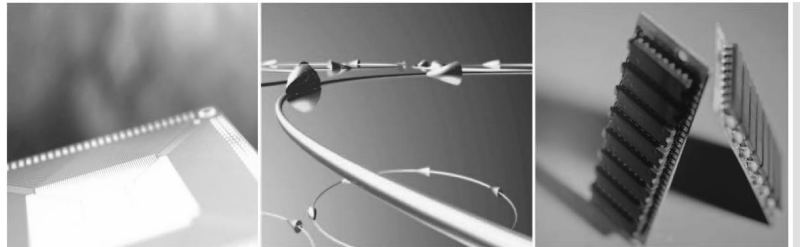


KISDI 이슈리포트

소프트웨어시장과 공정경쟁

2004. 6. 14
이철남 · 이범룡

Korea Information Strategy Development Institute



요약

- 1 | 서론
- 2 | 독점규제법 개관
- 3 | MS의 불공정행위 관련 사례분석 및 주요 쟁점
- 4 | 결론 및 시사점



정보통신정책연구원
KOREA INFORMATION STRATEGY DEVELOPMENT INSTITUTE

이철남

- seabird33@kisdi.re.kr, 02-570-4313
- 고려대학교 법학과 졸업
- 고려대학교 대학원 법학과 졸업(법학 석사)
- 한국방송통신대학교 컴퓨터학과 졸업
- 한국전자통신연구원 연구원
- 전자상거래표준화통합포럼 선임연구원
- 현 정보통신정책연구원 미래한국연구실 주임연구원

이범룡

- yi9581@kisdi.re.kr, 02-570-4307
- 숭실대학교 법학 학사
- 숭실대학교 법학 석사
- 현 정보통신정책연구원 미래한국연구실 연구원

* 본고의 전체적인 구성 및 방향에 관해 많은 조언을 주시고, 또한 구체적인 내용에 대해서도 좋은 코멘트를 해주신 미래한국연구실 손상영 박사님께 깊은 감사를 드립니다.

◆ 본글의 내용은 필자의 개인적 견해로서 정보통신정책연구원의 공식입장과는 무관합니다. ◆

요 약

- 최근 EU위원회는 마이크로소프트사가 경쟁기업에 대해 통신프로토콜에 관한 호환성 정보의 제공을 거부한 행위 및 윈도우 미디어 플레이어를 윈도우 운영체제에 끼워 판 행위를 EU 경쟁법 위반으로 판단하는 한편 이를 시정하기 위한 조치를 명령하였는데, 몇 년 전 미국에서 웹 브라우저 및 자바기술과 관련하여 마이크로소프트와 경쟁정책당국사이에서 벌어졌었던 소송사례와 비슷한 쟁점들이 존재함
- 비교적 오랜 역사를 지닌 타 산업에서의 경쟁정책수단을 소프트웨어시장에 그대로 적용할 것인지의 여부에 대해, 규모의 경제 및 네트워크 효과에 의해 독점이 강하게 나타나고 있는 측면을 강조하여 보다 강한 규제가 필요하다는 주장이 있는 반면, 소프트웨어의 기술혁신이 빠르고 상품의 생명주기가 짧아 언제든지 새로운 기업이 시장에 진출하여 경쟁이 발생할 것이기 때문에 전통적인 경쟁정책의 적용이 타당하지 않다는 주장이 존재
- 본고는 EU 및 미국의 사례를 전통적인 경쟁정책 수단이 소프트웨어시장에 어느 정도 적용 가능한지 살펴보고자 함
- 제2장에서는 우리나라 경쟁정책의 기본규범이라고 할 수 있는 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 중 특히 MS의 불공정행위와 관련이 있는 '시장지배적지위의 남용'에 대해 동법 시행령 및 관련 고시를 기준으로 대략 살펴봄
- 제3장에서는 웹 브라우저, 자바기술과 관련하여 다양하게 전개된 MS의 불공정행위에 대해 미국 법무부 및 각 주가 제기한 반독점소송, 그리고 워크그룹서버 및 윈도우미디어플레이어와 관련하여 EU위원회가 MS에게 내린 결정과 관련하여, 각 소송의 경과 및 주요 쟁점, 관할 기구의 판단 및 구제수단에 대해 설명

- 제4장에서는 3장의 사례가 제기하고 있는 정책적 시사점을, 기존 정책수단의 적용문제와 관련하여, 그리고 소프트웨어시장의 특성을 고려한 정책수단의 개선과 관련하여 필자의 의견을 제안하고자 함

I. 서론

- 최근 EU위원회(Commission of The European Communities)는 마이크로소프트사(이하 MS)가 경쟁기업에 대해 통신프로토콜에 관한 호환성 정보의 제공을 거부한 행위 및 윈도우미디어플레이어(Window Media Player; 이하 WMP)를 윈도우 운영체제에 끼워 판 행위를 EU 경쟁법 위반으로 판단하고, 그에 따른 구제조치로서 관련 정보를 제공할 것과 WMP를 포함하지 않은 윈도우 운영체제를 공급할 것을 명령하고, 이와 함께 벌금을 부과하는 결정을 내림
 - 미국에서는 1990년대 후반부터 MS와 법무부간 불공정행위와 관련된 분쟁이 본격적으로 시작되었고, 1998년 법무부와 여러 주정부가 MS를 상대로 반독점 소송을 제기한 후, 2000년 연방지방법원이 PC 운영체제에서의 불법적인 독점유지행위 등에 대해 MS의 책임을 인정하였으며, 연방항소법원의 판단과 몇 차례의 청문회를 거쳐 2002년 11월 연방지방법원은 MS의 여러 가지 불법적인 행위를 금지하는 최종판결을 내림
- 비교적 오랜 역사를 지닌 타 산업에서의 경쟁정책수단을 소프트웨어시장에 그대로 적용할 것인지의 여부와 관련하여, 규모의 경제¹⁾ 및 네트워크 효과²⁾에 의해 독점이 강하게 나타나고 있는 측면을 강조하여 보다 강한 규제가 필요하다는 주장이 있는 반면, 소프트웨어의 기술혁신이 빠르고 상품의 생명주기가 짧아 언제든지 새로운 기업이 시장에 진출하여 경쟁이 발생할 것이기 때문에 전통적인 경쟁정책의 적용이 타당하지 않다는 주장이 존재하고 있는 가운데, 본

1) 소프트웨어의 경우 초기 개발비용은 많이 들지만, 일단 제품이 완성된 이후에는 저렴한 복제비용 때문에 수확체증의 법칙(increasing returns to scale)에 의한 규모의 경제가 잘 나타난다.

2) 어느 상품이 다른 상품과 연결되어 네트워크의 일부로서 쓰이는 결과 이에 대한 소비자의 가치평가가 그 네트워크의 크기, 즉 이용자 수에 의해 영향을 받는 것을 말한다. 소프트웨어시장의 경우 해당 소프트웨어와 보완적인 관계에 있는 상품(하드웨어, 운영체제, 응용소프트웨어 등)과의 관계에서도 네트워크 효과가 나타나게 되는데, 이를 간접 또는 2차적 네트워크 효과라고 한다. 정찬모 외(1999)

고는 EU 및 미국의 사례를 전통적인 경쟁정책 수단이 소프트웨어시장에 어느 정도 적용가능한지 살펴보고자 함

- 필자는 소프트웨어시장의 몇몇 특성에도 불구하고 경쟁사업자의 방해, 신규진입의 차단 등 전통적인 불공정행위에 대해서는 이미 확립되어 있는 규칙 및 기타 정책수단에 의한 규제가 필요하다고 봄
 - 나아가 진입장벽을 낮추어 적절한 경쟁을 유지하기 위해서는, 특히 비슷한 특성을 지니고 있는 통신시장의 경쟁정책을 참고하여, 소프트웨어시장의 특수성을 반영한 보다 상세한 정책기준을 제도화할 필요성이 있음을 주장하나, 구체적인 내용에 대해서는 보다 많은 논의가 필요함

- 본고의 구성은 다음과 같음
 - 제2장에서는 우리나라 경쟁정책의 기본규범이라고 할 수 있는 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」(이하 독점규제법) 중 특히 MS의 불공정행위와 관련이 있는 ‘시장지배적지위의 남용’에 대해 동법 시행령 및 관련 고시를 기준으로 대략 살펴봄
 - 제3장에서는 웹 브라우저, 자바기술과 관련하여 다양하게 전개된 MS의 불공정행위에 대해 미국 법무부 및 각 주가 제기한 반독점소송, 그리고 워크그룹 서버(Work Group Server) 및 WMP와 관련하여 EU위원회가 MS에게 내린 결정과 관련하여, 각 소송의 경과 및 주요 쟁점, 관할기구의 판단 및 구제수단에 대해 설명
 - 제4장에서는 3장의 사례가 제기하고 있는 정책적 시사점을, 기존 정책수단의 적용문제와 관련해서, 그리고 소프트웨어시장의 특성을 고려한 정책수단의 개선과 관련하여 필자의 의견을 제안하고자 함

II. 독점규제법 개관

1. 독점규제법상의 불공정경쟁과 시장지배적지위의 남용

- 우리나라에서 소프트웨어시장의 공정경쟁에 관한 특별법이 별도로 제정되어 있지 않기 때문에 공정경쟁에 관한 일반법인 독점규제법이 적용됨
 - 현행 우리나라 독점규제법은 시장지배적지위의 남용금지, 기업결합의 제한 및 경제력 집중의 억제, 부당한 공동행위의 제한, 불공정 거래행위의 금지, 기타 사업자단체 등에 대해 규정하고 있음
 - 소프트웨어시장에서 공정경쟁과 관련하여 문제되었던 사례는 주로 시장지배적지위의 남용행위에 관한 것이기 때문에 이를 위주로 살펴보고자 함³⁾
- 관련시장의 확정
 - 시장지배적지위의 남용행위를 판단하기 위해서는 우선 관련시장의 확정이 필요한데, 독점규제법상 관련시장 즉 ‘일정한 거래분야’란 거래의 객체별·단계별 또는 지역별로 경쟁관계에 있거나 경쟁관계가 성립될 수 있는 거래분야를 말함
 - 중요한 것은 객체별 관련시장인데, 거래되는 특정 상품의 가격이 상당기간 어느 정도 의미 있는 수준으로 인상 또는 인하될 경우 동 상품의 구매자 또는 판매자가 이에 대응하여 구매 또는 판매를 전환할 수 있는 상품의 집합을 의미

3) 기타 문제되었던 사례는 기업결합으로 인한 경제력 집중의 경우를 들 수 있다. 최근 Oracle의 PeopleSoft사에 대한 인수시도와 관련하여, 미국 법무부와 오라클 사이에 관련 시장(기업용 소프트웨어: ERP 등)의 확정 및 경쟁에 미치는 영향에 대해 논란이 진행되고 있다. 법무부는 관련시장을 좁게 해석하여 SAP, Oracle, PeopleSoft만을 포함시키려 하고 있는 반면, Oracle은 이밖에 MS 등 기타의 소프트웨어 업체들도 포함시키는 등 시장을 넓게 해석하려 하고 있다. 미국 법무부는 지난 2월 연방법원에 이와 관련하여 소송을 제기하였다. REUTERS, “Oracle Says Antitrust Case Confusing”, Jun 1, 2004

- 공정거래위원회의 심사기준⁴⁾은 다음의 사항을 고려하여 판단할 것을 규정하고 있음
 - i) 상품이나 용역의 기능 및 효용의 유사성
 - ii) 구매자들의 대체가능성에 대한 인식 및 그와 관련한 구매행태
 - iii) 판매자들의 대체가능성에 대한 인식 및 그와 관련한 경영의사결정행태
 - iv) 통계법의 규정⁵⁾에 의해 통계청장이 고시하는 한국표준산업분류⁶⁾
 - 수요의 대체가능성에 대한 심사는 어떤 상품이 그 기능, 가격 및 특성상 수요자의 관점에서 보아 대체가능성이 있다고 인정할 수 있을 정도로 충분히 유사한지를 문제 삼는 반면, 공급의 대체가능성에 대한 심사는 특정한 용도에 관하여 수요의 대체성이 없는 상품을 공급하는 자가 대체상품을 공급하기 위하여 그 시설이나 설비를 전환할 수 있는지가 문제됨⁷⁾
 - 거래지역의 범위에 관해서는 다른 모든 지역에서의 가격은 일정하나 특정 지역에서만 상당기간 어느 정도 의미 있는 가격인상 또는 인하가 이루어질 경우 당해 지역의 대표적 구매자 또는 판매자가 이에 대응하여 구매 또는 판매를 전환할 수 있는 지역전체를 말함
- 시장지배적사업자
- 독점규제법상 ‘시장지배적사업자’는 일정한 거래분야의 공급자나 수요자로서 단독으로 또는 다른 사업자와 함께 상품이나 용역의 가격·수량·품질 기타의 거래조건을 결정·유지 또는 변경할 수 있는 시장지위를 가진 사업자를 말함

4) 시장지배적지위남용행위 심사기준(공정거래위원회 고시 제2002-6호)

5) 통계법 제17조(통계자료의 분류)

6) 한국표준산업분류는 사업체가 주로 수행하는 산업활동을 그 유사성에 따라 체계적으로 유형화한 것으로서 현행 산업분류는 UN 국제표준산업분류를 기초로 작성하여 2000년 1월 7일 고시(통계청 고시 2000-1호)한 것이다. 소프트웨어시장은 M 사업서비스업; 72 정보처리 및 기타 컴퓨터 운영 관련업; 722 소프트웨어 자문, 개발 및 공급업에 속한다.

7) 권오승(2002), p.148~149.

- 시장지배적사업자를 판단함에 있어서는 시장점유율⁸⁾, 진입장벽의 존재여부 및 정도⁹⁾, 경쟁사업자의 상대적 규모, 경쟁사업자간의 공동행위의 가능성, 유사품 및 인접시장의 존재, 시장봉쇄력, 자금력 등을 종합적으로 고려하여 판단¹⁰⁾

2. 시장지배적지위 남용행위의 유형

- 시장지배적지위의 남용과 관련하여, 현행 독점규제법 제3조의2에서는 가격의 부당한 결정·유지 또는 변경행위, 상품판매 또는 용역제공의 부당한 조절행위, 다른 사업자의 사업활동에 대한 부당한 방해, 새로운 경쟁사업자의 참가에 대한 부당한 방해, 경쟁사업자를 배제하기 위한 부당한 거래행위를 금지하고 있음
 - 독점규제법 제3조의2에서 규정하고 있는 내용이 포괄적이고 추상적이기 때문에, 동법 시행령 제5조(남용행위의 유형 또는 기준) 및 관련고시인 「시장지배적지위 남용행위심사기준」에서 보다 상세하게 규정하고 있음
- 가격의 부당한 결정·유지·변경행위
 - 정당한 이유없이 상품의 가격을 수급의 변동이나 공급에 필요한 비용의 변

8) 시장점유율은 시장지배력을 판단하는 가장 중요한 요소이며, 독점규제법은 다음과 같은 경우 해당 사업자를 시장지배적사업자로 추정한다.

- i) 1사업자의 시장점유율이 50% 이상
- ii) 3이하의 사업자의 시장점유율의 합이 75% 이상. 다만 이 경우 시장점유율이 10% 미만인 사업자는 제외

9) 진입장벽이 존재하지 않을 경우, 비록 시장점유율이 높은 경우일지라도 당해 시장에 대한 신규진입이 가까운 시일 내에 용이하게 이루어질 수 있는 경우 시장지배적사업자에 해당할 가능성이 낮아진다. 일반적으로 법적·제도적 장벽, 최소 자금규모, 특허권 등의 지적재산권의 존재여부, 유통계열화의 정도 및 판매망 구축비용, 수입의 비중 등이 진입장벽에 대한 판단자료로 활용된다.

10) 다만 일정한 거래분야에서 연간 매출액 또는 구매액이 10억원미만인 사업자는 제외한다(독점규제법 제2조 제7호 단서).

동에 비하여 현저하게 상승시키거나 근소하게 하락시키는 경우는 시장지배적지위의 남용행위에 해당

○ 상품판매의 부당한 조절행위

- 정당한 이유 없이 최근의 추세에 비추어 상품의 공급량을 현저히 감소시키거나, 유통단계에서 공급부족이 있음에도 불구하고 상품의 공급량을 감소시키는 경우가 시장지배적지위의 남용에 해당

○ 다른 사업자의 사업활동에 대한 부당한 방해행위

- 직접 또는 간접적으로 다음의 행위를 통해 다른 사업자의 사업활동을 어렵게 하는 경우에는 시장지배적지위의 남용에 해당

- i) 정당한 이유 없이 다른 사업자의 생산활동에 필요한 원재료 구매를 방해하는 행위
- ii) 정상적인 관행에 비추어 과도한 경제상의 이익을 제공하거나 제공할 것을 약속하면서 다른 사업자의 사업활동에 필수적인 인력을 채용하는 행위
- iii) 정당한 이유없이 다른 사업자의 상품 또는 용역의 생산·공급·판매에 필수적인 요소의 사용 또는 접근을 거절·중단하거나 제한하는 행위¹¹⁾

11) 이는 '필수설비이론'을 규정한 것인데, 심사기준은 다음과 같은 부연 설명을 두고 있다.

- 「필수적인 요소(이하 "필수요소"라 한다)」라 함은 네트워크, 기간설비 등 유·무형의 요소를 포함하며, 다음 각호의 요건을 충족하여야 한다.

(가) 당해 요소를 사용하지 않고서는 상품이나 용역의 생산·공급 또는 판매가 사실상 불가능하여 일정한 거래분야에 참여할 수 없거나, 당해 거래분야에서 피할 수 없는 중대한 경쟁열위상태가 지속될 것

(나) 특정 사업자가 당해요소를 독점적으로 소유 또는 통제하고 있을 것

(다) 당해 요소를 사용하거나 이에 접근하려는 자가 당해 요소를 재생산하거나 다른 요소로 대체하는 것이 사실상·법률상 또는 경제적으로 불가능할 것

- 「거절·중단·제한하는 행위」라 함은 다음과 같은 경우를 포함하여 실질적으로 거절·중단·제한하거나 이와 동일한 결과를 발생시키는 행위를 말한다.

(가) 필수요소로의 접근이 사실상 또는 경제적으로 불가능할 정도의 부당한 가격이나 조건을 제시하는 경우

iv) 기타 부당한 방법으로 다른 사업자의 사업활동을 어렵게 하는 행위로서
공정거래위원회가 고시하는 행위¹²⁾

○ 새로운 경쟁사업자의 시장참가에 대한 부당한 방해행위

– 직접 또는 간접적으로 다음의 행위를 통해 새로운 경쟁사업자의 신규진입을
어렵게 하는 경우 시장지배적지위의 남용에 해당

i) 정당한 이유없이 거래하는 유통사업자와 배타적 거래계약을 체결하는 행위

ii) 정당한 이유없이 기존사업자의 지속적인 사업활동에 필요한 권리 등을
매입하는 행위

iii) 정당한 이유없이 새로운 경쟁사업자의 상품 또는 용역의 생산·공급·판
매에 필수적인 요소의 사용 또는 접근을 거절하거나 제한하는 행위

(나) 필수요소를 사용하고 있는 기존 사용자에 비해 현저하게 差別的인 가격이나 배타조건, 끼워팔
기 등 불공정한 조건을 제시하는 경우

○ 「정당한 이유」가 있는지를 판단함에 있어서는 다음 경우에 해당하는지 여부 등을 고려한다.

(가) 필수요소를 제공하는 사업자의 투자에 대한 정당한 보상이 현저히 저해되는 경우. 다만, 경쟁
의 확대로 인한 이익의 감소는 정당한 보상의 저해로 보지 아니한다.

(나) 기존 사용자에 대한 제공량을 현저히 감소시키지 않고서는 필수요소의 제공이 불가능한 경우

(다) 필수요소를 제공함으로써 기존에 제공되고 있는 서비스의 질이 현저히 저하될 우려가 있는
경우

(라) 기술표준에의 불합치 등으로 인해 필수요소를 제공하는 것이 기술적으로 불가능한 경우

(마) 서비스 이용고객의 생명 또는 신체상의 안전에 위험을 초래할 우려가 있는 경우

12) 고시에 규정되어 있는 구체적인 행위는 다음과 같다.

(1) 부당하게 특정사업자에 대하여 거래를 거절하거나 거래하는 상품 또는 용역의 수량이나 내용을
현저히 제한하는 행위

(2) 거래상대방에게 정상적인 거래관행에 비추어 타당성이 없는 조건을 제시하거나 가격 또는 거래조
건을 부당하게 차별하는 행위

(3) 부당하게 거래상대방에게 불이익이 되는 거래 또는 행위를 강제하는 행위

(4) 거래상대방에게 사업자금을 대여한 후 정당한 이유없이 대여자금을 일시에 회수하는 행위

(5) 다른 사업자의 지속적인 사업활동에 필요한 소정의 절차(관계기관 또는 단체의 허가, 추천 등)의
이행을 부당한 방법으로 어렵게 하는 행위

(6) 다른 사업자의 행위가 자기의 특허권을 침해하지 않는다는 사실을 알면서도 다른 사업자의 경쟁
능력을 침해하기 위하여 다른 사업자를 상대로 특허권침해의 소송을 제기하는 행위

iv) 기타 새로운 경쟁사업자의 신규진입을 어렵게 하는 행위로서 공정거래위원회의 고시하는 행위¹³⁾

○ 경쟁사업자를 배제하기 위한 부당한 거래행위

- 부당하게 상품을 통상거래가격에 비해 낮은 대가로 공급하거나 높은 대가로 구입하여 경쟁사업자를 배제시킬 우려가 있거나, 부당하게 거래상대방이 경쟁사업자와 거래하지 아니할 것을 조건으로 그 거래상대방과 거래하는 경우는 시장지배적지위의 남용에 해당

○ 기타: 결합판매

- 독점규제법상 금지되는 결합판매 또는 '끼워팔기'는 거래상대방에 대하여 자기의 상품 또는 용역을 공급하면서 정상적인 거래관행에 비추어 부당하게 다른 상품 또는 용역을 자기 또는 자기가 지정하는 사업자로부터 구입하도록 하는 행위를 말함¹⁴⁾
- 원칙적으로 거래상대방이 자유로운 의사에 따라 하나의 거래단위로 선택하는 것은 자유롭지만, 독과점사업자나 우월적 지위에 있는 사업자에 의해 행해짐으로써 경쟁을 감소시키고, 거래상대방의 자유를 제한하는 경우 경쟁제한성이 인정되어 금지되는 것임¹⁵⁾

13) 고시에 규정되어 있는 구체적인 행위는 다음과 같다.

- (1) 정당한 이유없이 신규진입 사업자와 거래하거나 거래하고자 하는 사업자에 대하여 상품의 판매 또는 구매를 거절하거나 감축하는 행위
- (2) 경쟁사업자의 신규진입에 필요한 소정의 절차(관계기관 또는 단체의 허가, 추천 등)의 이행을 부당한 방법으로 어렵게 하는 행위
- (3) 당해 상품의 생산에 필수적인 원재료(부품, 부자재 포함)의 수급을 부당하게 조절함으로써 경쟁사업자의 신규진입을 어렵게 하는 행위

14) 독점규제법 제36조제1항 관련 불공정거래행위의 유형 및 기준

15) 권오승(2002), p.327

Ⅲ. MS의 불공정행위 관련 사례분석 및 주요 쟁점

1. 미국에서의 사례

가. 소송의 경과¹⁶⁾

- 1994년 미 법무부는 PC 시장에서 MS가 자사의 운영체제인 DOS 및 윈도우즈 3.1 프로그램의 라이선스와 관련하여 PC제조업체들에게 인터넷 익스플로러(이하 익스플로러)를 끼워 팔도록 하고 타사의 인터넷 검색프로그램을 취급하지 않도록 강요함으로써, 개인용 컴퓨터의 운영체제시장에서 독점력을 행사하였고, 이는 셔먼법 제1조와 제2조 위반이라는 이유로 연방법원에 기소하였으나 이후 법무부는 MS측과 합의
- 1997년 10월 법무부는 MS가 윈도우즈95와 익스플로러를 판매 하면서 1995년의 동의판결을 위반하였다고 판단하고, 위반행위의 중지를 요청하는 소송을 다시 연방 지방방법원에 제기하였음
 - 1997년 12월 연방지방방법원은 최종적인 판결이 있을 때까지 MS는 윈도우즈95 및 그 후속품에 익스플로러를 내장하지 말도록 가처분 결정을 내렸으나, MS가 이에 대해 즉시 항소하였고, 1998년 6월 항소법원은 가처분 결정을 취소
- 1998년 5월 법무부와 20개 주정부는 MS를 상대로, PC용 운영체제 시장의 독점유지를 위한 여러 행위 및 인터넷 브라우저 시장의 독점화 시도행위가 셔먼법 제1조를 위반하였으며, 윈도우즈에 익스플로러를 불법적으로 끼워판매 행위가 셔먼법 제1조를 위반하였다는 이유로 소송을 제기함

16) 관련 소송의 경과에 관한 자세한 내용은 안일태 외(2001), p.156 이하 참조

- 이에 대해 연방지방법원은 1999년 11월 5일 사실심(Trial Findings Fact)을 확정하고 2000년 4월 이에 대한 법적판단(Conclusions of Law)을 내렸으며, 2000년 7월 MS를 운영체제와 응용프로그램관련 부분으로 분할할 것 등의 최종판결을 내림
 - 연방지방법원의 결정에 대해 MS는 항소하였으며, 항소법원은 셔먼법 제2조의 독점의 유지부분에 대한 MS의 책임을 인정하였으나, 독점화 시도 부분에 대해서는 취소를 결정하였고, 셔먼법 제1조 끼워팔기 혐의에 대해서는 MS가 윈도우즈에 익스플로러를 끼워팔 행위를 당연위법(per se illegal) 사항이 아닌 합리성 원칙(rule of reason)에 의해 다시 판단할 것을 요구
 - 연방지방법원으로 환송된 사건은 독점의 유지 혐의와 관련된 구제명령에 관한 절차가 심리되기 시작하였으나,¹⁷⁾ 법무부는 MS사와 동의판결에 합의
- 이하에서는 주요 쟁점, 지방법원 및 항소법원의 판단, 그리고 동의판결의 내용을 중심으로 살펴봄

나. OEM, IAP, ICP, ISV, 애플사와의 배타적 거래행위

- 개 요
- MS 이외에 웹 브라우저를 개발하여 배포하는 업체들은 OEM(Original Equipment Manufacturers)을 통하여 그들의 브라우저를 미리 PC에 설치하거나 인터넷 접속서비스제공자(Internet Access Provider: 이하 IAP)를 통해 배포할 수 있는데¹⁸⁾, MS는 OEM 및 IAP와의 계약을 통해 익스플로러 이외의 다른 브라우저가 배포되는 것을 차단시키는 한편, 인터넷콘텐츠

17) 다만 항소법원의 판결이후 19개의 주 원고들 중 New Mexico 주는 다른 주들과 별도로 소송의 합의를 함으로써 원고는 18개 주와 법무부로 변경되었다.

18) 하지만 웹 브라우저를 배포하는 가장 효율적인 방법은 윈도우즈와 함께 배포하는 방법이므로, 이러한 점에서 MS는 브라우저를 배포할 수 있는 가장 좋은 지위에 있는 것이다.

제공자(Internet Content Providers; 이하 ICP) 및 독립소프트웨어제작자(Independent Software Vendors; 이하 ISV)들과의 배타적인 계약을 통해 익스플로러를 보급하는데 주력함

○ OEM들과의 라이선스 계약

- 연방지방법원은 MS가 OEM과의 윈도우즈 라이선스 계약에서 i) 데스크탑의 아이콘(Icons), 폴더(folders), 또는 시작메뉴항목(start menu entries)의 제거를 금지하고, ii) 초기부팅순서(initial boot sequence)를 변경하지 못하게 하였으며, iii) 기타 윈도우 데스크탑의 외양을 변경하는 행위를 통제하는 등의 반경쟁적 행위를 통해 PC 운영체제시장에서의 독점을 유지하고자 하였다고 판단
- MS는 정당하게 취득한 지적재산권을 행사한 것이라고 항변하였으며, 특히 OEM들이 자신의 저작물인 윈도우즈를 “실질적으로 변경(substantial alteration)”하는 것을 막기 위한 조치라고 항변
- 항소법원은 OEM들이 자동적으로 별도의 인터페이스를 시작하도록 하는 것을 금지하는 조항만 제외하고, 나머지 사항들에 관한 지방법원의 판단을 인정하여 MS의 행위가 셔먼법 제2조에 위반되는 것이라고 결정

○ AOL 등 IAP들과의 배타적 거래

- 연방지방법원은 MS가 i) IAP에게 익스플로러를 무료로 제공하고, ii) 익스플로러를 사용하는 각 가입자들에 대해 IAP에게 보조금을 지급하였으며, iii) 익스플로러 접근 키트(Internet Explorer Access Kit)를 개발한 행위 및 iv) 이것을 IAP들에게 무료로 제공한 행위, 마지막으로 v) IAP가 익스플로러만을 장려하고 넷스케이프 Navigator의 사용을 특정 비율(대개 25%) 이내로 줄이는 것을 조건으로 윈도우 데스크탑에서 IAP들의 서비스에 쉽게 접근할 수 있도록 약정한 행위를 셔먼법이 금지하고 있는 배타적 거래에 해당한다고 판결
- 항소법원은 MS의 i)~iv)의 행위는 셔먼법 위반이 아니며, v)의 행위만

이 셔먼법 제2조를 위반한 것이라고 결정함

- ICP, ISV, 애플과의 배타적 거래
 - 연방지방법원은 MS가 웹사이트를 만드는 ICP들과 소프트웨어를 개발하는 ISV들에게 익스플로러를 무료로 사용하게 하는 등 다양한 유인을 제공한 행위, 그리고 Mac OS를 위한 윈도우오피스를 계속 제공하는 대가로 애플사로 하여금 익스플로러를 기본 브라우저로 하게 한 행위를 셔먼법 위반으로 판결함
 - 항소법원은 ICP들과의 계약이 경쟁에 어떠한 실질적인 영향을 미치는지를 원고가 증명하지 못했기 때문에 이 부분에 대해서는 MS의 책임을 물을 수 없다는 판결을 하였지만, 나머지 사안들에 대해서는 지방법원의 결정을 인정함

다. 자바기술의 보급에 대한 방해 행위

- 자바(Java) 기술은 Sun Microsystems사(이하 Sun)에 의해 개발된 기술로 응용소프트웨어를 위한 플랫폼 역할을 할 수 있는 일종의 미들웨어
 - 자바 기술은 i) 프로그래밍 언어, ii) 일정한 기능을 수행하는 프로그램들의 집합인 자바 클래스 라이브러리(java class libraries), iii) 개발자들에 의해 작성된 원시코드를 이진코드(bytecode)로 전환시키는 컴파일러(compiler), iv) 이진코드를 각 운영체제의 명령(instructions)으로 변환해주는 자바 가상머신(Java Virtual Machine; 이하 JVM)으로 구성
 - 자바 API를 호출하는 프로그램들은 자바 실행환경(runtime environment)¹⁹⁾을 갖춘 어떠한 기계에서도 작동할 수 있기 때문에 MS 윈도우즈가 가지는 응용프로그램 장벽을 제거할 가능성이 있음

19) 자바클래스 라이브러리 및 JVM을 가지고 있는 상황을 말한다.

- 자바가 가지는 잠재적인 위협에 대응하여 MS는 다음과 같은 불공정한 행위를 통해 윈도우즈의 독점을 유지하려 함
 - i) Sun으로부터 자바에 대한 라이선스를 취득하여, Sun이 개발한 JVM과 호환되지 않는 윈도우즈용 JVM을 개발하여 배포함
 - ii) 주요 메이저 소프트웨어 개발자들과 계약을 체결하여 MS의 JVM만을 기반으로 배타적으로 개발하도록 함
 - iii) 윈도우즈에 특화된 자바프로그램 개발도구(development tools)들을 Sun의 자바 표준과 호환되는 것처럼 속여서 소프트웨어 개발자들에게 배포함
 - iv) 인텔이 Sun의 표준과 호환되는 고성능 윈도우 JVM의 개발을 지원하는 것을 문제 삼아, MS는 경쟁사인 AMD를 지원하겠다고 인텔을 위협하여 자바를 지원하는 것을 포기하게 함

- 연방지방법원은 MS의 행위에 대해 셔먼법 제2조를 위반하는 것으로 판단하였으며, 연방항소법원도 동일하게 판단함

라. 윈도우즈와 익스플로러의 결합행위

- PC 운영체제 시장의 독점지위를 유지하기 위한 행위
 - 연방지방법원은 MS가 윈도우 운영체제와 웹 브라우저인 익스플로러를 통합하기 위한 다음과 같은 3가지 행위가 셔먼법 제2조를 위반하여 윈도우즈의 독점을 유지하기 위한 반경쟁적인 행위로 판단
 - i) 윈도우98 운영체제에서 익스플로러를 “프로그램 추가/삭제(Add/Remove)” 유틸리티로부터 배제시킨 행위
 - ii) 사용자가 익스플로러 이외의 다른 브라우저를 기본으로 설정해 두었는데, 특정 상황에서 익스플로러를 기본 브라우저로 설정하도록 윈도우즈를 설계한 행위
 - iii) 브라우저와 관련된 코드를 윈도우즈 관련 다른 코드와 뒤섞어 버림으로

써, 익스플로러를 포함한 파일들을 제거할 경우 운영체제가 제대로 작동하지 않도록 만든 행위

- MS는 첫 번째 행위에 대해서는 아무런 항변을 하지 않았고, 세 번째 행위와 관련해서는 브라우저와 운영체제를 통합함으로써 얻게 되는 효과에 관한 일반적인 주장만을 했을 뿐이었으나, 두 번째 행위에 대해서는 특정한 기술적인 이유를 제시하였음
- 항소법원은 두 번째 행위와 관련한 MS의 항변에 대해 원고측이 반대주장이나 반경쟁적인 효과의 우월함을 증명하지 않았기 때문에 두 번째 행위에 대해서는 MS의 책임을 묻기가 어렵다고 판단

○ 웹 브라우저 시장을 '독점하기 위한 시도'인가의 여부에 대한 판단

- 연방지방법원은 PC 운영체제 시장의 독점을 유지하려는 MS의 행위가, 한편으로는 브라우저 시장에서 독점적 지위를 획득하려는 시도이기 때문에, 셔먼법 제2조가 금지하고 있는 '독점의 시도(attempted monopolization)'에도 해당한다고 판단함
- 하지만 항소법원은 독점 시도에 해당하기 위해서는 원고측에서 관련시장을 확정²⁰⁾할 것과 진입장벽이 해당 시장을 보호하고 있음²¹⁾을 증명해야 하는데, 원고측이 제1심에서 뿐만 아니라 2심에서도 이러한 노력을 하지 않았기 때문에 지방법원에서 재심할 필요 없이 파기함

20) 지방법원은 사실판단(the Finding of Fact)에서, 인터넷 익스플로러와 윈도우즈가 별도의 상품인지 여부를 약간 언급하고 있다. 그에 의하면 웹 브라우저는 최종 사용자에게 웹상의 자료를 선택하고 가져오며 인식할 수 있는 기능을 제공해 주는데, 이러한 기능들은 운영체제가 제공하고 있는 기능들로부터 구별되는 것이라고 하고 있다. 한편 원고들은 끼워팔기(tying) 관련 청구에서 관련 시장에 대한 획정을 하고 있으나, 항소법원은 끼워팔기에서의 상품의 독립성에 대한 분석이 독점 시도에 대한 선례(Spectrum Sports 사례)가 요구하는 정의를 대체하지 못한다고 판단하였다.

21) 원고측은 네트워크 효과의 가능성이 있다는 점, 지방법원은 브라우저 소프트웨어에 대한 사적 기능(proprietary extension)의 추가 가능성을 언급하고 있으나, 항소법원은 이들 모두 가능성만을 언급하고 있을 뿐 불충분하다고 판단하였다.

○ ‘끼워 팔기’행위의 해당 여부

- 지방법원은 계약상 그리고 기술적으로 윈도우 운영체제에 익스플로러를 결합(bundling)한 행위²²⁾는 끼워팔기 약정(tying arrangement)에 해당하여 당연위법에 해당한다고 판단²³⁾
- MS는 당연위법원칙에 의해 상품의 독립성 여부를 판단할 경우 상품의 결합이 가져올 있는 긍정적 효과(예를 들어 상품의 배포 및 거래에 관한 비용을 줄일 수 있음)를 제대로 파악하지 못하며, 특히 운영체제와 브라우저의 공통된 코드를 함께 활용함으로써 갖게 되는 효과를 파악할 수 없다고 주장
- 연방항소법원은 특히 제3자의 응용프로그램을 위한 플랫폼 소프트웨어에 새로운 기능을 가진 소프트웨어를 기술적으로 결합시키는 것은 단순한 끼워팔기와는 다른 것이며, 따라서 원고측은 당연위법이 아닌 합리성의 원칙을 기준으로 다시 주장하여야 하며, 지방법원은 합리성의 원칙에 의해 다시 판단할 것을 요구

마. 최종동의판결의 내용²⁴⁾

○ OEM에 대한 보복 등의 금지

- MS는 OEM이 다음과 같은 행위를 하거나 계획하는 것에 대하여 상업적

22) 구체적으로 i) 윈도우 95 및 윈도우 98 라이선스들에게 동일 가격으로 익스플로러를 번들로 판매한 행위, ii) OEM들로 하여금 윈도우즈 데스크탑으로부터 익스플로러를 제거하지 못하게 한 행위, iii) 윈도우 98의 프로그램 추가/삭제 유틸리티에서 익스플로러를 제거하도록 설계한 행위, iv) 특정 상황에서 기본 웹 브라우저를 익스플로러로 변환되도록 설계한 행위의 4가지 행위인데, 이는 독점유지에 대한 판단부분과 대부분 중복된다. 원고측에서는 운영체제와 브라우저의 코드를 뒤섞은 행위에 대해서도 끼워팔기의 책임을 주장하였으나, 지방법원은 이를 포함시키지 않았다.

23) 미국 연방대법원은 끼워팔기(tying)를 전통적으로 셔먼법 제1조에 의한 당연위법사항으로 분류하였으며, 이에 따라 연방지방법원에서도 MS가 익스플로러를 윈도우 운영체제에 포함시킨 행위는 당연위법사항으로 판단한 것이다.

24) 소송의 진행과정에서 당사자였던 18개 주는 각각 뉴욕 그룹과 캘리포니아 그룹으로 분리되었으며, 그에 따라 동의판결도 나누어졌다. 하지만 내용이 크게 다르지 않기 때문에, 뉴욕 그룹의 내용을 중심으로 하였으며, 이것은 법무부 쪽 관련 동의판결의 내용과 동일하다.

관계(commercial relations)를 바꾸거나 새로운 비금전적 대가(non-monetary Consideration)를 유보하는 등의 형태로 보복하지 않아야 함²⁵⁾

- i) MS 플랫폼 소프트웨어와 경쟁하는 소프트웨어 또는 미들웨어를 배포하거나 개선시키는 제품 또는 서비스를 개발, 배포, 개선, 사용, 판매 또는 라이선싱하는 행위
- ii) PC에 윈도우즈 제품과 다른 운영체제를 동시에 채택하거나, 두가지 이상의 운영체제로 부팅하도록 하는 행위
- iii) 최종판결문의 내용을 준수하는 행위
 - OEM에 제공되는 윈도우즈의 라이선스는 통일된(uniform) 조건을 가진 통일 라이선스 규정을 따르는 것이어야 하며, MS는 원고 및 모든 OEM이 접근할 수 있는 웹사이트에 윈도우 운영체제 제품에 대해 적용될 로열티 계획을 공개하고 그에 따라 징수하여야 함²⁶⁾
 - MS는 OEM 라이선시가 데스크탑이나 시작 메뉴(Start menu), 또는 응용 프로그램에 대한 아이콘, 바로가기(shortcuts), 메뉴항목(menu entries)이

25) MS가 본 최종판결문과 모순되지 않는 라이선스 규정이나 지적재산권을 실행하는 것을 금지하는 것은 아니다. 하지만 MS는 윈도우 운영체제 제품에 대한 라이선스를 종료하기 위해서는 미리 해당 OEM에 대하여 라이선스 종료의 이유를 담은 서면통고와 함께 최소 30일 이상의 치유 기회를 부여하여야 한다. 다만 윈도우 운영체제 제품 라이선스 기간동안 2번 이상의 통고를 받은 OEM에 대해서는 통고를 할 필요가 없다. 또한 본 최종판결문의 어떠한 규정도 MS가 자사의 제품 또는 서비스를 개발, 배포, 개선, 라이선싱하는 OEM에 대하여 최고수준(absolute level) 또는 그에 상응하는 대가(consideration)를 제공하는 것을 금지하지는 않는다.

26) 하지만 다음과 같은 예외가 있다.

- (1) 다른 언어 버전에 대해 다른 로열티를 적용할 수 있다.
- (2) 어떤 운영체제 제품 또는 그러한 제품군 라이선스의 실제 수량(volume)에 근거한 합리적인 할인(volume discounts)을 적용할 수 있다.
- (3) 다음과 같은 조건을 만족할 경우 시장 개발(market development) 할당(allowances), 프로그램 또는 기타의 할인을 포함할 수 있다.
 - a. 그러한 할인은 모든 OEM에 대해 공통적으로 제공된다. 다만 라이선스 수량에 따라 1위부터 10위까지 적용되는 것과 11위부터 20위까지 적용되는 것에 차이를 둘 수 있다.
 - b. 그러한 할인은 객관적이고 증명가능한 기준에 따른 것이어야 한다.
 - c. 당해 최종판결문과 양립가능한 것이어야 한다.

존재하는 윈도우 운영체제 제품의 어떠한 부분에 MS 이외의 미들웨어 또는 이를 배포, 사용, 개선, 지원하는 제품이나 서비스에 대한 아이콘, 바로 가기, 메뉴항목을 설치 또는 디스플레이하거나, 사용자 인터페이스의 기능을 손상시키지 않는 범위에서 데스크탑 바로가기의 크기나 모양을 변경하여 다른 미들웨어를 배포하거나 장려하는 행위 등을 제한해서는 안됨

- ISV 및 IHV에 대한 보복의 금지
 - MS는 다음과 같은 사유로 ISV 또는 독립하드웨어판매업자(Independent Hardware Vendors: 이하 IHV)에게 보복하지 않아야 함
 - i) MS 플랫폼 소프트웨어와 경쟁하는 소프트웨어 또는 경쟁 소프트웨어 위에서 작동하는 소프트웨어를 개발, 사용, 배포, 개선, 지원하는 행위
 - ii) 최종판결문의 내용에 따른 행위
 - MS는 윈도우 운영체제 제품에 관한 계약에서 MS 플랫폼 소프트웨어와 경쟁하는 소프트웨어 또는 경쟁 소프트웨어 위에서 작동하는 소프트웨어를 개발, 사용, 배포, 개선하는 행위를 자제하는 ISV에게 어떠한 대가를 제공하는 것을 조건으로 하지 않아야 함

- 배타적 거래의 금지
 - MS는 다음과 같은 계약을 해서는 안됨
 - i) IAP, ICP, ISV, IHV, OEM이 MS 플랫폼 소프트웨어를 독점적으로 또는 고정비율로(in a fixed percentage) 배포, 프로모션, 사용, 지원하는 조건으로 대가를 부여하는 계약
 - ii) IAP, ICP가 MS 미들웨어와 경쟁하는 소프트웨어를 배포, 프로모션, 사용하는 것을 자제하는 조건으로 데스크탑이나 윈도우 운영체제 제품의 어떤 위치에 IAP, ICP의 위치(placement)를 주는 계약
 - 하지만 MS가 ISV, IHV, IAP, ICP, OEM과 새로운 제품, 기술, 서비스 또는 현재의 제품, 기술 또는 서비스에 실질적인 부가가치를 더하기 위한 선의의

공동개발 또는 공동서비스 제공 협정을 체결하는 것을 금지하지 않음²⁷⁾

- 미들웨어를 위한 API 및 서버와의 상호작용을 위한 통신프로토콜의 공개
 - 윈도우 XP Service Pack 1의 배포시 또는 당해 최종판결문을 법원에 제출한 후 12월 내에 MS는 ISV, IHV, IAP, ICP, OEM에게 윈도우 운영체제 제품과의 호환성을 목적으로 MS 개발자 네트워크(Microsoft Developer Network: MSDN) 또는 비슷한 메카니즘을 통해, 윈도우 운영체제 제품과 상호작용하기 위해 MS 미들웨어에 의해 사용되는 API(Application Program Interface) 및 관련 문서를 공개해야 함
 - 최종판결문이 법원에 제출된 후 9개월부터 MS는 윈도우 운영체제 제품과의 호환성 또는 통신을 목적으로 (i) 클라이언트 컴퓨터에 설치된 윈도우 운영체제 제품에 구현되어 있으며, (ii) MS 서버 운영체제 제품과 상호작용하거나 통신하기 위해 사용되는 통신프로토콜을 합리적이고 비차별적인 조건으로 제3자에게 공개해야 함

- 지적재산권에 대한 라이선스의 부여
 - MS는 최종판결문에서 명시적으로 제공되는 선택권의 행사를 위해 ISV, IHV, IAP, ICP, OEM에게 MS가 소유하거나 라이선스할 수 있는 지적재산

27) 2003년 MS와 AOL 타임위너는 소프트웨어 배포 및 디지털 미디어 분야에서 상호 협력한다는 포괄적인 내용의 협약을 체결하고 계약조건의 일부로 MS가 AOL 타임위너에 7억 5000만달러를 지급키로 하는 등의 합의를 하고 관련 소송을 종료하였다. 주요 내용은 다음과 같다(zdnet korea 참조).

- AOL은 MS의 미디어 9 소프트웨어에 대해 장기간의 비독점 라이선스를 획득한다.
- 두 회사는 디지털 콘텐츠의 저작권을 보호하면서 동시에 더욱 많은 사람들이 접할 수 있도록 하는 등 디지털 미디어의 도입을 확산시킬 수 있는 방안을 함께 연구할 예정이다. 그동안 독자적인 윈도우 미디어 포맷을 통해 디지털 미디어 파일을 암호화하고 보호하기 위해 많은 노력을 기울여온 MS 입장에서 이는 상당히 중요한 부분이다.
- 두 회사는 AOL과 MSN 메신저의 상호호환을 추진한다. MS가 지난 수년 동안 요청해온 사안이었는데, AOL은 자사의 수백만 회원들이 경쟁사 메신저를 이용하는 것에 대해 이번 계약 전까지 부정적인 입장을 견지했었다.

권에 대한 다음과 같은 라이선스를 부여하여야 함

- i) 로열티 또는 다른 금전적 대가를 포함한 모든 조건은 합리적이고 비차별적이어야 함
- ii) 그러한 라이선스의 범위는 ISV, IHV, IAP, ICP, OEM가 최종판결문에서 명시적으로 제공되는 선택권을 행사할 수 있도록 보장하는 범위에서 요구
- iii) ISV, IHV, IAP, ICP, OEM의 권리는 양도, 이전, 재라이선스할 수 없는 조건으로 부여할 수 있음
- iv) 라이선스의 모든 조건은 최종판결문의 명시적인 조건과 양립가능하여야 함

– 하지만 공개할 경우 복제방지, 암호/인증시스템 등을 위협하게 하는 등 일정한 경우에는 제3자에게 공개하거나 라이선스할 필요 없으며²⁸⁾, 라이선스를 부여하는 경우에도 일정한 조건을 부과할 수 있음²⁹⁾

28) MS는 다음과 같은 사항을 제3자에게 공개하거나 라이선스할 필요는 없음

i) 공개할 경우 복제방지(anti-piracy), 바이러스방지(anti-virus), 소프트웨어 라이선싱, DRM(Digital Right Management), 암호 또는 인증시스템, 인증 토큰 등의 특정 인스톨 또는 인스톨 그룹을 위협하게 하는 API 또는 문서 또는 통신프로토콜의 일부:

ii) 관할 정부 기관으로부터 공개하지 않도록 적법하게 지시받은 API, 인터페이스 또는 기타 정보

29) MS가 자사제품의 불법복제방지 시스템, 바이러스 방지기술, 라이선스 집행 메카니즘, 인증/권한부여 보안, 제3자 지적재산권 보호 메카니즘과 관련된 API, 문서, 통신프로토콜의 라이선스에서 라이선시에게 다음과 같은 조건을 부과할 수 있음

i) 소프트웨어 불법복제 또는 지적재산권의 고의침해 전과가 없을 것

ii) 관련(planned or shipping)제품에 대한 API, 문서, 통신 프로토콜에 대한 합리적인 영업상의 필요

iii) MS가 권한인증과 영업을 위해 확립한 합리적이고 객관적인 표준을 충족하도록 요구할 것

iv) API 또는 인터페이스의 사용을 위한 MS의 명세서와의 인증(verification) 및 요건충족여부(compliance)를 테스트하기 위해 자신의 비용으로 그러한 API, 문서, 통신프로토콜을 사용한 컴퓨터 프로그램을 MS가 승인한 제3자 인증(verification)을 제출할 것

2. EU에서의 사례

가. 소송의 경과

- 지난 1998년 12월 MS의 경쟁사인 Sun이 EU에 MS가 데스크탑 시장의 우월적인 지위를 남용하여 서버 시장에서 불공정한 경쟁을 자행하고 있다고 신고함으로써 EU위원회의 조사가 시작
 - 2001년 8월에는 MS의 오디오·비디오 재생 소프트웨어인 WMP까지 조사 확대
- 2004년 3월 EU위원회는 MS가 경쟁기업들에 대해 워크그룹 서버 운영체제에 관한 호환성 정보의 제공을 거절하고 당해 정보를 경쟁기업들이 이용하는 것을 거부함으로써 EC 조약 제82조(Article 82 of the EC Treaty)와 유럽경제지역 협약(European Economic Area Agreement) 제54조를 위반하였으며, 윈도우즈에 윈도우 미디어 플레이어를 끼워 파는 행위는 경쟁을 감소하게 하여 효율적인 경쟁구조를 유지하지 못하게 함으로써 조약 제82조에서 금지하고 있는 지배적 지위의 남용에 해당한다고 결정하고, MS에 대해 약 4억 9700만 유로(6억 1,300만 달러)의 벌금을 부과하는 결정을 내림
- 2004년 6월 7일 MS는 EU 위원회의 결정에 불복하면서 EU 법원(Court of First Instance)에 소송을 제기함

나. 관련시장의 확정 및 MS의 시장지배력

(1) PC 운영체제시장에서의 MS의 시장지배력

- 운영체제는 중앙처리장치(CPU), 메모리, 입출력장치, 네트워크 등 컴퓨터 하드웨어 시스템을 효율적으로 운영하기 위한 소프트웨어이며, 특히 PC의

제어를 위한 운영체제가 PC 운영체제임

- PC 이용자의 관점에서 볼 때, PC 운영체제는 PC 하드웨어를 관리하고 이
 용자에게 컴퓨터와 연동하여 응용프로그램을 운영하기 위한 인터페이스
 를 제공³⁰⁾

○ 수요측면에서의 대체가능성

- 운영체제의 경우 다른 종류의 컴퓨터를 위해 개발된 경우에는 이용이 불
 가능하며,³¹⁾ 또한 PDA나 셀룰러폰과 같은 개인용 단말기를 위한 운영체
 제 및 서버용 운영체제를 이용하여 PC 운영체제를 대체하는 것도 불가능
- EU 위원회는 수요자의 측면에서 PC 운영체제를 대체할 수 있는 수단은
 없다고 판단

○ 공급측면에서의 대체가능성

- EU 위원회는 현재의 운영체제는 매우 거대하고 복잡한 소프트웨어 제품
 이기 때문에 새로운 운영체제의 개발에는 많은 비용과 시간이 요구될 뿐
 만 아니라 다양한 애플리케이션이 개발되어 당해 운영체제에서 운용될 수
 있을 때에만 그 운영체제에 대한 수요가 발생하게 되는 기술적 장벽이
 존재한다고 판단
- 운영체제 소프트웨어의 경우 하나의 운영체제가 이용자들에게 인기를 끌
 면 끝수록 그 운영체제에서 연동이 가능한 응용 프로그램들이 더 많이 만
 들어지게 되고, 반대로 그러한 응용프로그램이 더욱 많이 만들어 질수록
 다시 그 운영체제는 더욱 이용자들 사이에서 인기를 끌게 됨

○ EU 위원회는 관련지역시장의 확정과 관련하여, PC 운영체제와 워크그룹
 서버 운영체제 및 미디어 플레이어의 관련 지역시장은 전세계임을 밝히고

30) MS의 윈도우 시리즈를 비롯하여 애플사의 Mac OS, Linux 등이 이러한 PC 운영체제에 포함된다.

31) 예컨대 인텔호환 PC를 위한 시스템은 그렇지 않은 PC에서는 사용이 불가능하다.

있는데, 이는 동 제품들의 경우 경쟁을 위한 객관적 조건이 전세계에 걸쳐 본질적으로 동일하기 때문³²⁾

○ 시장지배력의 판단

- EU 위원회는 MS가 PC 운영체제 시장에서 준표준(quasi-standard)에 가까운 상태를 유지할 정도로 시장지배적 지위를 보유하고 있으며, 이것은 높은 시장점유율³³⁾ 과 진입장벽에 따른 것이라고 봄³⁴⁾
- 일반적으로 50%이상의 시장점유율을 가졌다는 사실만으로도 시장에서 시장지배적 지위를 확보하고 있다는 증거로서 받아들여지는데, 전체 시장의 90%이상의 점유율을 확보하고 있다면, 이는 완전 독점의 상태에 접근한 것으로서 확고한 시장지배적 지위를 가진 것으로 볼 수 있음

(2) 워크그룹 서버 운영체제

- 워크그룹 서버는 중·소규모의 네트워크 상에서 상호 연결된 비교적 소수의 PC를 위해 파일, 프린트 및 그룹이나 개별 이용자 관리 서비스를 집합적으로 제공하는 역할을 하는 서버³⁵⁾
- 수요측면에서의 대체가능성
 - 주요한 업무를 수행하는 고성능 서버 또는 웹이나 방화벽 서비스 등의 특

32) Commission of the European Communities' Decision of 24. 03. 2004. pp.117~118

33) IDC의 통계에 따르면, PC 운영체제에 대한 MS의 점유율은 수량단위로 측정할 경우 2000년에 92.1%, 2001년에 93.2% 그리고 2002년에는 93.8%에 달하고 있다. 또한 수익을 기준으로 하는 경우에는 2000년에 92.8%, 2001년에 95.4% 그리고 2002년에는 96.1%에 이른다(IDC, Worldwide Client and Server Operating environments Forecast, 2002~2007: EU 앞의 보고서 p.119 재인용).

34) MS사도 본 결정의 과정에서 자신들이 개인용 PC에서 운용되는 운영체제의 공급에 있어 시장지배적 지위에 있다는 것을 인정했다.

35) 이러한 시스템에는 윈도우 계열의 제품군 이외에 노벨사가 개발한 Netware나 Unix, Linux계열의 제품 및 애플사의 Mac OS X, IBM이 개발한 OS/2 Wrap Server 시스템 등이 있다.

수한 업무를 수행하는 여타의 서버 운영체제와는 달리 워크그룹 서버 운영체제는 해당 조직 내의 PC들과 완벽한 호환성을 확보하고 있어야 함³⁶⁾

- MS는 파일이나 프린트 공유에 이용되는 운영체제가 웹서버 등 위원회가 관련 시장에서 제외하고 있는 영역에까지 동일하게 사용되고 있다고 주장하였지만, 이에 대해 EU 위원회는 일련의 윈도우 제품들 중에서도 상기 언급한 기능들을 수행하고 있는 제품³⁷⁾이 있다는 점을 지적하였으며, 또한 MS가 윈도우 제품들을 각각 수행하는 업무에 따라서 가격의 차이를 두고 있다는 점에서 이들 제품들 중 하나가 워크그룹 서버 운영체제에 초점을 맞춘 것이라고 봄
- 위원회는 워크그룹 서버 운영체제로 이용되는 독자적인 제품군이 존재하고 있으며, 수요측면에서 이를 대체할 수 있는 제품은 없다고 결론

○ 공급측면에서의 대체가능성

- MS는 모든 수준의 서버에 있어 동일한 운영체제가 호환가능하기 때문에 위원회가 사용한 시장의 정의보다 넓은 시장이 존재하게 되며, 결국 모든 서버 운영체제가 관련시장의 정의에 포함되어야 한다고 주장³⁸⁾
- EU 위원회는 MS조차도 워크그룹 서버 운영체제시장에 성공적으로 진입하기 위해 4, 5년의 시간과 막대한 자금을 투자하였음을 볼 때, 이는 다른 업체들의 경우도 마찬가지일 것이며 따라서 다른 서버 운영체제로의 “즉

36) 2003년 위원회가 실시한 설문조사에 따르면, 응답자의 82%가 자신들의 조직내에서 특정 형태의 서버가 파일, 프린트 및 그룹이나 개별 이용자 관리 서비스를 수행하고 있다고 대답하였으며, 더욱이 61%의 응답자가 이상의 서비스가 상호 연계되어 수행되는 일련의 형태로 받아들이고 있었다. 이는 이상의 서비스들이 일상생활 과정에서 PC이용자들이 필요로 하는 핵심적인 기능들이기 때문인 것으로 보이며, 결국 워크그룹 서버 운영체제는 다른 주요기능들 예컨대 기업의 자원배분 계획이나 회계, 인사계획과 같은 기능을 하는 제품들과는 구분되는 상품군으로 볼 수 있다고 판단하였다(EU 앞의 보고서, p.99).

37) 윈도우즈 2000 server 및 윈도우즈 2003 server, Standard Edition

38) 이는 윈도우 계열의 제품들이 동일한 코드에 근거하고 있어서 호환이 가능한 것과 같이 다른 제품들도 이와 마찬가지이므로 모든 서버 운영체제가 동일한 시장의 범위에 포함되어야 한다는 것이다.

각적인 대체(immediate substitution)”가 가능하지 않다고 판단

○ 시장지배력

- 위원회는 PC 운영체제 시장과 마찬가지로 MS가 워크그룹 서버 운영체제 시장에서도 높은 시장점유율³⁹⁾을 확보하고 있으며, 또한 동 시장에서도 시장에 대한 진입장벽이 존재한다고 봄
- 또한 MS의 PC 운영체제 시장과 워크그룹 서버 운영체제 시장의 연관관계 등을 고려해 볼 때, MS가 워크그룹 서버 운영체제 시장에서도 EC 조약 제82조에서 규정하고 있는 시장지배적 지위를 향유하고 있다고 판단⁴⁰⁾

(3) 미디어플레이어

- 미디어 플레이어(media player)는 오디오나 비디오 콘텐츠를 재생하기 위해 필수적인 제품으로서 인터넷을 통해 다운로드받거나 스트리밍되는 디지털 오디오 또는 비디오 파일을 디코딩하고 압축을 푼 후 플레이하는 응용소프트웨어
- MS는 대부분의 PC가 스트리밍 콘텐츠를 플레이할 수 있는 기능을 포함한 멀티미디어 기능을 탑재하고 있다는 사실에 근거하여 멀티미디어 연주기능을 운영체제로부터 분리된 상품으로 간주하는 것은 적절하지 않다고 주장
 - 하지만 리얼네트웍스와 같이 미디어플레이어 상품의 공급을 전문으로 하

39) IDC의 통계에 따르면, 2002년 USD 25,000 이하의 조사대상 서버중 윈도우 제품의 비율이 수량단위로 계산할 경우 64.9%, 수익을 기준으로 할 경우 61%에 달하고 있다. 이에 반해 NetWare의 경우 각각 9.4%와 8.5%를, 리눅스 제품군의 경우 13.4%와 10.4%, 또 유닉스 제품군이 각각 11.1%와 18.6%를 차지하고 있는 것으로 나타났다(EU 앞의 보고서 p.134).

40) PC 운영체제 시장과 워크그룹 서버 운영체제 시장 각각에서도 네트워크 효과가 발생하지만, 효율적인 업무 수행을 위해서는 양 시스템 사이의 호환성이 확보되어야 하므로 양 시장사이에서도 네트워크 효과가 발생하게 된다.

는 개별 소프트웨어 회사가 존재하고, 이들에 의해 PC에 설치될 수 있는 독립형(stand-alone) 미디어플레이어 소프트웨어가 존재한다는 사실을 근거로 EU 위원회는 MS의 주장을 배척하고 미디어플레이어를 독립된 상품으로 판단⁴¹⁾

○ 수요측면에서의 대체가능성

- CD 및 DVD 플레이어와 같은 전통적인 연주 기기들은 단순히 CD 등을 플레이할 수 있는 매우 제한된 기능만을 제공하기 때문에 인터넷으로 다운로드 받거나 스트리밍 콘텐츠를 플레이할 수 있는 미디어플레이어의 대체상품이 되지 못함⁴²⁾
- MS는 현재 리얼네트웍스사의 RealOne 플레이어, 애플사의 QuickTime 플레이어 및 iTunes, NullSoft사의 Winamp, 그 밖에 MusicMatch, Media Jukebox, Ashampoo 및 VLC Mediaplayer 등이 WMP⁴³⁾와 동등한 기능을 제공한다고 주장하고 있으나, 이들 중 상당수는 스트리밍 기능 등의 여타 기능을 제공하고 있지 못하며, 또 일부는 오디오나 애니메이션 등의 특정 기능에 집중하고 있어서 WMP가 제공하는 포괄적인 기능을 제공하고 있지 않아 소비자의 요구를 충분히 수용하지 못하기 때문에 수요측면에서의 대체가능성은 없다고 판단

○ 공급측면에서의 대체가능성

- 코덱, 포맷, DRM 및 스트리밍 기술을 포함한 새로운 미디어플레이어를

41) 위원회는 대부분의 PC에 워드프로세서 소프트웨어가 설치되어 있다는 사실 때문에 워드프로세서 소프트웨어가 운영체제 기능에 포함될 뿐 독립된 상품이 아니라는 주장이 타당하지 않은 것과 마찬가지로 라는 주장을 하였다.

42) 가격측면에서도 CD/DVD 플레이어의 경우 약 100 EUR인 반면 미디어플레이어는 대부분 30 EUR 이하라는 면에서 차이가 있다.

43) 최근 출시된 WMP9는 다운로드받거나 스트리밍되는 콘텐츠를 플레이할 수 있는 기능을 포함하여, DRM(digital right management) 기능, 인터넷 라디오 튜너, CD/DVD 플레이어, Windows-Media.com 으로부터 통합 미디어가이드, 오디오 CD제작 등 다양한 기능을 가지고 있다.

개발하기 위해서는 상당한 투자를 필요로 하며⁴⁴⁾ 현존하는 미디어 기술들은 많은 부분 사유(proprietary)재산이며 지적재산권에 의해 보호를 받는다는 점을 고려할 때⁴⁵⁾ 새로운 대체기술의 제공에는 진입장벽이 존재⁴⁶⁾ - 새로운 미디어플레이어로 플레이할 수 있는 충분한 콘텐츠가 없을 경우 충분한 수요가 발생하기 어렵게 되고 그 결과 시장으로의 신규진입도 어렵기 때문에 공급측면에서의 대체도 기대하기 어렵다는 측면에서 미디어 플레이어시장을(간접적인) 네트워크효과로 인해 신규진입자에 대한 진입장벽 존재

다. 워크그룹서버 통신프로토콜 관련 정보제공 거부행위

- EU 위원회는 MS가 Sun의 호환성 정보 공개요구를 거절한 것이 EC 조약 제82조에 따라 남용행위로 평가될 수 있는 지를 다각도에서 판단하고 있음⁴⁷⁾
 - MS는 PC 운영체제시장의 지배적지위를 바탕으로 워크그룹 네트워크에서 사실상의 표준을 형성하였고, 이를 바탕으로 워크그룹 서버 운영체제시장에서도 시장지배적 지위에 이르게 되었는데, MS가 이전 제품들에 비해 호환성에 대한 정보의 공개를 축소하기 시작한 윈도우즈 2000 제품군이 발매된 이후, MS의 시장점유율은 더욱 급속한 성장을 하고 있는 반면 경쟁사인 노벨사의 Netware는 시장점유율이 떨어지고 있어서 경쟁소멸에 대한

44) Apple의 경우에도 1999년에서야 자신의 미디어 스트리밍 기술을 소개할 수 있었다.

45) 스트리밍 기술과 관련하여 MS는 1997년 Vxtreme사를 사들여 관련 기술을 확보했었다. 지적재산권의 보호문제와 관련하여 2002년 Burst.com이 MS의WMP 9 시리즈가 자사의 특허를 침해했다고 소송을 제기했었다.

46) 이와 관련하여 EU 위원회는 18개의 관련업체에 대한 설문조사를 벌였으며, 16개의 응답업체 중 13개 업체가 진입장벽이 존재하는 것으로 생각한다는 답변을 하였다.

47) 일반적으로 기업은 거래당사자를 선택할 수 있는 자유를 갖지만, 특수한 상황에서는 시장지배적 지위에 있는 기업에 의한 거래거절이나 제공거부는 그것이 객관적으로 정당화되지 않는 경우에는 EC 조약 제82조에 의한 시장지배적 지위의 남용행위로 인정될 수 있으며, 이는 지적재산권에 대한 라이선스 거절의 경우에도 마찬가지이다.

우려는 더욱 커지고 있는 실정⁴⁸⁾

- 경쟁사업자들이 시장에서 살아남기 위해서는 윈도우 시스템과의 호환성이 필수적으로 요구되는데, 만약 호환성 정보가 공개되지 않을 경우, EU 위원회는 워크그룹 서버 운영체제 시장에서 경쟁상태가 사라질 것이라고 판단
- EU 위원회는 MS가 관련 시장에서 시장지배적 지위를 확보하고 있는 기업으로서 특수한 책임을 부담하게 되는데, Sun 등 경쟁기업에 호환성 정보의 제공을 거절함으로써, 시장에서는 경쟁이 소멸할 위험이 발생하고 소비자의 후생에도 부정적 영향을 야기하는 등 시장의 경쟁상태를 왜곡시킬 우려가 있다고 판단
- 이러한 상황에서 MS가 Sun이나 다른 기업들에 대해 윈도우 워크그룹 네트워크에 파일, 프린트 및 그룹이나 이용자 관리 서비스를 제공하기 위해 윈도우 워크그룹 서버에서 이용되는 프로토콜에 대한 스펙(specifications)⁴⁹⁾을 제공하기를 거부한 것은 자신들의 시장지배적 지위를 남용한 것이라고 판단
- 구제조치: 워크그룹서버 통신프로토콜의 공개
 - EU위원회는 MS가 워크그룹 서버 운영체제에 대한 호환성 정보의 제공 및 그 이용을 거부함으로써 EC 조약 제82조(Article 82 of the EC Treaty)와 유럽경제지역 협약(EEA Agreement) 제54조를 위반하였다고 결정하였으

48) 이에 대해 MS는 서버시장에서 리눅스 제품이 급속한 성장세를 보이고 있으며, MS와의 경쟁관계가 발생하고 있다고 주장하였으나, 위원회는 관련조사를 근거로 워크그룹 서버 운영체제 시장에서 리눅스의 급속한 성장은 없으며, 일반적으로 위원회가 정의한 관련 시장에 포함되지 않는 웹이나 방화벽 등의 서비스분야에서 이용되고 있을 뿐이라고 하였다.

49) 흔히 소프트웨어의 개발과정에서 “specifications”와 “implementation”을 구분하는 것이 일반적인데, specifications은 소프트웨어 제품이 반드시 성취해야 할 내용에 관한 것이고, implementation은 컴퓨터에서 운영되는 실제 코드와 관련된 것이다. 동 결정에서 문제된 MS의 제공거부는 스펙에 대한 공개 및 호환가능한 상품개발을 위한 이용의 거부이며, MS가 주장하는 바와 같이 위원회의 결정이 MS로 하여금 제3자의 윈도우 복제를 허용하라는 것은 아니다. EU 앞의 보고서 p.154

며, 결정 120일 이내에 호환성 정보를 이해 당사자가 합리적이고 비차별적인 조건으로 이용가능하도록 공개할 것 등을 명령⁵⁰⁾

- 워크그룹 서버 및 PC에서의 MS제품들에 대한 극단적인 의존을 야기할 수 있는 기술들이 시장에서 급속하게 영향력을 확대해 나가고 있다는 사실을 지적하면서, EU 위원회는 시장구조의 변화와 MS가 향유하고 있는 호환성 정보와 관련한 이익 사이의 인과관계를 밝히고, MS의 호환성 정보에 대한 공개이외에는 현실적 내지 잠재적 대체수단이 없다고 판단

라. 윈도우즈와 WMP의 결합판매

- MS는 1999년 5월에 판매개시된 윈도우98 Second Edition에서 처음으로 스트리밍 미디어플레이어를 끼워팔기 시작했는데, 이렇듯 MS가 윈도우 PC 운영체제에 윈도우미디어플레이어를 묶어서(tying) 판매한 행위가 EC 조약 제82조를 침해했는지의 여부가 위법성 판단의 쟁점
- EC 조약 제82조에서 금지하고 있는 끼워팔기는 4개의 요건 즉, i) 두개의 상품이 별개의 제품일 것, ii) 관련 기업이 원상품(tying product) 시장에서 지배적 사업자일 것, iii) 관련 기업이 부속상품(tied product)이 포함되지 않은 원상품(tying product)을 구입할 수 있는 선택권을 부여하지 않을 것, iv) 끼워팔기가 경쟁을 제한할 것이라는 요건에 해당해야 함
- EU 위원회는 MS가 윈도우 운영체제와 윈도우미디어플레이어를 결합하여

50) 위원회의 본 결정은 호환성 정보(프로토콜에 대한 스펙)를 Sun 등 경쟁기업들이 MS와 경쟁하기 위해 필요한 요소로 보고, MS가 이에 대한 제공을 거부한 것을 시장지배적 지위의 남용으로 판단, 공개조치를 취한 것이다. 이러한 구조는 일면 세계 각국에서 입법화 내지는 다양한 논의가 진행되고 있는 필수설비론(Essential facilities doctrine)과 유사한 것으로 판단된다. 이는 EU가 필수설비에 관한 접근 문제를 시장지배적 지위 남용행위의 한 유형으로 다루어왔다는 점에서 더욱 그러하다. 하지만, 본 결정에서는 필수설비라는 개념 내지 용어를 사용하고 있지 않은데, 이것은 EU에서의 필수설비에 관한 이론이 필수설비에 대한 접근을 요구하는 경쟁사업자가 관련시장에 신규로 진입하는 사업자인 경우에 적용되기 때문인 것으로 보인다(「The Essential Facilities Concept」, OECD/General Distribution(96) 113, p.94.).

판매한 행위는 시장지배적지위의 남용행위에 해당한다고 결정

- i) 스트리밍 미디어플레이어는 운영체제와는 별도의 제품에 해당⁵¹⁾
- ii) MS는 PC 운영체제 시장에서 지배적 위치에 있으며, 이러한 힘을 이용하여 WMP를 배포하고 있음
- iii) MS는 고객들에게 WMP가 포함되지 않은 윈도우즈를 구매할 기회를 부여하지 않고 있음
- iv) MS의 끼워팔기는 미디어플레이어시장에서의 경쟁을 제한함⁵²⁾
 - 미디어 플레이어들의 설치 및 사용 점유율은 콘텐츠 제공업체와 소프트웨어 개발자들이 콘텐츠와 응용소프트웨어를 개발함에 있어 어떤 기술을 사용할지 여부를 결정하는데 많은 영향을 미침⁵³⁾
 - MS가 미디어플레이어 시장을 지배하게 되면 호환성에 대한 요청 때문에 MS의 코덱, 포맷, DRM 기술 등이 널리 사용되고, 그 결과 이러한 기술들은 미디어플레이어 시장뿐만 아니라 스트리밍 미디어 기술이 사용되는 연관된 시장(related markets)에서도 중요한 진입장벽이 되어 경쟁을 제한하는 결과를 초래하게 됨

○ MS는 미국에서의 반독점소송 합의안에 따라 OEM들이 자유롭게 리얼플레

51) MS는 WMP가 윈도우즈의 필수부품(integral part)에 해당하기 때문에 별도의 제품이 아니라고 주장하였지만 위원회는 i) 시장에서 윈도우 운영체제와는 별도로 미디어플레이어에 대한 수요가 존재한다는 점, ii) 독립형(stand-alone) 미디어플레이어를 개발해서 공급하는 벤더들이 존재한다는 점, iii) MS도 Apple의 Mac 운영체제 및 Sun의 Solaris 운영체제에서 작동하는 WMP를 배포한다는 점, iv) 윈도우즈와는 별도로 WMP에 대한 배포 및 업그레이드를 하고 있다는 점 등을 들어 MS의 주장을 배척하였다.

52) 전세계 PC의 90% 이상이 윈도우 운영체제 기반이라는 사실로 미루어 볼 때 WMP의 끼워팔기가 계속되면 윈도우즈가 있는 곳에는 어디든지 WMP가 존재하게 된다. 다른 미디어플레이어들은 OEM들과의 설치약정(installation agreements), 웹으로부터의 다운로드 등 배포를 위한 다른 대안을 찾아야 하지만, WMP의 배포방법에 비하면 경쟁이 되지 않는다. 윈도우즈에 WMP 코드가 계속 포함되는 한 미국에서의 최종판결에 의해서도 이러한 상황은 변하기 어렵다. 또한 간접적인 네트워크효과에 의해 경쟁구조가 더욱 악화될 가능성이 크다.

53) 왜냐하면 미디어플레이어는 콘텐츠와 응용프로그램에 대한 플랫폼 역할을 수행하기 때문이다.

이어 등 다른 미디어플레이어들을 설치할 수 있고, 이들을 기본(default) 플레이어로 설정할 수 있기 때문에 EU 위원회의 추가적인 조치는 필요하지 않다고 주장

- 이에 대해 위원회는 미국에서의 소송은 넷스케이프의 네비게이터와 Sun의 자바의 위협에 대응하여 MS가 PC 운영체제에서의 지배적 지위를 유지하기 위해 취한 반경쟁적인 행위에 초점이 맞추어졌다는 점, 나아가 항소법원이 해당 사례에서의 끼워팔기 문제의 경우 당연위법이 아닌 합리성 원칙에 의해 고려해야 한다는 판결을 한 이후 원고들이 이 문제를 철회하였기 때문에, 지방법원은 MS의 행위가 셔먼법 제1조가 금지하는 끼워팔기에 해당하는지를 판단할 기회를 가지지 못했고, 그 결과 끼워팔기에 대한 대응책은 합의안에 포함되지 않았다는 점을 들어 MS의 주장을 배척⁵⁴⁾
 - 또한 MS는 윈도우 운영체제와 WMP의 결합에 의해 배포를 효율적으로 할 수 있다는 점, 콘텐츠와 응용프로그램에 대해 효율적인 플랫폼역할을 수행한다는 점 등이 반경쟁적인 행위의 결과로 발생할 수 있는 비용보다 크다고 주장
 - 하지만 위원회는 MS가 주장한 효과는 끼워팔기를 하지 않고도 발생할 수 있다거나 MS 자신의 이익에만 관계된다는 점을 내세워 받아들이지 않음
- 구제조치: 윈도우즈와 미디어플레이어의 분리
- 윈도우즈에 WMP를 끼워 파는 행위는 경쟁을 감소하게 하여 효율적인 경쟁구조를 유지하지 못하게 함으로써 조약 제82조에서 금지하고 있는 지배적 지위의 남용에 해당한다고 결정하고, MS에 대해 WMP를 포함하지 않은 PC용 운영체제를 최종소비자 및 OEM에게 제공하라고 명령

54) 합의안에는 MS가 OEM과 최종소비자들에게 WMP의 아이콘을 숨길 수 있는 수단을 제공하기만 하면 된다. 그 결과 여전히 MS 윈도우 운영체제에는 WMP 코드가 포함되어 있다. Kollar-Kotelly 판사도 윈도우즈로부터 소프트웨어 코드를 제거하라는 명령은 독점유지(monopoly maintenance)에 대한 불법책임이 아니라 불법적인 끼워팔기에 대한 책임에서 고려될 수 있다는 의견을 냈었다.

- MS는 윈도우즈에 WMP를 끼워파는 것과 동일한 효과를 야기하는 어떠한 행위(기술적, 상업적, 계약적 기타 모든 수단을 포함한다)를 해서는 안되며, WMP를 포함하지 않는 윈도우즈가 포함된 윈도우즈보다 성능이 떨어지는 안된다. 아울러 다음의 다섯 가지 사항을 준수하여야 함
 - i) MS는 선별적이거나 불충분하게 또는 시간적으로 부적절하게 윈도우즈 APIs를 공개함으로써 경쟁 미디어 플레이어들의 성능을 방해하지 말 것
 - ii) WMP 다운로드 링크를 제공하는 등 윈도우즈에서 WMP에 대해서만 보다 호의적인 취급을 하지 말 것
 - iii) OEM들에게 WMP가 포함된 윈도우즈에 대해 할인을 하는 등 OEM 또는 최종사용자들의 선택의 자유를 제거하거나 제한하지 말 것
 - iv) WMP를 포함하지 않은 윈도우즈를 구매하는 OEM들이나 사용자들을 “처벌(punish)”하거나 “위협”하지 말 것
 - v) MS 오피스 등 윈도우즈처럼 널리 보급된 다른 MS 제품에 WMP를 끼워팔지 말 것

IV. 결론 및 시사점

- 대표적인 지식정보산업이라고 할 수 있는 소프트웨어시장은 수확체증의 법칙에 의한 규모의 경제 및 네트워크효과의 특성으로 독점시장이 될 가능성이 높지만, 한편으로 빠른 기술혁신을 통해 새로운 기업이 시장에 진출할 가능성이 있다는 점에서 실질적인 경쟁이 가능하다는 주장이 제기되는 등, 다른 시장과는 구별되는 특성으로 인해 경쟁정책당국이 소프트웨어시장에 어떤 부분에 대해 어느 정도 개입하여야 할 것인가에 대해 많은 논란이 존재
 - 소프트웨어시장에 관한 경쟁정책을 크게 구분하여, 관련 시장의 특성을 반영한 적절한 경기규칙을 만드는 일과 참가자들이 해당 규칙을 준수하고 있는지의 여부를 감시하고 평가하는 것으로 본다면, 미국 및 EU의 사례는 아직 적절한 규칙을 갖추지 못한 소프트웨어시장에 전통적 시장에서의 규칙을 적용시키는 과정에서 발생하게 되는 논란을 잘 보여주는 것임⁵⁵⁾

□ 전통적 경쟁규칙의 준수에 관한 문제

- 미국 및 EU에서의 사례를 종합하면 독점력의 유지를 위해 타사업자의 사업활동을 방해하거나 신규사업자의 시장진입을 봉쇄하는 등 전통적인 불공정행위가 소프트웨어시장에서도 여전히 나타나고 있으며, 이러한 행위들에 대해서는

55) 규칙의 적용에 앞서 시장의 확정과 관련하여 많은 논란이 있었다. PC 운영체제와 관련해서는 상대적으로 논란이 적었으나, 워크그룹서버운영체제 및 미디어플레이어와 관련해서는 MS와 EU 위원회간 서버운영체제시장을 어느 범위로 확정할 것인지, 미디어플레이어가 운영체제와는 구별되는 별도의 시장을 형성하는지 여부와 관련하여 많은 논쟁이 있었다. 웹 브라우저와 관련하여 미국연방지방법원에서는 별도의 시장으로 보았으나, 항소법원은 원고측이 이와 관련된 주장 또는 입증을 하지 않았다고 하여 다시 판단할 것을 요구하였기 때문에 최종 결정은 내려지지 않은 상태이다. 요약하자면 MS측은 되도록이면 시장을 넓게 해석하여 MS의 시장지배력을 낮게 주장한 반면 규제당국은 매우 구체적으로 파악하여 관련시장을 좁게 해석하는 입장이었다. 혁신적인 신기술이 계속해서 등장하고 있는 소프트웨어시장에서 시장확정의 문제는 상당히 어려우며, 사례에 따라 철저한 시장조사를 통해 결정할 수밖에 없으며, 이를 통해 합리적이고 객관적인 기준을 찾아야 할 것이다.

이미 확립되어 있는 규칙을 바탕으로 적극적인 규제가 필요함

○ 결합판매의 문제

- 결합판매의 경우에는는 전통적인 경우와는 달리 해석되어야 할 부분이 존재하는데, 미국연방항소법원은 플랫폼 소프트웨어 관련 결합행위는 당연위법 원칙이 아닌 합리성 원칙으로 판단할 것을 요구하여 전통적인 끼워팔기와는 다르게 볼 것을 요구하는 새로운 기준을 제시하였으나, EU는 WMP의 결합 판매행위에 대해 경쟁에 미치는 부정적인 효과가 결합으로 인해 발생하는 긍정적 효과보다 더 중요하다는 판단을 내려 위법성을 인정함
- 사례를 통해 볼 때 소프트웨어시장에서 결합판매로 얻을 수 있는 효율성이 다른 시장에서보다 상대적으로 큰 경우가 많기 때문에 이를 고려할 필요성은 인정되나, 이것이 모든 결합행위가 적법하다는 것을 의미하는 것은 아니며 반경쟁적 효과가 긍정적 효과보다 더 클 경우에는 위법성이 인정되어야 할 것임⁵⁶⁾

○ 지적재산권의 행사

- 소프트웨어는 특히 저작권 및 특허권을 포함한 지적재산권에 의한 특별한 보호를 받고 있기 때문에, 소프트웨어시장에서의 불공정행위에 대한 논란이 있을 때, 해당 기업들은 자신들의 행위가 지적재산권의 정당한 행사이므로 위법하지 않다는 주장을 지속적으로 제기함⁵⁷⁾

56) 다만 반경쟁적 효과가 효율성 등 긍정적 효과보다 크다는 점을 원고측에서 증명해야 하기 때문에 원고에게 더 많은 부담이 된다.

57) 미국에서의 소송과정에서 MS는 OEM과의 라이선스 조항에 아이콘 등의 변경을 금지하도록 하는 내용을 포함한 것은 저작권의 정당한 행사에 해당한다고 주장하였다. EU에서의 소송과정에서도 워크그룹서버와 관련된 통신프로토콜에 대한 스펙을 공개할 것을 요구한 EU의 결정에 대해 MS는 자사의 지적재산권행사를 제한하는 것이라고 항변하였다. Sun이 요청한 호환성 정보는 자신들이 관련 기술 등을 개발하기 위한 막대한 R&D투자의 결과이므로 지적재산권에 의해 보호되며 이것이 지적재산권 보호의 본질이라고 주장하면서, EU위원회의 공개요구는 이러한 지적재산권에 대한 보호를 부정하고 보다 나은 지적재산의 창조에 대한 유인을 소멸시키는 것이라고 주장하였다.

- 지적재산권과 공정경쟁의 문제와 관련하여 역사적으로 많은 논의가 있었으며, 현재에는 지적재산권의 행사가 독점규제법의 적용제외영역이 아니라 공정경쟁의 틀 내에서 이루어져야 한다는 것이 일반적인 견해⁵⁸⁾
- 따라서 MS의 지적재산권 행사는 공정경쟁의 틀을 준수하는 것이어야 하며, 우리나라의 경우에도 공정거래위원회가 지적재산권의 부당한 행사와 관련된 심사지침⁵⁹⁾을 마련하여 운영하고 있으며, 지침에 규정되지 않은 것이라고 하여 시장지배적지위의 남용금지 등에 관한 규정의 적용이 배제되는 것이 아님을 명확히 하고 있음⁶⁰⁾

□ 경쟁규칙의 개선에 관한 문제

○ 진입장벽의 문제와 필수설비 관련 법제도의 정비

- 수확체증의 법칙 및 네트워크효과에 의한 규모의 경제가 크게 작용하는 소프트웨어시장은 다른 산업에서보다 독점이 형성되기 쉬울 뿐만 아니라, 운영체제·DBMS·ERP 등 최근의 소프트웨어가 거대해지면서 초기 투자비용이 상당하다는 점, 네트워크형 소프트웨어의 확대에 의한 호환성문제, 응용프로그램장벽, 지적재산권에 의한 보호 등으로 진입장벽이 상대적으로 높음
- 진입장벽의 문제를 해결하기 위해 중요한 전통적인 정책수단 중의 하나는 '필수설비'이론 및 관련 규정
- 미국연방법원은 MS로 하여금 미들웨어를 위한 윈도우즈 API 정보, 서버와

58) EU 위원회도 기술혁신을 위해 MS에 인센티브를 제공하는 것보다는 MS측에 정보의 공개를 요구함으로써 얻게 되는 전체 산업의 혁신에 미치는 긍정적 효과가 더 크다고 보았으며, 혁신을 위해 MS의 인센티브를 보호해야 한다는 주장은 예외적 상황에 상응하는 정당화 사유가 될 수 없다고 판단하였다.

59) 지적재산권의 부당한 행사에 대한 심사지침(2000. 8. 30. 제정)

60) 심사지침 제2조[적용범위] 제2항

“지적재산권과 관련된 거래가 이 지침에서 특별히 규정되지 않은 것이라고 하여 법 제3조의2(시장지배적지위의 남용금지), 제7조(기업결합의 제한), 제19조(부당한 공동행위의 금지), 제23조(불공정거래행위의 금지) 및 제29조(재판매가격유지행위의 제한) 규정의 적용이 배제되는 것은 아니다”

의 통신을 위해 PC에 구현된 통신프로토콜에 관한 정보를 공개할 것을 요구하였으며, EU 위원회는 한걸음 더 나아가 워크그룹서버들 사이에서 사용되는 통신프로토콜에 대한 스펙을 공개할 것을 요구하였는데, 이는 (명시적으로 밝히지는 않았지만) 전통적 네트워크산업에서의 공정경쟁을 위한 중요한 수단인 ‘필수설비’이론과 맥락을 같이하고 있다고 봄

- 우리나라 독점규제법 시행령 제5조는 다른 사업자의 사업활동에 대한 부당한 방해 및 신규 사업자의 참가에 대한 부당한 방해와 관련하여 ‘필수요소’의 개념을 도입하고 구체적인 내용을 심사기준에 두고 있으므로 이를 이용하여 필요한 판단을 할 수 있음
- 하지만 컴퓨터 및 통신의 결합에 의해 향후 네트워크 기반의 소프트웨어가 지속적으로 확대될 것을 대비하여 소프트웨어시장의 공정경쟁에 관한 내용⁶¹⁾을 공정거래위원회의 관련 고시나 또는 소프트웨어산업진흥법에 두는 방안⁶²⁾ 등을 마련할 필요가 있음

○ 소프트웨어관련 지적재산권제도의 정비

- 미국을 시작으로 몇몇 국가에서 소프트웨어관련 발명에 특허권을 부여하기 시작한 이후, 빠르게 변화하고 있는 소프트웨어 기술을 특허권으로 보호하는 것이 바람직한 정책인지 여부에 대한 논란이 활발함
- 특허제도가 통신·의약·생명공학 등의 여러 산업분야에서 기술혁신을 가져온 것은 사실이나, 소프트웨어시장의 경우 i) 기술혁신이 축적(cumulative basis)과정을 통해 발생한다는 점, ii) 생명공학 등 타 산업에 비해 적은 자본이 투자된다는 점, iii) 기술의 변화가 빠르고 제품의 생명주기가 짧다는

61) 구체적인 내용과 관련하여 특히 (소프트웨어시장과 비슷한 특성을 지니고 있는) 통신시장에 경쟁을 도입하기 위해 전기통신사업법상 규정되어 있는 다양한 제도를 참고할 필요가 있다. 신규진입자의 초기투자비용을 줄이기 위한 전기통신설비의 제공(제33조의5), 가입자선로의 공동활용(제33조의6), 무선통신시설의 공동이용(제33조의7)이나, 호환성 및 네트워크효과의 극복을 위한 상호접속(제34조) 및 관련 정보의 제공(제34조의4) 등에 관한 규정이 중요한 의미를 지닌다고 본다.

62) 이 경우 규제기구에 관한 문제가 제기되나, 본 고의 범위를 벗어나는 것이므로 이를 생략한다.

점을 고려할 때⁶³⁾, 소프트웨어 관련 발명에 특허권을 부여하는 것에 보다 신중할 필요가 있음

- 최근 소프트웨어기업들 사이에 특허분쟁이 증가하고 특허등록 및 소송 관련 비용이 증가하고 있는 현실을 돌이켜볼 때, 소프트웨어시장에서 경쟁을 촉진하고 지속적인 기술발전을 유도하기 위해서는 기존의 저작권제도를 소프트웨어의 특성을 고려하여 보완하거나, 나아가 오픈소스 소프트웨어 모델 등 다른 혁신유인수단을 모색하는 것을 고려할 수 있음

63) FTC, "To Promote Innovation: The Proper Balance of Competition and Patent Law and Policy", 2003, 10.

참 고 문 헌

- 권오승, 「경제법」, 법문사, 2002
- 권재열, 「경제법」, 법원사, 2002
- 안일태 외, 「디지털 경제에서의 약탈적 경쟁행위에 대한 재조명」, 정보통신정책연구원, 2001
- 이광훈 외, 「정보통신산업에서의 상품결합전략과 후생적 효과」, 정보통신정책연구원, 2000
- 이기수, 「경제법」, 세창출판사, 2003
- 이범룡, 「필수설비이론에 관한 법적 연구」, 숭실대학교 석사학위논문, 2004
- 이범룡·이철남, 「MS Windows 관련 공정경쟁 이슈」, 정보통신정책, 정보통신정책연구원, 2004. 6. 1.
- 정찬모 외, 「지식정보경제에서의 경쟁규범 수립을 위한 법경제적 연구」, 정보통신정책연구원, 1999
- Charles R. McManis, 「INTELLECTUAL PROPERTY AND UNFAIR COMPETITION IN A NUTSHELL」, Fourth Edition, WEST GROUP
- Commission of the European Communities' Decision of 24. 03. 2004.
- Eleanor M. Fox, 「What is harm to competition? Exclusionary practices and anticompetitive effect」, 70 Antitrust L.J. 371, 2002
- Jonathan M. Jacobson, 「Exclusive dealing, “foreclosure”, and consumer harm」, 70 Antitrust L.J. 311, 2002
- Justin O'Dell, 「Microsoft's Antitrust Problems Under the Law fo The European Union」, 30 Ga. J. Int'l & Comp. L. 101, 2001
- Mark Cooper, 「Antitrust as Consumer Protection in the New Economy: Lessons from the Microsoft Case」, 52 Hastings L.J.813, 2001. 4.
- Warren S. Grimes, 「Responses and replies: the antitrust tying law schism: a critique of microsoft III and a response to Hylton and Salinger」, 70 Antitrust

S.J. 199, 2002

「The Essential Facilities Concept」, OECD/General Distribution(96)113

Thomas D.Morgan, 「MODERN ANTITRUST LAW」(1994), WEST PUBLISHING CO.

FTC, To Promote Innovation: The Proper Balance of Competition and Patent Law and Policy, 2003. 10.