

디지털경제법제④

**첨단 산업분야의 표준제정에 대한
독점규제법 적용 연구**
- 미국의 관련 법리를 중심으로 -

2002. 7

연구자: 김두진(부연구위원)

한국법제연구원

목 차

제 1 장 서 론	5
1. 첨단산업분야의 의미	5
2. 표준제정 또는 표준화의 의미와 기능	6
3. 표준의 분류	8
(1) 법적 표준과 사실상 표준	8
(2) 국가표준, 단체표준 및 국제표준	9
(3) 개방형 표준과 폐쇄형 표준	11
제 2 장 첨단산업분야의 표준에 대한 독점규제법의 적용	13
1. 네트워크산업에서의 표준화의 순기능과 역기능	13
2. 표준설정조직의 표준선정에 대한 기본적 평가	16
(1) 표준설정 조직의 경쟁법적 공과	17
(2) 표준설정조직의 효율성	20
(3) 표준설정조직 자체에 대한 경쟁법의 취급	26
3. 표준설정조직의 회원자격부여의 거부	30
4. 표준설정조직의 반경쟁적인 표준선정	38
(1) 반경쟁적 배타행위로서의 표준 채택의 부정	38
(2) 반경쟁적 배타행위로서의 특정한 표준의 승인	48
5. 표준설정 과정이나 절차의 파행	49
(1) 이해관계자의 표준설정절차의 통제	51
(2) 이해관계자의 표준설정조직에 대한 부실표시	54
6. 표준에 포함된 지적재산권의 행사	61
(1) 지적재산권과 표준설정의 관계에 대한 경쟁법적 해석	61

(2) 실시권자카르텔로서의 공동 방어협정	63
(3) 지적재산권을 제한하는 표준설정 조직의 규칙	66
7. 지배적 기업에 의한 일방적 표준설정에 의한 시장지배력남용	73
 제 3 장 결 론	 77
참고문헌	81

제1장 서론

우선 이 부분에서는 본고의 주제와 관련된 기본적인 개념들에 관하여 개관하기로 한다. 첨단산업의 의미, 표준계정 또는 표준화의 의미와 기능 그리고 표준은 무엇이며 어떻게 분류되는가 등에 관하여 살펴보기로 한다.

1. 첨단산업분야의 의미

우리 나라에서 기존 산업부문인 재래산업과 구별되는 이른바 6대 신산업¹⁾으로는 정보기술(IT), 생물기술(BT), 환경기술(ET), 나노기술(NT), 문화기술(CT), 항공우주기술(ST) 등이 꼽힌다.²⁾ 첨단산업분야라 하면 이들 각 신산업의 분야에서 가장 앞서가고 있는 부분이 모두 포함될 수 있겠으나, 본고에서 특별히 의미를 두는 것으로는 대규모로 몰개성적으로 영위되는 경제활동에 대응하여 일정한 종류의 상품과 용역을 효율적으로 공급하기 위하여 관련한 다양한 네트워크를 형성하는 네트워크산업³⁾내지 혁

- 1) 종래 전통적 산업분류표상으로는 산업은 1차산업(농림어업), 2차산업(광업, 제조업), 3차산업(서비스산업) 등으로 나뉘었으나, 최근에는 신산업과 재래산업으로 분류되기 시작하고 있다. 물론 기존 산업도 신기술을 활용하여 부가가치를 높이면 신산업에 들어갈 수 있다. 따라서 신산업과 재래산업을 명확히 구분하기는 그리 쉽지 않다.
- 2) 김대중 대통령은 2002년5월30일 제38회 무역의 날 기념식에 참석, "지식기반 신산업을 육성하는 가운데 전통산업의 경쟁력을 한 차원 높여가야 하며 이러한 경쟁력 향상이야말로 가장 확실한 수출대책이 될 것"이라면서 "정부는 정보기술(information technology), 바이오기술(bio technology), 나노기술(nano technology), 환경기술(environmental technology), 문화기술(cultural technology) 등 지식기반산업이 우리 수출의 기반산업으로 발전해갈 수 있도록 2005년까지 10조원을 투자할 계획"이라고 밝혔다.
- 3) 네트워크의 핵심적 속성은 그것이 다수의 네트워크산업에서 발견되는 생산이나 공급 측면은 물론 수요측면의 규모의 경제를 보인다는 점이다. 네트워크효과는 사용자가 얼마나 많은 다른 사람들이 그것을 사용하고 있는냐에 의존하여 목적 자산을 평가하는 경우에 발생한다. 환언하면, 어떤 상품이나 용역의 가치는 그것이 보다 많은 소비자에게 판매될수록 소비자에게 그것의 가치가 점증하게 된다. 네트워크경제와 네트워크효과에 관하여는 Dennis W. Carlton & J. Mark Klammer, *The Need for Coordination Among Firms, with Special References to Network Industries*, 50 U. Chi. L. Rev. 446 (1983); Michael Katz & Carl Shapiro, *Systems Competition and Network Effects*, 8 J. Econ. Persp. 93 (1994); Mark A. Lemley & David McGowan, *Legal Implications of*

신(innovation)이 그 시장에서의 경쟁을 주도하는 산업으로서 구체적으로 거명하자면 컴퓨터의 하드웨어와 소프트웨어, 인터넷이나 유무선정보통신과 관련한 하드웨어와 소프트웨어 등의 산업분야를 들 수 있다. 이러한 첨단산업의 개념은 기존 산업중 금융업, 교육사업 등과 함께, 고급노동력이 생산성을 좌우하는 이른바 지식기반산업의 범주에 포함되는 것이다.

2. 표준제정 또는 표준화의 의의와 기능

현재 세계적으로 가장 영향력 있는 표준설정조직인 국제표준화기구(International Organization for Standardization: ISO)의 정의에 의하면, 표준(standards)이란 기술적인 규격(technical specifications) 혹은 세부기준(precise criteria)을 포함하고 있는 문서화된 합의로서 재료, 상품, 과정 및 용역이 그 목적에 맞도록 보장하기 위하여 규칙, 지침 또는 특성의 정의(definitions of characteristics)로서 일관되게 사용된다고 한다.⁴⁾ 우리는 표준을 어떤 재료, 상품이나 과정에 일반적 설계(design)를 제공하거나 제공할 의도를 가진 일련의 기술적 규격(technical specification), 규정(code), 지침(guideline), 권고관행(recommended practice), 평가규칙(grading rule) 등으로 넓게 정의하기로 한다.

Network Economic Effects, 86 Calif. L. Rev. 479 (1998); Carl Shapiro & Hal R. Varian, *Information Rules: A Strategic Guide to the Network Economy* (1999).

네트워크산업은 21세기의 경제의 중심적 신경계이다. 이 경제에 있어 가장 가치있는 일용품은 정보가 되었고, 네트워크경제는 거의 모든 정보제품과 용역에 적용된다. 정보는 하나 이상의 사람에 의해 소비될 수 있는데, 가장 중요한 것은, 정보의 총사회적 가치는 그것이 보다 많은 소비자에 의해 분점될 때 증가된다는 점이다. 이것을 "정보경제"라 부르건 "네트워크경제"라고 부르건 간에, 그것의 함의는 동일한 네트워크 경제가 전체경제에서 점차 더 많은 비중을 점하고 있고 혁신 및 기술적 변화의 상당 부분의 동인이 되고 있다는 것이다. David A. Balto, *Standard Setting in a Network Economy*, address in the Antitrust Law Seminars International (2000.2.17).

4) <http://www.iso.ch/iso/en/aboutiso/introduction/index.html>. (Last modified 2002.7.17.)

예컨대 현재 널리 사용되고 있는 신용카드(credit cards), 전화카드 및 스마트카드(smart cards) 등에서 사용되는 두께는 0.76mm로서 이것은 ISO의 국제 표준에서 파생된 표준으로서 범세계적인 호환성(compatibility)을 담보해준다. 그러므로 국제 표준은 세계인들의 삶을 보다 간편하게 하고, 우리가 사용하는 상품과 용역에 대한 신뢰성과 유효성을 증대시킨다. 특히 네트워크산업에 있어서의 표준의 중요성은 일반 산업에 있어서의 그것에 비하여 훨씬 크다. 예컨대 전자상거래(e-commerce)는 공개된 표준설정절차를 통해 수립된 공유적 통신규약(protocol)을 사용하는 네트워크상에서 이루어지는 상거래로도 정의될 수 있다.⁵⁾ 인터넷과 같은 네트워크가 연결되기 위해서는 상호작동이 가능하여야 하고 그러기 위해서는 표준이 필수적이다.

각 가계가 더 이상 경제적으로 자금자족하지 못하게 된 산업시대의 도래 이래로, 표준은 화폐경계가 기능하기 위하여 필수적인 것이 되었다. 표준 및 표준설정조직은 다양한 형태로 나타난다. 우선 일부 표준은 극단적으로 복잡하고 기술적인 속성을 갖는다. 예컨대 Microsoft사의 Windows운영체계의 호환성을 정의하는 응용프로그램 인터페이스의 조합이나 컴퓨터 모델 통신 규약이나 IPsec과 같은 인터넷 통신규약상의 보안표준은 산업 표준이고, 그 적합한 interface나 code를 알고 사용하는 자는 그 표준의 준수자이며 그들의 제품은 Windows운영체제나 인터넷통신소프트웨어와 상호작동할 것이다. 다음으로 일상생활에서 보통의 소비자들이 사용하는 간단한 표준화된 제품들도 있다. 예컨대 전기 플러그와 콘센트는 특정한 전압, 저항, 플러그 형태나 크기 등에 관한 표준에 맞추어 제조된다. 그 밖에도 전화서비스, 자동차 점화와 동력전달 장치 및 수많은 제품들이 표준화되어 있다. 이 표준화 덕분에 우리는 국내 어느 호텔방에 투숙하더라도 자신의 헤어 드라이어를 호텔의 콘센트에 꽂아서 작동시킬 수 있을 것으로 믿을 수 있다. 즉 표준은 생산자와 소비자에게 타인이 생산한 제품의 품질을 판단하고 그들 제품의 안전성을 결정할 수 있는 정보를 제공한다.

4) OECD Committee on Competition Law and Policy, "Competition Issues in Electronic Commerce", (2001.1.23), DAFNE/CLP(2000)32, Executive Summary.

또한 표준은 보완재간 및 특정 제품의 다양한 부품간의 호환성을 담보한다. 한편 표준이 전술한 것과 같은 것을 사전에 약속한 내용 자체인데 반해, 표준화(standardization)는 그 내용을 약속하는 과정을 말한다.

3. 표준의 분류

표준은 표준화를 추진하는 주체의 유무나 성격에 따라 법적 표준과 사실상 표준 등으로, 표준화의 참여범위에 따라 국가표준, 단체표준, 국제표준 등으로 그리고 표준설정과정의 유형에 따라 개방형표준과 폐쇄형표준 등으로 구별된다.

(1) 법적 표준과 사실상 표준

법적 표준(de jure standard)은 법으로 구속력을 갖는 표준을 그러한 표준을 설정할 권한을 법으로 부여받은 기관이 제정한 표준을 가리킨다. 법적 표준은 공식 표준이라고도 하는 것으로서 예컨대 후술하는 ISO와 같은 공식 표준화 기구에서 제정한 ISO 9000이나 ISO 14000 등의 표준이나 우리나라의 한국산업규격(Korean Industrial Standards: KS)⁶⁾이 여기에 해당된다. 이에 대하여 사실상 표준(de facto standard)은 시장에서의 표준경쟁을 통하여 승리한 표준이 시장을 지배하는 것을 가리킨다. 사실상의 표준화는 소비자들이 하나의 상품이나 통신규약에 집중하고 그것의 경쟁자를 거부하는 것처럼, 시장의 작용에 의하여 표준이 발생하는 것이다. 이 사실상의 표준화의 형태는 시장에서 모든 이들의 동일 상품 선택과 수반되는 커다란 장점 때문에 강력한 네트워크 효과의 성격을 갖는다. 하나의 예를 든다면, 1970년대말 VTR의 녹화 및 재생 표준에 관하여 일본의 소니(Sony)사는 Betamax방식, 마쓰시타(松下)사는 VHS방식을 각각 개발했다. 기술적으로는 소니사의 Betamax방식이 더 훌륭했다고 평가되고 있으나, 5년 이상 걸린 시장에서의 표준 경쟁의 결과 결국 마쓰

6) 한국산업규격(KS)은 산업표준화법(1961.9.30. 법률제732호제정, 2001.12.31 법률제6575호개정)에 의거하여 산업표준심의회 심의를 거쳐 기술표준원장이 고시하여 제정되는 표준이다.

시타사의 VHS 표준이 승리하였다.⁷⁾ 또 다른 사실상 표준의 예로는 미국의 Microsoft사의 개인용컴퓨터(PC) 운영체제 표준인 MS-DOS나 Windows시리즈를 들 수 있다. 어떤 표준설정조직도 그것을 우선적이거나 공식적인 운영체제로서 채택하지 않았으나, 시장이 Microsoft사의 운영체제를 우세한 표준으로 선택하였던 것이다.

법적 표준은 정부기관이나 준정부기관에 의하여 설정(standard-setting)되는 것이나 사실상 표준은 시장에서의 표준경쟁에 의하여 스스로 정해지는 것이므로 공적 설정기관이 존재할 수 없고 따라서 사실상 표준화(de facto standardization)가 존재할 수 있을 뿐이다. 물론 사실상 표준이 공식적인 절차를 통하여 법적 표준으로 설정되는 것도 이론상으로 상정할 수 있다.

(2) 국가표준, 단체표준 및 국제표준

국제표준(global standard)은 전세계 국가가 참여해 합의한 표준으로 표준의 적용범위가 전세계에 미친다. 대표적인 국제표준의 설정조직으로는 ISO, IEC 등이 있다. 국제표준화기구(ISO)는 상품 및 서비스의 국제적 교환을 촉진하고, 지적 과학적 기술적 경제적 분야에서의 협력 증진을 위하여 세계 공통의 자발적 기술 표준의 개발을 목적으로 1947년에 설립된 기구로서, 2001년 말 현재 세계 140개 이상의 국가 표준설정조직이 1국 1조직씩 회원으로 가입하고 있으며 약 13,500종의 표준을 보유하고 있다. 그리고 국제전기기술위원회(International Electro-technical Commission: IEC)는 전기 및 전자분야에서 표준화와 관련한 국제협력을 촉진하고 국제적인 이해를 증진시키고자 1906년에 설립된 기구로서, 2001년 말 현재 세계 61개국이 IEC에 회원으로 가입하고 있으며 약 4,700종의 표준을 보유하고 있다.⁸⁾

이에 대하여 단체표준은 한 국가내의 표준화 단체가 합의한 표준을 말한다. 정보산업(IT)분야의 대표적인 단체표준화 기관으로는 미국의 T1위원

7) 마쓰시타는 필립스 등 경쟁업체들에 기술을 전수하고 할리우드 영화사들과 적극적으로 제휴함으로써 소니를 고사시켰다.

8) <http://standard.ats.go.kr/home.asp>.

회·TIA·IEEE·SCTE, 유럽의 ETSI·ECMA, 일본의 TTC·ARIB, 우리나라의 한국정보통신기술협회(Telecommunications Technology Association: TTA) 등이 있다. 이러한 단체표준은 그 영향력이 커지면 국가기관의 후원이나 감독을 통하여 일정한 절차를 거쳐서 국가표준으로 선정되기도 한다. 전술한 법적 표준인 한국산업규격(KS)은 동시에 국가표준의 일종이다. 국가표준은 정부가 적정한 표준을 식별하고 설정하여 모든 시장 참여자들에게 준수를 강제하는 것이다. 예컨대 미국 연방통신위원회(FCC)는 전화 네트워크간의 상호접속 표준과 상품의 사용을 규율하는 표준을 설정한다.⁹⁾ 또한 1990년대에, 미국정부는 고화질 텔레비전(HDTV)에 대한 표준논쟁에 개입하여 일본식이나 유럽식과 상이한 미국식 표준을 선정하였다. 미국의 첨단 연구프로젝트국(Advanced Research Project Agency)과 국립과학재단(National Science Foundation)과 같은 기관들은 인터넷 상호접속 통신규약의 제작을 포함한 인터넷의 발전에 중요한 역할을 하였고, 인터넷공정작업반(Internet Engineering Task Force: IETF)과 같은 사적 인터넷 표준설정 집단은 과거에 미국정부가 후원한 표준 조직이었다. 전체적으로 미국은 1996년에 총 9만3천개 가량의 표준을 보유하고 있는 것으로 추정되고 있다.¹⁰⁾ 우리나라의 경우 차세대 인터넷표준에 관한 IPv6 포럼코리아, 전자지급표준에 관한 한국전자지불포럼(Korea Electronic Payment Forum), 인터넷 보안기술 포럼(Internet Security Technology Forum), 전자상거래표준화 통합포럼(Integrated Forum on Electronic Commerce), 차세대방송표준포럼(Advanced Digital Broadcasting Standardization Forum) 등의 사적 표준설정 집단이 정보통신분야에서 활동중이다.¹¹⁾

9) F.C.C. Rules, 47 C.F.R. §68.1.

10) 그 중 연방정부가 제정한 것은 약4만4천개, 민간부문의 표준은 약4만9천개로 추산된다. 민간부문의 표준중 약1만4천개는 미국기계공학회(American Society of Mechanical Engineers: ASME), 미국유화학회(American Oil Chemists Society: AOCS), 미국전기전자공학회(Institute of Electric & Electronic Engineers: IEEE) 등의 학회·전문기관이, 약1만6천개는 미국전자공업협회(Electronic Industries Association: EIA) 등의 무역협회가, 약1만7천개는 미국국가표준협회(American National Standards Institute: ANSI) 등의 표준개발기구가, 약3천개는 비공식적 표준개발자가 각각 채택하였다.

11) 그 밖에 인터넷전화표준에 관한 인터넷텔레포니포럼(VoIP Forum), 동영상음향관련

(3) 개방형 표준과 폐쇄형 표준

표준설정조직이나 자신의 전유적인 표준에 대하여 사실상의 통제력을 가진 기업은 그 표준을 수립하는 데에 두 가지 선택권을 가진다. 그 조직이나 기업은 표준설정절차를 모든 경쟁자보다는 적은 수의 하위그룹으로 제한할 수 있고 이것은 통상 완성된 표준에 대한 제한된 접근을 가져온다. 그와 달리 표준설정절차는 공개적이고 집단적이고 모든 이해관계있는 당사자들이 참여하는 것이 허용될 수도 있다. 전자를 개방형 표준설정(open standard-setting), 후자를 폐쇄형 표준설정(closed standard-setting)이라고 부른다. 이 선택은 중요한 법적 정책적 세분화를 가져온다. 집단적 의사결정에 의한 공개적인 표준설정절차의 사용은 통상 시장지배력의 행사에 대한 독점금지법적 우려를 감소시킨다. 그러나 공개적 표준설정절차는 각자 전유적인 기술을 보유한 경쟁자들간의 컨센서스의 필요성 때문에 효율성을 감소시킬 수 있다. 자발적 표준설정은 너무 느리고 간헐적으로 발생하는 경향이 있고, 전유적인 통제가 실제로 문제되는 표준설정에 있어서는 완전한 해결책에 근접한 결과를 제공하는 일이 너무나 드물다.¹²⁾

첨단기술산업에서는, 컨센서스에 의하여 설정된 표준은 그것이 실행되기도 전에 낡은 것이 되고 만다. 그리고 너무나 포괄적인 표준설정은 혁신에 대한 유인을 지체시킬 수 있다. 그러므로 독점금지 정책은 공개형과 폐쇄형 표준설정중 어느 것에 의하여 사회적 후생이 극대화될지 선형적으로 판단할 수 없다. 대부분의 독점금지쟁점들처럼, 그것은 모두 특정 사실관계

MPEGKorea포럼, 인터넷정보가전포럼(Internet Appliance Standardization Forum), 차세대개방형네트워크포럼(Next-generation Open Network Forum), 소프트웨어컴포넌트표준화포럼, 인터넷 정보자원 관리관련의 URI Forum, 무선인터넷표준화포럼, 전자서명관련 한국PKI포럼, 물류정보화포럼, 지능형교통시스템표준에 관한 ITS포럼, 광인터넷포럼(Korea Optical Internet Forum), 차세대초고속정보통신표준관련 xDSL포럼, 초고속정보통신망통합관리표준화포럼, 초고속무선LAN포럼, 무선정보전달기술표준에 관한 블루투스표준화포럼, 디지털컨텐츠의 저작권보호 체계에 관한 DRM포럼, e-Book표준화포럼 등이 있다. 한국정보통신기술협회, 2001년도 정보통신표준화백서, 제3부.

12) Report by the Federal Trade Commission Staff, *Anticipating the 21st Century: Competition Policy in the New High-Tech, Global Marketplace* (May 1999), Ch. 9 at 27-28.

에 달려 있다. 전유적인 사실상의 표준은 개별 기업으로 하여금 시장지배력을 행사하기 위하여 표준을 사용할 수 있게 한다. 효율 때문에 전유적 기술의 사용을 요하는 표준의 경우에는, 표준은 사실상의 그것이든 형식적 절차에 의한 것이든 시장에서 채택된다면, 그 기술에게 이전에는 결여되어 있던 시장지배력을 부여할 수 있다. 그러므로 채택된 표준과 전유적 기술을 통하여, 독점화의 가능성 또는 보다 적게는 경쟁자의 비용 상승 유발이 존재한다.¹³⁾

13) James J. Anton & Dennis A. Yao, *Standard-Setting Concertia, Antitrust, and High-Technology Industries*, 64 *Antitrust L.J.* 247, 261 (1995).

제 2 장 첨단산업분야의 표준에 대한 독점규제법의 적용

표준은 본질적으로 산업발전을 위하여 필수적인 것으로 인정되고 있으나, 국제무역에 있어서는 자유무역을 막는 비관세장벽(NTBs)의 일종이 아닌가 하는 점이 문제되고, 독점규제법및공정거래에관한법률(이하 독점규제법¹⁴⁾으로 지칭한다)의 영역에서는 여러 기업들을 회원으로 하는 표준설정조직의 표준 설정 자체가 독점이나 부당한 공동행위, 즉 카르텔의 수단이 아닌가 하는 의심을 받고 있다.

본고에서는 표준설정조직이나 그 회원사들에 의한 표준설정에 관련한 여러 가지 특정 독점금지 우려가 있는 쟁점들에 대한 독점규제법의 적용원리를 검토한다. 이 주제가 갖는 복잡성으로 인하여 그리고 아직까지 깊은 연구가 되어 있지 않은 분야이기 때문에 이것은 완결적인 것이라기 보다는 더 높은 논의를 위한 예비적 관점이라는 것을 미리 언급하는 바이다.

1. 네트워크산업에서의 표준화의 순기능과 역기능

다수의 시장에서 표준화는 소비자에게 중요한 혜택을 부여한다. 이것은 특정한 소비자에 대한 상품의 가치가 얼마나 많은 다른 소비자들이 동일 상품 또는 호환 상품을 사용하는지에 달려있는 네트워크 시장에서 특히 그러하다. 전형적인 예는 상품의 가치가 전적으로 동일한 네트워크상의 다른 사람의 수에 의해 결정되는 전화 네트워크이다. 컴퓨터 운영체제와 같은 다른 상품은 얼마나 많은 수의 사람들이 그것을 사용하는지에 관계없이 본질적인 가치를 갖지만 점점 더 많은 소비자들이 그것을 채택할수록 가치가 증가된다. 이들 산업에서는 표준화에 의해서 소비자는 먼 곳에서 자기들의 상품을 믿고 사용할 수 있는 점만이 아니라, 동일한 표준을 사용하는 타인들과 정보를 교환할 수 있다는 점 때문에 혜택을 입는다. 나아가서 보

14) 이하 본고에서 미국의 셔먼법 등의 경쟁법을 가리킬 때에는 "독점금지법"이란 용어를 사용하여 우리나라의 "독점규제법"과 구별하고, 독점규제법과 독점금지법을 포함한 전체를 지칭하는 용어로서 "경쟁법"이라는 용어를 사용하고자 한다.

완재시장은 흔히 낮은 시장점유율의 상품보다는 산업표준인 상품에 맞게 생산되도록 조정된다. 예컨대 소프트웨어 판매상들은 소비자가 많은 Microsoft의 운영체계(OS)와 호환되도록 응용프로그램을 제작하기를 더 선호한다. 이것은 반대로 소비자들로 하여금 모든 이들이 구매하는 하나의 제품을 구매하도록 압박하게 되는데, 이것이 락인(tipping)이라는 현상이다.¹⁵⁾

네트워크시장이 아니더라도 표준설정은 다양한 친경쟁적 효과를 발생시키지만, 네트워크시장에서는, 표준화는 불가피하며 그것이 실질적인 소비자이익을 수반한다. 경쟁의 관점에서 살펴보면, 표준설정은 통상 친경쟁적이다. 표준설정은 소비자에게 세 가지 방식으로 혜택을 준다.¹⁶⁾ 첫째, 표준기술과 상품은 아주 잘 비교되고 대조될 수 있기 때문에, 표준설정은 가격경쟁을 증가시킨다. 둘째, 그것은 호환성과 상호작동가능성을 증가시켜서, 새로운 공급자가 기반이 되는 표준기술과 관련된 상품 및 용역을 생산하는 데에 경쟁하는 것을 허용한다. 마지막으로, 표준설정은 설치된 기초로 하여금 응용분야의 거대한 네트워크와 호환될 정도로 경제적 및 기능적 가치를 확대하면서 특정 기술의 사용을 증가시킬 수 있다.

나아가서 많은 사업에서 표준은 경쟁과 무관하거나 심지어 적대적인 이유에서도 가치를 지닐 수 있다. 예컨대 건설용 제품은 방화를 위한 사업표준을 충족하여야 하고, 의사, 변호사 및 전문직종사자들은 최소 자격요건을 충족하여야 한다. 이들 후자의 표준들은 가격경쟁을 촉진한다는 협의의 친경쟁적 효과를 갖지는 않으며 오히려 반대효과를 가지는 것이 보통이다. 그러나 이러한 유형의 표준도 소비자들로 하여금 위험한 제품을 구매하도록 인도하지 않으며 또는 무자격 의사들을 그들이 저렴하다는 이유만으로 고용하지 않도록 보장함으로써 전체적으로는 사회적 후생을 증진할 수 있다.

15) 네트워크가 완성되면, 네트워크에 수반된 긍정적 수요측면의 외부성은 시장을 tipping할 여지가 있게 만들고, 그럼으로써 소비자들은 분명해진 승자에게 전인된다. 강력한 긍정적 피드백 요소 때문에, 시스템시장은 특히 tipping의 발생이 용이한데, 이것은 하나의 시스템이 일단 최초의 우세를 점하면 인기도에서 그 경쟁자를 완전히 따돌리는 경향을 가리킨다. Katz & Shapiro, *op. cit.*, at 106.

16) David A. Balto, *op. cit.*, Ch. II.

반면에 표준화는 경쟁에 잠재적인 위협이 되기도 한다. 네트워크 효과가 없다면, 경제학자들은 다수의 기업들이 삼이한 종류의 제품을 제공하기 위하여 경쟁하는 경우에 소비자들에게 가장 유리하다고 보는 것이 일반적이다. 단일 상품으로의 표준화는 소비자의 선택을 제한하는 데, 그 정도가 심하다면 그것은 바람직하지 않다. 물론, 어떤 시장이 경쟁적이면, 일단 필요없이 표준화되었다고 궁극적으로는 여러 가지 종류의 상품을 제공하는 새로운 진입자에 의한 경쟁에 의하여 그러한 불필요한 표준화는 축출될 수 있을 것이다. 그러나 표준설정조직은 명시적이든 묵시적이든 담합을 위한 협상태이블을 제공하여 실제로 카르텔로서 작동함으로써 그러한 경쟁을 저지할 수 있다. 예컨대 경쟁자나 경쟁자의 집단은 다른 기업의 상품의 사용이나 승인을 배제하기 위하여 계획된 표준을 선택하고자 할 수 있고, 경쟁자를 표준설정조직이나 당해 표준에 적용하기 위하여 필요한 정보로부터 불공정하게 배제할 수도 있다.

또한 표준설정은 새로운 더 나은 기술을 이용한 혁신을 지연시키거나 낡은 표준을 옹호할 수 있다. 그 결과, 표준설정은 잠정적으로 소비자들이 바라거나 요구하는 상품의 생산비를 상승시켜서 그 상품의 입수가능성을 제한할 수 있다.

그러나 조직적 형태의 표준화가 발생할 수 있다. 상호작용 가능한 표준을 획득하기 위한 하나의 접근방법은 사적 조직이 모든 회원들에게 단일 표준을 채택하고 그것을 개방하는 것인데, 만일 그러한 집단의 회원들이 집단적으로 상당한 시장점유율을 갖고 있다면, 그들의 단체표준의 채택은 산업의 나머지 부분을 정렬시킴으로써 전술한 tipping효과를 발생시킬 수 있을 것이다.¹⁷⁾

17) 물론 모든 표준설정 그룹이 그러한 시장통제력을 갖는 것은 아니다. 대다수의 성공적인 집단 표준은 소규모로 시작해서 지배적인 것으로 성장하였다. Martin C. Libicki, *Standards: The Rough Road to the Common Byte*, in *Standards Policy for Information Infrastructure* 35, 75 (Kahin & Abbate eds. 1995).

2. 표준설정조직의 표준선정에 대한 기본적 평가

표준설정조직이 전체 또는 부분적으로 지적재산권이 적용되는 표준을 채택하거나 채택하지 않은 경우에 제기될 수 있는 쟁점들에 관하여 검토한다.

이들 쟁점들은 3가지 기본적 방식으로 제기된다. 첫째, 어떤 표준을 채택하든가 채택하지 않는 결정에 대해 불만이 있는 당사자는 그 결정에 대하여 반경쟁적인 것이라고 이의를 제기할 수 있다. 지적재산권과 관련해서는, 이들 청구는 전유적인 표준을 채택한 표준설정조직에 대하여 제3자가 행하거나 특허권자가 표준설정조직이 자신의 표준을 채택하지 않았다는 이유로 제기한다. 둘째로, 피고는 통상 전유적인 기술의 표준 채택을 얻어내기 위하여 또는 이론상 전유적인 기술의 표준 채택을 방해하기 위하여 표준설정과정을 조작하였다는 혐의를 받을 수 있다. 마지막으로 표준설정조직은 그들이 채택한 표준에 대하여 지적재산권자가 보유한 지배를 약화시키기 위하여 흔히 강제 라이선싱이나 공동 방어 협정(joint defense arrangements)과 같은 기술을 사용하는데, 이들 협정은 그 자체 반경쟁적인 것으로서 문제가 제기될 수 있다.

이러한 표준선정에 관한 미국법원의 독점금지법리는 거의 전적으로 집단적 표준설정과 표준을 결정하기 위하여 사용된 과정이나 절차에 논의의 초점을 맞춰왔는데, 이것은 대부분의 집단적 행위에 대한 독점금지법리가 경쟁자의 수나 집단을 이루는 개체의 시장점유율 및 그 개체의 구성원이 그 개체에 대하여 독립적으로 경쟁할 수 있는지 여부 등 구조에 초점을 맞추는 것과 비교된다.¹⁸⁾

18) David A. Balto, *op. cit.*, Ch. II. (법원이 표준설정과 관련한 독점금지분석에 있어서 절차적 적법절차에 초점을 맞춰온 원인을 세 가지 이유로 설명하고 있다. 첫째, 절차는 시장지배력이나 반경쟁적 효과 같은 복잡한 쟁점보다 더 투명하다. 실로, 절차의 흥결이나 절차적 부정은 반경쟁적 동기나 고의에 대한 강력한 증거를 제공할 수 있다. 둘째로, 법원으로는 특히 첨단기술 네트워크산업에 있어서의 상이한 표준들간의 상대적 우월성을 판단할 여건이 충분하지 않다. 즉 법원은 표준A가 표준B보다 친경쟁적일 것인지 여부를 판단하는 것보다 어떤 절차가 공정한지 여부를 판단하는

(1) 표준설정 조직의 경쟁법적 공과

① 표준설정 조직 자체의 경쟁법적 우려

독점금지법의 전통적 관점에서는 표준설정조직의 존재 자체는 우려를 야기할 수 있다. 결국 대부분의 표준설정조직은 정규적으로 모여서 상품 정보를 교환하고 많은 경우에 어떤 종류의 상품을 장래에 생산할지를 결정함에 협력하는 경쟁 기업들로 구성되기 때문이다. 자주 인용되는 아담 스미스가 한 유명한 말처럼 “동일한 업종에 종사하는 사람들이 친교를 위하여 함께 만나더라도 항상 대화는 공중에 불이익이 되는 공모나 가격을 올리는 이야기로 끝난다”¹⁹⁾는 관점에서는 경쟁자들이 한 조직에서 집단으로 행동한다는 사실만으로도 독점금지법적 우려의 중요한 원인이 될 수 있다. 비록 경쟁자간 협력의 역할에 관하여 보다 완화된 관점을 취하더라도 표준설정조직과 관련하여 독점금지법적 위험을 포착할 수 있다. 즉 고도로 혁신적인 산업에서 장래의 상품에 관한 세부계획의 교환, 가격을 설정할 기회 및 그 설계의 일부를 다른 기업이 추적하는 것을 효과적으로 방해하기 위한 표준에 관한 협정 가능성 등이다.

거래제한중 수평적 협정은 역사적으로 당연 위법이다. 일부는 표준설정조직의 경우에도 그러한 취급이 적정하다고 주장할 수도 있다.²⁰⁾ 실로 연방대법원은 근래의 표준설정조직과 독점금지에 대한 검토에서 이러한 입장의 선례를 남겼다. 동법원은 American Society of Mechanical Engineers v. Hydrolevel 사건에서 그 산업계내의 평판과 영향력 때문에 어떤 표준설정조직은 경쟁에 심각한 영향을 미칠 수 있다고 보고, 미국 기계공학회(ASME)와 같은 표준설정조직은 반경쟁적 활동을 할 기회가

것이 더 편하다. 셋째, 절차적 적법절차는 특히 구매자의 안목이 형성된 경우에는 그 표준에 대하여 보다 높은 차원의 적법성을 부여한다.)

19) Adam Smith, *An Inquiry Into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, p.128 (1937 ed.).

20) 미국 연방대법원은 *Radiant Burners v. People's Gas Co.*, 364 U.S. 656, 659-660(1961)에서 그러한 입장을 취했다. (미국가스협회(American Gas Association)의 비공인 버너에 사용되는 가스 판매를 거부하는 규칙이 당연위법원칙의 적용을 받는다고 실시하였다.)

말을 수 있다고 언급하였다.²¹⁾

표준설정조직 자체에 의하여 발생하는 경쟁법적 위험은 3가지 기본적 범주의 하나에 해당한다. 첫째, 표준설정조직은 담합을 활성화할 수 있다. 비록 그 표준설정조직 자체는 적법하더라도, 그것이 경쟁자간에 가격과 산출을 논의하는 회합을 주선하고 정보를 수집하고, 그럼으로써 경쟁자들간의 불법한 협력을 그것이 없는 경우보다 용이하게 할 수 있다. 나아가서 상품 표준화활동은 그 자체 카르텔 구성원들간에 경쟁자들의 가격과 산출 결정을 감시하는 것을 보다 용이하게 하고 그럼으로써 위반을 적발하기 쉽게 한다.²²⁾

둘째, 표준설정조직은 상품과 용역에 대한 제한을 부과할 수 있고, 그것은 가격을 인상시키는 결과를 가져올 수 있다. 실로, 이것은 어느 면에서는 표준설정조직의 목적일 수 있다. 이것은 특히 전문직의 자격면허관련 조직에 있어서 그러하다. 예컨대 의학적 및 법적 자격면허부여기관은 최소 품질 표준에 부합하는 사람에게로 직업적 공인을 제한한다. 그 결과는 무능한 의사에 의하여 공중이 해를 입는 일을 방지함으로써 사회적으로 유익할 수 있다. 그러나 그것은 거의 대부분의 경우에, 최소자격의 서비스공급자의 배척과 전문적 서비스의 공급의 인위적 제한의 양자에 의해서 가격을 인상시킨다. 경우에 따라서 그러한 표준설정조직은 더 나아가서 구성원들이 부과할 최소가격을 명시적으로 설정하기도 한다.²³⁾ 이들 조직은 또한, 예컨대 동종업계 사업자들의 광고내용을 규율함으로써 경쟁수단을 제한할 수 있다.²⁴⁾

전문직종과 관련된 내용은 아니지만 일부 조직은 제품안전의 명목으로 시험받지 아니한 가스 버너를 금지하고 있는데,²⁵⁾ 그 제한의 결과 가격은

21) 456 U.S. 556, 571 (1982).

22) *C-O-Two Fire Equip. Corp. v. United States*, 197 F.2d 489 (9th Cir. 1952) (“자연적으로 표준화되지 않은 어떤 상품의 표준화는 가격 통일화 유지를 활성화시킨다.”).

23) 예컨대 *Goldfarb v. Virginia State Bar*, 421 U.S. 773 (1975).

24) 예컨대 *California Dental Assn. v. FTC*, 526 U.S. 756 (1999); *Ohralik v. Ohio State Bar Assn.*, 436 U.S. 447 (1978).

25) *Radiant Burners v. People's Gas Co.*, 364 U.S. 656, 659-660 (1961).

인상되게 된다.

셋째, 표준설정조직은 불필요하게 상품의 다양성을 제한하면서 그 결과 소비자 선택을 제한할 수 있다. 즉 상품 표준화는 때때로 필요하지만, 항상 그러한 것은 아니다. 다수 또는 대부분의 산업에서, 경쟁은 서로 경쟁하기 위한 다양한 유형의 상품의 생산과 판매를 허용함으로써 가장 잘 기능한다. 예컨대 식기나 커피잔 또는 가방 등에 세계적인 단일 표준이 존재할 필요는 없을 것이다. 표준화에 대한 실질적인 장점이 존재하지 않는 산업에 있어서는 표준설정조직은 비우호적인 상품을 시장에서 효과적으로 축출함으로써 비가격경쟁을 제한할 수도 있는 것이다.

② 표준설정조직의 장점

그러나 이러한 경쟁법적 우려에도 불구하고, 표준설정조직 자체는 불법하지 않으며, 적어도 당연위법하지는 않다는 것이 보다 타당한 견해이다.²⁶⁾ 왜냐하면 그것들은 가치있는 친경쟁적인 목적에 기여할 수 있기 때문이다. 다음에서는 사적 조직에 의한 표준화에 특유한 장점을 살펴본다.

일정한 경우, 특히 그 산업이 이미 집중되어있는 경우에는 경쟁자간 정보교환이 담합의 위험을 초래하지만, 그 위험은 몇 가지 이유에서 상당히 완화될 수 있다. 첫째, 정보교환은, 다수의 기업들에게 단일 표준과 호환되는 경쟁 상품들을 제조하고 판매하는 것을 허용함으로써, 시장이 그렇지 않았다면 제공할 수 없었을 친경쟁적인 장점을 부여한다. 이것이 표준된 상품의 시장을 보다 경쟁적인 것으로 만들수록 표준의 가격을 제한하게 되고 그 결과 그것의 보다 광범한 채택을 활성화시킨다. 실로, 실리콘밸리의 반도체산업에서는 표준화의 수요가 워낙 커서 집단적 표준화 시도 없이는 효과적으로 경쟁하기가 불가능하다.²⁷⁾

둘째로, 그러한 정보교환으로 생기는 경쟁에 대한 위험은 만일 집단 표준설정에 대한 대안이 건전한 경쟁이 아니라 사실상의 독점이라면 감소하

26) Herbert Hovenkamp, Mark D. Janis & Mark A. Lemley, *IP and Antitrust: An Analysis of Antitrust Principles Applied to Intellectual Property Law*, Ch. 35.2b (2002).

27) Annalee Saxenian, *Regional Advantage: Culture and Competition in Silicon Valley and Route 128* 49 (1994).

는 것이 훨씬 덜 나쁘다. 그러므로 표준설정조직의 중요한 하부집단, 즉 하나의 표준이 어느 경우이든 우세할 가능성이 높은 경우에 그 표준을 네트워크 시장에서 설정하는 조직들에서 표준설정조직은 실제로 그 대안에 관련된 경쟁을 확장시키는 데에 기여할 수 있다.

셋째로, 기술적 장점에 의해 유도된 사적 표준설정은 제품 안전성, 서비스와 성능 기록 등등의 정보수집에 의하여 제공된 상품과 용역의 질을 개선할 수 있다. 개별적인 소비자들은 특히 그 문제의 상품이나 용역이 그 자체로는 품질을 바로 알 수 없는 이른바 경험재(experience good)라면, 위와 같은 자세한 정보를 구매시에 항상 획득할 수는 없다. Allied Tube 사건에서의 법원은 표준설정조직은 이러한 종류의 중요한 경쟁적인 장점을 제공할 수 있다고 인정하였다.²⁸⁾

(2) 표준설정조직의 효율성

시장에서 하나의 표준으로 모이는 데에는 3가지 기본적 방식이 존재한다. 그러나 그 중 사실상 표준화와 정부조직에 의한 표준설정은 심각한 문제를 안고 있다. 네트워크시장에서 다른 수단들보다 사적 표준설정조직을 통하여 표준화를 추구하는 것이 왜 가장 효율적인가에 관하여 몇 가지 이유를 고찰한다.

① 사실상 표준화의 문제점

지적재산권이 존재하는 경우에 사실상 표준화의 문제는 그것이 표준경쟁의 승자에게 견고한 시장지배력을 부여할 가능성이 높다는 것이다. 특히 개인용컴퓨터 운영체제시장이나 웹 프로그래밍 언어시장과 같은 강력한 표준화 경향을 갖는 컴퓨터시장은 일반적으로 시간이 흐르면 단일 상품 표준으로 집약되는 경향을 보인다. 소프트웨어상의 지적재산권의 존재와 소프트웨어시장에의 다른 정부개입이 없다면, PC 운영체제시장과 같은 시장은 자연스럽게 사실상 표준화로 가는 경향을 보인다. 나아가서 소비자들과 상품개발자들이 자신들의 관심을 지배적인 표준에만 기울이기 때문에 단일

28) 486 U.S. at 501.

상품 표준은 매우 견고하고 스스로 충족되는 것이기 쉽다.

이러한 효과는 여러 상품 세대간에 지속될 수 있다. 일단 지위를 굳힌 표준설정자의 시장지배력은 때때로 그 기업에게 차세대의 표준도 지정할 수 있도록 허용할 정도로 충분하다. 부분적으로 이것은 소비자의 예상에 기초하고 있다. 즉 소비자들은 업계내 최대 기업이 표준을 설정할 것이라고 믿으며, 만일 충분한 소비자들이 동일한 가정을 한다면, 그것은 자기완성적 예언이 되고 만다. 다수의 학자들은 Microsoft사가 상품의 사전공개 또는 이른바 시험판배포를 통하여 고객들이 경쟁사의 상품을 구매하지 않도록 지연시킴으로써 이 효과를 운영체제시장에서 잘 활용하여왔다고 주장한다.²⁹⁾

그러나 이 효과는 만일 예전의 상품 세대부터 시장의 주도권을 잡아온 기업이 이전의 상품에 대한 회향적 호환성(backward compatibility)을 제공하여야 하는 것 때문에 현저하게 방해받는다면 어느 정도는 상쇄될 수 있다. 시간이 경과하면, 그러한 회향적 호환성의 필요성 때문에 주도기업의 상품은 변화하기 힘들고 오래 걸리며, 그러한 제한을 받지 않는 경쟁사에 의한 도약(leapfrogging)에 취약성을 보이게 된다. 이 효과의 좋은 예는 컴퓨터 소프트웨어 운영체제시장이다. Microsoft사는 1980년대초 이래로 최초의 MS-DOS와 Windows 3.1, Windows 95, Windows 98 및 Windows XP 등의 소프트웨어로 이 시장을 지배하여 오고 있다. MS-DOS에서 Windows로 넘어갈 때와 Windows 95를 출시할 때에는 Microsoft사가 그 MS-DOS 초기 버전과 신상품들을 호환시키도록 하기 위하여 지연과 성능 문제를 겪어야 했다. 그런데 동시에 Microsoft사의 지속적인 시장 지배는 상품 세대간의 그 같은 호환성에 힘입은 바 큰 것도 사실이다.

물론 회향적 호환성은 다른 기업에 대해서도 그 상품을 이전의 표준과 호환되도록 만들어야 하도록 함으로써 괴롭힐 것이다. 그러므로 만일 어떤

29) Kenneth C. Baseman et al., *Microsoft Plays Hardball: The Use of Exclusionary Pricing and Technical Incompatibility to Maintain Monopoly Power in Markets for Operating System Software*, 40 Antitrust Bull. 265 (1995); Stephen M. Levy, *Should Vaporware Be an Antitrust Concern?* 42 Antitrust Bull. 33 (1997).

체계가 전유적이 아니라 공개적 또는 개방적인(open) 것이라면, 모든 경쟁자들은 회향적 호환성에 대한 동일한 수요에 직면할 것이다. 그와 선택적으로 만일 폐쇄적 체계들이 과거에 서로 경쟁하여 왔다면, 양 체계의 소유자는 그들 체계의 사용자들에 의하여 회향적 호환성의 요청에 직면할 수 있다. 그러므로 Apple사의 컴퓨터는, 매킨토시 체계를 과거에 사용하여 온 소수 소비자들이 오도가도 못하게 좌초되는 것을 방지하기 위해서, 자사의 신상품을 구상품과 호환되도록 만들어야 하는 중요한 유인을 가진다. 그러나 Apple사 컴퓨터 사용자의 설치된 기초는 양적으로 더 적기 때문에, Microsoft사의 이러한 성질에 의한 계약에 비하여 Apple사의 계약이 더 적다. 그리고 아예 신규 진입자라면 그 같은 계약을 전혀 받지 않을 것이다.

참호효과(entrenchment effects) 때문에, 일단 사실상 표준이 수립되면, 비록 상당히 더 나은 경쟁 상품이 개발되더라도 그것을 몰아내는 어렵다. 오직 극적인 개선을 가져온 경우, 즉 소비자의 전환비용 부담보다 그로 인한 소비자의 혜택이 뛰어난 이른바 도약상품(leapfrogging product)의 경우에만 소비자와 상품 개발자들을 전환비용을 도외시키고 신상품으로 이동하게 할 수 있다. 그런데 그 신상품은 경쟁과 불확실성의 시기를 겪은 후 사실상 표준이 되기 쉬울 것이다. 그러한 신상품이 소개되면, 그 결과 제안된 표준 사이의 경쟁이 벌어지게 된다.

잠재적 표준간의 그러한 경쟁은 컴퓨터시장의 경우에는 전통적인 자연독점 시장에서의 그것만큼 비효율적이지 않다. 이것은 고정 투자의 직접적 수준이 전통적인 자연독점시장에서 보다 훨씬 낮고, 경쟁의 위협이 표준설정자에게 혁신을 촉진하기 때문이다. 그럼에도 불구하고 잠재적 표준간의 경쟁은 경제적 효과면에서 시장의 네트워크속성으로부터 파생한 문제를 낳는다. 특히 tipping현상은 하나의 상품을 사용하는 소비자들이 시장이 우세한 표준으로 이동함에 따라 수명이 끝난 표준에 남아 발이 묶일 수 있음을 의미한다. 이것은 1980년대에 마쓰시다의 VHS표준이 승리하였을 때 소니의 Betamax VCR을 소유한 이들의 운명이었다. 결국 테이프를 구할 수 없게 된 Betamax 구매자들은 결국 우세한 표준을 채택하도록 강요되었다. 새로운 웹 프로그래밍 언어와 호환되는 새 검색기(browser)에

대한 이와 유사한 tipping효과는 옛 웹 페이지와 검색기들을 새 페이지를 판독할 수 없게 좌초시킬 수 있다. 이와 관련된 문제는 기존의 표준의 신세대 상품으로의 분열(fragmentation)이다. 예컨대 Microsoft의 브라우저(MS Explorer)와 Netscape의 그것(Navigator)은 각각 다른 것이 갖고 있지 않은 기능들을 개발하여 왔다. 그래서 일부 웹상의 정보는 어느 하나의 형식의 사용자들은 판독할 수 없게 되고 말았다.

② 정부의 표준설정의 문제점

사적 표준설정조직에 대한 다른 대안은 정부가 표준을 설정하도록 하는 것인데, 정부의 표준설정이 좋은가는 시장의 성질에 달려있다. 일부 산업에서는, 그 표준이 어떤 것이건 단일 표준이 즉시 설정되는 것이 중요하다. 어떤 표준의 채택에 있어 높은 수준의 통일성이 필요하고 표준의 기술적 단순성이 병존하는 경우에는, 정부 활동이 바람직한 것이다. 예컨대 도로교통에서 모든 차량통행이 좌측통행인가 우측통행인가는 본질적으로 강제적인 결정이다. 모든 이들이 스스로 선택한 가장 최선의 쪽이 아니라 동일한 규칙을 따르는 것이 훨씬 중요하다. 표준경쟁에 의하여 시장이 이 문제를 해결하도록 하는 것도 가능하지만, 그러한 경쟁의 사회적 비용은 매우 클 것이다.³⁰⁾ 이러한 상황에서는 섬세하게 표준을 선택하는 것이 별로 중요하지 않기 때문에 정부에 의한 표준설정이 바람직하고, 정부는 그 표준의 통일적인 준수를 강제하기 위하여 형사적 제재를 포함해서 다양한 법적 제재를 부과할 수 있다.

물론 이러한 성격을 갖지 않는 분야에 있어서는 정부가 표준설정 과정을 주도하는 것이 바람직하지 않은 결과를 가져온다. 표준의 선택이 사회적 후생을 위하여 의미를 갖는 통상의 경우에 정부에 의한 표준설정이 권장되지 않아야 하는 데에는 다음과 같은 몇 가지 이유가 있다. 첫째, 정부기관은 일반적으로 시장참여자가 아니라 직업공무원들로 구성되어 있어서, 이들 기관의 구성원중에는 표준설정 과정에서 가장 필요한 자격을 갖춘 개인들이 포함되지 않을 수 있다. 이것은 특히 인터넷과 같이 급변하는 상거래

30) 좌측통행이나 우측 통행에 각각 적합하게 만들어진 차량들은 tipping효과에 의하여 궁극적으로 어느 한 쪽이 모두 퇴출될 것이다.

분야를 규율하려 하는 경우에 관료계가 갖는 본질적인 위험이다. 그래서 가장 좋은 의도를 가졌더라도, 정부 표준설정 조직은 1990년대 미국에서 미국식 고화질TV(HDTV) 표준을 정한 경우처럼 객관적으로 열등한 표준을 그저 단순하게 정하여 버릴 수 있다.

둘째, 정부 설정 표준은 시장에 의하여 명백히 좋지 않게 인식되더라도 철회될 수 있다. 시장이 결국 도약상품의 도입에 의하여 비효율적인 표준을 대체하더라도 정부가 동일한 일을 속히 하리라는 보장은 없는 것이다. 정부의 표준설정 집단은 너무 느린 것이 보통이기 때문이다.³¹⁾ 또한 과연 시장이 아니라 정부가 실무상 표준의 비효율성을 인식할 것인지도 분명하지 않다.

셋째, 시장경쟁의 성과에 영향을 미칠 수 있는 정부기관은 그 성과에 대하여 이해관계를 갖는 사인이나 사적 기관에 의해 장악(capture)될 가능성이 매우 높다. 그래서 정부의 표준설정 조직이, 비록 사실상 그 이익이 무엇인지를 식별할 수 있다 하더라도, 공익을 위해서 일할 것이라는 보장은 존재하지 않는다.

③ 사적 표준설정조직의 우수성

사적 표준설정조직이라고 하여 잠재적 문제들로부터 자유로운 것은 물론 아니다. 사적 집단도 이해관계 세력에 의하여 장악될 수 있으며, 특히 경쟁자를 포함하는 것보다 배제하는 경우에 그 가능성이 커진다. 사적 표준의 합의는 시간을 소요하는 과정이고 그것이 설정될 때까지 그 표준에 기초한 혁신을 지연시킨다. 사적 집단은 또한 카르텔의 전단계일 수 있다. 나아가서 비록 효율적인 공개표준이라 하더라도, 시간이 경과하면 문제를 발생시킬 수 있다. 공개표준이 업계에 혁신의 진전에 따라서 진보된 기술에 맞춰 진화하는 것을 허용하는 경우에, 그 진화는 후속적인 진전이 거기에 추가됨에 따라서 시간이 흐르면 보다 복잡한 문제가 되는 단체표준을

31) Libicki는 7가지 표준에 관한 정부의 시도에 관한 분석에서, 정부는 둔하고 일단 경로가 정해지면 모든 이들이 다른 길을 택하더라도 늦게 진행된다는 등의 이유로 정부의 표준설정 시도는 일반적으로 성공적이라고 할 수 없다는 결론을 내렸다. Martin C. Libicki, *op. cit.*, 75.

결과할 수 있다. 예컨대 Microsoft사의 Windows 운영체제는 그것이 옛 DOS 운영체제의 초기 버전과의 호환성을 보증하지 않아도 되는 경우에 더 복잡한 문제가 될 가능성이 있다. 시간이 흐르면, 단체표준은 회향적이고 수평적인 호환성의 요청으로부터 결과하는 축적된 문제에 봉착할 수 있다. 그럼에도 불구하고, 만일 진화하는 표준과 정제된 표준간의 선택이 문제라면, 대부분의 소비자는 최소한 컴퓨터나 인터넷 소프트웨어같이 혁신이 주도하는 시장에서라면, 동적인 표준을 선택할 것이다. 더 나아가서, 공개표준은 일단 그것이 정해지면 그 표준과 호환되는 상품을 생산하기 위한 경쟁을 허용하기 때문에 사실상 표준에 비하여 훨씬 큰 장점을 제공한다.³²⁾ 이와 대조적으로 사실상 표준은 대체로 하나의 기업에 견고한 시장 지배력을 부여하는 경향이 있다. 이처럼 사적 표준설정조직의 잠재적인 기여는 충분한 가치를 지니므로, 그 표준설정조직이 그 자체 카르텔의 존재 사실을 은폐하기 위하여 조직된 허수아비인 아주 드문 예외적 경우를 제외하고는 표준설정조직 자체를 불법한 것으로 취급하는 것은 잘못이다.

사적 표준설정조직에 의하여 표준을 제정하는 경우에도 후술하는 것처럼 관계자에 대하여 통지, 청문, 주장, 변호 등의 기회를 주고 공정한 표결방법에 의하는 등 표준제정 절차상의 적법성을 지키는 것이 반드시 필요하다. 다음으로 표준의 실질이 경쟁법 차원에서 적법성을 갖도록 하기 위하여 그 내용은 다음과 같은 조건을 지키는 것이 안전하다.³³⁾ 첫째, 표준은 과도한 범위에 걸치는 것이어서는 아니되며, 특정한 상품이나 용역을 위한 수요에 영향을 미칠 수 있는 인식되는 필요에 합리적으로 부합하는 것이어야 한다. 즉 표준은 적법한 경쟁적인 목적을 달성하기 위하여 필요한 최소한도로 좁게 제작되어야 한다.³⁴⁾ 표준은 당해 상품을 필요한 것 이상으로 제약하거나 한정하지 말아야 하기 때문이다. 흔히 이것은 준수되어야

32) Joseph Farrell & Michael Katz, *The Effects of Antitrust and Intellectual Property Law on Compatibility and Innovation*, 43 *Antitrust Bull.* 609 (1998).

33) David A. Balto, *op. cit.*, Ch. II.

34) Sean P. Gates, *Standards, Innovation, and Antitrust: Integrating Innovation Concerns into the Analysis of Collaborative Standard Setting*, 47 *Emory L.J.* 583, 651 (1998).

하는 하나의 기술적 목적을 설정하고 그 목적을 달성하는 둘 이상의 방법을 허용함으로써 성취될 수 있다. 따라서 표준설정 조직이 특정한 디자인이나 재료를 특정하는 규격표준을 채택하는 것보다 성과표준을 채택하는 것이 덜 제약적이어서 혁신을 촉진하는 데에 더 우월하다.³⁵⁾ 둘째, 표준은 표준설정조직의 구성원은 물론 비구성원에게도 균등하게 적용되어야 한다. 셋째, 표준설정조직이 경쟁자관계의 제조업자들이 아니라 당해 제품의 사용자들이나 기타의 수직적으로 연관된 기업들에게 지배된다면, 경쟁법적 피해가 발생할 가능성이 적다. 또한 표준의 시행을 구매자나 중립적 과학단체 또는 정부기관에게 맡기는 것은 시장지배력을 남용할 능력을 감소시킬 것이므로 표준설정조직 자체가 담당하는 것보다 경쟁법적 우려를 감소시킬 수 있다. 특히 표준의 채택에 있어서 정부가 포함되면 반경쟁적 동기나 효과를 약화시킬 수 있다.³⁶⁾ 넷째, 표준설정조직은 혁신을 저해하는 일을 하지 않도록 극도로 주의하여야 한다. 첨단기술시장에서의 표준설정조직은 규칙적으로 신기술을 반영하여 상품 표준을 개선하기 위한 절차를 수립하도록 규제되어야 할 것이다. 법원은 표준설정조직이 주기적으로 자신들의 표준을 개선하는 경우에 그 표준설정행위에 대하여 보다 동조하는 입장을 취하고 있다.³⁷⁾ 특히 모든 표준설정조직은 차세대 기술이나 도약적 기술이 경쟁자의 표준설정과정 조작에 의하여 방해받지 않도록 하기 위해서 이들 신기술을 처리하는 절차를 마련하고 있어야 한다. 후자는 비회원들을 위한 청문, 혁신적 기술에 의하여 가장 영향을 받는 회원들을 위한 의사결정의 철회 그리고 신기술의 독립적 평가 등을 포함할 수 있다. 대부분의 표준설정조직은 이들 안전장치를 갖추고 있다.

(3) 표준설정조직 자체에 대한 경쟁법의 취급

독점규제법상 사업자는 계약·협정·결의 기타 어떠한 방법으로도 다른 사업자와 공동으로 부당하게 경쟁을 제한하는 부당한 공동행위를 하여서는

35) Id. 물론 이것이 성과표준을 채택하지 않고 규격표준을 채택하는 것이 경쟁법에 위반된다는 것은 아니다.

36) 다른 한편 전술한 것처럼 정부에 의한 표준설정은 나름대로의 문제점을 안고 있다.

37) Sean P. Gates, *op. cit.*, at 654-55.

아니된다(제19조제1항). 특히 부당한 공동행위 중에는 상품의 생산 또는 거래시에 그 상품의 종류 또는 규격을 제한하는 행위가 포함된다(제6호). 또한 우리 독점규제법은 사업자단체의 부당한 공동행위도 금지하고 있다(제26조제1항제1호). 그러므로 우리 독점규제법상 표준설정조직의 표준설정행위는 그것이 부당하게 경쟁을 제한하는 행위인가, 즉 경쟁제한성이 있는가에 의하여 그 표준설정조직 자체 또는 그 회원사들의 부당한 공동행위에 해당하는지가 결정된다고 하겠다. 이하에서는 이에 관한 미국법상의 축적된 판례와 법리를 살펴보기로 하겠다.

미국법상 거래제한의 공모를 금지하는 서면법 제1조가 표준설정조직에 우선 적용될 가능성이 있다. 사적 단체표준설정은 필수적으로 일정한 시기마다 경쟁자들간의 현재의 상품의 기술적 세부사항과 장래의 계획을 논하기 위한 회합을 포함한다. 과거에 서면법 제1조는 이러한 형태의 경쟁자간의 정보교환에 대하여 아주 적대적인 입장을 취하여 왔다. 법제정 초기의 일련의 사건들에서 법원은 상품의 가격정보의 교환을 서면법 제1조에 저촉될 가능성이 매우 높고 당연위법한 것으로 보았다.³⁸⁾ 이론적으로 어느 표준설정조직에 특유한 비가격정보의 교환은 당연위법으로는 취급되지 않아 왔으나, 그것이 반경쟁적인 효과를 가져오는 경우에는 위법한 것으로 판시되었다.³⁹⁾

Hydrolevel사건에서 연방대법원은 표준설정조직은 그 회원사들이 반경쟁적인 목적을 위하여 표준설정절차를 남용하는 경우에는 책임이 있다고 판시하였다.⁴⁰⁾ Radiant Burners사건에서 연방대법원은 비공인 버너에

38) 예컨대 *American Column & Lumber Co. v. United States*, 257 U.S. 377 (1921); *United States v. Container Corp.*, 393 U.S. 333 (1969); *Standard Sanitary Mfg. Co. v. United States*, 226 U.S. 20 (1912); *National Macaroni Mfgs. Assn. v. FTC*, 345 F.2d 421 (7th Cir. 1965); *Milk & Ice Cream Can Inst. v. FTC*, 152 F.2d 478 (7th Cir. 1946).

39) *Eastern States Retail Lumber Dealers Assn. v. United States*, 234 U.S. 600 (1914)(경쟁자의 보이콧을 지지하기 위한 정보의 교환은 제1조 위반이다); cf. *Allied Tube*, 486 U.S. at 500 (생산제한의 은밀한 형태로서 표준설정을 조사하고 있다); *National Society of Professional Engineers v. United States*, 435 U.S. 679 (1978)(거래협회의 규칙이 합리성의 원칙하에서 그것들이 친경쟁적이라는 근거를 제외하고는 정당화사유가 되지 못한다.)

40) *American Society of Mechanical Engineers v. Hydrolevel Corp.*, 456

서 사용하기 위한 가스의 판매를 거부한 가스산업에서의 표준설정조직의 규칙을 위법하다고 보았다.⁴¹⁾ 컴퓨터산업에서의 표준설정조직을 검토한 법원은 그 집단이 구성원들에 대하여 경쟁자들보다 혜택을 주려는 목적을 가지고 있거나 적어도 그러한 결과를 낳는다는 증거는, 그 표준이 어떠한 시장지배력을 보유하거나 획득할 가능성이 있는지 여부에 관한 중대한 문제에도 불구하고, 합리성의 원칙하에서 심리하기 위한 진정한 사실관계에 관한 쟁점을 발생시킨다고 판시하였다.⁴²⁾ 이러한 판례의 영향으로 최소한 일부 경우에는 독점금지 책임을 두려워한 나머지 정형적인 표준설정에 참여하기를 꺼리게 만들었다.

표준설정에 대한 보다 유연한 접근방법은 표준설정의 위험외에 그 혜택까지 강조하는 것이다.⁴³⁾ 다수의 법원은 그러한 유연한 접근을 하고 있다. 초기의 사건인 *Maple Flooring Mfgs. Assn. v. United States*에서, 연방대법원은 상품 표준화를 촉진하기 위해서 정보를 교환한 거래협회는, 그 내용중에 일부 일반적인 가격데이터를 포함하긴 하였지만, 합리적으로 행위하였고 따라서 적법하다고 판시하였다.⁴⁴⁾ 연방대법원은 *American Column & Lumber* 사건에서는 교환된 다수의 정보가 반경쟁적인 목적으로만 사용될 수 있는 것이라는 근거에서, 위법하다고 보았다.⁴⁵⁾ 반면에 *Maple Flooring* 사건에서는 교환의 적법한 목적이 있었고 협회가 불필요한 상세 정보의 공개를 금지하기 위한 조치를 취한 것이 법원에게 긍정적인 판단을 하도록 작용하였다.⁴⁶⁾ 더욱이 법원은 *Broadcast Music*,

U.S. 556 (1982).

41) *Radiant Burners v. People's Gas Co.*, 364 U.S. 656, (1961).

42) *Adamax Corp. v. Open Software Found.*, 888 F.Supp. 274, 281, 284 (D.Mass. 1995).

43) Herbert Hovenkamp, Mark D. Janis & Mark A. Lemley, *op cit*, Ch. 35,2d.

44) 268 U.S. 563 (1925).

45) *American Column & Lumber Co. v. United States*, 257 U.S. 377 (1921).

46) *Maple Flooring*, 268 U.S. at 563. *Accord Adamax*, 888 F.Supp. at 282, 283 ("컴퓨터산업에서의 시장 표준화의 효과의 측정이 극도로 어렵다는 것은 명백하다. ... 이 산업의 복잡성이 여기에서의 당연위법 분석을 하지 말도록 경고하고 있다."); *Clamp-All Corp. v. Cast Iron Soil Pipe Inst.*, 851 F.2d 478 (1st Cir. 1988).

Inc. v. Columbia Broadcasting System⁴⁷⁾같은 보다 근래의 사건들에서는 시장거래를 활성화하고 그럼으로써 그렇지 않은 경우였다면 상실하였을 거래기회를 만들어내는 데에 합동 행위가 필요한 상황이라고 하여 공동의 가격설정조차도 허용하였다. 친경쟁적 효과도 갖는 것으로 주장되는 합작기업은 또한 당연위법보다 합리성의 원칙하에서 조사된다는 혜택을 받는다.⁴⁸⁾

이러한 법원의 태도는 네트워크산업의 경쟁자들이 합동 표준설정에 대한 대안이 독점일 가능성이 높다는 사실을 입증할 수만 있다면, 자신들의 집단적 행위의 적법성을 인정받을 수 있다는 좋은 징조이다. 근래의 다수의 하급심법원은 표준설정조직의 규칙을 평가함에 있어서, 경쟁법적인 위협과 표준설정조직이 제공할 수 있는 혜택을 형량하면서, 합리성의 원칙을 적용하고 있다.⁴⁹⁾ 그 밖에도 전체적으로 셔먼법 제1조의 적용을 위한 분석은 모든 수평적 제한에 대하여 당연위법으로 다루는 전통적 규칙보다는 점차적으로 사전별로 합리성의 원칙에 의한 접근방법에 의거하여 이루어지고 있다. 표준설정조직의 표준화시도에 대한 이러한 보다 유연한 취급은 단체표준화가 실용적인 대안인 한 지속되어야 할 것이다.

이들 모두는 표준설정조직이 절대로 경쟁을 위협하지 않는다는 것은 아니다. 표준설정조직의 규칙은 일정한 경우에는 가격을 올리고, 보다 낮은 비용사용을 정함으로써 경쟁을 제한하고 담합을 촉진할 수 있다. 그러나

47) 441 U.S. 1 (1979).

48) 예컨대 *SCFC ILC v. Visa USA*, 36 F.3d 958, 964 (10th Cir. 1994); *Northrup Corp. v. McDonnell Douglas Corp.*, 705 F.2d 1030 (9th Cir. 1983); *SCM Corp. v. Xerox Corp.*, 645 F.2d 1195 (2d Cir. 1981); 또한 U.S.C. §4301 이하에서는 법무부에 등록된 연구, 개발 및 생산 합작기업에 대하여 특별한 취급을 한다.

49) *National Assn. of Review Appraisers & Mortgage Underwriters v. Appraisal Found.*, 64 F.3d 1130, 1133-1134 (8th Cir. 1995)(부동산 평가 산업을 위한 표준을 설정하는 국가조직이 당연위법이 아니라 합리성의 원칙하에서 평가되었다.); *Kreuzer v. American Academy of Periodontology*, 735 F.2d 1479, 1485 (D.C. Cir. 1984); *Wilk v. American Med. Assn.*, 719 F.2d 207, 221 (7th Cir. 1982)(추나요법사의 가입을 배제하는 미국의료협회의 규칙이 합리성의 원칙하에서 평가되었다.).

법원은 표준설정조직이 본질적으로 이러한 일들을 하는 것은 아니라는 점과 경쟁에 대한 해악의 분석은 단지 표준설정조직의 존재 사실이 아니라 그 목적, 행위 및 조직 등에 대한 사실관계를 기초로 한 조사에 근거하여야 한다는 것을 인식하여야 한다.

3. 표준설정조직의 회원자격부여의 거부

공개형과 폐쇄형 표준설정조직의 차이에서 독점금지법적 문제가 발생할 수 있다. 만일 표준설정조직의 회원자격이 전체 산업의 일부로 제한된다면, 그리고 만일 그것이 생산하는 표준이 비회원들을 배척할 수 있는 것이고 네트워크 효과 때문에 견고한 시장지배력을 보유하게 된다면, 표준에의 참여 문호를 개방하지 않고 거부하는 것은 독점금지법이 적용되어야 할 반경쟁적 효과를 발생시킬 수 있다. 비록 표준설정조직이 명목상 개방되어 있더라도, 전체회원의 일부조직이 효과적으로 지배할 수 있는 방식으로 표결과 참가규칙이 정해져 있는 경우라면 유사한 문제가 발생할 수 있다.

사적 집단으로부터의 그 같은 배제에 대한 청구는 독점금지법상으로는 두 가지 근거에 입각할 수 있다. 첫째, 집단의 폐쇄는 수평적 집단 보이콧 또는 경쟁자와의 공동 거래거절로서 심사될 수 있다. 집단 보이콧에 대한 독점금지법적 금지의 척도는 분명하지 않지만, 연방대법원의 Northwest Wholesale 사건 판결은 교훈적이다.⁵⁰⁾ 여기에서 원고는 회원 가입과 그 조직에 의한 대량 구매 상품의 할인율 거부한 도매 구매조직을 계소하였다. 연방대법원은 통상 공동 거래거절에 대해서는 그것의 경쟁상의 효과에 대한 상세한 분석 없이 당연 위법원칙을 적용한다. 그러나 실상 연방대법원은 회원자격의 유효경쟁에 대한 중요성과 보이콧을 하는 기업들이 관련 시장에서 지배적 지위를 보유하고 있는지 여부에 관하여 판단하여, 그것이 부정되면, 합리성의 원칙하에서 시장지배력에 기초한 조사를 행하여 왔다.⁵¹⁾ 최소한 부분적인 표준설정조직인 뉴욕거래소에 대하여 집단 보이콧

50) *Northwest Wholesale Stationers v. Pacific Stationery & Printing Co.*, 472 U.S. 284, 294 (1985).

51) *Id.* at 294. cf. *FYI v. Indiana Fedn. of Dentists*, 476 U.S. 447, 459 (1986) (보험회사에 대한 정보를 거부한 치과의사들간의 합의에 대하여 간단히 보는 합

의 법리가 다시 합리성의 원칙하에서 적용되었다.⁵²⁾ 둘째로, 독점금지법은 표준설정조직 또는 그 조직에 의하여 설정된 interface 표준을 그 집단이 합리적이고 비차별적인 조건하에서 접근을 허용하여야 하는 필수시설로서 다룰 수 있다. 원래 필수시설법리(essential facility doctrine)는 셔먼법 제2조상의 독점이나 독점화책임을 인정하는 데 요구되는 고의 또는 악탈적 행위요소를 증명하기 위하여 고안된 것이다. “필수적인 시설이나 자원”으로 추정되는 것을 지배하는 독점자나 그에 준하는 자가 현실적 또는 잠재적 경쟁자가 그 시설에 접근(access)하는 것을 부정하는 경우에, 그 시설이 합리적으로 판단할 때 복제불가능하고 접근거절을 정당화하는 기술적·사업적 사유가 따로 존재하지 않는 때에는, 이 이론이 적용된다. 이 때 그 시설이나 자원의 필수적 성격은 경쟁자가 피고와 제대로 경쟁하려면 그것에 반드시 접근하여야 한다는 의미에서 인정된다.⁵³⁾ 필수시설법리하에서는, 유효경쟁을 위하여 필수시설의 보유자는 경쟁자들에게도 그것을 사용할 수 있게 해주어야 한다. 그러므로 동법리에 의거하여 세인트 루이스에서 유일한 철로 전환장을 공동으로 보유하고 있는 철로기업들에 대해서 모든 철로기업에게 무차별적 조건으로 그 전환장을 제공하도록 요구되었다.⁵⁴⁾ 마찬가지로 필수시설법리에 의거하여 규제산업인 지방전화사업의 독점자에게 모든 장거리 통신회사에게 실질적으로 공평한 조건으로 상호접속을 하도록 강제하기 위하여 사용되었다.⁵⁵⁾ 우리나라의 경우 시장 지배적 사업자 또는 그에 준하는 자가 정당한 이유 없이 경쟁사업자 또는

리성의 원칙을 적용하였다.). 법원은 Indiana Federation 사건에서 치과의사들이 친 경쟁적인 정당화사유를 제시하지 못하였기 때문에, 그 합의는 위법하다고 보았다.

52) *Silver v. New York Stock Exchange*, 373 U.S. 341, 354-355 (1963) (법원은 부분적으로 뉴욕증권거래소가 엄중한 연방증권거래위원회(SEC)의 규칙에 따르고 있다는 이유에서, 동 거래소규칙을 당연위법원칙하에서 무효화하기를 거부하였다. 그러나 특정한 배제가 적법절차에 의하지 않고 발생하였고, 합리성의 원칙하에서 위법하다고 보았다.)

53) William C. Holmes, *2001 Antitrust Law Handbook*, section 3:13, at 445 (2001).

54) *United States v. Terminal R.R. Assn.*, 224 U.S. 383, 411 (1912).

55) *MCI Communications Corp. v. American Telephone and Telegraph Co.*, 708 F.2d 1081, 1132-1133 (7th Cir.), cert. denied, 464 U.S. 891 (1983).

신규사업자의 필수시설에 의 접근을 거부하는 경우에는 다른 사업자의 사업활동방해 또는 새로운 경쟁사업자의 참가방해로서 시장지배적지위의 남용에 해당하게 된다(독점규제법 제33조의2제1항제3호 및 제4호). 또한 전기통신사업법 제34조의3제3항의 기간통신사업자의 전기통신설비 또는 시설에 대한 출입 또는 공동사용 허용의무 조항도 이러한 필수시설의 법리를 근거로 입법된 규정으로 볼 수 있다.

표준설정조직의 회원자격이나 최소한 그 표준에 대한 접근이 네트워크산업에서의 경쟁을 위하여 필수적이라는 청구를 허용하는 것은 비록 그러한 결과가 반드시 또는 자동적으로 사회적 후생을 증대하는 것은 아니지만, 모든 경쟁자들에게 일정 수준의 활동영역을 보장할 것이다.

위의 두 가지 접근방법 가운데 집단보이콧법리가 표준설정조직 사건에 보다 적절하다. 필수시설법리는 너무 광범하다는 비판을 받아왔다.⁵⁶⁾ 대부분의 필수시설법리에 의한 청구는, 비록 어떤 시설에 대한 지배가 경쟁자에 대한 상당한 이점을 추론케 하는 상황이라도, 법원에 의하여 기각되는 것이 보통이다.⁵⁷⁾ 반면에 유럽연합은 지적재산권에 대하여 보다 적극적으로 필수시설법리를 적용하려는 입장이라고 할 수 있다.⁵⁸⁾ 또한 표준화된 산업에 필수시설법리를 적용하기로 하는 결정은 단체표준을 개별표준으로부터 구별하는 방안을 제공하지 않으며, 따라서 시장에 대한 독점금지법의 개입범위를 극적으로 확대할 수 있다. 그와 대조적으로, 집단보이콧을 근거로 한 청구는 셔먼법 제1조에 의거한 조사 대상이 되는 경쟁자를 보이콧하기 위한 공동의 거래거절행위⁵⁹⁾를 일반적으로 적법한 단독의

56) Philip Areeda, *Essential Facilities: An Epithet in Need of Limiting Principles*, 58 Antitrust L.J. 841 (1990).

57) 예컨대 *City of Anaheim v. Southern Cal. Edison Co.*, 955 F.2d 1373 (9th Cir. 1992)(송전선에 대한 접근은 필수적이지 않다); *Alaska Airlines v. United Airlines*, 948 F.2d 536 (9th Cir. 1991)(항공사 컴퓨터 예약시스템에의 접근은 필수적이지 않다); *Illinois exrel Burris v. Panhandle E. Pipe Line*, 935 F.2d 1469 (7th Cir. 1991)(천연가스 파이프라인은 필수적이지 않다).

58) 예컨대 *RTE v. Commission (Magill)*, 1995 E.C.R. I-743, (1995) 4 C.M.L.R. 718. 유럽사법법원(ECJ)은 Magill사건에서 지적재산권의 라이선스 거절이 조약 제82조 위반이라는 판결은 지지하였다.

59) 예컨대 *Klos Inc. v. Broadway-Hale Stores*, 359 U.S. 207, 210-212 (1959).

거래거절로부터 구별한다.⁶⁰⁾ 다만 일정한 제한적인 상황에서는 계속거래를 일방적으로 단독으로 거절한 행위가 셔먼법 제2조 위반이 될 수 있다.⁶¹⁾

근래의 Northwest Wholesale판례는 셔먼법 제1조와 관련해서도 시장지배력심사가 필요하다는 것을 시사한다. 그러나 비록 시장지배력을 보유한 표준설정조직이라도 반드시 그들의 문호를 모든 희망자에게 개방할 것이 요구되지는 않는다.⁶²⁾ 셔먼법제1조 위반을 증명하려면, 원고는 그 배제행위에서 기인한 반경쟁적 효과를 입증할 수 있어야 한다. 그러한 경쟁에 미치는 효과를 입증하는 데 관하여 흔히 행해지는 주장의 하나는 회원자격의 거부는 결과적으로 그 조직이 그 배제된 기업이 제안한 표준을 배척하게 한다는 것이다. 일반적으로 어떤 조직에의 입회거부가 독점금지법 위반이 되기 위해서는, 반경쟁적 피해가 그 거부로부터 직접적으로 발생하여야 한다. 그래서 시장지배력을 보유한 어느 조직이 그 문호를 개방하지 않는 것이 독점금지법 위반이 되는 상황은, 주로 그 조직의 회원자격이 효과적으로 경쟁하기 위하여 꼭 필요한 그러한 상황이다. 예컨대 어느 표준설정조직이 네트워크시장에서 힘을 가지고 있다면, 그리고 그것이 공인된 표준의 사용을 그 조직의 회원들에게만 제한하여 허용하고 있다면, 그 조직에의 접근의 거부는 특정한 경쟁자를 배척하고, 그 결과 기존의 회원들에 의한 카르텔화가 촉진되는데 사용될 수 있다. 이와 유사하게 만일 회원자격이 일정한 상당한 정도의 비용상의 이점을 제공한다면, 회원자격의 통제는 경쟁사의 비용을 상승시키는 수단이 될 수 있다. 그와 대조적으로, 만일 그 표준설정조직이 표준을 업계내 누구에게나 자유롭게 이용할 수 있게 한다면, 그 회원자격의 통제는 보다 문제될 소지가 적다. 다만 그

60) 예컨대 *Data Gen. Corp. v. Grumman Support Servs.*, 36 F.3d 1147, 1182-1184 (1st Cir. 1994).

61) 예컨대 *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.*, 472 U.S. 585, 610-611 (1985).

62) *National Assn. of Review Appraisers & Mortgage Underwriters v. Appraisal Found.*, 64 F.3d 1130, 1137 (8th Cir. 1995)(전국평가사협회(National Assn. of Review Appraisers)는 지방의 평가집단을 회원으로 받아들이지 않았다고 하여 독점금지법을 위반한 것이 아니고, 평가 시장의 경쟁을 저해한 것도 아니다.).

경우에도 회원의 선택이 표준의 선택에 영향을 미친다면 여전히 회원자격의 거부로부터 반경쟁적인 결과가 존재할 수도 있다.

그런데 표준설정조직에의 접근을 강제하기 위하여 집단 보이콧법리이건 필수시설법리이건 독점금지법을 적용하는 것은 예외적인 상황에 그쳐야 한다. 표준설정조직은, 특히 원고와 수평적 경쟁을 하지 않는 회원사들로 구성된 조직이라면 더욱 그러하지만, 일반적으로 회원자격을 통제할 적법한 이유가 충분히 있을 수 있다. 예컨대 표준설정조직이 중립성을 유지하기 위하여 시장참여자를 배제하여야 할 필요가 있을 수 있고, 일정한 경우에는 그 회사에게 장악될 것을 우려하거나 그 회사와의 경쟁을 위한 표준개발이 목적이기 때문에 문제의 회사를 배제하기를 원할 수 있다. 일정한 경우에는 또한 효율적인 의사결정을 위하여 회원자격을 제한할 필요가 있을 수 있다. 표준설정조직이 모든 희망자의 입회를 허용하도록 강제하는 것은 비생산적이다. 상대적으로 소규모의 집단이 보다 포괄적인 집단보다 효율적으로 기능할 수 있고, 그로 인한 효율성은 표준을 수립할 유인을 증가시킴으로써, 산출을 증가시킬 것이기 때문이다. 모든 희망자의 입회를 강제하는 것은 비우호적인 경쟁자들간의 협력을 추구함으로써 네트워크 합작기업의 유연한 기능을 간섭하는 역효과를 발생시킬 수 있다.⁶³⁾ 당해 표준설정조직이 시장지배력을 보유하지 않고, 원고를 차별할 위와 같은 정당한 필요성이 있는 경우에는 회원자격을 거부하더라도 경쟁법적 우려를 제기하지 않을 것이다. 표준설정집단에의 접근을 요구하기 위하여 독점금지법을 과도하게 적용한다면, 그것은 또한 단체표준설정을 감소시킬 수 있다. 왜냐하면 거래상 비밀이나 경쟁상의 장점에 대한 우려 때문에 기업들은 경쟁자들과 자신들의 생산계획을 논의하기를 꺼릴 것이기 때문이다. 또한 합작투자기업보다 훨씬 약한 조직적 구조를 지니고 있는 표준설정조직에서는 어떤 표준의 채택을 위하여 절대다수의 합의가 요구될 수 있다. 일부 표준설정조직에서는 개별 기업들에게 거부권을 인정하기도 한다. 그러한 상황에서 경쟁자에게까지 문호가 개방된 표준설정조직은 합의도출에 실패할 가

63) Report by the Federal Trade Commission Staff, *Anticipating the 21st Century: Competition Policy in the New High-Tech, Global Marketplace* (May 1999), Ch. 9 at 4-5.

능성이 높다. 그 결과 신기술의 채택은 지연되고, 혁신 유인은 감소할 것이다.⁶⁴⁾ 그러므로 실제로 과도한 포괄성은 일부 사업자의 배제보다 경쟁에 더 심각한 문제를 야기할 수 있는 것이다.⁶⁵⁾

그러나 이것은 어느 경우에도 표준설정조직에게 그 문호를 개방하도록 강요하여서는 안된다는 것을 의미하는 것은 아니다. 필수시설법리는 배타적 행위보다는 규모에 초점을 맞추기 때문에 그 적용을 자제할 이유가 있지만, 고도로 표준에 의하여 움직이는 시장의 지배권을 획득하기를 원하는 경쟁자들이나 단일 기업에 의한 배타적 행위를 포함한 사건들에 대해서는, 최소한 그 행위가 시장내 표준의 통제를 확보할 가능성이 있는 것으로 보이는 경우에는, 그에 대하여 셔먼법 제1조를 적용할 수 있다. 연방거래위원회는 자신의 정책으로 일정한 경우에 개방된 회원자격을 요구하는 요건을 공표하였다.⁶⁶⁾ 그리고 특히 사업자조직이 그 시장의 상당한 부분을 지배하는 시장형성자인 경우에, 회원자격의 개방을 요구한 사법적 선례가 있다.⁶⁷⁾

법원은 표준설정조직으로부터의 반경쟁적인 배제에 대한 독점금지청구를 평가함에 있어서, 배제를 위하여 제시된 적법한 이유를 고려하여야 한다.

64) Interac사는 캐나다의 지배적인 ATM(현금입출기) 네트워크인데, 동사의 규칙은 그 회원사들에게 혁신이나 신상품 개발을 하려면 Interac위원회의 승인을 받도록 요구하였다. 동규칙은 나아가서 모든 회원사들에게 상품개발비용의 균등한 부담을 요구하였고 승인을 위해서는 3분의 2 이상의 회원사의 찬성을 요하였다. 이 규칙 때문에 거의 10년간 신상품의 개발이 승인되지 못하였다. 캐나다 경쟁국은 회원들간에 새 공유 서비스의 도입 제안을 고려하는 과정에서 요구된 과도한 협력과 투명성 때문에 시장경쟁을 제한하고, 상호의존적인 행위 가능성을 증가시키고, 상품 개발을 제한한다고 주장하였다. 결국, 당해 규칙은 네트워크의 경영기관이 그 네트워크가 악영향을 받지 않을 것을 확인하는 조건으로, 개별적인 회원사들이 새로운 서비스를 공급하는 것을 허용하는 것으로 변경되었다. *D.I.R. and Bank of Montreal et al.*, (CT-95/2 June 25, 1996); David A. Balto, *op. cit.*, Ch. II, n. 36.

65) David A. Balto, *op. cit.*, Ch. II.

66) Federal Trade Commission, *Anticipating the 21st Century: Competition Policy in the New High-Tech, Global Marketplace*, ch. 9, at 2-3 (1996).

67) 예컨대, *United States v. New England Fish Exchange*, 258 F. 732, 747-748 (D. Mass. 1919)(보스톤에서의 생선 도매를 규율하는 거래조직의 창설은 그 자체 위법하지 않으나, 독점금지법은 그 거래가 합리적이고 미차별적인 조건에 관하여 개발될 것을 요구한다.) cf. *Associated Press v. United States*, 326 U.S. 1 (1945)(뉴스리포팅 조직은 그 회원들에게 회원자격회말자의 블랙리스트를 작성할 권리를 허용할 수 없다.).

특히 만일 경쟁자가 그 집단의 협력작업에 무임승차하고 있거나⁶⁸⁾, 또는 그 경쟁자가 그 집단의 합리적인 기술적 또는 투자 요건 등을 충족하지 않고 있는 경우에는⁶⁹⁾ 경쟁자를 표준설정조직으로부터 적법하게 배제할 수 있는 의문의 여지없이 유효한 이유들이 존재하는 것으로 볼 수 있다. 일반 원칙으로서, 경쟁관련 동기가 아니라 기술적 동기에 의하여 파생되고 정당화되는 표준은 비록 그것이 하나 또는 다수의 경쟁자에게 불리하더라도 독점금지적 문제를 야기하지 않는다.⁷⁰⁾ 물론 적법한 기술적 관심을 경쟁제한적 이유에서 설치된 장벽으로부터 구별하는 것은 쉬운 것은 아니다. 반대로 집단의 참여자의 규모나 수만을 기준으로 한 제한은, 일반적으로 더 많은 참여가 사회적 시각에서 더 나은 네트워크 시장에서라면, 특히 카르텔의 위장일 가능성이 많다. 다른 자들은 허용하면서 특정 경쟁자를 명시하여 배제하는 내용의, SCFC ILC v. Visa사건⁷¹⁾에서 쟁점이 된 것과 같은 종류의 제한은 특히 정당화하기 어렵다. 이 사건에서 Discover신용카드의 소유주인 Sears사는 Visa카드도 같이 발행하기를 원했다. Visa사는 회원기관에게 경쟁 신용카드를 발행하는 것을 금하고 Discover카드를 명시하여 배제하고 있는, Visa네트워크의 정관을 들어서,⁷²⁾ Sears사의 회원가입신청을 거부하였다.⁷³⁾ 법원은 Visa를 카드발행은행들간의 합작기업으로 성격을 규정하고, 이에 대하여 합리성의 원칙을 적용하는 것으로 결론을 지었고, Visa는 시장지배력을 보유하고 있지 않으므로 임의로 회원들을 배제할 자유를 가진다고 결정하였다. 이 판결에 대해서는 비판이

68) cf. *Rothery Storage & Van Co. v. Atlas Van Lines*, 792 F.2d 210 (D.C. Cir. 1986) (독점금지법은 무임승차자의 문제를 제거하기 위한 제한을 금하지 않는다고 판시하였다.).

69) *Transamerica Computer Co. v. IBM Corp.*, 698 F.2d 1377 (9th Cir. 1983)과 *California Computer Prods. v. IBM Corp.*, 613 F.2d 727 (9th Cir. 1979) 참조. 양자는 IBM이 경쟁자를 축박하기 위하여 기술적 인터페이스 표준을 변경하였다는 주장을 포함하고 있다.

70) Raymond T. Nimmer, *Standards, Antitrust and Intellectual Property*, in *Intellectual Property Antitrust* 797, 830 (1995).

71) 36 F.3d 958 (10th Cir. 1994), cert. denied, 515 U.S. 1152 (1995).

72) 그러나 Visa사의 회원들은 Visa사의 최대의 경쟁사에 의하여 후원되는 Mastercards를 발행하는 것이 허용되고 있었다.

73) *Id.* at 961.

가해지고 있다.⁷⁴⁾

예컨대, 표준설정조직은 다음과 같은 경우에 그 문호를 개방할 것이 요구된다.⁷⁵⁾ (1)그것이 그 조직의 회원과 수직적 관계의 당사자가 아니라 수평적 경쟁자를 배제하고 있는 경우, (2)특히 그 조직의 회원들이 집단적으로 시장지배력을 보유하고 있기 때문에, 그 조직의 회원자격이 실질적인 시장에서의 큰 혜택을 제공하는 경우, (3)위의 혜택이 예컨대 그 조직에 의해 공표된 공개 표준을 사용하는 것과 같은 다른 방법에 의해서는 획득될 수 없는 것인 경우 그리고 (4)특정 경쟁자를 배제하는 것을 정당화하기에 충분한 적법한 사업상 이유가 존재하지 않는 경우.

다만 (4)의 요건에 관해서는 보다 상세한 설명이 필요하다. 독점금지법적 관점에서는, 기본적으로 표준설정조직이 그 문호를 모든 희망자에게 개방한다면 확실히 더 안전하다. 이것은 그 조직이 단지 표준을 공인하거나 규칙을 정하는 것만이 아니라, 적극적으로 상업적 거래 자체를 활성화하기를 원하는 경우라면 특히 그러하다. 표준설정조직이 단지 장터를 조직하는 것을 넘어서 능동적으로 상품을 사고 되파는 것까지 수행하는 경우인 이른바 공동구매(joint purchasing)의 경우에는 이와 매우 다른 쟁점이 제시된다. 이 경우에는 수요독점력(monopsony power)을 발생시킬 위험이 있는 공동구매는 독점금지법 위반이 될 것이다.⁷⁶⁾ 일정한 산업을 위하여 거래 네트워크를 제공하는 많은 수의 발생초기단계의 기업간 전자상거래(B2B e-commerce)관련기업들은 이 교훈을 명심하여야 할 것이다. 잠재적 구매자나 판매자를 전자장터(e-marketplace)에서 배제하는 것은 특히 그 전자장터 사이트가 시장점유율이 높다면 독점금지법적 우려를 제기하는 것이 당연하다. 반대로 그 장터를 일정한 기본 원칙에 동의하는 모든 희망자에게 개방하는 것은 그러한 독점금지법적 위험을 야기하지 않는

74) 예컨대 Dennis W. Carlton & Steven C. Salop, *You Keep on Knocking But You Can't Come In: Evaluating Restrictions on Access to Input*, *Joint Ventures*, 9 Harv. J. L. & Tech. 319, 337-340 (1996).

75) Herbert Hovenkamp, Mark D. Janis & Mark A. Lemley, *op. cit.*, p. 35-23.

76) 예컨대 *Northwest Wholesale Stationers v. Pacific Stationery & Printing Co.*, 472 U.S. 284, 294 (1985).

다. 그러나 주의할 것은 표준설정조직이 앞부분에서 거론한 여러 가지 이유⁷⁷⁾에서 회원자격과 회원의 행위에 대한 일정한 합리적인 제한을 부과하더라도, 그리하여 일부 희망자가 회원자격을 획득하거나 유지하지 못한다고 하더라도, 그 규칙이 평등하게 적용되고 적법한 사업적 정당화사유를 갖는다면, 개방성은 유지되고 있는 것으로 인정될 수 있다는 점이다.

4. 표준설정조직의 반경쟁적인 표준선정

표준설정조직에 의해 설정된 표준에 대하여 경쟁법에 근거하여 이의를 제기할 수 있다. 그 밖에 흔히 지적재산권법에 근거하여서도 문체제기를 한다.

(1) 반경쟁적 배타행위로서의 표준 채택의 부정

표준설정조직에 대한 가장 보편적인 종류의 문체제기는 표준설정조직이 제안된 표준을 거부하는 것에 관한 이의제기이다. 이들 사건의 다수는 공동의 거래거절(*concerted refusals to deal*) 상황에 해당한다. 이와 구별해야 할 것으로는 표준설정조직이 제안된 표준을 거절하는 것이 아니라 표준설정조직이 기존의 수립된 표준을 특정 개인에 대한 적용을 거부하는 것이 있다. 그러한 예로는 의사나 도선사와 같은 전문직업인들이 자격증주관단체의 회원들에 의하여 그 전문직의 실행에 대한 허가를 거부당한 것에 대하여 이의제기하는 것⁷⁸⁾이 있다.

지적재산권을 포함하는 제안된 표준안에 대한 거부는 3가지 범주로 분류될 수 있다. 첫째, 특정한 원고가 소유하는 지적재산권이 포함된 표준은 표준설정조직의 회원중 일부 또는 전부의 표준설정과정에 대한 월권적 개입이나 조작을 이유로 거부될 수 있다. 둘째, 특정한 원고가 소유하는 지적재산권이 포함된 표준은 누군가에게 그 표준내의 지적재산권의 소유를

77) 무임승차의 배제, 합리적인 기술적 요건 또는 투자 요건 등의 불구비, 조직의 효율성을 위하여 피하여야 할 과도한 포괄성 등.

78) 예컨대 *Spence v. Southeastern Alaska Pilots Assn.*, 789 F. Supp. 1014 (D. Alaska 1992).

허용하는 것을 금하는 규칙이 공백이기 때문에 거부될 수 있다. 셋째, 표준설정조직은 제안된 표준안이 지적재산권에 의하여 보호대상인지 여부를 불문하고, 기술적 장점(technical merits)을 근거로 거부될 수 있다. 이 부분에서 살펴보는 것은 후자의 사건들이다.

표준설정조직을 피고로 하여 취소되는 독점금지소송사건의 다수는 경쟁에 대한 위협이 문제되는 것이 아니라 선택된 표준에 대한 불만 제기 정도에 지나지 않는다.⁷⁹⁾ 일반적으로 사적 산업계의 개별 결정은 그것이 경쟁에 영향을 미치는 것이 아닌 한 경쟁당국에 의하여 독점금지법에 위반되는지 여부에 관하여 검토되지 아니한다. 표준설정조직은 언제든지 상당한 필요에 의하여 제안된 표준안을 검토하여 기각할 수 있다. 그러므로 제안한 표준을 탈락당한 사업자가 독점금지법에 의거하여 취소하면, 법원은 표준설정조직의 기술적 결정을 2차적으로 평가하는 것을 신중히 해야 한다. 독점금지법은 표준설정조직에 의하여 표준안의 승인을 거부당한 모든 제조업자들에게 연방법원에서 심리받을 권리를 부여하지는 않기 때문이다.⁸⁰⁾

특정한 표준을 채택하지 않은 것이 합리성의 원칙에 위반되는 거래거절에 해당한다는 주장이 인정되려면, 원고는 최소한 다음을 입증해야 한다.⁸¹⁾

- i) 원고와 표준설정조직의 회원들간의 수평적 관계의 존재
- ii) 표준설정조직 또는 그 회원들이 집단적으로 가지는 시장지배력
- iii) 표준설정조직의 결정에서 직접적으로 유래한 상당한 시장 효과
- iv) 반경쟁적 의도
- v) 원고가 청구하는 그 표준설정조직의 선택의 객관적인 교정은 그 조직의 결정을 적법하게 정당한 것으로 만드는 효과가 있을 것

79) 예컨대 *Roadfire Alarm Co. v. Royal Indemnity Co.*, 202 F. Supp. 166, 168-169 (E.D. Tenn. 1962), *aff'd* 313 F.2d 635 (6th Cir.), *cert. denied*, 373 U.S. 949 (1963)(원고의 시장에 대하여 금전적 이해관계를 갖고 있지 않은 보험회사협회는 원고의 화재 경보의 기각에 대하여 책임이 없다.)

80) *Consolidated Metal Prod. v. American Petroleum Inst.*, 846 F.2d 284, 292 n. 22 (5th Cir. 1988).

81) Herbert Hovenkamp, Mark D. Janis & Mark A. Lemley, *op. cit.*, Ch. 35.4.

① 당사자간의 관계가 수평적일 것

원고들은 제안한 표준안을 거부한 표준설정조직의 회원들과 수평적 또는 수직적 관계에 있을 수 있고 또는 그 아무런 관계도 아닐 수도 있다. 문제의 표준에 투표할 그들이 원고의 경쟁자나 잠재적 경쟁자인 경우에는 원고와 수평적 관계에 있는 것이다. 이와 달리 그들이 원고와 원료공급관계나 완성품을 납품하는 관계에 있다면 원고와 수직적 관계에 있는 것이다. 예컨대 만일 마이크로칩의 제조업자인 삼성전자가 칩 크기에 대한 표준을 칩 제조업자들로 구성된 산업계 집단(흔히 원고 자체를 포함하지만 반드시 그런 것은 아니다)에 제안한다면, 그 집단의 회원들은 삼성전자의 경쟁자들이고 따라서 그 관계는 수평적이다. 이와 달리, 만일 삼성전자가 동일한 표준을, 마이크로칩의 구매자들이지만 칩을 제조하지는 않는 컴퓨터 제조업자들로 이루어진 산업 집단에 제안하였다면, 당사자들은 경쟁적 관계라기 보다 수직적 관계이다.

이와 같은 당사자들간의 관계를 결정하는 것은 반경쟁적인 피해의 구조적 가능성의 평가에 중요하다. 경쟁적인 기업들에 의하여 고용된 표준설정은 표준의 결정에 있어서 기술적 장점이 아니라 그 기업들의 이익을 위하여 행위하려는 유인을 가질 수 있다.⁸²⁾ 이와 대조적으로 원고의 경쟁자들로 구성되지 않은 표준설정조직은 원고에게 반경쟁적으로 행위할 유인을 가질 가능성이 낮다. 만일 당사자들이 수직적 관계에 있다면, 제안된 표준안이 기각된 원인은 제안된 표준안의 비용, 품질 또는 수요 등의 효과 때문이었을 가능성이 높다. 일반적 원칙으로, 어떤 시장에서의 독점자라 하더라도 그 전후방시장이 가능한 한 경쟁적일 때 더 이로운 것이 보통이다. Moore v. Boating Industry Assn. 사건⁸³⁾에서, 선박운반체용 尾燈을 제조하여 판매하는 원고가 선박 운반체 제조업자들로 구성된 피고 조

82) 예컨대 *American Society of Mechanical Engineers v. Hydrolevel Corp.*, 456 U.S. 556 (1982)에서는 어느 기업에 의하여 고용된 표준설정조직의 직원이 그의 회사의 경쟁자를 해한 표준설정조직을 위하여 편지를 보냈다. 법원은 그의 행위가 자신의 고용주를 이롭게 하기 위하여 계획된 행위였고, 그것으로 독점금지법을 위반했다고 보았다.

83) 819 F.2d 693 (7th Cir. 1987).

적이 원고의 선박 운반체용 잠항식 미동울 표준으로부터 배제하였다는 청구를 하였는데, 법원은 이를 기각하였다. 그 조직의 구성원은 미동의 판매자가 아니라 구매자들이었기 때문에, 그들은 반경쟁적으로 행위할 동기가 없었기 때문이다. 마찬가지로 *Multivideo Labs v. Intel Corp.* 사건⁸⁴⁾에서도, 원고 Multivideo는 Intel이 Universal Serial Bus Implementer's Forum(USB-IF)이 컴퓨터와 주변장치의 연결에 사용되는 자사의 활성확장케이블을 표준으로 채택되지 않도록 유도하였다고 주장하였다. 그러나 법원은, 원고 Multivideo와 피고 Intel이 동일한 시장에서 경쟁관계에 있지 않으며, Multivideo가 Intel이 Multivideo에 의한 경쟁을 방해하려는 의도를 가졌다는 점을 보여주는 증거를 제시하지 못하였다고 하면서, 피고 Intel이 승소하는 약식재판을 허용하였다.

그리고 만일 표준을 제안한 회사와 표준설정조직간에 수평적 관계도 수직적 관계도 없는 경우라면, 그들이 표준의 채택에 있어서 기술적 장점이 아니라 다른 동기로 행위하려고 할 것이라고 짐작하는 것이 오히려 매우 어렵게 된다. *ECOS Elecs. Corp. v. Underwriters Labs* 사건⁸⁵⁾에서, 법원은 그 산업에 대해 전혀 이해관계가 없는 연구기관(Underwriters Laboratories: UL)에 대한 반경쟁적 배제 청구를 기각하였다.

따라서 수평적 관계의 부재시에, 표준의 부적정한 선택 청구는 본안전에 각하되어야 한다. 독점금지법은 경쟁에 피해를 입히는 것이 아니라면 과실에 의한 결정이나 불합리한 결정에 대해서도 구제책을 제공하지 않는다. 전술한 바와 같은 경쟁을 제한할 구조적인 유인이 없는 경우에는, 표준설정조직에 대하여 그 결정사항에 대한 독점금지법에 의거한 교정청구에 따르도록 하는 것은 비생산적이다.

㉔ 표준설정조직의 결정에서 직접적으로 상당한 시장 효과가 발생할 것

일차적으로 원고와 피고간에 전술한 수평적 관계가 존재하더라도, 제안된 표준안을 거부당한 독점금지소송의 원고는 그 표준의 거부가 경쟁에 상

84) 2000 U.S. Dist. Lexis 110 (S.D.N.Y. 2000).

85) 743 F.2d 498, 500 (7th Cir. 1984).

당한 영향을 미친다는 것을 입증하여야 한다. 원고가 제안한 표준안의 승인의 거부가 시장에서 가격을 인상하거나 산출이나 품질을 저하시킨다는 것을 원고가 입증하지 못하면 약식판결이 내려지는 것이 타당하다.⁸⁶⁾

그 표준의 거부가 경쟁에 미치는 영향을 평가하기 위한 합리적인 출발점은 그 표준설정조직의 구성원들의 시장점유율을 측정하는 것이다. 만일 그 표준설정조직이 산업내의 소수 기업들로만 이루어져 있거나,⁸⁷⁾ 과거의 증거가 그 조직에 의하여 설정된 표준이 상품의 성공으로 이어지지 않았다는 것을 보여준다면, 그 표준설정조직의 결정은 경쟁에 영향을 미치지 않는 것이기 쉽다. 비록 그 표준설정조직의 회원들이 집단적으로 상당한 시장점유율을 보유하고 있더라도, 그 표준이 시장에서 중요한 것으로 간주되는 것이 아니라면, 그 표준설정 결정은 경쟁에 영향을 미칠 가능성이 낮다. 예컨대, *Sanjuan v. American Board of Psychiatry & Neurology* 사건⁸⁸⁾에서 법원은 특정 의료기구의 어느 의사에 대한 전문 의로서의 공인의 거부는, 비록 그것이 부당하였더라도, 경쟁에 영향을 미치지 않는다고 결정하였다. 동법원은 그 자격증은 시장에서의 참가에 필요한 것도 중요한 것도 아니었다고 보았다.

그 표준에 대하여 시장에 미치는 영향이 존재한다는 가장 강력한 증거는 그것이 실제적 효과상 또는 법적으로 강제성을 갖는다는 점이다. 그러므로 만일 어느 표준설정조직의 규칙이 법으로 채택되었다면, 또는 만일 그것이 널리 인정되어서 그것을 준수하지 않고는 사업을 수행하는 것이 실제로 불가능하다면, 시장에 미치는 영향 요건은 쉽게 충족된다. 반대로 표준이 단지 하나의 정보에 지나지 않는다면 경쟁에 부정적 효과를 미칠 가능성은 낮다.⁸⁹⁾

86) *Multivideo Labs v. Intel Corp.*, 2000 U.S. Dist. Lexis 110 (S.D.N.Y. 2000).

87) *Addamax Corp. v. Open Software Found.*, 888 F.Supp. 274 (D.Mass. 1995)에서 피고 공개소프트웨어재단(Open Software Foundation)은 시장지배력에 근접하는 어떠한 힘도 보유하지 않았다. 따라서 원고의 청구는 기각되었다.

88) 40 F.3d 247 (7th Cir.), cert. denied, 116 S. Ct. 1044 (1996).

89) 예컨대, *Schachar v. American Academy of Ophthalmology*, 870 F.2d 397 (7th Cir. 1989); *Clamp-All Corp. v. Cast Iron Soil Pipe Inst.*, 851 F.2d 478 (1st Cir. 1988), cert. denied, 488 U.S. 1007 (1989). 양 사건에

통상적으로 경쟁에 미치는 영향을 입증하는 것은 그 시장이 단일 표준이 아니라 복수의 표준을 허용하는 것일 때에만 가능하다. 어느 표준설정조직이 비록 실제로는 하나의 표준만을 공인하고 있더라도, 이론적으로 둘 이상의 표준을 공인할 수 있다면, 제안된 어느 표준의 거부는 제안자나 다른 자의 시장내에서의 경쟁을 완전히 방해할 수 있을 것이다. 그러므로 Allied Tube사건⁹⁰⁾에서 미국소방보호협회(National Fire Protection Association: NFPA)는 그 모범빌딩관리규정에 전기배선을 덮기 위한 기존의 공인된 철제 도관외에 추가적으로 폴리비닐 도관을 규정하여 허용하지는 제안을 거절하였다. 대부분의 도시나 보험회사들은 NFPA의 동모범규정을 추종하였다. 그래서 NFPA로부터 공인을 받지 않고는, Indian Head사는 자사의 폴리비닐 도관을 실제로 판매할 수 없었다. 이러한 제안 표준의 거부는 그것이 시장의 혁신을 배제하고 도관을 판매할 수 있는 기업들의 수를 제한하였기 때문에 반경쟁적이었다. 이와 유사하게, Radiant Burners사건⁹¹⁾에서의 제안된 표준의 거부는, 미국가스협회(American Gas Association)와 그 구성회원들이 비공인 버너에 사용될 가스를 판매하기를 거부하는 정책을 취하고 있었기 때문에, 시장에 영향을 미쳤다.

이와 달리, 만일 각 제안된 표준이 필연적으로 다른 가능한 대안을 배제하는 것이라면, 표준들간의 선택은 통상적으로 경쟁에 관한 합의를 갖지 않는다. Posner판사는 Brunswick v. Riegel사건⁹²⁾에서 그러한 상황에 대한 일반 원칙으로서 "하나의 독점을 다른 독점으로 대체하는 것은 반드시 경쟁을 해하지는 않는다."고 하였다. 동사건에서, 원고는 피고가 원고에게 허용되었어야 할 특허권을 획득함으로써, 독점금지법을 위반하였다고 주장하였다. Posner판사는 그러한 청구사실은 독점금지법 위반을 구성하지 않는데, 그 이유는 "특허권이 부여하는 가격에 대한 지배력은 적법하

서 법원은 단지 특정 행위나 공정의 장점에 관한 표준설정조직의 결론은 경쟁법적 피해를 유발하지 않는다고 보았다.

90) *Allied Tube & Conduit Corp. v. Indian Head, Inc.*, 486 U.S. 492 (1988).

91) *Radiant Burners v. People's Gas Co.*, 364 U.S. 656, (1961).

92) 752 F.2d 261 (7th Cir. 1984), cert. denied, 472 U.S. 1018 (1985).

고, 그 권리를 행사하는 사람이 법에 의하여 그렇게 정해질 사람이 아니라
는 이유만으로 그 지배력이 더 큰 것은 아니며, 만일 어떤 특허권이 어떤
이에게 부여되었다면, 문제의 사기행위는 시장지배력을 그 권리를 보유하고
다른 사람들에게 그것을 이용할 사람으로부터 이탈시킨 것 뿐이다.”라고
고 하였다.⁹³⁾

이 특허권에 관한 일반원칙은 그 선택이 시장 지배를 결정하는 점에서
동일한 법적 효과를 가져오는 표준설정조직의 사례에도 적용된다. 만일 상
품이 반드시 상호작용되어야 하는 네트워크시장의 일반적 경우에 그런 것
처럼 어느 표준설정조직이 오직 하나의 표준만을 선택해야 한다면,⁹⁴⁾ 그
리고 그 표준이 시장을 지배한다면, 경쟁은 다른 것들에 대하여 하나의 표
준을 선택하는 것에 의하여 반드시 영향을 받지 않는다.

그러나 이 일반원칙에는 두 개의 중요한 예외가 있다. 첫째, 표준과 독
점간의 관계를 보면, 모든 표준이 시장지배력을 부여하는 것은 아니다. 그
리고 다른 것들을 배제하고 하나의 표준을 선택하는 것은 그 선택이 배타
적일 수 밖에 없는 경우라도 시장의 지배에 영향을 미칠 수 있다. 예컨대,
높은 시장점유율을 가진 회사에 의해 만들어진 어느 상품이나 장치를 표준
으로 선택한다면 그 기업의 힘은 강화될 수 있다. 반면에 경쟁 표준의 선
택은 상대적으로 약한 경쟁자를 강화함으로써, 그 시장을 보다 경쟁적인
것으로 만들 것이다. 인과관계를 살펴보는 것이 중요하다. 시장에 미치는
영향만으로는 충분하지 않으며, 경쟁에 대한 피해는 다른 원인이 아니라
어느 표준을 위해서 특정한 표준을 탈락시킨 결정 때문에 직접적으로 빚어
졌어야 한다. 둘째, 특허권과 저작권이 그 소유자들에게 다른 이들을 그
권리의 적용범위내에서 상품의 판매나 제조를 배제할 권한을 부여하기 때
문에, 표준설정조직이 표준으로 채택한 어느 상품이나 상호통신규약에 적
용되는 특허권이나 저작권은 그 지적재산권의 소유자에게 타인에 의한, 그
표준의 실행을 배제할 권한을 부여할 것이다. 지적재산권자는 타인에게 그
표준을 사용할 라이선스를 부여할 수 있으나, 반드시 그렇게 하도록 요구

93) Id. at 265.

94) 표준설정조직이 실제로 하나의 표준을 선택하였다는 사실만으로 그 표준설정조직이
반드시 하나의 표준만을 선택해야 하는 상황이라는 것을 의미하지는 않는다는 점에
주의하여야 한다.

되는 것은 아니다. 실로, 만일 문제의 타인이 자신의 직접적인 경쟁자라면, 지적재산권자는 그렇게 하지 않기로 결정하는 것이 당연할 것이다. 그러므로, 표준으로 제안된 것이 지적재산권에 의하여 지배되고 있다면, 표준설정절차의 배타성은 보다 명확하다. 시장이 하나의 표준으로 제한될 것만이 아니라, 그 표준이 하나의 기업에 의하여 지배되기 쉬울 것이다. 그러한 상황에서는, 경쟁은 선택된 표준이 공개형이나 폐쇄형이나, 즉 그 표준의 소유자가 타인에게 비차별적인 기준에서 이를 라이선스하는 데에 동의하였는가 여부에 따라서 크게 영향을 받는다. 특별한 사정이 존재하지 않는다면, 공개형 표준의 설정은 그 표준내에서의 여러 기업에 의한 경쟁을 차단하지 않기 때문에, 공개형 표준의 채택은 폐쇄형 표준의 채택보다 더 친경쟁적이기 쉽다.⁹⁵⁾ 이것은 공개형 표준의 거부가 반드시 반경쟁적이거나, 전유적 표준의 거부가 반드시 문제가 없음을 의미하는 것은 아니다. 그러나 표준의 선택은 그 표준에 적용되고 있는 지적재산권이 행사될 것인지 여부에 따라 상이한 결과를 가져온다는 것은 분명하다.

③ 피고가 반경쟁적 고의를 가질 것

고의의 증명도 반경쟁적 표준설정의 원인을 판명하기 위하여 필요하다. 고의는 표준설정조직에 의한 경쟁법적으로 문제있는 행위를 통상적이지만 과실에 의한 결정으로부터 구별하기 위하여 유용하다. 여기에서는 제안된 표준안의 기각은 표준설정조직에 대한 제3자의 장악(capture)이나 부실표시의 결과가 아니라고 전제한다. 만일 그 표준설정조직이 그 자체 적법하다면, 그리고 경쟁을 제한하려는 의도가 없이 통상의 규칙에 의거해서 어떤 표준을 기각하기로 기술적 결정을 내렸다면 비록 그 결정이 경쟁에 역효과를 낳는다고 하더라도 그것은 위법한 것일 수가 없다. Consolidated Metal Prod. v. American Petroleum Inst. 사건⁹⁶⁾에서 법원은 합리성의 원칙하에서 고의의 증거를 요구하였다.⁹⁷⁾

95) Joseph Farrell, *Arguments for Weaker Intellectual Property Protection in Network Industries*, In *Standards Policy for Information Infrastructure* 368 (Kahin & Abbate eds. 1995).

96) 846 F.2d 284, 293-294 (5th Cir. 1988).

97) 그러나 동법원은 위법한 의도나 반경쟁적 효과 어느 하나가 충족되면 서먼법 제1

어느 조직에서나 그러한 것처럼, 표준설정조직의 의도를 판정하는 것은 어렵다. 그러나 그 조직의 회원들이 반경쟁적으로 행위할 동기를 가지고 있는지를 조사하는 것에서부터 시작할 수 있다. 이것은 역으로 누가 그 조직의 회원인가에 달려있을 것이다. 직접적인 경쟁자라면 제안된 표준을 기각함으로써 혜택을 입을 것으로 예상된다면 그 표준을 기각할 유인을 가질 수 있다. 물론 동기는 고의와 다르고, 법원은 단지 표준설정조직의 회원들이 원고와 경쟁하고 있다는 사실로부터 바로 이러한 결론을 도출하지는 않는다. 그러므로 *Clamp-All Corp. v. Cast Iron Soil Pipe Inst.* 사건에서, 법원은 표준설정조직의 의사결정에 참여한 것은 긍정적 효과도 가질 수 있다고 조심스럽게 언급하였다. 표준의 공인권자들은, 오직 모든 이해관계인들이 제안하고 자신들의 견해를 평온하게 제시하고 표결하는 것이 허용된 경우에만, 자신들의 업무를 적절하게 수행하는 것이라고 생각할 수 있다.⁹⁸⁾ 그러나 그러한 상황에서, 전술한 구조적 전제조건과 시장에 미치는 영향이 병존한다고 가정하면, 반경쟁적 의도에 관한 증인의 신빙성 있는 진술은 법원이 고의의 인정여부를 심리하기에 충분할 것이다. 그러므로, *Addamax Corp. v. Open Software Found.* 사건에서, 법원은 공개소프트웨어재단 회원들이 원고의 기술과 경쟁하는 기술에 경제적 투자를 하고 있다는 진술을 청취하고 표준설정조직에게 약식판결을 허용하는 것을 거부하였다.⁹⁹⁾ 또한 법원은 표준설정의 절차적 결함을 반경쟁적 의도의 증거로서 다루어 왔다.¹⁰⁰⁾

조위반을 인정하기에 충분할 것이라고 시사하였음을 주의하여야 한다.

98) 851 F.2d 478, 488 (1st Cir. 1988).

99) 888 F.Supp. 274, 278 (D.Mass. 1995).

100) *DM Research, Inc. v. College of American Pathologists*, 170 F.3d 53, 57 (1st Cir. 1999)(책임이 인정된 대부분의 표준설정 사건은 피해 당사자의 경쟁자에 의해서, 때때로 거짓말, 중립 또는 기타 형식의 영향에 의하여, 의도적으로 표준이 채택된 경우를 포함한다.); *Radiant Burners, Inc. v. Peoples Gas Light & Coke Co.*, 364 U.S. 656, 658-59 (1961)(집행절차가 원고의 경쟁자에 의하여 통제된 경우에는 합리성이 결여되었다.); *Brant v. United States Polo Association*, 631 F.Supp. 71 (S.D. Fla. 1986)(절차적 적법절차의 결여는 반경쟁적 동기의 판정에 관련이 된다.); *Consolidated Metal Products v. American Petroleum Institute*, 846 F.2d 284 (5th Cir. 1988)(의사결정자의 절차와 경제적 이익의 중요성을 강조하고 있다.).

일부 표준설정 회원이 반경쟁적 의도를 가진 경우에, 그 의도를 표준설정조직 전체의 의도로 돌릴 수 있는지 여부는 문제가 된다. 이 문제를 결정하기 위해서는 부적절한 동기를 형성한 개인들에 대한 조사, 즉 그들은 조직내에서 어떤 역할을 수행하고 있는지, 문제가 된 특정한 결정에서 그들이 어떤 역할을 행하였는지 등에 대한 조사가 필요하게 될 것이다. 그러나 일반적으로 법원은 표준설정조직에 대하여 그 구성회원들의 행위에 대한 책임을 지우는 경향이 있다.

④ 표준의 장점에 대한 조사

마지막으로 반경쟁적 효과의 발견은 반드시 문제의 표준의 기술적 장점을 고려하여야 한다. 법은 복잡한 기술적 개념을 평가하는 데에 법원을 끌어들여 하여서는 안되지만, 판사가 이러한 종류의 어려운 사실판단을 내릴 필요가 있는 때도 있다. 독점금지 소송의 원고가 반경쟁적 목적으로 하나의 표준이 선정되고 다른 표준이 기각되었고, 선정된 표준이 관련 경제적 시장을 보다 덜 경쟁적인 것으로 만들 가능성이 크다는 것을 입증하였다면, 그 선정된 표준은 실상 기술적 장점에 기인하여 선정된 것이 아니기 쉽다. 그럼에도 불구하고, 독점금지 소송의 피고에게는 그 선정된 표준이 다른 기각된 표준안에 비하여 기술적으로 우월하고, 그러므로 소비자들이 그 선정의 결과로 손해택을 누린다는 항변사유를 입증할 기회가 주어져야 한다. 법원은 Addamax사건에서 이러한 종류의 결정을 하였다. 법원은 부분적으로 Addamax의 상품이 너무 비쌌다는 이유로 당해 표준설정조직의 결정이 장점에 근거하여 결정한 것으로서 타당하였다는 결론을 내렸다.¹⁰¹⁾ 예컨대 어느 표준설정조직이 제안자의 독점을 공고히 하는 표준을 채택하였지만, 그것은 다른 대안적 기술에 비하여 혁신적인 도약이어서 비록 독점가격하에서라도 소비자들이 대안적 기술을 사용하는 경쟁시장에서 지급하였을 가격보다 더 적게 지급하는 상황을 가정하여 볼 수 있다. 그러나 독점금지 원고가 고의와 시장에 미치는 영향 양자를 모두 입증할 수 있지만, 탈락된 표준이 이처럼 열등한 사건은 아주 예외적인 상황일 것이다. 그러므로 이 점에 관하여 입증책임은 피고에게 전환되는 것이 적정

101) 152 F.3d at 51.

할 것이고,¹⁰²⁾ 법원은 오직 드물게만 그 양 표준간의 기술적 선택을 하여야 할 것이다.

때때로 독점금지청구는 그릇된 표준이 선정되었다는 것이 아니라 원고가 공정한 의사결정과정을 거칠 것을 보장받지 못하였다는 내용의 것일 수 있다.¹⁰³⁾ 일반적으로는 표준설정조직이 독점금지법에 의거하여 회원들에게 적법절차의무를 부담하는 것은 아니다.¹⁰⁴⁾ 그럼에도 불구하고, 고의와 시장에 미치는 효과의 양 요건이 충족된 경우에는, 원고가 공정한 청문절차를 거치지 못했다는 것은 그 표준설정조직이 타당한 결정을 하였다는 가정을 더욱 약화시키기 때문에 그에 관한 증거는 독점금지사건에서 중요한 것이 될 수 있다.¹⁰⁵⁾ 그러므로 법원은 반드시 불공정한 절차라는 주장을 검토하여야 하지만, 오직 그것이 그 집단이 잘못된 결정에 도달하였다는 증거라는 정도로만 그렇게 해야 한다. 불공정한 절차는 전술한 다른 요소들이 모두 현존하는 경우가 아니라면 그것만으로는 독점금지법 위반이 되지 않는 것이다.

(2) 반경쟁적 배타행위로서의 특정한 표준의 승인

표준설정조직의 결정에 대한 기술적 장점에 근거한 가장 보편적인 이의 제기는 자신의 표준이 탈락된 후원기업으로부터 제기될 것이지만, 그런 기업이나 제3자가 특정한 표준의 채택이 반경쟁적인 배타행위를 결과한다는

102) *Addamax* 사건에서는 원고가 입증책임을 부담하였는데, 이것이 반대 입장이라고는 볼 수 없다. 왜냐하면 법원은 그 표준의 장점을 심리하기 전에 그 사건에서 고의와 시장 효과를 발견하지 못했기 때문이다.

103) 예컨대 *McCreery Angus Farms v. American Angus Assn.*, 379 F.Supp. 1008, 1018 (S.D. Ill. 1974), *aff'd* 506 F.2d 1404 (7th Cir. 1974); *Carleton v. Vermont Dairy Herd Improvement Assn.*, 782 F.Supp. 926, 934 (D. Vt. 1992).

104) 예컨대, *Northwest Wholesale Stationers v. Pacific Stationery & Printing Co.*, 472 U.S. 284 (1985); *Hairston v. Pacific 10 Conference*, 101 F.3d 1315, 1318-1319 (9th Cir. 1996) (법원은 경쟁에 미치는 효과가 없는 풋볼리그 벌칙의 조작성을 심리하기를 거부하였다.).

105) 독점금지문서에 관한 절차적 쟁점을 검토하고 있는 사건의 예로 *Consolidated Metal Prod. v. American Petroleum Inst.*, 846 F.2d 284 (5th Cir. 1988); *Brant v. United States Polo Assn.*, 631 F.Supp. 71 (S.D. Fla. 1986).

청구를 제기하는 것도 가능하다. 어느 정도까지는 이들 두 청구는 중복된다. 어느 기업에 의한 선택된 표준 대신에 자신들이 후원한 표준이 선정되었어야 한다는 주장과 같이 가장 가능성 있는 반경쟁적 표준채택에 관한 청구는 또한 반경쟁적 배타적 행위 청구이기도 하다. 그와 다른 변종은 당해 조직이 표준을 선정하는 것이 전혀 허용되지 말았어야 한다는 청구이다.¹⁰⁶⁾ 이 주장은 그 효과상 표준설정이나 표준설정조직 자체의 유효성에 대한 이의제기에 해당한다.

표준설정과정에 포함되지 않은 제3자가 채택된 표준에 대하여 독점금지청구를 하는 경우가 있을 수 있다. 예컨대, 표준화된 상품의 소비자에 의하여 제기된 독점금지청구는, “못먹게 된 감을 찢어보는 식의” 청구일 가능성이 적다는 점에서, 불만을 품은 경쟁자에 의한 청구보다 신빙성이 있을 수 있다. 그러나 제안된 표준의 기각에 대하여 적용된 원칙이 또한 표준의 채택에 대해서도 적용되어야 한다. 어느 표준의 채택이 독점금지법 위반이 되려면, 원고는 i)그 채택자가 경쟁을 제한하려는 고의로 그렇게 하였으며, ii)그 표준의 채택이 경쟁에 직접적 영향을 미쳤다는 점을 입증하여야 한다. 또한 iii)그 표준을 제안한 당사자와 표준설정조직의 구성회원들간에 수평적 관계가 존재하여야 한다.¹⁰⁷⁾

특정 표준의 기각과 마찬가지로, 원고는 비배타적 표준이나 공개된 표준의 채택으로부터 시장에 반경쟁적 효과가 발생하였음을 증명하기는 어려울 것이다. 그러한 표준은 일반적으로 그 시장에 보다 많은 경쟁가능성을 제공하기 때문이다. 오직 배타적 표준인 경우에만, 명시적으로 또는 사실상으로 특정한 상품이 시장을 지배하도록 할 수 있을 것이다.

5. 표준설정 과정이나 절차의 파행

독점금지원고가 표준설정과정에서의 참여자가 반경쟁적 결과를 발생시키기 위하여 그 절차를 어떤 방식으로 조작했다고 하는 청구를 제기하는 경우에

106) *Clamp-All Corp. v. Cast Iron Soil Pipe Inst.*, 851 F.2d 478, 487 (1st Cir. 1988)(그러한 청구가 검토되었다).

107) 피고인 표준설정조직의 회원들과 원고인 소비자간에 수평적 관계가 존재하는지 문제되는 것은 아니다.

는 보다 복잡한 문제가 발생한다. 그러한 경우에는, 중립적인 조직이 반경쟁적으로 행위하였다는 주장이 아니라, 표준설정조직이 실제로는 중립적이지 않았다는 주장을 하는 것이다. 어떤 참가자에 의하여 통제되거나 호도된 표준설정조직이 내린 결정은 적법한 과정을 통하여 내려진 결정과 동일한 수준의 결정으로 인정받지는 못할 것임은 분명하다. 그럼에도 불구하고, 비록 의도적인 절차조작이라도 항상 독점금지법 위반이 되는 것은 아니다. 오히려 독점금지 책임을 부담하는가는 그 조작으로부터 파생된 결과가 반경쟁적인 것인가에 달려있다. Northwest Wholesale사건에서는, 연방대법원이 도매구매협력단체가 설명, 통지 또는 청문을 거치지 않고 어떤 구성원을 축출한 경우에, 당해 단체는 시장지배력이나 유효경쟁을 위하여 필수적인 요소에의 배타적인 접근을 확보하고 있지 않기 때문에 합리의 원칙을 적용한 분석이 이뤄져야 한다고 판시했다.¹⁰⁸⁾ 이 사건에서 원고는 그 단체가 적법절차를 지키지 않았기 때문에 축출이 위법했다고 주장하였다. 그러나 연방대법원은 절차적 안전장치의 부재는 독점금지 분석에 전혀 영향을 미치지 않는다고 하면서 그 주장을 기각했다. 법원은 또한 다음과 같이 언급했다.¹⁰⁹⁾ “만일 Northwest의 회원들의 문제가 된 공동행위가 셔먼법 제1조의 당연위법을 구성한다면, 절차적 보호의 정도가 얼마가 되든 그것을 구제할 수 없다. 만일 문제된 행위가 셔먼법 제1조 위반이 아니라면, 독점금지법 자체는 합작기업에 대하여 절차의 요건을 부과하지 않기 때문에, 절차적 보호의 결여로 인하여 그것이 반복되지는 않을 것이다.” 이러한 법원의 판시에도 불구하고 법원은 공정한 절차의 존재에 주목하고 있고, 이러한 패턴은 법원이 승인의 거부 사건에서 승소하기 위하여서는 실상 원고에게 합리적 절차가 사용되지 않았거나 왜곡되었음을 증명할 책임을 지운다는 것을 시사한다.¹¹⁰⁾

108) *Northwest Wholesale Stationers Inc. v. Pacific Stationery & Printing Co.*, 472 U.S. 284, 296 (1985).

109) *Id.* at 293.

110) Harry S. Gerla, *Federal Antitrust Law and Trade and Professional Association Standards and Certification*, 19 *Dayton L.Rev.* 471, 531 (1994).

표준설정의 과정이 조작되는 방식에는 두 가지를 생각해 볼 수 있다. 첫째, 표준설정의 이해관계자가 적극적으로 표준설정과정을 자체를 통제하는 조작이 있을 수 있다. 둘째로 표준설정의 이해관계자가 표준설정조직에 대하여 부실표시를 하여 표준설정조직이 기망 당하여 표준설정과정이 조작되는 경우이다. 각각의 경우의 독점금지법적 결과를 이하에서 고찰한다.

(1) 이해관계자의 표준설정절차의 통제

사적 당사자가 표준설정조직을 장악한 극단적 사례가 Allied Tube사 전¹¹¹⁾이다. 이 사건에서 Indian Head사는 고층빌딩용 PVC제 전선 導管¹¹²⁾을 제조하는 사업자였다. Indian Head사의 주장에 따르면, 동사의 도관은 산업표준이었던 철제 도관보다 더 저렴하고 더 유연하여 굴곡에 의하여 단절되는 일이 더 드물었다.¹¹³⁾ 전선 도관은 국립화재보호 협회(NFPA)에 의하여 규정된 모범규정인 국립전기규정(National Electrical Code)을 준수하도록 요구되고 있었다. 당시 동규정은 고층빌딩에서는 철제 도관만을 공인하고 있었는데, Indian Head사는 동규정을 PVC제 도관의 사용도 허용하도록 개정할 것을 제안하였다. 대부분의 지방자치단체와 보험회사들은 NFPA의 모범규정을 추종하고 있었다.¹¹⁴⁾ 따라서 동조직으로부터 공인을 얻지 못하면, 실제로는 Indian Head사는 PVC제 도관에 대한 판매를 할 수 없었다. 철제 도관의 미국 내 최대제조업자이자 NFPA의 회원인 Allied Tube사는 다른 주요 철제 도관 제조업자들과 접촉하여, 차기 연례모임에 그 유일한 목적을 새로운 PVC 표준안에 대하여 반대표를 던지는 것으로 하는 협회회원들을 새로 파견함으로써 PVC를 1981년도 모범규정으로부터 배제하기 위하여 협회의 절차를 이용하기로 합의하였다.¹¹⁵⁾ 철제 도관 제조업자들은 전혀 총회를 추종할 기술적 서류를 갖지 못한 사람을 포함한 도합 230명의 새

111) *Allied Tube & Conduit Corp. v. Indian Head, Inc.*, 486 U.S. 492 (1988).

112) 전기배선을 벽이나 마루를 관통하여 설치하는 데 사용되는 속이 빈 관을 가리킨다.

113) *Id.* at 496.

114) *Id.* at 495.

115) *Id.* at 496.

NFPA 회원들을 모집하고 그들을 등록시키기 위하여 10만달러를 지출하고 그들을 회합에 보냈고, 거기에서 표준설정조직은 Indian Head사의 제안을 오직 4표 차이로 거부시키는 데 성공하였다.¹¹⁶⁾

이 사건에서의 경쟁법적 피해는 명백하다. 당해 표준설정조직은 여러 가지 형태의 상품의 안전성을 결정하는 전문가들로 이루어진 중립적 단체가 아니었다. 그것은 철계 도관 제조업자들에 의한 이익집단이 되었고, 그들은 경쟁을 배제할 기회를 노렸다. 표준설정조직이 그 정도로 장악된다면, 그것을 경쟁을 제한하기 위한 경쟁자들간의 협정, 즉 카르텔과 다르게 불이유를 찾기 어려워진다.

그렇지만 제3자의 통제는 것처럼 노골적이지 않은 경우에도 인정될 수 있다. 어느 당사자가 자신의 이익을 위하여 왜곡된 표결규칙을 사용하거나 그 조직이 정해진 방식이나 어느 회사가 그 조직에 참여하는지 등에 의하여 통제가 실행될 수 있다. 예컨대 유럽원거리통신표준기구(European Telecommunications Standards Institute: ETSI)는 기업회원들이 각자의 유럽역내 판매량에 비례하여 표결권을 할당받는 가중표결제도를 사용한다. 이와 같은 가중표결제도는 나름대로 합리성을 지니는 것임에 분명하지만, 반면에 충분히 높은 시장점유율을 보유한 기업에 대하여 표준설정과정의 통제를 보장함으로써 시장지배를 영속화시키는 부수적 효과를 가져온다. 미국기업인 Qualcomm사는 전술한 ETSI규칙이 제3세대 셀룰러 폰 전송표준 전쟁에 있어서 그러한 효과를 가진다고 주장하여 왔다.¹¹⁷⁾ Qualcomm사는 ETSI규칙이 Nokia나 Ericksson같은 거대 유럽회사들이 제안된 표준안을 거부할 수 있도록 보장한다고 불평하였다.

다른 보다 덜 직접적인 장악의 방법에는 동조적인 회원들을 핵심적인 하부위원회에 배치하는 것 또는 표준의 승인을 유보할 권한이 있는 조직내의 자리를 지배하는 것 등이 포함된다. 그러므로 American Society of Mechanical Engineers v. Hydrolevel Corp.사건¹¹⁸⁾에서는, 법원은

116) Id. 표결결과는 394대 390이었다.

117) Peter Grindley et al., *Standards WARS: The Use of Standard Setting as a Means of Facilitating Cartels* (Working paper 1999).

118) 456 U.S. 556 (1982).

미국기계공학자협회(American Society of Mechanical Engineers: ASME)내의 위원회 임원으로서 종사하던 어느 기업의 대표자가 ASME를 위해서 그 경쟁자의 상품을 안전하지 않다고 선언하는 서한을 작성함으로써 독점금지법을 위반하였다고 판시하였다. 그 임원은 자신의 조직내 지위를 동조직이 기술적 장점에 근거하지 않고 경쟁을 위축시키기 위하여 입장을 정하도록 하기 위하여 사용하였다.

이와 대조적으로, 어느 기업이 단지 그 표준설정과정에서 일정한 성과를 이루기 위하여 이를 조정하려고 그 과정에 참여하려는 시도는 문계의 표준설정과정의 조작으로부터 신중하게 구별하여야 한다. 기업들은 자사의 필요에 가장 부합하는 표준이 채택되도록 하기 위하여 로비를 할 것으로 정당하게 기대되고, 많은 경우에 그 표준은 그들 스스로 제정한 것이기 쉽다. 만일 어떤 기업이 자사의 표준을 채택해달라고 표준설정조직을 설득하려 한 것밖에 없다면, 그 사례는 표준설정과정에 대한 조작이 아니고, 독점금지법적으로는 표준설정조직의 반경쟁적인 표준선택이 아닌가 하는 점만 문제되는 것이다. 독점금지소송의 원고로서는 그것을 초과하여서 그 과정자체가 불법하였다는 것을 주장해야 한다.

원고는 또한 표준설정과정의 조작으로부터 경쟁법적 피해가 발생하였다는 것을 증명할 수 있어야 한다. 그래서 *Multivideo Labs v. Intel Corp.* 사건¹¹⁹⁾에서, 법원은 Intel사에 대하여 동사가 반도체시장에서의 독점을 컴퓨터와 주변기기의 연결 케이블시장으로 전이시키려고 표준설정조직을 조작하였다는 청구에 대하여 피고송소의 약식판결을 허용하였다. 동법원은 문계의 관행으로 인하여 케이블시장의 경쟁에 미치는 영향이 없다고 보았고, Intel사는 그 시장에서 전혀 경쟁하지 않았다고 언급하였다. *Allied Tube* 사건에서, 시장에서의 영향은 명백해 보였다. 대부분의 자치단체의 빌딩관리규정은 NFPA에 의하여 공인되지 않은 전선도관의 사용을 금지하였다. 그러나 이 사건에서는 표준설정조직이 준정부적 지위를 갖고 있었다. 유사하게, 이해관계자에 대한 통계를 확보하려는 의도로 표준설정과정을 미세하게 조작하는 것은 경우에따라서는 반경쟁적 효과를 발생시킨

119) 2000 U.S. Dist. Lexis 110 (S.D.N.Y. 2000).

다. 그러나 그러한 경우에 경쟁법적 피해가 표준설정조직의 조작으로부터 직접적으로 발생한 것이 아니라, 편향적인 표준설정조직이 관여한 일정한 행위나 부작위로부터 발생하였음을 인정할 수 있다. 그러므로, 표준설정과정의 조작 청구는 결국 당해 표준설정조직이 부적당하게 특정한 표준을 채택하거나 채택을 거부하였다는 청구로 돌아간다.

표준설정과정의 조작 청구시 표준설정조직의 기술적 전문가가 선의로 행위하였을 것이라는 전제는 배제되어야 한다. 반경쟁적인 목적을 향한 과정 조작이 있었다는 청구가 주장되면, 법원은 반경쟁적 고의가 있었는지 심리하여야 하고 그것이 만족된다면, 궁극적으로 채택된 표준의 기술적 우월성을 의심하여 보아야 한다. 그리고 반경쟁적 효과도 입증되어야 한다. 표준설정조직을 장악하는 것은, 그 표준설정조직 자체가 경쟁을 제한하기 위하여 행위하지 않는 한, 독점금지법적 우려를 야기하지는 않는다. 그러므로 자기에게 종속된 표준설정조직을 만들어낸 기업은 반드시 독점금지법을 위반한 것은 아니다. 오직 그 표준설정조직의 결정이 시장에 영향을 줄 것이라고 믿을 만 한 이유가 존재할 때에만, 독점금지법적 우려를 야기하게 된다. 예컨대 하나의 시스템의 소유자는 사용자들을 자사의 네트워크로 유인하는 전략의 일부로서 표준설정조직에 참가함으로써 자기의 시스템이 차세대 표준으로서 채택되도록 하여서 보완재시장에 진입하려할 수도 있다. 그러한 행위는 결국 반경쟁적이고, 사실상 자사의 경쟁기업들의 효과적인 경쟁상품의 개발비를 증가시키려는 의도의 행위일 수 있다.¹²⁰⁾

(2) 이해관계자의 표준설정조직에 대한 무실표시

표준설정 과정에 대한 조작은 이해관계자가 자신에게 유리한 표준의 채택 또는 경쟁자의 표준의 채택거부를 위하여 선의의 표준설정조직을 불법하게 설득하려는 시도에 의하여 행해질 수 있다. 어떤 당사자가 단지 표준설정조직을 기술적 장점에 근거하여 자신의 표준이 채택되도록 적법하게

120) Daniel L. Rubinfeld, FTC Deputy Assistant Attorney General, Before the Software Publishers Association, *Competition, Innovation, and Antitrust Enforcement in Dynamic Network Industries*, at 23 (1998.3.24).

설득하려 한다면, 독점금지책임을 부담하는 일은 드물 것이다. 그러나 이해관계자가 표준설정조직에 구체적 사실에 관하여 거짓말을 하는 경우에는 상이한 상황이 된다. 몇몇 근래의 사건들에서는, 독점금지소송의 원고가, 피고가 자신이 제안한 표준을 채택되도록 하기 위하여 표준설정조직을 그 표준의 상태에 관하여 부실표시로 설득하였다고 주장하였다. 이 부실표시(misrepresentation)는 때때로 부작위나 적극적인 기망행위의 형태를 띤다. 전자의 예는 표준이 채택될 때까지 표준에 대한 자신의 지적재산권을 공개적으로 주장하지 않는 것이고 후자의 예는 당사자가 그 제안된 표준안에 관한 지적재산권을 보유하고 있지 않다고 하는 진술을 표시하는 것이다. 부실표시와 관련하여 두 가지 사건의 예를 들 수 있다.

첫째, 1992년에 비디오전자표준협회(Video Electronics Standards Association: VESA)가 VL-Bus표준이라고 불리는 컴퓨터하드웨어 표준을 채택하였는데, 이것은 컴퓨터의 CPU와 주변기기와의 정보전달을 규율하는 것이었다. Dell Computer Corporation을 포함하여 그 표준에 투표하는 회원사는 VESA규칙에 의하여 그가 VL-Bus표준에 적용되는 특허권을 보유하고 있지 않다는 사실을 확인하도록 요구되었다.¹²¹⁾ Dell사의 대변인은 실제로 그러한 표시를 하였으나, Dell사는 실제로는 그 표준에 적용되는 특허권을 가지고 있었고, VL-Bus표준이 시장에서 널리 채택되고 난 뒤인 8개월 후에, VL-Bus 표준을 사용하는 다른 VESA회원들에게 그것을 행사하였다. Dell사는 기술을 단체표준으로 채택하기 위한 작업을 함으로써, 그것이 전유적이라는 것을 알았다고 주장되었고,¹²²⁾ FTC는 FTC법 제5조에 의거하여 Dell사가 궁극적으로 지배할 수 있을 표준의 수립을 위해서 그러한 사실을 알지 못하는 경쟁자들로부터 협력을 얻어낼 수 있었다고 주장하였다. Dell사와 FTC는 결국 동의명령절차에 들어갔는데, 그것은 Dell사가 VL-Bus표준에 대한 자신의 특허권을 주장

121) 미국표준협회(ANSI)와 국제반도체장비재료협회(Semiconductor Equipment and Materials International: SEMI)를 포함한 많은 표준설정조직들이 그와 유사한 규칙을 갖고 있다.

122) 다만 Dell사가 실제로 알았는지는 다름이 있었고, 이에 관하여서는 판단이 내려지지 않았다.

하지 않기로 하는 내용이었다.¹²³⁾

둘째, 1990년대 이래로 가장 널리 쓰이는 인터넷을 통한 그래픽 파일 교환 표준으로 “GIF” 표준이 있다. GIF표준의 그 당시의 경쟁자에는 JPEG라고 불리는 표준이 포함되었지만, 이것은 GIF에 비하여 일정한 단점이 있었다. 또한 보다 근래에 Unisys특허권의 대상인 압축기술을 사용하지 않는 PNG라는 GIF의 변종이 개발되었다. 당시 어떤 공식적 집단도 GIF를 표준으로서 설정하지 않았다. 1987년에 CompuServe사에 의하여 배포되기 시작된 후에 GIF는 누구나 무료로 사용할 수 있었고 1980년대와 1990년대 초까지 응용프로그램의 개발자들을 포함하여 다수의 인터넷 사용자들에 의하여 널리 채택되었다. 1986년에 Unisys사는 GIF표준에 의하여 사용되는 압축논리구조에 적용되는 LZW특허권을 획득하였다. Unisys사는 GIF표준이 높은 시장점유율을 차지할 때까지 조용히 있었는데, 그 이유가 의도적이었는지 그들이 GIF-LZW의 중첩을 인식하지 못하여서 그랬는지는 분명하지 않다. 1994년초에, Unisys사는 CompuServe사와 그 표준을 사용하여 인터넷상으로 그래픽을 전달하는 다른 기업들에 대하여 특허권을 주장하였다. 후자의 기업들에는 인터넷상의 모든 주요 기업이 포함되었다. Unisys사의 LZW특허와 관련한 행위는 Dell사의 행위와 유사한 효과를 의도한 것이라고 주장되었다. 비록 Unisys사가 그 표준이 전유적이 아니라고 하는 적극적인 표시를 하지는 않았지만, 그 중요한 표준경쟁기간 동안의 침묵은 보다 성숙된 산업을 갑자기 경악하게 할 수 있었다.

이들 두 사건간에는 명백한 차이점이 존재한다. Dell사건은 표준설정조직에 대한 부실표시를 포함하지만, Unisys사건은 오직 공중에 대한 부실표시를 포함한다. 민법상 오인을 유발하는 침묵은 적극적 부실표시와 동일하게 취급되지만, 표준설정조직에 대한 특정의 부실표시에 대한 것과 달리 전체적인 시장에 대하여 특허권의 존재를 공표하지 않은 것에 대해 독점금지법적 제재를 한 선례는 아직까지 존재하지 않는다. Unisys사의 침묵은 그러나 후속의 특허권침해소송에서 태만, 용인(acquiescence) 또는 금반

123) in *re Dell Computer Corp.*, No. 93-10097 (F.T.C. 1995).

언척(estoppel) 등의 문제를 야기할 수 있다.¹²⁴⁾ 특허권과 표준설정조직에 관련해서 본다면, 두 가지 다른 경우를 구별하는 것이 유용하다. 문제의 당사자가 공표되지 않은 특허권을 보유하고 있다면, 경쟁자가 이 잠재적인 지적재산권에 관한 정보를 획득하는 것은 이론상 불가능하다. 반면에 특허권이 공표되었거나 특허권 응용기술이 공표되었다면, 표준설정조직이 제안된 표준안에 적용되는 특허권이 없는 것을 확인하기 위하여 스스로 검색하는 것이 가능하다. 그러나 그러한 검색은 비용이 많이 들고 불완전하므로, 특허권자가 자기 이익을 위하여 정보의 부족을 이용할 수도 있다. 그러므로 어느 경우이건 표준설정조직은 특허권자가 특허권의 존재를 공시하지 않는 경우에는 관련정보를 인식하지 못할 수 있다.

Unisys사건은 여기에서 논외로 하고, Dell사건과 같은 표준설정조직에 대한 비공시의 경우만을 살펴본다. 지적재산권의 비공시에 의한 표준설정과정의 지배시도에 대한 독점금지법적 공격을 위한 가장 유력한 적용규정은 셔먼법 제1조의 담합이 아니라, 제2조에 의거한 독점화시도(attempted monopolization)이다. 독점화시도는 3개의 성립요건으로 구성된다. i)독점화하려는 특정한 고의, ii)그 고의로 행한 반경쟁적 행위 그리고 iii)성공적인 독점화의 위협한 개연성 등이다.¹²⁵⁾ 독점화청구를 위해서는 독점력의 획득이나 유지를 강화하기 위한 고의행위의 입증울 필요로 한다.¹²⁶⁾ 그 결과로서, 독점금지법 위반을 위해서는 시장지배력, 반경쟁적 행위 및 고의 등이 모두 다 입증되어야 한다. 비록 FTC법 제5조와 같이 보다 광범위한 규정에 의거하더라도, 오직 의도적인 부실표시만이 반경쟁적 행위를 구성한다. 특허권의 존재를 부주의하게 공시하지 못한 과실행위가 반경쟁적 효과를 낳을 수도 있지만, 그러한 종류의 과실행위는 독점금지법 위반으로서 제재의 대상이 되지 않는다는.

비록 모든 또는 대부분의 경쟁자에 의한 부실표시가 독점금지법적 우려를 야기하는 것은 아니지만, 부실표시는 적절한 상황에서는, 반경쟁적 행

124) *Wang Labs v. Mitsubishi Elec.*, 103 F.3d 1571, 1580-1582 (Fed. Cir. 1997), cert. denied, 118 S. Ct. 69 (1997)(Wang은 공중에게 채택하도록 권장한 어느 표준에 대하여 특허권을 행사하였는데 이것은 금반언칙에 반하였다.).

125) *Spectrum Sports v. McQuillen*, 506 U.S. 447 (1993).

126) *United States v. Grinnell Corp.*, 384 U.S. 563 (1966).

위를 구성할 수 있다. 표준설정과 관련해서는, 그러한 상황은 특허권자가 시장지배력을 획득하기에 도움이 되는 방식으로 표준설정과정을 조작하는 경우이다. 표준설정조직을 장악한 당사자는 단체표준설정과정을 사실상의 그것으로 변환시키면서, 시장 표준에 대하여 배타적 지배를 확립하거나, 단체표준을 공개적 표준경쟁에서라면 획득할 수 없었을 지배적 지위를 획득하기 위하여 사용할 수도 있다. Unisys사나 Dell사가 자신들이 후원하는 표준이 전유적인 것이라고 공개적으로 선언하였다면, 관련 산업계가 그들 표준을 채택하였을 가능성은 희박하다. 최소한, 그들 표준들은 실제 겪었던 것보다는 더 격렬한 경쟁에 직면하였을 것이다. 이 경우의 경쟁법적 위험은 그 부실표시가 표준설정조직으로 하여금 그렇지 않았더라면 탈락시켰을 표준을 채택하도록 유도하였다는 것과 반대로 그 표준의 채택으로 인해서 피고는 다른 경우라면 획득할 수 없었을 시장지배력을 부여받았다는 것이다. 이것을 상술하여 본다.

첫째, 독점금지소송의 원고는 표준설정조직이 문제의 표준을 채택하였다는 것과 그 부실표시나 부작위가 없었더라면 그렇게 되지 않았을 것이라는 것을 입증하여야 한다. 만일 그 표준설정조직이 그 특허권의 존재를 알았더라도 그 표준을 승인하였을 경우라면 표준설정조직에 대하여 특허권의 존재를 공시하지 않은 것은 경쟁적 시장에 영향을 미치지 않은 것이 된다. 일부 표준설정조직은 자신들이 수립하는 표준상의 지적재산권에 대하여 아무런 정책을 가지고 있지 않다. 그러한 표준설정조직에 대한 부실표시는 비록 그것이 다른 의무위반이 되더라도, 그 부실표시가 그 표준의 채택을 가져오지 않았고, 그러므로 아마도 시장지배력에 기여하거나 그것을 발생시키지 않았기 때문에, 경쟁법적 우려를 야기하지 않는다. 다른 표준설정조직이 자신들의 발표한 관련정책에 어긋나지만, 그들이 과거에 어느 표준의 제안자가 그 표준상에 지적재산권을 보유한다는 사실을 알면서도 표준을 수립한 전례를 가진 경우에는 다른 쟁점이 제기된다. 이 경우에는, 부실표시가 반드시 그 표준의 채택을 초래하지는 않은 것이 된다. 그 표준설정조직이 전유적 표준도 호의적으로 고려하였다는 것을 전제한다면, 그들이 그 특허권에 대하여 알았더라도, 그 제안된 표준을 채택하였을 가능성이 있다. 그럼에도 불구하고, 이 경우에는, 그 표준설정조직이 특허권의

존재를 알았더라면, 다르게 결정하였을 가능성이 있다. 그러므로 인과관계를 결정하기 위하여 그러한 사례에서 사실관계를 조사하여야 할 것이다.

둘째로, 표준설정조직의 그 표준의 채택결정은 역으로 시장에 영향을 주어야 한다. 모든 표준설정조직이 채택한 표준들이 관련시장을 지배하게 되는 것은 아니다. 오직 제한된 경우에만 표준이 실제 시장지배를 성취하거나 서면법 제2조상의 독점화시도청구에서 요구되는 성공적인 독점화의 위험한 개연성(dangerous probability)이 충족된다. 어느 주어진 사례에서 산업 표준을 장악하려는 시도는 그 시도가 독점화의 위험을 초래할 가능성이 있으면, 즉 설정된 표준이 그 산업을 지배할 가능성이 있는 상황에서는 반경쟁적 행위를 구성한다. 그러한 시장지배력 판정은 필수적으로 사실관계에 따라 정해지는 것이지만, 동일한 이론이 독점화시도사건에서도 적용될 수 있다. 표준설정조직의 회원들의 집단적인 시장점유율이나 과거의 단체표준이 상품화에 성공한 경험 등이 성공적인 독점화의 증거가 될 수 있다.¹²⁷⁾ 일부 경우에는는 시장지배력이 특허권의 행사의 필연적 결과이다. 그 같은 경우는 특허권이 경제적 독점을 실제로 부여하는 드문 사례이다. 반면에 다른 경우에는 특허권자의 시장에 대한 지배가 특허권자 자신이 초래한 실패인 시장내의 정보의 실패로부터 기인한다. 이 점에서, 특허권을 표준설정조직에 공시하지 않은 특허권자를 *Eastman Kodak v. Image Technical Servs.* 사건¹²⁸⁾에서의 피고의 지위와 유사하게 생각할 수도 있다. 정보가 불완전하다면, 그 정보에 입각한 시장도 불완전하다. 정보의 소유자들은 자신들의 지식을 경쟁자나 소비자에 대하여 유리하게 사용할 수 있다.¹²⁹⁾ 시장지배는 표준설정조직의 회원들이 집단적으로 지배적 시장점유율을 보유하고 있을 때, 과거에 표준설정조직이 수립한 표준이 시장을 지배하여 오고 있을 때, 표준설정이 배타적일 때, 즉 시장에

127) *Whitten v. Paddock Pool Builders*, 508 F.2d 547 (1st Cir. 1974)(경쟁자를 괴멸시키기 위한 의도로 행해진 상품표준에 관한 무실표시는 그것이 경쟁자를 괴멸시키는 데 성공하지 못하고, 피고의 시장점유율을 오직 2.7퍼센트에서 3퍼센트로 증가시키는 데 그쳤다면, 독점금지법 위반이 아니다.).

128) 504 U.S. 451 (1992).

129) Mark R. Patterson, *Product Definition, Product Information, and Market Power: Kodak in Perspective*, 73 N.C. L. Rev. 185 (1994).

오직 하나의 표준만이 선정될 수 있을 때 그리고 지적재산권자가 합리적이고 비차별적인 조건으로 공시되지 않은 특허권을 실시허락할 의도가 없을 때, 가장 개선성이 높다. 이들 조건중 어느 것이 부재할 때는 비록 특허권자의 비공시가 표준설정조직으로 하여금 제안된 표준을 획득할 수 있으리라고 확신하게 하였더라도, 그 표준의 수립은 경쟁에 영향을 미칠 가능성이 낮다.

그 표준이 실제 시장지배력을 획득하더라도, 그 시장지배력의 획득은 최소한 상당부분 표준설정조직의 행위에 기인한 것이어야 한다. 만일 어느 표준이 어느 경우이든 사실상의 표준경쟁에서 지배적일 경우라면 표준설정조직에 의한 그 채택이나 특허권자의 부실표시 때문에 시장지배가 초래된 것이 아니다.¹³⁰⁾ 예컨대 만일 그 특허권이 실행가능한 비침해성의 대안이 부재하기 때문에 실제로 시장지배를 부여한다면, 시장에서 경쟁을 제한하는 것은 특허권자의 표준설정조직에 대한 비공시 때문이 아니라 특허권 자체 때문이다.

마지막으로, 시장지배력 또는 그것의 획득에 대한 성공적인 개선성과 그 힘의 획득이나 유지를 돕는 반경쟁적 행위의 양자가 입증될 수 있다고 가정하면, 독점금지 원고는 피고의 관련 지적재산권의 비공시가 의도적인 것이고 과실에 의한 것이 아니라는 것을 증명해야 한다. 독점화의 실행고의는 입증하기 어려우며 어떤 경우에는 행위로부터 추론될 수 있다.¹³¹⁾ 표준설정 사건들에서는, 그러한 추론을 하기가 용이한 경우가 많을 것이다. 예컨대, Allied Tube사건에서는 피고가 한 행위가 표준설정과정에 영향을 미치기 위한 것임이 분명해 보였다. 그리고 예컨대 근래의 몇몇 사건들에서 그러했던 것처럼, 특허권의 발명자가 또한 표준설정조직에 대한 문서에 서명한 사람의 하나였던 경우와 같이 인식이 가능했던 것을 보여주는 사실로부터 고의가 추론될 수 있을 것이다. 그러나 여러 사건들에서는 특

130) 혁신과 관련한 인과관계의 규명의 어려움에 관하여 David McGowan, *Innovation, Uncertainty, and Stability in Antitrust Law*, 16 Berkeley Tech. L.J. 729 (2001).

131) 예컨대 *Handgards, Inc. v. Ethicon, Inc.*, 743 F.2d 1282, 1293 (9th Cir. 1984); *William Inglis & Sons Baking Co. v. ITT Continental Baking Co.*, 668 F.2d 1014, 1027-1028 (9th Cir. 1981).

허권이 특정한 표준에 적용되는지를 결정하는 것에는 특허청구의 의미를 추정하기 위한 개별적 요소가 필요하므로, 고의에 대한 추론을 너무 쉽게 해석는 아니될 것이다. 특허청구의 해석은 복잡하고 불확실한 법적 심리이므로, 법원은 만일 피고가 선의로 그 특허권이 그 표준에 적용되지 않는다고 믿었다는 증거가 존재한다면, 그 특허권의 적용범위를 피고가 인식했다고 인정하는 것에 신중을 기해야 할 것이다.¹³²⁾

6. 표준에 포함된 지적재산권의 행사

(1) 지적재산권과 표준설정의 관계에 대한 경쟁법적 해석

지적재산권과 표준설정에 대한 전통적인 독점금지분석은 지적재산권의 존재와 집행이 경쟁에 대한 위협이 될 수 있다는 것을 가정한다. 법원은 지적재산권이 시장지배력을 부여하는지 또는 선택적으로 그 권리가 산업계에서 경쟁을 제한하기 위하여 사용되어 왔는지 여부 등을 조사한다. 이러한 표준에 대한 접근방법은, 지적재산권은 그것이 없었다면 경쟁적인 시장에 대한 불가피한 간섭을 대표하는 것이라는 지적재산권과 독점금지법간의 충돌에 관한 전통적 관점에서는 합리성이 있다.

그러나 지적재산권과 독점금지에 다르게 접근하는 방식도 존재한다. 사회적 후생에 지속적인 혁신이 중요한 산업내에서는, 지적재산권은 그것이 혁신을 제한하는 효과와 혁신을 조장하는 효과를 겸유하는 데, 이를 형량할 때 전자보다 후자가 더 많은 경우라면 결국 전체적으로 친경쟁적인 것으로 평가될 수 있다. 이 이론에서는, 지적재산권의 인수와 집행에 간섭하는 것은 단기적으로 친경쟁적일지 모르지만, 장기적으로는 혁신을 감소시킴으로써 실제로는 경쟁을 저해한다. 이것이 Intel사건에서의 FTC의 동의명령에서의 이론적 입장이었다. 그 밖에도 장래의 혁신에 대한 위협에 관한 정부관여 독점금지사건으로는 United States v. Microsoft사건¹³³⁾과 Visa사와 Master사에 대한 소송¹³⁴⁾이 있다. 표준설정의 맥락

132) Cf. *Mitek Surgical Prods. v. Arthrex, Inc.*, 230 F.3d 1383 (Fed. Cir. 2000)(특허청구가 여러 가지로 해석할 수 있다면, 청구가 객관적으로 근거없는 것은 아니라고 하였다.) 물론 이는 매우 제한된 경우일 것이다.

에서 지적재산권의 권경쟁적인 사용의 예는 표준이 신속하게 진화하는 산업에서 가능하다. 여러 경우에, 지적재산권자는 자신의 지적재산권을 그 표준을 사용하는 발전이 상호작용가능하도록 보장하고, 그 표준을 분할(split)하려는 시도에 반대하기 위하여 사용하여 왔다. 예컨대 Eolas Technologies는 월드와이드웹상의 실행가능한 콘텐츠를 삽입하는 기술(embedding technology)에 적용된다고 주장되는 특허권을 보유한다. 그렇다면 그것은 Eolas사가 Sun사와 기타 기업들에 의한 애플릿(applets)의 생산을 지배할 수 있도록 할 것이다. Eolas는 특정한 공개 응용프로그램 인터페이스(API)를 채택하려고 하는 모든 회사에 대하여 로얄티를 부과하지 않고 특허권의 실시허락을 하기로 동의하고 있다. 실제로, Eolas는 애플릿산업에 폐쇄형이 아닌 공개형 표준을 강제하기 위하여 동 산업에 대한 잠재적 지배를 사용하고 있다.

그러한 용도로 지적재산권을 사용하고 있는 기업의 또 다른 예는 Sun사의 Microsoft사에 대한 Java 플랫폼의 호환성에 관한 지적재산권소송이다. 이 사건의 근본쟁점은 Microsoft사가 Java기술의 일정한 측면에 대한 변경시도에 관한 것이다. Sun사는 Microsoft사가 경쟁사의 운영체제에서는 작동되지 않고 Windows운영체제에서만 작동되는 독립적이고 전유적인 Java버전을 설계함으로써 Java플랫폼을 선취하려 시도하였다고 공격하였다.¹³⁵⁾ Sun사가 우려하는 바는 Java의 Windows운영체제에 특유한 버전이 플랫폼 독립적¹³⁶⁾ 경쟁을 지향하는 잠재적 변화를 잠식할 수 있다는 점이다. Microsoft사는 자신이 Java의 상세규격(specification)을 Windows에서의 Java의 작동을 최적화하기 위하여 임의로 변경하였

133) 87 F.Supp. 2d 30 (D.D.C. 2000)(Windows 98 사건).

134) United States v. VISA U.S.A. Inc., VISA International Corp., MasterCard International Inc. at: <http://www.usdoj.gov/atr/cases/f1900/1973.htm>.

135) *Sun Microsystems v. Microsoft Corp.*, 999 F.Supp. 1301 (N.D. Cal. 1998)(Microsoft의 사건에서의 주장은 "필연적으로 Microsoft로 하여금 JAVA 프로그래밍 환경의 플랫폼간의 호환성을 파괴하도록 허용하게 될 것"이라고 언급하고 있다.)

136) 플랫폼이 독립적이라는 것은 그것이 여러 다양한 운영체제에서 작동된다는 것을 의미한다.

다고 주장한다.

이 분쟁은 그러므로 독점금지과 지적재산권의 관계에 관한 일정한 근본적인 쟁점을 제기한다. 만일 Microsoft사가 Java기술을 플랫폼 독립을 붕괴시키기 위하여 변경할 수 있다면, 그것은 공개 시스템 경쟁에 관련되는 한, Java의 목적을 좌절시킬 수 있을 것이다. 실로 Microsoft사의 Java버전이 다른 것보다 Windows와 더 잘 작동되는 한, 사용자들은 그 Java버전으로 물리게 될 것이다. Microsoft의 과거의 경험에 비추어 Microsoft사는 그 표준의 호환되지 않고 전유적인 버전으로의 분할에 의하여 사실상 표준경쟁에서 승리할 기회를 잡을 것으로 확신할 것이다. 그런데 Java가 누구에게도 소유되지 않은 진실로 공개된 플랫폼이라면, 어째서 Sun사가 Microsoft사의 시도를 방해하는지 이해하기 어렵다. 어쨌든 아이러니컬하게도 Sun사의 Java에 대한 지적재산권의 신청이 동표준의 공인되지 않은 변경을 금지하고 그럼으로써 그렇지 않았다면 분열되었을 플랫폼 표준간의 통합성을 보존하고 있다.

이처럼 일정한 상황에서는 지적재산권이 경쟁을 저해하기보다는 촉진할 수 있다는 가능성도 있으므로, 전술한 지적재산권과 독점금지의 관계에 관한 새로운 접근방식에 찬동하게 된다.

(2) 실시권자카르텔로서의 공동 방어협정

수요독점과 구매자 카르텔이 독점이나 판매자 카르텔처럼 경쟁에 해롭다는 것은 독점금지법상 잘 확립되어 있다.¹³⁷⁾ 그 위험은 판매자의 카르텔의 위험의 반면으로서, 시장가격이 인위적으로 내려가게 된다. 마찬가지로 법적 취급도 독점의 그것을 반영한다. 그러므로 National Macaroni Manufacturers Assn.사건에서, FTC는 파스타 제조업자들의 거래연합회의 구성원들이 자신들이 판매할 파스타의 성분에 대한 표준을 설정하기 위하여 협정을 체결한 것에 대하여 문제를 제기하였던 것이다. 연방거래위원회는 그 표준은 전통적으로 파스타에 들어가는 durum밀의 가격을 인

137) Roger D. Blair & Jeffrey L. Harrison, *Monopoly: Antitrust Law and Economics* (1993).

위적으로 내리기 위하여 의도된 것이라고 주장하였고 인정되었다.¹³⁸⁾ 그 수평적 협정이 구매자보다는 판매자들에게 손해를 입히고, 가격을 올리는 것이 아니라 내린다는 사실은 당연위법원칙에 의거한 위법성인정에 아무 영향을 미치지 않았다.

지적재산권이 문제가 될 때, 표준설정조직은 때때로 구매자 카르텔, 보다 엄밀히는 실시권자 카르텔로서 행위한다. 표준설정조직은 통상적으로 전체 산업에 대하여 주장된 특허권침해소송의 방어를 위한 일종의 공동연락소로서 기능한다. 그들은 공동으로 비용을 부담하거나, 변호사를 고용해서 특허권의 유효성에 관하여 의견을 진술하는데 합의할 수 있다. 또한 공동방어협정(joint defense agreements)은 때때로 회원들을 집단 전체로서만 상대방과 합의하고 개별적으로는 합의하지 않도록 구속할 수 있다. 이러한 종류의 특허권자에 대한 공동방어는 경쟁자간 공동행위를 포함하기 때문에, 전통적인 카르텔이 제기하는 것과 동일한 독점금지법적 우려를 제기하게 한다. 공동으로 협상함으로써, 당해 산업의 구성원들은 개별적으로 교섭할 때에 비해서 더 낮은 사용료지급조건으로 특허권의 실시허락을 얻어낼 수도 있다. 친경쟁적 측면에서 보면, 공동방어는 아마도 법적 비용의 감소로부터 비롯되는 실질적인 효율성을 포함할 것이다.

실제의 소송에서의 방어는, 그 항변이나 제소가 속임수에 해당하지 않는 한, 이른바 Noerr-Pennington법리에 의하여 독점금지법적 책임으로부터 면제된다. 이 법리는 정부에 대하여 입법이나 기타의 자신들에게 유리하나 소비자나 경쟁자에게는 불리한 행위를 이유로 이의제기하는 사인이나 이익단체를 면책하여 주는 것이다.¹³⁹⁾ 이것은 사법기구나 준사법기구에 이의제기하는 국민의 권리를 보장하여 주기 위하여 인정되는 것이다. 소송에 대항하기 위한 공동노력에 관해서도 동일한 내용이 해당된다.¹⁴⁰⁾ 그러

138) 65 F.T.C. 583 (1964), enforced, 345 F.2d 421 (7th Cir. 1965).

139) H. Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and its Practice*, 2d. ed. (1999), Ch. 18.1 & 20.7.

140) *Lemelson v. Bendix Corp.*, 621 F.Supp. 1122 (D.Del. 1985)(특허권침해소송에서 공동으로 방어하는 것은 독점금지법 위반이 아니다.); cf. *In re Circuit-Breaker Litig.*, 984 F.supp. 1267(C.D. Cal. 1997)(상표권자인 원고들에 의한 공동소송은 Noerr법리에 의하여 보호된다.).

므로 대부분의 그러한 방어협정은 독점금지 조사가 면제된다. Gould v. Control Laser Corp. 사건¹⁴¹⁾에서, 법원은 특허권자에 대한 소송비용을 분담하는 협정은 적법하고, 오직 특별히 황당한 상황에서만 셔먼법은 그러한 협정을 금지할 것이라고 판시하였다.¹⁴²⁾ Accord Jones Knitting Corp. v. Morgan 사건¹⁴³⁾에서는 법원은 공동 방어협정을 유죄로 인정하였지만, 그것이 소송비용의 분담을 넘어서 회원들이 독립적으로 사건을 합의하는 능력을 통제하려고 하였기 때문에만 그러하다고 하였다.¹⁴³⁾ 표준설정조직이 현안인 특허권 신청에 관한 증거를 제출하거나 특허청(Patent and Trademark Office: PTO)에 대한 재심신청과 같은 행정관련의 공동이의신청에 대해서도 면제가 적용되어야 한다.

그러나 사법적 또는 행정적 조치를 취하려다가 중단한 협정이 이의신청에 따른 면제를 부여하는지 여부는 보다 불분명하다. 연방순회법원은 그들이 특허권침해혐의로 게소되어 있다면 경쟁자를 방어하기 위하여 소송에 앞서서 체결한 협정은 Noerr법리하에서 면제되지 않고 독점금지법 위반이 될 수 있다는 것을 간접적으로 시사하였다.¹⁴⁴⁾ 반면에 공급자의 상품을 사용하였기 때문에 특허권침해로 게소된 고객을 공급자가 면책시키기로 합의하는 것은 분명히 허용된다. 예상되는 소송에 앞서서 표준설정조직에 의한 예전의 대처방법을 수집하려는 시도는 이들 두 가지 위치의 사이의 희색지대를 점하고 있다. 게소의 위협이 일반적으로 보호되는 것처럼, 그와 같은 보조적 활동도 보호하는 것이 타당하다.¹⁴⁵⁾

어느 정도 다른 문제가 소송중의 피고들에 의한 공동의 의사결정에 관련하여 제기된다. 일반적인 이해관계를 갖는, 합동으로 행위하는 피고들은

141) 462 F.Supp. 685 (M.D. Fla. 1978).

142) Id. at 692.

143) 361 F.2d 451 (3rd Cir. 1966).

144) *Rodime v. Seagate Technology*, 174 F.3d 1294 (Fed. Cir. 1999). 이 사건에서, 법원은 Noerr면제는 가능성이 낮고 사실관계로 보아 독점금지법이 위반되었다는 추론을 제기한다고만 설명하였다.

145) *Coastal States Marketing v. Hunt*, 694 F.2d 1358 (5th Cir. 1983). 그러나 *Cartoons, L.C. v. Major League Baseball Players Assn.*, 208 F.3d 885 (10th Cir. 2000)(en banc)(독점금지소송이 아닌 소송에 관련하여서 게소의 위협은 Noerr법리상의 보호대상이 아니라고 판시하였다.).

독립적인 의사결정권을 보유하여야 한다. 만일 그들이 그 소송을 어떻게 수행할지가 아니라 어떤 이유에서 합의할지 여부를 공동으로 결정한다면, 그들은 거래를 제한하는 공모에 해당하는 것이다. Prime Time 24 Joint Venture v. NBC사건¹⁴⁶⁾에서, 제2순회법원은 침해 피고와 합의나 교섭을 하지 않기로 하는 저작권자들간의 합의는 서면법 제1조 위반이라고 판시하였다. 동법원은 저작권자들은 침해자에 대하여 자신들이 창작 실시허락을 할 수 있는 개별적 행동의 자유를 제한하기로 합의할 수 없다는 것을 강조하였다.¹⁴⁷⁾ 이것은 계소당한 침해자들의 집단이 원고측과 개별적으로 합의하지 않기로 공동으로 협정하는 반대의 경우에 대해서도 마찬가지이다.¹⁴⁸⁾ 이것은 피고들 각자를 대변하는 범무법인을 곤란한 위치에 놓이게 하는데, 그 이유는 그것이 각 의뢰인을 독립적으로 자문하고 합의정책에 보조를 맞춰서는 아니되기 때문이다. 그럼에도, 법원은 동일 범무법인이 전체 피고들을 대변한다는 사실에도 불구하고 공동의 의사결정을 근거로 독점금지청구를 기각하였다.¹⁴⁹⁾

(3) 지적재산권을 제한하는 표준설정 조직의 규칙

지적재산권의 보유나 라이선싱에 관한 표준설정조직의 규칙에 의해서 복잡한 쟁점이 제기된다.

① 표준설정조직의 규칙의 속성과 그 집행가능성

산업표준상의 지적재산권의 보유에 관한 표준설정조직의 규칙은 매우 다양하다. 일부 표준설정조직의 정책을 검토한 한 보고서에 따르면, 실제로 전혀 아무런 정책도 없는 조직에서부터, 공시는 요구하지만 지적재산권을

146) 219 F.3d 92 (2d Cir. 2000).

147) Id.

148) 예컨대 *Accord Jones Knitting Corp. v. Morgan*, 361 F.2d 451 (3rd Cir. 1966)(그러한 협정은 당연위법하다.); *Gould v. Central Laser Corp.*, 462 F.Supp. 685 (M.D. Fla. 1978)(그러한 협정은 합리성의 원칙하에서 처리된다; 원고가 공동 방어협정이 합의조건에 대한 협정으로 확장되었다는 증거를 제시하지 않았기 때문에 약식판결을 허용하였다.).

149) *Lemelson v. Bendix Corp.*, 621 F.Supp. 1122 (D. Del. 1985).

제한하지는 않는 정책, 표준상의 지적재산권의 실시허락을 요구하는 정책, 회원에게만 실시허락하도록 요구하거나 특정한 수수료를 받도록 요구하는 정책, 회원들에게 표준의 지적재산권을 함께 보유할 것을 요구하는 정책에 이르기까지 광범위한 형태를 취하고 있었다.¹⁵⁰⁾ Internet Engineering Task Force(IETF)는 근래까지 최후의 접근방법을 취하고 있었다. 그러나 IETF는 1996년에 사기업이 공정하고 합리적인 조건으로 실시허락을 제공하는 조건으로 사기업의 표준 소유를 허용하는 것으로, 그 정책을 개정하였다. 따라서 현재는 표준의 지적재산권 소유권은 일정한 경우에는 허용된다고 하는 정책을 취하고 있다. 미국국립표준기구(ANSI)를 포함한 일부 단체들은 지적재산권자가 표준에 대한 청구를 포기할 것을 요구하지 않으며 단지 합리적인 조건으로 그들의 지적재산권을 실시허락할 것만을 요구한다. 국제표준화기구(ISO)와 같은 다른 집단은 지적재산권을 유형별로 다르게 취급하여 상표권이나 저작권은 허용하되, 특허권은 허용하지 않는 입장을 취한다.¹⁵¹⁾ 비록 표준설정조직의 조직적 다양성 때문에 어떤 경우에는 다소간 정형적인 약정의 형식을 띄지만, 대부분 이들 규칙은 표준설정조직의 정관에 규정되는 경향이 있다. 예컨대 강제공시정책에 관하여 보면, 일정한 정책들은 단지 정관에서 언급되나 반면 다른 정책들은 회원들에게 자신들이 특정한 제안된 표준에 관하여 지적재산권을 소유하고 있지 않음을 서약하는 진술서에 적극적으로 서명할 것을 요구한다.

이러한 규정형식의 다양성은 또한 지적재산권의 보유에 관한 표준설정조직의 제한의 집행가능성에 관한 문제를 제기한다. 표준설정조직의 정관은 그 회원인 기업들만을 구속한다. 어떤 특정의 기업이 정관을 준수하도록 구속되는가와 그 방법은 표시의 형식에 달려있다. 그 기업이 권리를 포기하는 서류에 서명하였는가, 또는 권리포기가 단지 표준설정조직의 회원자격으로부터 추정되는 것인가, 만일 어떤 기업의 특허권의 불공시가 지적재

150) Mark A. Lemley, *Antitrust, Intellectual Property and Standard-Setting Organizations* (working paper 2001).

151) ISO 표준설정과정과 지적재산권을 규율하는 그 규칙에 관한 논의로는 Mark A. Lemley & David McGown, *Could Java Change Everything? The Competitive Property of a Proprietary Standard*, 43 *Antitrust Bull.* 715 (1998).

산권의 공시를 요구하는 표준설정조직의 규칙을 위반한 것이라면, 그 규칙은 계약위반으로서 집행될 수 있는 것인가. 그러나 그러한 계약의 집행가능성에는 일정한 제한이 존재한다. 첫째, 특허권침해혐의로 제소된 모든 당사자가 다 표준설정조직의 회원은 아닐 것이고, 비회원에게 계약위반의 피고적격이 없을 것임은 물론이다. 둘째, 표준설정조직이 그러한 계약에 대하여 제소한 경우에, 구제수단이 무엇인지 또는 회원들에게 그들이 유발한 경쟁법적 손해의 전부에 대하여 보상하는 것이 적절할 것인지는 분명하지 않다.

한편 지적재산권의 집행을 제한하는 정관의 불이행은 사기나 부실표시를 구성할 가능성이 있다. 전술한 Dell사건에서 본 것과 같이 특허권자가 지적재산권의 존재를 공시할 의무가 있으면서 의도적으로 공시하지 않았거나 그러한 것이 존재하지 않는다는 적극적 진술을 한 경우에는, 그 가능성이 크다. 표준설정조직에게는 계약보다는 사기적 의사표시가 원고에게 자신이 실제로 입은 손해를 회복할 가능성을 제공한다는 점에서, 보다 강력한 집행방법이 될 수 있다. 그러나 사기가 성립하려면 원고에 대한 일정한 의무의 존재가 전제되어야 하는데, 이 점 때문에 소비자 등 그 집단의 회원이 아닌 자에 의한 제소가능성은 배제된다.

보다 가능성 있는 표준설정조직의 정관을 집행하는 규칙의 원천은 지적재산권 자체로부터 나온다. 특허권사건에서, 가장 가능성있는 후보는 형평에 기한 금반언의 법리이다. 표준설정집단에게 알려진 특허권을 공시하지 않은 기업이 나중에 그 집단이 그 특허대상인 기술을 표준으로 채택한 후에 그 집단의 회원에게 특허권을 주장하는 것은 금반언에 반하므로 금지될 수 있다는 것을 시사하는 다수의 사건들이 있다.¹⁵²⁾ 이에선 사실상 표준 경쟁 기간동안의 특허권의 주장을 하지 않은 경우도 포함된다.

152) *Stambler v. Diebold, Inc.*, 11 U.S.P.Q. 2d (BNA) 1709, 1714-1715 (E.D.N.Y. 1988), *aff'd* 878 F.2d 1445 (Fed. Cir. 1989); *Potter Instrument Co. v. Storage Technology Corp.*, 07 U.S.P.Q. (BNA) 763, 766 (E.D. Va. 1980), *aff'd* 641 F.2d 190 (4th Cir. 1981); *Stryker Corp. v. Zimmer, Inc.*, 741 F.Supp. 509 (D.N.J. 1990); *Wang Labs v. Mitsubishi Elects. Am.*, 29 U.S.P.Q. 2d (BNA) 1481, 1495-1496 (C.D. Cal. 1993).

② 독점금지 위반으로서의 강제적 실시허락요건(compulsory licensing requirement)

지적재산권이 혁신을 촉진하기 때문에 친경쟁적이라는 사고를 전제한다면, 표준설정조직이 지적재산권자에게 표준화의 조건으로서 그들의 권리를 제한하거나 포기할 것을 요구함으로써 독점금지법을 위반한 것이 될 수도 있다. 그것은 그 정관의 내용이 무엇인가에 달려있는데 이하 그에 관하여 살펴본다.¹⁵³⁾ 한편 표준설정조직은 정관을 작성하고 집행하는 것이 정부에 이의신청하는 것과 직접적으로 관련되지 않는 한 전술한 Noerr-Pennington법리하에서 면책될 수는 없다.

i) 공시요건

우선, 표준안에 표결하기 전에 지적재산권을 조직에 공시하도록 요구하지만 그 보유에 관하여서 기타의 간섭을 하지 않는, VESA나 ANSI 같은 표준설정조직의 경우를 검토하여 보면, 그러한 경우에는 공시요건의 부과만으로 반경쟁적일 가능성은 없어 보인다. 그러한 요건은 정보제공을 강제하는 효과를 가지며, 일정한 특별한 경우에는 그러한 공시요구가 지적재산권자의 영업상 비밀에 간섭하는 것일 수 있다. 지적재산권의 소유를 제한하거나 공시를 요구하는 표준설정조직의 규칙은 통상 특허권에 적용된다. 일부 표준설정조직은 동규칙을 특허권신청에까지 확대 적용하는데, 그들이 진행중인 신청이 표준이 채택된 후에 발표될 것을 우려하여 그렇게 하는 것이다. 일부 특허권신청은 영업비밀일 수 있으므로, 공시규칙이 영업비밀을 경쟁자에게 공시하도록 요구할 가능성이 있다. 그러나 통상적으로 공시되어야 하는 것은 특허권이나 특허권 응용기술의 존재와 범위일 뿐 발명 자체의 노우하우가 아니므로, 위와 같은 우려를 할 필요는 없다. 특허권의 존재가 때때로 가치있는 비밀일 수 있으나, 공적으로 채택된 표준과 관련하여서는 이 특정한 비밀의 가치는 큰 가치가 있는 것으로 보이지 않는다.

반면에 표준설정조직은 그 정보를 요구할 적법한 이유를 갖고 있다. 예컨대 특정한 표준을 채택함에 있어서 완전한 정보를 갖고 결정하기 위한

153) Herbert Hovenkamp, Mark D. Janis & Mark A. Lemley, *op. cit.*, Ch. 35.6b.

이유와 같은 것이 그에 속한다. 비록 그 규칙이 간접적으로 경쟁이 발생하는 환경을 규율하지만, 표준설정조직은 자신들의 사업을 수행하기에 필요한 합리적인 규칙을 채택할 수 있어야 한다. *Chicago Board of Trade v. United States* 사건¹⁵⁴⁾에서, 법원은 상품거래소에 대하여 거래상의 규칙과 조건을 설정할 상당한 여지를 부여하였다. 동법원은 비록 그 규칙의 혜택이라는 것이 실상 경쟁을 제한하는 것으로 보였지만, 그 규칙의 이른바 유익한 측면을 검토하였다. *Silver v. New York Stock Exchange* 사건¹⁵⁵⁾에서는, 법원은 독점금지분석에 있어서, 산업에 대한 통찰이 고려되어야 하고, 합리성의 원칙의 후원하에, 전통적 독점금지개념에 의하더라도 표준설정조직이 규율하는 규칙조항의 위임사항을 실행할 충분한 활동여지를 허용하기에 충분하다고 판시하였다. 그러나 동법원은 뉴욕증권거래소가 실질적인 정부의 규제를 따르는 조직이라는 점을 감안한 것이며, 그렇지 않은 사적 조직에게도 그와 동일한 여지를 부여할지는 분명하지 않다. 더 나아가서, 공시요건에 의하여 소비자가 어떻게 손해를 입을 것인지 아는 것은 어렵다.

ii) 로열티 면제요건 또는 강제 실시허락 요건

표준설정조직이 회원들에게 자신들의 지적재산권을 타자나 모든 희망자에게 실시허락하도록 요구하는 경우 또는 회원들에게 표준을 위한 지적재산권을 함께 보류해가자고 요구하는 경우에 보다 어려운 문제가 발생한다. 전자는 세계표준화기구(ISO)가, 후자는 인터넷공학작업반(IETF)가 실제로 그렇게 하여온 방식이다. 지적재산권자에게 근본적으로 허용되는 권리는 타인을 배제할 권리이므로, 그들에게 그 권리를 포기하도록 하는 것은 그들이 지적재산권으로부터 얻을 수 있는 가치를 박탈하는 것이다. 나아가서, 일부 강제 실시허락 규칙의 변종이 지적재산권자에게 그것이 차별적이지만 않다면, 로열티비율을 설정하는 것을 허용하기도 하지만, 다른 규칙들은 부과할 수 있는 로열티를 제한하거나 지적재산권자에게 로열티를 포기하도록 요구하기도 한다. 지적재산권자가 그 특허권을 합리적인 조건으

154) 246 U.S. 231 (1918).

155) 373 U.S. 341, 360 (1963).

로 실시허락한다는 요건이 어느 범주에 포함되는지는 명백하지 않다.¹⁵⁶⁾ 그러한 규칙들은 잠재적인 새 표준을 개발할 유인이나 사실상 표준경쟁에서 공동협력적인 표준설정에 참여할 유인을 감소시킬 수 있다. 법무부 독점국과 연방거래위원회는 표준설정조직이 그 회원들에게 표준내의 지적재산권의 보유를 금지하는 규칙을 정하는 것은 독점금지법위반이라는 입장을 취하고 있다. 또한 미국정부는 유럽원거리통신표준기구(European Telecommunications Standards Institute: ETSI)에 의해 규정된 규칙에 대한 일련의 협상에서, ETSI가 ETSI표준으로 체화된 지적재산권의 실시허락을 회원사들에게 공시하고 비차별적으로 실시허락하도록 요구하는 종래의 규칙을 철회하도록 압력을 넣었다. 이 접근방법은 특허권풀이나 상호실시허락을 위법하다고 본 초기의 일부 미국 판례들에서 선례를 찾을 수 있다.¹⁵⁷⁾ 나아가서, ETSI 실시허락조항의 상호성에 대해서는 일부 이의제기도 있었다.¹⁵⁸⁾ ASSE사건¹⁵⁹⁾에서는, FTC는 표준설정조직에 대하여 제안된 표준안이 특허권의 대상이라는 이유만으로 그것을 기각하는 것을 금지하는 동의명령절차에 들어갔다. FTC는 ASSE 정책이 아무런 합리적 근거나 정당화사유도 없으며, 공동의 거래거절에 해당한다고 주장하였다. 문체의 표준이 배타적이라기 보다 포용적이어서, 이의제기하는 당사자의 상품이 표준에 포함되는 것을 허용하는 것은 다른 공인된 기술을 이용하려는 다른 회원들의 권리를 제한하지 않을 것이라는 점이 중요하다.

그러한 정구를 평가함에 있어서, 몇몇 경쟁법적 우려를 완화하는 사정과 잠재적 정당화사유들을 고려하여야 한다. 첫째, 표준설정조직의 규칙은 당연위법이 아니라 합리성의 원칙하에서 처리되어야 하므로, 법원은 그러한 정책을 비판하기에 앞서서 시장상황에 대하여 조사하여야 한다. 그 회원들

156) 만일 그 합리성 요건이 엄중하다면, 표준설정조직이 부과하는 비율을 통제할 것을 허용하거나 요구할 수 있을 것이다. 반면에 만일 그 요건이 넓게 규정되어 있다면, 지적재산권자는 보다 많은 자유를 누릴 것이다.

157) *United States v. New Wrinkle*, 342 U.S. 371 (1951).

158) Allen N. Dixon, *The ETSI Complaint and the European Commission's Communication on Standardization* (working paper 1995).

159) *In re American Society of Sanitary Engineering*, 106 F.T.C. 324, 329 (1985).

이 집단적으로 시장지배력을 보유하고 있지 않은 표준설정조직은 비록 시장에 영향을 미치려고 하더라도 그렇게 하는 것이 어려울 것이다. 둘째, 회원들에게 이용가능한 대안들이 있는가를 고려하여야 한다. 자사의 지적재산권을 포기하는 것을 원치 않는 기업으로서는 표준설정조직에 참여하는 것을 철회하거나¹⁶⁰⁾ 이해관계를 가지는 특정한 표준의 검토요청을 철회하는 선택을 할 수 있다. 그러나 이것이 현실적인 선택이 될 수 없는 기업은 자신이 지적재산권을 가진 표준의 채택을 추구하는 것이 목적인 기업일 것이다. 그렇지만 그와 같이 전유적인 표준의 채택을 하는 것은 사회적 가치의 관점에서는 바람직하지 않다. 셋째, 지적재산권의 실시허락을 요구하는 규칙은 다른 대안보다 실제로 효율적일 수 있다. 만일 표준설정조직이 균형적이라면, 즉 그것이 단일 기업에 의하여 지배되지 않고 있다면, 그리고 회원들은 제안된 표준에서 지적재산권을 평균적으로 평등하게 소유하고 있다면, 표준설정조직은 실제로 구매자카르텔의 구조를 갖지 않는다. 대신에 지적재산권정책은 특허권의 교차실시허락과 동일한 목적을 수행한다. 특히 다른 당사자들이 동일한 표준에 대하여 지적재산권을 보유한 경우에는, 강제실시허락을 요구하는 규칙에 의해서 조직의 모든 회원들이 자유롭게 그 표준을 제화한 상품을 생산하는 것을 보장하고 그럼으로써 경쟁을 확대한다. 이 특허권의 복잡하게 엉킴현상의 정리는 특히 반도체같이 하나의 상품에 수천개의 특허권이 적용될 수 있어서 그것이 집행된다면 상품 개발이 불가능한 첨단산업에 있어서의 표준화 시도에 중요하다.

결론적으로 제안된 표준안에서의 지적재산권의 행사를 제한하는 표준설정조직의 규칙은, 분명히 그것이 어느 표준에 대한 잠재적으로 결합하는 지적재산권청구를 방지하는 데 기여하는 경우에는, 일반적으로 허용되어야 한다. 미국의회는 17 U.S.C. § 512(i)(2)(B)¹⁶¹⁾에서 그러한 규칙을 명시적으로 보장하였다. 조직내의 다른 회원들에게만 실시허락을 요구하는

160) 표준설정조직의 규칙은 회원들만을 구속하기 때문에 탈퇴는 항상 선택할 수 있는 대안이다.

161) 디지털 밀레니엄 저작권법(Digital Millennium Copyright Act)에 의해서 촉구된 표준기술수단을 표준설정조직에 의하여 채택되고 누구나 합리적이고 비차별적인 조건으로 이용가능한 것으로 정의하고 있다.

표준설정조직의 규칙에 대해서는 때로 우려가 제기된다. 비회원에 대하여 회원을 우대하는 표준설정조직의 규칙은 일정한 상황에서는 경쟁자의 비용을 상승시키거나 그들을 완전히 제거하는 효과를 발생시킬 수 있고 그럼으로써 그 산업을 카르텔화할 수 있기 때문이다. 그러나 표준설정조직의 회원자격이 폐쇄적이지 않거나, 회원들이 상대적으로 적고 그 회원들이 집단적으로 상당한 시장점유율을 보유하고 있지 않다면, 이것은 문제가 되지 않는다.

예외적으로 표준에 관한 특허권을 배제하는 규칙은 반경쟁적인 것으로 결정될 수 있다. ASSE사건¹⁶²⁾에서 FTC는 동의명령에서, 표준설정조직은 새로운 상품을 포함하기 위한 표준의 개정을 그 상품이 특허대상이라는 이유만으로 거부할 수는 없다고 결정하였다. 문계의 표준이 배타적이라기보다 포용적이어서, 이의제기자의 상품을 포함시키도록 허용하는 것이 그 표준에 의하여 적용되는 다른 기술을 사용하려는 다른 회원들의 권리를 제한하지 않을 것이라는 점이 중요하다. 이 사건은 표준설정조직이 그 참여자들에게 승인을 얻는 조건으로서 자신들의 지적재산권을 포기하도록 요구하지 못하는 것을 시사하는 것으로도 해석되어야 할 것이다.

7. 지배적 기업에 의한 일방적 표준설정에 의한 시장지배력남용

마지막으로 집단적 표준설정외에 일방적 표준설정(unilateral standard setting)과 관련하여 발생할 수 있는 경쟁법적 우려에 관하여 살펴본다. 비록 표준설정에 관한 판례는 표준설정조직의 활동에 관한 것이 중심을 이루고 있지만, 경쟁법은 시장지배적기업이 일방적으로 사실상의 표준을 설정하고 독점의 전이(monopoly leveraging)¹⁶³⁾, 필수시설(essential

162) *American Society of Sanitary Engineering*, 106 F.T.C. 324, 328-329 (1985).

163) Robin Cooper Feldman, *Defensive Leveraging in Antitrust*, 87 *Georgetown L.J.* 2079 (1999). 독점의 전이는 시장지배력을 보유한 기업이 그 힘을 별개의 시장으로 확장하기 위하여 시도하는 것을 의미한다. 이는 지렛대이론(leveraging theory)이라고도 불린다.

facility)에 대한 접근의 거부¹⁶⁴⁾, 또는 경쟁기업의 비용을 상승시키는 것¹⁶⁵⁾ 등과 같은 배타적 행위를 통하여 그 시장지배력을 남용하는 상황에 대해서도 똑같이 적용된다. 이들 시장지배적기업의 일방적 행위는 표준설 정조직의 집단적 활동과 유사한 방식으로 경쟁을 저해할 가능성이 있다. 예컨대 1970년대의 IBM사에 대한 독점금지사건들에서의 연방 법무부의 주장은 IBM사의 독점력을 전이하기 위한 표준의 조작 혐의에 관한 것이 었다.¹⁶⁶⁾ 또한 AT&T사는 자사의 장거리회선을 AT&T사의 지역적 거래 에 접속하기를 원하였던 MCI사에 의하여 제기된 셔먼법 제2조에 근거한 소송과 이에 의하여 촉발된 정부주도의 소송¹⁶⁷⁾에 의하여 결국 분할되었 는데, 표준은 이들 사건에서 중요한 부분을 차지했다. 이들 사건에서 AT&T사는 만일 외부의 장거리 통신업자나 장비제조업자를 자사의 망에 접속시킨다면 전체 전화네트워크의 품질이 떨어질 것이라고 항변하였다. 제7순회법원은 그러한 주장을 기각하면서, AT&T사는 다른 기업들이 네 트워크에 접속하는 것을 허용하기 위하여 전체 시스템이 효율적으로 작동 되도록 하는 데 필요한 표준을 준수하도록 할 수 있었을 것이라고 판시하 였다. 법원은 MCI가 AT&T는 요구되는 상호접속을 제공할 기술적·경 제적 능력이 있었고 따라서 AT&T의 상호접속의 거부는 독점화행위를 구 성한다는 것을 증명하였다고 판시하였다.¹⁶⁸⁾

논란이 있기는 하지만,¹⁶⁹⁾ 독점의 전이는 전형적인 셔먼법 제2조의 요

164) *MCI Communications Corp. v. American Telephone and Telegraph Co.*, 708 F.2d 1081, 1132-1133 (7th Cir.), cert. denied, 464 U.S. 891 (1983).

165) Steven C. Salop & David T. Scheffman, *Raising Rivals' Costs*, 73 Am. Econ. Rev. 267 (1983); Sean P. Gates, *op. cit.*, at 654-55. 만일 지배적 기업이 경쟁자의 생산비를 자신의 그것보다 더 많이 상승시키기 위하여 표준설 정절차를 이용할 수 있다면, 그것은 가격상승과 산출감소 효과를 가져올 수 있다.

166) James J. Anton & Dennis A. Yao, *op. cit.*, 247.

167) *United States v. American Telephone and Telegraph Co.*, 552 F.Supp. 226 (D. D.C. 1982).

168) *MCI*, 708 F.2d at 1133.

169) 독점의 전이론에 대한 부정설은 Robert H. Bork, *The Antitrust Paradox: A Policy at War With Itself*, pp. 372-375 (2d ed. 1993)(독점기업은 주된 시장으로부터 독점적 이익의 전부를 획득할 수 있고, 주된 시장으로부터 실현되는 이익을 희생하지 않고 종된 시장으로부터 그것을 더 획득할 수는 없다고 주장한다.);

전에 해당하지는 않는 지배적 기업의 시장구조를 초래하나 소비자후생의 손실을 유발하므로 반경쟁적이다.¹⁷⁰⁾ 연방대법원은 일정한 경우에 이 이론을 수용하고 있다.¹⁷¹⁾ 근래에는 독점자에 의해서 독점력의 부당한 보존이나 유지를 위하여 전이가 어떻게 사용되는지를 설명하는 방어적 전이(defensive leveraging)이론이 제시되고 있다.¹⁷²⁾ 방어적 전이는 특히 네트워크 외부성을 시현하는 산업에 있어서, 차세대 상품으로의 대체를 방해하기 위하여 사용될 수 있는데,¹⁷³⁾ 표준의 조작은 특히 효과적인 독점의 방어적 전이수단이 될 수 있다. 지배적 네트워크도 또한 그 힘을 차세대 상품에 대하여 전이하거나 최소한 기존 독점의 침식을 방지하기 위하여 방어적 전이를 사용하려고 할 수 있다. 예컨대 하나의 상품분야에서 표준을 지배하는 어느 기업이 그 상품의 차세대기술이나 보완상품을 위한 표준의 설정 및 통제를 위해서 그 지배적 지위를 이용하는 경우에는 독점금지법적 우려가 제기된다.¹⁷⁴⁾ 만일 어느 독점기업이 단지 보완재 시장에서의 혁신기업의 상품의 호환성을 방해하기 위하여 자사의 차세대 상품에 대한

Richard Posner, *Antitrust Law: An Economic Perspective*, pp. 171-174 (1976)(배타적 관행, 특히 끼워팔기가 제2의 시장의 독점화를 위하여 이용되는 경우는 제한적이고, 그것을 이용하더라도 독점자는 추가적 이익을 얻을 수 없다고 주장한다.).

170) Roger D. Blair & Amanda K. Esquibel, *Some Remarks on Monopoly Leveraging*, 40 *Antitrust Bull.* 371, 395 (1995).

171) *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc.*, 504 U.S. 451, 480-81 (1992)(법원은, *Times-Ficavune Publishing Co. v. United States*, 345 U.S. 594, 611 (1953)판례를 인용하면서, 만일 어떤 판매자가 자신의 하나의 시장에서의 지배적 지위를 다른 시장으로 자신의 영역을 확장하려고 남용하는 경우에는, 특허권, 저작권 또는 영업선 등과 같은 자연적이고 법적인 장점을 통하여 획득한 힘 때문에 책임을 부담해야 하는 일이 발생할 수 있다고 판시하였다.); *United States v. Griffith*, 334 U.S. 100 (1947)(수많은 소도시에 독점적 영화관을 소유한 피고는 그 힘을 영화필름시장으로 전이할 수 있었다고 판시하였다.).

172) 방어적 전이는 독점자가 자신의 총 독점이익을 증가시키려는 것을 시도하는 것이 아니라 새로운 경쟁자에 의하여 기존의 독점시장이 잠식되는 것을 방지하려고 하는 것이다.

173) Robin Cooper Feldman, *Defensive Leveraging in Antitrust*, 87 *Georgetown L.J.* 2079, 2093-94 (1999).

174) Carl Shapiro, FTC Deputy Assistant Attorney General, Before the American Law Institute and American Bar Association, *Antitrust in Network Industries*, at 11 (1996.3.7).

접속회로(interfaces)를 재설계한다면, 불법하게 자신의 시장지배력을 차세대시장으로 전이하는 것이다. 독점의 전이의 특히 문제가 되는 측면은 잠재적 경쟁자를 포함한 경쟁자의 혁신 유인이 감소한다는 것이다. 특히 문제의 관행이 주로 적극적인 경쟁전략의 일부로서가 아니라 부분적으로 경쟁자의 진입 가능성을 감소시켜서 지배적 기업이 다음의 시장에서의 경쟁에서 계속해서 승리하기 위하여 행해지는 경우라면, 그러한 유인의 감소는 발생할 수 있다.

제3장 결론

여러 산업분야에 있어서 표준설정은 다양한 친경쟁적 효과를 발생시킴으로서 실질적인 소비자이익을 발생시킨다. 일부 사업에서는 표준이 반경쟁적 효과를 수반할 수도 있지만, 그렇더라도 소비자에 의한 품질식별을 돕는다거나 해서 전체적으로는 사회적 후생을 증진할 수 있다. 또 다른 일부 경우에는 표준화는 소비자의 선택을 제한하거나 사업자들간의 카르텔장구로서 기능하는 등 경쟁에 잠재적인 위협이 되기도 한다. 마지막 경우에 관하여 독점규제법을 적용하여 어떻게 그 피해를 교정하여 볼까 하는 것이 본 연구의 중심 관심사라고 할 수 있다.

경쟁법의 전통적 관점에서는 표준설정조직의 존재 자체는 우려를 야기할 수 있다. 표준설정조직 자체에 의하여 발생할 수 있는 경쟁법적 위협은 담합합성화의 우려, 상품과 용역에 대한 제한부과로 가격인상의 우려, 불필요하게 상품의 다양성을 제한하여 소비자선택을 제한할 우려 등을 상정할 수 있다. 그러나 이러한 경쟁법적 우려에도 불구하고, 표준설정조직 자체는 본질적으로 불법한 것은 아니라고 본다. 왜냐하면 그것들은 가치있는 친경쟁적인 목적에도 기여할 수 있기 때문이다.

표준화의 방식에는 사실상 표준화, 정부조직에 의한 표준설정, 그리고 사적 표준설정조직을 통한 표준화의 3가지 기본적 패러다임이 존재한다. 그러나 그 중 가장 효율적인 것은 사적 표준설정조직을 통한 표준화이다. 다만 정부나 중립적인 기관이 사적 표준설정조직의 표준설정과정에 관여하도록 하는 것은 경쟁법적 관점에서도 절차의 공정화를 통하여 바람직한 결과물의 도출을 가져올 것으로 기대하게 하는 효과는 있다.

우리 독점규제법상 표준설정조직의 표준 설정행위는 부당한 경쟁제한성이 있는가에 의하여 그 표준설정조직 자체의 또는 그 회원사들의 부당한 공동행위에 해당하는지가 결정된다. 표준설정에 대한 경쟁법적 분석에 있어서 보다 유연한 접근방법은 표준설정의 위협외에 그 혜택까지 감안하는 것이다. 즉 표준설정조직의 규칙을 평가함에 있어서는, 경쟁법적인 위협과 표준설정조직이 제공할 수 있는 혜택을 형량하여 객관적인 판단을 하는 것

이 합리적일 것이다. 표준설정조직의 규칙은 일정한 경우에는 가격을 올리고, 보다 낮은 비용사용을 정함으로써 경쟁을 제한하고 담합을 촉진할 수 있다. 그러나 아주 예외적인 경우를 제외하고는 표준설정조직이 본질적으로 이러한 일들을 하는 것은 아니며, 경쟁에 대한 해악의 분석은 단지 표준설정조직의 존재 자체가 아니라 그 목적·행위 및 조직 등에 대한 사실 관계를 기초로 한 조사에 근거하여야 한다.

표준설정조직의 회원자격이 제한된다면, 일정한 경우에는 반경쟁적 효과를 발생시킬 수 있고, 모든 경쟁자들에게 일정 수준의 활동의 자유영역을 보장하기 위하여 그 같은 배제는 구제되어야 한다. 그 구제는 독점규제법 상으로는 경쟁자와의 공동의 거래거절 또는 필수시설에 대한 접근금지로서 다룰 수 있다. 그러나 전자가 후자보다 표준설정조직 사건에 적용되기에 보다 적절한 면이 있다. 그런데 표준설정조직에의 접근을 강제하기 위하여 독점규제법을 적용하는 것은 일정한 요건에 해당하는 예외적인 상황에 그쳐야 한다. 표준설정조직은, 특히 원고와 수평적 경쟁을 하지 않는 회원사나 중립적인 기관으로 구성된 조직이라면 더욱 그러하지만, 일반적으로 회원자격을 통제할 적법한 이유가 충분히 있을 수 있기 때문이다. 무임승차의 배제, 합리적인 기술적 요건 또는 투자 요건 등의 불구비 등이 그것이다. 그리고 과도한 포괄성은 일부 사업자의 배제보다 경쟁에 더 심각한 문제인 신기술채택의 지연이나 혁신 유인의 감소를 야기할 수 있다. 표준설정조직은 수평적 경쟁자를 배제하고 있고, 특히 그 조직 자체나 그 조직의 회원들이 집단적으로 시장지배력을 보유하고 있고, 그 조직의 회원으로서 누리는 혜택이 다른 방법에 의해서는 획득될 수 없는 것이고, 특정 경쟁자의 배제에 대한 정당화사유가 존재하지 않는 경우에는 반드시 그 문호를 개방할 것이 요구된다.

표준설정조직에 의해 설정된 표준에 대하여 독점규제법에 근거하여 문제를 제기할 수도 있다. 이에 반경쟁적 배타행위로서의 표준 채택의 부정과 특정한 표준의 승인의 두 가지 경우가 있다. 전자를 주장하기 위해서 경쟁기관이 입증해야 할 것은 원고와 표준설정조직의 회원들간의 수평적 관계의 존재, 표준설정조직 또는 그 회원들이 집단적으로 가지는 시장지배력, 표준설정조직의 결정에서 직접적으로 유래한 상당한 시장 효과, 반경

쟁적 의도, 원고가 청구하는 그 표준설정조직의 결정사항의 교정이 그 조직의 결정을 적법한 것으로 만드는 효과가 있을 것 등이다. 후자의 경우에도 전자와 유사한 원칙이 적용되며, 경쟁기관은 그 표준설정조직의 반경쟁적 의도, 그 표준채택과 경쟁제한적 효과간의 인과관계, 그 표준의 제안자와 표준설정조직의 구성회원들간의 수평적 관계 등을 입증하여야 할 것이다.

표준설정 과정이나 절차의 파행으로부터 파생된 결과가 반경쟁적인 경우에는 독점규제법상 책임을 부담할 수 있다. 표준설정의 과정이 조작되는 방식에는 표준설정의 이해관계자가 적극적으로 표준설정조직을 장악하여 그 과정 자체를 통제하는 경우와 표준설정의 이해관계자가 표준설정조직에 대하여 부실표시를 하여 표준설정조직이 기망당하여 표준설정과정이 조작되는 경우가 있다. 전자는 단지 어느 기업이 그 표준설정과정에서 일정한 성과를 이루기 위하여 이를 조정하려고 그 과정에 참여하려는 시도와는 구별되어야 하며, 경쟁기관은 표준설정과정의 조작으로부터 경쟁법적 피해가 발생하였다는 것을 증명하여야 한다. 후자의 예 가운데 중요한 것은 지적재산권의 미공시에 의한 표준설정과정의 지배시도가 있다.

그 밖에 독점규제법은 시장지배적기업이 일방적으로 사실상의 표준을 설정하고 독점의 전이, 필수시설에 대한 접근거부, 또는 경쟁기업의 비용상승 유발 등과 같은 배타적 행위를 통하여 그 시장지배력을 남용하는 상황에 대해서도 똑같이 적용된다.

이상으로 표준, 표준제정 및 표준화의 개념을 정리하고, 경쟁법적 우려를 야기할 행위를 유형별로 나누어서 그 경쟁법적 함의를 살펴보고, 주로 미국에서의 표준제정 또는 표준화에 관련한 독점금지법위반 혐의사례를 탐색하고 관련법리를 고찰하였다. 본 연구의 목적은 표준제정 또는 표준화와 관련한 독점규제법의 적용가능성 및 그 한계를 명확히 하고 적용을 하는 경우의 기본원칙을 정립함으로써 우리나라의 독점규제법 주관기관이 효과적이고 일관된 법집행을 하는데 기여하고 필요시 법제의 개선방안을 제시하고자 하는 것이었다. 이러한 목적이 얼마나 달성되었는지는 알 수 없으나 미국과 우리나라의 경쟁법의 기초원리는 크게 상이한 점은 없을 것이므로, 저들의 경험이 우리의 법적용에 참고가 될 수 있으리라 기대하여 본

제 3 장 결 론

다. 이 분야의 논의는 아직까지 이론적으로 성숙한 것이라고는 볼 수 없고, 참차 그 지평이 넓어져 갈 분야라고 할 것이며, 따라서 여기에서 본고도 서론적 고찰에 그치고 있으며 앞으로 후속연구를 통하여 보완하여 나갈 것임을 밝힌다.

참고문헌

[국내문헌]

< 단행본 >

- 권오승(편), 「공정거래법강의Ⅱ」, 법문사, 2000.
- 권오승, 「제3판 경계법」, 법문사, 2001.
- 권재열, 「최신판 경계법」, 법원사, 2001.
- 김영호, 「경계법신론」, 팔마도서, 2000.
- 박길준, 「한국독점규계법」, 삼영사, 1983.
- 박세일, 「개정판 법경계학」, 박영사, 2001.
- 손주찬, 「경계법」, 법경출판사, 1994.
- 손찬현·이시욱, 「표준·적합 및 기술장벽: EU의 경험과 APEC에의 시사점」, 정책자료 96-11, 1996.
- 송위진, 「정보통신산업의 표준화 정책과 전략」, 과학기술정책관리연구소, 연구보고 97-18, 1997.
- 이규억, 「경쟁과 질서」, 산업연구원, 1996.
- 이기수, 「제3판 경계법」, 세창출판사, 2000.
- 이남기, 「제2개정판 경계법」, 박영사, 2000.
- 이덕희·이상연, 「정보통신산업의 표준화 경쟁전략」, 산업연구원, 연구 보고서 제400호, 1998.

참고문헌

- 이동규, 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률개관」, 행정경영자료사, 1997.
- 정갑영, 「개정판 산업조직론」, 박영사, 2001.
- 정국환, 「네트워크 외부효과와 표준화」, 한국전산원, 연구보고 90-1, 1990.
- 최계영·김영세·배찬권, 「정보통신산업에서의 표준화에 관한 연구」, 정보통신정책연구원, 연구보고 00-13, 2000.
- 한국통신기술협회, 「국제표준화 동향분석 및 대응방향」, 연구보고서 95-IC-00, 1995.
- 한국통신기술협회, 「사실 표준화 활동 동향분석 및 대응방안 연구」, 연구보고서 95-IC1-02(ISG2), 1995.

[외국문헌]

< 단행본 >

- David B. Yoffie (ed.), *Competiting in the Age of Digital Convergence*, Boston : Harvard Business School Press, 1997.
- Gerd Wallenstein, *How Nations Choose Product Standrds and Standards Change Nations*, Pittsburgh : University of Pittsburgh Press, 1990.
- Gerd Wallenstein, *Setting Global Telecommunication Standards : The Stakes, the Players & the Process*, Pittsburgh : University of Pittsburgh Press, 1997.

- OECD, *Information Technology Standards : The Economic Dimension*, Paris : OECD Head of Publications Service, 1991.
- Peter Grindley, *Standards Strategy and Policy : Cases and Stories*, New York : Oxford University Press, 1995.
- R. Hawkins, R. Mansell & J. Skea (ed.), *Standards, Innovation and Competitiveness : The Politics and Economics of Standards in Natural and Technical Environments*, Brookfield : Edward Elgar, 1995.
- E. Thomas Sullivan & Herbert Hovenkamp, *Antitrust Law- Policy And Procedure*, The Michie Co., 1984.
- Philip Areeda & Louis Kaplow, *Antitrust Analysis*, 5th ed., New York : Aspen Law & Business, 1997.
- Philip Areeda & Herbert Hovenkamp, *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, Vol. 10, New York : Aspen, Publishers, Inc., 1995.
- Philip Areeda, *Antitrust Law : An Analysis of Antitrust Principles And Their Application*, Vol. 9, Boston: Little Brown and Company, 1991.
- Martin Coleman & Michael Grenfell, *The Competition Act 1998: Law and Practice*, New York : Oxford University Press, 1999.
- Eleanor M. Fox & Lawrence A. Sullivan, *Cases And Materials On Antitrust* , 2nd ed., West Publishing Co., 1989.
- D. G. Goyder, *EC Competition Law*, 2nd ed., Oxford University Press, 1992.

참고문헌

- Herbert Hovenkamp, *Enterprise and American Law*, Cambridge: Harvard University Press, 1991.
- Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy : The Law of Competition and its Practice*, 2d. ed., St. Paul: West Group, 1999.
- Herbert Hovenkamp, Mark D. Janis & Mark A. Lemley, *IP and Antitrust: An Analysis of Antitrust Principles Applied to Intellectual Property Law*, New York: Aspen Law & Business, 2002.
- Richard Posner, *Antitrust Law : An Economic Perspective*, Chicago: The University of Chicago Press, 1976.
- Sir Christopher Bellamy Qc & Graham Child, *Bellamy & Child European Community Law of Competition*, 5th ed., London : Sweet & Maxwell, 2001.
- Lawrence A. Sullivan & Warren S. Grimes, *The Law of Antitrust : An Integrated Handbook*, St. Paul : West Group, 2000.

< 논 문 >

- Chip Patterson, *Copyright Misuse and Modified Copyleft: New Solutions to the Challenges of Internet Standardization*, 98 Mich. L. Rev. 1351, 2000.
- David A. Balto, *Standard Setting in a Network Economy*, address in the Antitrust Law Seminars International, 2000.2.17, <http://www.ftc.gov/speeches/other/standardsetting.htm>.

- David H. Evans, *B2B Commentary : B2Bs - A Technical Perspective*, 15 *Antitrust ABA* 45, 2000.
- David J. Teece, *Information Sharing, Innovation, and Antitrust*, 62 *Antitrust L.J.* 465, 1994.
- David McGowan, *Innovation, Uncertainty, and Stability in Antitrust Law*, 16 *Berkeley Tech. L.J.* 729, 2001.
- David Teece, *Information Sharing, Innovation, and Antitrust*, 62 *Antitrust L.J.* 465, 1994.
- Douglas L. Rogers, *Give the Smaller Players A Chance: Shaping the Digital Economy Through Antitrust and Copyright Law*, 5 *Marq. Intell. Prop. L. Rev.* 13, 2001.
- E. Thomas Sullivan, *The Confluence of Antitrust and Intellectual Property at the New Century*, 1 *Minn. Intell. Prop. Rev.* 1, 2000.
- Harry S. Gerla, *Federal Antitrust Law and Trade and Professional Association Standards and Certification*, 19 *Dayton L. Rev.* 471, 1994.
- Jack E. Brown, *Technology Joint Ventures to Set Standards or Define Interfaces*, 61 *Antitrust L.J.* 921, 1993.
- James J. Anton & Dennis A. Yao, *Standard-Setting Consortia, Antitrust, and High-Technology Industries*, 64 *Antitrust L.J.* 247, 1995.
- Jeff Loew, *Sherman Act Violations In re Intel Corp.*, 15 *Berkeley Tech. L.J.* 333, 2000.
- Joseph Farrel & Garth Saloner, *Standardization, Compatibility,*

- and Innovation*, 16 *Rand J. Econ.* 70, 1986.
- Kathleen M.H. Wallman, *The Role of Government in Telecommunications Standard-Setting*, 8 *CommLaw Conspectus* 235, 2000.
- Marissa A. Pirocato, *Open Access and the Essential Facilities Doctrine : Promoting Competition and Innovation*, 2000 *U Chi Legal F* 369, 2000.
- Mark A. Lemley & David McGowan, *Legal Implications of Network Economic Effects*, 86 *Calif. L. Rev.* 479, 1998.
- Mark A. Lemley, *Antitrust and the Internet Standardization Problem*, 28 *Conn. L. Rev.* 1041, 1996.
- Maureen A. O'Rourke, *Toward a Doctrine of Fair Use in Patent Law*, 100 *Colum. L. Rev.* 1177, 2000.
- Peter M. Boyle, Penelope M. Lister & J. Clayton Everett Jr., *The Federal Circuit and Antitrust: Antitrust Law at the Federal Circuit: Red Light or Green Light at the IP-Antitrust Intersection?*, 69 *Antitrust L.J.* 739, 2002.
- Richard A. Posner, *Antitrust at the Millennium : Antitrust in the New Economy*, 68 *Antitrust L.J.* 925, 2001.
- Robert Pitofsky, *Symposium Beyond Microsoft : Antitrust, Technology, and Intellectual Property : Antitrust and Intellectual Property : Unresolved Issues at the Heart of the New Economy*, 16 *Berkeley Tech. L.J.* 535, 2001.
- Russell Moy, *A Case Against Software Patents*, 17 *Computer & High Tech. L.J.* 67, 2000.

- Sean P. Gates, *Standards, Innovation, and Antitrust: Integrating Innovation Concerns Into the Analysis of Collaborative Standard Setting*, 47 Emory L.J. 583, 1998.
- Shawn W. Potter, *Opening Up to Open Source*, 6 Rich. J.L. & Tech. 24, 2000.
- Susan S. DeSanti, *Introduction : Riding the B2B Roller Coaster : The Study and Practice of Antitrust Law In the New Economy*, 9 Geo. Mason L. Rev. 559, 2001.
- Thomas A. Piraino, Jr., *A Proposed Antitrust Approach to Collaborations Among Competitors*, 86 Iowa L. Rev. 1137, 2001.
- Thomas A. Piraino, Jr., *The Antitrust Analysis of Network Joint Ventures*, 47 Hastings L.J. 5, 1995.
- Thomas M. Jorde & David J. Teece, *Rule of Reason Analysis of Horizontal Arrangements : Agreements Designed to Advance Innovation and Commercialize Technology*, 61 Antitrust L.J. 579 (1993).
- Wendy Milanese, *The Tension Must Break : The Irreconcilable Interplay Between Antitrust, Defenses to Infringement and Protection of Standardized Software Development Tools*, 15 Computer & High Tech. L.J. 407, 1999.
- Wolfgang Jauk, *The Application of Ec Competition Rules to Telecommunications - Selected Aspects : The Case of Interconnection*, 4 Int'l J. Comm. L. & Pol'y 1, 2000.