

지원하고 개발하는데 대한 보복금지<sup>3)</sup>, 2) OEM 업체 등에 대한 통일적인 라이선스 조건의 부과<sup>4)</sup>, 3) 미들웨어 인터페이스(middleware Interfaces)의 공개<sup>5)</sup>, 4) 서버 프로토콜(communication protocols)의 공개<sup>6)</sup>, 5) 배타적인 합의의 금지<sup>7)</sup>, 6) 최종 사용자와 OEM 업체들이 추가/제거 프로그램을 통해 MS가 제공한 미들웨어를 제거하거나, 기타 아이콘, 추가 메뉴의 제거 인정<sup>8)</sup>, 지적 재산권의 라이선스<sup>9)</sup> 등을 내용으로 하고 있다.

그리고 이 합의안에는 합의사항의 이행을 강제하기 위한 조치들을 동시에 포함하고 있다. 구체적으로 이행에 대한 현장감시를 위해 당사자들이 선임하고 법원에 추천한 전일제 컴퓨터전문가로 구성된 기술전문위원회(Technical Committee)가 선임되어 현장에 파견된다. 이들 전문가들은 소스코드(source code)를 포함하여 MS의 모든 서적, 기록, 시스템, 직원들에게 대한 완전한 접근이 보장될 것이며, 최종판결문안에 채택될 소스코드 공개조항에 대한 MS의 이행여부에 대한 논란을 해결할 역할을 담당한다.<sup>10)</sup>

당사자들이 제출한 최종판결문 제안서는 Tunney Act(Antitrust Procedures and Penalties Act, 15 U.S.C. §16)에 따라 법무성의 경쟁적 영향력에 대한 진술과 함께 연방기록청에 의해 공

- 3) Stipulation and Revised Proposed Final Judgment (11/06/2001) III. Prohibited Conduct, A: 이 조항은 OEM 업체들과 소프트웨어 개발자들이 최종판결문에 따라 그들에게 보장된 선택권들을 보복의 두려움 없이 이용할 수 있도록 보장하기 위한 것으로 컴퓨터 제조업체들과 개발업자들은 MS의 OS에 있는 경쟁적인 미들웨어 소프트웨어, 기타 플랫폼의 개발, 유통, 판매, 홍보, 지원 등의 행위를 자유롭게 할 수 있다.
- 4) Stipulation and Revised Proposed Final Judgment (11/06/2001) III. Prohibited Conduct, B: MS는 자사의 OS를 주요 컴퓨터 제조업체에게 통일적인 조건하에 라이선스 할 것이 요구될 것이다. 이것은 OEM 업체 등에 대한 보복금지 조치를 더 강화시켜 주기 위한 것이다.
- 5) Stipulation and Revised Proposed Final Judgment (11/06/2001) III. Prohibited Conduct, D: MS는 소프트웨어 개발자들에게 MS의 미들웨어들이 Windows OS와 연동하기 위해 사용하고 있는 인터페이스를 제공하여야 한다. 이것은 소프트웨어 개발자들이 MS의 통합된 기능들을 조작하는 경쟁상품들을 생성할 수 있도록 하기 위한 것이다.
- 6) Stipulation and Revised Proposed Final Judgment (11/06/2001) III. Prohibited Conduct, E: 이것은 MS사 이외의 다른 서버용 소프트웨어들이 MS 서버가 작동하는 것과 똑같은 방식으로 개인용 PC의 Windows와 호환하는 것을 보장하기 위한 것이다. 이것은 MS가 자사의 PC OS 독점을 서버용 소프트웨어의 경쟁을 제한하는데 사용하지 않도록 확보한다는 점에서 중요한 의미를 가지고 있다. 서버용 OS들은 미들웨어와 같은 응용프로그램을 지원하고 MS의 Windows 독점을 위협할 수도 있는 것으로 기대된다.
- 7) Stipulation and Revised Proposed Final Judgment (11/06/2001) III. Prohibited Conduct, G: MS는 특정 MS 소프트웨어의 배타적인 지원 혹은 개발을 요구하는 합의를 ISV, IAP, ICP 업체들과 체결하는 것이 금지된다. 이에 따라 소프트웨어 개발자들과 OEM 업체들은 MS와 계약을 체결하고도 계속 경쟁 미들웨어 상품을 개발하고 지원하는 것이 가능하게 된다.
- 8) Stipulation and Revised Proposed Final Judgment (11/06/2001) III. Prohibited Conduct, H.
- 9) Stipulation and Revised Proposed Final Judgment (11/06/2001) III. Prohibited Conduct, I: MS는 컴퓨터 제조업체와 소프트웨어 개발업자들에게 그들의 권리를 행사하는데 필요한 모든 지적재산권을 라이선스 해 줄 것이 요구된다. 이들의 예로는 MS가 공개한 OS 소프트웨어와 연동하는 미들웨어 프로토콜의 사용 등이 포함된다. 이와 같은 이행조치들은 지적재산권이 제출된 합의안에 포함된 다른 개발업자 및 OEM업체들의 권리와 의무를 방해하지 않도록 보장하기 위한 것이다.
- 10) Stipulation and Revised Proposed Final Judgment (11/06/2001) IV. Compliance and Enforcement Procedures.

표되고, 합의문의 공표 후 60일 이내에 다른 당사자의 이의가 없는 경우 법원은 제안된 합의안이 공공의 이익에 부합하는지 여부를 판단하게 된다. 법원이 공공의 이익에 부합하는 것으로 판단할 경우 이 합의안은 최종판결문으로 채택될 것이다. 결국 6년 이상 진행되어 온 이 소송은 동의판결의 형태로 종결될 것으로 예측된다. 동의판결 형태의 최종판결문은 5년 동안 효력을 가질 것이고, 만일 법원이 MS가 최종판결문에 여러 차례 위반하였음을 인정하는 경우 추가적으로 2년 더 연장될 수 있다.

### 3. 합의에 반대하는 주 정부와의 소송, AOL이 제기한 사소

법무성과 MS 사이의 합의문 공표 직후에 캘리포니아 등 9개 주 정부가 이 합의안에 반대하는 의사를 표시하였다. 그리고 합의문에 반대한 주 정부와 MS 사이의 소송에 대해 콜라 코틀리 판사는 금년 3월부터 본격적인 심리가 이루어질 것으로 밝힌 바 있고, 연방정부와 이룬 합의에 반대하는 주들과의 소송준비를 위해 4개월간 심리를 연기해 달라는 MS측의 청구를 2002. 1. 7. 기각하였다.

이 분쟁의 또 다른 전개는 Netscape사를 인수한 AOL이 2002. 1. 23. MS를 대상으로 제기한 사소(私訴)의 향후 전개이다. AOL은 소장에서 MS가 데스크탑에 익스플로러를 끼워짜는 행위를 즉각 중단하고 이로 인한 손해의 배상을 요구하고 있는 바, 이 청구가 용인될 경우 MS는 피해액의 3배까지 배상할 책임을 지게 된다.

## ● ● ● ● ● VII. 맺는말

1995년 8월 21일의 동의판결 시점부터 2001년 11월 6일 연방법무성과 마이크로소프트사 사이의 합의문이 작성되기까지 약 7년간 진행된 마이크로소프트사의 연방독점금지법 위반과 관련한 일련의 소송은 1910년대의 Standard Oil Trust의 해체를 가져온 1911년의 판결이나 1980년대의 Bell System의 해체를 가져온 사건과 더불어 미국 연방독점금지법 110년의 역사를 아로새기는 대표적인 사건의 하나로 평가되어 왔다.

주지하다시피 미국 연방독점금지법 110년의 역사는 주기적 파동을 그리면서 발전해 왔다. 이 파동은 정권의 귀속, 그리고 미국경제가 처한 국면과 상관관계를 보이는 바, 대체로 공화당 정권은 독점금지정책을 후퇴시키고 민주당 정권하에서는 독점정책이 강화되는 성향을 보여 왔다<sup>11)</sup>.

11) William G. Shepherd, Industrial Organization, 3rd. Ed., Prentice Hall, pp.457-8.

이러한 정황은 연방독금법의 핵심 실체조항인 서면법 제1조와 제2조가 대단히 추상적이고 모호한 규정을 가지고 있으므로, 순수한 규범논리의 측면에서만 경쟁정책을 운용하는 것을 기대하기 어렵고 또 대규모 사건에 대한 연방법원의 판단도 필연적으로 그때 그때의 경제적, 정치적 정황을 반영하는 사법정책적인 성격을 가질 수밖에 없는 사정과 연결할 수 있다.

이번 MS사 소송의 귀결 역시 연방독금법 운용의 큰 흐름에 결과적으로 부합하는 면을 보이고 있는 점은 흥미롭다. 즉 1980년 이후 풍미해 온 시카고-UCLA학파의 이론이나 가쟁경쟁론(contestability doctrine)을 먼 배경으로 할 때, 민주당 정권인 클린튼 행정부가 1995년부터 MS의 영업행태와 관련하여 독점규제절차에 착수한 것 자체가 연방독점금지정책의 새로운 반전으로 평가하기에 충분한 것이었다면, 반대로 2001년 1월 출범한 부시정권은 출범 당시의 공언, 즉 MS소송에 대해 종래의 태도를 견지할 것이라던 태도를 2001년 4월의 항소심판결 이후 실질적으로 번복하여 MS의 2사 분할방안의 철회는 물론, 중국에는 MS를 상대로 한 독점금지소송 전부를 취하하였기 때문이다.

클린튼 정부 시절 말기 그리고 전후 최장기 경제호황의 국면에서 내려진 1998년 소송에 관한 제1심판결에 대해 많은 논자들이 1980년대 이후의 휴식기를 지나 활성화된 독금법 운용으로 복귀하는 신호탄으로 본 바 있다. 이와 관련하여 필자가 주목하는 것은 미국인들의 일반 여론과는 다소 차이가 나는 미국 법조엘리트들의 마이크로소프트사의 사세(社勢)에 대해 독특한 세력균형 감각이 작용한 결과로 평가할 여지는 없을 것인가 하는 점이다. 지극히 간결한 법문을 가진 서면법 제1조와 제2조는 다양한 스펙트럼의 사법적 선택의 대상이 될 수밖에 없는 점을 고려할 때, 미국 법조엘리트들의 세력균형 감각은 MS 이외의 미국 대기업들, M&A나 전략적 제휴나 다양한 공동관계(joint venture)를 통해 공세적으로 시장에 접근하고 경쟁기업들을 상대해 온 거대기업들의 영업행태에 대해서도 얼마든지 유추될 수 있기 때문이다.

또한 이 사건은 온라인 산업(online industry) 혹은 정보산업의 대명사인 마이크로소프트의 영업방침에 대한 경쟁법적 심사를 내용으로 하는 점에서 큰 의미가 있다. 이 사건은 전통적인 경쟁법리가 온라인 산업에 대해서도 그대로 적용될 수 있는지 여부, 즉 on-line 사업자와 off-line 사업자에 대한 경쟁법적 규율의 차별화문제에 대한 본격적인 법적 검토가 이루어진 대규모 사건이다. 컴퓨터나 인터넷 기술의 특성을 감안할 때, 특정한 소프트웨어에 관해 이를 독립한 상품으로 볼 것인지 아니면 다른 프로그램의 필요적 구성요소 혹은 부품으로 볼 것인지 여부의 사실확정은 경쟁법적 판단이 됨과 아울러, 향후의 IT산업발전이나 지적재산권 보호에 있어 매우 중요한 정책결정의 성격을 가진다.

이러한 점에서 MS소송은 독금법과 기술 그리고 지적재산권의 상호관계<sup>12)</sup>, 예컨대 특허권이나

12) 이러한 쟁점에 관하여는 Berkely Center for Law & Technology and the Berkely Technology Law Journal 주최, Symposium: Beyond Microsoft - Antitrust, Technology and Intellectual Property, March 2 & 3, 2001(<http://www.law.berkeley.edu/bclt/events/antitrust/>) 참조.

영업비밀의 교차이용, 특허풀과 표준사양 등에 대한 독금법적 한계설정의 문제, 인터넷 지적재산권의 보호와 경쟁촉진의 문제, 고도기술산업에 있어 수직적 거래제한의 특수성, 보다 근본적인 관점으로는 경쟁정책과 제도적 기술개발촉진정책의 조화문제 등에 대한 새로운 문제제기의 계기가 된다.

MS소송의 전개과정에 있어 제1심판결이 내려진 때와 항소법원의 일부 인정, 일부 환송을 거쳐 연방법무성과 MS 사이의 합의가 이루어진 2001년 11월 현재의 이 사건에 대한 평가분위기는 상당히 바뀐 것이 사실이다. 제1심의 구체명령에 관한 판결에서 2사분할의 결정이 반복되고, 주요 쟁점에 관한 항소심의 파기환송이 이루어진 사실은 전반적으로 MS소송이 1980년이래 지금까지의 소극적인 독금정책을 반전시키는 계기가 될 것이란 예상을 무색케 하는 면이 있다.

그러나 이 사건의 진행과 관련하여 빠뜨릴 수 없는 또 하나의 사실은 수년에 걸친 법적 쟁송에 대한 시장반응의 축적을 통해 문제해결의 실마리가 주어질 수 있으며, 이는 경쟁당국의 신속하고 유권적인 시장개입과 크게 다른 선택으로 평가할 수 있다는 점이다. MS소송에서 MS를 제소하기로 한 DOJ의 결정, 그리고 법정 밖의 협상의 길을 선택하지 아니하고 승부를 가르는 쟁송절차를 선택한 마이크로소프트의 전략 선택은 그 자체가 대단히 중요한 경쟁정책적 판단이다. 다시 말해 연방법무성의 제소결정과 그 후의 공격방어 그리고 제1심판결을 전후하여 MS는 증권시장과 미국민의 여론악화를 통해 통렬한 제재를 받았고, MS의 영업행태 또한 이에 따라 순치된 점이 적지 않다. 대규모 독금법사건의 경우 시장의 반응에 의해 기업들의 행태가 순화되고 또 종국적인 사법적 판단에 이르기 전에 원피고 사이의 합의로 문제가 해결되는 순서를 보이는 패턴을 MS소송에서 확인할 수 있다.

우리 나라의 경우 재벌문제를 비롯한 경쟁정책상의 주요 이슈들이 단순히 경쟁법 차원의 문제가 아니라 정치적 혹은 사회적 합의를 깊이 내포하고 있음을 우리는 안다. 이와 관련해서도 MS소송은 우리에게 커다란 시사를 줄 수 있다고 생각한다. 미국민으로부터 광범한 지지를 얻고 있던 MS사를 상대로 한 다툼은 연방거래위원회가 주도한 것이 아니라 연방법무성이 20개 주 정부와 더불어 사법부에 제소함으로써 본격화되었고, 법원의 일련의 판단을 통해 MS에 대한 국민 여론이 변화되었기 때문이다. 행정부의 일방적이고 독점적인 정책결정으로 초래될 수 있는 여론분열의 위험이 사법절차의 개입을 통해 제거, 경감되는 사실은 특히 주목할 가치가 있다. 다시 말해 MS소송을 통해 미국 연방독점금지법의 절차법적 운용의 대표적 모델을 확인하고, 이에 대응한 우리 법제의 현황과 과제에 대해 성찰할 필요가 있는 것이다. 특히 우리 나라 공정위가 행정위원회로서 정파적 혹은 지역적 이해를 반영하는 태생적 한계를 가질 수 있다는 점에서 더욱 그러하다고 하겠다. **공정**