

공동연구개발에 대한 공정거래법의 적용에 관한 연구(1)*

이 기 중
인동대 법학과 조교수, 법학박사

I. 서 론

첨단산업의 발전과 경쟁의 지구촌화는 기업의 경쟁력에서 연구·개발이 차지하는 비중을 현격히 증대시켜 왔다. 또한 점점 더 많은 업종에서 연구·개발에 소요되는 시간 및 비용과 실패했을 경우의 위험부담이 기하급수적으로 늘어나면서, 이러한 비용과 위험을 부담할 수 있는 기업과 그렇지 못한 기업들 사이의 경쟁력의 양극화 현상이 날로 심화되고 있다. 따라서 중소기업들이나 국내기업들이 대기업이나 외국의 대규모 다국적 기업들과 경쟁하기 위해서는 기업결합을 통해 규모를 키우거나, 공동연구개발을 통해 비용과 위험을 분산시킬 필요가 절실하다. 그런데 국내기업들의 독점규제및공정거래에 관한법률(이하 “공정거래법”이라 한다)에 대한 인식이 부족하여, 공정거래법이 경쟁사업자간의 기업결합이나 연대를 무조건 규제한다고 오해하거나, 혹은 반대로 무모하게 경쟁제한적인 기업결합이나 공동행위로 나아갈 우려가 적지 않다. 특히 경성카르텔에 대한 공정거래법의 엄격한 금지입장이 경쟁기업들간의 모든 협력 가능성을 원천적으로 봉쇄하고 있다고 오해할 가능성은 상당히 크다. 이러한 공정거래법의 입장에 대한 오인은 정당하고 경쟁촉진적인 공동연구개발에 대한 기업들의 의욕마저 꺾어버릴 우려가 있을 뿐 아니라, 기업들이 공동연구개발을 위한 협력을 공정거래위원회의 감시를 피해 지하화(地下化)시키면서 더불어 여러 가지 반경쟁적인 부수협정들로 나아가는 부작용을 초래할 우려마저 있는 것이다. 따라서 공정거래법이 도대체 어디까지를 경쟁제한적인 공동연구개발 내지 그 부수협정으로 제재하고, 어디부터는 경쟁촉진적인 연구개발 내지 그 부수협정으로서 장려하고 있는지를 명확히 밝혀주어야 할 긴급한 필요성이 있다 할 것이다.

* 이 글은 2000. 11. 23. 공정거래위원회의 목요포럼에서 발표한 원고를 각주를 중심으로 다소 보완한 것이다. 동 포럼의 토론과정에 참석하신 분들께서 매우 중요한 지적과 제안들을 해주셨으나, 이를 반영한 본격적인 수정·보완은 차후의 연구로 미루기로 한다. 2회로 나누어 다음 호까지 연재하여 게재한다.

그런데 이러한 공동연구개발에 대한 공정거래법의 적용기준을 명백히 함에 있어서 단순히 현행법의 태도를 밝히는 것만으로는 충분치 않다. 왜냐하면 현행 공정거래관계법령이나 공정거래위원회의 지침들은 공동연구개발에 관해 많은 것을 말해주고 있지 않기 때문이다.¹⁾ 특히 공동연구개발과 관련하여 최근에 선진국들이 제정하고 있는 법령이나 공정거래당국의 가이드라인들은 공동연구개발에 대하여 보다 허용적인 위법성판단기준을 제시하거나 보다 완화된 제재나 절차상의 특전들을 제공하는 경향이 뚜렷하다. 이것은 공동연구개발이 자국기업의 국제경쟁력을 강화하는데 결정적으로 기여할 수 있다는 인식에 바탕을 두고 있는 것으로 보인다. 따라서 우리도 일차적으로는 현행법이 허용하는 한도 내에서 공동연구개발에 대한 공정거래법의 적용을 완화하는 방안을 마련하여야 할 것이며, 더 나아가 필요하다면 관계법령의 개정을 통해서 경쟁촉진적인 공동연구개발을 보다 적극적으로 장려하기 위한 제도적 틀을 만들 필요가 있다 하겠다.

이와 같은 관점에서 이하에서는 미국·EU 및 일본의 공동연구개발 관련 법령과 가이드라인 및 판례 등을 참조하면서, 공동연구개발에 대한 공정거래법의 적용기준을 제시해 보고자 한다.

II. 외국의 공동연구개발 관련 법령·지침

1. 미 국

미국의 공동연구개발 관련법률로는 서면법, 클레이튼법, 연방거래위원회법 외에 국가협동연구생산법(the National Cooperative Research and Production Act of 1993: NCRPA)²⁾(이하 “미국협동법”이라 한다)이 있다. 미국협동법은 기존의 독점금지법이 경쟁촉진적인 합작투자를 억압한다는 비판에 따라 공동연구개발에 대한 독점금지법의 적용을 완화하기 위하여 제정되었던 국가협동연구법(the National Cooperative Research Act of 1984: NCRA)의 개정법으로서 그 적용범위를 공동생산에까지 확장하고 있다.

한편 미국의 연방거래위원회와 법무부는 공동으로 「경쟁자간의 협력에 관한 독점금지지침(Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors, April 2000)」(이하 “미국협력지침”이라 한다³⁾)을 제정하였다. 이는 공동연구개발을 비롯한 경쟁자간의

1) 연구·기술개발을 위한 부당공동행위금지의 예외에 관하여 공정거래법 제19조제2항제2호, 동법 시행령 제24조의3, 공동행위및경쟁제한행위의인가신청요령(1999. 6., 공정위 고시 제1999-10호) 2.나. 참조. 또한 부당한 국제계약의 일종으로서의 공동연구개발협정과 합자투자계약에 관하여 공정거래법 제32조, 동법 시행령 제47조제5호·제7호, 국제계약상의불공정거래행위등의유형및기준(1997. 4. 21., 공정위 고시 제1997-23호) 제7조·제9조 참조.

2) 15 U.S.C. §§ 4301-6.

3) 본 고에서 동 지침을 인용할 경우에는 연방거래위원회 홈페이지에 게재된 동 지침의 PDF 문서의 면수를 기준으로 인용하기로 한다. 동 지침은 <http://www.ftc.gov/bc/guidelin.htm> 에서 다운받을 수 있다.

협력에 관한 기존의 판례법과 연방거래위원회 및 법무부의 각종 지침⁴⁾에 나타나 있던 내용들을 종합정리한 외에 경쟁자간의 협력에 관한 독점금지법의 적용제외(safety zones)를 인정하는 등 일부 새로운 내용도 담고 있다.

2. EU

공동연구개발에 관하여는 기본적으로 경쟁제한적 합의를 금지하는 EC조약(이하 “조약”이라 한다) 제81조⁵⁾가 적용된다. 또한 동조 제3항에 의거하여 연구개발협정의 일괄 예외를 규정하는 위원회 규칙 418/85(1984.12.9.)(이하 “유럽연구규칙”이라 한다)가 있으나 동 규칙은 2000년 12월 31일로 효력을 상실하기 때문에 그 개정안(이하 “유럽연구규칙안”이라 한다)이 2000년 4월 27일 공표되어 1달간의 의견수렴기간을 거쳤으며, 이 개정안이 확정되면 2001년부터 2010년까지 시행될 예정이다. 아울러 「수평적 협력에 관한 [조약] 제81조의 적용에 관한 지침 초안(Draft Guidelines on the Applicability of Article 81 to horizontal co-operation)」(이하 “유럽협력지침안”이라 한다⁶⁾)이 같은 날자에 공표되어 역시 의견수렴기간을 거친 상태이다.⁷⁾

3. 일 본

공동연구개발에관한독점금지법상의지침(이하 “일본연구지침”이라 한다)에 의하면 공동연구개발과 관련하여 사적독점의금지및공정거래의확보에관한법률(이하 “일본독점법”이라 한다) 제3조(부당한 거래제한의 금지), 제8조(사업자단체의 금지행위), 제10조(주식보유의 제한: 공동출자회사가 설립되는 경우) 및 제19조(불공정한 거래방법) 위반이 문제될 수 있다.⁸⁾

III. 공동연구개발의 의의 및 기능

1. 공동연구개발의 의의

4) 이에 관하여는 미국협력지침, 1면 주2 참조.
 5) 동조는 1999년 5월 1일 발효한 암스테르담조약(Treaty of Amsterdam) 제12조에 의해 조문번호가 변경되기 전에는 제85조였다.
 6) 본고에서 동 지침을 인용할 경우에는 EU 홈페이지에 게재된 동 지침의 PDF 문서의 면수를 기준으로 인용하기로 한다. 유럽연구규칙안과 유럽협력지침안은 모두 <http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/horizontal/reform/consultation/> 에서 다운받을 수 있다.
 7) 그 밖의 관련 규칙 및 고시에 관하여 유럽협력지침안, 6면 주1 참조.
 8) 일본연구지침, 제1, 1. 및 제2, 1. 참조.

본고에서 '공동연구개발'이라 함은 "복수의 사업자가 참가해 연구개발을 공동으로 하는 것"⁹⁾을 말한다. 덧붙여 복수사업자에 의한 연구개발인 한, 그 구체적인 내용(실험·기술개발·시제품생산 등¹⁰⁾)이나 법적 형식(계약·사업자단체·공동출자회사 등¹¹⁾), 출자비율¹²⁾ 등에 관계없이 공동연구지침의 적용대상이 됨을 부연설명하는 정도로 충분할 것이다. 현실적으로 이루어지는 공동연구개발의 대부분을 포함할 수 있으려면 공동연구지침의 적용범위에는 가급적 제한을 두지 않는 것이 바람직하기 때문이다. 다만 합병은 당사자들간의 경쟁을 중국적이고 영구적으로 종료시킨다는 점에서 공동연구지침의 적용대상이 공동연구개발과 구별되어야 할 것이다.¹³⁾

한편 본 연구에서는 공동연구개발 자체 이외에 그 부수협정에 관한 법 적용기준도 함께 고찰하고자 한다.¹⁴⁾ 여기서 부수협정이란 주로 연구개발성과의 이용에 관한 협정을 말한다.¹⁵⁾ 따라서 이러한 부수협정에는 공동생산이나 상업화(commercialization)에 관한 내용도 포함될 수 있다.¹⁶⁾ 다만 공동연구개발에 부수하지 않은 공동생산 내지 상업화협정에 대하여는 보다 엄격한 심사기준이 적용되어야 할 것이므로, 본고의 연구대상에서는 제외하기로 한다. 실제로 공동연구개발과 함께 공동생산 내지 상업화협정이 동시에 맺어지는 경우 후자가 전자에 부수한 것이냐는 사업자간의 결합의 중점(center of gravity)이 어디에 두어져 있느냐에 따라 달라진다.¹⁷⁾ 만약 중점이 공동연구개발에 두어져 있다면 단순한 공동생산협정 또는 상업화협정 등과는 달리 공동연구개발의 경제적 순기능을 고려하여 그 위법성을 심사하여야 할 것이다. 따라서 본고에서의 논의는 공동연구개발에 중점이 두어진 공동생산 내지 공동판매협정 등에도 적용된다.

2. 공동연구개발의 경제적 기능¹⁸⁾

가. 공동연구개발의 순기능

9) 일본연구지침, 머리말, 2. (1).

10) 미국협동법 §4301 (6) (a) · (b) · (c) 참조.

11) 유럽협력지침안, 13면; 일본연구지침, 제1, 1. 참조.

12) 단, 일방당사자가 전적으로 연구활동을 하고, 타방당사자는 그 결과를 유상취득하는 청부계약 유사관계는 제외된다. 일본연구지침, 머리말, 2. (2) 참조.

13) 미국협력지침, pp.4-5 참조.

14) 일본연구지침, 머리말, 1. 참조.

15) 손주찬, 전게서, 318·319면

16) 이남기, 전게서, 281면

17) 상게서, 280면.

18) 유럽연구규칙안 제1조제1항 참조.

16) 유럽협력지침안, 14면 참조.

17) 결합의 중점이 어디에 있는지를 판별하는 기준에 관하여는 유럽협력지침안, 8면 참조.

18) 이기중, "미국독점금지법상의 합작투자규제에 관한 연구," 상사법연구 제18권 제3호(2000년 2월)(이하 "이기중, 합작투자논문"이라 인용한다), 190-193면 참조.

(1) 무임승차의 배제

기초연구개발에 막대한 투자를 했는데 그 연구결과가 쉽게 모방되거나 도용될 수 있다면 기술혁신을 위한 투자는 위축될 수 밖에 없다. 이처럼 소비자들에게 유익한 활동이 무임승차문제로 좌절되는 것은 사회적으로도 손실이다. 이 경우 관련 기업들이 공동으로 연구개발을 실시한다면 무임승차문제가 해결될 수 있다.

(2) 시너지

상호보완적인 기술이나 지식이 부분적 통합을 통해 결합되면 새로운 제품을 개발할 수도 있다. 예컨대, 대금결제시스템의 전문기업과 컴퓨터 전문기업이 결합하여 전자상거래의 결제시스템을 만들 수도 있다.

(3) 규모의 경제

불확실한 대규모 투자의 부담과 위험을 분산하기 위한 공동연구개발은 규모의 경제를 달성시켜줄 뿐 아니라, 중복투자의 방지라는 관점에서도 사회적으로 이익이 된다.

(4) 효율의 증대

합작투자는 규모의 경제를 달성함으로써 효율의 증대를 가져오기도 하지만, 보다 중요한 효율의 증대는 보완적 자산(complementary assets)의 통합을 통해 이루어진다.

(5) 중복적인 연구의 감소

기업들이 개별적으로 연구개발을 할 경우 거의 동일한 연구과정을 따로 따로 밟으면서 연구개발을 위한 희소자원들을 낭비할 우려가 있다. 물론 공동연구가 다양성을 감소시킨다는 비판도 있지만 중복적인 연구의 감소라는 이익을 가져올 수 있는 것은 분명하다.

나. 공동연구개발의 역기능

(1) 잠재적 경쟁(potential competition)의 감소

공동연구개발은 잠재적 진입을 제거함으로써 잠재적 경쟁을 감소시키는 소위 배제효과 foreclosure effect)를 가져올 수 있다.

(2) 참가기업간의 경쟁감소

공동연구개발은 참가기업간의 경쟁을 감소시켜 이들의 장래의 독립적 성장을 제한하는 효과를 가져올 수 있다.

(3) 기술혁신의 둔화

공동연구개발은 협력으로 인해 경쟁의 격렬함을 감소시켜 전반적인 기술혁신의 속도 내지 시장에서의 기술변천의 속도를 감소시킬 수 있다.

(4) 파급담합(spill-over collusion)

공동연구개발은 그 활동영역 외에서의 참가기업들간의 담합을 조장하는 파급효과를 가져올 수 있다.

(5) 부수적(collateral) 제한

공동연구개발에는 효율의 달성에 필요한 한도를 넘어 그 참가기업들의 활동을 부당하게 제한하는 부수적인 협정이 부가될 수 있다.

IV. 공동연구개발 자체에 대한 공정거래법의 적용

1. 적용법조

공동연구개발은 그 자체만으로도(부수협정과는 무관하게) 기술혁신의 속도를 둔화시키거나 잠재적 경쟁을 감소시키는 등 경쟁제한적인 효과를 가져올 수도 있음은 위에서 살펴본 바와 같다.¹⁹⁾ 이러한 경쟁제한적인 공동연구개발은 그것이 협정의 형식을 취할 경우에는 부당한 공동행위(공정거래법 제19조제1항)에 해당할 수 있고, 사업자단체의 활동이라는 형식을 취할 경우에는 사업자단체의 금지행위 중 경쟁제한행위(동법 제26조제1항제1호)에 해당할 수 있으며, 합작투자회사의 설립이라는 형식을 취할 경우에는 기업결합금지 중 새로운 회사설립에의 참여(동법 제7조제1항제5호)에 해당할 수 있다.

가. 부당한 공동행위

현행 공정거래법 제19조제1항은 부당공동행위의 행위유형을 한정적으로 열거하는 형식을 취하고 있으며, 동항 각 호의 행위유형 중 공동연구개발협정을 직접적으로 규제하고 있다고 해석할 만한 것이 마땅치 않은 것이 사실이다. 따라서 경쟁제한적인 공동연구개발협정을 부당공동행위로 규제하기 위해서는 현행법과 같은 한정적 열거주의에서 벗어나 예시적 열거규정이나 포괄금지규정으로 동조를 개정하는 것이 가장 바람직할 것이다. 그러나 이와 같은 입법조치가 이루어지기 전이라도 현행규정을 최대한 탄력적으로 해석해서 경쟁제한적인 공동연구개발협정을 규제할 수 있도록 하여야 할 것이다. 예컨대, 동항 제5호(설비신설 등 제한)는 생산량의 제한을 간접적으로 달성해주는 행위유형으로 이해하여 그 자체 위법(당연위법)한 행위로 해석할 수도 있으나, 품질개

19) 실제로 미국 법무부는 1969년 미국내 4대 자동차 회사들이 대기오염방지장치와 관련된 일체의 품질개선경쟁을 제한하기 위한 공모에 가담하였다고 보고 이의 금지를 요구하는 동의명령(consent decree)을 제출한 바 있다. United States v. Automobile Manufacturers Association, Inc., 1969 Trade Cases ¶172, 907 (C.D.Calif. 1969). 상세는 이기중, "독점금지법상의 카르텔 규제에 관한 연구," 박사학위논문, 연세대학교 대학원, 1993. 2.(이하, "이기중, 박사논문"이라 인용한다), 49·50면 참조.

선이나 기술혁신의 제한과 같은 행위유형도 그것이 설비도입의 제한을 포함하는 경우에는 동호에 해당하는 것으로 해석해 볼 여지가 있다.²⁰⁾ 또한 동항 제8호(타사업자 활동제한 등)는 공동행위참가자들이 시장지배력을 유지하기 위해 신규참입을 저지하는 행위 등 공동행위참가자가 아닌 국외자(outsiders)의 활동제한을 규제하는 것으로 이해하는 견해도 있으나,²¹⁾ 동호의 매우 추상적이고 포괄적인 문언을 고려해서 동항 제1호 내지 제7호의 공동행위에 해당되지는 않으나 사업자간의 합의와 경쟁제한성이 충분히 인정되는 경우에 적용되는 것으로 해석되기도 하여,²²⁾ 후자의 해석에 따른 경우에는 공동연구개발협정도 이에 해당한다고 볼 수 있지 않을까 한다. 그러나 이러한 해석론적인 노력이 가지는 한계²³⁾를 고려할 때 역시 한시바빠 부당공동행위에 대한 한정적 열거주의를 폐지하고 포괄금지규정을 도입하는 방향으로 법을 개정하는 것이 최선의 해결책이라 할 것이다.

여기서 주의할 것은 공동연구개발을 부당공동행위에 해당한다고 보는 경우에도 이를 일반적인 카르텔의 경우와 같이 그 자체 위법(당연위법, per se illegal)한 것으로 보아서 안 된다는 것이다. 미국협동법이 명문으로 인정하는 것처럼 공동연구개발은 합리성의 원칙(rule of reason)이 적용되어야 할 행위유형인 것이며²⁴⁾, 이는 우리 공정거래법 제19조제1항제8호가 다른 행위유형들과는 달리 “일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한”할 것을 요건으로 하고 있다는 점에서 우리법의 해석상으로도 동일하게 인정될 수 있는 것이다. 이렇게 볼 때 만약 현행법상으로 경쟁제한적인 공동연구개발 자체를 규제하려고 한다면 경쟁의 실질적 제한을 요건으로 하고 있지 않은 동항 제4호보다는 동항 제8호가 더욱 적절하지 않을까 생각된다.

나. 사업자단체의 금지행위

공정거래법 제26조제1항제1호는 사업자단체가 동법 제19조제1항 각 호의 행위에 의하여 부당하게 경쟁을 제한하는 행위를 금지하고 있으므로, 사업자단체의 경쟁제한적인 공동연구개발에 대하여도 위의 부당공동행위에 대한 해석론을 그대로 적용할 수 있을 것이다. 그런데 사업자단체의 공동연구개발의 경우에는 부당공동행위에 관한 위와 같은

20) 이기중, 박사논문, 131면.

21) 손주찬, 경제법, 법경출판사, 1993, 193면; 권오승, [제2판] 경제법, 법문사, 1999, 281면; 이기수, [제3판] 경제법, 세창출판사, 158면; 이기중, 박사논문, 133면.

22) 이남기, [개정판] 경제법, 박영사, 1999, 185면.

23) 이와 같은 탄력적인 해석을 시도함에 있어서 가장 큰 장애는 부당공동행위에 대하여 형사처벌이 가해질 수 있다는 사실일 것이다(공정거래법 제66조제1항제9호). 따라서 이러한 탄력적 해석을 시도하더라도 이를 바탕으로 형사처벌을 가하는 일에는 신중에 신중을 거듭하여야 할 것이다. 그밖에 부당공동행위의 추정규정과 무죄추정의 원칙과의 관계에 관하여 양명조, “부당한 공동행위,” 경쟁법연구 제1권(1989), 42면 참조.

24) 15 U.S.C. §4302.

해석론을 굳이 적용하지 않더라도 이를 규제할 수 있는 조항이 있다. 동법 제26조제1항 제3호(구성사업자의 사업활동제한 등)가 그것이다. 동호는 본래 부당공동행위의 탈법 행위를 규제하기 위해 제정된 것은 아니지만 사실상 부당공동행위의 8가지 법정유형 어디에도 속하지 않는 신행 내지 변형 공동행위를 규제할 수 있는 잠재력을 가지고 있다.

일반적으로 동호에서 말하는 부당한 제한이란 일정한 거래분야에 있어서 경쟁을 실질적으로 제한하는 데까지는 이르지 못하여도 공정한 경쟁을 저해할 우려가 있는 경우²⁵⁾ 내지 경쟁에 무시할 수 없을 정도의 영향을 미치는 경우²⁶⁾를 규제의 대상으로 하고 있다고 이해되고 있다. 그리하여 사업자단체가 구성사업자에 대하여 과하는 가격, 수량, 설비, 제품, 기술, 거래방법, 영업방법 등에 대한 제한이 본호에 위반될 수 있는 것이다.²⁷⁾ 그런데 이러한 가격, 수량, 설비 등은 사업자들간에 치열한 경쟁이 벌어질 수 있는 측면인 것이고, 이에 관한 각종의 제한들은 비록 공정거래법상의 부당공동행위의 법정유형에는 해당하지 않더라도 경쟁의 실질적 제한을 초래할 수 있는 것이며, 본호는 바로 이러한 경우를 규제할 수 있는 조항인 것이다. 실제로 사업자단체활동지침(1997. 4. 1.) 2. 가. 7)은 “사업의 내용 또는 방법에 관한 행위” 중 원칙적으로 금지되는 행위의 예로 정당한 이유 없이 영업장소의 수, 직원의 채용, 자유로운 기술개발이나 이용, 광고 등을 제한하는 행위들을 열거하고 있는 바, 이와 같은 행위들은 경우에 따라 경쟁의 실질적 제한을 초래할 수도 있는 행위유형들이 아닌가 생각된다. 특히 자유로운 기술개발이나 이용의 제한이 명시적으로 열거되어 있으므로 사업자단체의 경쟁제한적인 공동연구개발은 부당공동행위규정이 아니더라도 바로 이 구성사업자의 사업활동제한규정에 의하여 규제할 수 있음이 명백하다 할 것이다.

다. 기업결합

합병의 경우는 참가기업의 독립성이 종국적으로 상실되기 때문에 연구개발을 목적으로 합병을 실시했다 하더라도 그것은 합병규제의 차원에서 심사되어야 할 문제이지 단순히 공동연구개발의 일환으로 평가될 수 없는 것이다. 이 점은 공정거래법 제7조제1항 각 호의 기업결합의 다른 법정행위유형들의 경우에도 같다. 다만 기업결합 유형 중 공동연구개발의 수단으로서의 특수성을 고려하여 심사가능한 것은 동법 제5호의 “새로운 회사설립에의 참여”이다. 동호는 공동연구개발을 위한 합작투자회사의 설립의 경우에 적용될 수 있다. 이 경우 합작회사설립에 참여하는 회사들은 여전히 법적·경제적으로 독립한 존재로서 합작사업 외의 분야에서 경쟁을 지속할 수 있으므로 일반적인 기업결합의 경우와는 다른 기준에서 심사할 필요가 있는 것이다.

25) 손주찬, 전계서, 318·319면

26) 이남기, 전계서, 281면

27) 상계서, 280면

2. 위법성 심사기준

공정거래법상 기업결합, 부당공동행위 및 사업자단체금지행위는 각각 고유한 위법성 판단기준을 가지고 있으나, 여기서는 공동연구개발과 관련하여 이들 모두에 공통되는 위법성 심사기준들을 살펴보고자 한다.²⁸⁾

가. 공동연구개발로 영향을 받는 관련시장²⁹⁾

공동연구개발의 경쟁제한성 여부를 판단하기 위해서는 관련시장을 확정하여야 하는데³⁰⁾, 이 때 관련제품시장 뿐 아니라 관련기술시장 및 기술혁신시장을 고려하여야 하는 경우도 있다.³¹⁾

(1) 제품시장(Product markets)

공동연구개발이 기존제품의 개선에 관한 것인 때에는 이 기존제품과 그 밀접한 대체재가 관련제품시장을 구성한다.³²⁾ 공동연구개발이 기존제품에 중대한 변화를 가져오거나 기존제품을 대체할 신제품의 개발에 관한 것인 때에도, 공동연구개발이 기존제품의 공급에 관한 참가자들간의 행동통일을 가져오는 경향이 있는 경우에는 기존제품시장도 관련시장으로 고려될 필요가 있다. 또한 공동연구개발이 최종제품의 중요부분에 관한 것인 경우 그 부품시장 뿐 아니라 최종제품시장도 관련이 있는 것으로 평가된다.

(2) 기술시장(Technology markets)

지적재산권이 관련제품과 별개로 거래되는 경우에는 관련기술시장이 확정되어야 할 것이다. 관련기술시장의 확정에 관하여는 위의 제품시장에 관한 논의가 동일하게 적용된다.

(3) 기술혁신시장(Innovation markets)

공동연구개발이 기존제품을 대체하거나 전혀 새로운 수요를 창출하는 것인 경우 기존의 제품이나 기술시장 뿐 아니라 기술혁신을 위한 경쟁 자체에 영향을 미칠 수가 있으며, 이와 같이 기술혁신경쟁이 이루어지는 시장을 기술혁신시장이라 부른다.³³⁾ 그러나 이러한 기술혁신경쟁에의 영향은 기존의 제품이나 기술시장에 대한 분석만으로는 충분

28) 이하 열거하는 기준들 외에 공동연구개발의 지속기간에 관하여 유럽협력지침안, 19면 및 일본연구지침, 제1. 2. (1) ④ 참조.

29) 이하의 서술은 주로 유럽협력지침안, 14-16면에 기초한 것이다.

30) 부당공동행위의 경우 일반적으로는 경쟁의 실질적 제한을 요건으로 하고 있지 않으나 본고에서 공동연구개발에 적용하고자 하는 공정거래법 제19조제1항제8호는 경쟁의 실질적 제한을 요건으로 하고 있음에 주의하라.

31) 이 점과 관련하여 일본연구지침은 제품시장과 기술시장을 구별하고 있을 뿐 기술시장과 기술혁신시장은 이를 구분하지 않고 있다. 동 지침, 2. (1) ① 참조.

32) 관련제품시장의 확정에 있어서 일반적으로 고려하여야 할 사항에 관하여는 「공정거래법무편람」 「시장확정 및 기업결합과 시장지배력 남용 심사편람」(1999. 12.) 참조.

히 측정될 수 없다는 문제가 있다. 다만 제약산업의 경우처럼 문제된 공동연구개발에 대항하는 연구개발들(R & D poles)이 식별될 수 있는 경우에는 분석이 가능하다. 즉, 당해 공동연구개발과 유사한 자원을 활용하면서 유사한 시기에 동일하거나 대체적인 성과를 낼 수 있다고 신뢰할 만한 충분한 숫자의 경쟁적 연구개발³⁴⁾이 병존하고 있는지를 분석하여야 할 것이다. 그러나 기술혁신 시도가 명확한 구조를 가지고 있지 않아 경쟁적 연구개발이 이루어지고 있는지 식별하기 어려운 업계의 경우에는 기존시장의 분석에 그칠 수밖에 없을 것이다.

나. 연구개발의 성격³⁵⁾

시장에서 멀리 떨어져서 이론적인 단계에 머무는 공동연구개발 또는 연구개발성과의 공동이용(특허권의 사용허락, 생산, 판매 등)에 관한 내용을 포함하지 않는 순수한 공동연구개발은 기술혁신시장에서의 경쟁을 제한하지 않는 한 공정거래법상 문제가 되지 않는다. 또한 연구개발전문회사나 대학 등 연구개발성과의 이용에 대해 소극적인 기관에 대한 아웃소싱 형태로 이루어지는 공동연구개발은 그 상호보완적 성격으로 인해 경쟁제한의 문제를 일으키지 않는다.

그러나 카르텔의 위장에 불과한 공동연구개발이 부당공동행위에 해당함은 물론이다. 또한 공동연구개발이 공동생산, 공동판매 등 시장에 근접한 부수협정을 포함하는 경우에는 공정거래법 위반이 문제될 수 있으며 이에 대해서는 후술한다.

다. 참가자의 시장지배력과 시장구조

공동연구개발은 참가자들이 시장지배력을 가질 때 경쟁에 부정적인 영향을 미칠 수 있다. 즉, 시장지배력을 갖는 사업자들에 의한 공동연구개발은 기술혁신을 제한하고, 담합을 촉진하며, 비참가자들을 시장에서 배제할 수 있다.³⁶⁾

(1) 참가자들의 관련시장 점유율이 25% 이하인 경우

각 국은 그 법령 내지 지침을 통하여 참가사업자들의 시장점유율의 합이 일정비율에 못 미치는 공동연구개발에 대하여는 공정거래법의 적용을 배제할 수 있도록 하고 있다. 미국의 경우 공동연구개발 뿐 아니라 경쟁사업자들간의 협력 일반에 관하여 특단의 사정이 없는 한 참가자들의 관련시장 점유율의 합이 20% 이하인 경우는 연방거래위원회나 법무부 독점금지국이 독점금지법 위반을 문제삼지 않기로 하고 있다.³⁷⁾ 일본의 경우

33) 미국협력지침은 기술혁신시장의 획정방법을 「지적재산권의 사용허락에 관한 독점금지지침(The Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property)」에 따르도록 하고 있다. 미국협력지침, 17면.

34) 충분한 숫자의 신뢰할만한 경쟁적 연구개발이 존재하는지 여부의 판별기준에 관하여 미국협력지침, 26·27면 및 유럽협력지침안, 16면 참조.

35) 유럽협력지침안, 16-17면; 일본연구지침, 2. (1) ②.

제품시장에 있어서 경쟁관계에 있는 사업자간에 당해 제품의 개량 또는 대체품의 개발을 위한 공동연구개발에 있어서 참가자의 당해 제품 시장점유율의 합계가 20% 이하인 경우에는 통상 독점금지법상 문제가 되지 않는다고 보고 있다.³⁶⁾ EU의 경우 현행 유럽연구규칙은 경쟁사업자들간의 공동연구개발 합의에 의하여 개선되거나 대체될 수 있는 제품이 공동시장의 전역이나 그 주요 부분에서 차지하는 시장점유율이 20%를 초과하지 않는 경우를 일괄예외로 인정하고 있다(동 규칙 제3조제2항). 그러나 새 유럽연구규칙안은 시장점유율 기준을 25%로 상향조정하여 이를 초과하지 않는 한 일괄예외에 해당하는 것으로 하고 있다(동 규칙안 제3조제2항).³⁷⁾ 생각건대 미국의 기준은 공동연구개발에 국한된 것이 아니라 공동생산이나 공동판매의 경우까지 고려하여 설정된 것이므로, 공동연구개발을 촉진하기 위하여 EU와 같이 25%를 상한선으로 설정함이 타당하다 생각된다. 그리하여 이 기준을 초과하지 않는 공동연구개발에 대하여는 공정거래법이 적용되지 않는 것을 원칙으로 하여야 할 것이다.

(2) 참가자들의 관련시장 점유율이 25%를 초과하는 경우

공동연구개발 참가자들의 시장점유율이 25%를 초과한다 해서 당연히 위법성이 인정되는 것은 아니며 그 경쟁제한성 여부를 심사하여야 할 것임은 물론이다. 이 경우 관련 시장이 무엇이나에 따라 다음과 같이 고려할 요소가 달라질 수 있다.⁴⁰⁾

먼저 공동연구개발이 기존제품의 개선에 관한 것이라 기존제품·기술시장만이 관련 시장인 경우, 순수한 공동연구개발은 경쟁제한의 문제를 거의 일으키지 않는다. 그러나 공동생산·판매협정 등이 그에 부수되어 있는 경우에는 참가자들이 강력한 경쟁자일수록 경쟁제한의 문제를 야기할 공산이 크다.

다음 공동연구개발이 완전히 새로운 제품이나 기술의 개발에 관한 것인 때에는 새로운 시장이 창출되는 것이므로 기술혁신경쟁의 제한가능성을 생각해 보아야 한다. 예컨대, 기술혁신의 질, 다양성, 속도 등이 제한될 가능성이 그것인데, 주의할 것은 기본적으로 이와 같은 공동연구개발의 친경쟁적인 측면을 충분히 고려하여야 한다는 것이다. 실제로 공동연구개발의 성과의 이용에 관한 부수협정이 있는 경우에도 특정참가자가 그 이용에서 배제되지 않는 한⁴¹⁾ 공정거래법 위반의 문제를 일으키지 않는다.

36) 유럽협력지침안, 17면.

37) 미국협력지침, 26면.

38) 일본연구지침, 제1. 2. (1) ①.

39) 그 밖에 일괄예외의 적용요건에 관하여 동 규칙안, 제2조 내지 제5조 참조.

40) 유럽협력지침안, 17·18면.

41) 유럽규칙안 제2조제2항은 모든 참가자들이 공동연구개발의 성과에 접근할 수 있지 않으면 참가자들의 시장 점유율에 관계 없이 일괄예외의 적용을 배제하고 있다. 이러한 경우는 참가자들간에 기술적 지식의 보급을 증대시킴으로써 기술적·경제적 진보를 촉진한다는 효과가 없기 때문이다. 유럽협력지침안, 18면. 다만 이러한 경우도 개별예외(조약 제81조제3항)에는 해당할 수 있음은 물론이다.

가 도입되는 것이므로 비록 합작투자가 시장지배력을 지니게 되는 경우일지라도 그 자체 합법인 것으로 다루어진다.⁴⁶⁾

가장 문제가 되는 것은 합작투자가 없었더라도 일부 참가자는 시장에 참입하였을 것이지만 다른 참가자들은 시장에 참입하지 않았으리라고 예상되는 경우(소위 “일부참입 상황(one-in, one-out situation)”)이다. 이 경우에 관한 지도적 판례가 Penn-Olin 사건⁴⁷⁾이다.

이 사건에서 대법원은 잠재적 경쟁에 관한 2단계의 심사를 요구하고 있다. 첫단계는 합작투자가 없었을 경우 그 참가자들 중 하나라도 시장에 참입하였을 것인지에 관한 심사이다⁴⁸⁾. 이에 대한 대답이 부정이라면 이러한 합작투자는 경쟁제한적이 아닌 것으로 볼 수 있어 더 이상의 심사가 요구되지 않는다. 그러나 참가자들 중 하나라도 시장에 참입하였을 것으로 예상되는 경우에는 합작투자의 경쟁제한성 여부에 대한 면밀한 합리성 심사가 요구된다. 즉, 합작투자의 참가자들 모두가 시장에 참입하였으리라고 예상되는 경우 뿐 아니라 일부는 참입하고 일부는 참입하지 않은 채 시장외곽에 잠재적 경쟁자로 남아있을 경우까지도 경쟁제한성의 심사가 요구된다고 보는 것이다. 이와 같은 유형의 잠재적 경쟁자만 있어도 시장은 훨씬 경쟁적이 될 수 있기 때문이다.

그런데 Penn-Olin 사건에서 연방대법원은 사업자의 참입가능성 여부를 판단하는 데 주관적 증거(예컨대, 경영자의 증언)와 객관적 증거(예컨대, 자금조달능력) 중 어느 쪽이 중요한지에 관하여 가부동수로 결론을 내리지 못하였다. 동 법원은 이 문제를 몇년 뒤의 Procter & Gamble 사건⁴⁹⁾에서 다시 다루게 되었을 때 주관적 의도는 중요하지 않으며 시장점유율과 같은 객관적 요소에 기초하여 판정하여야 한다고 판시하였다.

이어서 나온 1973년의 한 합병사건⁵⁰⁾에서 Marshall 판사는 그 보충의견(concurring opinion)을 통해 잠재적 경쟁자의 유형을 세가지로 분류하였다. 첫째는 “지배적 참입자(dominant entry)”로서 시장지배력을 갖는 자이다. 둘째는 “인지된 잠재적 참입자(perceived potential entrant)”로서 경쟁자에 의하여 시장외곽에서 대기중인 경쟁자로 인식되는 자이다. 셋째는 “실제적 잠재적 참입자(actual potential entrant)”로서 실제로 신규참입할 것으로 예상되는 자이다. 그는 세가지 타입 모두 클레이튼법 제7조 위반이 될 수 있다고 보았다.

그러나 이와 같이 순수히 가설적인 참입가능성 여부를 판단하기 위해서 어떠한 증거가 필요하냐 하는 것은 매우 어려운 문제임에 틀림없다. 예컨대, United States v.

46) Associated Press v. United States, 326 U.S. 1(1945).

47) United States v. Penn-Olin Chemical Co., 378 U.S. 158(1964).

48) 이를 “잠재적 경쟁의 원칙(potential competition doctrine)”이라고 부르기도 한다. Guttermann, supra note 42, at 331.

49) FTC v. Proter & Gamble, 386 U.S. 568(1967). 다만 이 사건은 합작투자사건은 아니고 합병사건이다.

50) United States v. Falstaff Brewing Corporation, 410 U.S. 526(1973).

