

표준특허의 기회주의적 행사와 미국 反트러스트법 및 연방거래위원회법 제5조 부활의 기미

이 문 지*

목 차

- I. 머리말
- II. 표준특허의 기회주의적 행사와 그 법적 효과
 1. 표준특허의 기회주의적 행사
 2. SSO의 특허정책과 그 위반의 법적 효과
 3. 표준특허의 기회주의적 행사와 反트러스트법
- III. 표준특허의 기회주의적 행사와 反트러스트법 관련 FTC의 심결례 및 연방법원의 판례
 1. Dell 사건 FTC 심결
 2. UNOCAL 사건 FTC 심결
 3. RAMBUS 사건 FTC 심결, 연방항소심 및 연방대법원 판결
 4. Broadcom v. Qualcomm 사건에 대한 1심 및 제3항소법원의 판결
 5. N-Data 사건 FTC 심결
- IV. FTC 심결의 최근 동향에 대한 평가와 전망
 1. FTC 심결의 비교 분석
 2. 연방법원에 의한 이후의 수용 여부에 관한 전망

I. 머리말

버락 오바마 미국 대통령은 후보 시절 反트러스트법의 집행에 소극적이라는 이유로 부시행정부를 비난하고 反트러스트법의 적극적인 집행을 공약한 바 있다.¹⁾

* 배재대학교 법과대학 교수

오바마 대통령의 지명을 받은 미국 연방거래위원회(Federal Trade Commission; 이하 FTC라 약한다) 위원 Jon Leibowitz가 금년(09년) 3월 FTC 위원장에 취임하였다. 그는 2004년 9월 FTC 위원이 된 후 현재의 반트러스트 판례법으로는 금지할 수 없는 경쟁적 행위를 금지하는 방법으로서 FTC법 제5조의 독자적인 역할을 소생시켜야 한다고 주장해 왔던 사실로 유명하다.²⁾ Leibowitz의 주장에 의하면 의회는 FTC를 설립할 때 셔먼법이 적용되지 않는 행위까지 (beyond the limits of the Sherman Antitrust Act) 금지하는 권한을 FTC에게 부여하고자 의도하였다.³⁾ 따라서 그는 과거 FTC 위원으로서 특히 표준특허의 기회주의적인 행사⁴⁾ 그리고 (다른 사업자의 승낙을 얻지 못하여 합의에 이르지 못하는 못한) 가격담합 제안⁵⁾에 대해서, 셔먼법 제2조에 의해 금지할 수 없는 사업자의 단독행위이지만 FTC법 제5조를 적용하여 금지해야 한다고 주장한 사실이 있다. Leibowitz 위원장의 취임 이후 FTC는 표준특허의 기회주의적 행사에 대해 FTC법 제5조를 확장 해석해서 적용하는 방향으로 현재 움직이고 있는 것으로 보인다.⁶⁾ 이것은 곧 FTC가 셔먼법에 의해 금지되는 범위에 한해서

1) Barack Obama, Senator, Statement for the American Antitrust Institute (Sept. 27, 2007) available at <http://www.antitrustinstitute.org/archives/files/aai-%20Presidential%20campaign%20-%20Obama%209-07_092720071759.pdf>(visited Nov. 13, 2009).

2) (visited Nov. 13, 2009) <http://en.wikipedia.org/wiki/Jon_Leibowitz>

3) Jon Leibowitz, (2008, October). "Tales from the Crypt." Episodes '08 and '09: The Return of Section 5 ("Unfair Methods of Competition are Hereby Declared Unlawful"). Speech presented at Federal Trade Commission Workshop: Section 5 of the FTC Act as a Competition Statute, Washington, DC. Available: <http://www.ftc.gov/speeches/leibowitz_sub.shtml Accessed 11/4/08> (visited Nov. 13, 2009).

4) Jon Leibowitz, "Concurring Opinion of Commissioner Jon Leibowitz in the Matter of Rambus, Inc.," Aug 2, 2006. Available:<http://www.ftc.gov/os/adjpro/d9302/060802rambusconcurrinopinionofcommissioner_leibowitz.pdf>(visited Nov. 13, 2009); "Statement of the Federal Trade Commission In the Matter of Negotiated Data Solutions LLC," Jan 23, 2008. Available:<<http://www.ftc.gov/os/caselist/0510094/080122statement.pdf>>(visited Nov. 13, 2009)

5) In re Valassis Communications, Inc. (FTC File No. 051 008)(Mar. 16, 2006). Available: <<http://www.ftc.gov/os/caselist/0510008/0510008c4160ValassisDecisionandOrder.pdf>> (visited Nov. 13, 2009)

6) See Sean Gates, Obama's Antitrust Enforcers: What Can We Expect?, ANTITRUST SOURCE, Apr. 2009, p. 3, (visited Nov. 13, 2009)<<http://www.abanet.org/antitrust/at-source/09/04/Apr09-Gates4-28f.pdf>>; See also ABA Section of Antitrust Law Spring Meeting, Roundtable Conference with Enforcement Officials, ANTITRUST SOURCE, Apr. 2009, p. 13, (visited Nov. 13, 2009) <<http://www.abanet.org/antitrust/at-source/09/04/Apr09-EnforcerRT4-29f.pdf>>[hereinafter

그 권한을 행사한다는 전통적인 자세를 전환하겠다는 방침을 택했다는 사실을 의미한다.

지금으로부터 1년 전인 2008년 10월 FTC가 위의 문제에 관한 워크숍을 개최하였다.⁷⁾ 이 워크숍에 연사로 초청된 개업 변호사들은 FTC가 제5조를 확장 해석하는 데 찬동하고 제5조를 확장 해석해서 적용할 대상이 되는 행위 유형에 대해 다양한 제안을 내놓았다. 제안된 행위유형을 보면 실패한 공모 제안, 표준특허의 기회주의적 행사 외에도 과점시장의 담합촉진행위(facilitating practices), 건강관리산업에서 흔히 행해지는 상업적 뇌물수수나 리베이트(kickbacks), (전력시장 등에서 발견되는) 전략적이고 일방적인 공급량 감축을 통한 폭리추구, 시장지배력이 없는 과점사업자에 의한 구매력 남용 또는 가격차별행위 등이 있었다.⁸⁾

FTC의 이러한 움직임에 대해 미국 상공회의소는 업계를 대표하여 제5조의 확장해석, 적용에 반대한다는 입장을 분명히 하고 있다.⁹⁾ 즉 셔먼법 위반은 아니지만 적절한 영업상의 행위가 아닌 것이 분명하며 경쟁과정을 저해할 수 있는 행위 유형에 한하여 제5조를 적용하더라도 FTC에 의한 권한 행사의 오류와 월권을 방지할 수 있는 적절한 기준이 마련되지 않는 한, 현재의 반트러스트법을 넘어 제5조를 사용하고자 하는 것에 반대한다는 입장이다. 물론 미국 상공회의소도 반트러스트법에 의해 금지되지는 않지만 제5조에 의해 규제하는 것이 정당화될 수 있는 반경쟁적 행위가 전혀 존재하지 않는다고 주장하는 것은 아니다. ‘공모의 초대’(invitations to collude)가 여기에 해당한다고 볼 수 있는 가장 적절한(prominent), 그러나 아마도 거의 유일한 사례일 것이라고 믿는다.¹⁰⁾

Roundtable Conference with Enforcement Officials] p. 20.

7) Section 5 of the FTC Act as a Competition Statute. Agenda, transcript, and recorded webcast available at <<http://www.ftc.gov/bc/workshops/section5/index.shtml>> (visited Nov. 13, 2009)

8) Albert A. Foer, "Section 5 as a Bridge Toward Convergence". p. 3 (Oct. 17, 2008); Thomas B. Leary, "'The Search for Consensus on the Revival of Section 5'" (Oct. 17, 2008); Commissioner (now FTC Chairman) Leibowitz, "'Tales from the Crypt'" (Oct. 17, 2008).

9) U.S. Chamber of Commerce, *Unfair Method of Competition under Section 5 of the FTC Act: Does the U.S. Need Rules "Above and Beyond Antitrust"?*, September 2009, p. 1.>(visited Nov. 13, 2009)<<http://www.uschamber.com/NR/rdonlyres/e3sp4kmveqppwjzvovo6rnhbv7izz46gkf2idhii2ja6npw4compiaohe uabc3s6gem2bcfkhbksu4 mcmh75ym5pgc/0909antrust.pdf>>

10) Id. pp. 1 ~ 2.

공모의 초대 다시 말해서 실패한 가격담합 제안을 논외로 한다면 표준특허의 기회주의적 행사는 FTC가 제5조를 확장 해석하여 적용할 가능성이 가장 높은 행위유형이다.¹¹⁾ 최근의 FTC 심결례 가운데 이러한 사례에 대해 제5조를 확장 해석하여 적용한 사례도 실제로 존재하고 또한 이러한 심결 중에 연방 항소심에서 파기된 경우도 있다. Leibowitz 위원장이 이끄는 FTC의 이러한 움직임에 법원까지 동조할지 예측하기 쉽지 않지만 만일 그렇게 된다면 그것은 FTC법 제5조에 관해 미국 법원이 벌써 수 십년 유지해 오던 해석이론을 바꾸는 것이며 FTC의 권한이 그만큼 확대된다는 것을 의미하므로 앞으로의 귀추를 주목할 필요가 있다. 따라서 본고에서는 먼저 표준특허의 기회주의적 행사와 이를 방지하기 위한 표준설정기구의 특허정책 그리고 특허정책 위반의 법적 효과에 대해 차례로 살핀 다음 이를 바탕으로 FTC가 최근 이에 대해 제5조를 확장 해석, 적용했던 사례들을 비교, 분석하고 이 문제에 관한 앞으로의 전망에 대해 평가하고자 한다.

II. 표준특허의 기회주의적 행사와 그 법적 효과

1. 표준특허의 기회주의적 행사

현대 경제의 진보를 견인하는 동력의 하나로 널리 인정되고 있는 산업 표준이 제정되는 과정은 다양하지만 표준을 설정하기 위한 기업들의 협력은 보통 표준을 채택하기 위해 설립한 표준설정기구(Standard Setting Organization; 이하 SSO라 약한다)를 통해서 행해지며 이렇게 제정된 표준은 표준설정 과정에

11) Leibowitz는 표준설정 및 제약(pharmaceuticals) 분야의 사업자 단독행위를 이러한 행위유형의 대표적인 것으로서 꼽는다. See Jon Leibowitz, "'Tales from the Crypt,'" Episodes "'08 and "'09: The Return of Section 5 ("Unfair Methods of Competition in Commerce Are Hereby Declared Unlawful"), Remarks Before the FTC Section 5 Workshop (Oct. 17, 2008), available at <http://www.ftc.gov/speeches/leibowitz/081017section5.pdf> [hereinafter Tales from te Crypt](visited Nov. 13, 2009). 또한 FTC의 Rosch위원은 최근 표준설정사건이야말로 (서면법 위반 여부를 불문하고) 오로지 제5조 위반이라는 근거에 입각하여 지 권한을 행사하는 것이 특별히 적절한 사안이라고 지적한 사실이 있다. Interview with J. Thomas Rosch, Federal Trade Commissioner, *ANTITRUST*, Spring 2009 pp. 41-42.

참여하지 않았던 기업들도 제품 생산에 사용할 수 있는 것이 보통이다.¹²⁾

SSO가 설정한 어떤 표준에 하나 이상의 특허기술이 채택된 다음에는 그 표준의 실시예 필수적인 특허기술(이하 표준특허라고略한다)을 보유한 기업은 다른 기업에게 (다른 기업들은 여타의 대체 표준으로 전환한다면 기왕의 투자를 포기해야 하는 매몰비용의 부담이 불가피하게 되므로) 자신의 특허기술 실시(사용)를 허용하는 대신 거액의 기술료 지급 기타의 과중한 실시허락 조건을 강요하는 기회주의적 행위가 발생할 위험이 농후해진다. 상술하자면 어떤 기술이 표준으로 제정되기 전에는 그 표준에 포함되기 위하여 다수의 기술들이 경쟁할 가능성이 있다. 표준이 제정된 후에는 SSO가 그 기술을 표준으로 채택했다는 바로 그 사실로 인해 사실상 대체기술이 없을 가능성이 있다. 따라서 표준의 적용에 필요한 그 특허기술의 보유자는 (대체기술의 부재를 반영하는) 보다 높은 기술료 기타의 실시허락 조건을 강요할 수 있는 힘을 가지게 될 가능성이 있다. 특히 표준 설정에 참여한 기업이 자신이 보유한 특허가 표준에 포함되는 것을 알면서 자신이 그 특허권을 보유한 사실을 은폐한 후 당해 표준이 설정되고 그 표준이 해당 산업계에 널리 보급되기를 기다렸다가 엄청난 금액의 기술료를 주든가 아니면 특허기술의 실시허락을 포기하든가의 양자택일을 강요하는 경우가 있다. 미국에서는 이러한 행위를 ‘특허의 매복공격’¹³⁾(Patent Ambush) 혹은 노상강도(Highway Hold-Up; Hold-Up)라는 비유적 명칭으로 부른다.¹⁴⁾ 아무튼 이러한 표준특허의 기회주의적 행사를 통해 징수하는 고액의 기술료가 가격 상승의 형태로 소비자에게 전가된다면 그 산업 표준을 적용한 제품의 소비자들은 결국 피해를 입게 될 것이므로 어떤 방식으로든 규제해야 할 당위성을 부인할 수 없다.

¹²⁾ U.S. Dep’t of Justice & Fed. Trade Comm’n, *Antitrust Enforcement and Intellectual Property Rights: Promoting Innovation and Competition*, (2007)(hereinafter cited as US DOJ & FTC Report 2007) pp. 33 ~ 40. This Report can be accessed electronically at: <www.usdoj.gov/atr/public/hearings/ip/222655.pdf; www.ftc.gov/reports/index.shtm>(visited Nov. 13, 2009)

¹³⁾ ABA Section of Antitrust, *Handbook on the Antitrust Aspects of Standards Setting* (Chicago, Ill.: ABA, 2004), pp. 60-64.

¹⁴⁾ 우리나라에서 재개발이나 재건축이 행해질 때 행해지는 소위 ‘알박기’와 유사한 행태라고 말할 수 있다.

2. SSO의 특허정책과 그 위반의 법적 효과

가. SSO의 특허정책

표준특허의 기회주의적 행사에 대처하기 위해서 SSO가 여러 가지 규칙을 제정하여 사용하고 있는데 이러한 규칙을 흔히 지적재산권정책(IP Policy) 또는 특허정책(Patent Policy)이라고 부른다. 예컨대 SSO가 표준설정에 참여하는 기업에게 보유 중인 지적재산권을 미리 신고하도록 의무화하거나 표준 설정 후에 표준에 포함된 지적재산권을 합리적이고 비차별적인(Reasonable and Nondiscriminatory; RAND) 조건 혹은 공정하고 합리적이며 비차별적인(Fair, Reasonable and Nondiscriminatory; FRAND)조건 아래 실시 허락하도록 의무화하는 것이 보통이다.¹⁵⁾

나. SSO의 특허정책 위반의 효과

예컨대 보유 사실을 알리지 않아 표준에 포함된 특허를 보유한 기업이 표준 설정 후에 문제의 표준을 적용한 제품을 생산, 판매하는 사업자를 피고로 하여 특허침해금지청구의 소를 제기하더라도 미국의 경우 이러한 특허권의 행사가 허용되지 않고 경우에 따라서는 오히려 손해배상책임을 진다는 다음과 같은 심결례나 판례가 있다.¹⁶⁾

우선 *Rambus Inc. v. Infineon Technologies* 사건의 경우를 보면 2000년 8월 8일, Rambus사가 Infineon Technologies사를 피고로 하여, Rambus사가 보유

15) 그러나 SSO가 지적재산권정책을 채택하더라도 지적재산권이 기회주의적으로 행사될 가능성을 완전히 봉쇄하는 것은 불가능하다. 이러한 의무를 위반하는 사업자가 적지 않고 때로는 그 표준을 적용하여 제품을 생산하는 데 필수적인 다수의 특허를 보유한 복수의 기업들 가운데 대다수의 기업들은 원하는 기업들에게 순차적으로 실시허락을 하지만 유독 어느 하나의 기업은 이런 저런 이유로 실시 허락을 하지 않고 전략적으로 끝까지 버틴 끝에 거액의 기술료를 챙기는 경우가 있을 수 있다. 이러한 행위를 영어로 Hold-Out라고 표현한다. US DOJ & FTC Report 2007, *supra* note 12, pp. 42 ~ 48.

16) For details, see Frances Marshall, "A Brief Survey of Potential Sources of Liability for Failure to Disclose Patent to Standard-Setting Organizations During the Standard-Setting Process," 964 *PLIPat* 867 (2009).

하는 SDRAM 및 DDR SDRAM에 관한 특허침해금지청구의 소를 미국 버지니아 주 동부 연방 지방재판소에 제기하자 2000년 9월 Infineon사는 여기에 대해 반소하면서, Rambus사가 관련 특허와 특허 출원에 관한 정보를 공개하지 않은 것은 SSO JEDEC의 특허정책을 위반한 것이며 이것은 바로 버지니아 주법이 금지하는 기망 즉 사기행위라고 주장했다. 1심 법원은 컴퓨터 메모리 칩의 생산자인 Rambus社가 기망 즉 사기행위를 하였으므로 350만 달러의 징벌은 손해배상(punitive damages)을 하도록 판결하였다. SSO가 부과한 특허정보의 신고의무를 Rambus사가 올바르게 이행하지 않은 것이 사기행위를 인정한 근거이었다.¹⁷⁾ Rambus사가 1심 판결에 불복하여 항소하자 2003년 1월, 미국 연방 항소법원은 1심 판결을 번복하였다. 즉 Rambus사가 나중에 SSO가 나중에 개발한 표준에 채택된 특허를 출원 중이라는 사실을 미리 SSO에 대해 공개하지 않았다고 하더라도 이것은 버지니아 주 법의 사기(fraud)에 해당하지 않는다고 판시했다.¹⁸⁾

다음으로 Qualcomm v. Broadcom 사건의 경우를 보면 2005년 10월 Qualcomm사는 SSO(ITU-T)가 채택한 규격에 관련된 자사의 특허권을 Broadcom사가 침해했다고 특허권 침해로 인한 손해배상을 요구하는 소송을 캘리포니아 남부연방지방법원에 제기하자 Broadcom사는 Qualcomm사가 표준 설정에 참여하면서 본건 특허 발명의 존재를 분명히 알리지 않았고, 이것은 SSO의 지적재산권정책 위반이었다고 반박하였다. 제1심 법원은 지적재산권정책의 문언으로 보자면 특허정보의 공개를 의무화하는 것이 아니라 권장하고 있을 뿐이지만 ITU-T 참가자의 인식·상황 등을 감안하면, 지적재산권정책에 정한 관련 특허정보의 개시 규정은 「의무」라고 해석되며 이러한 의무를 위반한 Qualcomm사는 문제의 특허권을 행사할 수 없다고 판시했다.¹⁹⁾ 1심 판결에 대해 Qualcomm사가 항소했지만, 2008년 12월 1일, 연방항소법원은 특허정보의 공개의무에도 불구하고 표준안이 채택되도록 특허보유 사실을 숨기는 의도적인 행위를 특허권자가 하였을 때에는 권리행사의 묵시적 포기(implied waiver)

17) CIV.A. No. 3:00cv524 (E.D. Va. May 9, 2001).

18) Rambus Inc. v. Infineon Technologies AG, 318 F.3d 1081 (Fed. Cir. 2003)

19) Qualcomm Inc. v. Broadcomm Corp. Not Reported in F.Supp. 2d, 2007 WL 1031373 S.D.Cal.,2007.

로 볼 수 있다는 이유로 항소를 기각하였다.

고액의 기술료 지급을 요구받거나 표준특허의 침해금지 및 손해배상청구를 받은 사업자가 SSO의 특허정책을 위반한 특허권자의 기회주의적 행위는 곧 반트러스트법 위반이라고 대항하거나 실제로 FTC가 동일한 이유로 시정을 명한 사례도 흔히 있다. 아래에서 상술한다.

3. 표준특허의 기회주의적 행사와 반트러스트법

가. 서면법 제2조 위반 여부

특허권의 기회주의적 행사는 기본적으로 특허권자 단독의 행위이므로 이를 반트러스트법에 의해 금지하고자 하는 경우 그 근거는 서면법 제2조나 FTC법 제5조에서 찾을 수밖에 없다. 私人이나 법무부는 FTC법 제5조를 집행할 권한이 없으므로 서면법 제2조 위반으로 제소할 수밖에 없다. FTC는 서면법 제2조 위반인 행위를 FTC법 제5조의 위반이라는 이유로 시정조치를 명할 권한을 갖는다.

(1) 서면법 제2조 위반의 일반적 요건: 경쟁배제적 행위 + 독점력의 존재

서면법 제2조는 독점(monopoly) 그 자체가 아니라 독점화행위(monopolization) 또는 독점화의 시도를 금지한다. 여기의 독점화행위라 함은 ① 어떤 의도적인 행위(deliberate or purposeful conduct) 또는 반경쟁적인 행위(anticompetitive conduct)에 의해 ② 독점력을 획득하거나 유지하거나 또는 강화하는 행위를 말한다.

여기에서 의도적인 또는 반경쟁적인 행위에 해당하는 것이 무엇인가가 문제인데 판례에 따르면 경쟁자의 경쟁능력을 불필요하게 손상하고 제한하는 경쟁배제적 행위(exclusionary conduct)를 말한다. 판례를 보면 부당염매(predatory pricing), 경쟁사업자의 사업장 인수 및 폐쇄, 생산량이나 생산능력의 확대, 가격차별, 수직적 통합, 선별적 가격 및 공급의 축소; 가격할인(price and supply

squeezes; discounting practices), 끼워 팔기, 특허권의 남용, 경쟁사업자의 생산비 증가 유도(raising rival's cost), 경쟁사업자에 대한 거래거절 또는 '필수 설비'(essential facility) 이용 거절 등이 여기에 해당할 수 있다. 다만 우월한 기술이나 통찰력 또는 근면성에 의해 독점력이 획득되거나(즉 내부성장의 경우) 시장의 협소성이나 규모의 경제성 때문에 독점력이 불가피하게 주어진 경우(즉 자연독점) 또는 역사적 사건(historic accident)의 결과로서 독점력을 취득 또는 유지하는 것은 물론 위법이 아니다.²⁰⁾

(2) 표준특허의 기회주의적 행사에 대한 서면법 제2조 적용의 한계

서면법 제2조 위반이 성립하기 위한 요건이 두 가지이므로 지적재산권의 기회주의적인 행사가 서면법 제2조 위반이 되기 위해서는 ① 지적재산권의 행사가 경쟁배제적 행위에 해당할 뿐만 아니라 ② 지적재산권자가 독점력 즉 시장 지배적 지위를 갖고 있어야 한다.

그런데 특허권 기타의 지식재산권을 보유하더라도 그 지적재산권을 적용하여 생산하는 제품과 경쟁관계에 있는 제품이 여럿 있는 것이 오히려 일반적이므로 지적재산권을 보유하고 있다는 사실 그 자체에서 독점력 또는 시장지배적 지위가 추정되는 것은 아니다. 따라서 독점력 또는 시장지배적 지위의 존재에 대한 증거가 없으면 서면법 제2조 위반의 성립을 인정할 수 없다. 그런데 독점력의 존재를 입증하기 위해서는 먼저 관련시장의 범위를 확정해야 하고 또한 그 시장 안에서 독점력이 존재하는 것을 입증해야 하는데 이러한 사실의 입증이 그렇게 쉽지 않다.

SSO의 사전신고의무화 규칙을 위반했다고 인정되더라도 서면법 제2조의 위반이 성립한다고 속단할 수 없다. 사전신고를 하지 않았기 때문에 독점력을 취

²⁰⁾ U.S. v. Grinnell Corp., 384 U.S. 563, 86 S.Ct. 1698 (1986); Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp., 472 U.S. 585, 105 S.Ct. 2847 (1985); Verizon Communications, Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP, 540 U.S. 398, 124 S.Ct. 872, 8778 (2004). 판례가 경쟁배제적 행위로 인정한 사례에 관해서는 다음 문헌을 참조. Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*, 3rd ed., (St. Paul, Minn.: Thomson/West, 2005), pp. 291 ~ 337.

득, 유지 또는 강화할 수 있었던 경우에만 서면법 제2조 위반이 성립하기 때문이다. 만약 특허권을 보유한다거나 특허 출원 중이라는 사실을 사전에 신고했다더라도 그 특허가 표준에 채택되었을 것이라면 서면법 제2조 위반이 성립하지 않는다.

RAND 또는 FRAND 조건에 의한 실시허락을 요청했지만 이를 거절한 것이 서면법 제2조 위반이라는 주장이 제기되는 경우가 적지 않다. 사후적으로 RAND 또는 FRAND 조건에 부합하지 않는 기술료를 요구하는 것은 (결국 지적재산권자가 RAND 또는 FRAND 조건으로 실시 허락하겠다는 원래의 발언이 허위였으므로) 기만이거나 (원래의 약속을 사후에 지키지 않았으므로) 계약 위반에 해당한다. 그러나 지적재산권자가 거액의 기술료 지급을 요구한다고 해서 그것이 RAND 또는 FRAND 조건 위반이라고 쉽게 단정할 수 없다. 또한 이러한 행위로 인해 독점적 지위가 취득, 유지 또는 강화되었다고 인정하는 것도 쉽지 않다.

미국 서면법 제2조에 관련된 판례법으로서 필수설비의 법리(essential facilities doctrine)가 있다. 이 법리에 의하면, 영업에 필수적인 설비의 소유자가 비차별적인 조건에 의하여 이 설비의 이용을 거부하는 경우 그로 인해 경쟁이 제한되면 서면법 제2조 위반이 성립한다. 어떤 표준을 준수하여 제품을 생산하는데 필수적인 특허발명을 필수설비로 본다면 그 특허의 실시 허락 거절은 곧 필수설비의 이용 거부에 해당하므로 서면법 제2조 위반으로 처리할 수 있다는 주장이 있다.²¹⁾ 그러나 미국의 법원들은 이 법리를 특허권 실시허락 거부에 대해 적용하는 것을 꺼려왔다. 대표적인 예를 들면, 미국의 어느 항공사가 사용하고 있었던 컴퓨터에 의한 예약 시스템은 필수적인 설비가 아니라고 판시되었다.²²⁾ 그 이유는 이 항공사가 이를 실시함으로써 경쟁사가 더 많은 비용을 부담하게 되었지만 경쟁사를 경쟁에서 제거한 것은 아니었다는 논리이었다. 이러한 논리

²¹⁾ Mark A. Lemley & Philip J. Weiser, "Should Property or Liability Rules Govern Information?," 85 *Texas Law Review* 1084 (2007); Wendy Milanese, "The Tension Must Break: The Irreconcilable Interplay Between Antitrust, Defenses to Infringement and Protection of Standardized Software Development Tools," 15 *Santa Clara Computer & High Tech L.J.* 407, 438 n.4 (1999)

²²⁾ *Alaska Airlines v. United Airlines*, 948 F.2d 536 (9th Cir. 1991).

는 업계 공동의 자발적인 노력에 의해 채택되는 기술표준과 그 요소에 해당하는 특허에 대해 필수설비의 법리를 적용하고자 하는 시도에 대해서도 그대로 적용될 수 있다.

나. FTC법 제5조 위반 여부

(1) FTC법 제5조에 의해 금지되는 행위유형: 현재의 통설

연방거래위원회법 제5조는 불공정한 경쟁방법(unfair method of competition)과 불공정하거나 기만적인 행위(unfair or deceptive acts or practices)를 금지하는데 다른 반트러스트법 위반행위는 모두 여기의 불공정한 경쟁방법에 해당한다. 다른 반트러스트법의 위반은 아니지만 불공정한 경쟁방법에 해당하는 행위를 연방거래위원회가 금지할 권한을 가진다는 판례가 과거에 있었지만 그 범위가 불분명하고 근래에 들어 연방거래위원회가 이러한 권한을 행사한 사례도 없다. 따라서 연방거래위원회가 이러한 권한을 갖는다고 인정하더라도 현재로서는 실제로 쓰이지 않는退化된 권한인 것이 분명하다.²³⁾ 즉 FTC법 제5조에 의해 FTC가 금지할 수 있는 행위의 범위가 여타의 반트러스트법에 의해 금지되는 행위의 범위보다 넓지 않다는 것이 현재의 지배적인 견해이다. 또한 불공정한 행위와 기만적 행위는 모두 소비자의 이익을 침해하는 행위에 해당하므로 다른 반트러스트법 위반행위 또는 불공정한 경쟁방법과 질적으로 다르다.²⁴⁾ 따라서 아래와 같은 Leibowitz 위원장의 입장은 현재의 통설에 어긋난 것이다.

(2) Leibowitz 위원장의 입장

²³⁾ Richard A. Posner, "The Federal Trade Commission: A Retrospective," 72 *Antitrust L.J.* 761, 766 (2005)(FTC법 제5조는 셔먼법 및 클레이튼법에 의해 금지되지 않는 행위도 불공정한 경쟁방법으로서 금지한다고 보는 견해가 과거에 있었고 오늘날에도 이러한 주장을 가끔 볼 수 있지만 이제는 더 이상 유지될 수 없는 견해이다. 셔먼법과 클레이튼법이 지금은 너무 넓게 해석되고 있어 FTC법 제5조의 확대해석으로 채워야 할 필요가 있는 공백이 이제 더 이상 존재하지 않는다); Hobert Hovenkamp, *supra* note 20, p. 596; Ernest Gellhorn & William E. Kovacic, *Antitrust Law and Economics*, (St. Paul, Minn.: West Pub. Co., 1994), p. 453; 이문지, "미국 연방거래위원회법 제5조와 불공정거래행위 금지의 법리," 「안암법학」 제5호, 1997, 118 ~ 124쪽.

²⁴⁾ 이문지, 주 23의 글, 124 ~ 131쪽.

후술하듯이 현재의 FTC 위원장 Leibowitz와 Rosch 위원 및 Harbour 위원은 N-Data 심결에서 표준특허가 기회주의적으로 행사되더라도 경쟁배제행위가 아니어서 셔먼법 제2조 위반이 아닌 경우에도 FTC법 제5조 위반으로 금지할 수 있다는 입장을 취하였다.

Leibowitz 위원장은 과거 심결을 통해 현재의 통설이 부당하게 제5조를 축소 해석한 것이고 입법사나 법문 그리고 연방대법원의 판례²⁵⁾로 볼 때 의회의 의도가 무엇이었는지 명료하게 드러나며 FTC의 권한은 흔히 생각하는 것보다 훨씬 넓다고 주장한 사실이 있다.²⁶⁾ Leibowitz 위원장에 의하면 어떤 단독행위를 FTC법 제5조 위반이라고 인정하기 위해서 FTC가 실제로 경쟁제한적 위험이 존재한다는 사실을 증명할 필요가 없고 “강압성(oppressiveness), 독자적 정당화사유(independent business justification)의 不在, 反경쟁적 의도, 강탈(predation), 공모(collusion), 기만(deceit), (또는) 경쟁 저해의 위험(a tendency to impair competition)”과 같은 “충분한 反경쟁적 속성”(sufficient anti-competitive attributes)을 증명하면 족하다. 이러한 요건은 셔먼법 제2조 위반이 성립하기 위한 요건 즉 경쟁배제적 행위 및 독점력의 존재와 비교할 때 매우 느슨하다. 결국 결국 Leibovits 위원장은 과거의 판례²⁷⁾에서 인정되던 萌芽除去理論²⁸⁾(incipiency doctrine)을 현대에 맞게 수정하여 부활시켜 부활시키자는 주장을 하고 있는 것으로 보인다. 만약 다른 FTC의 다른 위원들이 Leibowitz의 견해에 동조한다면 FTC의 자세가 종전보다 공세적인 것으로 전

25) *FTC v. Sperry & Hutchison Co.*, 405 U.S. 233, 244 (1972) 이 판결은 FTC법 제5조는 다른 반트러스트법처럼 경쟁제한적 결과를 초래할 위험이 있는 행위를 금지한다는 제한을 받지 않는다고 판시했지만 사실은 불공정한 경쟁방법이 아니라 불공정한 행위의 성립 여부에 관한 판결이다. 이문지, 주 23의 글, 125 ~ 126쪽.

26) *Rambus, Inc.*, FTC Docket No. 9302 (Aug. 2, 2006) (concurring opinion of Commissioner Jon Leibowitz), available at <<http://www.ftc.gov/os/adjpro/d9302/060802rambusconcurringopinionofcommissionerleibowitz.pdf>>(visited Nov. 13, 2009).

27) *FTC v. Motion Picture Advertising Service*, 344 U.S. 392 (1953); *Grand Union Co. v. FTC*, 300 F.2d 92 (2d Cir. 1962); *FTC v. Brown Shoe Co.*, 384 U.S. 322, 86 S.Ct. 1501, 1504, 1506 (1966).

28) 제5조는 잠재적 반트러스트법 위반행위, 다시 말해서 완전하게 실행되면 셔먼법이나 클레이튼법 위반이 될 것이지만 아직은 위법이 아닌 행위를 초기단계에서 중지시킬 권한을 FTC에게 부여한 것이라고 보는 이론을 가리킨다.

환할 것이 분명하다.

III. 표준특허의 기회주의적 행사와 反트러스트법 관련 FTC의 심결례 및 연방법원의 판례

1. Dell 사건 FTC 심결

표준설정 과정 중에 행해지는 반경쟁적 행위를 금지하기 위해 FTC가 FTC법 제5조에 근거한 광범위한 권한을 사용하겠다는 의도가 드러난 첫 번째 사건이다. FTC의 주장에 의하면 이 사건에서 Dell은 컴퓨터의 중앙처리장치(CPU)로부터 주변장치로 데이터를 전달하는 공통선로의 디자인을 위한 표준²⁹⁾을 설정하는 표준설정기관(Video Electronics Standards Association; VESA)에 대해 자사가 관련 특허를 (1년 전에 취득하였음에도 불구하고) 보유하고 있지 않다고 서면으로 확인하였고 표준이 채택된 후 그 표준을 수용하여 컴퓨터를 생산, 판매하던 기업들에게 그 표준의 적용에 필수적인 자사의 특허권을 행사하고자 하였다. 이 사건은 FTC가 제시한 동의명령안에 대해 Dell이 동의함으로써 1996년 10월 동의명령이 확정되어 종결되었다.³⁰⁾

문제는 FTC가 심판청구서(complaint)에서 FTC법 제5조의 위반인 불공정 경쟁이라는 사실만 주장하였고 (Dell과의 합의 후 확정된 동의명령을 내리는) 심결에서 Dell이 특허권 보유 사실을 숨겼기 때문에 시장지배력을 획득하였을 가능성이 있다고 지적하였을 뿐이라는 사실이다. 다시 말해서 Dell이 특허권 보유 사실을 밝혔더라면 Dell의 특허가 적용되지 않은 표준이 설정되었을 것이라는 사실은 입증되지 않았다 따라서 당시의 위원장 Mary Azcuenaga은 Dell의 행위가 위법이라고 보는 근거가 서면법 제2조의 독점화행위라는 것인지 아니면 그 보다 넓은 개념인 연방거래위원회법 제5조 위반의 불공정 경쟁이라는 것인지 다수의견이 분명히 명시하지 않은 사실에 대해 문제를 제기하였다.³¹⁾

29) 이 표준은 나중에 VESA Local Bus 또는 VL-Bus라는 이름을 갖게 되었다.

30) Dell Computer Corp., 121 F.T.C. 616, 1996 FTC LEXIS 291 (1996).

31) See id. p. 627 (Comm'r Azcuenaga, dissenting) (Dell에 대한 심판청구서는 FTC법 제5조 위반이라는 주

2. UNOCAL 사건 FTC 심결

미국 캘리포니아 대기자원국(California Air Resources Board)이 하계용 휘발유(summertime reformulated gasoline)의 표준을 책정할 때 Unocal사가 자사의 기술을 표준에 채택하도록 로비를 하는 한편 비밀리에 당해 기술에 관해 특허권을 취득하였던 것이 문제로 되었다. 미국 연방거래위원회(이하 연방거래위원회라 약함)는 2003년 만장일치로 Unocal사의 행위가 독점화 행위로서 반트러스트법 위반인 여부에 관한 심결을 개시한다는 결정을 내렸다. 2005년 7월 Unocal은 문제의 특허권을 행사하지 않겠다는 동의명령에 합의했다.³²⁾

3. RAMBUS 사건 FTC 심결, 연방항소심 및 연방대법원 판결

이 사건은 SSO(Joint Electronic Devices Engineering Committee; 이하 JEDEC라 약한다)에서 SDRAM 표준규격 책정 당시 Rambus 미국 본사가 관련된 특허를 출원했다는 사실을 밝히지 않고 사후적으로 권리를 행사한 것이 문제로 되었다.

가. FTC 심결

2002년 6월 FTC는 Rambus사의 FTC법 제5조 위반 여부에 관한 조사를 개시한다고 발표했지만 2004년 2월 행정법 판사는 FTC법 위반이 증명되지 않았다고 판단했다(initial decision). SSO(EIA/JEDEC의 특허정책은 필수특허를 무기에 자주적으로 공개하도록 권장하고 있을 뿐이므로 Rambus사가 이 정책을 위반하지 않았고 JEDEC의 표준화와 Rambus사의 독점력 획득 사이에 인과관계가 없다는 등을 이유로 들었다.³³⁾

2006년 7월 FTC는 Rambus가 출원 중인 특허가 있다는 사실을 표준설정 과

장의 근거가 판례법의 어디에 있는지 분명히 적시하지 않고 있다).

³²⁾ See Union Oil Co. of Cal., FTC Docket No. 9305, Decision and Order (Aug. 2, 2005), available at <<http://www.ftc.gov/os/adjpro/d9305/050610do9305.pdf>>(visited Nov. 13, 2009).

³³⁾ (visited Nov. 13, 2009)<<http://www.ftc.gov/opa/2004/02/rambusid.shtml>>

정 중에 SSO 회원들에게 알리지 않았던 것은, 표준에 채택된 컴퓨터 메모리 기술 시장을 독점화하려는 일련의 행위의 일부이므로 Rambus에게 셔먼법 제2조 위반의 경쟁배제적 행위에 해당한다고 전원일치로 인정하였다.³⁴⁾ FTC의 주장에 따르면 Rambus가 표준설정 과정에서 SSO에 대해 기만적 행위를 하지 않았다면 (1) Rambus의 특허 기술 대신에 다른 기술을 SSO가 선택하였거나 아니면 (2) SSO가 여전히 (다른 기술보다 우월한) Rambus의 기술을 선택하지만 Rambus로부터 합리적이고 비차별적인(RAND) 조건으로 특허기술 사용을 허락하겠다는 약속을 받아 내었을 것이다. 따라서 Rambus는 어느 경우이든 셔먼법 제2조의 위반의 죄책이 있다는 것이 FTC의 입장이었다.

나. 항소심 및 대법원 판결

FTC의 최종 심결에 관해, Rambus사는 2007년 4월 4일 D.C. 항소법원에 불복의 소를 제기했다. 2008년 4월 22일, D.C. 항소법원은, 특허권 보유 사실을 공개하지 않은 사실이 FTC법 제5조 위반을 인정하는 근거가 될 수 없으며 Rambus사의 행위가 경쟁배제적이라는 것을 연방거래위원회가 입증하지 못했다고 판시하고 연방거래위원회의 심결을 취소했다.³⁵⁾ FTC가 주장한 기만이 없었다고 가정할 때 Rambus의 특허가 포함되지 않은 기술표준을 SSO가 설정했을 것임을 FTC가 입증하지 못했으므로 Rambus가 셔먼법 제2조 위반의 책임을 진다고 볼 수 없다는 것이 D.C. 항소법원의 판단이었다.³⁶⁾ FTC는 2008년 다시 연방대법원에 상고했지만 2009년 2월 23일, 연방대법원은 연방거래위원회의 상고를 기각했다.³⁷⁾

³⁴⁾ See Rambus, Inc., FTC Docket No. 9302, Opinion of the Commission (Aug. 2, 2006), (visited Aug. 13, 2009) <<http://www.ftc.gov/os/adjpro/d9302/060802commissionopinion.pdf>> .

³⁵⁾ Rambus, Inc. v. FTC. 522 F.3d 456 (D.C. Cir. 2008), cert. denied, No. 08-694, 2009 WL 425102 (Feb. 23, 2009).

³⁶⁾ See id. at 466-67.

³⁷⁾ FTC v. Rambus, Inc., __ U.S. __, 77 U.S.L.W. 3346 (2009).

4. Broadcom v. Qualcomm 사건에 대한 1심 및 제3항소법원의 판결

이 사건은 WCDMA 표준 규격의 설정에 참가해 관련 특허를 보유한 사실을 밝히고 이 특허를 FRAND 조건으로 실시 허락하겠다는 약속서를 제출한 Qualcomm사와 동 표준 규격의 이용자인 Broadcom사 사이에 실시허락 협상이 결렬된 후에 Qualcomm사가 고액의 기술료 및 부당한 실시허락 조건의 감수를 요구한 것은 셔먼법 제2조 위반인 독점화행위에 해당한다는 이유로 Broadcom사가 뉴저지 주 연방 지방법원에 제소함으로써 시작되었다.

이 사건에서 FRAND 조건으로 특허기술을 실시 허락하겠다는 약속을 SSO가 믿고서 Qualcomm의 기술을 표준에 채택하였지만 Qualcomm이 나중에 그 약속을 어긴 것이 셔먼법 제2조 위반이라고 Broadcom이 주장하였지만 Qualcomm사는, 130개 이상의 사업자와 실시허락계약을 체결한 실적이 FRAND에 반하는 불공정한 조건으로의 라이선스 강요를 하고 있지 않는 것의 증거라고 반박하였다. 2006년 9월 1심 법원이 반트러스트법 위반의 입증이 불충분하다는 이유로 Broadcom의 청구를 기각하자 Broadcom이 항소했다.

2007년 9월 4일, 제3항소법원은, 표준이 책정되는 배경에 해당하는 사실관계를 볼 때 (1) 특허권자가 필수 특허 기술을 FRAND 조건으로 이용 허락한다는 취지이지만 허위의 약속을 고의로 행하였고, (2) 표준화기구가 그 표준에 해당 필수 특허를 포함시킬 때 그 약속을 신뢰하였고 (3) 특허권자가 사후에 약속을 이행하지 않는 경우, 경쟁제한적 행위에 해당한다는 일반론을 실시하고 셔먼법 제2조가 금지하는 위법한 독점화행위가 성립하기 위한 요건 사실을 Broadcom이 적시하고 있다고 인정한 다음, 1심 판결을 일부 파기해, 환송하였다.³⁸⁾

2008년 D.C.항소법원은 Rambus 판결에서 제3항소법원의 2007년 Qualcomm 판결에 대해 다음과 같이 평가하였다. 즉 Qualcomm 사건에 대한 제3항소법원의 판결이 ‘기만행위로 인해 SSO가 다른 기술을 외면하게 되었다는 주장에 기초한다는 점에서는 경쟁제한의 해악(cognizable competitive harm)에 근거한 판결이었지만³⁹⁾ 그러나 Qualcom 판결의 근거가 되었던 기만행위가 오로지 독

³⁸⁾ Broadcom Corp. v. Qualcomm, Inc., 501 F.3d 297 (3d Cir. 2007).

³⁹⁾ Rambus, 522 F.3d at 466.

점기업의 가격을 인상하는 효과 밖에 없었다는 점에서는 이 판결은 현재 유효한 연방대법원 판례에 어긋난 것이었다.⁴⁰⁾ 따라서 이 문제에 관해서는 제3항소법원과 D.C.항소법원의 입장이 충돌하는 것으로 보인다.

5. N-Data 사건 FTC 심결

Negotiated Data Solutions, LLC 사건(이하 N-Data 사건이라 약한다)은 표준특허 관련 사안에 대해 FTC가 그 권한을 행사한 가장 최근의 사례이자 FTC법 제5조를 가장 넓게 해석하여 적용한 사안에 해당한다.

표준 책정 시에 원래의 특허권자(National Semiconductor)가 일시금 1,000달러라는 명목적인 기술료만 받고 특허기술을 실시 허락하겠다는 확약서를 제출하여 표준에 채택된 특허기술이 Vertical Networks사를 거쳐 N-Data에게 양도된 후 최후의 양수인 N-Data가 확약서와 달리 과도한 기술료를 요구하고 불응하는 상대방에게는 제소하겠다고 위협한 것이 문제되자 연방거래위원회가 조사를 개시했다. 과거의 Dell, Unocal, 그리고 Rambus 사건에서는 표준설정 과정에서 특허권을 보유하고 있거나 특허를 출원 중이라는 사실을 알리지 않은 기만행위가 문제되었지만 이와 달리 이 사건에서는 특허권의 보유를 은폐하거나 기만한 사실이 없었고 약속을 위반한 사실만 존재하므로 이러한 행위는 셔먼법 제2조를 위반한 것은 아니었다. 이 사건의 심판청구서를 보면 실제로 셔먼법 제2조 위반이라거나 경쟁배제적 행위라는 주장도 없었다.⁴¹⁾

2008년 2월 20일 FTC는 3대 2의 다수결로 문제의 행위가 FTC법 제5조 위반에 해당하는 ‘불공정한 경쟁방법’(unfair method of competition)이라고 결정했다.⁴²⁾ 당시의 위원 Leibowitz와 Rosch 그리고 Harbour가 가담했던 다수의견은 그 이유로서 표준특허권을 이런 방식으로 행사하는 것은 현실적으로 표준에

⁴⁰⁾ Id. (citing NYNEX Corp. v. Discon, Inc., 525 U.S. 128 (1998)).

⁴¹⁾ See Negotiated Data Solutions LLC, FTC File No. 0510094, Statement of the Federal Trade Commission (Jan. 23, 2008), available at <<http://www.ftc.gov/os/caselist/0510094/080122statement.pdf>>(visited Nov. 13, 2009).

⁴²⁾ Analysis of Proposed Consent Order to Aid Public Comment, Negotiated Data Solutions LLC, FTC File No. 051 0094 (Jan. 23, 2008), available at <<http://www.ftc.gov/os/caselist/0510094/080122analysis.pdf>>(visited Nov. 13, 2009).

간한 기업에 대해 본질적으로 강압적인(inherently coercive and oppressive) 것이라는 사실을 들었다.⁴³⁾ 이러한 다수의견에 대해 소수의견에 가담했던 당시의 위원장 Majoras는 특히 실시 허락의 조건에 관한 과거의 약속을 위반한 행위가 셔먼법 위반이라는 입증이 없음에도 불구하고 FTC법 제5조 위반으로 금지하는 것은 FTC를 ‘미끄러운 수렁’(slippery slope)으로 밀어 넣는 것이라고 비판하였다. 또한 일상적인 계약위반 가운데 ‘불공정한 경쟁방법’에 해당하는 것이 어떤 것인지 식별하는 원칙을 전혀 제시하지 않았음을 지적하였다. Rosch 위원도 N-Data 사건의 사실관계에서 ‘경쟁배제적 행위’가 존재하는 것을 발견한 사실이 없음을 나중에 명백히 시인하였지만⁴⁴⁾ 다수의견에 가담하였다.

다수의견은 또한 문제의 행위가 FTC법 제5조에 의해 금지하는 ‘불공정한 행위’(unfair practice)에도 해당한다고 주장하였지만 원래 제5조가 금지하는 불공정한 행위는 소비자 이익을 침해하는 행위를 가리키는 것이었지 N-Data의 기술료 지급 요구를 받는 대규모 기업에 관련된 경쟁 관련 사안에 적용되는 것은 아니었다. 이에 대해 당시의 위원장 Majoras는 “소비자보호를 위해 주어진 권한을 상업적 거래에 개입하기 위해 사용하는 것에 대한 심각한 정책적 우려”를 표시하였다.⁴⁵⁾

결국 다수의견에 따라 FTC법 제5조의 위반을 인정한 끝에 N-Data와의 합의에 따른 동의명령으로 사건이 종결되었지만⁴⁶⁾ 셔먼법 제2조 위반이 성립되지 않는 사안에 대해 FTC법 제5조 위반을 인정한 오류라고 지적받을 가능성이 있는(controversial) 것이었음은 부인할 수 없었다.⁴⁷⁾

⁴³⁾ Analysis of Proposed Consent Order to Aid Public Comment, Negotiated Data Solutions LLC, FTC File No. 051 0094 (Jan. 23, 2008), available at <<http://www.ftc.gov/os/caselist/0510094/080122analysis.pdf>>(visited Nov. 13, 2009).

⁴⁴⁾ Interview with J. Thomas Rosch, Federal Trade Commissioner, *ANTITRUST*, Spring 2009, p. 41.

⁴⁵⁾ Dissenting Statement of Chairman Majoras, Negotiated Data Solutions LLC, FTC File No. 051 0094 (Jan. 23, 2008), available at <<http://www.ftc.gov/os/caselist/0510094/080122majoras.pdf>>(visited Nov. 13, 2009).

⁴⁶⁾ See Negotiated Data Solutions LLC, FTC Docket No. C-4234, Complaint (Sept. 22, 2008), available at <<http://www.ftc.gov/os/caselist/0510094/080923ndscomplaint.pdf>>(visited Nov. 13, 2009).

⁴⁷⁾ See, e.g., J. Thomas Rosch, Comm’r, Fed. Trade Comm’n, One Retrospective View of the Commission’s Activities, Remarks Before the Washington State Bar Association Antitrust and

IV. FTC 심결의 최근 동향에 대한 평가와 전망

1. FTC 심결의 비교 분석

표준특허의 기회주의적 행사에 대해 FTC가 규제권한을 행사했던 Dell, N-Data, Unocal, Rambus 그리고 Qualcomm 사건의 경과를 비교, 분석하면 다음과 같은 두 가지 쟁점이 부각된다. 첫째로, 표준설정 절차를 진행하면서 SSO에 대한 기만행위가 있어야 FTC법 제5조 위반의 책임이 성립하는지 여부가 문제된다. 다음으로 경쟁사업자 배제행위가 FTC법 제5조 위반의 성립 요건인가 나아가 셔먼법 제2조 위반이 아닌 행위를 금지하기 위해 FTC법 제5조를 적용할 수 있는지 여부가 문제된다.⁴⁸⁾

첫 번째 문제에 관해 가장 최근에 나온 N-Data 심결을 기준으로 판단한다면 표준특허의 기회주의적 행사에 대해 FTC법 제5조 위반의 책임을 묻기 위한 요건으로 SSO에 대한 기만행위가 요구되지 않는다는 것이 FTC의 입장이다. 사실은 표준설정과정에 참여한 사실이 없어도 FTC법 제5조 위반이 인정될 수 있다. N-Data 심결에서 소수의견에 가담했던 당시의 위원장 Majoras가 반대의견에서 지적했듯이 Dell, Unocal 그리고 Rambus사건의 피심인들과 달리 N-Data나 N-Data 이전의 특허권 보유 사업자 누구도 기만행위를 한 사실이 없다. 그럼에도 불구하고 다수의견은 N-Data가 FTC법 제5조를 위반했다고 인정하였다. 더구나 현재 법무부와 FTC의 경제학적 분석의 최고위 책임자인 Carl Shapiro와 Joseph Farrell이 작성한 학문적 논평에 의하면 순수한 경제이론으로 볼 때 표준특허의 기회주의적 행사가 실효를 거두는가 여부는 기만행위(guile)가 있었는가 여부에 의해 영향을 받는 것이 거의 없다.⁴⁹⁾ 따라서 표준특허의 기회주의적 행사에 대한 FTC의 (Dell, Unocal, 그리고 Rambus와 같은 사

Consumer Annual CLE Meeting 6 (Nov. 6, 2008), available at <<http://www.ftc.gov/speeches/rosch/081106roschwashingtontatebarassoc.pdf>> (acknowledging that "[i]n short, it was a controversial decree")>(visited Nov. 13, 2009).

⁴⁸⁾ Hockett & Lipscomb, "Best FRANDs Forever? Standard-Setting Antitrust Enforcement in the United States and the European Union," 23-SUM ANTIITR 21 ~ 22 (2009).

⁴⁹⁾ See Joseph Farrell, John Hayes, Carl Shapiro & Theresa Sullivan, "Standard Setting, Patents, and Hold-Up," 74 ANTIITRUST L.J. 604 (2007).

건에서의) 과거 심결 및 Broadcom 사건에 대한 제3항소법원의 판결은 각기 반트러스트법 위반의 책임이 성립하기 위한 요건으로서 기만행위의 존재를 요구하지만⁵⁰⁾ 앞의 경제학적 논평이나 N-Data사건 심결의 다수의견은 과거와 다른 해석이론을 지지한다.

두 번째 쟁점은 경쟁사업자 배제행위(exclusion)가 존재해야 FTC법 제5조가 성립하는가 여부이다. Shapiro와 Farrell에 의하면 문제의 특허기술이 대안에 해당하는 다른 기술보다 우월하기 때문에 기만행위가 없었더라도 표준에 채택되었을 가능성이 많은 경우에도 기만행위가 반드시 무해한 것은 아니라고 지적한다. 그 이유로서 첫째, 경쟁적 가격으로 최선의 기술을 선택하는 수단이 되는 복수 기술 간의 경쟁 과정이 기만행위에 의해 붕괴되기 때문이며 설령 경쟁에 의해 기술을 선택하는 것이 활용 불가능한 상황이고(after market test is subverted) 최선의 기술이 채택되었을 것이라고 기대할 수 있는 경우에도 기만행위는 반트러스트정책과 전혀 합치될 수 없다고 주장한다.⁵¹⁾ 다음으로 기만행위는 다른 사업자의 희생을 바탕으로 기만을 하는 당사자의富를 늘리는 것이 보통이며 기만행위가 표준에 채택되는 기술을 변경하지기술을 경우에도 이것은 마찬가지이기 때문이라고 주장한다.⁵²⁾ Shapiro와 Farrell이 현재 법무부와 FTC에서 경제적 분석을 담당하는 최고위 책임자로서 근무하고 있다는 사실을 고려한다면 SSO에 대한 기만행위에 관한 그들의 견해는 FTC가 앞으로 행할 반트러스트법 집행 특히 FTC법 제5조의 해석과 적용에 적지 않은 영향을 미칠 가능성이 충분하다. 결국 두 번째 쟁점 즉 경쟁배제행위가 존재하지 않더라도 FTC법 제5조 위반의 책임을 물을 수 있는지 여부의 문제에 관해 FTC는 (최근에 나온 연방대법원의 Rambus사건 판결에도 불구하고) 이를 긍정하는 방향으로 움직이고 있는 것으로 보인다.

50) Bruce H. Kobayashi & Joshua D. Wright, "Federalism, Substantive Preemption, and Limits on Antitrust: An Application to Patent Holdup," *J. COMPETITION L & ECON.* (forthcoming 2009) (manuscript at 25), available at <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1143602> (visited Nov. 13, 2009).

51) Farrell et al., *supra* note 49, p. 657.

52) *Id.*

2. 연방법원에 의한 이후의 수용 여부에 관한 전망

(1) D.C. 연방항소법원 및 연방대법원의 Rambus 판결이 갖는 무게

경쟁사업자 배제행위가 없는 경우에 FTC법 제5조 위반이 성립한다고 FTC가 심결을 내리고 피심인이 이에 불복하여 상소한다면 항소심이 어떤 판결을 내릴까? 특허권의 기회주의적 행사가 반트러스트법 위반이라는 이유로 기업이 민사소송을 제기한다면 피고는 제3항소법원의 Qualcomm 사건 판결로 대응할 것이고 원고는 이에 대해 다시 D.C. 항소법원의 Rambus 사건 판결로 대처할 것이 분명하다. 그러나 Qualcomm 사건 판결은 FTC에게 별다른 도움이 되지 않을 것이다. 특허권을 기회주의적으로 행사하는 기업에게 이를 시정하도록 FTC가 명령하는 경우 당해 기업은 Rambus 판결을 내린 D.C. 항소법원에 불복의 소를 제기할 것이 분명하기 때문이다. 따라서 연방대법원이 다른 취지의 판결을 내리지 않는 한 특허권의 기회주의적 행사를 금지하기 위해 FTC가 (서면법 제2조 위반이 아닌 행위에 대해) FTC법 제5조를 적용하고자 하더라도 Rambus 판결 때문에 실효를 거두기 쉽지 않을 것으로 보인다. 사실 FTC의 Jon Leibowita 위원장도 특허권의 기회주의적 행사를 서면법 제2조 위반이라는 이유로 FTC가 금지한 사건에서 FTC가 승소하기 어려운 경우가 많다는 사실을 최근 시인했다.⁵³⁾ 따라서 Leibowita위원장은 특허권의 기회주의적 행사를 금지하기 위해 그의 표현을 빌리자면 ‘적용범위가 반트러스트법을 능가하는’(go beyond the antitrust laws) FTC법 제5조의 권한을 FTC가 사용하는 것을 옹호했던 것이다.⁵⁴⁾

여기에서 간과할 수 없는 것은 서면법에 의해 금지되는 범위 밖에 있는 행위를 FTC가 규제하고자 몇 번이나 시도했지만 그 때마다 연방항소법원 판결에 의해 좌절되었던 역사가 있었고⁵⁵⁾ 그러한 역사에 의해 FTC법 제5조에 의해

⁵³⁾ ABA Section of Antitrust Law Spring Meeting, Roundtable Conference with Enforcement Officials, ANTI-TRUST SOURCE, Apr. 2009, p. 13, <<http://www.abanet.org/antitrust/at-source/09/04/Apr09-EnforcerRT4-29f.pdf> [hereinafter Roundtable Conference with Enforcement Officials]> (visited Nov. 13, 2009).

⁵⁴⁾ Id. p. 3.

금지되는 범위에 관한 현재의 통설은 그만큼 강고한 지위를 차지하게 되었다는 사실이다. 오랜 세월에 걸쳐서 형성된 판례법 이론은 미국 특유의 사회적 환경과 문화를 반영하는 것이므로 하루 아침에 이것이 허물어질 것이라고 단정하기 어렵다.

(2) FTC의 최근 동향에 대한 엄중한 비판

Dell, UNOCAL, N-Data 사건에 대한 FTC의 심결은 FTC법 제5조에 관한 통설적 해석이론에 합치한다고 반드시 볼 수 없는 측면이 많았지만 피심인의 합의에 따라 동의심결로 종결되었다. 피심인이 동의명령에 합의한 이유가 무엇이었는지 분명히 알기 어렵지만 FTC의 법 집행 의지가 일단 주효한 것임은 분명하다. 그러나 앞으로 유사한 사례에서 피심인이 FTC의 심결에 불복한다고 가정한다면 항소법원이 어떤 판결을 내릴지 예측하기 쉽지 않다. 항소법원은 아마도 과거의 선결례와 함께 미국 내의 여론 동향을 참작하지 않을 수 없을 것이다.

앞에서도 지적했지만 FTC의 최근 동향에 대해 미국 상공회의소는 업계를 대표하여 제5조의 확장해석, 적용에 반대한다는 입장을 분명히 표명하면서 다음과 같이 비판하고 있다.⁵⁵⁾ FTC의 입장에 동조하는 연방법원 판결이 나오려면 FTC가 이러한 비판에 대해 설득력 있는 반박의견을 제시하여야 하지만 아직은 그렇지 못한 것으로 보인다.

미국 상공회의소의 주장에 따르면 우선 FTC가 금지할 수 있는 행위유형을 확대하기 위해 제5조를 확장해석하자는 어떤 제안도 이를 정당화하기가 쉽지 않다. 우선 누구나 경쟁적이고 유해하다고 인정하지만 기존의 反트러스트법에 의해 과거에는 금지할 수 없었던 행위유형이 존재해야 한다. 그런데 ‘공모 참가의 초대’ 관련 사안을 제외한다면 이러한 행위유형이 존재하지 않는다. 다음으로 이러한 행위유형이 존재한다고 가정하더라도 예측 가능성과 규제의 정

⁵⁵⁾ See *E.I. du Pont de Nemours & Co. v. FTC*, 729 F.2d 128 (2d Cir. 1984); *Boise Cascade Corp. v. FTC*, 637 F.2d 573 (9th Cir. 1980); *Official Airline Guides Inc. v. FTC*, 630 F.2d 920 (2d Cir. 1980).

⁵⁶⁾ U.S. Chamber of Commerce, *supra* note 9, pp. 7 ~ 9.

당성이 확보되며 사업자들이 충분히 준수할 수 있는 기준이 제시될 수 있어야 한다. 그러나 제5조와 같은 일반조항(catch-all provision)에 내재하는 고도의 재량성으로 인해 FTC에 의한 권한행사의 오류와 월권(mistakes and over-reaching)이 발생하고 이후 법원에 의해 과기되는 사태가 반복됨으로써 국민경제 전체에 큰 부담을 주지 않도록 효과적으로 통제하는 방안이 제시된 적이 없다. 이러한 기본적 문제에 대해 만족할만한 답변을 할 수 없다면 제5조를 확장 해석하고 적용할 경우 이로 인한 失보다 得이 많을 것이라고 확신할 수 없다는 주장이다.

따라서 과거에 이미 反트러스트법 위반으로 인정되고 있지 않았던 행위유형에 대해 FTC가 그 권한을 확대 행사하기 위해서는 먼저 제5조의 적용범위에 관한 적절한 기준과 한계(sensible guidelines and limitations)를 제시하는 것이 무엇보다 중요하다고 Leibowitz 위원장 자신도 평위원 시절에 시인한 바 있다.⁵⁷⁾ 그러나 이러한 기준과 한계에 관해 만족할만한 의견을 제시한 사람은 아직까지 없었다. 특히 이러한 기준으로 제시된 기준으로서 ‘강압성’(oppressiveness)이 있지만 이러한 용도에 사용하기 적합지 않은 개념이다.⁵⁸⁾ 강압성은 사실 FTC가 1960년대와 1970년대에 소비자보호 사건을 처리하고 규칙을 제정하면서 ‘불공정성’(unfairness)을 정의하기 위해 사용하자고 제안했던 요소 가운데 하나였지만 엄청난 반발에 부딪쳐서 제5조에 의해 금지되는 불공정행위(unfair acts or practices)의 개념을 축소하고 말았던 사실이 있다.⁵⁹⁾

마지막으로 과거에 이미 反트러스트법 위반으로 인정되고 있지 않았던 행위유형이 있더라도 여기에 대처할 수 있는 다른 구제수단이 존재한다면 제5조의 권한을 확장 해석하는 것은 정당화될 수 없다. 예컨대 N-Data 사건에 대해서도 문제의 행위가 셔먼법에 금지되는 행위에 해당하지 않음이 일단 인정되었지

57) See Remarks of Commissioner Leibowitz, FTC Section 5 Workshop at 5 (Oct. 17, 2009), <www.ftc.gov/bc/workshops/section5/docs/jleibowitz.pdf> (visited Nov. 13, 2009).

58) Cf. Welcoming Remarks, Commissioner J. Thomas Rosch, FTC Section 5 Workshop at 3 (Wash. D.C. Oct. 17, 2008) <<http://www.ftc.gov/speeches/rosch/081017section5wksp.pdf>> (visited Nov. 13, 2009)

59) See, e.g. T.M. Schwartz & A.S. Hardy, FTC Rulemaking: Three Bold Initiatives and Their Legal Impact at 8, 18 19 (FTC 90th Anniversary Symposium, Sept. 22, 2004), <<http://www.ftc.gov/ftc/history/docs/040922schwartzhrdy.pdf>>(visited Nov. 13, 2009)

만 관련 州의 계약법이나 불법행위법에 의해 처리하는 것이 더 낫지 않은가 여부가 검토 과제로 대두되었다. FTC 자신도 특허법처럼, 상대적으로 더 적합한 법규의 수정에 의해 대처하는 것이 더 낫지 않은지 신중하게 검토한 바 있었다.⁶⁰⁾

[논문투고일 : 2009. 11. 16, 논문심사일 : 2009. 12. 15, 게재확정일 : 2009. 12. 23]

▶ **주제어** 표준설정, 표준설정기구, 특허정책, 표준특허의 기회주의적 행사, 알박기, 反트러스트법, 경쟁법, 연방거래위원회법 제5조

⁶⁰⁾ See To Promote Innovation: The Proper Balance of Competition and Patent Law and Policy (FTC, Oct. 2003) <<http://www.ftc.gov/os/2003/10/innovationrpt.pdf>>(visited Nov. 13, 2009)

| 참고문헌 |

- 이문지, “미국 연방거래위원회법 제5조와 불공정거래행위 금지의 법리,” 「안암 법학」 제5호, 1997.
- 정영진, “표준화와 시장지배적 지위 남용행위: 램버스 사건 결정을 중심으로,” 「경쟁저널」 제129호, 2006.
- ABA Section of Antitrust, *Handbook on the Antitrust Aspects of Standards Setting*, Chicago, Il.: ABA, 2004.
- Farrell, Hayes, Shapiro & Sullivan, “Standard Setting, Patents, and Hold-Up,” 74 *Antitrust L.J.* 604 (2007).
- Gellhorn & Kovacic, *Antitrust Law and Economics*, St. Paul. Minn.: West Pub. Co., 1994.
- Hobert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice* St. Paul, Minn.; West Publishing Co., 1994.
- Hockett & Lipscomb, “Best FRANDs Forever? Standard-Setting Antitrust Enforcement in the United States and the European Union,” 23-SUM *ANTITR* 19 (2009).
- Lemley & Weiser, “Should Property or Liability Rules Govern Information?,” 85 *Texas Law Review* 1084 (2007).
- Marshall, Frances “A Brief Survey of Potential Sources of Liability for Failure to Disclose Patent to Standard-Setting Organizations During the Standard-Setting Process,” 964 *PLI/Pat* 867 (2009).
- Milese, Wendy. “The Tension Must Break: The Irreconcilable Interplay Between Antitrust, Defenses to Infringement and Protection of Standardized Software Development Tools,” 15 *Santa Clara Computer & High Tech L.J.* 407 (1999).
- Posner, Richard A. “The Federal Trade Commission: A Retrospective,” 72 *Antitrust L.J.* 761, 766 (2005)



Standard Setting, Patents, and Hold-Up: Does the U.S.
Need Rules "Above and Beyond Antitrust"?

Rhee, Moon-Ji

(Professor, College of Law, Paichai University)

Antitrust treatment of conduct in the standard-setting context has long been an important and controversial topic at the intersection of intellectual property and antitrust law. Recent developments in the treatment of standard-setting conduct, particularly patent "hold ups," suggest that new enforcement initiatives in this area are likely to emerge soon.

In the United States, conflicting appellate decisions relating to standards setting have clouded the law and raised uncertainty about the future course of both private and public enforcement. However, the change in leadership at the Federal Trade Commission are likely to result in increased actions to address hold-up behavior by owners of industry standard-essential patents. For example, although the FTC suffered a significant loss recently in Rambus, it is openly contemplating a more ambitious and expansive use of Section 5 of the FTC Act--decoupled from Sherman Act Section 2 allegations--to pursue claims against standard-setting abuses.

In this article, I describe recent history and developments in the standard-setting area and conclude with some predictions about future enforcement directions.

▶ **Key words** Standard Setting, Standard Setting Organization, SSO, Patent Policy, Hold-Up, Patent Ambush, Antitrust Law, Federal Trade Commission, Section 5 of the FTC Act, Competition Law.