

공동연구개발에 대한 공정거래법의 적용에 관한 연구(2)*

이 기 종

안동대 법학과 조교수, 법학박사

V. 공동연구개발의 부수협정에 대한 공정거래법의 적용

1. 적용범조

공동연구개발의 참가자들은 연구개발성과의 이용과 관련하여 각종의 부수적인 협정을 맺을 수 있으며, 이는 공동연구개발과 관련한 공정거래법 위반의 주된 원천이다. 이러한 부수협정은 크게 부당공동행위에 해당하는 경우와 불공정거래행위에 해당하는 경우로 나눌 수 있으며, 사업자단체 차원에서 부수협정이 맺어진 경우에는 사업자단체의 금지행위에 해당할 수 있다.

가. 부당한 공동행위

(1) 부당공동행위의 금지

공동연구개발을 촉진할 필요성이 아무리 크다 해도 공동연구개발의 부수협정에 포함된 행위유형들 중에는 강한 경쟁제한적 성격으로 인해 공정거래법 위반이 될 가능성이 매우 높은 행위들이 있다. 가격·생산량의 공동결정, 시장분할 등과 같은 경성카르텔이 그것이다. 이들은 연구개발을 위한 부당공동행위 금지의 예외(공정거래법 제19조제2항 제2호)에 해당하지 않는 한 위법성이 인정될 것이다. 미국도 이러한 경성카르텔을 포함하는 합작투자를 미국협동법의 적용대상에서 제외하고 있으며,¹⁾ EU도 경성카르텔을 포함하는 연구개발합의를 조약 제81조제1항에 대한 일괄예외에서 제외하고 있다(유럽 연구규칙안 제5조).

* 지난 호(제64호, 2000. 12. 25면 이하)에 소개한 유럽연구규칙안과 유럽협력지침안이 2000년 11월 29일 공식적으로 채택되었다. 전자의 공식명칭은 "Commission Regulation (EC) No 2659/2000 of 29 November 2000 on the application of Article 81(3) of the Treaty to categories of research and development agreements"이며 2001년 1월 1일 발효하여 2010년 12월 31일까지 시행된다. 후자의 공식명칭은 지난 호에 소개한 바와 같다. EU 홈페이지에 새 규칙과 지침의 원문이 늦게 공개되어 각주의 인용을 고치지 못하고 그대로 게재함을 양해하여 주시기 바란다. 양자의 원문은 http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/legislation/entente3_en.html#reform_cooperation_rules에서 다운받을 수 있다.

1) 15 U.S.C. 4301 (b).

(2) 연구개발을 위한 부당공동행위 금지의 예외

연구개발을 목적으로 하는 공동행위를 부당공동행위 금지의 예외로 인정하는 우리 공정거래법 제19조제2항제2호는 매우 이례적인 입법례이다. EU의 경우 경성카르텔을 포함하는 연구개발합의가 일괄예외에서 제외됨은 전술한 바와 같으며, 조약 제81조제3항에 의한 개별예외의 심사에 있어서도 경성카르텔을 포함하는 공동연구개발합의는 동조제1항의 적용에서 벗어나기 어렵다고 보고 있다.²⁾ 미국의 경우 후술하는 부수적 제한의 원칙에 의해 공동연구개발에 부수한 경성카르텔이 허용될 가능성도 없지 않으나, 아직은 학설로 주장되는 데 그치며 판례가 나타나 있지 않은 상태이다.

따라서 일단 공동연구개발의 촉진이라는 관점에서 볼 때 공정거래법 제19조제2항제2호는 매우 잠재력이 큰 유용한 규정이라 할 수 있다. 그러나 동 조를 활용하는 데에는 두 가지 한계가 있음을 주의하여야 한다.

첫째, 사업자들이 부당공동행위 금지의 예외를 인가신청하는 데 매우 소극적이라는 점³⁾을 고려하여야 한다. 따라서 연구개발을 목적으로 한 부당공동행위가 인가될 가능성이 타 예외들에 비해 높음을 적극적으로 홍보하는 한편 가능하다면 업계에 대한 사전지도 등을 통하여 모범적인 연구개발 목적의 공동행위를 발굴해 내는 방안도 고려할 필요가 있다.

둘째, 국제사회에서 공정거래문화를 선도하는 미국과 EU가 아직 적극적으로 경성카르텔이 포함된 공동연구개발의 허용 가능성을 인정하지 않고 있는 상황이므로 연구개발을 위한 공동행위를 인가함에는 우리법상의 예외 허용기준만을 고려할 것이 아니라 미국판례법상의 부수적 제한의 원칙 및 조약 제81조제3항의 개별예외의 허용기준⁴⁾ 등을 함께 참조하여 그 결과를 공동행위인가증의 부대조건란 등에서 명시할 수 있는 한 명시하고 대외 홍보자료에도 이러한 내용을 포함시키는 등 국제사회의 공정거래규범과의 저촉을 피하는 방안을 강구할 필요가 있다.

나. 불공정거래행위

공동연구개발의 부수협정들 중에는 불공정거래행위에 해당하는 내용을 포함하는 것들이 있을 수 있다. 구체적으로는 거래거절, 차별취급, 거래상지위의 남용, 배타조건부거래 및 구속조건부거래 등이 문제될 수 있다.⁵⁾ 이 경우에도 그 위법성을 판단함에 있어서는 위의 공동연구개발 자체에 대한 위법성 심사기준에서 설명한 요소들을 고려하되,⁶⁾ 불공정거래행위의 경우는 실질적인 경쟁제한에 이르지 않더라도 공정경쟁저해성만 인

2) 유럽협력지침안, 19면.
3) 권오승, 전거서, 292면.
4) 이에 관한 해설은 유럽협력지침안, 19면 참조.
5) 일본연구지침, 제2, 2. 참조. 또한 국제계약상의 불공정거래행위등의 유형 및 기준(1999. 4. 21. 공정위 고시 제 1997-23호) 제7조·제9조 참조.
6) 유럽협력지침안, 17면 참조.

정되면 위법성이 긍정될 수 있는 것이다. 그러나 후술하는 부수적 제한의 원칙에 의하여 보다 허용적인 해석이 가능하다고 본다. 이러한 해석은 물론 공동연구개발의 활성화를 위한 것이다.

다. 사업자단체의 금지행위

부당공동행위 또는 불공정거래행위를 포함하는 공동연구개발의 부수협정이 사업자단체 차원에서 체결되는 경우에는 공정거래법 제26조제1항제1호 및 제4호에 해당할 수 있다. 이 경우 본고의 부당공동행위 및 불공정거래행위에 대한 해석론이 그대로 적용될 수 있다.

2. 위법성 심사기준

공동연구개발의 부수협정이 부당공동행위, 불공정거래행위 또는 사업자단체의 금지행위에 해당할 경우 각각의 고유한 위법성 판단기준이 적용될 것임은 물론이나, 미국 판례법상 나타난 두가지 문제를 특별히 짚고 넘어갈 필요가 있다. 이 중 부수적 제한의 문제는 부당공동행위와 불공정거래행위에 공히 관련된 것이고, 배타적 공동연구개발의 문제는 불공정거래행위와 관련된 것이다.

가. 공동연구개발의 부수적 제한의 문제

공동연구개발에 부수하여 참가기업들의 활동에 대하여 가하여지는 각종의 제한(예, 가격·지역·고객·상품의 종류 등에 관한 제한)을 소위 부수적 제한(collateral restraints, ancillary restraints)이라 하며, 특히 문제가 되는 것은 이러한 부수적 제한이 공동연구개발과 무관한 상황에서 나타났다면 그 자체 위법한 행위에 해당하는 경우이다.

미국의 법원은 합작투자와 관련하여 일정한 요건하에 부수적 제한들이 허용될 수 있다고 하는 소위 “부수적 제한의 원칙(ancillary restraints doctrine)”을 개발해 왔다. 이에 의하면 합작투자의 부수적 제한의 위법성 여부는 “합리적 필요성(resonable necessity)”기준에 따라 다음과 같이 심사된다.⁷⁾ 첫째, 문제된 제한이 합작투자의 본래 목적에 부수된 것인지를 심사한다. 둘째, 제한의 범위와 지속기간이 본래의 목적 달성에 필요한 범위 내에 국한되어 있는지를 심사한다. 셋째, 보다 덜 제한적인 규정으로는 같은 목적을 달성할 수 없었는지를 심사한다. 협력과 경쟁회피를 본질로 하는 합작투자의 본질 때문에 이러한 심사의 결과 심지어 가격책정까지도 허용될 수 있다는 견해도 있다.⁸⁾

그러나 가격책정과 시장분할이 함께 결합된 부수적 제한에 관한 사건인 Timken 판결⁹⁾

7) Gutterman, supra note 42, at 337.

8) Id. at 338. 경쟁제품의 취급제한을 허용한 예로 Polk Bros., Inc. v. Forest City Enterprises Inc., 776 F2d. 185 참조.

9) Timken Roller Bearing Co. v. United States, 341 U.S. 593 (1951).

에서 법원은 이와 같은 거래제한의 집합(agggregation)은 경쟁을 억압하기 때문에 합작투자자 해도 허용될 수 없다고 판시하였다. 또한 Sealy 사건¹⁰⁾에서는 공동상표를 사용하는 매트리스 제조업자들간의 시장분할협정이 가격책정의 수단이라는 이유로 위법판시되었으나, 이러한 시장분할은 판촉활동의 동기를 부여하고 비용절감을 가져오는 데 반해 시장지배력은 없고 경쟁에 대한 손상은 근소한 것이었다는 점에서 비판의 여지가 있다.¹¹⁾

나. 배타적 공동연구개발의 문제¹²⁾

합작투자가 이른바 “필수설비(essential facility)”를 장악하고 시장지배력을 가지고 있다면 이러한 합작투자에 참가할 기회는 평등하고 합리적으로 주어져야 한다는 판례법상의 원칙을 병목(bottleneck)원칙 내지 필수설비원칙이라 한다.¹³⁾ 이 원칙은 합작투자를 중심으로 발달한 것이나 공동연구개발에도 동일하게 적용될 수 있다. 필수설비개념은 처음에는 물적설비에 국한되었으나 오늘날은 특허와 같은 전략적 설비까지도 포함하는 개념으로 확장되었다.

Silver 사건¹⁴⁾에서 법원은 뉴욕증권거래소(NYSE)의 비회원에 대한 전신서비스 제공 거절을 그 자체 위법으로 판시하였다. 그러나 합작투자가 시장지배력이 없거나 필수설비에 대한 배타적 통제력이 없다면 합리성의 원칙을 적용한다는 것이 법원의 입장이다.¹⁵⁾

그러나 이러한 병목원칙을 무제한으로 적용한다면 위험도가 높은 합작투자에 참가하여 혁신을 위해 노력할 동기가 감소될 우려가 있다. 따라서 법원은 합작투자의 참가평등을 요구하기 위한 전제조건으로 다음과 같은 두가지를 요구한다.¹⁶⁾ 첫째, 비참가자들이 별도의 합작투자를 결성하는 것이 불가능할 것, 둘째, 참가가 공정하고 비차별적인 조건하에 이루어질 것이 그것이다. 특히 이 둘째 요건은 단순한 무상참가를 요구하는 것은 아니고, 합리적인 프리미엄의 부과도 허용된다.

10) United States v. Sealy Inc., 388 U.S. 350(1967).
 11) Gutterman, supra note 42, at 339.
 12) 이에 관하여 Hovenkamp, “Exclusive Joint Ventures and Antitrust Policy,” Columbia Business Law Review 1(1995); Balto, “Access Demands to Payment Systems Joint Ventures,” 18 Harvard Journal of Law & Public Policy 623(1995); Balto, “Battle of Credit Card Giants Provides Important antitrust Guidance for Joint Ventures(Consumer Financial services Law),” 50 The Business Lawyer 1143(1995); Carlton & Salop, “You Keep on Knocking but You Can’t Come in: Evaluating Restrictions on Access to Input Joint Ventures,” 9 Harvard Journal of Law & Technology 319(1996); Pratt, Sonda & Racanelli, “Refusals to Deal int the Context of Network Joint Ventures,” 52 The Business Lawyer 531(1997) 참조.
 13) Gutterman, supra note 42, at 338.
 14) Silver v. New York Stock Exchange, 373 U.S. 341(1963).
 15) Northwest Wholesale Stationers, Inc. v. Pacific Stationery & Printing Co., 472 U.S. 284(1984).
 16) United States v. Terminal R.R. Ass’n, 224 U.S. 383(1912) 참조.

VI. 벤처기업의 공동연구개발에 대한 공정거래법의 적용

우리 경제의 대표현안 중의 하나인 벤처기업의 육성을 위하여서도 공동연구개발의 활성화는 매우 절실한 과제이다. 벤처기업육성에관한특별조치법(이하 “벤처육성법”이라 한다)에 의하면 벤처기업이란 중소기업기본법에 의한 중소기업으로서 그 기술력을 주된 경쟁력의 원천으로 삼는 기업들이 주종으로 되어 있다(동법 제2조). 이들 벤처기업들은 기술혁신의 첨병이 될 수 있는 잠재력을 가지고 있으나, 자본력 기타 인적·물적 자원의 부족으로 어려움을 겪고 있는 경우가 많다. 그리하여 벤처육성법을 비롯하여 벤처기업들에게 세제·금융상의 지원을 하기 위한 각종의 조치들이 마련되고 있으나, 이러한 자금 지원 위주의 정책은 일부 기업들로 하여금 자금조달을 주목적으로 벤처기업의 요건을 갖 추려 하게 하거나, 기술력을 기반으로 출발했던 일부 벤처기업들로 하여금 재테크 위주의 구기업들의 행태를 답습하게 하는 부작용을 낳을 우려가 있다. 따라서 벤처기업의 주된 경쟁력의 원천인 기술력의 개발을 직접적으로 촉진할 수 있는 정책이 요구된다.¹⁷⁾

이러한 관점에서 볼 때 벤처기업들이 참여하는 공동연구개발을 활성화시키는 것은 좋은 정책대안이 될 수 있다고 본다. 공동연구개발에 참여하는 기업들에 의해 조달되는 자금은 단순한 금융지원과 달리 투자자에 의한 출자의 성격을 가지고 있기 때문에 자체적인 감시와 효율적인 집행이 도모될 수 있는 가능성이 더욱 커진다. 즉, 공동연구개발의 성과가 시장에 의해 받아들여지도록 하기 위해 노력하지 않으면 안 될 경제적 동기가 한 층 직접적으로 부여된다는 것이다. 또한 공동연구개발은 단순히 자금력의 결집 이상의 보완적 자산(complementary assets)의 결합이라는 목적을 달성할 수 있다. 예컨대, A 기업의 연구진과 B 기업의 자금력, C 기업의 생산능력과 D 기업의 판매망, 또는 E 기업의 전산망과 F 기업의 금융 노하우 등이 결합될 수 있다는 것이다. 이러한 결합에 의한 공동연구개발의 시너지는 단순한 자금지원정책으로는 도저히 도모할 수 없는 기술혁신의 추진력 제고를 가져올 것이다.

이처럼 중요한 벤처기업의 공동연구개발의 활성화에 있어서 공정거래법은 결정적인 역할을 할 수 있다. 공동연구개발은 참가기업간의 이해관계의 조정이라는 자체적인 어려움을 극복해야 하는 것은 물론이지만¹⁸⁾, 경쟁사업자간의 협력을 기반으로 하기 때문에 공정거래법에 저촉될 우려가 또한 있는 것이다. 따라서 이러한 공정거래법 위반의 우려를 불식시킬 수 있다면 잠재되어 있는 공동연구개발 동기를 수면 밖으로 끌어낼 수 있

17) 『대통령 직속 중소기업특별위원회는 20일 중소기업에 대한 과도한 보호 및 직접 지원을 축소하고 중소기업의 자생력을 키울 수 있는 정책을 마련하기로 했다고 19일 밝혔다. 중기특위는 ‘중소기업 발전 비전 2010’이라는 방안을 발표하면서 이같은 정책 방향을 경제정책 부처에 제시하기로 했다. 이번 비전안에서 벤처기업 육성을 시장에 점차 넘기고 벤처기업육성특별법의 시행이 끝나는 2007년에 맞춰 벤처기업 확인제도를 폐지하는 방안이 포함됐다. 정책 부처가 이 방안을 수용할 경우 벤처기업 확인 후 각종 세제 금융상의 혜택을 받던 중소기업들이 크게 줄어들 전망이다.』 “벤처기업 확인제 2007년 폐지,” 동아일보경제뉴스 (<http://moneybiz.donga.com>), 2000. 11. 19자.

18) 이에 관하여 이기중, 합작논문, 191면 참조.

는 기폭제로 작용할 수도 있다. 그러나 벤처기업의 공동연구개발이라 해서 무조건 공정거래법의 적용법을 배제하는 것은 현행법의 해석상 불가능할 뿐 아니라 남용의 우려가 있으므로 적절하지 않다. 따라서 합리적인 범위에서 공정거래법의 적용을 완화할 수 있는 기준을 마련하여 벤처기업들에게 제시할 필요가 있다. 이러한 기준으로 다음과 같은 것들을 생각해 볼 수 있다.

첫째, 이미 기술한 바와 같이 공동연구개발 참가자들의 관련시장 점유율의 합이 25%에 미달하는 경우 원칙적으로 공정거래법의 적용을 배제한다면 벤처기업들은 모두 중소기업이어야 하기 때문에 대부분의 벤처기업들간의 공동연구개발이 이 안전지대에 속할 수 있을 것이다.

둘째, 역시 이미 기술한 바와 같이 신뢰할만한 대항적 연구개발(R & D poles)이 충분히 존재할 경우 공동연구개발의 경쟁제한 가능성을 낮게 평가한다는 기준에 의할 경우에도 상당수의 벤처기업 공동연구개발이 적법판정될 수 있을 것이다.

셋째, 공동연구개발이 완전히 새로운 제품이나 기술의 개발에 관한 것인 때에는 공동연구개발의 경제학적 순기능을 충분히 고려하여야 한다는 기준도 벤처기업의 공동연구개발에 적용될 가능성이 크다.

넷째, 벤처기업간의 공동연구개발 뿐 아니라 벤처기업과 비벤처기업간의 공동연구개발도 보완적 자산의 결합을 통한 시너지를 창출할 수 있기 때문에 후자의 경우에 대해서도 배려하여야 할 것이다. 그 방안으로는 하나 이상의 벤처기업이 참여하는 공동연구개발에 대하여는 공정거래법의 적용을 완화하겠다는 취지의 공정거래위원회 지침을 제정 공표하는 것을 들 수 있다. 공동연구개발 자체의 위법성을 심사함에 있어서나 그 부수적 제한의 위법성을 심사함에 있어서나, 또 부당공동행위의 예외를 인정함에 있어서나 벤처기업의 경우에는 보다 완화된 기준을 적용하겠다는 취지를 선언할 필요가 있는 것이다. 물론 이 경우 대기업에 의한 남용의 우려가 있으므로 벤처기업간의 공동연구개발에 비해 벤처기업과 비벤처기업간의 공동연구개발에 대하여는 공정거래법을 보다 엄격히 적용하겠다는 취지를 함께 밝혀야 할 것이다.

벤처육성법은 그 유효기간이 2007년 12월 31일로 되어 있어(부칙 제2조) 위의 네번째 기준은 시한부로만 적용될 수 있다는 단점이 있다. 그러나 첫째 내지 셋째의 기준은 벤처육성법상의 벤처기업 개념을 전제로 하고 있지 않으므로 이 세가지 기준을 적극적으로 홍보하고 적용하도록 하는 것이 장기적으로 보다 바람직하다고 여겨진다.

VII. 결 론

이상 논의한 바를 종합하면 공동연구개발에 대한 공정거래법의 적용은 경쟁촉진적인 연구개발의 장려와 경쟁제한적인 연구개발의 규제라는 두 개의 날이 달린 칼과 같은 모습으로 이루어져야 할 것으로 생각된다.

우선 경쟁제한적인 공동연구개발의 규제방안은 공동연구개발 자체와 그 부수적 제한으로 나누어 생각할 수 있다. 첫째, 공동연구개발 자체에 관하여 보면, 현행법상 공동연구개발이 부당공동행위의 법정유형으로 별도로 규정되어 있지 않으므로, 공정거래법 제19조제1항제8호(타사업자의 사업활동방해)를 활용할 필요가 있다. 그러나 공동연구개발에 동호를 적용하더라도 자체성의 원칙(당연위법의 원칙, per se rules)을 적용할 것은 아니고, 합리성 분석을 실시하여야 한다. 이 때 공동연구개발의 경제적 순기능 및 잠재적 경쟁의 제한 가능성 등을 두루 고려하도록 하여야 할 것이다. 둘째, 공동연구개발의 부수적 제한에 관하여 보면, 먼저 부당공동행위가 부수된 경우에는 그 적법성을 인정하기 어렵다 할 것이다. 다만 우리법이 연구개발목적의 부당공동행위금지의 예외를 인정하고 있으므로 이 규정을 적절하게 활용할 필요가 있다. 다음 불공정거래행위의 경우에는 이른바 부수적 제한의 원칙을 적용하여 그 위법성 적용기준을 완화할 필요가 있다.

한편 경쟁촉진적인 공동연구개발의 장려를 위하여는 다음과 같은 몇가지 방안들이 강구될 수 있을 것이다. 첫째, 공동연구개발 참가자들의 관련시장 점유율의 합이 25%에 미달하는 경우 경성카르텔이 포함되지 않은 한 원칙적으로 공정거래법의 적용을 배제하여야 할 것이다. 둘째, 신뢰할 만한 대항적 연구개발(R & D poles)이 충분히 존재할 경우 공동연구개발의 경쟁제한 가능성을 낮게 평가하여야 할 것이다. 셋째, 완전히 새로운 기술이나 제품의 공동연구개발의 경우 그 경제학적 순기능을 충분히 고려하여 심사한다면 경쟁제한성이 부정될 가능성이 높아질 것이다. 넷째, 하나 이상의 벤처기업이 참여하는 공동연구개발에 대하여는 공정거래법의 적용을 완화하되, 대기업에 의한 남용의 우려가 있으므로 벤처기업간의 공동연구개발에 비해 벤처기업과 비벤처기업간의 공동연구개발에 대하여는 공정거래법을 보다 엄격히 적용할 필요가 있다. 이 중 첫째와 둘째의 방법은 벤처육성법을 전제로 하고 있지 않으므로 장기적인 벤처기업 연구 활성화 대책으로 보다 바람직하다 할 것이다.

그런데 이상과 같은 방안은 현행법의 테두리 내에서 실행가능한 것들이다. 그러나 보다 근본적인 대책을 마련하기 위해서는 다음과 같은 몇가지 입법조치가 요구된다 할 것이다. 첫째, 경쟁제한적인 공동연구개발 자체를 규제하기 위해 부당공동행위의 금지에 관한 공정거래법 제19조제1항을 포괄금지규정화할 필요가 있다. 이렇게 될 경우(현행법상은 필요없는 것이지만) 공동연구개발에 대하여는 합리성의 원칙을 적용한다는 취지의 별도조항을 둘 필요가 있을 것이다. 둘째, 현행법상의 부당공동행위금지의 예외는 사전인가의 절차를 밟도록 되어 있으나, 미국협동법과 같이 사전신고를 전제로 배상액을 감경¹⁹⁾해 주는 방식으로 전환하는 방안을 검토할 필요가 있다. 또한 미국협동법은 독점금지 소송에 관련된 공동연구개발 참가자들이 승소할 경우 변호사비를 포함한 소송비용을 받을 수 있도록 하고 있으며²⁰⁾ 이러한 제도 또한 도입을 검토할 필요가 있다고 본다. **공정**

19) 15 U.S.C. §4303은 사전신고한 합작투자에 대하여 3배 배상이 아닌 실손배상만을 과하도록 하고 있다.

20) 15 U.S.C. §4304.