

발 긴 등 록 번 호
11-1130000-000271-11



공정거래위원회

2024년도

#공정거래 판례요지집

- 공정거래법 외 -

제11판

3권



하도급법·가맹사업법
대규모유통업법·대리점법
표시광고법·방문판매법
전자상거래법·할부거래법·약관법

공정거래위원회
심판관리관실

목 차

#공정거래 판례요지집 [3권]

제2장	하도급거래 공정화에 관한 법률	1127
1.	정의(제2조)	1129
가.	하도급거래(제1항)	1129
나.	수급사업자(제3항)	1131
다.	제조위탁(제6항)	1133
라.	건설위탁(제9항)	1137
마.	용역위탁(제11항)	1138
2.	서면의 발급 및 서류의 보존(제3조)	1139
3.	부당한 특약의 금지(제3조의4)	1145
4.	부당한 하도급대금의 결정 금지(제4조)	1149
가.	정당한 사유 없이 일률적인 비율로 단가를 인하하여 하도급대금을 결정하는 행위(제2항 제1호)	1149
나.	수급사업자에게 착오를 일으키게 하거나 수급사업자를 속이고 이를 이용하여 하도급대금을 결정하는 행위(제2항 제4호)	1153
다.	수급사업자와 합의 없이 일방적으로 낮은 단가로 대금을 결정하는 행위(제2항 제5호)	1155
라.	수의계약에서 정당한 사유 없이 직접공사비 항목의 값을 합한 금액보다 낮은 금액으로 하도급대금을 결정하는 행위(제2항 제6호)	1159
마.	경쟁입찰에서 정당한 사유 없이 최저가로 입찰한 금액보다 낮은 금액으로 하도급대금을 결정하는 행위(제2항 제7호)	1160

5. 선금금의 지급(제6조)	1169
6. 부당한 위탁취소의 금지 등(제8조)	1171
7. 검사의 기준·방법 및 시기(제9조)	1175
8. 감액금지(제11조)	1177
9. 경제적 이익의 부당요구 금지(제12조의2)	1183
10. 기술자료 제공 요구 금지 등(제12조의3)	1186
11. 하도급대금의 지급 등(제13조)	1190
가. 과징금 산정의 기초가 되는 하도급대금	1190
나. 하도급대금 지급의무	1190
다. 목적물의 수령일	1193
라. 어음·민사상 채권 등과의 관계	1195
마. 공동수급체가 구성된 경우	1205
12. 건설하도급 대금지급보증 등(제13조의2)	1206
13. 선계약 등에 따른 하도급대금의 조정(제16조)	1208
14. 부당한 경영간섭의 금지(제18조)	1211
15. 보복조치의 금지(제19조)	1212
16. 탈법행위의 금지(제20조)	1213
17. 위반행위의 신고 및 조사·처분시효(제22조, 제23조)	1214
18. 시정조치(제25조)	1217
19. 과징금(제25조의3)	1224
20. 과실상계(제33조)	1231
21. 기타	1232

제3장 가맹사업거래의 공정화에 관한 법률 1235

1. 허위·과장된 정보제공 등의 금지(제9조)	1237
2. 가맹금의 반환(제10조)	1241
3. 가맹계약서의 기재사항 등(제11조)	1243

4. 불공정거래행위의 금지(제12조)	1244
5. 부당한 점포환경개선 강요 금지(제12조의2)	1252
6. 부당한 영업지역 침해금지(제12조의4)	1254
7. 가맹점사업자단체의 거래조건 변경 협의 등(제14조의2)	1255
8. 시정조치(제33조)	1256
9. 과징금(제35조)	1258
10. 고발(제44조)	1259

제4장 대규모유통업에서의 거래 공정화에 관한 법률 1261

1. 적용제외(제3조)	1263
2. 다른 법률과의 관계(제4조)	1266
3. 서면교부의무 등(제6조)	1267
4. 상품대금 감액 금지(제7조)	1271
5. 상품판매대금의 지급(제8조)	1272
6. 상품의 반품 금지(제10조)	1273
7. 판매촉진비용의 부담전가 금지(제11조)	1274
8. 납품업자 등의 종업원 사용 금지 등(제12조)	1282
9. 경영정보 제공 요구 금지(제14조)	1286
10. 경제적 이익 제공 요구 금지(제15조)	1289
11. 불이익 제공행위의 금지(제17조)	1290
12. 시정명령(제32조)	1292
13. 과징금(제35조)	1294
14. 기타(처분시효 등)	1295

제5장**대리점거래의 공정화에 관한 법률**

1297

1. 불이익 제공행위 금지(제9조)	1299
2. 경영활동 간섭 금지(제10조)	1301
3. 시정명령(제23조)	1302

제6장**표시·광고의 공정화에 관한 법률**

1303

1. 목적(제1조)	1305
2. 정의(제2조)	1306
가. 표시	1306
나. 광고	1307
다. 전파 가능성	1307
3. 부당한 표시·광고행위의 금지 (제3조)	1309
가. 표시·광고행위의 주체	1309
나. 소비자 오인성	1314
다. 거짓 또는 과장의 표시·광고(제1항 제1호)	1317
라. 기만적인 표시·광고(제1항 제2호)	1340
마. 부당한 비교 표시·광고(제1항 제3호)	1350
바. 비방적인 표시·광고(제1항 제4호)	1351
사. 입증책임	1353
아. 공정거래성 저해성	1354
4. 중요정보의 고시 및 통합공고(제4조)	1355
5. 시정조치(제7조)	1357
6. 과징금(제9조)	1360
7. 기타(신뢰보호원칙 등)	1364

제7장 ■ 방문판매 등에 관한 법률 1367

1. 방문판매	1369
가. 금지행위(제11조)	1369
2. 다단계판매	1370
가. 다단계판매의 요건(제2조 제5호)	1370
나. 소비자에 대한 정보제공의무 및 계약서 발급의무 등(제16조)	1377
다. 후원수당의 지급기준 등(제20조)	1377
라. 다단계판매원의 등록 및 탈퇴 등(제22조)	1382
마. 금지행위(제23조)	1384
바. 사행적 판매원 확정행위 등의 금지(제24조)	1386
3. 시정조치(제49조)	1387
4. 과징금(제51조)	1389
가. 위반기간 산정	1390
나. 관련매출액 산정	1390
다. 과징금 산정	1392
5. 벌칙(제58조)	1394
6. 과태료(제66조)	1395

제8장 ■ 전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률 1397

1. 통신판매업자(제2조)	1399
2. 전자적 대금 결제시 사업자 등의 고지사항(제8조 제2항)	1401
3. 금지행위(제21조)	1402
가. 거짓 또는 과장된 사실에 의한 소비자 유인행위(제21조 제1항 제1호)	1402
나. 기반적 방법에 의한 소비자 유인행위(제21조 제1항 제1호)	1407
4. 시정조치 등(제32조)	1411
가. 공표명령(제2항 제3호)	1411
나. 그 밖에 시정에 필요한 조치(제2항 제5호)	1416
5. 과징금(제34조 제1항)	1417
6. 기타	1418

제9장 할부거래에 관한 법률 1419

1. 선불식 할부거래업자(제2조 제4호)	1421
2. 소비자의 선불식 할부계약 해제(제25조)	1422
3. 소비자피해보상보험계약 등(제27조, 제50조)	1427
4. 금지행위(제34조)	1431
5. 시정조치(제39조)	1433
6. 과태료(제53조)	1436

제10장 약관의 규제에 관한 법률 1437

1. 정의(제2조)	1439
2. 불공정약관	1441
3. 표준약관(제19조의3)	1442
4. 기타	1445

2024년도
공정거래 판례요지집

제2장

하도급거래 공정화에
관한 법률

1. 정의 (제2조)

가. 하도급거래 (제1항)

- 하도급법이 적용되는 ‘하도급’은 도급받은 것을 다시 위탁하는 경우뿐만 아니라 원사업자가 발주하여 수급사업자에게 위탁하는 경우도 포함되므로, 법률의 명칭과는 달리, 일반적으로 흔히 말하는 하도급관계뿐만 아니라 원도급관계도 규제하는 것임
- 하도급법 제2조 제1항에 의하면, 일반적으로 흔히 하도급이라고 부르는 경우, 즉, 원사업자가 다른 사업자로부터 제조위탁·수리위탁 또는 건설위탁을 받은 것을 수급사업자에게 다시 위탁을 하는 경우뿐만 아니라, 원사업자가 수급사업자에게 제조위탁·수리위탁 또는 건설위탁을 하는 경우도 하도급거래로 규정하여 위 법률을 적용하고 있음을 알 수 있고, 같은 조 제2항에 의하면, 위 법률의 적용 범위는 하도급관계냐 아니냐에 따른 것이 아니라, 원사업자의 구모에 의하여 결정됨을 알 수 있으며, 같은 조 제10항에서 발주자라는 개념을 원사업자와 구별하여 사용하고 있기는 하나, 같은 조항에 의하면 위 발주자라는 개념 속에는 재하도급의 경우의 원하도급인도 포함됨을 알 수 있으므로, 발주자라는 개념이 있다고 하여 위 법률이 적용되는 하도급거래를 구성하는 원사업자의 개념을 발주자가 아닌 경우로 한정하는 것은 아님이 분명하다 할 것이어서, 위 법률은 그 명칭과는 달리 일반적으로 흔히 말하는 하도급관계뿐만 아니라, 원도급관계도 규제하는 것이라고 봄이 상당함.
- [내법원 2003. 5. 16. 선고 2001다27470 판결, 대법원 2001. 10. 26. 선고 2000다61435 판결¹⁾]
- 재위탁계약이 하도급법상 하도급거래에 해당하려면 원사업자와 수급사업자 사이는 명목적·형식적 관계이고, 직접적·실질적 거래관계는 원사업자와 재수급사업자 사이에 있다고 볼 만한 특별한 사정이 있어야 함
- 하도급법상의 하도급거래에 해당하려면 원사업자와 수급사업자 사이에 직접적·실질적 계약관계가 있어야 하므로, 원사업자가 수급사업자에게 위탁한 공사 등을 수급사업자가 다시 재수급사업자에게 위탁한 경우에도 원사업자와 재수급사업자 사이에 하도급거래가 있다고 하려면 원사업자와 수급사업자 사이의 거래관계는 단순히 명목적·형식적인 것에 불과하고 그 직접적·실질적 거래관계는 원사업자와 재수급사업자 사이에 있다고 볼 만한

1) 계약이행보증금 지급보증과 관련한 민사소송이며, 원도급관계는 하도급법이 적용되지 않는 것으로 본 원심의 판단은 법리를 오해한 잘못이 있다고 판시함

특별한 사정이 있어야 한다고 전제한 다음, 원고와 삼성전자 사이의 계약이 단지 명목적·형식적인 것에 불과하고 원고와 에어넷트시스템 사이에 직접적·실질적 거래관계가 있다고 볼 만한 증거가 없으므로 이 사건 재위탁계약 부분은 하도급법상 하도급거래에 해당한다고 보기 어렵다고 본 원심의 판단은 정당함.

[동부건설(주)의 불공정하도급거래행위 건(대법원 2020. 5. 14. 선고 2020두31217 판결²⁾]

- 원사업자가 수급사업자로부터 제출받은 견적서를 가지고 입찰에 참여하여 이 사건 사업을 낙찰 받았으나, 수급사업자와의 의사의 불합치로 하도급계약에 이르지 못하였고, 하도급계약이 체결될 것을 전제로 계약체결 전 수급사업자에게 계약상의 의무이행을 요청한 사정만으로 구두로 계약이 체결되었다거나 계약 체결에 따른 작업지시가 있었다고 보기도 어려우므로 결국 이 사건 하도급계약이 체결되었다고 보기는 어려움
- 원고 실무진이 소외 회사와 사이에 이 사건 계약을 체결하기 위하여 '공급대금 등에 대한 협의를 하였으나 대금지급 방법에 대한 합의에 도달하지 못하여 더 이상 협의가 진행되지 못하였고, 그 후 원고가 이 사건 계약을 체결하지 아니한 의사를 명백히 함으로써 이 사건 계약에 관하여 소외 회사와의 계약 교섭 및 계약 체결단계에서 공급대금의 지급방법에 관한 의사의 합치가 이루어지지 아니하여 계약에 이르지 못함. 또한 원고가 소외 회사가 교부한 견적서를 이용하여 이 사건 사업을 낙찰 받았다고 하여 원고와 소외 회사 사이에 이 사건 계약이 체결된 것이라고 보기 어렵고, 원고가 이 사건 계약을 체결하기 전에 소외 회사에게 이 사건 계약상의 의무 이행을 요청하였다고 하였더라도 그러한 요청은 이 사건 계약이 체결될 것을 전제로 납품기간의 준수 등을 요구한 것으로 볼 수 있으므로 그러한 사정만으로 원고와 소외 회사 사이에 구두로 계약이 체결되었다거나 계약의 체결에 따른 작업지시가 있었다고 보기도 어렵다고 할 것임. 따라서 원고와 소외 회사 사이에 이 사건 계약이 체결되었다고 보기 어려우므로 계약이 체결되었음을 전제로 하여 하도급법 제8조 제1항의 '제조 등의 위탁을 임의로 취소하거나 변경하는 행위'에 해당함을 이유로 한 피고의 처분은 위법함.

[삼성에스디에스의 하도급법위반행위 건(서울고법 2006. 6. 21. 선고 2005누22540 판결³⁾]

2) 파기환송 후 고법 확정(서울고법 2021. 1. 14. 선고 2020누41032 판결)

3) 상고심(대법원 2006. 10. 13. 선고 2006두12470 판결)은 심리불속행 기각함

- 이 사건 시공이 분담이행방식으로 이루어진 것이라고 하더라도 이 사건 계약의 내용 및 실질에 비추어 볼 때 원고와 퓨얼텍 사이의 하도급 계약 관계가 부인된다고 볼 수 없음
- 원고는 원고와 퓨얼텍 사이의 이 사건 계약은 원고가 탈황설비, 퓨얼텍이 탈질설비의 시공을 맡기로 한 실질적 분담이행방식의 계약이고 하도급계약이 아니라고 주장하나, 다음 사실 및 사정에 비추어 보면 이 사건 계약은 구 하도급법의 적용을 받는 건설위탁에 해당됨.
- 원고와 퓨얼텍은 모두 환경기술 및 환경산업 지원법 제15조에 따라 환경전문공사업으로 등록된 회사이며, 원고는 발주자로부터 환경전문공사에 해당하는 '배기가스처리설비일괄 건설공사'를 위탁받아 그 중 '질소산화물 처리를 위한 탈질설비공사'를 퓨얼텍에게 다시 위탁하였고, 공사대금은 원고가 발주자로부터 기성승인을 받아 원도급계약에 따른 기성금을 받고 이 사건 계약에 따른 기성금은 원고가 자신의 명의로 퓨얼텍에게 지급하거나 퓨얼텍의 직불동의를 받아 그의 재하도급업체에 직접 지급함.
- 원고는 퓨얼텍의 시공일정을 관리하고 작업을 지시하였으며, 실제 공사현장에서도 퓨얼텍의 공사진행을 감독하였고, 퓨얼텍은 원고에게 월별로 1회 월간공정보고를 하였음.
- 발주자는 퓨얼텍을 하도급업체로 인식하였고, 신속한 공정진행을 위하여 일부 기술적인 세부 업무 과정에서 퓨얼텍과 실무 차원의 업무협의를 진행한 적은 있으나, 이 경우에도 최종 의견 개시 및 결정은 원고를 상대로 하였다고 진술하였음.
- 입찰 이후 발주자와 원고 사이에는 원도급계약이 체결되었고, 원고와 퓨얼텍 사이에는 이 사건 계약이 체결되었으며, 앞서 살펴 본 이 사건 계약의 내용, 대금 지급 관계, 실제 공사의 진행 내용 등에 비추어 보면, 퓨얼텍을 발주자의 직접적인 계약당사자로 볼 수는 없음.
[(주)에어리스의 불공정하도급거래행위 건(서울고법 2019. 10. 17. 선고 2018누39296 판결⁴⁾)]

나. 수급사업자 (제3항)

- 하도급법 상 '수급사업자' 요건에 해당하면 족한 것이지, 수급사업자별로 원사업자와 실질적으로 대등한 지위에 있는지 등을 따질 필요가 없음
- 이 사건 주식회사 시스원 등 125개 사업자들은 위에서 말하는 수급사업자에 해당함이 법문상 명백한 이상, 원고와 이 사건 수급사업자들의 거래를 하도급법의 적용대상으로

4) 상고심(대법원 2021. 6. 24. 선고 2019누58629 판결)은 상고 기각함

보아야 함은 문리해석상 당연하다고 할 것임. 이와 달리 수급사업자별로 원사업자와 실질적으로 대등한 지위에 있는지 하나하나 따진 후에 원사업자보다 열위에 있는 사업자에 대하여만 하도급법을 적용하는 것은 오히려 하도급법의 입법취지를 몰각시키거나 입법취지에만 매달려 이비 성립한 당해 법률의 해석을 지나치게 제한하는 것이 되어 받아들일 수 없음.

- 다만 하도급법의 구체적인 적용 과정에서 위반행위의 내용과 정도 등 구체적 태양 등에 비추어 원사업자가 실질적으로 더 우월한 지위에 있는 수급사업자와 거래하는 경우에는 하도급법의 적용에 따른 시정명령이나 과징금 부과 여부 및 과징금 액수를 결정함에 있어서 그와 같은 사정을 참작할 수 있을 것으로 보임.

[대보정보통신의 불공정하도급거래행위 건(서울고법 2016. 12. 21. 선고 2015누2040 판결, 고법 확정)]

- 중소기업이 규모의 확대 등으로 중소기업의 요건을 충족하지 못한 경우에도 3년간은 중소기업으로 보도록 한 중소기업기본법 제2조 제3항에 의한 중소기업은 하도급법상 수급사업자에 포함되지 않음⁵⁾

- 구 하도급법(2009. 4. 1. 법률 제9616호로 개정되기 전의 것)은 제2조 제2항 제1호, 제3항에서 '수급사업자'라 함은 원사업자로부터 제조 등의 위탁을 받은 중소기업자를, '중소기업자'라 함은 중소기업기본법 제2조 제1항의 규정에 의한 자를 말한다고 각 규정하고 있음. 한편, 구 중소기업기본법(2007. 4. 11. 법률 제8630호로 전부 개정되기 전의 것)은 제2조 제1항에서 "중소기업의 육성을 위한 시책의 대상이 되는 중소기업자는 업종의 특성과 상시근로자수, 자산규모, 매출액 등을 취작하여 그 규모가 대통령령이 정하는 기준 이하이고, 그 소유 및 경영의 실질적인 독립성이 대통령령이 정하는 기준에 해당하는 기업을 영위하는 자로 한다"라고 규정하고, 같은 조 제3항에 "제1항의 규정을 적용함에 있어서 중소기업이 그 규모의 확대 등으로 중소기업에 해당하지 아니하게 된 경우 그 사유가 발생한 연도의 다음 연도부터 3년간은 이를 중소기업으로 본다"고 규정하고 있음. 위 각 법률규정의 문언, 내용 및 체계와 더불어, 하도급법의 목적은 공정한 하도급거래질서를 확립하여 원사업자와 수급사업자가 대등한 지위에서 상호보완적으로 균형 있게 발전할 수 있도록 함으로써 국민경제의 건전한 발전에 이바지하는 데에 있고(하도급법 제1조 참조), 중소기업기본법의 목적은 중소기업이 나아갈 방향과 중소기업의 육성을 위한 시책의 기본적인 사항을 규정함으로써 창의적이고 자주적인 중소기업의 성장을 조장하고 나아가 산업구조의 고도화와

5) 2011. 3. 29. 하도급법 제2조 제2항의 개정으로 중소기업기본법 제2조 제3항에 의한 중소기업도 하도급법상 수급사업자에 해당하게 됨

국민경제의 균형 있는 발전을 도모하는 데에 있는 점(중소기업기본법 제1조 참조), 하도급법 제2조 제2항 제1호, 제3항은 하도급법에서 수급사업자라 함은 중소기업기본법 제2조 제1항의 규정에 의한 중소기업자를 말한다는 취지로 규정하고 있을 뿐 중소기업기본법 제2조 제3항에 의한 중소기업자를 포함시키고 있지 않은 점 등을 종합적으로 고려하여 보면, 하도급법에서의 수급사업자에는 중소기업기본법 제2조 제1항의 규정에 의한 중소기업에는 해당하지 아니하게 되었으나 그 제3항에 의하여 중소기업으로 보는 경우는 포함되지 아니한다고 해석함이 상당함.

[기아자동차의 불공정하도급거래행위 건(대법원 2010. 4. 29. 선고 2008두14296 판결)]

다. 제조위탁 (제6항)

□ 의류 제조업자가 원단의 규격 또는 품질 등을 지정하여 그 제조를 위탁하는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 제조위탁에 해당함

○ 하도급법 제2조 제6항에 의하면 물품의 제조를 업으로 하는 사업자가 그 업에 따른 물품의 제조를 다른 사업자에게 위탁하는 것을 제조위탁이라 하고, 위 규정의 위임에 의하여 피고가 제정한 제조위탁의 대상이 되는 물품의 범위 고시 1. 나항은 물품의 제조, 수리과정에서 투입되는 중간재로서 규격 또는 품질 등을 지정하여 주문한 원자재는 대량생산품목으로 샘플 등에 의해 단순 주문한 것을 제외하고는 위 제조위탁의 대상이 되는 물품에 해당한다고 규정하고 있으며, 하도급거래공정화지침 III-1. 가(1)(나)②는 법적용대상이 되는 제조위탁의 예시로서 섬유·의류 제조업자가 원단의 규격 또는 품질 등을 지정하여 제조를 위탁하거나 염색 또는 봉제 등 임가공을 위탁하는 경우를 들고 있으므로 의류 제조업자가 원단의 규격 또는 품질 등을 지정하여 그 제조를 위탁하는 경우에는 그 원단이 대량생산품목으로 샘플 등에 의해 단순 주문한 것이라거나, 제조 위탁을 받은 자가 위탁받은 목적물을 제3자에게 제조위탁하지 않고 단순구매하여 납품한 것이라는 등의 특별한 사정이 없는 한 제조위탁에 해당하는 것으로 볼 것이고, 이렇게 해석하는 것이 하도급법의 입법취지에 반한다거나 위탁자의 지위를 과도하게 불안정하게 한다고는 볼 수 없음. 의류제조를 업으로 하는 사업자인 원고가 소외 회사와 사이에 원단의 단가, 소재, 규격 등에 관하여 구두합의를 하고 소외 회사에게 이 사건 원단을 발주하였으며, 그 후 소외 회사가 제조하여 온 원단견본을 보고 최종적으로 색상별 납품수량을 결정하였고, 최종납품일을 정하면서 최종납품일로부터 일주일 후부터 하루 2%의 지연손해금을 납품 대금에서 공제하기로 약정한 사실, 이에 따라 소외 회사가 제3자에게 원단자재를 제공하고 그로 하여금 소외회사의 제작기에서 이 사건 원단을 제조하게 한 사실 등을 종합하여 보면, 의류제조를 업으로 하는 사업자인 원고가 그 물품의 제조에 투입되는

중간재인 이 사건 원단을 그 규격, 색상 또는 품질 등을 지정하여 소외 회사에 제조를 위탁한 것이라 할 것이어서 하도급법이 적용됨.

[다연에프비에스의 하도급법위반행위 건(서울고법 2004. 7. 15. 선고 2003누5602 판결⁶⁾)]

□ 원사업자가 수급사업자에게 미리 샘플을 제시하거나 수급사업자가 샘플을 만들어 사전승낙을 받는 방법으로 원사업자가 제품의 색상과 강도 등을 미리 지정한 경우 제조위탁에 해당함

○ 이 사건 물품은 원고에게 납품되는 김치냉장고용 플라스틱부품의 원재료로 사용될 목적으로 제조된 것으로서 원고가 수급사업자에게 미리 샘플을 제시하거나 수급사업자가 샘플을 만들어 원고로부터 제품공급에 대한 사전승낙을 받는 방법으로 원고가 제품의 색상과 강도 등을 미리 지정한 점, 원고가 이 사건 물품을 공급받지 않으면 우연히 다른 업체가 이 사건 물품의 색상과 강도 등에 만족하여 이를 구입하지 않는 한 수급사업자로서는 다른 업체의 요구에 맞추어 색상이나 강도 등을 일부 변형하여 이 사건 물품을 판매할 수밖에 없는 점, 이 사건 기본공급계약서의 내용(“수급사업자는 원사업자가 제시하는 규격에 따라 물품을 제작 등”) 등을 종합하여 보면 원고가 수급사업자로부터 이 사건 물품을 공급받은 것은 하도급법 제2조 제6항에서 규정한 제조위탁에 해당함.

[대진정공의 하도급법위반행위 건(서울고법 2008. 7. 16. 선고 2007누31661 판결, 고법 확정)]

□ 계약서에 하자보증 등의 의무가 부과되었다는 사실만으로 제조위탁에 해당하여 하도급법의 적용대상이라고 볼 수는 없음

○ 피고는 이 사건 계약서에 납품 이후 성능보장 및 하자보증 의무가 있음을 이유로 이 사건 수리공구 판매계약이 제조위탁이라고 주장하나, 단순 구매계약의 경우에도 매도인은 매매계약에 따른 하자답보책임 등 각종 의무를 부담하는 점을 고려하면 미래알엔티에게 하자보증 등 의무가 부과되었다는 사실만으로 위 계약이 하도급법의 적용대상이라고 볼 수는 없음.

[㈜포스코건설의 불공정하도급 거래행위에 대한 건(서울고법 2018. 12. 5. 선고 2018누38378 판결⁷⁾)]

6) 상고심(대법원 2004. 10. 6. 선고 2004두9210 판결)은 심리불속행 기각함

7) 상고심(대법원 2019. 4. 25. 선고 2019두31150 판결)은 심리불속행 기각함

- 이 사건 철근 구매거래는 규격·표준화된 철근의 품명과 규격을 적시하고 있는 반면, 이보다 더 상세하고 특화된 사양서, 도면, 시방서 또는 이에 준하는 문서에 의하여 주문이 이루어진 것으로는 보이지 아니하여 '제조위탁'에 해당하지 않음
 - 레미콘은 해당 공사별·용도별로 레미콘 규격제품의 사용기준이 정하여져 있는 점, 대량으로 구매하여 건설현장에 보관한 후 필요시에 사용하는 방식에 의할 수 없는 점, 건설사는 필요시에 레미콘 공급업체에 사용일자, 시간 및 수량 등을 지정하여 주문하고 레미콘 업체는 위 일자와 시간에 맞추어 레미콘을 생산하여 건설현장에 운반, 타설하는 방식으로 납품하게 되는 점 등을 고려하면, 하도급법과 그 하위법령의 관련규정들이 하도급법이 적용되는 건설업자의 '제조위탁' 중 '거래관행상 시방서 등 성능, 품질, 규격 등을 지정한 주문서가 없더라도 지정된 시간과 장소에 납품하도록 제조를 위탁하는 것'으로서, 위 규정이 명시하고 있는 '레미콘'에 대한 공급에 해당한다고 보아야 함.
 - 원고는 제일철강 등 3개사에 견적서 및 구매계약서에 첨부된 명세서에 기하여 철근을 주문한 것으로 보이는바, 위 각 문서에는 철근의 품명[이형철근(고장력/초고장력/일반), 철근(고장력/초고장력)] 및 규격[HD-10, 13, 16, 19, 22, 25, 29 / SD 300, 350, 400, 500 등, SHD-25, 29, SSHD19, 22, 25 등]이 명시되어 있고 길이는 8m (제일철강, 포우스틸)로 명시되어 있는 등 규격·표준화된 철근의 품명과 규격을 적시하고 있는 반면, 이보다 더 상세하고 특화된 사양서, 도면, 시방서 또는 이에 준하는 문서에 의하여 주문이 이루어진 것으로는 보이지 아니함.
- [이수건설의 불공정하도급거래행위 건(서울고법 2019. 12. 19. 선고2018누52756 판결⁸⁾)]
- 수급사업자가 계약에서 정하는 capa 준비의무를 완전히 이행하지 못하였다는 사정만으로 도급의 성질을 가지는 이 사건 계약에 의한 원고의 물량보증의무가 발생하지 않는다고 볼 수 없어 제조위탁이 성립하였다고 봄
 - ①제1차 특별계약에 원고의 물량보장, 외주가공비(물량)단가, 수급사업자의 투자설비 등의 약정이 정해져 있고, ② 수급사업자는 제1차 특별계약에 의하여 원고의 공장에 투자설비를 하고 제1차 특별계약에 따른 원고의 발주에 의하여 원고에게만 이 사건 공정의 물량을 공급하므로 제1차 특별계약은 대체가 어렵거나 불가능한 제작물의 공급을 목적으로 하는 계약으로서 도급의 성질을 가지며(대법원 2010. 11. 25. 선고 2010다56685 판결 참조), ③ 수급사업자는 제1차 특별계약의 이행을 위하여 원고의 공장에 제1차 설비의 설치를 완료하였고, ④ 원고는 수급사업자에게 원고의 발주 물량에

8) 상고심(대법원 2019. 4. 24. 선고 2019두31938 판결)은 심리불속행 기각함

관하여 제1차 특별계약 제3조 제1항에 의한 외주가공비를 기준으로 하여 지급한 제반 사정에 비추어, 원고는 수급사업자에게 제1차 특별계약으로 이 사건 공정을 포함한 제1차 특별계약 제2조 제1항이 정하는 공정에 관하여 제1조 제1항이 정한 (중략) 위탁하는 내용의 제조위탁이 성립하였다고 봄이 상당함.

[(주)인터플렉스의 불공정하도급 거래행위에 대한 건(서울고법 2022. 8. 17. 선고 2020누67898 판결⁹⁾]

□ 기본계약에 ‘제조위탁 대상 목적물’ 및 ‘제조위탁의 대가’ 등 내용이 포함되어있지 않았다면 개별계약 체결 없는 기본계약만으로 하도급법 적용대상이 되는 제조위탁 관계가 성립된다고 볼 수는 없음

○ 이 사건 기본계약에는 제조위탁의 가장 본질적인 내용인 ‘제조위탁의 대상이 된 목적물’과 ‘제조위탁의 대가’를 정하는 내용이 포함되어 있지 않고, 이러한 사항들이 사후에 합의별 것을 전제로 목적물의 납기, 대금의 지급방법 등의 부수적인 사항에 관하여만 정하고 있을 뿐임. (중략) 이 사건 수급사업자들의 해당 업계에서의 경제적 지위가 일반적으로 원고와 같은 대기업보다 열위에 있고 따라서 대기업에 종속되기 쉬운 처지라는 것 외에, 이 사건 기본계약의 체결에 의하여 이 사건 수급사업자들의 지위가 더 열악하게 되었다고 볼 수 없음.

[삼성중공업의 불공정 하도급거래 행위에 대한 건(서울고법 2022. 10. 27. 선고 2021누68874 판결, 고법 확정)]

□ 이 사건 족장 설치에 관한 추가위탁은 원고가 “그 업에 따른” 선박 제조공정 중 일부를 아주기업에 위탁한 것으로 하도급법 제2조 제6항의 제조위탁에 해당한다고 봄이 타당함

○ 위와 같은 족장 설치는 선박 건조를 위해 필요한 가설물 설치작업으로서 그 자체로 선박의 제조공정에 해당하지는 않지만 블록용접 등의 작업과 유기적으로 결합하여 전체적인 선박 제조공정을 이루는 것인 점, 근로자의 안전 확보를 위한 족장의 설치는 대형 선박의 건조 과정에서 필수적으로 수반되는 것으로 보이는 점을 고려할 때, 이 사건 추가위탁은 원고가 “그 업에 따른” 선박 제조공정 중 일부를 아주기업에 위탁한 것으로 하도급법 제2조 제6항의 ‘제조위탁’에 해당한다고 봄이 타당함.

○ 원고가 주장하는 것처럼 족장은 선박의 구조와 기능과는 무관하게 작업자의 안전 확보를

9) 상고심(대법원 2022. 12. 29. 선고 2022두57367 판결)은 심리불속행 기각함

위해 설치하는 것이고, 공사완료 시 철거되어 선박의 납품 시 함께 인도되지 않는 점, 피고가 아주기업의 최초 신고 당시에는 이 사건 추가위탁과 같은 거래가 하도급거래에 해당하지 않는다고 보아 심사불개시 결정을 한 바 있는 점 등의 사정만으로는 달리 보기 어려움.

[(주)한진중공업의 경고심의요청에 대한 건(서울고법 2023. 9. 13. 선고 2022누46529 판결, 고법 확정)]

라. 건설위탁 (제9항)

□ 일반건설업자로서 '토목건축공사업'의 면허를 가지고 있는 원사업자가 '구조물의 설치 및 해체공사'를 전문건설업자에게 위탁한 것은 법 제2조에 의한 '건설위탁'에 해당함

- 하도급법상 '수급사업자'라 함은 하도급법 제2조 제2항 각 호의 규정에 의한 원사업자로부터 건설위탁 등을 받은 중소기업자를 말하고, 하도급법상 '건설위탁'이라 함은 건설산업기본법 제2조 제5호의 규정에 의한 건설업자 등이 그 업에 따른 건설공사의 전부 또는 일부를 다른 건설업자에게 위탁하는 것과 건설업자가 대통령령이 정하는 건설공사를 다른 사업자에게 위탁하는 것을 말함. 건설산업기본법상 '건설공사'라 함은 토목공사, 건축공사 등 시설물을 설치·유지·보수하는 공사, 기계설비 기타 구조물의 설치 및 해체공사 등을 말하는데, 건설업은 일반건설업 및 전문건설업으로 구분하되, 일반건설업은 종합적인 계획·관리 및 조정 하에 시설물을 시공하는 건설업으로서 그 업종은 대통령령으로 정하며, 전문건설업은 시설물의 일부 또는 전문분야에 관한 공사를 시공하는 건설업으로서 그 업종은 대통령령으로 정한다고 규정되어 있고, 건설산업기본법 시행령 제7조에 따른 일반건설업의 업종은 토목공사업, 건축공사업, 토목건축공사업 등 5개로 구분되어 있고, 전문건설업은 실내건축 공사업 등 29개로 구분되어 있음. 이 사건 계약은 건설산업기본법 규정에 의한 건설공사에 해당하는 구조물의 설치 및 해체공사에 관한 것이고, 일반건설업자로서 토목건축공사업의 면허를 소지한 원고로서는 토목공사업과 건축공사업의 업무내용에 속한 공사를 모두 시공할 수 있으므로, 이러한 원고와 전문건설업자인 성도건설 사이의 이 사건 건설위탁은 법 제2조 제9항의 규정에 의한 '건설위탁'에 해당함.

[부영의 불공정하도급거래행위 건(서울고법 2006. 11. 9. 선고 2006누2420 판결⁽¹⁰⁾)]

10) 상고심(대법원 2008. 10. 9. 선고 2006두19617 판결)은 이러한 원심판결에 의법이 없다고 판시함

마. 용역위탁 (제11항)

□ 건축물의 하자보수공사는 하도급법상 건설위탁 또는 용역위탁의 대상으로 보기 어려움

- 하도급법은 '건설위탁'과 '용역위탁'으로 구분하여 규정하면서 '건축법에 따라 건축물의 유지·관리하는 활동'을 용역위탁의 대상인 '역무'로 규정하고 있으며, 여기에는 건축물의 소유자나 관리자가 건축물에 관한 정기점검 및 수사점검 등에 관한 것이 포함될 뿐 건축물의 하자보수공사에 관한 것은 규정하고 있지 않으므로 따라서 하도급법상 '용역위탁'대상인 '역무'중 '건축법에 따라 건축물을 유지·관리하는 활동'은 소유자나 관리자가 그 건물의 구조 및 기능을 보존하기 위한 청소, 조경 등과 같은 행위를 의미하는 것으로 해석함이 타당하고, '건설위탁'의 대상이 되는 하자보수공사는 '역무'에 포함된다고 보기 어려움.
- 또한 '건설위탁'에 해당하기 위해서는 건설업자 등록한 자여야 하는데 청구인은 미등록자이며, 하도급법상 '역무' 중 하나인 건축법에 따라 건축물 유지·관리하는 활동의 주체는 건축물의 소유자나 관리자에 한정된다고 해석되며, 건축물의 소유자 또는 관리자의 청구에 따라 하자보수공사가 이루어진다고 하더라도 건축물의 소유자나 관리자가 하자보수공사의 주체가 되어 시공사에게 이를 도급을 준 것으로 보기 어려워 이 사건 하자보수공사는 하도급법이 정한 '역무'의 개념에 포함되었다고 보기 어려움.

[심사불개시 결정 취소 건(현재 2023. 7. 20. 선고 2020헌마295)]

2. 서면의 발급 및 서류의 보존(제3조)

- 하도급계약에 따른 하도급대금을 지급하였다고 하더라도 개별적인 하도급계약서를 교부하지 않았다면 하도급법 위반에 해당함
- 하도급법 제3조 제1, 2항은 원사업자는 수급사업자에게 제조위탁을 하는 경우에는 하도급대금과 그 지급방법 등 하도급계약의 내용 등을 적은 서면을 수급사업자가 물품납품을 위한 작업을 시작하기 전까지 수급사업자에게 발급하여야 한다고 규정하고 있는데, 원고가 제조위탁에 해당하는 이 사건 하도급계약을 체결하면서 영진테크에게 하도급대금이나 그 지급방법 등이 기재된 계약서면을 발급하지 않은 사실은 앞서 살펴본 바와 같으므로, 원고는 하도급법 제3조 제1, 2항에 위반하여 하도급계약의 내용이 기재된 계약서면을 교부하지 않았다고 할 것임.
- 원고는 영진테크와 계속적으로 거래하여 오면서 2012. 4. 5.자 계약서나 영진테크에서 작성한 마감내역에 기초하여 하도급대금을 지급하였는데, 원고가 영진테크에게 이 사건 하도급계약에 따른 하도급대금을 지급한 이상 형식적으로 개별적인 하도급계약서를 교부하지 않았다고 하더라도 그와 같은 원고의 행위가 위법하다고 할 수 없다는 취지로 주장함.
- 발주서로 자동차 부품 등의 제작을 위탁하고 추후에 영진테크가 작성한 마감내역에 따라 하도급금액을 정하는 관행이 있었고 이와 같은 방법으로 하도급대금 전액이 차질 없이 지급되었다는 사정만으로는 법정 기재사항이 포함된 계약서면을 수급사업자에게 교부하지 않은 것을 정당화할 수 없다고 할 것임.
[진성이엔지의 불공정하도급거래행위에 대한 건(서울고법 2015. 12. 3. 선고 2015누32195 판결, 고법 확정)]
- 원발주자의 결정기액에 따라 하도급대금을 정하는 관행이 있어 원사업자가 서면계약서의 교부 없이 수급사업자에게 작업기간 등이 적시된 발주서만으로 제조위탁한 경우 서면미교부에 대한 정당한 이유가 되지 않음
- 구 하도급법 제3조 제1항이 '원사업자는 수급사업자에게 제조 등의 위탁을 하는 경우에는 정당한 사유가 없는 한 일정한 사항을 기재한 서면을 수급사업자가 목적물의 납품을 위한 작업에 착수하기 전에 수급사업자에게 교부하여야 한다'고 규정한 취지는 하도급계약에

있어서 열위적 지위에 있는 수급사업자의 입장에서 서면으로의 계약체결을 원사업자에게 강력히 요구하기도 어렵고, 구두계약의 경우 원사업자가 계약내용을 충실히 이행하지 아니하면 그 내용을 위증하기도 어려우므로 법으로 원사업자가 수급사업자에게 계약서면을 교부하도록 의무를 부과하여 양자간의 계약내용을 명백히 하고 향후 분쟁발생시 사실확인을 위한 기초자료로 활용함으로써 제조위탁내용이 불분명함으로 발생하는 수급사업자의 불이익을 방지함과 동시에 당사자간의 사후분쟁을 미리 막으려는 데에 있는바, 이러한 법규정의 취지에 비추어 보면 발주서로 금형제작을 위탁하고 추후에 원발주자의 결정가액에 따라 하도급금액을 정하는 관행이 있어 이에 따른 행위였다는 사실만으로는 서면계약서를 수급사업자에게 교부하지 아니한 것을 절당화할 수 없음.

[신일정공의 하도급법위반행위 건(서울고법 2004. 10. 7. 선고 2003누17773 판결¹¹⁾)]

- 하도급거래 계약기간이 종료된 이후 동일한 내용으로 종전 계약기간을 연장하기로 합의한 경우에도 원사업자는 연장된 계약기간을 명시한 계약서면을 수급사업자에게 교부해야 함
- 하도급거래 계약기간이 종료된 이후 동일한 내용으로 종전계약기간을 연장하기로 합의하였다고 하더라도 원사업자로서는 연장된 계약기간을 명시한 계약서면을 작성하여 수급사업자에게 교부할 의무가 있다고 할 것임. 더구나 이 사건에서는 2005. 1. 31. 계약 기간이 만료된 이후 원고가 공급하는 비압축 페트병, 압축 페트병, 페트프리폼의 공급가격을 30원/kg씩 인상하기로 한 사실이 있는 바, 이는 계약내용의 중요부분에 변경이 있는 경우에 해당하므로 원사업자는 하도급법 제3조 제1항에 따라 이러한 내용을 기재한 서면을 수급사업자에게 작성·교부하였어야 할 것이므로 원사업자의 서면미교부 행위는 하도급법 제3조 제1항 및 제2항에 위반됨.

[성립의 하도급법위반행위 건(서울고법 2008. 9. 13. 선고 2008누2554 판결, 고법 확정)]

- 원사업자가 수급사업자에게 건설위탁할 경우 늦어도 수급사업자가 공사에 착수하기 전까지는 계약서를 교부하여야 하고, 당초의 계약내용이 추가공사의 위탁 등으로 변경될 경우에도 추가서면을 작성·교부하여야 함
- 하도급법 제3조 제1항은 원사업자가 수급사업자에게 제조 등의 위탁을 하는 경우에는 하도급대금과 그 지급방법 등 일정한 사항을 기재하고 원사업자와 수급사업자가 기명날인한 서면을 수급사업자에게 교부하도록 규정하고 있는바, 위 규정에 의하면 건설위탁에 있어

11) 상고심(대법원 2005. 3. 11. 선고 2004누12780 판결)은 심리불속행 기각함

원사업자는 건설위탁을 할 때에 수급사업자에게 계약서 등의 서면을 교부하여야 함이 원칙이나 늦어도 수급사업자가 공사에 착수하기 전까지는 이를 교부하여야 할 것이고, 또 당초의 계약내용이 설계변경 또는 추가공사의 위탁 등으로 변경될 경우에는 특단의 사정이 없는 한 반드시 추가·변경서면을 작성·교부하여야 할 것임(대법원 1995. 6. 16. 선고 94누10320 판결 참조). 위 법리에 비추어 보면, 원고의 주장에 의하더라도 (주)건화 관련 판넬공사는 원고가 발주처로부터 당초 도급받은 공사와 별개이므로, 비록 나중에 전자의 공사 대금이 후자의 공사대금에 포함되는 방식으로 하도급계약이 다시 체결되었다 하더라도, 원고는 늦어도 전자의 공사 착공 전까지 수급사업자에게 이에 관한 계약서를 발급해 줄 의무가 있고, 수급사업자가 추가공사를 한 사실이 인정되므로, 이 부분 공사에 관한 계약서도 발급해 줄 의무가 있음.

[선경이엔씨의 하도급법위반행위 건(서울고법 2013. 6. 28. 선고 2012누38017 판결¹²⁾)]

□ 수급사업자가 하도급계약 체결 이전에 용역수행행위에 해당하는 행위를 일부 하였더라도 원사업자가 용역수행행위를 요청한 것이 아니거나, 용역의 구조적 특성상 불가피하게 이루어지는 것에 불과한 경우, 이를 가지고 하도급법 제3조 제1항의 책임을 물을 수는 없음

○ 이 사건의 전체 경위에 비추어 볼 때 원고(씨제이대한통운)가 참가인에게 위와 같은 용선계약을 요청한 것으로는 보이지 아니하고, 또한 그 외 다른 사항에 관하여도 앞서 본 바와 같이 원고가 참가인에게 용역수행행위를 요청한 것에 해당한다거나 이로 인하여 참가인이 원고의 요청을 일부 수행하게 되었다고 하더라도 이는 이 사건 용역의 구조적 특성상 이 사건 도급계약 및 하도급계약의 체결 전에 사실상의 필요에 의하거나 불가피하게 이루어지는 것에 불과한 것으로 보이는바, 이를 가지고 원고에게 하도급법 제3조 제1항의 책임을 물을 수는 없다고 봄이 상당하다고 판단됨.

[씨제이대한통운의 불공정하도급거래행위 건(서울고법 2016. 11. 24. 선고 2015누57200 판결¹³⁾)]

□ 원도급계약 및 이 사건 계약이 체결되기 전 설계변경으로 물량이 증가하였는데도 원고가 퓨얼텍에게 하도급대금을 포함한 변경된 공사내용을 반영한 서면을 발급하지 않은 것은 구 하도급법 제3조 제1항 및 제2항에 위반한 행위로 위법함

○ 구 하도급법 제3조 제1항 제3호 및 제2항은 하도급계약에서 불리한 지위에 있는 수급사업자는 원사업자에게 서면계약 체결을 강력히 요구하기 어려운 점, 구두계약만 체결한 상태에서

12) 상고심(대법원 2013. 11. 14. 2013누14948 판결)은 심리불속행 기각함

13) 상고심(대법원 2017. 3. 9. 선고 2016누62443 판결)은 심리불속행 기각함

원사업자가 하도급계약 내용을 충실히 이행하지 않을 경우 그 계약 내용을 증명하기 어려운 점 등을 고려하여, 원사업자에 대하여 수급사업자에게 계약 서면을 발급할 의무를 부과함으로써 양자 간 계약 내용을 명백히 밝히고, 분쟁 발생시 사실확인을 위한 기초자료로 활용함으로써 위탁 내용 등이 불분명하여 발생하는 수급사업자의 불이익을 방지하며, 하도급거래에 관한 분쟁을 사전에 예방하거나 합리적으로 해결하기 위함임.

- 한편 구 하도급법 제16조 제1항 및 제2항은 원사업자가 제조 등의 위탁을 한 후 설계변경 등으로 발주자로부터 계약대금을 조정 받았을 경우 원사업자로 하여금 그 내용과 비율내로 수급사업자에 대하여 지급할 하도급대금을 조정하도록 하고, 발주자와 원사업자간의 설계변경 등의 사유와 내용에 대한 정보를 수급사업자에게 충분히 제공하도록 함으로써 수급사업자가 변경된 공사를 수행하고 하도급대금을 조정하는 과정에서 불이익을 받을 수 있는 위험을 사전에 방지하기 위함임.
- 이 사건 계약 체결 전에 공사내용이 변경되었고, 이에 따라 하도급대금도 변경되었으므로 원고는 구 하도급법 제3조 제1항에 따라 퓨얼텍이 이 사건 계약에 따른 설계를 시작함으로써 이 사건 공사에 착공한 2014. 5. 30.까지 변경된 하도급대금 등이 기재된 서면을 발급해 주어야 함.
- 이 사건 계약 체결 당시 설계변경으로 인한 추가물량의 상세설계가 이루어지지 않아 추후 상세설계가 이루어져 물량이 확정되면 추가물량에 대한 금액을 확정하기로 하였다고 하더라도, 원고는 이 사건 계약 시점에 위와 같이 하도급대금을 확정하지 못한 이유 및 이를 정하게 되는 예정기일을 구 하도급법 제3조 제3항에 따라 서면에 기재하고 그 서면을 퓨얼텍에게 교부하여야 함.
- 원고는 2014. 11. 14. 발주자로부터 설계변경 승인을 받았으므로 늦어도 그 부렵에는 하도급대금을 확정할 수 있다고 할 것이므로 그 무렵까지는 하도급대금을 확정한 서면을 발급하였어야 함.

[(주)에어리스의 불공정하도급거래행위 건(서울고법 2019. 10. 17. 선고 2018누39296 판결¹⁴⁾)]

14) 상고심(대법원 2021. 6. 24. 선고 2019두58629 판결)은 상고 기각함

□ 서면발급의무를 준수하였는지 여부는 원고의 ERP 시스템상의 계약요청서 내부결재 완료일이 아닌, 협력사가 ERP 시스템상의 개별계약서를 전자인증함으로써 개별계약이 체결된 날을 기준으로 판단하여야 함

- 계약을 체결한 즉시 수급사업자에게 위와 같은 계약서면을 교부하지 않다가 공사 시작일에 입박하여 양자의 서명 등이 갖추어지지 않은 계약서면을 일방적으로 교부하는 것만으로는 구 하도급법 제3조 제1항, 제2항이 요구하는 서면발급의무를 이행하였다고 볼 수 없음.
- 원고는 계약요청서 내부결재 시 원고가 더 이상 일방적으로 계약내용을 변경할 수 없으므로 이때 서면이 반급된 것으로 보아야 한다고 주장하나, 구 하도급법 제3조 제2항에서 원사업자와 수급사업자 모두의 서명 등을 요구한 것은, 원사업자가 계약을 철회변경하거나 계약사항대로 이행하지 아니하는 경우 등에 대비하여 사전에 계약내용을 명백히 함으로써 거래사항이 불분명함으로 인하여 발생하는 수급사업자의 불이익을 방지함과 동시에 당사자간 사후 분쟁의 발생을 막으려는 취지에서, 교부된 계약서면이 양자의 의사가 합치된 내용에 대한 증명으로서의 기능을 다할 수 있도록 하기 위한 것인바, 하도급계약서 초안을 확인한 수급사업자들로서는 계약내용이 자신에게 불리하다거나 대금에 관한 협상이 필요하다는 등의 이유로 계약서 내용의 변경을 요청할 수 있는 것이고, 이 경우에는 여전히 계약 내용이 확정되었다고 볼 수 없으므로, 수급사업자들이 전자인증을 마친 때(이때 자동으로 원고의 전자인증도 이루어진다) 비로서 계약 내용이 확정되어 구 하도급법 제3조 제1항의 서명이 발급된 것이라고 보아야 함.

[삼성중공업(주)의 불공정하도급거래행위에 대한 건(서울고법 2022. 9. 21. 선고 2020누38494 판결, 고법 확정)]

□ 빈번하게 발생하는 수정추가공사에 대한 사전 계약서면 미발급행위에는 정당한 이유가 있다고 볼 수 있음

- 수정추가공사의 발생원인, 작업의 경위 및 내용과 아울러 선박 건조 업무의 특성 등을 종합적으로 고려해 보면, 빈번하게 발생하는 수정추가공사는 신속한 조치의 필요성, 원고와 수급사업자들이 사전에 수정추가공사의 발생 여부와 내용 등을 알 수 없는 점 등에 비추어 사전에 계약서면을 작성하고 작업에 착수하는 것이 기술적, 현실적으로 어려움. 피고의 구 하도급거래공정화지침 III. 3. (10). (가)에서도 '경미하고 빈번한 추가작업으로 인해 물량변동이 명백히 예상되는 공종에 대해 시공완료 후 즉시 정산합의서로 계약서를 대체한 경우는 적법한 서면교부로 본다'고 정하고 있음. 원고는 수정추가공사가 완료된 후 수급사업자들과 기성을 평가하여 사후계약을 체결하고 정산합의를 하여 하도급대금을

지급하였으므로, 원고가 수정추가공사에 대하여 사전에 계약서면을 발급하지 아니한 데에
정당한 이유가 있다고 볼 수 있음.

- 원고는 이러한 수정추가공사가 이루어지는 경우, 사후에라도 공사명, 날기일, 공사대금,
계약조건 등이 기재된 공사 도급계약서를 발급하였고, 매월 수정추가작업들을 합산하여
정산하였음. 이는 구 하도급법 제3조 제4항에 따라 '해당 사항이 확정되는 때에 지체 없이
- 그 사항을 적은 새로운 서면을 발급한 경우'라고 보아야 함.

[삼성중공업(주)의 불공정하도급거래행위에 대한 건(서울고법 2022. 9. 21. 선고
2020누38494 판결, 고법 확정)]

3. 부당한 특약의 금지(제3조의4)

- 원사업자가 부담해야 할 민원처리, 산업재해 등과 관련된 비용을 수급사업자에게 전가시키는 이 사건 안전관리약정은 부당한 특약에 해당함
 - 이 사건 각 안전관리약정은 원사업자가 부담하여야 할 민원처리, 산업재해 등과 관련된 비용을 수급사업자에게 부담시키는 약정으로서 개정 하도급법 제3조의4 제1항의 '수급 사업자의 이익을 부당하게 침해하거나 제한하는 계약조건(이하 '부당한 특약'이라 한다)을 설정'한 것에 해당한다고 볼이 상당함. 따라서 이 사건 각 안전관리약정이 부당한 특약에 해당하지 않는다는 취지의 원고의 주장은 이유 없음.
 - 개정 하도급법 제3조의4 제1항은 '수급사업자의 이익을 부당하게 침해하거나 제한하는 계약조건을 설정하는 행위'를 금지하고 있을 뿐이고, 부당한 특약의 효력의 유무, 부당한 특약에 따른 비용 전가 가능성 유무를 전제로 하고 있지 않음.
 - 피고의 '부당특약 심사지침' V.2.나.항은 개정 하도급법 제3조의4 제2항 제2호의 판단기준과 관련하여, 부당한 특약의 예로 산업재해를 입은 근로자가 산업재해보상보험법에서 인정하는 금액 외에 추가적으로 요구하는 민·형사상의 요구 및 부대비용을 수급사업자가 전적으로 부담한다는 약정, 수급사업자 소속 근로자의 산업재해로 발생한 진료비, 노무비, 산업재해자 및 유가족과의 합의, 산업재해 처리와 관련된 관계기관과의 업무협의 등에 소요되는 비용은 전적으로 수급사업자가 부담한다는 약정을 들고 있는데, 이 사건 각 안전관리약정은 전형적으로 이에 해당함.
- [두산건설의 불공정하도급거래행위 건(서울고법 2017. 3. 30. 선고 2016누37753 판결¹⁵⁾)]
- 비전이 원고에게 제품을 납품한 이후 현장에서의 목적물 설치 및 성능검사를 위하여 S/V 업무(Supervision)가 수행될 것을 예정하고 성능유보금 조항을 둔 것이 부당특약 설정 행위에 해당한다고 단정하기 어려움
 - 비전이 납품한 제품은 브라질 CSP 제천소에 설치된 다른 설비들과 연동되어 작동되는 것으로 보이고, 비전의 직원이 실제 브라질 현장으로 출장을 가서 비전이 납품한 제품과 관련한 S/V 업무를 수행한 것으로 보이는 점, 피고의 주장과 같이 다른 전기기술자들이

15) 상고심(대법원 2017. 7. 27. 선고 2017두41924 판결)은 심리불속행 기각함

비전의 지원을 대신하여 S/V 업무를 수행할 수 있었다고 하더라도 그와 같은 사정만으로 사후적으로 당사자들이 S/V 업무 수행이 필요하다고 판단하여, 계약에 S/V 업무 업무에 관한 사항을 규정하고 실제 S/V 업무 수행이 이루어진 것이 부당하거나 불필요하다고 단정하기는 어려운 점 등에 비추어보면, 피고가 주장하는 사정들만으로 원고와 비전이 체결한 계약 중 S/V 업무에 관한 부분이 부당하거나 불필요하다고 보기는 어려움.

[(주)포스코아이씨티의 불공정하도급 거래행위에 대한 건(서울고법 2018. 11. 16. 선고 2017누46556 판결¹⁶⁾)]

- 서면에 기재되지 않은 사항에 따라 발생한 비용을 수급사업자에게 추가로 부담시키는 약정 등은 하도급법 제3조의4 제1항의 부당한 특약에 해당함
- 현장설명서 계약조건에 포함한 조건은, ① 서면에 기재되지 않은 사항에 따라 발생하는 제반 비용과 인·허가와 민원해결 등에 소요되는 비용을 수급사업자에게 부담시키는 약정, ② 시공에 관련된 각종 인·허가 사항을 규율하는 관련 법령에서 발주자 또는 원사업자를 신고의무자로 특정하고 있음에도 해당 업무를 수급사업자에게 대행하도록 하면서 그에 소요되는 비용까지 부담시키는 약정, ③ 품질관리에 소요되는 모든 시험 및 검사비용을 수급사업자에게 전가하거나, ④ 수급사업자의 책임의 유무와 범위 등을 고려하지 않고 추가 작업 수행에 소요된 비용을 견적에 포함된 것으로 간주하여 수급사업자에게 아무런 귀책사유가 없는 경우에도 별도의 정산을 할 수 없도록 하고, ⑤ 수급사업자의 책임의 유무와 범위 등을 고려하지 않고 추가 장비투입에 따른 비용을 모두 수급사업자에게 부담시키거나, ⑥ 원고가 발주처로부터 요구받은 시험시공은 수급사업자에게 수행하도록 하면서 시공 횟수, 재시공 여부 등의 제한 없이 그에 소요되는 비용을 견적에 포함된 것으로 간주하여 수급사업자에게 추가적인 비용을 부담시키는 약정에 해당함.
- 위 특약 조항으로 인하여 실제로 한수건설에 부당하게 비용이 전가된 사실이 없다고 하더라도 원고의 위 행위는 반복될 우려가 있고, 부당한 특약을 설정하는 행위 자체를 금지하는 위 조항의 취지를 고려할 때 원고와 특약 설정 행위에 대한 시정명령의 필요성이 없다고 볼 수도 없음.

[대림산업의 불공정하도급거래행위 건(서울고법 2019. 1. 31. 선고 2018누46386 판결¹⁷⁾)]

16) 상고심(대법원 2019. 3. 28. 선고 2018두66807 판결)은 심리불속행 기각함

17) 상고심(대법원 2019. 6. 19. 선고 2019두37165 판결)은 심리불속행 기각함

□ 견적에 포함되지 않은 비용을 수급사업자에게 부담시키는 계약조건이나, 계약금액의 3% 이내의 추가 설계변경은 없는 것으로 하는 계약조건은 모두 하도급법 제3조의4 제1항의 부당한 특약에 해당함

- ① “도면견적이므로 추후 견적 오류나 누락에 의한 설계변경은 없는 것으로 한다(단, 건축주 요구에 의한 도면 변경, 당사의 요구사항으로 인한 변경은 제외).”, ② “을은 도면 및 시방서에 명기되지 않거나 누락된 사항 등 해당 공사수행에 필요한 사항은 포함하여 견적”, ③ “본공사 견적은 발주처가 배포한 자료를 입찰자가 충실히 검토하여 산출한 견적이므로 계약 부분에 대한 증·감, 증감 변경 및 물가 변동(에스컬레이션)은 없는 것으로 한다(단, 건축주 요구에 의한 변경 제외).”

: 수급사업자의 귀책사유가 없는 경우까지 일률적으로 설계 변경을 요구하지 못하도록 하고, 견적서에 포함시키지 않은 사항에 대하여 사후 추가나 변경을 허용하지 않으며, 수급사업자의 귀책사유를 불문하고 계약 변경 또는 물가 변동에 의한 계약금액의 증액을 청구할 수 있도록 하는 것은 수급사업자의 이익을 부당하게 침해 또는 제한하는 경우에 해당함.

- “총공사 계약금액의 3% 이내의 추가, 설계변경은 없는 것으로 한다.”

: 하도급법 제3조의4 제1항은 수급사업자의 이익을 부당하게 침해, 제한하는 약정 자체를 부당한 특약으로 보아 그 자체를 규제하는 것으로, 해당 계약조건이 실제로 수급사업자의 이익을 부당하게 침해·제한하는 경우 또는 현실적으로 이익 침해 내지 제한 가능성이 인정되는 경우에 한하여 위 규정에 위반되는 것으로 정하고 있지 아니함. 공사비의 3% 이내의 증가된 비용에 대해서는 브레인건설은 귀책사유가 없더라도 그 증가금액 전액을 부당하는 것으로 해석되는바, 비용 감소의 경우에 원사업자인 원고가 브레인건설에게 감소된 비용에 대하여 감액청구를 하지 못함으로써 그 비용을 부당하게 되는 결과가 된다고 하더라도 특약 II가 수급사업자의 이익을 부당하게 침해하거나 제한하는 계약조건이라는 점에는 영향을 미치지 아니함.

[리드건설(주)의 불공정하도급거래행위에 대한 건(서울고법 2020. 10. 8. 선고 2020누39442 판결¹⁸⁾]

□ 원사업자와 수급사업자가 기성금 발생 및 지급시기를 하도급법에서 정한 것과 달리 수급사업자에게 불리하게 정하는 것은 하도급법 위반임

- 원고는 수급사업자가 원사업자로부터 검수·확인받은 기성부분에 해당하는 금액이 정하여 졌다고 하더라도, 그 중 일부를 하도급대금으로 결정하여 공사 진행 중 지급하기로 약정 하였다면 그 약정에 따라 산출된 금액을 지급의무가 도래한 하도급대금으로 보아야 하고,

18) 상고심(대법원 2021. 2. 25. 선고 2020두52702 판결)은 심리불속행 기각함

무조건 기성부분에 해당하는 전체를 지급하여야 한다고 볼 수 없다고 주장하나, 기성금은 공사의 진척도에 따라 원사업자가 수급사업자에게 지급하는 것으로 하도급대금의 일부인 점, 장기간 이루어지는 건설공사에서 원사업자가 기성금 중 일부만을 지급하고, 나머지는 유보하는 경우 수급사업자는 공사에 필요한 원재료 등 공사비용을 자신의 비용으로 지출하여야 할 뿐만 아니라 대금을 늦게 지급받는 어려운 상황에 처하게 되는 점, 하도급법은 건설위탁의 경우 기성부분 통지를 받은 날을 목적물의 수령일로 보아 하도급대금채무의 발생일을 정하고, 하도급대금은 목적물 수령일로부터 60일 이내에 지급하여야 하는 것으로 정하고 있는 점 등과 아울러 하도급법의 입법취지 등을 종합적으로 고려해 보면, 원사업자와 수급사업자가 공사진척도에 따른 기성금의 발생 및 지급시기를 하도급법에서 정한 것과 달리 수급사업자에게 불리하게 정하는 것은 하도급법을 위반한 것이라고 봄이 타당함.

- 원고는 기성부분에 해당하는 하도급대금채무가 발생하였음에도 그 중 20%~30%를 준공 후 또는 준공 후 2개월 이내에 지급하도록 하는 약정을 설정하는 등 기성금 중 일부의 지급을 준공 후로 유보함으로써 그에 따른 경제적 이익을 향유하는 반면, 수급사업자는 기성금보다 적은 대금을 수령함으로써 매월 누적된 그 차액만큼의 경제적 불이익을 얻게 되는 결과가 발생하게 됨. 위와 같은 약정은 원고가 원사업자로서 우월적지위에 있음을 이용하여 수급사업자의 이익을 부당하게 침해하거나 제한하는 계약조건을 설정한 경우에 해당함.

[주중해건설의 불공정하도급거래행위에 대한 건(서울고법 2021. 6. 2. 선고 2020누47641 판결, 고법 확정)]

4. 부당한 하도급대금의 결정 금지(제4조)

가. 정당한 사유 없이 일률적인 비율로 단가를 인하하여 하도급대금을 결정하는 행위(제2항 제1호)

- 시정조치 규정의 포괄성과 하도급법 제4조 제2항 제1호 위반행위의 성질 등을 종합하여 고려하면, 하도급법 제4조 제2항 제1호 위반행위에 대한 시정조치로서 일률적인 단가 인하의 기준이 된 가격과 실제 하도급대금의 차액의 지급을 명하는 시정명령은 허용될 수 없다고 보아야 할 것임
- 하도급법 제25조 제1항은 시정조치의 대상이 되는 여러 위반행위와 이에 대한 다양한 내용의 시정조치를 하나의 규정에 포괄하여 정하고 있음. 하도급법상 시정조치는 시정하여야 하는 행위의 내용이 명확하고 구체적이어야 하며, 해당 위반행위의 내용과 정도에 비례하여야 함.
- 그런데 하도급법 제4조 제2항 제1호의 규정은 원사업자가 정당한 사유 없이 둘 이상의 수급사업자나 품목에 관하여 개별적인 사정에 차이가 있는데도 이를 반영하지 아니한 채 일률적인 비율로 단가를 인하하는 행태 자체를 부당한 하도급대금의 결정으로 본다는 의미임. 따라서 위 규정을 위반한 거래에서 일률적인 단가 인하의 기준이 된 가격을 정당한 하도급대금이라고 단정할 수는 없음. 뿐만 아니라 위 규정 위반행위의 성질상 원사업자와 수급사업자 사이의 정당한 하도급대금을 일률적으로 상정하기도 어려움.
- 이러한 시정조치 규정의 포괄성과 하도급법 제4조 제2항 제1호 위반행위의 성질 등을 종합하여 고려하면, 하도급법 제4조 제2항 제1호 위반행위에 대한 시정조치로서 일률적인 단가 인하의 기준이 된 가격과 실제 하도급대금의 차액의 지급을 명하는 시정명령은 허용될 수 없다고 보아야 할 것임.
- 원신이 하도급법 제4조 제2항 제1호를 위반한 원고의 행위에 대한 시정조치로서 그 위반행위의 거래에 대하여 종전의 계약단가에 따라 계산한 금액과 그 하도급대금의 차액에 상당하는 금액의 지급을 명하는 피고의 처분이 적법하다고 판단한 것은 잘못임.
[에스티엑스조선해양의 불공정 하도급거래행위 건(대법원 2016. 2. 18. 선고 2012두15555 판결)]

□ 수급사업자별 경영상황, 시장상황, 거래규모, 규격, 품질 등의 특성을 고려하지 아니하고 일률적으로 단가를 인하한 것은 '정당한 사유 없이 일률적인 비율로 단가를 인하하여 하도급대금을 결정하는 행위'에 해당함

- 원고가 작성한 '단가네고 결과보고'에 납품업체별로 상이한 단가인하율이 기재된 다른 품목과 달리 충전기 품목에 대하여서만 '전체 6.6%, 예상절감금액 106억 8,100만 원'으로 기재되어 있는 점, 원고 작성의 각 단가계약 품의서에 전체 충전기 납품업체에 대한 단가인하사유가 '50% 물량증가효과로 인한 원자재 단가 인하 및 중국공장 제조 활용으로 인한 제조원가 절감 여유 발생' 등으로 모두 동일하게 기재되어 있는 점 등에 비추어 보면 원고가 자신이 세운 원가절감 목표를 달성하기 위해 수급사업자별 거래규모가 현저히 다른데도 수급사업자들에 대하여 2003년 상반기와 하반기의 충전기 납품단가를 수급사업자별로 거래금액대비 일률적인 비율로 인하금액을 할당하고 이를 달성하기 위해서 부품별로 부품의 예상납품량 기준 가중평균단가를 상반기는 6.6%씩, 하반기는 9.8%씩 인하한 것으로 인정됨. 또한 원고가 수급사업자들을 상대로 일률적으로 단가를 인하하려면 거래물량의 현격한 증가 등으로 인한 원자재의 가격하락 및 노임하락, 동일한 비용감소 등 일정비율로 단가를 인하할만한 객관적이고 타당한 사유가 있어야 할 것인데, 앞선 사실 및 위 각 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 원고로서는 2003년 상반기에 생산성 향상을 통한 원가절감이 미비하여 상반기 전체 원가절감목표가 실현되지 못하였고 국내외 경기침체에 대응하기 위한 원가절감 캠페인 등 비상경영대책이 수립·추진되고 있었던 점 등에 비추어 보면, 원고는 수급사업자별 경영상황이나 시장상황, 그리고 목적물 등의 종류, 거래규모, 규격, 품질, 용도, 원자료 등의 특성이나 차이를 고려하지 아니한 채 일률적으로 단가를 인하한 것이어서 원고의 정당한 사유가 있다고 보기에도 어려울. 원고의 행위는 부품의 거래량이나 거래업체의 경영상황 등 합리적인 원가요인을 고려하지 아니하고 원가절감을 위하여 일률적인 비율의 단가 인하를 통해 하도급대금을 결정한 행위로서 하도급법 제4조 제2항 제1호에서 규정하고 있는 불공정 하도급거래행위에 해당함.

[삼성전자의 불공정하도급거래행위 건(서울고법 2009. 11. 12. 선고 2008누11237 판결¹⁹⁾]

19) 상고심(대법원 2010. 4. 8. 선고 2009두23303 판결)은 심리불속행 기각함

- 결정된 인하율이 수급사업자에 따라 어느 정도 편차가 있다고 하더라도, 위 기준에 비추어 전체적으로 동일하거나 일정한 구분에 따른 비율로 단가를 인하한 것으로 볼 수 있다면, '일률적인 비율로 단가를 인하하여 하도급 대금을 결정하는 행위'에 해당한다고 보아야 함
- "하도급법 제4조 제2항 제1호에서 '일률적인 비율로 단가를 인하'한다고 함은, 둘 이상의 수급사업자나 품목에 관하여 수급사업자의 경영상황, 시장상황, 목적물 등의 종류·거래규모·규격·품질·용도·원재료·제조공법·공정 등 개별적인 사정에 차이가 있는데도 동일한 비율 또는 위와 같은 차이를 반영하지 아니한 일정한 구분에 따른 비율로 단가를 인하하는 것을 의미한다고 할 것임. 그리고 결정된 인하율이 수급사업자에 따라 어느 정도 편차가 있다고 하더라도, 위 기준에 비추어 전체적으로 동일하거나 일정한 구분에 따른 비율로 단가를 인하한 것으로 볼 수 있다면, '일률적인 비율로 단가를 인하하여 하도급 대금을 결정하는 행위'에 해당한다고 보아야 함. 이 사건 수급사업자들이 경영상황과 목적물의 종류 등은 물론 납품불량 증가율까지 서로 크게 달리하는데도, 원고가 저수익 차종인 클릭의 재료비를 3.5% 인하하여 수익성을 개선할 계획을 세운 다음 이 사건 2차 인하를 단행함으로써 이 사건 수급사업자들 중 미리 단가를 1.8~2.0% 인하한 20개 업체에 관하여는 단가를 1.3~1.5% 추가 인하하여 인하율이 합계 3.2~3.5%에 이르게 하고, 나머지 6개 업체에 관하여는 단가를 3.4%~3.5% 인하한 것으로 볼 여지가 있으므로, 원고의 이 사건 2차 인하행위는 '일률적인 비율로 단가를 인하하여 하도급대금을 결정하는 행위'에 해당하고 정당한 이유가 있다고는 볼 수 없으므로 부당한 하도급대금 결정행위에 해당함.

[현대자동차의 불공정하도급거래행위 건(대법원 2011. 3. 10. 선고 2009두1990 판결²⁰⁾)]

※ 원심(서울고법 2008. 12. 18. 선고 2008누3793 판결)은 원고가 처음부터 '클릭' 차종의 수지개선을 위하여 납품단가를 3.5% 인하하려는 목적 하에 순차적으로 1, 2차 인하를 추진하였다고 인정할 증거가 없고, 1, 2차 인하의 배경 내지 목적이 다르며, 원고가 수급사업자의 경영상황 등의 특성이나 차이를 고려하였기 때문에 납품가격 인하율이 상이하게 나타난 것으로 볼 수 있어 2차 인하행위를 '정당한 이유 없이 일률적인 비율로 단가를 인하하여 하도급대금을 결정하는 행위'에 해당하지 아니한다고 판단함.

20) 환송심(서울고법 2011. 5. 25. 선고 2011누10760 판결)은 이러한 대법원 판결의 취지대로 판단하였고, 재상고심(대법원 2011. 10. 27. 선고 2011누16513 판결)은 심리불속행 기각함

- 원고가 원가 절감을 목적으로 수급사업자들의 유형별 단가를 거의 동일한 비율로 인하하였고, 단가 인하시 수급사업자별 세부공정내용, 작업량, 거래금액 등이 하도급대금 결정에 반영되었다는 사실을 인정하기에 부족한 점 등에 비추어 보면 원고가 정당한 사유 없이 일률적인 비율로 단가를 인하하여 하도급대금을 결정하였다고 봄이 상당함
- 하도급법 제4조 제1항, 제2항 제1호 각 규정의 내용 및 체계와 부당한 하도급대금의 결정금지에 관한 입법 취지 등에 비추어 보면, 법 제4조 제2항 제1호에서 '일률적인 비율로 단가를 인하'한다는 것은, 둘 이상의 수급사업자나 품목에 관하여 수급사업자의 경영상황, 시장상황, 목적물 등의 종류·거래규모·규격·품질·용도·원재료·제조공법·공정 등 개별적인 사정에 차이가 있는데도 동일한 비율 또는 위와 같은 차이를 반영하지 아니한 일정한 구분에 따른 비율로 단가를 인하하는 것을 의미함. 그리고 결정된 인하율이 수급사업자에 따라 어느 정도 편차가 있다고 하더라도, 위 기준에 비추어 전체적으로 동일하거나 일정한 구분에 따른 비율로 단가를 인하한 것으로 볼 수 있다면, '일률적인 비율로 단가를 인하하여 하도급대금을 결정하는 행위'에 해당한다고 보아야 함(대법원 2011. 3. 10. 선고 2009두1990 판결 참조).
- ① 원고가 원가 절감을 목적으로 3개 수급사업자들의 소조립과 중·대조립 공정의 각 유형별 단가를 2009년 단가 대비 10% 또는 15~15.7%라는 거의 동일한 비율로 인하한 점, ② 그럼에도 불구하고 원고가 제출한 증거들만으로는 위와 같은 단가 인하시 3개 수급사업자별 세부 공정내용(소조립 위주 또는 중·대조립 위주), 작업량, 거래금액, 매출액, 수급사업자별 경영상황, 시장상황 등이 하도급대금 결정에 반영되었다는 사실을 인정하기에 부족한 점, ③ 원고는 소조립과 중·대조립은 조립이라는 단일 공정으로 소조립과 중·대조립에 대하여 별도의 단가를 책정하는 것이 아니라 조립단가 책정 후 작업의 난이도 등을 감안하여 소조립과 중·대조립의 단가를 각 17%와 83%로 배분방식으로 단가를 책정하는 등 객관적이고 합리적 근거를 가지고 단가를 인하한 것이라고 주장하므로 살피건대, 원고의 위 주장에 따르더라도 단가를 배분함으로써 작업의 난이도는 어느 정도 반영이 되는 것으로 보이나, 위에서 본 나머지 요소들은 여전히 반영되었다고 보기 어려운 점, ④ 발주자인 현대중공업이 단가를 인하하였다는 사정만으로 일률적인 비율로 단가를 인하한 정당한 사유가 있다고 보기 어려운 점 등에 비추어 보면, 원고가 정당한 사유 없이 일률적인 비율로 단가를 인하하여 하도급대금을 결정하였다고 봄이 상당함.

[고성조선해양의 불공정하도급거래행위 건(서울고법 2014. 10. 17. 선고 2013누32252 판결, 고법 확정)]

- 원사업자가 정당한 사유없이 일률적인 비율로 단가를 인하하여 하도급대금을 결정하거나 수급사업자와 합의하지 않고 일방적으로 낮은 단가로 하도급대금을 결정한 경우에는 통상 지급되는 대가보다 현저하게 낮은 수준으로 하도급대금을 결정하였는지를 따질 필요 없이 부당한 하도급대금의 결정으로 보아야 함

[성동조선해양(주)의 불공정 하도급거래행위에 대한 건(대법원 2018. 5. 15. 선고 2015두38252 판결)]

- 수급사업자의 경영상황이나 원고와의 거래기간·거래규모가 상이함에도 불구하고 일률적으로 10~20% 단가를 인하한 행위는 위법함

- 원고가 2009. 4. 1. 미래엔지니어링 등 5개 사업자와 파이프 피스 제조위탁단가계약을 체결하면서 제작비 단가를 전년 대비 일률적으로 10%를 인하하였고, 2010.3.29. 미래엔지니어링 등 6개 사업자와 동일한 단가계약을 체결하면서 제작비 단가를 전년 대비 일률적으로 20%를 인하한 사실을 인정하였음. 또한 2008년 세계적인 금융위기로부터 비롯된 조선업계 전체의 심각한 불황 등 원고가 주장하고 있는 사유나 원심 법원에 제출한 증거들만으로는 원고에게 일률적인 비율로 단가를 인하해야 할 만한 정당한 사유가 인정되지 않는다고 판단함.

[성동조선해양(주)의 불공정 하도급거래행위에 대한 건(대법원 2018. 5. 15. 선고 2015두38252 판결)]

- 나. 수급사업자에게 착오를 일으키게 하거나 수급사업자를 속이고 이를 이용하여 하도급대금을 결정하는 행위(제2항 제4호)

- 비인기 차종의 납품단가를 인하하는 대신 추후 인기 차종 부품의 납품단가를 인상함으로써 손실이 발생하지 않도록 보전하여 주겠다고 구두 약속 후 일부만 보전해 준 행위는 기만에 의한 부당한 하도급대금 결정행위에 해당함

- 하도급법 제4조 제2항 제4호에서의 '기만'이란 하도급거래에서 지켜야 할 신의와 성실의 의무를 저버리는 행위로서 수급사업자로 하여금 착오를 일으키게 하는 것을 말하고, 어떤 행위가 수급사업자를 착오에 빠지게 한 기만행위에 해당하는가의 여부는 거래의 종류 및 상황, 상대방인 수급사업자의 업종, 규모, 거래 경험, 원사업자와 수급사업자의 거래상 지위 등 행위 당시의 구체적 사정을 고려하여 개별적으로 판단해야 함. 그리고 기만의

의도는 원사업자가 자인하지 않는 이상 하도급대금 결정 전후 원사업자의 재력, 환경, 거래상 지위, 하도급대금의 인하 배경과 과정 및 내용, 거래의 이행과정 등과 같은 객관적인 사정 등을 종합하여 판단할 수밖에 없음. 원고는 이 사건 32개 부품업체들에 대하여 인하된 납품대금 전액을 보전해 줄 의사가 없었음에도 이를 보전해 줄 것처럼 위 부품업체들을 기만하였다고 봄이 상당하므로, 이 사건 납품단가 인하행위는 수급사업자를 기만하고 이를 이용하여 하도급대금을 결정한 부당한 하도급대금의 결정에 해당함. 또한 하도급법 제4조 제1항, 제2항 제4호의 각 규정에 의하면 수급사업자를 기만하여 하도급대금을 결정하는 행위에 해당하면 별도로 통상 지급되는 대가보다 현저하게 낮은 수준으로 하도급대금을 결정하였는지를 따질 필요 없이 부당한 하도급대금의 결정으로 보아야 함.

[기아자동차의 하도급법위반행위 건(대법원 2010. 4. 29. 선고 2008두14296 판결)]

- 원고가 수급사업자로부터 3개 부품에 대하여 다량발주를 이유로 단가를 인하받고도, 소량만을 발주한 행위는 수급사업자에게 발주량에 대하여 착오를 일으키게 하고 이를 이용하여 하도급대금을 결정하는 행위에 해당함
- ① 원고는 3개 부품 중 C1S140-20-KD0024에 대하여는 1회 40개를 발주하는 것으로 예정하고도 실제로는 1회 2개만을, C2J006-58-KU0808에 대하여는 1회 126개를 발주하는 것으로 예정하고도 실제로는 1회 14개만을 각 발주하는 등으로 예정 수량에 훨씬 못미치는 수량만을 발주하였는데, 위와 같은 대폭적인 수량의 축소 발주는 일반적으로 사정변경이 발생할 수 있음을 감안하더라도, 극히 예외적인 점, ② 반일 원청사가 원고에게 다량의 완성품을 구매하기로 하였다가 그 후 이를 대폭 축소함으로써 부득이 원고로서도 수급 사업자로부터 소량의 부품만을 구매할 수밖에 없었다면, 원고로서는 원청사에 이를 항의하거나 완성품 대금의 증액을 적극적으로 요구하고, 원청사로부터 차액을 지급받아 이를 수급사업자에 지급하였어야 할 것으로 보이나, 이를 인정할 만한 아무런 증거가 없는 점, ③ 수급사업자가 원고의 요구에 따라 다량 발주를 전제로 한 낮은 단가의 견적서를 제출할 당시 추후 소량만이 발주될 수 있음을 인식하고 있었다고 볼 만한 아무런 증거가 없고, 오히려 다량 발주를 예정하였다가 소량만을 발주하는 행태가 흔히 발생하는 거래관계라면, 원고가 수급사업자에게 위와 같이 특별히 다량 발주를 이유로 단가 인하를 요구하지는 아니하였을 것으로 보이는 점 등을 종합하여 보면, 원고가 수급사업자로부터 이 사건 3개 부품에 대하여 다량발주를 이유로 단가를 인하받고도, 소량만을 발주한 행위는 수급사업자에게 발주량에 대하여 착오를 일으키게 하고 이를 이용하여 하도급대금을 결정하는 행위에 해당함(또한 하도급법 제4조 제2항은 각 호의 행위에 대하여 '부당한 하도급대금의 결정으로 본다'라고 규정하고 있으나, 같은 조 제5호

내지 제7호는 ‘낮은 단가’ 또는 ‘낮은 금액’이 그 요건임을 명시함에 반해, 제4호는 그와 같은 요건을 명시하지 않아 원고의 주장과는 달리 하도급법 제4조 제2항을 추정규정이라고 단정할 수 없음).

[한국에스엠씨공업의 하도급법위반 건(서울고법 2013. 11. 14. 선고 2013누7171 판결²¹⁾)]

다. 수급사업자와 합의 없이 일방적으로 낮은 단가로 대금을 결정하는 행위 (제2항 제5호)

- 원고 및 수급사업자 사이에 설령 형식적으로 합의가 있었다 하더라도, 수급사업자의 진의에 기한 합의로 볼 수 없는 경우에는 원고가 수급사업자와의 합의 없이 일방적으로 하도급대금을 인하한 것으로 봄이 상당함
- 4개 부품 및 155개 부품에 대한 위와 같은 단가인하는, ① 4개 부품에 대해서는 수급사업자가 최저가를 제시하여 낙찰자로 결정되었는데, 그 후 원고는 수량을 축소함에도 아무런 자료나 근거도 제시하지 않은 채 그것도 빠른 회신을 요청하면서 대금을 인하하는 내용의 ‘발주 전 최종 가격조정 검토 요청서’를 발송하였고, 수급사업자는 원고로부터 위 이메일을 받은 직후 특별한 검토 없이 이를 승낙한 점, ② 155개 부품에 대하여는 원고는 수급사업자에게 이메일 등으로 구체적인 인하품목, 인하 비율에 따른 인하액 등을 적시하면서 단가인하를 요청하였고, 수급사업자는 그 즉시 특별한 검토 없이 이를 승낙한 것으로 보이는 점, ③ 원고는 피고 조사 당시 위 4개 부품 및 155개 부품의 단가인하 과정에서 단가인하 사유를 제시하지 아니한 채 단가인하를 요청하였고, 수급사업자와 어떠한 협의도 거치지 않았음을 자인하고 있는 점, ④ 원고에 대한 수급사업자의 절대적인 배출의존도와 기존업체가 단가조정에 불응하자 거래업체를 교체한 원고의 전례 등에 비추어 원고와의 관계에서 열위적 지위에 있는 수급사업자로서는 원고의 단가인하 요구에 응하지 않을 수 없었을 것으로 보이는 점 등에 비추어 보면 원고 및 수급사업자 사이의 진정한 합의에 의한 것이 아니라(설령 형식적으로 합의가 있었다 하더라도, 이는 수급사업자의 진의에 기한 합의로 볼 수 없다) 원고가 수급사업자와의 합의 없이 일방적으로 하도급대금을 인하한 것으로 봄이 상당함.
- ① 4개 부품에 대해서는 이미 경쟁 입찰절차를 거쳐 가장 낮은 가격을 제시한 수급사업자가 1차로 거래업체로 결정되었으므로, 1차 발주 당시 가격이 시가 또는 시가에 근접한 가격

21) 상고심(대법원 2014. 4. 10. 선고 2013두35198 판결)은 심리불속행 기각함

으로 보이며, 그 후 원고의 일방적인 요구로 1차 발주 이후 인하된 단가는 1차 발주 당시보다 수량이 축소된 사정 등에 비추어 시가보다도 낮은 것으로 보이는 점, ② 만일 155개 부품의 총전 단가가 시가보다 고액이었나면, 우월적 지위에 있는 원고로서는 부품 공급업체를 변경하거나 이 사건과 같이 ‘장기거래’를 이유로 하는 것이 아니라 단가가 ‘고액’임을 이유로 그 인하를 요구하였을 것으로 보이는 점 등에 비추어 이 사건 부품의 단가는 객관적이고 타당한 산출근거에 의하여 적정하게 결정되지 아니한 채 일방적으로 낮은 단가에 의하여 정하여진 금액으로 보아야 함.

[한국예스엠씨공업의 하도급법위반행위 건(서울고법 2013. 11. 14. 선고 2013누7171 판결²²⁾)]

- 합의 없이 일방적으로 낮은 단가에 의하여 하도급 대금을 결정하는 행위는 원사업자가 거래상 우월적 지위에 있음을 기화로 수급사업자의 실질적인 동의나 승낙이 없는데도 단가 등을 낮게 정하는 방식으로 일방적으로 하도급대금을 결정하는 행위를 말함
- ‘합의 없이 일방적으로’ 대금을 결정하였는지 여부는 원사업자의 수급사업자에 대한 거래상 우월적인 지위의 정도, 수급사업자의 원사업자에 대한 거래의정도, 계속적 거래관계의 유무와 정도, 거래관계를 지속한 기간, 문제된 행위를 전후로 한 시장상황 등과 함께, 하도급대금이 결정되는 과정에서 수급사업자가 의사표시의 자율성이 제약받지 않고 협의할 수 있었는지 여부와 그 제약의 정도, 결정된 하도급 대금으로 인해 수급사업자가 입은 불이익의 내용과 그 정도 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 함
- 수급사업자는 원고에게 거래를 절대적으로 의존하고 있었으며, 이 사건 단가 인하 합의에서는 원고가 일방적으로 먼저 작성한 다음 수급사업자에게 날인을 요구하는 방법으로 작성된 것으로 원고의 우월한 지위를 고려하면 수급사업자가 원고의 날인 요구를 거절하는 것은 사실상 어려웠을 것이고, 수급사업자는 어떠한 근거로 단가가 결정되는지에 관한 충분한 정보를 제공받지 못하여 실질적인 단가 인하 합의를 할 만한 상황도 아니었으므로, 수급사업자와 합의 없이 일방적으로 하도급 대금 결정행위가 이루어 진 것으로 판단한 원심의 판단은 정당함.

[신영프레시젼의 불공정하도급거래행위에 대한 건(대법원 2018. 3. 13. 선고 2016두 59430 판결)]

22) 삼고심(대법원 2014. 4. 10. 선고 2013누35198 판결)은 신리불속행 기각함

□ 하도급대금액에 영향을 줄 수 있는 요소 중 납품 물량과 무관하게 목적물 등의 가격 산정과 관련된 구성요소를 변경하여 하도급대금을 낮추는 행위 역시 ‘낮은 단가에 의하여 하도급대금을 결정하는 행위’에 해당하나, 하도급대금을 결정하는 여러요소 중 한 가지를 합의 없이 결정·적용한 사정만으로 일방적으로 하도급대금을 결정하였다고 볼 수 없음

○ 이와 같은 ‘단가’ 개념의 포괄적·상대적 성격을 고려하면, 널리 하도급대금액에 영향을 줄 수 있는 요소 중 납품 물량과 무관한 것으로서 목적물 등의 가격 산정과 관련된 구성요소를 변경하여 하도급대금을 낮추는 행위 역시 ‘낮은 단가에 의하여 하도급대금을 결정하는 행위’에 해당할 수 있음.

○ 이 사건 하도급대금은 시수에 임률을 곱하는 방식으로 산정되는데, 임률과 시수 산정에 기여하는 요소들인 원(原)단위, 작업장 요인, 프로젝트 요인, 생산성향상을 등은 모두 납품 물량과 무관한 것이면서 이 사건 하도급대금인 임가공 용역의 대가 산정에 영향을 줄 수 있는 요소에 해당함.

○ 원고는 임률에 대하여는 이 사건 수급사업자들과 개별적인 협의 과정을 거쳐 합의하여 정한 것으로 볼 수 있고, 월별 하도급대금을 산정하기 위한 당월 기성시수 또한 수급사업자들과의 월별 정산합의 과정을 통해 합의하여 정한 것으로 보이므로, 결국 원고가 하도급 대금을 결정하는 요소 중의 하나인 ‘생산성향상률’을 별다른 합의 없이 정하여 적용하였다고 하더라도, 이러한 사정만으로 원고가 수급사업자와의 합의 없이 일방적으로 이 사건 하도급대금을 결정하였다고 단정할 수는 없음.

[대우조선해양(주)의 불공정하도급거래행위에 대한 건(대법원 2017. 12. 7. 선고 2016두35540 판결)]

□ ‘단가가 낮은지 여부’는 일반적으로 지급되는 대가보다 낮은 수준인지를 기준으로 판단하고, ‘일반적으로 지급되는 대가’의 수준은, 문제가 된 행위 당사자들 사이에 있었던 종전 거래의 내용, 비교의 대상이 되는 다른 거래들에서 형성된 대가 수준의 정도와 편차, 비교 대상 거래의 시점, 방식, 규모, 기간과 비교 대상 거래 사업자들의 시장에서의 지위나 사업규모, 거래 당시의 물가 등 시장 상황 등을 두루 고려함

○ ‘단가가 낮은지 여부’는 위탁 목적물 등과 같거나 유사한 것에 대하여 일반적으로 지급되는 대가보다 낮은 수준인지를 기준으로 판단하고, ‘일반적으로 지급되는 대가’의 수준은, 문제가 된 행위 당사자들 사이에 있었던 종전 거래의 내용, 비교의 대상이 되는 다른

거래들(이하 '비교 대상 거래'라고 한다)에서 형성된 대가 수준의 정도와 편차, 비교 대상 거래의 시점, 방식, 규모, 기간과 비교 대상 거래 사업자들의 시장에서의 지위나 사업규모, 거래 당시의 물가 등 시장 상황 등을 두루 고려하여 인정할 수 있음.

- 그리고 이에 대한 증명책임은 시정명령 등 처분의 적법성을 주장하는 피고에게 있는데, 다만 원사업자와 수급사업자가 대등한 지위에서 상호보완하며 균형 있게 발전할 수 있도록 하려는 하도급법의 암법 취지와 그 집행의 실효성 확보가 요구되는 점 등을 고려하여 그 증명의 정도를 너무 엄격하게 요구할 것은 아니며, 이러한 맥락에서, 계속적 하도급거래 관계에 있는 원사업자와 수급사업자의 '종전 거래 단가 또는 대금'이 종전 거래 당시의 일반적인 단가 또는 대금의 지급 수준보다 상당히 높았다는 등의 특별한 사정이 없는 한, '종전 거래 내용과 단가'를 '일반적으로 지급되는 대가'의 수준을 인정하는 데 중요한 요소로 고려할 수 있음.

[대우조선해양(주)의 불공정하도급거래행위에 대한 건(대법원 2017. 12. 7. 선고 2016두35540 판결)]

- 원고가 널리 하도급대금액에 영향을 줄 수 있는 요소 중 물량과 무관한 것으로서 임가공 용역의 대가 산정과 관련된 구성요소 중 일부의 가격을 낮추었다고 하더라도 그 결과 하도급대금이 '일반적으로 지급되는 수준'보다 낮아져야 하도급법 제4조 제2항 제5호가 정한 '낮은 단가에 의하여 하도급대금을 결정하는 행위'에 해당함
- 원고가 수급사업자에게 호선별로 제조위탁을 하면서 시수를 인하하는 대신 입률을 인상해 주었다면, 피고로서는 위와 같이 정해진 하도급대금이 종전 계약금액에 비해 현저히 낮은 수준에 해당하는지 여부도 아울러 판단했어야 함. 즉 입률 인상 부분도 함께 고려했어야 함. 피고가 원고의 입률 인상 부분을 도외시하고 위와 같이 정해진 하도급대금이 종전 계약금액에 비해 현저히 낮은 수준인지 여부를 검토하지 아니한 채, 오로지 시수 인하 부분만을 주목하여 이 사건 선박 블록조립 부분의 하도급대금 결정행위가 부당하다고 본 것은 합리적이라 보기 어려움.

[성동조선해양(주)의 불공정하도급거래행위에 대한 건(대법원 2018. 5. 15. 선고 2015두38252 판결)]

라. 수의계약에서 정당한 사유 없이 직접공사비 항목의 값을 합한 금액보다 낮은 금액으로 하도급대금을 결정하는 행위 (제2항 제6호)

□ 부당한 하도급대금의 결정행위는 '하도급계약을 체결한 때'를 기준으로 판단하여야 하므로 원고가 이 사건 계약 체결 후 수급사업자의 채무를 대위변제하였던 점 등은 법 위반행위가 성립하는데 영향을 미치지 않음

○ 하도급법 제4조 제2항 제6호 및 같은 법 시행령 제7조에서 금지하는 부당한 하도급 대금의 결정 행위는 '하도급계약을 체결할 때'를 기준으로 판단하여야 하므로 이 사건 계약체결 후 원고가 시스템 서포트 자재비용을 지급하였다 해도 위 위반행위가 성립하는 데에는 지장이 없음. 특히 원고가 한미종합건설의 채무를 대위변제한 사실은 당사자들 사이의 별개의 법률행위일 뿐 이 사건 계약과는 관련이 없는 점 등을 고려하면, 결국 원고가 한미종합건설과 이 사건 계약을 체결하면서 한림수협으로부터 도급받은 직접공사비 항목의 값을 합한 금액보다 적은 금액으로 이 사건 하도급 대금을 결정한 행위는 하도급법 제4조 제1항, 제2항 제6호 및 같은 법 시행령 제7조에 반하여 위법함.

[라마종합건설(주)의 불공정하도급거래행위 건(서울고법 2020. 12. 2. 선고 2020누40138 판결, 고법 확정)]

□ 보증시공이행사로서 기존 원사업자에 의해 형성된 하도급 계약의 구조를 따를 수밖에 없는 상황 등이 존재하는 경우 직접공사비 항목의 값을 합한 금액보다 낮은 금액으로 하도급대금을 정할 정당한 사유가 있었다고 볼 수 있음

○ 하도급법 제4조 제2항 제6호에 규정된 부당한 하도급대금 결정행위 해당성을 조각하기 위한 '정당한 사유'란, 공사현장 여건, 원사업자의 책임으로 돌릴 수 없는 사유 또는 수급사업자의 귀책사유 등 원사업자의 도급내역상의 직접공사비보다 낮은 금액으로 하도급대금을 결정하는 것을 정당화할 객관적·합리적 사유를 말하는 것으로, 원사업자가 이를 주장·증명하여야 하고, 공정한 하도급거래질서 확립이라는 관점에서 사안에 따라 개별적, 구체적으로 판단하여야 함(2011두23337 판결 참조).

○ 원고는 건설공제조합의 보증시공이행사로서 이 사건 참여공사의 시공을 맡았고, 공사대금도 당초의 공사대금에서 기성 공사대금을 뺀 나머지로 한정되었음에도 이 사건 참여 공사 시작 전부터 동화건설을 대신하여 선급금 잔금 반환, 동화건설의 미지급 장비대금 등을 지급했고 이로써 원고는 실질적으로 종전보다 적은 공사대금으로 이 사건 참여 공사를 완료해야 했음. 이처럼 원고가 본래 동화건설에 의해 형성된 하도급 계약의 구조를 그대로 따를 수밖에 없는 상황이었던 점, 이 사건 참여공사를 원활히 진행하는 데에는

이 사건 공사현장에서 실제로 공사했던 흥명건설의 도움이 긴요했고, 동화건설보다 높은 비율의 하도급대금을 지급하는 내용으로 흥명건설과 계약을 체결하였으며, 하도급대금의 15%가 넘는 돈을 선급금으로 지급한 점, 원고가 흥명건설과 이 사건 토공사 부분 등과 상하수도공사 부분으로 구분하여 하도급계약을 체결했지만, 실질적으로는 양자를 엄격히 구분해 정했다기 보다 이를 전체로 하나로 결정했다고 보이고, 원고와 흥명건설 사이의 총 하도급대금은 보증시공위탁계약 체결 당시 기준으로 산정한 잔여 하도급대금보다 더 높은 절 등을 고려하면, 원고에게 원고의 도급내역상의 직접공사비보다 낮은 하도급대금을 정할 객관적·합리적 사유가 있었다고 볼이 타당함.

[(주)태성공영의 불공정하도급거래행위 건(서울고법 2019. 11. 27. 선고 2018누67307 판결²³⁾]

마. 경쟁입찰에서 정당한 사유 없이 최저가로 입찰한 금액보다 낮은 금액으로 하도급대금을 결정하는 행위(제2항 제7호)

- 이 사건 하도급업체 선정 과정에서 가격이 핵심 고려요소였고, 협력업체들의 각 견적서는 지명경쟁입찰의 과정에서 제출하는 가격 입찰서와 유사한 성격을 가지므로 경쟁입찰에 해당함
- 원고가 '최저가 견적을 제시한 업체를 하도급업체로 선정한다'고 명시하지 않았더라도, 원고는 협력업체들에게 견적서를 제출할 것을 요청하는 이메일을 보내며 "입찰"을 진행한다고 공고하고, 첨부한 입찰계획서에도 협력업체를 "입찰참가업체로 지명"하고 입찰이 물량 산출 견적의 방식으로 진행된다고 기재하였으므로, 이 사건 하도급 대금 결정 행위 관련 공사의 하도급업체 선정과정에서 가격이 핵심 고려요소가 되었다고 볼이 타당하고, 이는 가격 외에도 여러 요소를 감안하여 적당한 상대방을 입의로 선택하는 수의계약과 분명한 차이가 있음.
- 원고가 밀봉날인 형태의 서류를 받거나 입찰보증금을 수령한 적이 없더라도, 협력업체들이 견적서를 원고만을 수신자로 지정한 이메일로 보내거나 밀봉 우편으로 발송함에 따라 각 협력업체가 제출한 금액이나 순위는 다른 협력업체들에 공개되지 않았다는 점을 고려하면, 위 각 견적서는 지명경쟁입찰의 과정에서 제출하는 가격 입찰서와 유사한 성격을 가짐.
[삼양건설산업(주)의 불공정하도급 거래행위에 대한 건(서울고법 2020. 10. 8. 선고 2020누32588 판결²⁴⁾]

23) 상고심(대법원 2020. 3. 27. 선고 2019누62871 판결)은 심리불속행 기각함

□ 원사업자가 경쟁입찰 최저가보다 낮은 금액으로 수급사업자와 하도급대금계약 체결시 이에 대한 ‘정당한 사유’를 인정받기 위해서는 원사업자의 귀책사유 등이 없다는 점을 직접 증명해야 함

- 하도급법 제4조 제2항 제7호가 정한 부당한 하도급대금 결정행위에 해당하는 것을 조각하기 위한 ‘정당한 사유’란 공사현장 여건, 원사업자의 책임으로 돌릴 수 없는 사유 또는 수급사업자의 귀책사유 등 최저가로 입찰한 금액보다 낮은 금액으로 하도급대금을 결정하는 것을 정당화할 객관적·합리적 사유를 말하는 것으로, 원사업자가 이를 주장·증명하여야 하고, 공정한 하도급거래질서 확립이라는 관점에서 사안에 따라 개별적, 구체적으로 판단하여야 함(2011두23337 판결 참조).
- ① 이 사건 입찰 후 발주물량이나 자재단가의 변경 등 사정변경이 없었음에도 원고는 최저 입찰가격보다 낮은 가격으로 계약을 체결하기 위하여 입찰을 통하여 우선협상대상자를 선정한 후 추가협상을 하였던 것으로 보이는바, 이러한 경우에도 원고로서는 최소한 입찰예정가격을 객관적·합리적으로 산정한 후 입찰가격이 이를 상당히 초과할 경우에는 불가피하게 추가협상이 있을 수 있음을 사전에 공고하였어야 할 것임에도 이러한 조치를 취하지 않은 점, ② 처음부터 입찰예정가격을 산정하지 않아 추가협상이 필요한지를 전혀 예측할 수 없는 상태에서 현장설명서를 배포하며 구두로 추가협상이 있을 수 있다고 고지한 경우에도 하도급법 제4조 제2항 제7호가 정한 ‘정당한 사유’가 있는 것으로 본다면, 원사업자가 객관적·합리적인 사유 없이 추가협상의 가능성을 구두로 고지함으로써 하도급법 제4조 제2항 제7호의 제한을 임의로 회피할 수 있게 되고 그 결과 최저가로 입찰한 수급사업자는 원사업자의 부당한 가격인하 요구를 거부하기 어렵게 되어, 경쟁입찰 과정에서의 부당한 하도급대금 결정행위 간주 규정을 두어 불공정거래행위에 효과적으로 대처하고 공정한 하도급거래질서를 정착시키려는 위 규정에 중대한 공백이 생기게 되는 점 등을 고려하면, 원고의 행위에 정당한 사유가 있었다고 보기 어려움.

[동일의 불공정 하도급거래행위 건(대법원 2016. 3. 10. 선고 2013두19622 판결)]

□ 경쟁입찰에 의해 하도급계약을 체결함에 있어 최저가 입찰금액보다 낮은 금액으로 하도급대금을 결정하는 행위는 정당한 사유가 없는 한 부당한 하도급대금 결정행위에 해당함

- 하도급법 제4조 제2항 제7호는 “경쟁입찰에 의하여 하도급계약을 체결함에 있어서 정당한 사유 없이 최저가로 입찰한 금액보다 낮은 금액으로 하도급대금을 결정하는 행위는 부당한

24) 상고심(대법원 2021.2.25. 선고 2020두52559 판결)은 신리불속행 기각함

하도급대금의 결정으로 본다”고 규정하고 있는바, 위 ‘정당한 사유’의 유무는 수급사업자의 구제사유 또는 수급사업자에게 유리한 경우인지 여부 등 하도급대금을 최저가 입찰금액보다 낮게 결정할 객관적이고 합리적인 사유가 있는지 여부에 따라 결정하여야 함. ① 원고가 인근 아파트공사 현장에서 발주한 금속기와 공사와 그 세부공사내역, 작업여건 등이 동일할 수 없으므로 입찰참여 업체들이 인근 공사현장의 계약금액보다 높은 금액으로 응찰하였다거나 입찰금액의 편차가 적다는 사정만으로 입찰가격을 단합하였다고 볼 수 없는 점, ② 최저가 입찰자인 (주)서영건설이 입찰단합을 인정하면서 자발적으로 입찰금액보다 낮은 공사금액을 제시하였다는 원고의 주장을 인정할 만한 증거가 없는 점, ③ 입찰참가 업체들이 입찰가격을 단합하였다면 대형건설회사인 원고로서는 위 업체들을 협력업체 명단에서 제외하고 다른 업체와 수의계약을 체결하는 등의 제재조치를 취할 수 있었음에도, 원고가 입찰단합의 결과로 제시된 가격의 일부만을 감액하는 방법으로 하도급대금을 결정하였다는 것은 경험칙에 반하는 점 등 제반 사정을 종합하여 보면, 원고가 (주)서영건설의 하도급대금을 최저가로 입찰한 금액보다 낮게 결정할 객관적이고 합리적인 사유가 있었다고 보기 어려움.

[대우건설의 불공정하도급거래행위 건(대법원 2009. 4. 9. 선고 2008두21829 판결)]

- 입찰참여자 중 낙찰자로 선정된 업체의 입찰금액보다 낮은 금액으로 하도급대금을 결정했다고 하더라도 최저가로 입찰한 금액보다 높은 금액을 하도급대금으로 결정하였다면, 부당한 하도급대금의 결정에 해당하지 아니함
- 이 사건 내장목공사 중 제1공구 공사 입찰에 참여한 4개 업체 중 하람건설이 최저가 입찰 금액인 629,000,000원으로 응찰하고, 왕인건설이 차순위 최저가 입찰금액인 653,000,000원으로 응찰한 후 원고가 제1공구에 대하여 왕인건설을 낙찰자로 선정하여 643,267,000원으로 하도급대금을 결정한 경우, 제1공구 공사 입찰에 있어서 ‘최저가로 입찰한 금액’은 하람건설의 입찰금액 629,000,000원이지 왕인건설의 입찰금액 653,000,000원이 아니므로, 원고가 왕인건설의 입찰금액보다 낮은 금액으로 하도급대금을 결정하였다 하더라도 위 하도급대금이 최저가 입찰금액인 629,000,000원보다 높은 금액인 이상, 원고의 위 하도급대금 결정이 하도급법 제4조 제2항 제7호 소정의 부당한 하도급대금의 결정에 해당한다고 볼 수 있음.

[대우건설의 불공정하도급거래행위 건(대법원 2009. 4. 9. 선고 2008두21829 판결25)]

25) 환송심(서울고법 2009. 12. 10. 선고 2009누9484 판결)은 이러한 대법원 판결의 취지대로 판단함

□ 하도급법 제4조 제2항 제7호로 정한 '하도급대금의 결정행위'에는 재입찰에 의한 경우도 포함됨

- 하도급법 제4조 제2항 제7호가 하도급대금을 결정하는 행위의 태양을 추가적 협상에 의한 경우로 한정하고 있지 않은 점, 경쟁입찰을 시행하여 최저가로 입찰한 업체가 있는데도 곧바로 재입찰을 하여 당초 최저 입찰가보다 낮은 금액으로 입찰한 업체를 낙찰자로 선정하게 되면 그 금액이 하도급대금이 되어 추가적 협상 방법으로 최저가로 입찰한 금액보다 낮은 금액으로 하도급대금을 결정하는 것과 같은 효과가 발생하는 점, 위와 같은 방식의 재입찰이 최저 입찰가가 원사업자의 예산을 초과함을 이유로 입찰절차를 취소 하였다가 이후 별도의 입찰절차를 진행하여 낙찰자를 선정하는 것과 같다고 할 수 없는 점 등에 비추어 보면, 하도급법 제4조 제2항 제7호로 정한 '하도급대금의 결정행위'에는 재입찰에 의한 경우도 포함됨.

[에스케이건설의 하도급법위반행위 건(대법원 2012. 2. 23. 선고 2011두23337 판결)]

□ 최저가로 입찰한 금액보다 더 낮은 금액으로 하도급계약을 체결하였으나, 사전에 입찰참가자들에게 하도급대금의 결정에 관해 설명하고 그에 따라 결정한 이상 정당한 사유가 인정됨

- 원고가 사전에 입찰참가자들에게 종전 수급사업자인 길탑건설의 기 시공분에 대한 정산 금액을 최저가 입찰가에서 공제한 후 하도급내금을 결정한다는 점을 설명하였고, 그에 따라 확정된 정산금액을 최저가 입찰가에서 공제한 금액으로 하도급대금을 결정한 이상 최저가로 입찰한 금액보다 낮은 금액으로 하도급대금을 결정할 정당한 사유가 있다고 봄이 상당함.

[신안의 하도급법위반행위 건(서울고법 2012. 5. 16. 선고 2011누10340 판결²⁶⁾)]

□ '정당한 사유'란 공사현장 여건, 원사업자의 책임으로 돌릴 수 없는 사유 등 최저가로 입찰한 금액보다 낮은 금액으로 하도급대금을 결정하는 것을 정당화할 객관적·합리적 사유를 말하는 것으로, 원사업자가 이를 주장·증명하여야 하고, 사안에 따라 개별적, 구체적으로 판단하여야 함

- 하도급법 제4조 제2항 제7호 소정의 부당한 하도급대금 결정행위의 해당성을 조각하기 위한 '정당한 사유'란 공사현장 여건, 원사업자의 책임으로 돌릴 수 없는 사유 또는 수급

26) 상고심(대법원 2012. 10. 11. 선고 2012두14385 판결)은 심리불속행 기각함

사업자의 귀책사유 등 최저가로 입찰한 금액보다 낮은 금액으로 하도급대금을 결정하는 것을 정당화할 객관적·합리적 사유를 말하는 것으로, 원사업자가 이를 주장·증명하여야 하고, 공정한 하도급거래질서 확립이라는 관점에서 사안에 따라 개별적, 구체적으로 판단하여야 함. 원사업자인 원고가 최저입찰가가 자체 편성한 계획공사원가의 96%인 예정가격을 초과할 경우에는 상위 2개 업체를 대상으로 재입찰을 한다는 내부방침을 정한 사실, 원고는 실제 최저 입찰가가 원고의 예정가격을 초과하였다는 이유로 최저 입찰가를 제시한 업체를 포함하여 상위 2개 또는 3개 업체를 대상으로 재입찰을 하여 그 중 가장 낮은 가격을 제시한 업체를 낙찰자로 선정한 다음 그 업체와 하도급계약을 체결하면서 최초 입찰의 최저 입찰가보다 낮게 하도급대금을 결정한 사실, 원고가 최초 입찰에 앞서 입찰 공고문이나 현장설명을 통해 최저가로 입찰한 금액이 원고의 예정가격을 초과할 경우 재입찰할 수 있다는 점을 입찰 참여업체에 알리지 않은 사실 등에 비추어 보면 원고의 행위는 정당한 사유가 있다고 할 수 없고 하도급법 제4조 제2항 제7호 소정의 부당한 하도급대금결정행위에 해당함.

[에스케이건설의 하도급법위반행위 건(대법원 2012. 2. 23. 선고 2011누23337 판결)]

* 같은 취지: 대성산업의 불공정하도급거래행위 건(서울고법 2012. 5. 17. 선고 2011누36687 판결²⁷⁾), 요진건설산업의 불공정하도급거래행위 건(서울고법 2013. 12. 26. 선고 2012누19368 판결²⁸⁾)

- 자체 관리규정을 근거로 사전 고지 없이 최저입찰금액 대비 3% 범위 내 입찰업체들을 대상으로 재입찰을 실시한 것은 정당한 사유로 볼 수 없음
- 살피건대, 이 사건에서 재입찰의 근거가 된 ‘최저입찰금액 대비 3%의 범위 내에 입찰한 업체들에 대해 재입찰을 실시한다’라는 관리규정은 원고의 내부적인 규정으로서 미리 고지 받지 못하여 이를 알지 못한 수급사업자의 책임으로 돌릴 수 있는 것이 아니고 오히려 입찰참가자들에게 이를 미리 고지하지 아니한 원고의 잘못으로 보이고, 이에 더하여 최저 입찰가 기준으로 다른 입찰참가업체의 입찰가가 3% 이내의 범위에 있다는 이유만으로 그 입찰업체들 사이에 디합의 가능성이 있다고 단정할 수 없음. 원고는 이에 관하여 입찰 전에 위 자체 관리규정 내용을 입찰참가자들에게 고지하여 입찰참가자들이 충분히 인지하고 있었다고 주장하나, 원고의 전 대표이사의 확인서 등에 의하면 이 사건 공사에 관한 입찰시 사전에 위 관리규정을 설명하지 않은 사실이 인정되고, 이 사건 수급사업자인 광용건설이 2005. 8.경 원고가 발주한 대구 시월동 아파트 신축현장의 철근콘크리트 공사 하도급 입찰 과정에서 위 관리규정에 따른 재입찰을 거쳐 공사를 수주한 사실은 인정되나, 그와 같은 사정만으로 위 광용건설을 비롯한 입찰참가자들이 이 사건 입찰에도 위 관리규정이

27) 상고심(대법원 2012. 11. 15. 선고 2012도13924 판결)은 이러한 원심 판결에 의볍이 없다고 판시함

28) 상고심(대법원 2014. 5. 16. 선고 2014도1857 판결)은 심리불속행 기각함

적용되는 것으로 숙지하고 있었다고 단정하기 어렵고, 가사 일부 입찰참가자들이 위 관리규정을 알고 있었다고 하더라도 사전에 고지되지 아니한 위 관리규정의 내용이 이 사건 입찰의 내용으로서 적용된다고 볼 수는 없으므로, 원고에게 정당한 이유가 있었다고 보기 어려움.

[대성산업의 불공정하도급거래행위 건(서울고법 2012. 5. 17. 선고 2011누36687 판결²⁹⁾)]

- 최저가 입찰가격보다 낮은 가격으로 계약을 체결하기 위하여 입찰을 통하여 우선협상 대상자를 선정한 후 추가협상을 한 경우, 그 과정에서 직접공사비가 증가했다고 하더라도 간접공사비 및 전체 하도급대금이 감소하였다면 실질적으로 수급사업자의 이익이 감소한 것으로 볼 수 있고, 그 과정에 정당한 사유가 있었다고 보기는 어려움
- ① 하도급법 제2조 제1항은 '하도급대금'을 '수급사업자가 위탁받은 것을 용역수행하여 원사업자에게 납품 등을 한 것에 대한 대가'라고만 규정하고 있을 뿐 직접공사비와 간접공사비를 구분하지 않고 있으므로 하도급대금을 직접공사비로 제한할 수는 없고, 원고의 주장과 같이 직접공사비만으로 하도급대금이 감액되었는지를 판단한다면 원사업자가 간접공사비 감액을 통하여 전체 하도급대금을 부당하게 감액할 소지가 있어, 부당하게 낮은 금액으로 하도급대금을 결정하는 불공정거래행위에 대하여 효과적으로 대처하고 공정한 하도급거래질서를 정착시키려는 하도급법의 입법취지에 어긋나게 될. ② 직접공사비가 증가하였더라도 간접공사비 및 전체 하도급대금이 감소하였다면 실질적으로 수급사업자의 이익³⁰⁾이 감소한 것으로 볼 수 있고, 향후 이와 같이 낮게 책정된 재료비와 노무비를 기준으로 하도급대금이 다시 결정될 우려가 있는 점 등을 종합하면 실질적으로 수급사업자에게 불이익이 발생하였던 것으로 보아야 함. ③ 원고는 직접공사비와 간접공사비의 구분 없이 하도급대금 총액을 줄이기 위하여 여러 업체와 협의를 진행하였고, 특히 수급사업자의 입찰금액 3,603,600,000원이 원고가 사전에 산정한 입찰예정가격 3,673,503,000원의 범위 내였고 입찰을 전후하여 입찰예정가격을 조정할 사정변경이 발생하지 않았음에도 계약금액을 인하할 목적으로 입찰 다음 날 입찰참가업체 중 입찰금액이 낮은 3개 업체만을 대상으로 협의를 하였으며, 또한 원도급계약에 비하여 합리적 사유 없이 경비가 증가하고 각 항목별 비중도 달라졌음에도 원고 내부 공사품의서에는 총액만 기재되어 있을 뿐 금액 조정사유가 구체적으로 기재되어 있지 않고, 이 사건 하도급계약 체결 이전까지 공사항별금액이 수정된 견적서도 제출되지 않는 등의 경위에 비추어 보면, 원고는 하도급금액 인하를 통하여 자신의 이익을 늘리기 위하여 최저가로 입찰한 금액보다 낮은 금액으로

29) 상고심(대법원 2012. 11. 15. 선고 2012두13924 판결)은 이러한 원심 판결에 위법이 없다고 판시함

30) 이윤은 직접공사비, 간접공사비 및 일반관리비(직접공사비와 간접공사비의 합계액이 일반관리비율을 곱하여 산정한다)의 합계액의 이윤율을 곱하여 계산함

하도급대금을 결정하였던 것으로 볼 수 있고, 달리 객관적이고 합리적인 사정이 있었던 것으로 보이지 않음. 위와 같은 제반사정들을 종합하면 원고는 최저가 입찰가격보다 낮은 가격으로 계약을 체결하기 위하여 입찰을 통하여 우선협상대상자를 선정한 후 추가협상을 하였고, 그 과정에 정당한 사유가 있었다고 보기는 어려우므로, 원고의 주장은 이유 없음.

[대경건설의 불공정하도급거래행위 건(서울고법 2014. 9. 5. 선고 2013누33002 판결, 고법 확정)]

□ 하도급법 제4조 제2항 제7호에 해당하면 그 과정에서 부당한 방법을 이용하였는지, 하도급대금이 통상 지급되는 대가보다 현저하게 낮은 수준으로 결정되었는지를 따질 필요 없이 부당한 하도급대금의 결정으로 간주됨

○ 하도급법 제4조 제1항에서 부당한 하도급대금의 결정을 일반적으로 금지하는 한편, 제2항에서 제1호부터 제7호까지 어느 하나의 행위에 해당할 경우 부당한 하도급대금 결정행위로 간주하여 부당하게 낮은 금액으로 하도급대금을 결정하는 불공정거래행위에 대하여 효과적으로 대처하고, 공정한 하도급거래질서의 정착을 도모하고 있음. 위와 같은 하도급법 제4조의 규정 형식과 내용, 입법취지 등에 비추어 보면, 경쟁입찰에 의한 하도급계약에서 원사업자가 최저가로 입찰한 금액보다 낮은 금액으로 하도급대금을 결정하여 하도급법 제4조 제2항 제7호에 해당하면 그 과정에서 부당한 방법을 이용하였는지, 하도급대금이 통상 지급되는 대가보다 현저하게 낮은 수준으로 결정되었는지를 따질 필요 없이 부당한 하도급대금의 결정으로 간주됨.

[요진건설산업의 불공정하도급거래행위 건(서울고법 2013. 12. 26. 선고 2012누19368 판결³¹⁾)]

* 같은 취지: 대경건설의 불공정하도급거래행위 건(서울고법 2014. 9. 5. 선고 2013누33002 판결, 고법 확정)

□ 재입찰부터 입찰에 참여하기 시작한 수급사업자가 낙찰자로 선정된 계약의 경우에도 최초 입찰의 최저입찰금액과 최종 계약금액의 차액의 지급을 명한 것은 적법함

○ 최초 입찰의 결과는 재입찰의 기준가격에 영향을 미쳤고 위 11개 계약에 관한 입찰 모두 제1차 입찰의 최저입찰금액보다 제2차 입찰의 최저입찰금액이 낮아짐. 재입찰에서의 기준가격과 투찰가격은 모두 이전에 실시되어 유찰된 입찰의 결과에 영향을 받았다고 봄이 상당함. 재입찰부터 참여한 수급사업자가 최종 계약을 체결하였다는 사정만으로

31) 상고심(대법원 2014. 5. 16. 선고 2014두1857 판결)은 심리불속행 기각함

지급명령이 허용되지 않는다면, 이는 부당 하도급대금 결정 행위를 한 원고에게 부당 행위에 따른 이익을 귀속시키는 결과가 되어 부당함.

[(주)포스코아이씨티의 불공정하도급 거래행위에 대한 건(서울고법 2018. 11. 16. 선고 2017누46556 판결³²⁾)]

□ 하도급법 제4조 제2항 제7호의 ‘정당한 사유’가 인정되기 위해서는 기준가격은 원고가 실제 집행할 수 있는 예산의 최대한도 등을 고려하여 합리적으로 결정되어야 할 것이고, 기준가격의 정당성에 대해서는 원고가 이를 증명하여야 함

○ 이 사건 하도급대금 결정행위의 대상인 11개의 계약에 관한 최초 입찰과 최종 입찰시의 간격이 2일~ 11일에 불과하고, 재입찰 시 최초 입찰에 참여하지 않았던 수급사업자들이 참여하기도 하였으나, 최초 입찰에 참여하였던 수급사업자들이 대부분 재입찰에 참여하는 등 참여 수급사업자의 변동 폭이 크다고 보기 어려움.

○ 위 11개 계약의 최초 입찰과 최종 입찰의 기준가격이 상이한바, 최초 입찰과 최종 입찰의 시간적 간격과 최종 입찰 전에 실시되었던 입찰들이 유찰되었다는 사정 외에 기준가격이 변동될 사정이 없다고 보이는 사정을 고려할 때 위 입찰에서 핵심적인 요소인 기준가격은 기준에 실시된 유찰된 입찰의 영향을 받았다고 봄이 상당한 점에 비추어 볼 때, 재입찰은 최초 입찰과 연속된 일련의 과정으로 이루어진 입찰로 봄이 상당하고, 최초 입찰과 완전히 별개의 새로운 입찰로 보기 어려움.

[(주)포스코아이씨티의 불공정하도급 거래행위에 대한 건(서울고법 2018. 11. 16. 선고 2017누46556 판결³³⁾)]

□ 구체적인 사유를 알리지 않은 채 추후 협상이 이루어질 여지가 있음을 고지한 것은 ‘정당한 사유’에 해당하지 아니함

○ 추후 협상이 이루어질 추상적인 가능성을 구두로 고지한 경우에도 하도급법 제4조 제2항 제7호 소정의 ‘정당한 사유’가 있는 것으로 본다면, 원사업자가 객관적·합리적인 사유 없이 추가 협상의 가능성을 고지함으로써 하도급법 제4조 제2항 제7호의 제한을 임의로 회피할 수 있게 되고 그 결과 최저가로 입찰한 수급사업자는 원사업자의 부당한 가격인하 요구를 거부하기 어렵게 되어, 경쟁입찰 과정에서의 부당한 하도급대금 결정행위 간주

32) 상고심(대법원 2019.3.28. 선고 2018누66807 판결)은 심리불속행 기각함

33) 상고심(대법원 2019.3.28. 선고 2018누66807 판결)은 심리불속행 기각함

규정을 두어 불공정거래행위에 효과적으로 대처하고 공정한 하도급거래질서를 정착시키려는
위 규정에 중대한 공백이 생기게 됨

[삼양건설산업(주)의 불공정하도급 거래행위에 대한 건(서울고법 2020. 10. 8. 선고
2020누32588 판결³⁴⁾]

- 하도급법 제4조 제2항 제7호 위반행위에 대한 지급명령을 하는 경우 과실상계나 책임제한 등을 통해 지급명령액을 감액할 수 있는 재량이 있다고 볼 수는 없음
- 하도급법 제33조에 수급사업자에게 책임이 있는 경우에는 피고가 시정조치 등을 할 때 이를 고려할 수 있다고 규정되어 있기는 함. 그러나 피고는 하도급법 제4조 제2항 제7호 위반행위에 대하여 지급명령을 하는 경우에 '최저가 입찰금액과 실제 하도급대금의 차액 상당액'에 대한 지급명령을 할 수 있을 뿐이고, 피고에게 수급사업자의 책임 있는 사유, 과실, 원사업자와 수급사업자 사이의 구체적 사정 등을 고려하여 과실상계나 책임제한 등을 통해 지급명령액을 감액할 수 있는 재량이 있다고 볼 수는 없음. (중략) 하도급법 제4조 위반으로 인한 지급명령은 피고가 원고에게 손해배상의 지급을 명하는 성격을 갖는 것이기는 하나(대법원 2018. 3. 13. 선고 2016두59430 판결 등 참조), 피고의 지급명령은 원사업자에게 공법상 의무를 부과하는 것에 그치는 것이고, 원사업자와 수급사업자 사이의 민사적 법률관계에 직접적인 영향을 미친다고 볼 수는 없음. 즉, 원사업자와 수급사업자 사이에 손해배상액에 관한 다툼이 있을 경우 그 구체적 산정은 최종적으로 민사재판을 통하여 확정될 수밖에 없음.
- 이처럼 하도급법 위반행위에 따른 피고의 지급명령과 원사업자가 수급사업자에게 부담하는 민사상 손해배상책임은 성격이 다른바, 하도급법상 지급명령이 손해배상의 성격을 갖는다는 점에만 주목하여 피고가 지급명령을 할 때 민사상 책임제한의 원칙인 과실상계 또는 손해배상책임의 제한까지 적극적으로 고려할 수 있는 재량권이 있다고 보기는 어려움.

[(주)동일스위트의 불공정하도급거래행위에 대한 건(서울고법 2023. 8. 31. 선고 2023누31500
판결, 파기환송심 확정)]

34) 상고심(대법원 2021.2.25. 선고 2020누52559 판결)은 신리불속법 기각함

5. 선급금의 지급 (제6조)

□ 선급금을 지급받지 못한 수급사업자가 그 받지 못한 선급금을 기성금으로 지급하기로 하는 합의를 원사업자와 하였을 경우라도 수급사업자가 원사업자에게 선급금 미지급에 대한 책임을 면제하여 준 것으로 볼 수 없음

○ 원고는 수급사업자와 선급금 대신에 기성금으로 지급하기로 하는 합의를 하였으므로 선급금 지급의무가 없어지게 되었다고 주장하나, 원고의 위 주장에 부합하는 듯한 갑 제8호증은 수급사업자가 이 사건 공사를 수행하여 이에 대한 기성대금지급청구권을 가지고 있는 지위에서 원고로부터 그동안 지급받지 못한 선급금을 기성금의 형태로라도 지급하여 달라는 취지의 기성금청구통지에 관한 것으로서 원고가 이전에 미지급한 선급금의 지연에 대한 책임을 면제하여 주는 취지의 문서로 보기는 어려우며, 가사 원고의 주장과 같이 원고가 수급사업자와 선급금 대신에 기성금으로 지급하기로 하는 합의가 있었던 것으로 보더라도 위와 같은 합의는 공정한 하도급거래질서를 확립하여 원사업자와 수급사업자가 대등한 지위에서 상호보완적으로 균형발전할 수 있도록 하려는 하도급법의 목적 내지 선급금 지급제도의 취지(하도급법 제1조, 제6조 참조)에 반하는 이상 이로써 원사업자인 원고의 선급금지급의무가 면제되는 것은 아님.

[갑을공영종합건설의 하도급법위반행위 건(서울고법 2007. 8. 16. 선고 2006누12045 판결³⁵⁾)]

□ 원사업자와 수급사업자가 선급금을 지급하지 아니하는 내용의 계약을 체결한 경우 원사업자의 선급금 지급의무가 면제되지 않음

○ 원고가 수급사업자와 사이에 선급금을 지급하지 아니하는 내용의 계약을 체결하였더라도 구 하도급법 제1항에 규정된 구 하도급법의 입법목적 및 원사업자가 발주자로부터 선급금을 받은 경우 예외 없이 수급사업자에게 선급금의 내용과 비율에 따라 선급금을 지급하도록 규정하고 있는 구 하도급법 제6조의 내용에 비추어 보면 원고는 수급사업자에게 선급금을 지급하여야 한다고 봄이 상당함.

[보미종합건설의 하도급법위반행위 건(서울고법 2009. 11. 4. 선고 2009누7099 판결³⁶⁾)]

35) 상고심(대법원 2007. 12. 27. 선고 2007두18895 판결)은 심리불속행 기각함

36) 상고심(대법원 2010. 3. 25. 선고 2009두23181 판결)은 심리불속행 기각함

□ 하도급법상 원사업자의 선급금 지급의무는 수급사업의 선급금 보증서 제출 의무와
동시이행의 관계에 있다고 볼 수 없음

- 원고는 하도급법상 원사업자의 선급금 지급의무는 수급사업자가 선급금 반환을 보증하는 증서(이하 '선급금 보증서'라 한다)를 제출할 의무와 동시이행의 관계에 있다고 보아야 하므로, 한미종합건설이 원고에게 선급금 보증서를 제출하기 이전에는 원고가 한미종합건설에 선급금을 지급하지 아니하여도 지연이자가 발생한다고 볼 수 없다고 주장하나,
- 하도급법 제6조 제1항은 원사업자가 발주자로부터 선급금을 받은 뒤에는 수급사업자에게 일정 기간 내에 선급금을 지급하여야 한다는 내용만을 정하고 있을 뿐이고, 수급사업자에 대하여는 어떠한 내용도 정하고 있지 않고 있고, 하도급거래 공정화 지침 III. 6. 가. (1)에서 원사업자가 수급사업자에게 선급금 보증서 제출을 요청한 날로부터 수급사업자가 선급금 보증서를 제출한 날까지의 기간일수를 지연이자 계산 시 공제할 수 있도록 정하고 있기는 하나, 이는 지연이자의 계산에 관한 규정에 불과하므로 위 지침의 내용만으로 원사업자의 선급금 지급이 수급사업자의 선급금 보증서 제출과 어떠한 관련관계 또는 대가관계에 놓인다고 볼 수 없으므로, 피고의 선급금에 대한 지연이자 산정은 적법함.
[라마종합건설(주)의 불공정하도급거래행위 건(서울고법 2020. 12. 2. 선고 2020누40138 판결, 고법 확정)]

6. 부당한 위탁취소의 금지 등 (제8조)

- 원사업자가 협상대상자를 선정하고 공사계약 조건 등을 협의하였으나 의사의 합치가 이루어지지 않아 계약이 체결되지 아니한 경우, 협상과정에서 공사대금의 협의가 있었고, 원사업자의 공기준수 요구 등으로 협상대상자가 계약체결 전에 자재를 선주문 하는 등 준비행위를 하였다 하더라도 이를 부당한 위탁취소로 볼 수 없음
- 공사계약은 당사자의 일방이 공사를 완성할 것을 약정하고 상대방이 그 공사결과에 대하여 보수를 지급할 것을 약정하는 도급계약의 일종으로서, 공사대금과 대금 지급시기, 공사기간, 공사의 범위 등은 공사계약에 있어서 객관적으로 본질적인 사항이어서 당사자들 사이에 위와 같은 사항들에 대한 의사의 합치가 있어야만 그 계약이 성립되었다고 할 것이고, 당사자 쌍방이 공사계약서의 내용을 확인하고 상호 서명날인을 한 후 이를 각각 보관하는 것이 일반적이므로, 공사계약을 교섭하는 단계나 계약의 체결단계에서 공사대금 등에 관한 의사의 불일치로 계약서를 작성하지 못하였다면 특별한 사정이 없는 한 그 공사계약이 체결되었다거나 공사의 위탁이 있었다고 할 수 없을 것임.
- 원고는 이 사건 공사에 관하여 수급사업자를 협상대상자로 선정하여 공사계약의 체결을 위하여 그 내용과 조건 등에 대한 협의 및 교섭을 하였으나, 공사계약 체결과정에서 최종적인 결정권한을 가진 원고의 대표이사에 의하여 위 공사계약을 체결하지 아니할 의사를 명백히 함으로써 이 사건 공사에 관하여 수급사업자와의 공사계약 교섭 및 계약 체결단계에서 공사대금에 관한 의사가 합치가 이루어지지 아니하여 계약에 이르지 못한 것임. 다만, 원고와 수급사업자의 실무자들 사이에 2002. 8.경 어느 정도의 공사대금에 대한 협의가 있었으나, 그 공사금액이 확정적인 것인가나 최종적인 것이라고 할 수 없고, 다른 계약조건에 대한 협의가 이루어지지 아니한 상태에서 한 것에 불과하여 그러한 협의만으로 이 사건 공사계약이 구두로 체결되었다고 할 수 없으며, 원고의 대표이사가 공사계약서를 작성하기 직전에 수급사업자에게 공사기간의 족박 등을 이유로 신속하게 공사를 하여야 한다고 설명하였거나 수급사업자가 위 공사의 시공에 필요한 자재의 선주문 등을 하였더라도 그러한 설명은 공사계약을 전제로 공기의 준수 등을 요구한 것으로 볼 수 있으며, 위와 같은 자재의 선주문 등도 원고로부터 계약체결에 관한 통보를 받기 전에 이루어진 공사시공을 위한 준비행위에 해당하여 자기의 위험 판단과 책임에 의한 것이어서 그러한 사정만으로 원고와 수급사업자 사이에 구두로 공사계약이 체결되었다거나 공사계약의 체결에 따른 시공지시가 있었다고 보기도 어려움. 따라서, 원고와 수급사업자 사이에 이 사건 공사에 관한 계약이 체결되었다거나 위 공사에 관한 건설위탁이 있었다고 할 수 없으므로 이를 전제로 한 피고의 처분은 위법함.

[국제종합토건의 불공정하도급거래행위 건(서울고법 2004. 11. 3. 선고 2003누14699 판결, 고법 확정)]

□ 수급사업자에게 양해를 구하였거나 사후에 금전보상이나 물량보전을 하였다고 하더라도 이를 원사업자의 목적물 지연수령에 대한 정당한 사유로 볼 수 없음

- 하도급법 제8조 제1항 제2호는 수급사업자의 책임으로 돌릴 사유가 없음에도 불구하고 목적물의 납품 등에 대한 수령 또는 인수를 거부하거나 지연하는 행위를 불공정하도급 거래행위로 보고 있는 바, 위 법 위반의 부당한 지연수령행위가 성립하기 위해서는 원고가 목적물의 납품에 대한 수령을 거부하였고 그에 대하여 수급사업자의 책임으로 돌릴 만한 사유가 없어야 함. 원고가 2003. 1. 1.부터 2005. 5. 30.까지 사이에 46개 수급사업자들로부터 이미 생산완료한 부품의 수령을 2개월 내지 8개월까지 지연한 사실이 있으며, 원고 작성의 부진재고 현황에서 나타나는 대부분의 자연수령 사유는 모델단종, 사양변경, 물량감소, 해외이전, 생산취소, 생산지연 등으로 수급사업자와는 거의 관련이 없는 것들인 점, 역시 원고가 작성한 '03년 감사인터뷰 및 대응'이라는 자료 중에서 수급사업자가 원고의 제조 위탁으로 생산 완료한 부품의 납기가 도래하였음에도 수령을 지연함에 따라 수급사업자들의 재고 부담이 장기화되어 금융비용 손실 등의 피해가 발생하고 있다고 원고 스스로 진단하고 있는 점으로 미루어 볼 때, 설령 원고 주장과 같이 수급사업자들의 양해를 구하였거나 사후에 수급사업자들에게 금전보상이나 물량보전을 하였다고 하더라도 목적물 지연수령에 대해 정당한 사유가 있다고 할 수는 없음. 따라서 원고의 부품 수령의 지연은 수급사업자의 귀책사유가 없음에도 자신의 재고부담을 수급사업자에게 일방적으로 전가하는 행위로서 법 제8조 제1항 제2호를 위반한 행위임.

[삼성전자의 불공정하도급거래행위 건(서울고법 2009. 11. 12. 선고 2008누11237 판결³⁷⁾)]

□ 원사업자의 귀책사유 없이 객관적으로 유지될 수 없음이 명백한 하도급계약의 해제를 통지하였다고 하여 이를 원사업자가 임의로 위탁을 취소한 것이라고 보기는 어려움

- 현대위아는 2014. 6. 5. 원래의 입항인정으로 선박이 입항하는 것을 원고(씨제이대한통운)가 거부하였다는 등의 납득하기 어려운 이유로 원고에게 이 사건 도급계약의 해제 통지를 하였고, 원고는 이에 기하여 참가인(케이엘에스)에게 이 사건 하도급계약의 해제 통지를 하였는데, 현대위아의 원고에 대한 이 사건 도급계약의 해제 통지가 적법한지 여부와 관계없이 현대위아의 위 해제 통지에 의하여 원고가 현대위아로부터 사실상 이 사건 크레인을 수령할 수 없음은 명백하고, 이에 의하면 이 사건 크레인의 존재를 전제로 한 이 사건 하도급계약도 유지되기는 어려우며, 이에 관한 귀책사유는 현대위아에게 있을 뿐 원고에게 그 귀책사유를 인정할 수도 없는바, 이와 같이 원고에게 귀책사유 없이 객관적으로 유지될

37) 싱고심(대법원 2010. 4. 8. 선고 2009두23303 판결)은 신리불속행 기각한

수 없음이 명백한 이 사건 하도급계약의 해제를 통지하였다고 하여 이를 원고가 임의로 위탁을 취소한 것이라고 보기는 어려움.

[씨제이대한통운의 불공정하도급거래행위 건(서울고법 2016. 11. 24. 선고 2015누57200 판결³⁸⁾)]

□ 고객사의 발주 중단은 기본거래계약 및 제1차 특별계약에서 정한 발주중단 내지 계약 해지사유에 해당하지 아니하므로 원고의 발주중단은 수급사업자의 책임으로 돌릴 사유가 없는 경우에 해당함

○ 제1차 특별계약 제1조 제2항(현재지변, 고객사 시장 상황급변 등의 경우에는 별도 협의 한다.)만으로는 “고객사 시장 상황급변 등”이 있는 경우라 하더라도 원고에게 발주를 중단할 수 있는 권리를 부여하였다고 볼 수 없을 뿐만 아니라 애플사가 원고의 귀책사유 없이 일방적으로 원고에 대한 발주를 중단하였다고 볼 수 있는 자료가 없으므로, 애플사가 원고에 대한 발주를 중단하였다는 사정만으로는 원고가 부득이 수급사업자에 대하여 발주를 중단할 수 있다고 볼 수 없고, 따라서 원고의 위 주장도 이유 없음.

[(주)인터플렉스의 불공정하도급 거래행위에 대한 건(서울고법 2022. 8. 17. 선고 2020누67898 판결³⁹⁾)]

□ 처분문서는 그 진정성립이 인정되는 이상 법원은 그 기재 내용을 부인할만한 분명하고도 수긍할 수 있는 반증이 없는 한 그 기재 내용대로의 의사표시의 존재 및 내용을 인정하여야 하므로 수급사업자가 공사포기각서를 제출하여 위탁취소를 행한 원사업자의 행위에 대하여 과징금 등을 부과한 공정위의 처분은 위법함

○ 수급사업자 B는 2018. 12. 13. 원사업자인 원고의 대표이사 김00가 이 사건 공사포기각서를 위조하였다는 사유로 사문서위조로 고소하였으나, 대전지방법원은 2021. 4. 7. 김00에 대하여 범죄의 증명이 없는 경우에 해당한다는 이유로 무죄판결을 선고하였으며 판결이 확정되었음.

○ 이 사건 공사포기각서는 진정성립이 인정되는 처분문서인바, 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 사정에 비추어 보면 이 사건 공사포기각서의 기재내용이 객관적 진실에 반하는 것으로 불만한 합리적인 이유가 있다고 인정하기 어려우며 수급사업자 B가 이 사건 공사

38) 상고심(대법원 2017. 3. 9. 선고 2016두62443 판결)은 심리불속행 기각함

39) 상고심(대법원 2022. 12. 29. 선고 2022두57367 판결)은 심리불속행 기각함

포기의사가 있었음이 인정되므로, 원고가 수급사업자의 책임으로 돌릴 사유가 없음에도 임의로 이 사건 공사를 취소하였다고 볼 수 없고 원고의 이 사건 계약해지 행위는 하도급법 제8조 제1항 제1호에 위반되지 않으며 이를 이유로 한 이 사건 시정명령 및 이 사건 과징금 납부명령은 위법함.

[(주)미진종합건설의 불공정하도급거래행위에 대한 건(대법원 2022. 12. 8. 선고 2021누46218 판결⁴⁰⁾)]

40) 상고심(대법원 2023. 4. 13. 선고 2023두31478 판결)은 심리불속행 기각함

7. 검사의 기준·방법 및 시기 (제9조)

- 하도급법 제9조 제2항의 ‘원사업자가 수급사업자로부터 목적물을 수령하고도 정당한 사유 없이 10일 이내에 수급사업자에게 서면으로 검사결과를 통지하지 아니한 경우에는 검사에 합격한 것으로 본다’는 규정의 취지는 검사에 합격한 것으로 봄으로써 그로 인한 대금채무도 발생한 것으로 본다는 것임
- 하도급법 제9조 제2항에서, 원사업자는 정당한 사유가 있는 경우를 제외하고는 수급사업자로부터 목적물을 수령한 날(제조위탁의 경우에는 기성부분의 통지를 받은 날을 포함하고, 건설위탁의 경우에는 수급사업자로부터 공사의 준공 또는 기성부분의 통지를 받은 날을 말한다)부터 10일 이내에 검사결과를 수급사업자에게 서면으로 통지하여야 하며, 이 기간 내에 통지하지 않는 경우에는 검사에 합격한 것으로 본다고 규정하고 있는바, 하도급법은 하도급거래질서를 확립하여 원사업자와 수급사업자가 대등한 지위에서 상호 보완적으로 균형 있게 발전하도록 하는 것을 목적으로 하고 있는 점(제1조), 검사의 기준과 방법은 당사자가 협의에 의하여 객관적이고 공정·타당하도록 정하는 것이 원칙인 점(제9조 제1항), 민사상 대금채무의 발생과 소멸은 하도급법의 영역이 아니라 민사법의 영역에 속하는 점 등을 종합하면, 제9조 제2항에서 원사업자가 수급사업자로부터 목적물을 수령하고도 정당한 사유 없이 10일 이내에 수급사업자에게 서면으로 검사결과를 통지하지 아니한 경우에는 검사에 합격한 것으로 본다고 규정한 취지는 검사에 합격한 것으로 봄으로써 하도급법이 적용되는 범위 안에서는 그로 인한 대금채무도 발생한 것으로 본다는 의미라고 풀이함이 상당하므로, 이러한 경우에 원사업자가 수급사업자에게 그 대금을 하도급법이 정한 바에 따라 지급하지 아니하였다면, 달리 그 대금채무가 발생하지 아니하였음이 밝혀지지 않는 한 공정거래위원회는 제25조 제1항에서 정하고 있는 시정명령을 할 수 있다고 보아야 함(대법원 2002. 11. 26. 선고 2001두3099 판결 참조). 원고가 수급사업자에게 제조위탁한 가을·겨울용 남성 및 여성용 점퍼를 수령하고도 그 수령일부터 10일 이내에 검사결과를 수급사업자에게 서면으로 통지하지 아니한 사실은 당사자 사이에 다툼이 없고, 달리 그 대금채무가 발생하지 아니하였음이 밝혀지지 아니하였으므로, 하도급법이 적용되는 범위 안에서는 그로 인한 대금채무도 발생할 것으로 보아야 함.

[동양에프씨의 불공정하도급거래행위 건(서울고법 2008. 6. 18. 선고 2008누3816 판결⁴¹⁾)]

41) 상고심(대법원 2008. 9. 25. 선고 2008두12948 판결)은 심리불속행 기각함

- 원사업자가 정당한 사유 없이 통지기간 내에 검사 결과를 수급사업자에게 서면으로 통지하지 아니하였다면, 별도로 불합격 통지를 하였는지에 관계없이 하도급법 제9조 제2항 본문에 위반되고, 이 경우 공정거래위원회는 특별한 사정이 없는 한 같은 법 제25조 제1항에 따라 원사업자에게 시정명령을 할 수 있음
- 원심은, 원고가 2015. 9. 30.부터 2020. 3. 31.까지 화진에게 제조위탁한 기구 부품을 수령하고도 그로부터 10일 이내에 정당한 사유 없이 검사 결과를 화진에게 서면으로 통지하지 않은 행위(이하 '제2행위'라 한다)와 관련하여, 하도급법 제9조 제2항 본문은 원사업자로 하여금 불합격 통지를 한 경우에 한하여 통지기간 내에 서면 통지를 하도록 규정한 것이므로, 불합격 통지 없이 통지기간 내에 서면 통지를 하지 않은 것에 불과한 제2행위는 시정명령의 대상이 될 수 없다고 보아 이 사건 제1처분 중 제2행위에 대한 시정명령 부분은 위법하다고 판단하였음.
- 그러나 하도급법 제9조 제2항 본문, 제25조 제1항의 규정 내용 및 취지, 특히 원사업자가 통지기간 내에 검사 결과를 수급사업자에게 서면으로 통지하지 아니하면 설령 하도급법 제9조 제2항 본문 후단에 따라 검사에 합격한 것으로 간주된다고 하더라도 원사업자가 추후 미통지의 정당한 사유 등을 주장함에 따라 수급사업자가 불안정한 지위에 놓일 수 있는 점 등을 고려하면, 원사업자가 정당한 사유 없이 통지기간 내에 검사 결과를 수급사업자에게 서면으로 통지하지 아니하였다면, 별도로 불합격 통지를 하였는지에 관계없이 하도급법 제9조 제2항 본문에 위반되고, 이 경우 공정거래위원회는 특별한 사정이 없는 한 같은 법 제25조 제1항에 따라 원사업자에게 시정명령을 할 수 있다고 할 것임. 그럼에도 원심은, 이와 다른 전제에서 불합격 통지 없이 통지기간 내에 서면 통지를 하지 않은 것에 불과한 제2행위는 시정명령의 대상이 될 수 없다고 보아 이 사건 제1처분 중 제2행위에 대한 시정명령 부분은 위법하다고 판단하였음. 이러한 원심 판단에는 하도급법 제9조 제2항 본문, 제25조 제1항의 적용범위에 관한 법리를 오해함으로써 판결에 영향을 미친 잘못이 있음.

[(주)코아스의 불공정하도급거래행위에 대한 건(대법원 2023. 3. 13. 선고 2022두57893, 2022두57909(병합) 판결)⁴²⁾]

⁴²⁾ 파기환송심(서울고법 2023. 11. 16. 선고 2023누37140, 2023누37157(병합) 판결)에서도 위 대법원 판결 취지에 따라 판단을 하여 원고의 청구를 기각하였고, 원고가 상고를 제기하지 않아 그대로 확정됨

8. 감액금지 (제11조)

□ 수급사업자의 귀책사유로 인한 산재사고로 원사업자가 입을 손해액을 미리 예정하고 기성금 지급 시 이를 공제할 수 있도록 한 안전약정이 효력이 없다고 볼 수 없음

- 원고는 이 사건 하수급인들과 “공사 중 발생하는 산재사고에 대하여는 이 사건 하수급인들이 모든 민·형사상 책임을 부담하고, 원고가 이에 대하여 산재처리를 하는 경우에는 산재 사고로 인한 산재보험료를 인상, PQ점수 하락 등 원고의 불이익에 대하여 이 사건 하수급인들이 원고에게 부상자 1인당 2천만 원, 사망자 1인당 1억 원을 지급하되, 원고가 이 사건 하수급인들에 대한 기성 공사내금 지급 시 위 금액을 공제하고 지급할 수 있다”는 내용의 안전계약를 각각 체결하였음. 일반적으로 하도급관계에 있어서 원수급인과 하수급인은 내부관계에서 산재사고에 대한 책임을 하수급인이 지는 것으로 미리 합의할 수 있다고 할 것인데, 위 각 안전약정이 산재사고에 대하여 이 사건 하수급인들에게 그들의 귀책사유가 전혀 없는 경우까지 책임을 지도록 하는 취지로는 보이지 않고, 이 사건 하수급인들의 귀책사유로 인한 산재사고로 원고가 입을 위와 같은 손해는 그 손해액 산정이 어려우므로 미리 그 배상액을 예상할 수도 있다고 할 것이며, 민법 제398조 제2항은 손해배상의 예정액이 부당히 과다한 경우에는 법원은 적당히 감액할 수 있다고 규정하고 있어 이 사건 하수급인들 입장에서는 실제 산재사고에 있어서 위 배상예정액이 부당히 과다하다고 판단될 경우 민사소송을 통하여 다툴 수 있는 여지가 있으므로 위 각 안전약정이 이 사건 하수급인들에게 일방적으로 불리하여 효력이 없다고 볼 수 없음. 따라서 원고가 유효한 안전약정에 따른 감액이라고 주장함에 대하여 피고는 이 사건 하수급인들의 귀책사유가 전혀 없다는 점에 대한 아무런 입증이 없으므로 (하도급대금의 부당감액에 있어서 부당성의 유무는 하도급계약의 체결 및 대금감액의 경위, 하도급계약의 이행내용, 하도급목적물의 특성과 그 시장상황, 간액된 하도급대금의 정도 등 개별사안에서 드러난 여러 사정을 종합적으로 살펴 그것이 수급사업자에게 부당하게 불리한 감액인지 여부에 따라 판단하여야 하며, 그에 관한 입증책임은 공정위에 있음), 결국 이 사건 처분은 원고의 나머지 주장에 대하여 나아가 살펴 볼 필요 없이 위법함.

[삼양건설산업의 불공정하도급거래행위 건(서울고법 2010. 9. 15. 선고 2009누39300 판결⁴³⁾)]

43) 상고심(대법원 2011. 1. 27. 선고 2010두21013 판결)은 심리불속행 기각함

□ 하도급법 제11조 제1항의 부당감액행위의 부당성 여부는 하도급계약의 내용, 계약이행의 특성, 감액의 경위, 감액된 하도급대금의 정도, 감액방법과 수단 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 그것이 수급사업자에게 부당하게 불리한 감액인지 여부에 따라 판단하여야 하며, 그에 관한 입증책임은 공정위에 있음⁴⁴⁾

○ 하도급법 제11조 제1항의 부당감액행위는 원사업자가 수급사업자에게 책임을 둘릴 사유가 없음에도 불구하고 제조 등의 위탁을 할 때 정한 하도급대금을 부당하게 감액하는 경우에 성립하며, 부당성 여부는 하도급계약의 내용, 계약이행의 특성, 감액의 경위, 감액된 하도급대금의 정도, 감액방법과 수단 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 그것이 수급사업자에게 부당하게 불리한 감액인지 여부에 따라 판단하여야 하며, 그에 관한 입증책임은 공정위에 있음. 이 사건 하도급공사에 대한 설계변경 등에 따라 이 사건 하도급대금을 정산하여야 하는 경우에는 공종별 개개 공사내역의 수량 변동을 계산의 기초로 삼을 것이 아니라 원도급계약의 공사대금 중 이 사건 하도급공사에 해당하는 순공사비 총액에 85.95%를 적용해 산정한 금액을 기준으로 정산하기로 특약을 체결한 것으로 볼이 상당함. 이 사건 특약이 수급사업자에게 일방적으로 불리하다고 볼 만한 아무런 증거가 없고, 이 사건 특약에 기하여 이 사건 하도급 공사대금이 부당하게 감액됨으로써 원도급계약의 공사대금이 감액된 구체적인 내용과 비율에 따라 수급사업자가 이 사건 하도급 공사대금을 정산 받지 못하게 되었다고 인정하기에는 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없음.

[낙원건설의 불공정하도급거래행위 건(서울고법 2010. 10. 13. 선고 2009누31429 판결⁴⁵⁾)]

□ 원사업자가 수급사업자에게 잠정적인 하도급대금을 지급하고 발주자와 수주금액을 추후 협상하여 결정한 후 최종적인 하도급대금을 결정하기로 한 행위는 부당한 하도급대금 감액에 해당하지 않음

○ 하도급법 제11조 제2항 제1호에서 원사업자가 위탁할 때 하도급대금을 감액할 조건 등을 명시하지 아니하고 위탁 후 협조요청 또는 거래상대방으로부터의 발주취소, 경제상황의 변동 등 불합리한 이유를 들어 하도급대금을 감액하는 행위는 제1항의 규정에 의한 부당감액으로 본다고 규정하고 있으므로 하도급대금의 감액은 그것이 부당하게 행하여진 경우에만 금지되는 것이고, 이 경우 부당성의 유무는 하도급계약 체결 및 대금감액의

44) 2011. 3. 29. 하도급법 개정으로 제11조는 [부당감액의 금지]에서 [감액금지]로 변경되었으며, 원칙적으로 원사업자의 감액을 금지하고, 원사업자가 정당한 사유를 입증한 경우에는 하도급대금을 감액할 수 있도록 하여 감액의 입증책임을 원사업자에게 전환함

45) 심고심(대법원 2012. 1. 27. 선고 2010두24050 판결)은 이러한 원심판결에 위법이 없다고 판시함

경위, 하도급계약의 이행내용, 하도급목적물의 특성과 그 시장상황, 감액된 하도급대금의 정도 등 개별사안에서 드러난 여러 사정을 종합적으로 살펴 그것이 수급사업자에게 부당하게 불리한 감액인지 여부에 따라 판단하여야 하며, 그에 관한 입장책임은 피고에게 있음. 발주서상에 원발주자와의 최종 가격협상에 따라 제조가격이 조정될 수 있음을 명시한 점, 제품의 불량에 따라 추가로 제조한 금형 2세트에 대한 가격결정 역시 원발주자와의 가격협상에 따르기로 합의한 점, 현대자동차 및 원발주자의 가격결정은 제작완료된 금형을 객관적으로 평가하여 원가산정 프로그램에 따라 산정하는 것이어서 결정될 제조가격을 어느 정도 예상할 수 있고, 이에 따라 원고는 제조가격이 확정적으로 결정되기 전에 수급사업자에게 발주금액의 73%에 달하는 하도급대금을 지급한 점, 현대자동차 및 원발주자의 가격결정에 대하여 수급사업자가 증액협의를 요청하여 제조가격이 증액 되었고 위 금액은 수급사업자의 최초 견적금액의 65.8%에 이르는 점 등을 종합적으로 고려하여 보면 수급사업자는 이 사건 금형의 발주금액을 높게 책정받아 발주금액을 기준으로 지급하는 선금금을 많이 수령하는 대신 원고가 원발주자와의 최종 제조가격 협상에 따라 제조가격이 조정될 경우 이에 따라 하도급금액도 조정하기로 합의하였다고 할 수 있어 이에 따른 원고의 하도급대금의 감액행위를 '부당한' 하도급대금의 감액이라고 할 수 없음.

[신일정공의 하도급법위반행위 건(서울고법 2004. 10. 7. 선고 2003누17773 판결⁴⁶⁾)]

- 원사업자와 수급사업자 간 단가 소급적용에 관한 합의가 있었는지, 언제 있었는지를 불문하고 단가 인하에 관한 합의 내용을 이미 발주된 부분에 대하여 적용하는 것은 부당한 하도급대금 감액에 해당함
- 하도급법 제11조 제1항은 정당한 사유 없이 하도급대금을 감액하는 것을 금지하고 있고, 같은 조 제2항 제2호는 '단가 인하에 관한 합의가 성립된 경우 그 합의 성립 전에 위탁한 부분에 대하여도 합의 내용을 소급하여 적용하는 방법으로 하도급대금을 감액하는 행위'는 정당한 사유에 의한 행위로 보지 않는다고 규정함. 원고는 수급사업자들과 단가합의가 있기 전에 합의된 단가의 적용일을 먼저 합의하였으므로 하도급법 제11조 제2항 제2호 위반이 아니라고 주장하나, 원고와 수급사업자들 사이에 사전에 단가 인하 합의일 이전으로 그 적용일을 소급하기로 합의하였다고 볼 만한 객관적인 증거가 없음. 또한, 합의 내용을 소급적용 하면, 수급사업자는 수주 당시 자신이 납품할 품목의 가격을 예측할 수 없어 그의 하도급거래에 관한 법률관계가 불안정해 지는 점, 법 개정⁴⁷⁾ 취지

46) 상고심(대법원 2005. 3. 11. 선고 2004두12780 판결)은 심리불속행 기각함

47) 구 하도급법 제11조 제2항 제2호는 원사업자·단가 인하에 관한 합의를 일방적으로 소급적용하는 것을 금지하고 있으나, 2013. 5. 28. '일방적으로' 문언을 삭제
법 개정 이전에는 학의에 따라 단가인하를 소급적용한 것은 부당감액에 해당하지 않는다고 본 판례도 있음

등에 비추어 보면, 하도급법 제11조 제2항 제2호 규정에 의하여 금지되는 단가 인하 합의의 소급적용은 원사업자가 합의 내용을 일방적으로 소급적용하는 경우뿐만 아니라, 원사업자와 수급사업자 사이에 소급적용에 관한 외형상 합의가 있는 경우까지 포함된다고 해석되는 점, 단가 적용일에 관한 합의가 언제 있었는지를 불문하고 단가 인하에 관한 합의 내용을 이미 발주된 부분에 대하여 적용하는 것은 소급적용으로서 금지된다고 해석함이 타당한 점 등을 고려하면, “기 적용된 확정단가를 변경시키는 사후적인 합의의 효력을 합의 이전으로 소급시키기로 하는 사전합의”는 허용될 수 없음. 따라서, 합의된 단가의 적용일에 대해 사전에 합의하였으므로 하도급법 제11조 제2항 제2호에 위반되지 않는다는 원고의 주장은 이유 없음.

[엘지전자(주)의 불공정하도급거래행위 건(서울고법 2019. 8. 22. 선고 2018누57485 판결⁴⁸⁾]

- 원사업자가 목적물을 수령 후 10일 이내에 검사결과를 서면으로 통지하지 아니한 경우 수급사업자의 귀책사유로 대금을 감액할 수 없음
- 원고가 수급사업자에게 제조위탁한 가을·겨울용 남성 및 여성용 점퍼를 수령하고도 그 수령일부터 10일 이내에 검사결과를 수급사업자에게 서면으로 통지하지 아니한 사실은 당사자 사이에 다툼이 없고, 달리 그 대금채무가 발생하지 아니하였음이 밝혀지지 아니하였으므로, 하도급법이 적용되는 범위 안에서는 그로 인한 대금채무도 발생할 것으로 볼 것임. 따라서 수급사업자의 귀책사유로 위 각 제품을 반품하거나 대금을 감액하였다는 원고의 주장은 받아들일 수 없음.

[동양에프씨의 불공정하도급거래행위 건(서울고법 2008. 6. 18. 선고 2008누3816 판결⁴⁹⁾]

- 수급사업자가 납품한 제품을 원사업자가 다시 가공하는 과정에서만 불량이 발견되는 특성을 가졌다고 볼 만한 증거는 없고, 오히려 외관검사만으로 쉽게 불량품을 선별할 수 있는 것으로서 원사업자에 대하여 법정검사기간을 준수하도록 요구하는 것이 공정·타당하지 않은 것으로 보기 어려우므로, 법정 검사기간 내에 원사업자가 검사결과 통지를 하지 않은 이상, 감액분의 하도급 대금 역시 그 기간이 지남으로써 확정적으로 발생하였다고 할 것임.

[유성정밀의 불공정하도급거래행위 건(서울고법 2009. 10. 15. 선고 2008누36847 판결, 고법 확정)]

(서울고법 2009. 12. 30. 선고 2009누9675 판결)

48) 상고심(대법원 2020. 1. 16. 선고 2019두52089 판결)은 심리불속행 기각함

49) 상고심(대법원 2008. 9. 25. 선고 2008두12948 판결)은 심리불속행 기각함

□ 원고는 발주자로부터 목적물 수령일로부터 만기일이 60일 이내인 어음으로 대금을 받았는데, 원고가 그러한 상태에서 이 사건 수급사업자들에게 목적물 수령일이나 목적물 수령일로부터 60일 이전에 하도급대금 전액을 현금으로 지급하기를 기대하기는 현실적으로 어려울 뿐 아니라, 그러한 조건을 하도급대금 지급조건으로 정하는 것은 경제적 합리성도 없음

○ 원고(중앙오션)와 이 사건 수급사업자들이 약정한 하도급대금은 목적물 수령일로부터 60일이 되는 날에 지급할 경우 지급하기로 약정한 금액에 해당할 뿐이고, 원고가 이보다 앞선 기일에 지급할 때에도 위 돈을 지급하기로 약정하였다고 보기 어려움. 원고는 현대중공업으로부터 2011. 6.까지는 만기일이 목적물 수령일로부터 60일 이내인 어음을 지급받았는데, 당시 어음할인율은 연 4.99%였음. 이러한 상황에서 원고가 이 사건 수급 사업자들에게 손해를 보면서까지 현금으로 지급하는 대금지급조건을 제시하였다고 보기는 어려움. 따라서 원고와 이 사건 수급사업자들 사이에는 목적물 수령일부터 60일째 되는 날 지급할 때에는 약정한 하도급대금 전액을, 이보다 앞선 기일에 현금으로 지급할 때에는 연 4.99%의 어음할인율을 공제한 금액을 지급하기로 약정한 것으로 보는 것이 합리적임.

[중앙오션의 불공정하도급거래행위 건(서울고법 2016. 11. 11. 선고 2016누38831 판결50)]

□ 장래에 발생이 예정된 하도급대금을 대상으로 하였다고 하여 하도급대금의 결정이라고 보아서는 안되고, 그 성격을 살펴 하도급대금의 감액인지 하도급대금의 결정인지를 판단하여야 함

○ 하도급법 제11조는 원사업자는 제조 등을 위탁을 할 때 정한 하도급대금을 감액하여서는 아니 되고, 다만 원사업자가 정당한 사유를 입증한 경우에는 하도급대금을 감액할 수 있다고 규정하고 있음. 이때 감액의 대상이 되는 하도급대금에는 이미 지급된 것 외에 아직 지급되지 않은 것이 포함되고, 후자에는 이미 발생한 것 외에 장래에 발생이 예정된 것도 포함된다고 해석하여야 함. 이미 발생한 하도급대금에서 감액을 하는 것과 향후 발생할 하도급대금에서 감액을 하는 것은 하도급거래의 공정화라는 관점에서 보았을 때 별다른 차이가 없고, 만일 이를 감액으로 보지 않으면 원사업자가 가까운 장래에 발생이 확실한 하도급대금을 감액 대상으로 삼음으로써 하도급법의 적용을 부당하게 회피하는 것을 규제할 수 없는 경우가 발생할 수 있기 때문인. 따라서 장래에 발생이 예정된 하도급대금을 대상으로 하였다고 하여 곧바로 하도급대금의 결정이라고 보아서는 안되고, 그 성격을 살펴 하도급대금의 감액인지 하도급대금의 결정인지를 판단하여야 함.

50) 삼고심(대법원 2017. 3. 30. 선고 2016두64289 판결)은 심리불속행 기각함

[한온시스템(주)의 불공정하도급거래행위에 대한 건(서울고법 2023. 2. 2. 선고 2020누64561 판결⁵¹⁾)]

- 원사업자의 생산성 향상 기여를 이유로 하도급대금을 감액하는 것이 예외적으로 정당화되기 위해서는 수급사업자가 동의하였다거나 단순히 수급사업자의 생산성 향상에 도움을 주었다는 사실만으로는 부족함
- 원사업자의 생산성 향상 기여를 이유로 하도급대금을 감액하는 것이 예외적으로 정당화 되기 위해서는 수급사업자가 그러한 감액에 동의하였다거나 단순히 원사업자가 수급사업자의 생산성 향상에 도움을 주었다는 사실만으로 부족하고, 사후적으로 보았을 때에도 원고에게 분배되는 금액(감액액)이 원고의 기여 정도나 원고가 지출한 비용 등을 합리적으로 반영한 것이라는 점을 분명하게 확인할 수 있을 정도로 원고가 하려는 생산성 향상 지원활동의 구체적인 내용, 원고가 지출하는 비용, 그로 인해 발생하는 구체적인 생산성 향상 효과와 그 이의액의 분배방법 등이 사전에 명확하게 정해져 있어야 하고, 실제 원고의 기여 활동을 통해 원가절감 효과가 발생하였음이 구체적이고 객관적인 자료에 의해 증명되어야 함.

[한온시스템(주)의 불공정하도급거래행위에 대한 건(서울고법 2023. 2. 2. 선고 2020누64561 판결⁵²⁾)]

51) 상고심(대법원 2023. 6. 15. 선고 2023두36459 판결)은 심리불속행 기각함

52) 상고심(대법원 2023. 6. 15. 선고 2023두36459 판결)은 심리불속행 기각함

9. 경제적 이익의 부당요구 금지 (제12조의2)

- 원사업자가 수급사업자로 하여금 미분양된 아파트 분양 및 수입차량 구매를 조건으로 하여 하도급계약을 체결한 것은 경제적 이익의 요구행위로 볼 수 있음
- 하도급법 제12조의2의 입법취지는 원사업자가 하도급거래를 하면서 자신의 우월적 지위를 이용하여 수급사업자에게 법률상 의무 없는 부담을 강요하는 불공정거래행위를 금지하는 데에 있는 바, 수급사업자가 원사업자의 경제적 이익 제공 요구를 수용할 수밖에 없는 조건을 내세워 하도급계약을 체결하는 행위도 위 조항의 규제대상에 포함되는 것으로 보아야 하고, 여기에서 말하는 '경제적 이익의 제공'에는 반드시 반대급부가 없는 일방적인 경제적 이익만이 아니라, 원사업자가 부담하여야 할 비용을 수급사업자에게 전가하거나 유동성을 확보하는 것 등 간접적이고 우회적인 형태로 수급사업자에게 경제적 부담을 지우는 것도 포함됨.
 - 원심은 그 내용증거들을 종합하여, 원고가 이 사건 39개 수급사업자들에게 건축공사를 하도급하면서 그 거래조건으로 자신의 미분양 아파트를 분양하도록 하거나 자신과 특수한 관계에 있는 회사의 수입차량을 구매하도록 한 사실을 인정한 다음, 원고가 위와 같이 39개 수급사업자로 하여금 미분양된 아파트를 분양받는 것 및 수입차량을 구매하는 것을 조건으로 하여 하도급계약을 체결한 것은 자신 또는 제3자의 매출을 늘리고 자금운용을 원활하게 할 수 있는 경제적 이익의 요구행위로 볼 수 있고, 나아가 원고는 호남지역에서 시공능력 평가순위 3위의 대형건설업체로서 해당 지역 내에서 하도급업체들에 대하여 우월적 지위에 있었던 점, 원고는 하도급계약의 체결과 관련하여 협력업체 중 특별한 기준이 없이 해당 공종의 공사를 수행하는 데 적절하다고 판단되는 4, 5개 회사에 대하여 입찰을 위한 현장설명회에 참석할 것을 지명하고 현장설명회에 참석한 회사들이 응찰을 하여 최저가로 입찰한 회사가 낙찰을 받는 방식을 취하고 있었는데, 건축공사를 하도급받기 위해서는 원고로부터 지명을 받는 것이 필수적인 전제조건이 되는 수급사업자로서는 위와 같은 입찰 과정에서 원고가 내세운 구매조건을 사실상 거부하기 어려웠을 것으로 보이는 점, 원고가 수급사업자에게 배정한 일부 아파트에 대하여는 이후의 분양에 지장을 초래할 것을 우려해 일정기간 동안 분양권의 전매를 금지하였던 점 등 판시 사정에 비추어 볼 때, 원고의 이 사건 미분양 아파트 분양행위 및 수입차량 매도행위는 39개 수급사업자들의 진정한 의사에 반하여 이루어진 것으로서 강제성이 있었다고 보인다는 이유로, 원고의 이 사건 미분양 아파트 분양행위 및 수입차량 매도행위 등은 정당한 사유 없이 수급사업자에게 자기 또는 제3자를 위하여 금전, 물품, 용역 그 밖의 경제적 이익을 제공하도록 하는 행위로서 구 하도급법 제12조의2에서 금지하는 위반행위에 해당한다고 판단하였고, 위와 같은 사실인정 및 판단은 정당함.

[남양건설의 불공정하도급거래행위 건(대법원 2010. 12. 9. 선고 2009두2368 판결)]

* 같은 취지 : 대주건설의 하도급법위반행위 건(대법원 2010. 12. 9. 선고 2008두22822 판결)

□ 하도급계약을 체결하면서 선금금 지급 조건으로 수급사업자에게 제3자 소유의 미분양 오피스텔을 구입하도록 한 것은 경제적 이익의 부당요구행위에 해당함

- 아래 사정에 의하면, 원고가 정당한 사유 없이 참가인(수급사업자)에게 000(원고의 1대 주주)을 위하여 미분양 오피스텔을 분양받도록 한 것이라고 볼이 상당함. ① 수급사업자가 제2공구 골조공사와 관련된 선금금을 지급받은 즉시 그 전액을 오피스텔 분양대금으로 지급하였을뿐 공사대금으로는 전혀 사용하지 않은 것으로 보아 원고가 선금금을 지급한 것은 오피스텔 분양대금의 지급을 위한 것이라고 보이고, ② 원고는 위 오피스텔이 97%정도 분양되어 수급사업자에게 분양받을 것을 요구할 필요가 없었다고 주장하나, 준공 후 3년여가 지날 때까지도 미분양 호실이 남아있는 이상 원고가 수급사업자에게 분양받을 것을 요구할 필요성이 없다고 할 수 있으며, ③ 수급사업자가 위 오피스텔을 분양받을 필요성이 있다고 보이지도 않음. 즉 수급사업자 명의로 분양계약서가 작성되지도 않은 점, 수급사업자가 분양대금을 지급한 후 불과 한 달도 안되어 오피스텔을 매도한 점 등에 비추어 보면 당초 수급사업자에게는 위 오피스텔을 소유하거나 사용할 의사가 없었다고 보이고, 위 오피스텔이 단기간 내에 전매차익을 얻을 수 있을 정도의 투자 가치가 있다고 볼 아무런 자료가 없음, ④ 수급사업자가 아닌 오피스텔 매수인들과 분양계약서를 작성하면서 그 분양일자를 수급사업자가 분양대금을 입금한 2008. 1. 3.로 소급한 점에 비추어 보면, 원고에게는 수급사업자의 계산으로 위 오피스텔 2채의 수분양자를 모집하려는 의도가 있었던 것으로 보임. 따라서 원사업자가 하도급계약을 체결하면서 수급사업자에게 선금금 지급조건으로 자신의 1대 주주가 소유한 미분양 오피스텔 2채를 구입하도록 한 행위는 하도급법 제12조의2가 규정하는 '원사업자가 정당한 사유 없이 수급사업자에게 자기 또는 제3자를 위하여 금전, 물품, 용역, 그 밖의 경제적 이익을 제공하도록 하는 행위'에 해당함.

[신안의 하도급법위반행위 건(서울고법 2012. 5. 16. 선고 2011누10340 판결⁵³⁾)]

□ 원사업자가 수급사업자로 하여금 이 사건 상가를 분양받도록 하여 원사업자의 계열회사가 대출조건 충족 및 대출실행 등의 경제적 이익을 얻은 것으로 볼 수 있는 경우는 하도급법 제12조의2에서 말하는 '경제적 이익의 제공'에 해당함

- 하도급법 제12조의2의 입법취지는 원사업자가 하도급거래를 하면서 자신의 우월적지위를 이용하여 수급사업자에게 법률상 의무 없는 부담을 강요하는 불공정거래행위를 금지하는 데에 있음. 수급사업자가 원사업자의 경제적 이익 제공 요구를 수용할 수밖에 없는

53) 상고심(대법원 2012. 10. 11. 선고 2012두14385 판결)은 심리불속행 기각함

조건을 내세워 하도급계약을 체결하는 행위도 위 조항의 규제대상에 포함되는 것으로 보아야 하고, 여기에서 말하는 '경제적 이익의 제공'에는 반드시 반대급부가 없는 원방적인 경제적 이익만이 아니라, 원사업자가 부담하여야 할 비용을 수급사업자에게 전기하거나 유동성을 확보하는 것 등 간접적이고 우회적인 형태로 수급사업자에게 경제적 부담을 지우는 것도 포함됨.

- 다음과 같은 사정을 위 법리에 비추어 보면, 원고는 선앤문이 추진하는 이 사건 오피스텔 소재 상가의 분양률이 저조하여 대출실행이 무산될 처지에 놓이자 월드퍼니처로 하여금 이 사건 상가를 분양받도록 하여 원고의 계열회사인 선앤문은 대출조건 충족 및 대출실행 등의 경제적 이익을 얻은 것으로 볼 수 있어 원고의 이 부분 주장은 이유 없음.
 - ① 하도급법 제12조의2는 "원사업자는 정당한 사유 없이 수급사업자에게 자기 또는 제3자를 위하여 금전, 물품, 용역, 그 밖의 경제적 이익을 제공하도록 하는 행위를 하여서는 아니 된다."라고 규정하고 있는데, 원사업자인 원고가 수급사업자인 월드퍼니처에게 자신뿐만 아니라 제3자인 선앤문을 위하여 경제적 이익을 제공하도록 요구하는 행위도 하도급법에서 금지하고 있음.
 - ② 선앤문은 원고가 49.5%의 지분을 가지고 있는 원고의 계열회사로 선앤문이 경제적 이익을 얻게 되면 원고도 간접적으로 경제적 이익을 얻게 됨.
 - ③ 미분양된 이 사건 상가가 분양되면 위탁자인 선앤문은 매출이 늘어나고, 상가분양확인서에 따라 이 사건 상가를 분양받아야 할 의무가 있었던 원고로서는 자신의 비용으로 이 사건 상가를 분양받을 필요가 없게 되어 자금운용이 원활하게 됨으로써 추가 유동성을 확보하는 등의 경제적 이익을 얻는다고 볼 수 있음.
 - ④ 분양사업과 관련하여 이루어지는 금융기관의 중도금 대출은 분양계약의 구속력을 높일 수 있고, 자금을 안전하게 확보하여 분양사업이 원활하게 진행될 수 있도록 하는데 도움을 줌. 월드퍼니처의 이 사건 분양계약 체결로 인하여 이 사건 오피스텔 소재 상가에 대한 금융기관의 중도금 대출조건이 충족되어 대출실행이 가능하게 됨. 이 사건 오피스텔 소재 상가에 대한 중도금 대출조건이 충족되어 대출이 실행되면 분양계약자들이 분양계약을 임의로 해지함에 따라 발생할 수 있는 리스크가 감소되는 등의 경제적 이익도 존재함.

[(주)신태양건설의 불공정하도급거래행위에 대한 건(서울고법 2022. 10. 19. 선고 2021누50903 판결⁵⁴⁾]

54) 상고심(대법원 2023. 2. 2. 선고 2022두63652 판결)은 심리불속행 기각한

10. 기술자료 제공 요구 금지 등(제12조의3)

- 기술자료 요구행위는 하도급계약의 체결 후에 있는 경우뿐 아니라 하도급계약의 체결과 동시에 있거나 하도급계약의 내용에 포함되는 경우에도 하도급법 제12조의3의 적용 대상이 됨
- 하도급법 제3조의4 제1항은 '원사업자는 수급사업자의 이익을 부당하게 침해하거나 제한하는 계약조건을 설정하여서는 아니 된다'라고 규정하고 있고, 제4조는 '원사업자는 수급사업자에게 제조 등의 위탁을 하는 경우 부당하게 목적물등과 같거나 유사한 것에 대하여 일반적으로 지급되는 대가보다 낮은 수준으로 하도급대금을 결정하거나 하도급 받도록 강요하여서는 아니 된다'라고 규정하고 있음. 이처럼 하도급법은 하도급계약이 체결된 후의 원사업자의 행위뿐 아니라 하도급계약의 내용 자체에 관하여도 규율하고 있으므로 기술자료 요구행위는 하도급계약의 체결 후에 있는 경우뿐 아니라 하도급계약의 체결과 동시에 있거나 하도급계약의 내용에 포함되는 경우에도 구 하도급법 제12조의3의 적용 대상이 됨.

[삼성중공업의 불공정 하도급거래 행위에 대한 건(서울고법 2022. 10. 27. 선고 2021누68874 판결, 고법 확정)]

- 기술유용행위 종료시점을 심의일 현재로 볼 것이 아니라, 기존 수급사업자의 도면을 전달받은 사업자의 도면이 작성·보완되거나 제작·공급 가능 여부를 판단한 때로 보아야 함
- 원고가 새로운 수급사업자에게 기존 수급사업자의 도면을 전달하여 이를 참고·활용하여 도면이 작성 내지 보완되었을 때 유용행위는 성립하고, 그 이후 새로운 수급사업자가 작성 내지 보완된 도면을 이용하여 에어 컴프레셔를 제작, 공급하는 것은 유용으로 인한 위법한 결과가 계속되는 것에 불과함(유용으로 인한 위법한 결과가 실제 발생하였는지, 언제까지 계속되었는지에 관한 사정을 과징금 액수 산정에 고려하는 것은 변개의 문제임).
[두산인프라코어 주식회사의 불공정하도급거래행위에 대한 건(서울고법 2020. 7. 22. 선고 2018누77120 판결⁵⁵⁾]

⁵⁵⁾ 삼고신(대법원 2022. 9. 16. 선고 2020두47021 판결)은 원심 판단을 수용함

□ 원사업자의 제품 사양 등 요구를 수급사업자가 반영하여 작성한 '승인도'가 제품의 제작을 위해 사용되거나 참고되는 기술적 내용을 담고 있다면 하도급법상 기술자료에 해당함

- 수급사업자가 제조를 위탁 받은 부품은 원사업자가 제조하는 전체 제품의 일부이기 때문에 수급사업자의 제조방법은 원사업자의 제조방법을 상당 부분 반영할 수밖에 없다는 하도급거래의 특성을 고려하면, 수급사업자가 작성한 기술자료에 원사업자의 기술이 포함 또는 반영되어 있더라도 그러한 사정만으로 곧바로 하도급법이 보호하는 '수급사업자의 기술자료'가 아니라고 볼 수는 없고, 수급사업자가 고유기술과 노하우를 투여하여 원사업자의 기술을 해당 부품에 적용될 수 있게 한 경우에는 '수급사업자의 기술자료'라고 인정할 수 있고, 이때 가미된 수급사업자의 기술과 노하우가 원사업자 또는 제3자가 보유함으로써 얻게 되는 상당한 이익이 있거나 보유하기 위하여 상당한 비용이 소요되는 정도의 유용성과 경제적 가치가 있는 것이라면, 그것이 거래의 대상이 될 수 있을 정도의 독자적인 가치를 가지지 않아도 무방함(중략) 이 사건 하네스 도면과 별도로 더 상세한 제작도면이 존재한다고 하여 이 사건 하네스 도면이 곧바로 기술자료에 해당하지 않게 되는 것은 아니고, 승인도라고 하더라도 제품의 제작을 위해 사용되거나 참고 되는 기술적 내용들을 담고 있다면, 이는 상세한 제작도면을 작성하는 데에 참고자료로 활용되거나 관련된 기술과 노하우를 습득하는 데에 도움이 될 수 있기 때문에, 이 또한 하도급법상 기술자료에 해당함.

[현대건설기계의 불공정하도급거래행위에 대한 건(서울고법 2022. 2. 17. 선고 2019누51675 판결⁵⁶⁾]

* 같은 취지: 두산인프라코어 건(서울고법 2020. 7. 22. 선고 2018누77120 판결)

□ 공정위가 제출한 증거들만으로는 이 사건 각 트레이 제작도면이 수급사업자인 상신의 상당한 노력에 의하여 비밀로 유지되었다거나 이러한 사실이 객관적으로 인식될 수 있었다고 인정하기에 부족하므로 이 사건 각 트레이 제작도면은 구 하도급법 제2조 제15항의 기술자료에 해당한다고 볼 수 없음.

- 피고가 제출한 증거들만으로는 이 사건 각 트레이 제작도면이 수급사업자인 상신의 상당한 노력에 의하여 비밀로 유지되었다거나 이러한 사실이 객관적으로 인식될 수 있었다고 인정하기에 부족하므로 이 사건 각 트레이 제작도면은 구 하도급법 제2조 제15항의 기술자료에 해당한다고 볼 수 없음.

- ① 이 사건 각 트레이 제작도면에는 ISO 9001 및 ISI 14001에 의기한 도면관리절차에

56) 상고심(대법원 2022. 6. 30. 선고 2022두39178 판결)은 심리불속행 기각함

따라 부여된 도면번호가 기재되어 있을 뿐이고, '대외비', '컨피덴셜(Confidential)', '극비' 등과 같이 비밀이라고 인식될 수 있는 표시는 기재되어 있지 않았고, 그 중요도에 따른 분류도 되지 않았음.

- ② 상신은 트레이에 자신들이 제작한 배터리캔을 넣었을 때 맞는지를 확인해야 하기에 평소 성곡과 이 사건 각 트레이 제작도면을 공유하였는데, 그 과정에서 상신이나 성곡이 이 사건 각 트레이 제작도면을 객관적으로 비밀로 유지·관리하였다고 인정할 수 있는 사정은 보이지 않음.
- ③ 성곡은 자신의 기술자료 보호를 위해 제작도면 상단에 “1. 본 도면 및 그 제품에 관한 지식재산권은 성곡에 귀속함. 2. 사용에 관해 성곡으로부터 적법한 허락을 받은 자 외에는 사용을 금함”이라는 문구를 기재함으로써 그 자료가 비밀이라고 인식될 수 있는 표시를 하였으나, 상신이 원고에게 제공한 이 사건 각 트레이 제작도면에는 그러한 문구가 기재되어 있지 않음.
- ④ 이 사건 각 트레이 제작도면은 상신의 구매부서와 개발부서 직원들이 보유하고 있었으나, 이는 이 사건 각 트레이 제작도면을 비밀로 유지·관리하기 위하여 자료에 접근할 수 있는 대상자를 구매부서 및 개발부서 직원으로 제한한 것이라기보다는 상신의 업무집행을 위해 이 사건 각 트레이 제작도면이 필요한 부서에서 이를 보유하였던 것으로 보임.
- ⑤ 상신은 그 핵심 기술자료인 '제품 금형도면'의 경우 연구소에서만 접속이 가능하도록 내부 서버에 두고 관리하였으며, '제품 금형도면' 자료는 원고에게도 제공한 적이 없었는바, 위와 같은 이 사건 각 트레이 제작도면의 유지·관리 형태와는 상당한 차이를 보임.
- ⑥ 설령 수급사업자인 상신이 이 사건 각 트레이 제작도면을 상당한 노력에 의하여 비밀로 유지·관리하고자 노력하였다고 하더라도, 성곡은 상신 등 3사와 배터리캔과 내피가 맞는지를 확인하기 위하여 트레이 제작도면을 공유하고 있었던 점, 이 사건 각 트레이 제작도면에 비밀이라고 인식될 수 있는 표시나 고지가 없었던 점, 원고가 상신에 배터리캔의 내피(트레이) 사양 변경 이력을 문자 상신의 직원 윤석열이 이 사건 60Ah 트레이 제작도면 자체를 교부한 점 등을 종합하여 보면, 원사업자인 원고로서는 상신과의 거래관계나 업계 관행 등을 통해 그러한 사실을 인식하였거나 인식할 수 있었던 객관적인 상태에 있었다고 볼 수도 없음.

[삼성에스디아이(주)의 불공정하도급거래행위에 대한 건(서울고법 2023. 8. 17. 선고 2022누45779 판결⁵⁷⁾]

57) 상고심(대법원 2023. 12. 14. 선고 2023두52253 판결)은 심리불속행 기각함

□ 기술자료요구서에 포함될 내용을 규정한 시행령 조항의 취지를 고려할 때, 이 사건 기본계약서, 기본동의서 및 POS의 교부로써 기술자료요구서 교부의무를 이행하였다고 보기는 어려움

○ 이 사건 시행령 조항이 정하고 있는 사항들은 기술자료요구서에 구체적으로 기재되어야 하고 특별한 필요가 없는 한 포괄적이거나 추상적으로 기재되어서는 아니 되며, 반드시 별도의 기술자료요구서로 교부될 필요는 없지만 적어도 이 사건 시행령 조항이 규정한 사항들을 기재하는 취지임이 뚜렷하게 드러나는 형식에 의하여야 함.

- 이 사건 기본동의서는 그 내용과 작성 경위에 비추어 구 하도급법 제12조의3 제2항이 규정한 기술자료요구서에 해당한다고 볼 수 없음. (중략) 이 사건 기본계약서 제34조는 법령의 내용을 그대로 기재한 것에 불과함. 제35조는 기밀의 유지에 관하여 규정하고 있으나, 비밀유지방법을 구체적으로 정하고 있지 아니할 뿐 아니라, 위 조항은 수급사업자의 기술자료에 국한된 규정이 아니라 원고와 협력사의 일반적인 기밀유지 의무를 정한 것에 불과하여 기술자료요구서의 일부를 대체하는 형식을 갖추었다고 볼 수 없음.

[삼성중공업의 불공정 하도급거래 행위에 대한 건(서울고법 2022. 10. 27. 선고 2021누68874 판결, 고법 확정)]

11. 하도급대금의 지급 등(제13조)

가. 과징금 산정의 기초가 되는 하도급대금

- 부당 위탁 취소로 인한 과징금 산정의 기준이 되는 하도급대금은 전체 하도급대금에서 정상적으로 이행된 부분의 하도급대금을 제외한 부당하게 위탁 취소된 부분의 하도급 대금이어야 함
- 과징금 산정의 기준이 되는 '하도급대금'은 '당해 벌위반사건의 하도급거래에 있어서의 계약금액'이므로 원사업자와 수급사업자 사이에 하도급계약이 체결된 후 일부 거래는 정상적으로 이행되고 일부 거래만 부당하게 위탁취소된 경우, 부당 위탁취소로 인한 과징금 산정의 기준이 되는 하도급대금은 전체 하도급대금에서 정상적으로 이행된 부분의 하도급대금을 제외한 부당하게 위탁 취소된 부분의 하도급대금이어야 함.
- 피고는 이 사건 과징금을 산정함에 있어 그 기준이 되는 하도급대금을 부당 위탁 취소된 2차 납품 부분 하도급대금 952,600,000원으로 한 것이 아니라 전체 하도급대금 1,428,900,000원 중 부가가치세를 제외한 1,299,000,000원으로 하여 과징금을 산정하였으므로 이 사건 과징금납부명령은 과징금 산정의 기초가 되는 하도급대금의 산정에 있어 위법이 있음.
[(주)에코로바의 불공정하도급 거래행위에 대한 건(대법원 2018. 10. 4. 선고 2016두 59126 판결)]

나. 하도급대금 지급의무

- 하도급법에 따른 직접지급제도는 직접지급 합의 또는 직접지급의 요청에 따라 도급인(즉 발주자)에게 하도급대금의 직접지급의무를 부담시킴으로써 하수급인(즉 수급사업자)을 수급인(즉 원사업자)과 그 일반채권자에 우선하여 보호하는 것임
- 하도급법에 따른 직접지급제도는 직접지급 합의 또는 직접지급의 요청에 따라 도급인(즉 발주자)에게 하도급대금의 직접지급의무를 부담시킴으로써 하수급인(즉 수급사업자)을 수급인(즉 원사업자)과 그 일반채권자에 우선하여 보호하는 것임.

- 하도급법 제14조 제1항에 따르면, 같은 항 제2호(‘발주자가 하도급대금을 직접 수급사업자에게 지급하기로 발주자·원사업자 및 수급사업자 간에 합의한 때’)에 해당하는 경우에는 하수급인이 직접 지급을 요청하지 않아도 같은 조 제1항, 제4항, 하도급법 시행령 제9조 제3항이 정한 범위에서 직접지급청구권이 발생하나, 나머지 제1, 3, 4호에 해당하는 경우에는 수급사업자가 직접지급을 요청한 때에 비로소 위와 같은 직접지급청구권이 발생함.

[우방의 불공정하도급거래행위에 대한 건(대법원 2017. 5. 11. 선고 2014두13966 판결)]

- 납품지연을 이유로 계약을 해제할 수 있도록 약정하였더라도, 납품된 제품을 모두 수령한 이상 해제권이 소멸하여 하도급대금 지급 의무가 있음

- 원고는 수급사업자의 납품지연을 이유로 원고가 건별 납품계약을 해제함으로써 물품대금 지급의무가 소급적으로 소멸하였다라는 취지로 주장함. 살피건대, 수급사업자가 주문받은 제품의 납품을 21일 이상 지연할 경우 원고가 제품인수를 거절하여 계약을 해제할 수 있도록 약정한 사실은 있으나, 원고가 지연 납품된 이 사건 의류제품을 모두 수령한 이상 위 계약 해제권은 이미 소멸하였다고 할 것이므로, 원고의 주장은 이유 없음.

[완도어페럴의 하도급법위반행위 건(서울고법 2008. 7. 16. 선고 2007누27099 판결⁵⁸⁾)]

- 원사업자와 수급사업자 간에 체결된 제조위탁계약이 ‘합의해제’에 이르지 못한 이상 원사업자에게는 하도급대금 지급의무가 있음

- 원고와 수급사업자 사이에 제품의 하자를 이유로 반품 등에 대해 협의한 사실은 인정되나, 원고가 수급사업자의 위탁판매 등의 제의를 거부한 사실, 이에 수급사업자가 즉시 반품을 요구하였지만 원고는 이를 거부한 사실 등을 종합할 때, 수급사업자의 위탁판매 제의는 새로운 계약해제의 청약으로 볼 수 있을지언정 원고의 계약해제청약을 그대로 받아들이기로 승낙한 것으로 볼 수 없으므로 결국 원고와 수급사업자는 제조위탁계약의 합의해제에 이르지 못하였다고 할 것임.

[제이에이치코오스의 불공정하도급거래행위 건(대법원 2013. 4. 25. 선고 2011두1795 판결)]

⁵⁸⁾ 상고심(대법원 2008. 11. 27. 선고 2008두14548 판결)은 식리불속행 기각함

□ 발주자가 공사대금을 수급사업자에게 직접 지불하는 것에 대하여 원고가 동의하였고, 원고가 발주자로부터 공사대금을 지급받지 못했다고 하여 원고의 수급사업자에 대한 하도급대금 지급의무에 아무런 영향이 없음

○ 원고는 하도급공사대금의 지급의무자는 원고가 아니라 공사발주자라고 주장하나, 발주자가 하도급공사대금을 수급사업자에게 직접 지불하는 것에 대하여 원고가 동의한 바 있음이 인정될 뿐, 나아가 원고와 수급사업자 사이에 원고가 수급사업자에 대하여 하도급공사대금 지급의무를 부담하지 않기로 하였다고 볼 아무런 증거가 없음. 또한 원고는 발주자로부터 공사대금을 지급받지 못하였으므로 수급사업자에 대한 하도급공사대금 지급의무도 발생하지 않는다고 주장하나, 발주자가 원고에게 공사대금을 지급하는 것을 조건으로 원고가 수급사업자에게 하도급공사대금을 지급하기로 약정하였다고 인정할 만한 증거가 없어 위와 같은 사유만으로는 원고의 수급사업자에 대한 하도급공사대금 지급의무에 아무런 영향이 없음.

[거산의 불공정하도급거래행위 건(서울고법 2013. 10. 2. 선고 2013누7508 판결, 고법 확정)]

□ 원고가 수급사업자로부터 혼합골재를 납품받지 않은 이상 원고의 하도급대금지급 의무가 인정되지 않음

○ 수급사업자가 2009. 11. 중순부터 2010. 6. 중순까지 원고의 요구에 따라 40mm 혼합골재를 납품했다거나, 원고가 2010. 4.~5.경 이 사건 야적물을 사용했고 원고의 혼합골재 품질에 대한 이의제기 때문에 시험검사를 의뢰하게 됐다는 취지의 기재와 증인의 증언은 믿기 어렵고, 원고가 수급사업자에게 40mm 혼합골재 25,291m³를 추가 발주해 납품받았다고 보기에 부족하며 달리 이를 인정할 증거가 없음. 원고가 수급사업자로부터 40mm 혼합골재를 납품받지 않은 이상 이에 대한 원고의 하도급대금지급의무가 인정되지 않음에도 불구하고 원고가 하도급대금 및 이에 대한 지연손해금을 미지급했음을 이유로 한 피고의 이 사건 처분은 위법함.

[태아건설의 불공정하도급거래행위 건(서울고법 2014. 7. 16. 선고 2013누16700 판결⁵⁹⁾)]

59) 상고심(대법원 2014. 11. 13. 선고 2014두40203 판결)은 심리불속행 기각함

다. 목적물의 수령일

- 하도급법 제13조 제6, 7항의 규정취지 등에 비추어 보면 하도급대금 어음할인료와 어음대체 결제수단 수수료 산정의 기준시점은 목적물 등의 수령일임
 - 하도급법 제13조 제6, 7항 규정의 취지는 하도급인의 우월적 지위를 이용한 하도급대금 지급의 지연을 방지하고 하수급인의 이익을 보호하기 위하여 지급기일이나 상환기일이 위 각 규정상의 지급기일을 초과한 어음이나 어음대체결제수단을 이용하여 하도급인이 하도급대금을 지급하는 경우 그 초과기간 동안의 어음할인료나 어음대체결제수단 수수료 등을 하수급인에게 지급하도록 함으로써 하수급인에게 목적물의 수령일로부터 60일 이내에 하도급대금을 지급받은 것과 동일한 경제적 이익을 귀속시키려는 것임.
 - 위 각 규정에 의하면 위 각 규정의 단서에서 정한 하도급대금 어음할인료 및 어음대체결제수단 수수료 산정의 기준시점은 목적물 등의 수령일이라고 해석됨.
[한국고별의 불공정하도급거래행위에 대한 건(서울고법 2015. 10. 15. 선고 2014누8447 판결, 고법 확정)]
- 하도급법 제13조 제1항의 건설위탁에 적용되는 '인수일'은 목적물 등의 수령일로 계산하여야 하고, 기성고에 따라 세금계산서를 발행하였다고 하더라도 '납품 등이 잦아 원사업자와 수급사업자가 월 1회 이상 세금계산서의 발행일을 정한 경우'에 해당된다고 볼 수 없음
 - 하도급법 제13조 제1항은 '원사업자가 수급사업자에게 제조 등의 위탁을 하는 경우에는 목적물 등의 수령인(건설위탁의 경우에는 인수인을, 용역위탁의 경우에는 수급사업자가 위탁받은 용역의 수행을 마친 날을, 납품 등이 잦아 원사업자와 수급사업자가 월 1회 이상 세금계산서의 발행일을 정한 경우에는 그 정한 날을 말한다)부터 60일 이내에 가능한 짧은 기간으로 정한 지급기일까지 하도급대금을 지급하여야 한다.'고 규정하고 있음.
 - 이 사건에서와 같이 '부지조성공사의 완성'이라는 불가분적 급부를 목적으로 하는 건설위탁은 '인수일'을 목적물 등의 수령일로 계산하여야 하고, 기성고에 따라 세금계산서를 발행하였다고 하더라도 이를 '납품 등이 잦아 원사업자와 수급사업자가 월 1회 이상 세금계산서의 발행일을 정한 경우'에 해당한다고 볼 수 없으므로, 공정위가 하도급법 제13조 제1항의 건설위탁에 적용되는 '인수일'이 아닌 세금계산서 발행일을 기준으로 하도급대금의 지연이자를 산정한 것은 위법임.

[보배건설의 불공정하도급거래행위 건(서울고법 2018. 7. 5. 선고 2018누30749 판결, 고법 확정)]

□ 아파트 건축공사에서 행정청의 사용승인일을 하도급법상 목적물 인수일로 봄이 타당함

- ①주택법상 사용검사를 받으면 건축법상 건축허가가 의제되고 해당 사업의 사용승인을 받은 것으로 보는 점, ②아파트 건축 공사의 경우, 원고는 수급사업자가 시공을 완료하면 입주(예정)자들에게 사전 점검을 하도록 하고, 지적 받은 하자 부분은 수급사업자들에게 추가 보완시공을 하게 한 뒤 사용승인을 신청했으며, 사용검사 확인 등 준공검사를 받아 발주처와 입주자들에게 건물 등을 인계함으로써 발주처에 대한 계약상 의무의 이행을 완료하고, 입주자들에게 아파트 입주가 가능함을 통보함으로써 건물 등의 관리지배권을 발주처나 입주자들에게 이전하므로 원고가 입주자들에게 입주 가능을 통보할 수 있는 '사용검사 확인을 받은 때'를 목적물을 수령(인수)한 때로 봄이 타당한 점, ③아파트의 마감공사는 특정한 기일을 정하여 이행을 완료할 것을 약속할 수 있는 성격의 공사로 보기 어려운 점, ④원고와 수급사업자들이 사용승인 이후 체결한 변경계약을 단순히 수급사업자들이 이행지체 및 하자보수책임을 부담하는 대신 계약 기간을 연장한 것으로 해석할 경우, 수급사업자는 경미한 하자를 이유로 거액의 하도급 대금 전부를 지급받을 수 없게 되어 그의 열세의 지위를 더 악화시키는 결과를 초래하는 점 등을 고려하면, 원고가 수급사업자들에게 제조 또는 건설위탁을 했던 아파트에 관한 사용승인일을 그 목적물 인수일로 봄이 타당하고, 이와 달리 마감공사의 특수성을 이유로 추가 보완시공이 완료된 때에 하도급공사대금의 지급기일이 도래한 것으로 볼 것은 아님.

[에이치디씨현대산업개발(주)의 불공정하도급거래행위 건(서울고법 2019. 11. 27. 선고 2019누34892 판결⁶⁰⁾]

□ 건설위탁의 경우 수급사업자로부터 기성부분을 통지받은 날이 목적물 등을 수령한 날이 되어 하도급대금채무가 발생하고, 원고는 기성부분 통지를 받은 날로부터 일정한 기간 내에 하도급대금을 지급하여야 함

- 하도급법 제13조 제1항은 '원사업자가 수급사업자에게 제조 등의 위탁을 하는 경우에는 목적물 등의 수령일(건설위탁의 경우에는 인수일을 말한다)부터 60일 이내의 가능한 짧은 기한으로 정한 지급기일까지 하도급대금을 지급하여야 한다'고 규정하고 있고, 하도급법 제9조 제2항은 '원사업자는 수급사업자로부터 목적물 등을 수령한 날[제조위탁의 경우에는 기성부분(기성부분)을 통지받은 날을 포함하고, 건설위탁의 경우에는 수급사업자로부터 공사의 준공 또는 기성부분을 통지받은 날을 말한다]부터 10일 이내에 검사 결과를 수급사업자에게 서면으로 통지하여야 하며, 이 기간 내에 통지하지 아니한 경우에는 검사에 합격한 것으로 본다.'고 규정하고 있음. 이는 원사업자가 수급사업자로부터 목적물을 수령하고도 정당한 사유 없이 10일 이내에 수급사업자에게 서면으로 검사결과를 통지하지

60) 상고심(대법원 2020. 4. 9. 선고 2019두61854 판결)은 심리불속행 기각함

아니한 경우에는 검사에 합격한 것으로 봄으로써 하도급법이 적용되는 범위 안에서는 그로 인한 대금채무도 발생한 것으로 본다는 의미임.

- 원고는 건설위탁의 경우 하도급법 제13조 제1항의 '목적물 등의 수령일'은 '준공일'만을 의미하므로, 기성금은 하도급법 제13조 제1항의 하도급대금에 포함되지 않는다고 주장하나, 하도급법은 공사의 준공과 함께 수급사업자로부터 기성부분을 통지받은 날도 목적물 등을 수령한 날로 보고 있고, 그로부터 하도급대금채무가 발생하는 것이므로, 위 규정의 문언과 의미 및 취지에 비추어 기성금도 하도급법 제13조 제1항에 규정된 하도급대금이라고 봄이 타당함.

[죽중해건설의 불공정하도급거래행위에 대한 진(서울고법 2021. 6. 2. 선고 2020누47641 판결, 고법 확정)]

라. 어음·민사상 채권 등과의 관계

- 원고가 수급사업자에 대한 자동채권을 가지고 있었고, 이 채권이 하도급대금의 지급기일 이내에 상계적상에 있었던 이상 이 사건 처분일 이전의 적법한 상계의 의사표시로 하도급대금은 각 상계적상일로 소급하여 소멸하므로 하도급법 13조의 위반에 해당한다고 할 수 없음
- 이 사건의 문제점(목적물 수령 후 60일을 초과한 시점의 상계의사표시): 원고의 상계의사 표시는 모두 세성의 하도급채권의 지급기한에 해당하는 상계적상일로 소급하여 적법하게 효력을 발생한 것임은 앞서 본 바와 같은, 다만 원고의 이 부분 상계의 의사표시는 일단은 이 사건 처분일 이전이기는 하지만, 별지4-2의 순번 23 중 300만 원, 순번 33, 34, 35, 36을 제외하고는 모두 기성금 지급기한(즉, 세성으로부터 목적물을 등을 수령한 후 60일까지)을 초과한 때에 이루어진 것이어서 과연 이러한 경우에도 위 하도급법에서 요구하는 지급기일을 준수한 것으로 볼 수 있는지 문제됨.
- 상계의 담보적 효력 및 소급효를 고려한다면 채권 간에 상계적상이 있는 경우에는 단지 상계의 의사표시를 하지 아니하였다고 하여 하도급법에서 금지하는 지급지연행위라고 단정하기 어려움.
- 따라서 원고가 수급사업자인 세성에 대한 자동채권을 가지고 있었고, 이 채권이 원사업자가 수급사업자에게 주어야 하는 하도급대금의 지급기일(목적물 수령일부터 60일 후) 이내에

상계적상에 있었던 이상 비록 상계 의사표시가 그 후에 이루어졌다고 하더라도 이 사건 처분일 이전의 적법한 상계의 의사표시로 하도급대금은 목적물 수령일부터 60일 이전에 해당하는 각 상계적상일로 소급하여 소멸하므로 하도급법 13조의 위반에 해당한다고 할 수 없음.

[롯데알미늄의 불공정 하도급거래행위 건(서울고법 2016. 9. 23. 선고 2014누70831 판결, 고법 확정)]

□ 이 사건 처분일 이후에 이루어진 상계의 의사표시는 이 사건 처분의 효력에 영향을 미치지 아니함

- 갑14에 의하면 원고는 이 사건 처분일(2014. 10. 29.) 이후인 2014. 11. 27. 무렵 내용증명 우편으로 세성에 대하여, 위 잔여채권을 자동채권으로 하여 원고의 세성에 대한 미지급 지연이자 및 어음할인료를 상계하겠다는 상계의 의사표시를 한 사실이 인정되나, 위 상계의 의사표시는 이 사건 처분 이후에 이루어진 것이므로 이로써 이 사건 처분 중 시정명령(즉, 이 사건 의결 주문 제3, 4항의 지급명령)의 효력에 영향을 미치지 아니함.

[롯데알미늄의 불공정 하도급거래행위 건(서울고법 2016. 9. 23. 선고 2014누70831 판결, 고법 확정)]

□ 이 사건 처분 당시까지 원고의 상계 의사표시가 없었던 이상, 원고의 남은 하도급대금 지급채무가 원고의 손해배상채권과의 상계로 소멸하였다고 볼 수 없음

- 원고는 이 사건 처분 이후인 2020. 9. 16. 관련 민사사건에서 위 하자로 인한 손해배상 채권을 자동채권으로 하여 ○○○의 하도급대금채권과 상계하겠다는 의사표시가 담긴 준비서면을 제출하였고, 관련 민사사건의 제1심 재판부는 원고의 위 상계항변을 받아들여 이 사건 하도급대금 지급채무가 모두 소멸하였다고 판단한 사실은 인정됨.

- 그러나 행정소송에서 행정처분의 위법 여부는 행정처분이 있을 때의 법령과 사실상태를 기준으로 하여 판단하여야 하고(대법원 2007. 5. 11. 선고 2007두1811 판결 참조), 상계의 의사표시에 의하여 각 채무는 상계할 수 있는 때에 대등액에 관하여 소멸한 것으로 보게 되지만, 위와 같은 상계의 소급효는 양 채권 및 이에 관한 이자나 지연손해금 등을 정산하는 기준시기를 소급하는 것일 뿐이고 특별한 사정이 없는 한 상계의 의사표시 전에 이미 발생한 사실을 복멸시키지는 않으므로(대법원 2015. 10. 29. 선고 2015다32585 판결참조). 이 사건 처분 당시까지 원고의 상계 의사표시가 없었던 이상 위와 같은

사실만으로 이 사건 처분 당시 이미 원고의 하도급대금 지급채무가 소멸된 상태였다고 볼 수는 없음.

[(주)부경의 불공정하도급거래행위에 대한 건(서울고법 2021. 5. 13. 선고 2019누34045 판결, 고법 확정)]

- 원고가 수급사업자에 대하여 손해배상채권을 가지고 있고 이를 자동채권으로 하여 하도급대금채무와 상계하였음을 이유로 이 사건 시정명령이 위법하다고 다툴 수는 없음
 - 원고가 수급사업자에게 하도급법에 규정된 바에 따라 하도급대금을 지급하지 아니한 이상 원고가 수급사업자에 대하여 손해배상채권을 가지고 있고 이를 자동채권으로 하여 하도급대금채무와 상계하였음을 이유로 이 사건 시정명령이 위법하다고 다툴 수는 없음.
[진성텍스랜드의 하도급법위반행위 건(서울고법 2006. 1. 11. 선고 2005누9417 판결, 고법 확정)]
- 원고는 퓨얼텍에게 기성공사대금을 초과하는 공사대금을 이미 지급하였고, 하도급대금 지급의무는 상계에 의하여 소멸하였으므로 미지급 하도급대금이 있음을 전제로 하는 시정명령 및 지급명령은 이유 없음
 - 원고는 퓨얼텍이 이 사건 공사현장에서 철수한 2015. 8. 31. 기준 기성고 비율에 따른 기성공사대금 이상의 금액을 지급하였음.
 - 또한 원고는 퓨얼텍이 TERMOKIMIK에 대하여 지급하여야 하는 대금 469,825,168원을 대신 변제함으로써 원고는 퓨얼텍에 대하여 위 금액 상당의 채권을 취득하였으며, 원고가 이 채권을 자동채권으로 하여 퓨얼텍의 원고에 대한 하도급대금채권 3,300만 원을 대등액에서 상계한다는 의사를 표시함으로써 양 채권은 대등액 범위 내에서 소멸함.
[(주)에어링스의 불공정하도급거래행위 건(서울고법 2019. 10. 17. 선고 2018누39296 판결⁶¹⁾)]

61) 상고심(내법원 2021. 6. 24. 선고 2019누58629 판결)은 상고 기각함

- 원고와 정도테크 사이에 TRW 공사 하도급거래 관련 부당이득반환채권의 구체적 금액에 관하여 다툼이 있다고 하더라도 원고가 상계 의사표시를 할 당시에 위 부당이득반환채권이 유효하게 존재 또는 특정되지 않았다고 볼 수 없으므로 이 사건 하도급대금 채권은 상계로 소멸하였음
 - 원고는 정도테크에 대하여 TRW 공사 하도급거래와 관련하여 20,679,300원 상당의 부당이득반환 채권이 있었다고 할 것이고(위 부당이득반환채권의 정확한 액수에 관하여는 다툼이 있을 수 있으나 적어도 이 사건 하도급대금이 10,780,000원을 초과함에는 별다른 의문이 없다), 원고가 이 사건 시정명령이 있기 전인 2014. 4. 30.경 정도테크에 위 부당이득반환채권을 자동채권으로, 정도테크의 원고에 대한 이 사건 하도급대금 채권을 수동채권으로 하여 대등액에서 상계한다는 상계의 의사표시가 기재된 이 사건 상계 통보서를 발송하여 위 상계 통보서가 그 무렵 정도테크에 도달한 사실은 앞서 본 바와 같음. 따라서 원고의 위와 같은 상계 의사표시에 의하여 정도테크의 원고에 대한 이 사건 하도급대금 채권 10,780,000원과 원고의 정도테크에 대한 TRW 공사 하도급거래 관련 부당이득반환채권은 상계적상 당시로 소급하여 대등액의 범위에서 소멸하였다고 할 것이므로, 결국 정도테크의 원고에 대한 이 사건 하도급대금 채권은 상계로 모두 소멸하였다고 봄이 타당함. 당사자간 채권의 존재 및 금액에 관하여 다툼이 있다는 사정 만으로 원고의 상계 의사표시가 유효하지 않다고 보기 어려우므로 피고의 위 주장은 받아들일 수 없음.
- [상신정공의 불공정하도급거래행위 건(서울고법 2016. 11. 23. 선고 2016누2187 판결, 고법 확정)]
- 관련 민사사건에서 원고의 상계 주장 등에 따른 수급사업자의 하도급대금 채권의 범위가 확정되지 않은 상태에서 이 사건 지급명령이 이루어졌다고 하더라도 위법하다고 볼 수 없음
 - 하도급거래 공정화에 관한 법률 제25조 제1항에 따른 공정거래위원회의 시정명령이 적법하기 위해서는 단순히 하도급대금 채무의 발생과 지급 지연과 같은 위 번 제13조 등의 위반행위가 있었던 것만으로는 부족하고, 하도급대금 채무의 불발생 또는 변제, 상계, 정산 등의 사유로 하도급대금 채무가 소멸하지 않고 시정명령 당시까지도 위반행위의 결과가 남아있어야 함(대법원 2002.11.26. 선고 2001두3099 판결, 대법원 2008.10.9. 선고 2006두19617 참조).

- 원고가 상계의 자동채권으로 주장하는 수급사업자에 대한 손해배상채권은 수급사업자의 원고에 대한 하자이행보증금 반환채권의 범위 안에 있다고 볼 수 있음(관련 민사사건 법원도 원고가 주장하는 손해 중 일부만 인정하고, 원고에 대한 하자이행보증금 반환채권을 자동채권으로 하는 수급사업자의 상계형변을 받아들여 원고의 청구를 기각하고, 수급사업자의 반소청구를 일부 인용함). 따라서 원심이 이 사건 시정명령 당시를 기준으로 원고의 하도급대금 채무가 원고가 주장하는 상계로 소멸되었다고 볼 수 없고, 이 사건 하도급대금 채권 중 1,022,470,000원과 그 자연이자에 대한 자급명령이 적법하다고 판단한 것은 정당함.

[(주)브이엘엔코의 불공정하도급거래행위 건(대법원 2020. 8. 20. 선고 2017두38553 판결)]

- 원고가 관련 민사사건의 소를 제기한 시기 및 경위 등에 비추어 보면, 피고가 더 이상 관련 민사사건의 결과를 기다리지 않고 이 사건 처분을 한 것이 부당하다고 볼 수 없음

- 관련 민사사건에서 원고의 손해배상채권 주장에 대한 판단이 이루어지지 않아 실질적으로 ○○○의 하도급대금채권의 존부 및 액수가 확정되지 않은 상태에서 이 사건 처분이 이루어졌다고 하더라도 하도급법의 취지에 반한다거나 위법하다고 볼 근거가 없음. 오히려 원고의 주장과 같이 원사업자가 지급기일이 도과하였음에도 하도급대금을 지급하지 않고 있는 경우에도 원사업자와 수급업자 사이에 하도급대금 지급범위 등에 관하여 민사상 다툼이 있다는 사정만으로 하도급법 제13조 위반을 이유로 하는 지급명령을 할 수 없다고 한다면, 하도급법에서 원사업자의 대금지급 지연을 금지하고 그에 대하여 지급명령을 할 수 있도록 규정하고 있는 취지가 몰각됨.

- 이 사건 처분 이후 관련 민사사건에서 원고가 ○○○에 대한 손해배상채권과 나눔엔지니어링의 하도급대금채권을 상계한다는 의사표시를 하였고, 관련 민사사건의 제1심법원이 위 상계 주장을 받아들였다고 하더라도 이와 달리 볼 수는 없음.

[(주)부경의 불공정하도급거래행위에 대한 건(서울고법 2021. 5. 13. 선고 2019누 34045 판결)]

- 하도급법이 적용되는 하도급거래에서 발생한 지연손해금을 산정함에 있어서는 민법, 상법, 소속법상 법정이율보다 하도급법 제13조 제8항에 따라 공정거래위원회가 고시한 이율(고시이율)이 우선 적용됨
 - 하도급법의 목적 및 적용범위 등을 종합하면, 하도급법이 적용되는 하도급거래에서 발생한 하도급대금의 지급이 지체된 경우에 수급사업자가 원사업자를 상대로 청구할 수 있는 지연손해금에 대하여는 이에 관하여 규정하는 하도급법 제13조 제8항 소정의 다른 요건이 충족되는 한 위 법조항에 따라 공정거래위원회가 정하여 고시한 이율(고시이율)에 의할 것이고, 그 한도에서 민법 또는 상법상의 법정이율이나 그에 관한 보다 일반적인 특례인 '소송촉진 등에 관한 특례법' 제3조 제1항에서 정한 이율(법정이율)은 적용되지 아니함.
- [신고려의 불공정하도급거래행위 건(대법원 2010. 10. 28. 선고 2010두16561 판결⁶²⁾)]
- ※ 상법상 상사채권 이자율은 연 6%이며, '소송촉진 등에 관한 특례법'상 금전채무에 대한 법정이율은 연 20%(2015. 10. 1.부터 15%로 변경됨)임.
- 원사업자가 하도급대금이나 어음할인료를 지급하지 아니하는 경우에 공정위는 그 미지급에 대한 상당한 이유가 있는지 여부까지 판단할 필요는 없음
 - 원사업자가 지급기일을 경과하여 수급사업자에게 하도급대금을 지급하지 아니하거나 만기가 법정기일을 도과한 어음을 교부하면서 어음할인료를 지급하지 아니한 경우 그 자체가 하도급거래 공정화에 관한 법률 위반행위가 되어 시정조치의 대상이 되는 것이므로, 시정명령을 내리는 공정거래위원회로서는 특별한 사정이 없는 한 원사업자가 하도급대금이나 어음할인료의 지급을 거절하거나 그 지급을 미루고 있는 사실 자체로서 위반행위가 되는지 여부를 판단하면 되고, 원사업자가 그 지급을 거절하거나 그 지급을 미루고 만한 상당한 이유가 있는지 여부에까지 나아가 판단할 필요는 없음(대법원 1999. 3. 26. 선고 98두19773 판결 등 참조).
- [우양에이치씨의 불공정하도급거래행위 건(서울고법 2009. 6. 10. 선고 2008누27744 판결⁶³⁾)]

62) 환송심(서울고법 2010. 12. 29. 선고 2010누37706 판결)은 이러한 대법원 판결의 취지대로 판단함;

63) 상고심(대법원 2009. 8. 31. 선고 2009두11478 판결)은 심리불속행 기각함

- 원사업자가 수급사업자에게 하도급대금을 미지급한 이후 지급기일을 달리 정하는 합의서를 작성한 경우 하도급법 제13조 제1항 위반에 해당하나, 하도급법 제13조 제8항 관련 지연이자 지급명령의 기산일은 목적물 등의 수령일부터 60일을 초과하는 날이 아닌 합의서 상의 지급기일을 기준으로 하는 것이 타당함
- 하도급법 제13조 제1항은 원사업자로 하여금 수급사업자에게 목적물 등의 수령일부터 60일 이내의 가능한 짧은 기한으로 정한 지급기일까지 하도급대금을 지급하여야 하되, 제1호에서는 원사업자와 수급사업자가 대등한 지위에서 지급기일을 정한 것으로 인정되는 경우에는 그러하지 아니하다고 규정함. 그런데 원고 썬라이즈는 수급사업자인 세종경영 정보로부터 이 사건 용역을 제공받았음에도 60일 이내에 그 하도급대금을 지급하지 아니함으로써 이미 하도급법 제13조 제1항을 위반한 상태에 있다가 그 후 이 사건 합의를 한 바, 원사업자가 지급기일을 경과하여 수급사업자에게 하도급대금을 지급하지 아니하는 경우 그 자체가 하도급법 위반행위가 되어 제재대상이 된다는 법리 등에 바추어 위와 같이 위반 상태 이후에 이루어진 이 사건 합의에 따른 지급기일 약정이 하도급법 제13조제1항 제1호에 정한 '원사업자와 수급사업자가 대등한 지위에서 지급기일을 정한 것으로 인정되는 경우'에 해당한다고 보기 어려움
- 하도급법 제13조 제8항은 강행규정이 아닌 단속규정으로서 하도급대금의 지급이 60일 이상 지체된 경우에 수급사업자가 원사업자를 상대로 청구할 수 있는 지연이자는 수급사업자가 이를 포기할 수 있는 것으로 해석함이 상당함. 이 사건 합의서의 작성 경위와 문언 및 내용, 관련 민사사건의 진행 경과와 내용 및 결과, 특히 세종경영정보가 관련 민사사건에서 이 사건 합의서에 따라 청구취지를 변경하면서 아무런 유보 문구도 기재하지 않은 점, 세종경영정보가 합의서 작성 이후 원고에게 이 사건 합의서에 따른 각 지급기일을 기산일로 하여 계산한 지연이자를 청구한 점 등을 종합하면, 원고와 세종경영정보는 이 사건 합의서를 통하여 미지급 하도급대금 77백만원을 50%씩 1, 2차로 나누어 1차분은 2018. 6. 30.까지, 2차분은 2018. 7. 31.까지 각 지급하기로 지급기일을 정하면서, 위 각 지급기일에 이르기까지의 해당 지연이자 부분은 세종경영정보가 이를 포기하기로 하는 묵시적인 약정을 한 것이라고 봄이 상당함

[(주)썬라이즈의 불공정하도급거래행위 건(서울고법 2021. 5. 26. 선고 2019누66042 판결⁶⁴⁾]

64) 상고심(대법원 2021. 10. 14. 선고 2021두43927 판결)은 실리불속형 기각함

□ 원고는 수급사업자가 원고에게 하자보수보증금을 지급하지 않았다는 이유로 이 사건 시정명령의 위법성을 다툴 수는 없음

- 원고는 수급사업자가 원고에게 하자보수보증금을 지급하지 않았다는 이유로 이 사건 시정명령의 위법성을 다투 수는 없다고 할 것일 뿐더러, 수급사업자의 하자보수보증금 지급채무가 원고의 공사대금 지급채무와 서로 동시이행 관계에 있는 것이 아닌 이상 원고가 하자보수보증금의 미지급을 이유로 수급사업자에 대한 하도급대금의 지급을 거절할 수는 없음. 또한 원고가 이 사건 하도급계약이 체결될 당시 잔금 30%는 준공 후 1개월 이내에 지급하기로 약정하였다고 하더라도 별지 어음할인료 미지급내역 기재와 같이 수급사업자에게 이 사건 공사 중 공정별 기성고에 따른 하도급대금을 어음으로 지급한 이상 당초의 잔금 지급약정에 기한 기한의 이익을 스스로 포기한 것으로 봄이 상당하다고 할 것이고, 따라서 원고가 이 사건 공사의 기성고에 대한 하도급대금으로 그 각 만기일이 법정지급기일(목적물 수령일부터 60일)을 경과한 후에 도래하는 어음을 교부한 이상 위 규정에 의하여 피고가 정하여 고시한 할인율에 의하여 법정지급기일을 초과한 날부터 어음의 만기일까지의 기간에 대한 할인료를 지급함이 상당함.

[창경종합건설의 불공정하도급거래행위 건(서울고법 2004. 1. 29. 선고 2003누7790 판결, 고법 확정)]

□ 원사업자가 발주자로부터 공사대금을 받지 못했지만 수급사업자에게 우선 어음 등을 발행해 주거나 발주자로부터 수령한 현금보다 많은 금액을 어음 발행 등의 방법으로 수급사업자에게 지급하고 이에 상응하는 원 도급대금을 발주자로부터 받기 전에 이를 현금으로 결제해 주었을 경우는 현금결제비율 유지의무 위반에 해당하지 않음

- 하도급법 제13조 제4항은 “원사업자가 수급사업자에게 하도급대금을 지급할 때에는 원사업자가 발주자로부터 해당 제조등의 위탁과 관련하여 받은 현금비율 미만으로 지급 하여서는 아니 된다.”고 규정하고 있는데, 위 문언을 하도급법 제13조 제1, 2, 3, 5항의 내용과 함께 살펴보면 원사업자 자신이 이미 공사대금의 전부 또는 일부를 현금으로 받은 것을 전제로 그 받은 범위 내에서 수급사업자에게 하도급대금의 전부 또는 일부를 현금으로 주어야 한다는 의미로 해석됨.
- 피고의 ‘하도급거래공정화지침’ 12.가 항은 “원사업자가 발주자로부터 지급받은 현금비율이 일정하지 아니한 경우 수급사업자에게 하도급대금을 지급함에 있어서는 하도급대금을 지급하기 직전에 원사업자가 발주자로부터 지급받은 현금비율 이상으로 지급하여야 한다. 원사업자가 발주자로부터 제1회 도급대금을 지급받기 전까지 수급사업자에게 하도급대금을

지급하는 경우에는 그러하지 아니하다.”고 규정하고 있다. 원사업자가 발주자로부터 제1회 도급대금을 지급받기 전에는 현금 수령액 자체가 존재하지 아니하므로 직전 현금비율을 산정할 수 없고, 위 단서는 이와 같은 상황을 명확히 규정한 것임.

- 원사업자가 수급사업자에게 발주자로부터 수령한 현금보다 많은 금액을 어음발행 등의 방법으로 수급사업자에게 지급하고 이에 상응하는 도급대금을 발주자로부터 받기 전에 현금으로 결제하여 주었다면, 원사업자가 수급사업자에게 지급하는 현금비율을 산정함에 있어 ‘현금지급액’은 해당 하도급대금 지급액에 상응하는 원 도급대금을 발주자로부터 받기 전에 결제가 이루어진 금액을 합산한 금액으로 보아야 함.

[두산건설의 불공정하도급거래행위 건(서울고법 2017. 3. 30. 선고 2016누37753 판결⁶⁵⁾]

- 어음대체결제수수료 미지급행위는 비교적 장기간에 걸쳐 반복하여 이루어졌고, 어음 대체결제수단으로 지급한 대금 수준 및 어음대체결제수수료 미지급 금액을 고려할 때, 위반의 내용과 정도가 가볍다고 보기 어려움

- 피고의 조사개시 전까지는 어음대체결제수수료를 지급하지 않고 있다가 피고의 조사개시 후 원고가 어음대체결제수수료를 해당 수급사업자들에게 지급한 사실은 인정되나 하도급법 제25조 제1항은 향후 재발방지를 위한 시정조치를 명할 수 있다고 규정하고 있고, 시정 조치의 필요성 여부에 관한 판단에는 피고에게 상당한 재량권이 부여되어 있으므로, 원고가 위반행위를 스스로 시정하고 원고의 미지급 금액이 관련 하도급대금 중 0.3%에 불과하더라도, 원고의 불이익보다 달성하려는 공이이 작다고 보기 어려움.

[삼광글라스의 불공정하도급거래행위 건(서울고법 2018. 12. 13. 선고 2018누43417 판결⁶⁶⁾]

- 수급사업자가 워크아웃에 있는 원사업자의 채무의 일부를 면제하는 행위는 강행규정인 하도급법 제13조 제1항에 위반되는 것이라고 할 수 없음

- 피고는, ‘경제적 약자인 하수급사업자의 보호를 위하여 도급인의 대금지급의무를 규정한 하도급법 제13조 제1항은 강행규정의 성격을 갖는데, 하수급인인 경진실업의 채권포기 행위는 위 강행규정에 위반한 것이어서 무효이다’라고 주장하나, 하도급채권의 발생 및 지급지체가 이미 발생한 후에 도산위기에 처한 도급인(원고)의 워크아웃 과정에서 수급 사업자가 자발적으로 채무면제라는 단독행위를 한 것을 가지고 강행법규에 위반한 것이라고 할 수 없음.

65) 상고심(대법원 2017. 7. 27. 선고 2017누41924 판결)은 실리불송행 기각함

66) 상고심(대법원 2019. 4. 24. 선고 2019누31716 판결)은 실리불송행 기각함

[디엔에스모드의 불공정하도록거래행위 건(서울고법 2007. 1. 10. 선고 2005누10752 판결, 고법 확정)]

- 원고는 이 사건 정산합의서를 폐기하고 이 사건 정산합의를 무효화하기로 전화로 합의하였다고 주장하나 이를 인정할 증거가 없으므로 이 사건 정산합의서에 따라 이 사건 기공계약의 대금을 최종 확정한 것으로 보는 것이 타당함
 - 위 인정사실 및 거시 증거에 비추어 인정되는 다음 사정, 즉 ① 이 사건 정산합의서에 기재된 정산합의금 37,500,000원, 기성지급일 2013. 4. 18., 작성일 및 작성자의 서명·날인이 모두 이민호의 자필로 보이는 점, ② 원고 주장대로 에스케이건설로부터 공사비 1억 3,500만 원을 증액 받는 것을 조건으로 정산합의금을 지급한다고 합의가 이루어졌다면 이는 합의의 핵심적인 사항에 해당하는 것인데 이 사건 정산합의서에는 그러한 기재가 없는 점, ③ 원고는 이민호로부터 이 사건 정산합의에 대해 사후에 보고받았으나 불허하였고 이에 이민호가 성암기업과 사이에 이 사건 정산합의서를 폐기하고 이 사건 정산합의를 무효화하기로 전화로 합의하였다고 주장하나 이를 인정할 증거가 없는 점 등에 비추어볼 때 이 사건 정산합의는 원고가 기준에 지급한 금액 이외에 추가로 3,750만 원을 성암기업에 지급하기로 하면서 이 사건 기공계약의 대금을 최종 확정한 것으로 보는 것이 타당하므로 이 부분 원고의 주장도 이유 없음.

[엔아이텍의 불공정하도록거래행위 건(서울고법 2016. 9. 8. 선고 2014누72233 판결⁶⁷⁾)]

- 지급명령 금액이 민사 사건에서 확정된 지급의무 액수를 초과한다고 하여 피고의 지급명령에 위법이 있다고 할 수는 없음
 - 이 사건 각 지급명령에서 지급을 명한 금액이 관련 민사사건에서 확정된 지급의무의 액수를 초과하는 것은 사실이나, 이는 원고가 이 사건 각 지급명령 이후에 호의컴퍼니에 대한 손해배상채권으로 상계함으로 인하여 생긴 사정일 뿐, 이 사건 각 지급명령 당시에 고려할 수 있었던 사정은 아님(다만 이 사건 각 지급명령 이후 원고의 상계 및 변제공탁에 따라 그만큼 이 사건 각 지급명령을 이행한 것으로 볼 수는 있음). 또한 이 사건 각 지급명령에서 적용한 지연손해금 이율이 관련 민사사건의 확정 판결에서 적용한 지연손해금 이율보다 높다고 하더라도, 각 지급명령에 어떠한 위법이 있다고 할 수 없음.

[새롬어페럴(주)의 불공정하도록거래행위에 대한 건(서울고법 2023. 6. 14. 선고 2021누76 판결, 고법 확정)]

67) 상고심(대법원 2016. 11. 3. 선고 2016두53241 판결)은 심리불속행 기각함

마. 공동수급체가 구성된 경우

- 원고가 공동수급체를 대표하여 하도급계약을 체결한 것이라 하더라도, 하도급공사대금 채무는 조합원 전원을 위하여 상행위가 되는 도급계약으로 부담하게 된 것으로, 원고는 공사대금 전액을 지급할 의무가 있음

- 원고가 공동수급체를 대표하여 수급사업자와 하도급계약을 체결한 것이라 하더라도 그에 따른 수급사업자에 대한 하도급공사대금 채무는 조합원 전원을 위하여 상행위가 되는 도급계약으로 부담하게 된 것으로, 공동수급체의 구성원인 원고는 상법 제57조 제1항에 따라 다른 건설회사들과 연대하여 수급사업자에게 하도급공사대금 전액을 지급할 의무가 있음.

[거산의 불공정하도급거래행위 건(서울고법 2013. 10. 2. 선고 2013누7508 판결, 고법 확정)]

- 공동이행방식의 공동수급체 구성사업자 중 1인이 공동수급체 전원을 위한 하도급 계약을 체결한 경우라도, 특별한 사정이 없는 한 구성사업자 1인에 대한 과징금산정의 기초가 되는 하도급대금 역시 하도급계약에 따라 수급사업자에게 지급하여야 할 대금을 기준으로 하여야 함

- 공동이행방식의 수급체는 원칙적으로 민법상 조합의 성질을 가지고 하도급계약을 체결할 때 공동수급체가 아닌 개별 구성원으로 하여금 지분비율에 따라 직접 하수급인에 대하여 채무를 부담하는 등의 약정이 없는 한 상법 제57조 제1항에 따라 조합원들이 연내책임을 짐.

- 공동이행방식의 공동수급체 구성사업자 중 1인이 공동수급체 구성사업자 전원을 위한 하도급계약을 체결한 경우일지라도 개별 구성원으로 하여금 지분비율에 따라 직접 하수급인에 대하여 채무를 부담하도록 하는 등 특별한 사정이 없다면 구성사업자 1인의 하도급법 위반행위에 대한 과징금 산정의 기초가 되는 하도급대금 역시 하도급계약에 따라 수급사업자에게 지급하여야 할 대금을 기준으로 함이 원칙임.

[지에스건설(주)의 불공정하도급거래행위에 대한 건(대법원 2018. 12. 13. 선고 2018두51485 판결)]

12. 건설하도급 대금지급보증 등(제13조의2)

- 원고의 지급보증서 발급이 현실적으로 불가능하였는지가 명확하지 않고, 그렇다고 하더라도 원고가 지급보증서 발급 대신에 현금(자기앞수표)을 지급하는 방법으로 지급보증을 할 수 있었는데도 이를 하지 않은 경우 하도급법 제13조의2 제1항의 규정의 위반행위에 해당함
- 원고 주장과 같이 최초 수급사업자인 정상건설 대표의 도피 등으로 지급보증서를 발급받는 것이 현실적으로 불가능하였는지 명확하지 않고, 설령 그러한 사정이 있다고 하더라도, 이는 원고와 정상건설 사이의 내부문제로서 현재 수급사업자와는 관계가 없고, 원고로서는 지급보증서 발급 대신에 현금(자기앞수표)을 지급하는 방법으로 지급보증을 할 수 있었는데도 이를 하지 않았음. 원고가 위와 같이 지급보증을 하지 않은 행위가 하도급법 제13조의2 제1항의 규정에 위반되어 시정조치의 대상이 되지만 하도급법 위반의 정도가 경미한 점, 하도급거래가 이미 종료되어 시정조치의 실익이 없는 점을 감안하여 이 사건 경고처분을 한 것은 비례원칙 등을 위반하여 재량권을 일탈·남용한 위법이 있다고 할 수 없음.

[요진건설산업의 불공정하도급거래행위 건(서울고법 2013. 12. 26. 선고 2012누19368 판결⁶⁸⁾)]

- 원사업자인 원고가 발주자의 지위를 겸하고 있다고 하더라도 하도급대금지급보증 의무가 면제되는 것은 아님
- 하도급법 제13조의2 제1항 단서, 같은 법 시행령 제8조 제1항 3호에 의하면, 하도급계약 체결일부터 30일 이내에 법 제14조 제1항 제2호에 따라 '발주자가 하도급대금을 직접 수급사업자에게 지급하기로 발주자·원사업자 및 수급사업자 간에 합의를 한 경우'에는 원사업자의 대금지급 보증의무가 면제되나, 이는 당사자들 사이에 위와 같은 합의가 있는 경우 수급사업자는 발주자에 대하여 직접 하도급대금을 청구할 수 있고, 원수급자의 하도급대금 지급채무는 소멸하는 점(하도급법 제14조), 발주자의 자력 등을 고려하여, 수급사업자를 보호하기 위해 보증이 필요하지 아니하거나 보증이 적합하지 아니하다고 보이는 경우임.

68) 상고심(대법원 2014. 5. 16. 선고 2014두1857 판결)은 심리불속행 기각함

- 그러나 원고의 주장과 같이 원사업자인 원고가 발주자의 지위를 겸하고 있다고 하더라도 원고의 하도급대금 지급채무가 소멸하는 것도 아니고, 수급사업자가 원고 이외 다른 제3자에게 하도급대금의 지급을 청구할 수 있는 것도 아니라고 할 것이므로, 수급사업자를 보호하기 위해 보증이 필요하거나 보증이 적합하지 않다고 볼 수 없음.

[(주)중해건설의 불공정하도급거래행위에 대한 건(서울고법 2021. 6. 2. 선고 2020누47641 판결, 고법 확정)]

13. 설계변경 등에 따른 하도급대금의 조정(제16조)

- 공종별 개개 공사내역의 수량 변동이 아닌 순공사비 총액을 기준으로 정산하기로 하는 특약이 하도급법 제16조 제1항을 위배하거나 이를 우회하여 하도급법 제11조 제1항을 면탈하기 위한 것이라고 볼 수 없고, 공사대금을 정산함에 있어 유효한 이 사건 특약을 우선 적용하여야 함
- 원사업자와 수급사업자는 이 사건 하도급공사에 대한 설계변경 등에 따라 이 사건 하도급 공사대금을 정산하여야 하는 경우에는 공종별 개개공사내역의 수량변동을 계산의 기초로 삼을 것이 아니라 원도급계약의 공사대금 중 이 사건 공사에 해당하는 순공사비 총액을 기준으로 정산하기로 하는 특약(이하 '이 사건 특약'이라 한다)을 제결하였음. 하도급법은 그 조항에 위반된 하도급약정의 효력에 관하여는 아무런 규정을 두지 않는 한편 위의 조항을 위반한 원사업자를 벌금형에 처하도록 하면서 그 조항 위반행위 중 일정한 경우만을 공정위로 하여금 조사하게 하여 그 결과에 따라 원사업자에게 시정조치를 명하거나 과징금을 부과하도록 규정하고 있을 뿐이어서 그 조항은 그에 위배한 하도급인과 하수급인 사이의 계약의 사법상의 효력을 부인하는 조항이라고 볼 것은 아닌바(대법원 2000. 7. 28. 선고 2000다20434 판결, 대법원 2003. 5. 16. 선고 2001다27470 판결 등 참조), 위 벌리와 관계법령을 이 사건 특약에 비추어 살펴보면, 하도급대금의 산정방식에 비추어 보더라도 이 사건 특약이 하도급법 제16조 제1항을 위배하거나 이를 우회하여 하도급법 제11조 제1항을 실질적으로 면탈하기 위한 것이라고 볼 수 없고, 이 사건 하도급 공사대금을 정산함에 있어서는 유효한 이 사건 특약을 하도급법 제16조 제1항에 우선하여 적용하여야 할 것임.

[낙원건설의 불공정하도급거래행위 건(서울고법 2010. 10. 13. 선고 2009누31429 판결⁶⁹⁾)]

- 공동수급체가 대표자를 정해 업무를 수행한 경우 대표자 뿐 아니라 나머지 원사업자도 하도급대금 증액의무 및 통지의무를 부담함
- 공동이행방식으로 도급을 받은 원사업자들이 공동수급체의 대표자를 정한 경우 대표자만 하도급법상 설계변경 등에 따른 하도급대금의 조정, 그 사유와 내용에 관한 통지의무를 부담하고 대표자가 아닌 원사업자는 그러한 의무를 면한다고 규정한 내용은 없으므로, 이 사건 하도급대금 증액의무 및 통지의무의 이행주체는 현대건설일 뿐 원고가 아니라는 원고의 주장은 이유 없음.

[현대건설(주) 및 한신공영(주)의 불공정하도급거래행위에 대한 건(서울고법 2019. 5. 30. 선고 2019누36966 판결⁷⁰⁾)]

⁶⁹⁾ 상고심(대법원 2012. 1. 27. 선고 2010두24050 판결)은 이러한 원심판결에 위법이 없다고 판시함

- 1차 도급변경계약으로 인한 총 도급 계약금액은 변동되지 않았다 하더라도 수급 사업자인 한수건설과 직접적으로 관련이 있는 토목공사비 항목은 증액되었으므로 원고는 통지의무를 부담함
 - 하도급법 제16조 제2항은 발주자와 원사업자 사이에서 발생한 공사금액 변경 등의 내용을 수급사업자에게 통지하라는 것이므로, 원고가 도급변경계약이 체결되기 이전에 그 내용에 관하여 한수건설과 논의하거나 협의하였다 하더라도 하도급법 제16조 제2항에서 정한 통지의무를 다하였다고 볼 수 없고, 원고가 추가공사 등 추후 설계변경에 따라 반영되어야 할 사항을 미리 수급사업자에게 지시하고 이에 대한 기성금을 지급하였다 하더라도 수급사업자는 발주자와 원사업자 사이에서 조정된 하도급대금에 관한 사항을 알 수 없게 되므로 하도급법 제16조의 취지에도 어긋남. 결국 하도급법 제16조 제2항의 통지는 원사업자와 발주자 사이에서 도급변경 계약이 체결되어 그 내용이 확정된 후에 이루어져야 함.
 - 원고는 하도급대금 조정사유 미통지 행위가 위법하지 않다고 다투고 있어 향후 유사한 위반행위가 반복될 우려가 있고, 한수건설이 사후에 하도급대금을 조정 받았다고 하더라도 한수건설은 추가공사를 수행하고 하도급대금을 조정 받는 과정에서 원고와 발주자 사이의 조정 내용을 알지 못하고 있는 것만으로도 불리한 지위에 있는 것이므로 한수건설의 피해가 없다고 볼 수 없음.
[대림산업의 불공정하도급거래행위에 대한 건(서울고법 2019. 1. 31. 선고2018누 46386 판결⁷⁰⁾]]
-
- 원고는 설계변경 등에 따라 발주자로부터 계약금액을 증액받으면서 수급사업자에게 계약금액을 증액받은 사유와 내용을 통지하지 아니하였고, 해당 공사의 발주자가 모두 공공기관에 해당되어 변경된 내용은 발주자에 의해 수급사업자에게 공유되었으므로 원고의 통지의무가 하도급법 제16조 제2항 단서에 따라 소멸되었다고 볼 수 없음
 - 원고는 이 사건 미통지 행위와 관련한 공사는 발주자가 모두 공공기관이므로 변경된 내용은 발주자에 의해 수급사업자에게 공유되었다고 할 것이고, 이에 따라 원고의 통지의무는 하도급법 제16조 제2항 단서에 따라 소멸하였다고 주장하나, 이는 다음과 같은 이유로 인정할 수 없음

70) 상고심(대법원 2019. 9. 26. 선고 2019두44224 판결)은 심리불속행 기각함

71) 상고심(대법원 2019. 6. 19. 선고 2019누37165 판결)은 심리불속행 기각함

- ① 건설산업기본법령에 따라 발주자에게 통지의무가 존재한다고 하더라도, 하도급법 제16조 제2항의 취지상 발주자의 통지의무와 하도급법 제16조 제2항 본문에서 규정한 원사업자의 통지의무는 별개의 의무라고 할 것이므로, 건설산업기본법령 등에 발주자의 통지의무가 규정되어 있다는 사정만으로 하도급법 제16조 제2항 단서에 따라 원사업자의 통지의무가 소멸된다고 볼 수 없음.
- ② 또한 이 사건의 경우, 이 사건 미통지 행위와 관련된 공사의 발주자가 수급사업자에게 하도급대금 조정 사유 및 내용을 통지하였다고 인정할 만한 자료가 없고, 법원의 이 사건 미통지 행위와 관련된 공사의 발주자들에 대한 각 사실조회 결과에 의하더라도, 발주자들은 도급계약의 설계변경 및 계약금액 조정과 관련된 공정회의에 수급사업자가 참석한 사실이 없다거나, 별도로 수급사업자에게 설계변경에 따른 금액 조정 사실을 통지한 사실이 없다거나, 위 내용들을 확인해줄 수 없다고 회신한 사실이 인정될 뿐임.

[에이치디씨현대산업개발(주)의 불공정하도급거래행위에 대한 건(서울고법 2023. 7. 19. 선고 2022누33530 판결⁷²⁾]

72) 상고심(대법원 2023. 11. 16. 선고 2023두51229 판결)은 심리불속행 기각함

14. 부당한 경영간섭의 금지(제18조)

- 원사업자가 품질유지의 목적을 넘어서 수급사업자의 재하도급 거래내용을 제한한 것은 부당한 경영간섭행위에 해당함
- 원고가 동양이엔피에 그 승인원을 요청한 제품인 휴대용 충전기는 수급사업자인 동양이엔피가 자체적으로 개발하여 원고에게 납품하는 ODM(Original Design Manufacturing) 제품으로서 다른 부품에 비해 그 구조나 동작원리가 비교적 간단한 것으로 보이는데도 그 승인원에는 회로도, 부품의 종류와 구체적인 기능, 동작원리뿐만 아니라 원자재 구매처 및 제조공정 등 구체적인 조립방법까지 나타나 있는 점, 원고가 2004년 8월경 마련한 '04년 2차 벤더 관리방안'에는 협력업체 자체 판단에 따른 2차 벤더의 변경을 금지하고 협력업체로 하여금 2차 벤더 관리 전담인력을 선정하여 운용하도록 하며 위 인력으로 하여금 2차 벤더를 정기적으로 방문하여 그 결과를 원고에게 월 1회 제출하도록 한 점, 원고가 2004년 11월경 마련한 '2차 벤더관리기준'에서는 변경점 신고의 경우 반드시 구매부서를 창구로 하여 승인하도록 하고 규정 미준수 업체는 1차 경고 조치 후 재발시 거래축소 등의 조치를 취하며 협력업체로 하여금 2차 벤더 관리 담당 인력을 선정하게 하고 위 인력의 주요 역할까지 구체적으로 기재되어 있는 점 등에 비추어 보면, 원고의 행위는 품질유지라는 본래의 목적을 넘어 수급사업자의 재하도급 거래내용을 간섭한 행위로서 법 제18조가 금지하는 부당한 경영간섭행위에 해당함.

[삼성전자의 불공정하도급거래행위 건(서울고법 2009. 11. 12. 선고 2008누11237 판결⁷³⁾)]

73) 상고심(대법원 2010. 4. 8. 선고 2009두23303 판결)은 심리불속행 기각함

15. 보복조치의 금지(제19조)

- 원고는 수급사업자가 공정위 등에 신고한 것에 대한 보복조치로써 하도급계약을 해지한 것으로 봄이 상당함
- ① 원고는 2010. 3. 29. 밸주처로부터 물량스케줄을 송부받은 이후 추가 물량을 주문받지 못하였고, 밸주처 관계자로부터 2011년도에는 추가 밸주가 없을 것이라는 사실을 확인한 후에 수급사업자와의 하도급계약을 해지한 것이고, ② 수급사업자가 원고의 주거래은행인 산업은행과 밸주처 등에 진정서를 제출하여 원고의 명예를 훼손한 것은 원고와의 하도급 계약상 계약해지사유에 해당하므로, 정당한 권리행사로서 수급사업자와의 하도급계약을 해지한 것이라고 주장하나, 법원의 밸주처에 대한 사실조회회신에 의하면, 밸주처는 2010. 11. 1. 원고에게 마지막으로 해치커버 제작을 위탁한 사실, 이에 원고가 2010. 11. 10. ~ 12. 13.까지 위 물량을 납품한 사실을 인정할 수 있고, 원고가 2011. 11. 이전에 추가물량이 없다는 등의 이유로 수급사업자와의 하도급거래를 사실상 중단한 사실이 있으며, 수급사업자가 밸주처 및 산업은행에 진정서를 제출한 행위가 일단 명예훼손에 해당한다 하더라도, 그 목적이 원고로부터 변제받지 못한 기성고 대금을 지급받기 위한 것에 있으므로 이를 위법하다고 보기 어려움. 따라서 원고는 수급사업자가 공정거래위원회 등에 신고한 것에 대한 보복조치로써 하도급계약을 해지한 것으로 봄이 상당하므로, 원고의 주장은 이유 없음.

[고성조선해양의 불공정하도급거래행위 건(서울고법 2014. 10. 17. 선고 2013누32252 판결, 고법 확정)]

16. 탈법행위의 금지(제20조)

- 하도급법 적용을 피하려는 행위와 그 직접적 위반행위는 별개로 보아야 하고 그에 대한 규율 역시 개별적으로 취급해야 함
- 원고는 하도급대금의 지급에 관하여 현금 비율을 유지하기 위하여 수급사업자들의 계좌에 하도급대금을 송금하였다가 다시 인출하였음. 원고의 이러한 행위는 이 사건 조항의 적용을 피하려는 행위임이 명백하고, 어음지급 등의 직접적 방법이 아닌 현금의 지급(계좌 송금)과 인출이라는 간접적인 방법을 사용하였으므로 우회적인 방법에 의한 것임이 인정됨. 따라서 원고의 행위는 하도급법 제20조가 규정하는 탈법행위에 해당함.
- 하도급대금의 송금과 인출은 어음지급과는 별개의 행위로서(하도급법 제20조의 '이 법이 적용되는' 사항이 직위의무인 경우 이를 위반하기 위해서는 다른 적극적인 행위가 필요하지 않은 것이 보통임. 그러나 이 사건 조항과 같이 그 위반을 위하여 별도의 행위가 필요한 경우에는 적용을 피하려는 행위와 그 위반행위는 별개로 봄이 타당함) 그 자체가 탈법행위에 해당하는 것이고, 원고가 탈법행위를 전후하여 수급사업자에게 하도급대금으로 어음을 지급하였는지 여부는 이 사건 탈법행위의 성립에 아무런 영향이 없음. 즉 하도급대금의 송금과 인출 후에 어음지급이 있는 경우에는 원고가 수급사업자에게 하도급대금으로 현금을 송금하고 이를 인출함으로써 탈법행위가 완성된 것이고, 그 후에 원고가 어음을 지급하였다고 하더라도 이미 성립된 탈법행위에 아무런 영향을 줄 수 없음.
- 하도급법의 적용을 피하려는 행위와 그 직접적인 위반행위는 별개로 보아야 하고 그에 대한 규율 역시 개별적으로 취급함이 타당하므로, 하도급법 제13조 제4항과 제20조의 위반이 양립할 수 없다거나 하도급법 제20조는 하도급법의 다른 과정규정의 근거행위가 성립되지 않는 경우에 적용되는 규정이라는 원고의 주장도 받아들일 수 없음.

[울트리건설의 하도급법위반행위 건(서울고법 2012. 4. 26. 선고 2011누38973 판결, 고법 확정)]

17. 위반행위의 신고 및 조사·처분시효(제22조, 제23조)

- 하도급법 제22조 제4항 본문 제1호의 '신고일'은 ('신고접수일'이 아니라) 피고가 하도급법 위반행위에 대하여 제1항 전단에 따른 '신고를 받은 날'을 뜻함
- 피고는 2016. 7. 13. 참가인으로부터 신고를 받고, 이 사건 신고의 접수를 보류한 채 2016. 7. 14. 한국공정거래조정원 하도급분쟁조정협의회에 조정을 요청하였으나, 협의회는 참가인이 2회 이상 출석요구에 응하지 않자 2016. 9. 27. 조정절차를 종료하였음. 피고는 2016. 10. 26. 협의회로부터 조정이 성립되지 않았다는 보고를 받고 같은 날 이 사건 신고를 접수한 다음, 2019. 10. 24. 원고에게 시정명령과 과징금납부명령을 하였음.
- 처분시효에 관한 하도급법 제22조 제4항 본문은 피고가 하도급법 위반행위에 대하여 같은 조 제2항에 따라 조사를 개시한 경우 일정 기간이 지나면 시정조치를 명하거나 과징금을 부과하지 않도록 함으로써 하도급법 위반행위를 둘러싼 법률관계를 신속히 확정하여 피고가 일방적으로 처분권을 남용하지 못하도록 하고 법적 안정성을 유지하기 위한 것임.
- 이와 같은 하도급법 제22조 제4항 제1호의 문언·내용과 취지, 하도급법 제22조 제1항 전단에 따른 신고의 법적 성격 등을 종합하면, 하도급법 제22조 제4항 본문 제1호의 '신고일'은 ('신고 접수일'이 아니라) 피고가 하도급법 위반행위에 대하여 제1항 전단에 따른 '신고를 받은 날'을 뜻한다고 보아야 함.

[(주)한화의 불공정하도급거래행위 건(대법원 2021. 5. 7. 선고 2020누57332 판결)]

- 하도급법 제22조에 규정된 신고는 구체적인 위반행위가 특정될 것을 전제로 하므로, 하도급거래가 끝난 뒤 3년이 지난 경우 원칙적으로 그 거래로 인한 위반행위 신고가 있더라도 조사대상에서 제외하되, 예외적으로 특정한 위반행위에 관한 신고가 그 거래가 끝난 날부터 3년 이내에 이루어졌으나 그 조사가 그 기간 만료 이전에 개시되지 못한 경우 해당 신고에 관한 조사개시는 그 기간이 지나서도 개시할 수 있음
- 이 사건 최초 신고서 제출 당시 그 최초 신고서에 기재되지 않았던 이 사건 신고내용 역시 포함되었다고 해석한다면, 개정 하도급법 제22조 제4항 제1호에서 '신고일부터 3년' 내에 처분을 하도록 규정하고 있는 점에 비추어 해당 거래에 관한 구체적인 위반행위가 특정되지 않았음에도 '해당 거래에 관한 신고'가 이루어지기만 하면 그로부터 3년이

도과하는 경우 아무런 처분을 할 수 없게 될 수 있는바, 이는 불합리함. 또한 피고로서는 어떠한 거래에 관하여 하도급법 위반 신고가 이루어지면 그 신고내용에 포함되지 않은 위반행위에 관하여 처분시효가 도과되어 처분하지 못하게 되는 경우를 막기 위해 그 신고내용을 넘어서까지 해당 거래가 하도급법에 위반되는지 여부를 조사하여야 하는바, 이 역시 합리적이라 할 수 없음. 또한 개정 하도급법 제22조에 따라 하도급법 위반으로 인한 신고는 구체적인 위반행위를 특정하여 이루어짐이 원칙이고, 그 위반행위와 다른 사실관계에 기한 행위까지 당연히 거기에 포함되어 있다고 보기는 어려움.

- 개정 하도급법 제23조의 규정은 같은 법 제22조 제2항, 즉 하도급법 위반행위에 관한 신고가 있거나 피고가 하도급법 위반행위가 있다고 인정하는 경우에도 하도급거래에 관하여 그 거래가 끝난 날부터 3년이 지난 경우 조사를 개시하지 못하도록 규정하고 있고, 다만 거래가 끝난 날부터 3년 이내에 '같은 법 제22조 제1항 전단에 따라 신고'가 된 경우에는 그 기간이 지나서도 조사를 개시할 수 있다고 규정되어 있는 전, 앞서 살펴본 바와 같이 하도급법 제22조에 규정된 신고는 구체적인 위반행위가 특정될 것을 전제로 하는 점 등을 종합하여 볼 때, 위 규정의 취지는 하도급거래가 끝난 뒤 3년이 지난 경우 원칙적으로 그 거래로 인한 위반행위 신고가 있더라도 조사대상에서 제외하되, 예외적으로 특정한 위반행위에 관한 신고가 그 거래가 끝난 날부터 3년 이내에 이루어졌으나 그 조사가 그 기간 만료 이전에 개시되지 못한 경우 해당 신고에 관한 조사개시는 그 기간이 지나서도 개시할 수 있다는 것이라고 해석함이 상당함.

[지에스건설(주)의 불공정하도급거래행위에 대한 건(서울고법 2022. 5. 26. 선고 2021누36280 판결⁷⁴⁾)]

* 참고(신고일 관련): (주)한화의 불공정하도급거래행위에 대한 건(대법원 2021. 5. 7. 선고 2020두57332 판결)

- 원신고에 대한 심의절차종료 뒤 재신고에 따라 재조사가 이루어진 경우 재조사에 관하여 하도급법 제23조 제1항(조사시효 조항)의 '조사개시'는 원신고로 인해 개시된 조사를, 그 단서의 '신고'는 원 신고를 의미함
- 재신고에 따른 조사의 개시는 원 신고로 인해 개시된 조사의 '재개'일 뿐이지 종전과 구분되는 새로운 조사의 '개시'라고 볼 수 없으므로 이 사건과 같이 원 사건에 대한 '심의절차종결'과 '재신고에 따른 사건심사 척수'가 있었던 사건에서 하도급법 제23조 제1항 본문에서 말하는 '조사개시'란 원 신고로 인해 개시된 조사를, 같은 항 단서에서 말하는 '신고'란 원 신고를 각각 의미한다고 해석됨.

74) 상고심(대법원 2022. 10. 14. 선고 2022두46138 판결)은 심리·불속행 기각함

- 심의절차종료 이전의 조사와 재신고에 따른 조사는 그 대상이 되는 위반행위가 동일한 뿐 아니라(구 사건절차규칙 제13조 제1항), 조사를 중단한 이유(사실관계에 대한 확인 곤란)와 재개한 이유(심의절차종료 사유와 관련이 있는 새로운 사실·증거의 발견)가 서로 긴밀하게 연결됨. 또한 심의절차종료의 성격 자체가 종국적인 결정이 아니라 장래에 새로운 사실이 밝혀질 경우 조사를 재개할 가능성을 열어두고 잠정적으로 조사를 중단하는 것이고, 재신고는 원 신고의 대상이 되었던 사실에 관하여 다시 심사하여 줄 것을 촉구하는 것이기 때문이다.

[(주)우진아이엔에스의 불공정하도록거래행위에 대한 건(서울고법 2022. 12. 15. 선고 2022누39934 판결⁷⁵⁾)]

* 같은 취지: (주)한진중공업의 경고심의요청에 대한 건(서울고법 2023. 9. 13. 선고 2022누46529 판결, 고법 확정)

75) 상고심(대법원 2023. 5. 18. 선고 2023두32235 판결)은 심리불속행 기각함

18. 시정조치(제25조)

□ 법위반 상태가 이미 소멸된 경우에도 법위반행위의 재발방지에 필요하다고 인정하는 경우에는 시정에 필요한 조치 등을 의결할 수 있음

- 구 하도급법(2011. 3. 29. 법률 제1047호로 개정되기 전의 것) 제25조 제1항은 공정거래위원회가 제13조의 규정을 위반한 발주자와 원사업자에 대하여 '하도급대금 등의 지급, 법 위반행위의 중지, 그 밖에 해당 위반행위의 시정에 필요한 조치'를 명할 수 있다고 정하고 있었음. 그러나 이후 2011. 3. 29. 개정으로 위 제25조 제1항은 공정거래위원회가 제13조의 규정을 위반한 발주자와 원사업자에 대하여 하도급대금 등의 지급, 법 위반행위의 중지뿐만 아니라 '향후 재발방지, 그 밖에 시정에 필요한 조치'를 명할 수 있도록 조문이 변경되었음. 한편, 공정거래법 제55조의2에 근거하여 공정거래위원회가 정하여 고시한 '공정거래위원회 회의운영 및 사건절차 등에 관한 규칙' 제52조 제2항에 의하면 공정거래위원회는 법위반 상태가 이미 소멸된 경우에도 법위반행위의 재발방지에 필요하다고 인정하는 경우에는 시정에 필요한 조치 등을 의결할 수 있도록 정하고 있고, 위 규칙은 하도급법 제27조에 의하여 하도급법 위반사건에 관하여도 적용됨.

[금광기업의 불공정하도급거래행위 건(서울고법 2017. 3. 17. 선고 2016누38107 판결⁷⁶⁾)]

- 2011. 3. 29. 개정된 하도급법 제25조 제1항은 향후 재발방지를 명할 수 있도록 명시적 규정을 두었고, '그 밖에 해당 위반행위의 시정에 필요한 조치'를 '그 밖에 시정에 필요한 조치'로 개정함으로써 '시정에 필요한 조치'의 범위를 '해당 위반행위의 시정에 필요한 조치'에 한정하지 아니하고, 향후 재발방지 능도 포함할 수 있도록 넓게 규정한 것으로 보임. 피고로서는 '향후 재발방지'를 명할 필요성이 있다고 인정되는 경우 재발방지명령을 할 수 있다 할 것이고, 향후 동일 또는 유사한 위반행위가 반복될 우려가 있는 경우에는 위와 같은 필요성이 있다 할 것이며, 원고의 주장과 같이 향후 동일·유사한 하도급법 위반행위를 다시 저자를 기연성이 높은 예외적인 경우에만 재발방지명령을 할 수 있다고 볼 수는 없음.

[영진약품의 불공정하도급행위에 대한 건(서울고법 2018. 7. 18. 선고 2018누36112 판결, 고법 확정)]

- * 2011. 3. 29. 하도급법이 개정(2011. 6. 30. 시행)되기 이전에는 시정명령 당시 위반행위의 결과가 존재하지 않는다면, 재발방지를 위한 시정명령을 할 수 없다고 하여 패소하였음(대법원 2010. 9. 30. 선고 2008두16377 판결, 대법원 2010. 11. 11. 선고 2008두20093 판결, 대법원 2011. 3. 10. 선고 2009두1990 판결 등)

⁷⁶⁾ 상고심(대법원 2017. 7. 27. 선고 2017두40822 판결)은 심리불속행 기각함

□ 원고가 자진시정을 완료하였다 하더라도, 수급사업자가 하도급대금을 지급받지 못하는 위험 내지 그 불확실성에 노출되는 것을 해소하고자 하는 하도급대금 지급보증제도의 취지에 비추어 보면, 지급보증을 하지 않은 행위는 위법하며, 이에 대한 시정명령의 필요성이 인정됨

- 하도급법에서는 원사업자에 비해 상대적으로 열위에 있는 수급사업자가 하도급대금을 지급받지 못하는 위험 내지 그 불확실성에 노출되는 것을 해소하고자 하도급대금의 지급보증을 의무화하고 있고, 이를 통하여 입법자는 하도급대금의 지급기일이 도과하여 원사업자가 이행지체에 빠지는 경우 등과 같은 전형적인 사유의 발생 시 보증기관으로 하여금 지급보증 책임을 이행하게 함으로써 수급사업자가 하도급대금 상당액을 안정적으로 지급받을 수 있도록 하고 있는바(대법원 2019. 7. 25. 선고 2018다213644판결), 이러한 하도급대금 지급보증제도의 취지에 비추어 보면, 원고가 이 사건 공사대금에 대하여 지급보증을 하지 않은 행위가 원고의 주장과 같이 경미한 행위라고 보기 어렵음.
- 원고가 자진시정을 완료하였고, 실제로 수급사업자에게 어떠한 피해도 발생하지 않았다 하더라도 향후 동일 또는 유사한 위반행위 재발방지를 명할 필요성이 인정되므로, 원고에게 부과한 시정명령이 비례원칙을 위반한 것이라고 보기 어렵음.

[(주)리드건설의 불공정하도급거래행위 건(서울고법 2020. 10. 8. 선고 2020누39442 판결⁷⁷⁾]

□ 처분 이전에 회생절차개시 결정이 있었음에도 종결처리 의결을 하지 않고 이 사건 처분을 한 것에 재량권 일탈·남용의 위법이 없음

- 원고에 대하여 2015. 1. 7. 회생절차개시결정이 있었으나, 위반행위를 한 사업자에 대해서는 제재가 필요하므로 위반행위 후 어떠한 사정변경에 의하여 제재를 가하지 않는다는 것은 매우 예외적인 경우에만 가능하다고 보아야 하는 점, 사건절차규칙 제48조 제1항 제2호가 종결처리 여부를 임의적 규정으로 명시한 점을 고려하면 피고에게 종결처리 의결 여부에 대하여 폭넓은 재량이 인정된다고 볼이 타당함. 더 나아가 피고가 종결처리를 하지 않고 이 사건 처분을 한 것이 재량권을 일탈·남용하였다고 볼 만한 사정도 없음.

[동부건설(주)의 불공정하도급거래행위 건(서울고법 2021. 1. 14. 선고 2020누41032 판결⁷⁸⁾]

77) 상고심(대법원 2021. 2. 25. 선고 2021두52702 판결)은 심리불속행 기각함

78) 대법원 2020. 5. 14. 선고 2020두31217의 파기환송심으로 고법 확정

- 행정법규 위반에 대한 제재조치는 행정목적의 달성을 위해 행정법규 위반이라는 객관적 사실에 착안해서 가하는 제재이므로, 위반자가 그 의무를 알지 못했다고 하더라도 그 의무 해태를 탓할 수 없는 정당한 사유가 없는 한 위반자에게 고의나 과실이 없더라도 부과될 수 있음
 - 행정법규 위반에 대한 제재조치는 행정목적의 달성을 위해 행정법규 위반이라는 객관적 사실에 착안해서 가하는 제재이므로, 위반자가 그 의무를 알지 못했다고 하더라도 그 의무 해태를 탓할 수 없는 정당한 사유가 없는 한 위반자에게 고의나 과실이 없더라도 부과될 수 있음(대법원 2012. 6. 28. 선고 2010두24371 판결 등 참조).
 - 위와 같은 법리와 앞서 든 증거에 의하면, 원고의 각 행위가 인정되고, 원고가 원고 직원들의 업무 처리과정에서의 단순한 실수로 위반행위를 하게 되었다고 하더라도 이 사건 시정명령에 잘못이 있다고 할 수 없음.
[(주)내우건설의 불공정하도급거래행위에 대한 건(서울고법 2016. 11. 16. 선고 2015누59886 판결, 고법 확정)]
-
- 원고가 하도급법에 규정된 바에 따라 지체상금을 제외한 나머지 대금을 지급하지 아니한 이상, 공정위는 원고와 수급사업자 사이에 민사상 채권채무관계가 확정되지 않았다는 사유 등으로 원고가 그 지급을 미룰만한 상당한 이유가 있는지 여부를 판단할 필요 없이 시정명령을 할 수 있음
 - 하도급법 제13조는 원사업자가 수급사업자에게 제조 등의 위탁을 하는 경우에는 목적물등의 수령일부터 60일 이내의 가능한 짧은 기한으로 정한 지급기일까지 하도급대금을 지급하여야 한다고 규정하면서 '상당한 이유가 있는 경우'에는 하도급대금의 거절이나 그 지연을 인정한다는 예외규정을 두고 있지 않은 전, 민사상 내금채무의 발생과 소멸은 하도급법의 영역이 아니라 민사법의 영역에 속하는 점 등에 비추어 보면, 원사업자가 지급기일을 경과하여 수급사업자에게 하도급대금을 지급하지 아니하는 경우 그 자체가 하도급법 위반행위가 되어 제재대상이 된다고 할 것임. 따라서 공정거래위원회로서는 특단의 사정이 없는 한 원사업자가 대금지급기일에 하도급대금의 지급을 거절하거나 그 지급을 미루고 있는 사실 자체에 의하여 하도급법 위반행위가 있는지 여부를 판단하면 충분하고, 원사업자가 하도급대금의 지급을 거절하거나 그 지급을 미룰 만한 상당한 이유가 있는지 여부를 판단할 필요는 없는 것임(대법원 1995. 6. 16. 선고 94누10320 판결 참조). 원고는 지연 납품된 의류 제품을 전부 수령하였으므로 하도급법 제13조의 규정에 따라 수급 사업자에게 이 사건 납품계약에서 정한 지체상금을 제외한 나머지 하도급대금을 지급할

의무가 있음. 이와 같이 원고가 하도급법에 규정된 바에 따라 지체상금을 제외한 나머지 대금을 지급하지 아니한 이상, 공정거래위원회로서는 원고와 수급사업자 사이에 민사상 채권채무관계가 확정되지 않았다는 사유 등으로 원고가 그 지급을 미룰만한 상당한 이유가 있는지 여부를 판단할 필요 없이 시정명령을 할 수 있음.

[완도어페럴의 하도급법위반행위 건(서울고법 2008. 7. 16. 선고 2007누27099 판결⁷⁹⁾]

□ 관련 민사판결에서 자연손해금의 이율이 공정위가 시정명령 당시 적용한 하도급법상 고시이율과 달리 확정되었다고 하더라도, 원사업자가 시정명령 당시 하도급대금 지급의무를 이행하지 아니하였던 이상, 하도급법상 고시이율에 의한 자연손해금의 지급을 명한 부분은 위법하지 않음

○ 하도급법이 적용되는 하도급거래에서 발생한 하도급대금의 지급이 지체된 경우에 수급사업자가 원사업자를 상대로 청구할 수 있는 자연손해금에 대하여는 하도급법 제13조 제8항에 따라 공정거래위원회가 정하여 고시한 이율(고시이율)에 의할 것이고, 그 한도에서 민법 또는 상법상의 법정이율이나 그에 관한 보다 일반적인 특례인 '소송촉진 등에 관한 특례법' 제3조 제1항에서 정한 이율(법정이율)은 적용되지 아니함. 그리하여 수급사업자는 애초 이와 같이 위 하도급법의 규정에 틀어 하도급대금에 관하여 고시이율에 틀어 자연손해금의 지급을 청구할 실체법상의 권리를 가지는 것임. 따라서 원고가 수급사업자에 대하여 부담하는 하도급대금의 지급의무를 이 사건 시정명령 당시 이행하지 아니하고 있는 이상, 수급사업자가 고시이율과 법정이율의 차이에 상응한 부분의 자연손해금을 포기하여 그 실체적 권리를 상실하였다는 등의 특별한 사정이 인정되지 아니한다면, 피고의 이 사건 시정명령 이후에 수급사업자가 원고를 상대로 제기한 하도급대금지급 청구소송에서 법정이율에 의한 자연손해금의 지급을 명하는 확정판결이 있었다고 하더라도, 이는 수급사업자의 실체법적 권리 그 자체에 영향이 있는 것은 아니므로 그러한 사정만으로 피고의 시정명령 중 고시이율에 의한 자연손해금의 지급을 명하는 부분이 위법하게 된다고 할 수 없음. 따라서 수급사업자가 이 사건 공사대금에 관한 고시이율과 법정이율의 차액 부분을 포기하였다고 인정할 증거가 없는 이 사건에 있어, 이 사건 시정명령 중 하도급대금에 대한 자연손해금에 관한 이율을 고시이율인 연 25%로 정한 부분이 위법하다고 할 수 없음.

[신고려의 불공정하도급거래행위 건(대법원 2010. 10. 28. 선고 2010두16561 판결⁸⁰⁾]

79) 상고심(대법원 2008. 11. 27. 선고 2008두14548 판결)은 심리불속행 기각함

80) 환송심(서울고법 2010. 12. 29. 선고 2010누37706 판결)은 이러한 대법원 판결의 취지대로 판단함

□ 부당한 하도급대금 결정의 경우 공정거래위원회는 원사업자에 대하여 하도급대금의 지급을 명하는 시정명령을 할 수 있음

- 하도급법 제25조 제1항은 공정거래위원회는 제4조(부당한 하도급대금의 결정금지)규정에 위반한 발주자 및 원사업자에 대하여 하도급대금 등의 지급, 법 위반행위의 중지 기타 당해 위반행위의 시정에 필요한 조치를 권고하거나 명할 수 있다고 규정하고 있으므로, 피고(공정위)로서는 부당한 하도급대금 결정의 경우 원사업자에 대하여 하도급대금 등의 지급을 명하는 시정명령을 할 수 있음.

[대성산업의 불공정하도급거래행위 건(서울고법 2012. 5. 17. 선고 2011누36687 판결⁸¹⁾)]

※ 같은 취지: 기아자동차의 불공정하도급거래행위 건(대법원 2010. 4. 29. 선고 2008두14296 판결)

□ 재입찰에 의하여 하도급대금이 부당하게 결정된 경우 원사업자에게 최초 입찰금액과 재입찰금액간의 차액의 지급을 명하는 처분을 하는 것은 비례원칙에 위반되지 아니함

- 원고의 재입찰이 없었다면 이 사건 수급사업자는 원고와 당초의 입찰가를 공사금액으로 하는 계약을 체결하였을 것이므로, 위반행위가 없었을 경우의 하도급대금을 산정할 수 없다는 전제에서 이 사건 처분이 비례의 원칙에 위반된다는 주장은 받아들일 수 없고, 재입찰에 의하여 하도급대금이 부당하게 결정된 경우 원사업자에게 최초 입찰금액과 재입찰금액간의 차액의 지급을 명하는 처분을 하는 것은 비례원칙에 위반되지 아니함.

[대성산업의 불공정하도급거래행위 건(서울고법 2012. 5. 17. 선고 2011누36687 판결⁸²⁾)]

□ 하도급법 제4조 제2항 제1호나 제5호 위반으로 인한 지급명령은 원칙적으로 허용되지 않는다고 보아야 함

- 시정조치의 대상이 되는 여러 위반행위와 이에 대한 다양한 내용의 시정조치를 하나의 규정에 포괄하여 정하고 있으므로, 위에서 열거한 조항들 모두에 대하여 특수한 형태의 시정조치인 지급명령이 당연히 허용된다고 단정할 수는 없음. 구체적 위반행위의 법적 성격과 내용, 지급명령의 대상이 되는 급부의 법적 성격, 법문상 지급명령액 산정의 기준이 되는 금액이 특정되는지, 해석상 그 산정 기준 금액을 명확하고 구체적으로 도출할 수 있는지 등을 종합적으로 고려하여, 해당 위반행위에 따른 지급명령이 허용되는지 여부와 그 범위를 판단하여야 함.

81) 상고심(대법원 2012. 11. 15. 선고 2012두13924 판결)은 이러한 원심판결에 위법이 없다고 판시함

82) 상고심(대법원 2012. 11. 15. 선고 2012누13924 판결)은 이러한 원심판결에 위법이 없다고 판시함

- 하도급법 제4조 위반으로 인한 지급명령은 공정거래위원회가 간편하게 손해배상 등의 지급을 명하는 것이라고 할 수 있는데, 하도급법 제4조 제2항 제1호나 제5호 위반으로 인한 지급명령이 허용된다면 그 지급명령은 당사자 사이의 사적 자치에 따라 정하여졌을 대금액을 전제로 하여야 하는데, 위반행위 전의 단가가 당연히 지급명령액 산정의 기준액이 된다고 단정할 수 없고, 위반행위의 성질상 이러한 위반행위가 없었더라면 원사업자와 수급사업자가 실제 정하였을 대금액을 상정하기도 어려움. 따라서 제1호 위반행위 또는 제5호 위반행위에 대한 시정조치로서 지급명령은 원칙적으로 허용되지 않는다고 보아야 함.
- 원심이 제1호 위반행위와 제5호 위반행위에 대한 시정조치로서 위반행위 전의 단가에 따라 계산한 금액과 그 위반행위에 따른 하도급 대금의 차액을 자급하도록 하는 명령은 위법하다고 판단한 것은 적법함.

[신영프레시전의 불공정하도급거래행위에 대한 건(대법원 2018. 3. 13. 선고 2016두 59430 판결)]

□ 이 사건 시정명령의 대상이 된 하도급계약 중 처분시효가 도과된 부분과 수정추가공사 부분이 제외되어야 하는 것을 고려하더라도 원고에 대하여 시정명령의 필요성이 인정됨

- 이 사건 시정명령의 대상이 된 이 사건 하도급거래 관련 별지 2 내지 4 기재 하도급계약 총 696건에서 처분시효가 도과된 부분인 석우기업과의 하도급계약 619건과 경미하고 빈번한 수정추가공사 부분인 효성기업과의 하도급계약 8건 합계 627건을 제외하더라도 서면발급의부를 위반한 하도급계약이 69건으로서 이 사건 하도급거래 중 약 10%에 해당하여 그 비율이 적다고 보기 어려움.
- 원고는 하도급법 위반사실을 은폐하기 위하여 수급사업자에게 자료삭제를 요구하는 등 행위의 불법성이 크고, 원고가 추후에도 하도급법 위반사실을 은폐하면서 동종행위를 반복할 우려가 존재한다고 할 것이며, 원고가 동종행위를 반복할 경우 거래상 열위에 있는 수급사업자들로서는 원고의 요구에 응할 수 밖에 없는 점을 고려하면 피해발생의 우려도 큼.
- 이 사건 시정명령은 앞으로 원고가 수급사업자에게 선박의 임가공 위탁 시 납품을 위한 작업을 시작하기 전까지 하도급거래에 관한 서면을 발급하는 것을 내용으로 한 것으로서, 위와 같은 여러 사정을 고려한 때 해당 위반행위의 내용과 정도에 그 비례하여야 하는 수준이 현저히 벗어난 것이라고 평가하기도 어려움.

[삼성중공업(주)의 불공정하도급거래행위에 대한 건(서울고법 2022. 9. 21. 선고 2020누38494 판결, 고법 확정)]

- 원사업자가 관련 민사소송을 통해 수급사업자에게 부가가치세를 포함하지 않은 미지급 하도급대금을 지급한 경우 공정위가 원사업자에게 위 부가가치세 및 이에 대한 자연 손해금 지급을 명하는 시정명령을 부과하는 것은 위법함
- 부가가치세는 재화 등을 공급한 자가 이를 공급받는 자로부터 일시적으로 수취하여 보관하였다가 세무관서에 납부하는 것으로서 그 성질상 재화 등을 공급한 수급사업자가 그 하도급으로 인하여 얻는 경제적 이득이라고 보기 어려움(대법원 2009. 3. 26. 선고 2008두21058 판결 참조). 원고는 불법행위에 해당하는 이 사건 감액 행위로 인하여 수급사업자가 입은 손해를 배상할 의무가 있는데(이 사건 감액 행위가 하도급법 제11조 제1항을 위반한 것을 넘어 민사상으로도 무효라고 보기는 어려워, 수급사업자가 부가가치세를 포함한 잔여 하도급대금 청구권을 그대로 가진다고 보기는 어려움), 그 손해배상금은 수급사업자가 입은 재산적 피해를 전보하는 것일 뿐, 수급사업자가 납품한 제품과 대가관계에 있다고 보기 어려움. 게다가 수급사업자는 원고로부터 지금 받은 손해배상금(이사건 감액액)에 관한 부가가치세를 국가에 납부하지 않았기 때문에 수급사업자에게 부가가치세 상당액의 손해가 실제 발생한 것도 아님.
- 설령 피고 주장과 같이 수급사업자가 받은 손해배상금의 실질을 수급사업자가 납품한 제품의 대금으로 보아 원고가 이 사건 부가가치세를 수급사업자에게 지급할 의무를 부담한다고 보더라도, 실질적 경제적 이익의 귀속, 지급명령의 필요성에 비추어 그에 대한 지급명령을 할 필요성이 인정된다고 볼 수 없음.

[(주)우진아이엔에스의 불공정하도급거래행위에 대한 건(서울고법 2022. 12. 15. 선고 2022누39934 판결⁸³⁾]

83) 상고심(대법원 2023. 5. 18. 선고 2023두32235 판결)은 심리불속행 기각함

19. 과징금(제25조의3)

□ 개정 과징금고시 시행일(2016.7.25.) 기준으로 이전의 행위에 대해서는 개정전 과징금고시를, 이후의 행위에 대하여는 개정 과징금고시를 각각 적용한 이 사건 과징금 납부명령은 적법함

- 구 하도급법 시행령(2016. 1. 22. 대통령령 제26933호로 개정된 것)이 부칙 제4조에서 시행일 ('16.7.25.) 전의 위반행위에 대하여 과징금의 부과기준을 적용하는 경우에는 종전의 규정에 따른다고 하였고, 개정 과징금고시는 구 하도급법 시행령의 위임에 의한 것이 이상, 개정 과징금고시의 부칙에서 별도로 경과조치에 관한 규정을 두지 아니하였다고 하더라도, 2016. 7. 24. 이전의 위반행위에 대하여 과징금 납부명령을 하는 경우에는 구 하도급법 시행령 부칙 제4조에 의하여 종전의 규정인 개정전 과징금고시에 따라야 함.
- 법령이 변경된 경우 신 법령이 피적용자에게 유리하여 이를 적용하도록 하는 경과규정을 두는 등의 특별한 규정이 없는 한 헌법 제13조 등의 규정에 비추어 볼 때 그 변경 전에 발생한 사항에 대하여는 변경 후의 신 법령이 아니라 변경 전의 구 법령이 적용되어야 하고(대법원 2002. 12. 10. 선고 2001누3228 판결 등 참조), 시혜적 소급입법을 할 것인지는 여부는 입법 재량의 문제로서 그 판단은 일차적으로 입법기관에 맡겨져 있음. 이에 의하면, 개정 과징금고시에서 별도로 소급적용에 관하여 명시적인 조항을 두지 않았더라도 개정 과징금고시 시행일 전의 위반행위에 대하여는 개정전 과징금고시를 적용하여야 함.

[동원로엑스(주)(변경전 상호:(주)동부익스프레스)의 불공정하도급거래행위 건(서울고법 2020. 4. 22. 선고 2019누62118 판결, 고법 확정)]

- 이 사건 과징금의 기본 산정기준을 정함에 있어 그 기초가 되는 하도급대금은 부가가치세를 제외하고 산출하였다가, 1차 조정과 관련된 ‘법위반금액의 3배’를 정함에 있어서는 부가가치세를 포함한 것은 잘못임
- 하도급대금에 대한 부가가치세는 원사업자가 납부하여야 하는 세금을 수급사업자가 대납하는 것에 불과하고, 원고가 부가가치세 상당액을 지급하지 않음으로써 해당 금액만큼 이득을 취하고 있다고 볼 수도 없음. 따라서 원사업자의 부당한 거래상지위남용행위로부터 수급사업자를 보호하기 위한 하도급법의 취지, 행정목적을 실현하기 위해서 그 위반행위에

대하여 제재를 가하는 행정상의 제재급으로서의 기본적 성격에 부당이득 환수적 요소가 부가되어 있는 과징금의 성질 등에 비추어 보면, 피고가 이 사건 범위반금액을 산정함에 있어 부가가치세를 포함한 것은 합리적이 근거가 없는 잘못된 것이라고 보임.

[(주)대우건설의 불공정하도급거래행위에 대한 건(서울고법 2016. 11. 16. 선고 2015누59886 판결, 고법 확정)]

- 관련 민사사건에서 손해액 등에 대한 감정이 이루어졌다고 하더라도 위반금액의 비율을 산정하기 곤란한 경우라고 보아 정액과징금을 부과한 것은 적법함
- 성진건설에 발생한 손해액은 관련 민사 사건의 항소심 판결이 선고되고 나서야 비로소 구체적 액수가 나오게 되었으므로, 이 사건 처분 당시에는 관련 민사 사건의 항소심이 판단한 것과 같은 손해액을 알 수 없었음. 따라서 피고가 과징금 낭부명령 시점에 부당한 위탁취소 행위와 관련하여 성진건설에 발생한 손해액을 산정하기 곤란한 경우에 해당한다고 보아야 하므로, 피고가 과징금고시의 부과기준금액에 의한 정액과징금을 부과한 데에 위법이 없음.

- 나아가 하도급법 위반에 대한 과징금을 부과하는 절차에서 피고에게 민사소송에서와 같은 증거조사를 통하여 손해액을 산정하라고 요구하는 것은 합리적이지 않고, 과징금 부과제도의 취지에도 맞지 않음.

[(주)엔에스건설의 불공정하도급거래행위에 대한 건(서울고법 2022. 8. 18. 선고 2021누58303 판결⁸⁴⁾)]

- 피고는 위반사업자의 과징금납부능력이 현저히 부족하다고 하여 반드시 과징금을 면제하거나 최소 규모의 과징금만을 부과하여야 할 의무를 부담하는 것은 아님
- 과징금고시 IV. 3.가의 규정 내용에 의하더라도, 피고는 위반사업자의 과징금납부능력이 현저히 부족하다고 하여 반드시 과징금을 면제하거나 최소 규모의 과징금만을 부과하여야 할 의무를 부담하는 것은 아니고, 위반사업자의 현실적 부담능력과 함께 달해 위반행위의 정도나 파급효과, 위반사업자의 귀책사유 등을 함께 고려하여 과징금 부과가 현저히 과중하다고 판단되는 경우에 한하여 재량으로 그러한 면제 또는 감경처분을 할 수 있을 뿐임.

84) 상고심(대법원 2022. 12. 1. 선고 2022두56487 판결)은 삼리불속행 기각함

- 살피건대 원고가 제출한 증거들(갑3-1~4)에 의하면 원고의 최근 3년간 당기 순손실 누적액이 계속 증가하고 있고, 자본총액 대비 부채비율도 계속 증가하고 있는 사실은 인정되나, 나아가 현재 원고의 부채가 지급불능 또는 지급정지의 상태에 있다거나 부채의 총액이 자산의 총액을 초과한다고 인정할 증거는 없고, 오히려 피고 제출 증거들(을1~6)의 각 기재에 의하면, 원고가 과거 3년간 본 건과 같은 하도급법 위반행위로 4회에 걸쳐 경고 이상의 조치를 받은 사실이 인정되며, 여기에다가 원고의 지난 3년간 매출액 및 매출총이익의 규모, 이 사건 위반행위로 인한 피해 사업체의 수(161개) 및 위반금액의 규모(32여억 원) 등을 고려해 보면, 원고가 주장하는 회생노력 등을 고려하더라도 피고가 조정과정금에서 30%만 감경하여 부과과정금을 결정하였다고 하여 그것이 재량권을 일탈·남용한 것이어서 위법하다고 할 수 없음.

[코데즈컴바인의 불공정 하도급거래행위 건(서울고법 2016. 5. 13. 선고 2015누440 판결, 고법 확정)]

□ 피신인이 과정금 부과 전에 위법행위를 자진 시정한 사정을 고려하지 아니하고 과정금을 부과한 것은 재량권의 일탈·남용에 해당함

- 하도급법상의 과정금 부과가 제재적 성격을 가진 것이기는 하여도 기본적으로는 하도급법 위반행위에 의하여 얻은 불법적인 경제적 이익을 박탈하기 위하여 부과되는 것이고, 하도급법이 준용하는 공정거래법 제55조의3 제1항에서도 이를 고려하여 과정금 부과에 있어 위반행위의 내용과 정도, 기간과 횟수 외에 위반행위로 인하여 취득한 이익의 규모 등도 아울러 참작하도록 규정하고 있으므로, 과정금의 액수는 당해 위반행위의 구체적 태양 등에 기하여 판단되는 그 위법성의 정도뿐 아니라 그로 인한 이득액의 규모와도 상호 균형을 이루어야 하고, 이러한 균형을 상실할 경우에는 비례의 원칙에 위배되어 재량권의 일탈·남용에 해당할 수 있음(대법원 2001. 2. 9. 선고 2000두6206 판결 참조). 이 사건 과정금 납부명령이 발해지기 전에 원고가 회수하였던 어음할인료를 모두 반환하였고, 전신재고분 하도급대금도 모두 지급하였으며, 하도급대금 부당김액분, 대봉공업사에 대한 하도급대금 미지급금도 모두 지급하여 상당 부분 위법상태를 자진 시정한 것으로 볼 수 있는 점, 이에 따라 원고가 위 행위사실로 인해 취득한 이득은 상당 부분이 반환되고 남아있지 않게 된 점 등도 피고가 이 사건 과정금을 산정함에 있어 고려하였어야 할. 따라서 피고가 이 사건 과정금을 산정함에 있어 위와 같은 사정을 전혀 고려하지 아니하였고 여기에 원고가 중소기업으로 그 영업상태에 비추어 이 사건 과정금을 감내하기가 다소 어려울 것으로 보이는 점 등을 아울러 참작하여 보면, 원고의 위반행위의 내용과 정도, 기간과 횟수, 원고의 조사에 대한 비협조적 태도 등을 고려하더라도 이 사건 과정금 납부명령은 지나치게 무거워 재량권을 일탈·남용한 것이라고 할 것임.

[삼성공조의 불공정하도급거래행위 건(대법원 2010. 1. 14. 선고 2009두11843 판결)]

□ 과징금고시 시행일 이전의 행위에 대해 과징금고시를 적용하여 과징금을 부과한 것은 과징금고시의 규정을 소급하여 적용한 것임으로 위법함

- 비록 이 사건 과징금고시가 피고 내부의 사무처리준칙에 불과한 것이라고 하더라도 이는 구 하도급법 및 그 시행령에서 정한 금액의 범위 내에서 적정한 과징금 선정기준을 마련하기 위하여 제정된 것임에 비추어 피고로서는 과징금 부과대상을 결정하거나 과징금 액수를 산정함에 있어 이 사건 과징금고시의 기준 및 구 하도급법 및 그 시행령에서 정한 사유를 모두 참작해야 할 것임. 과징금고시의 부칙은 '이 고시는 고시한 날부터 시행한다'라고 규정하고 있음에도, 피고의 이 사건 처분 중 과징금고시를 고시한 날인 2007. 8. 30. 전의 원사업자의 행위에 대하여 과징금고시에 의하여 과징금을 산출하여 부과한 부분은 법령의 근거가 없는 처분으로서 위법함.
- 이 사건 범위반행위는 그 행위가 있는 때에 즉시 성립하고 그 후에는 이미 성립한 범위반 상태가 지속되는 것에 불과하므로, 그것이 이 사건 과징금고시의 시행일 전에 시작되어 아직 완성되거나 종결되지 아니한 채 그 시행일 후에도 계속되어 이 사건 과징금고시의 적용대상에 해당된다고 볼 수 없음.

[영조주택의 불공정하도급거래행위 건(대법원 2013. 2. 15. 선고 2010두5288 판결)]

□ 하도급법 시행령 별표2의 과징금부과기준에서 '위반행위가 2가지 이상의 유형에 동시에 해당하는 경우 위반행위의 유형별 부과점수는 상위유형의 점수를 기준으로 한다'고 규정한 것은, 1개의 위반행위가 여러 유형별 위반행위에 동시에 해당할 경우 그 중 더 높은 점수를 기준으로 한다는 의미이므로, 2개의 위반행위가 존재하는 경우 각 유형별 부과점수에 따라 산정해야 함

- 하도급법 시행령상의 과징금부과기준(별표2)에서 위반행위 유형별 점수 산정에 관하여 '위반행위가 2가지 이상의 유형에 동시에 해당하는 경우 위반행위의 유형별 부과점수는 상위유형의 점수를 기준으로 한다.'고 규정한 것은, 1개의 위반행위가 여러 유형별 위반행위에 동시에 해당할 경우 그 중 더 높은 점수를 기준으로 한다는 것으로, 문제된 행위가 사실상은 1개의 행위이나 법률상 평가에 의하면 2개의 행위에 해당하는 경우 이중평가를 통한 과다집행의 위험을 피하면서도 단일한 위반행위와는 구분하기 위한 적절한 기준을 제시한 것으로 보아야 함. 이 사건에서 피고는, 이 사건 탈법행위와 미지급 행위가 사실상으로도 2개의 행위이고 하도급법상으로도 2개의 행위로서 각 유형별 점수가 100점(탈법행위), 40점(미지급행위)으로 규정되어 있어 각 위 점수에 따라 산정해야 함에도, 피고의 의결시를 기준으로 하면 2가지 이상 유형의 위반행위가

존재하므로 각 유형별 점수를 비교하여 그 중 높은 점수가 각 위반유형별 점수가 된다고 보아 이 사건 탑법행위와 미지급행위 모두에 각 100점씩의 유형별 점수를 부과하는 방식으로 기본과징금을 산정하였고, 이는 위 시행령 과징금부과기준에 반하여 위법함.

[에스아이지피오토맥의 불공정하도급거래행위 건(대법원 2014. 2. 27. 선고 2012두11805 판결)]

□ 하도급법 시행령 별표2의 2. 가. 2)의 위반행위의 수는 동시에 심사대상이 된 위반행위의 수를 의미하는 것으로 보아야 함

- 하도급법상 과징금은 법위반행위의 억지라는 행정목적을 실현하기 위하여 그 위반행위에 대하여 제재를 가하는 행정상 제재의 성격을 가지고 있고, 한편 수개의 위반행위에 관하여 동시에 시정조치를 명하게 되는 경우 그 위반행위 상호간의 관계를 어떻게 처리할 것인가의 문제는 기본적으로 입법재량의 영역에 속하는 것으로 보이는 점을 고려하면서, ① 위반행위의 수를 과징금 산정의 기준으로 삼는 것이 재량행위라는 과징금 납부명령의 속성상 충분히 가능한 점, ② 수개의 위반행위에 대하여 순차적으로 시정조치가 내려질 경우 과거의 위반전력을 이유로 부과점수가 높게 산정되는 것에 상응하여 동시에 시정조치가 내려질 경우에 그 위반행위의 수에 따라 가중하는 것이 형평에 맞고, 한편 과거 위반전력이라는 것은 위반행위의 수가 아니라 시정조치를 받은 위반행위의 수를 기준으로 하는 것이므로, 아직 시정조치를 받자 아니한 위반행위의 수에 따라 각 위반행위에 대한 부과점수를 가중한다고 하더라도 부당하다고 할 것은 아닌 점, ③ 수개의 위반행위가 전체적 또는 부분적으로 같은 기간에 저질러진 경우 그러한 위반행위는 위법성이 더 크다고 할 것인 점 등을 종합하면, 이 사건 시행령 조항의 ‘위반행위의 수’는 ‘동시에 심사대상이 된 위반행위의 수’를 의미하는 것으로 보아야 함.

[에스아이지피오토맥의 불공정하도급거래행위 건(대법원 2014. 2. 27. 선고 2012두11805 판결)]

□ 하도급법은 기본적으로 ‘약자보호’라는 이념에 근거한 것으로, 규정상 원사업자에 해당된다고 하더라도 원사업자가 거래상 우월한 지위를 남용한 것으로 보이지는 않는 경우 과징금의 산정 시 위반행위의 내용과 정도를 고려할 때 이러한 점을 참작해야 함

- 하도급법은 기본적으로 ‘약자보호’라는 이념에 근거한 것으로, 규정상 원사업자에 해당된다고 하더라도 원사업자가 거래상 우월한 지위를 남용한 것으로 보이지는 않는 경우 과징금의 산정 시 위반행위의 내용과 정도를 고려할 때 이러한 점을 참작해야 함. 또한 하도급법 위반에 대한 과징금은 기본적으로 위반행위에 의해 얻은 불법적인 경제적 이익을 박탈하기 위한 것인데, 워고는 미지급한 하도급대금 및 그 지연이자, 외상매출채권

담보대출 수수료를 이 사건 처분 전에 모두 상환하였으므로, 이 사건 처분의 경우 경제적 이득의 박탈 요소는 없고, 단지 의무위반에 대한 제재와 그 제재를 통해 장래의 법위반을 일반적으로 예방하려는 요소만이 존재하게 된다는 점도 참작해야 함. 원고의 회사규모(매출액 680억원, 자산총액 920억원)상 수급사업자들에게 일방적으로 불공정한 거래관행을 강요할 지위에 있다고 보기 어려운 점, 이 사건 수급사업자 중에는 원고보다 매출액 규모가 훨씬 큰 사업자 및 매출액에서 원고로부터 받은 하도급 거래금액이 차지하는 비중이 크지 않은 수급사업자도 다수 있는 점, 원고의 하도급법 위반행위는 원고에 대한 의존도의 높고 낮음을 불문하고 이루어져 거래상 지위를 남용한 행위로 보기 어려운 점, 원고가 하도급대금 등을 미지급한 기간 동안 원고의 재무상태가 악화되었으므로 원고의 자금난에 의한 이행지체로 볼 여지도 있는 점을 종합적으로 고려해볼 때, 하도급법이 시정하려고 하는 불공정한 거래관행이 있다고 보기 어려운 측면이 있어 원고 행위의 위법성이 크다고 평가할 수 없음.

- 원고가 모두 자진 시정하여 위반행위로 취득한 이익이 없고, 전체 하도급금액 중 법위반 금액의 비율이 1.9%에 불과하며, 위반행위가 거래상 지위남용행위라기 보다는 원고의 자금난과 회계처리상 착오에 기인한 단순한 채무불이행으로 볼 여지도 있는 등 위반행위의 내용 및 정도가 경미한 점을 고려해 볼 때 이 사건 과징금의 액수는 지나치게 무거워 원고의 위반행위와 과징금 액수 간에 균형을 상실하였음.

[코아스의 불공정하도급거래행위 건(서울고법 2014. 5. 15. 선고 2013누3872 판결⁸⁵⁾)]

- 피고가 하나의 기술자료 유용행위에 대하여 2016. 7. 25.(정액과징금 산설) 이전과 이후로 구분하여 구 하도급법 시행령 및 과징금 고시, 개정 하도급법 시행령 및 과징금 고시를 각각 적용하여 이중으로 과징금을 부과한 조치는 부당하므로, 행위 종료시점의 하나의 법령을 적용하여 과징금을 산정하여야 함
- 원고가 새로운 수급사업자에게 기존 수급사업자의 에어 컴프레셔 제작도면과 승인도를 전달하여 사용하도록 한 유용행위는 원고에게 단일한 목적이 인정되고, 기술자료가 모두 동일한 사업자의 것이며, 기술자료가 새로운 사업자와 그 협력사에게 전달되어 사용되어 유용행위의 태양도 유사하였으므로, 그 전체를 포괄하여 하나의 기술자료 유용행위가 성립하다고 봄이 상당함.
 - 원고가 2016. 3. 11.부터 2017. 7. 6.까지 새로운 수급사업자에게 도면을 전달하였고 2017. 8. 원고에게 중형 에어 컴프레셔를 공급하기 시작하였으므로, 원고가 기존 수급사업자의

85) 상고심(대법원 2014. 9. 16. 선고 2014누37832 판결)은 심리불속행 기각함

도면을 유용한 행위는 2016. 3. 11.부터 늦어도 2017. 7.경까지로 한정되므로, 이를 포괄적으로 하나의 위반행위로 보아 유용행위가 종료된 2017. 7. 당시 구 하도급법 시행령 별표 2, 개정 과징금 고시를 적용하여야 함.

[두산인프라코어 주식회사의 불공정하도급거래행위에 대한 건(서울고법 2020. 7. 22. 선고 2018누77120 판결⁸⁶)]

- 동일 유형의 위반행위가 여러 수급사업자를 대상으로 하였더라도 각 행위가 단일한 의사 아래 이루어졌고 실행행위가 동일한 경우 하나의 포괄적 행위가 성립한다고 보아야 하고, 따라서 원심(고법) 판단에 따라 사업자 별로 각각 과징금을 산정할 필요는 없고 위반행위 유형별로 하나의 과징금을 산정해야 함
- 하도급법 제12조의3 제3항, 제25조의3 제1항 제3호, 개정 하도급법 시행령 제13조 제1항 [별표 2]의 내용과 체제 및 취지에 비추어 보면, 하도급법령은 위반행위별 과징금의 상한만을 정하면서 위반행위별 ‘과징금 산정기준’은 공정거래위원회가 위반행위의 횟수, 피해수급자의 수 등을 고려하여 합리적인 재량에 따라 정할 수 있도록 규정하고 있으므로 위반행위 유형별로 하나의 과징금을 산정하여야 함. 따라서 사업자1 기술자료 유용행위와 사업자2 기술자료 유용행위는 모두 기술자료 유용행위라는 동일한 위반행위 유형에 해당하므로 위 각 행위에 대하여 각각 따로 과징금을 산정하여야 할 것은 아님. 이와 달리 본 원심 판단에는 과징금 부과에 적용할 법령에 관한 법리를 오해한 잘못이 있음.

[두산인프라코어 주식회사의 불공정하도급거래행위에 대한 건(대법원 2022. 9. 16. 선고 2020두47021 판결⁸⁷)]

86) 상고심(대법원 2022. 9. 16. 선고 2020두47021 판결)은 원심 판결을 수용함

87) 원심(서울고법 2020. 7. 22. 선고 2018누77120 판결)과 판단을 달리함

20. 과실상계(제33조)

- 목적물의 불량 원인에 대하여 수급사업자의 제조 과정에서 발생하였음이 불명확하고, 위 불량과 관련하여 하도급대금의 감액에 합의하였는지 여부가 불분명하므로, 하도급 대금의 지급을 명한 시정명령이 하도급법 제33조의 과실상계 규정에 위반된 것이 아님
- 원고가 제출한 서증의 각 기재만으로는 원단 불량의 원인이 수급사업자의 제작 과정에서 발생하였음이 명확하지 않으며, 수급사업자가 그와 같은 원단 불량과 관련하여 원고와 사이에 하도급대금의 감액에 합의하였음도 불분명하므로, 하도급대금지급을 명한 이 사건 시정명령이 과실상계를 규정한 하도급법 제33조의 규정 취지에 위반된 것으로 볼 수도 없음.

[진성텍스랜드의 하도급법위반행위 건(서울고법 2006. 1. 11. 선고 2005누9417 판결, 고법 확정)]

21. 기타

- 분할하는 회사의 분할 전 위반행위를 이유로 한 행정처분에 대해 이 사건 처분 전에 이루어진 분할로 인한 신설회사는 원고적격을 가지지 않음
 - 원고는 대한조선의 여수조선사업부의 사업에 관한 일체의 권리의무를 승계하였으므로 대한조선의 여수조선사업부의 사업과 관련하여 내려진 이 사건 처분의 적법 여부와 직접적인 법률상 이해관계를 가진다고 주장하나, 회사가 분할된 경우 신설회사 또는 존속회사가 승계하는 것은 분할하는 회사의 권리와 의무라 할 것이바, 분할하는 회사의 분할 전 위반행위를 이유로 과징금이 부과되기 전까지는 단순한 사실행위만 존재한 뿐 그 과징금과 관련하여 분할하는 회사에게 승계의 대상이 되는 어떠한 의무가 있다고 할 수 없으므로 특별한 규정이 없는 한 신설회사에 대하여 분할하는 회사의 분할 전 법 위반행위를 이유로 과징금을 부과하는 것은 허용되지 않음(대법원 2007. 11. 29. 선고 2006두18928 판결 참조). 원고가 대한조선으로부터 분할된 것(2008. 1. 11.)은 아직 이 사건 처분(2008. 2. 19.)이 내려지기 전이므로, 원고가 대한조선으로부터 승계할 어떠한 의무가 있다고 할 수 없음. 대한조선과의 관계에서 원고가 이 사건 처분을 이행할 의무를 부담하고 있고 수급사업자가 대한조선을 상대로 제기한 손해배상청구 소송도 원고가 실질적으로 수행하고 있다는 등의 사정은 사실상의 경제적인 이해관계에 불과하다고 봄이 상당함. 따라서 원고에게는 이 사건 처분을 다를 원고적격이 인정되지 아니함.
- [와이에스중공업의 하도급법위반행위 건(서울고법 2008. 11. 6. 선고 2008누8439 판결⁸⁸⁾)]
- 항고소송에서 행정처분의 위법 여부는 사실심 변론종결 당시까지 제출된 모든 자료를 종합하여 판단하여야 함
 - 항고소송에 있어 행정처분의 위법 여부는 행정처분이 있을 때의 법령과 사실 상태를 기준으로 판단하여야 하며, 법원은 행정처분 당시 행정청이 알고 있었던 자료뿐만 아니라 사실심 변론종결 당시까지 제출된 모든 자료를 종합하여 처분 당시 존재하였던 객관적 사실을 확정하고 그 사실에 기초하여 처분의 위법 여부를 판단할 수 있음(대법원 1981.12.8. 선고 80누412 판결, 대법원 1993.5.27. 선고 92누19033 판결 등 참조).
- [삼성공조의 하도급법위반행위 건(대법원 2010. 1. 14. 선고 2009두11843 판결)]

88) 상고심(대법원 2009. 3. 12. 선고 2008두23092 판결)은 심리불속행 기각함

- 처분문서는 진정성립이 인정되면 그 기재내용을 부정할 만한 분명하고도 수긍할 수 있는 반증이 없는 이상 그 기재 내용에 의하여 그 문서에 표시된 의사표시의 존재 및 내용을 인정하여야 함
- 처분문서는 진정성립이 인정되면 그 기재내용을 부정할 만한 분명하고도 수긍할 수 있는 반증이 없는 이상 그 기재 내용에 의하여 그 문서에 표시된 의사표시의 존재 및 내용을 인정하여야 함에도 원심은 원고의 직원들 또는 일정한 친분관계에 있는 자의 진술만을 기초로 이 사건 계약서가 허위작성된 것이고, 이 사건 계약서에 따른 하도급계약이 체결되었다고 볼 수 없다고 판단하였으니 원심판결에는 처분문서의 진정성립과 증명력에 관한 채증법칙을 위반함으로써 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있음.
- [키친아트의 불공정하도급거래행위 건(대법원 2011. 6. 30. 선고 2009두13344 판결⁸⁹⁾)]
- 피고가 처분을 하기 전에 수급사업자가 타인에게 공사대금채권을 양도한 경우, 소송 중에 처분사유의 추가·변경으로서 처분의 상대방을 양도인에서 양수인으로 변경하지 않은 경우에 피고의 처분은 위법함
- 피고(공정위)가 이 사건 처분을 하기 전인 2012. 2.경 수급사업자가 신용보증기금에게 이 사건 공사대금 채권을 양도하고 이를 원고에게 통지하였으므로, 원고는 이 사건 잔존 공사대금채무를 채권양수인인 신용보증기금에 변제하여야 하는바, 하도급법 제13조, 제25조 제1항의 취지에 비추어 원고가 시정명령 당시 신용보증기금에게 양수금을 지급하지 않은 이상 그 위반행위 결과가 존재한다고 보아야 함. 그리고 채권양도의 성격(채권은 그 동일성을 잃지 않고 양도인으로부터 양수인에게 이전된다)과 민법 제451조 제2항의 양도통지의 효과 등에 비추어 지급명령의 상대방을 양도인에서 양수인으로 변경하는 것은 기본적 사실관계가 동일하다고 볼 여지가 많으므로, 피고는 처분사유의 추가 내지 변경을 통하여 시정명령의 적법함을 주장할 수 있으나, 피고는 이와 같은 취지로 이 부분 시정명령의 적법함을 주장한 사실이 없음. 결국 원고에게 수급사업자에 대하여 이 사건 공사대금채권의 지급을 명하는 이 부분 시정명령은 나머지 원고 주장에 대하여 더 살필 필요 없이 재량권을 일탈·남용하여 위법함.

[요진건설산업의 불공정하도급거래행위 건(서울고법 2013. 12. 26. 선고 2012누19368 판결⁹⁰⁾)]

89) 환송심(서울고법 2012. 1. 11. 선고 2011누22435 판결)은 이러한 내법원 판결의 취지대로 계약이 성립하였다고 판단함

90) 상고심(대법원 2014. 5. 16. 선고 2014두1857 판결)은 심리불속행 기각함

- 원고에게 이 사건 확인서와 회신에 따라 정산되는 금액과 별도의 하자보수청구권이 있다고 인정하기 부족하고, 설령 하자보수청구권이 인정된다고 하더라도, 이 사건 처분 시까지 원고가 동시이행항변권을 주장하였거나 행사하였다고 볼 증거가 없음
 - 원고가 이 사건 처분 후에야 바로소 수급사업자에게 하자보수를 청구한 점, 원고는 하도급법 제9조에 규정된 법정지급기일 내에 수급사업자에게 공사이행 부분의 완료를 통지하지 않았을 뿐 아니라, 이 사건 확인서 작성 및 회신 당시에도 하자를 주장하지 않았던 점 등을 고려하면, 원고에게 정산되는 금액과 별도의 하자보수청구권이 있다고 인정하기 어려움. 설령 원고에게 하자보수청구권이 인정된다고 하더라도, 이 사건 처분 시까지 원고가 수급사업자에 대한 하자보수청구권의 존재를 이유로 동시이행항변권을 주장하였거나 행사하였다고 볼 증거가 없으므로 이 사건 지급명령의 효력에 영향을 미치지 못함.

[(주)송원건설의 불공정하도급거래행위에 대한 건(서울고법 2018. 9. 13. 선고 2018누36563 판결, 고법 확정)]
- 존속회사에 부과된 벌점은 분할신설회사에 승계되므로, 분할신설회사를 대상으로 입찰참가자격제한 및 영업정지요청 결정을 할 수 있음
 - 벌점 부과 및 입찰참가자격제한 요청 등의 법적 성격에 비추어 보면, 하도급법에 따른 벌점은 시정조치나 과징금부과 처분에 따르는 부수적인 법적효과에 해당함과 동시에 벌점 합계가 일정한 기준을 초과할 경우 피고의 범령상 의무로 규정된 입찰참가자격제한요청 등의 법적 요건에도 해당함. 따라서 하도급법에 따른 벌점 부과를 단순한 사실행위에 불과하다고만 볼 수는 없고, 공법상 지위 내지 의무·책임이 구체화된 경우라고 볼 여지가 큼.
 - 구 한화에스엔씨의 분할계획서에 따르면 '신사업투자 및 일반지분투자'를 제외한 나머지 모든 사업부문이 분할신설회사에 이전되었는데, 피고가 구 한화에스엔씨에 대하여 한 시정 조치 또는 과징금부과와 관련된 사업부분은 모두 분할신설회사인 한화에스엔씨에 승계된 사업부문임. 결국 회사분할의 실질 및 분할계획서의 취지에 따르더라도, 구 한화에스엔씨에 부과된 벌점은 분할되는 회사의 공법상 의무 또는 이와 관련된 재산적 가치 있는 사실 관계에 해당하므로, 분할신설회사인 한화에스엔씨에 귀속된 후 이를 흡수합병한 원고에게 승계되었다고 봄이 타당함.

[한화시스템(주)의 입찰참가자격제한 및 영업정지요청에 대한 건(대법원 2023. 4. 27. 선고 2020두47892 판결)]

2024년도
공정거래 판례요지집

제3장

가맹사업거래의 공정화에 관한 법률

1. 허위·과장된 정보제공 등의 금지(제9조)

- 원고가 제공한 장래수익에 관한 정보는 장래수익 예측의 합리성, 적정성, 그 설명 내용의 정확성 등 여러 면에서 객관적으로 적절하지 않다고 인정되므로 허위 또는 과장된 정보라고 할 수 있고, 가맹점 수 또한 사실과 현저히 차이가 나는 허위의 정보임이 명백함
 - 원고는 가맹희망자들에게, 사업설명회에서 카탈로그 등으로 장래의 수익에 관하여 '가맹점 운영 시 소득은 학원·일반·교회형 분원으로 PC 5대로 6시간 운영하여 30명을 모집할 경우 월 순수익 770만원 등'이라는 정보를 제공하였고, 홈페이지를 통해 기존 가맹점 수에 관하여 '2010년 6월 현재 전국 650개 가맹점 성업 중'이라는 정보를 제공함. 그러나 원고가 제공한 위 장래수익에 관한 정보는 가맹사업자의 실제 평균 순수익, 통계자료 등 객관적 근거에 바탕을 둔 것이 아니라 막연한 추정을 근거로 한 것이었을 뿐만 아니라, 위와 같이 순수익을 계산할 때 인테리어 비용, PC 및 집기류 구입비 등 상당한 비용이 누락되었고, 원고의 가맹점사업자 중 영업상황이 양호한 고정분원의 경우 월 평균 순수익이 평균 150~200만원 정도에 그치는 등 다른 가맹점사업자들의 실제 월 평균 순수익은 위 정보에 현저히 미치지 못하였으며, 원고의 가맹점 수는 2010년 말 기준 44개에 불과함. 위 사실관계에 의하면, 원고가 제공한 장래수익에 관한 정보는 장래수익 예측의 합리성, 적정성, 그 설명 내용의 정확성 등 여러 면에서 객관적으로 적절하지 않다고 인정되므로 허위 또는 과장된 정보라고 할 수 있고, 가맹점 수 또한 사실과 현저히 차이가 나는 허위의 정보임이 명백함(따라서 가맹희망자에게 허위 또는 과장된 정보를 제공하여 가맹사업법 제9조 제1항을 위반하였음을 이유로 한 시정명령은 위법하지 않음).
- [하이콜 외 1의 가맹사업법 위반행위 건(서울고법 2012. 8. 28. 선고 2012누8764 판결¹⁾]
원고가 가맹희망자에게 객관성이 없는 '예상매출액 대비 추정이익' 자료를 기초로 예상매출액에 대하여 설명한 행위는 가맹본부로서 가맹희망자에게 허위·과장된 예상매출액 정보를 제공한 행위임
- ① 원고는 이 사건 가맹계약 체결 전 가맹희망자에게 씨엔씨(점포창업 등 컨설팅업체)를 통해서나 원고 대표이사 스스로가 원고의 직원이 작성한 '예상매출대비 추정이익' 자료를 기초로 예상매출액에 대하여 설명하였는 바, 이에 의하면 원고는 가맹사업법 제9조 제1항의 가맹희망자에게 정보를 제공하였다고 충분히 인정할 수 있는 점, ② 원고가 이 사건

1) 상고심(대법원 2013. 1. 24. 선고 2012두22560 판결)은 심리를 속행 기각함

예상매출액 내역을 작성하면서 객관적 근거로 삼았다는 탐앤탐스 가맹점의 경우 2009년 당시 가맹점 수가 117개에 이르러 가맹점 수가 4개에 불과한 원고와 브랜드 인지도, 사업기간, 전체 매출액 등에 있어 큰 차이가 있어 적절한 비교대상이라고 보기 어렵고, 그 외에 이 사건 예상매출액 내역이 객관적인 근거자료를 바탕으로 작성되었다고 인정할 만한 아무런 증거가 없으며, 원고가 이 사건 예상매출액이 이와 같이 산정된 사실을 가맹희망자에게 설명한 것으로도 보이지 아니한 점, ③ 오히려 원고의 2010년도 전체 가맹점의 매출자료에 의하면 이 사건 가맹계약이 체결될 무렵인 2010. 1월, 2월 평균 매출액이 각 4,300만원, 4,100만원에 불과하여 원고가 가맹희망자에게 제시한 월 매출액 6,000만원에서 1억원과는 상당한 차이가 있고, 가맹희망자가 이 사건 가맹점을 운영하는 기간 동안의 실제 매출액은 월 평균 3,600만원에 매월 평균 약 1,000만원 이상의 손실이 발생하여 위 예상매출액과는 매우 큰 차이가 있는 점, ④ 2010. 6월경 가맹희망자가 이 사건 가맹점 영업을 시작한 때부터 이 사건 가맹점의 월 매출은 위와 같은 수준이었고, 그 손실도 상당한 액수였는데, 그와 같은 현상은 2012. 5월경까지 계속하여 비슷하게 이어진 점에 비추어 볼 때 단지 원고가 당시 인근 커피매장들의 증가와 경기불황에 기인한 매출감소를 예측할 수 없었기 때문에 위와 같은 정보를 가맹희망자에게 제공한 것이라고도 보기에도 어려운 점, ⑤ 또한 원고는 가맹희망자에게 이 사건 가맹계약을 체결하면서 가맹본부가 가맹희망자에게 의무적으로 제공하도록 하고 있는 가맹본부의 일반현황 및 매출에 관한 사항 등을 포함한 정보공개서를 제공하지 아니하였는 바, 가맹희망자로서는 원고가 제공한 이 사건 예상매출액 내역에 의존할 수밖에 없었을 것으로 보이므로 원고가 이메일과 이 사건 예상매출액 내역 자료에 “추정이익”이라는 사실을 기재하였다는 사실만으로 하위·과장된 정보가 아니라고 할 수는 없는 점, ⑥ 2013. 8. 13. 개정된 가맹사업법 및 2014. 2. 11. 개정된 같은 법 시행령에 따라 예상매출액의 범위 및 산출근거를 반드시 가맹희망자에게 제시하여야 하는 가맹본부는 가맹점사업자의 수가 100개 이상이어야 하고, 이는 원고가 인정하고 있는 바와 같이 가맹점사업자가 100개 이상 되어야 지역별로 객관적인 데이터 표본을 수집할 수 있고 이에 기반하여 시행령에서 제시하는 기준에 부합하는 객관성을 담보할 수 있게 되기 때문인 것으로 보이는데, 이러한 원고 스스로의 주장에 비추어 보더라도 2009년 당시 가맹점 수가 4개에 불과한 등으로 위 기준에 턱없이 부족했던 원고가 원고의 주장과 같이 2010년에 이 사건 가맹점에서 가까운 5곳을 기준으로 예상매출액의 범위를 산정한다는 것은 그 객관성을 인정하기 어려운 점 등을 종합하여 보면, 원고는 가맹본부로서 가맹희망자에게 하위·과장된 예상매출액 정보를 제공하였다고 판단됨.

[[카페그루나루의 가맹사업법 위반행위 건(서울고법 2014. 6. 26. 선고 2013누32719 판결²⁾]]

2) 상고심(대법원 2014. 11. 13. 선고 2014두39425 판결)은 심리불속행 기각함

- 가맹사업법이 금지하는 허위·과장 정보제공행위는 '사실과 다르게 정보를 제공하거나 사실을 부풀려 정보를 제공하는 경우'에 성립하는 것으로, 추가로 가맹희망자를 오인시킬 우려 내지 가맹본부의 기만적인 의도가 요구되는 것은 아님
 - 가맹사업법이 금지하는 허위·과장 정보제공행위는 가맹사업법 문언에 따라 '사실과 다르게 정보를 제공하거나 사실을 부풀려 정보를 제공하는 경우'에 성립한다고 보아야 하고, 이에 별도의 요건을 추가하여 가맹희망자를 오인시킬 우려 내지 가맹본부의 기만적인 의도가 인정될 경우에 한하여 가맹사업법 제9조 제1항에 위반된다고 해석할 수 없음.
 - 만약 이렇게 해석한다면, 가맹희망자로서는 가맹본부가 가맹사업법 규정에 따라 제공하는 정보에 대해서도 선별적으로 취사선택하여 의사결정을 하여야 하는 셈이 되므로, 이로 인하여 가맹희망자의 지위가 불안정해질 수 있는 위험성을 배제할 수 없어 상대적으로 불리한 지위에 있는 가맹희망자에게 정확한 정보를 제공하여 그들의 권익을 보호하고자 하는 가맹사업법 본래의 입법취지에 반하게 될 우려가 있음.
[홈플러스의 가맹사업법 위반행위에 대한 건(서울고법 2018. 9. 6. 선고 2018누38651 판결, 고법 확정)]
-
- 공정위 고시가 마련되어 있지 아니한 상황에서 법 시행령에 의한 유형에 한정하여 가맹사업법에서 금지하는 허위·과장의 정보제공행위에 해당한다고 할 수는 없고 위 법 시행령은, 가맹사업법에서 금지하고 있는 '사실과 다르게 정보를 제공하거나 사실을 부풀려 정보를 제공하는 행위'를 구체화하기 위하여 예시적으로 그 유형을 열거한 것임
 - 가맹사업법 제9조 제1항 제1호가 가맹본부의 금지행위로서 규정한 '가맹희망자 등에게 정보를 제공함에 있어서 사실과 다르게 제공하거나 사실을 부풀려 정보를 제공하는 행위'는 그 규정 자체의 명확성과 자족성으로 인하여 법 시행령 등의 추가적인 규정 없이도 위 가맹사업법 조항 자체의 해석에 의하여 가맹사업법이 가맹본부에 대하여 금지하고자 하는 허위·과장된 정보제공 등의 금지행위에 해당하는지 여부를 판단할 수 있음.
 - 가맹사업법 제9조 제2항에서 같은 조 제1항 각 호의 '행위의 유형'을 대통령령으로 정한다고 규정하고 있고, 법 시행령 제8조 제1항이 허위·과장된 정보제공행위의 대표적 유형을 들면서 제4호에 '제1호부터 제3호까지의 규정에 따른 행위에 준하여'라는 표현을 사용하여 공정위가 고시하는 행위라고 규정하고 있는 점과 위 법령 소정의 '허위·과장의 정보제공행위' 태양의 다양성 등을 종합하여 보면, 법 시행령 제8조 제4호가 정하는 공정위 고시가 마련되어 있지 아니한 현 상황에서 법 시행령 제8조 제1호 내지 제3호에 의한 유형에

해당하는 행위만에 한정하여 가맹사업법 제9조 제1항 제1호에서 금지하는 허위·과장의 정보제공행위에 해당한다고 할 수는 없고, 다만 위 법 시행령 규정에 의해 가맹사업법 제9조 제1항 제1호에서 금지하고 있는 '사실과 다르게 정보를 제공하거나 사실을 부풀려 정보를 제공하는 행위'를 구체화하기 위하여 예시적으로 그 유형을 열거한 것으로 봄이 타당함.

[홈플러스의 가맹사업법 위반행위에 대한 건(서울고법 2018. 9. 6. 선고 2018누38651 판결, 고법 확정)]

- 가맹사업법 제9조 제1항 제1호에서 금지하는 행위에 해당하는지 여부는 가맹사업의 공정한 거래질서를 확립하고자 하는 가맹사업법의 목적 및 가맹본부의 허위·과장의 정보제공행위를 금지하는 취지에 비추어 가맹사업법 시행령 제8조 제1항에서 규정하는 행위 유형에 준한 것으로 평가할 수 있는지 여부에 의하여 정합이 타당함.

[설빙의 가맹사업법 위반행위에 대한 건(서울고법 2020. 10. 29. 선고 2019누97 판결, 고법 확정)]

2. 가맹금의 반환(제10조)

- 가맹비, 교육지원비는 가맹금에 해당한다고 볼 수 있고, 물품비나 ID사용료는 원고에 귀속되지 않은 부분을 제외한 한도 내에서 가맹금에 해당한다고 볼 수 있음에도, 가맹점 개설대가 전액을 가맹금이라고 보고 그 반환을 명한 부분은 가맹금에 관하여 사실을 오인하여 재량권을 일탈·남용한 것으로서 위법함
- 가맹사업법 제33조 제1항은 ‘공정거래위원회는 가맹사업법 제10조 제1항의 가맹금반환 의무를 위반한 가맹본부로 하여금 가맹사업자에게 가맹금의 반환을 명할 수 있다’라고 규정하고 있고, 제10조 제1항은 ‘가맹본부가 정보공개서 제공의무를 위반하였거나 허위 또는 과장된 정보를 제공하여 그 정보가 계약 체결에 중대한 영향을 주었을 경우에는 가맹점사업자는 가맹계약의 체결일부터 2개월 이내에 대통령령으로 정하는 사항이 적힌 서면으로 가맹금의 반환을 요구할 수 있고 가맹본부는 그 때로부터 1개월 이내에 가맹금을 반환하여야 한다’고 규정하고 있으며 제10조 제2항은 ‘제1항의 규정에 의하여 반환하는 가맹금의 금액을 결정할 때는, 가맹계약의 체결경위, 금전이나 그밖에 지급된 대가의 성격, 가맹계약기간, 계약이행기간, 가맹사업당사자의 구책정도 등을 고려하여야 한다’고 규정하고 있음. 위 가맹사업법 및 동법 시행령의 규정에 비추어 볼 때, 가맹금 반환명령을 할지는 피고의 재량이라고 볼 수 있으나, 반환명령의 대상은 ‘가맹금’이어야 할 뿐만 아니라, 위 제10조 제2항의 사항을 고려한 금액이어야 함. 원고가 정보공개서 제공의무를 위반하였고, 원고가 제공한 허위 또는 과장된 정보가 계약체결시 중요하게 고려되는 요소인 가맹점의 장래 수익과 기존 가맹점 수이므로 그 정보가 계약체결에 중대한 영향을 주었다고 볼 수 있을 뿐만 아니라, 가맹사업자가 가맹계약의 체결일로부터 2개월 이내에 가맹사업법 시행령 제10조의 사항을 적은 서면으로 가맹금의 반환을 요구하였으므로 원고는 가맹사업자에게 가맹금을 반환할 의무가 있음.
- 가맹사업법 제2조 제6호, 동법 시행령 제3조 제1항의 규정에 비추어 볼 때, 원고가 받은 가맹점 개설대가 1,110만원 중 가맹비, 교육지원비는 가맹금에 해당한다고 볼 수 있고, 물품비(홍보전단지·현수막·포스터·명함 등 개원준비물에 대한 대가)나 ID사용료(온라인 콘텐츠 사용권에 대한 대가)는 원고에게 귀속되지 않는 부분을 제외한 한도 내에서 가맹금에 해당한다고 볼 수 있음. 그럼에도 원고가 가맹사업자로부터 받은 개설대가 1,110만원 전부를 가맹금이라고 보고 그 반환을 명한 부분은 가맹금에 관하여 사실을 오인하여 재량권을 일탈·남용한 것으로 위법함. 또한 가맹사업법 제10조 제2항에 따라 ‘반환할 가맹금’의 금액을 정할 때, 가맹사업자가 가맹점을 2010. 12. 7.경 개원하여 적어도

원고에게 가맹금의 반환을 요구하는 내용증명 우편을 보낸 무렵까지는 운영하였으므로 이러한 사정을 고려해야 함에도 전혀 고려하지 않은 채 반환명령을 한 것도 재량권을 일탈·남용한 것으로 위법함.

[하이콜 외 1의 가맹사업법 위반행위 건(서울고법 2012. 8. 28. 선고 2012누8764 판결³⁾)]

3) 상고심(대법원 2013. 1. 24. 선고 2012두22560 판결)은 심리불속행 기각함

3. 가맹계약서의 기재사항 등(제11조)

- 어드민피는 ‘영업활동 등에 관한 지원에 대하여 지급하는 대가’에 해당하므로, 가맹계약법 제11조 제2항 제4호에 따라 가맹계약서상의 기재가 반드시 필요함
- 어드민피는 원고가 가맹점사업자에게 원고의 구매팁, 품질관리팁, 마케팅팁, 전산팀, 영업기획팀 등에서 제공하는 서비스의 대가로서 청구하는 것으로서 가맹사업법 제2조 제6호 라목에서 정하는 ‘영업활동 등에 관한 지원에 대하여 지급하는 대가’에 해당하므로, 가맹계약법 제11조 제2항 제4호에 따라 가맹계약서상의 기재가 반드시 필요함. 그러나 이 사건 가맹계약서에 원고들에게 부과되는 최초 가맹비, 고정수수료, 원재료비, 콜센터 비용, 광고비에 관하여는 명시적인 근거 조항이 존재하나 어드민피에 관하여는 명시적인 근거 조항이 없음.
- 가맹사업법 제11조 제2항은 가맹계약서상 기재되어야 할 사항을 명시적으로 규정하여 상대적으로 거래상 불리한 지위를 가지고 있는 가맹점사업자를 사전에 보호하기 위한 규정임. 법이 명시적으로 규정한 사항임에도 다시 그 기재 사항이 가맹점사업자에 대한 실질적 보호 가능성 여부를 판단하여 가맹계약법 제11조 제2항 제4호의 핀수 기재사항이 달라진다고 볼 것은 아니고, 더욱이 어드민피는 ‘가맹금 등의 지급에 관한 사항’으로서 가맹계약의 중요 부분을 이루고 있으므로 그 기재가 없더라도 가맹점사업자가 충분히 예상할 수 있다거나 가맹본부가 이를 가맹점사업자에게 알릴 필요가 없는 것이라 볼 수도 없음.

[한국피자헛 유한회사의 가맹사업법 위반행위 건(서울고법 2017. 8. 17. 선고 2017누38630 판결, 고법 확정)]

4. 불공정거래행위의 금지(제12조)

- 원고가 영업지역 축소 조건으로 재계약을 한 것은 가맹점사업자들과의 계약갱신과정에서 종전의 거래조건보다 뚜렷하게 불리한 조건으로 계약조건을 변경하여 가맹점 사업자에게 부당하게 불이익을 줌으로써 가맹사업의 공정한 거래질서를 저해할 우려가 있는 행위를 한 것입니다
- 다음 사정들에 의하면, 원고의 이 사건 행위는 원고가 가맹점사업자들과의 계약갱신과정에서 종전의 거래조건보다 뚜렷하게 불리한 조건으로 계약조건을 변경하여 가맹점사업자에게 부당하게 불이익을 줌으로써 가맹사업의 공정한 거래질서를 저해할 우려가 있는 행위를 한 것으로서 가맹사업법 제12조 제1항 제3호 및 같은 법 시행령 제13조 제1항, [별표 2] 불공정거래행위기준 제3호 다목에 정한 ‘부당한 계약조항의 설정 또는 변경행위’에 해당한다고 볼이 상당함.
 - (1) 원고의 가맹점사업자들이 원고의 영업표지 등을 사용하는 대가로 물품대금 형태의 가맹금을 원고에게 지급하고 원고로부터 상호, 상표, 포장, 디자인뿐만 아니라 상품의 생산에 대한 노하우 등 경영 및 영업활동 전반에 대하여 지원·교육과 통제를 받는 등 원고에게 전적으로 의존하는 거래관계에 있음을 앞서 본 바와 같음.
 - (2) 가맹사업법 제13조 제1, 2항에 의하면 가맹점사업자는 전체 가맹계약기간이 10년을 초과하지 아니하는 벌위에서 계약갱신요구권이 있음에도 불구하고, 원고는 이 사건 공문을 통해 원고와 위와 같은 관계에 있는 130개 가맹점사업자들에게 ‘재계약을 위해서는 원고가 제시하는 영업지역 축소 변경 조건을 받아들여야만 한다.’는 취지로 일방적으로 통보하였고, 이에 따라 원고에 대하여 앞서 본 바와 같은 거래상 지위를 가지고 있는 위 130개 가맹점사업자들은 영업지역을 종전 계약보다 축소하는 내용으로 재계약을 체결하였는바, 이러한 재계약이 가맹점사업자들의 자유로운 의사에 의한 것으로는 보이지 아니함.

[지엔푸드의 가맹사업법 위반행위 건(서울고법 2016. 5. 26. 선고 2015누51554 판결, 고법 확정)]

- 원고의 위반행위는 130개 가맹점사업자의 영업지역을 종전보다 축소한 행위이고, 피고가 원고의 관련매출액을 산정하면서 그 기초가 되는 관련 상품으로 설정한 '원고가 130개 가맹점 각각의 재계약기간 동안 가맹점사업자에게 공급한 원재료·부재료 등'은 원고의 위반행위로 인하여 직접 또는 간접적으로 영향을 받는 상품의 개념에 포함됨
- 가맹사업법 제35조, 제37조 제2항, 공정거래법 제55조의3, 같은 법 시행령 제9조 제1항, 제61조, 과정금고시(제2010-9호) II.5.가. 및 나.항의 각 규정 내용 등을 종합하여 보면, 이 사건 과정금납부명령의 기초가 되는 '관련매출액'이란 '위반사업자가 위반기간 동안 일정한 거래분야에서 판매한 관련 상품이나 용역의 매출액 또는 이에 준하는 금액'을 말하고, 여기에서의 관련 상품은 '위반행위로 인하여 직접 또는 간접적으로 영향을 받는 상품의 종류와 성질, 거래지역, 거래상대방, 거래단계 등을 고려하여 행위유형별로 개별적·구체적으로 판단'하여야 함.
- 이 사건에서 원고의 위반행위는 가맹본부인 원고가 130개 가맹점사업자와 영업지역을 종전 계약보다 축소하는 내용으로 재계약을 체결함으로써 130개 가맹점사업자의 영업지역을 종전보다 축소한 행위이고, 피고가 원고의 관련매출액을 산정하면서 그 기초가 되는 관련 상품으로 설정한 '원고가 130개 가맹점 각각의 재계약기간 동안 가맹점사업자에게 공급한 원재료·부재료 등'은 원고의 위반행위로 인하여 직접 또는 간접적으로 영향을 받는 상품의 개념에 포함된다고 볼이 상당하며, 이에 기한 피고의 관련매출액 산정이 피고의 재량 범위를 벗어나 부당한 것으로는 보이지 아니함(원고는, 이 사건 행위에 대한 관련매출액은 영업지역이 축소된 지역 인근에 신규 입점한 44개 가맹점에 공급된 원재료·부재료 등의 매출액을 기준으로 함이 타당하다는 주장도 하나, 앞서 본 바에 의하면, 기존 가맹점 가운데 위 신규가맹점이 입점한 지역 인근의 38개점만이 매출감소 내지 폐업한 사실을 알 수 있는바, 위 44개 신규 가맹점에 공급된 원재료·부재료 등이 원고의 이 사건 행위로 영향을 받는 관련 상품을 모두 포함하는 것이라고 보기도 어렵다).

[지엔푸드의 가맹사업법 위반행위 건(서울고법 2016. 5. 26. 선고 2015누51554 판결, 고법 확정)]

□ 원고가 가맹점사업자에게 시설환경표준화를 실시하도록 하고 그 비용을 가맹사업자로 하여금 부담하도록 한 행위는 거래상지위를 이용하여 가맹점사업자에게 부당하게 불이익을 주는 행위에 해당함

- 가맹사업법 제12조 제1항 제3호는 '가맹본부가 거래상의 지위를 이용하여 부당하게 가맹점사업자에게 불이익을 주는 행위'를 불공정거래행위의 하나로 규정하고, 같은 조 제2항에 따른 법 시행령 제 13조 제1항 [별표2] '불공정거래행위의 유형 및 기준' 제3호 바목은 가맹사업법 제12조 제1항 제3호에 해당하는 행위 유형의 하나로 '불이익제공'을 들고 있음. 이러한 불공정거래행위에 해당하는지 여부를 판단함에 있어 '거래상 지위'는 일방이 상대적으로 우월한 지위 또는 적어도 상대방과의 거래활동에 상당한 영향을 미칠 수 있는 지위를 갖고 있으면 충분하고, 거래상 지위가 있는지 여부는 당사자가 처하고 있는 시장의 상황, 당사자 간의 전체적 사업능력의 격차, 거래의 대상인 상품의 특성 등을 모두 고려하여 판단하여야 함(대법원 2002. 1. 25. 선고 2000두9359 판결 등 참조).
① 원고가 국내 자동차 제조시장에서 시장지배적 사업자이고 자동차정비 가맹시장에서 1위 사업자인 점, ② 소비자들이 정비업소를 선택함에 있어 원고의 위와 같은 지위를 고려할 수 있고, 가맹점사업자들도 보증수리 업무를 위탁받을 경우 이 부분에서 고정적이고 안정적인 수익을 기대할 수 있으므로 원고와의 가맹계약을 지속적으로 유지할 필요가 있으며, 자동차정비의 특성상 보증수리를 맡긴 고객이 일반수리 등을 맡길 가능성이 있는 점 등 제반사정을 종합하여 보면 원고가 가맹점사업자들에 대하여 상대적으로 우월한 지위 또는 적어도 상대방의 거래활동에 상당한 영향을 미칠 수 있는 지위에 있다고 볼 것임.
- 불이익제공행위에 있어서 불이익에 해당하기 위하여는 그 행위의 내용이 상대방에게 다소 불이익하다는 점만으로는 부족하고, 구입강제, 이의제공강요, 판매목표강제 등과 동일시할 수 있을 정도로 일방 당사자가 자기의 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 그 거래조건을 설정 또는 변경하거나 그 이행과정에서 불이익을 준 것으로 인정되어야 하고, 또한 거래상 지위를 부당하게 이용하여 상대방에게 불이익을 준 행위인지 여부는 당해 행위의 의도와 목적, 효과와 영향 등과 같은 구체적 태양과 상품의 특성, 거래의 상황, 해당사업자의 시장에서의 우월적 지위의 정도 및 상대방이 받게 되는 불이익의 내용과 정도 등에 비추어 볼 때 정상적인 거래관행을 벗어난 것으로서 공정한 거래를 저해할 우려가 있는지 여부에 따라 결정되어야 함(대법원 2006. 9. 8. 선고 2003두7859 판결). ① 자동차정비업의 특성을 고려하면 고객편의시설 개선을 포함한 이 사건 시설환경 표준화가 가맹사업의 목적을 달성하기 위하여 필수적이라고는 보기 어려운데도, 가맹점 사업자들은 시설환경표준화를 이행하지 않는 경우에는 서비스역량평가에서 감점을 받아 보증수리 공임이 삭감되고 계약이 해지될 수 있으므로, 높은 비용을 단기간 내에 지출해서

이를 이행해야 하였으므로 원고의 행위는 객관적인 평가를 통하여 정당한 보상을 받을 수 있도록 경제적 유인을 제공한 것에 그치지 않고 시설환경표준화의 이행을 강요한 것으로 볼 수 있는 점, ② 원고로서는 시설환경표준화 사업을 통하여 자동차정비업 시장에서 블루핸즈의 브랜드 가치를 높이고, 자동차정비업과 연계하여 자동차 제조사시장에서의 경쟁력을 강화할 수 있는 반면, 가맹점사업자로서는 이러한 비용을 지출하더라도 그 화수가 불투명하였던 것으로 보이는데도 원고는 이미 시설공사를 마치고 영업 중인 기존의 가맹점에 대하여 일률적으로 시설환경표준화를 강요하여 추가 비용을 지출하도록 하였고, 도서지역 가맹점, 시설환경표준화를 진행중인 가맹점, 신규 영업 후 1년 미만인 가맹점사업자에 대하여 합리적이고 객관적인 평가를 거치지 않고 최저 등급을 부여 하였는데, 이러한 행위는 정상적인 거래관행에 비추어 용인되기 어려운 점 등에 비추어 원고의 행위는 거래상의 지위를 이용하여 가맹점사업자에게 부당하게 불이익을 주는 행위에 해당함.

- 원고는 자신의 행위가 가맹사업법 시행령 제12조 제1항 [별표2] 제3호 단서의 예외요건에 해당한다고 주장하나, 동법 시행령 별표의 규정은 '가맹본부의 상표권을 보호하고 상품 또는 용역의 동일성을 유지하기 어렵다는 사실이 객관적으로 인정되는 경우로서 해당 사실에 관하여 가맹본부가 미리 정보공개서를 통하여 가맹점사업자에게 알리고 가맹점 사업자와 계약을 체결하는 경우'를 '불이익 제공'으로 볼 수 없는 예외사유로 규정하고 있는데, 원고의 시설환경표준화의 주요 내용은 고객쉼터, 접수처, 회장실과 고객전용 TV 등 제품을 매뉴얼대로 설치·유지하는 것이어서 이를 시행하지 않더라도 원고의 자동차정비 가맹사업의 상표권 보호나 자동차정비업 용역의 동일성 유지에 어떤 장애가 있다고 보기 어렵고, 원고의 정보공개서에 "표준화 기준은 제시되며 사업자의 보수범위는 가맹본부와 협약하여 가맹점사업자가 결정한다"라고 기재되어 있고, 가맹계약서에는 "블루핸즈 사업장의 표준화된 이미지와 시장환경 변화 대응을 위해 필요시설 및 환경개선을 요구할 수 있으며"라고 기재되어 있는 사실은 다툼이 없으나, 이러한 사정만으로 원고가 시설환경 표준화에 관한 구체적인 내용을 가맹점사업자들에게 알렸다고 보기는 어려워 원고의 행위가 가맹사업법에 따른 예외요건에 해당한다고 볼 수 없음.

[현대자동차의 가맹사업법 위반행위 건(서울고법 2014. 1. 17. 선고 2012누40218 판결⁴⁾]

4) 상고심(대법원 2014. 5. 29. 선고 2014누4016 판결)은 심리불속행 기각함

□ 원고의 신규 가맹점 개설행위⁵⁾는 기존가맹점이 위치한 상권의 규모, 기존가맹점과의 이격 거리, 사전협의 약정 미이행 등에 비추어 볼 때 정상적인 거래관행을 벗어난 것으로서 공정한 거래를 저해할 우려가 있다고 봄이 상당함

- 위 법리[대법원 2006. 9. 8. 선고 2003두7859 판결(요지집 현대자동차의 가맹사업법 위반행위 건 참조)]에 비추어 이 사건을 보건대, 인정사실과 각 증거에 변론 전체의 취지를 종합하여 알 수 있는 다음과 같은 사정, 즉 ① 여천점(기존가맹점)이 위치한 여수시는 2013. 3. 31. 기준으로 인구가 약 291,909명이고, 대도시 또는 교통의 요충지와 비교하여 상권이 대규모로 발달하거나 유동인구가 많은 곳이 아닌 점, ② 그럼에도 신규 가맹점은 여천점과 동일상권 내의 직선거리로 불과 약 100m(보행거리로 약 200m) 인근에 위치한 점, ③ 원고는 자신의 계약해지가 정당하다고 판단하고 000(여천점 가맹점사업자)을 대체할 의도로 새로운 가맹점사업자를 물색한 끝에 신규 가맹점을 개설한 점, ④ 이 사건 가맹계약서 제5조 제2항은 가맹본부가 일정한 경우 가맹점사업자와의 협의를 거쳐 새로운 가맹점을 개설할 수 있는 것으로 규정하고 있으나, 원고는 여천점과 아무런 사전협의 없이 신규 가맹점을 개설한 점, ⑤ 신규가맹점의 개설 및 할인행사로 실제로 여천점이 상당한 재산상의 손해를 입었던 점 등에 비추어 볼 때, 원고의 신규 가맹점 개설행위는 정상적인 거래관행을 벗어난 것으로서 공정한 거래를 저해할 우려가 있다고 봄이 상당하고, 원고가 가맹계약서 및 정보공개서에 가맹점사업자에 대한 독점적·배타적 영업지역을 설정해 주지 않았다고 하여 달리 볼 것이 아니므로 원고의 위 주장도 이유 없음

[토니모리의 가맹사업법 위반행위 건(서울고법 2014. 11. 14. 선고 2014누42713 판결, 고법 확정)]

□ 가맹본부의 거래상대방 구속행위가 정당한지 판단하기 위해서는, ① 해당 상품이나 용역이 가맹사업 경영에 객관적으로 필수적이고, ② 가맹점주에게 임의로 구입 또는 설치하도록 방지하여서는 가맹사업의 통일적 이미지 및 동일한 품질을 보증하는 데 지장이 있으며, ③ 미리 정보공개서를 통하여 특정한 거래상대방과 거래해야만 한다는 점을 알리고 가맹점사업자와 계약을 체결하였는지 등을 종합적으로 고려해야 함

- 이 사건 정보공개서에는 이 사건 필수품목의 일부가 포함된 대략적인 비용의 합계액이 기재되어 있거나, 이 사건 가맹계약서 별도로 계약을 체결한다고만 되어 있어 가맹점 사업자들은 가맹계약으로 인하여 발생할 손해 또는 이득에 관한 구체적인 정보는

5) 2013. 8. 13. 가맹사업법 개정(2014. 8. 14. 시행)으로 부당한 영업지역 침해는 가맹사업법 제12조의4(부당한 영업지역 침해금지)로 규율 가능

제공받지 못하는 상황이었던 것으로 보이고, 이 사건 부자재들의 경우 가맹계약 체결이 이루어진 이후에도 거래상대방을 변경할 수 없도록 한 강제가 계속 존재하게 되는데, 거래 개시단계에서 가맹본부의 개략적인 정보제공이 있었고 가맹점사업자가 이를 알았다는 이유만으로 가맹사업법 제12조가 적용되지 않는다고 해석하는 것은 가맹사업법의 입법취지를 몰각시킬 우려가 있음.

- 가맹본부가 설비·기기·용품 등의 구입을 자기 또는 자기가 지정한 자로부터 하도록 하는 행위가 '부당하게 가맹점사업자에게 특정한 거래상대방과 거래할 것을 강제하는 행위'에 해당하는지 여부는, 가맹사업의 목적과 가맹점계약의 내용, 가맹금의 지급방식, 가맹사업의 대상인 상품 또는 용역과 설비와의 관계에 비추어 보았을 때, ① 객관적으로 설비 등이 가맹사업을 경영하는 데에 필수적인 것인지, ② 가맹사업의 통일적 이미지 확보와 상품의 동일한 품질 유지를 위한 기술관리·표준관리·유통관리·위생관리의 필요성 등의 측면에서 가맹점사업자에게 사양서나 품질기준만을 제시하고 임의로 구입 또는 설치하도록 방치 하여서는 가맹사업의 통일적 이미지 확보와 상품의 동일한 품질을 보증하는 데 지장이 있는지, ③ 미리 정보공개서를 통하여 가맹점사업자에게 특정한 거래상대방과 거래해야만 한다는 점을 알리고 가맹점사업자와 계약을 체결하였는지 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 함.

- 원고의 가맹사업 경영을 위한 필수적이고 객관적인 상품 또는 재료에 냅킨, PT병, 대나무포크와 같은 이 사건 부자재들이 포함된다고 보기는 어렵고, 원고의 가맹사업의 주 품목인 치킨을 조리하기 위한 과정에서 이 사건 주방집기들 가운데 가위, 국자, 주걱, 바구니, 저울 등이 필수적이고 객관적인 설비 내지 상품으로 볼 수 있다고 하더라도, 원고가 구입한 혹은 원고가 구입하도록 지정한 업체의 주방집기만이 원고의 가맹사업을 위한 필수적이고 객관적인 상품이라고 보기 어려움.

[마세다린의 가맹사업법 위반행위에 대한 건(서울고법 2018. 12. 19. 선고 2018누43424 판결⁶⁾]

- 계약체결 전 정보공개서를 통해 알리거나, 사전에 의사 합치가 있는 상태에서 가맹계약을 체결하였다라는 사정이 있다고 하더라도 그러한 사정이 있기만 하면 언제나 '부당하게 가맹점사업자에게 특정한 거래상대방과 거래할 것을 강제하는 행위'에 해당하지 않는다고 단정할 수는 없음
- 가맹점사업자가 가맹계약 체결 전에 특정한 거래상대방과 거래하여야 하는 사정을 정보공개서를 통해 알리거나, 그에 대하여 사전에 의사 합치가 있는 상태에서 가맹계약을

6) 상고심(대법원 2019. 5. 10. 선고 2019두32733 판결)은 심리불속행 기각함

체결하였다는 사정이 있다고 하더라도 그와 같은 사정이 있으면 언제나 '부당하게 가맹점사업자에게 특정한 거래상대방과 거래할 것을 강제하는 행위'에 해당하지 않는다고 단정할 수는 없음.

[바르다김선생의 가맹사업법 위반행위에 대한 건(서울고법 2019. 1. 11. 선고 2018누52 판결⁷⁾, 카페베네의 가맹사업법 위반행위에 대한 건(대법원 2018. 11. 9. 선고 2015두59686 판결)]

- 정보공개서를 미리 제공하는 이유는 가맹희망자가 가맹본부와의 거래조건 등에 관하여 충분히 숙지하고 가맹계약 체결을 결정할 수 있도록 하기 위한 것일 뿐, 가맹점사업자가 정보공개서를 통해 미리 알고 그에 동의한 후 가맹계약을 체결하였다는 사정만으로 곧바로 관련 행위가 정당화되거나 부당성이 부정된다고 볼 수는 없음.

[카페베네의 가맹사업법 위반행위에 대한 건(서울고법 2019. 10. 17. 선고 2018누72682 판결⁸⁾]

- 가맹사업에 필수적이거나 거래가 강제되지 않을 시 가맹본부의 상표권 보호와 상품 등의 동일성 유지가 어려운 설비·기기·용품('필수적 품목')과 필수적이지 않은 품목을 구분하지 않은 채 설비·기기·용품 공급 전부에 대하여 부당하게 가맹점사업자에게 특정한 거래상대방과 거래할 것을 강제하는 행위에 해당한다고 본 것은 위법함

- 원고가 공급한 각종·다양한 설비·기기·용품 중 필수적 품목과 그렇지 않은 품목을 구분하여 구체적으로 그 범위를 확정하기에 부족하고, 이는 근본적으로, 필수적 품목까지 포함하여 설비·기기·용품 공급 전부의 공급이 거래상대방 구속 행위에 해당한다고 보고 이 사건 처분을 한 피고의 잘못에서 기인함.

[카페베네의 가맹사업법 위반행위에 대한 건(서울고법 2019. 10. 17. 선고 2018누72682 판결⁹⁾]

- 원고의 계약해자는 가맹사업법 제12조 제1항 제1호를 위반한 부당한 거래거절행위로 보는 것이 타당함

- 가맹점사업자의 정당한 이익을 보호하기 위한 강행규정인 가맹사업법 제14조 제1항을 위반한 계약해자는 특별한 사정이 없는 한 그 자체로 부당한 계약해지에 해당한다고 보아야 하며, (중략) 원고가 제시한 증거만으로 2회 이상 가맹계약 위반행위의 시정을 명하였다고 보기는 어려움.

7) 상고심(대법원 2019. 6. 13. 선고 2019두36506 판결)은 심리불속행 기각함

8) 상고심(대법원 2020. 2. 14. 선고 2019두57800 판결)은 심리불속행 기각함

9) 상고심(대법원 2020. 2. 14. 선고 2019누57800 판결)은 심리불속행 기각함

- 진○○ 등이 원고에 대하여 문제를 제기함에 있어 전혀 허황된 얘기를 한 것은 아니고 나름의 근거를 바탕으로 의혹을 제기한 것으로 보여, 진○○ 등 이 사건 가맹점사업자들에게 원고의 거래거절을 정당화할 만한 어떤 구제사유가 있다고 단정할 수 없음.

[(주)비에이치씨의 가맹사업법 위반행위에 대한 건(서울고법 2022. 10. 12. 선고 2021누53162 판결, 고법 확정)]

- 가맹사업법에 따른 불공정행위로서 거래거절에 해당하는지는 가맹계약의 당사자 확정과는 별도로, 이 사건 행위의 부당성, 즉 공정한 거래질서를 저해할 우려가 있는지를 기준으로 판단하여야 함

- 원고가 이 사건 제1, 2 가맹계약 관련 사항들을 주로 협의한 사람은 각 가맹점사업자 명의인이 아닌 흥○○이었고, 달리 이 사건 행위 당시 원고가 이 사건 제1 가맹계약의 실제 가맹점사업자가 '흥○○'이 아닌 '조○○'라는 것을 명확하게 인식하였다고 볼 자료는 없음. 나아가 원고가 위 '조○○'의 가맹사업활동을 곤란하게 할 의도를 가지고 있었다거나 가맹사업활동을 곤란하게 할 목적으로 이 사건 행위를 하였다고 인정할 사정은 전혀 찾아볼 수 없음. 원고가 가맹금 등의 지급이 지체되었음에도 이 사건 제1 가맹계약을 해지하지 아니하고(제30조), 가맹금 등의 지급기한을 여러 차례 연기해준 사실은 앞서 본 바와 같고, 이 사건 행위 당시 이 사건 가맹점 반경 1km 이내에 원고의 가맹점이 4개나 운영되고 있었음. 따라서 원고가 이 사건 가맹점의 원활한 개점으로 가맹금 등을 받기 위해 서둘러 이 사건 행위를 한 것으로 보이지는 않음.

[(주)골프존의 가맹사업법 위반행위에 대한 건(서울고법 2023. 6. 8. 선고 2022누53756 판결¹⁰⁾)]

10) 상고심(대법원 2023. 9. 21. 선고 2023두44764 판결)은 심리불속행 기각함

5. 부당한 점포환경개선 강요 금지(제12조의2)

- 점포환경개선이 가맹사업법 제12조의2 제2항 제1호의 예외사유에 해당하기 위해서는 가맹본부의 권유 또는 요구가 없었을 것과 가맹점사업자의 자발적 의사에 의한 것이라는 요건을 갖추어야 하며, 이러한 예외사유에 해당하는지 여부는 가맹본부에게 입증책임이 있음
- 가맹사업법 제12조의2 제2항 제1호의 '권유'의 사전적 의미는 '어떤 일 따위를 하도록 권함, 권하여 타이를'이고, '요구'의 사전적 의미는 '어떤 행위를 할 것을 청함'으로 이해되는데, 위와 같은 권유 또는 요구의 사전적 의미 및 가맹사업법 제12조의2 제1항과의 관계상, 가맹사업법 제12조의2 제2항 제1호에서 규정하는 '가맹본부의 권유나 요구'는 단순한 정보제공보다는 구체적이면서 강요에는 미치지 아니하는 정도의 요청을 의미하는 것으로 해석됨(외형은 권유 또는 요구이더라도 그 실질이 강요에 해당될 경우에는 가맹사업법 제12조의2 제1항에 위배되는 것으로서 가맹사업법 제12조의2 제2항 제1호의 예외사유에 해당할 여지는 없다고 할 것임).
- 점포환경개선이 가맹사업법 제12조의2 제2항 제1호의 예외사유에 해당하기 위해서는, 원칙적으로 ① 가맹본부의 권유 또는 요구가 없었을 것과, ② 가맹점사업자의 자발적 의사에 의하여 점포환경개선을 실시하였을 것이라는 두가지 요건을 갖추어야 한다고 해석함이 타당하고, 위 요건을 모두 충족하여 가맹사업법 제12조의2 제2항 제1호의 예외사유에 해당하는지 여부는 가맹본부인 원고에게 이를 입증할 책임이 있음.
- 가맹본부가 가맹사업의 영업상 필요에 따라 가맹점 전반에 적용될 수 있는 점포환경개선 계획을 수립하고 이에 따라 가맹점사업자에게 점포환경개선을 권유 또는 요구하였다면, 가맹본부의 권유 또는 요구와 가맹점사업자의 점포환경개선 결의 사이에 인과관계가 인정되지 않더라도 가맹사업법 제12조의2 제2항 제1호의 예외사유에 해당한다고 볼 수 없음.
- 원고는 이 사건 점포환경개선을 실시하지 않더라도 가맹점사업자들에 대하여 불이익을 주지 않았으므로 원고가 점포환경개선을 권유 또는 요구하였다고 볼 수 없다고 주장하나, 점포환경개선을 실시하지 않는 경우 불이익이 수반되었는지 여부는 원고가 가맹점사업자들에게 이 사건 점포환경개선을 권유 또는 요구하였는지를 판단하기 위하여 고려될 것은 아니고 원고는 일정한 지원이나 포상을 실시하는 등의 유인책과 가맹계약 갱신 여부를 점포환경개선과 결부시키는 등의 방법으로 가맹점사업자들에 대하여 이 사건 점포환경개선을 권유 또는 요구하였다고 판단됨.

[제너시스 비비큐의 가맹사업법 위반행위에 대한 건(서울고법 2019. 1. 23. 선고 2018누48726 판결¹¹⁾]

11) 상고심(대법원 2019. 6. 19. 선고 2019두35985 판결)은 심리불속행 기각함

- 가맹사업법 시행령 제13조의2 제4항을 가맹본부가 지정한 업체를 통해 점포환경 개선을 실시한 통상적인 경우까지 일률적으로 가맹점사업자의 지급청구가 있어야만 가맹본부의 비용부담의무가 발생한다고 해석할 수는 없음
- 가맹사업법 및 가맹사업법 시행령 규정들의 문언, 내용, 형식, 체제를 고려하면, 가맹사업법 제12조의2 제2항은 점포환경개선을 실시할 경우 바로 가맹본부에게 전포환경개선에 소요된 비용의 일정 비율로 산정한 가맹본부부담액을 부담하여야 할 의무가 발생하는 것으로 규정한 것으로 해석되고, 다만 가맹본부가 부담할 비용의 산정, 청구 및 지급절차를 가맹사업법 시행령에 위임하여 이를 가맹사업법 시행령 제13조의2 제2항, 제3항이 구체화한 것에 불과함.
- 가맹사업법 시행령 제13조의2 제4항은 가맹본부가 점포환경개선에 소요된 비용, 기간을 알기 어려운 예외적인 경우를 대비하여 가맹사업법 제12조의2 제3항의 위임을 받아 청구 절차를 구체화한 것에 불과하므로, 이와 달리 가맹사업법 시행령 제13조의2 제4항을 가맹본부가 지정한 업체를 통해 점포환경개선을 실시한 통상적인 경우까지 일률적으로 가맹점사업자의 지급청구가 있어야만 가맹본부의 비용부담의무가 발생한다는, 즉 가맹본부의 비용 부담의무 발생의 절차적 요건을 규정한 것이라고 해석할 수는 없음.

[세너시스 비비큐의 가맹사업법 위반행위에 대한 건 (서울고법 2019. 1. 23. 선고 2018누48726 판결¹²⁾]

12) 상고심(대법원 2019. 6. 19. 선고 2019누35985 판결)은 심리불속행 기각함

6. 부당한 영업지역 침해금지(제12조의4)

- 가맹사업법 제12조의4 제3항에 규정된 “가맹점을 설치하는 행위”란 신규 가맹점으로서 외관을 실제로 갖춘 행위를 말하고, 실제로 영업개시를 했을 것을 요하지 않음
- 가맹사업법 제14조의4 제3항의 입법취지는 가맹본부의 중복 출점에 따른 가맹점사업자의 피해를 방지하기 위하여 영업지역 보호를 강화하려는 것이고, 이러한 보호의 충실화는 가맹점사업자의 기존 영업지역에 다른 새로운 가맹점이 들어선다는 객관적 외관이 형성되는 것을 차단할 때에 가능함. 기존의 가맹점사업자는 그러한 객관적인 외관이 형성되는지는 쉽게 확인할 수 있으나 그 새로운 가맹점이 영업을 개시했는지 여부와 그 시점을 수시로 확인하는 것이 쉽지 않고, 기존의 가맹점사업자에게 이런 확인 부담을 지우는 것도 옳지 않을.

[(주)올치에프씨의 가맹사업법 위반행위에 대한 건(서울고법 2020. 2. 5. 선고 2019누55448 판결¹³⁾)]

13) 삼고심(대법원 2020. 5. 14. 선고 2020두34524 판결)은 심리불속형 기각함

7. 가맹점사업자단체의 거래조건 변경 협의 등(제14조의2)

- 가맹사업법 제14조의2 제5항의 가맹점사업자단체 가입·활동을 이유로 한 불이익 제공행위는 해당 행위가 실질적으로 볼 때 가맹점사업자단체의 활동 등을 주된 이유로 하는 것인지에 따라 판단하여야 함
- 가맹사업법 제14조의2 제5항의 내용과 가맹점사업자단체의 활동 등을 이유로 불이익을 주는 행위를 금지하는 입법 취지에 비추어 보면, 가맹본부의 행위가 가맹사업법 제14조의2 제5항 전단에 따른 불이익제공행위에 해당하는지는 먼저 해당 행위의 의도나 목적, 가맹점사업자가 한 가맹점사업자단체의 활동 등의 구체적인 내용, 불이익제공의 경위, 불이익의 내용 및 정도, 관련 업계의 일반적인 거래관행, 가맹점사업자단체 가입 여부에 따른 취급의 차이, 가맹계약의 내용, 관계 법령의 규정 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 불이익제공행위가 실질적으로 볼 때 가맹점사업자단체의 활동 등을 주된 이유로 하는 것인지에 따라 판단하여야 함.

[(주)비에이치씨의 가맹사업법 위반행위에 대한 건(서울고법 2022. 10. 12. 선고 2021누53162 판결, 고법 확정)]

- 가맹본부가 계약내용에 따라 가맹점의 계약위반을 이유로 계약해지 또는 갱신을 거절하였다 하더라도 그 해지 또는 거절행위의 실질이 가맹점사업자단체의 구성·가입·활동을 주된 이유로 하는 것이라고 판단된다면 위법함
- 해당 불이익제공행위를 가맹사업법에 따라 위법한 것으로 평가하기 위해서는 그것이 가맹사업법의 목적에 비추어 부당한 것이어야 하고, 여기에서 부당성 유무의 판단은 앞서 본 제반 사정에 비추어 가맹사업의 공정한 거래질서를 저해할 우려(가맹사업법 제1조)가 인정되는지 여부를 기준으로 판단하여야 함.
- 원심이 인정한 사실관계에 비추어보면 이 사건 매장점검은 접수협회의 활동을 주도한 가맹점사업자들의 계약 위반사항을 적발한 다음 이를 이유로 계약갱신 거절 등의 불이익 제공행위를 함으로써 궁극적으로 가맹점사업자단체의 활동을 무력화시키고자 하는 목적에서 이루어진 것으로 이 사건 계약종료를 위한 수단 내지 방편에 불과하다고 할 것임. 따라서, 원고가 이 사건 매장점검을 하고 이를 통하여 발견한 계약위반사항을 기초로 계약종료에 나이간 일련의 행위는 전체적으로 보아 가맹사업법 제14조의2 제5항에서 금지하고 있는 불이익제공행위에 해당한다고 보아야 함.

[(주)에땅의 가맹사업법 위반행위에 대한 건(서울고법 2022. 5. 12. 선고 2021누61871 판결¹⁴⁾, 고법 확정)]

8. 사정조치(제33조)

- 원고가 가맹사업법 관련 조항을 몰라서 가맹금 예치의무 및 정보공개서 제공의무를 위반하였더라도, 그러한 사정만으로는 원고에게 위 의무해태를 탓할 수 없는 정당한 사유가 있다고 보기 어려우므로 위 의무의 위반을 이유로 한 시정명령은 적법함
- 행정법규 위반에 대하여 가하는 제재조치는 행정목적의 달성을 위하여 행정법규 위반이라는 객관적 사실에 차안하여 가하는 제재이므로 위반자의 의무 해태를 탓할 수 없는 정당한 사유가 있는 등의 특별한 사정이 없는 한 위반자에게 고의나 과실이 없더라도 부과될 수 있음(대법원 2009. 6. 11. 선고 2009두4272 판결 등 참조). 이 사건에서, 원고가 가맹사업법 관련 조항을 몰라서 가맹금 예치의무 및 정보공개서 제공의무를 위반하였더라도, 그러한 사정만으로는 원고에게 위 의무해태를 탓할 수 없는 정당한 사유가 있다고 보기 어려움. 따라서 원고의 가맹금 예치의무 및 정보공개서 제공의무 위반을 이유로 한 시정명령은 적법함.

[하이클 외 1의 가맹사업법 위반행위 건(서울고법 2012. 8. 28. 선고 2012누8764 판결¹⁵⁾)]

- 이 사건 시정명령은 가맹점사업자들이 시설환경표준화를 이행하지 않을 경우 발생하는 부당한 결과를 방지하기 위한 것이고, 가맹점의 시설환경의 개선 정도에 따라 적정한 평가를 실시하는 것은 가맹사업법의 취지에 비추어도 허용된다고 볼 수 있으므로 시정명령의 이행이 불가능하다고 보기 어려움
- 원고는 시설환경표준화(가맹점사업자의 고객편의시설 등에 대해 표준화매뉴얼에 따라 통일된 모델로 공사하는 것)를 실시하면서 거래상 지위를 이용하여 미실시 가맹점사업자의 경우 서비스역량평가에서 감점하는 등의 가맹점사업자에게 불이익을 주는 행위를 다시 하여서는 안된다는 내용의 시정명령을 이행할 경우, 우수한 고객편의시설을 갖춘 가맹점과 그렇지 않은 가맹점을 공정하게 평가할 방법이 없게 되어 고객용 시설 등을 새로 설치한 가맹점의 역차별 문제가 발생하는 점 등을 고려하면 이 사건 시정명령의 이행은 실질적으로 불가능하다고 주장하나, 가맹사업의 통일적 이미지와 품질 유지 등 그 목적달성을 위하여 표준화를 실시하는 것은 허용되지만, 이 사건에서 시설환경표준화 중 고객편의시설 부분 등은 가맹사업의 목적달성을 위하여 필수적인 것으로 보기 어렵고, 원고가 이미 시설공사를 마치고 영업 중인 기존의 가맹점에 대하여 일률적으로 시설환경표준화를 강요하여 추가

14) 대법원 2021. 9. 30. 선고 2020누48857 판결에 대한 파기환송심

15) 상고심(대법원 2013. 1. 24. 선고 2012두22560 판결)은 심리불속행 기각함

비용을 자출하도록 하였으며, 표준화를 위하여 감점방식을 새로 도입하고 계약해지 사유로 정하는 능 과도한 수단을 사용한 점 등에 비추어 이 사건과 같은 표준화는 허용되기 어려움. 따라서 이 사건 시정명령은 가맹점사업자들이 시설환경표준화를 이행하지 않을 경우 감점방식 등에 의하여 정당한 공임을 지급받지 못하거나 계약이 해지되는 등 부당한 결과를 방지하기 위한 것이어서, 이러한 정도에 이르지 않는 한 가맹점의 시설환경의 개선 정도에 따라 적정한 평가를 실시하고 경제적 유인을 부여하는 것은 가맹사업법의 취지에 비추어도 허용된다고 볼 수 있으므로 특별한 사정이 없는 한 이 사건 시정명령의 이행이 불가능하다고 보기 어려움.

[현대자동차의 가맹사업법 위반행위 건(서울고법 2014. 1. 17. 선고 2012누40218 판결¹⁶⁾)]

□ 가맹사업법 제14조 제1항 위반행위가 법령상 시정조치의 대상이 아니라고 하더라도, 해당 행위가 같은법 제12조 제1항의 불공정거래행위에 해당한다면 시정조치의 대상이 될 수 있음

○ 가맹사업법 제33조 제1항에서 시정조치의 대상으로 제14조 제1항을 제외하고 있는 것은 이를 같은 법 제12조 제1항의 불공정거래행위에 포함할 수 있고, 가맹점 사업자는 피고의 시정명령이 없더라도 가맹사업법 제14조 제2항에 의해 그 계약해지가 효력이 없어 어느 정도 보호를 받는다는 사정을 고려한 것으로 보아야 하고, 가맹사업법 제14조 제1항 위반에 대하여는 그것이 같은 법 제12조 제1항의 불공정거래행위에 해당하는 등의 경우에도 시정에 필요한 조치를 명할 수 없다는 취지는 아니라고 볼이 타당함.

[㈜비에이치씨의 가맹사업법 위반행위에 대한 건(서울고법 2022. 10. 12. 선고 2021누53162 판결, 고법 확정)]

16) 삼고심(내법원 2014. 5. 29. 선고 2014두4016 판결)은 심리불속행 기각함

9. 과징금(제35조)

- 관련매출액은 위반기간 동안 '관련 가맹점사업자 또는 가맹회망자'에게 판매한 상품이나 용역의 매출액 또는 이에 준하는 금액이지 관련 상품이나 용역의 매출액 또는 이에 준하는 금액을 의미하는 것이 아님
- 가맹사업법 제12조 제1항의 위반행위에 대하여 가맹사업법 제35조는 관련매출액에 100분의 2를 곱한 금액을 초과하지 아니하는 범위에서 과징금을 부과할 수 있도록 하고 있는데, 가맹사업법 시행령 제34조 제1항은 '해당 가맹본부가 위반기간 동안 관련 가맹점 사업자 또는 가맹회망자에게 판매한 상품이나 용역의 매출액 또는 이에 준하는 금액'을 관련매출액으로 규정하고 있음. 위 문언의 '관련'이 수식하는 대상은 '가맹점사업자 또는 가맹회망자'라고 보이고, 만약 그 범위를 좁혀 '관련 상품이나 용역의 매출액'으로 한정하는 것을 의도하였다면 '해당 가맹본부가 위반기간 동안 관련 가맹점사업자 또는 가맹회망자에게 판매한 관련 상품이나 용역의 매출액 또는 이에 준하는 금액'이라고 표현하였을 것으로 보임.

[마세다린의 가맹사업법 위반행위에 대한 건(서울고법 2018. 12. 19. 선고 2018누43424 판결¹⁷⁾]

17) 상고심(대법원 2019. 5. 10. 선고 2019두32733 판결)은 심리불속행 기각함

10. 고발(제44조)

- 항고소송의 대상이 되지 않는 고발의결의 취소를 구하는 것은 부적법함
- 고발은 수사의 단서에 불과할 뿐 그 자체로 국민의 권리의무에 어떤 영향을 미치는 것이 아니고, 특히 가맹사업법 제44조 제1항은 공정거래위원회의 고발을 가맹사업법위반죄의 소추요건으로 규정하고 있어 공정거래위원회의 고발은 사실 당국에 대하여 형벌권 행사를 요구하는 행정기관 상호간의 행위에 불과하여 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라 할 수 없으며, 더욱이 공정거래위원회의 고발의결은 행정청 내부의 의사결정에 불과할 뿐 최종적인 처분은 아님 것으로 이 역시 항고소송의 대상이 되는 행정처분이 되지 못함(1995. 5. 12. 선고 94누13794 판결). 따라서 원고들의 이 사건 소 중 고발의결의 취소를 구하는 부분은 항고소송의 대상이 되지 않는 고발의결의 취소를 구하는 것이어서 부적법함.

[하이클 외 1의 가맹사업법 위반행위 건(서울고법 2012. 8. 28. 선고 2012누8764 판결¹⁸⁾)]

18) 상고심(대법원 2013. 1. 24. 선고 2012두22560 판결)은 심리불속행 기각함

2024년도
공정거래 판례요지집

제4장

대규모유통업에서의 거래 공정화에 관한 법률

1. 적용제외(제3조)

- 거래상 우월적 지위에 있는지 여부는 대규모유통업자가 상대적으로 우월한 지위 또는 적어도 상대방인 납품업자의 거래활동에 상당한 영향을 미칠 수 있는 지위에 있으면 충분하고 납품업자의 지배회사 내지 모회사와의 사업능력까지 고려해야 한다고 볼 수 없음
- 거래상 우월적 지위는 그 자체인 대규모유통업자가 상대적으로 우월한 지위 또는 적어도 상대방인 납품업자의 거래활동에 상당한 영향을 미칠 수 있는 지위에 있으면 충분하고, 설령 대규모기업집단 소속의 납품업체라 하더라도 독립된 법인격을 가진 개개의 납품 업자들이 그들의 판단 하에 원고들 운영의 백화점 입점 여부를 결정한 후 특약매입거래 등 계약을 체결하는 점 등을 고려할 때, 원고들과 납품업자들의 사업능력 격차를 비교함에 있어 일반적으로 납품업자의 지배회사 내지 모회사와의 사업능력까지 고려해야 한다고 볼 수 있으며, 설령 납품업자 또는 그 지배회사가 관련 시장에서 상당한 시장지위에 있다고 하더라도 당해 대규모유통업자와의 납품거래가 갖는 사업상 의미가 크다면 거래상 우월적 지위가 인정된다고 보아야 함.
[애경유지공업(주)의 대규모유통업법 위반행위에 대한 건(서울고법 2018. 1. 25. 선고 2017누62848 판결, 고법 확정)]
- ※ 같은 취지 : (주)신세계의 대규모유통업법 위반행위에 대한 건(서울고법 2018. 4. 19. 선고 2017누60071 판결¹⁾)
- 영남지역에서의 원고의 지위나 비중을 고려하면 원고는 납품업자에게 큰 영향력을 행사할 수 있는 구조를 가지고 있고, 브랜드 파워가 있는 상품을 납품한다 하더라도 납품업자와 대규모유통업자 사이에는 '상품의 현실적인 판매'에 있어 본질적인 사업능력의 격차가 존재하며, 납품업자가 상호출자제한기업집단 소속이라 하더라도 그것만으로 유통업자에게 우월적 지위를 갖는다고 보기 어려움
- 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 개별 납품업자별로 대규모유통업자와 사이의 개별적 사정을 따져 거래상 우월적 지위를 판단해야 하는 것으로 볼 수 없음.
- 원고는 2015. 5. 기준 75개의 점포를 운영하고 있으면서도, 같은 시기 269개의 점포를

1) 상고심(대법원 2018. 8. 30. 선고 2018누42573 판결)은 신리불속행 기각함

운영하는 지에스리테일이나, 282개의 점포를 운영하는 홈플러스보다도 매출액이 더 높았는데, 원고가 운영하는 점포들이 부산, 경남 등 영남지역에만 존재한다는 것을 고려하면 영남 지역에서 원고의 유통업자로서의 자위나 비중은 다른 유통업자들에 비해 상당히 높아 납품업자들에게 더 큰 영향력을 행사할 수 있는 구조를 가지고 있음.

- 인지도가 높고 대체성이 약하며 강력한 브랜드파워가 있는 상품이라 하더라도 대다수 소비자들이 위와 같은 상품의 유무에 따라 기업형 슈퍼마켓을 선택한다고 보기는 어렵고, 납품업자는 인지도가 없는 신상품 등도 납품해야 하는데 원고는 납품업체들의 상품을 진열하는 위치나 방식을 결정할 권한이 있고, 납품업체는 상품의 판매증진을 위해 원고에게 판매장려금을 지급하거나 원고에게 파견사원을 보내기도 하므로 납품업자와 대규모유통업자 사이에는 '상품의 현실적인 판매'에 있어 본질적인 사업능력의 격차가 존재함.
- 납품업자의 규모에 따라 반품절차에 다소 차이가 있다 하더라도 이는 거래상 우월적 지위에 관한 판단에 관한 중요한 요소라고 보기 어렵고, 납품업자가 상호출자제한기업집단 소속인 경우 관련 인프라를 구축하는 데 유리할 수는 있으나 그것만으로 유통업자에게 우월적 지위를 갖는다고 보기 어렵음.

[서원유통의 대규모유통업법 위반행위에 대한 건(서울고법 2019. 2. 13. 선고 2017누86226 판결²⁾)]

□ 거래의 상대방이 원고의 대주주인 이랜드월드인 경우에도 원고가 거래상 우월적 지위에 있다고 봄이 타당함

- 설령 이랜드월드가 대규모기업집단 내에서 대표회사의 위치에 있다고 하더라도 기업집단 전체의 주요 재무지표에서 원고가 차지하는 비중이 상당할 뿐만 아니라 이랜드월드의 원고에 대한 매출 의존도가 높아 원고와의 납품거래가 갖는 사업상 의미가 크다는 점을 감안하면, 대규모유통업자인 원고는 거래조건을 설정함에 있어 보다 유리한 계약을 체결할 수 있는 지위에 있음.
- 원고와 납품업자가 동일한 대규모기업집단 소속이라거나 납품업자가 원고의 대주주라는 사정만으로 당연히 원고의 거래상 우월적 지위가 부정된다고 볼 것은 아님
[(주)이랜드리테일의 대규모유통업법 위반행위에 대한 건(서울고법 2020. 8. 26. 선고 2019누49269 판결, 고법 확정)]

2) 상고심(대법원 2019. 7. 11. 선고 2019두37202 판결)은 심리불속행 기각함

- 원고 등 4개사의 행위가 대규모유통업법 적용제외로서의 ‘거래상 우월한 지위에 있다고 인정되지 아니하는 거래’에 해당한다고 보기 어려움
 - 원고 등 4개사가 별개의 법인이고, 각자 지점을 운영하기는 하였으나, 회사들의 전반적인 경영활동과 화계 처리를 모다이노칩 유통사업부에서 총괄하였으므로, 원고 등 4개사를 통틀어 납품업자에 대하여 거래상 우월적 지위에 있었다고 봄이 타당함.
 - 원고 등 4개사가 납품업자와 체결한 계약에 따르면, 납품업자는 원고 등 4개사의 지점에서 퇴점할 경우 안테리어 등 시설물을 자신의 비용으로 철거하여 원상 복구할 의무가 있었으므로, 납품업자는 원고 등 4개사와의 거래가 단절될 경우 투자비용을 회수할 수도 없음. 따라서 납품업자에 비하여 상대적으로 우월한 사업능력을 가진다고 봄이 타당함.
 - 특정 업계에서 높은 시장점유율을 보유하거나 매출규모가 큰 납품업자라고 하더라도 아울렛 시장에서 가지는 협상력은 제한적일 수 밖에 없음. 특히 원고 등 4개사의 지점에서 주로 판매된 의류, 화장품 등의 제품은 유행에 민감하여 이월 상품의 가격이 급락하는 특성을 가지므로, 납품업자는 더 이상의 가격하락을 방지하고자 빠른 시일 내에 아울렛에서 상품을 신속하게 처리할 필요가 있었을 것으로 보이므로, 위 사정만으로 원고 등 4개사가 일부 납품업자들에 비해 열위한 사업능력을 가지고 있었다고 보기는 어려움.
- [(주)모다이노칩 외 1의 대규모유통업법 위반행위에 대한 건(대법원 2020. 12. 30. 선고 2020두49980 판결)]
- 다른 납품업자들뿐 아니라 삼성전자 및 엘지전자와의 거래에 관하여도 상대적으로 우월한 지위 또는 상대방의 거래활동에 영향을 미칠 수 있는 지위에 있다고 봄
 - 삼성전자와 엘지전자는 기전제품을 제조하는 회사로서 소매 유통업을 영위하는 원고와는 다른 분야의 사업을 영위하고 있어 사업능력의 격차를 그 매출액의 규모 등으로 지점적으로 비교하는 것은 적절하지 않음. 삼성전자와 엘지전자는 원고에게 직매입 방식으로 상품을 납품하고 있음에도 상품의 판매촉진을 위해 다른 납품업체들과 마찬가지로 원고에게 종업원을 파견하고 판매장려금을 지급하였으며, 원고의 요청에 따라 디자인과 재질 등을 변경하여 단가를 낮춘 원고 전용모델을 납품하기도 하였는 바, 이는 상품의 현실적인 판매에 관하여는 원고의 사업능력이 더 우월하거나 원고의 유통망 활용이 상당히 중요함을 보여주는 것임.
 - [롯데하이마트의 대규모유통업법 위반행위에 대한 건(서울고법 2023. 7. 12. 선고 2021누33090 판결³⁾)]

2. 다른 법률과의 관계(제4조)

- 대규모유통업법과 대규모소매업고시는 그 입법목적, 위법성 판단기준 등에 현저한 차이가 있으므로, 대규모소매업 고시가 대규모유통업법에도 준용될 수 있음을 전제로 한 원고의 주장은 이유 없음
- 원고는 대규모소매업고시는 공정거래법 제23조 불공정거래행위 중 거래상 지위 남용의 유형 및 기준을 정함을 목적으로 하는데, 대규모유통업법은 공정거래법 제23조의 특별법적 성격을 가지므로 대규모소매업고시 기준은 대규모유통업법에도 준용될 수 있다고 주장하나,
- 대규모소매업고시는 대규모유통업법으로부터 위임받아 제정된 것이 아니고, 공정거래법 및 같은 법 시행령의 위임을 받아 제정된 것이며, 대규모유통업법은 대규모소매업고시에 비하여 대규모유통업자에 대한 의무나 금지행위를 보다 강화시킴. 대규모소매업고시는 위법성 판단기준으로서 부당성이 검토되었으나, 대규모 유통업법에 규정된 다수의 금지규정에는 부당성을 위법성 판단기준으로 부가하고 있지 않음. 일부 규정을 제외하고는 각 조항에 규정된 행위요건이 충족되면 원칙적으로 위법성이 인정됨
[홈플러스(주)의 대규모유통업법 위반행위에 대한 건(서울고법 2020. 7. 2. 선고 2019누52159 판결, 고법확정)]

3) 상고심(대법원 2023. 11. 16. 선고 2023두48339 판결)은 심리불속행 기각함

3. 서면교부의무 등(제6조)

- 대규모유통업법상 서면교부의무는 대규모유통업자가 일방적으로 매장임차인에게 불리한 거래조건이나 불확실한 거래조건을 설정하여 그 부담을 매장임차인에게 전가하지 못하도록 하기 위한 것임
- 대규모유통업법 제1조, 제6조 제1항, 같은 법 시행령 제2조 제1항 제1호의 규정 내용을 종합하여 보면, 대규모유통업법 제6조 제1항 등이 대규모유통업자에게 매장임차인과 계약을 체결한 즉시 거래형태, 거래품목 및 기간 등 구체적인 약정사항을 기재한 서면을 교부할 의무를 부과하고 있는 이유는 당사자 사이의 계약내용을 명확히 함으로써 매장임차인에 대하여 거래상 우월적 지위가 있는 대규모유통업자가 일방적으로 매장임차인에게 불리한 거래조건이나 불확실한 거래조건을 설정하여 그 부담을 매장임차인에게 전가하지 못하도록 하기 위한 것이라고 볼이 상당함.
- 이 사건 계약서면 교부행위와 같이 임대차거래 종료일을 '리뉴얼 시점까지'로 정하고, 원고가 계약기간 중에 매장임차인에게 리뉴얼공사 착수 시점을 명시한 서면을 통지할 경우 매장임차인은 통지를 받은 날로부터 14일 이내에 임대차목적물을 원고에게 명도하도록 하는 것을 허용한다면 원고의 일방적인 서면통지만으로 언제든지 계약해지가 가능하게 되므로 해당 매장임차인은 매우 불안한 상태에 놓이게 되는 점에 비추어 보면, 이 사건 계약서면 교부행위가 불완전한 서면교부행위로서 대규모유통업법 제6조 제1항 등을 위반하였다고 인정할 수 있음.
[롯데쇼핑(주)[마트부문]의 대규모유통업법 위반행위에 대한 건(서울고법 2017. 1. 26. 선고 2016누59302 판결⁴⁾]]
- 대규모유통업법상 서면교부의무는 대규모유통업자가 자신의 우월적인 지위를 이용하여 일방적으로 납품업자에게 불리하게 계약내용을 변경하거나 계약사항을 이행하지 아니하는 것에 대비하여 사전에 계약 내용을 서면으로 명확히 하여 납품업자의 불이익을 방지하고 대규모유통업자와 납품업자의 상호보완적 발전을 위한 것임
- 대규모유통업법 제6조의 계약서면 즉시교부의무 등은 대규모유통업자가 그 우월적인 지위를 이용하여 구두로만 납품 관련 계약을 체결한 뒤 사후에 일방적으로 납품업자에게

4) 상고심(대법원 2017. 5. 31. 선고 2017두362987 판결)은 심리불속행 기각함

불리하게 계약내용을 변경하거나 계약사항대로 이행하지 아니하는 것에 대비하여 사전에 계약 내용을 서면으로 명확히 함으로써 경제적 약자의 지위에 있는 납품업자의 불이익을 방지하고 당사자 간의 사후분쟁을 막아 대규모유통업자와 납품업자가 대등한 지위에서 상호 보완적으로 협력할 수 있도록 하기 위한 것이고, 같은 법 제6조 제2항에서 대규모유통업자와 납품업자 모두의 서명을 요구한 것은 이러한 취지에서 교부된 서면이 양자 사이에 의사합치가 이루어진 내용에 대한 증명 기능을 다할 수 있도록 하기 위한 것임.

- 제6조의 문언 및 입법취지에 비추어 보면, 대규모유통업법 제6조 제1항의 '계약체결 즉시' 라 함은 계약체결과 동시에 또는 계약체결 직후를 의미하고, 대규모유통업자는 계약체결과 동시에 또는 계약체결 직후 상대방인 납품업자의 서명·기명날인이 있고 같은 법 시행령 제2조 제1항 소정의 계약사항이 명시된 서면을 납품업자에게 즉시 교부하여야 함을 의미함. 원고의 주장과 같이 통상적으로 계약서를 작성·교부하는 데 최소 5일의 시간이 필요하다고 인정할 만한 사정도 없으므로 이 사건 계약서면 지연교부행위 중 일부의 지연기간이 5일 이하라는 점은 대규모유통업법 제6조 제1, 2항 위반을 인정하는데 아무런 장애가 되지 않음.

[㈜인터파크의 대규모유통업법 위반행위에 대한 건(서울고법 2019. 9. 5. 선고 2018누63428 판결, 고법 확정)]

- 순환방송에 의한 판매라 하더라도 본방송 판매와는 별도의 계약이므로 별도의 계약서면이 교부되어야 하고 이를 교부하지 않은 경우 계약서면 교부의무를 위반한 것임
- 원고의 위반행위 내용은 원고가 기존 방송 상품에 대한 순환방송, 즉 재방송을 실시하면서 납품업자에게 계약서면을 다시 교부하지 않았다는 것임. 순환방송에 의한 판매라 하더라도 본방송 판매와는 별도의 계약이므로 별도의 계약서면이 교부되어야 하고 이를 교부하지 않은 경우 계약서면 교부의무를 위반한 것임.

[㈜지에스홈쇼핑의 대규모 유통업법 위반 및 거래상 지위남용행위에 대한 건(서울고법 2017. 1. 18. 선고 2015누50353 판결⁵⁾)]

5) 상고심(대법원 2017. 4. 28. 선고 2017두36974 판결)은 심리불속행 기각함

□ 대규모유통업법상 서면을 교부하여야 할 책임은 대규모유통업자에게 있으므로 납품업자가 먼저 계약서 초안에 날인한 후 원고에게 발송하도록 계약절차를 정했다 하더라도 납품업자에게 계약서 초안의 발송을 독촉하였음을 인정할 근거가 없어 원고의 구체사유의 존부와 관계없이 원고에게 제재처분이 부과될 수 있음

○ 본 규정들의 문언 및 입법 취지에 비추어 보면, 계약 체결 여부를 미리 확인하고 계약 체결 즉시 납품업자에게 서면을 교부하여야 할 책임은 대규모유통업자인 원고에게 있으므로, 원고가 납품업자로 하여금 먼저 계약서 초안에 날인한 후 원고에게 발송하도록 계약절차를 정하였다고 하더라도, 납품업자로 하여금 그의 날인이 있는 계약서 초안을 원고에게 발송하도록 요구하여 위 각 거래 개시 이전에 납품업자에게 원고의 날인까지 미친 계약서를 교부하여야 하는 것 역시 원고의 책임 영역에 속함. 그럼에도 원고가 위 각 거래 개시 이전에 납품업자들에게 그의 날인이 있는 계약서 초안을 발송하도록 요구하거나 독촉하였음을 인정할 증거가 없으므로 이 사건 계약서면 지연교부행위로 인한 대규모유통업법 위반에 관하여 원고의 의무해태를 탓할 수 없는 정당한 사유가 있다고 볼 수 없으므로, 원고의 구체사유의 존부와 관계없이 원고에게 제재처분이 부과될 수 있음.

[주인터파크의 대규모유통업법 위반행위에 대한 건(서울고법 2019. 9. 5. 선고 2018누63428 판결, 고법 확정)]

* 같은 취지 : (주)한화갤러리아의 대규모유통업법 위반행위에 대한 건(서울고법 2018. 1. 25. 선고 2017누62442 판결⁶⁾)

□ 이 사건의 서면이 계약의 효력발생을 위하여 양자의 서명을 요구하는 요식의 성립요건은 아니라 할지라도 방송일 직전에 양자의 서명이 갖추어지지 않은 서면을 일방적으로 교부하는 것만으로는 대규모유통업법의 도입취지에 부합할 정도로 양 당사자 간의 합의사실을 증명하는 서면이 교부되었다고 볼 수 없음

○ 홈쇼핑의 경우 방송일 수개월 전부터 홈쇼핑사업자가 납품업자와 구두로 기본계약을 체결한 뒤 구체적인 상품의 거래조건, 판매량과 방송시간 등은 방송일에 임박하여 정하는 것이 통상적이므로 대규모유통업자가 방송에 관한 계약을 체결한 이후에도 방송일 직전에 편성을 변경하거나 취소함으로써 납품업자에게 불이익이 발생할 여지가 큼.

○ 또한, 원고가 전자계약시스템을 통해 계약서면을 발송한 이후에는 그 내용을 원고 측 관리자가 일방적으로 수정할 수 없다고 하더라도 서면교부의무를 이행하였다고 보기 어려움.

[㈜씨제이오쇼핑의 대규모유통업법 위반행위에 대한 건(대법원 2020. 6. 25. 선고 2017두37604 판결)]

6) 상고심(대법원 2018. 6. 15. 선고 2018두36905 판결)은 심리불속함 기각함

□ 대규모유통업자와 납품업자의 서명 또는 기명날인이 모두 갖추어지지 아니한 약정서면을 일방적으로 교부하는 것만으로는 대규모유통업법 제11조 제1항, 제2항이 요구하는 약정서면 교부의무를 이행하였다고 볼 수 없음

○ 이는 원고가 전자계약시스템을 통해 약정서면을 발송한 이후에는 그 내용을 원고가 일방적으로 수정할 수 없다고 하더라도 마찬가지임.

○ 판매촉진 행사 실시 이전에 서명 또는 기명날인이 이루어진 위 약정서면을 납품업자에게 교부하여야 하는 것이 원고의 책임 영역에 속하는 것인 이상, 납품업자들이 서명 또는 기명날인을 지연하였다는 사유만으로는 약정서면 교부의무 불이행에 대하여 원고의 의무 이행을 탓할 수 없는 정당한 사유가 있다고 보기 어려움.

[(주)비지에프리테일의 대규모유통업법 위반행위에 대한 건(고등법원 2021. 8. 12. 선고 2020누38791 판결⁷⁾)]

□ 원고가 계약서면을 교부하였다고 하더라도 납품업자의 서명이 없는 상태에서 거래를 개시한 것은 위법하고, 피고의 과징금납부명령에 재량권 일탈·남용이 없음

○ 납품업자가 서명을 하지 않은 상태는 아직 납품업자가 원고와 구두로 합의한 것과 동일한 내용으로 서면이 작성되었는지 확인을 하지 않은 상태임. 대규모유통업법은 양 당사자의 서명이 완료된 서면에 의해 납품업자가 최종적으로 합의된 계약내용을 확인한 이후에 거래를 시작할 수 있도록 규정하고 있으므로, 대규모유통업자인 원고만 서명한 서면을 납품업자에게 교부하였다고 하여 원고 자신이 할 수 있는 모든 행위를 다하였다고 볼 수 없음.

[(주)이랜드리테일의 대규모유통업법 위반행위에 대한 건(서울고법 2020. 8. 26. 선고 2019누49269 판결, 고법 확정)]

□ 계약내용이 납품업자에게 유리하게 변경된 경우라도 이를 서면으로 명확히 할 필요가 있음

○ 납품업자에게 유리한 계약조건 변경의 경우에도, 당해 계약조건을 서면으로 명확히 하지 않는 이상 원고 롯데쇼핑이 향후 일방적으로 그 유리한 계약조건의 변경을 철회하거나 이를 더욱 불리하게 변경할 수 있는 것이므로, 납품업자에게 유리한 계약조건의 변경이라고 하여 당해 거래조건을 서면으로 명확히 할 필요성이 감소되는 것은 아님.

[롯데쇼핑[슈퍼부문] 및 씨에스유통(주)의 대규모유통업법 위반행위에 대한 건(서울고법 2022. 1. 12. 선고 2020누68488 판결, 고법 확정)]

7) 상고심(대법원 2021. 12. 10. 선고 2021두49697 판결)은 심리불속행 기각함

4. 상품대금 감액 금지(제7조)

- 이 사건 장려금 명목 대금공제행위의 경우 대규모유통업법 제7조 제1항과 제15조 제1항 또는 제17조 제2호가 중첩적으로 적용될 수 있을지언정 이 중 어느 하나의 규정만이 배타적으로 적용된다고 볼 수는 없음
- 대규모유통업법 제7조 제1항은 “대규모유통업자는 납품받은 상품의 대금을 감액하여서는 아니 된다”고 규정하고 있을 뿐 상품대금을 감액하는 시기에 관해서는 아무런 규정을 두고 있지 않은바, 아래에서 살펴볼 대규모유통업법의 목적과 위 규정의 문언에 비추어 볼 때, 위 규정이 상품대금을 납품계약 이후에 사후적으로 감액한 경우만을 규제하고 있다고 제한하여 해석할 수는 없음. 따라서 피고가 이 사건 장려금 명목 대금공제행위에 대하여 대규모유통업법 제7조 제1항을 적용한 것이 위법하다고 할 수 없음.
- 대규모유통업법은 제1조에서 대규모유통업에서의 공정한 거래질서를 확립하고 대규모 유통업자와 납품업자가 대등한 지위에서 상호 보완적으로 발전할 수 있도록 함으로써 국민경제의 균형 있는 성장 및 발전에 이바지함을 목적으로 한다고 규정하고 있고, 제2장 ‘대규모유통업에서의 거래 공정화’에서 위와 같은 목적을 위해 대규모유통업자들이 준수하여야 하는 행위 유형을 구체화하고 있을 뿐, 각 행위별로 개별적인 목적을 구성요건으로 요구하고 있지는 않음. 이러한 대규모유통업법의 취지, 형식, 내용 등에 비추어 보면, 설령 원고들의 주장대로 이 사건 장려금 명목 대금공제행위에 대규모유통업법 제15조 제1항 또는 제17조 제2호가 적용될 수 있다고 보더라도, 이는 별개의 법조항 위반행위로서 대규모유통업법 제7조 제1항과 제15조 제1항 또는 제17조 제2호가 중첩적으로 적용될 수 있을지언정 이 중 어느 하나의 규정만이 배타적으로 적용된다고 볼 수는 없음.

[홈플러스(주) 및 홈플러스스토어즈(주)의 대규모유통업법 위반행위에 대한 건(서울고법 2018. 11. 9. 선고, 2016누60425 판결⁸⁾]

8) 상고심(대법원 2021.11.25. 선고, 2018두65071 판결)은 이러한 원심판결에 위법이 없다고 판시함

5. 상품판매대금의 지급(제8조)

- 납품업자에게 법 제8조의 내용보다 불리한 약정을 하는 경우, 납품업자의 자발적 동의여부, 약정체결의 경위, 납품업자의 반대급부 등을 고려하여 위법성을 판단해야 함
- 대규모유통업자가 법 제8조 제1항, 제2항의 규정보다 불리한 계약조항을 약관의 형태로 계약내용에 편입하는 경우, 당해 약관 조항반을 근거로 법위반이 면책되지 않음. 납품업자와 대규모 유통업자 사이에 개별교섭을 통하여 자발적으로 동의한 사정이 인정되어야 함. 따라서 자발적 동의에 의한 것임을 증명하지 못한 경우에, 공정거래위원회는 지연손해금 상당의 지급을 명하는 시정명령을 할 수 있음.
- 민사법적 법리도 대규모유통업자가 납품업자의 상품판매대금 채권에 관하여 가압류명령을 송달받았다는 사정만으로 법정지급기한 도과로 인한 책임을 면할 수 없음.
[(주)홈앤쇼핑의 대규모유통업법 위반행위에 대한 건(서울고법 2020. 12. 23. 선고 2020누46549 판결)]

6. 상품의 반품 금지(제10조)

- 대규모유통업법 제10조 제1항 단서 제6호의 서면에 명시할 반품조건은 납품업자들이 불측의 피해를 입지 않을 정도로 명확하고 구체적이어야 함
 - '대규모유통업에서의 공정한 거래질서를 확립하고 대규모유통업자와 납품업자 또는 매장 임차인이 대등한 지위에서 상호 보완적으로 발전'할 수 있도록 하기 위한 대규모유통업법의 목적에 관한 대규모유통업법 제1조의 규정 내용 등에 의하면, 대규모유통업법 제10조 제1항 단서 제6호에 정한 '직매입거래의 경우 시즌상품에 대하여 계약체결 시 반품조건을 구체적으로 약정하고 그 반품조건이 명시된 서면'은 시즌행사의 종류와 기간·반품가능한 상품군(품목) 등을 가능한 한 명확하고 구체적으로 기재하여 약정한 서면으로서 그 정도는 납품업자들이 불측의 피해를 입지 않을 정도에 이르러야 함.
[롯데쇼핑(주)[마트부문]의 대규모유통업법 위반행위에 대한 건(서울고법 2017. 1. 26. 선고 2016누59302 판결⁹⁾]
 - 원고가 납품업체와 체결한 직매입 거래표준계약서나 명절 선물세트 특별계약서에는 반품조건에 관한 구체적인 합의 내용이 없으므로 위 계약서의 교부만으로 대규모 유통업법 제10조 제1항 제6호에서와 같이 원고가 반품조건을 구체적으로 약정하고 그 조건이 명시된 서면을 납품업자에게 준 것으로 볼 수 없음
 - 원고의 직매입 거래 표준계약서에서는 '일정한 기간이나 계절에 집중적으로 판매되는 상품에 대해 구체적 조건을 상호협의하여 반품하는 경우'에만 반품할 수 있다고 규정하고 있어 원고의 주장처럼 명절 선물세트를 명절이 지나면 협의없이 반품한다고 규정되어 있지 않음.
 - 대규모유통업법의 취지에 비추어 볼 때 반품은 원칙적으로 허용되지 않고 예외적인 경우에 한하여 제한적으로 인정되는 것이므로 원고가 납품업자의 책임 있는 사유로 상품에 하자가 있는 경우에 해당한다는 것을 입증하여야 함.
[농협유통(주)의 대규모유통업법 위반행위에 대한 건(대법원 2021. 1. 14. 선고 2020두50607 판결)]

9) 상고심(대법원 2017. 5. 31. 선고 2017누36298 판결)은 심리불속행 기각함

7. 판매촉진비용의 부담전가 금지(제11조)

- 대규모유통업법상 판매촉진비용의 사전 서면약정은 대규모유통업자와 납품업자 등이 각각 서명 또는 기명날인한 서면이어야 하므로, 온라인사이트에 게시된 팝업창을 통하여 판매촉진행사 비용부담에 관한 내용의 고지 및 납품업자들의 행사참여가 있다 하더라도 판매촉진비용 서면 약정이 있었다고 볼 수 없음
- 대규모유통업법에서 판매촉진비용의 부담을 납품업자에게 전가하는 행위를 제한하는 취지는 대규모유통업자가 임의로 판매촉진행사를 기획하고 그 비용을 전적으로 납품업자에게 부담시키더라도 납품업자가 이를 거부하기 어렵다는 점을 고려하여 판매촉진활동을 벤자한 부당한 판매촉진비용의 부담 강요를 방지하고 사후 분쟁 발생 시 책임소재를 명확하게 하기 위한 것임.
- 원고가 전속적으로 관리하는 원고의 온라인사이트에 게시된 팝업창을 통하여 원고의 판매촉진행사 비용부담에 관한 내용의 고지 및 납품업자들의 행사참여 신청이 이루어졌다고 하더라도, 그것만으로 대규모유통업자의 부당한 판매촉진비용의 부담 강요를 방지하고 사후 분쟁 발생시 책임소재를 명확하게 하기에 충분하다고 보기는 어려움. 대규모유통업법 제11조 제1항이 대규모유통업자에게 요구하는 판매촉진비용의 사전 서면약정은 같은 조 제2항에 정한 바에 따라 대규모유통업자와 납품업자 등이 각각 서명 또는 기명날인한 서면이어야 함은 그 규정의 문언상 명백하므로, 위와 같은 방식의 서면약정이 있었다고 인정할 증거가 없는 이상 이 사건 판매촉진비용 서면 미약정행위는 대규모유통업법 제11조 제1, 2항에 모두 위반됨.

[(주)인터파크의 대규모유통업법 위반행위에 대한 건(서울고법 2019. 9. 5. 선고 2018누63428 판결, 고법 확정)]

- 판매촉진행사는 명칭이나 형식과 무관하게 판매를 증진시킬 목적으로 하는 모든 행사이고, 행사에 사용된 매대 등 집기 대여 비용(판매촉진비용)에 관해 약정하지 아니하고 납품업자에게 부담시킨 행위는 위법함
- 원고는 이 사건 행사가 가격할인 없이 유사한 상품을 모아서 추가상품판매 공간에서 판매하는 것을 허용한 것에 불과하므로 판매촉진행사에 해당되지 않는다고 주장하나, 판매촉진행사는 명칭이나 형식에 상관없이 상품에 대한 수요를 늘려 판매를 증진시킬 목적으로 행하는 모든 행사 또는 활동이고, 이 사건 행사는 겨울상품 마감전 70%~50% 등의 명칭을 사용하여 행사장 등에 유사 상품을 모아 판매한 것으로 소비자의 구매욕구를 자극하여 수요를 늘려 판매를 증진시키고자 한 행사이며.

- 원고가 이 사건 행사 제목 및 기간을 정하여 판촉행사 광고를 실시하고 수수료 인하 부분을 부담하였으며, 이 사건 행사 제목 등을 보면 납품업자의 개별 브랜드는 그다지 강조되지 않아 원고 매장의 전체 행사로 보이는바, 납품업자가 자발적으로 요청하여 진행한 차별화되는 행사에 해당한다고 보기 어려움.
- 이 사건 행사가 대규모유통업법상 판매촉진행사에 해당하는 이상 행사장 등에서 필요한 매대 및 행거 등 집기 대여 비용은 판매촉진비용에 해당함.

[(주)이랜드리테일의 대규모유통업법 위반행위에 대한 건(서울고법 2020. 8. 26. 선고 2019누49269 판결. 고법 확정)]

- 대규모유통업법 제11조 제1항에서 정한 '판매촉진비용'에는 납품업자들이 판매촉진 행사를 진행하며 실제로 지출한 비용 외에도 이로 인하여 지게 된 일체의 부담 역시 포함됨
 - 대규모유통업법은 대규모유통업자들이 거래상 우월적 지위를 이용하여 납품업자들에게 은밀한 방법으로 불공정거래를 하는 경우 이에 대한 감시와 권리구제가 쉽지 않은 점을 고려하여 제정된 점을 고려하면, 원고 등 4개사의 납품업자들이 판매촉진행사의 과정에서 부담한 실제 비용 외에도 제품 가격의 할인분 또한 판매촉진비용에 해당함이 타당함.
- [(주)보다이노칩 외 1의 대규모유통업법 위반행위에 대한 건(대법원 2020. 12. 30. 선고 2020두49980 판결)]
- 직매입거래의 경우에는 대규모유통업자는 납품단가를 결정하는 단계에서 미리 판매 촉진비용을 반영하는 등의 방법으로 납품업자에게 판매촉진비용을 부담시킬 수 있음
 - 원고는 가격 할인행사 방식의 돈육 판매가격 할인행사, 신규점포 개점기념 할인행사를 하면서 납품단가를 평상시 납품단가보다 낮게 결정하였는데, 가격 할인폭 상당액이 판매촉진 비용에 해당하고, 이 중 납품단가 인하분 상당액이 납품업자들이 부담하는 판매촉진비용에 해당함.
 - 비록 돈육이 신선식품으로서 매주 가격이 변동하여 납품업자들이 부담하는 판매촉진비용을 정확하게 산정할 수 없다고 하더라도, 대규모유통업법 제11조가 공산품에만 적용된다고 하면 돈육을 비롯한 신선상품(아체, 생선, 고기)은 적용대상에서 모두 배제되는 불합리한 결론에 이르게 되는 점 등을 고려할 때, 할인행사를 하지 않았다면 정해졌을 납품단가를 기준으로 그보다 낮은 단가로 납품한 이상, 납품업자가 판매촉진비용을 부담하였다고 인정할 수 있음.
- [롯데쇼핑(주)의 대규모유통업법 위반행위에 대한 건(서울고법 2021. 7. 22. 선고 2020누35716 판결¹⁰⁾]

- 자발성과 차별성은 해당 판매촉진행사를 실시하게 된 경위와 목적, 행사의 명칭과 성격, 시기와 기간, 방법과 태양, 행사대상인 상품의 품목과 특성, 행사에 참여한 납품업자등의 수와 범위, 행사의 효과, 관련 업계의 상황과 소비자의 반응 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 하고, 이에 관한 증명책임은 관련 규정의 취지와 체계상 대규모유통업자에게 있음
 - 대규모유통업법 제11조 제5항에서 예외를 인정하는 이유는 납품업자등이 스스로의 판단에 따라 주도적으로 자신을 위한 판매촉진행사를 기획하여 실시하는 경우라면 대규모유통업자가 판매촉진비용을 부당하게 전가할 가능성이 낮다는 점을 고려한 것이고, 이러한 대규모 유통업법 제11조의 문언과 체계 및 취지 등에 비추어 보면, 대구모유통업법 제11조 제5항에서 납품업자등의 요청이 '자발적'이라는 것은 단순히 대규모유통업자가 납품업자등에게 판매촉진 행사를 강제하지 않았거나 납품업자등의 동의가 있었다는 정도를 의미하는 것이 아니라, 대규모유통업자의 실질적 관여나 개입 없이 납품업자등이 먼저 독자적이고 적극적으로 판매촉진행사를 기획하여 대규모유통업자에게 그 실시를 요청하는 것을 의미한다고 보아야 함
 - 또한 판매촉진행사가 다른 납품업자등과 '차별화'된다고 하려면 그 행사의 내용이나 효과가 그 행사를 요청한 해당 납품업자등에게 특화되어 있어야 하고, 다른 납품업자등에게도 그대로 적용되거나 귀속될 수 있는 것이어서는 안 됨.
 - 특정 납품업자등이 자발적으로 요청한 판매촉진행사라면 특별한 사정이 없는 한 그 납품업자 등에게 특화되어 있을 가능성이 크므로, 자발성이 인정되지 않는다면 차별성 여부는 굳이 따져볼 필요가 없고, 자발성이 인정된다면 차별성 역시 인정할 수 있는 경우가 많을 것임. 다만 개별 납품업자등에게 특화되지 않은 판매촉진행사라면 특별한 사정이 없는 한 해당 납품업자들이 그러한 행사를 자발적으로 기획하여 실시할 가능성은 그리 크지 않으므로, 이러한 측면에서 차별성은 자발성을 판단하는 데 중요한 고려요소가 될.
- [롯데쇼핑(주)의 대규모유통업법 위반행위에 대한 건(대법원 2020. 5. 14. 선고 2018두52044 판결11)]

10) 상고심(대법원 2021. 11. 25. 선고 2021두17103 판결)은 심리불속행 기각함

11) 대법원 2020. 5. 14. 선고 2018두52044 판결에서 승소취지의 파기환송, 서울고법 2020누41490에서 2020. 7. 23.에 원고 소취하됨

- 대규모유통업법 제11조는 대규모유통업자가 제1, 2항에 정한 시기, 방식상 제한과 제3, 4항에 정한 내용상 제한을 준수하여 판매촉진비용 분담비율 등을 약정하지 않은 채 납품업자등에게 판매촉진비용을 부담시키는 행위를 규제하려는 것이라 볼 수 있음
- ① 대규모유통업법 제11조 제4항에 정한 '제3항에 따른 판매촉진비용 분담비율'은 제3항에서 정한 '제1항 및 제2항에 따른 판매촉진비용'을 가리키고, 제1항 및 제2항은 판매촉진행사 실시 이전에 체결된 판매촉진비용 분담비율 등의 약정에 관한 것이므로, 결국 대규모유통업법 제11조 제4항에 정한 '판매촉진비용 분담비율'은 제1항 및 제2항에 따라 판매촉진행사 이전에 약정된 판매촉진비용 분담비율을 의미하는 것임이 그 문언상 명백함. ② 그런데 대규모유통업법 제11조의 체계를 살펴보면, 대규모유통업법 제11조 제1항 및 그 위임에 따른 동 시행령 제9조는 대규모유통업자가 판매촉진행사 이전에 판매촉진비용 분담비율 등을 약정하지 아니하고 납품업자등에게 판매촉진비용을 부담시키는 행위를 금지하고, 대규모 유통업법 제11조 제2항은 제1항의 약정의 방식상 제한을, 대규모유통업법 제3, 4항은 제1, 2항의 약정의 내용상 제한을 규정하고 있음. ③ 또한 대규모유통업법 제11조 제1 내지 4항의 취지는 대규모유통업자가 거래상 우월적 지위를 이용하여 부당하게 납품업자등에게 판매촉진비용을 전가하는 것을 금지함으로써 대규모유통업에서 공정한 거래질서를 확립하고 대규모유통업자와 납품업자등이 대등한 지위에서 상호 보완적으로 발전할 수 있도록 하기 위한 것임.
- 이에 비추어 보면, 대규모유통업자가 판매촉진행사 실시 이전에 납품업자등과 판매촉진비용 분담비율을 약정하면서 납품업자등에게 법 제11조 제4항에 정한 제한 비율인 100분의 50을 초과하여 판매촉진비용을 부담시킬 수 있도록 정하고, 그와 같이 위 법 조항에 따른 내용상 제한을 준수한 사전 약정을 하지 않은 채 판매촉진행사 진행 과정에서 납품업자 등에게 판매촉진비용을 부담시켰다면, 이는 대규모유통업법 제11조 제4항에 위반된다고 인정할 수 있음.

[(주)씨제이오쇼핑의 대규모유통업법 위반행위 및 공정거래법상 거래상지위남용행위에 대한 건(대법원 2020. 6. 25. 선고 2017두37604 판결)]

- 거래상 우월적 지위를 가지는 원고가 주도적으로 기획한 판매촉진행사에 미참여 의사를 쉽게 표시하기는 어려웠을 것으로 보이므로, 납품업자들이 행사 참여 여부를 자율적으로 답변하였다 하더라도 이 사건 판매촉진행사가 납품업자 등이 자발적으로 대규모유통업자에게 요청하여 다른 납품업자 등과 차별화되는 판매촉진행사를 실시한 경우로서 법 제11조 제5항에서 정한 예외사유에 해당한다고 보기는 어려움
 - 대규모유통업법 제11조 제5항은 같은 조 제1 내지 제4항의 예외규정에 해당하는데, 납품업자 등의 보호를 목적으로 하여 마련된 대규모유통업법 제11조 제1 내지 4항의 입법취지에 비추어 볼 때 이러한 예외 규정의 적용 범위를 지나치게 넓게 해석하는 것은 대규모유통업법의 근본취지에 반함.
 - 원고들은 우수고객들에게 상품 판매를 중진시킬 목적으로 이 사건 판매촉진행사를 독자적으로 기획하여, 모든 납품업자들에게 공문을 통해 행사 참여를 요청하였고, 위 요청에 대하여 납품업자들은 개별적으로 참여 여부를 답변하고 이 사건 판매촉진행사에 참여하였는데, 이와 같은 납품업자들의 행사 참여 경위에 비추어 보면, 원고들은 이 사건 판매촉진행사의 기획 단계부터 납품업자들의 참여를 예정하였고 위 공문에는 참여업체가 실시할 수 있는 매장별 세부행사의 유형 등도 사전에 제시되었으므로, 설령 납품업자들이 행사 참여 여부에 관하여 자율적으로 답변하였다고 하더라도 원고에게 판매촉진행사의 실시를 자발적으로 요청하였다고 보기 어려움.
 - 원고들과 같은 대형 백화점은 체계화된 유통망을 바탕으로 상품에 대한 수요 지배력을 보유하고 있어 납품업자들은 상품의 판로를 안정적으로 확보하고 자신들이 양질의 상품을 판매하고 있다는 것을 소비자들로부터 인정받기 위하여 원고들과 거래계약을 체결하고 이를 계속적으로 유지하는 것을 강하게 희망하고 있고, 납품업자들 사이에서 대형 백화점에 대한 납품경쟁이 치열한 것이 유통업계의 현실이어서 납품업자들이 원고들과의 거래를 단절하고 다른 백화점과 거래관계를 새로이 시작하는 것도 결코 쉬운 것이 아닌 점 등을 고려하면, 원고들은 그 거래관계에 있어서 납품업자들에 대하여 거래상 우월적 지위를 가진다고 할 것이어서 납품업자들로서는 원고들이 주도적으로 기획한 이 사건 판매촉진행사에 미 참여 의사를 쉽게 표시하기는 어려웠을 것으로 보임.
 - 따라서, 이 사건 판매촉진행사가 납품업자 등이 자발적으로 대규모유통업자에게 요청하여 다른 납품업자 등과 차별화되는 판매촉진행사를 실시한 경우로서 대규모유통업법 제11조 제5항에서 정한 예외사유에 해당한다고 보기는 어려움.
- [(주)한화갤러리아의 대규모유통업법 위반행위에 대한 건(서울고법 2018. 1. 25. 선고 2017누62442 판결¹²⁾]

12) 상고심(대법원 2018. 6. 15. 선고 2018두36905 판결)은 심리불소행 기각함

- 대규모유통업자가 증정대상, 행사일시 등을 납품업자들과의 협의 없이 임의로 변경하는 것은 설령 해당 판매촉진행사를 납품업자들이 먼저 제안하였다 하더라도 대규모유통업자의 의도와 개입으로 행사의 본질적 성격이 변경된 경우라고 봄이 타당함
 - 납품업자의 공문이 반드시 원고의 기안전에 발송되어야만 자발성을 인정할 수 있는 것은 아니지만, 원고의 기안이 납품업자의 공문 발송보다 먼저 이루어졌다면 납품업자의 자발성을 인정하기 어려운 사정 중의 하나로 고려될 수 있음. 일부점포의 일부 납품업자들이 원고의 기안일 전에 먼저 관련 공문을 보낸 사실이 있다는 사정만으로 이 사건 무료사은품행사 전부가 원고의 실질적 관여나 개입 없이 납품업자들의 독자적인 판단에 따라 기획·요청되었다고 단정하기 어려움.
 - ‘줄세우기’ 부분은 납품업자들이 원한 것이 아니라 원고 스스로 기안한 것이므로, 원고가 납품업자들의 개별적·독자적 판매촉진전략과 무관하게 자신의 점포 전체를 대상으로 고객을 유인한 것이라고 봄이 타당함. 설령 일부 납품업자들의 제안에 따라 시작되었다 하더라도 그 기획 과정에서 원고 점포 전체에 행사의 효과가 미치게 함으로써 행사의 본질적 성격을 변경한 것이라고 봄이 타당함.
 - 줄세우기 행사는 참여 납품업체들의 매출 신장에 특별히 기여한다기보다는 다른 납품업체들의 매출 신장에 전체적으로 영향을 미침으로써 결과적으로 원고 점포의 전체 매출 신장에 기여할 가능성이 큼. 이는 판매촉진행사의 차별성을 회복시키고 해당 납품업자들을 위하여 특화되어야 할 개별 행사를 대규모유통업자를 위한 전체 행사로 변질시키는 것임.
[롯데쇼핑(주)의 대규모유통업법 위반행위에 대한 건(대법원 2020. 5. 14. 선고 2018두52044 판결¹³⁾]
-
- 무료사은품행사는 납품업자의 제안에 따라 함께 기안한 것으로 보이고 행사의 특성상 대규모유통업자가 일방적으로 무료사은품을 정하거나 제공할 수는 없다 할 것이어서 납품업자가 자발적으로 판매촉진행사를 실시하려고 한 경우에 해당하고 다른 납품업자 등과 차별성이 인정되므로 판매촉진행사비용의 부담전가 행위에 해당하지 않음
 - 이 사건 무료사은품 행사는 원고는 납품업자의 제안에 따라 이 사건 각 납품업자가 참여하는 무료사은품 행사를 포함하여 점포 전체에 관한 다양한 판매촉진행사를 함께 기안한 것으로 보이고, 무료사은품을 준비해서 제공해야 하는 행사의 성격상 원고가 일방적으로 무료사은품을 제공하도록 무료사은품의 종류, 개수를 정할 수는 없다 할 것이므로

13) 대법원 2020. 5. 14. 선고 2018두52044 판결에서 승소취지의 파기환송, 서울고법 2020누41490에서 2020. 7. 23.에 원고 소취하 됨

이 사건 각 납품업자가 자발적으로 판매촉진행사를 실시하려고 한 경우에 해당한다고 봄이 타당함.

- 당초 납품업자들이 보낸 공문과 실제 진행된 행사 내용이 달라지거나, 위와 같은 행사 내용 변경에 관하여 원고와 해당 납품업자들 사이에 미리 협의가 이루어지지 않은 경우도 있으나, 여러 납품업체들이 입점해있는 백화점 점포의 특성상 행사의 원활한 진행과 광고 등을 위하여 일정 정도 통일성이 요구될 수밖에 없다고 보이고, 납품업체들의 당초 행사계획이 전적으로 관철되거나 모든 행사 변경 내용에 대한 사전 동의가 되어야만 대규모유통업법 제11조 제5항의 자발성이 인정된다고 보기는 어렵우며, 이 사건 무료사은품 종류는 납품업자 스스로 정한 것이고, 제공하는 사은품이 변경된 경우는 찾아볼 수 없어 이를 두고 납품업자가 당초 기획하였던 행사의 내용과 본질적으로 다르게 변경된 것이라고 볼 수도 있으므로, 위와 같은 사정은 자발성 인정에 방해가 되지 아니함.
- 이 사건 무료사은품행사의 핵심은 선착순으로 무료사은품을 제공하여 해당 매장을 방문하도록 유인한다는 것인 점 등을 종합하면 이 사건 무료사은품행사는 다른 납품업자들과 차별화되는 판매촉진행사에 해당함.
- 대규모유통업법 제11조 제5항의 차별성의 해석에 있어, 종별로 동일·유사한 상품들을 같은 공간 안에서 판매하는 백화점 매장의 특성상 납품업자들이 선택할 수 있는 판매촉진행사의 종류나 내용에 일정한 제약이 존재하는 점이 고려되어야 하며, 피고가 주장하는 것과 같이 판매촉진행사에 참여한 납품업자와 참여하지 않은 납품업자 사이에 판매촉진행사로 인한 경제적 효과가 다르게 발생하여야만 차별성이 존재한다고 인정할 수는 없음.
- 대규모유통업법 제11조 제5항이 규정하는 차별성은 판매촉진행사의 내용과 관련된 것이지 행사로 인한 결과에 관한 것이라고 볼 수 없고, 피고가 주장하는 것과 같은 판매증진 효과는 차별화된 판매촉진행사의 사후적인 결과에 불과한 것이고, 행사에 참여하지 않는 납품업자들과 차별화된 판매촉진행사라고 할지라도 행사 내용과 무관한 다른 요소들로 인하여 행사 결과 판매실적에서 유의미한 차별성이 드러나지 않을 수 있는데, 이러한 경우 차별성을 부정하여야 한다고 볼 수 없음.

[롯데쇼핑(주)의 대규모유통업법 위반행위에 대한 건(서울고법 2018. 7. 13. 선고 2017누62435 판결¹⁴⁾]

14) 상고심(대법원 2018. 3. 15. 선고 2017두70496 판결)은 심리불속행 기각함

□ 대규모유통업자가 제조업체에 제품의 생산만을 위탁하여 독자적으로 제작한 상품을
직접 판매하는 경우에는 대규모유통업법의 적용대상이 아님

- 원고는 자신이 운영하는 아울렛에서 납품업자들로부터 공급받은 상품뿐만 아니라 다수의 PB(Private Label)상품을 판매하였는데, 이는 원고가 독자적으로 제작한 상품을 직접 판매한 것에 불과하기 때문에 755건의 사례는 처음부터 대규모유통업법의 적용대상이 아니므로 원고가 대규모유통업법에서 금지하는 판매촉진비용 부담 전가행위를 하였다고 볼 수 없음.

[(주)이랜드리테일의 대규모유통업법 위반행위에 대한 건(서울고법 2020. 8. 26. 선고 2019누49269 판결, 고법 확정)]

8. 납품업자 등의 종업원 사용 금지 등(제12조)

- 대규모유통업자가 법 제12조 제1항 단서의 제2호 내지 제4호가 정한 종업원 파견에 관한 요건을 모두 충족한 경우에는, 파견받은 종업원을 상품의 판매촉진행사 업무에 종사하도록 하면서 파견종업원 인건비 전부를 납품업자 등이 부담하도록 하는 것도 허용됨
- 대규모유통업법 제11조는 판매촉진행사와 관련된 일반적인 비용 분담의 방식과 한도 등을 규정한 반면 제12조는 파견종업원을 '상품의 판매 및 관리 업무'에 종사하게 하는 경우에 관하여 파견요건을 제한하는 형식을 취하고 있을 뿐 파견종업원 인건비 등 비용분담의 비율을 제한하고 있지는 않음.
- 오히려 법 제12조 제1항 제1호는 대규모유통업자가 비용 전부를 부담하여 종업원을 파견받기 위한 요건을 규정하고, 제2호 내지 제4호에서는 납품업자 등이 비용을 부담하는 것을 전제로 규정하고 있는데, 만약 제2호 내지 제4호의 경우에도 위 제11조에 따라 인건비의 1/2 이상은 대규모유통업자가 부담하도록 제한하려고 하였다면, 종업원 파견의 경우에도 제11조가 적용된다는 취지를 법 제12조에서 명시하는 것이 자연스럽다고 할 것인데 대규모유통업법은 그와 같이 규정하고 있지 않음.
- 또한 종업원 파견의 경우에 대규모유통업법 제11조와 제12조가 중복 적용된다고 하면, 종업원 파견의 경우에는 제12조에 따른 종업원 파견 약정과 같은 법 제11조에 따른 비용분담 등 약정을 모두 갖추지 않는 한 위법하게 될 것인데, 이는 보통의 당사자가 법 규정 자체로부터 통상 이해할 수 있는 범위를 넘는 것으로 이와 같은 법 규정의 미비나 모호함으로 인한 불이익을 행정처분의 상대방 부담으로 돌릴 수는 없음.

[롯데쇼핑(주)의 대규모유통업법 위반행위에 대한 건(서울고법 2017. 10. 13. 선고 2017누41807 판결¹⁵⁾]

- 대규모유통업자가 납품업자 등의 전적인 비용부담으로 종업원 등을 함부로 파견받아 판매업무 등에 종사하게 할 수 있다는 우려를 고려하면, 대규모유통업법 제12조 제1항 단서 각 호의 예외사유는 엄격하게 해석해야 함
- 대규모유통업법 제12조 제1항 제4호는 '특약매입거래를 하는 납품업자가 상시적으로 운영하는 매장에서 상품의 특성상 전문지식이 중요하다고 공정거래위원회가 정하여 고시하는 상품류를 판매·관리하기 위하여 종업원을 파견받는 경우'라고 규정하여 '전문지식이 중요한 상품류'에 관하여 공정거래위원회에 위임하고 있음.

15) 상고심(대법원 2018. 3. 15. 선고 2017누70496 판결)은 심리불속행 기각함

- 이와 관련하여 아직 고시가 제정되지 아니한 점, 전문지식이 중요한 상품류가 고시로 정해져 있지 아니한 이상 이 사건 각 기본거래계약이 특약매입거래라는 사정만으로 함부로 법 제12조 제1항 제4호의 예외규정을 적용하여 같은 항 본문의 원칙규정을 탈피하는 것은 적절하지 않음.
- 공정거래위원회가 제정한 예규인 “대규모유통업 분야에서 납품업자^V등의 종업원 파견 및 사용에 관한 가이드라인” III. 3.에 비추어 보면 대규모유통업법 제12조 제1항 제4호의 ‘상품의 특성상 전문지식이 중요한 경우’란 소정의 해당 상품에 대하여 소정의 교육과정 이수만으로 갖추기 어려울 정도의 전문지식이 필요한 경우를 의미하고, 소정의 교육과정 이수만으로 전문지식을 갖추는 것이 가능하거나 그 상품의 특성과 무관하게 공통적으로 적용되는 지식만 요구되는 경우에는 이에 해당하지 않는다고 볼 것인 점 등을 종합하면 회장품은 그 특성상 전문적인 지식이 중요한 경우에 해당한다고 보기 어려우므로, 대규모유통업법 제12조 제1항 제4호의 예외사유에 해당하지 아니하여 같은 항 단서의 적용을 받을 수 없음.

[(주)신세계의 대규모유통업법 위반행위에 대한 건(서울고법 2018. 4. 19. 선고 2017누60071 판결¹⁶⁾)]

- 대규모유통업자는 납품업자들과 사전에 파견조건을 서면으로 작성하여야 할 것이므로, 파견 이후에 서면을 교부하였다면 이는 법 제12조 제1항 단서의 적용을 받는다 할 수 없음
- 대규모유통업자가 납품업자로부터 적법하게 종업원을 파견받기 위하여는 대규모유통업법 제12조 제1항 제2호, 같은 법 시행령 제10조 제1항에 따라 납품업자와 사전에 ‘종업원등의 수, 근무기간 및 근무시간, 종업원등의 업무내용, 인건비 분담 여부 및 조건’을 서면으로 약정하며, 납품업자가 종업원등의 파견에 따른 예상이익과 비용의 내역 및 산출근거를 작성하여 명시한 서면에 의해 자발적으로 파견을 요청하여야 함.
- 대규모유통업법 제12조 제1항 단서는 납품업자들과 사전에 파견조건을 서면으로 약정할 것을 요건으로 하고 있고, 같은 항 제2호 소정의 ‘종업원등의 파견에 따른 예상이익과 비용의 내역 및 산출근거’ 역시 납품업자가 파견을 요청한 당시 서면으로 제출하여야 하는 바, 그 분언과 입법 취지에 비추어 위 기재사항들은 파견 당시 사전에 서면으로 작성되어야 할 것이므로 원고가 파견을 받은 이후에 위 사항이 기재된 서면을 교부하였다 하더라도 같은 항 제2호의 요건을 충족하여 같은 항 단서의 적용을 받는다고 볼 수도 없음.

16) 상고심(대법원 2018. 8. 30. 선고 2018두42573 판결)은 심리불속행 기각

- 나아가 대규모유통업법 제12조는 대규모유통업체에게 납품업자 등의 종업원을 파견받아 사용하는 경우에는 사전에 파견조건 등을 서면으로 약정하도록 의무를 부과하고 있으므로 납품업자 등의 종업원을 파견 받아 사용하기 전에 이러한 요건이 충족되었는지 여부를 확인할 책임은 대규모유통업체에게 있고, 관련 법 규정에서도 별도로 납품업자의 귀책사유 등에 따른 면책조항을 두고 있지 않은 전을 고려하면 설령 납품업자에게 서면약정 체결 지연의 책임이 일부 있었다 하더라도 종업원 파견 약정의 사전 미체결에 관하여 대규모 유통업체의 귀책사유가 없다거나 대규모유통업법 제12조 제1항 위반의 책임을 면한다고 할 수 없음.

[(주)신세계의 대규모유통업법 위반행위에 대한 건(서울고법 2018. 4. 19. 선고 2017누60071 판결¹⁷⁾)]

- 납품업자로부터 파견 받은 종업원들이 어떤 업무에 종사하였는지 여부와 무관하게 사전서면약정 없이 종업원들을 파견 받은 것은 법위반행위에 해당함
- 대규모소매업고시에서는 대규모소매업자가 납품업자 등으로부터 종업원 등을 파견 받아 '자기 등의 업무'에 종사시키는 행위를 원칙적으로 금지하면서, 사전서면약정이 있고 당해 상품의 판매업무에만 종사시키는 경우에 한하여 예외적으로 허용함.

[농협유통(주)의 대규모유통업법 위반행위에 대한 건(대법원 2021. 1. 14. 선고 2020 두50607 판결)]
- 대규모유통업법 제12조 제1항에 따르면 대규모유통업자는 파견된 종업원 등을 그 종업원 등을 파견한 납품업자 등의 상품 판매 및 관리 업무에만 종사하도록 하여야 하고, 해당 업무범위를 벗어나 종사하게 하는 경우에는 대규모유통업법 위반에 해당함
- 대규모유통업법 제12조 제1항이 대규모유통업자가 그의 일방적 요구에 따라 납품업자로부터 종업원 등을 파견받고 그에 따른 비용을 납품업자에게 전가하는 것을 방지하기 위하여 일정한 조건을 갖춘 경우에 한하여 예외적으로 납품업자로부터 종업원 등을 파견받는 것을 허용하는 취지임을 고려할 때, 유통업자가 예외적으로 종업원 등을 파견받을 수 있는 '납품하는 상품의 판매 및 관리 업무'는 부당하게 확장되지 않도록 해석할 필요가 있음.
- 반일 판매를 위해 필요한 업무가 모두 포함된다고 볼 경우 매장에서 이루어지는 대부분의 업무가 이에 해당하게 되어 대규모유통업법 제12조 제1항의 취지에 반할 위험이 있기 때문에 '상품 판매 업무'는 일반 소비자들에게 직접 상품을 판매하거나 그 판매 업무에 필수적으로 부수하는 업무에 해당하는 것으로 해석하여야 함.

17) 상고심(대법원 2018. 8. 30. 선고 2018두42573 판결)은 심리불속행 기각함

- 직매입거래는 원고가 납품업자로부터 직접 상품을 매입하여 판매 및 재고 위험을 모두 부담하는 점, 덩어리 돈육과 세절된 돈육은 유통기한이나 납품단기에 차이가 있어 덩어리 돈육이 납품된 뒤 세절하는 업무는 새로운 부가가치를 창출하는 것으로 볼 수 있는 점, (주)신화는 원고가 제공하는 별도의 공간에 덩어리 돈육을 보관하다가 소비자들의 요청 등에 따라 세절 및 포장하여 판매한 점 등을 종합해 볼 때, 덩어리 돈육의 세절은 납품된 상품을 판매할 수 있는 상품으로 만드는 '상품화 작업'에 해당하여 상품의 제작 영역에 속하는 것일 뿐, 판매 및 관리 업무에 해당한다고 보기는 어려움.

[롯데쇼핑(주)의 대규모유통업법 위반행위에 대한 건(서울고법 2021. 7. 22. 선고 2020누35716 판결¹⁸)]

- 납품업자 종업원의 타사상품 판매(이하 '교차판매')는 대규모유통업법 제12조 제1항 단서의 예외에 해당하지 않음

- 원고는 대부분의 상품을 납품업자들로부터 직매입하여 판매하고 있으므로 그 상품의 판매 및 관리 업무는 원칙적으로 원고의 소관임. 원고의 주장과 같은 사정이 인정된다면 하더라도 대규모유통업자가 납품업자의 종업원 사용을 엄격하게 금지하는 대규모유통업법 제12조의 취지에 비추어, 같은 조 제1항 단서의 예외적 허용 요건을 합부로 확장 해석하는 것은 합당하지 않음. (중략) 이 사건에서 파견 종업원의 교차판매 및 제휴서비스 판매가 위법하다는 것은 교차판매나 제휴서비스 판매 자체가 위법하거나 단순히 납품업자 또는 종업원의 의사나 이익에 반하기 때문이 아니라, 대규모유통업법 제12조 제1항 단서의 예외 요건을 갖추지 않은 채 파견 종업원에게 광범위하게 그러한 업무에 종사하도록 하는 것은 거래상 우월적 지위에 있는 원고의 편익이나 판매 효율성 제고를 위해 개별 납품업자 또는 종업원의 이익이 희생될 우려가 있기 때문임.

[롯데하이마트의 대규모유통업법 위반행위에 대한 건(서울고법 2023. 7. 12. 선고 2021누33090 판결¹⁹)]

18) 상고심(대법원 2021. 11. 25. 선고 2021두47103 판결)은 심리불속행 기각함

19) 상고심(대법원 2023. 11. 16. 선고 2023두48339 판결)은 심리불속행 기각함

9. 경영정보 제공 요구 금지(제14조)

- 대규모유통업법 시행령 제11조 제1항 제2호에서 제공요구가 금지되는 경영정보의 하나로 ‘매출 관련 정보’를 규정하고 있는 것은, 모법인 대규모유통업법 제14조 제1항의 위임범위를 일탈하였다고 볼 수 없음
- 대규모유통업법 시행령 제11조 제1항 제2호에서 제공요구가 금지되는 경영정보의 하나로 ‘매출 관련 정보’를 규정하고 있는 것은, 모법인 대규모유통업법 제14조 제1항의 입법 취지, 즉 경영정보 제공요구 행위는 판매촉진행사의 참여 강요나 판매수수료율 인상과 같은 후발적인 불공정거래행위의 단초로 기능할 가능성이 높아 공정하고 자유로운 경쟁을 제한할 소지가 강하므로 경영정보를 이용한 대규모유통업자의 납품업자에 대한 경영간섭의 가능성을 사전에 차단함으로써 대규모유통업에서의 공정한 거래질서를 확립하고 대규모유통업자와 납품업자 또는 매장임차인이 대등한 지위에서 상호 보완적으로 발전할 수 있도록 한다는 취지에 부합할 뿐만 아니라, ‘다른 사업자에게 납품하거나 다른 사업자의 점포에서 판매하는 상품의 매출액 등 매출 관련 정보’는 납품업자 선정 및 관리, 수수료율 산정에 있어 원고와 납품업자 사이에 영향을 미칠 수 있는 중요한 정보로서 같은 법 제14조 제1항 제1호의 상품의 공급조건 관련 정보에 준하는 정보라고 볼 수 있음.
[(주)신세계의 대규모유통업법 위반행위에 대한 건(서울고법 2018. 4. 19. 선고 2017누60071 판결²⁰⁾]
- 대규모유통업자가 납품업자들에게 경영정보를 명시적으로 요청하였다면, 그 요구 행위에 대해 납품업자들이 동의하여 경영정보를 제공하였다고 하더라도 이는 대규모 유통업법 제14조 제1항에 해당함
- 대규모유통업법 제14조 제1항은 경영정보를 부당하게 취득하는 행위에서 나아가 ‘납품업자 등에게 경영정보를 제공하여 달라고 요구하는 행위’ 자체를 금지하고 있으므로 대규모 유통업자가 납품업자들에게 경영정보를 명시적으로 요청하였다면, 이와 같은 요구 행위에 대해 납품업자들이 동의하여 경영정보를 제공하였다고 하더라도 이는 대규모유통업법 제14조 제1항에 해당하고, 위 조항에서 금지하는 요구 행위가 반드시 강제성을 전제하는 것으로 그 실효성을 확보하기 위한 수단을 갖고 있어야 한다고 해석할 수는 없음.
[(주)신세계의 대규모유통업법 위반행위에 대한 건(서울고법 2018. 4. 19. 선고 2017누60071 판결²¹⁾)]

20) 상고심(대법원 2018. 8. 30. 선고 2018두42573 판결)은 심리불속행 기각함

21) 상고심(대법원 2018. 8. 30. 선고 2018두42573 판결)은 심리불속행 기각함

- 경영정보 제공 요구행위 부당성을 인정하기 위하여 대규모유통업자가 요구하여 받은 경영정보를 기초로 납품업자에게 불이익을 가하는 등의 행위가 현실적으로 이루어져야 한다거나 공정거래위원회가 그 행위를 증명할 필요는 없음
 - 대규모유통업법 제14조 제1항 제3호, 같은 법 시행령 제11조 제1항 제2호의 입법취지에 비추어 볼 때, 위 조항에서 금지하고 있는 대규모유통업자의 부당한 요구행위에서, 그 요구 행위가 부당한지 여부는 당사자가 저해 있는 시장 및 거래의 상황, 당사자 간의 전제적 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 받을 수 있는 불이익의 내용과 정도 등에 비추어 공정한 거래를 저해할 우려가 있는지 여부를 고려하여 판단하여야 할 것임.
 - 경영정보 제공 요구 행위의 부당성을 인정하기 위하여 대규모유통업자가 위와 같이 요구하여 받은 경영정보를 기초로 납품업자에게 매장이동, 중요행사 배제 등의 불이익을 가하는 등의 행위가 현실적으로 이루어져야 한다거나 피고가 그 행위를 증명할 필요는 없음.
[(주)신세계의 대규모유통업법 위반행위에 대한 건(서울고법 2018. 4. 19. 선고 2017 누60071 판결²²⁾]
-
- 대규모유통업자가 회사 차원에서 납품업자들에게 거래상 우월적 지위를 이용하여 월평균 매출액 정보를 요구한 것은 정상적인 거래관행을 벗어난 것으로서 그 부당성이 인정됨
 - 매출액은 납품업자 선정 및 관리, 수수료율 산정에 있어 대규모유통업자와 납품업자 사이에 영향을 미치는 중요한 정보로서, 대규모유통업자는 납품업자가 다른 사업자의 점포에서 판매하는 상품의 매출액 정보를 바탕으로 판매가격 인하, 수수료율 인상 등 자신의 이익을 위해 사용할 가능성이 높은 정보로 경영정보에 해당함.
 - 납품업자들이 대규모유통업자의 이익을 위해 사용될 가능성이 높은 다른 백화점에서의 매출액 관련 정보를 대규모유통업자에게 자발적으로 제공할 만한 특별한 사정도 보이지 않는 점을 고려할 때, 매출 자료를 제공한 행위는 거래상 우월적 지위에 있는 대규모유통업자의 요청을 거부할 수 없었기 때문으로 보는 것이 타당함.
 - 설령 대규모유통업자가 오직 시장조사를 위한 목적과 의도만이 있었다고 하더라도, 자신의 납품업자들에게 매출자료 등의 정보를 제공하도록 요구하는 것이 반드시 필요한 방법이라고 보기 어렵고, 이러한 경영정보 요구행위가 대규모유통업자와 납품업자들의 거래관계 개선 등을 위해 필요하였다는 등의 다른 사정도 보이지 않음.

22) 상고심(대법원 2018. 8. 30. 선고 2018누42573 판결)은 심리불속행 기각함

- 대규모유통업법 제14조는 매출정보 요구행위를 원칙적으로 금지하지만, 예외적으로 긴급히 필요한 목적을 밝히고 정해진 양식에 따라 납품업자 등에게 경영정보를 요구하는 경우에는 가능하도록 규정하고 있으나, 이 사건에서 원고는 이러한 방법에 따라 요구하지도 않았음.
[(주)이랜드리테일의 대규모유통업법 위반행위에 대한 건(서울고법 2018. 1. 25. 선고 2017누62138 판결²³⁾)]
- 원고의 단순한 논의나 요청이라 하더라도 납품업자들에게는 거부하기 어려운 요구가 될 수 있으며, 매출 향상이나 판매 관련 서비스 개선 목적이라 하더라도 납품업자들에게 경쟁홈쇼핑사의 비공개 경영정보를 제공하도록 요구하는 것이 반드시 필요하다고 볼 수 없음
- 원고는 홈쇼핑사업자로서 전국적으로 높은 인지도가 형성되어 있고 홈쇼핑 방송을 통해서 제품의 유통뿐만 아니라 홍보까지 이루어지기 때문에 납품업자들은 원고와의 거래를 희망하는 점, 홈쇼핑을 통한 판매는 무점포 방식으로 전국적 판매가 가능하다는 장점이 있는 등 납품업자들이 원고와의 거래를 단절하고 다른 유통형태로 이를 대체하는 것은 쉽지 않은 점 등을 고려하면, 원고가 납품업자들에 대하여 거래상 우월한 지위에 있다고 볼 수 있으며, 원고와 납품업자 간의 거래를 위한 협의과정에서 거래상 우월한 지위에 있는 원고가 경영정보를 문의하는 경우 납품업자들이 그 정보 제공을 거부하는 것은 어려워 보임.
- 원고가 위 납품업자들에게 제공을 요구한 정보들은 경쟁홈쇼핑사의 수수료율, 매출액 등에 관한 정보로서, 거래상대방인 원고에게 알려질 경우 경쟁홈쇼핑사에 비하여 원고에게 높은 수수료율로 상품을 공급하거나 실적이 미진한 납품업자들은 원고로부터 수수료율 인상을 요구받거나 실제 향상을 위한 상품 판매가격의 인하 또는 판매촉진행사 진행 등을 강요받게 될 가능성이 높은바, 위 납품업자들이 위 정보들을 원고와의 거래조건 개선을 위하여 사용하였다거나 그 밖에 자발적으로 원고에게 위와 같은 비공개정보들을 제공할 동기가 있었다고 인정할 만한 사정을 찾기 어려움.
[(주)우리홈쇼핑의 대규모유통업법 위반행위 및 공정거래법상 거래상지위 남용행위에 대한 건(서울고법 2021. 5. 13. 선고 2020누45263 판결, 파기환송심)]

23) 2018. 3. 12. 원고는 상고(대법원 2018두37014) 취하함

10. 경제적 이익 제공 요구 금지(제15조)

- 판매장려금은 해당 상품에 대한 수요를 늘려 판매를 증진시킴을 목적으로 하는 것만을 의미하는 것이고, 이러한 목적과 직접적인 관련이 없다면 대규모유통업법 제15조에 의하여 허용되는 적법한 판매장려금이라고 할 수 없음
- 대규모유통업법 제2조 제9호, 제15조의 내용에 비추어 보면, 판매장려금은 해당 상품에 대한 수요를 늘려 판매를 증진시킴을 목적으로 하는 것만을 의미하는 것이고, 이러한 목적과 직접적인 관련이 없다면 대규모유통업법 제15조 제2항에서 정한 합리적 인정 범위 내에 있는 것으로 보기 어려워 대규모유통법 제15조에 의하여 허용되는 적법한 판매장려금이라고 할 수 없음.
- 판매장려금지침에서 말하는 '기본장려금'은 대규모유통업자가 납품업자에게 지급해야 할 상품 매입대금에서 '매출액'이 아닌 '매입액'의 일정비율을 획일적으로 공제하기 때문에 당해 상품에 대한 판매촉진 목적과의 연관성이 매우 낮다는 점, 대규모유통업자는 납품업자의 납품액(대규모유통업자의 매입액) 또는 대규모유통업자의 해당 상품 매출액이 감소되더라도 납품액의 인정 비율을 기본장려금을 받게 된다는 점, 기본장려금 명목을 통해 징수된 경제적 이익은 대규모유통업자의 직원 인건비, 점포 유지운영비, 영업이익 등 일반적 관리 목적에도 활용될 수 있는 점 등을 종합하면, 기본장려금은 판매촉진 목적과의 관련성이 인정되지 않아 대규모유통업법 제2조 제9호, 제15조에서 허용하는 판매장려금에 해당하지 않는다고 볼이 타당함. 판매장려금지침은 이러한 점을 확인하고 이에 대한 주의를 촉구하는 내용일 뿐 대규모유통업법 제2조 제9호, 제15조와 달리 판매장려금에 관한 새로운 기준을 정한 것은 아님.

[홈플러스(주) 및 홈플러스스토어즈(주)의 대규모유통업법 위반행위에 대한 건(서울고법 2018. 11. 9. 선고, 2016누60425 판결²⁴⁾]

24) 참고심(대법원 2021.11.25. 선고, 2018두65071 판결)은 이러한 원심판결에 위법이 없다고 판시함

11. 불이익 제공행위의 금지(제17조)

□ 판매 부진으로 자신이 부담하여야 할 손실 또는 이익 감소의 위험을 납품업자에게 전가하거나 대규모유통업자의 이익률을 유지 또는 향상시키기 위한 목적으로 수수료율을 인상한 행위는 정당한 사유 없이 계약기간 중 판매수수료율을 변경한 것으로 대규모유통업법 제17조 제9호 위반임

○ 대규모유통업법 제17조 제9호는 대규모유통업자가 정당한 사유 없이 납품업자 등에게 계약기간 중에 판매장려금의 비율 등 대통령령으로 정하는 계약조건을 변경하는 행위를 하여서는 안된다고 정하고 있고, 동법 시행령 제13조 제2항 제2호는 위 법의 '대통령령으로 정하는 계약조건'의 하나로 위·수탁거래의 경우 상품판매대금에 서 대규모유통업자가 공제하는 판매수익 또는 수수료를 들고 있음.

[애경유지공업(주)의 대규모유통업법 위반행위에 대한 건(서울고법 2018. 1. 25. 선고 2017누62848 판결, 고법 확정)]

□ 이 사건 판매수수료율을 변경할 당시에 이미 납품업자와의 기존 특정매입거래계약이 동일한 조건으로 연장되어 존속 중인 상태였다고 봄이 타당하므로, 원고의 수수료율 변경행위는 계약기간 중 계약조건인 판매수수료율을 부당하게 변경한 행위에 해당함

○ 원고와 납품업자를 간의 특정매입거래 계약서에는 '본 계약은 계약만료일로부터 3개월 이전까지 당사자간 별도의 서면에 의한 계약갱신거절의 의사 표시가 없으면 동일한 조건으로 1년간씩 연장되는 것으로 본다'는 계약갱신 규정이 있고, 계약당사자 사이에 어떠한 계약 내용을 청문문서인 서면으로 작성한 경우에 문언의 개관적인 의미가 명확하다면 특별한 사정이 없는 한 문언대로의 의사표시의 존재와 내용을 인정하여야 하는데, 위 특정매입거래 계약서는 청문문서에 해당하므로 만일 원고가 계약기간 만료일로부터 3개월 이전까지 별도의 서면에 의한 계약갱신거절의 의사표시를 하지 않았다면 위 조항에 따라 동일한 계약조건으로 계약기간이 1년 연장된다고 볼 수 있음.

○ 이 사건에서 원고는 1,032개의 납품업체에 대해서는 계약기간 만료 3개월 이전까지 공문 또는 내용증명우편으로 갱신거절의 의사 표시를 하였던 반면 71개의 납품업체에 대해서는 그러한 갱신거절의 의사 표시를 하였다는 점을 인정할 만한 자료를 제출하지 못하고 있고, 원고 스스로도 피고에게 사전 서면통지를 하지 않았다는 취지의 확인서를 작성하여 제출하고 있는 점 등을 고려하면, 원고가 71개 납품업체와 판매수수료율을 변경할

당시에는 이미 그들 사이의 기존 특정매입거래계약이 동일한 조건으로 계약기간이 1년 연장되어 존속 중인 상태였다고 봄이 타당하므로, 원고의 수수료율 변경행위는 계약기간 중 계약조건인 판매수수료율을 부당하게 변경한 행위에 해당함.

[(주)이랜드리테일의 대규모유통업법 위반행위에 대한 건(서울고법 2018. 1. 25. 선고 2017누62138 판결²⁵⁾]

□ 정당한 사유가 존재한다는 것은 대규모유통업자에게 입증책임이 있으며, 매장 위치·면적·시설 변경에 정당한 사유가 인정되는지 여부는 변경 사유 및 목적, 사전 예상 가능성 여부, 실질적인 협의 여부, 적절한 보상 여부, 이해관계 조정 여부 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 함

○ 구 대규모유통업법 제17조는 “대규모유통업자는 정당한 사유 없이 납품업자등에게 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하여서는 아니 된다.”고 규정하면서 각 호에서 금지되는 행위유형을 열거하고 있음. 위 규정의 법문 내용과 규정형식 등에 비추어 보면, 제8호의 계약기간 중에 납품업자등의 매장 위치·면적·시설을 변경하는 행위는 원칙적으로 금지되고, 예외적으로 정당한 사유가 인정되는 경우에는 구 대규모유통업법 제17조 제8호 위반에 해당하지 아니하며, 이 경우 정당한 사유가 존재한다는 점에 대해서는 대규모 유통업자에게 그 입증책임이 귀속된다고 해석함이 상당함.

○ 정당한 사유가 인정되는지 여부는 납품업자등의 매장 위치·면적·시설을 변경하게 된 사유 및 목적, 절포개편에 따른 매장 위치·면적·시설의 변경을 납품업자등이 사전에 예상할 수 있었는지 여부, 절포개편 과정에서 대규모유통업자와 납품업자등 사이에 실질적인 협의가 있었다고 볼 수 있는지 여부, 납품업자등에게 구 대규모유통업법 제16조 제2호에 의한 보상을 포함하여 적절한 보상이 이루어졌는지 여부, 매장 위치나 면적의 증감 등에 따른 이해관계의 조정이 적절하게 이루어졌는지 여부 등을 종합적으로 고려하여 판단함이 상당함.

[홈플러스(주)의 대규모유통업법 위반행위에 대한 건(서울고법 2020. 7. 2. 선고 2019누52159 판결, 고법 확정)]

25) 2018. 3. 12. 원고는 심고(내법원 2018두37014) 취하함

12. 시정명령(제32조)

- 대규모유통업법 제32조의 규정은 시정명령의 종류를 제한적으로 열거한 규정이 아니라 시정명령의 종류에 관한 예시적 규정이라고 보아야 하고, 원고에게 위반행위의 직접 상대방뿐만 아니라 모든 납품업자들에 대하여 시정명령을 받은 사실을 통지하도록 한 이 사건 통지명령은 적법함
- 대규모유통업법은 제32조에서 공정거래위원회는 법을 위반한 대규모유통업자에게 법 위반행위의 중지, 향후 재발방지, 상품판매대금의 지급, 매장 설비비용의 보상, 계약조항의 삭제·수정, 시정명령을 받은 사실의 공표, 시정명령을 받은 사실의 거래상대방인 납품업자 등에 대한 통지, 법 위반행위의 시정에 필요한 계획 또는 행위의 보고나 그 밖에 시정에 필요한 조치를 명할 수 있다고 규정하고 있으므로, 위 규정은 시정명령의 종류를 제한적으로 열거한 규정이 아니라 시정명령의 종류에 관한 예시적 규정이라고 보아야 함.
- 원고들과 거래하는 모든 납품업자를 통지의 대상으로 한 이 사건 통지명령은 원고들의 거래상대방에게 시정조치와 관련된 사실이 직접 통지되게 함으로써 원고들의 법 위반행위를 명확히 인식하게 하고, 원고들로 하여금 거래상대방이 지속적으로 자신의 행위를 감시할 것임을 의식하여 향후 동일 또는 유사한 행위를 하지 못하게 하는 데 그 목적이 있다고 할 것임.
- 원고들이 한 위반행위의 종류, 위반 횟수, 위반행위 상내방의 수 등을 비롯한 위반행위의 내용 및 정도와 원고들의 배화점 경영의 형태 및 그 과정에서 발생한 위반 행위의 내용 등을 관련 대규모유통법 규정의 취지에 비추어 보더라도 통지명령의 목적을 달성하기 위하여 위반행위의 직접 상대방뿐만 아니라 모든 납품업자들에 대하여 원고들이 시정명령을 받은 사실을 통지할 필요성이 있다고 보이므로, 이 사건 통지명령은 '기타 시정을 위하여 필요한 조치'로서 재량권의 범위를 일탈·남용하여 위법하다고 볼 수 없음.

[애경유지공업(주)의 대규모유통업법 위반행위에 대한 건(서울고법 2018. 1. 25. 선고 2017누62848 판결, 고법 확정)]

- * 같은 취지: [(주)이랜드리테일의 대규모유통업법 위반행위에 대한 건(서울고법 2018. 1. 25. 선고 2017누62138 판결²⁶)], [(주)한화갤러리아의 대규모유통업법 위반행위에 대한 건(서울고법 2018. 1. 25. 선고 2017누62442 판결²⁷)]

26) 2018. 3. 12. 원고는 상고(대법원 2018두37014) 취하함

27) 상고심(대법원 2018. 6. 15. 선고 2018두36905 판결)은 심리불속행 기각함

- 재발방지를 위한 시정명령의 경우 동일한 상대방에 대한 재발방지뿐 아니라, 잠재적인 상대방에 대한 재발방지를 포함하는 것이므로 반드시 현재의 법 위반 대상자를 특정해야 한다고 보기 어려움

[서원유통의 대규모유통업법 위반행위에 대한 건(서울고법 2019. 2. 13. 선고 2017누 86226 판결²⁸⁾)]

28) 상고심(대법원 2019. 7. 11. 선고 2019두37202 판결)은 심리불속행 기각함

13. 과징금(제35조)

- 과징금산정의 기준이 되는 ‘관련 납품대금’에 해당한다고 보기 위해서는, 해당 위반 행위가 있음으로 인해 그 상품 자체 또는 그 상품의 거래관계에 직접 또는 간접적인 영향을 미치는 사정이 드러나야 함
- 위반행위로 인하여 직접 또는 간접적으로 영향을 받는 상품의 매입액이나 이에 준하는 금액에 해당한다고 보기 위해서는, 해당 위반행위가 있는 경우와 없는 경우를 서로 비교할 때, 해당 위반행위가 있음으로 인하여 그 상품 자체 또는 그 상품의 거래관계에 직접 또는 간접적으로 영향을 미치는 사정이 드러나야 함.
- 종업원 등의 파견사용에 관하여 서면약정을 하지 않았다는 사정에만 근거하여 파견 종업원들이 매장에서 판매한 상품이 모두 이 사건 위반행위의 직접 또는 간접적인 영향을 받은 상품이라고 단정하기 어려움. 따라서 이를 ‘관련 납품대금’으로 보고 과징금으로 산정한 것은 위법함.

[홈플러스(주)와 1의 대규모유통업법 위반행위에 대한 건(서울고법 2020. 10. 7. 선고 2020누43106 판결, 환송심 확정)]

14. 기타(처분시효 등)

- 원고의 수회에 걸친 판매장려금 수취 행위는 경제적·사회적 사실관계가 동일하여 전체적으로 보아 하나의 위반행위로 볼 수 있으므로, 마지막 판매장려금 수취 행위가 있었던 2017년경으로부터 5년 내에 이루어졌음이 명백한 이 사건 처분이 처분시효를 도과하여 위법하다고 할 수 없음
- 외형상 수개의 위반행위가 있는 것처럼 보이는 경우에도 그 수개의 위반행위의 경제적·사회적 사실관계가 동일하여 전체적으로 보아 하나의 행위로 평가할 수 있는 경우, 대규모 유통업법 위반행위의 처분시효는 그 일련의 위반행위를 구성하는 개개 위반행위 중 최후의 것이 종료된 때로부터 기산함이 상당함. 대규모유통업법 제35조, 대규모유통업법 시행령 제28조의 위임에 따른 과징금 고시 역시 Ⅱ. 7. 나. (2)에서 “위반행위가 2일 이상 행하여지되 불연속적으로 이루어진 경우에는, 당해 위반행위의 유형·성격·목적·동기, 연속되지 아니한 기간의 정도와 이유, 위반행위의 효과, 시장상황 등 제반사정을 고려하여 경제적·사회적 사실관계가 동일하다고 인정되는 범위 내에서 이를 하나의 위반행위로 보아 마지막 위반행위의 종료일을 당해 위반행위의 종료일로 본다.”고 정하고 있음.

[롯데하이마트의 대규모유통업법 위반행위에 대한 건, 서울고법 2023. 7. 12. 선고 2021누33090 판결²⁹⁾]

29) 상고심(대법원 2023. 11. 16. 선고 2023두48339 판결)은 심리불속행 기각함

2024년도
공정거래 판례오자집

제5장

대리점거래의 공정화에 관한 법률

1. 불이익 제공행위 금지(제9조)

- 대리점과 계약기간 중 기본수수료 지급기준을 변경한 행위는, 원고들이 설명회 개최 등을 통해 기준 변경사실을 알렸다는 사실, 기준 변경에 동의하여 계약을 체결했다는 대리점의 확인서를 받았다는 사실 등에도 불구하고 자신의 거래상 지위를 이용하여 불이익을 제공한 행위에 해당함
- 비록 원고들이 2016년 말과 2017년 초에 두 차례 사업설명회를 개최하면서 영업전문점들에게 기본수수료 지급기준을 변경할 것이라는 사실을 알리기는 하였으나, 화면에 띄워 보여 주거나 구두로 설명하였을 뿐, 이에 대한 세부적이고 구체적인 내용을 서면으로 제공하는 등 자세히 고지하지 않음. 특히 원고들이 영업전문점들과 체결한 업무위탁계약에 의하면, '영업 및 기술환경 변화와 원고들의 정책 변경에 따라 용역대가 기준의 변경이 필요한 경우 원고들은 영업전문점에게 변경기준에 대해 사전에 충분히 설명한 후 이를 변경할 수 있으며, 영업전문점이 변경된 기준에 대하여 이의를 제기할 경우 10일 이내에 협의를 통하여 조정할 수 있다.'고 되어있는데, 원고들은 영업전문점의 이의제기가 있었음에도 충분하고 구체적인 협의 없이 기본수수료 지급기준을 변경한 것으로 보임.
- 원고들은 영업전문점들에게 계약기간 중 기본수수료 지급기준이 변경될 것을 충분히 설명하였고, 영업전문점들이 이에 동의하여 업무위탁계약을 체결하였다고 주장하면서 대리점 서명 확인서를 증거로 제출하였음. 그러나 확인서들이 작성된 경위나 내용 등에 비추어 보면, 원고들은 향후 발생할 문제에 대비하는 차원에서 일괄하여 형식적으로 위와 같은 확인서들을 받았을 가능성이 높고, 이러한 확인서들만으로 영업전문점들이 기본수수료 지급기준 변경에 자발적으로 동의한다는 의사를 표시하였다고 보기 어려운.
[에스케이브로드밴드(주) 및 브로드밴드노원방송(주)의 대리점법 등 위반행위에 대한 건(서울고법 2021. 12. 6. 선고 2020누62299 판결¹¹⁾]
- 판매대행점이 전액 부담하는 월정액 행낭운송비용에는 원고의 지시에 의한 상품이동으로 발생하는 비용도 적지 않게 포함되어 있음에도, 그에 대한 합리적인 고려 없이 판매대행점이 월정액 행낭운송비용을 전액 부담하도록 하여 거래하는 행위는 불이익 제공행위에 해당한다고 볼이 타당함
- 이 사건 행위는 그 의도와 목적, 당해 행위에 이르게 된 경위, 이로 인하여 원고가 얻게

¹¹⁾ 상고심(대법원 2022. 5. 12. 선고 2022두31433 판결)은 이러한 원심판결이 위법이 없다고 판시함.

된 비용절감효과 및 판매대행점들이 부담해야 하는 불이익의 내용과 정도 등을 고려할 때, 불이익제공행위에 해당한다고 봄이 타당함.

- 원고는 자신의 필요에 따라 상품을 이동시키면서 그 이동단계가 '판매대행점 → 원고 → 판매대행점'에서 '판매대행점 → 판매대행점'으로 간소화됨으로 인한 편익은 누리면서도 그 비용을 모두 판매대행점에 전가함. (중략) 원고의 매출 증대 효과가 판매대행점의 위탁판매수수료 증가 효과보다 훨씬 크고(원고의 지시에 의한 상품이동으로 판매가 이루어지면 그 판매점이 어느 대리점인지는 원고 입장에서는 중요하지 않음), 이익의 크기와 무관하게 상품이동으로 이익을 얻게 되는 주체가 그 비용을 부담하는 것은 당연함.
- 원고의 경영상 판단에 따라 이루어진 다른 비용 지원 여부가 원고가 원래 부담하여야 할 본사지시이동에 따른 운송비용을 판매대행점에 전가하는 이 사건 행위를 정당화한다고 볼 수 없으므로, 원고가 판매대행점에 행낭운송비용 이외 다른 비용들을 지원하고 있다는 사정을 고려하여 판매대행점이 이 사건 행위와 관련하여 불이익을 받지 않았다고 볼 수 없음.

[파션그룹현지(주)의 대리점법 위반행위 등에 대한 건(서울고법 2023. 2. 8. 선고 2022누36744 판결), 고법 확정]

2. 경영활동 간접 금지(제10조)

□ 원고가 대리점들에게 요구한 판매가격 정보는 영업상 비밀에 해당함

- 원고의 대리점들은 동일한 제품이더라도 이를 판매하는 병원마다 판매가격이 달랐으므로 판매가격은 거래 당사자인 병원과 대리점이 아닌 제3자로서는 쉽게 알 수 없는 정보임. 만일 원고가 판매가격 정보를 병원들과 직거래를 하는 과정에서 쉽게 파악할 수 있었다면, 원고가 대리점들에게 수차례 판매가격 정보를 제출할 것을 독촉하지 않았을 것임.
- 대리점들의 판매가격 정보를 취득하게 되면 대리점의 마진을 파악할 수 있게 됨. 특정 사업자가 제품 판매를 통해 창출하는 수익을 파악하는 핵심적 지표가 되는 판매가격 정보는 그 자체로 독립된 경제적 가치를 지님.
- 대리점이 원고에게 판매가격 정보를 제공할 경우 대리점으로서는 자신의 유통 마진이 노출되어 원고와의 향후 공급가격 협상 등에 있어 불리한 위치에 있게 되므로 판매가격 정보는 대리점들의 상당한 노력에 의하여 비밀로 유지되는 정보라고 볼 수 있음.
[메드트로닉코리아(유)의 거래상지위남용행위에 대한 건(고등법원 2021. 8. 25. 선고 2020누53264 판결, 고법 확정)]

3. 시정명령 (제23조)

- 법 위반사실을 알리는 통지명령의 대상과 관련하여, 위반행위 당시 거래하지 않던 대리점이라도 현재 거래하고 있다면 포함될 수 있음
- 통지명령은 통지명령의 상대방에 대한 피해구제가 목적이 아니고, 통지명령의 상대방으로 하여금 해당 사업자의 위반행위를 명확히 인식하도록 함과 동시에 해당 사업자로 하여금 통지명령의 상대방이 지속적으로 위반행위 여부를 감시할 것이라는 것을 의식하게 하여 향후 유사행위의 재발 방지·억지를 보다 효율적으로 하기 위한 것임. 따라서 통지명령의 상대방은 반드시 당해 위반행위에 의하여 직접 영향을 받았던 자로 한정되어야 하는 것은 아니고, 그 취지와 필요성 등을 고려하여 향후 영향을 받을 가능성이 큰 자도 이에 포함될 수 있음.
- 원고 에스케이브로드밴드는 흡수합병으로 인하여 그 성질상 이전이 허용되지 않는 것이 아닌 한 합병 전 티브로드의 권리·의무 전부를 포괄적으로 승계한 회사로, 합병 전후에 걸쳐 동일성을 유지한 채 기존 사업 및 거래를 계속하는 이상, 현재 또는 가까운 장래에 이 사건 위반행위와 같거나 유사한 유형의 위반행위가 되풀이될 가능성도 충분히 예상됨. 따라서 설령 흡수합병 당시 합병 전 티브로드와 거래하지 않던 대리점이라 해도 이 사건 시정명령을 받은 날 현재 원고 에스케이브로드밴드와 거래하고 있는 대리점이라면, 이 사건 위반행위와 같거나 유사한 위반행위에 의해 향후 영향을 받을 가능성이 적지 않음.
[에스케이브로드밴드(주) 및 브로드밴드노원방송(주)의 대리점법 등 위반행위에 대한 건(대법원 2022. 5. 12. 선고 2022두31433 판결²⁾)]

2) 원심판결(2020누62299) 일부폐소 부분이 대한 승소 취지 판결이며, 본 판결 이후 피기환송심(2022누42855)은 원고 소 취하로 확정됨

2024년도
공정거래 판례요지집

제6장

표시·광고의 공정화에 관한 법률

1. 목적(제1조)

- 법 제3조가 부당한 표시·광고행위를 금지하는 목적은 바르고 유용한 정보의 제공을 촉진하여 소비자의 합리적인 구매결정을 가능하게 하고, 이를 통해 사업자 사이의 공정한 경쟁을 촉진하는데 있음
- 법 제3조가 부당한 표시·광고행위를 금지하는 목적은 소비자에게 바르고 유용한 정보의 제공을 촉진하여 소비자로 하여금 올바른 상품 또는 용역의 선택과 합리적인 구매결정을 할 수 있도록 하고, 그에 따라 사업자 사이에 가격과 품질 및 서비스에 의한 공정한 경쟁이 촉진될 수 있도록 하는데 있음.

[나음커뮤니케이션의 부당한 광고행위 건(대법원 2005. 12. 22. 선고 2003두8296 판결¹⁾)]

1) 파기환송 후 고법 확정(서울고법 2006. 5. 4. 선고 2006누1113 판결)

2. 정의(제2조)

가. 표시

- 차량 보닛(bonnet) 내부에 부착된 배출가스 관련 표지판에 인증내용을 표시한 것도 표시광고법상 '표시'에 해당함
 - 표시광고법 제2조 제1호는, “표시란 사업자 등이 상품 또는 용역(이하 ‘상품 등’이라 한다)에 관한 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 사항을 소비자에게 알리기 위하여 상품의 용기·포장(첨부물과 내용물을 포함한다), 사업장 등의 게시물 또는 상품권·회원권·분양권 등 상품 등에 관한 권리를 나타내는 증서에 쓰거나 불인 문자·도형과 상품의 특성을 나타내는 용기·포장을 밟한다.”라고 규정하고 있고, 그 (가)목은 ‘자기 또는 다른 사업자 등에 관한 사항’을, (나)목은 ‘자기 또는 다른 사업자 등의 상품 등의 내용, 거래 조건, 그 밖에 그 거래에 관한 사항’을 규정하고 있음.
 - ① 이 사건 각 표시는 환경부 고시인 ‘제작자동차 인증 및 검사 방법과 절차 등에 관한 규정’에 따라 이 사건 차량들 내부에 부착된 배출가스 관련 표지판에 인증내용을 표시한 것으로서, 그 내용이 자동차의 구체적인 각종 배출가스의 허용기준, 배출가스 보증기간, ‘자동차가 대기환경보전법의 규정에 적합하게 제작되었다’는 등이므로 표시광고법 제2조 제1호 (나)목에서 정한 ‘상품 등의 내용에 관한 사항’에 해당하고, ② 소비자들에게 자동차가 대기환경보전법 등의 규정에 적합하게 제작되었음을 알리는 기능을 하며, ③ 표시광고법 제2조 제1호가 ‘표시’의 위치를 제한하고 있지는 않으므로 배출가스 관련 표지판이 소비자의 눈에 바로 띠는 위치에 있지 않다고 하여 ‘표시’가 아니라고 할 수 없고, 더구나 자동차 보닛만 열면 소비자들이 쉽게 확인할 수 있는 위치에 부착되어 있다는 등의 사정을 들어, 이 사건 각 표시는 표시광고법 제2조 제1호의 ‘표시’에 해당한다고 본 원심 판단은 정당함.

[3개 자동차 제조·판매사업자의 부당한 표시·광고행위에 대한 건(대법원 2019. 10. 17. 선고 2019두31815 판결)]

나. 광고

- 대부분회사가 인터넷 홈페이지 중 FAQ란에 대출신청을 하면 신용조회를 하는지, 이로 인한 불이익은 없는지에 관한 내용을 게시한 것은 게시 내용, 게시 위치, 게시 경위에 비추어 ‘소비자에게 널리 알리거나 제시하는 행위’로서 표시·광고법 제2조 제2호 소정의 ‘광고’에 해당함
- 표시·광고법 제2조 제2호 소정의 광고는 ‘사업자 등이 상품 등에 관한 일정한 사항을 정기간행물 등의 매체를 통하여 소비자에게 널리 알리거나 제시하는 일체의 행위’를 가리키는 것이라고 할 수 있으므로 사업자 등이 인터넷 홈페이지를 통하여 표시·광고법 제2조 제2호가 정하고 있는 사항을 널리 알리거나 제시하는 행위를 하였다면 이는 광고에 해당함. 이 사건 게시물이 비록 원고의 인터넷 홈페이지 초기 화면에 배치되어 있지 않고, 고객센터라는 상위 항목 아래의 FAQ라는 웹페이지에 게시되었다고 하더라도, 그 내용이 대출신청을 하면 신용조회를 하는지, 이로 인한 불이익은 없는지에 관한 것으로 소비자들이 대부업자인 원고와 거래를 할 것인지 결정을 하는 데에 영향을 미치는 사항으로서 표시·광고법 제2조 제1호 나.목 소정의 ‘기타 거래에 관한 사항’에 해당하고, 이 사건 게시물은 일반 소비자가 누구나 접근할 수 있는 원고의 인터넷 홈페이지에 게시되어 있으며, 게시 경위도 소비자들이 원고에게 한 질문에 대해 개별적으로 답변한 것이 아니라 원고가 미리 일반 소비자들에게 알리고 싶은 내용을 선정하여 질문과 답변의 형식으로 게시해 놓은 것이라는 점에 비추어 보면, 원고가 ‘넓리 소비자들에게 제시하거나 알리기 위하여’ 게시해 놓은 것이라고 볼 수 있으므로, 이 사건 게시물은 표시·광고법 제2조 제2호 소정의 광고에 해당한다고 볼이 타당함.

[KJI 파이낸스인터내셔널의 부당한 광고행위 건(대법원 2009. 5. 28. 선고 2009두843 판결2)]

다. 전파가능성

- 건설업자가 아파트를 분양하면서 견본주택 안과 밖에 현수막을 게시한 행위는 현수막이 게시된 장소, 크기, 게시된 내용 등에 비추어 전파가능성이 인정됨
- ① 이 사건 제1현수막은 견본주택을 방문한 사람들 및 그 주변을 지나가는 사람들이, 이 사건 제2현수막은 견본주택을 방문한 사람들이 쉽게 볼 수 있도록 견본주택의 밖과 안에

2) 파기환송 후 고법 확정(서울고법 2010. 4. 29. 선고 2009누14103 판결)

각 게시된 점, ② 그 크기도 이 사건 제1현수막의 경우 가로 830cm, 세로 360cm, 제2현수마의 경우 가로 300cm, 세로 100cm로 눈에 쉽게 뛸 수 있도록 제작된 점, ③ 소비자의 선호도가 향후 가격 상승 여부와 밀접한 관련이 있는 아파트 거래에서 분양률은 소비자들의 구매결정에 영향을 미치는 사항이므로, 분양률과 관련된 이 사건 광고의 내용은 소비자들의 관심을 끌기에 충분하다고 보이는 점 등에 비추어 보면, 이 사건 광고가 전파 가능성이 없다고 볼 수 없음.

[디에스디삼호주식회사의 부당한 광고행위 건(서울고법 2012. 10. 17. 선고 2012누11197 판결, 고법 확정)]

3. 부당한 표시·광고행위의 금지(제3조)

가. 표시·광고행위의 주체

- 원고가 광고대행사인 한국오길비에 위임하여 광고를 향에 있어, 경제적 이해관계를 표시하지 않는 방식으로 광고 효과를 높일 것을 의도하였다고 봄이 상당한 이상 표시광고법상 법적 책임 있는 주체에 해당함
- 원고가 광고대행사인 한국오길비에 위임하여 이 사건 각 광고행위를 향에 있어 경제적 이해관계를 표시하지 않는 방식으로 상업적 목적인 것을 나타내지 아니하여 광고효과를 높일 것을 의도하였다고 봄이 상당한. 따라서 원고는 이 사건 각 광고행위에 대한 법적 책임이 있는 주체라고 할 것이고, 원고에 대하여 이 사건 각 광고행위에 대한 책임을 인정하는 것이 자기책임의 원칙에 반한다고 볼 수도 없음.
- ① 원고는 이 사건 각 광고행위를 전제적으로 기획하고 그 비용을 부담하였음. ② 이 사건 각 광고행위는 원고의 자동차 제품들 및 원고가 후원하는 아우디 공연을 홍보하기 위한 것으로서 그 경제적 효과가 원고에게 귀속됨. ③ 원고는 바이럴 마케팅의 특성을 인식하고 상업광고가 일반적으로 통용되는 신문, TV나 라디오 방송 등의 전통적인 매체 대신 블로그와 같은 새로운 매체를 이용한 이 사건 각 광고행위를 향으로써, 경제적 대가관계가 드러난 일반적인 상업적 광고형식을 탈피하여 소비자들의 진실한 경험을 표방한 자연스러운 광고 효과를 의도하였던 것으로 보임. ④ 원고는 한국오길비로부터 이 사건 각 광고행위에 관한 블로그 운영자 리스트, 배포 수량 등을 보고받고 그 광고 주제 및 진행 일정 등에 관하여 지시하였으며 개별 블로그 포스팅의 내용에 관하여 수정을 요구하기도 하는 등 이 사건 각 광고행위 전반에 관하여 업무 지시를 하였음. ⑤ 원고가 바이럴 수량 등에 관하여 한국오길비로부터 이메일로 보고받은 내용에는 “상업성이 노출되지 않도록 컨텐츠를 작성하였으며 ‘파워트위터리안’ 탭에서 내용확인하신 후 컨펌주세요”라는 등의 내용이 포함되어 있고 이에 대하여 원고가 확인하고 진행을 요청하기도 하였음.

[아우디폭스바겐코리아의 부당한 광고행위 건(서울고법 2016. 4. 6. 선고 2015누35033 판결, 고법 확정)]

- 원고는 광고대행사인 클렉스가 원고의 가맹사업에 관한 광고를 함에 있어 경제적 이해관계를 표시하지 아니할 것을 의도하였거나 묵인함으로써 이 사건 광고행위를 하게 하였다고 봄이 상당하므로 표시광고법상 책임을 지는 주체에 해당함
 - 앞서 살펴본 인정事實을 뒷받침하는 증거들에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 원고는 이 사건 각 광고행위를 기획하고 비용을 부담한 주체이며, 이 사건 각 광고행위는 원고가 운영하는 가맹사업인 커피전문점 '카페베네' 및 패밀리 레스토랑 '블랙스미스'에 관한 것으로서 그 경제적 효과가 원고에게 귀속되는 점, ② 블로그라는 매체가 본래 쓰이는 목적 이외에 특정 상품이나 용역을 광고하는 수단으로서 이용될 경우 광고주와의 경제적 이해관계를 명시한다면 바이럴 마케팅으로서의 광고 효과가 헐저히 떨어지게 되는 점, ③ 원고는 바이럴 마케팅의 특성을 인식하고 상업광고가 일반적으로 통용되는 신문, TV나 라디오 방송 등의 전통적인 매체 대신 블로그와 같은 새로운 매체를 이용한 이 사건 각 광고행위를 함으로써, 경제적 대가관계가 드러난 일반적인 상업적 광고형식을 탈피하여 소비자들의 진실한 경험을 표방한 자연스러운 광고 효과를 의도하였던 것으로 보이는 점, ④ 원고가 클렉스로부터 보고받은 사항 중에는 당시 이 사건 각 광고에 경제적 이해관계 등이 표시되지 않았다는 사실을 인식하였다고 볼 수 있는 점, ⑤ 일반 소비자가 이 사건 각 광고를 접하였을 경우 원고의 가맹사업에 대한 광고로 인식할 수밖에 없는 점 등을 종합하면, 원고는 광고대행사인 클렉스가 원고의 가맹사업에 관한 광고를 함에 있어 경제적 이해관계를 표시하지 아니할 것을 의도하였거나 묵인함으로써 이 사건 각 광고행위를 하게 하였다고 봄이 상당함.
- [카페베네의 부당한 광고행위에 대한 건(서울고법 2015. 11. 12. 선고 2015누34924 판결, 고법 확정)]
- 사이버몰 운영자와 입점업체 사이의 거래약정의 내용, 사이버몰 이용약관의 내용, 광고에 관하여 수행한 역할과 관여정도, 광고의 구체적 내용 및 광고의 주체에 대한 소비자의 오인 가능성 등에 비추어 볼 때 사이버몰 운영자가 입점업체의 광고행위에 대하여 광고행위의 주체로서 행정적 책임을 진다고 볼 수 없음
 - 사이버몰 운영자가 입점업체의 광고행위에 대하여 입점업체와 공동으로 또는 입점업체와 독립하여 광고행위의 주체로서 행정적 책임을 지는지 여부는 사이버몰 운영자와 입점업체 사이의 거래약정의 내용, 사이버몰 운영자의 사이버몰 이용약관의 내용, 문제된 광고에 관하여 사이버몰 운영자와 입점업체가 수행한 역할과 관여 정도, 광고의 구체적 내용은

물론 광고행위의 주체에 대한 소비자의 오인 가능성 등을 종합하여 구체적·개별적으로 판단해야함. 원고는 인터넷 포탈업체(<http://www.daum.net>)에서 출발하여 사이버몰 다음(<http://shop.daum.net>)을 운영하고 있기 때문에 직접 상품구매, 재고관리, 물류, 판매 등을 하지 않는 임대형 사이버몰로 알려져 있는 사실, 원고는 소외인과의 사이에 소외인이 원고 운영의 사이버몰을 통하여 그 이용자에게 상품의 관련 정보를 전시 또는 게시하고 상품을 판매하되 그에 따른 모든 책임을 지기로 하는 내용의 거래약정을 맺은 사실, 이 사건 광고는 인터넷 공동구매방식에 의한 판매를 위한 광고로서 단기간 동안의 특별행사 판매라는 형태로 이루어지는 특성으로 인하여 사이버몰을 이용하는 소비자들 사이에 사이버몰 운영자와 별개의 상품판매자가 있다는 것이 비교적 잘 알려져 있는 사실, 이 사건 광고의 내용에 따라 실제 소비자들이 제품을 구매하는 과정에서 4회에 걸쳐 입점업체의 상점명이 표시되어 원고 이외에 별도의 상품판매자가 있음을 알리고 있는 사실, 원고의 사이버몰 이용약관에도 연결물은 피연결물이 독자적으로 제공하는 재화·용역에 의하여 이용자와 행하는 거래에 대하여 보증책임을 지지 않는다는 뜻을 연결물의 사이트에 명시한 경우에는 그 거래에 대한 보증책임을 지지 않는다는 규정을 두고 있는 사실(제19조), 원고의 사이버몰 화면 하단에 “위 내용에 대한 저작권 및 법적 책임은 자료제공사 또는 글쓴이에 있으며 Daum의 입장과 다를 수 있습니다”라고 표시하여 원고 외에 별도의 입점업체가 광고하는 것임을 밝히고 있는 사실 등을 알 수 있는 바, 원고가 이 사건 광고의 주체라고 할 수 없음.

[디음커뮤니케이션의 부당한 광고행위 건(대법원 2005. 12. 22. 선고 2003두8296 판결³⁾)]

- 분양회사가 분양대행사와 분양알선 계약을 체결하여 광고하면서 분양대행사가 광고 내용에 대하여 전적으로 책임을 부담하기로 약정했다 하더라도, 광고문안의 검토 및 협의·조정여부, 분양광고에 기재된 상호, 분양광고가 게재된 기간과 광고횟수 등에 비추어 분양회사에게 부당광고의 책임이 있음
- 분양회사인 원고가 상가의 건축·분양 시 분양대행사와 분양알선 계약을 체결하여 광고하면서 분양대행사가 광고내용에 대하여 전적으로 책임을 부담하기로 약정하였고, 분양 대행사의 이름으로 세금계산서를 발급받았다고 하더라도, 각 분양광고들의 광고문안은 각 분양대행사들이 작성하고 원고회사의 홍보팀에서 이를 검토하여 그 표현을 수정하는 등의 협의 및 조정절차를 거친 사실, 위 분양광고들에는 “밀리오레”라는 원고의 상호를 전면에 사용하였을 뿐 분양대행사들의 상호가 별도로 기재되지 않아 소비자들의 입장에서는 원고가 직접 위 분양광고들을 하는 것으로 인식할 수밖에 없는 사실 및 위 분양광고들이 신문에

3) 파기환송 후 고법 확정(서울고법 2006. 5. 4. 선고 2006누1113 판결)

계재된 기간과 광고횟수 등에 비추어 보면, 대외적으로는 원고가 직접 위 분양광고들의 주체이거나, 적어도 원고가 다른 사업자인 위 분양대행사들로 하여금 위와 같은 내용의 분양광고들을 하게 한 것이라고 할 것이므로, 위 분양광고들의 주체는 원고라고 볼 수 있음.

[성창F&D의 부당한 광고행위 건(서울고법 2003. 6. 5. 선고 2001누19010 판결⁴⁾]

* 같은 취지 : 성창F&D의 부당한 광고행위 건(서울고법 2009. 11. 2. 선고 2009누1138 판결⁵⁾)

□ 분양대행사 직원이 전단지를 제시·교부하여 광고를 한 경우에도 분양회사가 직·간접적으로 관여하거나 묵인한 경우 분양회사에게 부당광고의 책임이 있음

- 분양회사인 원고는 분양대행사의 일부 직원이 수분양자들과 분양상담 및 계약체결 업무를 하는 과정에서 전단지를 제시하면서 전매차익의 보장 등을 합의한 사실이 있을 뿐 원고가 부당광고를 한 사실이 전혀 없다고 주장하나, ① 원고와 분양대행사의 관계는 분양업무의 대행관계에 불과하고 분양에 따른 법률적 효과는 곧바로 원고 본인에게 귀속되는 점, ② 분양 당시 원고의 직원들이 분양사무실에 상주하면서 분양업무 전반을 관리·감독하고 때로는 직접 상담을 하기도 했던 점, ③ 분양대행사가 독자적으로 분양가를 결정할 권한이 없는 상황에서 분양대행사 직원이 원고와 아무런 협의나 묵인 없이 계약자들에게 1,000만 원씩이나 되는 분양가의 인상계획을 말하고 그에 따른 이익의 실현을 보장하였다고 보기 어려운 점, ④ 상담 후 체결되는 분양계약서에도 분양당사자인 매도인으로 원고 회사만 기재되어 있고 특별히 분양회사와 그 대행사의 각 광고행위를 따로 구분할 만한 아무런 징표가 없어, 일반 소비자의 입장에서는 분양대행사 직원의 광고행위를 원고의 광고행위로 동일하게 인식할 수밖에 없는 점 등을 종합하면, 원고가 분양대행사의 광고에 직·간접적으로 관여하였거나 묵인함으로써 이 사건 광고행위를 하게 하였다고 볼 수 있음. 따라서 원고는 표시·광고법 제3조 제1항에 규정된 '광고행위를 직접 하거나, 다른 사업자 등으로 하여금 이를 하게 한 자'로서, 이 사건 광고에 대한 책임을 피할 수 없음.

[고려빌드의 부당한 광고행위 사건(서울고법 2006. 10. 11. 선고 2005누24041 판결⁶⁾]

4) 상고심(대법원 2005. 2. 18. 선고 2003두8203 판결)은 이러한 원심판결에 위법이 없다고 판시함

5) 상고심(대법원 2010. 2. 25. 선고 2009두23112 판결)은 심리불속행 기각함

6) 상고심(대법원 2007. 2. 22. 선고 2006두16861 판결)은 심리불속행 기각함

□ 광고물에 분양대행업체의 명칭이 표시되지 않았다 하더라도 표시·광고행위에 실질적으로 관여한 정도, 업무협약서에 기재된 내용 등을 고려하여 시공사와 분양대행업체의 공동책임을 인정할 수 있음

○ 분양대행업체인 원고는 광고물에 원고의 명칭이 전혀 표시되어 있지 않고 시공사가 정한 광고내용을 형식적으로 승인했을 뿐이어서 이 사건 광고행위의 실질적인 책임은 시공사에 있다고 주장하나, 실제 광고제작회사가 카탈로그 시안을 만들어 오면 시공사와 원고의 확인절차를 8~10회 정도 반복한 다음 이 사건 카탈로그가 작성된 사실, 원고와 시공사 사이에 작성된 업무협약서에는 원고가 “분양광고 및 홍보”를 담당하는 것으로 기재되어 있는 사실, 원고가 광고제작회사에 광고제작대금을 지급하고 세금계산서를 발행한 사실 등에 비추어보면 원고가 형식적으로 광고 문구를 확인하고 광고대금을 지급하였다고 볼 수 있으며 적어도 시공사와 공동으로 광고행위를 하였다고 볼 수 있음.

[팀이십일컨설팅의 부당한 광고행위 사건(서울고법 2008. 4. 10. 선고 2007누22209 판결⁷⁾)]

□ 시공사가 분양카탈로그 제작과 관련하여 광고대행 계약체결업무 수행, 광고 문안 및 이미지 사진의 제공, 회사 로고 및 명칭 사용 등의 방법으로 관여하였다면 광고주체로서의 책임이 있음

○ 원고는 시공사로서 이 사건 주택조합과 이 사건 아파트 신축공사에 관한 도급계약을 체결함에 있어 주택조합은 원고의 사전 승인을 얻어 분양대행사, 광고홍보업체 등 각종 외주용역업체를 선정하기로 합의한 사실(공사도급계약서 제7조), 광고대행사와 이 사건 분양카탈로그 광고 제작을 위한 광고대행계약을 체결함에 있어 원고회사 직원이 주택조합을 대행하여 계약체결업무를 수행한 사실, 광고대행사에서 이 사건 분양카탈로그광고를 제작하는 과정에서 키탈로그에 기재된 ‘햇살 가득한 광장’, ‘운동공간분양’등의 광고 문안은 원고회사 직원으로부터 받았고, 그에 사용된 각종 이미지 사진도 원고 회사로부터 제공받은 도면을 기초로 컴퓨터그래픽으로 제작하였으며, 이 사건 분양카탈로그 마지막에는 원고회사 로고와 함께 ‘since 1927 임광토건’이라고 표기한 사실을 인정할 수 있는 바, 위 인정사실에 의하면 원고는 이 사건 분양카탈로그에 의한 광고에 관하여 광고행위 주체로서 책임을 부담한다고 봄이 타당함.

[임광토건의 부당한 광고행위 건(서울고법 2011. 7. 6. 선고 2010누27259 판결⁸⁾)]

7) 상고심(대법원 2008. 11. 13. 선고 2008두6646 판결)은 이러한 원심판결에 위법이 없다고 판시함

8) 상고심(대법원 2011. 11. 24. 선고 2011두19845)은 심리불속행 가각함

나. 소비자 오인성

□ 소비자 오인성은 전문가가 아닌 보통의 주의력을 가진 일반 소비자가 당해 광고를 받아들이는 전체적·궁극적 인상을 기준으로 객관적으로 판단하여야 함

○ 원고가 자신이 판매하는 수익증권상품인 '한국듀얼턴 4호'의 내용을 설명하는 안내전단에 동 상품이 실적배당상품임에도 "운용수익과 관계없이 국내부자분에 대해 연 15%의 이자를 지급한다"는 내용의 문구 등을 기재하였는데, 위 내용이 소비자가 투자한 원고의 이 사건 상품에 대한 설명이 아니라 원고가 취득할 역외변드 발행채권에 대한 설명이라는 취지의 기재는 어디에도 없고, 안내전단에 적힌 위 문구는 전체적으로 보아 전문가라면 그 내용을 어렵지 않게 짐작할 수 있을 것이나, 복잡한 금융상품의 운용방식에 관하여 알지 못하는 일반 소비자에게는 이 사건 상품을 매입할 경우 원고가 자신들에게 운용수익과 무관하게 연 15%의 이자를 지급하는 것처럼 오인시킬 우려가 있음. 광고가 일반 소비자를 대상으로 하는 경우 소비자를 오인시킬 우려가 있는지 여부는 전문가가 아닌 보통의 주의력을 가진 일반 소비자가 당해 광고를 받아들이는 전체적·궁극적 인상을 기준으로 하여 객관적으로 판단되어야 함.

[한국투자신탁증권의 부당한 광고행위 건(대법원 2003. 2. 28. 선고 2002두6170 판결)]

* 같은 취지 : 파스퇴르유업의 부당한 광고행위 건(대법원 1998. 3. 27. 선고 96누5636 판결)

□ 광고의 내용이 부분적으로 사실인 경우더라도 광고물을 전체적으로 고려하여 보통의 주의력을 가진 일반 소비자가 광고에 부여하는 인식의 기준을 기초로 소비자 오인성 여부를 판단해야 함

○ 일반적으로 소비자는 통상 광고에 나타나는 개개의 용어나 어휘를 주의 깊게 연구하거나 고려하지 않고 또 실제로 표현되고 있는 것뿐만 아니라 간접적 또는 암시적인 것과 합리적으로 고려한 것의 총체적인 것으로부터 생긴 궁극적인 인상에 기초하여 광고의 의미를 이해하기 때문에 부당광고에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서는 광고의 문리적인 의미는 물론 그 밖에 광고물을 전체적으로 고려하여 소비자가 받게 되는 광고물의 전반적인 인상에 기초하여 판단하여야 할 것이므로 광고내용이 설사 부분적으로는 사실(half truth) 이지만 광고불 전체의 맥락에 있어서 소비자를 오인시킬 우려가 있는 경우는 기망성이 있는 광고가 되고 그와 같은 오인성 즉, 소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 할 우려가 있는지 여부는 보통의 주의력을 가진 일반 소비자가 광고에 부여하는 인식의 기준을 기초로 판단되어야 함. 이 사건 광고 중 경희대학교 생명자원과학연구원과 원료재배

공급계약을 체결하였다는 부분은 사실에 기초한 것이나, 이 사건 광고를 전체적으로 보면 이 사건 제품이 생명자원과학연구원에서 제조하여 공급한 국내산 오가피로만 만들어진 것이라고 인식되어지거나 적어도 그러한 인상을 싣어줄 우려가 있다고 보임. 그렇다면 이 사건 광고는 소비자들로 하여금 이 사건 제품의 원료가 전부 국내산이라고 사실과 다르게 인식하거나 또는 그러한 인상을 받도록 할 우려가 있는 허위·과장 광고에 해당 한다고 할 것이고 그로 인하여 결과적으로 소비자들로 하여금 오가피로 만든 건강보조식품의 선택에 있어 소비자의 합리적인 선택을 방해하고 그 결과 경쟁사업자들이 생산하는 다른 건강보조식품과 사이에 있어 공정하고 자유로운 경쟁의 유지·촉진을 저해할 가능성이 있다 할 것이므로 위 광고는 법 소정의 허위·과장 광고에 해당한다 할 것인.

[진생코리아의 부당한 광고행위 건(서울고법 2000. 12. 14. 선고 2000누4219 판결, 고법 확정)]

- 직접적인 광고표현을 사용하지는 않았더라도 전체적인 광고 표현이 마치 모든 개별 주문에 대해 토양분석을 실시하여 맞춤비료를 공급하는 것처럼 광고한 것은 소비자 오인성이 있음
- 원고들이 “소비자 개인별로 토양을 분석하여 비료를 제조·공급한다”는 표현을 직접 사용하지는 않았지만, 사용한 문구를 보면 “토양을 정밀 분석하여 경작물에 맞도록 시비 (施肥) 쳐방한 후 제조”, “당해 토양 및 작물에 맞게 정확한 시비처방에 의거”, “내 토양, 내 작물에 딱 맞는” 등의 표현을 사용함으로써 보통의 주의력을 가진 소비자인 농민의 입장에서는 당연히 개별적 토양분석을 통해 자신의 농지에 가장 적합한 비료가 공급될 것으로 인식하리라고 판단되는 바, 개개의 모든 주문에 대하여 토양분석을 실시하여 위 비료를 공급하는 것이 현실적으로 어려워 지역별·작목별로 토양분석을 실시하여 당해 지역 평균 토양의 시비처방서에 따른 비종을 주문받아 공급할 필요가 있다면 그러한 사항은 위 비료의 공급과 관련하여 매우 중요한 사항이므로 광고상에 명료한 형태로 표현되었어야 함에도 불구하고, 마치 모든 개별주문에 대해 토양분석을 실시하여 그 토질과 작물에 맞는 맞춤비료를 공급하는 것처럼 표현한 행위는 소비자인 농민으로 하여금 각자의 토질과 작물에 맞는 위 비료가 공급될 것이라고 오인하게 할 우려가 있으므로, 위 광고행위는 허위·과장 광고행위에 해당됨.

[남해화학 외 4사의 부당한 광고행위 건(서울고법 2002. 7. 9. 선고 2001누9600 판결⁹⁾)]

9) 상고심(대법원 2003. 6. 27. 선고 2002두-6965 판결)은 이러한 원심판결에 위법이 없다고 판시함

- 국내 전시장 개설 등과 관련하여 외국의 유명 백화점의 상표와 로고를 사용할 권한을 가진 회사와 분양회사가 임대계약을 체결하면서, 분양회사가 마치 해당 백화점이 입점하는 것처럼 광고한 행위는 소비자 오인성이 있음
- 분양회사인 원고가 상가를 분양광고하면서 “미국3대 백화점 JC Penny 입점 확정!”, “미3대 백화점, JC Penny 국내진출!” 등이라는 표현을 사용한 행위를 살펴보면, ① 이 사건 광고내용을 보통의 주의력을 가진 일반 소비자가 위 광고를 받아들이는 전체적·궁극적 인상을 기준으로 하여 객관적으로 판단해보면, 이 사건 광고의 내용은 이 사건 상가에 미국 백화점인 JC Penny 백화점이 들어오는 것으로 이해되는 점, ② (원고와 임대계약을 체결한)소외 회사는 이 사건 광고 당시 텔레비전홈쇼핑·카탈로그·인터넷 판매와 이런 방법으로 판매하는 상품의 전시장 개설 등과 관련해서 JC Penny의 상표와 로고를 사용할 권한은 있었으나 JC Penny의 이름으로 백화점을 운영할 권한은 없었던 점, ③ 이 사건 광고 당시 원고와 소외 회사가 미국의 JC Penny 백화점과 이 사건 상가에 백화점이 들어오는 것과 관련하여 어떠한 연락이나 계약을 체결한 적이 없었던 점, ④ 백화점은 여러 가지 품목의 고급 상품을 즉각 구매할 수 있는 매장인 반면 전시장은 통신판매업자 등이 텔레비전홈쇼핑·카탈로그·인터넷 판매를 통해 상품을 구매하는 소비자에게 상품을 직접 확인할 수 있는 기회를 주기 위해서 일부 품목의 상품을 전시하는 매장이어서 소비자는 백화점과 전시장을 별개의 것으로 인식하고 있다고 보이는 점에 비추어 보아, 이 사건 광고는 소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 할 우려가 있고 공정한 거래질서를 저해할 우려가 있는 하위·과장 광고행위라고 봄이 타당함.

[월드인월드의 부당한 광고행위 건(서울고법 2008. 8. 28. 선고 2007누19692 판결¹⁰⁾]

- 소비자가 현장조사를 통하여 오인된 인식을 바로잡을 수 있는 경우라고 하더라도 광고의 오인성 판단에는 영향을 주지 아니함

- 부당광고행위 해당 여부에 대한 판단은 광고 그 자체로 유발된 소비자 오인성의 우려 여부를 판단하는 것이므로 설사 소비자가 건축현장 방문을 통하여 오인된 인식을 바로잡을 가능성이 있다고 하더라도 광고의 오인성에 영향을 미치는 것은 아닌.

[대우의 부당한 광고행위 건(서울고법 2000. 11. 28. 선고 2000누5977 판결¹¹⁾)]

* 같은 취지 : 디에스디삼호주식회사의 부당한 광고행위 건(서울고법 2012. 10. 17. 선고 2012누11197 판결, 고법 확정)

10) 상고심(대법원 2008. 11. 27. 선고 2008두16186 판결)은 심리불속행 기각함

11) 상고심(대법원 2001. 7. 10. 선고 2000두10557 판결)은 이러한 원심판결에 위법이 없다고 판시함

□ 소비자 오인성의 판단에 있어서 행위자의 고의·과실이 반드시 필요한 것은 아님

- 원고로서는 다른 사업자인 소외 베어로 하여금 위 비디오물에 관한 광고행위를 하게 하여 그 이후에도 그 광고제작과정에 계속 관여해 왔다고 볼 것이고, 나아가 소외 베어가 위 비디오물이 결과적으로 위 영화를 비디오물로 재편집한 것처럼 소비자를 오인시킬 우려가 있는 표현의 광고를 하는 것을 묵인하였거나 이를 중대한 과실로 방치해 두었다고 판단되므로 원고의 위와 같은 행위는 법 제23조 제1항 제6호 소정의 불공정거래행위에 해당함. 그 뿐만 아니라 원고가 원고의 영업상 이익을 도모하기 위하여 소외 베어에게 원고의 명의로 비디오광고를 하게 한 이상 원고에게 소외 베어의 소비자오인 광고행위에 대한 불공정거래행위의 책임을 물기 위하여 원고의 고의·과실을 반드시 필요로 하는 것은 아님.

[유니버설뮤직의 부당한 광고행위 건(서울고법 2000. 4. 5. 선고 99누235 판결¹²⁾)]

다. 거짓 또는 과장의 표시·광고 (제1항 제1호)

1) 거짓·과장 표시·광고에 해당한다고 인정한 사례

□ 가습기 살균제인 ‘옥시싹싹 가습기당번’을 판매하면서 제품용기에 “인체에 안전한 성분을 사용하여 안심하고 사용할 수 있습니다”라고 표시하였는데, 이는 사실과 다르게 표시하거나 사실을 지나치게 부풀려 표시한 것으로서 허위·과장성이 명백한 행위임

- 이 사건 주성분의 안전성이 객관적으로 검증되지 않았음에도 인체에 안전한 성분을 사용했다고 사실과 다르게 이 사건 표시를 하였고, 보통의 주의력을 가진 일반 소비자가 이 사건 표시로 인해 이 사건 제품이 인체에 안전하다고 오인할 우려가 있으므로 공정한 거래질서를 저해할 수 있는 허위·과장의 표시로 인정됨.
- 이 사건 제품을 소비자에게 공급하는 원고로서는 이 사건 제품의 안전성 여부, 특히 에어로졸 형태의 흡입독성에 관해 좀더 면밀하게 점검한 뒤 이 사건 표시를 할 필요가 있었음에도 원가가 별도의 실험 등 검증 절차를 거치지 않고 만연히 이 사건 제품이 인체에 안전하다고 표시한 것에 정당한 사유를 인정할 수 없음.

[옥시레킷벤키저의 부당광고행위 건(대법원 2014. 12. 24. 선고 2012두11977 판결)]

12) 상고심(대법원 2002. 1. 11. 선고 2000두4255 판결)은 소비자 오인성에 행위자의 고의·과실이 필요한지 여부에 관하여 별도로 판단하지 않은 채, 원고가 위 비디오물의 판매에 관하여 이해관계가 크고, 광고제작과정에 계속 관여하였다라는 점을 근거로 원심 판결을 수용하였음

□ 원고는 원고가 수입하여 판매하는 보이로 전기요 제품들에 대하여 KTL의 EMF적합 판정을 받았을 뿐 KTC의 EMF인증을 받은 적이 없음에도 이를 받은 것처럼 표시하여 거짓·과장 광고를 하였음

- KTC가 실시하는 EMF인증과 KTL이 실시하는 EMF적합 판정은 그 시험 기준, 명칭, 내용 및 비용 등에 있어서 현저한 차이가 있고, KTC의 EMF인증제도와 그 인증 기준은 전기요 판매업계나 일반소비자에게 전자제품의 인체유해성 여부에 관한 기준으로 널리 알려져 있어 'EMF인증'이란 표현은 국가기술표준원이 정한 전자파 인체보호 기준보다 훨씬 엄격한 기준에 따라 이루어지는 KTC의 EMF인증을 지칭하는데 사용되고 있는 것으로 보이며, 일반소비자가 KTC와 KTL라는 별도의 기관을 쉽게 구분하거나 이들이 주관하는 EMF시험 기준의 차이를 분명하게 알고 있었다고 불만한 사정은 없음.
- 그러므로 원고의 광고는 보통의 주의력을 가진 일반소비자로 하여금 원고가 수입하여 판매하는 보이로 전기요 제품들이 KTC의 EMF인증을 받은 제품으로서 엄격한 기준을 통과하여 인체에 유해하지 않은 것으로 확인·증명된 제품으로 잘못 알게 할 우려가 있다고 볼 수 있음. 따라서 원고가 한 광고의 내용은 표시광고법 3조 1항 1호에서 금지하는 거짓·과장 광고에 해당한다고 봄이 적절함.

〔필그린월드와이드의 경고심의요청에 대한 건(서울고법 2015. 11. 20. 선고 2015누46323 판결, 고법 확정)〕

□ 원고가 객관적으로 확인될 수 없거나 확인된 사실이 없음에도 불구하고 이 사건 제품의 사용으로 아토피성 피부염 등이 개선되는 효과가 확실하게 나타나는 것처럼 홈페이지에 고객 체험담을 게시한 행위는 거짓·과장광고에 해당함

- 표시·광고법 제3조 제1항 제1호, 제5조 제1항, 같은 법 시행령 제3조 제1항의 각 규정에 의하면, 표시·광고행위에 있어서 표시·광고행위를 한 사업자 등에게 표시·광고에서 주장하는 내용 중 사실과 관련한 사항이 진실임을 합리적·객관적 근거에 의하여 입증할 책임이 있으므로(대법원 2003. 3. 31. 2002마4109 결정 참조), 표시·광고에 소비자가 본인의 사용 경험에 근거하여 당해 상품을 효능, 효과, 성능 등의 면에서 좋은 상품으로 평가·보증하거나 당해 상품의 구매·사용을 추천하는 내용이 포함되어 있고 그 내용이 추천자의 개인적 경험을 넘어 일반 소비자들에게도 가능한 사실로 받아들여지는 경우에는, 그 추천·보증의 내용이 추천자가 실제로 경험한 사실에 부합한다고 하더라도 추천자의 경험내용이나 판단내용이 일반 소비자들에게 보편적으로 발생하는 현상이 아니거나 학계

들 관련 전문분야에서 일반적으로 받아들여지고 있는 견해가 아니라면 표시·광고행위를 한 사업자가 그 소비자가 추천·보증하는 내용이 진실임을 입증할 책임이 있음.

- 원심은 그 채택 증거를 종합하여, 원고가 2008. 5.경부터 원고의 홈페이지를 통하여 원고가 판매하는 연수기 제품(이하 '이 사건 제품'이라고 함)에 관하여 소비자들을 상대로 체험후기를 작성하면 그 중 일부를 선별하여 경품을 주는 이벤트를 실시하여 25명의 사례들을 수집하고, 위 이벤트와 연계하여 홈페이지에 '사진으로 보는 캠프로 개선사례'라는 항목을 만들어 "고객님께서 실제로 캠프로 사워필터를 사용하시고 직접 올려주신 체험후기 중에 캠프로 설치사례와 개선효과를 생생한 사진과 함께 제공해 드리고자 합니다."라고 공지하고 그 아래에 이를 체험후기 형식으로 게시한 사실, 위 '사진으로 보는 캠프로 개선사례'는 이 사건 제품을 사용하기 이전과 사용한 이후의 상태를 비교한 사진과 그 사진 아래에 간략하게 개선내용(아토피증상 개선, 가려움, 짓무름 개선, 성인어른 탈모 개선 등)을 기술하여 보여주고 있으며, 각각의 사진을 클릭하면 세부내용을 볼 수 있는 화면으로 연결되도록 구성되어 있는 사실(위와 같이 원고가 홈페이지에 고객 체험담을 게시한 행위를 이하 '이 사건 행위'라 함), 피고는 2010. 6. 9. 이 사건 행위가 표시광고법 제3조 제1항 제1호가 금지하는 '허위·과장광고'에 해당한다고 보아 원고에 대하여 시정명령을 한 사실을 인정한 다음, 원고가 객관적으로 확인될 수 없거나 확인된 사실이 없음에도 불구하고 이 사건 제품의 사용으로 아토피성 피부염, 가려움증, 짓무름, 성인어른 탈모증상 등이 개선되는 효과가 확실하게 나타나는 것처럼 광고한 행위는 사실과 다르거나 사실을 지나치게 부풀린 것으로서 허위·과장성이 인정되는 점, 보통의 주의력을 가진 일반 소비자가 위와 같은 광고를 접할 경우 이 사건 제품을 사용하면 아토피성 피부염 등이 개선되는 것으로 오인하거나 오인할 우려가 있는 점, 소비자가 건강, 환경 관련 상품을 구매할 때 있어 특정 질환의 개선, 치료 여부는 그 상품을 구매·선택함에 있어 중요한 요인으로 작용한다고 볼 수 있으므로 이 사건 광고는 소비자에게 잘못된 정보를 제공하여 소비자의 합리적인 선택을 방해함으로써 소비자 피해를 유발하고 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 점 등에 비추어 볼 때 이 사건 행위는 표시광고법 제3조 제1항 제1호 소정의 '허위·과장광고'에 해당한다고 판단하였고, 이러한 원심의 판단은 정당함.

[드림코어의 부당한 광고행위 건(대법원 2013. 9. 26. 선고 2011두7632 판결)]

□ 임대수익이 경제상황, 상가 및 점포의 위치 등 제반여건에 따라 달라질 수 있음에도 '투자시 안정성 100% 확보', '실투자금액 2,000만원대로 연 500 내지 700만원대의 임대수익'이라고 표현한 것은 적어도 투자원금의 회수는 100% 보장된다는 의미로 오인할 우려가 있는 허위·과장 광고에 해당함

○ 부동산 임대사업자인 원고가 쇼핑몰을 분양광고하면서 "한국토지신탁이 자금관리책임으로 투자시 안정성 100% 확보", "실투자금액 2,000만원대로 연 500 내지 700만원대의 임대수익"이라고 표현한 행위는 주식회사 한국토지신탁이 분양대금을 관리한다고 하더라도 위 회사가 상법상의 주식회사에 불과한 점, 임대수익은 경제상황, 상가 및 점포의 위치 등 제반여건에 따라 달라질 수 있는 점 등에 비추어 분양대금의 환급 또는 소유권이전 등이 100% 보장된다고 단정할 수 없을 뿐만 아니라 보통의 주의력을 가진 일반소비자는 이 사건 광고문구를 보고 이 사건 상가를 분양받은 후 100% 임대가능하여 안정된 수익을 보장받을 수 있고, 나아가 2,000만원 정도의 투자만으로 연 500만 원에서 700만 원의 고수익을 올릴 수 있고, 적어도 투자원금의 회수는 100% 보장된다는 의미로 오인할 우려가 있는 허위·과장광고행위에 해당함.

[엠닷컴의 부당한 광고행위 건(서울고법 2003. 4. 12. 선고 2002누5001 판결¹³⁾)]

□ 기사 형태의 광고에 마치 언론사의 취재 결과를 통해 '국내최고 발행부수', '최다 정보량'이 확인 보도된 것처럼 표현한 행위는 소비자 오인성이 있는 허위·과장광고 행위에 해당함

○ 원고가 일간스포츠 측과 원고에 대한 기사를 게재하기로 하는 내용의 약정을 체결한 후 'Biz&Life'라는 광고지면에 기사 형태로 원고에 대하여 '현재 국내 최고 발행부수와 최다 정보량의 신문으로 업계 최고의 브랜드파워를 자랑하고 있는 대구 교차로'라는 등의 내용이 게재되었는데, 이는 원고 발행의 '대구교차로'가 국내 최고 발행부수와 최다 정보량을 가진 신문이라는 사실이 아닌 기사 형태의 광고를 마치 일간스포츠가 원고 발행의 '대구 교차로'에 대하여 취재를 하여 현재 국내 최고 발행부수와 최다 정보량의 신문이라는 사실을 확인하고서 그와 같은 내용을 보도한 기사인 것처럼 오인시킬 우려가 있는 허위·과장광고행위에 해당함.

[교차로의 부당한 광고행위 건(서울고법 2005. 9. 29. 선고 2004누23997 판결, 고법 확정)]

13) 상고심(대법원 2003. 9. 2. 선고 2003두4812 판결)은 이러한 원심판결에 위법이 없다고 판시함

□ 특정 성분을 오가피의 유일한 핵심성분인 것처럼 광고한 것은 허위·과장 광고에 해당함

- 원고의 광고가 소비자로 하여금 아칸토사이드D 성분이 식약청 등 공인기관에 의하여 지표성분으로 선정된 물질로 이해하도록 의도되었거나 그렇게 오인할 우려가 있다고 인정되고, 지표물질이라는 의미는 단순히 주요성분이라는 의미를 넘어 상품의 성능을 좌우하는 유일한 핵심성분이라는 뜻으로 사용된 것인데, 오가피의 생리활성 효과는 '아칸토사이드D'성분 뿐 아니라 엘레우테로사이드 A, B, B1, C 등 여러 성분들이 상호작용하여 발생한다고 보고되고 있어, 위와 같은 유일한 핵심성분이라는 의미에서 본다면 아칸토사이드D 성분만을 오가피의 유일한 핵심성분으로 광고하는 것은 사실이 아니거나 사실을 지나치게 부풀린 것으로 소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 할 우려가 있는 허위광고에 해당함.

[수신오가피의 부당한 광고행위 건(서울고법 2004. 7. 8. 선고 2003누1631 판결¹⁴⁾]

* 같은 취지 : 한국자연과학의 부당한 광고행위 건(서울고법 2003. 11. 11. 선고 2003누1648 판결¹⁵⁾

□ 기숙형태의 학원이 법령상 금지되고 있지 않음에도 관련 행정기관의 내부지침에 따른 행정지도를 들어 대부분의 기숙형태의 학원이 불법 또는 편법으로 운영되는 것처럼 광고한 것은 허위광고에 해당함

- 기숙형태의 학원은 학원법 등에 의해 금지되는 형태의 학원이라고 볼 수 없고, 기숙형태의 학원에 대한 교육청의 규제는 행정기관의 내부적인 사무처리지침 및 그에 따른 행정지도에 불과하므로 교육과정에 기숙형태가 포함되도록 하는 내용의 원칙(院則)변경승인을 받지 못한 학원들이 기숙형태로 학원을 운영한다고 하여 반드시 불법 또는 편법으로 운영되는 학원이라고 할 수 없고, 또한 이 사건 광고에 게재된 14개 학원 외에도 위와 같은 원칙 변경승인을 받은 2개의 학원이 더 있었음에도 불구하고, '편법·불법 기숙학원이 기승을 부리고 있습니다'라는 표제 하에 원칙변경승인을 받은 16개 학원 중 14개 학원의 상호만을 거시하면서 정식으로 인가된 합법적인 기숙학원은 위 14개 학원밖에 없고 그 외에는 모두 편법 또는 변칙으로 운영되는 학원이라는 취지로 광고한 것은 허위광고에 해당함.

[전국기숙학원협의회의 부당한 광고행위 건(서울고법 2003. 10. 23. 선고 2003누3309 판결¹⁶⁾]

14) 상고심(대법원 2005. 3. 10. 선고 2004두9654 판결)은 이러한 원심판결에 위법이 없다고 판시함

15) 상고심(대법원 2004. 3. 12. 선고 2003두14482 판결)은 심리불속행 기각함

16) 상고심(대법원 2004. 12. 10. 선고 2003누14383 판결)은 이러한 원심판결에 위법이 없다고 판시함

- '전통을 이은', '한국외국어대학교의 독창적 프로그램과 노하우를 그대로 적용' 등으로 광고한 행위는 그 대학교가 직접 또는 원고 회사와 함께 운영하는 학원으로 오인하게 할 우려가 있는 허위·과장광고행위에 해당함
 - 외국어교습에 관한 프랜차이즈 사업을 영위하는 원고 회사가 한국외국어대학교와 한국외국어대학이 소유·경영하고 있는 학교명과 이에 부속된 로고를 사용할 수 있도록 사업제휴협정을 맺어 '외대어학원'이라는 명칭을 사용할 권한이 있다고 하더라도, 원고가 학원 가맹점사업자를 모집하기 위하여 제작한 이 사건 광고에 '한국외국어대학교 40년의 외국어교육의 전통을 이은 정통 어학원', '40여년을 족적해온 한국외국어대학교의 독창적 프로그램과 노하우를 그대로 적용', '외대어학원은 한국외국어대학교의 지난 40여 년간의 외국어교육 경험과 성과를 바탕으로 동성화학그룹 동성교육개발의 미래지향적인 기업이념이 결합되어 탄생한 외국어 전문 교육원' 등의 문구를 사용한 것은 '외대어학원'이 보통의 주의력을 가진 학원 가맹희망자들에게 단순히 한국외국어대학교의 독창적 프로그램과 노하우를 적용하여 외국어 교습을 한다는 의미를 넘어 한국외국어대학교가 직접 또는 원고 회사와 함께 운영하는 학원이라고 오인되기를 바라고 한 것이라고 추정될 여지가 있으며, 학원 가맹본부의 운영자가 대학교이거나 대학교와 관련이 있는가 여부는 소비자인 학원 가맹희망자의 상품 또는 용역의 선택에 있어서 중요한 고려요소라고 할 것이므로 위와 같은 내용으로 광고를 하는 경우 학원 가맹희망자의 입장에서 학원 가맹 본부에 관한 그릇된 정보를 가짐으로써 합리적인 의사결정이 저해될 우려가 있다는 점에 비추어, 이 사건 학원가맹점 모집광고는 보통의 주의력을 가진 학원 가맹희망자 등 소비자들에게 외대어학원을 한국외국어대학교가 직접 운영하거나 원고 회사와 함께 운영하는 학원인 것으로 오인하게 할 우려가 있는 허위·과장 광고행위에 해당함.
- [동성교육개발 외 1의 부당한 광고행위 건(대법원 2003. 4. 11. 선고 2002누806 판결¹⁷⁾)]
- 원심(서울고법 2001. 11. 29. 선고 2000누6369 판결)은 '외대어학원'이라는 명칭을 사용하였다고 하더라도 이 사건 광고의 내용에 해당하는 부분의 문구는 원고들이 한국외국어대학교의 독창적 프로그램과 노하우를 적용하여 교습을 한다는 의미이지 한국외국어대학교가 그 학원을 직접 운영한다는 내용으로 보기는 어려운 점, 한국외국어 대학은 비영리 학교법인으로서 영리를 목적으로 학교 밖에서 여러 곳의 외국어학원을 직접 운영한다거나 학원운영 프랜차이즈 사업을 하는 것은 사실상 불가하다고 보이는 점 등에 비추어 학원가맹점 사업자나 학원수강생 등 수요자들로 하여금 한국외국어 대학교가 직접 운영하는 학원인 것으로 오인시킬 우려가 있다고 단정하기는 어렵다고 판단하였음.

¹⁷⁾ 환송심(서울고법 2004. 5. 12. 선고 2003누8243 판결)은 이러한 대법원 판결의 취지대로 판단함

□ 광고내용을 입증하기 위해 법령에 의한 조사기관이나 사업자와 독립적으로 경영되는 조사기관 등에서 일반적으로 인정되는 방법에 의해 조사를 실시하지 않은 상태에서 마치 생활정보지가 전국에서 최고의 광고효과를 가진 생활정보신문인 것처럼 광고를 하였다면 이는 허위·과장광고에 해당함

○ 사업자는 자기의 광고내용 중 사실과 관련한 사항이 진실임을 합리적·객관적 근거에 의해 입증할 책임이 있으며 이러한 입증은 합리적 객관적 근거에 의하여야 하고 조사 결과를 근거로 사용하기 위해서는 그 조사가 법령에 의한 조사기관이나 사업자와 독립적으로 경영되는 조사기관 등에서 산업계 및 학술계에서 일반적으로 인정되는 방법 등 객관적이고 타당한 방법으로 실시되어야 하며, 조사기관, 표본설정, 질문사항, 인터뷰 방법 등이 동일한 조건 등 합리적이고 공정한 조건하에 이루어져야함에도 불구하고, 원고가 이러한 실증자료도 없는 상태에서 '전국최고 발행부수, 최다 정보량, 최다배부처', '전국1위, 대구 경북권내에서 가장 많이 읽히는 생활정보지'라고 광고하였다면 이는 마치 원고의 생활정보지가 대구·경북을 포함하여 전국에서 최고의 광고효과를 가진 생활정보신문인 것처럼 소비자를 오인시킬 우려가 있는 허위·과장광고에 해당함.

[교차로의 부당한 광고행위 건(서울고법 2004. 5. 19. 선고 2002누8130 판결¹⁸⁾)]

□ 산학협동에 의한 연구용역결과라고 하더라도 연구결과의 구체적 내용을 적시하지 않고 원고에게 필요한 부분만을 발췌하여 광고에 이용할 경우 허위·과장광고에 해당함

○ 원고는 이 사건 광고의 객관적인 근거로서 원고와 이○○ 교수팀 사이에 체결된 연구용역의 결과를 들고 있는데, 위 연구결과는 원고와 사이에 체결된 연구용역 결과로서 그것이 산학협동의 결과라 하더라도 원고와 실험주체와의 위와 같은 관련으로 말미암아 이 사건 연구결과의 객관적 순수성에 의문이 드는데다가, 나아가 원고가 이 사건 연구결과의 구체적인 내용을 적시하지 아니하고, 단지 원고에게 필요한 부분만을 반췌하여 광고에 이용함으로써 소비자로 하여금 제품의 실체를 오인하게 하여 전체적으로 객관적인 근거에 바탕을 둔 광고라고 볼 수 없음.

[밸트리의 부당한 광고행위 건(서울고법 2004. 4. 29. 선고 2003누6650 판결¹⁹⁾)]

18) 상고심(대법원 2004. 8. 31. 선고 2004두 6402 판결)은 쉬리날속행 기각함

19) 상고심(대법원 2004. 10. 14. 선고 2004두6112 판결)은 이러한 워크파크의 위법이 없다고 판시함

- 재고 및 반품된 학습참고서의 표지 및 속지만 교체하거나 새로 인쇄하는 방식으로 본문내용이 변경되지 않은 학습참고서를 출판하면서 발행일을 실제 발행일과 다르게 표시한 것은 허위·과장의 표시광고에 해당함
- 국립중앙도서관으로부터 신규로 국제표준자료번호를 부여받았다고 하여 본문 내용의 변경이 없는 학습참고서를 발행하면서 발행일을 변경한 것이 정당하다고 볼 아무런 근거가 없고, 일반소비자로 하여금 표시된 발행일에 새롭게 발행된 것으로 오인하게 할 우려가 있어 합리적인 구매선택을 저해하며, 실제 발행일로부터 18개월이 경과한 학습 참고서에 대하여도 변경된 발행일에 따라 도서정가제가 계속 적용되며 가격인하를 저해하는 효과도 있으므로 소비자 오인성, 공정거래저해성이 있다고 할 것이므로 재고 및 반품된 학습참고서의 표지 및 속지만 교체하거나 새로 인쇄하는 방식으로 본문내용이 변경되지 않은 학습참고서를 출판하면서 발행일을 실제 발행일과 다르게 표시한 것은 허위·과장의 표시광고에 해당함.

[한국교육방송공사의 재판매가격유지행위 등 건(서울고법 2011. 1. 12. 선고 2009누37366 판결, 고법 확정)]
- 세계 최첨단의 생산설비를 갖추고 있고, 유아식의 생산과정에서 유해원료가 100% 원천봉쇄된다고 광고한 행위는 실제로 생산설비가 세계 최고의 첨단 시설이라고 볼 수 없고, 유해원료가 전혀 혼입될 가능성이 없는 생산공정이 불가능하다는 점에서 허위·과장광고에 해당함
- “국내는 물론 세계 어느 유가공 회사에도 남양유업과 같은 첨단 설비와 시스템을 갖춘 곳은 없습니다.”라는 광고 부분의 문언에 의하면, 이는 국내 및 세계의 유가공 업체 중 원고만큼 첨단의 생산설비와 시스템을 갖춘 회사는 없다는 것으로서 원고가 세계에서 가장 첨단의 생산설비 등을 갖추고 유아식을 생산하고 있다는 취지로 오인할 우려가 있고, 이와 함께 표현된 광고부분까지 아울러 고려하여 보면 원고가 세계 최고의 첨단 시설을 이용하여 유아식을 생산하고 있기 때문에 그 유아식은 절대적으로 안전하다는 것으로 오해할 우려가 있음. 그런데 원고가 갖춘 생산설비가 세계 최고의 첨단 시설이라고 볼 수 없음은 원고도 명백히 다니지 아니하므로 이 부분 광고는 사실과 다르게 광고하거나 사실을 지나치게 부풀려 광고한 것으로 ‘허위·과장의 광고’에 해당함.
- “수천억 원을 투자한 세계 수준의 첨단 시설과 시스템이 있기에 멜라민을 비롯한 유해원료는 100% 원천봉쇄 됩니다. 다른 회사제품은 확인할 수 없지만 남양유업 유아식의

원료와 제품의 품질은 100% 안전합니다.”라는 광고 부분은 이와 함께 표현된 광고부분 까지 함께 살펴보면 이 광고를 접한 보통의 주의력을 가진 일반 소비자로서는, 원고가 수천억 원을 투자하여 갖춘 세계 최고의 첨단설비로 유아식을 생산하고 있기 때문에 생산과정에서 유해원료가 흔입될 가능성이 전혀 없고, 따라서 원고가 생산한 유아식은 유해원료가 전혀 들어 있지 않는, 절대적으로 안전한 제품이라는 의미로 인식할 우려가 있음. 그런데 실제로 그러한 생산 공정이 불가능한 점은 원고도 다루지 아니하므로 이 부분 광고도 사실과 다르게 표시하거나 사실을 지나치게 부풀려 광고한 것으로 ‘허위·과장의 광고’에 해당함.

[남양유업의 부당한 광고행위 건(서울고법 2011. 6. 15. 선고 2010누34691 판결, 고법 확정)]

□ 아파트 단지 중앙에 수반 및 안개분수를 갖춘 대형광장과 단지 내에 주민운동시설인 배드민턴장이 설치되지 않음에도 이들 시설이 설치되는 것처럼 광고한 행위는 허위·과장광고에 해당함

○ 이 사건 분양카탈로그 광고는 아파트 단지 중앙에 수반 및 안개분수 등이 어우러져 입주민의 공동커뮤니티가 가능한 대형광장과 주민운동시설인 배드민턴장이 설치되는 것처럼 실제와 다르게 표현함으로써 보통의 주의력을 가진 소비자가 광고를 접하는 경우, 아파트 단지 내에 수반 및 안개분수 등의 휴게시설을 갖춘 대형광장과 주민운동시설인 배드민턴장이 설치되는 것으로 오인하거나 오인할 우려가 있고, 소비자가 아파트를 선택함에 있어 중요한 고려요인으로 적용하여 구매선택에 실질적인 영향을 미칠 수 있으므로 공정한 거래질서를 저해할 우려가 있는 허위·과장의 표시·광고라고 볼이 타당함.

[임광토건의 부당한 광고행위 건(서울고법 2011. 7. 6. 선고 2010누27259 판결²⁰⁾)]

□ 주거공용면적 부분인 전실을 개별세대가 수납공간을 형성하여 배타적으로 사용할 있는 공간인 것처럼 광고한 행위는 허위·과장광고에 해당함

○ 이 사건 아파트를 더 성공적으로 분양하기 위한 방법으로 원고는 처음부터 개별세대에서 해당 전실(승강기 앞의 복도 공간에서 개별세대 현관으로 들어가기 전까지의 공간)에 전기를 공급하고 그 전기요금을 전적으로 부담하면서 해당 전실을 배타적으로 사용할 수 있도록 계획하였고, 이를 분양과정에서 광고할 필요성이 있었다고 보이는 점 등을 종합해 보면, 원고는 이 사건 아파트를 분양받고자 하는 소비자들 또는 수분양자들을 상대로 이 사건 카탈로그, 견본주택 및 옵션행사 등을 통해 주거공용면적 부분인 전실을 개별세대가

20) 상고심(대법원 2011. 11. 24. 선고 2011두19345 판결)은 심리불속행 기각함

수납공간을 형성하여 배터적으로 사용할 수 있는 공간인 것처럼 사실과 다르게 광고하거나 전실 용도를 지나치게 부풀려 광고하였다고 봄이 타당함.

[현내건설의 부당한 광고행위 건(서울고법 2011. 8. 17. 선고 2010누42883 판결, 고법 확정)]

□ 주상복합건물을 분양광고하면서 녹지공원 조성계획이 확정되지 않았음에도 ‘바로 앞 또는 옆에 녹지공원’으로 표현한 것은 허위·과장광고에 해당함

○ 주상복합건물을 분양광고하면서 녹지공원 조성계획이 확정되지 않았음에도 장차 변경가능성이 있다는 등의 유보적인 표현을 사용하지 않은 채, ‘바로 앞 또는 옆’에 녹지공원이 조성되는 것이 ‘확정’되어 향후 더욱 좋은 입주조건을 갖추게 되는 것처럼 광고한 것은, 사실과 다르거나 사실을 지나치게 부풀려 광고한 것이고, 상거래 관행이나 신의칙에 비추어 사회적으로 용인될 수 있는 한도 내의 광고라고 볼 수 없으며, 소비자로 하여금 주상복합 건물의 분양에 있어 중요한 요소인 입지조건에 관한 사실을 오인하게 하여 분양계약을 체결하도록 하여 소비자의 합리적인 구매결정을 방해함으로써 분양시장에서의 공정한 거래질서를 저해할 우려가 있는 허위·과장광고에 해당함.

[KCC건설의 부당한 광고행위 건(서울고법 2012. 10. 25. 선고 2012누3875 판결²¹⁾)]

□ 가습기 살균제 제품 용기에 ‘인체에 안전한 성분을 사용하여 안심하고 사용할 수 있습니다’고 표시한 것은, 이 사건 제품의 안정성이 객관적으로 확인되지 않았음에도 불구하고 인체에 안전한 성분을 사용한 것처럼 사실과 다르게 표시한 허위·과장의 표시에 해당함

○ 원고가 가습기 살균제 제품 용기에 ‘인체에 안전한 성분을 사용하여 안심하고 사용할 수 있습니다’고 표시한 것은 ① 이 사건 표시 당시에도 이 사건 제품에 사용된 SKYBIO 1125 및 그 주성분인 PHMG를 흡입하는 방식으로 접촉할 경우에 상당한 위험성이 존재한다는 객관적인 자료가 있었던 점, ② PIIMG는 경구독성이 비교적 적어 화장품, 샴푸, 물티슈, 기타 생활화학 가정용품 등에 사용되고 있고, 이 사건 제품에 함유된 PHMG도 소량이지만 가습기에서 분사되는 내용물을 분진형태로 인체에 흡입되므로 피부에 접촉하는 형태의 제품과 접촉경로가 달라 그 유해성이니 위험성이 높은 것으로 보이고 이러한 위험성은 이 사건 표시 당시에도 충분히 예측할 수 있었던 점, ③ 이 사건 표시 당시 대한민국 외에는 가습기살균제를 가습기에 넣어 사용하는 국가가 없었고, PHMG 성분이 분진 형태로 사용된 경우 그 안전성에 관하여 이를 실증한 객관적인 자료도 없어 이 사건

21) 상고심(대법원 2013. 2. 28. 선고 2012누25422 판결)은 신리불속행 기각함

제품의 위험성을 배제할 수 없었으므로, 원고로서는 이 사건 표시를 하기에 앞서 위 성분의 안전성 여부를 명밀히 검증하였어야 함에도 이를 이행하지 아니한 점 등 제반 사정을 종합하여 보면, 이 사건 제품의 안정성이 객관적으로 확인되지 않았음에도 불구하고 인체에 안전한 성분을 사용한 것처럼 사실과 다르게 표시한 것이라고 볼 수 있음. 또한, 가습기 살균제에 있어서 효과적인 살균기능과 함께 안전성은 소비자들의 선택에 중요한 사항이고 일반 소비자가 이 사건 표시로 인하여 이 사건 제품의 안전성을 오인할 우려도 인정되고, 이 사건 표시를 통하여 소비자들의 합리적인 선택이 방해되어 피해가 유발된 이상 공정한 거래를 저해할 우려도 인정되므로 허위·과장의 표시에 해당함.

[홈플러스의 부당한 광고행위 건(서울고법 2013. 7. 26. 선고 2012누28171 판결²²⁾]

- 상조서비스업자인 원고들이 인터넷 홈페이지를 통하여 '폐업 후 행사제공'이라고 표현한 것은 일반 소비자로 하여금 회사 존폐와 관계없이 상조서비스 이행을 모두 보장받을 수 있는 것처럼 오인시킬 우려가 있는 허위·과장 광고행위에 해당함
 - 상조서비스업자인 보람상조프라임이 '회사가 부득이 폐업을 하더라도 회원은 한국상조보증을 통해 계약서와 약관에 명시된 상품과 동일한 내용을 제공받으실 수 있습니다.'라고 광고한 행위는 상조보증회사들이 회원들이 납부한 금액의 일부에 대해서만 지급을 보증하고 있는데도, 일반 소비자에게 전체적·궁극적으로 원고가 폐업하더라도 회원들에 대한 상조서비스의 이행이 전부 보증되는 인상을 줌으로써 상조서비스 제공 상품을 구매하려는 소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 할 우려가 있고, 공정한 거래질서를 저해할 우려가 있는 허위·과장광고에 해당함.
- [보람상조개발 외 3개사의 부당한 광고행위 건(대법원 2013. 6. 14. 선고 2011두82 판결)]
- '회사의 존폐와 관계없이 행사를 보장 받으실 수 있는 행사보장제도'라고 광고한 행위는 상조서비스업자인 원고들이 폐업한 후에도 상조보증제도를 통하여 정상 영업을 하고 있던 경우와 마찬가지로 상조서비스의 이행이 보장되는 것처럼 사실과 다른 인상을 형성하게 하는 허위·과장광고에 해당함
 - '회사의 존폐와 관계없이 행사를 보장 받으실 수 있는 행사보장제도'라고 광고한 행위는 상조보증제도라는 용어를 직접 사용하지는 아니하였다 하더라도, 이를 접한 일반 소비자에게 전체적·궁극적으로 원고들이 폐업한 후에도 상조보증제도를 통하여 정상 영업을 하고 있던 경우와 마찬가지로 상조서비스의 이행이 보장되는 것처럼 사실과 다른 인상을 형성하게

22) 상고심(대법원 2013. 12. 12. 선고 2013두17787 판결)은 심리불속행 기각함

함으로써 상조서비스 제공 상품을 구매하려는 소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 할 우려가 있고, 공정한 거래질서를 저해할 우려가 있는 허위·과장광고에 해당함.

[보람상조개발 외 3개사의 부당한 광고행위 건(대법원 2013. 6. 14. 선고 2011두82 판결²³⁾)]

- 원심(2010. 11. 24. 선고 2009누35186 판결)은 보람상조프라임을 제외한 3사에 대해서는 '상조보증제도'라는 표현을 사용하지 않고 단지 '행사보장제도'라는 표현만을 사용하였으므로 이를 접한 일반 소비자가 원고들의 폐업 후에도 상조보증제도를 통하여 상조서비스를 안전하게 제공받을 수 있는 것으로 오인하거나 오인할 우려가 없다고 판단하여 허위·과장광고가 아니라고 판시함.

- 독학사 학위취득 관련 유료회원을 모집하면서, '박사급 이상 전·현직 대학교수님 207명이 교재를 집필', '합격률 1위', '21년 동안 수석 특별상 1위', '2009년 전관왕 석권'이라고 광고한 것은 사실과 다르거나 사실을 지나치게 부풀려 표시한 것으로 거짓·과장 광고에 해당함
- "YJ는 박사급 이상 전·현직 대학교수님 207명을 모시고 평가영역에 맞춰 교재를 집필"이라는 표현 부분은 ① 독학사 교재를 집필한 박사급 이상 전·현직 교수들의 수는 113명으로 확인된 사실, ② 사이버 평생교육원 교수 124명은 단지 독학사 관련 학생들의 질의에 대한 답변을 해주는 역할을 수행하는 사실을 인정할 수 있으므로, 사실과 다르거나 사실을 지나치게 부풀려 표시한 것으로 봄이 상당함.
- "합격률 1위"라는 표현 부분은 ① 원고는 2008부터 2012까지 자신의 등록회원 중 1~3 단계 독학사 시험 합격자 수 및 4단계 독학사 시험 응시자 수에 관한 자료를 가지고 있지 않은 점, ② 원고가 "합격률 1위"라고 광고한 이유는 독학사 학위를 취득하는 최종 단계인 4단계 독학사 시험 합격률이 가장 높다는 의미이기는 하나, 이에 관한 근거자료를 가지고 있지 않은 점, ③ 원고는 경쟁 교육업체들에 비해 독보적인 합격자 수를 배출해왔음을 주장하면서 2008부터 2012까지의 독학사 시험 합격자 수를 비교하여 제출하였으나, 이는 경쟁 교육업체들의 홈페이지에 게재된 합격 수기의 개수를 센 것으로 보이는 점 등에 비추어 사실과 다르거나 사실을 지나치게 부풀려 표시한 것으로 봄이 상당함.
- "21년 동안 수석 특별상 1위"라는 표현 부분은 원고가 예전 자료를 유실하여 '21년 동안 수석 특별상 1위' 부분을 증명할 자료가 없음을 시인하였으므로, 사실과 다르거나 사실을 지나치게 부풀려 표시한 것으로 봄이 상당함.

23) 파기확정 후 고법 확정(서울고법 2013. 10. 31. 선고 2013누18522. 판결)

- “2009년 전관왕 석권”이라는 표현 부분은 ① 2009. 독학사 학위수여식에서 총 14명에 대한 시상이 이루어진 사실, ② 원고의 등록회원 중 수상자는 총 3명에 불과한 사실에 비추어 원고의 등록회원들이 2009. 독학사 학위수여식에서 모든 수상을 석권하였다고 보기는 어려우므로, 사실과 다르거나 사실을 지나치게 부풀려 표시한 것으로 볼이 상당함.

[와이제이에듀케이션의 부당한 광고행위 건(서울고법 2014. 1. 12. 선고 2013누45784 판결²⁴⁾)]

- 실제 녹지면적이 아닌 조경면적을 근거로 ‘녹지율이 56%로서 한강신도시 내 최고 녹지율’이라고 광고한 것은 사실과 다르거나 지나치게 부풀린 거짓·과장광고임
- 원고는 2009. 10. 1부터 2012. 1. 3까지 인터넷 홈페이지, 분양 안내책자, 전단지, 신문광고 등을 통해 김포아파트 단지 내 녹지율에 관하여 “최고 녹지율 56%”, “한강신도시 내 최고 녹지율 56%를 자부하는 대단지”, “한강신도시 내 최고 녹지율(56%)” 등으로 광고하였는데, 원고는 녹지면적과 조경시설면적을 합한 조경면적을 근거로 녹지율이 56%에 이른다고 광고한 것이었고²⁵⁾, 보통의 주의력을 가진 일반 소비자의 관점에서 볼 때 ‘녹지’란 풀이나 나무 등 식물이 심어진 곳을 의미하는 것으로서 휴게소, 어린이 놀이터, 운동장 등 조경시설의 부지까지 포함한다고 인식하기는 어려운 점 등을 아울러 고려하여 보면, ‘김포아파트의 녹지율이 56%로서 한강신도시 내 최고 녹지율’이라는 이 부분 광고는 사실과 다르거나 지나치게 부풀린 거짓·과장 광고로서 소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 할 우려가 있음이 인정됨.
- 아파트 단지 내 녹지율은 일반 소비자가 아파트 구매 여부를 결정하는 데에 적지 않은 영향을 미치는 중요한 고려요소가 된다고 보아야 하므로, 이 부분 광고행위는 공정한 거래질서를 저해할 우려가 있는 광고에 해당함.

[한양의 부당한 광고행위 건(서울고법 2014. 6. 11. 선고 2013누9870 판결²⁶⁾)]

24) 상고심(대법원 2014. 6. 26. 선고 2014두36013 판결)은 심리불속행 기각함

25) 실제 원고가 광고한 아파트의 녹지면적율은 사업승인 시 30.39%, 1차 변경 시 50.95%, 준공 시 50.81%여 불과했으나, 한강신도시 내 주변 아파트단지의 녹지면적율은 51.4%에서 54.7%에 이르는 늘 원고가 분양한 아파트단지에 비해 높았음

26) 상고심(대법원 2014. 10. 27. 선고 2014두38323)은 심리불속행 기각함

- 실제 단지 내 수로가 연결되어 있지 않음에도 ‘단지를 순환하는 650미터 길이의 친환경 수로’ 등으로 광고한 것은 사실과 다르거나 혹은 지나치게 부풀린 거짓·과장 광고임

- 원고는 김포아파트를 분양하면서 2009. 10. 1.부터 2012. 1. 3.까지 인터넷 홈페이지, 분양 안내책자, 전단지, 신문광고 등을 통해 “단지를 순환하는 650미터 길이의 친환경 수로”, “한강신도시의 축소판이라고 자부할 수 있는 만큼, 단지를 순환하는 650미터 길이의 워터 네트워크를 조성합니다.” 등으로 광고하면서, 그림으로 이 사건 단지 내 650m 수로를 파란색 점선으로 이어진 형태로 이미지화하여 표현하였고, 최초 사업계획승인 당시 생태수로는 습천과 건천을 포함한 11개의 수로로 설계되었다가 2010. 3. 3. 13개의 습천으로 변경 되었고, 최종적으로는 총 길이 654.4m의 8개 습천으로 완공되었는데, 이들은 서로 연결되지 않은 것들이었음. 위와 같은 인정사실에 의하면, 이 부분 광고가 주는 전체적, 궁극적인 인상을 기준으로 할 때 보통의 주의력을 가진 일반 소비자로서는 실제와 달리 아파트 단지 내에 650미터 길이의 수로가 모두 연결되게 설치되어 그 수로를 따라 물이 순환하는 것으로 오인할 우려가 충분함. 따라서 이 부분 광고는 사실과 다르거나 혹은 지나치게 부풀린 거짓·과장광고로서 소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 할 우려가 있음이 인정됨. 견본주택에 수로가 서로 연결되지 않은 모습을 담은 단지 모형을 비치해 두었다거나 분양계약 체결 당시 계약자들로부터 “홍보물 및 견본주택 내부에 표기된 ‘650미터의 생태수로’는 개념상의 순환 길이를 의미하며, 실제 물이 흐르는 수로의 길이는 약 420미터임.”이라고 기재된 확인서를 받은 바 있다 하여 이와 달리 볼 수는 없음.
- 수변공간 조성은 쾌적한 주거환경에 영향을 주므로 아파트를 구매하고자 할 때 중요한 고려요인으로 작용함. 따라서 이 부분 광고행위는 소비자의 합리적 구매선택을 방해하여 공정한 거래를 저해할 우려가 있다고 보아야 함.

[한양의 부당한 광고행위 건(서울고법 2014. 6. 11. 선고 2013누9870 판결²⁷⁾)]

- 원고가 상업용지 분양광고를 하면서, 공개공지로는 차량진출입이 불가능한데도 차량 진출입이 가능한 것처럼 표시한 행위는 사실과 다른 거짓·과장광고행위에 해당함
- ① 이 사건 상업용지의 공급은 일반실수요자를 상대로 한 것이므로 이 사건 광고가 소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 할 우려가 있는지는 보통의 주의력을 가진 일반 소비자가 광고를 받아들이는 전체적·궁극적 인상을 기준으로 하여 객관적으로

27) 상고심(대법원 2014. 10. 27. 선고 2014두38323)은 심리불속행 기각함

판단되어야 하는 점(이러한 점에서 오인성 판단을 부동산개발전문회사와 같은 특정 소비자를 기준으로 하여야 한다거나, 나아가 입찰을 통해 이 사건 상업용지를 분양받았던 회사가 이 사건 광고의 오류를 충분히 알 수 있었기 때문에 오인가능성이 없다는 취지의 원고 주장은 받아들일 수 없음), ② 이 사건 교통종합개선안도에서는 도로상에 공개공지 쪽으로 화살표 표시를 해 두었고, 지구단위계획 결정도에서도 “차량출입 불허구간 이외에는 차량출입 가능”이라는 문구를 기재하면서도 공개공지에 대해서는 차량출입 불허구간임을 나타내는 표시를 하지 않은 점에서 일반 소비자는 이 사건 공개공지로 차량이 진출입할 수 있다는 것으로 인식하기에 충분한 점, ③ 더욱이 원고는 토지개발업 등을 영위하는 지방공기업이고, 이 사건 용지공급공고에는 이 사건 상업용지의 이용에 관한 공법적 규제가 구체적으로 명시되어 있었던 점 등에서 교통종합개선안도 등에서 제시하는 토지이용에 관한 규제 내용은 일반 소비자가 이를 그대로 믿을 수 있을 만큼 높은 신뢰성을 갖는다고 보아야 하는 점, ④ 원고는, 공개공지라는 개념 자체에서 차량통행이 제한된다는 것을 알 수 있다는 취지로 주장하나, 공개공지라 하여 반드시 차량의 진출입이 금지되는 것은 아니므로 그와 같이 볼 수는 없는 점, ⑤ 해당 토지로의 차량 진출입 가능 여부는 토지의 이용과 관련하여 중요한 요소라 할 수 있어 이 사건 광고는 소비자의 합리적인 선택을 방해하는 것으로서 공정한 거래질서를 저해할 우려가 있다고 보아야 하는 점을 종합하여 보면, 이 사건 광고는 사실과 다른 거짓·과장광고로서 소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 할 우려가 있는 광고에 해당하고, 공정거래저해성도 인정됨.

[경기도시공사의 부당한 광고행위 건(서울고법 2014. 6. 18. 선고 2013누48615 판결²⁸⁾]

- 실질적으로는 배출가스 기준을 충족한다고 볼 수 없음에도 소프트웨어 설치를 통하여 대기환경보전법 등에 따른 배출가스 인증을 받고, 배출가스 기준 충족을 내용으로 하는 이 사건 광고는 거짓·과장 표시·광고에 해당함
- ① 이 사건 차량들은 실질적으로는 배출가스 기준을 충족한다고 볼 수 없음에도, 이 사건 소프트웨어 설치를 통하여 이 사건 차량들에 대하여 대기환경보전법 등에 따른 배출가스 인증을 받았던 점, ② 원고들은 이 사건 차량들에 이 사건 소프트웨어를 의도적으로 설치하거나 이 사건 소프트웨어 설치 사실을 알고 있었으므로, 이 사건 차량들이 실질적으로 이 사건 배출가스 기준을 충족하지 못하였고 이 사건 인증이 취소될 가능성도 인지하고 있었다고 보이는 점 등을 보면, ‘이 사건 배출가스 기준과 해당 차량이 대기환경보전법 등의 규정에 적합하게 제작되었다’는 내용의 이 사건 각 표시 및 ‘이 사건 배출가스 기준 충족’을 내용으로 하는 이 사건 각 광고는 거짓·과장성이 있음.

28) 살고심(대법원 2014. 10. 15. 선고 2014두38668 판결)은 심리불속행 기각함

- ① 이 사건 각 광고는 이 사건 차량들이 이 사건 배출가스 기준을 충족하였음을 근거로 이 사건 차량들이 '친환경적'이라고 광고한 것인데, 이 사건 차량들은 '친환경적'이라는 광고의 이유인 이 사건 배출가스 기준을 충족하지 못하였던 점, ② 이 사건 각 광고는 이 사건 차량들이 이 사건 배출가스 기준을 충족함과 동시에 '고연비'를 구현하였다는 의미로 보이는데, 이 사건 차량들은 '고연비'와 동시에 구비되어야 할 이 사건 배출가스 기준 충족의 요건을 구비하지 못한 점 등을 보면, 이 사건 각 광고 중 '친환경성', '고연비성'과 관련된 부분도 거짓·과장성이 있음.

[3개 자동차 제조·판매사업자의 부당한 표시·광고행위에 대한 건(대법원 2019. 10. 17. 선고 2019두31815 판결)]

- '인체에 무해하고'라는 문구가 소비자의 후기에 있던 것이라도 원고가 팜플릿에 게재하였다면 이를 원고의 행위로 평가하여, 거짓·과장성이 인정된다고 봄이 타당함
- 원고는 이 사건 제품이 인체에 무해한지 여부에 대한 실험을 실시하는 등으로 확인을 하지 아니하고, 이 사건 제품의 팜플릿에 명시적으로 '착화초기 연기발생이 없고, 유독가스 발생이 거의 없음', '아간 질식사고 ZERO!'라는 문구로 광고를 하고, '인체에 무해하고'라는 문구가 포함된 소비자의 후기를 게재하였는데, 이는 원고가 팜플릿에 게재하였다면 소비자의 후기에 있던 것이라도 원고의 행위로 평가할 수 있고, 이는 거짓·과장성이 인정됨.

[(주)메타노이아의 부당한 광고행위 건(대법원 2021. 3. 11. 선고 2020두55558 판결)]

- 이 사건 표시 당시 이 사건 인증이 유효하게 존재했다고 하더라도 원고가 부정한 방법으로 인증을 받은 이상 표시의 거짓이나 과장성이 부정될 수는 없고, 또한 사업자의 인식 여부는 표시광고법상 금지행위의 요소가 아니므로 사업자가 이 사건 인증이 취소될 가능성을 인식하고 표시를 한 것인지 여부는 표시의 거짓·과장성 존재 여부 판단에 고려되지 않음
- 이에 대하여 원고들은, 이 사건 차량은 실내인증시험을 통과하여 이 사건 표시 당시 이 사건 인증이 유효하게 존재하였으므로, 이 사건 인증이 취소되기 전까지는 이 사건 표시에 거짓이나 과장성이 있다고 볼 수 없다고 주장하나, 원고들이 이 사건 차량에 이 사건 설정을 적용하여 거짓 그 밖의 부정한 방법으로 이 사건 인증을 받은 이상, 이 사건 인증을 받을 당시부터 이 사건 인증에는 하자가 존재하여 이 사건 차량이 대기환경보전법의 규정에 적합하게 제작되었다고 볼 수 없고, 이는 이 사건 인증이 이 사건 표시 당시에는 아직 취소되지 않은 상태였다고 하더라도 달리 볼 것이 아님.

- 위 규정은 표시·광고의 객관적인 성질이 거짓·과장인지 여부만을 금지행위의 요소로 삼아 위와 같은 표시 행위 자체를 금지하고 있을 뿐 사업자의 인식 여부를 금지행위의 요소로 하고 있지 않은 점, 행정법규 위반에 대하여 가하는 제재조치는 행정목적의 달성을 위하여 행정법규 위반이라는 객관적 사실에 착안하여 가하는 제재이므로 위반자의 의무 해태를 탓할 수 없는 정당한 사유가 있는 등의 특별한 사정이 없는 한 위반자에게 고의나 과실이 없다고 하더라도 부과될 수 있는 점 등을 종합하면, 원고들의 거짓·과장 인식 여부는 행정책임의 성립에 영향을 미치지 않는다고 할 것임.

[에프씨에이코리아(주) 및 에프씨에이이탈리아 에스피에이의 부당한 표시행위에 대한 건(서울고법 2022. 10. 26. 선고 2021누72996 판결, 고법 확정)]

- 칭호제품의 소비효율 1등급을 받았다고 하더라도 다양한 세부조건들을 어떻게 설정 하는가에 따라 냉난방비 지출액은 매우 큰 차이가 나므로, 냉난방비가 연 40만원 절감되거나 40% 절약된다는 광고는 사실을 지나치게 부풀린 것으로 과장광고에 해당함
- 원고가 제출한 실증자료나 원고의 수퍼로이 칭호 제품이 소비효율 1등급을 부여 받았다는 사실만으로 냉난방비가 연 40만 원 절감되거나 40% 절약된다는 점이 실증되었다고 보기 어렵고, 달리 이러한 이 사건 광고의 내용이 진실임을 증명하는 합리적이고 객관적인 근거가 없으므로 이 사건 냉난방비 광고는 사실을 지나치게 부풀린 것으로서 과장광고에 해당함.

[㈜엘지하우시스의 부당한 광고행위에 대한 건(서울고법 2023. 2. 16. 선고 2021누45390 판결²⁹⁾)]

2) 거짓·과장 표시·광고에 해당하지 않는다고 인정한 사례

- 광고표현이 다소 과장되었다고 하더라도 사회적으로 용인될 수 있는 정도라면 허위·과장광고에 해당하지 않음
- 원고가 아파트 분양광고를 하면서 “주거환경평가에서 최적의 전원요지로 평가를 받을 만큼 삶의 공간을 열어주고 있는 청학지구”라고 표현한 행위는 이 사건 광고가 기재된 카탈로그의 전체구성과 이 사건 광고의 위치 및 활자 크기, 주거환경평가의 주체 내지 수량화한 평가의 구체적 결과가 기재되어 있지 아니한 점, 광고 말미에 “평가를 받을 만큼”이라는 가정적 표현을 사용한 점 등을 종합하여 보면 해당 아파트의 환경, 교육, 교통여건 등 그 주거환경이 다른 지역에 비해 우수하다는 점을 간략하게 나타내기 위한

²⁹⁾ 상고심(대법원 2023. 6. 9. 선고 2023두37414 판결)은 심리불속행 기각함

여러 표현 중 일부로서 주거환경을 평가한다면 우수한 평가를 받을 만한 지역이라는 점을 강조하기 위한 표현이라고 보이고, 따라서 주거환경평가라는 표현을 사용하였다는 사정만으로 일반인들에게 환경영향평가와 같은 공식적인 제도로서 '주거환경평가'라는 제도가 있으리라고 오인시킬 우려가 있다고 단정하기 어려움. 또한 이 사건 광고 당시에는 쓰레기매립장이 도시계획시설로 결정고시되기 전으로 그 설치가 확정되었다고 할 수 없는 점, 쓰레기 매립장의 위치, 매립 대상 등에 비추어 쓰레기매립장이 이 사건 아파트의 환경에 미칠 영향이 그리 크다고 보이지 않은 점 등을 종합하면 "최적의 전원요지"라는 표현이 다소 과장되었다고 하더라도 이는 사회적으로 용인될 수 있는 정도라고 보이므로 이 사건 광고를 허위·과장 광고라고 보기 어려움.

[대한주택공사의 부당한 광고행위 건(서울고법 2001. 11. 15. 선고 2000누11224 판결³⁰⁾)]

- 주택할부금융회사들이 주택할부금융상품을 안내전단 형식으로 광고함에 있어 여신 거래기본약관에 따라 일정한 경우 예외적으로 금리가 변동될 수 있다는 사실을 광고내용에 포함시키지 않은 경우, 약관규제법 등에 의하여 약관의 내용을 명시 받을 것이므로 이를 허위·과장광고로 볼 수 없음
- 이 사건 주택할부금융상품들은 순수한 변동금리금융상품과 같이 우대금리 등의 기준금리에 연동되어 금리가 자동으로 변동되는 것이 아니라, 여신거래기본약관 제3조에 정하여진 '금융사정의 변화 기타 상당한 사유'가 있는 등의 이론바 사정변경의 원칙에 따른 금리변경의 요건에 해당되어 원고들이 금리변경권을 행사하였을 경우에만 예외적으로 금리가 변동될 수 있는 상품으로, 이와 같이 위 약관에 따라 일정한 경우 예외적으로 금리가 변동될 수도 있다는 사실은 소비자들이 원고들과 개별적인 할부금융거래약정을 한 때 약관의 규제에 관한 법률 제3조 등에 의하여 원고들로부터 위 약관의 내용을 명시 받고, 그 중요한 내용에 대하여 설명을 받게 될 것인 점에 비추어, 이는 주로 안내전단 형식인 이 사건 광고들에서 반드시 제공되어야 할 '소비자의 구매결정에 영향을 미칠 수 있는 중요한 사항'에 해당한다고는 할 수 없으므로, 이러한 사실을 이 사건 광고 내용에 포함시키지 않았다고 하여 그 광고의 내용이 허위·과장된 것이라고 볼 수 없음.

[6개 할부금융사들의 부당한 광고행위 건(대법원 2002. 6. 14. 선고 2000두4187 판결)]

30) 상고심(대법원 2003. 9. 26. 선고 2001누11229 판결)은 이러한 원심판결에 위법이 없다고 판시함

- ‘친환경’이라는 광고표현이 공정위의 ‘환경관련 표시·광고 심사지침’에 반한다고 하더라도 각종 법령상 용어의 의미와 용례 및 일반소비자의 인식에 부합하는 것이라면 허위·과장광고로 볼 수 없음
 - 친환경이라는 용어는 다양한 분야에서 유행처럼 사용되고 있고, 통일된 사전적 정의는 찾아보기 어려우나 기존 또는 다른 것에 비해 자원을 절약하거나 환경오염을 줄일 수 있는 것을 뜻하는 것으로 볼 수 있고, 각종 법령상 이 용어의 의미와 용례에 비추어 볼 때, 친환경이라는 많은 상대적인 개념으로서 건축자재의 라이프사이클 전체에 걸쳐 환경 또는 인체에 유해한 영향을 검증하는 것뿐만 아니라, 그 일부에서 또는 기존의 다른 것에 비해 그 유해한 영향 정도가 줄어든 경우도 ‘친환경적’이라고 충분히 발할 수 있으며, 일반 소비자 역시 건축내장재로부터의 실내공기 오염물질방출의 심각성이 부각되고 있는 현실 등을 감안할 때 그 방출기준의 준수 여부에 따라 등급별로 ‘친환경 건축자재’ HB마크를 부여하는 인증제도라는 원고의 이 사건 광고내용을 보고 위와 같은 건축자재가 그 라이프사이클 전체에서도 친환경적이라는 인상을 받을 것이라고 보기는 어려움. 또한 위원회의 환경관련 표시·광고에 관한 심사지침은 내부적 지침에 불과한 것으로 여기에 반한다고 하여 모든 표시·광고가 허위·과장광고라고 할 수도 없음.
- [한국공기청정협회의 부당한 광고행위 건(서울고법 2009. 8. 28. 선고 2009누2155 판결³¹⁾)]
- 국토해양부에 의해 국가철도망계획으로 반영되지 않은 상태에서 ‘GTX 건설계획’이란 광고를 한 것과 관련하여, 일반소비자는 ‘계획’이란 용어를 추진 중이란 의미로 인식할 뿐 확정된 단계로까지 인식하지 않으므로 허위·과장광고에 해당되지 않음
 - ① 계획이란 용어의 사전적 의미는 “앞으로 한 일의 절차, 방법, 규모 따위를 냠다 해야 하는 지정함, 또는 그 내용”으로서 “앞으로 이루려는 일에 대하여 그 내용의 규모, 실현방법 따위를 어떻게 정할 것인지 이리저리 생각함, 또는 그 생각”을 가리키는 ‘구상’이나 “미리 정하거나 예상하다”라는 의미의 ‘예정’과는 구별되는 점, ② 이 사건 광고 중 ‘계획’이라는 용어를 사용한 것이 허위인지 여부는 보통의 주의력을 가진 일반 소비자가 받아들이고 이해하는 ‘계획’이라는 용어의 의미를 기준으로 할 것인데 앞서 본 바와 같이 경기도에서 발표한 GTX 건설사업의 내용과 각 언론매체들이 GTX 건설계획안이 확정되었다고 보도한 점, 이 사건 광고에는 경의선 탄현역에 대한 내용도 포함되어 있는데 이를 ‘경의선 탄현역 (2009년 6월 예정)’이나 ‘경의선 탄현역(2009년 7월 1일 개통예정)’이라고 표시함으로써 GTX 건설사업에 관하여 ‘계획’이라는 용어를 사용한 것과 구별되는 점 등에 비추어 보면, 일반

31) 상고심(대법원 2009. 12. 10. 선고 2009두15920 판결)은 심리불속행 기각됨

소비자로서는 이 사건 GTX 사업의 주요 절차, 방법, 규모 등이 지정되어 추진 중이라는 의미에서 '계획'된 것으로 인식한다고 보일 뿐, 이를 '건설계획안'과 구별하여 반드시 국토해양부에서 국가계획으로 확정한 단계에까지 나아간 것을 뜻하는 것은 아니라고 보이는 점. ③ 이 사건 광고 당시 아직 국토해양부에서 GTX 건설사업을 국가철도망계획 등 국토계획에 반영한 단계가 아니라고 할지라도 이미 경기도에서 GTX 사업에 대한 검토용역을 마치고 국토해양부에 대하여 국토계획 등에 반영해 줄 것을 건의하는 등 적어도 경기도 차원에서는 '계획'을 확정하였다고 볼 여지가 있는 점, ④ 이 사건 광고가 경기도가 사실상 확정한 계획안을 마치 국토해양부에서까지 확정한 것처럼 부풀려서 광고하였다고 하더라도 이러한 과장의 정도가 일반 상거래의 관행 및 신의칙에 비추어 시인될 수 없을 정도로 사실을 지나치게 부풀린 것으로 보기는 어려운 점, ⑤ 아파트분양지를 모집하기 위한 이 사건 광고의 대상은 원고가 시행 중인 고양시 일산서구 덕이동에 있는 이 사건 아파트의 분양에 관심이 있는 일반 소비자라고 할 것인데, 위와 같은 소비자들은 이미 경기도의 GTX 사업계획안 발표와 이를 확정한 계획안으로 보도한 주요 언론매체를 통하여 이 사건 아파트의 가격, 선호도 등에 큰 영향을 미치는 GTX 건설사업의 추진경과에 대하여 잘 알고 있었다고 보이므로 소비자들이 객관적인 사실에 기초한 이 사건 광고로 인하여 속거나 잘못 알게 될 우려가 있다고도 볼 수 없는 점 등에 비추어 보면, 결국 이 사건 광고가 GTX 사업계획과 관련하여 사실과 다르게 광고하거나 사실을 지나치게 부풀려 광고하여 소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 할 우려가 있는 광고행위로서 표시·광고법상의 '허위·과장광고'에 해당한다고 보기 어려움.

[드림리츠의 부당한 광고행위 건(서울고법 2010. 12. 2. 선고 2010누-24311 판결³²⁾)]

- 내열유리의 요건이나 내열유리 해당여부를 판정하는 공식적 기준은 마련되어 있지 않으므로 한국산업규격상 일부 품질기준을 충족하지 못한다고 하더라도 일반 유리에 비해 내열성이 강화되어 있다고 볼 수 있다면 '내열강화유리'라고 표시·광고하였다고 하여 곧바로 허위·과장의 광고가 된다고 단정할 수는 없음
- 내열유리의 요건을 구체적으로 정의한 규정이나 내열유리 해당 여부를 판정하는 공식적 기준은 마련되어 있지 않으므로 원고 제품이 한국산업규격에 설정된 내열유리에 관한 일부 품질기준을 충족시키지 못한다고 하더라도, 일반 거래관념상 어느 유리제품을 내열유리라고 지칭하는 것만으로 당연히 한국산업규격에서 정한 내열유리의 품질기준을 충족시킨다고 이해되거나 일반 소비자들이 같은 취지로 인식하고 있다고 볼만한 특별한 사정이 인정되지 않는 한, 위 제품이 한국산업규격의 품질기준을 충족시킨다고 표시·광고한 바 없는 이

32) 상고심(대법원 2011. 4. 29. 선고 2011두334 판결)은 심리불속행 기각함

사건에서 원고가 일반 유리에 비하여 내열성이 강화되었다고 볼 수 있는 자신의 글라스락 제품에 관하여 '내연강화유리'라고 표시·광고하였다고 하여 곧바로 허위·과장의 광고가 된다고 단정할 수는 없음.

[삼광유리의 부당한 광고행위 건(대법원 2013. 3. 14. 선고 2011두7991 판결³³⁾]

- 원심(서울고법 2011. 2. 16. 선고 2010누12271 판결)은 글라스락 제품은 내열제 유리 식기에 대한 한국산업규격상 열충격 강도 요건은 충족하고 있으나 내열유리 속성에 가장 중요한 '열팽창계수' 기준에는 미달함에도, 이 제품이 내열유리와 강화유리의 특징을 함께 가진 '내열강화유리'라는 특허발명 기술로 제조된 것처럼 소비자를 오인하거나 오인할 우려가 있는 허위·과장광고에 해당한다고 판단함.

□ '표준약관 준수'라고 광고한 것은 상조서비스업자인 원고들의 약관조항들이 표준약관의 제정목적을 본질적으로 침해하여 소비자들에게 더 불리하다고 볼 수 없으므로 허위·과장광고에 해당하지 아니함

- ① 상조서비스업자인 원고들 약관에 납입금 선납의 경우 할인규정을 두면서 선납 후 원고들이 조기에 회원에게 역무행사 제공하는 경우에만 선납할인금을 반환하도록 한 것은 상조서비스 재정의 건전성 관점에서 합리적인 규제라 할 것인 점, ② 추가비용 발생 원인 제공자인 회원에게 그 비용을 부담시키는 약관조항이 불합리하거나 부당하다고 볼 수는 없는 점, ③ 회원의 귀책사유로 원고들이 행사장 도착 후 상조서비스가 취소되는 것을 요건으로 소정의 출동비를 회원으로 하여금 부담하도록 한 약관조항은 표준약관이 규정하지 않은 사항을 구체화한 것으로서 그 성격과 징수 출동비 액수에 비추어 회원에게 부당한 부담을 주는 것이라 할 수 없는 점, ④ 기초생활수급자가 된 회원에 대한 납입금의 환급 범위를, 기초생활수급자가 되기 전에는 일반 회원과 동일하게 해약환급금을 산정하고 기초생활수급자가 된 후에는 기초생활수급자를 배려하여 전액 환급하는 내용으로 구별한 원고들의 약관조항은, 기초생활수급자에 대한 공공부조의 목적을 사업자와 소비자간 사적 계약관계를 통해 강제적으로 규율하여 사업자에게 일방적으로 불리한 의무를 부단지우는 표준약관에 비하여 그 타당성과 합리성 측면에서 나은 점 등을 종합하면, 원고들의 위 약관조항들이 표준약관의 제정목적을 본질적으로 침해하여 소비자들에게 더 불리하다고 볼 수 없으므로 '표준약관 준수'라고 광고한 것은 허위·과장광고에 해당하지 아니함.

[보람상조개발 외 3개사의 부당한 광고행위 건(서울고법 2010. 11. 24. 선고 2009누35186 판결³⁴⁾]

33) 파기환송심(서울고법 2015. 11. 19. 선고 2013누9931 판결)에서도 같은 취지로 판단 후 재상고심(대법원 2016. 3. 24. 2015누4006 판결)은 심리불속행 기각함

□ 선임대 후분양 방식은 분양업체가 제3의 임차인을 확보해 수분양자와 임대차계약을 체결하는 방식 외 분양업체가 직접 수분양자와 임대차 계약을 체결하는 것도 가능함

- 피고는 선임대 후분양이라는 문구와 함께 “전문유통법인을 통해 장기 임차인을 미리 확보한 뒤 분양하는 선임대 후분양 상가방식은 해당 점포에 대한 임대계약이 미리 맺어진 상태에서 분양하기 때문에 분양받은 상가 투자자들은 매우 안정적인 임대수익을 올릴 수 있고, 공실에 따른 위험부담도 줄일 수 있다.”라는 표현을 거짓·과장광고로 적시함.
- 그러나 선임대 후분양은 수분양자가 분양을 받고나서 곧바로 임차인을 구하지 못하는 경우에 대비하여 일정기간 임차 수익을 보장하는 계약방식을 말하는 것으로, 이를 위하여 분양업체가 제3의 임차인을 확보해 수분양자와 임대차계약을 체결하도록 하는 방법도 있겠지만 분양업체 또는 분양업체가 지정한 업체가 수분양자와 임대차계약을 체결하는 방법도 가능함.

[고은타워의 부당한 광고행위 건(서울고법 2016. 12. 7. 선고 2015누63328 판결³⁵⁾)]

□ 원고가 “120여 개 브랜드 입점, 브랜드 직영방식으로 운영하여 단시간 내 매장활성화가 가능합니다”라고 광고가 다소 과장된 면은 있으나, 일반 소비자 입장에서는 조금만 주의를 기울여 광고본문까지 살펴보면 브랜드 입점 확정이 아닌 것을 알 수 있음

- 이 사건 광고의 직전적인 대상은 원고가 분양하는 수익형 상가의 투자에 관심이 있는 소비자 군이라고 할 것인데, 이에 속하는 소비자들은 언론매체 등을 통하여 이 사건 상가의 가격, 선호도 등에 큰 영향을 미치는 인근 롯데아웃렛 사업의 추진 경과 등을 비롯하여 주변 토지의 시세, 분양가격, 임대료 등에 관한 정보에 대하여 관심을 갖고 있었을 것으로 보임. 여기에 이 사건 광고의 분언상 120여 개 브랜드가 입점할 것이 확정되었다고 기재되어 있지 않은 점, 당시 부동산 업계의 현황에 비추어 사전 분양 단계에서 상가에 입점할 업체가 미리 확정되는 것은 매우 예외적인 상황인 점 등을 더하여 보면 소비자들이 이 사건 광고로 인하여 이 사건 상가의 투자 가치에 관하여 속거나 잘못 알게 될 우려가 있었다고 보기 어려움.

[고은타워의 부당한 광고행위 건(서울고법 2016. 12. 7. 선고 2015누63328 판결³⁶⁾)]

34) 상고심(대법원 2013. 6. 14. 선고 2011두82 판결)은 이러한 원심판결에 위법이 없다고 판시함

35) 상고심(대법원 2017. 4. 13. 선고 2017두31286 판결)은 심리불속행 기각함

36) 상고심(대법원 2017. 4. 13. 선고 2017두31286 판결)은 심리불속행 기각함

- 특허된 것으로 표시된 물건이 특허의 내용과 완전히 일치하지는 않는다고 하더라도 그 정도가 공중을 오인하게 하지 않을 정도라면 특허법 제224조 위반 및 표시광고법 제3조 제1항 제1호에서 금지하는 거짓·과장의 표시·광고에 해당하지 않는다고 할 것이고, 실용신안 등록의 대상인 고안구성의 변경 가능성을 고려하면, 견인베개가 실용신안의 권리범위에 포함된다면 이 사건 실용신안 관련 표시·광고가 거짓·과장의 표시·광고라고 보기는 어려움
- 실용신안법 제44조6), 특허법 제224조7)의 입법취지, 거짓·과장광고 행위에 관한 일반적 법리에 따르면, 특허된 것으로 표시된 물건이 특허의 내용과 완전히 일치하지는 않는다고 하더라도 그 정도가 공중을 오인하게 하지 않을 정도라면 특허법 제224조 위반 및 표시 광고법 제3조 제1항 제1호에서 금지하는 거짓·과장의 표시·광고에 해당하지 않는다고 할 것인 점, 실용신안등록의 대상인 고안은 '자연법칙을 이용한 기술적 사상의 창작'을 의미하는 것인 점(실용신안법 제2조 제1호 참조), 이 사건 실용신안의 명세서에도 '본원 고안은 청구범위에서 청구하는 청구의 요지를 벗어나지 않고도 당해 기술분야에서 통상의 지식을 가진 자에 의하여 다양하게 변경 실시될 수 있으므로, 본원 고안의 기술보호 범위는 상술한 특정의 바람직한 실시예에 한정되지 않는다' 라고 기재되어 구성의 변경 가능성이 명시되어 있는 점 등에 비추어 보면, 견인베개가 이 사건 실용신안의 권리범위에 포함된다면 이 사건 실용신안 관련표시·광고가 거짓·과장의 표시·광고라고 보기는 어려움.
- 이 사건 실용신안의 권리에는 견인베개에는 미치지 않고, 견인베개에는 이 사건 실용신안 중 독자적 효과를 가진 '양측'의 경추 받침부라는 구성요소가 빠져있음에도 일반적인 소비자는 이 사건 실용신안 관련 표시·광고를 통하여 견인베개가 이 사건 실용신안으로 보호받는 전체로서의 기술사상이 적용된 제품이라고 인식함으로써 사실과 다른 인식을 형성하게 될 것으로 보이는 점, 견인베개에 대해서는 실용신안을 받은 사실이 없음에도 실용신안 등록 제품이라고 표시·광고한 것 자체가 허위표시에 해당하고, 이러한 허위표시는 소비자를 오인시키는 행위에 해당하며, 소비자의 합리적인 구매결정을 방해함으로써 공정한 거래를 저해할 우려가 있다고 할 것인 점, 이 사건 실용신안 관련 표시·광고가 제품박스와 사용설명서에 명시되어 있는 이상 표시·광고의 크기가 작다고 하여 공정거래 저해성이나 소비자 오인성이 없다고 할 수 없는 점 등에 비쳐어 보면, 이 사건 실용신안 관련 표시·광고가 소비자를 속이거나 소비자로 하여금 관련 사실을 잘못 알게 함으로써 공정한 거래질서를 저해시키는 거짓·과장 광고에 해당한다고 볼이 상당함.
[티앤아이의 표시·광고법 위반행위에 대한 건(서울고법 2018. 11. 2. 선고 2017누40855 판결, 고법 확정)]

라. 기만적인 표시·광고(제1항 제2호)

1) 기만적인 표시·광고에 해당한다고 인정한 사례

- 이 사건 각 광고는 소비자의 구매의사 결정에 상당한 영향력을 미칠 수 있는 경제적 대가성 문구를 표시하지 않음으로써 사실을 은폐하거나 축소하는 등의 방법으로 소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 할 우려가 있는 광고에 해당된다고 인정하기에 충분함
- 다음과 같은 사정을 종합하면 이 사건 각 광고행위의 기만성이 인정됨. ① 일반적으로 인터넷 블로그나 카페 등을 통하여 상품 등에 관한 정보를 취득하는 소비자로서는 경제적 이해관계에 관한 아무런 표시가 없을 경우 블로그나 카페 등에 게재된 상품 등에 관한 이용후기가 블로그 운영자나 카페 이용자의 진실한 경험에 근거하여 자발적으로 게재된 것으로 생각하고 이를 이용하는 것이 일반적임. ② 따라서 블로그 운영자가 사업자로부터 돈을 지급받고 그 받은 대가로서 작성한 광고성 글을 사업자를 위하여 블로그에 게시함에 있어서 ‘블로그 글이 작성자 개인의 자연스러운 의사와 고유한 취향에 따른 지식, 의견, 평가, 느낌 등의 정보를 제공하기 위한 것이 아니라 경제적 대가를 지급받은 상업성 있는 광고라는 사실’은 해당 글에 대한 신뢰도를 좌우하는 요소로서 소비자들이 반드시 알아야 할 중요한 사항에 해당함. ③ 원고는 자동차와 같은 고가의 상품을 구입함에 있어 블로그 포스팅 등의 영향력은 크지 않고, 특히 경제적 대가성 문구를 기재하였는지 여부는 소비자의 구매선택에 중요한 영향을 미치지 않는다고 주장함. 그러나 오히려 이러한 물품에 있어서 전문성이 부족한 일반 소비자들은 상업적 광고보다는 블로그 운영자들이 자신의 지식과 경험 등을 토대로 자발적으로 작성하였을 것이라 생가되는 블로그 포스팅 등을 더 신뢰할 가능성을 배제할 수 없음. 특히 이 사건 각 광고행위 중 상당 부분이 자동차 제품 등을 주로 포스팅하는 파워블로그 운영자들을 통하여 이루어진 점을 고려하면, 일반 소비자들의 구매 결정 등에 상당한 영향력을 미쳤을 것으로 보임. 또한 이 사건 각 광고의 효과를 기대하여 1,200만 원 상당의 비용을 부담하여 광고행위를 한 원고가 이 사건 각 광고행위가 소비자의 구매에 미치는 영향이 극히 미미하다고 주장하는 것은 그 자체로 설득력이 떨어짐.

[아우디폭스바겐코리아의 부당한 광고행위 건(서울고법 2016. 4. 6. 선고 2015누35033 판결, 고법 확정)]

□ 이 사건 각 광고를 접하게 되는 일반 소비자로서는 원고의 이 사건 국제전형에 합격하면 영어능력 내지 수준에 관한 별다른 조건 없이 미국 주립대학에 정규입학하고 1년간 국내대학의 파견과정을 거쳐 2학년으로 미국 주립대학에 복귀하게 되는 것으로 잘못 알거나 잘못 알게 될 우려가 있다고 판단됨

○ ('국내유일 미국대학 정규입학' 부분에 대한 판단) 원고는 이 사건 국제전형에만 합격하면 영어능력과 상관없이 미국 소재대학에 정규입학이 가능한 것처럼 광고함으로써 이 사건 국제전형에 합격되더라도 해당 미국 대학이 요구하는 일정 정도의 영어수준을 충족하여야만 입학이 가능하다는 사실을 공개하지 않고 이를 은폐 또는 누락하는 방법으로 소비자를 기만하였고, 원고는 다른 유학원과 달리 국내에서 유일하게 미국 주립대학에 정규입학할 수 있는 이 사건 국제전형을 실시한다고 광고하여 사실과 다르거나 사실을 지나치게 부풀려 광고하였다고 봄이 상당함. 원고의 위 주장은 이유 없음.

○ ('국내대학에서 1년, 미국대학에서 3년 공부' 부분에 대한 판단) 교육부가 2012. 11.경 앞서 본 일명 '1+3 유학프로그램'이 고등교육법 등에 위배된다는 이유로 국내대학에 대하여 이를 폐쇄할 것을 명령하였고 이에 따라 위 프로그램을 국내에서 운영하여온 19개 대학은 이를 폐쇄한 점, 이 사건 각 광고시점인 2013. 10.경 광고에 언급된 국내대학들은 이 사건 국제전형에 참여하지 않았던 점 등에 비추어 보면, 위 광고는 사실과 다르거나 사실을 지나치게 부풀린 것으로서 거짓 또는 과장 광고에 해당한다고 충분히 인정할 수 있고, 원고 자신이 교육기관으로서 이 사건 국제전형에 포함된 영어 교육과정을 제공할 수 있다는 원고의 주장은 이에 영향을 미치지 아니함. 원고의 위 주장도 이유 없음.

[코리아타임스글로벌전형의 부당한 광고행위 건(서울고법 2015. 11. 12. 선고 2015누38506 판결)]

□ 원고의 전체 회원(29만여 명) 중 유료회원(7천여 명)의 비율이 3%임에도 그 구분 없이 광고한 것은 결혼중개업체로부터 본질적 서비스라 할 수 있는 이성소개 등의 서비스를 받을 수 있는 유료회원 수를 은폐하는 등 기만성이 인정됨

○ 유료회원과 무료회원은 원고로부터 받을 수 있는 서비스의 차이가 현저하고, 원고의 전체 회원 293,202명 중 유료회원이 7,776명으로서 그 비율이 3%에 불과함에도, 원고가 그 구분 없이 '20만 회원이 선택한 서비스'라고 광고한 것은 결혼중개업체로부터 본질적 서비스라 할 수 있는 이성소개 등의 서비스를 받을 수 있는 유료회원 수를 은폐하는 등 기만성이 인정됨.

[가연결혼정보의 부당광고행위 건(대법원 2014. 12. 24. 선고 2012두26708 판결)]

□ 골프장 27홀 중 대중골프장이 9홀 있음에도 골프장 27홀 모두가 회원제 코스인 것처럼
광고한 것은 사실을 은폐하거나 축소한 기만적인 광고임

- 표시·광고법 제3조 제1항 제2호에서 규정하는 기만적인 표시·광고는 사실을 은폐하거나
축소하는 등의 방법으로 표시·광고하여 소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게
할 우려가 있는 광고행위로서 공정한 거래질서를 저해할 우려가 있는 광고를 말함. 이
사건 골프장은 총 27홀 중 회원제가 18홀, 대중제가 9홀이고, 그 중 대중제 코스인 9홀은
회원 모집의 대상이 아니므로, 원고로서는 정회원 모집광고를 함에 있어 골프장 규모를
'18홀' 또는 '회원제 18홀, 대중제 9홀'이라고 표시했어야 함에도 불구하고, 마치 27홀
모두가 회원제 코스인 것처럼 '코스규모 : 27홀'이라고 광고한 것은 사실을 은폐하거나
축소한 것에 해당한다고 할 것임.

[금강종합건설의 부당광고행위 건(서울고법 2010. 9. 9. 선고 2010누9466 판결, 고법 확정)]

□ 관계 당국으로부터 건축허가를 받지 않았음에도 불구하고 이를 누락한 채 분양 상가의
층별 업종을 표시한 도면을 광고한 것은 기만적인 광고행위에 해당함

- 원고가 상가를 분양할 당시 건축허가를 받지 않은 상황에서 이러한 사실을 알아볼 수
있게 할 만한 다른 기재를 누락한 채 층별 업종을 표시한 그림(도면)을 게재함으로써 그
상가건물 전체의 층수나 규모가 건축허가를 받아 확정된 것처럼 광고를 한 것은 기만적인
광고행위에 해당함.

[씨엔디에프코리아의 부당한 광고행위 건(대법원 2006. 2. 10. 선고 2005두4175 판결)]

□ '불고기버거'라는 표현을 사용하면서 불고기버거의 주재료인 패티(고기조각)가 돼지
고기라는 사실을 밝히지 않은 것은 기만적인 광고에 해당함

- 원고들이 불고기버거라는 제품에 대한 TV광고를 하면서 불고기버거의 주재료인 패티
(고기조각)가 돼지고기라는 사실을 전혀 밝히지 않은 행위는 보통의 주의력을 가진 일반
소비자가 당해 광고를 봤을 때에는 전제적인 인상을 기준으로 하여 판단하여야 할 것이라는
전제 아래, ① 일반적으로 쇠고기가 돼지고기에 비하여 고급으로 인식되고 소비자들은
보통 불고기하면 쇠고기로 만든 것으로 이해하고 있으며, 원고들이 제조·판매한
햄버거의 패티에도 쇠고기만을 사용하여 왔으므로 패티의 재료를 밝히지 않은 채 단지
'불고기버거'라는 명칭으로 광고하는 경우 소비자들로서는 이를 쇠고기로 만든 햄버거로

오인할 우려가 있고, ② 원고들이 생선·닭고기를 재료로 사용하는 햄버거에 대하여 ‘휘시버거’, ‘치킨버거’와 같이 원재료의 종류를 알 수 있도록 상품명을 표기하여 웠음에도 돼지고기를 재료로 사용한 햄버거를 제조·판매하면서 단지 불고기 양념을 사용하였다는 사실만으로 쇠고기를 전혀 사용하지 아니한 제품에 대하여 ‘불고기버거’라는 제품명을 사용하여 광고하는 것은 쇠고기를 재료로 한 햄버거라고 오해되기를 바라고 한 것이라고 추정할 여지가 충분하며, ③ 원고들이 불고기버거의 시판 중에 별도의 제품인 햄버거에 대한 TV광고를 하면서 “맥도날드에서는 100% 순쇠고기 햄버거가 900원”이라고 광고한 것은 이와 함께 불고기버거의 패티가 돼지고기임을 밝히지 아니할 경우에 소비자는 광고의 전체적인 이미지로 인하여 불고기버거도 쇠고기로 만든 것으로 오인할 우려가 있고, ④ 일반적으로 음식의 재료가 쇠고기인지 돼지고기인지는 소비자의 상품 선택에 있어서 중요한 고려 요소라 할 것이므로, 위와 같은 내용으로 불고기버거를 광고하는 경우에 소비자 입장에서 패티의 재료에 대하여 그릇된 정보를 가짐으로써 합리적인 의사결정이 저해될 우려가 있으므로 사실을 은폐하거나 기만적인 방법을 사용하여 광고함으로써 소비자를 오인하였거나 오인하게 할 우려가 있는 기만적인 광고행위에 해당함.

[신백 등의 부당한 광고행위 건(대법원 2000. 12. 12. 선고 99두12243 판결)]

- ‘지독한 품질고집으로 대한민국 유가공협회 1위를 지켜왔다’는 표현을 사용하면서 유가공협회 회원사 중 매출액과 유가공 협회비 납부 순위에서만 1위라는 사실을 밝히지 않는 것은 기만적인 광고에 해당함
- 원고는 유가공협회 회원사 중 매출액이나 협회비 납부 순위에서 1위일 뿐, 원고 제품의 품질이나 안전성이 유가공협회에서 1위라고 할 수 없음은 원고도 다루지 아니하나, “완벽하지 않으면 만들지 않겠다는 지독한 품질고집으로 대한민국 유가공협회 1위를 지켜왔습니다”라는 광고에서는 매출액이나 협회비 납부 순위에서 1위라는 내용을 명시하지 않음으로써 광고내용의 전후맥락과 이 사건 광고 전체 내용상 보통의 주의력을 가진 일반 소비자에게 그 의미가 마치 원고의 제품의 ‘품질’이나 ‘안전성’도 유가공협회 회원사 중에서 1위라고 그릇되게 이해될 우려가 있으므로 이 부분 광고내용은 사실을 은폐하거나 축소하는 등의 방법으로 광고한 것으로 표시광고법 제3조 제1항 제2호의 ‘기만적인 광고’에 해당함.

[남양유업의 부당한 광고행위 건(서울고법 2011. 6. 15. 선고 2010누34691 판결, 고법 확정)]

□ 실제인 온돌마루와 달리 거실 및 주방의 바닥마감재로 고급스러운 이미지를 갖는 폴리싱타일이 시공된 사진과 함께 “특급호텔의 로비”, “명품주방” 등의 표현을 한 행위는 사실을 은폐하거나 축소하는 등의 기만적인 광고에 해당함

- 원고는 2009. 4. 17.부터 2010. 3.경까지 인터넷 홈페이지를 통해 아파트에 대한 분양 광고를 하면서 이 홈페이지 ‘공간평면안내’ 중 ‘인테리어’란에 바닥이 폴리싱타일로 시공된 거실의 사진과 함께 “특급호텔의 로비를 산책하다.”, “거실을 보다 넓게 디렉스하게 연출합니다.”라는 문구를, 마찬가지로 바닥이 폴리싱타일로 시공된 주방 사진과 함께 “잡지 속의 명품주방을 만나다.”는 문구를 기재한 광고를 하였고, 견본주택에 비치된 분양 안내책자에도 같은 내용의 광고가 실려 있었으며, 견본주택의 거실 및 주방 바닥마감재로 108.34㎡형, 108.35㎡형, 149.32㎡형에는 폴리싱타일이, 85.38㎡형에는 온돌마루가 사용됨.
- 견본주택 중 폴리싱타일로 시공된 거실의 아트월과 인접한 바닥면에 “거실 및 주방 바닥 폴리싱타일 마감은 전사용입니다. 본공사시 온돌마루가 시공됩니다.”라고 적힌 14cm ×5cm 크기의 안내 표지가 부착되어 있었던 사실은 인정되나, 그와 같은 안내표지는 주방에는 부착되지 않았으며, 거실에 부착된 것도 14cm×5cm에 불과하여 쉽게 인식할 수 있는 크기라고 하기 어렵고, 부착된 위치도 방문객의 동선과 눈높이에서 벗어난 아트월 쪽의 바닥면이었던 점에서, 이러한 안내표지만으로 앞서와 같은 광고로 야기된 일반 소비자의 오인가능성이 제거된다고 할 수 없는 점을 종합하여 보면, 이 부분 광고는 사실을 은폐하거나 축소하는 등의 기만적인 광고로서 소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 할 우려가 있는 광고에 해당함.

[한양의 부당한 광고행위 건(서울고법 2014. 6. 11. 선고 2013누9870 판결³⁷⁾)]

□ “투자금의 연 5%의 최저수익 보장”이라고 적시하면서 전환매장의 경우 임대차보증금 및 권리금 등 점포투자비 상당액을 투자금액에서 제외한다는 사실을 알리지 않은 경우 기만적인 광고에 해당함

- 이 사건 광고 중 다수는 “투자금의 연 5%의 최저수익을 보장하여 드립니다.”라고 적시하면서 어떠한 관련 조건이나 제한사항도 표시하지 않고 있음. 비록 이 사건 광고 중 일부에는 최저수익보장 문구와 따로 떨어진 부분에 “(건물 소유시 1~2억 투자예상)” 또는 “(점포비 제외)”라는 기재가 있긴 하나, 사회통념상 위 기재만으로 원고가 신규매장과

37) 상고심(대법원 2014. 10. 27. 선고 2014두38323)은 신히불속행 기각함

전환매장을 달리 취급하고 있음을 알기 어렵고, 오히려 위 기재는 적극적으로 투입될 금액이 낮음을 알려 투자를 유인하려는 의도에서 작성된 것으로 보일 뿐임.

- 거래 관념상 투자의 의미는 영업에 있어서 계속적, 정기적, 반복적으로 지출되는 자금인 운용비용에 대비되어 최초에 투입되어 고정되는 자금을 가리키는 것이 일반적이고, 고정적 으로 투입되는 자금의 중요한 부분을 차지하는 임대차보증금 및 권리금 등 점포투자비 상당액도 수익보장조항의 투자금액에 포함된다고 보는 것이 거래관념에 부합함. 그러므로 보통의 주의력을 가진 일반 소비자가 이 사건 광고를 받아들이는 전체적·궁극적 인상은 원고와 가맹계약을 맺으면 신규매장·전환매장에 따른 구분없이 개설비용과 점포투자비를 합산한 총 투자금의 연 5%를 최저수익으로 보장받을 수 있다는 것으로 보아야 함.

[제너시스비비큐의 부당한 광고행위 건(서울고법 2016. 10. 28. 선고 2016누42656 판결³⁸⁾]

- 사업자인 원고에게 자신의 개인정보를 제공하고, 그 정보가 제3자에게도 제공된다는 것은 소비자가 이벤트에 참여할지 여부를 결정함에 있어 핵심적 고려요소임에도, 원고는 배너·팝업 광고와 이와 연결된 이 사건 개인정보 수집 페이지 등을 통하여 개인정보 수집 목적을 은폐하거나 축소하는 방법으로 광고하였다고 봄이 상당함
- 개인정보 수집 페이지의 내용은 소비자가 원고의 경품 이벤트라는 용역에 참여할 경우 원고가 그 대가로 할인쿠폰을 제공한다는 것으로서, 표시광고법 제2조 제1호 나.목에서 정한 '거래 조건에 관한 사항'에 해당하고, 원고가 배너·팝업 광고와 이 사건 개인정보 수집 페이지를 통하여 이를 소비자에게 널리 알리거나 제시한 것으로, 광고로 봄이 상당함.
- 원고가 제시하는 팝업창의 문구는 개인정보를 수집·제공한다는 내용이 기재되어 있지 않거나, 수집·제공의 대상이 자신의 '개인정보'이고, 제공처가 보험회사임을 명확히 밝히지 않아 소비자가 이벤트 참여의 대가로 원고에게 자신의 정보를 제공하고, 나아가 그 정보가 보험회사에 전달되는 사실을 충분히 인식할 수 있는 내용은 아닌 것으로 보임.
- 원고가 각 오픈마켓에 만든 배너·팝업 광고창에는 쿠폰을 증정한다는 내용만을 기재하였고, 소비자가 원고의 배너·팝업 광고창을 클릭하면 이동하게 되는 이 사건 개인정보 수집 페이지에 오픈마켓의 로고를 크고 설명하게 표시한 것은 소비자들에게 자신의 이벤트를 오픈마켓 자체 이벤트인 것처럼 보이게 하려는 의도로 그와 같은 외관을 작출한 것이

38) 상고심(대법원 2017. 3. 9. 선고 2016두62849 판결)은 심리불속행 기각함

명백한 점 등을 종합하여 보면, 원고는 자신의 경품 이벤트를 오픈마켓 자체 이벤트인 것처럼 기만하여 광고하였다고 볼이 상당함.

[열심히커뮤니케이션즈의 부당한 광고행위 건(서울고법 2013. 12. 26. 선고 2012누40381 판결³⁹⁾]

- 이 사건 차량들이 실질적으로 배출가스 기준을 충족하지 못함에도 이 사건 소프트웨어 설치를 통하여 이 사건 인증을 받은 사실은, 보통의 주의력을 가진 일반 소비자들의 구매선택 등에 중요한 영향을 미칠 수 있는 사항에 해당하므로, 이러한 사실을 은폐하고 이 사건 차량들이 대기환경보전법 등의 규정에 적합하게 제작되었다거나 배출가스 기준을 충족한다는 내용의 이 사건 각 표시·광고는 표시광고법 제3조 제1항 제2호의 '기만적'인 표시·광고'에 해당함

[3개 자동차 제조·판매사업자의 부당한 표시·광고행위에 대한 건(대법원 2019. 10. 17. 선고 2019두31815 판결)]

- 원고는 실험의 대상과 환경 및 조건을 은폐하거나 축소하는 방법으로 광고하여 기만성과 소비자 오인성이 있고 공정한 거래질서를 해쳤으므로, 이 사건 각 광고행위는 기만적인 표시·광고에 해당함

- 소비자가 구매하는 것은 완제품이지 개별 부품이 아니며, 소비자가 구매 여부를 결정할 때 제한된 실험조건에서의 개별 부품의 성능보다는 실제 사용환경에서의 완제품 자체의 성능을 중요하게 고려하는 것이 일반적임. 그렇다면 이 사건 각 광고의 전체적인 취지는 완제품인 공기청정기 자체가 일정 수준 이상의 성능을 보유하고 있음을 표시·광고하는 것이라고 해석함이 타당함.
- 소비자들이 공기청정기 제품을 구매하려는 경우 실제 생활환경에서의 유해물질 제거율은 중요한 고려사항이므로, 성능이 측정된 실험공간의 크기, 실험대상, 실험방법 등 실험 환경 및 조건은 소비자가 알아야 할 중요한 정보에 해당하고 소비자의 실제 제품 사용환경이 성능을 측정한 실험환경과 차이가 있어 성능이 다르게 나타날 수 있다면 그러한 사실도 소비자에게 알릴 필요가 있음.
- 소비자들이 직접 세균 및 바이러스의 제거 성능을 검증하는 것이 불가능하여 사업자가 제시하는 정보에 의존할 수밖에 없는데, 이 사건 각 광고행위는 완제품인 공기청정기 자체의 성능 광고를 목적으로 하면서도 결과가 제시된 실험의 대상과 환경을 명시하지 않아, 소비자들은 원고가 제조·판매한 완제품인 공기청정기가 실제 사용 환경에서도

39) 상고심(대법원 2017. 4. 7. 선고 2014두1925 판결)은 심리불속행 기각함

99.9%의 항균력과 바이러스 제거 성능을 갖추고 있다고 오인하였다고 보이고, 이는 소비자들이 타사의 공기청정기와 원고의 공기청정기 중 어느 제품을 구매할지 선택하는데 중요한 영향을 끼쳤을 것으로 보임.

- 이 사건 각 광고행위는 소비자들의 제품 성능에 대한 평가 및 판단을 어렵게 만들어 합리적 구매결정을 방해할 우려가 있고, 공기청정기 제품의 성능을 정직하고 충실히 알리는 경쟁 사업자에 비하여 부당한 경쟁상 우위를 차지하게 될 우려가 있으므로, 관련 시장에서의 공정한 거래질서를 저해할 우려가 있음.

[청호나이스(주)의 부당한 광고행위에 대한 건(서울고법 2019. 7. 17. 선고 2018누71139 판결40)]

- 국내 판매차량에 대한 이 사건 광고에 해외 안전도 평가에서 우수차량으로 선정된 사실을 표시하면서 실제로는 국내 판매차량과 해외 판매차량의 관련 사양인 브래킷 장착 여부가 달라 국내 판매차량의 경우에는 해외 안전도 평가에서 우수 차량으로 선정될 수 없음에도 이러한 사실을 은폐하였음

- 이로 인하여 일반 소비자들로 하여금 국내 판매차량도 해외 판매차량과 마찬가지로 해외 안전도 평가에서 우수차량으로 선정될 정도의 안정성을 갖춘 것으로 잘못 알게 할 우려가 있으며, 이는 일반 소비자들의 구매 선택에 중요한 영향을 미치는 사항임. 또한 이 사건 광고 중 일부 하단에 작은 글씨로 ‘사진의 일부 사양은 판매 모델과 다를 수 있습니다’라는 기재가 있기는 하나, 위와 같이 관련 사양의 차이 등에 대한 구체적인 정보없이 형식적인 제한사항을 표시하는 것만으로는 일반 소비자들의 오인가능성을 제거하기에 부족함.

[한국도요타자동차(주)의 부당한 광고행위 건(대법원 2020. 5. 14. 선고 2020두33565 판결]

- 이 사건 대부분 광고행위(AC-36PHSAWK, AC- 375CPAWQ 모델에 관한 카탈로그 광고 제외⁴¹⁾)는 소비자가 이온식 공기청정 제품을 구입하는데 중요한 정보인 바이러스 제거 수치에 관하여, ‘바이러스 제거율 99%’의 실험결과가 실제 사용환경과 차이가 있는 제한된 실험조건 아래에서 얻은 결과임을 은폐·누락하고, 마치 실제 사용 환경에서도 유사한 성능을 발휘할 것처럼 광고한 것에 해당함

- 이 사건 대부분 광고행위의 근거로 제시한 실험결과는 밀폐된 소형 시험 챔버 공간에서

40) 상고심(대법원 2019. 11. 14. 선고 2019두49397)은 심리불속행 기각함.

41) 이 사건 광고 중 AC-36PHSAWK, AC- 375CPAWQ 모델에 관한 카탈로그 광고는 이온발생장치의 바이러스 제거율을 표시하면서 실험에 사용한 챔버 크기, 가동 시간을 명시하고 있으므로 이 부분 광고는 소비자를 기관하고 잘못 알게 할 우려가 있는 광고에 해당하지 않음

완제품인 이 사건 이온식 공기청정 제품이 아니라 개별 부품인 이온발생장치(바이러스닥터)의 성능을 측정한 것으로, 실험 공간 및 방법이 소비자의 실제 제품의 사용 환경과 크게 차이가 있는 점, ② 특히 이 사건 대부분 광고 행위 중에는 부유물질이 제거되는 실내 공간 사진을 배경으로 실험조건의 구체적인 기재 없이 실험결과가 표시된 것도 있는데 이 경우 보통의 주의력을 가진 일반 소비자는 일반적인 실내 공간에서 원고의 이온식 공기청정 제품을 사용하면 광고에서 표시된 것과 같은 성능이 발휘될 것으로 오인할 가능성이 매우 높은 점, ③ 실험조건과 실제 사용 환경의 차이를 파악할 수 있는 구체적인 수치정보 없이 “※ 제거율은 실험실 조건이며 실사용 조건에 따라 차이가 있을 수 있다”는 형식적인 제한사항을 표시한 것만으로는 ‘바이러스 99% 이상 제거율’로 표시된 이 사건 대부분 광고행위의 전체적인 인상에 비추어 소비자의 오인 가능성을 제거하기 부족한 점 등을 이유로, 이 사건 대부분 광고행위는 ‘소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 할 우려’가 있는 기만적인 광고에 해당한다고 본 원심 판단은 정당함.

- 원심(서울고법 2019. 10. 31. 선고 2018누69945 판결)은 원고가 정확한 정보 전달 차원에서 실험결과뿐만 아니라 실험조건(시험챔버의 크기, 가동된 이온발생장치의 수와 가동시간 등)을 이 사건 광고에 함께 기재할 필요가 있다고 판시함.

[삼성전자(주)의 부당한 광고행위 건(대법원 2021. 3. 11. 선고 2019두60646 판결)]

□ 이 사건 광고 ‘합격자 수 1위’ 및 ‘공무원 1위’와 관련한 순위의 근거가 되는 ‘제한 사항’ 표시의 크기, 위치 등을 고려할 때 주된 광고와 결합하여 인식하기가 어려워 일반 소비자들로 하여금 잘못 알게 할 우려가 있는 광고에 해당함

○ 이 사건 대부분 광고에 사용된 ‘합격자 수 1위’ 표현을 제한사항의 인식 없이 접한 소비자들은 원고가 공인증개사 자격시험에서 한 회차 최다 합격자를 배출한 기간 이 광고들이 게재된 기간 동안 계속되었다거나 누적 합격자 수가 1위로 오인할 가능성이 커보이며, ‘공무원 1위’ 표현의 주요한 인상은 공무원 시험을 준비하는 사람 중 원고의 교육서비스 이용자 수가 1위 또는 시험에서 합격한 사람의 수가 1위라는 의미 등 공무원 시험에서의 성과와 관련된 순위로 인식될 가능성이 크고 그 제한사항인 브랜드 인지도 또는 브랜드만족지수와 같은 순위로 생각하기 쉽지 않을 것으로 보이며 그럼에도 그 제한사항을 소비자들로 하여금 인식하기 어렵게 표기하였음.

[㈜에듀윌의 부당한 광고행위에 대한 건(서울고법 2023. 5. 18. 선고 2023누40316 판결, 고법 확정)]

2) 기만적인 표시·광고에 해당하지 않는다고 인정한 사례

□ 결혼정보분야 1위라는 표현이 포함된 광고에서 랭킹순위에 관한 설명을 부과하고 그에 대한 근거자료로 '랭키틀바 6만명 패널의 인터넷 사용정보'를, 그 순위기준으로 'User Session Visits'를 제시한 경우 기만성이 인정되지 않음

- 이 사건 광고 중 랭킹순위에 관한 설명이 부가된 광고를 접한 일반 소비자가 랭킹순위의 의미를 모두 알 수는 없더라도 '인터넷 사용 정보'와 'User', 'Visits' 등의 표현으로부터 랭킹순위가 적어도 인터넷 사용자들의 웹사이트 방문기록을 토대로 정해진다는 사실을 알 수 있었을 것으로 보이므로 기만성이 있다고 보기 어려움.

[가연결혼정보의 부당광고행위 건(대법원 2014. 12. 24. 선고 2012두26708 판결)]

□ '불고기버거' 광고지에 자신의 상호는 밝히지 아니한 채 '© 1998 McDonald's Corporation'이라고 표시한 것은 기만적인 표시행위에 해당되지 아니함

- 원고 주식회사 신맥은 미국 맥도날드사와의 라이센스계약에 의하여 상호·상표 및 서비스 표장을 사용할 수 있고, 그 동안 제조·판매하는 햄버거 제품을 광고함에 있어서 제조회사를 맥도날드사라고 표시하였을 뿐 자신의 상호는 사용하지 아니한 점, '© 1998 McDonald's Corporation'이라는 표시는 광고지에 표기된 1998년 월드컵 공식지정 레스토랑 분구의 저작권이 맥도날드사에 있다는 점을 밝히기 위한 것으로 보이는 점, 햄버거라는 인스턴트 식품으로서의 제품 특성에 비추어 미국에 위치한 맥도날드사에서 전적으로 제조된 제품을 한국에서 판매한다고 이해하는 소비자들은 별로 없을 것으로 보이고, 위 표시를 본 일반소비자 입장에서는 위 원고가 맥도날드사와 모종의 계약을 맺고 그 상표 등을 적법하게 사용할 수 있다거나 맥도날드사의 합작법인이 위 제품을 제조·판매하는 것으로 생각하는 것이 일반적인 수용 태도라고 보이는 점 등을 종합하여 보면, 위 원고가 매장 내에서 식판 반침으로 사용하는 '불고기버거'의 광고지에 자신의 상호는 사용하지 아니한 채 중앙 오른쪽에 큰 글씨로 '맥도날드 불고기버거세트'라고 제품명을 밝히고 하단 왼쪽에 '© 1998 McDonald's Corporation'라고 표시하는 행위를 하였다고 하여 이로써 맥도날드사가 그 표시·광고의 주체이고 '불고기버거'를 맥도날드사가 직접 제조·판매하는 것으로 소비자들을 오인하게 할 기만적인 표시행위에 해당된다고 할 수 없음.

[신맥 등의 부당한 광고행위 건(대법원 2000. 12. 12. 선고 99두12243 판결)]

마. 부당한 비교 표시·광고(제1항 제3호)

□ 자동차 엔진내부세척제를 타사제품과 비교광고하면서 그 비교기준이 적정하고 합리적으로 설정된 것으로 볼 수 없다면 부당한 비교광고에 해당함

- 중외산업이 자동차 엔진내부세척제로 생산 판매하는 '엔파'을 타사가 생산 판매하는 '불스원샷'과 비교하면서 '엔파'를 사용한 차량의 유해가스 배출량 감소비율이 2배 정도 커 '엔파'의 품질과 성능이 너 우수하다는 취지로 광고한 행위는 유해배스 배출량이 총점에 사용된 차량의 차종이나 그 제작연도 등에 따라 달라질 수 있는 점 등에 비추어 보면 그 광고의 비교기준이 적정하고 합리적으로 설정된 것으로 보기 어렵다고 할 것이므로, 이와 같은 광고행위는 소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 할 우려가 있는 '부당하게 비교하는 광고'에 해당함.

[엔파의 부당한 광고행위 건(대법원 2003. 2. 26. 선고 2002다67062 판결)]

□ 동일한 시장의 경쟁상품이라고 할 수 없는 제품을 자기 제품과 비교하여 마치 자기의 제품이 비교대상 제품과 대등한 효과가 있는 것처럼 광고한 행위는 부당한 비교광고에 해당함

- 원고의 제품은 식품이고, 원고가 광고에서 비교한 제품인 비아그라는 발기부전 전문치료제인 의약품으로서 두 제품은 동일 시장의 주된 경쟁관계에 있는 상품이라고 볼 수 없고, 대상 실험군의 수에 비추어 그 연구결과가 구체적으로 검증되었다고 보기 어려운 발기부전에 대한 개선효과의 유효성 비율에 관한 연구결과를 내세워 발기부전 전문치료제인 비아그라와 비교하여 마치 원고의 제품이 발기부전 전문치료제인 의약품과 대등한 효과가 있는 것처럼 광고한 행위는 부당한 비교광고에 해당함.

[벤트리의 부당한 광고행위 건(서울고법 2004. 4. 29. 선고 2003누6650 판결⁴²⁾)]

□ 종류가 다른 원료의 성분 중 자기 제품에 유리한 한 가지 성분만을 비교대상으로 삼아 다른 사업자의 상품과 비교하여 광고한 것은 부당한 비교광고에 해당함

- 표시·광고법 제3조 제1항 제3호 소정의 부당하게 비교하는 광고라 함은 '비교대상 및 기준을 명시하지 않거나 객관적인 근거 없이 자기 또는 자기의 상품이나 용역을 다른 사업자 또는 다른 사업자의 상품과 비교하여 우량 또는 유리하다고 광고하는 것'인바, 원고의 제품은 오가피를 원료로 만들었고 비교대상이 된 다른 사업자의 제품은 오가피

42) 상고심(대법원 2004. 10. 14. 선고 2004두6112 판결)은 이러한 윤실판결에 위법이 없다고 판시함

또는 가시오가피를 원료로 만든 것인데, 오가파와 가시오가피는 종, 과실의 종자 수, 가시모양, 효능이 달라 이를 각 원료로 한 제품을 비교대상으로 삼을 수는 없다 할 것이고, 게다가 비교대상 제품의 원료로는 가시오가피 뿐만 아니라 두충, 대추 등의 다른 여러 생약제 성분이 들어있고 그 조성비가 제품마다 다르며, 아칸토사이드D 성분은 오가파속 식물뿐만 아니라 대혈, 겨우사리 드롭나무 등에도 들어있어 아칸토사이드D 성분의 함량만으로 각 제품의 원료의 진품여부, 원료의 품질정도, 원료의 사용량을 합리적으로 비교할 수 없으므로, 원고가 종이 다른 원료의 성분 중 원고 제품에 유리한 한 성분만을 비교대상으로 삼아 자기에게 유리한 대상만을 다른 사업자의 상품과 비교하여 광고한 행위는 소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 할 우려가 있어 부당비교광고에 해당함.

[수신]오가피의 부당한 광고행위 건(대법원 2005. 3. 10. 선고 2004두9654 판결)]

바. 비방적인 표시·광고 (제1항 제4호)

1) 비방적인 표시·광고에 해당한다고 인정한 사례

- 객관적이고 타당한 방법으로 이루어지지 않은 실험결과를 근거로 자신의 제품과 경쟁관계에 있는 제품을 실제보다 현저히 위험한 것처럼 소비자를 오인시킬 우려가 있는 광고는 비방광고에 해당함
- 원고(PVC창호와 경쟁관계에 있는 알루미늄창호를 생산)가 “화재시 가장 치명적인 것은 PVC 새시에서 발생하는 살인 유독가스(염화수소가스)입니다.”라고 광고한 것은 화재발생시 PVC창호에서 발생하는 염화수소가스가 인체에 가장 치명적인 유독가스로서 그것이 사망을 사망에 이르게 하는 것처럼 받아들여질 가능성이 매우 높아 보이는 바, 비록 화재 시 PVC창호에서 유독가스에 해당하는 염화수소가스가 일부 발생할 수 있다고 하더라도 그것이 인체에 가장 치명적인 유독가스이고 사망의 주된 원인이라는 점에 관하여는 이를 인정한 증거가 부족하므로 이 부분 광고는 비방적인 광고에 해당함.
- 원고가 “PVC 창틀은 섭씨 290°C에서 완전 용해·발화 후 6분이면 옆방 1개실로 연화(불번짐)된다”고 광고한 것은 PVC창호가 불이 쉽게 번지는 재료이고 씨랜드 화재가 PVC창호의 불번짐으로 인하여 일어났던 것처럼 받아들여지는 바, 특히 위 광고내용이 진실하다는 입증은 합리적·객관적 근거에 의하여야 하고, 원고가 주장하는 위 실험결과를 합리적·객관적 근거로 사용하기 위해서는 그 실험이 법령에 의한 기관이나 사업자와 독립적으로 경영되는 기관 등에서 학술계 또는 산업계 등에서 일반적으로 인정된 방법

등 객관적이고 타당한 방법으로 실시한 결과이어야 하며, 객관적이고 타당한 방법으로 실시한 실험이 되기 위해서는 실험조건이나 시료, 환경, 방법 등이 합리적이고 공정한 것이어야 한에도 불구하고 원고가 제출한 실험결과는 그것이 객관적이고 타당한 방법으로 이루어졌다고 인정하기 어려우므로 이 부분 광고는 비방적인 광고에 해당함.

[알미늄암출공업성실신고회원조합의 부당한 광고행위 건(서울고법 2007. 5. 17. 선고 2006누23861 판결, 고법 확정)]

□ 원료가 다르고 생리활성성분이 다양함에도 특정 성분만을 기준으로 비교하여 다른 사업자에게 불리한 사실만을 광고한 행위는 비방광고에 해당함

- 표시·광고법 제3조 제1항 제4호 소정의 비방광고란 '다른 사업자 또는 다른 사업자의 상품 등에 관하여 객관적인 근거가 없는 내용으로 광고하여 비방하거나 불리한 사실만을 광고하여 비방하는 것'을 의미하는바, 아칸토사이드 성분만이 오가피의 유일한 효과 있는 성분이라고 할 수 없고, 원고가 제시한 증거들은 원고의 광고내용에 대한 객관적인 근거자료가 될 수 있으며, 비교된 다른 사업자의 제품들에는 각각 다른 원료도 첨가되어 있음에도, 아칸토사이드 성분만을 비교하여 광고한 것은 다른 사업자의 상품에 대하여 객관적인 근거를 갖지 아니한 내용으로 광고하여 비방하거나 불리한 사실만을 광고하여 비방하는 광고에 해당함.

[수신오가피의 부당한 광고행위 건(대법원 2005. 3. 10. 선고 2004두9654 판결)]

* 참고 : 한국자연과학의 부당한 광고행위 건(서울고법 2003. 11. 11. 선고 2003누1648 판결⁴³⁾)

□ 경쟁사업자의 신용, 이미지를 실추시키거나 부정적인 기업이미지를 심어주려는 의도로 광고한 것이라면 비방광고에 해당함

- 원고가 자기의 경쟁사인 미디어월 대표이사와 대구벼룩시장의 인쇄업체인 (주)대원인쇄의 대표이사가 형제사이라는 점을 들어 객관적 근거 없이 미디어월이 공개한 세금계산서가 허위로 작성, 발행된 것이라고 광고하고, 경쟁사가 수익금을 모두 대구가 아닌 외지로 유출하여 지역경제에는 아무런 도움을 주지 않다는 내용으로 광고하여 경쟁사의 신용이나 이미지를 실추시키거나 부정적인 기업 이미지를 심어주려는 의도로 광고한 것은 비방적인 광고행위에 해당하며, 어휘와 문구내용 등에 비춰볼 때 단순히 경쟁사인 미디어월의 대구 벼룩시장에 관한 광고에 대해 손해 방지를 위한 소극적인 방어차원에서 이뤄진 대응광고라고 보기 어려움.

[교차로의 부당한 광고행위 건(서울고법 2004. 5. 19. 선고 2002누8130 판결⁴⁴⁾)]

43) 상고심(대법원 2004. 3. 12. 선고 2003두14482 판결)은 식리불속행 기각함

2) 비방적인 표시·광고에 해당하지 않는다고 인정한 사례

- 인체 유해성에 관해 어느 정도 객관적 근거가 있다면 경쟁 제품에 관하여 다소 과장된 우려를 불러일으키더라도 비방광고로 보기 어려움
- 어떠한 제품의 인체 유해성에 관하여 어느 정도 객관적 근거를 갖춘 우려가 제기되어 현실적으로 논란이 되고 있다면, 그 유해성이나 유해 수준이 과학적으로 명백하게 입증되지는 않았다고 하더라도 경쟁 제품이 갖고 있는 위와 같은 유해의 가능성 또는 위험을 언급하거나 지적하는 내용의 광고에 대하여 합부로 공정한 거래질서를 저해할 우려가 있는 비방광고로서 금지하여야 한다고 단정할 것은 아닌. 원고가 이 사건 광고에서 지적한 플라스틱 용기에서의 환경호르몬 용출가능성과 그로 인한 인체 유해성에 관한 우려는 비록 논란의 여지는 있으나 우리 사회 내에 현실적으로 존재하는 우려로서 이를 뒷받침할 만한 나름의 근거도 있다고 보지 않을 수 없고, 따라서 원고가 이 사건 광고에서 위와 같이 현실적으로 존재하는 소비자들의 우려와 그에 관한 근거에 기초하여 자신의 제품의 비교우위를 소비자들에게 널리 인식시킴으로서 그에 대한 구매의욕을 고취시키고자 한 것이 다른 한편으로 경쟁업체의 제품에 관하여 다소 과장된 우려를 불러일으키는 면이 있다고 하더라도 그러한 사정만으로 이 사건 광고가 곧 비방적인 광고에 해당한다고 볼 수는 없음.

[삼광유리의 부당한 광고행위 건(대법원 2013. 3. 14. 선고 2011두7991 판결⁴⁵⁾)]

사. 입증책임

- 표시·광고행위를 한 사업자 등에게 표시·광고에서 주장하는 내용 중 사실과 관련한 사항이 진실임을 합리적·객관적 근거에 의하여 입증할 책임이 있음
- 표시광고법 제3조 제1항 제1호, 제5조 제1항, 같은 법 시행령 제3조 제1항의 각 규정에 의하면, 표시·광고행위에 있어 표시·광고행위를 한 사업자 등에게 표시·광고에서 주장하는 내용 중 사실과 관련한 사항이 진실임을 합리적·객관적 근거에 의하여 입증할 책임이 있는 것이고, 입증책임이 있는 당사자가 그 주장사실을 증명할 만한 아무런 증거를 제출하지 않은 채 상대방에게 반대증거의 제출을 요구하였으나 상대방이 이에 응하지 않았다고 하여 그 주장사실이 추정되거나 또는 입증의 필요가 상대방에게 돌아가게 되는 것은 아님.

44) 상고심(대법원 2004. 8. 31. 선고 2004두6402 판결)은 심리불속행 기각함

45) 파기환송심(서울고법 2015. 11. 19. 선고 2013누9931 판결)에서도 같은 취지로 판단 후 재상고심(대법원 2016. 3. 24. 2015두4006 판결)은 심리불속행 기각함

- 원고는 이 사건 상품이 10% ~ 30%의 연비 개선효과를 가지고 있다고 구체적인 수치를 제시하여 이 사건 표시·광고행위를 하였으므로 그 사실을 스스로 합리적·객관적 근거에 의하여 입증하여야 할 책임이 있음에도, 그 주장사실은 증명한 만한 증거를 제출하지 못하고 있음. 2013년에 시행된 환경부 수도권 대기환경청의 배출가스에 대한 측정 자료도 이 사건 상품이 이 사건 처분 당시 10% ~ 30%의 연비 개선 효과를 가지고 있었다는 점을 객관적으로 증명할 만한 내용을 담고 있지 않을 뿐만 아니라, 이는 이 사건 처분 후 상당한 기간이 경과된 뒤에 작성된 것으로 이 사건 처분의 적법 여부를 판단하는 자료로 사용하기에 적절하지 않음.

[모터파워의 부당한 광고행위에 대한 건(서울고법 2015. 8. 19. 선고 2014누73038 판결⁴⁶⁾]

아. 공정거래성 저해성

- 공정거래저해성 여부는 광고가 소비자의 합리적 구매 결정을 방해함으로써 관련시장에서의 공정한 거래질서를 저해할 우려가 있는지 여부를 기준으로 판단함

- 난로제품의 원료 및 안정성은 소비자의 제품 구매선택에 영향을 미치는 핵심요소에 해당하며, 주원료가 무연탄임에도 자연산 숯인 것처럼 표시·광고하고, '인체에 무해하다' 등의 표현이 사용된 팜플릿을 이용하여 이 사건 제품이 인체에 무해한 것처럼 표시·광고한 이 사건 행위는 소비자의 합리적인 선택을 방해하여 공정한 거래질서를 저해하거나 저해할 우려가 있으므로, 공정거래저해성이 인정된다고 봄.

[(주)메타노아아의 부당한 광고행위 건(대법원 2021. 3. 11. 선고 2020두55558 판결)]

- 공정거래질서를 저해할 우려가 있으면 족하고, 실제 공정거래질서가 저해되는 결과가 발생하여야 하는 것은 아님

- 표시광고법 제3조 제1항 위반으로 인정되기 위해서는 기만적인 광고로 공정한 거래질서를 저해할 우려가 있다고 인정되면 족하고, 실제로 공정한 거래질서를 해치는 결과가 발생하였음이 증명되어야 한다고 볼 수 없음.

[한국도요타자동차(주)의 부당한 광고행위 건(대법원 2020. 5. 14. 선고 2020두33565 판결)]

46) 상고심(대법원 2015. 12. 10. 선고 2015두51262 판결)은 심리불속행 기각함

4. 중요정보의 고시 및 통합공고(제4조)

- 표시·광고법 제4조가 '표시·광고에 포함하여야 할 사항과 방법'을 대통령령이나 총리령, 부령이 아니라 공정거래위원회의 고시에 직접 위임하는 것은 헌법에 위배되지 아니함
- 헌법이 인정하고 있는 위임입법의 형식은 예시적인 것으로 보아야 할 것이고, 법률이 어떤 사항을 행정규칙에 위임하더라도 그 행정규칙은 위임된 사항만을 규율할 수 있는 것이므로, 국회입법의 원칙과 상치되지 아니함. 다만, 행정규칙은 법규명령과 같은 엄격한 제정 및 개정절차를 요하지 아니하므로, 기본권을 제한하는 작용을 하는 법률이 입법위임을 할 때에는 대통령령, 총리령, 부령 등 법규명령에 위임함이 바람직하고, 고시와 같은 형식으로 입법위임을 할 때에는 적어도 행정규제기본법 제4조 제2항 단서에서 정한 바와 같이 법률이 위임한 사항이 전문적·기술적 사항이나 경미한 사항으로서 업무의 성질상 위임이 불가피한 사항에 한정된다고 할 것이고, 그러한 사항이라 하더라도 포괄위임금지의 원칙상 법률의 위임은 반드시 구체적·개별적으로 한정된 사항에 대하여 행하여져야 할 것임. 이 사건 모법조항은 소비자의 보호 또는 공정한 거래질서의 유지를 위하여 사업자 등이 표시·광고함에 있어 포함하여야 할 사항과 그 방법을 규율하기 위한 것임. 그런데 표시·광고에 포함하여야 할 사항과 표시·광고의 방법은 각 사업의 특성에 따라 달라질 수밖에 없고, 사업의 종류는 매우 다양할 뿐만 아니라 새로운 사업이 발생함에 따라 그에 대한 새로운 규율이 필요하게 됨. 따라서 표시·광고에 포함하여야 할 사항과 그 방법을 일률적으로 규정하기는 곤란하고, 그 판단은 어느 정도 전문적·기술적인 것으로 그 규율영역의 특성상 소관부처인 공정거래위원회의 고시로 위임함이 요구되는 사항이라고 볼 수 있음. 따라서 이러한 내용을 법규명령에 위임하지 아니하고 고시에 위임하는 것은 허용됨.

[상조업 회사들이 청구한 중요한 표시·광고사항 고시의 내용에 대한 위헌확인 건(현재 2012. 2. 23. 선고 2009헌마318 결정)]

- '중요한 표시·광고사항 고시'의 상조업종 중요정보 항목 중 '차량의 종류 및 무료로 제공되는 차량거리', '총 고객환급의무액', '고객불입금에 대한 관리방법', '표시장소' 부분은 헌법에 위배되지 아니함
- ① 장례차량은 상조업자가 제공하는 서비스 중 중요 부분을 차지하는 서비스이며, 제공되는 차량 종류에 따라 상품 가격도 달라질 수 있는 부분으로서, 이 사건 고시 조항 중 '차량의 종류 및 무료로 제공되는 차량거리' 부분은 그 내용을 표시·광고에 포함시키지 아니할 경우

소비자가 상조업자를 선택함에 있어 다른 상조업자와의 비교를 곤란하게 하거나, 또는 전국 어느 지역까지도 차방이 무료로 제공되어 추가적인 비용부담이 없을 것으로 오인시킬 수 있는 사항이므로, 법 제4조 제1항 제2호 다목에 해당하고 표시·광고가 필요한 부분임.

② 상조업은 상(喪)이 발생하기 전부터 상을 대비하여 회원들이 불입금을 납입하는 선불식 계약이므로, 상조업자가 자산관리를 잘못하여 파산하거나 관리자의 횡령 등 사고가 있는 경우 소비자들은 계약이행이나 불입금의 반환을 보장받을 수 없음. 그러므로 상조업자의 도산 등에 따른 소비자 피해를 예방하기 위하여 소비자들이 상조회사에 가입하기 전에 그 상조회사의 자산건전성 및 소비자들이 납입한 불입금이 어떻게 관리되고 있는지에 대한 정보를 충분히 얻고 가입여부를 결정할 수 있도록 할 필요가 있음. 따라서 이 사건 ‘총 고객환급의무액’, ‘고객불입금에 대한 관리방법’ 부분은 법 제4조 제1항 제2호 다목에 해당하고 표시·광고가 필요한 부분임.

③ 청구인들이 문제 삼는 위 각 부분들이 법 제4조 제1항 각 호에 해당되는 이상, 그 표시장소를 이 사건 고시 조항에서 규정한 것은 법 제4조 제1항 본문에서 규정한 ‘표시·광고의 방법’을 고시한 것에 해당하는 것이므로 위인의 한계를 일탈하였다고 볼 수 없고, 상조업의 경우 소비자가 상조업자의 사업장을 방문하지 아니하고 계약체결 및 용역제공이 이루어지는 경우가 많다는 특성상, ‘사업장 게시물(홈페이지), 상품설명서 및 계약서’ 중 어느 한 곳에만 중요정보를 표시하도록 한다면 고객이 확인하지 못할 가능성이 크고, 이러한 중요정보는 소비자가 계약체결 전 여러 상조업者 중 하나를 선택하는 과정부터 실제로 계약을 맺은 상조업자로부터 약속한 서비스를 제공받게 되는 시점까지 계속적으로 소비자에게 제공될 필요가 있는 것들이라는 점 등을 고려하면, 소비자가 계약체결 전에 필요한 정보를 얻을 수 있는 사업장 게시물(홈페이지)과 상품설명서, 계약체결 후 서비스를 제공받게 되는 시점까지 소비자가 소지하여 확인할 수 있는 계약서 모두에 표시하도록 한 것을 두고, 이 사건 고시조항의 입법목적 달성을 위하여 필요한 범위를 넘어서는 것이라 할 수 없음.

[상조업 회사들이 청구한 중요한 표시·광고사항 고시의 내용에 대한 위헌확인 건(현재 2012. 2. 23. 선고 2009헌마318 결정)]

5. 시정조치(제7조)

- 허위·과장광고에 대한 시정명령은 광고에 나타난 허위·과장성을 소극적으로 제거함에 그쳐야 하는 것이지 거기에서 더 나아가 확정되지도 아니한 반대사실을 적극적으로 인정하게 하거나 공표하게 한다면 이는 시정명령의 목적과 기능을 유월한 것이므로 허용되지 아니함
- 허위·과장광고에 대한 시정명령은 그에 나타난 허위·과장성을 소극적으로 제거함에 그쳐야 하는 것이지 거기에서 더 나아가 확정되지도 아니한 반대사실을 적극적으로 인정하게 하거나 공표하게 한다면 이는 시정명령의 목적과 기능을 유월하여 또 다른 허위·과장광고를 강요하는 것에 지나지 않으므로 허용되어서는 아니 될 것인바, 원고의 전용사용권에 의하여 이 사건 방향제의 수입을 저지할 수 있는지 여부 및 이 사건 방향제가 진정상품으로 병행수입이 허용되는지 여부는 아직까지도 법원에서 최종적으로 가려지지 않고 있음에도 불구하고, 피고가 원고에게 이 사건 방향제에 관한 수입금지청구권이 없고 이 사건 방향제는 병행수입이 허용되는 진정상품이라는 취지의 일부 문구를 사용하여 이 사건 시정명령 및 공표명령을 한 것은 그 허용범위를 초과한 것으로서 위법한.

[팬코의 부당한 광고행위 건(서울고법 2003. 9. 2. 선고 2001누18840 판결⁴⁷⁾)]

- 3년 전에 종료된 광고이지만 가까운 장래에 반복될 우려가 있어 피고의 시정명령(동일 또는 유사한 허위·과장 광고행위의 금지)에 재량권의 일탈·남용이 없음
- 일반적으로 아파트 거래에 있어서 분양률이 중요하게 고려되고 이에 따라 아파트 분양업자들이 분양률을 실제보다 높게 광고하는 경우가 종종 발생하는 점, 원고는 건물 개발 및 공급 등 건설업을 영위하는 사업자로서 다수의 아파트 시행사업을 영위하고 있는 점 등을 고려하면, 이 사건 광고가 3년 전에 종료되었다 하더라도, 원고의 이 사건 표시광고법 위반행위는 가까운 장래에 반복될 우려가 있다고 볼이 상당하여 '원고는 아파트를 분양광고하면서 분양이 완료되지 않았음에도 분양이 완료된 것처럼 사실과 다르거나 사실을 지나치게 부풀려 광고한 행위와 동일 유사한 행위를 함으로써 소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 할 우려가 있는 허위·과장의 광고행위를 다시 하여서는 아니 된다'는 이 사건 처분이 재량권을 일탈·남용한 경우라고 볼 수 없음.

[디에스디삼호주식회사의 부당한 표시광고행위 건(서울고법 2012. 10. 17. 선고 2012누11197 판결, 고법 확정)]

47) 삼고심(대법원 2006. 6. 9. 선고 2003누11476 판결)은 이러한 원심판결에 위법이 없다고 판시함

□ 광고가 소비자에게 미치는 영향력, 광고의 허위·과장성 등에 비추어 볼 때 공표명령에 재량권의 일탈·남용이 있다고 할 수 없음

- 원고가 당초부터 주거공용면적 부분인 전실을 개별세대에서 배타적으로 사용할 수 있도록 설계하고 이를 분양광고에서 이용하였다고 보이는 점, 이 사건 카탈로그 광고가 아파트 주요 수요층인 장년층에 영향력이 미미하다고 인정할 자료가 없는 점, 파주시장이 공용 부분(전실)에 임의로 현관문, 칸막이 등을 설치하여 사용하는 행위는 주택법 및 건축법상 용도변경에 해당하는 행위임을 안내하고 있어 원고의 위와 같은 광고와 달리 이 사건 아파트 수분양자가 해당 전실을 배타적으로 사용할 수 없는 점 등에 비추어 볼 때, 이 사건 처분 중 공표명령을 원고의 허위·과장 광고행위에 비하여 원고에게 지나치게 불이익한 처분으로 볼 수 없으므로 이 사건 처분에 재량권의 일탈·남용이 있다고 할 수 없음.

[현대건설주의 부당한 광고행위 건(서울고법 2011. 8. 17. 선고 2010누42883 판결, 고법 확정)]

* 참고 : 와이제이에듀케이션의 부당한 광고행위 건(서울고법 2014. 1. 12. 선고 2013누45784 판결⁴⁸⁾, 홈플러스의 부당한 광고행위 건(서울고법 2013. 7. 26. 선고 2012누28171 판결⁴⁹⁾)

□ 거짓·과장 광고에 대한 시정명령만으로는 일반 소비자들에 이미 형성된 그릇된 정보가 완전히 제거되기 어려우므로 공표를 명할 필요가 있음

- 광고기간 및 매출액을 고려하면, 원고의 이온식 공기청정 제품의 소비자는 불특정 다수일 것으로 보이고, 동 제품을 현재까지 사용하고 있는 경우가 적지 않을 것인 점, '삼성전자' 브랜드로 공기청정 제품 제조·판매를 계속하고 있는 점 및 관련 업계에서 원고가 차지하는 지위 등에 비추어 보면, 시정명령만으로는 일반 소비자들에 이미 형성된 이 사건 이온식 공기청정 제품에 대한 그릇된 정보가 완전히 제거된다고 보기 어려우므로, 이의 제거를 위해 시정명령 받은 사실의 공표를 명할 필요가 있음.

[삼성전자(주)의 부당한 광고행위 건(대법원 2021. 3. 11. 선고 2019두60646 판결)]

□ 공정위의 경고의결은 당해 표시·광고의 위법을 확인하되 구체적인 조치까지는 명하지 아니하는 것으로 사업자가 장래 다시 표시광고법 위반행위를 할 경우 과징금 부과 여부나 그 정도에 영향을 주는 고려사항이 되어 사업자의 자유와 권리를 제한하는 행정처분에 해당함

- 공정위의 경고의결은 당해 표시·광고의 위법을 확인하되 구체적인 조치까지는 명하지

48) 상고심(대법원 2014. 6. 26. 선고 2014누36013 판결)은 심리불속행 기각함

49) 상고심(대법원 2013. 12. 12. 선고 2013누17787 판결)은 심리불속행 기각함

아니하는 것으로 사업자가 장래 다시 표시광고법 위반행위를 할 경우 과징금 부과 여부나 그 정도에 영향을 주는 고려사항이 되어 사업자의 자유와 권리를 제한하는 행정처분에 해당함. 구 표시광고법 제7조에 따르면 공정거래위원회는 사업자 등이 부당한 표시·광고행위를 하는 때에는 그 시정을 위하여 '당해 위반행위의 중지(제1호), 시정명령을 받은 사실의 공표(제2호), 정정광고(제3호), 기타 위반행위의 시정을 위하여 필요한 조치(제4호)'를 명할 수 있음. 여기서 '기타 위반행위의 시정을 위하여 필요한 조치'란 제1호에서 제3호까지 규정한 시정조치 외에 위반행위를 시정하기 위하여 필요하고 적절하다고 인정되는 제반 조치를 말하는 것이고, 표시광고법 위반행위에 따른 과징금 부과 여부나 그 정도에 영향을 미칠 수 있는 경고처분도 이에 해당함.

[청원건설 외 2의 부당한 광고행위 건(대법원 2013. 12. 26. 선고 2011두4930 판결)]

- 표시광고법 위반행위의 종기는 그 표시행위가 종료한 시점을 의미하는 것이지 소비자가 이 사건 제품을 사용하면서 이 사건 각 표시를 인식할 수 있는 상태가 종료될 때를 의미하는 것이 아님
- 표시광고법 제3조 제1항의 금지대상과 위 법 제7조 제1항 제1호 및 제8조 제1항에 따라 공정위가 중지 또는 일시중지를 명할 수 있는 대상은 부당한 '표시·광고' 그 자체가 아니라 부당한 '표시·광고 행위'인데, 그렇다면 원고의 이 사건 각 표시 '행위'는 원고가 이 사건 제품의 판매를 종료한 시점에 종료되었다고 할 것임.
- 이에 대하여 공정위는 소비자가 이 사건 제품을 사용하면서 이 사건 각 표시를 인식할 수 있는 상태가 종료될 때까지 이 사건 각 표시 행위가 계속된다는 취지의 주장을 하나, 위 주장은 이 사건 각 '표시 행위'가 아닌 이 사건 각 '표시'가 중지되어야 한다는 취지의 주장으로 이어질 수 밖에 없는바, 이는 표시광고법의 법문(제3조, 제7조 제1항 제3호)에도 어긋날 뿐만 아니라, 이 사건 각 처분 중 '원고는 (중략) 다시는 하여서는 아니 된다.'라고 하고 있을 뿐 '판매한 제품을 수거하거나 라벨을 제거하라'는 명령이 아니라는 점에서도 받아들일 수 없는 주장임.

[이마트의 가습기 살균제 관련 표시광고법 위반행위에 대한 건(서울고법 2018. 12. 21. 선고 2018누42391 판결⁵⁰⁾)]

* 같은 취지 : 애경산업 가습기살균제 관련 표시광고법 위반행위에 대한 건(서울고법 2019. 8. 22. 선고 2018누42377 판결⁵¹⁾)

50) 상고심(대법원 2019. 6. 19. 선고 2019두36704 판결)은 식리불속행 기각함

51) 상고심(대법원 2022. 3. 17. 선고 2019두53167)은 이러한 원심판결에 위법이 없다고 판시함

6. 과징금(제9조)

□ 피고는 표시광고법 위반행위에 대하여 과징금을 부과할 것인지 여부와 과징금 액수를 얼마로 정할 것인지에 관하여 재량을 가짐

- 표시광고법 제9조, 같은 법 시행령 제15조 및 [별표1]에 의하면, 피고는 표시광고법 위반 행위에 대하여 과징금을 부과할 것인지 여부와 만일 과징금을 부과할 경우에 표시광고 법령이 정하고 있는 일정한 범위 안에서 과징금의 액수를 구체적으로 얼마로 정할 것인지에 관하여 재량을 가지고 있다고 봄이 상당하므로 피고의 표시광고법 위반행위자에 대한 과징금 부과처분은 재량행위이고, 다만 이러한 재량을 행사함에 있어 과징금 부과의 기초가 되는 사실을 오인하였거나 비례·평등의 원칙에 위배하는 등의 사유가 있다면 이는 재량권의 일탈·남용으로서 위법함.
- ① 이 사건 광고의 내용은 포드사가 2014년 제조한 TAURUS 차량에 경사로 밀림방지기능이 장착되어 있다는 것으로 위 차량을 구매하여 이용하는 소비자의 안전에 관한 중요한 내용으로서 소비자에게 미치는 영향이 크다고 할 것인바, 원칙적으로 표시광고법 시행령 제15조 제1항 [별표1]에 따른 과징금 부과대상에 해당되는 점, ② 포드코리아의 딜러사로서 포드사가 제조한 차량을 판매한 원고는 늦어도 2014년식 TAURUS 차량을 판매할 누렵인 2014. 1. 1.경부터는 이 사건 광고의 내용이 거짓이라는 사실을 알았거나 알 수 있었을 것으로 봄이 상당한 점, ③ 설령 그렇지 않다고 하더라도 행정법규 위반에 대하여 가하는 제재조치는 행정목적의 달성을 위하여 행정법규 위반이라는 객관적 사실에 침안하여 가하는 제재이므로 원칙적으로 위반자의 고의·과실을 필요로 하지 않을 뿐만 아니라(대법원 2014. 10. 15. 선고 2013두5005 판결 참조), 원고가 이 사건 광고의 내용이 사실에 부합하는지 확인하지도 않은 채 2014. 1. 1.부터 같은 해 5. 31.까지 이 사건 광고를 하고 차량을 판매한 것 자체에 의무위반의 비난가능성이 있는 점 등에 비추어 보면, 피고가 원고에게 과징금을 부과하기로 결정한 것 자체가 과징금의 부과 목적에 반하는 부당한 조치라고 판단되지 않음.
[선인자동차의 부당한 광고행위에 대한 건(서울고법 2015. 12. 10. 선고 2015누50803 판결, 고법 확정)]

□ 표시·광고 위반행위와 관련된 과징금 산정 시 표시·광고법 시행령 제12조 제1항에 따른 소정의 평균매출액은 관련 상품의 매출액이 아닌 전체매출액으로 보아야 함

- 공정거래법과 같은 법 시행령은 각 위반행위별로 그 유형에 따른 별도의 과징금 산정기준을 정하고 있는데, 부당한 공동행위에 대한 과징금 산정기준을 정한 공정거래법시행령 제61조

및 별표 2 제6호에 의하면 “위반행위 기간 중 관련 상품·용역의 매출액”을 기준으로 과징금을 산정하도록 규정하는 한편 불공정거래행위에 관한 과징금은 부당한 공동행위와 달리 “매출액”을 기준으로 다섯 단계로 구분하고 이 때의 매출액은 관련상품의 매출액이 아닌 전체의 매출액으로 해석되고 있으며, 이 사건 과징금 납부명령의 근거가 되는 표시·광고법 제9조 제1항의 본문에서 “대통령이 정하는 매출액”을 기준으로 과징금을 정하도록 규정하고 표시·광고법시행령 제12조 제1항에서는 법 제9조 제1항 본문의 “대통령이 정하는 매출액”이라 함은 당해 사업자의 직전 3개 사업연도의 평균매출액을 말한다고 규정하고 있음. 같은 시행령 제15조 제1항 별표 제1호에서도 불공정거래행위와 동일한 형태로 규정하고 있는 점을 볼 때 같은 시행령 제12조 제1항 소정의 “평균매출액”은 관련상품의 매출액이 아닌 전체매출액으로 해석하는 것이 타당함.

[동양전자산업의 부당한 광고행위 건(서울고법 2004. 4. 7. 선고 2003누4692 판결, 고법 확정)]

- 광고란 그 특성상 광고를 중단한 이후로도 상당한 기간 그 효과가 지속되는 것이 일반적이라는 점을 고려할 때 위반행위의 종료일이란 단순히 마지막으로 광고한 날이 아니라 위법한 광고로 인한 효과가 소멸한 날로 보아야 함
- 관련매출액 산정을 위한 위반기간이란 위반행위 개시일로부터 종료일까지의 기간을 말하는 바, 광고란 그 특성상 광고를 중단한 이후로도 상당한 기간 그 효과가 지속되는 것이 일반적이라는 점을 고려할 때, 여기서의 ‘위반행위의 종료일’이란 단순히 마지막으로 광고한 날이 아니라 위법한 광고행위로 인하여 야기된 효과인 ‘공정한 거래질서를 저해할 우려’가 소멸된 날이라고 보아야 하는데, 이 사건의 경우 이 사건 광고행위로 인한 공정거래저해의 효과가 언제까지 지속되었는지는 정확히 알기 어려우므로, 위반기간 동안의 객관적인 매출액을 산정하기 곤란한 경우에 해당한다고 볼이 상당함(뿐만 아니라 이 사건 광고행위를 하였던 기간 동안의 매출액에 관하여도 일할 계산방법에 의한 추정적인 금액만 알 수 있을 뿐, 정확한 금액을 알 수 없다는 점에 관하여 원고도 스스로 인정하고 있음). 따라서 피고가 표시·광고법 제9조 제1항 단서를 적용하여 과징금을 산정한 것은 적법함.

[남양유업의 부당한 광고행위 건(서울고법 2011. 6. 15. 선고 2010누34691 판결, 고법 확정)]

□ 정액과징금을 부과할 수 있는 경우에 해당하고, 위반행위의 내용 및 정도, 기간 및 소비자피해 발생 정도 등에 비추어 중대한 위반행위로 평가되며, 경영상황 등이 감안되었다는 점에서 과징금납부명령이 사실을 오인하거나 비례·평등의 원칙에 위배되어 재량권을 일탈·남용한 것이라 볼 수 없음

○ ① 상조업의 특성상 회원들이 납입한 금액은 일단 예수금으로 계상된 후 상조서비스가 제공된 후에나 매출로 상계되므로 위반기간 동안의 객관적인 관련매출액 산정이 곤란하다는 이유로 정액과징금을 부과하였는 바, 관계규정에 따라 정액과징금을 부과할 수 있는 경우에 해당되고 ② 원고들은 중앙일간지 광고나 광고책자 등을 통하여 계속적으로 자신들이 폐업한 경우에도 회원들에 대한 상조서비스 이행이 전부 보장될 수 있는 것처럼 허위·과장광고를 하였는 바, 이러한 위반행위의 내용 및 정도, 기간 및 소비자피해 발생 정도 등에 비추어 중대한 위반행위로 평가할 수 있음. ③ 원고들에게 부과된 이 사건 과징금액수가 그 위반행위의 내용 및 정도, 기간 등의 차이를 고려할 때 2008. 3. 6. 원고 보람상조개발이 허위·과장광고 행위로 부과 받은 과징금액수(500만원)보다 많다는 점만으로 비례·평등의 원칙에 위반된다고 할 수 없음. ④ 이 사건 과징금액수는 그 최대한도액(직전 3개 사업연도의 평균매출액의 2/100를 곱한 금액)의 1/3 수준에 미치지 못하는 규모로⁵²⁾, 이 사건 처분일 이전 원고들의 3년간 적자의 경영상황 등이 감안되었으므로, 원고들에 대한 과징금납부명령이 사실을 오인하거나 비례·평등의 원칙에 위배되어 재량권을 일탈·남용한 것이라 볼 수 없음.

[보람상조개발 외 3개사의 부당한 광고행위 건(서울고법 2013. 10. 31. 선고 2013누18522 판결-환송심 확정)]

□ 시공매출액은 위반행위로 인하여 직·간접적으로 영향을 받은 매출액에 해당하기는 하나, 영향을 받았다는 사정만으로 시공비가 당연히 관련 매출액에 포함되는 것은 아니므로 과징금 산정에 위법이 있음

○ 표시광고법 시행령은 허위 광고에 직·간접적으로 영향을 받은 매출액인지만을 기준으로 관련매출액을 판단하지 아니하고, 상품 등의 종류와 성질, 거래상대방, 거래 단계 등까지 고려하도록 규정하고 있으므로, 이 사건 광고의 영향을 받았다는 사정만으로 시공비가 당연히 관련매출액에 포함되는 것은 아님.

52) 이 사건 처분 이후 2011. 6. 28. 제정되어 2012. 10. 16. 개정된 '표시광고법 위반사업자 등에 대한 과징금 부과 세부기준 등에 관한 고시'에 의하면, 관련매출액 산정이 곤란한 경우 기본과징금 부과기준액은 중대설의 정도에 따라 4억원 이상 5억원 이하(매우 중대한 위반행위), 2억원 이상 4억원 미만(중대한 위반행위), 5백만원 이상 2억원 미만(중대성이 약한 위반행위)임

- 소비자들은 창호 구매와 시공이 분리된 계약 영역임을 인식한 상태에서 시공주체를 자유롭게 선택하였음. 즉 원고를 시공업체로 선택하지 않은 경우가 44%가 되었다는 점에서 소비자들의 실질적인 선택권이 보장되었다고 평가할 수 있음. (중략) 소비자들은 어떤 창호를 구매하더라도 시공비를 지출하여야 하므로 소비자들이 시공비를 과장 광고로 인한 피해액이라고 인식하였을 것으로 보이지 아니함.

[(주)엘지하우시스의 부당한 광고행위에 대한 건(서울고법 2023. 2. 16. 선고 2021누45390 판결⁵³⁾)]

□ 관련매출액에서 창호제품 대리점 자체수주분을 공제하지 않고 과징금을 산정한 것은 위법함

- 비록 원고가 대리점에 이 사건 광고가 게재된 카탈로그를 교부하였고, 앞서 본 것처럼 이 사건 광고는 창호의 완성창뿐만 아니라 그 구성품의 성능에 대한 소개도 하고 있어, 이 사건 광고로 인하여 원고의 대리점에 대한 창호 프레임 자체 판매에도 어느 정도 간접적인 영향을 미쳤을 수 있다고 볼 여지도 있음. 그러나 표시광고법 시행령은 허위 광고에 직간접적으로 영향을 받은 매출액에 해당하는지 여부만을 기준으로 관련매출액을 판단하지 아니하고, 상품 등의 종류와 성질, 거래상대방, 거래단계 등까지 고려하도록 규정하고 있음. 더구나 이 사건 광고는 그리리모델링 사업과 연계하여 주로 창호를 교체할 때의 효과에 관한 것으로 건설사 등이 건설공사를 하면서 창호설치를 위하여 그 사양을 지정하고, 그에 따라 대리점이 창호 프레임 자체를 구매할 때까지 영향을 미친다고 보기는 어려움. 따라서 설령 원고의 대리점에 대한 창호 프레임 자체 판매가 이 사건 광고에 간접적인 영향을 받았다고 가정하더라도, 그러한 사정만으로는 대리점 자체수주분 매출이 당연히 관련매출액에 포함된다고 볼 수는 없음.

[(주)현대엘엔씨의 부당한 광고행위에 대한 건(서울고법 2023. 6. 1. 선고 2021누45529 판결⁵⁴⁾)]

53) 상고심(대법원 2023. 6. 9. 선고 2023두37414 판결)은 심리불속행 기각함

54) 상고심(대법원 2023. 9. 21. 선고 2023두44856 판결)은 심리불속행 기각함

7. 기타(신뢰보호원칙 등)

- 이 사건 각 표시행위의 위반행위 종료일이 2013. 3. 19. 이후로 인정되는 이상, 그에 대한 피고의 조사개시시점이 2011년이더라도 위반행위 종료일부터 5년의 제척기간이 기산되므로 그 위반행위 종료일부터 5년 이내인 2018. 3. 19.에 이루어진 이 사건 처분은 제척기간을 경과한 위법이 없음
- 2012년 이후에도 이 사건 제품이 지속적으로 회수되었고, 2013년 4월과 2017년 3월에 이 사건 제품이 소비자에게 판매되거나 판매할 목적으로 진열되어 있었던 사실도 인정되므로, 이 사건 제품을 적법하게 유통할 수 없게 된 2011. 12. 30. 이후에도 이 사건 제품의 상당수가 회수되지 않은 상태로 유통되고 있었다고 보는 것이 타당함. 이와 같이 사실상 유통할 수 있는 상태가 계속되는 이상 부당한 표시행위로 인한 위법상태는 그 위반행위를 시정하기 위한 필요한 조치가 완료되었을 때 그 위법상태가 종료된다고 보아야 함은 앞서 본 바와 같음. 그런데 그 위반행위를 시정하기 위하여 필요한 조치, 즉 이 사건 각 표시행위를 시정하기 위하여 필요한 조치가 완료된 시점(위반행위 종료시점)이 개정 공정거래법 시행일(2012. 6. 22.) 이후라면 개정 공정거래법 제49조 제4항의 제척기간 규정이 준용되고, 그러한 조치의 완료시점(위반행위 종료시점)이 2013. 3. 19. 이후라면 그로부터 5년이 지나기 전인 2018. 3. 19.에 이루어진 이 사건 처분은 제척기간이 지나지 않은 것이 됨.
- 앞서 인정한 사실관계, 앞서 본 증거에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정을 종합하면, 사회통념에 비추어 객관적이고 합리적으로 살펴볼 때, 이 사건 각 표시행위를 시정하기 위한 필요한 조치는 2013. 3. 19. 이전에 이미 완료되었다고 볼 수 있고, 그 완료시점은 빨라도 2013. 3. 19. 이후라고 보는 것이 타당함.
 - ① 원고가 2011년경 이 사건 각 표시행위를 시정하기 위하여 취한 조치는 '원고 직원에 의한 직접 매장 방문 회수', '대형 할인점 등 대형 유통업체에 대한 반품 및 회수 요청', '원고, 한국소비자원, 스마트컨슈머의 각 홈페이지에 리콜 공지 게시', '보건복지부, 시민단체에 반품 관련 보도자료 요청'으로 분류할 수 있음. 그런데 다음과 같은 사정에 비추어 보면, 원고가 2011년경 취한 위와 같은 조치만으로는 2013. 3. 19. 이전에 이 사건 각 표시행위를 시정하기 위해 필요한 충분한 조치가 이루어졌다고 볼 수 없음.
 - ② 이 사건 각 표시행위와 같은 위반행위를 시정하기 위하여 필요한 조치는 반드시 원고에 의하여만 이루어져야 하는 것은 아니고 제3자에 의하는 것도 가능함. 그러나 원고가 주장하는 정부의 조치(가습기살균제를 의약외품으로 지정한 후 무허가 의약외품 가습기

살균제의 수입·제조·판매에 대한 절검 및 단속을 실시한 조치)는 기습기살균제를 의약외품으로 지정한 후 허가받지 않고 기습기살균제를 판매하는 행위 등을 절검 및 단속한 것일 뿐, 이 사건 제품의 유통가능성을 차단하기 위한 직접적인 관련 조치라고 볼 수 없음. 그 밖에 제3자에 의해 필요한 조치가 충분히 취해졌음을 인정할 자료도 없음.

[애경산업(주) 및 에스케이케미칼(주) 부당한 표시·광고행위에 대한 건, 에스케이디스커버리(주)의 부당한 표시·광고행위에 대한 건(서울고법 2023. 8. 17. 선고 2022누39361 판결⁵⁵⁾]

- 무혐의결정 통보를 신뢰하고 이 사건 행위를 한 것이라고 볼 수 없고, 단지 내 '600미터 길이의 수로'가 설치된다는 부분에 대한 무혐의결정만으로 이 사건에서처럼 수로 전체가 연결되어 있지 않음에도 '순환하는 수로'라고 광고한 것에까지 피고의 공적 견해표명이 있었다고 할 수 없어 신뢰보호원칙에 반하지 않음
- 일반적으로 행정상의 법률관계에서 행정청의 행위에 대하여 신뢰보호원칙이 적용되기 위해서는, 첫째 행정청이 개인에 대해 신뢰의 대상이 되는 공적인 견해표명을 하여야 하고 둘째 행정청의 견해표명이 정당하다고 신뢰한 데에 대하여 그 개인에게 귀책사유가 없어야 하며, 셋째 그 개인이 그 견해표명을 신뢰하고 이에 상응하는 어떠한 행위를 하였어야 하고, 넷째 행정청이 견해표명에 반하는 처분을 함으로써 그 견해표명을 신뢰한 개인의 이익이 침해되는 결과가 초래되어야 하며, 마지막으로 견해표명에 따른 행정처분을 할 경우 이 때문에 공익 또는 제3자의 정당한 이익을 현저히 해할 우려가 있는 경우가 아니어야 함.
- 바닥마감재 광고에 대한 이 사건 처분은, 2011. 8. 16. 바닥마감재 광고에 대한 무혐의결정 통보가 있기 이전인 2010. 3.까지 하였던 광고행위에 대한 것으로, 원고가 2011. 8. 16.자 무혐의결정 통보를 신뢰하고 이후 어떤 행위를 하였다거나 나아가 이 사건 처분으로 그와 같이 어떤 행위를 함에 따른 이익이 침해된 것이라고 볼 수 없고, 달리 이를 인정할 증거가 없음.
- 생태수로 광고와 관련하여, 피고는 원고가 김포아파트를 분양하면서 2009. 10. 22.자 중앙일보와 전단지 등에 '총 600m 길이의 수변공간'이라고 광고한 행위에 대해 심사한 후 2010. 2. 26. 습천과 우천시에만 물이 흐르는 수로(건천)를 포함하여 650미터의 수로 설치가 계획되어 있다는 점에서 이는 거짓·과장광고에 해당하지 않는다는 취지로 무혐의결정을 통보한 사실이 인정됨. 이에 의하면 당시의 무혐의결정은 단지 내 '600미터

55) 2019누35978 판결에 따른 파기환송심으로, 상고심(2023누52482)은 심리불속행 기각함

길이의 수로'가 설치된다는 부분에 대한 것임을 알 수 있어, 이러한 무협의결정반으로 이 사건에서처럼 수로 전체가 연결되어 있지 않음에도 '순환하는 수로'라고 광고한 것에까지 거짓·과장광고에 해당하지 않는다는 피고의 공적 견해표명이 있었다고 할 수 없고, 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 이 사건 처분이 신뢰보호원칙에 반함을 전제로 한 원고 주장은 받아들이지 않음.

[한양의 부당한 광고행위 건(서울고법 2014. 6. 11. 선고 2013누9870 판결⁵⁶⁾]

56) 상고심(대법원 2014. 10. 27. 선고 2014두38323)은 심리불속행 기각함

2024년도
공정거래 판례요지집

제7장

방문판매 등에 관한 법률

1. 방문판매

가. 금지행위(제11조)

□ 방문판매업자가 자신의 방문판매원을 지사장·지점장 또는 소호점장의 직급으로 승진시키면서 개설비 또는 승급비 명목으로 금품을 징수하는 것은 방문판매법 제11조 제1항 제3호가 금지하는 행위에 해당한다고 볼 수 없음

- ① 방문판매법 제11조 제1항 제3호 소정의 “방문판매원이 되고자 하는 사람”이란 신규 방문판매원이 되고자 하는 사람을 말하고, 이미 가입된 방문판매원이 더 유리한 수당의 지급조건을 적용받는 직급의 방문판매원이 되는 경우까지 포함한다고 볼 수 없는 점, ② 위 조항 소정의 “방문판매원의 자격을 유지하기 위한 조건”이란 기존의 방문판매원이 금품을 납부하지 않으면 방문판매원 자격을 그대로 보존하거나 지속하지 못하고 상실하게 되는 것을 의미한다고 봄이 타당한 점, ③ 원고 소속 방문판매원이 납부하는 개설비 또는 승급비는 원고 내부의 직급인 지사장 등이 되기 위한 조건에 불과할 뿐이고, 이를 방문판매원 자격유지를 위한 조건으로 볼 수 없을 뿐만 아니라, 개설비 또는 승급비의 비워남을 이유로 원래 직급으로 복귀하는 것을 두고 자사장등이 그 자격을 유지하는데 금품을 납부하였다고 볼 수 없는 점 등을 종합하여 볼 때 원고가 자신의 방문판매원을 지사장·지점장 또는 소호점장의 직급으로 승진시키면서 개설비 또는 승급비 명목으로 금품을 징수하는 것은 방문판매법 제11조 제1항 제3호가 금지하는 행위에 해당한다고 볼 수 없음.

[한강라이프의 방문판매법위반행위 건(서울고법 2011. 6. 1. 선고 2010누36468 판결¹⁾)]

1) 상고심(대법원 2011. 10. 13. 선고 2011두14821 판결)은 삼권불속행 기각함

2. 다단계판매

가. 다단계판매의 요건(제2조 제5호)

1) 다단계 판매조직

- 다단계판매에 해당하기 위해서는 상품 판매 및 판매원 가입유치 활동을 함으로써 소매이익과 후원수당 등 경제적 이익이 제공되고, 그와 동일한 과정이 3단계 이상 단계적·누적적으로 반복되어야 함
- 방문판매법 제2조 제5호의 다단계판매에 해당하기 위해서는 ① 상품 판매 및 판매원 가입유치 활동을 함으로써 소매이익과 후원수당 등 경제적 이익이 제공되고, ② 그와 동일한 과정이 3단계 이상 단계적·누적적으로 반복되어야 함.
- 원고의 판매원들은 본인의 구매실적에 따라 직판수당 등 각종 수당을 지급받고 있으며 판매원이 구매한 제품은 자신이 직접 소비하거나 소비자에 대한 판매를 통해 소매이익을 얻기도 하는 점, 판매원 본인이 가입 추천한 직근 하위판매원의 구매실적에 따라 추천유치 수당과 신규추천점수에 따른 수당을 지급받으므로 특정 판매원은 자신이 다른 판매원들의 가입을 많이 유치할수록 보다 많은 수당을 지급받게 되는 점 등을 고려하면 원고 회사의 판매원들에게는 판매 및 가입유치 활동에 대한 경제적 이익이 부여되고 있다고 볼 수 있음.
- 또한 원고 회사의 경우 판매원의 가입이 누적적·단계적으로 이루어지고 있는 점, 원고 회사가 판매원들에게 지급하는 추천유치수당과 신규추천점수에 따른 현금지급이라는 이득으로 인하여 판매원들은 신규 판매원의 가입을 유치(추천)할 유인이 많고(상위판매원은 원고의 판매원이 많아질수록 '공유마케팅'에 의하여 '1/2차 판매수당'을 많이 지급받게 되므로 차하위판매원의 판매실적, 나아가 차차하위판매원의 판매실적, 그리고 계속 누적되는 추천방식에 의하여 모집된 판매원의 판매실적이 상위판매원의 수당에 큰 영향을 미치게 됨), 특히 '1/2차 판매수당'은 원고 회사 내 전체 판매원의 지속적인 구매실적이 있어야 안정적 수당지급이 가능한 만큼 신규 판매원의 가입이 많을수록 기존 판매원들에게 유리해지는 면이 있으므로 원고의 판매조직은 그 성격상 무한 하방확장 가능성이 많은 점 등을 고려하면 원고의 판매조직은 판매와 가입유치 활동이 3단계 이상 누적적·단계적으로 반복된다고 볼 수 있음. 따라서 원고의 판매조직은 방문판매법상 다단계판매조직에 해당함.

[디케이코퍼레이션의 방문판매법위반행위 건(서울고법 2007. 12. 20. 선고 2007누6320 판결²⁾)]

- 판매조직의 후원수당 지급방식이 당해 판매원의 직근 하위판매원의 판매실적에만 좌우되고, 직근 하위판매원이 아닌 다른 하위판매원의 판매실적에는 영향을 받지 않는 것으로 정해진 경우에도 다단계판매조직에 해당함
- 법이 다단계판매에 대하여 엄격한 규제를 가하고 있는 이유는 위와 같은 판매형태가 직접적인 대인판매·연고판매에 의존하여 판매조직의 확대에 따른 이익의 증가를 미끼로 사행성을 유발하고 소비자 피해를 양산할 가능성이 있기 때문으로 보이는바, 후원수당의 지급이 직근 하위판매원의 판매실적에만 좌우되는 경우에도 직근 하위판매원의 수가 많을수록 후원수당액이 늘어날 가능성이 크고, 그 직근 하위판매원의 입장에서도 다시 자신이 받을 후원수당 총액이 그 직근 차하위판매원의 판매실적에 좌우되는 것이어서 그 직근 상위판매원의 의도와는 무관하게 자신의 하위판매원을 뇌도록 많이 모집·가입시킬 강력한 유인이 있는 것이므로, 무제한적 하방 확장성이나 대인판매·연고판매에 대한 의존성, 그로 인한 결과적 사행성 등 다단계판매의 폐해들이 미친가지로 드러날 수밖에 없는 것인. 결국, 상품 판매 및 판매원 가입유치 활동을 하면 소매이익과 후원수당을 얻을 수 있다고 권유하여 판매원 가입이 이루어지고, 그와 동일한 과정이 3단계 이상 단계적·누적적으로 반복된 이상, 그 판매조직의 후원수당 지급방식이 직근 하위판매원이 아닌 하위판매원의 판매실적에 영향을 받지 않는 것으로 정해져 있다고 하더라도, 그러한 판매조직형태는 다단계판매조직에 해당하는 것으로 보아야 함.

[황삼나라 사건(대법원 2005. 11. 25. 선고 2005도977 판결)]

2) 다단계판매원

- 다단계판매조직에서 하위판매원으로 인정되기 위해서는 기존 판매원이 신규 판매원을 조직·관리 또는 교육훈련을 시키거나 신규 판매원의 판매실적에 따라 기존 판매원에게 경제적 이익이 귀속되는 등 기존판매원과 사이에 법적, 경제적, 조직적인 상호 유기적 관계가 있어야 함
- 방문판매 등에 관한 법률 제2조 제5호, 제7호 각 규정의 내용, “다단계판매의 정의에 관한 개정 연혁” 내용 등을 종합하여 볼 때, 다단계판매원은 다단계판매업자와 판매원계약을 체결하고 등록절차를 거친 후 다단계판매원의 지위를 갖게 되고, 다단계판매업자로부터 공급받은 상품 또는 용역을 소비자에게 판매, 제공하고 하위판매원의 모집 및 후원활동을 하며 그 대가로 소매이익이나 후원수당 등을 지급받게 되고, 여기에서 “하위판매원”이라

2) 상고수(대법원 2008. 4. 24. 선고 2008두2293 판결)은 심리불속형 기각함

함은 기존 판매원이 새로 가입한 판매원을 조직·관리 또는 교육훈련을 시키거나 새로 가입한 판매원의 판매실적에 따라 기존 판매원에게 어떤 경제적 이익이 귀속되는 등 기존판매원과 사이에 법적이나 경제적 또는 조직적인 상하 유기적인 관계가 있는 경우를 말한다고 볼이 타당할. 그런데 이 사건에서 원고의 기존 딜러(A)는 홍보활동 등을 통해 이동전화기 판매 등을 하거나 신규 딜러(B)를 가입시키는 것에 대해서만 원고에게 그에 관한 수당을 받을 뿐, 더 나아가 신규 딜러(B)가 다시 새로운 신규 딜러(C1, C2, C3 등)를 가입시키거나 그 새로운 신규 딜러(C1, C2, C3 등)가 또 다시 다른 새로운 신규 딜러(D1, D2, D3 등)를 가입시키는 것과 같이 자신의 권유로 가입한 신규 딜러의 권유로 소비자가 이동전화기를 매수하고 이동통신서비스에 가입하거나 이에 더하여 새로운 신규 딜러로 가입하더라도 이와 관련하여 원고에게서 어떠한 경제적 이익도 받지 아니하고 또한 신규 딜러를 조직·관리하거나 교육훈련을 하는 등의 업무를 전혀 부담하지 않음. 따라서 원고에 속한 기존 딜러의 홍보활동 등을 통해 새로운 소비자가 원고의 신규 딜러로 가입하고 그 신규 딜러가 같은 방법으로 새로운 딜러를 가입시키더라도 기존 딜러는 원고에게서 자신이 신규 딜러를 가입시킨 부분에 관해서만 수당을 받을 뿐, 나아가 신규 딜러와 어떠한 법적, 경제적 또는 조직적인 관련이 없으므로, 신규 딜러를 기존 딜러와 사이에 상하 유기적인 관계가 있는 기존 딜러의 하위판매원으로 볼 수 없음.

[퍼스트드림의 방문판매법위반행위 건(서울고법 2012. 6. 27. 선고 2011누36694 판결³⁾]

- 방문판매법 제2조 제5호에서 정한 다단계판매조직의 판매원에는 판매를 직접적으로 실행하는 자 뿐만 아니라 다단계판매의 원활한 실행, 지속, 확정 등을 도모하기 위하여 판매를 직접 실행하는 판매원들을 지원하고 관리하는 업무를 하는 자 역시 포함함
- 이 사건에서, ① 지점장 및 본부장은 하위판매원을 모집할 권한을 여전히 가지고 있고, 자신들에게 속한 하위판매원들을 지원하고 관리하는 업무를 계속 수행한 점, ② 원고는 본사 소속 직원들과 달리, 영업조직은 본부장, 지점장, 영업소장, 플래너의 직급체계를 적용하면서 본부장 및 지점장을 영업소장 및 플래너와 함께 그 추천계보에 따라 통합하여 '판매원'의 일부로 관리하고 있는 점, ③ 지점장과 본부장이라는 직위는 판매원의 최하위 직급인 플래너 또는 그 위의 직급인 영업소장이 일정한 승급조건을 충족할 경우 순차로 승진하여 얻을 수 있는 지위에 해당하고, 지점장 및 본부장으로 승격되더라도 실적이 일정한 요건을 충족하지 않으면 하위 직급으로 강등되는 점, ④ 지점장 및 본부장은 형식적으로 일정한 고정 급여를 받기는 하였으나 실질적으로는 하위판매원들의 실적에 따른 후원수당을 지급받는 점 등 지점장 및 본부장은 다단계판매조직의 판매원에 해당함.

3) 상고심(대법원 2012. 11. 15. 선고 2012두16602 판결)은 심리불속행 기각함

- 또한, 원고의 내부 승급기준상 기존 플래너가 산하 전업플래너 4명 이상을 보유하는 경우 영업소장 후보가 될 수 있고, 영업소장으로 승급하는 경우 산하, 플래너들의 판매실적에 따라 관리수당, 운영수당이라는 경제적 이익이 귀속되는 점 등 신규 플래너는 기존 플래너의 '하위 판매원'에 해당함.

[더리본(주)의 방문판매법 및 할부거래법 위반행위에 대한 건(대법원 2020. 8. 27. 선고 2020두39068 판결)]

- 자신의 판매실적에 따른 후원수당만 받을 수 있고, 신규 판매원에 대한 조직관리 및 교육훈련 또는 신규 판매원의 판매실적에 따른 후원수당을 지급받지 못한다면 방문 판매법상 다단계판매원에 해당하지 아니함

- 방문판매 등에 관한 법률(이하 “방문판매법”이라 한다) 소정의 다단계판매원이 되기 위하여서는 소매이익과 후원수당을 모두 권유받아야 할 것인데, 만일 방문판매법 제2조 제7호 소정의 후원수당 중에서 ‘자신의 재화 등의 판매실적에 따른 후원수당만’ 받을 수 있고, 하위판매원을 모집하여 후원활동을 하는데 대한 후원수당이나 하위판매원들의 재화 등의 판매실적에 따른 후원수당을 받지 못한다면, 이러한 사람은 하위판매원을 가입시키더라도 그 판매에 의하여 이익을 얻는 것이 허용되지 않게 되는 바 그러한 방식으로는 순차적·단계적으로 조직을 확장해가는 다단계판매가 성립할 수 없다 할 것이므로, 이러한 사람은 방문판매법상 소정의 다단계판매원이라고 할 수 없음(대법원 2007. 1. 25. 선고 2006도7470 판결 등 참조). 원고는 기존 딜러에게 새로운 딜러에 대한 조직관리 및 교육훈련을 한 실적 또는 새로운 딜러의 재화 등 판매실적에 따라 기존딜러에게 경제적 이익을 제공하였다고 인정할 수 없으므로, 원고의 딜러를 방문판매법 소정의 다단계판매원이라고 할 수 없음.

[퍼스트드림의 방문판매법위반행위 건(서울고법 2012. 6. 27. 선고 2011누36694 판결⁴⁾)]

* 같은 취지 : (주)봄코리아의 방문판매법 위반행위에 대한 건(서울고법 2017. 10. 20. 선고 2016누47828 판결⁵⁾)

- 원고의 지점장과 본부장이 지급받은 급여 및 성과급은 그 명목에도 불구하고 실질적으로 하위판매원들의 판매실적 등과 관련하여 원고의 다단계판매원에게 지급된 것으로 방문판매법 제2조 제9호에 정한 후원수당에 해당함

- 원고의 지점장과 본부장이 지급받은 급여는 연차 등을 기준으로 일률적으로 정해지는 것이 아니라, 하위판매원들이 포함된 산하 조직의 전년도 판매실적에 따라 각 지점장 및

4) 상고심(대법원 2012. 11. 15. 선고 2012두16602 판결)은 심리불속행 기각함

5) 상고심(대법원 2019. 3. 15. 선고 2017두71925 판결)은 심리불속행 기각함

본부장의 해당 금액이 별도로 정해지고, 성과급은 산하 조직의 당해연도 판매실적에 비례하여 정해진 것으로, 후원수당에 해당한다고 인정할 수 있음

- 또한, 실제로 지점장과 본부장 산하조직의 월 판매실적이 책임건수에 미달할 경우, 그 미달분에 따라 급여 중 일부가 차등 차감되고, 성과급은 해당 월의 판매실적이 책임건수를 초과한 경우라도 기존에 책임건수에 미달한 월이 있을 경우 미달분을 차감한 실적의 순수한 조과분에 한하여 지급되었으므로, 그 명목에도 불구하고 실질적으로 하위판매원들의 판매실적 등과 관련하여 지급된 것으로 후원수당에 해당함

[더리본(주)의 방문판매법 및 할부거래법 위반행위에 대한 건(대법원 2020. 8. 27. 선고 2020두39068 판결)]

3) 소비자요건⁶⁾

- 제품을 구매한 소비자가 판매원이 된 것이 아닌 이상 방문판매법상 다단계판매에 해당하지 아니함
- 방문판매법 제2조 제5호는 “다단계판매라 함은 판매업자가 특정인에게 다음 각 목의 활동을 하면 일정한 이익을 얻을 수 있다고 권유하여 판매원의 가입이 단계적으로 이루어지는 다단계판매조직을 통하여 재화 등을 판매하는 것을 말한다”고 규정하면서, 그 가목에서 “당해 판매업자가 공급하는 재화 등을 소비자에게 판매할 것”을, 그 나목에서 “가목의 규정에 의한 소비자의 전부 또는 일부를 당해 특정인의 하위판매원으로 가입하도록 하여 그 하위판매원이 당해 특정인의 활동과 같은 활동을 할 것”을 규정하고 있음. 이와 같은 방문판매법 및 동법 그 시행령의 규정 내용과 아울러, 위 법률이 제13조에서 다단계판매 업자로 하여금 관할 관청에 등록하도록 하면서 이에 위반한 경우 제42조에 따라 피고로부터 시정조치를 받게 될 뿐 아니라 제51조에 따라 형사처벌까지 받도록 규정함으로써 다단계판매행위를 하였는지 여부를 침해적 행정처분과 형사처벌의 전제로 삼고 있어, 위 법률에 규정된 다단계판매의 의미를 해석함에 있어서 규정의 문언에 따라 엄격하게 해석하여야 하고 이를 넘어서는 확장해석을 할 수는 없는 점, 위 법률 제2조 제10호가 “소비자라 함은 사업자가 제공하는 재화 등을 소비생활을 위하여 사용하거나 이용하는 자 또는 대통령령이 정하는 자를 말한다”고 하고, 이에 따른 위 법률 시행령 제4조는 “재화 등을 최종적으로 사용하거나 이용하는 자”(제1호)뿐 아니라 “다단계판매원이 되고자 다단계판매업자로부터 재화 등을 최초로 구매하는 자”(제3호)도 소비자의 범위에 포함시키고 있는 점에 비추어 보면, 위 법률 제2조 제5호가 정하는 다단계판매에 해당하기 위해서는 당해 판매업자가 공급하는 재화 등을 구매한 소비자의 전부 또는 일부가 판매원으로

6) 다단계 판매가 되기 위한 요건 중 하나인 ‘소비자 요건’은 2012. 2. 법개정으로 삭제됨

가입할 것을 필요로 한다고 보아야 함. 같은 취지에서 원심이, 원고의 판매원으로 가입하려는 사람은 기존 판매원의 모집·추천을 통하여 판매원이 되었을 뿐 원고의 회장품 등을 구매한 소비자의 전부 또는 일부가 원고의 판매원으로 가입한 것이 아니어서, 원고의 이 사건 판매는 위 법률 제2조 제5호에 규정된 다단계판매에 해당하지 않는다고 판단한 것은 정당함.

[나드리회장품의 방문판매법위반행위 건(대법원 2009. 4. 9. 선고 2008두17424 판결)]

※ 같은 취지: 엘지생활건강의 방문판매법위반행위 건(대법원 2009. 4. 9. 선고 2008두17431 판결)

- 원고의 제품을 구입한 소비자가 원고의 판매원이 되었다고 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없을 뿐만 아니라, 오히려 ① 원고회사는 소속 회원을 DTB회원과 일반회원으로 나누어, 전자의 경우 원고의 마케팅과 상품들을 다른 사람에게 소개하며 동시에 원고의 제품을 직접 사용하는 자로서 원고의 사업을 영위하는 독립된 개인사업자이고, 후자의 경우 원고의 회원고객으로서 사업 및 후원활동을 하지 않고 자가소비를 목적으로 원고가 제공하는 각종 제품을 구입하고자 하는 자로 구분하고 있는 사실, ② DTB회원이나 일반회원은 모두 원고 홈페이지의 회원가입란을 통하여 회원가입을 한 이후에 비로소 원고의 제품을 구매할 수 있도록 되어 있고, 2009년에 원고의 판매원(DTB회원)으로 등록한 548명의 경우에도 대부분 회원등록일 이후에 원고의 제품을 최초로 구매하고 있는 사실, ③ 원고의 DTB회원이 되려면 반드시 현재 승인된 회원의 후원을 받아 등록하여야 할 것이 요구되나, 그 외에 원고의 제품을 구입하는 것이 회원등록의 전제조건으로 요구되지 않는 사실 등을 인정할 수 있으므로, 이와 같이 원고의 제품을 구입한 소비자가 원고의 판매원이 된 것이 아닌 이상 원고는 방문판매법 제2조 제5호에서 정한 다단계판매조직에 해당하지 않음.

[월드종합라이센스의 방문판매법위반행위 건(서울고법 2010. 9. 16. 선고 2009누8887 판결⁷⁾)]

- 원고의 제품을 구매한 소비자가 원고의 판매원이 되었다고 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 만한 증거가 없을 뿐만 아니라, 오히려 ① 원고의 판매원이 되기 위해서는 이미 활동 중인 판매원의 추천을 받아야 할 뿐 반드시 원고의 제품을 구매하여야 할 의무는 없는 사실, ② 원고의 판매원 1,227명 중 206명은 판매원으로 등록한 날에, 나머지 판매원들은 그 이후에 모두 판매 목적으로 원고의 제품을 구매하였을 뿐 먼저 원고의 제품을 구매하여 소비자가 된 후 판매원으로 등록한 경우는 없는 사실을 인정할 수 있는 바, 이와 같이 원고의 제품을 구매한 소비자가 원고의 판매원이 된 것이 아닌 이상 원고의 판매조직은 방문판매법 제2조 제5호에서 정한 다단계판매조직에 해당하지 않음.

[씨엔에이치이노이브의 방문판매법위반행위 건(서울고법 2010. 12. 1. 선고 2010누15744 판결⁸⁾)]

7) 삼고심(대법원 2011. 1. 13. 선고 2010두22658 판결)은 심리불손행 기각함

□ 판매원이 되기 이전에 제품을 구입한 소비자가 있다고 하더라도 이들이 전체 판매원들 중 일부에 불과하다면 방문판매법상 다단계판매조직에 해당하지 아니함

○ 원고의 제품을 구입한 소비자가 원고의 판매원이 되었다고 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 만한 증거가 없을 뿐만 아니라, ① 원고는 원고의 제품을 구매한 소비자를 그 모집대상으로 특정하여 판매원을 채용한 것이 아니라 일반인을 대상으로 개최하는 'Guest Event' 등의 행사를 통하여 판매원을 모집하여 온 절, ② 원고는 '구입하기 전에 사용해 보세요(Try before you buy)'라는 영업방침에 따라 회사 홈페이지나 시연회 등을 통하여 일반인에게 많은 화장품 샘플을 제공하고, 원고의 판매원들도 '스킨케어 클래스'라는 행사에서 일반인이 화장품을 사용해 볼 기회를 제공함에 따라 판매원이 되기 이전에 원고의 제품을 사용해 본 경험을 가진 판매원들이 적지 않은 절, ③ 원고의 제품을 구매하기 위해서는 적어도 판매원이나 일반회원으로 가입하여야 하는데 판매원과 달리 일반회원의 경우에는 자신이 소비하는 제품만을 구매할 수 있을 뿐 이를 소비자에게 다시 판매할 수 없다는 차이가 있는 절, ④ 피고가 원고 소속 판매원들을 상대로 실시한 설문조사에서도 응답자 63명 중 34명만이 판매원 가입 이전에 원고로부터 화장품을 구매·사용한 적이 있다고 진술한 절(이는 달리 말하면 63명 중 29명은 판매원 가입 이전에 원고의 화장품을 구매해 본 적이 없다는 의미가 된다), ⑤ 원고의 판매원은 판매원으로 가입하면서 판매하기 위한 목적으로 원고 제품을 구입하기도 하였으나, 2001년경부터 2009.12.경까지 원고의 판매원으로 가입한 117,745명 중 14,743명만이 가입 당시 원고의 제품을 구매하였을 뿐이고 대부분의 판매원들은 판매원이 된 이후에야 제품을 구매하였던 절 등에 비추어 보면, 비록 원고의 판매원이 되기 이전에 원고의 제품을 구매한 적이 있는 소비자가 있다고 하더라도 이는 전체 판매원들 중 일부에 불과한 것으로 보이고, 원고의 제품을 구입한 소비자의 전부 또는 일부가 원고의 판매원이 되는 것이라고 보기는 어려우므로 원고는 방문판매법 제2조 제5호에서 정한 다단계판매조직에 해당하지 않음.

[[메리케이코리아의 방문판매법위반행위 건(서울고법 2011. 1. 20. 선고 2010누16075 판결⁹⁾]]

8) 상고심(대법원 2011. 2. 24. 선고 2010두28564 판결)은 심리불속행 기각함

9) 상고심(대법원 2011. 6. 9. 선고 2011두5087 판결)은 심리불속행 기각함

나. 소비자에 대한 정보제공의무 및 계약서 발급의무 등(제16조)

□ 판매계약서에 다단계판매원의 아이디만 있을 뿐 인적사항을 기재하지 않은 것은 불완전한 계약서 교부에 해당함

○ 방문판매법이 판매계약서에 다단계판매업자의 성명·상호·주소·전화번호·전자우편주소 등을 기재하는 외에 다단계판매원의 성명·상호·주소·전화번호·전자우편주소까지 기재하여 소비자에게 교부하도록 한 취지는 물품판매와 관련한 계약체결사실 등 법률관계를 명확하게 하고 물품의 하자 등으로 인한 청약철회나 손해배상청구 등을 용이하게 하여 소비자를 보호하려는데 있다고 할 것이므로, 원고의 주장과 같이 구매계약서에 기재된 다단계판매원인 추천인의 아이디를 통하여 다단계판매업자의 성명·상호·주소 등을 알아낼 수 있다고 하더라도 이러한 우회적이고 간접적인 수단에 의한 것은 직접적으로 다단계판매원의 인적사항을 기재하도록 한 방문판매법의 명문의 규정과 그 취지에 반하여 허용될 수 없음. 한편 방문판매법 제7조 제1항 제2호 단서는 다단계판매업자가 다단계판매원을 통하여 아니하고 직접 소비자와 계약을 체결한 경우에는 다단계판매원의 인적사항을 기재하지 않아도 된다는 취지일 뿐이어서, 죄○○ 등이 원고 회사의 다단계판매원(계약서에 추천인, 후원인으로 기재되어 있다)의 소개로 다단계판매원으로 가입한 이후에 휴대폰단말기를 구입한 이상 이를 원고 회사가 소비자와 직접 계약을 체결한 경우에 해당한다고 볼 수도 없으므로 이 사건 구매계약서에 다단계판매원의 인적사항을 기재하지 않은 것이 불완전한 계약서의 교부에 해당하지 않는다는 원고의 주장은 이유 없음.

[몬토토의 방문판매법위반행위 건(서울고법 2010. 7. 1. 선고 2010누2021 판결¹⁰⁾]

다. 후원수당의 지급기준 등(제20조)

□ 후원수당 산정과 관련하여 다단계회사가 계약당사자로 나타나지 아니하고 위임한 회사가 계약당사자가 되는 경우는 ‘중개의 방법으로 재화 등을 공급하는 경우’에 해당함

○ ① 소외 회사는 별정통신사업자인 엘지텔레콤과 무선제판매사업계약을 체결하여 이동통신망의 일부를 구매한 뒤 독자적으로 이동통신가입자를 모집하여 그 가입자들로부터 이동통신사용요금을 수취하고 그 요금의 일정액을 통신망대여료로 엘지텔레콤에게 지급하는 사업을 영위한 점, ② 원고 회사는 소외 회사로부터 이동통신가입자 모집을 위임받아 판매영업을 하면서 소외 회사를 계약당사자로 하는 ‘몬티스타 가입/명의변경/

10) 상고심(대법원 2010. 10. 28. 선고 2010두14985 판결)은 이러한 원심판결에 위법이 없다고 판시함

납부방법 변경신청서와 원고 회사를 계약당사자로 하는 '회원등록신청 및 구매계약서'를 각 작성하였는바, '회원등록신청 및 구매계약서'에는 원고 회사의 다단계판매원으로 등록을 신청하는 내용과 함께 휴대전화 단말기의 판매내역 등이 기재되어 있으나 그 주요 내용은 원고 회사의 다단계판매원으로 가입하기 위한 것으로 보이는 점('몬티스타 가입/명의변경/납부방법 변경신청서'의 가입내역란에는 휴대전화 단말기의 구입내역을 기재하고 "본인은 별정통신에 대한 설명을 정확히 듣고 이해하였으며, 휴대폰을 정상가격에 구매하였음을 확인합니다"라고 기재된 확인란에 서명하도록 되어 있는 점에 비추어 '몬티스타 가입/명의변경/납부방법 변경신청서'가 이 사건 판매계약을 위한 주된 계약서라고 볼 것이다), ③ 원고 회사의 손의 계산서상 매출액을 산정함에 있어서도 소외 회사로부터 판매를 위임받은 이동전화서비스 기입상품의 전체판매액을 기준으로 하지 않고 판매에 따른 수수료 수입만을 매출액으로 기재한 점 등에 비추어 보면 원고 회사는 소외 회사로부터 이동통신서비스 판매를 위탁받아 원고 회사가 판매계약의 당사자가 되어 계약을 체결하였다기보다는 소외 회사의 이동통신서비스에 관한 정보 등을 제공하여 소비자를 모집한 뒤 소외 회사와 소비자 사이에 판매계약이 체결되도록 소개하였다고 볼 것이고, 이처럼 원고 회사가 계약당사자로 나타나지 아니하고 소외 회사가 계약당사자가 된다는 점에서 위탁매매가 아닌 중개매매에 해당한다고 할 것임. 따라서 중개매매로 인한 수수료 합계액을 기준으로 과대한 후원수당을 지급한 행위가 방문판매법을 위반한 것으로 보아 시정명령을 한 조치¹¹⁾는 정당함.

[몬토토의 방문판매법위반행위 건(서울고법 2010. 7. 1. 선고 2010누2021 판결¹²⁾)]

- 단말기판매계약의 당사자가 이동통신사 또는 전속대리점이 되는 경우에는 중개이나, 다단계판매업자가 직접 단말기판매계약의 당사자가 되는 경우에는 위탁매매임
- 방문판매법 제20조 제3항 제4호에서는 다단계판매업자의 재화등을 공급하는 방법이 위탁인지 중개인지에 따라 가격합계액의 산정 방법을 달리 정하고 있으면서도 위탁과 중개에 관한 별도의 정의 규정을 두고 있지 않으므로 중개와 위탁매매에 관하여는 상행위에 관한 규정을 두고 있는 상법과 관련 법리에 따라 판단하여야 할 것임. 그런데 상법상 중개인은 타인간의 상행위를 중개를 영업으로 하는 자를 지칭하고, 대리상은 인정한 상인을 위하여 상업사용인이 아니면서 상시 그 영업부류에 속하는 거래의 대리 또는 중개를 영업으로 하는 자를 말하며, 위탁매매인은 자기명의로써 타인의 계산으로 물건

11) 공정위는 위 계약을 중개매매로 보고 방문판매법 제20조 제3항 제4호에 의해 수수료를 기준으로 후원수당의 초과여부를 판단하여, 판매중개를 의뢰한 소외 회사로부터 받은 수수료 합계액의 35%를 초과한 후원수당을 다단계판매원에게 지급한 행위는 방문판매법 제20조 제3항의 규정에 위배되는 것으로 판단함

12) 상고심(대법원 2010. 10. 28. 선고 2010두14985 판결)은 이러한 원심판결에 위법이 없다고 판시함

또는 유가증권의 매매를 영업으로 하는 자를 말하는 것인바, 중개인이나 대리상은 모두 자기 명의로 매매 등의 거래를 하는 것이 아닌 반면 위탁매매인은 자기 명의로 매매 등의 거래를 하는 것이므로, 단말기 판매에 있어서 다단계판매언자인 원고 아이원이 단말기에 대한 정보를 제공하여 소비자들과 이동통신사 또는 전속대리점 사이의 단말기구매계약이 성사되도록 소개하여 단말기판매계약의 당사자가 이동통신사 또는 전속대리점이 되는 경우에는 중개라고 할 것이다. 원고 아이원이 직접 단말기판매계약의 당사자가 되는 경우에는 위탁매매라고 할 것임.

[아이원, 엔이엑스티의 방문판매법 위반행위 건(서울고법 2017. 1. 12. 선고 2016누50336 판결¹³⁾)]

□ 원고가 93개 지점에 지급한 지점운영비는 원고에 대한 후원수당이라고 인정되므로, 과징금납부명령에 있어 피고가 사실을 오인한 잘못은 없음

- 원고의 지점 운영위원장인 다단계판매원은 지점을 이전하거나 폐지할 수 있고 지점 내에서 발생하는 모든 사항에 대하여 책임을 지므로, 지점운영의 수익주체는 원고가 아닌 지점 운영위원장이고, 지점 운영위원장은 지점 근무 직원을 고용하고 그에 대한 급여의 지급도 자율적으로 정할 수 있는데, 이는 다단계판매원으로 하여금 지점 운영을 통해 원고의 비용으로 하위판매원을 두고, 그 판매실적에 따라 더 많은 수익을 얻을 수 있을 것을 기대하게 하므로, 실질적으로 특정 다단계판매원의 판매활동을 장려하는 기능을 함.
- 원고가 다단계판매원에게 금원을 지급하여 지점을 개설하게 한 것은 원고가 직접 지점을 개설하여 관리하는 직영센터와 법률적·경제적 효과가 같다고 볼 수 없으므로, 원고가 93개 지점에 지급한 지점운영비를 특수판매에서의 소비자보호 지침 III.4.(1)에서 정한 후원수당의 예외에 해당한다고 볼 수도 없음.
- 다단계판매업의 특성상 다단계판매업의 유통망을 구축·유지하기 위해서는 판매조직의 인적구성이나 판매원 간의 단계적 네트워크가 중요한 것이지 전국에 걸친 지점 개설이 필수적인 것은 아니라고 보이는 점, 원고의 지점 운영관리 규정에 따르면 지점 운영위원장은 필요에 따라 지점을 이전할 수 있는데, 이는 전국적인 유통망을 구축하기 위하여 지점 운영비를 지출한다는 원고의 주장과 모순되는 점 등에 비추어 보면, 원고의 주장은 이유없음.

[고려한백(주)의 방문판매법 위반행위에 대한 건(서울고법 2017. 9. 29. 선고 2016누82210 판결¹⁴⁾)]

13) 상고심(대법원 2017. 5. 26. 선고 2017누34179 판결)은 심리불속행 기각함

14) 상고심(대법원 2018. 2. 8. 선고 2017누67100 판결)은 심리불속행 기각함

- 원고가 중개의 방법으로 이동통신서비스의 가입을 유치한 사실은 당사자 사이에 다툼이 없고, 원고가 위탁의 방법으로 단말기를 공급한 사실은 앞서 본 바와 같으므로, 원고의 법정 후원수당 한도 초과여부의 기준이 되는 가격합계액은 원고의 단말기 판매액과 원고가 루이콤으로부터 지급받은 이동통신서비스 가입유치 수수료의 합계액이 되어야 할 것임
- 피고가 아와 달리 원고가 중개의 방법으로 단말기를 공급하였다고 보고, 원고가 루이콤으로부터 지급받은 단말기 판매 및 이동통신서비스 가입유치의 각 수수료 합계액을 기준으로 법정 후원수당 지급총액 한도 초과여부를 판단한 것은 위법하고, 달리 원고가 지급한 후원수당이 정당한 가격합계액의 35%를 초과한다고 볼 만한 사정은 없으므로 이 부분 처분사유는 존재하지 않음.
[(주)봄코리아의 방문판매법 위반행위에 대한 건(서울고법 2017. 10. 20. 선고 2016누47828 판결¹⁵⁾)]
- 이 사건 충전금이 ‘용역을 제공받을 수 있는 권리’의 대가라고 보기 어려우므로, 피고가 이 사건 충전금을 기준으로 가격합계액을 산정하지 아니하고, 이 사건 충전금 중 실제 사용된 금액, 즉 손익계산서 상 ‘통신매출’로 계상된 부분을 기준으로 가격합계액을 산정한 것은 타당함
- 이 사건 충전금은 용역의 제공 또는 재화의 공급 중 어느 하나로 사용되도록 확정되어 있지 않으므로 가격합계액 산정과 관련하여 이 사건 충전금 충전 당시가 재화 또는 용역의 출고 또는 제공 시점이라고 볼 수 없음. 이 사건 충전금의 복합적 성격에 비추어 다단계 판매원 또는 그로부터 충전금을 양수한 소비자가 그가 제공받을 재화 또는 용역에 관한 선택을 통하여 실제 이동통신서비스를 제공받거나 인터넷 쇼핑몰에서 상품을 구매하였을 때 비로소 재화 등의 ‘제공’이 있었다고 볼이 타당함.
- 만약 이 사건 충전금 자체를 후원수당 법정 한도 초과의 기준인 가격합계액으로 본다면, 거액의 ‘선불통화권’을 마치 장래에 이동통신서비스 용역을 제공받을 수 있는 권리인 것처럼 매도하여 충전금을 지급받은 후 이 추후의 상품 구매에 사용됨에도 불구하고 상품이 구매되는 시점이 아니라 선불통화권 충전 시점에 후원수당 지급 기준이 되는 매출이 발생한 것으로 인식하게 하여 후원수당 지급을 제한하는 법의 취지를 몰각시키게 될 것임.

15) 상고심(대법원 2019. 3. 15. 선고 2017두71925 판결)은 심리불속행 기각함

- 방문판매법 제20조 제3항의 규정에 의하더라도 충전금이 이용되어 실제로 원고에 의한 재화 또는 용역이 제공된 시점, 즉 매출액이 발생한 시점을 기준으로 가격합계액을 산정함이 타당할 뿐만 아니라, 특수판매에서의 소비자보호지침 Ⅲ.4.(5)항에서 말하는 회사의 매출액은 일반적으로 인정되는 회계원칙에 따라 작성된 제무제표를 기준으로 하는 것이 타당하므로, 원칙적으로 이 사건 충전금 중 제무제표상 매출액으로 인식되지 않는 미사용 액수는 가격합계액에서 제외되어야 함.

[(주)엔알커뮤니케이션의 방문판매법 위반행위에 대한 건(서울고법 2018. 2. 7. 선고 2017누35549 판결¹⁶)]

- 가격합계액을 산정할 때 위탁의 방법으로 재화 등을 공급하는 경우에는 위탁을 받은 다단계판매업자가 다단계판매원에게 판매한 가격을 기준으로 해야하는데, 원고가 주장하는 위탁판매 매출액 등을 기초로 재산정하더라도 여전히 방문판매법 제20조 제3항을 위반한 것임
- KT 통신상품 위탁판매에 관한 WCDMA(CDMA) 업무제휴계약에 따르면 원고가 선불서비스의 판매를 위탁받아서 직접 자기 명의로 소비자들과 사이에 계약을 체결하고, 그 결과 발생하는 대금채권을 KT에게 귀속시키고 수수료를 지급받는 것이므로, 이는 위탁매매의 성격을 가지고 있음.
- 방문판매법 제20조 제3항 제4호 규정에 의하면, 위탁인지 중개인지에 따라 가격합계액의 산정 방법을 달리 정하고 있는데, 원고가 위탁매매를 한 경우 수수료수익이 아니라 위탁매매의 매출액을 가격합계액에 포함시켜 원고의 2013년~2015년 후원수당 지급내율을 산정하면, 2013년은 법정한도를 초과하여 후원수당을 지급하였다고 할 수 없으나, 2014년, 2015년 부분은 여전히 방문판매법 제20조 제3항을 위반한 것이므로, 이 사건 제3행위에 대한 시정명령이 재량권의 범위를 벗어나거나 재량권을 남용한 것이라고 볼 수 없음.

[(주)엔알커뮤니케이션의 방문판매법 위반행위에 대한 건(서울고법 2018. 2. 7. 선고 2017누35549 판결¹⁷)]

16) 상고심(대법원 2018. 6. 15. 선고 2018누37915 판결)은 심리불속행 기각함

17) 상고심(대법원 2018. 6. 15. 선고 2018누37915 판결)은 심리불속행 기각함

라. 다단계판매원의 등록 및 탈퇴 등(제22조)

□ 다단계판매원에게 자격유지의 조건으로 과도한 부담을 지우는 행위에는 후원수당을 제대로 수령할 수 있는 자격을 유지하기 위한 조건으로 과도한 부담을 지우는 행위도 포함됨

○ 구 방문판매법 제22조 제1항 소정의 '자격유지의 조건'이라 함은 단순히 다단계판매원이 자신의 자격을 유지하기 위한 조건뿐만 아니라 다단계판매원이 다단계판매업의 본질적인 요소라 할 수 있는 후원수당을 제대로 수령할 수 있는 자격을 유지하기 위한 조건까지 포함한다고 보아야 하므로, 다단계판매원이 후원수당을 전액 지급받기 위한 조건으로 다단계판매원으로 하여금 매주 주간유지실적을 달성하도록 하고 이를 달성하지 못할 경우에는 발생한 수당의 10%만 지급받도록 한 원고의 행위는 구 방문판매법 제22조 제1항 소정의 '자격유지의 조건으로 과도한 부담을 지우는 행위'에 해당함¹⁸⁾.

[다이너스티인터내셔널의 방문판매법위반행위 건(서울고법 2007. 12. 20. 선고 2007누7293 판결¹⁹⁾)]

□ 방문판매법 제22조 제1항 규정에서 '유리한'이라는 용어는 상대적 개념으로서 아직 후원수당을 지급받지 않아 비교 대상이 존재하지 않는 회원에게는 '유리한 후원수당 지급기준의 적용'이라는 조건을 적용하기 어려우므로 '다단계판매원이 되려는 사람'인 회원에게는 위 조건을 적용할 수 없고, 위 규정이 '다단계판매원이 되려는 사람'에게는 '등록'을 조건으로 위와 같은 부담 부과를 금지하는 내용이라고 해석됨

○ 이 사건 승급조항에서 Pre-JBO 직급이 되어야만 후원수당을 지급받을 수 있는 사실을 법리에 비추어 보면, 이 사건 승급조항에서의 회원은 방문판매법상의 다단계판매원에 해당하지는 아니하고 방문판매법 제22조 제1항 및 방문판매법 시행령 제29조의 다단계판매원이 되려는 사람 내지 다단계판매원이 되려는 자에 해당함.

○ 방문판매법 제22조 제1항의 규정에서 '유리한'이라는 용어는 상대적 개념으로서 아직 후원수당을 지급받지 않아 비교 대상이 존재하지 않는 회원에게는 '유리한 후원수당 지급기준의 적용'이라는 조건을 적용하기 어려우므로 '다단계판매원이 되려는 사람'인 회원에게는 위 조건을 적용할 수 없음.

[㈜카나이코리아의 방문판매법 위반행위 건(서울고법 2016. 12. 22. 선고 2016누33768 판결²⁰⁾)]

18) 위와 같은 해석을 확인하는 의미에서, 이 사건 처분 이후인 2007. 7. 19. 구 법 제22조 제1항이 "다단계판매 업자는 다단계판매원이 되려는 자 또는 다단계판매원에게 등록, 자격유지 또는 유리한 후원수당의 지급기준을 적용받게 할 조건으로 과다한 재화·용역·구인 등 대통령령이 정하는 수준 이상의 부담을 지게 하여서는 아니 된다"라고 새로이 개정되어 '유리한 후원수당의 지급기준을 적용받게 할 조건으로라는 부분이 추가된 바 있음

19) 상고심(대법원 2008. 5. 29. 선고 2008누2309 판결)은 실리불속행 기각함

- 판매실적이 아무리 많아도 본인 구매실적이 없는 이상 다단계판매원의 등록, 자격 유지, 유리한 후원수당의 지급에 관한 각 요건을 충족시킬 수 없도록 하여 다단계판매원이 되려는 자와 다단계판매원에게 재화 등을 구매하도록 하는 부담을 지우도록 한 원고의 후원수당 지급기준은 방문판매법 시행령 제29조에 정해진 ‘판매실적과 구매실적에 따라 후원수당의 지급기준을 달리하는 행위’에 해당한다고 볼 수 없음
- 원고는 후원수당을 지급받을 수 있는 방문판매법상 다단계판매원인 실버등급으로의 신규 등록에 관하여 12만원의 본인 구매실적, 다단계판매원의 가격유지에 관하여 매월 12만 원의 본인 재구매실적, 보다 유리한 후원수당을 지급받을 수 있는 골드등급 이상으로의 등록에 관하여 60만 원 이상의 본인 구매실적을 요구하여, 방문판매법 제22조 제1항, 같은 법 시행령 제29조를 위반하여 다단계판매원에게 등록, 자격 유지 및 유리한 후원수당 지급기준의 적용을 조건으로 연간 5만 원 이상의 재화를 구입하게 하는 부담을 지우는 행위를 함.
[위나라이트코리아(주)의 방문판매법 위반행위에 대한 건(서울고법 2017. 7. 14. 선고 2016누34112 판결²¹⁾]
- 연간 5만 원을 넘는 원고의 통신상품을 일반회원 본인이 직접 구매하거나 제3자에게 이를 판매하여 본인 명의의 매출을 발생시킬 것을 요구하는 이 사건 승급조건은 방문판매법 제22조 제1항의 다단계판매원이 되려는 자에게 등록을 조건으로 ‘재화 등의 구입 등 연간 5만원 이상의 부담을 지게 하는 행위’에 해당함
- 이 사건 승급조건에 따르면, 일반회원이 후원수당을 지급받을 수 있는 다단계판매원 (브론즈직급)으로 등록되기 위해서는 그 가액이 연간 5만 원을 넘는 원고의 통신상품을 일반회원 본인이 직접 구매하거나 제3자에게 이를 판매하여 본인 명의의 매출을 발생시킬 것이 요구되는데, 이는 방문판매법 제22조 제1항, 같은 법 시행령 제29조가 정한 ‘다단계 판매원이 되려는 자에게 등록을 조건으로 재화 등의 구입 등 연간 5만 원 이상의 부담을 지게 하는 행위’에 해당함.
[(주)봄코리아의 방문판매법 위반행위에 대한 건(서울고법 2017. 10. 20. 선고 2016누47828 판결²²⁾]

20) 상고심(대법원 2017. 4. 28. 선고 2017두32647 판결)은 심리불속행 기각함

21) 상고심(대법원 2017. 12. 7. 선고 2017두57578 판결)은 심리불속행 기각함

22) 상고심(대법원 2019. 3. 15. 선고 2017두71925 판결)은 심리불속행 기각함

마. 금지행위 (제23조)

1) 계약체결의 강요 등(제23조 제1항 제1호)

- 방문판매법 제23조 제1항 제1호의 '강요'를 인정하기 위하여 반드시 소비자의 의사결정의 자유를 제한하거나 의사실행의 자유를 방해할 정도로 겁을 먹게 할 만한 해악의 고지가 필요하다고 볼 수 없음
- 방문판매법은 다단계판매 등에 의한 재화 또는 용역의 공정한 거래에 관한 사항을 규정함으로써 소비자의 권익을 보호하고 시장의 신뢰도 제고를 통하여 국민경제의 건전한 발전에 이바지함을 목적으로 하고 있음. 위와 같은 일법목적과 방문판매법 제23조 제1항 제1호의 문언(형법상 강요죄와 달리 강요의 수단으로서 협박을 그 요건으로 하지 않고 있다) 및 취지에 비추어 보면, 위 규정에서 정한 강요를 인정하기 위하여 반드시 소비자의 의사결정의 자유를 제한하거나 의사실행의 자유를 방해할 정도로 겁을 먹게 할 만한 해악의 고지가 필요하다고 볼 수 없음. 원고의 기존 회원들이 신규회원들에게 가입을 유도하는 과정에서 물품을 구매하고 다단계판매원이 되도록 계속 요구하거나 여러 명이 돌아가면서 계속 회유·설득하여 실리적으로 압박감을 준 행위(구체적으로 소비자로 하여금 이야기를 더 하고 싶다는 평계로 집에 가지 못하게 하면서 짐질방, 여관 등에서 숙박하도록 하여 감시하고, 키를 별도로 보관하여 나갈 수 없도록 하며 핸드폰을 압수하기도 함)는 소비자의 의사결정의 자유를 제한하는 행위로서 소비자의 의사에 반하여 다단계판매원 가입을 강요하는 행위에 해당함.

[웰빙테크의 방문판매법 위반행위 건(서울고법 2013. 12. 26. 선고 2012누36233 판결, 고법 확정)]

2) 기만적 방법을 사용한 거래 유도 등 (제23조 제1항 제2호)

- 방문판매법 제23조 제1항 제2호에서 규정한 '기만적 방법을 사용하여 상대방과의 거래를 유인하는 행위'란 거래에 있어 중요한 사항에 관한 구체적 사실을 신의성실의 의무에 비추어 비난받을 정도의 방법으로 은폐하거나 축소하는 등 소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 할 우려가 있는 행위를 의미함
- 방문판매법 제23조 제1항 제2호에서 규정한 '기만적 방법을 사용하여 상대방과의 거래를 유인하는 행위'란 거래에 있어 중요한 사항에 관한 구체적 사실을 신의성실의 의무에 비추어 비난받을 정도의 방법으로 은폐하거나 축소하는 등 소비자를 속이거나 소비자로

하여금 잘못 알게 할 우려가 있는 행위를 말하고, 그로 인하여 소비자가 유인될 우려가 있으면 족하고 반드시 소비자 유인의 결과가 발생함을 요하지는 않음. 그리고 그 행위가 소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 할 우려가 있는지 여부는 보통의 주의력을 가진 일반 소비자가 당해 행위를 받아들이는 전체적·궁극적 인상을 기준으로 하여 판단되어야 함. 다만 계약판매업체임을 숨기고 디단계판매원 가입을 유도한 행위, 사실과 다르게 디단계판매원 가입 후 3~6월 내에 매월 500~800만원 씩 벌 수 있다는 내용으로 가입을 유도한 행위, 높은 소득을 올리기 위해서는 대출을 받아 물품을 구매함으로써 보다 상위 직급의 디단계 판매원으로 가입하여야 한다고 소비자를 유인한 행위, 디단계판매원이 구매한 상품을 개봉하거나 일부 사용하도록 유도함으로써 환불 또는 청약철회를 하지 못하도록 하는 행위는 모두 허위 또는 과장된 사실을 알리거나 기반적 방법을 사용하여 상대방과 거래를 유도하거나 청약철회 또는 계약해지를 방해하는 행위에 해당함.

[웰빙테크의 방문판매법 위반행위 건(서울고법 2013. 12. 26. 선고 2012누36233 판결, 고법 확정)]

3) 판매 상품 등에 대한 가격 제한 (제23조 제1항 제9호)

- 원고들이 판매하는 단말기와 이동통신서비스는 분리되어 판매되고 판매 주체와 법적 성격이 모두 다르므로, 하나의 단위로 묶여 판매되는 경우에 해당하지 않음
- 방문판매법 제23조 제1항 제9호, 같은 법 시행령 제30조는 디단계판매자가 상대방에게 판매하는 개별 재화등의 가격이 160만 원을 초과하는 것을 금지하고 있는데, 여기서 말하는 “개별 재화등의 가격”이라 함은 판매 단위에 의하여 결정되는 재화 등의 가격을 의미한다고 볼 것이므로 날개 재화의 가격이 160만원 미만이라 하더라도 그 재화 여러 개를 하나의 판매 단위로 묶어 160만 원 이상의 가격으로 판매하는 경우에는 위 방문판매법 규정에 위배됨(대법원 2006. 5. 26. 선고 2006도279 판결 참조). 그러나 그 경우에도 침익적 행정처분의 근거가 되는 행정법규는 엄격하게 해석·적용하여야 하는 것으로 문언의 가능한 해석범위를 넘어 지나치게 확장하거나 유추하여 해석할 수는 없음.
- 원고들(아이원, 앤이엑스티)이 판매하는 단말기와 이동통신서비스는 분리되어 판매되는 것일 뿐만 아니라 판매 주체와 법적 성격이 모두 다르므로 하나의 단위로 묶여 판매되는 경우에 해당한다고 보기 어렵고, 이들이 가격혜택이나 통신상품의 구매관행 등에 따라 함께 판매되는 경우가 많다는 이유만으로 위 규정의 개별 재화 등에 해당한다고 보아 각 판매가격을 합한 가격을 기준으로 160만 원의 초과 여부를 판단하는 것은 법률 규정의 가능한 해석범위를 넘은 것으로서 부당함.

[아이원, 앤이엑스티의 방문판매법 위반행위 건(서울고법 2017. 1. 12. 선고 2016누50336 판결⁽²³⁾)]

바. 사행적 판매원 확정행위 등의 금지 (제24조)

- 원고의 셀프 프로모션을 통한 선불금액 판매행위는 방문판매법 제24조 제1항 제1호의 거래를 가장하여 사실상 금전거래만을 하는 행위라고 볼 수 있는 ‘실질적인 금전거래’에 해당한다고 보기 어려움
- 방문판매법 제24조 제1항 제1호의 “재화 등의 거래 없이 금전거래만을 하거나 재화 등의 거래를 가장하여 사실상 금전거래만을 하는 행위”란 재화 등을 주고받지 아니하고 오로지 금전수수만을 하거나, 재화 등의 거래를 빙자하여 외형상으로는 재화 등의 거래가 있는 것처럼 보이나 실제로는 재화 등의 거래가 없거나 매우 미미한 정도로만 이루어져 그 실질적 목적은 금전의 수수에만 있는 경우를 의미함.
- 원고가 셀프 프로모션을 통하여 1인당 1,200만 원의 고액의 선불금액을 충전하도록 유도하였지만, 앞서 본 사실에서와 같이 다단계판매원은 소비자에게 위 선불금액의 재판매가 가능하였고, 실제로 선불금액의 상당한 부분이 소비자에게 유·무상으로 양도되어 소비자에 의해 재화 등의 거래로 이어진 이상, 위 셀프 프로모션으로 판매한 선불금액이 소진이 어려울 정도로 지나치게 고액이어서 사실상 그 이용가능성이 배제되어 있다고 보기도 어려움. 또한 원고가 셀프 프로모션을 통한 선불금액의 판매가액을 재무제표상 선수금으로 계상하였다는 이유만으로 이를 재화 등의 공급 없는 사실상 금전거래행위라 볼 수 없음.
[(주)앤알커뮤니케이션의 방문판매법 위반행위에 대한 건(서울고법 2018. 2. 7. 선고 2017누35549 판결²³⁾]

23) 상고심(대법원 2017. 5. 26. 선고 2017두34179 판결)은 심리불속행 기각함

24) 상고심(대법원 2018. 6. 15. 선고 2018두37915 판결)은 심리불속행 기각함

3. 시정조치(제49조)

- ‘무등록다단계판매행위의 중지’나 ‘추천제도의 폐지’ 등의 조치를 명하는 대신 다단 계판매업 등록을 명한 시정조치는 비례의 원칙 및 과잉금지의 원칙에 위반되지 않음
- 피고(공정위)는 법 위반행위가 있는 경우 원칙적으로 위반회사의 규모와 위반 경위, 소비자의 피해의 정도와 재발방지를 위한 수단의 존부 등 제반 사정을 고려하여 법이 정한 각종 시정조치 중 가장 유효적절하다고 판단되는 조치를 재량에 따라 선택하여 명할 수 있음. 원고에게 ‘무등록다단계판매행위의 중지’를 명하는 경우, 원고가 이를 이행하지 아니하고 계속 다단계판매방식의 영업을 한다면 피고가 직접적으로 조속한 기간 내에 그 시정명령의 이행을 강제할 방법이 없다고 할 수 있는 점, 원고의 영업방식을 다단계판매 영업이라고 판단한 주된 이유가 판매원제도상의 ‘추천제도’의 하나에 있는 것이 아니라 ‘공유마케팅’에 의한 ‘1/2차 판매수당’의 지급에도 있으므로 ‘추천제도’의 폐지만으로 원고가 다단계판매방식으로부터 완전히 탈피할 수 있는 것으로 보이지 아니한 점, 원고의 경우는 ‘공유마케팅’을 통하여 판매원들에게 제품가격의 250% 내지 140%라는 고율의 후원수당을 지급하겠다고 소비자를 유인하여 터무니없이 비싼 가격으로 책정된 상품을 판매하는 등 다른 방문판매회사의 위법한 영업으로 인한 피해보다도 그 피해가 훨씬 클 것으로 보이는 점 등 제반 사정에 비추어 보면, 원고에 대하여는 다른 위반회사와는 달리 ‘무등록다단계판매행위의 중지’ 조치나 ‘추천제도의 폐지’ 등의 조치를 명하는 대신에 다단계판매영업을 하도록 하되 소비자들에게 발생할 피해를 예방하기 위하여 다단계판매업체로 등록을 하게 하여 정부나 지방자치단체로부터 적절한 규제를 받도록 하고 소비자들의 피해를 부보하는 보험이나 공제조합계약을 체결하도록 함으로써 원고의 영업을 양성화시키면서 동시에 소비자들을 보호하는 것이 규제목적에 가장 적합하다고 판단하여 ‘다단계판매업으로의 등록’ 조치를 명한 것으로 보이고, 그와 같은 피고의 조치에 비례의 원칙 및 과잉금지의 원칙에 위반되는 등의 재량권의 일탈·남용이 있다고 할 수 없음.

[디케이코퍼레이션의 방문판매법위반행위 건(서울고법 2007. 12. 20. 선고 2007누6320 판결²⁵⁾)]

25) 심고심(내법원 2008. 4. 24. 선고 2008두2293 판결)은 심리불속행 기각함

- 원고가 이동통신서비스 증개와 단말기 판매를 함께 하였다고 하더라도, 이를 합하여 방문판매법이 정한 '개별 재화 등'의 판매를 하였다고 볼 수는 없고, 달리 원고가 취급한 이동통신서비스와 단말기 각각의 판매가격이 160만 원을 초과한다고 볼 만한 사정도 없으므로 이 부분 시정명령의 처분사유는 존재하지 않음
- 휴대전화 '단말기'는 재화이고 이동통신서비스는 '서비스 내지 용역'으로서 양자는 그 법적 성격을 달리하고, 양자가 합쳐져야 소비자가 이동통신서비스의 효용을 누릴 수 있기는 하나, 단말기유통법 제6조 제1항에 따라 이동통신서비스에 가입하려는 이용자는 단말기를 구입하지 아니하고 이동통신서비스에만 가입할 수 있고, 성질상 이를 분리하여 거래한다고 하여 분리되기 전의 상품 또는 용역에 비하여 그 효용이 현저히 감소한다고 보기도 어려우므로, 이동통신서비스와 단말기는 분리하여 가입 또는 구매가 가능한 별개의 재화와 용역으로 보아야 함.
- 소비자가 일정기간 동안 이동통신서비스의 사용을 약정할 경우 단말기 지원금 등의 혜택을 받을 수 있어 단말기 구매와 이동통신서비스 가입이 함께 이루어지는 것이 통상적이기는 하나, 이는 구매자가 그러한 혜택을 누리기 위하여 이를 선택하였기 때문이지 원고가 분리 판매를 거절하고 위와 같이 함께 판매하는 것을 강제하였기 때문은 아님. 원고는 이동통신서비스의 경우 그 개통권한이 없어 루이콤과 구매자 사이의 이동통신서비스 가입계약 체결은 중개하였고, 단말기의 경우 루이콤의 위탁을 받아 자기의 명의로 직접 판매하였으므로, 양자는 권리의무의 귀속 주체와 성격이 달라 이를 판매하는 하나의 법률행위로 포섭하는 것은 실질에 반함.

[(주)봄코리아의 방문판매법 위반행위에 대한 건(서울고법 2017. 10. 20. 선고 2016누47828 판결²⁶⁾)]

26) 삼고심(대법원 2019. 3. 15. 선고 2017두71925 판결)은 심리불속행 기각함

4. 과징금(제51조)

- 구 방문판매법 제44조 제1항 전문의 ‘시정조치만으로는 소비자피해의 방지가 곤란한 경우’는 소비자 피해의 방지를 위하여 시정조치와는 별도로 영업의 정지를 명하거나 또는 이에 갈음하여 과징금을 부과하는 것이 법 위반행위에 대한 유효하고 적절한 제재수단이라고 인정되는 경우를 의미하며, 시정조치를 받았음에도 불구하고 이 법 위반행위를 반복할 것을 그 요건으로 하지는 않음
- 구 방문판매법(2007. 1. 19. 법률 제8259호로 개정되기 전의 것) 제44조 제1항 전문의 규정²⁷⁾에서, ‘제42조의 시정조치에도 불구하고 이 법 위반행위가 반복되는 경우’라 함은 특수판매업자가 공정위로부터 제42조의 시정조치를 받았음에도 불구하고 그 후 이 법 위반행위를 반복한 경우를 의미한다고 할 것이고, 한편 ‘시정조치만으로는 소비자 피해의 방지가 곤란한 경우’라 함은 소비자 피해의 방지를 위하여 시정조치와는 별도로 영업의 전부 또는 일부의 정지를 명하거나 또는 이에 갈음하여 과징금을 부과하는 것이 법 위반행위에 대한 유효하고 적절한 제재수단이라고 인정되는 경우를 의미하고, 이때에 특수판매업자가 방문판매법 제44조의 시정조치를 받았음에도 불구하고 이 법 위반행위를 반복할 것을 그 요건으로 하지는 않는다고 봄이 상당함. 원고는 2004. 1. 1부터 2004. 12. 31.까지 후원수당 지급비율 초과 지급행위 등의 법 위반행위를 하고서도 다시 2005. 1. 1부터 2005. 12. 31.까지의 기간 동안 이 법 위반행위를 지속하였던 점, 원고의 2004. 1. 1부터 2004. 12. 31.까지의 후원수당 초과 지급비율은 44.93%이고, 다음 해인 2005. 1. 1부터 2005. 12. 31.까지의 그것은 57.95%로서 법 위반 정도가 점차 심화되고 있었던 점, 원고가 2005년 10월 및 12월경 판매원들에게 지급한 후원수당은 그 달의 매출액보다도 훨씬 더 많았던 점 등을 알 수 있는바, 이러한 사정들을 종합하여 보면 원심이 원고의 위와 같은 법 위반행위에 대하여 피고가 시정조치를 하는 것만으로는 소비자 피해의 방지가 곤란하다는 이유로 이 사건 과징금납부명령이 적법하다고 판단한 것은 정당함.

[에스티씨인터넷셔널의 방문판매법위반행위 건(대법원 2009. 10. 15. 선고 2007두25299 판결)]

27) 공정거래위원회는 특수판매업자가 제42조의 시정조치에도 불구하고 이 법 위반행위가 반복되거나 시정조치 만으로는 소비자피해의 방지가 곤란하다고 판단되는 경우에는 대통령령이 정하는 바에 따라 1년 이내의 기간을 정하여 영업의 전부 또는 일부의 정지를 명하거나 이에 갈음하여 해당 특수판매업자에 대하여 대통령령이 정하는 위반행위 관련 매출액을 초과하지 아니하는 범위 안에서 과징금을 부과할 수 있다.

가. 위반기간 산정

- 방문판매법 제20조 제3항 제3호가 '가격합계액 및 후원수당은 1년을 단위로 산정할 것'으로 정하고 있는 점, 피고는 2014. 11. 29.부터 2014. 12. 17.까지 조사 자료를 정리·검토하여, 2015. 1. 27.부터 심사보고서를 작성하고 2015. 10. 2. 이 사건 의결에 이른 점에 비추어보면, 피고가 2014. 12. 17. 까지의 조사결과를 토대로 원고의 방문판매법 위반기간을 2013. 1. 1.부터 2014. 12. 31. 까지로 산정한 것이 자의적이라 볼 수 없음.²⁸⁾

[위나라이트코리아(주)의 방문판매법 위반행위에 대한 건(서울고법 2017. 7. 14. 선고 2016누34112 판결²⁹⁾]

나. 관련매출액 산정

- 원고의 후원수당 지급총액한도 초과행위는 원고 매출 발생의 직접적인 원인이며, 원고의 보상플랜 자체가 최소 12만 원 이상의 부담 부과를 정하고 있었던 이상, 이를 통해 발생한 매출액 전액³⁰⁾에 대한 소비자 피해를 인정할 수 있음.
- 방문판매법 시행령 제60조 제2호는 해당 위반행위가 매출발생의 직접적 원인이 된 경우 해당 위반행위와 상당인과관계가 있는 매출액 전액에 해당하는 금액을, 같은 조 제3호는 해당 위반행위가 소비자파해 반생의 직접적 원인이 된 경우 해당 위반행위로 인하여 피해가 발생한 매출액에 해당하는 금액을 각 관련매출액으로 산정하도록 정하고 있음.
- 원고가 방문판매법이 정한 지급총액한도를 초과하여 후원수당을 지급한 것은 다단계판매원이 되려는 사람 또는 다단계판매원에게 재화 구매의 유인으로 작용했고, 위와 같은 재화 구매가 곧바로 원고의 매출로 이어진 것으로, 원고의 후원수당 지급총액한도 초과행위는 원고 매출 발생의 직접적인 원인임.

28) 원고는 원고가 지급기준을 변경한 2016. 2. 1. 전날인 2016. 1. 31.에 위반행위가 종료되었고, 그렇시 않더라도 저어도 이 사건 의결일 2015.10. 2. 이후에 종료되었는 바, 피고가 원고의 방문판매법 위반기간을 2013. 1. 1.부터 2014. 12. 31.까지로 자의적으로 정하여 과징금 산정을 위한 1일당 평균 관련매출액을 과다하게 계산하였다고 주장

29) 상고심(대법원 2017. 12. 7. 선고 2017누57578 판결)은 심리불속행 기각함

30) 원고는 관련매출액 중 연간 5만 원 이하의 부담과 관계된 부분은 제외되어야 한다고 주장

- 방문판매법 시행령 제29조는 연간 5만 원 이하의 부담부과는 허용되는 것으로 정하고 있으나, 원고의 보상플랜 자체가 최소 12만 원 이상의 부담 부과를 정하고 있었던 이상, 이를 통해 발생한 매출액 전액에 대한 소비자 피해를 인정할 수 있음.

[위나라이트코리아(주)의 방문판매법 위반행위에 대한 건(서울고법 2017. 7. 14. 선고 2016누34112 판결³¹⁾]

- 위탁판매 관련 부분에 관하여 위탁판매 수수료 수익이 아니라 위탁판매 매출액을 기준으로 관련매출액을 산정하는 것이 타당하고 매출에누리는 원고가 후원수당으로 지급된 금액 중 일부를 임의로 매출에누리로 매출액에서 차감한 것에 불과하므로, 관련매출액에 포함되는 것으로 봄이 상당함
- 원고가 지급총액한도를 초과하여 후원수당을 지급한 것은 다단계판매원이 되려는 사람 또는 다단계판매원에게 재화 구매의 유인으로 작용했고 위와 같은 재화 구매가 곧바로 원고의 매출로 이어졌으므로 원고의 후원수당 지급총액한도 초과행위는 원고 매출 발생의 직접적인 원인이라고 볼 수 있음.
- 원고가 후원수당의 지급을 조건으로 재화를 구매하도록 한 것은 소비자피해 발생의 직접적인 원인이라고 할 수 있고, 원고가 후원수당을 지급한 이상 그로 인한 소비자의 피해는 위탁판매의 경우 또는 직접 판매의 경우에 있어 차이가 없음.
- 후원수당 한도 초과 지급행위로 인한 판매이익은 단순히 손익계산서상의 이익에 반 국한되는 것이 아니라 매출규모 자체가 기업에 주는 부가적 이익도 상당하므로, 위탁판매의 경우에도 원칙적으로 관련매출액은 위탁판매수수료가 아니라 위반사업자의 위탁판매대금으로 보는 것이 타당함.
- 원고가 형식상으로는 위탁판매를 하였다고 하더라도 법정 한도를 초과하여 후원수당을 지급함으로써 소비자의 이익을 저해하였음이 명백하므로, 이러한 후원수당 초과 지급행위에 대한 적정한 제재를 하려면 판매로 인한 매출액 전부를 관련매출액으로 보아야 함.

[(주)앤플커뮤니케이션의 방문판매법 위반행위에 대한 건(서울고법 2019. 10. 24. 선고 2019누33790 판결, 고법 확정³²⁾]

31) 상고심(대법원 2017. 12. 7. 선고 2017누57578 판결)은 심리불속형 기각함

32) 원심결에 의한 과징금부과처분이 '대법원 2018. 6. 15. 선고 2018누37915 판결'로 취소되자, 공정위는 법원 판결 취지에 따라 과징금을 재산정하여 부과하였으며, 이에 대하여 원고는 관련매출액 산정의 위법을 주장함

□ 영업정지처분과 과징금부과처분의 성격 및 효과가 서로 구별되는 것으로 보이는 이상, 영업정지처분에 갈음하여 과징금부과처분을 하는 경우라도 둘 이상의 위반행위 경합 시에 반드시 같은 계산 방법, 즉 가장 다액인 과징금의 2분의 1까지만 가중하는 방법을 사용하여야만 양자 사이에 형평을 유지할 수 있다고 볼 것은 아님

- 과징금부과처분은 1일당 평균 매출액의 100분의 30에 해당하는 금액에 기준으로 하므로 이것이 영업정지처분을 선택하는 것과 비교해서 과다한 것으로 볼 수 없고, 가장 무거운 처분기준의 2분의 1 한도로 제한된 영업정지일수가 곱해지는 이상 과징금부과처분에도 둘 이상의 위반사항이 경합하는 사정이 충분히 반영되는 것으로 볼 수 있음.

[위나라이트코리아(주)의 방문판매법 위반행위에 대한 건(서울고법 2017. 7. 14. 선고 2016누34112 판결³³⁾]

다. 과징금 산정

□ 영업정지처분에 갈음하여 과징금부과처분을 하는 경우라도 둘 이상의 위반행위 경합 시에 가장 다액인 과징금의 2분의 1까지만 가중하는 방법을 사용하여야만 양자 사이에 형평을 유지할 수 있다고 볼 것은 아니며, 가장 무거운 처분기준의 2분의 1 한도로 제한된 영업정지일수가 곱해지는 이상 과징금부과처분에도 둘 이상의 위반사항이 경합하는 사정이 충분히 반영되므로 이와 같은 과징금 산정이 둘 이상의 위반사항에 대한 과징금을 단순 합산하여 부당하게 과다한 것이라고 보기 어려움

- 영업정지처분과 과징금부과처분의 성격 및 효과가 서로 구별되는 것으로 보이는 이상, 영업정지처분에 갈음하여 과징금부과처분을 하는 경우라도 둘 이상의 위반행위 경합시에 반드시 같은 계산 방법, 즉 가장 다액인 과징금의 2분의 1까지만 가중하는 방법을 사용하여야만 양자 사이에 형평을 유지할 수 있다고 볼 것은 아님.

- 과징금부과처분은 1일당 평균 매출액의 100분의 30에 해당하는 금액을 기준으로 하므로 이것이 영업정지처분을 선택하는 것과 비교해서 과다한 것으로 볼 수 없고, 가장 무거운 처분기준의 2분의 1 한도로 제한된 영업정지일수가 곱해지는 이상 과징금부과처분에도 둘 이상의 위반사항이 경합하는 사정이 충분히 반영되는 것으로 볼 수 있으므로, 위와 같은 과징금 산정이 둘 이상의 위반사항에 대한 과징금을 단순 합산하여 부당하게 과다한 것이라고 보기 어려움.

33) 상고심(대법원 2017.12.7. 선고 2017두57578 판결)은 심리불속행 기각함

[위나라이트코리아(주)의 방문판매법 위반행위에 대한 건(서울고법 2017. 7. 14. 선고 2016누34112 판결³⁴⁾)]

- 소비자피해의 정도, 원고의 보상노력 및 현실적 부담능력을 이유로 과징금을 감경하지 않은 것에 어떠한 위법이 있다고 할 수 없음.
- 방문판매법 시행령 [별표 3]에 규정된 위반사업자의 현실적 부담능력을 이유로 한 과징금 감액은 임의적 감액사유에 해당하고, 원고가 방문판매법을 위반하여 2013년과 2014년에 후원수당을 초과 지급한 사실을 감안하면, 원고의 재정상태는 원고가 방문판매법 위반행위를 통해 스스로 초래한 것이므로 이를 이유로 과징금을 감액한다면 현저히 부당한 결과가 됨.
- 원고의 보상플랜에 따른 나단계판매원 등록, 자격유지, 승급 요건을 충족시키기 위한 재화 구매로 발생한 매출액 전부를 소비자피해로 볼 수 있고, 이러한 소비자 피해는 현실적으로 보상되기 어렵고, 원고는 이 사건 의결 이후에도 계속하여 보상플랜을 변경하지 않다가 이 사건 소 제기 직전에 이르러서야 보상플랜을 변경하였는데, 이는 원고가 적극적으로 방문판매법 위반행위의 효과를 제거하거나 시정하려는 노력을 했다고 보기 어려움.

[위나라이트코리아(주)의 방문판매법 위반행위에 대한 건(서울고법 2017. 7. 14. 선고 2016누34112 판결³⁵⁾)]

34) 상고심(대법원 2017.12.7. 선고 2017두57578 판결)은 심리불속행 기각함

35) 상고심(대법원 2017.12.7. 선고 2017두57578 판결)은 심리불속행 기각함

5. 벌칙(제58조)

□ 고발은 수사의 단서에 불과할 뿐이며 그 자체로 국민의 권리의무에 영향을 미치는 것이 아니므로 항고소송의 대상이 되는 행정처분이 아님

○ 행정소송법상 항고소송의 대상이 되는 행정청의 처분이라 함은 행정청의 공법상의 행위로서 특정사항에 대하여 법규에 의한 권리의 설정 또는 의무의 부담을 명하거나 기타 법률상 효과를 발생하게 하는 등 국민의 권리의무에 직접 관계가 있는 행위를 말하는바, 이른바 고발은 수사의 단서에 불과할 뿐 그 자체 국민의 권리의무에 어떤 영향을 미치는 것이 아니어서 행정처분이 될 수 없고, 특히 공정거래법 제71조는 공정위의 고발을 위 범률 위반죄의 소추요건으로 규정하고 있어 공정위의 고발조치는 사지 당국에 대하여 형벌권 행사를 요구하는 행정기관 상호간의 행위에 불과하며, 더욱이 원고들을 고발하기로 하는 피고의 의결은 행정청 내부의 의사결정에 불과한 뿐 최종적인 처분은 아니어서 이 점에서도 항고소송의 대상인 행정처분이 되지 못한다고 할 것임.

[한라상조 외 1의 방문판매법위반행위 건(서울고법 2009. 5. 28. 선고 2008누34810 판결, 고법 확정)]

6. 과태료(제66조)

- 방문판매법에 의하여 부과된 과태료 처분의 당부는 최종적으로 비송사건절차법 내지는 질서위반행위규제법에 의한 절차에 의하여만 판단되어야 하므로, 그 과태료 처분은 행정소송의 대상이 되는 행정처분이라고 볼 수 없음
- 방문판매법 제58조 제5항, 제6항에 의하면, 부과된 과태료 처분에 불복이 있는 자는 그 처분의 고지를 받은 날로부터 30일 이내에 부과권자에게 이의를 제기할 수 있고, 이러한 이의가 제기된 때에는 부과권자는 지체없이 관할법원에 그 사실을 통보하여야 하며 그 통보를 받은 관할법원은 비송사건절차법{다만 과태료에 대한 부과·징수를 일원화한 질서 위반행위규제법(2007. 12. 21. 제정)이 시행된 이후에는 질서위반행위규제법에 의한다}에 의하여 과태료의 재판을 하도록 규정되어 있음. 위 관계규정에 의하면 방문판매법에 의하여 부과된 과태료 처분의 당부는 최종적으로 비송사건절차법 내지는 질서위반행위규제법에 의한 절차에 의하여만 판단되어야 하므로, 그 과태료 처분은 행정소송의 대상이 되는 행정처분이라고 볼 수 없음.

[웰빙테크의 방문판매법 위반행위 건(서울고법 2013. 12. 26. 선고 2012누36233 판결, 고법 확정)]

2024년도
공정거래 판례요지집

제8장

전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률

1. 통신판매업자(제2조)

- 원고가 통신판매업의 신고를 한 점, 원고의 약관규정에 의하면 계약의 매도당사자가 원고로서 위 약관은 다른 통신판매중개자의 약관과 다른 것으로 보이는 점, 원고가 통신판매의 당사자가 아니라는 고지를 소비자에게 하지 않은 점 등에 비추어 볼 때 원고를 통신판매중개자가 아닌 통신판매업자로 인정할 수 있음
- 전자거래법 제2조 제2, 3호 및 시행규칙 제2조, 법 제2조 제4호 및 시행규칙 제3조의 규정, '어떠한 사업자가 통신판매업자인지 통신판매중개자인지 구별이 불분명한 경우에 (i) 사업자가 자신은 통신판매중개자에 불과하며 통신판매에 따른 법적 책임은 제3의 의뢰자에게 있음을 소비자들이 알기 쉬운 방법으로 약정하거나 고지하였는지 여부, (ii) 대금결제가 통신판매중개를 의뢰한 자와의 거래임을 소비자가 충분히 인식할 수 있도록 결제화면에서 표시하는 등 필요한 조치를 하였는지 여부, (iii) 통신판매에 따른 매출이익이 직접 자신의 수익이 되는지 아니면 단순히 중개수수료 수익만을 얻는 것인지 등의 회계처리 방법 등을 종합적으로 고려하여 판단한다.'고 규정하여 통신판매업자와 통신판매중개자 사이의 구별 기준을 정하고 있는 피고의 지침 내용 등을 종합하여 보면, 통신판매업자는 거래의 당사자가 되나 통신판매중개자는 거래의 알선(중개)을 할 뿐 거래의 당사자가 아니고, 그 구별은 위 지침상의 구별기준과 같은 방법에 의하여 할 수 있는 것으로 보이는바, 법상의 통신판매업자 및 통신판매중개자에 관한 구별기준이 명확하지 않다고 볼 수 없음.
- 법 제21조 제2항은 '피고는 이 법 위반행위를 방지하고 소비자피해를 예방하기 위하여 전자상거래를 하는 사업자 또는 통신판매업자가 준수하여야 할 기준을 정하여 고시할 수 있다.'고 규정하고 있고, 지침도 '법 제21조의 규정에 따라 법과 그 시행령 등 관련법령의 내용을 보다 구체화하여 예시함으로써 법 위반행위의 방지 및 소비자피해의 예방을 위하여 전자상거래 및 통신판매를 행함에 있어 사업자가 지켜야 할 기준을 고시하는 데에 그 목적이 있다.'고 규정하는 한편, '법 제21조에 따라 법 위반행위의 방지 및 소비자피해의 예방을 위하여 관련법령의 해석에 관한 기준을 제시하는 부분인 일반사항 등으로 지침이 구성된다.'고 규정하고 있으며, 법 제20조 제1, 2항은 '통신판매중개자는 자신이 통신판매의 당사자가 아니라는 사실을 소비자가 쉽게 알 수 있도록 종리령으로 정하는 방법으로 미리 고지하여야 하며, 통신판매업자인 통신판매중개자는 통신판매중개를 의뢰한 자에 대한 일정한 정보를 확인하여 거래의 당사자들에게 상대방에 관한 정보를 열람할 수 있는 방법을 제공하여야 한다.'고 규정하고 있고, 시행규칙 제11조의 2는 법 제20조 제1항의 위임에 따라 '통신판매 당사자가 아니라는 사실의 고지방법'에 관하여 규정하고 있음. 위와 같이 지침은 법 위반행위를 방지하고 소비자피해를 예방하기 위하여 법상의 전자상거래를 하는 사업자 또는 통신판매업자가 준수하여야 할 기준을 정하여 고시하기

위하여 만들어진 것으로서 지침을 준수하여야 할 사업자에는 통신판매업자 등이 포함되는데, 법과 시행규칙 등에서 통신판매업자와 통신판매중개자에게 부과되는 의무와 책임 등에 대하여 다르게 규정되어 있는 등 통신판매업자와 통신판매중개자가 구별되어 있는 이상 지침에서 지침을 준수하여야 할 사업자인 통신판매업자와 통신판매업자가 아닌 통신판매 중개자의 구별 기준에 관하여 규정하는 것이 법 제21조의 위임 범위를 벗어난다고 볼 수는 없고, 위 각 규정 내용에 비추어 볼 때 지침의 (i), (ii)의 기준은 법 제20조의 제1, 2항의 내용을 구체화한 것으로서 법 제20조 제1, 2항의 규정에 부합하는 것으로 보임. 따라서 위 지침상의 통신판매업자와 통신판매중개자의 구별기준에 관한 내용이 법률유보의 원칙에 반하는 것으로 보이지는 않음.

- 법 제12조 제1항은 ‘통신판매업자는 상호, 주소, 전화번호 등을 공정거래위원회 또는 특별자치도지사·시장·군수·구청장에게 신고하여야 한다.’고 규정하고 있는바, 원고는 2011. 9. 21. 위 규정에 의하여 서울특별시 강남구청장에게 통신판매업의 신고를 한 점, 원고의 ‘쿠팡 이용 약관’ 제12조는 ‘회원은 약관 및 원고가 정한 규정에 따라 구매를 신청하고, 원고는 회원의 구매신청이 있는 경우 회원에게 구매확인통지를 하며, 이 통지가 도달한 시점에 구매계약이 성립하고, 회원은 의사표시의 불일치 등이 있는 경우에 구매 확인통지를 받은 후 즉시 구매신청 변경 및 취소를 요청할 수 있다.’고 규정하고 있고, 제19조 제2호는 ‘원고는 회원이 구매 신청한 쿠폰 판매수량이 해당 서비스가 정한 개별 조건상의 목표수량을 달성하자 못해 공동구매 자체가 성사되지 않는 경우에는, 그 사유를 회원에게 통지하고, 사유발생일 다음날 오전 0시부터 3영업일 이내에 계약해지 및 환급절차를 취한다.’고 규정하고 있는바, 위 약관 규정 등에 의하면 원고의 회원으로 등록한 자가 원고에게 구매신청을 하여 원고와 회원의 구매계약이 성립할 경우 그 계약의 대도 당사자는 원고로서 원고와 회원 사이에서 구매계약의 내용인 재산권의 이전과 대금의 지급이 종국적으로 일어나고 이러한 원고의 위 약관은 다른 통신판매 중개자의 약관과 다른 것으로 보이는 점, 법 제20조 제1항은 ‘통신판매중개자는 자신이 통신판매의 당사자가 아니라는 사실을 소비자가 쉽게 알 수 있도록 미리 고지하여야 한다.’고 규정하고 있으나 원고는 위와 같은 고지를 하고 있지 않은 점, 이에 비추어 볼 때 갑 제13호증의 기재만으로는 소비자들이 원고를 통신판매중개자로 인식하고 있다고 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없으며 오히려 소비자들은 원고를 계약의 상대방으로 인식하고 있는 것으로 보이는 점, 재화의 공급·배송을 물품공급업자가 한다고 하더라도 위와 같은 위 약관상의 계약의 당사자를 달리 볼 사유는 되지 않는 점 등을 앞서 본 법, 시행규칙, 지침의 규정 내용들에 비추어 보면, 원고를 법 제2조 제3호의 통신판매업자로 충분히 인정할 수 있다고 판단되고, 따라서 이 사건 처분이 명확성 원칙에 반하여 위헌·위법하다는 원고의 위 주장도 이유 없음.

[포워드벤처스의 전자상거래법 위반행위 건(서울고법 2014. 9. 4. 선고 2014누41390 판결, 고법 확정)]

2. 전자적 대금 결제시 사업자 등의 고지사항(제8조 제2항)

- 구매일로부터 1개월마다 이용권 금액이 자동 결제되는 계약을 체결한 이용자들에게 이메일 등을 통하여 가격 인상 등을 고지하고, 전자적 대금 결제장을 제공하지 아니한 것은 제8조 제2항 위반임
- 이 사건 자동결제상품 계약에 의하여 원고가 제공하는 유료서비스의 이용기간은 이용대금 납부가 이루어진 후 1개월임. 다만 소비자가 이 사건 자동결제상품을 최초로 구매함에 있어 “구매일로부터 1개월마다 이용권 금액이 자동 결제되는 것에 동의한다.”는 란(이하 ‘자동결제조항’이라 한다)을 선택함으로써 한 달간의 이용기간이 지나면 자동적으로 이용대금이 결제가 되어 이용기간이 매월 연장됨.
- 그런데 자동결제방식 자체가 소비자의 대금지급절차의 번거로움을 피하기 위한 것인 만큼 자동결제조항에 의한 묵시적 갱신은 대금 등 계약조건이 기준 그대로 계속 유지되는 것을 전제로 하는 것이므로 소비자나 사업자 중 일방이 기준의 계약조건에 변경을 거리려고 하는 경우에는 양 당사자 사이에 변경된 계약조건에 관한 새로운 합의가 있지 않는 한 계약이 묵시적으로 자동 갱신 또는 연장된다고 볼 수 없고 기존 계약은 계약 기간이 만료되면 종료됨.
- 따라서 원고가 소비자로부터 서비스 제공에 대한 인상된 이용대금을 지급받기 위하여는 소비자와 사이에 인상된 이용대금에 대한 새로운 합의가 이루어져야만 하는데, 인상된 이용대금을 지급하고 원고의 서비스를 이용하겠다는 소비자의 새로운 청약과 그에 따른 원고의 승낙이라는 대립적인 의사의 합치가 있어야 하는 것은 최초의 구매 계약을 체결할 때와 마찬가지임. 그럼에도 불구하고 원고가 소비자의 청약의사가 진정한 의사인지 확인하기 위한 대금 결제장을 제공하지 아니한 이 사건 행위는 이 사건 조항에 위반된다고 봄이 타당함.

[씨제이이앤엠의 전자상거래소비자보호법 위반행위에 대한 건(서울고법 2015. 9. 24. 선고 2014누66856 판결, 고법 확정)]

3. 금지행위(제21조)

가. 거짓 또는 과장된 사실에 의한 소비자 유인행위(제1항 제1호)

- 단지 오픈마켓 운영자가 배너광고를 직접 제작하지 않았다는 사정만으로는 그 광고 내용이 허위임을 알지 못하였다거나 허위광고를 한 것이 정당화된다고 보기는 어려우며, 허위·과장광고를 함께 있어서 반드시 그 행위에 대한 주관적인 인식을 가지고 있어야 하는 것은 아님
- 행정법규 위반에 대하여 가하는 제재조치는 행정목적 달성을 위하여 행정법규 위반이라는 객관적 사실에 착안하여 가하는 제재이므로, 위반자가 그 의무를 알지 못하는 것이 무리가 아니었다고 할 수 있어 그것을 정당시할 수 있는 사정이 있을 때 또는 그 의무의 이행을 당사자에게 기대하는 것이 무리라고 하는 사정이 있을 때 등 그 의무 해태를 탓할 수 없는 정당한 사유가 있는 경우 등의 특별한 사정이 없는 한 위반자에게 고의나 과실이 없다고 하더라도 부과될 수 있음(대법원 2009두4272 판결 등 참조). 원고는 포털사이트 네이버(www.naver.com) 초기화면에 옵션이 판매방식으로 인해 실제판매가격이 21,800원인 나이키 슬리퍼를 마치 7,900원에 판매하는 것처럼 “ SALE 7,900원” 배너광고를 게재하였는데, 이는 처음부터 허위의 사실을 알려 소비자를 유인하는 행위에 해당한다고 보아야 하고, 단지 원고가 배너광고를 직접 제작하지 않았다는 사정만으로는 그 광고내용이 허위임을 알지 못하였다거나 허위광고를 한 것이 정당화된다고 보기는 어려우며, 사업자가 전자상거래법 소정의 허위·과장광고를 함께 있어서 반드시 그 행위에 대한 주관적인 인식을 가지고 있어야 하는 것은 아님.

[아베이혹션(구, 옵션)의 전자상거래법 위반행위 건(대법원 2012. 6. 28. 선고 2010두24371 판결)]

- 오픈마켓 운영자가 재고가 소진된 상품을 광고대상에서 제외시키는 조치를 취하지 않았다면 허위광고로 인한 고객유인행위에 대하여 그 의무해태를 탓할 수 없는 정당한 사유가 인정된다고 보기 어려움
- 원심은 원고가 9,900원인 나이키 짹이 매진되어 없음에도 입점업체로부터 위와 같은 사실을 통보받지 못해 마치 판매하고 있는 것처럼 포털사이트 네이버 초기화면에 “ SALE 9,900원”이라는 배너광고를 게재한 행위와 관련하여, 상품이 매진되어 더 이상 판매할 상품이 남아있지 아니한 시점부터 허위의 사실을 알려 소비자를 유인하는 행위에 해당하지만, 그 광고내용이 허위임을 알지 못한 것이 무리가 아니라고 할 수 있어 이를

정당시 할 수 있는 사정이 있는 때에 해당한다고 보았으나, 오픈마켓을 운영하는 사업자로서는 일전업체가 광고상품에 대하여 충분한 재고를 확보하고 있는지를 확인하고 재고가 소진된 경우에는 광고대상에서 제외시키는 등 적절한 조치를 취할 의무가 있음에도 이러한 조치를 취하지 않았고, 그 결과 재고가 소진되자 일전업체는 상품상세정보 화면 등에서 해당 상품목록을 임의로 삭제함으로써 소비자가 더 이상 광고상품을 검색할 수 없게 되었음에도 원고는 위 배너광고에 여전히 광고상품이 그대로 표시되도록 방지한 잘못이 있으므로 원고의 허위광고로 인한 고객유인행위에 대하여 그 의무해태를 탓할 수 없는 정당한 사유가 인정된다고 보기 어려울.

[아메이족선(구, 옥선)의 전자상거래법 위반행위 건(대법원 2012. 6. 28. 선고 2010두24371 판결)]

- 뉴질랜드 학생의 영어캠프 참여가 확정되지 않은 상태에서 홈페이지 광고를 통해 마치 그들이 영어캠프에 참여하는 것처럼 하였고, 숙소운영과 관련하여서도 사실과 다르게 게시한 행위는 영어캠프와 관련하여 허위 또는 과장된 사실을 알려 소비자를 유인하는 행위에 해당함
- 원고는 홈페이지를 통해 초·중·고 학생을 대상으로 2011. 1. 2.부터 2011. 2. 1.까지 열리는 영어캠프 참가자를 모집하면서 ① 뉴질랜드 학생들이 이 사건 영어캠프에 참여한다는 광고, ② 이 사건 영어캠프의 숙소가 8인 1실로 운영된다는 광고를 2010. 9.경부터 2011. 1.경까지 홈페이지에 게시함.
- ①과 관련하여, 당시 2010. 11. 23. 있었던 연평도 포격사건으로 뉴질랜드 학생들이 이 사건 영어캠프에 참여하지 않을 가능성이 높아 그들의 참여가 확정되지 않은 상태이었으며, 실제로 뉴질랜드 학생들은 원고가 개최한 총 9차례의 영어캠프에 전혀 참여하지 않았음. 원고는 홈페이지 학습집단구성란에 '팀 : 학생 15명 내외 원어민 교사 1명, 지도교사 1명, 미국학생 또는 도우미교사'라고 기재하여 미국학생(영어권 학생)이 오지 않을 경우 도우미 교사로 대체될 것임을 미리 알렸고 또 홈페이지 하단에 '모든 사정은 현지 사정으로 변경될 수 있음'이라고 사전에 공지하였으며, 2011. 1. 2. 홈페이지 공지사항란에 환불 안내를 하고 영어권 학생이 참여하지 않은 부분에 관하여 환불 조치를 한 바 있으므로 허위·과장광고에 해당하지 않는다고 주장하나, 홈페이지에 위와 같은 내용을 기재하였다는 사정만으로 뉴질랜드 학생의 영어캠프 참여가 아직 확정되지 않은 상태라거나 실제 참여하지 않을 수도 있다는 점을 미리 알린 것이라고 볼 수는 없고, 또 환불 안내 부분도 이미 영어캠프가 시작된 상태에서 홈페이지의 공지사항란에 뉴질랜드 학생이 불참할 경우 환불하겠다는 취지를 개시한 것에 불과하며, 사후에 환불하겠다는 사정만으로 그 이전에 이루어진 광고가 허위·과장광고에 해당하지 않는다고 볼 수는 없음.

- ②와 관련하여, 숙소 운영의 경우 펜션 객실의 주방 겸 거실에도 2층 침대를 4대씩 설치하여 그곳에 참가학생을 8인씩 수용하였고, 그 경우 2층 침대가 싱크대 및 냉장고가 있는 면을 밖고 설치되기도 하였음. 원고는 '8인 1실'에서 '1실'은 방 한 개를 의미하는 것이고, 실제 방 하나에는 8명 이내의 참여자가 배치되었으므로 허위·과장광고에 해당하지 않는다고 주장하나, '8인 1실'이라고 할 때에서 '1실'은 침실을 의미한다고 보는 것이 상식에 맞고, 본래 펜션의 주방 겸 거실은 취사 및 휴식의 목적으로 설치되는 것이어서 일반 소비자가 이를 별도의 방으로 인식할 것을 기대하기 어려움. 따라서 8인 1실의 광고내용을 준수하였는지 여부를 판단할 때 주방 겸 거실은 별도의 1실로 볼 수 없고, 더구나 앞서 본바와 같이 원고가 펜션의 싱크대와 냉장고 등 부엌의 중요 시설을 막고 2층 침대를 설치하여 이를 객실로 사용한 것은 부적절한 객실 운영이라 할 것이어서 이를 가리켜 8인 1실로 숙소를 운영한 것이라고 볼 수는 없음.
- 따라서 원고가 뉴질랜드 학생의 영어캠프 참여가 확정되지 않은 상태에서 홈페이지 광고를 통해 마치 그들이 영어캠프에 참여하는 것처럼 하였고, 숙소운영과 관련하여서도 사실과 다르게 게시함으로써 영어캠프와 관련하여 허위 또는 과장된 사실을 알려 소비자를 유인하는 행위를 하였음이 인정됨.

[옥스퍼드교육의 전자상거래법 위반행위 건(서울고법 2013. 4. 17. 선고 2012누25820 판결¹⁾]

- 원고들이 인터넷쇼핑몰을 통해 가구상을 판매하면서 자신들이 운영하는 사이버몰의 화면에 가구상품의 제조과정에 관여하지 않은 상표기구업체를 제조사로 표시한 행위는 허위 표시로 소비자를 유인하는 행위에 해당함
- 원고들은 상표기구업체는 가구상품 디자인과 품질관리, 제품선정, 제조업체 선정, 기술제공, 품질검사, 사후관리 책임 등을 통해 가구상품 제조 과정에 실제로 참여하였으므로 제조사에 해당한다고 주장하나, 전자상거래법은 제2조 제6호에서 “사업자”란 물품을 제조(가공 또는 포장을 포함)·수입·판매하거나 용역을 제공하는 자를 말한다”고 규정한 뿐, ‘제조’라는 용어의 뜻을 별도로 정의하고 있지 않고, 품질경영 및 공산품안전관리법 제2조 제6호는 “공산품안전관리”란 공산품의 취급 및 사용으로 인하여 발생하는 소비자의 생명·신체에 대한 위해, 재산상 피해 또는 자연환경의 해손을 방지하기 위하여 공산품의 제조(생산·조립 및 가공을 말함)·수입·판매 등을 관리하는 활동을 말한다”라고 규정하고 있으며, 제품안전기본법 제3조 제2호는 “사업자”란 제품을 생산·조립·가공(이하 ‘제조’라 함) 또는 수입·판매하는 자를 말한다”라고 규정하고 있음. 이와 같은 ‘제조’에 관한 법 규정의 내용과 국어사전의 의미를 종합하여 보면, 전자상거래법상의 ‘제조’란 물품을 생산, 조립, 가공 또는 포장하는 것을 말하고, 가구상품의 ‘제조사’란 가구상품을 생산, 조립, 가공 또는

¹⁾ 상고심(대법원 2013. 8. 22. 선고 2013두9083 판결)은 심리불속행 기각함

포장하는 사업자를 말한다고 볼이 타당함(전자상거래법상의 '제조'를 제조물책임법상의 제조와 같은 의미로 해석하여야 한다는 원고들 주장을 받아들이지 않음).

- 밴더업체는 상표가구업체와 상표 사용에 관한 계약을 체결하여 상표 사용권을 취득한 후에, 가구상품을 직접 제작하거나 가구제작업체에 가구상품을 제작하도록 한 다음, 그 가구상품에 상표가구업체의 상표를 부착하여 원고들에게 공급하였고, 원고들은 이 가구상품을 공급받아 자신들 운영의 사이버몰을 통해 이 가구상품을 판매하면서 사이버몰 화면에 이러한 가구상품의 제조사를 상표가구업체로 표시하였음. 위 인정사실에 원고제출의 증거만으로는 상표가구업체가 주체로서 또는 주도적 지위에서 위와 같은 가구상품을 생산, 조립, 가공 또는 포장하였다고 인정하기 부족한 점을 더하여 보면, 원고들은 자신들 운영의 사이버몰에서 판매하던 가구상품이 사실은 밴더업체가 직접제조하거나 밴더업체의 제작지시에 따라 가구제작업체가 제조하였을 뿐인데도 사이버몰에서 이와 달리 상표가구업체를 가구상품의 제조사로 표시함으로써 거짓된 사실을 일렸고 이로써 소비자를 가구상품 거래에 유인하였다고 볼이 타당함.
- 원고들은 소비자가 구매의사를 결정할 때 가구상품을 누가 직접 제작하였는지는 중요한 고려요소가 아니고, 가구상품에 부착된 라벨을 통해 직접 제작한 업체와 상표가구업체가 서로 다르다는 것을 인식할 수 있었는데도, 실제로 제조사의 허위 표시를 이유로 원고들에게 불만을 제기하거나 환급을 요청한 소비자가 없었으므로 상표가구업체를 제조사로 표시한 것은 소비자가 오인할 정도는 아니라고 주장하나, 전자상거래법 제21조 제1항 제1호를 위반하는 데 원고 주장과 같이 통신판매업자가 거짓 또는 과장된 사실을 알린 것에 기인하여 소비자가 오인할 것이 요구된다고 하더라도, 소비자가 가구상품을 선택하는 데 상표는 중요한 구매결정요소인 점, 비대면 거래라는 통신판매 특성상 소비자는 원고들이 제공하는 가구상품 제조사에 관한 거짓된 정보를 신뢰하고 거래여부를 결정할 수밖에 없는 점 등에 비추어 보면, 원고들의 이 사건 허위표시에 기인하여 소비자는 가구상품 제조사를 오인하거나 유인되어 거래하였다고 볼이 타당함.
- 원고들은 사이버몰에서 100만에서 150만 가지에 달하는 제품을 판매하고 있어 밴더업체에서 받는 제품정보를 일일이 확인하는 것이 인력 사정 등에 비추어 현실적으로 불가능하므로, 이 사건 허위표시를 인식하지 못한 데 원고들을 탓할 수 없는 정당한 사유가 있다고 주장하나, 원고들은 별령 등에 의해 강제되거나 강요된 바 없이 스스로 판단하여 자신들 운영의 사이버몰에서 위와 같은 품목을 자신의 이름으로 판매하는 것일 뿐이므로 원고들이 이 사건 허위표시를 인식하지 못한 데 원고들을 탓할 수 없는 정당한 사유가 있다고 볼 수 없음.

[우리홈쇼핑 외 8개사의 전자상거래법 위반행위 건(서울고법 2013. 5. 15. 선고 2012누24728 판결, 고법 확정)]

□ 소비자로부터 지급받을 수 있는 최고한도인 신고요금을 정상요금으로 표시하여 할인율을 산정하여 표시한 행위는 거래에 있어서 중요한 사항에 관하여 사실과 다르게 광고하거나 사실을 지나치게 부풀려 광고한 행위에 해당함

- 전자상거래법 제21조 제1항 제1호에 규정된 '허위 또는 과장된 사실을 알려 소비자를 유인하는 행위'란 거래에 있어 중요한 사항에 관하여 사실과 다르게 광고하거나 사실을 지나치게 부풀려 광고하여 소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 할 우려가 있는 행위를 말하고, 그로 인하여 소비자가 유인될 우려가 있으면 족하고 반드시 소비자 유인의 결과가 발생함을 요하지 않으며, 그 행위가 소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 할 우려가 있는지 여부는 보통의 주의력을 가진 일반 소비자가 당해 행위를 받아들이는 전체적·궁극적 인상을 기준으로 객관적으로 판단하여야 함. 원고가 신고한 요금은 소비자로부터 지급받을 수 있는 최고한도를 일방적으로 결정한 것일 뿐 이러한 요금으로 실제 거래된 사례도 없었으므로 이를 수요와 공급의 균형이 반영되어 형성되는 정상 요금으로 볼 수 없음에도, 원고가 이 사건 조례의 개정 후에 종전 신고요금에 비하여 59~116.4% 인상된 요금을 신고한 후 이를 정상요금으로 표시하여 할인율을 산정하여 표시한 이상 이는 거래에 있어 중요한 사항에 관하여 사실과 다르게 광고하거나 사실을 지나치게 부풀려 광고한 행위에 해당함. 또한 원고가 이 사건 조례의 내용 및 그 개정을 전후한 신고요금의 변동²⁾ 등 구체적인 내용을 명시하자 아니한 채 위와 같은 할인율을 표시한 이상 소비자로서는 기존의 정상요금이 대폭 할인된 것으로 오인할 가능성이 높음.

[에이제이렌터카의 전자상거래법 위반행위 건(서울고법 2013. 7. 19. 선고 2013누1913 판결, 고법 확정)]

□ 통신판매업자인 원고가 상품 샘플, 사업자등록증, 상표권 등록증, 상품견적서를 검토하였고, 실제 판매자가 원고를 기망하였다는 점의 사정 등만으로는 원고의 거짓광고에 의무해태를 탓할 수 없는 정당한 사유가 있다고 인정하기 어려움

- 행정법규 위반에 대하여 가하는 제재조치는 행정목적의 달성을 위하여 행정법규 위반이라는 객관적 사실에 착안하여 가하는 제재이므로, 위반자가 그 의무를 알지 못하는 것이 무리가 아니었다고 할 수 있어 그것을 정당시할 수 있는 사정이 있을 때 또는 그 의무의 이행을 그 당사자에게 기대하는 것이 무리라고 하는 사정이 있을 때 등 그 의무 해태를 탓할 수 없는 정당한 사유가 있는 경우 등의 특별한 사정이 없는 한 위반자에게 고의나 과실이 없다고 하더라도 부과될 수 있음(대법원 2012. 6. 28. 선고 2010두24371 판결 등 참조).

2) 저주특별자치도 여객자동차 운수사업 조례가 2011. 5. 11. 개정되어 신고요금제(사업자가 매년 신고한 렌터카 요금만 지급받을 수 있음)에서 자율요금제(차종별로 렌터카 최고요금을 신고하고 그 범위 내에서 사업자가 자율적으로 요금을 결정함)로 변경되었음

- 원고는 소비자에게 재화 등을 공급하는 계약의 당사자인 통신판매업자로서 법 제21조 제1항 제1호에 의하여 '거짓 또는 과장된 사실을 알리거나 기만적 방법을 사용하여 소비자를 유인 또는 소비자와 거래하는 행위'를 하여서는 아니될 의무가 있는데, 2012. 11. 2.부터 2013. 2. 15.까지 이 사건 상품이 인조가죽 제품임에도 천연소가죽 제품으로 표시하여 광고하는 이 사건 행위를 함으로써 위 규정을 위반하였는가, 위 법리에 비추어 볼 때 원고에게 위 규정 위반에 관한 의무 해태를 탓할 수 없는 정당한 사유가 있다면 이 사건 처분이 위법하다고 볼 수도 있으나, 원고가 위 규정 위반에 관한 원고의 의무해태를 탓할 수 없는 정당한 사유가 있다는 근거로 들고 있는 사정들, 즉 원고가 상품 샘플, 사업자등록증, 상표권 등록증, 상품견적서를 검토하였고, 실제 판매자가 원고를 기방하였다는 점의 사정 등만으로는 원고의 의무해태를 탓할 수 없는 정당한 사유가 있다고 인정하기 어려울.

[포워드벤처스의 전자상거래법 위반행위 건(서울고법 2014. 9. 4. 선고 2014누41390 판결, 고법 확정)]

나. 기만적 방법에 의한 소비자 유인행위(제1항 제1호)

- 원고가 판매하는 부가서비스를 구입한 상품만 프리미엄 상품 영역에 전시한다는 점을 제대로 알리지 않은 것은 기만적 방법을 사용하여 소비자의 구매선택에 중요한 영향을 미칠 수 있는 품질이나 고객서비스에 관한 구체적 사실을 은폐하거나 축소하는 행위에 해당함
- 전자상거래소비자보호법 제21조 제1항 제1호에 규정된 '기만적 방법을 사용하여 소비자를 유인하는 행위'가 성립하기 위하여는 소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 할 우려가 있는 행위만으로 충분하고 그 행위로 소비자가 유인되는 결과의 발생까지 있어야 하는 것은 아님. 원심은 그 채택 증거를 종합하여 원고가 옵션 사이트의 '옵션랭킹순 상품목록'에서 판매상품을 '프리미엄 상품'과 '일반 상품'으로 구분하여 전시하면서 중개 의뢰자가 원고로부터 '프리미엄' 및 '프리미엄 플러스'라는 부가서비스를 구입한 상품만 '프리미엄 상품' 영역에 전시한 사실, 그런데 원고는 소비자에게 옵션랭킹순이 "판매실적과 판매촉진 활동 모두를 고려한 정렬기준으로서, 판매자가 노출강화 활동을 하는 경우 상품 정렬순서에 반영함"이라고 설명하였을 뿐이고, 위와 같이 원고가 중개의뢰자에게 판매하는 '프리미엄' 및 '프리미엄 플러스'라는 부가서비스를 구입한 상품에 대해서만 '프리미엄 상품' 영역에 전시한다는 점을 제대로 알리지 아니한 사실을 인정한 다음, 나아가 원고의 행위는 소비자의 구매선택에 중요한 영향을 미칠 수 있는 사항인 품질이나 고객서비스에 관한 구체적 사실을 은폐하거나 축소하는 행위에 해당하고, 그로 인하여 소비자가 유인될 가능성도 있다고 할 것이어서 전자상거래법 제21조 제1항 제1호에서 정한 '기만적 방법을

사용하여 소비자를 유인하는 행위'에 해당한다고 판단하였는데, 이러한 원심의 판단에는 논리와 경험을 위반하여 사실을 인정하거나 전자상거래소비자보호법이 금지하는 '기만적 방법을 사용하여 소비자를 유인하는 행위'에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 없음.

[이베이코리아(구, 이베이옵션)의 전자상거래법 위반행위 건(대법원 2014. 6. 26. 선고 2012두1525 판결)]

- 오픈마켓 사업자가 '인기도순', '베스트셀러' '프리미엄 상품' 등으로 구분하여 상품을 정렬하면서 전시영역의 구분과 정렬의 기준을 소비자에게 제대로 알리지 않은 행위는 전자상거래법 제21조 제1항 제1호에서 정한 '기만적 방법을 사용하여 소비자를 유인하는 행위'에 해당함
- 전자상거래소비자보호법 제21조 제1항 제1호에 규정된 '기만적 방법을 사용하여 소비자를 유인하는 행위'가 성립하기 위하여는 소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 할 우려가 있는 행위만으로 충분하고 그 행위로 소비자가 유인되는 결과의 발생까지 있어야 하는 것은 아님. 오픈마켓 사업자인 원고는 상품을 전시하면서 '인기도순', '베스트셀러', '프리미엄 상품' 등으로 구분하여 정렬하였는데, ① '인기도순' 정렬을 하면서 기준점수 산정시 원고로부터 '프리미엄' 또는 '프리미엄 플러스'라는 부가서비스를 구입한 중개의뢰자의 상품에 대하여 가산점을 부여하여 우선적으로 전시되게 하였고, ② '베스트셀러' 코너에 상품을 정렬하면서 기준점수 산정시 상품판매량에 가격대별 가중치를 부여하고 '프리미엄' 또는 '프리미엄 플러스' 부가서비스를 구입한 상품에 대하여 가산점을 부여하여 우선 전시되도록 하였으며, ③ '프리미엄 상품'과 '일반상품'을 구분하여 전시하면서 '프리미엄' 또는 '프리미엄 플러스' 부가서비스를 구입한 상품에 대하여만 '프리미엄 상품' 영역에 전시되도록 하면서 이와 같은 상품 전시영역의 구분과 정렬의 기준을 소비자에게 제대로 알리지 않았음. 일반 소비자들은 이와 같은 상품전시에서 '인기도'의 의미를 다른 소비자들이 구매를 많이 하거나 관심을 보였던 상품으로 인식하고, '베스트셀러'의 의미를 일정 기간 동안 가장 많이 팔린 상품으로 인식하며, '프리미엄상품'의 의미를 일반 상품에 비하여 뛰어난 고객서비스 측면에서 더 우수한 상품으로 인식하는 전율 고려하여 원고의 위와 같은 행위는 소비자를 유인한 우려가 있는 행위로서 전자상거래법 제21조 제1항 제1호에서 정한 '기만적 방법을 사용하여 소비자를 유인하는 행위'에 해당한다고 판단함. 원심의 이러한 판단은 정당하고, 채증법칙 위반이나 전자상거래법이 금지하는 '기만적 방법을 사용하여 소비자를 유인하는 행위'의 의미나 범위에 관한 법리오해 등의 위법이 없음.

[에스케이텔레콤의 전자상거래법 위반행위 건(대법원 2014. 6. 26. 선고 2012두1815 판결)]

- '인기도순'으로 상품목록을 정렬하면서 부가서비스를 구매한 상품에 가산점을 부여하여 먼저 전시되게 한 행위 및 '베스트셀러' 코너를 운영하면서 상품판매량에 가격대별 가중치를 적용하여 가격이 높은 상품이 먼저 전시되도록 한 행위는 기만적 방법을 사용하여 소비자를 유인하는 행위에 해당함
- 전자상거래소비자보호법 제21조 제1항 제1호에 규정된 '기만적 방법을 사용하여 소비자를 유인하는 행위'가 성립하기 위하여는 소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 할 우려가 있는 행위만으로 충분하고 그 행위로 소비자가 유인되는 결과의 발생까지 있어야 하는 것은 아님. 통상 소비자들이 '인기도순' 정렬방식이 상품 판매량이나 소비자 관심 등 소비자 선택만을 기준으로 삼고 있을 것으로 기대할 뿐 '인기도'와 관계 없는 부가서비스 구매가 기준에 포함되었을 것으로 예상하지 못하는 점, 소비자들이 특정 상품을 얼마나 구매하였는지 또는 다른 상품과 비교한 선호도가 어떠한지를 보여주는 인기도순 상품정렬 전시는 해당 상품에 대한 광고효과가 뛰어나 소비자는 상품구매를 결정할 때 크게 영향을 받는 점, 오픈마켓에서 거래되는 상품의 경우에는 원고와 같은 오픈마켓사업자가 오프라인 시장의 경우보다 더 정확하게 전국적인 거래 실적을 뽑아 상품별 인기도를 제시할 수 있어 이에 대한 소비자의 신뢰도가 클 수밖에 없는 점 등에 비추어 볼 때, 원고가 '인기도순'으로 상품목록을 정렬하면서 부가서비스를 구매한 상품에 가산점을 부여하여 먼저 전시되게 한 행위는 전자상거래법 제21조 제1항 제1호에서 정한 기만적 방법을 사용하여 소비자를 유인하는 행위에 해당함.
- 소비자들은 통상 '베스트셀러 코너'에 전시된 상품은 판매량이 많을 것으로 기대할 뿐 그 선정 기준에 가격대별 가중치가 적용될 것으로 기대하지 않는 점, 따라서 원고가 '베스트셀러' 선정 기준에 가격대별 가중치를 적용함으로써 판매량이 많더라도 가격이 낮은 상품은 '베스트셀러' 코너에 전시되기 어렵게 하고 가격이 높은 상품이 먼저 전시되도록 한 행위는 기만적 방법에 해당하는 점. 소비자들이 특정 상품을 얼마나 구매하였는지와 다른 상품과 비교하여 선호도가 어떠한지를 보여주는 '베스트셀러' 전시는 인기도순 상품정렬 전시와 마찬가지로 해당 상품에 대한 광고효과가 뛰어나 소비자는 상품구매를 결정할 때 크게 영향을 받는 점, 더구나 오픈마켓에서 거래되는 상품의 경우에는 원고와 같은 오픈마켓 사업자가 오프라인 시장의 경우보다 더 정확하게 전국적인 거래 실적을 뽑아 상품별 인기도를 제시할 수 있어 이에 대한 소비자의 신뢰도가 클 수밖에 없는 점 등에 비추어 볼 때 원고가 '베스트셀러' 코너를 운영하면서 상품을 전시한 때 상품판매량에 가격대별 가중치를 적용하여 가격이 높은 상품이 먼저 전시되도록 한 행위는 전자상거래법 제21조 제1항 제1호에서 정한 기만적 방법을 사용하여 소비자를 유인하는 행위에 해당함.

[이베이코리아의 전자상거래법 위반행위 건(대법원 2014. 6. 26. 선고 2012두3675 판결)]

- '한정 캐릭터', '이벤트 한정 상품'은 해당 이벤트 기간에만 구매 가능한 상품이라고 오인할 가능성이 높은데도 불구하고, 한정 캐릭터 획득 이벤트를 반복적으로 실시하면서 마치 특정 이벤트 기간 동안에만 캐릭터를 획득할 수 있는 것처럼 한 행위는 전자상거래법 위반임
- '기만적 방법을 사용하여 소비자를 유인하는 행위'는 소비자의 주의나 흥미를 일으키는 행위 자체를 뜻하는 것으로 소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 할 우려가 있는 행위만으로 충분하고, 그 행위로 소비자가 유인되는 결과의 발생까지 있어야 하는 것은 아님(대법원 2014. 6. 26. 선고 2012두1525 판결 등 참조). 원고는 해당 이벤트가 추후 반복될 것이라거나 해당 캐릭터를 추후 다른 이벤트에서 다시 획득할 수 있다는 표현을 하지 않아 일반 소비자들 입장에서는 향후 또 다른 이벤트에서 이 사건 캐릭터의 재획득이 가능하리라 예측하기 어려움.
- 한정 캐릭터는 일반적으로 기본 캐릭터보다 성능이 좋은 캐릭터로서, 이러한 한정 캐릭터가 희소성이 있는지는 이용자들이 게임머니를 소모할지를 선택하는데 영향을 미치는 요인이고, 실제로 원고의 광고를 보고 이 사건 캐릭터를 해당 이벤트 기간에만 얻을 수 있는 '한정 캐릭터'로 오인하여 게임머니 등을 소모한 소비자들도 다수 존재함.
[넷마블게임즈(주)의 전자상거래소비자보호법 위반행위에 대한 건(서울고법 2018. 12. 13. 선고 2018누55243 판결, 고법 확정)]

4. 시정조치 등(제32조)

가. 공표명령(제2항 제3호)

- 자진시정과 재발방지를 위한 제도개선을 하였고, 일회적 성격으로서 소비자오인으로 인한 피해가 지속된다고 보기 어려운 점 등을 고려할 때 이 사건 광고는 공표명령 요건을 충족하지 않음
- “~~SALE 7300원 원~~” 배너광고가 실제 상품내역과 일치하지 않는다는 사실을 발견하고 자진하여 광고를 중단함으로써 네이버에서 5일 정도 계재된 것에 불과하고, 위 배너광고의 대상이 된 나이키 제품 등의 프로모션 이벤트는 2008년 여름에 한정된 1회적 행사이어서 이미 2008. 8. 경 이벤트의 진행 및 상품의 판매가 모두 종료된 점, 원고는 “~~SALE 7300원 원~~” 배너광고 이후 2008. 9.경 광고대행사에게 배너광고의 기획 및 제작을 모두 맡기는 종전방식을 개선하여 사전에 원고의 확인을 받고 광고를 집행하도록 하였으며, 2009. 1.경 회사 내부에 온라인 배너광고를 상시 모니터링하는 업무를 전담하는 직원을 증원배치하고 옵션과 상품의 경우 배너광고에도 반드시 ‘옵션가’를 명기하도록 함으로써 소비자의 오인 가능성을 원천적으로 차단하는 조치를 취하고 있는 점, 이 사건 광고행위가 5일 정도의 단기간에 그치고 일회적 성격을 가지는데 불과하므로 광고의 잔상효과로 인한 소비자의 오인으로 인한 피해가 지속되는 경우에 해당한다고 단정하기 어려운 점에 비추어 보면 이 사건 “~~SALE 7300원 원~~” 배너광고는 공표명령의 요건을 충족한다고 볼만한 증거가 없음.
- 원고는 9,900원인 나이키 상품이 없음에도 마치 판매하고 있는 것처럼 포털사이트 네이버 초기화면에 “~~나이키 9,900원 원~~”이라는 배너광고를 설치하였으나, 네이버에서 5일 정도 계재된 것에 불과하고, 원고는 프로모션 이벤트 페이지 등에서 위 9,900원짜리 ‘나이키 쪽’을 찾을 수 없다는 사정을 알게 된 후 곧바로 네이버에 계재된 위 배너광고를 삭제한 점, 원고는 이 사건 발생 후 재고가 충분하지 않은 입점업체의 상품은 프로모션 광고의 대상이 될 수 없게 하고, 광고대상이 된 경우에는 프로모션 광고 중 재고가 소진되더라도 입점업체가 원고의 승인 없이 임의로 상품목록에서 삭제할 수 있도록 제도를 변경한 점, 위 광고행위는 단기간에 그치고 일회적인 성격을 가지는 것으로 광고의 잔상효과로 인한 소비자의 오인에 따라 피해가 지속된다고 보기 어려운 점 등을 고려할 때, 이 사건 “~~나이키 9,900원 원~~” 배너광고도 공표명령의 요건을 충족한다고 보기 어려움.

[아베이옵션(구. 옥션)의 전자상거래법 위반행위 건(대법원 2012. 6. 28. 선고 2010두24371 판결)]

□ 원고들 운영의 사이버몰에서 이루어진 허위표시의 내용과 중요성 및 기간, 소비자 오인 우려의 정도, 이 사건 허위표시 기간의 가구상품 판매액 등에 비추어 보면, 피고의 이 사건 공표명령은 비례원칙 등을 위반하여 재량권의 범위를 일탈하거나 이를 남용한 위법이 있다고 볼 수 없음

○ 원고들은 허위 표시·광고를 자신 삭제·수정하여 오인·기만 효과가 지속되지 않았고, 가구협력업체에 공문발송 등의 방법으로 재발방지를 위해 노력하였으므로, 공표명령을 할 필요가 없고, 사이버를 메인화면에 공표하는 것은 간행물 공표 또는 사업장 공표와 비교하여 원고들 영업에 미치는 타격이 대단히 크고, 공표명령은 가구 관련 카테고리 첫 화면(가구 관련 카테고리의 메인 화면)에 게재하는 것으로써 그 목적을 충분히 달성할 수 있으므로 이 사건 공표명령은 비례원칙 등을 위반한 재량권 일탈·남용의 위법이 있다고 주장하나, 전자상거래법 제32조 제2항 제3호가 시정조치의 하나로서 시정명령을 받은 사실의 공표를 규정하는 목적은 일반 공중이나 관련 사업자들이 법 위반에 대한 정보와 인식의 부족으로 피고의 시정조치에도 불구하고, 위법사실의 효과가 지속되고 피해가 계속되는 사례가 발생할 수 있으므로 조속히 법 위반에 대한 중요 정보를 공개하는 등의 방법으로 일반 공중이나 관련 사업자들에게 널리 경고함으로써 계속되는 공공의 손해를 종식하고 위법행위가 재발하는 것을 방지하고자 함에 있으며(대법원 2006. 5. 12. 선고2004두12315 판결 참고), ① 허위표시의 기간, 제품의 판매액 등에 비추어 보면, 원고들이 허위표시를 자진 삭제·수정하거나 재발방지를 위해 조치를 하고 이 사건 허위표시에 관해 언론보도가 있었다는 사정만으로는 이미 이 사건 허위표시로 소비자에게 발생한 광고 잔상효과가 제거 되었다거나 피해자가 자신의 권익구제를 위한 법적 조치를 할 수 있을 정도로 원고들이 시정조치를 받은 사실이 널리 알려졌다고 보기 어려운 점, ② 원고들의 사이버 몰을 방문한 고객은 비대면 거래라는 전자상거래 특성상 원고들이 제공하는 상품 제조사 등에 관한 정보에 의존하고 이를 신뢰하여 가구상품 구매를 하거나 하려고 하였던 것인데, 원고들이 거짓으로 알린 상품 제조사에 관한 정보는 가구상품 판매에서만 중요한 것이 아니라 원고들이 사이버몰에서 판매하는 다른 제품에서도 마찬가지로 중요한 사항일 수 있으므로, 그 고객은 이 사이버몰에서 상품 제조사에 관한 정보를 거짓으로 알리어 피고로부터 시정명령을 받았다는 사정을 알 수 있어야하고, 원고들의 사이버몰 메인화면에서 아 같이 시정명령을 받은 사실을 공표함으로써 그 방문 고객이면 누구나 이를 인식할 수 있게 할 필요가 있는 점, ③ 가구상품은 통상 사용연한이 길고 사후관리가 그다지 많지 않기 때문에 원고들의 사이버몰에서 가구상품을 구매한 고객은 설명 공표명령 기간에 그 사이버 몰을 다시 방문하더라도 가구 관련 카테고리까지 방문하지 않을 가능성이 크고, 따라서 가구 관련 카테고리에서 공표하는 것만으로는 공표명령의 목적을 달성하는 데 충분치 않은 점, ④ 원고들 운영의 사이버몰에서 이루어진 이 사건 허위표시의 내용과 중요성 및 기간, 소비자 오인 우려의

정도, 이 사건 허위표시 기간의 가구상품 판매액 등에 비추어 보면, 피고가 이 사건 공표명령을 매인 전체화면 크기의 6분의 1 이상 크기로 공표하도록 한 것이 원고들의 법 위반행위 정도에 비추어 지나치게 원고들에게 불이익하다고 보이지 않는 점 등의 사정을 종합하여 보면, 피고가 원고들에게 한 이 사건 공표명령은 비례원칙 등을 위반하여 재량권의 범위를 일탈하거나 이를 남용한 위법이 있다고 볼 수 없음.

[우리홈쇼핑 외 8개사의 전자상거래법 위반행위 건(서울고법 2013. 5. 15. 선고 2012누24728 판결, 고법 확정)]

□ 소비자 오인 가능성, 위반행위 기간, 인터넷을 통한 공표의 효율성 등을 종합해 볼 때 이 사건 공표명령은 재량권의 일탈·남용이 아님

○ 공정거래위원회 예규인 ‘공정거래위원회로부터 시정명령을 받은 사실의 공표에 관한 운영지침’(이하 ‘공표지침’이라 함)은 법위반행위로 시정명령을 받은 사업자에 대하여 공표를 명할 수 있는 요건 및 공표방법 등을 규정하고 있는데, 이는 그 형식 및 내용에 비추어 재량권 행사의 기준에 관한 행정청 내부의 사무처리준칙이라 할 것이고, 그 기준이 객관적으로 보아 합리적이 아니거나 타당하지 아니하여 재량권을 남용한 것이라고 인정되지 아니하는 이상 행정청의 의사는 가능한 한 존중되어야 함(대법원 2013. 11. 14. 선고 2011두28783 판결). 원고의 행위는 소비자로 하여금 오픈마켓 거래에 있어 중요한 사항인 품질이나 고객서비스에 관한 오인을 일으킬 가능성이 큰 행위로서, 그에 관한 소비자의 정보와 인식이 여전히 부족하다고 보이는 점, 위반행위 기간이 2008. 7. 18.부터 2010. 11. 17.까지로 장기간인 점, 원고가 피고로부터 이 사건 행위가 전자상거래법 위반행위에 해당한다는 지적을 받고서 ‘프리미엄 상품’이라는 표현을 ‘프리미엄 등록’으로 변경하기는 하였으나, 여전히 중개의뢰자에게 판매하는 부가서비스의 구입 여부가 상품의 전시 영역 및 순서에 반영되는 정도를 소비자에게 구체적으로 알리지 않고 있는 점 등을 종합해 보면, 원고의 행위는 당해 위반행위의 중지 등을 명한 이 사건 시정명령에도 불구하고 위법사실의 효과가 지속되고 피해가 계속될 것이 명백하며 이 사건 행위로 인하여 소비자에게 남아 있는 오인·기만적 효과를 제거할 필요가 있다고 인정되는 경우에 해당하므로, 공표지침에서 정한 공표명령의 요건을 충족하였음. 또한 피고가 원고의 이 사건 행위를 적발한 이후 언론에 원고의 행위를 구체적으로 밝힌 보도자료를 배부하였다는 사정만으로는 공표명령을 할 필요성이 소멸되었다고 할 수 없는 점, 이 사건 위반행위는 오픈마켓에서 이루어진 것이어서 인터넷으로 공표하는 것이 더 효율적이라고 인정되고 공표지침에서도 그와 같은 경우 해당 웹사이트에 공표하게 할 수 있도록 규정하고 있는 점, 피고가 이 사건 처분 이전에 전자상거래법 위반행위에 대해서는 시정명령만 하고 공표명령은 하지 아니하였다고 인정할 증거가 없는 점 등을 종합해 보면, 원고가 시정명령을 받은 사실을 옥션의 홈페이지에 전체 화면의 6분의 1이상이 되는 크기의 팝업화면을

통하여 2일간 게재하도록 한 이 사건 공표명령이 비례의 원칙이나 평등의 원칙 등에 위배되어 재량권을 일탈·남용한 위법이 없음.

[이베이코리아(구, 이베이옵션)의 전자상거래법 위반행위 건(대법원 2014. 6. 26. 선고 2012두1525 판결)]

□ 전시행위의 내용과 정도, 소비자 오인 가능성, 법위반행위 기간 등을 종합할 때 이 사건 공표명령은 재량권을 일탈·남용한 위법이 없음

○ 전자상거래소비자보호법 제32조 제1항, 제2항 제3호 규정의 문언과 공표명령 제도의 취지 등에 비추어 보면, 피고는 그 공표명령을 할 것인지 여부와 공표를 명할 경우에 어떠한 방법으로 공표하도록 할 것인지 등에 관하여 재량을 가진다고 봄이 타당함. 원고의 이 사건 행위로 인하여 원고의 오픈마켓을 이용하는 소비자들의 프리미엄, 베스트셀러, 인기도순 상품전시에 관한 소비자의 잘못된 인식이 단기간에 해소되기는 어려울 것으로 보이는 점, 원고의 행위는 소비자로 하여금 거래에 있어 중요한 사항인 품질이나 고객서비스에 관한 오인을 일으킬 가능성이 큰 행위로서, 그에 관한 소비자의 정보와 인식이 여전히 부족하다고 보이는 점, 그 위반행위의 기간이 2009년 11월부터 2010년 10월까지로 비교적 장기간인 점, 이 사건 위반행위는 오픈마켓에서 이루어진 것이어서 인터넷으로 공표하는 것이 더 효율적이라고 인정되고 피고의 공표지침에서도 그와 같은 경우 해당 웹사이트에 공표하게 할 수 있도록 규정하고 있는 점 등을 종합해 보면, 원고의 이 사건 행위는 당해 위반행위의 중지 등을 명한 이 사건 시정명령에도 불구하고 위법사실의 효과가 지속되고 피해가 계속될 것이 명백하며 이 사건 행위로 인하여 소비자에게 난아있는 오인·기만적 효과를 제거할 필요가 있다고 인정되는 경우에 해당하므로, 이 사건 공표명령은 공표지침에서 정한 공표요건을 충족하였고, 거기에 재량권의 일탈·남용의 위법이 없음.

[에스케이텔레콤의 전자상거래법 위반행위 건(대법원 2014. 6. 26. 선고 2012두1815 판결)]

□ 전시행위의 내용과 정도, 소비자 오인 가능성, 법위반행위 기간 등을 참작할 때 공표 명령의 공익적 필요가 큰 점, 오픈마켓 홈페이지에서 공표하는 것이 추가피해를 막는데 가장 효과적이라고 보이는 점 등에 비추어 이 사건 공표명령은 재량권을 일탈·남용한 위법이 없음

○ 원고는 '인기도순', '베스트셀러'로 표시하고 전시한 상품들의 정렬기준에 판매량이 아닌 다른 기준이 포함되어 있었다는 것을 소비자에게 알리지 않고 있는 점, 원고는 시장점유율 1위의 오픈마켓 운영자로서 시장에 미치는 영향력이 클 뿐만 아니라 이 사건 전시행위를

통한 법 위반행위의 기간이 1년이 넘는 전, 이 사건 전시행위로 밀니암아 피해를 보았을 소비자와 중개의뢰자가 자신의 권익구제를 위한 법적 조치를 할 수 있도록 이들에게 이 사건 전시행위의 정확한 의미를 알릴 필요가 있는 점 등을 종합해 보면, 원고의 이 사건 전시행위는 해당 법 위반행위의 중지 등을 명한 이 사건 시정명령이 있더라도 위법사실의 효과가 지속되고 피해가 계속될 것이 명백하며 이 사건 전시행위로 인하여 소비자에게 남아있는 오인·기만적 효과를 제거할 필요가 있다고 인정되는 경우에 해당하므로, 공표명령의 요건을 충족하였음. 또한 이 사건 전시행위의 내용과 정도, 법위반행위 기간 등을 참작할 때 이 사건 전시행위의 법 위반 효과를 소멸시키고 앞으로 비슷한 법 위반행위의 재발을 방지하기 위해서는 이 사건 전시행위의 중지만으로는 부족하고, 이 사건 전시행위로 만미암아 시정명령을 받은 사실을 소비자들에게 알려야 할 공익적 필요가 큰 점, 이 사건 전시행위가 원고의 오픈마켓에서 이루어진 이상, 원고가 이 사건 시정명령을 받은 사실을 원고의 오픈마켓 홈페이지에서 공표하는 것이 소비자나 입점업체의 추가피해를 막는데 가장 효과적이라고 보이는 점, 팝업창은 소비자가 한번의 클릭으로 손쉽게 화면에서 제거할 수 있을 뿐만 아니라 아예 팝업을 차단하는 경우도 있으므로 팝업창을 통한 공표가 원고의 사업장을 폐쇄하는 효과가 있다고 보기 어려운 점 등에 비추어 볼 때, 원고가 시정명령을 받은 사실을 지마켓의 홈페이지에 전체 화면의 6분의 1 이상이 되는 크기의 팝업화면을 통하여 3일간 게재하도록 한 이 사건 공표명령에 비례원칙 또는 형평의 원칙 등을 위반하여 재량권의 일탈·남용한 위법이 없음.

[이베이코리아의 전자상거래법 위반행위 건(대법원 2014. 6. 26. 선고 2012두3675 판결)]

- 손해가 발생한 이용자가 불특정 다수로 존재하고 있고, 원고가 이 사건 캐릭터의 판매를 중단하였다 하더라도 이미 재획득 이벤트가 수차례 반복되었고 판매된 캐릭터가 게임에서 계속 등장할 수 있으므로 공표명령의 요건을 충족하고 사회통념에 비추어 현저하게 타당성을 잃어 재량권을 일탈·남용한 위법이 있다고 볼 수 없음
 - 모두의 마블의 이용자 수가 상당한 규모에 이르고 이 사건 행위로 인한 게임머니 지출의 위험성에 비추어 이 사건 행위로 원고가 시정명령을 받은 사실을 소비자들에게 알릴 필요가 있음.
 - 모두의 마블은 모바일 애플리케이션을 통해서만 게임이용이 가능하므로, 모바일 애플리케이션을 구동하는 경우 팝업 화면을 통하여 공표하는 것이 위법사실의 효과를 제거하는데 가장 효과적인 수단이 될 수 있음.

[넷마블게임즈(주)의 전자상거래소비자보호법 위반행위에 대한 건(서울고법 2018. 12. 13. 선고 2018누55243 판결, 고법 확정)]

나. 그 밖에 시정에 필요한 조치 (제2항 제5호)

- 원고의 기만적 방법에 의한 상품전시는 소비자에게 상품선택을 위한 올바른 정보를 제공하지 않은 것이므로 앞으로 그와 유사한 상품전시를 반복할 경우에는 소비자에게 정확한 상품전시 기준을 알리도록 하는 내용의 시정명령을 한 것은 정당함
- 전자상거래소비자보호법 제32조 제1항, 제2항 규정의 문언, 시정명령 제도의 취지와 실효성 등에 비추어 보면, 위 조항에 정한 '그 밖에 시정을 위한 필요한 조치'에는 위반행위의 중지 뿐만 아니라 그 위법을 시정하기 위하여 필요하다고 인정되는 제반 조치가 포함됨. 이 사건에서 원고의 기만적 방법에 의한 상품전시는 소비자에게 상품선택을 위한 올바른 정보를 제공하지 않은 것이므로 앞으로 그와 유사한 상품전시를 반복할 경우에는 소비자에게 정확한 상품전시 기준을 알리도록 하는 내용의 시정명령을 한 것은 정당하고, 여기에 영업비밀의 침해나 재량권 일탈·남용의 위법이 있다고 하기 어려움.

[에스케이텔레콤의 전자상거래법 위반행위 건(대법원 2014. 6. 26. 선고 2012두1815 판결)]

5. 과징금(제34조 제1항)

- 원고의 피해자들에 대한 보상이 적절한 보상이라고 보기 어렵기 때문에 피고는 이 사건 과징금납부명령을 부과하였는데, 이는 영업정지 처분과 비교할 때 과다하다고 볼 수 없고, 오히려 원고에게 유리한 측면이 있음
- 이 사건 행위로 소비자들에게는 캐릭터를 얻기 위하여 소모한 게임머니 등의 피해가 발생하였고 원고는 이에 상응하는 경제적 이익을 얻었다고 볼 수 있으며, 과징금 부과기준에서는 위반행위로 인해 발생한 소비자피해를 전액 보상하거나 원상회복 조치를 하는 경우를 감경사유로 규정하고 있는데, 원고가 소비자들에게 게임머니나 카드를 제공한 행위가 이에 해당한다고 보기 어려우므로, 이 사건 과징금납부명령이 영업정지 처분과 비교할 때 과다하다고 볼 수 없고 오히려 원고에게 유리한 측면이 있음.

[넷마블게임즈(주)의 전자상거래소비자보호법 위반행위에 대한 건(서울고법 2018. 12. 13. 선고 2018누55243 판결, 고법 확정)]

6. 기타

□ 과태료부과처분의 당부는 비송사건절차법에 의한 절차에 의하여 판단되어야 할 것으로서 행정소송의 대상이 되는 행정처분이라고 할 수 없으므로 과태료부과처분의 취소청구는 부적법함

○ 원고는 이 사건 소로써, 피고가 원고에게 한 과태료부과처분에 대하여도 취소를 구하고 있으나, 구 구 전자상거래법 제45조 제6항에 의하면, 공정거래위원회의 과태료부과처분에 대하여 이의가 있는 경우 관할법원이 비송사건절차법에 의한 과태료 재판을 하도록 규정하고 있음. 따라서 이 법에 의해 이루어진 과태료부과처분의 당부는 비송사건절차법에 의한 절차에 의하여 판단되어야 할 것으로서 행정소송의 대상이 되는 행정처분이라고 할 수 없으므로 이 부분 소는 부적법함.

[옥스퍼드교육의 전자상거래법 위반행위 건(서울고법 2013. 4. 17. 선고 2012누25820 판결³⁾)]

※ 같은 취지 : 에이제이엔터카의 전자상거래법 위반행위 건(서울고법 2013. 7. 19. 선고 2013누1913 판결, 고법 확정)

□ 공정위가 처분과 관련하여 낸 보도자료에 대하여 정정보도를 할 것을 구하는 소는 부적법함

○ 원고는 피고가 이 사건 처분과 관련하여 낸 2012. 3. 28.과 2012. 6. 12.자 보도자료에 잘못된 내용이 있음을 주장하면서 이 사건 소로써 행정청인 피고에게 그에 관한 정정보도를 할 것을 구하고 있는데, 현행 행정소송법상 행정청으로 하여금 일정한 행정처분을 하도록 명하는 이행판결을 구하는 소송은 허용되지 아니함. 따라서 피고에게 보도자료에 대하여 정정보도를 하라는 이 부분 소는 부적법함(정보도 이행이 사실행위에 불과하여 이를 민사소송 혹은 당사자소송으로 본다 하더라도, 피고는 행정청일 뿐 권리의무의 귀속주체가 아니므로 당사자적격이 인정되지 않음).

[옥스퍼드교육의 전자상거래법 위반행위 건(서울고법 2013. 4. 17. 선고 2012누25820 판결⁴⁾)]

3) 상고심(대법원 2013. 8. 22. 선고 2013두9083 판결)은 심리불속행 기각함

4) 상고심(대법원 2013. 8. 22. 선고 2013두9083 판결)은 심리불속행 기각함

2024년도
공정거래 판례요지집

제9장

할부거래에 관한 법률

1. 선불식 할부거래업자(제2조 제4호)

- 상조서비스는 수일에 걸쳐 제공되는 것이고, 발인 전날 이행되는 사후금액의 지급은 상조서비스의 제공과 동시에 이루어지는 것으로 재화 등의 공급 전에 대금을 2회 이상 납입하는 경우에 해당되므로 원고는 선불식 할부거래업자에 해당함
- 구 할부거래에 관한 법률(2015. 7. 24. 법률 제13452호로 개정되기 전의 것) 제2조 제2호는 선불식 할부계약을 재화 등의 대금을 2개월 이상의 기간에 걸쳐 2회 이상 나누어 지급함과 동시에 또는 지급한 후에 재화 등의 공급을 받기로 하는 계약으로 정의하고 있음.
- 원고는 2010. 11. 16. 서울특별시장에게 선불식 할부거래업 등록을 하였고 소비자와 장례서비스 계약을 체결하면서 소비자로부터 계약금을 지급받았으며, 이 사건 계약 체결을 위해 사용한 계약서에서는 본 계약의 상품금액을 회원가입 계약금과 사후금액으로 구성하고 있고, 사후금액은 장례서비스를 제공받기 위한 금액으로 발인 전날까지 그 금액을 입금하여야 한다고 규정하고 있음.
- 상조서비스는 수일에 걸쳐 제공되는 것이고, 발인 전날 이행되는 사후금액의 지급은 상조서비스의 제공과 동시에 이루어진는 것으로 재화 등의 공급전에 대금을 2회 이상 납입하는 경우에 해당되므로 원고는 선불식 할부거래업자에 해당함.
[(주)하늘지기장례토탈서비스의 할부거래법 위반행위에 대한 건(서울고법 2018. 8. 16. 선고 2018누35577 판결¹⁾)]

1) 상고심(대법원 2019. 3. 22. 선고 2018두63839 판결)은 심리불속행 기각한

2. 소비자의 선불식 할부계약 해제(제25조)

□ 원고의 회원이 월부금을 모두 납부한 사실이 인정되므로 이들이 월부금 납입영수증을 보관하고 있지 않다는 사정만으로 해약환급금 지급의무를 면한다고 볼 수 없음

○ 원고는 상조계약 약관상 회원은 월부금을 납입한 영수증을 보관할 의무가 있는데, 원고의 회원들이 월부금을 모두 납입하였다고 주장하면서도 그 영수증을 제시하지 못하고 있으므로 월부금 납입을 인정할 수 없다는 취지로 주장함. 그러나 을 제2호증의 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 원고의 회원들은 원고와 상조계약을 체결하고 그 계약에서 정한 월부금으로 별지 [표] 선수금란 기재 금액을 모두 납부한 사실이 인정된다. 그리고 월부금 납입영수증은 월부금을 납입하였다는 사실을 증명하는 서류에 불과한 것이어서 다른 방법으로 월부금 납입이 증명되는 이상 원고의 회원들이 월부금 납입영수증을 전부 보관하고 있지 않다 하더라도 그러한 사정만으로 원고가 할부계약 해제를 요청한 원고의 회원들에 대한 해약환급금 지급의무를 면한다고 볼 수는 없음.

[조흥의 할부거래법 위반행위 건(서울고법 2014. 1. 15. 선고 2013누729 판결, 고법 확정)]

□ 원고는 실제로 발인일 이후 대금을 지급한 경우가 46.3%에 이르므로, 이 사건 계약을 선불식 할부계약이라 볼 수 없다고 주장하나 발인일 이전에 잔금을 지급한 경우가 과반수를 초과하고(53.6%), 발인일 이후 1~2일 내에 대부분의 잔금 정산이 이루어 졌다는 점(81%)에서, 이 사건 계약은 선불식 할부계약에 해당함

○ 구 할부거래법 제2조 제2호는 선불식 할부계약을 “계약의 명칭·형식이 어떠하든 소비자가 사업자로부터 장례를 위한 용역 및 이에 부수한 재화 등의 대금을 2개월 이상의 기간에 걸쳐 2회 이상 나누어 지급함과 동시에 또는 지급한 후에 재화 등의 공급을 받기로 하는 계약을 말한다”고 정의하고 있음.

○ 갑 제2 내지 4호증, 을 제2호증의 3의 각 기재 및 갑 제9호증의 일부 기재와 변론 전체의 취지에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 각 사정, 대금을 2개월 이상의 기간에 걸쳐 2회 이상 나누어 상당한 대금을 재화와 용역의 공급 전 선납하도록 하는 경우 소비자 권리 보호를 위하여 할부거래법의 규제 필요성이 존재한다는 점을 종합적으로 고려하면, 이 사건 계약은 구 할부거래법 제2조 제2호의 선불식 할부계약에 해당한다고 볼이 타당함.

① 원고는 2010. 9. 29. 서울특별시장에게 선불식 할부거래업 등록을 한 선불식 할부거래업자로 원고가 개발한 이 사건 상품의 대금 납입방식은 총 계약금액 480만 원 중 240만 원을

150회, 120회, 135회 중 소비자가 선택하는 횟수에 걸쳐 매월 균분하여 납입하고, 나머지 240만 원은 의전행사 시 납입하는 방식으로, 이 사건 계약은 대금을 2개월 이상의 기간에 걸쳐 2회 이상 나누어 지급하는 계약에 해당함.

- ② 이 사건 회원증서(갑 제2호증)의 기재에 의하면 이 사건 상품에 포함된 원고의 제공 품목에는 버스(왕복 200km), 라무진(왕복 200km) 등의 차량 항목이 있는데, 위 차량 항목은 리무진 또는 버스로 장례식장에서 장지까지 왕복으로 운행하는 서비스의 제공을 의미함. 또한 회원약관 제10조 제7항에는 위 차량 항목은 발인 당일에는 취소가 불가능하다고 규정되어 있는데, 이는 발인 이후에도 이 사건 상품에 따른 상조서비스가 계속됨을 전제로, 발인 당일에 이르면 소비자가 이를 취소할 수 없도록 한 것이라 볼 수 있음.
- ③ 이 사건 회원증서에는 잔금 240만 원의 납입과 관련하여, “월부금 납입 도중 장례 발생 시, 장례진행 후 마지막 날(발인) 의전 잔금을 정산하여야 합니다”,로 기재하고 있으므로 이 사건 계약의 잔금 납부 시기는 상조서비스 제공 단계 중 ‘발인’시로 정하고 있다고 보아야 함.
- ④ 할부거래법 제6조 제1항은 할부금의 금액·지급횟수·지급기간 및 지급시기를 포함하여 (제5호) 각 호에 규정한 계약의 주요 내용을 서면으로 하여 할부계약을 체결하도록 규정하고 있는데, 이와 같은 규정 취지는 할부거래에 있어서는 대금의 지급이 장기간에 걸쳐 계속되기 때문에 계약 내용이 복잡하고 소비자의 충동구매가 이루어지는 경우가 많은 현실을 감안하여, 매수인으로 하여금 할부계약의 내용을 이해할 수 있도록 함과 동시에 계약체결을 신중하게 하도록 함으로써 부당하게 불리한 특약으로부터 매수인을 보호하고, 분쟁을 사전에 예방하고자 하는 데 있음(대법원 2006. 7. 28. 선고 2004다54633 판결 참조). 위와 같이 할부거래법에서 할부계약의 주요 내용을 서면으로 하도록 규정한 취지를 고려하면, 이 사건 계약의 내용은 원칙적으로 서면으로 작성된 이 사건 회원증서의 기재대로 확정된 것으로 보아야 하고, 구두로 진행되는 녹취 스크립트 기재 내용이 불분명한 경우 이를 해석함에 있어서도 서면으로 작성된 이 사건 회원증서가 그 기준이 된다고 볼이 타당함. 이 사건 상품 가입 녹취 스크립트의 기재 내용 역시 이 사건 회원증서의 규정내용과 같이 ‘장례의식(의전) 진행 후 나머지 상조서비스가 완료되기 전인 반인시’에 잔금을 납부하여야 한다는 의미로 해석함이 타당함.
- ⑤ 회원약관 제8조는 “회원이 월부금의 완납 이전에 상조서비스를 제공받을 때에는 사후에 잔여 납부금을 일시에 납부하여야 한다”고 정하고 있음. 그러나 회원약관은 잔여 납부금의 사후 지급시기에 대한 구체적인 정함이 없을 뿐 아니라 이는 원고가 제공하는 다양한 상조서비스 상품에 포괄적으로 적용되는 일반 규정이어서 각 상품별 회원증서가

회원약관의 내용을 구체화한 세부내용을 규정하고 있거나 회원약관과 상이한 내용을 규정한 경우 회원증서의 내용이 회원약관의 내용에 우선한다고 보아야 함.

- ⑥ 원고는 소비자들이 실제로 발인일 이후 대금을 지급한 경우가 46.3%에 이르므로, 이 사건 계약을 선불식 할부계약이라 볼 수 없다고 주장함. 그러나 위 증거에 의하더라도 발인일 이전에 잔금을 지급한 경우가 과반수를 초과하고(53.6%), 발인일 이후 1~2일 내에 대부분의 잔금 정산이 이루어졌다는 점(81%)에서, 위 증거까지 더해 보더라도 이 사건 계약상 대금납입 방식이 피고의 상조서비스 제공이 모두 완료된 후 사후적으로 대금을 지급하는 방식이라고 보기 부족함.

[더케이예대합상조의 할부거래법 위반행위 건(서울고법 2017. 5. 31. 선고 2016누60753 판결²⁾]

- 이 사건 고시 중 부정기형 선불식 할부계약의 해약환급금 산식을 규정한 부분은, 일률적으로 납입금 누계의 85%를 해약환급금으로 반환하도록 정한 것으로서, 할부거래법 및 그 시행규칙의 위임범위를 벗어났다고 할 것이므로 대외적 구속력이 있는 법규명령으로서의 효력을 가지지 못함
- 을 제3호증의 1, 2의 각 기재 빛 변론 전체의 취지에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 각 사정을 종합하면, 이 사건 고시 중 제4조 제1항 제2호, 즉 부정기형 선불식 할부계약의 해약환급금 산식을 규정한 부분은, 정기형 선불식 할부계약에 포함되지 않는 다양한 형태의 선불식 할부계약에 관하여 선불식 할부거래업자가 선분식 할부계약 체결 및 영업 관리를 하는 데 드는 비용을 고려하지 않고 일률적으로 이를 부정기형 선불식 할부계약으로 정의하여 납입금 누계의 85%를 해약환급금으로 반환하도록 정한 것으로서, 할부거래법 및 그 시행규칙의 위임범위를 벗어났다고 할 것이므로 대외적 구속력이 있는 법규명령으로서의 효력을 가지지 못한다고 볼이 타당함.
- ① 할부거래법 시행규칙 제10조에서 할부거래법의 위임에 따라 공정거래위원회가 해약 환급금에 관한 산정기준을 정함에 있어 소비자 계약 해제권의 실질적 보장 가능성 뿐 아니라, 선불식 할부거래업자의 선불식 할부계약 체결 및 영업 관리 내용을 고려하도록 하고 있는 것은, 소비자와 선불식 할부거래업자 간의 분쟁 방지 및 상조업체의 존립 보장을 통하여 궁극적으로 소비자의 권익을 보호하고 국민경제의 건전한 발전에 이바지함에 그 목적이 있음.

2) 상고심(대법원 2017. 10. 12. 선고 2017두51297 판결)은 심리불속행 기각함

- ② 이 사건 고시는 선불식 할부계약의 형태를 단순히 정기형과 부정기형의 2가지로 구분하여, 총 계약대금을 1년 이상의 기간을 두고 월별로 균분하여 납입하는 형태의 선불식 할부계약을 정기형 선불식 할부계약(이하 '정기형'이라 한다)으로 정의하고(이 사건 고시 제2조 제5호), 그 외의 모든 형태의 계약을 부정기형 선불식 할부계약(이하 '부정기형'이라 한다)으로 정의하여(이 사건 고시 제2조 제6호), 부정기형에 해당하는 경우 일률적으로 납입금 누계의 85%를 해약환급금으로 산정하도록 규정하고 있음(이 사건 고시 제4조 제1항 제2호).
- ③ 피고는, 정기형의 경우 초기 계약해제로 인한 사업자 비용을 고려하기 위해 모집수당의 75%를 1회차에 공제할 수 있도록 하고, 나머지 25%는 잔여 납입기간에 걸쳐 배분하여 만기 시까지 공제할 수 있도록 해약환급금을 설정하였음.
- ④ 반면 부정기형에 대하여는, 할부거래 상품의 다변화에 따라 납입방법과 주기 등이 제각각 이어서 개별 사례의 특수성을 고려한 해약 환급금 산식을 사전에 규율하는 것이 사실상 불가능하다는 전제하에, 부정기형으로 포섭될 계약형태에 대한 최소한의 고려 없이 (피고는 계약금액 납입횟수가 적고 초기 납입금액이 큰 경우만을 상정하였던 것으로 보인다). 일률적으로 납입금 누계액의 15%를 공제하여 환급하는 형태로 규율한 것으로 보임.
- (이 사건 시정명령이 할부거래법에 근거하여 이루어진 것으로 적법한지 여부) 앞서 인정한 사실에 의하면, 피고는 원고의 이 사건 미환급 행위가 할부거래법 제25조 제2, 4항에서 금지하고 있는, 이미 지급받은 대금에서 '소비자에게 해제로 인한 손실을 초과하는 위약금'을 공제한 것인지 여부를 판단하지 않은 채 대외적 구속력이 없는 이 사건 고시에 근거하여 이 사건 시정명령에 이를 것이고, 달리 원고가 할부거래법 제25조 제2, 4항, 구 할부거래법 제34조 제10호를 위반하였다는 점을 인정할 증거가 없음. 결국 원고의 나머지 주장에 대하여 살펴 볼 필요 없이 이 사건 고시에 근거하여 이루어진 이 사건 시정명령은 위법함.

[더케이에디컴상조의 할부거래법 위반행위 건(서울고법 2017. 5. 31. 선고 2016누60753 판결³⁾)]

3) 상고심(대법원 2017. 10. 12. 선고 2017두51297 판결)은 심리불속행 기각함

- 원고는 여행업으로 변경한 후에도, 지속적으로 장례 또는 혼례를 위한 용역 등에 대한 선수금을 지급받고 서비스를 제공하여 왔으므로, 할부거래법 제2조 제2호 및 제4호에 따른 선불식 할부거래업자에 해당함
 - 원고는 이 사건 회원들로부터 지속적으로 장례 또는 혼례를 위한 용역 및 이에 부수한 재화 등에 대한 선수금을 2개월 이상의 기간에 걸쳐 2회 이상 나누어 지급받았으며, 2012. 11. 1부터 2016. 1. 13까지 총 1,495명의 회원에게 선불식 할부계약에 따른 장례나 혼례 관련 서비스를 제공하였음.
 - 원고는 이 사건 회원들로부터 기존의 상조계약이 더 이상 상조가 아닌 여행서비스를 제공하는 할부계약으로 변경된다는 계약내용의 변경에 관하여 개별적으로 명시적인 동의를 받지 아니하였음. 위 상조계약에 있어서 회원들에 대한 장례 용역의 제공이 가장 핵심적인 계약내용이라 할 것이므로, 원고가 회원들에게 ‘클럽리치의 여행상품 회원임을 증명한다.’는 취지의 여행증권이나 “타 상조회사에서 클럽리치 여행회원으로 이관되어 여행증권을 발급받은 회원”이라는 문구가 포함된 안내문을 일방적으로 발송한 후에도 일부 회원들이 이의 없이 월 납입금을 계속 납부하였다는 사정만으로는 위 회원들이 위와 같은 핵심적인 계약내용의 변경에 묵시적으로 동의하였다고 보기 어려움.
 - 원고는 직접 또는 2013. 12. 3. 설립된 자회사 한국제일의전파와 계약을 통하여 회원들에게 장례 용역을 제공하였는데, 장례서비스 등에 대한 선수금은 원고가 지급받았고 한국제일의전은 원고를 대신하여 장례서비스 등을 대행해준 것에 불과함.
 - 원고는 클럽리치홀딩스로부터 분할·설립된 이후, 장례 용역의 제공을 주요 내용으로 하고 부가서비스로 여행서비스를 제공하는 ‘리치상품’과 만기 시 여행 서비스를 제공하지만 만기 전 언제든지 소비자가 원하는 경우 장례 용역을 제공하는 내용의 ‘클럽상품’을 판매하여 회원을 신규로 모집하였고, 그 중에는 ‘클럽상품’ 회원들도 다수 포함되어 있음. 이와 같이 원고가 신규로 판매한 위 상품들은 그 실질이 장례 용역의 제공을 내용으로 하는 것으로 할부거래법의 적용을 받는 선불식 할부거래 상품에 해당함.
- [주식회사 클럽리치의 할부거래법 위반행위 건(서울고법 2017. 3. 30. 선고 2016누70194 판결⁴⁾)]

4) 상고심(대법원 2017. 7. 11. 선고 2017두40846 판결)은 심리불속행 기각함

3. 소비자피해보상보험계약 등(제27조, 제50조)

□ 회원인수도계약에서 인수업체가 미동의 회원들에 대한 선수금을 인도받았는지 여부가 뚜렷하지 않고, 인수업체가 원고들로부터 선불식 할부거래업자의 지위를 승계하지도 않았으므로 원고들(인도업체)과 미동의 회원들에 대한 관계에서 선불식 할부거래업에 따른 법률관계는 지속되고, 제18조 및 제27조의 의무를 부담함

○ 회원인수도계약에서 미래상조(인수업체)가 미동의 회원들에 대한 선수금을 인도받았는지 여부가 뚜렷하지 않고, 미래상조가 원고들로부터 할부거래법 제22조에 정한 바에 따라 선불식 할부거래업자의 지위를 승계하지도 않았으므로 원고들(인도업체)과 미동의 회원들에 대한 관계에서 선불식 할부거래업에 따른 법률관계는 지속됨. 따라서 원고들은 할부거래법 제18조 제1항의 관할 시·도지사에 대한 선불식 할부거래업 등록의무와 제27조 제1항의 소비자피해보상보험계약 등을 체결할 의무를 부담함. 그런데 원고들은 이 사건 처분 당시까지 선불식 할부거래업 등록을 하지 않았고, 소비자피해보상보험계약 등을 체결할 의무를 이행하지 않고 있으므로 피고의 위 시정명령 등의 처분은 적법함.

[두례상조 및 희연상조의 할부거래법 위반행위 건(서울고법 2013. 10. 31. 선고 2013누85556 판결, 고법 확정)]

□ 법정보전 선수금 예치의무를 규정하고 있는 할부거래법 제27조 제1항, 제2항이 위헌이라고 보기 어려움

○ 행정처분은 그 근거 법령이 개정된 경우에도 경과 규정에서 달리 정함이 없는 한 처분 당시 시행되는 개정 법령과 그에서 정한 기준에 의하는 것이 원칙이고, 그 개정 법령이 기존의 사실 또는 법률관계를 적용대상으로 하면서 종전보다 묻리한 법률효과를 규정하고 있는 경우에도 그러한 사실 또는 법률관계가 개정 법률이 시행되기 이전에 이미 종결된 것이 아니라면 이를 헌법상 금지되는 소급입법이라고 할 수는 없으며, 그러한 개정 법률의 적용과 관련하여서는 개정 전 법령의 존속에 대한 국민의 신뢰가 개정 법령의 적용에 관한 공익상의 요구보다 더 보호가치가 있다고 인정되는 경우에 그러한 국민의 신뢰보호를 보호하기 위하여 그 적용이 제한될 수 있는 여지가 있을 때임(대법원 2001. 10. 12. 선고 2001두274 판결, 대법원 2011. 4. 14. 선고 2009두7844 판결 등 참조).

○ 위 법리에 비추어 이 사건을 보건대, ① 법 제27조 제1항, 제2항이 시행되기 전에는 최저 자본금 요건(3억원) 등 별다른 제한 없이 상조회사를 비교적 쉽게 설립할 수 있었고, 그에

따라 중소형 영세업체들을 포함하여 많은 수의 상조회사들이 설립되었음. 그런데 상조회사들은 회원이 가정의례행사의 재화 등을 제공받기 전에 미리 납부한 선수금을 토대로 수익을 창출하기 위하여 법령 등에 의한 별다른 제한 없이 자율적으로 운용하여 왔는나, 그 과정에서 재무건전성이 악화되어 부도·폐업 등으로 상조서비스를 이행하지 못하게 될 가능성이 높았고, 또한 상조회사들이 중도청약 철회 또는 계약해지를 거절하거나 해약환급금 지급을 거부하고 과다한 위약금을 요구하는 등 계약체결 전후 과정에서도 소비자에 대한 피해가 발생하기도 하였음. 이와 같은 배경 하에 법 제27조 제1항, 제2항은 소비자로부터 미리 수령한 선수금을 보전하기 위하여 상조업자에게 소비자 피해보상 보험계약 등을 체결한 의무를 부과한 점, ② 비록 원고가 상조업에 대한 별다른 규제 없이 회원으로부터 받은 선수금을 자율적으로 운용할 수 있는 재산적 권리의 존속에 대한 신뢰를 가졌다고 하더라도, 그러한 원고의 신뢰가 법 규정이 추구하는 공익상 요구와 비교형량해 보았을 때에 더 보호가치 있는 것이라 단정할 수 없는 점, ③ 법 부칙 제5조 제2항에서는 법 시행 당시 영업 중이던 사업자에 대하여는 법 공포일을 기준으로 1년 단위로 하여 매년 단계적으로 그 선수금 보전비율을 점진적으로 늘려가는 내용의 경과규정을 두었으므로 법 제27조 제1항, 제2항은 그 침해를 최소화하고 있는 점 등을 종합하여 보면, 이 사건 처분의 근거인 법 제27조 제1항, 제2항이 위헌이라고 보기 어려움.

[미래상조119의 할부거래법 위반행위 건(서울고법 2014. 2. 7. 선고 2013누5908 판결⁵⁾]

※ 같은 취지: 두레상조 및 희연상조의 할부거래법 위반행위 건(서울고법 2013. 10. 31. 선고 2013누8556 판결, 고법 확정)

- 선수금보전의무조항은 이미 확정되거나 종료된 사실관계에 적용되는 것이 아니라, 여전히 그 계약에 따라 선불식 할부거래업자의 의무가 존재하는, 현재 진행 중인 사실관계에 적용되는 것이므로 진정소급입법에 해당하지 않음
- 선불식 할부거래는 소비자가 대금을 미리 지불하면서 재화나 용역 등의 제공은 그 후에 제공받는 특성을 지니고 있기 때문에, 선불식 할부계약이 체결되고 선수금이 지급되었다고 하더라도 그 계약에 따른 선불식 할부거래업자의 재화 또는 용역 제공 의무는 여전히 남아 있게 됨.
- 따라서 선수금보전의무조항은 이미 확정되거나 종료된 사실관계에 적용되는 것이 아니라, 여전히 그 계약에 따라 선불식 할부거래업자의 의무가 존재하는, 현재 진행 중인 사실관계에 적용되는 것이므로 진정소급입법에 해당하지 않음. 선수금보전의무조항에 관하여 소급입법금 지원책이 문제될 여지는 없고, 다만 선불식 할부계약을 체결할 당시 선수금에 대하여 일정액을

5) 상고심(대법원 2014. 6. 12. 선고 2014두35973 판결)은 심리불속행 기각함

보전할 의무가 없었다는 기준의 법적 상태에 대한 청구인들의 신뢰를 헌법적으로 보호해 주어야 할 것인지 여부만 문제될 뿐임.

[송기호의 할부거래에 관한 법률 제50조 제1항 제1호 등 위헌소원(현재 2017. 7. 27. 선고 2015헌바240 결정)]

- 선불식 할부거래업자의 선수금에 관한 자유로운 사용, 처분에 관한 신뢰가 이러한 정책적 목적의 실현이라는 공익을 압도할 정도가 되지 못하므로, 선수금보전의무 조항은 헌법상 신뢰보호원칙에 위배된다고 볼 수 없음
 - 할부거래법이 개정되기 전, 선불식 할부거래업자는 소비자와 상조계약을 체결하고 받은 선수금을 보전할 법령상 의무는 없었음. 이에 따라 청구인들은 선불식 할부계약을 체결하여 받은 선수금을 자유롭게 사용하거나 처분할 수 있다는 기대 내지 신뢰를 가졌다고 볼 수 있음. 그러나 선불식 할부계약을 체결하였다고 하더라도 그 계약이 해제되거나 부도 내지 폐업 등으로 상조계약에 따른 재화나 용역 등을 제공하지 못하는 경우에는 전부 또는 일부의 선수금을 반환하여야 하므로 계약 종료 전에 선수금을 자유롭게 처분할 수 있다는 기대 내지 신뢰가 선불식 할부거래업자에게 존재하였다고 하더라도 그 보호 가치는 크다고 보기 어려움.
 - 선불식 할부계약에 있어 소비자가 선불식으로 납입금을 지급한 후 업자의 폐업이나 자금 부족 등으로 그 대금을 환불하거나 용역을 이행할 능력이 없을 때 소비자의 피해를 보상한다는 정책적 목적의 실현은 매우 중대한 공익이라고 할 수 있음. 만약 청구인들이 주장하는 바와 같이 소비자피해보상제도도 시행일인 2010. 9. 18. 이전에 선불식 계약을 체결하여 받은 선수금에 대하여 보전의무를 부과하지 않는다면, 2010. 9. 기준으로 전국 337개 상조업체의 총가입회원수는 약 275만 명, 선수금 잔고는 약 1조 8500억 원인 상황에서 소비자피해보상보험제도가 추구하는 위와 같은 정책적 목적을 실현하는 데 방해가 되거나 그 정책효과가 현저히 감소되는 결과가 될 것임. 따라서 선불식 할부거래업자의 선수금에 관한 자유로운 사용, 처분에 관한 신뢰가 이러한 정책적 목적의 실현이라는 공익을 압도할 정도가 되지 못하므로, 선수금보전의무조항은 헌법상 신뢰보호원칙에 위배된다고 볼 수 없음.

[송기호의 할부거래에 관한 법률 제50조 제1항 제1호 등 위헌소원(현재 2017. 7. 27. 선고 2015헌바240 결정)]

- 선수금 관련 자료를 제출하면서 원고는 일부 선수금 수납 자료를 누락한 채 나머지 자료만 제출한 행위는 선수금 액수를 속이는 것으로 거짓 자료의 제출에 해당함
- 선수금 액수는 예치금 액수를 정하는 데에서 가장 중요한데, 그런 선수금 관련 자료를 제출하면서 원고는 일부 선수금 수납 자료를 누락한 채 나머지 자료만 제출한 바, 이런 누락 행위는 선수금 액수를 속이는 것으로 거짓 자료의 제출에 해당함.
- 원고의 대표이사는 별지 일람표 (1) 기재 91건의 상조 계약에 관하여 원고가 선수금 관련 자료를 예치기관에 제출하지 않은 사실을 인정한 반면 위 91건의 상조 계약이 이 사건 처분 당시를 기준으로 실효되었다거나 원고의 환급금 지급 의무까지 완전히 소멸되었는지를 확인할 만한 충분한 자료가 보이지 않음.
[(주)조흥의 할부거래법 위반행위에 대한 건(서울고법 2019. 6. 5. 선고 2018누35638 판결, 고법 확정)]

4. 금지행위(제34조)

- 홈페이지 게시판에 “선수금이 50%에 달할 때까지 적립된다”, “통합 회원의 수가 10만 명 돌파”, “안전(예금자보호)”, “사망위로금”이라고 표시하는 것은 거짓·과장된 사실을 알려 상대방과의 거래를 유도하는 행위에 해당함
- 원고는 홈페이지 게시판에 회원이 납부한 기준 선수금 중 10%가 회원 개인 명의로 신한은행에 예치되고 매년 10%씩 증가되어 50%에 달할 때까지 적립된다고 표시한 것은 모든 상조업자들에게 법정보전 선수금 예치의부가 부과되고 있다는 사실을 표현한 것에 불과하다고 주장하므로 살피건대, 위 각 증거에 변론 전체의 취지를 종합해 보면, 원고는 홈페이지 게시판에 인도 회사와 연명으로 이 사건 회원 인수도 계약과 관련하여 회원들의 기준 선수금이 회원 개인 명의로 은행에 일정 비율씩 적립되어 안전이 보장된다는 취지의 표현을 한 사실, 그러나 원고가 실제로는 위와 같은 비율만큼 금액을 적립하지 않은 사실을 인정할 수 있으므로, 원고의 위 주장은 이유 없음.
- 또한 원고는, 홈페이지 게시판에 2011. 1. 18자로 통합회원의 수가 10만 명을 돌파한 것으로 표시하였고, 이는 당시 회원 수가 이미 99,111명에 이르렀고 그로부터 3일 후에는 10만 명을 돌파한 것이 확실하였으므로 위와 같은 표시에 거짓·과장성이 존재하지 않는다고 주장하나, 원고의 주장에 의하더라도 회원 수가 당시 10만 명에 미달할 뿐 아니라, 총회원의 수에서 인도 회사가 회원들에게 재화 등을 공급하였거나 선불식 할부계약이 해지되어 이미 계약관계가 종료된 회원들의 수를 공제하면 남아 있는 회원 수가 10만 명에 더욱 모자라게 되므로, 원고의 위 주장도 이유 없음.
- 마지막으로 원고는, 홈페이지 초기 화면에 “안전(예금자 보호)”, “사망 위로금”이라고 게재한 부분은 원고가 지향하는 목표를 심별로 표시하였을 뿐 이를 회원들에게 실질적으로 보장한다는 의미가 아니라고 주장하나, 보통의 주의력을 가진 사람이 위와 같은 표현을 받아들이는 전체적·궁극적 인상은 회원들이 납부하는 선수금이 예금자 보호제도에 의하여 보장되고 사망 위로금이 지급된다는 것으로 볼 수 있으므로, 원고의 위 주장도 역시 이유 없음.

[미래상조119의 할부거래법 위반행위 건(서울고법 2014. 2. 7. 선고 2013누5908판결⁶⁾]

6) 상고심(대법원 2014. 6. 12. 선고 2014두35973 판결)은 심리불속행 기각함

- 할부거래법 제34조 제11호의 정당한 사유에 대한 입증책임은 원고가 부담한다 할 것이며, 처분 이후의 사정은 이 사건 처분의 적법 여부에 영향을 미치지 아니함
- 할부거래법 제25조 제4항에 의하면 소비자가 할부거래법 제25조 제1항에 따라 선불식 할부계약에 의한 재화 등의 공급을 받지 아니한 상태에서 그 계약을 해제할 경우 선불식 할부거래업자는 그 계약이 해제된 날부터 3영업일 이내에 소비자로부터 이미 지급받은 대금에서 위약금을 뺀 금액을 소비자에게 환급하여야 하며, 환급 지연 시 그 지연기간에 따라 지연배상금을 함께 지급하여야 함. 이와 같이 소비자가 계약을 해제하였음에도 불구하고 선불식 할부거래업자가 정당한 사유 없이 계약 해제에 따른 해약환급금 및 지연배상금을 지급하는 등의 조치를 지역하거나 거부하는 경우 할부거래법 제34조 제11호의 금지행위에 해당함.
- 할부거래법 제34조 제11호의 정당한 사유에 대한 입증책임은 원고가 부담한다 할 것인데, 원고가 이 사건 의결 후인 2016. 6. 28. 이 사건 소비자에게 해약환급금 잔금 327,000원 및 지연이자 241,079원 합계 568,479원을 반환한 사실은 인정되나, 이는 이 사건 처분 이후의 사정에 불과하여 이 사건 처분의 적법 여부에 영향을 미치지 아니함. 또한 원고가 제출한 증거들만으로는 피고 측 직원이 원고에게 해약환급금 중 일부를 반환할 의무가 없다고 하였다는 점을 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 만한 증거도 없음.

[주식회사 클럽리치의 할부거래법 위반행위 건(서울고법 2017. 3. 30. 선고 2016누70194 판결⁷⁾)]

7) 상고심(대법원 2017. 7. 11. 선고 2017두40846 판결)은 심리불속행 기각함.

5. 시정조치(제39조)

□ 공익상 요청, 원고들이 선수금 보전을 위하여 4가지 계약 중 자신의 사정에 맞게 소비자피해보상보험계약체결의무를 이행할 수 있는 점 등에 비추어 피고의 이 사건 처분이 재량권을 일탈하거나 남용한 것으로서 위법하다고 볼 수 없음

- ① 할부거래법 제27조의 시행으로 침해되는 원고들의 재산권 침해보다 원고들과 같은 상조회사들에 대한 선불식 할부거래업자로 규율하여 등록의무를 부과함과 동시에 소비자 피해보상보험계약 등을 체결할 의무를 부과할 공익상 요청이 우월한 점, ② 원고들이 제출한 증거만으로 원고들에 대하여 표적조사하였는지 알 수 없는 점, 설령 직권해지되어 실효된 회원이 있다고 하더라도, 할부거래법상의 환급금 지급 등을 위한 법정선수금 보전의 필요성이 상실된다고 할 수 없고, 법정보전선수금 예치의무 제도의 도입취지 및 예치비율(선수금의 50%를 5년간 단계적으로 예치)에 비추어 실효된 회원에 대한 선수금 부분에 대하여 예치의무를 부과하는 것이 과중하다고 할 수 없는 점, ③ 할부거래법 제27조 제4항에서는 상조회사는 선수금 보전을 위하여 4가지 계약(소비자피해보상을 위한 보험계약, 금융기관과의 채무지급보증계약, 예치기관과의 예치계약, 법 제28조에 따라 설립된 공제조합과의 공제계약) 중에서 선택할 수 있는 바, 원고들은 자신의 사정에 맞게 소비자피해보상보험계약체결의무를 이행할 수 있는 점, ④ 피고 등이 기존 부실업체에서 반복하게 된 피해 회원들에 대한 보상방식으로 현물 보상(상조불품 및 상조용역 서비스 제공)을 전제로 부실업체의 회원을 인수하는 형태의 시스템을 구상하고 있었다고 하더라도, 그러한 사정만으로는 피고가 원고들에게 이 사건 처분과 관련하여 신뢰 대상이 되는 어떠한 공적인 견해를 표명하였다고 할 수 없는 점 등에 비추어 피고의 이 사건 처분이 재량권을 일탈하거나 남용한 것으로서 위법하다고 볼 수 없음.

[두례상조 및 희연상조의 할부거래법 위반행위 건(서울고법 2013. 10. 31. 선고 2013누8556 판결, 고법 확정)]

□ 원고들에 대한 시정명령은 회원인수도계약에 명백히 동의 의사를 표시하지 않은 회원들에 대한 소비자피해보상보험계약체결 등의 의무가 인도업체인 원고들에게 있음을 전제로 한 것이 명백하므로, 시정명령을 인도업자인 원고들과 인수업자에게 이중부과한 것이 아님

- 원고들은 이 사건 각 회원인수도계약에 대하여 동의의사를 표시하지 아니한 회원의 선수금에 대하여 인도업자인 원고들과 인수업자인 미래상조에게 각각 소비자피해보상보험계약등의

체결의무 위반을 전제로 시정명령을 부과함으로써 동일한 행위에 대하여 이중의 위법한 시정명령을 하였다고 주장하나, 피고는 인수업자에 대하여 다른 상조회사로부터 인수한 회원(다만 회원인수도계약에 동의하지 아니한 회원은 제외한다)을 포함한 모든 회원에 대한 선수금 등의 자료를 선수금 예치계약을 체결한 예치기관에 거짓 없이 제출하고, 이에 따라 산정된 금액을 예치하여야 한다고 시정명령을 한 사실, 이 사건 각 와결서의 관련 내용(회원인수도계약에 대하여 동의 혹은 부동의 등 여하한 의사표시를 하지 아니하는 회원에 대한 관계에서 선불식 할부거래업자의 등록의무가 있다는 취지) 등을 종합해 보면, 원고들에 대한 시정명령은 회원인수도계약에 명백히 동의 의사를 표시하지 않은 회원들에 대한 소비자피해보상보험계약체결 등의 의무가 인도업체인 원고들에게 있음을 전제로 한 것이 명백하므로 이와 다른 전제에 선 원고들의 주장은 받아들이지 않음.

[두례상조 및 희연상조의 할부거래법 위반행위 건(서울고법 2013. 10. 31. 선고 2013누8556 판결, 고법 확정)]

- 인수회사인 원고는 인도회사로부터 회원이 이미 납부한 선수금 관련채무를 인수받았다고 봄이 상당하므로, 공정위는 원고에게 인수에 동의하지 않은 회원을 제외한 나머지 회원들의 기존 선수금 전부에 관한 자료를 은행에 거짓 없이 제출하고 이에 따라 산정된 금액을 예치하라는 취지의 이 사건 처분을 할 수 있음
- 회워인수 시 인수 회사(원고)는 회원이 인도 회사에게 이미 납부한 선수금 관련 채무를 인수받은 다음 이를 예치하는 것이 통상의 모습일 것인바, 이러한 인수에는 면책적 채무인수, 중첩적 채무인수, 이행인수가 모두 포함될 수 있음. 이 때 회원 인도·인수에 동의한 경우에는 회원, 인도 회사 및 원고 3자 사이에 인도 회사의 선수금 관련 채무를 원고가 면책적 내지 중첩적으로 인수하기로 하는 내용의 계약이 체결되었다고 봄이 상당함.
- 회원이 동의 여부를 명확하게 표시하지 아니한 경우가 문제되므로 이를 살피건대, 이 사건 회원 인수도 계약의 내용과 원고가 인도 회사들과 공동으로 회원들에게 보낸 안내장 ('많은 상조회사들이 하나로 모여 통합상조 지주회사를 설립하면서 회원을 인수하기로 하였고 회원이 납부한 기존의 불입금이 신한은행에 50%까지 적립되거나, 또는 인도 회사와 합병함으로써 회원이 이미 납부했던 부금이 그대로 인수된다'라고 기재됨)이나 문자 메시지 등의 내용 및 원고의 인터넷 홈페이지 게시 내용 등을 종합해 보면, 혼령 원고가 인도 회사들로부터 기존 선수금을 실제로 지급받지는 않았다 하더라도, 원고와 인도 회사들 사이에 원고가 인도 회사들의 회원들을 인수하는 영업상 이익을 취득한 대가로 인도 회사들의 기존 선수금 관련 채무를 중첩적으로 인수하거나 적어도 그 이행을 인수하기로

하는 내용의 약정이 체결되었다고 봄이 상당함. 따라서 원고에게는 위와 같이 인수한 기존 선수금 전부에 관한 자료를 신한은행에 제출하여야 할 의무가 있음에도 원고가 그와 같은 자료를 제출하지 아니한 이상, 피고는 원고에 대하여 위와 같은 인수에 부동의한 회원을 제외한 나머지 회원들의 기존 선수금 전부에 관한 자료를 신한은행에 거짓 없이 제출하고 이에 따라 산정된 금액을 예치하라는 취지의 이 사건 처분을 할 수 있다고 보아야 함.

[미래상조119의 할부거래법 위반행위 건(서울고법 2014. 2. 7. 선고 2013누5908 판결⁸⁾)]

□ 이 사건 시정명령의 근거인 할부거래법 제27조 제1항, 제2항, 제34조 제9호가 비례의 원칙 내지는 평등의 원칙에 위반하여 위헌이라 볼 수 없음

- 위 조항들은 선불식 할부계약에 의한 거래를 공정하게 함으로써 소비자의 권익을 보호하고 시장의 신뢰도를 높여 국민경제의 건전한 발전에 이바지하는 입법목적 달성을 적합한 수단임. 이로 인하여 원고 회사가 별다른 규제 없이 선수금을 자율적으로 운용할 수 있는 권리를 제한받는다고 하더라도 그로 인한 불이익이 소비자 보호 등의 공익과 비교하여 더 크다고 할 수 없음.
- 상조회사가 선수금을 활용하여 얻은 이익을 소비자인 회원들에게 배당하는 것도 아니고, 소비자들은 실제 장례서비스를 제공받기 전까지는 아무런 서비스도 제공받지 못하므로 상조회사의 선수금 운용을 제한할 필요가 있다는 점에서 합리적 이유 없이 상조회사를 차별하였다고 볼 수 없음.

[(주)하늘지기장례도달서비스의 할부거래법 위반행위에 대한 건(서울고법 2018. 8. 16. 선고 2018누35577 판결⁹⁾)]

8) 상고심(대법원 2014. 6. 12. 선고 2014누35973 판결)은 심리불속행 기각함

9) 상고심(대법원 2019. 3. 22. 선고 2018누63839 판결)은 심리불속행 기각함

6. 과태료(제53조)

- 할부거래법상 과태료 납부명령의 당부는 질서위반행위규제법에 따른 과태료 재판에 의하여 판단되어야 하므로 과태료 납부명령은 행정소송의 대상이 되는 행정처분이라고 볼 수 없음
- 법 제53조 제3항 제7호, 제6항은 선불식 할부거래업자가 조사에 필요한 자료나 물건을 제출하지 않는 경우에 공정거래위원회가 과태료를 부과하도록 규정하고 있으나, 이에 대한 불복절차를 별도로 규정하고 있지는 않음. 그런데 질서위반행위규제법 제2조 제1호는 법률상 의무를 위반하여 과태료를 부과하는 행위를 질서위반행위로 규정하고 있고, 같은 법 제20조, 제21조는 질서위반행위에 부과되는 과태료에 불복하는 당사자가 과태료 부과통지를 받은 날부터 60일 이내에 해당 행정청에 서면으로 이의제기를 할 수 있으며, 이의제기를 받은 행정청은 관할 법원에 통보하여야 하고, 이의제기 사실을 통보받은 법원은 같은 법 제25조 이하의 규정에 따라 과태료 재판을 하도록 규정하고 있음. 이러한 제반 규정들에 비추어 보면, 법에 의하여 부과된 이 사건 과태료 납부명령의 당부는 질서위반행위규제법에 따른 과태료 재판에 의하여 판단되어야 하므로 이 사건 과태료 납부명령은 행정소송의 대상이 되는 행정처분이라고 볼 수 없고(대법원 1995. 7. 28. 선고 95누2623 판결, 대법원 2012. 10. 11. 선고 2011두19369 판결 참조), 이 부분 소는 부적법한(각하).

[미래상조119의 할부거래법 위반행위 건(서울고법 2014. 2. 7. 선고 2013누5908 판결¹⁰⁾]

10) 상고심(대법원 2014. 6. 12. 선고 2014두35973 판결)은 심리불속행 기각함

2024년도
공정거래 판례요지집

제10장

약관의 규제에 관한 법률

1. 정의(제2조)

- 환불불가 조항은 고객과 원고 사이의 플랫폼 이용계약에도 편입되었다고 볼 수 있고, 원고는 고객에게 환불불가 조항을 제안한 자로서 약관법 제2조 제2호 소정의 사업자에 해당함¹⁾
- 숙박계약의 당사자는 고객과 숙박업체라고 볼 수 있고, 원고는 숙박계약의 체결을 중개하는 플랫폼 서비스 사업자로서 상법상 중개인 내지 대리상의 역할을 수행하는 것으로 볼 수 있어 숙박계약의 한쪽 당사자가 되는 것은 아니라고 볼 수 있음. 그러나 원고가 환불불가 조항과 관련하여 약관법 제2조 제2호 소정의 사업자에 해당한다고 볼 수 있는지 여부는 고객과 숙박계약을 체결한 당사자가 되는지 여부에 의하여 결정되는 것이라기보다는 고객과 원고 사이의 플랫폼 이용계약에 환불불가 조항이 편입되었나고 볼 수 있는지 여부에 따라 판단되어야 함.
- 환불불가 조항은 고객과 숙박업체 사이의 숙박계약뿐만 아니라, 고객과 원고 사이의 플랫폼 이용계약에도 편입되었다고 볼 수 있고, 따라서 원고는 고객에게 환불불가 조항을 제안한 자로서 약관법 제2조 제2호 소정의 사업자에 해당함.
[아고다 컴퍼니 유한회사의 환불규정상 분공정약관조항에 대한 건(서울고법 2021. 2. 4. 선고 2019누39019 판결²⁾]
- 환불불가 조항은 숙박계약에 포함되는 내용이고, 숙박계약의 당사자는 숙박업체와 고객이므로, 중개업자인 원고는 숙박계약의 한쪽 당사자가 아님
- 위 숙박시설 등록계약, 플랫폼 이용계약, 숙박계약의 내용 및 그 취지, 원고가 예약과정에서 고객에게 고지한 내용, 숙박계약의 거래 방법, 숙박조건을 결정하고 숙박서비스를 제공하며 숙박대금을 수령하는 주체가 모두 숙박업체인 점, 환불불가로 인한 손해배상 예정금의 귀속주체도 숙박업체인 점 등을 종합하여 보면, 숙박업체와 고객 모두 숙박계약의 당사자를 숙박업체와 고객으로 인식하고 숙박계약을 체결한다고 볼이 상당하므로 숙박계약의 당사자는 고객과 숙박업체임. 원고는 숙박계약의 체결을 중개하는 입장이지 숙박계약의 한쪽 당사자가

1) 다만, 놓일 약관 조항이라고 하더라도 계약 형태, 약관 제안 주체의 여할, 영업 행위 등 개별 사정을 고려하여 사업자성을 달리 판단할 수 있음(참고로, 서울고법 2018누38108 판결은 놓일 약관 조항을 제시한 주체의 사업자성을 부정하였음)

2) 상고심(대법원 2023. 9. 21. 선고 2021누35124 판결)은 위원회의 상고를 기각함

아님. 원고는 고객이 숙박예약을 완료하는 경우 숙박업체와 공동으로 당사자가 된다는 의사를 표시한 적이 없으므로, 숙박계약의 공동 당사자가 된다고 볼 수 없음.

[부킹닷컴 비브이의 환불규정상 불공정약관조항에 대한 건(서울고법 2020. 5. 20. 선고 2019누38108 판결³⁾)]

3) 상고심(대법원 2023. 9. 21. 선고 2020두41399 판결)은 위원회의 상고를 기각함

2. 불공정약관

- 환불불가 조항이 고객에게 부당하게 과중한 손해배상의무를 부담시키는 불공정한 약관 조항이라고 단정하기 어려움
 - 환불불가 상품은 숙박상품의 범위에 포함되어 고객의 상품 선택의 폭이 넓어지고 고객에게 환불불가 상품을 선택할지에 관한 권리가 제공되어 있으며 환불불가 상품으로 인해 환불가능 상품에 대한 고객의 선택권이 제한되지 않음. 환불불가 상품은 환불가능 상품에 비하여 숙박계약이 원만하게 이루어질 경우 고객의 이익으로 돌아가지만 숙박계약을 취소할 경우 고객의 손해로 돌아가게 되므로, 환불불가 조항으로 인한 손해배상 예정이 부당하게 과중한지 여부를 판단하기 위해서는 손해배상 예정액 자체의 불이익뿐만 아니라, 손해배상 예정액과 결부된 할인의 이익을 종합적으로 고려하여 손해배상 예정액이 부당하게 과중한지 여부를 따져야 함.
 - 환불불가 조항에 대한 신중한 겸도를 거쳐 환불불가 상품을 예약하였으나 사후적인 개인적인 사정으로 여행계획을 취소하게 된 고객의 경우 환불가능 상품을 선택할 수 있었음에도 취소 시 당한 불이익을 충분히 감수하고 보다 저렴한 가격에 환불불가 상품을 선택하였다고 볼 수 있으므로, 이익과 결부된 불이익이 현실화되었다고 하여 손해배상 의무가 부당하게 과중한지 의문임. 한편, 숙박업체는 고객의 숙박예약 취소 시 재판매가 어려워 숙박대금에 상당한 손해를 입는 경우가 많은 것으로 보이고, 재판매를 하더라도 할인 판매의 가능성, 재판매를 위한 노력 등 유무형의 손해 내지 비용이 발생할 수 있음.
 - 또한, 원고는 세계적인 숙박예약 서비스 플랫폼 사업자로서 우리나라 고객과의 관계에 있어서만 우리나라 약관법의 적용을 받게 됨. 피고의 시정명령이 유지될 경우 다른 나라의 고객에게는 환불불가 조건으로 저가에 제공되는 숙박상품을 우리나라의 고객이 이용하지 못할 수 있음. 이는 환불불가 숙박상품이라도 미리 저가로 예약하기를 원하는 고객의 선택권을 침해하여 고객의 후생을 감소시키는 결과를 초래할 수 있음.

[부킹닷컴 비브이의 환불규정상 불공정약관조항에 대한 건(서울고법 2020. 5. 20. 선고 2019누38108 판결⁴⁾]

* 같은 취지 : 아고다 컴퍼니 유한회사의 환불규정상 불공정약관조항에 대한 건(서울고법 2021. 2. 4. 선고 2019누39019 판결⁵⁾)

4) 상고신(대법원 2023. 9. 21. 선고 2020두41399 판결)은 위원회 상고를 기각함

5) 상고심(대법원 2023. 9. 21. 선고 2021두35124 판결)은 위원회 상고를 기각함

3. 표준약관(제19조의3)

□ 공정위의 ‘표준약관 사용권장행위’는 사업자 등의 권리·의무에 직접 영향을 미치는 행정처분으로 항고소송의 대상이 됨

- 구 약관규제법(2010. 3. 22. 법률 제10691호로 개정되기 전의 것) 제19조의 2 제5항, 제6항, 제34조 제2항에 의하면, 피고는 표준약관을 사용할 것을 사업자 및 사업자단체에게 권장할 수 있고, 피고로부터 그 사용을 권장받은 사업자 등은 표준약관과 다른 약관을 사용하는 경우에 표준약관과 다르게 정한 주요내용을 고객이 알기 쉽게 표시하여야 하며, 이를 위반한 자에 대해서는 500만원 이하의 과태료에 처하도록 되어 있음. 공정위의 ‘표준약관 사용권장행위’는 그 통지를 받은 해당 사업자 등에게 표준약관과 다른 약관을 사용할 경우 표준약관과 다르게 정한 주요내용을 고객이 알기 쉽게 표시하여야 할 의무를 부과하고, 그 불이행에 대해서는 과태료에 처하도록 되어 있으므로, 이는 사업자 등의 권리·의무에 직접 영향을 미치는 행정처분으로서 항고소송의 대상이 될.

[전국은행연합회 외 16의 표준약관개정의결취소(대법원 2010. 10. 14. 선고 2008두 23184 판결)]

□ ‘표준약관 개정의결’은 피고 내부의 의사결정에 불과할 뿐이므로 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라고 할 수 없음(각하)

- 피고가 2008. 1. 30. 한 개정 표준약관의 개정의결은 피고 내부의 의사결정에 불과할 뿐이므로 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라고 할 수 없음(대법원 1995. 5. 12. 선고 94누13794 판결 참조). 따라서 그의 취소를 구하는 이 부분 소는 부적법함.

[전국은행연합회 외 16의 표준약관개정의결취소(대법원 2010. 10. 14. 선고 2008두 23184 판결)]

□ 소비자단체 등의 요청이 있는 경우에도 공정위는 일정한 거래분야에 관하여 약관이 없거나 불공정 약관조항이 있는 경우 사업자 등에게 표준약관을 마련하여 심사청구 할 것을 권고할 수 있음

- 구 약관규제법 제19조의2 제3항 규정의 문언 내용을 표준약관제도의 취지 및 위 법의 목적 등에 비추어 살펴보면, 공정거래위원회는 일정한 거래분야에 관하여 약관이 없거나 불공정 약관조항이 있는 경우 사업자 등에게 표준약관을 마련하여 심사청구할 것을

권고할 수 있고, 이는 다수의 고객에게 피해가 발생하는 경우는 물론 소비자단체 등의 요청이 있는 경우에도 마찬가지임.

[전국은행연합회 외 16의 표준약관개정의결취소(대법원 2010. 10. 14 선고 2008두23184 판결)]

- 불공정 약관조항에 해당하는지 여부를 심사함에 있어서는 문제가 되는 조항만을 따로 떼어서 볼 것이 아니라 전체 약관내용을 종합적으로 고찰한 후에 판단하여야 하고, 그 약관이 사용되는 거래분야의 통상적인 거래관행, 거래대상인 상품이나 용역의 특성 등을 함께 고려하여 판단하여야 함
 - 구 약관규제법 제19조의2 제3항에서 규정한 불공정 약관조항에 해당하는지 여부를 심사할 때에는 문제되는 조항만을 따로 떼어서 볼 것이 아니라 전체 약관내용을 종합적으로 고찰한 후에 판단하여야 하고, 그 약관이 사용되는 거래분야의 통상적인 거래관행, 거래대상인 상품이나 용역의 특성 등을 함께 고려하여 판단하여야 함.
 - 이와 달리 원심은, 이 사건 현행 표준약관 중 대출거래약정서 I (가계용) 제3조 제1항 등 6종의 은행여신거래 관련 부분은 대출과정에서 소요되는 인지세, 등록세 등의 비용에 관한 부단주체를 고객이 선택할 수 있도록 한 이상 그 약관조항 자체가 불공정하다고 보기 어렵고, 나아가 실제 계약의 체결 과정에서 고객의 선택권이 제대로 보장되는지 여부 등 거래관행은 위 약관조항의 불공정성 여부를 결정하는 데 고려할 수 없다는 전제하에, 그러한 사정에 관하여는 살펴보지도 아니한 채 피고의 처분이 위법하다고 판단하였는바, 이러한 원심의 판단에는 약관조항의 불공정성의 판단 기준에 관한 법리를 오해하여 심리를 다하지 못한 위법이 있음.
- [전국은행연합회 외 16의 표준약관개정의결취소(대법원 2010. 10. 14 선고 2008두23184 판결)]
- 개정 전 표준약관은 대출거래에서 우월한 지위에 있는 은행이 그 지위를 이용하여 대출관련 부대비용 중 은행이 부담하여야 할 비용까지 고객으로 하여금 부담하게하거나 가산금리를 적용하는 방법 등으로 사실상 이를 고객에게 전가시킬 수 있도록 한 것이어서 고객에게 부당하게 불리한 불공정 약관조항이고, 이를 이유로 한 공정위의 개정표준약관 사용권장처분은 적법함
 - 은행과 고객 사이에 이루어지는 대출거래에서는 둘 사이의 사업능력에 현저한 차이가 있고, 은행이 제시하는 조건을 거부할 경우 사실상 대출이 불가능해진다는 점 등에서 대출금액, 담보제공 여부, 대출기간, 이율 등 거래조건의 중요한 부분이 대부분 은행의

주도하에 결정되는 등 은행이 고객 등에 대하여 상대적으로 우월한 지위 또는 적어도 상대방의 거래활동에 상당한 영향을 미칠 수 있는 지위에 있다고 할 수 있는 점(대법원 2009. 10. 29. 선고 2007두20812 참조), 다양한 내출상품들의 복잡한 금리구조 등으로 인하여 대출거래의 소비자들로서는 해당 금리의 적정성이나 부대비용 부담의 유·불리 등에 관하여 정확히 판단한다는 것이 사실상 매우 어렵다는 점, 상당수 대출거래에서는 실제 세부적인 계약조건에 관하여 고객과 은행 사이에 충분한 협의가 이루어지지 않은 채 사실상 은행 직원의 지시에 따라 대출계약서가 작성되는 것이 거래현실이라는 점, 따라서 비록 개정 전 표준약관이 대출관련 부대비용의 부담에 관하여 고객으로 하여금 선택하도록 하는 형식을 취하고 있다고 하더라도 위와 같은 사정을 종합하여 보면, 고객에게 실질적인 선택권을 부여한 것이라고 보기 어렵고, 외관상 그와 같이 선택권을 부여하였나는 사정만으로는 불공정하지 않다고 한다면 특히 거래상 우월한 지위에 있는 사업자들은 문제 소지가 있는 약관 조항들을 일의적으로 명확히 규정하지 않고 모두 선택권을 부여하는 형식으로 규정함으로써 약관구제법에 의한 통제를 회피하는 탈법적 수단으로 악용할 우려가 있음. 이러한 은행대출거래 분야에서의 거래사정이나 대출상품의 특성 및 그로 인한 악용의 가능성 등과 함께 앞서 본 개정 전 표준약관의 내용과 그 적용실태, 약관 개정 경위 등을 아울러 고려하여보면, 개정 전 표준약관은 대출거래에서 우월한 지위에 있는 은행이 그 지위를 이용하여 대출관련 부대비용 중 은행이 부담하여야 할 비용까지 고객으로 하여금 부담하게 하거나 가산금리를 적용하는 방법 등으로 사실상 이를 고객에게 전가시킬 수 있도록 한 것이어서 고객에게 부당하게 불리한 불공정 약관 조항이고, 개정 전 표준약관이 불공정 약관조항임을 이유로 한 공정위의 개정표준약관 사용권장처분은 적법함.

[전국은행연합회 외 16의 표준약관개정의결취소(서울고법 2011. 4. 6. 선고 2010누35571 판결⁶⁾]]

6) 파기환송심으로서 상고심(대법원 2010. 10. 14. 선고 2008두23184 판결)의 취지대로 판시하였고, 재상고심(대법원 2011. 8. 25. 선고 2011두9614)은 심리불속행 기각함

4. 기타

□ 이 사건 회신은 행정소송 대상이 되는 처분이라고 할 수 없으므로, 피고의 본안전 항변은 이유 있음

○ 원고는 그 주장에 의하더라도 전기공사업자로 구성된 사업자단체일 뿐 원고가 직접 이 사건 조항에 의한 배전공사 전문회사 선정 입찰절차에 참가할 것을 예정하고 있지는 않은 것으로 보이는바, 이 사건 회신은 이 사건 조항이 약관에 해당하는지 여부에 관하여 한 단순한 법률상의 해석의 결과로서 이로 인하여 원고의 법률상 이익에 개별적이고 구체적인 영향을 미치거나 원고의 권리·의무에 직접적인 침해나 변동을 초래하는 행위라고 볼 수 없음(이 사건 업무처리기준은 업무표준 번호가 부여된 한국전력공사의 배전공사 전문회사 선정 및 계약 체결·이행 업무 처리를 위한 내부지침으로서 한국전력 공사의 입찰공고에 위 업무처리기준이 첨부되어 있다 하더라도, 이는 입찰공고를 통한 기준에 대한 안내에 불과한 사실을 알 수 있으므로, 이 사건 조항이 한국전력공사가 전문회사와 체결하는 계약의 내용에 해당한다고 보기 어려움). 따라서 이 사건 회신은 행정소송의 대상이 되는 처분이라고 할 수 없으므로 피고의 본안전항변은 이유 있음.

[한국전기공사협회의 약관심사청구 건(서울고법 2023. 4. 12. 선고 2022누45700 판결, 고법 확정)]

판례색인

(선고일자 순)

[대법원]

대법원 1998. 3. 27. 선고 96누5636 판결	1314
대법원 1999. 3. 26. 선고 98두19773 판결	1200
대법원 2000. 12. 12. 선고 99두12243 판결	1343, 1349
대법원 2001. 10. 26. 선고 2000다61435 판결	1129
대법원 2002. 6. 14. 선고 2000두4187 판결	1334
대법원 2003. 2. 26. 선고 2002다67062 판결	1350
대법원 2003. 2. 28. 선고 2002두6170 판결	1314
대법원 2003. 4. 11. 선고 2002두806 판결	1322
대법원 2003. 5. 16. 선고 2001다27470 판결	1129
대법원 2005. 3. 10. 선고 2004두9654 판결	1351, 1352
대법원 2005. 11. 25. 선고 2005도977 판결	1371
대법원 2005. 12. 12. 선고 2003두8296 판결	1305
대법원 2005. 12. 22. 선고 2003두8296 판결	1311
대법원 2006. 2. 10. 선고 2005두4175 판결	1342
대법원 2007. 1. 25. 선고 2006도7470 판결	1373
대법원 2009. 4. 9. 선고 2008두17424 판결	1375
대법원 2009. 4. 9. 선고 2008두17431 판결	1375
대법원 2009. 4. 9. 선고 2008두21829 판결	1162
대법원 2009. 5. 28. 선고 2009두843 판결	1307
대법원 2009. 10. 15. 선고 2007두25299 판결	1389
대법원 2010. 1. 14. 선고 2009두11843 판결	1226, 1232
대법원 2010. 4. 29. 선고 2008두14296 판결	1133, 1154, 1221
대법원 2010. 9. 30. 선고 2008두16377 판결	1217
대법원 2010. 10. 14. 선고 2008두23184 판결	1442, 1443
대법원 2010. 10. 28. 선고 2010두16561 판결	1200, 1220
대법원 2010. 11. 11. 선고 2008두20093 판결	1217

대법원 2010. 12. 9. 선고 2008두22822 판결	1183
대법원 2010. 12. 9. 선고 2009두2368 판결	1183
대법원 2011. 3. 10. 선고 2009두1990 판결	1151, 1217
대법원 2011. 6. 30. 선고 2009두13344 판결	1233
대법원 2012. 2. 23. 선고 2011두23337 판결	1163, 1164
대법원 2012. 6. 28. 선고 2010두24371 판결	1219, 1402, 1403, 1406, 1411
대법원 2013. 2. 15. 선고 2010두5288 판결	1227
대법원 2013. 3. 14. 선고 2011두7991 판결	1337, 1353
대법원 2013. 4. 25. 선고 2011두1795 판결	1191
대법원 2013. 6. 14. 선고 2011두82 판결	1327, 1328
대법원 2013. 9. 26. 선고 2011두7632 판결	1319
대법원 2013. 12. 26. 선고 2011두4930 판결	1359
대법원 2014. 2. 27. 선고 2012두11805 판결	1228
대법원 2014. 6. 26. 선고 2012두1525 판결	1408, 1414
대법원 2014. 6. 26. 선고 2012두1815 판결	1408, 1414, 1416
대법원 2014. 6. 26. 선고 2012두3675 판결	1409, 1415
대법원 2014. 12. 24. 선고 2012두11977 판결	1317
대법원 2014. 12. 24. 선고 2012두26708 판결	1341, 1349
대법원 2016. 2. 18. 선고 2012두15555 판결	1149
대법원 2016. 3. 10. 선고 2013두19622 판결	1161
대법원 2017. 5. 11. 선고 2014두13966 판결	1191
대법원 2017. 12. 7. 선고 2016두35540 판결	1157, 1158
대법원 2018. 3. 13. 선고 2016두59430 판결	1156, 1222
대법원 2018. 5. 15. 선고 2015두38252 판결	1153, 1158
대법원 2018. 10. 4. 선고 2016두59126 판결	1190
대법원 2018. 11. 9. 선고 2015두59686 판결	1250
대법원 2018. 12. 13. 선고 2018두51485 판결	1205
대법원 2019. 10. 17. 선고 2019두31815 판결	1306, 1332, 1346
대법원 2020. 5. 14. 선고 2018두52044 판결	1276, 1279
대법원 2020. 5. 14. 선고 2020두31217 판결	1130
대법원 2020. 5. 14. 선고 2020두33565 판결	1347, 1354
대법원 2020. 6. 25. 선고 2017두37604 판결	1269, 1277

대법원	2020. 8. 20. 선고 2017두38553 판결	1199
대법원	2020. 8. 27. 선고 2020두39068 판결	1373, 1374
대법원	2020. 12. 30. 선고 2020두49980 판결	1265, 1275
대법원	2021. 1. 14. 선고 2020두50607 판결	1273, 1284
대법원	2021. 3. 11. 선고 2019두60646 판결	1348, 1358
대법원	2021. 3. 11. 선고 2020두55558 판결	1332, 1354
대법원	2021. 5. 7. 선고 2020누57332 판결	1214
대법원	2021. 5. 7. 선고 2020두57332 판결	1215
대법원	2022. 5. 12. 선고 2022두31433 판결	1302
대법원	2022. 9. 16. 선고 2020두47021 판결	1230
대법원	2022. 12. 8. 선고 2021누46218 판결	1174
대법원	2023. 3. 13. 선고 2022두57893, 2022두57909(병합) 판결	1176
대법원	2023. 4. 27. 선고 2020두47892 판결	1234

[서울고등법원]

서울고법	2000. 4. 5. 선고 99누235 판결	1317
서울고법	2000. 11. 28. 선고 2000누5977 판결	1316
서울고법	2000. 12. 14. 선고 2000누4219 판결	1315
서울고법	2001. 11. 15. 선고 2000누11224 판결	1334
서울고법	2002. 7. 9. 선고 2001누9600 판결	1315
서울고법	2003. 4. 12. 선고 2002누5001 판결	1320
서울고법	2003. 6. 5. 선고 2001누19010 판결	1312
서울고법	2003. 9. 2. 선고 2001누18840 판결	1357
서울고법	2003. 10. 23. 선고 2003누3309 판결	1321
서울고법	2003. 11. 11. 선고 2003누1648 판결	1321, 1352
서울고법	2004. 1. 29. 선고 2003누7790 판결	1202
서울고법	2004. 4. 7. 선고 2003누4692 판결	1361
서울고법	2004. 4. 29. 선고 2003누6650 판결	1323, 1350
서울고법	2004. 5. 19. 선고 2002누8130 판결	1323, 1352
서울고법	2004. 7. 8. 선고 2003누1631 판결	1321
서울고법	2004. 7. 15. 선고 2003누5602 판결	1134
서울고법	2004. 10. 7. 선고 2003누17773 판결	1140, 1179

서울고법 2004. 11. 3. 선고 2003누14699 판결	1171
서울고법 2005. 9. 29. 선고 2004누 23997 판결	1320
서울고법 2006. 1. 11. 선고 2005누9417 판결	1197, 1231
서울고법 2006. 6. 21. 선고 2005누22540 판결	1130
서울고법 2006. 10. 11. 선고 2005누24041 판결	1312
서울고법 2006. 11. 9. 선고 2006누2420 판결	1137
서울고법 2007. 1. 10. 선고 2005누10752 판결	1204
서울고법 2007. 5. 17. 선고 2006누23861 판결	1352
서울고법 2007. 8. 16. 선고 2006누12045 판결	1169
서울고법 2007. 12. 20. 선고 2007누6320 판결	1370, 1387
서울고법 2007. 12. 20. 선고 2007누7293 판결	1382
서울고법 2008. 4. 10. 선고 2007누22209 판결	1313
서울고법 2008. 6. 18. 선고 2008누3816 판결	1175, 1180
서울고법 2008. 7. 16. 선고 2007누27099 판결	1191, 1220
서울고법 2008. 7. 16. 선고 2007누31661 판결	1134
서울고법 2008. 8. 28. 선고 2007누19692 판결	1316
서울고법 2008. 9. 13. 선고 2008누2554 판결	1140
서울고법 2008. 11. 6. 선고 2008누8439 판결	1232
서울고법 2008. 12. 18. 선고 2008누3793 판결	1151
서울고법 2009. 5. 28. 선고 2008누34810 판결	1394
서울고법 2009. 6. 10. 선고 2008누27744 판결	1200
서울고법 2009. 8. 28. 선고 2009누2155 판결	1335
서울고법 2009. 10. 15. 선고 2008누36847 판결	1180
서울고법 2009. 11. 2. 선고 2009누1138 판결	1312
서울고법 2009. 11. 4. 선고 2009누7009 판결	1169
서울고법 2009. 11. 12. 선고 2008누11237 판결	1150, 1172, 1211
서울고법 2010. 7. 6. 선고 2010누2021 판결	1377, 1378
서울고법 2010. 9. 9. 선고 2010누9466 판결	1342
서울고법 2010. 9. 15. 선고 2009누39300 판결	1177
서울고법 2010. 9. 16. 선고 2009누8887 판결	1375
서울고법 2010. 10. 13. 선고 2009누31429 판결	1178, 1208
서울고법 2010. 11. 24. 선고 2009누35186 판결	1337

서울고법 2010. 12. 1. 선고 2010누15744 판결	1375
서울고법 2010. 12. 2. 선고 2010누24311 판결	1336
서울고법 2011. 1. 12. 선고 2009누37366 판결	1324
서울고법 2011. 1. 20. 선고 2010누16075 판결	1376
서울고법 2011. 4. 6. 선고 22010누35571 판결	1444
서울고법 2011. 6. 1. 선고 2010누36468 판결	1369
서울고법 2011. 6. 15. 선고 2010누34691 판결	1325, 1343, 1361
서울고법 2011. 7. 6. 선고 2010누27259 판결	1313, 1325
서울고법 2011. 8. 17. 선고 2010누42883 판결	1326, 1358
서울고법 2012. 4. 26. 선고 2011누38973 판결	1213
서울고법 2012. 5. 16. 선고 2011누10340 판결	1163, 1184
서울고법 2012. 5. 17. 선고 2011누36687 판결	1164, 1165, 1221
서울고법 2012. 6. 27. 선고 2011누36694 판결	1372, 1373
서울고법 2012. 8. 28. 선고 2012누8764 판결	1237, 1242, 1256, 1259
서울고법 2012. 10. 17. 선고 2012누11197 판결	1308, 1316, 1357
서울고법 2012. 10. 25. 선고 2012누3875 판결	1326
서울고법 2013. 4. 17. 선고 2012누25820 판결	1404, 1418
서울고법 2013. 5. 15. 선고 2012누24728 판결	1405, 1413
서울고법 2013. 6. 28. 선고 2012누38017 판결	1141
서울고법 2013. 7. 19. 선고 2013누1913 판결,	1406, 1418
서울고법 2013. 7. 26. 선고 2012누28171 판결	1327, 1358
서울고법 2013. 10. 2. 선고 2013누7508 판결	1192, 1205
서울고법 2013. 10. 31. 선고 2013누18522 판결-환송심	1362
서울고법 2013. 10. 31. 선고 2013누8556 판결	1427, 1428
서울고법 2013. 10. 31. 선고 2013누8556 판결, 고법확정	1433, 1434
서울고법 2013. 11. 14. 선고 2013누7171 판결	1155, 1156
서울고법 2013. 12. 26. 선고 2012누19368 판결	1164, 1166, 1206, 1233
서울고법 2013. 12. 26. 선고 2012누36233 판결	1395
서울고법 2013. 12. 26. 선고 2012누36233 판결, 고법확정	1384, 1385
서울고법 2013. 12. 26. 선고 2012누40331 판결	1346
서울고법 2014. 1. 12. 선고 2013누45784 판결	1329
서울고법 2014. 1. 15. 선고 2013누729 판결, 고법확정	1422

서울고법 2014. 1. 17. 선고 2012누40218 판결	1247, 1257
서울고법 2014. 2. 7. 선고 2013누5908 판결	1428, 1431, 1435, 1436
서울고법 2014. 5. 15. 선고 2013누3872 판결	1229
서울고법 2014. 6. 11. 선고 2013누9870 판결	1329, 1330, 1344, 1366
서울고법 2014. 6. 18. 선고 2013누48615 판결	1331
서울고법 2014. 6. 26. 선고 2013누32719 판결	1238
서울고법 2014. 7. 16. 선고 2013누16700 판결	1192
서울고법 2014. 9. 4. 선고 2014누41390 판결	1400, 1407
서울고법 2014. 9. 5. 선고 2013누33002 판결	1166
서울고법 2014. 10. 17. 선고 2013누32252 판결	1152, 1212
서울고법 2014. 11. 14. 선고 2014누42713 판결	1248
서울고법 2015. 8. 19. 선고 2014누73038 판결	1354
서울고법 2015. 9. 24. 선고 2014누66856 판결	1401
서울고법 2015. 10. 15. 선고 2014누8447 판결	1193
서울고법 2015. 11. 12. 선고 2015누34924 판결	1310
서울고법 2015. 11. 12. 선고 2015누38506 판결	1341
서울고법 2015. 11. 20. 선고 2015누46323 판결	1318
서울고법 2015. 12. 3. 선고 2015누32195 판결	1139
서울고법 2015. 12. 10. 선고 2015누50803 판결	1360
서울고법 2016. 4. 6. 선고 2015누35033 판결	1309, 1340
서울고법 2016. 5. 13. 선고 2015누440 판결	1226
서울고법 2016. 5. 26. 선고 2015누51554 판결	1244, 1245
서울고법 2016. 9. 8. 선고 2014누72233 판결	1204
서울고법 2016. 9. 23. 선고 2014누70831 판결	1196
서울고법 2016. 10. 28. 선고 2016누42656 판결	1345
서울고법 2016. 11. 11. 선고 2016누38831 판결	1181
서울고법 2016. 11. 16. 선고 2015누59886 판결	1219, 1225
서울고법 2016. 11. 23. 선고 2016누2187 판결	1198
서울고법 2016. 11. 24. 선고 2015누57200 판결	1141, 1173
서울고법 2016. 12. 7. 선고 2015누63328 판결	1338
서울고법 2016. 12. 21. 선고 2015누2040 판결	1132
서울고법 2016. 12. 22. 선고 2016누33768 판결	1382

서울고법 2017. 1. 12. 선고 2016누50336 판결	1379, 1385
서울고법 2017. 1. 18. 선고 2015누50353 판결	1268
서울고법 2017. 1. 26. 선고 2016누59302 판결	1267, 1273
서울고법 2017. 3. 17. 선고 2016누38107 판결	1217
서울고법 2017. 3. 30. 선고 2016누37753 판결	1145, 1203
서울고법 2017. 3. 30. 선고 2016누70194 판결	1426, 1432
서울고법 2017. 5. 31. 선고 2016누60753 판결	1424, 1425
서울고법 2017. 7. 14. 선고 2016누34112 판결	1383, 1390, 1391, 1392, 1393
서울고법 2017. 8. 17. 선고 2017누38630 판결	1243
서울고법 2017. 9. 29. 선고 2016누82210 판결	1379
서울고법 2017. 10. 13. 선고 2017누41807 판결	1282
서울고법 2017. 10. 20. 선고 2016누47828 판결	1373, 1380, 1383, 1388
서울고법 2018. 1. 25. 선고 2017누62138 판결	1288, 1291, 1292
서울고법 2018. 1. 25. 선고 2017누62442 판결	1269, 1278, 1292
서울고법 2018. 1. 25. 선고 2017누62848 판결	1263, 1290, 1292
서울고법 2018. 2. 7. 선고 2017누35549 판결	1381
서울고법 2018. 2. 7. 선고 2017누45157 판결	1386
서울고법 2018. 4. 19. 선고 2017누60071 판결	1263, 1283, 1284, 1286, 1287
서울고법 2018. 7. 5. 선고 2018누30749 판결	1193
서울고법 2018. 7. 13. 선고 2017누62435 판결	1280
서울고법 2018. 7. 18. 선고 2018누36112 판결	1217
서울고법 2018. 8. 16. 선고 2018누35577 판결	1421, 1435
서울고법 2018. 9. 6. 선고 2018누38651 판결	1239
서울고법 2018. 9. 6. 선고 2018누38651 판결	1240
서울고법 2018. 9. 13. 선고 2018누36563 판결	1234
서울고법 2018. 11. 2. 선고 2017누40855 판결	1339
서울고법 2018. 11. 9. 선고 2016누60425 판결	1271, 1289
서울고법 2018. 11. 16. 선고 2017누46556 판결	1146, 1167
서울고법 2018. 12. 13. 선고 2018누55243 판결	1410, 1415, 1417
서울고법 2018. 12. 13. 선고 2018누43417 판결	1208
서울고법 2018. 12. 19. 선고 2018누43424 판결	1249, 1258
서울고법 2018. 12. 21. 선고 2018누42391 판결	1359

서울고법 2018. 12. 5. 선고 2018누38378 판결	1134
서울고법 2019. 1. 11. 선고 2018누52 판결	1250
서울고법 2019. 1. 23. 선고 2018누48726 판결	1252, 1253
서울고법 2019. 1. 31. 선고 2018누46386 판결	1146, 1209
서울고법 2019. 2. 13. 선고 2017누86226판결	1264, 1293
서울고법 2019. 5. 30. 선고 2019누36966 판결	1208
서울고법 2019. 6. 5. 선고 2018누35638 판결	1430
서울고법 2019. 7. 17. 선고 2018누71139 판결	1347
서울고법 2019. 8. 22. 선고 2018누42377 판결	1359
서울고법 2019. 8. 22. 선고 2018누57485 판결	1180
서울고법 2019. 9. 5. 선고 2018누63428 판결	1268, 1269, 1274
서울고법 2019. 10. 17. 선고 2018누39296 판결	1131, 1142, 1197
서울고법 2019. 10. 17. 선고 2018누72682 판결	1250
서울고법 2019. 10. 24. 선고 2019누33790 판결 확정	1391
서울고법 2019. 11. 27. 선고 2018누67307 판결	1160
서울고법 2019. 11. 27. 선고 2019누34892 판결	1194
서울고법 2019. 12. 19. 선고 2018누52756판결	1135
서울고법 2020. 2. 5. 선고 2019누55448 판결	1254
서울고법 2020. 4. 22. 선고 2019누62118 판결	1224
서울고법 2020. 5. 20. 선고 2019누38108 판결	1440, 1441
서울고법 2020. 7. 2. 선고 2019누52159 판결	1266, 1291
서울고법 2020. 7. 22. 선고 2018누77120 판결	1186, 1187
서울고법 2020. 8. 26. 선고 2019누49269 판결	1264, 1270, 1275, 1281
서울고법 2020. 10. 7. 선고 2020누43106 판결	1294
서울고법 2020. 10. 8. 선고 2020누32588 판결	1160, 1168
서울고법 2020. 10. 8. 선고 2020누39442 판결	1147, 1218
서울고법 2020. 10. 29. 선고 2019누97 판결	1240
서울고법 2020. 12. 2. 선고 2020누40138 판결	1159, 1170
서울고법 2020. 12. 23. 선고 2020누46549 판결	1272
서울고법 2021. 1. 14. 선고 2020누41032 판결	1218
서울고법 2021. 2. 4. 선고 2019누39019 판결	1439, 1441
서울고법 2021. 5. 13. 선고 2019누34045 판결	1197, 1199

서울고법 2021. 5. 13. 선고 2020누45263 판결	1288
서울고법 2021. 5. 26. 선고 2019누66042 판결	1201
서울고법 2021. 6. 2. 선고 2020누47641 판결	1148, 1195, 1207
서울고법 2021. 7. 22. 선고 2020누35716 판결	1275, 1285
서울고법 2021. 8. 12. 선고 2020누38791 판결	1270
서울고법 2021. 8. 25. 선고 2020누53264 판결	1301
서울고법 2021. 12. 6. 선고 2020누62299 판결	1299
서울고법 2022. 1. 12. 선고 2020누68488 판결	1270
서울고법 2022. 2. 17. 선고 2019누51675 판결	1187
서울고법 2022. 5. 12. 선고 2021누61871 판결	1255
서울고법 2022. 5. 26. 선고 2021누36280 판결	1215
서울고법 2022. 8. 17. 선고 2020누67898 판결	1136, 1173
서울고법 2022. 8. 18. 선고 2021누58303 판결	1225
서울고법 2022. 9. 21. 선고 2020누38494 판결	1143, 1144, 1222
서울고법 2022. 10. 12. 선고 2021누53162 판결	1251, 1255, 1257
서울고법 2022. 10. 19. 선고 2021누50903 판결	1185
서울고법 2022. 10. 26. 선고 2021누72996 판결	1333
서울고법 2022. 10. 27. 선고 2021누68874 판결	1136, 1186, 1189
서울고법 2022. 12. 15. 선고 2022누39934 판결	1216, 1223
서울고법 2023. 2. 2. 선고 2020누64561 판결	1182
서울고법 2023. 2. 8. 선고 2022누36744 판결	1300
서울고법 2023. 2. 16. 선고 2021누45390 판결	1333, 1363
서울고법 2023. 4. 12. 선고 2022누45700 판결	1445
서울고법 2023. 5. 18. 선고 2023누40316 판결	1348
서울고법 2023. 6. 1. 선고 2021누45529 판결	1363
서울고법 2023. 6. 8. 선고 2022누53756 판결	1251
서울고법 2023. 6. 14. 선고 2021누76 판결	1204
서울고법 2023. 7. 12. 선고 2021누33090 판결	1265, 1285, 1295
서울고법 2023. 7. 19. 선고 2022누33530 판결	1210
서울고법 2023. 8. 17. 선고 2022누39361 판결	1365
서울고법 2023. 8. 17. 선고 2022누45779 판결	1188
서울고법 2023. 8. 31. 선고 2023누31500 판결	1168
서울고법 2023. 9. 13. 선고 2022누46529 판결	1137, 1216

[헌법재판소]

현재 2012. 2. 23. 선고 2009헌마318 결정	1855, 1356
현재 2017. 7. 27. 선고 2015헌바240 결정	1429
현재 2023. 7. 20. 선고 2020헌마295 결정	1138

내부업무용

발간등록번호

11-1130000-000271-11

#공정거래 판례요지집 (3권)

인쇄 2024년 2월

발행 2024년 2월

발행 및 공정거래위원회

편집 송무담당관실

(044) 200-4154~66

이상협, 유해경, 전병화, 원성연

이주옥, 박소현, 성형석, 이진영

김도형, 신예지, 김이영

인쇄 (주)삼일기획

(044) 866-3011~4