

경쟁법의 운용과 기술혁신의 관계에 대한 소고

최승재¹⁾ | 변호사

I. 들어가며

지난 2월 마이크로소프트에 대한 공정거래위원회의 결정²⁾에 따라 미국에서 시작되어, 유럽을 거쳐 한국에까지 이어졌던 마이크로소프트를 상대로 한 일련의 사건들이 우리나라에서도 최초의 매듭을 보게 되었다. 현재 마이크로소프트는 이에 불복하여 다투고 있는 상태여서 향후의 진행에 대하여 귀추가 주목되는 상황이다. 최근 유럽공동체에서 마이크로소프트에 대하여 강제실시권(compulsory licensing)을 인정하는 판단을 한 점은 새로운 논의 국면을 만들어 나가면서 이제 향후 이 사건은 전세계적으로 소위 신경제(new economy) 산업에서의 지적재산권과 경쟁법, 기술혁신의 관계에 대한 일련의 논의는 매우 중요한 논점들을 우리에게 제시하고 있다. 이 글에서는 기술혁신과 관련하여 이 사건이 경쟁법이 기술혁신에 미치는 영향에 대한 다소간의 논의를 개략적으로 보고자 한다.

II. 기술혁신의 의미

1. 기술혁신과 기술개선

기술의 발전은 기술혁신(innovation)과 기술의 개선(kaisen)에 의하여 이루어질 수 있다. 기술혁신은 그 특징점이 단절적인 기술의 진보에 있다. 여기서 단절적이라는 의미는 기존의 기술과 연계되지 않고 새로운 개념기초에서 있는 기술진보를 말한다고 할 것이다. 반면 기술의 개선은 이미 기존에 존재하는 기술에 대하여 새로운 개선점을 발견하거나 새로운 용도를 발견

1) 이 글은 개인적인 연구의 결과이며 어떤 단체의 견해를 대신하는 것이 아님.

2) 공정위 심결 2006.2.24. 2002경축0453, 0375의결.

하는 등의 기술진보를 의미하는 것으로 그 개념정의에서 도출되는 것과 같이 기존의 기술의 존재를 전제로 하는 것이다. 이 양자는 항상 분명한 구별만이 이루어지는 것은 아니고 일정한 회색지대를 가지고 있지만 구별되어야 할 개념이다.

2. 기술혁신과 지적재산권

지적재산권, 좀더 구체적으로 한정하여 특허로 등록된다는 것은 앞서 언급한 기술혁신과 기술개선의 구별을 하고 있지 않으며 특허법이 전제하는 신규성(novelty)과 진보성(non-obviousness), 산업적 이용가능성이 구비되면 그것이 특허대상(subject matter)이 되는 한 특허로서 등록이 된다. 물론 이러한 특허로 출원되고 등록된 특허라고 하더라도 그 내용은 다시 기본특허 내지 원천특허(basic patent)와 개량특허(improved patent)로 구별되고, 이를 달리 표현하여 그 등급을 나누어 구별할 수 있다. 혁신적인 기술이 특허가 되는 경우 통상 원천특허가 될 것이고 이러한 원천특허 소유자의 경우에는 그 권리범위의 관점에서 넓은 권리 보호를 받을 수 있게 되는 반면, 개량특허의 경우에는 제한적인 보호만을 받을 수 있다.

3. 경쟁법의 문맥에서의 기술혁신의 의미

지적재산권의 문맥에서는 기술혁신은 그 보호범위의 크기로 나타나게 되고, 최초의 진입자로서 기술혁신자는 소위 초기진입의 이익(first-move-advantage)을 누릴 수 있게 된다. 보호범위가 크고 진입에 있어서 당해 시장의 기술적인 애로(bottle neck)로 기능하는 원천기술 보유자인 기술혁신자에 대해서는 기술혁신자에 대한 노고의 포상이라는 관점에서 바라보는 것은 사회 전체의 관점에서 보면 매우 제한적이라고 할 것이다. 오히려 시장에서 후발주자 내지 경쟁자의 관점에서는 진입 자체를 제약하는 심각한 장애로서 파악되거나 로열티의 지급으로 인하여 시장성을 제약하는 장애로 기능하고 있는 것으로 인식될 것이다. 바로 이러한 지형에서 만일 후발주자의 관점에서만 이러한 기술혁신을 바라보면 후발전략(follower strategy)을 사용하는 측은 무임승차(free-rider)의 이점을 누리게 되고, 기술혁신은 더욱 더덕지게 되는 것이다.

III. 기술혁신과 시장경쟁의 관계에 대한 논의

1. 기술혁신과 시장경쟁

가. 슈페터의 관점

경제학자들은 이미 오래 전부터 상품시장에서의 경쟁(Product Market Competition)과 기술혁신(Innovation)의 관계에 대하여 관심을 가져 왔다. 소위 슈페터 가설(Schumpeterian paradigm)이 바로 그것이다. 거칠게 말하자면 독점이 기술혁신에 긍정적인 역할을 준다고 하는 주장을 슈페터의 후예들은 시장에서 경쟁이 격화될수록 성공적인 혁신자(innovator)에게 돌아가는 독점이윤(monopoly rents)이 줄어들게 되므로 혁신은 감소하게 된다는 주장이라고 요약할 수 있다.³⁾

나. 점진적 혁신 모델

이러한 슈페터 가설에 대하여는 상품시장에서의 경쟁과 혁신적인 결과물 간에 긍정적인 상관관계가 있다는 점에 대한 실증적인 연구들이 있었고, 슈페터 가설과 긍정적인 상관관계가 있다는 점에 대하여 이를 조정하려고 하는 시도 역시도 있어 왔다. 이러한 후자의 시도들은 슈페터의 이론에 대하여 혁신의 동기는 혁신이 이루어지고 난 뒤의 이윤에 의하여 결정되어 지는 것이 아니라 혁신전의 이윤과 혁신후의 이윤과의 차이에 의하여 결정되어 지는 것으로 보고 과점시장에서 시장참여자들은 경쟁압력에서 벗어나기 위하여 지속적인 연구개발 활동을 통하여 혁신을 하여 간다는 것이다.⁴⁾

다. 검토

이상의 연구들은 지금도 계속하여 실증적인 관계에 대하여 이루어지고 있으며, 어느 한 쪽도 결정적인 것은 아니다. 가설단계에서는 실증분석들의 결과를 구체적인 국가에서의 변수를 추가적으로 고려하여 한국적인 현실에 맞는 실증분석을 하여야 할 것이나, 시장지배적 지위에서 혁신을 리드하는 것으로 이해되는 기업에 대한 경쟁법에 의한 규제가 혁신을 저해한다는 주장에 대하여는 경쟁을 회피하기 위하여 혁신을 수행하며, 경쟁의 완화가 혁신유인(incentive to innovate)을 줄이게 된다는 반대의 견해를 실증적으로 뒷받침할 수 있다면 균형적인 논의를

3) Dasgupta, P. and Stiglitz, J. (1980) "Industrial Structure and the Nature of Innovative Activity", *Economic Journal*, 90, pp. 266-293.

4) Aghion, P, Harris, C, and J. Vickers(1997), "Competition and Growth with Step-by-Step Innovation: An Example", *European Economic Review, Papers and Proceedings*, pp. 771-782.

할 수 있는 기반이 될 수 있을 것이라고 생각한다.

2. 기술혁신을 결정짓는 요소

가. 기술혁신의 동기

기술혁신을 하도록 하는 요인들이 무엇이 있을까? 이러한 기술혁신 동기(Innovation Driver)를 검토하여 보면, 우선 이러한 기술혁신은 개별 기업의 차원에서도 이루어질 수 있고, 전체 산업차원에서도 이루어질 수 있다. 앞에서의 경제학적인 논의는 독점이윤에 대한 추구라는 관점에서 기술혁신을 통하여 추가적인 독점이윤이라는 렌트를 추구하는 행위(rent seeking activity)로 파악을 하고 이러한 기반 하에 각자의 가설을 실증적으로 입증하려고 하는 두 가지의 흐름인 슈페터적인 성장모형(Schumpeterian growth model)과 단계적 혁신 이론을 앞서 간략히 언급하였지만, 혁신의 역사를 보면, 몇 가지 추가적인 요인들이 추동력으로 작용하고 있는 것이 아닌가 하는 생각이 든다. 가설적으로 제안하여 보는 것들은 실증적인 데이터를 통한 검증이 이루어지지 않은 가설적인 단계임을 감안하고, 그 외 추가적인 관점에서 기술혁신 동기들을 제안하여 보는 것이 필요하다고 본다.

나. 기술선도자와 기술적 추종자의 기술적인 간극

기술선도자와 기술추종자 간의 기술적인 간격이 점차 좁혀짐에 따라 점차 경쟁이 격화되고, 기술적인 차별화를 통한 경쟁압력(competition pressure)을 줄이기 위하여 기술선도적인 시장 리더십을 가지려고 하는 과정에서 혁신이 이루어지게 되는 것이 아닌가 하는 생각이 있다. 물론 이러한 점에 대하여 실증적인 연구결과가 이를 지지할 수 있도록 이루어져야 하겠지만, 만일 기술적인 격차가 큰 경우로서 기술적인 간극이 극복되기 어려운 수준에 이르게 되면, 후발업자가 시장에 진입하기 어려울 뿐만 아니라, 진입을 한다고 하더라도 이러한 후발업자는 혁신을 통한 기존 시장의 진입 대신 기존 시장 진입의 경우에는 기존 시장지배적 사업장의 틀 안에서 그 리더십에 복종하는 형식으로, 만일 혁신이 가능하다면, 새로운 사업영역을 개척하는 방향으로 구별하여 확장시킬 수 있는 시장을 발견하여 진입하려고 할 것이라고 생각한다.

다. 시장혁신자의 재정적인 상황

우리가 Netscape와 Internet Explorer 간의 경쟁을 보면, Netscape는 초기 시장혁신자로서 압도적인 우위를 보여서 사실상 시장지배자의 지위에 있었다. Netscape가 이런 우위를 상실하게 된 것은 운영프로그램(OS) 시장에서의 압도적인 시장지배적 사업자인 마이크로소프트가 지배력 전이(leveraging)를 통하여 자원의 면에서 현저히 열세였던 Netscape가 시

장에서 구축한 것이라고 설명할 수도 있겠지만, 유일한 상품인 인터넷 브라우저로 수익이 발생하기 시작하자, 점차 혁신의 속도가 늦어지게 된 것도 원인이 될 수 있을 것으로 생각된다. 통상 재정적으로 곤란을 겪는 회사(financially distressed company) 내지 신규 진입하려는 회사(start-up company)들의 경우에는 재정적으로 안정적인 회사들에 비하여 대규모 연구개발 활동에서는 제약을 받지만, 경험적으로 미국의 인터넷 버블 시대의 실리콘밸리의 경우와 우리의 경험에 비추어 보면 오히려 소규모 회사들의 경우 혁신적인 활동을 통하여 재정적인 곤란을 벗어나려고 하는 경향이 있다고 보인다. 이러한 소규모 기업들의 혁신적인 활동은 규모가 커짐에 따라 관료화되고 조직화되면서 혁신적인 활동이 점차 그 추동력과 역동성을 상실함에 따라 통상 대규모 기업의 혁신은 줄어들게 되는 것이라는 가설을 세워볼 수 있다. 마이크로소프트의 경우에서도 점차 점진적인 개선활동(Step-by-Step Improvement)이 주를 이루게 되고, 혁신적인 기술의 개발은 더 강도를 줄여 나가게 된다. 왜냐하면, 경험적으로 만일 시장에서 이미 시장지배적인 지위를 가지고 있는 사업자의 경우에는 계속적인 혁신활동이 자칫 자신이 현재 존재하고 있는 시장에서의 자신의 시장점유율을 상실하게 하거나, 극단적으로 시장을 소멸시킬 수도 있는 위협이 항상 존재한다는 것을 인식하고 있기 때문이다. 반면, 재정적으로 어려운 회사의 경우에는 혁신활동만이 유일한 생존의 수단이 될 수 있을 것이므로 시장에서의 혁신자로 기능할 가능성이 많다고 가정할 수 있지 않을까 생각한다.

IV. 시장지배적 사업자의 기술혁신 유인

1. 정부 개입의 정당성의 근거

만일 시장에서 시장지배적 사업자가 신규진입을 방지하면서, 독점 이윤을 유지하고 있고, 현실적 및 잠재적인 시장진입이 사실상 불가능한 상황에서 시장지배적 사업자는 경우에 따라서는 혁신활동을 하는 기업들을 위협, 추가적인 진입을 제약하여 시장의 소비자 몫의 후생이 생산자인 시장지배적 사업자에게 귀속되고, 실질적으로 혁신활동이 이루어지는 대신 내부적인 수요에 부응할 정도의 개선만이 이루어지고 있는 상황이 있다면, 이러한 상황을 개선하기 위하여 정부의 개입이 정당성을 얻게 된다고 본다. 왜냐하면, 시장지배적인 사업자는 시장에서 외부 혁신자의 혁신을 통하여 달성하려는 수익을 빼앗아 시장 내에 혁신에 대한 유인을 줄일 수 있기 때문이다. 가상의 예를 들어 보자면, 이미 유선전화 시장에서 시장지배적인 사업자가 있다고 한다면, 이러한 유선전화 시장에서의 시장지배적인 사업자에게는 완전히 경쟁을 없애는 것보다는 경우에 따라서는 소규모의 사실상 경쟁이 될 수 없는 추종자를 거느리고 있는

시장을 유지하면서, 통화품질 등의 개선을 통하여 지속적으로 유선전화 시장을 지키면서, 오히려 혁신적인 기술을 통하여 유선전화 시장 자체를 위협할 수 있는 새로운 기술을 사장시키는 것이 최적의 전략이 될 수 있기 때문이다. 이와 같은 경우에는 정부의 개입 내지 시정조치가 시장에서의 혁신동기를 유지하도록 할 수 있는 방안이 될 수 있을 것이라고 판단되는 것이다.

2. 시장지배적 사업자의 기술혁신 유인과 혁신의 속도

다만, 위의 가상적인 사례는 다른 관점에서 다른 시사를 주는데 그것은 위의 통신사업자는 잠재적인 위협이 될 수 있는 혁신적인 기술들을 사전에 선취하여(preemption) 그러한 선취적인 활동을 통하여 사전에 시장진입을 일부라도 하여 둔다는 관점에서는 혁신을 할 필요가 있을 수 있다. 그런 의미에서 정도의 문제이지 시장지배적 사업자라고 하여도 기술혁신의 유인은 잠재적인 경쟁자의 출현 가능성으로 인하여 여전히 존재한다고 할 것이다. 만일 이러한 잠재적인 경쟁의 출현가능성이 없다면 무한대로 가격을 끌어올릴 수 있는 정도의 시장점유율을 가지고 있는 사실상의 독점적인 지위에 있는 사업자도 어느 정도의 가격제약을 받고 아울러 지속적인 기술개선 내지 기술혁신을 진행하는 것은 기술혁신의 유인이 존재하는 것을 반증하는 것이라고 할 것이다. 다만 기술혁신은 점차 기술의 성숙도가 증가할수록 기술 그 자체의 복잡성에 의하여 새로운 패러다임이 들어오는 기술혁신이 아닌 기술개선의 경우로 귀결되면서 점차적으로 복잡성의 증가로 인한 혁신 내지 개선의 속도가 느려지게 되고, 혁신적인 내용이 통합되면서 서로의 유기적인 인터페이스 문제로 인하여 또 다른 지연을 가지고 올 수 있다. 예를 들어 윈도우의 경우를 보면 그 프로그램을 구성하는 라인의 수는 점차적인 프로그램의 복잡성과 윈도우95, 98, XP로의 진행 과정에서의 상호연동성의 확보를 위한 필요에 의하여 점차 그 행의 수가 기하급수적으로 증가하고 개발기간과 소요되는 자원의 량이 급증하게 되는 것처럼 기술 자체에 내재하는 문제로 인하여 혁신의 속도가 늦어질 수 있다.

V. 기술혁신과 시장지배적 사업자에 대한 규율

1. 시장지배적 사업자의 특별한 책임

가. 유럽공동체 결정과 특별한 책임

2004년 3월 24일 유럽공동체는 1998년 12월 선마이크로시스템과 다른 미국 회사들의 제소를 통하여 시작된 후 5년간의 마이크로소프트에 대한 조사가 진행된 사안을 마무리 하면서,

마이크로소프트에 대하여 4억 9천 7백만 유로의 벌금 등을 부과하는 결론을 내렸다. 위원장 마리오 몬티는 '시장지배적 사업자는 그들이 사업을 영위하면서, 경쟁을 제한하거나, 소비자의 후생을 해치거나, 혁신을 제약하는 행동을 하지 아니할 특별한 책임을 부담한다. 오늘의 결정은 강력한 시장지배적 사업자의 향후 시장에서의 준칙을 명확하게 제시하기 위한 것이다' 라고 하면서,⁵⁾ 윈도우 미디어 플레이어와 결합판매를 하는 등의 방식으로 마이크로소프트가 유명한 유럽공동체조약 제82조 위반을 하여 시장지배적 지위 남용(abuse of dominant market position)이 있었음을 인정하였다.

나. 검토 : 기술혁신과 시장지배적 사업자의 책임

시장지배적 사업자는 시장 내의 기술혁신 동기에 대하여 가장 커다란 영향력을 행사하고 있다. 이러한 시장지배적 사업자는 기술혁신의 관점에서 선도적인 지위에 있을 수 있고, 시장에서의 추가적인 기술혁신을 제약하는 지위에 있을 수 있다. 다만 어느 경우이든 시장에서 특허권 등에 의하여 보호되는 지적재산권의 보호를 받는다고 하여 특별한 책임이라고 개념지을 새로운 무언가가 발생하지는 않는다고 보는 견해가 있을 수 있다. 또 만일 시장지배적 사업자에게 특별한 책임(special responsibility)이 존재한다면 그것의 실체는 무엇이고, 누구에 대한 특별한 책임인지에 대해서도 논란이 있을 수 있다. 다만, 특수한 경우 시장의 특성상 시장에서의 시장참여자의 수가 중요한 것이 아니라, 같은 수의 시장참여자가 있다고 하더라도 그 시장 내의 지형이 어떤가에 따라서 시장 내의 선도적 사업자의 지배력은 다르게 될 것이고, 이러한 지배력의 정도에 따라서 특별한 책임을 인정하여야 할 필요가 인정될 수 있는 근거가 발견될 수 있을 것이고, 이러한 책임은 전체적인 사회후생에 저해가 되지 않도록 사업을 영위할, 다시 말하여 혁신을 저해하여 사회의 동태적인 추동력을 저해하지 않도록 할 책임을 부담하고 있다고 볼 수 있을 것이다.

2. 근거법령의 관계

우리의 경우 시장지배적 지위 남용에 대해서는 독점규제및공정거래에관한법률 제23조와 제3조의 2의 적용이 서로 경합적으로 적용될 수 있는 것으로 보인다. 이 두 개의 조문은 제23조

5) 이러한 언급은 미국에서의 사건에서는 찾아볼 수 없는 것이다. 주지하는 것과 같이 미국과 유럽공동체는 경쟁법의 적용과 집행에 있어 여러 가지 차이를 찾아볼 수 있는 바, 예를 들어 시장지배적 남용행위에 대한 제재에 있어서도 대조적인 입장을 보인다. 미국은 시장지배적 사업자의 남용행위에 대한 제재에 있어서 소극적인 입장을 보이고 있고, 단독 기업행위의 경우 경쟁제한적 효과와 경쟁촉진적 효과 모두를 가지고 있다고 보는 등 제한적인 입장이지만 유럽공동체의 경우에는 단독기업행위라고 하여 달리 볼 것이 아니라는 입장을 취한다(이석준, "시장지배적 지위 남용에 대한 OECD 논의동향 및 시사점", 경쟁저널 2006.6월·7월호, 24-25면).

의 경우 불공정거래관행(unfair business practices)에 기초한 것으로 계약법적 접근이 이루어지게 되는 것인데 반하여 제3조의 2의 경우에는 시장지배적 지위 남용으로 인하여 다른 경쟁자들에 대하여 잔여경쟁(remaining competition)에 대한 반경쟁적 행위를 규제하는 것이 이 조문의 목적이 될 것인바, 그 요건과 제약의 정도에 있어서는 후자가 더 제약적이라고 할 것이다. 우리의 실무관행은 종래 제23조의 적용이 주된 적용법조가 되었으나 향후 둘의 관계에서 경합적인 적용이 이루어진다면 요건이 구비되는 범위에서 제3조의 2는 법조 경합 중 특별법 관계에 있는 것으로 제3조의 2만이 적용된다고 보는 것이 타당할 것이다. 다만 이와 같은 경우에도 여전히 세부적인 가이드라인의 제정을 통한 구체적인 적용에 있어서의 명확성 내지 예견가능성의 확보가 정비가 필요한 주요이슈가 될 것이다.

3. 결론적 첨언

이 글에서 논의한 내용은 매우 기초적인 논의의 전개에 불과하다. 추가적인 논의가 전개되도록 하기 위한 단초를 제공하는 것에서 그치는 매우 출발선 상의 논의로 향후 발전적인 논의가 전개될 것이다. **경쟁저널**