

美國의 『知的財産權의 利用許諾에 관한 獨占規制法 施行指針』*

權五乘** · 丁憲贊*** 譯

1. 知的財産權의 保護와 獨占規制法

1.0 이 指針은, 특허법, 저작권법 및 영업비밀에 관한 법에 의하여 보호되거나 그밖에 노우하우(know-how)의 형태로 보호되는 知的財産權을 타인에게 利用許諾(license)하는 경우에 적용될 獨占規制法에 관한 미국 法務部와 聯邦去來委員會(이하 각각을 개별적으로 지칭할 경우에는 “시행기관”으로, 그리고 양자를 모두 지칭할 경우에는 “시행기관들”로 부르기로 한다)의 施行政策을 표명하고 있다.⁽¹⁾ 이처럼 一般的인 정책을 표명하는 일차적인 이유는, 일정한 행위가 발생한 경우에 위 시행기관들이 이를 과연 反競爭的인 것으로 판단하여 독점규제법위반으로 문제삼을 것인지 여부를 예측할 필요가 있는 사람들에게 도움을 주기 위한 것이다. 하지만 이 지침은 독점규제법의 施行에 있어서 시행기관들의 재량 기타 판단의 여지를 완전히 배제하는 결과를 가져오는 것은 아니다. 더욱이 이 지침에서 제시되고 있는 基準들은 법시행여부에 관한 예측이 불가능한 상황에서도 당연히 적용되어야 할 원칙적인 성격의 것들이다. 따라서 독점규제법의 시행여부가 문제되고 있는 각각의 사안은 그 자체의 사실관계의 맥락하에서 평가받게 될 것이며 이 지침 역시

* 이 지침은 1995년 4월 6일 미국 법무부와 연방거래위원회가 공동으로 공표한 지침이다. 미국 법무부는 1988년에 공표한 『독점규제법의 국제적 적용을 위한 시행 지침』의 제1부 3.6절인 “知的財産權의 利用許諾契約” 부분과 제2부의 사례 6, 10, 11 그리고 12를 이것으로 대치한다고 발표하였다.

** 서울대학교 법과대학 부교수

*** 서울대학교 법과대학 조교

(1) 이 지침은 상표에 관한 독점규제법상의 취급 문제를 다루고 있지 않다. 기타의 知的財産權에 적용되는 독점규제법상의 일반원칙이 상표의 경우에도 동일하게 적용되는 것은 물론이지만, 여기서는 상표의 경우 전형적으로 제기되는 쟁점이라고 할 수 있는 상표를 통한 商品의 識別이라는 문제를 다루지 않고, 그 대신 특허, 저작권, 영업비밀 기타 노우하우에 관한 계약과 관련하여 전형적으로 제기되는 쟁점인 技術移轉 및 技術開發과 관련된 문제들을 다루려는 것이다.

합리적이고 융통성있게 적용될 것이다.⁽²⁾

미국법상 特許法은 特許査定의 날로부터 17년의 기간동안 당해 특허의 청구범위에 속하는 發明을 미국내에서 생산, 사용, 판매할 수 있는 獨占의 權利를 특허권자에게 부여한다.⁽³⁾ 特許法에 의한 보호를 취득하기 위하여는 일정한 發明(여기에는 製品, 工程, 機械 그리고 物質의 合成 등이 포함된다)은 新規性, 非自明性(nonobviousness), 그리고 有用性 등의 요건을 충족하여야만 한다. 그리고 著作權은 有體物인 表現媒體에 固定된 著者の 創作的 作品을 保護하는 것이다.⁽⁴⁾ 단, 이러한 著作權法은 단지 表現의 부분만을 보호할 뿐 그 표현에 담겨있는 思想까지 보호하는 것은 아니다.⁽⁵⁾ 나아가 特許制度가 특허권자의 發明을 모방하는 행위뿐만이 아니라 특허권자가 소유하고 있는 것과 동일한 發明을 전혀 독립적으로 창작하여 이를 이용하는 행위조차도 금지하여 배타적 보호를 부여하는 것인 데 반하여, 著作權의 경우에는 原作과 유사한 표현을 타인이 독립적으로 창작하는 행위까지 배제하는 효력을 갖고 있지 않다. 이밖에 일반인들에게 잘 알려져 있지 않다는 사실 즉, 非公知性에 그 경제적 가치를 의존하고 있는 情報 즉, 營業秘密을 보호하는 制度가 있다. 이러한 영업비밀의 보호는 그 秘密性을 유지하려고 하는 권리자의 의식적 노력을 전제조건으로 하며 그 保護期間에는 제한이 없다.⁽⁶⁾ 저작권 보호의 경우와 같이 영업비밀의 보호도 타인의 독립적인 영업비밀의 창작까지 배제하는 효력을 갖는 것은 아니다.

知的財産權法과 獨占規制法은 모두 기술혁신의 촉진과 소비자후생의 증진이라는

- (2) 다른 指針들의 경우와 마찬가지로 일정한 거래행위의 독점규제법 위반의 위험성 여부가 문제되는 경우에는 본지침에 전적으로 의존할 것이 아니라 이와 같은 문제를 다룰 능력이 있는 변호사의 도움을 받을 것이 요망된다. 이 지침의 어떠한 부분도 시행기관들이 개별사안의 특정 사실관계를 실제로 어떻게 평가할지에 관하여는 말해주고 있지 않다. 특정 거래행위에 있어서 시행기관의 범시행 의도를 알고자 하는 당사자들은 28 C.F.R. § 50.6의 규정에 따라 발행되는 법무성 관보 또는 16 C.F.R. §§ 1.1-1.4의 규정에 따라 발행되는 연방거래위원회 자문의견 등을 검토하는 것이 좋을 것이다.
- (3) 35 U.S.C. § 154(1988)를 참조. 우르과이라운드협정시행법, Pub. L. No. 103-465, 108 Stat. 4809, 4983(1994)의 제532조 (a)항은 特許權의 保護期間을 당해 特許査定이 있는 날로부터 特許出願이 受理된 후 20년의 기간이 만료되는 날까지의 期間으로 변경하게 될 것이다.(이에 따라 현재는 변경된 특허권 보호기간이 시행중이다. 譯註)
- (4) 17 U.S.C. § 102(1988 & Supp. V 1993)를 참조. 저작권에 의한 보호는 저자의 사후 50년, 또는 최초발행일로부터 75년(또는 창작한 날로부터 100년의 기간 중 가장 먼저 만료되는 기간) 동안 존속한다. 17 U.S.C. § 302(1988)를 참조. 이 지침에서 표명되어진 원칙들은 반도체칩 제품에 고정된 마스크워크(maskwork)의 보호의 경우에도 역시 적용이 있다(17 U.S.C. § 901 et seq. (1988)). 이에 관해서는 著作物的 저작권법에 의한 보호의 경우에 적용되는 원칙들을 그대로 유추할 수 있다.
- (5) 17 U.S.C. § 102(b)(1988)을 참조.
- (6) 영업비밀의 보호는 주법에 근거한다. 일반적인 사항에 관하여는 Kewanee Oil Co. v. Bicron Corp., 416 U.S. 470 (1974)를 참조.

공동의 目的을 갖고 있다.⁽⁷⁾ 知的財産權法은 새롭고 유용한 제품, 더욱 효율적인 工程, 또는 創作的인 표현이 담긴 작품 등을 창작한 자에게 法的 強制力을 가진 財産權을 부여함으로써 技術개발과 尤포 및 그 상업적 이용에 관한 誘引(incentive)을 제공하고 있는 것이다. 이러한 知的財産權制度가 없다면 단순한 模倣者들은 技術혁신을 이룬 자와 이에 投資를 행한 자의 勞力을 아무런 보상없이 그것도 재빠르게 盜用할 수 있을 것이다. 이처럼 道용행위가 신속하게 행해질 수 있다는 사실은 결국 技術革新이 가지는 상업적 가치와 投資의 尤인을 절감시키는 것이 될 것이며 궁극적으로는 消費者에게 손해를 가져다 주는 결과를 낳게 될 것이다. 한편 獨占規制法은 소비자에게 尤익을 가져다주는 기존 또는 새로운 活動方式들과 關係해서(with respect to either existing or new ways of serving consumers) 市場競爭을 해할 수 있는 일정한 행위들을 禁止·規制함으로써 技術혁신과 소비자후생의 증진을 도모하고 있는 것이다.

2. 一般的 原則들

2.0 이 지침은 세 가지 一般的 原則들을 구체화하고 있다고 말할 수 있다. 즉, (a) 독점규제법 적용을 위한 市場分析에 있어서 시행기관들은 知的財産權을 본질적으로 기타 다른 형태의 財産權과 同等한 것으로 취급한다; (b) 시행기관들은 지적재산권이 그 자체로 독점규제법상 의미에서의 市場支配力을 낳는 것이라고는 假定하지 않는다; 그리고 (c) 시행기관들은 知的財産權의 利用허락계약이 기업으로 하여금 상호보충적인 생산요소들을 결합하는 것을 가능하게 해주며 따라서 一般的으로는 親競爭的인 性格을 가지고 있다는 점을 인식한다.

2.1 第1原則 — 標準的인 獨占規制法상의 분석방법은 知的財産權에도 역시 적용이 있다

시행기관들은 기타의 유형적 또는 무형적 재산권이 관련된 시장에서의 행동에 적용이 되는 독점규제법상의 일반원칙들을, 지적재산권과 관련되어 문제가 된 행동에 대해서도 역시 同一하게 적용할 것이다. 그렇다고 이것이 知的財産權이 기타의 형태의 재산권과 모든 면에 있어서 同一하다는 것을 의미하는 것은 아니다. 知的財産

(7) “특허법과 독점규제법의 목표는 일견 완전히 상충되는 것처럼 보인다. 하지만 양법은 사실상 상호보충적인 것으로서 양자 모두 혁신, 근면 그리고 경쟁의 촉진을 지향하고 있다.” Atari Games Corp. v. Nintendo of America, Inc., 897 F.2d 1572, 1576(Fed. Cir. 1990).

權은 기타의 많은 형태의 재산권과는 구분되는, 예컨대 他人에 의한 權利侵害의 容易性(ease of misappropriation; 盜用的 容易性) 등과 같은 중요한 특징들을 가지고 있다. 하지만 이러한 特徵들은 표준적인 독점규제법상의 분석방법을 적용함에 있어서 하나의 고려의 대상이 될 수 있을 뿐이지, 그렇다고 이러한 점 때문에 근본적으로 상이한 원칙의 적용이 요구되는 것은 아니다.⁽⁸⁾

나아가 특허, 저작권, 영업비밀 등 지적재산권법의 영역 內에서도 그 목적, 범위 그리고 존속기간과 같은 보호의 구체적 내용들에 있어서 각 제도들 상호간에 중요한 차이점들이 있기는 하지만, 이들을 규율하는 독점규제법상의 원칙은 역시 모두 동일한 것이다. 단, 독점규제법상의 분석방법은 — 지적재산권 이외의 權利가 관련되어 있는 시장상황을 평가하는 경우에 각각의 財產權의 특성과 차이점을 고려하는 것과 마찬가지로 — 지적재산권과 관련된 거래가 발생한 시장상황을 평가하는 경우에도 역시 지적재산권 영역 상호간에 存在하는 차이점들을 고려하게 될 것이다.

知的財產權制度는 지적재산권의 권리자에게 他人을 배제할 수 있는 일정한 권리를 부여하고 있다. 이러한 權利들은 당해 權利者가 자신의 財產 등을 활용하여 利潤을 追求하는 것을 보조하는 機能을 수행한다고도 말할 수 있다. 이렇게 知的財產權의 권리자가 갖는 배타적 독점권은 기타의 형태의 私有財產權의 권리자가 향유하는 권리 — 예컨대, 使用·收益權 — 와 유사한 것이라고 할 수 있고, 따라서 私有財產權의 경우와 마찬가지로 知的財產權과 관련한 일정 형태의 행위에 대해서도 역시 독점규제법이 규율할 수가 있는 것이고 또 규율해야만 하는 反競爭의 效果를 가질 수 있는 것이다. 결국 知的財產權은 獨占規制法 違反 與否의 調查對象에서 특별히 除外되어 있는 것은 아님과 동시에 獨占規制法下에서 특별한 감시대상이 되는 것도 아닌 것이다.

시행기관들은 知的財產權의 利用許諾契約이 국제적 차원에서 자주 체결된다는 점을 잘 認識하고 있다. 이 指針에서 제시되어지고 있는 독점규제법상의 분석방법의 원칙들은 국내의 이용허락계약뿐만 아니라 국제적 이용허락계약의 경우에도 同一하게 적용된다. 하지만 법무부와 연방거래위원회가 1995년 공표한 『독점규제법의 국제적 적용을 위한 시행 지침』에서 언급된 바와 같이, 당해 계약이 국제적 성격을 가지고 있는 경우 管轄이나 相互尊重과 같은, 국제적 적용에 특유한 고려사항들이 독점규제법의 시행에 관한 判斷에 영향을 줄 수 있다는 점을 인정한다.

(8) 기타의 형태의 재산권처럼 지적재산권의 이용에 있어서 타인을 배제하는 권한이라는 것도 당해 재산권의 성격과 연방법 및 주법하의 그 지위에 따라 실질적으로 정도의 차이를 보일 수 있다. 이러한 배타적 독점권의 強弱 정도 역시 표준적인 독점규제법상의 분석방법을 특정 사안에 적용함에 있어서 하나의 고려 대상이 된다.

2.2 第2原則 — 知的財産權과 市場支配力: 知的財産權은 그 自體로 市場支配力을 낳지 않는다

市場支配力이란 상당한(significant) 기간 동안 이윤을 획득하면서 이와 동시에 경쟁상태였다면 형성되었을 가격수준 이상으로 가격을 유지하거나 또는 경쟁상태의 生産量 이하로 생산을 계속할 수 있는 能力을 의미한다.⁽⁹⁾ 시행기관들은 特許, 著作權 또는 營業秘密이 그 자체로 권리자에게 위와 같은 의미의 市場支配力을 부여한다고는 假定하지 않는다. 그 理由는 知的財産權이 각각의 특정 製品, 工程, 또는 著作物과 관련해서는 權利者에게 獨占排他權을 부여해 주는 것이 事實이지만 당해 제품, 工程 또는 著作物에 대한 사실상 또는 잠재적인 밀접한 代替財가 있어 이로써 권리자의 市場支配力 행사를 저지하는 경우가 빈번하기 때문이다.⁽¹⁰⁾ 나아가 特許 등의 지적재산권이 설사 권리자에게 시장지배력을 부여한다고 하더라도 이는 그 자체로 독점규제법을 위반하는 것이라고 볼 수 없다. 당해 소유자에게 상당한 超競爭的 利潤(supracompetitive profits)을 획득할 수 있게 해주는 지적재산권 이외의 유형적 또는 무형적 資産을 가진 경우와 마찬가지로, 지적재산권으로 인한 시장지배력(나아가 시장독점)은 단지 “우수한 제품, 사업수완, 또는 역사적 사건의 결과(a consequence of a superior product, business acumen, or historic accident)”일 뿐

-
- (9) 시장지배력은 상품의 質, 서비스 기타 새로운 또는 개선된 製品이나 工程의 개발과 같은 다른 경제적 차원에서 행사되어질 수도 있는 것이다. 따라서 위와 같은 방식의 시장지배력의 정의는 당해 시장지배력이 행사되고 있는 경쟁적 차원 — 예컨대, 가격 — 을 제외한 기타의 경쟁적 차원 — 예컨대, 質이나 서비스 — 은 일정하게 유지된다는 가정을 전제로 하고 있다. 즉, 높은 수준의 質을 가진 제품을 높은 가격수준에서 판매할 수 있는 기업이 있다고 하더라도 이러한 점이 그 자체로 그 기업의 시장지배력을 나타내는 것은 아닌 것이다. 본문의 시장지배력의 정의는 販賣商의 관점에서 정의되어진 것이지만 購買者 역시 시장지배력을 행사할 수 있다(예컨대, 경쟁상태의 가격수준 이하의 가격을 유지하여 당해 상품의 공급을 억제하는 등의 행위가 있을 수 있다).
- (10) 시행기관은 독점규제법에 관한 판례들이 이 문제에 관하여 명확한 견해를 제시하고 있지 않다는 점을 주목하게 되었다. *Jefferson Parish Hospital District No. 2 v. Hyde*, 466 U.S. 2, 16(1984)(여기서 法院은 어떠한 제품이 특허에 의하여 보호되고 있다면 “권리를 가지고 있는 판매상 이외의 자에게 당해 제품을 구입할 수 없다는 사실로부터 당해 판매상이 시장지배력을 가지고 있다고 추정하는 것은 공정하다”는 견해를 說示하고 있다)의 다수의견 부분을 *O'Connor, J.*의 동조의견(id. at 37 n.7)(“당해 특허 제품에 대한 밀접한 대체재가 시장에 존재하는 경우에는 어떠한 의미에서도 특허권자가 시장지배력을 가지고 있다고 말할 수 없다”)과 비교하여 보라. 이외에도 *Abbott Laboratories v. Brennan*, 952 F.2d 1346, 1354-1355(Fed. Cir. 1991)(지적재산권으로부터 어떠한 시장지배력도 추정하여서는 아니된다), cert. denied, 112 S. Ct. 2993 (1992) 사건을 *Digidyne Corp. v. Data General Corp.*, 734 F.2d 1336, 1341-1342(9th Cir. 1984)(경제적 지배력의 요건이 충족된다는 점은 저작권이 존재한다는 사실 자체로부터 추정된다), cert. denied, 473 U.S. 908 사건과 비교하여 보라.

인 것으로 이것이 독점규제법을 위반한다고는 할 수 없기 때문이다.⁽¹¹⁾ 나아가 知的財産權의 권리자가 市場支配力을 가지고 있다고 해서 그 사실 때문에 당해 권리의 이용허락을 해주어야만 하는 의무를 지게 되는 것도 아니다. 하지만, 知的財産權 이외의 영역에서 독점규제법상의 分析을 행하는 경우와 마찬가지로 지적재산권의 영역에서도 역시 시장지배력은 위법하게 취득되거나 유지되어질 수 있고, 나아가 적법하게 취득 및 유지된 경우에도 知的財産權의 권리자는 당해 권리행사와 관련한 不合理한 행동을 통해(through unreasonable conduct) 당해 시장의 경쟁을 해할 수 있는 가능성이 있는 것이다.

2.3 第3原則 — 利用許諾이 갖는 親競爭의인 有益性

知的財産權은 生産過程에 투입되는 많은 요소들중 하나의 구성요소인 경우가 일반적이다. 따라서 이는 다른 補充的 요소(complementary factors)와의 결합을 통해서만 비로소 그 價値를 실현할 수 있는 것인데 이 경우 생산에 있어서 補充的 要素란 製造 및 流通設備, 勞動力, 그리고 또 다른 知的財産權 등을 의미한다고 할 수 있다. 따라서 知的財産權의 權利者가 당해 권리의 상업적 가치를 실현하기 위하여는 당해 권리와 기타의 필수적 생산요소와의 結合을 목적으로 하는 타인과의 契約을 체결하는 도리밖에 없다. 즉, 많은 경우 權利者는 이러한 생산요소를 취득하기 위하여 — 이를 자체적으로 조달할 수도 있겠지만 그렇게 하기 보다는 — 타인과 계약을 체결하거나, 당해 지적재산권을 移轉하거나 또는 필요한 생산요소의 개발을 위하여 合作事業協定을 체결하는 것이 가장 효율적인 방법이라는 점을 알게 되는 것이다.

利用許諾, 相互利用許諾(cross-licensing), 기타 知的財産權의 讓渡(이하 약하여 “利用許諾”이라고 한다)는 당해 이용허락된 재산권과 기타 보충적 생산요소와의 結合을 가능하게 해주고, 이러한 결합은 지적재산권의 더욱 효율적인 활용을 촉진하는 것이다. 그 결과 궁극적으로는 費用節減과 新商品의 導入 등의 효과를 통해 消費者에게 이득이 돌아가게 된다. 즉, 이러한 계약들은 知的財産權의 價値를 소비자 및 기술개발자들 兩者에 대한 관계에서 모두 증가시키는 셈이고, 이렇게 지적재산권으로부터 예상되어지는 수익이 잠재적으로 증가함에 따라 利用許諾은 결국 창작행위への 誘引을 증가시키고 研究開發에의 보다 큰 투자를 촉진하는 機能을 수행할 수 있게 되는 것이다.

일정한 知的財産權을 활용하여 상품생산을 하려고 할 때에 동시에 다른 지적재산

(11) United States v. Grinnell Corp., 384 U.S. 563, 571(1966); United States v. Aluminum Co. of America, 148 F.2d 416, 430(2d Cir. 1945)(서면법은 “우월한 기술, 선견지명, 근면”을 통해서 시장지배력을 획득하는 것을 금지하지 않는다).

권에의 접근이 역시 필요해지는 경우가 많다. 이 경우 후자의 지적재산권은 전자의 지적재산권의 이용을 ‘가로막고(blocking)’ 있는 셈이다. 예컨대, 이미 特許가 된 機械의 성능을 더욱 改善하는 技術을 활용하는 경우 이러한 활용이 바로 그 機械 자체에 관한 특허에 의하여 저지되는 一 가로막히는 상황이 있을 수가 있는 것이다. 이러한 경우 利用許諾은 서로 가로막는(blocking) 관계에 있는 기술들을 相互結合하여 더욱 향상시킬 수 있도록 촉진하는 機能을 수행할 수 있는 것이다.

이밖에 知的財産權의 利用허락에 부과되는 利用分野 내지 利用地域의 限定과 같은 制限([f]ield-of-use, territorial, and other limitations on intellectual property licenses)들도 利用허락자로 하여금 그의 財産權을 가능한 한 效率的이고 效果的으로 活用할 수 있게 해줌으로써 역시 親競爭的 目的에 기여할 수 있다. 즉, 이러한 다양한 형태의 배타적 제한들은 被利用許諾者가 당해 利用허락된 知的財産權을 활용하여 생산된 제품의 상업적 이용 및 시장에서의 배포를 위하여 보다 능동적으로 투자하게 만들고, 나아가 利用허락된 당해 知的財産權의 기타의 부가적인 응용방법도 적극적으로 개발하도록 촉진할 誘引을 제공하는 기능을 수행하도록 이용될 수도 있는 것이다. 이러한 제한들은 예컨대 당해 被利用許諾者가 행한 투자의 성과를 다른 피이용허락자 또는 그 지적재산권의 利用을 허락한 자가 이에 편승하여 가로채려고 하는 것을 막아 그 피이용허락자를 보호할 수 있는 것인데, 이를 통해 바로 위에서 말한 바와 같은 誘引을 제공하는 기능을 수행할 수 있는 것이다. 이외에도 이러한 제한들은 利用허락을 한 후에도 利用許諾者 자신이 스스로 계속 보유하기 원하는 市場지분내에서 자기자신의 기술을 가지고 타기업과 경쟁할 위험성으로부터 利用許諾者를 보호하는 기능을 수행하여 결국 그 利用허락자가 안심하고 타기업에게 利用허락을 해 줄 誘引을 증가시킬 수도 있다. 利用허락에 부과되는 제한들이 갖는 위와 같은 有益性은 특허, 저작권, 영업비밀 그리고 노우하우계약 모두에게 적용이 있다고 할 수 있다.

事例 1⁽¹²⁾

事實關係: ComputerCo社는 재고관리에 이용되는 새로운 컴퓨터프로그램을 개발하여 저작권을 취득하였다. 이 프로그램은 특히 의료보건산업분야에서 광범위한 用가능성을 가지고 있다. ComputerCo社는 그 프로그램을 피이용허락자에게 用분야의 제한과 지역적인 제한 양자를 부과하고 있는 계약을 통해서 用허락하였는데

(12) 이 지침에 포함된 사례분석들은 산업분야의 실제 시장상황에 대한 분석이나 판단을 한 것이 아니고 단지 가정적인 상황을 다룬 것일 뿐이다.

그러한 ComputerCo社의 이용허락계약들 중 일부는 오직 병원에서만 이용할 것을 조건으로 하는 것이었고, 나머지중 일부는 오직 의사들이 공동으로 개업하여 운영 하는 의료원에서만 이용할 것을 조건으로 하는 것이었다. 나아가 ComputerCo社는 위와 같은 別個의 이용형태에 대하여 각각 별도의 이용요금을 징수하였다. 이밖에도 ComputerCo社의 이용허락계약들 전부는 미국내의 일정지역과 특정한 외국의 영토 내에서만 이용허락한다는 조건을 포함하고 있다.⁽¹³⁾ 이러한 이용허락은 被利用許諾者로 하여금 다른 프로그램을 開發, 使用, 販賣하는 행위를 금지하거나 억제하는 조항을 포함하고 있지 않을 뿐만 아니라, 이용허락된 당해 프로그램 이외의 기타 상품이나 서비스 시장에서 이용허락자와 경쟁하는 것을 금지하거나 억제하는 조항도 포함하고 있지 않다. 그리고 被利用許諾者들중 어느 누구도 재고관리 프로그램의 판매에 있어서 ComputerCo社와 사실상 또는 잠재적인 경쟁자가 아니다.

檢 討: 위 이용허락계약과 관련하여 독점규제법상 제기되는 핵심적인 쟁점은, 당해 계약이 없었을 경우에 사실상 또는 잠재적인 경쟁자였을 기업들간의 競爭關係가 위 계약에 의하여 악영향을 받았는지 여부이다. 이러한 害惡은 위 이용허락계약이 예컨대 이용허락자와 경쟁관계에 있는 技術(본 사례에서는 ComputerCo社의 제품과 경쟁관계에 있는 컴퓨터프로그램)에 대한 피이용허락자의 접근을 반경쟁적인 방법으로 배제하는 것이거나 被利用許諾者가 경쟁관계에 있는 기술을 자체적으로 개발하는 것을 막는 것이거나 또는 被利用許諾者가 생산하는 제품이나 서비스에 관하여 市場分割 내지 價格固定을 용이하게 하는 것인 경우에 있게 된다(3.1절을 참조). 만약 위 利用許諾契約이 그러한 조항을 포함하고 있었다면 당해 계약을 검토하는 시행기관은 이 지침의 3 내지 5장에 언급되어 있는 내용에 따라 그 경쟁관련 효과에 관하여 분석을 하게 될 것이다. 하지만 이 가상적 사례에서는 위와 같은 조항들이 존재하지 않았고, 따라서 사례의 계약은 이용허락자의 知的財産權의 이용을 여러 이용분야와 지역들 사이에 단순히 割當한 것에(merely a subdivision) 불과한 것이다. 나아가, 이 이용허락계약이 없었더라면 사실상 또는 잠재적으로 존재했을 기업간의 경쟁관계에 있어서, 당해 이용허락계약의 체결로써 이러한 경쟁관계를 해치는 결과를 낳은 것으로 생각될 사정도 존재하지 않는다. 따라서 이 사례를 검토하는 시행기관은 이 계약에 대하여 이의를 제기하지 않을 것이다. 위와 같은 사실 관계하에서는 당해 기술이 특허, 저작권 또는 영업비밀 등 어느 것에 의하여 보호되는지에 무관하게 독점규제법의 적용 결과는 결국 동일한 것이 될 것이다. 하지만 위 시행기관이 본 사례에 대하여 내린 경쟁관련 효과에 관한 이와 같은 결론은, 만

(13) 외국의 독점규제법이 국제적 이용허락계약에 포함된 이용의 지역적 제한과 같은 계약 조건에 적용되는 경우까지 이 지침이 다루고 있는 것은 아니다.

약 예컨대 이용허락계약이 ComputerCo社 이외의 재고관리 프로그램을 피이용허락자가 이용하는 것을 금지하는 것과 같은 조항을 포함하고 있었던 경우였다면 달라질 수도 있을 것이다.

3. 知的財産權의 利用許諾에 대한 獨占規制法的 關心과 그 分析方式

3.1 獨占規制法的 關心의 性格

위에서 본 바와 같이 知的財産權의 이용허락계약은 보통 후생증진적이고 친경쟁적인 것이지만 이러한 계약이 독점규제법상의 문제를 야기할 수 있다는 우려, 즉 獨占規制法的 關心(antitrust concerns)은 그럼에도 불구하고 제기될 수 있는 경우가 있다. 예컨대 어떤 이용허락계약에 포함되어 있는 일정한 제한이 없었다면 서로 다른 기술을 이용하여 상호 경쟁하였을 기업들이 존재하는 경우에는 바로 그 인위적인 제한이 결국 시장을 분할하여 당해 상품시장에서의 경쟁에 역효과를 주는 것이 된다. 예컨대 사례 7을 참조. 관련분야에서 연구개발에 종사했을 몇 개의 기업들 중 두 기업의 연구개발활동을 사실상 병합하는 계약도 역시 마찬가지로 새로운 상품과 서비스의 개발과 관련된 競爭에 대하여 해를 끼치는 것이 될 수 있다. 3.2.3절을 참조. 이외에도 知的財産權의 移轉은 당해 관련시장에서의 경쟁을 감소시키는 결과를 가져올 수도 있다. 5.7절을 참조. 한편 施行機關들은 당해 계약의 형식보다는 그 실질적 효과에 주안점을 둘 것이다.

施行機關들은 지적재산권의 권리자에게 자기자신의 기술영역에서 경쟁을 자발적으로 유도할 것까지 요구하는 것은 물론 아니다. 하지만 당해 이용허락계약이 만약 그 계약이 없었다면 관련시장에서 사실상 또는 잠재적으로⁽¹⁴⁾ 경쟁관계에 있었을 기업들간(즉 “水平的 關係”에 있는 기업들간)의 경쟁을 해하는 경우에는 이에 대한 독점규제법적 관심(antitrust concern)이 제기될 것이다. 이용허락계약의 제한은, 예컨대 그것이 시장분할이나 가격고정을 용이하게 하는 경우에는 경쟁에 해를 끼치는 것이 될 것이다. 이외에도 중요한 生産投入要素⁽¹⁵⁾에의 접근을 반경쟁적인 방법으로 배제하거나 그 가격을 상당 정도 인상시키거나 또는 가격의 인상과 산출

(14) 어떠한 기업이 당해 이용허락계약이 없었다면 당해 시장에 진입했을 것이 합리적인 조건하에서 가능하다는 증거가 있는 경우라면 그 기업은 잠재적 경쟁자(a likely potential competitor)로 취급될 것이다.

(15) 여기서 “생산투입요소”라고 함은 생산요소뿐만이 아니라 상품의 유통 및 판매를 위한 販路(outlets for distribution and sales)까지도 포함하는 것이다. 생산투입요소의 접근 배제나 가격인상이 관련시장에서의 경쟁을 해하는 상황에 대한 심화된 논의에 관하여는 4.1.1절과 5.3~5.5절을 참조.

량의 억제를 위한 담합(coordination)을 용이하게 하는 등의 방식으로 하나의 시장과 관련된 이용허락상의 제한이 또 다른 市場에서의 競爭에 해를 끼칠 수 있다. 따라서 경쟁관계에 위와 같은 역효과가 미친다고 보이는 경우에는 시행기관들은 이하에서 제시될 내용에 따라 사안을 분석하게 될 것이다. 일반적인 사항에 관하여는 3.4절과 4.2절을 참조.

3.2 利用許諾契約에 의하여 영향을 받는 市場

利用許諾契約은 만약 그것이 價格, 生産量, 商品의 質, 또는 현재 또는 잠재적으로 구매가능한 상품과 서비스⁽¹⁶⁾의 多樣性 등에 逆效果를 미친다고 보여지는 경우에는 독점규제법상의 관심을 불러일으키는 것이 될 것이다. 이용허락계약이 경쟁에 미치는 효과는 당해 계약에 의하여 영향받는 商品의 關聯市場을 확정함으로써 적절히 검토될 수 있는 경우가 대부분이고 이런 경우 시행기관들은 오직 商品市場만을 확정하여 分析하게 될 것이다. 하지만 상품시장만을 분석하는 것이 적당하지 않은 기타의 경우에는 독점규제법상의 分析은 技術市場이나 研究開發市場(技術革新市場)까지도 확정할 것을 필요로 하게 될 것이다.

3.2.1 商品市場

하나의 이용허락계약의 효과분석에 있어서 여러개의 서로 다른 상품시장이 동시에 관련을 가질 수 있다. 어떤 이용허락계약상의 제한은, 당해 지적재산권을 이용하여 생산되는 최종단계 또는 중간단계의 상품에 관한 시장에 경쟁관련 효과를 가져올 수 있음은 물론, 일정한 상품의 생산과정에 知的財産權과 함께 투입되는 또 다른 生産投入要素인 제품이 있다고 할 때 이러한 제품의 시장에도 上方向으로(upstream) 競爭關聯 效果를 끼칠 수 있는 것이다. 일반적으로 시행기관들은 이용허락계약에 의하여 영향받는 상품시장에 관하여 미국 법무부와 연방거래위원회가 공동으로 공표한 『水平的 企業結合에 관한 指針』의 제1절의 내용에 따라 知的財産權 영역에서의 시장점유율의 평가 및 관련시장의 확정문제를 접근할 것이다.⁽¹⁷⁾

(16) 이하 “상품”이라는 용어는 서비스도 포함하는 것으로 한다.

(17) 미국 법무부와 연방거래위원회가 공동으로 공표한 『수평적 기업결합에 관한 지침』(1992년 4월 2일)(이하 『1992년 수평적 기업결합에 관한 지침』)을 말한다. 『1992년 수평적 기업결합에 관한 지침』의 1.41절에서 언급한 바와 같이 상품시장에서의 시장점유율은 “판매고, 운송량, 생산량, 생산능력 또는 재고 등의 평가를 통하여 수량적 표시로도 표현이 가능하고, 또는 판매고, 운송량 또는 생산량의 평가를 통하여 금전적 표시로도 모두 표현이 가능하다.”

3.2.2 技術市場

技術市場은 이용허락된 당해 지적재산권(이하 “이용허락된 지적재산권”)과 그 밀접한 대체재들 — 즉 이용허락된 지적재산권을 통하여 행사될 수 있는 시장지배력을 상당정도 제한할 수 있을 만큼 충분히 밀접한 대체관계에 있는 技術 내지 商品들 — 로 구성된다.⁽¹⁸⁾ 일단의 知的財産權들이 이를 통해 生産되는 商品들과는 별도로 시장에서 거래될 수 있는 경우에는,⁽¹⁹⁾ 施行機關들은 利用許諾契約의 경쟁관련 효과를 분석하기 위하여 기술 자체가 거래되는 시장을 확정하여 분석하게 될 수 있다.

事例 2

事實關係: Alpha社와 Beta社는 서로 독립적으로 특정 질병의 치료에 이용되는 — 약품 자체에 관한 특허는 이미 존속기간이 만료되어 버린 — 일정한 약품을 생산하는 製法을 개발하여 각각 이 製法에 대하여 특허를 받았다. 그후 당해 企業들은 위 기술을 자체적으로 이용하거나 제3자에게 이용허락하지 않고 그 대신에 共同으로 당해 藥品을 제조하고 나아가 그들의 製法을 새로운 약품개발사업에 活用하기로 하는 計劃을 공표하였다. 위 두 기업 이외의 많은 기업들이 위 기술을 이용허락받아 당해 약품을 제조하여 배포하는 사업을 수행할 유인과 능력을 가지고 있는 상황이므로 당해 약품의 제조 및 배포에 관련된 시장은 競爭的이라고 할 수 있다. 시행기관들중 하나가 위와 같은 두 기업의 사업계획이 가지는 競爭關聯 效果(competitive effects)에 관하여 평가하려고 하고 있다.

檢 討: 위 시행기관은 먼저 위 사업계획에 의하여 경쟁이 영향을 받게 되는 關聯市場을 확정된 후 그 확정된 시장에서 당해 合作事業이 가질 경쟁관련 효과에 관하여 평가를 하는 순서로 위에서 제시된 合作事業의 경쟁관련 효과를 분석하게 될 것이다(시행기관들이 합작사업에 관하여 분석하는 접근방식의 검토는 사례 4를 참조). 본 事例에서는 合作事業이 위 약품의 제조 및 배포에 관련한 商品市場에서

(18) 예컨대, 일정한 商品을 생산하는 工程(process)에 관한 특허권자는 당해 商品을 생산하는 다른 工程에 의하여서 뿐만이 아니라 이를 이용하여 생산되어지는 하위단계(downstream)의 商品과 경쟁관계에 있는 다른 商品 및 그러한 다른 商品을 생산하는 데 사용되는 工程에 의하여서도 마찬가지로 그 工程에 관한 특허권에 의한 시장지배력의 행사를 제한받게 된다.

(19) 지적재산권은 시장에서 거래되는 商品의 핵심적 부분으로 이용허락되거나 판매되거나 또는 양도되기도 한다. 예컨대, 특허된 제품의 판매는 그 목시적 이용허락과 함께 이루어진다고 보는 경우가 그것이다. 그러한 경우에는 관련 경쟁적 효과를 분석하기 위하여 기술시장을 별도로 분석할 필요는 없다.

가지는 구조적 효과는 그리 중요해 보지 않는데, 그 이유는 당해 합작사업에 참가하고 있지 않은 그밖의 많은 기업들도 그 藥品의 제조 및 판매 시장에서는 경쟁관계에 있기 때문이다. 하지만 당해 합작사업은 당해 의약품 생산하는 技術에 관한 關聯市場에서 경쟁을 감소시켜 그 결과 Alpha社와 Beta社의 技術을 이용하여 생산되는 藥品의 가격을 증가시킬 수도 있을 것이다.

위 시행기관은 위에서 제시된 合作事業의 경쟁관련 효과를 평가함에 있어 먼저 技術市場을 확정하게 될 것이다. 여기서 시행기관은 Alpha社와 Beta社에 의하여 소유되고 있는 技術의 효율성 및 단위당 生産費用과 동등한 수준의 技術을 갖춘 당해 약품생산기술이 있는지 여부를 확인하고 나아가 施行機關은 Alpha社와 Beta社의 技術을 이용하여 생산되는 그 藥品과 이와 대체관계에 있는 다른 藥品들 사이에 존재하는 競爭에 의하여 Alpha社와 Beta社의 技術을 소유한 가상적 독점자의 가격 인상능력이 제한될 수 있는 정도도 역시 고려하게 될 것이다.

일정 技術의 밀접한 대체재들을 확인하여 관련 技術市場을 확정하기 위해서는 자료가 허용하는 한에서 施行機關들은 당해 技術과 상품을 소유한 그 가상적 독점자가 이를 가지고 —예컨대, 그 정도는 작을지라도 어느 정도 지속적인 일정수준 이상의 가격인상을 행하는 등의 방법으로— 시장지배력을 행사할 수 있는 범위의 技術과 상품의 묶음중 最小限의 것을 확인하려고 할 것이다.⁽²⁰⁾ 시행기관들은 技術이 금전적인 양으로 즉시 계산할 수 없는 방식으로 이용허락이 되는 경우도 자주 있다는 점을 인식하고 있다.⁽²¹⁾ 이러한 경우에는 시행기관들은 당해 이용허락된 技術을 사용하는 데 소요되는 비용과 동등한 수준으로 이용할 수 있는 기타의 技術이나 상품이 존재하는지 여부에 관하여 조사하는 방법을 통해 당해 관련市場을 확정하게 될 것이다.

기술시장에서 현재 또는 잠재적 시장참가자가 경쟁에 있어서 차지하는 비중 내지 중요성(competitive importance)을 평가함에 있어서 시행기관들은 관련된 모든 증거를 고려하게 될 것이다. 시장점유율에 관한 자료가 이용가능하고 이것이 시장참가자가 경쟁에 있어서 차지하는 비중을 정확히 반영하고 있는 경우라면, 시행기관들은 이러한 평가과정에서 시장점유율 자료를 함께 검토하게 될 것이다. 施行機關

(20) 이는 『1992년 수평적 기업결합에 관한 지침』에서 상품 시장에 대하여 분석적으로 접근하는 방식과 개념상 동일한 것이다. § 1.11을 참조. 물론 市場支配力은 상품의 質과 같은 가격 이외의 차원에서도 行使될 수 있다. 이러한 기타의 次元들 역시 技術시장의 확정과 분석과 관련성이 인정될 수 있다.

(21) 예컨대, 技術은 또 다른 技術의 사용권에 대한 대가로 이용요금의 부담없이 이용허락될 수도 있다. 또는 패키지형 이용허락(package license)의 일부로서 이용허락이 될 수도 있다.

들은 검토의 대상이 된 당해 기술시장 참가자가 경쟁에 있어서 차지하는 비중에 관하여 구매자와 기타 시장 참가자가 자체적으로 평가하는 내용에 관하여도 증거수집을 하게 될 것인데, 이러한 증거들은 특히 시장점유율 자료가 이용가능하지 않은 경우 또는 설사 자료가 이용가능하다고 하더라도 그것이 시장참가자가 경쟁에 있어서 차지하는 비중을 정확히 반영하고 있지 않는 경우에는 특히 유용할 것이다. 하지만, 시장점유율에 관한 자료 또는 시장지배력에 관한 기타의 지표가 입수가 가능하지 않고 경쟁관계에 있는 기술들이 상호동등한 정도의 효율성을 가진 기술들인 경우라고 보이는 경우에 시행기관들은 각각의 기술에 대하여 동일한 시장점유율을 할당할 것이다.⁽²²⁾ 새로운 技術의 경우에 관하여는 시행기관은 일단 당해 기술의 상업화 이후 2년간에 달성된 市場性 獲得의 程度를 —가장 입수가 용이한 정보를 중심으로 검토하여 — 評價하게 될 것이다.

3. 2. 3 研究開發: 技術革新市場

어떤 利用許諾契約은 새로운 商品이나 工程을 개발하거나 이를 개선하려는 활동들간의 競爭에 效果를 줄 수도 있는데 이러한 경우 시행기관은 관련 商品시장 또는 관련 기술시장 각각에 대하여 당해 계약이 갖는 경쟁관련 영향을 分析하는 수도 있으나 이밖에 技術革新市場 自體에 미치는 별개의 경쟁관련 效果를 分析하게 될 수도 있다. 즉, 일정한 경우의 利用許諾契約은 商品시장이나 기술시장의 分析을 통하여서는 적절히 다룰 수 없는 技術革新 自體에 관한 競爭의 效果를 가질 수가 있다. 예컨대, 당해 契約이 전혀 새로운 商品을 개발하려는 활동에 영향을 미칠 수 있음은 물론⁽²³⁾ 어떤 商品이 이미 존재하지만 이와 실제 또는 잠재적인 경쟁관계를 갖는 商品이 없는 일정한 지역내의 市場안에서 기존의 商品과는 별도로 새로운 商品이나 工程을 개발하거나 기존의 商品에 비해 개선된 商品이나 公정을 개발하려는 행위에 대하여도 영향을 미치게 될 수 있는 경우가 그것이다.⁽²⁴⁾

(22) 施行機關들은 두 종류의 技術이 상호동등한 비용하에서 서로 밀접한 대체관계에 있는 商品을 생산하는 데 이용될 수 있는 것이라면 양 기술을 “상호동등한 정도의 효율성을 가진(comparably)” 것으로 간주할 것이다.

(23) 예컨대, Sensormatic, FTC Inv. No. 941-0126, 60 Fed. Reg. 5428(accepted for comment Dec. 28, 1994); Wright Medical Technology, Inc., FTC Inv. No. 951-0015, 60 Fed. Reg. 460(accepted for comment Dec. 8, 1994); American Home Products, FTC Inv. No. 941-0116, 59 Fed. Reg. 60,807(accepted for comment Nov. 28, 1994); Roche Hldings Ltd., 113 F.T.C. 1086(1990); United States v. Automobile Mfrs. Ass'n, 307 F. Supp. 617(C.D.Cal. 1969), appeal dismissed sub nom. City of New York v. United States, 397 U.S. 248 (1970), modified sub nom. United States v. Motor Vehicles Mfrs. Ass'n, 1982-1983 Trade Cas. (CCH) p. 65, 088(C.D.Cal. 1982).

(24) United States v. General Motors Corp., Civ. No. 93-530(D. Del., filed Nov. 16, 1993)의 訴狀을 참조.

技術革新市場은 특정한 商品 또는 工程을 새로 開發하거나 改善하려는 研究開發과 그러한 研究開發에 대하여 밀접한 대체관계가 있는 연구개발활동들의 모임으로 정의된다. 예컨대, 기술혁신시장에서의 어떤 가상의 獨占者가 특정한 商品 또는 工程에 관한 研究開發의 속도를 더디게 만들 수 있는 能力과 그런 行동을 할 誘因을 갖고 있다고 할 때, 이러한 行위를 견제하여 연구개발 관련시장에서의 市場支配力의 行使를 의미있는 정도로 制限할 수 있는 기타의 연구개발노력, 기술 또는 商品⁽²⁵⁾ 등이 있다면, 이러한 것들의 集合이 바로 하나의 기술혁신시장을 구성하게 되는 것이다. 단, 시행기관들은 일정한 연구개발에 종사할 수 있는 能力이 특정 기업들이 보유하고 있는 전문적인 자산이나 기업적 특성에 불가분 연결되어 있는 경우에만 일정한 기술혁신 시장을 확정하여 분석하게 될 것이다.

일정한 技術革新市場안에 있는 현재의 시장참가자들과 잠재적 시장참가자들이 당해 경쟁에서 차지하는 비중(competitive importance)을 평가함에 있어서 시행기관들은 관련된 모든 증거를 고려대상으로 삼을 것이다. 시장점유율에 관한 자료가 입수가능하고 이것이 정확하게 각 시장참가자들이 당해 경쟁에 있어 차지하는 비중을 반영할 수 있는 경우에는 施行機關들은 이러한 평가를 함에 있어 시장점유율을 그 고려대상에 포함시킬 것이다. 施行機關들은 역시 이러한 평가에 있어서도 기술혁신 시장 참가자의 경쟁관련 중요성에 관하여 구매자와 기타의 시장참가자들이 과연 자체적으로 어떻게 평가하고 있는지에 관하여도 증거조사를 할 것이다. 그러한 증거는, 시장점유율에 관한 자료를 이용할 수 없거나 이용할 수 있어도 시장참가자들의 경쟁에 있어 차지하는 비중을 정확히 반영하지 아니하는 경우에는, 특히 가치있을 것이다. 시행기관들은 기술혁신시장에서의 시장참가자의 시장점유율을 당해 기술혁신활동이 필요로 하는 資産이나 기업의 特殊性들을 확인하여 이를 통해 그 시장에서의 占有率을 산정하거나, 그밖에 당해 연구개발에 投入하는 費用에 있어 한 기업이 차지하고 있는 占有率, 또는 기술개발과 관련된 製品市場에서의 占有率 등에 의거하여 산출할 것이다. 利用許諾契約의 당사기업이 행하는 연구개발활동에 대하여 밀접한 대체관계가 있는 연구개발사업을 추진할 수 있는 동등한 능력과 誘引을 가진 기타의 기업이 있는 경우에는 시행기관들은 그러한 기업들에 대하여 원칙적으로 계약당사기업의 경우와 동등한 시장점유율을 할당할 것이다.

(25) 예컨대 연구 및 개발의 이용허락자는 경쟁관계에 있는 연구 및 개발의 노력에 의하여 서뿐만이 아니라 그러한 개발에 의하여 생산되는 상품과 경쟁관계에 있는 기타의 상품에 의하여서도 그 시장에서의 행동에 제약을 받을 수 있다.

事例 3

事實關係: 고도의 야금기술(metallurgy) 분야에 전문적으로 종사하는 두 기업은 비행기 제트터빈에 쓰이는 새로운 부품의 개발과 관련하여 장래에 취득할 特許들을 相互利用許諾할 것에 동의하였다. 당해 부품의 개발에 필요한 技術革新을 수행하기 위해서는 제트터빈제작에 쓰이는 高張力物質을 다룰 수 있는 능력이 필요하다. 이 利用許諾契約은 부품의 研究開發活動에서의 競爭을 감소시킬 우려를 낳는 측면을 가지고 있다. 施行機關들중 하나가 이러한 契約이 가지는 경쟁관련 효과를 평가하기 위하여 먼저 기술혁신시장을 확정하는 문제에 관하여 검토중에 있다.

檢 討: 高張力物質의 취급능력과 그 誘引을 가지고 있는 기업들이 합리적인 방법으로 확인될 수 있다면, 施行機關은 이 사건에서 새로운 부품의 개발과 관련된 기술혁신시장을 확정하게 될 것이다. 만약 비행기 제트터빈에 쓰이는 고장력물질의 연구 및 개발에 종사할 수 있는 능력과 誘引을 갖춘 기업의 수가 매우 적다면 시행기관은 당해 기술혁신시장에서 위 계약이 경쟁에 미치는 효과를 分析하기 위해서 또는 기술시장이나 상품시장에서 경쟁에 미치는 효과를 분석하는데 補助手段으로서 技術革新市場이라는 개념을 사용할 수 있다. 이 경우 施行機關들은 그 分析을 3장 내지 5장에서 언급한 바에 따라 수행할 것이다.

만약 (제트터빈 산업에 종사하는 기업의 수가 많거나 현재 직접 종사하고 있지는 않지만 이 분야에 종사할 能力과 誘引을 갖춘 기타 산업분야의 기업들의 수가 많아서) 위에서 요구된 能力과 誘引을 갖춘 기업의 수가 일정 수준이상으로 다수라고 한다면 施行機關은 당해 기술혁신시장을 경쟁적인 상태로 판단할 것이다. 이러한 상황하에서라면 어떤 하나의 기업이나 여러 기업들의 집합은 기술혁신에 필수적인 資産을 경쟁에 逆效果를 줄 만큼 충분히 독점하게 되지는 못할 것이다.

하지만, 만약 施行機關이 위에서 요구된 능력과 유인을 갖춘 기업을 합리적인 방법으로 확인해낼 수 없다면 더 이상 기술혁신시장을 확정하려는 시도를 하지 않을 것이다.

事例 4

事實關係: 일회용 용기에 사용되는 플라스틱을 생산하는 기업들중 가장 커다란 세 기업이 신속하게 미생물에 의하여 분해가 가능한 새로운 유형의 플라스틱을 생산하기 위하여 共同研究開發事業에 참가하기로 하는 계획을 세웠다. 그 合作事業은 사업과 관련된 모든 특허권들과 노우하우들이 당해사업에 참가한 기업들에게만 이 용허락될 수 있다고 정하고 있다. 시행기관들중 하나가 이러한 합작사업이 경쟁에

미칠 수 있는 효과(the likely competitive effects)에 관하여 평가하려고 하고 있다.

檢 討: 시행기관은 기타의 合作事業(joint ventures)에 적용되는 것과 마찬가지로의 분석방법을 이용하여 위 研究開發 合作事業을 분석하게 될 것이다.⁽²⁶⁾ 시행기관은 먼저 당해 合作사업이 경쟁에 미치는 효과를 분석하기 위하여 당해 關聯市場을 확정하게 될 것이다. 본 사안에서 관련시장이란 기술혁신시장, 즉 미생물에 의하여 분해되는(즉 環境親和的인 성격을 가지고 있는) 용기의 개발을 위한 研究開發에 관련된 시장이다. 施行機關은 일단 당해 관련시장에서 위 合作사업과 사실상 또는 잠재적인 경쟁관계에 있는 기타의 기업들을 확인하려고 할 것이다. 이에는 개발중에 있는 기술이나 현존하는 기술 그리고 研究開發에 필요한 설비와 기타 관련 자산 그리고 그밖의 사업환경 등을 고려할 때에 위 合作事業에 의하여 추진되려고 하는 연구 및 개발에 대하여 밀접한 대체관계에 있는 研究開發活動을 수행할 能力과 誘引을 가지고 있는 企業들이 포함될 것이다. 그러한 能力과 誘引을 갖춘 기업들은 설사 문제의 기술개발과 연관된 商品의 關聯市場에서는 서로 경쟁자가 아닌 경우라도 당해 研究開發市場에는 함께 포함되게 될 것이다.

다음 단계로 시행기관은 당해 合作事業이 획정된 관련 기술혁신시장에서 반경쟁적인 효과를 미치게 될 것인지 여부에 관하여 평가하게 될 것이다. 이러한 분석에 있어서 출발점은 당해 관련시장의 시장집중도와 당해 合作事業의 당사자가 관련시장에서 차지하는 시장점유율이 될 것이다. 만약 당해 合作사업의 당사자 이외에 위 미생물에 의하여 분해되는 플라스틱 내지 이와 밀접한 대체관계에 있는 새로운 플라스틱의 研究開發을 수행할 만한 동등한 능력과 誘引을 갖추고 있는 독립적인 기업이 적어도 4개 이상 있다면 당해 合作사업은 원칙적으로는 당해 관련 技術革新市場에서의 競爭에 逆效果를 줄 수 있는 가능성은 거의 없다고 볼 수가 있다(4.3절을 참조). 만약 비슷한 能力과 誘引을 갖춘 독립적인 기업이 4개 미만인 경우에는 施行機關은 당해 合作사업이 그 당사자들로 하여금 연구개발노력에 투자할 유인과 능력을 감소시켜 결과적으로 연구개발의 추진속도와 범위를 감소시키게 될 것인지 여부에 관하여 검토하게 될 것이다. 만약 合作事業이 정말로 당해 기술혁신시장에 반경쟁적인 효과를 끼칠 중대한 위험성을 가지고 있다고 판단되는 경우에는, 시행기관은 그 다음으로 合作사업이 갖는 이와 같은 해악이 合作을 통해 달성될 效率性的 측면에 의하여 정당화될 수 있는지 여부, 즉 效率性에 의한 正當化事由 — 예컨대

(26) 예컨대, 미국 법무부와 연방거래위원회의 공동 공표, 『보건분야와 독점규제법과 관련한 시행정책과 분석원칙에 관한 발언』, 20-23, 37-40, 72-74(1994년 9월 27일)을 참조. 이러한 유형의 거래는 1993년 國家協同研究開發法(Natioanl Cooperative Research Act)(15 U.S.C.A. §§ 4301-05)의 적용을 받을 요건을 충족할 수 있다.

상호보충적인 연구개발자산을 결합하여 더욱 성공적인 기술혁신을 수행하거나 더욱 신속하게 기술혁신을 수행하거나 또는 연구개발활동에 있어서 비용의 절감을 이룰 수 있는 가능성 — 가 있는지 여부를 검토하는 단계로 진행할 것이다.

시행기관은 당해 合作事業이 기타의 市場 — 예컨대 당해 合作事業에 의하여 生産되는 제품시장 — 에서 반경쟁적 효과를 가질 수 있는지 여부에 관하여도 평가하게 될 것이다. 이러한 반경쟁적 효과의 위험성은 예컨대, 당해 合作事業이 그 당사자간에 경쟁관계가 존재하는 상품시장에서 경쟁과 관련된 민감한 정보를 내부적으로 교환하는 것을 조장하거나 또는 그 상품시장에서 공동행위를 조장하게 되는 경우 인정될 수 있다. 이와 관련하여 시행기관은 당해 합작사업이 상품시장에서의 합작사업자간의 경쟁에 중대한 제약을 가할 수 있는 상호제한(collateral restraints)을 규정하고 있는지 여부를 조사하게 될 것이고 나아가 그러한 규정이 있는 경우 이 상호제한이 당해 사업상 效率性을 달성하기 위하여 과연 합리적으로 요청되는 것이었는지 여부에 관하여도 조사하게 될 것이다.

3.3 水平的 關係와 垂直的 關係

기타의 財産權 移轉의 경우와 마찬가지로 知的財産權 利用許諾契約에 관한 獨占規制法上的의 分析에 있어서도 계약당사자간의 관계의 성격이 주로 수평적인 것인지 아니면 수직적인 것인지, 또는 양자의 측면을 실질적으로 모두 갖추고 있는 것인지 여부를 검토하게 된다. 이용허락계약은 그것이 상호보충적인 관계에 있는 시장행동에 영향을 주는 경우라면 수직적인 성격의 요소를 가지고 있는 것이고 이것이 보통의 경우라고 할 수 있다. 예를 들어보면 일정한 이용허락자가 주로 연구개발에 종사하고 있고 피이용허락자는 제조업체로서 이용허락자에 의하여 개발된 기술을 이용할 수 있는 권리를 취득하는 것이 바로 이 경우이다. 이외에도 이용허락자는 관련된 지적재산권을 가지고 일정한 부품을 생산하는 업체이고 피이용허락자는 그 부품을 다른 생산투입요소와 결합하여 製品을 만드는 경우 또는 이용허락자는 당해 제품을 만들고 피이용허락자는 유통과 마케팅에서 이를 판매하는 것에 주로 종사하는 경우가 여기에 속한다.

이러한 수직적 관계 이외에도 이용허락자와 그 피이용허락자는 수평적 관계를 가지는 수도 있다. 독점규제법상의 분석을 위하여 시행기관들은 이용허락자와 피이용허락자 또는 피이용허락자들간의 관계를, 만약 그들이 당해 이용허락이 없었다면 관련시장에서 서로 사실상의 또는 잠재적인 경쟁관계에 있었을 경우에는 원칙적으로 水平的인 것으로 취급할 것이다.

이용허락자와 피이용허락자의 水平的 關係의 존재는 그 자체로 당해 계약이 반경

쟁적인 것이라는 事實을 나타내는 것은 아니다. 그러한 관계가 있음이 확인되었다는 사실은 단지 이용허락계약으로부터 발생하는 반경쟁적 효과가 존재하는지 여부를 판단하는 데 단순한 보조자료가 될 수 있을 뿐이다. 즉 수평적 관계가 반드시 반경쟁적 효과를 야기하는 것도 아니고, 순수하게 수직적인 관계라고 해서 이것이 반드시 반경쟁적인 효과가 전혀 없을 것이라는 점을 보장하는 것도 역시 아니다.

다음의 예는 이용허락자와 그 피이용허락자 사이에 있을 수 있는 여러 가지 경쟁적 관계들을 예시하여 준다.

事例 5

事實關係: 農場設備를 제조하는 회사인 AgCo社는 트랙터엔진에 사용되는 새로운 가스배출조절기술을 개발하여 특허를 받았고 이를 FarmCo社라는 또다른 農場設備製造業體에게 이용허락을 해 주었다. AgCo社의 가스배출조절기술은 현재 FarmCo社가 소유하여 이용하고 있는 기술보다 월등히 우월한 것이다. 이에 따라 FarmCo社의 기술은 AgCo社가 자신의 기술에 대하여 책정할 수 있는 가격에 대하여 실질적으로 제한을 하지 못한다. AgCo社의 가스배출조절기술은 그 효력이 넓은 범위에 미치는 特許를 가지고 있는데, 이에 따라 장래에 FarmCo社가 개선된 가스배출조절기술을 개발한다고 하더라도 이는 모두 AgCo社의 特許를 침해하게 될 상황이다.

檢 討: FarmCo社가 가지고 있는 엔진용 가스배출조절기술이 AgCo社의 경쟁적 행동을 견제할 수 없기 때문에 AgCo社와 FarmCo社의 가스배출조절기술은 상호간에 밀접한 대체재의 관계에 있다고 볼 수는 없다. 즉, FarmCo社는 AgCo社의 기술의 소비자이고 AgCo社가 이용허락해 주는 월등한 성능의 가스배출기술과 관련된 시장에서는 AgCo社의 사실상의 경쟁자(actual competitor)가 되지 못한다. 나아가, FarmCo社는 관련시장에서 AgCo社의 잠재적 경쟁자(likely potential competitor)도 역시 아닌데 이는 FarmCo社가 개선된 가스배출조절기술을 개발한다고 할지라도 이것은 결국 AgCo社의 특허를 침해하게 되어 이용이 불가능하게 될 것이기 때문이다. 이러한 사실은 가스배출조절기술의 공급 및 이용과 관련해서 AgCo社와 FarmCo社의 관계가 수직적이라는 것을 의미한다. 단, AgCo社와 FarmCo社가 농장설비제품의 판매에 있어서 사실상 또는 잠재적인 경쟁자라고 가정한다면 양사는 농장설비의 관련시장에서 수평적 관계를 가지고 있다고는 할 수 있겠다.

事例 6

事實關係: FarmCo社는 트랙터 엔진에 쓰이는 새로운 밸브기술을 개발하여

AgCo社와 상호이용허락계약을 체결하였다. 이에 의하여 AgCo社는 자사의 가스배출조절기술을 FarmCo社에게 이용허락을 해 주고 FarmCo社는 자사의 밸브기술을 AgCo社에게 이용허락해 주었다. AgCo社는 이미 FarmCo社의 밸브기술을 이용하는 것과 비슷한 엔진수행능력을 가질 뿐만 아니라 소비자에게 FarmCo社의 경우와 동등한 비용으로 공급할 수 있는 自體的인 밸브기술을 가지고 있었다. FarmCo社의 기술을 채택하기 전에는 엔진생산에 있어서 자신의 밸브기술을 이용하고 있었고 그 기술을 他企業에게도 이용허락을 주고 있었으며 현재도 그렇게 하고 있다. 事例 5에서와 마찬가지로 FarmCo社는 AgCo社로부터 이용허락을 받고 있는 기술에 대하여 밀접한 대체관계에 있는 가스배출조절기술을 가지고 있지 않다. 나아가 事例 5에서와 마찬가지로 AgCo社의 특허가 개선된 기술의 개발을 가로막고 있기 때문에 FarmCo社는 AgCo社의 기술에 대한 밀접한 대체재가 될 개선된 가스배출조절기술의 개발을 장래에 성취하게 될 가능성도 희박하다.

檢 討: FarmCo社는 AgCo社의 가스배출조절기술의 소비자이지 그 경쟁자가 아니다. 엔진밸브기술을 포함하는 관련시장에서의 AgCo社와 FarmCo社의 관계는 부분적으로는 수직적이고 부분적으로는 수평적이다. 부분적으로 수직적인 이유는 AgCo社가 FarmCo社가 제공하는 기술을 소비하고 있다는 점에서 AgCo社와 FarmCo社가 상호보충적인 관계에 있기 때문이다. 하지만 양사의 관계는 부분적으로 수평적이기도 한데 그 이유는 FarmCo社와 AgCo社는 동등한 가격에서 비슷한 성능을 가지는 밸브기술의 利用許諾과 관련해서는 사실상의 경쟁자이기 때문이다. 당해 기업들이 그들의 밸브기술을 실제로 他企業에게 이용허락을 주고 있는지 여부는 당해 기업들이 관련시장에서 수평적인 관계를 가지고 있다는 결론과 관련해서는 중요하지 않다. 즉, 설사 AgCo社가 자사의 밸브기술을 자체생산에만 투입하고 있다고 하더라도 두 밸브기술이 동등한 비용으로 상호대체적일 수 있다는 사실은 곧 양 기업이 상호 수평적인 관계에 있다는 것을 의미하는 것이다.

事例 5에서와 마찬가지로 여기서도 AgCo社와 FarmCo社의 관계는 농장설비에 관한 관련시장에서는 수평적인 관계에 있다.

3.4 利用許諾契約上の 制限을 評價하는 分析틀

대부분의 판례에 있어서 知的財産權 利用許諾契約上の 제한들은 合理性의 法理(rule of reason)에 의하여 평가된다. 합리성의 법리를 통해 이용허락상의 제한을 분석하는 데 있어서 시행기관들이 가지는 일반적인 접근방식은, 당해 제한이 반경쟁적인 효과를 가질 수 있는가 그렇다면 그러한 제한은 반경쟁적인 효과를 능가하는 친경쟁적인 효과를 달성하는 데 합리적으로 보아 필요한 것으로 판단될 수 있는

가 하는 문제에 관하여 조사하는 것이 된다. Federal Trade Commission v. Indiana Federation of Dentist, 476 U.S. 447(1986); NCAA v. Board of Regents of the University of Oklahoma, 468 U.S. 85(1984); Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcasting System, Inc., 441 U.S. 1(1979); 7 Phillip E. Areeda, Antitrust Law § 1502(1986)와 4장의 논의를 참조.

하지만 일정한 판례들에서 법원은, 당해 제한의 “성격과 필연적인 효과가 너무나 명백히 반경쟁적이어서” 당해 제한이 가질 수 있는 경쟁관련 효과에 관한 정밀한 조사없이도 當然違法으로 취급되어야만 한다는 결론을 내리고 있다. Federal Trade Commission v. Superior Court Trial Lawyers Association, 493 U.S. 411, 433 (1990); National society of Professional Engineers v. United States, 435 U.S. 679, 692(1978)을 참조. 當然違法으로 판단된 제한들 중에는 일정한 集團의 去來拒絶과 再販賣價格維持行爲 기타 적나라한 價格固定(naked price-fixing), 產出量制限, 水平的 경쟁자 사이의 市場分割 등이 있다.

利用許諾契約上の 일정한 制限이 당연위법의 법리와 합리성의 법리중 어느 것에 의하여 다루어질 것인가를 판단함에 있어서 시행기관들은 문제의 제한이 效率性を 提高하는 經濟的 行動의 統合에 기여하는 것으로 기대될 수 있는지 여부를 평가·고려하게 될 것이다. Broadcast Music, 441 U.S. at 16-24를 참조. 일반적으로 이용허락계약은 이용허락자의 지적재산권과 피이용허락자가 소유하고 있는 상호보충적 생산요소를 결합하는 것을 가능하게 해 주기 때문에 이와 같은 效率性提高의 要素統合을 촉진하는 것이 일반이다. 예컨대, 일정한 利用許諾契約에서의 制限은 이용허락자와 피이용허락자가 당해 기술의 개발과 마케팅을 보다 적극적으로 할 수 있게 해 주거나 거래비용을 상당히 절감해 줌으로써 위와 같은 效率性提高의 統合을 증진시켜 주는 것이다. 만약 효율성을 제고하는 경제적 행동의 통합이 없거나 그 제한의 유형이 當然違法의 취급을 받는 종류에 속하는 것이라면 시행기관들은 그러한 제한을 當然違法의 법리하에서 독점규제법위반으로 문제삼게 될 것이다. 그러한 경우가 아니라면 施行機關들은 合理性의 法理에 따른 分析을 適用하게 될 것이다.

合理性의 法理를 적용하는 것은 보통 시장조건에 관한 철저한 조사를 요구한다(4.1절 내지 4.3절을 참조). 하지만 그러한 조사방식은 일정한 상황하에서는 다소 略式으로 행해질 수도 있다(may be truncated). 즉, 만약 시행기관들에 의하여 당해 제한이 반경쟁적인 효과를 가질 가능성이 별로 없다고 판단되는 경우에는 시장 지배력 내지 제한에 대한 정당화사유에 관한 정밀한 조사 없이도 당해 제한을 합리적인 것으로 취급하게 될 것이다. 마찬가지로, 만약 당해 제한이 명백하게 항상 또

는 대부분의 경우 산출량을 제한하거나 가격을 인상시키는⁽²⁷⁾ 종류의 유형에 속하고 효율성의 제고라는 측면에 합리적으로 보아 연관되고 있지 않다고 판단되는 경우에는, 시행기관들은 특정 산업의 상황에 대한 정밀한 조사없이 당해 制限에 관하여 독점규제법위반으로 문제삼게 될 것이다.⁽²⁸⁾ Indiana Federaton of Dentists, 476 U.S. at 459-60; NCAA, 468 U.S. at 109를 참조.

事例 7

事實關係: 特許된 工程을 이용하여 製品 X를 생산하고 있는 Gamma社는 X의 제조 및 판매에 있어서 법세계적으로 Gamma와 경쟁관계에 있는 모든 X의 제조자들에게 자사의 특허된 工程에 관하여 이용허락을 제공하고 있다. 여기서의 Gamma社의 工程에 관한 기술(process technologies)은 기존의 이용가능한 기술에 비할 때 경제적인 측면에서 보면 개선을 이룬 것이 전혀 아니다. 사실 대부분의 제조업체가 Gamma로부터 이용허락계약을 맺고 있기는 하지만 그 被利用許諾契約者 중 어느 기업도 그 이용허락된 기술을 실제로 생산에 이용하고 있지 않다. 그 이용허락계약은 각각의 제조업체가 지정된 지역에서 당해 기술을 이용하여 생산되는 X를 판매할 배타적 권리를 가지는 것으로 정하고 있고 나아가 그 지정된 지역 이외의 곳에서는 X를 판매하지 못하도록 정하고 있다.

檢 討: X의 제조업자들은 X의 상품시장에서 수평적 관계에 있다. Gamma社의 공정과 동등한 수준의 費用에서 대체가능한 기술을 가지고 있는 X의 제조업자들은 모두 關聯技術市場에서도 Gamma의 수평적 경쟁자라고 할 수 있다. Gamma의 工程에 관한 技術에 대한 피이용허락자들은 — 비록 실제로는 Gamma의 기술을 다른 기업들이 이용하고 있지는 않기 때문에 본 사례에서는 중요하지 않을 수 있지만 어찌 되었든 — 형식적인 모습으로는 수직적 관계에 있는 것처럼 보인다.

사례의 이용허락계약은 X를 생산하는 제조업자들이 활동하는 관련 상품시장에서

(27) 연방거래위원회의 접근방식에 관한 상세한 내용은 Massachusetts Board of Registration in Optometry, 110 F.T.C. 549, 604(1988)에 제시되어 있다. 이와 같은 약식의 合理性의 法理하의 調査를 적용함에 있어서 연방거래위원회는, 항상 또는 대부분 산출량을 제한하고 가격을 인상시키게 되어 명백히 반경쟁적인 제한이 되지만 전통적인 當然 違法의 범주에는 잘 들어맞지 않거나 이와는 비교적 관계가 적었던 경우를 지칭하기 위하여, “성질상 위반의 혐의를 받게 되어 있는” 제한이라는 분석적 범주를 이용하고 있다.

(28) 연방거래위원회의 Mass. Board 접근방식하에서는, 성질상 위반의 혐의를 받게 되어 있는 제한에 관한 效率性 正當化事由의 主張은, 그러한 주장이 가능한 것인지 가능한다면 문제된 시장상황하에서 有效한 것이 될 수 있는지에 관하여 판단하기 위한 目的으로 검토되게 된다.

— 각각의 제조업자로 하여금 X의 판매를 배타적인 지역안에서만 행할 것을 요구함으로써 — 경쟁을 제한하고 있다. 따라서 당해 이용허락계약이 없었다면 사실상의 경쟁자였을 기업들간의 경쟁은 이로써 제한되어진 것이 된다. 나아가 이상과 같은 事實關係에 기초할 때 위 이용허락계약은 경제적으로 유용한 효과를 갖는 기술이전과는 관련이 없는 것이라고 할 수가 있고, 따라서 지정된 지역 이외의 곳에서 판매를 제한하는 것은 효율성을 제고하는 경제적 행동의 통합에 기여하는 것이라고 할 수가 없다. 결국 사안을 검토하고 있는 시행기관은 水平的인 地域的 市場分割이라는 틀에서 當然違法의 法理에 의하여 당해 계약을 독점규제법위반으로 문제삼게 될 것이고 당해 계약의 지적재산권적 측면은 단순히 본질을 가장하기 위한 위장수단에 불과하다고 보게 될 것이다.

만약 당해 이용허락계약이 예컨대 당해 기술이 기존의 기술에 대한 개선을 가져온 것으로서 피이용허락자에 의하여 이용되는 것이어서 효율성을 제고하는 경제적 행동의 통합에 기여하는 것으로 기대될 수 있다면, 시행기관은 당해 계약을 이節에서 언급되고 있는 분석적 틀을 적용하여 合理性의 法理하에서 分析을 하게 될 것이다.

본 事例에서 契約이 가지는 경쟁적인 의미는 당해 이용허락된 技術이 특허, 영업비밀, 또는 기타의 노우하우에 의하여 보호되는 것인지 아니면 저작권에 의하여 보호되는 컴퓨터프로그램인지에 따라 달라지는 것은 아니다. 나아가 그 경쟁적 의미는 市場分割이 본 사례에서처럼 지역적인 것이거나, 이용분야에 대한 제한처럼 機能的인 것인지의 여부에도 역시 無關하다.

4. 施行機關들이 合理性의 法理하에서 利用許諾契約을 評價하는 것과 관련된 一般的 原則들

4.1 反競爭의 效果의 分析

이용허락계약상의 제한이 낳는 반경쟁적 효과는 이節에서 언급된 분석방식에 기초하여 評價될 것이다.

4.1.1 市場構造, 共同行爲 그리고 競爭者排除

利用許諾契約이 수평적 관계의 當事者들에게 영향을 미치게 되는 경우 당해 계약상의 制限은 공동행위에 의한 가격책정이나 산출량제한 또는 시장지배력의 획득 또는 유지의 위험을 증가시키게 될 수 있다. 나아가 당해 계약이 새로운 또는 개선된 商品 또는 工程의 개발을 제약하거나 지연시키는 상당한 위험을 낳는 경우에도 역

시 경쟁에 대한 해악이 발생할 수 있다. 이러한 경쟁관련 해악의 잠재적 위험성은 부분적으로는 관련시장의 市場集中度, 進入障壁 그리고 供給과 需要의 價格彈力性에 의존한다. 『1992 수평적 기업결합에 관한 지침』의 §§ 1.5, 3을 참조.

한편 이용허락자와 피이용허락자가 垂直的 관계에 있는 경우에는 시행기관들은 이용허락자나 피이용허락자가 활동하고 있는 시장이나 기타의 관련시장에서 水平的 관계에 있는 기업들간의 競爭을 해하게 될 수 있는지 여부를 分析하게 될 것이다. 즉, 만약 그 제한이 반경쟁적인 방법으로 중요한 생산투입요소에 대한 접근을 제한하거나, 이를 취득하는 것에 소요되는 경쟁자의 비용을 증가시키거나, 가격인상이나 산출량제한을 낳는 共同行爲를 조장하게 되는 경우에 이러한 점들은 경쟁에 대해 해악을 주는 것으로 볼 수 있는 것이다. 특히 反競爭的인 방법으로 중요한 생산투입요소에 대한 접근을 제한하거나 이를 취득하는 경쟁자의 비용을 증가시킬 위험성은, 당해 이용허락계약에 의하여 영향받게 되는 시장부분의 크기와 당해 관련시장의 시장집중도, 진입장벽, 공급과 수요의 가격탄력성 그리고 당해 제한의 존속기간 등과 연관성이 있다. 하지만 단순히 일정산업분야의 잠재적 피이용허락자의 전부 또는 일부가 기타의 기술을 배제하고 그 이용허락된 기술만을 사용하기로 결정하였다는 이유만으로 당해 利用許諾契約이 競爭排除的 성격을 갖는다고 판단할 수 없다. 이러한 배타적 이용조건은 당해 이용허락된 기술이 가장 저렴한 비용에 가장 높은 성능을 나타내는 효율성을 가지는 결과일 수가 있기 때문이다.

수직적 이용허락계약상의 제한으로부터 비롯되는 경쟁에 대한 해악은 그 계약이 관련시장에서 가격을 인상시키거나 산출량을 제한하는, 수평적 관계의 기업들간의 共同行爲를 조장하게 되는 경우에도 발생할 수 있다. 예컨대, 競爭的 關係에 있는 기술의 소유자들이 그들의 피이용허락자들에 대하여 서로 유사한 제한을 동시에 부과하는 경우, 그 이용허락자들은 그들의 가격책정에 관하여서도 共同行爲를 하게 되기가 한결 쉬워졌다는 사실을 알아차리게 될 것이다. 이와 마찬가지로 서로 경쟁 관계에 있는 피이용허락자들도, 만약 그들이 이용허락자들로부터 공통된 제한을 받게 되는 경우에는 자신들의 제품에 대한 가격책정에 관하여 공동행위를 하기가 훨씬 쉬워졌다는 점을 역시 알아차리게 될 것이다. 반경쟁적 효과를 갖는 共同行爲의 위험성은 관련시장이 집중되어 있거나 진입장벽이 있는 경우 증가하게 된다. 하지만 유사한 제한을 이용하는 것이 이용허락되는 知的財産權의 효과적인 활용에 기여할 수 있는 경우가 있기 때문에 일정산업분야에서 친경쟁적인 것으로 평가받을 수도 있고 나아가 당해 산업전반에 걸쳐 보편적인 것이 되는 경우도 있는 것이다.

4.1.2 排他的 條件이 담겨있는 利用許諾契約

利用許諾契約은 排他的 條件을 담고 있는 경우가 있는데 이는 두 가지로 나누어

볼 수 있다. 첫째, 이용허락자는 피이용허락자에게 排他的 利用許諾條件(exclusive licenses; 專用實施許諾)을 부여해 주는 경우가 있다. 즉, 이용허락자가 더 이상 타인에게 당해 지적재산권을 이용허락해 주지 못할 뿐만 아니라 스스로 이용할 수 있는 권리도 제한하여 오직 被利用許諾者만이 당해 權利를 排他的으로 이용할 수 있게 하는 條件을 가지고 있는 利用許諾契約이 바로 그것이다. 일단 一般的으로 말해서 排他的 利用許諾條件은 당해 피이용허락자간에 또는 이용허락자와 피이용허락자간에 水平的 관계가 존재하는 경우에만 독점규제법상의 관심(antitrust concern)을 불러일으킬 수 있다고 할 수 있다. 독점규제법상의 관심을 야기할 수 있는 排他的 利用許諾條件과 관련된 계약의 예들로는 시장지배력을 공동으로 소유하고 있는 당사자들간의 相互利用許諾契約(5.5절을 참조), 逆利用許諾契約(5.6절을 참조), 그리고 지적재산권의 讓渡(5.7절을 참조) 등을 들 수 있다.

이용허락자나 피이용허락자의 경쟁적 행동에 대하여 어떠한 제한도 포함하고 있지 않은 배타적 이용허락계약은 설사 당해 계약의 당사자가 水平的 관계에 있는 경우라도 일반적으로 獨占規制法상의 관심을 불러일으키지 않는다. 배타적 이용허락계약의 경우는 당해 계약이 없었다면 존재했을 當事者간의 경쟁관계가 있어서 그 계약체결로 말미암아 그러한 경쟁관계가 감소되는 상황이 아니기 때문이다.

배타적 조건의 두 번째 유형인 排他的 去來條件(exclusive dealing)은 당해 이용허락계약이 피이용허락자로 하여금 이용허락되는 당해 기술과 경쟁적 관계에 있는 技術을 이용허락하거나 판매하거나 배포하거나 이용하는 것을 제한·금지하는 조건을 포함하는 경우를 말하는 것이다. 5.4절을 참조. 이러한 排他的 去來條件은 直接的으로는 이용허락계약상의 明示的인 배타적 거래조건규정에 의하거나 間接的으로는 보상규정 기타 경제적 유인과 관련한 조항에 의하여 체결되어질 수 있다. 이러한 제한은 反競爭의인 방법으로 중요한 생산투입요소에 대한 접근을 제한하거나 이를 취득하는 경쟁자의 비용을 증가시킬 수가 있겠으나 그러한 條件은 동시에 親競爭的인 효과를 가지는 경우도 있다. 예컨대 사례 8을 참조. 시행기관들은 당해 계약의 合理性 여부를 평가함에 있어서 그러한 친경쟁적인 효과를 고려하게 될 것이다. 4.2절을 참조.

피이용허락자들에 대하여 또는 그들 사이의 관계에 대하여 부과되는 여러 가지 형태의 배타적 조건들에 적용될 독점규제법상의 원칙들은 지적재산권 이외의 영역에서 체결되는 배타적 지역제한이나 배타적 거래조건과 같은 보통의 수직적 거래제한에 적용되는 원칙들과 결국 동일한 것이 될 것이다. 단 知的財産權이 일정한 경우 기타의 재산권에 비하여 그 침해가 용이하다는 事實은, 기타의 재산권의 경우에는 반경쟁적인 것으로 평가되었을 일정한 제한에 대해 정당화 사유로서 기능할 수

도 있을 것이다.

위에서 언급한 바와 같이 시행기관들은 실제의 관행과 그 효과에 주안점을 둘 것이 당해 계약상의 형식적인 조건의 내용에 중점을 두지는 않을 것이다. 겉으로 보아 비배타적인 것으로 보여지는 계약도 명시적인 배타적 이용허락계약과 동일한 독점규제법상의 관심을 불러일으킬 수 있다. 즉, 형식적으로는 비배타적 계약일지라도 그 구조적인 상황이 당해 이용허락자로 하여금 스스로 당해 기술을 이용하거나 다른 기업에게 다시 이용허락할 수 없게 되어 있는 경우라면 배타적 이용허락조건과 동일한 효과를 가질 수가 있는 것이다. 이밖에도 명시적으로 배타적 거래조건을 요구하고 있지 않은 이용허락계약도 만약 피이용자가 경쟁적 관계에 있는 기술을 이용하는 경우에는 피이용자가 부담하게 되는 비용을 상당한 정도 증가시키는 식의 조건들을 포함하고 있다면 명시적인 배타적 거래조건과 마찬가지로의 효과를 가질 수 있는 것이다. 하지만 이용허락계약은, 단순히 그 계약의 당사자가 한 이용허락자 또는 한 피이용허락자와만 거래할 것을 선택하였거나 그의 행동을 일정지역이나 분야에 한정하였다고 하여서 또는 하나의 피이용허락자만이 이용허락계약을 맺게 되었다고 하여서 자동적으로 독점규제법상의 관심을 야기하는 것은 물론 아니다.

事例 8

事實關係: 새로운 평판화면제작기술(flat panel display technology)의 발명자 및 제작자인 NewCo社는 이러한 평판화면제품을 시장에 효과적으로 유통시킬 마케팅 능력을 갖추고 있지 못했던 관계로 NewCo社의 기술을 이용한 제품을 판매할 수 있는 排他的 利用許諾條件을 BigCo社에게 부여하였다. BigCo社는 현재 이러한 새로운 技術을 이용한 제품을 판매하거나 개발하고 있지 않고 기타의 화면제작관련 기술을 가지고 있지도 않다. 현재 몇몇의 기업들이 경쟁관계에 있는 화면제품을 판매하고 있다. BigCo社는 화면제품의 전체 유통망중 작은 영역만을 담당하고 있을 뿐이고 신참기업이 화면제품의 제작 및 유통시장에 진입하는 것도 상대적으로 용이한 상태이다. 새로운 기술에 대한 수요는 불확실하고 성공적인 시장성획득을 위해서도 상당한 정도의 광고활동이 요구되어지는 상황이다. 이러한 이용허락계약의 조건에는 배타적 거래조건의 제한이 포함되어 있는데 이는 BigCo社가 당해 이용허락된 기술을 이용한 제품과 경쟁관계에 있는 제품을 함께 판매하는 것을 禁止하고 있다.

檢 討: 본 事例는 이용허락계약에 있어서 두가지 형태의 排他的 條件을 예시하고 있다. 당해 이용허락계약은 이용허락자가 또 다른 이용허락계약을 허여하는 것을 금지하고 있다는 점에서 배타적 이용허락조건을 담고 있다고 할 수 있다. 나

아가 당해 이용허락계약은 피이용허락자로 하여금 경쟁관계의 제품을 판매하는 것으로부터 금지하고 있다는 점에서 배타적 거래조건 역시 담고 있다고 할 수 있다.

당해 화면제작기술의 발명자와 그 피이용허락자는 수직적 관계에 있고 기술개발 및 판매 또는 화면제품의 제작 및 판매에 있어서 사실상 또는 잠재적인 경쟁자가 아니다. 따라서 배타적 이용허락조건은 이용허락자와 피이용허락자 사이의 경쟁에 영향을 준다고 볼 수 없다. 배타적 이용허락조건은 BigCo社가 신제품의 판매촉진을 위하여 행한 노력에 대한 보상을 保障해줌으로써 불확실한 수요에 직면한 새로운 제품의 개발 및 광고활동을 촉진하는 것이기 때문에 화면제품의 제조 및 판매에 있어서 경쟁을 촉진하는 것이라고 할 수 있다. 비록 당해 이용허락계약이 피이용허락자로 하여금 경쟁관계에 있는 제품을 판매하는 것으로부터 금지를 하고 있기는 하지만 이러한 배타적 거래조건은 본 사례에 있어서 反競爭의인 방법으로 중요한 생산투입요소에 대한 접근을 제한하거나 이를 취득하는 경쟁자의 비용을 증가시키는 방법으로 경쟁을 해하고 있다고 볼 수 없다. 왜냐하면 관련 제품시장은 집중되어 있지 않고 배타적 거래조건은 화면제품의 유통망의 적은 부분에만 영향을 줄 것이며 시장진입도 용이한 상황이기 때문이다.

4.2 效率性和 正當化事由

만약 시행기관들이 4.1節에 언급된 시장요소의 평가에 기초하여 이용허락계약의 제한이 반경쟁적인 효과를 가질 가능성이 적다는 결론에 도달하였다면 당해 제한에 대하여 독점규제법위반으로 문제삼지 않게 될 것이지만, 시행기관들이 당해 제한이 반경쟁적인 효과를 가지거나 가질 가능성이 있다는 결론에 도달하는 경우에는 그 다음으로 당해 제한이 친경쟁적인 효율성을 획득하기 위하여 합리적으로 필요한 것인지에 관하여 검토하게 될 것이다. 만약 당해 제한이 합리적으로 필요한 것으로 판단된다면, 시행기관들은 친경쟁적인 효율성과 반경쟁적인 효과를 상호형량하여 각각의 관련시장에서 경쟁에 대하여 가지는 당해 제한의 純效果(the probable net effect on competition in each relevant market)를 판단하게 될 것이다.

당해 시행기관들이 행하는 반경쟁적 해악과 친경쟁적인 효율성간의 비교는 필연적으로 質的인 비교가 될 것이다. 일정한 사례에서 반경쟁적 효과의 위험은 기대되는 효율성과 비교할 때에 중요하지 않은 것일 수도 있고 그 반대일 수도 있다. 특정 이용허락계약에서 기대되는 반경쟁적 효과가 증가함에 따라 시행기관들은 위 제한의 정당화를 위하여 그만큼 더 높은 수준의 효율성이 예상된다는 사실을 확인할 수 있는 증거를 요구하게 될 것이다.

친경쟁적인 효율성을 획득하기 위한 또 다른 대안적 방법이 실용적인 관점에서

이용가능하고 원래의 방법에 비하여 그 경쟁제한의 정도가 상당히 적은 경우라면, 이와 같은 사정은 당해 제한이 과연 合理的으로 필요한 것인가에 관한 判斷에 부정적인 영향을 주게 될 것이다. 즉, 만약 當事者가 상당히 덜 제한적인 방법으로 비슷한 효율성을 획득할 수 있음이 확실한 경우에는 시행기관들은 당사자가 그 효율성을 이유로 적법성을 주장하는 것에 그리 큰 비중을 두지 않게 될 것이다. 하지만 이러한 평가과정에서 시행기관들은 당사자가 직면한 사업상황에 비추어 볼 때 이론적으로는 가장 덜 제한적인 대안이 존재하더라도 이것이 현실적이지 못한 것이라면 이를 고려대상으로 삼지는 않을 것이다.

이밖에 반경쟁적인 효과를 가지거나 가질 가능성이 있는 일정한 제한이 있는 경우 당해 제한의 存續期間은 그것이 親競爭的인 효율성을 획득하는 데 있어서 합리적으로 필요한 것인지 여부를 판단함에 있어서 중요한 고려대상이 된다. 단, 어떤 制限이 가지는 存續期間을 실질적으로 판단하기 위해서는 단순히 형식적인 존속기간뿐만 아니라 일방적인 계약해지권이나 피이용허락자의 계약갱신을 유인하는 계약조건(예컨대, 갱신을 조건으로 한 일정정도의 외상을 제공하는 것과 같은) 등을 포함하는 여러 가지 요소들을 고려하여야 할 것이다. 施行機關들은 덜 제한적인 대안을 분석하는 위의 경우에서처럼 존속기간과 관련하여도 이에 관한 명확한 선을 확정하려는 시도를 하지는 않을 것이다. 즉 이러한 시도를 하기보다는 오히려 당해 존속기간이 親競爭的인 효율성을 획득하는 데 필요한 기간을 명백히 초과하였는지 여부(situations in which the duration clearly exceeds the period needed to achieve the procompetitive efficiency)에 관하여 중점을 두어 판단할 것이다.

이상에서 본 친경쟁적인 효율성의 평가, 이러한 효율성을 획득하기 위한 제한의 합리적인 필요성의 평가 그리고 제한의 존속기간의 평가 등은 당해 市場의 구체적인 상황에 비추어 행해질 것이다. 예컨대, 어떤 시장상황하에서는 새로운 시장참가자의 필요에 의하여 정당화될 수 있는 제한이 기타의 시장상황하에서는 친경쟁적 효율성의 정당화를 가질 수 없는 경우가 있는 것이다. United States v. Jerrold Electronics Corp., 187 F. Supp. 545(E.D. Pa. 1960), aff'd per curiam, 365 U.S. 567(1961)을 참조.

4.3 獨占規制法上的 “安全地帶”

知的財産權 利用許諾契約은 기술혁신을 촉진하고 경쟁을 증진하는 경우가 대부분이기 때문에 施行機關들은 독점규제법상 “安全地帶(safety zone)”를 설정하는 것이 기업들에게 일정한 정도의 예측가능성을 제공하여 기술혁신과 경쟁을 촉진하게 되

는데 유용할 것이라고 믿고 있다.⁽²⁹⁾ 당해 제한이 (1) 明白히 反競爭의인⁽³⁰⁾ 것은 아니고 (2) 利用許諾者와 그 被利用許諾者가 동시에 당해 제한에 의하여 상당한 정도(significantly) 영향을 받는 관련시장에서 20퍼센트 이상을 占有하고 있지 않는 경우에는, 특별한 상황이 아닌 한 施行機關들은 당해 지적재산권 이용허락계약상의 制限을 독점규제법위반으로 문제삼지 않을 것이다. 이러한 “安全地帶”는 企業結合分析이 적용되는 지적재산권의 移轉의 경우에 대하여는 적용이 없다. 5.7절을 참조.

일정한 制限이 위와 같은 安全地帶에 해당하는지 여부는 — 상품시장분석만 가지고 당해 이용허락계약이 가지는 技術市場 내지 研究開發市場에의 경쟁관련 효과를 파악하는 것이 부적절한 경우가 아닌 한 — 原則的으로는 당해 商品市場의 분석을 통해서만 判斷하게 될 것이다.

단, 예외적으로 기술시장이나 연구개발시장에서의 경쟁에 미치는 효과를 조사하는 것이 필요하게 된 경우 시장점유율에 관한 자료가 이용가능하지 않거나 이용가능하더라도 그 경쟁관련 중요성(competitive significance)을 정확히 반영하지 않는 경우에는 시장점유율 대신 다음과 같은 기준이 安全地帶를 확정하는 데에 적용될 것이다. 즉, 특별한 상황이 아니라면 시행기관은 (1) 당해 제한이 명백히 반경쟁적인 것은 아니고 (2) 당해 계약의 당사자 이외에 당해 계약에 의하여 이용허락된 기술과 동등한 정도의 비용에서 이용자에게 제공이 가능한 대체적 기술을 가지고 있는 4개 이상의 독립적인 기업이 있는 경우라면 기술시장의 경쟁에 영향을 줄 수 있을 당해 제한을 독점규제법위반으로 문제삼지는 않을 것이다. 또 특별한 상황이 아닌 경우에는 시행기관은 (1) 당해 제한이 명백히 반경쟁적인 것이 아니고 (2) 당해 이용허락계약의 당사자 이외에 4개 이상의 독립적인 기업들이 그 당사자가 수행하는 연구개발활동에 대하여 밀접한 대체재의 관계에 있는 연구개발에 종사할 전문적 자산이나 기업적 특수성 내지 그 유인을 갖추고 있는 경우에는 기술혁신시장의 경쟁에 영향을 줄 수 있는 이용허락계약상의 제한을 — 安全地帶에 속하는 것으로 보아 — 역시 독점규제법위반으로 문제삼지 않을 것이다.⁽³¹⁾

시행기관들은 단지 安全地帶에 속하지 않는다는 이유만으로 당해 이용허락계약이

(29) 이러한 독점규제법상 “安全地帶”는 지적재산권 이용허락계약상의 제한이 아닌 제한이나 비록 지적재산권 이용허락계약상의 제한일지라도 당해 이용허락된 지적재산권의 이용과는 관계가 없는 제한에 관해서는 적용이 없다.

(30) “明白히 反競爭的인” 制限은, 항상 또는 대부분 산출량을 감소시키거나 가격을 인상시키는 유형의 제한과 당연위법의 취급을 받는 제한을 함께 말하는 것이다.

(31) 이러한 기준들은 국가협동연구개발법(National Cooperative Research Act)을 입법한 의회의 의도와 일치하는 것이다. *H.R. Cof. Rpt. No. 1044, 98th Cong., 2d Sess., 10, reprinted in 1984 U.S.C.C.A.N. 3105, 3134-3135*를 참조.

반경쟁적이라는 판단을 하게 되지는 않을 것이라는 점을 강조하고자 한다. 사실, 안전지대의 외부에 속하는 이용허락의 대부분은 적법할 뿐만 아니라 친경쟁적이기까지 한 경우가 많다. 안전지대는 반경쟁적인 효과가 일어날 가능성이 거의 희박하여서 당해 계약이 특정 산업의 상황에 대한 정밀한 조사없이도 반경쟁적이라는 판단을 받을 가능성이 거의 없다고 보이는 경우에 지적재산권 소유자에게 일정한 정도의 확실성을 제공하자는 취지이다. 즉 이 개념은 안전지대에 속하지 않는 당사자기업들로 하여금 경제적 행동들의 효율성 증진적 통합을 달성하기 위하여 합리적으로 필요한 이용허락계약상의 제한을 채택하는 것까지 막자는 것은 전혀 아닌 것이다. 단지 시행기관들은 3장 내지 5장에서 묘사된 고려사항들에 기초하여 안전지대의 외부에 속하는 이용허락계약들을 분석하게 될 것이다.

안전지대에 대하여 일정 이용허락계약이 맺고 있는 지위 내지 의미(안전지대에 속하고 있거나 그렇지 않다는 사정 등)는 시간이 지남에 따라 변할 수도 있는 것이다. 따라서 어떤 이용허락계약상의 제한이 안전지대에 포함된다는 시행기관의 판단은 문제된 시장에서의 행동이 행해졌던 바로 그 시간에 존재했던 事實關係를 기준으로 하여 행해질 것이다.⁽³²⁾

5. 一般的 原則들의 適用

5.0 본 章에서는 이상에서 논의된 일반적 원칙들을 특정 이용허락계약상의 제한들과 상호이용허락계약, 知的財産權 또는 지적재산권의 移轉이 관련된 이용허락계약들에 구체적으로 적용해 보는 것에 관한 검토를 하려고 한다. 여기서 선택된 제한이나 계약의 유형들은 독점규제법상의 조사를 받을 가능성이 높은 종류들에 속한다. 하지만 여기서 예시되고 있는 것들을 통해 경쟁문제의 관점에서의 관심을 야기할 수 있는 모든 관행을 망라하려고 의도했던 것은 아니다.

5.1 水平的 制限

수평적 관계에 있는 당사자들에게 영향을 주는 이용허락계약상의 제한(“水平的 制限”)이 존재한다고 해서 이것이 반드시 당해 이용허락계약을 반경쟁적인 것으로 만드는 것은 아니다. 수평적 관계에 있는 경쟁기업들간의 合作事業의 경우와 마찬가지로 경쟁자간의 이용허락계약도 만약 그것이 통합적인 효율성을 야기할 수 있는 경우라면 경쟁을 막는 것이라기 보다는 오히려 촉진하는 것이 되는 경우가 있기 때

(32) 여기서 문제된 시장에서의 행동이란, 당해 制限을 낳는 거래 내지 계약이거나 그러한 제한을 실제로 실행하는 당사자의 행동이 될 것이다.

문이다. 그러한 效率性의 效果는 예컨대, 規模의 經濟의 실현이나 상호보충적 관계에 있는 연구개발, 생산 및 마케팅 能力을 통합하는 것에서부터 비롯될 수 있는 것이다.

수평적 제한들은 3.4節에서 언급된 일반적 원칙들을 따라서 合理性의 法理下에서 평가되는 경우가 많다. 하지만 일정한 상황하에서는 그러한 분석이 略式으로 행해질 수가 있고 나아가 가격고정, 시장분할, 산출량제한약정, 공동거래거절 등을 포함한 일정한 제한들은 當然違法의 法理下에서 판단될 수도 있을 것이다.

事例 9

事實關係: 어떤 家電製品을 생산하는 제조업체들중 주요한 두 기업은 그 제품에 사용되는 回路設計에 대한 特許를 각각 가지고 있었는데 이 특허들은 상호대체가능한 성격의 것이다. 위 두 기업들은 그들의 특허들을 그 두 기업에 의하여 완전히 소유되고 있는 별도의 회사에 양도하였다. 이 회사는 그 회로설계를 이용할 수 있는 권리를 기타의 가전제품 제조업체에게 이용허락을 주고 있으며 이에 따른 일정한 이용요금을 징수하고 있다. 그 특허들은 상호 독립적인 이용을 가로막고(blocking) 있는 것은 아니다. 즉, 타기업에 의하여 소유되고 있는 특허를 침해하지 않고서도 자사의 특허를 사용하는 것이 가능하다. 그 각각의 회로설계는 제조비용에 있어서 상호동등한 수준으로 당해 가전제품을 생산할 수 있게 해 주고 각각에 의하여 생산된 제품들도 소비자들에게 상호교체가능한 것으로 인식되고 있어서 결국 양 기술은 상호대체가능한 것으로 볼 수 있다. 시행기관들중 하나가 위의 지적재산권이 전행위의 독점규제법적 효과를 분석하려고 하고 있다.

檢 討: 이 事例에서 제조업자들은 당해 가전제품의 상품시장과 기술시장에서 수평적인 관계의 競爭者들이다. 특허권의 공동이전과 관련한 경쟁문제적 쟁점은 당해 移轉이, 기술의 유포나 이용과 같은 친경쟁적 효율성에 의하여 상쇄되지 않는, 기술 및 상품시장에서의 경쟁에 대한 악영향을 가지고 있는 것인지의 여부가 된다. 특허권 소유자 각각은 그 특허를 배타적으로 이용할 수 있는 권리를 가지고 있다. 하지만 그러한 권리의 범위가 이것들을 共同으로 移轉할 것을 약정할 권리에까지 확장되는 것은 아니다. 당해 特許權들이 동일유사한 응용분야의 기술을 대상으로 하는 경우에는 이용요금의 공동결정은 각각의 권리자가 독립적으로 요금을 책정하였을 경우에 비하여 상대적으로 높은 효율수준과 상품의 가격수준을 야기하게 될 것이기 때문이다. 위와 같은 특허권의 공동이전으로부터 얻어지는 效率性提高的 통합을 입증하는 증거가 없는 한, 시행기관들은 경쟁관계에 있는 특허권들의 공동마

케팅행위가 수평적 가격고정을 구성하는 것으로 보아 당연위법의 수평적 거래제한으로서 독점규제법위반으로 문제삼게 될 것이다. 하지만 시행기관이 판단하기에 당해 공동마케팅계약이 효율성제고적 통합을 야기하는 것이라고 볼 경우에는 위 계약을 합리성의 법리하에서 평가하게 될 것이다. 하지만 시행기관들은, 당해 반경쟁적 효과가 충분히 명백한 것이고 당사자에 의하여 주장되고 있는 통합적 효율성 역시 미약한 것이거나 당해 제한과는 연관성이 없다고 생각되어지는 경우에는, 특정 산업상황의 정밀한 분석 없이도 당해 계약을 독점규제법위반으로 문제삼게 될 것이다 (3.4節을 참조).

5.2 再販賣價格維持行爲

“생산된 개개의 제품들이 일단 유통망에 제공되어 그 所有權이 제조업자로부터 유통에 종사하는 상인들에게 이미 넘어가버린” 후에도 재판매가격을 계속 유지하려고 하는 행위는 위법하게 된다. *Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co.*, 220 U.S. 373, 408(1911). 어떤 제품에 이용되는 지적재산권의 이용허락자가 피이용허락자가 생산한 제품의 재판매가격을 고정하는 행위는 當然違法으로 판단되어져 왔다. *United States v. Univis Lens Co.*, 316 U.S. 241(1924); *Ethyl Gasoline Corp. v. United States*, 309 U.S. 436(1940).⁽³³⁾ 3.4절에서 제시된 원칙들과 마찬가지로 시행기관들은 지적재산권과 관련된 재판매가격유지행위에 대하여 當然違法의 法理下에서 독점규제법위반으로 문제삼게 될 것이다.

5.3 끼워팔기契約

끼워팔기계약은 “일정한 제품을 판매함에 있어서 당해 제품과는 별도의 제품을 함께 구입하거나 적어도 그 별도의 제품을 다른 경쟁공급자로부터는 구매하지 못하

(33) 하지만 *U.S. v. General Electric Co.*, 272 U.S. 476(1926)(일정한 제품특허의 소유자는 특허된 제품의 최초의 판매가격을 고정하는 조건으로 제품생산의 이용허락을 할 수 있다는 판시)를 참조. 그러나 이후에 계속되는 하급심판례들은 GE 판결을 여러 가지 맥락에서 자신의 사안과 구분하여 왔다. 예컨대, *Royal Indus. v. St. Regis Paper Co.*, 420 F.2d 449, 452(9th Cir. 1969)(GE 사건은 특허된 제품을 스스로 생산하기도 하는 특허권자에 의하여 부과된 제한이었다고 하여, 직접 제조활동을 하고 있지 않은 특허권자가 특허된 제품의 가격을 고정하는 경우의 문제는 미결의 문제로 보고 있음); *Newburgh Moire Co. v. Superior Moire Co.*, 237 F.2d 283, 293-294(3rd Cir. 1956)(가격제한조건을 담고 있는 여러 개의 이용허락의 부여는 GE 판결의 법리안에 포섭되지 않는다는 취지임); *Cummer-Graham Co. v. Straight Side Basket Corp.*, 142 F.2d 646, 647(5th Cir.)(특허되지 않은 제품을 생산하는 공정에 대하여 지적재산권을 가지고 있는 자는 그 제품의 판매가격을 고정할 수 없다), cert. denied, 323 U.S. 726(1944); *Barber-Colman Co. v. National Tool Co.*, 136 F.2d 339, 343-344(6th Cir. 1943)(同旨).

는 것을 조건으로 하는 약정”을 말한다. Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc., 112 S. Ct. 2072, 2079(1992). 피이용허락자가 이용허락자의 지적재산권을 재이용허락할 수 있는 권능을 가지기 위하여 원하지 않는 또다른 지적재산권이나 상품 내지 용역을 구매하여야만 하는 경우에 대하여는 몇몇의 판례를 통하여 위법한 끼워팔기로 판단되어져 왔다.⁽³⁴⁾ 시행기관들이 독점규제법의 시행과 관련된 재량을 행사함에 있어서 시행기관들은 그러한 끼워팔기계약의 반경쟁적 효과와 동시에 효율성의 측면도 역시 고려하게 될 것이다. 시행기관들은 (1) 판매자가 주 상품시장에서 시장지배력을 가지고 있고⁽³⁵⁾ (2) 당해 계약이 끼워지는 상품에 대한 관련시장에서의 경쟁에 역효과를 가지고 있으며 (3) 당해 계약에 대한 효율성관련 정당화사유가 그 반경쟁적 효과를 능가하지 못하는 경우⁽³⁶⁾에는 문제의 끼워팔기계약을 독점규제법위반으로 문제삼게 될 가능성이 크다. 시행기관들은 특허, 저작권 또는 영업비밀이 그 권리자에게 당연히 시장지배력을 가져다 주는 것이라고 가정하지는 않을 것이다.

하나 또는 다수의 집합적 이용허락계약을 통해서 여러 개의 지적재산권을 동시에 이용허락하는 방식의 패키지형 이용허락계약은, 하나의 항목에 관한 이용허락계약이 다른 항목의 이용허락계약을 전제로 하는 경우에는 역시 끼워팔기의 한가지 형태가 될 수 있다. 패키지형 이용허락계약은 일정한 상황하에서 효율성을 증진하는 효과를 가질 수도 있는데, 예컨대 이러한 지적재산권의 하나의 항목을 이용하기 위하여 그 밖에 다수의 이용허락계약을 체결하는 것이 필요한 경우가 있고 이러한 때에는 이러한 패키지형 이용허락계약도 역시 효율성의 증진을 촉진할 수 있다. 만약 패키지형 이용허락계약이 위법한 끼워팔기를 구성하는 경우라면, 시행기관들은 기타의 끼워팔기계약에 적용되는 동일한 원칙하에서 그 경쟁관련 효과를 평가하게 될 것이다.

5.4 排他的 去來條件

知的財産權에 관한 배타적 거래조건은 이용허락계약이 피이용허락자로 하여금 경쟁관계에 있는 기술을 이용허락, 판매, 배포 또는 이용하지 못하도록 한 경우에 발생하게 되는 것인데 이러한 배타적 거래조건은 일반적으로 合理性의 法理하에서 평

(34) 예컨대, U.S. v. Paramount Pictures, Inc., 334 U.S. 131, 156-158(1948)(저작권의 경우); International Salt Co. v. U.S., 332 U.S. 392(1947)(특허와 이와 관련된 제품이 문제된 경우).

(35) 35 U.S.C. § 271(d)(1988 & Supp. V 1933)(끼워팔기가 관련된 특허권 남용 사례들에서 市場支配力을 요건으로 규정함).

(36) 본 지침의 다른 부분과 마찬가지로, 여기서 열거되고 있는 요건들은 시행기관들의 독점규제법 시행과 관련한 재량을 행사함에 있어서 내부적 분석과정의 지침으로 사용되는 것일 뿐이다.

가되고 있다. Tampa Electric Co. v. Nashville Coal Co., 365 U.S. 320(1961)(서먼법 제1조와 클레이튼법 제3조하에서 배타적 거래조건의 적법성 여부를 평가함); Beltone Electronics Corp., 100 F.T.C. 68(1982)(배타적 거래조건을 연방거래위원회법 제5조하에서 그 적법성 여부를 평가함)을 참조. 배타적 거래조건이 담긴 계약이 관련시장에서 경쟁을 감소시키는 경향이 있는지 여부를 판단함에 있어서 시행기관들은 (1) 당해계약이 이용허락자의 기술의 활용과 개발을 촉진하는 정도와 (2) 경쟁관계에 있는 기술들 사이의 경쟁을 제한하거나 그 활용과 개발을 배제하여 경쟁에 악영향을 미치는 정도를 고려하게 될 것이다.

배타적 거래조건은 반경쟁적인 효과를 가질 수 있는데 이러한 점은 관련시장에서의 경쟁자배제의 정도, 배타적 거래조건의 존속기간 기타 생산투입요소시장과 당해 기술에 의하여 생산된 제품시장의 특징들—예컨대, 시장집중도, 진입의 난이도, 관련시장에서의 공급 및 수요의 가격탄력성과 같은—과 각각 관련이 있는 것이다(4.1.1절과 4.1.2절을 참조). 만약 시행기관들이 특정 배타적 거래조건계약이 반경쟁적 효과를 가진다고 판단하는 경우에는 그 다음 단계로 당해 제한이 피이용허락자로 하여금 당해 이용허락된 기술을 더욱 개선하고 적극적으로 마케팅을 하거나 (또는 당해 기술의 전문적 응용을) 유도하거나 또는 당해 이용허락된 기술을 향상시킬 유인을 제공하거나 관련시장에서 경쟁을 촉진시키고 산출량을 증가시키는 程度를 평가하게 될 것이다(4.2절과 사례 8을 참조).

5.5 相互利用許諾契約과 知的財産權풀(pool)契約

상호이용허락계약과 지적재산권풀계약은 상이한 지적재산권의 권리자들이 서로 자신이 소유하고 있는 지적재산권을 이용허락해 주기로 하는 경우를 말한다. 이러한 계약은 상호보충적인 기술들을 통합하고 거래비용을 줄이며 상대방의 지적재산권이 자신의 기술의 활용을 가로막는(blocking) 상황을 방지하고 침해소송비용을 피하는 효과를 통해 친경쟁적인 유익성을 提供할 수가 있다. 상호이용허락계약과 지적재산권풀계약은 기술의 유포를 촉진하여 친경쟁적인 효과를 가진다고 볼 수 있는 경우가 많다.

하지만 상호이용허락계약과 지적재산권풀계약은 일정한 상황하에서는 반경쟁적인 효과를 가질 수도 있다. 예컨대, 지적재산권풀계약에서의 공동가격책정이나 산출량 제한의 약정은 만약 이 계약들이 당해 참가자들 사이에 경제적 행위의 효율성제고적 통합에 기여한다고 볼 수 없는 경우에는 위법한 것으로 보일 수 있다. NCAA 468 U.S. at 114(대학미식축구경기방송에 관한 산출량제한은 그것이 일정한 정당화 사유에 합리적으로 연관되어 있지 않기 때문에 위법하다고 봄)과 Broadcast Music,

441 U.S. at 23(음악저작권에 관한 一括的 저작권이용허락계약(blanket license)은 당연위법의 법리의 적용이 없는데 그 이유는 이러한 공동가격책정행위가 개별적인 음악저작권의 이용허락과는 구별되는 새로운 서비스를 제공하기 위하여 필요하기 때문이라고 함)을 비교. 상호이용허락계약 내지 지적재산권풀계약이 적나라한 가격 고정이나 시장분할을 이루기 위한 수단일 뿐인 경우에는 이를 당연위법의 법리하에서 독점규제법위반으로 문제삼을 것이다. U.S. v. New Wrinkle, Inc., 342 U.S. 371 (1952)(가격고정의 경우)를 참조.

지적재산권의 상호이용허락계약을 통한 경쟁기업간의 분쟁해결은 소송을 피하는 효과적인 수단이 될 수 있기 때문에 법원도 이러한 형태의 해결방법을 선호하는 경향이 있다. 하지만, 그러한 상호이용허락계약이 수평적 경쟁자간에서 이루어진 경우에는 시행기관들은 이러한 분쟁해결방법이 — 그러한 상호이용허락이 없었다면 관련 시장에서 실제로 또는 잠재적으로 존재했을 — 競爭을 감소시키는 효과를 갖는 것인지의 여부를 검토하게 될 것이다. 만약 이를 상쇄할만한 效率性이 없는 경우에는 그러한 분쟁해결방식은 위법하게 거래를 제한하는 것으로서 독점규제법위반으로 문제될 것이다. U.S. v. Singer Manufacturing Co., 374 U.S. 174(1963)(상호이용허락계약이 경쟁자를 배제하기 위한 넓은 공동행위의 한 일부였던 경우)를 참조.

知的財産權풀契約(pooling arrangements)은 일반적으로 참가를 원하는 자에게 모두 가입의 길을 열어놓고 있을 필요는 없는 것이라고 할 수 있다. 하지만 당사자들에 의하여 집합적으로 市場支配力을 가지고 있는 상황에서 상호이용허락계약이나 지적재산권풀계약으로부터 배제되는 것은 일정한 경우 경쟁에 악영향을 줄 수 있다. Northwest Wholesale Stationers, Inc. v. Pacific Stationery & Printing Co., 472 U.S. 284(1985)(시장지배력의 입증에 없는 경우에는 공동구매조합에 경쟁기업의 가입을 배제하는 것이 당연위법의 법리하에서 판단될 수 없다는 판시를 함)을 참조. 하지만 일반적으로 경쟁관계에 있는 기술간에 체결된 지적재산권공유계약이나 상호이용허락계약이라도 (1) 참가가 배제된 기업이 당해 기술이 이용된 상품의 관련시장에서 효과적으로 경쟁하는 것이 가능하고 (2) 계약참가자들이 관련시장에서 시장지배력을 집합적으로 소유하고 있는 경우가 아니라면 반경쟁적인 효과를 가지는 경향이 있다고 할 수 없다. 단, 만약 위와 같은 상황이 존재하는 경우라면 시행기관들은 기술공유참가에 관한 계약상의 제한이 당해 공유되는 기술들의 효율적인 활용과 개선에 합리적인 관련성이 인정될 수 있는 것인지 여부와 관련시장에서 그러한 제한이 낳을 純效果(net effect)에 관하여 평가하게 될 것이다. 4.2절을 참조.

지적재산권풀계약의 또다른 반경쟁적 효과의 가능성은 당해 계약이 계약참가자로

하여금 연구개발활동에 중사할 誘引을 잃게 하여 결과적으로 기술혁신을 지연시키는 효과를 가져오는 경우이다. 예컨대 현재와 장래의 기술을 공유할 것을 약정한 지적재산권풀계약이 그 참가자로 하여금 연구개발에 중사할 유인을 감소시킬 수도 있는데, 그 이유는 참가자들이 그들의 성공적인 연구개발의 성과를 공유해야만 할 의무를 지고 있기 때문에 각각의 참가자들은 다른 참가자의 성과에 단순히 편승할 수도 있는 것이기 때문이다. 이에 관한 일반적 논의로는 U.S. v. Mfrs. Aircraft Ass'n, Inc., 1976-1 Trade Cas. (CCH) para. 60,810(S.D.N.Y. 1975); U.S. v. Automoblie Mfrs. Ass'n, 307 F.Supp. 617 (C.D.Cal 1969), appeal dismissed sub nom. City of New York v. U.S., 397 U.S. 248(1970), modified sub nom. U.S. v. Motor Vehicle Mtrs. Ass'n, 1982-1983 Trade Cas. (CCH) p. 65,088 (C.D. Cal. 1982)를 참조. 하지만 그러한 이용허락계약은, 예컨대 規模의 經濟를 실현한다거나 참가자들의 상호보충적인 능력들을 통합 — 예컨대 상대방의 지적재산권에 의하여 자사의 기술의 활용이 가로막히는(blocked) 경우를 제거하는 것 — 하는 등의 원인에 의하여 친경쟁적인 유익성을 가지게 될 수도 있는 것이다. 그밖에, 기술혁신시장에서 이러한 계약이 차지하는 잠재적 연구개발의 지분이 어느 정도 큰 경우에라야 경쟁관련 문제를 야기할 수 있는 것이다. 3.2.3절과 사례 4를 참조.

事例 10

事實關係: 사례 9에서처럼 어떤 가전제품을 생산하는 두 선도적 기업이 그 가전 제품에 이용되는 回路設計에 관하여 각각 독자적으로 특허보유를 하고 있는데 그 기업들이 이러한 특허들을 당해 기업들에 의하여 완전히 소유되고 있는 별개의 회사에 양도하였다. 이 회사는 당해 회로의 이용권을 기타의 가전제품제조회사에게 이용허락을 해 주고 이용료를 받고 있었는데 이 예에서는 사례 9에서와는 달리 이 회사에 양도된 특허들이 모두 상호 이용을 가로막는 관계에 있는 것들로만 구성되어 있다. 회사에 양도된 특허중 어느 것도 상대방 기업의 특허를 침해하지 않고서는 이용될 수 없는 것들이다.

檢 討: 이전의 사례에서와는 달리 여기서는 특허권을 당해 기업들에 의하여 완전히 지배되고 있는 회사에 공동으로 양도한 것은 당해 양도행위가 없었을 경우 존재했을 관련 기술혁신시장에서의 실제적 내지 잠재적 경쟁을 해하는 것이 전혀 아니다. 나아가 사안의 특허권공동양도는 오히려 기술의 이용에 있어서 친경쟁적인 유익성을 가질 가능성이 있는 것이다. 즉 양도된 특허들중 어느 것도 상대방 기업에 의하여 소유되고 있는 특허권을 이용할 권리가 없다면 활용될 수 없는 것들이기

때문이다. 사례 9에서처럼 기업들은 관련상품시장에서 수평적 경쟁자들이라고 할 수 있다. 하지만 관련상품시장이나 기타의 관련시장에서 가격을 인상하고 산출량을 제한할 가능성이 있고 경제적 행동의 효율성제고적 통합과는 합리적 연관성이 없는 제한이 있다고 할 수 없는 이와 같은 경우에는 당해 사건을 평가하는 시행기관들은 이러한 계약을 독점규제법상으로 문제삼지 않을 것이다.

5.6 逆利用許諾契約

역이용허락계약(grantback)은, 피이용허락자가 당해 이용허락된 기술에 개선을 가져온 경우 이를 이용할 수 있는 권리를 이용허락자에게 이용허락하거나 양도할 것을 약정하는 계약을 말한다. 역이용허락계약은, 특히 그러한 역이용허락이 독점배타적인 것이 아닌 경우에는 친경쟁적인 효과를 가질 수 있다. 그러한 계약은 피이용허락자와 이용허락자가 위험을 공유하고 당해 이용허락된 기술에 기초하여 개선을 가져오는 기술혁신을 달성하는 것을 가능하게 한 것에 대하여 이용허락자에게 보상을 할 수 있게 해 주는 수단을 제공한다. 하지만 역이용허락계약은 만약 그것들이 피이용허락자의 연구개발의욕을 감소시키고 기술혁신시장에서의 경쟁을 실질적으로 제한하게 되는 경우라면 경쟁에 악영향을 주게 될 수 있다.

비배타적인 역이용허락계약은 피이용허락자도 개선된 기술을 활용하거나 타기업들에게 이용허락해 줄 수 있게 해 준다. 나아가 그러한 역이용허락계약은 이용허락자가 자신의 기술의 도움으로 개발된 기술을 이용할 수 없게 되어 결국 시장에서 효과적인 경쟁을 할 수 없게 되버리는 사태를 막는 것을 보장해 주는 데 필수적이다. 배타적 이용허락계약과 비교할 때에, 피이용허락자로 하여금 改善된 기술을 타기업들에게 자유롭게 이용허락해 주는 것을 막지 않는 비배타적 이용허락계약은 반경쟁적인 효과를 가질 가능성이 적은 것이다.

시행기관들은 역이용허락계약조건을 合理性의 法理下에서 평가하게 될 것이다. 일반적인 사항에 관하여는 이러한 계약의 효과를 이용허락계약의 전체적 구조와 관련시장에서의 상황들의 맥락에서 검토하고 있는 *Transparent-Wrap Machine Corp. v. Stokes & Smith Co.*, 329 U.S. 637, 645-648(1947)(기술의 이용허락계약에서 역이용허락계약은 당연위법인 것은 아님)을 참조. 시행기관들의 역이용허락계약의 분석에서 중요한 요소는 당해 이용허락자가 관련기술시장이나 기술혁신시장에서 市場支配力을 가지고 있는지 여부가 될 것이다. 만약 시행기관들은 특정 역이용허락 계약조건이 피이용허락자의 당해 이용허락된 기술에 대한 개선유인을 상당 정도 감소할 가능성이 있다고 판단하는 경우에는, 시행기관들은 당해 역이용허락계약이 갖고 있는, 위와 같은 효과를 상쇄하는 친경쟁적 효과의 정도를 검토하게 될 것이다.

이러한 친경쟁적인 효과로는 (1) 피이용허락자의 기술개선의 유포를 촉진하는 효과, (2) 이용허락자가 자신의 기술을 적극적으로 유포할 유인을 증가시키는 효과, 또는 (3) 관련 기술시장이나 기술혁신시장에서 경쟁을 촉진하고 산출량을 증가시키는 효과 등이 있을 수 있다. 4.2節을 참조. 나아가 시행기관들은 관련시장에서 역이용허락계약조건이 이용허락자의 기술혁신의욕을 증가시키게 될 정도를 무엇보다도 먼저 고려하게 될 것이다.

5.7 지적재산권의 移轉

일정한 知的財産權의 移轉行爲는 특히 『1992년 수평적 기업결합에 관한 지침』에서 언급된, 기업결합을 분석하는 데 이용되는 원칙과 기준들을 적용할 때에 가장 적절히 分析될 수 있다. 즉, 시행기관들은 지적재산권의 권리자 및 — 이용허락자를 포함하여 모든 기업들이 당해 지적재산권의 이용으로부터 배제되고 단지 피이용허락자만이 권리를 가지는 — 배타적 이용허락의 경우의 피이용허락자의 權利移轉에 기업결합의 분석을 적용하게 될 것이다.⁽³⁷⁾ 이러한 이전행위는 클레이튼법 제7조와 셔먼법 제1조 및 제2조 그리고 연방거래위원회법 제5조에 의하여 評價되어질 것이다.

事例 11

事實關係: Omega社는 특정 질병의 치료에 이용되는 새로운 의약품을 개발하여 특허를 받았다. 이러한 질병의 치료를 위해서 이용될 수 있는 것으로 시장에서 인정받은 기존의 의약품은 유일하게 Delta社에 의하여 판매되어지고 있다. Omega社의 특허 의약품은 식품의약품청(FDA)에 의하여 승인절차를 거의 마쳐 가고 있다. Omega社는 이러한 제품의 개발과 시장평가에 상당한 투자를 하였다. 이러한 평가 결과가 Omega社의 의약품은 Delta社의 그것과 상당한 경쟁관계가 있을 것이라는 점을 보여주고 있다. 하지만 Delta社의 직접적인 경쟁자로 시장에 진입하는 대신에 Omega社는 Delta社에게 자사의 특허 의약품을 제조 및 판매할 권리를 이용허락하여주었다. Delta社와의 이용허락계약은 명목상 비배타적인 것이지만 Omega社는 Delta社의 계약조건과 비교할 때에 합리적인 조건을 제시하고 있는 他企業들의 청약을 모두 거절하고 있는 상황이다.

檢 討: Omega社의 Delta社에 대한 이용허락계약이 명목상 비배타적인 것이

(37) 4.3節에서의 安全地帶는 본 節에서 논의되고 있는 지적재산권의 이전의 경우에는 적용이 없다.

긴 하지만, 상황을 볼 때 Omega社가 자사의 특허를 이용하기 위한 타기업의 기타 모든 합리적인 계약조건을 뿌리치고 있기 때문에 사실상 배타적인 성격을 가지고 있다고 보여진다. 본 사례에서의 사실관계는 Omega社가 당해 이용허락계약이 없는 경우에는 Delta社의 잠재적 경쟁자가 될 것이라는 점을 보여준다. 따라서 당해 특정 질병을 치료하기 위하여 이용되는 의약품을 포함하는 관련 상품시장에서 그들은 수평적인 관계에 있는 것이다. 이러한 사안을 평가하고 있는 시행기관은 사안이 잠재적인 경쟁기업의 인수와 관련이 있다고 보아 이 거래행위에 대하여 기업결합의 분석을 적용하게 될 것이다.

6. 有效하지 않은 知的財産權을 주장하여 강제적으로 시행하려고 하는 行爲

시행기관들은 유효하지 않은 지적재산권을 주장하여 이를 강제적으로 시행하려는 행위에 대하여도 이를 독점규제법위반으로 문제삼을 것이다. 즉, 특허상표청이나 저작권청을 기망하여 취득한 특허를 시행하거나 시행하려고 시도하는 행위는 — 만약 셔먼법 제2조나 연방거래위원회법 제5조하의 책임을 구성하기 위하여 필요한 요건이 모두 입증되었다면 — 각각의 법률의 위반을 구성하게 된다. Walker Process Equipment, Inc. v. Food Machinery & Chemical Corp, 382 U.S. 172(1965)(특허의 경우); American Cyanamid Co., 72 F.T.C. 623, 684-685(1967), aff'd sub. nom. Charles Pfizer & Co., 401 F.2d 574(6th Cir. 1968), cert. denied, 394 U.S. 920(1969)(특허의 경우); Michael Anthony Jewelers, Inc. v. Peacock Jewelry, Inc., 795 F. Supp. 639, 647(S.D.N.Y. 1992)(저작권의 경우)를 참조. 하지만 단순히 특허상표청앞에서 행한 형평법위반의 행위는, 만약 그 행위가 의도적인 기망행위인 동시에 기타 셔먼법 제2조상의 책임을 지게 되는 요건을 모두 충족하는 경우가 아니라면, 그 자체로 셔먼법 제2조상의 책임을 구성하는 것이 되지 않는다. Argus Chemical Corp. v. Fibre Glass-Evercoat, Inc., 812 F.2d 1381, 1384-1385 (Fed. Cir. 1987)을 참조. 단, 일정한 상황하에서는, 기망행위에 미치지 못하는 형평법위반의 행위에 의하여 취득된 특허권을 주장하여 이를 시행하거나 시행하려고 시도하는 행위가 연방거래위원회법 제5조를 위반하는 경우도 있다. 위의 American Cyanamid Co.를 참조. 이밖에도 객관적인 근거가 결여된 상태에서 경솔하게 지적재산권시행을 위한 소송을 벌이는 것 역시 셔먼법 위반요건을 충족할 수가 있다. Professional Real Estate Investors, Inc. v. Columbia Pictures Industries, Inc., 113 S. Ct. 1920, 1928(1993)(저작권의 경우); Handgards, Inc. v. Ethicon, Inc., 743 F.2d 1282, 1289(9th Cir. 1984), cert. denied, 469 U.S. 1190(1985)(특허의

경우); Handgards Inc. v. Ethicon, Inc., 601 F.2d 986, 992-996(9th Cir. 1979), cert. denied, 444 U.S. 1025(1980(특허권의 경우); CVD, Inc. v. Raytheon Co., 769 F.2d 842(1st Cir. 1985)(영업비밀의 경우), cert. denied, 475 U.S. 1016 (1986)을 참조.