

2015년 서강대학교 법학연구소 법과 시장경제 연구센터 학술대회  
표준필수특허 보유자의 특허권 남용에 대한 법적·경제적 분석

## 발 · 제 1

# 표준필수특허 보유자의 특허권 남용 사례에 대한 법적 분석

홍 대식

(서강대학교 법학전문대학원 교수)



# 홍대식

서강대학교 법학전문대학원 교수  
dshong@sogang.ac.kr

## ◆ 주요 학력

서울대학교 법과대학 사법학과 졸업(1990)

서울대학교 대학원 법학 석사(1996)

서울대학교 대학원 법학 박사(2006)



## ◆ 주요 경력

춘천지방법원, 춘천지법 강릉지원, 수원지방법원, 서울지방법원 판사

Visiting Scholar at University College London in the United Kingdom

법무법인 율촌 구성원변호사

공정거래위원회 경쟁정책 자문위원

국무조정실 방송통신융합추진위원회 전문위원

방송위원회 및 방송통신위원회 방송분쟁조정위원

사법연수원 외래교수(공정거래법, 약관규제 및 소비자보호법 담당)

한국 경쟁법학회 총무이사

방송통신위원회 및 미래창조과학부 결합판매 심사위원

대통령 직속 국가지식재산위원회 지식재산보호분과 전문위원

Senior Visiting Scholar at U.C. Berkeley in the United States

방송통신위원회 방송시장 경쟁상황 평가위원

서강대학교 법학전문대학원 교수

## ◆ 주요 상훈

공정거래위원장 표창(2006)

정보통신의 날 대통령 표창(2011)

## ◆ 주요 저서

- “합의 중명의 요소로서의 사업자 간 의사연결의 상호성-정보교환을 중심으로-”, 경쟁법연구 제30권 (2014)

- “인터넷 서비스 시장에서의 공동규제 방식에 의한 공정거래 규제”, 경쟁법연구 제29권 (2014)

- “Competition Advocacy of the Korean Competition Authority”, Competition and the State, Stanford University Press (2014)

- “인터넷 플랫폼 시장에서의 경쟁법 적용을 위한 소비자선택 기준”, 경쟁법연구 제27권 (2013)

- “가격담합으로 인한 공정거래 손해배상소송에서의 손해액 산정”, 비교사법 제19권 2호 (2012)

- “기술표준 관련 특허권의 행사와 한국 공정거래법의 적용”(공저), 고려법학 제63호 (2011)

“민상법과 독점규제법”, 권오승 편, 독점규제법 30년, 법문사(2011)

8인 공저, 독점규제법 제4판, 8인 공저, 법문사 (2015)

## 표준필수특허 보유자의 특허권 남용 사례에 대한 법적 분석

홍대식 (서강대학교 법학전문대학원)

### I. 들어가는 말

표준화(Standard Setting)란 다수의 사업자가 상품 및 서비스의 규격, 기술적 특징 등에 대한 공통의 기준을 설정하고 이를 널리 보급하는 일련의 과정을 의미한다.<sup>1)</sup> 표준화는 여러 가지 방법으로 발생할 수 있는데, 그러한 방법으로는 공식적으로 인정되는 정부, 표준화 기구(Standard Setting Organization, 'SSO')나 비공식적인 산업기구를 통한 방법 또는 시장의 작용에 의한 방법이 있다.<sup>2)</sup> 후자의 표준화 방법에 의하여 확립된 표준을 이른바 사실상 표준(*de facto standard*)이라고 한다. 특히 상호운용성(interoperability) 또는 호환성(compatibility)이 중요한 산업에서는 표준화 기구를 통한 집단적인 기술표준 선정이 이루어지는 경우가 증가하고 있다. 제공되는 서비스에 적용되는 기술의 수준이 빠르게 변하고 고도화되고 있는 정보통신시장이 대표적인 사례이다.<sup>3)</sup>

표준화 기구를 통한 집단적인 기술표준 선정은 경쟁 및 기술혁신 촉진 효과를 갖는다. 그러나 표준화 기구의 성격과 선정된 기술표준의 내용에 따라 기술시장에서의 경쟁을 배제하거나 기술혁신을 저해하는 효과, 소비자 선택권을 감소시키는 효과 또는 공동행위를 촉진시키는 효과와 같은 경쟁저해 효과를 야기할 수도 있다는 점이 지적되기도 한다.<sup>4)</sup> 기술표준 선정 과정과 그와 관련된 일련의 행위들에 대한 일정한 조사가 필요하다는 주장은 이러한 지적에 기초하고 있다.

한국 공정거래위원회(이하 '공정위')는 표준화와 관련된 특허권의 남용에 대하여 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」(이하 '공정거래법')을 효과적으로 적용하기 위한 실무적인 방편으로서, 일련의 심사지침, 가이드라인 또는 모범운영기준과 같은 행정입법 또는 이른바 연성법(soft law)<sup>5)</sup>

1) 공정위 2011. 12. 제정 '공정거래법 자율준수를 위한 표준화 기구의 모범운영기준'.

2) Coates, Kevin, Competition Law and Regulation of Technology Markets, Oxford University Press (2011), p. 183.

3) 홍대식 · 권남훈, "기술표준 관련 특허권의 행사와 한국 공정거래법의 적용", 고려법학 제63호 (2011), 197면.

4) OECD, "Standard Setting and Competition Policy", OECD Policy Round Tables DAF/COMP/WP2(2010)4 (2010), pp.5-7.

5) EU의 학자들은 고시(notices), 지침(guidelines) 등과 같이 법적 구속력이 없는 위원회의 행정규칙을 일반적으로 연

을 제·개정하는 작업을 수행해 왔다. 구체적으로 공정위는 2010. 3.에 ‘부당한 지식재산권의 심사지침’(이하 ‘지식재산권 심사지침’)을 대폭 개정하였고, 2011. 12.에는 ‘공정거래법 자율준수를 위한 표준화 기구의 모범운영기준’(이하 ‘표준화기구 운영기준’)을, 2012. 1.에는 ‘특허 라이선스 계약 공정화를 위한 가이드라인’을 각 제정하였으며, 2013. 3.과 2014. 12. 2회에 걸쳐 지식재산권 심사지침을 개정하였다.<sup>6)</sup> 이러한 행정입법은 법령의 근거가 없다는 점에서 고시와 구별되나, 정도의 차이는 있지만 법을 집행하는 공무원의 의사결정에 대한 영향력을 갖는다는 점에서 주의를 요한다.<sup>7)</sup> 또한 공정위에서 행정입법에서 제시된 해석 또는 판단의 기준을 실제 사건의 쟁점 해결을 위하여 원용하고 이를 법원에서 수용할 경우 그 기준은 법리의 지위를 얻게 될 수도 있다.<sup>8)</sup>

특허권 보유자의 권리 행사로 볼 수 있는 행위라고 하더라도 그 행위가 특허법에 의한 권리의 정당한 행사라고 인정되는 행위에 해당하여 공정거래법의 적용이 면제되지 않는 한(공정거래법 제59조 참조) 일단 공정거래법의 적용 대상이 된다. 즉 특허권의 정당한 행사라고 인정되지 아니하는 행위에 대하여는 공정거래법이 적용된다. ‘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 한다.<sup>9)</sup>

그러나 특허권 보유자의 권리 행사로 볼 수 있는 행위가 공정거래법의 적용 대상이 된다고 하는 것 이 곧 그 행위가 공정거래법상 금지되는 행위가 된다는 것을 뜻하지는 않는다. 특허권 보유자의 권리 행사로 볼 수 있는 행위가 공정거래법의 적용 대상이 되는지 여부를 판단하는 단계에서도 ‘당해 행위가 공정하고 자유로운 경쟁에 미치는 영향’이 고려되지만, 그 단계에서의 경쟁 영향에 대한 고려는 지식재산권법과 공정거래법의 공통적인 목표와 관련성의 관점에서 이루어지기 때문이다. 기술혁신을 통한 동태적 경쟁을 촉진하는 것을 목적으로 하는 지식재산권법상 경쟁정책의 관점에서 행위의 정당

성법(soft law)이라고 부른다. 홍대식, “공정거래법 집행자로서의 공정거래위원회의 역할과 과제-행정입법에 대한 검토를 소재로”, 서울대학교 법학 제52권 제2호 (2011), 175면.

6) 2014. 12. 심사지침 개정의 주요 내용은 ① 일반적 심사원칙의 개정(심사지침 적용범위의 축소 및 위법성 판단기준의 일원화 등), ② 일반적 실시허락에 있어 실시료 수준 규제 조항의 삭제, ③ 표준필수특허 관련 내용의 추가, ④ 특허관리전문사업자(Non-Practicing Entity) 관련 내용의 신설 등을 들 수 있다. 보다 자세한 설명은 이창훈, “지식재산권의 부당한 행사에 대한 심사지침의 주요 개정내용에 대한 개관 및 평가”, 경쟁자널 제179호 (2015. 3.), 44-63면.

7) 홍대식 (2011).

8) 대표적인 사례로서 대법원이 부당한 지원행위의 요건인 유리한 조건의 거래로서의 가격을 판단하기 위한 정상가격의 산정방식에 관하여 법령의 근거가 없는 예규에 불과한 공정위의 ‘부당한 지원행위의 심사지침’에서 제시한 방식을 그대로 따라 법리로 정립한 것을 들 수 있다(대법원 2004. 10. 14. 선고 2001두2935 판결, 대법원 2006. 2. 10. 선고 2003두15171 판결, 대법원 2006. 7. 27. 선고 2004두1186 판결 등). 홍대식, “공정거래법상 특수관계인에 대한 부당 이익제공행위의 의미 및 판단기준”, 비교사법 제21권 1호(통권64호) (2014), 203면 참조.

9) 대법원 2014. 2. 27. 선고 2012두24498 판결(글락소 그룹 리미티드)

성을 평가할 경우, 공정거래법과 달리 혁신적인 기술에 대한 정당한 보상을 통하여 새로운 기술혁신의 유인을 제공하는 측면이 더 강조될 수 있다. 이에 대하여 공정거래법상 경쟁정책의 관점에서 행위의 정당성을 평가할 경우, 그러한 기술을 대체할 수 있는 기술의 개발 또는 그러한 기술을 이용한 상품의 출시를 저해하는 등으로 시장의 경쟁질서를 왜곡하는 측면이 더 강조될 수 있다.

특허권 보유자의 권리 행사로 볼 수 있는 행위가 새로운 기술혁신 유인 제공의 측면과 시장의 경쟁질서를 왜곡하는 측면을 대비하였을 때 어떤 평가를 받을 수 있을지는, 그 행위의 성격이나 그 행위가 행해지는 맥락에 따라 다르게 나타날 수 있다. 그런데 표준화 기구를 통한 기술표준 선정 과정에서 표준기술로 선정되거나 선정된 표준기술에 포함된 특허권의 행사 행위에 대하여는 특별한 경쟁법적 관심이 필요하다. 그 이유는 표준특허의 배타적·독점적 특성으로 인하여 그 보유자가 해당 기술표준이 업계에서 시행되는 상당한 기간 동안 대체기술에 의한 경쟁압력으로부터 자유롭게 그 표준기술이 속한 기술시장 및 그 하방시장인 상품시장에서 막대한 영향력을 행사할 수 있게 되기 때문이다. 따라서 이러한 행위는 구체적인 행위에 대한 평가에 앞서 공정거래법의 적용이 일반적으로 제외되지 않는 경우가 많을 것이다.

공정위의 지식재산권 심사지침은 특허권의 정당한 권리 행사 범위를 벗어난 것으로 판단될 수 있는 표준기술 관련 특허권의 행사 행위를 표준화 절차를 악용하거나, 표준기술로 채택된 이후 부당한 조건을 제시하는 등의 행위로 규정<sup>10)</sup>한다. 또한 위 심사지침은 그 구체적인 행위 유형으로 ① 기술표준 선정 관련 가격 기타 조건에 대한 부당한 합의 행위, ② 관련 특허 정보 비공개 행위, ③ FRAND 조건으로의 실시허락을 부당하게 회피·우회하는 행위, ④ 부당한 표준필수특허의 실시 허락 거절행위, ⑤ 부당한 표준필수특허의 실시조건의 차별 또는 비합리적인 수준의 실시료 부과 행위, ⑥ 표준필수특허의 실시허락 시 실시권자가 보유한 관련 특허권의 행사를 부당하게 제한하는 조건 부과 또는 부당하게 실시권자가 보유한 비표준필수특허에 대한 상호실시허락의 조건 부과 행위를 열거한다.<sup>11)</sup>

이 중 ① 내지 ③의 행위는 기술표준 선정 절차에서 나타날 수 있는 특허기술 보유자의 기회주의적 행위를 방지하기 위한 표준화 기구의 대응책에 기초하여 공정거래법상 관련 규정을 구체화

10) 2010. 3. 개정 당시의 심사지침에서는 이 부분이 “표준화 절차를 악용하거나, 기술표준으로 채택된 이후 부당한 조건을 제시하는 등 관련 시장의 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위”로 규정되어 기술표준으로 채택된 이후 부당한 조건을 제시하는 행위와 같은 구체적 행위가 바로 관련 시장의 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위인 것처럼 표현되었으나, 현재의 심사지침에서는 “관련 시장의 공정한 거래를 저해할 우려가 있는”이라는 항목이 삭제되었다. 이 부분은 표준기술 관련 특허권의 행사 행위가 공정거래법의 적용 대상이 되는지 여부의 판단에 관한 것이고 일단 공정거래법의 적용 대상이 된다고 본 후에 공정거래법상 금지되는 행위, 특히 불공정거래행위의 위법성이 관련 시장의 공정한 거래를 저해할 우려가 있는지 여부로 판단되는 것이므로, 위 항목을 삭제한 것은 적절하다. 홍대식·권남훈 (2011), 191면.

11) 지식재산권 심사지침 III. 5. 가.

하기 위하여 설정된 것이다. 그 점에서 이는 표준화 기구를 통해 선정된 표준특허 보유자에게 특유한 행위 유형이다. 이에 대하여 ④ 내지 ⑥은 해당 표준특허가 필수성(essentiality)을 가진 특허인 경우, 즉 표준필수특허(standard-essential patent)<sup>12)</sup>인 경우 그 보유자에게 공통적으로 적용될 수 있는 행위 유형이다. 지식재산권 심사지침에서도 ④ 내지 ⑥의 행위는 표준화 기구를 통해 선정된 표준필수특허 보유자뿐만 아니라 공공기관 입찰시 필수 활용 기술로 채택되는 등으로 관련 분야에서 사실상 표준기술로 널리 이용되는 표준필수특허 보유자에게도 적용된다는 점을 분명히 하고 있다.

이상의 논의를 배경으로 하여 이 글에서는 먼저 표준필수특허 보유자의 특허권 남용에 대하여 시장지배적 지위 남용행위 규정을 적용하기 위한 일반론을 관련시장의 획정, 시장지배적 사업자 여부 판단, 배제적 남용행위 유형의 식별, 그리고 배제적 남용행위에 대한 위법성 판단 단계별로 살펴본다. 다음으로 표준필수특허 보유자의 특허권 남용에 시장지배적 지위 남용행위 규정을 적용하여 제재한 국내의 대표적 사례인 공정위의 웰컴 사건에 관한 공정위의 의결과 서울고등법원의 판결의 내용을 일반론에서 살펴본 판단 단계별로 법적으로 분석하고 평가하는 작업을 수행하기로 한다. 웰컴 사건에서는 모두 세 가지 행위 유형이 문제되었지만, 표준필수특허 보유자의 행위로서 특별한 의미가 있는 차별적 실시료 부과행위에 초점을 맞추어 분석한다.

## Ⅱ. 표준필수특허 보유자의 특허권 남용에 대한 시장지배적 지위 남용행위 규정 적용의 일반론

### 1. 관련시장의 획정

관련시장의 획정은 경쟁상품의 범위를 기초로 사업자에게 작용하는 경쟁압력(competition pressure) 또는 경쟁제약(competition constraint)을 이해하고, 이를 통하여 특정한 상품에 대하여

---

12) 표준필수특허란 표준기술을 구현하기 위한 특허로서, 표준기술을 필요로 하는 상품을 생산하거나 서비스를 공급하기 위해서는 실시허락을 필수적으로 받아야 하는 특허를 말한다(지식재산권 심사지침 I. 3. 가. (6)). 즉 필수성이 인정되는 한 정부, 표준화 기구, 사업자단체, 동종기술보유 기업군 등이 일정한 기술 분야에서 표준으로 선정한 기술이거나 해당 기술 분야에서 사실상 표준으로 널리 이용되는 기술이 모두 포함된다. 따라서 표준필수특허의 개념에는 표준화 기구에서 선정되지 않았지만 사실상 표준기술로서 필수성을 가진 특허도 포함되므로, 후자를 이른바 비표준필수특허(non-SEP)로 지칭하는 것은 정확하지 못한 표현이다. 한편 하나의 특허가 복수의 청구항들(claims)로 구성되어 있는 경우도 많다는 점을 고려하면, 필수적으로 받아야 하는 특허란 필수적으로 요구하는 청구항을 포함하고 있는 특허로 이해할 수 있을 것이다. 이창훈 (2015), 57면.

사업자가 갖고 있는 시장력(market power) 또는 상당한 시장력(significant market power)의 정도를 이해하도록 돋기 위한 것이다.<sup>13)</sup> 관련시장 확정은 시장력 또는 상당한 시장력이 존재하는 시장을 확인한 후의 경쟁 분석 단계에서도 필요하다.<sup>14)</sup> 경쟁 분석은 경쟁 과정(process) 및 경쟁의 성과(outcome)에 대한 피해를 식별하고 증명하는 방식으로 이루어지는데, 피해를 입은 경쟁 과정의 범위는 관련시장에 의하여 정해지기 때문이다. 흔히 관련시장을 확정한 후 그 시장에 참여하는 사업자들의 시장점유율을 산정하여 이를 시장력의 대리변수(proxy)로 활용하지만 시장점유율 산정이 관련시장 확정의 유일한 목적이 되는 것은 아니다. 다시 말해서 관련시장 확정의 주된 목적은, 그것이 기업결합을 계획하는 기업이건, 반경쟁적인 남용의 혐의를 받는 기업이건, 규제적인 개입의 후보 대상이 된 기업이건, 특정한 기업 또는 기업들이 판매하는 상품들에 대한 경쟁압력을 행사하는 상품들을 식별하는 것이다.<sup>15)</sup>

공정거래법도 관련시장의 확정과 시장점유율의 산정을 다른 맥락에서 규정하고 있다. 즉 관련 시장을 의미하는 ‘일정한 거래분야’는 ‘경쟁관계에 있거나 경쟁관계가 성립될 수 있는 분야’로 정의(법 제2조 제8호)되고 시장지배적 사업자와 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위의 개념요소(법 제2조 제7호 제1문, 제8의2호)가 되는 반면에, 시장점유율은 특히 시장지배적 지위 남용행위 유형에서 행위주체인 시장지배적 사업자 여부 판단의 한 요소(법 제2조 제7호 제2문)이자 시장지배적 사업자의 법률상 추정 요소로 규정(법 제4조)되어 있다.

시장지배적 사업자에 해당하는지 여부를 판단하기 위한 전제로서 관련시장 확정이 필요하다는 점은 이론의 여지가 없다. 공정거래법상 시장지배적 사업자는 “일정한 거래분야의 공급자나 수요자로서 단독으로 또는 다른 사업자와 함께 상품이나 용역의 가격·수량·품질 기타의 거래조건을 결정·유지 또는 변경할 수 있는 시장지위를 가진 사업자”를 말한다고 정의되어(법 제2조 제7호 제1문), ‘일정한 거래분야’의 존재를 논리적 전제로 하고 있기 때문이다. 이에 대하여 시장지배적 사업자가 시장지배적 지위 남용행위에 해당할 수 있는 행위를 행할 경우 그 행위의 남용성 또는 부당성을 판단하기 위하여 별도의 관련시장 확정이 필요한지 여부에 대하여 법에서는 아무런 지시를 하고 있지 않다. 공정거래법은 시장지배적 지위 남용행위를 규정한 법 제3조의2에서 명시적

13) Evans, David S., “Lightening Up on Market Definition”, RESEARCH HANDBOOK ON THE ECONOMICS OF ANTITRUST LAW, Einer Elhauge, ed., New York: Edward Elgar (2010). Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1599270>

14) Werden, Gregory J., “Why (Ever) Define Markets? An Answer to Professor Kaplow” (2012). Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2004655>

15) Filistrucchi, Lapo, Damien Geradin, Eric van Damme & Pauline Affeldt, “MARKET DEFINITION IN TWO-SIDED MARKETS: THEORY AND PRACTICE”, TILEC Discussion Paper No. 2013-009; Tilburg Law School Research Paper No. 09/2013 (2014). Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2240850>

으로 경쟁제한이라는 표현을 사용하고 있지 않기 때문이다. 그러나 다수의 학설은 대법원의 포스코 판결<sup>16)</sup> 전부터 이를 경쟁제한성으로 이해하고 있었고, 대법원의 포스코 판결의 다수의견은 이 점을 확인하였다. 공정거래법은 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위를 “일정한 거래분야의 경쟁이 감소하여 특정 사업자 또는 사업자단체의 의사에 따라 어느 정도 자유로이 가격·수량·품질 기타 거래조건 등의 결정에 영향을 미치거나 미칠 우려가 있는 상태를 초래하는 행위”로 정의하여(법 제2조 제8의2호), 경쟁제한성 판단의 전제로서 관련시장을 획정할 것을 요건으로 하고 있다. 따라서 공정거래법 적용을 위하여 관련시장 획정은 시장지배적 사업자 여부 판단 단계뿐만 아니라 경쟁제한성 판단 단계에서도 필요하다.

위법성 판단의 전제로서 경쟁제한의 효과가 문제되는 관련시장에 전·후방의 인접시장이 포함될 수 있으므로, 시장지배적 지위가 인정되는 시장이 행위 또는 효과가 문제되는 시장과 밀접하게 연관된 시장으로 획정되는 것이 중요하다. 대법원은 관련 상품시장의 범위를 정할 때 “그 상품의 생산을 위하여 필요한 다른 상품 및 그 상품을 기초로 생산되는 다른 상품에 관한 시장의 상황”을 고려하고, 관련 지역시장의 범위를 정할 때 “관련 상품의 생산을 위하여 필요한 다른 상품 및 관련 상품을 기초로 생산되는 다른 상품에 관한 시장의 상황”을 고려하도록 하여,<sup>17)</sup> 이 점을 시사한다. 또한 대법원은 “경쟁제한의 효과가 문제되는 관련시장은 시장지배적 사업자 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 있다고 할 것”이라고 판시<sup>18)</sup>하여, 시장지배적 사업자 여부 판단의 전제가 되는 관련시장(지위 관련 시장)과 경쟁제한의 효과가 문제되는 관련시장(효과 관련 시장)을 구별하고 두 시장 사이에 적어도 원재료 의존관계가 있는 경우 지위 관련 시장과 다른 시장에서 발생한 경쟁제한의 효과도 문제될 수 있음을 분명히 하였다.<sup>19)</sup>

16) 대법원 2007. 11. 22. 선고 2002두8626 전원합의체 판결.

17) 위 판결.

18) 위 판결.

19) 시장지배적 사업자 여부 판단의 전제가 되는 관련시장과 그 사업자의 행위의 경쟁제한 효과가 문제되는 관련시장이 다른 경우 두 시장 사이에 원재료 의존관계 외의 관계가 있는 경우 어느 범위까지 경쟁법적으로 문제될 수 있는지 또는 지위 관련 시장에서의 시장지배력을 효과 관련 시장에 전이(leveraging)하거나 확장(extension)한 것으로 인정하기 위해서는 어떤 요건 또는 기준이 필요한지는 별개의 문제이다. 예컨대, 티브로드 강서방송 I 사건(대법원 2008. 12. 11. 선고 2007두25183 판결)에서는 양면시장(two-sided markets)의 성격을 가진 유료방송시장에서 종합 유선방송사업자를 중심으로 측면시장을 구성하는 프로그램 송출시장과 프로그램 송출서비스시장의 관계가 문제되었는데, 대법원은 종합유선방송사업자가 프로그램 송출시장에서 시장지배적 사업자라고 하더라도 그 사업자가 채널변경행위를 한 프로그램 송출서비스시장에서도 곧바로 시장지배적 사업자의 지위에 있다고 볼 수 없다고 판단하여, 구체적인 사건에서 시장지배력 전이 또는 확장이 인정되지 않는다고 판단하였다. 다만 원심판결(서울고법 2007. 11. 8. 선고 2007누10541)은 종합유선방송사업자(티브로드 강서방송)가 프로그램 송출시장에서의 시장지배

표준필수특허와 같은 지식재산권의 행사와 관련하여 거래대상에 따른 시장 획정을 할 때 특별히 고려되어야 할 점은, 경쟁법적 문제가 통상적인 상품·용역이 거래되는 상품시장(goods market) 외에도 그에 선행하는 시장으로서 실시허락계약 등의 형태로 관련 기술이 거래되는 기술시장(technology market)과 새로운 또는 개량된 상품이나 기술·공정을 위한 특정한 연구개발과 관련된 혁신시장(innovation market; research and development market)에서도 제기될 수 있다는 점이다. 지식재산권 심사지침에서도 공정위가 이 점을 인식하고 있음을 명시하고 있다.<sup>20)</sup>

기술시장이란 지식재산권 관련 기술이 실시허락 등의 형태로 거래되는 시장으로서, 실시허락의 대상이 되는 지식재산 관련 기술과 그 밀접한 대체재로 구성되는 시장으로 정의될 수 있다.<sup>21)</sup> 이는 지식재산에 대한 권리가 그것이 사용된 상품과 구별하여 시장에서 유통되는 경우에 실시허락 계약이 경쟁에 미치는 효과를 분석하기 위해 상정될 수 있다.<sup>22)</sup> 관련 기술시장을 획정할 때는 일반적인 시장획정 방법과 마찬가지로 경쟁관계에 있거나 경쟁관계가 성립될 수 있는 일정한 거래 분야를 판단하는 것이 원칙이다. 따라서 기술시장 획정을 위해서도 실시허여자(licensor)에 의하여 시장화된 기술에서 출발하여, 실시사용자(licensee)들이 작지만 일시적이지 않은 상대적인 가격, 즉 실시료(royalty) 인상에 대응하여 전환할 수 있는 다른 기술들을 확인할 필요가 있다. 대체 관계에 있는 다른 기술들을 직접 확인하기 어려울 경우 대안이 되는 접근방식은 실시허락의 대상이 된 기술을 통합한 상품시장을 관찰하는 것이다.<sup>23)</sup> 다만 기술시장을 관련시장으로 획정할 때는 기술시장의 특수성을 고려할 필요가 있다. 지식재산권 심사지침은 표준화에 따른 기술호환 문제 등으로 인해 대체기술로의 전환이 곤란한 경우에는 한정된 범위의 거래분야만을 관련 시장으로 획정할 수 있음을 밝히고 있다.<sup>24)</sup>

---

적 지위를 전이하여 인접시장인 프로그램 송출서비스시장에서의 거래상대방으로서 다른 사업자인 상품소개 및 판매 전문편성 방송채널사용사업자(우리홈쇼핑)의 사업활동을 부당하게 방해하였다고 인정하였을 뿐인데, 대법원이 이와 관련하여 원심이 티브로드 강서방송이 프로그램 송출서비스시장에서도 시장지배적 사업자의 지위에 있다고 판단한 것처럼 묘사한 부분은 오해의 소지가 있다.

20) 지식재산권 심사지침 II. 3. 가. 위 심사지침에서는 위법성 판단 시 고려사항으로 명시하고 있으나, 시장지배적 사업자 여부 판단 단계에서도 마찬가지로 보아야 한다.

21) 미국의 '지식재산 실시허락 심사기준'(Department of Justice & Federal Trade Commission, Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property) (1995), §3.2; EU의 '기술이전계약 심사기준'(Guidelines on the application of Article 81 of the EC Treaty to technology transfer agreement), Commission Notice, 2004/C101/02 (2004), para. 23에서도 다음과 같이 기술시장을 유사한 방식으로 정의한다. "technology markets consists of the licensed technology and its substitutes, i.e. other technologies which are regarded by the licensees as interchangeable with or substitutable for the licensed technology, by reason of the technologies' characteristics, their royalties and their intended use."

22) 미국의 지식재산 실시허락 심사기준, §3.2

23) EU의 기술이전계약 심사기준, para. 22.

24) 지식재산권 심사지침 II. 3. 가. (2)

관련시장 확정은 사업자의 시장에서의 지위를 확인하거나 사업자의 행위가 시장에서의 경쟁 과정에 미치는 영향을 평가하기 위한 것이다. 따라서 특허권자의 특허권 행사 행위의 경쟁제한성을 판단하기 위하여 기술시장을 확정하지 않고 실시허락의 대상이 된 기술을 통합한 상품시장을 확정하는 것만으로도 그 목적을 달성할 수 있다면, 상품시장을 확정하는 것으로 충분할 수도 있다. 그러나 기술시장을 확정하는 것이 특허권자의 시장지배력의 원천을 식별하는 효과적인 방법이고 기술시장에서의 시장지배력 전이 또는 확장이 경쟁상 문제의 본질인 경우, 기술시장을 별도로 확정하지 않고 상품시장에 관련 특허기술을 통합하여 확정한 후 그 시장에 국한하여 경쟁 분석을 하게 될 경우 경쟁제한성 판단의 오류를 초래할 수 있다. 이런 문제는 표준필수특허 보유자의 실시허락과 관련된 행위의 경쟁제한성 판단에서 많이 발생할 수 있다.

## 2. 시장지배적 사업자 여부 판단

지위 관련 시장을 확정한 후 그 시장에서 특정 사업자가 시장지배적 지위가 있다고 인정하기 위해서는 그 사업자의 그 시장에서의 지배가능성이 인정되어야 한다.<sup>25)</sup> 시장지배적 사업자는 시장지배적 지위(dominant position) 또는 시장지배력(dominant power)을 가진 사업자를 말하며, 공정거래법상 시장지배적 지위 또는 시장지배력은 ‘상품이나 용역의 가격·수량·품질 기타의 거래조건을 결정·유지 또는 변경할 수 있는 시장지위 또는 능력’으로 정의된다(법 제2조 제7호 제1문). 시장지배력의 개념 요소인 ‘상품이나 용역의 가격 기타 거래조건의 결정·유지 또는 변경 가능성’은 어느 사업자가 시장에서 경쟁자, 고객 나아가 소비자로부터의 충분히 유효한 경쟁압력 또는 경쟁제약에 의하여 억제되지 않고 독립적으로 시장에서 행동할 수 있는 힘을 갖고 있음을 의미한다.<sup>26)</sup> 이는 실질적 경쟁제한성의 개념요소인 ‘어느 정도 자유로운 상품이나 용역의 가격 기타 거

25) 대법원 2007. 11. 22. 선고 2002두8626 전원합의체 판결, 대법원 2008. 12. 11. 선고 2007두25183 판결 등.

26) 유럽연합(EU)의 판결은 시장지배적 지위를 다음과 같이 정의한다. "a position of economic strength enjoyed by an undertaking which enables it to prevent effective competition being maintained on the relevant market by affording it the power to behave to an appreciable extent independently of its competitors, customers and ultimately of its consumers." Case 26/76 United Brands v Commission [1978] ECR 207; 또한 EU 집행위원회의 '조약 제82조(현재의 제102조)를 시장지배적 사업자에 의한 배제적 남용행위에 적용할 경우의 집행 우선순위에 관한 지침'(Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings, 이하 'EU의 배제남용 집행지침')에서는 시장지배적 지위를 상당한 기간 동안 경쟁 수준 이상으로 수익성 있게 가격을 인상할 수 있는 지위로 정의한다. 여기서 상당한 기간은 상품과 문제되는 시장의 상황에 따라 다르지만, 보통 2년의 기간이면 충분하다. 집행지침 para.6; 주의할 것은 여기서 가격 인상만이 언급되고 있는 것처럼 보이지만, 집행지침에서 가격 인상은 소비자에게 피해가 되도록 경쟁의 변수, 즉 가격, 생산량, 기술혁신, 상품·용역의 다양성과 품질 등에 영향을 주는 사업자의 다양한 행위에 대한 축약어로 사용되었다는 점이다.

래조건의 결정에 대한 영향'와 개념적으로 구별되고, 그보다 더 높은 입증 수준을 가리킨다.

공정거래법상 개념인 시장지배력은 경제학적 개념인 시장력(market power)<sup>27)</sup>과 구별될 필요가 있다. 시장력은 시장 가격 기타 거래조건에 영향을 줄 수 있는 사업자의 능력, 수익성 있게 한계비용 이상으로 가격기타 거래조건을 설정하는 사업자의 능력 또는 경쟁 수준을 초과하는 이익을 얻는 사업자의 능력으로 다양하게 정의할 수 있는데, 어떻게 정의하든 그 능력의 정도는 공정거래법상 개념인 시장지배력에 미치지 못한다. 시장지배력에 유사한 것은 상당한 시장력(significant market power)인데, 이는 시장력 중에서도 상당하고 지속적인 시장력을 말하는 것이다.<sup>28)</sup> 국내 다수의 문헌, 특히 경제학 문헌은 market power를 '시장지배력'으로 번역하여 공정거래법상 개념인 시장지배력과 혼동을 불러일으키는 경우가 많은데, 주의가 필요하다.

시장지배적 사업자 여부의 판단은 여러 가지 요소들을 종합적으로 고려하여 이루어질 수 있는데, 공정거래법에서는 그러한 요소로서 시장점유율, 진입장벽의 존재 및 정도, 경쟁사업자의 상대적 규모를 열거하고 있다(법 제2조 제7호 제2문). 이는 예시적 열거이므로, 상품이나 시장 상황에 따라 관련되는 요소가 추가적으로 고려될 수 있다. 공정위의 '시장지배적 지위 남용행위 심사기준' III. 부분에서는 법 제2조 제7호 제2문에서 예시적으로 열거한 판단요소, 즉 시장점유율, 진입장벽의 존재 및 정도, 경쟁사업자의 상대적 규모와 함께 기타 요소로서 경쟁사업자간의 공동행위의 가능성, 유사품 및 인접시장의 존재, 시장봉쇄력, 자금력, 기타 고려요인<sup>29)</sup>을 열거하고, 각 요소가 시장지배적 사업자 여부의 판단에서 작용하는 방식과 정도를 제시하고 있다. 이와 별도로 판례에서 명시적으로 특정하고 있는 고려사항으로는 관련 상품의 수입 가능성성이 있다.<sup>30)</sup>

공정거래법은 이들 판단요소 중 시장점유율을 가장 중시하여 시장점유율 요소만을 기준으로 한 시장지배적 사업자의 법률상 추정 규정을 두고 있다(법 제4조). 시장점유율은 법 제3조의2의 규정에 위반한 혐의가 있는 행위의 종료일이 속하는 사업연도의 직전 사업연도 1년 동안에 국내에서 공급 또는 구매된 상품 또는 용역의 금액 중에서 당해 사업자가 국내에서 공급 또는 구매한 상품 또는 용역의 금액이 절하는 비율을 말한다. 다만, 시장점유율을 금액기준으로 산정하기 어려운 경우에는 물량기준 또는 생산능력기준으로 이를 산정할 수 있다(시행령 제4조 제2항). 매출액이나

27) 미국 법원의 판결에서는 시장력을 반트리스트법 위반 여부의 판단의 요건으로 사용하기도 하므로, 미국에서는 시장력이 법적인 개념이기도 하다. Jefferson Parish Hosp. Dist. No. 2 v Hyde, 466 U.S. 2, 27, n.46 (1984). "As an economic matter, market power exists whenever prices can be raised above the levels that would be charged in a competitive market."

28) Nazzini, Renato, *The Foundations of European Union Competition Law: The Objective and Principles of Article 102*, Oxford University Press (2011), p.16.

29) 기타 고려요인으로 사업자가 거래선을 당해 사업자로부터 다른 사업자에게로 변경할 수 있는 가능성, 시장경쟁에 영향을 미치는 당해 사업자의 신기술 개발 및 산업재산권 보유 여부 등이 추가로 열거되어 있다.

30) 대법원 2007. 11. 22. 선고 2002두8626 전원합의체 판결.

물량 또는 생산능력은 일정한 거래분야 즉 관련 상품시장 및 관련 지역시장에서 발생한 매출 등을 의미하므로,<sup>31)</sup> 시장점유율을 산정할 때는 관련시장에서의 자료를 사용하거나 적어도 그 대용물로 적절한 자료를 사용하여야 한다.

지식재산권 심사지침에서는 표준필수특허와 같은 지식재산권의 행사와 관련하여 시장지배적 사업자 여부를 판단할 때 특별히 고려되어야 하는 사항을 추가적으로 규정하고 있다. 이는 지식재산권 보유자의 시장지배력 판단과 표준필수특허 보유자의 시장지배력 판단으로 나누어 볼 수 있다.

지식재산권 보유자의 시장지배력 판단과 관련해서는 네 가지 측면이 강조된다.

첫째, 지식재산권이 행사되는 맥락에서의 시장지배력은 관련시장에서 가격상승·산출량 감소, 상품·용역의 다양성 제한, ‘혁신 저해’ 등의 경쟁제한 효과를 유발할 수 있는 시장에서의 영향력을 말한다고 정의하여, 시장지배력을 가격 기타 거래조건의 결정·유지 또는 변경 능력으로 이해하는 기준의 사고 틀을 확장하여 혁신을 저해하는 능력을 포함한다.

둘째, 지식재산권에 배타적·독점적 사용권이 부여된다고 하여 지식재산권의 보유자가 곧바로 시장지배력이 있다고 추정되는 것은 아니라는 점을 분명히 한다.<sup>32)</sup>

셋째, 시장지배력 여부는 지식재산권의 존재뿐만 아니라 해당 기술의 영향력, 대체기술의 존부, 관련 시장의 경쟁상황 등을 종합적으로 고려하여 판단한다고 하여, 일반적인 판단요소에 추가하여 지식재산권 보유자 지위에 특유한(status-specific) 고려사항을 열거한다.

넷째, 지식재산권 보유자의 시장지배력과 지식재산권 행사 행위의 위법성 판단이 구별됨을 명확히 한다. 즉 지식재산권 보유자가 시장지배력을 가지고 있다고 하여 그 사실만으로 곧바로 지식재산권의 행사가 이 법에 위반되는 것은 아니다. 특히 원칙적으로 사업자가 단독으로 지식재산권을 행사하는 경우에는 그 사업자가 시장지배력을 보유한 경우에 한하여 적용한다. 또한 지식재산권 행사 행위 중에서도 단독의 거래거절, 차별취급, 현저히 과도한 실시료 부과는 원칙적으로 그 사업자가 압도적인 시장지배력<sup>33)</sup>을 보유한 경우에 적용한다. 이는 공정위가 공정거래법 집행에 우선권을 두는 지식재산권 행사 행위의 대상을 행위 유형에 따라 시장지배력 또는 압도적인 시장

31) 대법원 2014. 11. 13. 선고 2009두20366 판결 및 그 원심인 서울고법 2009. 10. 8. 선고 2008누27102 판결(NHN).

32) 이는 미국 연방대법원의 Illinois Tool Works 판결에서 판시된 바와 같다. Illinois Tool Works Inc. v. Independent Ink, Inc., 126 S.Ct.1281, 1293 (2006). 이 판결을 해설한 국내 문헌으로는 정영진, “공정거래법과 지적재산권의 만남”, 경쟁저널 제126호 (2006. 45.), 홍대식, “특허상품 끼워팔기 사건에서의 시장지배력 입증: 미국 Illinois Tool Works 판결”, 경쟁저널 제140호 (2008. 9.) 참조.

33) 압도적인 시장지배력은 단순한 시장지배력보다 정도가 매우 높아 독점에 접근하는 정도에 이르는 것을 말한다. Whish, Richard & David Bailey, Competition Law, 7th Ed., Oxford University Press (2012), pp.187-189; EU 집행 위원회의 Microsoft 결정에서는 관련시장에서의 시장점유율이 90%를 넘는 Microsoft의 시장지위를 ‘압도적으로 시장지배적인 지위’(overwhelmingly dominant position)으로 표현하였다. Commission Decision of March 24, 2004(Case COMP/C-3/37.792 - Microsoft), OJ 2007 L32/23, para 435.

지배력을 가진 사업자에 한정하겠다는 정책적 의지를 표현한 것이다. 이 규정은 2014년 개정에서 신설되었다. 2014년 개정에서 이 규정을 신설한 것과 개정 전 지침에 있던 공정거래저해효과 관련 부분을 삭제한 것을 들어 이번 개정을 통해 지식재산권 행사 행위에 대한 위법성 판단기준이 경쟁 제한성으로 일원화되고 적어도 지식재산권의 단독 행사에 대하여는 불공정거래행위 금지 규정의 적용을 자제하겠다는 정책적 의지가 표현되었다는 분석이 있다.<sup>34)</sup>

지식재산권 심사지침은 시장지배력 판단과 관련해서 표준필수특허 보유자는 관련 시장에서 시장지배력을 보유할 개연성이 높다고 볼 수 있다고 규정한다. 이는 문제되는 특허가 표준필수특허라면 그 보유자가 관련시장에서 시장지배력을 보유하는지 여부를 판단할 때 비중 있게 고려된다는 의미이다. 여기서 표준필수특허라는 개념에는 그 특허가 기술표준에 포함되어 있다는 요소와 그 특허가 필수성을 갖고 있다는 요소가 복합되어 있다는 점에 주의할 필요가 있다.

일반적으로 어느 특허가 기술표준에 포함되어 있다는 사정은 그 자체로 그러한 표준특허 보유자의 시장지배력을 징표하는 사정이 되기 어렵다. 표준에 포함된 특허나 발명의 권리 행사 과정에 대해 경쟁법의 감시가 필요한지를 판단할 때는 표준에 포함됨으로써 ‘변화된’ 부분이 존재하는지의 여부가 중요한데, 표준 선정 과정에서 나타나는 변화의 방향은 양면적이므로 경쟁법적 측면에서 단순하게 판단할 수만은 없는 어려운 과제들을 수반하기 때문이다.<sup>35)</sup> 공정위의 표준화 기구 운영기준에서 “특정 표준에 대해 지식재산권을 행사할 수 있다는 사실만으로 시장지배력이 추정되는 것은 아니며, 해당 표준의 보급수준, 표준의 대체가능성, 관련 지식재산권의 필수성 등 구체적 시장상황을 종합적으로 고려하여 판단해야 한다.”는 규정<sup>36)</sup>을 둔 것도 같은 취지라고 할 것이다.

그런데, 이 규정에서도 표준특허 보유자의 시장지배력 여부 판단에서 그 특허의 필수성을 추가적으로 고려하는 것과 같이, 표준특허가 필수성을 가져 표준필수특허의 성격을 갖게 될 경우에는 시장지배력이 인정된다는 판단을 강화하는 요소가 될 수 있다. 일반적으로 필수성의 정도는 기술적 또는 상업적 대체성의 범위에 영향을 주고, 이것은 또한 특정한 경쟁 사건이 발생하였을 때 관련시장 획정과 시장력 평가의 요소가 된다.<sup>37)</sup> 해당 특허기술이 필수특허가 아닌 경우에는 시장에서 복수의 표준을 전제로 한 대체기술을 발견할 수도 있다. 그러나 해당 특허기술이 필수성을 갖고 있는 경우 시장에서 대체기술을 발견할 수 없다. 이런 점은 그 필수성이 표준화 기구에 의하여 부여된 것이든 시장에서 형성된 것이든 구별할 필요가 없다. 특히 표준필수특허인 경우 그 표준

34) 이창훈 (2015), 46-47면.

35) 권남훈·홍대식, “지식재산권에 대한 실시료의 수준과 경쟁법의 역할”, 정보법학 제15권 제2호 (2011), 117-118면.

36) 표준화 기구 운영기준 II. 1. 다.

37) Niels, Gunnar, Helen Jenkins, and James Kavanagh, *Economics for Competition Lawyers*, Oxford University Press (2011), p.461.

내에서 그 특허가 차지하는 중요성이나 비중이 그 표준기술의 구현 가능성을 좌우할 만큼 크다는 것을 의미하므로, 그 특허의 보유자가 그 표준을 단위로 획정되는 시장에서 시장지배력을 갖게 될 개연성이 높아질 것이다.

### 3. 배제적 남용행위 유형의 식별

시장지배적 지위 남용행위로 문제될 수 있는 행위 유형은 위법성 유형에 따라 착취적 남용행위(explotiative abuse)와 배제적 남용행위(exclusionary abuse)로 나눌 수 있고, 각각은 다시 가격 기반 남용행위(price-based abuse)와 비가격 기반 남용행위(non-price-based abuse)로 분류할 수 있다. 공정거래법상 배제적 남용행위에 해당하는 행위 유형은 사업활동 방해행위(같은 항 제3호), 새로운 경쟁사업자 참가 방해행위(같은 항 제4호), 경쟁사업자 배제행위(같은 항 제5호 전단)이다. 판례는 사업활동 방해행위와 경쟁사업자 배제행위에 대하여 공통적으로 그 부당성을 ‘독과점적 시장에서의 경쟁축진’이라는 입법목적에 맞추어 평가·해석하여야 하고, 시장에서의 독점을 유지·강화할 의도나 목적, 즉 시장에서의 자유로운 경쟁을 제한함으로써 인위적으로 시장질서에 영향을 가하려는 의도나 목적을 갖고, 객관적으로도 그러한 경쟁제한의 효과가 생길 만한 우려가 있는 행위로 평가될 수 있는 행위로서의 성질을 갖는 특정한 행위를 하였을 때에 그 부당성이 인정된다고 판시<sup>38)</sup>하여, 이를 행위가 위법성 유형의 측면에서 동일한 유형에 속한다는 점을 분명히 하였다.

배제적 남용행위에 해당하는 구체적 행위 유형 중 어느 유형이 가격 기반 남용행위에 해당하고 어느 유형이 비가격 기반 남용행위에 해당하는지 구분하는 것은 간단하지 않다. 이러한 구분법을 취하고 있는 EU의 배제남용 집행지침에서는 가격 기반 남용행위의 경우 원칙적 기준으로 동등하게 효율적인 경쟁자 기준(as efficient competitor test)을 채택하고 그와 같은 경쟁자에게 봉쇄효과(foreclosure effect)가 발생할 우려가 있는지를 평가하기 위하여 비용-가격 분석을 실행할 것을 규정<sup>39)</sup>하고 있다. 그러나 구체적으로 어떤 행위 유형이 가격 기반 남용행위에 해당하는지는 분명하지 않다. 대체로 조건부 리베이트 제공행위(conditional rebates), 끼워팔기 및 결합판매, 약탈적

38) 사업활동 방해행위에 대하여는 대법원 2007. 11. 22. 선고 2002두8626 전원합의체 판결(포스코, 거래거절행위), 대법원 2008. 12. 11. 선고 2007두25183 판결(티브로드 강서방송 I), 대법원 2011. 10. 13. 선고 2008두1832 판결(SK텔레콤), 대법원 2014. 11. 13. 선고 2009두20366 판결(NHN)(이하 불이익거래 강제 행위), 대법원 2010.3.25. 선고 2008두7465 판결. 기타 사업활동 방해행위. 현대자동차) 등이 있고, 경쟁사업자 배제행위에 대하여는 대법원 2011.6.10. 선고 2008두16322 판결(베타조건부 거래행위. 이베이지마켓 I) 등이 있다.

39) EU의 배제남용 집행지침 paras 23-27.

가격 책정행위가 가격 기반 남용행위로 분류될 수 있다.<sup>40)</sup> 이는 이러한 행위 유형에 대한 행위 특유의(conduct-specific) 심사기준을 제시하는 부분에서 비용-가격 분석 방법에 대하여 설명하고 있는 것으로 추론해 볼 수 있다. 일반적으로 가격 기반 남용행위의 경우에는 경제학의 도움을 얻어 가격-비용 분석 틀을 활용한 행위 특유의 심사기준을 개발하거나 그렇지 않더라도 일반적인 심사기준을 적용하여 보다 정교한 판단을 도출할 가능성이 보다 높은 반면에, 비가격 기반 남용행위의 경우에는 규범적 판단의 중요성이 보다 높아진다는 점에서 차이가 있다.<sup>41)</sup>

그런데, 현행법상 열거된 행위 유형은 위와 같은 이론적 고려와는 별로 관련 없이 설정된 것으로 보인다. 예컨대, 배제적 남용행위로 분류되는 경쟁사업자 배제행위의 구체적 유형은 공정거래법 시행령에서 약탈적 가격 책정행위(시행령 제5조 제5항 제1호)와 배타조건부 거래행위(같은 항 제2호)로 구성되어 있는데, 전자가 가격 기반 남용행위라면 후자는 비가격 기반 남용행위라고 할 수 있다. 따라서 가격 기반 남용행위에 대하여 가격-비용 기준(price-cost test)을 많이 활용하는 외국의 사례에 따르면 약탈적 가격 책정행위의 경우에는 경제분석에 대한 의존도가 높아지고, 배타조건부 거래행위의 경우에는 경쟁제한 효과와 관련된 고려요소들로서 증거에 의하여 확인될 수 있는 사실적 요소와 평가적 요소를 식별하여 합리성 있는 심사기준을 정립할 수 있게 되므로<sup>42)</sup> 경제분석에 대한 의존도가 낮아진다. 가격 기반 남용행위와 비가격 기반 남용행위의 구분법이 이런 실제적 의미를 갖기 때문에, 어떤 행위가 가격 기반 남용행위와 비가격 기반 남용행위의 성격을 모두 갖고 있다고 볼 수 있는 경우 그 행위에 어떤 규정을 적용할 것인가 하는 점은 부당성 판단에도 큰 영향을 미친다. 대표적인 행위 유형이 조건부 리베이트 제공행위(conditional rebate)이다. 조건부 리베이트 제공행위에 대하여는 배타조건부거래 기반의 접근법(exclusive dealing-based approach)과 약탈적 가격책정 접근법(predatory pricing framework)이 대립하고 있는데,<sup>43)</sup> 배타조건부거래 기반의 접근법을 채택할 경우 부당성을 입증하기 위하여 가격-비용 기준을 반드시 충족할 필요가 없다는 주장<sup>44)</sup>이 가능하다.

공정위의 지식재산권 심사지침에서 표준필수특허 보유자가 행하는 표준기술 관련 특허권의 행

40) 강우찬, “EC조약 102조(시장지배적 지위남용)에 관한 집행지침(Guidance Paper)에 대한 분석적 연구”, 사법논집 제52집 (2011), 19-20면. 다만 끼워팔기 및 결합판매 유형 중에서도 복수 상품 리베이트(multi-product rebates)에 한하여 비용-가격 분석 방법에 대한 설명이 있다.

41) 홍대식, “시장지배적 지위 남용행위의 판단기준 개선방안”, 경쟁법연구 제21권 (2010. 5.), 140면.

42) 홍대식, “배제적 남용행위에 대한 위법성 판단기준”, 반부패와 공정거래제도(강철규 교수 정년 기념 논문집), 나눔 (2011), 280면.

43) Wright, Joshua, “Simple but Wrong or Complex but More Accurate? The Case for an Exclusive Dealing-Based Approach to Evaluating Loyalty Discounts”, presented at the Bates White 10th Annual Antitrust Conference Washington, DC (2013. 6.)

44) 김준범·고인혜, “로열티 리베이트에 대한 비용-가격 테스트의 한계”, 경쟁저널 제145호 (2009. 7.), 22-35면.

사 행위로 열거한 것 중 배제적 남용행위 유형으로 분류될 수 있는 것은, ① 부당한 표준필수특허의 실시허락 거절행위, ② 부당한 표준필수특허의 실시조건의 차별행위, ③ 표준필수특허의 실시허락 시 실시권자가 보유한 관련 특허권의 행사를 부당하게 제한하는 조건 부과 또는 부당하게 실시권자가 보유한 비표준필수특허에 대한 상호실시허락의 조건 부과 행위이다. 이들 행위는 모두 시장지배적 지위 남용행위로서의 부당한 사업활동 방해행위의 구체적 행위 유형으로 분류될 수 있다. 특히 부당한 표준필수특허의 실시조건의 차별행위에 관해서는, 표준필수특허 보유자가 기술표준에 포함되는 과정에서 표준을 선정하는 정부나 표준화 기구에 대하여 행하는 FRAND(Fair, Reasonable and Non-discriminatory) 조건에 의한 실시허락 협약(commitment)의 법적 의미와 성격에 비추어 그 협약 위반으로 볼 수 있는지, 만일 그렇다면 이는 그 행위의 법적 평가에 어떤 영향을 미치는지가 중요한 쟁점이 된다.

#### 4. 배제적 남용행위에 대한 위법성 판단

판례는 배제적 남용행위의 부당성을 ‘독과점적 시장에서의 경쟁촉진’이라는 입법목적에 맞추어 평가·해석하여야 한다는 점을 강조하여, 배제적 남용행위의 부당성이 경쟁제한성임을 분명히 한다. 또한 부당성을 인정하기 위해서는 경쟁제한의 효과가 생길 만한 우려가 있는 행위로서 그에 대한 의도와 목적이 있었다는 점이 입증되어야 하므로, 경쟁제한성을 중심으로 배제적 남용행위의 부당성을 판단하기 위해서는 주관적 요건과 객관적 요건이 모두 필요하다는 점 역시 분명하다.

대법원 판례가 제시한 배제적 남용행위의 위법성 판단 법리는 판단과 관련된 고려요소들을 열거한 후 이러한 여러 사정을 참작하여 종합적으로 판단하는 방식으로서, 외형상 외국에서 논의되는 합리의 원칙(rule of reason)이나 효과 위주의 접근법(effects-based approach)과 유사해 보인다. 실제로 배제적 남용행위의 위법성 판단 법리를 처음으로 정립한 포스코 판결이 행위유형 위주의 접근법(form-based approach)보다는 경제적 실증분석을 통한 효과 위주의 접근법을 채택하는 방향으로 전환하였다거나<sup>45)</sup> 더 나아가 효과 위주의 접근법을 정면으로 채택한 것으로 이해하는<sup>46)</sup> 견해가 있다. 그러나 법은 본질적으로 형식(form)으로서의 행위유형을 갖고 있는 것<sup>47)</sup>이고, 공정

45) 황창식 · 신풍식, “시장지배적 사업자의 거래거절에 대한 공정거래 법리: 대법원의 포스코 사건 판결”, 한국경쟁법학회 편, 경쟁법연구 제18권, 법문사 (2008); 황창식, “공정거래법상 시장지배력 남용 규제의 해석 및 집행상의 문제점-불공정거래행위 규제와의 법적용 관계를 중심으로”, 경제법판례연구회 편, 경제법판례연구 제5권, 법문사 (2009).

46) 서정, “배제남용행위의 위법성 판단기준”, 서울대학교 경쟁법센터 편, 공정거래법의 쟁점과 과제, 법문사 (2010).

47) Whish, Richard, “Intel v Commission: Keep Calm and Carry on!”, Journal of European Competition Law & Practice (2014), p.1.

거래법상 배제적 남용행위 규정도 사업활동 방해행위, 경쟁사업자 배제행위라는 행위 유형을 전제로 한 세부적 행위유형 별로 판단하는 구조를 갖고 있으므로, 포스코 판결의 법리를 행위유형 위주의 접근법을 버리고 효과 위주의 접근법을 채택한 것으로 이해하기는 어렵다. 상대적인 구별이기는 하나 위법성 판단이 행위유형 접근법에서 효과 위주의 접근법으로 이행하는 경우, 경쟁제한 효과를 봉쇄효과(foreclosure effect)와 소비자 후생의 침해(consumer harm)와 같은 경제학적 개념으로 이해하고 그 판단기준 정립에서도 동등하게 효율적인 경쟁자 심사, 가격-비용 심사와 같은 경제학적 분석 틀에 대한 의존도를 높이게 된다. 이런 관점에서 포스코 판결 및 후속 판결들에 나타난 대법원 판례의 법리를 살펴보면, 과연 대법원이 배제적 남용행위의 모든 행위 유형에 걸쳐 효과 위주의 접근법으로 이행하는 경향을 확실히 보인다고 선불리 평가하기는 어렵다.<sup>48)</sup>

대법원은 구체적인 판단기준을 정립함에 있어 배제적 남용행위 유형 중에서도 사업활동 방해행위와 경쟁사업자 배제행위 사이에 다소의 차이를 보인다. 사업활동 방해행위는 거래가 이루어진 경우(거래거절행위를 제외한 다른 행위의 경우)에는 거래상대방이, 거래가 이루어지지 않은 경우(거래거절행위의 경우)에는 행위 상대방이 있는 행위로서, 상대방이 속한 시장에서의 경쟁에 미치는 효과에 위법성 판단에 중점이 있기 때문에, 상대방이 입은 불이익의 정도가 중요한 판단요소가 된다. 그에 비하여 경쟁사업자 배제행위는 상대방과의 거래를 매개로 할 수도 있지만 상대방이 속한 시장에서의 경쟁보다는 그 행위로 인하여 행위자와 그 경쟁사업자가 속한 시장에서의 경쟁에 미치는 효과에 위법성 판단의 중점이 있기 때문에, 상대방이 입은 불이익의 정도는 특별히 고려되지 않는다.

사업활동 방해행위 유형에 속하는 거래거절행위와 불이익 거래 강제행위에 대한 부당성 판단기준에 관하여, 대법원은 현실적으로 경쟁제한 효과가 나타났음이 입증되지 않은 경우에는 행위의 경위 및 동기, 불이익 강제행위의 태양, 관련 시장의 특성, 불이익 강제행위로 인하여 그 거래상대방이 입은 불이익의 정도, 관련 시장에서의 가격 및 산출량의 변화 여부, 혁신 저해 및 다양성 감소 여부 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 불이익 강제행위가 위에서 본 경쟁제한의 효과가 생길 만한 우려가 있는 행위로서 그에 대한 의도나 목적이 있었는지를 판단하여야 한다고 판시<sup>49)</sup>한다. 여기서 말하는 불이익이 부당성을 인정하기 위한 근거가 되려면, 행위로 인하여 상대방인 특정 사

48) 유사한 취지의 견해로서 강우찬 (2011), 22면(포스코 판결은 효과 중심적 접근으로 다소 기울어지는 것으로 보이지만, 이후에 나온 일련의 대법원 판결례를 분석해 보면, 여기에서 천명한 법원리의 적용과 관련한 대법원의 입장이 소비자후생을 강조하는 미국식 접근방식 또는 일반적으로 효과 중심적 접근방식이라고 부르는 경제분석 위주의 접근방식과는 차이가 있는 것으로 보인다)

49) 대법원 2007. 11. 22. 선고 2002두8626 전원합의체 판결, 대법원 2008. 12. 11. 선고 2007두25183 판결, 대법원 2011. 10. 13. 선고 2008두1832 판결.

업자가 사업활동에 곤란을 겪게 되었다거나 곤란을 겪게 될 우려가 발생하였다는 것과 같은 구체적 불이익의 정도로는 부족하고, 그 정도를 넘어 그 불이익이 상대방인 특정 사업자가 시장에서 경쟁자로서 충분하게 기능할 수 없을 정도의 영향을 주는 불이익, 즉 경쟁상의 불이익(competitive disadvantage)의 정도에 이를 것을 필요로 한다.<sup>50)</sup>

이에 대하여 판례는 시장지배적 지위남용행위로서의 배타조건부 거래의 부당성에 관하여, 대법원 거래행위의 목적 및 태양, 시장지배적 사업자의 시장점유율, 경쟁사업자의 시장 진입 내지 확대 기회의 봉쇄 정도 및 비용 증가 여부, 거래의 기간, 관련 시장에서의 가격 및 산출량 변화 여부, 유사품 및 인접시장의 존재 여부, 혁신 저해 및 다양성 감소 여부 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다고 판시<sup>51)</sup>한다. 여기서 특히 “경쟁사업자의 시장 진입 내지 확대 기회의 봉쇄 정도 및 비용 증가 여부”라는 고려요소는 배타조건부 거래행위의 경쟁제한의 효과가 경쟁사업자에 대한 봉쇄효과(foreclosure effect) 및 경쟁자 비용 상승효과(raising rival's cost effect)와 연결된다는 점을 명확하게 한 것으로서, 배제남용의 성격을 갖는 배타조건부 거래행위의 위법성을 징표하는 요소에 대한 경제학적 이해를 반영하는 것이다.

공정위의 지식재산권 심사지침은 지식재산권 행사가 관련 시장에 미치는 경쟁제한 효과는 관련 시장의 가격상승 또는 산출량 감소, 상품·용역의 다양성 제한, 혁신 저해, 봉쇄효과, 경쟁사업자의 비용 상승효과 등을 발생시키거나 발생시킬 우려가 있는지를 종합적으로 고려하여 판단한다고 규정한다. 이는 시장지배적 지위 남용행위 심사기준에서 경쟁제한 효과의 판단요소로 열거한 것과 동일하고, 대법원 판례에서 경쟁제한 효과로 열거하는 상품의 가격상승, 산출량 감소, 혁신 저해, 유력한 경쟁사업자의 수의 감소, 다양성 감소와 유사하다.<sup>52)</sup> 위 심사기준에서는 이러한 판단요소가 다른 판단요소의 원인 또는 결과가 될 수도 있다고 한다. 일반적으로 봉쇄효과, 경쟁사업자의 비용 상승효과는 경쟁 과정에 미치는 효과이고 가격상승 또는 산출량 감소, 상품·용역의 다양성 제한, 혁신 저해는 경쟁의 성과에 미치는 효과라는 점에서, 봉쇄효과, 경쟁자 비용 상승효과가 다른

50) 판례는 증거에 의하여 인정된 특정 사업자의 불이익의 정도가 부당성 인정의 근거가 되지 못할 경우 원심이 들고 있는 사정들은 모두 사업자의 행위에 의하여 상대방이 입게 된 구체적인 불이익에 불과한 것들로서 현실적으로 경쟁 제한의 결과가 나타났다고 인정할 만한 사정에 이르지 못한다는 방식으로 판단한다. 대법원 2007. 11. 22. 선고 2002두8626 전원합의체 판결, 대법원 2008. 12. 11. 선고 2007두25183 판결, 대법원 2014. 11. 13. 선고 2009두20366 판결.

51) 대법원 2009. 7. 9. 선고 2007두22078 판결(농협중앙회), 대법원 2011. 6. 10. 선고 2008두16322 판결(이베이지마켓 I)

52) 표현상의 차이점은 판례에서는 유력한 경쟁사업자의 수의 감소를 경쟁제한 효과로 보는 반면에, 지식재산권 심사지침과 시장지배적 지위 남용행위 심사기준은 봉쇄효과, 경쟁자 비용 상승효과를 경쟁제한 효과로 보는 점이다. 봉쇄효과, 경쟁자 비용 상승효과가 발생하면 유력한 경쟁사업자의 수가 감소할 수 있으나, 두 유형이 완전히 동일한 상황을 가리키는 것은 아니다. 정도의 차이는 있지만, 중요한 것은 관련시장에서의 경쟁 과정에서 시장지배적 사업자에 대한 경쟁제약 또는 경쟁압력이 약화되었다고 볼 수 있는지 여부와 그 정도이다.

경쟁제한 효과의 원인으로 작용한다. 경쟁 과정에 미치는 효과와 경쟁의 성과에 미치는 효과 사이의 연결고리로서 위 심사지침은 관련시장에서의 경쟁 과정에서 시장지배적 사업자에 대한 경쟁의 압력이 저하되는 것을 들고 있다.

공정위의 지식재산권 심사지침의 부당성 판단기준이 시장지배적 지위 남용행위 심사기준과 다른 점은 효율성 중대효과를 고려한다는 점을 명시하고, 부당성은 경쟁제한 효과가 효율성 중대효과를 상회하는 것을 의미한다고 하는 점이다. 효율성 중대효과로 볼 수 있는 것으로는 기술의 이용과 혁신 촉진, 기술혁신의 촉진을 통한 상품 가격의 하락, 품질의 제고, 소비자 선택권의 확대 등이 열거된다. 대법원 판례는 물론 공정위의 심사기준에서도 아직 시장지배적 지위 남용행위의 부당성 판단에 영향을 주는 부정적 요소인 경쟁제한 효과를 중심으로 하고 있을 뿐 긍정적 요소인 효율성 중대효과를 인식하지 못하고 있다. 이런 상황에서 공정위의 지식재산권 심사지침에서 지식재산권 행사 행위에 대하여 효율성 중대효과를 분명히 인식하고 경쟁제한 효과와의 비교형량에 의한 부당성 판단방식을 명시하고 있는 것은, 지식재산권 행사 행위의 경우 경쟁제한 효과뿐만 아니라 효율성 중대효과도 수반하는 것이 보다 일반적이라는 인식을 전제로 한 것으로 보인다. 다만 위 심사지침의 내용만으로는 부당성에 영향을 주는 긍정적 또는 부정적 요소를 평가하는 판단 방법인론을 어떻게 구조화하고 입증책임을 어떻게 분배할 것인지는 정확하게 알기 어렵다.<sup>53)</sup>

### III. 공정위의 퀄컴 사건에 대한 법적 분석

#### 1. 개요 및 사건의 경과

##### (1) 공정위 의결

공정위는 약 3년 동안의 조사와 6개월 동안의 위원회 심의를 거쳐 2009. 7. 23. 한국의 이동통신

53) 불공정거래행위로서의 기타의 거래거절에 대한 인천정유 대 현대오일뱅크 판결(대법원 2008. 2. 14. 선고 2004다 39238 판결)에서 대법원은 구체적인 상황에서 거래거절행위가 비용을 절감하여 경영위기를 극복하기 위한 방안으로 행해져 효율성 중대효과가 있다는 점을 인식하고 부당성 판단과정에서 행위자에게 부정적인 요소와 긍정적 요소를 열거한 후에 이를 종합하여 보면 이 사건 계약갱신 거절이 전체적으로 부당한 행위라고 보기 어렵다고 판단하였다. 이 사건에서 대법원은 대법원은 부당성 판단에 있어 행위자에게 긍정적 요소인 사업경영상 필요성과 행위자에게 부정적 요소인 상대방에게 불리한 사정을 비교형량의 대상이 되는 대등한 가치를 가진 요소로 본 것이라고 할 수 있다. 이 황, “공정거래법상 단독의 위반행위 규제의 체계(II)-불공정거래행위로서의 거래거절행위의 위법성, 그 본질과 판단기준(판례를 중심으로)”, 경제법연구 제9권 제2호 (2010), 133-135면; 홍대식, “부당지원행위의 부당성 판단에서의 사업경영상 필요성의 지위와 역할”, 경쟁법연구 제24권 (2011), 38-40면.

표준인 코드분할다중접속(Code Division Multiple Access, 'CDMA') 방식에 포함된 필수적인 특허 기술을 보유하여 그 특허기술에 관한 국내시장에서 시장지배적 사업자이면서 그 기술을 이용한 휴대폰 부품인 CDMA2000용 모뎀칩과 무선송수신칩(RF칩)에 관한 국내시장에서도 시장지배적 사업자인 퀄컴이 행한 다음과 같은 세 가지 행위를 공정거래법 위반행위로 판단하여, 퀄컴에 대하여 시정명령과 과징금납부명령을 내렸다. 세 가지 행위는 ① 표준필수특허의 실시료를 차별적으로 부과한 행위, ② 모뎀칩과 RF칩에 대한 조건부 리베이트를 제공한 행위, ③ 표준필수특허의 실시료를 특허권 소멸 후에도 지급하도록 약정한 행위이다. ① 행위에 대하여는 공정거래법 제3조의2 제1항 제3호, 제2항, 같은 법 시행령 제5조 제3항 제4호, 제6항, 시장지배적 지위 남용행위 심사기준 IV. 3. 라. (2)에 정한 시장지배적 지위 남용행위로서의 가격차별행위, 즉 시장지배적 사업자가 거래상대방에게 가격을 부당하게 차별하는 방법으로 다른 사업자의 사업활동을 방해하는 행위 규정과 공정거래법 제23조 제1항 제1호 후단, 제2항, 같은 법 시행령 제36조 제1항 관련 [별표 1의2] 제2호 가.목에 정한 불공정거래행위로서의 가격차별행위 규정이 중첩적으로 적용되었다. ② 행위에 대하여는 공정거래법 제3조의2 제1항 제5호 전단, 제2항, 같은 법 시행령 제5조 제5항 제2호에 정한 시장지배적 지위 남용행위로서의 배타조건부 거래행위, 즉 시장지배적 사업자가 부당하게 거래상대방이 경쟁사업자와 거래하지 아니할 것을 조건으로 그 거래상대방과 거래하는 방법으로 경쟁사업자를 배제하는 행위 규정이 적용되었다. ③ 행위에 대하여는 공정거래법 제23조 제1항 제4호, 제2항, 같은 법 시행령 제36조 제1항 관련 [별표 1의2] 제6호 라.목에 정한 불공정거래행위로서의 불이익제공에 의한 거래상 지위 남용행위 규정이 적용되었다. 이 사건에 대한 공정위 의결서는 2009. 12. 30.자로 작성되었다.<sup>54)</sup>

세 가지 행위 중 ① 행위는 표준기술 관련 특허권의 행사 행위로 분류되어 표준필수특허 보유자가 행할 경우 그러한 사정이 위법성 판단에서 특별히 고려될 수 있는 행위 유형이다. 왜냐하면, 표준기술의 실시조건은 표준필수특허 보유자가 표준 선정 과정에서 표준화 기구에 대하여 행한 FRAND 조건 확약과 관련되어 있기 때문이다. 그에 반하여 ② 행위와 ③ 행위는 그 행위자가 표준필수특허 보유자라고 하여 그러한 사정이 위법성 판단에서 특별히 고려되지는 않는다. 다만 이 사건에서 공정위는 차별적 실시료 부과 행위의 위법성 판단 과정에서 그 행위가 모뎀칩에 대한 조건부 리베이트 제공과 동시에 시행하였다는 사실을 중요하게 고려하고 있을 뿐이다. 그런 점에서 이 글에서는 차별적 실시료 부과 행위를 주된 분석 대상으로 하되, 그 분석에 필요한 범위에서 조건부 리베이트 제공 행위를 언급한다.

---

54) 공정위 2009. 12. 30.자 의결 제2009-281호.

## (2) 서울고등법원 판결

퀄컴의 불복으로 제기된 행정소송의 제1심을 관할한 서울고등법원은 2013. 6. 19. 판결을 선고하였다.<sup>55)</sup> 이 사건에서는 퀄컴이 과징금이 부과되지 않은 ③ 행위에 대하여는 불복하지 않았기 때문에 ①, ② 행위가 심판범위가 되었다. 서울고등법원은 ①, ② 행위가 시장지배적 지위 남용행위에 해당한다고 한 공정위의 판단과 동일한 결론을 내리고 이에 근거한 공정위의 시정명령 중 일부만을 취소하였을 뿐, 나머지 시정명령과 과징금납부명령에 대한 원고 퀄컴의 청구를 기각하였다. 시정명령 중 취소된 부분은 공정위가 부품가격공제방식에 의한 차별행위를 금지한 부분인데, 이 부분은 CDMA2000 방식의 모뎀칩을 특정하여 범위반을 인정한 공정위의 판단 부분을 넘어 모든 부품을 적용 대상으로 한 점에서 위법한 것으로 인정되었다.

이 판결에 대하여 원고 퀄컴과 피고 공정위는 각 패소 부분에 관하여 대법원에 상고하였고, 이 사건은 현재 대법원 2013두14726호로 계속 중이다.

## 2. 관련시장 획정

### (1) 공정위의 판단

공정위는 먼저 차별적 실시료 부과행위에 관해서는 시장지배적 지위가 형성되는 시장과 시장지배적 지위가 행사되는 시장을 나누어, 전자는 국내 CDMA 표준에 포함된 특허기술 중 퀄컴이 보유한 특허기술 시장으로, 후자는 국내 CDMA2000 방식 모뎀칩 시장으로 획정하였다. 다음으로 모뎀칩에 대한 조건부 리베이트 제공행위에 관해서는 지위 관련 시장과 효과 관련 시장을 구분하지 않고 관련시장을 국내 CDMA2000 방식 모뎀칩 시장으로 획정하였다. 결국 두 행위와 관련하여 시장지배적 사업자 여부 판단의 전제가 되거나 경쟁제한의 효과가 문제된 시장은 기술시장에 해당하는 국내 CDMA 표준에 포함된 특허기술 중 피심인들이 보유한 특허기술 시장과 그 기술을 활용한 상품시장에 해당하는 국내 CDMA2000 방식 모뎀칩 시장 두 가지이다.

먼저 국내 CDMA 표준에 포함된 특허기술 중 퀄컴이 보유한 특허기술 시장을 관련시장으로 획정한 것에는 다음과 같은 세 가지 특징이 있다. 첫째, 이동통신방식 중 CDMA 표준을 단위로 한 점, 둘째, CDMA 표준에 포함된 특허기술 중 퀄컴이 보유한 특허기술 각각을 하나의 시장으로 보

---

55) 서울고법 2013. 6. 19. 선고 2010누3932 판결.

지 않고 특허기술 전체를 묶어 하나의 시장으로 본 점, 셋째, 관련 지역시장을 세계가 아니라 국내로 본 점이다.

첫째, 이동통신방식 중 CDMA 표준을 단위로 관련 상품시장을 획정하였다. 이에는 기술표준 선정이 표준에 포함된 특허기술과 표준 선정 이전에 대체가능성이 있었던 다른 기술과의 관계에 미치는 영향이 고려되었다. 특허기술이 활용된 상품·용역이 거래되는 상품시장의 획정 방법론인 SSNIP(Small but significant and non-transitory increase in price) 방법론은 특허기술이 거래되는 기술시장에도 적용될 수 있다. 그런 점에서 의결서는 특정한 특허기술에 대한 사용료가 상당 기간 어느 정도 의미 있는 수준으로 인상되는 경우 구매자가 이에 대응하여 구매를 전환할 수 있는 다른 기술들이 있다면 이러한 기술들이 관련 상품시장으로 획정될 수 있다는 것을 전제로 한다. 그러나 기술표준이 선정되는 경우 이로써 기준에 병존했던 기술들 간의 대체가능성이 사라지게 된다. 즉, 기술표준 선정 이전에는 대체가능한 다른 기술이 있었을지라도, 특정 기술이 기술표준으로 선정되거나 기술표준에 포함된 이후에는 표준기술을 사용해야만 기술표준이 의도한 기술의 목적을 구현할 수 있으므로, 다른 기술들은 관련 기술시장에서 배제될 수밖에 없다. 이 사건에서 CDMA 표준은 국가 차원에서 이동통신방식의 표준으로 선정된 것이므로, 국내 휴대폰 제조사는 CDMA 표준 아닌 다른 이동통신방식에 의해서는 CDMA 방식의 휴대폰을 제조할 수 없게 된다. 따라서 CDMA 표준이 관련 상품시장을 획정하는 단위로 인정되었다.

둘째, CDMA 표준에 포함된 특허기술 중 웰컴이 보유한 특허기술 각각을 하나의 시장으로 보지 않고 특허기술 전체를 묶어 하나의 시장으로 보았다. 이에는 CDMA 표준을 구현하기 위해서 웰컴의 CDMA 관련 기술 전체가 필요하다는 점, 실제 웰컴은 각각의 특허기술에 대해 개별적으로 실시허락을 하는 것이 아니라 자신들이 보유한 특허기술 전체를 실시허락한다는 점이 고려되었다. CDMA 표준을 구성하는 웰컴의 개별 특허기술들은 서로 다른 독자적 기능을 수행하여 각각의 기술들이 서로 대체될 수 없다. 그런 점에서 상품 간의 대체성을 중시하는 개별시장 접근법(discrete market approach)에 의하면, 웰컴의 개별 특허기술 각각을 하나의 관련 상품시장으로 획정할 여지도 있었다. 그러나 공정위는 CDMA 표준을 실행하기 위하여 웰컴의 개별 특허기술이 기술적·거래적 보완성을 강하게 갖는다는 점에 착안하여 묶음시장 접근법(cluster market approach)을 채택하였다.

셋째, 관련 지역시장을 세계가 아니라 국내로 보았다. 이에는 웰컴이 보유한 CDMA 관련 특허기술들이 CDMA 표준에 부합하는 통신 시스템을 구축하기 위해서 필수적인 것이라는 점이 많이 고려되었다. 이 사건에서는 해외 다른 지역에 웰컴의 특허기술을 대체할 수 있는 기술이 존재하지 않고 웰컴이 자신들이 보유한 특허기술과 관련하여 제3자 양도 및 특허 사용권자의 서비라이선스

권을 부정하고 있어 해외의 다른 사업자로부터 웰컴의 특허기술에 대한 사용권을 구매할 수도 없기 때문에, 휴대폰 제조사에게 해외의 다른 대체거래선이 없다.

다음으로 국내 CDMA2000 방식 모뎀칩 시장은 특허기술을 활용한 상품시장이므로 관련 상품시장 획정의 일반적인 방법론이 적용되어 획정되었다. 의결서가 제시한 획정 근거는 다음과 같다. 첫째, CDMA2000 방식 모뎀칩을 GSM·WCDMA 방식 모뎀칩으로 대체하는 것이 불가능하다. 둘째, CDMA2000·GSM·WCDMA 등 각 방식의 모뎀칩 간에는 상당한 가격 차이가 존재한다. 셋째, 판매자 및 구매자 모두 서로 다른 상품으로 인식한다. 넷째, 모뎀칩의 거래 구조, 공급선 대체가능성 등을 고려할 때, CDMA2000 방식 모뎀칩의 지리적 시장은 국내시장으로 획정된다.

## (2) 서울고등법원의 판단

서울고등법원의 관련시장 획정 방식은 공정위와 대동소이하다. 즉 법원은 차별적 실시료 부과 행위와 관련된 시장을 국내 CDMA 표준에 포함된 특허기술 중 웰컴이 보유한 특허기술 시장으로, 모뎀칩에 대한 조건부 리베이트 제공행위와 관련된 시장을 국내 CDMA2000 방식 모뎀칩 시장으로 획정한 공정위의 판단이 타당하다고 인정하고, 이와 다른 원고 웰컴의 주장을 배척하였다. 웰컴은 두 경우에서 모두 CDMA 표준과 다른 이동통신방식인 GSM과 WCDMA를 포함한 모든 이동통신기술 시장 또는 모든 이동통신기술의 모뎀칩 시장으로 관련 상품시장을 확장하고 관련 지역 시장도 세계시장으로 확장하여야 한다고 주장하였으나, 받아들여지지 않았다.

공정위와 법원의 관련시장 방식에 차이를 보이는 점은, 차별적 실시료 부과 행위와 관련하여 공정위는 명시적으로 지위 관련 시장과 효과 관련 시장을 구분하였으나 법원은 그렇지 않은 점이다. 법원도 차별적 실시료 부과 행위가 모뎀칩 조건부 리베이트 제공행위와 함께 국내 CDMA2000 방식의 모뎀칩 시장에서 경쟁을 제한하거나 제한할 우려가 있는 행위에 해당한다고 판단하여, 차별적 실시료 부과 행위의 경우 경쟁제한 효과가 지위 관련 시장이 아닌 다른 시장에서 발생한다는 점을 인식하고 있다. 그러나 법원은 그 시장을 단순히 경쟁제한 효과 판단의 논리적 전제로서 상정하고 있을 뿐이다.

## (3) 평가

이 사건에서 웰컴은 우리나라의 이동통신방식의 국가 표준인 CDMA 표준에 포함된 필수적인 특허, 즉 CDMA 표준필수특허<sup>56)</sup>의 보유자이면서 그 특허기술을 이용하는 CDMA2000 방식 모뎀칩을 직접 생산하고 있다. 다시 말해서 웰컴은 기술시장과 이를 이용한 상품시장에서 모두 활동하는 수

직적으로 통합된 사업자이다. 표준필수특허의 보유자가 특허의 실시허락에만 관여하는 경우와 특허의 실시허락뿐만 아니라 그 특허기술을 이용한 상품 생산에도 종사하는 경우 사이에는 문제되는 행위의 경쟁법상 취급이 달라질 필요가 있다. 관련시장 획정의 목적은 문제되는 행위를 경쟁법적으로 정확하게 평가하기 위하여 문제되는 행위와 관련성을 인정할 수 있는 한 사업자가 시장력을 갖고 있는 시장을 식별하고 그 시장의 관점에서 행위가 피해를 입히는 경쟁의 범위를 분명히 하기 위한 것이기 때문이다. 그런 점에서 공정위가 표준필수특허의 실시허락이 직접적으로 문제된 차별적 실시료 부과행위와 관해서는 기술시장과 이를 이용한 상품시장 양쪽을 모두 획정 대상으로 하고, 표준필수특허의 실시허락과 간접적으로 관련된 모뎀칩에 대한 조건부 리베이트 제공행위에 관해서는 상품시장만을 획정한 것은 관련시장 획정의 목적 달성이라는 관점에서 적절하다.

이 사건에서 주목되는 것은, 웰컴의 특허가 기술표준에 포함된 특허라는 점과 상호간에는 대체성이 없는 개별적 특허가 기술표준으로 정착되어 기술적·거래적 보완성을 갖는 표준필수특허를 구성한다는 점에 착안하여, 공정위가 기술시장을 CDMA 표준을 단위로 하여 획정하면서 웰컴이 보유한 특허기술 전체를 묶어 하나의 시장으로 본 것이다.

기술시장은 개별 특허기술 별로 획정될 수도 있는데, 이러한 방식은 하나의 특허가 제품 또는 공정의 기술혁신 전체를 커버하기에 충분한 것으로 가정하는 전통적인 특허 개념<sup>57)</sup>을 전제로 할 때 유용하다. 그러나 휴대폰과 같이 복잡한 기술이 적용되는 상품의 생산에 기여하는 특허기술에 관한 관련 시장을 획정할 때는 전통적인 특허 개념의 가정이 성립하지 않는다. 이런 상품은 수많은 특허들에 기초하고 있고, 이런 특허들은 보완적인 특허권들의 세트로서만 가치를 갖게 된다. 이처럼 보완재 관계에 있는 복잡한 특허기술에 기초한 산업에서는 상품 생산 사업자들이 '특허 덤불'(patent thickets)에 직면하게 된다. 특허 덤불은 사업자가 경쟁자의 특허 역류(patent hold-up)로 그 특허의 효과적인 사용이 막혀 있는 상황에서 중첩되는 특허들이 거미줄처럼 짙게 얹혀 있는 모습을 묘사한 것이다.<sup>58)</sup> 이런 상황에서 개별적인 특허의 대체재를 확인하고 필수성 여부를 평가하여 기술시장을 획정하는 것은

56) 이동통신시장과 같은 하이테크 시장에서 채택된 기술표준에는 다수의 특허가 포함될 수 있고 기술표준에 포함된 특허라고 하여 당연히 필수성을 갖는다고 볼 수는 없으므로, 표준기술을 필요로 하는 상품을 생산하거나 서비스를 공급하기 위해서는 실시허락을 필수적으로 받아야 하는 특허인지 여부가 개별적으로 검토될 필요가 있다. 즉 표준 특허에도 필수성이 있는 표준필수특허가 있는가 하면 그렇지 않은 단순한 표준특허도 있을 수 있다. 그러나 국내 CDMA 표준은 1996년 국내 표준화 기구인 정보통신기술협회에 의하여 웰컴이 출원한 7개의 특허권을 바탕으로 제정되었고, 발전된 CDMA 방식인 CDMA2000 방식을 구성하는 특허기술의 대부분도 웰컴이 보유하고 있어 웰컴의 특허기술 없이는 휴대폰에서 CDMA 방식을 구현하기 어려우므로, 웰컴의 표준특허는 필수성이 인정되는 표준필수 특허에 해당한다.

57) Harhoff, Dietmar et. al., The strategic use of patents and its implications for enterprise and competition policies, Final report for EC Tender No ENTR/05/82, 1-307 (2007), pp.66-67.

58) Shapiro, C., "Navigating the Patent Thicket: Cross Licenses, Patent Pools, and Standard-Setting", Jaffe, A. B., et al., Innovation Policy and the Economy, MIT Press (2001).

경쟁자들이 직면한 실제 경쟁 상황을 제대로 반영하지 못할 가능성이 높다. 개별 특허의 대체재를 확인하고 필수성 여부를 평가하는 작업이 기술적으로 대단히 어려울 뿐만 아니라, 현실적으로 특허권자가 패키지 실시허락(package licensing)을 실행하여 발생하는 경쟁 문제를 개별 기술시장 별 접근으로는 포착하기 어렵기 때문이다. 더욱이 일정한 범위의 특허 목록(portfolio)을 구성하여 패키지 실시허락을 실행하는 특허권자는 실시사용자가 필요하지 않거나 원하지 않는 특허도 패키지화하여 거래 대상으로 하는 것이 더 이득이 되므로 그렇게 할 유인이 있는데,<sup>59)</sup> 이런 상황에서는 개별 특허의 필수성 여부를 일일이 평가하는 것 자체가 경쟁 문제 포착에 별다른 도움이 되지 않는다.

이런 경우에 유용한 것이 뮤음시장(cluster market) 접근법이다. 뮤음시장 또는 군집시장은 보완 관계에 있는 여러 제품들을 한 기업이 결합하여 공급하는 경우 나타나는 시장으로서 거래적 보완재 (transactional complements)로 구성된 상품군에 대한 시장 획정 방법론으로 사용된다.<sup>60)</sup> 이 접근법에 의할 때, 패키지로 거래 대상이 되는 특허 목록 범위를 전체로 파악하여 뮤음시장으로 획정할 수 있다. 일정한 범위의 특허 목록을 보유한 사업자가 특허기술을 개별적으로 실시허락하지 않고 특허 목록 범위를 함께 실시허락하는 경우에는 개별시장 접근법보다 뮤음시장 접근법이 시장에서의 경쟁 상황을 더 정확하게 분석하는 방법이 될 수 있다. 뮤음시장 접근법이 구체적 사건에 적절한지 여부는 시장에서 경쟁이 이루어지거나 상품이 거래되는 실제의 모습을 관찰, 평가함으로써 판단할 수 있다. 특허의 실시허락 거래에 관한 사건은 아니지만, 현대모비스 판결에서 대법원은 정비용 부품업체들이 부품도매상들을 놓고 벌이는 경쟁이 이루어지는 실제의 모습을 관찰, 평가한 결과 개별 정비용 부품이 아니라 정비용 부품들의 뮤음을 대상으로 하여 관련 상품시장을 전체 차량 정비용 부품시장 또는 현대·기아차용 전체 정비용 부품 시장으로 정할 수 있다고 판시<sup>61)</sup>하였다.

## 2. 시장지배적 사업자 여부

### (1) 공정위의 판단

공정위는 국내 CDMA 표준에 포함된 특허기술 중 웰컴이 보유한 특허기술 시장에서는 웰컴이 완전한 독점력을 보유하고 있다는 이유로 공정거래법 제4조에 의하여 웰컴이 시장지배적 사업자로 추정된다고 판단하였다. 웰컴의 시장점유율을 산정하는 별도의 과정은 거치지 않았는데, 이는

59) Rubinfeld, D. L. and R. Maness, "The Strategic Use of Patents: Implications for Antitrust", Lévéque, F. and H. Shelanski Ed., Antitrust, Patents and Copyright, Edward Elgar (2005)

60) 이상규, "경쟁법 적용을 위한 보완재 상품군의 시장획정", 경제학연구 제61권 제3호 (2013), 34-36면.

61) 대법원 2014. 4. 10. 선고 2012두6308 판결.

관련시장 자체가 웰컴이 보유한 특허기술로 한정된 시장이므로 그 자체로 시장점유율이 100%가 되기 때문이다. 그 밖의 참작사유로는 웰컴의 특허기술이 대체가능한 기술이 아니라서 다른 사업자의 시장진입이 불가능하다는 점을 들었다.

공정위는 또한 국내 CDMA2000 방식 모뎀칩 시장에서는 웰컴이 판매물량 기준으로 지속적으로 98% 이상의 시장점유율을 차지하고 있는 사실을 인정하고 이를 기초로 하여 공정거래법 제4조에 의하여 웰컴이 시장지배적 사업자로 추정된다고 판단하였다. 그 밖의 참작사유로는 모뎀칩 생산 조건과 휴대폰 제조사와의 제휴 필요성으로 인하여 단기간에 신규사업자가 진입하기 어려운 진입 장벽이 존재한다는 점을 들었다.

## (2) 서울고등법원의 판단

시장지배적 사업자 여부에 대한 서울고등법원의 판단은 공정위와 동일하다. 모뎀칩 시장의 경우 관련 지역시장을 세계시장으로 확대하더라도 웰컴의 시장점유율이 87%에 이르러 웰컴이 시장지배적 사업자로 추정되는 데에는 차이가 없다는 점이 지적되었다. 웰컴은 추정을 번복하기 위한 사유로서 이동통신사업의 특성, 국내 휴대폰 제조사의 강력한 대량구매력 및 이동통신사의 강력한 영향력 등을 고려하여야 한다고 주장하였으나, 받아들여지지 않았다.

## (3) 분석 및 평가

두 시장에서 웰컴의 시장점유율은 웰컴이 압도적인 시장지배력을 갖고 있다고 보기에 충분하다. 따라서 지식재산권 심사지침에서 사업자가 압도적인 시장지배력을 보유한 경우에 적용된다고 한 단독의 거래거절, 차별취급을 웰컴이 행한 경우에도 위 심사지침이 정한 행위 특유의 기준이 적용될 수 있다.

## 3. 시장지배적 지위 남용행위로서의 차별적 실시로 부과행위

### (1) 공정위의 판단

#### (가) 행위 유형

웰컴은 자신의 표준필수특허를 이용한 모뎀칩을 구매하는 휴대폰 제조사에 대하여 휴대폰 최종

판매가격에 실시료 부과율을 곱하는 방식으로 실시료를 산정, 부과하는데, 공정위는 산정방식 그 자체가 아니라 그 산정방식을 구성하는 변수(휴대폰 최종 판매가격, 부과율 또는 상한금액) 설정에 차별적인 효과가 발생하는 구체적인 실시료 부과행위를 문제 삼았다. 공정위가 차별적인 것으로 문제 삼은 실시료 부과행위는 다음과 같은 세 가지이다. 이는 ① 내수용 휴대폰에 대한 부품가격공제 방식에 의한 차별, ② 수출용 휴대폰에 대한 실시료 부과율 인하에 의한 차별, ③ 실시료 상한금액 차별이다. 이들 행위에 의하여 동일한 휴대폰 제조사라고 하더라도 퀄컴의 모뎀칩을 사용한 휴대폰과 경쟁사의 모뎀칩을 사용한 휴대폰의 실시료 사이에 차별적인 효과가 발생하였다.

공정위는 이들 행위에 법과 시행령의 규정의 단계적 위임에 의하여 고시에 규정된 ‘거래상대방에게 가격 기타 거래조건을 부당하게 차별하는 행위’ 규정을 적용하였다. 이 사건에서는 차별적 효과가 거래상대방인 휴대폰 제조사 간에 발생하는 것이 아니라 동일한 거래상대방이 생산하는 휴대폰 간에 발생하는 점이 문제가 되었다. 이와 관련하여 공정위는 판단의 전제로서 차별행위는 두 가지 이상의 상품을 공급하는 사업자가 자신의 제품을 같이 구입하는지 여부에 따라 거래조건을 달리 정하는 경우에도 인정된다는 법리를 제시하였다. 그리고 그 법리에 따라 표준기술을 보유하고 그 기술을 이용한 모뎀칩을 제조하는 수직적으로 통합된 사업자로서 두 가지 이상의 상품을 공급하는 퀄컴이 휴대폰 제조사에 대하여 자신들의 모뎀칩 사용 여부에 따라 실시료 부과율을 달리 정한 것은 이러한 차별행위에 해당한다고 판단하였다.

행위 요건으로서 차별행위에 의한 사업활동 방해행위가 성립하려면, 차별행위가 성립한다는 점 외에 그러한 행위를 함으로써 다른 사업자의 사업활동을 어렵게 하는 경우에 해당한다는 점이 인정되어야 한다.<sup>62)</sup> 그런데, 공정위의 의결서는 다른 사업자의 사업활동 곤란의 점에 대해서는 이 부분에서 언급하지 않고 부당성 판단에 통합한 것으로 보인다.

#### (나) 부당성

공정위의 부당성 판단은 경쟁제한 의도와 경쟁제한 우려가 존재하는지 여부에 대한 판단과 경쟁제한 효과의 존재 여부에 대한 판단으로 나누어진다. 이는 대법원이 두 경우를 나누어, 현실적으로 경쟁제한 효과가 나타난 경우는 그 행위 당시에 경쟁제한을 초래할 우려가 있었고 또 그에 대한 의도나 목적이 있었음이 사실상 추정되지만, 그렇지 않은 경우에는 경쟁제한의 효과가 생길 만한 우려가 있는 행위로서 그에 대한 의도와 목적이 있었다는 점이 입증되어야 한다고 판시<sup>63)</sup>한

62) 시행령 제5조 제3항 제4호, 고시 IV. 3. 라. (2)에 정한 요건은 ‘부당한 방법으로 다른 사업자의 사업활동을 어렵게 하는 행위로서 거래상대방에게 정상적인 거래관행에 비추어 타당성이 없는 조건을 제시하거나 가격 또는 거래조건을 부당하게 차별하는 행위’이고, 여기서 ‘부당한 방법으로’를 제외한 나머지 부분은 행위 요건에 해당한다.

63) 대법원 2007. 11. 22. 선고 2002두8626 전원합의체 판결.

점에 착안한 것으로 보인다. 법리적으로는 두 경우 중 어느 한 경우만 인정되면 부당성이 인정될 수 있으나, 공정위가 두 경우에 대한 판단을 모두 한 것은 어느 한 경우가 인정되지 않을 경우에 대비한 가정적 판단의 성격을 갖는다.

먼저 경쟁제한 의도와 경쟁제한 우려가 존재하는지 여부에 대한 판단은 경쟁제한 의도 또는 목적이 존재하는지 여부에 대한 판단과 경쟁제한의 우려 존재 여부에 대한 판단으로 구성된다.

첫째, 경쟁제한 의도 또는 목적이 존재한다고 판단하는 데 고려된 사항은 실시료 차별 시점, 2004년 실시허락 계약의 해지조항 내용, 웰컴의 FRAND 조건 준수 필요성 인식 사실, 웰컴의 내부 자료 등이다. 웰컴의 FRAND 조건 준수 필요성 인식 사실이 고려사항에 포함된 점은 특히 주목을 요한다. 웰컴의 특허기술이 국내 표준화 기구인 정보통신기술협회에 의하여 표준기술이 된 것은 1996년인데, 웰컴은 그 전인 1993년에 미국의 표준화 기구인 미국통신산업협회의 표준 선정 과정에서 표준에 포함되는 특허기술 보유자에게 FRAND 협약을 요구하여야 한다고 주장하였고, 그 후 인 1997년 5월 다른 기술표준 선정 시점에 기존에 표준에 포함된 특허기술을 FRAND 조건으로 실시허락할 것을 확약하는 서면을 제출하였다. 공정위는 이러한 사실을 근거로 웰컴이 FRAND 조건을 준수하여야 한다는 점을 인식하였고, 이는 FRAND 조건이 이동통신 기술시장에서의 표준 선정에 따른 독점력 형성과 이에 따른 시장에서의 경쟁제한의 폐해를 방지하기 위한 것이라는 점을 인식한 것이라고 판단하였다.

둘째, 경쟁제한의 우려가 존재한다고 판단하는 데 고려된 사항은 웰컴이 자신들의 모뎀칩 장착 여부에 따라 실시료를 차별적으로 부과한 행위가 FRAND 조건에 반하는 행위라는 점, 수직으로 통합된 독점사업자의 차별행위로 인한 진입장벽 역할, 실시료 차별 기간이 장기이고 실시료 차별 정도가 크다는 점, 휴대폰 시장의 경쟁상황, 실시료 차별과 조건부 리베이트가 동시에 시행되었다는 점 등이다. 차별적 실시료 부과행위가 FRAND 조건에 반하는 행위라는 점을 경쟁제한 우려 판단에서 고려한 것은 FRAND 조건의 확약 및 준수 요구가 이동통신 기술 표준 선정 과정에서 표준 선정으로 인한 독점력 남용을 방지하기 위한 필수적인 조치라고 보는 공정위의 인식과 밀접한 관련이 있다. 공정위는 이 요소를 경쟁제한 우려 판단요소의 하나로 열거하고 있지만, 표준에 포함된 특허 기술의 보유자가 FRAND 조건에 반하는 행위를 할 경우 그 자체로 경쟁제한 우려가 있다고 보아 이 요소를 매우 비중 있게 고려하고 있다.

다음으로 경쟁제한 효과의 존재 여부에 대한 판단 부분에서는 경쟁제한 효과를 사업활동 방해를 통한 경쟁사업자 배제의 측면과 제품의 다양성 감소 및 가격인하 저해 등으로 인한 소비자 피해의 측면으로 나누어 살펴보고 있다. 이는 공정위가 경쟁 과정의 보호와 이를 통한 경쟁의 성과로서의 소비자 후생 증대라는 공정거래법의 목적에 입각한 경쟁제한성 판단의 필요성을 인식하고

있음을 보여준다.

첫째, 사업활동 방해를 통한 경쟁사업자 배제의 측면에서, 차별적인 실시료 부과행위로 인한 다른 사업자인 모뎀칩 경쟁사업자의 사업활동의 방해를 인정하였다. 이 점은 휴대폰 제조사들의 웰컴의 경쟁사업자의 모뎀칩 구매비율을 통하여 차별적으로 실시료를 부과한 기간에 휴대폰 제조사들의 경쟁사업자 모뎀칩 사용비율은 하락한 반면, 그 당시 하락 추세에 있던 웰컴의 모뎀칩 사용비율은 증가한 사실에 의하여 증명된다고 보았다. 또한 경쟁사업자들의 시장 배제도 인정하였는데, 이는 2003년 이후 국내 CDMA 모뎀칩 판매량이 급증하여 웰컴의 경쟁사업자들에게 국내 시장 진입의 기회가 제공되었고, 실제로 일부 경쟁사업자들이 시장에 진입했다가 모두 퇴출한 사실에 의하여 증명된다고 판단하였다. 이는 사업활동 방해를 구성하는 경쟁상 불이익과 그로 인한 봉쇄효과를 모두 인정한 것으로 볼 수 있다. 이와 관련하여 공정위는 봉쇄효과 판단의 대상이 되는 경쟁사업자가 반드시 웰컴과 동등한 정도의 효율성을 가진 경쟁사업자만을 의미하는 것은 아니라고 하여, 동등하게 효율적인 경쟁자 기준을 채택하지 않았음을 명시하였다.<sup>64)</sup>

둘째, 제품의 다양성 감소 및 가격인하 저해 등으로 인한 소비자 피해의 측면에서, 차별적인 실시료 부과행위로 인하여 경쟁사업자들의 정상적인 경쟁능력이 저하됨으로써 다양한 제품의 출시가 제한되고 모뎀칩 가격 하락이 저해됨으로써, 결국 휴대폰 가격에 영향을 미쳐 소비자 후생에 부정적 영향을 미쳤다고 판단하였다. 그 근거로는 GSM 모뎀칩과 이를 장착한 휴대폰의 가격 또는 제품의 다양성을 비교기준으로 한 가정적인 판단을 제시하였다.

## (2) 서울고등법원의 판단

### (가) 행위 유형

서울고등법원은 웰컴의 차별적 실시료 부과행위가 시장지배적 지위 남용행위로서 가격차별 방법에 위한 부당한 사업활동 방해행위에 해당한다는 공정위의 판단과 동일한 결론을 내렸으나, 그 판단을 위하여 공정위와 다른 법리를 적용하였다. 판결은 고시에 정해진 가격차별행위의 요건은 단순히 거래상대방이라고 하고 있으므로 그 문언상 반드시 복수의 거래상대방을 전제하고 있다고 볼 수 없고, 또한 같은 거래상대방에 대하여 구체적인 조건에 따라 가격을 차별적으로 할인하는 방법에 의하여도 경쟁제한 효과를 유발할 수 있는 것이므로, 여기서의 가격차별행위는 하나의 구매자에 대하여 구체적 조건에 따라 가격을 차별적으로 할인하는 경우도 포함된다는 법리를 제시하였다.

---

64) 공정위는 그 근거로서 대법원에서 경쟁제한 효과의 하나로 동등하게 효율적이지는 않아도 '유력한' 경쟁사업자의 수의 감소를 들고 있는 점을 들고 있다(대법원 2007. 11. 22. 선고 2002두8626 전원합의체 판결 참조).

### (나) 부당성

서울고등법원은 경쟁제한의 의도·목적과 경쟁제한 효과 발생 또는 그 우려를 나누어 부당성을 판단하였다.

경쟁제한의 의도·목적과 관련해서는, 차별행위로 문제된 행위 중 하나인 내수용 휴대폰에 대한 부품가격공제 방식에 의한 차별의 근거가 되는 부품가격공제 조항이 정부가 정한 표준기술도입계약서에 근거하여 1993년 최초 실시허락 계약 체결 때에 도입되었다는 점이 웰컴 쪽에 유리한 사정으로 주장되었다. 그러나 법원은 웰컴이 1997년 FRAND 협약을 함으로써 이러한 조항이 FRAND 협약에 위반되어 허용될 수 없는 것임을 알 수 있었음에도 이 조항을 수정하지 않고 그대로 유지하였고, FRAND 협약에도 불구하고 2004년 수정 실시허락 계약에 ① 수출용 휴대폰에 대한 실시료 부과율 인하 조항, ② 웰컴 모뎀칩을 사용하는 고사양(high-end) 휴대폰에 대한 실시료 상한금액 인하 조항, ③ 구매량 중 웰컴의 모뎀칩을 일정 비율 및 일정 수량 이상 구매하지 않을 경우의 해지 조항을 추가한 점을 들어 경쟁제한의 의도·목적을 인정하였다.

이에 반하여 경쟁제한 효과와 관련해서는, 공정위가 판단한 근거를 대부분 인용하지 않고 차별적 실시료 부과행위가 모뎀칩에 대한 조건부 리베이트가 제공된 기간에 같은 제품에 대하여 이루어진 것이라는 사실을 들어 차별적 실시료 부과행위는 조건부 리베이트 제공행위와 함께 CDMA2000 방식의 모뎀칩 시장에서 경쟁을 제한하거나 제한할 우려가 있는 행위에 해당한다고 판단하였다. 따라서 이 판단만으로는 차별적 실시료 부과행위가 독자적으로(stand-alone) 경쟁제한 효과를 인정할 만한 행위가 될 수 있는지를 알기 어렵다.

## (3) 분석 및 평가

### (가) 행위 유형

시장지배적 지위 남용행위로서의 가격차별의 방법에 의한 부당한 사업활동 방해행위는 공정거래법 제23조 제1항 제1호 후단, 제2항, 같은 법 시행령 제36조 제1항 관련 [별표 1의2] 제2호 가·목에 정한 불공정거래행위로서의 가격차별행위에 대응한다. 그러나 불공정거래행위로서의 가격차별행위의 경우 “부당하게 거래지역 또는 거래상대방에 따라 현저하게 유리하거나 불리한 가격으로 거래하는 행위”라고 규정되어 복수의 거래지역이나 거래상대방을 전제로 하는 것처럼 규정되어 있는 반면에, 시장지배적 지위 남용행위로서의 가격차별행위는 그러한 전제가 없다는 점에 차이가 있다. 문제는 이 사건에서는 동일한 거래상대방이 생산하는 휴대폰 간에 차별적 효과가 발생한다는 점이다.

이 사건에서 문제된 행위를 시장지배적 지위 남용행위로서의 가격차별행위로 포섭하기 위하여, 공정위는 차별행위는 두 가지 이상의 상품을 공급하는 사업자가 자신의 제품을 같이 구입하는지 여부에 따라 거래조건을 달리 정하는 경우에도 인정된다는 법리를 제시하고, 서울고등법원은 가격차별행위에는 하나의 구매자에 대하여 구체적 조건에 따라 가격을 차별적으로 할인하는 경우도 포함된다는 법리를 제시하였다. 공정위의 법리는 차별적 효과가 여전히 거래상대방 간에 발생하지 않는다는 문제가 극복되지 않는 한계가 있는 반면에, 서울고등법원의 법리는 이 문제를 정면으로 해결한다는 점에 장점이 있다. 그러나 서울고등법원의 법리 역시 다소 작위적이고 차별행위로 인한 불이익이 휴대폰 제조사가 아닌 모뎀칩 경쟁사업자에게 발생하는 관계를 설명하기 어렵다는 점에서 비판의 여지가 있다. 이런 법리적 접근보다는 차별행위에는 실시허락 거래의 상대방인 휴대폰 제조사에 대한 자신의 모뎀칩 구입 여부에 따른 선택적 실시료 할인행위의 효과가 휴대폰 제조사의 거래상대방이자 모뎀칩 시장에서 자신과 자신의 경쟁자인 다른 모뎀칩 제조사 사이에 차별적으로 귀속되는 경우도 포함된다고 해석하는 것이 더 타당하다. 이런 해석은 대법원이 이미 불공정거래행위로서 계열회사를 위한 차별취급 판례에서 채택한 것이다.<sup>65)</sup>

이 사건에서는 웰컴이 자신의 모뎀칩 구입 여부에 따라 선택적으로 실시률 할인하였기 때문에 웰컴의 모뎀칩을 적용한 휴대폰과 웰컴의 경쟁사업자 모뎀칩을 적용한 휴대폰 사이에 가격차별의 외형이 발생하는 것은 분명하다. 그러나 공정위나 서울고등법원 모두 가격차별의 정도가 어느 정도인지에 대한 판단은 없다. 불공정거래행위로서의 가격차별행위는 거래지역이나 거래상대방에 따라 현저한 가격의 차이가 존재할 것을 요건으로 하는<sup>66)</sup> 데 반하여, 시장지배적 지위 남용행위로서의 가격차별행위의 경우 법령의 위임을 받은 고시에 가격차별의 정도에 대한 별도의 요건을 두고 있지는 않다. 그러나 가격차별행위로 인하여 다른 사업자의 사업활동이 어렵게 되는 경우에 해당하려면 어느 정도 의미 있는 정도로 가격차별이 존재할 필요가 있다. 특히 FRAND 확약을 한 표준필수특허 보유자의 가격차별이 성립하려면 이는 FRAND 조건의 한 내용인 비차별성 조건의 위반을 구성하게 되므로, 가격차별 여부는 FRAND 확약의 목적과 취지에 비추어 비차별성 조건에 위반하는지 여부를 기초로 판단할 필요가 있다. 예컨대, 표준필수특허의 보유자가 동시에 하방시장에서 경쟁할 경우에는 가격차별의 정도가 경쟁자에 비하여 자신에게 불공정한 경쟁상 우위를 부여하는 정도에 이를 경우 FRAND 조건의 한 내용인 비차별성 조건에 위반한다고 보아야 한다.<sup>67)</sup>

65) 대법원 2004. 12. 9. 선고 2002두12076 판결(SK텔레콤).

66) 대법원 2006. 12. 7. 선고 2004두4703 판결, 대법원 2012. 6. 14. 선고 2010다26035 판결.

67) 이호영, “표준필수특허 보유자의 FRAND 확약 위반행위에 대한 공정거래법의 집행에 관한 연구”, *상사법연구* 제31권 제4호 (2013), 44면. 같은 면에서는 Swanson과 Baumol이 자신들의 논문[Daniel G. Swanson & William J. Baumol, “Reasonable and Nondiscriminatory (RAND) Royalties, Standards Selection, and Control of Market

한편 이 행위 유형의 행위 요건은 차별행위뿐만 아니라 그로 인하여 다른 사업자의 사업활동이 어렵게 되었다는 사정까지 포함하므로, 이 단계에서 그러한 사정까지 판단되어야 함에도 공정위와 서울고등법원 모두 이를 간과하였다. 다른 사업자의 사업활동이 어렵게 되었다는 사정은 모뎀칩 시장에서의 경쟁 과정에서 모뎀칩 경쟁사업자가 정상적인 경쟁능력이 저하되는 구체적 불이익을 입었다는 사정에 의하여 증명될 수 있다.

#### (나) 부당성

공정위와 서울고등법원 모두 경쟁제한의 의도·목적 판단에서 퀄컴이 FRAND 협약 준수를 인식하였음에도 이를 위반하였다는 점을 비중 있게 고려하였다. 이러한 판단은 FRAND 조건의 법적 의미와 성격에 대한 이해와 관련이 있다. 공정위는 물론 서울고등법원도 FRAND 협약이 표준기술이 선정될 경우 그에 포함된 기술의 특허 보유자가 관련시장에서 시장지배력을 획득하여 실시허락을 차별적으로 적용하는 등 남용행위를 할 위험이 있기 때문에 이를 방지하기 위한 것이라고 인식하고 있다. 이는 FRAND 협약이 경쟁법상으로 의미를 갖는 남용 방지책(safeguard)이라고 전제하는 것이다.<sup>68)</sup>

이와 관련하여 수직적으로 결합된 표준필수특허 보유자가 FRAND 협약을 위반하여 실시료 등의 실시조건을 차별적으로 부과하는 행위로서 하방시장이나 인접시장의 경쟁자에게 불리한 효과를 초래하는 행위는 독점을 유지·강화할 의도나 목적으로 이루어진 행위라는 강한 추정을 받는다고 보는 견해<sup>69)</sup>가 있다. 그러나 FRAND 협약이 갖는 법적 의미와 성격은 이를 요구하는 것을 특허정책(patent policy)으로 채택한 표준화 기구의 다양한 동기 또는 목적에 따라 다를 수 있고,<sup>70)</sup> 표준화 기구의 성격상 경쟁에 대한 고려를 하더라도 그러한 고려는 지식재산권법과 공정거래법의 공통적인 목표와의 관련성의 관점에서 이루어지는 것이다. 따라서 FRAND 협약을 위반하였다고 하여 당연히 경쟁자를 배제하거나 시장을 봉쇄하는 효과와 같은 경쟁제한 효과 발생 또는 그 우려와 연결된다고 단정할 수는 없고, 경쟁자 배제 또는 시장봉쇄효과와 같은 경쟁제한 효과 발생 또는 그 우려에 대한 경쟁법 고유의 검토가 원칙적으로 필요하다.<sup>71)</sup> 다만 FRAND 협약이 이루어지

Power”, 73 Antitrust L.J. 1, 28-30 (2005)]에서 하방시장의 경쟁관계에 중립적인 수준의 실시료를 판단하는 기준으로서 제시한 ‘효율적 요소가격책정 원칙’(efficient component pricing rule)을 인용한다. 이는 실시료가 특허 보유자의 하방시장 제품가격과 특히 외의 다른 생산요소들의 증분비용(incremental cost)의 차이를 초과하면 차별적이라고 보는 원칙이다.

68) Yoonhee Kim & Hui-Jin Yang, “A Brief Overview of Qualcomm v. Korea Fair Trade Commission”, CPI Antitrust Chronicle March 2015(1) (2015), p.7.

69) 이호영 (2013), 49면.

70) 홍대식 · 권남훈 (2011), 202면; Lemley, Mark A., “Intellectual Property Rights and Standard Setting Organizations”, 90 Cal. L. Rev. (2002).

는 상황이나 표준화 기구의 특히 정책에 포함된 FRAND 협약 요구가 갖는 법적 의미와 성격에 따라서는 FRAND 협약 위반이 경쟁제한 효과 발생 또는 그 우려와 연결될 가능성이 더 높은 경우가 있을 수 있다. 일반적으로는 표준 선정 과정에서 FRAND 협약이 갖는 공통적인 의미 및 그 취지를 고려할 때, FRAND 협약의 준수 필요성을 알았거나 알 수 있었음에도 이를 위반하였다는 사정은 부당성 판단의 요건 중 하나인 경쟁제한의 의도나 목적을 인정하는 간접증거로서 기능하는 것으로 충분하다.<sup>72)</sup> 공정위와 서울고등법원의 판단도 그러한 취지로 이해할 수 있을 것이다.

이 사건에서 문제되는 가격차별행위의 경쟁제한 효과를 판단하기 위해서는, 퀄컴이 표준필수특허 보유자이자 그 특허를 이용한 모뎀칩을 제조하는 수직적으로 통합된 사업자로서, 기술시장에서 시장지배적 지위를 갖고 행위를 하지만 가격차별행위의 효과는 모뎀칩 시장에서 발생하거나 그 우려가 있다는 점에 유의하여야 한다. 즉 이 사건에서는 두 시장 사이에 시장지배력 전이 또는 확장의 효과를 인정할 수 있는가 하는 점이 경쟁제한 효과 판단의 핵심적인 부분이다. 그러나 공정위와 서울고등법원 모두 이를 명확히 인식하였는지 여부가 잘 나타나지 않는다.

시장지배력 전이 효과는 시장지배적 사업자의 경쟁제한 효과로 흔히 논의되는 착취적 효과 및 배제적 효과와 구별되는 독립된 효과가 아니라 착취적 효과 및 배제적 효과가 시장지배적 지위가 있는 시장이 아닌 다른 시장에서 발생하는 경우를 지칭하는 것이다. 시장지배력 전이 효과가 발생 할 가능성이 있는지 여부에 대하여 경제학자들 간에 이론의 대립이 있다. 시카고학파의 주장이 제기되기 전에는 대체로 시장지배력 전이 효과의 발생 가능성을 인정하는 견해가 많았으나, 시카고학파가 단일 독점자지대 이론(one monopoly rent theorem)에 근거하여 이를 부정하는 주장을 제기하고 후기시카고학파가 반론으로서 전략적 지렛대 이론을 주장한 후 이론이 다양하게 발전하고 있다.

법리적인 측면에서는, 표준필수특허를 보유하면서 하방시장에도 참여하는 사업자의 가격차별 행위가 그 특허를 이용한 상품시장에서의 경쟁 과정 및 경쟁의 성과에 미치는 영향에 대한 경제학적 이해를 바탕으로, 하방시장에서의 경쟁에 대한 침해의 정도와 시장지배력과 그러한 경쟁에 대한 침해 사이의 인과관계를 적절한 정도로 요구하는 합리적인 법리를 정립하는 것이 중요하다. 이와 관련하여 공정위는 경쟁 과정에 대한 침해 요소로서 경쟁사업자 배제를 경쟁상의 불이익과 봉쇄효과에 의하여 인정하는 한편, 경쟁의 성과에 대한 침해 요소로서 제품의 다양성 감소 및 가격 인하 저해 등으로 인한 소비자 피해를 인정하였으나, 전자에 비하여 후자의 입증 정도는 낮게 본

71) 홍대식 · 권남훈 (2011), 221면; 오승한, “특허기술의 표준 책정과 경쟁법 적용의 문제”, 산업재산권 제23호 (2007), 701-703면.

72) 김지홍·이병주, “기술표준 설정과 FRAND 선언, 그 공정거래법적 의미”, 법·경제분석그룹(LEG) 연구보고서 (2014), 129면.

것으로 분석된다.

공정위가 제시한 법리에서 중요한 부분은 봉쇄효과를 판단하면서 동등하게 효율적인 경쟁자 기준을 채택하지 않은 점이다. 일정한 특정 상황, 즉 덜 효율적인 경쟁자에 대한 배제적 행위가 특히 보다 장기적으로 소비자 피해를 초래할 우려가 있는 경우에는 덜 효율적인 경쟁자만을 배제할 수 있는 행위에 대하여도 경쟁법에 의하여 개입할 필요가 있다. 그러한 상황이 존재하는 경우로는 동태적 산업의 사례를 들 수 있는데, 이러한 산업에서는 배제적 행위가 없는 경우 덜 효율적인 경쟁자라고 하더라도 네트워크 효과(network effect), 학습효과(learning effects)<sup>73)</sup>, 규모의 경제(economies of scale)와 같은 수요와 관련된 효율성의 특징을 이점으로 하여 시장지배적 사업자에 대한 경쟁압력으로 작용할 수 있다는 점을 고려해야 한다.<sup>74)</sup> 차별행위는 경쟁자 배제 또는 고객 착취의 정도에 이르지 않더라도 차별이 없다면 동등하게 효율적인 경쟁자가 될 수 있는 경쟁자의 경쟁능력을 저해하게 될 수 있다. 이때 시장지배적 사업자의 경쟁능력이 저해되는지 여부를 판단하는 비교기준은 시장지배적 사업자가 아니라 차별에 의하여 오히려 이익을 얻게 되는 가상적인 경쟁자가 되어야 한다. 따라서 시장지배적 사업자를 비교기준으로 하는 동등하게 효율적인 경쟁자 기준은 원칙적으로 차별행위 유형에 적용되지 않는다.

또한 수직적으로 통합된 표준필수특허 보유자의 차별행위의 경쟁제한 효과를 판단하기 위하여 기술표준에 포함된 특허의 필수성으로 인한 상품시장에서의 잔존경쟁(remaining competition)의 정도에 대한 평가가 필요하다. 이 사건에서 모뎀칩 시장은 장기간 진입장벽이 작용하여 잔존경쟁의 정도가 아주 낮은 시장이다. 표준필수특허 보유자가 그 특허기술을 이용한 상품 제조판매에 종사하면서 자신의 특허기술에 대한 실시에 소극적인 상황은 경쟁제한 효과에 대한 입증 대상과 정도를 완화하는 최적의 차별화된 규칙(optimally differentiated rule)<sup>75)</sup> 정립을 위한 논리적 근거가 될 수 있다. 따라서 이러한 특별한 상황에서는 상품시장에서 표준필수특허 보유자의 경쟁자가 입게 되는 경쟁상 불이익을 통하여 경쟁 과정에 미치는 효과, 즉 경쟁자가 표준필수특허 보유자에게 작용하는 경쟁압력의 정도가 약화된다는 것을 사실상 추정하고, 이 경우 경쟁의 성과에 미치는 영향을 더 나아가 볼 것 없이 경쟁제한 효과의 입증이 충분한 것으로 인정하는 차별화된 규칙을 정립할 수 있을 것이다. 즉 경쟁자가 입는 경쟁상 불이익의 입증이 경쟁제한 효과 판단에서 중요하게 고려되는 방식이다.

73) 학습효과는 생산량이 증가하면서 생산자가 시장에서의 경험을 얻게 된 결과 평균비용이 감소되는 경우에 발생한다.

74) 김종민 · 남재현, “로열티 리베이트의 법·경제학적 분석”, 2009년 하반기 법·경제분석그룹(LEG) 연구보고서, 한국공정거래조정원 (2009), 95면.

75) Christiansen, Arndt and Wolfgang Kerber, “Competition Policy with Optimally Differentiated Rules Instead of ‘Per Se Rule vs. Rule of Reason’”, Jnl of Competition Law & Economics 2(2) (2006)

EU 기능조약(Treaty on Functioning of European Union, ‘TFEU’) 제102조 제c항은 시장지배적 지위 남용행위로서의 차별행위를 “다른 거래상대방과의 동종의 거래에 대하여 상이한 거래조건을 적용하여 경쟁상의 불이익을 초래하는 행위”로 규정<sup>76)</sup>하여 거래조건 차별로 거래상대방에게 경쟁 상의 불이익을 초래하는 것을 위법성의 징표로 보고 있는데, 이는 차별행위가 경쟁에 미치는 다양한 부정적 효과를 고려하여 입증의 대상과 정도를 설정한 것으로 볼 수 있다. 차별행위는 고객을 착취하는 성격을 가질 수도 있고 대안이 되는 공급자에게 전환할 수 없도록 고객을 고착화(locked-in)하는 성격을 가질 수도 있으며, 이 사건에서 보는 것처럼 경쟁 과정에 대한 피해를 입히는 성격을 가질 수도 있다.<sup>77)</sup> EU 법원은 차별행위의 위법성 판단에서 경쟁상의 불이익이라는 요건을 언급하면서 이 요건을 다소 완화된 방법으로 적용하고 있다. 예컨대, British Airways 판결<sup>78)</sup>에서 EU 최고법원은 차별행위가 경쟁관계가 왜곡되는 경향, 다시 말하면 사업자의 영업 상대방들 중 일부가 다른 상대방과의 관계에서 갖는 경쟁상 지위가 방해되는 경향이 있는 경우 경쟁상의 불이익 요건이 충족된다고 판단하였다. 즉 경쟁상의 불이익 요건 판단을 위하여 시장지배적 사업자가 아니라 그의 경쟁자를 포함한 거래상대방과의 관계에 미치는 영향을 중시하고 행위가 경쟁을 왜곡하는 경향이 있는 것으로 충분하다고 본 것이다. 이러한 판단 방식은 우리 법상 시장지배적 지위 남용행위로서의 표준필수특허 보유자의 실시료 기타 실시조건 차별행위의 위법성을 경쟁상 불이익을 중심으로 판단할 경우에도 참고할 수 있다.

---

76) “applying dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading partners, thereby placing them at a competitive disadvantage”.

77) Whish & Bailey (2012), p.760.

78) Case C-95/04 P British Airways plc v Commission [2007] ECR I-2331, [2007] 4 CMLR 982.

# Legal Analysis on SEP Holders' Abuse of Patent Rights Case

Prof. Dae-Sik Hong  
(dshong@sogang.ac.kr )  
Sogang University Law School

May 4, 2015  
Sogang University Law and Market Economy Research Center International Conference

## Introduction

## Standard Setting

- ▶ A Series of Processes wherein multiple business operators set and disseminate common standards
- ▶ Formal or Informal Standard Setting
  - Formal Standard Setting: through institution
  - Informal Standard Setting : through market (*de facto* Standard)
- ▶ Standard Setting by Standard Setting Organization ('SSO')
  - In particular, in the case of network businesses such as computer networking and telecommunications, the establishment of interoperability standards or compatibility standards is almost inevitable

▶ 3

## Soft Law Approach by Korean Fair Trade Commission ('KFTC')

- ▶ Aimed to Give Guidelines Issues regarding Abuse of Patent Rights relating to Standard Setting
- ▶ Guidelines on the Unfair Exercise of Intellectual Property Rights ('IPR Guidelines')
- ▶ Model Operating Guidelines for Standard Setting Organizations for Voluntary Compliance with the Monopoly Regulation and Fair Trade Act
- ▶ Guidelines have No Legal Basis
- ▶ However, Such Guidelines Affects Public Officers' and Courts' Decision Makings

▶ 4

## Applying Monopoly Regulation and Fair Trade Act ('the Act')

### ▶ The Act Art. 59

- This Act Shall Not Apply to Conduct that are acknowledged to be Legitimate Exercise of Rights under the Patent Law
- Conducts out of scope of Legitimate Exercise of Patent Rights:

### ▶ The fact that Conduct deemed to be Exercise of Patent Rights is subject to application of the Act does not necessarily mean that such Conduct is Prohibited by the Act

▶ 5

## Applying Monopoly Regulation and Fair Trade Act ('the Act')

### ▶ IPR Guidelines on the Exercise of Standard-related Patents

- Conduct Types specific to Standard-related Patent Holders
  - Agreement of prices or conditions
  - Non-disclosure of the related patent information
  - Avoidance or Circumvention of licensing on FRAND terms
- Conduct Types specific to Standard-Essential Patent Holders
  - Refusal to License SEP
  - Discrimination of license conditions or Imposition of unreasonable license fees of SEP
  - Imposition of conditions restricting the exercise of patent rights or conditions of cross-licensing of non-standard essential patents

### ▶ Standard-Essential Patent(SEP)

- Patent Essential to acquire its Patent to Implement Standard Technology

▶ 6

## Aim of the Analysis

- ▶ General Analysis on Abuse of Market Dominant Position Provision in relation to applying to Abuse of SEP holders' Patent Rights
  - Defining Relevant Market
  - Judging Market-dominating Enterprise
  - Distinguishing Types of Exclusionary Abusive Conducts
  - Determining Illegality
- ▶ Case Analysis on *Qualcomm* Case
  - Both KFTC Resolution and Seoul High Court's Decision
  - Step by Step Analysis in accordance with General Analysis
  - Especially Focused on Discriminatory Royalty Imposition

▶ 7

General Analysis on Applying  
Abuse of Market Dominant Position  
Provision in relation to applying to  
Abuse of SEP holders' Patent  
Rights

▶ 8

## Defining Relevant Market

- ▶ The main goal of market definition
  - to help understand competitive constraints and thus the degree of market power
  - Also needed at Competition Analysis stage after market power is established
  - Calculation of Market Share is not the only purpose of market definition

▶ 9

## Defining Relevant Market

- ▶ Defining Market Definition in the Act
  - The Act Provides Defining Market Definition in the different context with Calculation of Market Share
  - Particular Business Area
    - Element of Market Dominating Enterprise(Art. 2 vii first sentence)
    - Element of Conduct Substantially Restricting Competition(Art. 2 viii-2)
  - Market Share
    - Factor to be considered for deciding Market Dominating Enterprise(Art. 2 vii second sentence)
    - Element of Presumption of Market Dominating Enterprise(Art. 4)

▶ 10

## Defining Relevant Market

- ▶ Special Consideration for Defining Market Definition by trading subject in relation to Exercise of IPR
  - Not Only Goods Market but Technology Market or Innovation Market Should Also be Considered
- ▶ Technology Market Consists of the Licensed Technology and Its Substitutes
  - Technology Market is needed to analyze the competitive effects of a licensing arrangement when rights to intellectual property are marketed separately from the products in which they are used

▶ 11

## Defining Relevant Market

- ▶ Defining Technology Market
  - General Approach
    - To Identify the smallest group of technologies and goods over which a hypothetical monopolist of those technologies and goods likely would exercise market power - for example, by imposing a small but significant and nontransitory price increase
  - Consideration of Special Aspect of Technology Market
    - When it is difficult to replace a certain technology with other technology due to problems such as technical compatibility as a result of standardization, a more limited trade area may be determined to be the relevant market

▶ 12

## Judging Market-Dominating Enterprise

### ▶ Concept of Market Dominance Capability

- Capable of Determining, Maintaining or Changing the Prices, Quantity or Quality of Commodities or Service or other Trading Terms or Conditions(the Act Art. 2 vii first sentence)
- Power to behave to an appreciable extent independently of its Competitors, Customers, and ultimately of its Consumers
- Some Degree of Freedom from sufficiently effective competitive pressure or constraint
- Distinguished from “Capable of Affecting the Setting of the Prices, Quantity or Quality of Commodities or Service or other Trading Terms or Conditions(the Act Art. 2. viii-2)

▶ 13

## Judging Market-Dominating Enterprise

### ▶ Market-Dominant Power

- Different from Market Power
  - Enterprise's Ability to Raise Prices above the Competitive Level
  - Its Ability to exclude or significantly harm its Competitors
- Significant Market Power is a lot more Similar to Dominant Power as it means Market Power with Significant and Stable Status

### ▶ Consideration Factors for Determining Market-Dominant Power

- Market Share is most importantly Considered

▶ 14

## Judging Market-Dominating Enterprise

### ▶ Special Factors to be considered in Exercising IPR

- ▶ Factors relating to Determining Dominant Power of IPR Holder
- ▶ Factors relating to Determining Dominant Power of SEP Holder

▶ 15

## Judging Market-Dominating Enterprise

### ▶ Factors relating to Determining Dominant Power of IPR Holder

- ▶ Extending Meaning of Market-Dominating Enterprise by Including Ability of Impeding Innovation
- ▶ No Presumption of Market Dominant Power with a grant of exclusive and monopolistic right to use intellectual property
- ▶ Listing of Status-specific Factors
- ▶ Distinguishing Market Dominant Power from Unreasonableness

▶ 16

## Judging Market-Dominating Enterprise

### ▶ Factors relating to Determining Dominant Power of SEP

- IPR Guidelines provides that SEP Holder has high Possibility to have Market-Dominant Power
- Concept of SEP consists of the element of Patent included in Standard Technology as well as the element of Patent with Essentiality
- The fact that SEP is not just Standard-related Patent but with Essentiality is a factor increasing the possibility to have Market-Dominant Power

▶ 17

## Distinguishing Types of Exclusionary Abusive Conducts

### ▶ Exclusionary Abuse as opposed to Exploitative Abuse

- Price-based Abuse
- Non-price-based Abuse

### ▶ Exclusionary Abuse listed in the Act

- Unreasonably Interfering with the Business Activities of other Enterprises
- Unreasonably Impeding the Participation of New Competitors
- Unreasonably Excluding Competitive Enterprises

▶ 18

## Distinguishing Types of Exclusionary Abusive Conducts

- ▶ **Illegality of Exclusionary Abusive Conducts**
  - Competition-restrictiveness or Anti-competitiveness
  - Both Intention to Restrict Competition and Effects of Competition Restriction
- ▶ **Which Conduct Type a concerned Conduct falls within affects the standard for determining the Illegality**
  - Price-based Abuse(Ex. Predatory Pricing)
    - More dependency on economic analysis like Price-Cost Test
  - Non-price-based Abuse(Ex. Exclusive Dealing)
    - Less dependency on economic analysis by using the normative standard

▶ 19

## Distinguishing Exclusionary Abusive Conducts

- ▶ **Exclusionary Abusive Conducts listed in IPR Guidelines**
  - Refusal to License SEP
  - Discrimination of license conditions or Imposition of unreasonable license fees of SEP
  - Imposition of conditions restricting the exercise of patent rights or conditions of cross-licensing of non-standard essential patents
  - All Above can be categorized as Conducts of Unreasonable Interference of Business Activities provided in the Act

▶ 20

## Distinguishing Exclusionary Abusive Conducts

- ▶ Issues relating to Discrimination of License Conditions of SEP
  - Legal Meaning and Nature of FRAND (Fair, Reasonable and Non-discriminatory) commitment is at issue
  - Whether such conduct constitutes the breach of FRAND commitment
  - If so, to what extent it affects the legal assessment of such conduct

▶ 21

## Determining Illegality

- ▶ Competition-Restrictiveness as the Illegality of Exclusionary Abuse
  - Unreasonableness should be evaluated or interpreted in light of 'Promotion of Competition in a monopolistic or oligopolistic market' as a legislative purpose
  - Both Subjective(Intention to Restrict Competition) and Objective(Affects of Competition Restriction) Factors are Needed in Determining Illegality

▶ 22

## Determining Illegality

### ▶ Implications of Posco case and following cases

- From Form-based Approach towards Effects-based Approach?
- Some Differences in Standards between Interference with Business Activities and Exclusion of Competitive Enterprises
  - Conducts toward the another Enterprises vs. Conducts not toward Others
  - Whether the Degree of Disadvantage suffered by the Opposite Party is importantly Considered

▶ 23

## Determining Illegality

### ▶ Standard for Determining Illegality in IPR Guidelines

- The Anti-competitive Effects that the exercise of IPRs have on the relevant markets may be determined by comprehensively considering concerns or possible concerns over price increase, reduction in output, restriction on diversity of goods and services, hampered innovation, foreclosure effect, raising rivals' costs effect
- Effects on Competitive Process: foreclosure effect, raising rivals' costs effect
- Effects on Outcome of Competition: over price increase, reduction in output, restriction on diversity of goods and services, hampered innovation

▶ 24

## Determining Illegality

### ▶ Characteristics of Standard for Determining Illegality in IPR Guidelines

- Explicitly Considering Efficiency-Enhancing Effects
- Defining Illegality as Anti-competitiveness in excess of Efficiency-Enhancing Effects

▶ 25

## Legal Analysis on Qualcomm Case :

### KFTC Resolution and Seoul High Court Decision

▶ 26

## Introducing Qualcomm Case

- ▶ KFTC ordered Corrective Measures and imposed Administrative Fines to Qualcomm for :
  - Discrimination of Royalty on License of Standard-Essential Patent
  - Giving Conditional Rebates for using Modem chips and RF chips
  - Demanding Post-patent Term Royalty Payments

▶ 27

## Introducing Qualcomm Case

- ▶ Qualcomm appealed the case
  - Qualcomm appealed the case except for Post-patent Term Licensing Issue since there was no Administrative Fine imposed on this Issue
- ▶ Seoul High Court's Decision was made in June 19, 2013
  - Seoul High Court Dismissed the case, only cancelling an insignificant Part of the KFTC Resolution
  - Major Part of Corrective Measures and Administrative Fines were Maintained by Seoul High Court
- ▶ Both Qualcomm and KFTC appealed the case to the Supreme Court, which is still pending
- ▶ Legal Analysis Focusing on Discriminatory Patent Licensing is as follows:

▶ 28

## Defining Relevant Market

### ▶ KFTC's Resolution

- Dividing Market where Qualcomm has Market Dominant Power and where Qualcomm Used its Market Dominant Power
- The former is Technology Market (Domestic CDMA Market where Qualcomm possessed the Patents Included in CDMA standard)
- The latter is Goods Market (Domestic CDMA2000 Modem Chip Market)

▶ 29

## Defining Relevant Market

### ▶ KFTC's Resolution

- In dealing with Discriminatory Royalty Issue, KFTC divided the Market as such
- However, in Conditional Rebate Issue, KFTC did not distinguish Markets but defined Relevant Market as Domestic CDMA2000 Modem Chip Market

▶ 30

## Defining Relevant Market

### ▶ KFTC's Resolution

#### - Domestic CDMA Technology Market

- CDMA Standard as a basis among Mobile Telecommunication Methods
  - Domestic Mobile Phone Producers could not use other means than CDMA(using SSNIP method)
- Viewed Qualcomm's technologies as One, not distinguishing each Patent Qualcomm held
  - Qualcomm permitted to use all the Patent it had, not like permitting one by one
  - Cluster Market Approach
- Domestic market, not World-wide

▶ 31

## Defining Relevant Market

### ▶ KFTC's Resolution

#### - Domestic CDMA 2000 Modem Chip Market

- General methods were used in defining such market
- Concluding that CDMA2000 Modem Chips cannot be substituted to GSM·WCDMA Modem Chip considering Price difference, Customers' Knowledge and so on

▶ 32

## Defining Relevant Market

### ▶ Seoul High Court Decision

- Court Decision is Almost the same as KFTC's Resolution
- Rejected Qualcomm's Arguments that the Relevant Market should include GSM and WCDMA markets
- However, the Court did not explicitly distinguish Markets where Qualcomm owned Dominant Power and where it abused its Power

▶ 33

## Defining Relevant Market

### ▶ Analysis

- Qualcomm holds CDMA SEP and also produces CDMA2000 Modem Chips using it
- Qualcomm is an Vertically Integrated Enterprise in both Technology Market and Goods Market
- Both Markets should be distinguished in defining Relevant Market in order to address Competition Concerns relating to this special circumstances

▶ 34

## Defining Relevant Market

### ▶ Analysis

- That KFTC defined Qualcomm's patented technology as a whole in defining Relevant Market is to be focused
- Defining Relevant Market confined to each Technology is only usable in Traditional Patent Definition
- Such Technologies used in Mobile Communication are all mixed up, called patent thickets, and almost impossible to distinguish one to another

▶ 35

## Defining Relevant Market

### ▶ Analysis

- Cluster Market Approach is recommended in this case
- Such Method is recommended in defining Relevant Market for Group of Products consisting of Transactional Complements
- Supreme Court also used Cluster Market Approach in *Hyundai Mobis* case (2014)

▶ 36

## Judging Market-Dominating Enterprise

### ▶ KFTC's Resolution

- CDMA Technology Market
  - Qualcomm's Market Share on this captive market was 100%
  - No Substitutable technology existed in the Market
  - Qualcomm was statutorily presumed to be Market-Dominant Enterprise
  
- CDMA2000 Modem Chip Market
  - Qualcomm was statutorily presumed to be Market-Dominant Enterprise based on durable market share of more than 98% by Sales Volume
  - Barriers to enter into the Market existed

▶ 37

## Judging Market-Dominating Enterprise

### ▶ Seoul High Court's Decision

- Decision was the same to KFTC's Resolution
- There was no reversal to the Presumption
- Qualcomm's Appeal was rejected by the Court

▶ 38

## Judging Market-Dominating Enterprise

### ▶ Analysis

- Qualcomm owned Overwhelmingly Dominant Power in Both Markets
- Amended IPR Guidelines provides that refusal to trade, discriminations, and imposition of considerably excessive amount of royalty is, in principle, subject to this guideline only when the company has overwhelming market dominance
- No Problem for applying Amended IPR Guidelines to Qualcomm Case

▶ 39

## Discrimination of Royalties as Abuse of Dominance

### ▶ KFTC's Resolution on Type of Abusive Conduct

- KFTC concerns Specific Conduct of Royalty Imposition causing discriminatory effects in setting Variables comprising Calculation Formula(ex. Final Sales Price of Mobile Phones, Imposition Rate) rather than tackling Calculation Formula directly
- KFTC applies Unreasonable Discrimination on Price as the type of Abusive Conduct
- Discriminatory Effect was made because the Royalty differed from one mobile phone to another, even though the same producer produced those mobile phones

▶ 40

## Discrimination of Royalties as Abuse of Dominance

### ▶ KFTC's Resolution on Type of Abusive Conduct

- Three patent licensing practice as concerned with discrimination
  - Royalty Discount Program discriminating against export-model mobile phones using non-Qualcomm chips
  - Royalty Cap Program imposing different caps between Qualcomm chip users and non-Qualcomm chip users
  - Price-netting Program discriminating against domestic-model mobile phones using non-Qualcomm chips

▶ 41

## Discrimination of Royalties as Abuse of Dominance

### ▶ KFTC's Resolution on Type of Abusive Conduct

- The Finding of making difficult of Business Activities is also needed to ascertain Discriminatory Abusive Conduct
- KFTC's Resolution does not mention such impediment here, because KFTC dealt with impediment issue in determining Unreasonableness of Qualcomm's Conduct

▶ 42

## Discrimination of Royalties as Abuse of Dominance

### ▶ KFTC's Resolution on Unreasonableness

- KFTC distinguishes determination of Intent to Restrict Competition and Likely Effects of Restricting Competition and that of Actual Effects of Restricting Competition
- When Competition is actually restricted, both Intent of Enterprise and Likely Effects are presumed, according to Supreme Court Decision

▶ 43

## Discrimination of Royalties as Abuse of Dominance

### ▶ KFTC's Resolution on Unreasonableness

### ▶ Inference of Intent (subjective qualification)

- KFTC considered circumstantial facts such as time of Discrimination, Termination Clause of License Agreement in 2004 Contract, Qualcomm's recognition of FRAND terms and internal paperwork of Qualcomm to infer Qualcomm's intent

▶ 44

## Discrimination of Royalties as Abuse of Dominance

### ▶ KFTC's Resolution on Unreasonableness

### ▶ Judgment of Likely Effects (objective qualification)

- KFTC considered breach of FRAND terms, entry barriers in the Market, length and degree of Discrimination (how long and how serious the discrimination existed), competition situation on Mobile Phone Market, concurrent implementation of Conditional Rebates by Qualcomm

▶ 45

## Discrimination of Royalties as Abuse of Dominance

### ▶ KFTC's Resolution on Unreasonableness

### ▶ Judgment of Likely Effects (objective qualification)

- Reflecting KFTC's recognition in this specific case that requiring commitments and compliance to FRAND terms was essential measure designed to prevent Abuse of Monopoly Power in the process of Standard Setting for Mobile Telecommunications
- Breach of FRAND terms by Holder of SEP breaching means Likely Effects of Restricting Competition as such

▶ 46

## Discrimination of Royalties as Abuse of Dominance

### ▶ KFTC's Resolution on Unreasonableness

### ▶ Judgment of Actual Effects

- It is to avoid proving Intent, according to Supreme Court Decision in POSCO case
- Considers Unreasonably Interfering with the business activities of other enterprises and doing considerable harm to the interests of consumers

▶ 47

## Discrimination of Royalties as Abuse of Dominance

### ▶ KFTC's Resolution on Unreasonableness

### ▶ Judgment of Actual Effects

- KFTC concluded Unreasonably Interfering with the business activities of other Modem chip competitors in Qualcomm case
- Competitive enterprisers had less chance to enter the Market while More mobile phone manufacturers used Qualcomm modem chips which had a tendency of decreasing before discriminatory pricing was introduced

▶ 48

## Discrimination of Royalties as Abuse of Dominance

### ▶ KFTC's Resolution on Unreasonableness

### ▶ Judgment of Actual Effects

- KFTC also concluded Qualcomm did considerable harm to the interests of consumers
- Less competition in the Market means less possibility to advance diverse products and lower modem chip prices, affecting Mobile Phone Prices

▶ 49

## Discrimination of Royalties as Abuse of Dominance

### ▶ Seoul High Court's Decision on Type of Abusive Conduct

- Conclusion was the same as KFTC Resolution
- However, the reason for deciding type was different
  - Qualcomm argued that the licensing program did not differentiate royalties on the purchaser
  - Court ruled that the Provision was not limited to the situation where different prices are set among a group of firms, and that setting a different price to even a single firm pursuant to specific conditions may count as discrimination
  - Court determined that differentiating the royalty upon whether a trading party used Qualcomm chips fell within the conduct of 'discriminating a price against the party'

▶ 50

## Discrimination of Royalties as Abuse of Dominance

- ▶ Seoul High Court's Decision on Unreasonableness
- ▶ Inference of Intent (subjective qualification)
  - Qualcomm recognizing FRAND terms and not changing the Condition in 1997
  - In 2004 License Contract, Qualcomm added Discount of Royalty on high-end mobile phones and export-model phones
  - These Clauses showed Qualcomm's intention

▶ 51

## Discrimination of Royalties as Abuse of Dominance

- ▶ Seoul High Court's Decision on Unreasonableness
- ▶ Judgment of Actual or Likely Effects
  - Court decision did not follow KFTC's reasons
  - Since Price Discrimination along with Conditional Rebates were given to same product, the Court decided Qualcomm's conducts to be unreasonable
  - In conclusion, the Court decided Qualcomm's Conducts restricted or were likely to restrict Competition in CDMA2000 Modem Chip Market
  - ▶ Not clear that the Qualcomm imposing Discriminatory Royalty stand-alone makes conducts unreasonable

▶ 52

## Analyzing Qualcomm Case

### ▶ Type of Abusive Conduct

- Qualcomm's Conduct consists Discriminatory Pricing
- Main problem is that there is Discrimination on mobile phones produced by same Producer
- Seoul High Court's Ruling that Discriminatory Discount to a single Enterprise pursuant to specific conditions can also constitute Discrimination is persuasive

▶ 53

## Analyzing Qualcomm Case

### ▶ Type of Abusive Conduct

- However, Seoul High Court's Decision also cannot explain the mechanism that discriminatory disadvantage falls on modem chip producers rather than mobile phone manufacturers
- Court should have decided that Unreasonable Discrimination includes the case in which discriminatory effects is ascribed to modem chip makers in competition with Qualcomm by selective royalty discount to mobile phone manufacturers pursuant to specific conditions

▶ 54

## Analyzing Qualcomm Case

### ▶ Type of Abusive Conduct

- Focusing more on FRAND terms can give answer to this question
- For there to be Price Discrimination, Discrimination should be to some extent
  - Whether there is price discrimination can be determined based on whether there is a breach of non-discriminatory term included in FRAND terms
  - There is a breach of non-discriminatory term if the degree of discrimination amounts to give unfair competition advantage to SEP holder participating in downstream market as well
- KFTC and Seoul High Court both omitted competitors' disadvantage but this factor is also needed in deciding type of abusive conduct
  - This can be proved by showing modem chip competitors' disadvantage in Competition

▶ 55

## Analyzing Qualcomm Case

### ▶ Unreasonableness

- Both KFTC and Seoul High Court focused on Qualcomm's recognition and breach of FRAND terms
- The Court premised that the FRAND commitment is a safeguard to prevent abusive conduct like discriminatory licensing by SEP holder who acquires market power by virtue of standardization
- Breach of FRAND terms can be an important factor to be considered in determining Unreasonableness under the specific circumstances such as conduct of SEP holder with overwhelmingly dominant power

▶ 56

## Analyzing Qualcomm Case

### ▶ Unreasonableness

- Leveraging or Extension of Market-Dominant Power is the Key to determine Anti-competitive Effects
- However, both KFTC and Seoul High Court do not seem to clearly recognize the Leveraging Effects of Dominant Power from Technology Market to Modem Chip Producing Market

▶ 57

## Analyzing Qualcomm Case

### ▶ Unreasonableness

- Leveraging Effects of Market-Dominant Power does not mean a separate abuse from exploitative or exclusionary abuses
- It means where Exploitative Abuse or Exclusionary Abuse arise in other market than the market in which Enterprise has Market Dominant Power

▶ 58

## Analyzing Qualcomm Case

### ▶ Unreasonableness

- Price Discrimination by an Enterprise Having Patent Right and Participating in downstream market can be a means to Leveraging Market Dominant Power in one market to another market
- Setting up Proper Legal Rule for the degree of harm to competition in downstream market and cause-and-effect relationship between dominant power and harm to competition is important

▶ 59

## Analyzing Qualcomm Case

### ▶ Unreasonableness

- KFTC dealt with Qualcomm case considering less effective competitor standard, not applying as efficient competitor test as suggested in abuse of dominance cases when deciding foreclosure effect
- Competition law should engage in a certain specific cases when exclusion to less effective competitor is likely to cause long-term consumer harm
- In such cases as dynamic industry, even less effective competitor can exercise competitive pressure on dominant enterprise based on the merits of network effect, learning effect, and economies of scales

▶ 60

## Analyzing Qualcomm Case

### ▶ Unreasonableness

- Assessment for Degree of Remaining Competition caused by Essentiality of Patent included in Technology Standard is also Important in SEP holders' Abusive Conducts
- Modern chip market has little Remaining Competition due to long-term entry barrier to technology market
- In such Markets, when SEP holder engages in manufacturing and marketing products using SEP and is passive in licensing its SEP, establishing differentiated rule to relieve the subject and degree of proving anti-competitive effects is justified
- Case of differentiated rule
  - Effects on competitive process is presumed through the finding of competitive disadvantage injured by SEP holder's competitor
  - Proving of Effects on outcome of competition is not necessarily required

▶ 61

## Analyzing Qualcomm Case

### ▶ Unreasonableness

- Treaty on Functioning of European Union ('TFEU') Art. 102(c) requires competitive disadvantage as illegality element for price discrimination
- It is sufficient that the behaviour tends to distort the competitive relationship, in other words to hinder the competitive position of some of the business partners of the undertaking in relation to others (*British Airways*, 2007)
- Such legal rule can also be applied to cases involving SEP holder active in both technology market and its downstream market

▶ 62

# Thank You!

