

# MS 사건에서 MS사의 결합판매행위에 대한 위법성



허 선 | 공정거래위원회 사무처장

## 1. 서론

2001년 9월부터 다음커뮤니케이션의 신고로 공정거래위원회에서 조사와 심의를 거친 MS 사건이 지난 2월 24일 공정거래위원회가 의결서를 확정하고 미국 마이크로소프트 코퍼레이션(대표 스티브 발머) 및 한국 마이크로소프트(유)(대표 유재성)(이하 두 회사를 MS사라고 한다)에 송달됨으로써 MS사에 대한 시정조치와 과징금 납부명령이 효력을 발생하게 되었다.

이에 따라 MS사는 총 324억 9천만원을 금년 4월 28일까지 납부해야 하고, 결합판매하고 있는 윈도우 미디어 서비스프로그램을 PC 서버운영체제와 분리하고, 윈도우 미디어 플레이어와 윈도우 메신저 프로그램을 PC 운영체제에서 분리해야 하며, 아울러 기존대로 결합해서 판매하려면 경쟁제품까지 탑재해서 판매 공급해야 한다.

국내 최고의 로펌을 대리인으로 적극 방어에 나선 세계적 기업인 MS사에 대해 이렇게 막대한 과징금과 MS사로서는 엄청난 부담이 될 수 있는 조치를 공정거래위원회가 하게 된 것은 MS사의 소프트웨어 프로그램의 결합판매행위가 「독점규제및공정거래에관한법률」에 위반된다고 분명하게 판단을 내린 것에 따른 것이다. 이하에서는 이러한 결론에 도달하게 된 MS사의 결합판매행위의 위법성 판단에 대해서 구체적으로 살펴보기로 한다.

## 2. 주요 행위사실 및 적용법조

### 가. 행위사실

MS사는 서버운영체제<sup>1)</sup> 및 PC 운영체제<sup>2)</sup>의 시장지배력<sup>3)</sup>을 이용하여 이 상품들과 독립

1) 서버용 응용프로그램이 잘 작동할 수 있도록 플랫폼 역할을 하며, 프린터 제어나 파일 공유 등 네트워크 전체를 감

된 별개의 상품을 서버운영체제 및 PC 운영체제에 각 결합하여 판매하였으며, 이에 대한 구체적인 행위사실들은 다음과 같다.

첫째, MS사는 2000년 2월부터 윈도우2000 서버에 윈도우 미디어 서비스(이하 'WMS' 라 한다) 4.1을, 2003년 4월부터는 윈도우서버 2003에 WMS 9을 각 결합하여 판매한 사실이 있다.

둘째, MS사는 1999년 7월에 윈도우 PC 운영체제인 윈도우98 세컨드에디션(SE)에 윈도우 미디어 플레이어(이하 'WMP' 라 한다)를 결합하여 판매한 이후 후속 윈도우 PC 운영체제인 윈도우2000 Professional(2000. 3. 출시), 윈도우Me(2000. 9. 출시), 윈도우XP(2001. 11. 출시)에도 WMP를 결합하여 판매한 사실이 있다.

셋째, MS사는 2000. 9. 15.부터 윈도우Me에 MSN 메신저를 결합하여 2001. 10.경 까지 판매하였고, 이후 2001. 10. 8.부터 현재까지 윈도우XP에 윈도우 메신저를 결합하여 판매한 사실이 있다.

#### 나. 행위사실에 대한 적용법조 검토

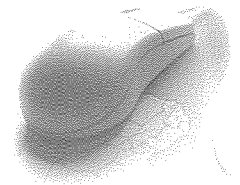
먼저, MS사는 서버운영체제와 PC 운영체제 시장에서 시장지배적사업자<sup>4)</sup>로서 그 지배력을 이용하여 주된 상품인 PC나 서버운영체제에 종된 상품인 WMS, WMP, WM 등 응

시·제어하거나 메인프레임이나 통신망을 통한 다른 네트워크와의 연결, 데이터 프로그램, 파일 같은 자원이나 모델, 팩스, 프린터, 기타 장비 등 하드웨어 자원을 공유하도록 하는 기능을 수행하며, MS사의 제품으로는 윈도우 NT 서버 4.0, 윈도우2000 서버, 윈도우서버 2003 등이 있고, 유닉스 제품군으로는 썬의 Solaris 운영체제, IBM의 AIX, 리눅스 제품군으로는 Red Hat리눅스, 한컴리눅스 등이 있다.

2) PC 운영체제는 PC 운영체제가 탑재되는 컴퓨터의 중앙처리장치(이하 "CPU"라 함)의 종류에 따라 '인텔호환 PC 운영체제'와 '비인텔호환 PC 운영체제'로 구별된다. 국내 인텔호환 PC 운영체제 사업자로는 주식회사 한컴리눅스, 레드햇코리아(Red hat Korea) 주식회사 와우리눅스 등 리눅스(Linux) 계열의 공개소프트웨어를 공급하는 사업자와, 비인텔호환 운영체제를 공급하는 사업자로는 애플컴퓨터코리아(주)(이하 "애플"이라 함) 등이 있다.

3) 시장지배적사업자 여부는 일정한 거래분야의 공급자나 수요자로서 단독 또는 다른 사업자와 함께 상품이나 용역의 가격·수량·품질 기타의 거래조건을 결정·유지 또는 변경할 수 있는 시장지위를 가진 사업자를 의미(공정거래법 제2조제7호)하며, 당해 사업자가 일정한 거래분야에서 시장점유율이 100분의 50 이상이거나 상위 3위 이내에 포함되고 상위 3개 사업자의 시장점유율의 합계가 100분의 75 이상인 경우 시장지배적사업자로 추정(공정거래법 제4조)하고 있다.

4) MS사는 PC 서버운영체제 시장의 경우 2001년부터 2003년까지 국내의 평균 시장점유율이 출하량 기준 77%, 매출액 기준 78%로서 시장지배적사업자로 추정되며, PC 운영체제 시장의 경우 2004년 국내 판매량 기준 99%에 해당하므로 역시 시장지배적사업자로 추정하는데 아무런 문제가 없다.



용프로그램을 결합하여 판매함으로써 중된 상품시장의 경쟁을 제한하여 다른 사업자의 사업활동을 방해하고, 소비자의 이익을 현저히 저해할 우려가 있다는 점에서 MS사의 이러한 결합판매행위는 공정거래법 제3조의2 제1항제3호, 같은 법 시행령 제5조제3항제4호 및 같은 조 제5호 후단에 해당할 수 있다.

또한, MS사의 결합판매행위는 거래상대방의 의사결정의 자유를 침해함으로써 공정한 경쟁을 저해하기 때문에 공정거래법 제23조제1항제3호 후단, 같은 법 시행령 제36조제1항 [별표1] 불공정거래행위유형및기준 제5호 가목에 의한 거래강제행위 중 끼워팔기에 해당할 수 있다.

### 3. 위법성 관련 주요 쟁점사항

#### 가. 적용요건

먼저 위 3개 조항의 구체적인 구성요건을 살펴본 후, 특히 쟁점이 되었던 부분에 관하여 이하에서 살펴보기로 한다.

첫째, 공정거래법 제3조의2(시장지배적지위 남용금지) 제1항제3호(다른 사업자의 사업활동방해행위)에 해당하기 위하여는 ① 시장지배적사업자로서 ② 부당하게 거래상대방에게 불이익이 되는 거래 또는 행위를 강제함으로써 ③ 거래상대방에게 불이익을 초래하여야 한다. 이 사건과 관련하여, '부당하게 거래상대방에게 불이익이 되는 거래'란 피심인이 부당하게 별개의 제품을 원하지 않는 거래상대방에게 구입하도록 강제한 것이다.

둘째, 공정거래법 제3조의2(시장지배적지위 남용금지) 제1항제5호(소비자의 이익 저해행위)에 해당하기 위하여는, ① 시장지배적사업자가 ② 부당한 행위를 함으로써 ③ 소비자의 이익을 현저히 저해할 우려가 있어야 한다. 여기서도 부당한 행위란 피심인의 결합판매 행위를 의미한다.

셋째, 공정거래법 제23조제1항제3호 후단, 같은 법 시행령 제36조제1항 [별표1] 불공정거래행위유형및기준 제5호 가목에 의한 거래강제행위 중 끼워팔기에 해당하기 위하여는 ① 별개 제품을 ② 부당하게 구입하도록 강제함으로써 ③ 공정거래를 저해하여야 한다. 다만, 이 경우 끼워팔기로 인한 효율성증대효과가 경쟁수단의 불공정성으로 인한 공정거래 저해효과나 경쟁제한효과를 현저히 상회하는 경우에는 위법으로 보지 않을 수 있다.

여기서 MS사의 WMS, WMP 및 WM이 윈도우 서버 또는 PC 운영체제와 구분되는 별개의 제품인지 여부, 구입강제성 여부를 판단함에 있어 반드시 유사성이 전제되어야 하는

지의 문제, 그리고 MS사의 이 건 결합판매행위의 효율성증대효과가 공정거래 제한성이나 경쟁제한효과를 훨씬 능가하는지 여부가 주요 쟁점이 되었다.

#### 나. MS사의 시장지배적지위 인정

공정거래법상 시장지배적사업자는 일정한 거래분야의 공급자나 수요자로서 단독 또는 다른 사업자와 함께 상품이나 용역의 가격·수량·품질 기타의 거래조건을 결정·유지 또는 변경할 수 있는 시장지위를 가진 사업자를 의미(공정거래법 제2조제7호)하며, 특히, 당해 사업자가 일정한 거래분야에서 시장점유율이 100분의 50 이상이거나 상위 3개 사업자의 시장점유율의 합계가 100분의 75 이상인 경우 시장지배적사업자로 추정(공정거래법 제4조)하고 있다.

MS사는 PC 서버운영체제 시장에서 2001년부터 2003년까지 국내의 평균 시장점유율이 출하량 기준 77%, 매출액 기준 78%이며, PC 운영체제 시장의 경우에도 2004년 국내 판매량 기준 99%에 이르므로 두 시장에서 모두 시장지배적사업자로 추정하는데 아무런 문제가 없다.

#### 다. 별개 제품성

중된 상품인 WMS, WMP 및 윈도우 메신저가 운영체제와 별개 제품인지 여부는 주된 상품과 중된 상품이 별도로 거래되는지 여부, 양 제품에 대한 소비자의 인식 및 태도 등을 종합적으로 고려하여 판단한다.

이에 관하여 서울고등법원은 『한국토지공사의 끼워팔기와 관련된 처분취소소송』에서, “거래상대방이 구입하고자 하지 않는 중된 상품이란, 주된 상품의 밀접불가분한 구성요소가 아닌 별개의 상품으로서 독립하여 거래의 대상이 될 수 있고, 통상적으로 주된 상품과 짝지어 하나의 단위로 판매 또는 사용되지 아니하는 상품이면 족하다”고 판시<sup>5)</sup>한 바 있다.

그런데, MS사는 IT 산업과 같은 역동적인 산업 분야에서는 전통적인 수요기준을 적용하기 어렵고 수요기준을 적용할 경우 상당한 기술통합을 저해하므로, 별개 제품성 판단기준은 중된 상품에 대한 별개 수요보다는 중된 상품 없는 주된 상품에 대한 수요가 존재하는지 여부<sup>6)</sup>라고 주장하였다.

5) 서울고등법원 2004. 2. 10. 선고, 2001누16288 판결 참조.

6) Hovenkemp 교수도 동일한 입장이라고 주장.

그러나, '별개 제품성' 판단에서 중요한 것은 주로 결합판매의 대상인 종된 상품의 경쟁제한성 여부이므로 종된 상품을 별도로 구매하고자 하는 개별적인 충분한 수요가 있는지 여부를 기준으로 하여야 할 것이고, 기능·효용상의 차이와 소비자의 인식 등도 종합적으로 고려하여 판단하는 것이 타당하다.

그러므로 이하에서는 MS사가 결합판매한 제품들이 별개 제품인지 여부를 구체적으로 검토하기로 한다.

첫째, WMS는 다음과 같은 기준에 비추어 볼 때 윈도우 서버운영체제와 별개의 제품이다.

① WMS와 윈도우 서버운영체제 간에는 그 기능 측면에서 구분되는 상품으로 WMS는 윈도우 서버운영체제의 밀접 불가분한 구성요소가 아니다.

운영체제는 컴퓨터의 기본적 기능을 제어하고 응용소프트웨어(application software)가 작동할 수 있는 기반 역할을 하는 '시스템소프트웨어'(system software)<sup>7)</sup>를 의미한다. 그 중에서도 서버운영체제는 프린터 제어, 파일 공유 등 네트워크 전체를 감시·제어하거나 메인프레임(mainframe), 통신망을 통해 다른 네트워크와 연결되도록 하거나, 데이터, 프로그램, 파일 자원이나 모뎀, 팩스, 프린터, 기타 장비 등 하드웨어 자원을 공유하도록 하는 기능 등을 가지고 있다.

이에 반하여 미디어 서버 프로그램인 WMS는 서버운영체제를 기반으로 하여 스트리밍 미디어 서비스를 제공하기 위한 응용소프트웨어로서 그 상업적 용도나 기능적 특성이 서버운영체제와 확연히 구분된다.

나아가, WMS는 서버운영체제의 옵션기능으로 선택적으로 설치·제거가 가능하며, WMS를 PC 서버운영체제에서 제거시 서버운영체제 자체에 아무런 문제도 없어 윈도우 서버 운영체제의 밀접불가분의 구성요소가 아니다.

② WMS는 윈도우 서버운영체제와 독립하여 거래의 대상이 될 수 있다.

미디어 서버 프로그램인 WMS는 인터넷을 통하여 방송, 홍보, 동영상, 음악서비스 등을 실시간 또는 실시간 주문형 비디오(Video On Demand)로 제공하기 위하여 수요되는 바, 서버운영체제와는 별도의 수요가 존재하며, 미디어 서버만을 별도의 가격으로 판매하는 공급자가 존재<sup>8)</sup>한다.

③ 미디어 서버 프로그램은 서버운영체제와 통상 하나의 단위로 짝지어져 판매되지 아니

7) 시스템소프트웨어란 컴퓨터 하드웨어를 콘트롤하면서 응용소프트웨어가 잘 작동할 수 있도록 컴퓨터의 기본적 기능을 제공하는 소프트웨어이다.

8) 실제로도 다른 미디어 서버 프로그램인 리얼네트워크스나 썬뷰텍 등의 경우 상당한 가격에 별도로 판매되고 있다.

한다.

MS사와 애플을 제외한 서버운영체제 공급자들은 대부분 미디어 서버 없는 서버운영체제만 판매하고 있고, 리얼미디어 서버, 스트림 등 다수의 미디어 서버 사업자는 다양한 서버 운영체제에 작동할 수 있는 미디어 서버 프로그램을 서버운영체제와 상관없이 별도로 판매하고 있다.

둘째, WMP는 다음과 같은 기준에 비추어 볼 때 윈도우 PC 운영체제와 별개의 제품이다.

① WMP는 윈도우 운영체제의 밀접 불가분한 구성요소가 아니다.

WMP 제거 후 제3의 미디어 플레이어를 설치하여도 윈도우 운영체제의 기능에는 아무런 문제가 없다는 것이 KeyLabs 및 한국 소프트웨어 진흥원 실험결과에서 실증된 바 있다. 따라서 WMP를 윈도우 운영체제의 밀접 불가분한 구성요소라 할 수는 없을 것이다.

② WMP는 윈도우 PC 운영체제와 독립하여 거래의 대상이 될 수 있다.

소비자들은 미디어 플레이어를 운영체제와 별개로 다운로드 등을 통해 수요<sup>9)</sup>하고 있고, 미디어 플레이어만을 별도로 공급하고 있는 사업자가 존재<sup>10)</sup>하고 있다는 점 등에 비추어 볼 때 WMP는 PC 운영체제와 별도로 수요되고 독립하여 거래되고 있다는 사실을 인정할 수 있다.

③ WMP와 PC 운영체제는 통상 하나의 단위로 짝지어져 판매되지 아니한다.

WMP를 제외한 다른 미디어 플레이어는 PC 운영체제와는 다른 공급자들이 존재하고 있고, 공급방식도 주로 인터넷 등을 통해 다운로드 방식으로 이루어지므로 PC 운영체제와 하나의 단위로 짝지어 판매·공급되지 않는다.<sup>11)</sup>

셋째, 윈도우 메신저는 다음과 같은 기준에 비추어 볼 때 윈도우 운영체제와 별개 제품이다.

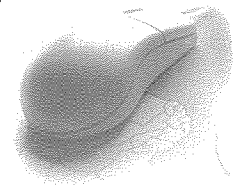
① 윈도우 메신저는 PC 운영체제의 밀접 불가분한 구성요소가 아니다.

윈도우 메신저는 시장에서 윈도우 운영체제와 구분되는 상품으로 인식되며, 윈도우 메신

9) MS사의 통계자료에 의할 때, WMP 9은 2003년 3,355,710회, 2004년 6월까지 2,215,190회 인터넷을 통해 다운로드 받은 반면, 같은 기간중에 판매된 윈도우XP는 3,915,000개에 불과하다는 점에서 별개의 수요를 추정할 수 있다.

10) 피싱인들을 포함한 모든 미디어 플레이어 공급업체들은 윈도우, 리눅스를 포함한 인텔호환 PC 운영체제는 물론, 애플의 맥(Mac) 운영체제에서도 작동할 수 있는 미디어 플레이어를 별도로 만들어 공급하고 있다.

11) 다만, 애플 등 다른 PC 운영체제 사업자들의 경우 결합판매하기는 하나 타사업자가 공급하는 미디어 플레이어를 탑재하고 있으며, 소비자가 원하는 경우 제거가 가능하다는 점에서 다르다.



저 제거시에도 윈도우 운영체제에 아무런 문제가 없다는 점<sup>12)</sup>에서 불기분의 구성요소가 아닙니다.

② 윈도우 메신저는 윈도우 PC 운영체제와 독립하여 거래의 대상이 될 수 있다.

두 제품에 대한 소비자들의 구매방법, 실제수요, 사용행태 등의 면에서 현격한 차이를 보이고 있는 등 소비자들은 윈도우 메신저를 PC 운영체제와 별개로 수요<sup>13)</sup>하고 있으며, 메신저만 별도로 공급하는 다양한 사업자가 존재하고 있다는 점에서 윈도우 메신저는 독립하여 거래의 대상이 된다고 할 수 있다.

③ 윈도우 메신저는 PC 운영체제와 통상 하나의 단위로 짝지어져 판매되지 아니한다.

PC 운영체제와 별도로 독립한 메신저 사업자가 존재하고 있으며, 공급방식도 주로 인터넷을 통해 다운로드 방식으로 이루어지므로 PC 운영체제와 짝지어 판매·공급되지 않는다.

## 라. 구입강제성

구입강제성 여부는 거래상대방의 입장에서 주된 상품과 종된 상품을 따로 구입하는 것이 자유로운지를 기준으로 판단하도록 규정하고 있는바, 주된 상품에 대한 구매자의 거래처 전환가능성이 적을수록 강제성이 크다 할 것이다.

서울 고등법원도 구입강제에 대하여 거래상대방으로 하여금 자기가 구입하고자 하지 않는 상품의 구입을 강제함으로써 거래상대방의 선택의 자유를 침해하는 것으로 판시<sup>14)</sup>하고 있다.

MS사가 (서버)운영체제에 WMS 등을 결합하여 판매하는 행위는 소비자로 하여금 윈도우 (서버)운영체제를 구입하기 위해서 원하지 않는 WMS, WMP 및 윈도우 메신저를 구입하게 하는 것으로서 WMS, WMP, 윈도우 메신저에 대한 구입강제에 해당한다.

이에 대하여, MS사는 보통 '구입'이란 유상으로 재화 등을 제공받은 행위를 의미하므로 구매강제성의 요건에는 종된 상품이 유상이라는 점이 포함되어야 한다고 주장하였다.

그러나, 부당한 결합판매의 규제목적이 종된 상품시장에서의 가격·품질 등 장점에 의한

12) 한국소프트웨어 진흥원의 실험결과 윈도우XP에서 윈도우 메신저를 제거하여도 윈도우 운영체제에 아무런 문제가 없었다.

13) MS사가 2003. 11. 코리안클릭에 의뢰하여 실시한 조사결과에 따르면, 전체 응답자의 19.5%가 피심인 메신저가 컴퓨터에 기본적으로 정착되어 있어 불편하다고 응답하였고, 특히, 이들 중 68.7%는 피심인 메신저를 컴퓨터에서 완전히 삭제하기를 원한다고 응답하였다.

14) 서울고법 2004. 2. 10. 선고, 2001누16288 판결.

경쟁의 침해를 방지하는데 있고, 불공정거래행위 심사지침에서도 강제성의 여부를 거래상 대방이 주된 상품과 종된 상품을 따로 구입하는 것이 자유로운지 여부를 기준으로 판단하도록 규정하고 있어 유상성 여부는 구매강제의 판단기준이 아니다.

이는 EU에서도 동일한 바, EU 경쟁법 관련규정이나 판례는 결합판매의 요건으로 강제성만을 요구하고 유상성은 요구하지 않고 있다. 특히 EU는 MS사의 결합판매행위에 대한 결정문에서 조약 제82조(d)(끼워팔기)의 규정은 부가적 의무요소를 규정하면서 대가의 지불이라는 표현이 들어가 있지 않으므로 유상성을 요하지 않는다고 명시한 바 있다.

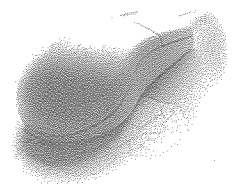
#### 마. 소비자이익 저해 부분

MS사의 시장지배력을 이용한 결합판매행위는 다른 상품(WMS, WMP, WM)을 소비자에게 강제로 구입하게 한 것으로 직접적으로는 소비자의 우수한 제품에 대한 선택권을 침해한 것이고, 장기적으로는 다른 상품시장에서의 경쟁을 제한하여 소비자의 후생을 현저히 감소시킴과 동시에, 자유롭고 공정한 경쟁과 기술혁신<sup>15)</sup>을 통해 얻을 수 있는 소비자의 혜택을 빼앗는 결과를 초래하였다. 이처럼 MS사의 이 건 결합판매행위는 소비자의 이익을 현저히 저해하거나 저해할 우려가 있는 행위로 인정할 수 있다.

이에 대하여 MS사는 이 건 결합판매행위는 윈도우 운영체제에 새로운 기능을 추가하는 것으로 소비자에게 오히려 유익할 뿐, 소비자의 이익을 저해하는 것은 아니라고 주장하면서 초보자들이 PC를 처음 구입했을 때 쉽게 사용할 수 있게 된다는 점을 강조한다.

그러나, 이 사건에서 문제 삼았던 결합판매로 미디어 서비스 프로그램이나 미디어 플레이어 및 메신저 프로그램을 쉽게 사용할 수 있다는 점이 곧 경쟁사업자들이 획득할 수 없는 부당한 경쟁상의 우위를 의미한다. 이러한 경쟁제한적인 방법 외에 동일한 효과를 얻을 수 있는 비경쟁적인 방법이 있다면, 경쟁제한적인 방법은 지양되어야 할 것이다. 즉, PC를 구입하자마자 소비자들이 바로 응용프로그램을 접할 수 있도록 제품을 구성하는 것은 기본적으로 소비자의 선호를 보다 잘 파악할 수 있는 PC 제조업체가 더 효율적으로 할 수 있다.

15) 2001년 노벨경제학상을 수상한 바 있는 Stiglitz 교수에 의하면, 결합판매로 해당시장에서 독점적 지위를 구축한 사업자는 첫째, 독점으로 진입장벽을 높인 결과, 본인 스스로 기술혁신을 할 유인이 없어지게 되어 기술혁신을 저해하고, 둘째, 기술혁신을 하기는 하나 소비자에게 이익이 되는 방향으로 하는 것이 아니라 해당시장에 대한 진입장벽을 높이고, 경쟁자의 비용을 증가시키게 하며, 셋째, 기술혁신에 대한 독점적 사업자의 동기가 매우 제한적이어서 경쟁을 피하기 위한 낮은 수준의 혁신만을 꾀하게 되어 기술혁신을 저해하게 된다고 한다.





따라서, 운영체제 시장을 지배하고 있는 사업자가 응용프로그램(WMS, WMP, WM)을 결합판매하는 것은 소비자의 선호를 반영한 PC 제조업체의 선택권을 박탈하고 소비자들의 다양한 수요를 반영할 수 있는 기회를 빼앗는데 불과하다.

#### 바. 효율성과 비교형량 문제<sup>16)</sup>

「불공정거래행위 심사지침」<sup>17)</sup>에 의하면, 끼워팔기가 불공정한 경쟁수단에 해당하거나 경쟁제한성이 있다고 판단되는 경우에도 끼워팔기로 인한 효율성증대효과나 소비자후생증대효과가 경쟁수단의 불공정성으로 인한 공정거래제한효과나 경쟁제한효과를 현저히 상회하는 경우에는 범위반으로 보지 않을 수 있다.

MS사는 이 사건 결합판매행위는 기존의 운영체제에 새로운 기능을 추가·통합한 것으로 경쟁제한효과보다 효율성증대효과가 훨씬 크므로 공정거래법에 위반되지 않는다고 다음과 같이 주장하였다.

첫째, MS사는 WMS, WMP나 메신저를 PC (서버) 운영체제와 결합하여 공급·판매함으로써 별개의 제품으로 공급되는 경우에 발생하는 유통비용을 절감할 수 있고, 소비자가 쉽게 설치·사용할 수 있으므로 거래비용이 감소되며, 소비자들이 추가비용을 지불함이 없이 무료로 보다 유연한 서버운영체제를 제공받게 되므로 소비자의 후생이 오히려 증대된다고 주장한다.

그러나, 결합에 의한 유통비용 절감은 손쉽게 WMP 등을 다운로드 받을 수 있다는 점에서 그 정도가 미미하고, 소비자가 PC를 설치 후 즉시 WMS 등을 이용할 수 있다는 거래비용 감소효과는 MS사가 결합하지 않더라도 PC (서버) 제조업체 또는 솔루션 업체가 미디어 서버나 미디어 플레이어 또는 메신저를 탑재할 경우에도 동일하므로 특별히 이 사건 결합판매로 인한 효율성증대효과라 할 수는 없으며, 특히 미디어 플레이어나 메신저의 경우 다른 경쟁제품의 경우도 무료로 배포하고 있으므로 특별한 것은 아니다.<sup>18)</sup>

16) 시장지배적지위 남용금지와 관련하여서는 공정거래법 제3조의2에서 금지하는 시장지배적지위 남용행위가 있으면, 공정거래법 제3조의2의 규정을 적용할 수 있으며, 피심인의 행위의 효율성이 더 크다는 항변은 원칙적으로 인정되지 아니한다. 즉, 끼워팔기의 경우처럼 효율성이 경쟁제한효과를 훨씬 능가한다는 피심인의 주장은 소용상 단순 부인에 불과하고, 별도의 구성요건(항변)으로 판단할 사항은 아니다.

17) 2005. 5. 11. 개정 공정거래위원회 예규 제26호.

18) 다만, WMS의 경우 MS사가 무료로 제공하고 있다고 주장하나, MS사 자신도 윈도우 서버운영체제는 그에 포함된 각 기능들을 모두 감안하여 단일한 가격을 책정한다고 주장하고 있으므로, 이는 WMS의 가격도 포함되어 있다고 볼 수 있어 무료는 아니라고 판단된다. 이런 관점에서 보면, MS사가 윈도우 서버운영체제에 WMS를 결합하여 단일한 가격으로 판매함으로써 윈도우 서버운영체제 소비자에게 지불하지 않아도 되는 비용을 지불하게

둘째, MS사는 이 사건 결합판매로 인한 소프트웨어 개발도구를 이용하는 경우 윈도우 서버운영체제를 기반으로 한 다양한 응용프로그램을 용이하게 개발할 수 있어 소프트웨어 개발업자들에게 편익을 제공한다고 주장한다.

그러나, 소프트웨어 개발업자에게 제공하는 편익은 기본적으로 WMS 등이 아니라도 다른 경쟁제품<sup>19)</sup>을 PC (서버) 운영체제에 탑재하더라도 얻을 수 있는 편익이라는 점에서 이 사건 결합판매 자체에 기한 편익은 아니며, 특히, PC 제조업체 등이 소비자의 선호를 감안하여 미디어 서버, 미디어 플레이어, 메신저 등을 사전 설치하더라도 소프트웨어 개발자들은 동일한 편익을 누릴 수 있다는 점에서 MS사의 주장은 타당하지 않다.

셋째, MS사는 결합판매로 인한 PC나 서버 하드웨어 등의 수요가 증가하므로 이들 제조업체에 대한 혜택이 있다고 주장한다.

그러나, 하드웨어 수요 증가에 의한 제조업체의 편익은 미미<sup>20)</sup>할 뿐만 아니라, 제조업체가 소비자의 선호를 반영하여 다양한 결합상품을 공급하는 것이 MS사가 PC (서버) 제조업체가 WMS나 WMP를 제거할 수 없는 형태로 사전에 운영체제에 탑재하는 것보다 훨씬 효율적이다.

따라서, MS사의 결합판매만이 달성할 수 있는 효율성이 존재함을 인정하기 어려울 뿐만 아니라 결합판매로 인한 경쟁제한효과를 현저히 상회하는 별도의 효율성증대효과도 인정하기 힘들다.

#### 4. 위법성 판단(결론)

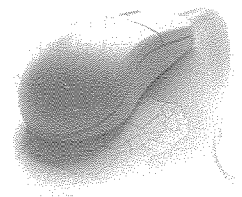
MS사는 윈도우 서버운영체제나 윈도우 PC 운영체제의 구성요소가 아니고 별개의 독립된 거래의 대상이 되는 다른 상품(WMS, WMP, WM)을 위 운영체제에 결합하여 판매함으로써 거래상대방에게 원하지 않는 상품의 구입을 강제하여 불이익을 주었다.

특히, MS사는 서버나 PC 운영체제 시장에서 지배력을 가지는 사업자로서 위 결합판매행위로 인해 경쟁사업자의 사업활동을 방해하고, 소비자후생 감소 등 소비자의 이익을 현저

하고 있어 미디어 서버 프로그램에 대한 추가비용이 없다고 하기는 힘들다.

19) 예컨대, WMP의 결합판매와 관련하여, MS사는 WMP가 제공하는 API를 이용하여 소프트웨어 개발 시 응용프로그램 개발업자에게 코드 작성 비용을 감소시킨다고 주장하나, 경쟁사인 리얼네트웍 사의 경우에도 응용프로그램 개발자들이 이용할 수 있도록 1,000가지 이상의 API를 공개하고 있다.

20) 예컨대, 윈도우 서버운영체제를 구매하는 90%의 사람들은 WMS를 사용하지 않아 WMS의 결합으로 인한 수요 증대효과는 별로 없다.



히 저해하는 결과를 초래하여 공정거래법 제3조의2 제1항제3호 및 제5호 후단의 규정을 위반한 것으로 판단된다.

또한, MS사의 이러한 불공정한 거래조건이나 수단을 이용한 경쟁제한적인 결합판매행위는 그로 인한 효율성증대효과가 거의 없거나 미약하여 공정거래저해효과나 경쟁제한효과를 능가하지 못하므로 공정거래법 제23조제1항제3호 후단의 거래강제 중 같은 법 시행령 제36조제1항 [별표1] 불공정거래행위유형및기준 제5호 가목의 끼워팔기에 해당한다.

결국 MS사의 결합판매행위는 시장지배적지위 남용행위 금지규정(제3조의2 제1항제3호 및 제5호 후단)과 불공정거래행위 금지규정(제23조제1항제3호 후단)에 모두 저촉되는 바, 이를 모두 적용할 수 있는지가 문제된다.

살피건대, 시장지배적지위 남용행위 금지규정과 불공정거래행위 금지규정은 그 입법목적이나 보호법익이 다르고, 불공정거래행위의 행위 태양이 시장지배적지위 남용행위의 행위 태양에 모두 포섭될 수 있는 것은 아니므로 양 규정은 원칙적으로 경합적용<sup>21)</sup> 될 수 있다 할 것이다.

## 5. 맺는 말

공정거래위원회의 이 사건에 대한 결정은 MS사의 불복으로 결국 법원에서 그 당부를 심사하게 될 전망이다. 그 결론까지는 앞으로 장시간이 걸릴지도 모른다. 이 사건으로 우리 공정거래법의 집행과 법이론 발전에도 한 차원 도약하는 계기가 되었다고 확신하며, 이미 심사과정에서 공정거래위원회에서 최선을 다하여 심의한 결과가 법원의 소송과정에서도 재확인되기를 기대하며 이 글을 마무리 짓고자 한다. **경쟁저널**

21) 경합적용하는 경우에도 1개의 행위가 수 개의 법조항이 적용되는 형법상의 상상적 경합((Tateinheit)에 해당하는 바, 수 개의 조항을 모두 적용하되 각 규정 중 가장 중한 형으로 처벌한다. 이는 1개 또는 수 개의 행위가 외관상으로는 수 개의 구성요건에 해당하나 실질적으로는 1개의 구성요건만 적용되는 법조경합(특별관계, 보충관계, 흡수관계 등이 있다)과 구분되고 수 개의 행위에 의한 수 개의 죄에 해당하는 경합(Tatmehrheit)법과 구분된다.