

EU와 미국의 마이크로소프트 사건 비교¹⁾

-지배적기업의 거래거절과 끼워팔기 규제 -

➡➡➡ 머리말

협조행위에 대한 경쟁법의 글로벌한 공통기준은 대략 확립되어 있으나 단독행위(배타행위)에 대하여는 그러하지 못하다. 어느 선을 넘어야만 공격적인 경쟁행동이 부당하게 악탈적인 배타행위로 간주되는가. 이 견해에 대해 미국과 EU간에 현저한 차이가 존재한다. 일본기업을 포함한 다국적기업에게는 유독 유럽에서만 미국(및 일본)과는 다른 경쟁전략을 마련해야 하는 것이 불가능한 경우가 많다. 지역에 따라 다른 비즈니스 모델의 채용은 제조와 경영비용의 막대한 증가를 초래하고 다국적기업의 장점을 완전히 버리는 것을 의미하기 때문이다. 다국적기업은 미국과 유럽연합(EU) 사이에서 규제기준이 보다 엄격한 경쟁법에 맞추어 자사의 경쟁전략을 구사해야 하는 것이 강제된다. 경쟁전략의 중심을 구성하는 것은 「단독의 배타행위」이며, 이 규제를 느슨하게 하고 있는 미국 반트러스트법에 비하여, EC 경쟁법은 현격하게 엄격한 규제를 유지하고 있다. 다국적기업의 경쟁전략에 있어 EU의 공통경쟁법(EC 경쟁법)이 중요한 제약으로 부상하고 있다. 이 가운데 2004년 EU 확대가 EC 경쟁법의 중요성을 한층 더 높였다. 이 상황을 전형적으로 보여주고 있는 것이 마이크로소프트의 배타전략을 위법으로 인정한 유럽위원회의 2004년 결정(Decision)이다.

글로벌 정부가 성립되어 있지 못하므로 경쟁법 기준의 국제적 통일이 반드시 요청되는 것은 아님에도 불구하고 경제활동의 글로벌화는 위법한 경쟁행동에 대한 견해를 조화시키는 압력을 미치게 한다. 적어도 세계 3대 축인 미국, EU, 그리고 일본의 경쟁법에 대해서는 이 기준에 차

1) 본 자료는 日本「月刊公正取引」2004. 9월호, 滝川敏明 교수의 논문을 본 연합회가 번역한 것이다.

이가 존재하고 있다고 하더라도 각각의 기준이 비즈니스의 관점에서 합리적인 논리를 갖추는 것이 요구된다. 미국·EU·일본의 경쟁당국은 법적용 대상의 각국 기업에 대해 이 규제기준의 합리성에 대한 설명책임(accountability)을 부담하고 있다. 본고는 마이크로소프트 사건을 소재로 하여, 단독행위(배타행위)의 규제기준에 있어서 EU와 미국의 차이를 관찰하고, 이 차이에 합리적인 근거가 있는가를 검토한다.

1. 단독의 배타행위에 대한 규제 - 미국 셔먼법 제2조와 EC 경쟁법 제82조

1) 배타행위(단독행위)의 2단계 심사 - 시장지배력(지배적지위)과 부당한 배타성

「단독의 배타행위」(이하 “배타행위”라 함)에는 미국에서는 셔먼법 제2조, EU에서는 EC 경쟁법 제82조를 적용한다. 제2조와 제82조는 배타행위를 2단계(2 STEP)로 나누어 심사하는 점에 있어서는 공통이다.

제1단계는 행위기업이 독점력(시장지배력)을 가지고 있는가, 또는 독점력(시장지배력) 획득의 높은 위험성이 있는가의 판정이다. 제82조에는 「지배적지위(dominant position)」의 판정이 이에 해당한다. 제2조의 독점력(획득의 높은 위험성을 포함)과 제82조의 지배적지위에는 미묘한 차이가 존재하나 거의 동일한 것이다. 제1단계 심사에서 포착한 기업만을 대상으로 제2단계 심사를 실시한다. 이 심사에 있어서는 지배적기업에 의한 배타행위에 「부당성」이 있는가를 판정한다. 통상의 기업에 비해 지배적기업에는 보다 엄격한 견해를 갖는(부당성을 넓게 파악하는) 것이 셔먼법 제2조와 EC 경쟁법에 있어서 공통이다.

미국 당국과 법원은 셔먼법 제2조 규제에 있어서 부당한 것으로 간주하는 행위의 범위를 축소하여, 지배적기업에도 공격적 경쟁방법을 허용하게 되었다. 이의 특징으로서 셔먼법 제2조(독점행위)에 관한 최근의 미국 판례는 표어와 같이 늘 「반트러스트법의 목적은 경쟁의 보호에 있는 것이지 경쟁자의 보호에 있는 것이 아니다」고 설명한다. 이것은 경쟁자를 불리하게 하는 배타적행위의 대부분을 악으로 간주하는 것은 아니며 소비자이익(이를테면 경제 전체의 후생)을 해하는지, 증진시키는지를 총합적으로 판정함으로써 배타행위의 위법성을 결정하는 입장을 보여주고 있다.

미국 마이크로소프트(이하 “MS”라고 함) 사건에 대해 본다면 윈도우즈에 자사제 브라우저를 편입한 MS의 행위는 대항하는 네스케이프를 불리하게 하는 것은 분명하다. 그러나 이것만

으로 위법하다고 해야 하는 것은 아니며 소비자이익에 대한 총합판정으로부터 위법성을 판단해야 하게 된다. 소비자이익을 통합판정하기 위하여는 경제분석이 필요한 까닭으로 경제학자의 의견이 법정에서 중시된다. MS 사건에 있어서는 사피로, 엘진카 등의 저명한 경제학자의 의견이 위법성 판정 및 배제조치결정에 영향을 주었다.

더욱이 최근의 미국 판례와 반트러스트 당국은 소비자이익(경제후생)에 있어서 innovation incentive를 중시하고 있다. 선진국 경제의 견인역인 첨단산업이 기술혁신(innovation)에 의해 발전하기 때문이다. 이 견해는 기술혁신(innovation)에 의해 독점력을 획득한 기업에 동정적으로 작용한다. 더욱이 지적재산권은 innovation incentive의 근원이기 때문에 지적재산의 배타권을 약화시키는 법규제는 부정적으로 본다.

이에 대해 유럽위원회와 유럽법원은 유럽시장의 통합목적으로부터 경쟁자를 박해하는 배타행위에 대해 미국보다도 엄격한 견해를 유지하고 있다. 이 차이가 MS 사건에서 미국 법원 판정과 유럽위원회 결정의 상이(相異)로 나타났다.

2) 배제조치의 설계

배타행위 규제(서면법 제2조와 EC 경쟁법 제82조)의 위반기업에 대해서는 협조행위 규제의 위반기업에 대해서보다도 배제조치(remedy)의 중요성이 높다. 위반상태를 해소하고 위반의 재발을 방지하기 위하여 구체적인 조치를 취할 것을 경쟁당국이 위반기업에 명령하지 않으면 안 되는 경우가 많기 때문이다. 상황에 의하면 위법행위의 근원을 잘라버리기 위해서는 기업분할 등의 구조적인 조치를 명령해야 하는 경우도 있다.

MS가 부속하는 PC(Personal Computer) 생산에 있어서는 기본 소프트웨어(OS : Operating System)가 IT분야의 플랫폼(platform)으로서 기능하고 있다. 윈도우즈의 소유로 플랫폼을 독점하는 MS는 노골적으로 부당한 배타행위를 하지 않아도 위법성이 미묘한 배타행위(거래거절 등)로 다양한 IT분야의 경쟁에 있어서 우위에 서있다. 그러므로 경쟁법 사건에 있어서 위법을 인정한 배타행위를 배제조치로 금지하여도 MS는 다른 다양한 배타행위를 생각해 낼 것이다. 그러므로 위법한 배타행위를 저지른 MS에 대해서는 위반의 근원을 잘라버리기 위해 윈도우즈 회사의 분할을 명령하는 것이 궁극의 배제조치가 된다. 다른 한편 이것은 기술혁신(innovation)으로 성공한 기업에 대해 너무 혹독한 조치라고 하는 비판도 있다.

기업분할을 명령하지 않는 경우에는 MS에 어느 정도 개입한 조치를 명령해야 하는가가 문제된다. 윈도우즈의 소스 코드(source code)를 공개하는 등의 조치를 명령하는 정도로 개입한

다면, MS에 대항하는 기업은 대응분야에 있어 MS와 대등하게 경쟁할 수 있다. 그러나 반면에 조치명령을 너무 혹독하게 하게 되면 MS의 기술혁신활동을 지나치게 제약하는 폐해가 생긴다.

미국 MS 사건에 있어서는 2000년 지방법원 판결이 기업분할을 MS에 명령하였으나 항소법원 판결이 이를 파기환송 하였다. 이후에 법무부와 MS가 배제조치에 대하여 화해하고 이 내용을 공익의 견지에서 지방법원이 승인하고 확정판결(이하 "최종판결"이라 함)을 내렸다. 최종판결은 배제조치로서 윈도우즈의 호환성 정보의 공개 등에 관하여 MS에 구체적인 조치의무를 과하였다. MS에 의한 조치의 실행을 연방과 주정부의 구성원이 감시하고 이에 덧붙여 소프트웨어 전문가 3인이 「기술위원회」를 결성하여 사무조직을 MS사내에 설치한다는 것이다.

최종판결에 대해 메사추세츠 주와 2개의 사업자단체(MS의 경쟁자기업을 구성원으로 하는)는 MS에 대한 배제조치가 너무 약하다고 항소하였다. 윈도우즈의 호환성에 관한 소스 코드 공개를 최종판결은 명령하지 않았다. 윈도우즈로부터의 인터넷 익스플로러(IE)의 완전분리도 명령하지 않았다는 등의 점에 대한 불복으로 항소한 것이었다. 그러나 항소법원 판결은 공익에 대한 적정한 균형(balance) 판단을 지방법원이 실시한 것으로 지방법원의 최종판결을 지지하였다. 미국상황과 대비하여 EU 사건에 있어서 유럽위원회는 위반을 인정한 MS에 대한 배제조치로서 미국의 최종판결보다도 현격하게 개입한 조치의 실시를 MS에 명령하였다.

2. 거래거절의 규제기준

EU 사건에 있어 MS의 위법을 문제 삼았던 배타행위는 2종류이다. 하나는 호환성에 관한 정보제공의 거절이다.

1) 거래거절의 부당성에 대한 논점

(1) 거래거절의 부당성 판단

정보제공의 거절은 거래거절의 대표적 유형의 하나이다. 미국당국·법원과 유럽위원회·법원 모두 거래거절(단독행위)을 위반으로 하는 것은 예외적인 경우뿐이다. 거래할 것인가의 여부, 또는 누구와 할 것인가는 기업의 자유에 맡기는 것이 시장경제의 기본이기 때문이다. 특별한 요건이 더해지는 경우에만 거래거절은 예외적으로 부당한 것으로 간주된다. 이제까지의 판

례에서는 미국보다도 EU쪽이 거래거절의 위법성을 보다 넓게 인정하는 경향을 보인다.

(2) 불가결시설이론의 평가

당초부터 계속되고 있었던 거래거절을 지금까지 그대로 계속하고 있는 기업에 대해서는 거래거절을 부당한 것으로 취급할 만한 특별이유를 찾기가 어렵다. 이 경우에 당국이 거래체결을 강제하는 것은 경쟁법 규제가 아닌 정부의 산업규제에 해당한다. 실제로 전기통신 및 전력규제 정책과 규제법에 있어서 규제당국이 독점적 기업에 대해 대항기업과의 거래의무(접속·접근제공의무)를 부과하고 있다.

그러나 기업활동에 공통으로 필요한 산업기반시설(불가결시설 essential facility)을 소유하고 있는 기업에 대해서는 시설에 대한 접근제공의무를 경쟁법으로 부과해야 하는 것은 아닌가. 접근제공을 의무화하는 규제법이 존재하는 산업은 한정되어 있기 때문이다. 또한 산업규제법에 의한 접근의무는 지나친 경향이 있어 경쟁법에 의한 한정적인 접근명령이 바람직한 것은 아닌가. 이러한 견해에 의해 불가결시설의 소유기업에 접근제공을 의무화하는 「불가결시설이론」은 미국 서면법의 판례에 의해 탄생하였다. 이후 유럽위원회와 유럽 법원이 미국 판례를 원용하여 미국보다도 적극적으로 불가결시설이론을 활용하고 있다.

(3) 배제조치의 설계

거래거절의 위법성을 인정한 경우에는 이제 배제조치로서 당국 또는 법원이 위반기업에 어떠한 내용의 거래체결을 명령할 것인가가 하나의 논점이 된다. 즉, 어느 정도 넓은 시설·정보를 대항기업에 제공토록 할 것인가, 대가를 어떻게 설정할 것인가 등에 대한 것이다.

2) 미국 MS 판결에 있어서 거래거절의 부당성 판단

미국 판결에 있어서 MS가 서면법 제2조 위반으로 인정된 것은 OS 시장의 독점을 유지하기 위하여 경쟁사인(네스케이프)의 브라우저를 채용하지 않도록 PC 제조업자(OEM) 등에게 작용한 모든 행위에 대해서이다. 소극적인 거래거절이 아닌 네스케이프를 방해하기 위한 MS의 적극적인 배타행위에 법원은 독점행위를 인정하였다. 호환성 정보의 제공거절이 위법으로 된 유럽위원회와 이 점이 질적으로 다르다.

다만, 미국의 상기 최종판결(2002년)이 보여준 MS에 대한 배제조치는 호환성 정보의 타기업에 대한 적극적인 제공의무를 MS에 부과하고 있다(그러므로 거래거절을 MS에게 금지하고

있다). 배제조치는 사건에 있어서 인정된 위반행위를 배제하기 위한 조치에 한정하지 않고 금후의 위반행위를 방지하기 위한 장래지향적(forward looking) 조치를 명령할 수 있기 때문이다. 다만, 장래지향의 조치에 대하여는 기업행위에 대한 개입정도를 억제할 것이 요청된다.

EU 사건이 문제 삼은 그룹서버(group server)에 관하여 미국 최종판결은 MS에 다음과 같은 명령을 하고 있다 - 윈도우즈 OS 제품과의 「통신 프로토콜(protocol, 통신기기(器機)간의 정보교환규칙)」을 「제3자에게 합리적이며 무차별적조건으로 MS제 서버제품과의 호환 또는 통신이 저절로(예를 들면, 고객(Client)측의 OS 제품에 소프트웨어·코드를 추가할 필요가 없이) 할 수 있도록... 제공하지 않으면 안 된다」(최종판결 Section III E).

최종판결은 완전한 호환성을 달성하기 위하여 필요한 상세정보의 제공을 MS에게 의무화하고 있지 않다. 메사추세츠 주와 2개의 사업자단체는 이 점에 대한 불복으로 상소하였다. 그러나 항소법원 판결(2004년 6월)은 지방법원 최종판결이 상기의 조치에 그친 것은 지나치게 넓은 정보제공의 의무를 부여하는 것은 「MS의 innovation incentive를 해하는」 것이라고 한 MS의 주장을 지방법원이 승인한 때문이므로 지방법원의 판결을 지지하였다.

3) 미국 Verizon 대 Trinko 대법원 판결에 있어서 거래거절의 부당성 판단

거래거절이 셔먼법 제2조 위반에 해당하는 요건에 대해서는 Verizon 대 Trinko 판결이 최신 대법원 판결이다. 본 판결은 제일 먼저 「경제적으로 유용한 시설에 투자할 인센티브」를 지키기 위하여 거래거절의 자유를 존중하여야 하는 것이며, 둘째로 특정상황하에서 거래거절이 셔먼법 제2조 위반이 되는 것으로서 셔먼법 제2조가 적용되는 최대 확장범위는 1985년 대법원의 Aspen Skiing 판결인 것으로 하였다. Aspen Skiing 사건에서는 스키 리조트를 구성하는 4군데 활강스키시설 중 3군데 활강스키시설을 소유하는 피고 기업이 남은 한 개의 활강스키시설의 소유기업과 오랫동안 공동티켓을 발행하고 있었다. 그러나 수익배당을 둘러싼 분쟁 후, 공동티켓의 발행을 거절하였다. 이 거절행위는 단기적 이익을 무시하고 경쟁사를 무너뜨리고 경쟁을 해하는 데 있다고 한 배심원 판단을 대법원이 지지하였다. 세 번째로 「불가결시설이론」에 대해서는 하급심이 인정한 것은 있으나, 대법원이 인정한 것은 없다(본 건에 대해서는 견해를 제시할 필요가 없다).

Verizon 대법원 판결의 기준에 의하면 EU 사건에 있어서 MS의 정보제공의 거절은 종전에는 정보를 제공하고 있었던 것이 이후에 정보제공의 거절(또는 보다 불리한 조건으로 제공)로 변경한 것일 필요가 있다. 이에 관하여 거절에 의한 변경에 Aspen Skiing의 경우와 같이 부당

성을 인정하는 것이 필요하다. 종전부터 정보제공 거절을 계속하고 있을 뿐인 경우에는 불가결 시설이론을 채용하지 않으면 셔먼법 제2조 위반을 인정할 수 없다. Verizon 판결은 불가결시설 이론을 부정하고 있지는 않으나 채용에 소극적인 견해를 보여주고 있다.

4) EU 사건의 유럽위원회 결정

(1) MS에 의한 호환성 정보의 제공거절

MS는 호환성에 관한 윈도우의 기술정보의 제공을 그룹서버 시장에서 경쟁기업(썬, 노벨 등)에 거래거절 하였다. 「그룹서버」는 OS의 일종이며 기업조직(그 중에서도 다국적기업) 네트워크의 중심에 위치하고 조직구성원에 의한 파일 작성과 인쇄 등의 일상업무를 돕는다. 더욱이 네트워크 이용자를 인증하고 기업기밀을 보호하는 기능을 해낸다. 이전에는 노벨사가 가장 큰 기업이었으나 썬(Sun) 등과 함께 MS가 진출하였다. 윈도우와의 호환성의 장점을 활용하여 MS(製)의 「윈도우즈 그룹서버」가 세력을 늘려 현재에는 제1위 점유율을 가지고 있다.

그룹서버(이하 “GS”라고 함)를 이용하는 기업의 구성원은 PC(Client PC)를 사용하고 있어 GS는 Client측의 OS인 윈도우와 교류할 필요가 있다. Client측의 OS인 윈도우와 자사제의 GS의 호환성을 확보하기 위해 썬(또는 노벨)은 윈도우의 「호환성에 관한 기술정보 interface specifications」를 MS로부터 제공받을 필요가 있다. 썬은 MS제 GS의 고객기업이 썬제 GS로 바꾸기 쉽게 하기 위하여 MS제 GS의 호환성 정보도 제공받을 것을 요구하고 있다. MS가 불충분한 호환성 정보 이외에는 제공하지 않아 썬이 유럽위원회에 상신하였다.

MS는 호환성 정보의 제공을 완전히 거절한 것은 아니며, 어느 정도의 정보를 제공하고 있다. 위에서 언급한 바와 같이 MS에게는 GS와의 호환성을 위한 윈도우의 정보제공이 미국 최종판결의 배제조치에 의해 의무화 되었다. 그러나 MS는 자사제 GS 진출 이전부터 존재하는 타사 GS에 대한 호환성 정보제공에 대해서는 타사 고객을 MS제 GS로 대체시키기 위해 열심히 하지만 MS와 경쟁하는 새로운 타사 GS에 윈도우와의 호환성을 가지게 하는 것에는 열심이 아니다(Decision para. 282). 썬은 Client에게 자연적 서포트(native support)를 제공하기 위해 호환성 확보를 위한 「완전정보」를 MS에 요구하였다(Decision para. 185). 이에 대해 MS는 완전정보의 제공을 거절하였다.

(2) 종전의 거래형태로부터의 변경

MS는 Windows NT 시대(자사 GS 진출 전)에도 제공하는 호환성 정보의 범위를 한정하였으나 Windows 2000의 개발 후(자사 GS 진출 후)에는 제공정보를 이보다 더 한정하였다

(Decision para. 579).

(3) 유럽위원회 결정의 결론

MS는 썬 등의 타 기업이 호환성 있는 GS를 개발하여 판매하기 위해 필요한 MS제 GS의 프로토콜 사양을 제공하는 것을 거절하고 있다. 이것은 지배적지위의 남용에 해당한다(제82조에 위반한다)(Decision para. 546).

(4) MS의 지적재산권과의 관계

MS제 GS에 대해서 MS는 지적재산권(특허·저작권·영업비밀)을 소유하고 있다. 특허를 취득한 발명은 공개되나 소프트웨어의 프로토콜(Source Code 등)은 비밀이 되고 있다(Decision para. 249). 썬의 요구에 따라 프로토콜 정보를 제공하는 것은 MS의 지적재산권에 저촉되며, 더욱이 유럽위원회가 제공을 명령하는 경우에는 WTO의 TRIPS 협정이 회원국에 의무화하고 있는 지적재산권보호의무에 위반한다고 MS는 주장했다. 유럽위원회는 MS의 주장을 다음과 같이 거절하였다. 정보의 제공명령으로 MS가 받을지도 모르는 기술혁신상의 인센티브 감퇴는 산업 전체가 받는 인센티브 향상효과보다 작다. 본 건의 예외적 상황을 상쇄할 정도의 정당화 사유는 MS의 이노베이션 상의 인센티브로 인정되지 않는다(Decision para. 783).

5) 배제조치

MS제 GS가 네트워크 작업을 위해 사용하는 프로토콜의 완전하며 정확한 「상세정보 specifications」를 명확히 할 것을 유럽위원회는 MS에 명령한다. 상세정보의 MS에 의한 실행 내용 - Source Code - 을 분명하게 밝힐 것은 MS에 명령하지 않는다(Decision para. 999). 실행법의 상세 [Source Code]를 명확하지 않게 하여 호환성 정보를 알리는 것이 가능하며, 호환성의 공개표준을 마련할 때의 업계관행도 가능하다(Decision para. 571). MS에게 부과된 계약조건은 합리적이며 무차별인 것을 요구한다(Decision para. 1008).

6) 거래거절에 관한 유럽위원회 결정의 비평

PC의 OS 시장을 독점하고 있을 뿐만 아니라, GS에 있어서도 MS의 시장점유율은 매우 높아 MS의 지배적지위는 이론의 여지없이 인정된다. 남은 쟁점은 첫째로 MS가 경쟁자에게

GS에 대한 호환성 정보의 제공을 거절한 것에 부당성이 인정되는가의 판정이며, 둘째로 MS의 위법성을 인정한 경우에 배제조치로서 MS에 제공을 의무화하는 정보를 어느 정도 넓게 간섭할 지에 대해서이다.

자사제 GS의 판매가 본격화함에 따라 MS는 타사에 제공하는 호환성 정보의 정도를 현격히 감소해 왔다. 이 행위변화를 유럽위원회는 강조하고 있다. 행위변화를 중시하는 관점은 미국 대법원 2004년 Verizon 판결(이 판결이 인용하는 Aspen skiing 판결)과 공통한다. 이전부터의 일관한 거래거절이 아니므로 본 건에 대해서 불가결시설이론을 이용할 필요는 없다.

행위변화가 있다고 하더라도 거래거절(제공정보의 소멸)이 자동적으로 부당한 것으로 인정되는 것은 아니다. 행위변화에는 경제상의 합리성이 있는 것으로 MS는 항변할 수 있다. 미국 Aspen skiing 판결의 경우에는 그 거래거절이 「단기적 이익을 무시하여 경쟁자를 무너뜨리고, 경쟁을 해하려고 하는 것」(Verizon 판결문)이었기 때문에 부당성이 인정되었다.

이것과 비교하여, EU 사건에 있어서 MS의 정보제공 거절은 단기적 이익을 무시한 것이라고는 말하기 어렵다. 경쟁자에 대한 정보제공 거절로 MS제 GS에 대한 수요가 곧바로 증가한 것에서 비즈니스상 합리성은 인정된다. 그러나 비즈니스상의 합리성과 경제상의 정당성과는 같은 것이 아니다. 호환성 정보를 MS로부터 받지 못하게 됨으로써 심각한 경쟁상의 타격을 받은 것을 썬이 주장하고 있고, 이 정당성을 유럽위원회 결정은 인정하였다.

OS의 source code를 reverse engineering(역 설계)으로 해석하는 것은 불가능하다는 등의 이유로 MS로부터의 완전한 호환성 정보를 필요로 하는 썬의 주장에는 설득성이 있다. 본 사건결정이 설명하는 상황에서는 정보제공 거절에 의한 경쟁자가 받는 경쟁상의 타격에 비해 제공 정보의 소멸에 대한 MS 항변의 정당성은 약하다.

Aspen skiing 판결 등의 선례에 비추어 본 건은 미국 서면법 제2조의 경우에서도 위법으로 인정될 가능성이 있다. 단, 유럽위원회 결정의 정당성은 MS의 「행위변화」의 정당성과 썬 등이 받는 경쟁상의 타격에 대한 사실인정과 관련이 있다. MS의 제소를 받는 유럽제1심법원의 심리에서 이 점의 인정이 초점이 된다. 미국 최종판결을 인용하여 MS는 완전(상세)정보의 제공 거절이 경쟁자를 불리하게 하여도 소비자이익은 해하지 않는다고 주장할 것이다. 그러나 미국 사건에 있어서 브라우저를 윈도우즈에 편입(통합)한 경우와는 다르며, 호환성 정보의 제공거절이 소비자이익을 증대한다고 주장하는 것은 곤란하다. 그러므로 지적재산권보호, 이어 기술 혁신 인센티브보호 주장이 MS의 근거가 되지만 유럽위원회가 지적재산권에 대해서 언급하고 있는 견해는 설득력이 있으며, 이 견해에 대한 반론을 MS가 재판에서 제출하는 것은 곤란하다고 생각한다.

배제조치에 대한 유럽위원회의 결정에도 타당성이 인정된다. Source code 공개는 명령하지 않고 업계 관습에 따른 호환성의 상세 정보제공을 명령하는 것은 균형이 잡힌 조치이다. 이에 대해 미국 사건의 최종판결(항소법원이 지지)은 위에서 언급한 바와 같이 호환정보의 일반적인 제공을 MS에 명령하는 데에 그치고 있다. 미국 사건에 있어서는 호환정보의 제공거절은 MS의 위반행위가 아닌 장래지향의 배제조치로서 명령하고 있기에 유럽위원회의 배제조치와 대등하게 비교하여야 하는 것은 아니다.

벌칙에 관해서는, 유럽위원회가 MS에 제재금(497백만 유로)을 부과한 것에 정당성은 찾기 어렵다. 거래거절은 예외적으로만 위법이 되는 행위유형이다. MS의 행위변화는 총합적 관정에 의해서만 위법성을 인정하는 것이 가능하며, 제재금에 의해 위법을 억지해야 할 명백한 위반행위는 아니다(다음 절에서 살펴 볼 끼워팔기 행위의 위법성과 아울러 제재금의 정당성도 찾기 어렵다).

3. 끼워팔기의 규제기준

EU 사건에 있어서 유럽위원회가 위반을 인정한 MS의 또 한 가지 배타행위는 끼워팔기이다. MS는 자사제 미디어 플레이어(인터넷으로 음악·영화 파일을 수집하여, PC에서 재생하기 위한 소프트웨어)의 「윈도우즈 미디어 플레이어(WMP)」를 윈도우즈에 끼워팔기 하였다. PC 제조업자(OEM)가 MS로부터 라이선스를 받을 수 있는 윈도우즈는 WMP가 첨부된 것에 한한다. 라이선스 때문에 OEM이 WMP를 삭제(uninstall)하는 것은 기술적으로 불가능하며, 무리하게 삭제하면 윈도우즈가 기능하지 못하게 된다. MS에 대항하는 미디어 플레이어 기업(리얼 네트워크 등)은 OEM에 자사제 미디어 플레이어를 채용해 달라고 하는 것이 매우 곤란하게 된다.

1) 끼워팔기의 위법성 - 미국·EU 기준의 공통성

끼워팔기를 위법으로 하는 요건에 대해서 미국 셔먼법(제2조가 아니라 제1조를 적용한다)과 EC 경쟁법 제82조의 기준은 기본적으로 동일하다. 쌍방 모두 다음의 3개 요건이 전부 갖추어진 경우에 끼워팔기를 위법으로 한다(미국 항소법원에 의한 새로운 기준에 대해서는 후술).

첫째로, 끼워팔기는 주체제품 시장(tying market)에 있어서 시장지배력(지배적지위)을 피의

(被疑)기업이 가지는 것이 필요하다. 미국과 EU 쌍방의 MS 사건에 있어서 tying market은 PC의 OS 시장이며, 윈도우즈를 소유하는 MS가 시장지배력(지배적지위)을 가진다.

둘째로, 끼워팔리는 시장(tied market, 본 건에서는 미디어 플레이어)에서의 경쟁이 저해될 필요가 있다. 이 경쟁저해의 정도는 미국·EU 모두 경미한 것으로 충분하다. 미국의 경우 「실질적인 양이 영향을 받는다」는 것만으로 충분하다. EC 경쟁법에서는 「끼워팔기가 경쟁을 저해(foreclose)할 것」이 필요하다(Decision para. 794). 끼워팔기는 「고객의 공급처 선택의 자유를 빼앗고, 다른 생산자의 시장기회를 박탈한다」(1979년 호프만 라로슈 판결)고 간주되어 끼워팔기의 사실이 인정되면 대부분 자동적으로 경쟁을 저해하는 것으로 판정된다.

셋째로, 끼워팔기로 주장되는 것이 실제로는 한 개의 합리적인 조합상품이 아닐 것이 필요하다. 두 가지의 상품이 각각의 상품으로 인정할 수 없다면 끼워팔기로는 볼 수 없게 된다.

2) 미국 MS 사건에 있어서 끼워팔기의 취급

(1) 위법성에 있어서의 항소법원 판결

상기의 미국 기준은 대법원 판례에 의한 것이다. 그러나 2001년 항소법원 판결은 「플랫폼 역할을 하는 PC 소프트웨어」에 대해서는 끼워팔기를 「합리의 원칙」에 의해 판단해야 한다고 했다. MS에 의한 끼워팔기를 대법원 판례가 아닌 항소법원 판결기준에 의할 경우에는 미국과 EU의 끼워팔기의 위법성 기준에는 큰 차이가 생기게 된다. 근래 미국 반트러스트법의 합리의 원칙 심사는 위에서 설명한 바와 같이 소비자이익의 총합판정이므로 MS의 끼워팔기에 경쟁배제효과가 있어도 총합적으로 소비자이익이 되는 것으로 판정된다면 끼워팔기는 합법으로 판정된다.

미국 사건에 있어서 MS의 위법·합법을 좌우하는 쟁점이 된 것은 상기 제3요건(끼워팔기가 합리적인 조합이 아닐 것)이다. 이 점은 끼워팔기를 합리의 원칙에 의해 판정한 경우에도 변하지 않는다. 미국 MS 사건의 2000년 지방법원 판결은 윈도우즈와 MS제 브라우저의 일체화에는 「정당한 비즈니스상의 이유」가 인정되지 않는 것으로(일체화가 기술적으로 필요도 없고 비즈니스 효율을 높이는 것도 아니다) 위법한 끼워팔기를 인정하였다. 그러나 항소법원은 「일체화의 정당화 이유에 대한 피고 MS의 주장에 대해 원고는 반론할 뿐만 아니라 정당화 이유를 상회하는 반경쟁효과가 있는 것을 제시할 책임이 있다」(원고는 이 입증책임을 해내지 못했다)고 하였다.

(2) 배제조치에 대한 미국의 최종판결

기술한 미국 최종판결은 MS에 대한 배제조치로서 MS제 「미들웨어(middle ware)」(OS를 대체하는 역할을 부분적으로 완수하는 소프트웨어)를 윈도우즈의 부분으로서 끼워팔기 하는 (일체화 하는) 것을 제한하는 조치를 포함한다. 이것은 첫째로, MS제 브라우저(IE)의 윈도우즈로의 편입이 서면법 제1조 위반의 끼워팔기 행위로는 인정되지 않았지만 서면법 제2조 위반으로 인정된 독점행위에 공헌하는 배타효과(exclusionary effect)가 있는 것으로 보여졌기 때문이다. 둘째로 이미 기술한 장래지향의 배제조치로서 편입하는 행위의 제한이 필요한 것으로 판단되었다.

MS와 법무부가 화해한 다음의 배제조치를 최종판결은 승인하였다. 「미들웨어로서 기능하는 윈도우즈 부분에 대한 최종 사용자의 접근(access)을 삭제하는 것」을 MS가 OEM에 허용한다(Final Decision, III.H). 이것은 다음을 의미하고 있다. ① 윈도우즈로부터 미들웨어(브라우저, 미디어 플레이어 등)를 분리할 것을 명령하지 않는다, ② OEM은 미들웨어의 접근을 삭제(아이콘을 감추는 등에 의한)하는 것에 한정해서 MS로부터 허가받는다(미들웨어 자체를 윈도우즈로부터 삭제해서는 안 된다).

이 배제조치는 MS의 이익을 배려한 타협이다. OEM은 종전보다도 MS의 대항기업의 미들웨어를 자사 PC에 탑재하기 쉽게 되었다. 그러나 윈도우즈에는 MS제 미들웨어(IE, WMP 등)가 처음부터 편입되어 있다. 그 아이콘을 감추는 등의 작업을 한 다음에 대항 미들웨어를 자사제 PC에 탑재하는 수고를 없애는 인센티브는 OEM에서 생기기 어려울 것이다.

이 우려로부터 메사추세츠 주와 2개 사업자단체는 지방법원의 최종판결을 상소하였다. MS에 대항하는 미들웨어를 자사제 PC에 탑재하는 인센티브를 OEM에 생기게 하기 위해 윈도우즈로부터 미들웨어를 분리할(Source Code를 삭제하는) 것을 MS에 명령해야 한다고 메사추세츠 주 등은 주장했다. Source Code 삭제안에 대하여 MS는 윈도우즈의 분열·세분화를 초래하므로(수 많은 다른 윈도우즈가 생긴다) 소비자이익을 해한다고 하여 반대하였다. 항소법원은 MS 의견을 지지하고, 더욱이 장래지향의 배제조치는 억제적으로 행해져야 하는 점을 지적하고, 지방법원 최종판결을 지지했다.

3) EU 사건에서의 미디어 플레이어와 윈도우즈의 끼워팔기

(1) 끼워팔기의 경쟁자 배제효과 - 유럽위원회의 인정

MS는 윈도우즈에 WMP를 편입하여 일체화하고, Uninstall(Source Code 삭제)할 수 없도록

록 하였다. 이 때문에 타사(리얼 네트워크, 애플 등)제 MP를 특히 비용을 들여 탑재할 인센티브가 OEM에는 생기지 않게 된다. OEM이 아닌 최종 사용자가 스스로 인터넷에서 MP를 다운로드 하는 것은 복잡한 조작을 요하므로 실행하는 것은 소수에 지나지 않는다.

WMP의 끼워팔기로 콘텐츠와 응용소프트웨어에 기인하는 침입장벽을 높이고, 윈도우즈의 독점을 보호함과 동시에 MP에 대한 침입장벽도 높인다(Decision para. 980). MS는 PC의 OS 시장에서 지배적지위를 가지고 있어 끼워팔기에 의한 지렛대 효과로서 독점력을 확장할 수 있다(Decision para. 1042).

(2) 끼워팔기의 효율성 결여 - 유럽위원회의 인정

개발자와 소비자의 이익이 되므로 끼워팔기는 정당화된다고 MS는 주장하고 있다. 다음과 같은 이유로 이 주장에는 근거가 없다. ① MS가 WMP만을 윈도우즈에 편입하여 사용자가 삭제할 수 없게 한 것이 소비자에 대해 거래상의 효율성을 향상시킨다고는 보이지 않는다. ② 유럽위원회의 본 결정에 있어 MS는 OEM과의 약정에 의해 PC 사용자의 수요에 따라 윈도우즈와 함께 WMP를 미리 사용자의 PC에 탑재해 두는 것이 허용된다(Decision para. 959). ③ 윈도우즈와 WMP를 Source Code에 있어서 일체화하는 것이 제품의 기술적 성과(performance)를 향상시키는 것을 보여주는 실질적인 증거를 MS는 제출하지 못하였다(Decision para. 962).

(3) 배제조치

PC 탑재용 윈도우즈로서 MS는 WMP를 포함하지 않은 버전을 제공해야 한다. 동 배제조치는 최종 사용자에게 직접 라이선스 하는 윈도우즈와 OEM에 라이선스 하는 윈도우즈 쌍방에 해당한다. MS는 WMP를 일체화한 윈도우즈의 버전도 제공할 수 있다(Decision para. 1011).

이 배제조치로 OS와 MP가 사전에 모두 Install된 것을 입수하는 사용자의 편의는 보전된다. 그리고 동시에 어느 MP를 조합제품의 요소로서 선택할지의 자유를 OEM과 최종 사용자가 되찾을 것이다(Decision para. 1025).

4) 끼워팔기에 관한 유럽위원회 결정의 비평

끼워팔기 처리에 대해서 미국 대법원 판례와 EC 경쟁법의 기준은 기본적으로 같다. 미국 항소법원 판결은 끼워팔기를 합리의 원칙으로 판단하는 견해를 보였으나 그 경우에 있어서도 지배적기업에 의한 끼워팔기에 합리성이 없다고 판단되면 위법이 인정된다. 지배적기업에 의한

끼워팔기를 부당하다고 하는 견해를 유럽위원회는 취해 왔으나, 본 건의 유럽위원회 결정은 끼워팔기의 합리성(효율향상효과)에 대해서 심사를 실시했다.

미국 MS 사건에 있어서 MS의 끼워팔기는 합법으로 인정된 것은 아니며, 항소법원은 환송 심리를 지시했을 뿐이다. 정부측(법무부)이 소송계속을 단념해 버려 MS의 끼워팔기에 대한 소추가 중단되어 버렸다. 단, 항소법원은 MS의 독점행위(서면법 제2조) 위반에 공헌하는 배타효과를 MS의 끼워팔기로 인정하였다. 끼워팔기가 무죄방면된 게 아니며, 지방법원 최종판결의 배제조치에도 끼워팔기에 대한 대처가 포함되어 있다.

MS의 끼워팔기는 윈도우즈로의 응용소프트웨어 일체화 - Source Code의 혼연합체 - 로서 실시되고 있다. 윈도우즈로부터 응용소프트웨어를 OEM이 삭제할 수 없어 대항기업을 배제하는 효과가 강력하다. 배타효과를 합리화하는 것으로서 MS는 일체화가 기술적 장점과 소비자 편의에 도움이 된다고 항변해 오고 있다. MS의 동 주장을 미국 2000년 지방법원 판결은 틀린 것으로 단정했다. 지방법원의 심리가 불충분하다고 하여 항소법원이 파기환송하고 정부측은 무슨 이유인지 소송계속을 단념했다. 정부측이 소송을 계속하고, 지방법원이 재판관을 교체하여 재심리한 경우에는 MS의 끼워팔기가 합법으로 된다는 보증을 없다.

독점 플랫폼인 윈도우즈로의 소프트웨어 편입전략으로 MS는 다양한 IT 또는 광대역(broadband) 분야에 자사 지배를 확대해오고 있다. MS의 배타전략에 대한 당국에 의한 저지책은 미국에서는 중단해 버렸지만 본 결정으로 유럽위원회가 미국 당국에 대신하여 MS 앞길을 가로막았다. WMP를 삭제한 윈도우즈 버전 제공을 MS에 명함으로써 MS의 대항기업을 선택할 실질적인 인센티브가 OEM에 생긴다. 윈도우즈의 본체부분은 영향을 받지 않으므로 윈도우즈가 세분화된다는 MS 의견(미국 항소법원이 지지)에는 설득성이 인정되지 않는다.

미국내를 이분하는 반트러스트법의 조류 가운데 MS에 의한 끼워팔기(윈도우즈로의 소프트웨어 일체화)에 대한 반대파(최종판결을 상소한 메사추세츠 주와 2개 사업자단체가 대표)의 의견과 유럽위원회의 의견은 기본적으로 같다. 유럽위원회의 결정은 미국과의 상위(相違)때문에 논평하는 것이 아니라 경쟁법 공통의 글로벌한 논쟁의 전개 가운데 위치하여 논평해야 한다. 이 관점에서 보면, 유럽위원회 결정에는 높은 설득성이 인정된다.

→→→ 맺는말

선진국의 경제발전을 견인하는 첨단산업에 있어서 기존 기업의 지배적지위가 영속하고 있는

예가 적지 않다. 지배적지위의 장기화가 순수한 네트워크 효과에 의한 것이라면 규제당국이 개입해서는 안 된다. 그러나 미국 MS 판결이 보여주는 것처럼 네트워크 효과를 극복하려고 하는 참입기업의 노력을 기존 기업이 부당한 배타행위로 무너뜨리는 사례가 있다. 이 경우에는 경쟁법에 의한 개입이 필요하다.

현대의 첨단산업에 있어서 지배적기업의 배타행위에 경쟁법이 적정하게 개입하는 것이 요청되고 있다. 단, 개입이 너무 지나치면 지배적기업에 의한 기술혁신 활동을 너무 제약하게 된다. 이 균형의 존재방법에 대해서 미국에서는 MS 사건의 정부측 및 지방법원의 견해와 항소법원의 견해의 차이로 대표되는 논쟁이 있다.

EU 사건에 있어서 유럽위원회의 결정은 미국에서의 항소법원 MS 판결이 대표하는 견해와는 다르다. 그러나 미국의 지방법원 판결 및 그것을 지지하는 학자의 견해와는 공통하고 있다. 단독행위(배타행위)의 규제기준에 대해서 일본의 공취위와 법원은 미국 반트러스트법 및 EC 경쟁법의 상황을 검토하는 것으로부터 논리적으로 설득성이 있는 기준을 형성하는 것이 요망된다. 