅하는 것이 불가능할 수도 있고, 컨버팅이 가능하더라도 번거로운 과정⁵⁹⁾을 거쳐야만 한다. 이처럼 서로 다른 DRM 파일 간의

57) 컨버팅 과정은 다음과 같다. ① non-DRM 파일은 멜론 웹사이트에 무료 회원으로 가입하여 멜론 웹사이트의 컨버팅 프로그램을 통해 바로 SKT/DRM 파일로 변환시킬 수 있다. ② SKT/DRM이 아닌 다른 DRM이 장착된 파일은 일단 콤팩트디스크(Compact Disk, 이하 'CD')로 구운 뒤, 그 CD를 다시 일반 MP3파일로 변환하고, 그 파일을 위의 ① 방식으로 SKT/DRM 파일로 변환시킬 수 있다. 암호기술 때문에 컨버팅 자체가 불가능한 DRM도 있을 수 있다.

58) 위의 각주 5) 참조.

변환이 불가능하거나 불편한 것은 음악 파일의 불법유통 방지 및 저작권 보호를 위한 DRM 암호기술에 따른 불가피한 현상이므로, 다른 DRM 파일을 SKT/DRM 파일로 변화시키는 것이 불편하다는 이유로, SKT/DRM 장착을 소비자의 이익저해나 불이익강제로 볼 수 없는 것이다.

④ SKT/MP3폰 보유자가 위 ③의 경우에서 컨버팅의 불편함을 피하기 위해 멜론에서 동일한 MP3파일을 구매한 경우를 보자. DRM 방식이 다른 이상 컨버팅의 불편함은 불가피한 현상이다. 따라서 SKT/MP3폰 보유자가 그러한 번거로움을 감수하고 컨버팅하여 SKT/MP3폰으로 음악을 감상할지 아니면 멜론에서 차라리 같은 파일을 재구매하여 편하게 SKT/MP3폰으로 음악을 감상할지 여부는 개인 선택에 달려있다. 만약 SKT/MP3폰 보유자가 멜론에서 동일한 MP3파일을 구매했다면, SKT/MP3폰을 바로 재생장치로 이용하는 것이 결국 자신의 편익에 좋다고 판단했기 때문이라고 볼 수밖에 없다. 이를 두고 SKT/DRM 장착을 멜론파일 구매강제라거나 소비자 선택권 침해라고 볼 수 없으므로, 원심의 표현처럼 “사실상의 ‘끼워팔기’에 준하는 행위” 또는 “technincal tying”이라고 볼 수 없음은 물론, 소비자의 이익저해나 불이익강제라고 볼 수도 없는 것이다.

위 ① 내지 ④를 도표로 정리하면 다음과 같다.

원고 이동통신서비스 가입자의 선택 유형	SKT/DRM 장착이 소비자의 이익저해 또는 불이익강제에 해당하는지 여부
① 온라인 음악 서비스에 관심이 없는 자로서 MP3 재생기능이 없는 일반 SKT폰을 구매한 경우(※ 2005년 기준 전체 가입자의 71%에 해당)	해당 사항 없음
② 다른 온라인 음악 서비스보다 멜론 서비스가 더 좋아서 멜론을 이용하던 자가 SKT/MP3폰을 구매한 경우	SKT/MP3폰을 재생장치로 쓸 수 있기 때문에 소비자편익이 증대되었고, 소비자의 이익저해나 불이익강제가 전혀 없음
③ SKT/MP3폰 보유자로서, non-DRM	불법유통을 막기 위한 DRM 암호기

59) 멜론파일을 다른 DRM 파일로 컨버팅 자체가 불가능할 수도 있고, 가능한 경우에도 CD로 구운 뒤, 당해 CD를 다시 일반 파일로 변환하고, 그 일반 파일을 다시 다른 DRM 파일로 컨버팅해야 한다.

또는 다른 DRM이 장착된 MP3파일을 SKT/MP3폰으로 재생하기 위해 컨버팅 등 불편한 과정을 거친 경우	술 특성으로 인한 불편함이므로, SKT/DRM 장착을 소비자이익저해나 불이익강제로 볼 수 없음
④ 위 ③과 관련하여 컨버팅 등 번거로움을 피하기 위해 멜론에서 동일한 MP3파일을 다시 구매한 경우	SKT/MP3폰을 바로 재생장치로 이용하는 것이 자신의 편익이 더 증진된다고 판단한 결과이므로, SKT/DRM 장착을 멜론파일 사실상 구매강제·끼워팔기로 인한 소비자이익저해 또는 불이익강제라고 볼 수 없음

2) 해외 DRM 관련 사례

(가) 애플의 DRM 정책

먼저 이 사건 원고의 폐쇄적 DRM 정책과 매우 유사한 애플(Apple)의 폐쇄적 DRM 정책과 관련한 해외 사례를 살펴본다. 애플의 DRM 정책은 다음과 같다. 애플은 아이튠(iTunes) 뮤직 스토어에서 제공하는 MP3파일에 자체 개발한 'FairPlay'라는 DRM을 장착하고 MP3 재생장치인 아이팟(iPod)에 FairPlay DRM만 해독할 수 있는 칩을 장착하여, 아이튠에서 다운로드 받은 MP3파일은 아이팟에서만 재생할 수 있도록 하고, 다른 경쟁사업자에게 FairPlay DRM을 공개하지 않았다.

가. 프랑스 사례

2004년 프랑스 경쟁당국은 FairPlay DRM이 필수설비도 아니고, 아이팟을 대체할 수 있는 포터블 플레이어 및 기타 음악 서비스가 존재하므로, 소비자 선택권이 제한된 것이 아니라는 이유로, 애플의 DRM 정책이 프랑스 경쟁법상 시지남용에 해당하지 않는다고 하였다.⁶⁰⁾

나. 미국 사례

60) www.eurojuris.net/eng/publication-detail.asp?PublicationId=206.

2005-6년 캘리포니아주에서 애플 MP3파일 소비자들이 캘리포니아 주법원에 아이튠에서 다운로드 받은 MP3파일을 아이팟에서만 재생할 수 있도록 한 애플의 DRM 정책은 소비자선택권과 경쟁을 제한하기 위한 것이므로 셔먼법, 클레이튼법, 캘리포니아주 부정경쟁방지법⁶¹⁾ 및 소비자보호법⁶²⁾ 등을 위반한 것이라는 집단소송을 제기하였다. 2005년 집단소송 사건(Slaterry 사건)⁶³⁾은 2006년 집단소송(Tucker 사건)에 병합되었고,⁶⁴⁾ 당해 집단소송이 제기된지 거의 10년이 지난 2014. 12. 배심원단은 애플의 DRM 정책은 저작권보호와 기술혁신을 위한 것이므로 독점금지법은 물론 소비자보호법에도 위반되지 않는다고 판결하였다.⁶⁵⁾

다. EU 사례

2007년 EU 경쟁당국은 유럽 지역에서 소비자 거주 지역에 따른 애플의 MP3파일 가격차별이 소비자 선택권을 제한하는 행위에 해당하는지 여부를 조사하였다.⁶⁶⁾ (즉 온라인 음악 서비스 시장에서의 애플의 시장적지배적 지위나 DRM 정책의 EU경쟁법 위반 여부를 조사한 것이 아니다.) 2008년 애플이 유럽 지역의 소비자 거주 지역에 따른 차별정책 폐지를 선언하자, EU 경쟁당국은 사건을 종결하였다.⁶⁷⁾

라. 노르웨이 사례

2007년 노르웨이의 소비자보호 옴부즈만(Ombudsman)은 애플의 DRM 정책이 소비자보호법 위반이며 FairPlay DRM을 개방하거나 제거를 요청하였으나, 애플사는 거절하였다.⁶⁸⁾ 이는 소비자보호법 관련 사건이며 경쟁법 사건이 아니다.

61) Cal. Bus. & Prof. Code §§16270, et seq. & §§17200, et seq.

62) Consumer Legal Remedies Act, Cal. Civil Code §§1750, et seq.

63) *Thomas William Slaterry v. Apple Computer, Inc.*, U.S. District Court, No. C-05-00037-JW (N.D. Cal. Filed January 3, 2005).

64) *Melanie Tucker v. Apple Computer, Inc.*, U.S. District Court, No. C-06-04457-JW (N.D. Cal. Filed July 21, 2006).

65) "Jury finds for Apple in iTunes case, throws out billion-dollar" (December 17, 2014), <http://arstechnica.com/tech-policy/2014/12/jury-finds-for-apple-in-itunes-case-throws-out-billion-dollar-lawsuit/>

66) <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/07/126&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en..>

67) http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39154/39154_629_10.pdf.

(나) 아마존의 DRM-Free 정책과 애플의 대응

한편 2007년 미국의 아마존(amazon.com)이 애플과 경쟁하기 위해 소니(SONY) 등 4대 음반업자들과 non-DRM MP3파일 공급 계약을 맺고, 약 450만 곡의 non-DRM 파일을 시장에 내놓자, 애플도 아마존에 대응하기 위하여 주요 음반업자들과의 합의하여 non-DRM 파일 공급을 대폭 늘리게 되었다. 애플은 2009년부터 'DRM-Free' 정책을 선언하고, 약 800만 곡의 non-DRM 파일을 시장에 공급하였다. 애플은 종전 DRM 파일의 판매가격은 곡당 99센트로 정하였으나, non-DRM 파일은 곡당 69센트, 99센트, 1.29달러 등으로 판매가격을 세분화하여 판매하였다.

위와 같은 애플의 DRM-Free 정책은 음원저작권자인 음반업자들이 non-DRM 파일 제공에 동의하였기 때문에 가능하였다. 즉 음반업자들이 non-DRM 파일 판매에 동의하지 않았다면, 아마존이든 애플이든 non-DRM 파일 공급이 불가능했을 것이다.

(다) 소니(SONY) DRM 사례

한편 2011년 6월 프랑스 하급심 법원은 소니가 자체 개발한 DRM을 장착한 MP3파일을 판매하면서 당해 파일은 소니가 판매하는 재생장치에서만 재생할 수 있다는 사실을 미리 소비자에게 알리지 않은 행위가 소비자 '기만'에 해당한다는 이유로 벌금형을 선고하였다.⁶⁹⁾ 물론 이 사건은 경쟁법이 아니라 소비자보호법 위반 사건이다.

지금까지 살펴본 것처럼 미국이나 유럽에서 애플이나 소니의 폐쇄형 DRM 정책이 경쟁법 위반이라고 인정된 사례는 2015. 10. 현재까지 1건도 없다.

3) 소결

68) "Apple DRM is illegal in Norway, says Ombudsman" (24 Jan 2007), www.out-law.com/page-7691.

69) "SONY Fined by French Court for DRM Music" (January 5, 2007), <http://www.technollama.co.uk/sony-fined-by-french-court-for-drm-music>.

SKT/MP3폰 보유자가 멜론이 아닌 다른 온라인 서비스 웹사이트에서 다운로드 받은 MP3파일을 SKT/MP3폰으로 재생하기 위해 거쳐야 하는 불편한 컨버팅 과정은 불법유통 방지를 위한 DRM 암호기술의 특성상 불가피한 불편함이고, 이러한 불편함을 피하기 위해 멜론파일을 구매한 행위는 소비자 자신의 편의 증진을 위한 것이므로, SKT/DRM 장착을 사실상 구매강제 또는 끼워팔기로 볼 수 없음은 물론 법 제3조의2 제1항 제5호 후단의 ‘소비자이익저해’ 또는 「시지남용 심사지침」 IV.3.라.(3)의 ‘불이익강제’라고 볼 수 없다.

(2) 사업활동방해 여부

앞서 살펴본 바와 같이 원심이 전제한 시지전이이론 자체가 타당하지 않고, SKT/DRM 장착을 사실상 ‘끼워팔기’에 준하는 행위로 볼 수 없으므로 ‘불이익강제’에 해당된다고 볼 수가 없고,⁷⁰⁾ 따라서 「시지남용 심사기준」 IV.3.라.(3)의 ‘불이익강제로 인한 사업활동방해’로 볼 수 없음은 당연하다.

한편 원심은 SKT/DRM 장착이 사업활동방해에 해당된다는 근거로서 멜론의 시장 진출 및 SKT/DRM 장착 이후 AD이천엔터테인먼트가 영업부진으로 인하여 다른 회사에 인수되었다는 사실과 멜론의 높은 시장점유율을 들었다. 그러나 시간적으로 A사건이 먼저 발생하고 그 뒤에 B사건이 발생했다고 해서 A사건을 B사건의 원인이라고 단정할 수 없는 것처럼, ① SKT/DRM 장착이 있는 뒤 ② 경쟁사업자의 영업부진 등 시장 퇴출이 발생했다고 해서, ① 때문에 ②가 발생했다고 단정할 수 없다. 경쟁사업자의 영업부진으로 인한 시장퇴출은 (SKT/DRM 장착이 없었더라도) 그 사업자가 경쟁이 치열한 온라인음악시장의 변화에 적절하게 대처하지 못한 결과일 수 있다. 즉 SKT/DRM 장착이 있는 뒤 원고의 경쟁사업자가 일부 시장에서 퇴출되었다고 해서, 이를 이유로 SKT/DRM 장착을 경쟁사업자의 사업활동방해에 해당된다고 단정해서는 곤란하다.⁷¹⁾ 한편 원심의 사실인정에 의하면 2005년 MP3파일 다운로드 기준 멜론의 점유율은 약 74%로서 대단히 높은 수준임에는 분명하지만, 그러나 여기에는 다른 DRM 파일의 보유 없이 멜론에서 처음으로 구매된 다운로드가 포함되었을 뿐 아니라, PC 또는 MP3 플레이어 재생을 위한 다운로드까지 포함되어 있다. 더욱이 공정위는 컨버팅의 불편함을 피하기 위해 멜론

70) 본고 IV.2.(1).1) 참조.

71) 예컨대, 대법원이 이베이마켓사건(대법원 2011. 6. 10 선고 2008두16322 판결)에서 “오픈마켓이 원고의 이 사건 행위로 인하여 매출 부진을 이기지 못하고 오픈마켓 시장에서 퇴출된 것인지...명백하지 아니하다.”고 한 것도 문제된 사건들의 시간적 선·후 관계만으로 인과관계가 있다고 볼 수 없음을 지적한 것이다.

에서 다시 다운로드 받은 사례가 실제로 몇 건이 있는지도 증명하지 않았으므로, 원심이 인정한 쏘림효과라는 것이 실제로 얼마나 되는지 알 수가 없다. 이러한 점에서 원고의 SKT/DRM 장착으로 MP3다운로드시장에서 원고로의 쏘림현상이 발생하여 경쟁사업자의 사업이 방해되었다는 공정위와 원심의 판단은 쉽게 납득하기 어렵다.

한편 이 사건에서 다투어지지 않은 쟁점으로서 「시지남용 심사기준」 IV.3.라.(3)의 “부당하게 거래상대방에게 불이익이 되는 거래 또는 행위를 강제하는 행위로서 다른 사업자의 사업활동을 어렵게 하는 행위”에서 불이익강제 대상인 ‘거래상대방’을 과연 누구로 볼 것인지 라는 문제가 있다. 이 사건에서 공정위는 원고의 불이익강제 대상인 거래상대방을 이동통신서비스 이용자인 SKT/MP3폰 보유자라고 하면서도, 정작 원고의 사업활동방해 상대방은 AD이천엔터테인먼트 등 온라인 음악 서비스 사업자라고 하였다. 그러나 이동통신서비스시장이나 온라인음악시장처럼 경쟁이 치열한 시장에서 고객에게 불이익을 강제함으로써 다른 사업자의 사업활동을 방해한다는 것 자체가 납득하기 어려운 설정이다. 왜냐하면 원고의 고객이 원고 때문에 불이익을 강제 받았다면, 얼마든지 원고의 경쟁사업자가 제공하는 다른 서비스를 선택할 수 있기 때문이다. 즉 원고가 자신의 고객에게 불이익을 강제하면, 자신의 고객이 다른 사업자, 즉 경쟁자의 서비스를 선택할 수 있으므로 오히려 경쟁자를 도와주는 형국이 된다. 비단 이 사건이 아니더라도 현실에서 소비자에게 불이익을 제공하여 다른 사업자의 사업활동을 방해한다는 것은 도무지 상상하기 어렵다. 물론 「시지남용 심사기준」은 공정위의 내부 사무처리준칙일 뿐 법령으로서의 구속력은 없지만, 향후 공정위가 「시지남용 심사기준」 IV.3.라.(3)을 적용한 사건에서 법원은 불이익강제 거래상대방은 (소비자가 아니라) 바로 사업활동방해 상대방인 ‘다른 사업자’라고 해석하는 것이 타당하다고 생각된다.

3. 소결

이 사건 당시 이미 불법 non-DRM 음악파일에 익숙해진 사람들에게는 어떤 DRM이든 DRM 자체가 번거롭고 불편할 수 있지만, 불법유통 방지와 저작권보호를 위해 MP3파일에 DRM을 장착하고 이에 더하여 휴대폰에 어떤 DRM을 장착하든 새로운 MP3파일 재생장치로서 MP3폰을 탄생시킨 행위는 온라인 음악 서비스 이용자의 후생을 증진시킨 기술혁신의 성격도 있다. 앞서 살펴본 것처럼 2007년 미국 아마존이나 애플의 ‘DRM Free’ 정책은 음원저작권자의 동의가 있었기 때문에 가능했던 일이었고, 이와 달리 이 사건 당시 음원저작권자가 원고에게 DRM 장

착을 요구했으므로 원고는 DRM Free 정책을 채택할 수 없었다. 또한 이 사건 당시 멜론이 소비자 만족도에서 종합 1위를 차지하였다는 사실로부터 알 수 있듯이 MP3다운로드시장에서 멜론의 빠른 성장과 높은 점유율⁷²⁾은, (원심이 사실로 인정한) 세계 최초의 유무선 연동 유비쿼터스(ubiquitous) 음악 서비스, 멜론 서비스 가격, 음원 다양성, 웹디자인 등 여러 가지 다양한 요소를 종합적으로 고려한 소비자들의 합리적인 선택 결과로 충분히 설명될 수 있다. 따라서 공정위처럼 멜론의 높은 시장점유율을 원고의 사실상 구매장제로 인한 쏠림현상이라고 설명하는 것은 애당초 SKT/DRM장착을 시지남용으로 전제하는 경우이나 가능한 논리라고 생각된다.⁷³⁾

결국 원고의 SKT/DRM 장착은 소비자이익저해나 불이익장제에 의한 사업활동 방해로 볼 수 없기 때문에, 나아가 부당성 여부를 살펴볼 필요도 없이 이 사건 처분은 위법하다고 생각된다. 다만 이 사건 관련 쟁점을 더 논의하기 위하여, 이하에서는 SKT/DRM 장착의 부당성, 즉 경쟁제한성 여부를 검토하기로 한다.

V. SKT/DRM 장착의 부당성(경쟁제한성) 여부

1. 원심판단 및 공정위의 주장

원심은 공정위의 시장지배력 전이 주장은 받아들였지만, 포스코 판결 법리를 인용한 뒤, SKT/DRM 장착의 부당성이 없거나 약하다고 하였다. 그런데 원심이 부당성이 없다면서 제시한 이유는 ① DRM의 기술적 특성, 필요성, 원고의 DRM 개발경위, 원고와 경쟁관계에 있는 다른 사업자들의 (원고와 유사한) 폐쇄적 DRM 정책 운영, 멜론 서비스 가격 및 소비자 만족도, DRM을 금지하거나 상호 호환을 강제하는 입법의 부존재, ② SKT/DRM이 필수설비가 아니라는 점 등이다.

위의 ②와 관련하여 원심은 “우리 법에서도 인정되고 있다고 해석되는 이른바

72) 2005년 전체 온라인음악시장 기준 56%, 다운로드 기준 74%(여기에는 PC 또는 MP3 플레이어 재생을 위한 다운로드도 포함되어 있다).

73) 시지남용 관련 이러한 법집행은 공정위가 실제로는 경쟁이 아니라 경쟁자를 보호하기 위해 법을 집행하는 것이 아닌가 하는 의심을 일으킨다. 공정위의 이러한 태도는 최근 2015. 2. 이동통신사업자의 기업메시징서비스 시지남용 사건{공정위 의결 제2015-049호(2015. 2. 23), 공정위 의결 제2015-050호(2015. 2. 23)}에서도 목격되는데, 이 사건에 대해서는 다음 문헌을 참조. 주진열, “공정거래법상 ‘통상거래가격보다 낮은 가격’ 규제에 대한 비판적 고찰 - 시장지배적지위 남용 관련 LGU+/KT 기업메시징서비스 사건을 중심으로,” 아주법학 제9권 제2호(2015), pp. 257-279.

‘필수설비’(Essential Facilities) 이론은 시장에서 경쟁하는 데 불가결한 시설(반드시 유형의 시설만을 의미하는 것은 아니다)을 가지는 사람은 그 시설에의 접근을 거절해서는 안 된다’고 하는 이론으로서 다른 사업자에게 사용이나 접근을 거절하는 하는 ‘필수적 요소’에 해당하는 경우 경쟁당국은 필요한 경우 필수설비를 적절한 가격에 다른 경쟁사에게 개방하도록 의무화하거나 극단적으로는 필수설비 소유자가 필수설비를 이용하는 서비스를 사용하지 못하도록 할 수 있는 정책을 실행할 수 있다는 것이다(독일의 경쟁제한방지법 제19조도 필수설비소유 사업자의 접근거절행위를 시장지배적지위의 남용행위로 규정하고 있으며, 미국에서도 독점사업자가 필수설비의 공유를 거절하는 행위는 셔먼법 제2조에 위반될 수 있다고 보고 있다)”고 하면서, “이 사건의 발단이...AD이천엔터테인먼트가 원고로부터 SKT DRM의 공동사용을 거절당하여 야기된 것이므로 원고의 DRM이 법령상의 ‘필수적 설비’에 해당하는지 여부가 판단될 필요가 있다”고 하면서, 판결문에서 4쪽 분량에 걸친 검토⁷⁴⁾ 끝에 SKT/DRM은 필수설비가 아니므로 원고의 SKT/DRM 비공개를 거래상 지위를 남용한 부당한 행위라고 볼 수 없다고 하였다.

한편 공정위는 이 사건 상고심에서 이 사건은 시장지배력 전이에 관한 사안이므로 포스코 판결의 부당성(경쟁제한성) 법리가 적용될 수 없고, EU경쟁법상 이른바 특별책임론이 우리 독점규제법 제3조의2 제1항에서도 인정되어야 하므로, SKT/DRM 장악의 경쟁제한효과에 대한 증명 없이 부당성이 인정될 수 있다고 주장하였으나, 배척되었다.

2. 검토

(1) 특별책임론의 문제점

공정위가 이 사건에는 포스코 판결의 부당성 법리가 적용될 수 없다고 주장하면서 그 근거로 제시한 EU경쟁법상 이른바 특별책임론(special responsibility)은 과거 유럽법원(European Court of Justice)이 1983년 *Michelin* 판결에서 구 EC조약

74) 원심은 「시지남용 심사기준」 IV.3.다.(1) 및 (4)에 규정된 필수설비 요건을 “어떤 설비가...‘필수적 설비’에 해당하기 위해서는, ① 필수성, 즉 당해 요소를 사용하지 않고서는 상품이나 용역의 생산·공급 또는 판매가 사실상 불가능하여 일정한 거래분야에 참여할 수 없거나, 당해 거래분야에서 피할 수 없는 중대한 경쟁 열위상태가 지속되어야 하고, ② 통제성, 즉 특정 사업자가 당해요소를 독점적으로 소유 또는 통제하고 있어야 하며, ③ 당해 요소를 사용하거나 이에 접근하려는 자가 당해 요소를 재생산하거나 다른 요소로 대체하는 것이 사실상 법률상 또는 경제적으로 불가능하여야 하며, ④ 예외적으로 필수요소를 제공하는 사업자에게 ‘정당한 이유’가 있는 경우에는 제외할 수 있다”라고 인용한 뒤, SKT/DRM이 위 요건들을 충족하는지 여부를 검토하였다.

제82조(현행 EU기능조약 제102조)의 시지남용 금지 조항의 해석·적용과 관련하여, 유럽경제통합이라는 구 EC조약의 목적에 비추어 시지사업자는 유럽공동시장의 경쟁을 저해하지 않을 특별책임을 진다는 법리를 말하는데, 현행 EU기능조약 제102조의 해석론으로도 그대로 인정되고 있다.⁷⁵⁾ 이러한 특별책임론은 시지사업자의 어떤 행위가 구 EC조약 제82조, 즉 현행 EU기능조약 제102조에 규정된 어떤 행위 유형에 해당하기만 하면, 경쟁제한 의도나 목적이 없고(이른바 객관주의) 구체적인 경쟁제한효과를 초래하지 않았더라도(이른바 형식주의) 당해 행위는 시지남용이 될 수 있음을 의미한다.⁷⁶⁾ 즉 시지사업자가 아닌 사업자가 행한 경우에는 합법인 행위라도 시지사업자가 행하면 특별책임의 차원에서 시지남용에 해당될 수 있다는 것이어서, 그 결과 시지남용을 인정할 수 있는 범위가 대단히 넓어지게 된다.⁷⁷⁾

그러나 우리 대법원은 이미 포스코 판결에서 시지남용의 부당성 요건으로서 경쟁제한 의도·목적⁷⁸⁾과 함께 관련시장에서의 가격상승 등 경쟁제한효과를 명시적으로 요구하고, “경쟁제한적인 의도나 목적이 전혀 없거나 불분명한 전략적 사업활동에 관하여도 다른 사업자를 다소 불리하게 한다는 이유만으로 경쟁 제한을 규제 대상으로 삼는 법률에 위반된 것으로 처분한다면 이는 그 규제를 경쟁의 보호가 아닌 경쟁자의 보호를 위한 규제로 만들 우려”가 있음을 특별히 강조하는 등, EU

75) *Michelin v. Commission* (Case 322/81) [1983] ECR 3461, paras. 57(“special responsibility not to allow its conduct to impair undistorted competition on the common market”); *Irish Sugar plc v. Commission* (Case T-228/97) [1999] ECR II-2968, para. 112; *Microsoft v. Commission* (Case T-201/04) [2007] ECR II-3601, para. 229; *France Télécom v. Commission* (Case C-202/07) [2009] ECR I-2369, para. 102.

76) Cf. Alison Jones & Brenda Sufrin, *EU Competition Law*, 4th ed. (Oxford University Press, 2011), pp. 366-368, 372-373; Richard Whish, *Competition Law*, 6th ed. (Oxford University Press, 2009), pp. 189-197.

77) Cf. Laurence Boy, “Abuse of market power: controlling dominance or protection competition,” in Ullrich, Hanns (ed.), *The Evolution of European Competition Law* (Edward Elgar, 2005), pp. 211-212; Duncan Sinclair, “Abuse of Dominance at a Crossroads-Potential Effect, Object and Appreciability Under article 82 EC,” 25 *ECLR* 491 (2004), pp. 491-501; Jones & Sufrin, *supra* note 69, pp. 366-367; Whish, *supra* note 69, p. 191.

78) 대법원이 포스코 판결에서 언급한 경쟁제한 의도·목적은 주관적·심리적 요소가 아니라 객관적인 경쟁제한효과로부터 추정되는 객관적 의도·목적으로 보는 것이 타당하다. 미국 서면법 제2조 관련 독점화 의도, 즉 경쟁제한 의도도 행위자의 내적 심리상태인 주관적 의도가 아니라 경쟁제한효과로부터 객관적으로 추정되는 객관적 의도(objective intent)를 의미한다. Cf. Maurice E. Stucke, “Is Intent Relevant?” *Journal of Law, Economics & Policy*, Vol. 8:4, 2012.

의 특별책임론을 이미 배척하였다. 따라서 우리 독점규제법 제3조의2 제1항의 해석상 EU의 특별책임론이 인정되므로 이 사건에서 포스코 판결의 부당성 법리가 적용될 수 없다는 공정위의 주장 자체가 성립될 수 없다.

공정위의 특별책임론 주장은 우리 독점규제법 제3조의2 제1항의 시지남용이 EU기능조약 제102조의 ‘abuse of dominant position’과 같은 말이므로, 우리 법 해석에도 EU의 특별책임론이 인정될 수 있다는 생각에서 비롯된 것일 수도 있다. 그러나 EU의 특별책임론은 과거 EC 집행위원회와 유럽법원이 미국 경제에 대항하기 위해 유럽경제통합 촉진이라는 정치적·경제적 목적을 경쟁 관련 조항 해석과 집행에도 반영하고, 법원보다는 집행위원회(즉 경쟁당국)가 경제통합 목적을 실현하는데 법원보다도 더 적합하고 더 책임 있는 기관이라는 인식에 근거한 것이어서,⁷⁹⁾ 우리 독점규제법상 시지남용 조항 해석에 참고할 가치는 없다고 생각된다. 실제로 유럽 경쟁법 학계에서조차 형식주의와 결합된 특별책임론 때문에 EU의 시지남용 법리가 경쟁이 아니라 비효율적인 경쟁자 보호를 위해 경쟁제한성이 없는 행위를 당연위법처럼 금지함으로써(이른바 false positive error), 법리가 경쟁을 오히려 제한하는 방향으로 잘못 형성되었다는 논란도 있다.⁸⁰⁾ 1994년부터 2006년까지 시지남용 사건에서 집행위원회의 승소율이 98%라는 사실은⁸¹⁾ 특별책임론(형식주의 및 객관주의)를 통해 유럽법원이 집행위원회의 처분에 대해 적극적인 사법통제를 사실상 포기한 결과로 보이고, 이는 2015년 현재에도 다를 바 없다.

여하튼 유럽 학계에서도 EU경쟁법상 시지남용 조항은 경쟁자 보호가 아닌 경쟁 보호와 효율성 증진을 위해 경쟁제한효과를 중심으로 위법성 여부를 판단하는 방향으로 적용되어야 한다는 주장이 있는데,⁸²⁾ 이는 우리나라 포스코 판결 법리나 미국의 셔먼법 제2조 관련 합리의 원칙, 효과주의 법리와 다르지 않다.

만약 우리 독점규제법에 특별책임론이 도입되면 경쟁제한성이 없는 행위도 단지 시지사업자에 해당한다는 이유만으로 금지될 위험이 커질 뿐만 아니라(예컨대, 포스코 사건처럼 경쟁제한성이 없는 시지사업자의 거래거절도 시지남용으로 금지될 수 있음) 시지남용 사건에서 공정위에 대한 사법통제가 사실상 불가능해진다는 점

79) David J. Gerber, *Law and Competition in Twentieth Century in Europe: Protecting Prometheus* (Clarendon Press, 1998), pp. 347–358, David J. Gerber, *Global Competition: Law, Markets, and Globalization* (Oxford University Press, 2010), pp. 183–184.

80) Cf. Whish, *supra* note 69, pp. 189–192.

81) Damien J. Neven, “Competition Economics and Antitrust in Europe,” *Economic Policy*, Vol. 21, No. 48, October 2006, Table 6.

82) Cf. Id., p. 193; Jones & Sufrin, *supra* note 69, p. 281.

에서, EU의 특별책임론은 우리 독점규제법의 해석으로 받아들일 수 없다고 생각된다.

(2) 포스코 판결의 부당성 법리

공정위의 시지전이이론 자체가 잘못된 것이고 EU경쟁법상 특별책임론을 받아들일 이유도 없으므로, 이 사건에도 포스코 판결의 부당성 법리는 당연히 적용된다. 법 제3조의2 제1항 제3호 관련 포스코 판결 이후 지금까지 확립된 법리에 따르면, 시지사업자의 어떤 행위가 부당한 사업활동방해에 해당한다고 하기 위해서는 시지사업자가 관련시장에서 “독점을 유지·강화할 의도나 목적, 즉 시장에서의 자유로운 경쟁을 제한함으로써 인위적으로 시장질서에 영향을 가하려는 의도나 목적”(이하 ‘경쟁제한 의도·목적’)을 가지고 문제된 행위를 하고 또한 그 행위는 객관적으로 “상품의 가격상승, 산출량 감소, 혁신 저해, 유력한 경쟁사업자의 수의 감소, 다양성 감소 등과 같은 경쟁제한의 효과”(이하 ‘경쟁제한효과’)를 초래할 우려가 있는 행위로 평가될 수 있어야 하는데, 만약 그 행위로 인해 관련시장에서 경쟁제한효과가 실제로 나타났다면 그 행위 당시 시지사업자의 경쟁제한 의도·목적은 사실상 추정될 수 있고, 경쟁제한효과와 경쟁제한 의도·목적에 대한 증명책임은 침익적 행정처분의 적법성을 주장하는 공정위에게 있다.⁸³⁾

(3) 경쟁제한효과의 부존재

공정위가 원고의 DRM 장착으로 인해 경쟁제한효과가 나타났다고 주장한 시장은 MP3다운로드시장인데, 이 사건 당시 MP3다운로드시장에서는 원고의 멜론, 벅스뮤직, 주크온, 도시락(KTF), 뮤직온(LGT), MaxMP3(AD이천엔터테인먼트), 네이버뮤직(NHN), 52street(다음), 비트박스(야후), 애니콜뮤직(삼성전자), 편케익(레인콤) 등 다수의 사업자들이 서로 치열하게 경쟁하고 있었다. 원심의 사실인정에 의하면 멜론의 시장 진출 이후 온라인 음악 서비스 시장에서 일부 사업자들 사이의 기업결합(벅스뮤직과 주크온, 엠넷미디어와 AD이천엔터테인먼트)이 일어나기도 했지만 경쟁은 계속되었다. 이처럼 경쟁이 치열한 온라인 음악 서비스 시장에서 일부 사업자의 영업부진을 SKT/DRM 장착 때문이라고 단정할 수는 없다.

공정위는 우리 독점규제법 제3조의2 제1항 제3호의 해석론으로 받아들일 수 없

83) 대법원 2007. 11. 22. 선고 2002두8626 전원합의체 판결, 대법원 2008. 12. 11. 선고 2007두25183 판결, 대법원 2011. 10. 13. 선고 2008두1832 판결, 대법원 2014. 11. 13. 선고 2009두20366 판결 등.

는 EU의 특별책임론과 시지전이이론에 의존하여, 원고의 SKT/DRM 장착으로 인해 MP3 다운로드 가격 상승, MP3 다운로드 서비스 품질 저하, 온라인 음악 서비스 혁신저해, 유력한 경쟁사업자 수의 감소, MP3 음원 다양성의 감소 등과 같은 경쟁제한효과가 실제로 나타났다는 점을 증명하지 않았다. 공정위가 SKT/DRM 장착이 객관적으로 위와 같은 경쟁제한효과를 초래할 우려가 있는 행위라는 점도 증명하지 않았음은 물론이다.

한편 SKT/DRM 장착으로 인한 컨버팅 등의 불편함을 설령 법 제3조의2 제1항 제5호 후단의 소비자이익저해라고 가정하더라도, 판례에 의하면 그 행위의 부당성 여부는 원고가 과도한 독점적 이익을 얻기 위해 멜론파일의 가격을 경쟁가격 수준보다 높게 인상시켰는지 여부에 따라 판단되어야 할 것인데,⁸⁴⁾ 공정위는 이와 관련하여 어떠한 증명도 하지 않았다.

원심이 부당성을 부인하면서 그 이유로 제시한 ‘DRM의 특성, 필요성, 개발경위, 원고와 경쟁관계에 있는 다른 사업자들의 (원고와 유사한) 폐쇄적 DRM 정책 운영, 원고의 멜론 서비스 가격 및 소비자 만족도, DRM을 금지하거나 상호 호환을 강제하는 입법의 부존재’ 등은 이 사건에서 경쟁제한성 여부 판단 기준이 아니라, 본고 IV.2에서 살펴본 것처럼 원고의 SKT/DRM 장착이 소비자이익저해나 불이익강제로 인한 사업활동방해에 해당하는지 여부를 판단하면서 고려되었어야 할 사항이다.

또한 원심은 SKT/DRM이 필수설비가 아니고 원고의 SKT/DRM 비공개가 거래상 지위를 남용한 부당한 행위라고 볼 수 없다는 식의 독특한 논리를 전개하였다. 여하튼 부당성을 부인한 원심의 결론만은 타당하지만 그 이유로서 제시된 위와 같은 논리는 다음과 같은 점에서 납득하기가 어렵다.

경쟁법상 필수설비이론은 상방시장에서 어떤 생산 요소를 독점하고 있는 사업자가 하방시장에서 경쟁관계에 있는 사업자에 대하여 당해 요소의 공급이나 거래를 거절하는 행위를 경쟁제한적 행위라고 볼 수 있는지 여부에 관한 논의로서 미국에

84) 대법원 2010. 5. 27. 선고 2009두1983 판결(“소비자의 이익을 현저히 저해할 우려가 있는 행위의 부당성은 시장지배적사업자의 지위 남용행위의 규제 목적이 단순히 그 행위의 상대방인 개별 소비자의 이익을 직접 보호하고자 하는 데 있는 것이 아니라, 독과점 시장에서 경쟁촉진과 아울러 시장지배적사업자의 과도한 독점적 이익 실현행위로부터 경쟁시장에서 누릴 수 있는 소비자의 이익을 보호하고자 하는 데 있음을 고려할 때, 시장지배적사업자의 행위의 의도나 목적이 독점적 이익의 과도한 실현에 있다고 볼 만한 사정이 있는지, 상품의 특성·행위의 성격·행위기간·시장의 구조와 특성 등을 고려하여 그 행위가 이루어진 당해 시장에서 소비자 이익의 저해의 효과가 발생하였거나 발생할 우려가 있는지 등을 구체적으로 살펴 판단하여야 한다”). 이 판결에서 “과도한 독점적 이익 실현”이 의미하는 바가 무엇인지 분명하지 않지만, 여하튼 시지사업자가 경쟁가격보다 높은 수준의 가격을 설정했다는 것 자체가 부당한 소비자이익저해라는 것은 아닌 것으로 보인다.

서 처음 시작되었다. 이러한 학술상 논의와는 별론, 연방대법원은 2015. 10. 현재 까지 필수설비이론을 판례에서 명시적으로 받아들인 적이 없다. 스키장 사업자의 단독 거래거절 관련 1985년 *Aspen Skiing* 판결⁸⁵⁾과 관련하여 학계에서, *Aspen Skiing*이 보유한 스키장 시설이 필수설비로 볼 수 있는지 여부가 논의된 적이 있으나, 연방대법원은 당해 판결에서 필수설비이론 자체를 고려하지 않았다.⁸⁶⁾ 더욱이 연방대법원은 2004년 *Trinko* 판결에서 독점력 레버리지 이론과 연결된 필수설비이론을 배척하면서,⁸⁷⁾ 단독 거래거절에 관한 *Aspen Skiing* 판결은 서면법 제2조 위반의 한계선상에 있는 사례(“*Aspen Skiing* is at or near the outer boundary of §2 liability”)라고 자평하여 선례로서의 가치를 연방대법원 스스로 최소화시켰다.⁸⁸⁾ 그럼에도 불구하고 원심은 “미국에서도 독점사업자가 필수설비의 공유를 거절하는 행위는 서면법 제2조에 위반될 수 있다고 보고 있다”라고 하였는데, 이는 *Trinko* 판결에 나타난 연방대법원의 입장과 배치된다.⁸⁹⁾

85) *Aspen Skiing Company v. Aspen Highlands Skiing Corporation* 연방대법원은 미국 콜로라도 아스펜(Aspen) 지역 스키장 사업자인 *Aspen Skiing*이 경쟁상대방인 *Aspen Highlands*의 스키장 공동 이용권 판매 요청을 거절한 행위가 서면법 제2조 위반이라고 하였다. 그러나 이 판결은 하급심에서 관련시장이 북미 전체 스키 시장이 아닌 Aspen 지역 스키시장으로 잘못 확정된 상태에서 Aspen 지역에서의 경쟁제한효과 존부만 판단되었기 때문에, 선례로서의 가치가 떨어진단다. Cf. George L. Priest & Jonathan Lewinsohn, “Aspen Skiing: Product Differentiation and Thwarting Free Riding as Monopolization,” in Eleanor M. Fox et al. (ed.), *Antitrust Stories* (Foundation Press, 2007), pp. 249–250.

86) *Aspen Skiing* 사건 상고심 변론에서, *Aspen Skiing*으로부터 거래거절을 당한 *Aspen Highlands* 측이 필수설비이론에 따라 서면법 제2조 위반을 주장하는 것인지에 대한 대법관의 질문에 *Aspen Highlands* 소송대리인은 *Aspen Skiing*의 스키장 시설이 필수설비라고 주장하는 것은 아니라고 답변하였다. *Aspen Skiing Company v. Aspen Highlands Skiing Corporation*, Media: Oral Argument—March 27, 1985. Oyez. Chicago—Kent College of Law at Illinois Tech, <https://www.oyez.org/cases/1984/84-510>.

87) *Verizon Communications, Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*. 540 U.S. 308 (2004). 연방대법원은 피고(상고인) Verizon은 자신의 시외장거리전화망에 대한 시내전화사업자의 접속을 보장해줄 서면법상의 의무가 없다고 하였다. Cf. Timothy J. Brennan, “Essential Facilities and Trinko: Should Antitrust and Regulation Be Combined,” 61 *Fed. Comm. L.J.* 133 (2008), pp. 133–148.

88) *Trinko* 판결에 비추어본 *Aspen Skiing* 판결의 의미에 대해서는 다음을 참조. John E. Lopatka & William H. Page, “Bargaining and Monopolization: In Search of the Boundary of Section 2 Liability between Aspen and Trinko,” 73 *Antitrust L.J.* 115 (2005), pp. 115–152; J. Robert Sears & Clayton E. Gillette, “Where did Aspen Go: How Courts are Dealing with Refusals to Deal Since Trinko,” 53 *St. Louis B. J.* 18 (2007), pp. 18–25; Eleanor M. Fox, “Is There Life in Aspen after Trinko – The Silent Revolution of Section 2 of the Sherman Ac,” 73 *Antitrust L.J.* 153 (2005), pp. 153–170.

89) *Trinko* 판결에도 불구하고 미국 후기시카고학파는 필수설비이론을 여전히 독점력 레버리지 이론으로 설명하고 있는데{예컨대, Nicholas Economides, “Hit and Miss: Leverage,

미국의 필수설비이론(연방법원의 판례 법리가 아님)이 유럽에 소개되고, 유럽에서는 필수설비이론이 실제로 입법된 경우도 있다. 예컨대, 독일 경쟁제한방지법(Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen) ‘§ 19 (4) 4’는 상방시장, 하방시장에서 다른 사업자가 필요로 하는 시지사업자 자신의 네트워크나 필수설비를 같이 사용할 수 있음에도 불구하고 접근을 거부하는 행위를 시지남용으로 금지한다. 이러한 필수설비이론이 우리나라에서는 법 제3조의2 제1항 제3호의 사업활동 방해 유형의 하나로서 법 시행령 제5조 제3항 제3호에 “정당한 이유없이 새로운 경쟁사업자의 상품 또는 용역의 생산·공급·판매에 필수적인 요소의 사용 또는 접근을 거절하거나 제한하는 행위”로 반영되었다.⁹⁰⁾

여하튼 필수설비 관련 법 시행령 제5조 제3항 제3호는 이 사건에 적용된 법령이 아니고, 공정위도 원고의 SKT/DRM 비공개나 거래상 지위남용⁹¹⁾을 이 사건 처분 사유로 삼지도 않았다. 따라서 SKT/DRM이 필수설비에 해당하는지 여부는 이 사건과 관련성이 없음에도 불구하고, 공정위의 이 사건 조사 계기가 AD이천엔터테인먼트에 대한 원고의 SKT/DRM 비공개라는 이유로 원심이 부당성 판단에서 SKT/DRM의 필수설비 해당 여부를 고려한 것은 부적절한 것으로 생각된다.

(4) 경쟁제한 의도·목적의 부존재

이상에서 살펴본 것처럼 공정위는 원고의 SKT/DRM 장착으로 인한 경쟁제한효과를 증명하지 못하였으므로, 위 행위로부터 원고의 경쟁제한 의도·목적의 추정할 수 없다. 그렇다면 이 사건 처분의 적법성을 주장하는 공정위로서는 원고가 MP3 다운로드시장에서의 경쟁을 제한할 의도·목적으로 SKT/DRM 장착 행위를 하였을 뿐 아니라 이러한 행위가 객관적으로 경쟁제한효과를 초래할 우려가 있는 행위라는 점을 증명했어야 한다. 그러나 공정위는 MP3 다운로드시장에서의 원고의 경쟁제한 의도·목적의 증명하지 않았다.

Sacrifice, and Refusal to Deal in the Supreme Court Decision in *Trinko*,” 10 *Vand. J. Ent. & Tech. L.* 121 (2007), pp. 121-146), 아마도 원심의 위와 같은 언급은 후기시카고 학파 이론을 언급한 것일 수도 있다.

90) 필수설비 관련 공정위의 「시지남용 심사지침」 내용은 본고의 위 각주 69) 참조.

91) 이 사건은 불공정거래행위의 한 유형인 거래상 지위남용(법 제23조 제1항 제4호: “자기의 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 상대방과 거래하는 행위”) 문제가 아니다. 물론 거래상 지위남용의 세부 유형으로서 법 시행령 제36조 제1항 관련 [별표 1의2] 제6호에 불이익제공(나목)이 있기는 하지만, 원고와 AD이천엔터테인먼트 사이에는 아예 거래관계가 존재하지 않았으므로, DRM 공개 의무가 없는 원고가 SKT/DRM을 공개하지 않았다고 해서, 이를 AD이천엔터테인먼트에 대한 거래상 지위남용(불이익제공)이라고 볼 수 없다.

3. 소결

공정위는 시지전이이론과 EU의 특별책임론에 의존하였을 뿐, ① SKT/DRM 장착으로 인해 MP3다운로드시장에서 실제로 경쟁제한효과가 실제로 나타났거나, ② SKT/DRM 장착에 MP3다운로드시장에서의 경쟁제한 의도·목적이 있었고 SKT/DRM 장착이 MP3다운로드시장에서 객관적으로 경쟁제한효과를 초래할 우려가 있는 행위라는 점을 증명하지 않았다. 따라서 원심이 SKT/DRM 장착의 부당성을 인정하지 않은 결론만은 타당하다고 본다. 그러나 앞서 언급하였듯이 원심이 SKT/DRM 장착을 구매강제나 끼워팔기에 준하는 행위로서 소비자이익저해나 불이익강제로 인한 사업활동방해에 해당한다고 보고 그 부당성을 부인한 이유에는 부절환 점이 있다고 생각된다. 여하튼 원고의 전부 승소로 인해 상고심에서 소비자이익저해나 불이익강제 문제 자체가 다투어지지 않았으므로, 대법원은 SKT/DRM 장착이 부당하지 않다는 원심 결론을 수긍하였을 뿐이다.

V. 결론

온라인 음악 서비스 이용자는 MP3폰을 MP3파일 재생장치로 이용할 수 있는지 여부만이 아니라 가격, 품질, 전반적인 이용 편리성 등 여러 가지 요소를 고려하여 온라인 음악 서비스를 선택하며, 이 사건 당시 멜론이 소비자 만족도에서 종합 1위를 차지하였다는 사실로부터 알 수 있듯이, MP3다운로드시장에서 원고의 높은 점유율은 멜론 사이트의 웹디자인, 이용 편리성, 음원 보유하고, 음원 가격 등 다양한 경쟁요소로 설명될 수 있다. 또한 이 사건 당시 이미 불법 non-DRM 음악파일에 익숙해진 사람들에게는 DRM 자체가 번거롭고 불편했겠지만, 음원저작권자의 저작권보호를 위해 MP3파일에 DRM을 장착하고 이에 더하여 휴대폰에 어떤 DRM을 장착하든 새로운 MP3파일 재생장치로서 MP3폰을 탄생시킨 행위는 온라인 음악 서비스 이용자의 후생을 증진시킨 기술혁신의 성격도 있다. 이러한 경쟁요소와 기술혁신 요소를 무시한 채, 온라인 음악서비스 시장에서 멜론의 높은 점유율 자체를 원고가 SKT/DRM 보유자로 하여금 멜론파일의 구매를 사실상 강제한 결과, 즉 시장지배력 전이의 결과라고 한 공정위와 원심판단은 납득하기 어렵다. 원심으로서의 공정위가 전개한 시지전이이론은 관련시장 확정 및 부당성(경쟁제한성) 요건을 형해화시켜, 시지남용 사건에서 법원의 사법통제를 불가능하게 만

들 수 있다는 점에 유의했어야 한다고 생각된다.

원심이 원고의 SKT/DRM 장착을 부당하지 않다고 본 결론은 타당하지만, 원고의 행위사실 특정에서부터 부당성 부인 이유에 이르기까지 부적절한 논리 전개가 있었다고 생각된다. 원심이 일견 부당성을 거의 인정하는 것 같으면서도 부당성을 부인하는 등 논리가 다소 혼란스러운 이유는 원심이 원고의 SKT/DRM 장착을 애초부터 부당한 소비자이익저해 및 불이익강제라고 전제한 공정위의 시지전이이론을 받아들이면서, 포스코 판결의 법리만 언급한 채, SKT/DRM이 필수설비가 아니라는 이유로 부당성을 배척하는 구조를 취했기 때문으로 생각된다. 원고가 원심에서 전부 승소하였기 때문에, 대법원은 원고의 SKT/DRM 장착이 결국 부당하지 않다는 원심을 수긍하였을 뿐이므로, 대상판결을 두고 대법원이 이 사건에서 공정위와 원심의 시지전이이론까지 인정한 것으로 볼 수는 없다. 다만 대법원이 위와 같은 원심의 이유 설시가 부적절함을 지적하지 않은 점은 아쉬움으로 남는다.

표준특허 보유자의 FRAND 약속 위반행위에 대한 공정거래법의 적용*

The Application of Competition Law over The Breach of FRAND Commitment of The Standard-Setting Patent Owner

강상욱 (KANG Sang Wook)[†]

<Abstract>

In these days, both intellectual property law and competition law are trying to supply new and more advanced technologies and products for consumers at a lower price. Focusing on this side, the recognition that the objectives of both lie on the increase in consumer welfare has gradually spread. But some actions of the standard essential patent("SEP") holders have brought the allegation of the breach of competition law worldwide when they practice their patent rights. Accordingly, each country's competition authorities and courts began to apply competition law to the breach of the FRAND commitment by the SEP holders. Accordingly, the legal meaning and nature of the FRAND commitment became important. In light of standardization bodies' IPR policies, bylaws and the FRAND commitment, if the essential elements of the contract(largely royalty) are included in the contents, it may be granted contractual binding on the FRAND commitment. But if those are not included in the contents, the FRAND commitment imposes no more obligation than the obligations of good faith in bargaining to the SEP holders. In this article, a plan to grant contractual binding on the FRAND commitment at the level of preventing the breach of the FRAND commitment by the SEP holders is suggested. If the FRAND commitment has no contractual binding more than just a meaning of simple declaration, the principles of civil rights abuses can be applied to stop the breach of the FRAND commitment. However, it is difficult to give significant meaning because the Supreme Court has narrowed the application of the principles. In this article, I dealt many issues

* 본 논문은 2016년 KAIST 문술미래전략대학원 지식재산대학원프로그램 석사학위 청구논문으로 제출되었음을 밝힌다.

[†]서울고등법원 고법관사(High Court Judge at Seoul High Court, Korea)

concerning principle FRAND commitment offenses – a refusal to license, over-billing for the license fee and setting of discriminatory license condition. The significance of this article is to review the specific applicability of "the monopoly regulations and fair trade law" on the FRAND commitment offenses comprehensively.

<주제어> 표준특허, FRAND 확약, 공정거래법, 경쟁제한성

<key words> standard essential patent, FRAND commitment, competition law

I. 서 론

지식재산권법과 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 ‘공정거래법’이라 한다)은 서로 양립하기 어렵다고 생각될 수 있다. 지식재산권, 그 중에서도 특허권은 산업발전을 촉진하는 수단으로 새로운 발명을 한 자로 하여금 발명을 공개하게 하고 그에 대한 보상으로 일정한 기간 동안 등록된 청구범위 내에서 발명을 독점적·배타적으로 소유 또는 이용할 수 있는 권리를 의미하는데, 공정거래법은 원래 이러한 ‘독점’을 규제하기 위하여 만들어진 법이기 때문이다. 그러나 근래에 들어서는 양자가 서로 충돌하는 측면을 강조하기 보다는, 양자가 모두 새롭고 더 발전된 기술과 제품 등을 보다 저렴한 가격에 소비자들에게 공급하려는 측면이 있음을 주목하여 지식재산권법과 공정거래법의 목적이 모두 소비자 후생의 증대에 있다는 인식이 점차 확대되고 있다.

이에 따라 지식재산권법과 공정거래법이 상호보완적으로 운용될 수 있으나, 여전히 독점력 내지 시장지배력과 관련하여 양자의 조화로운 운용이 쉽지 않은 부분이 존재하는데, 그 대표적인 사례 중의 하나가 산업표준의 제정에서 비롯되는 표준필수특허(standard essential patent, 이하 ‘표준특허’라 한다)와 관련된 문제이다. 정보통신산업을 중심으로, 당해 산업에 속한 민간사업자들로 구성된 표준화기구(standard-setting organization)에서 산업표준으로 채택된 기술에 관한 특허를 보유한 자들이 그 특허권을 행사할 때의 몇몇 행위들이 전세계적으로 공정거래법 위반 혐의를 불러일으켰다. 아래에서 보는 Broadcom Corp. v. Qualcomm Inc. 사건, Federal Trade Commission(이하 ‘FTA’라 한다) v. Rambus 사건, 삼성전자(이하 ‘삼성’이라 한다)와 애플 사이의 소송, Qualcomm사의 시장지배적 지위남용 행위 사건 등을 포함한 다수의 사건들이 각국의 경쟁당국이나 법원에 의하여 심판되었거나 현재에도 심판 중에 있다.

이들의 내용은, 주로 표준특허 보유자가 당해 표준기술을 사용하여 스스로 제품을 생산하는 하류시장에서 자신과 경쟁관계에 있는 사업자에 대하여 표준특허의 라이선스를 거절하거나 지나치게 높은 실시료(royalty)를 요구하는 행위 또는 경쟁사업자에 대하여 특허침해를 주장하면서 침해금지명령을 청구하는 소를 제기하는 행위, 그리고 표준특허를 라이선스하면서 자신의 부품을 구매해 주었는지 여부에 따라 실시료를 차별적으로 책정하거나 자신의 부품을 구매해 주는 정도에 따라 리베이트를 지급함으로써 하류시장이나 인접시장에서의 경쟁사업자를 배제하거나 그 사업활동을 방해하는 행위, 표준특허의 특허기간이 만료되었음에도 그에 기하여 실시료를 수령하는 행위 등에 관한 것이다. 그런데 표준화기구들은 표준특허

보유자들의 이러한 기회주의적 행태를 방지하기 위하여, 표준을 제정하는 과정에서 그 참여자들로 하여금 표준후보 특허기술을 사전에 공개하도록 하고 또한 자신들의 기술이 표준으로 채택될 경우 ‘공정하고 합리적이며 비차별적인(Fair, Reasonable and Non-Discriminatory, 이하 ‘FRAND’라 한다)’ 조건으로 그에 관한 특허를 실시할 것을 사전에 선언하도록 하고 있다(이하 이를 ‘FRAND 확약’이라 한다).

그런데 표준화기구의 절차 내에서 이루어진 FRAND 확약의 법적 의미가 아직 명확하지 아니하므로, 이러한 상태에서 표준특허 보유자가 FRAND 확약을 위반하는 문제가 발생하였을 때 그 해결은 각국의 경쟁당국이나 법원에 따라 달라질 수 있다. 실제로 미국 법원은 Microsoft v. Motorola 사건¹⁾에서 FRAND 확약이 미국의 독점금지법상 구속력 있는 의무임을 확인하였으나, 독일에서는 표준특허권자의 FRAND 확약이 제3자를 위한 계약은 아니며 금지청구권의 포기가 아니라는 태도를 보였고²⁾, 네덜란드 법원도 삼성과 애플 사건의 판결에서 유럽표준화기구(ETSI)의 지식재산권(IPR) 정책이 자동적으로 삼성과 애플의 라이선스를 강제하는 것이 아니라고 언급하면서 비슷한 태도를 보였다.³⁾ 한국에서는 삼성과 애플 사이의 소송에서 서울중앙지방법원(2012. 8. 24. 선고 2011가합39552 판결)은 삼성의 FRAND 확약이 구속력 있는 계약을 의미하므로 금지청구권을 행사할 수 없다는 애플의 주장을 배척하면서, FRAND 확약이 이루어진 표준특허의 경우에도 침해금지청구권을 행사할 수 있다는 취지로 판단하였다고 한다.

그런데 각 나라의 법제에 따라 FRAND 확약의 의미나 법적 성격 등에 중대한 차이를 나타내는 것은 현재와 같은 글로벌한 경제체제에서 자유로운 기업활동에 심각한 장애를 초래할 수 있으므로, 이 글에서는 산업표준이 형성되는 절차와 FRAND 확약의 의미와 법적 성격 및 보완조치, 그리고 표준특허 보유자들이 FRAND 확약을 하였음에도 이와 배치되는 행위를 한 경우에 상대방이나 경쟁사업자의 대응방안 등을 논의해 보기로 한다.

이 글의 순서는, 먼저 II에서 표준화기구에서의 표준의 의미와 유형, 여러 기술들 가운데 표준이 채택됨으로써 얻게 되는 편익 및 손실, 표준화기구의 IPR정책 내용과 FRAND 확약이 이루어지는 절차, 그리고 FRAND 확약의 법적 의미와 성

1) Microsoft Corp. v. Motorola, Inc., 864 F. Supp. 2d 1023, 1029-32 (W.D. Wash. 2012).
 2) Thomas F. Cotter, The Comparative Law and Economics of Standard-Essential Patents and FRAND Royalties, University of Minnesota Law School Legal Studies Research Paper Series Research Paper, at 7.
 3) Thomas F. Cotter, 전제논문, at 7.

격 그리고 이에 대한 계약적 구속력을 인정하기 위한 방안 등에 관하여 차례로 기술한다. 이어서 III에서 표준특허 보유자의 FRAND 확약 위반행위에 대한 법적 구제방안과 관련하여 민법, 특허법 및 공정거래법이 적용될 수 있는지 여부를 검토한다. 특히 공정거래법의 적용 여부와 관련하여 미국과 EU에서의 운용실무를 소개하기로 한다. 다음으로, IV에서 FRAND 확약 위반행위 중 대표적인 경우에 해당하는 ① 경쟁사업자에 대한 라이선스 거절 및 침해금지청구의 소 제기행위, ② 실시료의 과다청구행위, ③ 차별적인 라이선스 조건의 설정행위에 대하여 공정거래법의 각 해당 규정이 구체적으로 적용되는 과정을 논의한다. 필요한 경우 이 부분에 관한 공정거래법의 집행 사례가 축적되어 있는 미국과 유럽 법원의 판결 등을 검토해 보기로 한다. 마지막으로, 제5장 결론에서는 앞에서 논의한 연구결과의 요지를 적시하고 이러한 연구결과를 토대로 향후 FRAND 확약 위반행위에 관한 실무를 운용할 때 바람직한 방안을 제시해 보고자 한다.

II. 표준의 채택과 FRAND 확약

1. 표준의 의미와 그 채택이 산업계에 미치는 영향

이 글에서 표준특허라는 문구 중 ‘표준’이란 통상 기술표준을 말하는 것인데, 이는 정부, 표준화기구, 사업자단체, 동종기술 보유 기업군 등이 일정한 기술 분야에서 표준으로 선정한 기술이나 해당 기술 분야에서 사실상 표준으로 널리 사용되는 기술⁴⁾을 뜻하고, 이에 따라 표준특허란 위에서 본 표준화기구 등에서 표준으로 채택된 기술에 관한 특허를 말한다.

제품을 생산할 때 단일한 생산방식이 존재하는 경우는 많지 않고 사업자에 의하여 매우 다양한 생산방식이 시도되고 있으며, 특히 제품생산 초기에는 이러한 방식 사이의 경쟁이 존재하는 것이 일반적이다. 그러나 상이한 생산방식에 적용된 기술의 차이는 제품 상호간의 호환성이나 범용성을 저해하고 생산과정의 비효율을 낳을 수 있으며, 이는 궁극적으로 제품을 사용하는 소비자의 후생 감소로 이어질 수 있다.

이러한 의미에서 표준화란 현실적 혹은 잠재적 생산방식과 관련하여 특정 여건 하에서 최적의 생산효율을 얻기 위하여 보편적이고 반복적인 이용을 위한 규칙을

4) 공정거래위원회가 작성한 “지식재산권의 부당한 행사에 대한 심사지침” 참조.

수립하려는 행위라고 할 수 있다.

표준화의 유형은 크게 ① 어느 하나의 회사가 시장에서 경쟁력 있는 자신의 기술을 사실상 표준으로 만드는 경우, ② 동종 사업자들이 서로 협의하여 특정 기술을 업계의 표준으로 채택하는 경우, ③ 표준화기구에서 표결을 통하여 특정 기술을 표준으로 설정하는 경우 등이 있다.

위에서 본 바와 같이 아주 다양할 수 있는 특정 분야의 관련 기술들을 굳이 표준화하는 것은 기술 상호간의 상호운용성(interoperability)을 증진시킬 뿐만 아니라 시장거래에서의 진입장벽을 무너뜨림으로써 궁극적으로 경제적 효율성을 달성하기 위해서이다. 특히 네트워크 효과(network effects)⁵⁾가 큰 시장에서는 상호운용성을 촉진함으로써 기업들의 혁신을 부추기고 생산효율(product efficiency)을 증대하며 소비자의 선택을 넓히고 공공의 건강과 교역을 증대할 수 있다. 특히 네트워크 효과가 가장 뚜렷한 정보통신 분야에서는 전세계적으로 다수의 표준화작업이 이미 진행되었거나 계속 활발하게 진행 중이다.

그러나 다른 한편으로, 민간사업자들로 구성된 표준화기구에 의한 표준설정은 상당한 경쟁제한적 효과를 초래할 우려가 있다. 예를 들면, 참여 사업자들이 표준화 설정과정에서 거래가격, 거래지역 등에 관한 담합을 시도하거나 경쟁관계에 있는 기술들 중 열위에 있는 기술을 채택하거나 또는 네트워크 산업에서의 쏠림현상을 고착화시키는 등으로 승자 독식(winner-take-all) 현상이 발생하는 등 기술개발이나 혁신을 저해할 수도 있는 것이다.

특히 특허권 등에 의하여 독점적으로 보호되는 기술이 표준에 포함되는 경우에는 또 다른 문제를 불러일으킬 수 있는데, 이는 해당 특허권자에게 일반적으로 부여되는 권리 외에 관련시장에서의 지배력까지 부여할 수 있기 때문이다. 물론 모든 표준특허 보유자가 시장지배력-관련시장에서 가격 상승, 산출량 감소, 상품·용역의 다양성 제한, 혁신 저해 등의 경쟁제한 효과를 유발할 수 있는 시장에서의 영향력-을 가지게 되는 경우는 아니겠지만, 지금까지 문제된 사건들 중 상당수는 표준 설정으로 시장지배력을 가지게 된 사업자들에 관한 것이다.

표준이 채택되면, 이제 관련 산업종사자들은 이에 부합하는 제품을 생산하기 위해 표준기술에 투자를 하게 되는데, 이러한 투자는 그 사업자들이 다른 기술로 전환하고자 하는 경우에 회수할 수 없는 비용-매몰비용-이 되므로, 해당 표준에 고착(log-in)하게 된다. 이러한 상황에서 표준특허 보유자는 확보하게 된 시장지배

5) 어느 특정 상품에 대한 수요가 다른 사람들에게 영향을 주는 효과를 말하는데, 사람들이 네트워크를 형성해 다른 사람의 수요에 영향을 준다는 뜻에서 붙여진 경제현상을 뜻한다. 네이버 참조.

력을 바탕으로 관련 산업종사자들에 대하여 라이선스를 거절하거나 침해금지청구로 위협하면서 겁을 먹은 상대방에게 지나치게 높은 실시료를 요구할 수 있다[이러한 행위 등을 흔히 ‘특허위협(patent hold-up)’이라 한다.

2. 표준화기구의 정책

표준화기구⁶⁾는 기본적으로 기술표준을 정하는 일을 수행하고, 이에 의하여 일정한 제품 생산에 관련된 기술 사이의 경쟁과 관련 산업에 속한 사업자들의 기술 선택의 여지는 사라지게 된다. 이를 특허의 관점에서 보면, 기술의 표준화는 제품을 생산할 때 당해 기술에 결합된 특허를 필수적인 것으로 만들며, 이에 따라 표준특허의 이용이 공정하게 이루어질 수 있도록 하는 것이 표준화기구의 중요한 정책과제로 남게 된다.

표준화기구들은 스스로 제정한 지식재산권 정책에 의하여 관련 기술을 가지고 표준화작업에 참여하는 사업자들에게 ① 표준화 과정에서 그 선정대상으로 고려되는 기술에 관하여 이미 특허권을 가지고 있거나 특허출원 중인 경우에 그 사실을 사전에 공개할 의무와 ② 만약 특허권자의 기술이 표준으로 선정된다면 향후 누구에게나 FRAND 조건으로 실시를 허락할 의무를 부과하고 있다. 이와 같은 특허정보 공개와 실시조건 협의절차는 기술표준으로 선정된 특허권의 남용을 방지한다는 측면에서 그 필요성이 강조되고, 해당 절차의 이행 여부는 표준특허권 행사의 정당성을 판단할 때 중요한 고려사항이 된다.

예를 들면, EU 집행위원회의 결의에 따라 1988년 설립된 ETSI는 통신기술과 관련된 회사들이 회원으로 구성된 민간단체로서 그 정관이나 내부절차규칙은 회원들로 구성된 총회 의결로 제정되고, 이들은 기본적으로 ETSI 회원들과 그 관계회사(affiliates)에 대한 계약적 구속력을 가진다. ETSI의 내부절차규칙(2009. 4. 8. 자)의 “제6 부속서 ETSI 지식재산권 정책” 제3조는 지식재산권자의 권리에 대해 아래와 같이 규정하고 있다.

3. 정책의 목적

3.2 지식재산권자는 ETSI 회원이든 회원의 관계회사이든 또는 제3자이든 표준 및 기술규격의 실행에 있어서 그 지식재산권의 사용에 대하여 적절하고 정당한

6) 국제표준화기구(ISO), 국제전자기술협회(IEC) 등 정보통신 분야에서만 표준화기구의 숫자가 840여 개에 달한다고 한다. 박준석, 표준특허의 제문제, 법학, 54권 4호(통권 169호) 참조.

보상을 받아야 한다.

3.3 ETSI는 가능한 한 표준과 기술규격의 준비, 채택과 적용에 관한 자신의 활동을 통해 표준이 표준화의 일반원칙에 따라 잠재적 이용자들에게 이용될 수 있도록 보장하기 위하여 합리적인 조치를 취하여야 한다.

4. 지식재산권의 공개

4.1 하기 4.2의 조건 하에, 각 회원은 필수 지식재산권을, 특히 회원 자신이 참여한 표준 또는 기술규격의 개발 과정 중에, ETSI에 적시에(timely fashion) 통지하기 위한 합리적인 노력을 해야 한다. 특히, 표준 또는 기술규격에 관한 기술적 제안을 제출하는 회원은 ETSI에 그 제안이 채택된다면 필수적일 수 있는 해당 회원의 지식재산권을 ETSI에 성실히 알려야 한다.

4.2 상기 4.1조에 따른 의무는 회원에게 지식재산권 검색을 수행할 의무를 부과하는 것은 아니다.

6. 라이선스의 사용 가능성

6.1 ETSI가 특정 표준 또는 기술규격에 관련된 필수 지식재산권을 알게 된 경우 ETSI 사무총장은 즉시 그 소유자에게, 위 지식재산권에 관하여 공정하고 합리적이고 비차별적인 조건으로 취소불가능한 라이선스를 허여할 준비가 되어 있다는, 취소불가능한 서면 약속을 3개월 이내에 제출할 것을 요청해야 한다.

- 생산(생산에 사용하기 위하여 라이선스 자신의 설계에 의해 맞춤형과 하부시스템을 만들거나 만들게 할 권리를 포함.
- 위와 같이 생산된 장비의 판매, 대여 기타 처분
- 장비의 수리, 사용 또는 운용, 그리고
- 방법의 사용

위 약속은 라이선스를 구하는 자가 상호 동의하여 허여하는 조건으로 이루어질 수 있다.

일반적으로 특허권자는 라이선스를 해주어야 할 의무가 없고 라이선스를 해주는 경우에도 상대방과의 협상을 통하여 그 조건을 자유로이 결정할 수 있다. 물론 사안에 따라 라이선스 거절이 공정거래법 위반행위로 인정될 수 있지만, 각국의 경쟁당국은 지식재산권의 취지에 비추어 엄격한 요건을 충족하는 경우에만 라이선스 거절을 공정거래법위반으로 인정하고 있다⁷⁾. 그러나 표준특허 보유자의 경우는 이

와 사정이 다르다. 표준특허 보유자는 자신이 가진 기술특허가 표준으로 선정됨으로써 관련 시장에서 시장지배력을 부여받을 수 있기 때문에, 예외적인 취급이 정당화될 여지가 있기 때문이다.

3. FRAND 확약의 법적 성격

가. 표준특허의 라이선스에 관한 공정한 원칙을 실현할 수 있는 현실적인 강제수단이 표준화기구에 주어지지 않기 때문에 표준화기구의 정책 내용이 회원으로 참여하는 사업자들에 대하여 구속력을 갖는 것은 아니라는 견해도 있다.⁸⁾ 그러나 위 ETSI의 예에서 보듯이 표준화기구의 정관이나 내부절차규칙이 회원들과 그 관계회사에 대하여 계약적 구속력을 가지는 경우도 있다. 이에 따라 표준화기구의 정책내용이나 정관 또는 FRAND 확약서 등을 검토해 보면, 거기에 참여하는 회원들 사이에 계약적 구속력이 있는지 여부를 판별할 수 있을 것이다.

나. 문제는 표준특허 보유자의 FRAND 확약이 표준 확정 후 그 특허의 실시협의 과정에서 ‘어느 정도의’ 계약적 구속력을 가지느냐이다. 이에 관하여 FRAND 확약은 특허권자가 향후 실시료 협상을 할 때 FRAND 조건에 따른 제안을 감수하겠다는 취지의 의사표명에 불과하고, 따라서 서로 공정하게 교섭할 의무를 부담하기로 하는 명시적 또는 묵시적 합의를 뜻하는 ‘교섭하기로 하는 합의’에 불과하므로, 나중에 교섭이 결렬되더라도 표준특허 보유자는 실시계약 이행의무나 실시계약 체결을 위하여 더 노력할 의무를 부담하지 아니하고, 교섭에 성실히 응하였다면 교섭 결렬에 대한 책임을 질 여지가 없다는 견해도 있다⁹⁾.

이에 관하여 좀 더 구체적으로 살펴보면, FRAND 확약으로 인해 계약이 성립되었다고 하기 위해서는 그 확약의 내용에 계약의 요소가 포함되어 있어야 할 것이고, 실시계약의 요소는 통상 실시료라 할 수 있다.

그런데 위에서 든 ETSI의 정책에서 본 바와 같이, 상당수의 표준화기구들의 정책에 의하면 FRAND 조건에 의하여 실시료를 정할 것을 규정하고 있을 뿐, 그에 관한 세부적인 산출방식이나 근거, 실시대상자 적격 등에 관하여 자세히 규정하고 있지 않다. 심지어 FRAND 확약 위반 시 실시권자의 특허 사용을 허가한다거나

7) 이호영, 표준필수특허 보유자의 FRAND 확약 위반행위에 대한 공정거래법의 집행에 관한 연구, 상사법연구, 31권 4호(통권 77호) 참조.

8) 홍명수, 표준특허 관련 행위에 대한 공정거래법상 규제 가능성 검토, 법학논총, 36권 2호(2012.12) 참조.

9) 한서희, FRAND 선언의 사후적 위반행위에 대한 판단, 경제법판례연구, 제8권(2013.03) 참조.

또는 특허권의 효력이 무효 내지 중지된다는 등의 규정도 찾아보기 어렵다. 이에 따라 FRAND 조건에 의한 기술실시 협상에서 표준특허 보유자에게 단순히 ‘성실하게 교섭할 의무’만을 부과하는 것인지, 아니면 이를 위반할 경우 곧바로 표준특허 보유자에 대하여 계약법상 위반책임이 인정된다는 것인지, 만약 인정된다면 어떻게 어느 정도로 인정되는 것인지 등에 관하여 각국의 경쟁당국이나 법원 사이에 차이가 있다는 점은 위에서 본 바와 같다.

이러한 내용이 표준화기구의 정책내용이나 정관, 또는 특허권자가 제출한 FRAND 확약서 등에 명확하게 규정되어 있는 경우라면, 원칙적으로 그 문언에 기재된 대로 효력이 발생할 것이다. 이에 따라 적어도 그러한 표준화 작업에 참여한 사업자들은 위 문언에 의한 계약적 구속을 받게 된다.

이와 달리, 표준화기구의 정책이나 정관, 또는 특허권자가 제출한 FRAND 확약서 등에 실시료의 산정방식이나 실시대상자 적격 등에 관한 명확한 규정이 없는 경우에는 그 FRAND 확약에 대하여 계약적 구속력을 인정하기는 어려울 것이다. 위에서 본 서울중앙지방법원의 판결(비공개이다)은, ETSI 지식재산권 정책 및 ETSI에 제출된 삼성의 FRAND 확약서의 문언상 이에 관한 준거법은 프랑스법이고, 프랑스 민법에 의하면 삼성의 FRAND 확약이 실시계약에 관한 청약의 의사표시에 해당하기 위해서는 실시료 등의 구체적인 조건이 포함된 의사표시가 필요함에도 이를 인정할 증거가 부족하다는 이유로 청약의 의사표시에 해당하지 않는다고 판단하였다고 한다.

다른 한편으로, 표준화 작업에는 참여하지 않았으나 그 후 채택된 표준특허를 실시하려는 제3자에 대하여는 계약적 구속력이 인정되는가. 이 점과 관련하여서는 FRAND 확약을 제3자를 위한 계약으로 볼 수 있는지가 문제된다.

민법상 제3자를 위한 계약은 계약당사자가 아닌 제3자로 하여금 직접 계약당사자의 일방에 대하여 채권을 취득하게 하는 것을 목적으로 하는 계약을 일컫는다.¹⁰⁾ 제3자를 위한 계약의 특질은 제3자약관의 존재, 즉 제3자로 하여금 직접 ‘권리’- 채권은 물론이고 물권 기타 어떠한 권리라도 상관 없다 -를 취득하게 하는 점에 있고, 이때 권리를 취득하게 되는 제3자는 계약이 성립할 당시에 특정되어 있을 필요는 없으며 특정할 수 있는 자이면 된다.

이에 따라 계약의 요소로 될 만한 내용- 실시료의 구체적인 산정방식, 실시대상자 적격 등 -이 표준화기구의 정책내용이나 정관, 또는 특허권자가 제출한

10) 예컨대, 갑과 을 사이의 계약으로 갑이 을에게 자동차 1대를 급부할 채무를 지고, 을이 그 대가로서 100만 원을 직접 제3자인 병에게 지급할 채무를 부담하는 경우이다. 박윤직, 채권각론, 제6판, 박영사 참조.

FRAND 확약서에 명확하게 규정되어 있는 경우라면, 제3자는 FRAND 조건으로 명확하게 정해져 있는 실시료를 지급하면서 특허를 실시할 수 있는 ‘권리’를 취득하게 되므로, 이때의 FRAND 확약은 제3자를 위한 계약으로 볼 수 있다.

이와 달리 계약의 요소로 될 만한 내용이 불명확하게 규정되어 있는 경우- 이러한 경우가 대부분이다 -에 FRAND 확약을 제3자를 위한 계약으로 볼 수 있는지가 문제된다. 이에 관하여는 견해가 나뉠 수 있다.

위에서 언급한 서울중앙지방법원의 판결은, 삼성이 제출한 FRAND 확약서의 문언 내용이 불명확한 점, ETSI의 정책이나 지식재산권 가이드 등에 의하더라도 실시계약의 구체적인 기준이 마련되지 않은 점, ETSI의 정책 목적이 회원이나 제3자 여부와 관계 없이 표준과 기술규격에 관련된 지식재산권을 실시할 때 적절하고 공정한 보상과 잠재적인 사용자가 표준과 기술규격을 사용할 수 있도록 하는 합리적인 조치의 조화라 할 것인데, FRAND 확약의 내용을 구속력 있는 계약의 의미로 해석한다면 표준화의 특성을 고려하더라도 특허권자의 의사에 반하는 강제실시를 광범위하게 허용하는 결과가 되어 표준화를 통한 기술개발과 이를 통한 산업발전도 저해하게 된다는 점에 비추어 볼 때, 삼성이 한 FRAND 확약은 불특정의 제3자를 위한 계약이라는 취지의 애플의 항변을 배척하고, 그 의미를 표준특허권자에게 실시계약의 체결과 관련하여 FRAND 조건으로 성실하게 협상할 의무를 부담시키는 일반 원칙을 선언한 것이라고 판단하였다고 한다.

필자의 사건으로도, 계약적 구속력을 갖는 표준화기구의 정책이나 FRAND 확약서 등이 실시료의 산정방식이나 실시대상자 적격 등에 관한 구체적 기준을 제시하고 있다면 이를 위반한 행위에 대하여 계약법상 구제가 가능하다고 할 것이나, 이러한 명확한 기재 없이 단지 FRAND 조건으로 실시료를 협상하겠다는 내용만 기재되어 있는 경우에는 계약의 요소를 갖추었다고 할 수 없으므로 그 FRAND 확약은 제3자를 위한 계약으로 보기 어렵다고 생각된다.

다. 표준화기구들은 표준특허 보유자들의 특허권남용을 방지하기 위해 FRAND 확약을 하게 하였으나, 이것이 단순한 선언에 불과하여 아무런 계약적 구속력이 없다는 취지의 주장을 배척할 수 있으려면, 사전에 필요한 조치를 강구하는 것이 바람직하다.

물론 향후의 시장상황이 불확실한 경우에는 장래에 이루어질 실시료 수준을 사전에 명확하게 규정하는 것이 불가능할 것이고, 반대로 여건이 양호하여 미리 실시료 수준을 정해놓을 수 있다고 하더라도 이는 사업자들의 사이의 가격담합과 구분하기 어려울 수 있다. 또한 표준화 작업과정에서 너무 상세하고 지나친 구속을

가하고자 할 경우 특허권자로서는 참여를 주저하거나 그런 표준화에서 제외되고자 하는 원심력이 작용하게 되어 표준화 자체가 무산될 수도 있다.¹¹⁾

그러나 이러한 사정을 감안하더라도, 표준화기구들은 표준특허 보유자가 획득할 수 있는 시장지배력의 남용을 방지하는 차원에서 자신들의 정책이나 정관 또는 FRAND 확약 등에 실시료의 산정방식이나 그 근거, 실시대상자 적격 등에 관한 내용을 가능한 한 합리적인 범위 내에서 명확하고 구체적으로 반영해놓을 필요가 있다. 예를 들면, FRAND 확약에서 말하는 합리적이고 비차별적인 조건의 실시료는 적어도 특허권자가 당해 기술이 표준으로 채택되기 전에 받을 수 있었던 실시료 금액의 최상한 범위 내이거나 당해 기술이 표준으로 작동하면서 실제로 기여한 가치 이내이어야 할 것이고, 이를 초과하면 특허위협에 따른 과도한 실시료 청구에 해당될 가능성이 있으므로¹²⁾, FRAND 확약에 이러한 점을 미리 반영해두는 것이다. 실시료의 합리적인 지급범위 외에, 아래에서 보는 Qualcomm사의 실시료 과다청구의 사례를 참작하여 실시료의 지급근거를 제품 가격이 아닌 부품 가격으로 미리 정해두는 것도 가능하다고 생각된다. 그리고 표준화작업에 참여하지 아니한 제3자가 나중에 표준특허를 실시하고자 하는 경우를 대비하여 이에 필요한 규정을 마련해 둬으로써 FRAND 확약이 일정한 범위 내에서 제3자를 위한 계약으로도 기능할 수 있도록 해두는 것도 가능하다.

이러한 작업이 진행될 때, 행정부 내에서 해당 지식재산권의 행사와 관련된 주무 부처나 공정거래위원회(이하 ‘공정위’라 한다) 등은 관할 표준화기구들에 필요한 지침(가이드라인)을 작성해 주거나 참여 사업자들이 자율적으로 공정협약을 체결할 수 있도록 도움을 줄 수도 있을 것이다. 이러한 점에서 표준화기구들은 자신들을 관할하는 행정기관과 서로 소통하는 것이 필요하다고 생각된다.

III. FRAND 확약 위반행위에 대한 법적 대응방안

1. 민법의 적용 여부

표준특허 보유자가 FRAND 확약을 하였음에도 표준으로 선정된 후에 취득한 시

11) Daryl Lim, "Misconduct in Standard Setting: The Case for Patent Misuse", 51 IDEA: The Intellectual Property Law Review 559 (2011), p 560.

12) Rudi Bekkers & Andrew Updegrove, A study of IPR policies and practices of a representative group of Standards Setting Organizations worldwide (report), National Academies of Science (Sep. 17, 2012), p. 103.

장지배력을 바탕으로 관련 산업종사자들에 대하여 라이선스를 거절하거나 침해금지청구로 위협하며 지나치게 높은 실시료를 요구하는 등의 특허위협행위를 하는 경우에 민법에 의한 권리남용 금지의 원칙으로 이를 저지할 수 있는지 여부가 문제된다. 즉 침해금지청구의 소가 제기된 경우에 피고가 민법상 권리남용 금지의 원칙을 항변으로 제출하여 인정받을 수 있는지 여부에 관한 문제이다.

민법 제2조 제1항은 “권리의 행사와 의무의 이행은 신의에 좇아 성실히 하여야 한다”라고 규정하고 있고, 같은 조 제2항은 “권리는 남용하지 못한다”라고 규정하고 있다. 이러한 규정을 근거로 한 권리남용 금지의 원칙은 민법상의 개별조항이 가지는 경직성을 완화하면서 일반조항으로 기능한다. 대법원은 주로 토지소유권에 기한 건물철거 소송에서 권리남용 금지의 원칙을 적용해 왔다(대법원 2002. 10. 25. 선고 2002다32332 판결 참조). 이는 자투리 땅의 소유권을 가진 자의 이익보다는 건물소유자의 불이익이 현저히 크기 때문에 위 원칙이 적용된 것으로 보인다.

대법원은 위 판결에서 객관적으로 사회질서에 위반된다고 볼 수 있는 권리행사이어야 하고, 주관적으로 권리행사의 목적이 오직 상대방에게 고통을 주고 손해를 입히려는 데 있을 뿐 행사하는 사람에게 아무런 이익이 없어야 한다고 판시함으로써 주관적 요건을 엄격하게 요구하고 있다. 대법원은 민법상 권리남용의 인정을 위해서는 가해의 목적, 부당한 이익을 취하려고 하는 목적 등이 입증되어야 한다고 본다.¹³⁾

하지만 상표권 남용의 경우에는 주관적 요건을 요구하지 않고 있다(대법원 2007. 1. 28. 선고 2005다67223 판결 참조). 이는 상표권이 거래 표장에 내재된 신용과 수요자의 이익을 보호하는 목적을 가지고 있으므로 객관적인 요건만으로 권리남용을 인정하여도 상표법의 목적이 훼손될 가능성이 적은 데에서 기인한 것으로 보인다.

특허권의 경우, 대법원은 ‘특허발명에 대한 무효심결이 확정되기 전이라고 하더라도 특허발명의 진보성이 부정되어 그 특허가 특허무효심판에 의하여 무효로 될 것임이 명백한 경우에는 그 특허권에 기초한 침해금지 또는 손해배상 등의 청구는 특별한 사정이 없는 한 권리남용에 해당하여 허용되지 아니한다’고 판시하였다(대법원 2012. 3. 15. 선고 2010다63133 판결 참조).

위와 같이 무효사유가 존재하는 특허권을 행사할 때 민법에 의한 권리남용 금지의 원칙을 적용하는 것은 위 2002다32332 판결상의 권리남용 금지의 원칙과는

13) 최승재, 특허권남용의 경쟁법적 규율, 세창출판사, p. 50. 참조.

하자가 존재하는 영역이 다르다는 점에서 차이가 있다. 민법상 권리남용 금지의 원칙은 권리 자체는 하자 없이 존재하지만 권리 행사에 주관적·객관적 하자가 있다는 이유로 권리의 행사를 부정하는 것인 반면, 무효사유가 존재하는 특허권 행사의 경우는 권리 자체에 하자가 존재하는 것으로 권리행사 방법에 있어서의 하자의 유무를 묻지 않고 당해 권리에 포함되어 있는 무효사유의 유무만을 객관적으로 판단하여 권리행사를 부정하는 것이기 때문이다.

표준특허 보유자가 FRAND 확약을 위반하여 실시자를 상대로 침해금지청구의 소를 제기한 경우, 그러한 권리행사가 객관적으로 사회질서에 위반되고 주관적으로도 권리행사의 목적이 오직 상대방에게 고통을 주고 손해를 입히려는 데 있을 뿐 행사하는 사람에게 아무런 이익이 없는 경우에는 마찬가지로 형평의 원칙에 의하여 민법상 권리남용 금지의 원칙이 적용될 수 있다고 판단된다.

미국의 경우에도 연방대법원은 eBay Inc. v MercExchange, L.L.C. 547 U.S. 388(2006) 사건에서 연방항소법원이 특허권침해청구 시 자동적 금지명령(automatic injunction)을 발하여 오던 관행을 받아들이지 않고, 전통적인 형평법상의 4요소 기준(four factor test)이 적용되어야 한다고 판시함에 따라 영구적 금지명령에 의한 특허권자의 과도한 권리행사를 일정 부분 제한하였다. 이때 특허권자는 ① 자신이 회복할 수 없는 손해를 입었다는 점, ② 법에 의한 구제가 그러한 손해를 보상하는 데 불충분하다는 점, ③ 특허권자와 상대방 사이의 고통(hardship)의 비교형량을 고려해 보았을 때 형평법상 구제방법이 보장되어야 한다는 점, ④ 공익이 영구적 금지명령에 의하여 침해되지 않는다는 점을 입증하여야 한다.

다만 대법원은 민법상 권리남용 금지의 원칙을 토지경계와 관련된 사안을 중심으로 제한적으로 인정하여 온 점에 비추어 볼 때, 표준특허 보유자의 FRAND 확약 위반행위에 대한 민법상 권리남용 금지의 원칙도 신중하고 제한적으로 인정될 것으로 보인다.

그리고 표준특허 보유자가 명백한 무효사유가 존재하는 특허권을 행사하는 경우에는 그 특허발명에 대한 무효심결이 확정되기 전이라 하더라도 위 2010다63133 판결에 따라 권리남용 금지의 원칙이 적용될 수 있을 것이다. 예컨대 특허권자가 특허의 존속기간을 넘어서서 실시를 하려는 행위는 무효인 특허를 사용하여 실시료를 받겠다는 것과 다를 바 없으므로, 표준특허 보유자가 특허권이 만료되었음에도 그 특허권에 기초한 침해금지 또는 손해배상 등을 청구하는 행위는 특별한 사정이 없는 한 권리남용에 해당하여 허용되지 않는다고 보아야 한다.¹⁴⁾

위와 같이 무효사유가 존재하는 특허권을 행사할 때 민법에 의한 권리남용 금지의 원칙을 적용하는 것은 위 2002다32332 판결상의 권리남용 금지의 원칙과는 하자가 존재하는 영역이다

2. 특허법의 적용 여부

(1) 미국의 경우

미국의 특허권남용법리는 특허권자가 적법한 보호범위를 벗어난 범위에서 부당하게 특허권을 행사함으로써 새롭고 유용한 발명을 한 발명자에게 독점적·배타적인 권리를 부여하여 과학과 실용학문의 발전을 도모한다는 특허권의 공공정책 내지 취지에 반하는 결과를 가져오는 경우, 법원이 공공정책에 반하는 상태가 해소될 때까지 특허침해에 대한 구제를 중지할 수 있다는 이론을 말한다. 이는 그 자체로 독립한 소송의 원인이 될 수는 없고, 특허권자의 특허침해 금지청구소송 중 상대방의 항변으로 주장될 수 있다. 이러한 항변은 형평법상의 항변으로, 그 행사가 문제된 당해 사건에만 적용되고, 특허권자가 문제되는 부분을 시정한 후에 다시 그의 특허권을 행사할 수 있다.

연방대법원은 Motion Picture Patent Co. v. Universal Film Mfg. Co. 사건(1917)에서 특허권자가 특허제품과 비특허제품을 끼워파는 행위가 위법하다고 처음으로 판시하였는데, 그 근거로서 특허권자의 권리는 특허법이 규정하는 바와 같이 등록된 청구범위에 문언상 기재된 내용과 그 균등범위에 한정됨에도 발명에 의하여 표현되지 않는 상품을 통제하려는 것은 특허권의 범위를 벗어나는 것으로 특허법의 입법취지에 반하여 정당화될 수 없다는 점을 들었다.

그 후 연방대법원은 Morton Salt v. G.S. Suppiger 314 U.S. 488, 52 U.S.P.Q. 30(1942) 사건에서 소금정제를 주입하는 기계장치에 관한 특허를 가진 자가 소금정제 시장에서의 경쟁을 제한할 목적으로 특허받지 않은 특정 소금정제를 사용할 것을 조건으로 위 기계장치를 임대한 행위는 특허권남용에 해당한다고 판시하였다.

1982년 창설된 미국의 연방항소법원(CAFC)는 특허권 침해로 제소된 피고가 독점금지법의 원칙들을 충족하여야 특허권 남용을 인정하도록 판시하여 특허권남용의 성립을 엄격하게 판단하는 편이다. 이에 의하면 미국 법원은 특허권남용법리와

14) 이는 공정위가 작성한 “지식재산권의 부당한 행사에 대한 지침” III.1.가.(5)로 규정되어 있다.

독점금지법을 복합적으로 적용하는 것으로 보인다.

1988년 특허권남용이 35 U.S.C. §271(d)의 개정을 통하여 입법화되었는데, 이를 흔히 “특허권남용 개혁법”이라 한다. 위 법은 특허권남용 여부를 판단할 때 독점금지법의 적용을 강제하지는 않지만, 합리의 원칙에 따라 판단하도록 유도한다. 끼워팔기에 대하여는 독점금지법이 적용되도록 하여 특허권자가 시장지배력을 보유할 것을 요구한다.¹⁵⁾ 그리고 특허권자의 일방적인 실시거절행위는 경쟁당국의 심사대상이 된다.¹⁶⁾

(2) 한국의 경우

우리 특허법은 1963. 특허권 남용이 처음으로 신설되었는데, 당시의 특허법 제 45조의2 제1항은 “특허권자 기타 특허에 관하여 권리를 가진 자는 그 권리를 남용하지 못한다”라고 규정하고 있었다. 그 후 1973년 기존의 사유에 일부 사유가 추가되어 같은 조 2항에서 6개의 특허권남용의 경우를 예시하였는데, 제1호는 국내에서 실시가능한 특허발명이 그 특허 허여 후 3년 이상 정당한 이유 없이 국내에서 상당한 영업적 규모로 실시되지 아니한 때, 제2호는 특허 허여 후 3년 내에 특허품, 특허식물, 특허기술 또는 특허방법에 의한 생산품에 관하여 정당한 이유 없이 적당한 정도와 조건으로 국내수요를 충족시키지 못한 때, 제3호는 특허 허여 후 1년 내에 특허품, 특허식물, 특허기술 또는 특허방법에 의한 생산품에 관하여 정당한 이유 없이 적당한 정도와 조건으로 수출수요를 충족시키지 못한 때, 제4호는 특허권자가 실시권의 허락을 부당하게 거부하여 산업이나 국가 또는 국내 거주자의 사업에 손해를 가하였을 때, 제5호는 방법발명에 의한 특허의 경우에 그 권리의 범위에 속하지 아니하는 방법에 의하여 물건을 생산하여 타인에게 부당하게 손해를 가하였을 때, 제6호는 권리 범위에 속하지 아니하는 권리를 부당하게 주장하여 타인의 생산과 영업을 방해한 때이다. 그러나 위 조항은 1986. 개정 시 삭제되었는데, 이는 특허권을 보다 더 보호하기 위해서라고 생각된다.

이에 따라 표준특허권자가 FRAND 확약을 위반하면서 특허법 제126조에 의하여 침해금지청구를 하는 경우에도 이를 특허법상 규정에 의하여 제한하기는 어렵다고 판단된다.¹⁷⁾

15) Robin C. Felman, "The Insufficiency of Antitrust Analysis for Patent Misuse", Hastings L.J. 420-421 참조.

16) DOJ/FTC Joint Guideline (2007), p. 6.

17) 오승환, FRAND 확약 특허권자의 자발적 실시자에 대한 금지청구권의 행사와 독점규제법

3. 공정거래법의 적용 여부

(1) FRAND 확약과 관련된 외국의 공정거래법 집행 사례

표준특허 보유자의 FRAND 확약 위반행위는 효과 면에서 경쟁사업자를 배제하거나 거래상대방으로부터 경제적 이익을 착취함으로써 시장에서의 경쟁을 제한하거나 소비자 후생을 침해할 수 있으므로, 이러한 행위들은 각국의 경쟁당국의 관심 영역 안으로 들어가게 된다.

아래에서는 FRAND 확약과 관련하여 미국과 독일에서 공정거래법이 적용되는지 여부에 관한 사례를 살펴보기로 한다.

1) 미국

① Broadcom Corp. v. Qualcomm Inc. 사건¹⁸⁾

위 사건은 특허권자가 표준화 과정에서 특허의 존재를 공개하고 FRAND 확약을 하여 표준으로 채택된 이후에 특허권자의 FRAND 확약 위반이 공정거래법 위반으로 인정될 수 있는지 여부가 다투어진 사안이다.

표준화기구는 당시 FRAND 확약을 조건으로 디지털 무선통신기술을 개발하던 회사인 Qualcomm의 3세대 무선이동통신 기술인 WCDMA 기술을 표준으로 채택하였는데, Qualcomm은 칩셋의 제조 및 판매시장의 경쟁자인 Broadcom에게 위 기술에 관한 FRAND 조건의 라이선스 제공을 거절하였다.

이에 Broadcom은 Qualcomm을 셔먼법 제2조 위반을 이유로 제소하였다. 이 소송에서 Broadcom은 Qualcomm이 표준화기구에 FRAND 조건을 준수할 의사 없이 허위로 FRAND 확약을 하였으며, 이 약정이 없었더라면 표준화기구는 Qualcomm의 기술을 거부하거나 이를 배제하고 표준을 설정하였을 것이므로, Qualcomm의 행위는 셔먼법 제2조에 위반된다고 주장하였다.

뉴저지 연방지방법원은 2009년 9월 사실심리를 마치지 아니한 채 Broadcom의 주장을 각하하면서 Qualcomm사가 FRAND 조건에 동의하여 자신의 특허가 표준으로 채택되도록 유인한 것은 사실이나, 표준 설정은 표준화기구의 행위이므로 Qualcomm사로 인한 경쟁제한 효과가 없고 표준 설정 이후에는 경쟁이 존재하지

위반 책임, 경쟁법 연구, 29권(2014), p 252. 참조.

18) Broadcom Corp. v. Qualcomm Inc., 2006 WL 2528545 (D.N.J. Aug 31, 2006) (NO. CIV A 05-3350 MLC) 사건.

않기 때문에 FRAND 확약 위반은 계약법상 위반에 불과하므로 독점금지법 위반을 구성하지 않으며 이행할 의사 없이 FRAND 조건에 동의한 것은 기망행위로 볼 수 없으므로 경쟁제한 효과를 부정하였다. 즉 Qualcomm사의 WCDMA 기술시장에서의 독점은 법이 허용하여 온 특허에 따른 것이고, 다른 기술을 배제하는 것은 표준의 당연한 기능일 뿐이지 FRAND 확약과는 무관하다는 것이다.

그러나 항소심인 제3 연방항소법원은 2007. 9. 4. 1심의 결론과 달리, Broadcom의 주장이 모두 사실이라고 가정할 경우 Qualcomm사의 행위는 미국의 독점금지법을 위반할 수 있다고 보았다. 제3 연방항소법원은 이 사건에서 관련 표준화기구인 IEEE의 기술전문가를 법정참고인으로 법정에 출석시켜 표준특허권자가 FRAND 확약을 거부하는 경우에는 표준기술로 승인하지 않는 것이 표준화기구의 정책임을 확인하고 표준 채택 당시 대체기술의 존재 여부와 관계 없이 FRAND 확약이 없었다면 표준특허로 채택될 수 없었다는 Broadcom의 주장을 받아들였다.

위 항소법원은 ① 사적기구에 의한 표준특허 채택과정에서 특허권자가 의도적으로 사후에 준수할 의사 없이 FRAND 확약을 하고, ② 표준화기구가 이를 신뢰하여 당해 특허기술을 표준에 채택하였으며, ③ 특허권자가 표준이 설정된 이후에 그 확약을 위반한 행위를 하였을 경우에는 미국의 독점금지법 위반을 구성할 수 있다고 보았다.

이에 따라 항소법원은 Qualcomm사의 행위가 독점화 시도의 구성요건인 약탈적 또는 반경쟁적 행위인지, 독점화 의도가 존재하는지 또는 독점화 개연성이 있는지에 관하여 심리하여야 한다는 취지로 1심판결을 일부 파기환송하였다.

그런데 이 사건은 2009. 4. Qualcomm사가 8억 9,100만 달러를 지급하고, Broadcom은 자신이 제기한 각국의 특허 및 경쟁법 관련 소를 취하 및 종결하기로 합의함으로써 종료되었다. 이에 따라 Qualcomm사의 행위에 경쟁제한성이 있는지 여부에 관한 최종적인 판단이 이루어지지 아니한 채 종결되었다.

연방항소법원은 FRAND 확약 위반이 셔먼법 제2조에 반하는 행위인지 여부를 판단하기 위한 요건을 제시하였다는 점에서 위 판결의 의의가 있다. 위 요건의 충족 여부를 판단할 때 특허권자가 FRAND 확약 준수 의사가 없음에도 사후적 위반의 고의를 갖고 확약행위를 한 것인지 여부에 관한 입증이 가장 핵심적인 요소이다. 그러나 위 판결이 선고된지 약 1년 후에 선고된 Rambus 사건에 관한 판결(아래에서 검토한다)에서는 FRAND 확약 위반행위에 대한 독점금지법의 적용 가능성을 다소 소극적으로 보았다.

다른 한편으로, 위 판결은 Qualcomm사가 FRAND 확약을 처음부터 지킬 의도가

없었던 순수한 기만행위인지 여부를 묻지 않고 확약행위의 성격상 어떠한 경우에도 경쟁에 미치는 영향이 없다는 것인지, 아니면 이 사건의 특수한 상황 때문에 경쟁에 대한 영향력을 부인한 것인지에 관하여 명확한 언급을 하지 않고 있다는 지적도 있다.¹⁹⁾

최근 미국에서 진행된 삼성과 애플 사이의 소송에서 애플은 삼성의 특허공개의 무 위반을 주장하였으나, 배심원단은 이를 인정할 증거가 없다는 이유로 애플의 주장을 배척한 바 있다.

② FTA V. Rambus 사건²⁰⁾

위 사건은 Rambus가 JEDEC(Joint Electronic Devices Engineering Committee)라는 표준화기구에 대하여 자신이 특허출원 하였다는 사실을 밝히지 아니한 채 위 기술이 표준으로 채택된 후에 표준특허권을 행사한 것이 문제로 되었다.

Rambus는 미국 반도체 전문 설계업체로서, 주된 사업은 컴퓨터 메모리 기술을 개발하여 해당 특허의 사용실시권을 제조업자들에게 허락하여 주고 로열티를 지급 받는 것이다.

Rambus는 1990년 SDRAM 메모리의 전신적인 DRAM 메모리를 개발하여 특허 등록을 하였다. 컴퓨터 메모리카드는 컴퓨터의 각종 작업 및 기능 실행을 위해 필요한 것으로 컴퓨터 속도에 직접적 영향을 주는데, Rambus는 SDRAM(Synchronous Dynamic Random Access Memory)을 개발하여 표준화기구 중 하나인 전자산업협회(EIA)의 반도체 표준화기구(Joint Electron Device Engineering Council; JEDEC)를 통해 표준화를 시도하였다. Rambus는 1991년 12월 JEDEC 회의에 처음으로 참여하였고, 1992년 2월부터 정식회원사가 되었다. 당시 JEDEC은 SDRAM의 표준화 채택에 관하여 논의 중이었고, Rambus는 SDRAM 표준도입의 확실함을 알고 내부적으로 특허침해 방안에 대해 논의를 하고 있었다.

JEDEC은 1993년 5월 SDRAM을 완성된 표준으로 채택하였는데, 여기에는 Rambus의 두 가지 특정 세부기술이 포함되어 있었고, 1995년 10월 DDR SDRAM(SDRAM에서 업그레이드된 기술) 표준화를 위한 논의를 시작하였다. Rambus는 출원 중인 특허에 DDR SDRAM의 표준에 들어갈 on-chip PLL/DLL 기술을 보유하고 있었음에도, 위 기술이 위 표준에 중요한지를 묻는 조사에는 답변하지 않았고, 특허공개도 하지 않았다. JEDEC의 특허정책에 따라 표준제정 참

19) 오승환, 전제논문 참조.

20) FTC v. Rambus 522 F.3d 456 (D.C. Cir. 2008).

여자가 보유한 특허에 대하여 무상실시 또는 합리적 수준의 특허실시료에 의한 허락을 수용하여야 했는데, Rambus는 이에 동의하기를 원하지 않았기 때문에 1996년 6월 금반언 원칙의 적용을 피하기 위하여 변호사의 법률적 조언에 따라 JEDEC을 탈퇴하였다.

JEDEC은 1999년 특정기술을 DDR SDRAM의 표준으로 채택하였는데, 위 표준에 Rambus의 기존 특정 세부기술 2개 및 Rambus가 1999년에 특허 취득을 마친 특정 세부기술 2개가 포함되어 있었다. Rambus는 1999년부터 표준기술로 선택된 위 DDR SDRAM 기술에 관한 4개의 특정 세부기술에 대해 특허권을 주장하면서 제조업자들을 상대로 라이선스 실시 및 실시료 지급을 요구하였고, 이에 불응하는 경우에는 특허침해금지청구의 소를 제기하였다.

Rambus는 2000. 8. 8. 인피니언을 상대로 위 특허 등의 침해를 원인으로 특허침해금지 청구의 소를 제기하였고, 이에 대하여 인피니언은 2000. 9. Rambus가 특허를 JEDEC에 공개하지 않았고 표준으로 설정된 이후에 특허침해청구의 소를 제기한 것은 표준화기구인 JEDEC의 특허정책을 위반한 것이며 버지니아 주법이 금지하는 기만적 행위(fraud)라는 점을 들어 반소를 제기하였다.

특허사건의 1심법원이었던 웨스트 버지니아 연방지방법원은 컴퓨터 메모리칩의 생산자인 Rambus가 기만 즉 사기행위를 하였으므로 350만 달러의 징벌적 손해배상(punitive damages)을 하도록 판결하였다. 표준화기구가 부과한 특허정보의 신고의무를 Rambus가 올바르게 이행하지 않은 것이 사기행위를 인정한 근거이었다.

Rambus가 1심판결에 불복하여 항소하자, 연방항소법원(CAFC)은 2003년 1월 1심판결을 파기하였다. 즉 Rambus가 특허를 출원 중이라는 사실을 미리 표준화기구에 공개하지 않았다고 하더라도, 이는 버지니아 주법의 사기(fraud)에 해당하지 않는다고 판시하였다. 이에 대해 인피니언이 연방대법원에 상고하였지만, 상고가 불허되어 특허사건은 Rambus의 승소로 확정되었다.

연방지방법원의 판결이 있는 후, FTC는 독자적인 조사를 시작하여 2006. 7. Rambus의 기만적 행위가 없었더라면 ① 표준화 기구가 Rambus의 특허기술 대신에 대체기술을 기술표준에 포함하였거나, ② Rambus의 기술을 표준에 포함하는 것에 관하여 Rambus로 하여금 FRAND 확약을 하도록 요구하였을 것이므로 Rambus의 행위는 셔먼법 제2조 및 FTC법 제5조에 위반된다고 판단하였다. 즉 FTC는 위의 ① 또는 ②의 행위와 Rambus의 기만적 행위 사이의 인과관계를 인정하였고, 이에 기하여 Rambus의 행위의 위법성이 인정된다고 보았다.

이에 대하여 Rambus는 2007. 4. 4. 연방항소법원에 불복의 소를 제기하였고,

2008. 4. 22. 위 법원은 FTC의 위 결정을 파기하였다. 그 이유는 Rambus가 기만 행위를 하지 않았더라면 표준화기구가 Rambus의 기술을 표준에서 배제하고 다른 대체기술을 표준으로 채택하였을 것이고 또한 기만적 행위로 인해 가격 상승이 발생하였다 하더라도 독점금지법 위반이 되기 위해서는 경쟁을 해하는 배제적 행위라는 입증이 필요한데, FTC가 이를 입증하지 못하였기 때문에 FTC의 독점화 기도 주장은 인정될 수 없다는 것이었다. 같은 이유로 Rambus의 기만적 행위가 FTC법 제5조의 불공정한 경쟁방법에 해당한다는 주장도 받아들이지 않았다. FTC는 상고하였으나 연방대법원은 이를 기각하였다.

연방항소법원은 기만행위를 통하여 표준 채택절차에 조작을 가하려는 의도가 있을 때 독점금지법상 제재를 가할 수 있다는 점, 그리고 그 기만적 행위로 인하여 표준채택 결과가 변경될 가능성이 있어야 한다는 점을 인정하였다. 위 판결의 의의는 서면법 위반행위가 되기 위해서는 적어도 표준특허 보유자의 의도적인 기만성과 경쟁제한 효과 및 이들 사이의 인과관계라는 요건이 입증되어야 한다는 점에 있다.

그러나 위 판결에 의하면 결국 대체기술이 있는 경우에만 표준 채택절차에서 배제가 가능하다는 결론에 이르게 된다는 비판도 가능하다고 보인다.

③ Negotiated Data Solution 사건²¹⁾

위 Qualcomm 사건과 Rambus 사건의 영향으로 FTA는 Negotiated Data Solution 사건을 독점금지법에 의한 경쟁제한행위로 보기보다는 동의명령을 통해 불공정성(Unfairness)에 초점을 두는 방향으로 선회하였다.

N-Data 사건의 내용은 다음과 같다. NWay라는 특허기술을 보유하고 있던 National사가 국제전기전자기술자협회(IEEE)에 대하여 NWay가 Ethernet 장비의 표준에 포함될 경우 1,000달러를 1회만 지불하면 되는 라이선스 조건으로 특허를 실시하겠다고 약속하였고, 이에 IEEE는 그 특허기술을 표준에 포함하였다.

그런데 National사는 그 후 N-Data에 그 특허를 양도하였고, N-Data는 표준설정 과정을 지켜보아 그 내용을 알면서도 그보다 훨씬 높은 실시료를 요구하였다.

FTC는 3:2로 N-Data의 행위가 위법하다고 판단하였다. 즉 다수의견은 N-Data는 기술이 표준으로 채택되기를 기다렸다가 표준이 되지 않았더라면 그 기술에 대하여 산업이 지불하였을 것보다 더 높은 실시료를 요구할 수 있게 되었다고 보았다. 또한 N-Data의 위와 같은 행위로 소비자들이 더 높은 가격을 지불하게 됨으

21) In the Matter of Negotiated Data Solution LLC, FTC File No. 051 0094 (Consent Accepted For Public Comment, January 23, 2008).

로써 결국 소비자후생이 감소하게 되었다고 판단하였다. 이에 FTC는 FTC법 제5조를 적용하여 N-Data의 행위가 불공정한 경쟁방법(unfair method of competition)과 불공정한 행위 또는 관행(unfair act or practice) 모두에 해당한다고 보았다.

그러나 FTC의 위원장인 Majoras의 소수의견은 N-Data의 위와 같은 행위가 ‘불공정한 경쟁방법’에 해당한다는 다수의견이 해당 규정을 지나치게 확대해석한 것이라고 비판하였다. 기존에는 FTC가 완전한 셔먼법 제1조 위반에 이르지 아니한 행위, 예를 들면 담합 유인(invitation to collude) 등을 규제하는 경우에만 권한을 제한적으로 행사해 왔는데, 이 사안에서 갑자기 규제범위를 확대하는 것은 적절하지 못하다고 보았다. 또한 N-Data의 행위가 강압적(coercive)이고 억압적(oppressive)이며 자동설정 기술의 가격에 부정적인 영향을 미쳤다고 주장하나, 기록에 나타난 증거들만으로는 이러한 주장을 뒷받침하지 못한다는 점을 지적하였다. 불공정한 행위 또는 관행과 관련하여 상당한 소비자 피해(substantial consumer injury)를 인정하려면 대규모의 영리한 컴퓨터 제조업체들을 소비자로 취급해야 하는데, 이 점에 동의하기 어렵다고 지적하였다.

④ 최근의 경향

근래에 미국 법원은 FRAND 확약의 의미를 신의성실 교섭의무 차원에서 해석하는 것을 넘어서서, 표준특허 보유자가 구체적으로 FRAND한 기술실시 조건만을 협상의 조건으로 사용하여야 한다는 적극적 의무를 발생시키는 것으로 해석하고 있다.

FRAND 확약 관련 침해금지청구소송이 진행 중인 미국의 연방법원들은 FRAND 확약의 법률적 의미로서 ① FRAND 확약의 구속력 여부, ② 법적 의무의 주체, ③ FRAND 조건에 따른 기술실시료 수준의 책정방법에 관한 법리를 명확히 밝히는 판결을 아래와 같이 선고하고 있다.

먼저, 연방지방법원은 2012년 Microsoft Corp. v. Motorola 사건에서 Motorola의 FRAND 확약은 집행가능한 계약으로서 표준화기구에 대한 FRAND 확약서의 제출이 구속력 있는 계약적 확약을 제출한 것으로 판단할 수 있다고 보았다.²²⁾

다음으로, 워싱턴 서부지역 연방지방법원은 위 Microsoft Corp. v. Motorola 사건에서 FRAND 확약의 계약적 성질은 이른바 제3자를 위한 계약이고, FRAND 확

22) Microsoft Corp. v. Motorola, Inc., 854 F. Supp. 2d 993, 999 (W.D. Wash. 2012); Microsoft Corp. v. Motorola Inc., No. 2:10-cv-01823-JLR, Findings of Fact and Conclusions of Law, 2013 WL 2111217 at 5 (W.D. Wash. Apr. 25, 2013).

약의 이행을 요구할 권리자는 표준화기구뿐 아니라 당해 표준화기구에 참여한 당사자인 Microsoft도 포함된다고 판시하였다. 또한 일리노이 연방지방법원은 표준 특허 보유자가 제출한 FRAND 확약이 특별한 이전조항 없이 현재의 표준특허 보유자에게도 적용된다고 판시하여 그 의무의 이행대상을 확대하고 있다.²³⁾

뿐만 아니라 위 Microsoft Corp. v. Motorola 사건에서 법원은 Motorola가 요구한 최종상품 가격의 2.25%에 해당하는 실시료 요구가 FRAND 의무에 위반된 것인지 여부를 판단하기 위하여 직접 FRAND 실시료를 산정하였다. 그 산정방식은 이미 미국 경쟁당국을 비롯한 다수의 학자들이 주장한 것으로, 특허침해소송에서 산정되는 ‘당사자들이 가상적으로 합의하였을 합리적인 실시료’ 산정방식을 참조한 것이다. 위 법원은 합리적인 실시료를 산정하는 데 사용되는, George-Pacific 사건에서 제시한 15개의 기준을 표준특허에 부합되도록 다소 변형하여 적용하였다. 이러한 산정은 일리노이 연방법원에서도 실시되었다.

2) EU

한편, 관련 회사 등의 신고로 위 Qualcomm 및 Rambus의 위 각 행위는 EU 집행위원회에서도 심사되었다. 집행위원회는 2010년 표준화 과정 중 Qualcomm이 WCDMA 실시사용 시장에서 행한 착취적 행위가 유럽기능조약 제102조에 위반하는 행위인지 여부는 결국 Qualcomm이 부과한 실시계약 체결조건이 FRAND 확약에 위반되는지 여부에 달려있다고 선언한 바 있다(그 후 신고이들의 신고 취하로 종결되었다).

집행위원회는 Rambus 사건에서 Rambus의 행위가 표준화기구의 정책과 표준화 과정에서의 신의성실 원칙에 위반한 것이어서 유럽기능조약 제102조에 위반된다고 밝혔다. 즉 Rambus가 표준화 과정에서 특허공개의무를 위반하여 기망행위를 하였고, DRAM 제조사들에 과다한 실시료를 청구함으로써 그 지배적 지위를 남용하였다고 판단하였다.

3) 독일

독일연방 최고법원은 2009년 독일에서 진행된 Philips와 몇몇 CD-R 제조업체 간의 특허침해금지소송인 Orange Book Standard 사건에서 표준특허에 근거한 금

23) In re Innovatio IP Ventures, LLC Patent Litig., No. 11 C 9308 2012 WL 8500139, 921 F. Supp. 2d 903 (N.D. Ill. 2013).

지명령의 청구에 대하여 ‘침해자로 제소된 자들이 일정한 요건하에 공정거래법상 시장지배적 지위남용행위 위반을 주장하여 금지청구에 직접 대항할 수 있다’는 이론을 제시하였다.²⁴⁾

이러한 논리는 특허법상 특허침해가 인정되는 경우에 특허권자의 금지청구권을 제한할 특별한 법리가 존재하지 않는 대륙법계 국가에서 특허침해 시 공정거래법에 의한 항변을 직접 인정한 것으로 상당한 의의가 있다.

위 법원은 ‘특허침해금지소송에서 제소당한 자는 특허권자가 특허권의 실시를 거부하고, 형평에 반하여 유사 다른 사업자에게는 허용된 상행위에 참여하는 것을 방해하거나 혹은 그를 다른 사업자와 비교해 차별하여, 독점적 지위를 남용하고 있음을 주장함으로써 특허권자의 금지청구행사에 대항할 수 있다’고 실시하였다. 특히 시장지배적 지위를 가진 특허권자의 형평법 원리에 부합하지 않은 특허실시 거절행위가 사업활동방해 혹은 부당한 차별에 해당하는 경우에 특허법상 금지청구 자체가 시장지배적 지위의 남용을 성립시킨다고 판시하여 이러한 논리의 근거를 제시하고 있다.

다만 위 법원은 특허실시의 거절이 시장지배적 지위의 남용을 성립시키기 위해서는 실시허락을 얻고자 하는 자가 실시약정의 체결을 위해, 특허권자가 공정거래법을 위반하지 않고서는 거절할 수 없는 합리적 실시료 등의 실시조건을 다른 전제조건 없이 청약하여야 하고, 만일 청약을 제안한 잠재적 실시자가 이미 특허권자의 승낙 전에 당해 특허권을 사용하고 있다면 향후 실시계약에 따라 지급할 실시료를 현실 제공하거나 혹은 그 지급을 보증하여야 한다고 판결하였다.

구체적으로, 위 법원은 실시료의 액수와 관련하여, 실시료 및 그에 따른 실시자의 이행의무는 공정거래법하에서 허용될 수 있는 약정의 조건과 액수 한도로 제한된다고 판시하고, 특허권자는 실시료의 수액을 책정하는 데 자유롭지만, 그것이 공정거래법이 설정한 경계 안에 있거나 부당하게 실시자를 방해하고 다른 실시자와 비교하여 그를 차별하지 않는 한도에서만 허용된다는 원칙을 밝히고 있다.

위 법원의 견해에 따르면, 잠재적 실시자가 공정거래법에 부합하는 합리적이고 비차별적인 것으로 조건 없는 청약을 제시한 경우에는 특허권자가 이를 거절할 수 없는 결과가 되어, 표준특허 보유자는 소위 ‘합리적이고 비차별적’ 조건에 따른 특허실시가 사실상 강제되는 결과가 된다. 특히 이 사건에서 특허권자는 표준채택 과정에 참여하여 FRAND 확약을 제출하지 않았기 때문에 법원의 이러한 금지청구에 대한 제한은 FRAND 확약에 근거한 것이 아니라, 공정거래법의 일반 원칙에

24) BGH, Urteil vom 6. Mai 2009 – KZR 39/06.

직접 근거한 것으로 비합리적 특허실시료의 부과가 시장지배적 지위의 남용이라는 점을 전제로 하고 있다.

결론적으로 위 판결은 특허권자의 FRAND 확약의 제출 여부와 관계없이, 합리적이고 비차별적인 특허실시료의 제시 여부를 법원이 심사하여 금지명령청구의 적절성을 판단하도록 명령한 것으로 해석되고 있다. 이와 같은 해석은 FRAND 실시료를 지급할 의사를 표시한 자발적 실시자에 대한 금지청구권의 행사가 공정거래법에 위반한 것으로 보는 EU 및 미국 경쟁당국의 시각과 거의 유사한 것으로 평가할 수 있다.

(2) 공정거래법 제59조의 해석론

한국의 경우 공정거래법 제59조가 “이 법의 규정은 저작권법, 특허법, 실용신안법, 디자인보호법 또는 상표법에 의한 권리의 정당한 행사라고 인정되는 행위에 대하여는 적용하지 아니한다”라고 규정하고 있는바, 이는 특허법의 정당한 행사에 대하여는 공정거래법이 적용되지 않는다는 의미이므로, 특허권자가 FRAND 확약을 하여 자신의 특허가 표준으로 채택된 후 권리를 행사하는 경우, 이에 대하여 공정거래법을 적용할 수 있는지 여부가 문제된다. 이는 공정거래법 제59조의 ‘권리의 정당한 행사’를 어떻게 볼 것인지의 문제와 관련이 있다.

공정위는 “지식재산권의 부당한 행사에 대한 심사지침”에서 다음과 같은 기준을 밝히고 있다. 즉 기본원칙으로 ‘지식재산권에 의한 정당한 권리 행사에 해당하는지는 해당 지식재산권 행사가 ① 새로운 발명 등을 보호·장려하고 관련 기술의 이용을 도모함으로써 산업발전을 촉진하고자 한 지식재산권 제도의 본래 취지에 부합하는지 여부, ② 관련 시장의 경쟁상황과 공정한 거래질서에 미치는 영향을 중심으로 판단한다’라고 규정하고 있다. 이는 특허법과 공정거래법의 목적을 종합적으로 고려하여 공정거래법 제59조에 의한 적용제외 대상에 속하는지 여부를 판단하겠다는 취지로 해석된다.

학설로는 공정거래법 제59조의 해석과 관련하여 다양한 견해가 존재하는데, 위조항을 실제상 불필요한 당연규정으로 보는 견해²⁵⁾도 있으나, 크게 보아 아래와 같은 2개의 견해로 나눌 수 있다.

1설(지식재산권법 기준설)²⁶⁾은, 지식재산권의 ‘정당한 권리행사’라고 인정되는

25) 정호열, 경제법(제3판), p 96.

26) 김기영, 특허권자와 제네릭(Generic) 사업자 사이의 역지불 합의(Reverse Payment Settlement)와 공정거래법에 의한 규제, Law & technology 제7권 제3호(2011년 5월).

경우는 미국 판례 및 이론에서 말하는 ‘그 자체로 적법한(per se legal) 경우’와 유사한 것으로서, 공정거래법 위반 여부를 논할 여지가 없다는 것이다. 공정거래법 제58조에서 ‘공정거래법이 다른 법률 또는 그 법률에 의한 명령에 따라 행하는 정당한 행위에는 적용하지 아니한다’라고 규정하고 있어, ‘정당한 행위’는 다른 법률 또는 그 법률에 의한 명령을 기준으로 판단한다는 취지로 규정되어 있다. 제59조는 특허법 등에 의한 권리의 정당한 행사라고 인정되는 행위에 대하여는 공정거래법이 적용되지 않는다고 규정하고 있는 점에서, 제59조는 제58조의 특별규정적 성격을 가지고 있으므로, 제58조와 마찬가지로 제59조의 정당한 행위 여부는 지식재산권법의 원리에 따라 결정하여야 한다는 견해이다.

이에 대하여 2설(종합적 기준설)은, ‘권리의 정당한 행사’에서의 정당성 여부는 법질서 전체 차원에서 판단하여야 하므로 지식재산권법상 정당하다고 하더라도 공정거래법적 차원에서 위법하다면 이는 정당성을 인정할 수 없는 것이다. 지식재산권법 기준설이 근거로 삼고 있는 제58조도 개별 법률이 일단 공정거래법 적용을 배제하고 있다고 하더라도, 그 법률에 따른 행위가 당연히 적용 제외되는 것이 아니라 당해 사업이 특수하고 당해 법률이 자유경쟁의 예외를 구체적으로 인정하고 있는 경우를 전제하고 있으므로, 경쟁법적 시각을 고려하여 적용제외 여부를 결정하는 것이지 당해 법률의 고유의 원리를 고려하여 적용제외 여부를 결정하는 것이 아니라는 것을 의미한다.²⁷⁾

위 견해는 배타적 성격이라는 차원에서 일반적인 소유권과 지식재산권을 달리 취급할 필요가 없으므로 법 일반의 차원에서 정당성 여부를 판단하여야 하고, 지식재산권의 배타적 보호도 결국은 혁신에 대한 유인책을 제공하고 노력에 대한 보상을 제공함으로써 장기적 관점에서 소비자 후생에 기여하기 위함이며, 공정거래법 역시 공정하고 자유로운 경쟁을 촉진함으로써 소비자 후생 증진을 도모하는 데 목적이 있으므로, 양자는 소비자후생 증대라는 동일한 목적의 관점에서 조화롭게 해석되어야 하고, 따라서 지식재산권법 고유의 정당성을 갖추었다는 점만으로 공정거래법 적용이 당연히 배제된다고 할 수는 없다고 본다. 2설이 다수의 견해이다.²⁸⁾

27) 대법원 2012. 6. 14. 선고 2010두10471 판결 : 공정거래법 제58조는 “이 법의 규정은 사업자 또는 사업자단체가 다른 법률 또는 그 법률에 의한 명령에 따라 행하는 정당한 행위에 대하여는 이를 적용하지 아니한다.”고 규정하고 있고, 위 조항에서 말하는 ‘법률 또는 그 법률에 의한 명령에 따라 행하는 정당한 행위’라 함은 당해 사업의 특수성으로 경쟁제한이 합리적이라고 인정되는 사업 또는 인가제 등에 의하여 사업자의 독점적 지위가 보장되는 반면, 공공성의 관점에서 고도의 공적 규제가 필요한 사업 등에 있어서 자유경쟁의 예외를 구체적으로 인정하고 있는 법률 또는 그 법률에 의한 명령의 범위 내에서 행하는 필요·최소한의 행위를 말한다.

이에 관하여 대법원은, 다국적 제약회사인 글락소스미스클라인(Glaxosmithklein)이 특허를 가진 항구토제 ‘조프란’의 복제약인 ‘온다론’을 국내 제약사인 동아제약이 개발·시판하자 글락소스미스클라인이 이에 대해 특허침해금지의 소를 제기하고 그 후 서로 화해계약을 체결하면서 글락소스미스클라인이 동아제약에 당해 항구토제(조프란) 및 다른 약품인 항바이러스제(발트렉스)에 관한 판매권을 부여하고 동아제약은 온다론의 시판을 중지하는 내용의 합의를 한 행위가 시장분할 담합 및 사업활동방해 담합에 해당한다는 이유로 공정위로부터 시정명령 등을 받은 사건에서, 공정거래법 제59조는 “이 법의 규정은 저작권법, 특허법, 실용신안법, 디자인보호법 또는 상표법에 의한 권리의 정당한 행사라고 인정되는 행위에 대하여는 적용하지 아니한다”고 규정하고 있으므로, ‘특허권의 정당한 행사라고 인정되지 아니하는 행위’에 대하여는 공정거래법이 적용되고, 이는 ‘정당한’이란 표현이 없던 구 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(2007. 8. 3. 법률 제8631호로 개정되기 전의 것) 제59조의 경우도 마찬가지인데, ‘특허권의 정당한 행사라고 인정되지 아니하는 행위’란 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 한다고 판시하였다(대법원 2014. 2. 27. 선고 2012두24498 판결 참조).

위 대법원 판결은 지식재산권, 특히 특허권의 행사와 관련하여 공정거래법이 적용되는지 여부에 관한 최초의 판결로서 그 판시 내용에 비추어 볼 때 위에서 본 종합기준설에 입각한 것으로 보인다. 통상 법규정에서의 정당성 여부는 어느 단일한 법률보다는 법질서 전체 차원에서 고려되어야 하므로, 종합기준설에 입각한 위 대법원 판결은 타당하다고 생각된다.

이에 따라 표준특허 보유자가 FRAND 확약에 따라 특허를 실시하려는 자와 실시료에 관한 협상을 하다가 그러한 협상이 결렬되어 특허침해금지청구의 소 등을 제기한 행위가 특허권의 정당한 행사에 해당하는지 여부는 위 판시에서 보는 바와 같이 특허법의 목적과 취지, 당해 특허권의 내용과 아울러 당해 행위가 공정하고 자유로운 경쟁에 미치는 영향 등 여러 사정을 함께 고려하여 판단하여야 할 것이다.

이러한 해석론을 바탕으로, 이하에서는 특허권자가 FRAND 확약을 하여 자신의 특허가 표준으로 채택된 이후에 하는 행위들이 어떠한 방식으로 공정거래법에 의

28) 권오승, 경제법(제9판), p 139 ; 신현윤, 경제법(제3판), p 136, 신동권, 독점규제법, p 1,069.

한 규제를 받게 되는지에 관하여 논해보기로 한다.

IV. FRAND 확약 위반행위에 대한 공정거래법의 구체적인 적용

아래에서는 FRAND 확약 위반행위 중 대표적인 경우에 해당하는 ① 경쟁사업자에 대한 라이선스 거절 및 침해금지청구의 소 제기행위, ② 실시료의 과다청구행위, ③ 차별적인 라이선스 조건의 설정행위에 대하여 공정거래법의 각 해당 규정이 구체적으로 적용되는 과정을 살펴보기로 한다. 다만 이때의 FRAND 확약은 그 내용에 실시료의 산정방식이나 실시대상자 적격 등에 관한 명확한 기준이 없어 계약적 구속력이 인정되지 않는 경우가 대부분일 것이다.

1. 라이선스 거절 및 침해금지청구의 소 제기행위

(1) 표준특허 보유자의 성실히 교섭할 의무

표준 채택과정에서 FRAND 확약을 한 표준특허 보유자가 나중에 경쟁사업자에 대하여 표준에 포함된 특허기술의 라이선스를 거절하는 경우가 있다. 이러한 거절에는 직접 라이선스를 거절하는 경우뿐만 아니라 제3자에게 라이선스를 거절하도록 하는 행위, 명시적인 라이선스의 거절뿐만 아니라 거래가 사실상 또는 경제적으로 불가능할 정도로 부당한 가격이나 조건을 제시하여 라이선스 거절과 동일한 효과를 발생시키는 행위, 공급거절과 구입거절, 거래개시의 거절과 거래계속의 거절이 모두 포함된다.²⁹⁾

표준특허 보유자의 위와 같은 행위는 일단 FRAND 확약의 취지에 반하는 것으로 생각된다. 왜냐하면 표준특허 보유자는 표준 설정을 통하여 획득한 독점력을 남용하지 않고 공정하고 합리적이며 비차별적 조건으로 라이선스를 하기로 이미 약속하였기 때문이다. 이에 따라 표준특허 보유자는 특허기술을 실시하려는 자와 최소한 라이선스에 관한 교섭을 성실하게 할 의무가 있다.

만약 표준특허 보유자가 실시료 교섭에 성실히 응하였고, 라이선스를 구하는 상대방도 실시료 교섭을 성실히 수행하였음에도 부득이 실시료 수준에 관한 합의가 이루어지지 아니한 경우라면, 그러한 교섭은 쌍방의 귀책사유 없는 계약 불성

29) 지식재산권의 부당한 행사에 대한 심시지침 참조.

립으로 귀결될 것이다. 이러한 경우까지 표준특허 보유자에게 교섭 결렬의 책임을 묻는 것은 지나치다고 보아야 하기 때문이다.

그리고 표준특허 보유자가 실시료 교섭에 성실히 응하고 있음에도, 상대방이 별다른 근거 없이 표준특허 보유자의 특허권의 효력 유무를 다투거나 실시료 교섭을 계속 지연시키는 등 실시료의 지급거절 의사를 명백히 표명한 때에도 표준특허 보유자에게 책임을 묻기가 어렵다고 보인다.

그렇다면 공정거래법 위반이 문제되는 행위는 주로 표준특허 보유자가 특허를 실시하려는 자에게 실시를 허여할 의사 없이 불성실한 교섭태도를 보이다가 끝내 교섭을 결렬시키거나 이미 실시 중인 상대방에 대하여 특허침해금지청구의 소를 제기하는 경우 등이라 할 것이다.

그리고 이러한 경우에도 공정거래법이 적용되기 위해서는 표준특허 보유자의 위와 같은행위에 경쟁제한 효과가 있음이 입증되어야 한다. 즉 표준특허 보유자의 라이선스 거절이나 침해금지명령이 경쟁제한성을 가지는 경우에 공정거래법이 적용된다.

(2) 거래거절에 의한 시장지배적 지위남용행위

1) 시장지배적 사업자

표준특허 보유자의 라이선스 거절이나 침해금지명령이 경쟁제한성을 가지는 경우, 먼저 공정거래법 제3조의2에서 규정하고 있는 시장지배적 사업자³⁰⁾의 지위남용행위에 관한 규정이 규제 근거로 적용될 수 있다. 공정거래법 제3조의2 제1항 제3호는 시장지배적 사업자가 “다른 사업자의 사업활동을 부당하게 방해하는 행위”를 하였을 때 이를 남용행위로 보아 금지시키고 있으며, 시장지배적 사업자가 이를 위반한 경우에는 같은 법 제4조, 제5조에 의하여 시정명령이나 과징금 등을 부과할 수 있도록 규정하고 있다.

위에서 본 바와 같이 표준특허 보유자는 자신의 특허가 표준으로 채택됨에 따라 시장에서 독점력을 행사할 수 있는 위치에 도달할 수 있다. 물론 표준특허라 하더라도 경우에 따라서는 그 가치가 낮을 수도 있기 때문에 모든 경우에 시장지배력을 획득한다고 볼 수는 없다. 이와 관련하여 미국 연방대법원은 1984년 Jefferson Parish Hospital v. Hyde 사건에서 만약 정부가 어떤 제품에 대하여 특

30) 시장지배적 사업자란 일정한 거래분야의 공급자나 수요자로서 단독으로 또는 다른 사업자와 함께 상품이나 용역의 가격·수량·품질 기타의 거래조건을 결정·유지 또는 변경할 수 있는 시장 지위를 가진 사업자를 말한다(공정거래법 제2조 제7호 전문).

허권 내지 이와 유사한 독점권을 부여하였다면 구매자는 다른 판매자로부터는 특허받은 제품을 구매할 수 없으므로 그 범위에서 시장지배력을 가지는 것으로 추정하였으나, 2006년 Illinois Tool Works v. Independent Ink 사건에서 특허권에 의하여 보호되는 제품과 특허권에 의하여 보호되지 않는 제품을 끼워파는 경우에 그것이 독점금지법 위반이라는 이유로 특허권자의 행위가 특허권의 남용으로서 위법한 행위라고 주장하는 자는 특허권자의 시장지배력을 별도로 입증하여야 한다고 판시함으로써 종전의 견해를 변경하였다.³¹⁾

따라서 표준특허를 보유하고 있다고 하여 당연히 시장지배적 사업자 지위가 추정되는 것은 아니고, 관련 시장을 확정하고 표준특허 보유자의 시장점유율, 진입장벽의 존재 및 정도, 경쟁사업자의 상대적 규모 등을 종합적으로 고려하여 그가 시장지배적 사업자의 지위에 있는지를 판단하여야 한다(공정거래법 제2조 제7호 후문).

그러나 통상의 경우에는 위에서 본 Qualcomm의 사례와 같이 관련 기술시장에서 표준특허를 보유함으로써 시장지배적 지위에 도달하는 경우가 많을 것으로 생각된다. 일정한 표준을 구현하기 위해서는 반드시 실시할 필요가 있고, 이를 대체할 수 있는 기술이 존재하지 않는 표준특허는 그 자체로서 별도의 관련시장으로 인정될 수 있으므로 표준특허를 보유한 사업자는 당해 표준 자체를 대체하거나 우회할 수 있는 다른 표준이 존재하는 등 예외적인 경우를 제외하고는 해당 기술시장에서 시장지배적 사업자로 인정될 수 있다. 이와 관련하여, EU 집행위원회는 구글과 모토로라 모빌리티 간 기업결합 사건에서 표준특허는 표준에 부합하기 위해 필수적이고 우회설계가 불가능하여 개념상 대체물이 없으므로 각각의 표준특허가 그 자체로 별도의 관련시장으로 확정될 수 있다고 판단한 바 있고(Case No COM/M.6381 - Google/Motorola Mobility (13/02/2012), 우리나라 공정위 역시 아래에서 보는 Qualcomm사의 시장지배적 지위남용행위 사건에서 위 회사가 보유한 CDMA 관련 특허기술 시장을 관련 상품시장으로 확정하였다.

한편, 공정거래법 제4조는 일정한 거래분야에서 한 사업자의 시장점유율이 100분의 50 이상(제1호), 또는 3 이하의 사업자의 시장점유율 합계가 100분의 75 이상(다만 이 경우에 시장점유율이 100분의 10 미만인 자를 제외한다. 제2호)에 해당하는 사업자(일정한 거래분야에서 연간 매출액 또는 구매액이 40억원 미만인 사업자는 제외한다)는 시장지배적 사업자로 추정한다는 규정을 두고 있으므로, 이로

31) 연방대법원은 의회, 경쟁당국 그리고 대다수의 경제학자들이 특허권자가 필연적으로 시장지배력을 가지는 것으로 추정해서는 안 된다는 결론에 이르렀음을 이유로 기존의 판례를 변경하였다고 한다.

인하여 표준특허 보유자의 관련 시장에서의 시장점유율을 알 수 있다면 그가 시장 지배적 사업자 지위에 있는지 여부를 비교적 쉽게 판단할 수 있다.

2) 다른 사업자의 사업활동을 부당하게 방해하는 행위 중 거래거절행위

표준특허 보유자가 시장지배적 사업자 지위에 있는 경우 그가 상대방에 대한 라이선스를 거절하는 행위는 표준특허에 관한 실시를 허여받아 사업을 하려는 상대방의 활동에 방해가 될 것이므로 위에서 본 공정거래법 제3조의2 제1항 제3호가 적용될 가능성이 높아진다. 같은 법 시행령 제5조 제3항 제3호는 “정당한 이유 없이 다른 사업자의 상품 또는 용역의 생산·공급·판매에 ‘필수적인 요소’의 사용 또는 접근을 거절·중단하거나 제한하는 행위”를 다른 사업자의 사업활동에 대한 부당한 방해행위의 하나로 들고 있고, 공정위의 “시장지배적 지위남용행위 심사기준”에 의하면 ‘필수적인 요소’란 네트워크, 기간설비 등 유·무형의 요소를 포함하며, ① 당해 요소를 사용하지 않고서는 상품이나 용역의 생산·공급 또는 판매가 사실상 불가능하여 일정한 거래분야에 참여할 수 없거나, 당해 거래분야에서 피할 수 없는 중대한 경쟁 열위상태가 지속될 것, ② 특정 사업자가 당해 요소를 독점적으로 소유 또는 통제하고 있을 것, ③ 당해 요소를 사용하거나 이에 접근하려는 자가 당해 요소를 재생산하거나 다른 요소로 대체하는 것이 사실상·법률상 또는 경제적으로 불가능할 것이라는 요건을 충족하여야 하는데, 표준특허는 위에서 본 ‘필수적인 요소’에 해당하는 경우가 다수일 것이다. 위에서 본 삼성과 애플 사이의 소송에 관한 서울중앙지방법원의 판결도 삼성의 표준특허가 공정거래법상 ‘필수적인 요소’에 해당한다고 판시하였다고 한다.

또는 표준특허 보유자의 침해금지청구의 소가 경우에 따라서는 위 심사기준상의 ‘지식재산권과 관련된 특허침해소송, 특허무효심판 기타 사법적·행정적 절차를 부당하게 이용하여 경쟁사업자의 신규진입을 어렵게 하는 행위’에 해당할 수도 있을 것이다.

3) 거래거절의 부당성

공정거래법 제3조의2 제1항이 금지하는 시장지배적 지위의 남용행위 중 거래거절에 해당하기 위해서는 법문에 규정되어 있는 바와 같이 당해 행위의 ‘부당성’ 또한 인정되어야 한다.

공정거래법상 시장지배적 지위의 남용행위 중 거래거절에 관한 부당성 판단기준

을 최초로 제시한 (주)포스코 사건에 관한 대법원 판결에 의하면, 시장지배적 사업자의 거래거절행위에 시장지배적 지위남용행위로서의 부당성이 인정되기 위해서는 첫째, 주관적 요건으로 시장에서의 독점을 유지·강화할 의도나 목적이 인정되어야 하고, 둘째, 객관적 요건으로 그 거래거절행위가 경쟁제한 효과가 발생할 만한 우려가 있는 행위이어야 하는데, 이를 입증하는 방법으로 실제로 상품의 가격 상승, 산출량 감소, 혁신의 저해, 경쟁사업자의 수의 감소, 다양성의 감소 등과 같은 경쟁제한 효과가 나타났음이 입증된 경우에는 주관적 요건의 존재도 사실상 추정되지만, 그렇지 않은 경우에는 당해 거래거절행위를 둘러싼 여러 상황을 모두 고려하여 주관적 및 객관적 요건이 충족되는지 여부를 판단하여야 한다(대법원 2007. 11. 22. 판결 2002두8626 판결 참조). 위 판결은 FRAND 확약 위반행위가 있었는지 여부를 따지는 것과 같은 ‘행위 중심의 형식적 접근방법(form-based approach)’이 아니라 ‘효과 중심의 실질적 접근방식(effect-based approach)’을 취하고 있다고 해석된다.³²⁾

위 판례에 의하면, 표준특허 보유자가 특허를 실시하려는 자에게 라이선스를 허여할 의사 없이 불성실한 교섭태도를 보이다가 끝내 교섭을 결렬시키거나 이미 실시 중인 상대방에 대하여 특허침해금지청구의 소를 제기하는 행위의 부당성은 자신이 스스로 FRAND 확약서를 제출한 사실이 있기 때문에 통상의 특허권자의 경우와 달리 상대적으로 용이하게 인정될 수 있다. 이러한 경우에는 경쟁제한 효과를 초래할 우려가 있음이 명백하고, 실제로도 경쟁제한 효과를 초래할 것이기 때문이다. 왜냐하면 라이선스를 거부했기 때문에 표준특허를 사용하여 생산되는 제품의 산출량이 당연히 감소할 것이고 산출량이 감소함에 따라 시장에서의 제품 가격도 인상될 가능성이 높기 때문이다. 뿐만 아니라 해당 기술 분야에서의 혁신이 저해되고, 새로운 경쟁자의 시장진입도 억제될 우려가 있다.

한편, 표준특허권자가 아닌 일반 특허권자의 경우에는 위에서 본 바와 같이 라이선스를 해주어야 할 의무가 없고 라이선스를 해주는 경우에도 상대방과의 협상을 통하여 그 조건을 자유로이 결정할 수 있으므로, 일반 특허권자가 라이선스를 거절하는 행위는 각국의 경쟁법에 의하더라도 예외적인 상황에 해당하지 않는 한 공정거래법 위반에 해당하지 않는다.

따라서 위 판례에 의하면, 표준특허 보유자가 관련시장의 지배적 사업자로서 특허를 실시하려는 자에게 라이선스를 허여할 의사 없이 불성실한 교섭태도를 보이다가 끝내 교섭을 결렬시키거나 이미 실시 중인 상대방에 대하여 특허침해금지청

32) 이황, 공정거래법상 단독의 위반행위 규제의 체계 - 시장지배적 지위남용행위로서의 거래거절행위의 위법성, 그 본질과 판단기준, 사법, 제5호(사법발전재단, 2008.9), p.256.

구의 소를 제기하는 행위는 그 자체로 직접 경쟁자를 배제하거나 향후 당해 시장의 신규진입을 억제하는 효과를 초래하므로 공정거래법 제3조의2 제1항 제3호, 같은 법 시행령 제5조 제3항 제3호를 위반한 것으로 볼 수 있다. 이에 따라 표준특허 보유자가 끝내 교섭을 결렬시킨 경우에는 공정위로부터 시정명령과 과징금 등의 처분을 받게 되고, 표준특허 보유자가 제기한 특허침해금지청구의 소는 상대방의 공정거래법위반 항변이 인용되어 그 청구가 배척될 수 있다.

이와 관련하여, 위에서 본 서울중앙지방법원의 판결은 삼성이 애플에 대하여 제기한 침해금지청구가 시장에서의 독점을 유지·강화할 의도나 목적, 즉 시장에서의 자유로운 경쟁을 제한함으로써 인위적으로 시장질서에 영향을 가하려는 의도나 목적을 가지고 있다고 단정하기 어렵다는 이유로 공정거래법상 시장지배적 지위남용 행위에 해당하지 않는다고 판시하였다고 하는데, 이는 표준특허 보유자인 삼성이 특허를 실시하려는 애플에 대하여 라이선스를 허여할 의사 없이 불성실한 교섭태도를 보인 경우가 아니라고 보았기 때문인 것으로 보인다.

(3) 불공정거래행위

FRAND 약약을 한 표준특허 보유자는 시장지배적 사업자가 아니라 하더라도, 이론상 그보다는 낮지만 ‘상대적으로 우월한 지위’ 또는 적어도 ‘상대방의 거래활동에 상당한 영향을 미칠 수 있는 지위’에 있을 수 있으므로(대법원 2014. 2. 13. 선고 2012두10772 판결 참조), 이러한 지위에 있는 표준특허 보유자가 특허를 실시하려는 자에게 라이선스를 허여할 의사 없이 불성실한 교섭태도를 보이다가 끝내 교섭을 결렬시키거나 이미 실시 중인 상대방에 대하여 특허침해금지청구의 소를 제기하는 행위는 공정거래법 제23조 제1항에서 규정하고 있는 부당하게 거래를 거절하는 행위(제1호 전단)”에 해당할 수도 있다.

공정거래법 제23조 제3항에 따라 불공정거래행위의 유형 또는 기준을 정하고 있는 같은 법 시행령 제36조 제1항 [별표1의2] 1.나항은 “공동의 거래거절”이 정당한 이유 없이 자기와 경쟁관계에 있는 다른 사업자와 공동으로 특정 사업자에 대하여 거래의 개시를 거절하거나 계속적인 거래관계에 있는 특정사업자에 대하여 거래를 중단하거나 거래하는 상품 또는 용역의 수량이나 내용을 현저히 제한하는 행위임을 규정하고 있고(가목), “기타의 거래거절”이 부당하게 특정사업자에 대하여 거래의 개시를 거절하는 행위임을 규정하고 있다(나목).

이때 “기타의 거래거절”은 개별 사업자가 그 거래 상대방에 대하여 하는 이른바 개별적 거래거절을 가리키는 것으로서 계약의 해지 내지 갱신 거절의 방법을 통해

서도 할 수 있는바, 그 거래거절이 특정 사업자의 거래기회를 배제하여 그 사업활동을 곤란하게 할 우려가 있거나 오로지 특정 사업자의 사업활동을 곤란하게 할 의도를 가진 유력 사업자에 의하여 그 지위남용행위로써 행하여지거나 혹은 공정거래법이 금지하고 있는 거래강제 등의 목적 달성을 위하여 그 실효성을 확보하기 위한 수단으로 부당하게 행하여진 경우에는 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 거래거절행위로서 공정거래법이 금지하는 불공정거래행위에 해당한다(대법원 2012. 6. 14. 선고 2010다26035 판결 참조).

따라서 표준특허 보유자가 관련 시장에서 시장지배적 지위보다 낮은 지위에 있다 하더라도, 특허를 실시하려는 자에게 라이선스를 허여할 의사 없이 불성실한 교섭태도를 보이다가 끝내 교섭을 결렬시키거나 이미 실시 중인 상대방에 대하여 특허침해금지청구의 소를 제기하는 행위는 부당하게 특정사업자에 대하여 거래의 개시를 거절하는 행위에 해당할 수 있다.³³⁾

2. 실시료의 과다청구행위

(1) 실시료가 비합리적인지 여부

1) 실제에 있어서 보다 많은 사례는 라이선스를 거절하거나 침해금지청구의 소를 제기하는 것보다는 표준특허 보유자가 특허를 실시하려는 자에 대하여 과다한 실시료를 요구하는 경우일 것이다. 실시료 과다청구 주장이 인용되기 위해서는 표준특허 보유자가 주장하는 실시료가 불공정하고, 비합리적이며, 차별적이라는 점이 입증되어야 한다. 이때 차별적이라는 요건은 거래상대방의 각 실시계약상 실시료를 비교해 보면 수월하게 입증할 수 있으므로, 상대적으로 더 문제가 되는 것은 표준특허 보유자가 주장하는 실시료가 비합리적으로 높은지 여부이다.

표준특허 보유자로서는 표준으로 채택된 기술의 실시료를 가능한 한 많이 받으려고 할 것이고, 이와 반대로 실시를 원하는 상대방으로서는 될수록 실시료를 낮출려고 할 것인바, 이러한 경우 표준특허 보유자가 제시하는 실시료 가격이 지나치게 높다고 한다면, 어떤 기준으로 그와 같이 판단할 것인지가 문제된다. 합리적인 기준을 정립할 수 없다면 당사자들의 승복을 기대할 수 없을 것이기 때문이다.

미국의 몇몇 연방지방법원들은 위에서 본 바와 같이 George-Pacific 사건에서

33) 다만 “지식재산권의 부당한 행사에 대한 심사지침”은 사업자가 지식재산권을 행사하면서 단독으로 행하는 거래거절, 차별취급, 현저히 과도한 실시료 부과는 원칙적으로 이를 행하는 사업자가 압도적인 시장지배력을 보유한 경우에 적용한다고 규정하고 있는데, 이는 특허권을 더 보호하려는 데에 그 취지가 있는 것으로 보인다.

제시한 15개의 기준을 표준특허에 부합되도록 다소 변형하는 방식 등을 사용하여 직접 FRAND 실시료를 산정하기도 하였다.

그러나 실시료가 비합리적인지 여부를 가려낼 수 있는지와 관련하여 학자들 사이에서는 크게 2개의 견해가 있다. 1설은 이를 판정하는 방법으로 “cost-based pricing”, “same firm price comparison”, “parity pricing formula”³⁴⁾ 등이 있으나 모두 측정 시 한계가 존재하기 때문에 적정 실시료를 산정하는 데 어려움을 겪고 있고, 따라서 어떤 실시료에 대하여 법원이 FRAND 확약 위반이라고 판단하는 것에 어려움이 존재한다고 보는 견해이다.³⁵⁾ 그와 같이 보는 근거는 개발자에 대한 충분한 인센티브 보상책이 되면서도 후속 혁신에 저해되지 아니할 정도의 대가가 합리적인 실시료라 할 것인데, 이것이 어느 선에서 충족되는지를 판단하는 일은 쉽지 않다고 보기 때문이다. 또한 공정위나 법원이 적정한 실시료를 산정할 수 있다는 사고방식 자체가 문제라는 인식도 가능하다.

2설은 비록 지식재산권의 공정하고 합리적인 실시료 수준을 산정하는 것이 어려운 것은 사실이나, 경쟁당국이 표준 설정과정을 통하여 시장지배력을 가지게 된 특허권자가 실제로 책정한 특정 실시료 수준이 공정하고 합리적이라고 인정되는 범위를 이탈하였는지 여부를 판단하는 것은 비교적 용이할 뿐만 아니라 경쟁당국은 다른 종류의 행위에 대해서도 드물지 않게 그와 유사한 판단을 하고 있다는 견해이다.³⁶⁾ 경쟁당국이 표준특허 보유자가 실제로 책정한 실시료 수준이 표준설정 이전의 상황과 비교함으로써 표준설정을 통하여 획득한 시장지배력을 행사한 것인지 여부를 판단하는 것은 상대적으로 용이하고, 특히 문제의 기술이 표준으로 채택되기 이전부터 라이선스된 경우가 많을 것인데, 그러한 경우에는 다른 상품이나 서비스의 경우보다 오히려 표준특허의 실시료가 합리적 수준인지 여부를 판단하는 것이 용이할 수 있다는 것이다.

양 견해를 비교해 보았을 때, 가능한 한 경쟁당국이나 법원이 수학 공식 등을 사용하여 합리적인 실시료를 산정해 보는 것이 좋은 방안이라 생각된다. 다만 수학 공식이 여러 개 있는 경우 어느 하나의 공식만을 사용하기보다는 신뢰도가 높

34) 위 공식은 표준특허기술의 강제실시 등에서 객관적인 실시료 책정에 활용되는 방법으로, 합리적인 실시료는 (기술제공의 한계비용) - (표준 안에서 실시된 기술의 사용으로부터 발생한 이익) + (특허권을 라이선스하기 위하여 발생한 특허권자의 기회비용) - (특허권자가 차선책을 포기하지 않고 이행하였을 경우에 지출될 것으로 예상되는 한계비용)에 의하여 계산한 값이다.

35) 한서희, 전제논문 참조.

36) 이호영, 전제논문 참조.

은 복수의 공식들을 이용하여 실시료를 산정해 본 후 그 각 실시료가 중첩되는 영역이 있는지를 살펴보는 것도 그 결과에 대한 신뢰도를 높이는 하나의 방법이라 생각된다. 비록 경쟁당국이나 법원이 과연 이러한 역할을 제대로 수행할 수 있는지에 관한 회의적인 시각이 있을 수 있으나, 이러한 역할을 포기함으로써 사실상 이 부분에 관한 공정거래법의 집행을 공백상태에 두느니보다는 미국의 일부 법원이 시도한 것처럼 관련 전문가들의 도움 등을 통해 합리적인 수준의 실시료를 산정해보는 방식이 타당하다고 생각된다.

2) 문제는, 표준특허 보유자가 상대방에 대하여 ‘불합리한 수준’이라고 인정되는 실시료를 요구하는 경우, 상대방으로서는 실시를 포기하든가, 아니면 과도한 실시료를 받아들이든가, 아니면 공정거래법으로 대응하는 방법(과도한 실시료를 수용한 후에 공정위에 신고하는 경우도 있을 수 있다) 등을 생각해 볼 수 있는데, 마지막 방법을 선택한다면 공정거래법상 어떤 규정이 적용될 수 있는가이다.

이에 관하여 일부 견해³⁷⁾는, 표준특허 보유자가 FRAND 확약을 위반하는 불합리한 수준의 실시료를 책정하는 행위는 표준 채택으로 인하여 획득한 시장지배력을 이용하여 직접적으로 특허실시자나 소비자의 이익을 침해하는 것이고, 나아가 표준설정 과정상 기만성이 존재하는 경우에는 기술시장에서 경쟁자를 배제하는 효과를 초래하므로 공정거래법 제3조의2 제1항이 금지하는 시장지배적 지위남용행위에 해당할 수 있는바, 이러한 행위는 공정거래법 제3조의2 제1항 각호가 열거하고 있는 남용행위의 유형 중 “상품의 가격이나 용역의 대가를 부당하게 결정·유지 또는 변경하는 행위”(제1호)에 해당하거나, 특히 표준설정 과정에서 기만행위를 통하여 다른 기술을 배제하였다고 인정되는 경우에는 “다른 사업자의 사업활동을 부당하게 방해하는 행위”(제3호)에 해당할 수 있다는 것이다. 다만 전자와 관련하여 그 세부행위 유형을 규정하고 있는 같은 법 시행령 제5조 제1항이 “정당한 이유 없이 상품·서비스의 가격이나 용역의 대가를 수급의 변동이나 공급에 필요한 비용(동종 또는 유사 업종의 통상적인 수준의 것에 한한다)의 변동에 비하여 현저하게 상승시키거나 근소하게 하락시키는 경우로 한다”고 축소하여 규정함으로써 가격 등의 상승이나 하락이 있는 경우에만 적용될 수 있고 애초 가격의 결정이나 기준가격의 유지에는 적용할 수 없다는 한계가 있다고 한다(이에 위 시행령 규정이 개정되어야 함을 주장한다).

그러나 표준특허 보유자가 불합리한 수준의 실시료를 책정하는 행위에 대하여

37) 이호영, 전계논문 참조.

공정거래법 제3조의2 제1항 제1호의 가격납용에 관한 규정을 적용하는 것은 위에서 본 같은 법 시행령이 적용범위를 축소하고 있는 문제점 외에, 법원에 의하여 가격납용이 공정거래법 위반으로 인정된 사례가 거의 없다는 점에 비추어 쉽지 않다고 생각된다. 가령 수학 공식 등을 통해 합리적인 실시료의 지급범위를 산정해 볼 수 있다 하더라도, 그 범위를 어느 정도로 초과하여야 위법한지, 예를 들면 그 범위의 2배 이상을 초과하면 위법한 것인지, 아니면 4배 이상을 넘어서야 위법한 것인지의 문제가 남아 있다.

미국에서는 독점력의 형성·유지·강화를 위한 경쟁사업자 배제행위는 금지되는 반면, 독점이윤 추구행위는 원칙적으로 금지되지 아니하므로 미국의 독점금지법에 관한 판례 중 가격납용이 인정된 사례를 찾아보기 어렵고, EU에서 아주 가끔 보이기는 하나 마찬가지로 그 인정이 쉽지 아니하므로³⁸⁾, ‘누가 보더라도’ 실시료가 지나치게 높다고 인정되지 않는 이상 우리나라에서 실시료의 고가 책정행위를 공정거래법상 가격납용에 관한 규정으로 규제하기는 쉽지 않다고 생각된다.

그리고 표준 설정과정에서 FRAND 확약을 통해 자신의 특허가 표준에 포함되도록 다른 참여사업자들을 기만한 후 이로 인하여 획득한 시장지배력을 바탕으로 비합리적인 실시료를 청구하는 행위에 대하여 공정거래법 제3조의2 제1항 제3호를 적용하는 방안도 공정거래법 제3조가 이미 시장지배적 지위를 확보하고 있는 시장지배적 사업자의 행위에 적용되는 규정이라는 점에서 마찬가지로 적용하기가 쉽지 아니하다.

따라서 표준특허 보유자가 비합리적인 수준의 과도한 실시료를 요구하는 경우에 누가 보더라도 그 실시료가 지나치게 높다고 인정되지 않는 이상 상대방으로서는 이에 대하여 바로 공정거래법의 적용을 구하기보다는 이에 관하여 성실히 교섭을 마치고 교섭이 결렬된 후에 위에서 본 바와 같이 표준특허 보유자의 거래거절을 이유로 들어 공정거래법의 적용을 구하는 것이 적절하다고 생각된다.

3) 표준특허자의 실시료 과다청구와 관련하여, 우리나라와 중국 등에서 무선통신 관련 표준특허의 보유자이자 통신칩셋 시장의 지배적 사업자인 Qualcomm사의 실시료 과다청구가 문제되고 있다. Qualcomm사는 LG전자와 같은 휴대폰 제조사

38) EU 집행위원회는 유나이티드 브랜즈 회사(Chiquita) 사건에서 위 회사의 덴마크 및 베네룩스 3국에서의 바나나 가격이 ① 위 회사가 이윤을 얻고 있는 것으로 알려진 아일랜드에서의 가격을 초과하였고, ② 상표가 없는 바나나들에 비하여 위 회사의 바나나는 30~40%가 비쌌는데, 이러한 차이 중 절반 정도만이 품질이나 광고비 차이 등으로 정당화될 수 있었으며, ③ Chiquita 바나나는 여타 상표의 바나나들에 비해서도 7% 정도 비쌌다는 이유로 과다한 것이었다고 심결한 바 있으나, 유럽법원에서 파기되었다.

를 상대로 라이선스를 실시하면서 자신의 특허를 사용한 통신칩셋 가격이 아니라 휴대폰 전체 가격을 기준으로 실시료를 부과함으로써 논란을 일으켰다. 언론 보도에 따르면 Qualcomm사의 실시료는 대략 휴대폰 도매가격의 2.5~5% 수준인 것으로 보인다.

Qualcomm사의 위와 같은 실시료 책정에 관하여 크게 2개의 견해가 있을 수 있다. 1설은 경쟁제한 효과가 없다는 견해인데, 이는 실시료 산정기준을 ‘부품’ 가격으로 하든, ‘제품’ 가격으로 하든 실시료 비율만 적절히 조절하면 별다른 문제가 되지 않는다고 본다. 예를 들면, 휴대폰 가격이 10만 원이고 통신칩셋 가격이 1만 원인 경우, Qualcomm사가 휴대폰 가격을 기준으로 실시료 비율을 2%로 정하든 또는 통신칩셋 가격을 기준으로 실시료 비율을 20%로 정하든, 양자 모두 실시료 가격이 동일하기 때문이다.

이에 대하여 2설은 Qualcomm사의 위와 같은 실시료 산정이 경쟁제한 효과를 초래할 우려가 있다는 견해로서, Qualcomm사와 같이 표준특허는 부품을 제조하는데에 사용되었으나 그에 관한 실시료는 제품 가격을 기준으로 하는 경우 Qualcomm사에 부당이득이 발생할 수 있다는 것이다. 부연하면, 휴대폰 제조사가 연구개발 및 투자비용을 들여 지문인식, 지급결제 등 혁신적인 기능을 도입하거나, 소비자 기호에 부응하는 디자인을 출시하거나, 대용량 메모리와 고화소 카메라를 장착함으로써 스마트폰 성능을 높이는 것은 Qualcomm사의 특허와는 무관함에도, Qualcomm사가 휴대폰 가격을 기준으로 실시료를 지급받는 현행 비즈니스 모델은 Qualcomm사가 휴대폰·부품·운영체제·애플리케이션 업체의 투자 및 연구개발 과실에 대해 부당한 세금을 징수하는 결과를 가져오고, 이는 휴대폰 가격 상승으로 이어져 소비자후생을 감소시키며, 스마트폰 생태계 참여 기업들의 투자 및 혁신 의욕을 꺾는 경쟁제한적 결과를 낳는다는 것이다.

두 견해를 비교해 보면, 휴대폰에는 통신칩셋 외에 수많은 부품과 운영체제를 비롯한 소프트웨어 등이 들어가게 되므로 Qualcomm사의 실시료 산정기준은 다른 회사들이 새로운 기술을 개발하거나 혁신을 창출할수록 그 과실 중 일부를 수취하는 구조이고 이러한 무임승차는 휴대폰 제조산업에 참여하고 있는 다른 기업들의 혁신을 저해하므로, Qualcomm사의 위와 같은 실시료 청구행위는 경쟁제한 효과가 있다고 보아야 한다.

그러나 Qualcomm사의 위와 같은 실시료 청구행위에 경쟁제한성이 인정된다 하더라도, 위에서 본 바와 같이 가격남용에 관하여 규정하고 있는 공정거래법 제3조의2 제1항 제1호가 그 시행령 제5조 제1항 때문에 가격 등의 상승이나 하락이 있

는 경우에만 적용될 수 있고 당초 가격의 책정이나 기존가격의 유지에는 적용될 수 없다는 문제점은 여전히 존재한다. 위 시행령 규정의 개정이 필요한 이유이다.

3. 차별적인 라이선스 조건의 설정행위

(1) Qualcomm사의 시장지배적 지위남용 사건³⁹⁾

위 사건은, Broadcom Corp. v. Qualcomm Inc. 사건이 특허권자가 표준화 과정에서 특허의 존재를 공개하고 FRAND 확약을 하여 표준으로 채택된 이후에 표준 특허권자의 FRAND 확약 위반이 공정거래법 위반으로 인정될 수 있는지 여부가 쟁점인 것과 달리, 관련 시장의 지배적 사업자인 Qualcomm사가 거래상대방인 국내 휴대폰 제조사들에 대하여 자신이 공급하는 모뎀칩을 장착하였는지 여부에 따라 실시료를 차별적으로 지급받은 행위가 공정거래법 위반에 해당하는지에 관한 사건이다. 이 사건은 FRAND 확약을 한 표준특허 보유자의 권리행사와 관련하여 공정위의 심결이 이루어진 최초의 사건이라 할 수 있다.

종전에는 FRAND 조건 중 ‘비차별적인’ 부분은 ‘공정하고, 합리적인’ 부분에 비하여 상대적으로 판단하는 것이 수월하다고 여겨져 왔다. 왜냐하면 비차별적인 부분은 통상 비슷한 상황에 처한 둘 이상의 복수의 거래상대방들에 동일한 실시조건을 부과하는 것을 의미하는 것이고, 이는 실시계약을 체결한 거래상대방들을 통하여 비교적 용이하게 확인할 수 있기 때문이다. 따라서 거래상대방들에 서로 다른 실시료가 부과되었다면 이는 일단 차별적 조건에 의한 실시라고 인정할 수 있다. 다만 비차별적이라고 하여, 모든 거래상대방들에 대하여 반드시 같은 금액의 실시료를 부과하여야 하는 것은 아니고, 약간의 융통성은 발휘될 소지가 있을 것이다.

그런데 위 사건은 Qualcomm사가 거래상대방들에 대하여 상이한 실시료를 부과한 것이 아니라, 오히려 비슷하다고 볼 수 있는 실시료를 부과하되 당해 특허기술을 이용하여 만든 자사의 부품을 장착한 휴대폰에 대하여는 실시료와 당해 부품가격을 더 할인해준 행위가 문제로 되었다. 공정위는 실시료를 더 할인해 준 부분에 대하여는 공정거래법 제3조의2 제1항 제3호에서 정한 부당한 사업활동방해로 보았고, 당해 부품가격을 더 할인해 준 부분에 대하여는 같은 항 제5호 전단에서 정한 부당한 배타조건부 거래로 보았으며, Qualcomm사⁴⁰⁾에 대하여 시정명령 및 과

39) 공정거래위원회 2009. 12. 30. 의결 2009-281호, 2009지식0329 심결.

40) ① Qualcomm Inc., ② 한국켈컴 주식회사, ③ 켈컴씨디엠에이테크날리지코리아 유한회사를 모두 지칭한다.

징금납부명령을 부과하였다. 이에 Qualcomm사는 위 처분의 취소를 구하는 소를 서울고등법원에 제기하였고, 위 법원은 2013. 6. 19. 판결을 선고하였는데 Qualcomm Inc.에 대한 처분이 적법하다고 판단하였다.⁴¹⁾

공정위의 처분은 위에서 본 바와 같이 공정거래법 제3조의2 제1항 제3호 및 제5호 전단을 근거로 하고 있으나, 사안의 핵심은 휴대폰 제조사들이 Qualcomm사가 만든 부품을 더 많이 구매할수록 더 많은 할인을 제공받은 행위로 인하여 Qualcomm사의 경쟁사업자들의 사업활동이 방해되거나 하류시장에서 배제될 우려가 있었느냐라고 할 수 있다. 즉 Qualcomm사의 실시로 할인행위를 가격경쟁의 일환으로 보느냐, 아니면 시장지배적 지위남용행위로 보느냐의 문제이다.

이러한 할인은 우리 주위에서 많이 찾아볼 수 있다. 예컨대, 제과점, 커피전문점, 인터넷 쇼핑몰, 대형마트, 동네 슈퍼마켓, 주유소, 항공사 등 여러 분야에서 가격할인이 이루어지고 있는데, 이러한 행위에 대하여 공정거래법이 구체적으로 적용되는 과정을 논의해 보기로 한다.

이러한 가격할인(discount) 또는 리베이트(rebate)에 관한 공정거래법의 운용이 EU와 미국에서 상당한 차이를 드러내고 있으므로, 먼저 EU와 미국에서의 운용실무를 검토해 볼 필요가 있다.

(2) EU

1) ECJ(EU 내 최고법원)는 리베이트에 관한 초기의 판결인 European Sugar Industry 사건⁴²⁾에서 리베이트는 구매자로 하여금 경쟁사업자와 거래하지 못하도록 ‘고안된(designed)’ 것으로, ‘배타적 거래로 유도하기 위한 수단’이라고 보았다. 위 사건에서 시장지배적 사업자인 Südzucker는 ‘연도별 수량 리베이트(annual quantity rebates)’라는 이름으로 자사로부터 연간 구매수량의 전부를 구매하는 구매자에게 보상을 해주었는데, 통상 구매자의 연간 거래액의 0.3%에 달하는 리베이트를 지급하였다.

ECJ는 이 사건 리베이트가 당해 생산자로부터의 구매량하고만 관련되는 수량 리베이트로 취급되어서는 안 되고, 금전적 이익을 제공함으로써 구매자로 하여금 경쟁생산자로부터 구입하지 못하도록 고안된 충성 리베이트로 분류해야 하며, 이

41) 나머지 두 회사는 시장지배적 지위남용행위의 주체가 아니라는 이유로 이들에 대한 처분이 모두 취소되었다.

42) Cases 43/73 etc. Suiker Unie v. Commission [1975] ECR-1993.

점에서 EU 집행위원회가 타당하다고 판시하였다.

EU 판례상 리베이트의 남용 여부 판단은 ‘충실 리베이트(fidelity rebates 혹은 loyalty rebates)’와 ‘수량 리베이트(quantity rebates)’라는 2개 개념을 기초로 이루어진다. 대체로 문제의 리베이트가 충실 리베이트에 해당하면 시장지배적 지위 남용행위로 보게 되고, 수량 리베이트에 해당하면 남용행위로 보지 않게 된다. 남용행위로 인한 효과를 입증할 때 시장지배적 사업자의 남용행위가 경쟁을 제한하는 경향이 있다는 것 또는 그 행위가 그러한 효과를 야기할 가능성이 있다는 것을 입증함으로써 충분하다.

당초 ‘충실 리베이트’ 개념은 배타적 거래에서 연원하는 것이다.⁴³⁾ 비록 거래조건상 배타적 구매의무가 명시되지 않았다고 하더라도, 사실상 혹은 실질적으로 배타적 구매의무를 부과하는 것과 마찬가지로 되는 리베이트 제공조건, 즉 충실 리베이트라면 배타적 거래에 해당한다는 것이 EU 판례의 출발점이다(이 점이 미국에서의 운용실무와 확연히 구분되는 점이다).⁴⁴⁾

EU 판례의 이분법적 접근방식으로 인하여 리베이트 사건에 관한 법원의 판단은 주로 당해 사안의 리베이트가 충실 리베이트인지 아닌지, 즉 ‘충실유인성’이 있는지 없는지 여부가 쟁점으로 된다.

그런데 실제로 사업자들이 리베이트 제공조건을 부과할 때에는 계약서에 배타적 거래의무를 명시적으로 규정하지 아니할 뿐만 아니라 대부분 수량으로 리베이트 제공조건을 정하기 때문에, 배타적 거래인지 여부를 판단하는 것이 그리 쉬운 작업은 아니다. 사안에 따라서는 충실유인성의 존재가 비교적 명백한 경우도 있지만, 그렇지 않은 경우도 있기 때문이다.

이에 따라 EU 집행위원회와 법원은 당해 사건의 리베이트에 실질적으로 경쟁사업자를 배제하는 효과가 있는지 여부, 즉 ‘충실유인성’이 있는지를 판단하기 위하여 리베이트 제공조건을 면밀하게 검토하는 등 모든 정황들을 참작하고 있다. 법원은 상당히 넓고 다양한 정황을 고려하므로, 일견 수량 리베이트로 보이는 사안도 충실 리베이트에 포섭되는 경우가 있다.

EU 집행위원회는 2009년 이전까지만 해도 충성 리베이트는 그 구조 자체가 ‘사실상 구속력 있는 배타조건부 거래’에 해당하기 때문에 경쟁제한적 의도나 경쟁제한 효과에 관한 증거가 없어도 위법이라고 보고, 1999년 영국 민간항공사인

43) Rousseva, Rethinking Exclusionary Abuses in EU Competition Law, Hart Publishing, 2010, p. 175.

44) 조혜신, 시장지배적 사업자의 리베이트 제공행위에 관한 EU의 판례에 대한 분석, 경쟁법연구, 27권(2013.05), 한국경쟁법학회.

British Airways의 충실 리베이트, 2006년 음료수 용기 자동수거기 제조업체인 Tomra의 배타적 공급계약 및 충실 리베이트, 2007년 컴퓨터 CPU 제조업체인 Intel의 충실 리베이트가 모두 배타조건부 거래에 해당한다는 이유로 과징금을 부과하였고, EU법원도 집행위원회의 판단을 모두 받아들였다.

그러나 집행위원회는 구체적인 경쟁제한 효과를 고려하지 않는 공정거래법의 집행이 과다집행의 위험을 가져올 수 있다는 비판을 수용하여, 2009년 시장지배적 지위남용 심사지침⁴⁵⁾(이하 '2009년 EU지침'이라 한다)에서 미국의 법리를 참조하여 충실 리베이트 등 가격인하행위는 가격-비용 테스트에 따라 '문제된 가격이 생산비용보다 높은 경우'에는 경쟁제한성 여부를 문제 삼지 않겠다고 하였다. 2009년 EU지침은 시장지배적 사업자의 가격할인행위가 '시장지배적 사업자만큼 동등한 효율성을 가진 경쟁사업자'와의 경쟁을 봉쇄하는 경우에만 개입할 것이라고 규정하였다.

EU 법원은 당초 구 EC조약에 따라 유럽권역에서 '단일시장 창설'이라는 제1차 책임은 EU 집행위원회가 지고, EU의 경쟁법, 즉 EU조약 제102조(시장지배적 지위남용 금지)의 제1차 해석·적용기관도 EU 집행위원회이므로, 위 위원회의 처분은 중대한 절차 위반이 없는 한 적법하다는 입장이어서, 시장지배적 지위남용행위 관련 사건에서 EU 집행위원회의 승소율이 90% 이상을 보여주고 있다.

이에 대하여 EU의 경쟁법 학자들은 EU 법원의 시장지배적 지위남용행위에 관한 법리가 적정한 이론적 틀이 없고 경쟁이 아닌 경쟁사업자를 보호함으로써 경쟁법의 목적을 혼돈하고 있다는 비판적 입장을 나타내고 있다.⁴⁶⁾

2) EU 판례

① 먼저 Hoffmann-La Roche 사건인데, 이 판결의 사실관계는 다음과 같다.

Hoffmann-La Roche사는 1964년 이후 22개의 대형 비타민 구매자들과 이들의 비타민 수요량의 전부 혹은 대부분을 구매할 의무를 부과하는 계약을 체결하거나 혹은 이러한 유인을 제공하는 할인(EU 집행위원회는 이를 충실 리베이트로 규정하였다)를 제공하였다.

구매업자에 따라 구체적인 계약내용에 차이가 있었으나, 형식적으로 혹은 실질적으로 Roche사로부터 배타적으로 비타민을 구입하는 점과 계약기간에 사실상 만

45) Guidance on its enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings, OJ C 45, 24.2. 2009.

46) Jones & Sufrin, EU Competition Law (2010), p. 281 등.

기가 없어서 수년간 지속되도록 한 점은 공통적이었다. 그리고 이들 계약에는 비타민의 총 구매량에 따라 산정되는 리베이트가 제공되었다. 리베이트의 양은 구매자별로 다른데, 대체로 1~5% 사이에 분포해 있었으나, 어떤 구매자는 12.5~20%에 달하는 리베이트를 받기도 하였다. 특히 일부 구매자에 대해서는 리베이트 비율이 고정되어 있지 않고 매년 구매량에 따라 증가하도록 되어 있었다.

EU 집행위원회는 Roche사에 대하여 구 EC조약 제82조에 위반하였음을 이유로 배타적 거래 및 충성 리베이트의 중지와 과징금 납부를 명령하였는데, 그 근거는 위와 같은 행위가 구매자의 공급원 선택 기회를 박탈함으로써 경쟁을 왜곡하였다는 것 등이다.

Roche사는 법원에 위 처분의 취소를 구하는 소를 제기하였고, 자신이 제공한 리베이트는 충실 리베이트가 아니라 수량 리베이트라고 주장하였다.

ECJ는, 이 사건 계약들이 모두 구매자의 수요량 내지 수요량의 일정 비율을 언급하고 있고, 구매자의 연간 수요량의 추정치(estimate)를 기준으로 할인율이 결정되며, 이 추정수요량은 명백히 구매자의 흡수 가능 물량을 감안하고 있다고 보았다. 즉 이 사건 리베이트는 객관적으로 정해진 수량에 따라 모든 구매자에게 동일하게 적용되는 것이 아니라, 구매자별로 각 흡수물량의 추정치에 따라 최대의 '수요량'으로 달성되어야 하는 점, 그리고 구매자의 실제 구매량이 예측치에 가까울수록 증가하였는데, 예컨대 어떤 구매자가 연간 예측수요량의 60%를 달성할 경우에는 1%의 리베이트가, 70%에 달할 경우에는 1.5%의 리베이트로 각 증가한 점 등을 근거로 수량 리베이트가 아니라고 판시하였다.

ECJ는 배타적 거래의무가 계약서에 명문으로 규정되어 있든지, 아니면 할인을 통한 유인의 형태로 존재하든지 간에 충실성이라는 측면에서 양자가 동일한 효과를 가져온다고 보았고, 그 중 후자가 바로 충실 리베이트에 해당한다고 판단하였다.

② Michelin I 사건의 사실관계는 다음과 같다.

Michelin nv는 Michelin 그룹의 네덜란드 자회사이다. EU 집행위원회는 Michelin nv의 다음과 같은 행위, 즉 ① 1975년부터 1980년 사이에 구매자별로 서면에 의해 명백히 확정되지 아니한 선별적 할인을 제공하고, 동등한 거래에 대하여 차별적인 거래조건을 적용함으로써 네덜란드의 타이어 구매자들을 자신에게 구속시킨(tying) 행위, ② 1977년 자동차 타이어 구매량에 관한 목표 달성을 조건으로 화물차, 버스 등의 타이어 구매와 자동차 타이어 구매에 대하여 추가적인 연

도별 보너스를 제공한 행위를 EEC 조약 제86조 위반으로 판단하고 이에 대하여 과징금을 부과하였다.

위 사건에서는 Hoffmann-La Roche 사건과 달리, 전년도의 판매실적을 바탕으로 설정된 판매목표를 제시하는 방식이 문제로 되었다. 이 판매목표는 각 구매자가 전년도에 달성한 Michelin 상품의 판매실적에 따라 설정되었으므로 모든 구매자들은 각자 달성해야 할 개별적인 목표를 갖고 있었다. 이 사건에서 문제된 계약들이 배타적 거래의무를 명시적으로 규정하고 있는 것은 아니었으나, 이 사건 리베이트와 같이 상대적으로 긴 산정기간(이 사건에서 1년) 동안 판매되는 수량을 기초로 부과되는 할인은 만기에 가까울수록 구매자에게 목표달성에 대한 압력을 가중시키는 효과가 있고, 이러한 시장지배적 사업자에 의한 구매압력이 야기하는 충성유인 효과는 사안에 따라 명시적인 배타적 거래의무에 필적할 수 있다고 보았다.

이 사건 리베이트는 외견상 구매비율에 따른 점유율 할인이 아니라 구매수량에 따른 수량 할인이었음에도, 법원은 문제의 목표수량이 각 판매업자별로 설정되었고, Michelin의 할인이 비율 면에서는 크지 않다고 하더라도, Michelin의 주요 경쟁사업자들이 소규모이기 때문에 소규모 경쟁사업자들이 이에 대응하기 위해서는 매우 높은 할인을 제공하지 않으면 안 된다는 점, 이 사건 리베이트 시스템은 투명성이 결여되어 있어 판매업자들이 목표를 달성하였을 경우와 그렇지 아니한 경우의 결과를 확실하게 예상하지 못한다는 점 등이 보태어져, 실질적인 충실 리베이트로서 남용에 해당한다고 판단하였다.

③ British Airways(이하 'BA'라 한다) 사건의 사실관계는 다음과 같다.

영국 항공사인 BA는 여행사들- 영국에서 설립되고 IATA(International Air Transport Association)에 의해 공인되었다 -과 협정을 체결한 후 이들에게 BA 항공권 판매에 대한 표준수수료를 제공하였다. 1976년부터 1997년까지 그 수수료는 국제항공권 판매의 9%, 국내항공권 판매의 7.5%에 달하였다. 이러한 기본적인 수수료체계와 더불어 BA는 IATA 여행사들과 3개의 금전적 유인으로 구성되는 협정을 체결하였는데, 'marketing agreements', 'global agreements' 그리고 'performance reward scheme'이 그것이다.

집행위원회는 위 3개의 협정이 일단 판매목표가 달성되면 그 시점 이후부터 판매된 티켓뿐만 아니라, 그 여행사가 판매한 모든 티켓에 대한 수수료가 증가한다는 공통점이 있음을 주목하였다.

집행위원회는 BA의 위와 같은 할인시스템이 시장지배적 지위남용에 해당한다고 보았는데, ① 여행사들로 하여금 BA의 경쟁사업자들이 아닌 BA의 티켓판매를 유지 내지 증가시키도록 격려하는 효과가 있다는 점, ② 동일한 거래에 대하여 여행사들에 차별적인 조건을 부과하는 효과가 있다는 점 등을 근거로 제시하였다.

ECJ는 위 Hoffmann-La Roche 판결과 Michelin I 판결을 언급하면서, 이 사건은 일정한 기간 동안 전적으로 혹은 주로 Hoffmann-La Roche로부터 공급받아야 한다는 명시적 조건하에 리베이트가 지급된 전자의 판결과 다르고, 구매자들이 다양한 연도별 할인을 제공받기 위해 개별적인 판매목표를 달성해야 했던 Michelin I 판결과 유사하다고 보았다. 즉 이 사건 할인시스템은 전기의 판매실적을 바탕으로 산정된, 각 구매자의 판매목표 달성을 조건으로 하여 해당 산정기간 동안 달성된 모든 판매수량에 대해 적용되므로, 이러한 할인은 단지 구매량하고만 관련되는 수량 리베이트가 아니라고 판시하였다.

이에 따라 ECJ는, 시장지배적 사업자인 BA가 경쟁사업자들에 비해 매우 큰 시장점유율을 보유하고 있다는 점을 근거로 이 사건 할인시스템이 배제적 효과를 야기할 가능성이 있는 충실유인적 효과가 있음을 인정하였고, 또한 위 시스템으로부터 야기되는 배제적 효과가 효율성 측면에서의 이익으로 상쇄되거나 혹은 비교형량될 정도가 아니라고 보았다.

위 Michelin I 사건과 BA 사건에 관한 ECJ 판결은 모두 구매자별로 설정된 판매목표의 달성을 조건으로 리베이트가 지급된 사안에 관한 것으로, 그러한 리베이트 시스템은 그 자체로 지배적 지위의 남용으로 판단하기는 어렵고, 충실유인성을 뒷받침하는 여러 요소들, 예컨대 ① 그 시스템이 상당히 긴 산정기간, 즉 1년을 기준으로 하고 있었다는 점, ② 그 시스템의 기능이 거래상대방에게 투명하지 않았다는 점, ③ Michelin과 그 주요 경쟁자들 사이의 시장점유율 격차가 상당하였다는 점 등을 바탕으로 충실유인적 성격이 배제적 효과를 야기할 가능성 혹은 개연성이 있다는 판단에 이른 것이라 할 수 있다.⁴⁷⁾

④ 위에서 본 판결 외에, EU 법원은 2009년 France Telecom 사건과 2010년 Deutsche Telecom 사건에서 가격할인행위의 시장지배적 지위남용 여부는 구매자가 공급자를 선택할 자유가 제한되었는지, 경쟁자의 시장접근이 방해되었는지, 차별적 조건부과로 차별받은 경쟁자가 경쟁 열위에 놓이게 되었는지, 경쟁 왜곡으로

47) 그 후 CFI(EU 내 1심법원)는 Michelin II 사건에서 문제가 된 리베이트가 모든 구매자들에게 동일하게 적용되었음에도 충실 리베이트의 범위를 확대함으로써 충실 리베이트와 수량 리베이트의 경계가 모호하게 되었다.

인해 시장지배적 지위가 강화되었는지 여부 등 여러 가지 상황을 종합적으로 고려해야 한다는 일반 법리를 제시하였고, 다만 경쟁제한 효과의 증명은 필요 없다는 기존의 입장을 유지하였다.

또한 2012년 Tomra 사건, 2014년 Intel 사건에서 충실 리베이트는 사실상 구매 강제이며 사실상 금전적 제재효과가 있는 배타적 거래로서 시장지배적 지위남용에 해당한다고 판단하면서 경쟁제한 효과의 증명이 필요 없다는 기존의 입장을 유지하였다. 결론적으로, 리베이트 제공 시스템은 거래상대방에게 부당한 압력이 되지 않도록 충분히 객관적이고 투명하게 작용하고 거래상대방들 사이를 차별하는 것이 아니라면 그 리베이트는 객관적 판매목표 달성과 적법하게 연결될 수 있다. 또한 당해 사업자가 채택한 리베이트 시스템이 동일한 시장에서 그의 경쟁자들에 의하여 일반적으로 채택되고 있는 것에 대응하는 정도의 수준이라면 그 경쟁제한성이 부인될 가능성이 있다.⁴⁸⁾

(2) 미국

연방대법원은 1970년대 후반부터 시장지배적 사업자의 단독행위의 위법성을 인정하기 위해서는 경쟁제한 효과와 경쟁제한 의도가 필요하다는 효과주의 법리를 확립해 왔다. 특히 연방대법원은 1980년대 일련의 판결⁴⁹⁾을 통해 이른바 경쟁자 배제 또는 배제 효과가 있는 가격설정행위(exclusive or predatory pricing, 가격인하, 가격할인, 가격차별 등)는 독점금지법이 보호하고자 하는 가격경쟁행위의 일환일 수 있으므로, ① 시장지배적 사업자가 설정한 가격이 ‘적절하게 추산된 생산비용’⁵⁰⁾보다 낮다는 점, ② 당해 가격으로 경쟁자를 시장에서 배제한 뒤 가격을 독점가격 수준으로 올림으로써 비용보다 낮은 가격설정 기간 동안 입었던 손해를 회복할 위험성이 크다는 점(dangerous probability of recouping its investment in below-cost prices)이 증명되어야만 당해 가격설정행위를 경쟁제한적 행위로 인

48) D.G. Goyder, EC Competition Law, Calrendon Press, 1988, p 345.

49) 1986년 Matsushita Elec. Industrial v. Zenith Radio Corp. 판결, 1993년 Brooke Group v. Brown & William Tobacco 판결, 2007년 Weyhaeser v. Ross-Simmons Hardwood Lumber 판결, 2009년 Pacific Bell v. linkLien 판결 등.

50) “prices are below an appropriate measure of costs”. 연방대법원은 구체적으로 생산비용이 어떻게 추산되어야 한다는 점까지는 언급하지 않으나, 연방하급심은 문제된 가격이 평균생산비용(average variable cost)보다 높은 경우에는 경쟁제한성이 없는 가격행위라고 보았다 (Barry Wright v. ITT Grinnell, 724 F.2d 227, 1st Cir. 1983).

정할 수 있다는 상당히 엄격한 법리를 제시하였다.

충실 리베이트 문제를 정면으로 다룬 연방대법원 사건은 아직 없고, 2000년부터 2014년까지 연방하급심에서 개별사안에 따라 경쟁제한성이 부인된 사례와 인정된 사례가 있다. 아래에서 소개하는 사건들은 모두 리베이트를 제공한 사업자의 경쟁 사업자가 충실 리베이트 때문에 손해를 입었다고 주장한 민사사건들이다.

2000년 *Concord Boat v. Brunswick*⁵¹⁾에서 소형 모터보트용 엔진 제조업체인 Brunswick이 엔진 구매자인 보트 제조업체에게 제공한 충성할인이 문제되었는데, 제8 연방항소법원은 비용보다 낮은 가격 등에 관한 증거가 없다는 이유로 경쟁제한성을 부인하였다.

2001년 *Virgin Atlantic Airways v. British Airways*⁵²⁾에서 British Airways가 고객에게 제공한 항공마일리지 관련 리베이트가 문제되었는데, 제2 연방항소법원은 비용보다 낮은 가격 등에 관한 증거가 없다는 이유로 경쟁제한성을 부인하였다. 한편, Virgin Atlantic Airways가 British Airways를 구 EC위원회에 신고한 사건에서는 위에서 본 바와 같이 동일한 사실관계임에도 충실 리베이트로 인정되어 시장지배적 지위남용으로 처리되었다.

2003년 *LePage v. 3M*⁵³⁾에서 3M이 문구류 유통업체들에게 자사의 스카치테이프 이외에 다른 문구류도 함께 구매할 경우 스카치테이프에 높은 할인율을 제공한, 이른바 묶음할인이 문제가 되었는데, 제3 연방항소법원은 묶음할인의 경우에는 가격-비용 테스트가 필요 없다고 보고(아래에서 볼 2007년 *Z.F.Merito* 사건에서는 묶음할인 경우에도 가격-비용 테스트가 필요하다고 견해를 변경하였다), 3M의 묶음할인과 LePage의 매출액 급락 사이의 인과관계가 구체적으로 증명되었음을 인정하고, 경쟁제한효과를 인정하였다.

2006년 *NicSand v. 3M* 사건⁵⁴⁾에서 3M이 유통업체들에게 제공한 소매용 자동차 연마제의 가격할인이 문제되었는데, 제6 연방항소법원은 비용보다 낮은 가격 등에 관한 증거가 없다는 이유로 경쟁제한성을 부인하였다.

Cascade v. Peace Health 사건⁵⁵⁾에서 의료기관인 Peace Health가 보험회사에 제공한 가격할인(LD)이 문제되었는데, 제9 연방항소법원은 비용보다 낮은 가격

51) *Concord Boat Corp. v. Brunswick Corp.*, 207 F.3d 1039(8th Cir. 2000).

52) *Virgin Atlantic Airways Ltd. V. British Airways PLC*, 257 F.3d 256 (2nd Cir. 2001).

53) *LePage's Inc. v. 3M Company*, 324 F.3d 141(3rd Cir. 2003).

54) *NicSand Inc. v. 3M Company*, 507 F.3d 442 (6th Cir. 2006).

55) *Cascade Health Resoulution v. Peace Health*, 515 F.3d 883 (9th Cir. 2008).

등에 관한 증거가 없다는 이유로 경쟁제한성을 부인하였다.

2012년 Z.F. Merito v. Eaton 사건⁵⁶⁾에서 트럭변속기 제조업체인 Eaton이 변속기 구매자인 트럭제조업체에게 제공한 할인이 문제되었는데, 제3 연방항소법원은 묶음할인의 경우에도 가격-비용 테스트에 따라 ‘할인 후 가격’이 생산비용보다 낮다는 점에 관한 증거가 있어야 한다고 판단하였다. 다만 이 사건의 경우 리베이트 및 이와 별도의 행위인 배타적 거래 등 2개 행위가 동시에 문제된 사안이므로, 가격-비용 테스트를 거칠 필요 없이, 바로 경쟁제한 효과 유무를 판단하면 된다고 본 후, 경쟁제한 효과의 증거가 있다는 이유로 시장지배적 지위남용에 해당한다고 판결하였다(2013년 연방대법원이 상고를 불허함으로써 확정되었다).

2014년 Eisai v. Sanofi 사건⁵⁷⁾에서 혈액응고 저해제 제조업체인 Sanofi가 의약품 구매자인 병원에 제공한 리베이트가 문제되었는데, Sanofi의 경쟁사인 Eisai는 위 리베이트가 사실상 구매강제인 배타적 거래로서 사실상 금전적 제재효과가 있는 배타적 거래인 시장지배적 지위남용에 해당한다고 주장하면서 소를 제기하였다.

이에 대하여 뉴저지 연방지방법원은 ① 가격-비용 테스트에 따라 Sanofi의 ‘할인 후 가격’이 생산비용보다 낮다는 증거가 없을 뿐 아니라, ② 가격-비용 테스트가 없더라도 Sanofi의 충성할인이 경쟁제한 효과를 초래하였다는 증거가 없고, ③ 더욱이 리베이트는 제약업체의 일반적 관행이므로 Eisai도 Sanofi와 유사한 리베이트를 이용하여 충분히 가격경쟁을 할 수 있다는 이유로, 시장지배적 지위남용이 아니라고 판단하였다.

(3) 양 법리의 비교

위에서 본 바와 같이 시장지배적 사업자의 리베이트 제공행위에 관하여 EU와 미국의 판례는 상당한 차이를 드러내고 있는데, 거의 접점을 찾아보기 어려운 정도라고 할 수 있다. 특히 위에서 본 바와 같이 BA가 여행사 및 기업고객에게 제공한 조건부 리베이트 제공행위에 대하여 ECJ는 BA가 구 EC조약 제82조(현 EU 기능조약 제102조)를 위반하였다고 결론 내린 반면, 미국 제2 연방항소법원의 경우 셔먼법 제1조 및 제2조를 위반하지 않았다고 판결한 것이 그 예이다.

미국 판례와 구별되는 EU 판례의 근본적인 차이점은 시장지배적 사업자의 ‘경

56) Z.F. Merito, LLC v. Eaton Corp., 696 F.3d 254 (3rd cir. 2012).

57) Eisai v. Sanofi-Aventis, No. 08-4168. (MLC) (D.N.J. Mar. 28, 2014).

쟁자’ 또는 가격과 같은 시장성과가 아닌 ‘거래상대방’ 측면에 그 초점이 맞추어져 있다는 것이다.⁵⁸⁾ EU 판례가 이해하는 시장지배적 사업자의 리베이트는 일차적으로 ‘거래상대방’의 선택의 자유를 제약하는 것에서부터 경쟁법적 문제의식이 시작되고 있다. 리베이트의 남용 여부를 판단할 때의 핵심요소인 충실유인성도 거래상대방인 구매자가 시장지배적 사업자와의 거래에 종속될 위험을 뜻한다. 또한 리베이트는 배타적 거래관계를 형성하기 위한 수단이 될 수 있다는 점에서, 충실유인성이 있는 리베이트 제공행위는 배타적 거래의 행위유형에 포섭되고 있다. 충실유인성을 갖는 충실 리베이트는 일차적으로 구매자의 공급원 선택의 자유를 박탈 내지 제한하고, 나아가 경쟁자의 시장진입을 봉쇄하여 시장지배적 지위를 강화한다고 생각한다.

이에 비하여 미국의 판례들은 주로 리베이트를 가격설정의 문제로 보아 시장성과 차원에서 접근하고, 그렇지 않다 하더라도 경쟁자 차원에서 접근하여 경쟁자를 봉쇄하는 수단으로 보기도 하지만, 리베이트 내지 할인 제공행위가 거래상대방에게 낮은 가격이라는 이익을 부여하기 때문에 적어도 ‘거래상대방’ 차원에서 접근하지는 않는다.

시장성과 혹은 경쟁자가 아닌 ‘거래상대방’ 측면에서 남용 여부를 판단하는 근본적인 차이점은 리베이트로 인한 경쟁제한 효과의 입증 내용에서 구체화된다. 미국 판례에서 볼 수 있는 2개의 접근방법 중 하나인 약탈가격의 법리(기업이 가격을 아주 낮게 책정해 경쟁기업들을 시장에서 몰아낸 뒤 가격을 올려 가격이 낮았던 기간 동안 입었던 손실을 회복하려는 가격정책을 말한다)는 리베이트를 제공한 시장지배적 사업자만큼 동등하게 효율성을 지닌 경쟁자가 시장에서 배제되는 효과의 입증을 요구하는 것이고, 다른 하나인 경쟁자 봉쇄의 법리는 시장지배적 사업자만큼 효율적이지 않은 경쟁사업자라 하더라도 그의 경쟁가능성을 박탈함으로써 시장에서 봉쇄되는 효과를 요구하는 것이다.

반면 EU의 판례는 쟁점인 할인시스템이 충실 리베이트에 해당하는지 여부를 검토하고, 만약 그 사실이 확인되면 경쟁자 내지 시장에 미치는 효과에 관하여 구체적인 입증을 요구하지 않는다.

시장지배적 사업자의 리베이트 제공행위에 관하여 대조적인 EU와 미국의 법리 중 어느 것이 더 바람직한 것인지는 선불리 판단하기 어렵다. 각자 시장에서 추구하는 철학과 이념, 사물에 대한 접근방식이 다를 수 있기 때문이다. 양 법리가 시장지배적 사업자의 가격남용행위에 대하여도 서로 다른 태도를 취하고 있다는 점

58) 조혜신, 전계논문 참조.

은 이미 위에서 기술하였다. 다만 공정위는 공정거래법의 조문 내용과 형식, 연혁 등에 비추어 볼 때 우리나라의 공정거래법이 미국보다는 EU의 영향을 더 많이 받은 것으로 보고 있다.

(4) 우리나라의 경우

Qualcomm사의 시장지배적 지위남용 사건은 공정위가 EU 법리의 영향을 받아 이 사건 할인을 충실 리베이트로 보고 처분한 것으로 판단된다. Qualcomm사의 경우와 같이 표준특허 보유자가 기술시장 외에 당해 기술이 사용된 제품을 생산하여 직접 하류시장에 참여하고 있는 ‘수직적으로 결합된 기업(vertically integrated)’은 거래상대방들에 차별적인 라이선스 조건을 부과함으로써 더욱 경쟁제한 효과를 초래할 여지가 있다.

이에 비하여 직접 또는 계열회사 등을 통한 간접적인 방법으로 하류시장이나 인접시장에 참여하고 있지 아니한 표준특허 보유자가 실시료를 차별적으로 부과하는 경우라면 그 동기가 경쟁사업자를 배제하는 데 있다고 보기 어렵다. 이러한 경우에는 대부분 실시료 수입을 극대화하기 위한 것이고, 경쟁사업자 배제효과가 수반되지 않는 가격차별은 종래 공정거래법상 그 규제 필요성에 관하여 의문이 제기되어 왔다.⁵⁹⁾

수직적으로 결합된 기업은 표준화를 통하여 기술시장에서 획득한 독점력을 하류시장 내지 인접시장으로 전이시켜, ① 직접적으로는 하류시장에서 자신과 경쟁관계에 있는 실시자에 대하여 차별적인 라이선스 조건을 부과하는 방식으로, 간접적으로는 ② 표준특허와 하류시장의 제품을 끼워팔기 하거나 또는 ③ 하류시장의 수요자로서 표준특허를 실시하는 사업자에 대하여 자신과 배타적으로 거래하도록 차별적인 실시료를 부과하는 방식으로 하류시장의 경쟁자를 배제할 수 있다. 이 사건은 그 중 ③에 해당하는 사건이라 할 수 있다.

이 사건에 EU 판결에서 본 법리가 적용된다면, 먼저 이 사건에서 문제된 할인이 충실유인성을 가지고 있는지를 검토하여야 한다. 이를 위해서는 Qualcomm사의 할인 제공조건을 비롯한 모든 정황이 면밀히 검토되어야 할 것이다.

이와 달리 미국 판결에서 본 법리가 이 사건에 적용된다면, 위에서 본 약탈가격의 법리나 경쟁자 봉쇄의 법리가 적용되어야 하고, 이를 위해서 가격-비용 테스트 등이 시도되어야 할 것이다.

그런데 위에서 본 바와 같이 EU 집행위원회는 2009년 EU지침에서 미국의 법리

59) 이호영, 전제논문 참조.

를 참조하여 충실 리베이트 등 가격인하행위는 가격-비용 테스트에 따라 ‘문제된 가격이 생산비용보다 높은 경우’에는 경쟁제한성 여부를 문제 삼지 않겠다고 하였으므로, 앞으로 리베이트가 문제되는 사건에서 가격-비용 테스트를 시도할 가능성이 있다.

이 사건에서 가격-비용 테스트가 시도되었는지 여부를 알 수 없으나, 과대집행의 우려를 해소하는 차원에서 당해 리베이트의 성격을 면밀히 분석함- 여기에 많은 비용이 소요되리라고 보이지 않는다 -과 아울러 가격-비용 테스트도 함께 실시함으로써 양 법리의 장점을 고루 수용하는 방식이 바람직해 보인다.

V. 결론

이제까지 지식재산권법, 그 중에서도 특허법과 공정거래법이 중첩되는 영역에서 새로이 발생하고 있는 표준특허 보유자의 FRAND 확약 위반행위와 관련된 여러 법률적 쟁점을 검토해 보았다.

먼저 표준특허 보유자의 FRAND 확약의 의미와 법적 성격 등을 규명하고, FRAND 확약이 단순히 선언적인 의미만을 가질 때 관련시장에서 발생할 수 있는 경쟁제한 효과를 사전에 방지하는 차원에서 FRAND 확약에 계약적 구속력을 부여할 수 있는 방안을 필자 나름대로 제시해 보았다. 이러한 방안이 제대로 기능을 발휘하게 된다면 FRAND 확약 위반행위는 거의 대부분 계약법상 문제로 처리될 수 있을 것이다.

이어서 계약적 구속력이 없어 단순한 선언 이상의 의미를 갖고 있지 아니한 FRAND 확약의 경우, 이를 위반한 행위에 대하여 현행법상 주로 민법과 공정거래법, 특히 후자에 의한 법적 대응이 상당 부분 이루어질 수 있음을 고찰하였다.

다음으로 공정거래법의 운용에 오랜 역사를 가지고 있는 미국과 EU 등의 법리를 참고하면서 FRAND 확약 위반행위 가운데 가장 실무적으로 문제되고 있는 각각의 유형에 대하여 공정거래법을 구체적으로 적용할 때 발생하는 여러 문제점들을 논의해 보았다. 이 과정에서 견해가 나뉠 수 있는 새로운 쟁점을 발굴하거나 각각의 쟁점에 관한 필자의 견해를 피력하였다.

위에서 본 바와 같이 FRAND 확약 위반행위에 대한 각국의 법적 규제가 어떤 분야에서는 비슷하게 이루어지고 또 다른 분야에서는 동일한 사실관계에 대하여도 각국의 경쟁당국이나 법원에 따라 서로 다르게 적용되기도 한다. 점차 같은 방향

으로 귀납되는 움직임이 보이기는 하나, 현재로선 전세계적으로 동일한 법리가 적용되지 않는다.

이러한 상황을 고려해 보면, FRAND 확약과 관련된 공정거래법의 운용은 이미 동일하거나 비슷한 사건을 처리해 본 경험이 있는 선진 외국의 법집행 사례를 참고하면서 우리나라의 현실에 맞추어 합리적으로 이루어져야 할 것이다.

향후 이 분야에 관한 논의가 더욱 활발하게 이루어지고 그 성과가 실무에서도 반영됨으로써, 표준특허 보유자가 등록된 청구범위 내에서 일정한 기간 동안 자신의 발명을 독점적·배타적으로 소유 또는 이용할 수 있는 권리를 충실히 보호받음과 동시에 관련 시장에서의 경쟁이 원활하게 작동되기를 기대한다.

공정거래법상 대항 카르텔에 관한 검토*

The Countervailing Power Defense for Cartels under the Monopoly Regulation & Fair Trade Act

임 용 (LIM Yong)[†]

<Abstract>

Despite being often raised by respondents being investigated by competition authorities, the countervailing power defense for collusive behavior under the Monopoly Regulation & Fair Trade Act has received relatively little attention so far. Two strands of thought continue to this day, one being that such collusion would increase market concentration by introducing newly minted market power into the market by virtue of the cartel. Another stand of thought is that all or part of the benefits garnered through the countervailing power created by the cartel will be passed on to consumers, thereby increasing their welfare. A closer look at the theory shows that indeed as the market moves from a monopoly to a bilateral monopoly (where the input seller and buyer are a monopoly and monopsony, respectively), consumers may be better off than before as output increases to more optimal levels. There are, however, important caveats to this observation, as various factors may weaken or even reverse the welfare gains mentioned above. Examples include a breakdown in negotiations between the monopolist and monopsonist, and an increase in market power or collusion on the part of the cartelists in the downstream market or other markets where they are present. Indeed, the theory of the second best teaches us that the welfare effects of both inserting and removing the countervailing cartel will be indeterminate, making it difficult for authorities to properly judge the legality of such cartels. Some have argued that a countervailing power defense should be allowed, albeit restrictively and only under certain conditions such as the lack of market power in the downstream market. However, the likelihood of high administrative costs, and concerns of

* 본 논문은 법학연구(부산대학교), 제56권 제2호, 2015, 59-91면에 기 수록된 것임을 밝힌다.

†서울대학교 법학대학원 조교수(Professor of Law at Seoul National University School of Law), 변호사

underdeterrence gives one pause in allowing such a defense even in its restricted form from a policy perspective. In any event, even if one were to allow for such a defense, the cartel(s) should have the burden of proof of showing that their behavior had actually increased consumer welfare. Proving such, however, will likely be a daunting task.

<주제어> 대항 카르텔, 대항력, 공동행위, 소주 담합

<key words> countervailing cartel, countervailing power, collusion, Soju cartel

I. 서론

재화 Y를 생산하는 사업자들이 공정에 필요한 요소 X를 구입하면서 구매가격에 대해 담합했다고 가정하자. 이를 적발한 공정거래위원회(이하 ‘공정위’라 한다)가 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 ‘공정거래법’이라 한다) 제19조 제1항의 부당한 공동행위로 규율하려고 하자, 사업자들은 담합을 한 것은 맞지만 이는 X를 공급하는 대기업 갑의 시장지배력에 맞서기 위한 불가피한 조치였다고 강변한다. 이러한 사업자들의 말을 불법을 저지른 자들의 공색한 변명 정도로 취급하여 배척해버릴 것인지, 아니면 그러한 항변의 사실 여부를 따져볼 것인지를 결정하는 것은 간단한 문제가 아니다.

결합을 통해서든 단독 혹은 공동행위를 통해서든 시장이 독점화되면 재화의 산출량(output)이 줄고 가격은 상승하면서 사회적 후생 손실(deadweight loss)이 발생한다는 점에 대해서는 대체로 이론이 없고, 기업결합과 시장지배적지위남용은 물론이고 부당공동행위에 대한 공정거래법의 규제도 이러한 이론적 기초에 근거하고 있다. 위 사례로 돌아가서 현재 갑의 시장지배력 행사 결과 경쟁가격보다 높은 수준으로 X의 가격이 책정되어 있다면, X의 가격을 다시 하락시키거나 추가적인 인상을 억제하는 담합은 현존하는 비효율성을 단지 시정하거나 완화하는 것이 아닌가라는 의문을 가질 수 있다.¹⁾ 나아가 담합의 결과 X를 이용하여 생산된 Y의 최종 소비자들이 담합이 없었더라면 형성되었을 가격보다 낮은 가격으로 Y를 살 수 있게 된다면 오히려 소비자들에게는 이익이 되는 행위, 즉 애당초 경쟁제한성이 없는 것으로 보아야 한다는 주장도 있을 수 있다. 반면에 현존하는 정태적 비효율성(static inefficiency)만을 고려하여 이와 같은 카르텔을 허용한다면 궁극적으로 시장경쟁과 소비자들에게 해악을 끼칠 것이라는 우려도 있을 수 있다. 이것이 소위 대항 카르텔의 문제이다.²⁾

담합행위가 현존하는 시장지배력에 대항하기 위한 불가피한 수단이었다는 취지의 주장은 실제로 공정거래 실무에서 종종 제기되어 왔고,³⁾ 미국에서는 최근 애플

1) 가격의 상승으로 나타나는 시장지배력의 행사가 공정거래법상 온전히 적법하더라도 정태적 비효율성은 발생할 수 있기 때문에 위 의문은 시장지배력의 행사의 적법 여부와 무관하게 제기될 수 있다.

2) 위 사례는 구매 카르텔에 해당하는데, 반대로 대항 ‘공급’ 카르텔도 있을 수 있다. 공급자 측의 대항 카르텔은 구매자 측과 내용과 효과가 유사하나 완전히 동일하지는 않다. 본고에서는 소주담합 사건의 사실관계에 맞춰 구매자 측의 대항 카르텔을 중심으로 논의를 전개해 나가기로 한다.

3) 공정거래위원회 재결 제2005-013호 2005. 8. 11. 2004심이2019(한국전력공사 발주 컷아

(Apple)이 e북 사건에서 담합이 있었다 하더라도 이는 아마존(Amazon)의 시장지배력에 대항하기 위한 것이었으므로 당연위법하다고 볼 것은 아니라는 주장을 펴면서 주목을 다시 끌고 있다.⁴⁾ 한편 학계에서는 주로 공동행위의 인가(공정거래법 제19조 제2항)와 관련하여 대항 카르텔을 살펴본 것⁵⁾ 외의 구체적인 검토는 없었던 것으로 보이고, 실무에서는 이러한 내용의 항변을 배척하는 것이 일반적이었던 것으로 보인다.⁶⁾ 그런데, 얼마 전 공동행위에 관한 합의의 입증과 관련하여 논란이 되었던 소주 사업자간의 담합 사건에서 원심인 서울고등법원이 이례적으로 대항 카르텔의 정당성을 인정하는 취지의 판시를 한 바 있다.⁷⁾ 이에 본고에서는 소주담합 사건의 사안과 서울고등법원의 판시 사항을 바탕으로 과연 공정거래법상 대항 카르텔을 허용하는 것이 실제 가능하고 타당한지에 대해 보다 심도 있게 살펴보고자 한다.

이어질 논의에서 보듯 대항력 행사를 목적으로 한 담합이 소비자 후생의 증대를 가져올 가능성이 있고, 따라서 심사 단계에서 그 가능성을 고려할 필요가 있다는 주장이 전혀 근거 없지는 않으나, 그러한 후생의 증대를 저지하거나 이를 상회하는 경쟁제한효과가 발생할 가능성 또한 다분히 있어, 법 집행 비용과 규제의 현실을 고려했을 때 대항력 행사로 인한 후생 증대의 가능성을 배제할 수 없다는 이유만으로 담합 사건에서 그러한 취지의 항변을 일반적으로 허용하고 수용하는 데에

아웃스위치 구매입찰 참가 11개 사업자의 이의신청에 대한 건); 공정거래위원회 의결 제 2010-059호 2010. 6. 16. 2009카총2722(11개 소주 제조·판매사업자의 부당한 공동행위에 대한 건) (이하 '소주담합 공정위 의결'이라 한다) 등.

- 4) Vauhini Vara, Did Apple Fix E-Book Prices for the Greater Good?, The New Yorker, 2014. 12. 16., <http://www.newyorker.com/business/currency/apple-claiming-virtue-e-book-price-fixing-case>. EU의 경우에는 구매자의 대항력(countervailing power)이 기업결합 심사 과정 및 시장지배적지위의 존부를 판단하는 하나의 요소로 고려되고 있는 것(Alison Jones & Brenda Sufrin, EU Competition Law, Oxford University Press, 2011, pp. 349-351, 933-934) 외에 담합행위를 정당화시키는 항변으로 인정된 선례는 없는 것으로 보인다(Einer Elhauge & Damien Geradin, Global Competition Law and Economics, Hart Publishing, 2011, p. 261).
- 5) 권오승, “중소기업의 협동화와 독점규제법”, 경희법학, 제25권 제1호, 1990, 99-105면; 조혜신, “경쟁정책과 중소기업정책의 조화를 위한 독점규제법의 과제”, 경쟁법연구, 제29권, 2014, 480-485면.
- 6) 공정거래위원회 재결 제2005-013호 2005. 8. 11. 2004심이2019; 서울고등법원 2007. 11. 8. 선고 2005누19759 판결(이영대, “수요독점(Monopsony)의 법적규제”, 공정거래법의 쟁점과 과제, 법문사, 2010, 76-78면에서 재인용).
- 7) 서울고등법원 2011. 4. 19. 선고 2010누21718 판결(이하 '소주담합 고법판결'이라 한다). 대법원에서는 문제되는 행위의 평가와 관련하여 원심과 아예 다른 입장을 취하면서 아쉽게도 대항 카르텔의 허부에 대해서는 명시적으로 판단하지 않았다(대법원 2014. 2. 13. 선고 2011두16049 판결).

는 매우 신중할 필요가 있다.

II. 소주담합 사건에서의 대항 카르텔 항변과 법원의 판단

1. 사안

소주담합 사건 중 대항 카르텔과 관련이 있는 사실관계는 다음과 같다. 희석식 소주의 경우 해당 주류 면허를 취득한 총 10개 사업자가 현재 이를 제조·판매하고 있으며, 과거 소주제조장 1도 1사 원칙 및 자도주 의무구입 제도 등의 시행의 영향으로 현재도 지역별로 과점시장의 형태를 띠고 있다.⁸⁾ 주류 시장은 전통적인 규제 산업 중 하나인 바, 소주 사업자들이 필요로 하는 병마개 또한 임의로 제조하거나 선택할 수는 없고, 국세청의 지정을 받은 자가 제조한 병마개를 사용해야 한다.⁹⁾ 이에 위 10개 사업자 중 진로를 제외한 나머지 사업자들은 모두 세왕금속공업(주)(이하 ‘세왕금속’이라 한다)로부터 병마개를 공급받고 있다.¹⁰⁾ 따라서, 해당 9개 사업자의 입장에서는 병마개에 관한 한 세왕금속이 독점적 공급자이며,¹¹⁾ 세왕금속에게도 9개 사업자가 소주 병마개에 관한 한 거래 상대방 전부이다.¹²⁾

세왕금속은 2008. 5월 말부터 6월 초에 걸쳐 병마개 가격 인상 계획을 9개 사업자에게 공문을 통해 개별적으로 통보하였다.¹³⁾ 이에 대선, 선양, 롯데(당시 두산)의 3개사는 2008. 6월에 세왕금속의 가격 인상 요구를 받아들여 인상된 가격으로 대금을 지급하였다.¹⁴⁾ 그런데, 그 이후 위 3개사를 포함한 9개 사업자 모두

8) 소주담합 고법판결 4면; 소주담합 공정위 의결 11-12면.

9) 주세법 시행령 제57조 제1항 및 4항.

10) 소주담합 고법판결 22면.

11) 소주담합 고법판결 22면.

12) 소주담합 공정위 의결 52면.

13) 소주담합 공정위 의결 53면. 고객별 인상 시기 및 폭에 대해서는 공정위 의결 및 고법판결에 명확히 기재되어 있지 않으며, 세왕금속이 사업자별로 통상의 거래량 할인 외의 가격차별을 시행하고 있었는지도 확인되지 않는다.

14) 희석식 소주 시장은 1강(진로) 5중(금복주, 대선, 롯데(당시 두산), 무학, 보해) 4약(선양, 충북, 하이트, 한라산) 체제로 이루어져 있다고 한다(소주담합 고법판결 4면). 3개사 중 대선과 롯데는 ‘중’ 그룹에, 선양은 ‘약’ 그룹에 속하는데, 세왕금속의 2008. 12월 감사보고서의 주석에 따르면 당시 대선 및 두산(현 롯데)은 세왕금속의 특수관계자였다. 이러한 특수관계가 경쟁제한성 분석에 있어 가지는 의미에 대해서는 IV.장에서 살펴보기로 한다.

‘천우회’라고 하는 소주 제조사 사장단 모임에서 세왕금속에 대해 공동으로 가격 인상 보류를 요청하기로 합의한 후 9개 사업자 대표이사 명의로 ‘병마개 인상시기 연기 건의문’을 세왕금속에게 송부하였다.¹⁵⁾ 건의문을 받은 세왕금속은 9개 사업자와 다시 협상을 진행하였고, 결국 소주 주정가격의 인상 시기(2008. 11. 1.) 이후인 2008. 12. 1.에 병마개 가격을 인상하기로 합의하였다.¹⁶⁾

2. 공정위의 판단

공정위는 9개 사업자가 병마개 가격의 인상 요구를 거부한 채 인상 시점의 보류를 함께 요구하기로 합의한 것은 세왕금속은 물론이고 각 소주 사업자의 독자적인 사업활동을 방해 또는 제한함으로써 경쟁을 실질적으로 제한하는 부당한 공동행위로서 공정거래법 제19조 제1항 제9호에 저촉된다고 판단하였다. 소주 사업자들은 세왕금속에게 가격 인상의 연기를 건의하기로 합의하고 그와 같이 요청한 것은 사실이지만, 이는 사전 협의 없이 일방적으로 가격 인상을 통보한 세왕금속에게 단지 희망사항을 밝힌 것에 불과하다고 주장하였다.¹⁷⁾

그러나 공정위는 소주 병마개에 관한 한 거래 상대방 전부인 9개 사업자가 공동

15) 소주담합 공정위 의결 52면.

16) 소주담합 공정위 의결 53면. 당초 세왕금속의 가격 인상 요구를 수용했던 3개사는 세금계산서를 수정하고 이미 지급하였던 대금을 돌려받았다.

17) 소주담합 공정위 의결 53면. 세왕금속도 건의문을 받은 뒤 자체적인 판단을 거쳐 소주 사업자들과 협상을 하고 가격 인상을 연기한 것이라는 입장을 취했다. 공정위 의결서만으로는 세왕금속이 말하는 “자체적인 판단”의 의미를 정확하게 파악하기는 어렵다. 다만, 소주 사업자들의 주장에 비춰서 생각해 보면, 세왕금속이 소주 사업자들과의 관계에서는 절대적인 위치에 있는 독점 사업자이기 때문에 소주 사업자들의 인상 시기 보류 요구에 밀려서 협상에 임한 것은 아니고, 건의문을 통해 거래 상대방의 곤란한 처지를 확인한 후 가격 인상 시기를 재협상하기로 자체 결정했다는 취지일 것으로 추측된다. 앞서 언급했던 것처럼 9개 사업자 중에 세왕금속의 주주가 포함되어 있다는 사실도 세왕금속이 소주 사업자들의 공동보조와 무관하게 소주 사업자들의 요구를 보다 전향적으로 고려하게 된 독자적인 동인이 되었을 수도 있다. 다만, 그런 취지라면 세왕금속의 재협상 및 인상 보류 결정은 소주 사업자들에게 순전히 시혜적인 조치가 되는데, 기업이 손해를 보면서까지 거래 상대방의 입장을 “자체적으로” 고려해 준다는 주장은 쉽게 납득하기 어렵다. 주주의 이익을 고려한 것이라는 주장도 세왕금속이 거래 상대방이 주주인 경우에도 가격 인상을 요구했다는 사실과 주주가 아닌 거래 상대방에게도 마찬가지로 재협상 및 가격 인상을 보류해 주었다는 사실과 잘 부합하지 않는 측면이 있다. 물론 세왕금속이 주요 거래 상대방들과의 원만한 거래관계를 고려하여 (즉, 자신의 이익을 위하여) 재협상 및 인상 보류에 합의했다는 주장도 생각해볼 수 있으나, 독점적 지위에 있는 데다가 주세법 기타 규제에 의한 진입장벽의 보호를 받고 있는 세왕금속의 입장에서는 소주 사업자들과의 거래관계의 안정에 대해 크게 우려할 이유가 없을 뿐 아니라, 만일 실제로 우려가 될 정도의 관계였다면 이는 9개 사업자의 공동보조에 영향을 받은 것이 아니라는 세왕금속의 입장과 배치되는 것이 아닌가 생각된다.

으로 가격 인상의 보류를 요구한 것을 세왕금속이 무시하고 가격 인상을 그대로 강행하는 것은 불가능했을 것이고, 그렇지 않다고 하더라도 소주 사업자들이 독자적으로 결정해야 할 거래 조건을 상호 합의한 것 자체가 공정거래법에 반하는 것이라 판단하였다.¹⁸⁾

3. 법원의 판단

서울고등법원은 우선 9개 사업자의 행위가 병마개 가격에 관한 거래 조건을 합의한 것이라기보다는 그 인상 시점의 연기를 요청한 것에 불과하다는 이유로 공정거래법 제19조 제1항 제1호 내지 8호에는 해당하지 않고 제9호로 포섭되는 행위라는 점에 대해 공정위와 의견을 같이 했다.¹⁹⁾ 그리고 소주 사업자들의 행위로 인하여 병마개 공급 시장과 소주 시장에서 관련 사업자들의 활동이 방해되었다는 점에서 경쟁제한성을 인정할 여지가 있다고 보았다.²⁰⁾

다만, 서울고등법원은 공정위와 달리 소주 사업자들의 공동 대응이 독점기업을 상대로 한 것이라는 사실에 주목했다. 동 법원은 병마개 가격의 인상이 소주 사업자들의 원가 상승을 가져오고 궁극적으로는 소주 시장에서 최종 소비자 가격의 인상을 초래할 수 있는 만큼, 소주 사업자들의 공동행위는 독점 사업자의 일방적인 요소(병마개) 가격 인상으로 인한 최종 재화(소주)의 가격 인상을 일시적으로나마 저지하는 소비자 후생 증대효과가 있고, 그러한 소비자 후생의 증대가 공동 대응으로 인한 반경쟁적 효과를 넘어선다고 판단하였다.²¹⁾ 즉, 소주 사업자들이 비록 담합을 한 것은 맞지만 그 행위의 실질은 독점기업(세왕금속)을 상대로 대항력

18) 소주담합 공정위 의결 53면.

19) 소주담합 고법판결 21-22면. 그런데, 공정위와 서울고등법원의 판단에 대해 다소 의문이 있다. 가격 인상을 연기하는 것은 적어도 그 기간 동안 현행 가격을 유지하는 행위이고, 그 실질에 있어서는 해당 기간 동안 예정된 인상폭만큼 가격을 할인해 주는 것과 다르지 않다. 따라서 구매자들이 공동으로 가격 조정 시점을 일정한 기간 이후로 미루기로 합의하고 거래 상대방의 가격 인상 요구를 공동으로 거부하는 행위는 제19조 제1항 제1호의 가격을 결정·유지 또는 변경하는 행위로 볼 여지가 충분히 있다. 예를 들어 일정한 재화를 생산하여 판매하는 사업자들이 대형 고객을 상대로 5개월 뒤에 예정된 가격 인상 시기를 현 시점으로 앞당기는 것이 좋겠다고 의견을 모은 뒤 공동으로 가격 인상 요구를 하여 가격 인상이 곧바로 되는 경우에도 법원이 위와 같이 볼 것인지 의문이다. 본건 소주 사업자들의 공동대응은 이러한 경우와 본질적인 차이가 없다. 오승환, “공동행위의 경쟁제한성 입증”, 공정거래법의 쟁점과 과제, 법문사, 2010, 166면도 제9호에 일견 해당하는 행위가 실제로는 “가격과 생산량에 직접영향을 미치는 행위의 한 종류일 수 있다”고 지적하고 있다.

20) 소주담합 고법판결 22면.

21) 소주담합 고법판결 22-23면.

(countervailing power)을 행사한 것이고(대항 카르텔), 그로 인한 친경쟁적 효과가 더 크기 때문에 결국 위법성이 부인된다고 본 것이다.²²⁾

III. 대항 카르텔의 현행 법체계상의 문제

1. 담합행위의 연성화 가능성

소주담합 사건에서 서울고등법원이 대항 카르텔을 내용으로 하는 당사자들의 항변을 받아들인 이유는 해당 행위가 경쟁제한성이 없지 않으나 독점의 폐해(최종 소비자들이 경쟁가격보다 높은 가격을 지불하는 비효율성)을 시정하는 긍정적인 효과가 더 크다고 보았기 때문이다. 이처럼 대항 카르텔은 논리적으로 반경쟁적인 측면과 친경쟁적인 측면이 모두 있는 소위 ‘복합적’ 성격을 가질 수 있다.²³⁾

대항 카르텔의 성격을 어떻게 이해할 것인가는 상당히 중요한 의미를 가질 수 있다. 왜냐하면 종래 경성공동행위로 분류되었던 노골적인 가격담합 등도 대항 카르텔에 해당하는 한 복합적 성격을 가질 수 있기 때문이다. 즉, 대항 카르텔은 논리적으로 어떠한 형태나 내용의 담합행위도 연성화시킬 수 있는 잠재적 가능성을 가지고 있다. 따라서 담합행위의 성격에 따라 위법성 심사 기준 및 내용을 달리해야 한다고 보는 입장에서는 심사 체계상 대항 카르텔의 취급이 상당히 어려운 문제가 될 수 있다.

만일 현행법이 일부 주요 외국 경쟁법과 같이 당연위법(*per se illegal*) 또는 이와 유사한 법리를 채택하고 있다면, 대항 카르텔이라는 내용의 항변을 일반적으로 허용하는 것은 사실상 당연위법 법리에 대한 새로운 (게다가 상당히 넓을 수 있는) 예외를 인정하는 결과가 된다.²⁴⁾ 현행 공정거래법이 담합행위에 관하여 어떤

22) 이어지는 상고심에서 대법원은 소주 사업자들의 공동 대응의 성격 자체에 대해 공정위 및 원심과 시각을 달리 했다. 즉, 소주 사업자들의 공동 대응은 종래 세왕금속의 일방적인 통보로 결정되어 왔던 병마개 가격의 인상 결정을 재고하거나 연기해 달라는 “건의”에 불과하고, 세왕금속도 자체적인 판단으로 가격 인상을 연기하기로 합의했다는 의견을 제시하고 있는 만큼 공동 대응으로 인하여 관련 소주 사업자들의 가격 교섭권이 방해받았다기보다는 단지 가격 교섭 기회의 보장을 요청하고 이를 받은 것으로 해석할 수 있다는 이유로 제19조 제1항 제9호의 공동행위에 아예 해당하지 않는다고 판단하였다(대법원 2014. 2. 13. 선고 2011두16049 판결). 대법원의 판단은 해당 행위를 공정거래법 제19조 제1항 제9호로 의율한 논리적 결과로 보인다. 그러나 앞서 지적한 바와 같이 소주 사업자들의 공동 대응을 동항 제9호로 반드시 포섭해야 하는지에 대해 의문이다.

23) 복합적 효과를 가진 공동행위에 대해서는 오승환, 앞의 글, 162-164면 참조.

위법성 심사 기준 및 내용을 택하고 있는지에 대해 논란이 없지는 않으나, 대법원이 경성카르텔에 해당하는 공동행위에 대해서도 관련시장의 획정을 요구한 이후에²⁵⁾ 적어도 엄격한 의미에서의 당연위법 법리를 채택한 것은 아니라고 보아야 할 것이다.²⁶⁾ 따라서, 대항 카르텔이라는 주장이 법리적으로 아예 봉쇄된다고 볼 것은 아니지만, 판례가 당연위법 법리를 채택하지 않았다고 하여 필연적으로 담합행위의 내용을 불문하고 어느 경우에도 전면적인 경쟁제한성 심사를 해야만 하는 것도 아니므로,²⁷⁾ 대항 카르텔이라는 주장을 어느 범위 및 수준에서 심사할 것인지 결정하는 것은 여전히 과제로 남는다. 이 문제를 해결하기 위해서는 대항 카르텔이 경쟁에 미치는 영향에 대해 보다 심도 있는 고찰이 필요하다. 대항 카르텔이 소비자 후생 증대를 가져올 가능성이 실제로 있는지, 만일 그렇다면 어느 경우에 그러한지 등에 대한 이해가 선행된 이후에야 공동행위 심사 과정에서 대항 카르텔

24) 일정한 유형의 담합을 당연위법한 것으로 취급하고 있는 미국의 경우 대항 카르텔 항변에 관한 논의는 당연위법 원칙에 대한 예외를 어느 범위까지 허용할 것인가와 관련하여 이루어지고 있다(Warren S. Grimes, "The Sherman Act's Unintended Bias Against Lilliputians: Small Players' Collective Action as a Counter to Relational Market Power", 69 Antitrust L.J. pp. 232-234 (2001)). 당연위법 법리를 채택하고 있는 경쟁법 체제 하에서도 담합이 달리 획득하기 어려운 효율성을 달성하기 위해 필요한 부속적 제한(ancillary restraint)인 경우에는 합리성의 원칙(rule of reason)에 따라 심사를 한다는 등의 예외가 인정되고 있기는 하나(ABA Section of Antitrust Law, Antitrust Law Developments, 2012, pp. 56-59), 대항 카르텔의 항변은 담합행위가 어떠한 효율성을 창출시키는 조치에 부속적으로 필요하다는 내용이 아니라 담합행위 그 자체가 현존하는 비효율성을 완화시킨다는 취지이고, 이는 마침 거래상대방이 시장지배력이 있기 때문이지 담합 가담자간 또는 시장에 어떠한 새로운 효율성이 창출되었기 때문이 아니므로 효율성 달성에 필요한 부속적인 행위라고 바로 인정하는데 어려움이 있다(Laura Alexander, "Monopsony and the Consumer Harm Standard", 95 Geo. L.J. pp. 1640-1641 (2007)).

25) 대법원 2012. 4. 26. 선고 2010두11757 판결.

26) 백승엽, "경성카르텔의 경우에도 그 위법성 판단에 있어서 관련 시장의 획정이 필요한지 여부 등", 대법원 판례해설, 제91호, 2012, 755, 759-60면. 위 대법원 판결 이전에도 판례가 당연위법의 법리를 채택하지 않고 있음을 명확히 했다는 견해로는 정재훈, "부당한 공동행위와 관련시장의 획정", 법조, 제686호, 2013. 11., 305-306면; 임영철, 공정거래법, 법문사, 2007, 222면 참조. 이와 달리 당연위법의 법리 하에서도 친경쟁적인 효과를 달성하기 위한 부속적 제한행위(ancillary restraint)의 경우에는 예외적으로 경쟁제한성을 심사하기 때문에 대법원이 당연위법의 법리를 완전히 배척한 것은 아니라는 견해로는 오승환, 앞의 글, 177-179면 참조.

27) 정재훈, 앞의 글, 315-316면. 판례 또한 신용카드업자간 수수료 담합사건에서 "사업자들이 공동으로 가격을 결정하거나 변경하는 행위는 그 범위 내에서 가격경쟁을 감소시킴으로써 그들의 의사에 따라 어느 정도 자유로이 가격의 결정에 영향을 미치거나 미칠 우려가 있는 상태를 초래하게 되므로, 그와 같은 사업자들의 공동행위는 특별한 사정이 없는 한 부당하다고 볼 수밖에 없다"고 하는 등 당연위법의 법리를 채택하지 않더라도 담합행위의 내용과 성격에 따라 부당성 심사에 차이가 있을 수 있음을 내비추고 있다(대법원 2009.3.26. 선고 2008두21058 판결).

을 어떻게 취급하는 것이 바람직할지에 대한 논의가 의미 있게 이루어질 수 있기 때문이다.

2. 공동행위 인가 제도와와의 관계

공정거래법은 부당한 공동행위라 할지라도 인가를 받은 경우에는 이를 허용하고 있다. 동법 제19조 제2항은 인가가 가능한 공동행위의 목적으로 중소기업의 경쟁력향상(제6호)를 들고 있고, 인가 기준을 구체화하고 있는 시행령 제28조는 공동행위로 인한 참가자(모두 중소기업이어야 한다)들의 거래조건에 관한 교섭력 강화 효과가 명백하고 공동행위 외의 방법으로는 대기업에 “대항”하기 어려운 경우에 인가가 가능하다고 규정하고 있다.²⁸⁾ 이처럼 공정거래법이 제한적으로나마 대항 카르텔을 인가받을 기회를 제공하고 있는 이상, 인가 받지 않았거나 인가의 대상이 아닌 대항 카르텔은 허용되지 않는 것이 아닌가라는 의문이 제기될 수 있다.²⁹⁾

그러나 다음과 같은 이유로 공동행위 인가 제도가 있다고 하여 필연적으로 인가를 받지 않은 대항 카르텔을 무조건 불허해야 하는 것은 아니라고 생각한다. 첫째, 인가 제도는 법문에서 밝히고 있는 것처럼 “부당한” 공동행위를 대상으로 하고 있다.³⁰⁾ 대항 카르텔이라는 항변의 취지는 담합이 소비자 후생의 증대를 가져온다는, 다시 말하면 친경쟁적 효과가 반경쟁적 효과를 상회한다는 것이므로 애당초 담합이 부당하지 않다는 주장이다. 즉, 대항 카르텔의 항변과 공동행위의 인가 제도는 서로 그 대상행위와 단계에 차이가 있다.³¹⁾

둘째, 공정거래법 제19조 제2항은 중소기업의 경쟁력향상 외에도 연구·기술개발

28) 시행령 제28조는 그 외의 경우에도 인가가 가능하다고 규정하고 있다. 예를 들어 공동행위에 의한 중소기업의 품질 기술 향상 등 생산성 향상 효과가 명백하고(1호) 공동행위 외의 방법으로는 참가자(모두 중소기업)들이 대기업과 효율적으로 경쟁하기 어려운 경우(3호)에도 인가가 가능한데, 이는 대항 카르텔이 행해지는 수직적 관계가 아닌 수평적 관계에서 효율성 향상을 통한 경쟁력 제고의 경우를 지칭하는 것으로 대항 카르텔과는 구별된다. 한편 공정거래법상 대항력은 이외에도 기업결합 심사(기업결합심사기준 VI.2.나.(2) 및 VI.4.)와 시장지배적 사업자 여부의 판단(시장지배적 지위 남용행위 심사기준 III.3.다.) 과정에서 고려될 수 있다.

29) 송태원, “공동행위 과징금 집행시 부당성 요소의 고려 필요성”, 동아법학, 제60호, 2013, 232면은 공동행위 참가자들이 제시하는 정당화 사유로 대항 카르텔을 거론한 뒤 공정거래법 제19조 제2항에 따라 사전 인가를 받지 않는 한 그러한 주장이 부당한 공동행위의 성립을 저지할 수 없다는 입장을 취하고 있다.

30) 양명조, 경제법, 신조사, 2015, 329면.

31) 물론 대항 카르텔의 형태를 띠고 있음에도 불구하고 반경쟁적 효과가 더 큰 경우에는 인가 대상이 될 수 있을 것이다.

을 목적으로 하는 담합행위를 인가의 대상이 된다고 규정하고 있는데, 공동연구 및 개발행위는 인가를 받았는지 여부와 무관하게 위법성 심사단계에서 그로 인한 효율성을 고려하도록 되어 있다.³²⁾ 따라서 제19조 제2항에 열거되어 있는 사유라는 이유만으로 위법성 심사 단계에서 고려될 수 없다고 하는 것은 현 실무와 배치되고, 오히려 인가 제도는 산업정책상의 목적을 달성하기 위해 사업자들의 법적 불안과 위험을 위법성 심사 단계까지 기다리지 않고 사전에 해소할 수 있는 기회를 특별히 제공한 것으로 이해하는 것이 더 타당해 보인다.

셋째, 공동행위 인가 제도는 산업 정책적 관점에서 대항 카르텔을 접근하고 있기 때문에 경쟁정책 측면에서 대항 카르텔을 허용할지의 문제와는 정책적인 고려 및 문제의식에 차이가 있다. 즉, 인가 제도와 위법성 심사가 완전히 중복된다고 볼 수 없다.

넷째, 비판을 받고 있기는 하나 판례는 인가를 받지 않은 공동행위의 경우에도 법에서 정하고 있는 인가 사유를 부당성 판단 단계에서 고려하고 있는 실정이므로,³³⁾ 인가받지 않았다는 이유로 위법성 내지 부당성 심사 단계에서 대항 카르텔이라는 주장이 원천적으로 봉쇄된다는 것은 판례의 태도와 부합하지 않는다.

결론적으로 대항 카르텔에 해당하는지 여부를 심사 단계에서 고려하는 것이 법률 또는 법체계상 봉쇄되어 있지는 않다고 판단된다. 이에 아래에서는 대항 카르텔이 경쟁 및 소비자 후생에 미치는 효과에 대해 더 자세하게 살펴보기로 한다.

IV. 대항 카르텔이 소비자 후생 및 경쟁에 미치는 효과

1. 대항 카르텔의 경제학적 기초 - 차선 이론(Theory of Second Best)

차선 이론에 따르면 둘 이상의 조건에서 파레토 최적을 달성하지 못하고 있는 비효율적인 시장이 있는 경우에 그러한 조건 중 하나를 시정한다고 해서(즉, 파레토 조건에 맞춤) 효율성이 반드시 향상된다고 단정할 수 없다.³⁴⁾ 단 하나의 조건만 파레토 효율성을 저해하고 있다면 그 조건을 시정할 경우 파레토 최적이 되면

32) 공동행위 심사기준 V.1.나.항 참조

33) 대법원 2005. 8. 19. 선고 2003두9251 판결 등. 이러한 판례의 입장에 대한 비판적인 견해로는 양명조, 앞의 책, 239면 참조.

34) R.G. Lipsey & Kelvin Lancaster, "The General Theory of Second Best", 24 Rev. Econ. Stud. pp. 11-12 (1956) (Einer Elhauge, United States Antitrust Law and Economics, Foundation Press, 2011, p. 175에서 재인용).

서 효율성이 증가하겠지만, 그 외의 단면에서도 파레토 최적을 맞추지 못하고 있다면 그러한 시정이 경제적 효율성을 향상시킬지, 중립적일지, 아니면 오히려 저해할지 불분명하다는 것이다.³⁵⁾ 차선 이론은 개별적인 반경쟁적 행위에 대한 경쟁법의 개입이 관련 시장의 전반적인 효율성을 반드시 더 향상시킨다고 단정할 수 없으므로 개입에 신중해야 한다는 근거로 주로 인용되어왔는데,³⁶⁾ 대항 카르텔을 선불리 금지해서는 안 된다는 이론적 근거로도 활용 가능하다.³⁷⁾ 만일 대항 카르텔이 독점으로 인한 폐해를 실제로 시정하는 효과가 있다면, 시장의 독점 상황은 그 대로 둔 채 대항 카르텔만 금지하는 것은 시장의 효율성을 오히려 악화시키는 결과를 초래할 수도 있기 때문이다. 아래에서는 이러한 이론적 틀을 활용하여 논의를 전개해 나가기로 한다.³⁸⁾

2. 현존하는 비효율성(I) - 공급의 독점으로 인한 폐해

앞서 살펴본 소주담합 사건에서 세왕금속과 9개 소주 사업자들간의 병마개 시장을 하나의 관련시장으로 본다면 세왕금속은 독점적 공급자의 지위에 있게 된다.³⁹⁾ 독점적 공급자에 대항하여 구매자들이 담합을 하는 경우 차선 이론의 틀에서 보았을 때 현존하는 시장의 비효율성으로 우선 공급독점으로 인한 폐해를 들 수 있다.

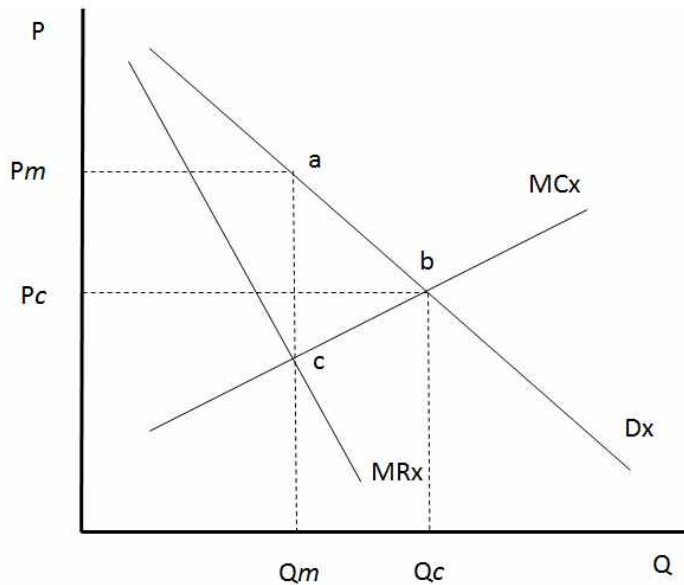
35) Phillip Areeda, Louis Kaplow & Aaron Edlin, *Antitrust Analysis*, Aspen Publishers, 2004, p. 28. 저자들은 자동차 바퀴의 얼라이먼트(alignment)를 예로 들어 설명을 하고 있다. 만일 바퀴 하나만 방향이 틀어져 있는 경우에는 그 바퀴를 정렬시키면 차가 똑바로 가겠지만, 다른 바퀴(들)도 틀어져 있다면 그 중 한 바퀴를 정렬시킨다고 해서 자동차가 바르게 전진하는 것도 아닐 뿐만 아니라 기존에 비해 더 안전하게 운행할 수 있을 것이라고 단정할 수 없다. 그 이유는 각 바퀴의 비정렬로 인한 개별적인 효과가 서로 상쇄하여 차가 똑바로 운행할 수 있었다면 그 중 한 바퀴의 시정은 오히려 운행 상태를 더 나쁘게 만들 수 있기 때문이다.

36) Phillip Areeda, Louis Kaplow & Aaron Edlin, *Ibid*, pp. 28-29.

37) Einer Elhauge, *op. cit.* (n. 42), pp. 174-175.

38) 본고 목적상 이후 논의에서는 서울고등법원과 같이 소주 사업자간의 공동대응이 공정거래법 제19조 제1항의 공동행위에 일단 해당한다고 전제한다.

39) 논의의 편의상 9개 소주 사업자들이 다른 병마개 제조업체로 공급처를 전환하거나 타 병마개 제조사에 의한 현재적·잠재적 시장진입의 가능성이 없고, 세왕금속 또한 진로를 새로운 수요처로 확보하는 것이 불가능함을 전제한다.



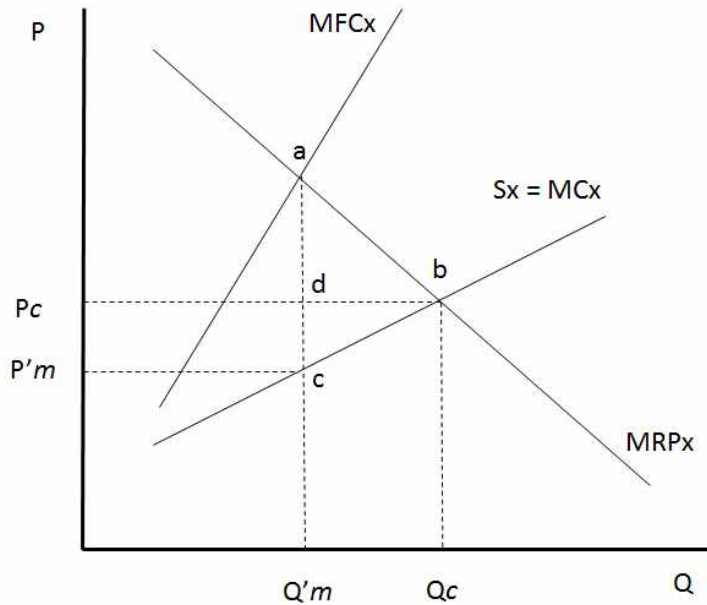
<그림1>

위 그림은 재화 Y를 생산하는데 투입되는 요소 X의 공급독점(monopoly) 상황에서의 생산량과 가격을 보여주고 있다. 경쟁시장에서는 시장의 수요와 공급 곡선이 만나는 지점(P_c , Q_c)에서 가격과 수량이 결정되는 반면에, 독점 시장의 경우에는 독점 사업자의 한계수입(marginal revenue) 곡선⁴⁰⁾과 한계비용(marginal cost) 곡선이 만나는 지점(c)에서 독점 사업자의 공급량(Q_m)이 정해지고 그에 따라 가격(P_m)이 결정되기 때문에 경쟁 상태에 비해 X의 공급이 줄고 가격은 상승하면서 사회적 후생 손실이 발생한다.⁴¹⁾

3. 현존하는 비효율성(II) - 수요의 독점(담합)으로 인한 폐해

40) 독점기업의 한계수입 곡선은 수요 곡선에 비해 아래에 있다. 완벽한 가격차별이 가능하지 않은 이상 재화의 가격을 인하할 경우 마지막으로 생산한 재화뿐만 아니라 기존에 생산한 모든 재화에 대해 가격을 인하해야 하므로 독점기업의 한계수입 곡선은 수요 곡선에 비해 더 가파르게 떨어지게 된다.

41) <그림1>에서 사회적 후생손실 부분은 삼각형 abc의 면적이다. 한편 <그림1>은 가격과 수량 측면에서의 정태적 비효율성을 보여주고 있음에 유의해야 한다. 독점 이윤 창출의 가능성은 투자 및 기술혁신 등의 친경쟁적 유인을 증가시킬 수 있고, 시장의 특성(예를 들어 자연 독점)에 따라서는 사전 투자의 전제 조건이 될 수도 있다. 따라서 대항 카르텔에 대한 평가를 함에 있어서도 이러한 점을 고려할 필요가 있다.



<그림2>

본건 관련시장이 세왕금속과 9개 사업자로 구성된다고 보면, 수요자 전부가 세왕금속을 상대로 공동대응을 한 것은 실질적으로 시장에서 하나의 수요자가 존재하는 소위 수요독점(monopsony)과 같은 상태를 만들어낸 것과 같다.⁴²⁾ 역시 차선 이론의 관점에서 바라보았을 때 담합의 결과 초래되는 수요독점의 폐해는 시장에서 현존하는 또 하나의 비효율성에 해당한다.

<그림2>는 수요독점 시장에서의 요소 X의 투입량과 가격을 보여주고 있다. MRP_x 는 수요독점 기업의 입장에서 요소의 한계수입생산물(marginal revenue product), 즉 요소 X를 한 단위 더 투입할 때마다 재화 Y를 통해 추가로 획득하는 총수입의 증가분을 나타내는 곡선이다.⁴³⁾ S_x 는 요소 X의 공급곡선이다.⁴⁴⁾ 그리고 MFC_x 는 수요독점 기업의 한계요소비용(marginal factor cost), 즉 요소를 한 단위

42) 물론 가담자간의 협상 및 관련 비용이 발생한다는 점에서 통상적인 수요독점의 경우와 차이가 날 수 있다. 협상과 그로 인한 비용은 아래 IV.5.항에서 검토하기로 한다.

43) 우선 논의의 편의상 수요독점 기업이 활동하는 최종 생산물 시장(하류 시장)은 경쟁적 상황을 전제한다. 이 경우 한계수입생산물 곡선은 한계생산가치(value of the marginal product) 곡선과 동일하다. 생산 요소에 대한 수요독점자라고 하여 당해 요소를 활용하여 생산된 재화 시장에서 독점력 또는 지배력을 반드시 보유하게 되는 것이 아님을 유의해야 한다(Alexander, op. cit., pp. 117- 119(저자는 석탄 시장의 예를 들어 이 점을 설명하고 있다); John B. Kirkwood, op. cit., pp. 1531- 1532).

44) X의 공급이 경쟁적임을 전제하고 있으므로, 공급곡선은 곧 요소 X의 한계비용(MC_x) 곡선이 되기도 한다.

더 투입할 때마다 추가로 부담해야 하는 총비용의 증가분을 나타내는 곡선이다.⁴⁵⁾ 수요독점의 경우 요소의 공급 곡선이 아닌 한계요소비용 곡선과 한계수입생산물 곡선이 만나는 지점(a)에서 X의 투입량($Q'm$)이 결정되고 해당 투입량에 따른 X의 가격은 $P'm$ 이 된다. 즉, 경쟁시장의 경우(Q_c, P_c)와 비교했을 때 요소의 투입량(고용)은 줄고, 요소 가격 또한 경쟁수준에 비해 하락한다.

수요독점 하에서는 사회적으로 적정한 요소의 투입량보다 적은 양이 투입(고용)되기 때문에 공급독점의 경우와 유사하게 사회적 후생손실(deadweight loss)이 발생하는 한편, 수요독점 기업이 인하된 가격으로 요소를 구매하면서 요소 공급자(생산자)로부터 수요독점 기업에게 부의 이전이 일어난다.⁴⁶⁾ 이러한 부의 이전은 생산자의 (기대) 수입을 감소시켜 요소의 산출량뿐만 아니라 기술개발 및 혁신의 유인을 감소시킬 수 있어 앞서 살펴본 손실 외에 장기적으로도 효율성을 감소시킬 가능성이 적어도 이론적으로는 제기된다.⁴⁷⁾

한편, 수요독점자가 생산요소 가격을 하락시키면 생산비용이 절감되는 바, 소수 담합 사건의 서울고등법원과 같이 수요독점자가 이러한 비용 절감분을 일부나마 최종 소비자 가격에 반영(즉, 가격 인하)할 것이라 기대할 수 있다. 그러나 수요독점의 하류시장 가격에 대한 영향은 조금 더 세밀하게 살펴볼 필요가 있다.⁴⁸⁾

수요독점의 대상이 되는 X 요소를 이용하여 생산되는 재화시장 Y의 구조는 경쟁적인 시장부터 독점시장까지 모두 가능하다. 예를 들어 X의 운송비용이 높아져 지역별로 X 시장이 형성되어 있고, 특정 지역에 X를 구매하는 기업이 하나만 존재할 수 있다. 그럴 경우 그 기업은 X에 대한 수요독점자가 될 것이다. 그런데, 그

45) 한계요소비용 곡선이 요소의 공급곡선보다 더 가파르게 상승하는 이유는 완벽한 가격차별이 가능하지 않는 한 수요독점 기업이 요소를 하나 더 투입할 때마다 마지막으로 투입하는 요소의 비용만 추가로 부담하는 것이 아니라 요소 가격이 전체적으로 상승하면서 투입되는 모든 요소에 대해 보다 상승된 가격을 지불해야하기 때문이다.

46) <그림2>에서 사회적 후생손실은 삼각형 abc의 면적이고, $dcP'mP_c$ 의 면적이 수요독점 결과 공급자로부터 수요독점 기업에게 이전하는 부에 해당한다.

47) John B. Kirkwood, "Powerful Buyers and Merger Enforcement", 92 B.U. L. Rev. p. 1497, n. 46 (2012); Hillary Greene, "Non-Per Se Treatment of Buyer Price-Fixing in Intellectual Property Settings", Duke L. & Tech. Rev. paras. 36-42 (2011)(저자는 지적재산권의 구매자(licensee)간에 카르텔을 할 경우 동태적 기술혁신이 저해되는지 여부를 정확히 판단하기는 쉽지 않다고 지적하고 있다).

48) 공급독점의 경우 요소 가격의 상승과 산출량의 감소는 통상 최종 재화의 산출량의 감소를 초래할 것이므로 최종 재화의 가격에 대해 상승 압력이 발생한다. 만일 최종 재화 시장이 경쟁적이어서 요소 수요자들이 가격을 인상하는 것이 어렵다면 요소 비용의 상승이 해당 수요자들의 퇴출 등으로 이어질 수 있다. 이처럼 공급독점의 경우에는 요소의 가격이 상승하기 때문에 하류시장에서도 가격 상승 압력이 발생한다는 점은 직관적으로도 쉽게 이해되지만, 이후의 논의에서 보듯 수요독점의 경우에는 직관이 반드시 사실에 부합하지 않을 수 있다.

기업이 참여하는 Y의 관련 시장은 얼마든지 경쟁적일 수 있다. 왜냐하면 다른 지역에서 생산된 X(또는 X와 대체 가능한 다른 요소)를 가지고 Y(또는 Y와 대체 가능한 다른 제품)를 생산한 여타 기업들이 경쟁자로 시장에 참여할 수 있기 때문이다.⁴⁹⁾ 반대로 만일 X가 Y에 필수적인 요소이고 Y에 대한 별다른 대체재가 없는 경우에는 수요독점자가 Y 시장에서도 공급독점자의 지위에 있을 수 있다.

우선 하류시장이 경쟁적인 경우를 상정해보자. 이 경우 수요독점 기업도 하류시장에서는 가격수용자(price taker)의 위치에 있다. 수요독점의 결과 X 가격이 하락하면서 투입되는 X의 양이 줄게 된다는 것은 앞서 살펴본 바와 같다. X의 투입량이 줄면 X를 사용해서 생산되는 Y의 산출량도 줄게 된다. 따라서 수요독점 기업은 더 적은 양의 X를 가지고 더 적은 양의 Y를 생산하게 될 것이다. 그런데 Y 시장이 경쟁적이기 때문에 경쟁자 중 하나인 수요독점 기업의 공급이 줄더라도 전체 시장의 관점에서 보았을 때에는 그 양이 미미하거나 다른 경쟁자들이 곧 그 부족한 양만큼 추가 생산할 것이고 따라서 수요독점으로 인한 Y의 공급량 감소는 Y의 가격에 영향을 미치지 않을 것이다. 다시 말하면, 하류시장이 경쟁적인 경우 수요독점은 하류시장에서의 재화의 공급과 가격에 별다른 영향을 미치지 못한다.⁵⁰⁾ 반대로 수요독점 기업이 하류시장에 독점력 또는 시장지배력을 보유하고 있다면 수요독점 기업의 Y에 대한 공급량 축소는 시장에서 구매 가능한 Y의 수량을 유의미하게 감소시켜 가격 상승을 초래할 수 있다.⁵¹⁾ 결론적으로 수요독점의 경우 투입 요소의 가격 하락(또는 인상 억제)이 최종 재화의 가격 하락(또는 인상 억제)으로 이어질 것이라는 서울고등법원의 낙관적인 기대는 실제와 부합하지 않는다.⁵²⁾ 오히려 수요독점은 하류 시장에서의 소비자 후생에 영향이 없거나(하류시장이 경쟁적인 경우), 심지어 해할 소지도 있다(하류시장이 경쟁적이지 못한 경우).⁵³⁾

49) 요소 구매자가 이처럼 경쟁적인 하류시장의 참여자였던 구매 카르텔 사건의 실례로는 *Mandeville Island Farms v. American Crystal Sugar*, 334 U.S. 219 (1948) 참조.

50) Roger D. Blair & Jeffery L. Harrison, *Monopsony in Law and Economics*, Cambridge University Press, 2011, pp. 45-47(한편 저자들은 수요독점 기업이 하류시장에서 시장지배력이 전혀 없는 경우에도 수요독점 기업의 Y에 대한 공급량 축소로 인한 영향이 미미하게나마 존재할 것이라는 입장을 취하고 있다(Ibid., p. 48)).

51) Roger D. Blair & Jeffery L. Harrison, Ibid., pp. 47-48.

52) 미국의 경우 구매자간의 대항 카르텔이 소비자 후생에 긍정적인 영향을 미칠 수 있음을 명시적으로 인정한 대표적인 선례는 연방 하급심 판결인 *Balmoral Cinema v. Allied Artists Pictures Corp.* 885 F.2d 313 (6th Circ 1989)인데, 동 하급심도 서울고등법원과 마찬가지로 대항력을 발생시키는 담합(사실상 수요독점)이 하류시장에서의 소비자 가격을 하락시킬 수 있다는 취지로 판시하였는바, 앞서 살펴본 이유로 이는 성급하거나 잘못된 결론이라는 비판을 받고 있다(Roger D. Blair & Jeffery L. Harrison, op. cit., p. 40).

그렇다면 이즈음에서 서울고등법원의 결론이 틀렸다고 판단하는 것이 맞는가? 다음의 논의에서 보듯 그와 같이 결론짓기에는 성급한 측면이 있다.

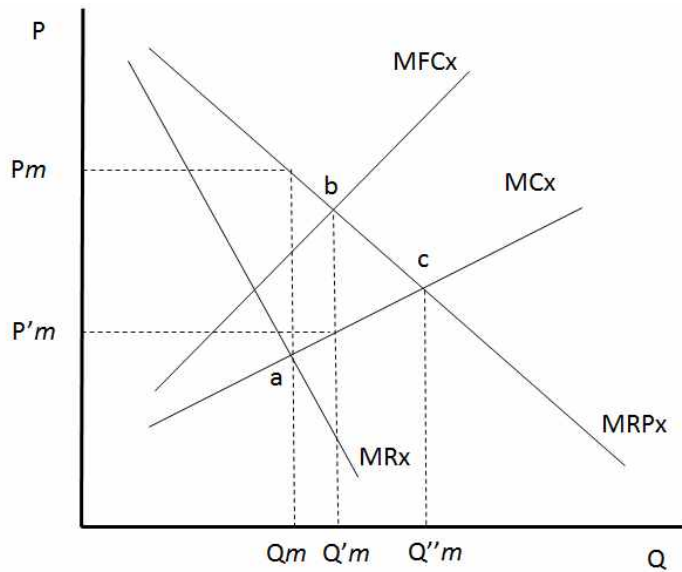
3. 공급독점과 (담합에 기한) 수요독점의 교차 - 쌍방독점의 문제

소주담합 사건에서 문제되었던 9개 사업자들의 공동대응 상황은 병마개 시장의 공급과 구매가 모두 독점화된 소위 쌍방독점(bilateral monopoly)의 상태라고 할 수 있다.⁵⁴⁾ 동일한 재화에 대한 공급독점과 수요독점이 모두 병존하는 경우 한 면의 독점만 존재하는 것보다 비효율성이 더 크거나 적어도 효율적이지는 않을 것이라는 생각이 들 수 있다. 그러나 실제 분석을 해보면 (의외로) 오히려 정반대의 결과가 나올 수 있음이 확인된다.⁵⁵⁾

53) Paul L. Yde & Michael G. Vita, “Merger Efficiencies: Reconsidering the “Passing-On” Requirement”, 64 Antitrust L. J. p. 735 (1996) 이하는 기업결합의 당사회사들이 시너지를 통해 비용절감을 달성한 경우 오히려 관련시장에서 결합회사가 시장지배력이 있거나 새로이 창출할 때(통상 결합으로 인한 경쟁제한성이 높다고 판단되어지는 경우) 이러한 비용절감 효과가 소비자들에게 전달(예를 들어 보다 낮은 소비자 가격)될 가능성이 상대적으로 높음을 논증하고 있다. 저자들에 따르면 만일 결합회사가 시장지배력이 없고 가격수용자로서 경쟁적인 시장에서 활동하고 있다면 자신들의 생산 가능한 산출량 전부를 현 시장가격에서 문제없이 모두 판매할 수 있기 때문에 굳이 가격을 내릴 유인이 없고 비용절감 부분은 자신들의 이익으로 챙기게 된다. 반대로 결합회사가 시장지배력이 있는 경우(예를 들어 독점기업인 경우)에는 비용절감 결과 가격을 낮추면 더 많은 이윤을 획득할 수 있기 때문에 오히려 가격을 (비용절감폭 중 일부나마) 하락시킬 경제적 유인이 있게 된다. 독점기업의 경우 비용절감은 한계비용 곡선을 아래로 이동시키는데, 결과적으로 한계수입 곡선과 만나는 점점(이 점점에서 독점기업의 이윤이 극대화된다)의 가격은 결합 전 가격보다 낮기 때문이다. 만일 저자들의 지적이 타당하다면 수요독점 기업이 하류시장에서 독점력을 행사할 경우 가격이 상승한다고 본 앞서의 결과와 배치되는 것은 아닌지 의문이 들 수 있다. 두 경우의 차이는 공급량의 변화에 있다. 앞서 살펴본 수요독점 모델에서는 생산에 필요한 요소의 투입량이 줄면서 결국 최종 재화의 산출량이 준다고 본 반면에, 저자들은 (결합한) 독점기업이 산출량을 증가시키는 시나리오(따라서 가격도 하락한다)를 상정하고 있다. 이 두 모델은 반드시 배치되지 않는다. 예를 들어 기업결합을 통해 생산 요소의 가격 수준과 무관한 비용절감이 있을 수 있고, 생산 요소의 단위가격의 하락으로 인한 비용 절감도 수요독점력이 아닌 대량구매(이 경우에는 오히려 생산 요소의 투입량이 많아져 최종 재화의 산출량도 증가할 것이다)로 인한 것일 수 있기 때문이다.

54) 하나의 재화를 둘러싼 쌍방독점과 소위 이중한계화(double marginalization)을 초래할 수 있는 순차적인 독점(successive monopoly)은 구별되어야 한다. 후자는 상류시장과 하류시장에서 각각 공급독점 상태인 경우를 지칭하는 것이고(IIIA Phillip E. Areeda & Herbert Hovenkamp, Antitrust Law, Aspen Pub, 2012, ¶1758, pp. 27-28), 앞서 지적한 바와 같이 수요독점이 반드시 하류시장에서의 공급독점을 의미하지 않기 때문에 쌍방독점이 언제나 순차적 독점을 초래하거나 동반하는 것은 아니다.

55) 종래 쌍방독점 하에서의 시장 결과는 공급독점의 시장상황과 수요독점의 시장상황의 각각의 가격과 산출량의 어느 중간 지점으로 수렴할 것이라는 견해가 지배적이었으나, 이는 적어도 이론적으로는 오인에 기한 것임이 밝혀졌다(Roger D. Blair, David L. Kaserman &



<그림3>

<그림3>은 요소 X의 공급과 수요가 모두 독점화된 쌍방독점의 상태를 표현하고 있다. 이는 <그림1>과 <그림2>를 서로 겹친 것과도 유사하다. 앞의 예와 마찬가지로 재화 Y를 생산하는데 요소 X가 투입된다고 전제한다.⁵⁶⁾ 우선 요소 X의 공급 측면부터 살펴보자. 쌍방독점 상황 하에서 공급독점 기업이 직면하는 요소의 수요 곡선은 수요독점 기업의 한계수입생산물 곡선(MRP_x)과 같다. 앞서 살펴본 대로 공급독점 기업의 한계수입 곡선인 MR_x는 MRP_x보다 더 가파르게 하향한다. 쌍방독점이 아닌 순수한 공급독점의 경우 MR_x가 X에 대한 한계비용 곡선인 MC_x와 만나는 지점(a)에서 X의 산출량(Q_m)이 결정되고 이에 따른 요소의 (독점)가격은 P_m이 된다. 그런데, X의 수요도 독점화되어 있으므로 수요독점 기업은 자신의 한계요소비용(MFC_x)을 고려하여 구매를 하게 된다. 만일 쌍방독점이 아닌 순

Richard E. Romano, "A Pedagogical Treatment of Bilateral Monopoly", 55 Southern Econ. J. p. 831 (1989) 이하 참조).

56) 쌍방독점에 대한 경제학적 분석을 함에 있어 명료성과 계산의 편의를 위해 X와 Y의 관계를 1:1로 설정하는 것이 보통이다. 본고의 목적상 이러한 상세한 기술적인 분석은 하지 않으나 이에 관심 있는 독자는 Roger D. Blair, David L. Kaserman & Richard E. Romano, Ibid., p. 834 이하를 참고하기를 권유한다.

수한 수요독점 상태였다면, 수요독점 기업이 구매할 X의 투입량은 MRP_x 와 MFC_x 가 만나는 지점(b)에 해당하는 산출량($Q'm$)이 되고, 그 때 X의 가격은 MC_x 상의 $P'm$ 으로 결정된다.

양 독점기업의 입장에서서는 둘의 이윤을 합한 결합이윤(joint profit)을 극대화한 후 이를 적절하게 서로 배분하는 것이 가장 유리하다. 결합이윤이 극대화되는 X의 투입량을 확인하기 위해 우선 공급독점 기업과 수요독점 기업이 하나의 기업으로 결합했다고 가정해 보자. 결합 회사의 입장에서 재화 Y를 생산함으로써 얻을 수 있는 이윤을 극대화하는 X의 투입량은 X에 대한 한계비용(MC_x)이 X에 대한 한계수입생산물(MRP_x)과 같아지는 지점(c)의 투입량인 $Q''m$ 이다. 이는 결합 없이 쌍방독점 상태에서 양측 기업(공급독점자와 수요독점자)의 공동이윤을 극대화하는 투입량이 된다. 그렇다면 합리적인 공급독점자와 수요독점자는 우선 투입량을 $Q''m$ 으로 설정하여 공동이윤을 극대화한 후 X의 가격에 대한 협상을 통해 극대화한 공동이윤을 서로 분배하려고 할 것이다.⁵⁷⁾ 이를 통해 일방적인 공급독점 또는 수요독점의 상태보다 더 많은 이윤을 올릴 수 있기 때문이다. 그리고 <그림3>에서 보듯 생산에 투입되는 X의 양인 $Q''m$ 은 Qm (공급독점의 경우) 또는 $Q'm$ (수요독점의 경우)보다 많기 때문에,⁵⁸⁾ 이는 곧 Y의 산출량도 두 경우보다 증가하게 됨을 의미하고, 그 결과 하류시장에서도 소비자 후생이 증대된다.⁵⁹⁾ 즉, 위 분석에 따르면 쌍방독점이 일방적인 독점상황보다 오히려 소비자 후생에 이롭다는 결론에 이르게 되는 것이다.⁶⁰⁾

소주담합 사건도 이러한 분석틀을 적용하여, 소주 사업자들이 담합을 통해 (수요독점력을 발생시켜) 세왕금속에 맞섬으로써 그러지 못했다면 (보다 높은 가격에서) 구매했을 병마개 수량보다 더 많은 양의 병마개를 구매하게 되었고, 그 결과

57) Roger D. Blair & Jeffery L. Harrison, op. cit., pp. 129-131은 하류시장이 수요독점 기업에 의해 독점화되어 있는 상황을 설정하여 X의 가격에 대한 양측의 협상이 일정한 범위 내에서 이루어진다는 점을 논증하고 있고, 이러한 경우 X의 가격은 양측간에 공동이윤을 배분하는 기능을 담당하게 됨을 보여주고 있다.

58) Qm 과 $Q'm$ 중 어느 하나가 다른 하나보다 항상 더 큰 것은 아니고, 둘 간의 대소는 관련 수요 및 공급의 탄력성에 따라 달라지게 되어있다(Peter J. Hammer & William M. Sage, "Monopsony as an Agency and Regulatory Problem in Health Care", 71 Antitrust L. J. p. 966 (2004)).

59) 이는 하류시장에서의 경쟁을 정태적(static)으로 보았을 때의 결론으로서 하류시장이 어떤 경쟁상황 하에 있는지 상관없이 일단 이를 고정시킨 채 분석하면 동일한 결론에 이르게 된다.

60) Peter J. Hammer & William M. Sage, op. cit., p. 966; Roger D. Blair & Jeffery L. Harrison, op. cit., p. 136.

소주의 공급량 또한 기존의 공급독점의 경우보다 증가한 것이 사건의 본질이라고 이해한다면,⁶¹⁾ 소주 사업자들의 담합이 최종 소비자들의 후생에 오히려 기여한 것이라는 서울고등법원의 결론만큼은 타당한 것이 아닌가 생각될 수 있다.⁶²⁾ 이런 논리에 따르면 대항 카르텔의 항변 또한 넓게 인정하여 심사 단계에서 적극적으로 고려되는 것이 맞아 보인다. 그런데, 위에서 살펴본 쌍방독점의 결과가 도출되는데 방해가 되는 요소들이 있고, 가사 이러한 결과가 도출 가능하더라도 소비자 후생을 여전히 해할 수 있는 잠재적 요인들도 있다. 아래에서는 이러한 요소나 요인들을 간략하게 살펴보고자 한다.

4. 쌍방독점을 구축하는 대항 카르텔의 소비자 후생 효과의 향방에 영향을 줄 수 있는 요인들의 검토

(1) 쌍방간 및 담합 가담자간의 협상의 문제

쌍방독점이 소비자 후생을 증대시킬 수 있는 중요한 전제 조건은 독점 사업자 쌍방이 우선 협상에 임하고, 그 협상이 성공적으로 이루어진다는 것이다. 위 모델에서 보듯 쌍방이 서로 협상에 임할 경제적 유인은 충분하나, 현실 세계에서는 합리적인 당사자간의 협상도 어렵게 할 요소들이 다수 존재한다. 시장 상황(쌍방독점의 조건이 갖추어졌다는 등)에 대한 정확한 정보와 이해의 결여, 공동이윤을 배분(X의 가격 결정)함에 있어 양측의 전략적 행동과 그로 인한 협상 결렬의 위험 등이 그 대표적인 예이다.⁶³⁾ 만일 협상이 아예 불발되거나 결렬된다면 위 쌍방독점 모델이 제시했던 소비자 후생 증대 효과를 보장하기 어렵다.

본건 소주담합 사건으로 돌아와서 생각해 보면 규제산업의 특성상 시장 구조가 안정적이어서 협상이 원활하게 타결되는데 유리한 여건이 조성되어 있다고 생각할 수 있고, 특히 9개 사업자 중에 세왕금속의 주주들이 일부 포함되어 있는 것도 협

61) 이러한 설명대로라면 마치 하나의 비효율(수요독점 상황 또는 그 반대)이 또 다른 비효율(공급독점 상황 또는 그 반대)을 상쇄하여 궁극적으로 효율성을 증대시키는 결과를 도출한 것처럼 보이는 것이 사실이어서, 소주 사업자간의 수요 카르텔을 처벌하고 금지시키는 것이 반드시 소비자들의 후생을 증대시킬 것이라고 단정 지을 수 없다는 차선 이론의 논리가 전형적으로 적용되는 경우로 볼 수 있다.

62) 위 설명은 요소의 가격하락으로 인한 비용절감 효과가 단순히 소비자들에게 전달되었을 것이라는 서울고등법원의 판시 논리와는 차이가 있음을 유의해야 한다.

63) Roger D. Blair & Jeffery L. Harrison, op. cit., pp. 136-138; Jonathan B. Baker, Joseph Farrell & Carl Shapiro, "Merger to Monopoly to Serve a Single Buyer: Comment", 75 Antitrust L. J. pp. 638-641 (2008).

상 및 타결의 성공 가능성을 높이는 요인이라고 볼 수 있다. 반면, 소주 사업자들이 담합을 통해 수요독점을 이뤘기 때문에 협상은 쌍방뿐만 아니라 담합 가담자간에도 타결되어야 하고, 이는 통상의 쌍방독점 상황보다 협상 비용이 증가함을 의미한다. 따라서 위 사정만으로는 본건 소주담합 사건에서 협상 문제가 없었을 것이라 단정하기 어렵다.

(2) 요소의 한계비용곡선의 방향 문제

쌍방독점의 경우는 물론이고 수요독점의 경우에 요소 가격의 인하가 요소 산출량의 감소를 가져오는 이유는 요소의 한계비용곡선이 상승하기 때문이다. 쌍방독점이 수요독점의 경우보다 하류시장에서 소비자 후생을 증대시킬 수 있는 이유도 이러한 요소의 산출량 감소를 되돌려 놓을 가능성이 있기 때문이다. 만일 요소의 한계비용곡선이 상승하지 않고 평평하거나 오히려 떨어지고 있다면 이러한 전제들은 모두 성립하지 않는다. 통상적으로 한계비용곡선은 상승한다고 보는 것이 일반적이거나, 소수의 사업자들이 과점을 이루고 있는 시장에서는 생산이 실제로 이루어지는 구간에서 한계비용곡선이 대체로 평평하거나 완만히 떨어지는 경우가 종종 발견된다는 이유로 수요독점 모델을 현실 세계에 그대로 적용하기 어렵다는 지적도 있다.⁶⁴⁾

단, 요소의 한계비용곡선이 해당 구간에서 평평하거나 떨어지고 있다는 이유만으로 담합을 통해 대항력을 행사한 것이라는 주장을 배척해야 한다는 결론에 이르는 않는다.⁶⁵⁾ 본건 소주담합 사건의 경우에도 세왕금속의 병마개 생산 지점에서 요소의 한계비용곡선의 방향에 대해서는 공정위 의결서와 고법판결만으로는 확인하기 어려우나, 만일 하향하고 있었다면 병마개 가격의 인상억제(할인)가 오히려 산출량을 늘리는 결과를 가져왔을 수도 있기 때문에, 실제 결과를 알기 위해서는 더 구체적인 시장 분석이 필요하다.

(3) 하류시장에서의 경쟁저해 가능성의 문제

64) Jonathan B. Baker, Joseph Farrell & Carl Shapiro, Ibid., p. 641.

65) 반대로 현존하는 수요독점 기업에 대해 공급자들이 담합을 통해 공급독점력(대항력)을 행사하는 경우를 상정해보면, 공급자들의 한계비용곡선이 하향하고 있다면 이런 경우에 수요독점에 맞서는 공급독점적 담합을 허용함으로써 수요독점 상황에 비해 요소 가격을 인상시키는 것은 요소의 투입량을 증가시키는 것이 아니라 반대로 감축시킬 수 있으므로 소비자 후생이 오히려 감소할 수 있다.

앞서 살펴본 쌍방독점은 수요자측의 완전한 독점을 상정하고 있다. 그렇지 않고 대항 카르텔이 대항력을 발휘하기에 충분한 수준에서 일부의 수요자들에 의해 구성되었다고 가정하자. 이 경우 카르텔 가담자들은 공급독점자에게 자신들에게만 유리한 (반대로 경쟁자들에게는 불리한) 차별적 취급을 요구할 수 있다.⁶⁶⁾ 공급독점자가 이에 응하여 수요자간에 차별적 취급을 하고, 그 결과 담합에 가담하지 않은 경쟁자들이 담합 가담자들에 비해 더 높은 요소 가격을 부담하게 된다면, 담합 가담자들이 활동하는 하류시장에서 경쟁자들이 배제되거나 적어도 가격 등의 경쟁이 약화될 수 있다.⁶⁷⁾

다만, 이러한 지적에 대해서는 다음과 같은 반론이 있을 수 있다. 공급독점자의 입장에서는 요소에 대한 수요가 독점화되는 것을 바라지 않을 것이므로 합리적인 공급독점자라면 그러한 결과를 초래하는 담합 가담자들의 차별적 취급 요구에 응하지 않을 것이고, 독점자인 관계로 집단행동(collective action)의 딜레마에 빠질 우려도 없기 때문에 차별적 취급이 실제로 일어날 가능성은 없거나 적다.⁶⁸⁾ 그런데, 이 경우에도 공급독점자가 카르텔 가담자들의 요구대로 수요자간 차별취급을 할 유인이 만들어질 수 있다. 카르텔 가담자들이 공급독점자에게 쌍방독점의 공동이윤 배분에 있어 보다 유리한 조건을 제시하거나, 그와 별도로 하류시장에서 앞으로 획득할 지배력을 통해 추가로 올릴 수 있는 이윤의 배분을 약속할 수 있기

66) 공급독점자의 차별적 취급이 반드시 기존의 시장 참여자에 대해서만 행해져야 하는 것은 아니다. 공급독점자가 신규 진입자에 대해 불리한 조건을 부과할 것임을 직간접적으로 밝힐 경우 시장진입을 저해하는 효과를 발생시킬 수 있다. 이 경우 카르텔은 공급독점자를 통해 잠재적 경쟁자를 봉쇄할 수 있게 된다.

67) John B. Kirkwood, op. cit., pp. 1537-1543은 기업결합을 통해 대항력을 갖춘 경우를 상정하여 이러한 시도를 반경쟁적인 경쟁자의 비용 증가행위(raising rivals' costs)로 설명하고 있는데, 대항 카르텔의 경우에도 같은 논리를 적용할 수 있을 것이다.

68) 집단행동의 딜레마가 발생하는 전형적인 경우는 시장지배력이 있는 제조업체가 개별 유통업자들에게 배타조건부거래를 요구하는 경우다. 유통업자들의 입장에서는 공급 시장이 경쟁적이어서 공급 가격이 낮을수록 자신들의 이익에 부합하므로 제조업체의 위와 같은 요구에 응하지 않는 것이 합리적인 선택일 것이다. 그럼에도 불구하고 유통업자들이 이와 다른 선택을 하는 것이 소위 집단행동의 문제인데, 그 이유는 다음과 같다. 제조업체가 배타조건부거래를 활용하여 자신의 경쟁자의 배제를 시도할 때 이를 저지하기 위해서는 경쟁자들이 유효하게 경쟁할 수 있는 정도의 유통업자들이 제조업체의 요구를 거부해야 하는데, 개별 유통업자가 자신 혼자만 또는 충분치 않은 정도의 유통업자만이 제조업체의 요구를 거부할 것이라고 생각하면 그러한 무의미한 거부로 인한 비용(손해)을 피하기 위해 제조업체의 요구를 수용하게 된다. 반대로, 유통업자가 다른 모든 유통업자 또는 충분한 정도의 유통업자들의 거부를 확신하는 경우에는 자신이 굳이 거부를 하지 않더라도 제조업체의 시도가 결국 저지될 것이므로 제조업체의 요구를 수용함으로써 얻을 수 있는 단기적인 이익을 취할 목적으로 제조업체의 요구를 수용하게 된다. 결국 어느 경우이나 유통업자들의 이익에 반하는 결과(유통업자 모두가 제조업체의 요구를 수용)가 초래된다.

때문이다.⁶⁹⁾

한편 대항 카르텔을 구축하기 전에는 담합 가담자들의 요소 구매가격이 서로 달랐다면, 카르텔로 인한 가담자간 요소 비용의 균질화는 하류시장에서 가담자간의 가격 경쟁 등을 약화시킬 수 있고, 하류시장의 집중도가 높은 경우에는 가담자간 과점적 조정행위(oligopolistic coordination)와 같은 협조효과의 우려를 증가시킬 수 있다.⁷⁰⁾

이에 그치지 않고 대항 카르텔이 하류시장에서의 카르텔로 변질 가능성도 배제할 수 없다.⁷¹⁾ 특히 대항 카르텔을 허용할 경우 가담자들이 하류시장 또는 그 밖의 인접시장에서 별도의 담합을 시도할 때의 비용(위험)을 감소시킴으로써 그러한 추가적인 담합의 유인을 증가시킬 수 있다. 예를 들어 적법하게 허용되는 합의(대항 카르텔)를 위해 모인 자리에서 법으로 허용되지 않은 합의(예를 들어 하류시장에서의 카르텔)에 대한 논의가 함께 이루어진다면 그러한 위법한 논의 또는 합의를 적발하는 것이 더 어려워져 적발로 인한 처벌의 위험도 감소하기 때문이다.⁷²⁾

본건 소주담합 사건의 경우 9개 사업자 모두가 가담했기 때문에 차별적 취급의 문제는 없고, 규제에 의해 이미 하류시장의 구조가 고착화되어 있는 상황에서 소주 사업자들의 지배력이 특별히 강화되었다고 단정 짓기는 어렵지만, 문제가 되었던 병마개 외에도 하류시장에서의 다른 경쟁요소(경품지급 등)에 대해 담합한 혐의가 인정되었고 해당 논의가 유사 동일한 자리(천우회 등)에서 이루어진 점은 참고할 필요가 있다.

(4) 하류시장 외에서의 경쟁저해 가능성의 문제

대항 카르텔의 결과 경쟁저해효과가 하류시장 외에서도 발생할 수 있다. 그 중 하나의 예가 앞서 언급한 요소 공급자의 투자 및 기술혁신 유인의 감퇴이다.⁷³⁾ 요

69) Einer Elhauge, op. cit. (n. 42), p. 176면; 권오승, 앞의 글, 96면도 대항력의 행사 결과 시장이 독점화되면 독점 사업자들이 함께 소비자를 착취할 우려를 제기하고 있다.

70) Roger D. Blair & Jeffery L. Harrison, op. cit., p. 139.

71) Roger D. Blair & Jeffery L. Harrison, Ibid., pp. 138-139. XII Phillip E. Areeda & Herbert Hovenkamp, Antitrust Law, Aspen Pub, 2012, ¶2015b, p. 163(저자들은 이 경우 순차적 독점으로 인한 이중관계화의 우려도 제기한다).

72) 위법한 논의를 위해 별도로 모이거나 의사 연락을 추가로 해야 하는 경우와 비교해보면 이 점을 쉽게 이해할 수 있다.

73) 공급자에 대한 대항력을 발생시키는 기업결합의 경우 이러한 우려를 제기하는 견해로는

소 수요자간에 대한 카르텔을 한 결과 쌍방독점 상태에서 양측의 협상이 성공적으로 타결되거나 달리 수요독점을 통해 보상을 받을 것에 대한 확신이 없는 한 기존의 공급독점자의 입장에서 대한 카르텔의 등장은 기대수익의 감소로 이어지기 때문이다. 이러한 우려에 대해 담합 가담자들의 입장에서조차 요소시장에서의 혁신 감소는 이익에 부합하지 않기 때문에, 합리적인 수요자들이라면 적정한 정도의 혁신이 유지될 수 있는 수준에서 공급독점자의 이윤을 보장할 것이고, 따라서 그러한 우려는 현실화되지 않을 것이라고 생각할 수 있다. 그러나 불완전한 정보 등으로 인한 수요자들의 합리적인 판단의 어려움을 일단 제쳐두더라도, 이와 같이 수요자들의 판단에 맡길 경우 그들이 사회적으로 적정한 수준 이상의 혁신을 유도할 것이라는 보장은 없다. 그 이유는 사회적으로 유익한 혁신이 경우에 따라서는 수요자들에게는 불이익할 수 있기 때문이다.⁷⁴⁾

한편 앞서 살펴본 하류시장과 마찬가지로 상류시장(요소시장)도 완전한 독점이 아니라면 대한 카르텔 가담자들이 상류시장 참여자를 상대로 차별적 취급을 할 경우 상류시장에서의 경쟁을 저해할 수 있다.⁷⁵⁾ 또한 카르텔 가담자들이 보유하게 된 대항력(시장지배력)을 당초 대상이었던 공급독점자를 상대로만 활용할 것이라는 보장도 없다. 예를 들어 수요자들이 요소 X에 대한 수요 카르텔을 구축한 기회에 다른 요소 Z 등을 생산하는 공급자를 상대로도 담합할 수 있고(대한 카르텔로 인해 추가적인 담합의 구축비용이 감소함), 이러한 추가적인 담합은 요소 Z 등의 공급자들의 독점력 보유 여부와 무관하게 행해질 수 있다.

위에 열거한 것 외에도 소비자 후생의 향방에 영향을 줄 수 있는 다른 요인들이 있을 수 있지만, 대한 카르텔을 통해 공급독점에서 쌍방독점 상태로 이전한 경우라 할지라도 여전히 소비자 후생이 저해될 가능성이 있다는 점은 분명해 보인다.

John B. Kirkwood, op. cit., pp. 1551-1552 참조. Tom Campbell, Bilateral Monopoly in Mergers, 74 Antitrust L. J. 530 (2007)은 기존의 수요독점을 상대로 공급독점을 초래하는 기업결합으로 인해 요소 가격이 인상되더라도 당초 수요독점이 발생시킬 효율성에는 영향이 없기 때문에 독점을 추구할 유인 또한 감퇴되지 않는다는 견해를 제시하고 있으나, 독점으로 인한 기대수익(return)이 감소하는 한 투자 및 혁신 유인 또한 감소할 우려가 있다고 보는 것이 타당할 것이다.

74) Hillary Greene, op. cit., para. 39. 하류시장을 뒤흔들 수 있는 파괴적 혁신(destructive innovation)의 경우를 생각해 보면 된다. 본건 소주담합 사건의 경우 소주담합 공정위 의결 및 소주담합 고법판결의 사실관계만 가지고는 대한 카르텔로 인해 세왕금속의 병마개 관련 투자나 혁신 유인이 저해되었는지 여부를 정확히 판명하기 어려우나, 관련 산업의 특성과 인상 연기 기간이 비교적 단기간이었다는 점을 고려하면 저해효과가 매우 크다고 보기는 어려울 것으로 생각한다.

75) Warren S. Grimes, op. cit., pp. 200-201. 그 이상의 상류시장 단계에서의 경쟁저해 가능성에 대해서는 John B. Kirkwood, op. cit., pp. 1554-1557 참조.

그렇다면 법집행자의 입장에서는 대항 카르텔이 항상 소비자 후생 증대를 가져오는 것은 아니라는 이유로 원칙적으로 이를 불허할지, 아니면 소비자 후생 증대의 가능성이 없지 않으므로 그로 인한 효과를 구체적으로 따져보는 것이 좋을지 결정해야 한다. 혹자는 공동행위 심사기준의 분류에 따라 대항 카르텔이 효율성증대 효과도 생길 수 있는 복합적 성격의 공동행위이므로 경쟁제한성 분석을 하는 것이 현행 심사 체제에 부합하는 접근이라고 주장할지 모르겠으나, 법정정책 관점에서 조금 더 신중할 필요가 있다. 다음 장에서는 대항 카르텔 항변과 관련한 법정정책 문제점을 살펴보기로 한다.

V. 대항 카르텔에 대한 법정정책 검토

대항 카르텔을 허용하는 것에 대한 법정정책적인 우려는 중소기업의 대항력 배양을 이유로 한 공동행위의 인가 제도와 관련하여 이미 제기된 바 있다.⁷⁶⁾ 그 우려의 핵심은 이러한 형태의 대항력 구축이 결국 양쪽에서 독과점적 시장 구조를 고착화시킬 수 있다는 것이다.⁷⁷⁾ 특히 하나의 대항 카르텔을 허용하고 나면 그로 인해 발생하는 시장지배력에 맞서는 또 다른 대항 카르텔을 허용할 수밖에 없어 카르텔이 연쇄적으로 출현하면서 시장 전반의 효율성을 저해할 것이라는 지적도 있다.⁷⁸⁾

문제는 여기서 그치지 않는다. 대항 카르텔을 허용한다고 하면 대부분의 담합 사건에서 가담자들은 자신들이 대항력을 행사하기 위해 담합한 것이라고 주장할 것이다.⁷⁹⁾ 현실의 시장에서는 완전경쟁인 경우는 극히 드물고 거래 상대방(담합 피해자)이 어느 정도 지배력 또는 가격 결정력을 가지고 있는 경우가 오히려 일반적이기 때문이다. 이 경우 매번 실제로 소비자 후생의 증대를 가져오는 대항 카르텔에 해당하는지 분별하는 것을 공정위에 요구하는 것은 상당한 시간과 비용이 필요할 뿐만 아니라 공정위의 집행력을 떨어뜨림으로써 카르텔의 과소 규제

76) 권오승, 앞의 글, 96면.

77) 권오승, 앞의 글 96면.

78) Warren S. Grimes, op. cit., pp. 200-201(저자는 이러한 카르텔의 연쇄적인 출현을 “바이러스”가 퍼지는 것에 견주고 있다). 서울고등법원 2007. 11. 8. 선고 2005누19759 판결도 수요독점 시장에서 담합을 허용하게 되면 공공발주건에서 사실상 언제나 담합을 허용하는 결과를 초래하여 문제라고 지적하고 있다.

79) Phillip E. Areeda & Herbert Hovenkamp, op. cit. (n. 80), ¶2015b, p. 162.

(underdeterrence)를 초래할 우려가 있다.⁸⁰⁾

대항 카르텔의 가담자들은 담합 외에는 선택의 여지가 없었다고 주장하겠지만 사실 가장 바람직하기로는 시장의 작동으로 현존하는 독점력이 약화되거나 무너지는 것이 더 바람직할 것이다.⁸¹⁾ 만일 시장의 힘으로는 독점이 시정되기 어렵다고 주장된다면 시장 자체가 자연독점에 해당하여 정부의 직접적인 가격 규제 등이 필요한 시장은 아닌지 오히려 의심해볼 필요가 있다.⁸²⁾ 이 때 대항 카르텔을 만연히 허용하는 것은 정부의 규제를 사적인 기업들의 규제로 대체하는 것과 같은데, 자신의 이익을 쫓는 사적 당사자들이 시장 및 경제 전반의 효율을 극대화하는 방향으로 항상 행동하기를 기대하는 것은 무리이기 때문이다.⁸³⁾

일각에서는 이러한 문제점들 때문에 매우 엄격한 요건을 설정하여 극히 예외적으로만 대항 카르텔을 허용할 것을 제안하기도 한다.⁸⁴⁾ 대항 카르텔의 긍정적인 측면만을 선별하여 취하려고 하는 이러한 시도들이 유의미하기는 하나, 여전히 해결되지 않고 남는 문제가 있다. 차선 이론이 가르쳐주고 있는 대로 이미 시장의 일부가 독점화되어 있는 상황(즉, 왜곡이 존재하는 경우)에서 이에 맞서는 새로운 왜곡(대항 카르텔)을 더하는 것이 소비자 후생에 미칠 영향을 모두 짐작만 할 뿐이지 법 집행기관을 포함한 어느 누구도 확실하게 예측할 수 없다는 점이다. 따라

80) 미국의 경우 대항 카르텔을 허용하기에 앞서 거래 상대방의 독점력 취득 또는 행사가 위법한지를 우선 따져 위법하다면 대항 카르텔에 의존하여 위법한 독점력을 시정하기보다는 경쟁법을 우선적으로 집행하는 것이 바람직하고, 법상 추급이 불가능한 경우에만 대항 카르텔의 항변을 허용하는 것을 고려할 수 있다는 견해가 제시되고 있다(John B. Kirkwood, "Collusion to Control a Powerful Customer: Amazon, E-Books, and Antitrust Policy", 69 U. Miami L. Rev. 53-54 (2014); Einer Elhauge, op. cit. (n. 42), p. 175).

81) 권오승, 앞의 글, 96면도 급속한 시장 환경의 변화 때문에 기존의 시장력이 오랫동안 지속되기는 어렵다고 지적하고 있다. 실제로 시장의 작동으로 현존하는 독점력이 소멸하는 경우를 상정해보자. 만일 대항 카르텔이 그 사이에 구축되면 독점력이 소멸되더라도 시장의 왜곡은 (방향만 달리하여) 여전히 남게 된다. 나아가 위 IV.장에서도 보았듯이 카르텔 가담자들이 상대방인 독점 사업자와 협조하여 잠재적·실제적 경쟁자들을 함께 배제시킬 수 있기 때문에 대항 카르텔의 구축은 현존하는 독점력의 자연스러운 소멸을 오히려 방해할 수도 있다.

82) Einer Elhauge, op. cit. (n. 42), p. 175.

83) Chris Sagers, "United States v. Apple and the Contemporary Legitimacy of Antitrust", CPI Antitrust Chronicle 3 (2012) ("If there is one regulator that does not share the public interest, it is a conspiracy of competitors.").

84) 예를 들어 John. B. Kirkwood, op. cit. (n. 90), pp. 51-63 (주요 요건으로 대항의 대상이 되는 시장력의 합법성, 상당성, 지속성 및 영구성(즉, 시장 또는 법의 힘을 빌려 시정하기 어려운 상태)과 하류시장에서 새로운 시장력을 확보하거나 행사하지 못할 것을 들고 있다); Warren S. Grimes, op. cit., pp. 234-240; Hillary Greene, op. cit., paras. 67-85(지적재산권에 대한 구매자간의 대항 카르텔과 관련하여 요건 제시) 참조.

서 사전에 적정한 내용의 허용 요건을 정하려고 해도 어느 범위 및 수준에서 대항 카르텔을 허용하는 것이 사회에 이로운지 알기 어렵고, 과소규제의 우려가 과잉규제의 위험보다 커 보이는 현 상황에서 언제나 더 엄격한 요건을 정할 수밖에 없어 결국 대항 카르텔을 사실상 불허하는 것과 같은 결과에 이르게 된다. 나아가 법 집행자가 장래를 정확하게 예측할 수 있는 해안을 가지고 있다고 가정하더라도(물론 그러한 집행자는 현실 세계에서 존재하지 않는다), 시장 상황은 수시로 변하기 때문에 오늘 이로운 대항 카르텔이 얼마 지나지 않아 해로워질 수 있고, 집행자가 이렇게 수시로 변하는 시장 상황을 쫓아가면서 카르텔을 규제하는 것은 불가능하다고 보는 것이 맞을 것이다.⁸⁵⁾

VI. 결론

본고에서 살펴본 바와 같이 소주담합 사건에서 공급독점 기업에 대항하는 소주 사업자들의 카르텔이 소비자 후생을 증대시킬 수도 있다는 서울고등법원의 직관이 반드시 틀렸다고 할 수는 없다. 또한 시장의 왜곡이 이처럼 다수 존재하는 경우 어느 하나의 왜곡(소주 사업자들의 담합)을 시정한다고 하여 반드시 소비자 후생이 증가한다고도 말할 수 없다.

반대로 공급독점에 맞서는 대항 카르텔이 하류시장에서의 소비자 가격의 하락을 가져올 것이라는 기대도 실제에 부합하지 않고, 대항 카르텔이 거래 상대방의 독점력에 맞서기 위한 목적으로 출현한 경우라 할지라도 경쟁을 제한하고 소비자 후생을 저해할 가능성이 충분히 있다는 점도 확인되었다. 공급독점과 이에 맞서는 대항 카르텔이 병존하고 있는 상황에서 대항 카르텔만 금지시키는 것이 소비자 후생 미치는 영향을 알기 어려운 것과 마찬가지로, 공급독점 상황에서 대항 카르텔을 구축하는 것이 소비자 후생을 증대시킬지 아니면 저해할지도 알기 어렵다.

대항 카르텔이 소비자 후생을 반드시 저해하는 것은 아니라는 이유로 이를 제한적으로만 허용하려고 해도 법 집행자가 그에 따른 행정비용을 과연 감당할 수 있을지 의문이다. 나아가 대항 카르텔의 연성화 작용과 추가적인 담합의 야기 가능성 등을 고려했을 때 대항 카르텔을 허용할 경우 담합에 대한 과소규제 상태가 초래될 가능성이 다분히 있어 신중을 요한다. 이런 상황에서는 대항 카르텔을 허용하더라도 최소한 그 적법성을 주장하는 가담자들에게 대항 카르텔로 인한 소비자

85) Einer Elhauge, op. cit. (n. 42), p. 177.

후생의 증대 효과를 입증하도록 하는 것이 타당해 보이는데, 앞서 본 이유로 그러한 분석 및 입증을 해낼 수 있는 답합 가담자가 과연 존재할지 의문이다.

법경제연구 제2호 (2016. 12) 원고모집 안내

부산대학교 법경제연구센터의 **법경제연구**는 연 1회 (12월 15일) 전자 발간되는 온라인(Online) 정기간행물(ISSN 2466-0515)입니다. 2016. 12. 15. 발간 예정인 법경제연구 제2호의 원고를 다음과 같이 모집합니다.

원고 접수일	2016. 10. 1. ~ 2016. 11. 15. (2016. 11. 20. 투고자에게 원고 접수 확인 이메일 송부)
투고 방법	첨부된 「원고 작성 요령」에 따라 작성한 한글 파일을 아래 이메일로 송부 lawecon21@gmail.com 또는 jinyul_ju@pusan.ac.kr
투고 자격	대학 교수, 박사학위소지자, 판사, 검사, 변호사, 행정사무관 이상 공무원, 편집위원회 또는 편집인이 투고자격을 인정한다
투고 윤리	타인의 저작물을 표절한 원고는 투고할 수 없으며, 자신의 기존 발간 저작물 또는 그 일부를 투고하는 경우 그 사실을 밝혀야 함
심사·게재 기준	한국연구재단의 법학 등재지에 게재될 수 있을 정도의 수준을 갖춘 학술논문, 판례평석, 에세이, 서평(book review), 보고서 등
게재 논문에 대한 저작권	저작권은 필자에게 있으나 필자는 부산대 법경제연구센터가 게재된 원고를 PDF 파일 형태로 보관·배포하는 것을 무상으로 허락한 것으로 간주합니다.

원고 작성 요령

1. 원고는 워드프로세서 한글로 작성함.
2. 원고의 첫 표지에는 논문 한글제목(영문제목), 필자 한글성명(영문성명), 소속, 직책, 학위, 주소, 전화번호(휴대폰 등), Email 주소 등을 기재함.
3. 원고의 두 번째 표지에는 영문초록 Abstract (200자 이하), 한글 주제어 4개 내외, 영문 keyword 4개 내외를 작성함.
4. 목차의 순서
I. II. III... (가운데정렬)
1. 2. 3... (문단모양 보통)
(1) (2) (3)... (10pt. 들여쓰기)
1) 2) 3)... (10pt. 들여쓰기)
(가) (나) (다)... (10pt. 들여쓰기)
가. 나. 다... (10pt. 들여쓰기)
5. 각주 표기는 다음의 예시에 의함.
 - 저서: 저자명, 서명, 출판사, 출판연도, 면수.
 - 논문: 저자명, “논문제목”, 잡지명 제0권 제0호(발행연도), 면수.
 - 판결: 대법원 2000.00.00 선고 0000두0000 판결.
 - 외국 문헌은 해당 국가의 일반적 문헌 인용 방법에 의함.
6. 편집용지 (F7 키를 눌러 설정함)
 - 편집용지 종류: B5(46배판)
 - 위쪽: 15, 머리말: 15, 왼쪽: 25, 오른쪽: 25, 아래쪽: 15,
꼬리말: 15, 제본: 0
7. 본문

(1) 글자모양

서체: 한컴바탕, 크기: 10pt, 장평: 98%,

(2) 문단모양

왼쪽: 0, 오른쪽: 0, 들여쓰기: 10pt., 줄간격: 172%, 문단 위: 0,
문단 아래: 0, 낱말간격: 0, 정렬방식: 양쪽정렬

8. 각주

(1) 글자모양

서체: 한컴바탕, 크기: 8.7pt, 장평: 97%

(2) 문단모양

왼쪽: 0, 오른쪽: 0, 내어쓰기: 13.1pt., 줄간격: 130%, 문단 위: 0,
문단 아래: 0, 낱말간격: 0, 정렬방식: 양쪽정렬

부산대 법경제연구센터 세미나 · 학술대회 실적(2010-2013년)

<2010년>

- 공정거래법의 최근 동향, 강상욱 제주지방법원 부장판사 (前 대법원 재판연구관), 9. 10 (금) 16:00-17:30 (부산대 법학전문대학원)
- 기본권 보장기관으로서의 헌법재판소와 법원의 역할 - 사례를 중심으로, 김국현 대전지방법원 공주지원장 (부장판사), 10. 1 (금) 16:00-17:30 (부산대 법학전문대학원)
- 2010년 미국 금융개혁법(Dodd-Frank Act)의 전망과 시사점, 10.22 (금) 14:00-18:00 (고려대 법학전문대학원, 고려대 ICR 센터와 공동 개최)
전제사회: 주진열(부산대 법학전문대학원 교수)

제1주제: 도드-프랭크법의 입법과정 및 찬반논의 발표: 김선형 (미국변호사·고려대 ICR센터 연구교수) 토론: 벤자민 휴즈 Benjamin Hughes (법무법인 세종 미국변호사)
제2주제: 볼커룰(Volcker Rule)과 금융산업 발표: 신보성 (자본시장연구원 금융투자산업실 실장) 토론: 송옥렬 (서울대 법학대학원 교수)
제3주제: 도드-프랭크법과 투자자보호 발표: 오창석 (법무법인 광장 변호사) 토론: 안창국 (금융위원회 서기관)
[종합토론] 이종욱 (서울여자대학교 경제학과 교수) 김동환 (금융연구원 선임연구위원)

- 글로벌금융위기와 금융규제, 안창국 금융위원회 과장/대통령직속 미래기획위원회 과장, 10.29 (금) 16:00-17:30 (부산대 법학전문대학원)

- 공정거래법 운영의 실제, 김병일 김앤장 법률사무소 상임고문 (前 공정위 부위원장), 11. 12 (금) 16:00-17:30 (부산대 법학전문대학원)
- 기업조직에 대한 법경제학적 분석 (Organizations, Corporations and Shareholders: An Organizational Analysis of the Legal Structure of Business Entities), Shimizu Takashi (일본 동경대학 사회과학원 교수), 11. 19 (금) 16:00-17:40 (부산대 법학전문대학원)

<2011년>

- 지식재산권과 관할권 충돌의 법경제적 측면, YOKOMIO Dai (일본 나고야대학 법대 교수), 5. 13 (금) 16:30-18:20 (부산대 법학전문대학원)

<2012년>

- 공법 판례의 최근 동향, 8. 25 (토) 13:30-18:00 (부산대 법학전문대학원)
전체사회: 주진열(부산대 법학전문대학원 교수)

제1주제: 행정법 판례의 최근 동향과 쟁점
사 회: 윤인성(대법원 재판연구관/부장판사)
발 표: 김정중(대법원 재판연구관/부장판사)
토 론: 하상혁(부산지방법원 부장판사), 정승윤(부산대 법학전문대학원 교수)

제2주제: 헌법 판례의 최근 동향과 쟁점
사 회: 이인호(중앙대 법학전문대학원 교수)
발 표: 지성수(헌법재판소 헌법연구관)
토 론: 김국현(헌법재판소 헌법연구관/부장판사), 김태호(대법원 재판연구관)

제3주제: 공정거래법 판례의 최근 동향과 쟁점

사 회: 이완희(대법원 재판연구관/판사)

발 표: 노경필(서울고등법원 부장판사)

토 론: 황태희(성신여대 법대 교수), 손동환(대법원 재판연구관/판사)

- Global Issues on Abuse of Intellectual Property Rights: Past, Present, and Future, 10. 27 (토) (연세대 법학전문대학원, 한국국제경제법학회와 공동 개최)

Session I: Abuse of IPRs and International Trade Regulation

[Topics and Speakers]

Misuse of IPRs and Denial of Injunctive Relief, SUZUKI Masabumi
(Professor, Nagoya University)

Plain Tobacco Packaging: a Case Study of TRIPS, Andrew MITCHELL
(Professor, Melbourne University)

[Moderator]

PARK Deok-Young , Professor, Yonsei Law School

[Discussants]

KIM Byung-il, Professor, Hanyang University

Tania VOON, Professor, Melbourne University

Session II: Abuse of IPRs and Competition Law

[Topics and Speakers]

Patent Abuse and Competition Law, HAYASHI Shuya (Professor, Nagoya University)

Are ‘Competition Law’ and ‘IP Law’ Two-Bladed Sword for IT Innovation: A Lesson from Smartphone Patent War, JU Jinyul

(Professor, Pusan National University)

[Moderator]

LEE Hwang, Professor, Korea University

,

[Discussants]

KIM Kyoung-yeon, Attorney at Law (Korea), Yulchon

SEO Jeong, Attorney at Law (Korea), Kim&Chang

Session III: Abuse of IPRs and International Litigation

[Topics and Speakers]

1. An Implication of Misuse of Patents in the Princo v. ITC case for Antitrust, KIM Nam Woo (Antitrust Counsel, LG Electronics, Inc)

2. Misuse of IPRs in International Civil Disputes, YOKOMIZO Dai (Professor, Nagoya University)

[Moderator]

CHOI Won-Mok, Professor, Ewha Womans University

[Discussants]

David WATERS, Attorney at Law (US), IBM Korea

CHOI Sung-jai, Attorney at Law (Korea), Kim & Chang

<2013년>

- 헌법·공정거래법 실무의 최신 동향, 8. 31 (토) 14:30-18:00 (부산대 법학전문대학원)
전체사회: 주진열(부산대 법학전문대학원 교수)

제1주제: 헌법 불합치결정과 법원 재판

사회: 이인호(중앙대 법학전문대학원 교수)

발표: 김국현(수원지방법원 부장판사)

토론: 조소영(부산대 법학전문대학원 교수)

제2주제: 자진신고 감면과 행정소송의 대상

사회: 김정중(대법원 재판연구관/부장판사)

발표: 노경필(서울고등법원 고법판사)

토론: 이호영(한양대 법학전문대학원 교수), 하상혁(서울고등법원 고법판사)

제3주제: 사업자단체의 행위에 대한 공정거래법의 적용

사회: 여운국(서울고등법원 고법판사)

발표: 강상욱(서울고등법원 고법판사)

토론: 주진열(부산대 법학전문대학원 교수), 오현규(서울고등법원 고법판사)

부산대 법경제연구센터 발전기금 회원 안내

안녕하세요. 부산대 법경제연구센터장 주진열 교수입니다. 본 센터는 우리나라에서 법·경제 분야와 관련하여 2010년 최초로 설립된 대학 연구센터로서 규범적·경제적 분석방법론을 이용하여 공정거래법, 경제규제법, 지적재산권법, 기업 관련 민·형사·규제법 등 다양한 법 분야의 법해석·집행과 소송전략 그리고 입법정책을 연구하며, 정의롭고 효율적이며 합리적인 법제도를 통한 행복한 사회를 추구합니다.

본 센터는 비영리 학술기관으로서 본 센터의 발전을 위한 지원금은 **재단법인 부산대학교발전기금**(홈페이지 <http://fund.pusan.ac.kr>)에 **지원기관을 ‘법학전문대학원 법학연구소 법경제연구센터’로 지정하고 용도를 ‘법경제연구센터 세미나/학술대회 등 운영비’로 지정하여** 기부할 수 있으며(농협은행 948-01-090555), 기금영수증과 세금 감면 혜택을 받을 수 있습니다. (※ 별첨 양식을 참조하시면 됩니다.)

본 센터를 위해 발전기금을 기부하신 분은 본 센터의 회원 자격을 1년간 갖게 되며, 본 센터가 주최하는 세미나 등 학술대회에 1년간 무료로 참석할 수 있고, 본 센터가 발간하는 각종 자료집을 1년간 무료로 받아보실 수 있습니다.

본 센터를 위한 발전기금을 기부하신 분이나 또는 기부와 관련하여 궁금한 점이 있는 분은 본 연구센터(Tel. 051-510-1045, lawecon21@gmail.com 또는 jinyul_ju@pusan.ac.kr)로 연락 주시면 감사하겠습니다.

여러분들의 많은 관심과 성원을 부탁드립니다. 감사합니다.

주진열 배상
부산대 법학전문대학원 교수



부산대학교 발전기금 참여 약정서

개인 참여	성명 : _____ 주민등록번호 : _____	
	직장명 : _____ 직위 : _____	
	학교와의 관계 : ☐ 동문 ☐ 교직원 ☐ 독지가 ☐ 학부모(자녀성명 _____, _____ 학과 학번) _____	
회사, 기관 및 단체 참여	상호, 기관명 : _____ 대표자명 : _____	
	사업자등록번호 : _____ * 사업자등록증 사본 첨부	
연락처	우편물 수령 (☐ 주택 / ☐ 직장)	
	주소 : _____ E-mail : _____	
	주택전화 : _____ 직장전화 : _____	휴대폰 : _____
출연 약정	약정금액 : 일금 _____ 원 (₩ _____)	
	☒ 일시납 : _____ 년 _____ 월 _____ 일	☐ 분할납 : _____ 년 _____ 월 ~ _____ 년 _____ 월 (_____)회 (_____)원씩 매월 (_____)일
	지원 기관: 법학전문대학원 법학연구소 법경제연구센터 용도: 법경제연구센터 세미나/학술대회 등 운영비	
	지원방법 : ☒ 원금사용 ☐ 원금보존(이자사용) 기금명칭 _____	
개인정보동의	'개인정보보호법' 제15조(개인정보의 수집·이용), 제17조(개인정보의 제공), 제18조(개인정보의 이용·제공제한) 등에 의해 보호되고 있는 개인정보 자료를 (재)부산대학교발전기금에서 수집 및 이용하는 것에 동의합니다. 또한 동의를 거부할 권리도 있다는 사실에 대해서도 인지하고 있습니다. 동의인 (서명 또는 인) • 정보 수집·이용 목적 : 발전기금 기부자 관리 및 기부금영수증 발급, 관련법령에 근거한 보유기관 이용 및 다른 기관(국세청 등) 제공 • 정보 수집·이용 항목 : 성명, 주민등록번호, 근무처, 주소, 전화번호, 휴대폰번호, 전자우편, 기부내역, 학적정보(학번, 학적상태, 졸업년도, 대학, 학과), 금융정보(은행명, 계좌번호 등) • 보유기간 : 준영구 • 단. 개인정보동의 거부 시 기부처리 및 예우, 기부금영수증 발급 등 서비스 제공 등이 제한될 수 있습니다.	

부산대학교 발전기금 구성에 참여하고자 위와 같이 출연할 것을 약정합니다.

_____ 년 _____ 월 _____ 일

약정인

(서명 또는 인)

(재)부산대학교발전기금 귀중

◎ 지원기관 및 기금용도 지정 출연금을 은행 계좌로 입금할 경우

▪ **농협은행 948-01-090555** 【예금주 : (재)부산대학교발전기금】

재단법인
부산대학교 발전기금
PNU Development Foundation

(46241) 부산광역시 금정구 부산대학로63번길 2 <http://fund.pusan.ac.kr>
Tel : 051-510-1292~3 Fax : 051-583-2750
E-mail : fund@pusan.ac.kr

법경제연구 Korean Journal of Law and Economic Studies

제1호 || 2015. 12

발행인/편집인 주진열 (부산대학교 법학전문대학원 교수)

자문위원/편집위원 김동석 (김앤장 법률사무소 변호사)
 김윤수 (법무법인 태평양 공인회계사)
 남재현 (고려대학교 경제학과 교수)
 박덕영 (연세대학교 법학전문대학원 교수)
 신영수 (경북대학교 법학전문대학원 교수)
 윤인성 (김앤장 법률사무소 변호사)
 이민호 (법무법인 광장 변호사)
 최동렬 (법무법인 율촌 변호사)
 홍대식 (서강대학교 법학전문대학원 교수)
 홍명수 (명지대학교 법과대학 교수)

발행일 2015. 12. 15.

발행처 부산대학교 법학전문대학원 법학연구소 법경제연구센터
 부산광역시 금정구 부산대학로 63번길 2
 Tel. 051.510.1045 Fax. 051.515.8648
 Email. lawecon21@gmail.com

본 간행물은 학술 목적으로 연 1회 온라인으로 전자 발간되는 비매품이며 수록된 글을 해당 저작권자의 동의 없이 무단으로 전재 또는 복제하는 행위는 저작권법 제136조 제1항에 따라 5년 이하의 징역 또는 5,000만원 이하의 벌금에 처해질 수 있습니다.

CLE Center for Law and Economic Studies

Pusan National University School of Law

Geumjeong-gu, Busan 46241, KOREA

Tel. +82.51.510.1045 Fax. +82.51.515.8648 Email. lawecon21@gmail.com

Korean Journal of Law and Economic Studies

Director/Editor

JU Jinyul (Professor, Pusan National University School of Law)

Advisory/Editorial Board

CHOI Dong Ryul (Attorney at Law, Yulchon LLC)

HONG Dae Sik (Professor, Kyungpook University School of Law)

HONG Myungsu (Professor, Myongji University College of Law)

KIM Dong Seok (Attorney at Law, Kim & Chang)

KIM Yoonsu (CPA, Bae, Kim & Lee LLC)

LEE Minho (Attorney at Law, Lee & Ko)

NAHM Jae Hyon (Professor, Korea University Department of Economics)

PARK Deok Young (Professor, Yonsei University School of Law)

SHIN Youngsu (Professor, Kyungpook University School of Law)

YOON In Seong (Attorney at Law, Kim & Chang)

ISSN 2466-0515

Korean Journal of Law and Economic Studies

Issue 1 (December 2015)

Special Edition || Recent Developments in Korean Antitrust Law

[Articles]

**01 A Comment on the Abuse of Market Dominant Position Case concerning
SK Telecommunication Melon Online Music Service**

JU Jinyul (Professor, Pusan National University School of Law)

42 The Application of Competition Law on the Breach of FRAND Commitment

KANG Sang Wook (Judge, Seoul High Court)

**97 The Countervailing Power Defense for Cartels under the Monopoly Regulation &
Fair Trade Act**

LIM Yong (Professor, Seoul National University School of Law)

Pusan National University · School of Law

CLE

Center for Law and Economic Studies

Est. 2010 (Busan, KOREA)