

## 시정명령등취소

[서울고등법원 2016. 8. 25. 2015누47333]



### 【전문】

【원 고】 롯데쇼핑 주식회사 (소송대리인 법무법인(유한) 율촌 담당변호사 박해식 외 2인)

【피 고】 공정거래위원회 (소송대리인 법무법인 민주 담당변호사 이한규 외 1인)

【변론종결】 2016. 7. 21.

### 【주문】

]

1. 원고의 청구를 기각한다.
2. 소송비용은 원고가 부담한다.

【청구취지】 피고가 2015. 5. 20. 의결 제2015-173호로 원고에 대하여 한 별지 1 기재 시정명령 및 과징금납부명령을 모두 취소한다.

### 【이유】

#### 1. 기초 사실 및 처분의 경위

##### 가. 원고의 지위와 현황

원고는 소비자가 사용하는 상품을 다수의 사업자로부터 납품받아 판매하면서 매장면적의 합계가 3,000㎡ 이상인 점포를 소매업에 사용하고 직전 사업연도의 소매업종 매출액이 1천억 원 이상인 회사로서 대규모유통업에서의 거래 공정에 관한 법률(이하 '대규모유통업법'이라 한다) 제2조 제1호에서 정한 대규모유통업자이다.

원고의 일반 현황은 아래와 같다.

(2014. 3. 기준, 단위: 백만 원) 설립일자본금매출액당기순이익2011년2012년2013년2011년2012년2013년  
1970.7.2.145,21615,181,72116,121,83816,562,962742,9361,018,214618,470영업 부문별백화점  
7,053,8497,565,5558,114,580566,839855,578829,353대형마트6,238,9866,351,4836,059,639142,881142,30586,830슈퍼마켓1,534,5131,740,0191,767,40320,68713,437(2,139)기타354,372464,779621,33812,5286,893(295,574)

##### 나. 대형마트의 시장구조 및 주요 거래형태

- 1) 대형마트는 일반적으로 유통산업발전법상 매장면적의 합계가 3,000㎡ 이상인 점포를 갖추고 대량구매, 대량진열, 저마진·고회전의 상품판매, 셀프서비스 등 유통·판매구조를 합리화시켜 통상적인 시중가격보다 저렴한 가격으로 소매점에서 취급하는 상품을 판매하는 대규모 점포를 의미한다.

국내 대형마트 시장규모는 2012년을 기준으로 38조 7천억 원 정도로 추산되고 원고가 운영하는 롯데마트를 포함한 상위 3개사가 전체 시장점유율의 약 67.7%를 차지하고 있다.

대형마트의 매출액 및 상위 3개사의 시장점유율은 아래와 같다.

(단위: 조 원)구분2009년2010년2011년2012년전체 매출액31.234.137.338.7시장 점유율이마트28.4%28.3%28.6%28.3%홈플러스24.4%24.3%23.8%23.0%롯데마트14.2%15.7%16.7%16.4%상위 3사 합계67.0%68.3%69.1%67.7%

- 2) 대형마트에서 대규모유통업자가 납품업자와 거래하는 형태는 직매입거래, 특약매입거래, 매장임대차거래 등으로 구분되는데, 그중 직매입거래란 대규모유통업자가 납품업자로부터 직접 상품을 매입하여 판매하는 거래 형태이며, 원칙적으로 납품이 완료되어 상품매입이 확정되면 소유권이 납품업자로부터 대규모유통업자로 이전되므로 상품관리

및 가격 결정, 판매, 재고 등은 대규모유통업자가 그 책임을 부담하게 된다.

다.

원고가 운영하는 대형마트 중 VIC마켓(이하 '빅마켓'이라 한다)의 영업

한편, 원고가 운영하는 대형마트 중 빅마켓은 유료회원제로 운영되는 창고형 할인점으로서 2012. 6.경 영업을 개시하였다.

빅마켓은 일반 대형마트에 비해 각 물품 항목에 대하여 구비하고 있는 상품의 종류가 적은 반면 대량으로 포장하여 판매한다.

## 라. 피고의 처분

1) 피고는 2015. 5. 20. 의결 제2015-173호로 원고의 아래 행위(이하 '이 사건 위반행위'라 하고, 아래에서 보는 바와 같이 이 사건 처분의 대상이 된 시식행사를 '이 사건 시식행사'라 한다)가 대규모유통업법 제11조 제1항 내지 제4항에서 규정하고 있는 '서면약정 없이 판매촉진행사에 소요되는 비용을 납품업자에게 부담시키는 행위'(이하 '판매촉진행사에 소요되는 비용'을 '판매촉진비용'이라 한다)에 해당한다는 이유로, 원고에게 별지 1 기재 시정명령 및 과징금 납부명령을 하였다(이하 통틀어 '이 사건 처분'이라 하고 그 중 과징금납부명령만을 가리킬 때에는 '이 사건 과징금납부명령'이라 한다).

원고는 2013. 2. 28.부터 2014. 4. 2.까지 빅마켓 금천점, 신영통점, 영등포점, 도봉점 등 4개의 점포에서 시식행사 실시 이전에 행사를 통해 원고와 납품업자가 얻을 것으로 예상되는 경제적 이익의 비율, 행사비용의 분담 비율 또는 액수 등에 관한 서면 약정을 하지 아니하고 식음료 제품 판매촉진을 위한 시식행사를 1,456회 실시하면서 (주)아워홈 등 별지 3 기재 149개 납품업자에게 행사비용 총 1,605,307,420원을 부담시켰다.

2) 피고의 원고에 대한 과징금 산정과정은 다음과 같다.

과징금 산정내용기본과징금관련 납품대금원고가 이 사건 시식행사를 시작한 날인 2013. 2. 28.부터 끝난 날인 2014. 4. 2.까지를 위반행위의 기간으로 보아, 이 기간 동안에 매입한 해당 시식행사 상품의 매입 금액을 모두 합한 3,159,157,861원을 관련 납품대금으로 함부과기준율이 사건 시식행사로 인하여 다수의 납품업자들에게 손해가 발생한 점, 원고는 국내 대형마트 시장에서 3위 사업자로서 대규모유통업에서의 공정거래질서 확립에 미치는 파급효과 등이 큰 점 등 위반행위의 내용 및 그 정도를 종합적으로 고려하여, '중대한 위반행위'에 해당하는 40%의 부과기준율을 적용함산정기준관련 납품대금에 부과기준율을 곱하여 정함행위 또는 행위자 요소에 의한 조정피고의 조사과정에서 조사 공무원이 원고의 직원 소외 1 과장에게 각 상품부문별 매입담당자들로부터 취합하여 정리한 업무자료가 있음을 확인하고, 2014. 4. 23. 13시경 관련 자료를 삭제하지 못하도록 요청하였음에도, 원고는 해당 자료 중 13개의 파일을 삭제하고 삭제한 사실이 없다고 허위로 진술함으로써 피고의 조사를 어렵게 한 사실이 있으므로 위 산정기준의 100분의 10을 가중함부과과징금원고의 현실적 부담능력, 위반행위가 시장에 미치는 효과 등을 고려할 때 위 조정금액이 과중하다고 볼 만한 사유가 없음1,390,000,000원

[인정 근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1호증의 기재, 변론 전체의 취지

## 2. 원고 주장의 요지

원고는 다음과 같은 이유로 이 사건 처분이 위법하다고 주장한다.

가. 이 사건 위반행위의 적법 여부

- 1) 이 사건 시식행사는 ① 납품업자가 자발적으로 자신의 종업원의 파견을 요청하였고, ② 원고와 납품업자는 종업원의 파견 조건을 서면으로 약정하였으며, ③ 해당 종업원은 상품의 판매보조행위인 시식업무에 종사하였으므로 대규모유통업법 제12조에 따라 적법하게 실시되었다.

나아가 이와 같이 이 사건 시식행사가 위 조항에 따라 적법한 경우 법률의 체계적·통일적 해석원칙에 따라 같은 법 제11조를 적용하여 이 사건 시식행사의 위법 여부를 판단할 수는 없다.

- 2) 가사 이 사건 시식행사에 관하여 대규모유통업법 제11조를 적용할 수 있다고 보더라도 다음과 같은 이유로 이 사건 시식행사는 대규모유통업법 제11조에 저촉된다고 볼 수 없다.

가) 현행 법령상 판매촉진행사는 그 의미가 명확히 규정되어 있지 않으므로 대규모유통업법의 입법취지 및 목적을 고려하여 합헌적·제한적으로 해석하면, 대규모유통업법 제11조가 규제하고자 하는 판매촉진행사라 함은 ① 대규모유통업자가 실시하는 행사로서, ② 그 예상이익을 산정할 수 있어야 하고, ③ 판매촉진을 주된 목적으로 하는 행사를 의미한다고 한정적으로 해석해야 한다.

그런데 이 사건 시식행사는 ① 대규모유통업자가 아닌 납품업자의 사업적 필요에 따라 실시되는 판매보조행위이고, ② 시식에 따른 예상이익의 존부 및 정도에 대한 판단이 어려워 이를 산정할 수 없으며, ③ 단기적인 매출증대보다는 제품의 홍보 및 광고를 위하여 진행하므로 그 주된 목적이 판매촉진에 있다고 볼 수 없어 대규모유통업법 제11조가 규제하는 판매촉진행사에 해당하지 않는다.

나) 원고는 ㉗ 이 사건 시식행사를 위한 상품의 매입비용 및 재고 위험을 부담하고, ㉘ 엔드(end)매대를 시식을 위한 공간으로 활용하게 하면서 별도로 다른 대형유통업자들이 지급받는 엔드매대에 대한 매대진열 장려금을 요구하지 않았으며, ㉙ 시식 요원들이 차지하는 원고 소유 부동산 중 일부 공간의 차임 상당을 납품업자들에게 청구한 바 없고, ㉚ 신선식품의 판매가 인화 및 폐기 관련 비용을 원고가 부담하며, ㉛ 이 사건 시식행사를 위한 상품의 매입 원가에 시식 비용이 이미 반영되어 있고, ㉜ 상품의 진열·정리를 위한 인건비를 납품업자들에게 별도로 받지 않는 등 사실상 이 사건 시식행사 비용의 50% 이상을 부담하였다.

다) 이 사건 시식행사는 납품업자들과 빅마켓의 일치된 이해관계에 따라 납품업자들이 자발적으로 원고에게 요청하여 이루어졌고, 빅마켓은 원칙적으로 동일한 기간에 해당 제품군 별로 하나의 제품에 대한 시식만을 허용하고 있기 때문에 특정 납품업자의 시식은 통상 그 경쟁 납품업자의 시식과 시기적으로 구별되는 등 이 사건 시식행사는 다른 납품업자와 시기적, 내용적으로 차별화되는 판매촉진행사를 실시한 경우에 해당하므로 대규모유통업법 제11조 제5항의 예외사유에 해당한다.

여기에서 만약 차별성 요건을 지나치게 엄격하게 해석하면 대규모유통업자는 납품업자의 판매촉진행사 실시 요청에 소극적으로 응할 수밖에 없게 되므로 차별성 요건은 다소 완화하는 것이 타당하다.

라) 대규모유통업법은 제3조에서 "이 법은 대규모유통업자가 납품업자에 대하여 거래상 우월적 지위에 있다고 인정되지 아니하는 거래에 대하여는 적용하지 않는다"는 적용제외 규정을 두고 있다.

그런데 빅마켓은 시장점유율이 미미하여 유통시장에 미치는 영향력이 없고, 전국적인 유통망이 없이 이 사건 시식행사 당시 수도권 지역에만 4개의 점포를 운영하고 있었을 뿐이며, 빅마켓의 납품업자들은 대부분 다른 대형마트와 중복하여 거래를 하고 있고 빅마켓에서의 매출 비중이 5% 이하에 그치므로 전환이 용이한 대체거래선을 확보하고 있고

, 빅마켓은 롯데하이퍼마켓과는 별도로 관리되는 등 원고는 애초에 납품업자들과의 관계에서 거래상 우월한 지위에 있지 아니하며, 특히 상호출자제한 기업집단에 속하는 납품업자나 원고의 계열회사인 납품업자, 다국적 기업인 납품업자 및 관련시장에서 시장지배적 지위를 보유한 납품업자에 대하여는 거래상 지위가 인정되지 않음이 명백하다.

#### 나. 과징금 산정에 관한 재량권의 일탈·남용

- 1) 이 사건 위반행위는 대규모유통업법 위반사업자에 대한 과징금 부과기준 고시(2014. 11. 27. 피고 고시 제2014-11호로 개정되기 전의 것, 이하 '과징금고시'라 한다)에서 정한 과징금 부과요건 중 어느 것에도 해당되지 않을 뿐만 아니라, 이 사건 시식행사에서도 같이 납품업자가 시식비용을 부담하는 것은 국내외 유통업계의 오래된 관행임에도 피고는 이와 관련하여 한 번도 제재를 가한 적이 없고 대규모유통업자의 판촉비용 전가행위에 대하여는 시정명령만을 부과해왔으므로, 이 사건 위반행위를 과징금 부과대상으로 볼 수 없다.
- 2) 한편, 이 사건 시식행사 기간 동안 원고가 매입한 금액은 이 사건 시식행사와 관련성이 거의 없으므로 이를 과징금 산정의 기초가 되는 관련 납품대금이라고 볼 수 없고, 주식회사 한중푸드(이하의 주식회사들에 대하여 주식회사의 표시는 생략한다), 프리고의 일부 납품업자들에게는 원고가 시식 비용의 50% 이상을 직접 보전해주었으므로 그 납품업자들로부터 매입한 금액을 관련 납품대금에 포함시킬 수 없다.
- 3) 이 사건 시식행사로 인해 다수의 납품업자들에게 반드시 손해가 발생하였다고 보기는 어려운 점, 이 사건 시식행사는 '회원제 창고형 할인점'인 빅마켓에서 실시된 시식에 국한된 것이므로 원고의 '대형 일반마트 시장'에서의 점유율을 근거로 부과기준을 산정하는 것은 부당한 점, 빅마켓은 점포가 4개에 불과하고 서울 및 경기도에만 위치하고 있어 이 사건 시식행사로 인한 파급효과가 미미한 점 등에 비추어 보면, 이 사건 위반행위가 '중대한 위반행위'에 해당한다는 전제에서 피고가 40%의 부과기준을 선택한 것은 위법하다.
- 4) ① 아래의 이유로 피고의 조사공무원이 원고의 직원 소외 1에게 앤드라이브(Ndrive, 이하 'Ndrive'라고 한다)의 열람을 요청한 행위는 조사권한을 벗어난 위법한 조사이므로 이에 대하여 일부 자료를 삭제하는 등 협조하지 않았다고 하더라도 그 행위가 조사방해에 해당한다고 볼 수 없을 뿐만 아니라, 소외 1의 위 행위는 당시 Ndrive에 매출자료가 산만하고 중복적으로 관리되고 있었기 때문에 미완성 파일 등 자료를 파악·분석하는데 의미가 없는 중복 파일 3, 4개를 삭제하는 등 Ndrive를 보기 편하게 정리한 행위에 불과한 점, ② 소외 1이 삭제한 자료는 피고가 이미 소외 2의 Ndrive를 통해 확보한 문서의 사본 파일에 불과하고 이 사건 시식행사의 위법성 및 과징금 산정과 관련성도 없으므로 조사방해의 의도나 결과가 인정되지 않는 점, ③ 원고는 소외 1의 위 삭제행위에 관여하지 않았을 뿐만 아니라 오히려 임직원들을 상대로 피고의 조사에 협조할 것을 교육한 점 등을 고려하면 피고가 조사방해를 이유로 과징금을 가중한 것은 위법하다.  
 가) 현장조사에서 당사자의 임의성을 보장하기 위해서는 사전에 현장조사의 필요성, 조사 불응 시 수반되는 과태료 및 형사처벌의 내용을 밝힌 후 당사자의 동의를 받아야 하고, 임의조사의 한계와 관련해서는 피고가 조사의 목적과 대상을 사전에 특정하여 고지하고 조사대상자의 동의를 받아야 하며 조사에 있어 비례원칙을 준수하여야 하므로 비례원칙을 위반하여 무제한적으로 자료나 물건을 조사하는 것은 사실상 강제조사로서 수색에 해당하고 수색은 공정거래법상 허용되지 않는 것이므로 위법하다.

나) 이 사건 현장조사 당시 피고가 원고에게 발송한 공문에 의하면 피고가 어떤 대규모유통업법 위반행위에 관하여 조사하려는 것인지 밝히지 않았으므로 원고의 소외 2, 소외 1 과장 역시 혐의사실이 무엇인지 알지 못했는데, 그 상태에서 피고 조사공무원들은 처음에 소외 2에게 개인 Ndrive의 포괄적 열람을 요구하면서 이를 거부하는 소외 2와 실랑이를 벌여 결국 소외 2로 하여금 Ndrive의 포괄적 열람을 허용하게 하였는바, 이러한 피고 조사공무원들의 조사행위는 임의성을 상실한 것이다.

다) 이를 옆에서 지켜본 소외 1은 소외 2만큼 강력하게 거부하지 못한 채 피고 조사공무원의 요구대로 개인 Ndrive에 대한 접속을 허락하였는데, 피고 조사공무원의 소외 2, 소외 1에 대한 조사는 실질적으로 일련의 하나의 조사행위로 볼 수 있는바, 위 사정에 의하면 소외 2, 소외 1에 대한 조사는 임의성이 결여되어 사실상 강제조사로 보이고, 이는 헌법상 영장주의 원칙에 위배된다.

라) 가사 피고 조사공무원의 소외 1에 대한 조사가 임의성을 갖춘 임의조사라고 하더라도 피고 조사공무원이 소외 1에게 개인 Ndrive의 포괄적 열람을 요구한 것은, 그 Ndrive가 소외 1의 개인 네이버 계정에 포함되어 있는 웹하드로서 결국 Ndrive의 열람은 개인 이메일의 열람과 유사하여 사내 전산망의 열람요청과 마찬가지로 회사의 영업비밀이 외부로 노출될 우려가 있을 뿐 아니라 관련 직원의 개인정보가 외부로 노출될 현저한 우려를 내포하고 있고 앞서 본 바와 같이 피고가 원고의 혐의사실조차 특정하지 않았음에 비추어 볼 때 임의조사의 한계를 벗어난 위법한 조사이다.

5) 대규모유통업법 위반사업자에 대한 과징금 부과기준 고시(2016. 6. 30. 피고 고시 제2016-9호로 개정된 것, 이하 '개정 과징금고시'라 한다)는 과징금 액수와 실제 대규모유통업법 위반금액 사이의 비례관계를 달성하고자 개정되었으므로 피고는 과징금 산정 시 이를 고려하여야 하는 점, 빅마켓은 대형마트 시장에서 시장점유율이 낮고 4개의 점포만을 운영하고 있으므로 이 사건 시식행사가 대규모유통시장에 미치는 영향은 경미한 점, 이 사건 시식행사로 인한 원고의 부당이득 규모는 약 8억 원에 불과한 점, 피고가 홈플러스 사건(피고 의결 2014-7호, 2014. 3. 6.)에서는 부당이득에 비하여 과징금이 과도하다는 이유로, 롯데쇼핑 사건(피고 의결 2014-46호, 2014. 3. 6.)에서는 위반행위의 경제적 파급효과에 비하여 과징금이 과도하다는 이유로 각 과징금을 감경하는 등 대규모유통업법 위반 사건에서 과징금을 부과한 선례 등에 비추어 볼 때 이 사건 과징금납부명령은 비례원칙에 반한다.

### 3. 관계 법령

별지 4 기재와 같다.

### 4. 이 사건 위반행위의 적법 여부

가. 대규모유통업법 제12조에 관한 원고 주장에 대한 판단

대규모유통업법 제11조와 제12조의 규정 내용을 비교하여 보면, 위 조항들은 모두 대규모유통업자와 납품업자 사이의 관계에 관하여 대규모유통업자가 거래상 우월적 지위를 이용하여 납품업자의 이익을 부당하게 침해하는 행위를 규제하고자 하는 데 그 취지가 있으면서도 구체적으로는 제11조가 납품업자등에 대한 대규모유통업자의 판매촉진비용 부담을 규율하고자 하는 것인 데 비하여 제12조가 납품업자등의 종업원에 대한 대규모유통업자의 사용 등을 규율하고자 하는 것으로서 그 규율대상 및 입법취지를 달리하고 있다고 봄이 상당하다.

이에 비추어 볼 때 가사 하나의 행위가 대규모유통업법 제12조에 의하여 적법하다고 하더라도 그 이유만으로 대규모유통업법 제11조의 적용이 배제되지는 않는다고 봄이 상당하고, 이는 이 사건 위반행위에 대하여도 마찬가지이다.

따라서 이 사건 위반행위가 대규모유통업법 제12조에 의하여 적법한지 여부와 관계없이 이 사건 위반행위에 대하여 대규모유통업법 제11조를 적용할 수 있으므로 이에 반하는 원고의 이 부분 주장은 받아들일 수 없다.

나. 이 사건 시식행사가 대규모유통업법 제11조의 판매촉진행사에 해당하는지 여부

1) 대규모유통업법 제2조 제8호는 판매촉진행사에 대하여 “명칭이나 형식에 상관없이 상품에 대한 수요를 늘려 판매를 증진시킬 목적으로 행하는 모든 행사 또는 활동”이라고 정의하고 있고, 대규모유통업법 제11조 제1항은 “대규모유통업자는 판매촉진행사를 실시하기 이전에 대통령령으로 정하는 바에 따라 판매촉진행사에 소요되는 판매촉진비용의 부담 등을 납품업자등과 약정하지 아니하고는 이를 납품업자등에게 부담시키는 행위를 하여서는 아니 된다.”라고 규정하고 있는바, 위 규정 내용에 비추어 볼 때 대규모유통업법 제11조에서 규제하고 있는 판매촉진행사는 같은 법 제2조 제8항에서 규정하고 있는 바와 같이 판매를 증진시킬 목적으로 행하는 모든 행사 또는 활동 중에서도 대규모유통업자가 실시하는 행위로 봄이 상당하다.

2) 그런데, 갑 제1호증, 을 제5, 9호증의 각 기재와 증인 소외 3의 일부 증언에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음 사정, 즉 이 사건 시식행사는 원고가 판매하는 상품들 중 특정 식음료에 대하여 그 맛과 품질을 소비자에게 알려 구매결정에 도움을 줌으로서 상품을 홍보함과 동시에 그에 대한 수요를 늘려 판매를 증진시킬 목적으로 행하는 행사에 해당하는 점, 이 사건 시식행사에 참가한 납품업자와 원고의 거래 방식은 모두 직매입거래 방식이었던 점, 원고는 지속적으로 이 사건 시식행사의 각 시식들을 계획하고 실시하였으며, 상품별 재고 보유일수를 작성·관리하면서 목표 재고 보유일수와 비교하여 실적이 저조한 상품에 대한 개선방안으로 이 사건 시식행사를 추진하거나 월별 매출활성화 대책으로 시식행사의 확대나 보강을 논의하였던 점, 시식행사를 진행하는 인원에 대한 인건비는 원고와 납품업자의 협의 없이 납품업자가 부담하는 점 등을 위 규정 내용에 비추어 보면, 이 사건 시식행사는 대규모유통업법 제11조에서 규제하는 판매촉진행사에 해당한다고 봄이 상당하다.

3) 한편, 대규모유통업법 제11조 제3항은 ‘판매촉진비용의 부담비율을 대규모유통업자와 납품업자등의 예상이익의 비율에 따라 정하되 그 비율을 산정할 수 없는 경우에는 대규모유통업자와 납품업자등의 예상이익이 같은 것으로 추정한다.

’는 규정을 두고 있으므로 대규모유통업법 제11조의 판매촉진행사 여부를 판단함에 있어 예상이익의 산정이 그 요건이라고 볼 수는 없다.

4) 따라서 원고의 이 부분 주장도 이유 없다.

다.

이 사건 시식행사 비용의 50% 이상을 원고가 부담하였는지 여부

원고의 대규모유통업법 제11조 제1 내지 4항 위반행위는 제11조 제1항에서 규정하고 있는 바와 같이 대규모유통업자가 판매촉진행사를 실시하기 이전에 판매촉진비용의 부담 등을 납품업자등과 약정하지 아니한 채 납품업자등에게 부담시킴으로써 성립하고, 원고의 주장과 같이 사실상 이 사건 시식행사 비용의 50% 이상을 원고가 부담하였는지 여부는 원고의 대규모유통업법 제11조 제1 내지 4항 위반 여부에 영향이 없다고 봄이 상당하다.

또한 앞서 본 바와 같이 이 사건 시식행사에 참가한 납품업자와 원고의 거래 방식은 모두 직매입거래 방식이었던 점 및 시식상품에 관한 원고와 납품업자들의 부담액에 대하여 기재된 을 제10호증의 내용 등에 비추어 볼 때 원고가 들고 있는 비용 중 ㉠ 내지 ㉢, ㉤ 비용이 대규모유통업법 제11조의 판매촉진비용에 해당한다고 보기도 어렵고, ㉥ 비용은 이를 인정할 증거도 없다.

원고의 이 부분 주장 역시 받아들일 수 없다.

라. 이 사건 시식행사에 대한 대규모유통업법 제11조 제5항의 적용 여부

1) 대규모유통업법 제11조의 규정 내용에 의하면, 같은 조 제5항은 같은 조 제1 내지 4항의 예외 규정에 해당하는데, 납품업자등의 보호를 목적으로 하는 대규모유통업법 제11조 제1 내지 4항의 입법취지에 비추어 볼 때 이러한 예외 규정의 적용 범위를 완화하는 것은 대규모유통업법 제11조 제1 내지 4항의 입법취지에 반하는 것으로 판단된다.

2) 을 제1, 2, 4, 7호증의 각 기재와 증인 소외 4, 소외 3의 각 일부 증언에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음 사정, 즉 시식행사는 매장에서 신선·가공식품을 시험삼아 먹어볼 수 있도록 제공하는 것으로 납품업자들 사이에 시식이라는 행위 자체에 별다른 차별성이 있다고 보기는 어려운바, 이는 이 사건 시식행사 또한 마찬가지인 점, 이 사건 시식행사는 표준화된 시식대 운영을 통하여 이루어진 점, 이 사건 시식행사에서 납품업자들이 시식대행업체를 이용하는 경우에는 대부분 하나의 대행업체(PDPS)에 위탁하여 이 사건 시식행사를 진행하였는데, 그 경우 위 대행업체는 동일한 운영방식으로 이 사건 시식행사를 진행한 점, 가사 동일한 제품군별로는 동일한 기간에 하나의 제품에 대하여만 시식행사가 이루어졌다고 하더라도 제품군을 달리해서는 이 사건 시식행사 기간 중 여러 납품업자들이 동시에 시식을 진행한 기간도 다수 존재하는 점, 이 사건 시식행사에 참가한 납품업자와 원고의 거래 방식이 모두 직매입거래 방식이었음을 고려할 때 이 사건 시식행사의 주된 이해관계자는 원고이고 실제로도 원고가 앞서 본 바와 같이 주도적인 입장에서 이 사건 시식행사를 실시한 것으로 보이는 점, 원고는 납품업자들이 자발적으로 원고에게 요청하여 이 사건 시식행사가 이루어졌다고 주장하나 증인 소외 4, 소외 3의 각 증언에 의하더라도 원고의 요청에 의하여 시식행사가 실시되는 경우도 상당하다는 것이어서(위 각 증언 사이에 정도의 차이는 있다) 원고의 위 주장은 위 각 증언 내용과도 맞지 않는 점 등을 위 법리에 비추어 보면, 이 사건 시식행사가 납품업자들이 자발적으로 대규모유통업자에게 요청하여 다른 납품업자등과 차별화되는 판매촉진행사를 실시한 경우에 해당한다고 보기는 어렵다.

3) 따라서 원고의 이 부분 주장 또한 받아들일 수 없다.

마. 원고가 납품업자들에 대하여 거래상 우월한 지위에 있는지 여부

1) 거래상 우월적 지위에 있는지의 여부는 유통시장의 구조, 소비자의 소비실태, 대규모유통업자와 납품업자등 사이의 사업능력의 격차, 납품업자등의 대규모유통업자에 대한 거래 의존도, 거래의 대상이 되는 상품의 특성, 공정거래법 제2조 제2호의 기업집단이나 하나의 대규모유통업자가 운영하는 유통업태의 범위 등을 종합적으로 고려하여 판단해야 하고(대규모유통업법 제3조 제2항 참조), 거래상 우월적 지위는 일방이 상대적으로 우월한 지위 또는 적어도 상대방과의 거래활동에 상당한 영향을 미칠 수 있는 지위를 가지고 있으면 이를 인정할 수 있다고 봄이 상당하다

(대법원 2009. 10. 29. 선고 2007두20812 판결 참조).

- 2) 앞서 인정한 사실과 을 제7호증의 기재, 증인 소외 4의 일부 증언 및 변론 전체의 취지에 의하여 인정되는 다음 사정, 즉 ① 빅마켓과 롯데하이퍼마켓은 원고 내부적으로 사업본부가 구분되어 있을 뿐인 대규모유통업체로서 빅마켓과 롯데하이퍼마켓이 원고라는 하나의 법인에 소속된 유사한 형태의 대규모유통업체인 이상 빅마켓의 납품업자에 대한 우월적 지위를 판단함에 있어서는 롯데하이퍼마켓의 시장 점유율을 완전히 배제할 수는 없다고 봄이 상당한데, 롯데하이퍼마켓은 국내 3대 대형마트로서 앞서 본 바와 같이 상당한 시장점유율을 차지하고 있는 점, ② 또한 납품업자는 상품의 판로를 안정적으로 확보하고 소비자에게 양질의 상품을 공급한다는 인식을 심어주기 위하여 원고와 같은 대규모유통업자와 계속적인 거래를 원하고 이를 위하여 다른 납품업자와 서로 경쟁하고 있을 뿐만 아니라 빅마켓은 다른 대형마트에 비해 포장단위가 크고 납품업자들이 빅마켓에만 공급하는 상품도 다수 있었음에 비추어 볼 때 납품업자들은 원고와의 거래가 단절되는 경우 대체거래선의 확보도 쉽지 않을 것으로 보이는 점, ③ 상호출자제한 기업집단에 속하는 납품업자나 원고의 계열회사인 납품업자, 다국적 기업인 납품업자 및 관련시장에서 시장지배적 지위를 보유한 납품업자들도 이러한 사정은 마찬가지일 뿐만 아니라 그들이 납품하는 상품들도 원고의 입장에서 다른 제품으로 대체가 가능한 반면 납품업자들의 입장에서는 빅마켓에 입점하였는지 여부에 따라 매출 및 상품 홍보에 상당한 영향을 받게 되는 점, ④ 이 사건 시식행사 중 시식대행업체에 의한 경우는 대부분 한 군데의 시식대행업체(PDPS)를 통해 이루어졌는데, 이는 원고가 채택한 업체로서 납품업자에게는 사실상 시식대행업체를 선택할 여지가 별로 없었던 것으로 보이는 점 등을 위 법리에 비추어 보면, 원고는 거래상대방인 납품업자에 대하여 거래상 우월적 지위가 있다고 봄이 상당하다.
- 3) 따라서 원고의 이 부분 주장도 이유 없다.

## 5. 이 사건 과징금납부명령의 적법 여부

가. 이 사건 위반행위가 과징금 부과대상인지 여부

과징금고시 III.1.항, III.2.나.항, III.3.항의 규정 내용을 종합하여 보면, 피고는 대규모유통업법 위반행위로 인한 대규모유통업에서의 공정거래질서 저해효과가 중대하거나 다수의 납품업자에게 미치는 영향이 큰 것으로 판단되는 경우 등에는 과징금을 부과할 수 있다고 봄이 상당한바, 앞서 본 인정 사실 등에 의하여 알 수 있는 다음 사정, 즉 이 사건 위반행위로 인한 대규모유통업법 위반의 파급효과가 큰 것으로 보이는 점, 이 사건 위반행위는 상당수의 납품업자들을 상대로 한 것으로 대규모유통업법 제11조의 취지에 비추어 보더라도 그 위법성이 상당한 점, 판매촉진비용을 납품업자에게 전가하는 행위는 결국 제품의 가격 상승으로 이어져 소비자들의 경제적 부담이 가중되는 결과로 나타날 수 있는 점 등을 고려하면, 이 사건 위반행위는 위법행위로 인한 대규모유통업에서의 공정거래질서 저해효과가 중대하거나 다수의 납품업자에게 미치는 영향이 큰 것으로 판단되는 경우에 해당하여 피고가 원칙적으로 과징금을 부과할 수 있다.

또한 이 사건 시식행사가 대규모유통업법에 위반됨에도 불구하고 납품업자가 시식비용을 부담하는 것이 관행이라는 이유로 정당화될 수도 없다.

원고의 이 부분 주장 역시 이유 없다.

나. 관련 납품대금 산정의 위법 여부



대규모유통업법 시행령 제28조 제1항 및 과징금고시 Ⅱ.4.가.항에 의하면, '관련 납품대금은 대규모유통업자가 위반행위를 한 기간 동안 구매한 관련 상품의 매입액 또는 이에 준하는 금액'을 말하고, 과징금고시 Ⅱ.4.나.항에 의하면, '관련 상품은 위반행위로 인하여 직접 또는 간접적으로 영향을 받는 상품의 종류와 성질, 거래지역, 거래상대방, 거래단계 등을 고려하여 행위유형별로 개별적·구체적으로 판단하되 관련 상품에는 당해 위반행위로 인하여 거래가 실제로 이루어지거나 이루어지지 아니한 상품이 포함된다.

'고 규정되어 있는바, 이에 의하면, 피고가 이 사건 시식행사가 진행된 기간인 2013. 2. 28.부터 2014. 4. 2.까지 원고가 매입한 해당 시식행사 상품의 매입액을 모두 합한 금액을 관련 납품대금으로 한 것은 타당하고, 원고가 주장하는 바와 같이 가사 이 사건 시식행사 중 일부 납품업자에 대하여는 그 비용을 사후에 보전해주었다고 하더라도 위 금액을 제외하여 관련 납품대금을 산정하여야 하는 것은 아니다.

따라서 원고의 이 부분 주장도 이유 없다.

다.

부과기준을 결정의 위법 여부

대규모유통업법 제35조 제1항, 같은 법 시행령 제28조 제2항 및 과징금고시 IV.1.가.항에 의하면 대규모유통업법 위반행위의 중대성의 정도는 위반행위로 인하여 발생한 공정거래질서의 저해정도, 시장에 미치는 영향 및 그 파급효과, 관련 납품업자의 피해정도 등을 종합적으로 고려하여 결정하여야 하는바, 앞서 인정한 사실에 의하여 알 수 있는 다음 사정들, 즉 원고는 대형마트 시장에서 3위의 사업자로서 대규모유통업에서의 공정거래질서 확립에 미치는 파급효과가 큰 점, 이 사건 시식행사로 인하여 납품업자는 대규모유통업법 제11조에 따라 시식행사의 비용 부담을 예상이익의 비율에 따라 정하여 약정하는 경우보다 비용부담이 증가하는 손해를 입은 점, 원고가 지적하는 바와 같이 이 사건 시식행사 당시 빅마켓의 점포는 서울과 경기도 네 곳에 위치하고 있었던 것은 사실이나 빅마켓의 점포가 위치하던 금천, 신영통, 영등포, 도봉은 수도권 중에서도 인구 밀집지역일 뿐만 아니라 빅마켓은 회원제 창고형 할인점으로서 방문 고객이 광범위한 범위에 분포되어 있으므로 이 사건 시식행사로 인한 파급효과가 미미하다고 볼 수 없는 점 등을 고려하면 피고가 과징금 산정과 관련하여 위반행위의 중대성을 '중대한 위반행위'로 판단하여 40%의 부과기준을 적용한 것이 위법하다고 볼 수는 없다.

원고의 이 부분 주장도 이유 없다.

라. 조사방해로 인한 과징금 가중의 위법 여부

- 1) 과징금고시 IV.2.나.(3)항 본문에 의하면 "위반사업자 또는 그 소속 임원·종업원이 위반행위의 조사를 거부·방해 또는 기피하거나, 위반행위를 적극적으로 은폐하는 등의 방법으로 피고의 조사를 어렵게 한 경우 산정기준 금액의 100분의 30 이내에 해당하는 금액을 가산한다.

"라고 규정되어 있고, IV.2.나.(6)항에는 "이에 준하는 사유가 있는 경우에도 산정기준 금액의 100분의 10 이내에 해당하는 금액을 가산한다.

"라고 규정되어 있다.

- 2) 갑 제1, 33호증, 을 제8호증의 1, 2의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 비추어 인정되는 아래 사실 및 사정들을 위 규정에 비추어 보면, 원고의 직원인 소외 1이 삭제한 파일은 이 사건 시식행사의 위법성 내지 과징금 산정과 관련되는 것인데 소외 1은 위 파일을 삭제하고 삭제한 사실이 없다고 허위로 진술함으로써 원고의 대규모유통업법 위반행위

에 대한 피고의 조사를 방해하거나 위반행위를 적극적으로 은폐하는 등의 방법으로 피고의 조사를 어렵게 하였다고 봄이 상당하고, 위 과징금고시 규정에 의하면 원고의 임원 또는 종업원의 조사방해 행위 그 자체만으로도 과징금의 가중사유가 되므로 피고가 이를 이유로 위 과징금고시 규정을 적용하여 과징금 산정기준의 100분의 10을 가중한 것은 타당하다.

원고의 이 부분 주장도 이유 없다.

- 가) 피고는 2014. 4. 21. 원고에게 조사목적을 '대규모유통업법 위반혐의 관련 조사'로, 조사기간을 '2014. 4. 22.~25.'로, 조사대상을 '원고의 마트 부문'으로 하여 조사공무원의 이름을 기재한 공문을 발송하였고, 여기에는 대규모유통업법 제29조에 의한 조사공무원의 조사방해 등의 경우 제41조에 의한 과태료가 부과됨을 고지하는 내용이 기재되어 있었다.
- 나) 피고의 조사공무원들은 2014. 4. 23. 이 사건 시식행사와 관련하여 원고를 조사하면서 원고의 직원인 소외 1과 소외 2가 그들의 Ndrive에 업무자료를 저장하고 있다는 사실을 인지하고 열람을 요구하였고, 그 과정에서 조사를 거부·방해 또는 기피하거나 조사공무원이 요구하는 자료를 제출하지 아니할 경우 및 조사공무원이 지정하는 컴퓨터 파일 등을 임의로 삭제할 경우에도 법령에 따라 과태료가 부과될 수 있음을 고지하였다.
- 다) 소외 2는 처음에 Ndrive의 로그인에 관한 피고 조사공무원의 요구를 거부하였으나 조사공무원이 Ndrive가 업무용으로 사용된다는 것을 밝히고 난 후 결국 Ndrive에 접속하였고, 소외 1 역시 Ndrive의 로그인에 관한 피고 조사공무원의 요구에 응하였다.
- 라) 소외 2와 소외 1의 Ndrive는 개인적인 이메일 계정과 연동되어 있고 사적인 내용이 일부 포함되어 있기도 하나, 위 Ndrive의 열람 전에 대규모유통업법위반 관련 자료의 저장에 관한 상당한 개연성이 존재하였던 것으로 보이고, 실제로 저장된 파일 중 상당 부분은 원고의 업무와 관련된 것이었다.
- 마) 피고의 조사공무원들은 소외 2의 Ndrive를 열람·복사한 뒤 사적인 정보는 삭제하도록 하는 조치를 취하였고, 소외 1의 Ndrive도 열람하였다.
- 바) 그런데 소외 1은 피고 조사공무원으로부터 '매출관련 자료를 삭제하지 말라.'는 요청을 받았음에도 불구하고 피고 조사공무원이 자리를 비운 사이 자신의 Ndrive에 저장되어 있던 업무 관련 파일 중 13개를 삭제하였고 이에 대한 조사공무원의 질문에 대하여 처음에는 아무것도 삭제하지 않았다고 허위로 진술하였으나 이후 진술을 번복하여 일부 파일을 삭제한 사실을 인정하였다.
- 사) 피고의 현장조사의 특성상 사전에 피고가 조사의 목적과 대상을 특정함에 있어서는 그 한계가 있을 수밖에 없는바, 이 사건에서 피고가 조사의 목적을 '대규모유통업법 위반혐의'라고만 명시하고, 소외 2와 소외 1의 동의를 받아 대규모유통업법위반 관련 자료의 저장에 관한 상당한 개연성이 존재하였을 뿐만 아니라 실제로도 저장된 파일 중 상당 부분은 원고의 업무와 관련된 것이었던 소외 2와 소외 1의 Ndrive의 열람을 요구한 것이 헌법상 영장주의 원칙에 위배되는 사실상 강제조사에 해당하여 위법하다거나 임의조사의 한계를 벗어나 위법하다고는 보이지 아니한다.

아) 조사공무원이 소외 1에게 자료를 삭제하지 말 것을 요청하며 그 경우 과태료 등 불이익이 있을 수 있는 점을 알렸음에도 불구하고 소외 1이 피고의 조사를 돕기 위하여 파일을 정리한다는 것도 납득하기 어렵다.

마. 비례의 원칙 위반 여부

"이 고시는 고시한 날부터 시행한다.

"는 개정 과징금고시 부칙 제1항의 내용에 비추어 볼 때 과징금고시에 기하여 이 사건 과징금을 산정한 피고의 조치가 위법하다고 볼 수는 없는 점, 앞서 본 바와 같이 이 사건 위반행위는 중대한 위반행위에 해당하는 점, 원고에 대한 과징금은 이 사건 위반행위에 대하여 제재를 가하는 행정상의 제재적 성격도 가지고 있는 점, 원고가 주장하는 사례들만으로는 대규모유통업법 위반 사건에서 피고가 과징금을 감경해주는 것이 구속력 있는 행정관행으로까지 정착되었다고 보기는 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없는 점 등을 종합하여 보면 피고의 이 사건 과징금납부명령이 지나치게 과중하여 비례의 원칙을 위반하였다고 볼 수도 없다.

## 6. 결론

그렇다면, 원고의 이 사건 청구는 이유 없으므로 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

[별지 생략]

판사 윤성원(재판장) 유현종 김관용