

# 공 정 거 래 위 원 회

## 전 원 회 의

의 결 제 2021 - 063 호

2021. 3. 11.

사 건 번 호 2017지감3035

사 건 명 (주)대웅제약 및 (주)대웅의 부당한 고객유인행위에 대한 건

피 심 인 1. 주식회사 대웅제약  
화성시 향남읍 제약공단4길 35-14  
대표이사 전○○, 윤○○

2. 주식회사 대웅  
성남시 중원구 갈마치로 244  
대표이사 윤○○

피심인들의 대리인 법무법인 ○○  
담당변호사 윤○○, 강○○, 김○○, 박○○, 최○○

심 의 종 결 일 2021. 2. 17.

## 주 문

1. 피심인 주식회사 대웅제약은 특허 비침해를 인지하고도 경쟁사업자에게 특허소송을 제기하는 방법으로 경쟁사업자의 고객이 자기와 거래하도록 유인하는 행위를 다시 하여서는 아니 된다.

2. 피심인 주식회사 대웅제약 및 주식회사 대웅은 기만적으로 취득한 특허를 이용하여 경쟁사업자에게 특허소송을 제기하는 방법으로 경쟁사업자의 고객이 자기와 거래하도록 유인하는 행위를 다시 하여서는 아니 된다.

3. 피심인들은 다음 각 호에 따라 과징금을 국고에 납부하여야 한다.

가. 과징금액

- |              |   |                |
|--------------|---|----------------|
| 1) 주식회사 대웅제약 | : | 2,146,000,000원 |
| 2) 주식회사 대웅   | : | 151,000,000원   |

나. 납부기한 : 과징금 납부고지서에 명시된 납부기한(60일) 이내

다. 납부장소 : 한국은행 국고수납대리점 또는 우체국

## 이 유

### 1. 기초사실

가. 피심인들 일반현황

#### 1) 주식회사 대웅제약

<sup>1</sup> 피심인 주식회사 대웅제약<sup>1)</sup>은 의약품과 의약외품 등을 제조·판매하는 사업자로서, 독점규제 및 공정거래에 관한 법률<sup>2)</sup> 제2조 제1호의 규정에 따른 사업자에 해당한다. 피심인 대웅제약의 일반현황은 아래 <표 1>과 같다.

---

1) 이하 주식회사를 생략하고 ‘대웅제약’이라 한다.

2) 2017 7. 26. 법률 제14839호로 개정된 것을 말하며, 이하 ‘법’이라 한다.

&lt;표 1 &gt;

대웅제약의 일반현황

(단위: 명, 백만 원)

구분	종업원수	자본금	매출액	전문의약품 매출	판매관리비	영업이익	당기 순이익
2015년	1,378	28,966	800,517	605,378	206,700	55,073	49,233
2016년	1,524	28,966	794,010	555,843	205,588	35,389	32,974
2017년	1,463	28,966	866,755	600,101	221,879	44,635	36,725
비중			100%	69.2%	25.6%	5.1%	4.2%

\* 자료출처 : 피십인 제출자료

## 2) 주식회사 대웅

<sup>2</sup> 피십인 주식회사 대웅<sup>3)</sup>은 대웅제약, 대웅바이오 주식회사 등의 자회사를 두고 있는 비금융 지주회사로서, 법 제2조 제1호의 규정에 따른 사업자에 해당한다. 대웅은 종래 ‘대웅제약’이라는 이름을 사용하다가 2002. 10. 1. 제약사업 부분을 분리하여 대웅제약을 신설하고 존속회사의 상호를 대웅제약에서 대웅으로 변경하였다. 피십인 대웅의 일반현황은 <표 2>의 내용과 같다.

&lt;표 2 &gt;

대웅의 일반현황

(단위: 명, 백만 원)

구분	종업원수	자본금	매출액	전문의약품 매출	판매관리비	영업이익	당기 순이익
2015년	278	29,071	49,486	6,339	22,300	12,272	8,833
2016년	281	29,071	49,222	10,350	26,718	4,711	5,958
2017년	288	29,071	54,734	9,808	21,915	13,256	11,274
비중			100%	17.9%	40.0%	24.2%	20.6%

## 나. 시장구조 및 현황

## 1) 개요

<sup>3</sup> 제약산업은 의약품을 개발·생산하여 유통하는 산업으로서, 의약품은 의사의

---

3) 이하 주식회사를 생략하고 ‘대웅’이라 한다.

처방이 필요한지 여부에 따라 의사의 처방을 통해서만 구입이 가능한 전문의약품과 의사의 처방 없이 약국에서 직접 구입할 수 있는 일반의약품으로 나뉜다.

4           의약품을 물질의 신규성에 따라 분류할 경우에는 화학구조나 조성이 완전히 새로운 오리지널 의약품, 오리지널 의약품을 토대로 효능이나 복용 편의성 등을 높인 개량신약, 오리지널 의약품을 모방한 제네릭 의약품(이하 편의상 ‘제네릭’이라 한다)으로 나뉜다.

## 2) 제약산업의 특성

### 가) 규제산업

5           제약산업의 경우 국민의 건강과 직결되는 의약품을 취급하는 특성상 정부가 제품 개발, 임상시험, 인·허가 및 제조, 유통, 판매 등의 전 과정을 엄격히 규제하고 있다. 국내에서 보건의료시장의 가장 큰 구매자는 보험재정을 운영하는 정부이다. 정부는 보험급여를 제공하는 구매자인 동시에 보건의료시장을 규제하는 자로서, 진입 규제를 비롯하여 가격과 품질 규제를 통해 시장에 영향을 미치고 있다.

6           약사법 제31조 및 제45조에 따르면 의약품을 제조 또는 판매하고자 하는 자는 일정 시설을 갖추고 각각 식품의약품안전처장(이하 ‘식약처장’이라 한다) 및 시장·군수·구청장의 허가를 받아야 한다.

7           의약품으로 임상시험 또는 생물학적 동등성 시험(이하 ‘생동성 시험’이라 한다)을 하려는 자는 계획서에 대해 식약처장의 승인을 받아야 하며, 시험을 수행하는 기관 역시 식약처장의 지정을 받은 곳이어야 한다.

### 나) 기술 및 지식 집약적 산업

8           제약산업은 신약 개발을 위한 연구에서부터 원료 및 완제의약품의 생산과 판

매 등 모든 과정을 포괄하는 첨단기술산업으로서, 기술집약도가 높고 신약 개발 여부에 따라 고부가가치를 창출할 수 있다.

- 9 신약 개발에는 약학, 화학, 생물학, 의학 등 다분야의 지식과 기술이 요구되며 대규모 자본과 시간의 투입이 필요하다. 1개의 신약 개발에 10~15년의 긴 연구기간과 1조 원 가량의 개발비용이 소요되지만 성공 가능성은 평균 0.01%로 매우 낮다.

다) 최종 구매자의 선택이 허용되지 않는 시장

- 10 전문의약품의 경우 최종선택권이 비용지불자인 소비자(환자) 및 국민건강보험공단에 있는 것이 아니라 처방권을 지닌 의사에게 있다. 소비자는 의약품의 성분 및 효능에 대한 전문적인 지식이 부족하고, 전문의약품 대중광고도 법적으로 제한되어 있어, 의약품의 선택에 미치는 영향이 미미한 편이다. 따라서 제약사들은 실제 처방권을 지닌 의사 또는 대학병원 등 의료기관을 대상으로 전문의약품에 대한 판촉활동을 전개한다.

- 11 한편 대학병원, 종합병원 및 준종합병원은 정기적으로 약제 심사위원회를 개최하여 병원에서 사용할 수 있는 의약품이 등재된 ‘처방약제목록’을 작성하고 동 목록에 선택된 약품에 코드를 부여하는 작업을 실시한다. 이 과정에서 목록에 선정되지 않은 의약품은 해당 병원에서 처방되기가 사실상 매우 어렵다.

### 3) 제약과 특허

가) 개요

- 12 특허제도는 발명을 보호·장려함으로써 국가산업의 발전을 도모하기 위한 것으로서, 해당 발명자에게는 기술공개의 대가로 일정 기간(20년) 동안 해당기술을 독점사용할 수 있는 특허권을 부여하고 있다. 특허제도는 발명자의 권리보호를 넘어

서 궁극적으로 공개된 기술의 활용 및 이를 통한 산업 발전을 목적으로 한다.

13        의약품 특허로는 신규 물질 자체에 부여되는 물질특허, 제형의 특수성 등을 이용하여 의약적인 효과를 증대시키는 방법에 부여되는 제형특허, 의약품 주성분을 조합한 복합제 또는 의약품과 첨가제의 조합을 통한 처방에 관한 특허인 조성물특허, 동일한 의약품에 효능·효과를 추가하거나 새로운 효능·효과 등으로 허가된 특허인 용도특허 등이 있다.

14        제약사는 의약품의 최초 특허를 획득한 후 동 물질에 대한 제형, 새로운 제조방법, 신규 용도 등의 후속 특허를 지속적으로 출원하는 방법으로 시장을 방어하기도 한다. 오리지널 의약품의 독점 판매권이 보장되는 기간 동안에는 높은 수익이 기대되지만 제네릭이 시장에 진출하면 오리지널 의약품의 약가가 인하되고 시장점유율이 하락하기 때문이다. 이러한 후속 특허들은 오리지널 의약품의 특허 보호범위를 넓히고 제네릭의 시장진입을 막는 효과를 가져온다.

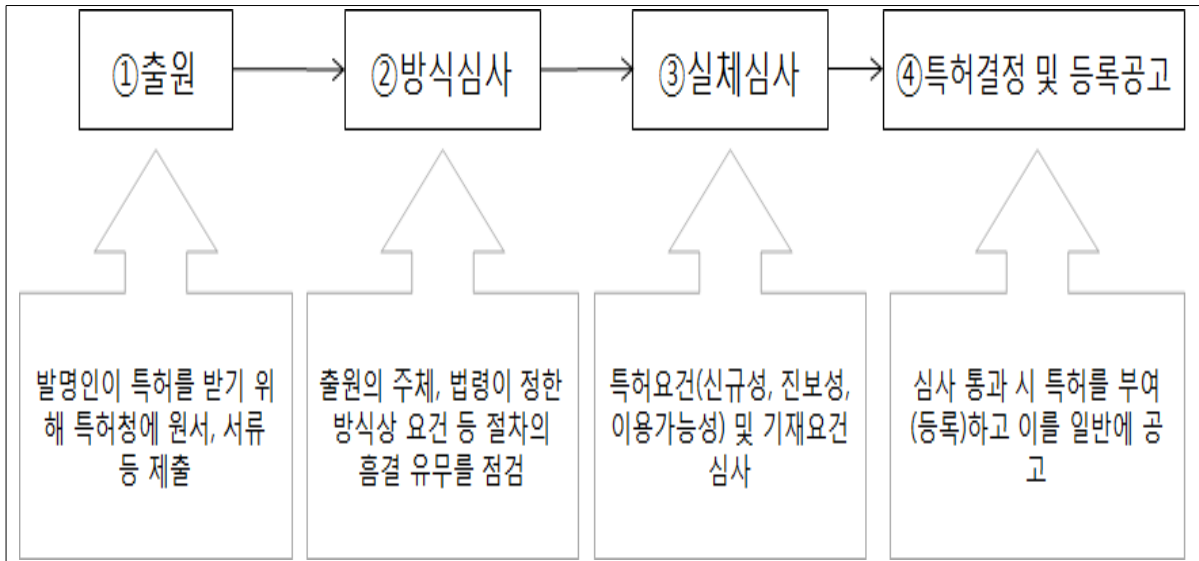
#### 나) 특허 등록 과정

15        특허 취득과 관련한 일련의 과정은 다음과 같다. ① 발명인이 특허를 출원하면 ② 특허청에서 필수사항 기재 여부, 기간 준수 여부, 수수료 납부 여부 등 절차상 흠결을 심사한다. ③ 특허 요건에 대한 심사, 즉 실체심사는 모든 출원이 아니라 심사청구된 출원에 대해서만 이루어진다. 실체심사에서는 선행기술이 있는지 여부를 조사하고 신규성, 진보성, 산업상 이용가능성의 유무를 판단한다. 이와 함께, 기술공개의 대가로 특허를 부여하는 것이므로 그 분야 내 통상의 지식을 가진 자가 쉽게 실시할 수 있도록 기재하고 있는가를 동시에 심사한다. ④ 심사 결과 특허요건을 충족하면 특허가 등록되고 그 내용이 일반에 공개된다.

16        이러한 과정을 도식화하면 <그림 1>과 같다.

<그림 1>

특허 등록 과정



다) 제약 특허와 쟁송

17 특허심판은 특허 분쟁을 해결하기 위하여 특허심판원의 심판관 합의체에 의하여 행해지는 특별행정심판을 말한다. 형식적으로는 행정상 쟁송절차이지만 사실상 특허법원의 전심절차로서 준사법적 성격을 지닌다. 특허심판의 종류는 다음 <표 3>과 같다.

<표 3>

특허심판의 종류

결정계 심판	거절결정 불복심판	특허출원 또는 존속기간연장등록출원에 대해 거절결정을 받은 경우 신청자가 청구할 수 있는 불복심판
	특허 정정심판	특허권자가 특허취소신청, 특허 또는 정정 무효심판이 특허심판원에 계속되는 중에 명세서 또는 도면의 정정을 청구하는 심판
당사자계 심판	특허무효 심판	유효하게 등록된 특허권 등을 법정무효사유를 이유로 그 효력을 소급적 또는 장래에 대해 상실시킬 것을 청구하는 심판
	권리범위 확인심판	제3자가 특허권자를 상대로 자신의 실시발명이 상대의 특허발명 범위에 속하지 않는다는 심결을 구하는 심판(소극적) 및 특허권자가 제3자의 실시발명이 자신의 특허발명 범위에 속한다는 심결을 구하는 심판(적극적)

18 특허 소송에는 특허권자가 자신의 특허권이 침해되었음을 이유로 제3자를 상대로 제기하는 특허침해소송, <표 3>의 특허심판에 대한 불복 소송 등이 있다.

#### 다. 알비스 군(群) 제품 및 관련 특허

19 알비스 군(群) 제품은 피심인들이 개발한 소화성 궤양용제로, 위산 분비를 억제하는 라니티딘과 위점막을 보호하는 수크랄페이트, 헬리코박터균을 억제하는 비스무트를 조합한 제품이다. 대응은 위 세 개 성분의 조성물이 위장질환 치료효과가 있다는 내용의 조성물특허(특허번호 KR 100119031, 이하 ‘원천특허’라 한다)를 1993. 1. 21. 출원하여 1997. 7. 26. 등록하였고, 2013. 1. 21. 특허가 만료되었다. 대응은 2000. 6. 1. 이 원천특허를 바탕으로 ‘알비스’를 출시하였다.

20 이후 대응은 후속특허(특허번호 KR 100453179, 이하 ‘이중정 특허’라 한다)를 1999. 1. 21. 출원하였고, 이를 승계한 대응제약이 2004. 10. 6. 특허를 등록한다. 이중정 특허는 수크랄페이트와 라니티딘을 함께 복용할 경우 라니티딘의 흡수율이 저하되는 문제를 해결하기 위해,<sup>4)</sup> 라니티딘을 함유하는 핵정을 피막으로 감싼 후 그 위에 비스무트와 수크랄페이트를 다시 감싼 이중정을 제조하는 기술에 대한 특허이다. 이중정 특허는 피막이 라니티딘 중량의 5.3~10.0 중량%이고 피막 파열시간이 20~90분인 것을 특징으로 한다.

21 대응제약은 2015. 2. 1. 알비스를 개선한 알비스D를 출시하였고, 2015. 10. 22. 알비스D 제조 방법에 관한 후속특허(특허번호 KR 101583452, 이하 ‘알비스D 특허’라 한다)를 출원하고 2016. 1. 4. 등록하였다. 알비스D 특허는 비스무트와 수크랄페이트의 입도(입자 크기)를 특정 범위 내로 조절하면<sup>5)</sup> 이중정 구조와 동등하게 라니티딘의 흡수율 저하 개선 효과가 있다는 내용의 특허이다.

4) 수크랄페이트는 복용시 위점막에 도포되어 라니티딘이 위점막을 통해 흡수되는 것을 방해한다.

5) 수크랄페이트의 평균 입도가 2~25 $\mu$ m이고 비스무트 서브시트레이트의 평균 입도가 25~70 $\mu$ m인 경우를 말한다.



## 2. 위법성 판단

### 가. 인정사실 및 근거

#### 1) 주식회사 ○○○○○○○○에 대한 가처분소송 제기

##### 가) 특허 비침해를 인지하고도 제조·판매금지 가처분소송 제기

22            2013. 1. 21. 알비스의 원천특허가 만료된 뒤, 피심인 대응제약<sup>6)</sup>은 주식회사 ○○○○○○○○<sup>7)</sup> 및 ○○○○○○○○ 주식회사<sup>8)</sup>가 알비스 제네릭 출시를 준비하고 있다는 사실을 알고, 제네릭 출시를 지연시키기 위해 원료인 수크랄페이트를 다량 확보하는 한편, 제네릭 허가 완료시 제조판매금지 가처분 소송을 제기하여 압박수단으로 활용하자는 내용의 대응전략을 수립(2014. 3. 21.)하였다. 이러한 사실은 대응제약의 알비스 제네릭 대응전략 보고 문건(심사보고서 소갑 제12호증<sup>9)</sup>)으로 확인된다.

#### <그림 2>        대응제약의 알비스 제네릭 대응전략 보고 문건 (2014. 3. 21.)

##### 2) 타사 제네릭 지연방안

###### ① Sucralfate 원료 다량확보를 통한 제네릭 발매물량 조절

- Sucralfate 비교용출은 알비스 동일원료(한울/파비스)에 한해서만 적합확인
- 알비스 매출물량에 따라 Sucralfate 원료확보가 어려운 편.  
(한울 : PV생산 대기 / 파비스 : 생동 시험 진행중)

###### ② 특허 방어를 통한 제네릭 발매 지연 방안 수립

- 제네릭 허가신청 시, 경고장 발송 : 특허 침해 여부 및 제네릭 제품에 대한 정보 확인
- 허가 완료 시, 제조판매금지가처분소송 제기 : 승소 보다는 압박 수단으로 활용

6) 이하 ‘대응제약’이라 한다.

7) 이하 ‘○○○○○○○’이라 한다.

8) ○○○○○○○○ 주식회사는 2015. 7. 30. 대응제약에게 인수되었다. ○○○○○○○○ 주식회사는 알비스D 제네릭인 ○○○○○○을 대응제약에게 인수된 이후인 2016. 1. 4. 발매하였다.

9) 이하 ‘심사보고서 소갑 제○호증’은 ‘소갑 제○호증’이라 한다.

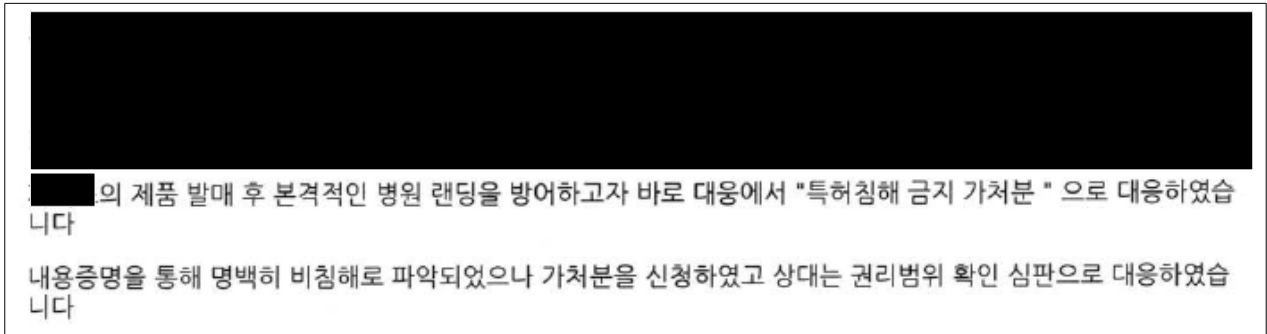
23 한편 ○○○○○은 특허권 침해 분쟁 없이 안정적으로 알비스의 제네릭(○○○○○)을 출시하기를 원했다. 이에 따라서 ○○○○○은 제네릭 출시를 앞둔 2014. 5. 21. 대웅제약에게 자사의 제네릭은 피막과열시간이 8~12분이어서 이중정 특허를 침해하지 않는다는 내용의 내용증명을 대웅제약에게 발송하였다. 이에 대해 대웅제약은 2014. 6. 23. 피막과열시간 시험조건 등이 명확하지 않으므로 제네릭에 대한 보다 상세한 정보를 요구하는 내용증명을 ○○○○○에 송부하였다. ○○○○○은 2014. 7. 10. 이중정 특허의 특허명세서에 기재되어 있는 방법으로 피막과열시간을 확인하였으며 만약 특허명세서에 기재되어 있는 방법이 명확치 않다고 한다면 이는 특허가 무효임을 자인하는 것<sup>10)</sup>이라는 내용증명을 대웅제약에게 재차 발송하였다.

24 이러한 ○○○○○의 내용증명을 통해 비침해 가능성을 인지하고 가처분소송의 승소가능성이 높지 않다는 법무법인 자문도 받은 대웅제약은 2014. 10. 24. 직접 실험을 실시하여 ○○○○○의 피막과열시간을 측정하였고, 피막과열시간이 10분 이내여서 이중정 특허를 침해하지 않는다는 점을 재차 확인하였다. 그러나 대웅제약은 ○○○○○이 2014. 10. 7. ○○○○○을 발매하자, 동 제네릭이 자신의 특허를 침해하지 않는다는 것을 위와 같이 인지하고도 제네릭에 대한 “압박수단으로 활용”하기 위해 2014. 12. 19. ○○○○○을 상대로 서울중앙지방법원에 특허권 침해 금지 가처분소송(2014카합81095)을 제기하였다.

---

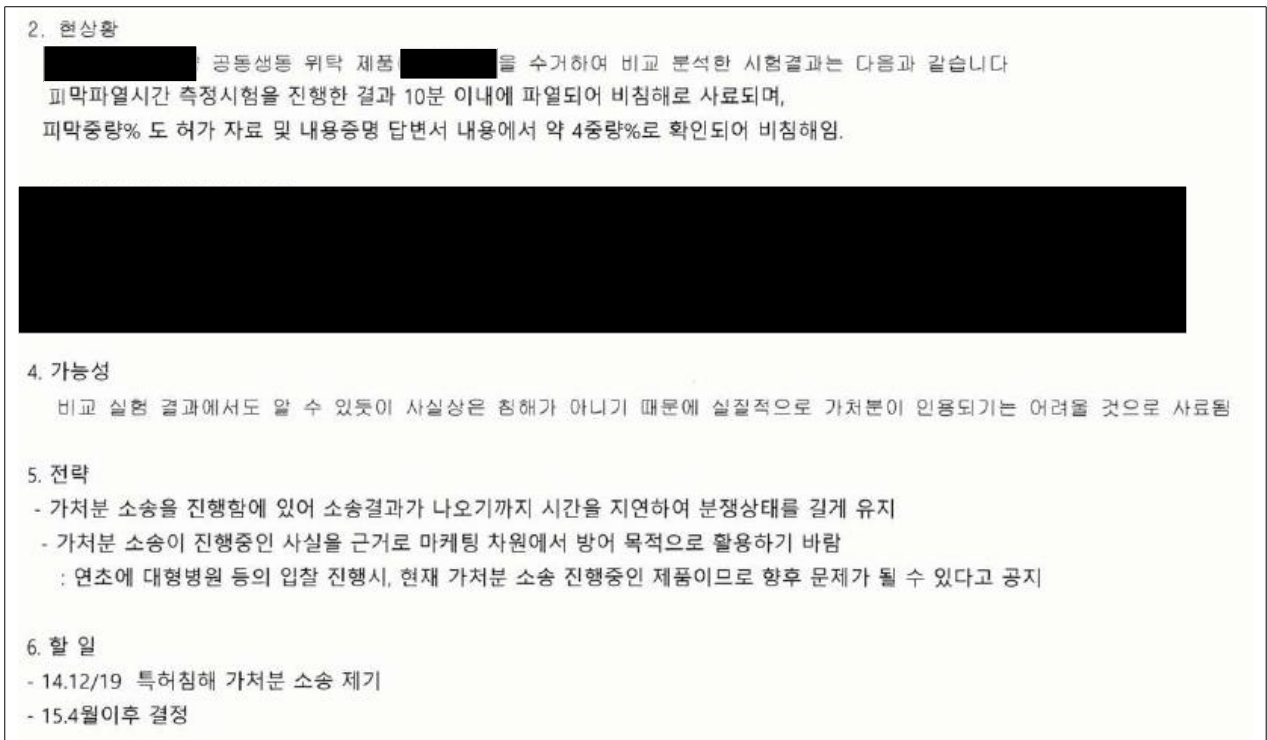
10) 특허법 제42조 제3항은 그 분야에서 통상의 지식을 가진 사람이 해당 특허에 기재된 발명을 쉽게 할 수 있도록 발명을 명확하고 상세하게 설명하도록 요구한다. 이를 충족하지 못할 경우 ‘기재불비’라는 특허 무효 사유에 해당된다.

<그림 3> 대웅제약 소속 김ㅇㅇ가 대표이사 이ㅇㅇ에게 보낸 메일 (2015. 7. 6.)



\* 자료출처 : 소갑 제16호증

<그림 4> 대웅제약의 알비스 제네릭 대응전략 (2014. 12월)



\* 자료출처 : 소갑 제17호증

25 이러한 사실은 2014카합81095 관련 ㅇㅇㅇㅇㅇ 측 소을 제3호증 자료(소갑 제13호증), 연구지원 특허 파트 주간 업무 보고(소갑 제14호증), 알비스 육성전략 회의록 정리 관련 메일(소갑 제15호증), IP팀장 김ㅇㅇ가 부회장 이ㅇㅇ에게 보낸 메일(소갑 제16호증), 대웅제약의 알비스 제네릭 대응전략(소갑 제17호증) 알비스 가처분 관련 IP팀 내부 메일(소갑 제18호증), 대웅제약 소속 김ㅇㅇ가 개발팀에 보낸

메일(소갑 제19호증), 2015. 2. 13. 대웅제약 소속 직원들이 주고받은 메일(소갑 제26호증)등으로 확인된다.

나) 소송 지연 전략 사용

26           가처분 소송 진행 과정에서 법원은 2015. 1. 30. 제1차 심문기일에서 대웅제약의 소극적인 태도를 지적하고 추가적인 침해 주장에 대한 입증이 없다면 2월 중 순경에 인용 여부를 결정하겠다고 밝혔다. 대웅제약의 소송 대리인도 2015. 2. 4. 대웅제약의 주장이 특허침해를 입증하기에 적합하지 않으므로 소송을 취하하고, 이후에 증거가 생기면 다시 신청할 것을 권유하였다. 가처분이 2월 경에 기각될 것을 예상한 대웅제약은 2015. 2. 4. <그림 5>과 같이 “인위적 실험보고서를 제출하여 시간 지연책으로 이용”하거나 기각 결정 전에 소송을 취하하자는 전략을 수립하였다.

<그림 5>                           알비스 가처분 현황 보고(2015. 2. 4.) 발췌

<div>1. 목적 : 알비스 D 출시전까지 제네릭의 본격적인 영업활동 방어</div> <div>2. 목표 : 가처분 신청 후 3개월 정도 판결 지연 유도</div> <div>5. 대응 전략</div> <div>- 예상 : 대응이 침해 주장할 추가적인 논리 없어 가처분 기각결정 예상됨</div> <div>재판부는 인사이드 전에 (빠르면 2/9) 가처분에 대한 결정을 내릴 가능성 큼.</div> <div>1) 대응전략 1.</div> <div>- 내용 : 현 소송을 유지하면서, 대응의 인위적 실험보고서를 제출하여 시간 지연책으로 이용</div> <div>- 장점 : 추가적인 1 회 심문기일(수일 결정 지연)을 진행할 가능성 있음</div> <div>- 단점 : 제 3 자 시험 검증시 대응의 업계 명성 훼손 우려,</div> <div>같은 재판부에서 진행중인 다른 가처분사건(엔테카비어)에 부정적인 영향 우려</div> <div></div>
---

\* 자료출처 : 소갑 제20호증

27 소송 지연 전략을 채택한 대응제약은 마지막 심문기일인 2015. 2. 6. 특허 침해 여부와는 무관한 자료인 고성능액체크로마토그래피(HPLC) 방식<sup>11)</sup>으로 측정한 피막파열시간 결과를 뒤늦게 제출하였다.<sup>12)</sup> 그러나 대응제약 스스로도 특허명세서 상 방법인 육안관찰법이 아닌 고성능액체크로마토그래피(HPLC) 방식으로 파열시간을 측정할 논리적 타당성을 찾지 못 했고, 특허명세서 상의 방법인 육안 관찰이 정확하지 않은 방법인 경우 특허가 기재불비로 무효가 될 수 있다는 위험을 감수하면서도 특허명세서에 있는 육안관찰보다 HPLC 방식이 더 객관적이고 정확하다는 주장을 고수하였다 이러한 사실은 제제팀 조○○와 IP팀 이△△ 간 메일(소갑 제26호증), IP팀 이○○와 IP팀 조△△ 간 메일(소갑 제27호증), 2014카합81095 관련 대응제약 측 참고서면 초안(소갑 제143호증)에서 확인된다.

28 그 결과 가처분 소송은 대응제약의 목표대로 3개월 가량 지연되어 2015. 5. 4.에야 기각 결정으로 종료되었다.

<그림 6> 대응제약 소속 김○○가 마케팅팀 박○○에게 보낸 메일(2015. 5. 5.) 발췌

알비스 제네릭 특허침해 금지 가처분 소송 예상 했던대로 기각 결정 났습니다  
작년 11월 중순 가처분 신청하여 거의 5개월 끝었으니 당초 목표는 달성한 것 같습니다  
통상 가처분은 2개월 정도면 심결이 납니다

\* 자료출처 : 소갑 제34호증

29 이러한 사실은 대응제약의 알비스 제네릭 대응전략(소갑 제17호증), 알비스 가처분 관련 IP팀 내부 메일(소갑 제18호증), 알비스 가처분 현황 사장 보고 메일(2015. 2. 5.) 및 첨부된 보고 문건(소갑 제20호증), IP팀 조△△과 대응제약 소송 대리인간 메일(소갑 제25호증), 제제팀 조○○와 IP팀 이△△간 메일(소갑 제26호증), IP팀 조△△과 대응제약 소송 대리인간 메일(소갑 제28호증), IP팀 김○○가 알비스

11) 고성능액체크로마토그래피는 용액 중의 유기화합물을 성분별로 분리해서 함유량을 측정하는 기기이다. 즉 HPLC 방식은 기기를 통해 용액에서 특정 성분이 용출되는 양을 측정하는 방식으로, 이중 정 특허 명세서에 기재된 육안관찰법과는 완전히 다른 시험방법이다.

12) 해당 보고서가 <그림 5>의 “인위적 실험보고서”라는 사실은 대응 소속 조△△의 진술조서(소갑 제50호증)를 통해 확인된다.

다) ○○○○○과의 소송 진행 사실을 영업에 연계

<그림 7> 대응제약의 알비스 제네릭 대응전략(2014. 12.)

\* 자료출처 : 소갑 제17호증

- 14 -

&lt;표 4&gt;

소송 사실을 활용한 영업활동 전략 수립 및 실행(예시)

증거 제목	내용
2014카합81095 관련 ○○○○○ 측 소을 제3호증 자료 (소갑 제13호증)	위 5번에서 언급한 것 같이 대응제약측과 합의가 이루어진 것으로 알고 제품 출시 후 영업에 열중했으나, 대응제약은 가처분신청 관련보도를 이용하여 거래업체들을 상대로 "■■■■■이 특허를 침해했으므로 ■■■■의 생산 및 판매가 이루어지지 않을것"이라고 마케팅을 하고 있습니다. 당사는 ■■■■ 개발을 위해 재무구조가 취약한 중소기업으로선 엄청난 투자를 했음에도 이 일로 인하여 거래처의 신뢰가 무너짐과 동시에 영업에 큰 타격을
주요기사 관련 내부 의견 문건(2015. 1월) (소갑 제29호증)	3) 영 향: - 가처분신청사실을 근거로 알비스 제네릭 이슈화를 통한 알비스 시장방어 논리에 활용 4) 할 일 및 기한: - 알비스 가처분 소송 분쟁지연 및 유지 (연구지원, ~15 년 4 월) - 가처분 사실내용을 활용한 알비스 제네릭 방어전략 구축 (마케팅, ~15 년 1Q)
알비스 판매 전략 문건 (소갑 제30호증)	■■■■■ / 한국파비스 제형특허 침해로 가처분신청(처방부담)
알비스 판매 전략 문건(2015.1.9.) (소갑 제31호증)	2. 제네릭 방어: 차별화 메시지/대응논리/+ 1 coding ■■■■■ '리지널' (가처분신청(파비스))
알비스 병원 판매 전략(2015.3.12.) (소갑 제32호증)	■■■■■ △: 언론플레이 - 파비스 수탁(특허침해 가처분), ■■■■■ ■■■■■
광주2소 알비스 영업 성공 사례(2015.3.) (소갑 제33호증)	활용 Tool ■■■■■ 3. 파비스: 가처분신청(판매여부 불분명) ■■■■■ ■■■■■

32 이러한 사실은 가처분 소송 관련 ○○○○○ 측 소을 제3호증 자료(소갑 제13호증), 알비스 제네릭 대응전략(소갑 제17호증), 주요기사 관련 내부 의견 문건(소갑 제29호증), 알비스 판매 전략 문건(소갑 제30호증, 제31호증), 2015. 3. 12. 수립된

알비스 병원 판매 전략(소갑 제32호증), 2015. 3월 작성된 광주2소 알비스 영업 성공 사례(소갑 제33호증) 등을 통해 확인된다.

## 2) ○○○○ 주식회사에 대한 특허소송 제기

### 가) 기만적인 방법으로 특허 취득

33 2013. 1. 21. 원천특허가 만료되자 피심인 대웅과 대웅제약은<sup>13)</sup> 알비스의 후속 제품인 알비스D를 개발하고, 알비스D의 품목허가를 획득하기 위한 생동성 시험을 2013. 8월부터 3차례<sup>14)</sup> 진행하여 2회 실패하고 1회 성공하였다. 대웅은 성공한 1회의 생동성 시험 결과를 바탕으로 2014. 11. 28. 알비스D의 품목허가를 받았다.

34 2014. 12월 대웅제약의 제품연구소장 이□□은 회장 보고 사항이니 “초긴급으로 2015. 2. 1. 알비스D 발매 전에” 반드시 알비스D 특허를 출원해야 한다고 특허제제사업팀 강○○에게 지시하였다.<sup>15)</sup> 회장 보고사항이니 제품 출시 전 알비스D 특허를 반드시 출원해야한다는 압박 하에 IP팀과 제제팀은<sup>16)</sup> 2014. 12. 11. 부터 매우 급박하게 특허 출원을 준비하기 시작하였다. 그러나 알비스D 특허에 들어갈 중요 데이터인 생동성 시험 데이터 등이 부족하여 어려움을 겪었다. 특허 출원 이틀 전인 2015. 1. 28.에만 하더라도 출원 대리인은 현재 상황으로는 기재불비로 특허거절 결정이 나올 수 있으며 특히 1회만 성공한 생동성 시험 결과로는 특허 명세서 작성이 어려우므로 실시예를 더 늘려달라고 요청하였다. 생동성 시험은 인체를 대상으로 하는 것이기 때문에 계획 단계부터 식약처의 승인을 필요로 하는 등 시간과 비용이 많이 소요되어 알비스D 출시 전에 시험을 실시하여 새로운 데이터를 만들기도 어려

13) 이하 이들 모두를 지칭할 때에는 ‘피심인들’이라 하고, 각각을 지칭하는 경우 ‘대웅제약’ 또는 ‘대웅’이라 한다.

14) 1차 생동성 시험은 대웅이 의뢰하여 ○○○○○○○○○이 2013. 8월부터 2014. 3월까지 ○○○○○○○○에서 실시하였고, 2차 생동성 시험은 대웅제약이 의뢰하여 ○○○○○○○○○이 2013. 9월부터 2014. 4월까지 ○○○○○○○○에서 실시하였으며, 3차 생동성 시험은 대웅이 의뢰하여 주식회사 ○○○○○○가 2014. 5월부터 2014. 8월까지 ○○○○에서 실시하였다.

15) 피심인들이 급하게 특허 출원을 진행한 것은 2014. 8월부터 5개사로부터 투자를 받은 ○○○○이 알비스D 제네릭 제품(○○○○○○○○)을 본격적으로 개발하기 시작한 것의 영향으로 보인다.

16) IP팀과 제제팀의 당시 부서명은 연구본부 내 연구경영실과 제품개발실이었으나 2015. 10. 1. 연구본부 내 IP팀과 특허제제사업팀으로 명칭이 바뀌었다. 이하 편의상 각각 IP팀과 제제팀으로 부르기로 한다.



운 상황이었다. 이에 대응제약은 기존의 실패한 생동성 시험 데이터상의 수치를 조합하여 만들어낸 생동성 시험 성공 데이터를 2건 추가하는 한편, 실패한 생동성 시험의 비스무트 입도를 특허 출원 범위 밖으로 변경하는 방법으로 데이터를 조작하여 특허명세서를 작성함으로써 제품 출시일(2015. 2. 1.) 직전인 2015. 1. 30. 알비스D 특허를 출원하였다. 그러나 대응제약은 안정성 시험 데이터 등이 부족하여 특허청에 특허 등록 심사를 청구하지 않아 알비스D 특허는 정식으로 등록된 상태는 아니었다.

35            한편, 다음과 같은 사실들을 종합하면 피심인들이 생동성 시험 데이터를 조작하였다는 사실이 충분히 인정된다

36            첫째, 알비스D 특허출원 경위 및 심판소송 관련문건(소갑 제41호증) 및 출원 대리인이 대응제약에게 보낸 메일(소갑 제49호증)을 보면, 특허 출원 이틀 전인 2015. 1. 28.까지만 해도 성공한 생동성 시험 데이터가 1건 밖에 없어 출원 대리인이 데이터 보완을 요구하였던 점이 확인된다. 그러나 생동성 시험은 시간과 비용이 많이 들어 이틀 만에 실시하는 것은 불가능하다.<sup>17)</sup>

<그림 8>            출원 대리인이 피심인들에게 보낸 메일(2015. 1. 28.) 발췌

오늘 주신 표 1의 데이터는 입도 조합이 늘어나긴 하였으나,  
증가된 조합들은 모두 비교예에 해당하는 데이터들이고,  
여전히 "실시예"에 해당하는 데이터는 1건 밖에 없습니다.

수치한정발명의 실시예가 1건 밖에 없는 경우 "범위"를 잡기 위한 supporting data가 하나의 수치 밖에 없는 상태이기 때문에, 해당 수치의 안팎을 임의로 잡아 청구범위에 기재해야 하는 상황이 벌어집니다.

이 경우, 기재불비의 문제로는 청구항에 기재된 상한과 하한의 범위에서 과연 우리가 주장한 효과들이 나타나는 것이 맞는지에 대한 의문이 제기되는 것이고, 이 때문에 권리성은 불안정해집니다.

\* 자료출처 : 소갑 제49호증

37            둘째, 만약 추가된 2건의 생동성 시험 데이터가 기존에 실시하였던 생동성

17) ○○○○ 전 직원의 진술(소갑 제88호증)에 따르면 생동성 시험은 1회에 2~3억원이 소모되며, 피심인들의 계열사(대웅바이오 주식회사)가 생산하는 알비스 및 알비스D 제네릭(라비수 및 라비수D) 생동성 시험 진행 관련 문건(소갑 제86호증)에서도 생동성 시험은 건당 3~4억원이 소모되며 시간도 2~4개월이 소요됨을 알 수 있다.

시험 데이터였다고 한다면 해당 생동성 시험과 관련된 식약처의 승인이 있어야 한다. 그러나 뒤늦게 추가된 2건의 생동성 시험에 대하여는 식약처의 승인 기록이 없다(소갑 제87호증 참고).

38 셋째, 피심인들이 작성한 알비스D 특허명세서와 실제 생동성 시험 결과 간 비교표(<그림 9>)를 보면, 특허명세서상 성공(동등)한 것으로 되어 있는 생동성 시험 결과(제조예15 및 제조예16)의 라니티딘 혈중농도-시간곡선하면적(AUC) 및 최고혈중농도(Cmax) 수치는 실제로는 실패(비동등)했던 1차(DWJ1332) 및 2차((DWJ1332)) 생동성 시험의 라니티딘 AUC 및 Cmax 수치와 소수점 이하 네 자리 까지 일치한다. 전문가 의견서(소갑 제93호증, 제94호증, 제96호증 및 제97호증)에 따르면, 이러한 결과는 인체를 대상으로 하는 생동성 시험의 특성상 설령 같은 집단을 대상으로 한 시험이라 하여도 불가능한 결과이다. 즉 피심인들은 실제로 생동성 시험에 성공한 것이 아니라 기존의 실패한 생동성 시험의 데이터를 조합하여 성공한 것처럼 보이는 생동성 시험 데이터를 만들어낸 것이다.

<그림 9> 알비스D 특허명세서와 실제 생동성시험 결과 간 비교표

특허명세서 실험예 6			한국 생동성시험 결과					
제조예12	라니티딘 AUC= 0.9282~1.1213	동등			동등			
	라니티딘 Cmax= 0.9282~1.1539							
	비스무트 AUC = 0.8749~1.1967	동등					동등	
	비스무트 Cmax= 0.8681~1.12342							
제조예15	라니티딘 AUC= 0.90292~1.0108	동등						
	라니티딘 Cmax= 0.8151~1.0280							
	비스무트 AUC = 0.7672~1.1624	동등 (생동예외규정)						
	비스무트 Cmax= 0.7717~1.1633							
제조예16	라니티딘 AUC= 0.9085~1.0084	동등						
	라니티딘 Cmax= 0.8912~1.0411							
	비스무트 AUC = 1.1058~1.2785	동등 (생동예외규정)						
	비스무트 Cmax= 1.0545~1.3188							
제조예14		비동등		라니티딘 AUC= 0.9085~1.0084	동등			
				라니티딘 Cmax= 0.8912~1.0411				
	비스무트 AUC = 0.5906~0.7805			비동등	비스무트 AUC = 0.5906~0.7805	비동등		
	비스무트 Cmax= 0.4538~0.6794				비스무트 Cmax= 0.4538~0.6794			
제조예17		비동등		라니티딘 AUC= 0.90292~1.0108	동등			
				라니티딘 Cmax= 0.8151~1.0280				
	비스무트 AUC = 1.8565~2.7649			비동등	비스무트 AUC = 1.8565~2.7649	비동등		
	비스무트 Cmax= 2.0868~3.1544				비스무트 Cmax= 2.0868~3.1544			

\* 자료출처 : 소갑 제52호증

39 넷째, 특허명세서상으로는 실패(비동등)한 것으로 되어 있는 생동성 시험에 사용된 비스무트 평균입도가 각각  $95.563\mu\text{m}$ ,  $4.824\mu\text{m}$ 로 기재되어 있다. 그러나 <그림 10> 및 <그림 11>에서 보는 바와 같이, 대응제약 소속 조○○가 작성한 내부메일(소갑 제128호증) 및 실제 입도측정결과보고서(소갑 제159호증)에 따르면 실제로 실패한 2건의 생동성 시험에 사용된 비스무트 평균입도(Volume weighted mean)는 각각  $50.576\mu\text{m}$ ,  $48.982\mu\text{m}$ 였다.

<그림 10> 제제팀 조○○가 IP팀 이△△에게 보낸 메일(2014. 12. 23.)

Sample Name	Sample bulk lot ref	Dispersant name	D [4, 3] - Volume weighted mean( $\mu\text{m}$ )	d (0.1)( $\mu\text{m}$ )	d (0.5)( $\mu\text{m}$ )	d (0.9)( $\mu\text{m}$ )	비고
Tripotassium Bismuth Dicitrate							
	854801	EtOH	50.576				생동1차 시험액: 비동등
	857051	EtOH	48.982				생동2차 시험액: 비동등

\* 자료출처 : 소갑 제128호증

<그림 11> 실제 비스무트 입도측정결과 보고서(발췌)

Sample Name: TBD - Average(85480I)	
	Vol. Weighted Mean D[4,3]: 50.576      um



\* 자료출처 : 소갑 제159호증

40 다섯째, 생동성 시험 데이터가 허위로 기재되었다는 정황은 피심인들이 작성한 특허출원 경위 문건 등 다수의 내부 문건에서도 확인된다. 우선 피심인들 소속 IP팀이 알비스D 특허출원 경위를 정리해 놓은 문건(소갑 제89호증)에서도 특허출원을 위해 필요한 생동성 시험데이터가 부족했고 피심인들이 이를 보완하기 위해 데이터를 조작할 수밖에 없었던 상황을 확인할 수 있다. 동 문건에 따르면 피심인들은 “회장님께 보고된 사항”이라는 이유로 특허출원에 필요한 데이터가 존재하는지에 대한 면밀한 검토 없이 무리하게 특허출원을 강행하였다. 특허출원을 준비 중이던 2014. 12. 11. IP팀 이△△는 제제팀 강○○에게 알비스D는 “진보성 주장 근거가 없어” 현 상황으로는 특허 출원이 어렵다고 언급하였다. 그러나 제제팀은 경영진(회장) 보고가 완료되었으므로 무조건 특허를 출원해야한다는 입장을 고수하였다. 또한 출원 대리인이 식약처 승인하에 수행한 3건의 생동성 시험 데이터로는 특허 명세서를 작성하기 어렵다고 호소하였고, 특허출원을 준비 중이던 IP팀 김○○는 급기야 2015. 1. 24. 제제팀 강○○에게 특허에 들어갈 “데이터도 없는데 회장님께 특허 가능하다고 보고한 사람이 누구”냐고 항의하기도 하였다. 동 문건에는 이후 특허출원이 가능한 방향으로 특허 명세서를 수정하는 과정에서 IP팀(김○○, 이△△)과 제제팀(강○○, 이□□, 조○○)이“데이터 조작<sup>18)</sup>을 암묵적으로 공유”하였다는 사실도 잘

18) <그림 12>에 표기된 “데이터 조직”은 “데이터 조작”의 단순 오타로 해석함이 타당하다. 이는 특허 데이터가 부실한 상황에서 특허출원이 가능하다고 회장에게 보고되어 특허출원이 알비스D 발매일 직전에 매우 긴급하게 이루어진 점, ‘생동성 시험 데이터 등이 부족하여 특허를 작성하기 어렵다는 출원 대리인 의견에 따라 특허 출원이 가능한 방향으로 실시예를 수정 작성하는 과정’에서 동 표현이 사용된 점, 통상 ‘데이터 조직’이라는 말을 사용하지도 않는 점, 동 문건에서는 임상시험 “승인”을 “승인”이라고 작성하는 등 다른 오타도 발견된다는 점에 기인한다.

드러나 있다.

<그림 12>

알비스D 특허 출원 경위를 다룬 내부 문건

**2. 경과사항**

- 2014년 12월초 [redacted]이 회장님께 보고된 사항이니 반드시 출원해야 한다고 [redacted]에게 지시
- 2014.12.11 : [redacted] → [redacted]에게 초진급으로 2015/2/1 일 발매 전 출원하라고 얘기함
- 2014.12.11 : [redacted] 특허팀 [redacted]에게 알비스 D 정으로 특허출원 가능성 검토 요청  
[redacted] → [redacted]에게 진보성 주장 근거가 없어 현상황으로는 특허 출원 어렵다고 회신  
(제품연구실은 경영진 보고가 완료되어 무조건 특허 출원해야 한다는 입장이어서,  
[redacted])
- 2015.1.22 : 출원 대리인 → [redacted]에게 현재 데이터(임상 3건 중 1건 성공, 2건 실패)로는  
특허 명세서 작성 어려움을 어필  
[redacted]
- 2015.1.24 : [redacted] → [redacted]에게 데이터도 없는데 누가 회장님께 특허 보호 가능하다고 보고  
했는지 문의  
[redacted]는 특허팀 문의에 회신 없이 제품연구실 팀원들에게 빨리 특허출원하라고만 지시)
- 이후 [redacted] 상호 논의하여 특허 출원이 가능한 방향으로 실시예 수정 작성하고 대리인과  
협의하여 명세서 작성 [redacted] - 데이터 조직을 암묵적으로 공유  
(출원 전 [redacted] 실장이 직접 최종 검토 확인하였고, 몇가지 사항에 대해 지적하였으나 일단  
출원하고 추후 수정하자고 지시)  
[redacted]

\* 자료출처 : 소갑 제89호증

41 이러한 사실은 피심인들 내부분건(소갑 제41호증), 피심인들 소속 직원 간 주고 받은 메일(소갑 제42호증, 소갑 제47호증, 소갑 제51호증), 출원 대리인이 피심인들에게 보낸 메일(소갑 제49호증) 등에서도 드러난다.

42 여섯째, 후술할 무효심판 심결 취소소송에서 특허법원이 2017. 8. 23. 생동성 시험 결과를 제출하도록 하였음에도 피심인들은 추가된 두 건의 생동성 시험 결과는 제출하지 못 하였고, 오히려 소송상 불이익을 감수하더라도 생동성 시험 데이터 제출을 회피하려 하였다. 그리고 위 특허 소송 중에 ○○○○이 제기한 생동성 시험

데이터 허위 조작 주장에 대해 정면으로 반박하기는커녕 이를 회피하기 위해 합의를 추진하였다. 더 나아가 다른 제네릭사와의 특허 분쟁 중에도 생동성시험 데이터 허위조작 문제가 제기되는 것을 최대한 피하려 했다. 이와 같은 자료 제출 회피는 공정거래위원회 조사 단계에서도 마찬가지였으며, 심의일 현재까지도 관련 자료는 제출되지 않았다. 이러한 사실은 피심인들 내부분건(소갑 제76호증, 소갑 제78호증) 피심인들 내부메일(소갑 제79호증, 소갑 제83호증, 소갑 제84호증), ○○○○ 전 직원의 진술조서(소갑 제88호증), 피심인들 소속 직원이 특허심판 대리인에게 보낸 메일(소갑 제92호증) 등에서 확인된다.

43 일곱째, 심의 과정에서 피심인들은 피심인들의 자체 조사 결과 실무직원들이 특허 출원을 서두르기 위해 데이터를 조작한 것으로 보인다고 스스로 인정하였다.

44 앞에서 살펴본 것처럼 대응제약은 조작된 데이터를 바탕으로 2015. 1. 30. 특허를 출원하였으나, 출원한 특허에 대해 심사를 청구하지는 않았다. 한편, ○○○○ 주식회사<sup>19)</sup>는 2014. 8월부터 알비스D 제네릭인 ○○○○○○○을 본격적으로 개발하고 있었다.<sup>20)</sup> ○○○○은 2015. 7. 2. 자사의 제네릭이 대응제약의 이중정 특허를 침해하지 아니한다는 사실을 확인하기 위해 소극적 권리범위확인심판(2015당3772)을 제기하고<sup>21)</sup> 2015. 7. 20. 제네릭 품목허가 신청을 하였다. 피심인들은 ○○○○○○○은 알비스D의 제네릭이므로 이중정 특허를 침해하지 않는다는 점을 인지하고 알비스D 제네릭의 판매를 방해하기 위해 알비스D 특허를 서둘러 등록하고자 하였다. 피심인들은 기존에 제출했던 조작한 생동성 시험 데이터는 유지하고 제제안정성 관련 데이터만 보완하여 2015. 10. 22. 특허를 재출원하고 특허심사를 청구하여 2016. 1. 4. 특허 등록을 완료하였다.

45 이러한 사실은 알비스D 개발 경위를 정리한 피심인들 내부분건(소갑 제39호증), 알비스D 특허출원 경위 및 심판소송 관련 피심인들 내부 문건(소갑 제41호증),

19) 이하 ‘○○○○’이라 한다.

20) ○○○○은 ○○○○, ○○○○, ○○○○○○, ○○○○, ○○○○과 공동으로 생동성 시험을 하고 해당 회사들에게 알비스D 제네릭을 위수탁 계약을 통해 공급하고자 하였다.

21) ○○○○은 ○○○○○○○이 이중정 특허의 권리범위에 속하지 아니한다는, 즉 이중정 특허를 침해하지 않는다는 심결을 2016. 3. 17. 받았다.

2015. 1. 22. 출원 대리인이 피심인들 소속 직원에게 보낸 메일(소갑 제45호증), IP팀 김○○와 제제팀 강○○, 이○○, 조○○ 간 메일(소갑 제46호증), 2015. 1. 28. 17시 34분 피심인들 소속 직원이 다른 직원에게 보낸 메일(소갑 제48호증), 2015. 1. 28. 출원 대리인이 피심인들에게 보낸 메일(소갑 제49호증), ○○○○의 알비스D 제네릭 출시 관련 대응 방안 논의 메일(소갑 제60호증), 2015. 10. 13. 피심인들 소속 직원 간 메일(소갑 제62호증) ○○○○에 대한 특허침해소송 제기 전 내부 의사 교환 메일(소갑 제65호증), 알비스D 특허심판 소송 이슈 보고 내부 문건(소갑 제76호증), 알비스 특허 분쟁 관련 사항 보고 메일 및 보고문건(소갑 제78호증), IP팀 조△△이 2017. 10. 10. IP팀 김○○에게 보낸 메일(소갑 제79호증), IP팀 조△△이 소송 대리인과 주고받은 메일 및 관련 첨부 자료(소갑 제81호증), 김○○가 2017. 10. 30. 대표이사 이○○ 등에게 알비스 특허분쟁 합의결과를 보고한 메일(소갑 제83호증), 김○○가 2017. 11. 19. 한용해 연구실 본부장에게 알비스 특허분쟁 합의 결과를 보고한 메일(소갑 제84호증), 심사관 업무협조요청에 대한 식약처 회신 자료(소갑 제87호증), ○○○○ 전(前) 수석연구원 정○○ 진술조서(소갑 제88호증), 김○○가 2017. 10. 7. IP팀 김△△에게 보낸 메일 및 첨부된 알비스D 특허출원 경위 문건(소갑 제89호증), 김△△가 2018. 5. 2. 특허심판 대리인에게 보낸 메일 및 첨부된 답변서 초안(소갑 제92호증), ○○○○○○ 임상약리학과 ○○○ 교수 의견서(소갑 제93호증), ○○○대학교 ○○○ 교수 의견서(소갑 제93호증), ○○○○○○ 임상약리학과 ○○○ 교수 의견서(소갑 제96호증), ○○○○○○대학교 ○○○ 교수 의견서(소갑 제97호증), 제제팀 조○○가 IP팀 이△△에게 보낸 메일(소갑 제128호증), 2017. 3. 3. 작성된 내부 발표자료(소갑 제146호증) 및 심의과정에서의 피심인들의 진술 등을 통해 확인된다.

나) 기만적으로 취득한 특허를 기반으로 한 특허소송 제기

46 ○○○○이 2016. 1. 2. 알비스D 제네릭을 출시하자, 대응계약은 특허법상 국  
내우선권주장 제도를 활용하여<sup>22)</sup> 2016. 2. 25. ○○○○의 제네릭이 자신의 알비스D

22) 국내우선권주장 제도에 특허를 받으려는 자가 먼저 한 출원(선출원)을 기초로 1년 이내에 우선권주장의 출원(재출원)을 한 경우, 소급하여 선출원일을 권리의 기준일로 보는 제도이다(특허법 제55조). 이 사건의 경우 대응계약의 우선권 주장이 인정된다면 알비스D 특허권의 기준일은 선출원일인 2015. 1. 30.이 된다.

특허를 침해한다는 이유로 서울중앙지방법원에 특허권 침해금지의 소(2016가합 510292)를 제기하였다. 이는 <그림 13> 및 <그림 14>에서 확인되는 바와 같이 경쟁사의 시장 진입을 저지하는 것이 목적이었다. 이 과정에서 IP팀 김○○, 이△△와 제제팀 강○○, 조○○, 이□□ 등 이미 데이터 조작 사실을 공유하고 있었던 직원 다수가 소제기에 관여하기도 하였다(소갑 제63호증, 소갑 제148호증).

<그림 13> 피심인들 소속 김○○가 유관부서에 보낸 메일(2016. 1. 4.)

영업에서는 대책을 세우셔야 할 것 같고  
IP팀에서는 침해 대응 준비하겠습니다  
이번 대응은 완전 방어라기 보다는 제네릭 시장 진입을 저해하려는 목적입니다

\* 자료출처 : 소갑 제64호증

<그림 14> 피심인들 내부 의사 교환 메일(2016. 1. 7.)

어제 유선상으로 말씀드린 알비스D 제네릭 방어 전략 아래와 같이 정리하였습니다  
결론적으로 본연 소송을 통해 제네릭사의 적극적인 마케팅을 제지해 보자는 취지입니다

\* 자료출처 : 소갑 제65호증

47 ○○○○은 2017. 8. 10. 특허권 침해금지의 소 변론과정에서 생동성 시험은 반드시 식약처의 승인을 받아야 함에도 불구하고 피심인들이 식약처 승인 하에 한 생동성 시험은 총 3회에 불과한 바, 알비스D 특허명세서의 생동성 시험 데이터 5건 중 적어도 2건은 허위로 기재된 것이라고 주장하였다(소갑 제72호증, 제74호증). 동시에 이처럼 기만적으로 획득한 특허로 소를 제기하는 것은 특허법 제229조 및 독점규제 및 공정거래에 관한 법률에 위반되므로 형사 고발 및 공정거래위원회 신고를 하겠다고도 주장하였다(소갑 제75호증). 또한 ○○○○은 2017. 8. 23. 특허법원에서 진행 중이던 무효심판 심결 취소소송(2017허868)<sup>23)</sup>에서도 동일한 주장을 하였고,

23) ○○○○은 2016. 5. 12. 알비스D 특허에 대한 특허등록무효심판(2016당1231)을 청구하였으나 2017.1.23. 청구가 기각되었다. ○○○○은 이에 불복하여 2017. 2. 7. 특허법원에 무효심판 심결 취소소송을 제기하였다. 해당 소송은 대응제약과 ○○○○이 합의하여 소 취하 동의서를 제출함에 따라 2017. 11. 1. 종료되었다.



이에 특허법원은 2017. 8. 23. 대웅제약에게 생동성 시험 데이터를 제출하도록 하였으나 대웅제약은 5건 중 3건의 생동성 시험 데이터만을 제출하였다. 이 과정에서 대웅제약 소속 변리사 김○○ 및 대웅 소속 변호사 조△△은 소송에서 다소 불리하더라도 생동성 시험 관련 데이터는 법원에 제출하여서는 안 된다는 의견을 제시하기도 하였다(소갑 제79호증, 소갑 제80호증). 아래 <표 5>에서 확인되는 바와 같이, 허위자료를 근거로 특허가 등록된 사실이 밝혀질 경우 대외 이미지 하락을 우려한 피심인들은 급히 ○○○○과 합의를 추진하였다(소갑 제74호증, 소갑 제77호증, 소갑 제78호증, 소갑 제83호증, 소갑 제84호증).

<표 5> 알비스 특허 분쟁 관련 사항 보고 문건(17. 10. 10.) 중 발췌

<p>2) 상대방 주장</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- 명세서에 기재된 생동성 시험5개(실시예6) 중 최소 2개의 시험은 진실되지 않은 것이므로 통상의 기술자가 명세서의 내용으로 발명을 용이하게 재현할 수 없어 무효사유 → 문서제출명령신청</li> <li>- 거짓특허권 획득 및 권리남용과 공정거래위반임</li> </ul> <p>3) 금번 기일(10.12)에는 재판부에서 상대측 문서제출명령신청에 따른 임상보고서 제출을 요구할 가능성이 큼</p> <p>5. 대응방안 (중략)</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• 현시점에서 양사가 제기한 침해소송, 무효심판 모두 사건 취하하는 방향으로 협상하는 것이 바람직할 것으로 판단됨 (중략)</li> </ul> <p>7. 시나리오별 아사영향 (중략)</p> <p>3) 특허 무효시 (중략)</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- 무효 근거가 기재불비 즉, 생동시험 데이터로 조작에 인한 것으로 상대방에서 언론 플레이 할 경우 대웅 기업 이미지 훼손 및 알비스 제품에 대한 매출에 부정적영향</li> </ul>
---

\* 자료출처 : 소갑 제78호증

48            결국 대웅제약과 ○○○○은 법원의 강제조정 결정을 통해 분쟁을 종결하기로 합의하였고, 2017. 10. 26. 법원의 강제조정 결정이 확정됨에 따라 소송이 종결되었다.

49            이러한 사실은 2016. 1. 4. 김○○가 유관부서에 보낸 메일(소갑 제64호증) ○○○○에 대한 특허권 침해금지의 소 제기 전 작성된 피심인들의 내부 의사 교환

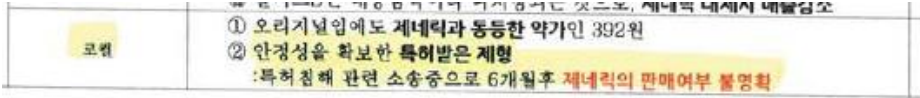
메일(소갑 제65호증) 특허권 침해금지의 소(2016가합510292) 관련 대응계약 측 준비 서면(소갑 제67호증), 특허권 침해금지의 소 관련 ○○○○ 측 준비 서면(소갑 제72호증), 무효심판 심결 취소소송(2017허868) 관련 ○○○○ 측 준비서면(소갑 제73호증), ○○○○ 전(前) 개발 본부장 천○○ 전무 진술조서(소갑 제74호증), 2017. 9. 12. 작성된 알비스D 특허심판 소송 현황 관련 피심인들의 내부문건(소갑 75호증), 2017. 9. 5. 작성된 알비스D 특허심판 소송 이슈 보고 문건(소갑 제76호증), 강제조정안 관련 피심인들과 ○○○○ 측 등과의 의사교환 메일 및 강제조정안 날인본(소갑 제77호증), 2017. 10. 10. 작성된 알비스 특허 분쟁 관련 사항 보고 메일 및 보고 문건(소갑 제78호증), 2017. 10. 10. 조△△이 김○○에게 보낸 메일(소갑 제79호증), 같은 날 김□□가 김○○에게 보낸 메일(소갑 제80호증), 김○○가 2017. 10. 30. 대표이사 이○○ 등에게 알비스 특허분쟁 합의결과를 보고한 메일(소갑 제83호증), 김○○가 한○○ 연구실 본부장에게 알비스 특허분쟁 합의 결과를 보고한 메일(소갑 제84호증) 등으로 확인된다.

다) ○○○○과의 소송 진행 사실을 영업 활동에 연계

50 ○○○○과 특허침해소송을 진행하면서 피심인들은 이러한 사실을 영업 과정에까지 연계하며 ○○○○의 시장 진입을 더욱 적극적으로 저지하고자 하였다. 즉 아래 <표 6>와 같이, ○○○○의 제네릭은 특허권 침해금지의 소가 진행 중이며 재판 결과에 따라 향후 공급 또는 판매가 불확실한 제품이라는 메시지를 전달하는 방식으로 영업전략을 수립하였고, 실제로 이를 부각한 메시지를 전달하여 효과적으로 제네릭을 방어하였다.

&lt;표 6&gt;

## 소송 사실을 활용한 영업전략 수립과 실행

증거 제목	내용
IP팀 김ㅇㅇ가 유관부서에 보낸 메일 (소갑 제65호증)	<b>4. 시장 방어전략</b> 1) 알비스D 조성물특허 등록 결정 : 2015.12.22 2) 공시를 통한 홍보 : 특허등록 사실 및 알비스D 제네릭이 특허 침해할 수 있다는 취지로 기사화 3) 경고장 발송 : 신규 등록된 특허를 토대로 알비스D 제네릭사에 특허 침해 가능성을 경고 4) 본안 소송 : 심결까지 최소 6개월 이상은 소요될 것으로 판단되어 제네릭사의 본격적인 마케팅은 제지 가능할 것으로 예상
알비스D 판매전략 내부 문건(2016.3.) (소갑 제68호증)	
알비스 마케팅팀 권봉기가 IP팀에 보낸 메일(2017. 1. 24.) (소갑 제70호증)	<p>하기 [redacted]에 대한 1심 결과를 바탕으로 영업부에 알비스D 제네릭 방어에 대한 메시지를 홍보하려고 하오니 검토 부탁드립니다.</p> <p>하기 내용은 자료를 통해 거래처에 홍보하는것이 아닌, 구두를 통해 전달할 것을 원칙으로 할것입니다 감사합니다.</p> <p><b>알비스D 제네릭 6개사 판매 불투명</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>배경 : 알비스D의 입도특허에 대해 대응계약이 [redacted]을 상대로 특허침해소송 제기(16.02/25) [redacted]은 이에 대한 방어로 아사 특허에 대한 무효심판을 청구(16.05/12)</li> <li>결과 : [redacted]이 아사에 제기한 특허무효심판에 대한 1심 결과 <b>대응계약 승소</b></li> <li>영향 : [redacted]에 대한 특허침해소송에 유리해졌고, 승소한다면 [redacted] 등 6개사 [redacted] 판매가 금지될 수 있음.</li> </ul>
IP팀 김ㅇㅇ가 개발본부장에게 보고한 메일(2017. 2. 4.) (소갑 제102호증)	<b>2. 마케팅(PM1팀)</b> 1) [redacted] : 데일리팜 기사(1/25자)를 근거로 마케팅에 활용하여 판매를 저지 (무효심판에서 승소하였고, 곧 특허침해소송 결과가 나올 것이며 가급적 안정적 판매가 가능한 대응과 협력 하도록 유도)
피심인들 내부 학습자료 (소갑 제117호증)	<p><b>■ 제네릭 대응 메시지</b></p> <p>" 오히려 제네릭은 단순 3층정으로 각 <b>성분의 접촉면에서 상호작용이 발생할 가능성이 높습니다.</b>"</p> <p>" 또한 알비스D의 특허침해가 충분히 예상되어 소송준비 중으로 6개월 후 판결이 날 예정이므로 <b>향후 판매여부도 불명확합니다.</b>"</p>

<p>○○○○ 생산기획팀 ○○○ 과장 진술조서(2018. 8. 10.) (소갑 제71호증)</p>	<p>문20) 대응과의 소송과정에서 소송이 걸린 제품인 ○○○○○○○○ 을 직접 병의원을 상대로 영업하셨을 때 어떠한 영향이 있으 셨는지요?</p> <p>답) 저희가 특허심판원에서 무효심판 패소 이후에 대응 측에서 병 의원이나 약국 등을 상대로 저희 제품이 소송이 진행 중이므로 향후 문제가 될 것이라고 이야기하고 다닌다는 것을 들은 적이 있습니다. 의사들이 처방하는 품목을 바꾸는 것을 좋아하지 않 기 때문에 처방품목이 바뀔 제품을 안 쓰니까 아무래도 지장이 있었습니다. 저희 공동생동사인 ○○측에서도 이러한 상황에서 목표로 한 매출액을 달성하기가 어렵다는 점을 저희에게 토로 한 적이 있습니다.</p>
<p>알비스D 사업부별 영업 성공사례 (2016. 3.) (소갑 제110호증)</p>	<p>“* 주요 도매상 방문하여 타회사 정책 파악 및 단도리 작업 ① 현재 특허침해 소송중이며, 승소가능성이 높아 6개월 후에 판매 정지 될 수 있음“</p>

## 나. 관련 법규정 및 법리

### 1) 관련 법규정

#### 독점규제 및 공정거래에 관한 법률<sup>24)</sup>

제23조 (불공정거래행위의 금지) ① 사업자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는  
행위로서 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위를 하거나 계열회사 또는 다른  
사업자로 하여금 이를 행하도록 하여서는 아니된다.

1. ~ 2. (생략)

3. 부당하게 경쟁자의 고객을 자기와 거래하도록 유인하거나 강제하는 행위

4. ~ 8. (생략)

② 불공정거래행위의 유형 또는 기준은 대통령령으로 정한다.

#### 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 시행령<sup>25)</sup>

24) 2017. 7. 26. 법률 제14839호로 개정된 것을 말하며 이하 ‘법’이라 한다.

25) 2017. 9. 29. 대통령령 제28352호로 개정된 것을 말하며, 이하 ‘시행령’이라 한다.

제36조(불공정거래행위의 지정) ① 법 제23조(불공정거래행위의 금지) 제2항의 규정  
에 의한 불공정거래행위의 유형 또는 기준은 별표 1의2와 같다.

[별표 1의2] 불공정거래행위의 유형 및 기준(제36조제1항관련)

1 ~ 3. (생략)

4. 부당한 고객유인

가. ~ 나. (생략)

다. 기타의 부당한 고객유인

경쟁사업자와 그 고객의 거래에 대하여 계약성립의 저지, 계약불이행의 유인  
등의 방법으로 거래를 부당하게 방해함으로써 경쟁사업자의 고객을 자기와 거  
래하도록 유인하는 행위

## 2) 법리

가) 일반법리

51 법 제23조 제1항 제3호 및 같은 법 시행령 제36조 제1항 관련 [별표1의2]  
제4호 다목의 ‘기타의 부당한 고객유인행위’가 성립하기 위해서는 ① 경쟁사업자와  
그 고객의 거래에 대하여 계약성립의 저지, 계약불이행의 유인 등의 방법으로 거래  
를 부당하게 방해함으로써 ② 경쟁사업자의 고객을 자기와 거래하도록 유인함을 그  
요건으로 한다.

52 ‘기타의 부당한 고객유인행위’의 대상은 경쟁사업자와 고객의 거래를 부당한  
이익제공이나 위계를 제외한 모든 수단을 통하여 방해하는 행위가 대상이며, 거래방  
해에는 거래성립의 방해와 거래계속의 방해가 있다. 거래방해는 거래를 곤란하게 하  
는 것으로 족하며, 실제로 경쟁사업자와 고객 간의 거래가 불발로 끝나거나 기존의  
거래관계가 종료되었을 것을 요하지는 않는다. 경쟁사업자의 고객은 반드시 경쟁사  
업자와 기존의 거래관계가 유지되고 있는 상대방에 한정되지 아니하고 장래에 경쟁

사업자의 고객이 될 가능성이 있는 잠재적 고객도 포함된다.<sup>26)</sup>

53 거래방해가 바람직한 경쟁질서를 저해하는 불공정한 경쟁수단에 해당하는지 여부는 거래방해가 고객유인을 위한 수단인지 여부, 거래방해에 의해 경쟁사업자와 거래를 중단시킴으로써 자기와 거래할 가능성이 있는지 여부, 효율성 증대효과나 소비자 후생 증대효과가 공정거래저해 효과를 현저히 상회하는지 여부를 종합적으로 고려하여 판단한다.

#### 나) 부당한 특허침해소송 제기 관련 법리

54 법 제59조는 ‘저작권법’, ‘특허법’, ‘실용신안법’, ‘디자인보호법’ 또는 ‘상표법’에 의한 권리의 정당한 행사라고 인정되는 행위에 대하여는 이 법을 적용하지 않는다고 규정하고 있다. 이와 관련하여 ‘지식재산권의 부당한 행사에 대한 심사지침’<sup>27)</sup>에서도 일반원칙으로 외형상 지식재산권의 정당한 행사로 보이더라도 그 실질이 지식재산 제도의 취지를 벗어나 제도의 본질적 목적에 반하는 경우에는 정당한 지식재산권의 행사로 볼 수 없어 법 적용 대상이 될 수 있다고 규정하고 있다. 동 지침에 따르면, ‘특허가 기만적으로 취득된 것임을 알면서도 기만적으로 취득한 특허에 근거하여’ 또는 ‘특허침해가 성립하지 않는다는 사실(해당 특허가 무효라는 사실 등)을 알면서도’ 특허침해소송을 제기하는 행위는 남용행위에 해당한다. 특히 특허침해소송이 객관적으로 근거가 없음에도 불구하고 단지 소송절차를 이용하여 다른 사업자의 사업 활동을 방해할 악의적인 의도로 제기된 경우에는 부당한 행위로 판단될 가능성이 크다. 원칙적으로 해당 지침은 사업자가 시장지배력을 보유한 경우에 한하여 적용되는 것이기는 하나, 심사지침에 적시된 부당 특허소송 유형들은 특허소송 분야에서 경쟁사업자와 그 고객의 거래를 방해하는 전형적인 사례라는 점에서 기타의 부당한 고객유인에 해당하는지 여부를 판단하는데 참고할 수 있다.

55 특허권 행사가 부당한 경우에는 다른 위법성 요건을 갖춘 경우 당연히 법 위반이 성립한다. 아울러 지식재산권의 행사가 정당한 것인지 여부는 특허법 등 관

26) 대법원 2002.12.26. 선고 2001두4306판결

27) 2019. 12. 16. 공정거래위원회예규 제333호로 개정된 것을 말한다.

런 법령의 목적과 취지, 당해 지식재산권의 내용, 당해 행위가 관련 시장의 경쟁에 미치는 영향 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 판단한다.<sup>28)</sup>

56 한편, 대법원은 특허의 무효심결이 확정되지 않은 경우라 하더라도 당해 특허에 무효사유가 있는 것이 분명한 때에는 그 특허권에 기초한 금지와 손해배상청구는 특별한 사정이 없는 한 권리 남용에 해당하여 허용되지 않는다고 판시한 바 있다.<sup>29)</sup>

57 참고로 미국연방대법원은 특허의 취득 자체에 하자가 없는 경우와 특허가 기만에 의해 취득된 경우를 구분하여 남용행위를 규율하고 있다.<sup>30)</sup>

58 우선 특허권 취득 자체에 하자가 존재하지 않는 경우, 특허권 행사가 Sham Litigation(이하 ‘위장소송’이라 한다)이라는 점이 입증되면 경쟁법을 위반한 것으로 판단한다. 미국 연방대법원은 ① 원고가 자신이 승소할 것이라고 예상하지 않았음에도(객관적 요건) ② 경쟁자의 사업을 직접적으로 방해할 의사로 소송을 제기한 경우(주관적 요건), 위장소송에 해당할 수 있다고<sup>31)</sup>하였다.

59 또한 특허가 기만(fraud)에 의해 취득된 경우에는 ‘Walker Process 항변(claim)’<sup>32)</sup>을 인정하고 있다. Walker Process 항변에 따라 경쟁법 위반으로 이어지

28) 대법원 역시 비록 특허권 남용과 관련된 사건은 아니나, 특허권과 같이 지식재산권에 해당하는 상표권 남용과 관련하여, 상표권자가 당해 상표를 출원·등록하게 된 목적과 경위, 상표권을 행사하기에 이른 구체적·개별적 사정 등에 비추어, 상대방에 대한 상표권의 행사가 상표사용자의 업무상의 신용유지와 수요자의 이익보호를 목적으로 하는 상표제도의 목적이나 기능을 일탈하여 공정한 경쟁질서와 상거래 질서를 어지럽히고 수요자 사이에 혼동을 초래하거나 상대방에 대한 관계에서 신의성실의 원칙에 위배되는 등 법적으로 보호받을 만한 가치가 없다고 인정되는 경우에는, 그 상표권의 행사는 비록 권리행사의 외형을 갖추었다 하더라도 등록상표에 관한 권리를 남용하는 것으로서 허용될 수 없다고 판시한 바 있다(대법원 2007. 1. 25. 선고 2005다67223 판결).

29) 대법원 2004. 10. 28. 선고 2000다69194 참조

30) 미국 연방대법원은 California Motor Transp. Co. v. Trucking Unlimited 사건(1972)에서 자신의 권리를 집행하기 위하여 소송을 제기한 것이 아니라 오로지 경쟁사업자의 사업을 방해할 목적으로 소송을 제기한 경우 경쟁법을 적용할 수 있다고 판시하였다.

31) Professional Real Estate Investors, Inc. v. Columbia Pictures Industries, Inc., 508 U.S. 49 (1993)

32) Walker Process Equipment, Inc., v. Food Machinery and Chemical Corporation.<sup>382</sup> U.S. 172(1965) 사건에서 Walker Process Equipment, Inc.(이하 ‘Walker’라 한다.)는 Food Machinery and Chemical Corporation(이하 ‘Food Machinery’라 한다.)이 자신의 발명이 공개적으로 사용되지 않았다는 기망을 통해 특허 등록을 받은 후 해당 특허에 기하여 Walker를 상대로 특허침해소송을 제기하였다고 주장하였다. 이는 곧 기망에 의하여 독점력을 취득하고 유지하려 하는 것으로서 셔먼법(The Sherman Act)에 반한다고 하였다. 또한 그로 인하여 자신이, 즉 Walker가 입은 손해를

는 특허권 남용을 주장하는 반소를 피고가 제기하기 위해서는 ① 원고의 특허권 취득 시 기만이 고의로 이루어졌고(intentional fraud), ② 특허 보유자가 소송을 시작할 때 이를 알고 있었으며 ③ 기만이 아니었다면 특허를 취득할 수 없었을 중요한 정보나 사실에 있어 기만이 있었으며 ④ 위 특허권 행사를 통해 관련 시장의 독점력을 확보할 가능성이 높고 ⑤ 특허 소송으로 피고에게 손해가 발생하였음이 입증되어야 한다.

60 미국 연방항소법원은 일반적으로 고의 또는 의도는 출원인의 행위를 둘러싼 사실과 정황으로부터 추론해야 한다고 설명하고 있다. 이는 고의로 이루어졌는지 여부에 대한 직접 증거를 찾기가 어렵기 때문이다.

다. 위법성 여부

1) ○○○○○에 대한 소송제기 행위 관련

가) ○○○○○에 대한 가처분 소송 제기가 부당한지 여부

61 대응제약의 ○○○○○에 대한 가처분 소는 ① 소 제기의 유일한 목적이 ○○○○○의 제네릭 판매 활동 방해라는 점(소갑 제12호증, 소갑 제14호증, 소갑 제17호증, 소갑 제20호증, 소갑 제85호증), ② 특허 비침해 사실을 인지했음에도 가처분 소를 제기하였다는 점(소갑 제15호증, 소갑 제16호증, 소갑 제17호증, 소갑 제19호증, 소갑 제20호증, 소갑 제26호증, 소갑 제36호증), ③ 제네릭 판매활동 방해효과를 극대화하려고 소송을 지연시키는 전략까지 구사하였다는 점(소갑 제17호증, 소갑 제18호증, 소갑 제25호증, 소갑 제28호증, 소갑 제34호증) 등을 고려할 때 부당성이 인정된다.

나) 경쟁사업자의 고객을 유인하였는지 여부

---

Food Machinery가 배상할 책임이 있다고 주장하였다. 1965년 연방대법원은 특허청을 속여 취득한 특허권을 행사하는 것은 반독점법 위반이 되기 위한 다른 요건이 충족하는 경우 셔먼법 제2조를 위반한 것으로 볼 수 있으며, 해당 피해자는 클레이튼법(The Clayton Act) 제4조에서 규정하고 있는 3배 손해배상을 받을 수 있다고 판시하였다.



62        대웅제약이 특허 소송을 제기한 결과, 제네릭사는 자사 제네릭을 적극적으로 판촉하지 못했고 거래처들도 제네릭을 사용하기 어려워졌다. 즉 대웅제약은 소 제기를 통해 제네릭사가 거래처와 거래하는 것을 방해하였고, 이는 곧 거래처들이 자신과 거래하도록 유인하는 결과로 이어졌다. 뿐만 아니라 대웅제약은 앞에서 검토한 바와 같이 소송 진행 사실을 영업 과정에 적극 활용함으로써 거래처가 제네릭 대신 자신과 거래하도록 유도하였다. 소송을 통한 경쟁사업자의 고객에 대한 유인 효과를 구체적으로 검토하면 다음과 같다.

63        특허 소송이 제기되어 제네릭에 대한 판촉활동이 위축되면, 한 번 처방했던 약을 잘 바꾸지 않는 습관(소위 처방관성)이 있는 의사들이 오리지널에서 제네릭으로 바꾸어 처방할 유인은 낮아진다. 병원도 소송 패소시 더 이상 처방할 수 없게 될 수도 있는 제네릭을 애당초 처방가능 약제 목록(D/C)에 등록하는 것을 주저하게 된다. 또한 대웅제약은 병원뿐만 아니라 특정 병원에 전속으로 약을 공급하는 전납처에 해당하는 도매상에도 특허침해소송이 진행 중인 사실을 알리면서, 결국 특정 병원에서 대웅제약 제품을 계속 사용하도록 유도하는 결과를 얻기도 하였다. 즉 전납처를 대상으로도 “현재 제네릭은 특허침해소송 중이며, 승소 가능성이 높아 6개월 후에 판매 정지가 될 수 있다는 점”을 알렸다.

64        특허 소송이 제기되면 제네릭의 판촉활동이 위축되는 것은 제네릭을 위탁 판매하는 사업자들도 마찬가지다. 구체적으로 제네릭사가 특허침해소송에서 패소하면, 위탁사들도 해당 제네릭사와의 위수탁거래를 통해 공급받은 제네릭의 판매를 중단할 수밖에 없다. 이로 인해 위탁사들의 거래처인 의사, 병원들도 위탁사 제품을 사용하는 것을 기피할 유인이 생기게 되어 위탁사들도 적극적으로 영업하기 어려워진다. 또한 오리지널사가 특허침해소송에서 승소한 후 특허침해제품 판매분에 대한 손해배상소송을 제기하여 승소할 경우, 위탁사들도 특허침해제품 판매분에 대해 손해를 배상해야 할 의무를 지게 된다. 위탁사들이 제네릭사와 똑같이 가지게 되는 손해배상 의무의 부담은 위탁사가 위수탁 거래를 통해 제네릭사로부터 공급받은 제품들을 적극적으로 영업하는 것을 가로막는 장애 요인으로 작용한다.

65      뿐만 아니라 특허침해소송은 소를 직접 제기당한 제네릭사 이외에 시장에 제네릭 출시를 고려중인 다른 경쟁사들의 시장 진입까지 막는 효과가 있다.

66      아래 <표 7>을 통해 대응계약이 부당한 소재기를 통하여 ○○○○○의 거래를 방해하고 고객을 유인하였음이 인정된다.

〈표 7〉 경쟁사업자의 고객 유인 결과

증거 제 목	내 용
IP팀 조△△ 업무실적 기술서 (소갑 제35호증)	<p>[Redacted]</p> <p>련하여 물질특허가 만료되자 파비스제약이 알비스 제네릭을 출시하였고, 출시 때 가져분신청하고 이에 대한 [Redacted]의 소극적권리범위확인심판에 대응하여 알비스 시장 방어에 기여. [Redacted]의 알비스제네릭이 알비스 특허의 권리범위를 벗어나 승소의 가능성은 없었지만 결정까지 6개월가량 끌어서 파비스의 시장진입을 저지 [Redacted]</p>
IP팀 조△△ 업무실적 결과 보고서 (소갑 제85호증)	<p>[Redacted]</p> <p>② 알비스 제네릭 출시 경쟁사를 상대로 한 가져분 소송 진행 - 목표 : 침해 소송에 따른 부담으로 본격적인 시장 진입 저지 - 연구원과 분쟁상황 공유하고 시험 데이터 제출을 통해 특허침해의 증거를 적시에 제출하여 심결 및 판결 8개월 정도 지연 (통상 가져분 사건 판결까지 2개월 소요) [Redacted]</p>
○○○○○ 개발부 ○○○ 부장 진술조서(2018. 8. 17.) (소갑 제103호증)	<p>문29) 쟁송기간동안에 위수탁이 원활이 이루어졌는지요?</p> <p>답) (중략) 나중에 손해배상 등의 책임을 위탁사들이 질 수도 있으니까요. 그리고 신규로 위탁을 의뢰한 회사들은 없었습니다. 저희 쪽에 위탁을 맡길 것을 고려했던 회사들도 소송이 어떻게 될 것인지에 대해서 신경이 쓰이니 위탁을 개시하지 않았었고, 저희 쪽에서도 상황이 어떻게 될지 모르니 위탁을 맡기라고 말하기도 어려웠습니다. 소송 중에는 위탁회사들이 신규로 들어오는 것은 힘들다고 보시면 됩니다.</p> <p>문30) 쟁송기간 동안에 병원입찰참여나 처방약제목록 등록이 원활이 이루어졌는지요?</p> <p>답) 일단 소송을 한다고 하면 병의원 내 의사들이 해당 제품을 D/C, 즉 처방약제목록에 넣기를 꺼려합니다. 해당 의사선생님이 D/C에 넣으려고 해도 약제심사위원회에서 다른 의사선생님이 반대할 수도 있고, 병원 약제과에서 반대하기도 하고요.</p>

<p>알비스 마케팅팀 ○○○ 진술조서(2019. 9. 3.) (소갑 제104호증)</p>	<p>문45) 특허침해소송 등으로 판매 불확실성이 높아진다는 것이 마케팅적으로 어떤 의미가 있는지요?</p> <p>답) 특허침해소송을 승소하여 제네릭이 대웅의 특허가 침해되었다는 것이 밝혀지면 제네릭사 입장에서는 판매를 할 수가 없게 될 수 있고, 의사 입장에서 부담을 가지게 될수도 있습니다. 예컨대 알비스D 제네릭을 처방하고, 그 약에 대해 만족하는 환자가 있는 상황에서 특허침해가 밝혀져 공급이 중단되면, 의사가 환자한테 알비스D 제네릭 처방이 제한될 수도 있다는 것일 수 있고요.</p>
<p>IP팀 이△△가 IP팀 김○○에게 보낸 메일(2015. 7. 6.) (소갑 제108호증)</p>	<p>4. 대웅의 전략</p> <p>1) 제네릭진입 방어 전략</p> <p>- 가처분 소송 ( [REDACTED] )</p> <p>+ 목적: 조성물특허에 대한 비침해로 승소목적이 아닌 가처분소송 중임을 이슈화하여 제네릭사의 랜딩방어를 위함</p> <p>+ 목표: 종병의 상반기 입찰기간인 2~3월에 원활한 판매가 이루어지지 않도록 소송을 지연</p> <p>- 권리범위확인심판(소) 대웅 ( [REDACTED] )</p>
<p>대웅제약 수탁팀 신규계약 결재 문건(2015. 2. 11.) (소갑 제114호증)</p>	<p>1. 신규처로 파비스에 위탁검토하다 대웅소송건으로 대응으로 위탁결정</p> <p>[REDACTED]</p>
<p>대웅제약 수탁팀 ○○○ 영업 일지 중 일부(2015. 1월) (소갑 제115호증)</p>	<p>가처분 소송으로 ○○ 대응으로 위탁 검토</p>
<p>대웅제약과 ○○ 간 위수탁 계약서(2015. 1. 9.) (소갑 제116호증)</p>	<p>[REDACTED]</p>

## 다) 공정거래저해성

67 대웅제약의 위 행위는 아래와 같은 점을 고려할 때, 시장의 바람직한 경쟁 질서를 저해하는 불공정한 경쟁수단이다.

68 대웅제약은 오로지 제네릭의 시장진입을 방해하기 위하여 제네릭이 자신의 특허권을 침해하지 않음을 알면서도 가처분 소송을 제기하였다. 이는 특허권자의 정당한 권리범위를 벗어난 행위로서 가격과 품질에 근거한 건전한 경쟁과는 거리가 먼 불공정한 방법에 의한 경쟁이다. 만약 이러한 행위가 용납된다면 의약품 시장의 건전한 경쟁보다는 불필요한 소송전에 많은 자원이 투입될 것이다.

69 또한 대웅제약이 제기한 부당한 특허 소송은 다른 제약사들의 시장진입도 방해하였다. 이에 따라 오리지널과 제네릭간 가격 경쟁을 제한하여 환자가 약품을 보다 저렴하게 구입할 기회가 박탈되었고 나아가 국가 보험재정의 절감에도 부정적인 영향을 미쳤다. 따라서 대웅제약의 행위의 불공정성을 상쇄할 만한 소비자 후생 증대효과나 효율성 증대효과가 있다고 보기도 어렵다.

## 2) ○○○○에 대한 소송 제기 행위 관련

### 가) ○○○○에 대한 특허소송 제기 행위가 부당한지 여부

70 피심인들의 ○○○○을 상대로 한 특허침해소송은 앞서 검토한 바와 같이 ① 데이터를 조작하여 기만적으로 취득한 특허에 근거하여 제기되었다는 점(소갑 제49호증, 소갑 제52호증, 소갑 제89호증, 소갑 제128호증, 소갑 제159호증 등), ② 특허취득과 소 제기가 오직 ○○○○ 등 경쟁사의 제네릭 판매 활동을 방해할 목적으로 이루어졌다는 점(소갑 제60호증, 소갑 제62호증, 소갑 제64호증, 소갑 제65호증, 소갑 제98호증, 소갑 제100호증 등) 등을 고려하면 부당성이 인정된다.

나) 경쟁사업자의 고객을 유인하였는지 여부

71 앞서 1) 나)에서 검토한 바와 같이, 특허소송 제기 자체만으로도 경쟁사의 거래가 위축되는 점이 인정된다. 뿐만 아니라 피심인들의 내부문건(소갑 제117호증)을 보면 이러한 피심인들의 특허침해소송은 소를 직접 제기당한 ○○○○ 외에 시장에 제네릭 출시를 고려중인 다른 경쟁사들의 시장 진입까지 막는 효과가 있었다. 또한 피심인들은 앞서 본 바와 같이 소송 진행 사실을 영업 과정에서 활용하여 경쟁사의 거래 방해 효과를 촉진하고 고객이 자신과 거래하도록 적극 유인하기도 하였다.

72 아래 <표 8>을 통해 피심인들이 부당한 소제기를 통하여 ○○○○의 거래를 방해하고 고객을 유인하였음이 인정된다.

<표 8> 경쟁사업자의 고객 유인 결과

증거 제목	내용
○○○○ 생산기획팀 ○○○ 과장 진술조서(2018. 8. 10.) (소갑 제71호증)	문20) 대응과의 소송과정에서 소송이 걸린 제품인 ○○○○○○○○을 직접 병의원을 상대로 영업하셨을 때 어떠한 영향이 있으셨는지요?  답) 저희가 특허심판원에서 무효심판 패소 이후에 대응 측에서 병의원이나 약국 등을 상대로 저희 제품이 소송이 진행 중이므로 향후 문제가 될 것이라고 이야기하고 다닌다는 것을 들은 적이 있습니다. 의사들이 처방하는 품목을 바꾸는 것을 좋아하지 않기 때문에 처방품목이 바뀔 제품을 안 쓰니까 아무래도 지장이 있었습니다. 저희 공동생동사인 ○○측에서도 이러한 상황에서 목표로 한 매출액을 달성하기가 어렵다는 점을 저희에게 토로한 적이 있습니다.
○○○○과 ○○○○ 위탁사 간 메일(2017. 8. 24. ~ 10. 13.) (소갑 제95호증)	그런데, 올해의 마감을 준비하고, 내년의 계획을 수립하는 현 시점에서 본 제품의 향후 향방을 걱정하시는 분들이 저희 ■■■뿐만 아니라, 타회사에도 분명 존재할 것으로 짐작하고 있습니다. 소송진행과 매출은 여전히 상관관계가 있고, 소송이 진행된다는 사실은 곧 영업사원들에게 장애가 될 수 있기 때문입니다.

IP팀 김ㅇㅇ가 개발본부장에게 보고한 메일(2017. 2. 4.) (소갑 제102호증)	2) 현재 시장에 나와 있는 제네릭 제품은 2차 특허 조성물 범위를 벗어난 [redacted]의 위수탁 제품입니다 그리고 최근에 [redacted]과 [redacted]에서 이중핵정이 아닌 제품으로 위수탁을 추진하고 있습니다 [redacted]에 대해서는 대응이 3차 특허로 침해소송을 제기하였고 [redacted]은 이에 대응 특허 무효심판으로 대응하 였으나 대응이 승소하여 침해소송에서 불리해진 사항이어서 위수탁 5개사들이 발을 빼고 있는 상황입니다  4) IP팀은 [redacted]에 대해 2월중으로 권리범위확인심판 2심을 제기할 예정입니다 ---> 1차적으로는 시장방어 목 적(대리인 비용 2천만원) 일단 심판/소송이 걸린 제품에 대해서는 위수탁을 꺼려하는 경향이 있고 발매를 한다고 하더라도 불안하기 때문에 적극적인 판매에 나서기 어렵습니다 실제 [redacted]은 2015년 1월 발매하였으나 6개사 제품 매출은 미미한 상황이라고 합 니다			
IP팀 이△△ 업무실적 기술서 (소갑 제109호증)	1) 제네릭 시장진입 방어 (3건+a) ① 알비스D : [redacted]에 특허침해소송 제기 → 16.1월 제네릭 6개 제품([redacted] 등 6개사) 출시되었으 나 특허소송으로 영업 위축되어 [redacted] 미만임 (2건 분쟁중-17.1Q 예상)			
알비스D 사업부별 영업 성공사례(2016. 3월) (소갑 제110호증)	<table><tr><td><div>성공 Key↓</div><div>* 주요 도매상 방문하여 [redacted]</div><div>① 현재 특허침해 소송중이며, 승소 가능성이 높아 6개월 후에 판매 정지 될 수 있음 (중략)↓</div></td><td><div>반응↓</div><div>[redacted]</div></td><td><div>결과↓</div><div>알비스D↓ 처방처↓ 방어↓ 성공↓ (중략)↓</div></td></tr></table>	<div>성공 Key↓</div> <div>* 주요 도매상 방문하여 [redacted]</div> <div>① 현재 특허침해 소송중이며, 승소 가능성이 높아 6개월 후에 판매 정지 될 수 있음 (중략)↓</div>	<div>반응↓</div> <div>[redacted]</div>	<div>결과↓</div> <div>알비스D↓ 처방처↓ 방어↓ 성공↓ (중략)↓</div>
<div>성공 Key↓</div> <div>* 주요 도매상 방문하여 [redacted]</div> <div>① 현재 특허침해 소송중이며, 승소 가능성이 높아 6개월 후에 판매 정지 될 수 있음 (중략)↓</div>	<div>반응↓</div> <div>[redacted]</div>	<div>결과↓</div> <div>알비스D↓ 처방처↓ 방어↓ 성공↓ (중략)↓</div>		
영업사원 영업 결과 문건 중 일부(2017. 2월) (소갑 제111호증)	<table><tr><td><div>처방당위성↓</div><div>[redacted]</div><div>* 특허침해 관련 소송 중으로 앞으로 제네릭의 판매여부는 불명확 (중략)↓</div></td><td><div>알비스D↓ 처방약속↓</div></td></tr></table>	<div>처방당위성↓</div> <div>[redacted]</div> <div>* 특허침해 관련 소송 중으로 앞으로 제네릭의 판매여부는 불명확 (중략)↓</div>	<div>알비스D↓ 처방약속↓</div>	
<div>처방당위성↓</div> <div>[redacted]</div> <div>* 특허침해 관련 소송 중으로 앞으로 제네릭의 판매여부는 불명확 (중략)↓</div>	<div>알비스D↓ 처방약속↓</div>			
알비스D 제네릭 시장 방어 관련 내부 메일(2017. 4. 26.) (소갑 제112호증)	5) [redacted]이 알비스D 특허 소송 패배 후 [redacted]과 기 계약한 회사에서 이탈 하고자 함. [redacted]			
알비스D 관련 내부 학습자료 (소갑 제117호증)	알비스D 특허침해로 소송진행 중으로 6개월 후 판결이 날 예정인지라 향후 판매여부 또한 불명확합니다.  그러다 보니 다른 제약사들은 눈치를 보느라 제네릭 발매를 못하고 있고 고작 6개사만 발매된 상황입니다.			
제제팀 조ㅇㅇ 칭찬사례 발표(2017. 3. 3) (소갑 제146호증)	5. 기대효과 1) 알비스D 코딩처에 대한 제네릭 제품 시장진입 방어 2) 알비스군(알비스/D) 오리지널리티 재강조 <div>[redacted]</div>			

## 다) 공정거래저해성

73 피심인들의 위 행위는 아래와 같은 점을 고려할 때, 시장의 바람직한 경쟁 질서를 저해하는 불공정한 경쟁수단이다.

74 피심인들은 기술보호를 위해서가 아니라 제네릭의 시장진입을 방해하기 위하여 데이터를 조작하면서까지 특허를 출원하고 이를 토대로 특허침해소송을 제기하였다. 이는 특허권자의 정당한 권리범위를 벗어난 행위로서 가격과 품질에 근거한 건전한 경쟁과는 거리가 먼 불공정한 방법에 의한 경쟁이다.

75 또한 ○○○○이 법원에 제출한 답변서(소갑 제118호증)에서 확인되는 바와 같이 소송 당사자인 ○○○○은 피심인들의 소송으로 인하여 막대한 소송비용 지출로 업무공백이 발생하였고 연구소의 핵심인력이 소송에 집중함에 따라 연구계획 및 신약 개발에 차질이 발생하였다. 피심인들 역시 과감한 신약개발 투자보다는 특허소송을 통한 시장방어에만 몰두하였다. 만약 이러한 행위가 용납된다면 의약품 시장의 건전한 경쟁보다는 불필요한 소송전에 많은 자원이 투입될 것이다. 또한 피심인들이 제기한 부당한 특허 소송은 ○○○○만 아니라 다른 제약사들의 시장진입도 방해하였다. 이에 따라 오리지널과 제네릭간 가격 경쟁을 제한하여 환자가 약품을 보다 저렴하게 구입할 기회가 박탈되었고 나아가 국가 보험재정의 절감에도 부정적인 영향을 미쳤다. 따라서 피심인들 행위의 불공정성을 상쇄할 만한 소비자 후생 증대효과나 효율성 증대효과가 있다고 보기도 어렵다.

## 라. 피심인들 주장에 대한 판단

### 1) 대응은 피심인에서 제외되어야 한다는 주장

76 대응의 주장에 따르면, 피심인들은 별개의 회사이고, 기만적인 특허 취득 및 이를 토대로 한 소송 제기, 소송 진행 사실을 이용한 영업은 모두 대응제약이 행한

일이어서 대응은 법 위반행위의 주체가 아니라고 한다. 그러나 아래와 같은 사실을 고려하면 대응의 주장은 이유 없다.

77 첫째, 피심인들은 별개의 법인이기는 하나 통합된 조직도를 사용하는 등 실제로는 양사 직원들의 업무가 혼재되어 있었다. 예컨대 알비스D 특허 출원 및 소송을 담당하였던 IP팀은 2018. 2. 28.까지 대응제약과 대응에 공동으로 소속되어 있었다가 2018. 3. 1.부터 대응으로 소속이 변경되었다. 또한 대응 소속 조△△은 대응제약이 ○○○○○에 대해 제기한 가처분소송 및 ○○○○○에 대해 제기한 특허소송에 관여하였으며, ○○○○○에 대한 소송 수행을 자신의 실적으로 적시하기도 하였다. 뿐만 아니라 조△△은 ○○○○○에 대한 소송 제기 전 대응제약 소속 특허제제사업팀과 의견을 공유하였고, 대응제약 소속 김○○에게 ○○○○○에 대한 소송의 진행과정 등을 보고하였으며, 김○○의 퇴직 이후에는 업무대행을 담당하기도 하였다. 이러한 사실은 피심인들이 제출한 통합조직도(소갑 제2호증), 조△△의 진술서(소갑 제50호증), 조△△이 김○○에게 보낸 메일(소갑 제79호증), 조△△의 업무실적 결과보고서(소갑 제85호증), 임직원 소속에 대한 피심인들의 제출 자료(소갑 제125호증) 등에서 확인된다.

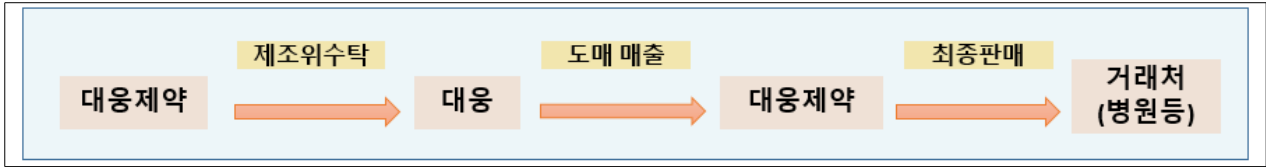
78 둘째, 대응은 알비스D의 품목허가 및 특허 취득 과정, 소송과정에도 관여하였다. 먼저 피심인들은 특허 취득에 앞서 알비스D의 품목허가를 받기 위해 실시한 세 차례의 생동성 시험에 같이 관여하였다. 즉 대응은 ○○○○○○○○○○○이 실시한 1차 생동성 시험(2013. 8월 ~ 2014. 3월) 및 주식회사 ○○○○○○○가 실시한 3차 생동성 시험(2014. 5월 ~ 2014. 8월)을 의뢰하였고, 대응제약은 ○○○○○○○○○○○이 실시한 2차 생동성 시험(2013. 9월 ~ 2014. 4월)을 의뢰하였다. 이 중 대응이 의뢰한 3차 생동성 시험만이 성공함에 따라 대응은 이를 토대로 식약처로부터 알비스D의 품목허가를 취득하였다. 그리고 세 차례의 생동성 시험 결과는 대응제약이 제출한 알비스D 특허명세서에 그대로 사용되었다. 또한 피심인들의 내부 문건(소갑 제40호증)에 따르면, 당초부터 대응과 대응제약이 함께 생동성 시험을 진행하고 품목 허가를 받는 것으로 계획되어 있었으므로 피심인들의 주장과 같이 이를 생동성 시험의 성공 여부 결과에 따른 우연한 사정에 의한 것이라 볼 수도 없다. 소송



과정에서도 대응 소속 조△△은 대응제약의 특허제제사업팀과 정보를 공유하고 의견을 주고받으며 소송을 준비하였으며, 소송 대리인과의 연락을 담당하고, ○○○○과의 합의 과정에서 참여하는 등 중요한 역할을 수행하면서 적극적으로 관여하였다. 이러한 사실은 세 차례의 생동성 시험 결과 보고서(소갑 제36호증, 제37호증, 제38호증), 연구본부 주간업무보고(소갑 제40호증), 조△△이 김○○에게 보낸 메일(소갑 제79호증), 조△△이 피심인들 소송 대리인과 주고받은 메일(소갑 제81호증), 조△△이 특허제제사업팀에 보낸 메일(소갑 제148호증) 등에서 확인된다.

79 셋째, 대응은 동 사건 법 위반행위를 통해 발생한 부당이득 일부를 취득하였다. 알비스D의 품목허가는 대응이 취득하였으나 대응은 알비스와 관련된 생산시설 및 판매조직이 없어, 대응은 대응제약과 제조 위수탁 계약을 체결하여 알비스D를 공급받고, 공급받은 알비스D를 대응제약에게 다시 도매판매하는 방식으로 대응제약이 시장에 알비스D를 판매하도록 하였다. 이를 도식화하면 <그림 15>와 같다.

<그림 15> 알비스D 판매 구조



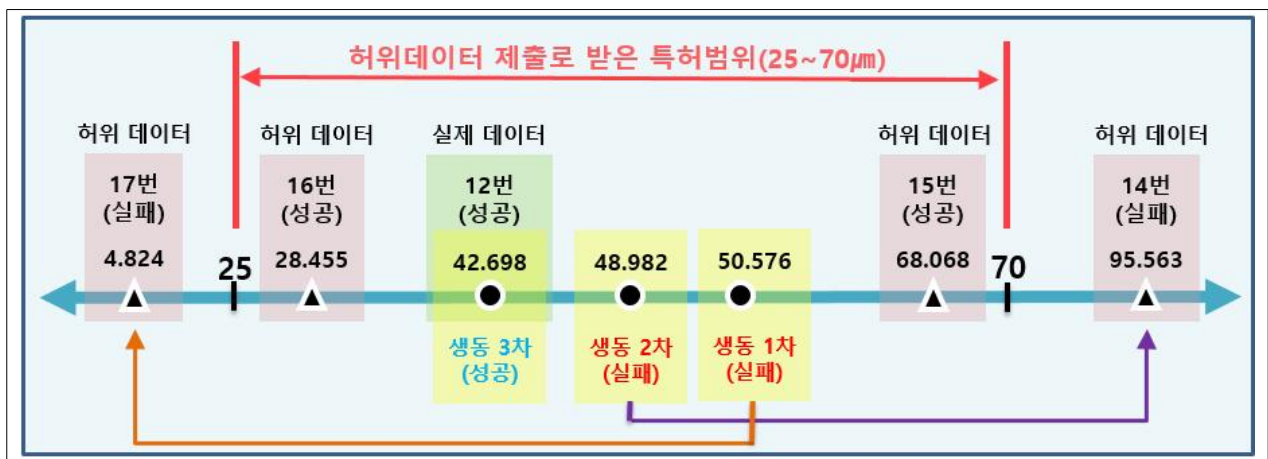
80 즉 피심인들의 부당한 고객유인 행위로 인하여 발생한 부당이득의 일부는 최종적으로 대응에게도 귀속되었다. 이러한 사실은 피심인들이 제출한 매출액 자료(소갑 제139호증), 심의과정에서의 피심인들의 진술 등을 통해 확인된다.

2) 조작된 데이터가 없이도 특허 취득이 가능하였다는 주장

81 피심인들은 사실상 성공한 생동성 시험 데이터 1건만으로도 특허를 취득하기에 충분하였으므로 알비스D 특허는 기만적으로 취득한 특허라고 볼 수 없고, 이를 토대로 제기한 특허소송도 부당한 소송이 아니라고 주장한다. 그러나 아래와 같은 사실을 고려하면 피심인들의 주장은 이유 없다.

82 알비스D 특허는 비스무트의 입도를 일정 범위로 조절( $25 \sim 70\mu\text{m}$ )하면 비용이 많이 드는 이중정 형태로 제조하지 않더라도 기존 알비스와 동등한 효과를 구현할 수 있다는 것을 내용으로 한다. 그러나 앞서서도 살펴본 바와 같이 피심인들이 실제로 실시한 3건의 생동성 시험의 경우 2건은 실패, 1건은 성공하였다. 그리고 <그림 16>에서 보는 바와 같이 실제 실패 데이터의 비스무트 입도 수치( $48.982\mu\text{m}$ ,  $50.576\mu\text{m}$ )는 알비스D 특허 범위 내의 수치이다.

<그림 16> 비스무트 입도에 따른 생동성 시험 결과



\* 행위사실 재구성

83 만약 피심인들이 해당 데이터 3건을 숨김없이 제출하여 특허심사를 청구하였다면, 실패한 데이터의 입도 수치( $48.982\mu\text{m}$ ,  $50.576\mu\text{m}$ )가 특허 범위 내에 있으므로 현재와 같이 넓은 범위의 특허를 등록하지는 못 하였을 것이다. 이 경우 다른 경쟁 사업자들은 훨씬 용이하게 특허 범위를 회피할 수 있어 피심인들이 특허 침해 소송을 거래방해의 수단으로 활용하기 어려웠을 것이다.

84 즉, 동 건의 경우, 실패한 데이터가 존재했기 때문에 성공한 1건의 데이터로는 현재 알비스D 특허와 동일한 범위의 특허 취득이 거의 불가능했을 것으로 보이며, 피심인들 주장과 같이 그것이 가능했다고 한다면 대응제약의 특허 출원 대리인이 생동성 성공 데이터를 강력하게 추가 요구하였거나 피심인들 직원이 형사처벌의 위험을 감수하면서까지 시험 데이터 조작이라는 무리한 일을 감행하지 않았을 것으

로 보인다.

- 85 이러한 사실은 심지어 피심인들의 내부 자료를 통해서도 뒷받침된다. 예컨대 대웅 소속 조△△은 ○○○○에 대한 소송 진행 과정에서 재판부에 생동성 시험 관련 자료를 제출하지 않아야 한다는 의견을 제시하면서, <그림 17>과 같이 법원이 특허를 무효로 판단할 위험이 있다고 적시하였다

<그림 17> 대웅 소속 조△△이 보낸 메일(2017. 10. 10.)

만약, 실시예 중 일부가 재현되지 않는다는 사실이 밝혀진다면, 재판부가 시험의 신뢰성을 문제삼아 기재불비나 다른 특허무효사유를 들어 무효라는 판단을 할 수도 있으며, 이 경우 청구범위를 감축하는 정정을 하더라도 무효사유는 극복하기 어려울 것으로 예상됩니다.

\* 자료출처 : 소갑 제79호증

- 86 대웅제약 소속 변리사 김□□ 역시 특허명세서에 기재된 생동성 시험 데이터가 진실한 데이터가 아니라면 심사관이 등록을 거절하였을 것이라 <그림 18>과 같이 공정위 조사 과정에서 진술한 바 있다.

<그림 18> 대웅제약 소속 변리사 김□□의 진술조서

문43) 알비스D 특허 내 제조예 15와 16에 해당하는 생동성실험 데이터가 진실한 데이터가 아니고 이를 심사관이 알았다면 특허를 등록받을 수 있었을까요?

답) 그건 아닐거 같습니다. 진실한 데이터가 아니면 심사관을 등록을 해주지 않았겠죠?

문44) 특허청구범위가 줄어든다면 제네릭사들이 특허를 회피할 가능성은 어떻게 되는지요? 특허의 가치에 어떠한 영향을 미치는지요?

답) 제네릭사가 회피할 가능성이 높아집니다.

\* 자료출처 : 소갑 제170호증

87       참고로 미국에서는 불리하게 해석될 수 있는 데이터를 공개하지 않고 유리한 데이터만 선별하여 제출한 실험 데이터의 부정직한 공개로 인하여 ○○○ ○○○○의 ○○○○○ 특허가 무효가 된 사례도 있다(소갑 제121호증).

88       이러한 사실은 알비스D 특허 명세서(소갑 제6호증), 조△△이 김○○에게 보낸 메일(소갑 제79호증), 전문가 의견서(소갑 제121호 및 제122호), 김지우의 진술조서(소갑 제170호증) 등에서 확인된다.

### 3) 거래방해 효과가 없었다는 주장

89       피심인들은 소송 진행 중에도 ○○○○○ 및 ○○○○○의 매출이 급격히 하락하지 않았으므로 거래방해 효과가 없어 위법성이 인정되지 않는다고 주장하고 있다. 그러나 부당한 고객유인 행위가 성립하기 위해서 반드시 경쟁사의 매출이 줄어들 것을 요건으로 하지 않는다. 즉 불공정거래행위 심사지침<sup>33)</sup>에는 기타의 부당한 고객유인에서 거래방해는 거래를 곤란하게 하는 것으로 족하며, 실제로 경쟁사업자와 고객 간의 거래가 불발로 끝나거나 기존의 거래관계가 종료되었을 것을 요하지 않는다고 규정되어 있다.

90       특허가 만료되어 제네릭이 발매되면, 오리지널 제품의 매출은 감소하고 제네릭의 매출이 비로소 발생하게 된다. 따라서 제네릭의 매출은 발매 직후 일반적으로 증가 추세를 보이는 것이 당연하며, 오히려 제네릭사는 해당 기간 중 매출이 더 크게 상승할 수 있었음에도 피심인들의 거래방해 행위로 인하여 매출 상승세가 저해된 것으로 볼 수 있다. 대웅제약 소속 마케팅팀장 박○○ 역시 <그림 19>과 같이 제네릭이 발매되면 오리지널 제품의 매출은 감소하는 것이 당연하며, 알비스D의 경우 제네릭 발매 이후에도 상대적으로 매출이 적게 감소하였으므로 제네릭 방어에 성공한 것이라고 자평하였다.

33) 2015. 12. 31. 공정거래위원회예규 제241호로 개정된 것을 말한다.

문) 제네릭으로부터의 시장방어가 통상 무슨 뜻인지요?

답) 제네릭이 출시된 오리지널이라면 다 갖고 가는 문구입니다. 제네릭이 출시된다 하면 오리지널 제품은 비상상황이 되고, 매출을 무조건 뺏길거니까 뺏기는 부분만큼을 어디에서 추가로 확보할건지를 고민하게 됩니다. 매출규모를 유지하겠다는 의미입니다.

답) 제네릭 방어 성공했다는 말은.. 제네릭이 수십개 쏟아지면 매출 [REDACTED] 감소하는게 일반적인데, 일반적인 상황에 비해 매출 감소가 적었다는 뜻입니다. [REDACTED]

[REDACTED] 알비스는 상대적으로 적게 줄어서 [REDACTED] 성공했다고 표현했습니다. 매출 감소의 정확한 수치는 따로 확인해서 알려드리겠습니다.

\* 자료출처 : 소갑 제172호증

91 또한 각종 증거에서도 확인되는데, 앞서 2. 다. 1) 나) 및 2) 나)에서 본 바와 같이, 대웅제약의 소 제기로 인하여 ○○○○○ 및 ○○○○의 영업활동이 곤란하게 되었던 점이 인정된다. 뿐만 아니라 대웅제약의 영업활동을 통해 제네릭 사용을 검토하던 병원·도매상에서 알비스 군 제품을 계속 구매하기로 하거나 ○○○○ 등이 소송 진행 사실 때문에 ○○○○○ 대신 대웅제약과 거래하기로 하는 등 실제로도 경쟁사업자 대신 대웅제약과 거래하게 된 사실이 있었던 점도 확인할 수 있다. 따라서 피심인들의 주장은 이유 없다.

### 3. 처분

#### 가. 시정조치

92 이 사건 행위는 이미 종료되었으나 향후 이 사건 행위와 동일 또는 유사한 범위반 행위의 재발을 방지하기 위하여 2. 가. 1) 행위에 대하여는 대웅제약에게, 2. 가. 2) 행위에 대하여는 피심인들에게 법 제24조에 따라 행위금지명령을 부과한다.

#### 나. 과징금 부과

93 이 사건 행위는 자유롭고 공정한 경쟁질서를 현저히 저해하는 행위로서 다수의 경쟁사업자 뿐만 아니라 최종소비자인 환자에게도 상당한 손해를 발생시킬 우려가 크다는 점, 피심인들의 위반행위가 기만적으로 취득한 특허권을 남용한 악의적인 행위라는 점 등을 고려하여 법 제24조의2 및 제55조의3에 따라 피심인들에게 과징금을 부과한다.

## 1) 산정기준

### 가) 관련매출액 산정

94 관련매출액은 위반사업자가 위반기간 동안 판매한 관련상품의 매출액을 말한다(법 시행령 제9조 제1항). 관련상품은 위반행위로 인하여 직접 또는 간접적으로 영향을 받는 상품의 종류와 성질, 거래지역, 거래상대방, 거래단계 등을 고려하여 행위유형별로 개별적·구체적으로 판단한다(과징금부과 세부기준 등에 관한 고시<sup>34)</sup> II. 5. 가.).

95 부당한 소 제기로 경쟁사업자에 대한 거래 방해가 개시되었다고 볼 수 있으므로 위반행위의 시기는 각 소송이 제기된 시점으로 본다. 종합병원의 처방약제목록에 등재되면 일정 기간 판매가 보장되는 등 사실상 부당한 고객유인 행위의 효과는 당해 의약품의 판매나 공급이 중단되는 등의 특별한 사정이 없는 한 장기간 지속된다고 볼 수 있으나<sup>35)</sup>, 해당 소송이 종료되면 소송 사실을 영업 과정에 활용하기는 어렵다는 점을 고려하여 위반행위의 종기는 각 소송 종료 시점으로 본다. 따라서 피심인들의 법위반 기간은 다음 <표 9>와 같다.

34) 2017. 11. 30. 공정거래위원회고시 제2017-21호로 개정된 것을 말하며, 이하 ‘과징금고시’라 한다.

35) 서울고법 2008. 11. 19. 선고 2008누2868 판결(대법원 2010. 12. 9. 선고 2008두23504로 확정).

<표 9>

피심인별 위반기간

피심인	위반기간
대웅제약	2014. 12. 19. ~ 2015. 5. 4., 2016. 2. 25. ~ 2017. 10. 26.
대웅	2016. 2. 25. ~ 2017. 10. 26.

96        관련상품에 대하여 살펴보면, 알비스와 알비스D는 복용량의 차이만 존재할 뿐 사실상 완전한 대체제이다. 따라서 알비스 또는 알비스D의 제네릭에 대한 소 제기는 고객으로 하여금 해당 제네릭 대신 알비스 또는 알비스D를 선택할 유인을 제공하므로<sup>36)</sup> 관련상품은 알비스 군 전체로 본다.

97        이에 따르면, 대웅제약이 직접 또는 위탁 판매한 알비스군의 관련매출액은 <표 10>과 같이 143,648,482,277원이다.

<표 10>

대웅제약의 관련매출액 상세 내역

제품명	판매형태	위반기간	
		2014. 12. 19. ~ 2015. 5. 4.	2016. 2. 25. ~ 2017. 10. 26.
알비스	직접판매	17,053,509,507원	64,209,237,796원
	위탁판매	4,752,596,565원	25,294,591,725원
알비스D	직접판매	1,917,489,124원	29,772,909,561원
	위탁판매	-	648,147,999원
합계			143,648,482,277원

98        한편, 앞서 검토한 바와 같이 ○○○○에 대한 특허소송 관련 행위의 경우 대웅도 해당 행위를 같이 행한 것으로 확인되었다. 또한 그 과정에서 <그림 20>과 같이 대웅제약에게 알비스D를 도매판매함으로써 부당이득을 취득하였다.

36) 알비스 약가는 255원, 알비스D 약가는 392원으로, 고객이 알비스D 뿐만 아니라 알비스를 선택할 유인 역시 존재한다.

<그림 20>

알비스D 거래 구조



\* 자료출처 : 소갑 제139호증 재구성

99 법상 부과되는 과징금은 행정상의 제재금 성격뿐만 아니라 법 위반으로 인하여 취득한 부당이득을 환수하는 취지도 있는 점<sup>37)</sup>, 대응계약이 알비스D를 직접 또는 위탁 판매하여 발생한 매출액 중 대응이 대응계약에 도매판매하여 발생한 매출액의 범위 내에서는 그 이득이 대응에게 최종적으로 귀속된다고 보아야 하는 점을 고려하면 대응도 취득한 부당이득의 범위 내에서 과징금을 부과받을 필요성이 있다. 따라서 위반기간 중 대응이 대응계약에게 알비스D를 도매판매하여 발생한 매출액인 9,475,926,696원을 대응의 관련매출액으로 한다. 다만 대응에게 발생한 매출액은 대응계약이 직접 또는 위탁하여 시장에 판매한 매출액에 기반영된 것이다. 따라서 이중계상을 방지하기 위하여 대응계약의 관련매출액은 대응계약이 직접 또는 위탁으로 시장에 판매한 금액인 143,648,482,277원 중 대응이 취득한 9,475,926,696원을 제외한 134,172,555,581원으로 한다.

<표 11>

피심인별 관련매출액

피심인	관련매출액
대응계약	134,172,555,581 원
대응	9,475,926,696 원

나) 중대성 판단 및 부과기준을

37) 대법원 2004. 10. 28. 선고 2002두7456 판결



100 이 사건 행위는 특허권을 경쟁사의 시장진입을 막기 위한 목적으로 남용하여 오리지널 약품과 제네릭 약품 간 가격 경쟁을 제한하는 등 공정거래질서 저해 정도가 현저한 점, 최종소비자(환자)가 직접 선택할 수 없는 전문의약품의 특성상 저렴한 제네릭을 선택하지 못 한 소비자의 피해가 상당할 것으로 여겨지는 점, 위 반행위의 효과가 전국에 미치는 점 등을 고려하면 ‘매우 중대한 위반행위’에 해당 하므로 1.6%의 부과기준율을 적용한다.

#### 다) 산정기준

101 <표 11>의 관련매출액에 3. 나. 1) 나)의 부과기준율을 곱하여 산정한 산정 기준은 <표 12>과 같다.

<표 12> 피심인별 산정기준

피심인	산정기준
대웅제약	2,146,760,889원
대웅	151,614,827원

#### 2) 1차 조정 및 2차 조정

102 1차 조정 및 2차 조정사유가 없으므로 1차 조정 산정기준 및 2차 조정 산정기준은 3. 나. 1) 다) 산정기준과 동일하다.

#### 3) 부과과징금의 결정

103 3. 나. 1) 다)에서 정한 산정기준에서 과징금 고시 IV. 4. 라.의 규정에 따라 1백만 원 미만의 금액을 1백만원 미만을 절사한 피심인별 부과과징금 내역은 <표 13>과 같다.

<표 13>

피심인별 부과과징금

피심인	산정기준
대응제약	2,146,000,000원
대응	151,000,000원

#### 4. 결론

104 피심인들은 법 제23항 제1항 제3호의 규정을 위반하였으므로, 시정조치에 대하여는 법 제24조의 규정을, 과징금 부과에 대하여는 법 제24조의2의 규정을 적용하여 주문과 같이 의결한다.

공정거래위원회는 위와 같이 의결하였다.

2021년 3월 11일

의 장 위 원 장 조 성 욱

주심위원 김 형 배

위 원 윤 수 현

위 원 김 봉 석

위 원 이 정 희

위 원 최 윤 정