

# 대 법 원

## 제 1 부

## 판 결

사 건 2018두52044 시정명령및과징금납부명령취소  
원고, 피상고인 롯데쇼핑 주식회사  
소송대리인 법무법인(유한) 율촌(담당변호사 정성무)  
피고, 상고인 공정거래위원회  
소송대리인 변호사 김설이  
원 심 판 결 서울고등법원 2018. 7. 4. 선고 2017누62435 판결  
판 결 선 고 2020. 5. 14.

## 주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

## 이 유

상고이유를 판단한다.

### 1. 관련 규정과 법리

가. 「대규모유통업에서의 거래 공정화에 관한 법률」(이하 '대규모유통업법'이라고 한다) 제11조에 의하면, 대규모유통업자는 판매촉진행사를 실시하기 이전에 대통령령으로 정

하는 바에 따라 판매촉진행사에 소요되는 비용(이하 '판매촉진비용'이라고 한다)의 부담 등을 납품업자등(납품업자 또는 매장임차인을 말한다, 이하 같다)과 약정하지 아니하고는 이를 납품업자등에게 부담시키는 행위를 하여서는 아니 된다(제1항). 이러한 사전 약정은 대규모유통업자와 납품업자등이 각각 서명 또는 기명날인한 서면으로 이루어져야 하며, 대규모유통업자는 약정과 동시에 그 서면을 납품업자등에게 주어야 한다(제2항). 약정에 따른 판매촉진비용의 부담비율은 대규모유통업자와 납품업자등이 각각 해당 판매촉진행사를 통하여 직접적으로 얻을 것으로 예상되는 경제적 이익의 비율에 따라 정하되(제3항), 납품업자등의 판매촉진비용 부담비율은 100분의 50을 초과하여서는 아니 된다(제4항). 이는 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 위함이다.

다만 대규모유통업법 제11조 제5항에 의하면, 납품업자등이 자발적으로 대규모유통업자에게 요청하여 다른 납품업자등과 차별화되는 판매촉진행사를 실시하려는 경우에는 대규모유통업자는 납품업자등과 상호 협의하여 판매촉진비용의 부담비율을 정할 수 있고, 이 경우 제1항부터 제4항까지의 규정은 적용하지 아니한다. 이러한 예외를 인정하는 이유는 납품업자등이 스스로의 판단에 따라 주도적으로 자신을 위한 판매촉진행사를 기획하여 실시하는 경우라면 대규모유통업자가 판매촉진비용을 부당하게 전가할 가능성이 낮다는 점을 고려한 것이다.

나. 이러한 대규모유통업법 제11조의 문언과 체계 및 취지 등에 비추어 보면, 대규모유통업법 제11조 제5항에서 납품업자등의 요청이 '자발적'이라는 것은 단순히 대규모유통

업자가 납품업자들에게 판매촉진행사를 강제하지 않았다거나 납품업자들의 동의가 있었다는 정도를 의미하는 것이 아니라, 대규모유통업자의 실질적 관여나 개입 없이 납품업자들이 먼저 독자적이고 적극적으로 판매촉진행사를 기획하여 대규모유통업자에게 그 실시를 요청하는 것을 의미한다고 보아야 한다. 또한 판매촉진행사가 다른 납품업자들과 '차별화'된다고 하려면 그 행사의 내용이나 효과가 그 행사를 요청한 해당 납품업자들에게 특화되어 있어야 하고, 다른 납품업자들에게도 그대로 적용되거나 귀속될 수 있는 것이어서는 안 된다. 특정 납품업자들이 자발적으로 요청한 판매촉진행사라면 특별한 사정이 없는 한 그 납품업자들에게 특화되어 있을 가능성이 크므로, 자발성이 인정되지 않는다면 차별성 여부는 굳이 따져볼 필요가 없고, 자발성이 인정된다면 차별성 역시 인정할 수 있는 경우가 많을 것이다. 다만 개별 납품업자들에게 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 된다.

이러한 자발성과 차별성은 해당 판매촉진행사를 실시하게 된 경위와 목적, 행사의 명칭과 성격, 시기와 기간, 방법과 태양, 행사대상인 상품의 품목과 특성, 행사에 참여한 납품업자들의 수와 범위, 행사의 효과, 관련 업계의 상황과 소비자의 반응 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 하고, 이에 관한 증명책임은 관련 규정의 취지와 체계상 대규모유통업자에게 있다고 보아야 한다.

## 2. 원심의 판단

원심은 다음과 같은 이유에서 이 사건 무료사은품행사는 대규모유통업법 제11조 제5항에서 정한 자발성과 차별성이 인정되므로, 원고가 대규모유통업법 제11조 제1항 및

제2항을 위반한 것으로 보기 어렵다고 판단하였다.

(1) 이 사건 무료사은품행사는 행사에 참여하는 납품업자들이 매장을 방문한 고객에게 구매 여부와 상관없이 선착순으로 무료사은품을 지급하는 판매촉진행사이다. 원고는 고객들로 하여금 백화점 영업 시작 전에 입구에서 줄을 서도록 한 후 순서대로 번호표를 나누어 주고, 번호표를 수령한 고객들이 영업 시작 후 행사 참여 매장 중 희망하는 매장을 방문하여 번호표를 제시하여 무료사은품을 수령하게 하였는데, 이러한 방식의 행사를 그 외관상 특징에 따라 흔히 '줄세우기'라고 한다.

(2) 이 사건 무료사은품행사는 총 3개의 점포에서 4회 실시되었다. ① 2014. 3. 15. ○○점 행사(이하 '2014 ○○점 행사'라고 한다)에는 총 16개 브랜드, 15개 납품업자가 참여하였고, ② 2015. 3. 6. △△점 행사(이하 '2015 △△점 행사'라고 한다)에는 총 15개 브랜드, 14개 납품업자가 참여하였으며, ③ 2015. 3. 13. □□□□점 행사(이하 '2015 □□□□점 행사'라고 한다)에는 총 20개 브랜드, 19개 납품업자가 참여하였고, ④ 2015. 3. 14. ○○점 행사(이하 '2015 ○○점 행사'라고 한다)에는 총 8개 브랜드, 8개 납품업자가 참여하였다.

(3) 이 사건 납품업자 중 상당수가 원고의 기안 이전에 유선 또는 공문으로 행사의 실시를 요청한 점, 이에 원고는 그러한 납품업자들의 제안에 따라 이 사건 무료사은품행사를 포함하여 점포 전체에 관한 다양한 판매촉진행사를 함께 기안한 것으로 보이는 점, 이 사건 무료사은품행사에 참여한 납품업자들은 이 사건 각 점포의 전체 납품업자들 중 일부인 점, 행사의 내용 중 증정대상이나 행사일시 등이 일부 변경된 사정이 있으나 이는 여러 납품업체들이 입점해 있는 백화점의 특성상 다소 부득이한 점, 이 사건 납품업자들이 제공한 사은품의 종류와 수량은 납품업자들이 스스로 정한 것이고 행

사의 기획·진행과정에서 사은품이 변경된 경우는 없는 점 등을 종합하면, 이 사건 무료사은품행사는 납품업자들의 자발적 요청에 의한 것이다.

(4) 이 사건 무료사은품행사에서 고객은 해당 매장에 선착순으로 방문하여야만 무료사은품을 받을 수 있으므로 해당 매장의 방문을 유인하는 점, 고객이 무료사은품을 받기 위하여 매장을 방문하는 경우 자연스럽게 해당 매장의 상품을 구입할 수 있는 점, 원고의 '줄세우기'는 많은 고객들이 일시에 한곳으로 모이는 것에 대비한 질서 유지의 성격이 강한 점, 차별성은 행사의 내용에 관한 것이지 행사의 결과에 관한 것이 아니므로 반드시 판매촉진행사에 참여한 납품업자들과 참여하지 않은 납품업자들 사이에 행사로 인한 경제적 효과가 달리 발생하여야만 차별성이 인정되는 것은 아닌 점 등을 종합하면, 이 사건 무료사은품행사는 다른 납품업자들과 차별화되는 판매촉진행사에 해당한다.

### 3. 대법원의 판단

가. 원심판결 이유와 기록에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정들을 앞서 본 법리에 비추어 보면, 이 사건 무료사은품행사가 대규모유통업법 제11조 제5항에서 정한 자발성과 차별성을 갖추었다는 원심의 판단은 수긍하기 어렵다.

(1) 이 사건 무료사은품행사에는 총 42개의 납품업자들이 참여하였는데, 원고는 이를 직접 기안하였다. 2015 □□□□점 행사의 경우 14개 업체가, 2015 ○○점 행사의 경우 3개 업체가 각 원고의 기안일 전에 먼저 원고에게 이 사건 무료사은품행사와 관련된 공문을 발송하기는 하였으나, 2014 ○○점 행사의 15개 납품업자, 2015 △△점 행사의 14개 납품업자들은 모두 원고의 각 기안일 후에 관련 공문을 발송하였고, 위 2015 □□□□점 행사, 2015 ○○점 행사의 경우에도 각 나머지 납품업자들은 원고의

각 기안일 후에 관련 공문을 발송하였다. 물론 납품업자의 공문이 반드시 원고의 기안 전에 발송되어야만 자발성을 인정할 수 있는 것은 아니지만, 원고의 기안이 납품업자의 공문 발송보다 먼저 이루어졌다면 납품업자의 자발성을 인정하기 어려운 사정 중의 하나로 고려될 수 있다. 또한, 이 사건 무료사은품행사는 납품업자들이 공문을 통하여 제안한 행사의 내용들이 매우 유사하므로, 원고가 먼저 전체 행사를 기획하여 제안하고 납품업자들이 이에 동의한 사정이 있어 보인다. 이러한 사정에 비추어 보면, 일부 점포의 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 어렵다. 설령 그 과정에서 납품업자들이 참여 여부를 자율적으로 결정할 수 있었다거나 행사의 기간이나 방법에 관하여 일부 선택권을 가지고 있었다 하더라도 마찬가지이다.

(2) 원고의 이 사건 무료사은품행사 관련 기안문에는 "[ISSUE B/D 집객성 이벤트] 1. 리뉴얼 오픈 축하 1천명 줄세우기, 총 18개, B/D별 무료사은품 총 1,950개 준비"(2014 ○○점 행사), "[ISSUE 마케팅] 리뉴얼 오픈 축하 줄세우기 이벤트(22 B/D), 총 22개 B/D, ◇◇◇◇◇ ◇◇◇ 200EA 등 무료사은품 총 1,200개 준비, 3/6일 오픈대기고객 선착순 증정"(2015 △△점 행사), "[ISSUE 마케팅] 3,000명 줄세우기 이벤트- □□□□ 2,000명, ○○ 1,000명, 총 40개 B/D, 준비수량 5,000개"(2015 □□□□점 행사 및 2015 ○○점 행사)라고 기재되어 있다. 이러한 '집객성 이벤트', '이슈 마케팅', '리뉴얼 오픈 축하', '줄세우기 이벤트', '오픈대기고객 선착순 증정' 등 용어 내지 표현을 보면 이 사건 무료사은품행사는 개별 납품업자들의 자체 브랜드 행사라기보다는 원고 점포의 전체 행사로 보인다. 실제로 원고는 당시 '○○ SF 리뉴얼 오픈 프로모션'(2014 ○

○점 행사), '☆ ☆☆☆☆ 릴레이 페어 1차'(2015 △△점 행사), '☆ ☆☆☆☆ 릴레이 페어 2차'(2015 □□□□점 행사 및 2015 ○○점 행사)라는 명칭으로 해당 점포 전체를 위한 판매촉진행사를 진행하였는데, 이 사건 무료사은품행사는 위 전체 판매촉진행사의 일환으로 그 기간 중 하루만 실시되었고, 홍보 과정에서도 납품업자들의 개별 브랜드는 그다지 강조되지 않았으며 일부 브랜드의 경우에는 전혀 언급되지도 않았다. 특히 '줄세우기' 부분은 납품업자들이 원한 것이 아니라 원고 스스로 기안한 것이므로, 원고가 납품업자들의 개별적·독자적 판매촉진전략과 무관하게 자신의 점포 전체를 대상으로 고객을 유인한 것이라고 봄이 타당하다. 이러한 사정에 비추어 보면, 이 사건 무료사은품행사는 원고가 애당초 자신의 점포 전체를 대상으로 기획한 것이거나, 설령 일부 납품업자들의 제안에 따라 시작되었다 하더라도 그 기획 과정에서 원고 점포 전체에 행사의 효과가 미치게 함으로써 행사의 본질적 성격을 변경한 것이라고 봄이 타당하다.

(3) 이 사건 무료사은품행사 중에는 납품업자들이 당초 제안한 행사의 내용과 실제로 진행된 행사의 내용이 다른 경우가 있고(2014 ○○점 행사의 경우 16개 브랜드 중 2개, 2015 △△점 행사의 경우 15개 브랜드 중 5개, 2015 □□□□점 행사의 경우 20개 브랜드 중 3개, 2015 ○○점 행사의 경우 8개 브랜드 중 6개), 이와 같은 행사내용 변경에 관하여 원고와 해당 납품업자들 사이에 제대로 협의가 이루어지지도 않았다. 변경된 내용은 주로 증정대상과 행사일시인데, 대체로 증정대상의 경우 구매고객을 대상으로 하였다가 선착순 방문고객으로 변경되었고, 행사일시의 경우에는 영업시간 중 특정시간대 실시 또는 3일간 연속실시가 백화점 리뉴얼 행사일 등 특정일의 오픈시간대 실시로 변경되었다. 언제, 어떤 방식으로 판매촉진행사를 진행하는 것이 더 적합하고

효과적인지는 납품업자별, 상황별로 각각 다를 수밖에 없다. 더욱이 해당 납품업자들의 구매고객이 아닌 단순 방문고객에게 사은품을 지급하거나 특정일의 백화점 오픈시간대에 집중적으로 대량의 사은품을 지급하는 방식은 특별한 사정이 없는 한 해당 납품업자들에게 특별히 이익이 된다고 보기 어렵다. 또한, 대규모유통업자가 이러한 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 타당하고, 더 이상 납품업자들의 자발적 요청에 의한 판매촉진행사라고 보기 어렵다.

(4) 이 사건 무료사은품행사의 경우 번호표를 받아 행사에 참여하는 매장을 방문하면 무료사은품이 제공되므로 고객들로 하여금 해당 매장을 방문하도록 유인하는 측면이 존재한다. 그러나 고객들이 선착순으로 번호표를 받기 위하여는 개점시간 전부터 백화점 입구에서 줄을 서야 하므로 이러한 '줄세우기' 방식의 판촉행사는 해당 매장의 납품업자들뿐만 아니라 원고 점포의 전체 납품업체들에게 영향을 미치게 된다. 이른 시간부터 줄을 선 고객들은 해당 매장을 방문하여 사은품을 수령하면서 그곳에서 상품을 구입할 수도 있으나, 해당 매장에서는 사은품만을 수령한 채 상품의 구입은 다른 곳에서 할 수도 있기 때문이다. 결국 줄세우기 행사는 참여 납품업체들의 매출 신장에 특별히 기여한다기보다는 다른 납품업체들의 매출 신장에 전체적으로 영향을 미침으로써 결과적으로 원고 점포의 전체 매출 신장에 기여할 가능성이 더 크다. 이는 판매촉진행사의 차별성을 희석시키고 해당 납품업자들을 위하여 특화되어야 할 개별 행사를 대규모유통업자를 위한 전체 행사로 변질시키는 것이다.

(5) 이러한 사정들에 비추어 보면, 이 사건 무료사은품행사에서도 납품업자들마다 사은품



이 서로 달랐다거나 원고가 관여한 후로도 사은품 내용에 변경이 없었다고 하더라도 그러한 사정만으로 판매촉진행사의 자발성이나 차별성이 인정된다고 볼 수는 없다.

나. 그런데도 원심은, 그 판시와 같은 사정만으로 이 사건 무료사은품행사가 납품업자의 자발적 요청에 의한 차별화된 행사라고 판단하였다. 이러한 원심판단에는 대규모유통업법 제11조 제5항의 자발성, 차별성에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 이 점을 지적하는 상고이유 주장은 이유 있다.

#### 4. 결론

그러므로 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장            대법관            김선수

                  대법관            권순일

주    심            대법관            이기택

                  대법관            박정화