



저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

법학석사학위논문

저작권의 부당한 행사와
독점규제법의 적용

2016년 2월

서울대학교 대학원
법학과 지식재산전공
정현순

저작권의 부당한 행사와 독점규제법의 적용

지도교수 정 상 조

이 논문을 법학석사학위논문으로 제출함

2015년 10월

서울대학교 대학원

법학과 지식재산전공

정 현 순

정현순의 석사학위논문을 인준함

2015년 12월

위 원 장 _____(인)

부 위 원 장 _____(인)

위 원 _____(인)

요약(국문초록)

저작권이란 저작권법에 따라 저작자에게 주어지는 저작인격권과 저작재산권을 총칭하는 말이다. 이를 권리의 다발로서의 저작권이라고 부른다. 저작권법이 저작자에게 일정한 권리를 인정하는 근거는 자연권 이론과 인센티브 이론에 따라 설명하는 방법이 다르지만, 저작물이 저작자의 창작의 결과로 그에 대하여는 자연권으로서 저작권이 부여된다고 보면서 동시에 창작의 유인을 위한 인센티브로서 저작권이 인정된다고 본다.

저작권자가 저작권법의 임법취지에서 이탈하여 신의에 좇아 성실하게 권리를 행사하지 아니하거나, 오히려 창작을 저해하는 등의 방법으로 행사하는 경우에는 저작권의 부당한 행사로 규제되어야 한다. 이러한 규제를 위한 방법으로는 독점규제법으로 대표되는 외부적 규제와 저작권 내부적 규제가 있다.

먼저 독점규제법에 의한 규제를 논하기 전에 독점규제법과 저작권법의 관계가 어떠한지를 규명하여야 한다. 저작권법과 독점규제법은 결국에는 효율적인 자원배분과 소비자후생의 제고를 목적으로 한다는 점에서 서로 충돌하는 것은 아니며 공통된 목적에 기여하는 조화관계에 있다고 할 것이다.

독점규제법 제59조는 부당한 저작권자의 권리행사에는 독점규제법이 적용된다는 점을 확인하는 규정으로서, 그 정당성을 판단하는 기준은 독점규제법상의 경쟁제한성과 저작권 행사를 보장함으로써 창작을 유인하고자 하는 저작권법의 목적과 취지 등을 종합적으로 고려하여야 하며, 특히 저작권 부여에 따른 인센티브를 통하여 달성하게 되는 동태적 효율성을 고려되어야 할 것이다.

저작권자의 권리행사가 부당한 경우 독점규제법이 적용될 수 있는데,

주로 문제가 될 수 있는 권리행사로는 끼워팔기, 기술개량제한 및 연구개발 제한, 이용허락의 거절, 기술적 보호조치(DRM)의 남용, 집중관리단체의 이용허락 등이 있다.

법원이 독점규제법상 시장지배적 지위 남용의 요건으로 주관적 경쟁제한의도를 요구하고 있음을 기화로 저작권자가 정당성 항변을 주관적 경쟁제한의도를 부인하기 위하여 악용하는 것을 막기 위하여, 그러한 정당성 항변이 주관적 경쟁제한의도를 부인하기 위하여 이용될 때는 신중한 접근이 필요하다고 하겠다.

저작권은 특허권 등에 비하여 자연권설에 친화적인 권리로서 일반 민법상의 권리남용이론을 활용하여 저작권 남용이론을 적용하는 것이 다른 지식재산권법보다 용이하다고 할 수 있다. 또한 컴퓨터프로그램 등 산업적 성격이 강한 기능적 저작물에 관한 저작권의 행사에 있어서는 인센티브 이론에 따라 창작 등 후속 혁신을 저해하는 권리행사에는 저작권 남용이론을 적용할 수 있을 것이다.

또한 전통적인 권리남용이론에 따라 권리남용이 되려면 그 권리행사의 목적이 ‘오로지 상대방에게 고통을 주고 손해를 입히려는 데 있다’고 하는 주관적 요건을 구비할 것을 요구하는 경우에는 저작권 남용이 인정될 여지가 거의 없으므로, 저작권자의 정당한 이익을 결여한 저작권 행사로 보이는 객관적인 사정이 있는 경우 주관적 요건은 추인되는 것으로 이론 구성을 하는 것이 바람직할 것으로 보인다.

주요어 : 저작권, 저작권 남용, 독점규제법, 저작권의 부당한 행사, 독점규제법 위반과 저작권 남용

학번 : 2014-20830

[목 차]

第1章 序論	1
第2章 著作權의 不當한 行使의 意義	5
第1節 著作權의 意義	5
1. 저작권의 개념	5
1) 저작물	6
2) 저작자	7
3) 무방식주의	7
2. 저작권의 범위	8
1) 저작인격권	8
2) 저작재산권	10
第2節 著作權의 正當性	13
1. 지식재산권의 정당성에 관한 일반론	13
1) 전통적인 접근방식	13
2) 소결	15
2. 저작권의 정당성	15
1) 자연권론과 인센티브론	15
2) 소결	17
第3節 著作權의 特性과 限界	17
1. 저작권의 특성	17
1) 권리대상의 불확정성	18
2) 소비의 비경합성	18
3) 배타성	18
4) 표현의 자유에 대한 제약	18

2. 저작권의 한계 -----	19
1) 헌법 내재적 제한에 근거한 한계 -----	19
2) 저작권의 정당성에 근거한 한계-----	20
第4節 著作權의 不當한 行使의 意義 -----	20
1. 저작권의 행사 -----	21
2. 저작권의 부당한 행사 -----	22
1) 의의 -----	22
2) 저작권 남용과의 용어상 구별 -----	23
3. 저작권의 부당한 행사 유형 -----	23
第3章 著作權法과 獨占規制法의 關係 -----	25
第1節 著作權法과 獨占規制法의 目的 -----	25
1. 저작권법의 목적 -----	25
2. 독점규제법의 목적 -----	25
第2節 著作權法과 獨占規制法의 衝突 -----	26
1. 저작권의 정당성에 관한 접근방식에 따른 차이 -----	26
2. 저작권법과 독점규제법의 충돌 가능성 -----	27
1) 충돌가능성 -----	27
2) 소결 -----	28
3) 관련 판결 -----	29
3. 저작권법과 독점규제법의 관계에 관한 외국의 논의 -----	30
1) 미국의 독점규제법과 지식재산권과의 관계 -----	30
2) EU의 경쟁법과 지식재산권과의 관계 -----	45
第4章 著作權의 不當한 行使에 대한 法的 規制 -----	63

第1節 獨占規制法에 의한 外部的 規制	63
1. 지식재산권에 관한 독점규제법 규정	63
1) 시장지배적 사업자의 지위 남용	63
2) 부당한 공동행위	65
3) 국제계약의 체결제한	66
4) 적용 제외	66
2. 독점규제법 제59조의 의미	67
1) 적용제외의 필요성	67
2) 독점규제법 제59조의 의미	71
3) 정당성의 판단기준	72
3. 저작권의 부당한 행사에 대한 독점규제법의 적용	78
1) 적용범위	78
2) 끼워팔기	79
3) 기술개량제한 및 연구개발 제한	88
4) 이용허락의 거절	91
5) 기술적 보호조치(DRM)의 남용	102
6) 저작권 집중관리단체	104
7) ‘밀크(MILK)앱’ 사건에 관한 검토	112
4. 저작권자의 정당성 항변에 따른 독점규제법 적용	113
1) 비교형량에 따른 판단	113
2) 주관적 경쟁제한의도	116
3) 소결	118
第2節 著作權法の 内部的 規制	119
1. 공정이용의 법리에 의한 내부적 규제	119
2. 법정이용허락에 의한 남용규제	119
3. 독점규제법위반과 저작권 남용	121
1) 저작권 남용의 의의	121
2) 미국의 저작권 남용이론	122

3) 특허권 남용과의 비교 -----	125
4) 저작권 남용의 효과 -----	130
5) 독점규제법위반과의 구별 -----	130
6) 우리나라의 판결사례 -----	133
7) ‘김기사’ 사건의 검토 -----	145
8) 소결 -----	149
 第5章 結論 -----	 153
 [참고문헌] -----	 156
[ABSTRACT] -----	160

第1章 序論

과거 한국의 지식재산권법은 실무적으로 잘 활용되지 아니할 만큼 생소한 법이었다. 예를 들어 저작권법은 1957년 제정 이후 약 30년 동안 전혀 개정이 없었다. 이는 최초에 제정된 저작권법이 문제가 없어서가 아니라 실무상 거의 활용되지 아니하여 유명무실한 법이었던데 기인한 것이었다.¹⁾ 그러나 오늘날 한국은 K-POP을 중심으로 한류문화를 외국에 전파하는 문화 수출국의 지위를 누리고 있으며, 저작물 관련 시장 역시 크게 성장하였다. 한국저작권단체연합회의 저작권 보호 연차보고서에 의하면 한국의 합법 저작물 시장의 규모는 2014년 약 13조 6천억원 정도를 차지할 정도로 크게 성장한 것으로 나타나고 있다.²⁾

이처럼 저작물 관련 시장이 증가하면서 저작권자들의 권리행사도 보다 적극적인 형태를 보이고 있으며, 그러한 저작권자들의 적극적인 권리행사는 때때로 사회적인 이슈를 일으키는 경우들도 많이 있다. 예를 들어 최근 한국음악저작권협회는 삼성전자의 무료 음악청취 앱인 ‘MILK’서비스가 음원은 무료라는 인식을 퍼트려 불법복제물 유통을 조장할 수 있다는 이유로, 밀크뮤직과 음원공급 계약을 맺은 소리바다를 상대로 음악저작물 사용계약을 해지하겠다고 나서 문제가 된 바 있다.³⁾

또한 최근 T맵 서비스를 제공하고 있는 SK플래닛이 내비게이션 애플리케이션 ‘국민내비 김기사’를 서비스하고 있는 록앤올을 상대로 ‘T맵 지식재산권 침해 중단’을 청구하는 민사소송을 제기하여 문제가 되고 있다. 록앤올은 2011년부터 경쟁 서비스인 SK플래닛의 T맵 지도 정보를 제공

1) 정상조·박준석, 지식재산권법, 홍문사, 2013, 18면 각주 30).

2) 한국저작권단체연합회 저작권보호센터, 2015 저작권 보호 연차보고서, 2015, 148면.

3) “한음저협, 소리바다와 계약해지…삼성 ‘밀크뮤직’ 유료화할까?”, 최영경기자, 국민일보, (2014. 10. 13. 입력)

「 <http://news.kmib.co.kr/article/view.asp?arcid=0008758443&code=61171811&cp=nv>」

받아 김기사 앱에 적용하여 사용해 왔는데, 2014년 2월 양사의 합의에 따라 2014년 8월 말 T맵 DB 사용 계약이 종료된 바 있다. 양사는 계약 종료 후에는 일정 기간의 유예기간을 부과한 바 있는데, SK플래닛측 주장에 따르면 이 유예기간이 종료된 후에도 김기사 서비스에서 T맵 전자지도 DB 고유의 ‘디지털 워터마크’가 다수 발견되었다고 하면서 소송으로까지 이어지게 되었다.⁴⁾

이렇게 저작권자의 권리행사가 문제가 될 때 그 권리행사를 규범적으로 평가하여 그것이 정당한지 부당한지 여부를 결정할 수 있는 기준 정립이 필요하다. 또한 그 정당성 여부를 따지기 위해서는 먼저 저작권이 왜 권리로서 보호되어야 하는지부터 검토하는 것이 선행되어야 할 것이다.

또한 저작권은 배타적 권리로서 그 권리행사에 의하여 시장 경쟁에 영향을 미치는 경우가 많다. 따라서 그 권리행사는 자유롭고 공정한 경쟁을 촉진하는 것을 목적으로 하는 독점규제법의 적용이 요구될 수 있다. 그런데 과거에 저작권 등 지식재산권법과 독점규제법은 지식재산권이 일정한 독점적 권리를 부여함에 반하여 독점규제법은 그 독점을 규제한다는 측면에서 서로 충돌 또는 대립관계에 있는 것이 아니냐는 의문이 제기되어 왔다. 더구나 우리 독점규제법 제59조는 저작권 등 지식재산권의 정당한 행사에 대하여는 독점규제법의 적용이 제외된다고 선언하고 있다. 그러나 저작권자의 권리행사가 언제나 독점규제법의 적용에서 제외된다면 저작물 관련 시장에서의 자유롭고 공정한 경쟁은 요원한 것이 될 것이다. 따라서 저작권자의 권리행사라 하더라도 독점규제법에 의하여 조정이나 규제가 필요하며, 이를 위해서는 우선 저작권법과 독점규제법의 올바른 관계를 정립하는 것이 필요하다고 할 것이다.

4) “SK플래닛, 결국 '김기사'에 소송 제기..전자지도 무단 사용 중단 요청”, 이데일리, 김관용 기자. (2015. 11. 2. 입력)
<http://www.edaily.co.kr/news/NewsRead.edy?SCD=JE41&newsid=01479286609561784&DCD=A00504&OutLnkChk=Y>

한편 우리나라 독점규제법 제59조에 따라 부당한 저작권의 행사에는 독점규제법이 적용될 수 있다고 할 것이므로, 공정거래위원회는 그러한 부당한 저작권 등 지식재산권자의 권리행사에 대한 판단기준으로 ‘지식재산권의 부당한 행사에 대한 심사지침’을 제정하여 공표하였다. 그러나 지식재산권과 독점규제법의 역사가 일천한 우리나라는 충분한 사례를 찾기 어렵다는 점을 고려할 때, 우리나라보다 오랜 저작권법과 독점규제법의 역사를 가지고 있는 미국과 유럽연합이 양법을 조화하기 위하여 취하고 있는 입법 사례를 연구함으로써 우리에게 주는 시사점을 찾아야 할 필요가 있을 것이다.

또한 저작권자의 부당한 권리행사에는 독점규제법이 적용될 수 있으므로, 독점규제법이 적용될 수 있는 주요한 저작권자의 부당한 권리행사가 어떤 것들이 있는지 연구함으로써 부당한 권리행사에 대한 효율적인 법적 규제가 가능하도록 할 필요가 있다. 특히 저작권자로부터 권리를 신탁받거나 저작권 관련 거래를 대리·중개하는 저작권 집중관리단체는 일반적으로 시장지배적 지위가 인정될 수 있으므로, 그 시장지배적 지위의 남용이 효율적인 자원배분이나 소비자 후생을 저해하지 아니하도록 효과적으로 규제할 수 있는 방안에 대하여 검토가 요구된다고 할 것이다. 이와 같은 효율적인 법적 규제는 부당한 권리행사를 억제하여 창작을 유인하여 혁신을 조장함으로써 궁극적으로 효율적 자원배분 또는 소비자 후생에 기여하게 될 것이다.

저작권자의 권리행사는 비록 단기적으로는 경쟁을 제한하는 것으로 보이더라도 장기적으로는 창작을 유인하여 혁신을 이뤄냄으로써 결국 효율적 자원배분 또는 소비자 후생을 증진하게 된다고 볼 수 있다. 다만, 이러한 단기적 경쟁제한 효과와 장기적인 혁신 증진 효과는 적절히 비교형량할 때 그 권리행사가 정당한지 여부가 결정될 수 있을 것이므로 이에 관한 연구가 필요하다고 할 것이다.

한편, 저작권법은 내부적으로 저작권자의 부당한 권리행사를 규제하고 억제할 수 있는 방안들을 두고 있다. 즉 저작권법상의 저작재산권 제한 규정이라든가 법정이용허락제도 등이 그것이다. 또한 그 밖에도 저작권자의 권리남용이론을 통하여 부당한 권리행사를 규제할 수 있다. 그러나 저작권 남용이론은 민법상의 권리남용이론과 비교하여 최근에 정립된 것이므로 이에 관하여도 효율적인 자원배분 또는 소비자후생에 기여할 수 있는 방향으로 개념 정립이 필요하다고 하겠다.

第2章 著作權의 不當한 行使의 意義

저작권의 부당한 행사라는 개념은 저작권법 등 법률에서 정의된 개념은 아니며, 오히려 독점규제법 제59조는 [무체재산권의 행사행위]라는 표제 아래 “이 법의 규정은 「저작권법」, 「특허법」, 「실용신안법」, 「디자인보호법」 또는 「상표법」에 의한 권리의 정당한 행사라고 인정되는 행위에 대하여는 적용하지 아니한다.”라고 규정하고 있을 뿐이다. 따라서 독점규제법은 정당한 저작권 행사에는 적용되지 아니하고, 정당하지 아니한 즉 부당한 행사에만 적용된다. 이 때 정당한 저작권 행사와 정당하지 아니한 저작권 행사 중 무엇을 먼저 규명할 것인가? 일설은 “독점규제법은 지적재산권법제의 적용에도 불구하고 지적재산권법의 이념을 일탈하면서 시장경쟁환경을 저해하는 경우에 보충적으로 적용되어야 한다”고 한다.⁵⁾ 나중에 이에 관하여는 자세하게 다루게 되겠지만, 일단 위 일설의 주장대로 지식재산권법제의 우선 적용이라는 측면에서 먼저 저작권과 저작권의 정당한 행사를 규명한 후 저작권의 부당한 행사에 대하여 규명하는 순서로 논의하기로 한다.

第1節 著作權의 意義

1. 저작권의 개념

저작권은 저작자가 저작물을 작성함으로써 취득하게 되는 저작권법상의 권리라고 할 수 있다.⁶⁾ 무엇을 저작권으로 인정할 것인가는 각국의 입법정책의 문제라고 할 수 있다. 우리 저작권법은 제11조 내지 제13조에서 저작인격권을, 제16조 내지 제22조에서 저작재산권을 규정하고 있

5) 손경한정진근, “독점규제법과 지적재산권과의 관계에 관한 재고찰”, 비교사법 제12권 2호 (통권29호), 714면.

6) 이해완, 저작권법, 제3판, 박영사, 2015, 372면.

다. 따라서 저작권법상의 권리로서 인정되는 저작권은 크게 저작인격권과 저작재산권으로 구분될 수 있다. 위의 저작권의 정의에 따르면 저작권은 저작자가 저작물을 작성하는 경우 발생하게 된다. 따라서 저작자와 저작물이 무엇인지가 중요하게 된다.

1) 저작물

저작권법 제2조 제1호는 저작물이란 “인간의 사상이나 감정을 표현한 창작물을 말한다”라고 규정하고 있다. 먼저 저작물이 되려면 인간의 사상이나 감정을 표현한 것이어야 한다. 2006년 개정법 이전의 저작권법은 저작물을 “문학·학술 또는 예술의 범위에 속하는 창작물을 말한다”고 규정하고 있었으나, 개정법은 그 중에서 ‘문학·학술 또는 예술의 범위에 속하는’이라는 부분은 삭제하고 새롭게 ‘인간의 사상이나 감정을 표현한’이라는 부분을 추가하게 되었다. 따라서 저작물이 되기 위해서 특별한 문학성이나 학술성이 요구되지 아니하며, 예술적 가치가 없다 하더라도 저작물이 될 수 있다.

또한 저작물이 되려면 창작성을 요하게 되는데, 여기서 창작성이란 저작자가 타인의 것을 모방하지 아니하고 독자적으로 저작물을 작성하였다는 점과 최소한의 창조적 개성(creativity)을 포괄하는 개념으로 이해할 수 있다.

우리 저작권법은 저작물의 종류를 다음과 같이 예시하고 있다.

저작권법 제4조 (저작물의 예시 등)

①이 법에서 말하는 저작물을 예시하면 다음과 같다.

1. 소설·시·논문·강연·연설·각본 그 밖의 어문저작물
2. 음악저작물
3. 연극 및 무용·무언극 그 밖의 연극저작물
4. 회화·서예·조각·판화·공예·응용미술저작물 그 밖의 미술저작물
5. 건축물·건축을 위한 모형 및 설계도서 그 밖의 건축저작물

- | |
|-----------------------------------|
| 6. 사진저작물(이와 유사한 방법으로 제작된 것을 포함한다) |
| 7. 영상저작물 |
| 8. 지도·도표·설계도·약도·모형 그 밖의 도형저작물 |
| 9. 컴퓨터프로그램저작물 |

2) 저작자(Author)

저작자란 저작물을 창작한 자를 말한다. 창작자가 저작자가 되는 것이 원칙적인 모습이며, 저작권법은 이에 대한 예외로 업무상 저작물에 관한 규정을 두고 있다. 즉 저작권법 제9조는 “법인등의 명의로 공표되는 업무상저작물의 저작자는 계약 또는 근무규칙 등에 다른 정함이 없는 때에는 그 법인등이 된다. 다만, 컴퓨터프로그램저작물(이하 “프로그램”이라 한다)의 경우 공표될 것을 요하지 아니한다”라고 규정하여 실제 창작자는 직원이라 하더라도 업무상저작물이 되는 경우에는 그 직원의 고용주가 저작자가 되도록 규정하고 있는 것이다.

한편, 2인 이상이 공동으로 창작한 저작물로서 각자의 이바지한 부분을 분리하여 이용할 수 없는 것을 공동저작물이라 하며(저작권법 제2조 제21호), 이 때 공동저작물을 창작한 저작자를 공동저작자로 부른다. 공동저작자들은 저작권을 행사하기 위해서는 전원의 합의에 의하여야 하는 제한이 따르게 된다.(저작권법 제15조 제1항, 제48조 제1항)

3) 무방식주의

위의 저작권의 정의에는 한 가지 중요한 원칙에 내포되어 있는데 그것은 바로 무방식주의라고 할 수 있다. 즉 저작자는 자기의 저작물을 작성함으로써 어떤 방식도 요구함이 없이 바로 저작권을 취득하게 된다는 점이다. 이는 특허권 등 다른 지식재산권과는 다른 점이다. 우리 저작권법 제10조 제2항은 “저작권은 저작물을 창작한 때부터 발생하며 어떠한 절

차나 형식의 이행을 필요로 하지 아니한다.”라고 규정하여 이러한 무방식주의를 선언하고 있다.

우리나라뿐만 아니라 전세계 164개국이 가입한 베른협약⁷⁾은 무방식주의를 채택하고 있으며, 우리나라의 저작권법상의 저작권 등록은 주로 권리변동 등에 있어서의 대항요건에 불과하고 저작권 발생 또는 취득 요건으로 규정된 것은 아니다.⁸⁾

2. 저작권의 범위

앞에서 살펴 본 바와 같이, 저작권은 크게 저작인격권과 저작재산권으로 구분된다. 먼저 우리 저작권법은 저작인격권으로 공표권(제11조), 성명표시권(제12조), 동일성유지권(제13조)을 규정하고 있으며, 또한 저작재산권으로는 복제권(제16조), 공연권(제17조), 공중송신권(제18조), 전시권(제19조), 배포권(제20조), 대여권(제21조), 2차적저작물작성권(제22조)을 규정하고 있다.

1) 저작인격권

(1) 공표권

공표권이란 저작자가 그의 저작물을 공표하거나 공표하지 아니할 것을 결정할 수 있도록 인정된 권리이다. 저작자는 자기의 저작물을 공표할지 말지 그 여부, 공표한다면 공표의 방법, 공표의 시기 등을 자유롭게 결정할 수 있다. 따라서 타인이 함부로 저작자의 저작물을 공표한다면 공표권을 침해하게 된다. 다만, 공표권은 저작물이 미공표 상태에 있음을 전

7) 베른조약 제5조 제2항은 “제1항의 권리항유 및 행사에는 여하한 방식의 이행도 요하지 않는다”라고 무방식주의를 선언하고 있다.

8) 이해완, 전거서, 373면.

제로 하므로 이미 공표가 된 저작물이라면 저작자라 하더라도 다시 공표권을 주장할 수는 없다.⁹⁾ 또한 미공표 저작물의 저작재산권을 양도하는 경우에는 양수인에게 저작물의 공표를 동의한 것으로 추정하는 등 일정한 경우에는 공표 동의를 추정하거나 간주하는 규정을 두고 있다.(저작권법 제11조 제2항 내지 제5항)

(2) 성명표시권

성명표시권이란 저작자가 창작한 저작물의 원본이나 그 복제물에 또는 저작물의 공표 매체에 그의 실명 또는 이명을 표시할 권리를 말한다. 저작자는 저작물에 표시된 이름에 따라 사회적인 평가를 받을 수 있으므로 명예 등 인격적 이익의 보호를 위하여 성명 표시 여부를 결정할 수 있어야 할 것이다. 저작자는 자연인인 경우 자연인의 성명, 법인인 경우 법인의 명칭 등의 실명으로 성명을 표시할 수도 있고, 예명, 필명 등 저작자가 선택한 이명(실명이 아닌 다른 이름)으로 성명을 표시할 수 있다. 경우에 따라서는 무기명으로 공표할 수도 있다.

저작자가 일단 어떤 방식으로든지 성명을 표시하였다면 그 이후에 그 저작물을 이용하는 자는 저작자가 표시한 방법대로 이를 표시하면 된다.

(3) 동일성유지권

동일성유지권이란 저작자가 자기 저작물의 내용·형식 및 제호의 동일성을 유지할 권리를 말한다. 누군가 자기의 저작물에 변경을 가하는 경우 저작자는 그 변경된 저작물로 사회적인 평가를 받게 되어, 저작자의 인격적 이익이 침해될 가능성이 있다. 따라서 저작권법은 함부로 타인의 저작물의 내용이나 형식, 제호(제목)를 변경하지 못하도록 하고 있다. 다만, 일정한 경우에는 저작물 변경이 불가피한 경우가 있다. 따라서 이 경우에는 저작자의 허락이 없어도 저작물에 일정한 변경을 할 수 있도록

9) 이해완, 전거서, 389면. 박성호, 저작권법, 박영사, 2014, 258면.

법이 허용하고 있다. (저작권법 제13조 제2항)

2) 저작권

(1) 복제권

저작자는 자기의 저작물을 스스로 복제하거나 타인에게 복제를 허락하거나 하지 못하도록 금지할 수 있는 배타적 권리를 가진다. 여기서 ‘복제’란 저작물을 인쇄, 사진촬영, 복사, 녹음, 녹화 등의 방법으로 일시적이거나 영구적으로 유형물(사진원판, 컴퓨터의 저장장치, DVD 저장매체 등)에 고정하거나 다시 유형물로 제작하는 것을 말한다.(저작권법 제2조 제22호)

다른 사람의 소설을 무단으로 인쇄하는 행위, 다른 사람의 그림을 사진으로 촬영하는 행위, 영화 파일을 DVD에 복사하는 행위, 가수가 부르는 노래를 녹음실에서 녹음하는 행위, 공연 실황을 녹화하는 행위는 전형적인 복제라고 할 수 있다.

(2) 공연권

저작자는 자기의 저작물을 공연할 배타적인 권리를 가진다. 따라서 자기의 저작물에 있어서는 공연의 범주에 들어가는 행위를 자기가 직접 할 수 있을 뿐 아니라 다른 사람이 공연을 하는 것을 허락하거나 금지할 수 있다.

또한 저작권법 제29조에서는 “영리를 목적으로 하지 아니하고 청중이나 관중 또는 제3자로부터 어떤 명목으로든지 반대급부를 받지 아니하는 경우에는 공표된 저작물을 공연 또는 방송할 수 있다. 다만, 실연자에게 통상의 보수를 지급하는 경우에는 그러하지 아니하다.”라고 규정하여 저작자의 공연권을 제한하고 있다.

(3) 공중송신

저작자는 그의 저작물을 공중송신할 배타적인 권리를 가진다. 따라서 누군가가 그의 저작물을 공중송신하려면 반드시 그의 허락을 받아야 하는 것이다.

여기서 ‘공중송신’이란 저작물이나 실연·음반·방송 또는 데이터베이스 등 저작권법에서 보호하고 있는 대상을 공중이 수신하거나 접근하게 할 목적으로 무선 또는 유선통신의 방법에 의하여 송신하거나 이용에 제공하는 것을 뜻한다.(저작권법 제2조 제7호)

(4) 전시권

저작자는 미술저작물 등의 원본이나 그 복제물을 자신이 직접 전시하거나 다른 사람이 전시하도록 허락하거나 금지할 수 있는 배타적인 권리를 가진다. 이를 전시권이라 한다. 여기서 ‘미술저작물 등’이란 미술저작물, 건축저작물, 사진저작물(저작권법 제11조 제3항 참조)을 가리키고 있다. 즉 모든 저작물에 대하여 전시권이 인정되는 것이 아니라 오로지 미술저작물, 건축저작물, 사진저작물에 있어서만 저작자는 전시권을 갖게 된다.

저작권법은 저작물 원본 소유자에 의하여 저작물이 전시되는 경우 등 일정한 경우에는 저작자의 전시권이 제한되도록 규정하고 있다.(저작권법 제35조)

(5) 배포권

저작자는 자기의 저작물을 배포할 배타적인 권리를 가진다. 따라서 자기의 저작물 등의 원본이나 그 복제물을 불특정다수인(특정다수인을 포함)에게 대가를 받거나 받지 아니하고 양도 또는 대여할 수 있으며, 다른 사람들이 그와 같은 행위를 하려면 저작권자의 허락을 받아야 하는

것이다. 다만, 저작권법 제20조 단서에서 “다만, 저작물의 원본이나 그 복제물이 해당 저작재산권자의 허락을 받아 판매 등의 방법으로 거래에 제공된 경우에는 그러하지 아니하다”라고 규정하여 이른바 ‘권리소진의 원칙’(First-sale Doctrine)에 의하여 배포권을 제한하고 있다.

(6) 대여권

저작자는 자기의 저작물을 대여할 배타적인 권리를 가진다. 자기가 직접 대여할 수도 있지만 다른 사람이 자기의 저작물을 대여하는 것을 허락하거나 금지할 수도 있다. 다만 대여권은 특이하게도 모든 저작물에 대하여 인정되는 권리가 아니라 오로지 판매용 음반이나 판매용 프로그램에 대하여만 인정되는 권리이다.

판매용 음반이나 판매용 프로그램의 경우 구매를 원하는 소비자라도 음반이나 프로그램을 일정 기간 듣거나 사용하는 경우에 실제로 구매로 나아가지 않을 가능성이 높다. 따라서 저작권자의 이익이 상업적 대여에 의하여 감소될 위험이 크기 때문에 저작권자에게 대여권을 부여하기로 한 것이다.

(7) 2차적저작물작성권

저작자는 2차적저작물을 스스로 작성하거나, 다른 사람이 자기의 저작물을 원저작물로 2차적저작물을 만들 수 있도록 허락하거나 금지할 수 있는 배타적 권리를 가진다. 여기서 2차적저작물이란 원저작물을 기초로 하여 번역, 편곡, 변형, 각색, 영상제작 등의 방법으로 작성한 저작물을 말한다(저작권법 제5조 제1항). 소설을 원작으로 영화를 만드는 경우, SW를 새롭게 업그레이드하는 경우, 대중가요를 편곡하는 경우, 외국의 소설을 번역하는 경우 등 원저작물에 새로운 창작적 표현을 덧입히는 경우 2차적저작물이 된다.

2차적저작물은 독자적인 저작물로서 보호된다. 즉 저작자의 허락 여부

와 상관없이 원저작물을 기초로 새롭게 창작된 2차적저작물의 작성자는 그 덧붙여진 새로운 창작성 있는 부분에 대하여 저작자로서 보호된다. 다만 저작권자의 허락없이 2차적저작물을 작성하는 행위에 대하여는 민형사상 책임이 따르게 된다.¹⁰⁾

第2節 著作權의 正當性

1. 지식재산권의 정당성에 관한 일반론

저작권을 포함한 지식재산권은 갈수록 그 중요성이 부각되고, 지식재산권 보호 역시 강화되어 가고 있다. 여기서 지식재산권 보호를 정당화할 수 있는 근거가 무엇인지에 관한 논의는 반대로 지식재산권의 부당한 행사를 제한하는 것이 정당화될 수 있는 근거가 될 수 있다는 점에서 매우 중요한 문제이다. 여기서는 저작권을 포함한 지식재산권의 정당성에 관한 일반론을 살펴보기로 한다.

1) 전통적인 접근방식¹¹⁾

지식재산권 정당성에 관한 전통적인 접근방식은 크게 노동이론(Labor theory), 인격이론(Personality theory), 보상이론(Reward theory), 유인이론(Incentive theory)을 들 수 있다.

먼저 노동이론은 존 로크가 근대적인 소유권 개념을 정당화하기 위하여 주장한 것으로, 로크는 원시적인 자연상태의 공유물에 개인이 노동을 투여하는 경우 그 개인은 그 공유물에 대한 자연권으로서의 소유권을 취득하게 된다고 한다.¹²⁾ 즉 “인간은 노동을 하여 생산한 것에 대해서 자연

10) 이해완, 전개서, 217면.

11) 손호진, “지적재산권의 부당한 행사에 관한 법적규제연구”, 고려대학교 박사학위논문, 2010, 19면~24면.

적 소유권(natural right of property)를 갖는다.”¹³⁾ 여기서 인간의 두뇌 활동 역시 일종의 노동이므로 그 결과물인 지적 창작물에 대하여도 자연권으로서의 권리가 부여되어야 한다는 결론을 도출할 수 있게 된다.

다음으로 인격이론은 헤겔 철학의 소유권 사상에 근거한 것으로 헤겔은 소유권이란 자유로운 존재로서의 인격체가 외적 영역에 대하여 자신의 자유 의지를 실현시킬 수 있는 조건으로 이해하였다. 즉 외적 사물에 의지를 부과하는 경우 그 사물은 개인 의지의 연장 및 개성의 일부분으로 보아 그 소유권을 인정하는 것을 정당화한다.¹⁴⁾ 따라서 지적창작물 역시 개인 의지의 발현이므로 소유권과 같이 보호되어야 한다고 한다.¹⁵⁾

그러나 특허권과 저작권의 발전 역사를 보면 저작권은 “왕이 자신의 왕권을 유지·보호하기 위하여 왕국 내의 정보를 통제하기 위한 수단으로서 사전에 검열·허가를 받은 저작물에 한하여 출판을 허용하였던 것에 기원을 두고 있고”¹⁶⁾, 특허권 역시 “왕의 지위를 공고히 하기 위해 길드나 상공업자들에게 은혜로운 독점권을 보장해 주는 것으로부터 기원을 찾을 수 있으므로”¹⁷⁾ 적어도 역사적 기원으로 볼 때 지식재산권은 자연권으로서 출발한 것은 아니고, 실정법적인 특권으로서 발전해 온 것이라고 하겠다.

보상이론은 지식재산이 사회에 가치 있는 것을 제공하였으므로 그 보상으로 해당 지식재산을 보호하는 것이 정당화된다고 한다. 그러나 예컨대, 특허권은 최초로 발명한 자에게 부여되는 것이 아니라 자신의 발명을 최초로 출원한 자에게 부여되며, 특허권의 효력은 특허발명과 동일한 발명을 독자적으로 한 자에게도 미친다는 점에서 지식재산권제도에 대한 정

12) 손호진, 전제논문, 20면.

13) 박성호, 전제서, 18면.

14) 박성호, 전제서, 19면.

15) 손호진, 전제논문, 22면.

16) 손호진, 전제논문, 27면.

17) 손호진, 전제논문, 27면.

확한 설명이 아니라 결과적으로 부여되는 개인적 이익에 대한 재산법적 설명에 불과한 것이라는 비판이 있다.¹⁸⁾

마지막으로 유인이론은 “지식재산권제도는 지식재산권이라고 하는 배타적 지위를 부여함으로써 보다 많은 발명과 창작을 유인·장려하고 중국적으로는 과학·기술 및 문화·예술의 발달 그리고 나아가서 전체적으로 경제의 발전을 도모하기 위한 인센티브를 제공하는 법제도”¹⁹⁾라고 한다.

2) 소결

발명과 창작에는 계량화하거나 객관화할 수 없는 동기들이 있을 수 있으며, 따라서 인센티브의 제공이 발명과 창작을 반드시 유인한다는 보장은 없다고 할 수도 있다. 그러나 막대한 발명과 창작을 하는 대기업의 경우에 지식재산권의 보장 없이 대규모의 연구·개발·창작을 할 것을 기대하기는 어렵다고 하겠다. 따라서 지식재산권은 발명과 창작을 유인하기 위한 효율적인 인센티브로서 그 정당성이 인정될 수 있을 것이다.²⁰⁾

2. 저작권의 정당성

대륙법계와 영미법계는 저작권의 정당성에 관하여 다소 다른 접근방식을 가지고 있다. 양 법계의 저작권에 대한 인식의 차이에 관하여 국내에서는 아래와 같이 그 차이를 인식하고 있다.

1) 자연권론과 인센티브론

“대륙법계에서는 저작권을 포함한 지적재산권을 절대적 소유권으로 보며, 지적 창조물은 이른바 ‘brain-child’로서 창작자의 온전한 소유물이지

18) 정상조·박준석, 전게서, 13면.

19) 정상조·박준석, 전게서, 13면.

20) 정상조·박준석, 전게서, 14면.

단순한 독점권이 아니라고 본다. 따라서 창작자에게 배타적인 권리를 부여하는 것은 동산이나 부동산의 소유자에게 완전한 독점·배타권을 부여하는 것과 마찬가지로 아무런 문제될 것이 없으며, 그것이 반경쟁적(anti-competitive)이라고 볼 근거가 없다는 것이다. (중략)

반대로 지적재산권을 상대적 독점권으로 보아야 한다는 입장은 주로 영미법계의 사고방식으로, 지적창작물에 대하여 창작자가 갖는 권리는 완전한 소유권과는 다른 독점권의 한 형태로서 독점금지법(Antitrust Law) 또는 시장경제의 원리에 의하여 적절하게 통제되어야 한다는 것이다. 따라서 영미법계에서는 이와 같은 독점규제법의 정신 및 전통적인 계약법의 정신의 바탕 아래에서 지적창작물이 공개됨으로써 사회 일반에 대하여 일정한 정도의 기여를 하였을 때에만 그에 대한 대가(quid pro quo)로서 보호를 인정하는 경향이 강하다.”²¹⁾

“하나는 저작물은 저작자의 정신적 노력의 산물이고 동시에 저작자의 인격이 투영된 것이라는 점에서 ‘자연적 정의’의 관점에 기한 저작자의 ‘자연권’으로서 저작권을 보호하여야 한다고 하는 발상이다. 다른 하나는 창작자들에게 저작권이라고 하는 배타적·독점적 권리를 부여함으로써 그들에게 정당한 이익을 분배할 수 있어 창작활동에의 인센티브를 줄 수 있고, 그것은 궁극적으로 문화·예술 및 학문의 발전이라고 하는 공공선을 이끌어 낸다고 하는 공리주의적인 견해이다. ‘자연권론’은 프랑스를 비롯한 대륙법계 국가들에서 나타나는 사고방식이다. 반면, 영미법계 국가들에서는 저작자에게 특별한 자연발생적인 권리가 있다고 하는 생각은 강하지 않았으므로 주로 공리주의적인 정당화가 이루어졌다.”²²⁾

“로크의 노동이론에 기초한 자연권 이론의 핵심은 인간은 노동을 하여 생산한 것에 대해서 자연적 소유권(natural right of property)를 갖는다. 문학작품은 노동의 결과이다. 따라서 저작자는 그의 저작물에 대해서 자

21) 오승중, 저작권법, 제2판, 박영사, 2012, 16~17면.

22) 이해완, 전제서, 3~4면.

연적 소유권을 갖는다는 것으로 귀결된다. (중략) 헤겔의 인격이론에 기초한 자연권 이론은 저작물을 저작자의 정신적 산물로 보았다. 다시 말해 저작자의 개성을 반영한 저작물은 저작자의 인격의 일부이기 때문에 그 저작자에게 귀속하는 것으로 설명된다. (중략) 인센티브 이론은 저작권이 잠재적 저작자로 하여금 지적 생산물을 창작하도록 유인하는 경제적 인센티브의 하나라고 설명한다.”²³⁾

2) 소결

국내 저작권법 학자들은 대체로 저작권의 정당화 근거로서 자연권 이론과 인센티브 이론은 서로 상보 관계를 이룬다고 본다. 다만 저작권이란 권리 자체의 정당화 근거를 모색하는 자연권 이론을 주축으로 하면서 인센티브 이론을 보충적으로 고려한다고 하거나,²⁴⁾ 우리나라 저작권법은 기본적으로 대륙법계의 ‘자연권 이론’에 근접한 접근방식을 취하고 있으면서, 영미법적인 인센티브 이론의 측면도 배제되지 않았다고 한다.²⁵⁾ 생각건대 우리 저작권법은 저작인격권을 명시적으로 인정하고 있으며, 무방식주의를 채택하는 등 원칙적으로 자연권 이론에 그 정당화의 근거를 두고 있는 것으로 보인다. 다만, 이용자들의 공정한 이용을 보장하는 규정들을 두고 있는 점 등에 비추어 영미법적인 ‘인센티브’이론 역시 완전히 배제된 것은 아니라고 할 것이다.²⁶⁾

第3節 著作權의 特性과 限界

1. 저작권의 특성

23) 박성호, 전제서, 18~19면.

24) 박성호, 전제서, 20면.

25) 이해완, 전제서, 4면.

26) 이해완, 전제서, 4면.

저작권의 보호대상은 창작적 표현이므로 무형적, 관념적, 추상적인 점에서 권리 객체가 물리적으로 존재하지 아니한다는 점에서 일반적인 권리와 구별된다. 이러한 점에 기인하여 아래와 같은 특징들이 나타나게 된다.

1) 권리대상의 불확정성

저작권은 인간의 사상이나 감정을 표현한 창작물로서의 저작물을 권리의 객체로 하며, 특허권이나 상표권과 달리, 무방식주의를 채택하여 권리범위를 확정하는 절차를 가지고 있지 아니한다. 따라서 실제로 분쟁이 발생하여 법원에 의하여 저작물로 인정되기 전까지는 권리대상으로서 명확히 확정되지 아니하게 된다.

2) 소비의 비경합성

저작권은 여타 지식재산권과 같이 창작에는 보통 많은 투자가 필요하나, 일단 창작이 이루어진 후에 저작물을 재생산하기 위한 한계비용은 영(Zero)에 가깝다. 또한 무형적 권리로서 점유라는 개념이 없으므로 여러 장소에서 여러 번 사용하더라도 저작물의 소비는 제한되지 아니한다. 더구나 최근의 디지털 복제기술의 발전은 적은 비용으로도 원본과 거의 동일한 복제물을 무제한 생산하여 공유하는 것이 가능하다.

3) 배타성

저작권은 저작권자가 자신의 저작물을 스스로 이용하거나 타인에게 이용을 허락함으로써 경제적 이익을 얻을 수 있는 물권에 유사한 배타적 지배권이다.

4) 표현의 자유에 대한 제약

저작권은 인간의 사상이나 감정을 표현한 저작물을 권리의 객체로 한다. 또한 저작권은 위에서 본 바와 같이 배타적인 성격의 권리이므로 저작권자가 아닌 자는 그 표현을 사용함에 있어서 제약이 따르게 된다. 이와 관련하여 우리 헌법은 언론의 자유(헌법 제21조 제1항), 학문의 자유(헌법 제22조 제1항)를 비롯한 기본권을 보장함과 더불어 저작자의 권리 역시 보장하고 있으므로(헌법 제22조 제2항) 결국 저작권의 행사가 헌법상의 표현상의 자유 등과 모순되는 것이 아닌가 하는 의문이 제기될 수 있다.²⁷⁾

2. 저작권의 한계

1) 헌법 내재적 제한에 근거한 한계

헌법 제22조 제2항은 “저작자·발명가·과학기술자와 예술가의 권리는 법률로써 보호한다”라고 규정하여 저작자의 권리가 법률로서 보호된다고 선언하고 있으며, 헌법 제37조 제2항은 “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다”고 규정하여 저작자의 권리가 무제한적인 것이 아니며 공공복리 등을 이유로 법률로써 제한할 수 있다는 점은 분명하다.

위와 같이 법률에 따라 저작권이 제한되는 예로는 저작권이 저작권법에 따라 내재적으로 제한되는 경우를 들 수 있다. 예를 들어 저작자의 저작물에 대한 배타적 지배권은 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 저작자가 생존하는 동안과 사망한 후 70년간 존속하는 것으로 제한되며(저작권법 제39조 제1항), 공정이용(저작권법 제35의3)이나 인용(저작권

27) 정상조·박준석, 전거서, 35면.

법 제28조) 등 다양한 저작권재산권 제한규정을 두고 있다.

또한 독점규제법 제59조는 “이 법의 규정은 「저작권법」, 「특허법」, 「실용신안법」, 「디자인보호법」 또는 「상표법」에 의한 권리의 정당한 행사라고 인정되는 행위에 대하여는 적용하지 아니한다”고 규정하고 있으며, 따라서 저작권자의 권리행사가 정당한 행사가 아닌 경우 독점규제법이 적용되어 그 행사가 제한된다.

2) 저작권의 정당성에 근거한 한계

국내에서는 저작권 등 지식재산권의 정당성 근거에 관하여 앞에서 본 바와 같이 크게는 자연권 이론과 인센티브 이론으로 나누어 설명하는 것이 일반적이다. 인센티브 이론에서 볼 때 저작권자의 행사가 창작 유인을 위한 인센티브라는 측면에서 창작을 유인할 수 없는 권리 행사라면 당연히 그 행사는 정당하지 못한 것으로 저작권 행사가 제한되는 것은 당연하다. 또한 자연권 이론에 의하더라도 창작자들이 소비자에게 이익을 주는 방법으로 행동하여야 한다는 점을 강조하고 이를 위해 적절한 수단 안에서 저작권자들의 권리를 인정하여야 한다고 한다.²⁸⁾ 따라서 자연권 이론이나 인센티브 이론 중 어느 견해에 따르는지와 상관없이 저작권 행사에는 내재적인 한계가 존재한다는 점에서는 차이가 없다.²⁹⁾

第4節 著作權의 不當한 行使의 意義

위에서 이미 본 바와 같이 저작권에는 일정한 한계가 존재한다. 이러한 한계는 저작권법 내부적인 경우와 독점규제법 등 외부적인 경우로 나눌

28) John Shepard Wiley, Jr., Copyright at the School of Patent, 58 U. Chi. L. Rev. 119, 140 (1991). William W. Fisher III, Property and Contract on the Internet, 73 Chi-Kent L. Rev. 1203, 1215 (1998).

29) 오승한, 오승한, 특허·저작권 남용의 본질 및 근거와 독점규제법 위반행위와의 구분, 산업재산권 제33호, 2010, 167면.

수 있다. 여기서는 이들 저작권의 한계로부터 저작권의 부당한 행사는 무엇인지 그 개념을 도출해 보기로 한다.

1. 저작권 행사

일반적으로 권리의 행사란 잠재적 가능성으로서의 권리의 내용이 구체화되는 과정, 즉 권리자가 권리의 내용인 이익을 현실적으로 누리는 것을 말한다. 권리의 행사는 물건을 사용하는 행위처럼 사실행위일 수도 있고, 물건을 타인에게 양도하는 법률행위일 수도 있다. 권리가 지배권인 경우 권리자는 직접 그 객체를 사용·수익·처분할 수 있고, 청구권인 경우라면 권리자가 의무자에게 일정한 행위를 청구하거나 급부를 수령할 수 있다. 또한 형성권이라면 권리자가 현실적으로 일방적 행위를 하면 된다.³⁰⁾

저작권은 앞에서 살펴 본 바와 같이 배타적 지배권이라고 할 수 있으므로 저작권의 행사란 저작권자가 저작권법에 의하여 규정된 권리 내용대로 그 권리의 대상인 저작물을 사용·수익·처분하는 것이라고 할 수 있다.

구체적으로는 저작권자가 저작인격권(저작권법 제11조 내지 제13조)과 저작재산권(동법 제16조 내지 제22조)에 의하여 스스로 저작물을 이용하거나 타인에게 저작물의 이용허락을 하고, 타인에게 저작재산권을 양도하는 행위가 이에 해당하게 된다. 또한 저작권자의 허락 없이 무단으로 저작물을 이용한 자를 상대로 저작권 침해금지청구(저작권법 제123조)를 하거나 손해배상청구(동법 제125조)를 하는 것도 저작권의 행사라고 할 수 있다.

2. 저작권의 부당한 행사

30) 지원립, 민법강의(제5판), 홍문사, 2007, 38면.

1) 의의

저작권의 부당한 행사가 무엇인지에 관하여 논하기 위해서는 ‘부당성’을 먼저 논할 수밖에 없다. 그러나 저작권법에는 ‘부당성’에 관한 명시적인 규정이 없다. 다만, 독점규제법 제59조는 ‘권리의 정당한 행사’에는 독점규제법이 적용되지 아니한다고 규정하고 있을 뿐이다.

부당하다는 말이 정당하지 아니하다는 말로 이해된다면, 앞에서 든 저작권의 정당성의 근거인 자연권 이론과 인센티브 이론에 따라 부당성 역시 규명할 수 있다고 본다. 따라서 자연권 이론에 의할 경우 저작권 역시 일반적인 권리행사의 한계를 벗어날 수 없으므로 신의에 좇은 성실한 행사가 아닌 권리의 행사가 바로 부당한 행사라고 할 수 있다(민법 제2조). 또한 저작권을 자연권으로 보는 경우 일반법인 민법 이외에 자본주의 시장경제에서 경제활동 및 재산권 행사를 제한하는 특별법인 독점규제법 규정에 의해 당연한 제한을 받게 되므로 독점규제법에 위반되는 저작권의 행사는 부당한 권리행사가 된다.³¹⁾ 한편, 인센티브 이론에 의할 경우 저작자의 저작권 행사가 창작을 유인하려는 입법취지를 벗어나게 되는 경우 역시 부당한 행사라고 할 수 있다.³²⁾

특히 저작권법은 저작자를 보호하고, 저작물의 공정이용 도모 및 이를 통한 문화발전을 그 입법목적으로 하므로(저작권법 제1조), 예컨대 저작권자가 저작물 이용계약을 체결하면서 당해 저작물의 이용방법 및 조건이 저작물의 자유이용을 저해하거나 내재적 한계를 일탈하는 내용인 경우 또는 자유이용을 저해하는 내용은 아니지만 궁극적으로는 사회의 문화발전을 저해하는 내용의 경우 등은 저작권법의 입법취지를 일탈하여 부당한 저작권의 행사가 될 수 있다.³³⁾

31) 오승환, “지식재산권법과 독점규제법”, 「독점규제법 30년」, 법문사, 2012, 77면.

32) 유대중, “저작권의 부당한 행사에 대한 제한과 그 한계”, 산업재산권 제19호, 2006, 352면.

2) 저작권 남용과의 용어상 구별

저작권의 부당한 행사와 저작권 남용은 개념상 구별되는가? 학설로는 “권리의 남용이 있는 경우에 정당한 권리의 행사로서 인정하지 않는다”고 하거나³⁴⁾, “권리의 부당한 행사 개념에 가장 근접하고 있는 법률상 개념은 권리의 남용”이라고 하여³⁵⁾, 부당한 행사와 저작권 남용을 대체로 동일한 개념으로 이해하고 있는 것으로 보인다. 권리의 남용을 권리 본래의 목적이나 범위를 벗어나 함부로 권리를 행사하는 것³⁶⁾이라고 본다면 앞에서 살펴 본 저작권의 부당한 행사와 개념적으로 동일하다고 볼 수 있다.

3. 저작권의 부당한 행사 유형

저작권의 부당한 행사의 유형은 그것이 기본적으로 권리남용이론에 근거하여 인정될 수 있다는 점에서 매우 다양하며 유형화하기가 어렵다고 할 수 있다. 다만, 공정거래위원회가 2000년 8월 30일에 제정 공포한 “지식재산권의 부당한 행사에 대한 심사지침”은 다양한 유형의 지식재산권 부당 행사를 규정하고 있으므로 이 유형들이 일종의 가이드라인을 제공할 수 있다. 동 지침은 “이 지침은 특허권, 실용신안권, 디자인권, 상표권, 저작권 등의 지식재산권 행사를 적용 대상으로 한다. 이 지침은 기술의 편의를 위하여 대표적인 지식재산권인 특허권의 행사를 중심으로 규정하였으나, 각 사안에서 문제되는 지식재산권별 특수성을 고려하여 특허권 이외의 지식재산권 행사에도 유추하여 적용할 수 있다”라고 규정하고 있다. 따라서 위의 지침은 저작권의 행사에도 상당부분 적용할 수 있을 것이다. 특히 동 지침 중 끼워팔기, 실시허락의 거절, 표준기술

33) 유대중, 전제논문, 353면.

34) 박성호, 저작권법, 박영사, 2014, 628면.

35) 손호진, 전제논문, 39면.

36) 손호진, 전제논문, 39면.

관련 권리행사 등은 저작권의 행사에도 적용될 수 있는 대표적인 경우라고 할 수 있다.

第3章 著作權法과 獨占規制法の 關係

第1節 著作權法과 獨占規制法の 目的

1. 저작권법의 목적

저작권법 제1조는 “이 법은 저작자의 권리와 이에 인접하는 권리를 보호하고 저작물의 공정한 이용을 도모함으로써 문화 및 관련 산업의 향상 발전에 이바지함을 목적으로 한다”라고 규정하고 있다. 따라서 전체적으로 문화 및 관련 산업의 향상 발전에 이바지한다는 것을 궁극적인 목적으로 하면서 그것을 이루기 위한 두 가지의 수단으로서 첫째 저작자의 권리와 이에 인접하는 권리의 보호, 둘째 저작물의 공정한 이용의 도모라고 하는 것을 들고 있다고 하겠다.³⁷⁾

따라서 저작권의 보호라고 하는 것도 문화 및 관련 산업의 향상 발전이라고 하는 궁극적 목적의 수단으로서 일정한 한계를 지니고 있는 것은 앞에서 본 바와 같다. 또한 저작권 보호의 정당성을 인센티브 이론에서 찾는 입장에서는 결국 ‘창작의 장려’를 통한 문화 및 관련 산업의 향상이야말로 저작권법의 목적이라고 말할 수 있을 것이다.

2. 독점규제법의 목적

독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제1조는 “이 법은 사업자의 시장지배적지위의 남용과 과도한 경제력의 집중을 방지하고, 부당한 공동행위 및 불공정거래행위를 규제하여 공정하고 자유로운 경쟁을 촉진함으로써 창의적인 기업활동을 조장하고 소비자를 보호함과 아울러 국민경제의 균

37) 이해완, 전제서, 3면.

형있는 발전을 도모함을 목적으로 한다”라고 규정하고 있다.

따라서 일응 위 규정에서 열거하고 있는 ‘자유롭고 공정한 경쟁의 촉진’, ‘창의적인 기업활동의 조장’, ‘소비자 보호’, ‘국민경제의 균형있는 발전’이 독점규제법의 목적이라고 할 수 있다.³⁸⁾

그러나 창의적인 기업활동의 조장은 현대 자본주의 사회에서 독점규제법이 차지하는 의의 내지 가치이지 독점규제법의 궁극적인 목적은 아니라고 할 수 있으며, 소비자 보호 역시 통상적인 소비자 피해예방이나 규제라는 의미로 사용된다면 독점규제법의 궁극적인 목적이 될 수 없다. 마찬가지로 국민경제의 균형있는 발전이라고 하는 것 역시 독점규제법이 원래 자유롭고 공정한 경쟁의 유지·촉진을 통하여 자원배분의 효율성을 달성하려는 제도이기 때문에 오히려 기업이나 산업간 또는 지역간의 불균형을 더욱 심화시킬 수 가능성을 내포하므로 독점규제법의 궁극적인 목적이라고 하기 어렵다.³⁹⁾

결국 위 조항이 열거하고 있는 4가지 개념 중에서 독점규제법의 핵심적 목적으로서 구체적인 법집행상 의미 있는 법개념의 실체를 가진 것은 오로지 ‘자유롭고 공정한 경쟁의 촉진’이라고 할 수 있다. 그러나 이론적으로 공정하고 자유로운 경쟁 자체가 동법이 추구하는 궁극적인 가치나 이념이라고 볼 수는 없고, 이를 통하여 달성할 수 있는 효율적 자원배분 또는 소비자 후생의 제고를 독점규제법의 궁극적인 목적이라고 보아야 할 것이다.⁴⁰⁾

第2節 著作權法과 獨占規制法의 衝突

1. 저작권의 정당성에 관한 접근방식에 따른 차이

38) 권오승외 8인 공저, 독점규제법(제4판), 법문사, 2015, 15~19면.

39) 권오승, 경제법, 법문사, 2013, 82~84면. 신동권, 독점규제법, 박영사, 2011, 20~27면.

40) 이호영, 독점규제법(제5판), 홍문사, 2015, 1~2면.

저작권의 정당성의 근거를 자연권에서 찾는 자연권 이론에 따르면 저작권은 일반 유체재산권과 동일하게 되므로 그 권리행사의 한계와 제한 역시 일반적인 사적소유권 행사에 적용되는 일반적인 기준들이 적용된다고 한다. 따라서 일반법인 민법뿐만 아니라 특별법인 독점규제법이 적용되는 것은 당연한 것으로 아무런 충돌이 없다.

그러나 저작권의 정당성의 근거를 창작의 유인 제공에서 찾는 인센티브 이론에 따르면 저작권은 일반 유체재산권과는 다른 사회정책의 도구로서 특별히 인정된 것으로서 그 권리행사의 한계와 제한 역시 특별법인 저작권법에 따라 정하여지는 것이기 때문에 다른 특별법인 독점규제법에 의한 제한을 하는 것이 허용될 수 있는지 문제가 될 수 있다.⁴¹⁾

2. 저작권법과 독점규제법의 충돌가능성

1) 충돌가능성

저작권법은 저작자들에게 그들의 창작물을 다른 사람이 함부로 사용하지 못하도록 배제할 수 있는 권리를 부여함으로써 경제학적으로 특정 창작물의 판매에 있어서의 경쟁을 제한하게 되고, 실제로 저작권법이 이러한 배타적인 효력을 저작자에게 부여하는 것은 창작을 유인하기 위하여 필요한 것으로서 불가피하게 인정되는 것이다. 그러나 이와 대조적으로 독점규제법은 시장이 단일 기업에 의하여 불공정하게 지배되는 것을 막고 경쟁자들이 경쟁을 회피하기 위하여 상호 공모하지 못하도록 함으로써 경쟁의 목적을 달성한다. 이러한 의미에서 창작을 장려하기 위해 독점을 합법화하려는 저작권법과 독점을 제한하고 경쟁을 촉진하려는 반독점법은 상호 충돌관계에 있다고 할 수 있는가라는 의문이 제기된다.⁴²⁾

41) 오승한, “특허·저작권 남용의 본질 및 근거와 독점규제법 위반행위와의 구분”, 산업재산권 제33호, 2010, 171면.

국내의 견해들 중에서는 아래에서 보는 바와 같이 양법의 충돌 가능성을 인정하는 견해도 있다.

“저작권법은 저작물을 창작한 저작자에게 독점·배타적인 권리인 저작권을 부여하여 창작의 유인을 꾀하고 그 결과로 문화와 산업발전을 이루는데 그 목적이 있어서, 저작권법은 저작자에 대하여 합법적인 일종의 사적 독점을 허용하고 있다고 한다. 이에 반하여 독점규제법은 독점 금지를 본령으로 하므로 저작권법과 독점규제법이 대립하고 있는 것으로 보일 수 있으며, 적어도 법의 형식상으로는 양법이 서로 충돌할 가능성을 가진다.”⁴³⁾

“지적재산권의 행사가 정당한 범위를 넘어서 시장 경제질서를 해칠 경우에는 독점이라는 문제가 발생하게 되는데, 이때 지적재산권의 독점을 보호하려는 목적과 독점을 방어하려는 독점규제법의 목적이 충돌하는 양상이 나타나게 된다.”⁴⁴⁾

2) 소결-양립가능

그러나 앞에서 살펴 본 대로 우리 저작권법의 접근방법은 자연권 이론을 기본으로 하고 있으므로 저작권법과 독점규제법이 충돌한다고 볼 필요는 없다. 또한 인센티브 이론에 따르더라도 “저작권법을 사익의 보호 차원이 아닌 새로운 창작물의 유인을 통한 소비자 선택범위의 확장과 궁극적으로 사회복지 증진을 위한 특별한 사회·경제적 도구로 볼 때 이것은 경쟁을 통한 다양한 선택범위의 확대와 사회복지 증진을 목적으로 하

42) 백승엽, “우리나라에서의 저작권 남용법리의 정립을 위한 일고찰”, LAW & TECHNOLOGY, 제9권 제1호, 2013, 3~4면.

43) 이호홍·김두진, 저작권법과 독점규제법의 저촉관계에 관한 연구, 저작권위원회, 2008, 17~18면.

44) 홍봉규, “우리나라에서의 지적재산권 남용에 대한 독점규제법의 적용”, 경기법학논총, 2007, 77면.

는 독점규제법의 취지와 양립하는 관계에 있다⁴⁵⁾”고 볼 수 있으므로 양법은 충돌하는 것이 아니라 창작과 혁신을 향한 공정한 경쟁을 촉진함으로써 소비자후생을 증진시키고 문화산업을 발전시킨다고 하는 점에서 공통된 목적에 기여하는 조화관계에 있다고 보아야 할 것이다.⁴⁶⁾ 미국의 경우에도 양법을 서로 충돌관계에 있는 것이 아니라 혁신을 통하여 시장의 효율성과 경쟁을 증진시키기 위한 상호보완적인 노력으로 보는 시각이 일반적이라고 한다.⁴⁷⁾

공정거래위원회 예규인 「지식재산권의 부당한 행사에 대한 심사지침」 역시 이와 동일한 취지에서 아래와 같이 규정하고 있다.

“특허 등의 지식재산 제도는 혁신적인 기술에 대한 정당한 보상을 통해 새로운 기술 혁신의 유인을 제공함으로써 창의적인 기업 활동을 장려하고 관련 산업과 국민경제의 건전한 발전을 도모한다. 이러한 점에서 지식재산 제도와 이 법은 궁극적으로 공통의 목표를 추구한다.”⁴⁸⁾

3) 관련 판결

서울고등법원은 저작권자와 출판사(천재교육)인 신청인들이 온라인 강의 사업자인 피신청인(메가스터디)와의 교과서 및 평가문제집에 관한 저작물 이용허락계약의 갱신을 일체 거부하고 피신청인에게 교과서 및 평가문제집을 이용한 온라인 강의의 복제, 전송 등의 금지를 구한 사건(이

45) 오승환, 전제논문, 171~172면.

46) 정상조, “저작권의 남용에 대한 독점규제법의 적용”, 「공정거래와 법치」(권오승편), 법문사, 2004, 849~850면; 오승환, “지식재산권법과 독점규제법”, 독점규제법 30년, 법문사, 2011, 80면. 이호홍·김두진, 전게서, 32면.

47) 백승엽, “우리나라에서의 저작권 남용법리의 정립을 위한 일고찰”, LAW & TECHNOLOGY, 제9권, 2013, 4면.

48) 「지식재산권의 부당한 행사에 대한 심사지침」 II. 일반적 심사 원칙 1. 지식재산권과 공정거래법.

하에서 ‘천재교육’사건이라고 함)에서 아래와 같이 저작권법과 독점규제법이 창작의 유인을 통한 혁신을 토대로 소비자 후생 증대라는 동일한 목적을 추구한다는 점에서 조화된다고 판결하였다.

“공정거래법은 공정하고 자유로운 경쟁을 촉진함으로써 창의적인 기업활동을 조장하고 소비자를 보호하는 것을 목적으로 한다(공정거래법 제1조 참조). 그리고 저작권법은 창의적인 저작물에 대한 정당한 보상을 통해 새로운 창작활동의 유인을 제공함으로써 저작자의 권리를 보호하는 한편 저작물의 공정한 이용을 도모함으로써 문화 및 산업발전에 이바지함을 목적으로 한다(저작권법 제1조 참조).

이러한 저작권법의 목적 달성을 위해 저작권자가 저작권을 행사하는 경우 그 권리의 본질적인 배타적 속성에 비추어 일정한 경쟁제한 효과를 수반한다. 하지만 공정거래법에서 촉진하고자 하는 ‘경쟁’은 반드시 다수 경쟁자의 존재를 절대적 전제로 하는 것이 아니다. 저작권법이 저작자에게 저작권을 부여하여 창작에 대한 유인을 제공하고 이에 따른 혁신을 토대로 사회의 희소한 자원을 가장 효율적으로 사용함으로써 소비자의 후생을 증대시키게 된다면 이는 바로 공정거래법이 경쟁을 보장하려는 목적과 같아지게 된다. 이러한 경우 저작권의 행사는 공정거래법의 원칙과 조화되고 저작권자의 배타적 권리는 공정거래법이 규제하여야 할 독점행위로 평가될 수 없다.“⁴⁹⁾

3. 저작권법과 독점규제법의 관계에 관한 외국의 논의

1) 미국의 독점규제법과 지식재산권과의 관계

(1) 미국 독점규제법의 개요

미국에서 지식재산권의 역사는 연방 독점규제법보다 훨씬 앞서 있다.

49) 밑줄은 저자가 부가한 것임, 서울고등법원 2012. 4. 4. 자 2011라1456 결정.

예를 들어 최초의 연방 특허법과 연방 저작권법(1790년)은 최초의 연방 독점규제법인 셔먼법(1890년)보다 1세기나 앞서 제정되었다.

이처럼 미국에서의 지식재산권은 독점규제법보다 1세기 앞서 제정되었으며, 그 기간 동안 법원은 특허권자의 권리를 실질적으로 신성불가침으로 여길 만큼 존중하였다.

미국은 남북전쟁 이후 급격하게 산업화되면서 각 산업분야에서는 과도한 경쟁과 주기적으로 되풀이되는 불황을 극복하기 위하여 풀(Pool)을 구성하여 그 참가자들 사이에 시장을 분할하는 방법으로 경쟁을 제한하는 일이 빈번하였으며, 특히 참가기업들에 대한 강제적 통제를 확보하기 위하여 트러스트(Trust)제도까지 만들어 기업들 사이의 결합을 통한 독점이 심화되고 경쟁이 사라지게 되는 등 그 폐해가 심각해지게 되어 1890년 셔먼법(Sherman Act)을 제정하기에 이르게 되었다. 그러나 셔먼법은 부당한 거래제한의 합의와 독점을 위한 합의가 불법이라는 점을 확인할 뿐 그 합의의 당사자가 처벌되거나 그 합의로 손해를 입은 자가 손해배상을 청구할 수 있는 규정은 없었다. 이에 1914년 클레이튼법(Clayton Act), 같은 해 연방거래위원회법(Federal Trade Commission Act)을 제정하게 되었다. 클레이튼법은 셔먼법에서 추상적으로 규정하고 있던 거래제한의 구체적인 유형을 제시함으로써 법 적용에 있어서 법원의 재량권을 축소하고 법집행이 확실성을 추구하기 위한 것이고, 연방거래위원회법은 독점금지법에 위반되는 행위가 나타날 우려가 있는 경우 이를 사전에 규제하여 독점을 미리 방지하는 등 경쟁정책을 집행하기 위하여 연방거래위원회를 설치 운영하기 위한 것이다.⁵⁰⁾

그 후에도 미국의 독점금지법체계는 계속 발전하여 다양한 법률이 출현하게 되었는데, 휠리-리법(Wheeler-Lea Act, 1938), 로빈슨-패트만법(Robinson-Patman Act, 1939), 오마호니 키포버-셀러법(O'Mahoney, Kefauver-Celler Act, 1950), 독점금지절차 및 처벌법(Antitrust

50) 손호진, 전제논문, 49~50면.

Procedures and Penalties Act, 1974), 하트-스콧-로디노 독점금지개선법(Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act, 1976)등이 제정되었다.⁵¹⁾

미국의 독점규제법은 이 중에서도 크게 셔먼법 제1조(경쟁제한적 공동행위), 셔먼법 제2조(독점 또는 독점을 기도하는 행위)와, 클레이튼법 제7조(경쟁제한적인 기업결합 혹은 합병), 연방거래위원회법 제5조(불공정한 경쟁행위)에 의하여 주로 적용되고 있다.⁵²⁾

셔먼법 제1조는 “주(州)간 또는 외국과의 통상이나 거래를 제한하는 모든 계약, 신탁 또는 기타 형태의 결합 또는 공모는 불법한 것으로 선언한다”라고 규정하고 있으므로, 오직 공동행위에만 적용되는 규정이라고 할 수 있다. 동조는 공동행위에 제한을 두고 있지 아니하므로, 경쟁자들 사이의 수평적 공동행위뿐만 아니라 제조업자와 유통업자간, 저작권자와 그 이용허락을 받아 이용하는 자 사이의 수직적 공동행위에도 적용된다. 여기서 ‘거래를 제한’한다는 개념은 매우 넓은 개념으로 지식재산거래를 포함한 거의 모든 상사행위를 포함하게 되며, 각각의 거래행위는 당연위법의 원칙이나 합리성의 원칙에 의하여 검토된다.⁵³⁾

미국 독점규제법의 특징은 그 법의 문구가 다른 입법례와 비교할 때 매우 일반적이고 추상적인 용어로 규정되어 있다는 점이다. 따라서 법무부와 연방대법원은 사회경제적 변화에 대응하여 독점규제법의 해석과 적용을 통하여 법의 적응력을 높이고 경쟁을 보호해오고 있다. 이러한 연방대법원의 해석과정에서 확립된 두 가지 법원칙이 있는데, 바로 이른바 합리성의 원칙(Rule of Reason)과 당연위법의 원칙(Per se Rule)인데, 연

51) 김한중, “미국의 독점규제법의 기본체계에 관한 연구”, 강원법학 제24권, 2007, 52면.

52) Roxane C. Busey, “Antitrust Principles Affecting Intellectual Property, 448 PLI/Pat, 1996, 65면.

53) 이용우, “지식재산권행사에 대한 독점규제법상의 규제에 관한 연구”, 건국대학교 박사학위 논문, 2003, 59~60면.

방대법원은 사안에 따라 양 원칙의 적용을 달리하면서 독점규제법의 해석기준을 발전시켜오고 있다.

이 중 합리성의 원칙이란 일정한 거래 행위가 셔먼법 제1조를 위반하였는지 판단하기 위하여, 해당 거래와 관련된 모든 상황, 예를 들어 거래제한의 역사, 제한으로 인한 해악, 특정한 구제수단이 필요한 이유와 목적 등을 종합적으로 고려하여야 한다는 것이다. 즉 셔먼법의 일반적인 규정 형식과 달리 거래를 제한하는 모든 행위가 셔먼법 제1조에 위반되는 것이 아니라 합리적인 범위를 벗어나 공공의 이익을 침해하는 결과가 나타나는 경우에만 위법하게 된다는 것이다.

반면에, 당연위법의 원칙은 합리성의 원칙과는 달리 거래제한행위의 합리성 여부나 당사자의 의도 기타 사정을 고려하지 아니하고, 거래행위 자체의 위법성을 확정하는 것이다. 당연위법의 원칙은 경쟁에 치명적인 영향을 끼치는 것으로 보이는 행위를 대상으로 하며 현재 당연위법의 원칙은 수평적 가격협정(horizontal price fixing), 수평적 지역분할이나 고객분할(horizontal territorial or customer division), 수직적 가격협정(vertical price fixing), 담합에 의한 거래거절(concerted refusals to deal), 끼워팔기(tying contracts) 등에 적용되고 있다.⁵⁴⁾

셔먼법 제2조는 “주(州)간 또는 외국과의 통상이나 거래의 어떤 부분이 라도 독점할 목적으로 독점하거나, 독점을 기도하거나, 다른 자와 결합 또는 공모하는 자는 중범죄(felony)로 간주된다”라고 규정하고 있다. 동 조는 셔먼법 제1조와 달리 독점과 독점기도행위 모두를 규정하고 있으므로 공동행위는 물론 단독행위에도 적용된다.

셔먼법 제2조에서 말하는 ‘독점(monopoly power)’이란 가격을 통제하거나 경쟁을 배제할 수 있는 힘을 말하며, 높은 시장점유율이 독점을 바로 의미하는 것은 아니지만 중요한 요소가 될 수 있다. 또한 ‘독점을 기도’한다는 것은 약탈적 또는 반경쟁적 행위를 하였는지 여부, 독점을 위한 특수한 의도가 있었는지 여부, 독점을 획득할 수 있는 위험한 가능성

54) 이기수·유진희, 경제법(제7판), 세창출판사, 2006, 58면.

이 있는지 여부를 기준으로 판단하게 된다.⁵⁵⁾

한편, 클레이튼법 제7조는 “通商의 연결선상에서 또는 국내의 일부 영역에서 通商에 영향을 미치는 행위에 있어서 그 효과가 실질적으로 경쟁을 감소시키거나 독점을 형성할 우려가 있는 경우에 증권이나 자산의 취득을 금지한다”라고 규정하였다. 증권과 자산의 취득이 클레이튼법 제7조를 위반하였는지 여부를 판단하기 위해서는 관련상품과 지리적 시장이 정의되어야 하며, 그러한 시장에서의 당해 취득행위가 경쟁을 감소하거나 독점을 형성할 우려가 있는지 평가되어야 한다.⁵⁶⁾

마지막으로 연방거래위원회법 제5조는 “거래에 있어서 혹은 거래에 영향을 미치는 불공정한 경쟁수단 혹은 불공정하거나 기만적인 행위나 관행을 포괄적으로 금지한다”라고 규정하고 있다.

결국, 셔먼법은 일반적으로 권리의 남용으로 인한 거래상 우월한 지위에서 행사되어지는 독점 혹은 독점기도행위를 규제하는 법이고, 클레이튼법은 경쟁제한 요소 가운데 증권과 자산의 취득을 원인으로 하여 독점을 야기하는 행위를 규제하는 법이라고 할 수 있다. 마지막으로 연방거래위원회법은 불공정거래행위에 대한 포괄적인 규제법이라고 할 수 있다. 이러한 불공정한 경쟁수단에 대한 포괄적인 규제는 다른 독점규제법상의 규정에 위반하는 경우는 당연히 포함되며, 이외의 행위에도 확대적용될 수 있다.⁵⁷⁾ 그러나 대개의 경우에는 셔먼법이나 클레이튼법과 조화롭게 해석되고 있다고 한다.⁵⁸⁾

(2) 지식재산권과 독점규제법과의 관계⁵⁹⁾

55) Spectrum Sports, Inc. v. Maquillan, 506 U.S. 447, (1993).

56) Roger B. Andewelt, Intellectual Property Antitrust - General Antitrust Principles, 524PLI/Pat., 1996, 16면.

57) 이용우, 전제논문, 62면.

58) Roxane C. Busey, Antitrust Principles Affecting Intellectual Property, 448 PLI/Pat, 1996, 66면.

가. 독점규제법의 적용제외 영역으로서의 지식재산권법

미국에서는 1890년 셔먼법이 통과된 후에도 초기에는 독점규제법은 지식재산권의 우월성(supremacy)에 영향을 주지 못하였다. 이 때만해도 독점규제법은 지식재산권법과는 관계가 없이 독자적으로 발전을 거듭하였다. 법원 역시 지식재산권법의 반경쟁적인 효과가 독점규제법상의 문제를 야기할 수 있다는 점에 거의 주의를 기울이지 아니하였다. 이를 대표하는 미국 법원의 판결로는 미국 제6항소법원은 Heaton-Peninsular Button-Fastener Co. v. Eureka Specialty Co 사건에서 특허권자는 계약 상대방에게 끼워팔기(tying arrangements)의 조건을 부과할 수 있다고 판결하였으며,⁶⁰⁾ 미국 연방대법원은 E. Bement & Sons v. National Harrow 사건에서 특허권이 그 권에 속한 멤버들에게 제품 가격을 고정하도록 요구하더라도 그러한 라이선스 약정은 유효한 것으로 보았다.⁶¹⁾ 미국 연방대법원은 위 판결에서 다음과 같이 실시하고 있다.

“미국 특허법들 하에서 권리의 이용이나 양도에서 절대적 자유가 일반적인 원칙이다. 이러한 법들의 목적은 독점(monopoly)이고, 몇 가지 예외는 있지만, 특허권자와 실시권자(licensee) 사이에 체결된 본질적으로 불법적인 것이 아닌 어떠한 계약조건도 법원에 의하여 유효하게 인정될 것이다. 계약조건이 독점을 유지하거나 가격을 고정하는 것이라는 사실이 그러한 계약조건을 불법(illegal)으로 만들지는 않는다.”⁶²⁾

나. 지식재산권에 대한 독점규제법의 적용

59) Christopher R. Leslie, Antitrust law and Intellectual Property Rights, Oxford, 2011, 39~46면을 요약한 것임.

60) Heaton-Peninsular Button-Fastener Co. v. Eureka Specialty Co, 77 F.288 (6th Cir. 1896).

61) E. Bement & Sons v. National Harrow, 186 U.S. 70 (1902).

62) 186 U.S. at 91.

그러나 미국 연방대법원이 1912년에 Henry v. A.B. Dick 사건⁶³⁾에서 특허권이 있는 등사기의 구매자에게 당해 기계에 사용되는 종이, 잉크 등을 특허권자로부터 구입하도록 강제하는 끼워팔기 조항이 유효하다고 판결하자 상황이 크게 변하게 되었다. 의회는 이러한 판결에 반대하여 1914년에 끼워팔기를 금지하는 클레이튼법을 제정하게 되었으며, 이는 특허권자의 일정한 권리행사가 독점규제법의 적용을 받을 수 있음을 상징하게 되었다. 클레이튼법이 통과되고 3년이 지난 후 미국 연방대법원은 Motion Picture Patents Co. v. Universal Film Manufacturing 사건⁶⁴⁾에서 앞의 Henry v. A.B. Dick 사건의 결정을 번복하게 되었다. 이 사건에서 Motion Picture Patents사는 자신들의 특허를 이용하여 미국 내에서 영사기를 제조하여 판매하는 것을 허용하는 라이선스계약을 체결하였다. 이 라이선스계약은 확약조항을 담고 있었는데, 특히 특허권의 대상인 영사기를 이용하기 위한 필름을 제한한 확약조항도 포함하고 있었고, 미국 연방대법원은 특허권자의 이러한 행위가 헌법에 의하여 발명자를 보호하려는 범위를 넘어서는 것으로 특허권의 보호범위밖의 권리를 행사하려는 것으로 허용될 수 없다고 판결하였다. 특히 이 사건에서는 미국 연방대법원이 경쟁법상의 끼워팔기 개념이 아닌 특허권의 권리범위 해석의 원리에 의하여 이 문제를 해결하였기 때문에 특허권과 시장지배력에 대한 언급은 없었다고 한다.⁶⁵⁾

그 이후 수십 년간 연방법원은 배타적인 지식재산권의 합법적인 행사와 불합리한 거래 제한을 막으려는 의회의 요구 사이에서 적당한 경계를 긋기 위하여 씨름하였다.

다. 특허권 남용법리의 확립

63) 224 U.S. 1 (1912).

64) 243 U.S. 502 (1917).

65) 최승재, “특허권의 시장지배력 추정에 관한 연구”, 상사판례연구 제22권 제1권, 2009, 170~171면.

미국 연방대법원이 특허권 남용의 법리를 최초로 적용한 것은 1942년의 Morton Salt Co. v. G.S. Suppiger Co. 판결⁶⁶⁾이다. 이 사건에서 원고가 특허제품을 임대하면서 특허가 부여되지 아니한 다른 제품의 구입을 강요한 행위 즉 끼워팔기에 대하여 연방대법원은 특허권을 이용하여 특허가 부여되지 않은 제품의 경쟁을 제한하였으므로 남용의 흠이 치유될 때까지 특허권을 행사할 수 없다고 판시하였다. 또한 이는 피고가 특허권의 남용으로 피해를 입은 사실이 없어도 마찬가지이며, 시장지배력의 존재나 경쟁제한적 효과에 대한 증거가 없어도 특허권침해금지의 청구가 기각되어야 한다고 판결하였다. 그 이후 Mercoid Corp. v. Mid-Continent Inv. Co 사건에서 Mid-Continent사가 특허권을 갖고 있던 가정용 난방장치의 부품 중 하나인 연소 스위치-이에 대하여는 특허권을 갖고 있지 아니함-를 Mercoid사가 제작하자 Mid-Continent사가 기여침해(contributory infringement)로 제소하였고, 이에 연방대법원은 이 스위치가 특허발명품의 부품이며 달리 사용할 용도가 없음에도 불구하고 Mid-Continent사가 이 연소 스위치 시장을 지배하기 위하여 특허권을 남용하였다고 판결하였다.⁶⁷⁾

그러자 1952년에 미국 의회는 특허발명의 부품이외에는 다른 용도가 없는 제품을 제조한 자에 대하여 기여침해금지의 청구를 할 수 있도록 하고, 이러한 기여침해책임을 묻는 것은 특허권 남용이 아니라고 명문으로 규정하게 되었다.⁶⁸⁾ 이는 위의 Mercoid 판결을 입법으로 뒤엎은 것으로 특허권 남용의 법리는 매우 위축되었다. 그러나 1960년대 중반부터 다시 다양한 유형의 특허권 남용을 인정하는 판결이 나왔다.

1980년대 이후 특히 1982년 연방순회항소법원이 창설된 후 특허사건에 대한 제2심의 전속관할권이 부여된 후 특허권 남용에 대하여 인정하기를 꺼려하고 있으며, 1988년에는 특허법이 다시 개정되어 특허발명의 실시

66) 314 U.S. 488 (1942).

67) Mercoid Corp. v. Mid-continent Inv. Co. 320 U.S. 661 (1944).

68) 35 U.S.C. §271 (c), (d)(1)~(3)

나 사용을 거절한 경우 또는 다른 특허발명의 실시권 취득이나 다른 제품의 매수를 조건으로 하여 특허발명의 실시를 허락하거나 특허제품을 판매한 경우 즉 끼워팔기는 특허권의 남용으로 간주할 수 없게 되었다.⁶⁹⁾

라. 1975년의 나인-노-노스 집행방침

독점규제법 적용에 있어서 1970년대에 들어서서 연방대법원은 수평적 가격 고정을 시작으로 끼워팔기, 재판매가격유지, 수평적 비가격 제한(nonprice restraints), 수평적 시장 분할이나 고객할당 등을 독점규제법상의 당연위법(per se illegal)에 포함시키는 등 독점규제법 적용을 강화하기에 이르렀고, 많은 법원들은 독점규제법과 특허법 등이 본질적으로 충돌한다고 여기게 되었다.

이러한 흐름은 1970년대초까지 독점규제법의 지식재산권에 대한 우위로 이어져 법무부 독점규제국이 이른바 ‘Nine No-No’s’를 공표하면서 더욱 분명해졌다. 여기서 법무부는 독점규제법상 소송대상이 될 수 있는 9가지 특허권자의 행위를 규정하고 있는데, 그러한 9가지 행위는 다음과 같다.

- (1) 끼워팔기
- (2) 실시자(licensee)가 미래 개량발명을 특허권자에게 양도하도록 강제하는 그랜트 백(grant back)
- (3) 특허제품의 재판매에 대한 제한
- (4) 실시자(licensee)의 비특허제품 판매에 대한 제한
- (5) 실시자(licensee)가 다른 특허권자와 라이선싱 계약을 체결하는 것을 금지하는 조항
- (6) 약탈적 패키지 라이선싱
- (7) 비특허제품 판매에 실시료를 내도록 하는 실시료 약정

69) 이문지, “미국의 지적재산권 남용 규제”, 기업법연구 제17권, 2004, 285~286면.

(8) 특허된 방법에 따라 제조된 제품을 실시자가 이용하는 것을 제한하는 것

(9) 재판매 가격 제한들.

그러나 1970년대 중반 이후 미국 연방대법원은 독점규제법의 당연위법(per se illegal)원칙에 의지하던 입장에서 후퇴하기 시작하였다. 예를 들어 Continental T.V. Inc v. GTE Sylvania Inc. 판결⁷⁰⁾에서 미국 연방대법원은 비가격적 수직적 거래제한의 위법성을 심사하는 기준으로 합리성의 원칙을 채택하였으며, 그 후에도 다수의 제한규정의 위법성을 합리성의 원칙에 따라 판단하게 되었다. 그래서 위의 나인-노-노스에 해당하는 제한조항 역시 당연위법 사항에서 위법 가능한 사항으로 바뀌게 되었다.⁷¹⁾

마. 지식재산권 실시에 관한 독점규제 가이드라인⁷²⁾

미국에서는 지식재산권의 행사가 독점규제법에 저촉되는지 여부가 위에서 본 바와 같이 여러 차례 판례의 변화를 겪으면서 당사자들의 예측가능성 역시 매우 낮게 되었다. 따라서 미국 법무부와 연방거래위원회는 부당한 지식재산권의 행사에 대한 보다 상세한 기준을 제시하고자 1988년과 1995년 지식재산권 실시에 관한 독점규제 가이드라인을 제정하게 되었다.

1988년의 가이드라인은 지식재산권자는 어떤 시장지배력이라도 지식재산권법에서 허용된 것이라면 이를 행사할 수 있는 것으로 보았지만, 1995년 가이드라인에서는 지식재산권을 보유하고 있는 자는 관련시장에서 실질적인 경쟁자 및 잠재적 경쟁자에게 경쟁제한적인 조건부 라이선

70) 433 U.S. 36 (1977).

71) 손호진, 전개논문, 55면.

72) Department of Justice and Federal Trade Commission Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property, 1995.

스를 부과하여 경쟁을 제한할 수 있고, 이 경우에는 경쟁법상의 문제가 발생한다는 점을 명시하였다. 또한 1995년의 가이드라인은 라이선스 계약상의 부대조건을 통한 제한에 대하여 그 제한이 명백하게 경쟁을 제한하는 것으로 판단되지 않는다면 그 제한에 의하여 영향을 받는 각 관련 시장에서의 지식재산권자와 실시권자의 시장점유율의 합계가 20%를 넘지 않는 한 경쟁당국이 이를 문제삼지 않기로 함으로써 일종의 안전지대(Safe Harbour)를 설정하여 거래의 안정을 도모하였다.⁷³⁾ 특히 1995년의 가이드라인은 지적재산권의 행사에 독점규제법을 적용할 때는 지식재산권의 특징을 고려하여야 하나 원칙적으로 다른 종류의 재산권과 본질적으로 동일하게 취급할 것과 지식재산권의 존재 자체로부터 시장지배력의 존재가 추정되지 아니한다는 것, 그리고 지식재산권의 실시허락은 일반적으로 경쟁촉진적 효과를 갖는다는 것을 규정하고 있다. 또한 독점규제법 위반여부에 관한 판단에 있어서는, 가격협정, 수량제한협정, 시장분할협정, 집단적 거래거절 및 재판매가격유지행위에 대하여는 당연위법의 원칙을 적용하고, 그 외에는 합리성의 원칙에 의해 위법성을 평가할 것을 규정하고 있다.⁷⁴⁾

이러한 1995년의 가이드라인은 이후 판례를 선도하여 연방대법원이 기존의 판례를 파기하고 가이드라인을 따르도록 하는 성과를 내었다.⁷⁵⁾ 이러한 미국의 입장 변화는 미국의 경쟁력 확보를 위해 연구개발과 발명 또는 혁신의 중요성이 부각되면서, 지식재산권 행사와 관련된 행위의 위법성 판단 시에 당연위법의 원칙 대신 일반적으로 합리성의 원칙을 적용하여 양 정책간에 균형을 추구하고, 일부 경쟁제한 효과가 있더라도 이보다 더 큰 경쟁촉진 또는 효율성 증대 효과를 위해 합리적으로 경쟁제한 효과가 필요하다면 이것을 고려해야 한다는 것으로 정리해 볼 수 있다.⁷⁶⁾

73) 최승재, “지식재산권 부당한 행사에 대한 현행 가이드라인에 관한 연구”, 경쟁법 연구(Vol 22), 2010, 310면.

74) 손호진, 전제논문, 57~58면.

75) 최승재, 전제논문, 310면

바. 저작권법과 독점규제법 사이의 관계

-Data General v. Grumman Systems Support 사례⁷⁷⁾를 중심으로

저작권법에 관하여서도 1980년대 이후에는 미국 법원과 경쟁당국은 저작권법과 독점규제법의 관계를 서로 조화되어야 할 관계로 보고 있다.⁷⁸⁾

여기서는 대표적인 사례로 Data Gen. Corp. v. Grumman Sys. Support Corp. 사건을 검토해 보기로 한다.

먼저 이 사건과 관련하여 앞에서 언급한 지식재산권 실시에 관한 독점규제 가이드라인 제 2.2 지식재산과 시장지배력(2.2 Intellectual property and market power)에서는 다음과 같이 규정하고 있다.

“시장지배력(market power)이란 상당한 시간 동안 가격을 높이거나 산출량을 줄이는 것을 적절히 유지할 수 있는 능력을 말한다. 경쟁당국은 특허와 저작권 또는 영업비밀이 그 권리자에게 언제나 시장지배력을 주는 것으로 추정하지 않을 것이다. 지식재산권이 특정 물건, 방법 또는 창작물에 관하여 배제적 효력을 부여함에도 불구하고 시장지배력의 행사를 막기 위하여 위의 특정 물건, 방법 또는 창작물의 대체재가 있을 것이다. 만약 특허와 기타 지식재산권이 시장지배력을 부여한다면, 그 시장지배력 그 자체로 독점규제법을 위반하는 것은 아니다. 유무형의 자산이 그 소유자에게 경쟁이익을 상당히 초과하는 이익을 얻도록 하는 경우, 우월한 상품의 결과, 비즈니스 감각 또는 역사적 우연에 기인하는 시장지배력 (또는 심지어 독점)은 독점규제법을 위반하지 아니한다. 그러한 시장지배력이 다른사람에게 그 지식

76) 손경한·정진근, 전제논문, 707면.

77) Data General Corp. v. Grumman Systems Support Corp. 36 F.3d 1147 (1st Cir. 1994)

78) 이호홍·김두진, 전제서, 19~26면.

재산의 이용을 허락할 의무를 지식재산권자에게 부과하는 것도 아니다. 그러나 다른 독점규제법 적용에서와 마찬가지로 시장지배력은, 합법적으로 획득되거나 유지될 수 있음에도 불구하고, 불법적으로 획득되거나 유지될 수 있으며, 그러한 지식재산권과 연결하여 부당한 행위를 통하여 지식재산권자가 경쟁을 훼손할 수 있는 능력과 관련성을 가질 수 있다.”

2.2 Intellectual property and market power

Market power is the ability profitably to maintain prices above, or output below, competitive levels for a significant period of time. The Agencies will not presume that a patent, copyright, or trade secret necessarily confers market power upon its owner. Although the intellectual property right confers the power to exclude with respect to the specific product, process, or work in question, there will often be sufficient actual or potential close substitutes for such product, process, or work to prevent the exercise of market power. If a patent or other form of intellectual property does confer market power, that market power does not by itself offend the antitrust laws. As with any other tangible or intangible asset that enables its owner to obtain significant supracompetitive profits, market power (or even a monopoly) that is solely “a consequence of a superior product, business acumen, or historic accident” does not violate the antitrust laws. Nor does such market power impose on the intellectual property owner an obligation to license the use of that property to others. As in other antitrust contexts, however, market power could be illegally acquired or maintained, or, even if lawfully acquired and maintained, would be relevant to the ability of an intellectual property owner to harm competition through unreasonable conduct

in connection with such property.

이 사건에서, DG(Data General Corp.)와 Grumman Corp.은 DG에 의하여 제조되는 컴퓨터의 유지보수 서비스 시장에서의 경쟁자들이다. 이 소송은 그들의 경쟁관계에서 나왔다. DG는 컴퓨터를 디자인하고 제조할 뿐만 아니라 유지하거나 보수하는 서비스도 제공한다. DG는 아주 경쟁이 치열한 소형 컴퓨터 판매시장에서 5% 미만의 시장점유율을 보유하고 있음에도 불구하고, DG 컴퓨터 유지보수 서비스 시장의 약 90%의 시장점유율을 차지하고 있다. 전체 제3의 유지보수업체는 유지보수 서비스 이익의 약 7% 정도를 번다. Grumman은 유지보수서비스의 약 3%를 차지하는 선도적인 제2의 유지보수업체이다. 남은 장비 보유자들은 스스로 유지보수를 수행한다.

DG는 자신들의 컴퓨터를 유지보수하기 위하여 필요한 시스템(ADEX)을 제3의 유지보수업체에게 제공하는 것을 거절하였으며, Grumman은 어쩔 수 없이 DG의 퇴직직원들이나 고객으로부터 유지보수 시스템을 획득하게 되었다. 이에 DG는 메사추세츠 연방지방법원에 Grumman을 상대로 ADEX의 저작권 침해에 대하여 침해금지청구를 하였으며, 다른 법원에는 Grumman이 부당하게 DG의 전직 직원이나 고객으로부터 영업비밀을 획득하였음을 이유로 소송을 제기하였다. 이에 1988년 12월 29일 연방지방법원은 Grumman이 ADEX를 사용하는 것을 금지하는 예비명령을 내렸다. 이에 Grumman은 DG가 셔먼법 제1조와 제2조를 위반하여 저작권을 행사하였기 때문에 DG의 소는 기각되어야 한다고 주장하였다. 특히 Grumman은 DG가 자기의 저작권을 DG 유지보수 서비스 구매나 제3의 유지보수업체의 서비스 미구입에 대한 고객의 동의에 결합하여 끼워팔기(tie-in)를 하였으며, 부당한 끼워팔기와 제3의 유지보수업체와의 거래 거절을 통하여 유지보수 서비스 시장에서 독점을 유지하려고 하였다고 주장하였다.

먼저 독점화(Monopolization)에 관하여, 항소법원은 Grumman이 셔먼법 제2조의 입증을 위해서는 DG가 DG 컴퓨터 유지보수 시장에서 시장지배력을 보유하고 있음과 그러한 시장지배력을 배제적 행위(exclusionary conduct)을 통하여 유지하고 있음을 보여야 한다고 보았다. 여기에서 배제적 행위란 시장지배력을 만들거나 유지하는데 상당한 기여를 할 수 있을 것으로 보이는, 제품 자체의 장점에 기한 경쟁이 아닌 행위나 제품 자체의 장점에 기한 경쟁을 필연적으로 제약하는 행위를 말한다고 한다. 여기서 중요한 것은 경쟁자에게 해를 가하는 것이 아니라 경쟁 과정(competitive process)에 해를 가하는 것이다. 경쟁 과정은 어떤 행위가 경쟁자의 기본적인 목표-더 낮은 가격, 더 좋은 제품, 그리고 더 효율적인 제품 생산 방법을 막을 때 손상된다. 반면에 배제적 행위는 소비자 효용(consumer welfare)에 어떤 합리적인 위협도 주지 않는 건강한 경쟁, 경쟁의 결여 또는 자연독점(natural monopoly)은 포함하지 아니한다. 결국 항소법원은 저작자가 자기의 저작물의 배타적인 이용자가 되려는 희망은 그 저작자의 경쟁자에 대한 거래거절에 대한 합법적인 비즈니스 정당화사유로 추정될 수 있다⁷⁹⁾고 하여 결국 DG의 거래거절이 셔먼법 제2조의 배제적 행위에 해당하지 아니한다고 판결하였다.

항소법원은 저작권법을 제정하면서 연방의회는 저작자가 라이선스료를 징수하고 제3자가 함부로 저작물을 이용하는 것을 금지함을 통하여 바람직한 예술적 또는 기능적 표현의 창작에 대한 투자를 유인하여 결국 장기적으로 소비자 효용을 증진할 것이라는 것을 실증적으로 추정(empirical assumption)하였다고 보았다. 따라서 법원은 독점규제법상 피고인 저작권자에게 쟁점이 된 저작물 이용허락에 대한 거래거절이 이러한 합법적인 추정을 위한 요건을 구비하였는지 입증하도록 요구할 수 없다고 보았다.

또한 셔먼법과 저작권법이 서로를 부분적으로 폐지하는 것은 아니기 때

79) 밑줄은 저자가 덧붙인 것임.

문에, 항소법원은 가능한 한 양 법을 조화하여야 한다고 보았다⁸⁰⁾("we must harmonize the two as best we can"). 또한 항소법원은 저작권법에 의하여 촉진되는 경제적 인센티브를 유지할 필요가 있으며, 자유시장 경제체제에서 소비자 효용을 향상하기 위하여 고안된 저작권법과 독점규제법이 서로 다른 정책을 취함으로써 인하여 야기되는 긴장 역시 무시할 수 없다고 판결하였다. 결국 배제적 행위에 독점기업이 저작권을 이용하여 타인의 저작물을 타인이 이용할 수 없도록 배제하기를 바라는 것은 유효한 비즈니스 정당화로 추정된다고 판결하였다.

2) EU의 경쟁법과 지식재산권과의 관계

(1) EU의 경쟁법 개요

EU 경쟁법은 미국의 독점규제법과 함께 전세계 독점규제법의 모델로 참고되고 있다. 여기서 EU 경쟁법은 독립한 입법형태가 아니라, EU 기능조약⁸¹⁾(종전의 EC조약)상의 경쟁관련 조항, EU 이사회나 EU집행위원회가 제정한 각종 규칙, 지침, 결정, 권고 및 EU재판소의 판례를 모두 포함하는 경쟁관련 법체계를 총칭하는 것이다.⁸²⁾

1957년 3월 25일 로마에서 체결되어 1958년 1월 1일부터 발효한 유럽 경제공동체조약(EEC조약, 이른바 로마조약)은 제85조 내지 제90조에서 독점금지정책에 관하여 '경쟁에 관한 규칙'을 규정하였으며, 이 조약은 1992년에 '유럽공동체에 관한 조약'(EC조약, 이른바 마스트리히트조약)으로, 다시 1997년에 '유럽연합에 관한 조약'(EU조약, 이른바 암스테르담조약)으로 개정되었고, 위 조문도 제81조 내지 제86조로 바뀌었다. 그리고

80) 밑줄은 저자가 덧붙인 것임.

81) TFEU라고 약칭하며 정식명칭은 Treaty on the Functioning of the European Union.

82) 신현윤, EU 경제법, 「EU법 강의」, 박영사, 2012, 463면.

2009년 12월 1일에 유럽연합에 관한 조약과 유럽공동체 설립에 관한 조약을 개정하는 리스본조약이 발효함에 따라 종래의 EC조약도 EU기능조약으로 개명되었다.⁸³⁾

현행 EU 경쟁법의 모태가 된 유럽경제공동체조약 전문에서 보는 바와 같이 EU의 기본적인 목적은 유럽통합의 실현이고 궁극적으로는 유럽 경제·사회의 발전을 이룩하는데 있으며, 이를 위한 주요수단으로 경쟁법이 큰 비중을 차지하고 있다고 평가된다. 따라서 미국 독점규제법과는 달리 경쟁유지뿐만 아니라 시장통합역시 중요한 경쟁법 판단 요소가 된다. 유럽사법재판소 역시 1976년 Metro v Commission 판결에서 EU 기능조약의 모태가 된 유럽경제공동체조약(EEC: European Economic Community Treaty)의 목적은 국내시장(domestic market)과 유사한 조건을 갖는 단일시장(single market)을 만드는 것을 포함한다고 판결하였다.⁸⁴⁾

EU 경쟁법의 실체법적 내용은 EU 기능조약 제101조 내지 제109조와 각종 경쟁관련 규칙 등이 있으나, 그 핵심은 EU 기능조약 제101조와 제102조이다. 여기서는 제101조와 제102조를 중심으로 그 내용을 소개하고자 한다.

가. EU 기능조약 제101조 - 경쟁제한적 협정의 금지

먼저 EU 기능조약 제101조는 경쟁제한적 협정(Anti-competitive Agreement)을 원칙적으로 금지하고 이에 위반한 협정은 무효로 하고 있다. EU 기능조약 제101조는 종래의 카르텔을 금지하는 EC 조약 제81조를 개명한 것이다. 이는 회원국 간의 거래에 영향을 미칠 우려가 있고 동시에 공동시장 내에서의 경쟁기능을 방해, 제한 또는 왜곡하는 목적을

83) 권오승, 경제법(제10판), 법문사, 2013, 110면.

84) ECJ (25 October 1977), Case 26/77 - Metro v Commission (No. 1)[1977] ECR 1875 para. 20.

가지거나 그러한 결과를 초래하는 사업자 간의 협정, 사업자단체의 결의 및 동조적 행위를 금지함을 의미한다. 이 금지규정은 경쟁사업자 간의 수평적 협정뿐만 아니라 제조업자와 판매업자 간의 소위 수직적 협정에도 적용되며, 이에 관한 세부사항은 ‘수평적 협력에 관한 가이드라인’과 ‘수직적 협정 가이드라인’에서 정하고 있다.

위에서 말한 경쟁제한적 협정에 해당하려면 회원국 간의 통상에 영향을 주고, 경쟁을 제한하는 합의이며, 경쟁을 제한할 목적 또는 효과가 있으며, 기업(undertaking)사이의 합의이며, 합의, 사업자단체의 결정 및 협조 행동(concerted practice) 중 하나에 해당하여야 한다.

EU 기능조약 제101조 제1항은 금지되는 행위 목록을 제공하는데, 이는 제한열거(exhaustive)한 것이 아니며 예시적인 목록이라고 한다.⁸⁵⁾ 여기에 해당하는 것으로는 아래와 같은 것이 있다.

- ① 가격 또는 그 밖의 거래조건협정(direct or indirect fixing of purchase or selling prices or any other trading conditions);
- ② 생산, 판매, 기술개발 또는 투자에 관한 제한 또는 통제(limiting or controlling production, markets, technical development, or investment);
- ③ 시장분할(sharing of markets or sources of supply);
- ④ 거래상대방을 경쟁상 불리하게 하는 차별적 취급(applying dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage);
- ⑤ 끼워팔기(making the conclusion of contracts subject to acceptance by the other parties of supplementary obligations which, by their nature or according to commercial usage, have no connection with the subject of such contracts.⁸⁶⁾

85) Moritz Lorenz, An introduction to EU competition law, Cambridge, 2013, 62면.

86) Moritz Lorenz, 전제서, 63면.

위의 경쟁제한적 협정에 해당하는 경우에는 그 협정은 자동적으로 무효(void)가 된다.⁸⁷⁾ 또한 기능조약 제101조 제3항은 경쟁제한적 협정이더라도 상품의 생산·판매의 개선 또는 기술적·경제적 진보의 촉진에 기여하는 동시에 소비자에 대해 그 결과로서 발생하는 이익의 공평한 분배를 행하는 것으로서 ① 그 목적달성을 위해 필요불가결하지 않은 제한을 참가사업자에게 과하거나, ② 당해 상품의 실질적인 부분에 대해 참가사업자에게 경쟁을 배제할 가능성을 주는 것에 해당하지 않는 협정 등에 대해서는 제101조 제1항에 해당되지 않음을 선언할 수 있다고 규정한다. 이를 적용면제(Exemption)이라고 한다.

이러한 적용면제는 크게 개별적인 적용면제(individual exemption)와 일괄적인 적용면제(block exemption)로 나눌 수 있다. 일괄적인 적용면제는 EU 집행위원회가 정하여 시행하게 된다. 일괄적인 적용면제 중에 지식재산권과 관련이 큰 것으로는 '기술이전협정에 관한 적용면제 규칙'(Block exemption regulation for Technology transfer Agreement)⁸⁸⁾과 '수직적 제한에 관한 면제규칙'(Block exemption regulation for the Vertical Agreements and concerted practices)⁸⁹⁾이 있다.

기업들간의 협정이 위에서 본 일괄적인 적용면제 규칙의 적용범위에 들 수 있다면 EU 기능조약 제101조 제1항의 적용으로부터 자유롭게 될 수 있으며, 만일 일괄적인 적용면제 규칙의 적용범위에 포함되지 아니할 경우 개별적인 적용면제도 가능하다. 이러한 개별적인 적용면제는 원래는 EU 집행위원회에 의해서만 부여될 수 있었으나, EU 경쟁법의 적용을 위한 절차규칙을 대폭 개정한 규칙 1/2003의 채택으로 사업자들은 더 이

87) EU 기능조약 제101조 제2항

88) Commission regulation (EC) No. 772/2004 of 27 April 2004 on the application of Article 81(3) of the Treaty to categories of technology transfer agreement, OJ No. L 123 of 27 April 2004, P. 11.

89) Commission regulation (EC) No. 330/2010 of 20 April 2010 on the application of Article 101(3) TFEU to categories of vertical agreements and concerted practices, OJ No. L 102 of 23 April 2010, p. 1.

상 EU 집행위원회에 개별적인 적용면제를 신청할 수 없게 되었다. 규칙 1/2003에 따라 기업들은 스스로 문제가 된 협정이 개별적인 적용면제에 해당하는지 조사하여야만 한다. 따라서 EU 기능조약 제101조 제3항은 만약 규정된 기준이 충족된다면 자동적으로 적용되는 법적 면제가 되었다.⁹⁰⁾

나. EU 기능조약 제102조 - 지배적 지위의 남용금지

EU 기능조약 제101조는 복수기업 간의 협조행위를 주로 규제하는 것에 반하여 EU 기능조약 제102조는 지배적 기업의 단독적인 지위남용행위를 규제한다. 즉 역내시장 전체 또는 상당한 부분에서 지배적 지위를 남용하는 하나 이상의 사업자의 행위는 그 남용행위에 의해 회원국 간의 거래가 악영향을 받을 우려가 있는 경우에 역내시장과 양립할 수 없는 것으로 금지된다(“Any abuse by one or more undertakings of a dominant position within the internal market or in a substantial part of it shall be prohibited as incompatible with the internal market in so far as it may affect trade between Member States”). EU 기능조약 제102조는 시장지배적지위의 남용을 금지하는 EC조약 제82조를 개명한 것이다.

EU 기능조약 제102조에서는 관련시장의 확정, 지배적 지위의 존부, 남용행위의 3가지 요건이 문제가 된다.

먼저 EU 경쟁법에서 관련시장은 제품시장의 호환성에 의하여 결정되며, 관련시장을 정의하는 목적은 문제가 되는 제품이나 서비스를 위한 밀접한 대체재로서 문제가 되는 제품이나 서비스 공급자들의 행동에 대한 경쟁적 제약으로 작용하는 제품이나 서비스를 찾아내는데 있다.⁹¹⁾ 관

90) Moritz Lorenz, 전게서, 63면.

91) Alison Jones and Brenda Sufrin, EU Competition Law (Fifth edition), Oxford, 2014, 305면

런시장이 넓을수록 문제가 되는 기업은 시장지배적 사업자가 될 확률이 낮아진다.

또한 지배적 지위(A Dominant position)의 존부가 문제가 되는데, 미국 독점규제법 즉 셔먼법 제2조에서의 시장지배력(Market power)은 가격을 통제하고 경쟁을 배제할 수 있는 힘으로 정의되나, 비지배적 기업(non-dominant firms)도 더 양질의 제품이나 더 낮은 가격을 통하여 경쟁자들을 시장에서 배제할 수 있으므로 그러한 시장지배력은 필수적으로 본조에서 말하는 지배(dominance)를 말하는 것은 아니다. 따라서 EU 기능조약에서 말하는 지배적 지위(dominant position)는 기업이 시장지배력을 가지고 있을 때 일어나는 악영향과 관련지어서 정의되어야 한다. 결국 어떤 기업이 지배적 지위에 있다고 하려면 그러한 지위에 있는 기업이 경쟁을 제한할 수 있어야 한다.⁹²⁾

EU 사법재판소는 United Brands 사건 판결⁹³⁾에서 지배적 지위란 ‘유효경쟁을 저지하는 힘’ 및 ‘현저한 정도로 경쟁자와 독립하여 행동하는 힘’이라고 정의하였으며, 또한 Michelin 사건⁹⁴⁾에서는 지배적 지위를 상당 정도까지 경쟁접자와 고객 그리고 소비자로부터 독립적으로 행동하는 것이 허용되는 것을 통하여 관련시장에서 유효경쟁의 유지를 방해할 수 있는 기업이 향유하는 경제력에 관계된 지위로 정의한 바 있다.⁹⁵⁾

마지막으로, 남용행위가 존재하여야 하는데 EU 기능조약 제102조는 남용행위에 해당하는 것으로 ① 부당하게 구입가격·판매가격 그 밖에 부당한 거래조건을 직접 또는 간접적으로 부과하는 행위(directly or indirectly imposing unfair purchase or selling prices or other unfair trading conditions), ② 생산·판매 또는 기술개발을 소비자에 대하여 불

92) Alison Jones and Brenda Sufrin, 전제서, 298면.

93) United Brands v. Commission [1978] ECR 207 [1978] 1 CMLR 429.

94) Michelin v. Commission [1983] ECR 3461 [1985] 1 CMLR 282.

95) 신현윤, 전제서, 470~471면.

리하게 제한하는 행위(limiting production, markets or technical development to the prejudice of consumers), ③ 거래의 상대방에 대해 동등한 급부에 대하여 다른 조건을 적용하고, 그 결과 상대방을 경쟁상 불리한 입장에 두는 행위(applying dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage), ④ 그 의무의 성질상 또는 상관습상 계약의 목적과 관련성이 없는 추가적 의무의 수락을 계약의 조건으로 하는 행위⁹⁶⁾(making the conclusion of contracts subject to acceptance by the other parties of supplementary obligations which, by their nature or according to commercial usage, have no connection with the subject of such contracts)가 열거되어 있다.⁹⁷⁾ 이러한 열거된 목록은 남용행위의 예시로서 제한적 열거(Exhaustive List)가 아니다.⁹⁸⁾

(2) 지식재산권과 경쟁법의 관계

EU는 지식재산권의 행사에 대한 경쟁법 적용의 기준을 비교적 명확하게 제시하고 있다. 즉 EU 기능조약 제101조, 제102조, 그리고 제101조에 따른 ‘기술이전협정에 관한 적용면제 규칙’과 ‘수직적 제한에 관한 면제규칙’이 바로 그것이다. EU 기능조약 제101조와 제102조에 관하여는 위에서 이미 살펴보았으므로 아래에서는 주로 ‘기술이전협정에 관한 적용면제 규칙’과 ‘수직적 제한에 관한 면제규칙’에 관하여 살펴보기로 한다.

(3) 기술이전협정에 관한 적용면제 규칙

‘기술이전협정에 관한 적용면제규칙’은 기술 이용허락과 관련된 규칙이다. EU 집행위원회는 1984년 ‘특허발명실시하여 계약에 관한 적용면제규

96) 소위 ‘끼워팔기’에 해당하는 행위를 의미함.

97) 신현윤, 전제서, 471면.

98) Alison Jones and Brenda Sufirin, 전제서, 271면.

칙’을, 1989년에는 ‘노하우(know-how) 계약에 관한 적용면제규칙’을 제정하였는데, 1996년에 양 규칙을 통합하여 ‘기술이전협정에 관한 적용면제 규칙’을 제정하게 되었다. EU 집행위원회가 제정한 ‘기술이전협정에 관한 적용면제 규칙’은 특허발명실시하여 계약 또는 노하우(know-how) 사용허락계약 또는 양자가 혼합된 계약에 적용되고 저작권이나 상표권 등에 관한 이용허락계약이 포함되어 기술이전에 기여하는 경우에도 적용된다.⁹⁹⁾

‘기술이전협정에 관한 적용 면제규칙’(이하에서는 ‘기술이전 면제규칙’이라고 함)은 주로 중복 R&D 투자를 방지하고, 초기 R&D의 인센티브를 강화하며, 개별 상품 시장에서의 경쟁을 촉진하는 등의 친경쟁적 효과를 가지는 협정에 적용된다. 그러나 어떤 기술이전 협정은 때로는 경쟁제한적 효과를 가지며, 이는 해당 기업이 높은 시장지배력을 가지고 있는 경우에는 더욱 그러하다. 따라서 EU 집행위원회는 EU 기능조약 제101조의 적용에 있어서의 법적 예측가능성을 제공할 목적으로 ‘기술이전 면제규칙’을 제정하여 시행하게 되었다.¹⁰⁰⁾ ‘기술이전 면제규칙’은 동 규칙의 해석과 동 규칙의 범위에 해당되지 아니하는 이용허락계약을 알 수 있도록 가이드라인들(이하에서는 ‘기술이전 가이드라인’라고 함)을 가지고 있다.¹⁰¹⁾

가. 적용범위

‘기술이전 면제규칙’이 적용되려면 먼저 기술이전 협정이 있어야 하고, 그러한 기술이전 협정이 두 개의 기업 사이에 체결된 것이어야 하며, 계약 제품의 생산을 허용하는 것이어야 한다. 두 개를 초과하는 기업 사이에 체결된 다자간 기술이전 협정(Multilateral technology transfer

99) 정상조, 전게서(각주 42), 865면.

100) Moritz Lorenz, 전게서, 178면.

101) Commission Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty to technology transfer agreements, OJ No. C 101 of 27 April 2004, p. 2.

agreement)에 관한 기술이전 면제는 이사회 규칙 19/65에 따라 EU 집행위원회에 수권이 되지 아니하였으므로, 여기의 ‘기술이전 면제규칙’이 적용되지 아니한다.¹⁰²⁾ 기술이전 협정에 관하여는 ‘기술이전 면제규칙’ 제1조 (b)항에서 정의되어 있으며 특히 라이선스, 노하우 라이선스, 그리고 소프트웨어 저작권 라이선스와 같은 것들을 포함한다. 상표나 소프트웨어가 아닌 다른 저작물에 관한 어떤 기술이전 협정은 본 ‘기술이전 면제규칙’의 적용대상에서 제외되며, 상표와 소프트웨어를 제외한 저작권 이용허락계약에 대해서는 경쟁법상의 통일된 규정은 발전하지 못하였으며, EU 집행위원회와 EU 법원의 결정이나 판결에 의하여 규율이 이루어지고 있다.¹⁰³⁾

다만, 제품생산에 직접 관련이 있으면서, 협정의 주된 목적이 아닌 상표나 소프트웨어 이외의 저작권을 위한 부가적 이용허락에는 ‘기술이전 면제규칙’이 적용될 수 있다.

나. 시장점유율

‘기술이전 면제규칙’ 제3조 제1항에 따르면, 기술이전 협정의 당사자로서 경쟁관계에 있는 경우에는 그들의 관련 기술 및 제품 시장에서의 시장점유율의 합계가 20%를 초과하지 아니하는 경우에만 ‘기술이전 면제규칙’이 적용될 수 있다고 규정하고 있다. 이러한 제한은 EU 집행위원회가 ‘수직적 제한에 관한 면제규칙’에서 규정하고 있는 시장점유율과 일치한다.

또한 ‘기술이전 면제규칙’ 제3조 제2항에 따르면, 비경쟁관계에 있는 당사자 사이의 기술이전 협정은 각 당사자의 시장점유율이 관련 기술 및 상품 시장에서의 시장점유율이 30%를 초과하지 아니하는 경우에만 ‘기

102) Moritz Lorenz, 전게서, 179면.

103) Moritz Lorenz, 전게서, 179면. 심재한, “상표권 및 저작권의 행사와 EU경쟁법”, 상사판례연구 제22권 제4권, 2009, 570면.

술이전 면제규칙'이 적용될 수 있다.

‘기술이전 면제규칙’ 제8조는 관련 시장점유율이 직전년도의 시장 판매 가치(market sales value)데이터를 기초로 계산되어야한다고 규정하고 있다. 만약 이러한 시장 판매가치 데이터가 없다면 신뢰할만한 시장정보에 기초하여 평가가 되어야 한다. 만약 시장점유율이 처음에는 20% 또는 30%를 초과하지 아니하였으나 나중에 이러한 시장점유율을 초과하게 된다면, ‘기술이전 면제규칙’은 그 시장점유율이 처음으로 초과하게 된 해의 다음 2년 동안만 적용된다.¹⁰⁴⁾

다. 하드코어 제약(Hardcore restrictions) - Black List

‘기술이전 면제규칙’ 제4조는 하드코어 제약에 관한 일종의 블랙리스트(black list)를 포함하고 있으며, 그러한 경우에 해당된다면 그 기술이전 협정에는 ‘기술이전 면제규칙’이 적용되지 아니한다. 경쟁자 사이의 협정에는 ‘기술이전 면제규칙’ 제4조 제1항이 적용되며, 비경쟁자 사이의 협정에 관하여는 제4조 제2항이 적용되게 된다.¹⁰⁵⁾

경쟁자 사이의 협정 중에서 이러한 리스트에 포함되어 있는 것으로는 다음의 4가지 유형이 규정되어 있다.¹⁰⁶⁾

- ① 제3자에 대한 제품판매 가격에 관한 제약(Restrictions on the price set for the sale of products to third parties);
- ② 산출량 제한(Output limitation);
- ③ 시장 또는 고객할당(Allocation of markets or customers);
- ④ 경쟁기업 사이의 기술의 이용이나 개발에 관한 제약(Restrictions on use and development of technology between competing undertakings).

104) Technology Transfer Guidelines, paras. 65~73. Moritz Lorenz, 전게서, 180면

105) Moritz Lorenz, 전게서, 180~182면.

106) Technology Transfer Guidelines, paras. 84~94.

비경쟁자 사이의 협정 중에서 이러한 리스트에 포함되어 있는 것으로는 다음의 3가지 유형이 규정되어 있다.

- ① 가격 제약(Price restrictions);
- ② 국가나 고객에 관한 제약(Restrictions with regard to territory or customers);
- ③ 지정 판매 시스템의 구성원들에 의한 최종소비자에 대한 능동적 또는 수동적 판매에 대한 제약(Restrictions of active or passive sales to end-users by members of a selective distribution system).¹⁰⁷⁾

다. 배제되는 제약(Excluded restrictions) - Grey List

‘기술이전 면제규칙’ 제5조는 일괄적으로 면제되지 않는 제약들에 관한 회색 리스트(grey list)를 규정하고 있다. 따라서 이러한 회색 리스트에 포함되는 경우 EU 기능조약 제101조 제1항에 따라 경쟁축진효과와 경쟁제한효과를 비교하여 경쟁축진효과가 더 큰 경우 제101조 제1항의 적용대상에서 제외될 수 있다.¹⁰⁸⁾ 또한 아래에서 제시하는 조항들이 이용허락계약에 삽입되는 경우, 그 이용허락계약의 나머지에 관하여는 ‘기술이전 면제규칙’의 적용이 가능하다. 다만, 이는 아래에서 제시하는 조항들과 그 이용허락계약의 나머지가 분리할 수 있는 경우에 한정된다. 이러한 회색 리스트에는 다음과 같은 사항들이 있다.¹⁰⁹⁾

- ① 이용허락을 받은 기술에 관하여 라이선시(Licensee)가 그 기술과 분리할 수 있는 개량 또는 새로운 적용을 한 경우, 그 개량 또는 새로운

107) 해당 조항의 의미에 관하여는 지식재산권자(licensor)는 최종소비자에게 제품을 판매하는 지정 판매자(licensee)에 대하여 어떤 제약을 가할 수 없으며, 지정판매자에 대한 제한은 그들이 지정받은 장소이외의 장소에서 판매하는 것을 금지하는 것만 가능하다고 설명되고 있다(Moritz Lorenz, 전제서, 182면).

108) 유대중, “저작권남용의 법리에 관한 연구”, 경희대학교 박사학위논문, 2006, 168면.

109) Moritz Lorenz, 전제서, 183면.

적용을 한 기술을 라이선서(Licenser)또는 그가 지정한 자에게 배타적 이용허락을 하거나 양도하도록 의무를 부과하는 경우(any direct or indirect obligation on the licensee to grant an exclusive licence or to assign rights, in whole or in part, to the licenser or to a third party designated by the licenser in respect of its own improvements to, or its own new applications of, the licensed technology)¹¹⁰⁾

여기서 개량(improvement)이 분리할 수 있다는 것은 개량기술이 앞서 이용을 허락받은 기술에 대한 침해함이 없이 독자적으로 이용이 가능하다는 것을 의미한다. 이러한 조항이 면제되지 아니하는 이유는 그러한 조항으로 인하여 라이선시(Licensee)는 그 이용을 허락받은 기술을 개량하거나 새롭게 적용할 인센티브를 상실하게 되기 때문이다. 그러나 비배타적인 그랜트백(grant-back)조항은 ‘기술이전 면제규칙’이 적용될 수 있다.¹¹¹⁾

② 분쟁조항(No-challenge clause) - 라이선시(Licensee)가 라이선서(Licenser)에 의하여 보유하고 있는 권리의 유효성을 다투지 못하도록 의무를 부과하는 경우(any direct or indirect obligation on a party not to challenge the validity of intellectual property rights which the other party holds in the Union, without prejudice to the possibility, in the case of an exclusive licence, of providing for termination of the technology transfer agreement in the event that the licensee challenges the validity of any of the licensed technology rights)

분쟁조항이 배제되는 이유는 이용허락을 받은 라이선시(Licensee)야말로 해당 지식재산권이 유효한지 여부를 다룰 수 있는 최적의 당사자이며, 무효인 지식재산권은 일반적으로 혁신을 조장하기 보다는 방해하기

110) 일반적으로 이러한 조항을 ‘그랜트백(grant-back)’조항으로 부른다.

111) Moritz Lorenz, 전게서, 183면.

때문이다. 그러나 라이선서(Licenser)는 라이선시(Licensee)가 문제가 되는 권리의 유효성을 다투는 경우 그 이용허락계약을 종료하는 것은 허용된다.¹¹²⁾

(4) 수직적 제한에 관한 면제규칙(Vertical Block Exemption)¹¹³⁾

EU 기능조약 제101조는 유통 체인(distribution chain)의 각 단계에서 존재하는 기업들-가령 생산기업, 유통기업 또는 도매업자와 소매업자-에 의하여 체결되는 협정에도 적용된다. ‘수직적 제한에 관한 면제규칙’은 이들 사이의 수직적 협정에 관한 일괄적인 면제를 위한 기준을 제시한다.

만약 생산기업이 유통기업으로 하여금 자기의 경쟁자의 제품을 판매하지 못하도록 한다면 경쟁은 심각한 위험에 처하게 될 것이다. *Repsol case*는 이 점을 다루고 있는데, 해당 사건은 Repsol과 스페인에서의 연료와 윤활유 유통계약을 체결한 유통기업 사이의 Repsol의 경쟁기업 제품은 판매하지 못하도록 한 비경쟁조항(the non-compete clause)이 문제가 되었다. 이에 관하여 EU 집행위원회는 이러한 비경쟁조항이 스페인 연료 소매시장에서 제3의 경쟁기업의 참가를 봉쇄하여 경쟁을 제한한다고 보았다.¹¹⁴⁾

그러나 수직적 협정이 주는 유익도 있다. 예를 들어 A, B, C가 특정 브랜드의 화장품을 판매하는데 A와 B는 미디어를 통하여 광고를 하지만, C는 광고에 참여하지 아니하고, 광고비만큼 저렴하게 화장품을 판매하게 되는 경우와 같이 무임승차 문제를 방지하기 위하여 수직적 협정이 필요할 수 있다.¹¹⁵⁾

112) Moritz Lorenz, 전게서, 183면.

113) Commission Regulation (EU) No. 330/2010 of 20 April 2010 on the application of Article 101(3) TFEU to categories of vertical agreements and concerted practices, OJ No. L 102 of 23 April 2010, p. 1.

114) Commission decision of 12 April 2006, Case COMP/B-1/38.348 - Repsol C.P.P.

115) Moritz Lorenz, 전게서, 159면.

따라서 EU 경쟁법은 수직적 협정의 경쟁적 효과와 비경쟁적 효과를 모두 고려하여 균형을 이루는 것을 목적으로 ‘수직적 제한에 관한 면제규칙’을 제정하여 시행하고 있다. ‘수직적 제한에 관한 면제규칙’은 협정에 참가하는 어느 당사자도 30%를 초과하는 시장점유율을 가지고 있지 않는다면 수직적 제한 협정에 관하여 EU 기능조약 제101조 제3항에 따라 제101조 제1항의 적용이 면제될 수 있다고 규정한다. 또한 ‘수직적 제한에 관한 면제규칙’ 제4조에서 규정하고 있는 기업 간 경쟁(intrabrand competition)의 하드코어 제약(hardcore restrictions)들이 포함되어 있는 경우에는 동 면제규칙이 적용되지 아니한다. 또한 ‘수직적 제한에 관한 면제규칙’ 제5조는 배제되는 제약들을 규정하고 있으며, 이에 해당하는 수직적 제약들은 동 면제규칙의 혜택을 받지 못하고, EU 기능조약 제101조 제3항에 따라 개별적으로 판단되어야 한다.

위에서 본 바와 같이 ‘수직적 제한에 관한 면제규칙’이 적용되지 아니하는 제약들로는 다음과 같은 것들이 규정되어 있다.¹¹⁶⁾

① 재판매가격유지(Resale price maintenance)

수직적 협정의 당사자들은 고정가격이나 최저가격을 부과하는 것을 금지한다. 다만, 당사자들은 사실상의 재판매가격으로서 권장가격을 간접적으로 강제하지 아니하는 한, 권장가격을 정할 수는 있다(“the restriction of the buyer’s ability to determine its sale price, without prejudice to the possibility of the supplier to impose a maximum sale price or recommend a sale price, provided that they do not amount to a fixed or minimum sale price as a result of pressure from, or incentives offered by, any of the parties”¹¹⁷⁾).

116) Moritz Lorenz, 전제서, 162~175면.

117) 수직적 제한에 관한 면제규칙 제4조 (a)항.

② 배타적인 거래(Exclusive distribution) 강제

‘수직적 제한에 관한 면제규칙’은 단지 제한적인 지역 또는 고객 배타적인 협정만 인정한다. 즉 오로지 제품 구매자가 판매할 수 있는 지역이나 고객을 제한하는 것을 목적으로 하는 수직적 제한협정에는 동 면제규칙이 적용되지 아니한다고 규정하고 있다(“the restriction of the territory into which, or of the customers to whom, a buyer party to the agreement, without prejudice to a restriction on its place of establishment, may sell the contract goods or services”¹¹⁸⁾).

③ 지정유통업자 거래(Selective distribution) 제한

‘수직적 제한에 관한 면제규칙’은 최종소비자에 대한 능동적(active) 또는 수동적(passive) 판매제한을 금지한다. 결과적으로 고객 그룹에 관한 지정유통업자의 판매에 대하여는 어떠한 제한도 하여서는 안 된다. 이와 같은 내용의 수직적 제한 협정에는 위 면제규칙이 적용되지 아니한다(“the restriction of active or passive sales to end users by members of a selective distribution system operating at the retail level of trade, without prejudice to the possibility of a selective distribution system operating at the retail level of trade, without prejudice to the possibility of prohibiting a member of the system from operating out of an unauthorised place of establishment”¹¹⁹⁾).

④ 유통업자 사이의 상호 거래(Cross-supplies between distributors) 제약

유통업자 사이의 상호 공급은 금지되어서는 아니된다. 따라서 유통업자는 유통망내의 다른 유통업자로부터 제품을 구매할 수 있으며, 유통업

118) 수직적 제한에 관한 면제규칙 제4조 (b)항.

119) 수직적 제한에 관한 면제규칙 제4조 (c)항.

자는 하나의 구매처로부터만 구매하도록 강제되어서는 아니되며, 지정 도매업자가 지정 소매업자에게 제품을 판매하는 것을 제한하는 협정 역시 부과될 수 없다. 이러한 협정에 대하여는 '수직적 제한에 관한 면제 규칙'이 적용되지 아니한다("the restriction of cross-supplies between distributors within a selective distribution system, including between distributors operating at different level of trade"¹²⁰⁾).

⑤ 구성품 판매(components sales)에 관한 제약

구성품 공급자와 그 구성품을 조립하는 구매자 사이에 그 구성품을 최종 소비자나 제3의 수선업자에게 판매하는 것을 제한하는 수직적 제한 협정에는 '수직적 제한에 관한 면제규칙'이 적용되지 아니한다("the restriction, agreed between a supplier of components and a buyer who incorporates those components, of the supplier's ability to sell the components as spare parts to end-users or to repairers or other service providers not entrusted by the buyer with the repair or servicing of its goods"¹²¹⁾).

(3) 저작권과 경쟁법의 관계 - Magill 판결을 중심으로

EU에서는 저작권 이용허락계약에 직접 적용되는 특별한 일괄면제규칙이 없다. 다만, 소프트웨어 저작권에 관하여는 '기술이전 면제규칙'이 적용된다. 이는 소프트웨어가 전통적인 예술적 저작물보다는 기술적인 성격이 강하다는 점을 고려한 것이라고 한다.¹²²⁾ 또한 저작권 이용허락계약이 계약대상 제품의 생산을 위하여 허락된 것이라면 '기술이전 면제규칙'이 적용될 수 있음도 앞에서 본 바와 같다. 다만, 이는 저작물 이용허락계약이 제품인 저작물의 복제와 배포를 위하여 체결된 경우를 뜻한다

120) 수직적 제한에 관한 면제규칙 제4조 (d)항.

121) 수직적 제한에 관한 면제규칙 제4조 (e)항.

122) 심재한, 전제논문, 581면.

고 한다. 따라서 영화나 음악 등과 같은 저작물의 공연, 전시, 대여를 할 목적으로 체결된 저작물 이용허락계약에는 ‘기술이전 면제규칙’이 적용되지 아니한다고 한다.¹²³⁾

EU에서의 저작권과 경쟁법의 관계에 관하여는 이른바 ‘Magill’ 판결¹²⁴⁾이 양자의 관계를 잘 보여주고 있으므로 아래에서는 동 판결의 내용을 소개하기로 한다.

영국과 아일랜드 저작권법에 따라 TV 회사들은 TV 프로그램 목록에 대하여 저작권이 인정되는데, TV 회사들은 일간지 회사나 정기간행물 출판사들에 대하여 TV 프로그램 목록의 출판을 무상으로 허락해 주고 있었다. Magill이 TV회사들의 허락없이 무단으로 일주일 분량의 포괄적인 프로그램 목록을 출판하자 TV 회사들은 저작권 침해로 동 프로그램 목록의 출판의 금지를 청구하는 소송을 제기하였으며, 저작권 침해를 이유로 출판이 금지되자, Magill은 그러한 이용허락의 거절은 유럽공동체 조약(Treaty of Rome) 제86조에 규정된 시장지배적 지위의 남용에 해당한다고 주장하면서 유럽공동체법원(European Court of Justice)에 제소하였다. 이 사건에서 유럽공동체법원은 TV 회사들이 프로그램 정보를 독점하고 있으며, TV 회사들의 이용허락 거절로 제3자가 프로그램 목록의 출판 수요를 충족할 수 있는 상품을 판매할 수 없게 되었으며, 결국 소비자들은 프로그램 목록에 대한 선택의 기회가 박탈되었다는 점을 이유로 시장지배적 지위의 남용에 해당한다고 판시하였다.¹²⁵⁾

유럽공동체법원은 TV 회사들이 프로그램 목록에 대하여 저작권을 가지고 있으며 당해 프로그램 목록을 복제·판매할 수 있으므로, 주간 방송

123) Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 EG-Vertrag auf Technologietransfer-Vereinbarungen, ABl. 2004 C 101/2, Tz. 51. 심재한, 전게논문, 제581면에서 재인용.

124) [1995] E.C.R. I-743; [1995] C.M.L.R. 718; [1989] 4 C.M.L.R. 757; [1989] 1 C.E.C. 2223.

125) 정상조, 전게서, 866~867면.

프로그램 목록 및 해당 목록을 포함하는 텔레비전 가이드의 2가지 시장에서 시장 지배적 지위를 갖고 있다고 보았으며, 또한 (i) TV 회사들은 자기의 주간 방송 프로그램 정보라는 기본적인 정보에 대한 접근을 차단하여 소비자가 원하는 신제품(포괄적인 텔레비전 가이드)의 개발을 불가능하게 하였다는 점, (ii) TV 회사들의 이용거절은 방송사업 및 텔레비전 프로그램 잡지의 출판사업과 관련하여 정당화 사유가 없다는 점, (iii) TV 회사들의 행위는 저작물의 파생적 시장을 독점화하고 그곳에서의 경쟁을 완전히 배제한다는 측면에서 유럽공동체조약 제86조에 위반된다고 보았다.

특히 TV 회사들은 지배적 지위에 있는 기업의 행위가 해당 국가의 법에 의하여 인정된 권리-여기서는 저작권-의 행사에 해당된다면, 그러한 행위는 유럽공동체조약 제86조의 적용대상이 될 수 없다고 주장하였다. 이에 대하여 유럽공동체법원은 배타적인 복제권은 저작자의 권리이므로 이용허락을 거절한 것은, 지배적 지위에 있는 기업의 행위라 하더라도, 그 자체는 지배적 지위의 남용이라고 할 수 없다고 보았다("the exclusive right of reproduction forms part of the author's rights, so that refusal to grant a licence, even if it is the act of an undertaking holding a dominant position, cannot in itself constitute abuse of a dominant position"¹²⁶). 또한 저작권자의 배타적인 권리행사는 예외적인 경우에 지배적 지위의 남용에 해당할 수 있다("it is also clear that the exercise of an exclusive right by the proprietor may, in exceptional circumstances, involve abusive conduct"¹²⁷)고 판결하였다. 이러한 magill 판결에 대하여는 TV 회사들의 이용거절이 정신적인 소산을 보호하고 창작적인 노력에 보상한다는 저작권 고유의 목적(본질적 기능)에 의한 것이 아니라고 하여 경쟁법을 적용함으로써 어느 하나를 완전히 희생하는 것이 아니라 경쟁법과 저작권을 조화시키려고 하였다고 평가된다.¹²⁸⁾

126) [1995] E.C.R. I-743, p. 49.

127) [1995] E.C.R. I-743, p. 50.

128) 이호홍·김두진, 전제서, 36면.

第4章 著作権의 不當한 行使에 대한 法的 規制

第1節 獨占規制法에 의한 外部的 規制

1. 지식재산권에 관한 독점규제법의 규정

우리나라의 독점규제법에 관한 입법적 논의는 1963년에 이른바 ‘삼분폭리’사건을 통하여 독과점 폐해에 대한 사회적 비난이 고조되면서 비롯되었다. 그러나 여러 사정으로 입법이 좌절되었다가 결국 1980년 말에 최초로 ‘독점규제 및 공정거래에 관한 법률’이 제정되어 1981년 4월 1일부터 시행되게 되었다. 그 후 수차례의 개정을 거쳐 지금에 이르고 있다.¹²⁹⁾

1) 시장지배적 사업자의 지위 남용

(1) 지위 남용

우리나라 독점규제법상의 여러 조문들 중에서 지식재산권과 관련이 있는 것으로는 먼저 시장지배적 사업자의 지위 남용에 관한 제3조 내지 제6조이 규정들이 있다. 먼저 시장지배적 사업자는 아래에 해당하는 행위를 하여서는 아니된다고 규정하고 있다(독점규제법 제3조의2 제1항).

- | |
|--|
| <ol style="list-style-type: none">1. 상품의 가격이나 용역의 대가(이하 "가격"이라 한다)를 부당하게 결정·유지 또는 변경하는 행위2. 상품의 판매 또는 용역의 제공을 부당하게 조절하는 행위3. 다른 사업자의 사업활동을 부당하게 방해하는 행위4. 새로운 경쟁사업자의 참가를 부당하게 방해하는 행위 |
|--|

129) 권오승외 7인, 독점규제법(제4판), 법문사, 2015, 19면.

5. 부당하게 경쟁사업자를 배제하기 위하여 거래하거나 소비자의 이익을 현저히 저해할 우려가 있는 행위

여기서 시장지배적 사업자란 “일정한 거래분야의 공급자나 수요자로서 단독으로 또는 다른 사업자와 함께 상품이나 용역의 가격·수량·품질 기타의 거래조건을 결정·유지 또는 변경할 수 있는 시장지위를 가진 사업자를 말한다. 시장지배적 사업자를 판단함에 있어서는 시장점유율, 진입장벽의 존재 및 정도, 경쟁사업자의 상대적 규모등을 종합적으로 고려한다”라고 정의된다(독점규제법 제2조 제7호).

(2) 시장지배적 사업자

시장지배적 사업자만이 위의 독점규제법에 의한 적용 대상이 되는데, 저작권자가 저작권을 보유하고 있다는 이유만으로 시장지배적 사업자에 해당하는지 문제가 될 수 있다. 그러나 저작권이 특정 상품에 대한 경쟁 제한을 가능하게 해주지만 대부분의 경우 다른 대체상품이 존재하여 그 대체상품과 경쟁을 하게 되므로 저작권자는 저작권을 보유하고 있다는 이유만으로 시장지배적 사업자에 해당한다고 할 수는 없다.¹³⁰⁾ 미국 연방대법원 역시 Independent Ink 사건¹³¹⁾에서 독점규제법 위반을 주장하는 자로 하여금 시장지배력을 입증하도록 요구한 바 있다. 따라서 우리 독점규제법에서도 역시 다른 경우에서와 마찬가지로 저작권자라 하더라도 바로 시장지배적 사업자로 인정하여서는 아니되며, 우선 관련시장을 획정한 다음 그 시장에서 당해 사업자가 시장지배력을 가지고 있는지 판단하여야 한다.¹³²⁾

130) 정상조, 전개서, 852면.

131) Illinois Tool Works v. Independent Ink, 12 S.Ct at 1285.

132) 최승재, “특허권의 시장지배력 추정에 관한 연구”, 상사판례연구 제22권 제1권, 2009, 188면.

우리 공정거래위원회가 제정한 ‘지식재산권의 부당한 행사에 대한 심사지침’ 역시 “이 지침은 원칙적으로 지식재산권의 행사가 시장지배적 사업자의 남용행위 및 복수 사업자 사이의 부당한 공동행위에 해당하는지 여부에 대한 판단기준을 제시하기 위한 것이다. 따라서 이 지침은 원칙적으로 사업자가 단독으로 지식재산권을 행사하는 경우에는 그 사업자가 시장지배력을 보유한 경우에 한하여 적용한다. 특히 사업자가 지식재산권을 행사하면서 단독으로 행하는 거래거절, 차별취급, 현저히 과도한 실시료 부과는 원칙적으로 이를 행하는 사업자가 압도적인 시장지배력을 보유한 경우에 적용한다¹³³⁾”라고 규정하여 저작권자라는 이유만으로 시장지배적 사업자에 해당되지는 아니하는 것으로 보고 있다.

2) 부당한 공동행위

다음으로, 지식재산권의 행사와 관련이 큰 조문으로는 부당한 공동행위에 대한 제한을 규정한 독점규제법 제19조 내지 제22조의2가 있다. 특히 독점규제법 제19조는 사업자는 계약·협정·결의 기타 어떠한 방법으로도 다른 사업자와 공동으로 부당하게 경쟁을 제한하는 아래의 어느 하나에 해당하는 행위를 할 것을 합의하거나 다른 사업자로 하여금 이를 행하도록 하여서는 아니된다고 규정한다.

1. 가격을 결정·유지 또는 변경하는 행위
2. 상품 또는 용역의 거래조건이나, 그 대금 또는 대가의 지급조건을 정하는 행위
3. 상품의 생산·출고·수송 또는 거래의 제한이나 용역의 거래를 제한하는 행위
4. 거래지역 또는 거래상대방을 제한하는 행위
5. 생산 또는 용역의 거래를 위한 설비의 신설 또는 증설이나 장비의

133) 「지식재산권의 부당한 행사에 대한 심사지침」 Ⅱ. 일반적 심사 원칙 2. 기본 원칙.

도입을 방해하거나 제한하는 행위

6. 상품 또는 용역의 생산·거래 시에 그 상품 또는 용역의 종류·규격을 제한하는 행위

7. 영업의 주요부분을 공동으로 수행·관리하거나 수행·관리하기 위한 회사등을 설립하는 행위

8. 입찰 또는 경매에 있어 낙찰자, 경락자(競落者), 투찰(投札)가격, 낙찰가격 또는 경락가격, 그 밖에 대통령령으로 정하는 사항을 결정하는 행위

9. 제1호부터 제8호까지 외의 행위로서 다른 사업자(그 행위를 한 사업자를 포함한다)의 사업활동 또는 사업내용을 방해하거나 제한함으로써 일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위

3) 국제계약의 체결제한

다음으로 독점규제법 제32조 내지 제34조의2는 국제계약의 체결제한에 관하여 규정하고 있다. 이 중 특히 제32조는 “사업자 또는 사업자단체는 부당한 공동행위, 불공정거래행위 및 재판매가격유지행위에 해당하는 사항을 내용으로 하는 것으로서 대통령령이 정하는 국제적 협정이나 계약을 체결하여서는 아니된다. 다만, 당해 국제계약의 내용이 일정한 거래분야에 있어서 경쟁에 미치는 영향이 경미하거나 기타 부득이한 사유가 있다고 공정거래위원회가 인정하는 경우에는 그러하지 아니하다”라고 규정하고 있다. 위 제32조는 지식재산권에 기한 기술도입계약에도 적용될 수 있으므로 지식재산권과 관련이 있다.¹³⁴⁾

4) 적용제외

마지막으로 독점규제법 제59조는 “이 법의 규정은 「저작권법」, 「특

134) 정상조, 전거서, 856면.

허법」, 「실용신안법」, 「디자인보호법」 또는 「상표법」에 의한 권리의 정당한 행사라고 인정되는 행위에 대하여는 적용하지 아니한다”라고 규정하고 있으며, 정당한 행사인지 여부를 판단하기 위하여 공정거래위원회는 “지식재산권의 부당한 행사에 대한 심사지침”¹³⁵⁾을 제정하여 운영하고 있다. 원래 이 규정은 2007년 개전 전에 “...권리의 행사라고 인정되는 행위에 대하여는 적용하지 아니한다”라고만 규정되어 있던 것을 지적재산권을 이용하여 일정한 분야에서 독점을 형성하는 등 부당하게 행사하는 경우까지 독점규제법의 적용을 제외하는 것은 부당하다는 취지에서 ‘정당한’이라는 말은 덧붙이게 되었다.¹³⁶⁾

2. 독점규제법 제59조의 의미

1) 적용제외의 필요성

(1) 적용제외의 근거

독점규제법 제59조와 같이 지식재산권의 행사에 관하여 예외를 인정하는 이유에 관하여는 경쟁적인 시장보다는 독점적인 시장구조와 대규모의 기업들이 보다 많은 연구개발을 수행하고 보다 많은 발명과 혁신을 가져다주는데 적합하다는 슈페터 경제학의 영향을 받은 것이라고 한다.¹³⁷⁾ 또한 저작권 등 지식재산권은 일종의 재산권으로서 그 성질상 배타적으로 사용이나 수익 또는 처분을 할 수 있는 권리인데, 지식재산권 제도는 혁신적인 기술에 대한 정당한 보상을 통해 새로운 기술혁신의 유인을 제공함으로써 창의적인 기업활동을 장려하고 관련산업과 국민경제의 건전한 발전을 도모한다는 점에서 궁극적으로 독점규제법과 같은 목표를 추

135) 동 지침은 2000년 8월 30일 공정거래위원회 예규 제12호로 처음 제정되어 모두 4차례의 제개정을 거쳐 오늘에 이르고 있으며, 가장 최근에 개정된 것은 2014년 12월 17일에 개정된 공정거래위원회 예규 제205호이다.

136) 손호진, 전개논문, 47면.

137) 정상조, 전개서, 851~852면, 신동권, 독점규제법, 박영사, 2011, 1066면.

구하고 있기 때문에 지식재산권의 행사에 대하여는 독점규제법이 적용되지 않는다고 설명하는 견해도 있다.¹³⁸⁾

(2) 혁신과 시장구조 - 슈페터 이론의 검증

지식재산권의 행사에 독점규제법의 적용이 제외되는 이유가 그 밑바탕에 지식재산권자의 독점이 오히려 혁신에 도움이 될 수 있다는 것이라면 그러한 이론이 과연 타당한지 검토가 필요하다.

가. 슈페터의 이론

미국에서 혁신 정책의 시조는 오스트리아 태생의, 1930년대와 1940년대 하버드대학에서 경제학을 가르쳤던 독일계 이민자인 조셉 슈페터(Joseph Schumpeter)였는데, 슈페터는 두 가지 혁신과 시장구조에 관한 이론을 정립하였으며 이는 현재까지도 매우 큰 영향을 미치고 있다.

먼저 슈페터의 첫 번째 이론은 혁신은 변화 없는 기술 아래에서 경쟁이 하는 것보다 훨씬 더 경제성장에 기여한다는 것이었다. 즉 기술의 변화 없이 시장이 좀 더 경쟁적인 행동을 하도록 한다면 확실히 약간의 이익(gains)을 얻지만, 이러한 이익은 기술 진보로부터 얻을 수 있는 이익에 비하면 아무것도 아니라고 주장하였다. 산업화아래에서 시장은 과거와 비교할 때 훨씬 덜 경쟁적이었음에도 불구하고 재화 1 단위 당 노동시간에 의하여 측정된 생활수준(the standard of living)은 경제학 이론이 그렇게 비판적으로 보았던 바로 그 때 비약적으로 향상되었다는 점을 논거로 든다. 근본적으로 슈페터의 견해는 20세기 전반을 통하여 발전한 신고전주의 경제학이 경쟁에만 집착하여 혁신을 상대적으로 경시한 것에 대한 비판으로 볼 수 있다. 슈페터는 혁신이 경제성장과 생활수준향상에 실제로 엄청난 기여를 하고 있다는 점을 신고전주의 이론이 완전히 무시

138) 권오승, 전제서, 148면

하고 있다고 주장하였다. 게다가 오직 시장지배적인 사업자만이 상당한 양의 혁신적 활동을 할 수 있는 동기를 가지고 있었기 때문에 혁신은 경쟁의 결과가 아니라 독점의 결과로 나타나는 경향이 있다고 주장하였다.¹³⁹⁾

슈페터의 두 번째 이론은 시장구조와 혁신사이의 관계와 관계가 있다. 슈페터는 독점사업자 또는 시장지배적인 사업자들은 경쟁적으로 구조화된 시장에 있는 기업들보다 더 ‘혁신가들’(innovators)이라고 주장하였다. 왜냐하면, 독점사업자들은 혁신을 위한 조사와 개발에 필요한 재원을 용이하게 조달할 수 있으며, 게다가 자신의 시장 지배적인 위치 때문에 독점사업자들은 경쟁자들로부터의 복제를 덜 두려워하며 따라서 혁신의 결과를 이용하기에 더 적합한 위치에 있다고 한다. 그러나 이러한 슈페터의 이론에 대하여는 약 한 세대가 지난 후에 케네스 애로우(Kenneth Arrow)에 의하여 날카롭게 비판을 받게 되었다. 그는 혁신의 산물을 보호하기 위한 수단으로 지식재산권법이 시장지배를 대체하게 되었다고 주장하였다. 그 근거로 그는 두 번째로 작은 기업들은 그들이 적극적으로 혁신한다면 얻을 수 있는 것과 혁신하지 아니한다면 잃게 될 많은 것들을 가지고 있다. 세 번째로 시장지배적인 기업이 혁신할 때 이전의 투자 가치를 잃지 않도록 스스로 이미 확립한 경로에 머무르는 경향이 있다고 한다. 대조적으로 더 작은 경쟁기업은 오래된 기술을 뒤집어엎어서 이익을 얻기 위하여 더 나은 위치에 있게 된다. 결과적으로 실제 급진적인 혁신들은 더 작은 아웃사이더들로부터 나오게 될 것이라고 주장하였다.¹⁴⁰⁾

나. 이론의 검증

혁신과 시장구조 사이에 이러한 슈페터의 이론 중 먼저 전체적인 산업

139) Herbert Hovenkamp, "Competition for innovation", 2012 Colum. Bus. L. Rev. 799, 2~3면.

140) Herbert Hovenkamp, 전제논문, 4면.

구조와 혁신도 사이의 관계에 관한 실증적인 연구에 따르면 혁신은 중간 정도로 집중화된 시장에서 가장 높게 일어나며, 좀 더 독점화되거나 좀 더 경쟁적이 되는 시장에서는 점차 감소하는 역전된 “U”자형의 형태를 띠게 된다고 한다.¹⁴¹⁾ 두 번째로 중요한 혁신은 안정된 대규모 회사와 소규모 경쟁자들 중에 어디에서 나올지에 관하여 소규모 경쟁자들이 급진적인 혁신을 이룰 가능성이 더 높다고 한다. 가령 정보기술의 역사는 안정화된 시스템에 전념하는 시장지배적 사업자들이 소규모 경쟁자들에 의하여 지속적으로 뒤집어엎어지는 일들을 예시로 들고 있다. 실제로 AT&T가 지배하는 통신시장에서 이를 대체하는 무선 서비스는 소규모 경쟁자들로부터 나왔으며, 컴퓨터 운영체제를 지배하는 Microsoft를 대체하는 혁신적인 인터넷 기반의 운영체제 역시 소규모 경쟁자들로부터 나왔다고 한다.¹⁴²⁾

다. 소결

슈페터의 이론은 위에서 본 바와 같이 의미 있는 혁신이 오히려 소규모 경쟁자들로부터 나왔다는 점에서 오늘날 그대로 받아들이기는 어렵다고 하겠다. 따라서 위와 같은 자료들에 따르면 혁신을 조장하기 위하여 지식재산권자에게 시장지배적 지위의 형성이나 경쟁제한을 허용하여 줄 필요는 없다고 하겠다.¹⁴³⁾ 이 점에서 지식재산권자의 독점을 용인하려는 목적으로 도입된 독점규제법 제59조의 당초 취지는 부당한 배타적 지배권의 남용에 대하여는 당연히 독점규제법이 적용되어야 한다는 점에서 상당히 퇴색될 수밖에 없게 된다고 하겠다.

141) Philippe Aghion et al., Competition and Innovation: An Invented U-Relationship, 120 Q.J.Econ. 701(2005) 등. Herbert Hovenkamp, 전제논문, 각주 18.

142) Herbert Hovenkamp, 전제논문, 4면.

143) “독점규제법의 정치한 이론체계를 확립해놓은 Areeda는 상당한 지배적 지위가 기술개발에 더욱 효율적이라고 하는 견해가 이론적으로나 실증적으로나 그 근거가 박약하기 때문에 기술개발을 위해서 일정한 시장지배적 지위의 형성을 허용할 이유도 없다고 반박하였다”. 정상조, 전제서, 852면.

2) 독점규제법 제59조의 의미

저작권법과 독점규제법이 모두 창작과 혁신을 향한 공정한 경쟁을 촉진함으로써 소비자후생을 증진시키고 문화산업을 발전시킨다고 하는 점에서 상호 조화적 관계에 있다고 볼 수 있다. 그러나 양자가 상호 조화적 관계에 있다 하더라도 저작권법을 포함한 지식재산권법의 보호범위와 독점규제법의 규제범위 사이에 상호 중첩되는 영역이 존재하며, 이러한 중첩 영역에서는 양자가 충돌하는 경우가 발생할 수 있는데 이를 해결하기 위하여 우리나라에서는 독점규제법 제59조를 두고 있는 것이다.¹⁴⁴⁾ 따라서 우리나라에서 지식재산권과 독점규제법의 관계는 독점규제법 제59조의 해석론을 중심으로 이루어져 왔다. 독점규제법 제59조의 의미에 관하여는 먼저 지식재산권법 적용영역을 독점규제법 적용의 예외로 해석하는 예외범위창설규정설이 있다. 이 견해에 따르면 지식재산권법에서도 그 권리의 행사에 대해 공정이용, 효력범위의 제한, 강제실시와 법정허락 제도 등에 의한 실시의무 부과 등 지식재산권법 자체의 법리에 의하여 지식재산권의 정당한 행사를 담보하는 제도가 있고, 민사법의 일반원칙인 권리남용이론이 적용될 수도 있으므로 지식재산권의 정당한 행사는 물론 지식재산권의 남용 등 부당한 행사의 경우에도 그것이 지식재산권법에서 인정하는 권리의 행사라면 독점규제법의 적용이 없다고 한다.¹⁴⁵⁾ 그러나 2007년 독점규제법 개정에 따라 제59조의 권리의 행사가 ‘정당한 권리의 행사’로 변경된 점을 고려할 때 ‘정당한 지식재산권 행사’ 즉, ‘권리의 행사’라고 인정되는 행위’는 독점규제법에 의해 위법으로 판단되지 않는다는 사실을 확인하는 것이라고 보는 확인설이 통설적 견해로 여겨지고 있다.¹⁴⁶⁾

144) 백승엽, 전개논문, 4면.

145) 손경한·정진근, 전개논문, 713면. 구재균, “지적재산권과 독점규제법의 관계: 독점규제법 제59조의 해석론과 관련하여”, 사법행정, 2000년, 16~17면

146) 오승한, “지식재산권법과 독점규제법”, 「독점규제법 30년」, 법문사, 65~67면.

3) ‘정당성’의 판단기준

독점규제법 제59조는 ‘정당한’ 권리의 행사에 대한 독점규제법 적용을 배제하는 바, 여기서 ‘정당한’ 지식재산권의 행사 여부를 결정하기 위한 판단기준에 관해서는 아래와 같이 견해가 대립한다.

(1) 학설

① 독점규제법 전면적용설

전면적용설은 지식재산권 행사의 정당성 여부는 오직 독점규제법의 입장에서 판단하여야 한다고 보는 입장이다.¹⁴⁷⁾ 이 방식에 의하면 경쟁제한성이라는 기준에 의하여 지식재산권의 배타적 권리의 속성상 허용되어야 할 경쟁제한과 부당한 경쟁제한을 구별하여 후자의 경우만을 지식재산권의 남용으로 인정하여 독점규제법을 적용하게 된다. 따라서 지적재산권의 남용으로 인정되는 행위와 독점규제법이 적용되는 행위는 경쟁제한성 기준에 의하여 통합되게 된다.¹⁴⁸⁾

② 이분법설 (2단계론)

이분법설은 지식재산권의 행사를 두 가지로 구분하여 독점규제법 적용을 각각 달리 보아야 한다는 입장이다. 이분법설은 지식재산권 라이선스에 수반되는 이용자의 행위제한 규정을 ‘권리의 본래적 행사에 의한 제한’과 ‘권리자의 지위를 이용한 비본래적 제한’으로 구분한 뒤에 지식재산권의 본래적 행사는 직접적으로 독점규제법상의 문제가 생기지 아니하

147) 손영화, “지적재산권에 대한 공정거래법의 적용”, 판례월보 361호, 2000, 31면, 이호영, “역지불합의에 대한 공정거래법의 적용에 관한 연구”, 경영법률 제24집 4호(2014), 425면에서 재인용.

148) 백승엽, “우리나라에서의 저작권 남용법리의 정립을 위한 일고찰”, Law & Technology 제9권 제1호, 2013, 13~14면. 오승한, 전개논문, 68면.

므로 권리남용의 법리를 통하여 권리남용이 인정된 후에 독점규제법을 적용하고 권리의 비본래적 제한은 독점규제법이 직접 적용하는 것으로 해석한다.¹⁴⁹⁾ 일설은 이를 ‘2단계론’으로 부르며, 먼저 독점규제법의 적용이 제외되는 영역을 제거하고 나머지 영역의 경우에는 일단 독점규제법의 적용이 가능한 영역이라고 보는 방식을 말한다고 한다. 구체적으로는 먼저 “지적재산권의 정당한 행사에 해당하는 행위인지 여부는 독점규제법상 위법성 판단과 무관하게 형식적으로 지적재산권의 행사에 해당하는지 여부와 실질적으로 지적재산권 제도의 취지를 일탈하거나 제도의 목적에 반하는 것으로 인정되는지 여부에 의하여 판단되고, 독점규제법의 금지요건을 충족하는지 여부는 그 다음 단계에서 판단한다.”¹⁵⁰⁾ 법원은 아래 역지불합의 사건에서 2단계론에 입각하여 분석하고 있다고 평가하는 견해가 보인다.¹⁵¹⁾

③ 절충설

절충설은 정당성에 관하여 지식재산권과 독점규제법 양자의 취지를 모두 고려하여 종합적으로 판단하여야 한다고 본다. 즉 정당한 지식재산권 행사인지 여부는 “부당한 모방·편승을 방지하고자 하는 지적재산권법의 목적과 지적재산이나 제품을 둘러싼 공정하고 자유로운 경쟁질서의 확보라는 관점에서 판단한다.”¹⁵²⁾ 아래 역지불합의 사건에서 대법원의 판시를 보면 절충설에 의하는 것처럼 보인다.

④ 지식재산권법 전면 적용설

지식재산권 행사의 정당성 여부는 오로지 지식재산권제도의 관점에서

149) 구재균, 진개논문, 17면.

150) 백승엽, 진개논문, 13면.

151) 이호영, “역지불합의에 대한 공정거래법의 적용에 관한 연구”. 경영법률 제24집 4호 (2014), 423면.

152) 신현윤, 경제법, 법문사, 2006, 135면.

판단하여야 한다는 견해이다. 특히 “독점규제법 제59조가 제58조의 특별 규정적 성격을 가지고 있으므로 제58조와 동일하게 정당한 행위인지 여부는 지적재산권법의 원리에 따라 결정하여야 할” 것이라고 한다.¹⁵³⁾ 또 다른 견해에 따르면 독점규제법 제59조는 “특허법 우위의 원칙을 천명하고 있으므로 특허권에 기한 ‘정당한’ 권리행사라고 인정되는 경우에는 공정거래법이 적용될 여지가 없다고 생각된다”고 한다.¹⁵⁴⁾

(2) 관련 판결

가. 저작권 - 서울고등법원 2012. 4. 4. 자 2011라1456 결정

서울고등법원은 ‘천재교육’ 사건에서 아래와 같이 독점규제법 제59조의 정당한 저작권의 행사인지를 판단하면서 저작권법과 독점규제법 모두를 고려하는 취지의 판결을 하였다.

“만일 저작권 행사로 저작권법이 목적으로 하는 새로운 창작활동의 유인에 따른 자유로운 혁신 또는 경쟁의 촉진이나 저작물의 공정한 이용(공공의 이익을 위하여 일정 범위에서는 공중의 자유로운 이용이 보장되어야 하고, 후속 창작활동을 위한 이용자의 권리 또한 보호되어야 한다)과 어긋나는 방향으로 공정거래저해의 효과가 발생한다면 이는 공정거래법 제59조에서 말하는 저작권의 정당한 행사범위를 벗어나는 것이어서 공정거래법 위반행위를 구성하게 된다고 보아야 한다.”

나. 특허권 - 서울고등법원 2012. 10. 11. 선고 2012누3028 판결과 대법원 2014. 2. 27. 선고 2012두24498 판결

153) 김기영, “특허권자와 제네릭(Generic)사업자 사이의 역지불 합의(Reverse Payment Settlement)와 공정거래법에 의한 규제”, LAW&TECHNOLOGY, 제7권 제3호, 2011, 54~55면.

154) 신혜은, “특허권자와 복제약 사업자의 역지불합의에 관한 연구”, 산업재산권 제36호, 2011, 70면.

서울고등법원은 특허권자들이 동아제약에게 신약의 국내 공동판매권과 국내 독점판매권, 통상적인 관행을 넘어서는 높은 수준의 현금 인센티브 등의 경제적 이익을 제공하고, 동아제약은 그 대신에 자신이 개발하여 1998년 출시한 복제약의 생산과 판매를 중단함과 아울러 향후 특허권자들의 신약과 동일한 성분의 복제약을 개발하지 않고, 더 나아가 약리유효성분을 달리하는 새로운 경쟁제품의 개발, 생산, 판매까지도 포기하는 내용의 합의를 하여 특허권의 정당한 행사범위를 초과하여 당해 특허 신약 및 복제약 등과 관련된 시장에서 부당하게 경쟁을 제한하는 행위를 하였는지가 문제된 사안에서 아래와 같이 판결하였다.

“공정거래법 제59조는 ‘이 법의 규정은 「저작권법」, 「특허법」, 「실용신안법」, 「디자인보호법」 또는 「상표법」에 의한 권리의 정당한 행사라고 인정되는 행위에 대하여는 적용하지 아니한다.’고 규정하고 있다(이 사건 합의 당시 적용되던 구 공정거래법에서는 ‘권리의 행사’라고만 규정되어 있었고 2007. 8. 3. 법률 제8631호로 개정되면서 ‘정당한’의 문구가 삽입되었으나 위 개정 이전에도 지적재산권의 정당한 행사에 대하여만 공정거래법이 적용되지 않는다고 볼 것이어서 위 문구 여부에 불구하고 해석상의 차이는 없다). 따라서 특허권의 정당한 행사에는 공정거래법의 적용이 배제되나 특허권의 행사가 정당하지 않은 경우에는 공정거래법이 적용된다. 여기서 정당한 권리행사인지 여부는 공정거래법 제 58조가 ‘다른 법률 또는 그 법률에 의한 명령에 따라 행하는 정당한 행위’라고 규정하고 있는 점에 비추어 공정거래법의 원리에 따라 판단할 것이 아니라 특허법의 원리에 따라 결정하여야 한다¹⁵⁵⁾. 즉, 산업발전을 촉진하는 수단으로 새로운 발명을 한 자에게 발명을 공개하게 하고 그에 대한 보상으로 특허권이라는 합법적인 독점권을 부여한다는 특허법의 본질에 비추어 그러한 보상을 받기 위한 정상적이고 합리적인 행위는 특허권의 정당한 행사로 보아 공정거래법이 적용되지 않는다고 할 것이고, 이를 넘어

155) 밑줄은 저자가 덧붙인 것임.

공개된 발명에 대한 정당한 대가 이상의 보상을 받으려 하는 행위에 대하여는 공정거래법이 적용된다고 보아야 한다.”

그러나 위 고등법원 판결에 대한 상고심에서 대법원은 “‘특허권의 정당한 행사라고 인정되지 아니하는 행위’란 행위의 외형상 특허권의 행사로 보이더라도 그 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 판단하여야 한다¹⁵⁶⁾”고 판결하였다. (대법원 2014. 2. 27. 선고 2012두24498 판결)

(3) 검토

독점규제법 제59조에서 말하는 ‘정당한’ 권리행사가 무엇인지에 관하여 이분법설이 말하는 ‘권리의 본래적 행사에 의한 제한’과 ‘권리자의 지위를 이용한 비본래적 제한’을 구분하는 것이 현실적으로 매우 어렵고, 권리의 본래적 행사에 의한 제한에 의하더라도 심각한 경쟁제한효과를 야기할 수 있다는 점에서 독점규제법이 직접 적용되어야 하는 경우도 많을 것이므로 양자를 구별할 실익도 크지 않다고 하겠다.¹⁵⁷⁾ 예를 들어 Microsoft사가 자사의 응용프로그램인 Internet Explorer를 자사 운영체제 Windows에 기술적으로 통합한 후 OEM업체의 소프트웨어 변경을 허용하지 않아서 결국 경쟁자인 Navigator를 배척하는 결과를 가져온 사례가 있다.¹⁵⁸⁾ MS는 소프트웨어의 저작권자로서 저작권법에 따른 2차적 저작물작성권을 가지고 있으므로, 이를 제한하는 것은 권리의 본래적 행사에 의한 제한에 해당되지만 심각한 경쟁제한효과를 야기할 수 있으므로 독점규제법이 바로 적용될 필요가 있다. 또한 독점규제법 전면적용설의 경우에도 오로지 독점규제법의 법리에 따라서만 ‘정당성’ 여부를 판단

156) 밑줄은 저자가 덧붙인 것임.

157) 오승한, 전제논문, 69~70면.

158) United States v. Microsoft Corp., 87 F. Supp. 2d 30, 39-40 (D.D.C. 2000)

하게 된다면 지식재산권의 행사에 독점규제법이 함부로 적용되어 지식재산권이 추구하는 이념이 저해될 우려가 있을 수 있다.¹⁵⁹⁾ 즉 지식재산권에 대한 고려 없이 오로지 독점규제법에 의하여 지식재산권 행사의 정당성 여부를 판단하는 경우에는 단기적인 경쟁제한효과에 판단이 집중될 가능성이 있다. 지식재산권법 전면적용설은 오로지 지식재산권법제도의 관점에서 정당성 여부를 판단하게 된다는 점에서 지나치게 장기적인 효율성이 부각되어 단기적이지만 심대한 경쟁제한 효과를 가져올 수 있는 지식재산권 행사를 정당하다고 평가할 위험이 있다. 따라서 ‘정당성’ 여부는 지식재산권제도의 목적과 취지, 당해 지식재산권의 내용과 아울러 독점규제법적인 판단, 즉 당해 지식재산권의 행사가 공정하고 자유로운 경쟁에 미치는 영향 등 제반 사정을 함께 고려하여 판단하여야 할 것이다. 즉 경쟁제한효과 분석에 있어서도 기존의 분배적 효율성 개념에만 집착한 정태적 분석방법에서 탈피하여, 장기적 관점에서 혁신을 통한 공공복리의 증진을 도모할 수 있는 동태적 효율성(Dynamic efficiency) 개념을 수용하여야만 하며, 이 때 지식재산권 행사의 단기적 경쟁제한성뿐만 아니라 동태적 효율성을 증진하는 지식재산권자의 투자이익 보장 필요성을 친 경쟁적 정당화 요소로서 고려하여야 할 것이다.¹⁶⁰⁾

결론적으로 독점규제법과 저작권법이 양립할 수 있으며, 서로 조화되어야 한다는 측면에서 저작권의 정당한 행사인지 여부는 저작권 자체의 목적과 취지 및 배타적 권리의 내용뿐만 아니라 독점규제법상의 경쟁제한 효과 등을 종합하여 판단하되, 특히 문제가 된 저작권자의 권리행사가 저작권을 보장하여 우수한 창작 또는 문화상품 생산을 유인하는 인센티브 목적과 취지를 침해할 우려가 없는지를 충분히 고려하여야 한다. 위의 역지불합의 사건에서 대법원의 판시내용 역시 절충설에 입각하고 있다고 보아야 한다.

159) 손경한·정진근, 전계논문, 714면.

160) 오승한, “특허·저작권법의 기본목적과 정책에 대한 경제적 분석 및 독점금지법의 경쟁정책과의 비교”, 상사판례연구 제18권 제3권(2005. 9), 280면.

공정거래위원회 예규 「지식재산권의 부당한 행사에 대한 심사지침」 역시 동일한 내용을 규정하고 있다. 다만, 이와 관련하여 위 심사지침은 정당한 특허권의 행사 유형을 규정한 후 다시 독점규제법 제3조의2, 제19조, 제23조 등에 위반되는지를 다시 별도의 위법성 판단기준에 따라 결정하게 되므로 2단계론에 입각하고 있다는 견해가 있다.¹⁶¹⁾

2. 기본 원칙

가. 법 제59조의 규정에 따른 지식재산권의 정당한 행사라 함은 관련 법률에 따라 허여받은 지식재산권의 배타적 사용권 범위 내에서 행사하는 것을 말하며, 이러한 경우에는 법 제59조의 규정에 따라 이 법의 적용이 배제된다. 그러나 외형상 지식재산권의 정당한 행사로 보이더라도 그 실질이 지식재산 제도의 취지를 벗어나 제도의 본질적 목적에 반하는 경우에는 정당한 지식재산권의 행사로 볼 수 없어 이 법 적용 대상이 될 수 있다.

아울러 지식재산권의 행사가 정당한 것인지 여부는 특허법 등 관련 법령의 목적과 취지, 당해 지식재산권의 내용, 당해 행위가 관련 시장의 경쟁에 미치는 영향 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 판단한다.¹⁶²⁾

3. 저작권의 부당한 행사에 대한 독점규제법의 적용

1) 적용범위

앞에서 살펴 본 바와 같이 공정거래위원회는 독점규제법 제59조에 따라 “지식재산권의 부당한 행사에 대한 심사지침”(이하에서는 ‘지재권지침’이라고 함)을 제정하여 공표하였다.

161) 백승엽, 전제논문, 14면.

162) 「지식재산권의 부당한 행사에 대한 심사지침」 Ⅱ. 일반적 심사 원칙 2. 기본 원칙. (밑줄은 저자가 덧붙인 것임)

위 지침은 “이 지침은 특허권, 실용신안권, 디자인권, 상표권, 저작권 등의 지식재산권 행사를 적용 대상으로 한다. 이 지침은 기술의 편의를 위하여 대표적인 지식재산권인 특허권의 행사를 중심으로 규정하였으나, 각 사안에서 문제되는 지식재산권별 특수성을 고려하여 특허권 이외의 지식재산권 행사에도 유추하여 적용할 수 있다¹⁶³⁾”라고 규정하여 저작권 행사에도 적용 또는 유추적용될 수 있음을 명문으로 인정하고 있다.

따라서 저작권의 부당한 행사에 대하여는 위 지재권지침이 유추적용될 수 있으므로, 이하에서는 저작권의 행사와 관련이 큰 지재권지침 규정을 중심으로 검토하고자 한다.

2) 끼워팔기

(1) 끼워팔기의 부당성

먼저 지재권지침은 “특허권자는 특허발명의 이용 범위를 한정하여 부분적으로 실시를 허락하는 한편, 실시권의 범위 설정과 직접적으로 연관되지 않는 다른 조건을 함께 부과하여 보다 효율적으로 자신의 특허권을 보장받을 수 있다. 일반적으로 특허권자가 해당 특허발명의 효과적 구현, 계약상품의 안전성 제고, 기술의 유용 방지 등을 위해 합리적인 범위에서 실시허락 시 조건을 부과하는 행위는 특허권에 의한 정당한 권리행사로 볼 수 있다. 그러나 실시허락 시 다음과 같이 부당하게 조건을 부과하는 행위는 특허권의 정당한 권리범위를 벗어난 것으로 판단할 수 있다¹⁶⁴⁾”고 규정하여 실시허락을 하면서 일정한 조건을 부여하는 것은 합리적인 범위내라면 정당한 권리행사에 해당할 수 있다고

163) 「지식재산권의 부당한 행사에 대한 심사지침」 I. 총칙 2. 적용 범위.

164) 「지식재산권의 부당한 행사에 대한 심사지침」 III. 구체적 판단기준 3. 실시허락
라. 실시허락시의 조건부과 (5) 끼워팔기.

본다. 다만 몇 가지 사항에서 대하여는 부당한 조건으로 보는데 그 중에 하나가 ‘끼워팔기’이다. 지재권지침은 끼워팔기란 “부당하게 해당 특허발명의 실시를 위해 직접 필요하지 않은 상품 또는 기술을 함께 구입하도록 하는 행위”라고 정의하고 있으며, 그러한 끼워팔기는 지식재산권자의 부당한 권리행사에 해당한다고 한다. 미국에서는 일찍이 나인-노-노스 집행방침에서 끼워팔기는 당연위법으로 보았으나, 1995년의 법무부 가이드라인에 의하여 합리성의 원칙에 의하여 위법성이 평가되고 있다. EU의 경우 EU 기능조약 제101조와 제102조는 끼워팔기를 금지되는 행위 또는 시장지배적 지위 남용행위의 일종으로 열거하고 있다.

(2) EU의 경우

EU에서는 서적의 출판권이 ‘무는 제품’인데 ‘무이는 제품’으로 드라마와 영화제작에 대한 권리가 일괄구입이 강제되는 경우에는 원칙적으로 저작권법상의 특수한 대상으로 인정이 되고 독점규제법상 적법하다고 한다.¹⁶⁵⁾ 그러나 끼워팔기로 시장봉쇄효과 일어나는 경우에는 독점규제법에 위반되는 부당한 권리행사가 될 수 있다. EU 집행위원회에서는 영화사와 방송국 사이에 맺어진 20년 이상의 기간 동안 1500편 이상의 영화에 대한 방송권 계약에 대하여 경쟁제한적이라고 판단하여 EU 조약 제81조를 적용하였다. 이는 대량의 영화가 장기간 시장으로부터 배제되기 때문이라고 한다.¹⁶⁶⁾

(3) 미국의 경우

가. 영화저작물

165) 심재한, “상표권 및 저작권의 행사와 EU경쟁법”, 상사판례연구 제22편 제4권(2009), 586면.

166) Kommssion 15. 09. 1989 L 284/36 Filmeinkauf; Immenga/Mestmacker, EG-WettbewerbsR, GRUR Teil D Rn. 20. 심재한, “상표권 및 저작권의 행사와 EU 경쟁법”, 상사판례연구 제22편 제4권(2009), 586면에서 재인용.

미국의 경우 일찍이 영화배급과 관련하여 배급자와 상영자 사이에 체결되는 일괄배급계약(Block-booking)이 문제가 되었다.¹⁶⁷⁾ 일괄배급 방식은 배급자에 의하여 일정기간 동안 배급되는 영화들을 묶어서 상영자와 라이선스계약을 체결하는 것으로, 그 영화들은 실제로 제작되기 전에 일괄하여 라이선스되는 것이다. 따라서 어느 한 영화가 다른 한 영화와 끼워팔기가 되는 것이다.

여기에서 미 연방대법원은 저작권자에게 독점을 주는 것은 결국 저작자의 수고로부터 공중이 얻게 되는 이익에 그 근거가 있다고 하였다. (“The sole interest of United States and the primary object in conferring the monopoly lie in the general benefits derived by the public from the labors of authors.”) 즉 그러한 독점적 권리부여라는 보상은 저작자의 창작적 산물을 공중에 공개하도록 유도한다고 한다. 그러나 그러한 보상이 저작물의 질(the quality of the copyright)과 무관하게 된다면 공공적 목적을 달성할 수 없다고 한다. 일괄배급계약은 양질의 영화가 오로지 그 보다 못한 영화가 라이선스될 때만 라이선스되도록 강제한다는 면에서 후자가 전자로부터 일정한 품질(quality)를 빌려온다고 할 수 있다. 이것은 결국 개별 저작물에 대한 보상을 차별화하기보다는 균일화하는 경향을 띠게 된다. 따라서 일괄배급방식은 저작권에 부여된 독점을 부당하게 확장하는 것으로서 불법적인 것이라고 판시하였다.

위 연방대법원 판결에 이어서 1957년 미 연방정부는 영화 배급사가 영화를 TV 방영을 위하여 공급하면서 방송사가 원하지 아니하는 영화까지 포함하는 것을 조건으로 일괄하여 영화들을 판매한 것이 서면법 제1조 위반에 해당한다고 소송을 제기하였다. 여기에서 미 연방대법원은 위의 Paramount 사건의 법리가 TV 방송에 있어서도 그대로 적용

167) United States v. Paramount Pictures, Inc. (334 U.S. 131, 1948)

된다고 하면서, 입법적으로 부여된 라이선스 구성의 독점권과 역시 입법적인 자유경쟁의 원칙 사이의 조화는 끼워팔기에 의한 독점의 확장을 엄격하게 제한한다고 하였다. (“Accommodation between the statutorily dispensed monopoly in the combination of contents in the patented or copyrighted product and the statutory principles of free competition demands that extension of the patent or copyright monopoly by the use of tying agreements be strictly confined.”) 또한 불법성 판단기준은 판매자가 묶이는 제품 시장에서 자유경쟁을 상당히 제한할 만큼 묶는 제품에 관한 충분한 경제적 능력(economic power)를 가지고 있어야 한다는 점이라면서, 이러한 경제적 능력은 시장지배(market dominance)와는 다르며, 묶는 제품의 소비자에 대한 바람직함(desirability to consumers)¹⁶⁸⁾이나 그 제품 속성의 독특함으로부터 위의 경제적 능력을 추정할 수 있다고 보았다. 결국 위에서 요구되는 경제적 능력은 묶는 제품이 특허권이나 저작권의 대상이 될 때 추정된다고 하였다(“The requisite economic power is presumed when the tying product is patented or copyrighted”).

그 이후에도 TV 게임쇼의 배급사가 당시 가장 인기가 높았던 게임쇼인 ‘Wheel of Fortune’를 다른 게임쇼인 ‘Jeopardy’와 ‘Headline Chasers’와 함께 라이선스계약체결을 방송사에 강제한 사안에서 끼워팔기가 당연위법에 해당하기 위해서는 아래에서 보는 바와 같이 4가지 요소를 원고가 입증하여야 한다고 판시하였다.¹⁶⁹⁾

- ① 묶는 제품과 묶이는 제품 두 개의 분리된 제품들의 존재
- ② 구매자가 묶는 제품을 구매하기 위하여 묶이는 제품을 강제로 구매하여야 하며
- ③ 판매자는 구매가 묶이는 제품을 강제로 구매할 만큼 묶는 제품에 충분한 경제적 힘(economic power)을 보유하고 있으며

168) United States v. Loew's, Inc. (371 U.S. 38, 1962)

169) Outlet Communications, Inc. v. King World Productions, Inc: 685 F.Supp. 1570 (M.D.Fla. 1988).

④ 묶이는 제품의 시장에서의 상당한 거래량과 관련되어야 한다.

나. 컴퓨터프로그램저작물과 끼워팔기

Data General(이하 'DG'라 함)이 오로지 자신의 중앙처리장치를 구매한 자에 대하여만 운영체제 소프트웨어의 라이선스계약을 체결한 사안¹⁷⁰⁾에서, 끼워팔기는 경쟁을 부당하게 제한하거나 어떤 조건하에서 당연위법이 될 수 있으며, 당연위법이 되기 위해서는 ① 서로 독립적인 제품들, 묶는 제품의 구매가 묶이는 제품의 구매조건부인 경우; ② 묶이는 제품 시장에서 경쟁을 상당히 제한할 만큼 묶는 제품에 관한 충분한 경제력; ③ 묶이는 제품 시장 거래량에 대한 상당한 영향이 요구된다고 하였다. 이 사안에서 항소법원은 DG의 운영체제와 호환되는 응용소프트웨어를 개발한 제조사들은 그 운영체제를 사용하기 위하여 DG의 중앙처리장치를 구매할 수밖에 없으며, DG는 이를 강제하였다고 보았다. 또한 1979년까지 DG의 운영체제 판매의 약 93%가 운영체제 때문에 어쩔 수 없이 구매한 경우였기 때문에 위의 당연위법의 요건을 충족한다고 보았다.

(4) 한국의 경우 - Microsoft의 메신저 끼워팔기 사례

가. 사건의 개요

마이크로소프트유한회사(이하 'MS'라고 함)등은 2000. 9. 15.부터 윈도우 미(windows me)라는 PC 운영체제에 MSN 메신저를 포함하여 2001년 10월경까지 판매하였고, 이후 2001. 10. 8.부터 윈도우 엑스피(windows xp)(이하 '윈도우 xp'라 함)라는 PC 운영체제에 윈도우 메신저를 포함하여 판매하였다. 이에 대하여 주식회사 다음(이하 '다음'이라고 함)은 2001. 9. 5. MS가 윈도우 xp에 메신저를 끼워팔기함으로써

170) Digidyne Corp. v. Data General Corp. (734 F.2d 1336 (9th Cir, 1984)).

메신저시장의 경쟁을 제한하고 있다고 주장하면서 피고들을 공정거래위원회에 신고하였다. 공정거래위원회는 이에 대하여 심의하던 중 2004년 4월경 MS가 윈도우 서버 운영체제와 윈도우 미디어 서비스(windows media service, 이하 'wms'라고 한다)를 결합하여 판매한 행위와 윈도우 pc 운영체제와 윈도우 미디어 플레이어(windows media player, 이하 'wmp'라고 한다)를 결합하여 판매한 행위를 직권으로 인지하고 2004. 6. 10.부터 이 사건 결합판매행위 및 wms, wmp 결합판매행위의 위법성에 대해서도 직권으로 심리하기 시작하였다.

리얼네트웍스는 2004. 10. 28. 공정거래위원회가 윈도우 서버 운영체제와 wms를 결합판매한 행위에 대하여 직권으로 인지한 내용과 동일한 취지의 신고서를 공정거래위원회에 제출하였다. 이후 공정거래위원회는 2005. 7. 13.부터 같은 해 10. 26.까지 모두 7차례에 걸쳐 심의를 개최하였다. 그러던 중 리얼네트웍스는 2005. 10. 13., 다음은 2005. 11. 11. MS와 각기 합의를 하여 공정거래위원회에 대한 신고를 취하하였으나, 공정거래위원회는 신고 취하에 관계없이 심의를 계속하여 2005. 12. 7. MS의 결합판매행위들에 대한 최종 결정을 하고, 2006. 2. 24. MS의 끼워팔기가 불공정거래행위에 해당한다고 판단하고, 프로그램 분리와 윈도우즈와 MSN 메신저 간 상호연동 금지명령 및 wmp와 메신저에 대한 조건부 탑재버전 출시명령 등과 함께 MS에게 272억 3,000만 원, 한국 MS에게 52억 6,000만 원 등 총 324억 9,000만 원의 과징금을 부과하였다.¹⁷¹⁾ 위 시정명령과 과징금 부과에 대하여 MS는 행정소송을 제기하였으나 항소심에서 소 취하하여 최종 종결처리되었다. 그러나 MS의 끼워팔기로 손해를 입었다고 주장하며 제기한 손해배상청구소송은 아래와 같이 최종적으로 대법원 판결까지 나오게 되었다.

나. 1심 법원의 판단¹⁷²⁾

171) 공정거래위원회 2006. 6. 16. 재결 제2006-027호.

172) 서울중앙지방법원 2009. 6. 11. 선고 2007가합90505 판결

① 별개제품성 여부

주된 상품과 종된 상품이 별개 상품인지 여부는 종된 상품이 주된 상품의 밀접 불가결한 구성요소인지 아니면 독립하여 거래의 대상이 될 수 있는 상품인지 여부를 종된 상품의 공급 현황이나 종된 상품 업계의 거래 관행을 기준으로 판단하되, 통상적으로 주된 상품과 짝지어 하나의 단위로 판매 또는 사용되지 않는 상품이면 별개의 상품으로 봄이 상당하다고 하면서, MS는 윈도우 me에 MSN 메신저를 포함하여 판매하고, 윈도우 xp에 윈도우 메신저를 포함하여 판매한 것은 기능을 통합한 행위가 아니라 PC 운영체제와 메신저라는 별개의 제품을 결합하여 판매한 행위라고 봄이 상당하다고 보았다.

② 강제성이 인정되는지 여부

강제성이 인정되는지 여부는 거래 상대방에게 주된 상품과 종된 상품을 따로 구입하는 것이 자유로운지를 기준으로 거래 상대방인 소비자에게 당해 거래에 대한 독립적인 선택권이 보장되어 있는지 여부에 따라 판단하되, 강제성은 주된 상품에 대한 구매자의 거래처 전환 가능성이 작을수록 크다고 하면서, MS의 PC 운영체제에 대한 시장 점유율이 최소 98.5% 이상인 사실과, MS가 윈도우 me나 윈도우 xp를 판매하면서 MS의 메신저가 포함되어 있지 아니한 윈도우 me나 윈도우 xp를 따로 판매하지 않았으므로 소비자는 윈도우 me나 윈도우 xp를 구입할 당시 피고들의 메신저를 따로 구입할지 여부에 대한 잠재적 선택권을 박탈당하였다고 볼 것이므로, 소비자들은 이 사건 결합판매행위로 인하여 메신저의 구입을 강제당하였다고 봄이 상당하다고 보았다.

③ 경쟁제한성(부당성)

독점규제법에서 규제하고 있는 경쟁제한성(부당성)은 당해 행위로 인

하여 경쟁의 정도 또는 경쟁 사업자의 수가 유의미한 수준으로 줄어들거나 줄어들 우려가 있고, 상품 또는 용역의 가격과 질 이외에 바람직하지 않은 경쟁 수단을 사용하거나 거래 상대방의 자유로운 의사 결정을 저해함으로써 정당한 경쟁을 방해하거나 방해할 우려가 있는 경우를 의미하므로, 공정거래법상 위법성은 추상적 위험성이 인정되는 정도로 족하다고 보았다. 또한, 공정거래법에서 보호하고자 하는 경쟁은 ‘장점에 의한 경쟁’ 및 결과가 아닌 ‘경쟁 그 자체’이며, 피고들의 경쟁제한적 행위가 이루어지고 난 이후에 실제 피고들이 의도했던 결과가 현실화되지 않았다 하더라도 이미 발생한 경쟁제한의 위법성이 사라지는 것은 아니라고 할 것이라고 하면서, 다른 사업자가 자신들의 메신저를 pc에 사전 탑재하는 것이 사실상 불가능하고, MS가 pc 운영체제에 MS의 메신저를 결합판매한 것이 실제 PC 사용자들이 피고들의 메신저를 선택하는 데 최소 22% 이상의 영향을 미쳤다는 점, 실제 이 사건 결합판매를 통하여 MS의 메신저 시장 점유율이 50% 이상 증가하였고, 이후 2005년 3월경까지 국내 메신저 시장 점유율 1위를 기록하였던 점, MS의 이 사건 결합판매행위는 pc운영체제에서 시장 점유율 98%라는 독보적인 시장지배적 지위를 차지하고 있는 피고들이 그 지위를 이용하여 메신저 시장에서도 pc 운영체제 시장의 독점력을 전이하려는 목적을 가지고 결합판매라는 바람직하지 않은 경쟁 수단을 사용하여 인터넷 내려받기만으로 메신저를 배포하는 다른 사업자와의 ‘장점에 의한 경쟁’을 배제하는 것이라고 봄이 상당하므로, 경쟁제한성은 인정된다고 판시하였다.

④ 결론

법원은 위에서 본 바와 같이 끼워팔기의 경쟁제한성이 인정되므로 독점규제법상 시장지배적 지위의 남용행위 중 다른 사업자의 사업 활동을 부당하게 방해하는 행위, 부당하게 소비자의 이익을 현저히 저해할 우려가 있는 행위 및 불공정거래행위 중 끼워팔기에 해당한다고 판

시하면서도, MS 메신저의 시장 점유율이 이 사건 결합판매행위 후 상승하였고 MS가 윈도우 me에 MSN 메신저를 결합하여 판매하기 시작할 즈음에 원고가 메신저 시장에서 이용률 감소로 인해 사업을 하지 못하게 되었다는 사정만으로는 MS의 이 사건 결합판매와 원고의 메신저 사업 실패 사이에 상당인과관계를 인정하기에는 부족하고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다는 이유로 원고 전부 패소판결을 하였다.

다. 항소심¹⁷³⁾·대법원¹⁷⁴⁾의 판단

항소심 역시 원고의 손해와 끼워팔기 사이에 인과관계를 인정할 증거가 없다고 하면서 원고가 추진하던 인터넷 커뮤니티 포털화 실패 등 여러 사정이 원고의 메신저 사업 실패에 영향을 미쳤다고 봄이 상당하므로, 결국 이 사건 결합판매행위로 인하여 원고가 메신저 시장을 상실하였다고 볼 수는 없고, 따라서 이를 전제로 한 원고의 주장은 더 나아가 살펴보지 않아도 이유 없다고 하여 1심 법원의 판결을 지지하였다.

또한 대법원은 1심판결을 유지한 항소심의 판단을 지지하여 상고를 기각하여 당해 사건은 확정되었다.

라. 평가

위 사건에 관해서는 운영체제와 메신저 프로그램이 별개의 프로그램이고 각각 별도의 시장을 형성하고 있는 점, 메신저 프로그램을 결합시켜야 운영체제 프로그램의 품질이 유지되거나 기술이 향상될 수 있는지 의문인 점, MS의 끼워팔기를 통하여 부당하게 MS의 메신저 시장 점유율의 확대가 가능한 점, MS가 2002년 미국 법무부와의 합의에 의하여 PC 제조업체나 소비자가 MS 응용프로그램의 icon을 삭제하거나

173) 서울고등법원 2012. 7. 6. 선고 2009나71437 판결.

174) 대법원 2013. 2. 15. 선고 2012다79446 판결

경쟁사 제품을 설치할 수 있도록 한 점 등을 고려할 때 시장지배적 지위 남용이나 불공정거래행위에 해당될 수 있다고 평가되고 있다.¹⁷⁵⁾

(5) 소결

저작권에 있어서도, 계약목적물인 저작물 이외의 저작물을 이용권자로 하여금 계약목적물과 함께 결합하여 구입할 것을 사실상 강요하는 행위는 부당한 끼워팔기에 해당될 수 있다. 특히 컴퓨터프로그램저작물의 이용허락에 있어서 불필요한 제품까지 일괄하여 구입하도록 강요하는 것은 부당한 끼워팔기에 해당될 가능성이 높다. 구체적인 성립요건으로는 구입이 강제되는지 여부, 구입을 강제할 수 있는 경제적 능력 그리고 묶이는 제품의 시장에 미치는 영향을 고려하여 부당성 여부를 판단하여야 할 것이다. 다만, 일괄구입이 요구되는 기술·제품의 이용이 계약제품의 품질유지와 저작권자의 신용유지에 반드시 필요한 경우에는 적법하다고 볼 수 있다.¹⁷⁶⁾

3) 기술개량제한 및 연구개발 제한

지재권지침은 기술개량제한 및 연구개발 제한이 아래에 해당하는 경우에 저작권자의 정당한 권리범위를 벗어난 것으로 판단할 수 있다고 규정하고 있다.

(4) 경쟁상품 또는 경쟁기술의 거래 제한¹⁷⁷⁾

부당하게 계약상품을 대체할 수 있는 경쟁상품이나 계약기술을 대체할 수 있는 경쟁기술을 거래하는 것을 제한하는 행위

[참고] 단, 경쟁상품 또는 경쟁기술을 함께 거래함에 따라 특허권자의 영업비밀이 경쟁사업자 등 제3자에게 공개되거나 누

175) 정상조, 전게서, 873면.

176) 정상조, 전게서, 872면.

설되는 위험을 막기 위해 불가피한 수단으로 인정되고, 그 제한의 정도가 특허권자의 권리보장을 위한 최소한에 그치는 경우에는 제외될 수 있다.

(7) 기술개량과 연구 활동의 제한¹⁷⁸⁾

(가) 계약상품 또는 계약기술의 개량, 이와 관련된 연구 활동을 부당하게 제한하는 행위

(나) 계약상품 또는 계약기술과 관련하여 실시권자가 독자적으로 취득한 지식과 경험, 기술적 성과를 부당하게 특허권자에게 제공하도록 하는 행위

[참고] 단, 계약기술 등과 관련하여 실시권자가 이룩한 성과를 특허권자가 상호 대등한 조건으로 교환하거나 정당한 대가를 지불하고 취득하는 경우, 계약상품 또는 계약기술의 성능 보증이나 특허권자의 영업비밀 보호를 위해 불가피하게 기술개량을 제한하는 경우에는 제외될 수 있다.

저작권자와 이용허락의 상대방 사이에 기술개량을 제한하거나 연구개발을 제한하는 약정을 체결하는 경우, 새로운 창작이나 경쟁이 제한되므로 창작을 유도하기 위한 인센티브로서의 저작권의 인정 목적에 위배되어 부당한 저작권 행사에 해당될 것이다. 미국에서도 Lasercomb 사건에서 컴퓨터프로그램저작권자와 이용자 사이에 체결된 이용허락계약이 계약기간동안 이용자는 ‘컴퓨터활용 형판제조 프로그램’을 개발하거나 판매하지 못한다는 제약이 규정되어 있음에도 불구하고 피고가 독자적으로 경쟁적 프로그램을 개발하여 판매하자 원고가 저작권 침해의 소를 제기한 사건에서 미국 연방항소법원은 이용허락계약에서의 경쟁적 프로그램의 개발금지가 저작권남용에 해당한다고 판시하였다.¹⁷⁹⁾

177) 「지식재산권의 부당한 행사에 대한 심사지침」 III. 구체적 판단기준 3. 실시허락
라. 실시허락시의 조건부과 (4).

178) 「지식재산권의 부당한 행사에 대한 심사지침」 III. 구체적 판단기준 3. 실시허락
라. 실시허락시의 조건부과 (7).

한편, 저작권 영역에서 경쟁금지의무의 부과는 위의 기술개량과 유사한 면이 있다. 즉 저작자나 출판업자에게 동일하거나 유사한 내용의 책을 출간하지 못하도록 하는 경쟁금지 규정이 실무상 이용되고 있다. 이에 대하여는 창작물의 정당한 사용과 저작권법상의 충실의무를 충족시키는 경우에는 그와 같은 경쟁금지 규정을 부과하는 것이 가능하다는 견해가 있다. 그러나 출간이 금지되는 작품이 독자 등에 있어서 기존 작품과 경쟁하지 아니하는 경우, 그와 같은 금지규정의 부과는 부당한 저작권 행사가 될 수 있다고 한다. 예를 들어 일반문학작품에 있어서 출판사에게 다른 소설을 출간하지 못하도록 막는 것은 부당하다고 평가한다.¹⁸⁰⁾

예를 들어 덴 브라운의 베스트셀러 소설인 다빈치코드의 경우와 관련하여 발행한 것도 위에서 말하는 것과 비슷하다. 브라운은 서문에서 자기가 Michael Baigent, Richard Leigh와 Henry Lincoln이 쓴 논픽션 책인 'Holy Blood, Holy Grail'에서 상당한 아이디어를 빌려왔다고 인정한 바 있는데, 그 책은 예수 그리스도와 막달라 마리아가 로맨틱한 관계였다는 생각의 역사를 탐구하고 있다. 그러한 전설은 천주교에서 잘 확립된 이단이었다. 다빈치코드에 대한 대중의 관심으로 'Holy Blood'의 판매는 몇 배로 증가하였으며 쉽게 영국 논픽션 베스트셀러에 오르게 되었다. 그럼에도 불구하고 'Holy Blood'의 출판사는 저작권 침해소송을 제기하였으며, 그 소송은 덴 브라운이 표현이 아니라 약간의 아이디어를 차용하였다는 이유로 최종적으로 원고 청구 기각된 바 있다.¹⁸¹⁾

다빈치코드와 'Holy Blood, Holy Grail'는 서로 경쟁하지 아니하는 관계에 있으므로 다빈치코드의 출간을 막는 것은 혁신에 별 도움이 되지 아니하게 될 것이다. 따라서 만약 양자 사이에 어떤 계약관계에 의하여 출

179) Lasercomb America, Inc. v. Reynolds, 911 F. 2d 970 (4th Cir. 1990). 정상조, 전게서, 873면.

180) Loewenheim, Handbuch des Urheberrechts, § 64 Rn. 140. 심재한, 전게논문, 584면에서 재인용.

181) Baigent v. Random House Group Ltd, [2006] EWHC (Ch) 719 (Eng), aff'd [2007]EWCA (Civ) 247 (Eng). Herbert Hovenkamp, 전게논문, 6면에서 재인용.

간을 금지하는 약정이 포함되어 있었다더라도 그것은 부당한 약정에 해당될 가능성이 있는 것이다.

4) 이용허락의 거절

(1) 지재권지침

지재권지침은 이용허락의 거절과 관련하여 아래와 같이 규정하고 있다. 즉 일반적으로 이용허락을 거절하는 것은 정당한 권리행사로 보면서, 경쟁관계에 있는 다른 사업자와 공동으로 이용허락을 거절하거나, 부당하게 특정 사업자에 대하여 이용허락을 거절하거나, 부당한 조건을 수용하지 아니한다는 이유로 이용허락을 거절하는 경우에는 부당한 권리행사로 보고 있다.

나. 실시허락의 거절¹⁸²⁾

혁신적 발명에 대한 정당한 보상을 제공하고 새로운 기술 개발을 촉진하기 위하여, 특허제도는 특허권자에게 해당 발명 실시에 대한 배타적 독점권을 부여하고 있다. 따라서 일반적으로 특허권자가 자신의 권리 보장을 위해 합리적인 범위에서 실시허락을 거절하는 행위는 특허권에 의한 정당한 권리 행사로 볼 수 있다. 그러나 다음과 같이 실시허락을 부당하게 거절하는 행위는 특허권의 정당한 권리범위를 벗어난 것으로 판단할 수 있다.

실시허락 거절에는 직접 실시허락을 거절하는 경우뿐만 아니라 제3자에게 실시허락을 거절하도록 하는 행위, 명시적인 실시허락의 거절뿐만 아니라 거래가 사실상 또는 경제적으로 불가능할 정도로 부당한 가격이나 조건을 제시하여 실시허락 거절과 동일한 효과를 발생시키는 행위, 공급거절과 구입거절, 거래개시의 거절과 거래계속의 거절이 모두 포함된다.

(1) 정당한 이유 없이 자기와 경쟁관계에 있는 다른 사업자와 공동으로 특정사업자에 대하여 실시허락을 거절하는 행위

(2) 부당하게 특정사업자에 대하여 실시허락을 거절하는 행위

[참고] 특히 거래거절의 목적이 관련 시장의 경쟁제한과 관련되는 경우, 실시허락이 거절된 기술이 사업활동에 필수적인 요소인 경우, 해당 기술의 대체거래선을 확보하기 어려운 경우, 표준기술과 같이 관련 시장에서 해당 기술이 미치는 영향력이 상당한 경우, 자신이 해당 기술을 실시할 의도가 없음에도 불구하고 실시허락을 거절하여 관련 기술의 이용을 과도하게 저해하는 경우에는 부당한 것으로 판단될 가능성이 크다.

(3) 특허권자가 부과한 부당한 조건을 수용하지 않는다는 이유로 실시허락을 거절하는 등 다른 부당한 행위의 실효성을 확보하기 위하여 실시허락을 거절하는 행위

[참고] 이 지침의 “III. 3. 다. 실시범위의 제한”, “라. 실시허락시의 조건 부과”에 예시된 조건 등이 위의 부당한 조건에 해당될 수 있다.

(2) 부당한 거래거절

저작권자는 배타적 권리자이며, 제3자에게 이용허락을 하여 줄 의무는 본래 없는 것이다. 다만 저작권자가 시장지배적 지위에 있으면서 이용허락을 거절하는 것은 시장지배적 지위의 남용에 해당될 수 있다.

182) 「지식재산권의 부당한 행사에 대한 심사지침」 III. 구체적 판단기준 3. 실시허락
나. 실시허락의 거절.

가. 미국의 사례 분석

① M. Witmark & Sons v. Jensen 사건

미국 사례 중에서 M. Witmark & Sons v. Jensen 사건¹⁸³⁾에서 미국저작권협회(the American Society of Composers, Authors and Publishers: ASCAP)는 한 극장에 대한 음악 공연허락계약 체결을 거절하였으며, 이에 그 극장은 공연료를 지급하지 않고 영화사운드트랙을 공연하여 미국저작권협회가 저작권침해소송을 제기한 사건에서, 미국저작권협회가 시장지배적 지위에 있으므로 음악 공연허락계약의 체결을 거절한 것은 저작권법에 의하여 부여된 배타적 권리의 범위를 초과하여 위법하다고 판결하였다.¹⁸⁴⁾

② Data General Corp. v. Grumman Systems Support Corp 사건

또한 앞에서 이미 설명한 Data General Corp. v. Grumman Systems Support Corp 사건에서 DG(Data General Corp.)와 Grumman Corp.은 DG에 의하여 제조되는 컴퓨터의 유지보수 서비스 시장에서의 경쟁자들인데, DG는 컴퓨터를 디자인하고 제조할 뿐만 아니라 유지하거나 보수하는 서비스도 제공하면서, DG는 자신들의 컴퓨터를 유지보수하기 위하여 필요한 시스템(ADEX)을 Grumman에게 제공하기를 거절한 것이 부당한 거래거절에 해당하는지 여부에 관하여 미 항소법원은 저작자가 자기의 저작물의 배타적인 이용자가 되려는 희망은 그 저작자의 경쟁자에 대한 거래거절에 대한 합법적인 비즈니스 정당화사유로 추정될 수 있다고 보았다. 또한 항소법원은 저작권법을 제정하면서 연방의회는 저작자가 라이선스료를 징수하고 제3자가 함부로 저작물을 이용하는 것을 금지함을 통하여 바람직한 예술적 또는 기능적 표현의 창작에 대한 투자를

183) 80 F. Supp. 843 (D.Minn. 1948).

184) 정상조, 전게서, 875면.

유인하여 결국 장기적으로 소비자 효용을 증진할 것이라는 것을 실증적으로 추정(empirical assumption)하였다고 보았다. 따라서 법원은 독점규제법상 피고인 저작권자에게 쟁점이 된 저작물 이용허락에 대한 거래거절이 이러한 합법적인 추정을 위한 요건을 구비하였는지 입증하도록 요구할 수 없다고 보았다. 다만, 법원은 저작권자로서 저작물 이용허락을 거절하는 것이 합법적인 비즈니스 정당화사유로 ‘추정’된다고 하였으므로 그 반대 당사자는 반증을 통하여 이 추정을 번복할 수 있는 가능성이 열려 있다고 하겠다.

③ Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp. 사건¹⁸⁵⁾

위에서 본 바와 같이 저작권자가 자기의 저작물을 배타적으로 이용하려고 하는 것은 합법적인 비즈니스 정당화사유로 추정되지만 이는 반증을 통하여 번복이 가능하다. 거래거절과 관련된 사례 중 중요한 사건으로는 콜로라도주 아스펜에 소재한 4개의 스키장 중 3개 스키장을 보유한 피고 Aspen Skiing이 나머지 1개 스키장을 보유한 원고 Highlands와 공동으로 4개 스키장 모두를 사용할 있는 리프트 티켓을 판매하여 오다가, 그 판매를 종료하고 원고 Highlands가 피고 Aspen Skiing의 티켓을 소매가격으로 구입하는 것조차 거절하여 셔먼법 제2조에 위반되는지가 문제가 된 사건이 있다. 여기서 연방대법원은 기업이 주간 통상(interstate commerce)을 독점화하기 위한 의도적인 수단으로 거래를 거절하는 것은 셔먼법에 위반된다는 기존의 법리를 확인하고 있다.¹⁸⁶⁾ 특히 독점화(attempt to monopolize)의 경우 금지된 목적을 달성하기 위한 특수한 고의(a specific intent to accomplish the forbidden objective)를 요한다고 하였다. 연방대법원은 위의 법리를 사안에 적용하여 피고 Aspen Skiing이 공동 리프트 티켓 판매를 중단하여 경쟁자인 Highlands의 경쟁력은 심각한 타격을 입었으며, 피고 Aspen Skiing이 경쟁자인

185) Aspen Skiing Company v. Aspen Highlands Skiing Corp.(472 U.S. 585).

186) Lorain Journal Co. v. United States(342 U.S. 143).

Highlands에게 타격을 가하여 장기적으로 아스펜 스키 시장에서 경쟁을 감소시키기 위하여 단기적인 공동 리프트 판매 이익을 포기한 점에서 사업상의 정당화 사유가 없다고 결론내린 배심원 판단을 지지하고 셔먼법 제2조 위반을 인정하였다.

④ Verizon Communications Inc. v. Law offices of Curtis V. Trinko, LLP. 사건¹⁸⁷⁾

피고 Verizon사는 뉴욕시에서 전화 사업을 하는 독점적인 지역전화통신회사인데 1996년 통신법(The Telecommunications Act)은 이러한 독점적인 지역전화통신회사에게 다른 경쟁자들과 전화 네트워크를 공유할 의무를 부과하였다. 이에 따라 피고 Verizon은 AT&T와 자신의 전화 네트워크를 공유하게 되었는데, AT&T의 지역 전화서비스의 고객인 Trinko는 피고 Verizon이 경쟁자의 고객 전화를 차별적인 방식으로 처리하였다는 이유로 셔먼법 제2조 위반으로 피고 Verizon을 제소하였다.

연방대법원은 먼저 단독의 거래거절은 원칙적으로 셔먼법 위반이 아님을 천명한 기존의 판례를 확인하였다. 즉 기업은 자신이 고객들에게 유일하게 상품을 제공할 수 있는 인프라를 구축하여 독점력을 획득할 수 있다. 그러한 회사에게 그들의 이익의 원천을 다른 회사와 공유하도록 강제하는 것은 독점기업과 그 경쟁자 또는 둘 다에게 유익한 설비에 투자할 유인을 감소시킬 수 있기 때문에 반독점법의 밑바탕에 있는 목적과 긴장관계에 있다고 하면서, 셔먼법은 사적 거래를 하는 거래자나 제조기업이 그 거래 상대방에 관하여 자신의 독립적인 재량권을 자유롭게 행사할 권리를 제한하지 아니한다(“the Sherman Act does not restrict the long recognized right of a trader or manufacturer engaged in an entirely private business, freely to exercise his own independent

187) Verizon Communications Inc. v. Law offices of Curtis V. Trinko, LLP.(540 U.S. 398).

discretion as to parties with whom he will deal.”).¹⁸⁸⁾또한 일정한 예외적인 상황에서 경쟁자와 협력하는 것을 거절하는 것은 반경쟁적인 행동이 되어 셔먼법 제2조를 위반할 수 있다고 하면서 위의 Aspen Skiing Co v. Aspen Highlands 사건이 셔먼법 제2조에 위반될 수 있는 거래거절의 한계를 제시한다고 하였다. 즉 계속적 거래관계의 일방적이고 자발적인 종료가 반경쟁적인 목적을 달성하기 위하여 단기적인 이익을 포기하려는 의도를 드러내는 경우 셔먼법 제2조에 위반될 수 있다는 것이다. 그러나 이 사건에서 Verizon은 자발적으로 경쟁자들과 거래관계를 가지게 된 것이 아니므로 Verizon의 이전 행동은 거래거절의 동기에 관하여 아무런 단서도 제공할 수 없다고 하면서 결국 셔먼법 제2조 위반을 인정하지 아니하였다.¹⁸⁹⁾

나. 우리나라의 사례

① ‘포스코’ 열연코일 공급거절 사건

법원은 포스코가 자기보다 먼저 냉연강판을 생산해온 연합철강이나 동부제강에게는 냉연용 열연코일을 공급하면서도, 자기가 냉연강판을 생산한 이후에 냉연강판시장에 진입한 사업자에게만은 냉연용 열연코일의 공급을 거부한 사건에서 아래와 같이 거래거절의 법리를 설시하고 있다.

“시장지배적 사업자가 개별 거래의 상대방인 특정 사업자에 대한 부당한 의도나 목적을 가지고 거래거절을 한 모든 경우 또는 그 거래거절로 인하여 특정 사업자가 사업활동에 곤란을 겪게 되었다거나 곤란을 겪게 될 우려가 발생하였다는 것과 같이 특정 사업자가 불이익을 입게 되었다는 사정만으로는 그 부당성을 인정하기에 부족하고, 그 중에서도 특히 시장에서의 독점을 유지·강화할 의도나 목적, 즉 시장에서의 자유로운

188) United States v. Colgate & Co(250 U.S. 300, 307)(1919).

189) 권재열, “필수설비이론의 동향에 관한 비교법적 검토”, 비교사법 제14권 3호(상)(통권38호), 16면.

경쟁을 제한함으로써 인위적으로 시장질서에 영향을 가하려는 의도나 목적을 갖고, 객관적으로도 그러한 경쟁제한의 효과가 생길 만한 우려가 있는 행위로 평가될 수 있는 행위로서의 성질을 갖는 거래거절행위를 하였을 때에 그 부당성이 인정될 수 있다. 그러므로 시장지배적 사업자의 거래거절행위가 그 지위남용행위에 해당한다고 주장하려면, 그 거래거절이 상품의 가격상승, 산출량 감소, 혁신 저해, 유력한 경쟁사업자의 수익 감소, 다양성 감소 등과 같은 경쟁제한의 효과가 생길 만한 우려가 있는 행위로서 그에 대한 의도와 목적이 있었다는 점을 입증하여야 하고 거래거절행위로 인하여 현실적으로 위와 같은 효과가 나타났음이 입증된 경우에는 그 행위 당시에 경쟁제한을 초래할 우려가 있었고 또한 그에 대한 의도나 목적이 있었음을 사실상 추정할 수 있지만, 그렇지 않은 경우에는 거래거절의 경위 및 동기, 거래거절행위의 태양, 관련시장의 특성, 거래거절로 인하여 그 거래상대방이 입은 불이익의 정도, 관련시장에서의 가격 및 산출량의 변화 여부, 혁신 저해 및 다양성 감소 여부 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 거래거절행위가 위에서 본 경쟁제한의 효과가 생길 만한 우려가 있는 행위로서 그에 대한 의도나 목적이 있었는지를 판단하여야 한다. 그리고 이때 경쟁제한의 효과가 문제되는 관련 시장은 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 있다.”¹⁹⁰⁾

② ‘천재교육’ 사건

서울고등법원은 앞에서 설명한 ‘천재교육’사건에서,

“신청인들의 저작권은 피신청인의 온라인 강의서비스와 관련하여 남용 행위 심사기준에서 말하는 ‘필수요소’에 해당한다고 단정하기 어렵고, 나

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

아가 기록에 의하더라도 신청인들이 이 사건 교과서 및 평가문제집에 관한 이용허락을 거절한 행위로 말미암아 어떠한 경쟁제한의 효과가 생길 만한 우려가 있다는 점에 대하여 충분한 소명이 없다고 할 것이다. 오히려, 기록에 의하면 신청인들은 피신청인의 온라인 강의서비스 때문에 자신의 저작권(특히 2차적저작물작성권)에 대한 정당한 보상을 받지 못하는 상황이 계속되는 등 남용행위 심사기준에서 ‘정당한 이유’의 판단요소로 들고 있는 ‘투자에 대한 정당한 보상이 현저히 저해되는 상황’에서 새롭게 관련 시장에 진입하려는 것으로서, 신청인의 시장 진입으로 온라인 강의서비스의 질이 향상됨은 물론 사업자의 수도 증가하여 경쟁이 확대되는 측면이 있고, 신청인들에 대한 새로운 형태의 보상을 통하여 이 사건 교과서 및 평가문제집 등에 대한 추가 창작의 동기가 부여될 수도 있어 그로 말미암은 효율의 증대 효과가 경쟁제한의 효과를 상쇄할 가능성 또한 배제할 수 없다고 보인다. 결국, 신청인들의 거래거절행위가 피신청인의 사업활동을 부당하게 방해하는 행위라는 점이 충분히 소명되지 아니하므로, 이를 지위남용행위에 해당한다고 보기 어렵다.”

(3) 필수설비이론의 적용가능성

저작권자의 이용허락거절에도 필수설비이론이 적용될 수 있는지 문제가 될 수 있다. 여기서 필수설비이론(Essential Facilities Doctrine)이란 시장지배적 사업자가 정당한 이유없이 다른 사업자의 상품 또는 용역의 생산·공급·판매에 필수적인 요소의 사용 또는 접근을 거절·중단하거나 제한하는 행위를 하는 경우 남용행위로 보는 이론을 말한다. 여기서 ‘필수적인 요소’에 저작권이 포함될 수 있는가 의문이 제기될 수 있으나, 저작권 등 지식재산권은 여기서 말하는 ‘필수적인 요소’에 해당하지 아니한다는 견해가 있다.¹⁹¹⁾ 특히 미국의 경우 지식재산권의 라이선스 강제가 지식재산권의 가치를 형해화하고 지식재산권자의 기본적인 미국 수정헌법 제1조 제8항 제8문에서 규정하는 보호의무를 위반할 수 있다는 점에

191) 권오승, 전게서, 165면.

서 필수설비이론을 지식재산권에 적용하는데 부정적이라고 한다.¹⁹²⁾ 그러나 일반적인 사건들에서는 연방항소법원들은 ‘필수설비이론’을 인정하는 판결을 다수 내놓고 있다. 한편 위에서 살펴 본 Verizon v. Trinko 사건에서 연방대법원은 필수설비이론을 연방대법원이 인정한 적이 없다고 판시하면서도, 그것을 인정하거나 배척할 필요도 없다고 판시한 바 있다.¹⁹³⁾

EU의 경우 필수설비이론은 Commercial solvents 사건에서 최초 모델이 되어 그 법리가 저작권에 적용된 것이 Magill 판결이라고 보며, 따라서 EU는 저작권자의 라이선스 거절에 필수설비 이론을 적용하는데 미국보다 적극적이라고 한다.¹⁹⁴⁾

특히 EU의 경우 독일 내에서 제약 및 건강관련 정보를 약국에서 수집하는 시스템-사실상의 표준으로 기능-의 권리자인 IMS가 경쟁자들에게 라이선스를 제공하는 것을 거절한 IMS Healath 사건¹⁹⁵⁾에서 “지식재산권의 라이선스 거절이 ① 대상 기술이 2차 시장(secondary market)에서 필수적인 기술이어야 하며, ② 공급거절은 2차 시장에서 소비자 요구에 의한 새로운 제품이 출시되지 못하게 하여야 하며, ③ 공급 거절은 모든 경쟁(all competition)을 없애야 하며, ④ 기술의 공급거절이 객관적으로 정당화되지 아니할 경우 위법한 거래거절이 된다고 보았다.”¹⁹⁶⁾ 또한 서버 운영체제에서 경쟁하는 선 마이크로시스템사가 마이크로소프트의 Window와 자사의 서버 운영체제인 솔라리스의 상호운용성을 확보하기 위하여 마이크로소프트사에 통신 프로토콜 등의 정보 제공을 요청한 것

192) 최승재, “지적재산권 라이선스 거절의 규율과 필수설비 판단기준”, 경북대학교 법학논고 제30편(2009), 588면.

193) Verizon Communications Inc. v. Law offices of Curtis V. Trinko, LLP.(540 U.S. 398).

194) 오승환, “지식재산권법과 독점규제법”, 독점규제법 30년(권오승편), 법문사, 2012, 76면.

195) Case T-184/01 R, IMS Health Inc. v. Commission, 2001 E.C.R. II-3193.

196) 최승재, 전제논문, 598면에서 재인용.

을 마이크로소프트사가 거절한 사건¹⁹⁷⁾에서 위의 IMS Health 사건의 위법한 거래거절 요건 중 ③번 요건을 완화하여 공급거절은 유효경쟁(effective competition)을 없앨 우려가 있다면 그것으로 충분하다고 판단하였다.¹⁹⁸⁾

한편, 필수설비이론의 발상지인 미국에서는 필수설비이론을 “중요한 시설의 소유자는 경우에 따라 제3자에게 그 시설을 개방해 줘야 할 의무가 있으며, 이를 거절하는 경우 「서먼법」 제2조에 위반될 수 있다”는 이론으로 보고 있으며, 미국의 이론을 도입한 EU에서는 “필수설비(즉 경쟁자가 이를 이용하지 아니하면 그들의 고객에게 서비스를 제공할 수 없는 시설이나 인프라)의 운영에 있어서 시장지배적지위를 갖고 있고, 이러한 설비를 스스로 사용하는 사업자가 객관적인 정당화 사유없이 다른 사업자에게 접근을 거부하거나 혹은 자신이 스스로 제공하는 서비스에 비해 불리하게 하는 조건으로 접근하는 행위는 「EU조약」 제82조(현행 「EU 기능조약」 제102조)의 다른 요건을 충족하는 한 동 규정에 위반된다”는 의미로 보고 있다.¹⁹⁹⁾

그러나 우리 독점규제법은 필수적인 ‘요소’라는 용어를 사용하고 있으므로 이를 설비(facilities)로 제한할 필요는 없다는 점과 독점기업이 경쟁자를 의도적으로 배제하여 경쟁을 제한하려고 저작권을 악용하는 경우에 독점규제법의 적용을 용이하게 하는 것이 필요하다는 점에서, 저작권의 라이선스 거절이 경쟁을 심각하게 훼손하는 경우에는 필수설비이론을 제한적으로 적용할 수 있을 것이다. 따라서 저작권에 대한 필수설비이론의 적용에 있어서는 먼저 경쟁을 위하여 필수적인 권리인지 여부, 다른 저작물로 대체할 수 있는지 여부, 이용허락 거절로 소비자들이 요구하는 새로운 제품의 출시가 제한되는지 여부, 공급거절로 유효경쟁이 봉쇄되는지 여부, 이용허락거절의 정당화 사유가 있는지 여부 등을 종합하여

197) Case T-201/04 R, Microsoft Corp. v. Comm’n of the European Cmtys.

198) 최승재, 전제논문, 599면에서 재인용.

199) 신동권, 전제서, 146~148면.

필수설비이론의 적용여부를 판단하는 것이 바람직할 것이다.²⁰⁰⁾

또한 저작권법에 의하여 보호되는 컴퓨터프로그램(SW)의 경우 우리 법에서 말하는 ‘필수적인 요소’로 인정될 수 있고 독점규제법상 시장지배적 지위 남용행위로 규제가 가능할 것이다. 아래에서 볼 ‘SK 멜론’사건에서도 서울고등법원은 DRM에 의하여 보호되는 음악저작물의 저작권에 필수설비이론이 적용될 수 있음을 인정하고 있다.²⁰¹⁾

(4) 소결

앞에서 설명 한 Trinko 사건과 필수설비이론과의 관계에 관하여는 아래와 같이 표²⁰²⁾로 정리한 견해가 있으며, 우리나라에서의 독점규제법 위반 판단에도 참고할 수 있을 것이라고 생각된다.

분류	새로운 거래요청의 거절	산업규제법상 의무화된 거래의 거절	임의로 개시한 거래의 중지
Trinko 사건	적법	독점금지법 위반과는 무관	거래거절이 경쟁자를 배제하는 효과가 있 는 경우 사업상의 정 당한 이유가 없으면 위법(Aspen Skiing 사건의 취지와 동일)
필수설비 이론	경쟁자에 대한 필수설비의 제공거절은 정당한 이유가 없는 한 위법		

200) 최승재, 전계논문, 604면.

201) 서울고등법원 2007. 12. 27. 선고 2007누8623 판결(결론적으로는 필수설비에 해당하지 아니한다고 판시함).

202) 飯田浩隆, “米國における不可欠施設理論の現在”, 「NBL」 No.821(商事法務, 2005), 40頁. 권재열, 전계논문, 19면에서 재인용.

5) 기술적 보호조치(DRM)의 남용

DRM(Digital Right Management)은 현재 기술적 보호장치(Technical Protection Management: TPM)와 혼용되고 있지만²⁰³⁾, 위의 ‘SK 멜론’ 사건에서 서울고등법원은 “DRM은 디지털콘텐츠의 저작권을 관리하는 기술로서 텍스트, 그래픽, 오디오, 비디오, 소프트웨어나 그 밖의 디지털의 형식으로 된 콘텐츠가 유통되는 과정에서 관리자가 설정하여 놓은 제한사항이 지켜지도록 하는 것이다”라고 정의한 바 있다.

(1) ‘SK 멜론’ 사건의 개요

SK 텔레콤(이하 ‘SKT’라고 함)주식회사는 자사의 MP3 음악 서비스를 제공하는 음원제공사이트를 운영하면서 이 사이트에서 제공하는 음원들에 대하여 그 저작권을 보호하기 위하여 고유한 DRM을 적용하여, SKT DRM이 적용된 음원들을 다른 기기에서는 재생할 수 없게 하였다. 이에 유료음악사이트인 ‘MAxMP3’를 운영하는 주식회사 AD 이천엔터테인먼트는 자사의 사이트에서 다운로드받은 음원도 SKT의 MP3폰으로 들을 수 있도록 그 DRM을 공개할 것을 요청하였으나 SKT는 이를 거절하였다. 이에 원고는 SKT의 행위가 독점규제법에 위반된다고 하여 공정거래위원회에 신고하였고, 공정거래위원회는 SKT의 이러한 폐쇄적 DRM이 독점규제법에 위반된다고 의결하였다. 이에 SKT는 법원에 소송을 제기하였다.²⁰⁴⁾

(2) 법원의 판단

서울고등법원은 SKT가 자신의 MP3폰과 음악파일에 DRM을 탑재한

203) 최승재, “통신산업에서의 표준화와 지적재산권과 경쟁법의 조화”, 법조 (2008. 6), 125면.

204) 최승재, 전제논문, 127면.

것은 인터넷 음악서비스 사업자들의 수익과 저작권자의 보호 및 불법 다운로드 방지를 위한 것으로서 정당한 이유가 있다고 보이는 점, 소비자가 SKT의 MP3폰으로 음악을 듣기 위해서는 멜론사이트에서 컨버팅과정을 거치거나 CD굽기를 해야 하는 등 불편을 겪을 수밖에 없으나, MP3파일 다운로드서비스 사업자들에게 DRM을 표준화할 법적 의무가 있지 아니한 이상 위와 같은 불편은 부득이한 것으로 현저한 이익의 침해가 되거나 부당하여 불법에까지 이른다고 보이지는 않는 점, SKT는 보다 낮은 가격에 통합형서비스를 이용하고자 하는 소비자들의 욕구를 충족시키기 위하여 월 5,000원 정도를 내면 멜론사이트에서 제공되는 모든 곡을 스트리밍하거나 다운로드받을 수 있도록 하는 ‘월 정액제 임대형서비스’를 개발하였는데, 이는 소비자에게 불리한 지출을 강요한 것이 아니라고 보이는 점, 이 사건 행위로 인하여 현실적으로 경쟁제한의 효과가 일정한 정도로 나타났지만 DRM의 특성과 필요성 및 그 개발경위 등에 비추어 원고의 이 사건 행위에 있어서 경쟁제한의 효과에 대한 의도나 목적이 있었음을 추단하기 어려운 점, SKT에게 음악파일의 상호호환을 강제할 법령상의 근거가 없는 점, SKT의 DRM이 법령상의 ‘필수적 설비’에 해당한다고 보기 어려운 점 등을 종합하여 부당하게 ‘다른 사업자의 사업활동을 방해하는 행위’(독점규제법 제3조의2 제1항 제3호)에 해당된다고 볼 수 없다고 판결하였으며²⁰⁵⁾, 대법원은 이러한 원심의 판단을 지지하였다²⁰⁶⁾.

(3) 검토

위 판결에 관하여는 MP3폰 시장에서 시장지배적인 지위에 있는 사업자가 음원제공서비스 시장 등 관련시장에 DRM을 이용하여 그 시장지배력을 전이할 수 있는 일종의 ‘끼워팔기’에 해당할 수 있다고 하면서, SKT의 폐쇄형 DRM이 다른 사이트에서 다운로드 받은 음원과의 상호

205) 서울고등법원 2007. 12. 27. 선고 2007누8623 판결

206) 대법원 2011. 10. 13. 선고 2008두1832 판결

운용성을 확보할 수 있는 방안을 제시하지 아니한다면 경쟁법적으로 그러한 DRM은 유지될 수 없다는 주장이 제기되고 있다.²⁰⁷⁾

6) 저작권 집중관리단체

(1) 문제점의 인식

저작권집중관리단체는 자유경쟁관계에 있어야 할 저작권자 각자가 하나로 결합하여 결국 독점적인 지위를 형성하게 되어, 공정한 경쟁관계를 통하여 상품의 효율적 이용을 제고하고자 하는 독점규제법과 상충될 수 있다는 견해가 있다.²⁰⁸⁾

가령 집중관리단체가 ①사용허락에 관하여 법적인 근거가 없이 거부하는 것, ②동종의 사용자에게 대한 불합리한 차별을 하는 것, ③사용료 규정이나 기타의 허락조건을 독단적인 방법에 의하여 결정하는 것 등에 문제에 있어서 독점규제법에 의하여 해결하는 것이 적절한 것인지 문제가 될 수 있다고 한다.²⁰⁹⁾ 아래에서는 그 중 집중관리단체의 포괄적 이용허락 계약의 허용여부를 중심으로 검토하기로 한다.

(2) 미국 사례 - ASCAP 및 BMI 관련 판례의 변천

ASCAP(the American Society of Composers, Authors and Publishers)와 BMI(Broadcast Music, Inc.)은 음악저작자들의 공연권(Performing right)을 집중관리하는 집중관리단체이다. 이들 집중관리단체는 이용자와 저작물이용에 관하여 사용허락계약을 체결하는데 포괄계약(blanket license)을 이용하고 있다. 포괄계약은 집중관리단체가 관리

207) 최승재, 전제논문, 131~132면

208) 이호홍·김두진, 전제서, 158면.

209) 박영길, 저작권의 집중관리와 독점규제법의 관계, 「지적소유권법연구」 제4집, 한국지적재산권학회, 2000, 319면.

하는 음악의 전부를 일정기간 자유로이 이용하게 하고 그에 대한 라이선스료는 그 일정기간내에 올린 총수익의 일정비율로 계산하며, 사용한 음악의 수와 이용형태에는 관심을 갖지 않는 계약방식을 말한다. 포괄계약이 저작권을 효과적으로 이용하는데 중요하기는 하지만, 사실상 독점적 권한을 갖고 있는 ASCAP과 BMI가 과도한 라이선스료를 지급할 것을 요구하는데 자신들의 교섭상의 우월함을 이용할 수 있다.

가. 동의명령(Consent decree)

1930년대 법무부는 ASCAP의 이용허락 제도가 반경쟁적 가격조작 또는 끼워팔기에 해당하는지 여부를 조사하였다. 이어서 법무부는 1934년과 1941년에 ASCAP이 제시한 유일한 이용허락조건인 배타적인 포괄적인 이용허락이 불법적인 거래제한이며, ASCAP이 불법적인 저작권 풀을 활용하여 자의적으로 가격을 매기고 있다고 주장하며 연방법원에 소송을 제기하였다. 첫 번째 사건은 충분한 심리가 이루어지지 못하였으며, 두 번째 사건은 1941년 동의명령의 부과로 종결되었다. 이 동의명령은 1950년과 최근인 2001년, 두 번에 걸쳐 수정되었다. 연방정부는 BMI에 대해서도 독점규제 소송을 제기하여 1941년에 유사한 동의명령을 얻어냈다. BMI의 1941년 동의명령은 1966년에 새로운 명령으로 교체되었고, 1994년에 마지막으로 수정되었다.²¹⁰⁾

ASCAP과 BMI의 동의명령은 똑같지는 않지만 동일한 부분이 많다.²¹¹⁾ 특히 ASCAP과 BMI는 회원들의 공연권을 이용허락할 비배타적인 권리만을 취득할 수 있으며, 배타적인 공연권을 취득하여서는 아니된다고 한다. 따라서 저작물을 이용하고자 하는 자는 저작권자와 직접 이용허락계약을 체결할 수 있다. 또한, 동일한 입장의 라이선시 licensee)간에 가격과 조건면에서 차별을 두어서는 아니되며, 포괄적 이용허락뿐만 아니라

210) 미국 저작권청, 「저작권과 음악시장」, 임원선역, 한국저작권위원회, 2015, 64~65면.

211) 미국 저작권청, 전거서, 65면.

악곡별 계약(per program license)의 선택도 인정한다는 내용을 담고 있다. 따라서 이용자들은 불필요한 음악저작물 또는 직접 저작권자로부터 이용허락을 받은 음악저작물에 대하여는 일정금액을 감액하는 포괄적 이용허락이 가능하게 되었다.

나. CBS v. ASCAP

위 동의판결에도 불구하고 업종에 따라서는 포괄계약관행이 여전하였으며 이에 대한 불만을 품은 CBS는 ASCAP, BMI이 서면법 제1조와 제2조에 위반하였다고 소송을 제기하였다.

제1심인 연방지방법원은 CBS가 ASCAP 등이 불법적으로 자신에게 포괄계약을 강요하였음을 입증하지 못하였으며, directing licensing이 포괄계약에 대한 실행가능한 대안이 되지 못함을 증명하지 못하였다고 판결하여 원고가 패소하였다.²¹²⁾

이에 대하여 항소심은 포괄계약은 저작권자 개인이 판매할 경우와 비교하여 가격경쟁을 제한하는 것이며, 가격구속은 일반적으로는 당연위법(per se illegal)이지만 시장이 기능하는데 절대적으로 필요한 경우는 예외라는 일반론을 전개하면서도 당해 사건에서 개개의 저작권자와 직접 교섭하는 것이 현실적으로 가능하다는 점에서 시장의 필요성 항변은 성립하지 않는다는 판단을 통하여 원고의 손을 들어 주었다.²¹³⁾

ASCAP 등의 상고에 대하여 연방대법원은 포괄계약은 서면법상 당연위법이 되어야 하는 것은 아니고 합리의 원칙에 기초하여 그 위법성을 판단하여야 한다고 판결하였다.²¹⁴⁾ 연방대법원은 전통적으로 본질적인 위반이라고 불리는 수평적 결합과 당해 사건의 가격고정(price fixing)을

212) CBS, Inc., v. ASCAP 400 F. Supp. 737, 741

213) CBS, Inc., v. ASCAP 562 F. 2d 130, 135 (2th Cir. 1977)

214) BMI v. CBS 441 U.S. 1, 2 (1979)

구별하였다. 연방대법원은 그 이유를 다음과 같이 들고 있다.

“어떤 사업관계를 당연위법으로 분류하기 위해서는 우리가 그 사업관계에 충분한 경험을 축적한 후이어야 하지만, 저작권법과 독점금지법 양방의 문제가 관련되어 있는 포괄계약관행을 검토하는 것은 처음이다. 또한 ASCAP과 포괄계약에 관한 상당한 조사도 있었지만, 포괄계약을 당연위법으로 금지하여야 하는 것이라는 지적은 없었다. ...(중략) 그것은 경쟁의 억제만을 목적으로 하는 공연한(naked) 거래제한은 아니며, 판매, 감시 및 저작권 무단사용에 대한 권리행사를 종합한 것이다. ASCAP과 포괄계약은 이용자와 저작권자와 악곡이 다수 존재하는 시장의 실제상황을 반영하여 발전한 것이다”²¹⁵⁾

결국 연방대법원은 포괄적 이용허락이 그 자체로서 불법이라고 선언하기보다는 포괄적 이용허락이 수 없이 많은 개별적인 이용허락을 협상하는 문제를 해결하는 데에 유용할 수 있다는 점을 확인하면서, 그것이 “합리의 원칙”에 의하여 평가되어야 한다고 보았으며, 라이선스들이 포괄적 이용허락이 아니라 직접 이용허락이라는 대안이 있었다는 점을 지적하면서 항소법원 판결을 파기하고 합리의 원칙에 기초하여 평가하도록 항소법원에 환송하였다.²¹⁶⁾ 파기 환송심에서 항소법원은 CBS가 저작권자들로부터 직접 이용허락을 받는 것이 가능했기 때문에 포괄적 이용허락이 경쟁을 제한한 것은 아니라고 설명하면서 합리의 원칙에 따라 포괄적 이용허락을 인정하였다.²¹⁷⁾

다. Buffalo Broadcasting Co v. ASCAP²¹⁸⁾

지방방송국 중 하나인 버팔로방송국은 ASCAP에 대하여 음악저작권

215) 박영길, 전게논문, 328~329면.

216) 미국 저작권청, 전게서, 67면.

217) CBS v. ASCAP, 620 F.2d 930, 938~39 (2d Cir. 1980).

218) Buffalo Broadcasting Co. v. ASCAP 546 F. Supp. 274(S.D.N.Y 1982)

사용료의 포괄계약(blanket licensing; 방송사 등에서 음악저작물을 일괄적으로 이용하고 방송사의 수익의 일정비율을 저작권 사용료로서 저작권 집중관리단체에 일괄하여 지급하는 방식)방식이 반독점법 위반이라는 이유로 법원에 포괄허락방식에 의한 라이선싱을 금지시켜줄 것을 청구하였다.

연방지방법원은 포괄허락 방식이 음악저작물들을 풀(pool)로 묶어서 ‘all or nothing basis’로 판매되므로 각 음악저작물들 사이의 경쟁을 제한한다고 보았다. 또한 비팔로방송국은 필요하지 아니한 음악들까지 포함하여 전체 레파토리(repertories)를 구입하는 것외에는 달리 선택의 여지가 없으며, 가격이 음악의 양이나 질에 따라 지불되는 것이 아니라 이용자(여기서는 비팔로방송국)의 광고 수익의 일정 비율에 기초한다는 점에서 반경쟁적이라고 보았다. 또한 포괄허락방식은 거래비용을 절감하지만, 지방방송산업에서의 거래비용 절감효과보다는 가격 경쟁의 결핍에 따른 반경쟁적적 결과가 더 크다고 판결하였다.

이에 대하여 연방항소법원은 악곡별 계약(per program license)의 현실적 이용가능성을 긍정하면서 포괄계약이 셔먼법 제1조에 반하는 거래제한에 해당한다는 증거가 없다고 판시하여 지방법원 판결을 파기하였다.²¹⁹⁾

(3) 한국음악저작권협회의 사용규정 사례

우리 저작권법은 집중관리단체가 저작물 이용자로부터 받는 사용료 금액은 문화체육관광부장관의 승인을 얻어 정하도록 규정하고 있다.

제105조 (저작권위탁관리업의 허가 등)

①저작권신탁관리업을 하고자 하는 자는 대통령령이 정하는 바에 따

219) Buffalo Broadcasting Co. v. ASCAP 744 F. 2d 917, 926~28.

라 문화체육관광부장관의 허가를 받아야 하며, 저작권대리중개업을 하고자 하는 자는 대통령령이 정하는 바에 따라 문화체육관광부장관에게 신고하여야 한다.

②~④생략

⑤제4항의 규정에 따른 수수료의 요율 또는 금액 및 저작권위탁관리업자가 이용자로부터 받는 사용료의 요율 또는 금액은 저작권위탁관리업자가 문화체육관광부장관의 승인을 얻어 이를 정한다. 다만, 저작권대리중개업의 신고를 한 자의 경우에는 그러하지 아니하다.

⑥문화체육관광부장관은 제5항에 따른 승인의 경우에 제112조에 따른 한국저작권위원회의 심의를 거쳐야 하며 필요한 경우에는 기간을 정하거나 신청된 내용을 수정하여 승인할 수 있다.

⑦문화체육관광부장관은 제5항의 규정에 따른 사용료의 요율 또는 금액에 관한 승인 신청이 있는 경우 및 승인을 한 경우에는 대통령령이 정하는 바에 따라 그 내용을 공고하여야 한다.

⑧문화체육관광부장관은 저작재산권자 그 밖의 관계자의 권익보호 또는 저작물등의 이용 편의를 도모하기 위하여 필요한 경우에는 제5항의 규정에 따른 승인 내용을 변경할 수 있다.

제108조 (감독)

①문화체육관광부장관은 저작권위탁관리업자에게 저작권위탁관리업의 업무에 관하여 필요한 보고를 하게 할 수 있다.

②문화체육관광부장관은 저작자의 권익보호와 저작물의 이용편의를 도모하기 위하여 저작권위탁관리업자의 업무에 대하여 필요한 명령을 할 수 있다.

이에 따라 한국음악저작권협회는 포괄적인 사용료 징수규정을 정하여 시

행하고 있다.

제3장 방송 사용료

제16조(지상파방송에 대한 방송사용료)① 한국방송공사, (주)문화방송(지역문화방송 제외), (주)에스비에스의 방송사용료는 다음과 같다.

매출액 × 1.2%(음악사용료율) × 조정계수 × 음악저작물관리비율

우리 저작권법 제105조 제8항은 관계자의 권익보호 또는 저작물 등의 이용편의를 도모하기 위하여 문화부장관이 승인내용을 변경할 수 있으며, 동법 제108조는 문화부장관에게 감독권한을 부여하고 있으므로 미국보다 포괄계약에 대한 독점규제법에 의한 규제 필요성은 적다고 할 수 있다. 그러나 문화부장관의 감독권한의 행사는 경쟁법적인 고려보다는 저작권 또는 관련 저작권 업계의 이해관계를 반영할 가능성이 있으므로, 독점규제법적 관점에서의 규제 필요성이 완전히 제거된다고는 볼 수 없을 것이다. 따라서 문화부장관의 감독권한 행사는 필요한 범위 내에서 저작권 이해관계 당사자의 의견을 반영하되 부당하게 경쟁이 제한되지 아니하도록 주의하여야 할 것이다. 이 점에서 미국 연방대법원이 시장 지배적 사업자가 경쟁 사업자에게 통신 설비를 제공하는 것과 관련하여 FCC(Federal Communications Commission) 등 규제당국의 감독은 ‘반독점법 기능을 담당하는 효과적인 조력자(“the regime was an effective steward of the antitrust function.”)’²²⁰⁾라고 표현한 것은 의미심장하다.

(4) 포괄계약에 대한 규제 필요성

독점규제법적 관점에서 포괄계약에 대하여 규제가 필요한지 여부에 관해서는, 가격경쟁을 촉진하기 위한 시도로 포괄계약의 이미 인정된 이점을 희생시키기 보다는, 포괄계약은 유지하면서 집중관리단체의 독점적 권한 행사로부터 이용자가 보호받을 수 있는 방향으로 운영하는 것이 필

220) Verizon communications v. Trinko LLP. (540 U.S. 398 at 882).

요하다는 견해가 있다.²²¹⁾

다만, 우리나라의 경우 저작권법상 신탁방식으로 집중관리단체가 운영되므로 미국의 경우에서 보는 바와 제한성이 적지 않다. 즉 미국에서는 포괄계약이 독점규제법에 저촉되지 않는다고 본 이유가 ‘비배타적인’ 포괄계약이기 때문인데 우리나라의 경우에는 저작권 자체가 집중관리단체로 양도되므로 처음부터 ‘배타적인’ 포괄계약만이 가능하여진다는 문제가 있는 것이다. 따라서 이 점에 있어서는 경쟁 제한적 측면에서 저작권법에 관한 추가적인 검토가 필요하다고 할 것이며, 최근 음악분야에서 복수신탁제도의 도입된 것은 경쟁 제한을 완화한다는 측면에서는 의미가 있다고 보인다.²²²⁾

(5) 집중관리단체와 단체원과의 관계

집중관리단체와 그 단체원인 저작자 사이에 독점규제법이 적용될 수 있는지 여부가 문제될 수 있다.

과거 유럽연합 법원은 집중관리단체인 SABAM(Société d'Auteurs Belge - Belgische Auteurs Maatschappij: 벨기에 음악 저작권단체)이 그 단체구성원인 저작자와 체결한 계약 중 단체에서 탈퇴하더라도 탈퇴 후 5년 동안은 저작자의 저작권을 SABAM이 여전히 보유하도록 하는 것이 EC조약 제82조의 시장지배적 지위의 남용에 해당한다고 판결한 바 있다.²²³⁾

221) 박영길, 전제논문, 339면.

222) “음악 저작권신탁, 독점체제 깨졌다: 지난 15일 음악저작권신탁 시장에 본격적인 경쟁체제가 막을 올렸다. 문화체육관광부로부터 저작권신탁관리업 허가를 받은 ‘함께하는 음악저작권협회’(함저협)가 정식으로 영업을 시작한 것이다.”

(한겨레 2014. 9. 16.자 <http://www.hani.co.kr/arti/culture/music/655450.html>)

223) Belgian Radio and Television(BRT) v. SABAM case 127/73(1974) ECR 51:2 CMLR 238; 이호홍·김두진, 전제서, 34면에서 재인용.

우리나라의 경우 집중관리단체는 음악저작권 단체를 제외하고는 각 분야별로 1개씩만 설립되어 운영되고 있다. 따라서 집중관리단체는 그 단체원과의 관계에서는 시장지배적 사업자의 지위에 있다고 할 것이며, 그 지위를 남용하는 경우에는 독점규제법상의 시장지배적 지위 남용에 관한 규정이 적용될 수 있을 것이다.

7) ‘밀크(MILK)앱’ 사건에 관한 검토

최근 국내에서 저작권자의 거래거절과 관련된 사례가 있어 부당한 거래거절에 해당될 수 있는지 살펴보기로 한다.

삼성전자가 휴대폰에 탑재한 ‘밀크’ 애플리케이션은 라디오처럼 미리 선곡된 음악을 휴대폰 이용자들이 무료로 들을 수 있는 애플리케이션인데, 그 이용허락은 음악 저작권자들의 신탁단체인 한국음악저작권협회로부터 이용허락을 받은 ‘소리바다’로부터 받은 것이다. 한편 한국음악저작권협회는 무료로 음악을 들을 수 있는 ‘밀크’가 이용자들에게 음악은 공짜라는 인식을 심어줄 수 있다는 이유로 서비스 중단을 요구하였으며, 이를 관철하기 위하여 ‘소리바다’를 상대로는 이용허락계약 해지도 불사하겠다는 의사를 표시하였다.²²⁴⁾ 이러한 한국음악저작권협회와 소리바다 또는 삼성전자 사이의 분쟁은 최근 삼성전자가 일정 서비스를 유료화한 밀크프리미엄 서비스를 제공하는 등 한국음악저작권협회의 요구를 일부 수용하면서 다행히 원만하게 해결되었으나²²⁵⁾, 한국음악저작권협회의 일방적인 거래중단의 의사표시가 부당한 거래거절에 해당될 수 있었는지 의문이 남는다.

224) “한음저협, 소리바다와 계약해지…삼성 ‘밀크뮤직’ 유료화할까?”, 최영경기자, 국민일보, (2014. 10. 13. 입력)

「<http://news.kmib.co.kr/article/view.asp?arcid=0008758443&code=61171811&cp=nv>」

225) 「삼성 ‘밀크뮤직’, 음저협과 재계약…“소비자 선택권 확대”」, 김유리기자, 아시아경제(2015. 7. 1. 최종수정)

「<http://view.asiae.co.kr/news/view.htm?idxno=2015063017062216638>」

먼저 한국음악저작권협회는 음악저작물 이용허락 시장에서 독점적 지위에 있는 시장지배적 사업자에 해당될 수 있다. 한국음악저작권협회가 종래 계약관계에 있는 소리바다와의 계약을 종료하기로 한 것은 Aspen Skiing 사건이나 Trinko 사건과 유사하지만, 한국음악저작권협회가 소리바다와 직접 경쟁관계에 있는 것은 아니라는 점에서 두 사건과는 사실관계가 다르다. 한국음악저작권협회의 거래거절로 음원제공 앱 시장에서의 경쟁이 제한될 수 있으며, ‘무료’음원 애플리케이션에 대한 소비자의 수요가 충족될 수 있는 가능성이 봉쇄된다는 점에서 오히려 EU의 Magill 사건과 유사한 면이 있다. 따라서 한국음악저작권협회의 거래거절은 시장지배적 사업자의 지위남용행위로서 이를 정당화할 수 있는 사유가 있었는가의 문제로 귀결되는데, 이용자들에게 음악이 공짜라는 인식을 심어줄 수 있다는 추상적인 위험만으로 정당화사유에 해당될 수 있는지는 의문이다. 밀크가 비록 이용자들로부터 이용대가를 받는 것은 아니지만 그 운영자인 삼성전자가 이용대가를 지불한다는 점에서, 이 점을 이용자들에게 인식시킬 수 있는 적당한 방법을 채택한다면 음악이 공짜라는 인식을 이용자들에게 심어주는 것은 충분히 피할 수 있을 것이다.

4. 저작권자의 정당성 항변에 따른 독점규제법 적용

1) 비교형량에 따른 판단

저작권자가 자신의 권리실행이 궁극적으로 동태적·친경쟁적 효율성을 발생시키기 위한 불가피한 행위로서 이에 수반되는 경쟁제한효과는 부수적인 것에 불과하다고 항변하는 경우 독점규제법의 일반적인 심사방법이 적용될 수 있다. 따라서 저작권자의 시장지배력에 근거한 시장봉쇄가능성 등을 기준으로 행위의 경쟁제한효과를 측정하고, 저작권자가 주장하는 친경쟁적 효율성을 측정하여 이를 비교형량하여야 할 것이다.

이와 관련하여 미국의 실무는 정당성 항변이 인정되려면 문제의 행위가

장기적 효율성을 위한 필수적 수단으로서 문제의 행위이외에 경쟁제한성이 더 적으면서도 사업자가 주장하는 효율성 증진효과를 달성할 수 있는 다른 대안수단이 합리적인 범위 안에서 더 이상 존재하지 않을 것을 요구한다고 한다.²²⁶⁾

(관련판결 1.) 부당공동행위-대법원 2013. 11. 28. 선고 2012두17773 판결

대법원은 온라인 음악서비스사업자들이 Non-DRM 음원 다운로드서비스 제공시 40곡에 5,000원, 150곡에 9,000원으로 제공하기로 합의한 사안에서 아래와 같이 공동행위의 부당성 판단과정에서 독점규제법상의 경쟁제한성 판단과 함께 경제전반의 효율성에 미치는 영향을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다고 판결하였다. 여기서의 경제전반의 효율성에는 저작권 보호로 인한 음악시장의 창작 및 투자활성화 효과 등이 포함될 수 있다. (다만 대법원은 당해 사안에서 그와 같은 효과가 있다는 원고의 주장을 배척하였다)

“공동행위가 공정거래법 제19조 제1항 이 정하고 있는 경쟁제한성을 가지는지 여부는 당해상품의 특성, 소비자의 제품선택 기준, 당해 행위가 시장 및 사업자들의 경쟁에 미치는 영향 등 여러 사정을 고려하여, 당해 공동행위로 인하여 경쟁이 감소하여 가격·수량·품질기타 거래조건 등의 결정에 영향을 미치거나 미칠 우려가 있는지를 살펴, 개별적으로 판단하여야 한다(대법원 2002.3.15. 선고 99두6514판결, 대법원 2012.6.14. 선고 2010두10471판결 등 참조). 또 공동행위의 부당성은 소비자를 보호함과 아울러 국민경제의 균형있는 발전을 도모한다는 공정거래법의 궁극적인 목적(제1조)등에 비추어 당해 공동행위에 의하여 발생될 수 있는 경쟁제한적인 결과와 아울러 당해 공동행위가 경제전반의 효율성에 미치는 영향 등을 비롯한 구체적 효과 등을 종합적으로 고려하여 그 인정 여

226) 오승한, “IP 권리자의 주관적 경쟁제한의도와 정당성 항변”, 「시장경제와 사회조화」, 법문사, 2015, 321면

부를 판단하여야 한다.

원심은 (1)앞서 본 것과 같이 이 사건 합의를 Non-DRM 상품의 가격을 결정 또는 유지하고 그 종류와 구성 등을 제한하는 내용의 합의로 인정하고, 온라인 음악서비스 사업자들 사이의 경쟁의 격화를 방지하기 위하여 이 사건 공동행위에 이른 것이라고 판단하고, (2)나아가 ① 사업자들이 공동으로 가격을 결정하거나 변경하는 행위는 그 범위 내에서 가격경쟁을 감소시킴으로써 그들의 의사에 따라 어느 정도 자유로이 가격 결정에 영향을 미치거나 미칠 우려가 있는 상태를 초래하게 되므로 원칙적으로 부당하다고 볼 것이고, ② 원고들이 주장하는 효율성 증진 효과 중 불법 음악시장의 양성화를 통한 합법 음악시장의 규모 확대 및 거래 활성화, **음악저작권 보호로 인한 음악시장의 창작 및 투자활성화 효과**, 소비자들의 비용절감은 이 사건 합의 때문이라기보다는 Non-DRM 상품의 도입에 의한 것으로 봄이 타당하며, ③ 이 사건 합의로 Non-DRM 상품의 출시가 앞당겨졌을 수 있지만 원고들이 주장하는 규격표준화는 음원 공급계약 중 일부의 조건에 불과하다는 등의 관시 사정에 비추어 그로 인하여 Non-DRM 상품의 출시에 얼마나 영향을 미쳤는지 단정할 수 없다는 등의 이유를 들어, **원고들의 공동행위가 경쟁을 제한하거나 제한할 우려가 있음이 명백하고 이와 달리 경쟁 제한적 효과보다 효율성 증대 효과가 더 크다고 인정하기 어렵다고 판단하였다.** 원심판결 이유를 위 법리와 적법하게 채택된 증거들에 비추어 살펴보면, 원심의 이와 같은 판단에 상고이유의 주장과 같이 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나고 필요한 심리를 다하지 아니하거나 공정거래법 제19조 제1항 에서 정한 부당한 공동행위에서의 경쟁제한성 및 부당성 등에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 없다. “227)

(관련판결 2.) 대법원 2013. 11. 14. 선고 2012두19298 판결

227) 진한 색으로 표기된 부분은 저자가 덧붙인 것임.

관련판결 1.과 유사하게 non-DRM 음원제공과 관련한 사안에서 문제된 행위가 합리적으로 필요한지 여부를 고려하여야 한다고 판결하였다.

“당해 공동행위가 공정거래법 제19조 제1항이 정하고 있는 경쟁제한성을 가지는지 여부는 당해 상품의 특성, 소비자의 제품선택 기준, 당해 행위가 시장 및 사업자들의 경쟁에 미치는 영향 등 여러 사정을 고려하여, 당해 공동행위로 인하여 가격·수량·품질 기타 거래조건 등의 결정에 영향을 미치거나 미칠 우려가 있는지를 살펴 개별적으로 판단하여야 한다(대법원 2002.3.15.선고 99두6514판결, 대법원 2012.6.14.선고 2010두10471판결 등 참조). 특히 당해 공동행위가 경쟁제한적 효과 외에 경쟁촉진적 효과도 함께 가져오는 경우에는 양자를 비교·형량하여 경쟁제한성 여부를 판단하여야 하는데, 경쟁제한적 효과는 공동행위에 가담한 사업자들의 시장점유율, 공동행위 가담 사업자들 사이의 경쟁제한의 정도 등을 고려하고, 경쟁촉진적 효과는 당해 공동행위로 인한 효율성 증대가 소비자 후생의 증가로 이어지는 경우를 포괄적으로 감안하되 **당해 공동행위가 그러한 효과 발생에 합리적으로 필요한지 여부 등을 고려하여야 할 것이다.**”²²⁸⁾

2) 주관적 경쟁제한의도

대법원은 이른바 ‘POSCO’ 판결을 통하여 시장지배적지위 남용이 인정되기 위해서는 주관적 요소로서 ‘시장에서의 독점을 유지·강화할 의도나 목적’이 인정되어야 한다고 하여 주관적 경쟁제한의도를 요구하고 있다.²²⁹⁾ 따라서 저작권자의 정당성 항변이 있는 경우 그러한 정당성 항변이 경쟁제한의도를 부인할 수 있는지 문제가 될 수 있다. 법원은 아래에서 보는 바와 같이 에스케이텔레콤이 자신의 MP3폰과 멜론사이트의 음악파일에 자체 개발한 DRM (Digital Rights Management)을 탑재하여

228) 진한 색으로 표기된 부분은 저자가 덧붙인 것임.

229) 대법원 2007. 11. 22. 선고 2002두8626 판결.

원고의 MP3폰을 사용하는 소비자로 하여금 멜론사이트에서 구매한 음악파일만 재생할 수 있도록 하고, 다른 사이트에서 구매한 음악은 멜론 사이트에 회원으로 가입한 후에 별도의 컨버팅 과정 등을 거치도록 하는 행위가 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제3조의2 제1항 제3호에서 정한 ‘다른 사업자의 사업활동을 부당하게 방해하는 행위’에 해당한다며 공정거래위원회가 시정명령 및 과징금 납부명령을 한 사안에서, 시장지배적사업자가 음악저작권을 보호하기 위해 필요한 기술을 적용하여 경쟁제한 효과가 발생하였더라도 그러한 경쟁제한효과에 대한 의도나 목적이 인정될 수 없으므로 결국 시장지배적지위 남용을 부인하는 판결을 하였다.²³⁰⁾

위 판결에 대하여는 에스케이텔레콤이 최소한 유력한 경쟁자들의 퇴출가능성을 인식하고 그 결과를 용인하였다는 점에서 DRM의 필요성 및 효율성 여부와 별개로 주관적 경쟁제한의도를 인정하는 것이 타당하였다는 비판이 제기되고 있다.²³¹⁾ 그러나 위 사안에서 법원은 주관적 경쟁제한의도가 없어서 그 부당성을 부인한 것이 아니라, DRM이 원래 음악저작권 보호를 위하여 꼭 필요한 기술이라는 점, 에스케이텔레콤이 DRM을 표준화할 법적인 의무가 없는 상황에서 소비자 등의 이익을 현저히 침해하는 것은 아닌 점 등을 고려할 때 친경쟁적 효과가 일부 경쟁제한적 효과보다 크다는 판단 하에 부당성을 부인하는 판단을 한 것으로 보아야 한다.

다만, 위의 ‘POSCO’판결에서는 현실적으로 경쟁제한적 효과가 나타날 경우에는 시장에서의 독점을 유지·강화할 의도나 목적이 있었음을 사실상 추정할 수 있다고 판결하고 있음에 비추어, 위 SK 텔레콤의 DRM으로 인하여 현실적으로 경쟁제한의 효과가 일정한 정도로 나타났음에도 불구하고 그 추정을 뒤엎을 만한 특별한 이유가 없음에도 경쟁제한의 의

230) 밑줄은 저자가 덧붙인 것임.

231) 오승한, “IP 권리자의 주관적 경쟁제한의도와 정당성 항변”, 「시장경제와 사회조화」, 법문사, 2015, 347면

도나 목적을 부인하는 취지의 판시를 하고 있는 것은 지적할 필요가 있다.

(관련판결) 대법원 2011. 10. 13. 선고 2008두1832 판결

“본래 DRM은 음악저작권을 보호하고 음악파일의 무단복제 등을 방지하기 위하여 필요한 기술이므로, 원고가 자신의 mp3폰과 음악파일에 DRM을 탑재한 것은 인터넷 음악서비스 사업자들의 수익과 저작권자의 보호 및 불법 다운로드 방지를 위한 것으로서 정당한 이유가 있다고 보이는 점, ... (중략) 이 사건 행위로 인하여 현실적으로 경쟁제한의 효과가 일정한 정도로 나타났지만 DRM의 특성과 필요성 및 그 개발경위 등에 비추어 원고의 이 사건 행위에 있어서 경쟁제한의 효과에 대한 의도나 목적이 있었음을 추단하기 어려운 점, 원고에게 음악파일의 상호호환을 강제할 법령상의 근거가 없는 점, 원고의 DRM이 법령상의 ‘필수적 설비’에 해당한다고 보기 어려운 점 등을 종합하여 보면, 원고의 이 사건 행위가 공정거래법 제3조의2 제1항 제3호에 규정된 ‘다른 사업자의 사업활동을 방해하는 행위’에 해당된다고 하더라도 그 부당성을 인정할 수 없”다고 판단하였다.²³²⁾

3) 소결

저작권자의 정당성 항변에 따라 그 행위의 경쟁제한효과와 친경쟁적 효율성을 비교형량할 때, 미국 실무의 견해대로 저작권자의 권리행사가 동태적 효율성을 획득하기 위한 필수적 수단인지 고려하는 것이 요구된다고 하겠다. 그렇지 아니할 경우 동태적 효율성을 주장하는 저작권자의 주장에 힘이 지나치게 실리게 될 위험이 있기 때문이다.

또한 저작권자의 권리 행사는 대부분 인센티브 보호를 통한 장기적 효

232) 밑줄은 저자가 덧붙인 것임.

율성 향상에 기여하는 효과가 있으므로, 경쟁제한 목적만이 존재하는 저작권 행사는 거의 존재하지 아니하므로 저작권자의 정당성 항변을 주관적 경쟁제한의도를 부인하는 근거로 삼을 경우 경쟁제한효과가 큰 권리행사의 경우에도 독점규제법에 위반되지 아니한다는 결론에 도달할 수 있는 위험이 있으므로, 사업자의 정당성 항변을 가지고 이미 존재하는 주관적 경쟁제한의도를 부인하는 증거로 활용하는 것은 신중할 필요가 있다.

第2節 著作権法에 의한 内部的 規制

1. 공정이용의 법리에 의한 내부적 규제

저작권법은 ‘저작권재산권의 제한’에 관한 다양한 규정들을 통하여 저작권 행사의 내재적 한계를 명백히 함으로써, 저작권자의 허락을 요구함으로 발생할 수 있는 과도한 거래비용, 혁신 저해 등 여러 가지 문제점을 미연에 방지하면서 창작의 유인을 극대화하고 있다.

특히, 한미 FTA 체결에 따라 2011. 12. 2. 개정된 저작권법이 공정이용에 관한 일반규정을 도입함으로써 디지털 시대의 다양한 저작물 이용형태에 발 맞춰 저작권자의 부당한 행사에 대한 내부적 규제로서의 역할을 하게 될 것이다.

2. 법정이용허락에 의한 남용규제

저작권재산권의 제한에 관한 제규정이 저작권의 남용을 사전에 대비하기 위하여 규정된 것이라면, 저작권 남용을 사후적으로 규제하고 저작물 이용을 활성화하기 위한 규정으로 공표된 저작물의 방송 및 판매용 음반의 제작 등을 들 수 있다.²³³⁾

현행 저작권법 제51조는 “공표된 저작물을 공익상 필요에 의하여 방송하고자 하는 방송사업자가 그 저작권자와 협의하였으나 협의가 성립되지 아니하는 경우에는 대통령령이 정하는 바에 따라 문화체육관광부 장관의 승인을 얻은 후 문화체육관광부 장관이 정하는 기준에 의한 보상금을 당해 저작권자에게 지급하거나 공탁하고 이를 방송할 수 있다”고 규정하고 있다. 이 규정은 방송이 수행해야 할 공공적 기능을 원활하게 발휘할 수 있도록 저작권자측의 권리남용을 억제하기 위한 취지의 규정으로 평가된다.²³⁴⁾

또한 저작권법 제52조는 “판매용 음반이 우리나라에서 처음으로 판매되어 3년이 경과한 경우 그 음반에 녹음된 저작물을 녹음하여 다른 판매용 음반을 제작하고자 하는 자가 그 저작권자와 협의하였으나 협의가 성립되지 아니하는 때에는 대통령령이 정하는 바에 따라 문화체육관광부 장관의 승인을 얻은 후 문화체육관광부 장관이 정하는 기준에 의한 보상금을 당해 저작권자에게 지급하거나 공탁하고 다른 판매용 음반을 제작할 수 있다”고 규정하고 있다. 이는 전속계약에 의한 특정 음반회사 등의 복제권 등의 독점을 배제함으로써 음악의 유통을 촉진하고 음악문화의 향상에 기여하고자 하는 취지에 기한 규정으로 평가된다.²³⁵⁾

위 규정들은 저작권자가 특정 문화상품의 시장을 독과점하고 있어서 시장 지배적 지위를 가지고 있는 경우, 그 시장지배적 지위의 남용을 억제하기 위하여 매우 필요한 제도이다. 또한 최근의 기술 발전에 따라 인터넷 등 무선통신기술을 이용한 저작물 감상이 널리 이용되는 상황에서 ‘전송’에 대하여도 위와 같은 법정허락제도를 도입하는 것도 필요할 것으로 보인다.²³⁶⁾

233) 정상조, 전게서, 855면.

234) 이해완, 전게서, 760면.

235) 이해완, 전게서, 761면.

236) 정상조, 전게서, 856면.

3. 독점규제법위반과 저작권 남용

1) 저작권 남용의 의의

(1) 의의

저작권 남용에 관하여는 다양한 방식으로 정의되고 있다. 먼저 “권리가 저작권을 부여한 법의 공공정책에 위반하여 권리를 사용하였기 때문에 당해 행위는 저작권법의 보호범위를 벗어난 것으로 저작권법에 근거한 침해금지 혹은 손해배상청구를 주장할 수 없다는 것을 의미”한다고 하거나,²³⁷⁾ 또는 “원고의 저작권 행사에 의한 침해 주장이 권리행사로서의 외관을 갖추고 있지만 실질적으로는 권리의 남용에 해당하여 허용될 수 없는 경우”를 의미한다고 한다.²³⁸⁾ 다른 견해는 “권리 자체는 하자가 없는 유효한 것이지만 그 권리의 남용이 있는 경우에 정당한 권리의 행사로서 인정하지 않는다는 법리”를 의미한다고 한다.²³⁹⁾

(2) 남용이론의 법적 근거

저작권을 자연권적인 시각으로 접근하는 자연권설에 따르면 일반적인 재산권과 마찬가지로 민법상의 권리남용이론이 적용될 수 있다. 다만, 민법상의 권리남용이론은 엄격한 주관적·객관적 요건을 요구하게 되므로, 이러한 요건을 충족하는 저작권 남용이 성립되는 경우는 찾기 어렵게 된다.²⁴⁰⁾²⁴¹⁾ 또한 국내 지식재산권법 학계의 경우 지식재산권의 본질을 자

237) 오승환, 특허·저작권 남용의 본질 및 근거와 독점규제법 위반행위와의 구분, 산업재산권 제33호, 2010, 176면.

238) 이해완, 전게서, 1046면.

239) 박성호, 전게서, 628면.

240) 오승중, 전게서, 711면, 박성호, 전게서, 629면, 오승환, “지식재산권법과 독점규제법”, 「독점규제법 30년」, 법문사, 94면, 백승엽, 전계논문, 18면.

241) 민법상의 권리남용에 관하여 대법원은 “토지소유자가 그 변전소의 철거와 토지의

연권으로 보면서 저작권의 공익적 성질에 부정적이며 저작권법 자체의 공공정책에 근거한 저작권 남용이론을 인정하지 않고 있다고 한다.²⁴²⁾

그러나 저작권이 창작을 유인하기 위한 인센티브로 저작권자에게 법정 책적으로 주어진 것으로 접근하는 인센티브이론에 따르면 저작권은 사익적 성질뿐만 아니라 사회·경제적 정책에 따른 공익적 성질을 가지며, 저작권법 자체의 독립된 공공정책에 따라 제한될 수 있다고 한다.²⁴³⁾ 여기서 공공정책이란 ①인센티브 보상정책, ②정보의 확산보장정책, ③후속혁신의 보장정책을 의미한다고 한다.²⁴⁴⁾ 이와 유사한 주장으로는 “저작권의 행사가 저작권자가 그 권리를 행사하기에 이른 구체적·개별적 사정 등에 비추어, 문화 및 관련 산업의 향상발전이라고 하는 저작권법의 목적을 일탈하여 문화의 발전에 오히려 역행하는 심히 부당한 결과를 초래하거나 공정한 경쟁질서를 해하고, 상대방에 대한 관계에서 신의성실의 원칙에 위배되는 등 법적으로 보호받을 만한 가치가 없다고 인정되는 경우에는 저작권 남용의 항변도 받아들여질 수 있다”는 견해도 있다.²⁴⁵⁾

2) 미국의 저작권 남용 이론

인도를 청구하는 것은 토지소유자에게는 별다른 이익이 없는 반면 한국전력공사에게는 그 피해가 극심하여, 이러한 권리행사는 주관적으로는 그 목적이 오로지 상대방에게 고통을 주고 손해를 입히려는 데 있고(*강조표시는 저자가 한 것임), 객관적으로는 사회질서에 위반된 것이어서 권리남용에 해당한다.”라고 판결한 바 있다. (대법원 1999. 9. 7. 선고 99다27613 판결). 다만 일부 판결에서는 권리남용의 주관적 요건은 권리자의 정당한 이익을 결여한 권리행사로 보이는 객관적인 사정에 의해 추인할 수 있다는 태도를 취하거나(대법원 1998. 6. 26. 선고 97다42823 판결), “권리의 행사가 정당한 이익 없이 오직 상대방에게 고통이나 손해를 입힐 것을 목적으로 하는 것이거나 권리의 사회적·경제적 목적에 위반한 것일 때는 권리남용으로서 허용되지 않는다”고 하여 주관적 요건과 객관적 요건을 선택적 요건으로 본 경우(대법원 1983. 10. 11. 선고 83다카335 판결)가 있다.

242) 오승한, 전게논문, 92~93면.

243) 오승한, 전게논문, 78면.

244) 오승한, “특허·저작권 남용의 본질 및 근거와 독점규제법 위반행위와의 구분”, 산업재산권 제33호, 2010, 182~185면.

245) 이해완, 전게서, 1047면.

(1) 저작권 남용의 의의 및 근거

미국 연방법원은 특허·저작권 남용이론을 권리침해자의 방어항변 형태로 인정하기 위해서 영미의 형법법 이론으로서 ‘깨끗하지 못한 손 이론’(the unclean hands doctrine)을 원용하고 있다.²⁴⁶⁾ 다만, 1910년대 초반 저작권 남용이론을 간접적으로 언급한 수준에서 직접 저작권 남용이론을 판결근거로 인정한 1990년 제4항소법원의 Lasercomb 판결²⁴⁷⁾까지 상당한 시간적 간격이 있었다. 그 이유에 관하여 국내 문헌은 아래와 같이 소개하고 있다.

“미국 연방저작권법에는 이미 공정사용 조항이 규정되어 있어서 남용항변이 인정되지 아니하더라도 침해소송에서 침해자의 공정사용항변이 가능하였기 때문이고, 더 나아가 1980년 후반 컴퓨터소프트웨어가 새로운 저작권 보호객체로서 등장하기 전까지 저작물 시장은 비교적 산업적 성격이 약하여 전·후방연관시장 혹은 상·하위 선·후행 경쟁 저작물간의 이용관계가 적었기 때문으로 풀이할 수 있다. 특히 미국 실무가들은 1980년 후반 전까지 산업적 활용정보보다는 인격권적 성격이 강하였던 저작권에 대하여 특허권 분야와 유사한 경쟁정책과 공공의 정보접근권을 저작권법의 정책으로 명시적으로 인정하고 공공이익을 보호하기 위해 권리침해자에게 남용항변을 허용하는 것을 극도로 기피하였던 것으로 판단된다.”²⁴⁸⁾

(2) 저작권 남용 법리의 발전

246) 오승한, 전제논문, 177면: 다만, 여기서 남용항변의 요건으로 ‘깨끗하지 못한 손’이란 저작권을 행사하는 원고자신의 손만을 의미한다고 한다.

247) Lasercomb America, Inc. v. Reynolds, 911 F.2d 970 (4th Cir. 1990): Lasercomb 사건에서 법원은 99년 동안 경쟁 소프트웨어의 개발을 금지한 라이선스 약정이 창작의 장려라고 하는 저작권법의 정책에 위반된다는 이유로 저작권 남용이 성립할 수 있다고 판결하였다.

248) 오승한, 전제논문, 179~181면.

미국에서의 저작권 남용에 관한 판례의 태도는 주관적 요건만 제외한다면 한국에서의 일반 민법상의 권리남용 인정요건과 크게 차이나는 것이 없다고 한다.²⁴⁹⁾

그러나 저작권 남용법리에 관하여 미국 법원의 판결은 크게 두 가지 기준으로 나누어진다는 견해가 있다.²⁵⁰⁾ 이 견해에 따르면 첫 번째는 공공 정책에 기초한 논리로서 “저작권자가 부적절하게 확장된 저작권을 집행하려고 하기 때문에 법원은 규정상 권리범위를 넘어서 저작권을 확장하는 것을 도와주어서는 안 된다”는 입장을 표명하는 판결들이 있다고 한다. 그에 해당하는 판결들로는 먼저 Qad, Inc. v. ALN Associates 판결²⁵¹⁾에서 일리노이 지방법원이 저작권 남용의 근거가 경쟁정책이 아니라 저작권 정책과 사법시스템의 고결성에 있다고 판단하였다. 또한 DSC Communications v. DGI Technologies 사건에서 제5항소법원은 원고인 DSC가 저작권을 가지고 있는 운영체제에서 가동되는 전화스위치용 마이크로프로세서 카드를 판매하였는데, 피고 DGI가 원고의 운영체제와 호환가능한 마이크로프로세서 카드를 개발하기 위하여 임시적으로 DGI의 운용시스템을 복제한 사건에서, 원고가 특허를 받지 아니한 마이크로프로세스 카드에 대하여 마치 특허를 부여받은 것 같은 독점을 누리기 위하여 저작권을 이용하였기 때문에 원고의 저작권 침해 주장은 저작권 남용에 해당한다고 판결하였다.²⁵²⁾ 다음으로 Practice Management Information v. American Medical Association 사건에서 진료절차를 확인하기 위해 의사들이 이용하는 의료부호체계인 CPT(Physician's Corrent Procedural Terminology; CPT)를 만든 미국의료협회(American Medical Association; AMA)가 CPT의 이용을 보건금융협회(Health Care Financing Administration)에 허락해 주면서 오로지 CPT만 이용하

249) 박준석, 전개논문, 1002면.

250) 백승엽, 전개논문, 6~7면.

251) 770. F. Supp. 1261 (N.D.Ill. 1991), aff'd in part, reversed in part, 974. F.2. 834(7th Cir. 1992); 백승엽, 전개논문, 6면에서 재인용.

252) DSC Communications v. DGI Technologies, 81 F. 3d 597 (5th Cir. 1996).

도록 조건을 부가한 사안에서 미국의료협회가 저작권 부여에서 내포되어 있는 공공정책을 위반하였으므로 저작권 남용에 해당한다고 판결하였다.²⁵³⁾

두 번째로는 독점규제법에 기초한 논리에 따른 판결로서 일정한 저작권 라이선스가 반경쟁적이라는 이유로 저작권 남용이 인정된 판결들이 있다. 이에 해당하는 판결로는 앞에서 언급한 Lasercomb America, Inc. v. Reynolds 판결에서 제4항소법원은 99년간 경쟁 소프트웨어 개발을 금지하는 약정이 반경쟁적이라는 이유로 저작권 남용이 인정된다고 판결하였다.

3) 특허권 남용과의 비교

(1) 특허권 남용의 의의

특허권이 그 권리를 부여한 법의 근본목적에 반하는 내용으로 행사되는 경우 이러한 특허권 행사를 특허권 남용이라고 한다.²⁵⁴⁾ 특허권 남용에 관해서는 특허법에 근거한 권리남용, 독점규제법에 근거한 권리남용, 민법에 근거한 권리남용(협회의 권리남용)의 3종류로 나누어 설명하는 견해가 있다.²⁵⁵⁾ 특히 특허법에 근거한 권리남용 중에서 특허법상 무효사유가 명백한 경우 특허권자의 권리행사를 권리남용으로 보아 인정하지 아니하는 법리를 ‘무효선언에 갈음한 권리남용’이라고도 한다.²⁵⁶⁾ 이는 특허법에 고유한 권리남용 유형이라고 할 수 있다.

(2) 특허법에 근거한 권리남용

253) Practice Management Information corporation v. The American Medical Association, 121 F. 3d 516 (9th Cir. 1997).

254) 조영선, 특허법 제4판, 박영사, 2013, 567면.

255) 조영선, 전개서, 566면 이하.

256) 박준석, “특허권 등 지적재산권의 남용을 긍정한 우리 판례들의 논리분석”, 민사판례연구[X X XIV], 1019면 이하.

특허법상 신규성²⁵⁷⁾, 진보성이 없는²⁵⁸⁾ 발명 등에 해당되어 무효심판의 대상(특허법 제133조)이 됨이 명백한 경우에 해당되거나, 통상실시권 허여(특허법 제138조)의 사유²⁵⁹⁾가 존재함에도 불구하고 선행 특허권자가 후속 이용발명자를 상대로 특허권을 행사하여 금지청구를 시도하는 경우에 특허법에 근거한 권리남용에 해당될 수 있다.²⁶⁰⁾

법원 역시 아래에서 보는 바와 같이 신규성이나 진보성이 부정되는 발명의 특허권자에 의한 권리행사가 권리남용에 해당한다는 판결을 하고 있다.

“특허발명에 대한 무효심결이 확정되기 전이라고 하더라도 특허발명의 진보성이 부정되어 특허가 특허무효심판에 의하여 무효로 될 것임이 명백한 경우에는 특허권에 기초한 침해금지 또는 손해배상 등의 청구는 특별한 사정이 없는 한 권리남용에 해당하여 허용되지 아니한다고 보아야 하고, 특허권침해소송을 담당하는 법원으로서도 특허권자의 그러한 청구가 권리남용에 해당한다는 항변이 있는 경우 당부를 살피기 위한 전제로서 특허발명의 진보성 여부에 대하여 심리·판단할 수 있다.”²⁶¹⁾

(3) 민법에 근거한 권리남용(협의의 권리남용)

257) 신규성이 없다는 것은 “그 발명과 같은 내용의 기술이 이미 존재하고 사회 일반에 공개되어 공중의 재산(Public Domain)으로 되었다는 것을 의미한다.”; 조영선, 전게서, 117면.

258) 진보성이 없다는 것은 “비록 발명이 공지의 선행기술에 비하여 신규한 것이어도 거기에 독점적 권리를 주어 보호할 만한 진보적 의미(Inventive step)가 없다면 특허를 부여할 이유가 없”으므로 특허가 무효가 되어야 한다는 것을 의미한다; 조영선, 전게서, 151면.

259) 특허발명이 다른 사람이 선출한 특허발명 등을 이용하는 관계에 있는 경우, 후출원자는 선출원자의 이용허락없이 그 발명을 이용할 수 없다. 그러나 이러한 발명의 사장(死藏)은 바람직하지 아니하므로, 후출원자가 선출원자를 상대로 통상실시권 허여의 심판을 청구할 수 있다. (조영선, 전게서, 461면).

260) 조영선, 전게서, 568면.

261) 대법원 2012. 1. 19. 선고 2010다95390 전원합의체 판결.

“민법의 권리남용금지의 원칙은 사법 전반에 적용되는 법 원칙으로서 특허권 행사에도 역시 적용될 수 있다. 특히 권리남용금지의 원칙은 본래 권리의 공공성에 대한 배려를 그 바탕으로 하므로 일반적인 사권(私權)보다 공공성이 훨씬 큰 특허권에는 더욱 적용하여야 할 필요성이 크다고 하겠다.”²⁶²⁾ 그러나 특허권 행사에 있어서는 특허권 유·무효 판단 과정에서 특허법에 근거한 권리남용이 걸러질 수 있으므로 협의의 권리남용이 활용될 여지가 크지는 않다.²⁶³⁾ 실무적으로도 특허무효사유가 아닌 다른 사유로 제기되는 독자적인 특허권 남용의 항변에 대하여 우리 법원이 매우 소극적이라고 하며²⁶⁴⁾, 미국에서도 특허권 남용은 시장지배적 지위의 남용과 유사한 의미로 사용되는 경향이 강하다고 한다.²⁶⁵⁾ 다만, 최근 ‘삼성전자 대 애플’사건에서 아래와 같이 협의의 권리남용에 근거한 특허권 남용 이론에 따른 판단을 한 바 있어 주목된다.

“원고가 이 사건 표준특허에 관한 frand 선언 후 △△과의 성실한 실시로 협상을 소홀히 하면서 피고를 상대로 이 사건 소를 제기하고 유지하는 것이 표준특허제도의 목적이나 기능을 일탈하여 공정한 경쟁질서와 거래 질서를 어지럽히고, 상대방에 대한 관계에서 신의성실의 원칙에 위배 내지 사회질서에 반하는 정도에 이른 것이라고 단정할 수는 없으므로, 특허권 남용 주장도 이유 없다.”²⁶⁶⁾

또한 특허권도 소유권에 준하는 대세적 권리라는 점, 권리남용을 쉽게 인정할 경우 특허권의 인센티브 기능을 저해할 우려가 있다는 점, 특허권의 청구범위 해석에 따라서는 자의적인 남용 판단이 가능하다는 점 등을 고려하여 민법상 권리남용으로서의 특허권 남용은 주관적 요건 등을

262) 권영준, “특허권 남용의 법리와 그 관련문제”, 산업재산권 제36호, 2011, 187면.

263) 권영준, 전제논문, 204면.

264) 조원희, “미국특허법상 특허권 남용(Patent Misuse)의 법리”, 저스티스 통권 제104호, 101면.

265) 권영준, 전제논문, 205면.

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

엄격하게 판단하여야 한다는 견해가 제시되고 있다.²⁶⁷⁾

(4) 독점규제법에 근거한 권리남용

독점규제법에 위반한 특허권 행사는 권리남용으로 허용되지 아니한다고 한다.²⁶⁸⁾ 다만, 독점규제법 위반이 바로 특허권 남용에 해당하는지에 관하여는 부정적으로 보는 견해가 있음은 앞에서 본 바와 같다.

(5) 미국에서의 특허권 남용의 법리

가. 의의

미국에서 특허권의 남용은 독점규제법 위반이나 특허법에 의하여 부여된 특허권의 권리범위를 초과하여 부당하여 그 범위를 확장하는 경우에 문제가 된다. 특허권 남용은 저작권 남용에서와 마찬가지로 형법법의 법리에서 도출된다고 한다.²⁶⁹⁾

다만, 미국에서는 특허권 남용의 경우 독점규제법상의 경쟁제한성 판단을 통하여 해결하는 경향을 보이면서 특허권 남용 이론의 독자적 위치가 의심받고 있다. 즉 “특허권 남용의 법리는 대부분 불공정거래행위와 관련하여 논의되고 있으며, 특히 연방순회항소법원(Court of Appeals for the Federal Circuit)은 특허권 남용을 판단함에 있어 불공정거래행위의 요건들을 적용하여 왔다”²⁷⁰⁾고 한다.

나. 특허권 남용과 독점규제법 위반과의 관계

267) 조영선, 전게서, 570면.

268) 조영선, 전게서, 569면.

269) 조원희, 전게논문, 102면.

270) 조원희, 전게논문, 102면.

미국에서 특허권 남용 법리의 발전과정은 이미 앞에서 논의한 바 있다.²⁷¹⁾ 여기서는 특허권 남용과 독점규제법 위반과의 관계에 국한하여 미국의 판례를 살펴보기로 한다.

미국에서는 독점규제법 위반과 구별되는 특허권 남용을 인정할 수 있는지에 관하여 논의가 있었으며, 예를 들어 제7순회 항소법원의 포스너(Posner)판사는 독점규제법이 실질적으로 경쟁을 저해하는 모든 행위에 대해 적용될 수 있으므로 특허권 남용 법리의 독자적인 역할에 회의적이라고 한다.²⁷²⁾

예를 들어 *Mallinckrodt, Inc. v. Medipart, Inc.* 사건²⁷³⁾에서 연방순회항소법원은 특허권자가 특허받은 제품을 구매자만 사용(single use only)이라는 조건을 붙여 판매한 사안에서, 문제가 된 행위가 그 자체로 독점금지법 위반이 아니라면, 반경쟁적 효과로 인한 특허권 남용여부는 합리의 원칙(rule of reason)에 의하여 판단하여야 한다고 판시하여, 반경쟁적 효과와 합리의 원칙에 따른 판단을 도입하였다는 점에서 독점규제법상의 기준을 특허권 남용에 도입하고 있다고 평가된다.²⁷⁴⁾

또한 비교적 최근인 2006년 연방대법원은 프린thead(printhead)와 잉크 용기(ink container)에 관한 특허권을 가지고 있는 자가 잉크 사용을 조건으로 특허 라이선스를 부여한 *Independent Ink, Inc. v. Illinois Tool Works, Inc.* 사건²⁷⁵⁾에서, 독점규제법 특히 셔먼법 위반과 관련하여 특허권의 부여가 시장 지배력(market power)을 추정하는 것은 아니라고 하였다. 특히 연방대법원은 특허가 시장지배력을 부여한다는 추정이 본래 특허법에서 나와 독점규제법으로 옮겨간 것이라고 하면서("The

271) 제3장 제2절 3. 1) (2) 다항.

272) 조원희, 전제논문, 108면.

273) 979 F. 2d 700 (Fed. Cir. 1992), 조원희 전제논문, 110면 각주 52)에서 재인용.

274) 조원희, 전제논문, 110~112면.

275) 547 U.S. 28, 164 L.Ed.2d 26.

presumption that a patent confers market power migrated from patent law to antitrust law”²⁷⁶⁾, 현행 미국 특허법 제271조(d)(5)²⁷⁷⁾에서 특허권 남용이 성립하기 위한 요건으로 시장지배력을 요구하고 있으므로, 셔먼법 위반에 있어서도 관련시장에서의 시장지배력의 입증이 필요하다고 보았다.

4) 저작권 남용의 효과

미국 판례법상 저작권 남용은 독립한 소송의 원인이 되지 못하고, 저작권 침해 주장에서 침해자로 주장되는 자가 항변으로서 주장·입증에 성공할 경우 저작권 침해 책임을 면하게 된다. 또한 저작권자는 일단 남용행위를 시정하고 난 다음 다시 그의 저작권을 주장할 수 있다.²⁷⁸⁾

우리나라에서의 저작권 남용 역시 ‘항변’으로 보아 그 항변이 인정될 경우 원고의 저작권 침해 주장이 허용될 수 없다고 본다.²⁷⁹⁾

5) 독점규제법위반과의 구별

독점규제법위반 항변과 저작권 남용이론에 의한 항변은 서로 구별되는 것이며 저작권 남용항변이 허용되기 위해 반드시 독점규제법 위반요건을 충족하여야 하는 것은 아니다. 미국의 Lasercomb 사건에서도 법원은 저

276) 547 U.S. at 40.

277) "(d) No patent owner otherwise entitled to relief for infringement or contributory infringement of patent shall be denied relief or deemed guilty of misuse or illegal extension of the patent right by reason of his having done one or more of the following ... (5) conditioned the license of any rights to the patent or the sale of the patented product on the acquisition of a license to rights in another patent or purchase of a separate product, unless, in view of the circumstances, the patent owner has market power in the relevant market for the patent or patented product on which the license or sale is conditioned."

278) 백승엽, 전제논문, 9면.

279) 이해완, 전제서, 1046면. 박성호 전제서, 629면.

작권 남용의 인정을 위하여 반드시 독점규제법의 위반을 입증하여야 하는 것은 아니라고 보았다.²⁸⁰⁾ 그러나 Independent Ink, Inc. v. Illinois Tool Works, Inc. 사건 등에서 본 바와 같이 미국에서 특허권 남용과 독점규제법 위반이 그 요건판단에 있어서 상당부분 유사해지는 경향을 보이고 있는 것은 앞에서 살펴 본 바와 같다.

앞에서 살펴 본 바와 같이 우리 저작권법은 기본적으로 자연권 이론을 바탕으로 하고 있지만, 인센티브 이론에 따른 고려를 하고 있다는 점에서 이론의 여지가 없으며, 이 점에서 저작권은 공공성을 내재하고 있는 권리라고 할 수 있다.

특히 “그 탄생단계에서부터 공공성이 중요하게 고려되었던 저작권은 사권으로서의 절대성이 강조되었던 소유권에 비하여 훨씬 강한 사회적 구속성을 가질 수밖에 없었다.”²⁸¹⁾

따라서 이러한 저작권의 역사적 발전과정과 인센티브 이론에 따른 저작권법의 목적을 고려할 때 창작의 유인을 통한 문화산업 발전이라는 저작권법의 공공성을 일정 부분 인정할 수 있으며, 저작권법의 이러한 공공성을 반영한 공공정책이 경쟁정책을 내포하고 있으므로 경쟁정책을 근거로 한 독점규제법 위반행위가 저작권 남용행위의 한 유형으로 인정될 수 있게 된다.²⁸²⁾ 즉 저작권자가 경쟁을 제한하는 권리의 행사를 한다는 것은 결국 제3자에 의한 창작 유인을 저해한다는 것을 의미하게 되며, 이는 결국 독점규제법 위반에 해당함과 동시에 저작권의 공공성에 반하여 저작권 남용에 해당된다.

280) 박준우, “저작권 남용에 관한 미국 연방항소법원의 ‘Lasercomb 사건’의 의미와 한계”, 지식재산연구 제5권 제2호, 2010, 122면.

281) 권영준, “저작권과 소유권의 상호관계: 독점과 공유의 측면에서”, 「경제규제와 법」 제3권 제1호, 2010, 172면.

282) 오승한, 전제논문, 194면.

이에 대한 반론으로 저작권을 오로지 일반적인 사권(私權)과 동일하게 보는 자연권 이론에 의한다면 독점규제법 위반이 반드시 저작권 남용에 해당된다고 볼 수는 없을 것이다. 특허권에 관한 논의에서도 “우리 민사소송에 있어서는 특허권의 행사가 독점규제법에 위반된다는 것 자체가 곧바로 피고의 항변사유가 될 수는” 없다고 보는 견해²⁸³⁾가 있다.

그러나 위에서 살펴 본 바와 같이 저작권법의 발전과정과 인센티브 이론에 따른 저작권법의 목적 등을 종합적으로 고려한다면 아래에서 보는 바와 같이 독점규제법 위반을 저작권 남용에 속하는 하나의 남용 유형으로 규정하는 것은 법체계상 문제가 없을 것이다. 비록 특허에 관한 논의이지만 위법한 권리의 행사에 법이 협조해서는 안 된다는 등의 이유로 “독점규제법에 반하는 특허권 행사는 그 자체로 충분히 항변사유가 될 수 있다”고 하는 견해²⁸⁴⁾ 역시 독점규제법 위반을 지식재산권 남용의 한 유형으로 파악하는 것이라고 할 수 있다. 또한 미국 연방순회항소법원 역시 *Virginia Panel Corp. v. MAC Panel Co.* 사건²⁸⁵⁾에서 특허권 남용의 범위는 독점금지보다 넓다는 것을 분명히 확인하고 있다고 한다.²⁸⁶⁾

또한 이렇게 독점규제법 위반이 저작권 남용의 한 유형으로 파악될 수 있음에도 양자를 구별하는 중요한 실익으로는, 독점규제법 위반의 경우 형사처벌이 가능하므로 죄형법정주의의 도그마 속에서 법관이 독점규제법 위반을 인정하는 것이 어려울 수 있는 사안에서도 저작권 남용이론이 원용될 수 있다는 것이다.²⁸⁷⁾

283) 권영준, “특허권 남용의 법리와 그 관련문제, 산업재산권 제36호, 2011, 219면.

284) 조영선, “특허권 남용 법리의 재구성”, 「저스티스」 통권 제135호(2013), 152면.

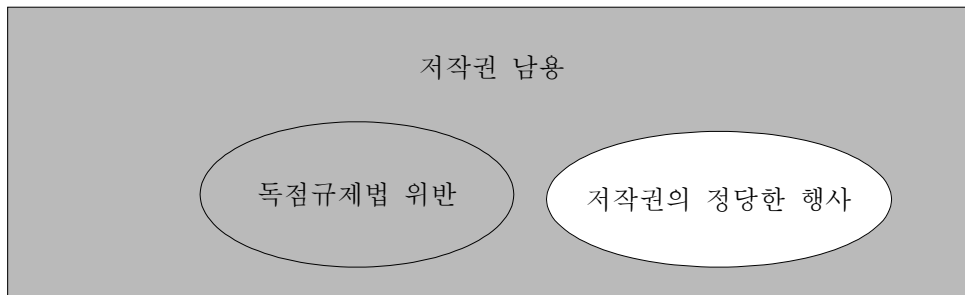
285) 133 F.3d 860 (Fed. Cir. 1997), 광민섭, “특허권의 남용과 독점금지법의 관계에 관한 미국 판례의 동향”, 지적재산권 제28호, 한국지적재산권법제연구원, (2008), 14면에서 재인용.

286) 광민섭, 전제논문, 14면.

287) 실제소송에서 독점규제법의 위법성 요건인 경쟁제한성을 입증하는 것은 시장획정을 위한 경제분석 및 경쟁제한을 위한 충분한 봉쇄율, 충분한 시장진입장벽의 존재 등 대단히 엄격한 심사절차를 거쳐야 하는 것으로 남용이론 주장보다 현저히 가중된 요건이 된다(오승한, 전제논문, 207면 각주 103).

아래 그림은 저작권 남용에 관한 이상의 논의를 단순화하여 나타낸 것으로, 특허권 남용에까지 일반화하여 적용되지는 않는다. 특히 미국에서의 특허권 남용에 있어 점차 특허권 남용과 독점규제법 위반과의 관계가 상대화되면서 아래 그림과 같이 선명하게 구분되지는 않을 것으로 보인다.

[독점규제법 위반 항변과 저작권 남용 항변의 관계]



6) 우리나라의 판결사례-서울고등법원 2012. 4. 4.자 2011라1456결정

(1) 사실관계

‘천재교육’사건에서 신청인들은 중등 교과서의 저작자들과 저작자들로 부터 일체의 저작재산권에 관한 독점적인 이용허락을 받아 교과서 및 평가문제집을 출판한 출판사로서, 출판사는 인터넷 웹사이트에서 중등 교과과정에 대한 온라인 강의를 유료로 제공하는 사업도 하고 있다. 피신청인은 초·중·고등 각 교과과정에 대한 온라인 강의 전문 회사로서 중등 교과과정에 대한 온라인 강의를 유료로 제공하면서 신청인들의 이용허락을 받지 않고 신청인들의 교과서 및 평가문제집을 교재로 사용하고 있다. 신청인은 그와 같은 이유로 온라인 강의를 중단할 것을 구하는 저작권침해중지가처분을 신청하였다. 피신청인은 신청인들이 피신청인과의 이 사건 교과서 및 평가문제집에 관한 저작물 이용허락계약의 갱신을 일

체 거부하고 피신청인에게 온라인 강의 금지를 구하는 것은 독점규제법이 정한 시장지배적 지위의 남용행위 또는 불공정거래행위에 해당하거나 권리남용이라고 주장한다.

(2) 원심 -서울중앙지방법원 2011. 9. 14. 자 2011카합709 결정

원심법원은 피신청인의 행위가 2차적저작물작성권 침해에 해당되며 공정이용 등 저작권법상의 제한사유에 해당되지 않는다고 판단한 후 권리남용에 해당한다는 이유로 신청인의 신청을 기각하였다.

가. 시장지배적 지위남용행위로서의 부당한 공급거절

원심법원은 먼저 관련상품시장의 범위를 신청인들의 교과서 및 이에 대한 저작권을 대상으로 하는 시장으로 정하고, 신청인은 관련상품시장 내에서 시장지배적 사업자로서의 지위를 가지고 있다고 판단하였다.

또한 신청인의 교과서 및 평가문제집을 채택한 학교에 다니는 학생들을 대상으로 하여 온라인 강의 사업을 하기 위해서는 반드시 이 사건 교과서 및 평가문제집을 이용하여야 하므로, 신청인의 교과서 및 평가문제집에 대한 이용허락은 위 온라인 강의 사업에 있어서 필수적인 요소이고, 신청인은 위 요소를 독점적으로 소유 또는 통제하고 있으며, 피신청인을 비롯하여 신청인 교과서 및 평가문제집을 이용한 온라인 강의 사업을 하려는 사업자가 위 요소를 재생산하거나 다른 요소로 대체하는 것은 위에서 본 바와 같이 사실상 가능하지 않다는 이유로 신청인의 거래 거절은 관련상품시장에서의 경쟁제한 효과는 매우 크다고 판단하였다.

또한 신청인의 교과서 및 평가문제집의 이용에 관한 계약갱신 또는 거래를 거절한 행위는, 온라인 강의 시장에 진출한 신청인이 피신청인을 비롯한 다른 경쟁업체들과의 경쟁관계를 없애 이 사건 교과서 및 평가문

제집을 이용한 온라인 강의 시장을 독점하고자 하는 데에 주된 목적이 있다고 판단한 후 신청인이 피신청인에 대하여 온라인 강의 제작에 필수적인 신청인의 교과서 및 평가문제집의 이용허락을 거절하고 이 사건 신청으로 온라인 강의의 복제, 전송 금지를 구하는 것은, 시장지배적 사업자로서 부당하게 다른 사업자의 사업활동을 방해하는 것으로서 공정거래법 제3조의2 제1항 제3호, 같은 법 시행령 제5조 제3항 제3호에 정해진 시장지배적 지위의 남용행위에 해당할 여지가 많다고 판결하였다.

나. 권리남용

원심법원은 신청인이 피신청인에 대하여 이 사건 교과서 및 평가문제집의 이용허락을 거절하는 행위가 공정거래법에서 금지하고 있는 시장지배적 지위의 남용행위에 해당할 여지가 많고, 이러한 남용행위는 공정거래법 제66조 제1항 제1호에 의한 형사처벌의 대상이기도 하며, 그로 인한 공정거래 저해 효과 및 중등 사교육 시장에서의 보호할 가치가 있는 교육소비자의 이익을 저해할 우려가 상당하므로, 신청인이 피신청인에 대하여 이 사건 신청으로 별지 ‘강의 목록’ 기재 각 강의의 복제, 전송 금지를 구하는 것은 사회통념상 받아들이기 어려운 부당한 결과를 자아내는 등 공공복리를 위한 권리의 사회적 기능을 무시하는 것으로서 권리남용에 해당한다고 볼 여지가 있다고 판결하였다.

(3) 항소심-서울고등법원 2012. 4. 4. 자 2011라1456판결²⁸⁸⁾

가. 저작권법과 독점규제법의 관계

항소심법원은 저작권의 행사가 독점규제법 위반에 해당하는 경우라면 이는 저작권의 입법목적에 정면으로 배치됨은 물론 저작권자에게는 부당한 이익을 주고, 권리행사의 상대방에게는 불합리한 고통이나 손해를 끼

288) 위 판결은 2012. 4. 17. 항소기간 도과로 확정되었음.

치게 되므로 실질적 정의와 당사자의 형평에도 어긋난다는 이유로, 저작권에 기초한 침해금지청구가 독점규제법 위반에 해당하는 경우에는 특별한 사정이 없다면 권리남용에 해당하여 허용되지 않는다고 판단하였다.

나. 시장지배적 지위 남용행위 해당 여부

① 관련시장

항소심 법원은 관련시장의 범위는 신청인의 교과서 및 평가문제집을 교재로 사용하는 ‘온라인 강의서비스’ 시장이며, 신청인의 ‘교과서 및 평가문제집’을 대상으로 하는 이른바 ‘상품시장’ 또는 ‘이 사건 교과서 및 평가문제집에 대한 저작권’을 대상으로 하는 이른바 ‘기술시장’은 피신청인이 그러한 시장에 전혀 참여하고 있지 아니한 이상 신청인들과 피신청인 사이에 경쟁 관계가 발생하지 아니하므로 관련 시장으로 볼 수 없다고 판단하였다.

② 시장지배적 사업자 여부

신청인은 온라인 강의서비스 시장에 신규 진입하여 관련 시장에서 가격·수량·품질 기타의 거래조건을 사실상 독점적으로 결정·유지 또는 변경할 수 있다고 단정할 수 없으므로 시장지배적 사업자의 지위를 가지고 있다고 보기 어렵고, 신청인들이 이 사건 교과서 및 평가문제집 ‘상품’시장에서 시장지배적 지위를 보유하고 있다고 하더라도, 그 지배력이 관련 시장인 이를 교재로 하는 ‘온라인 강의서비스’ 시장에까지 전이된다고 볼 수도 없다고 판단하였다.

③ 필수요소인지 여부

피신청인은 교육을 위하여 ‘정당한’ 범위 안에서 공정한 관행에 합치되

게 공표된 저작물을 인용할 수 있는 것이므로(저작권법 제28조 , 그뿐만 아니라 2011. 12. 2. 개정되어 2012. 3. 15.부터 시행된 저작권법은 제35조의3 에서 저작물의 통상적인 이용 방법과 충돌하지 아니하고 저작자의 정당한 이익을 부당하게 해치지 아니하는 경우에는 보도·비평·교육·연구 등을 위하여 저작물을 이용할 수 있도록 하고 있어 피신청인의 이용범위를 더 확장하였다고도 볼 수도 있다), 신청인들의 저작권을 침해하지 아니하는 정당한 방법으로 이 사건 교과서 및 평가문제집을 이용하여 온라인 강의서비스를 제공하는 것이 불가능한 것은 아니라고 보한다는 이유로 신청인의 교과서 및 평가문제집이 필수요소에 해당하지 아니한다고 보았다.

④ 효율성 증대

마지막으로 신청인들은 피신청인의 온라인 강의서비스 때문에 자신의 저작권(특히 2차적저작물작성권)에 대한 정당한 보상을 받지 못하는 상황이 계속되는 등 남용행위 심사기준에서 ‘정당한 이유’의 판단요소로 들고 있는 ‘투자에 대한 정당한 보상이 현저히 저해되는 상황’에서 새롭게 관련 시장에 진입하려는 것으로서, 신청인의 시장 진입으로 온라인 강의서비스의 질이 향상됨은 물론 사업자의 수도 증가하여 경쟁이 확대되는 측면이 있고, 신청인들에 대한 새로운 형태의 보상을 통하여 이 사건 교과서 및 평가문제집 등에 대한 추가 창작의 동기가 부여될 수도 있어 그로 말미암은 효율의 증대 효과가 경쟁제한의 효과를 상쇄할 가능성 또한 배제할 수 없다고 보인다고 판단하였다.

결국, 신청인들의 거래거절행위가 피신청인의 사업활동을 부당하게 방해하는 행위라는 점이 충분히 소명되지 아니하므로, 이를 지위남용행위에 해당한다고 보기 어렵다고 보았다.

다. 불공정거래행위(기타의 거래거절) 해당 여부

① 경쟁제한성

항소심 법원은 신청인은 관련 시장에 신규로 진입하는 사업자로서 피신청인에 비하면 오히려 열세의 지위에 놓여 있으며, 거래거절로 말미암아 피신청인에게 일시적인 사업진행의 차질이 초래될 가능성은 있으나 더 나아가 거래기회가 배제되어 그 사업활동을 곤란하게 할 우려까지 있다고 보기는 어렵다고 보았다. 또한 이 사건에서 신청인들의 거래거절은 거래처 선택의 자유를 넘어 그들이 보유한 저작권의 당연한 권능의 하나로 행사된 것으로 보이고, 신청인들이 오로지 피신청인의 사업활동을 곤란하게 할 의도를 가지고 그 지위 남용행위로써 거래거절을 한 것으로는 불만한 자료도 없다고 판단하였다.

② 부당성

항소심 법원은 특별한 사정이 없다면 저작권법에 따라 부여된 저작권의 행사를 가리켜 ‘바람직하지 않은 경쟁수단’이라고 할 수 없고, 저작물에 대한 이용허락을 중단한 행위만으로 거래상대방의 자유로운 의사결정을 저해하거나 불이익을 강요하는 것이라고 단정할 수 없으며, 실제로 이 사건에서 신청인들의 이용허락 거절 때문에 피신청인의 온라인 강의 서비스 사업에 어떠한 구체적인 불이익이 초래되었다고 불만한 자료도 없다고 판단하였다.

따라서 신청인의 행위는 불공정거래행위에도 해당하지 아니한다고 판결하였다.

③ 그 밖의 권리남용 해당 여부

항소심 법원은 “저작권자의 권리행사가 법에서 부여한 독점의 범위를

부당하게 확대하려 하는 등으로 저작권 제도의 목적이나 기능을 일탈함으로써 저작권이 보호하고자 하는 공공의 이익에 정면으로 어긋나는 행위로 평가할 수 있는 경우라면(이러한 경우 저작권자에게는 보호할 만한 가치 있는 이익을 인정할 수 없을 것이고, 그 권리행사의 목적은 상대방에게 손해를 입히려는 것으로 추진할 수 있을 것이다²⁸⁹⁾), 권리남용에 해당할 여지가 있다고 할 것이다.”라고 하였다.

그러나 법원은 저작권침해행위에 대한 신청인들의 이 사건 가처분신청이 저작권 제도의 목적을 일탈하고 공공의 이익에 어긋나는 것으로서 신청인들에게 이 사건 가처분에 의한 법률상 보호를 인정할 가치가 전혀 없다고 할 수는 없다고 판단하였다. 위 판결에서 법원은 저작권 남용을 전통적인 권리남용이론에 입각하여 판단하고 있는 것으로 보인다. 다만, 주관적 요건에 관하여는 일정한 객관적 요건에 의하여 주관적 요건이 추인된다는 태도를 보이고 있다.

(4) 비교판례 - 서울고등법원 2011. 6. 2. 자 2010라109 결정

지상파방송사들이 유선방송사업자(케이블TV사)들을 상대로 한 재송신 중지가처분신청과 관련하여, 유선방송사업자들은 지상파방송사들이 50여년간 이 사건 방송에 관한 저작권법상의 권리를 전혀 행사한 적이 없고, 유선방송사업자들이 이 사건 방송을 재송신할 권한이 있음을 전제로 채널 및 수신품질 관련한 협조 등을 요청해 왔으며, 이를 신뢰한 유선방송사업자들은 전송망과 송수신 설비에 막대한 비용 투자를 하였다는 점, 이 사건 방송의 재송신에 의하여 그 방송권역 내에서 더 많은 사람들이 고품질의 방송을 시청할 수 있게 되어 지상파방송사들이 더 많은 광고수입을 얻을 수 있게 되므로, 지상파방송사들에게 아무런 손해가 없고 오히려 이익이 되는 행위임에도 이 사건 방송의 재송신 금지를 요구하는 점 등이 금반언의 원칙에 반하는 것으로 권리의 남용에 해당하거나 실효

289) 밑줄은 저자가 덧붙인 것임.

된 권리를 행사하는 것이어서 허용될 수 없다고 항변하였으나, 서울고등법원은 “신청인들은 이 사건 방송의 동시재송신의 대가를 받지 못하는 손해를 입고 있고, 광고수입의 감소는 물론 디지털 유선방송의 가입자의 급증으로 인하여 IP TV 방송 가입자가 감소하여 그 이용허락에 따른 수입이 감소하는 손해를 입고 있다고 주장한다. 위와 같은 주장 내용에 비추어 볼 때 신청인들이 이 사건 방송 및 방송프로그램에 관하여 공중송신권, 동시중계방송권을 주장하는 것이 아무런 이익이 없다고 단정할 수 없고,²⁹⁰⁾ 그 권리행사가 사회질서에 위반된다고 볼 수도 없다. 피신청인의 권리남용 주장은 이유 없다²⁹¹⁾”라고 판시한 바 있다.

(5) '천재교육' 사건 판결에 대한 검토

가. 관련시장 확정

일반적으로 관련시장은 시장지배적 사업자가 시장지배력을 행사하는 것을 억제하여 줄 경쟁관계에 있는 상품들의 범위 즉 대체재를 포함하는 시장을 말한다. 위 '천재교육' 사건에서 항소심은 '천재교육' 교재를 사용하는 온라인 강의서비스시장으로 관련시장을 획정한 바 있다. 특정 학교에 다니는 학생들은 그 학교가 선택한 특정 교과서를 학습할 수밖에 없으므로 다른 교과서에 대한 온라인 강의는 대체재가 될 수 없다는 점에서 항소심의 관련시장 획정은 타당한 것으로 판단된다.

290) 밑줄은 저자가 덧붙인 것임.

291) 이 판결이외에도 서울고등법원 2008. 9. 23. 선고 2007나70737 판결, 같은 법원 2006. 12. 26. 선고 2006나24157 판결 등에서 법원은 저작권 남용이 되려면, 주관적으로 그 권리행사의 목적이 오직 상대방에게 고통을 주고 손해를 입히려는 데 있을 뿐 권리를 행사하는 사람에게 아무런 이익이 없는 경우이어야 하고, 그렇지 않는 한 비록 권리의 행사에 의하여 권리행사자가 얻는 이익보다 상대방이 잃을 손해가 현저히 크다 하여도 그러한 사정만으로는 이를 권리남용이라고 할 수 없다고 판시한 일반 민사사건에 대한 대법원 선례(대법원 2002. 9. 4. 선고 2002다22083, 22090 판결 등)를 충실히 따르고 있고, 그 결과 저작권 남용 주장이 모두 배척되었다고 한다(박준석, 전 계논문, 1004~1005면).

나. 시장지배력 전이 여부

시장지배적 사업자가 자신이 지배하는 시장뿐만 아니라 그 이전 또는 다음 단계의 인접시장에서 자신의 지배력을 전이(轉移)하여 그 시장에서 다른 사업자의 활동을 부당하게 방해하는 경우에도 시장지배적 지위의 남용에 해당될 수 있다.²⁹²⁾ 시장지배력 전이 이론은 미국의 독점력 레버리징(monopolistic leveraging) 이론의 영향을 받은 것으로 보이는데,²⁹³⁾ 독점력 레버리징은 “독점화 의도가 없는 끼워팔기나 거래거절행위도 셔먼법 제2조 위반이 될 수 있다는 이론을 말한다”고 한다.²⁹⁴⁾ 한편 시장지배력 전이 이론은 업스트림 시장 또는 다운스트림 시장에서의 거래거절행위나 필수요소의 거래거절행위의 부당성과 관련하여 이론적 타당성을 인정할 수 있다고 한다.²⁹⁵⁾

당해 사안에서 1심법원이 판단한 바와 같이 ‘천재교육’은 자신이 출판하는 중등교과서를 채택한 학교들을 대상으로 하는 교과서 시장에서 독점적이므로, 이러한 독점적 시장지배력을 온라인 강의서비스시장으로 전이하였는지가 문제가 된다. 위에서 본 바와 같이 필수요소의 거래거절로서 부당한 경우에는 시장지배력이 전이되었다고 할 수 있으므로 필수요소에 해당하는지 여부와 그에 따라 부당한 거래거절에 해당될 수 있는지 검토해 보기로 한다.

다. 필수요소인지 여부

항소심은 ‘메가스터디’측에서 ‘천재교육’의 허락없이도 저작권법 제28조에 따라 교육을 위하여 ‘정당한’ 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게 공

292) 서울고법 2007. 11. 8. 선고 2007누10541 판결.

293) 주진열, “티브로드 사건에 대한 고찰: 시장지배력 전이 이론을 중심으로”, 경쟁법연구, 한국경쟁법학회(2012), 244면.

294) 주진열, 전제논문, 244면.

295) 주진열, 전제논문, 263면.

표된 저작물을 인용할 수 있는 것이므로, ‘천재교육’의 교과서 및 평가문 제집이 필수요소에 해당하지 아니한다고 보았다.

그러나 저작권법상의 인용이 되려면 이른바 ‘주종관계’²⁹⁶⁾가 인정되어야 하는데, 특정 교과서의 해설을 목적으로 하는 온라인 동영상강의를 제작 하면서 이러한 ‘주종관계’를 충족하는 것은 사실상 불가능하다고 보인다. 또한 한-미 FTA 체결에 따라 개정된 저작권법 제35조의3²⁹⁷⁾은 공정한 저작물의 이용에 관한 일반규정을 두고 있는데, 해당 규정에서 제시한 구체적인 판단기준 중 ‘영리성’은 공정한 이용에 해당하는데 불리한 요소로 작용하게 된다. 사안에서 ‘메가스터디’가 ‘천재교육’의 교과서를 온라인 동영상강의에 이용하는 것은 명백하게 ‘영리적’인 것이므로 위 공정이 용에 해당되기는 더욱 어렵다고 보인다.²⁹⁸⁾ 결국 1심이 판단한 것처럼

296) 이러한 주종관계에 관하여 대법원 1990. 10. 23. 선고 90다카8845 판결에서는 “저작권법 제25조 소정의 보도, 비평 등을 위한 인용의 요건 중 하나인 ‘정당한 범위’에 들기 위하여서는 그 표현형식상 피인용저작물이 보족, 부연예증, 참고자료 등으로 이용되어 인용저작물에 대하여 부종적 성질을 가지는 관계(즉, 인용저작물이 주이고, 피인용저작물이 종인 관계)에 있다고 인정되어야 할 것이다”라고 판시하였다.

297) 제35조의3 (저작물의 공정한 이용)

- ① 제23조 부터 제35조의2까지, 제101조의3 부터 제101조의5까지의 경우 외에 저작물의 통상적인 이용 방법과 충돌하지 아니하고 저작자의 정당한 이익을 부당하게 해치지 아니하는 경우에는 보도·비평·교육·연구 등을 위하여 저작물을 이용할 수 있다.
- ② 저작물 이용 행위가 제1항에 해당하는지를 판단할 때에는 다음 각 호의 사항들을 고려하여야 한다.
 1. 영리성 또는 비영리성 등 이용의 목적 및 성격
 2. 저작물의 종류 및 용도
 3. 이용된 부분이 저작물 전체에서 차지하는 비중과 그 중요성
 4. 저작물의 이용이 그 저작물의 현재 시장 또는 가치나 잠재적인 시장 또는 가치에 미치는 영향

298) 대법원은 영리적 이용의 경우에 인용에 해당하기가 매우 어렵다고 판시한 바 있는데, 이러한 기준은 공정이용에도 그대로 적용될 수 있을 것이다. “구 저작권법 제25조는 공표된 저작물은 보도, 비평, 교육, 연구 등을 위하여는 정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게 이를 인용할 수 있다고 규정하고 있는바, 정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게 인용한 것인가의 여부는 인요의 목적, 저작물의 성질, 인용된 내용에 분량, 피인용저작물을 수록한 방법과 형태, 독자의 일반적 관념, 원저작물에 대한 수요를 대체했는지 여부 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 하고, 이 경우 반드시 비영리적인 이용하여야만 하는 것은 아니지만 영리적인 목적을 위한 이용은 비영리적인 목적을 위한 이용의 경우에 비하여 자유이용이 허용되는 범위가 상당

‘메가스터디’가 ‘천재교육’의 교과서 및 평가문제집을 채택한 학교에 다니는 학생들을 대상으로 하여 온라인 강의 사업을 하기 위해서는 반드시 이 사건 교과서 및 평가문제집을 이용하여야 하므로, 이 사건 교과서 및 평가문제집에 대한 이용허락은 위 온라인 강의 사업에 있어서 필수적인 요소라고 보아야 할 것이다.

라. 부당한 거래거절인지 여부

대법원은 ‘POSCO’ 판결에서 시장지배적 사업자의 거래거절의 부당성에 관하여 “시장지배적 사업자의 지위남용행위로서의 거래거절의 부당성은 ‘독과점적 시장에서의 경쟁축진’이라는 입법목적에 맞추어 해석하여야 할 것이므로, 시장지배적 사업자가 개별 거래의 상대방인 특정 사업자에 대한 부당한 의도나 목적을 가지고 거래거절을 한 모든 경우 또는 그 거래거절로 인하여 특정 사업자가 사업활동에 곤란을 겪게 되었다거나 곤란을 겪게 될 우려가 발생하였다는 것과 같이 특정 사업자가 불이익을 입게 되었다는 사정만으로는 그 부당성을 인정하기에 부족하고, 그 중에서도 특히 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 거래거절행위를 하였을 때에 그 부당성이 인정될 수 있다 할 것이다.”라고 판시한 바 있다.²⁹⁹⁾

본 사안에서 항소심은 이 사건 교과서 등이 필수요소가 아니어서 경쟁제한효과가 소멸되지 아니하였으며, ‘천재교육’측에서 ‘메가스터디’의 온라인 강의서비스 때문에 자신의 저작권(특히 2차적저작물작성권)에 대한 정당한 보상을 받지 못하는 상황이 계속되는 등 남용행위 심사기준에서

히 좁아진다.”(*강조는 저자가 표시) (대법원 2014. 8. 26. 선고 2012도10777판결)
299) 대법원 2007. 11. 22. 선고 2002두8626 판결.

‘정당한 이유’의 판단요소로 들고 있는 ‘투자에 대한 정당한 보상이 현저히 저해되는 상황’에서 새롭게 관련 시장에 진입하려는 것으로서, 신청인의 시장 진입으로 온라인 강의서비스의 질이 향상됨은 물론 사업자의 수도 증가하여 경쟁이 확대되는 측면이 있고, 신청인들에 대한 새로운 형태의 보상을 통하여 이 사건 교과서 및 평가문제집 등에 대한 추가 창작의 동기가 부여될 수도 있어 그로 말미암은 효율의 증대 효과가 경쟁제한의 효과를 상쇄할 가능성 또한 배제할 수 없다고 보아 부당하지 않다고 판결하였다.

그러나 ‘천재교육’의 교과서 등은 위에서 살펴 본 바와 같이 필수요소에 해당하므로, ‘메가스터디’가 ‘천재교육’의 교과서를 더 이상 효과적으로 이용하여 온라인 동영상강의를 제작할 수 없다면 시장에서 퇴출될 것은 비교적 자명하다. 이러한 경쟁제한효과에 대하여 ‘천재교육’은 ‘투자에 대한 정당한 보상이 저해되는 상황’을 주장하는데, 이는 경쟁제한효과를 상쇄할만한 정당화 사유라고 보기 어렵다. ‘천재교육’이 ‘메가스터디’로부터 받을 수 있는 라이선스료를 포기하고 기존에 임의로 개시한 거래를 중단하는 행위는 자신의 교과서에 대한 동영상 강의시장에서 독점적 지위를 얻기 위한 의도를 보여주기 때문이다.(이는 앞에서 살펴 본 미국 연방대법원의 ‘Aspen skiing’ 판결이나 ‘Trinko’ 판결과 궤를 같이한다.) 만약 ‘천재교육’측의 주장처럼 정당한 보상이 문제가 되었다면 본 사안과 같은 ‘저작권침해금지가처분’신청이 아니라 정당한 보상을 청구하는 소송을 제기하여야 하였을 것이다.

마. 소결

결국 위 사안에서 법원은 ‘천재교육’이 ‘메가스터디’를 상대로 저작권침해금지를 구하는 행위는 시장지배적 사업자의 지위남용에 해당된다고 판단하였어야 할 것이다. 또한 독점규제법 위반행위가 당연히 저작권 남용에 포함된다고 보는 경우 ‘천재교육’의 위와 같은 행위는 저작권 남용에

도 해당될 수 있을 것이다.

7) ‘김기사’ 사건의 검토

(1) 사건의 개요

최근 ‘T맵 서비스’를 제공하고 있는 SK플래닛이 내비게이션 애플리케이션 ‘국민내비 김기사’를 서비스하고 있는 록앤올을 상대로 ‘T맵 지식재산권 침해 중단’을 청구하는 민사소송을 제기하여 문제가 되고 있다. 록앤올은 2011년부터 경쟁 서비스인 SK플래닛의 T맵 지도 정보를 제공받아 김기사 앱에 적용하여 사용해 왔는데, 2014년 2월 양사의 합의에 따라 2014년 8월 말 T맵 DB 사용 계약이 종료된 바 있다. 양사는 계약 종료 후에는 일정 기간의 유예기간을 부과한 바 있는데, SK플래닛측 주장에 따르면 이 유예기간이 종료된 후에도 김기사 서비스에서 T맵 전자지도 DB 고유의 ‘디지털 워터마크’가 다수 발견되었다고 하면서 소송으로까지 이어지게 되었다. 한편 록앤올은 독자적으로 전자지도 DB를 개발하였다고 주장한다.

사안에서 실제로 록앤올이 SK플래닛의 지도데이터를 무단으로 이용한 것이 맞는지 향후 법원의 판단을 요한다. 다만, 록앤올이 지도데이터를 무단 이용한 사실이 없다면 SK플래닛의 침해중지청구는 기각될 것이므로 별 문제가 없다. 오히려 록앤올이 무단 이용한 사실이 있다고 가정하고, 이러한 무단 이용에도 불구하고 그러한 저작권 행사에 독점규제법이나 저작권 남용이론이 적용될 가능성은 없는지 검토해 보는 것이 의미가 있을 것이다. 따라서 아래에서는 록앤올이 SK플래닛의 지도데이터 일부를 이용하였다고 가정하고 논의를 진행하기로 한다.

(2) 지도 데이터의 저작물성

저작권법 제4조 제1항 제8호는 도형저작물의 하나로 지도를 예시하고 있다. 지도는 자연적 또는 인문적 현상의 전부 또는 일부를 일정한 축적으로 미리 약속한 특정의 기호를 사용하여 객관적으로 표현한 것이므로 저작물이 되기 위한 ‘창작성’을 인정받기가 매우 어렵다. 다만 지도의 내용이 되는 자연적 현상과 인문적 현상을 종래와 다른 새로운 방식으로 표현하였다거나 그 표현된 내용의 취사선택에 창작성이 있다면 저작물로서 인정받을 수 있다.³⁰⁰⁾ 또한 저작권법 제2조 제19호는 “‘데이터베이스’는 소재를 체계적으로 배열 또는 구성한 편집물로서 개별적으로 그 소재에 접근하거나 그 소재를 검색할 수 있도록 한 것을 말한다.”고 규정하고 있다. 지도 데이터는 이용자가 지명(地名)을 검색하는 경우 바로 관련 데이터로 접근이 가능하므로 데이터베이스에 해당되며, 법원 역시 지도 데이터가 데이터베이스에 해당된다고 보고 있다.³⁰¹⁾

따라서 SK플래닛은 지도데이터에 관하여 ‘저작권자 또는 데이터베이스 제작자³⁰²⁾로서 권리’(이하 ‘저작권 등’이라 함)를 갖는다고 볼 수 있다.

(3) 독점규제법 제59조의 정당성 여부

300) 비슷한 취지로 대법원 2003. 10. 9. 선고 2001다50586 판결에서 “저작권법에 의하여 보호되는 저작물이기 위하여는 문학·학술 또는 예술의 범위에 속하는 창작물이어야 하므로 그 요건으로서 창작성이 요구되는바, 일반적으로 지도는 지표상의 산맥·하천 등의 자연적 현상과 도로·도시·건물 등의 인문적 현상을 일정한 축적으로 미리 약속한 특정한 기호를 사용하여 객관적으로 표현한 것으로서 지도상에 표현되는 자연적 현상과 인문적 현상은 사실 그 자체로서 저작권의 보호대상이 아니라고 할 것이어서 지도의 창작성 유무의 판단에 있어서는 지도의 내용이 되는 자연적 현상과 인문적 현상을 종래와 다른 새로운 방식으로 표현하였는지 여부와 그 표현된 내용의 취사선택에 창작성이 있는지 여부가 기준이 된다고 할 것이고, 한편 지도의 표현방식에 있어서는도 미리 약속된 특정의 기호를 사용하여야 하는 등 상당한 제한이 있어 동일한 지역을 대상으로 하는 것인 한 그 내용 자체는 어느 정도 유사성을 가질 수밖에 없는 것이다.”라고 판시한 바 있다.

301) 서울남부지방법원 2015. 3. 12. 선고 2014가합108028 판결.

302) 데이터베이스제작자는 저작권자와 유사하게 그의 데이터베이스의 전부 또는 상당한 부분을 복제·배포·방송 또는 전송할 권리를 가진다(저작권법 제93조 제1항).

SK플래닛은 저작권 등 권리 행사의 일환으로 침해정지청구³⁰³⁾을 하고 있는 것으로 보이는데, 이러한 권리행사의 정당성은 앞에서 본 바와 같이 저작권법의 목적과 취지 및 배타적 권리의 내용뿐만 아니라 독점규제법상의 경쟁제한효과 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.

가. 관련시장

본 사안에서 관련시장은 휴대폰에 제공되는 네비게이션 앱에서 사용되는 지도데이터 공급시장으로 보아야 한다. 이른바 ‘SSNIP(Small but significant and non-transitory increase in price) Test’에 따라 휴대폰에서 이용되는 네비게이션 앱에서 사용되는 지도데이터 공급시장에서 어느 가상의 독점 공급자가 기타의 판매조건은 변화하지 않는 상태에서 미래의 예측가능한 기간동안 5%의 가격인상을 단행하더라도 구매자들이 다른 용도의 지도데이터를 구매할 수 없기 때문이다.³⁰⁴⁾

나. 시장지배적 사업자

SK텔레콤은 이동통신시장에서 50%의 점유율³⁰⁵⁾을 보유하고 있으므로, 휴대폰용 네비게이션에 제공되는 지도데이터 공급시장에서도 SK플래닛은 시장지배적 사업자에 해당될 가능성이 크다.

다. 경쟁제한효과

303) 저작권법 제123조 (침해의 정지 등 청구)

① 저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리(제25조·제31조·제75조·제76조·제76조의2·제82조·제83조 및 제83조의2의 규정에 따른 보상을 받을 권리를 제외한다. 이하 이 조에서 같다)를 가진 자는 그 권리를 침해하는 자에 대하여 침해의 정지를 청구할 수 있으며, 그 권리를 침해할 우려가 있는 자에 대하여 침해의 예방 또는 손해배상의 담보를 청구할 수 있다.

304) ‘SSNIP Test’에 관해서는 이호영, 전계서, 12면.

305) “5월 이통3사 시장점유율 5:3:2 구도 유지”, 매일일보, 김창성기자, (승인시간 2015.06.30 17:09:34). 「<http://www.m-i.kr/news/articleView.html?idxno=174973>」

SK플래닛의 저작권침해중지청구가 법원에 의하여 받아들여지는 경우 휴대폰용 네비게이션에 이용되는 지도데이터 공급시장에서 유력한 경쟁자인 록앤올이 사업활동에 지장을 입게 될 수 있다. 그러나 록앤올은 여전히 상당한 시간과 비용을 들여 독자적인 지도데이터를 작성할 수 있으므로 시장에서 배제되거나 하지는 않는다.³⁰⁶⁾ 따라서 SK플래닛의 침해중지청구로 인한 경쟁제한효과는 크지 않다.

라. 정당화 사유

SK플래닛은 상당한 시간과 비용을 들여 지도데이터를 구축한 바 있는데 다른 경쟁자가 무단으로 이러한 지도데이터를 이용하는 것을 용인하는 것은 저작권법의 취지나 목적에 위반될 수 있다. 이러한 무단 이용이 용인된다면 여타 사업자들이 시간이나 비용을 들여 더 나은 지도데이터를 만들 유인이 사라지게 될 수 있다.

마. 소결

결국 SK플래닛의 저작권침해중지청구는 저작권을 보장하여 우수한 후속 창작을 장려한다는 저작권법의 목적과 취지에 부합하여 동태적 효율성을 증대하는 효과는 큰 반면에 휴대폰 네비게이션용 지도데이터 공급시장에서 경쟁을 제한하는 효과는 적다고 할 수 있으므로 독점규제법 제 59조에서 말하는 저작권의 정당한 행사에 해당되어 독점규제법이 적용되지 아니한다고 할 것이다.

(4) 부당한 거래거절

언론보도에 의하면 록앤올은 “김기사 서비스가 빠르게 성장하자 SK플

306) 록앤올 역시 SK플래닛과의 계약종료 후 1년도 채 안 되는 기간에 한국공간정보통신의 지도 DB를 활용하여 독자적인 지도 데이터를 제작하였다고 주장하고 있다. 앞의 각주 4) 언론보도 참고.

래닛이 지도공급 계약을 연장하는 과정에서 계약금을 과도하게 인상했다”고 주장했다³⁰⁷⁾. 이러한 주장대로 SK플래닛이 부당한 조건을 내걸어 사실상 거래를 거절한 것이라면 부당한 거래거절이 문제가 될 수 있다.

이 문제는 먼저 SK플래닛이 계약금을 과도하게 인상하여 사실상 거래를 거절한 것으로 볼 수 있는지에 관한 판단이 선행되어야 한다. 만약 SK플래닛이 다른 계약상대방과 체결한 계약 등에 비추어 통상적인 거래금액을 과도하게 초과하여 계약금액으로 제시하였다면 사실상 거래를 거절한 것으로 볼 수 있을 것이다. 그렇다면 앞에서 예로 든 'Trinko' 사건에서 미국 연방대법원의 판단과 같이 거래거절이 경쟁자를 배제하는 효과가 있는 경우 사업상의 정당한 이유가 없으면 위법하다고 볼 것이다. 특히 SK플래닛과 록앤올은 임의로 계약관계를 개시한 바 있는데, 시장 지배적 사업자인 SK플래닛이 라이선스료를 포기하고 거래를 거절한 것은 시장지배적 지위를 강화 또는 유지하려는 의도를 보여주는 강한 간접 증거가 될 수 있다. 따라서 SK플래닛이 합리적인 비즈니스 정당화 사유를 제시하지 못하는 경우 부당한 거래거절에 해당될 가능성이 있다.

8) 소결

(1) 저작권 정당화 이론에 따른 차이

저작권은 특허권 등에 비하여 자연권설에 친화적인 권리라고 할 수 있다. 따라서 다른 재산권과 마찬가지로 일반 민법상의 권리남용이론에 따라 저작권 남용이론을 구성하는 것이 바람직할 수 있다. 그렇지만, 저작권은 특허와 비교할 때 후발 창작자가 기존의 표현을 전적으로 의지할 필요가 적다는 면에서 권리남용이 발생할 여지는 적다고 하겠다.³⁰⁸⁾ 다

307) “김기사 “벤처성장 가로막는 행위”-SK플래닛“지적재산권 침해가 본질”… T맵 DB 무단사용 여부 소송“, 국민일보, 김유나기자, (입력 2015-11-03 21:49).

<http://news.kmib.co.kr/article/view.asp?arcid=0923305510&code=11151400&cp=nv>.

308) 따라서 저작권은 특허에 비하여 일반 민법상의 권리남용과 친하지 않다고 한다(박

만, 컴퓨터프로그램 저작물과 같이 다른 사람이 그대로 기존의 표현을 이용하여야 할 필요성이 큰 분야에서는 저작권자의 권리행사가 권리남용으로 해석될 가능성이 커지게 된다.

이와 달리 인센티브 이론을 강조하는 입장에서는 컴퓨터프로그램저작물, 응용미술저작물과 같이 산업적 성격이 강한 기능적 저작물의 경우에는 인센티브이론에 입각하여 ①인센티브 보상정책, ②정보의 확산보장정책, ③후속혁신의 보장정책에 저촉되는 경우 좀 더 넓게 저작권 남용을 인정할 수 있을 것이다.

(2) 저작권 남용이론 확대 적용의 필요성

인센티브이론에 주안점을 두는 경우 저작권법의 공공정책에 위반되는 경우 저작권 남용이론은 폭넓게 적용되어야 한다는 주장이 가능하다. 이러한 입장에서 “민법상의 권리남용 요건을 지식재산권 남용을 위해 요구하는 것은 타당하지 않다”고 주장하는 견해가 있다.³⁰⁹⁾ 또한 이와 비슷하게 “저작권이 그 존립의 기반의 기반이 되는 저작권법의 목적이거나 저작권정책에 위배된다면 그에 대한 독점권의 부여는 더 이상 그 존립근거가 없다고 할 수 있다”³¹⁰⁾고 한다.

그러나 원래 저작권의 속성상 독점적·배타적 속성을 지니고 있다는 점에서 그 행사가 어느 정도 경쟁을 제한하는 면이 있을 수밖에 없는데 독점적 권리로서의 저작권의 행사를 모두 반경쟁적이라고 보는 경우 저작권 제도의 근간이 흔들릴 수 있다. 따라서 지나치게 저작권 남용이론을 확대 적용하기 보다는 예외적인 경우에 제한적으로 적용하는 것이 요구된다고 하겠다.³¹¹⁾ 이와 관련하여 일설은 “독점규제법상 경쟁제한행위에

준석, 전계논문, 999면).

309) 오승한, “지식재산권법과 독점규제법”, 「독점규제법 30년」, 법문사, 94면. 백승엽, 전계논문, 20면.

310) 백승엽, 전계논문, 19면.

해당하는 경우만을 저작권 남용으로 인정하는 것이 타당하다”³¹²⁾라고 하여 비교적 제한적인 입장을 취하고 있다. 또한 저작권 남용에 해당되는 사안이 중대하고 반복적인 경우에는 이해 당사자 등의 의견 등을 반영하여 입법적 보완을 하는 것이 오히려 타당할 수 있다.³¹³⁾

(3) 주관적 요건의 필요성

또한 종래 법원은 전통적인 권리남용이론에 따라 저작권 남용의 주관적 요건을 요구하고, 그 의미를 “그 목적이 오로지 상대방에게 고통을 주고 손해를 입히려는 데 있다”고 해석하여 대부분의 권리남용 항변을 배척하였다. 그러나 그와 같이 해석하는 경우 저작권 남용항변이 인정되는 경우는 거의 없을 것이므로, 위의 항소심 법원의 판결에서 본 바와 같이 권리자의 정당한 이익을 결여한 권리행사로 보이는 객관적인 사정에 의해 추인할 수 있는 것으로 보는 것이 저작권 제도의 취지에 반한 저작권 행사에 관하여 저작권 남용 인정을 용이하게 할 수 있는 방법이 될 수 있을 것이다.

한편, 저작권 남용의 경우에 권리자의 가해의사라는 주관적 요건은 요구되지 않는다는 견해가 있으며³¹⁴⁾, 최근 일부 하급심 법원에서는 권리남용의 주관적 요건과 관계없이 저작권 남용의 항변을 받아들인 경우들이 나오고 있어 주목되고 있다.³¹⁵⁾

먼저 저작권자가 병행수입업자의 상품 판매를 막기 위하여, 병행수입업자가 상품 판매를 위하여 상품에 부착된 저작물의 복제·게시하는 행위를 금지하려고 한 사안에서 “문양들의 사용을 금지하는 원고의 청구는 저

311) 이해완, 전게서, 1048면.

312) 백승엽, 전개논문, 21면.

313) 박준석, 전개논문, 1055면.

314) 백승엽, 전개논문, 20면.

315) 이해완, 전게서, 1047면.

작권법에 따른 저작물의 정당한 보호범위를 넘어 원고의 독점적 권리만을 주장하고 저작물의 공정한 이용과 이에 따른 일반 공중의 이익을 해하는 것으로써 신의성실의 원칙에 위배된다고 봄이 상당하므로, 원고의 위와 같은 청구가 설령 권리행사의 외형을 갖추었다 하더라도 이는 저작권을 남용하는 것으로서 허용될 수 없다 할 것”이라고 판시하였다.³¹⁶⁾

또한, 한국음악저작권협회가 방송사를 상대로 음악저작물의 사용금지 및 손해배상을 구한 사건에서 “개정된 징수규정에 따라 사용계약을 체결할 의무를 부담하는 원고가 위 의무를 이행하지 않음으로써 새로운 사용계약의 체결이 지연됨에 따라 오히려 이 사건 청구가 인용된다는 것은 정의관념에 비추어 볼 때 현저히 부당하므로, 원고의 권리행사는 권리남용에 해당하여 허용될 수 없다고 보아야 할 것”이라고 판시하였다.³¹⁷⁾³¹⁸⁾

위의 두 판결은 저작권 남용 인정 여부 판단에서 주관적 요건의 검토를 생략함으로써 권리남용이 인정될 수 있는 여지를 크게 넓힌 점에서 매우 의미가 크다고 하겠으나, 저작권의 성격을 원칙적으로 자연권에서 찾는 자연권 이론에 의한다면 유독 저작권의 남용에만 권리 남용 판단 과정에서 주관적 요건을 배제할 근거³¹⁹⁾를 찾기가 곤란하다는 점에서 향후 관련 분쟁에서 법원의 판결이 어떠할지 주목할 필요가 있겠다.

316) 서울서부지방법원 2012. 2. 17. 선고 2011가합5721 판결; 이해완, 전게서, 1051면에서 재인용.

317) 서울중앙지방법원 2013. 2. 5. 선고 2012가합508727 판결; 이해완, 전게서, 1051면에서 재인용.

318) 이 판결에 관하여는 대법원이 상표권의 행사가 권리남용에 해당하는지 여부를 판단할 때 주관적 요건이 반드시 필요한 것은 아니라는 판결(2007. 1. 25. 선고 2005다67223 판결)의 영향을 받은 것이라는 견해가 있다(박성호, 전게서, 629면).

319) 대법원은 상표권의 행사가 권리남용에 해당한다고 판시하면서 주관적 요건이 필요하지 않다고 판시한 바 있으나(2007. 1. 25. 선고 2005다67223 판결), 상표제도가 상표사용자의 업무상의 신용유지와 수요자의 이익보호를 목적으로 하는 점 등 상표법의 특색을 고려한 판단이라고 할 것임(박준석, 전게논문, 1017면).

第5章 結論

저작권이란 저작권법에 따라 저작자에게 주어지는 저작인격권과 저작재산권을 총칭하는 말이다. 이를 권리의 다발로서의 저작권이라고 부른다. 왜냐하면 저작인격권에는 공표권, 성명표시권, 동일성유지권이, 저작재산권에는 복제권, 배포권, 전시권, 대여권, 공중송신권, 공연권, 2차적저작물작성권이 다발로 각각 포함되어 있기 때문이다. 이와 같이 저작권법이 저작자에게 일정한 권리를 인정하는 근거는 자연권 이론과 인센티브 이론에 따라 설명하는 방법이 다르지만, 저작물이 저작자의 창작의 결과로 그에 대하여는 자연권으로서 저작권이 부여된다고 보면서 동시에 창작의 유인을 위한 인센티브로서 저작권이 인정된다고 본다.

저작권자가 저작권법의 입법취지에서 이탈하여 신의에 좇아 성실하게 권리를 행사하지 아니하거나, 오히려 창작을 저해하는 등의 방법으로 행사하는 경우에는 저작권의 부당한 행사로 규제되어야 한다. 이러한 규제를 위한 방법으로는 독점규제법으로 대표되는 외부적 규제와 저작권 내부적 규제가 있다.

먼저 독점규제법에 의한 규제를 논하기 전에 독점규제법과 저작권법의 관계가 어떠한지를 규명하여야 한다. 저작권법과 독점규제법은 결국에는 효율적인 자원배분과 소비자후생의 제고를 목적으로 한다는 점에서 서로 충돌하는 것은 아니며 공통된 목적에 기여하는 조화관계에 있다고 할 것이다.

독점규제법 제59조는 부당한 저작권자의 권리행사에는 독점규제법이 적용된다는 점을 확인하는 규정으로서, 저작권의 정당한 행사인지 여부는 저작권 자체의 목적과 취지 및 배타적 권리의 내용뿐만 아니라 독점규제법상의 경쟁제한 효과 등을 종합하여 판단하되, 특히 문제가 된 저작권자의 권리행사가 저작권을 보장하여 우수한 창작 또는 문화상품 생산을

유인하는 인센티브 목적과 취지를 침해할 우려가 없는지를 충분히 고려하여야 한다.

저작권자의 권리행사가 부당한 경우 독점규제법이 적용될 수 있는데, 주로 문제가 될 수 있는 권리행사로는 끼워팔기, 기술개량제한 및 연구 개발 제한, 이용허락의 거절, 기술적 보호조치(DRM)의 남용, 집중관리단체의 이용허락 등이 있다. 먼저 끼워팔기의 경우 묶이는 제품이 묶는 저작물의 품질유지나 신용유지에 반드시 필요한 것인지 여부, 시장봉쇄효과 등 시장에 미치는 영향 등을 고려하여 독점규제법 적용 여부가 결정되어야 한다. 기술개량제한 및 연구 개발 제한에 있어서는 특별한 이유 없이 2차적저작물 작성이나 후속 저작물 창작을 제한하는 것은 부당하다고 평가될 수 있다. 이용허락 거절의 경우에는 저작권자가 이용허락을 거절하는 것은 원칙적으로 부당하다고 볼 수 없으나 집중관리단체의 이용허락 거절이나 필수설비이론이 적용될 수 있는 예외적인 경우에는 부당한 거래 거절이 될 수 있다. 최근 기술적 보호조치(DRM)의 강제가 부당한 사업활동 방해에 해당될 수 있는지 문제가 되었으나 법원은 저작권자의 보호 및 불법다운로드의 방지를 위한 것으로 정당한 권리행사보았다. 그러나 기술적 보호조치(DRM)이 시장을 봉쇄하거나 하나의 시장에서의 시장점유율을 다른 시장에 전이하기 위하여 강제되는 경우라면 독점규제법상 부당한 행위로 평가되어야 할 것이다. 한편, 저작권 집중관리단체의 경우 일정한 경쟁제한적 행위에도 불구하고 거래비용의 절감과 같이 친경쟁적 측면도 있다고 하겠다. 그러나 저작권법은 신탁방식으로 집중관리단체를 운영하도록 정하고 있으므로, 저작권자와의 직접거래(direct licensing)가 배제되는 등 경쟁제한성이 문제될 수 있다. 따라서 이 점에 관하여는 경쟁적 관점에서 추가적인 검토가 요구된다. 다만, 최근 음악 저작권분야에서 복수 집중관리단체제도가 도입된 것은 경쟁을 통한 효율적 자원배분과 소비자 후생의 제고라는 측면에서 의미가 있다고 하겠다.

법원이 독점규제법상 시장지배적 지위 남용의 요건으로 주관적 경쟁제한의도를 요구하고 있음을 기화로 저작권자가 정당성 항변을 주관적 경쟁제한의도를 부인하기 위하여 악용하는 것을 막기 위하여, 그러한 정당성 항변이 주관적 경쟁제한의도를 부인하기 위하여 이용될 때는 신중한 접근이 필요하다고 하겠다.

저작권은 특허권 등에 비하여 자연권설에 친화적인 권리로서 일반 민법상의 권리남용이론을 활용하여 저작권 남용이론을 적용하는 것이 다른 지식재산권법보다 용이하다고 할 수 있다. 또한 컴퓨터프로그램 등 산업적 성격이 강한 기능적 저작물에 관한 저작권의 행사에 있어서는 인센티브 이론에 따라 창작 등 후속 혁신을 저해하는 권리행사에는 저작권 남용이론을 적용할 수 있을 것이다.

또한 전통적인 권리남용이론에 따라 권리남용이 되려면 그 권리행사의 목적이 ‘오로지 상대방에게 고통을 주고 손해를 입히려는 데 있다’고 하는 주관적 요건을 구비할 것을 요구하는 경우에는 저작권 남용이 인정될 여지가 거의 없으므로, 저작권자의 정당한 이익을 결여한 저작권 행사로 보이는 객관적인 사정이 있는 경우 주관적 요건은 추인되는 것으로 이론 구성을 하는 것이 바람직할 것으로 보인다.

참고문헌

1. 국내 문헌

- 정상조·박준석, 지식재산권법, 홍문사, 2013.
- 정상조(대표편저), 저작권법 주해, 박영사, 2008.
- 권오승, 경제법, 제10판, 법문사, 2013.
- 권오승외 7인 공저, 독점규제법, 제4판, 법문사, 2015.
- 박성호, 저작권법, 박영사, 2014.
- 신동권, 독점규제법, 박영사, 2011.
- 신현윤, EU 경제법, 「EU법 강의」, 박영사, 2012.
- 오승중, 저작권법, 제2판, 박영사, 2012.
- 이기수·유진희, 경제법(제7판), 세창출판사, 2006.
- 이해완, 저작권법, 제3판, 박영사, 2015.
- 이호영, 독점규제법, 제5판, 홍문사, 2015.
- 조영선, 특허법, 제4판, 박영사, 2013.
- 지원림, 민법강의(제5판), 홍문사, 2007.
- 미국 저작권청, 「저작권과 음악시장」, 임원선역, 한국저작권위원회, 2015.
- 한국저작권단체연합회 저작권보호센터, 2015 저작권 보호 연차보고서, 2015.
- 정상조, “저작권의 남용에 대한 독점규제법의 적용”, 「공정거래와 법치」(권오승편), 법문사, 2004.
- 박준석, “특허권 등 지적재산권의 남용을 긍정한 우리 판례들의 논리분석”, 민사판례연구[X X X IV], 2012.
- 구재균, “지적재산권과 독점규제법의 관계: 독점규제법 제59조의 해석론과 관련하여”, 사법행정, 2000년.
- 곽민섭, “특허권의 남용과 독점금지법의 관계에 관한 미국 판례의 동향”, 지적재산권 제28호, 한국지적재산권법제연구원, (2008).
- 권영준, “저작권과 소유권의 상호관계: 독점과 공유의 측면에서”, 「경제

규제와 법」 제3권 제1호, 2010.

권영준, “특허권 남용의 법리와 그 관련문제”, 산업재산권 제36호, 2011.

권재열, “필수설비이론의 동향에 관한 비교법적 검토”, 비교사법 제14권 3호(상)(통권38호).

김기영, “특허권자와 제네릭(Generic)사업자 사이의 역지불 합의(Reverse Payment Settlement)와 공정거래법에 의한 규제”, LAW&TECHNOLOGY, 제7권 제3호, 2011.

김한중, “미국의 독점규제법이 기본체계에 관한 연구”, 강원법학 제24권, 2007.

박영길, “저작권의 집중관리와 독점규제법의 관계”, 「지적소유권법연구」 제4집, 한국지적재산권학회, 2000.

박준우, “저작권 남용에 관한 미국 연방항소법원의 ‘Lasercomb 사건’의 의미와 한계”, 지식재산연구 제5권 제2호, 2010

백승엽, “우리나라에서의 저작권 남용법리의 정립을 위한 일고찰”, LAW & TECHNOLOGY, 제9권 제1호, 2013.

손경한·정진근, “독점규제법과 지적재산권과의 관계에 관한 재고찰”, 비교사법 제12권 2호 (통권29호).

손호진, “지적재산권의 부당한 행사에 관한 법적규제연구”, 고려대학교 박사학위논문, 2010.

심재한, “상표권 및 저작권의 행사와 EU경쟁법”, 상사판례연구 제22권 제4권, 2009.

신혜은, “특허권자와 복제약 사업자의 역지불합의에 관한 연구”, 산업재산권 제36호, 2011

이호흥·김두진, 저작권법과 독점규제법의 저촉관계에 관한 연구, 저작권위원회, 2008.

오승한, “IP 권리자의 주관적 경쟁제한의도와 정당성 항변”, 「시장경제와 사회조화」, 법문사, 2015.

오승한, “지식재산권법과 독점규제법”, 「독점규제법 30년」, 법문사.

오승한, “특허·저작권 남용의 본질 및 근거와 독점규제법 위반행위와의

구분”, 산업재산권 제33호, 2010.

오승환, “특허·저작권법의 기본목적과 정책에 대한 경제적 분석 및 독점 금지법의 경쟁정책과의 비교”, 상사판례연구 제18편제3권(2005. 9).

유대중, “저작권남용의 법리에 관한 연구”, 경희대학교 박사학위논문, 2006,

유대중, “저작권의 부당한 행사에 대한 제한과 그 한계”, 산업재산권 제 19호, 2006.

이문지, “미국의 지적재산권 남용 규제”, 기업법연구 제17권, 2004.

이용우, “지식재산권 행사에 대한 독점규제법상의 규제에 관한 연구”, 건국대학교 박사학위 논문, 2003.

이호영, “역지불합의에 대한 공정거래법의 적용에 관한 연구”. 경영법률 제24집 4호(2014), 423면.

조영선, “특허권 남용 법리의 재구성”, 「저스티스」통권 제135호, 2013.

조원희, “미국특허법상 특허권 남용(Patent Misuse)의 법리”, 저스티스 통권 제104호, 2008.

주진열, “티브로드 사건에 대한 고찰: 시장지배력 전이 이론을 중심으로”, 경쟁법연구, 한국경쟁법학회, 2012.

최승재, “특허권의 시장지배력 추정에 관한 연구”, 상사판례연구 제22편 제1권, 2009.

최승재, “지식재산권 부당한 행사에 대한 현행 가이드라인에 관한 연구”, 경쟁법 연구(Vol 22), 2010.

최승재, “지적재산권 라이선스 거절의 규율과 필수설비 판단기준”, 경북대학교 법학논고 제30편(2009)

최승재, “통신산업에서의 표준화와 지적재산권과 경쟁법의 조화”, 법조 (2008. 6).

홍봉규, “우리나라에서의 지적재산권 남용에 대한 독점규제법의 적용”, 경기법학 논총, 2007.

2. 외국문헌

Alison Jones and Brenda Sufrin, EU competition law, 5th edition,

- Oxford, 2014.
- Craig Joyce, Marshall Leaffer, Peter Jaszi, Tyler Ochoa, Copyright Law, 8th edition, LexisNexis, 2010.
- Christopher R. Leslie, Antitrust law and Intellectual property rights, Oxford, 2011.
- Moritz Lorenz, An introduction to EU competition law, Cambridge, 2013.
- Herbert Hovenkamp, "Competition for innovation", 2012 Colum. Bus. L. Rev. 799.
- John Shepard Wiley, Jr., Copyright at the School of Patent, 58 U. Chi. L. Rev. 119, 140 (1991).
- William W. Fisher III, Property and Contract on the Internet, 73 Chi-Kent L. Rev. 1203, 1215 (1998).
- Philippe Aghion et al., Competition and Innovation: An Invented U-Relationship, 120 Q.J.Econ. 701(2005).
- Roxane C. Busey, "Antitrust Principles Affecting Intellectual Property, 448 PLI/Pat, 1996.
- Roger B. Andewelt, Intellectual Property Antitrust – General Antitrust Principles, 524PLI/Pat., 1996.

Abstract

A Study on Relationship between Copyright Misuse and Antitrust Law

Jung, Hyun-Soon

College of Law

The Graduate School

Seoul National University

In Korea, Culture industry including K-pop has been growing rapidly and copyright becomes more important right than any other rights. Copyright is granted because the right is a kind of natural right or incentive for innovation.

However, in many cases copyright owners do misuse their copyrights or prevent people from making innovation by means of their exclusive rights. Therefore it has begun to emerge that Antitrust law should be applied to correct copyright misuses or remove the barriers of innovation. But if copyright areas is overly regulated by antitrust law, innovation may be reduced because of some sort of attributes of intellectual proeprty rights.

It is likely that Copyright law and Antitrust law conflice with each other because Copyright law grants exclusive right which people think produces monopoly and Antitrust law regualtes monopoly. But

both of them pursues same objectives which is efficient allocation of resources and improving social welfare. So we must handle with both of them harmoniously.

Antitrust law Article 59 applies to the unreasonable copyright licensing agreements and the unreasonableness must be estimated by Antitrust standard about limiting competition primarily and additionally be considered by Copyright standard as incentives intriguing innovation.

Specially we must compare short-run effect of limiting competition and long-run effect of efficiency of innovation by copyright license agreements.

Copyright is more natural right than any other intellectual property and copyright misuse theory is likely to be easily applied to copyright licensing. But because traditional abuse of right theory requires malicious intent doing only harm, copyright misuse is scarcely introduced in the case of copyright. Therefore I think the malicious intent must be presumed if other objective conditions is satisfied.

Lastly, Copyright collective management entity is likely to be market-dominating enterprises, and the entity must be monitored not to abuse their market dominating power.

keyword : Copyright Misuse, Copyright law and Antitrust law, Innovation, Efficiency, Social welfare, Copyright collective management entity.

Student Number: 2014-20830