지적 재산권의 발전과 경쟁정책

김문환

국민대학교 법과대학장

서 언

지적재산권법(intellectual property law)에는 여럿이 있으나 그 핵심은 특허법과 저작권법이다. 특허권(patent)이란 새로운 발명이 산업상 유용한 경우에 특허청의 등록을 거쳐 20년간 독점적인 권리를 누리게 된다. 또한 저작권(copyright)이란 학문과 예술의 범위에 속하는 새로운 창작물에 대하여 그 저작자가 배타적으로 가지는 재산적·인격적 권리이다.

다시 말해 특허란 새로운 발명이란 아이디어 그 자체를(그 내용 공개를 조건으로) 보호하는 권리라고 한다면, 저작권은 아이디어의 표현(expression of idea)을 보호해 주는 제도이다.[1] 그러므로 남이 발명한 내용과 같은 발명을 해도 특허법상 보호받지 못하지만, 남이 쓴 책과 동일한 내용이라도 표현이 상이한 경우에는 역시 저작권법의 보호를 받을 수 있다.

이러한 지적재산권법은 경쟁제한법 내지 독점을 인정하는 독점(인정)법으로서의 성질을 갖는다. 특허권은 절대적 독점권을 부여해 주는 것이며, 저작권은 상대적 독점권을 인정해 주는 것이나 근본적으로는 독점을 인정해 주는 제도인 것다.

예를 들면 특허 제도의 본질에 대하여 발명자가 인센티브를 가져야 한다고 강조하는 입장에서는 이러한 인센티브를 부여하기 위해서 '가장 간단하며 가장 값싸고 또한 가장 효율적인 수단'[2]은 독점권을 부여하는 것이다. 또한 저작권법은 독점금지법의 이상(理想)인 자유경쟁을 제한하여 저작자 등에게 일정한 목적을 위해 배타적 권리를 인정해 주는 것이다.[3]

1) *Baker v. Selden*, 101 U.S.(11 Otto) 99(1879); 17 U.S.C.A. 102(b).
2) 中山信弘 編著, 工業所有權法の 基礎, 1980년 113면.

독점권을 가지는 이들 권리는 소유권 등의 물권과 유사한 성격이 있으나, 다만 '물(物)'을 그 대상으로 하지 아니한다는 점에서 준물권이라고 한다.[4]

반면에 공정거래법 내지 독점금지법 (anti-trust law)은 독점을 부정하고 금지하는 법이다. 그런 점에서 일반적으로 지적재산권법은 자유경쟁을 인정하는 독점금지법의 이상과 서로 갈등하며 대립하게 된다.[5]

그러나 두 법의 제도가 형성된 역사적 배경과 경제적 기능을 돌이켜보면 양법은 상호 밀접한 관련을 가지고 있으며 동시에 상호균형된 운영이 필요함을 알게 된다.[6] 실제로 대체재(代替財)의 존재나 지적 창작물 자체의 시장성 결여 등으로 인해 지적재산권의 보호가 곧 시장독점력의 부여를 의미하지 않을 수 있으며, 또한 지적재산권 제도와 경쟁법의 근본 이념이 모두 지적 창작을 장려함으로써 한정된 자원의 효율적 운영을 기하고자 하는 것임을 상기할 때 이런 일치성은 더욱 분명해 진다.[7]

실제로 특허 제도는 기술의 사회적 진보를 위해 특허 발명을 공개하는 대가로서 일정 기간 동안 독점적으로 그 발명을 실시할 권리를 주는 것이므로 그에 의해경쟁자가 새로운 연구를 하도록 인센티브를 주어 연구 개발 경쟁을 촉진하는 효과가 있으며, 또한 공정거래법은 기술을 포함한 경제의 자유 경쟁을 촉진함을 의도하는 것이므로 양자는 기본적으로는 동일 목적을 추구하는 면이 있다.[8]

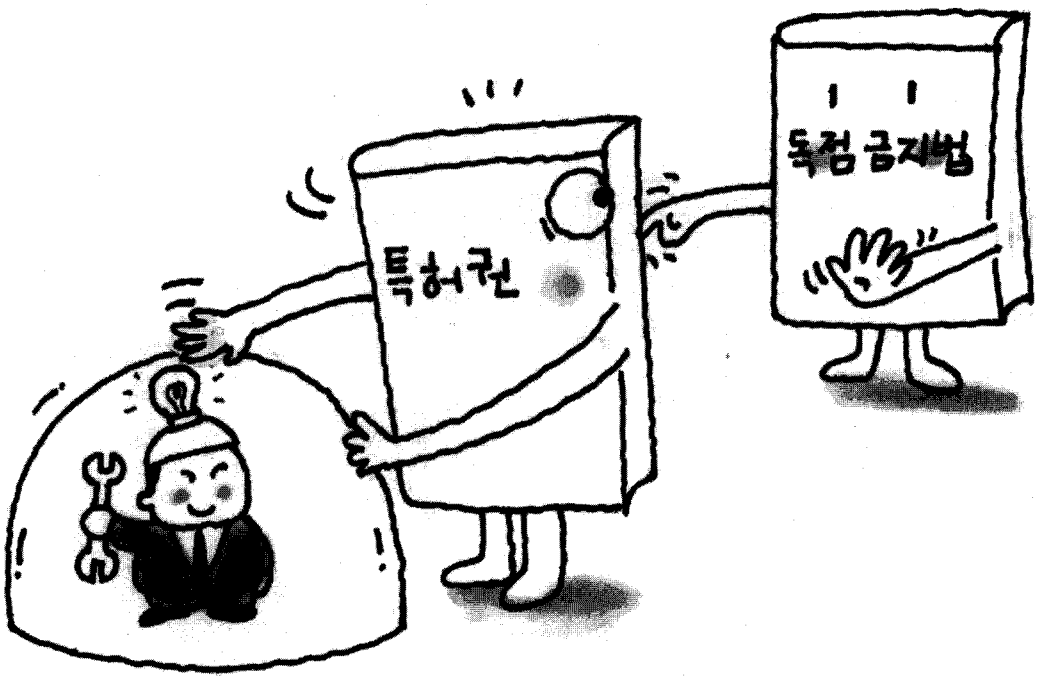
미국연방대법원은 1956년에 Du Pont회사가 방수 셀로판 제조에 관한 특허로 셀로판 시장의 75%를 점유한 사건에서 Du Pont의 셀로판 발명은 다른 제조업자에 의한 다른 소재의 포장지 개발을 위한 연구를 가속화시킨다고 판시하였다.[9]

동시에 특허 발명을 실시한 결과 얻어지는 제품에 대하여는 특허권자가 독점권을 가지게 되어 그 결과 경쟁이 제한된다. 그렇지만 특허권자가 당해 발명의 실시를 독점한다고 하여 반드시 제품 시장에서 타인을 배제한다고 할 수는 없다. 경쟁자는 다른 부품을 사용하여 동일한 기능을 가지는 제품을 만들기도 하기 때문이다.

나아가 특허 라이선스를 받은 자는 당해 특허 발명의 실시를 바탕으로 자신의 연구 개발 능력을 강화함으로써 장기적으로는 경쟁자가 되어 특허권자의 시장독점 기회를 줄이게 되므로 경쟁 질서에 긍정적인 효과를 가져오게 된다.[10]

여기에서 두 법의 조화가 필요한 이유를 발견하게 된다. 그 타협점은 결국 합리적인 범위를 벗어난 과도한 독점 내지 과보호는 법정신

3) Howard B. Abrams, *The Historic Foundation of American Copyright Law: Exploding the Myth of Common Law Copyright*, 29 Wayne L. Rev. 1119, 1120(1983).
4) 도두형, 특허권과 독점규제법, 인권과 정의, 제234호, 대한변협, 1996년 2월, 37면.
5) Robert M. Merkin, *The Interface Between Anti-trust and Intellectual Property*, ECLR 377, 378(1985).
6) 경쟁질서의 유지와 지적소유권법, 한국법제연구원, 1992년 8면.
7) 방석호, 지적재산권 분야의 경쟁정책연구, 통신개발연구원, 1990년 12월, 9면.
8) 松枝迪夫, 國際取引法, 三省堂, 1993년, 63면.
9) *U. S. v. Du Pont de Nemours & Co.*, 351 U. S. 377(1956)
10) 도두형, 전게 논문, 39면.



자체가 인정하지 아니한다는데서 구하여야 할 것이다. 다시 말해 권리의 과보호에 대한 브레이크 역할을 담당하는 것이 독점금지법이라 하겠다.

공정거래법 제59조의 해석상 문제

독점금지 및 공정거래에 관한 법률(이하 공정거래법이라 한다) 제59조는 '공정거래법의 규정은 저작권법, 특허법, 실용신안법, 의장법 또는 상표법에 의한 권리의 행사라고 인정되는 행위에 대하여는 이를 적용하지 아니한다'고 규정하고 있다.

동조는 특허법 등에 의한 권리의 행사라고 인정되는 행위가 공정거래법의 위반을 구성하는 것은 아니며, 다만 기술 보호 제도의 취지를 일탈하여 특허법 등에 의한 권리의 행사라고 인정되지 아니하는 행위가 있으면 공정거래법이 적용되는 것을 확인하는 규정이라고 해석된다.[11] 이러한 적용 제외 규정은 아무런 의미가 없거나 공정거래법의 취지에 정면으로 반하는 것으로서 삭제되거나 개정되어야 한다는 주장이 있으나[12] 그러한 입법론은 적절한 해석론을 통하여 보완될 수도 있다고 본다.

우리 나라에서는 아직 동조의 적용 내지 해석을 둘러싼 논의가 많지 않기 때문에 아래에서는 동조와 동일한 내용의 규정을 갖고 있는[13] 일본에서의 논의를 주로 참고로 하여, 동조의 해석에 따른 문제점을 고찰해 본다.

(1) 한정적인 열거

11) 上杉秋則, 特許・ノウハウライセンス 契約 ガイドライン, 商事法務研究會, 1989년, 20면.
12) 경쟁질서의 유지와 지적소유권법, 한국법제연구원, 1992년, 54면.
13) 도두형, 전게 논문, 37면.

공정거래법 제59조는 적용 대상의 기초가 되고 있는 다섯 가지의 지적재산권만을 열거하고 있는 바, 이것은 문언에 비추어 한정적인 것으로 해석되고 있다. 그러므로 이에 컴퓨터프로그램이나 데이타베이스권 등 이른바 신지적재산권의 행사에 대하여 동조가 적용되지 않는가 하는 문제가 있다.

그러나 컴퓨터프로그램이나 데이타베이스도 저작물의 하나이므로(저작권법 제4조 1항 9호, 제6조 1항 참조) 당연히 동조의 적용 대상이라고 본다. 그점에서 동조가 예시적 열거주의의 성격을 가지도록 조문을 수정할 필요성은 없다고 본다.[14]

다시 말해 컴퓨터소프트웨어에 대하여 저작권법의 권리 행사만으로 이루어지는 행위에 관해서는 독점금지법은 적용되지 아니한다. 이를테면 컴퓨터프로그램의 복제권, 번안권을 저작권자가 독점적으로 향수하거나, 제3자에게 독점적인 실시권을 주는 것 자체는 권리 행사이며, 이에 의해 다른 경쟁 상대방의 경쟁이 자유롭게 되지 않는 것(복제, 번안이 되지 않는 등)은 독점금지법상 어떠한 문제도 생기지 않는다.

독점금지법상의 문제가 되는 것은 저작권법상의 권리행사로 인정되지 아니하는 행위에 대해서이다. 이를테면 소프트웨어 제작 회사에 의한 가격 협정이나 재판매가격을 지정하는 행위 등은 저작권의 권리 행사가 아니며, 다른 위반 요건도 충족하는 것으로 독점금지법의 위반 문제가 된다.

(2) 창설적 규정이냐, 확인적 규정이냐

공정거래법 제59조의 의의는 지적재산권에 관한 어떤 행위가 형식적으로는 "공정거래법"에 저촉되지만 이를 동법의 적용에서 제외시킨다는 취지를 선언하였다는 견해이다.

특히 동조가 "적용 제외의 장"에 규정되어 있는 사실을 고려한다면 이 "창설적 규정설"이 문리에 맞는 해석이라고 한다. 이 설(說)은 지적재산권법과 공정거래법이 상호 대립된다는 시각에 서서 동조가 제정법상의 대립을 조정하는 규정이라는 것이다.

이에 반하여, 동조는 "권리의 행사라고 인정되는 행위"는 형식적으로도 공정거래법에 저촉되지 않는다는 것을 확인한 규정이라는 "확인적 규정설"이 있다. 이 설은 지적재산권도 다른 재산권과 마찬가지로 경쟁질서의 형성을 전제로 성립된 것이므로 다른 재산권이 공정거래법의 적용을 받고 있듯이 지적재산권도 공정거래법의 적용을 받아야 한다고 본다.

이 설은 그 논거에 따라 동조는 재산에 대한 권리를 내용으로 하는 소유권의 정당한 행사가 그 자체로서는 공정거래법에 위반되지 않는 것과 같은 뜻을 나타낸 당연한 규정이라는 견해(소유권, 지적재산권 동시설)와 공정거래법은 원래 법에 의하여 부여된 독점(근면, 예견성, 탁월한 기술 등에 의하여 형성된 독점)을 비난하지 않는 점에서 연구 개발을 통하여 얻은 지적재산권을 가지고 시장 지배력을 형성하더라도 공정거래법의 위반이 되지 않는다는 뜻을 확인한 규정이라는 견해(강요된 독점설) 등으로 구분된다.[15] 동시설(同視說)에 찬동하고 싶다.

위의 창설적 규정설과 확인적 규정설의 두 견해는 "권리의 행사라고 인정되는 행위"가 공

14) 신창선, 지적재산권의 남용 행위에 대한 공정거래법 적용에 관한 연구, 경영법률, 1991년 7월, 161면.
15) 신창선, 전게 논문, 147면.

정거래법의 적용을 받지 않는다고 하는 점에서는 차이가 없으나, 동조의 성격을 본질적으로 규명한다는 점에서는 논의의 실익이 있다고 본다.

(3) 적용의 범위

공정거래법을 지적재산권의 행사에 대하여 전면적으로 적용하자는 견해가 있다(전면 적용설). 그리고, 이 경우에는 지적재산권 제도나 라이선스의 기능에 대하여 실증적인 관심을 갖고, 당해 권리를 둘러싼 제한적 행위의 위법성 여부는 문제된 제한의 경쟁제한적 효과와 경쟁촉진적 효과를 검토하여 결정하면 된다고 한다.

특히 지적재산권에 관한 행위는 당해 법에 의한 "권리의 행사라고 인정되는 행위"와 "인정되지 않는 행위"의 둘로 나눌 수 있을 정도로 단순하지 않고, 복잡 다양한 이해 관계를 반영한 행동이기 때문에 "권리의 행사라고 인정되는 행위"라도 경쟁 제한의 목적을 의도하고 이루어질 수 있다는 점을 들고 있다.

그러나 이러한 해석은 동법 제59조의 문리 해석에서 크게 이탈되어, 본조의 문언을 개정하지 않고는 채택할 수 있다고 본다. 독일이나 EC에서는 이 권리 행사의 범위를 명문(明文)으로 규정하고 있으나, 우리나라나 일본에서는 해석에 맡겨지고 있다.

그리고 일본에서는 기술 거래에 대해서는 공정거래위원회가 정한 '특허·노하우 라이선스 계약에 관한 불공정한 거래 방법의 규제에 관한 운용 기준'(1989년 2월 공표)이 이 문제를 다루고 있다.

그 점에서 "공정거래법의 적용 배제는 무체재산권을 정당하게 행사하고 있는 경우에 한정된다"는 법제처의 유권해석[16]에 일응 수긍이 간다. 여기서 "정당한 행사"라는 의미는 당해 "지적재산권법에 비추어" "정당하다"는 의미로 보아야 할 것이다.

정당한 행사란 법조문상의 "권리의 행사"라고 인정되는 행위보다는 좁게 보여지므로 그에 따라 공정거래법의 적용 범위가 넓어지게 된다고 할 것이다. 이러한 정당한 행사로 인정될 수 없는 것은 민법 제2조에서 말한 '권리남용'이 해당할 것이며, 특히 미국에서 발달한 특허권의 남용이론(doctrine of patent misuse)이 크게 참고될 것으로 본다.

일반적으로 저작권, 상표권, 의장권은 어느것이나 특허권에 비하여 권리의 배타성이 약하다고 생각되므로, 권리의 행사라고 인정되는 범위는 특허권에 비하여 보다 한정될 것으로 전망된다. 예를 들면 수량 제한을 과하는 것은 특허권의 경우와 달리 권리의 행사라고 인정되지 아니할 것이다.[17]

(4) 라이선스 계약에의 적용 여부

공정거래법 제59조가 지적재산권의 라이선스 계약상의 제한적 행위에도 적용되는가의 여부이다. 예를 들면 특허라이선스 계약에 포함되는 지역 제한, 업무 분야 제한, 기술 분야 제한, 수량 제한, 판매 상대방의 제한, 개량 기술 제공의무조항 등은 사업자간의 연구 개발 경쟁에 악영향을 끼칠수 있다.

일본의 통설은 이러한 라이선스 계약에도 동

16) 기획 02102-8, 1988년, 3월 31일.
17) 上杉秋則, 전게서 20면.

조가 적용된다고 한다. 동 59조가 당해 지적재산권법에 의한 "권리의 행사"에 대하여라고 하지 않고 "권리의 행사라고 인정되는 행위"에 대하여 공정거래법을 적용하지 않는다고 규정하고 있기 때문에 권리의 행사의 하나인 라이선스 계약을 근거로 한 제한적 행위에 대하여는 동조가 적용될 수 있다고 본다.

따라서 라이선스 계약에서 약정된 내용이 "권리의 행사라고 인정되는 행위"인 때에는, 그에 대하여 공정거래법이 적용 제외 된다. 특허라이선스에 있어서 계약상의 제한 조항이 특허권의 본래적인 행사인 경우에는 특히, 그것이 권리 남용에 해당하지 아니하는 한 공정거래법의 적용이 배제되지만, 특허권의 행사가 아니고 일반 계약상의 제한으로 인정되는 경우에는 공정거래법이 적용된다고 보는 견해도[18] 같은 취지의 주장이라고 생각된다.

실제로 제품의 부품 또는 원료 등을 라이선서나 그가 지정한 자로부터 구입하게 하는 "구입처 제한 조항"은 원칙적으로 경쟁제한적인 성격을 갖는다고 할 것이다. 일본의 공정거래위원회가 1965년에 한 야쿠르트사건의 심결에서는 '특허권 및 상표권을 소유하는 자가 가공업자에 대하여 특허 실시 허락 계약 및 상표 사용 허락 계약에 의해 그 정해진 소매 가격, 소매 지역 및 소매 수량과 함께 경쟁품의 판매 조치의 조항을 포함한 소매 계약을 체결한 자 이외의 자와의 거래를 금하며, 소매업자에게 그 지시한 소매 가격 및 소매 지역을 지키게 하는 것은 특허권 또는 상표권에 의한 권리의 행사로 인정되지 않는다' 고 하였다.[19]

이는 실제로 해석론의 문제인 바, 미국등 선진 외국의 입법예처럼 이에 대한 명확한 규정을 두는 것이 바람직하다고 본다.

병행 수입의 문제점

최근 정부는 국내의 물가 상승을 억제한다는 차원에서 본격적인 학구적 논의나 여론 수렴의 과정을 생략한 채 1995년 11월 6일 관세청 고시로서 '지적재산권 보호를 위한 수출입 통관 사무처리 규정'을 개정하여 병행 수입을 허용하기에 이르렀고, 이보다 조금 늦게 공정거래위원회도 1995년 12월 30일 종전의 '국제계약상의 불공정거래 행위 등의 유형 및 기준'을 개정하여 병행 수입, 그 중에서도 진정상표 상품의 병행 수입을 허용하는 법적 기초를 제공하기에 이르렀다.

따라서, 외국의 유명브랜드 제품을 국내의 전용 사용권자 이외의 자가 수입하여 판매하는 경우에도 대체로 상표권의 침해가 되지 않게 되었다.

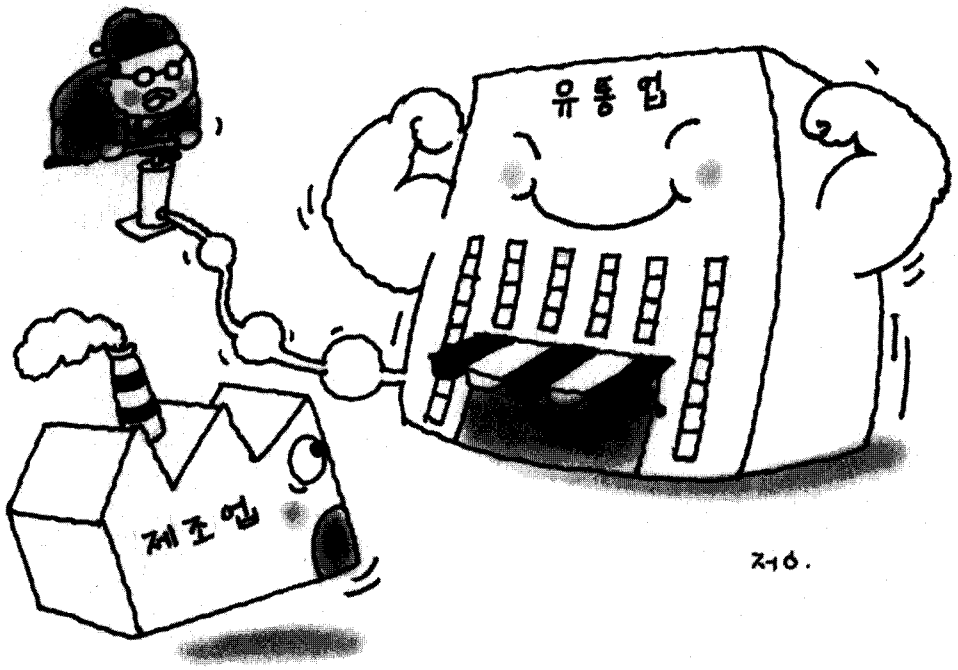
어쨌든 병행 수입의 문제는 상표권자나 전용사용권자의 권리를 경쟁 질서 유지의 차원에서 제한하는 것이므로 향후 공정거래법의 각도에서 진정상품의 병행 수입을 허용하는 논거에 관한 충분한 검토가 요청된다고 하겠다.

한편, 위 고시 등에서는 다루어지지 않았지만, 특허 제품의 병행 수입은 어떻게 처리할 것이냐 하는 문제도 앞으로 충분히 검토되어야 할 것으로 생각된다.[20] ■

18) 손주찬, 신공정거래법, 法經出版社, 1990년, 363면.
19) 야쿠르트本社事件, 日本 公正取引委員會勸審, 1965년, 9월 13일 심결집, 13卷-72면.
20) 도두형, 특허권과 독점규제법 인권과 정의, 1996년, 2월 43면.

기획 특집

유통 산업에 대한 경쟁 정책



유통 환경의 변화와 공정거래 정책의 과제/ 이재형

신유통업태의 출현과 공정거래 제도의 구현 방향/ 민중기

유통 산업과 관련된 규제 현황 및 문제점과 개선 방안/ 박재권

유통 시장 개방에 따라 예상되는 유통 구조의 변화와 경쟁 정책/ 남일총