

Discussion on
"Compulsory Licensing as an Antitrust Remedy"
by Jay Pil Choi

Kiho Yoon
Department of Economics, Korea University

- 이 논문은 지적재산의 강제실시를 필수설비 제공의 관점에서 접근하고 있음
- 필수설비이론의 장단점을 소개한 후, 소프트웨어산업 및 상호운용성 (interoperability) 측면에 초점을 맞추어 논의 전개
- 전반적인 논조는 필수설비이론에 기초한 경쟁법 집행에 매우 신중해야 한다는 것이고, 소프트웨어 산업처럼 혁신이 중요한 동태적인 산업에서는 더욱 신중해야 한다는 것
- 이러한 전반적인 논조에 토론자도 동의하며, 아마도 대부분의 법학자와 경제학자들이 필수설비이론의 적용에 신중해야 한다는 점에는 동의할 것임
- 사실 과거 대부분의 사건은 필수설비이론의 적용 없이도 경쟁제한효과를 입증할 수 있는 것들이라고 할 수 있음
- 즉, 경쟁법에서 필수설비이론은 특정 사건/행위의 반경쟁성을 입증하는 데에 불필요한 논의일 수 있음 (Hovencamp, "Federal Antitrust Policy")
 - 예를 들어, Terminal Road 사건 및 Aspen Skiing 사건은 공동행위로 인한 소비자 피해를 입증할 수 있을 것이고,
 - Microsoft 사건 등 몇몇 사건들은 일반적인 거래거절(refusal to deal) 행위로 파악할 수 있을 것임

- 필수설비이론은 과거 자연독점 등으로 인해 정부가 인위적으로 독점을 허용한 규제산업에서 많이 논의되어 왔음
- 이들 산업에서 필수설비이론의 목표는 경쟁촉진(promotion of competition)이라고 할 수 있음
 - 즉, Rationale for the essential facilities doctrine is the promotion of competition.
- 경쟁법에서는 경쟁의 보호(preservation of competition)가 목표가 될 것인데, 규제산업에서는 시장지배력이 정부 개입에 의해 형성된 반면 일반적인 산업에서는 우수한 제품이나 사업 수완, 또는 역사적인 우연에 의해 획득되었을 가능성이 크기 때문에 필수설비이론을 적용하는 것에 매우 신중하여야 할 것임
- 그럼에도 불구하고, 시장지배력을 가진 기업이 자신이 보유하고 있는 자산을 다른 기업에게 제공하기를 거부하는 경우 반경쟁효과가 발생할 수 있으므로 이에 대한 개입이 필요한 경우가 반드시 있음
- 한편, 제공대상 설비/자산이 ‘보유기업이 시장지배력을 가지고 있는 시장’에서의 활동에 필요한 것인지, 아니면 ‘인접시장 또는 수직적 관계에 있는 시장’에서의 활동에 필요한 것인지 여부를 구분하는 것이 중요하다고 판단됨
- Terminal Road 사건이나 Aspen Skiing 사건은 수평적 관계에 있는 기업의 활동을 방해하고자 하는 의도를 가지고 설비제공을 거부한 경우인데 비해, Microsoft 사건이나 Qualcomm 사건에서의 설비/자산 제공거부행위는 수직적 관계에 있는 기업의 활동에 제약을 가하는 경우임
- 수평적 관계에 있는 기업에게 설비제공을 거부하는 행위는, 그것이 담합 등에 의한 것이 아니고 또한 규제산업이 아니라면, 경쟁당국의 개입이 매우 매우 신중하게 이루어져야 된다고 생각됨
 - 설비보유기업이 투자나 혁신 등에 의해 얻게 된 중요한 자산을 수평관계에 있는 경쟁자가 사용할 수 있도록 강제할 경우, 경제의 동태적 효율성에 심각한 악영향을 미칠 수 있음

- 그러나, 수직적 관계에 있는 기업에게 설비제공을 거부하는 행위에 대해서는 보다 더 의심스러운 눈초리(skeptical view)를 가져야 함
- 설비/자산을 가진 시장지배적 사업자 입장에서 하류 기업들이 자신의 설비를 이용하여 다양한 창의적인 제품을 생산할수록 설비의 독점적 보유로 인한 상류 부문에서의 이윤이 증가할 가능성이 커지는데, 그럼에도 불구하고 설비 제공을 거부하는 경우에 가장 먼저 생각할 수 있는 이유는 하류 시장에 대한 독점화(monopolization) 의도임
- 물론, 수직적 관계에서 프랜차이즈 경우처럼 적정한 수준을 넘어서는 수의 하류기업에게 설비/자산을 제공하면 하류시장에서의 경쟁으로 인해 상류기업의 이윤이 감소하는 현상이 발생할 수도 있기 때문에, 독점화 의도에 대해서는 보다 자세한 분석이 요구됨
- 그럼에도 불구하고, 시장지배적 기업이 다른 어떤 하류기업에게도 설비제공을 하지 않는 경우는 독점화 의도가 비교적 명백하다고 판단되며, 이러한 행위는 단기적으로 소비자 후생을 감소시킬 뿐만 아니라 하류기업들이 창의적인 제품을 생산할 수 있는 환경을 봉쇄함으로써, 특히 혁신이 중요한 소프트웨어 산업 등 동태적인 산업에서는, 장기적으로도 경제에 해를 끼친다고 할 수 있음
- 이제 소프트웨어 산업과 관련한 논문의 내용에 대해서: 이러한 사건에서 시장지배적 사업자는 대체로 API를 분리해서 관련 정보를 제공하는 것이 기술적으로 불가능하다고 주장하는데, 사후적으로 보면 항상 API를 분리해서 제공하는 데에 큰 문제가 없었음
 - 기술적인 측면에 대해서는 문외한이어서 언급할 의사도 능력도 없지만,
 - 최근 Qualcomm이 ADSP 인터페이스 정보를 공개하기로 결정한 경우를 보아도 이러한 권장할만한 행위가 기술적으로도 충분히 가능한 것으로 보이며, 향후에도 다른 기업에 의한 다른 API 정보공개도 기술적으로 가능할 것으로 보임

- 논문은 또한 공개된 정보의 사용을 지역적으로 제한하는 것이 어려우며, 따라서 소국(small country)의 경쟁당국이 이러한 요구를 할 경우 전세계에서 사업을 영위하는 시장지배적 기업이 아예 그 시장에서 철수할 수도 있음을 강조하고 있음
- 정보의 제한은 분명 매우 어려운 문제임이 틀림없으나, API 정보를 관련 국가의 관련 기업에 한해 공개하고 더 이상의 정보 확산을 금지하는 조건을 다는 것이 불가능한 것은 아님: 정보를 제공받은 기업이 이러한 제한 조건을 어기고 다른 국가에서 동일 정보를 이용하여 사업을 한다면 이는 계약 위반에 관한 것으로 또 다른 문제임
- 설비/자산/정보 제공의 대가, 즉 논문에서 access fee의 결정 문제도 매우 어려운 문제이며, 경쟁당국이 이 문제에 대처할 수 있는 충분한 역량을 가지고 있다고 생각하는 어려움
- 논문에서 주장하고 있는 것처럼 최적 대가 내지 접속료에 대해 경제학자 간 완전한 합의가 이루어지지 않은 것은 사실이나, 현실적으로 대부분의 국가에서 접속료는 비용에 기반하여 책정되고 있음
 - 우리나라 통신산업에서 접속료는 장기증분비용에 기반하여 책정되고 있으며, 즉 cost-plus 방식으로 책정되고 있으며,
 - 최근 MVNO의 경우 도매제공대가는 소매가격 기준 차감방식, 즉 retail-minus 방식으로 책정되도록 되어 있음
- 소프트웨어 산업의 경우 초기 개발비용이 크고 한계비용이 거의 없기 때문에 비용 계산이 당연히 어려우나, 사실상 통신산업도 유사한 비용구조를 가지고 있으며 그럼에도 불구하고 통신산업에서는 비용 측정을 해오고 있음
- 결론적으로, 논문이 지적하고 있는 바와 같이 기업의 고유 설비 및 정보에 대한 경쟁당국의 개입은 매우 신중해야 한다는 점에 대해서는 공감하며, 그럼에도 불구하고 독점화 의도가 존재하고 경쟁제한 효과를 초래하는 설비제공 거부행위는 충분히 식별될 수 있고 또한 반드시 시정되어야 하고 시정될 수 있다는 점을 강조하면서 논의를 마침