

서 울 고 등 법 원

제 7 행 정 부

판 결

사	건	2022누36102	시정명령 등 취소 청구의 소
원	고	A 주식회사	
피	고	공정거래위원회	
변	론	종	결
판	결	선	고
			2023. 11. 9.
			2024. 2. 1.

주 문

1. 피고가 2021. 9. 23. 의결 제2021-237호로 원고에게 한 [별지 1] 기재 각 시정명령, 통지명령 및 과징금납부명령을 모두 취소한다.
2. 소송비용은 피고가 부담한다.

청 구 취 지

주문과 같다.

이 유

1. 처분의 경위

피고는 아래와 같은 이유로, 원고가 ① 경쟁 온라인몰에서의 판매가격 인상을 요구한 행위(이하 '판매가격인상 요구행위'라 한다)는 구 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(2020. 5. 19. 법률 제17290호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 공정거래법'이라 한다) 제23조 제1항 제4호, 구 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 시행령(2020. 9. 29. 대통령령 제31053호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 공정거래법 시행령'이라 한다) 제36조 제1항, [별표 1의2] 제6호 마.목에 위반되고, ② 마진 손실을 보전하기 위하여 광고 게재를 요구한 행위(이하 '광고게재 요구행위'라 한다)는 구 대규모유통업에서의 거래 공정화에 관한 법률(2020. 6. 9. 법률 제17354호로 개정되기 전의 것, 이하 '대규모유통업법'이라 한다) 제17조에 위반되며, ③ 판매촉진비용의 부담을 전가한 행위(이하 '판매촉진비용 부담전가행위'라 한다)는 대규모유통업법 제11조 제4항에 위반되고, ④ 연간거래 기본계약의 내용으로 약정하지 아니한 판매장려금 수취행위(이하 '판매장려금 수취행위'라 하고, 위 각 행위를 통틀어 '이 사건 각 행위'라 한다)는 대규모유통업법 제15조 제2항에 위반된다고 보아, 원고에게 [별지 1] 기재와 같은 각 시정명령, 통지명령 및 과징금납부명령(이하 위 각 처분을 통틀어 '이 사건 처분'이라 한다)을 하였다.¹⁾

	시정명령(금지명령)	통지명령	과징금납부명령
① 판매가격인상 요구행위	○	○	1,360,000,000원
② 광고게재 요구행위	○	○	160,000,000원
③ 판매촉진비용 부담전가행위	○	○	1,277,000,000원
④ 판매장려금 수취행위	○	○	500,000,000원
			합계 3,297,000,000원

1) 이하 이 사건 처분의 경위를 명확히 하기 위하여 피고의 의결서 내용을 사실상 그대로 옮겨 쓴다. 이 항목에서 각주는 모두 피고의 의결서에 기재된 것이다.

가. 기초사실

1) 원고의 지위 및 일반현황

원고 A 주식회사(이하 회사 명칭에서 '주식회사' 등은 생략한다)는 전자상거래를 통해 일반소비자가 일상적으로 사용하는 여러 종류의 상품을 소매하는 소매업자로서 공정거래법 제2조 제1호에서 규정한 사업자에 해당되는 동시에, 소비자가 사용하는 상품을 다수의 사업자로부터 납품받아 판매하는 자로서 아래와 같이 연간 소매업종 매출액이 1,000억 원 이상인 자이므로 대규모유통업법 제2조 제1호에서 규정한 대규모유통업자에 해당된다.

원고의 일반현황

(단위: 백만 원)

구분	자산총계	부채총계	자본총계	매출액	당기순이익
2020년	5,282,328	5,640,358	△358,030	13,925,768	△604,717
2019년	3,058,501	3,027,392	31,109	7,140,720	△751,127
2018년	1,761,740	1,790,736	△28,996	4,347,684	△1,150,698
2017년	1,078,374	1,322,972	△244,598	2,681,390	△657,271
2016년	1,020,261	702,072	318,189	1,915,941	△561,729

* 자료출처: 원고의 사업보고서 참조

2) 시장구조 및 실태

가) 온라인 쇼핑 시장 개요

온라인 쇼핑시장이란 소비자가 인터넷 등을 통하여 재화 및 용역을 구매하는 시장을 말하며, 주로 인터넷을 이용하므로 인터넷 쇼핑시장과 같은 의미로 사용된다.

온라인 쇼핑 사업자들은 온라인 쇼핑몰을 운영하는데, 쇼핑몰 운영자가 상품 제조업자 등으로부터 상품을 직접 매입하거나 제조업자 등으로부터 상품판매에 관한 사항을

위탁받아 자신이 소비자에게 직접 상품을 판매하는 형태와 온라인상에서의 거래가 가능하도록 가상의 장터에 해당하는 플랫폼(platform)을 제공하고 판매자와 구매자가 플랫폼을 이용하도록 하여 판매를 중개하는 형태가 있다.

나) 국내 온라인 쇼핑시장 현황

국내 소매판매 시장은 즉시성·편의성을 중시하는 소비문화 확산과 인터넷·모바일 기술의 발달 및 배송강화에 따라 온라인 쇼핑시장이 빠른 속도로 성장하고 있다. 반면, 오프라인 시장은 온라인쇼핑 확산에 따른 대형마트와 준대형 점포의 매출이 줄어 전체 매출이 다소 감소하는 추세를 보이고 있다.

2019년 기준 최근 3년 간 국내 온라인 쇼핑 거래액을 살펴보면, 아래와 같이 국내 소매판매액 중 온라인 쇼핑 거래액 비중은 2017년 약 20.7%, 2018년 약 24.6%, 2019년 약 28.4%로 지속적으로 증가하고 있으며, 국내 총 온라인 쇼핑 거래액은 2010년 약 25조 원에서 2019년 약 134조 원으로 증가하였다.

소매판매액 중 온라인쇼핑 거래액 비중

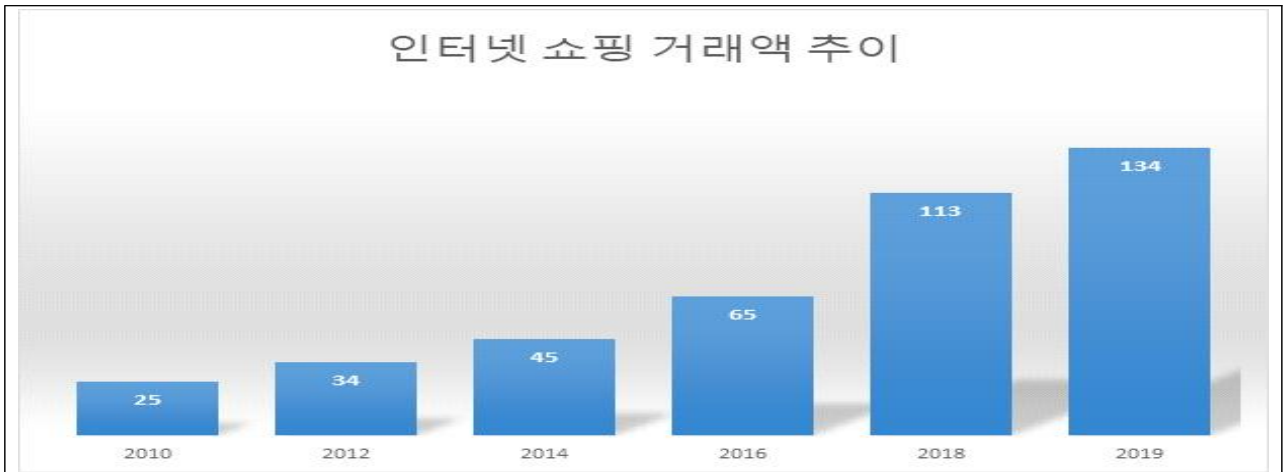
(단위: 억 원, %)

구 분 \ 연 도	2017	2018	2019
○ 소매판매액(A)	4,401,105	4,649,923	4,731,710
○ 온라인쇼핑 거래액(B)	913,000	1,137,297	1,345,830
비중(B/A)	20.7	24.6	28.4

* 자료출처: 통계청(2018, 2019년 12월 및 연간 온라인쇼핑 동향 참조)

인터넷 쇼핑 거래액 추이

(단위: 조 원)



* 자료출처: 통계청(2019년 12월 및 연간 온라인쇼핑 동향 등 참조)

2019년 기준 최근 3년 간 국내 주요 온·오프라인 쇼핑사업자들을 대상으로 한 매출 비중을 보면 이러한 현상이 더욱 확연하게 드러나며, 아래와 같이 오프라인 시장에서의 매출액 비중은 2017년 65.0%에서 2019년 58.8%로 지속적으로 하락하고 있는 반면, 온라인 시장에서의 매출액 비중은 2017년 35.0%에서 2019년 41.2%로 지속적으로 상승하고 있는 것으로 나타났다.²⁾

국내 주요 온·오프라인 쇼핑사업자들의 업태별 매출 비중 및 매출 증감률

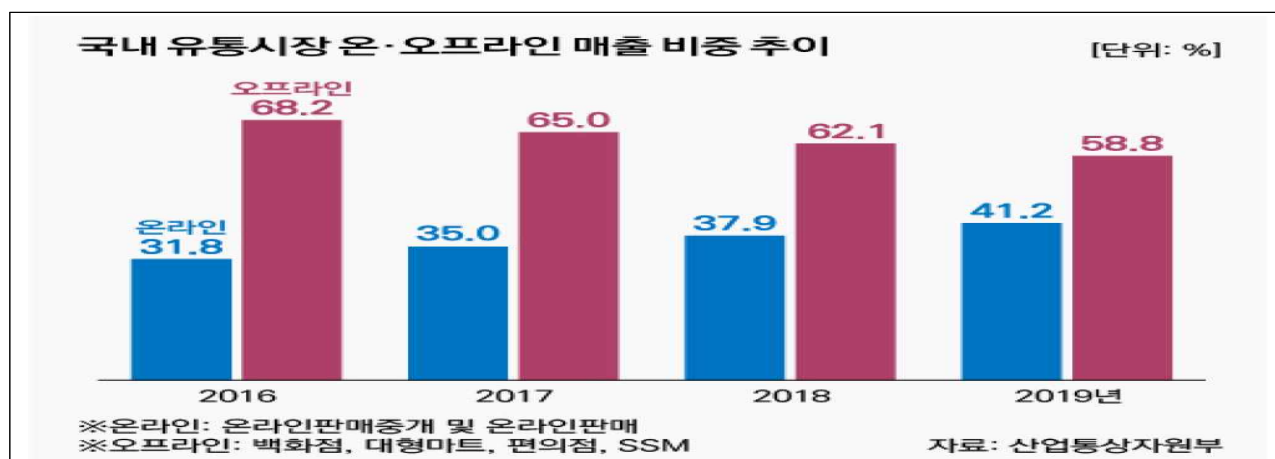
(단위: %)

2) 동 결과는 산업통산자원부가 주요 온·오프라인 유통업체를 대상으로 온·오프라인 매출 동향을 조사한 결과이며, 조사대상은 백화점, 대형마트, 편의점 등 오프라인 유통업체 13개사(B백화점, C백화점, D백화점, E, F, G, H, I, J, K, L, M, N)와 온라인 유통업체 13개사(O(P, Q), R, S, A, E, T, U, F, V, W, X, Y, Z)이다.

구 분		2017년		2018년		2019년	
		매출 비중	매출증감률	매출 비중	매출증감률	매출 비중	매출증감률
오프라인	대형마트	24.0	△0.1	22.3	△2.3	20.2	△5.1
	백화점	19.6	1.4	18.4	1.3	17.5	△0.1
	편의점	16.9	10.9	17.2	8.5	17.0	4.1
	준대형점포	4.5	0.4	4.3	2.0	4.1	△1.5
소계		65.0	3.0	62.2	1.9	58.8	△0.9
온라인	중개	25.1	8.6	26.9	14.7	29.7	15.9
	판매	9.9	27.0	11.0	19.2	11.5	9.9
소계		35.0	13.2	37.9	15.9	41.2	14.2

* 출처: 산업통산자원부(2019. 1. 31., 2020. 1. 30. 주요 유통업체 매출동향)

국내 주요 온·오프라인 쇼핑사업자들의 매출 비중 추이



* 자료출처: 로켓성장 A(BUSINESS Watch, 2020. 4. 21.) 기사내용 발췌

2019년 기준 국내 주요 오프라인 및 온라인 종합물 사업자들의 매출액 순위는 대형마트 3사(E, AA, F), AB, 원고 순이었으며, 원고는 연간 약 60% 이상의 높은 성장률을 보이고 있는 것으로 나타났다. 최근 3년간 국내 주요 오프라인 및 온라인 종합물 사업자들의 연간 매출액은 아래와 같다.

주요 온·오프라인 사업자의 연간매출액 현황

(단위: 억 원)

구분 연도		2017	2018	2019
마트	E	124,506	131,483	131,548
	AA(슈퍼, 마트, 백화점 등)	105,718	102,177	96,953
	F	66,629	64,101	73,001
슈퍼	AB(슈퍼, AC 등)	79,468	83,544	86,211
	AD(H)	9,386	57,741	59,434
백화점	T	16,655	17,393	15,576
	C백화점	13,765	13,760	13,852
온라인	원고	26,813	43,476	71,407
	AE	10,516	10,735	11,945
	AF	9,144	9,023	9,869
	AG	4,197	3,994	4,055
	Z	3,561	1,681	1,751
	Y	4,730	4,294	4,653
	R	- 3)	2,280	5,304
	O(Q, P)	8,633	9,518	9,811
	S	4,243	4,385	4,390

* 자료출처: KISLINE

다) 온라인 쇼핑시장 소비동향

(1) 온라인 종합몰⁴⁾ 시장 소비동향

3) 2018. 9. 1. AH에서 별도 법인으로 분할된바, 2017년 당시 R의 별도 매출액은 파악이 곤란하여 생략한다.

4) 다양한 상품군이 구성되어 있어 여러 종류의 상품을 일괄 구매할 수 있는 쇼핑몰을 말한다. 대표적 사업자로 원고, Z, Y, P, Q, R, S, N쇼핑(AI) 등이 있다.

국내 온라인 쇼핑몰의 거래액은 2019년 기준 약 134조 원 수준이며, 이 중 종합몰의 거래액은 약 89조 원이다. 최근 3년간 종합몰의 거래 규모는 아래와 같이 전체 온라인 쇼핑 거래액의 약 66%이상을 차지하고 있다.

온라인쇼핑 거래액 중 종합몰 거래액 비중

(단위: 조 원, %)

연 도		2017	2018	2019
구 분				
○ 총 거래액(A)		91	113	134
취급상품 범위별	종 합 몰(B)	62	75	89
	비 중(B/A)	68.1	66.4	66.4
	전 문 몰(C)	28	38	46
	비 중(C/A)	31.9	33.6	33.6

* 자료출처: 통계청(2019년 12월 및 연간 온라인쇼핑 동향 등 참조)

주요 온라인 종합몰 사업자의 결제규모를 보면, 2019년 기준 온라인 결제 규모에서 아래와 같이 AJ가 20조 9,249억 원으로 1위를 차지하였고, 원고가 17조 771억 원으로 2위를 차지하였다.(AK·AL이 발표한 '2019년 한해 한국인이 많이 결제한 온라인 서비스' 분석 결과⁵⁾ 참조)

주요 온라인 종합몰 사업자의 결제 규모

5) AK/AL은 2019년 1년 간 주요 인터넷 서비스에서 신용카드와 체크카드, 계좌 이체, 휴대폰 소액결제 로 결제한 금액을 표본 조사해 온라인 결제 규모를 추정하였다.



* 자료출처: 지난해 AJ 온라인 결제액 20조 돌파(중앙일보, 2020. 1. 14.) 기사 발췌

(2) 모바일 쇼핑의 증가

2019년 국내 온라인 쇼핑몰 거래액 약 134조 원 중 약 86조 원은 모바일쇼핑을 통해 발생한 거래액이며, 전체의 약 64.1%를 차지하고 있다. 최근 3년간 국내 온라인 쇼핑시장에서 모바일 쇼핑 거래규모 및 그 비중은 아래와 같이 지속적으로 증가하고 있다.

온라인쇼핑 거래액 중 모바일 거래액 비중

(단위: 조 원, %)

구 분	연 도			
		2017	2018	2019
○ 총 거래액(A)		91	113	134
	모바일 거래액(B)	52	69	86
	비 중(B/A)	57.1	61.0	64.1

* 자료출처: 통계청(2019년 12월 및 연간 온라인쇼핑 동향 등 참조)

이와 같이 모바일 쇼핑의 증가는 온라인 쇼핑 이용 행태가 PC 중심에서 모바일 중심으로 변화하고 있음을 의미하고, 모바일 쇼핑 부문에서 강세를 보이는 사업자가 향

후 온라인 쇼핑시장을 주도할 것으로 전망된다.

원고는 모바일 쇼핑시장에서 상당한 성장세를 보이고 있는데, 조사결과에 따르면 다음과 같다.

2019년 4분기 PC와 안드로이드 모바일 소비자 행동 패턴(순방문자수) 조사결과에 따르면, 아래와 같이 PC에서의 강세는 P(8,176,261명), Q(7,993,724명), R(7,695,869명) 등 기존 오픈마켓 3사가 1~3위를 차지했지만, 모바일 분야에서는 원고(14,070,449명)가 1위를 차지한 것으로 나타난다(AM 클릭 조사자료 참고).

주요 온라인 종합몰 순 방문자 수(추정)

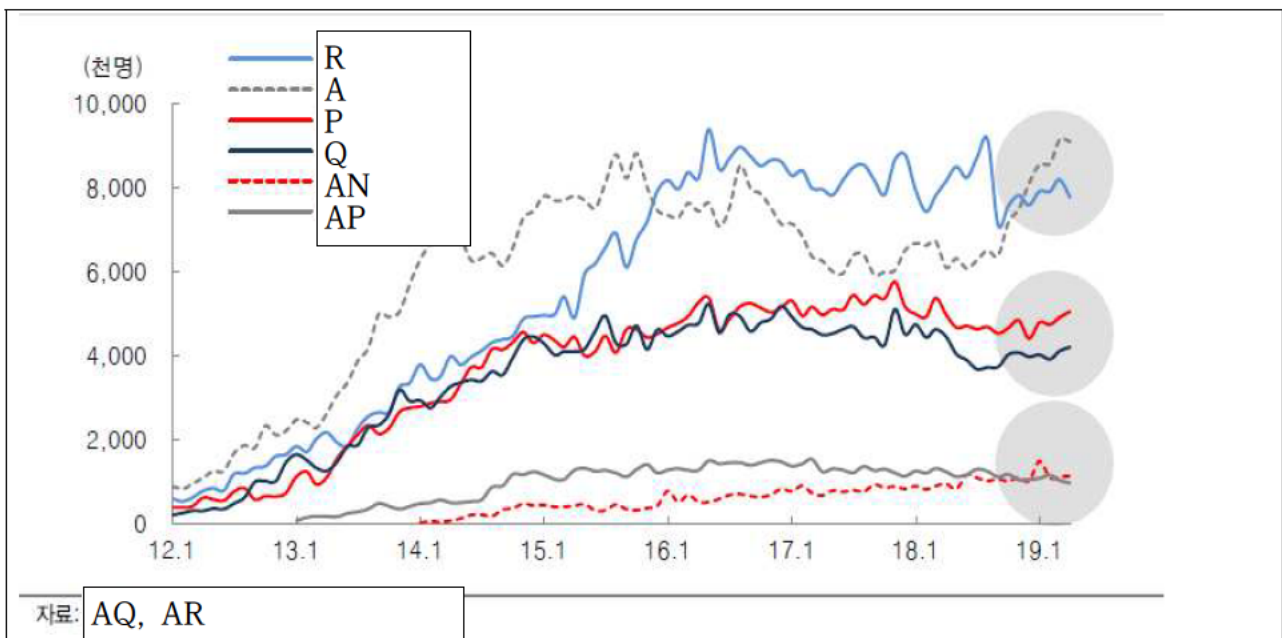
PC		모바일	
2019년 4분기	이용자 수(명)	2019년 4분기	이용자 수(명)
P	8,176,261	원고	14,070,449
Q	7,993,724	R	10,187,585
R	7,695,869	Y	7,978,395
원고	6,154,469	P	7,041,830
S	5,434,461	Z	6,524,675
Y	5,188,721	Q	5,399,812
Z	4,525,760	AO	4,337,859
AN	3,917,886	AG	3,901,586
AO	2,442,484	S	3,794,719
W	2,023,003	CJ몰	3,663,419

* 자료출처: 모바일 강자가 이커머스 주도권 쟁다(시사저널, 2020. 1. 30.) 기사 발췌

그리고 주요 온라인(모바일) 종합몰 사업자의 월간 앱 순 방문자 추이를 살펴보면,

아래와 같이 2012년부터 2019. 1월까지 지속적 증가세를 보이고 있는데, 그 중 원고와 R가 모바일 시장을 주도하고 있는 것으로 나타난다.

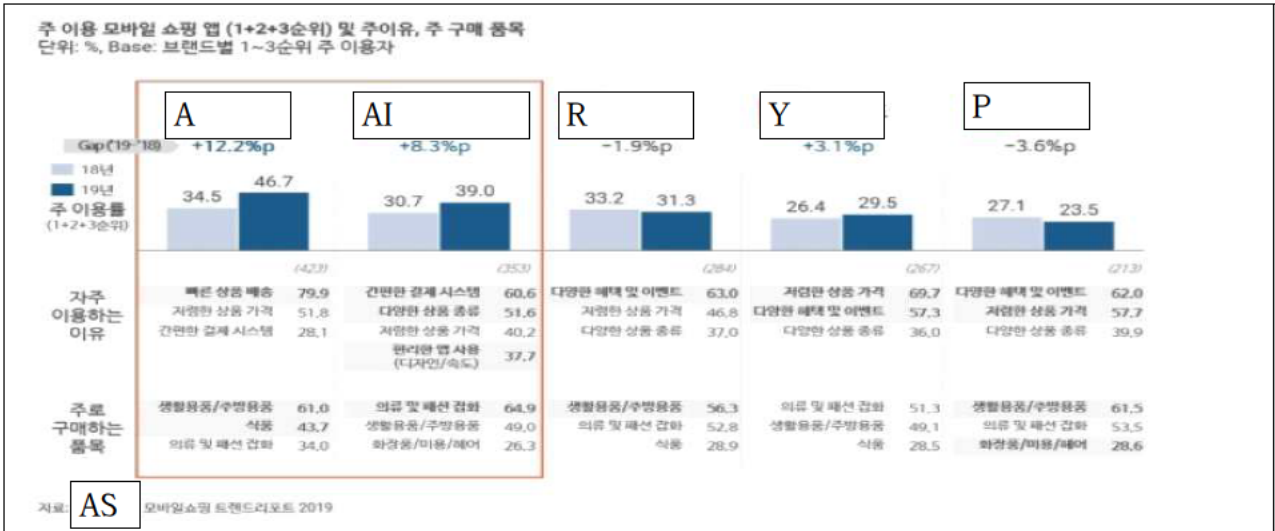
주요 온라인(모바일) 종합물 사업자의 월간 앱 순 방문자 추이



* 자료출처: 오프라인 생태계를 파괴하는 온라인(AR) 발취

원고의 모바일 시장에서의 강세는 주(主) 이용률에서도 나타난다. 모바일 전용 종합물 온라인 서비스 중에서 원고는 2018년에 이어 2019년에도 주 이용률에서 1위를 차지하였다. 뒤 이어 AJ, R, Y, P 등 순이다(AS 조사결과 참조).

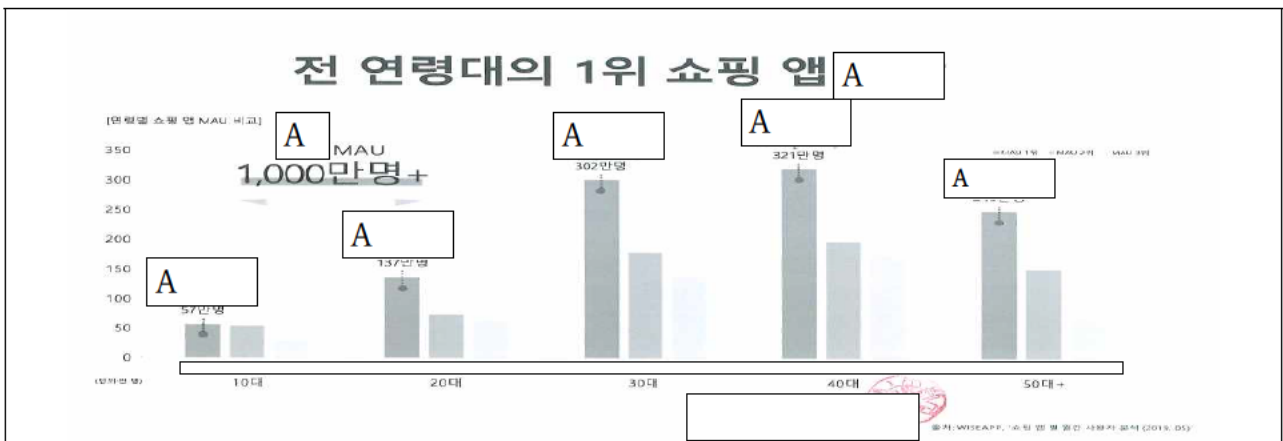
주요 온라인(모바일) 종합물 사업자에 대한 주 이용률 추정



* 자료출처: A · AJ · Y, 모바일 쇼핑앱 전쟁서 웃었다(뉴스1, 2019. 12. 30.) 기사 발췌

원고는 연령별 쇼핑 앱 월간 실질이용자(MAU, Monthly Active Users) 수(2019. 5월 기준)에서도 전 연령대 1위를 차지하고 있다(A 광고 소개서 참조).

쇼핑 앱 별 월간 실질이용자



* 자료출처: 원고 제출자료(A 광고 소개서)

3) 원고 가격 매칭 정책(최저가 매칭시스템)

가) 개요

원고는 2016년경부터 온라인 시장에서 경쟁 온라인몰(R, P, Z, Y, Q, E몰, F몰 등)이 판매가격을 낮추면 곧바로 자신의 판매가격도 최저가에 맞추어 판매하는 가격 매칭 정책(일명 '최저가 매칭시스템')을 운영하였다.

예를 들어, 원고가 판매하는 AT 1봉지 가격이 750원인데, 원고 프라이싱 팀⁶⁾이 확인한 AT 1봉지 가격이 600원이면, 원고의 판매가격을 600원으로 조정하는 것을 말한다. 원고는 이러한 조정 행위를 가격 매칭(또는 최저가 매칭)이라고 부른다.

나) 가격 매칭 경쟁 온라인몰

원고는 2017년 8월 기준 총 40개 경쟁사이트에서 시장 가격을 조사해 가격 매칭을 하였다. 원고는 직매입하는 상품 수가 늘어나면서 시장 가격을 조사하는 경쟁사이트 수도 점차 증가하였으며, 2018년 70개, 2019년 106개, 2020년 110개 사이트에서 시장 가격을 확인하고 있다.

주요 경쟁몰은 AJ 쇼핑/에누리,⁷⁾ 소셜커머스(Y/Z), Off-Line Big Seller(E/F/G의 온라인몰), 오픈마켓 등(P, R, Q, S, AU, AO, AV, AW, AG), 전문몰 및 자사몰(AX, AY, AZ, BA, BB) 등이다.

다) 가격 매칭 방법

원고는 온라인 시장에서 다양한 규격의 상품이 판매되기 때문에 동일한 조건의 동일한 상품(색상, 디자인이 다른 경우 동일 상품으로 간주)과 비교하여 시장 최저가격에 즉시 대응을 하는 방법으로 가격 매칭을 하였다.

나. 위법성 판단

6) 원고의 프라이싱 팀은 원고가 판매하는 상품과 동일한 상품이 여러 온라인 유통 채널에서 얼마에 판매되고 있는지를 확인하는 업무를 담당하고 있다.

7) 최저가격이라고 고객에게 보여주는 사이트 주소를 찾는 용도의 역할로 사용하였다.

1) 판매가격인상 요구행위

가) 인정사실

원고는 2016년경부터 온라인 쇼핑 시장에서 원고의 경쟁 온라인몰(R, P, Z 등)이 판매가격을 낮추면 자신의 판매가격도 곧바로 최저가에 맞추어 판매하는 최저가 매칭시스템을 운영하였다.

원고는 위 최저가매칭시스템 운영에 따른 마진손실을 최소화하기 위해 2017년경부터 2020년 9월까지의 기간 동안 총 101개 납품업자에게 원고의 경쟁 온라인몰에서 판매하고 있는 총 360개 상품에 대하여 원고의 경쟁 온라인몰에서의 판매가격 인상을 요구하고, 원고의 판매가격이 다른 경쟁 온라인몰의 판매가격보다 높지 않도록 지속적으로 관리하고 유도하였으며, 원고의 요구를 납품업자가 수용하지 않을 경우, 발주중단(또는 판매중단)⁸⁾을 하거나 이를 암시하는 방법으로 납품업자들을 압박하였다.

원고가 납품업자의 경쟁 온라인몰에서의 판매가격에 관여한 현황은 아래와 같다.

판매가격에 관여한 상품 카테고리별 납품업자 및 상품 현황

부문	납품업자	상품
Baby (출산/영유아 상품)	신고인, BC 등 17개	BD, BE 등 68개
HPC ⁹⁾ (가정 개인 생활용품)	신고인, BF 등 7개	BG 등 147개
Home & Kitchen	BH 등 45개	BI 2종+1 등 76개
Toy & Pet & Leisure	BJ 등 총 42개	BK 등 69개
합계	101개(중복제외)	360개

8) 이를 원고 내부에서는 "디라이브(de-live)" 또는 "블라인드(blind)"라는 용어로 사용하기도 한다.

9) Home Personal Care의 약자로, 세제, 구강용품, 물티슈 등 주로 가정에서 사용하는 개인 생활용품을

나) 행위의 위법 여부

(1) 거래상 지위가 존재하는지 여부¹⁰⁾

다음과 같은 점을 종합적으로 고려하여 볼 때, 원고는 납품업자들에 대해 상대적으로 우월한 지위 또는 적어도 상대방과의 거래활동에 상당한 영향을 미칠 수 있는 지위를 갖고 있는 것으로 인정된다.

첫째, 원고는 국내 주요 온·오프라인 유통사업자 중 매출액(2017~2019년) 순위에서 5위(온라인 사업자 중에서는 1위) 사업자이고, 2017~2019년 기간 중 매출 증가율이 연 60%에 이를 정도로 다른 유통업체에 비해 월등히 높은 성장률을 보이고 있는 유력 유통사업자이다.

둘째, 국내 유통시장의 동향을 보면, 오프라인 쇼핑시장에서의 매출은 감소하는 데 반해 온라인 쇼핑시장에서의 매출은 증가하고 있고, 소비자의 소비행동 패턴은 오프라인에서 온라인으로, PC에서 모바일로 이동하고 있다. 이러한 시장상황의 변화 속에서 원고는 결제규모, 쇼핑몰 이용자 수, 인지도 등 여러 면에서 국내 온라인 쇼핑시장, 특히 모바일 쇼핑시장에서 확고한 지위를 형성하여 온 사업자이다.

셋째, 위와 같은 시장 상황에서 납품업자들에게 원고는 중요한 거래상대방이고, 원고와 지속적으로 거래관계를 형성·유지하기를 강하게 희망한다.

넷째, 원고와의 거래관계가 단절될 경우, 납품업자들은 원고와 유사한 정도의 거래선을 확보하기가 쉽지 않은 데 반해 원고는 동일·유사한 상품을 기존 또는 신규 납품업자를 통해 충분히 대체가 가능하다.

말한다.

10) 원고의 이 사건 모든 행위에 대한 '거래상 우월적 지위 존재 여부' 관련 판단이 동일하므로 이하의 위반행위에 대하여는 그 검토를 생략한다.

다섯째, 국내 유통시장 구조에서 유통사업자는 납품업자에게 판촉행사 참여, 판매장려금 지급 요구 등 납품업자와의 관계에서 자신에게 유리하게 거래조건을 형성할 수 있는 지위에 있는 반면, 납품업자들은 거래 단절 우려 또는 판매증진 등을 위해 유통업자의 요구를 거절하기 어려운 현실적 상황에 처해 있어 유통업자와 납품업자 사이에는 본질적인 사업능력의 격차가 존재한다. 이 사건에서도 유통사업자인 원고가 납품업자들에게 원고의 경쟁 온라인몰에서의 판매가격 인상 요구, 광고 요구, 판매장려금 요구 등을 할 수 있었는 데 반해 납품업자들이 원고의 요구를 거절하지 못했던 것은 원고와 납품업자 사이에 본질적인 사업능력의 격차가 있었음을 방증한다 할 것이다.

(2) 경영 활동을 간섭하였는지 여부

위 인정사실에서 본 바와 같이 원고는 자신의 최저가 매칭시스템 운영에 따른 마진 손실을 최소화하기 위해 101개 납품업자에게 원고의 경쟁 온라인몰에서 판매하고 있는 총 360개 상품에 대하여 원고의 경쟁 온라인몰의 판매가격 인상을 요구하고, 그 이후에도 원고의 가격이 다른 경쟁온라인몰의 가격보다 높게 판매되지 않도록 원고의 경쟁 온라인몰 사이트 주소를 URL이나 엑셀파일로 보내주거나 전화, BL 등의 방식으로 지속적으로 관리하고 유도하였으며, 원고의 요구를 납품업자가 수용하지 않는 경우 발주 중단(또는 판매중단)을 하거나 이를 암시하였다.

원고의 위와 같은 행위를 위 법 규정 및 법리에 비추어 보면, 다음과 같은 점에서 납품업자의 경영 활동을 간섭한 것이 인정된다.

살피건대, 판례에서도 적시하고 있듯이 거래상대방의 판매가격은 거래상대방의 '거래 내용'에 해당한다. 따라서 원고는 납품업자에게 경쟁 온라인몰에서의 판매가격 인상을 요구하고, 원고의 가격이 다른 경쟁 온라인몰의 가격보다 높게 판매되지 않도록 지속

적으로 관리, 유도하는 행위를 함으로써 납품업자의 거래내용에 해당하는 판매가격 설정 과정에 간섭하였으며, 자신의 요구를 납품업자가 수용하지 않는 경우 발주중단(또는 판매중단)을 하거나 이를 암시하는 방법으로 납품업자의 의사에 반하여 영향력을 행사함으로써 납품업자의 자유로운 의사결정을 제한하였음이 인정된다.

(3) 공정거래 저해성 여부

'공정거래 저해성'은 경쟁제한성 뿐만 아니라 상품 또는 용역의 가격과 질 이외에 바람직하지 않은 경쟁수단을 사용함으로써 정당한 경쟁을 저해하거나 저해할 우려가 있는 '경쟁수단의 불공정성'과 거래상대방의 자유로운 의사결정을 저해하거나 불이익을 강요함으로써 공정거래의 기반이 침해되거나 침해될 우려가 있는 '거래내용의 불공정성'까지 포함하는 개념이다.

살피건대, 위에서 본 바와 같이 원고는 자신의 요구를 납품업자가 수용하지 않는 경우 발주중단(또는 판매중단)을 하거나 이를 암시하는 방법으로 납품업자의 의사에 반하여 영향력을 행사함으로써 납품업자의 자유로운 의사결정을 저해하였다.

이로 인해 납품업자들은 다른 온라인몰에서의 할인행사를 철회하거나 원고의 경쟁 온라인몰 사업자에게 원고의 판매가격보다 낮은 가격으로 판매하지 못하도록 요구할 수밖에 없었고, 이로 인해 납품업자들은 거래상대방과의 관계가 악화되거나 악화될 우려가 있을 것으로 판단된다.

한편, 원고의 위와 같은 행위로 인해 원고와 원고의 경쟁 온라인몰 간의 가격경쟁이 저해되고, 원고와 원고의 경쟁 온라인몰의 판매가격이 인상되는 효과로 소비자 후생이 저해되거나 저해될 우려는 큰 반면, 원고의 당해 행위로 인한 효율성 증대 효과는 없거나 크지 않다.

따라서, 원고가 납품업자에게 자신의 경쟁 온라인몰에서의 판매가격 인상을 요구한 행위는 공정한 거래를 저해하거나 저해할 우려가 있는 것으로 인정된다.

(4) 소결

따라서 원고의 행위는 공정거래법 제23조 제1항 제4호에 해당된다.

다) 원고의 주장에 대한 판단

원고는, 신고인 BN 등 8개 납품업자¹¹⁾의 경우 관련 상품시장에서 독과점사업자이고, 원고에 대한 거래의존도가 낮으며, 원고는 진열 완결성(display completeness)을 위해 이들 납품업체로부터 주요 인기 상품을 납품받아야 하므로 오히려 열위의 위치에 있다고 볼 수 있어 이들에 대해서는 거래상 우월적 지위가 존재하지 않는다고 주장한다.

살피건대, 다음과 같은 점에서 원고의 주장은 이유 없다.

첫째, 거래상 우월적 지위에 있는지 여부는 대규모유통업자가 상대적으로 우월한 지위 또는 적어도 상대방인 납품업자의 거래활동에 상당한 영향을 미칠 수 있는 지위에 있으면 충분하고, 납품업자 또는 그 지배회사가 관련 시장에서 상당한 시장 지위에 있다고 하더라도 당해 대규모유통업자와의 납품거래가 갖는 사업상 의미가 크다면 거래상 우월적 지위가 인정된다 할 것이다. 그런데 이들 납품업자들의 원고에 대한 납품액 및 납품비중을 살펴보면, 원고와의 납품거래가 이들의 전체 매출에서 적지 않은 비중을 차지하거나 납품액 규모 자체만 보더라도 상당한 규모이고, 거래금액도 매년 증가¹²⁾하고 있는 점에서 볼 때, 이들 납품업자들에게 있어서도 원고와의 납품거래가 갖

11) BN, BO, BP판매, BC, BQ, BR, BS, BT를 말한다.

12) BN은 2017년 약 709억 원에서 2018년 860억 원으로, BP는 2017년 약 393억 원에서 2018년 630억 원으로, BC는 2017년 약 587억 원에서 2018년 959억 원으로, BQ는 2017년 약 6억 원에서 2018년 323억 원으로, BR은 2017년 약 82억 원에서 2018년 167억 원으로, BT는 2017년 약 103억 원에서 2018년 122억 원으로, BS은 2017년 0억 원에서 2018년 116억 원으로 증가하였으며, BO의 경우

는 사업상 의미가 크다 할 것이다.

8개 업체의 A 납품비중 추이

(백만 원, %)

연도	2017			2018		
업체	총매출액	A납품액	A비중	총매출액	A납품액	A비중
BN	3,717,359	70,972	1.91	4,060,157	91,901	2.26
BO	1,356,777	152,527	11.24	1,327,184	145,389	10.95
BP판매	669,938	39,375	5.88	773,271	63,001	8.15
BC	881,178	58,714	6.66	1,300,078	95,922	7.38
BQ	1,157,333	639	0.06	1,070,693	32,311	3.02
BR	237,263	8,276	3.49	223,351	16,728	7.49
BS	524,172	-	-	643,791	11,670	1.81
BT	124,488	10,310	8.28	115,611	12,247	10.59

* 자료출처: 원고 의견서 참조

둘째, 일부 납품업자의 원고에 대한 거래의존도가 다소 낮다 하더라도, 납품업자가 다수인 경우, 납품업자와 대규모유통업자 사이라는 관계나 구조의 특수성에서 오는 공통되는 사정이 존재하고 대규모유통업자의 규모, 시장에서 차지하는 위치, 위와 같은 다수 납품업자와 사이의 공통되는 사정들만으로도 대규모유통업자의 거래상 우월적 지위를 인정할 수 있다면 반드시 개별적인 납품업자별로 대규모유통업자와 사이의 개별적 사정을 따져서 거래상 우월적 지위를 판단하여야 한다고 볼 수 없으므로, 거래상 우월적 지위의 존재 여부를 납품업자별로 개별적으로 판단하여야 한다는 전제에 선 원

2017년 약 1,525억 원에서 2018년 1,453억 원으로 매출액이 감소하기는 하였으나 매출비중은 전체 매출 대비 10% 이상으로 상당한 수준이다.

고의 주장은 이유 없다.

셋째, 동 사건 행위가 이들 8개 납품업자에게도 동일하게 행하여지고 이들도 받아들이 수밖엔 없었다는 사실은 이들과 원고 사이에 본질적인 사업능력의 격차가 있었음을 방증한다 할 것이다.

2) 광고게재 요구행위

가) 인정사실

원고는 2017. 3월부터 2019. 7월까지의 기간 동안 위 최저가 매칭시스템 운영에 따른 마진 손실을 보전하기 위해 총 128개 납품업자에게 총 213건의 광고 게재를 요구하였으며, 납품업자가 원고의 이러한 요구를 수용하지 않을 경우 판매(발주)중단을 하거나 이를 암시하는 방법으로 납품업자들을 압박하였다.

원고의 납품업자에 대한 광고요구 현황은 아래와 같다.

원고의 납품업자에 대한 광고요구 현황

부문	납품업자	상품
Baby	BU 등 6개	BV 등 15개
HPC	BW 등 7개	BX 등 39개
Home&Kitchen	BR 등 60개	BY 등 100개
Toy&Pet&Leisure	BZ 등 57개	CA 등 243개
합계	128개(중복제외)	397개

나) 행위의 위법 여부

(1) 거래상 지위가 존재하는지 여부

위에서 살펴본 바와 같이, 원고는 납품업자에 대해 거래상 우월적 지위가 인정된다.

(2) 납품업자 등의 의사에 반하여 광고를 하게 하였는지 여부

원고가 자신의 최저가 매칭시스템 운영에 따른 마진손실을 보전하기 위해 광고 게재를 요구하고, 납품업자가 이를 수용하지 않는 경우 발주중단(또는 판매중단)을 하거나 이를 암시하는 방법으로 납품업자를 압박한 사실, 원고의 이러한 요구가 부당하다는 취지의 신고인 등 납품업자들 진술 또는 기재 사실 등에서 볼 때, 원고의 광고 게재 요구는 납품업자의 의사에 반하는 것으로 인정된다.

(3) 정당한 사유가 존재하는지 여부

다음과 같은 점을 종합적으로 고려하여 볼 때, 원고의 이 사건 행위에는 정당한 사유를 인정할 수 없다.

첫째, 원고와 납품업자 간에는 직매입거래를 하고 있기 때문에 납품업자가 상품을 납품한 이후에는 마진 감소 등에 따른 손실 부담은 전적으로 원고에게 있다. 그럼에도 불구하고 원고는 자신이 선택한 가격 정책에 따른 손실을 납품업자의 광고를 통해 보전하려고 하였다.

둘째, 납품업자의 의사에 반하여 납품업자의 상품에 관한 광고를 함으로써 납품업자가 부수적으로 판매가 일부 촉진되었다고 하더라도 그로 인한 이득이 납품업자가 원고에게 보전해 준 광고금액을 상회한다고 단정하기 어렵고 정상적인 거래 관행에 부합한다고도 보기 어렵다.

(4) 소결

따라서 원고의 행위는 대규모유통업법 제17조 제6호에 해당된다.

3) 판매촉진비용 부담전가행위

가) 인정사실

원고는 납품업자로부터 직매입한 상품에 대하여 2018년경부터 2019년 상반기까지 기간 동안 소비자들에게 다운로드 쿠폰 제공 등 할인혜택을 주는 방식으로 베이비/생필품 페어(fair) 행사를 하였다.

동 행사는 개별 행사 기간의 약 한 달 전부터 원고의 OM(Onsite Merchandising)팀과 BM(Business Manager)팀이 해당 행사의 구체적인 시기 및 기간, 행사 대상 카테고리, 할인방식 등 해당 행사의 전체적인 기획을 한 후 납품업자들로부터 신청을 받아 납품업자 및 상품 선정을 하였다.

원고는 위 판매촉진행사와 관련하여 납품업자와 계약을 체결하였는데, 주요 내용으로 판촉행사 내용은 '즉시할인/쿠폰할인 행사', 판촉행사 역할과 관련해서는 자신은 '할인행사 딜 생생 및 운영'을, 납품업자는 '쿠폰비용 지원'의 역할을 맡기로 하였으며, 판매행사 비용의 부담비율은 100% 납품업자가 부담하는 것으로 정하였다.

(그림 삽입을 위한 여백)

계약서 예시(생필품 페어 행사 관련 계약서 주요 내용 발췌)

1. 기본사항

행사 명칭				
행사 성격	일반 (x)		자발 (o)	
행사 기간	2019	년	2019	년
	4	월	5	월
	28	일	13	일
	07:00:00	부터	23:59:59	까지
행사 유형	즉시할인			

※ 단, 정기배송 할인과 동시 적용시 행사기간이 최대 36일 연장 가능함.

2. 판촉행사 대상상품 목록 (☐ 별첨 목록 참조)

3. 판촉행사 예상비용 및 분담비율 등

판촉 행사 내용	할인쿠폰 행사
판촉 행사 역할	갑 : 할인행사 달 생성 및 운영지원 을 : 쿠폰비용 지원
판촉 행사 비용 (추정)	25000000 원

행사 종류 및 비용	판촉행사 예상이익		판촉행사 비용 분담비율	
	갑	을	갑	을
즉시 할인	0 %	100 %	0 %	100 %

4. 판촉행사 비용의 정산

갑은 을에게 매월 (영업일기준) 5일 이후 을로부터 지급받아야 할 본 계약에 따른 비용을, 납품대금에서 순차적으로 상계한 뒤 지급할 수 있으며, 을이 상계 대신 입금을 원할 경우 매월 ()일에 입금처리 할 수 있다. 다만 갑은 지급일로부터 3일 이내에 위 비용에 대한 입금확인이 되지 않는 경우, 을에게 지급하여야 할 납품대금에서 해당 비용을 순차적으로 상계할 수 있는 것으로 한다.

원고는 베이비/생필품 페어(fair) 행사에 참여한 388개 납품업자(중복포함)에게 위 판촉행사 약정서에 명시된 판촉행사 비용 및 분담비율에 따라 아래와 같이 즉시할인비용 (또는 할인쿠폰비용) 등 할인비용 총 5,702,967,051원을 관련 납품대금에서 상계하는 방식으로 납품업자가 전액 부담(100%)하도록 하였다.

생필품/베이비 페어 행사 분담비용 현황

(단위: 원, VAT제외)

연 번	행사명	행사기간	납품 업체 수	납품업자 부담 비용 (납품대금 상계비용)	납품업자 분담비율 (%)	원고 분담비율 (%)	관련 납품대금
-----	-----	------	---------	------------------------	---------------	-------------	---------

1	2018년 CY 1차	2018.02.28. ~ 2018.03.13.	69	638,231,273	100	0	2,130,349,620
2	2018년 CY 2차	2018.06.25 ~ 2018.07.08.	18	54,615,897	100	0	246,507,978
3	2018년 CY 3차	2018.08.20. ~ 2018.09.02.	53	179,274,603	100	0	1,043,066,326
4	2018년 CY 4차	2018.12.10. ~ 2018.12.23.	31	382,689,233	100	0	1,390,444,060
5	2019년 CY 1차	2019.02.18. ~ 2019.03.03.	44	774,029,436	100	0	2,939,248,029
6	2019년 CY 2차	2019.05.13. ~ 2019.05.26.	39	434,204,576	100	0	1,918,135,177
7	2018년 CZ 1차	2018.06.25. ~ 2018.07.09.	31	752,527,823	100	0	2,793,173,697
8	2018년 CZ 2차	2018.07.16. ~ 2018.07.30.	29	641,658,997	100	0	2,342,663,416
9	2018년 CZ 3차	2018.10.18. ~ 2018.11.01.	26	549,110,468	100	0	1,820,088,879
10	2018년 CZ 4차	2018.11.08. ~ 2018.11.22.	28	680,458,969	100	0	2,288,778,964
11	2019년 CZ 1차	2019.04.29. ~ 2019.05.13.	20	616,165,776	100	0	1,647,006,439
합계			388	5,702,967,051	100	0	20,559,462,584

나) 행위의 위법 여부

(1) 거래상 지위가 존재하는지 여부

위에서 살펴본 바와 같이, 원고는 납품업자에 대해 거래상 우월적 지위가 인정된다.

(2) 판매촉진행사에 해당하는지 여부

이 사건 베이비/생필품 페어(fair) 행사는 자신의 상품에 대한 판매를 증진시킬 목적

으로 실시한 행사이므로 판매촉진행사에 해당한다.

(3) 납품업자 등이 자발적으로 대규모유통업자에게 요청하여 다른 납품업자 등과 차별화되는 판매촉진행사를 실시한 경우인지 여부

살피건대, 이 사건 판매촉진행사는 원고가 사전에 연간계획으로 기획하고 행사 참여 납품업자 및 상품 선정, 행사내용 확정 등을 주도적으로 결정하였고, 납품업자가 먼저 독자적이고 적극적으로 판매촉진행사를 기획하여 대규모유통업자에게 그 실시를 요청한 것으로 볼 수 없다.

원고가 이 사건 판매촉진행사에 참여하는 납품업자로부터 판매촉진약정서 체결 전 납품업자의 행사 참여 공문을 수령하고, 판매촉진약정서 체결 시 행사성격을 '자발'로 표시하였다고 하더라도, 원고의 실질적 관여나 개입 없이 납품업자 등이 먼저 독자적이고 적극적으로 판매촉진행사를 기획하여 대규모유통업자에게 그 실시를 요청한 것으로 볼 수 없으므로, 납품업자 등이 자발적으로 원고에게 요청한 판매촉진행사에 해당되지 않는다.

또한 이 사건 판매촉진행사는 그 행사의 내용이나 효과가 개별 납품업자 등에게 특화되어 있다고 볼 수 없으므로 다른 납품업자 등과 차별화되는 판매촉진행사에 해당되지도 않는다.

(4) 납품업자에게 50%를 초과하여 판촉비용을 부담시켰는지 여부

이 사건 판매촉진행사에서 납품업자가 판촉행사약정서에 명시된 판촉행사 비용인 즉시할인비용(또는 할인쿠폰비용) 전체를 부담하였으므로, 납품업자에게 50%를 초과하여 판매촉진비용을 부담시켰음이 인정된다.

(5) 소결

따라서 원고의 행위는 대규모유통업법 제11조 제4항에 위반되어 위법하다.

다) 원고의 주장에 대한 판단

원고는, ① 대규모유통업법 제11조 제1·2항의 의무(사전 약정 및 교부)와 같은 조 제4항의 의무(분담비율 50% 초과 금지)는 별개의 의무로서, 제4항 위반 여부는 양측의 실질 부담내역에 따라 부담 비율을 재산정 후 판단될 필요가 있고, ② 원고 자신이 이 사건 행사를 위해 웹페이지 광고, 알림 메시지 발송 등을 하였으므로 해당 판촉 행사를 하지 않았더라면 얻을 수 있었던 광고수익이나 메시지 발송 대가 등은 원고가 부담한 비용으로 인정되어야 하며, 이러한 비용의 가치를 환산하여 평가할 경우 납품업자가 부담한 비용을 초과하므로 납품업자에게 50%를 초과하여 판매촉진비용을 부담시킨 경우에 해당되지 않는다고 주장한다.

살피건대, 다음과 같은 점을 종합적으로 고려할 때, 원고의 이 부분 주장은 이유 없다.

첫째, 원고가 납품업자와 명시적으로 판매촉진행사 비용을 서면으로 약정하지 않았다. 대규모유통업법 제11조 제1항은 "대규모유통업자는 판매촉진행사를 실시하기 이전에 대통령령으로 정하는 바에 따라 판매촉진행사에 소요되는 비용의 부담 등을 납품업자 등과 약정하지 아니하고는 이를 납품업자 등에게 부담시키는 행위를 하여서는 아니 된다"고 규정하고 있는데, 이는 거래상 우위에 있는 대규모유통업자가 약정에 없던 비용을 지출하였다고 주장하는 경우 등으로 인해 납품업자 등이 입을 수 있는 불측의 피해를 방지함과 동시에 대규모유통업자와 납품업자 등 사이의 비용부담에 관한 분쟁을 예방하기 위한 것이다. 따라서 이러한 대규모유통업법 제11조 규정의 취지를 고려할 때 원고가 주장하는 비용은 사전에 약정되지 아니한 것으로 판매촉진비용의 부담비율

과 관련하여 동 조에 따른 비용으로 인정할 수 없다.

둘째, 대규모유통업법 제11조의 체계를 살펴보면, 제1항에서는 대규모유통업자가 판매촉진행사를 실시하기 이전에 판매촉진행사에 소요되는 비용을 약정하지 아니하고는 납품업자 등에게 이를 부담시킬 수 없도록 하여 약정을 한 경우에만 판매촉진비용을 부담시킬 수 있도록 하고, 제2항에서는 제1항의 약정은 대규모유통업자와 납품업자 등이 각각 서명 또는 기명날인한 서면으로 이루어져야 하며 대규모유통업자는 약정과 동시에 이 서면을 납품업자 등에게 주도록 하고 있으며, 제3항에서는 제1항과 제2항에 따른 판매촉진비용의 분담비율은 대규모유통업자와 납품업자 등이 각각 해당 판매촉진행사를 통하여 직접적으로 얻을 것으로 예상되는 경제적 이익의 비율에 따라 정하도록 하고, 제4항에서는 제3항에 따른 납품업자 등의 판매촉진비용 분담비율은 100분의 50을 초과할 수 없도록 규정하고 있다. 이와 같이 대규모유통업법 제11조의 체계에서 볼 때, 동조 제4항의 판매촉진비용의 분담비율은 대규모유통업자와 납품업자 간의 서면약정을 전제로 한 것이다. 즉, 대규모유통업법 제11조 제1항에 비추어 납품업자의 판매촉진비용 분담비율이 100분의 50을 초과하였는지를 판단함에 있어 사전에 서면으로 약정되지 아니한 비용은 고려될 수 없고, 이와 다른 전제에 선 원고의 주장은 대규모유통업법 제11조 제1항을 형해화하는 것으로서 이를 받아들일 수 없다.

4) 판매장려금 수취행위

가) 인정사실

원고는 2017. 1월부터 2019. 6월까지의 기간 동안 아래와 같이 직매입 거래를 하고 있는 총 330개 납품업자들로부터 판매장려금 지급에 관한 약정사항을 연간거래 기본계약의 내용으로 약정하지 않고 성장장려금 명목으로 총 10,428,221,601원을 수취하였다.

연간거래 기본계약에 의한 약정 없이 수취한 판매장려금 현황

(단위: 건, 원, VAT제외)

납품업자 수	건수	수령금액	수령일	거래형태	명목
330 (중복 제외)	1,085	10,428,221,601	2017. 1. ~ 2019. 6.	직매입	성장장려금

위 내용을 구체적으로 보면, 원고는 납품업자들과 연간거래 기본계약을 체결하면서 판매장려금 지급에 관한 약정을 체결하지 아니하고 연간거래 기본계약일로부터 상당 기간이 지난 후에 약정을 체결하거나 연간이 아닌 짧게는 1개월, 길게는 6개월 정도의 기간을 정하여 약정을 하였다.

개별약정 (장려금 계약기간: 3개월) 발췌

3. 본 계약기간은 2018-04 부터 2018-06까지로 한다.

(중략)

첨부 2. 신장율 구간별 장려금 조건

산정기간		매입 목표																
		1구간			2구간			3구간			4구간			5구간			6구간	
시작	종료	초과	이하	수취율	초과	이하	수취율	초과	이하	수취율	초과	이하	수취율	초과	이하	수취율	초과	수취율
201804	201806	250,000원	300,000원	1.50%	300,000원	350,000원	2.00%	350,000원		2.50%								

나) 행위의 위법 여부

(1) 거래상 지위가 존재하는지 여부

위에서 살펴본 바와 같이, 원고는 납품업자에 대해 거래상 우월적 지위가 인정된다.

(2) 원고가 수취한 경제적 이익이 판매장려금에 해당하는지 여부

원고가 납품업자로부터 제공받은 이 사건 금원의 성격을 살펴보면, 그 성격이 판매 촉진을 위하여 매입하는 상품의 물량이 증가하면 그에 따라 납품업자가 지급하는 성과

장려금 명목의 경제적 이익으로서 대규모유통업법 제2조 제9호에서 규정하고 있는 판매장려금에 해당한다.

(3) 연간거래 기본계약의 내용으로 약정하지 아니하고 수취하였는지 여부

위 인정사실에서 본 바와 같이 원고는 이 사건 판매장려금을 제공하도록 하면서 판매장려금 지급에 관한 법정사항을 연간거래 기본계약의 내용으로 약정하지 아니하였다.

(4) 소결

따라서 원고의 행위는 대규모유통업법 제15조 제2항에 위반되어 위법하다.

다. 처분

원고의 이 사건 각 행위와 관련하여 향후 동일 또는 유사한 행위의 재발 방지를 위하여 판매가격인상 요구행위에 대하여는 공정거래법 제24조의 규정에 따라, 광고게재 요구행위, 판매촉진비용 부담전가행위, 판매장려금 수취행위에 대하여는 대규모유통업법 제32조의 규정에 따라 '향후 재발방지명령' 및 '시정명령을 받은 사실의 거래상대방인 모든 납품업자에 대한 통지명령'을 부과한다.

아울러, 원고의 이 사건 각 행위는 위반행위로 인한 자유롭고 공정한 경쟁질서의 저해효과가 중대하거나 다수의 거래상대방을 대상으로 장기간 이루어져 대규모유통업에서의 공정한 거래질서에 미치는 효과가 중대하고 다수의 납품업자에 미치는 영향이 크므로, 판매가격인상 요구행위에 대하여는 공정거래법 제24조의2, 제55조의3, 같은 법 시행령 제9조, 제61조 제1항 및 [별표 2], 과징금부과 세부기준 등에 관한 고시(이하 '공정거래법 과징금 고시'라 한다)¹³⁾의 규정에 따라, 광고게재 요구행위, 판매촉진비용

13) 2017. 11. 30. 공정거래위원회 고시 제2017-21호로 개정되어 시행된 것을 말한다.

부담전가행위, 판매장려금 수취행위에 대하여는 대규모유통업법 제35조, 같은 법 시행령 제28조 및 대규모유통업법 위반사업자에 대한 과징금 부과기준 고시(이하 '대규모유통업법 과징금 고시'라 한다)¹⁴⁾의 규정에 따라 과징금을 부과한다. 한편, 원고의 행위 중 광고게재 요구행위는 관련 납품대금 및 위반금액의 산정이 곤란하므로 대규모유통업법 과징금 고시 IV. 1. 다.의 규정에 따라 정액과징금을 부과하고, 나머지 행위에 대해서는 정률과징금을 부과한다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1호증(가지번호 포함, 이하 같다), 을 제48호증의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 관계 법령

이하 해당 부분에서 기재하되, 전체 관계 법령은 [별지 2] 기재와 같다.

3. 원고의 거래상 지위

가. 처분의 요지

원고는 국내 온라인 종합소매유통에서 확고한 지위를 가진 사업자로서 대규모유통업법상 대규모유통업자에 해당한다. 납품업자들은 원고와의 거래관계 형성·유지를 강하게 희망하고, 원고와 거래가 단절될 경우 그와 유사한 대체거래선을 확보하기 어렵다. 한편 국내 유통시장 구조에서 대규모유통업자와 납품업자들 사이에는 본질적인 사업능력의 격차가 존재한다. 이러한 사정을 고려하면, 원고는 이 사건 납품업자들 모두에 대하여 거래상 우월적 지위를 가진다.

나. 당사자의 주장

1) 원고

14) 2018. 9. 14. 공정거래위원회 고시 제2018-14호로 개정되어 시행된 것을 말한다.

대규모유통업자의 거래상 우월적 지위 여부는 각 납품업자 별로 개별적·구체적으로 판단하여야 한다. 이 사건의 경우 BN, BO, BP판매, BC, BQ, BR, BS, BT 등 8개 납품업자(이하 '8개 독과점 제조업체'라 한다)는 원고에게 상당한 인지도와 선호도를 가진 상품(이른바 'must-have item', 이하 '필수상품'이라 한다)을 납품하고 있는바, 원고는 적어도 위 8개 독과점 제조업체들에 대하여는 거래상 우월적 지위를 가지지 않는다.

2) 피고

판례의 법리에 의하면, 대규모유통업자와 다수의 납품업자들 사이에 공통되는 사정이 존재하고, 그러한 사정만으로도 대규모유통업자의 거래상 우월적 지위를 인정할 수 있다면, 반드시 각 납품업자 별로 개별적·구체적인 사정을 따져 거래상 우월적 지위를 판단하여야 하는 것은 아니다. 또한 판례에 의하면, 설령 필수상품을 납품하는 납품업자라 하더라도, 그 납품업자가 해당 대규모유통업자와의 거래를 희망하고, 해당 대규모유통업자의 행위에 따라 제품이 판매량이 달라질 수 있으며, 해당 대규모유통업자 외에 다른 유통업자를 찾기도 쉽지 않다면, 해당 대규모유통업자는 그 납품업자와의 관계에서도 거래상 우월적 지위를 가진다.

다. 관계 법령

■ 구 공정거래법

제23조(불공정거래행위의 금지)

① 사업자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위로서 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위(이하 "불공정거래행위"라 한다)를 하거나, 계열회사 또는 다른 사업자로 하여금 이를 행하도록 하여서는 아니 된다.

4. 자기의 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 상대방과 거래하는 행위

■ 대규모유통업법

제3조(적용제외)

① 이 법은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 거래에는 적용하지 아니한다.

1. 대규모유통업자가 납품업자 또는 매장임차인(이하 "납품업자등"이라 한다)에 대하여 거래상 우월적 지위에 있다고 인정되지 아니하는 거래

② 거래상 우월적 지위에 있는지의 여부는 다음 각 호의 사항을 종합적으로 고려하여 판단한다.

1. 유통시장의 구조

2. 소비자의 소비실태

3. 대규모유통업자와 납품업자등 사이의 사업능력의 격차

4. 납품업자등의 대규모유통업자에 대한 거래 의존도

5. 거래의 대상이 되는 상품의 특성

6. 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 제2조 제2호의 기업집단이나 하나의 대규모유통업자가 운영하는 유통업태의 범위

라. 판단

1) 공정거래법상 '거래상 지위'와 대규모유통업법상 '거래상 우월적 지위'¹⁵⁾

가) 양자의 이동(異同)

공정거래법에서는 '거래상 지위'라고 하고, 대규모유통업법에서는 '거래상 우월적 지위'라고 하는바, 양자가 같은 것인지 다른 것인지 문제된다.

살피건대, ① 무엇보다도 그 문언이 서로 다른 점, ② 판례는 공정거래법상 거래상 지위를 '상대적으로 우월한 지위 또는 적어도 상대방의 거래활동에 상당한 영향을 미칠 수 있는 지위'라고 표현하고 있는바(대법원 2011. 5. 13. 선고 2009두24108 판결 등

15) 원고와 피고가 이 부분을 명시적으로 다투고 있지는 않지만, 이하 판단의 기초가 되므로 간략히 본다.

참조), 전자를 거래상 우월적 지위로, 전자와 후자를 합쳐 거래상 지위로 관념하는 것이 가능한 점, ③ 대규모유통업법은 공정거래법상 거래상 지위 남용의 특칙인바(대법원 2021. 11. 25. 선고 2018두65071 판결 등 참조), 대규모유통업법이 공정거래법상 지위 요건을 더욱 강화한 것으로 볼 수 있는 점, ④ 대규모유통업법은 공정거래법에 비하여 매우 강력한 제재를 규정하고 있는바, 대규모유통업법의 적용범위가 지나치게 확장되는 것을 경계할 필요가 있는 점 등을 고려하면, 양자를 달리 보아 대규모유통업법에서 말하는 거래상 우월적 지위는 공정거래법에서 말하는 거래상 지위보다 더욱 가중된 요건이라고 볼 여지가 전혀 없는 것은 아니다.

그러나 다음과 같은 사정, 즉 ① 공정거래법의 입법연혁을 볼 때 '거래상 우월적 지위'라는 표현은 결국 '거래상 지위'를 의미하는 것으로 보이고,¹⁶⁾ 판례 역시 거래상 우월적 지위와 거래상 지위를 달리 보고 있지 않은 점,¹⁷⁾ ② 판례의 거래상 지위에 관한 설시 중 후자, 즉 '적어도 상대방의 거래활동에 상당한 영향을 미칠 수 있는 지위'는 전자, 즉 '상대적으로 우월한 지위'를 풀어서 설명하거나 달리 표현한 것으로 볼 수 있는 점, ③ 대규모유통업법이 공정거래법과 달리 '거래상 우월적 지위'라는 표현을 사용한 것과 관련하여 명확한 입법취지는 알려진 것이 없는바, 이를 그 지위 요건을 강화하기 위한 취지라고 단정하기 어려운 점,¹⁸⁾ ④ 설령 대규모유통업법의 적용범위를 제

16) 공정거래법은 1996. 12. 30. 개정 이전에는 불공정거래행위의 유형 및 기준을 현재와 달리 공정거래위원회가 정하여 고시하도록 규정하고 있었는바, 법에서는 '거래상 지위'라고 표현하였음에도 고시에 서 '우월적 지위'라는 표현을 사용하고 있었고, 이에 '거래상 우월적 지위'라는 표현이 통용되었다.

17) 예컨대 과거 '우월적 지위'라는 표현이 사용되던 시기의 대법원 2000. 6. 9. 선고 97누19427 판결 등의 법리 설시와 이후 '거래상 지위'라는 표현이 사용된 시기의 대법원 2002. 1. 25. 선고 2000두9359 판결, 대법원 2011. 5. 13. 선고 2009두24108 판결 등의 법리 설시 사이에 유의미한 차별점을 찾을 수 없다.

18) 대규모유통업법은 그 제정이유를 "우리나라 유통시장은 백화점, 대형마트 등 대규모유통업자들을 중

한할 필요가 있다 하더라도, 이를 위하여 반드시 거래상 우월적 지위를 거래상 지위보다 가중된 요건으로 새길 필요는 없다 할 것인바, 양자를 차별화하는 것은 오히려 학계와 실무계에 불필요한 혼란을 야기할 우려가 있는 점 등을 종합하면, 양자는 결국 같은 의미라고 보아야 할 것이다.¹⁹⁾

나) 증명책임의 소재

한편 공정거래법상 거래상 지위의 존재에 관한 증명책임은 공정거래위원회에게 있다는 점에 별다른 의문이 없으나, 대규모유통업법상 거래상 우월적 지위의 존부에 관하여도 공정거래위원회가 증명책임을 부담하는 것인지 의문이 제기될 수 있다.

그러므로 보건대, ① 대규모유통업법 제3조는 '거래상 우월적 지위가 인정되지 않는 경우에는 적용을 제외한다'고 규정하고 있는바, 이러한 규정방식에서는 적용제외를 주장하는 자가 증명책임을 부담하는 것이 원칙인 점, ② 유통업의 특성을 고려할 때 대규모유통업자에 해당할 경우 실제로 그 납품업자들에 대하여 거래상 지위를 가질 개연성이 큰바, 대규모유통업자에게 증명책임을 부과하더라도 특별히 가혹한 결과를 초래하지는 않을 수 있는 점, ③ 대규모유통업법은 공정거래법상 거래상 지위 남용을 더욱 강화한 입법인바, 만일 거래상 우월적 지위 여부가 불분명할 경우 대규모유통업자에게

심으로 급성장하였는데, 이 과정에서 대규모유통업자들이 막대한 자본과 우월적 지위를 바탕으로 중소규모 유통업자들을 시장에서 도태시키고, 자신들의 거래상대방인 납품업자나 매장임차인에 대한 불공정행위를 관행화해온바, 대규모유통업자에 의한 불공정거래행위를 유형별로 구체화하여 불공정거래행위를 금지하고, 납품업자나 매장임차인의 신고 및 권리구제가 용이하도록 함으로써 유통시장에서의 우월적 지위 남용을 방지하고 공정거래질서와 동반성장의 기틀을 마련하려는 것임"이라고 설명하고 있을 뿐이다.

19) 참고로, 대규모유통업법은 2023. 8. 8. 개정을 통하여 제14조의2로 경영간섭을 금지하는 규정을 신설하였는바(2024. 2. 9. 시행), 위 신설규정에서는 '거래상 우월적 지위'라는 표현을 사용하지 않고 단순히 '거래상 지위'라고만 하고 있다.

불이익을 돌리는 것이 입법취지에 보다 부합한다고 보이는 점 등을 고려하면, 대규모 유통업법상 거래상 우월적 지위의 존부에 관하여는 대규모유통업자에게 그 증명책임이 있다고 볼 여지가 있다.

그러나 다음과 같은 사정, 즉 ① 앞서 본 바와 같이 대규모유통업법은 공정거래법상 거래상 지위 남용의 특칙이고, 대규모유통업법상 거래상 우월적 지위는 결국 공정거래법상 거래상 지위를 의미하는바, 즉 거래상 우월적 지위가 인정되지 않는 대규모유통업자에게 대규모유통업법을 적용할 수 없는 것은 당연하고, 대규모유통업법의 적용제외 규정은 이를 확인하는 의미를 가진다고 보아야 할 것인 점, ② 만일 거래상 우월적 지위에 관한 증명책임이 대규모유통업자에게 있다고 본다면, 대규모유통업자로서는 '거래상 우월적 지위가 없다'는 점을 증명하여야 하는데, 위와 같은 '부존재'의 증명을 요구하는 것은 특별한 사정이 없는 한 그리 적절하지 않고, 이는 유통업의 특성을 고려하더라도 다르지 않은 점, ③ 한편 위와 같이 증명책임을 대규모유통업자에게 돌릴 경우, 공정거래법에 비하여 매우 강력한 제재사유와 제재수준을 규정하고 있는 대규모유통업법의 적용범위가 지나치게 확장되고, 이로써 대규모유통업에서의 공정한 거래질서 확립을 넘어 납품업자를 과도하게 보호하고, 오히려 대규모유통업에 관한 경쟁과 혁신을 저해하는 결과를 초래할 우려도 있는 점 등을 종합적으로 고려하면, 대규모유통업법상 거래상 우월적 지위에 관하여도 공정거래위원회가 그 증명책임을 부담한다고 보는 것이 타당하다.

다) 소결

요컨대, 비록 대규모유통업법이 공정거래법과 달리 '거래상 우월적 지위'라는 표현을 사용하고, '거래상 우월적 지위가 인정되지 않는 경우 적용을 제외한다'는 규정을 두고

있으나, 거래상 우월적 지위는 결국 거래상 지위와 같은 의미이고, 그에 관한 증명책임 역시 공정거래위원회가 부담한다고 보아야 한다. 이하 이러한 관점을 전제로 본다(이하 특별한 사정이 없는 한 '거래상 우월적 지위'라는 표현은 사용하지 않고, 단순히 '거래상 지위'라고만 표현하기로 한다).

2) 8개 독과점 제조업체들에 대한 거래상 지위의 인정 여부

갑 제2, 5, 9 내지 16, 18, 36, 37, 55 내지 58, 60호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하여 알 수 있는 아래와 같은 사정에 비추어 보면, 피고가 주장하는 사정과 을 제3 내지 7, 35, 36, 50, 51호증 등 제출한 증거들만으로는 원고가 이 사건 8개 독과점 제조업체들에 대하여도 거래상 지위를 가진다고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 근거가 없다.

가) 거래상 지위의 의미와 판단기준

공정거래법에서 거래상 지위 남용을 규제하고 있는 것은, 현실의 거래관계에서 경제력에 차이가 있는 거래주체 간에도 상호 대등한 지위에서 같은 법이 보장하고자 하는 공정한 거래를 할 수 있게 하기 위한 것이다(대법원 2006. 9. 8. 선고 2003두7859 판결 등 참조).

위와 같은 거래상 지위란 결국 우월한 협상력, 즉 거래상대방을 그 의사에 반하여 착취할 수 있는 힘을 의미한다. 그런데 거래당사자 사이에 모든 조건이 동등한 경우는 오히려 이례적이므로, 거래상 지위는 민법이 예상하고 있는 통상적인 협상력의 차이와 비교할 때 훨씬 엄격한 기준으로 판단되어야 할 것인바, 사적 자치와 계약 자유의 원칙에도 불구하고 행정권의 고권적 개입을 정당화할 수 있을 정도로 거래당사자 사이에 현저한 협상력의 차이가 있을 것이 필요하다.²⁰⁾ 즉 '당사자가 처하고 있는 시장의 상

황, 당사자 간의 전체적 사업능력의 격차, 거래의 대상인 상품의 특성' 등 제반 사정을 고려할 때(대법원 2011. 5. 13. 선고 2009두24108 판결 등 참조) 거래의존도가 높고 대체거래선이 없어 거래상대방이 행위자에게 사실상 종속되어 있다고 인정되지 않은 이상, 행위자가 거래상대방에 비하여 사업능력 면에서 다소 우위를 점하고 있다는 사정만으로 쉽사리 거래상 지위를 인정하여서는 안 된다.

한편 이러한 거래상 지위는 시장지배적 지위와 엄연히 구별되는 개념이다. 시장지배적 지위는 경쟁사업자들과의 관계를 전제로 한 절대적 지위인 반면, 거래상 지위는 거래상대방과의 관계를 전제로 한 상대적 지위이다. 전자는 경쟁사업자들에 따라 달라질 수 없다는 의미에서 일반적인 데 반하여, 후자는 거래상대방에 따라 달라질 수 있다는 점에서 개별적이다.²⁰⁾ 물론 시장지배적 지위와 거래상 지위가 전혀 무관하다고 할 것은 아니고, 행위자가 관련시장에서 시장지배적 지위를 가지는 사업자라면 특별한 사정이 없는 한 그 거래상대방에 대하여도 거래상 지위를 가질 가능성이 크다. 그러나 만일 그 거래상대방 또한 자신의 관련시장에서 시장지배적 지위를 가지고 있거나, 적어도 상당한 규모 내지 자금력, 영업력 등 사업능력을 가지고 있어 타방 당사자에게 쉽게 종속될 수 있는 상황이 아니라면, 과연 행위자가 위와 같은 거래상대방에 대하여도

20) 참고로, 피고 스스로도 위와 같은 입장을 밝히고 있는바, 즉 불공정거래행위 심사지침 V. 6. (1)은 거래상 지위 남용에 관하여 "사업자가 거래상 우월적 지위가 있음을 이용하여 열등한 지위에 있는 거래상대방에 대해 일방적으로 물품 구입강제 등 각종 불이익을 부과하거나 경영에 간섭하는 것은 경제적 약자를 착취하는 행위로서 거래상대방의 자생적 발전기반을 저해하고 공정한 거래기반을 침해하므로 금지된다. 다만, 거래상지위 남용행위는 거래상지위가 있는 예외적인 경우에 한하여 민법의 불공정성 판단기준을 사업자간 거래관계에서 완화한 것이므로 거래상지위는 민법이 예상하고 있는 통상적인 협상력의 차이와 비교할 때 훨씬 엄격한 기준으로 판단되어야 한다."고 설명하고 있다.

21) 즉 어떤 사업자가 경쟁사업자 A와의 관계에서만 시장지배적 지위를 가지고, 경쟁사업자 B와의 관계에서는 시장지배적 지위를 가지지 않을 수는 없다. 그러나 어떤 사업자가 거래상대방 A와의 관계에서는 거래상 지위를 가지지만, 거래상대방 B와의 관계에서는 거래상 지위를 가지지 않을 수도 있다.

거래상 지위를 가지는지는 보다 신중하게 판단하여야 한다.

이러한 사정은 대규모유통업법에 있어서도 기본적으로 마찬가지인바, 대규모유통업법은 공정거래법이 금지하는 거래상 지위 남용을 구체화한 위 법률의 특칙으로서 납품업체 등이 대규모유통업자와 상호 대등한 지위에서 공정한 거래를 할 수 있도록 보장하는 데에 그 취지가 있다(대법원 2021. 11. 25. 선고 2018두65071 판결 등 참조).

그런데 대규모유통업법은 공정거래법에 비하여 그 규제수준을 대폭 강화하고 있으면서도, 일정한 규모 내지 매출액이 인정될 경우 즉시 대규모유통업자로 의제하고, 하도급거래 공정화에 관한 법률, 가맹사업거래의 공정화에 관한 법률, 대리점거래의 공정화에 관한 법률 등과 달리 '행위주체의 대기업성'이나 '거래상대방의 중소기업성' 또는 '행위주체와 거래상대방 사이의 상당한 경제력 차이 내지 본질적 협상력 차이' 등을 적용요건으로 명시하지 않은 채,²²⁾ 오히려 '거래상 지위가 인정되지 않는 경우' 적용을 제외하도록 규정하고 있는바, 자칫 법상 대규모유통업자에 해당하기만 하면 그 자체로 모든 납품업자들에 대하여 거래상 지위를 가진다는 결론에 이르게 될 가능성이 있다.

따라서 대규모유통업자의 거래상 지위를 인정함에 있어서는 더욱 신중할 필요가 있다 할 것인바, '유통시장의 구조, 소비자의 소비실태, 대규모유통업자와 납품업자 사이

22) 공정거래법의 불공정거래행위 내지 거래상 지위 남용 규제를 산업별 내지 거래유형별로 보다 강화한 특별법으로 하도급거래 공정화에 관한 법률(1984년 제정, '하도급법'), 가맹사업거래의 공정화에 관한 법률(2002년 제정, '가맹사업법'), 대규모유통업법(2011년 제정), 대리점거래의 공정화에 관한 법률(2015년 제정, '대리점법') 등이 있는바, 대규모유통업법을 제외한 나머지 법들은 모두 '행위주체의 대기업성'이나 '거래상대방의 중소기업성' 또는 '행위주체와 거래상대방 사이의 상당한 경제력 차이 내지 본질적 협상력 차이'를 그 적용요건으로 설정하고 있다(하도급법 제2조, 가맹사업법 제3조, 대리점법 제3조 등 참조). 즉 예컨대 '행위주체보다 오히려 거래상대방이 그 규모, 매출액 등이 더 큰 경우' 하도급법, 가맹사업법, 대리점법의 적용요건이 충족되기는 쉽지 않지만, 대규모유통업법은 그 행위주체가 법상 규모, 매출액 요건을 충족하는 한 납품업자의 규모, 매출액이나 그 상대적 우열 등과 관계없이 일응 적용요건이 충족된다.

의 사업능력의 격차, 납품업자의 대규모유통업자에 대한 거래 의존도, 거래의 대상이 되는 상품의 특성 및 공정거래법상 기업집단이나 하나의 대규모유통업자가 운영하는 유통업체의 범위' 등을 종합적으로 고려하고(대규모유통업법 제3조 제2항), 과연 '해당 대규모유통업자가 특정 납품업자에 대하여 우월한 협상력을 보유함으로써 그 납품업자를 부당하게 착취할 우려가 있는지'의 관점에 유념하여 거래상 지위의 존부를 판단하여야 한다.

나) 대규모유통업법상 거래상 지위의 사실상 추정 여부

피고는, 대규모유통업법 제3조가 '대규모유통업자가 납품업자에 대하여 거래상 우월적 지위를 가지지 않는 경우에는 그 적용을 제외한다'고 규정한 취지에 비추어 보면, 대규모유통업자는 납품업자들에게 거래상 지위를 가지는 것으로 사실상 추정된다 할 것이므로, 피고가 이 사건에서 원고가 대규모유통업자에 해당한다는 점을 증명한 이상 원고의 거래상 지위에 관하여 추가로 증명해야 할 사정은 없다는 취지로 주장한다.

그러나 이는 위에서 본 거래상 지위의 존부에 관한 증명책임 소재에 실질적으로 반하는 주장으로서, 위 주장에 따를 경우 거래상 지위 개념의 불확정성과 그로 인한 증명의 어려움을 고려할 때 사실상 대규모유통업자는 언제나 모든 납품업자들에 대하여 거래상 지위를 가지는 것으로 귀결될 위험성이 있다. 피고의 위 주장은 받아들일 수 없다.

다) 다수의 거래상대방에 대한 거래상 지위의 증명방법

피고는, 대규모유통업자와 다수의 납품업자들 사이에 공통되는 사정이 존재하고, 그러한 사정만으로 대규모유통업자의 거래상 우월적 지위를 인정할 수 있다면, 반드시 각 납품업자 별로 개별적인 사정을 따져 거래상 우월적 지위를 판단하여야 하는 것은

아니라고 주장하면서, 서울고등법원 2019. 2. 13. 선고 2017누86226 판결(CB 판결, 대법원 2019. 7. 11.자 2019두37202 판결로 확정), 서울고등법원 2021. 8. 12. 선고 2020누38791 판결(AD 판결, 대법원 2021. 12. 10.자 2021두49697 판결로 확정) 등을 근거로 제시한다. 즉 이 사건의 경우, 모바일 유통시장에서 원고가 가지는 지위 및 유통업 내지 대규모유통업의 특성 등 공통적인 사정을 고려하면, 원고는 다른 납품업자들에 대한 관계에서와 마찬가지로 이 사건 8개 독과점 제조업체들에 대하여도 거래상 지위를 가진다는 것이다.

그러나 앞서 본 바와 같이 거래상 지위는 본질적으로 개별적·상대적인 것이므로, 대규모유통업자가 납품업자들에게 거래상 지위를 가지는지 여부는 납품업자 별로 각각 개별적·구체적으로 판단하여야 한다. 피고가 제시하는 위 판결들 역시 '대규모유통업자와 납품업자들 사이의 거래상 지위 여부는 공통적인 사정에 기초하여 일률적으로 판단되어야 한다'는 취지가 아니라, '공통적인 사정만으로도 거래상 지위를 인정하기에 충분하다면 굳이 개별적·구체적인 사정을 일일이 살펴볼 필요는 없다'는 의미로서, 경우에 따라 포괄적인 주장·증명이 가능함을 인정하는 취지일 뿐이다. 따라서 적어도 해당 대규모유통업자가 특정 납품업자 또는 특정 거래관계를 지목하면서 그에 관한 한 거래상 지위가 인정되지 않는다고 주장하면서 그에 부합하는 일응의 근거를 제시하고 있는 경우라면 그 해당 납품업자 또는 거래관계에 관한 별도의 주장과 증명이 필요하다 할 것인바, '통상적인 납품업자들에 대하여 거래상 지위가 인정되므로 8개 독과점 제조업체들에 대하여도 거래상 지위가 인정된다'는 취지의 논증은 받아들일 수 없다.

이 사건의 경우, 원고는 8개 독과점 제조업체를 명시적으로 특정하여 적어도 그들에 대하여는 거래상 지위를 가지지 않는다고 반복적으로 주장하면서 나름의 근거들을 제

시하고 있음에도, 피고는 원고의 일반적 시장지위 내지 유통업의 일반적 특성 등만을 근거로 제시하고 있을 뿐, 위 8개 독과점 제조업체들에 관한 개별적·구체적인 증거는 전혀 제출하지 못하고 있는바, 결국 원고가 위 8개 독과점 제조업체들에 대하여도 거래상 지위를 가진다고 인정하기는 어렵다. 이에 관하여 피고는, 모든 납품업자들에 대하여 개별적·구체적 조사를 하는 것은 현실적으로 불가능하다고 주장하나, 그러한 사정만으로 거래상 지위에 관한 증명의 필요가 없어지거나 증명의 정도가 낮아진다고 볼 수 없다.

라) 필수상품과 거래상 지위

피고는, 유통업의 본질적 특성을 감안할 때, 설령 필수상품을 납품하는 납품업자라 하더라도, 그 납품업자가 해당 대규모유통업자와의 거래를 강하게 희망하고, 해당 대규모유통업자의 행위에 따라 제품의 판매량이 달라질 수 있으며, 해당 대규모유통업자 외에 다른 유통업자를 찾기도 쉽지 않다면, 해당 대규모유통업자는 그 납품업자와의 관계에서도 거래상 우월적 지위를 가진다고 주장하면서, 대법원 2021. 11. 25. 선고 2018두65071 판결(F 판결), 서울고등법원 2018. 4. 19. 선고 2017누60071 판결(T 판결, 대법원 2018. 8. 30.자 2018두42573 판결로 확정), 서울고등법원 2019. 2. 13. 선고 2017누86226 판결(CB 판결, 대법원 2019. 7. 11.자 2019두37202 판결로 확정), 서울고등법원 2021. 8. 12. 선고 2020누38791 판결(AD 판결, 대법원 2021. 12. 10.자 2021두49697 판결로 확정), 서울고등법원 2023. 7. 12. 선고 2021누33090 판결(CC 판결, 대법원 2023. 11. 16.자 2023두48339 판결로 확정) 등을 근거로 제시한다. 즉 이 사건의 경우, 원고는 모바일 유통의 강자로서, 다른 납품업자들과 마찬가지로 8개 독과점 제조업체들 역시 원고와의 거래를 강하게 희망하고, 원고의 행위에 따라 제품이 판매량이

달라질 수 있으며, 원고 외에 다른 유통업자를 찾기도 쉽지 않은바, 원고는 위 8개 독과점 제조업체들에 대하여도 상당한 사업상 의미를 가지고, 따라서 그들과의 관계에서도 거래상 지위를 가진다는 것이다.

살피건대, 전통적인 오프라인 종합소매유통을 전제로 한다면 위와 같은 논증을 받아들일 가능성이 있다. 즉 대형마트, 백화점, 편의점, 가전양판점 등 오프라인 종합소매유통에서는 지리적 한계로 인하여 소비자가 접근이 편리한 인근의 매장을 방문하고, 그곳에서 취급하는 상품을 구매하는 경향이 있는바, 반드시 자신이 원하던 바로 그 상품이 아니라 하더라도 그와 동종·유사한 상품이 있으면 이를 구매하는 것이 일반적이고, 정보의 한계와 다른 매장을 방문하는 데 소요되는 시간과 비용, 노력 등의 사정상 원래 원하던 바로 그 상품만을 위하여 다른 매장으로 구매를 전환하는 경우는 드물다. 그리고 오프라인 종합소매유통에서 소비자들은 이른바 '원스톱 쇼핑'을 선호하는 경향이 있으므로, 특별히 전문적인 상품이거나 고가의 상품이 아닌 한 기왕에 방문한 매장에서 그 기회에 모든 필요 물품 내지 관련 물품을 일괄적으로 구매하는 것이 통상적이고, 특정 소량의 물품 구매를 위하여 여러 곳의 매장을 여러 차례 방문하는 경우는 다소 예외적이다. 위와 같은 상황에서는 유통업자가 어떤 브랜드의 상품을 취급하는지, 다수의 브랜드를 취급하는 경우에도 매장에서 그 상품들을 어떻게 진열·노출·홍보하는지 등에 따라 납품업자들의 사업상 운명이 바뀔 수 있고, 해당 유통업자의 지리적 위치와 점유율 등에 따라 적어도 그 지역 내에서는 유력한 다른 유통업자를 찾기도 쉽지 않은 사정이 있어 그 해당 유통업자와의 거래관계 형성·유지가 필수적일 수 있으므로, 바로 이 점에서 납품업자보다 규모나 경제력이 작은 유통업자가 오히려 그 납품업자에 대하여 거래상 지위를 가질 수 있게 된다.

그러나 최근 급격히 성장하고 있는 온라인 종합소매유통의 경우는 다소 상황이 다르다. 즉 온라인 소매유통에는 지리적 한계가 없고, 손쉽게 다른 온라인 쇼핑몰을 방문할 수 있으며, 필요하다면 언제든지 특정 소량의 상품을 구매할 수 있고, 상품의 가격이나 품질의 비교 역시 용이하므로, 소비자는 자신이 원하는 바로 그 상품을 찾아 다수의 온라인 쇼핑몰들 사이에서 기꺼이 구매를 전환하고, 특정 온라인 쇼핑몰을 선호한다 하더라도 반드시 그곳에서 필요 물품들을 일괄하여 구매하지도 않는다. 이에 불특정 다수인 소비자들의 선호와 방문을 유지하고자 하는 온라인 유통업자로서는 가능한 한 다양한 상품 구색을 갖추 수밖에 없고, 특히 해당 품목에서 널리 알려진 전형적인 상품이나 구매량이 많은 필수상품은 반드시 구비하고 있는 것이 필요하게 되는바, 만일 기존에 사용하던 온라인 쇼핑몰에서 원하는 상품을 구매하지 못하는 경험이 반복된다면, 소비자들은 가격이나 서비스, 배송 등에 큰 차이가 없는 한 그 상품들을 구매할 수 있는 다른 온라인 쇼핑몰로 이동하게 될 것이다. 한편 상당한 규모와 시설을 갖춘 물리적 매장이 필수적인 오프라인 종합소매유통에 비하여 상대적으로 그러한 필요가 적은 온라인 종합소매유통의 경우 그 진입이 비교적 용이하고, 이에 실제로 보다 많은 사업자들이 존재하고 있으며, 각 사업자별로 별다른 지역적 분할이 존재하지도 않는바, 특별한 사정이 없는 한 납품업자들 입장에서 대체거래선을 찾는 것도 그리 어려운 일이 아닐 수 있다. 이러한 상황에서는 유통업자가 납품업자에 대하여 거래상 지위를 가질 개연성은 상대적으로 떨어지고, 오히려 만일 납품업자가 필수상품을 보유하고 있다면 설령 대규모유통업자라 하더라도 그 납품업자와의 관계에서는 거래상 열위에 처하게 될 가능성이 있다.

요컨대, 어디까지나 개별적·구체적인 판단이 필요한 문제이기는 하지만, 오프라인

종합소매유통에서는 설령 필수상품을 보유한 납품업자라 하더라도 유통업자가 그에 대하여 거래상 지위를 가질 개연성이 큰 반면, 온라인 종합소매유통에서는 대규모유통업자라 하더라도 필수상품을 보유한 납품업자에게 거래상 열위에 있을 가능성이 있다.

이 사건의 경우 8개 독과점 제조업체들은 해당 품목에 관하여 인지도가 높은 전형적인 상품 내지 선호도가 높은 필수상품을 납품하고 있는바(BN : CD, CE, CF, CG, CH 등, BO : CI, CJ, CK, CL 등, BP판매 : CM, BG, CN, CO 등, BC : BE 등, BQ : CP 등, BR : BR 압력밥솥 등, BS : BS 가스레인지 등, BT : BZ 블록완구 등), 이에 비추어 보면 단지 원고가 모바일 유통의 강자로서 8개 독과점 제조업체들에게 상당한 사업상 의미를 가진다는 사정만으로 원고가 위 8개 독과점 제조업체들에 대하여도 당연히 거래상 지위를 가진다고 보기는 어렵다 할 것이다.

마) 원고와 8개 독과점 제조업체의 사업능력

피고는, 원고는 2017년에 이미 쇼핑앱 이용자수 1위였고, 2018년 매출액이 4조원을 넘었으며, 2020년 매출액은 무려 14조원에 이르는바, 원고는 온라인 유통시장에서 시장지배력 내지 상당한 시장력을 가지고 있으므로, 다른 납품업자들은 물론 8개 독과점 제조업체들에 대하여도 거래상 지위를 가진다는 취지로 주장한다.

살피건대, 만일 어떤 사업자가 관련시장에서 시장지배적 지위를 가지고 있다면, 특히 그 관련시장이 유통시장이고, 그 사업자가 대규모유통업자에 해당한다면, 해당 대규모유통업자는 납품업자들에 대하여 거래상 지위를 가질 개연성이 큰 점은 앞서 본 바와 같다. 그러나 거래상 지위의 본질적 개별성·상대성을 감안할 때, 위와 같은 경우라 하더라도 만일 그 납품업자 역시 자신의 관련시장에서 시장지배적 지위를 가지고 있거나 적어도 상당한 규모 내지 사업능력을 갖추고 있다면 해당 대규모유통업자가 그 납품업

자에 대하여도 거래상 지위를 가진다고 인정하기 위하여는 신중한 검토가 필요한 점 역시 앞서 본 바와 같다. 즉 만일 대규모유통업자와 납품업자 쌍방이 모두 상당한 사업능력을 갖추고 있는 경우라면, 그중 어느 쪽의 사업능력이 상대적으로 더 큰지, 양자의 차이가 착취가 발생할 수 있을 정도로 현저한지를 살펴보는 것이 중요하다.

그러므로 보건대, 거래상 지위의 존부는 현재 시점이 아니라 문제된 행위 당시를 기준으로 판단하여야 할 것인바, 이 사건 위반행위는 2017년경부터 2020년경까지에 걸쳐 있으므로, 위 기간 동안 쌍방의 시장점유율을 보면,²³⁾ ① 원고의 경우 2017년에 1.7%, 2018년에 2.7%, 2019년에 4.2%, 2020년에 5.5%의 점유율을 가지고 있었던 반면(전체 소매유통시장 기준),²⁴⁾²⁵⁾ ② BN의 경우 2019년 33.4%(생활용품, 1위),²⁶⁾ BO의 경우 2017년 45.9%(일회용 기저귀, 1위), BP판매의 경우 2019년 36.1%(섬유유연제 등, 1위), BC의 경우 2020년 상반기 25.8%(분유, 2위), BQ의 경우 2020년 상반기 28.7%(분유, 1위), BR의 경우 2015년 30%(밥솥, 2위), BS의 경우 2019년 38%(가스레인지, 1위)의 점유율을 가지고 있고, BT의 경우 블록완구에 관한 한 사실상 독점자인 사정을 알 수 있다. 이러한 사정에 비추어 보면, 원고의 사업능력이 8개 독과점 납품업체들의 사업능력보다 더 우월하다고 단정하기 어렵고, 설령 원고의 사업능력이 더 우월하다고 보더라도

23) 이하의 내용은 이 사건에서 제출된 증거와 자료를 통하여 확인할 수 있는 사정에 한하므로, 반드시 동일한 기간과 동일한 항목에 대한 엄밀한 비교는 아니다.

24) 8개 독과점 제조업체가 납품하는 상품의 특성을 고려할 때 원고의 점유율을 온라인 소매유통시장으로 한정하여 볼 이유는 없다. 다만 참고로 원고의 온라인 소매유통시장 점유율을 보면, 2017년 5%, 2018년 7%, 2019년 10%, 2020년 12%이다.

25) 한편 원고의 매출액 및 영업이익은 2017년 2조 6,846억원 및 (-)6,389억원, 2018년 4조 3,545억원 및 (-)1조 1,279억원, 2019년 7조 1,531억원 및 (-)7,205억원이다.

26) 한편 BN의 매출액 및 영업이익은 2017년 6조 1,051억원 및 9,300억원, 2018년 6조 7,475억원 및 1조 393억원, 2019년 7조 6,854억원 및 1조 1,754억원이다.

도 적어도 그 사업능력의 격차가 원고가 8개 독과점 제조업체들을 착취할 수 있는 정도에 이른다고 볼 수는 없다 할 것이다.

바) 8개 독과점 제조업체의 원고에 대한 종속성

피고는, 8개 독과점 제조업체들은 원고와의 거래가 단절될 경우 전체 매출에 상당한 타격을 입는 것은 물론, 원고를 대체할 다른 유통업자를 찾기도 어려운 반면, 원고는 8개 독과점 제조업체들과 거래하지 않더라도 매출에 별다른 타격이 없을 뿐만 아니라, 다른 제조업체들을 통하여 얼마든지 동종·유사한 상품을 취급할 수 있으므로, 원고는 8개 독과점 제조업체들에 대하여도 거래상 지위를 가진다고 주장한다.

살피건대, 위 주장은 결국 8개 독과점 제조업체들이 원고에게 종속되어 있다는 취지이다. 그러므로 쌍방의 타방에 대한 거래의존도와 대체거래선의 유무를 보면,²⁷⁾ ① 이 사건 당시 8개 독과점 제조업체들의 원고에 대한 거래의존도는 BN 1.1%, BO 11.3%, BP판매 5.5%, BC 6.8%, BQ 0.1%, BR 3.2%, BS 1.1%, BT 7.5%이고, 원고의 8개 독과점 제조업체들에 대한 거래의존도(2017년, 원고의 해당 카테고리 기준)는 BN(살균제) 61%, BO(일회용 기저귀) 56%, BP판매(탈취제/세정제) 92%, BC(일반분유) 44%, BQ(일반분유) 1%,²⁸⁾ BR(가정용 전기밥솥) 83%, BS(가스레인지/전자레인지) 45%, BT(블록완구) 75%인바,²⁹⁾ 적어도 필수상품에 관한 한 대체로 8개 독과점 제조업체들의 원고에 대한 거래의존도보다 원고의 8개 독과점 제조업체들에 대한 거래의존도가 더 크고, ②

27) 이하의 내용 역시 이 사건에서 제출된 증거와 자료를 통하여 확인할 수 있는 사정에 한하므로, 반드시 동일한 기간과 동일한 항목에 대한 엄밀한 비교는 아니다.

28) 정확한 이유는 알 수 없으나, BQ의 경우 2017년에는 원고에 대한 납품이 많지 않았던 것으로 보인다.

29) 이상은 원고가 8개 독과점 제조업체의 공시자료 및 자신의 내부자료에 근거하여 산정한 내역인바, 이에 대하여 피고는 별다른 주장이나 반증을 제출하지 않았다.

이는 특별한 사정이 없는 한 8개 독과점 제조업체들에게는 이미 원고 외에도 대체거래선이 충분한 반면, 원고에게는 8개 독과점 제조업체들 외에 사실상 대체거래선이 충분하지 않음을 의미한다. 이러한 사정에 비추어 보면, 피고가 제출하는 증거들만으로는 8개 독과점 제조업체들이 원고에게 종속되어 있다고 보기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다(물론 이러한 판단이 오히려 원고가 8개 독과점 제조업체들에게 종속되어 있다는 취지는 아니다).

이와 관련하여 피고는, '납품업자라면 누구나 매출 증진을 위하여 온라인 유통망을 통한 거래를 희망할 수밖에 없고, 일단 원고와의 거래를 통하여 매출이 발생하는 이상 원고의 플랫폼을 통한 소비자와의 접촉을 계속 유지함으로써 시장에서의 점유율을 유지할 필요성이 있으며, 따라서 원고와 거래한 납품업자들로서는 원고와 계속 거래할 수밖에 없는 고착화 현상이 발생하게 된다'고 주장한다. 그러나 위와 같은 논리는 온라인 유통이든 오프라인 유통이든 별반 다를 것이 없고, 오히려 해당 유통업자의 규모, 매출액 등과 상관없이 모든 유통업자들과의 관계에서 본질적으로 마찬가지로 할 것인바, 위와 같은 사정만으로 8개 독과점 제조업체들이 원고에게 종속되어 있다고 볼 수는 없다.

사) 가격협상력과 거래상 지위

한편 원고는 8개 독과점 제조업체들과의 거래에서 높은 납품가격으로 인하여 상당한 손실을 입고 있었던 것으로 보인다.³⁰⁾ 즉 이 부분 관련 납품업자 101개 업체 중 8개

30) 원고가 자신의 내부자료를 토대로 산정하여 제출한 원고의 카테고리별 PPM과 이 사건 납품거래 관련 PPM을 비교하면 아래와 같다(이에 관하여 피고는 별다른 반증을 제출한 바 없다). 'PPP'란 소비자 판매가격과 납품가격의 차액을 의미하고, 'PPM(Pure Product Margin)'이란 위 PPP를 소비자 판매가격으로 나눈 비율을 의미한다. 예컨대 어떤 상품을 8,000원에 납품받아서 10,000원에 판매한다면, PPP는 2,000원(10,000원 - 8,000원)이고, PPM은 20%(2,000원 ÷ 10,000원)가 된다.

독과점 제조업체를 포함한 87개 업체의 경우 원고에 대한 납품가격이 다른 유통채널에 대한 납품가격은 물론 평균 소비자 판매가격보다도 높았던 것으로 보이는데, 원고는 해당 상품의 매입과 판매를 통하여 손실을 입고 있었던 것이 분명하고, 나머지 14개 업체의 경우를 보더라도, 해당 상품의 매입과 판매를 위한 원고의 인건비, 보관료, 물류비 등 최소한의 비용을 감안하면 원고는 위 부분의 거래에서도 손실을 입고 있었을 가능성이 크다.

예컨대 BN의 'CQ 400ml 축축한 타입' 상품의 경우, 다른 유통채널의 소비자 판매가격이 평균 5,984원 내지 6,124원인 상황에서, 이를 BN은 원고에게 8,724원 내지 10,217원에 납품하였다. 즉 원고에 대한 납품가격이 단지 다른 유통채널에 대한 납품가격보다 높은 정도가 아니라, 다른 유통채널에서의 소비자 판매가격보다도 더 높았다. 이러한 상황에서는 원고가 다른 유통채널의 소비자 판매가격과 유사한 수준의 가격으로 상품을 판매할 경우 판매할 때마다 수익을 얻는 것이 아니라 오히려 손실을 입을 수밖에 없다 할 것인바(이른바 '역마진'이 발생하는 것이다), 실제로 원고는 2018년 BN과의 거래에서만 약 239억원에 달하는 손실을 입었던 것으로 보인다.³¹⁾

거래상 지위의 존부, 즉 우월한 협상력의 소재를 판단함에 있어 해당 거래에 관한

	업체별 PPM 산술평균 [A]	관련 카테고리 PPM 산술평균 [B]	[A] - [B]
Negative PPP 발생업체 (87개 업체)	-20.3%	15.8%	-36.1%p
Negative PPP 미발생 업체 (14개 업체)	7.0%	16.8%	-9.8%p
총 101개 납품업자 (87개 + 14개)	-16.5%	15.9%	-32.4%

31) 원고는 위와 같은 상황에 대하여 피고에게 BN의 차별적 납품가격에 대한 조사를 의뢰하였으나 별다른 조사가 이루어지지 않았다고 주장하는데, 위 주장의 인정 여부는 별론으로 하고, 적어도 이 사건에서 BN의 원고에 대한 납품가격이 다른 유통채널에 대한 납품가격과 별반 차이가 없다는 점에 관하여 피고가 제출한 증거는 없다.

가격결정력은 가장 중요한 표지가 된다 할 것인바, 거래상 지위를 가진 사업자가 거래 상대방과의 가격협상에서 오히려 불이익을 입는다는 것은 특별한 사정이 없는 한 상정하기 어렵다. 결국 위와 같이 원고가 8개 독과점 제조업체들과의 거래에서 그 납품가격이 너무 높아 매입과 판매를 하면 할수록 손실이 발생하였다는 점은 원고가 위 8개 독과점 제조업체들에 대하여 거래상 지위를 가지고 있지 않았음을 방증하는 것이다.

이에 대하여 피고는, 대규모유통업법 제3조 제2항은 가격결정력을 거래상 지위의 판단요소로 규정하고 있지 않은바, 가격결정력이 거래상 지위 판단에 중요한 기준이 된다고 보는 것은 위 규정에 반한다고 주장한다. 그러나 거래상대방을 착취하는 가장 기본적인 요소가 바로 가격이고, 위 규정은 한정적 열거규정이 아니라 주의적 예시규정으로서 설령 그에 규정되지 않은 사항이라 하더라도 거래상 지위 판단에서 제외되는 것은 아니라 할 것이다. 피고의 위 주장은 받아들이지 않는다.

마. 소결론

원고가 이 사건 8개 독과점 제조업체들에 대하여 거래상 지위를 가진다고 볼 수 없으므로, 이 사건 처분 중 위 8개 독과점 제조업체들과 관련한 부분은 더 나아가 살필 필요 없이 위법하다. 이하 나머지 납품업자들에 관한 부분에 한하여 본다.

4. 판매가격 인상요구행위

가. 처분의 요지

1) 원고는 2017년경부터 2020년 9월까지 최저가매칭시스템 운영에 따른 마진 손실을 최소화하기 위해 총 101개(1개 업체 상호변경, 결국 실질적으로는 총 100개) 납품업자에 대하여 그들이 원고의 경쟁 온라인몰에서 판매하고 있는 총 360개 상품의 판매가격 인상을 요구하고, 원고의 판매가격이 다른 경쟁 온라인몰의 판매가격보다 높지

않도록 지속적으로 관리하고 유도하였으며, 원고의 요구를 납품업자가 수용하지 않을 경우 발주중단(또는 판매중단)을 하거나 이를 암시하는 방법으로 납품업자들을 압박하였는바, 이는 공정거래법 제23조 제1항 제4호 위반이다.

2) 원고에게 ① 시정명령("원고는 납품업자에게 원고의 경쟁사 온라인몰의 판매가격 인상을 요구하고 원고의 판매가격이 다른 경쟁 온라인몰의 판매가격보다 높게 판매되지 않도록 지속적으로 관리하고 유도하는 방법으로 거래상대방의 경영활동을 부당하게 간섭하는 행위를 다시 하여서는 아니 된다."), ② 통지명령, ③ 과징금납부명령(13억 6,000만 원)을 부과한다.

나. 관계 법령

■ 대규모유통업법

제4조(다른 법률과의 관계)

이 법은 대규모유통업자와 납품업자등 사이의 거래에 관하여 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 제23조 제1항 제4호 및 제5호(다른 사업자의 사업활동을 방해하는 행위는 제외한다)에 우선하여 적용한다. (이하 생략)

■ 구 공정거래법

제23조(불공정거래행위의 금지)

① 사업자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위로서 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위(이하 “불공정거래행위”라 한다)를 하거나, 계열회사 또는 다른 사업자로 하여금 이를 행하도록 하여서는 아니 된다.

4. 자기의 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 상대방과 거래하는 행위

③ 불공정거래행위의 유형 또는 기준은 대통령령으로 정한다.

■ 구 공정거래법 시행령

제36조(불공정거래행위의 지정)

① 법 제23조(불공정거래행위의 금지)제3항에 따른 불공정거래행위의 유형 또는 기준은 별표 1의2와 같다.

[별표 1의2] 불공정거래행위의 유형 및 기준(제36조 제1항 관련)

6. 거래상 지위의 남용

법 제23조(불공정거래행위의 금지)제1항 제4호에서 “자기의 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 상대방과 거래하는 행위”라 함은 다음 각목의 1에 해당하는 행위를 말한다.

마. 경영간섭

거래상대방의 임직원을 선임·해임함에 있어 자기의 지시 또는 승인을 얻게 하거나 거래상대방의 생산 품목·시설규모·생산량·거래내용을 제한함으로써 경영활동을 간섭하는 행위

다. 당사자의 주장

1) 원고

원고가 이 부분 납품업자들에게 원고에 대한 납품가격을 인하해 줄 수 없다면 다른 유통채널에 대한 납품가격이라도 인상해 달라는 취지로 요청한 것은 사실이다. 그러나 '대규모유통업자와 납품업자 사이의 거래'에 관하여는 대규모유통업법이 공정거래법에 우선하여 적용되므로(대규모유통업법 제4조), 대규모유통업법이 금지하지 않은 행위에 대하여 공정거래법을 적용하여 제재할 수는 없다. 설령 이와 달리 보더라도, 원고가 납품업자들에게 다른 유통채널에 대한 납품가격을 인상해 달라고 요청한 것은 원고에 대한 비정상적인 납품가격의 정상화를 요청하는 과정에서 이루어진 거래 협상일 뿐 납품업자들에게 일방적으로 불이익을 가한 것이 아닌바, 원고가 납품업자들의 경영활동을 간섭한 것으로 볼 수 없다.

2) 피고

특별법인 대규모유통업법이 규정하고 있지 않은 사항에 관하여는 당연히 일반법인 공정거래법이 적용된다. 한편 원고가 납품업자들에게 자신에 대한 납품가격을 인하해 줄 것을 요구하는 것을 넘어 다른 유통채널에 대한 납품가격을 인상해 줄 것을 요구한 이상, 이는 그 자체로 납품업자들의 경영활동을 간섭한 것이다.

라. 판단

1) 공정거래법과 대규모유통업법의 적용관계

원고는, 대규모유통업자와 납품업자 사이의 거래에 관하여는 대규모유통업법이 공정거래법에 우선하여 적용되는바, 대규모유통업법이 금지하지 않은 행위는 허용되는 것이므로, 이에 대하여 공정거래법을 적용하여 제재하는 것은 불가능하거나 적어도 부당하다는 취지로 주장한다.

그러나 특별한 사정이 없는 한 특별법이 규정하고 있지 않은 사항에 관하여는 당연히 일반법이 적용된다 할 것인바, 대규모유통업법은 공정거래법상 거래상 지위 남용의 특칙이고(대법원 2021. 11. 25. 선고 2018두65071 판결 등 참조), 피고는 대규모유통업법에 '경영간섭'에 관한 규정이 없어 공정거래법상 '경영간섭' 규정을 적용한 것으로 보이며,³²⁾ 이러한 방식의 법적용은 이미 판례에 의하여 승인된 바 있다(대법원 2020. 6. 25. 선고 2016두55896 판결 등 참조).³³⁾ 원고의 위 주장은 이유 없다.

2) 경영간섭의 성립 여부

32) 한편 대규모유통업법은 2023. 8. 8. 개정을 통하여 제14조의2로 '경영간섭'을 금지하는 규정을 신설하였고, 위 규정이 2024. 2. 9. 시행 예정인 점은 앞서 3. 라. 1) 부분에서 본 바와 같다.

33) 위 2016두55896 사건에서 대법원은 대규모유통업법에 관련 규정이 없는 '모바일 주문 유도를 통한 불이익제공행위'에 관하여 공정거래법상 불이익제공(법 제23조 제1항 제4호, 시행령 제36조 제1항 [별표 1의2] 제6호 라.목)이 성립할 수 있음을 인정한 바 있다(다만, 위 사건에서는 불이익제공이 성립하지 않는다고 판단하였다).

갑 제38, 52 내지 54, 60 내지 63호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하여 알 수 있는 아래와 같은 사정에 비추어 보면, 을 제1, 3 내지 9, 32 내지 35, 36, 38, 39, 49, 50, 51호증 등 피고가 제출한 증거들만으로는 원고가 이 부분 납품업자들의 거래 내용을 제한함으로써 경영활동을 간섭하였다고 인정하기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

가) 공정거래법상 거래상 지위 남용의 하나인 '경영간섭'이 성립하는지 여부는 당사자가 처해 있는 시장 및 거래의 상황, 당사자 간의 전체적 사업능력의 격차, 거래의 대상인 상품 또는 용역의 특성, 그리고 해당 행위의 의도·목적·효과·영향 및 구체적인 태양, 해당 사업자의 시장에서의 우월한 지위의 정도 및 상대방이 받게 되는 불이익의 내용과 정도 등에 비추어 볼 때 정상적인 거래관행을 벗어난 것으로서 공정한 거래를 저해할 우려가 있는지 여부를 판단하여 결정하여야 한다(대법원 2011. 10. 13. 선고 2010두8522 판결, 대법원 2011. 10. 13. 선고 2010두10464 판결, 대법원 2011. 10. 27. 선고 2010두8478 판결 등 참조).

그런데 거래당사자 사이에는 거래조건에 관하여 여러 가지 사항을 요청·교섭·협의하는 것이 당연하고, 오히려 이를 통하여 비로소 거래의 합의에 이르는 것이므로, 설령 그 과정에서 거래상대방의 거래내용을 일부 제한하는 행위가 있었다 하더라도 그러한 사정만으로 거래상대방의 경영활동을 부당하게 간섭하였다고 단정할 수는 없다 할 것 인바, 부당한 경영간섭이 성립하기 위하여는 적어도 문제된 행위가 최소한의 강제성을 가진 행위로서 정상적인 거래관행을 벗어난 것이라고 인정되어야 한다.

나) 살펴건대, 납품업자들이 원고가 아닌 다른 유통채널에 납품하는 가격은 납품업자들이 자율적으로 결정할 문제인바, 원고가 납품업자들에게 그 가격의 인상을 요청한

것은 사실이므로 일응 그 납품업자들의 경영활동을 간접한 것으로 볼 여지가 있다. 그러나 아래와 같은 사정에 비추어 보면, 피고가 제출한 증거들만으로는 원고의 이 부분 행위가 단순한 제안을 넘어 최소한의 강제성을 가진 행위로서 정상적인 거래관행을 벗어난 것이라고 인정하기 어렵다.³⁴⁾

① 앞서 3. 라. 사)항에서 본 바와 같이 원고는 이 부분 납품업자들과의 거래에서 상당한 손실을 입고 있었던 것으로 보이는데, 이에 원고는 위 납품업자들에게 원고에 대한 납품가격을 낮춰줄 것으로 요구하였다가 거절당하자, 그렇다면 다른 유통채널에 대한 납품가격이라도 올려줄 것을 요청하기에 이른 것으로 보인다. 즉 원고가 위와 같이 납품업체들에게 다른 유통채널에 대한 납품가격을 올려줄 것을 요청한 것은 그 자체를 목적으로 한 것이 아니라, 일부 상품의 거래에서 구조적으로 발생하는 손실을 방지하기 위하여 자신에 대한 납품가격을 다른 유통업체에 대한 납품가격과 유사한 수준으로 맞추고자 한 취지였다 할 것이다.

이에 관하여 피고는, 설령 이 부분 거래와 관련하여 원고에게 상당한 손실이 발생하였다 하더라도, 이는 원고가 손실을 감수한 채 가입회원 수를 늘리는 성장정책, 즉 '의도적 적자 전략'을 사용하였기 때문일 뿐이라고 주장한다. 그러나 원고가 손실을 감수하는 성장정책을 시행하였다 하더라도, 그것이 설비와 서비스의 확충을 위한 투자에 따른 적자를 감수하는 것을 넘어 다른 유통채널보다 높은 가격으로 납품을 받음으로써 발생하는 적자까지 당연히 수용하고자 한 취지였다고 보기는 어렵다 할 것인바, 원고

34) 앞서 이 사건 처분 중 BN 등 8개 독과점 제조업체와 관련한 부분은 그들에 대한 원고의 거래상 지위를 인정할 수 없는 이상 모두 위법함을 보았다. 그런데 이 사건은 BN의 신고로 인하여 비로소 촉발되었고, 피고는 주로 BN에 대한 조사에 기초하여 처분에 이른 것으로 보이며, 소송과정에서도 개별 납품업자에 관한 증거로 제출된 것은 대부분 BN 내지 나머지 7개 독과점 제조업체에 관한 것이므로, 이하 BN 등 8개 독과점 제조업체와 관련한 내용을 포함하여 살펴본다.

가 처음부터 위와 같은 구조적 손실을 의도하였다고 볼 수는 없다. 피고의 위 주장은 받아들이지 않는다.

② 또한 원고가 손실이 발생하는 모든 거래에 관하여 위와 같이 행위한 것도 아닌 바, 이 부분 행위의 발생 비율은 원고가 취급하는 전체 상품 기준으로 약 0.006%(360개/약 6,000,000개), 원고와 거래하는 모든 업체 기준으로 약 0.7%(100개/약 15,000개) 정도에 불과하다. 이에 비추어 보면, 원고는 매우 예외적인 거래들에서 손실이 폭이 크고 장기적으로 지속된 경우에 한하여 위와 같이 행위한 것으로 보인다.

나아가 을 제9호증(판매가격 관여 관련 전체 내역)의 기재에 의하면 이 부분 행위 전체 918건 중 8개 독과점 제조업체를 상대로 한 행위가 444건을 차지하고 있는데, 실제로 이 부분 행위의 상대방은 상당수가 대기업이거나 적어도 인기상품을 보유하는 등 상당한 사업능력을 가진 사업자들이었던 것으로 보인다. 만일 원고가 거래상 지위를 남용하여 경영간섭을 함으로써 부당한 이익을 도모하고자 하였다면, 위와 같은 납품업자들이 아닌 소규모 납품업자들을 상대로 그렇게 하였을 것이라고 보는 것이 상식적인 바, 이러한 사정에 비추어 보더라도 원고가 납품업자들의 경영활동에 간섭하기 위하여 이 부분 행위를 하였다고 보기는 어렵다 할 것이다.

이에 관하여 피고는, 설령 원고가 일부 거래에 관하여만 이 부분 행위를 하였다 하더라도, 그 부분에 관한 한 경영간섭이 성립하는 것은 다를 바 없다고 주장한다. 그러나 이 부분 행위가 원고의 전체 거래내역 중 일부에 국한되고, 그 상대방 역시 상당수가 대기업이었다는 점은 원고가 이 부분 행위를 한 의도와 목적을 추단할 수 있게 하는 것으로서, 이 부분 행위가 경영간섭이 아니라 가격협상의 일환이었을 가능성을 시사한다. 피고의 위 주장은 받아들이지 않는다.

③ 한편 원고의 요청에도 불구하고 실제로 납품업자들이 가격을 조정한 경우는 그리 많지 않았던 것으로 보이는바, 전체 918건 중 실제로 가격조정이 이루어진 경우는 244건으로서 약 26.5%에 불과한 것으로 보이고, 이는 이 부분 납품업자들 중 상당수가 원고의 요청에 응하지 않았다는 것을 의미한다. 물론 경영간섭이 성립하기 위하여 반드시 그 간섭에 따른 행위가 실제로 있어야 한다고 볼 것은 아니지만, 그렇다 하더라도 위와 같이 상당수의 납품업자들이 원고의 요청에 응하지 않았다는 것은 문제된 행위가 정상적인 교섭과정의 일환으로서 최소한의 강제성조차 없었다고 볼 수 있는 유력한 정황이 된다.

이에 관하여 피고는, CR 등 원고 측 임직원의 진술에 의하면, 원고는 원고의 가격조정 요구에 응하지 않을 경우 판매중단, 발주중단 등의 불이익조치를 하거나[이른바 '디라이브(de-live)', '블라인드(blind)'], 이를 암시함으로써 납품업자들에게 원고의 요구를 사실상 강제하였다고 주장한다. 그러나 만일 원고가 강제로 다른 유통채널에 대한 납품가격을 인상시킬 수 있었다면 굳이 그렇게 할 필요 없이 먼저 자신에 대한 납품가격을 인하시켰을 것인바, 원고가 자신에 대한 납품가격 인하를 얻어내지 못하여 다른 유통채널에 대한 납품가격이라도 인상해 줄 것을 요청한 것을 두고 이를 강제성이 있는 행위라고 평가하기는 어렵다. 한편 앞서 본 바와 같이 이 부분 거래에 있어 원고는 다른 유통채널의 소비자 판매가격에 맞추어 상품을 판매할 경우 팔면 팔수록 오히려 손실을 입게 되는 상황이었는데(즉 원고는 '비싸게 사서, 그보다 싸게 파는' 상황이었다), 위와 같은 상황에서 원고에게 종전과 같은 가격으로 발주와 판매를 계속할 것을 요구하고, 이를 전제로 사실상의 강제력을 논하는 것은 부당하다 할 것이다(특별한 사정이 없는 한 사업자에게 '역마진을 감수하면서까지' 거래를 계속할 의무는 없다). 피고의 위

주장은 받아들일 수 없다.

다) 피고는, 원고가 자신에 대한 납품가격의 인하를 요구한 것은 문제가 없지만, 여기서 더 나아가 다른 유통업체들에 대한 납품가격 인상을 요구한 이상, 이는 그 자체로 경영간섭으로서 어떠한 경우에도 허용될 수 없다는 취지로 주장한다.

그러나 이 사건에서 원고가 자신에 대한 납품가격 인하를 요구한 행위와 다른 유통업체들에 대한 납품가격 인상을 요청한 행위는 마치 동전의 양면과 같다. 원고는 아무런 이유 없이 다른 유통업체들에 대한 납품가격 인상을 요구한 것이 아니라, 자신에 대한 납품가격을 인하해 줄 수 없다면 다른 유통업체들에 대한 납품가격이라도 인상해 달라고 요청한 것으로 보이는바, 이러한 상황에서 양자를 분리하여 전자는 적법하지만 후자는 위법하다고 평가하는 것은 타당하지 않다. 피고의 위 주장은 이유 없다.

마. 소결론

이 부분은 그 처분사유를 인정할 수 없으므로, 이에 관한 시정명령, 통지명령, 과징금납부명령은 모두 취소되어야 한다.

5. 광고게재 요구행위

가. 처분의 요지

1) 원고는 2017년 3월부터 2019년 7월까지 최저가 매칭시스템 운영에 따른 마진 손실을 보전하기 위해 총 128개 납품업자에 대하여 총 213건의 광고 게재를 요구하였으며, 납품업자가 원고의 이러한 요구를 수용하지 않을 경우 판매(발주)중단을 하거나 이를 암시하는 방법으로 납품업자를 압박하였는바, 이는 대규모유통업법 제17조 제6호 위반이다.

2) 원고에게 ① 시정명령("원고는 납품업자의 의사에 반하여 해당 납품업자의 상품에

관한 광고를 하게 하는 행위를 다시 하여서는 아니 된다."), ② 통지명령, ③ 과징금납부명령(1억 6,000만 원)을 부과한다.

나. 관계 법령

■ 대규모유통업법

제17조(불이익 제공행위의 금지)

대규모유통업자는 정당한 사유 없이 납품업자등에게 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하여서는 아니 된다.

6. 납품업자등의 의사에 반하여 해당 납품업자등의 상품에 관한 광고를 하게 하는 행위

다. 당사자의 주장

1) 원고

원고는 납품업자들에게 원고에 대한 차별적 납품가격을 인하해 줄 수 없다면 광고라도 구매해 줄 것을 요청하였을 뿐이고, 실제로 납품업자들은 원고가 판매하는 광고의 비용과 효과 등을 고려하여 자율적으로 그 구매 여부를 결정하였는바, 원고는 광고판매 영업을 한 것일 뿐 납품업자들의 의사에 반하여 광고를 하게 한 사실이 없다.

2) 피고

원고는 상품 거래에서 마진 손실이 발생하는 경우 이를 보전하기 위하여 해당 납품업자에게 광고 구매를 요구하고, 이를 수용하지 않을 경우 판매 또는 발주를 중단함으로써 사실상 구매를 강제하였는바, 이는 납품업자들의 의사에 반하여 광고를 하게 한 것으로 보기에 충분하다.

라. 판단

갑 제24, 30, 31, 39, 59호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하여 알 수 있는

아래와 같은 사정에 비추어 보면, 을 제3 내지 7, 10, 11, 33, 35, 36, 38호증 등 피고가 제출한 증거들만으로는 원고가 이 부분 납품업자들의 의사에 반하여 광고를 하게 하였다고 인정하기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

1) 대규모유통업자는 정당한 사유 없이 '납품업자의 의사에 반하여' 해당 납품업자의 상품에 관한 광고를 하게 하여서는 안 된다(대규모유통업법 제17조 제6호).

납품업자가 자신의 상품에 관한 광고를 하는 것은 그 납품업자에게도 이익이 될 수 있으나, 다만 그러한 광고 여부는 어디까지나 해당 납품업자가 자율적으로 판단하여 결정할 문제이므로, 대규모유통업자가 이를 '강제'하는 것을 금지하는 것이 본 조항의 취지이고, 이 점에서 비록 그 방향성은 반대이지만 공정거래법상 판매목표강제("자기가 공급하는 상품 또는 용역과 관련하여 거래상대방의 거래에 관한 목표를 제시하고 이를 달성하도록 강제하는 행위")와 유사한 측면이 있다.

한편 본 조항은 광고를 실시하는 주체를 제한하고 있지 않으므로, 납품업자로 하여금 직접 광고를 하게 하거나 제3자에게 광고를 의뢰하도록 하는 것은 물론, 대규모유통업자가 스스로 광고를 실시하면서 그 비용을 납품업자에게 부담하도록 하는 것 역시 이에 해당할 수 있는바(실제로 국내의 모든 온라인 유통업체는 상품 거래 외에 납품업체들에게 광고를 판매하고 있는바, 오히려 이 부분이 본 조항의 주요 대상인 것으로 보인다), 만일 위 과정에 강제가 있었다면 이는 사실상 광고를 '강매'하는 것으로서 공정거래법상 구입강제("거래상대방이 구입할 의사가 없는 상품 또는 용역을 구입하도록 강제하는 행위")와 유사하다.

위와 같은 사정을 종합하면, 본 조항의 해석·적용에 있어 그 핵심은 어디까지나 강제성 여부에 있다 할 것인데, 여기서 광고를 강제한다는 것은 상대방이 광고를 하지

않을 수 없는 객관적인 상황을 만들어 내는 것을 포함하지만(구입강제에 관한 대법원 2002. 1. 25. 선고 2000두9359 판결 등 참조), 단지 광고를 하도록 촉구 또는 독려하는 것만으로는 이를 인정하기에 부족하다 할 것인바(판매목표강제에 관한 대법원 2011. 6. 9. 선고 2008두13811 판결 등 참조), 설령 광고의 구매를 요청하였다 하더라도 그것이 사실상 구매를 강제한 정도에 이르지 않고 단지 구매를 권유 또는 제안한 것에 불과한 경우에는 본 조항에서 말하는 '광고강매'가 성립한다고 볼 수 없다.

2) 살피건대, 이 부분 처분사유는 원고가 납품업자들의 의사에 반하여 자신이 실시하는 광고를 하게 하였다는 것으로서, 결국 납품업자들에게 강제로 광고를 구매하도록 하였다는 것인바, 아래와 같은 사정에 비추어 보면, 피고가 제출한 증거들만으로는 원고가 광고를 강매하였다고 인정하기 어렵다 할 것이다.

가) 우선 피고의 주장에 의하더라도 이 부분 행위는 그 자체로 독자적인 행위가 아니라 앞서 본 판매가격 인상요구행위와 밀접하게 연결되어 있는 행위인바, 즉 '원고는 자신에 대한 납품가격 인하를 해 주지 않는 납품업체들에 대하여 다른 유통채널에 대한 납품가격 인상을 요구하고, 여의치 않을 경우 해당 납품업자의 상품에 관하여 광고를 하도록 강제하였다'는 것이다.

그런데 앞서 살펴본 바와 같이 위 판매가격 인상요구행위를 강제성이 있는 행위라고 보기 어렵고, 그렇다면 위 요구가 받아들여지지 않은 경우 광고라도 구매해 줄 것을 요청한 것을 강제성이 있는 행위라고 평가하기는 더욱 어렵다. 만일 원고가 광고를 강매할 수 있었다면 그 전에 다른 유통채널에 대한 판매가격 인상을 관철시켰을 것인바, 판매가격 인상을 강제할 수 없어 광고의 구매를 요청한 것을 두고 이를 강제적인 행위라고 하는 것은 모순적이기 때문이다.

또한 앞서 살펴본 바와 같은 차원에서, 원고가 광고를 요청하였음에도 실제로 광고가 실시되지 않은 사례들이 다수 발견되는 이상,³⁵⁾ 이 점에서도 원고가 광고를 강매하였다고 보기는 어렵고, 원고에게 역마진이 발생하는 상품거래를 무조건 계속하도록 요구할 수 없는 이상, 설령 원고가 광고를 구매하지 않는 납품업자들의 상품에 관하여 일부 디라이브 등 조치를 취하였다 하더라도 이를 두고 사실상 강제력을 행사한 것이라고 평가할 수는 없다 할 것이다.

예컨대 BN의 경우, 원고와 BN 사이에 2018. 1. 1.부터 2019. 6. 30.까지 을 제10호증에 기재된 상품에 관한 광고계약이 체결된 적은 전혀 없었던 것으로 확인되는바(다만 위 기간 동안 다른 상품에 관한 광고계약 총 430건이 발견되는데, 이 부분 행위가 위에서 본 바와 같이 역마진이 발생하는 상품에 관한 것이라는 점에 비추어 보면, 위와 같은 다른 상품에 관한 광고계약을 이 부분 행위에 의한 것으로 연결시킬 수는 없다), BN은 원고의 광고 구매 요청과 디라이브 등 조치에도 불구하고 별다른 압박을 느끼지 않았던 것으로 보일 뿐이다.

35) 원고가 을 제10호증을 분석하여, 원고의 요구에도 불구하고 실제로 광고가 이루어지지 않은 경우 또는 광고가 이루어졌다 하더라도 원고의 요구시점과 광고시점에 너무 큰 차이가 있어 원고의 강제로 인한 광고라고 보기 어려운 경우를 예시한 내용은 아래와 같다(BN 제외, 피고는 이에 대하여 별다른 반증을 제출하지 않았다).

업체명	을 제10호증 중 최초 보고 시점	최초 광고 계약 생성일	을 제10호증 관련 연번
BO	2018년 38주차	2019-06-28	712
CS	2017년 25주차	2018-01-29	469
CT	2017년 19주차	2017-12-11	464, 465, 466, 467
CU	2017년 44주차	2018-01-12	470, 471, 472, 473, 474
CV	2018년 10월 19일	2018-11-30	95
CW	2017년 12주차	광고 x	461, 462
CX	2018년 40주차	광고 x	714

이에 관하여 피고는 BN 측의 진술을 들어 원고가 사실상 광고를 강매하였다고 주장한다.³⁶⁾ 그러나 위 증거에 의하더라도 원고가 광고를 강매하였다거나 BN이 원고의 요구를 거절할 수 없어 어쩔 수 없이 광고를 구매하였다는 사정은 제대로 드러나지 않는다. 물론 BN이 광고를 구매하지 않을 경우 원고가 디라이브 등 조치를 취하였다는 진술이 있기는 하나, 위에서 본 바와 같이 그러한 사정만으로 원고가 광고를 강매하였다고 보기는 어렵고, 실제로 BN이 원고의 이 부분 광고 구매 요청을 모두 거절한 것으로 보이는 사정에 비추어 보더라도 위 진술들만으로 이 부분 행위의 강제성을 인정할 수는 없다 할 것이다.

한편, 피고는 원고가 납품업자들에게 판매한 광고 전부를 문제삼고 있는 것이 아니라, '마진 손실 보전을 위하여' 광고를 판매한 경우만을 문제삼고 있는바, 이에 관하여도 생각해 볼 점이 있다. 만일 원고가 광고를 강매함으로써 납품업자들을 착취하고자 하였다면 모든 납품업자들을 대상으로 하는 것이 자연스럽다 할 것인바, 그럼에도 원고가 그 대상과 거래를 한정하여, 그것도 상품 거래에서 역마진이 발생하는, 즉 적어도 원고가 우월한 협상력을 가지고 있다고 단정하기 어려운 납품업자들에 대하여만 광고 구매를 요청하였다는 것은 그 요청이 강제적인 것이 아니었음을 방증하는 것으로 보인다.

나) 나아가 이 부분의 경우, 앞서 본 판매가격 인상요구행위가 일견 부당한 요구처럼

36) BN 측의 진술 중 대표적인 것을 발췌하면 다음과 같다(을 제32호증). '원고가 제품의 판매가격 인상을 요구합니다. BN이 판매가격 인상에 부응하지 못하거나 또는 이미 역마진이 상당히 진행된 제품에 대해서는 공급가 인하 협상 요구를 하게 됩니다. BN이 공급가 인하 협상에 부응하지 못하거나 원고의 마진확보가 미진한 경우에는 BN의 자발적 의사와 상관없이 광고 등을 요구하였습니다. 위와 같은 요구에 대해 BN이 부응하지 못하는 경우 원고는 틈틈이 BN의 제품에 대해 발주와 판매가 중단되는 상태(일명 de-live)로 만들어 버립니다. 원고는 디라이브 상태를 암시하거나 실제 디라이브 상태로 만들어서 BN에게 위 요구사항을 수용하도록 협상의 압박수단으로 자주 활용하였습니다.'

보이는 것과 달리 광고 구매를 요청하였다고 하여 이를 그 자체로 부당하다고 보기는 어려운 이상 그 강제성을 인정하기 위하여는 보다 명백한 증거가 필요하다 할 것인바, 아래에서 보는 바와 같이 피고가 제출한 증거들은 모두 이를 인정하기에 부족하다.

① 먼저 을 제10호증(광고요구내역)은 원고의 BM(Business Manager)들이 Negative PPP가 발생한 상품 내역을 정리하면서 납품업자에게 광고 계약 체결 협조요청을 하였다고 기재한 내용들을 모아서 정리한 것에 불과한바, 그 기재만으로는 위 과정에서 실제로 어떤 요청이 있었는지, 강제가 개입되었는지 전혀 알 수 없고, 이러한 사정은 관련한 원고의 내부자료인 을 제40호증[내부자료(WBR, 사후 손실보전 목적 광고요구 관련)], 을 제41호증[내부자료(Negative PPP Top 5, 사후 손실보전 목적 광고요구 관련)]의 경우에도 마찬가지이다.

② 그리고 이 사건에서 피고는 광고강매의 상대방이 된 납품업자들에 대하여 사실상 아무런 조사를 하지 않은 것으로 보이는바(BN 제외), 을 제10호증에 의하면 강매의 상대방으로 가장 많이 등장하는 납품업자는 BT인데, 실제로 피고는 위 BT에 대한 조사 내용을 제출하지 않은 것은 물론, 이 법원의 석명에도 불구하고 이 부분 납품업자들의 입장에 대하여 아무런 실질적 증거를 제출하지 못하였다.

③ 또한 피고의 주장에 부합하는 증거로 을 제35호증(익명제보)이 있으나, 익명제보의 특성상 그것이 조사의 단서가 되어 구체적인 조사가 진행되고, 실제로 그에 부합하는 결과가 도출되었다는 추가적인 사정이 없는 이상, 위 익명제보만으로 원고의 광고강매를 인정할 수는 없다 할 것이다.

④ 한편 피고는 을 제2 내지 7호증(원고 측 임직원들의 진술서)을 들어 원고 스스로도 위반사실을 인정하였다고 주장하나, 증인 CR의 증언 및 변론 전체의 취지에 비추어

보면 위 진술들은 그저 '원고가 역마진이 발생하는 상품에 대하여 광고 구매를 요청한 적이 있다'는 취지일 뿐, '원고가 광고 구매를 강제하였다'는 취지라고는 보이지 않는다.

⑤ 마지막으로, 을 제36호증(유통분야 서면실태조사)은 대규모유통업법 제30조에 의한 것으로서 이 사건과 직접 관련한 조사도 아니고, 피고가 발췌하여 제출한 부분만으로는 그 질문과 답변의 맥락과 의미가 불분명하며, 그 중 원고를 특정하여 광고강매를 언급한 내용을 보더라도 답변을 한 납품업자가 누구인지 알 수 없고, 그 답변의 수도 합계 5건 정도에 불과한바(위 증거에 의하면, 위 조사는 전체 7,000개 납품업자를 상대로 이루어졌고, 응답률은 16.9%이다), 별다른 증거가치가 있다고 보기 어렵다.

다) 피고는, 원고가 '마진 손실을 보전하기 위하여' 납품업자들에게 추가 광고의 구매를 요청한 것은 그 자체로 부당하다는 취지로도 주장한다.

그러나 본 조항 위반을 판단함에 있어 그 목적이 무엇이었는지는 특별한 관련이 없을 뿐만 아니라, 오히려 원고가 역마진으로 인한 손실을 보전하거나 회피하기 위한 목적으로 광고 구매를 요청한 것이라면, 그것이 본 조항에서 말하는 '정당한 사유'에 해당할 수 있는지는 별론으로 하고, 적어도 원고의 입장에서는 그렇게 행위할 만한 일응의 사정이 있었다고 보일 뿐이다. 피고의 위 주장은 받아들이지 않는다.

마. 소결론

이 부분은 그 처분사유를 인정할 수 없으므로, 이에 관한 시정명령, 통지명령, 과징금납부명령은 모두 취소되어야 한다.

6. 판매촉진비용 부담전가행위

가. 처분의 요지

1) 원고는 직매입한 상품에 대하여 2018년경부터 2019년 상반기까지 기간 동안 소비자들에게 다운로드 쿠폰 등 할인혜택을 주는 방식으로 베이비/생필품 페어(fair) 행사를 하면서, 행사에 참여한 388개 납품업자에게 할인비용 총 5,702,967,051원을 전액 부담(100%)하도록 하였는바(위반금액은 그 중 50%인 2,851,483,525원), 이는 대규모유통업법 제11조 제4항 위반이다.

2) 원고에게 ① 시정명령("원고는 판매촉진행사를 실시하면서 납품업자에게 판매촉진 행사에 소요되는 비용의 100분의 50을 초과하여 부담하게 하는 행위를 다시 하여서는 아니 된다."), ② 통지명령, ③ 과징금납부명령(12억 7,700만 원)을 부과한다.

나. 관계 법령

■ 대규모유통업법

제11조(판매촉진비용의 부담전가 금지)

- ① 대규모유통업자는 판매촉진행사를 실시하기 이전에 대통령령으로 정하는 바에 따라 판매촉진행사에 소요되는 비용(이하 이 조에서 “판매촉진비용”이라 한다)의 부담 등을 납품업자 등과 약정하지 아니하고는 이를 납품업자등에게 부담시키는 행위를 하여서는 아니 된다.
- ② 제1항의 약정은 대규모유통업자와 납품업자등이 각각 서명 또는 기명날인한 서면으로 이루어져야 하며 대규모유통업자는 약정과 동시에 이 서면을 납품업자등에게 주어야 한다.
- ③ 제1항 및 제2항에 따른 판매촉진비용의 분담비율은 대규모유통업자와 납품업자등이 각각 해당 판매촉진행사를 통하여 직접적으로 얻을 것으로 예상되는 경제적 이익(이하 이 조에서 “예상이익”이라 한다)의 비율에 따라 정하되 대규모유통업자와 납품업자등 사이의 예상이익의 비율을 산정할 수 없는 경우에는 대규모유통업자와 납품업자등의 예상이익이 같은 것으로 추정한다.
- ④ 제3항에 따른 납품업자등의 판매촉진비용 분담비율은 100분의 50을 초과하여서는 아니 된다.

다. 당사자의 주장

1) 원고

대규모유통업법 제11조 제4항이 규정한 납품업자의 판매촉진비용 분담비율을 산정할 때에는 '실제로 소요된 전체 판매촉진비용'을 기준으로 하여야 한다. 즉 이 사건의 경우 원고가 부담한 '광고비' 등을 포함할 경우, 납품업자의 분담비율은 대부분 50%를 초과하지 않는다(다만, '2019년 CY 1차' 부분에 관하여는 법위반을 인정한다).

2) 피고

대규모유통업법 제11조 제4항이 규정한 납품업자의 판매촉진비용 분담비율을 산정할 때에는 '사전 서면약정에 기재된 비용'만을 대상으로 하여야 한다. 결국 이 사건의 경우 사전 서면약정에 기재된 '쿠폰비용'만을 대상으로 분담비율을 산정하여야 할 것인바, 이를 전액 납품업자가 부담하기로 한 이상 납품업자의 분담비율은 50%를 넘어 100%이다.

라. 판단

1) 납품업자 분담비율 50% 제한의 위반 여부

아래와 같은 사정에 비추어 보면, 피고가 주장하는 사정과 을 제13 내지 26, 28, 37 호증 등 제출한 증거들만으로는 원고 스스로 법위반을 인정하는 '2019년 CY 1차' 부분 외에 나머지 부분에 관하여도 원고가 납품업자들에게 50%를 초과하는 판매촉진비용을 분담시켰다고 인정하기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

가) 대규모유통업법 제11조에 의하면 판매촉진비용은 원래 대규모유통업자가 부담하여야 하는 것으로서 이를 납품업자에게 전가하여서는 안 된다(제1항). 그러나 대규모유통업자가 사전 서면약정을 통하여 납품업자에게 판매촉진비용을 부담시키는 것은 허용되는바(제2항), 다만 이 경우에도 그 판매촉진비용 분담비율은 대규모유통업자와 납품

업자 각자의 예상이익 비율에 따라야 하고(제3항), 나아가 어떠한 경우에도 납품업자의 분담비율이 50%를 초과하여서는 안 된다(제4항).

즉 대규모유통업자가 사전 서면약정 없이 납품업자에게 판매촉진비용을 부담시키는 것은 그 자체로 위법하고, 사전 서면약정을 통하여 부담시킨다 하더라도 납품업자의 분담비율이 예상이익의 비율을 초과하거나 50%를 초과하면 이 또한 위법하다.

나) 여기서 위 분담비율 산정의 전제가 되는 판매촉진비용의 범위가 문제된다. 이 사건의 경우, 만일 피고의 주장과 같이 '사전 서면약정에 기재된 비용'만이 이에 해당한다면, 사전 서면약정에 기재된 비용은 쿠폰비용밖에 없으므로, 이 사건 납품업자의 분담비율은 100%가 되어 50%를 초과하는 것이 명백하다. 그러나 만일 원고의 주장과 같이 '실제로 소요된 전체 판매촉진비용'이 모두 포함된다면, 원고가 부담하였다고 주장하는 '광고비' 등의 실제 부담 여부 및 그 액수에 따라 이 사건 납품업자의 분담비율은 50%를 초과하지 않을 가능성이 있다.

그러므로 보건대, 대규모유통업법 제11조 제1항에 의하면 판매촉진비용이란 '판매촉진행사에 소요되는 비용' 일체를 의미하고, 이는 제2항 이하에서도 모두 마찬가지이다. 즉 대규모유통업법 제11조는 판매촉진비용을 정의하면서 그것이 '사전에 서면으로 약정되어 있을 것'을 요구하고 있지 않은바(이와 달리 다음 항목에서 보는 '판매장려금'의 경우 대규모유통업법 제2조 제9호는 반드시 '연간거래 기본계약'으로 약정할 것을 요구하고 있다), 제2항이 규정하고 있는 사전 서면약정은 판매촉진비용을 납품업자에게 부담시키기 위한 요건일 뿐이다. 따라서 특별한 사정이 없는 한 제3, 4항에 의한 분담비율 제한의 전제가 되는 판매촉진비용 역시 '판매촉진행사에 소요되는 비용'일 것이 요구될 뿐, '사전 서면약정에 기재된 비용'에 한정된다고 볼 수 없다.

한편 판매촉진비용의 사전 서면약정은 본질적으로 예상에 기초한 것으로서 추후 실제 판매촉진행사를 진행하는 과정에서 어느 정도 변경이 있을 수밖에 없는바, 만일 제 3, 4항에 의한 분담비율 산정에 있어 사전 서면약정에 기재된 비용만을 그 대상으로 한정한다면, 판매촉진비용의 추가지출이 있는 경우 오히려 납품업자에게 불리하게 작용할 여지도 있다. 사전 서면약정에서는 별다른 문제가 없었는데, 최종 정산 결과 납품업자가 당초 약정한 분담비율을 초과하여 부담하게 되는 결과가 있을 수 있기 때문이다. 이러한 사정을 고려하면, 분담비율 규제는 사전 서면약정 규제와 다른 차원의 것으로서, 사전 서면약정 규제는 '사전적·예방적' 규제이고 분담비율 규제는 '사후적·최종적' 규제라고 보는 것이 타당하다.

다) 이에 대하여 피고는, 제3항이 "제1항 및 제2항에 따른"이라고 규정하고 있으므로, 제3항에서 말하는 판매촉진비용은 '사전 서면약정에 기재된 것'만을 의미하고, 제4항이 "제3항에 따른"이라고 규정하고 있으므로, 제4항의 분담비율을 산정할 때에도 '사전 서면약정에 기재된 판매촉진비용'만을 대상으로 하여야 한다고 주장한다.

그러나 제3항의 "제1항 및 제2항에 따른"이라는 규정은 '납품업자에게 판매촉진비용을 부담시키는 사전 서면약정이 있는 경우', 즉 '사전 서면약정 체결의무 위반으로 규제할 수 없는 경우'를 전제하는 취지이고, 제4항의 "제3항에 따른"이라는 규정은 '대규모유통업자와 납품업자 각자의 예상이익 비율에 따라 분담비율을 정한 경우', 즉 '예상이익 비율에 따른 분담비율 결정의무 위반으로 규제할 수 없는 경우'를 전제하기 위한 취지라고 보아야 한다. 사전 서면약정 없이 납품업자에게 판매촉진비용을 부담시켰다면 이미 그 자체로 법위반이 성립하므로 굳이 그 분담비율을 따져볼 필요가 없고, 납품업자의 분담비율을 50%로 제한하는 것 역시 예상이익 비율에 따른 분담비율 결정의

무를 준수한 경우에 비로소 문제되는 것이기 때문이다. 즉 위와 같은 규정들은 사전 서면약정 규제와 분담비율 규제에 대하여 각각 그 판매촉진비용의 범위를 달리하기 위한 것이 아니라, 제11조의 규제가 '사전 서면약정 규제 → 예상이익 비율에 따른 분담비율 규제 → 50% 분담비율 규제'의 논리적 순서에 따라 이루어져야 한다는 점을 표현한 것이라 할 수 있다. 피고의 위 주장은 이유 없다.³⁷⁾

라) 한편 피고는, 위와 같이 해석할 경우 납품업자가 불측의 피해를 입을 우려가 있는바, 이는 부당한 판매촉진비용 부담전가로부터 납품업자를 보호하고자 하는 법의 취지에 반한다고도 주장한다.

그러나 만일 대규모유통업자가 납품업자에게 사전 서면약정에 없던 비용을 추가로 부담시켰다면(또는 사전 서면약정을 통하여 합리적으로 예상 가능한 범위를 초과하여 부담시켰다면), 그 추가된 부담 전액에 관하여 사전 서면약정 체결의무 위반이 성립할 것이므로, 결국 피고가 말하는 '불측의 피해'란 대규모유통업자가 사전 서면약정에 없던 비용을 추가로 부담하였다고 주장하면서 분담비율 준수의무를 잠탈하려고 하는 경우에 문제된다 할 것이다. 그런데 위와 같은 경우 납품업자로서는 당초의 사전 서면약정에 따른 비용만을 부담한 이상 그 어떤 손해가 있다고 볼 수 없고(위와 같은 상황은 추가된 판매촉진비용을 모두 대규모유통업자가 부담하였음을 전제로 한다), 최종적으로 납품업자의 분담비율이 법상 제한을 준수하였다면 납품업자로 하여금 과도한 판매촉진비용을 부담하지 않도록 하려는 법의 취지 역시 달성되었다 할 것인바, 과연 이러한 상황을 위법하다고 보아 규제할 필요가 있는지 의문이다.

이와 관련하여 피고는, 대규모유통업자가 사전 서면약정에 기재되지 않은 판매촉진

37) 피고는 자신의 주장의 근거로 서울고등법원 2021. 8. 12. 선고 2020누38791 판결(AD 사건, 대법원 2021. 12. 10.자 2021두49697 판결로 확정)을 들고 있으나, 위 사건은 이 사건과 사안이 다르다.

비용을 추가로 주장할 수 있게 되면 그 추가된 비용의 항목과 액수 등에 관하여 불필요한 혼란과 다툼이 발생할 수 있다는 취지로도 주장하나, 앞서 본 바와 같이 판매촉진비용의 사전 서면약정은 본질적으로 예상에 기초한 것으로서 어느 정도의 변경은 부득이한 것이고, 설령 대규모유통업자의 주장에 허위 내지 과장이 있을 수 있다 하더라도 이는 어디까지나 피고가 조사를 통하여 밝혀내야 할 문제일 뿐 그러한 사정을 들어 정당한 추가부담 주장까지 봉쇄할 것은 아니다.

즉 피고가 우려하는 상황은 사전 서면약정 규제를 통하여 충분히 해결되는 문제이거나, 분담비율 규제의 적절한 운용을 통하여 해결하여야 할 문제라 할 것이다. 피고의 위 주장 역시 받아들이지 않는다.

마) 요컨대, 대규모유통업법 제11조에서 말하는 판매촉진비용은 판매촉진행사에 소요되는 비용 일체를 의미하고, 이는 제4항의 해석에 있어서도 마찬가지이다. 따라서 납품업자의 판매촉진비용 분담비율이 50%를 초과하는지 여부를 판단함에 있어 그 산정의 기준이 되는 판매촉진비용에는 사전 서면약정에 기재된 비용은 물론, 추후 추가된 비용 또한 그것이 판매촉진행사에 소요되었다는 것이 인정되고, 나아가 그 비용을 대규모유통업자가 부담한 사실이 인정되는 한 모두 포함되어야 한다. 결국 이 부분 처분 사유 중 원고 스스로 법위반을 인정하는 부분(2019년 CY 1차)을 제외한 나머지 부분은 인정하기 어렵다 할 것이다.

2) 처분의 취소 여부

가) 이상 살펴본 바와 같이 이 부분은 그 처분사유 중 일부만 인정되는바, 이러한 경우 이에 관한 시정명령, 통지명령 및 과징금납부명령의 취소 여부 내지 그 범위가 문제된다.

나) 우선 과징금납부명령의 경우, 처분을 할 것인지 여부와 처분의 정도에 관하여 재량이 인정되는 과징금납부명령에 대하여 그 명령이 재량권을 일탈하였을 경우 법원으로서 재량권의 일탈 여부만 판단할 수 있을 뿐이지 재량권의 범위 내에서 어느 정도가 적정한 것인지에 관하여는 판단할 수 없어 그 전부를 취소할 수밖에 없고, 법원이 적정하다고 인정되는 부분을 초과한 부분만 취소할 수는 없는 것이므로(대법원 2009. 6. 23. 선고 2007두18062 판결 등 참조), 이 부분 과징금납부명령은 전부 취소되어야 한다.

다) 한편 시정명령, 통지명령의 경우, 피고는 대규모유통업법을 위반한 대규모유통업자에 대하여 그 위반행위를 시정하기 위하여 필요하다고 인정되는 제반 조치를 할 수 있고, 이러한 시정의 필요성 및 시정에 필요한 조치의 내용에 관하여는 피고에게 그 판단에 관한 재량이 인정되며, 그 기초가 된 위반행위의 일부가 인정되지 않는다 하더라도 나머지 위반행위가 인정되는 이상 그에 관한 시정명령, 통지명령은 여전히 적법하다고 볼 수 있는 것이 원칙이다(대법원 2018. 10. 12. 선고 2016두30897 판결, 대법원 2022. 4. 28. 선고 2019두36001 판결 등 참조).

그러나 피고는 그 위법의 정도, 위반행위의 파급효과, 행위자의 시정의사 등 제반 사정을 고려하여 반드시 시정명령, 통지명령 등의 조치가 아니라 경고 내지 시정권고 등의 조치를 할 수도 있고(공정거래위원회 회의 운영 및 사건절차 등에 관한 규칙 제57조, 제58조 및 [별표] 경고의 기준 등 참조), 어느 경우에도 비례와 형평의 원칙을 준수하여야 할 것인바, 위반행위의 대부분이 인정되지 않는 경우라면, 즉 당초 시정명령, 통지명령의 전제가 되었던 위반행위 중 극히 일부만이 인정되는 경우라면, 예외적으로 그 시정명령, 통지명령을 취소함으로써 피고로 하여금 다시 재량권을 행사하여 비례와

형평의 원칙에 맞는 적절한 조치를 하도록 함이 타당하다.

이 사건의 경우, 피고는 당초 원고가 '11차례의 판매촉진행사에서 납품업자들에게 판매촉진비용 2,851,483,525원을 부당하게 전가하였다'고 보아 시정명령, 통지명령을 하였는데, 적어도 현재로서는 그 중 '1차례의 판매촉진행사(2019년 CY 1차)에서 납품업자들에게 판매촉진비용 50,175,320원을 부당하게 전가하였다'는 부분만 인정되어 그 인정비율이 약 1.7%에 불과한바,³⁸⁾ 이러한 상황이라면 이 부분 시정명령, 통지명령 또한 전부 취소하는 것이 타당하다.

마. 소결론

이 부분은 그 처분사유 중 극히 일부만이 인정되는바, 이에 관한 과징금납부명령은 전부 취소되어야 하고, 나아가 그 시정명령, 통지명령 역시 전부 취소함이 타당하다.

7. 판매장려금 수취행위

가. 처분의 요지

1) 원고는, 2017년 1월부터 2019년 6월까지의 기간 동안 직매입 거래를 하고 있는 총 330개 납품업자들로부터 판매장려금 지급에 관한 약정사항을 연간거래기본계약의 내용으로 약정하지 않고 성장장려금 명목으로 총 10,428,221,601원을 수취하였는바, 이는 대규모유통업법 제15조 제2항 위반이다.

2) 원고에게 ① 시정명령("원고는 납품업자와 판매장려금의 액수, 지급시기 및 지급 횟수, 변경사유 및 변경기준 등 판매장려금 지급에 관한 약정 사항을 연간거래 기본계약의 내용으로 약정하지 아니하고 납품업자로부터 판매장려금을 받는 행위를 다시 하여서는 아니 된다."), ② 통지명령, ③ 과징금납부명령(5억 원)을 부과한다.

38) 향후 피고가 재조사를 통하여 다시 의율하는 경우 사정이 달라질 수도 있으나, 현재로서 이 사건 소송에서 인정할 수 있는 부분은 전체 위반금액의 약 1.7%에 불과하다는 취지이다.

나. 관계 법령

■ 대규모유통업법

제2조(정의)

이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

9. “판매장려금”이란 명칭에 상관없이 직매입거래에서 상품의 판매촉진을 위하여 연간거래 기본계약에 명시된 조건에 따라 납품업자가 대규모유통업자에게 지급하는 경제적 이익을 말한다.

제15조(경제적 이익 제공 요구 금지)

① 대규모유통업자는 정당한 사유 없이 납품업자등에게 자기 또는 제3자를 위하여 금전, 물품, 용역, 그 밖의 경제적 이익을 제공하게 하여서는 아니 된다.

② 제1항에도 불구하고 대규모 유통업자는 대통령령으로 정하는 바에 따라 연간거래기본계약의 내용으로 판매장려금의 지급목적, 지급시기 및 횟수, 판매장려금의 비율이나 액수 등의 사항을 납품업자와 약정하고 이에 따라 납품업자로부터 판매장려금을 받을 수 있다. 이 경우 판매장려금은 해당 거래분야에서 합리적이라고 인정되는 범위를 넘을 수 없다.

다. 당사자의 주장

1) 원고

원고가 연간거래 기본계약 없이 판매장려금 명목의 금원을 받은 것은 사실이나, 이는 대규모유통업법상 판매장려금이 아니므로 제15조 제2항 위반이 될 수 없다.

2) 피고

대규모유통업법 제15조 제2항은 판매장려금을 받으려면 연간거래 기본계약으로 약정하도록 하고 있으므로, 연간거래 기본계약 없이 판매장려금을 받은 것은 제15조 제2항 위반이다.

라. 판단

아래와 같은 사정에 비추어 보면, 원고가 연간거래 기본계약 없이 판매장려금 명목의 금원을 받았다 하더라도, 이를 들어 대규모유통업법 제15조 제2항 위반이라고 볼 수는 없고, 달리 원고가 대규모유통업법 제15조 제2항을 위반하였음을 인정할 근거가 없다.

1) 대규모유통업법 제15조는 제1항에서 '대규모유통업자는 정당한 사유 없이 납품업자에게 금전, 물품, 용역, 그 밖의 경제적 이익을 제공하게 하여서는 아니 된다.'고 규정하고 있다. 즉 대규모유통업자는 납품업자로부터 경제적 이익을 제공받을 수 없는 것이 원칙이고, 다만 정당한 사유가 있는 경우 예외가 인정되는바, 이때 그 정당한 사유는 대규모유통업자가 증명하여야 한다.

그러나 같은 조 제2항은 '제1항에도 불구하고 대규모유통업자는 연간거래 기본계약으로 약정하고 납품업자로부터 판매장려금을 받을 수 있다. 이 경우 판매장려금은 해당 거래분야에서 합리적이라고 인정되는 범위를 넘을 수 없다.'고 규정한다. 따라서 대규모유통업자가 연간거래 기본계약을 통하여 판매장려금을 받는 것은 허용되고, 다만 합리적 범위를 넘을 수 없을 뿐인바, 이 경우 그 합리적 범위를 넘는다는 사정은 공정거래위원회가 증명하여야 한다.

2) 여기서 만일 대규모유통업자가 연간거래 기본계약 없이 판매장려금 명목으로 경제적 이익을 받은 경우 대규모유통업법 제15조 제2항 위반이 성립하는지 문제된다.

살피건대, 대규모유통업법 제2조 제9호에 의하면 '판매장려금'이란 "명칭에 상관없이 직매입거래에서 상품의 판매촉진을 위하여 연간거래 기본계약에 명시된 조건에 따라 납품업자가 대규모유통업자에게 지급하는 경제적 이익"을 말한다(이는 대규모유통업법 제2조 제8호가 '판매촉진행사'를 정의하면서 "명칭이나 형식에 상관없이"라고 규정하고

있는 것과 대비된다). 즉 직매입거래에서 상품의 판매촉진을 위하여 납품업자가 대규모 유통업자에게 지급하는 경제적 이익의 경우, 그 '명칭'은 어떠하더라도 상관없지만, 그것이 연간거래 기본계약의 '형식'을 갖추지 않았다면 이는 판매장려금이 아니다. 이러한 사정에 비추어 보면, 설령 대규모유통업자가 연간거래 기본계약 없이 판매장려금 명목의 경제적 이익을 받았다 하더라도, 이는 대규모유통업법상 판매장려금이 아니므로 제15조 제2항은 적용될 수 없고, 원칙대로 제1항이 적용되어야 한다.

한편 제15조 제2항은 대규모유통업자가 납품업자로부터 받는 경제적 이익 중 상품의 판매촉진을 위한 것은 그것이 납품업자에게도 이익이 될 수 있다는 점을 고려하여 특별히 이를 허용하고자 한 취지이다. 즉 제15조 제2항에서 연간거래 기본계약으로 판매장려금을 약정하도록 요구한 것은, '적법요건'으로서 이를 갖춘 경우 그것이 합리적 범위를 넘지 않는 한 별도로 정당한 사유를 주장·증명할 필요가 없음을 의미하는 것이지, '위법요건'으로서 이를 갖추지 않은 경우 정당한 사유를 주장·증명할 기회조차 박탈한 채 오히려 다른 경제적 이익보다 더 가혹하게 규제하려는 취지가 아니라 할 것이다. 이에 비추어 보더라도, 연간거래 기본계약 없이 받은 판매장려금이라는 이유만으로 제15조 제2항 위반이 성립한다고 볼 수는 없는바, 이러한 해석이 유통업의 특성과 거래계의 현실에도 부합한다.

3) 이에 대하여 피고는, 대규모유통업법 제2조 제9호는 '적법한' 판매장려금을 정의한 것이고, 만일 위와 같이 해석할 경우 '대규모유통업자가 고의로 연간거래 기본계약 서상에 판매장려금을 포함시키지 않더라도 이를 제재할 수 있는 수단이 없게 되어 판매장려금을 연간거래 기본계약서상에 포함시켜 거래의 투명성 및 안전성을 높이고자 한 입법취지가 사문화된다'는 취지로 주장한다.³⁹⁾

그러나 특별한 사정이 없는 한 대규모유통업법상 정의규정을 위와 같이 제한적으로 해석할 근거가 없고, 위에서 살펴본 바와 같이 판매장려금을 연간거래 기본계약으로 약정하도록 규정한 것은 적법요건이지 위법요건이 아니라 할 것이므로, 피고의 위 주장은 받아들일 수 없다.

4) 요컨대, 원고가 연간거래 기본계약 없이 판매장려금 명목의 금원을 받았다 하더라도, 이에 대하여는 대규모유통업법 제15조 제2항이 적용될 수 없고, 제1항이 적용되어야 할 것인바, 이를 그 자체로 제15조 제2항 위반이라고 본 이 부분 처분은 위법하다.

마. 소결론

이 부분은 그 처분사유를 인정할 수 없으므로, 이에 관한 시정명령, 통지명령, 과징금납부명령은 모두 취소되어야 한다.

8. 결론

원고의 청구는 이유 있으므로, 이 사건 처분을 모두 취소하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 김대웅

판사 김상철

39) 실제로 피고는 위와 같은 해석론에 기초하여 연간거래 기본계약 없이 판매장려금을 받는 것은 그 자체로 대규모유통업법 제15조 제2항 위반이라고 판단해 온 것으로 보인다(공정거래위원회 2017. 1. 26.자 의결 제2017-047호 등 참조).

판사 배상원

[별지 1]

피고의 처분

1. 원고는 납품업자에게 원고의 경쟁사 온라인몰의 판매가격 인상을 요구하고 원고의 판매가격이 다른 경쟁 온라인몰의 판매가격보다 높게 판매되지 않도록 지속적으로 관리하고 유도하는 방법으로 거래상대방의 경영활동을 부당하게 간섭하는 행위를 다시 하여서는 아니 된다.
2. 원고는 납품업자의 의사에 반하여 해당 납품업자의 상품에 관한 광고를 하게 하는 행위를 다시 하여서는 아니 된다.
3. 원고는 판매촉진행사를 실시하면서 납품업자에게 판매촉진행사에 소요되는 비용의 100분의 50을 초과하여 부담하게 하는 행위를 다시 하여서는 아니 된다.
4. 원고는 납품업자와 판매장려금의 액수, 지급시기 및 지급횟수, 변경사유 및 변경기준 등 판매장려금 지급에 관한 약정 사항을 연간거래 기본계약의 내용으로 약정하지 아니하고 납품업자로부터 판매장려금을 받는 행위를 다시 하여서는 아니 된다.
5. 원고는 이 시정명령을 받은 날부터 30일 이내에 위 1. 내지 4.의 행위를 함으로써 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 및 「대규모유통업에서의 거래 공정화에 관한 법률」을 위반하였다는 이유로 공정거래위원회로부터 시정명령을 받았다는 사실을 <별지> 기재의 문안대로 원고가 관리하는 납품업자 전용 사이트에 공지함과 동시에 원고와 거래하는 모든 납품업자에게 전자메일로 통지하고, 그 결과를 공정거래위원회에 보고하여야 한다. 다만, 공지 관련 게재 기간, 방식, 위치 및 글자 크기 등은 사전에 공정거래위원회와 협의를 거친 것이어야 한다.
6. 원고는 다음 각 호에 따라 과징금을 국고에 납부하여야 한다.
 - 가. 과징금액 : 3,297,000,000원
 - 나. 납부기한 : 과징금 납부고지서에 명시된 납부기한(60일) 이내
 - 다. 납부장소 : 한국은행 국고수납 대리점 또는 우체국 (끝)

<별지>

서면통지 문안

공정거래위원회로부터 시정명령을 받은 사실의 통지

저희 A(주)(이하 '피심인'이라 한다)은 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 및 「대규모유통업에서의 거래 공정화에 관한 법률」을 위반하였다는 이유로 공정거래위원회로부터 다음과 같은 내용의 시정명령을 받았습니다.

- 다 음 -

- 가. 피심인은 납품업자에게 피심인의 경쟁사 온라인몰의 판매가격 인상을 요구하고 피심인의 판매가격이 다른 경쟁 온라인몰의 판매가격보다 높게 판매되지 않도록 지속적으로 관리하고 유도하는 방법으로 거래상대방의 경영활동을 부당하게 간섭하는 행위를 다시 하여서는 아니 된다.
- 나. 피심인은 납품업자의 의사에 반하여 해당 납품업자의 상품에 관한 광고를 하게 하는 행위를 다시 하여서는 아니 된다.
- 다. 피심인은 판매촉진행사를 실시하면서 납품업자에게 판매촉진행사에 소요되는 비용의 100분의 50을 초과하여 부담하게 하는 행위를 다시 하여서는 아니 된다.
- 라. 피심인은 납품업자와 판매장려금의 액수, 지급시기 및 지급횟수, 변경사유 및 변경기준 등 판매장려금 지급에 관한 약정 사항을 연간거래 기본계약의 내용으로 약정하지 아니하고 납품업자로부터 판매장려금을 받는 행위를 다시 하여서는 아니 된다.

2021년 00월 00일

A 주식회사
대표이사 ○○○

[별지 2]

관계 법령

■ 구 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(2020. 5. 19. 법률 제17290호로 개정되기 전의 것)

제23조(불공정거래행위의 금지)

① 사업자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위로서 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위(이하 "불공정거래행위"라 한다)를 하거나, 계열회사 또는 다른 사업자로 하여금 이를 행하도록 하여서는 아니 된다.

4. 자기의 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 상대방과 거래하는 행위

③ 불공정거래행위의 유형 또는 기준은 대통령령으로 정한다.

■ 구 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 시행령(2020. 9. 29. 대통령령 제31053호로 개정되기 전의 것)

제36조(불공정거래행위의 지정)

① 법 제23조(불공정거래행위의 금지) 제3항에 따른 불공정거래행위의 유형 또는 기준은 별표 1의2와 같다.

[별표 1의2] 불공정거래행위의 유형 및 기준(제36조 제1항 관련)

6. 거래상 지위의 남용

법 제23조(불공정거래행위의 금지) 제1항 제4호에서 "자기의 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 상대방과 거래하는 행위"라 함은 다음 각목의 1에 해당하는 행위를 말한다.

마. 경영간섭

거래상대방의 임직원을 선임·해임함에 있어 자기의 지시 또는 승인을 얻게 하거나 거래상대방의 생산 품목·시설규모·생산량·거래내용을 제한함으로써 경영활동을 간섭하는 행위

■ 구 대규모유통업에서의 거래 공정화에 관한 법률(2020. 6. 9. 법률 제17354호로 개정되기 전의 것)

제2조(정의)

이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

8. “판매촉진행사”란 명칭이나 형식에 상관없이 상품에 대한 수요를 늘려 판매를 증진시킬 목적으로 행하는 모든 행사 또는 활동을 말한다.
9. “판매장려금”이란 명칭에 상관없이 직매입거래에서 상품의 판매촉진을 위하여 연간거래 기본계약에 명시된 조건에 따라 납품업자가 대규모유통업자에게 지급하는 경제적 이익을 말한다.

제11조(판매촉진비용의 부담전가 금지)

- ① 대규모유통업자는 판매촉진행사를 실시하기 이전에 대통령령으로 정하는 바에 따라 판매촉진행사에 소요되는 비용(이하 이 조에서 “판매촉진비용”이라 한다)의 부담 등을 납품업자등과 약정하지 아니하고는 이를 납품업자등에게 부담시키는 행위를 하여서는 아니 된다.
- ② 제1항의 약정은 대규모유통업자와 납품업자등이 각각 서명 또는 기명날인한 서면으로 이루어져야 하며 대규모유통업자는 약정과 동시에 이 서면을 납품업자등에게 주어야 한다.
- ③ 제1항 및 제2항에 따른 판매촉진비용의 부담비율은 대규모유통업자와 납품업자등이 각각 해당 판매촉진행사를 통하여 직접적으로 얻을 것으로 예상되는 경제적 이익(이하 이 조에서 “예상이익”이라 한다)의 비율에 따라 정하되 대규모유통업자와 납품업자등 사이의 예상이익의 비율을 산정할 수 없는 경우에는 대규모유통업자와 납품업자등의 예상이익이 같은 것으로 추정한다.
- ④ 제3항에 따른 납품업자등의 판매촉진비용 부담비율은 100분의 50을 초과하여서는 아니 된다.
- ⑤ 납품업자등이 자발적으로 대규모유통업자에게 요청하여 다른 납품업자등과 차별화되는 판매촉진행사를 실시하려는 경우에는 대규모유통업자는 납품업자등과 상호 협의하여 판매촉진비용의 부담비율을 정할 수 있다. 이 경우 제1항부터 제4항까지의 규정은 적용하지 아니한다.

제15조(경제적 이익 제공 요구 금지)

- ① 대규모유통업자는 정당한 사유 없이 납품업자등에게 자기 또는 제3자를 위하여 금전, 물품, 용역, 그 밖의 경제적 이익을 제공하게 하여서는 아니 된다.
- ② 제1항에도 불구하고 대규모 유통업자는 대통령령으로 정하는 바에 따라 연간거래기본계약의 내용으로 판매장려금의 지급목적, 지급시기 및 횟수, 판매장려금의 비율이나 액수 등의 사항을 납품업자와 약정하고 이에 따라 납품업자로부터 판매장려금을 받을 수 있다. 이 경우 판매장려금은 해당 거래분야에서 합리적이라고 인정되는 범위를 넘을 수 없다.

제17조(불이익 제공행위의 금지)

대규모유통업자는 정당한 사유 없이 납품업자등에게 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하여서는 아니 된다.

6. 납품업자등의 의사에 반하여 해당 납품업자등의 상품에 관한 광고를 하게 하는 행위

■ 대규모유통업에서의 거래 공정화에 관한 법률 시행령

제9조(판매촉진비용의 부담에 관한 약정사항)

법 제11조 제1항에 따라 대규모유통업자와 납품업자등이 판매촉진비용과 관련하여 약정하여야 하는 사항은 다음 각 호와 같다.

1. 판매촉진행사의 명칭·성격 및 기간
2. 판매촉진행사를 통하여 판매할 상품의 품목
3. 판매촉진행사에 소요될 것으로 예상되는 비용의 규모 및 사용내역
4. 해당 판매촉진행사를 통하여 대규모유통업자와 납품업자등이 얻을 것으로 예상되는 경제적 이익의 비율
5. 판매촉진비용의 부담 비율 또는 액수

제12조(판매장려금 지급에 관한 약정사항)

법 제15조 제2항에 따라 대규모 유통업자가 판매장려금을 받기 위하여 납품업자와 약정하여야 할 사항은 다음 각 호와 같다.

1. 판매장려금의 종류 및 명칭
2. 판매장려금의 지급목적, 지급시기 및 지급횟수
3. 판매장려금의 비율 또는 액수
4. 판매장려금의 결정기준 및 결정절차
5. 판매장려금의 변경사유, 변경기준 및 변경절차 (끝)