

## 지적재산권과 경쟁정책



최 병 규  
한경대학교 법학부 부교수

지적재산권법은 발명, 저작물, 상표, 의장 등에 대한 독점을 허용하는 점에서 독점을 금지하는 독점규제법과 대립되는 것처럼 보인다. 그러나 지적재산권법이 인정하는 독점은 무조건적인 것이 아니라 내용과 기간에 있어서 제한적인 것이다. 또한 경쟁자에 의한 부당한 모방행위를 금지시켜 궁극적으로는 경쟁질서를 유지하게 된다는 점에서 지적재산권법과 독점규제법이 양립불가의 것이라고 할 수는 없다. 오히려 양 법영역은 모두 국민경제와 국가산업발전을 목적으로 한다는 점에서 공통되므로 양자를 모순 없이 공존케 하는 것이 중요하다. 이 둘은 법 형식적으로는 충돌하는 것처럼 보이지만 실제로 거시적인 목적에서는 상호 보완관계에 있으므로 조화롭게 운용하는 것이 앞으로의 경쟁정책수립에 꼭 필요한 요소이다.

### I. 머리말

경제활동에 있어서 자유롭고 공정한 경쟁을 확보하기 위한 법체계를 일반적으로 경쟁법이라 한다. 경쟁의 자유는 독점에 의해서 파괴되므로 독점을 금지시키는 것이 경쟁의 자유를 지키는 길이 되며 그를 위한 대표적인 법률이 독점규제및공정거래에관한법률(이하 '독점규제법'이라고 함)이다. 공정한 경쟁은 부정한 경쟁, 즉 비기여적, 비건설적 경쟁행위를 금지시킴으로써 달성될 수 있다는 점에서 부정경쟁방지및영업비밀보호에관한법률(이하 '부정경쟁방지법'이라고 함)도 경쟁법의 일부를 구성한다.

그런데 지적재산권법은 발명, 저작물, 상표, 의장 등에 대한 독점을 허용하는 점에서 독

점을 금지하는 독점규제법과 대립되는 것처럼 보인다. 그러나 지적재산권법이 인정하는 독점은 무조건적인 것이 아니라 내용과 기간에 있어서 제한적인 것이다. 또 발명이나 저작물 또는 상표에 대한 독점의 허용은 경쟁자에 의한 부당한 모방행위를 금지시켜 궁극적으로는 경쟁질서를 유지하게 된다는 점에서 지적재산권법과 독점규제법이 양립불가의 것이라고 할 수는 없다. 오히려 양 법령영역은 모두 국민경제와 국가산업발전을 목적으로 한다는 점에서(독점규제법 제1조, 가령 특허법 제1조) 공통되므로 양자를 모순 없이 공존케 하는 것이 중요하다.

지적재산권이 부여하는 독점은 어디까지나 국가산업발전을 위한 것이므로 국가산업발전에 역효과를 가져오는 독점은 허용할 것이 아니다. 지적재산권법에 의한 권리의 부여 및 그 행사에 있어서는 독점규제법과의 조화를 통하여 독점의 폐해를 제거하여 소비자복지를 확대하고 기술개발투자경쟁을 촉진시킬 수 있는 견제와 조화를 위한 경쟁법적 정책이 요망된다.

한편, 인터넷·디지털환경 변화로 인하여 지적재산권법은 새로운 도전과 적응을 요구하고 있으며, 따라서 경쟁정책적 측면에서도 인터넷·디지털화 환경을 같이 고려하여야 한다. 그리고 그로 인하여 권리부여형 지적재산권뿐만 아니라 부정경쟁방지형의 보호방안도 등장하고 있다(온라인디지털콘텐츠산업발전법, 저작권법상 창작성 없는 데이터베이스 보호). 정보제공, 통신, 광고에서 차지하는 인터넷의 역할은 지대하며 지적재산권과 경쟁정책적 측면에서도 가령 도메인네임의 부당한 이용, 모바일콘텐츠서비스와 독점의 시정 등의 관련 법적 쟁점이 야기되어 있다.

이 글은 지적재산권법과 경쟁정책의 상호관계를 분석함을 목적으로 한다. 양자는 법형식적으로는 충돌하는 것처럼 보이지만 실제로 거시적인 목적에서는 상호 보완관계에 있다. 따라서 양자를 조화롭게 운용하는 것이 앞으로의 경쟁정책수립에 꼭 필요한 요소이다.

## II. 지적재산권의 특징과 경쟁정책

지적재산권이란 인간의 지적 창작물에 관한 권리와 표지에 관한 권리를 총칭하는 개념으로서 산업재산권과 저작권으로 크게 나뉘어진다. 지적재산권 인정근거를 파악하기 위한

헌법적 연구가 수반되어야 한다. 헌법 제22조제2항은 “저작자·발명가·과학기술자와 예술가의 권리는 법률로서 보호한다”고 규정하고 있으며, 제127조는 “국가는 과학기술의 혁신과 정보 및 인력의 개발을 통하여 국민경제의 발전에 노력하여야 한다”고 규정하고 있다. 또한 제23조는 재산권을 보호하고 있다. 이러한 조항들이 총체적으로 지적재산권을 인정하는 근거가 될 수 있다. 아래에서 지적재산권의 특징과 경쟁정책 마련시 고려사항을 검토한다.

## 1. 지적재산권의 특징

### (1) 독점·경쟁요소

지적재산권법의 주된 목적은 「풍요롭고 경쟁적인 시장을 보장」하는데 있다. 이러한 목적을 달성하기 위하여 지적재산법의 원리는 새로운 제품과 서비스 그리고 문학·예술저작물 등을 창조한 자(creator)에게 재산권을 인정한다. 만약 지적재산의 창조자에게 그 창조물을 상업적으로 이용할 수 있는 배타적인 권리를 인정하지 않는다면, 창조자는 새로운 발명을 하거나 저작물을 창조하고 또한 이것을 일반대중에게 제공하기 위하여 자신의 시간과 노력을 투자하려 하지 않는다. 창조의 果實에 재산권을 부여하면 그 창조자는 창조과정에 투입한 투자를 회수할 수 있고 이익을 얻을 수도 있게 된다. 결과적으로 창조자에게 재정적인 보상을 받을 기회를 제공함으로써 지적재산권법은 수많은 창조적인 상품과 서비스를 일반 대중에게 공급하는 것을 용이하게 해준다.

이 같은 지적재산권을 부여하는 경제원리는 개인적인 이익을 부여함으로써 노력을 조장하는 것이 과학 또는 예술의 저작자나 발명가의 재능을 통하여 일반공중의 복지를 증진하는 최선의 방법이라는 믿음에 기인한다. 그러나 경쟁적인 시장이 보장되기 위해서는 이러한 경제적인 동기 외에도 혁신(innovation)에 대한 자유로운 접근을 필요로 한다. 즉, 경쟁을 하려는 자들은 지적인 창조를 복제하고 개량하기 위하여 이를 최대한 자유로이 이용할 필요가 있다. 경쟁자들이 이러한 기존의 기술이나 창작내용을 처음부터 다시 발명하라고 요구하는 것은 사회·경제적으로 비능률적이며, 복제를 자유로이 허용하면 시장에는 더 많은 종류의 제품이 공급될 것이고 시장가격은 인하될 것이다.

또한 상품과 서비스의 최종적인 수혜자가 일반대중이라는 점을 고려하면 일반대중이

창조적인 제품에 가능한 한 접근을 많이 할 수 있도록 하는 것이 중요하다. 그런데 문제는 창조자에게 그 창조물에 대한 재산권을 인정하는 것과 일반대중이 창조물을 자유로이 이용하는 것이 서로 충돌된다는 것이다. 따라서 모든 지적재산의 원리는 경쟁적인 시장을 최대한 보장하기 위하여 창조자에게 독점적인 성격의 재산권을 부여하는 것과, 창조물에 대한 일반대중의 접근을 허용하는 것 사이에서 최대한 균형을 유지하여야 한다.

모든 지적재산원리는 창조에 대한 동기를 부여하기 위하여 재산권을 부여하는 동시에 이러한 동기를 손상하지 않고서 일반대중이 창조물에 최대한 접근할 수 있도록 시도하여야 한다. 따라서 “독점 허용”과 “경쟁 달성”을 균형시키는 문제가 지적재산권법의 최대의 과제이며 딜레마이다. 양자를 어떻게 균형시킬 것인가는 입법정책에 달려있다. 일반적으로 지적재산권법은 양자가 조화될 수 있도록 1차적으로는 배타적인 권리를 부여함으로써 창조자에게 창조의 동기를 부여하고 2차적으로는 이러한 배타적인 권리에 대한 여러 제한을 가하여 경쟁을 촉진하려고 시도한다.

## (2) 추상성

지적재산권은 물론 그것이 구체적으로는 물건 등에 화체되어 유통되는 경우는 있어도 관념상의 추상적인 개념이다. 가령 저작권(copyright)은 저작자의 저작물을 일정한 기간동안 보호함으로써 문학과 예술적인 창조성을 증진하는 데에 인정목적이 있는 것으로서 저작권에 의하여 보호될 수 있는 것에는 어문저작물 등 다양한 저작물이 속한다. 이때 저작권은 그것이 미치는 물체(가령 소설책)와는 구별되는 추상적인 재산권임을 주의하여야 한다. 특허권의 경우에도 그 특허권을 이용하여 제품을 생산하여 판매, 유통이 되지만 특허권 그 자체는 그것이 구현된 물건과는 구별하여야 한다.

## (3) 무체성

지적재산권은 인간의 지적활동의 성과로 얻어진 정신적, 무형적 재화에 대한 소유권에 유사한 재산권을 지칭하는 것이다. 이와 같이 일반 제조물과는 달리 지적재산권은 무체물로서의 속성이 있다. 과거에 지적재산권을 무체재산권으로 부른 적도 있다. 따라서 눈에 보이는 유체물을 대상으로 하는 법원리가 지적재산권 분야에 그대로 적용되기는 어려운 속성이 있다.

#### (4) 침해의 용이성

지적재산권, 즉 산업재산권이나 저작권의 보호대상인 발명이나 저작물은 유체물이 아니므로 한 번 소비하였다고 해서 없어지는 것이 아니다. 따라서 이들은 장소를 달리하여 이용이 가능하고 또한 국내외적으로 전파성이 매우 강하다. 그리고 지적재산권이 재산권의 하나이므로 지적재산권 상품에 대한 거래도 다양하게 이루어진다.

오늘날과 같은 인터넷·디지털혁명의 시대는 장점과 약점을 동시에 가지고 있다. 디지털화가 정보의 유통에는 많은 기여를 하고 있고 인류에게 무한한 편익을 제공하고 있다. 그 반면에 디지털화로 인하여 지적재산권에 대한 복제가 용이하고 또 복제를 통해서도 질이 낮아지지 않는 속성이 있어 지적재산권에 대한 침해가 매우 용이해졌다. 즉 지적재산권을 디지털화 하는 데에는 적지 않은 자본과 노력이 들어가지만 그것을 복제하는 것은 아주 간단하다. 디지털화 된 콘텐츠를 복제하는데 들어가는 시간, 비용은 최초로 디지털화한 사람이 들인 비용, 시간과 비교될 수가 없다. 또 복제의 질이 원본과 같다. 이러한 상황에서 복제본이니 원본이니 구분하는 것이 무의미하다. 이 점은 아날로그 복제와 비교할 수가 없다. 아날로그 복제에는 원본과 복제본의 질에 차이가 있고, 복제하면 할수록 질이 떨어지는 것이 일반적이다. 그러나 디지털 복제에는 이러한 현상이 전혀 일어나지 않는다. 결국 디지털화 기술로 인하여 특히 지적재산권 분야에서는 그 침해에 대응하기가 매우 어렵게 되었으며, 반대로 부정 복제에 대한 유혹이 매우 강하게 된다.

#### (5) 상호 연계성

오늘날 자동차를 하나 새로 개발하면 거기에는 특허, 의장, 실용신안, 상표 등 여러 지적재산권이 새로이 창출되며 이들은 상호 연계되어 전체적으로 하나의 자동차를 완성하는데 기여하고 있다. 일반적으로 지적재산권 상호간에도 연계성이 강하게 존재하며 하나의 대상이 여러 지적재산권에 의해 보호되는 경우도 있어, 이를 연관지어 보호의 흠결이 없도록 하는 것도 입법자의 과제이다.

#### (6) 인격적 요소

지적재산권은 정신적인 창조에 바탕을 둔 것으로서 인격적 요소가 매우 강하다. 정신적인 창조에 인격의 발현정도가 가장 많이 나타나는 것이 저작권이다. 따라서 저작물에 대한 인격적 보호를 하기 위하여 저작권법은 저작인격권으로서 공표권(저작권법 제11조), 성명표시권(동 법 제12조) 및 동일성유지권(동 법 제13조) 등을 인정하고 있다.

### (7) 정책적 요소

산업재산권은 기술개발과 산업발전을 궁극적인 목표로 하며 저작권은 문화의 향상·발전을 궁극적인 목표로 하는 것이다. 지적재산권의 이 같은 목표는 국가가 지적재산권에 대하여 어떤 정책을 취하느냐와 밀접하게 관련되어 있다. 상대적으로 산업발달에의 공헌도가 낮은 실용신안을 19세기말에 기술력이 떨어졌던 독일이 창안했다는 것과 1990년대 중반 TRIPs 협상에서 각국이 취한 태도는 지적재산권이 국가의 정책과 밀접한 관련이 있다는 것을 증명해주고 있다.

### (8) 국제적 요소

지적재산권 그 자체는 지적재산권이 재산권의 하나이므로 지적재산권 상품에 대한 거래도 필연적인 것이다. 그러나 국제시장의 등장으로 인하여 지적재산권은 그 행사에 있어서 한계에 직면하게 되었다. 과거의 단순사회에서와는 달리 기술 혁신과 매체에 의한 창조물이 이용되는 세계시장에서는 상황이 훨씬 더 복잡해졌다. 특히 지적재산권에 관한 각국의 법이 다르다면 지적재산권자는 권리를 행사하는데 지역적인 한계에 봉착하게 된다. 따라서 지적재산권을 보다 더 효과적으로 보호하기 위하여 역사적으로 각국이 지적재산권법을 조화시키려고 노력하였고(1883년 파리협약, 1886년 베른협약, 1995년 TRIPs협정, 2002년 특허법조약 등) 아직도 여전히 그러한 노력이 전개되고 있다.

## 2. 지적재산권 경쟁정책 마련시 고려사항

지적재산권은 무체물을 대상으로 하는 추상적인 권리이며 한번 소비에 의하여 없어지지 않는 속성이 있다. 그리고 권리소진이론, 강제실시권, 공정사용의 법리, 저작인격권의 인정, 2차적저작물 작성, 저작인접권, 방송권과 전송권의 구별 등 일반의 경우와 구별되는 특징들을 내포하고 있다. 그 밖에 비즈니스모델특허, 컴퓨터프로그램의 특허에 의한 보호, 온라인디지털콘텐츠의 보호, 창작성 없는 데이터베이스 보호, 기술적 보호조치, 권리관리정보, 리버스엔지니어링, 도메인네임 선접수 선처리 원칙, 상표의 희석화 이론, 사이버스쿼팅 규제, 온라인서비스제공자의 책임, P2P서비스·음원스트리밍서비스와 저작권, DRM기술, 워터마킹, 오픈소스소프트웨어운동 등도 최근에 입법이 된 내용이거나 논의의 대상이 되어 있다. 따라서 독점규제법상의 시장지배적지위 남용, 기업결합, 부당한 공동행위, 불공

정거래행위 등의 규제원리를 별도의 특징적 법원리에 의하여 규율되고 있는 지적재산권 분야에 그대로 적용할 수는 없다. 다만 지적재산권을 남용하는 등의 방법으로 지적재산권 관련 독점적 지위를 이용하거나 불공정거래행위 등을 할 경우에는 뒤에서 언급하게 되는 독점규제법 제59조에도 불구하고 경쟁법 원리를 적용하여 규제를 가하여야 한다.

### III. 지적재산권법과 독점규제법의 관계

19세기 후반 이래로 자본주의적 시장경제제도와 사회주의적 계획경제제도의 시비가 다투어졌으나 1980년대말에 사회주의경제시스템이 붕괴됨으로써 현재는 시장경제체제가 지배하고 있다. 시장경제체제가 우월적 지위를 구축하게 된 요인은 여러 가지를 거론할 수 있으나 그 중에서도 시장경제체제가 개별기업의 자율적인 경쟁을 바탕으로 한다는 점을 경시할 수 없다.

시장경제체제에 있어서 현실의 기업간 경쟁을 보면 기술혁신에 의해 경쟁은 치열해지고 보다 저렴하고 편리한 신상품이 계속해서 나오며, 그 기술은 국제적으로 이전되어 국제적인 경쟁을 자극하게 된다. 이와 같이 시장경제에 있어서는 경쟁이 기술혁신을 자극하고 있음과 동시에 기술혁신이 새로운 유형의 경쟁을 자극하여 경쟁과 기술혁신은 상호적 보완관계 속에서 경제발전에 기여하게 된다.

이와 같이 기술혁신은 경제발전에 있어서 매우 중요한 동기부여 역할을 하지만 만일 새롭게 개발한 기술을 다른 사람이 마음대로 사용한다면 기술개발에 투자한다는 것이 커다란 의미가 없다. 따라서 각국은 특허법, 저작권법, 부정경쟁방지법 등에 의해 신기술, 지적 창작 등을 보호하고 있다. 구체적으로 보호되는 특허권의 범위는 어디까지인지, 신기술에 대한 독점권 부여는 경쟁을 제한하지는 않는지, 일국의 특허권이 국제적으로 어디까지 효력을 미치는지, 지적재산권에 따른 독점권 또는 그 실시허락계약과 독점규제법과의 관계는 어떻게 되는지에 대해서 많은 미해결의 문제가 대두되어 있다. 지적재산권법과 독점규제법과의 관계를 조망하기 위해 아래에서는 지적재산권법 중에서 핵심에 해당하는 특허법을 중심으로 고찰한다.

## 1. 특허법과 독점규제법의 이념

특허를 받기 위해서는 자연법칙을 이용한 기술적 사상의 창작으로서 고도한 발명을 하여야 한다(특허법 제2조제1호, 제29조). 그리고 특허권은 특허받은 기술적 발명을 독점적으로 실시할 수 있는 권리이다(특허법 제94조). 그런데 독점규제법에서는 특히 공정하고 자유로운 경쟁을 촉진하기 위하여 시장지배적지위의 남용, 과도한 경제력집중, 부당한 공동행위 및 불공정거래행위 등을 규제하고 있다(독점규제법 제1조). 즉 전자는 독점권을 창설하는 데 반하여, 후자는 독점의 폐해나 경쟁제한행위를 금지하는 것이라는 점에서 양자는 적어도 법형식상으로는 서로 충돌할 가능성을 가지고 있다. 특허법은 발명을 장려하여 산업발전에 기여하도록 한다는 국가 산업정책적 고려에서 배타적 독점권을 인정하는 것이고, 독점규제법은 경쟁제한행위를 배제함으로써 소비자보호와 같은 국민경제정책을 고려하는 것이다. 특허법의 최종목표는 넓은 의미의 산업발전이고, 나아가 국민들이 잘 살 수 있도록 하는 것이다. 산업의 발전을 위하여 발명을 보호하고, 또 발명을 장려·이용하는 것이다. 특허법은 '발명의 보호'와 '발명의 이용'이라는 두 가지의 수단을 주축으로 하여 개인의 이익과 공공의 이익을 동시에 달성하려는데 목적이 있다. 따라서 발명의 보호가 오히려 산업을 저해하거나 공공의 이익을 저해할 경우에는 특허의 대상에서 제외하거나 특허권을 제한한다.

이와 같이 특허법은 발명에 관하여 독점권을 부여하는 법인데, 이에 반하여 독점규제법은 독점에 의한 폐해를 제거하기 위한 법이다. 따라서 형식적으로는 양 법은 서로 대립되는 것으로 보인다. 그러나 양 법의 목적은 산업 혹은 국민경제의 발달이며 궁극적인 이념에 있어서는 모순되지 않으며 구체적인 사례에 있어 양 법 간의 관계를 조정할 필요가 있다.

지적재산권법과 독점규제법은 모두 기술혁신의 촉진과 소비자후생의 증진이라는 공동의 목적을 가지고 있다. 지적재산권법은 새롭고 유용한 제품, 더욱 효율적인 공정, 또는 창작적인 표현이 담긴 작품 등을 창작한 자에게 법적 강제력을 가진 재산권을 부여함으로써 기술개발과 유포 및 그 상업적 이용에 관한 유인(incentive)을 제공하고 있는 것이다. 이러한 지적재산권제도가 없다면 단순한 모방자들은 기술혁신을 이룬 자와 이에 투자를 행한 자의 노력을 아무런 보상 없이 그것도 재빠르게 도용할 수 있게 된다. 이처럼 도용행위가 신속하게 행해질 수 있다는 사실은 결국 기술혁신이 가지는 상업적 가치와 투자의 유인을



질감시키는 것이 되며, 궁극적으로는 소비자에게 손해를 가져다주는 결과를 낳게 된다. 다른 한편 독점규제법은 소비자에게 유익을 가져다주는 기존 또는 새로운 활동방식들과 관련하여 시장경쟁을 해할 수 있는 일정한 행위들을 금지·규제함으로써 기술혁신과 소비자후생의 증진을 도모하고 있다.

특허권에 의한 독점은 법이 특별히 인정하는 것으로 그 자체는 독점규제법에 반하지 않으며 특허권의 고유한 행사로 원칙적으로 문제되지 않지만(독점규제법 제59조), 특허권의 실시조건으로 부가된 조항(예컨대 재판매가격 조항, 그랜트백 조항 등)에 관해서는 문제의 소지가 있다. 그리하여 특허권 고유의 권리의 행사란 무엇인가, 혹은 어떠한 부가조항까지 합법으로 인정되는 것인가에 대하여 검토할 가치가 있다.

## 2. 특허권과 독점규제법의 관계

특허법은 활발한 기술개발 경쟁을 도모하기 위한 수단으로 배타적인 독점권인 특허권의 부여를 인정하는 것이라는 점에서 자유로운 경쟁을 촉진하려는 독점규제법과 공통성을 가지며, 그 대상에 있어서는 차이가 있다. 즉, 특허법은 기술분야를 그 대상으로 하는데 반하여 독점규제법은 경제분야를 그 대상으로 한다. 따라서 특정한 기업이 그 독점적 지위를 남용하게 되면, 그것은 직접적으로는 독점규제법을 위반하게 되지만, 그것이 활발한 기술개발경쟁을 저해하게 되면 특허법의 목적에도 반하게 된다. 또한 배타적 독점권인 특허권을 특허법의 목적을 일탈하여 이용하는 경우에는 그 폐해가 크며, 특히 그것이 시장지배적지위의 남용이나 불공정거래행위에 해당하는 경우에는 독점규제법에 위반하게 된다.

여기서 특허권이라는 배타적 독점권은 산업기술의 발전이라고 하는 목적에 부합되게 이용되어야 하며, 그것을 일탈하여 이용된 경우에는 더 이상 권리의 행사로 인정되지 않고, 그것이 독점규제법에 위반하는 경우에는 동 법의 적용을 받게 되는 것은 당연하다. 그런데 최근에는 과학기술이 고도화·복잡화됨에 따라 하나의 발명을 하는 데에는 상당히 광범위한 관련기술의 도움이 필요하며, 또 거액의 자금과 장기간의 시간이 필요하게 된다. 뿐만 아니라 그 개발목적이 제대로 달성되지 않았을 경우에 대한 위험도 부담하지 않으면 안 된다. 그러므로 기업 내부의 대규모 연구소는 이러한 개발을 수행할 수 있지만,

한 개인은 도저히 이를 감당할 수 없는 경우가 많다. 설령 그러한 시설이나 설비 또는 자금이 없는 개인에 의하여 발명이 이루어진다고 하더라도, 자본주의 사회에서는 그것이 기업이 가지고 있는 기술에 대하여 소위 주변기술에 해당하게 되면, 시장지배력을 형성 또는 강화하거나 안정된 초과이윤의 획득을 목적으로 하는 당해 기업에 흡수되어 버리게 된다. 이들은 특허법상으로는 직무발명의 규정 또는 특허권의 양도나 실시계약의 형식을 취하고 있다.

현재 자본주의사회에 있어서 발명 내지 특허발명의 이용도 점차 발명자 개인으로부터 대규모의 생산설비와 자본력을 가진 기업으로 집중되는 현상이 일어나고 있다. 여기서 특허권의 배타적 독점성은 발명자에게 경쟁상 유리한 지위를 보장하는 것이 아니라 단순한 특허실시료 내지 양도 대가의 징수권으로 기능적인 변질을 하고 있다. 이에 따라 특허권의 배타적 독점성은 기업에 집중되어, 기업으로 하여금 독점규제법의 목적에 정면으로 배치되는 시장지배적지위를 보장하여 공정하고 자유로운 경쟁질서를 침해하는 수단으로 기능하는 현상이 출현하고 있다. 이러한 문제점은 특히 국가의 경쟁정책에 의하여 바로잡아야 한다.

결국 지적재산권법은 '사적 거래상의 질서'를 지키는 법영역이고, 독점규제법은 지적정보재시장에서의 '경쟁질서라는 공적질서'를 지키는 법으로 평가할 수 있다. 그렇기 때문에 경쟁정책과 지적재산권법은 시장경제의 효율성을 달성하기 위한 상호보완관계로 기능하여야 한다.

### 3. 지적재산권법상의 권리행사와 독점규제법 제59조

독점규제법은 제59조에서 "이 법의 규정은 저작권법, 특허법, 실용신안법, 의장법 또는 상표법에 의한 권리의 행사라고 인정되는 행위에 대하여는 적용하지 아니한다"고 규정하고 있다. 이 규정의 의미에 대해서는 여러 학설이 있으나, 동 규정은 특별한 의미가 있는 것이 아니고 당연한 것을 확인적으로 규정한 것이며 지적재산권의 부당한 행사를 합법이라고 하는 취지는 아니라고 봄이 통설적 견해이다. 따라서 외형적으로는 정당한 상표권이나 특허권의 행사 같지만 실질적으로는 부당한 경쟁행위를 목적으로 한 경우에는 독점규제법의 규정이 지적재산권의 남용에 대하여 적용될 수 있으며, 또한 적용되어야 한다.

이러한 원칙은 미국에서는 이미 판례에 의하여 확립되어 있고, 1957년 독일의 경쟁제한

방지법(Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen) 제20조, 1956년 영국의 제한적 거래관행법(Restrictive Trade Practice Act) 제8조, 1957년(1997년 암스테르담조약에 의한 개정) 유럽공동체설립조약(EG-Vertrag) 제81조 등에서도 발견된다. 그런데 이들 법규 중에서 유럽의 경우처럼 특허권의 정당한 행사의 범위를 명문으로 규정하고 있는 경우도 있지만, 우리나라나 일본 또는 미국과 같이 그 범위를 전면적으로 해석과 운용에 맡겨 놓고 있는 경우도 있다.

특허권의 본래적 제한과 관련하여 살펴보면, 특허권자는 업으로서 그 특허발명을 실시할 권리를 독점하지만, 특허발명의 보호범위는 특허청구범위에 기재된 사항에 한정되며, 실시의 개념도 특허법 제2조제3호 각목의 행위에 한정된다. 또한 특허권의 존속기간은 출원일로부터 20년으로 제한되며(시간적 한계)(특허법 제88조제1항), 그 실시지역은 속지주의 원칙에 따라 우리나라의 영역에 한정되는바, 이러한 제한이 특허권의 본래적 행사에 의한 제한이라는 점에 대하여는 다툼이 없다.

한편 재판대가격의 제한, 경쟁품 취급의 제한, 경쟁기술채용의 제한, 원재료 등의 구입처 제한, 판매처 제한, 품질 제한, 개량발명 등에 관한 제한, 특허권 부쟁의무, 특허실시료에 관한 제한, 일괄실시허락, 상표사용강제 등의 조항은 산업재산권의 비본래적 행사, 즉 일반계약상의 제한으로 인정된다.

그러나 수량제한, 제조 및 사용기술분야의 제한, 판매분야 제한, 가격 제한 등의 조항에 대하여는 학설이 대립되고 있으며, 특허권의 비본래적 행사에 의한 제한조항에 관하여는 물론이고, 본래적 행사에 의한 제한조항에 관하여 권리남용의 법리를 적용함에 있어서도 독점규제법상 특허권의 정당한 행사인지의 여부에 대한 판단은 구체적 사건마다 당해 제한이 그 시장에 어떠한 영향을 미치는지에 따라 결정되어야 한다. 이러한 의미에서 독점규제법 제59조의 규정은 동 법 제3조, 제19조 및 제23조에 규정된 행위와 같이 동 법의 법익을 실질적으로 침해하는 행위에 대하여 적용제외를 규정한 것은 아니라고 풀이하여야 한다. 한편, 배타적 독점권인 특허권은 발명의 공개를 통하여 산업기술을 발전시키는 한도 내에서 산업정책상 긍정적으로 평가되어 온 것이지만, 이 이념에 대하여는 발명이 어느 정도로 공개하느냐에 따라 여러 가지의 의문이 제기되고 있으며, 특허권은 현대 자본주의 체제하에서는 시장지배적지위를 형성하는 수단으로 남용될 위험성도 다분히 내포하고 있으므로 특허권의 정당행사를 인정함에 있어서는 신중한 판단을 요한다.

## IV. 개별분야별 이슈

지적재산권과 경쟁정책과의 연결부분은 많이 있다. 그 가운데 이 글에서는 지면상의 제약으로 인해 병행수입, 모바일콘텐츠서비스 부분 및 지적재산권계약상의 불공정거래행위만을 예시적으로 살펴본다.

### 1. 병행수입과 불공정거래행위

병행수입의 방해가 불공정거래행위에 해당하는지의 문제는 병행수입의 금지가 정당한 상표권의 행사인지 여부에 관한 문제로 귀착된다.

상표법은 '수입'을 상표 사용의 일종으로 정의하고(상표법 제2조제1항제6호) 있으며 정당한 권한 없이 제3자가 등록상표와 동일 또는 유사한 상표를 그 지정상품과 동일 또는 유사한 상품에 사용하는 것은 상표권의 침해(상표법 제66조)이므로 상표법을 엄격하게 해석하면 상표권자의 허락 없이 진정상품을 허락하는 것은 상표권의 침해가 될 수 있다. 다만 병행수입 그 자체는 가능한 것임을 전제로 하여 판시한 대법원 및 하급심 판결이 있으며, 관세청이 지적재산권 보호를 위한 수출입 통관 사무처리 규정을 개정하여 소정의 경우에는 병행수입 되는 진정상품을 세관에서 압류하지 못하도록 하였다. 점, 공정거래위원회가 『병행수입에있어서의불공정거래행위유형고시』(공정거래위원회고시 제1998-18호, 1998.12.31.)를 제정하여 병행수입을 부당하게 저지하는 대표적인 유형을 열거하고 이를 방지하도록 하였다. 점. 병행수입 자체는 허용되고 있다고 볼 수 있다. 동 고시상의 불공정거래행위유형에는 ① 해외유통경로로부터의 진정상품 구입방해, ② 판매업자에 대한 병행수입품의 취급제한, ③ 병행수입품을 취급한 판매업자에 대한 차별적 취급 등이 있다.

### 2. 휴대폰모바일서비스와 지적재산권/경쟁법

현재의 이동통신 관련 콘텐츠, 즉 모바일콘텐츠 소유자는 이동통신사에 완전하게 종속되어 있다. 동일한 콘텐츠로 서비스하는 업체가 많기 때문에 이동통신사들이 굳이 콘텐츠소유자에게 기별 필요가 없다. 그렇기 때문에 모바일콘텐츠소유자에 대한 사용료 배분에 있

어서 이동통신사보다 콘텐츠소유자들이 불리한 위치에 있으며 이동통신사의 불공정거래 행위의 소지가 높다. 이 점은 앞으로 경쟁정책적 측면에서 고려할 사항이다.

다른 한편 만일 콘텐츠업체들이 담합을 하여 서비스를 중단한다면 이동통신사들의 힘포도 줄어들 가능성이 있다. 그런데 다른 한편 그러한 행위들이 독점규제법상 부당한 공동행위(독점규제법 제19조)와 불공정거래행위(동 법 제23조)에 해당되어 제재를 받을 수도 있다.

모바일지적재산권은 오프라인의 지적재산권과 마찬가지로 존중되고 보호받아야 한다. 그러나 다른 한편 빠른 전파력과 언제 어디서나 자유로운 접근이 가능한 모바일서비스의 장점을 또한 살려야 한다. 양자를 조화시키는 측면에서의 기술추구와 경쟁정책을 마련하는 것이 요구된다.

### 3. 지적재산권행사(계약)에서 불공정거래행위

공정거래위원회는 독점규제법 제23조제2항의 규정에 의하여 국제계약상의 불공정거래행위 등의 유형 및 그 기준을 고시하고 있다(공정거래위원회 고시 제1997-23호). 이 고시 제3조가 규정하고 있는 i) 산업재산권도입계약, ii) 저작권도입계약, iii) 노하우도입계약, iv) 프랜차이즈도입계약 등에 대한 불공정거래행위의 유형에는 ① 원재료, 부품, 제조설비 등의 구입처 제한, ② 수출지역의 제한, ③ 거래상대방 제한, ④ 거래수량 제한 등이 있다.

그리고 2000년 8월 30일 공정거래위원회는 지적재산권의 부당한 행사에 대한 심사지침을 마련하였다. 이 심사지침에서는 독점규제법 제59조에도 불구하고 외형상 또는 형식상으로는 지적재산권에 의한 권리의 행사로 보여지는 행위라도 발명과 창작을 장려하는 지적재산권제도의 취지를 벗어나 정당한 권리의 행사로 볼 수 없는 일련의 행위는 기술시장 또는 상품시장 등에서의 경쟁을 제한하는 경우 독점규제법을 적용할 수 있다는 취지에서(동 심사지침 제1조 참조) 구체적으로 지적재산권행사시 불공정거래행위로 인정될 수 있는 유형을 제시하고 있다. 특히 동 심사지침은 제3조에서 원재료, 부품, 제조설비 등의 구입처 제한 등 17가지 유형의 산업재산권실시허락계약상의 불공정거래행위 등을 열거하고 있다. 또한 동 심사지침은 제2조제2항에서 지적재산권과 관련된 거래가 이 지침에

서 특별히 규정되지 않은 것이라 하여 독점규제법 제3조의2, 제7조, 제19조, 제23조 및 제29조 규정의 적용이 배제되는 것은 아니라고 밝히고 있다.

#### 4. 평가

지적재산권 개별분야마다의 독점규제법상의 불공정거래행위, 부당한 공동행위에 해당 여부에 대한 기준을 마련함에 있어서는 양 법 영역의 목적과 특수성을 심분 고려하여야 한다. 또 해당분야의 실태조사와 전문가의 판단을 거쳐 기준을 마련하여야 하며, 인터넷 기술 환경변화에 따라 적시 개정·적용시키는 조치도 필요하다.

### V. 결론

한국의 경제발전과 더불어 기업의 수와 규모가 커지고 재벌기업이 여전히 비중을 차지하는 상황에서 경제법의 대표적 내용인 독점규제법의 기능이 중요성을 더해가고 있다. 한편 지적 창작에 대한 일정범위내의 독점을 인정하는 지적재산권의 중요성도 특히 지식정보화 사회의 도래와 함께 강조되고 있다. 이 양 영역을 어떻게 조화롭게 운용할 것인가가 산업경제발전을 위한 과제이다. 이 문제는 독점규제법의 탄생배경과 연계하여 해결하여야 한다.

자본주의 경제체제에서는 기본권으로 생산수단에 대한 사유를 인정하고 경제질서 운용에 있어서도 국가의 계획이 아니라 시장의 자동조절기능에 맡기는 것을 원칙으로 한다. 이러한 모습의 경제체제를 자유주의적 시장경제라고 부른다. 따라서 여기에서는 원칙적으로 국가와 경제는 구별 또는 분리된다.

그러나 완전한 모습의 자유주의적 시장경제는 현실적으로 존재하지 않는다. 이는 시장의 자동조절기능에 의한 경제운용이 일정한 한계를 가질 수밖에 없고 소위 시장의 실패가 곧 사회적 정의와 안전을 실현하는데 실패하였기 때문이다. 또한 현대국가가 갖는 급부적, 복지국가적 임무와는 상치되기 때문이다. 여기서 국가는 국민의 실질적 자유와 평등을 조화시키고 국민의 생존을 배려하기 위하여 적극적으로 경제질서에 개입하게 되었고 그러한 한도에서 자유주의적 시장경제질서는 상당부분 수정되었다. 그러나 국가의 개입은 일정한

한계를 가지는데 이를 구획해주는 역할을 하는 것이 독점규제법을 위시한 경제법 영역이다.

그런데 특허권, 상표권, 저작권, 컴퓨터프로그램, 영업비밀 등 지적재산권 및 그 행사에는 무체성, 권리소진이론, 공정사용, 법정허락제도 등 고유의 특성이 있기 때문에 독점규제법을 제한 없이 적용할 수 없다. 그러나 그렇다고 하여 지적재산권분야가 경쟁질서와 무관한 것이 아니다. 특히 독점적 지위를 경제적으로 활용하기 위한 실시허락의 경우에 경쟁질서를 왜곡하는 행위를 하는 지를 규제할 필요성이 있다.

특허권의 배타적 이용은 산업기술의 발전이라는 목적에 합당하여야 하고 이를 일탈할 경우에는 정당한 권리행사로 인정될 수 없다. 그리하여 특허법 등 지적재산권법 영역과 경쟁정책이 충돌할 때에는 양자를 규율하는 해당 법의 목적에 의하여 합리적으로 조정하여야 한다. 순수한 지적재산권의 행사인 경우에는 독점규제법을 적용하지 않을 것이지만 시장의 왜곡을 초래할 정도로 자신의 독점적 지위를 남용할 때에는 규제의 대상으로 삼도록 경쟁정책을 수립하고 시행해나가야 한다. 앞으로도 독점의 허용을 통한 발명·창작에 대한 인센티브 부여와 법목적에 반하는 독점적지위 남용을 경쟁법(독점규제법)에 의하여 제재를 가하는 양자의 합리적인 접점을 찾는 노력을 세부 분야별로 지속적으로 기울여나가야 한다.