

서울대학교 경제연구소

企業競爭力研究中心

연구논문 03-06

공정거래법상 컴퓨터 소프트웨어의 끼워팔기 규제:

윈도우 XP 와 윈도우 메신저의 통합이 경쟁에 미치는

효과에 관한 법경제적 분석

이상승, 장승화



공정거래법상 컴퓨터 소프트웨어의 끼워팔기 규제:
윈도우 XP 와 윈도우 메신저의 통합이 경쟁에 미치는 효과에 관한
법경제적 분석

2002년 10월 25일

이상승*, 장승화**

*서울대학교 사회과학대학 경제학부 부교수

**서울대학교 법과대학 부교수

본 연구는 서울대학교 BK21 법학연구단, 서울대학교 경제연구소 기업경쟁력연구센터 및 (주) 마이크로소프트의 지원을 받아 수행되었으나, 분석 결과는 전적으로 필자들의 독립적인 견해임을 밝힌다. 본 논문에 대해 유익한 토론을 해주신 법경제학회와 서울 법대 교수세미나 참석자들과 자료수집 및 교정단계에서 도움을 준 조성민과 황명준에게 감사를 표한다.

목차

- I. 서론
- II. 인스턴트 메신저와 컴퓨터 운영체제의 주요 기능
- III. 끼워팔기에 관한 경제 이론과 미국의 판례법
- IV. 일본 독점금지법상 끼워팔기의 규제
- V. 우리 공정거래법상 끼워팔기의 규제
- VI. 결론

**Regulation of Tying Computer Software under the Fair Trade Act:
An Analysis of the Competitive Effects of Incorporating Windows
Messenger into Windows XP**

September 2002

Seung Wha Chang* and Sang-Seung Yi*

* Associate Professor of Law, Seoul National University

**Associate Professor, Division of Economics, Seoul National University

Abstract

In September 2001, Daum Communications Inc. (“Daum”) filed a complaint before the Korean Fair Trade Commission alleging that Microsoft Korea had violated the Korean Monopoly Regulation and Fair Trade Act (“MRFT Act”) by tying the Windows Messenger program to Windows XP. Daum subsequently filed a lawsuit seeking an injunctive relief against the commercial launch of Windows XP. Daum alleged that Microsoft’s action is aimed at monopolizing the fast-growing instant messenger market by leveraging its monopoly power in the operating systems market into the messenger market. Microsoft’s critics, including Daum, argued that Microsoft’s actions are reminiscent of its illegal efforts to keep its monopoly in the Intel-compatible PC operating systems market against the nascent threat of Netscape Navigator by tying its Internet Explorer with Windows 95 and 98 and by signing exclusionary contracts with computer manufacturers (OEMs) and Internet Service Providers (ISPs). According to Daum, if Microsoft is allowed to dominate the instant messenger market by unfairly taking advantage of its monopoly position in the operating system market, local firms will be discouraged from developing innovative products. In response, Microsoft argued that the functionalities of the Windows operating system have continually improved since the first introduction of MS-DOS in the early 1980’s (e.g., graphical user interface, internet connection, hard disk defragmentation, security, multimedia functions), and integrating Windows Messenger into Windows XP is merely another instance of improving the Windows program to better serve consumers. Furthermore, by exposing

Application Programming Interfaces (APIs) to third-party software vendors, integration of Windows Messenger into Windows XP allows faster and cheaper development of applications software that ultimately benefits consumers.

In this paper, we evaluate these two conflicting views on the basis of economic theories of tying as well as jurisprudence developed by case law in the U.S., Japan, and Korea. Our conclusion is two-fold. First, the inclusion of Windows Messenger into Windows XP has negligible anticompetitive effects, because consumers can easily download competing messenger programs and usually use more than one messenger program. Also, it has not been reported that Microsoft engaged in exclusionary contracts with either OEMs or ISPs that limit the distribution of competing programs. Unlike internet browsers, instant messenger programs are relatively small in size so that it takes only a couple of minutes to download them in Korea, where broadband Internet access, such as ADSL and cable modem, is widespread. As a result, the main distribution channel for instant messengers is the Internet itself, which no company, including Microsoft, controls. Furthermore, the entry barriers to the instant messenger market are low. In the Internet browser case, which is still pending in the U.S., Microsoft invested more than 100 million U.S. dollars annually since 1995 in order to develop Internet Explorer. As a consequence, competing companies have to invest vast amounts of resources to compete with Internet Explorer and the entry barrier to the Internet browser market is high. In contrast, as many as 30 companies are currently competing in the instant messenger market in Korea, and such programs as BuddyBuddy and Genie have gained wide popularity among teens by offering large-size file swapping functionalities and games that are attractive to them.

Second, the integration of Windows Messenger into Windows XP makes it easier for consumers to use instant messaging and also reduces third-party software vendors' development costs by exposing APIs. For example, Window Messenger's videoconferencing features could be used to enhance distance learning and software developers could use its file-sharing and whiteboard features to build online collaborative applications. An indirect evidence for efficiencies from integrating instant messengers into operating systems is that Apple's newest operating system includes iChat, its instant messenger program, and Netscape Navigator 7.0 is bundled with AIM, AOL's instant messenger program.

As a matter of law, a comparative analysis of tying laws of the US, Japan, and Korea shows that rule of reason should apply under each jurisdiction for an assessment of the legality of an alleged tying of Windows Messenger to Windows XP. Under the MRFT Act, in particular, there are three main requirements for illegal tying: (i) the tying

goods and the tied products are two *separate* products; (ii) consumers are *forced* to purchase the tied product; and (iii) this is *unjust* in light of “normal trade practices” and therefore threatens to impede “fair trade.” On the ‘separate products’ question, based on the ‘indirect industry custom’ that competing firms in the tying product market have integrated messenger programs into their operating systems and browsers, one can argue that Windows Messenger and Windows XP are one product for the purpose of the tying law. At the same time, however, one can also argue that there is currently a robust distinct market for the instant messenger. Hence, our analysis is inconclusive on the first element.

More importantly, however, our analysis clearly establishes that Windows Messenger integration case fails to satisfy the second and third elements of the law. Although Window Messenger is installed automatically with Windows XP, consumers are free to use competing messengers alongside with Windows Messenger. Indeed, because different instant messenger programs are not interoperable with each other, many users do install and use more than one program at the same time. In this sense, consumers are *not* forced to use the tying firm’s tied product, i.e., Windows Messenger. Furthermore, since competing firms in the platform system market have also integrated messenger programs and since competing firms in the messenger market are not foreclosed from distributing their products, technological integration of a messenger program into the operating system is not ‘unjust’ in light of ‘normal trade practices’. This legal analysis is strengthened by the recent release of “Windows XP Service Pack 1.” This free update allows final consumers and computer manufacturers to hide Microsoft middleware (including Windows Messenger) icons from the desktop and the Start menu and to set competing software as default programs.

In sum, because of its negligible anti-competitive effects and substantial pro-competitive effects, an application of rule of reason, which is warranted under the relevant provision of the MRFT Act, leads to the conclusion that the integration of Windows Messenger into Windows XP does not violate the MRFT Act.

I. 서론

1998년 5월 미국 법무성과 20개 주는 마이크로소프트사가 PC 운영체제 시장의 독점을 지키려는 목적으로 인터넷 브라우저 시장의 경쟁 기업인 넷스케이프의 시장 점유율을 낮추기 위한 일련의 반경쟁적 행위를 저질렀다고 제소하였다. 그 주요 내용은 (i) 윈도우와 자신의 브라우저인 Internet Explorer(“IE”)를 끼워 팔고 (ii) 컴퓨터 제조업체(OEM, original equipment manufacturers), 인터넷 접속 서비스 제공업체(ISP, internet service providers), 소프트웨어 제작업체(ISV, independent software vendors), 인터넷 콘텐츠 제작업체(ICP, internet content providers)와 배타적인 계약을 체결하여 Netscape Navigator를 효율적인 유통채널에서 배제함으로써 미국의 반독점법인 셔먼법 제1조와 제2조를 위반했다는 것이었다.¹

2000년 4월 미국 워싱턴 DC 지방법원은 미국 법무성의 주장을 상당 부분 수용하였다. 즉, 지방법원은 마이크로소프트사에 대해 (i) 인텔호환 PC 운영체제 시장의 불법적 독점유지(illegal maintenance of monopoly in the Intel-compatible PC operating system market)에 의한 셔먼법 제2조 위반; (ii) 인터넷 브라우저 시장의 불법적 독점화 시도(illegal attempt to monopolize the internet browser market)에 의한 셔먼법 제2조 위반; (iii) Windows와 IE의 불법적 끼워팔기(illegal tying of Windows and IE)에 의한 셔먼법 제1조 위반이 있었다고 판단하고,² 2000년 6월 마이크로소프트사를 운영체제회사와 응용프로그램 회사로 분리할 것과 불법행위를 중단할 것을 명령하였다.³

그러나 2001년 6월 미국 워싱턴 DC 항소법원은 PC 운영체제 시장의 불법적 독점 유지에 대해서만 법 위반 판단을 유지하고, 브라우저 시장의 독점화 시도에 대

¹ United States. v. Microsoft Corp., *Complaint*, U.S. District Court for the District of Columbia, Civil Action No. 98-1232 (TPJ, 1998). 이 후 소의 내용이 계속 확장되어 Apple사에 IE를 채택하지 않으면 매킨토시 용 Office 프로그램의 개발을 취소하겠다는 위협을 했다는 주장, Java 프로그램 언어가 Windows에서만 더 빨리 작동하게끔 마이크로소프트 사가 수정하였으나, 그 수정 사실을 응용 프로그램 개발업체에게서부터 감추고 마이크로소프트 사의 수정 언어가 모든 운영체제에서 똑 같이 잘 작동한다고 속였다는 주장 등이 추가되었다.

² United States. v. Microsoft Corp., *Conclusions of Law*, U.S. District Court for the District of Columbia, Civil Action No. 98-1232 (TPJ, 2000). 하지만 Jackson 판사는 배타적 계약(exclusive dealing)에 의한 셔먼법 제1조 위반 여부에 대해서는 넷스케이프사가 유통 채널로부터 완전히 배제 당하지 않았다는 이유로 위반을 인정하지 아니하였다.

³ United States. v. Microsoft Corp., *Final Judgment*, U.S. District Court for the District of Columbia, Civil Action No. 98-1232 (TPJ, 2000).

해서는 시장의 정의가 제대로 이루어지지 않았다는 이유로 법 위반 판단부분을 파기하였다. 특히 끼워팔기에 대해서는, 기술 혁신이 급격히 일어나는 소프트웨어 산업의 특성을 고려할 때, 지방법원이 적용한 당연 위법 원칙(*per se illegality rule*)은 주 상품이 응용프로그램의 플랫폼 소프트웨어이고 부 상품이 보완적 기능을 제공하는 소프트웨어인 경우에는 부적절함을 지적하면서, 이를 파기 환송하여 지방법원에서 합리성원칙(*rule of reason*)에 따라 다시 심리할 것을 명하고, 회사 분리 명령도 파기하였다.⁴

이에 따라 2001년 9월 미국 법무성은 회사 분리 방안과 끼워팔기에 대한 항소는 포기하고,⁵ 11월 일부 주와 함께 마이크로소프트사와 합의에 도달하였다. 그 주된 내용은 소비자들이 IE를 포함한 마이크로소프트사의 미들웨어(*middleware*)의 아이콘을 바탕화면과 시작메뉴에서 자유롭게 제거하고 OEM들이 다른 미들웨어를 기본 프로그램(*default program*)으로 설정할 수 있게 하며, 윈도우가 제공하는 응용 프로그래밍 인터페이스(*API, Application Programming Interfaces*)와 통신 프로토콜(*Communications Protocols*)을 응용프로그램 제조업체들에게 공개하는 것이다.⁶ 그러나 다른 주들은 합의안이 마이크로소프트사의 향후 불법 행위를 방지하는데 부족하다고 반발하여⁷ 2002년 9월 현재 재판이 진행중이다.

동 사건은 소프트웨어 산업에서 경쟁법을 어떻게 적용할 것인가에 대해 많은 질문을 제기하였다. 즉, 높은 시장점유율과 진입 장벽을 기준으로 독점력을 판별하는 전통적 ‘굴뚝 산업’과 달리, 망 외부효과(*network externality*)에 의해 특정 시점에는 한 제품이 지배적 위치에 있지만 급격한 기술 혁신으로 인한 ‘패러다임 변화(*paradigm shift*)’에 따라 지배적 제품이 계속 대체되어 ‘일시적 독점의 지속적 승계(*succession of temporary monopolies*)’ 현상이 두드러지게 나타나는 소프트웨어 산업에서 시장 지배력을 어떻게 정의할 것인가, 한계 생산 비용이 0원에 가까운 소프트웨어의 특성을 고

⁴ United States v. Microsoft Corp., 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001).

⁵ Justice department informs Microsoft of plans for further proceedings in the district court. U.S. Department of Justice, Sep. 6, 2001. http://www.usdoj.gov/atr/public/press_releases/2001/8981.htm.

⁶ Department of Justice and Microsoft Corporation reach effective settlement on antitrust lawsuit, U.S. Department of Justice, Nov. 2, 2001. 합의안은 이후 두 차례 수정되었는데(Second Revised Proposed Final Judgment, February 27, 2002, <http://www.usdoj.gov/atr/cases/f10100/10146a.htm>), 수정 합의안에 따라 2002년 8월 Microsoft사는 113개의 통신 프로토콜과 272개의 API를 공개하였다. Joe Wilcox, “Microsoft discloses more Windows code,” CNET News.com. <http://news.com.com/2100-1001-955655.html>, August 27, 2002.

⁷ Joe Wilcox, “Breakaway states nix Microsoft pact,” CNET News.com. <http://news.com.com/2100-1001-275440.html>, November 6, 2001.

려할 때 약탈적 가격 책정(predatory pricing)을 어떻게 관별할 것인가, 과거에 별개로 판매되던 기능을 하나의 제품으로 통합하는 방식으로 기술 혁신이 이루어지는 소프트웨어 산업에서 불법적 끼워팔기(illegal tie-in)와 바람직한 혁신적 통합(innovative integration)을 어떻게 구별한 것인가 등 경쟁법 집행의 핵심적인 사항에 대해 근본적인 의문을 제기하였다.

일부 학자들은 제조업에 적용되는 전통적인 경쟁법을 소프트웨어 산업에 적용하면 기술혁신을 저해하는 우를 범하기 쉽기 때문에 정부의 개입을 억제해야 한다는 주장을 펴고 있다. 기술 혁신의 결과 품질이 계속 향상되고 가격이 계속 하락하며, 패러다임 변화에 따른 혁신적 기술의 출현 위협으로 시장점유율이 높은 기업도 전통적인 가격 독점력을 행사하기 힘든 소프트웨어의 특성을 근거로 들고 있다. 그러나, 다른 학자들은 소프트웨어 산업에서도 시장 지배력을 보유한 기업이 자신의 독점적 지위를 이용하여 경쟁기업을 부당한 수단으로 시장에서 배제하려는 가능성은 상존하므로, 이에 대해 시정 조치를 내려 가격 경쟁, 품질 경쟁, 신제품 개발 경쟁의 활성화를 도모하는 경쟁법의 기본 원칙은 여전히 유효하다고 주장한다.⁸

⁸ 소프트웨어 산업과 보다 일반적으로 신경제에의 반독점법 적용에 관한 논의에 대해서는 Michael Katz and Carl Shapiro, *Antitrust in Software Markets*, *Competition, Innovation and the Microsoft Monopoly: Antitrust in the Digital Marketplace*, J.A. Eisenach and Thomas Lenard(eds.), Boston: Kluwer Academic Publishers, (1999).; Carl Shapiro, *Competition Policy in the New Economy*, *Foundations of Competition Policy Analysis*, Routledge, (2000).; Howard A. Shelanski and Gregory J. Sidak, *Antitrust Divestiture in Network Industries*, *The University of Chicago Law Review*, Vol. 68, pp. 95-197, (2000).; Richard Posner, *Antitrust in the New Economy*, *Antitrust Law Journal*, Vol. 68, No. 3, (2001).; 권명중, 디지털시대의 경쟁정책 개편과제, 한국경제연구원 조사연구자료 ECO 2001-14, 2001. 등을 참고.

마이크로소프트사의 반독점법 위반 사건에서도 위의 견해 대립은 매우 첨예하게 벌어지고 있는데,⁹ 주된 우려는 응용프로그램의 이용에 필수적인 운영체제(operating system)를 사실상 독점적으로 생산하는 마이크로소프트사가 자신의 시장 지배력을 이용하여 보완 응용프로그램 시장을 독점화하고 운영체제 시장에서의 자신의 독점력을 유지할 수 있는가의 여부에 있다. 특히 마이크로소프트사의 경쟁 기업들은 마이크로소프트사가 윈도우의 독점력을 지렛대(leverage)로 이용하여 윈도우와 인터넷 브라우저의 끼워팔기를 통해 인터넷 브라우저 시장을 이미 독점화했으며, 2001년 10월 출시된 윈도우 XP에 인스턴트 메신저, 디지털 오디오-비디오 플레이어등을 끼워팔아 이들 시장을 독점화하고¹⁰ 윈도우 시장의 독점을 유지하며, 나아가 닷넷(.NET)전략을 통해 인터넷 전체의 장악을 시도하고 있다고 주장하였다.¹¹ 나아가, Schumer 상원의원등과 함께 미국 법무성에 윈도우 XP의 출시를 연기하는 법적 조치를 취할 것을 요청하였다.¹² 이에 대해 마이크로소프트사는 윈도우 XP에 메신저 기능과 오디오-비디오 기능 등이 강화된 것은 실시간 인터넷 통신 기능과 디지털 멀티미디어 기능에

⁹ 마이크로소프트사와 미국 법무성의 경제 전문가 증인(expert witness)으로 각각 참여한 Schmalensee와 Fisher는 두 입장을 잘 대변하고 있다. Franklin M. Fisher, *The IBM and Microsoft Cases: What's the Difference?*, *American Economic Review Papers and Proceedings*, Vol. 90, No. 2, pp. 180-183, (2000).; Franklin M. Fisher and Daniel L. Rubinfeld, *United States v. Microsoft: An Economic Analysis*, *Antitrust Bulletin*, Vol. 46, No. 1, pp. 1-69, (2001).; Richard Schmalensee, *Antitrust Issues in Schumpeterian Industries*, *American Economic Review Papers and Proceedings*, Vol. 90, No. 2, pp. 192-196, (2000).; David S. Evans, Albert L. Nichols and Richard Schmalensee, *An Analysis of the Government's Economic Case in U.S. v. Microsoft*, *Antitrust Bulletin*, Vol. 46, No. 2, (2001).

두 사람보다 더 중립적 입장에서 서서 마이크로소프트 반독점 사건을 분석한 사례는 Richard J. Gilbert and Michael Katz, *An Economist's Guide to U.S. v. Microsoft*, *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 15, No. 2, pp. 25-44, (2001); Michael D. Whinston, *Exclusivity and Tying in U.S. v. Microsoft: What We Know, and Don't Know*, *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 15, No. 2, pp. 63-80, (2001). 등이 있다.

¹⁰ Jim Hu, "Microsoft messaging tactics recall browser wars," Cnet news.com June 7, 2001. <http://news.com.com/2009-1023-267971.html>.

¹¹ PROCOMP White Paper, "Microsoft's Expanding Monopolies: Casting a Wider .NET", May 2001. http://www.procompetition.org/headlines/WhitePaper5_15.pdf.

¹² Joe Wilcox, "Microsoft under pressure on Windows XP," Cnet news.com July 25, 2001. <http://news.com.com/2100-1001-270472.html>.

대한 소비자의 수요를 충족시키고, 관련 API 를 제공하여 응용 프로그램 제작업체의 편의를 도모하기 위한 친경쟁적인 목적을 가지고 있다고 반박하였다.¹³ 또한, 정부의 개입은 기술혁신을 오히려 저해하여 신제품과 기술의 출현을 억제하게 되므로 소비자에게도 결국 불이익이 돌아간다고 주장하였다.¹⁴ 마이크로소프트 사건에 참여한 일부 주 법무장관들도 마이크로소프트사의 윈도우 XP 전략이 끼워팔기와 같은 반경쟁적인 수법을 여전히 사용하고 있다고 주장하였으나,¹⁵ 미국 법무성이나 주 법무장관들은 윈도우 XP 의 출시를 막기 위한 가처분이나 금지청구소송을 제기하지는 않았다.

윈도우 XP 의 출시와 관련하여 눈에 두드러지는 법적 행동이 취해진 것은 바로 우리나라에서이다. 국내 최대 인터넷 포털 업체인 다음 커뮤니케이션즈(이하 ‘다음’)는 2001 년 9 월 공정거래위원회에 마이크로소프트사를 독점규제및공정거래에관한 법률(이하 ‘공정거래법’) 위반으로 신고하였다.¹⁶ 그 내용은 마이크로소프트사가 그 해 10 월에 출시할 예정인 새로운 컴퓨터 운영체제인 Windows XP 에 자사의 인스턴트 메신저 프로그램인 윈도우 메신저(Window Messenger)를 끼워 판매하여, 메신저 시장에서의 소비자들의 자유로운 선택과 공정한 경쟁을 저해한다는 것이었다. 이어 9 월말에는 다음, 라이코스코리아, 한국통신하이텔 등 18 개 인터넷 포털 사이트 및 응용 서비스 업체가 ‘윈도 XP 의 끼워팔기 및 운영체제 시장에서의 독점적 지위를 이용한 불공정거래행위 중지를 요청하는 공동성명서’를 발표하였고,¹⁷ 다음은 2001 년 10 월 서울지방법원에 Windows XP 의 판매금지를 청구하는 소를 제기하였다.¹⁸ 이에 대해 마이크로소프트사는 컴퓨터 운영체제는 기술의 발전과 소비자 요구의 증대에 따라 계속 그 기능이 향상되어 왔으며, Windows XP 에 인스턴트 메신저 기능을 통합한 것도

¹³ Joe Wilcox, “New Microsoft messenger takes aim at AOL,” Cnet news.com June 3, 2001.

<http://news.com.com/2100-1001-267747.html>.

¹⁴ Ronald Cass and Albert L. Nichols, “Windows XP: New Features Worry Competitors, But Would They Harm Consumers?” NERA Working Paper, August 2001.

<http://www.nera.com/wwt/publications/3655.pdf>

¹⁵ Rachel Konrad and Ian Fried, “States criticize Microsoft behavior,” CNET News.com.

<http://news.com.com/2100-1001-268764.html>, June 20, 2001.

¹⁶ “다음 공정위에 ‘MS 불공정 행위’ 신고”, 중앙일보, 2001년 9월 5일자 인터넷 기사.

<http://joins.com>에서 검색 가능.

¹⁷ “인터넷업계 윈도XP출시 ‘반대’”, 중앙일보, 2001년 9월 27일자 인터넷 기사.

<http://joins.com>에서 검색 가능.

¹⁸ “다음, 윈도XP 판매금지 가처분신청”, 중앙일보, 2001년 10월 4일자 인터넷 기사.

<http://joins.com>에서 검색 가능.

실시간 양방향 통신에 대한 소비자들의 수요를 충족시키고 응용프로그램의 개발을 촉진하여 궁극적으로 소비자의 효용을 증진시키기 위한 것이라고 주장하고 있다.¹⁹ 2002년 9월 현재 공정거래위원회(이하 ‘공정위’)와 서울지방법원은 이 사건에 대해 심리중이다.

이 사건은 기술혁신의 속도가 급격한 소프트웨어 산업에서 우리나라 공정거래법 적용에 관한 선례를 남기는 중요성을 가진다. 특히 소프트웨어 산업으로 대표되는 ‘신경제(new economy)’에서 ‘굴뚝 산업’시대에 만들어진 공정거래법이 여전히 적용될 수 있는가에 대해서는 위에서 언급한 것처럼 미국을 비롯한 선진제국에서도 치열한 논의가 진행되고 있는 바, 이 사건의 심결이나 판결 방향은 소프트웨어산업을 포함한 신경제에서의 공정거래법 적용에 관해 중요한 시사점을 제공할 것이다.

본 논문은 이 사건을 통해 소프트웨어 산업의 끼워팔기에 대한 법경제적 분석을 시도하면서, 그에 터잡아 윈도우 메신저와 윈도우 XP의 통합이 우리 공정거래법상 위법한 끼워팔기인지를 판단하는데 필요한 분석의 틀을 제공하고자 한다. 먼저 제Ⅱ절에서는 본 끼워팔기 사건에서 ‘부 상품(tied product)’인 인스턴트 메신저 및 ‘주 상품(tying product)’인 컴퓨터 운영체제(operating system)의 주 기능을 간략히 설명한 후, 소프트웨어 산업의 혁신의 중요한 특성은 기존에 별개로 취급되어 오던 기능성의 통합에 있다는 것을 지적한다.

제Ⅲ절에서는 미국에서의 끼워팔기에 관한 법경제이론의 발전과 그에 따른 판례법의 변천을 소개한다. 먼저 주 상품 시장의 독점 기업이 끼워팔기를 통해 부 상품 시장을 독점화할 것이라는 우려를 표현한 ‘전통적 지렛대 이론’과 이에 입각한 미국 연방대법원의 ‘당연 위법(per se illegal)’적 판결에 대해 먼저 소개하고, 이를 비판한 시카고 학파의 입장을 살펴 본다. 시카고 학파는 끼워팔기가 반경쟁적인 목적이 아니라 가격 차별, 부 상품의 품질 유지, 공동 판매-생산-유통에 따른 규모 및 범위의 경제, 기술적 통합에 의한 효율성 제고 효과 등의 목적을 가진 친경쟁적 또는 경쟁 중립적 현상이어서 ‘당연 합법(per se legal)’이어야 한다고 주장하였다. 시카고 학파의 이론은 미국 경쟁법의 집행에 큰 영향을 끼쳐, 끼워팔기의 위법성 판단 기준이 당연위법원칙에서 합리성원칙(rule of reason)으로 전환되고 있다. 그런데 시카고 학파의 전통적 지렛대 이론에 대한 비판은 부 상품 시장이 완전 경쟁적이라고 가정하고 있는 바, 부 상품 시장에 규모의 경제가 있어 과점적이면 주 상품 시장의 독점 기업이 보완적 관계에 있는 부 상품 시장을 반경쟁적으로 독점화할 수 있음을 입증한 ‘전략적 지렛대 이론’이 출현하였다. 이 이론이 경쟁법 집행에 시사하는 점을 살펴 본 후, 끼워팔기에 관한 현행 미국 판례법이라고 할 수 있는 *Jefferson Parish*(1984) 미 대법원 판결²⁰

¹⁹ Joe Wilcox, “Microsoft expands Windows XP messaging,” CNET News.com

<http://news.com.com/2100-1001-274258.html>, October 11, 2001.

²⁰ *Jefferson Parish Hosp. Dist. No. 2 v. Hyde* (“*Jefferson Parish*”), 466 U.S. 2 (1984).

에 따라 당연위법원칙이 적용되기 위한 네 가지 요건을 설명한다. 특히 최근 내려진 미국 마이크로소프트 독점금지소송에서의 D.C. 연방항소법원의 판결 중 끼워팔기 부분에 관한 판시내용을 자세히 소개한 후, 현행 미국 끼워팔기 규제 법제하에서 윈도우 메신저 사건이 셔먼법 위반으로 판단될 가능성은 매우 낮음을 보여 준다.

제Ⅳ절에서는 우리나라와 법제가 유사한 일본법하에서 끼워팔기에 대한 독점금지법상 규제가 어떻게 이루어지는지를 살펴본다. 이를 위하여 일본 공정거래법상 끼워팔기의 규제에 관한 이론, 公正取引委員會의 심결례, 그리고 관련 법원 판결을 소개하면서 이를 윈도우 메신저 사건에 적용하는 경우에 위법한 끼워팔기로 판단될 가능성을 타진해 본다.

제Ⅴ절에서는 위 비교법적 고찰을 참고하면서 윈도우 메신저와 윈도우 XP의 통합이 우리나라 공정거래법상 위법한 끼워팔기로서 불공정거래행위에 해당하는지를 본격적으로 분석한다. 우선 우리나라 불공정거래행위 일반에 관한 위법성 판단기준이 무엇인지를 살펴 보면서, 끼워팔기에 적용될 수 있는 판단기준을 도출한다. 그 다음, 윈도우 메신저의 통합이 법조문에서 구체적으로 도출되는 위법한 끼워팔기의 구성요건인 별개상품성, 구매강제성, 그리고 부당성/공정거래저해성을 충족시키는지를 심층 분석한 후, 결국 위 요건들을 전부 충족시키지는 못한다는 결론에 도달한다. 즉 윈도우 메신저의 통합에 따른 경쟁제한 효과는 상대적으로 미미한 데 비하여 친경쟁효과—소비자 편익 증대 및 응용 프로그램 개발업체의 비용 절감 효과—가 상당히 클 개연성이 높기 때문에 공정거래법상 “부당한” 끼워팔기에 해당하지 않음을 논증한다.

제Ⅵ절에서는 이 사건이 우리 공정거래법 집행에 미칠 수 있는 영향 등 정책적 관점에서의 검토와 함께 이 글을 마친다. 본 논문의 핵심 쟁점의 결론을 요약하면 다음과 같다.

첫째, 원격 지원, 화이트 보드 등 인스턴트 메신저 기능을 운영체제에 포함시키는 것은 운영체제의 기능성을 향상시키고 관련 API의 제공을 통해 커뮤니케이션 관련 응용 프로그램의 제작을 활성화하여 소비자 편익을 제고하는 친경쟁적(pro-competitive) 효과가 있다.

둘째, 본 사건이 우리 공정거래법상의 불법적인 끼워팔기에 해당하려면 적어도 ‘별개상품성’ ‘구입강제성’ ‘부당성/공정거래저해성’의 세 가지 요건이 갖추어져야 한다. 윈도우 메신저 사건의 경우 미국의 인터넷 브라우저 관련 소송 사건과는 달리, 경쟁 기업이 소비자로부터 부당하게 배제(foreclose)되는 효과가 있다고 보기 어렵기 때문에 적어도 “구입강제성” 요건과 “부당성/공정거래저해성” 요건을 충족시키지 못한다. 그 중요한 이유는 인스턴트 메신저의 경우 프로그램의 사이즈가 상대적으로 작아 소비자들이 다른 프로그램을 인터넷에서 직접 다운로드 받아 사용하기가 매우 용이하며, 실제로 인스턴트 메신저를 이용하는 많은 사용자들이 복수 프로그램을 손쉽게 쓰고 있기 때문이다. 즉 용량이 큰 인터넷 브라우저와는 달리 인스턴트 메신저의 주요 유통 수단이 OEM이나 IAP가 아니라 인터넷을 통한 다운로드인데 인터넷은 누

구도 소유하지 않고 있으므로 마이크로소프트사가 장악할 수도 없으며 그 결과 경쟁 인스턴트 메신저 프로그램 제공업체들이 시장으로부터 배제(foreclose)되고 있지 않다. 또한 마이크로소프트사가 경쟁 인스턴트 메신저의 설치 및 배포와 관련하여 OEM이나 IAP와 배타적 계약을 체결했다는 증거가 미국이나 우리 나라에서 제시되지 않고 있다.

더욱이 미국 반독점법 사건에 대한 2001년 11월 미국 법무성과 마이크로소프트사의 합의안에 따라 2002년 9월 중순에 Windows XP Service Pack 1이 출시되었는데, 이를 소비자들이 무료로 인터넷에서 다운로드 받아 설치하면 마이크로소프트사의 미들웨어(middleware)의 아이콘을 바탕화면과 시작메뉴에서 삭제하고 경쟁 제품을 디폴트 프로그램으로 설치하는 것이 매우 용이해지며, OEM들도 경쟁 미들웨어를 기본 프로그램으로 설치하고 마이크로소프트사 제품의 아이콘은 삭제한 컴퓨터를 판매하는 것이 손쉬워진다. 따라서 Service Pack 1을 설치하면 윈도우 메신저가 윈도우 XP에 통합되어 그나마 발생할 수도 있는 경쟁제한성은 더욱 사라지게 된다.

결론적으로, 메신저 기능의 운영체제 통합에 따른 친경쟁적 효과인 기능성의 제고 및 소비자 효용증대 효과에 비해 경쟁제한 효과는 매우 미미하다. 따라서 윈도우 메신저 사건은 우리 공정거래법상 공정한 거래를 저해하거나 부당한 끼워팔기에 해당되지 않는다.

II. 인스턴트 메신저와 컴퓨터 운영체제의 주요 기능

1. 인스턴트 메신저의 개요 및 특징

인스턴트 메시징(Instant Messaging)이란 인터넷에 접속하고 있는 사람들끼리 실시간으로 쪽지를 주고받고, 1:1 대화, 채팅, 파일 송수신, 동호회 구성 등 사이버 공간에서 쌍방향 커뮤니케이션을 구현해 주는 서비스이다. 서버를 거치는 이메일과는 달리 메신저는 사용자의 컴퓨터끼리 직접 연결(peer-to-peer, P2P)되는 방식이기 때문에 그만큼 속도도 빠르고 대용량의 파일을 주고받는 데에 효과적이다. 미국의 AOL 이 1997 년 처음 시작한 이후, 이용자들의 폭발적인 인기를 얻으면서 주요 포털 업체들이 경쟁적으로 보급해 왔다.²¹

메시징 서비스는 초창기 인터넷 포털 업체의 회원들 간 1:1 대화기능과 쪽지 전송 기능에 한정되어 있었지만, 최근 들어 인터넷 폰, 상대 컴퓨터의 파일을 검색하는 기능, 동시문서작업등 기업 내 커뮤니케이션 도구 기능, 음악 등 각종 인터넷 콘텐츠 제공 기능 등으로 확장되고 있다. 특히 PDA (개인휴대단말기, personal digital

²¹ 문주영, 포털들의 인스턴트 메신저 경쟁의 배경, KISDI IT FOCUS 2001년 7월호, pp. 48-51.

assistant)등 무선기기와 통합해 유·무선기기 어디에서든 메시지를 통해 서로 접속하여²² 뉴스, 증권 시세 등도 검색할 수 있는 다양한 부가 기능이 제공되고 있다.²³ 세계적으로 인스턴트 메신저 이용인구는 수억 명 수준이며, 국내에서도 2001년 말 현재 이용인구는 1천만 명을 넘어선 것으로 추산되었다.²⁴

국내 메신저 서비스 제공업체는 크게 포털 업체와 메신저 전문개발업체로 나뉜다. 2001년 8월말 현재 약 30여 개의 메신저가 있는데, 포털 업체의 메신저는 다음 메신저, 야후 메신저, MSN 메신저, 버디버디(라이코스), 지니(드림위즈) 등이 있으며, 메신저 개발업체의 메신저로는 디지털 닷컴의 소프트메신저, 오렌지씨씨의 오렌지메신저, 이너베이의 넷신저, 블루버드의 블루버드 메신저, 네오위즈의 세이메신저 타키 등이 있다.

메신저 서비스의 다양화와 휴대폰과의 연동 및 편의성 제고 등으로 사용자수는 폭발적으로 증가해 왔는데, 2002년 8월 현재 인터넷 이용자의 약 74% 정도가 메신저를 이용하고 있는 것으로 파악되고 있다.²⁵ 2000년 12월 161명을 상대로 한 설문 조사에서는 다음 메신저가 20%, 야후 메신저가 14.9%, MSN 메신저가 13%, ICQ가 8.7%, 버디버디가 8.7%, 프리챌이 5.6%, 스카이라브가 5%, 기타가 24.1%의 시장점유율을 차지하고 있었는데,²⁶ 2002년 9월 현재 시장 점유율에 대한 추정은 정확히 이루어지지 않고 있어서, 조사 결과에 따라 MSN 메신저와 다음이 대등한 수위를 차지하거나 MSN 메신저가 월등한 수위를 차지하는 것으로 나타나고 있다.²⁷

²² “유무선 통합메신저 서비스 경쟁”, 전자신문 2002년 5월 28일자 인터넷 기사.

<http://www.etimesi.com>에서 검색 가능.

²³ “메신저가 인터넷 주역으로 뜬다”, 동아일보 2002년 2월 27일자 인터넷 기사.

<http://donga.com>에서 검색 가능.

²⁴ “인스턴트 메신저(IM) 이용자 1천만 명 넘었다”, 중앙일보, 2001년 12월 26일자 인터넷 기사. <http://joins.com>에서 검색 가능.

²⁵ “인스턴트 메신저(IM) 이용자 1천만 명 넘었다”, 중앙일보, 2001년 12월 26일자 인터넷 기사. <http://joins.com>에서 검색 가능.

²⁶ 인터넷 이용 소비자 행태 분석 조사결과 보고서, KISDI, 2000년 12월.

²⁷ 2002년 8월 20대 이상 인터넷을 이용하는 성인 860명을 상대로 한 설문 조사에서는 MSN 메신저가 66.7%, 다음메신저가 10.5%, 드림위즈가 7.0%, 야후 메신저가 5.3%로 마이크로소프트 사가 괄목한 만한 성장세를 보였다 (“네티즌 74% 인스턴트메신저 사용”, 연합뉴스 인용, 중앙일보 2002년 8월 5일자 인터넷 기사. <http://joins.com>에서 검색 가능.)

그러나 이 설문 조사는 10대를 제외하여, 대용량 파일의 안정적 전송 기능, 음악메일 기능,

미국시장에서는 2000년 10월 기준으로 AOL의 AIM 메신저가 2,150만 명, ICQ 메신저가 910만 명으로 AOL의 사용자가 3,000만 명을 넘어서고 야후 메신저가 1060만 명, MSN 메신저가 1030만 명으로 AOL이 압도적인 1위를 차지하고 있었으며,²⁸ 2002년 5월 현재는 조사 결과에 따라 AOL이 여전히 월등한 1위를 차지하거나 MSN 메신저가 상당히 근접한 결과를 보이기도 한다.²⁹ 특히, AOL과 MSN 사이의 경쟁은 과거 마이크로소프트와 넷스케이프의 인터넷 브라우저 시장에서의 경쟁과 같이 차세대 인터넷 플랫폼의 주도권 경쟁 양상을 띄고 있다.³⁰ 이러한 경쟁양상의 촉발

각종 게임 탑재 등 10대들이 주요 이용하는 기능을 제공하여 중고생 연령층에서 매우 높은 시장 점유율을 차지하며, 피크타임 때의 동시 접속자 수가 각각 50만 명에 달하는 것으로 추산되는 드림위즈 지니와 버디버디의 전체 점유율을 과소 추정하고 있다. (“엔씨소프트, 드림위즈 메신저와 게임팅 서비스 연동”, 전자신문 2002년 3월 13일자 인터넷 기사. <http://www.etimesi.com>에서 검색 가능; “이소프트넷, ‘엔에이지’ 버디버디를 통해서 서비스”, 전자신문 2002년 7월 19일자 인터넷 기사; “메신저 수익 짹짹하네”, 전자신문 2002년 9월 11일자 인터넷 기사. 전자신문의 한 기사에 따르면, 2002년 4월 현재 MSN 메신저와 다음 메신저의 일일접속자 수가 각각 300만 명을 넘어서며 대등한 수위를 달리고 있으며 지니의 접속자수는 110만 명에 육박한 것으로 추산하고 있다. (“드림위즈, ‘지니’로 인스턴트 메신저 시장서 선전”, 전자신문 2002년 4월 4일자 기사.)

²⁸ Jim Hu, “AOL's lead in instant messaging arena dwindles,” CNET News.com <http://news.com.com/2102-1023-248700.html>, November 16, 2000.

²⁹ 2002년 5월 현재 AOL은 AIM과 ICQ의 전세계 등록자가 각각 1억 5천만 명과 1억 2천만 명이라고 주장하며, 마이크로소프트는 MSN메신저의 등록자 수가 4600만 명이라고 주장한다. (야후는 공식적인 숫자를 밝히지 않았다.) 한편 인터넷 전문 조사기관인 Jupiter Media Metrix사에 따르면 2002년 3월 현재 미국 국내에서 등록자가 아닌 실제 사용자 기준으로 AIM이 750만 명, MSN 메신저가 680만 명, 야후 메신저가 450만 명으로 조사되었다. Jim Hu, “Cries to open up IM have quieted,” CNET News.com <http://news.com.com/2100-1023-911820.html>, May 13, 2002.

³⁰ 인스턴트 메신저 시장의 경우 주목할 만한 특징은 1위 업체인 AOL이 다른 메신저와의 호환(interoperability)을 거부하는 등의 배타적인 수단을 통해 자신의 지배적 시장점유율을 지켜 왔다고 마이크로소프트사를 비롯한 경쟁사들이 주장한 것이다. 이는 인터넷 브라우저 시장에서 AOL의 자회사인 넷스케이프사에 대해 마이크로소프트사가 여러 가지 배타적 행위를 저질렀다고 AOL이 주장한 것과 반대의 양상이다. Jim Hu, “Gates urges regulators

은 최근 마이크로소프트사가 AOL 메신저를 따라잡기 위해 기존의 MSN 메신저의 기능을 대폭 강화하여 문자, 채팅, 음성전송기능, 동영상 전송 기능, 인터넷 전화 및 영상회의 기능 등이 강화된 윈도우 메신저(Windows messenger)를 2001년 10월에 출시된 운영시스템 윈도우 XP에 통합시켜, 마이크로소프트사의 경쟁사들이 미국 법무성에 윈도우 XP의 출시 연기를 위한 법적 조치를 취하도록 요구하고, 우리나라에서 다음이 마이크로소프트사를 공정거래법 위반으로 공정위에 신고하고 판매금지청구소송을 서울지방법원에 제출하게 만든 계기가 되었다.

2. 컴퓨터 운영체제의 개요 및 특징

컴퓨터 운영체제(Operating System)의 역할은 소비자 수요의 변화와 기술의 진보에 따라 계속 확장되어 기능성과 소비자 편의성이 크게 향상되어 왔다. 개인용 컴퓨터가 개발된 1980년대 초기에는 컴퓨터의 중앙처리장치(main microprocessor)를 제어하여 컴퓨터의 하드웨어(메모리, 하드디스크 등 내부 장치와 프린터 등 외부 장치)를 통제하고 응용 프로그램의 작동을 지시하는 역할을 수행하는 것이 주 기능이었다. 인텔의 x86 프로세서를 기반으로 하는 ‘인텔 호환 피시 운영체제(Intel-compatible PC operating system)’의 경우 마이크로소프트사의 운영체제는 사용자가 명령어를 직접 입력하는 ‘text user interface’인 MS-DOS가 1990년대에 들어와서 아이콘을 마우스로 통제하는 ‘graphical user interface’인 Windows 3.1와 Windows 95로 통합 발전되어 사용자의 편의성이 대폭 증진되었다. 또한 인터넷을 통한 네트워크 접속에 필요한 TCP-IP 기능, CD 읽기 및 쓰기 기능, 프린터의 무선 제어 기능, 하드 디스크 조각 모음 기능 등 제품 개발 초기에는 별개의 상품으로 공급되던 여러 기능성이 운영체제에 통합되어, 가격 대비 소비자 편익이 혁신적으로 향상되어 왔다.³¹

기술 혁신과 소비자 수요의 변화에 따라 응용 프로그램의 기능성도 크게 확장되어 왔는데, 운영체제의 또 하나의 중요한 기능은 응용프로그램의 플랫폼(platform)

to address instant messaging,” CNET News.com <http://news.com.com/2100-1023-250008.html>, December 18, 2000.

³¹ 새로운 기능성의 통합에 의한 운영체제의 발전에 대한 자세한 경제적 분석에 대해서는 Steven J. Davis, Jack MacKrisen and Kevin M. Murphy., *Economic Perspectives on Software Design: PC Operating Systems and Platforms*, *University of Chicago Graduate School of Business Working Paper*, (2001).을 참조. (<http://gsbwww.uchicago.edu/fac/steven.davis/research>에서 다운로드 가능.)

으로서 여러 가지 기본적인 기능을 제공하는 것이다.³² 예를 들어, 스크린에 박스를 그리거나, 글꼴을 화면에 표시하거나, 데이터를 저장하는 기능 등, 응용프로그램들이 공통으로 수행해야 하는 작업들을 운영체제 코드에 포함시키고 이를 ‘응용 프로그래밍 인터페이스(API)’로 공개(expose)하면 응용 소프트웨어 개발업체는 이러한 기본적인 작업을 수행하는 코드는 별도로 작성할 필요 없이 운영체제의 API 를 이용(call)하면 된다.³³ 최근의 기술적, 사회적 발전단계를 볼 때, 플랫폼으로서 중요성을 더해가는 부분은 “인터넷 등 네트워크를 이용한 실시간 통신기능”이다. 최근 인터넷을 이용한 네트워크 통신의 비약적 발전 정도를 감안하면, 운영체제의 개발자들은 컴퓨터 이용자들로 하여금 이러한 네트워크 기능을 십분 활용할 수 있도록 인터넷 등 네트워크를 이용한 실시간 통신기능의 제공이 운영체제가 응용프로그램 플랫폼으로서 최우선적으로 지원하여야 할 매우 중요한 요소가 되었다.

그 동안 PC 사용자들 간에 통신수단으로 전자우편이 널리 이용되었으나, 전자우편은 PC 사용자가 전자메일을 송신하면 상대방이 이를 확인하고 답장을 보내게 되어 실시간 통신이 이루어지지 않을 뿐 아니라 큰 파일을 첨부하는데 상당한 시간이 걸리는 불편이 있었다. 인스턴트 메신저는 이러한 전자우편의 한계와 불편을 극복하고 있는 데, 메신저 기능을 운영체제에 포함시키는 것은 운영체제의 기능성을 향상시키고 관련 응용프로그래밍 인터페이스(API)의 제공을 통해 커뮤니케이션 관련 응용프로그램의 제작을 활성화하여 소비자 편익을 제고하는 친경쟁적(pro-competitive) 효과가 있다고 마이크로소프트사는 주장한다.³⁴

‘미들웨어’란 단순한 응용 소프트웨어에서 탈피해 자기 자신의 API를 제공하여 다른 응용 프로그램이 이를 이용할 수 있도록 하여 운영체제의 일부 역할을 대신하는 프로그램을 말한다.³⁵ 미국 마이크로소프트사의 반독점 사건의 핵심은 특정 운영체제에 의존하지 않는 인터넷 브라우저인 넷스케이프 내비게이터가 자체 API를 제공하는 미들웨어이며, 또한 크로스 플랫폼 프로그래밍 언어인 JAVA의 배포 수단인 이

³² United States v. Microsoft Corp., 253 F.3d 34, 53 (D.C. Cir. 2001).

³³ Windows나 Macintosh처럼 다른 운영체제에서 응용프로그램 사이에 호환성이 일반적으로 없는 것은 운영체제들의 API가 서로 다르기 때문이며, 호환성을 유지하기 위해서는 시간과 비용이 많이 소요되는 ‘번역(porting)’작업을 거쳐야 한다. United States. v. Microsoft Corp., *Findings of Fact*, U.S. District Court for the District of Columbia, Civil Action No. 98-1232 (TPJ, 1999), p. 30.

³⁴ Ronald Cass and Albert L. Nichols, “Windows XP: New Features Worry Competitors, But Would They Harm Consumers?” NERA Working Paper, August 2001.

<http://www.nera.com/wwt/publications/3655.pdf>

³⁵ United States v. Microsoft Corp., 253 F.3d 34, 53 (D.C. Cir. 2001).

유로 윈도우의 독점적 지위에 대한 위협으로 떠올랐고, 이 위협에 대해 마이크로소프트사가 자사의 인터넷 브라우저인 인터넷 익스플로러의 개발에 박차를 가하는 정당한 수단뿐 아니라, OEM, ISP, ICP 등과의 배타적 계약 등을 통해 네비게이터를 시장에서 배제(foreclose)했다는 것이다.³⁶ 미국 법무성과 마이크로소프트사의 합의안은 인스턴트 메신저도 미들웨어의 하나로 정의하고 있는 바,³⁷ 미들웨어로서의 기능에 대해서는 제V절에서 본격적으로 논의한다.

III. 끼워팔기에 관한 경제 이론³⁸과 미국의 판례법

1. 전통적 지렛대 이론과 초기 법원의 당연위법원칙

가. 전통적 지렛대 이론(the classical leverage theory of tying)

끼워팔기란 두 개 또는 그 이상의 상품을 하나의 패키지로 묶어서 단일 가격으로 판매하는 행위를 말한다. 끼워팔기의 대상은 독립재일 수도 있으나, 경쟁법상의 문제가 될 수 있는 대부분의 경우는 보완재인 경우로, 주 상품(primary product 또는 tying product) 시장에서 독점력을 보유한 기업(이하에서는 편의상 ‘독점 기업’이라 부른다)이 자신의 시장 지배력을 이용하여 자신의 주 상품과 보완관계에 있는 부 상품(complementary product 또는 tied product)을 번들(bundle)로 묶어 판매하거나 경쟁사의 부 상품을 소비자가 구매 시 자신의 주 상품의 공급을 거절하는 경우이다. 만약 독점 기업이 주 상품과 부 상품을 따로 판매하면, 비록 소비자들은 주 상품은 독점 기업으로부터 구매하여야 하나, 부 상품은 그 자체의 품질과 가격을 비교하여 경쟁 기업으로부터도 구매할 수 있다. 그런데 독점 기업이 소비자로 하여금 자신의 부 상품을 소비하도록 요구하거나 특정 경쟁 기업으로부터 부 상품을 구입하는 것을 금지하면, 부 상품 시장에서의 소비자의 자유로운 선택이 저해되고 경쟁 기업들이 부당하게 소비자에게서 배제(foreclosure)되며 주 상품 시장의 독점 기업이 보완재 시장으로 자신의 독점력을 연장(extension of monopoly power)하는 반경쟁적인 결과가 나올 수 있다.

³⁶ United States. v. Microsoft Corp., *Complaint*, U.S. District Court for the District of Columbia, Civil Action No. 98-1232 (TPJ, 1998)

³⁷ Second Revised Proposed Final Judgment, February 27, 2002, <http://www.usdoj.gov/atr/cases/f10100/10146a.htm>

³⁸ 본 절에서 소개하는 끼워팔기의 경제이론에 관해 수석을 이용한 보다 상세한 분석은 이상승, 끼워팔기의 법경제이론(미발표논문), <http://plaza.snu.ac.kr/~ssyi> 에서 다운로드 가능)을 참조.

전통적 지렛대 이론(the classical leverage theory)은 바로 이러한 우려를 이론적으로 정립한 것이다. 주 상품 시장에서 독점력을 가진 기업이 소비자들로 하여금 반드시 자신의 부 상품을 구매하게 하면, 부 상품 시장에서의 경쟁 기업들은 매출이 감소하고 극단적인 경우 퇴출하게 된다. 따라서 주 상품시장의 독점력을 보유한 기업이 자신의 독점력을 지렛대로 이용(leverage)하여 부 상품 시장을 독점화하고 추가적인 독점 이윤을 벌 수 있다는 것이 전통적 배제 이론의 내용이다.

나. 초기 법원의 당연위법원칙 (per se illegality rule)의 형성

지렛대 이론은 일견 매우 설득력이 있어 보인다. 실제로 미 대법원은 지렛대 이론에 입각하여 끼워팔기에 대해 매우 부정적인 입장을 취해 왔다. 1917년 *Motion Picture Patents* 사건에서는, 영화 영사기(film projector)의 특허권을 보유한 기업이 영사기의 구매자로 하여금 자신이 공급하는 영화만 상영하도록 했으며³⁹, 1936년의 *IBM* 사건에서는 계산기(tabulating machine)의 특허권을 보유한 기업이 소비자들로 하여금 연산에 필요한 펀치 카드도 반드시 자신으로부터 구매하도록 요구했다.⁴⁰ 1947년의 *International Salt* 사건에서는 통조림 식품에 소금을 투여하는 기계(salt dispensing machine)의 특허권을 보유한 기업이 임차인들로 하여금 반드시 자신이 공급하는 소금만을 사용하도록 했으며,⁴¹ 1958년의 *Northern Pacific Railway* 사건의 경우 철도 회사가 자신이 소유한 토지를 임차하거나 구매하는 이는 반드시 자신의 철도를 이용하여 물품을 운송하도록 하였다.⁴² 미 대법원은 이 네 사건 모두 주 상품 시장의 독점력을 부 상품 시장으로 연장하는 효과를 가져 오기 때문에 부당한 ‘거래 제한’(restraint of trade), 즉 ‘경쟁 제한’(restraint of competition)을 금지한 셔먼법 제1조를 위반한 것으로 판시했다.⁴³ 특히 *International Salt*(1947) 판결과 *Northern Pacific*(1958) 판결은 끼워팔기

³⁹ *Motion Picture Patents Co. v. Universal Film Co.*, 243 U.S. 502 (1917). 이하에서 인용하는 미 대법원 판결문들은 <http://www.findlaw.com/casecode/supreme.html> 에서 다운로드 받을 수 있다.

⁴⁰ *IBM Corporation v. United States*, 298 U.S. 131 (1936).

⁴¹ *International Salt Co. v. United States*, 332 U.S. 392 (1947).

⁴² *Northern Pacific Railway Company v. United States*, 356 U.S. 1 (1958).

⁴³ 이러한 일련의 ‘당연 위법’ 판결은 끼워팔기에 관한 초기 사건인 *A.B. Dick* (1912)에서 내렸던 무죄 판결을 뒤집은 것이다. 이 사건은 등사기의 특허권을 보유한 A.B. Dick사가 자신의 등사기를 사용하는 소비자들에게 반드시 자신이 공급하는 형판, 종이, 잉크를 사용하도록 요구했는데, 미 대법원은 이를 특허권의 정당한 사용으로 판시했다 *Henry v. A.B. Dick*

에 대한 미 대법원의 당연 위법(*per se illegal*)적 접근법을 명료하게 표현하였다. *International Salt*(1947) 판결은 끼워팔기를 통해 경쟁자를 시장에서 배제하는 행위는 가격 담합 행위와 함께 당연 위법이라고 판시하였으며,⁴⁴ *Northern Pacific*(1958) 사건의 판결문은 그 이유를 다음과 같이 설명한다.

“끼워팔기는 경쟁을 제한하는 것 이상의 목적이 있는 경우가 실로 드물다. 끼워팔기는 경쟁 기업들이 부 상품시장에 자유로이 접근하는 것을 막는데, 그 이유는 끼워팔기를 행하는 기업이 더 좋은 상품이나 더 낮은 가격을 제공하기 때문이 아니라 다른 시장[주 상품 시장]에서 지배력을 보유하고 있기 때문이다.”⁴⁵

다. 시카고 학파의 비판: 하나의 독점이윤 이론(*one monopoly profit theory*)

끼워팔기의 반경쟁성을 강조한 전통적 지렛대 이론과 이에 근거한 미 대법원의 판결에 대해 ‘시카고 학파(*the Chicago school of antitrust*)’라 불리는 일군의 법경제학자들은 1950년대부터 매우 호된 비판을 하였다. 시카고 로스쿨에서 경제학을 가르친 Aaron Director에서 출발한 시카고 학파는 전통적 배제 이론이 경제 이론으로서의 엄밀한 내적 일관성이 결여되어 있음을 지적하였다.⁴⁶ 시카고 학파의 대표적인 이론가인 한 사람인 Posner에 따르면 지렛대 이론은 다음과 같은 치명적인 결점이 있다.

“지렛대 이론의 두 번째, 그리고 치명적인 약점은 왜 한 상품의 독점 기업이 보완제도 독점하기를 원하는지를 설명하지 못 하는데 있다. 두 개의 독점이 하나의 독점보다 낫다는 것은 명백한 듯 하지만, 소비자가 관심이 있

Company, 224 U.S. 1 (1912). 끼워팔기에 대한 대법원의 판례가 바뀌게 된 계기는 “기업간의 연합조직, 모의 및 독점의 형성을 태생단계에 따라서 완성되기 전에 저지시킬 목적으로” 셔먼법을 구체적으로 강화시킨 Clayton Act가 1914년 통과된 것이다 (F. M. Scherer and David Ross, *Industrial Market Structure and Economic performance* (1990), 3rd edition, p. 567.)

⁴⁴ “Not only is price-fixing unreasonable, *per se*, but also it is unreasonable, *per se*, to foreclose competitors from any substantial market.” *International Salt Co. v. United States*, 332 U.S. 392, 396 (1947). (내부 인용 삭제)

⁴⁵ *Northern Pacific Railway Company v. United States*, 356 U.S. 1, 6 (1958).

⁴⁶ Aaron Director & Edward Levi, *Law and the Future: Trade Regulation*, *Northwestern University Law Review*, vol. 51, p. 281-296 (1956).; Ward S. Bowman, *Tying Arrangements and the Leverage Problem*, *Yale Law Journal*, vol. 67, p. 19-36 (1957).

는 최종 상품이나 용역(A.B. Dick 사건의 경우 등사)을 제공하기 위해서는 두 상품이 같이 사용되어야 하기 때문에, 전혀 명백하지 않다. 만약 끼워팔리는 부 상품의 가격이 경쟁 시장에서 구매자가 지불해야 하는 가격보다 높다면 그 차액만큼 최종 상품 또는 용역의 가격이 인상되는 것이며, 따라서 구매자는 최종 상품의 수요를 줄이고 그 결과 주 상품의 수요도 줄이게 된다. 예를 들어, 데이터 작업을 하는 사람이 1초의 계산 시간과 10장의 펀치 카드를 필요로 하는 연산 한 단위에 대해 1불을 지불할 용의가 있는데, 펀치 카드는 한 장당 1센트의 생산비용이 든다고 하자. 그렇다면 컴퓨터를 독점적으로 생산하는 기업은 컴퓨터를 1초당 90센트를 받고 임대하여 주고 사용자로 하여금 경쟁 시장에서 카드를 한 장당 1센트에 사게 할 수 있다. 또는 만약 끼워팔기가 허용되면 카드를 한 장당 10센트에 팔 수 있다. 하지만 이 경우에는 컴퓨터를 무상으로 임대하여야 한다. 따라서, 끼워팔기로 컴퓨터 생산 기업이 이득을 본 것이 과연 무엇인가?⁴⁷

즉, 시카고 학파는 주 상품과 부 상품이 서로 보완 관계에 있어 하나의 시스템으로 소비되는 경우, 소비자가 주 상품과 부 상품에 대해 각각 별개의 지불 용의가 있는 것이 아니라, 전체 시스템에 대해 하나의 지불 용의가 있기 때문에, 기업이 벌어들일 수 있는 독점 이윤이 두 개 존재하는 것이 아니라, 하나만 존재(one monopoly profit)한다고 주장하였다. 달리 말하면, 주 상품의 독점 기업은 부 상품 시장을 독점화하지 않더라도 주 상품의 가격을 높이 책정하여 전체 시스템에 대한 독점 이윤을 이미 벌 수 있기 때문에 끼워팔기를 통해 부 상품 시장을 독점화할 이유가 없다는 것이다. 오히려 보완재 시장의 경쟁이 활성화되어 품질이 우수하고 가격이 저렴한 보완재가 많이 등장할수록 소비자의 시스템에 대한 지불용의가 높아져서 주 상품 시장의 독점 기업이 자신의 주 상품의 가격을 인상시킬 수 있으므로, 독점 기업은 보완재 시장의 독점화를 원하는 것이 아니라 많은 기업들이 보완재 시장에 진입하여 경쟁이 치열하기를 바란다. 위의 Posner의 예의 경우, 만약 펀치 카드 시장에 새로운 기업들이 진입하여 기술 경쟁이 치열해 지고 그 결과 펀치 카드의 생산 비용(및 가격)이 0.5센트로 떨어지면 (또는 비용이 1센트에 유지되나 품질 개선의 결과 소비자 편익이 한 장당 0.5센트 증가하면) 컴퓨터를 독점적으로 생산하는 기업은 컴퓨터 임대료를 1초당 90센트에서 95센트로 인상할 수 있어서 이익을 보게 된다. 따라서 컴퓨터 생산 업체는 자신의 펀치 카드보다 품질이 우수하거나 비용이 저렴한 보완재의 진입을 막을 이유가 없다.

이러한 시카고 학파의 주장은 Whinston이 매우 일반적인 조건하에서 엄밀히 증명하여 그 타당성이 입증되었는데, Whinston이 도출한 결과의 주요 조건은 독점 기

⁴⁷ Richard A. Posner, *Antitrust law: An economic perspective* (2001), 2nd edition, pp. 198-199.

업의 주 상품이 보완재의 소비에 필수적(essential)이라는 것이다.⁴⁸

시카고 학파가 주장하듯이 끼워팔기의 목적이 주 상품 시장의 독점력을 부 상품 시장으로 연장하는 것이 아니라면, 왜 기업들이 끼워팔기를 하는가? 이에 대해 시카고 학파는 부 상품의 품질 유지(quality control), 공동 생산-판매-유통의 경제(economies of joint production, sales and distribution)와 같은 효율성 제고 효과 및 가격 차별(price discrimination)등을 지적한다. 먼저 다음 절에서 끼워팔기의 가격 차별 효과를 살펴 보고, 그 다음 절에서 효율성 제고 효과에 관해 살펴 본다.

2. 시카고 학파의 이론과 그 영향

가. 가격차별이론(the price discrimination theory of tying)

(1) 부 상품의 소비량에 따라 지불용의에 차이가 있는 경우

독점 기업은 완전 경쟁 기업과는 달리 자신의 시장 지배력을 이용하여 상품의 가격을 한계 비용에서 독점 가격으로 인상하여 독점 이윤을 벌 수 있다. 그러나 소비자들의 지불 용의는 사람마다 다른 것이 일반적이므로, 독점 기업은 소비자들의 지불 용의를 최대한 정확히 파악하여 개별 소비자의 지불 용의에 따라 각각 다른 가격을 받고자 하는데, 이러한 시도를 가격 차별(price discrimination)이라고 한다. 비록 독점 기업이 가격 차별을 시도한다 해도 개별 소비자의 지불 용의를 완벽히 파악하여 소비자마다 다른 가격을 매기는 것은 거의 불가능하며, 대부분의 경우 독점 기업은 소비자들을 몇 개(보통 두 세 개)의 집단으로 분류하여 지불 용의가 높은 집단에게는 높은 가격을 책정하고, 낮은 집단에게는 낮은 가격을 책정한다. 학생 가격과 일반인 가격을 따로 매겨 지불 용의가 낮은 학생들에게는 할인 가격을 책정하는 것이 대표적인 예이다. 가격 차별이 소비자 후생과 전체 사회 후생에 미치는 영향에 대해서는 심층적인 분석이 이루어져 왔는데, 주요한 결과는 가격 차별이 이루어지면 대부분의 경우 일부 소비자들은 손해를 보더라도 다른 소비자들은 혜택을 보고, 특정 경우에는 일부 소비자들은 손해를 보고 다른 소비자들은 변화가 없으며, 나머지 경우에는 일부 소비자는 혜택을 보고 다른 소비자들은 손해를 보지 않으면서 기업의 이익이 늘어나는 파레토 개선(Pareto improvement)이 가능하기 때문에, 특별히 반경쟁적인 효과가 나오지 않는다는 것이다.⁴⁹

⁴⁸ Michael D. Whinston, Tying, Foreclosure and Exclusion, *American Economic Review*, Vol. 80, No. 4, Proposition 3, p. 851 (1990).

⁴⁹ 자세한 내용은 Hal Varian, Price Discrimination, *Handbook of Industrial Organization*, Vol. 1, North-Holland: Amsterdam, (1989); Dennis W. Carlton and Jeffrey M. Perloff, *Modern Industrial*

‘끼워팔기의 가격 차별 이론(price discrimination theory of tying)’은 주 상품 시장의 독점 기업이 끼워팔기를 통해 가격 차별의 효과를 달성하고 더 높은 이윤을 벌 수 있다는 내용이다.⁵⁰ 그 이유는 주 상품과 부 상품으로 이루어진 시스템을 많이 사용하는 사람이 지불 용의도 높을 것이므로, 부 상품의 소비량으로 소비자의 지불 용의를 측정(meter)할 수 있기 때문이다. 끼워팔기의 경우에도 일반적인 가격 차별과 마찬가지로 일부 소비자가 손해를 보더라도 다른 소비자들은 이익을 볼 수 있으며, 특히 아무도 손해를 보지 않으면서 일부 소비자들과 기업은 이익을 보게 되는 파레토 개선이 일어날 수 있으므로, 특별히 반경쟁적이지 않다.

이러한 가격 차별 이론은 실제로 미 대법원에서 다룬 초기 사건(등사기와 형판, 종이, 잉크를 끼워 판 *A.B. Dick*(1912), 연산기와 펀치 카드를 끼워 판 *IBM*(1936), 소금 투여 기계와 소금을 끼워 판 *International Salt*(1947) 사건 등)에서 기업들이 끼워팔기를 한 이유를 설득력 있게 설명한다. 이 세 사건의 공통점은 가격 차별 이론에서 가정하는 것처럼 부 상품 시장이 완전 경쟁에 가까우며, 또한 부 상품의 사용 빈도가 시스템에 대한 지불 용의의 척도가 될 수 있다는 것이다.

(2) 상품간 지불용의의 차이가 있는 경우

위의 가격 차별 이론은 (i) 한 상품이 주 상품이며 다른 상품은 주 상품과 보완적 관계에 있어서 소비자가 주 상품과 부 상품을 하나의 시스템으로 소비하고 (ii) 부 상품을 많이 소비하는 구매자가 시스템에 대한 지불 용의가 높으며 (iii) 개별 소비자의 부 상품 소비량을 기업이 쉽게 측정할 수 있으며 (iv) 주 상품 시장에는 한 기업이 독점력을 보유하나 부 상품 시장은 완전 경쟁적인 경우에 적용된다.

만약 두 상품이 각각 독립적으로 소비되고 또한 두 상품 모두 한 기업이 독점적으로 생산할 경우 위의 가격 차별 이론은 적용되지 않는다. 그러나 이 경우에도 만약 소비자들의 상품에 대한 선호가 이질적이어서 두 상품에 대한 지불용의에 소비자들 사이에 음의 상관 관계(negative correlation)가 존재하면 끼워팔기가 가격 차별의 효과를 가져 오고 기업의 이윤을 증가시킬 수 있다.⁵¹

특히 범위의 경제(economies of scope)로 인해 두 상품을 같이 공급하는 것이

Organization (2000), 3rd edition, New York. 참고.

⁵⁰ Richard A. Posner, *Antitrust law: An Economic Perspective*(2001), 2nd edition, pp. 199-200.; Ward S. Bowman, *Tying Arrangements and the Leverage Problem*, *Yale Law Journal*, vol. 67, p. 19-36 (1957).

⁵¹ George J. Stigler, *The Organization of Industry*(1968), pp. 165-170; Walter J. Adams and Janet L. Yellen., *Commodity Bundling and the Burden of Monopoly*, *Quarterly Journal of Economics*, Vol. 90, pp. 475-498 (1976).

비용 절감의 효과를 가져오면 끼워팔기가 기업의 이윤을 더욱 증가시키게 되고, 비용 절감 효과가 일부 소비자에게 가격 인하로 이전되면 소비자들도 혜택을 보게 된다.⁵² 예를 들어 케이블 방송이나 위성 방송의 경우 지상파 방송과는 달리 주파수 용량이 충분하여 수십 개의 방송 채널을 공급하는데, 사업자는 개별 채널을 따로 판매하지 않고 몇 개의 번들로 묶어서 공급하는 것이 보통이다. 종합 일간지의 경우 정치면, 사회면, 경제면, 문화면, 스포츠면을 하나의 번들로 묶어서 판매한다. 최근 등장하고 있는 인터넷 유료 정보 제공 사이트의 경우 수많은 정보 소스를 단일 패키지로 단일 가격에 판매한다. 소프트웨어 제조업체도 문서 작성 프로그램, 프리젠테이션 프로그램, 스프레드시트 프로그램을 묶어서 ‘오피스’ 패키지로 판매한다.

이러한 예들의 공통점은 개별 상품들을 번들로 묶어서 제작 판매하는 데 추가 비용이 별로 들지 않거나 오히려 범위의 경제로 인해 생산 비용이 절감되며, 또한 소비자들의 선호가 다양하여 한 상품에 대한 지불용의가 높은 소비자가 다른 상품에 대한 지불 용의는 낮은 경우가 많다는 것이다. (이 경우 소비자의 지불 용의가 ‘음의 상관관계에 있다(negatively correlated)’라고 한다.) 예를 들면, 스포츠 방송을 주로 시청하는 소비자는 경제 전문 방송이나 드라마 전문 방송은 덜 시청하는 경우가 많은데, 이런 소비자는 스포츠 채널 시청에 대한 지불 용의는 높고 경제 전문 채널이나 드라마 채널에 대한 지불 용의는 낮다. 반대로 드라마를 주로 시청하는 소비자는 기타 채널에 대한 지불 용의는 낮을 수 있다.

부 상품의 사용 빈도에 차이가 있는 경우 끼워팔기를 통해 가격 차별을 달성할 수 있다는 앞 절의 이론과 마찬가지로, 상품간 지불용의에 차이가 있는 경우 끼워팔기를 통해 가격 차별을 달성할 수 있다는 이론도, 끼워팔기에 대한 미 대법원의 부정적인 판결에 대한 시카고 학파의 비판에서 출발하였다. 미국의 영화 배급업자들은 TV 방송국에 저작권 보호를 받는 영화(copyrighted feature motion pictures)를 공급할 때 인기 있는 영화와 인기 없는 영화를 하나의 번들로 묶어서 판매하는 ‘block booking’의 관행이 있었다. 미 대법원은 *Loew's* (1962) 판결에서 이러한 관행은 인기 있는 영화에 대한 독점력을 이용하여 인기 없는 영화를 강매하여 경쟁 영화 배급업체를 시장으로부터 배제하는 끼워팔기로 셔먼법 제1조 위반을 인정하고 영화를 개별적으로 판매하도록 명령했다.⁵³ 이에 대해 Stigler는 1963년 논문에서 block booking은 가격 차별의 수단임을 주장하였는데,⁵⁴ 다음의 간단한 보기를 통해 그의 주장을 살펴 본다.

소비자들의 선호의 이질성으로 인해 개별 상품에 대한 소비자들의 지불용의

⁵² 끼워팔기의 기술적 효율성 제고 효과에 대해서는 다음 절에서 자세히 다룬다.

⁵³ *United States v. Loew's Inc.*, 371 U.S. 38 (1962).

⁵⁴ George J. Stigler, *United States v. Loew's Inc: A Note on Block Booking*, *The Supreme Court Review*, University of Chicago Press, pp. 152-157, (1963).; George J. Stigler, *The Organization of Industry*(1968), pp. 165-170.에 재수록.

가 음의 상관 관계에 있을 때 두 상품을 모두 독점적으로 생산하는 기업이 끼워팔기를 통해 이윤을 증대시킬 수 있음을 다음의 예가 보여준다. (타입 1과 타입 2의 소비자의 숫자는 각각 100명이다.)

보기 1.

	상품 A의 가치	상품 B의 가치
타입 1 소비자	130	30
타입 2 소비자	40	100

번들링이 불가능하면, 독점 기업은 상품 A를 130원, B를 100원에 팔아 총 23,000원의 수입을 얻는다. 타입 1 소비자는 A만, 타입 2 소비자는 B만 소비하며, 잉여를 누리지 못한다. 한편 두 상품을 번들로 판매하면 독점 기업이 번들 가격을 140원에 책정하여 28,000원의 수입을 본다. 타입 1의 소비자는 번들을 구매해서 20원의 잉여를 누리고 타입 2 소비자도 번들을 구매하나 여전히 잉여를 누리지 못한다. 따라서 번들 판매는 파레토 개선을 가져온다. 끼워팔기가 가격 차별의 효과를 가져오는 것은, 개별 판매 시에는 상품 B의 가격이 100원이어서 타입 1의 소비자가 구매하지 않으나, 번들 판매 시에는 타입 1의 소비자에게는 10원의 '실질 가격'에 팔리기 때문이다. (타입 1 소비자는 개별 판매 시 상품 A를 130원 주고 구매할 것이므로, 번들 판매 시 10원을 추가로 지불하고 상품 B를 구매하게 된다.)

일반적으로 음의 상관 관계에 있는 독립적 재화를 독점 기업이 끼워 팔면 소비자 모두가 손해를 보는 경우도 나올 수 있다. 하지만 위의 보기에서처럼 손해 보는 소비자 없이 일부 소비자와 기업이 혜택을 보는 파레토 개선의 결과가 나오는 경우도 있어, 두 상품이 시스템으로 소비될 때와 마찬가지로 음의 상관 관계에 있는 독립적 재화의 끼워팔기는 반경쟁적인 행위라고 볼 수 없다. 오히려 패키지 제작 판매에 따른 범위의 경제가 존재하는 경우에는 판매 비용이 절감되고 따라서 소비자 가격도 낮아지는 경우가 많으므로 친경쟁적인 행위이다.

나. 기술적 효율성 제고 효과

끼워팔기의 기술적 효율성 제고 효과 논의에는 계약에 의한 끼워팔기(contractual tying)와 기술적 통합에 의한 끼워팔기(technological tying)를 구별하는 것이 유용하다. 계약에 의한 끼워팔기란 개별적으로 공급되는 두 개의 상품을 같이 구매하도록 소비자와 계약을 맺는 경우이며, 기술적 통합에 의한 끼워팔기란 예전에 개별적으로 공급되던 두 개의 상품을 기술 혁신 등에 의해 하나의 상품으로 설계, 생산하여 판매하는 경우를 말한다. 미국의 반독점법에서 주로 문제가 된 행위는 계약에 의한

끼워팔기이다.

(1) 부 상품의 품질 유지(quality assurance of the tied product)

시카고 학파에 따르면 주 상품의 독점 기업이 주 상품과 같이 사용되는 부 상품(편치 카드, 잉크, 소금)등을 계약에 의한 끼워팔기를 통해 함께 판매하기 원하는 또 하나의 이유는 부 상품의 품질 유지를 통한 신용의 보전(Protection of goodwill)이다.⁵⁵ 주 상품과 부 상품을 함께 시스템으로 사용하는 소비자의 입장에서는 외부 기업(보통 잘 알려져 있지 않은 중소기업)이 생산한 부 상품(예를 들어, 교체 부품)을 사용하여 시스템에 문제가 생길 경우, 상품의 품질에 대한 정확한 정보가 없기 때문에 문제의 원인이 외부 기업이 생산한 부 상품이 아니라 독점 기업이 생산한 주 상품에 있다고 오해할 수도 있다. 그 결과 독점 기업의 주 상품의 평판(reputation)이 나빠져 판매가 줄어들 수 있으므로, 이를 방지하기 위해 주 상품의 독점 기업이 자신이 생산한 부 상품(예: '순정 부품')을 반드시 소비자가 사용하도록 요구할 수 있다는 것이다. 이러한 현상은 상품의 품질에 대해 판매자인 기업이 구매자인 소비자보다 많은 정보를 보유하고 있는 '비대칭적 정보(asymmetric information)'의 한 예인데, 비대칭적 정보로 인한 판매 감소를 방지하기 위해 품질이 보장되는 자신의 부 상품을 끼워 판다는 것이다.

(2) 공동 생산, 판매의 경제(economies of joint production and sales)

공동 생산 및 판매의 경제는 기술적 통합에 의한 끼워팔기에 해당된다. 여러 개의 부품으로 이루어진 제품의 경우 기업이 부품을 조립-생산-판매하는 것이 보통이나, 소비자가 직접 (또는 기술자를 고용하여) 조립하여 사용할 수도 있다. 자동차의 예를 들면, 스테레오, 에어컨, 에어백, 안티락브레이크시스템(anti-lock break system, ABS) 등을 반드시 공장에서 미리 다 설치할 필요는 없다. 실제로 특정 소비자의 경우 공장에서 설치된 스테레오 등을 자신이 원하는 제품으로 교체하기도 하는데, 이 소비자의 경우에는 스테레오가 자동차에 끼워 팔리지 않기를 바랄 것이다. 하지만 대부분의 소비자의 경우 자신이 직접 부품들을 추가하는 것보다 구매 시 모든 기능들이 탑재되어 있기를 바라는데, 비용 면에서도 공장에서 미리 조립하는 것이 훨씬 저렴한 경우가 많다. 그 이유는 부품의 대량 생산-구입, 최종품의 대량 생산-유통-판매에 따른 규모의 경제(economies of scale)와 관련 제품의 공동 생산에 따른 범위의 경제(economies of scope)에 따른 비용 절감이 매우 크기 때문이다. 한 예를 들자면, 1988년 뷰익 스카이라크(Buick Skylark)모형의 경우 소비자 구매 가격은 \$12,568이나 만약 소비

⁵⁵ Richard A. Posner, Antitrust law: An Economic Perspective(2001), 2nd edition, pp. 201-202

자가 부품을 따로 구입하여 조립하면 비용이 세 배 이상인 \$40,280이 든다고 추정되었다.⁵⁶

실제로 기업 생산 활동이란 바로 효율적인 방법으로 부품을 결합하여 소비자가 원하는 최종품을 제조하는 과정, 즉 기술적 통합에 의한 끼워팔기라 할 수 있다. 그리고, 기술 혁신의 중요한 기능 중 하나는 과거에 별개의 상품으로 인식되고 생산, 판매되던 제품들을 하나로 통합하여 소비자의 편익을 제고하고 생산 비용을 절감하는 데 있다. 보통의 경우 기술 혁신의 내용을 일반인이 파악하기가 매우 힘들다. 그러나 때로는 지우개를 연필에 통합한 것이나 라디오에 시계 및 알람 기능을 통합한 것처럼, 사후적으로 보면 매우 간단해 보이는 아이디어이지만, 기술적 통합에 의한 끼워팔기의 결과 소비자 편익이 획기적으로 증가하는 경우도 상당수 있다.

기술 혁신이 지속적인 경제 성장과 생활 수준의 향상에 핵심적인 역할을 한다는 것은 잘 알려진 바인데, 이를 미국 법원도 인식하여 계약에 의한 끼워팔기의 경우와는 달리 기술적 통합에 의한 끼워팔기의 경우 상당히 관용적인 태도를 보여 왔다. 1970년대와 80년대에 있었던 IBM사의 메인프레임 컴퓨터의 설계 변화에 대한 일련의 판결에서 지방법원과 항소법원들은 설계 변화의 목적이 부 상품 시장에서 경쟁 기업을 축출하려는 것이 아니라 컴퓨터의 기능을 향상시키기 위한 기술 혁신이라는 IBM의 주장을 받아들여 원고들의 끼워팔기 주장을 기각하였다.⁵⁷ 몇 가지 예를 들면, *Innovation Data Processing, Inc. v. IBM*, 585 F. Supp. 1470, 1476 (D.N.J. 1984) 의 경우 IBM이 “dump-restore” 기능을 메인프레임 컴퓨터의 운영체제에 포함시킨 것은 기술적으로 관련 있는 부품들을 합법적으로 통합한 것이라고 판시했으며, *ILC Peripherals Leasing Corp. v. IBM*, 448 F. Supp. 228 (N.D. Cal. 1978) 의 경우 디스크 드라이브와 디스크 헤드를 통합한 것도 합법적이며, *Telex Corp. v. IBM*, 367 F. Supp. 258 (N.D. Okla. 1973) 의 경우 추가 메모리와 제어 기능을 중앙 처리 장치에 통합한 것이 불법적인 끼워팔기라는 주장을 기각하였다.⁵⁸

다. 시카고학파의 영향: 미 판례법상 당연위법원칙의 변용

⁵⁶ Dennis W. Carlton and Jeffrey M. Perloff, *Modern Industrial Organization* (2000), 3rd edition, p. 304.

⁵⁷ 물론 대법원의 판결까지 가지 않았으므로 기술적 통합에 의한 끼워팔기에 판례법이 확립되었다고는 볼 수 없다.

⁵⁸ IBM 사건들을 포함하여 기술적 통합에 의한 끼워팔기에 대한 보다 자세한 분석은 Keith N. Hylton and Michael Salinger, *Tying Law and Policy: A Decision Theoretic Approach*, Boston University School of Law, Law and Economics Working Paper No. 01-14, 2001.

(<http://www.bu.edu/law/faculty/papers>에서 다운로드 가능)을 참고.

시카고 학파는 초기 끼워팔기 사건에 대한 미 대법원의 당연 위법적 판결의 이론적 토대인 전통적 지렛대 이론의 취약성을 지적하고, 주 상품의 독점 기업이 부 상품을 끼워 파는 이유로 가격 차별 이론을 대안으로 제시하였다. 또한 독립적인 두 상품의 독점 기업이 소비자 선호의 다양성에 따른 지불 용의의 이질성을 줄이는 수단으로 끼워팔기를 시행할 수 있음을 보였다. 자신들이 제시한 가격 차별 이론은 *Motion Picture Patents* (1917), *IBM* (1936), *International Salt* (1947), *Loew's* (1962) 등의 끼워팔기 사건들을 일관성 있게 설명하는 반면, 대법원이 의지한 지렛대 이론은 그 이론적 기반이 매우 허약했기 때문에 시카고 학파는 대법원의 판결에 대해 매우 단정적인 표현을 쓰며 비판했다. Posner와 함께 시카고 학파의 대표적인 이론가인 Bork(1978)에 따르면,

“끼워팔기가 경쟁에 위협이 된다는 이론은 완전히 비합리적이다.” “법이 의존하는 끼워팔기 이론은 오류임이 판명된 독점력 이전 이론의 또 하나의 예인데, 끼워팔기 이론만큼 법경제 문헌에서 철저히 그리고 반복적으로 붕괴된 경우는 없다. 그런데 법이 이렇게도 오랫동안 전혀 바뀌지 않았다는 사실은 학문과 사법 판결의 관계를 잘 (냉소적으로 표현하자면 재미있게) 밝혀 준다.”⁵⁹

시카고 학파는 끼워팔기가 경쟁에 악영향을 줄 수 없고, 오히려 부 상품의 품질 유지, 패키지 생산-판매에 따른 생산 및 판매 비용 절감 등 친경쟁적인 효과를 가져 오며, 가격 차별을 목적으로 하는 경우에도 사회 후생이 증가하는 경우가 많으므로 끼워팔기는 당연 합법(*per se legal*)으로 간주되어야 한다고 주장했다.⁶⁰ 이러한 시카고 학파의 이론은 미국 법무성과 법원에 상당한 영향을 끼쳤다.

미 대법원은 계약에 의한 끼워팔기에 대해 현재 권위 있는(*controlling*) 판례법으로 해석되는 *Jefferson Parish* (1984) 판례에서, 비록 끼워팔기에 대한 당연위법원칙은 고수했으나, 그 적용 요건을 엄격히 요구하였다. 즉, 반독점법상의 불법적인 끼워팔기에 해당하려면 (i) 주 상품과 부 상품이 별개의 제품이며, (ii) 끼워팔기를 시행하는 기업이 주 상품 시장에서 시장 지배력이 있고, (iii) 끼워팔기를 시행하는 기업이 구매자들로 하여금 부 상품을 자신에게서 구매하도록 강제해야 하며 (iv) 끼워팔기로 인해

⁵⁹ Robert H. Bork, *The Antitrust Paradox* (1978), New York: Basic Books, p.372.

⁶⁰ 시카고 학파는 끼워팔기에 대한 다른 이유로 주 상품에 대한 가격 규제의 회피와 주 상품 시장에 카르텔이 형성되어 있을 경우 은밀한 가격 할인 등도 제시한다.

부 상품 시장의 거래의 상당 부분이 배제되어야 한다.⁶¹

이와 같이 엄격한 조건을 요구하는 원칙이 과연 당연 위법에 해당하는가에 대해서는 논란이 많다. 전통적인 당연위법원칙이 적용되는 가격 담합의 경우, 시장 지배력이나, 경쟁에 미치는 영향, 반경쟁적 의도 등을 입증할 필요 없이 담합이 일어났다는 사실 자체만으로 위법이 된다. 이와 달리 끼워팔기의 경우, 시행하는 기업이 주 상품 시장에서 지배력이 있어야 하며, 부 상품 시장에서의 배제 정도가 상당해야 할 뿐 아니라, 별개 상품 테스트는 변들 판매에 따른 효율성을 간접적으로 고려한다.⁶² 따라서 *Jefferson Parish*가 제시하는 위법성 판단 기준은 당연위법원칙이라기보다는 실질적으로는 합리성원칙의 요소가 많이 반영되어 있다.

더욱이 이 사건에서 O'Connor 대법관은 다른 세 명의 대법관이 참가한 별도의 의견(concurring opinion)에서 “끼워팔기에 대한 당연위법원칙은 합리성원칙에서 요구되는 노력은 들이면서 혜택은 볼 수 없다”는 이유로, 끼워팔기에 대한 당연위법원칙을 철폐하고, 다른 배타적 행위와 마찬가지로 합리성원칙을 적용할 것을 주장하였다.⁶³ 보다 구체적으로는, 위 별도의견에 의하면 세가지 예비적 조건-주 상품 시장에서의 시장지배력; 부 상품 시장에서의 시장지배의 위협; 별개 상품으로 다룰 수 있는 일관된 경제적 근거—이 충족되면 끼워팔기에 대해서는 합리성원칙이 적용되어야 하며, 그 결과 추가적으로 부 상품시장 내에서의 경쟁제한효과가 입증되어야 한다는 것이다.⁶⁴ 한걸음 더 나아가 실제로 미국 하급심 법원 중에는 끼워팔기에 대한 엄격한 당연위법원칙의 부적절성을 인식하여 위 네 가지 요건 이외에 “부 상품 시장 내에서의 경쟁제한적 효과”를 추가적 요건으로 요구하여, 결과적으로 합리성원칙을 취한 것과

⁶¹ *Jefferson Parish Hosp. Dist. No. 2 v. Hyde*, 466 U.S. 2, 12-18 (1984). *Jefferson Parish*(1984) 판결에서 확립된 네 가지 조건은 2002년 현재 관련 법적 절차가 완료되지 않은 Microsoft사의 반독점 사건에서 워싱턴 DC 지방법원과 항소법원이 내린 판결문에 잘 요약되어 있다. 항소법원의 예를 들면, “There are four elements to a *per se* tying violation: (1) the tying and tied goods are two separate products; (2) the defendant has market power in the tying product market; (3) the defendant affords customers no choice but to purchase the tied product from it; and (4) the tying arrangement forecloses a substantial volume of commerce.” *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34, 85 (D.C. Cir. 2001).

⁶² 이에 관한 분석은 다음 절에서 자세히 다룬다.

⁶³ *Jefferson Parish Hospital Dist. No. 2 v. Hyde*, 466 U.S. 2, 34-35 (1984).

⁶⁴ Justice O'Connor's concurring opinion in *Jefferson Parish*, 40면.

비슷한 결과를 도출하기도 하였다.⁶⁵ 이와 같은 법원의 입장 변화는 앞서 설명한 시카고 학파의 영향을 받은 것이다.⁶⁶

위와 같은 시카고 학파의 영향은 미 행정부 독점금지당국에 보다 직접적이었다. 미국 법무성은 레이건 행정부 당시인 1985년 선포한 ‘수직적 제한행위에 대한 가이드라인(The Vertical Restraints Guidelines, Section 5)’에서 “끼워팔기는 보통 친경쟁적 또는 경쟁적으로 중립적인 목적을 가진다. ...끼워팔기는 일반적으로 현저한 반경쟁적 가능성이 없다.”라고 천명하고 있는데, 이는 시카고 학파의 영향에 따른 것이다.

하지만 1992년 클린턴 행정부가 들어서면서 미국 법무성은 끼워팔기를 포함한 수직적 제한 행위에 대해 관용적인 입장을 표명한 1985년 가이드라인을 폐지하고, 수평 합병, 수직적 제한 행위 등에 대한 반독점법의 집행을 훨씬 강화하게 된다.⁶⁷ 그 배경에는 소위 ‘게임 이론적 과점 모형(game-theoretic models of oligopoly)’을 구축한 산업조직 이론가들—이들을 포스트 시카고 학파(the Post-Chicago school of antitrust)이라고도 부른다—의 등장이 있다. 이들은 끼워팔기, 배타적 공급 계약, 약탈적 가격 책정 등이 합리적인 전략일 수 없다는 시카고 학파의 주장을 게임 이론적 모형을 통해 엄밀하게 분석하여, 규모의 경제로 인해 시장 구조가 과점적이거나, 기업의 수익성, 비용 구조 등에 대해 당사자와 제3자(경쟁 기업, 은행 등) 사이에 정보의 비대칭성이 존재할 때는 시장 지배적 기업이 끼워팔기, 배타적 계약, 약탈적 가격의 책정 등을 통해 경쟁 기업을 축출하거나 신규 진입을 방지하여 독점을 창출하거나 유지할 수 있다는 것을 엄밀히 입증하였다. 다음 절에서는 끼워팔기가 독점력 연장 및 유지의 수단으로 쓰일 수 있음을 엄밀히 보인 Whinston과 Carlton and Waldman의 전략적 지렛대

⁶⁵ 예를 들어, *Yentsch v. Texaco, Inc.*, 630 F.2d 46, 56-57 (2d Cir. 1980)에서는 위 경쟁제한효과 요건을 추가한 다섯 가지 요건을 요구하였다. 이러한 연방법원들의 태도 변천에 관한 설명으로는, Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy*, 1994, pp. 351-352 참조. 이 요건을 추가하게 되면 부 상품시장내에서의 경쟁제한효과를 판단하기 위하여 시장진입장벽등을 엄밀하게 고려하게 되고, 그 시장내에서 친경쟁적 효과가 반경쟁적인 효과를 능가하는지 여부가 역시 중요한 판단기준이 된다. *Jefferson Parish* 판결에서의 “시장 봉쇄”요건은 부 상품시장내 교역량 폐쇄가 상당 정도에 이르러야 한다는 양적인 기준에 중점을 둔 개념이지 위와 같은 질적인 기준을 전부 고려하는 것은 아니라는 점에서 차이가 있다.

⁶⁶ 이러한 상황에서 본격적으로 끼워팔기에 합리성원칙이 적용되는 것이 타당한 경우가 있음을 정면으로 인정한 것이 바로 Microsoft 반독점 사건에 대한 미국 D.C.연방항소법원 판결인데, 이에 관하여는 본 절의 마지막에서 별도로 자세히 설명하기로 한다.

⁶⁷ 1992년 새로이 제정된 수평적 합병에 대한 가이드라인은 1997년 개정되어 집행되고 있으나, 폐지된 수직적 제한 행위에 대한 대체 가이드라인은 아직 만들어지지 않았다.

이론을 간략히 소개하고, 이 이론이 끼워팔기에 대한 경쟁법 집행에 시사하는 바를 논의한다.

3. 전략적 배제 이론(the strategic foreclosure theory)과 끼워팔기법

가. Whinston (1990)⁶⁸

시카고 학파는 주 상품의 독점 기업은 부 상품 시장의 독점화를 원하는 것이 아니라 오히려 부 상품 시장에 진입이 활발히 일어나서 부 상품의 품질이 개선되고 가격이 하락하기를 원한다고 주장하였다. 그 이유는 비록 경쟁 기업의 진입 결과 자신이 생산하는 부 상품의 판매는 줄어든다 하더라도 소비자 입장에서 전체 시스템의 가치는 증가하게 되므로 주 상품의 가격을 인상하여 더 높은 이윤을 벌 수 있기 때문이다. 이러한 시카고 학파의 주장은 Whinston(1990, Proposition 3)이 시카고 학파의 가정보다 훨씬 일반적인 조건 하에서 엄밀히 증명하였다. 즉, 시카고 학파의 ‘하나의 독점 이윤 이론(one monopoly profit theory)’에서는 부 상품 시장이 완전 경쟁적이라고 가정하는데, Whinston 은 부 상품 시장에 규모의 경제가 존재하여 (독)과점적인 시장 구조가 형성될 때도, 부 상품의 소비에 독점 기업의 주 상품이 필수적인 한 주 상품의 독점 기업이 부 상품 시장을 독점화할 이유가 없다는 것을 보였다. 그러나 Whinston 의 핵심 결과는 시카고 학파의 이론을 일반화하는데 그친 것이 아니라, 부 상품의 소비에 독점 기업의 주 상품이 필수적이지 않다면 주 상품 시장의 독점 기업이 끼워팔기를 통해 (규모의 경제로 인해 과점적인) 부 상품 시장을 독점화하여 이윤을 증가시킬 수 있으며, 그 결과 소비자 잉여와 사회 전체 잉여가 감소할 수 있다는 사실을 보인 데 있다.

Whinston 은 끼워팔기를 통해 주 상품의 독점기업이 부 상품 시장을 독점화하여 이윤을 증가시킬 수 있는 두 가지 보기를 분석했는데, 첫째 보기에서는 소비자가 부 상품을 구매할 때 독점 기업으로부터 반드시 주 상품도 신규로 구매하여 시스템으로 소비하는 것이 아니라, 부 상품만을 따로 구매할 수도 있는 경우를 살핀다. 예를 들자면, 주 상품과 부 상품으로 구성된 하나의 시스템에서 부 상품의 고장 등의 이유로 부 상품만을 교체해야 하는 교체 부품 시장(replacement parts market)이 존재하는 경우이다. (PC 의 경우 하드 디스크나 메모리만을 교체해야 하는 경우를 들 수 있다.) 이 경우 부 상품의 소비에 독점 기업의 주 상품이 필수적이지 않으므로, 부 상품 시장에 진입이 일어나면, 비록 주 상품과 부 상품이 같이 소비되는 시장—시스템 시장(systems market)이라 하자—에서는 독점 기업이 이익을 보더라도 부 상품만이 독자

⁶⁸ Michael D. Whinston, Tying, Foreclosure and Exclusion, *American Economic Review*, Vol. 80, No. 4, pp. 837-859 (1990).

적으로 소비되는 시장—독자적 시장(stand-alone market)이라고 하자—에서는 경쟁이 치열해지므로 전반적으로 독점 기업이 손해를 볼 수 있다. 따라서 주 상품의 독점 기업이 부 상품의 경쟁 기업을 독자적 시장에서 몰아내고 이 시장을 독점화하기 위해 번들링을 효과적으로 사용할 수 있음을 보인다.

둘째 보기에서는 주 상품 시장의 독점 기업이 주 상품 시장에서 완전한 독점 기업이 아니라 품질이 떨어지는 대체재를 생산하여 완전 경쟁적으로 행동하는 ‘주변 기업’(fringe firms)들이 존재하는 경우를 살핀다. 이 경우에는 소비자들이 부 상품을 구매할 때 반드시 독점 기업의 주 상품이 아니라 주변 기업의 상품을 구매할 수 있으므로, 부 상품의 소비에 독점 기업의 주 상품이 필수적이지 않다. 따라서 부 상품 시장에 진입이 일어나더라도 독점 기업이 반드시 이익을 보지 않게 된다. 이 경우 독점 기업이 자신의 주 상품과 부 상품을 끼워 팔아 부 상품의 진입을 막고 그 결과 주 상품 시장의 주변 기업으로부터의 경쟁 압박에 따른 주 상품의 가격 하락을 방지하고 독점 이윤을 벌 수 있게 된다. 이 보기에서는, 끼워팔기를 통한 부 상품 시장의 독점화는 그 자체가 목적이 아니라, 주 상품 시장에서 주변 기업들을 몰아내어 주 상품 시장을 완전히 독점화하기 위해 전략적으로 이루어진다.

두 보기의 공통점은 부 상품 시장에 규모의 경제가 존재하여 시장 구조가 과점적이기 때문에 독점 기업이 끼워팔기를 통해 경쟁 기업의 이윤을 손익분기점 이하로 떨어뜨려 퇴출을 유도하고 (또는 진입을 방지하여) 시장을 독점화하는 데 있다. 끼워팔기에 의한 부 상품 시장의 독점화는 소비자 후생과 사회 총 후생도 감소시키는 반경쟁적인 결과를 가져 온다. 이러한 결과는 바로 전통적 지렛대 이론에서 주장했던 대로, 주 상품 시장의 독점 기업이 자신의 독점력을 이용하여 부 상품 시장을 독점화 (부 상품 시장의 구조를 과점 체제에서 독점 체제로 전환)하여 더 큰 이윤을 벌게 되나 그 과정에서 소비자와 경쟁 기업이 더 큰 손해를 보아 사회 전체적으로 반경쟁적일 수 있다는 우려를 엄밀한 이론으로 정립한 것이다.

반면 시카고 학파의 ‘하나의 독점 이윤 이론’에서는 부 상품 시장에 규모의 경제가 존재하지 않아, 완전 경쟁적 기업들이 자신의 부 상품을 언제나 생산 원가에 공급할 용의가 있으며, 이 기업들은 경제적 초과 이윤을 벌지 못 한다. 이 가정 하에서는 전통적 지렛대 이론에서 우려하는 결과, 즉 독점 기업이 끼워팔기를 통해 부 상품 시장의 경쟁 기업들의 수익성을 악화시켜 퇴출을 유도하고 시장을 독점화하는 결과가 나올 수 없으므로, 완전 경쟁적 부 상품 시장을 가정하는 시카고 학파의 모형은 전통적 지렛대 이론을 제대로 비판한 것이 아니라고 Whinston 은 지적한다.

나. Carlton and Waldman (2002)⁶⁹

⁶⁹ Dennis W. Carlton and Michael Waldman., The Strategic Use of Tying to Preserve and Create Market Power in Evolving Industries, *Rand Journal of Economics*, Vol. 32, No. 2, pp. 194-220,

Whinston의 모형은 전통적 지렛대 이론에 대한 시카고 학파의 비판인 ‘하나의 독점 이윤 이론’이 성립하기 위해서는 독점 기업의 주 상품이 경쟁 기업이 생산하는 부 상품의 소비에 필수적이어야 한다는 것을 보였다. 만약 독자적 부 상품 시장의 존재 또는 열등한 주 상품을 완전 경쟁적으로 생산할 수 있는 주변 기업이 존재하여 경쟁 기업의 부 상품 소비에 독점 기업의 주 상품이 반드시 필요하지 않고, 부 상품 시장에 규모의 경제가 존재하여 시장 구조가 완전 경쟁적이지 않고 (독)과점적이라면, 전통적 지렛대 이론이 주장하는 것처럼 독점 기업이 자신의 주 상품과 부 상품을 번들로 끼워 팔아 주 상품 시장의 독점력을 부 상품 시장으로 연장하여 부 상품 시장을 독점화하고 더 높은 이윤을 벌 수 있는데, 이 과정에서 소비자들과 경쟁 기업이 더 큰 손해를 보아 사회적으로 반경쟁적인 결과가 나올 수 있음을 보였다. Whinston의 논문은 전통적 지렛대 이론에 탄탄한 이론적 토대를 제공한 기념비적 중요성을 지닌다.

서론에서 언급한 것처럼, 1998년 5월 미국 법무성과 20개 주는 마이크로소프트사가 경쟁 인터넷 브라우저인 넷스케이프 내비게이터의 축출을 위해 자사의 인터넷 브라우저인 IE와 운영체제인 윈도우98을 끼워 팔고, 컴퓨터 제조업체, 온라인 서비스 업체, 인터넷 서비스 업체등과 배타적 계약을 맺는 등 미국의 반독점법인 셔먼법을 위반했다고 제소하였다. 이 방대하고도 복잡한 사건은 끼워팔기에 대한 법경제이론에도 큰 의미를 가지는데, 특히 주목할 것은 미국 법무성의 주장에 따르면 마이크로소프트사의 끼워팔기 등의 목적이 브라우저 시장의 독점화 자체에 있는 것이 아니라, 내비게이터가 크로스플랫폼 프로그램 언어(cross-platform programming language)인 자바와 결합하여 자신의 운영체제인 윈도우와 경쟁하는 새로운 소프트웨어 플랫폼으로 등장하여 윈도우의 독점적 지위가 흔들리는 것을 방지하기 위한 것이라는 것이다.

Carlton and Waldman은 이러한 법무성의 주장에 착안, Whinston의 모형을 동태적으로 확장하여 끼워팔기의 목적이 부 상품 시장의 독점화가 아니라 주 상품 시장의 독점을 동태적 경쟁 위협으로부터 보호하는데 있는 모형을 제시하였다.⁷⁰ 끼워팔기

(2002).

⁷⁰ Feldman은 이러한 끼워팔기를 “방어적 지렛대 이용(defensive leverage)”이라고 부른다.

Robin Cooper Feldman, Defensive Leveraging in Antitrust, *Georgetown Law Journal*, vol. 87, p.

2079, (1999).

소프트웨어 산업처럼 기술 혁신이 빠른 시스템 시장에서 ‘필수적 부품(bottleneck component)’의 생산 기업이 자신의 독점적 지위를 유지, 연장하기 위해 관련 보완재 생산 기업에게 경쟁상의 불이익을 주거나 배제할 수 있다는 논리에 대해서는 Janusz A. Ordover and Robert D. Willig, Access and bundling in high-technology markets, *Competition, Innovation,*

를 통한 주 상품 시장의 독점 유지는 독점 기업에게는 이익이 되나, 더 우수한 부 상품과 주 상품의 출현을 차단하므로 소비자 잉여와 전체 사회 잉여는 감소시키는 반경쟁적인 행위이다.

다. 전략적 배제 이론의 적용과 그 한계

Whinston과 Carlton and Waldman의 전략적 배제 이론은 끼워팔기가 경쟁을 제한하는 효과를 가져 올 수 없다는 시카고 학파의 주장이 성립하기 위해서는 부 상품 시장에 규모의 경제가 없어 시장 구조가 완전 경쟁적이거나, 규모의 경제로 인해 시장 구조가 독과점적일 때는 독점 기업의 주 상품이 부 상품의 소비에 필수적이어야 한다는 것을 보였다. 나아가 규모의 경제나 망외부효과(network externality)로 인해 부 상품 시장 구조가 독과점적일 때는 전통적 지렛대 이론이 주장하듯이 주 상품 시장의 독점 기업이 끼워팔기를 통해 관련 상품 시장을 독점화하거나 주 상품 시장의 독점을 반경쟁적으로 유지할 수 있음을 입증했다. 크게 보아서 전략적 배제 이론은 끼워팔기, 배타적 거래(exclusive dealing), 약탈적 가격 책정(predatory pricing) 등에 대한 미국 대법원의 부정적인 판례들이 경제 이론에 근거하고 있지 않음을 통렬히 비판한 시카고 학파의 주장을 게임 이론을 이용하여 엄밀히 검증하여, 시카고 학파의 주장이 성립하기 위해서는 시장 구조가 독점 또는 완전 경쟁적이며, 기업들의 비용 구조에 대한 정보가 경쟁 기업들에게 알려져 있으며, 또한 기업의 수익성에 대한 정보가 금융 시장에도 잘 알려져 있어야 하는 등 매우 제약적인 조건이 필요함을 보였다. 현실적으로는 많은 시장 구조가 규모의 경제로 인해 과점적이며, 기업의 비용 구조와 사업 추진에 따른 수익성에 대한 정보는 해당 기업이 경쟁 기업이나 은행, 채권자보다 훨씬 많이 보유하는 정보의 비대칭성(asymmetric information)이 존재하는데, 이런 상황에서는 끼워팔기, 배타적 거래, 또는 약탈적 가격 책정 등의 행위가 실제로 반경쟁적인 결과를 가져 올 수 있음을 1980년대 이후 게임 이론을 원용한 일군의 경제학자들이 엄밀히 보였다. 이들을 ‘포스트 시카고 학파’라고도 부르는데, 전략적 배제 이론은 이 학파의 한 축을 형성한다.

게임 이론 모형을 원용한 산업 조직 이론(game-theoretic models of industrial

and the Microsoft monopoly: Antitrust in the Digital Marketplace, Jeffrey A. Eisenach & Thomas M. Lenard eds., (1999). 참고.

Carlton and Waldman(2002)의 공헌은 이러한 주장을 엄밀하게 모형화하여 주 상품 시장의 독점 기업이 부 상품의 끼워팔기를 통해 주 상품 시장의 독점을 반경쟁적으로 지키고 신생 시장으로 자신의 독점력을 확장시킬 수 있음을 입증하고 나아가 경쟁법에의 시사점을 제시한 데 있다.

organization), 즉 포스트 시카고 학파는 매우 중요한 이론적 업적을 쌓아 온 것은 사실이나, 이 이론을 실제 반독점법 사건에 적용하는 데는 신중을 기해야 한다. 그 이유는 게임 이론적 모형은 특정 행위(예: 끼워팔기)가 일정한 가정 하에서 반경쟁적인 결과를 가져 올 수 있다는 가능성을 보여주는 것이지, 반드시 반경쟁적인 결과가 나온다는 것을 입증하지는 않기 때문이다. Fisher의 표현을 빌리자면, 게임 이론 모형은 일정 조건 하에서 어떤 현상이 일어날 수 있다는 가능성을 보여주는 ‘예시 이론(exemplifying theory)’이지, 반드시 일어난다는 ‘일반 이론(generalizing theory)’이 아니다.⁷¹

실제로 전략적 지렛대 이론의 창시자라고 할 수 있는 Whinston은 자신의 가정 하에서 끼워팔기로 인해 부 상품 시장이 독점화되더라도 반드시 모든 소비자들이 손해를 보지 않으며, 특히 규모의 경제 하에서는 사회적 관점에서 볼 때 과당 진입(excessive entry)이 일어날 수도 있으므로, 끼워팔기로 인해 경쟁 기업의 진입이 차단(또는 퇴출)될 때 사회 전체 후생이 오히려 증가할 수도 있음을 지적한다. 특히 끼워팔기가 공동 생산 및 판매의 경제, 부 상품의 품질 유지 등 친경쟁적 목적 또는 가격 차별의 경쟁 중립적 목적으로도 시행될 수 있기 때문에, 끼워팔기의 후생 효과에 대해 경쟁 당국과 법원이 지침으로 이용할 수 있는 실용적인 법기준(practical legal standard)을 만드는 것은 극도로 어렵다는 점을 강조한다.⁷²

마이크로소프트사가 윈도우에 인터넷 브라우저 기능을 통합한 예에서 착안, Whinston의 이론을 동태적 모형으로 확장하여 주 상품 시장의 독점 기업이 끼워팔기를 통해 주 상품 시장의 독점을 유지하고 관련 신생 시장을 독점화할 수 있음을 보인 Carlton and Waldman도 Whinston의 모형과 마찬가지로 자신들의 모형에서도 끼워팔기를 통한 독점화가 과잉 진입을 방지해 사회 후생을 증가시킬 수도 있음을 인정한다.⁷³ 또한 반경쟁적인 피해가 나올 수 있다는 이론적 가능성을 그러한 피해가 실제로 나온다는 실증적인 입증과 혼동한 경우가 과거에 빈번했다는 것을 지적한다.

Carlton and Waldman은 출판 전의 논문에서 자신들의 모형이 반독점법 집행에 갖는 의의를 자세히 토론하면서, 가격에 의한 사실상의 끼워팔기(virtual tie through pricing), 계약에 의한 끼워팔기(contractual tie), 기술적 통합에 의한 끼워팔기(physical tie)를 구별할 것을 제의한다. 먼저, 각각 달리 공급되는 부 상품과 주 상품을 계약에

⁷¹ Franklin M. Fisher, Games Economists Play: A Noncooperative View, *Rand Journal of Economics*, Vol. 20, p. 117, (1989).

⁷² Michael D. Whinston, Tying, Foreclosure and Exclusion, *American Economic Review*, Vol. 80, No. 4, pp. 855-856, (1990).

⁷³ Dennis W. Carlton and Michael Waldman, The Strategic Use of Tying to Preserve and Create Market Power in Evolving Industries, *Rand Journal of Economics*, Vol. 32, No. 2, pp. 211-212, 215, (2002).

의해 끼워 파는 행위와 부 상품을 명시적으로 끼워 팔지 않더라도, 부 상품을 매우싼 가격에(예를 들어, 공짜로) 공급하는 방식에 의한 사실상의 끼워팔기에 대해서는, 전속 대리점 계약(exclusive dealing) 등 다른 배타적 계약과 마찬가지로 합리성원칙(rule of reason)에 따라 분석해야 하는데, 끼워팔기로 창출되는 효율성 제고 효과에 큰 비중을 두어야 한다고 주장한다. 기술적 통합에 의한 끼워팔기의 경우도 합리성원칙에 따라 심사해야 하나, 기술적 통합으로 달성되는 효율성 제고 효과에 대해서는 더 큰 비중을 주어, 내부 문서 등에서 설계 변경이 오로지 경쟁을 저해하려는 목적으로 행해졌다는 증거가 나오는 예외적인 경우가 아니면 통합에 따른 효율성 제고 효과가 그럴듯(plausible)할 경우 면책되어야 한다고 주장한다.⁷⁴

라. 전략적 지렛대 이론의 향후 법적용에의 시사점

Whinston과 Carlton and Waldman로 대표되는 전략적 지렛대 이론을 중심으로 현재까지의 이론적 논의의 결과를 종합해서, 끼워팔기법에 대한 시사점을 살펴 보면 다음과 같다.

첫째, 끼워팔기의 위법성 판단에 관한 미국 대법원의 현재 입장이라고 할 수 있는 당연위법원칙은 경제 이론으로 합리화될 수 없다. *Jefferson Parish*(1984) 판결에서 제시한 네 가지 조건—별개 상품성, 주 상품 시장의 지배력, 구매 강제, 부 상품 시장의 상당한 배제—을 다 충족시키는 경우에도, Whinston과 Carlton and Waldman은 끼워팔기가 사회 총 후생을 증가시킬 가능성이 있음을 보여주고 있다. 따라서, 끼워팔기는 경쟁 기업간의 가격 담합과 같이 “경쟁에 미치는 치명적 유해 효과가 있고 이를 보상할 만한 가치가 없어서 부당하다고 확실히 간주할 수 있기 때문에, 동 행위가 초래하는 정확한 해악이나 동 행위에 대한 사업상의 이유에 대한 상세한 조사 없이도 불법인 협약이나 관행”⁷⁵에 해당하지 않으므로, *Jefferson Parish* (1984) 판결에서 O'Connor를 위시한 4명의 대법관이 제시한 별도의견처럼 합리성원칙을 적용해야 한다.⁷⁶ 다음 절에서 자세히 살펴보는 바와 같이 Microsoft사의 IE 관련 독점금지사건에

⁷⁴ Dennis W. Carlton and Michael Waldman, The Strategic Use of Tying to Preserve and Create Market Power in Evolving Industries, Working Paper no. 145, George J. Stigler Center for the Study of the Economy and the State, University of Chicago (2000).

⁷⁵ Northern Pacific Railway Co., 356 U.S. 1, 5 (1958).

⁷⁶ 이에 대해서는 대부분의 법경제학자들이 동의한다. Hylton and Salinger는 *Jefferson Parish*(1984)의 당연위법원칙은 4가지의 조건을 충족해야 하므로, ‘조건부 당연 위법(qualified *per se* illegality)’ 원칙이라고 명명하며, 본 논문에서와 마찬가지로 당연위법원칙을 폐지할 것을 주장한다. Keith N. Hylton and Michael Salinger, Tying Law and Policy: A Decision

서 워싱턴 DC 항소법원은 인터넷 브라우저와 윈도우의 끼워팔기에 대해 *Jefferson Parish*(1984)가 제시한 당연위법원칙을 적용한 지방법원의 판결을 과기하고 합리성원칙에 따라 다시 심리할 것을 명령하였으나, 자신들의 판결은 주 상품이 응용 프로그램의 플랫폼 역할을 하는 소프트웨어이고 부 상품이 보완적 소프트웨어 기능일 때에 국한됨을 명시하고 있다. 하지만 경제 이론에 비추어 볼 때 끼워팔기에 대한 당연위법원칙은 정당화될 수 없으므로, 모든 끼워팔기 사건에 대해 합리성원칙을 확립할 필요가 있다.

둘째, 전략적 지렛대 이론이 적용되기 위해서는 부 상품 시장에 규모의 경제나 망외부효과로 인해 현저한 진입 장벽이 존재하고 그 결과 시장 구조가 독과점적이어야 한다. *Jefferson Parish*(1984)는 ‘부 상품 시장의 현저한 배제’를 한 구성요건으로 요구하고 있으나, 부 상품 시장의 진입 장벽을 명시적으로 고려하고 있지는 않다. 만약 부 상품 시장에의 진입 장벽이 낮으면 전략적 지렛대 이론이 적용되지 않으므로, 부 상품 시장에의 진입 장벽을 명시적으로 고려해야 한다. 실제로 O'Connor 대법관은 자신이 집필한 별도의견에서, 부 상품 시장에의 진입 장벽이 낮으면 끼워팔기를 시행하는 기업이 부 상품 시장에서 시장 지배력을 획득할 위험이 없으므로, 불법적인 끼워팔기에 해당하지 않는다고 주장하였는데⁷⁷ 이는 타당하며, 따라서 부 상품 시장의 현저한 진입 장벽의 존재 여부를 명시적인 기준으로 고려해야 한다.

셋째, Carlton and Waldman이 주장하듯이, 기술적 통합에 의한 끼워팔기 사건의 경우 효율성 제고 효과에 대해 충분한 고려를 해야 한다. 특히 소프트웨어 산업처럼 과거에 별개로 공급되던 기능을 하나의 소프트웨어에 통합하여 제공하는 방식의 기술 혁신이 이루어지는 경우, 통합에 따른 소비자 편익 제고 효과를 충분히 고려해야 한다. 실제로 시장진입장벽과 효율성제고효과를 고려하는 것이야말로 합리성원칙 적용의 가장 중요한 골간을 이루는 것이다.

Theoretic Approach, Boston University School of Law, Law and Economics Working Paper No. 01-14, (2001). Microsoft사 반독점 사건에 대한 지방법원 심리 당시 Jackson 판사의 요청에 따라 끼워팔기에 대한 amicus brief을 작성한 Lessig은 미 대법원이 끼워팔기, 특히 소프트웨어 제품의 끼워팔기에 대한 현행 당연위법원칙을 수정할 가능성이 높다고 예측하였다. Brief of Professor Lawrence Lessig as *Amicus Curiae*, p. 7, *United States v. Microsoft Corp.*, 87 F. Supp. 2d 30 (D.D.C. 2000) (No. 98-1233). 마이크로소프트사 반독점 사건과 관련하여 소프트웨어의 통합에 경쟁법을 어떻게 적용할 것인가를 자세히 분석한 Sidak도 당연위법원칙의 철폐를 주장한다. Gregory J. Sidak, An Antitrust Rule for Software Integration, *Yale Journal on Regulation*, Vol. 18, No. 1, 2001, pp. 1-81.

⁷⁷ *Jefferson Parish*, 466 U.S. 2, 38, 39 (1984).

4. 현행 미국 판례법과 마이크로소프트의 끼워팔기

앞서 끼워팔기에 관한 미국의 판례법은 엄격한 당연위법원칙에서 시작하여 시카고 학파의 영향으로 점차 합리성원칙에 근접하여 오고 있음을 보았다. 그렇지만 가장 합리성원칙에 접근하는 것으로 평가되는 *Jefferson Parish*(1984) 판결도 기본적으로는 당연위법원칙을 유지하고 있는 것으로 평가 된다. 이러한 법원의 분위기 속에서 최근 본격적으로 일정한 소프트웨어의 끼워팔기에 합리성원칙이 적용되는 것이 타당하다고 적극적으로 판결한 것이 바로 *Microsoft* 반독점 사건에 대한 미국 D.C.연방항소법원 판결이다.⁷⁸ 이 사건은 마이크로소프트 관련 사건일 뿐만 아니라 끼워팔기에 관한 위법성 판단기준을 합리성원칙에 입각하여 새로이 제시한 판결이기 때문에 본 논문의 분석대상인 윈도우 메신저 사건에도 당연히 가장 밀접한 관련성을 가진다.

본절에서는 끼워팔기에 관한 미국 현행 판례법을 보다 정확히 파악하기 위하여 *Jefferson Parish*(1984) 판결에서 제시한 당연위법원칙 적용을 위한 네 가지 요건을 다시 자세히 살펴 보고, 위 *Microsoft* 사건에서의 DC 연방항소법원 판결 중 끼워팔기에 관한 판단부분을 상세히 소개한다.

가. *Jefferson Parish* 판결의 당연위법원칙

이 사건에서 제시한 당연위법원칙에 의하면 끼워팔기는 다음 네 가지 요건을 충족하면 셔먼법 제1조를 당연히 위반한 것으로 인정된다. (1) 주 상품(tying product)과 부 상품(tied product)이 두 개의 별개의 상품일 것, (2) 피고가 주 상품 시장에서 시장 지배력을 가질 것, (3) 피고가 소비자로서 하여금 자기 상품의 구매 이외의 선택여지가 없도록 구매를 강제할 것, (4) 끼워팔기의 결과 교역의 상당부분을 봉쇄할 것 등이다.

별개 상품성: *Jefferson Parish*(1984) 사건에서는 주 상품과 부 상품이 두 개의 별개 상품인지 여부를 판단하기 위하여 “소비자 수요 테스트”를 확립하였다. 즉, 별개 상품인지 여부는 결국 소비자들이 부 상품을 별도로 구매하고자 하는 개별적인 충분한 수요가 있는지, 환언하면 별도의 시장이 존재하는지에 따라 결정된다. 동 사건은 병원 수술서비스와 마취서비스가 두 개의 별개 서비스인지를 판단하였다. 동 법원은 우선 두 개의 품목이 서로 상호 보완적(complementary)이라는 것만으로 단일 상품이라고 단정할 수 없다고 하였다. 동 사건에서 마취서비스가 별개 서비스라고 보려면 병원서비스와는 별개로 마취서비스에 대한 충분한 소비자 수요가 존재하여야 한다고 판시했다. 만약 다른 경쟁 사업자가 항상 두 품목을 같이 파는 경우에는 단일 상품으로 보아야 한다는 견해를 취했다. 그런데 마취의사 중 병원과 재정적 관련성을 갖는 경우

⁷⁸ *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001).

는 실제 27%에 불과하였고, 마취의사가 통상적으로 병원에 고용되는 것도 아니었고, 또한 수술을 집행하는 의사들이 특정 마취의사를 원하는 경우가 많았기 때문에 결국 별개의 상품으로 판단하였다.

Hovenkamp 교수는 미국 판례법상 별개 상품성 테스트를 판단함에 있어서는 효율성의 잣대가 적용된다고 보고 있다. 즉, 통합된 한 개의 제품으로 판매하는 것이 별개의 제품으로 분리하여 판매하는 것보다 더 소비자의 효용을 증진하는 경우에는 하나의 상품으로 보아야 하며, 따라서 “별개 상품 테스트”는 합리성의 원칙을 뒷문으로 허용하는 것이라고 해석한다.⁷⁹

시장지배력: *Jefferson Parish*(1984) 사건에서 미 대법원은 주 상품시장 내 시장지배력을 엄격하게 요구하였다. 동 법원은 피고가 주 상품시장에서 30%의 시장점유율을 갖고 있는 것만으로는 부족하다고 판시했는데, 이러한 태도는 오래된 미 대법원의 *Times-Picayune*(1953)⁸⁰ 판시 태도로 복귀한 것으로 평가된다.⁸¹ 따라서, 동 요건을 충족하는지를 심사하기 위하여 관련시장이 확정되어야 하며, 특허권 등이 없는 경우 시장점유율을 계산하게 된다. 시장지배력이 없는 경우에도 특정 소비자를 상대로 한 끼워팔기가 위법할 수 있는지에 관하여 *Eastman Kodak*(1992)사건⁸²에서 대법원이 다루고 있으나, 본 논문의 분석대상은 마이크로소프트가 주 상품 시장인 컴퓨터 운영체제에 시장지배력을 가짐이 명백한 경우이기 때문에 자세한 논의는 생략한다.

구매강제성: 주 상품 시장지배적 사업자가 부 상품 시장의 소비자들로 하여금 자기 상품만을 구매하도록 강제하여 상품선택의 여지를 박탈하였는지의 여부이다. 미국 판례법상 “구매강제성(coercion to purchase)”의 의미에 관하여는 법원별로 약간의 차이를 보였는바, 다음 네 가지 개념으로 이해된다. (i) 구매자가 주 상품 구매의 조건으로 부 상품 구매를 강제 당하였는지 아니면 주 상품만의 구매 선택이 가능했는지 여부, (ii) 피고인 판매자가 주 상품시장에서 시장지배력이 있는지 여부, (iii) 특정구매자가 부 상품을 어차피 구매할 것이어서 그것을 구매하도록 강제됨으로써 피해를 입은 것이 없는지 여부, (iv) 끼워팔기가 없었다면 구매자가 행사하였을 다른 선택의 기회를 봉쇄했는지 여부 등이다.⁸³ 본 논문의 분석 대상인 윈도우 메신저 사건과 관련하여 중요한 것은 “강제”의 의미가 마지막 개념을 포함하는지 여부이다. *Jefferson Parish* 사건에

⁷⁹ Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy* (1994), p. 366.

⁸⁰ *Times-Picayune Pub. Co. v. United States*, 345 U.S. 594, 73 S.Ct. 872 (1953).

⁸¹ Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy* (1994), p.356.

⁸² *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Service Inc.*, 112 S.Ct. 2072 (1992).

⁸³ Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy* (1994), pp. 364-365.

서 미 대법원은 이 개념을 포함시킨 것으로 해석된다.⁸⁴ 이에 따르면 부 상품에 대한 구매강요가 없었더라도 어차피 다른 경쟁상품을 구매하지 않았거나, 또는 부 상품의 구매를 강요당했다고 해도 다른 경쟁물품을 계속 선택 구매, 사용할 수 있다면 위 “구입강제”요건을 충족시키지 못하게 된다.

시장봉쇄: 주 상품에 부 상품을 끼워팔기 함으로써 부 상품 시장 내에서의 교역의 상당부분이 봉쇄(foreclosing a substantial amount of commerce)되었는지의 여부이다. Jefferson Parish 사건에서 미연방대법원은 끼워팔기의 결과 상당량의 교역이 배제되어야 하며, 이와 마찬가지로 어차피 소비자가 부 상품 시장 내의 다른 경쟁상품을 구입하지 않을 상황이라면 끼워팔기를 당했다고 해도 그로 인하여 부 상품 시장 내 다른 경쟁자가 차지할 시장점유 몫이 봉쇄되었다고 할 수는 없기 때문에 부 상품 시장 내에 경쟁에 불리한 영향이 있었다고 할 수 없다고 판시하였다.⁸⁵ 이는 곧 시장폐쇄가 문제되는 상황은 부 상품시장에서 다른 경쟁상품의 시장점유 몫을 끼워팔기로 그만큼 빼앗아 오는 것을 의미하는 것으로 해석할 수 있다.⁸⁶

나. Microsoft사건 D.C.연방항소법원 판결

이 사건에서 D.C.연방항소법원은 위 당연위법원칙이 왜 컴퓨터 소프트웨어 중에서도 주 상품이 응용프로그램의 토대가 되는 플랫폼 소프트웨어(platform software)인 경우에 적합하지 않은지에 관하여 자세히 설명하고 있다.

(1) 별개 상품 테스트의 부적합성

우선 왜 당연위법원칙하의 “별개 상품 테스트”가 문제가 있는지를 지적하고 있다. 이 별개 상품 테스트를 확립한 *Jefferson Parish*(1984) 사건을 앞서 본 바와 같이

⁸⁴ Id.

⁸⁵ “It is for this reason that we have refused to condemn tying arrangements unless a substantial volume of commerce is foreclosed thereby. ... Similarly, when a purchaser is “forced” to buy a product he would not have otherwise bought even from another seller in the tied product market, there can be no adverse impact on competition because no portion of the market which would otherwise have been available to other sellers has been foreclosed.” (*Jefferson Parish*, 466, U.S. 2, 16 (1984). Phillip Areeda and Louis Kaplow, *Antitrust Analysis*(1988), 4th ed., p. 757에서 재인용)

⁸⁶ 앞서 “구매강제성”에서 언급한 “강제”의 의미와 같은 맥락에서 이렇게 해석될 수 있을 것이다.

소개하면서, D.C.연방항소법원은 끼워팔기의 해악은 소비자로부터 자유로운 상품 선택권을 박탈하는 것이라는 견해를 밝히고, 또한 끼워팔기가 항상 나쁜 것만은 아니며, 유통비용과 소비자 거래비용을 줄이는 이점이 있음을 지적하였다. D.C.연방항소법원의 견해에 의하면 *Jefferson Parish*사건에서의 소비자 수요 테스트는 결국 당연위법원칙 적용이 부적합한, 순 효율(net efficiency)이 정(正)인 경우를 걸러내는(screen out) 장치로서 기능하는 대리변수(proxy)인 것으로 보았다. 다만 D.C.연방항소법원은 마이크로소프트의 통합이 후생증대효과가 있다고 적극적으로 판시하지는 않았지만, 당연위법원칙하의 별개 상품 테스트는 새로 통합되는 물품에 불리한 대우를 할 가능성이 있다는 점을 지적하고 있다.

(2) 당연위법원칙의 부적합성

D.C.연방항소법원은 그 동안 확립되어 있었던 당연위법원칙을 운영체제(Operating System, “OS”)에 추가적인 소프트웨어기능을 통합하는데 적용시키는 경우에는 부당한 오류가능성이 있으며, 후생증대효과가 있는 기술혁신을 억지할 수 있다고 보았다. 다만, D.C.연방항소법원이 그 동안 축적된 연방대법원의 끼워팔기에 대한 당연위법원칙 적용례에 정면으로 도전한 것은 아니었다. D.C.연방항소법원은 당연위법원칙이란 상당 정도 경험이 축적된 분야에 대하여 적용될 수 있는 것인데, 여태까지 연방대법원이 당연위법원칙을 적용한 사례 중에서는 단 한번도 부 상품이 주 상품에 물리적, 기술적으로 통합된 것에 관한 것은 없었다는 점에 주목하였다. D.C.연방항소법원은 구체적으로 IE의 응용 프로그래밍 인터페이스(Application Program Interface, “API”)를 OS에 통합하는 것이 후자로 하여금 제3자가 소프트웨어를 개발하는데 필요한 보다 나은 플랫폼을 제공한다는 것에 대하여 적극적으로 판단하지는 않지만, 그런 가능성을 고려하면 당연위법원칙을 적용하기에는 적당하지 않다는 견해를 취했다.

특히 플랫폼 소프트웨어에 대하여 당연위법원칙을 취하면 귀중한 기술혁신 가능성이 말살될 수 있다는 입장을 취하면서 두 가지 중요한 이유를 제시했다. 첫째, 만약 당연위법원칙을 기술적으로 새로 통합된 물품에 적용하면 항상 최초의 기술혁신자는 위법한 끼워팔기를 한 것으로 비난 받을 것이라는 것이다. 왜냐하면 최초의 기술적 통합 당시에는 언제든지 두 품목에 대한 별개의 확립된 시장(robust “distinct” market)이 존재하고 있을 것이기 때문이다. 만약 합리성원칙을 적용하면 최초의 기술혁신자는 통합으로 인한 효율성 증대 효과가 소비자 선택의 왜곡효과를 능가함을 입증할 수 있을 것이다. 특히 플랫폼 소프트웨어 시장에서의 당연위법원칙 적용은 더욱 불합리한 결과를 가져올 수 있는 바, 실제 다른 대부분의 OS 제공업자들 역시 인터넷검색 소프트웨어를 통합하여 판매하고 있다는 것이다. 이들은 시장지배력이 없는 OS 제공자임에도 이렇게 통합 판매하는 것은 그로 인한 효율성증대효과가 있다는 것을 보여주는 것이다.

둘째, 플랫폼 소프트웨어시장의 상시 혁신적 성격 때문에 그 시장에서의 두 품목의 통합은 예전 대법원이 당연위법원칙을 확립하면서 접해보지 못한 경우로서, 그 효율성 증대 효과가 존재하는 시장일 수 있다는 것이다. 예를 들어 OS에 인터넷 브라우저 기능을 통합하면 독립 소프트웨어 개발업자는 그 검색장치가 제공하는 API를 이용하여 새로운 소프트웨어를 개발할 수 있고, 이는 그 통합이 없는 경우에 비하여 소비자에게 비용절감의 효과를 가져다 준다는 것이다. 다만 여기서 D.C.연방항소법원은 소프트웨어 코드의 신축성(malleability)에 대한 주의를 환기시키고 있다.⁸⁷

위와 같은 점을 종합하여, D.C.연방항소법원은 플랫폼 소프트웨어시장에서의 결합(bundling)에 대하여도 항상 사회에 해악이 되기 때문에 개별 사건에서 그로 인한 소비자 이익증대와 소비자 선택권 침해의 효과를 비교형량 할 필요도 없다는 식의 당연위법원칙을 적용함이 부적절하다고 결론지었다. 그러한 비교형량의 자료가 부족하기 때문에 동 법원은 지방법원이 당연위법원칙에 따라 서면법 제1조 위반으로 판단한 부분을 파기하고 이를 지방법원이 다시 합리성원칙에 따라 판단하도록 환송하였다.

다만 D.C.연방항소법원은 합리성원칙에 관한 당원의 판시 범위를 엄격하게 제한하였다. 즉, 주 상품은 그 주목적이 제3자 응용을 위한 플랫폼 기능을 수행하는 것이어야 하며, 부 상품은 이를 보완하는 소프트웨어기능을 수행하여야 한다는 것이다. 그 이외의 경우에까지 확대하여 소프트웨어 시장 전반에 합리성원칙이 적용되어야 한다는 판시를 하지는 않았음을 분명히 했다. 나아가 끼워팔기의 경우에 효율성이 존재하면 법원은 항상 합리성원칙을 적용해야 한다는 것으로 판시하지도 않았다는 것이다. 다만, 플랫폼 소프트웨어에 새로운 기능을 통합하는 것은 항시 일어나는 일이며, 지금 이 소송에서 당연위법원칙을 엄격하게 적용하는 것은 PC 시장의 플랫폼 혁신에 어두운 그림자를 드리울 수 있다는 것을 깨우칠 뿐이라는 것이다.⁸⁸

(3) 환송 후 지방법원의 임무

만약 원고가 환송 후 지방법원에서 끼워팔기 위법성을 계속 주장한다면, 지

⁸⁷ 즉, 마이크로소프트는 IE의 일정 API만이 아니라 브라우저 전체(an entire browser application)를 윈도우에 결합시켰다. 어떤 소프트웨어의 일부를 결합시키는 것이 정당한 경우에도 그것이 그 소프트웨어 패키지 전부를 결합시키는 정당화 사유로 이어질 수는 없다는 점을 지적했다.

⁸⁸ 앞 절에서 지적한 것처럼, 끼워팔기에 대한 당연위법원칙은 경제이론으로 합리화할 수 없으므로, 합리성원칙으로 전환해야 하는 바, D.C. 연방항소법원의 판결은 올바른 방향으로 진일보한 것이나 과감하지는 못했던 것으로 평가된다.

방법원이 판단하여야 하는 사항을 D.C.연방항소법원이 제시하고 있다. 우선 원고는 마이크로소프트의 행위가 불합리하게 경쟁을 제한하는지를 입증하여야 한다. 그 입증에 성공하기 위해서는 부 상품 시장에서의 경쟁에 마이크로소프트의 행위가 어떤 영향을 실제로 미쳤는지를 조사해야 한다. 이를 위해서는 우선 관련시장이 획정되어야 하며, 그 시장에 끼워팔기 그 자체 이외에 시장진입장벽이 존재하는지를 입증해야 한다. 마이크로소프트측에서 동 행위가 친경쟁적이라는 정당화사유를 제출할 것이므로, 원고는 반경쟁적인 효과가 동행위로 인한 편익을 능가한다는 점을 입증하여야 한다.

다. D.C.연방항소법원 판결의 선례성

우선 위 D.C.연방항소법원판결이 마이크로소프트의 끼워팔기에 대하여 판시하고 있으므로 당연히 윈도우 메신저(Windows Messenger) 끼워팔기 사건에 선례로서 적용될 가능성이 높다. 다만 위 D.C.연방항소법원판결은 끼워팔기에 대하여 합리성원칙이 적용되어야 하는 범위를 엄격하게 제한하고 있기 때문에 과연 윈도우 메신저 끼워팔기 사건도 위 D.C.연방항소법원의 판결이 의도하는 합리성원칙이 적용되는 사건인지를 가장 먼저 살펴보아야 한다. 왜냐하면 위 D.C.연방항소법원판결에 의하더라도 합리성원칙을 소프트웨어간의 결합에 무조건 확장하는 것은 아니기 때문이다. 물론 앞서 필자들은 끼워팔기에 대하여는 합리성원칙이 끼워팔기의 품목과 상관없이 전면적으로 적용되어야 한다는 견해를 밝힌 바 있다. 그러나, 현실적으로 이 D.C.연방항소법원판결이 윈도우 메신저 끼워팔기 사건에 가장 직접적인 관련성이 있는 선례로서 기능할 수 있기 때문에, 동 법원이 합리성원칙 적용대상을 제한한 것이 정책적으로 타당한지의 여부와는 별도로, 윈도우 메신저 사건이 합리성원칙 적용대상이 되는지를 살펴보는 것은 현실적인 법적 문제로서 중요하다.

동 판결은 합리성원칙이 적용되는 범위를 주 상품은 그 주목적이 응용프로그램의 토대가 되는 플랫폼 기능을 수행하는 소프트웨어이고, 부 상품은 이를 보완하는 소프트웨어기능을 수행하여야 하는 경우에 제한하고 있다. 윈도우 메신저사건에서도 끼워팔기의 주 상품은 윈도우로서 플랫폼기능을 수행하는 점은 같으나, 부 상품은 IE 대신에 윈도우 메신저라는 실시간 통신을 수행하는 응용 프로그램으로서 그 자체가 API를 제공하는 미들웨어 기능을 수행하므로 윈도우 메신저 사건 역시 D.C.연방항소법원이 판시한 합리성원칙이 적용되는 분야라고 할 수 있다.

라. 미국 판례법의 윈도우 메신저 사건에의 적용

물론 우리나라 윈도우 메신저 끼워팔기 사건의 적용법규는 우리나라 공정거래법이다. 그러나, 현재 마이크로소프트 사건과 관련하여 미국에서 소송이 계속되어 왔고, 구체적으로 끼워팔기라고 주장되는 윈도우 XP에의 윈도우 메신저의 통합은 우

리나라만이 아니라 전세계 시장을 대상으로 이루어진 것이기 때문에 이 사건이 미국에서 제소되었다면 미국 독점금지법상 어떠한 판단을 받을지는 당연히 매우 중요하며, 우리 법의 해석에도 영향을 줄 수 있을 것이다. 다만 아래에서는 한국법 하에서의 분석과 중복되지 않을 범위 내에서 법적용의 개괄적인 방향을 진단해 보기로 한다.

우선 윈도우 메신저 사건에 적용될 수 있는 미국의 현행 판례법을 어디서 찾을 수 있는지를 확정해야 한다. 앞서 소개한 D.C.연방항소법원의 판결은 대법원 판결이 아니다. 따라서, 이를 끼워팔기에 관해 미국 내에서 확립된 판례법이라고 할 수는 없다. 그러나, 당해 D.C.연방항소법원 판결은 D.C. 항소법원의 전원합의체 판결이며, 기존의 연방대법원이 취하던 끼워팔기에 대한 당연위법원칙에 정면으로 도전하는 것이 아니라 플랫폼기능이 주목적인 컴퓨터 소프트웨어의 끼워팔기에만 엄격히 제한하여 합리성원칙의 예외를 인정하려는 판결이기 때문에 앞으로 플랫폼 소프트웨어의 끼워팔기에 대한 판례법으로 그대로 유지될 가능성이 높다. 더욱이 미국 법무성은 합리성원칙에 의한 끼워팔기 부분에 관한 환송 후 지방법원 심리절차를 포기하였다. 넷스케이프의 모회사인 AOL Time Warner나 Sun Microsystems가 제기한 사적 독점금지소송이 진행 중이지만, 동 사건들은 관련사건으로서 위 아홉 개 주와 D.C의 독점금지소송을 담당하는 판사에게 이송될 것이기 때문에 위 D.C.연방항소법원판결과 달리 끼워팔기 부분에 당연위법원칙을 채택할 가능성은 거의 없어 보인다.

따라서, 끼워팔기에 관한 미국 판례법은 위 D.C.연방항소법원 판결과 같다는 전제하에서 미국 판례법을 윈도우 XP와 윈도우 메신저의 결합에 적용해 보자. D.C.연방항소법원은 합리성원칙을 적용하는 방법을 환송 후 지방법원에게 제시하고 있다. 우선 원고는 마이크로소프트의 행위가 불합리하게 경쟁을 제한하는지를 입증하여야 한다. 그 입증에 성공하기 위해서는 부 상품 시장에서의 경쟁에 마이크로소프트의 행위가 어떤 영향을 실제로 미쳤는지를 조사해야 한다. 이를 위해서는 우선 관련시장이 확정되어야 하며, 그 시장에 끼워팔기 그 자체 이외에 시장진입장벽이 존재하는지를 입증해야 한다.

관련시장의 확정은 우선 지리적 관련시장과 상품관련시장이 같이 확정되어야 하기 때문에 이 사건이 미국이나 아니면 한국에서 문제된 사건이냐에 따라 시장구조와 행태에 차이를 보일 것이다. 부 상품시장 내에서 경쟁배제행위가 있었는지는 구체적으로 마이크로소프트가 인스턴트 메신저 프로그램과 관련하여 IE 사건과 마찬가지로 OEM이나 ISP 등 관련 업자들을 상대로 다른 인스턴트 메신저 프로그램을 적극적으로 시장에서 배제시키기 위한 행위를 하였는지가 관건이 될 것이다. 또한 윈도우 XP는 다른 인스턴트 메신저 프로그램을 최종 소비자들이나 OEM 등이 같이 설치하여 동시에 사용하는 것을 전혀 기술적으로 불가능하게 하고 있지 않다는 점도 고려될 것이다. 나아가 많은 개발업체들이 경쟁적으로 메신저 프로그램을 출시하는 것을 보아도 심각한 시장진입장벽이 존재함을 입증하기는 어려울 것이다. 특히 인스턴트

메신저 프로그램은 IE나 Netscape와 같은 인터넷 검색 프로그램처럼 큰 용량을 차지하지 않기 때문에 소비자들이 쉽게 인터넷 등을 통해 다운로드 받을 수 있다는 점을 고려할 때 시장봉쇄(foreclosure)효과나 시장진입장벽 등의 입증에 매우 힘들 것으로 보인다.⁸⁹

미국의 Hovenkamp 교수는 미국 독점금지법상 수직적 거래제한에 관한 합리성원칙 적용이 시장봉쇄효과, 다른 경쟁제한효과, 또는 높은 시장장벽의 존재가 입증되지 않고는 거의 성공한 경우가 없는 것에 비추어 보면, IE 사건에서 만약 환송 후 D.C.연방지방법원에서 윈도우와 IE의 끼워팔기를 합리성원칙에 따라 심판하였다면 원고가 승소하기는 거의 불가능할 것으로 예견하고 있다.⁹⁰ 필자들의 견해로는 윈도우 메신저 사건과 IE 끼워팔기 사건의 사실관계를 비교하면 전자가 경쟁제한성이 훨씬 미약하기 때문에 윈도우 메신저의 끼워팔기 주장은 IE의 끼워팔기 주장보다 훨씬 더 반경쟁적행위의 존재나 그 효과를 입증하기가 어려울 것이라고 본다.

가사 윈도우 메신저 - 윈도우 XP 통합이 반경쟁적 효과를 발생시킨다고 하더라도 그로 인한 친경쟁적 효과가 있음이 입증되면 법원은 이를 상호 비교형량 하여야 한다. 마이크로소프트측에서는 윈도우 메신저를 윈도우 XP에 통합함으로써 소비자들의 실시간 인터넷 통신에 대한 수요를 충족시키고, 화상대화(videoconferencing), 원격 지원, 화이트 보드 공유 작업 기능을 제공하여 소비자들의 편익을 높이고, 관련 API를 제공(expose)하여 Groove사와 같은 응용프로그램개발업체가 이를 원용하여 더 나은 기능의 소프트웨어를 개발할 수 있도록 하는 친경쟁적효과가 있다고 주장하고 있다.⁹¹ 따라서 원고는 반경쟁적인 효과가 동행위로 인한 편익을 능가한다는 점을 입증하여야만 승소할 수 있는 바, 이는 그 가능성이 매우 낮은 것으로 보인다.⁹²

결국 윈도우 메신저의 운영체제에의 통합은 미국 판례법상 합리성원칙을 적용하면 위법한 끼워팔기가 아닌 것으로 판단될 가능성이 높다고 할 수 있다.⁹³ 미국

⁸⁹ 이에 관한 자세한 내용은 한국법 하에서의 분석 참조.

⁹⁰ Phillip E. Areeda and Herbert Hovenkamp, *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, 2002 Supplement, p. 806.

⁹¹ Joe Wilcox, "Microsoft expands Windows XP messaging," CNET News.com <http://news.com.com/2100-1001-274258.html>, October 11, 2001.

⁹² 이에 관한 자세한 논의는 한국법 하에서의 분석 참조.

⁹³ 가사 *Jefferson Parish*(1984)사건의 당연위법원칙이 적용된다고 하더라도 그 결론이 달라 지지는 않을 것이다. 동 판결에서는 당연위법원칙을 적용하지만 그 전제로서 앞서 소개한 네 가지 요건을 충족시킬 것을 요구하기 때문이다. 그 네 가지 요건은 우리 공정거래법 하에서도 거의 동일하게 요구되기 때문에 윈도우 메신저 - 윈도우 XP의 통합이 그 네 가지 요건을 전부 충족시키지는 못한다는 점은 제 V절 우리 법 하에서의 분석에서 자세히 논증

내에서 현재까지 독점금지당국이나 인스턴트 메신저 제공업자들이 윈도우 XP에 윈도우 메신저를 통합한 것이 위법한 끼워팔기에 해당한다는 이유로 마이크로소프트를 상대로 제소한 사례가 없다는 점은 위 결론을 간접적으로나마 뒷받침한다고도 볼 수 있을 것이다. 다른 모든 관련사건들과 경쟁업자들의 마이크로소프트에 대한 반응을 고려할 때 승소가능성 있는 사건을 경쟁업자인 AOL등이 그대로 방치할 리가 없을 것으로 생각되기 때문이다.⁹⁴

다음 절에서는 우리나라 공정거래법과 가장 비슷한 법제를 운영하고 있는 일본에서의 끼워팔기에 관한 판례와 이론적 논의를 살펴보기로 한다.

IV. 일본 독점금지법상 끼워팔기의 규제

일본의 私的獨占禁止및公正去來確保에관한法律 제2조 제9항에서는 "이 法律에 있어서 不公正한 去來方法이라 함은 아래 各號의 一에 해당하는 行爲로서, 公正한 競争을 沮害할 憂慮가 있는 것 중에, 公正取引委員會가 指定하는 것을 말한다."라고 규정하면서 제3호에서 "不當하게 競争者의 顧客을 자기와 去來하도록 誘引하거나 強制하는 行爲"를 不公正去來方法의 한 유형으로 규정하고 있다. 나아가 동법에 따른 不公正去來行爲 一般指定 제10항(끼워팔기 販賣 등)은 "相對方에 대하여, 不當하게 商品 또는 役務의 供給에 併科하여 다른 商品 또는 役務를 自身 혹은 自身이 指定하는 事業者로부터 購入하도록 하며, 그 외에 自身 혹은 自身이 指定하는 事業者와 去來하도록 強制하는 行爲"를 去來強制에 해당하는 不公正去來方法으로 지정하고 있다.

일본의 公正取引委員會("公取委")는 끼워팔기에 관하여 여러 개의 審決例를 갖고 있으나, 법원에서 끼워팔기가 문제되어 이에 관한 違法性 判斷基準을 제시한 것은 1993. 7.30. 오사카 고등법원판결의 東芝 엘리베이터테크노스 사건이 유일하다. 일본에서는 아직 윈도우 XP에 윈도우메신저를 통합 판매하는 것이 끼워팔기에 해당한다는 이유로 公取委에 신고되거나 법원에 제소된 예는 없다. 따라서, 이에 관한 審決例나 法院의 判決은 당연히 찾아 볼 수 없다. 다만 일본의 끼워팔기에 관한 公正去來法制가 우리 법제와 유사하기 때문에 일본의 公取委와 法院에서 끼워팔기의 公正去來法上 違法性 判斷基準을 어떻게 설정하고 이를 적용하는지를 살펴보는 것은 매우 유익한 작업일 것이다.

1. 끼워팔기에 관한 公取委 審決

한다.

⁹⁴ 서론에서 살펴 본 것처럼, 마이크로소프트사의 경쟁 업체들과 Schumer상원 의원이 윈도우 XP의 출시를 연기해야 한다고 주장한 바는 있다.

일본법상 不公正한 去來方法의 一般指定 제10항에 의거한 끼워팔기 판매규제의 리딩 케이스가 된 사례 군은 가정용전자완구와 관련된 사건들이다. 그 중 公取委의 勸告審決을 받아들이지 않아 審判審決까지 간 사건은 게임소프트웨어의 끼워팔기 중 (株)藤田屋 사건⁹⁵이다. 가정용 전자완구도매업자인 피심인은 높은 인기를 끌고 있어 소매업자들이 물량확보에 기를 쓰는 도라쿠에IV라는 게임소프트웨어를 재고로 쌓여있던 다른 비인기 게임소프트웨어에 끼워팔기를 시도하였고, 이를 公取委가 위법한 끼워팔기라고 판단하여 審判審決이 내려졌다.

이 사건에서 公取委는 不公正去來方法의 一般指定 제10항 소정의 위법한 끼워팔기가 되는지를 판단하기 위하여 다음 세가지 요건을 심사하고 있다. 첫째, 별개 상품성, 둘째 구입강제성, 셋째 부당성 내지는 공정경쟁저해성이 그것이다. 우선 별개 상품인지에 관하여는 주 상품과 부 상품 각자가 내용의 독자성을 가지며 독립하여 거래의 대상이 되고 있다는 전제하에 별개의 상품으로 인정하였다. 구입을 강제 당했는지의 여부에 관하여는, 본건 끼워팔기에 응한 소매업자는 본래 주 상품만을 구입하기를 희망하였지만 이를 취득하기 위하여 하는 수 없이 자신이 원하지 않는 다른 게임소프트웨어를 매수한 점을 인정하여 긍정적으로 판단하였다.

“부당성”의 요건은 결국 공정한 경쟁을 저해할 우려가 있는지를 의미한다고 해석하였다. 公取委는 “공정한 경쟁이 저해될 우려라 함은, 당해 끼워팔기 판매가 행하여지는 것에 의하여 매수인은 끼워팔기 당하는 상품의 구입을 강제 당함으로써 상품선택의 자유를 침해 받고, 그 결과 양질의 저렴한 상품을 제공하여 고객을 획득하는 능률경쟁이 침해되어 경쟁질서에 악영향을 미칠 우려가 있는 것을 뜻한다”고 판시하였다. 나아가 본건 끼워팔기는 부 상품 시장 내에서의 경쟁질서에 악영향을 미칠 우려가 있다고 판시하였다.

위와 같은 公取委의 입장에 대하여 학자들은 公取委가 “부당성/공정경쟁침해성”의 판단기준으로 경쟁수단의 부당성과 자유경쟁침해성 두 가지를 모두 제시한 것으로 해석하고 있다. 첫째, 경쟁수단으로서의 부당성, 즉 가격, 품질, 서비스를 중심으로 하는 능률경쟁⁹⁶의 관점에서 이를 가능하게 하는 질서를 침해하는지의 여부를 하나의 판단기준으로 본다. 여기서는 소비자가 피강제자로서 선택의 자유 내지는 판단의 자주성이 침해되었는지가 주 고려대상이 된다. 두 번째는 부 상품시장에서의 자유로운 경쟁이 침해되었는지의 여부가 판단기준이 된다.⁹⁷

⁹⁵ 公取委 平成4年(1992) 2월 28일 審判審決, 審決集 38권 41면.

⁹⁶ ‘능률 경쟁’은 ‘competition on the merits’를 번역한 것으로 보인다.

⁹⁷ 佐藤一雄, 교과서도매업자(오로시우리)에 의한 교과서와 보통도서의 끼워팔기판매—거래의 강제 (公取委 昭和 39년 2월 11일 審決), 별책 주리스트 10권 (不公正去來方法), pp. 160-161; 江口公典, 게임소프트의 끼워팔기 (公取委, 平成4년(1992) 2월 28일 審判審決), 별

마지막으로 피심인은 동사가 도라쿠에IV의 공급에 관하여 시장지배적 지위나 독점력이 없다는 항변을 하고 있으나, 일본 公取委는 이 사건은 동제품 자체의 인기 에 의한 시장지배력을 이용하여 끼워팔기를 한 것을 문제로 삼는 것이며, 피심인의 지배적 지위나 독점력을 문제로 삼은 것은 아니라고 하면서 피심인 주장을 배척하고 있다. “인기에 의한 시장지배력”과 “지배적 지위 내지는 독점력” 간에 어떤 차이가 있는지는 불분명하지만 여하튼 피심인의 주 상품 시장에서의 어느 정도 시장지배력을 요구하는 것으로 이해할 수 있다.

위 公取委의 판단대상이 된 사건은 전통적인 끼워팔기 유형에 해당할 뿐, 전혀 기술적 통합에 관련되거나 플랫폼기능을 수행하는 소프트웨어의 결합에 관한 사건은 아니었다. 따라서, 미국의 *Jefferson Parish* (1984) 대법원판결이나 *Microsoft* 사건의 D.C.연방항소법원의 판시(2001)에 따르자면 조건부 당연위법원칙(qualified *per se* illegality rule)이 적용될 수 있는 사안이었다. 다만 미국의 당연위법원칙은 부 상품 시장에서의 상당 정도의 시장봉쇄(market foreclosure)를 요구함에 비하여, 일본 公取委는 공정경쟁저해성, 즉 능률경쟁의 침해 내지는 부 상품 시장에서의 경쟁제한성을 요구하고 있음이 다르다.⁹⁸ 일본의 학자들은 결국 능률경쟁침해나 부 상품시장 경쟁제한성을 어떻게 보더라도 이는 당연위법원칙이 적용되는 것이 아니라 개별 사례마다 그 두 가지 판단 기준을 종합적으로 고려하며 공정경쟁저해성이 판단된다는 견해를 표명하고 있는 바,⁹⁹ 이를 일본법상 끼워팔기의 위법성판단은 합리성원칙에 따른다는 입장으로 해석하여도 잘못이 아닐 것이다.

최근 1998년 후반 公取委는 마이크로소프트사에 대하여 끼워팔기와 배타조건 부거래를 이유로 勸告審決과 警告措置를 내린 바 있다.¹⁰⁰ 경고를 내린 배타조건부 거래는 ISP등을 상대로 IE의 경쟁프로그램을 삭제하는 대신 라이선스 요금을 인하해 주는 등의 행위였는 바, 이는 미국에서 셔먼법 제2조에 해당하는 것으로 문제된 사안 중의 일부이다. 끼워팔기는 마이크로소프트사가 시장점유율 1위를 차지하는 Excel을 주 상품으로 하고, MS Word와 Outlook을 부 상품으로 하거나, Excel과 Word를 주 상품으로 하고 Outlook을 부 상품으로 끼워팔기를 한 사안이었다. 이는 같은 마이크로소프트사의 사건이기는 하지만 본 논문에서 문제 삼는 운영체제와 응용프로그램의 통합과는 전혀 다른, 전통적인 의미에서의 전형적 끼워팔기에 해당하는 사건이었다. 여하튼 이 사건에서 公取委는 소비자의 선택권 박탈이라는 거래강제성 측면뿐만 아니

책 주리스트 10권 (不公正去來方法), pp. 162-163.

⁹⁸ 양자의 차이에 관한 설명은 각주 65 참조.

⁹⁹ 佐藤一雄, 前掲 評釋 참조.

¹⁰⁰ 公取委 勸告審決, 平成10년 11. 20. (公正取引特報 1771호). 警告는 勸告와 동시에 내려졌다. (公正取引特報 同號)

라 부 상품시장내에서의 경쟁사업자 배제관점에서의 공정경쟁저해성 측면을 고려하고 있는 것으로 평가 된다.¹⁰¹

2. 일본고등법원 판결: 東芝 엘리베이터 사건

일본 고등법원이 끼워팔기에 대하여 공정거래법상 위법 여부를 판단한 것은 東芝 엘리베이터테크노스 사건¹⁰²이 유일하다. 이 사건은 그때까지 공정거래위원회 審決밖에 존재하지 않았던 끼워팔기 판매의 위법성에 대한 최초의 법원 판결이라는 점에서 상당한 주목을 받았다. 피심인은 업계 제3위의 엘리베이터 제조업자인 소의 東芝의 자회사로서 東芝製 엘리베이터의 보수와 점검을 그 업으로 하면서 그 보수제품을 독점판매하고 있었다. 사건의 내용은 단순하지 않으나 결국 피심인은 東芝의 부품을 판매하면서 엘리베이터 수리서비스를 같이 받지 않으면 동 부품의 판매를 거절하는 방법으로 끼워팔기를 한 사건이다. 지방법원에서는 같은 사건을 일본 公正去來法上 不公正去來方法의 一般指定 제15항의 不當한 去來妨害에 해당하는 것으로 원고의 청구를 인용하였다. 이에 대하여는 학계에서 일반지정 제10항의 끼워팔기로 의율하는 것이 더 타당했다는 지적이 있었다고 한다.

여하튼 고등법원이 끼워팔기가 어떤 경우에 위법한가에 관하여 최초로 판단했다는 점에 의의가 있는 바, 그 판시 내용은 다음과 같이 간단하다.

“본건 각 부품과 그 대체 조정공사와는 서로 독립성을 가지는 것이며, 독립하여 거래의 대상이 되는 것이다. ... 따라서, 안전성 확보를 위한 필요성이 명확하게 인정되지 않는 이상, 이러한 상품과 서비스를 끼워팔기하여 취급하는 것은 구매자로부터 그 상품선택의 자유를 박탈하여 사업자간의 공정한 능력경쟁을 저해하는 것으로서 부당하다.”

고등법원은 이 사건에서 별개 상품 테스트를 적용하고 있음을 알 수 있다. 그것이 미국의 경우처럼 “소비자 수요 테스트”에 기초하는지는 명확하지 않으나 여하튼 별개의 상품시장이 존재하는지를 판단대상으로 하고 있다. 그 과정에서 고등법원은 문제된 부품이 다른 메이커들은 이를 낱개로 판매하고 있다는 사실을 인정한 것으로 보아 *Jefferson Parish*(1984)에서 제시한 별개상품 테스트의 적용과 다르지 않음을 알 수 있다.

이 사건에서는 구입 강제성과 시장지배력 부분은 피심인이 문제된 주 상품의

¹⁰¹ 白石忠志, 마이크로소프트에 대한 일본독금법의 권고심결/경고의 이론적 시사, *주리스 트*, No.1150, (1999.2.15.) p.101 이하.

¹⁰² 大阪 高等裁判所 判決 (平成 5년(1993) 7월 30일)

독점판매업자라는 점에서 별 의문이 없는 것으로 보인다. 결국 문제가 되는 것은 끼워팔기의 부당성, 환언하면 그로 인한 공정경쟁저해성이 있는지의 여부이다.

이와 관련하여 고등법원은 안전성확보를 위한 필요성이 인정되지 않는 한 소비자 상품선택권을 박탈하여 경쟁을 저해하기 때문에 부당하다고 판시하고 있다. 결국 “부당성”의 문제는 경쟁저해성의 문제이며, 다만 이 요건은 소비자 선택권의 침해가 있으면 다른 정당화 사유가 있지 않는 한 충족될 수 있다는 취지로 해석될 수 있다. 다만, 안전성 확보라는 피심인이 제기하는 끼워팔기의 이유에 대하여 그 필요성 여부를 심사하면서 합리성원칙이 적용될 수 있는 가능성을 열어 놓고 있다. 동 법원은 원고가 소비자 선택권침해라는 경쟁제한효과를 입증하는 경우 법원은 “안전성 확보” 등 광의의 공익실현에 관한 주장이 있으면 이를 부당성 내지는 공정경쟁저해성 판단에 고려할 수 있다고 판시했다. 그 과정에서는 안전성확보의 필요성과 그 수단의 경쟁제한정도 사이의 비교, 그리고 그 보다 덜 제한적인 대체적 수단이 존재하는지 등이 검토될 수 있을 것이다.¹⁰³ “필요성”이 존재하여야 하기 때문에 피고가 본건 부품과 동 교체 조정공사를 결부시키지 않으면 엘리베이터 안전성 확보가 불가능함을 입증하여야 하고, 실제로 고등법원은 이점을 검토하고 있다. 일반적으로 다른 대체적 안전성 확보수단이 존재할 것이며, 엘리베이터의 안전성 문제가 반드시 독립된 수리업자의 존재 때문에 발생한다고 볼 수 없기 때문에 피고는 위 “안전성 확보의 필요성” 입증에 실패하였다.

여기서 주목해야 할 점은 일본 고등법원도 끼워팔기는 언제나 당연위법하고 어떤 예외도 인정하지 않는다는 입장이 아니며, 피고가 소비자 이익이 증진되는 측면을 성공적으로 입증하면 끼워팔기도 위법하지 않은 것으로 판단할 수 있는 여지를 남겼다는 것이다. 그런 점에서 미국 D.C.연방항소법원이 채택한 합리성원칙에 상당히 접근하는 것으로 평가할 수도 있다. 일본 고등법원은 이와 관련하여 명시적으로 소비자 이익에 관계되는 것은 끼워팔기의 부당성 판단에 고려되어야 한다는 입장을 밝히고 있기 때문이다. 이와 관련하여 동 판결은 관련 전공분야 교수들의 진술 등을 인용하면서 다음과 같이 판시하고 있다.

“상품의 안전성의 확보는 직접적인 경쟁요인과는 성질을 달리하지만, 이것이 일반소비자의 이익에 관계될 것임은 두말할 나위도 없는 바, 광의의 공익에 관계되는 것이라 할 것이다. 따라서, 당해 거래방법이 안전성의 확보를 위하여 필요한지의 여부는 위 거래방법이 부당하게 행하여진 것인지의 여부를 판단함에 있어, 고려의 대상이 되어야 할 요인의 하나”이다.

¹⁰³ 泉水 文雄, 엘리베이터 보수부품의 부당한 끼워팔기 판매등 사건: 東芝 엘리베이터테크노스 사건, 公正取引 No. 519 (1994.1.) pp. 50, 53.

일본의 학계에서는 위 고등법원의 판결이 끼워팔기의 공정경쟁저해성 관련한 위법성 판단기준으로 “경쟁수단의 불공정”과 “자유경쟁의 침해” 중에서 어느 쪽에 비중을 둔 것인지에 관하여 논란이 있다. 그러나 소비자 선택의 박탈이라는 요소가 위 두 가지 판단기준 중에서 어디에 해당하는지는 불명확하고 어떤 의미에서는 양자에 모두 관련될 수 있기 때문에 본 고등법원판결의 판시내용을 놓고 어느 한쪽을 강조한 것이라고 단정하는 것은 옳지 못하다고 본다. 결국 “경쟁수단의 불공정성”과 “자유경쟁의 침해”라고 하는 용어는 학자들이 일본 공정거래법상 불공정한 거래방법에 해당하는 행위들을 유형화하기 위하여 만들어 낸 학술적인 추상적 개념이기 때문이다.¹⁰⁴ 다만, 公取委의 심결례에서도 보듯이 위 두 가지 요소를 모두 종합적으로 고려하여 위법한 끼워팔기인지 여부를 판단하는 것이 일본 公取委의 입장인 것은 분명하다. 동경고등법원의 입장이 이와 마찬가지로인지는 불분명하지만, 여하튼 동 법원은 부상품시장 내에서의 경쟁제한성을 부당성 내지 공정경쟁저해성의 판단기준으로 명시적으로 채택하고 있으며, 이를 판단할 때 동 행위가 가져올 수 있는 소비자 이익 증진 효과를 함께 고려한다는 점은 분명하다고 할 수 있다.

다. 일본법의 윈도우 메신저 사건에의 적용

만약 윈도우 XP에 윈도우 메신저가 통합되어 판매되는 것을 위법한 끼워팔기라고 일본 법원에 제소하면 그 결과는 어떨까? 우리나라와 비슷한 법제를 가지고 있는 일본에서의 기존 판례의 태도에 따라 이를 분석하는 것은 우리나라 공정거래법 하에서의 분석에 매우 유용할 것이다. 다만 법제가 유사한 한국법 하에서의 분석과 중복을 피할 수 없기 때문에 일본에 특유한 측면을 중점적으로 살펴 본다.

우선 일본 판례법을 적용하면서 한가지 명심해야 할 점은 유일한 끼워팔기에 관한 법원의 판결이 내려진 東芝 엘리베이터사건은 문제되는 상품이 마이크로소프트 사건과 같이 컴퓨터 소프트웨어 중에서도 플랫폼기능을 제공하는 운영체제나 미들웨어에 관한 것이 아니라는 점이다. 즉, 미국에서도 *Jefferson Parish*(1984)의 당연위법원칙이 적용될 수 있을만한 전통적인 사례라고 할 수 있다. 따라서, 일본 법원이 마이크로소프트의 끼워팔기사건을 심리하는 경우에 東芝 엘리베이터사건과 같은 위법성 판단기준을 적용할지는 아직 모른다. 다만, 한가지 확실한 것은 그 사건에서 적용한 판단기준보다 더 마이크로소프트에게 엄격한 기준을 적용할 수는 없을 것이라는 점

¹⁰⁴ 일본 동경대학의 白石忠志교수는 “경쟁수단의 불공정”이 문제되는 것은 일반지정 제14항소정의 “우월적 지위남용”으로 해결하고, 제10항 소정의 끼워팔기 규제는 “자유경쟁침해”가 존재하는 경우에만 문제 삼아야 한다는 견해를 표명하고 있다. 白石忠志, 관제업서와 독금법상의 부당염매, *ジュリ*, 1020호, p. 43.

이다.

우선 일본 고등법원이나 公取委 심결은 역시 별개상품성, 시장지배력, 그리고 구입강제성을 위법한 끼워팔기의 요건으로 요구하고 있다. 이 세가지 요건은 일본법 하에서 특별히 다르지 않기 때문에 여기서 자세한 논의는 생략한다.

추가적 요건으로 미국 당연위법원칙하에서 요구되는 “시장봉쇄” 요건은 일본 법상 일반지정 제10항의 문면이나 고등법원 판결에서도 특별히 요구하지 않는다. 대신에 “부당성” 내지는 “공정경쟁저해성”이 요구된다. 동경고등법원의 판시문언을 따르자면 만약 윈도우 메신저 - 윈도우 XP의 통합으로 인하여 소비자의 선택권이 박탈되었다고 판단되면 이는 능률경쟁을 침해한 것이 될 것이다.

설혹 소비자의 선택권이 침해된 것으로 가정하여 그로 인한 부 상품시장에서의 경쟁제한효과가 있다고 하더라도, 일본 東芝엘리베이터 사건에서 “안전성 확보”라는 일반소비자이익 내지는 공익에 관한 사항을 법원이 고려했기 때문에 마이크로소프트 측에서 윈도우 메신저의 운영체제에의 기술적 통합으로 인하여 일반 공익보다도 좀더 직접적 경쟁관련성이 있는 “소비자이익의 증진효과”를 입증하게 되면 법원은 이를 당연히 부당성 판단에서 고려하여야 할 것이다.

다만, 일본 고등법원의 판시문언에 충실히 따르자면 남는 문제는 그러한 소비자 이익 증진을 위하여 윈도우 메신저 프로그램의 운영체제에의 통합이 “필요”했는지의 여부이다. 이는 미국 D.C.항소법원이 문제로 지적한 소스코드의 신축성 (malleability) 문제와 같은 맥락에서 논의될 수 있다. 만약 일본 법원이 요구하는 “필요성” 개념이 만약 “같은 소비자 이익을 증진하는 보다 덜 경쟁제한적인 대체수단이 존재하지 않을 것”을 요구하는 것이라면, 예를 들어 마이크로소프트가 주장하는 API를 제공하는 미들웨어로서의 기능제공에서 나오는 소비자이익과 관련하여, 과연 그러한 기능을 수행하기 위하여 현재 통합된 윈도우 메신저 프로그램 전부가 필요한가의 문제가 제기될 수 있다. 만약 윈도우 XP에 통합된 윈도우 메신저의 코드 중에서 API를 제공하는 기능을 수행하는 코드와 함께 그 기능과 무관한 코드가 같이 혼재 (commingling)해 있고 이것이 기술적으로 분리 가능하다면—이는 순수한 가정이며, 이에 대하여는 기술적 확인이 필요하다—결국 마이크로소프트가 전자에 해당하는 코드만을 윈도우 XP에 통합함으로써 같은 소비자이익을 실현하되 보다 덜 경쟁제한적인 수단을 취할 수 있었을 것이고, 그러하다면 일본 판례가 요구하는 소비자이익 실현의 “필요성” 요건을 충족하지 못하는 것 아니냐는 것이다. 우선 이는 기술적으로 그 입증이 매우 어려운 문제일 것이며, 따라서 입증책임의 소재가 법적으로 매우 중요성을 가질 수 있는 바, 일본 판례는 이를 명확히 하지 않고 있다. 다만, 정책적으로 볼 때 기술혁신이 급격히 일어나고 있는 소프트웨어 산업에서는 제품과 기능의 경계를 명확히 구별하는 것이 매우 힘들고, 특정 시점에서 어느 기능은 운영체제에 통합하는 것이 필요하고 다른 기능은 필요 없다고 판단하는 것이 매우 곤란하다. 설혹 가능하다 해도 기술 혁신에 따라 기존 구별이 곧 쓸모가 없어지므로, 제3절에서 소개한

IBM사건에 관한 일련의 미국 법원 판결에서처럼 제품 설계(product design)에 관한 판단은 해당 기업에 맡기고 이에 대하여 법적 간섭을 하지 않는 것이 바람직하다.

여기서 보다 근본적으로 중요한 점은 일본 엘리베이터 사건에서 “안전성의 확보”를 판단하면서 법원이 부과한 “필요성” 요건이 소비자효용증대 내지는 친경쟁적 효과 입증과 관련하여 일반적으로 적용될 것인지 여부이다. 필자들은 일본 고등법원이 일반소비자 내지는 공익에 관한 사항을 고려하면서 필요성 요건을 부과한 것이 올바른 태도였다고 하더라도,¹⁰⁵ 이는 경쟁요인과 직접관련이 없는 사항에 관한 것이었기 때문이라고 본다. 보다 직접적으로 해당 부 상품시장의 소비자효용증대에 관한 사항은 바로 “직접 경쟁요인”¹⁰⁶이라고 할 수 있고, 이에 관하여는 미국 합리성원칙에서 제시하듯이 그 친경쟁효과-소비자효용증대효과-가 입증되면 반경쟁효과가 이를 능가하는지에 관한 판단을 내리는 것이 옳다. EC 경쟁법의 해석으로도 안전성의 보장과 같은 사유를 들어 끼워팔기가 정당화된다고 주장하기 위하여는 그것이 가장 덜 경쟁적인 수단이라는 점을 입증해야 한다고 보지만, 이것이 소비자효율성증대의 정당화사유에는 적용되지 않고 후자의 경우에는 미국과 마찬가지로 단지 순 효율(net-efficiency) 증가여부 기준으로 위법성을 판단하고 있다.¹⁰⁷ 따라서 “필요성” 요건을 요구하는 일본 고등법원 판결이 안전성 확보에 관하여 타당하다고 하더라도, 그러한 해석에 따른 위법성 판단의 방법이 직접적 소비자효율성증대효과가 정당화사유로 주장되는 컴퓨터 미들웨어의 기술적 통합에 관한 사건에 적용되는 것은 타당하지 않음을 알 수 있다.¹⁰⁸

¹⁰⁵ 다만 일본 고등법원이 “필요성”이라는 단어를 위와 같은 의미, 즉 “가장 덜 경쟁제한적인 수단일 것”의 의미로 사용하였는지 자체가 명확하지 않다.

¹⁰⁶ 이 용어는 앞서 인용한 판시문언에서 보듯이 일본 고등법원도 안전성 확보와 같은 “일반 소비자 이익”이나 “공익”이라는 개념과 구별하여 사용하고 있다.

¹⁰⁷ Jonathan Faull & Ali Nikpay, *The EC Law of Competition* (1999), Oxford, pp. 168-169.

¹⁰⁸ 일본 고등법원의 “필요성” 기준을 직접소비자 효용증대효과를 고려하면서 적용하는 것은 일반적으로 끼워팔기 규제에 관한 독점금지정책상 다음과 같은 이유로 바람직하지 않다고 본다. 독점금지법의 목적은 경쟁보호(competition)에 의한 소비자이익의 보호(conservation of consumer welfare)이다. 따라서 소비자이익증대라는 것은 “경쟁”개념과 다르지 않고, 결국 경쟁제한 내지는 경쟁침해가 있었는지를 판단함에 있어서는 소비자이익의 순 증가분이 정(正)인지에 따라 결정될 문제이다. 따라서 특정 상행위가 소비자이익증대를 위해 “필요” 내지는 가장 덜 경쟁적인 수단일 것을 요구하는 것은 옳지 않다. 특히 가장 덜 경쟁적인 수단이 아닌 경우에도 문제된 품목의 기술적 통합이 분명히 유통비용이나 소비자 거래비용을 줄이는 효과가 있고 그와 더불어 문제된 기술적 통합에서 비롯하는

V. 우리 공정거래법상 끼워팔기의 규제

본 논문이 다루는 끼워팔기는 우리나라 공정거래법 제23조상의 불공정거래행위의 한 유형으로 규정되어 있다. 동 조 제1항은 “다음 각호의 1에 해당하는 행위로서 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위”를 불공정거래행위로 금지하고 있다.¹⁰⁹ 제3호는 “부당하게 경쟁자의 고객을 자기와 거래하도록 유인하거나 강제하는 행위”를 규정하고 있다. 동조 제2항은 불공정거래행위의 유형 또는 기준은 대통령령으로 정한다고 규정하고 있는 바, 동 대통령령 제36조 제1항에서는 그 유형과 기준을 별표 1에서 구체적으로 정하고 있다. 동 별표는 위 제23조 제1항 제3호 소정의 불공정거래행

다른 특유한 소비자이익증진효과가 있는 경우에 그의 총합계가 소비자 선택권의 제약과 그로 인한 부 상품시장에서의 경쟁자 배제효과를 능가할 수 있는 상황을 충분히 상정할 수 있기 때문이다. 그 경우에는 총합적으로 부시장에서의 “경쟁제한” 내지는 “경쟁침해” 효과가 존재하지 않는다고 판단함이 타당하다고 본다. 결국 경쟁제한효과가 소비자이익의 증대효과를 능가하여 순 효율증가분이 마이너스임을 원고가 입증하여야만 위법한 것으로 판단하는 미국 DC항소법원의 합리성원칙이 더 “합리적”이라고 본다. 이 논리는 아래서 보듯이 우리 공정거래법 하에서도 적용될 수 있다.

¹⁰⁹ 第23條 (不公正去來行爲의 금지) ①事業者는 다음 各號의 1에 해당하는 행위로서 공정한 去來를 저해할 우려가 있는 행위(이하 "不公正去來行爲"라 한다)를 하거나, 系列會社 또는 다른 事業者로 하여금 이를 행하도록 하여서는 아니 된다. <改正 1996.12.30, 1999.2.5, 1999.2.5>

1. 부당하게 去來를 거절하거나 去來의 相對方을 차별하여 취급하는 행위
2. 부당하게 競爭者를 排除하는 행위
3. 부당하게 競爭者의 顧客을 자기와 去來하도록 誘引하거나 強制하는 행위
4. 자기의 去來上의 地位를 부당하게 이용하여 相對方과 去來하는 행위
5. 去來의 相對方의 事業活動을 부당하게 拘束하는 조건으로 去來하거나 다른 事業者의 事業活動을 방해하는 행위
6. 삭제<1999.2.5>
7. 부당하게 特殊關係人 또는 다른 會社에 대하여 假支給金·貸與金·人力·不動產·有價證券·無體財產權등을 제공하거나 현저히 유리한 조건으로 去來하여 特殊關係人 또는 다른 會社를 지원하는 행위
8. 第1號 내지 第7號 이외의 행위로서 공정한 去來를 저해할 우려가 있는 행위

위를 전단의 “부당한 고객유인”과 후단의 “거래강제”로 나누고 있으며 제5항 거래강제의 한 유형으로 “끼워팔기”를 정의하고 있다. 동 항에 의하면, 우리 공정거래법상 금지되는 “끼워팔기”란 “거래상대방에 대하여 자기의 상품 또는 용역을 공급하면서 정상적인 거래관행에 비추어 부당하게 다른 상품 또는 용역을 자기 또는 자기가 지정하는 사업자로부터 구입하도록 하는 행위”를 말하며, 문제되는 끼워팔기가 위법하기 위하여는 여기서 정의하는 개념의 여러 요소들을 모두 충족시켜야 한다.

끼워팔기의 위법성 판단기준을 논의하기에 앞서 먼저 우리나라 불공정거래행위 일반에 관한 논의를 간략히 소개하는 것이 필요한 것으로 생각된다.

1. 우리 공정거래법상 불공정거래행위의 위법성 판단기준

공정거래법상 불공정거래행위를 금지하는 목적은 법 제23조에서 규정하듯이 “공정한 거래”를 유지하기 위함이다. 일반적으로 “공정한 거래”의 의미에 대하여는 이를 “공정경쟁”과 같은 의미로 이해하는 견해¹¹⁰와 이보다 넓은 개념으로 이해하여 경쟁의 수단이나 방법의 공정성뿐만 아니라 거래조건의 공정성까지 포함하는 개념으로 보는 견해¹¹¹가 대립된다. 후자가 다수설이다.¹¹² 현행 우리나라 공정거래법상 불공정거래행위로 나열되어 있는 행위 유형들은 매우 다양하다. 경쟁수단의 경쟁제한성과 거래내용의 불공정성을 포함하여 심지어는 소비자의 오인을 유발하는 남용성까지도 포괄하는 잡다한 유형의 행위들이 같은 법조문하에 불공정거래행위라고 규정되어 있기 때문이다. 따라서, 입법론상의 타당성은 별론으로 하고, 현행 규정상으로는 다수설의 견해에 찬성하지 않을 수 없다.

나아가 불공정거래행위란 “공정한 거래를 제한할 우려가 있는 행위”이기 때문에 결국 “공정거래저해성”의 판단기준이 무엇인지가 당연히 논의의 대상이 된다. 그런데 우리나라 법 제23조와 동법 시행령은 불공정거래행위에 해당하는 행위 유형과 그 기준을 개별적으로 열거하고 있기 때문에 그 열거된 유형에 따른 위법성 판단 기준을 충족하는 것과 별도로 “공정한 거래를 저해할 우려”가 있어야 하는지가 문제될 수 있다. 법문은 “다음 각호의 1에 해당하는 행위로서 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위”라고 규정하여 적극적으로 해석될 수 있는 여지가 있다. 이에 대하여는 기본적으로 우리 법제가 불공정거래행위에 대한 일반조항적 접근방식을 포기하고 개별적 접근방식을 택한 취지에 비추어 볼 때 이와 같은 해석은 불필요하다는 견해도

¹¹⁰ 이동규, 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 개론(1995), 행정경영자료사, p. 321.

¹¹¹ 권오승, 경제법(2002), 제3판, 법문사, pp. 300-302.

¹¹² 원용수 & 정호열, 불공정거래행위에 대한 합리적 규제방안 연구, 공정거래위원회 1999년 용역보고서, pp. 124-125.

있으나,¹¹³ 이러한 견해를 취하여도 개별적 행위 유형과 그 위법성 판단기준으로 나타나는 일반개념인 “부당성” 등을 판단함에 있어서 결국 이는 “공정거래저해성”을 각 호에서 다시 구체적으로 표현한 것에 불과하다고 보는데 다툼이 없기 때문에¹¹⁴ 양자간에 실질적인 차이는 없어진다고 본다.

우리 법 시행령 별표 1에서는 불공정거래행위의 개별 유형을 열거하면서 위법성 판단과 관련하여 “부당하게” 또는 “정당한 이유없이” 라는 추상적 기준을 제시하고 있다. 이를 두고 학계에서는 입증책임의 소재에 관하여 논란이 있다. 이 글의 논의대상은 “끼워팔기”이고 이와 관련하여는 시행령 별표 1에서 “부당성” 요건이 제시되어 있으며, 이의 입증책임은 공정거래위원회나 손해배상청구소송에서의 원고에게 입증책임이 있다는 점에 대하여는 학계나 판례상으로도 다툼이 없으며, 필자들도 이에 찬성하기 때문에 입증책임 일반론에 관한 논의는 여기서는 생략한다.¹¹⁵

우리 법 제23조 제1항에서 요구되는 “공정거래저해성”은 결국 구체적 행위유형에서 “부당성”으로 표현되고 있다.¹¹⁶ “부당성”은 문면 그대로 매우 추상적인 개념이기 때문에 구체적인 행위 유형—예를 들어 “끼워팔기”—의 부당성을 판단하는 기준이 무엇인가에 관하여 당연히 살펴 보아야 한다.

우선 “끼워팔기”의 부당성 문제로 들어 가기 전에 불공정거래행위 전반의 위법성 판단기준으로서의 “부당성”에 관한 논의를 소개하자. 일반적으로 문제된 행위가

¹¹³ 원용수 & 정호열, pp. 125-126.

¹¹⁴ 원용수 & 정호열, p. 127. (“결국 공정거래저해성은 개별 유형설정에 있어 부당성으로 바뀌어 표현되고 있다”는 입장을 취한다). 다른 학자들의 견해도 마찬가지로 정리한 글로는 김기영, 공정거래법상 불공정거래행위에 있어 ‘부당성’의 판단기준, 경쟁법연구 제8권, p. 634, (2002). (이하 “김기영 I”)

¹¹⁵ 이에 관한 논의의 자세한 소개는 김기영 I, pp. 635-640 참조.

¹¹⁶ 시행령 별표상의 행위 유형과 기준을 보면 그 문면상 “부당하게”, “정당한 이유없이”, 또는 이런 추상적 기준이 제시되어 있지 않은 여러 다른 형태의 행위가 혼재함을 알 수 있다. 그러나 이 글의 범위는 “끼워팔기”의 위법성 판단기준에 국한되기 때문에 본문과 같이 표현한 것이며, 이하도 마찬가지이다.

위법하기 위하여는 그것이 동법의 목적에 비추어 부당한 것이어야 한다.¹¹⁷ 나아가 그 부당성을 판단함에 있어서는 거래의 특성과 관련당사자 및 그 행위의 목적과 효과 등 여러 사정을 고려하여 그 행위가 결국 공정거래를 저해할 우려가 있는지에 따라 좌우되는 것으로 보는 것이 학설 및 판례의 입장이다.¹¹⁸ 다만, 여기에서 중요한 것은 “부당성”이 곧 “경쟁제한성”을 의미하느냐, 아니면 경쟁제한성뿐만 아니라 경쟁수단 및 거래조건의 불공정성을 포함하는 개념인가 하는 점이다. 이는 “공정한 거래”가 “공정한 경쟁”과 같은 개념인지의 문제와도 연결되어 있다.

위와 같은 문제는 일본에서도 이미 오랫동안 학설로 논의된 바 있다. 일본에서는 “공정거래저해성” 대신에 “공정경쟁저해성”이 법문상의 기준으로 등장하지만 그 의미에 대하여도 종래 전통적으로 공정한 경쟁을 가격, 품질, 서비스에 따른 경쟁, 이른바 “능률경쟁”(competition on the merits)으로 보아 시장에서의 “능률경쟁침해성”을 공정경쟁저해성으로 해석하는 견해와 개별적 거래에 있어서의 억압성 자체를 공정경쟁저해성으로 이해하는 견해가 대립되고 있었다. 그러다가 최근에는 독점금지법연구회 보고서에서 양자를 종합적으로 고려하는 입장을 취한 이래 이것이 널리 받아들여지고 있다. 동 보고서는 공정경쟁질서를 “자유경쟁”, “경쟁수단의 공정” 및 “자유경쟁기반의 확보” 등 세가지 조건이 보장되는 것으로 이해하고, 이러한 공정경쟁질서에 부정적 영향을 미칠 우려가 있는 경우에 공정경쟁저해성이 인정된다는 입장이다.¹¹⁹

¹¹⁷ 권오승, p. 306. 대법원 1998. 9. 8. 선고 96누9003 판결 (“불공정거래행위로서 같은 법의 규제 대상이 되기 위하여는 당해 행위가 외형적으로 위 각 규정이 정하는 요건을 갖추는 외에 그것이 같은 법의 목적에 비추어 부당한 것이어야 하고...”); 서울고등법원 1996. 12. 6. 선고 96나2240판결 (“공정하고 자유로운 경쟁을 제한하는 행위에 해당하는 경우에도... 위 법의 궁극적인 목적에 실질적으로 반하지 아니한다고 인정되는 경우에는... 위법한 행위가 아니다”).

¹¹⁸ 권오승, p. 306. 대법원 2001. 6. 12. 선고 99두4686 판결 (“부당성 유무는... 여러 사정을 종합적으로 살펴 그것이 공정한 거래를 저해할 우려가 있는지의 여부에 따라 판단하여야 한다.”)

¹¹⁹ 이에 대한 자세한 소개는 김기영, 독점규제법상 부당지원행위 규제에 관한 연구, 서울대학교 석사학위논문, pp. 165-169, (2001). (이하 “김기영 II”) 참조. 동 보고서에서 제시하는 세가지 조건은 구체적으로 첫째, 사업자 상호간의 자유로운 경쟁이 방해되지 않고 사업자가 경쟁에 참여하는 것이 방해되지 않을 것 (자유경쟁의 확보), 둘째, 가격, 품질, 서비스를 통하여 자유로운 경쟁질서가 형성될 것 (경쟁수단의 공정성 확보), 셋째, 거래주체가 거래의 승낙여부 및 거래조건에 관하여 자유롭고 자율적으로 판단함으로써 자유로운 경쟁기반

결국은 경쟁제한성뿐만 아니라 경쟁수단의 불공정성까지 포함하는 개념이라는 것으로 이해되고, 따라서 일본 공정거래법 제2조 제9항 각호¹²⁰에 열거된 불공정거래방법 행위 유형들은 위와 같은 세가지 조건 전부를 동시에 충족하여야 할 필요는 없고 그 중 하나 또는 복수의 조건이 충족되면 공정경쟁저해성이 인정된다.¹²¹ 따라서, 일본법 하에서는 “공정경쟁저해성”의 의미를 복합적이고 광범위한 개념으로 해석하고 있는 바, 이는 우리나라와 마찬가지로 일본도 불공정거래방법에 매우 다양하고 다른 형태의 행위 유형을 포괄하고 있기 때문에 당연한 논리귀결이라고 본다. 이는 역시 논리적으로 “공정경쟁저해성”은 구체적 행위 유형에 따라 개별적으로 판단해야 한다는 결론으로 이어진다.

우리나라에서도 “공정거래저해성” 내지는 “부당성”의 개념을 논의하면서 학자들의 절대적 다수설은 불공정거래행위 전반에 적용되는 설명인 경우에는 이를 넓은 개념으로 이해하여 경쟁수단의 불공정성과 시장경쟁제한성을 모두 포함하는 것으로 설명하지만, 별표 1에서 열거하는 불공정거래행위의 개별 행위유형에서 요구되는 “공정거래저해성”의 다른 표현인 “부당성” 개념은 각 그 행위 유형에 따라 그 의미나

이 유지될 것 (자유경쟁기반의 확보)를 의미한다고 한다. 독점금지연구회, 불공정한 거래 방법에 관한 기본적인 고찰, 公正取引 제382호 p. 34 이하 및 제383호 p. 56 이하 (김기영 II, p. 167 각주 393에서 재인용).

¹²⁰ 제2조 제9항. 이 法律에 있어서 不公正한 去來 方法이라 함은 아래 各號의 一에 該當하는 行爲로서, 公正한 競争을 沮害할 憂慮가 있는 것 중에, 公正取引委員會가 指定하는 것을 말한다.

1. 不當하게 다른 事業者를 差別的으로 取扱하는 行爲.
2. 不當한 代價를 條件으로 去來하는 行爲.
3. 不當하게 競争者의 顧客을 自己와 去來하도록 誘引하거나 強制하는 行爲.
4. 相對方의 事業活動을 不當하게 拘束할 條件을 가지고 去來하는 行爲.
5. 自身の 去來上의 地位를 不當하게 利用하여 相對方과 去來하는 行爲.
6. 自身 혹은 自身이 株主 내지 任員인 會社와 國內에서 競争關係에 놓여 있는 다른 事業者와 그 去來 相對方과의 去來를 不當하게 妨害하며, 또는 當該 事業者가 會社인 경우에, 그 會社의 株主 내지 任員이 그 會社에 不利한 行爲를 하도록 不當하게 誘引하여 부추기거나, 혹은 強制하는 行爲.

¹²¹ 金子晃 외 3인, 新不公正な取引方法, 22-23면 (김영식, 불공정거래행위 해당성 조각사 유로서의 “정당한 이유”의 판단기준, 대법원판례해설 13호, 1991.11, pp. 152-153에서 재인용).

위법성 판단기준을 달리하기 때문에 결국 당해 행위의 특성, 거래당사자의 지위나 시장상황에 따라 개별적으로 판단되어야 한다는 입장을 취하고 있는 바,¹²² 이는 타당하다.

우리나라의 판례도 부당성을 판단함에 있어 대체로 이러한 입장을 취하는 것으로 해석할 수 있다. 일반적으로 대법원은 불공정거래행위의 부당성을 판단함에 있어서 “거래당사자의 거래상의 지위 내지 법률관계, 상대방의 선택 가능성, 사업규모 등의 시장상황, 그 행위의 목적 및 효과, 관련 법규의 특성 및 내용 등 여러 사정을 고려하여야 한다”¹²³고 하고 있다. 나아가 구체적 불공정행위 유형에 따라 특수한 행위내용이나 시장상황, 그 유형에 고유한 구성요건을 고려하고 있는 것을 보아, 학자들의 절대적 다수설과 같은 입장을 취하는 것으로 이해된다.¹²⁴

따라서, 끼워팔기가 문제된 사건에 있어서도, 그 “부당성” 내지는 “공정거래저해성”을 판단함에 있어서 다른 불공정거래행위 유형과는 다른 위법성 판단기준이 적용될 수 있다는 것을 의미한다. 이러한 불공정거래행위 유형의 다양성 때문에 학자들은 우리 법상 불공정거래행위를 공통된 부당성 기준이 적용될 수 있는 몇 개의 묶음으로 나누어 보려는 시도를 하고 있다.¹²⁵ 이러한 시도는 나름대로 학문적 의의는

¹²² 권오승, p. 306; 원용수 & 정호열, pp. 127-128; 이남기, 신공정거래법 (1987), 수정증보판, 학연사, pp. 322-323; 김기영 I, pp. 640-641; 김기영 II, pp. 171-172.

¹²³ 대법원 2001. 6. 12. 선고 99두4686 판결; 대법원 1998. 9. 8. 선고 96누9003 판결.

¹²⁴ 대법원 2001. 1. 5. 선고 98두17869 판결 (“거래거절이... 그 사업활동을 곤란하게 할 우려가 있거나... 특정사업자의 사업활동을 곤란하게 할 의도를 가진 유력 사업자에 의하여 ... 행하여지거나... 거래강제 등의 목적 달성을 위하여 그 실효성을 확보하기 위한 수단으로 부당하게 행해진 경우라야 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 거래거절행위로서... 불공정거래행위에 해당한다.”); 대법원 2000. 10. 6. 선고 99다30817 판결 (“거래상대방에 대한 경영간섭행위와 구속조건부 거래행위는 우월적 지위의 남용행위로 인정되거나 경쟁제한적 효과가 인정되는 것이라야 한다.”)

¹²⁵ 예를 들어 원용수 & 정호열, pp. 128-129에서는 (1) 시장지배적지위 남용행위에 해당하는 경쟁제한적 효과까지는 필요 없지만 그 이전단계에서 이루어지는 경쟁제한행위 (구입강제, 이익제공강요, 판매목표강제, 불이익제공, 경영간섭 등), (2) 상대방 사업자의 영업상 이익을 부당하게 침해하는 행위 (거래거절, 차별취급, 경쟁자사업배제행위, 사업활동방해 등), (3) 경쟁사업자를 표적으로 하는 것이 아닌 일반소비자의 의사결정의 자유를 해치는 행위 (부당고객유인, 허위광고, 경품제공 등)등으로 분류하고 있다. 김기영 II, p. 173에서는 “경쟁저해성”과 “거래의 불공정성”으로 나누어 보고 있다.

있으나 실제 여러 유형들의 행위가 다른 부당성의 의미 중에서 두 가지 이상을 복합적으로 가질 수도 있기 때문에 실무적으로 의미 있는 체계화나 분류작업은 어려울 것이다.¹²⁶ 다만 여기서 주목해야 할 것은 어떻게 불공정거래행위를 분류하는지와 상관없이 구입강제의 한 유형인 끼워팔기에 대하여는 그 부당성의 판단기준으로 반드시 경쟁제한성을 최소한 들고 있다는 점이다. 즉, 불공정거래행위 일반에 관하여 부당성이나 공정거래저해성을 논의할 때에는 그 개념이 경쟁제한성 내지는 자유경쟁침해의 범위를 넘어서 경쟁수단의 불공정성까지 포함하는 넓은 개념으로 설명했지만, 이는 일반론일 뿐이며, 구체적으로 개별 유형으로서의 끼워팔기에 대하여는 단지 경쟁수단의 불공정성의 존재만으로는 부족하고 경쟁제한성이 나타나야지만 위법한 것으로 규제할 수 있다는 결론으로 이어진다.

우리 법률상 불공정거래행위로서의 “끼워팔기”가 위법하기 위하여 경쟁침해 내지는 경쟁제한성이 필요하다는 것은 아래에서 자세히 보듯이 공정거래위원회의 심결례에서도 마찬가지로 확인되고 있다.¹²⁷ 우리 법원이 끼워팔기에 대하여 그 위법성 여부를 판단한 사례는 아직 한 건도 찾아 볼 수 없지만 다른 불공정거래행위 유형에 대하여도 그 위법성 판단기준으로서의 부당성 내지는 공정거래저해성을 판단하면서 경쟁침해 여부를 거의 대부분 언급하고 있다.¹²⁸ 나아가 89다카29075 대법원판결에서는 보다 적극적으로 불공정거래행위 전반의 판단기준으로서의 부당성 내지는 “정당한 이유”의 판단은 “전적으로 공정한 경쟁질서유지라는 관점에서 평가되어야 [한다]”고 판시하고 있음은 특히 주목할 만하다.

이상의 내용을 요약하자면, 우리법상 불공정거래행위 전체에 적용되는 위법성 판단기준으로서의 “부당성” 개념은 경쟁제한성뿐만 아니라 경쟁수단의 불공정성까

¹²⁶ 同旨, 김기영 II, p. 173.

¹²⁷ 공정거래위원회 1992. 10. 22. 의결 제92-124호 (“피심인들이 주류도매업체에 인기양주를 공급하면서 비인기양주를 끼워 판매한 행위는 정상적인 거래관행에 비추어 공정한 경쟁을 저해할 우려가 있는 부당한 행위로 인정된다.”); 공정거래위원회 1999. 11. 30. 의결 제99-246호 (“유족의 자유의사를 침해하고 불공정한 방법으로 장의용품 시장에서의 자유경쟁을 제한하는 부당한 행위라고 인정된다.”)(강조 밑줄 추가.)

¹²⁸ 대법원 1998. 9. 8. 선고 96누9003 판결 (“불공정거래행위[가]... 되기 위하여는 당해 행위가 외형적으로 위 각 규정이 정하는 요건을 갖추는 외에 그것이 같은 법의 목적에 비추어 부당한 것이어야 하고,... 여러 사정을 고려하여 그 행위가 공정하고 자유로운 경쟁을 저해할 우려가 있는지의 여부에 따라야 한다”) 대법원 2001. 6. 15. 선고 2001두175 판결; 대법원 2001. 6. 12. 선고 99두4686 판결; 대법원 2001. 2. 9. 선고 2000두6206 판결; 대법원 2001. 1. 5. 선고 98두17869 판결; 대법원 2000. 10. 6. 선고 99다30817 판결도 같은 취지.

지 포함하고 있지만,¹²⁹ 이는 구체적 행위유형에 따라 개별적으로 판단되어야 하는 바, 구체적으로 끼워팔기의 경우에는 그 부당성의 판단기준으로 경쟁제한성이 반드시 포함된다는 것이다. 이와 같은 법적 결론 하에서 구체적으로 우리 법 상 위법한 끼워팔기가 되기 위하여는 어떤 구체적 요건들이 충족되어야 하는지를 살펴본 후에, 마이크로소프트의 윈도우 메신저 사건이 그 요건들을 모두 충족시키는지 분석해 보기로 한다.

2. 위법한 “끼워팔기”의 성립요건과 그 적용

우리 법 시행령 별표 1에서 정의하고 있는 위법한 끼워팔기란 “거래상대방에 대하여 자기의 상품 또는 용역을 공급하면서 정상적인 거래관행에 비추어 부당하게 다른 상품 또는 용역을 자기 또는 자기가 지정하는 사업자로부터 구입하도록 하는 행위”이다. 결국 마이크로소프트의 윈도우 메신저를 윈도우 XP에 통합한 것이 공정거래법상 위법한 “끼워팔기”로서 불공정거래행위에 해당하기 위하여는 위 요건을 모두 충족시킬 것이 요구된다. 위 조문에 의하더라도 미국법이나 일본법상 요구되는 요건들을 거의 그대로 요구하는 것으로 볼 수 있다. 즉, 끼워팔기는 첫째 “별개의 다른 상품 또는 용역”사이에서 이루어져야 하며, 둘째 “거래상대방에 대하여”, 즉 소비자에게 부 상품을 주 상품과 같이 “구입하도록 하는 행위”이며, 셋째 이는 “정상적인 거래관행에 비추어 부당하게” 이루어져야 한다. 다시 말하면, “별개 상품성”, “구매강제성” 그리고 “부당성”이 요구된다고 정리할 수 있다. 우선 위와 같이 요건을 삼분하여 따져보는 것은 우리 공정위의 심결례에서도 채택되는 입장이기도 하다.¹³⁰ 다만, “정상적인 거래관행”등의 용어에서 보듯이 구체적 용어의 선택이 미국법 (당연위법원칙)이나 일본법상 요건과 완벽히 동일한 것은 아니다.

우리 학자들은 대부분 끼워팔기는 주 상품시장에 대하여 시장지배적 지위를 갖는 경우에 문제된다고 하면서 미국법상 당연위법원칙이 적용될 때 요구되는 시장지배력을 요구하기도 한다.¹³¹ 그러나, 이는 마이크로소프트 사건에서는 자동 충족되기

¹²⁹ 대법원판례의 입장은 경쟁제한성만으로 좁게 해석할 여지가 있다는 점은 앞서 지적하였다.

¹³⁰ 공정거래위원회 2002. 1. 11. 의결 제2002-004호; 공정거래위원회 2001. 5. 2. 의결 제2001-073호; 공정거래위원회 2000. 8. 26. 의결 제2000-224호; 공정거래위원회 2000. 8. 8. 의결 제2000-203호; 공정거래위원회 2000. 6. 16. 의결 제2000-88호; 공정거래위원회 1999. 11. 30. 의결 제99-246호; 공정거래위원회 1998. 5. 6. 의결 제98-71호; 공정거래위원회 1997. 12. 23. 의결 제97-341호; 공정거래위원회 1992. 10. 22. 의결 제92-124호.

¹³¹ 권오승, p. 327; 이동규, p. 415.

때문에 우리 법상 별개 요건인지에 관하여는 더 이상 논의하지 않는다. 이하 다른 개별 요건에 관하여 살펴보기로 하자.

가. 별개 상품성

끼워팔기란 기본적으로 두 개 이상의 별개 상품이 존재하여야만 개념적으로 문제될 수 있다. 그렇기 때문에 별개상품성이 요구되는 것은 하나의 성립요건이라기 보다는 그 개념적 요소라 할 수 있다. 여하튼, 우리 법 시행령 별표는 “다른 상품 또는 용역”을 구입하도록 하는 것을 요구하고 있다. “다른 상품”인지를 판단하는 기준은 무엇인가? 우리 법도 미국 당연위법원칙에서 수립된 “소비자 수요 테스트”에 의할 것인가?¹³² 우리 법이 물론 미국법 하의 해석과 동일하여야 할 당위성은 없지만 기본적으로 미국에서 개발된 별개 상품성의 판단기준은 유용한 참고가 된다고 본다.

우선 “소비자 수요 테스트”를 윈도우 메신저 사건에 적용해 보면, 우선 개별적인 충분한 소비자의 수요가 인스턴트 메신저에 대하여 존재하는지의 여부가 문제된다. 인스턴트 메신저 프로그램은 현재 소비자들이 무료로 다운로드 받을 수 있으며, 프로그램의 크기가 작아 그에 드는 시간도 10여 초에서 1분 30초 정도로 매우 미미하다¹³³는 점에서 전통적인 의미의 “구매 수요”가 존재하지는 않는 것으로 보인다. 우리 법상으로도 “구입하도록 하는 행위”라는 용어를 쓰고 있기 때문에 부 상품 자체가 무상으로 제공되고 유상으로 판매되는 것이 아닌 경우에는 위 별표상의 요건에 해당하지 않는다고 볼 수 있다. 따라서, 윈도우 XP에 윈도우 메신저의 가격이 포함되어 있는지가 중요한 판단대상이 될 수 있다. 소위 “가격 번들링(price bundling)”에 해당하는지의 여부이다. 이에 관하여는 문제된 끼워팔기가 위법이라고 주장하는 측에 입증

¹³² 일본법이 이에 관하여 명확한 기준을 제시하지 않고 있음은 앞서 지적한 바이다.

¹³³ 국내 인스턴트 메신저 프로그램의 용량과 다운로드에 소요되는 시간은 아래 표와 같다. 다운로드 시간 계산은 LAN을 통한 인터넷접속방법을 택했을 때를 기준으로 삼아 1초당 약 56kb의 다운로드 속도를 가정한 것이다.

메신저명	파일명	파일사이즈	다운로드 속도 (56 kpbs 기준)
MSN 메신저	Mmssetup.exe	960 kb	17 초
Daum 메신저	DaMeonly26.exe	4,848 kb	1 분 26 초
야후 메신저	ymsgkr.exe	2,149 kb	38 초
버디버디	BuddyBuddy.exe	1,690 kb	30 초
세이메신저 타키	Tachysetup.exe	954 kb	16 초
드림위즈 지니	dwgenie.exe	4,688 kb	1 분 23 초

책임이 있을 것인 데, 윈도우 메신저 사건의 경우에는 다른 운영체제 공급업자가 메신저 프로그램이 통합되지 않은 운영체제 버전만을 할인된 가격으로 판매하거나 메신저 프로그램이 단독으로 일반적으로 시장에서 유상으로 판매되는 경우가 있음을 입증하지 않고서는 가격통합이 있었는지를 직접적으로 입증하기가 매우 어려울 것으로 판단된다. 이와 관련하여 중요한 사실은, 마이크로소프트사 윈도우의 경쟁 운영체제를 판매하는 애플사가 최신 운영체제인 Mac OS 10.2에 인스턴트 메신저 프로그램인 iChat을 통합했으며,¹³⁴ Netscape사는 최신 인터넷 브라우저 프로그램인 Navigator 7.0에 모회사인 AOL의 인스턴트 메신저 프로그램 AIM를 통합했다는 사실이다.¹³⁵ 세 사 모두 인스턴트 메신저 프로그램이 삭제된 프로그램을 할인된 가격에 판매하고 있지 않으므로, 가격변들렁이 일어났다고 판단하기 힘들다.

설혹 가격통합이 있다고 가정하더라도, 별개상품성 요건과 관련하여 문제되는 것은 구체적으로 별도의 “소비자 수요”가 존재하는 “별개의 시장”이 형성되어 있는가의 여부이다. 우선, 지금 문제된 사건에서도 보듯이 인스턴트 메신저 제공업자들은 그 수요자(소비자)를 확보하기 위하여 치열한 경쟁을 하고 있음에 비추어 보면, 인스턴트 메신저 프로그램에 관한 시장이 존재하지 않는다고 보기는 어려울 것 같다. 즉 비록 소비자들이 무료로 다운로드 받을 수는 있으나 사용에 따른 편익은 분명히 누리고 있으며, 수 개의 업체들이 상당한 비용을 들여 경쟁적으로 프로그램을 개발하는 것은 사용자의 유치에 따른 물질적 수익을 광고와 같은 다른 방법으로 벌어들일 수 있기 때문이므로¹³⁶, 인스턴트 메신저 프로그램에 대한 시장은 현재 존재한다고 볼 수 있다. 더욱이 다른 기존의 인스턴트 메신저 공급업자들이 운영체제와 상관없이 메신저 프로그램을 소비자들에게 독립된 상품으로 제공하여 왔고, 그에 관한 독립된 소비자 수요가 엄연히 존재하고 있음은 사실이다. 또한 다양한 부가 서비스와 콘텐츠의 제공을 전제로 메신저 서비스의 유료화를 추진하는 업체들이 등장하고 있음을 고려할 때,¹³⁷ 독립된 시장이 형성되어 있다고 판단할 수 있다.

¹³⁴ Joe Wilcox, “Jobs unveils new iPods and iMac,” CNET News.com. <http://news.com.com/2100-1040-944349.html>, July 17, 2002.

¹³⁵ Jim Hu, “Netscape 7.0 rekindles browser battles,” CNET News.com. <http://news.com.com/2100-1023-920242.html>, May 22, 2002.

¹³⁶ 최근 드림위즈, 버디버디, KTH, 다음 등 국내 주요 포털 및 인스턴트 메신저 업체들은 인스턴트 메신저를 통한 광고로 월 1,000만원에서 7,000만원의 수익을 올리고 있는 것으로 나타났다. “메신저 ‘수익 짹짹하네’”, 전자신문 2002년 9월 11일자 인터넷 기사. <http://www.etimesi.com>에서 검색 가능.

¹³⁷ 2002년 1월의 전자 신문 기사에 따르면, 10대와 20대 초반 네티즌들이 가장 많이 사용하는 버디버디가 2002년 1월 유료화 방침을 밝혔으며, 엔위즈, 와이즈프리 등 P2P 서비스

그러나 중요한 사실은 이러한 “소비자 수요 테스트”의 판단방법은 과거지향적이기 때문에 제품통합으로 인한 기술혁신자는 항상 끼워팔기를 한다는 비난을 받을 소지가 있게 되는 부당함이 존재한다는 것이다. 필자들의 견해로는 이러한 전통적 소비자 수요테스트를 받아들인다면 기술혁신을 저해하는 치명적 오류를 범할 위험성이 있으므로 기술 혁신 억지효과를 최소화하기 위하여 세 번째 요건인 “부당성” 내지는 “공정거래저해성” 요건을 엄격하게 해석할 필요성이 있다고 본다.

위에서 미국법상 “소비자 수요테스트”를 적용하여 보았기 때문에 이에 관한 저명한 미국 학자인 Hovenkamp의 해석을 상기할 필요가 있다. 앞서 소개한 바와 같이 Hovenkamp교수는 미국판례법상 별개 상품성 테스트를 판단함에 있어서는 효율성의 잣대가 적용된다고 보고 있다. 즉, 통합된 한 개의 제품으로 판매하는 것이 별개의 제품으로 분리하여 판매하는 것 보다 더 소비자의 효용을 증진하는 경우에는 하나의 상품으로 보아야 하며, 따라서 “별개 상품 테스트”는 합리성의 원칙을 뒷문으로 허용하고 있다는 것이다. 이는 마이크로소프트 사건이 나오기 이전의 해석이다. 현재 진행 중인 마이크로소프트 반독점 사건에서도 2001년 6월 D.C연방항소법원은 “소비자 수요테스트”란 당연위법원칙 적용이 부적합한, 소비자의 순 효용이 정(正)인 경우를 걸러내는 장치로서 기능하는 대리변수(proxy)라고 판시한 바가 있다.¹³⁸ 이러한 해석에 따르면, 결국 끼워팔기로 인한 소비자 순 효용의 증가 내지는 감소를 판단하여 별개상품성을 판단하게 된다. 이러한 해석이 우리나라 법규정 하에서도 가능할까?

이와 관련하여 주목할만한 것은 공정위의 심결례이다. 공정위는 여러 심결례에서 문제된 상품이 별개의 제품인지를 판단하면서 이를 “정상적 거래관행”에 비추어 판단하고 있다.¹³⁹ 일반적으로 학자들은 “정상적인 거래관행에 비추어”라는 부분은

업체들이 유료화를 적극 검토하고 있다. “국내 대표 메신저 버디버디 유료화 선언”, 전자신문 2002년 1월 3일자 인터넷 기사.; “P2P서비스도 유료화 ‘시동’”, 전자신문 2002년 1월 31일자 인터넷 기사. “<http://www.etimesi.com>에서 검색 가능. 또한 2002년 10월 초 출시 예정인 MSN messenger 5의 고급 기능은 MSN 8의 유료 가입자만 이용가능 하다. Joe Wilcox, “Microsoft puts a price on IM features,” CNET News.com. <http://news.com.com/2100-1023-959500.html>, September 25, 2002.

¹³⁸ United States v. Microsoft Corp., 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001).

¹³⁹ 예를 들어, 공정거래위원회 2000. 8. 6. 의결 제2000-224호 (“유족이 장례식장을 임차하여 이용하는 것과 장례용품 등을 이용하는 것은 서로 별개이므로 장례용품 등은 장례식장 이용자의 자유로운 의사에 따라 선택할 수 있도록 함이 정상적인 거래관행이라 할 것이다.”); 공정거래위원회 의결 제96-20호 (“예식장 임차와 결혼의상의 이용이나 사진촬영 및 신부화장은 서로 별개의 상품으로 거래되는 것이 정상적인 거래관행이라 할 것이므로,...”).

“부당하게”를 수식하는 것으로 보아 이를 함께 결국 공정거래저해성을 요구하는 것으로 해석하고 있다. 그런데 공정위는 “부당성”뿐만 아니라 별개 제품인지 여부도 “정상적 거래관행”에 비추어 판단하려는 입장을 거의 확립하고 있는 것으로 보인다. 문리해석으로는 “정상적인 거래관행에 비추어”가 “부당하게” 뿐만 아니라 그 이하의 문언, 즉, “다른 상품 또는 용역을 자기 또는 자기가 지정하는 사업자로부터 구입하도록 하는 행위”까지 다 수식하는 것으로 못 볼 바 아니다. 그렇다면 별개 상품성 여부를 “정상적인 거래관행”에 비추어 판단하는 것은 옳다고 본다.

그러면 문제되는 것은 “정상적인 거래관행”이 무엇이나는 것이다. 이에 관하여는 우리나라 학자들은 이는 “당해 업계에서 현존하는 관행을 말하는 것이 아니고 공정거래질서 유지의 관점에서 인정될 수 있는 관행을 의미한다”¹⁴⁰고 보고 있는 바, 이는 타당하다고 본다. 만약 이러한 입장을 따르면, 우리나라 법제 하에서는 오히려 미국 당연위법원칙하의 “별개 상품 테스트”의 약점으로 지적되는 과거지향적 판단방법에서 자유로울 수 있다. 즉, 정상적인 거래관행에 비추어 별개상품인지를 판단할 때, 기존의 업계관행이 인스턴트 메신저 프로그램을 별개로 제공하여 왔다고 해서 당연히 별개 상품이라고 인정되는 것은 아니기 때문이다. 오히려 “공정경쟁의 관점에서 객관적으로 인정되는 관행”이라면 별개상품성을 판단하면서도 “공정경쟁”의 관점에서 판단을 할 수 있으며, 이는 경쟁제한성을 판단하는 중요한 요소인 소비자 효율증진 효과를 고려할 수 있다는 것이 된다. 즉, Hovenkamp가 해석하는 것과 같이 별개 상품성을 판단하면서 소비자 순 효용 증가여부를 고려하여 그 결과가 정(正)인 경우에는 반드시 별개상품이라고 보지 않을 수도 있는 것이다. 이렇게 되면 다른 요건들, 즉, 구입강제성이나 공정거래저해성 등을 판단할 필요가 없어지게 된다. 위와 같은 해석은 우리 법제상 기술혁신을 과도하게 억지하지 않으면서 별개 상품성을 판단하는 하나의 유용한 방법이 될 수 있을 것이다.

결론적으로, 위와 같은 해석론을 취하면 우리 법상으로도 윈도우 메신저가 윈도우 XP에 통합됨으로써 소비자 순 효용 증가가 있다면 별개 상품성이 부정될 것이다. 특히 최근 경쟁회사인 애플사와 넷스케이프사가 자사의 최신 프로그램에 인스턴트 메신저를 통합한 것은 통합에 따른 효율성 증대 효과가 상당하다는 것을 입증해 주

위 심결 이외에도 공정거래위원회 2002. 1. 11. 의결 제2002-005호; 공정거래위원회 2001. 5. 2. 의결 제2001-073호; 공정거래위원회 2000. 8. 26. 의결 제2000-224호; 공정거래위원회 2000. 8. 8. 의결 제2000-203호; 공정거래위원회 2000. 6. 16. 의결 제2000-88호; 공정거래위원회 1992. 10. 22. 의결 제92-124호도 같은 입장이다.

¹⁴⁰ 이동규, p. 416. 권오승 교수도 마찬가지로 “이는 반드시 당해 업계에서 실제로 행해지고 있는 관행을 말하는 것은 아니며 공정경쟁의 관점에서 객관적으로 인정되는 관행”이라는 입장이다. 권오승, p. 328.

므로, 인스턴트 메신저와 운영체제(또는 브라우저와 같이 운영체제의 역할을 일부 대체하는 미들웨어)를 통합하는 것은 공정거래법상 ‘하나의 상품’으로 판단할 중요한 근거가 된다.¹⁴¹ 다만, 이 글에서는 “정상적 거래관행”의 의미에 관한 심층적 분석과 윈도우 메신저의 윈도우 XP에의 통합으로 인한 소비자 순 효용 증가 여부는 “부당성” 내지는 “공정거래저해성” 요건 판단 부분에서 다루기로 하고 여기에서 더 이상 깊이 들어가지 않기로 한다.

나. 구입강제성

우리 법 시행령 별표 1에서 규정하는 끼워팔기의 정의에는 “구입 강제”라는 표현은 들어가 있지 않다. 그러나, “부당하게... 구입하도록 하는 행위”란 결국 구입강제성을 의미하는 것이고, 법 제23조 제1항 제3호 후단에서는 “부당하게 경쟁자의 고객을 자기와 거래하도록 강제하는 행위”로서 “거래강제”의 대표적인 유형으로서 별표에서 끼워팔기를 정의하고 있기 때문에 거래강제성이 위법한 끼워팔기의 요건으로 요구되는 것은 당연하다고 본다. 입법 목적으로도 끼워팔기가 비난되는 가장 핵심적인 이유는 소비자의 상품선택권을 침해한다는 것이기 때문임에도 더욱 그러하다.

우리나라 공정위 심결례에서 나타나는 예식장, 장례식장 등에서의 끼워팔기 유형에서는 구입강제성을 드러난 증거들로 인정하는데 어려운 사안이 없었다. 그러나 윈도우 메신저 사건의 경우에는 통상적인 사례인 “의사를 억압하는 물리적인 강제”가 이용된 것은 아니고 기술적으로 통합되어 출시된 것이기 때문에 특징이 있다. 또한 우리 법제상 “구입”강제가 요구되기 때문에 “가격 통합”이 있지 않는 한 “구입강제성” 요건을 충족시키기 어렵다는 점은 이미 지적하였다.

여하튼 “구입”요건이 충족된다고 가정할 때, 윈도우 메신저사건에서의 구입 강제성 판단은 미국법상 당연위법원칙 하에서와 같이 결국 마이크로소프트가 인스턴트 메신저 프로그램의 소비자들로 하여금 자기 상품만을 구매하도록 상품선택의 여지를 박탈하였는지의 여부에 따르게 된다. 미국 하급심 판례들은 “구입강제”의 의미를 여러 가지로 달리 사용하였음은 앞서 보았다. 즉, (i) 구매자가 주 상품 구매의 조건으로 부 상품 구매를 강제 당하였는지 아니면 주 상품만의 구매 선택이 가능했는지 여부, (ii) 피고인 판매자가 주 상품시장에서 시장지배력이 있는지 여부, (iii) 특정구매자가

¹⁴¹ *Jefferson Parish*(1984) 판결에서 미 대법원은 주 상품시장의 경쟁업체가 두 품목을 분리 판매하는지 아니면 피고와 마찬가지로 통합하며 판매하는지가 별개 상품인지 여부를 판단하는 데 중요한 고려대상이 된다고 판시하였는 바, Apple사나 Netscape사가 자사 프로그램에 인스턴트 메신저를 통합하여 제공하는 점은 별개상품이 아니라고 결론 내릴 수 있는 자료가 될 수 있다.

부 상품을 어차피 구매할 것이어서 그것을 구매하도록 강제됨으로써 피해를 입은 것이 없는지 여부, (iv) 끼워팔기가 없었다면 구매자가 행사하였을 다른 선택의 기회를 봉쇄했는지 여부 등이다. *Jefferson Parish* (1984) 판결은 그 중 마지막 개념까지 포함하여 구입강제성 여부를 판단하였음은 앞서 보았다.¹⁴² 이에 따르면 부 상품을 구매강요당했다고 해도 다른 경쟁물품을 계속 선택 구매, 사용할 수 있다면 위 “구입강제”요건을 충족시키지 못하게 된다.

우리 별표상으로는 “거래상대방에 대하여” 구입 강제하는 것이기 때문에 윈도우 XP 판매계약의 거래상대방은 개인용 PC를 제조하는 OEM과 윈도우 XP를 별도로 구입하는 일반 소비자들이 모두 포함된다. 우선 윈도우 XP를 구매하는 OEMs나 일반 소비자들은 운영체제를 구입하면서 그에 기술적으로 통합된 윈도우 메신저를 당연히 같이 공급 받지 않을 수 없다. 그런 점에서 소비자의 선택권을 박탈하였다는 주장이 일견 설득력을 가지는 것으로 보인다.¹⁴³ 즉 OEM이나 소비자의 입장에서 보면 만약 자신들이 선택할 수 있었다면 윈도우 메신저가 아닌 경쟁사의 프로그램을 선택할 수도 있는데, 윈도우 메신저가 기본으로 설치되어 ‘원하지 않는’ 상품을 강제로 공급 받는 구매자가 있을 수 있으며, 또한 인스턴트 메신저 프로그램 중 특별한 선호가 없는 사용자는 이미 윈도우 메신저가 설치되어 있으므로 굳이 시간과 노력을 들여 다른 제품을 찾아 보고 다운로드 받아 설치할 노력을 하지 않게 되어 마이크로소프트사가 경쟁사들을 소비자들로부터 배제하는 결과를 상정할 수 있다.¹⁴⁴

그러나, 위 구입강제의 네 번째 개념을 유념하면서 다음과 같은 사실을 고려하면 구입강제성이 없다는 결론에 도달한다. 우선 기술적으로 윈도우 XP는 다른 회사의 인스턴트 메신저 프로그램도 같이 작동될 수 있도록 설계되어 있다. 특히 브라우저와는 달리 현재 유통되는 인스턴트 메신저 프로그램 사이에는 상호호환성(interoperability)이 없어 특정 메신저 프로그램을 쓰는 사용자와 실시간 대화를 하기 위해서는 반드시

¹⁴² Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy* (1994), pp. 364-365.

¹⁴³ 여기서 구입강제의 네 가지 개념 중 첫번째 개념이 충족된다.

¹⁴⁴ 그렇지만 또한 명백한 것은 인스턴트 메신저 프로그램을 운영체제에 포함하면 많은 소비자들이 메신저 프로그램을 손쉽게 이용할 수 있어 이들에게는 분명히 혜택이 돌아간다는 사실이다. 예를 들어 인터넷에서 다운로드 받아 사용해야 한다면 아예 메신저 프로그램을 사용하지 않을 사용자의 경우 자동으로 설치된 윈도우 메신저를 통해 인스턴트 메시징 기능을 사용하게 될 수도 있다. 나아가 앞에서 살펴본 것처럼 통합에 따라 관련 API가 제공되어 응용프로그램 제작업체의 비용이 절감되고 더 나은 품질의 응용프로그램이 제공되어 최종 소비자에게도 이익이 될 수 있다.

그 프로그램을 사용해야 한다.¹⁴⁵ 앞에서 살펴본 것처럼 브라우저와는 달리 메신저 프로그램은 크기가 작아 ADSL(asymmetric digital subscriber line)과 케이블모뎀과 같은 초고속인터넷기술이 광범위하게 발달한 우리 나라의 경우 소비자들이 인스턴트 메신저를 인터넷에서 직접 다운로드 받아 사용하기가 매우 용이하다. 실제로 2002년 7월 말 실시한 조사에서 우리나라에서 윈도우 XP의 최종소비자들 중에서 인스턴트 메신저를 사용하는 소비자들은 53.2%가 개인용 컴퓨터에 두개 이상의 인스턴트 메신저 프로그램을 함께 설치하여 상황에 따라 선택적으로 여러 프로그램을 사용하고 있다.¹⁴⁶ 더욱이 인스턴트 메신저 프로그램을 선택하는 주요 이유로는 “친한 사람들이 쓰는 메신저이기 때문에”가 56%임에 비하여 “사용하기 편해서”와 “유명한 메신저라서”는 각 9.9%밖에 차지하지 못하는 것을 보면 윈도우 XP에 윈도우 메신저 프로그램이 자동 설치되어 있음으로써 소비자의 사용을 강제하는 효과는 매우 제한적인 것으로 보인다. 이는 미국의 경우도 마찬가지로, 많은 사용자들이 복수의 메신저 프로그램을 사용하고 있다.¹⁴⁷

또한 마이크로소프트사의 IE 관련 반독점 사건과는 달리 윈도우 메신저 사건의 경우에는 마이크로소프트 사가 OEM이나 IAP와의 계약을 통해 경쟁 인스턴트 메

¹⁴⁵ 미국의 경우 1위 업체인 AOL의 AIM 메신저 서비스에 대해 경쟁 업체인 마이크로소프트 사 등이 자신의 MSN 메신저를 이용하여 접속하려는 시도에 대해 AOL이 코드를 변경하여 거부했는데, 이는 AOL이 브라우저 시장 등에서 마이크로소프트 사가 사용했다고 주장한 배타적 행위와 유사한 배타적 전략을 구사한 것이다. Jim Hu, “Did AOL shoot the messenger? Decision to cut off rivals may backfire in Microsoft battle,” CNET News.com. April 5, 2001, <http://news.com.com/2009-1023-255232.html>. 국내업체들은 2001년 7월 서비스 제공자에 상관없이 메시지를 주고 받을 수 있는 플랫폼 표준화 협회를 출범시키고 2001년 12월 표준 프로토콜의 개발을 완료했으나, 상위 업체들의 미온적인 태도와 이해관계 대립으로 상용화에 실패하였다. “메신저 표준화 협회 5일 출범”, 전자 신문 2001년 7월 3일자 인터넷 기사.; “메신저 플랫폼 통합 ‘암초에’”, 전자 신문 2001년 12월 18일자 인터넷 기사. <http://etimesi.com>에서 검색할 수 있다.

¹⁴⁶ “‘메신저 하루 1시간 사용’ 47%, 네티즌 1인당 1.75개의 메신저 서비스에 등록”, 한국일보 2002년 7월 30일자 인터넷 기사. <http://hankooki.com>에서 검색할 수 있다.

¹⁴⁷ 2000년 11월 실시한 Media Metrix사가 실시한 미국 인스턴트 메신저 프로그램 사용자 조사 결과, 시장 점유율 1위인 AOL의 AIM 프로그램 사용자의 약 1/3이 다른 메신저 프로그램을 함께 사용하고 있는 것으로 파악되었다. Jim Hu, “AOL’s lead in instant messaging arena dwindles,” Cnet news.com November 16, 2000. <http://news.com.com/2100-1023-248700.html>.

신사업체의 제품의 배포를 배제했다는 주장이 제기된 적이 없으며, 만약 계약을 체결한다고 해도 배제 효과는 기대되지 않는다.¹⁴⁸ 즉 용량이 큰 인터넷 브라우저와는 달리 인스턴트 메신저의 주요 유통 수단은 OEM이나 IAP가 아니라 인터넷을 통한 다운로드인데 인터넷은 누구도 소유하지 않고 있으므로 마이크로소프트사가 장악할 수도 없으며 그 결과 경쟁 인스턴트 메신저 프로그램 제공업체들이 시장으로부터 배제(foreclose)되고 있지 않아, 소비자들은 윈도우 XP를 구매해도 여전히 경쟁 메신저 프로그램을 추가적으로 선택할 수 있다.

더욱이 2001년 6월 항소법원이 셔먼법 제2조 위반에 대한 유죄 판결 인정에 따라 2001년 11월 미국 법무성과 마이크로소프트사의 합의안을 작성하였고 그 결과 2002년 9월 중순에 Windows XP Service Pack 1이 출시되었는데, 이를 소비자들이 무료로 인터넷에서 다운로드 받아 설치하면 마이크로소프트사의 미들웨어(middleware)의¹⁴⁹ 아이콘을 바탕화면과 시작메뉴에서 삭제하고 경쟁 제품을 디폴트 프로그램으로 설치하는 것이 매우 용이해지며, OEM들도 경쟁 미들웨어를 기본 프로그램으로 설치하고 마이크로소프트사 제품의 아이콘은 삭제한 컴퓨터를 판매하는 것이 손쉬워진다. 따라서 Service Pack 1이 출시된 9월 중순 현재 윈도우 메신저가 윈도우 XP에 통합되어 발생할 수도 있는 소비자선택권 제약요소는 더욱 사라지게 된다.

물론 Service Pack 1이 설치되어도 마이크로소프트사의 미들웨어의 아이콘만 바탕화면과 시작메뉴에서 삭제 가능할 뿐 프로그램 코드 자체는 남아 있어서, 다른 관련 프로그램에서 마이크로소프트 사의 미들웨어(예를 들어 윈도우 메신저)의 기능을 이용하는 작동을 사용자가 실시하면 마이크로소프트 사의 미들웨어가 다시 설

¹⁴⁸ 미국의 IE 관련 사건의 경우에는 컴퓨터 제조업체(OEM)의 사전설치(pre-installation)와 인터넷 접속서비스 제공업체(IAP)를 통한 브라우저의 배포가 인터넷을 통해 소비자가 직접 브라우저를 다운로드 받거나 프로그램 CD를 불특정 다수 소비자에게 대량 우송하는 것보다 훨씬 효과적이며 저렴한 유통 수단이었다. 따라서 마이크로소프트사는 OEM 및 IAP과 맺은 배타적 계약(예를 들어, OEM들이 경쟁 제품인 Navigator를 설치할 경우 바탕화면에서 Navigator의 아이콘이 IE의 아이콘보다 커서는 안 된다는 조항, IAP의 경우 IE의 점유율이 85%이상이어야 한다는 조항)을 통해 경쟁사 제품인 네비게이터를 시장에서 반경쟁적으로 배제할 수 있었다. 그 결과 ‘인텔 호환 PC 운영체제 시장의 독점을 불법적으로 유지’(illegal maintenance of monopoly in the Intel-compatible PC operating systems market)함으로써 셔먼법 제2조 위반으로 워싱턴 지방법원과 항소법원이 판시하였다.

¹⁴⁹ 수정 합의안은 Internet Explorer, Windows Media Player, Microsoft's Java Virtual Machine, Window Messenger를 마이크로소프트 사의 미들웨어에 포함하고 있다. *Second Revised Proposed Final Judgment*, February 27, 2002, <http://www.usdoj.gov/atr/cases/f10100/10146a.htm>

치되고 구동된다. 따라서 극단적으로 최종소비자가 윈도우 메신저 프로그램을 원하지 않아도 이를 스스로 거리낌없이 삭제할 수는 없는 상태이다. 그러나 이를 도외시하지 않더라도 윈도우 운영체제에 윈도우 메신저 기능을 통합시킨 것이 소비자들로 하여금 자기 상품만을 구매하도록 하여 다른 상품의 선택의 여지를 박탈한 것으로 보기는 어렵다. 소비자들은 윈도우 메신저를 포함하여 무료로 다운로드 받을 수 있는 다른 여러 인스턴트 메신저 프로그램 가운데 가장 자기가 선호하는 프로그램을 사용할 선택권을 그대로 가지고 있으며, 실제로 시장조사에서 그런 것으로 나타나기 때문이다. 즉, 구입“강제”의 개념이 다른 경쟁상품을 사용 못하게 하는 의미까지 포함된다 할 때 그 개념을 우리법상 윈도우 메신저 사건의 분석에 적용하면, 윈도우 메신저와 윈도우 XP의 통합이 다른 경쟁상품의 선택을 배제(foreclosing other options)하는 것은 아니기 때문에 “강제”가 있다고 할 수 없다는 결론에 이르게 된다.

따라서 Service Pack 1이 설치 가능한 2002년 9월 현재 윈도우 메신저와 윈도우 XP의 통합이 소비자의 선택권을 침해하여 구입강제성 요건을 충족한다고 볼 수는 없다.

다. 부당성 또는 공정거래저해성

(1) 위법성 판단기준

앞서 불공정거래행위의 위법성 판단기준에 관하여 논하면서 개별요건에서 표현되는 “부당성” 요건은 결국 “공정거래저해성”의 구체적인 표현이며, 그 구체적 판단은 개별 행위유형에 따라 달라질 수 있는 바, 특히 끼워팔기와 관련하여 “부당성”은 경쟁제한성을 포함하는 개념으로 파악하여야 함을 보았다. 이는 공정위의 끼워팔기에 관한 심결례 뿐만 아니라 우리나라 대법원의 다른 불공정거래행위에 관한 부당성의 판단에서도 마찬가지로 확인되고 있다. 또한 부당성에 관한 입증책임은 공정위나 손해배상소송에서의 원고측에 있다는 것도 앞서 보았다.

우리 법 시행령 별표상 부당성 내지는 공정거래저해성은 “정상적인 거래관행에 비추어 부당하게”라는 표현으로 구체화되어 있다. 여기에서 “정상적인 거래관행”이란 기존의 관행을 의미하는 것이 아니라 공정경쟁 질서유지의 관점에서 객관적으로 인정되는 관행을 의미한다는 것은 이미 앞서 본 바이다. 따라서, 기존의 시장에서 인스턴트 메신저가 별개로 공급되고 있다는 사실만으로 윈도우 메신저를 윈도우 XP에 통합시킨 것이 “정상적인 관행에 비추어 부당”하다고 할 수는 없게 된다. 특히 앞서 언급한 것처럼, 마이크로소프트사 윈도우의 경쟁 운영체제를 판매하는 애플사가 최신 운영체제인 Mac OS 10.2에 인스턴트 메신저 프로그램인 iChat을 통합했으며, Netscape사는 최신 인터넷 브라우저 프로그램인 Navigator 7.0에 모회사인 AOL의 인스턴트 메신저 프로그램 AIM를 통합했다. 그런데, 마이크로소프트, 애플, 넷스케이프 세 사 모

두 인스턴트 메신저 프로그램이 삭제된 프로그램을 할인된 가격에 판매하고 있지 않다는 사실은 윈도우 메신저와 윈도우 XP의 통합이 “정상적인 관행에 비추어 부당”하다고 판단하기 힘들게 한다.

결국 “공정경쟁 질서유지의 관점에서 객관적으로 인정되는 관행”이란 “경쟁제한성을 갖지 않는 관행”을 말하는 것이고, 따라서 경쟁제한성이 그 판단의 잣대가 되게 된다. 앞서 이미 분석한 “부당성”의 개념도 경쟁제한성을 판단의 잣대로 하며, 이를 “정상적인 관행에 비추어” 판단하여도 마찬가지로 “경쟁제한성”이 그 판단의 잣대가 됨에는 변함이 없음을 알 수 있다. 즉, 마이크로소프트가 윈도우 메신저를 윈도우 XP에 통합시킨 것은 그로 인하여 부 상품시장 내에서 경쟁제한적 효과가 발생하는 경우에 한하여 “정상적인 거래관행에 비추어 부당”하다고 판단할 수 있게 된다.

또한, “정상적인 거래관행”을 공정경쟁의 관점에서 본다면 이는 결국 소비자이익의 관점에서 판단하여야 한다. 따라서 윈도우 메신저를 윈도우 XP에 통합시키는 것으로 인하여 소비자의 선택권에 일부 제약을 가하는 반경쟁적인 효과가 있다고 하더라도 동시에 그로 인한 소비자 이익증대효과가 그 반경쟁적인 효과를 능가하는 경우에는, 즉 소비자 순이익증대 효과가 있는 경우에는 이를 “정상적인 거래관행”에 비추어 부당하다고 볼 수는 없을 것이다. 쉽게 말하자면, 소비자에게 좋은 거래관행이 “정상적인 거래관행에 비추어 부당”한 것이라고 비난할 수는 없다는 것이다. 이러한 해석은 불공정거래행위의 “부당성”의 판단은 공정거래법의 목적을 선언하는 제1조의 취지에 합치되게끔 해석되어야 한다는 학자의 견해¹⁵⁰나 대법원판례의 입장¹⁵¹에 의해서도 지지될 수 있다. 즉, 공정거래법 제1조는 “소비자를 보호”하는 것을 가장 중요한 입법 목적으로 선언하고 있다. 따라서, “소비자이익” 증진효과가 있는 행위를 “정상적인 거래관행에 비추어 부당하다”고 판단하는 것은 입법 목적과 취지에 부합하지 않게 끼워팔기에 관한 “부당성” 판단을 한 것이라는 비난이 가해 질 수 있기 때문이다.

공정위도 끼워팔기에 관한 부당성 판단은 “합리성원칙”에 입각하여 경쟁저해성

¹⁵⁰ 권오승, p. 306.

¹⁵¹ 대법원 1998. 9. 8. 선고 96누9003 판결 (“불공정거래행위로서 같은 법의 규제 대상이 되기 위하여는 당해 행위가 외형적으로 위 각 규정이 정하는 요건을 갖추는 외에 그것이 같은 법의 목적에 비추어 부당한 것이어야 하고....”)

이 인정되는 경우에만 위법으로 판단하겠다는 입장을 공식적으로 밝히고 있는 바,¹⁵² 이는 위에서 본 바에 따르면 타당한 입장인 것으로 이해된다. 보다 구체적으로 공정위 심결례를 보면, 끼워팔기의 부당성 내지는 공정거래저해성을 판단하면서 소비자의 자유선택권의 제한과 부 상품시장 내에서의 경쟁침해 여부를 판단의 기준으로 제시하고 있음을 알 수 있다.¹⁵³ 학자들도 끼워팔기를 불공정거래행위 유형 중에서 경쟁제한성이 문제되는 유형으로 분류하는데 일치를 보고 있음은 앞서 보았으며, 특히 끼워

¹⁵² 공정거래위원회, 공정거래백서, 1997, pp. 199-200. 동 공정거래백서에서는 더 나아가 불공정거래행위 유형 중 “정당한 이유없이”라는 요건을 포함하는 행위 유형은 “당연위법행위”로, “부당하게”로 규정된 행위는 경쟁저해성이 판명된 경우에만 위법한 것으로 판단하는 소위 “조리위법행위”로 분류하고 있다. 학자들은 이에 대하여 명문의 근거 없이 미국법상 당연위법원칙과 합리성원칙의 분류를 그대로 따르고 있다는 비판을 하고 있다. 권오승, pp. 307-308.; 김기영 I, p. 634, 각주 3. 이와 같이 외국법을 따라 일반적인 분류방식을 시도하는 것은 비판을 받을 여지가 있으나, 여하튼 끼워팔기에 대하여는 합리성원칙을 적용하여 경쟁저해성이 있는 경우에만 위법으로 보겠다는 입장은 앞서 본 분석에 따를 때 타당한 것으로 생각한다. 김기영 I, p. 634, 각주 3에서는 위와 같은 공정위의 입장은 그 이후 나온 공정거래백서에서는 사라졌다고 말하고 있으나, 이는 그 입장을 철회한 것이 아니라 그 이후의 공정거래백서는 주로 통계위주로만 발간되어 이 부분에 해당하는 공정위입장 표명 기회가 없어졌을 뿐이다. 따라서, 위와 같은 공정위의 입장은 그대로 유지되고 있는 것으로 보아야 한다. 특히 공정거래백서에 위와 같은 법 집행에 관한 중요한 기준이 공식적으로 천명되어 있으면, 피집행자 입장에서는 이에 기초한 신뢰를 가지게 된다는 점을 유의할 필요가 있다.

¹⁵³ 공정거래위원회 1999. 11. 30. 의결 제99-246호 (“유족의 자유의사를 침해하고 불공정한 방법으로 장의용품 시장에서의 자유경쟁을 제한하는 부당한 행위라고 인정된다.”); 공정거래위원회 의결 제96-22호 (“피심인의 행위는 고객의 자유로운 의사결정에 따라 행해진 것이 아니라 판단되므로 부당하다.”); 공정거래위원회 1992. 10. 22. 의결 제92-124호 (비인기양주를 끼워 판매한 행위는 정상적인 거래관행에 비추어 공정한 경쟁을 저해할 우려가 있는 부당한 행위로 인정된다.”); 공정거래위원회 1997. 12. 31. 의결 제97-341호 (“장례용품을 이용자의 의사에 반하여 사용토록 한 행위는 정상적인 거래관행에 비추어 부당하게 구입하도록 강제한 행위로 인정됨.”). 다만, 소비자 선택권제한 여부가 구입강제성의 요건인지 아니면 부당성의 요건인지는 사건에 따라 명백하지 않은 것으로 보인다.

팔기의 위법성 판단과 관련하여 이를 금지시키는 것은 경쟁제한성이 인정되기 때문이고, 이에 대하여는 당연위법원칙이 적용되는 것이 아니라 소비자 선택권의 제한과 부 상품 시장 내 자유경쟁의 침해요소를 고려하여 개별적으로 판단하여야 한다¹⁵⁴고 하면서 실질적으로 공정위와 마찬가지로 입장을 취하고 있다.

다만, 여기서 소비자의 선택권 제한이라는 요소가 “구입강제성”의 판단요소인지 아니면, 부당성 내지는 공정거래저해성 판단의 요소인지는 공정위나 학자들의 견해가 불분명하다. 그러나, 이는 개념적 구분의 문제일 뿐, 실제로 끼워팔기의 위법성 판단 시에는 “구입강제성”이든 아니면 “부당성”이든 이 모두를 판단하게 되고, 따라서 당연히 소비자 선택권제한 여부는 고려의 대상이 된다. 그리고 소비자 선택권의 문제는 구입강제성의 문제이면서 동시에 그로 인하여 경쟁제한성의 한 측면을 이루기도 하므로, 양 요건에 모두 해당된다고 봄이 옳다. 따라서, 위에서 “구입강제성”을 분석하면서 소비자 선택권의 제한을 고려하였지만, 여기서 부당성을 판단하면서도 그것을 경쟁제한성의 한 요소로서 고려하여 판단하기로 한다.

이상의 분석을 종합하면, 우리법상 끼워팔기의 부당성은 그로 인하여 소비자의 선택권이 제한되고 부 상품 시장 내에서의 경쟁제한효과가 판명되는 경우에만 인정된다. 다만, 그러한 경쟁제한효과가 존재하더라도 만약 두 제품의 통합으로 인한 소비자이익 증대효과—즉, 친경쟁효과—가 그 경쟁제한효과를 능가하는 경우에는 “정상적인 거래관행에 비추어 부당한” 끼워팔기라고 할 수 없다. 친경쟁효과의 존재는 이를 주장하는 측에서 입증해야 하겠지만, 그 존재가 인정되는 경우에 궁극적으로 경쟁제한효과가 소비자이익증진효과를 능가한다는 점은 공정위나 손해배상소송에서의 원고가 이를 입증하여야 한다. 이는 우리법상 기본적으로 “부당성”의 입증책임은 공정위나 원고에게 있기 때문이다. 따라서 미국법 하에서 끼워팔기에 합리성원칙을 적용한 것과 같은 결과에 도달한다. 그러나, 그 근거는 미국법에 있는 것이 아니라 우리나라 법규정과 그 입법취지에서 나온 것이다. 이에 입각하여 윈도우 메신저 사건에서 부당성이 인정되는지를 살펴 보자.

(2) 윈도우 메신저 사건에의 적용

(가) 경쟁제한성 여부

¹⁵⁴ 권오승, p. 327. (“이러한 끼워팔기가 독과점사업자나 우월적 지위에 있는 사업자에 의해 행해짐으로써 끼워 팔리는 상품의 시장(tied product market)에서 경쟁을 감소시키고, 거래 상대방의 거래처 선택의 자유를 제한하는 경우에는 경쟁제한성이 인정되어 금지되는 것이다.”); 권오승, 양명조, 서헌제, 정호열 공저, 공정거래법심결례100선(1996), 법문사, pp. 276-277.

우선 원고는 마이크로소프트의 행위가 불합리하게 경쟁을 제한하는 지를 입증하여야 한다. 그 입증에 성공하기 위해서는 부 상품 시장에서의 경쟁에 마이크로소프트의 행위가 어떤 영향을 실제로 미쳤는지를 조사해야 한다. 이를 위해서는 관련 시장이 확정되어야 하며, 그 시장에 끼워팔기 그 자체 이외에 시장진입장벽이 존재하는지를 입증해야 한다.

우선 관련시장이 확정되어야 한다. 상품관련시장은 가장 좁게는 윈도우 메신저처럼 인스턴트 메신저기능만을 가지고 기타 상품광고나 포털사이트에의 연결 기능 등을 갖지 않는 프로그램에만 한정시킬 수도 있을 것이나, 현실적으로 인스턴트 메신저 기능을 포함하는 다른 프로그램과 경쟁이 문제되는 상황이기 때문에 위와 같은 부가적 기능이 있는 인스턴트 메신저 프로그램을 포함한 시장을 상품관련시장으로 보자. 지리적 관련시장은 사실상 외국의 인스턴트 메신저 프로그램을 국내 소비자들도 사용할 수 있기 때문에¹⁵⁵ 국내업체에서 제공되는 인스턴트 메신저 프로그램을 넘어서는 범위일 수 있다. 또한 소비자 입장에서 보더라도 해외에 체류하는 동포나 유학생들은 국내 프로그램을 사용할 수도 있다. 따라서, 지리적 관련시장은 매우 광범위한 것으로 보인다.¹⁵⁶

부 상품 시장 내에 시장진입장벽(barriers to entry)이 존재하는가?¹⁵⁷ 제2절에서 살펴본 것처럼 국내 업체가 제공하는 메신저 프로그램이 30여 개에 달하며, 버디버디, 드림위즈의 지니 등의 프로그램이 청소년들이 원하는 기능을 제공하여 이들 사이에서 시장 점유율이 1, 2위를 차지한다는 사실¹⁵⁸ 등을 고려하면 현저한 진입 장벽이 있다고 보기 어렵다. 이 점이 미국의 인터넷 브라우저 사건과 우리나라의 윈도우 메신저 사건의 또 하나의 차이점이다. 즉, 브라우저의 경우 기능성이 매우 복잡하여 경쟁

¹⁵⁵ 실제로 인스턴트 메신저 기능은 국제전화요금을 절약하기 위한 목적으로 많이 사용되기 때문에 국내소비자들 중에서도 영어로 메시지를 교환하는 경우가 상당 수 있고, 따라서 국내소비자들도 AOL이나 Yahoo Messenger를 사용하는 경우가 있을 수 있다.

¹⁵⁶ 이러한 특징이 바로 윈도우 메신저 사건을 법적으로 우리나라에서 다른 나라와 특별히 달리 취급하는데 신중을 기해야 할 점으로 지적될 수도 있다.

¹⁵⁷ 이 질문은 매우 중요한데, 그 이유는 끼워팔기가 반경쟁적인 독점화 효과가 나올 수 없기 때문에 당연 합법이어야 한다는 시카고 학파의 주장의 오류를 지적한 ‘전략적 지렛대 이론’이 적용되기 위해서는 제3절에서 본 바와 같이 부 상품 시장인 메신저 시장에 규모의 경제나 망 외부 효과 등으로 인해 현저한 진입 장벽이 존재하고 그 결과 부 상품 시장 구조가 독과점적이어야 하기 때문이다.

¹⁵⁸ “드림위즈, ‘지니’로 인스턴트 메신저 시장서 선전”, 전자신문 2002년 4월 4일자 기사.; “메신저 ‘수익 짝짤하네’”, 전자신문 2002년 9월 11일자 인터넷 기사.

력 있는 제품의 개발에는 막대한 비용이 들어서¹⁵⁹ 진입 장벽이 높고 그 결과 전세계적으로 소수의 프로그램만이 시장에서 선택되는 반면, 인스턴트 메신저 프로그램은 기능이 간단하고 사이즈가 작아 많은 중소기업들이 경쟁적으로 개발하는 점을 볼 때 진입 장벽이 현저하다고 볼 수 없다.¹⁶⁰

또한 마이크로소프트사가 인스턴트 메신저 프로그램과 관련하여는 IE와는 달리 OEM이나 ISP 등 관련 업자들에게 다른 인스턴트 메신저 프로그램을 적극적으로 시장에서 배제시키기 위한 행위를 했다는 증거가 아직까지 제시되지 않고 있다. 특히 인스턴트 메신저 프로그램은 IE나 Netscape와 같은 인터넷 검색 프로그램처럼 큰 용량을 차지하지도 않기 때문에 소비자들이 쉽게 인터넷 등을 통해 무료로 다운로드 받을 수 있음은 이미 언급하였다. 윈도우 XP는 다른 인스턴트 메신저 프로그램을 최종 소비자들이나 OEM등이 병렬적으로 하나의 개인용 컴퓨터에 장치하고 동시에 사용하는 것을 전혀 기술적으로 불가능하게 하고 있지 않다. 더욱이 Windows Service Pack 1을 설치하면 윈도우 메신저 기능을 포함한 마이크로소프트사의 미들웨어(middleware)의 아이콘을 바탕화면과 시작메뉴에서 삭제하고 경쟁 제품을 디폴트 프로그램으로 설치하는 것이 매우 용이해지며, OEM들도 경쟁 인스턴트 메신저를 디폴트 프로그램으로 설치하고 마이크로소프트사 제품의 아이콘은 삭제한 컴퓨터를 판매하는 것이 손쉬워지기 때문에 마이크로소프트사가 시장진입장벽을 인위적으로 높여 경쟁업체 배제행위를 하였다고 보기는 어렵다.

소비자 선택권 제한이 경쟁제한성의 한 요소라고 가정했을 때, 과연 윈도우 메신저의 윈도우 XP에의 통합으로 인하여 소비자의 선택권이 제한되었는가? 이에 관하여는 위에서 구매강제성 여부를 판단하면서 충분히 언급하였다. 결국 윈도우 메신저의 운영체제에의 통합은 소비자들에게 인스턴트 메신저 프로그램을 하나 더 제공하는데 지나지 않으며, 소비자들이 다른 경쟁 프로그램을 병렬적으로 사용하는 것이 기술적으로 전혀 불가능하지 않고, 현실적으로도 소비자들은 복수의 인스턴트 메신저 프로그램을 병렬적으로 사용하고 있음에 비추어 소비자의 선택권을 박탈한다고는 할 수 없다는 것이다. 나아가 Service Pack 1은 소비자선택권 제약 우려를 한층 더 해소할 것으로 생각된다.

¹⁵⁹ 마이크로소프트사는 1995년부터 IE의 개발에 매년 1억불 이상을 투자하여 왔으며, 1999년의 경우 1,000명 이상의 프로그래머들이 IE의 개발에 투입되었다. *United States. v.*

Microsoft Corp., Findings of Fact, U.S. District Court for the District of Columbia, Civil Action No. 98-1232 (TPJ, 2000), pp. 67-68.

¹⁶⁰ 이런 점에서 끼워팔기에 의해 부 상품 시장이 독점화되거나 주 상품 시장의 독점이 유지, 확장되는 반 경쟁적인 결과가 나올 수 있다는 전략적 지렛대 이론이 적용되기 위한 필요 조건이 충족되지 않는다.

앞서 본 바와 같이 미국에서의 전통적인 당연위법원칙 하에서는 시장의 경쟁 제한적 요건으로서 시장봉쇄(market foreclosure)효과를 요구하고 있다. 우리가 미국법과 동일한 위법성 판단기준을 적용해야 할 필요는 없지만 경쟁제한효과의 하나로서 시장봉쇄가 발생하는지를 판단해 보는 것은 의미가 있을 것이다. 즉, 윈도우 메신저를 운영체제에 통합하여 판매하는 결과 거래의 상당부분이 봉쇄되었는지의 여부이다. 윈도우 XP나 그 미래 버전이 윈도우 메신저 기능을 계속 통합한다고 가정했을 때 윈도우 메신저가 윈도우 XP를 사용하는 소비자의 컴퓨터에 자동 설치되어 있다고 해서 그 소비자들의 숫자만큼 다른 경쟁상품의 시장점유 몫을 빼앗아 옴으로써 그에 상응한 만큼의 시장봉쇄가 발생할 것으로 보는 것은 잘못이다. 다른 일반적인 상품의 끼워팔기의 경우에는 부 상품을 강제로 구입 당하고 나서 그 부 상품과 경쟁관계에 있는 제품을 다시 중복적으로 구매하는 것은 그에 관한 경제적 효용이 충분히 존재하는 아주 예외적인 경우를 제외하고는 중복비용지출을 초래할 것이기에 거의 불가능하다. 따라서, 주 상품에서 시장지배력을 가지는 경우에는 이를 지렛대로 하여 부 상품 시장에 끼워 판 만큼의 교역량 봉쇄가 일어날 수 있다. 그러나, 윈도우 메신저의 통합은 경우가 다르다. 즉, 윈도우 메신저가 윈도우 XP에 포함되어 있다고 해서 소비자들이 반드시 윈도우 메신저만을 사용하도록 강제되는 것은 아니다. 소비자가 윈도우 메신저 프로그램 자체를 원천적으로 자유롭게 삭제할 수 없으므로 윈도우 메신저가 자신이 구입한 윈도우 XP에 항상 포함되어 있다고 상정하더라도 소비자는 다른 경쟁 인스턴트 메신저 기능이 더 자기가 선호하는 프로그램이라면 여전히 이를 선택, 사용할 수가 있기 때문이다. 더욱이 인스턴트 메신저 프로그램은 무료로 다운로드 받을 수 있고 그 용량이 상대적으로 작기 때문에 그로 인한 소비자 중복비용지출로 인한 부담도 미미하다. 특히 실제로 많은 소비자가 자발적으로 새로운 프로그램을 다운로드 받아 중복적 또는 선택적으로 사용한다는 시장조사결과는 그 자체만으로도 편익이 비용을 능가한다는 것을 보여준다. 이렇게 경쟁 프로그램을 중복적으로나 선택적으로 사용할 수 있는 가능성이 항상 열려 있는 상황 하에서는 윈도우 XP 사용자에게 윈도우 메신저가 자동 공급된다고 해서 그 만큼 다른 경쟁프로그램의 시장점유 몫을 빼앗아 온다고 할 수 없기 때문에 위 요건에서 의미하는 “상당한 교역량의 봉쇄”가 있다고 할 수 없을 것이다.

결국 윈도우 메신저의 윈도우 XP에의 기술적 통합으로 인한 경쟁제한효과는 존재하지 않거나, 존재하더라도 그 효과가 크지 않음을 알 수 있다. 그러나 다음 절에서는 단순히 논의의 완결성을 위하여 소비자가 윈도우 메신저 프로그램 자체를 원천적으로 삭제할 수 없다는 점에서 소비자 선택권을 어느 정도 제약하는 등 반경쟁적인 효과가 있다는 것을 가정하고 다음 논의를 진행하기로 한다.

(나) 친경쟁적 효과 분석

마이크로소프트측에서는 윈도우 메신저와 윈도우 XP의 통합은 소비자 편익을 증진하는 친경쟁적인 효과가 있다고 주장한다. 일반적으로 끼워팔기는 그로 인한 유통비용과 소비자 거래비용의 절감효과가 있는 것으로 인정되고 있다.¹⁶¹ 메신저 기능을 이용하고자 하는 사용자들의 경우 윈도우 메신저가 윈도우 XP와 함께 공급됨에 따라 탐색 및 설치 비용이 절감되므로 그에 따라 혜택을 보는 소비자들이 분명히 존재한다. 이에 더해 윈도우 메신저의 운영체제에의 기술적 통합으로 증진될 수 있는 소비자 이익은 크게 두 가지로 나누어 볼 수 있다. 우선 윈도우 메신저는 운영체제의 플랫폼으로서의 실시간 통신기능인 원격지원, 화상회의, 공유작업등을 기본적으로 지원하여 이를 소비자들이 활용할 수 있게 한다. 또한 윈도우 메신저는 미들웨어로서 응용 소프트웨어 개발 업체(ISV)의 응용 프로그램 개발을 위한 API를 제공함으로써 그 기술개발을 촉진하고 OEM이나 제3자 소프트웨어 개발업자 등이 같은 소스 코드를 중복적으로 개발하거나 탑재하는 경우에 결국 소비자에게 전가될 수 있는 비용을 줄임으로써 소비자 편익을 증가시키게 된다. 구체적으로 예를 들어, 둘 이상의 제3자 소프트웨어개발업자가 윈도우 메신저에서 제공되는 API를 개별적으로 탑재한다면 소비자는 그로 인한 비용을 중복 지출하게 된다. 또한, OEM이 인스턴트 메시징 기능을 탑재할 수도 있지만, 만약 어느 OEM이 자기 고객들에게는 별 필요가 없다고 판단하여 운영체제에 인스턴트 메시징 기능을 탑재하지 않는다면, 거기서 나오는 API가 필요한 ISV들은 자신의 프로그램 하나하나 마다 그 인스턴트 메시징 기능을 탑재해야 하며, 그로 인한 소비자들의 추가지출비용은 더 분명해진다. 가사, OEM들이 자사 제품에 항상 인스턴트 메시징 기능에서 나오는 API를 탑재한다고 하더라도 이는 운영체제 공급업자가 원래 운영체제에 통합을 시켜 공급하는 것에 비하여 시간적인 간극이 생길 수 밖에 없는 바, 급격하게 변하는 컴퓨터 프로그램시장에서는 그 시간적 지연이 상당한 비용을 발생시킨다는 것이다.¹⁶² 실제로 Groove Network사는 윈도우 메신저의 통합에 따라 제공되는 API를 이용하여 사용자간의 협력이 가능한 응용 프로그램(collaborative software)을 개발하고 있는 사례가 있다는 점에 비추어 보면¹⁶³ 윈도우

¹⁶¹ Phillip E. Areeda, *Antitrust Law* (1991), pp. 51-52.

¹⁶² 이 두 번째 주장은 바로 미국의 반독점 사건에서 마이크로소프트 사가 핵심적으로 주장한 것이며, 운영체제에의 통합으로 인한 API의 제공(expose)에 따른 소비자 이익 증대효과는 이를 D.C.항소법원이 긍정적으로 인정한 바 있다. *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001).

¹⁶³ Joe Wilcox, "Microsoft expands Windows XP messaging," CNET News.com <http://news.com.com/2100-1001-274258.html>. October 11, 2001. 관련 API의 이용에 따라 Groove사의 프로그램 안에서 윈도우 메신저를 통해 동료를 초청할 수 있으며, 윈도우 메신저 프로그램 안에서 Groove 프로그램을 직접 시작할 수 있고 초청에 응할 수 있다. Microsoft and

메신저를 윈도우 XP에 통합함에 따라 상당한 기술적 효율성 제고 및 소비자이익 증대효과가 있음을 알 수 있다.

이상의 분석을 종합해 보면, 윈도우 메신저의 윈도우 XP로의 통합은 상대적으로 작은 경쟁제한효과를 가져옴에 비하여 상당한 소비자이익증진을 통한 친경쟁효과가 있음을 알 수 있다. 여기서 다시 상기해야 하는 것은 “부당성”의 입증책임은 공정위나 손해배상소송에서의 원고에게 있다는 점이다. 따라서, 이 사건에서 윈도우 메신저의 통합이 다른 경쟁제한효과를 더 발생시킨다는 입증이 없는 한, 즉 경쟁제한효과가 소비자이익증진효과를 능가한다는 입증이 없는 한 결국 “공정거래저해성” 내지 “부당성”은 인정되지 않는 것으로 보아야 할 것이다.

위와 같은 결론은 반드시 입증책임에 의존하지 않는다고 해도 달라질 것은 없다고 본다. 예를 들어 일본 고등법원은 소비자이익 증대효과가 있는지를 부당성 판단의 한 고려요소로 인정하고 있을 뿐이며, 따라서 원고가 반드시 반경쟁효과가 소비자이익증대효과를 능가한다는 입증책임을 부담하는 것은 아니다. 가사 우리나라 법하에서도 일본 판례의 태도와 같이 소비자의 이익증대효과가 법원이 끼워팔기의 부당성 요건을 판단하면서 고려하는 요소라고 하더라도, 앞서의 분석에 의하면 이 사건은 경쟁제한성은 상대적으로 작는데 비하여 소비자 이익증대효과가 더 클 개연성이 높으므로, 역시 부당성에 대하여 소극적인 판단을 내릴 수밖에 없다고 본다.¹⁶⁴

Groove Networks: Product Integration Overview, June 2002, Groove Networks.

<http://www.groove.net> 에서 다운로드 가능.

¹⁶⁴ 한편, 일본 고등법원은 당해 엘리베이터 사건에서 고려하는 소비자 이익에 관한 사항으로서 “안전성의 확보 필요성”을 요구하고 있는 바, 그에 관한 입증책임을 피고에게 지우는 것으로 동 판례를 해석한다면, 이러한 일본 판례입장은 “부당성”에 관한 입증책임이 공정위 또는 원고에게 있음을 분명히 하고 있는 우리나라 대법원 판례 하에서는 수용할 수 없는 법 해석 방법이라고 생각된다. 더구나 일본 고등법원이 위 사건에서 “필요성”이라는 용어와 그에 따른 입증책임의 소재 내지는 그 입증의 정도 및 내용에 관하여 심도 있는 고려를 한 이후에 그렇게 판시를 한 것으로 보이지도 않기 때문에 일본 판례의 위 “필요성” 판시부분에 과도한 의미를 부여하는 것은 옳지 않다고 본다. 특히 윈도우 메신저 사건과 같이 직접소비자의 순 효용 증대효과가 친경쟁적 효과로서 정당화사유로 주장되는 경우에는 “필요성”의 요건을 부과하는 것이 부당함은 일본법 하에서의 분석에서 충분히 언급한 바 있다. 또한, 일본의 위 판례는 전통적인 끼워팔기 유형에 해당하는 사건으로서 본 사건과 같은 컴퓨터 소프트웨어 중 미들웨어의 통합에 관한 사건도 아니었던 점을 고려하면 일본 판례의 위 태도를 그대로 이 사건에 적용하는 것이 타당하지 않다는 점도 지적될 수 있다.

VI. 결론

본 논문의 분석 대상인 사건은 윈도우 XP와 윈도우 메신저의 기술적 통합이 공정거래법상 위법한 끼워팔기로 금지되어야 할 것인지에 관한 것이다. 본 논문은 위와 같은 문제에 대하여 경제이론과, 비교법적 고찰, 그리고 우리 공정거래법하의 끼워팔기 규제에 관한 판례와 학설에 기초한 법경제학적 분석을 통하여 위 기술적 통합이 위법한 끼워팔기가 되는지를 판단하기 위해서는 합리성원칙이 적용되어야 하며, 그 결과 윈도우 메신저의 통합은 경쟁제한적 효과는 미미함에 비하여 그로 인한 친경쟁적 효과—소비자효용증대효과—는 상당하기 때문에 위법한 끼워팔기가 아니라는 결론을 도출하였다. 이상의 분석결과를 요약하면 다음과 같다.

우선 끼워팔기에 관한 미국에서의 여러 경제이론을 모두 포섭하더라도 결국 끼워팔기에 대한 독점금지법상 규제는 예외를 인정하지 않는 엄격한 의미에서의 당연위법원칙을 적용하는 것은 부당하고, 합리성원칙이 적용되어야 한다. 따라서, 부상품 시장 내에서의 경쟁배제효과가 있는지가 검증되어야 하며, 가사 경쟁제한효과가 있더라도 같은 행위로 인한 친경쟁효과—소비자효용증대효과—가 있다면, 이를 비교형량하여 그 위법성 여부를 판단하여야 한다.

이러한 합리성원칙의 적용은 끼워팔기법에 관한 비교법적 고찰의 결과로도 지지된다. 플랫폼 기능을 하는 컴퓨터 소프트웨어의 끼워팔기에 관한 현재의 미국 판례법이라고 할 수 있는 마이크로소프트 반독점소송에서의 D.C.연방항소법원판결은 명시적으로 합리성원칙을 적용함이 타당하다고 판시했다. 우리나라와 비슷한 법제를 가진 일본의 경우에도 끼워팔기에 관한 公取委의 심결례나 법원의 판결은 끼워팔기 위법성 판단에 합리성원칙을 적용하는 것으로 보이며, 이는 학설로도 지지되고 있다. EC 경쟁법에 관하여 본 논문에서는 별도의 절에서 독립해서 다루지는 않았으나 마찬가지로 끼워팔기의 규제에 관하여는 합리성원칙을 적용하고 있다.¹⁶⁵ 즉, 위법성 판단에 효율성증진효과를 고려하는 것이다.

우리나라 공정위는 끼워팔기 규제에 합리성원칙을 적용할 것이라는 입장을 공정거래백서에 공식적으로 표명하고 있으며, 불공정거래행위의 규제에 관한 우리나라 학설과 대법원의 판결들을 종합해 볼 때에도 공정거래법상 끼워팔기 규제에는 합리성원칙을 적용함이 타당하다. 이는 경제이론적으로도 타당하며, 비교법적으로도 다른 선진국의 규제와 균형을 이룰 수 있는 합리적인 해석임을 알 수 있다.

이러한 법-경제이론과 판례법적 기반 하에 윈도우 메신저 사건에 합리성원칙을 적용하면 윈도우 메신저의 통합은 상당한 친경쟁적 효과—소비자 효용 증대 효과

¹⁶⁵ Faull and Nikpay, *The EC Law of Competition* (Oxford, 1999) pp. 165-170; Alison Jones and Brenda Sufirin, *EC Competition Law*(2001), Oxford, pp. 368-375; Richard Whish, *Competition Law*(2002), 4th ed., Butterworths, pp. 605-609 참조.

및 응용 프로그램 개발 업체의 비용 절감 효과—에 비하여 경쟁제한적 효과는 미미하기 때문에 위법한 끼워팔기로 볼 수는 없다.

여기서 마지막으로 언급하고 싶은 것은 필자들은 본 논문이 위 구체적 사건의 해결을 위한 분석의 틀을 제공하는 수준을 넘어서 우리나라 독점금지법정책에 일반적으로 기여할 수 있으면 하는 바람이 있다는 점이다. 우선 본 논문은 종래 우리나라 공정거래법상 불공정거래행위를 규제하면서 시행령 별표에 열거된 행위유형의 개별적 위법성 판단기준, 그 중에서도 끼워팔기뿐만 아니라 다른 행위유형에도 적용되는 “부당성” 내지는 “공정거래저해성”의 의미와 법적 판단기준을 처음으로 이론적으로 규명하여 구체적으로 제시하였다고 본다. 그와 관련하여 그 동안 우리 공정거래법 집행과 관련하여 막연히 일컬어지는 합리성원칙이라는 개념이 실제로 우리나라의 구체적 사건에 어떻게 적용되어야 하는지를 자세히 보여주었다. 특히 끼워팔기와 같은 불공정거래행위의 규제와 관련하여 피고가 주장하는 소비자효율증대효과가 어떻게 구체적 법적용에 고려되어야 하는지의 방향도 제시하였다.

또한, 윈도우 메신저 사건은 기술혁신의 속도가 급격한 소프트웨어 산업에서 우리나라 공정거래법 적용에 관한 선례를 남기는 중요성을 가진다. 특히 소프트웨어 산업으로 대표되는 ‘신경제(new economy)’에서 ‘굴뚝 산업’시대에 만들어진 독점금지법이 여전히 적용될 수 있는가에 대해서는 미국을 비롯한 선진제국에서도 치열한 논의가 진행되고 있음을 보았다. 윈도우 메신저 통합이 끼워팔기 사건으로 전세계에서 가장 먼저 우리나라에서 문제되었다는 점을 고려하면 이 사건에 대한 우리 공정위의 심결이나 법원의 판결은 전세계적인 이목을 끌면서 소프트웨어산업을 포함한 신경제에서의 전세계 독점금지정책 및 법적용에 중요한 시사점을 제공하게 될 것이다. 그러한 점에서 필자들은 구체적 사건의 결과에 영향을 주는 차원을 넘어서 우리나라 공정거래법 집행기관이 소프트웨어 산업에 대한 올바른 공정거래법 적용을 통해 전세계적으로 이 분야 독점금지정책을 주도하는데 기여하고자 하는 바람으로 이 논문을 작성하게 되었음을 밝혀둔다.

Reference

국문자료

- [1] 권명중, 디지털시대의 경쟁정책 개편과제, 한국경제연구원 조사연구자료 ECO 2001-14, (2001)
- [2] 권오승, 경제법(2002), 제3판, 법문사
- [3] 김기영, 공정거래법상 불공정거래행위에 있어 ‘부당성’의 판단기준, 경쟁법연구 제8권
- [4] 김기영, 독점규제법상 부당지원행위 규제에 관한 연구, 서울대학교 석사학위논문
- [5] 문주영, 포털들의 인스턴트 메신저 경쟁의 배경, KISDI IT FOCUS 2001년 7월호
- [6] 원용수 & 정호열, 불공정거래행위에 대한 합리적 규제방안 연구, 공정거래위원회 1999년 용역보고서
- [7] 이남기, 신공정거래법 (1987), 수정증보판, 학연사
- [8] 이동규, 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 개론(1995), 행정경영자료사

일본자료

- [1] 江口公典, 게임소프트의 끼워팔기 (公取委, 平成4년(1992) 2월 28일 審判審決), 별책 주리스트 10권 (不公正去來方法)
- [2] 公取委 勸告審決, 平成10년 11. 20. (公正取引特報 1771호)
- [3] 公取委 平成4年(1992) 2월 28일 審判審決, 審決集 38권
- [4] 大阪 高等裁判所 判決 (平成 5년(1993) 7월 30일)
- [5] 白石忠志, 관제업서와 독금법상의 부당염매, ジュリ, 1020호
- [6] 白石忠志, 마이크로소프트에 대한 일본독금법의 권고심결/경고의 이론적 시사, 주리스트, no.1150, (1999.2.15.)
- [7] 佐藤一雄, 교과서도매업자(오로시우리)에 의한 교과서와 보통도서의 끼워팔기 판매-거래의 강제 (公取委 昭和 39년 2월 11일 審決), 별책 주리스트 10권 (不公正去來方法)
- [8] 泉水 文雄, 엘리베이터 보수부품의 부당한 끼워팔기 판매등 사건: 東芝 엘리베이터테크노스 사건, 公正取引 no. 519 (1994.1.)

영문자료

- [1] Walter J. Adams and Janet L. Yellen., Commodity Bundling and the Burden of

- Monopoly, *Quarterly Journal of Economics*, vol. 90, (1976)
- [2] Phillip E. Areeda and Herbert Hovenkamp, *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, 2002 Supplement
 - [3] Robert H. Bork, *The Antitrust Paradox* (1978), New York: Basic Books
 - [4] Ward S. Bowman, *Tying Arrangements and the Leverage Problem*, *Yale Law Journal*, vol. 67, (1957)
 - [5] Dennis W. Carlton and Jeffrey M. Perloff, *Modern Industrial Organization* (2000), 3rd edition, New York
 - [6] Dennis W. Carlton and Michael Waldman, *The Strategic Use of Tying to Preserve and Create Market Power in Evolving Industries*, Working Paper no. 145, George J. Stigler Center for the Study of the Economy and the State, University of Chicago (2000)
 - [7] Dennis W. Carlton and Michael Waldman, *The Strategic Use of Tying to Preserve and Create Market Power in Evolving Industries*, *Rand Journal of Economics*, vol. 32, no. 2, (2002)
 - [8] Steven J. Davis, Jack MacKrisen and Kevin M. Murphy., *Economic Perspectives on Software Design: PC Operating Systems and Platforms*, University of Chicago Graduate School of Business Working Paper, (2001)
 - [9] Aaron Director & Edward Levi, *Law and the Future: Trade Regulation*, *Northwestern University Law Review*, vol. 51, (1956)
 - [10] David S. Evans, Albert L. Nichols and Richard Schmalensee, *An Analysis of the Government's Economic Case in U.S. v. Microsoft*, *Antitrust Bulletin*, vol. 46, no. 2, (2001)
 - [11] *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Service Inc.*, 112 S.Ct. 2072 (1992)
 - [12] Jonathan Faull & Ali Nikpay, *The EC Law of Competition* (1999), Oxford
 - [13] Robin Cooper Feldman, *Defensive Leveraging in Antitrust*, *Georgetown Law Journal*, vol. 87, (1999)
 - [14] Franklin M. Fisher, *Games Economists Play: A Noncooperative View*, *Rand Journal of Economics*, vol. 20, (1989)
 - [15] Franklin M. Fisher, *The IBM and Microsoft Cases: What's the Difference?*, *American Economic Review Papers and Proceedings*, vol. 90, no. 2, (2000) Franklin M. Fisher and Daniel L. Rubinfeld, *United States v. Microsoft: An Economic Analysis*, *Antitrust Bulletin*, vol. 46, no. 1, (2001)
 - [16] Richard J. Gilbert and Michael Katz, *An Economist's Guide to U.S. v. Microsoft*, *Journal of Economic Perspectives*, vol. 15, no. 2, (2001)
 - [17] Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy* (1994)

- [18] Keith N. Hylton and Michael Salinger, *Tying Law and Policy: A Decision Theoretic Approach*, Boston University School of Law, Law and Economics Working Paper no. 01-14, (2001)
- [19] Alison Jones and Brenda Sufrin, *EC Competition Law*(2001), Oxford
- [20] Michael Katz and Carl Shapiro, *Antitrust in Software Markets, Competition, Innovation and the Microsoft Monopoly: Antitrust in the Digital Marketplace*, J.A. Eisenach and Thomas Lenard(eds.), Boston: Kluwer Academic Publishers, (1999)
- [21] *Motion Picture Patents Co. v. Universal Film Co.*, 243 U.S. 502 (1917)
- [22] Janusz A. Ordover and Robert D. Willig, *Access and bundling in high-technology markets, Competition, Innovation, and the Microsoft monopoly: Antitrust in the Digital Marketplace*, Jeffrey A. Eisenach & Thomas M. Lenard eds., (1999)
- [23] Richard A. Posner, *Antitrust law: An Economic Perspective*(2001), 2nd edition
- [24] Richard Posner, *Antitrust in the New Economy*, *Antitrust Law Journal*, vol. 68, no. 3, (2001)
- [25] Ronald Cass and Albert L. Nichols, “*Windows XP: New Features Worry Competitors, But Would They Harm Consumers?*” NERA Working Paper, August 2001
- [26] Carl Shapiro, *Competition Policy in the New Economy, Foundations of Competition Policy Analysis*, Routledge, (2000)
- [27] George J. Stigler, *United States v. Loew’s Inc: A Note on Block Booking*, *The Supreme Court Review*, University of Chicago Press, (1963)
- [28] George J. Stigler, *The Organization of Industry*, (1968)
- [30] Gregory J. Sidak, *An Antitrust Rule for Software Integration*, *Yale Journal on Regulation*, vol. 18, no. 1, (2001)
- [31] Richard Schmalensee, *Antitrust Issues in Schumpeterian Industries*, *American Economic Review Papers and Proceedings*, vol. 90, no. 2, (2000)
- [32] Howard A. Shelanski and Gregory J. Sidak, *Antitrust Divestiture in Network Industries*, *The University of Chicago Law Review*, vol. 68, (2000)
- [33] Hal Varian, *Price Discrimination*, *Handbook of Industrial Organization*, vol. 1, North-Holland: Amsterdam, (1989)
- [34] Michael D. Whinston, *Tying, Foreclosure and Exclusion*, *American Economic Review*, vol. 80, no. 4, (1990)
- [35] Michael D. Whinston, *Exclusivity and Tying in U.S. v. Microsoft: What We*

Know, and Don't Know, *Journal of Economic Perspectives*, vol. 15, no. 2, (2001)

[36] Richard Whish, *Competition Law*(2002), 4th ed., Butterworths

영문법원자료

- [1] *IBM Corporation v. United States*, 298 U.S. 131 (1936)
- [2] *International Salt Co. v. United States*, 332 U.S. 392 (1947)
- [3] *Jefferson Parish Hosp. Dist. no. 2 v. Hyde*, 466 U.S. 2,(1984).
- [4] Brief of Professor Lawrence Lessig as Amicus Curiae, p. 7, *United States v. Microsoft Corp.*, 87 F. Supp. 2d 30 (D.D.C. 2000) (no. 98-1233)
- [5] *Northern Pacific Railway Company v. United States*, 356 U.S. (1958)
- [6] *Times-Picayune Pub. Co. v. United States*, 345 U.S. 594, 73 S.Ct. 872 (1953)
- [7] *United States v. Loew's Inc.*, 371 U.S. 38 (1962)
- [8] *United States. v. Microsoft Corp.*, Complaint, U.S. District Court for the District of Columbia, Civil Action no. 98-1232 (TPJ, 1998)
- [9] *United States. v. Microsoft Corp.*, Findings of Fact, U.S. District Court for the District of Columbia, Civil Action no. 98-1232 (TPJ, 1999)
- [10] *United States. v. Microsoft Corp.*, Conclusions of Law, U.S. District Court for the District of Columbia, Civil Action no. 98-1232 (TPJ, 2000)
- [11] *United States. v. Microsoft Corp.*, Findings of Fact, U.S. District Court for the District of Columbia, Civil Action no. 98-1232 (TPJ, 2000)
- [12] *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001)
- [13] *Yentsch v. Texaco, Inc.*, 630 F.2d (2d Cir. 1980)