

경쟁법과 지적재산권법의 최적집행의 모색



허 선
공정거래위원회 국장

경쟁정책은 기술혁신의 양과 기술이전, 즉 라이선싱, 그리고 제품의 가격과 생산량에 영향을 미친다. 문제는 이 3개의 항목 중 어디에 경쟁정책의 초점이 맞추어져야 하는가이다. 전통적으로 경쟁정책은 생산량과 가격의 움직임에 관심을 가졌는 바, 이제 지식경제화 시대에서 특히 지적재산권 분야에서는 혁신의 확산의 경쟁적 효과에 초점을 맞추어야 할 필요가 있다. 즉 라이선싱의 경쟁적 효과를 면밀히 분석해야 한다는 것이다.

1. 지식경제하에서 두 정책의 조화를 위한 미국의 대응 동향과 국제적 움직임

최근 급속히 진행되고 있는 완전자유무역을 내용으로 하는 세계화와 정보산업, 바이오산업 등의 지식경제화 추세에 따라 지식과 창의의 중요성이 부각되고 있다. 지식경제에서의 발전의 핵심요소인 지식은 지식의 생산, 저장, 전달의 효율성에 의해 그 가치가 결정되고, 혁신은 새로운 지식 생산의 가장 중요한 수단이 된다. 이에 따라 창의와 혁신에 직접 관계되는 지적재산권법과 경쟁법이 핵심으로 부상되고, 이 두 법의 지식과 혁신과정에서의 중요성, 두 법 간의 상호 관련성이 중요 이슈로 떠오르고 있다.

지적재산권제도와 경쟁법은 지식기반 경제의 추세에 제대로 대처해 오고 있는가? 이 문

제를 다루기 앞서 미국의 경쟁법과 지적재산권 간의 관계사를 간단히 살펴보고자 한다. 미국의 특허법은 1790년에 제정되었고 미국의 셔먼법은 100년 후인 1890년에 제정되었다. 따라서 미 법원은 특허권 관련 사건에 대해 독점권은 당연한 속성임으로 경쟁법은 이 분야에서 적용될 여지가 없다고 생각했다. 1930년대까지 미국 경쟁당국과 법원은 지적재산권 관련 사건을 처리하는데 있어서 경쟁법적인 고려를 거의 하지 않았다. 1930년대 이후 기업들의 특허남용 사례와 국민들의 반기업정서에 의지하여 특허법의 역할은 크게 감소하고 경쟁법은 더욱 중요한 역할을 인정받게 된다. 1970년대까지 지적재산권 사건을 경쟁당국은 매우 엄격하게 당연위법의 형식으로 처리하였다. 그 유명한 소위 Nine No-Nos가 경쟁당국의 당시의 입장을 말해 준다. 그러나 이러한 강경한 경쟁법의 집행방침은 1980년에 와서 무너진다. 그때 이제까지의 경쟁법 우선 경향은 미국경제의 장기적인 경기침체와 미국 산업의 기술혁신 부족에 대한 문제의식으로 기존의 특허법 체계를 재검토하게 된 점, 그리고 시카고경제학과의 경쟁법의 성공적인 공격으로 역전되고 만다. 1978년 카터 대통령은 특허에 관한 자문위원회를 구성하여 Report on patent policy를 제출 받는다. 이 보고서의 건의에 따라 획기적인 특허제도의 강화를 위해 1982년에 미 의회는 The Court of Appeals for the Federal Circuit(연방 순회 특허전담 항소법원)을 창설하고 이 법원은 적극적인 심리를 통해 기업의 특허권을 대폭 강화하였다. 이와 아울러 미국 대법원은 특허 가능한 사항(patenable subject)을 대폭 확대하였다. 태양 아래서 인간이 만든 모든 것은 특허 가능하다는 미 의회의 입법의도를 살려 미 대법원은 1980년에 Diamond v. Chakrabarty 사건에서 살아있는, 인간이 만든 미생물에 대해 특허 가능하다고 결정하였다. 이 판결로 인해 그 이후 생물산업의 획기적 발전이 가능했다. 1981년 Diamond v. Dier 사건에서 미 대법원은 수학 공식으로 구성된 컴퓨터 프로그램에 대해 특허를 인정하였다. 그야 말로 하늘아래 인간이 만든 모든 것이 특허의 대상이 되었다. 이와 아울러 경쟁법 분야에서도 획기적인 반전의 역사가 이루어지고 있었다. 시카고경제학파는 경쟁법 사건에 있어서 경쟁제한 효과뿐만 아니라 효율성제고 효과까지를 기준으로 삼아야 한다고 주장했고 이 새로운 경제학의 주장은 레이건 정부 이후 미국 경제의 침체와 미국 산업의 경쟁력이 일본의 기업에 뒤진 것을 만회하기 위한 미국의 국가 위기적 분위기 속에서 경쟁법 집행에 결정적 영향을 미쳤다. 미 법원과 미 양대 경쟁당국은 신경경제학의 주장을 받아들였고, 정치권은 경쟁당국의 예산과 인적자원을 대폭 축소시켰다. 이에

따라 경쟁법의 수난시대에 접어들게 되었다. 새로운 경제학적 연구의 성과는 경쟁법 사건의 재판과 심결, 그리고 집행방침에 명시적으로 반영됨으로써 구체화되었다. 1981년에는 미 법무부 독금담당 부차관보 Abbott Lipsky는 전에 당연시되어 왔던 Nine No-Nos는 형편없는 오류라고 선언하였다. 1988년에 미국은 1988 DOJ Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations에서 지적재산권의 라이선싱은 소비자후생의 증가에 기여한다는 것과 이 문제는 합리의 원칙에 의해 분석해야 한다는 것을 명시하게 된다. 1995년에 와서는 미국의 양 경쟁당국은 공동으로 Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property를 발표하고 그 안에 3가지 기본원칙을 천명한다. 즉 지적재산권은 다른 일반 재산권과 비교 가능한 것으로 취급하고, 지적재산권만으로 자동으로 시장지배력을 형성한다고 간주하지 않으며, 라이선싱은 일반적으로 친경쟁적이라고 인식하는 것 등이다. 이 1995 지침은 특허의 라이선싱에 대한 이전의 경쟁당국의 입장을 완전히 바꿔 매우 긍정적으로 바라보게 되었다. 이와 아울러 미 법무성은 별도로 Patent Pooling에 대한 4개의 Business Review Letter를 발표하였는 바, 그 내용에서 Patent pooling은 기술의 확산을 가져와 친경쟁적 효과를 가질 수 있다는 것을 명백히 하고 있다. 미국의 추세와 비슷하게 일본, 한국, 유럽연합 등 주요 국가들도 지적재산권의 행사와 관련된 경쟁법의 집행 방침을 가이드라인 형식으로 운용하고 있다.

특허 쪽에서도 그 동안 특허 심사과정에 경쟁의 효과를 고려하는 여러 가지 조치들을 취해 오고 있다.

그러나 최근에 지식기반 경제의 발전에 따라 아직도 두 정책이 지식기반 경제에 충분한 정책적 조화를 이루어 내지 못하고 있다는 새로운 문제인식이 나타나고 있다. 지식기반 경제하에서 특허제도는 폭증하는 특허 출원의 건수, 급속히 발전하는 기술의 내용, 그리고 생물산업처럼 고도로 복잡한 기술로 인해 어려운 도전에 직면하고 있으며 미국의 특허제도는 의심스러운 특허의 허용, 비싼 특허절차, 특허소송의 고비용 등이 경쟁에 해를 끼치고 있다고 학자들은 주장한다.

이러한 문제인식에 따라 미국 공정거래위원회는 지식경제화시대에 더욱 바르게 대응하고 이를 더욱 촉발시키기 위해 특단의 정책적 노력을 기울여 왔다. 미 공정거래위원회는 2002년 2월부터 법무성 경쟁당국과 공동으로 Competition and Intellectual Property Law and Policy in the Knowledge-Based Economy라는 타이틀로 대규모 청문회를 개최

하였다. 이 청문회는 연 300명이 넘는 법학, 경제학, 지적재산권 분야의 학자, 변호사, 기업의 책임자 등의 전문가들을 초청하여 미국과 세계의 지식과 통찰력을 공유하였다. 그 결과 미국 공정거래위원회는 우선 2003년 10월에 To Promote Innovation: The Proper Balance of Competition and Patent law and policy라는 정책보고서를 1차로 발간하였다. 이 보고서는 특허제도와 경쟁정책이 공히 경제의 발전과 소비자후생을 위해 불가결한 역할을 한다는 점과 이 두 정책이 상호 적절한 균형을 유지할 필요가 있다는 것을 확인하고 있다. 또 보다 바람직한 균형을 위해 필요한 특허정책 쪽의 10가지의 제도개선방안을 제시하고 있다. 결론을 소개한다. 미국의 특허제도는 잘 운영되고 있지만 몇 가지 제도의 개선이 필요하다. 즉 ① 특허가 나간 이후 특허의 유효성을 다투는 새로운 유효한 재심행정절차(Post grant review)를 개설하여 잘못된 특허가 있는 경우 이를 빠르게 고칠 수 있어야 한다. ② 특허의 유효성을 다투는 사건의 심결과정에서 증거심사주의(Preponderance of the evidence)를 취하도록 법개정이 있어야 한다. ③ 특허기준이 되는 자명성(Obviousness)의 기준을 법적으로 더 엄격하게 해야 한다. ④ 미국 특허청에 보다 충분한 예산지원이 있어야 한다. ⑤ 미국 특허청의 내부 심사규칙과 업무지침을 증거와 정보수집이 용이하도록 보완해야 한다. ⑥ 특허를 허용하는 사항(scope of patentable subject)을 확대할 경우 비용, 편익과 함께 경쟁에 대한 폐해를 고려해야 한다. ⑦ 소위 잠수함 특허를 막기 위해 특허신청 18개월 이후 출원내용의 공개를 현재의 일부 출원에 대해서가 아니라 모든 출원에 대해 하도록 해야 한다. ⑧ 출원자의 특허연장의 기회주의적 게임을 막기 위해 새로운 장치를 만들어야 한다. ⑨ 생략. ⑩ 특허심사에 있어서 경제학의 연구 성과와 경쟁법의 관심에 대한 고려를 강화해야 한다. 이렇게 두 제도의 조화를 위한 특허제도 쪽의 개선점을 제시하고 난 후 이에 대응해서 경쟁법 집행자로서의 미국 공정거래위원회는 ① 적절한 경우 특허재판에 경쟁주창적인 법적 의견서(Amicus Briefs)를 적극적으로 제출하고, ② 미국 공정거래위원회는 적절한 경우에 미국 특허청장에게 경쟁제한적이라는 의문이 있는 특허에 대해 재검토를 요청할 것이며, ③ 미국의 특허청과 공정거래위원회가 상호 의견교환을 활발하게 하는 것을 장려할 것이라는 입장을 첨부하고 있다.

2차 보고서는 미 법무성과 공동으로 이 두 정책의 균형을 위해 이번에는 경쟁법과 정책이 어떻게 변해야 하는 지에 대한 의견을 2004년에 발표할 예정이다.

유럽연합 집행위원회의 경쟁당국은 2003년에 역내에서의 기술 이전을 더욱 용이하게 하기 위해 라이선싱 같은 지적재산권 관련 사건의 경쟁법의 Block Exemption의 범위와 조건들에 대한 제도개선을 위한 내부작업을 끝내고 공청회단계에 들어가고 있다.

국제적으로도 의미있는 논의가 재발진되었다. WIPO(세계특허기구)와 WTO(세계무역기구)가 공동으로 2003년 11월에 제네바에서 IPRs and Transfer of Technology라는 제목의 워크샵을 개최하였다. 이 작업은 OECD 경쟁위원회의 지적재산권에 관한 1998년의 라운드테이블 이후 가장 의미있는 국제적 논의의 장이었다. WIPO와 WTO의 공동워크샵은 TRIPS 이후 국가간의 특허 선진국과 개도국간의 기술 이전이 예상했던 것 보다 활발하게 진행되지 않았다는 문제의식을 바탕으로 이루어진 것이다. 이 회의는 앞으로 다자규범 틀 안에서의 논의의 새로운 시작이 될 가능성이 있다.

이 글에서는 위와 같은 국제적 동향을 염두에 두고 필자가 2003년 제네바의 WIPO와 WTO의 공동워크샵에서 발표했던 내용을 중심으로 설명이 필요한 부분은 좀더 보완하여 소개함으로써 우리 경쟁당국의 향후 대처 방향을 모색하는데 도움이 되고자 한다.

2. 경쟁정책과 지적재산권제도가 혁신과 경제발전에 미치는 영향에 대한 검토

경제의 장기적이고 구조적인 발전은 결국은 기술혁신(Innovation)에서 나온다. 기술혁신은 새로운 상품과 새로운 서비스를 가능케 한다. 자동차, 컴퓨터, 인터넷, 새로운 의약품과 같은 사례는 기술혁신이 인간생활의 향상, 그리고 국가경제와 산업의 발전에 얼마나 중요한 역할을 하는 것인가를 웅변해 주고 있다. 따라서 한 나라의 혁신의 총체적 역량은 경제발전과 소비자의 생활수준을 끌어올리는데 가장 중요한 요소가 되는 것이다. 그런데 이 국민경제의 총체적 역량의 기초가 되는 공공정책은 지적재산권제도와 경쟁정책이라고 판단된다.

경쟁정책과 지적재산권제도 이 두 정책은 기술혁신을 통해 소비자후생과 경제발전에 공헌한다는 최종 목표를 같이 하고 있다. 경쟁정책은 시장경제에서의 치열한 자유경쟁을 확보함으로써 기업단위에서의 정태적 효율성과 국민경제차원에서 혁신활동을 통한 동태적

효율성을 창출하여 소비자후생을 키우고 경제의 발전을 가져온다는 목표를 추구하고 있다. 이와 마찬가지로 지적재산권법과 정책은 혁신을 통한 동태적 효율성을 얻기 위해 정태적 비효율성을 초래할 수 있는 독점권을 지적재산권자에게 부여하게 된다. 여기서 장기적 동태적 효율성의 제고라는 점에서는 두 정책이 공통되지만 단기적으로는 특허제도가 주는 독점권이 초래할 수 있는 단기적 비효율성과 궁극적인 목적이라 할 수 있는 동태적 효율성간에 충돌이 일어나게 된다.

이 문제에 대해 학자들의 많은 연구가 있어 왔다. 지금까지의 경제학적인 실증연구에 따르면 비교적 작은 규모의 동태적 이익만으로도 상당한 규모의 정태적 비효율성을 상쇄하고도 남는다. 예를 들면 특허권에 따른 독점으로 제품의 가격이 인상되어 5%의 정태적 손실이 발생했다고 가정하자. 그러나 이 경우 그 특허권에 의한 혁신으로 동태적 효율성을 1%만 올린다고 가정해도 단지 5년만 지나면 5%의 정태적 손실을 만회하고도 남는다. 다른 예를 하나 더 들면 기술혁신으로 연간 경제성장률이 3.0%에서 3.5%로 단지 0.5%의 성장률 증가를 가져 올 경우 독점에 의한 10% 규모의 정태적인 국가적 손실을 만회하는데 20년이면 충분하다는 것이다. 따라서 지적재산권제도의 독점권 부여의 정당성은 특허제도가 수반하는 정태적 비효율성은 기술혁신의 동태적 효율성으로 충분히 보상받고도 남는다는 결론에 근거한다.

지금까지의 논의의 대전제가 된 경쟁정책과 지적재산권이 과연 기술혁신을 필연적으로 가져오는데 대한 검토를 간단히 할 필요가 있다.

경쟁이 혁신을 촉진하는가? 경쟁자들은 시장에서 생존과 더 나아가 강력한 위치를 얻고자 하는 본능적 필요(greater incentive to innovate)를 가진다. 때문에 경쟁은 기업들이 보다 많이, 보다 빠르게 혁신을 하려고 경쟁하게 된다. 혁신 경쟁에서 이기면 first mover advantage와 learning curve advantage를 누릴 수 있기 때문이다. 즉 경쟁은 혁신의 경쟁(driving race to innovate)을 가져오게 된다. 그러나 이미 시장을 지배하고 있는 기존의 독점자들은 신규진입자들의 위협을 당하지 않는 한 혁신을 해야 할 필연적 욕구가 없다. 즉 돈을 들여 기술혁신에 성공하더라도 이는 이미 자신이 독점이익을 얻고 있는 자신의 시장을 다시 자신이 공격하는 모양이 됨으로 아무 이익이 없을 가능성(Cannibalization)이 많기 때문이다. 또한 경쟁자들은 동일한 연구개발에서도 서로 다른 방법을 써서 연구하게 되는데 이런 다른 방법에 의한 연구개발의 경쟁이 혁신을 더 촉발

할 수 있다. 마지막으로 그러나 가장 중요하고 분쟁이 많은 이슈는 대기업이 혁신을 더 많이 하느냐 하는 것과 경쟁적 시장구조하의 경쟁기업이 기술혁신을 더 많이 하느냐 아니면 독점구조하의 독점기업들이 혁신에 투자를 더 많이 하느냐 하는 두 가지 문제이다. 이에 대해서 그동안 긴 논쟁과 실증적 연구가 있어 왔다. 소위 슈페터 가설 논쟁이라는 것이다. 미국 변호사회의 경쟁소위에서 발간한 서베이 자료(The Economics of Innovation: A Survey, Section of Antitrust Law, ABA 2002)는 이 논쟁을 잘 정리하고 있다. 이 서베이의 결론만 요약한다. 슈페터는 연구개발의 규모의 경제와 연구개발투자 재원의 확보가능성을 근거로 하여 ① 규모가 큰 기업일수록 더 많이 혁신을 하고, ② 집중도가 높은 시장의 기업들이 혁신을 더 많이 한다는 가설을 주장했다. 즉 경쟁기업들이 아니라 독점대기업들이 혁신을 더 많이 하며, 따라서 경제의 장기적 발전을 위해서는 독점이 필요한 것이라는 가설이다. 이 가설을 이론적으로 실증적으로 연구한 논문들을 종합적으로 조사한 결과를 보면, 아직까지는 연구자들 간에 하나의 최종적인 결론은 얻지 못했다는 것이다. 가장 최근의 종합적인 연구 결과는 첫째, 기업 사이즈와 연구개발과의 관계에 대해서는 많은 연구가 있어 왔다. 주요 결론은 초기에는 연구개발 투자와 기업의 크기는 상당한 선형적 정의 상관성이 있다고 하였다. 그러나 최근의 연구는 대기업이 연구개발 경쟁에서 어떤 유리점도 없다는 결론을 내놓고 있다. 따라서 대기업이 성장의 엔진이라는 것을 인정하지 않지만 나아가 대기업이 연구개발 투자에 있어서 불리하다고 말하지는 않는다고 결론을 내린다. 둘째로 혁신과 시장집중간의 관계에서는 ① 두 변수간의 관계가 초기 연구에서는 선형적 관계를 보여 주었다. 즉 독점기업일수록 연구개발 투자가 더 많았다는 것이다. 그러나 연구가 더 진행됨에 따라 그 관계는 비선형적이고 거꾸로 된 U자 모양을 보인다고 한다. 즉 집중이 높아질수록 처음에는 연구개발 투자가 많아지다가 일정 수준을 넘으면 연구개발 투자가 떨어지기 시작한다는 것이다. 이제 기업의 연구개발 투자는 시장의 집중도뿐만 아니라 여러 가지 산업의 특성에 더 관련성이 높다는 결론에 이르고 있다.

또한 ② 모든 산업에 슈페터의 가설이 적용되는 것이 아니고 산업에 따라 차이가 있으며, 산업은 하나의 가설에 딱 들어맞을 정도로 단순하지 않고 다양하다는 점이다. ③ 기술의 지속적인 발전을 위해 필요한 것은 경쟁과 집중을 교묘히 잘 조합하는 것인데 일반적으로 경쟁에 더 강조점을 둘 필요가 있다는 것이다.

그러나 경쟁만이 혁신의 필요하고도 충분한 동기가 되지 않는다. 혁신활동에는 free

riding이라는 경쟁의 비용이 생기기 때문이다. 혁신자들은 경쟁만으로 혁신으로부터 충분히 경제적으로 보상을 확보하지 못한다. 여기에 지적재산권의 보호가 필수적인 이유가 있다. 어떤 연구자는 연구개발 투자와 노력이 중복 될 경우가 많아 낭비가 있다고 비판하는 경우가 있지만 경쟁은 항상 노력의 중복을 의미하기 때문에 이 비판은 의미있게 받아들일 수 없다.

반면에 지적재산권제도는 혁신을 어떤 방법으로 촉발하는가? 세 가지 경로다.

우선 지적재산권은 무임승차를 배제함으로써 혁신의 경제적 보상(Appropriation)을 확실하게 할 수 있다. 즉 혁신결과물에 대한 배타적 독점권을 부여함으로써 무임승차를 막아내고, 더욱 혁신을 촉진하게 한다. 그러나 혁신이 연속적일 경우 강력한 특허권은 독립적이고 2차적인 혁신활동을 저해하는 부작용이 있다. 경제적 보상의 확보 방법들로는 독점권 이외에도 기업 비밀제도(Secrecy), First mover advantage, Learning curve advantage 등이 있지만 그것은 사업에 따라 유용성이 다르다. 의약 등 바이오산업은 특허에 크게 의존하고 있지만 통신, 컴퓨터산업은 특허 이외의 다른 방법에 더 많이 의존하고 있는 것으로 나타난다.

두 번째 지적재산권제도는 혁신의 사업화(Commercialization)를 용이하게 함으로써 혁신을 촉진시킨다. 혁신자들은 사업 능력이 없는 경우가 많은데, 이들은 지적재산권제도를 가지고 혁신성과물을 사업화 하기 위해 사업가나 투자자들을 접촉할 수 있다. 지적재산권제도는 이렇게 거래비용을 줄일 뿐만 아니라 라이선스를 통해 혁신성과를 거래할 수 있는 상품으로 만들어 준다. 이 제도는 또한 전문화, 특화의 이익(Specialization)을 가능케 한다.

세 번째로 지적재산권제도는 혁신에 관한 정보를 사회에 공개(Public Disclosure)함으로써 2차 혁신활동을 촉발한다. 특허를 받기 위해서는 관련 특허정보를 공개하도록 의무화하고 있는 바, 그 결과 혁신에 관심이 있는 연구자들은 이 공개된 정보를 바탕으로 중복적인 혁신노력을 피할 수도 있고, 원천기술에 기초하여 2차적인 혁신을 독립적으로 시도할 수 있다. 이것은 특허제도의 공공재적인 이익을 보장하기도 한다.

마지막으로 관련하여 특허제도가 1차 특허와 2차적인 누적적이고 독립적인 연구개발 활동에 미치는 영향을 나누어 설명할 필요가 있으나, 여기서는 엄격하고 넓은 범위의 특허제도는 2차적이고 누적적인 혁신을 저해할 수 있다는 결론만 지적해 두고 가고자 한다.

관심있는 독자는 미 ABA의 서베이 자료를 참고하기 바란다.

이상 살펴본 바와 같이 경쟁정책과 지적재산권제도는 공히 기술혁신을 촉진하는데 효과적으로 기여하고 있는 공공정책이라고 결론을 내릴 수 있다.

3. 양 정책의 속성, 갈등의 원인, 그리고 최적집행의 필요성 검토

전술한 바와 같이 지적재산권제도와 경쟁정책은 공히 혁신과 소비자후생을 목표로 한다. 두 정책은 동태적 혁신을 촉진시킴으로써 그 결과로 소비자후생을 제고하고자 하는 것이다. 따라서 양 정책은 이 공동목표를 달성하기 위해서 공조를 하는 것이 필요하고, 또 실제로 공조하고 있다. 구체적으로 말하면, 경쟁정책은 지적재산권의 법적 틀이 경쟁적이고, 동태적 시장구조의 유지에 핵심적 전제라는 사실을 이해하고 있다. 또한 지적재산권제도는 특허권의 기간과 범위를 스스로 제한함으로써 경쟁정책의 가치를 수용하고 있다. 즉 혁신을 촉발할 필요와 경쟁을 제한하는 독점을 제거하기 위한 필요를 조화시키고 있다.

다시 말하면 지적재산권제도와 경쟁정책은 공동의 목표를 위해 다른 수단을 취하고 있다고 말할 수 있다.

대부분의 특허권은 특허권자에게 자동적으로 독점력을 부여한다고는 말할 수 없다. 대부분의 제품이나 제조과정은 상당히 많은 경쟁적 대체재가 존재하기 때문이다. 예를 들어 OECD의 자료가 인용한 기업 서베이에 의하면 특허권자가 전혀 경쟁적 대체재가 없다고 인식하는 경우는 27% 뿐이고, 경쟁적 대체재가 10개 이상이나 된다는, 즉 매우 경쟁적이라고 말할 수 있는 경우가 29%나 된다는 것이다. 따라서 특허권에 관련된 기업의 행위는 대부분 그 자체로 경쟁법적인 문제를 일으킨다고 말할 수 없다.

그러나 경쟁법과 특허법이 상호 충돌하는 기회가 상당히 많이 존재한다. 즉 특허권이 시장지배력을 부여하는 경우가 있고, 이 경우 특허권은 생산의 감소, 인상된 가격, 소비자의 선택범위의 축소, 사회적 손실(Social Deadweight), 강력한 진입장벽과 같은 독점의 폐해를 초래하게 된다. 다시 말하면 지적재산권제도가 혁신을 촉진하기 위해 필요한 정도를 넘는 독점권을 보호한다는 것은 그만큼 불필요한 그리고 정당하지 못한 피해를 소비자에게 끼치게 되고, 그 소비자의 피해를 특허권자는 자신의 부당한 이익으로 착취하게 되는 것이

라고 말할 수 있다.

좀더 구체적으로 들어가서 양 정책과 제도의 충돌의 원인은 어디에 있는가?

첫째로 경쟁당국의 시야가 장기적인가 아니면 단기적인가 하는 점이다. 만일 경쟁당국이 기업들의 지적재산권의 행사를 단기적 시야에서만 분석한다면 지적재산권에 관련된 시장지배력은 바로 반경쟁적으로 보이고, 중대한 경쟁법 위반사건으로 처리하게 된다. 왜냐하면 경쟁당국은 경쟁을 제한하는 행위를 제거함으로써 소비자후생을 제고해야 한다고 믿기 때문이다. 그러나 최근 경쟁당국의 시야는 단기적에서 장기적으로 바뀌고 있다. 즉 혁신에 의한 기술발전이 사회후생의 증진에 의미있게 기여할 수 있다는 인식을 갖게 된 것이다. 그렇다고 해서 경쟁당국이 모든 단기적 경쟁제한행위를 너그럽게 취급해야 한다는 말은 아니다.

둘째로는 특허권의 존재로부터 바로 시장지배력이 추정되느냐이다. 즉 앞서 설명한 바와 같이 예전의 미국 판례는 특허를 바로 독점력으로 인식한 경우가 많았지만 이러한 인식경향은 점차 사라지고 있다. EU 법원이나 미국 법원은 이제 경제학의 새로운 교훈을 받아들여 지적재산권이 곧바로 경쟁법상의 독점력을 부여하는 것이 아니라고 보고 심결 과정에서 특허권자의 시장지배력 행사를 어느 정도 제한하는 대체재가 있는지 여부를 구체적으로 검토한다.

셋째로는 지적재산권의 경제적 속성에 대한 이해여부이다. 예를 들어 소프트웨어의 경우 개발비용은 매우 높은 반면에 제품생산의 한계비용은 거의 제로에 가깝다. 때문에 이 특허제품의 판매가격은 한계비용보다는 높아야 한다. 따라서 가격차별 같은 행위는 생산량의 증가를 가져오고, 따라서 효율적이라는 결론이 나올 수 있다. 같은 논리로 특허권의 라이선싱 계약시 끼워팔기(Tying)나 지역제한(exclusive territories) 같은 행위도 효율적일 수 있다.

넷째로는 어떤 거래를 수직적으로 보느냐 아니면 수평적으로 보느냐이다. 라이선싱이라는 제도는 보완적인 특허들을 한 곳에 모아 가치를 높이는 비즈니스의 수법이다. 이 경우 그 행위는 성격상 수직적일 수밖에 없고 따라서 대부분 경쟁제한적이지 않다. 그러나 라이선싱 거래도 수평적인 요소를 내포하는 경우가 많고, 이 경우에는 경쟁당국의 관심사가 된다. 예를 들면 Patent pooling은 카르텔과 같은 경우가 많고, 이 경우 경쟁당국의 엄정한 대응을 받게 된다. 따라서 라이선싱의 경우 실제적 혹은 잠재적 경쟁자간의 거래는

수직적으로 보아야 하는 경우가 많다.

이제 지적재산권제도와 경쟁정책이 조화를 이루어야 할 필요성과 균형의 내용을 살펴보고자 한다. 경쟁정책은 최적수준으로 집행되어야 하고 심결마다 경제적으로 합당한 정당성을 입증해야 한다. 지적재산권 사건에서 경쟁법을 과소 집행하거나 또는 과다 집행을 한다면 혁신을 저해함으로써 소비자후생을 저해하는 죄를 범하게 된다. 그렇다면 최적집행(Optimal enforcement)이란 무엇일까? 혁신활동을 감소시킬 만큼 과도한 집행을 해서는 안 되고 반대로 너무 느슨하게 집행한다면 독점력의 남용의 피해를 막을 수가 없을 것이다. 즉 경쟁법의 과소 또는 과다 집행은 혁신에 부정적 효과를 미칠 것이다. 최적집행을 위해서는 신중하고 종합적이어야 한다. 따라서 당연위법(Per se illegal)의 접근법이 아니라 합리의 원칙(Rule of reason)에 따른 경제분석이 필수적이고, 동시에 투명하고 공정한 사건처리가 필요하다 하겠다.

반면에 지적재산권제도도 정당한 이유 없이 부당하게 경쟁을 제한하는 것을 막기 위해 특허권의 기간과 범위를 최적으로 유지할 필요가 있다. 특허권의 범위가 과도하게 넓은 경우 혁신의 유인구조를 왜곡시킴으로써 국가경제와 소비자에게 피해를 주게 된다. 극단적으로 말해 특허제도가 잘못되었거나 아니면 법률조항을 잘못 해석하여 특허를 받아서는 안 되는 사항에 특허권이 주어지는 경우가 있다면 이는 소비자와 국가경제에 경쟁의 이익을 박탈하는 죄를 범하게 될 것이다. Biotechnology와 Business Method 분야에서 그 특허 범위가 너무 넓다는 것이 최근의 전문가들의 평가이다. 이 경우 과도하게 넓은 특허 부여는 필요 이상의 시장진입장벽을 만들고, 지나치게 많은 cross licensing을 필요로 하게 된다. 또한 강력한 특허권의 보호는 특허권자의 시장지배력을 지나치게 강화시켜 후속적인 2차 혁신을 저해한다. 사실 상업적으로 의미있는 특허는 99%가 누적적, 2차적인 특허이고, 보다 중요한 것은 누적적 특허는 보다 친경쟁적이라는 사실이다. 과도한 특허로 일단 시장지배력을 형성하게 되면 이 시장력을 지렛대 삼아 끼워팔기 등을 통해 인근 시장에서도 시장지배력을 행사하거나 형성할 수 있다. 피해는 커지기 쉽다.

이와 같이 경쟁정책과 지적재산권제도는 혁신의 경제학에 의해 서로 연결되어 있다. 동시에 상대정책을 이해하고 배려하기 위해 자기절제적인 법조항과 해석지침을 갖고 있다고 말할 수 있다. 제도의 잘못이나 법해석 또는 법집행의 체계적인 오류가 있다면 상대 정책의 효과를 손상시키게 된다. 따라서 두 정책간의 최적조화라는 도전이 집행단계에서 우리의

노력을 기다리고 있다.

4. 최적집행을 위한 라이선싱에 대한 경쟁정책의 기본원칙에 대한 검토

경쟁정책은 앞서 말한 바와 같이 ① 기술혁신의 양과 ② 기술이전, 즉 라이선싱, 그리고 ③ 제품의 가격과 생산량에 영향을 미친다. 문제는 이 3개의 항목 중 어디에 경쟁정책의 초점이 맞추어져야 하는가이다. 전통적으로 경쟁정책은 생산량과 가격의 움직임에 관심을 가졌다. 이제 지식경제화 시대에서 특히 지적재산권 분야에서는 혁신의 확산의 경쟁적 효과에 초점을 맞추어야 할 필요가 있다. 즉 라이선싱의 경쟁적 효과를 면밀히 분석해야 한다는 것이다.

캐나다 토론토 대학교의 Nancy T. Gallini 교수와 Michael Trebilcock 교수는 지금까지 산업조직론과 같은 경제학의 연구 결과를 종합해서 다음과 같이 경쟁정책이 지적재산권 제도를 대하는 3개의 기본원칙을 제시하고 있다. 이 주장은 OECD에서도 논의되어 검증되었고, 지금까지의 경제학적 연구결과와 미국의 판례추이와 guidelines를 볼 때 상당한 설득력이 있다고 판단된다.

첫째의 기본원칙은 지적재산권제도가 시장지배력을 자동적으로 형성한다고 당연히 전제해서는 안 된다는 것이다. 앞서 지적한 바와 같이 특허권자에게도 많은 경쟁적 대체재가 있을 수 있고, 사실 있다는 것이다. 또한 특허가 시장지배력을 부여한 경우에도 그 자체가 경쟁법 위반이 되어서는 안 된다는 것이다. 경쟁법은 시장지배력 자체를 부인하는 것이 아니고 그것의 부당한 행사를 규제한다. 또한 이것은 근면(Industry)과 통찰력(Foresight), 그리고 기술적 우월성(Superior skill) 때문에 얻어진 시장지배력은 문제 삼지 않는다는 경쟁법의 일반적 원칙에도 부합된다고 할 수 있다.

둘째, 경쟁정책은 특허법이 부여한 특허권의 기본권리를 인정하고 받아들여야 한다는 것이다. 특허사항에 대해서 특허법은 그 재산권의 존재를 인정하고, 반면에 경쟁법은 그 권리의 행사를 감시한다. 때문에 특허권의 정당한 행사는 우리 법 59조에서와 같이 법적 용의 제외를 받지만 그 특허권의 행사가 반경쟁적으로 판단 될 경우 경쟁법의 적용가능성을 열어 두고 있는 것이다. 다시 말하면 특허권은 제조, 사용, 판매에 있어서 타인을 배제

시킬 수 있지만 그 한계를 넘어 라이선싱의 거절(Refuse to license)까지를 보장하는 것은 아니다. 즉 특허권의 전체를 행사하는 것은 가능하지만 그것을 부분적으로 떼어서 제한하는 것을 보장하는 것은 아니고, 나아가 타인의 배제가 특허권의 정신을 벗어나는 경우 경쟁법의 관심사가 될 수 있다. 예를 들면 기업가가 상대방의 경쟁을 사전에 봉쇄하기 위해 특허권을 수집하는 경우가 이에 해당된다. 특허권의 존재를 인정하는 것이 곧 바로 경쟁법으로부터 면제된다는 것을 의미하지는 않는다.

셋째는 라이선싱에서 어떤 조건이나 제한이 가해지는 경우 그 제한이 라이선싱을 하지 못한 상태에 비해 반경쟁적이지 않을 때에는 그 제한은 허용되어야 하는 것이다. 다시 말하면 라이선싱에서 부수적인 제한이 있을 경우 무조건 경쟁법 위반으로 판단해서는 안 되고, 그 제한이 미치는 특허제품의 가격과 기술확산에 대한 잠재적인 효율성에 대한 영향을 분석한 후 판단해야 한다는 것이다. 이 원칙은 효율적인 기술확산과 특허제품의 가격매김에 대해 경쟁정책의 일정한 역할을 인정하는 것이다. 좀 더 부연하면 제한적 라이선싱의 반경쟁적 영향은 그 제한이 불허될 경우와 비교해서 평가가 행해져야 한다는 것이다. 예를 들면 Licensor와 Licensee가 라이선싱 계약 이전에 수평적으로 경쟁관계에 있었다면 Licensor는 자신의 특허권에 아무런 제한을 부가하지 않고는 자신의 경쟁자에게 특허권을 주지 않으려고 할 것은 자명하다. 따라서 이 경우 특허의 라이선싱에 제한을 부가하는 것을 경쟁당국이 허락하지 않는다면 그는 잠재적 경쟁자에게 자신이 가지고 있는 특허권의 라이선싱을 포기할 것이다. 이 경우 경쟁당국은 제한이 붙은 라이선싱의 경쟁제한적 영향을 평가하는데 있어서 제한이 붙은 라이선싱이 허가된 후의 생산량의 증가, 가격의 인하여부와 경쟁의 감소여부를 전혀 라이선싱이 이루어지지 않았을 경우와 비교해서 형량해야 한다는 것이다. 라이선싱에 의한 기술확산이 그것이 없을 경우에 비해 사회적 편익을 가져온다면 라이선싱에 붙은 제한이 비록 반경쟁적 영향을 가지고 있다고 하더라도 그것은 허용되어야 한다.

그러나 라이선싱이 언제나 사회적 편익을 가져오는 것은 아니라는 사실에 우리는 주목해야 한다. 즉 단지 시장의 분할만을 목표로 할 뿐 기술이전의 효과가 없는 사기 라이선싱이나 경쟁적인 기술보유자에게 시장을 사전봉쇄하기 위한 배타적 거래(Exclusive Dealing), 카르텔과 유사하거나 카르텔을 숨기기 위한 Patent Pooling이 문제가 된다. 이 경우 기술확산에 의한 효율성 향상 효과가 충분하거나 또는 보다 덜 해로운 다른 방법이 전혀 없는

경우가 아니고서는 경쟁법의 응징을 받아야 할 것이다.

위의 3개의 기본원칙은 우리에게 분명한 행동방향을 제시해 주고 있다. 이 원칙들은 특허권리의 인정, 제한이 붙은 라이선싱의 기술확산 효과, 그리고 독점가격의 폐해 가능성을 인식하도록 하고 있다.

마지막으로 라이선싱에 붙은 일정한 제한이 기술확산이나 가격에 미치는 영향 이외에, 그 제한이 기술혁신의 동기구조(Incentive to innovate)에 미치는 영향까지를 경쟁당국이 검토해야 하는가 하는 문제가 남는다. 즉 연구개발 투자를 촉진시키는데 있어서까지 경쟁정책의 역할이 필요한 것이냐 하는 것은 논쟁의 여지가 있다. 지금까지의 논쟁은 주로 세 가지의 접근법을 보여주고 있다. 간단히 결론만 요약하면 다음과 같다.

첫째, 경쟁정책은 지적재산권제도가 과도하게 보호하거나, 뚜렷한 오류가 있을 경우 경쟁정책은 그것을 치유하기 위해 간섭할 수 있다는 주장이다. 즉 경쟁정책은 혁신자가 정당한 경제적 보상을 받을 수 있도록 특허제도와 공조해야 한다. 따라서 특허권자가 너무 많은 이익을 취하면 경쟁당국이 엄격하게 조치를 취할 필요가 있고, 충분한 보상을 받지 못한 경우 오히려 경쟁정책은 좀 관대하게 취급할 필요가 있다는 입장이다. 이 주장은 경쟁법과 지적재산권제도를 혁신의 극대화를 목표로 하는 중요 수단으로 취급하는 그래서 그 설계의 상호 보완성을 연구하는 경제학자들의 견해이다.

둘째, 혁신시장(Innovation market)이라는 개념을 상정해 놓고 경쟁당국은 라이선싱이 혁신시장에서의 경쟁의 감소를 가져오는가를 결정해야 하고 혁신시장에서의 경쟁감소를 가져오는 라이선싱은 규제되어야 한다는 입장이다. 여기서 혁신시장은 미래지향적 개념으로 특정한 제품이나 제조과정에 대한 연구개발 투자와 그 연구개발 투자활동에 대한 대체적 수단들이 포함된 시장개념이다. 이 방법은 미래 혁신에 대한 경쟁제한적 영향에 관심을 집중하고 있다. 이 경우 비슷한 기술을 개발할 수 있는 기업들의 합병이 제재 받을 수 있고, 미래 기술개발을 제한하는 내용의 Exclusive dealing이나 Patent pooling도 제한받을 수 있다. 이는 미국 경쟁당국의 입장이다.

셋째, 경쟁정책은 라이선싱이 제품과 기술시장에서의 잠재적 경쟁에 영향을 미치느냐를 결정(Potential competition Analysis)해야 한다는 입장이다. 이 입장은 경쟁정책은 연구개발 투자가 아니라 기술이전이나 가격에 미치는 영향에 관심을 집중해야 한다는 논리이다. 혁신시장의 이론이 미래의 현상에 관심을 보이는 것에 대한 우려, 즉 불확실한 미래

분석의 어려움을 피해 가면서 지금까지의 익숙한 전통적인 분석, 즉 제품이나 기술시장에서의 잠재적 경쟁에 대한 영향 분석에 의존하지는 것이다.

이 입장은 경쟁당국과 특허당국의 역할 분담을 뚜렷하게 인정해 주고 있다는 점에서 장점이 있다 하겠다. 필자는 이 입장을 지지하고 있다.

5. 결론

이 글은 지식경제시대에서의 혁신의 중요성을 인정하고 이에 따라 한 국가의 혁신 역량의 기둥이 되는 지적재산권제도와 경쟁정책의 관계를 살폈다. 두 정책이 혁신의 촉진을 최종목표로 삼고 있으므로 두 정책의 상호보완성, 최적집행의 필요성을 논하고, 지적재산권 관련 사건을 처리하는 경쟁정책의 기본원칙과 특허와 라이선싱에 대한 경쟁정책의 접근 방법을 소개하였다. 우리나라의 경우 지적재산권 관련 사건에 대한 가이드라인도 제정해 놓고 있어 제도적인 면에서는 크게 문제될 것이 없다고 말할 수 있다. 그러나 사건처리면에서는 라이선싱 사건을 정면으로 다루는 의지와 경험이 부족하고 심결례도 충분하지 못하다. 이제 우리 경쟁당국은 우리 경쟁법 집행의 수준을 국제적 기준에 맞추고, 우리 경제의 세계화에 따른 경쟁법 분야에서의 도전에 당당하게 응하기 위해 특단의 연구와 집행노력이 요구된다. 다음에는 라이선싱 유형별로 최근의 경제이론에 따른 처리방향에 대한 글을 써서 이 글을 보완하고자 한다.