

(사)한국유통법학회
2019년 추계학술대회

다양화된 유통채널의 규제와 법적 쟁점

- 일 시 : 2019년 12월 13일(금) 13:30~18:00
- 장 소 : 고려대학교 CJ법학관 베리타스홀(B1)



주최 : (사) 한국유통법학회

후원 : (주)지에스홈쇼핑, (주)현대홈쇼핑

(사) 한국유통법학회 2019년 추계학술대회 일정

13:00 ~ 13:50 ■ 등록

13:50 ~ 14:00 ■ 개회식

- ▶ 인사말 : 최영홍 교수 (고려대학교 법학전문대학원, (사)한국유통법학회장)
- ▶ 축사 : 안효질 교수 (고려대학교 법학전문대학원장)

14:00 ~ 17:40 ■ 학술대회

사회: 최난설현 ((사)한국유통법학회 출판이사)

순서	발표주제	사회자	발표자	토론자	
제1주제 (14:00 ~ 14:50)	대규모유통업법상 경영정보 요구금지의 적용범위	최완진 명예교수 (외대)	정재훈 교수 (이화여대)	이광립 상무 (한국체인 스토어협회)	노미리 교수 (동아대)
제2주제 (14:50 ~ 15:40)	가격할인에 대한 판촉 규제의 쟁점		윤성운 변호사 (법무법인 태평양)	이현규 변호사 (법무법인 김앤장)	박세환 박사 (서울대 법학연구소)
Coffee Break(15:40~16:00)					
제3주제 (16:00 ~ 16:50)	소셜네트워크 서비스의 경제법적·소비자법적 쟁점	최준선 명예교수 (성균관대)	이병준 교수 (외대)	김재두 교수 (계명대)	김도년 박사 (한국소비자원)
제4주제 (16:50 ~ 17:40)	수산물 중도매인의 법적 지위와 개선방안		김인현 교수 (고려대)	강명일 (노량진 수산시장 중도매인)	이광수 전무 (전국수산물중 도매인협회)

17:40 ~ 18:00 ■ 연구윤리교육

18:00 ~ ■ 폐회식/만찬(더씨)

인 사 말

(사)한국유통법학회 회원 여러분, 안녕하십니까?

먼저 연구와 강의 그리고 기업업무에 바쁘신 중에도 귀중한 시간을 내시어 참석해주신 여러분께 깊이 감사드립니다.

(사)한국유통법학회는 경제민주화라는 여야 공통의 정치적 어젠다가 우리 사회에 광풍처럼 휘몰아치던 상황에서 미약하나마 규제의 정합성을 지키는 균형추로 기능하고자 출범하였습니다. 그 후 지난 6년 동안 우리 학회는 임원들의 헌신적 노력과 회원사의 호응으로 발전을 거듭하여, 이제는 어느 정도 정착단계에 들어섰다고 생각합니다. 특히 우리 학회는 말레이시아, 태국, 러시아를 포함한 국내외에서 산학합동워크숍을 매년 1-2회 개최해 왔고, 플라톤의 심포지엄(향연)에서처럼 치열한 운동과 뜨거운 토론을 함께하며 친목을 강화하고 법학의 실용성을 높여왔습니다. 이제 학회의 전통으로 굳어져 가고 있는 이러한 산학워크숍은, 마치 강물이 흘러도 강둑은 유구하듯, 구성원 개개인이 바뀌어도 지속되리라 믿습니다.

지금 이 순간에도 사회적으로나 법제적으로 많은 변화가 계속되고 있습니다. 소비자인 국민의 인식도 날로 새로워지고 있습니다. 유통채널이 다양화하고 채널간의 부침 현상이 나타나기도 합니다. 이러한 가운데 우리는 이번에 전통적인 것과 새로운 것을 주제로 하는 토의의 장을 마련하였습니다. 학술대회의 사회를 맡아 주신 최완진, 최준선 두 원로 교수님 그리고 주제발표자와 토론자 여러분께 깊이 감사드립니다. 아울러 이 학술대회를 후원해 주신 (주)지에스홈쇼핑과 (주)현대홈쇼핑 측에 각별히 감사드립니다. 또한 학술대회를 준비하느라 수고하신 학회 임원들께도 감사드립니다.

이번 학술대회도 활기찬 토론과 따뜻한 친목 그리고 열린 소통의 장이 되기 바라며, 참여해 주신 모든 분께 거듭 감사드립니다.

감사합니다.

2019. 12. 13.

(사)한국유통법학회 회장 최영홍 군배



목 차

인사말	최 영 흥 / ii
제1주제 대규모유통업법상 경영정보 제공 요구금지의 적용범위	정 재 훈 / 1
제2주제 가격할인에 대한 관측규제의 쟁점	윤 성 윤 / 27
제3주제 소셜네트워크 서비스의 경쟁법적·소비자법적 쟁점	이 병 준 / 51
제4주제 수산물 산지 중도매인의 법적 지위와 보호에 대한 연구	김 인 현 / 77

부 록

- 사단법인 한국유통법학회 정관 103
- 사단법인 한국유통법학회 회원 가입 안내 109

대규모유통업법상 경영정보 제공 요구금지의 적용범위*

정재훈**

목 차

I. 서설	3
II. 종전 대규모소매업고시와 관계	3
III. 대규모유통업자	5
IV. 납품업자등	5
V. 경영정보	6
VI. (경영정보) 제공의 요구	10
VII. 부당성의 판단	11
VIII. 정보제공 요구의 절차	15
IX. 공정거래법과 관계	16
X. 집행	16
XI. 결론	21
■ 토론문 / 노미리	23

* 이 글은 ‘대규모유통업법 주석서, 로앤비 온주, 2019’ 중 필자가 작성한 ‘법 제14조(경영정보 제공 요구금지)’ 부분을 수정, 보완하여 작성되었습니다.

** 이화여자대학교 법학전문대학원 교수

I. 서설

대규모유통업법 제14조는 대규모유통업자가 부당하게 납품업자들에게 납품업자가 다른 사업자에게 공급하는 상품의 공급조건(공급가격을 포함한다)에 관한 정보, 매장임차인이 다른 사업자의 매장에 들어가기 위한 입점조건(임차료를 포함한다)에 관한 정보 등 경영정보를 제공하도록 요구하는 행위를 금지하며, 대규모유통업자가 납품업자들에게 위 경영정보를 요구하는 경우에는 경영정보 요구에 앞서 대통령령으로 정하는 바에 따라 요구목적, 비밀유지에 관한 사항 등을 적은 서면을 해당 납품업자들에게 제공하여야 한다고 규정하고 있다.

대규모유통업법 제14조가 대규모유통업자가 부당하게 납품업자들에게 중요한 경영정보를 제공하도록 요구하는 행위를 금지하는 것은, 대규모유통업자가 납품업자등으로부터 중요한 경영정보를 요구하여 제공받을 경우 그러한 경영정보가 대규모유통업자의 후발적인 불공정거래행위에 이용되어 공정하고 자유로운 거래질서가 제한될 우려가 있다는 사정을 고려한 것이다. 따라서 법 제14조는 납품업자등에 대한 경영정보 제공 요구행위 자체를 금지함으로써 대규모유통업에서의 공정한 거래질서를 확립하고 대규모유통업자와 납품업자등이 대등한 지위에서 상호 보완적으로 발전할 수 있도록 함에 그 목적이 있다.¹⁾

이 글에서는 대규모유통업법이 종전의 대규모소매업에 있어서의 특정불공정거래행위의 유형 및 기준 지정고시와 비교하여 어떤 관계에 있는지, 경영정보의 범위에 어떤 정보가 포함되는지, 대규모유통업자가 경영정보를 요구한 경우 부당성을 어떤 기준에 따라 판단해야 하는지 등 실무상 문제되는 쟁점을 중심으로 기존의 판례와 공정거래위원회 심결례, 해석론 등을 다루기로 한다.

II. 종전 대규모소매업고시와 관계

대규모유통업법 제14조(경영정보 제공 요구 금지)는 대규모소매업에 있어서의 특정불공정거래행위의 유형 및 기준 지정고시(대규모소매업고시) 제10조 제2항에 연원을 두고 있다.²⁾ 대규모소매업고시 제10조 제2항은 “대규모소매업자는 납품업자등으로부터 경쟁사업자에 대한 납품업자등의 중요한 경영자료(가격, 판매량, 할인율 등 매출에 대한 세부정보를 포함)를 납품업자등의 의사에 반하는 방법 등으로 부당하게 취득하여 납품업자들에게 판촉행사 참여를 강요하는 등 경영을 간섭하는 행위를 하여서는 아니된다.”라고 규정하고 있었다.

1) 대법원 2018. 10. 12. 선고 2016두30897 판결.

2) 대규모소매업고시 제10조(사업활동방해 등의 금지)는 제1항으로 배타적 거래의 강요를 금지하고, 제2항으로 경영정보 취득을 통한 경영간섭을 금지하고 있다.

대규모소매업고시 제10조 제2항은 ‘경영자료를 취득하는 행위’와 이를 이용하여 ‘경영에 간섭하는 행위’로 구성되어 있다. 따라서 경영자료를 취득만 하였을 뿐 경영에 간섭하지 않은 경우에는 위 고시가 적용되지 않는다. 위 고시의 상위 규범인 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 ‘공정거래법’이라고 한다) 제23조 제1항 제4호, 공정거래법 시행령 제36조 제1항 별표 1의2에 ‘경영간섭’은 있으나 ‘정보취득’이 없으므로, 위임입법의 한계로 경영간섭의 한 유형으로만 규정을 한 것이다.³⁾

반면 특별법의 형태로 제정된 대규모유통업법의 경우에는 이러한 한계가 없으므로 정보취득의 형태로 이루어지는 ‘경영정보 제공 요구’를 별도의 유형으로 법정하여 경영정보 요구행위만으로도 규제가 가능하다. 경영정보의 제공 요구에 그치지 않고 경영간섭에 이른 경우에는 공정거래법 제23조 제1항 제4호, 공정거래법 시행령 제36조 제1항 별표 1의2에 규정된 거래상 지위남용으로서 ‘경영간섭’이 적용될 수 있다. 대법원도 경영정보 제공 요구만으로 법 제14조 제1항 위반이 인정된다는 전제에서, 대규모유통업법 제14조 제1항이 대규모유통업자가 부당하게 납품업자등에게 제1항 각호의 경영정보를 제공하도록 요구하는 행위를 금지하는 것은, 대규모유통업자가 납품업자등으로부터 제1항 각호의 경영정보를 요구하여 제공받을 경우 그러한 경영정보가 대규모유통업자의 후발적인 불공정거래행위에 이용되어 공정하고 자유로운 거래질서가 제한될 우려가 있다는 사정을 고려하여, 일정한 요건하에 대규모유통업자가 후발적인 불공정거래행위에 나아갔는지 묻지 아니한다고 판시하였다.⁴⁾

참고로 대리점거래의 공정화에 관한 법률 제10조는 경영활동 간섭 금지를 규정하고, 그 행위의 유형 또는 기준에 관하여 대리점거래의 공정화에 관한 법률 시행령 제7조 제2호는 “합리적인 이유 없이 대리점에 거래처 현황, 매출 내역 등 영업상 비밀에 해당하는 정보를 제공하도록 요구하는 행위”를 규정하고 있다. 대규모소매업고시가 경영자료 취득 후 경영간섭 행위를 규제하고, 대규모유통업법이 경영정보 제공 요구를 규제하는데 비하여, 대리점법은 정보제공 요구를 규제하면서 이를 경영간섭의 범위에 포함하였다는 점에서 차별성이 있다.

이와 같이 대규모유통업법상 경영정보 제공 요구 금지, 대규모소매업고시의 경영간섭, 대리점법 등의 경영활동 간섭 금지는 모두 공정거래법상 불공정거래행위로서 거래상 지위 남용의 5개 유형 중 하나인 경영간섭을 구체화하거나 이와 밀접한 관련성을 가지고 있으나, 구체적인 규율과 집행에서는 차이를 보이고 있다. 개별 규정의 해석 및 적용 차이가 발생하는 것은 입법정책상 불가피하지만, 이 규정들이 서로 상충되지 않고, 규제에 있어 서로 균형이 맞도록 심사하고 신중한 집행이 필요한 측면이 있다.

3) 오금석 외, 대규모유통어법(개정판), 박영사, 2017, 305면.

4) 대법원 2018. 10. 12. 선고 2016두30897 판결.

Ⅲ. 대규모유통업자

“대규모유통업자”란 소비자가 사용하는 상품을 다수의 사업자로부터 납품받아 판매하는 자(「가맹사업거래의 공정화에 관한 법률」 제2조제2호의 “가맹본부”를 포함한다) 중 직전 사업연도의 소매업종 매출액(기업회계기준상 순액법에 의하여 수익을 인식하는 사업자의 경우에는 총매출액을 말하며, 가맹본부의 경우 소매업종 매출액과 가맹점사업자에게 판매한 상품매출액을 합산한 금액을 말한다. 다만, 직전 사업연도의 사업기간이 1년 미만인 경우에는 그 기간 동안의 매출액을 12개월로 환산한 금액으로 한다. 이하 같다)이 1천억 원 이상인 자 또는 매장면적(매장의 바닥면적에 100분의 95를 곱하여 산출된 면적을 말한다. 이하 같다)의 합계가 3천 제곱미터 이상인 점포를 소매업에 사용하는 자 중 어느 하나에 해당하는 자이다.

대규모유통업자는 납품업자등에 대하여 거래상 우월한 지위에 있음을 전제로 하고 있고, 실제 공정거래위원회 의결도 거래상 우월한 지위에 있는지를 먼저 판단한 후 위반행위 성립에 관하여 검토하고 있다. 대규모유통업자가 납품업자등에 대하여 거래상 우월한 지위에 있지 않은 경우까지만 납품업자를 보호할 실익이 없다. 법 제3조 제1항 제1호는 ‘대규모유통업자가 납품업자 또는 매장임차인(이하 “납품업자등”이라 한다)에 대하여 거래상 우월적 지위에 있다고 인정되지 아니하는 거래’에 이 법을 적용하지 아니한다고 명시하고 있다.⁵⁾

Ⅳ. 납품업자등

법 제14조 제1항은 ‘납품업자등’에게 경영정보를 제공하도록 요구하는 행위를 금지하고 있다. 납품업자등은 납품업자 또는 매장임차인을 의미한다(법 제3조 제1항 제1호), “납품업자”란 거래형태에 상관없이 대규모유통업자가 판매할 상품을 대규모유통업자에게 공급(대규모유통업자가 판매한 상품을 소비자에게 직접 공급하는 경우를 포함한다)하는 자를 말하고(법 제2조 제2호), “매장임차인”이란 대규모유통업자로부터 매장의 일부를 임차하여 소비자가 사용하는 상품의 판매에 사용하고 그 대가를 대규모유통업자에게 지급하는 형태의 거래를 하는 자를 말한다(법 제2조 제3호).

이때 ‘납품업자가 되려는 자’도 정보제공 요구의 상대방에 포함되는지가 문제될 수 있다.

서울고등법원은 이 쟁점에 대하여 ‘대규모유통업자와 이미 거래하고 있는 자’를 전제로 하고 있으므로 ‘납품업자가 되려는 자’는 상대방에 포함되지 않는다고 판단하였다.⁶⁾ 대법원

5) 대규모유통업법 사안에서 거래상 우월한 지위가 부정된 사례는 없는 것으로 보인다. 그러나 대규모유통업법의 적용범위가 확대됨에 따라 거래상 우월한 지위의 여부에 관하여는 실질적인 판단이 필요할 것으로 보인다.

도 같은 사건의 상고심에서 대규모유통업법 제14조 제1항에 따라 금지되는 부당한 경영정보 제공 요구행위의 상대방은 납품업자 또는 매장임차인, 즉 ‘대규모유통업자가 판매할 상품을 대규모유통업자에게 공급하는 자’ 또는 ‘대규모유통업자로부터 매장의 일부를 임차하여 소비자가 사용하는 상품의 판매에 사용하고 그 대가를 대규모유통업자에게 지급하는 형태의 거래를 하는 자’라고 보아야 하고, 이와 같은 납품업자와 매장임차인에 해당하지 아니하는 자에 대한 경영정보 제공 요구행위는 대규모유통업법 제14조 제1항에서 금지하는 행위에 해당한다고 볼 수 없다고 판단하여 서울고등법원의 이 부분 판단을 유지하였다.⁷⁾

침익적 행정처분의 근거가 되는 행정법규는 엄격하게 해석·적용하여야 하고 행정처분의 상대방에게 불리한 방향으로 지나치게 확장해석 하거나 유추해석 하여서는 안 되며, 그 입법 취지와 목적 등을 고려한 목적론적 해석이 전적으로 배제되는 것은 아니라 하더라도 그 해석이 문언의 통상적인 의미를 벗어나서는 안 될 것이므로,⁸⁾ 대법원 및 서울고등법원의 판단은 정당하다. 후술하는 바와 같이 법 제14조 제1항 위반의 경우에는 2년 이하의 징역 또는 1억 5천만 원 이하의 벌금이 부과되는 점을 고려하면, ‘납품업자등’은 현재 납품거래를 하고 있는 자에 한정된다고 보아야 할 것이다.

V. 경영정보

법 제14조 제1항, 시행령 제11조 제1항에 따르면 제공요구가 금지되는 경영정보는 당해 정보가 제공될 경우 납품업자등이 대규모유통업자와 협상에서 불리한 위치에 놓이는 중요한 경영정보로 한정되며, 법령에 의하여 한정적으로 열거되어 있다.⁹⁾

1. 납품업자가 다른 사업자에게 공급하는 상품의 공급조건(공급가격을 포함한다)에 관한 정보 (법 제14조 제1항 제1호)

법 제14조 제1항 제1호는 “납품업자가 다른 사업자에게 공급하는 상품의 공급조건(공급가격을 포함한다)에 관한 정보”를 중요한 경영정보로 명시하고 있다. 대규모유통업자의 경쟁사업자가 아닌 사업자에 대한 공급조건에 관한 정보도 중요한 경영정보가 될 수 있다. 따라서 다른 사업자는 경쟁사업자에 한정되지 않는 것으로 봄이 상당하다.

6) 서울고등법원 2015. 12. 17. 선고 2015누38902 판결.

7) 대법원 2018. 10. 12. 선고 2016두30897 판결.

8) 대법원 2008. 2. 28. 선고 2007두13791 판결.

9) 오금석 외, 대규모유통업법(개정판), 박영사, 2017, 309면.

상품의 공급조건에 관한 정보에는 공급가격, 공급물량, 공급시기 및 방법, 대금지급시기 및 방법, 반품조건 등 공급조건이 포함된다.¹⁰⁾ 과거나 미래의 경영정보도 중요한 정보에 포함될 수 있다. 따라서 현재 납품중인 상품의 공급조건뿐만 아니라 과거에 납품을 한 상품의 공급조건, 미래에 공급을 할 상품의 공급조건도 포함된다.¹¹⁾

공급조건 중 공급가격에서 ‘가격’이란 사업자가 거래의 상대방에게 상품 또는 용역을 제공하고 반대급부로 받는 일체의 경제적 대가를 의미하며, 권고가격, 기준가격, 표준가격, 수수료, 임대료, 이자 등 명칭 여하를 불문한다.¹²⁾ 판례에 따르면, ‘가격’은 사업자가 제공하는 상품 또는 용역의 대가, 즉 사업자가 거래의 상대방으로부터 반대급부로 받는 일체의 경제적 이익을 가리키는 것으로, 당해 상품의 특성, 거래내용 및 방식 등에 비추어 거래의 상대방이 상품 또는 용역의 대가로서 사업자에게 현실적으로 지불하여야 하는 것이라면 그 명칭에 구애됨이 없이 당해 상품 또는 용역의 가격에 포함된다.¹³⁾

법 제14조 제1항 제1호가 적용된 사례로는 납품업자가 경쟁 아울렛에 지급하는 판매수수료율이나 임대수수료율(마진율),¹⁴⁾ 납품업자가 경쟁 홈쇼핑사에게 상품을 납품할 때 지급하는 수수료율(마진율),¹⁵⁾ 경쟁유통업자들이 납품받는 설 선물 선물세트의 준비수량, 판매가격 및 프로모션 등 할인행사 내용,¹⁶⁾ 다른 홈쇼핑사가 납품업자로부터 수취하는 정율수수료율 정보,¹⁷⁾ 경쟁홈쇼핑사에 대한 납품업자의 방송상품구성 및 내용,¹⁸⁾ 경쟁 유통업체에 납품하는 상품의 종류, 공급가격, 공급량¹⁹⁾ 등이 있다.

2. 매장임차인이 다른 사업자의 매장에 들어가기 위한 입점조건(임차료를 포함한다)에 관한 정보(법 제14조 제1항 제2호)

법 제14조 제1항 제2호는 “매장임차인이 다른 사업자의 매장에 들어가기 위한 입점조건(임차료를 포함한다)에 관한 정보”를 중요한 경영정보로 명시하고 있다. 대규모유통업자의 경

10) 오금석 외, 대규모유통어법(개정판), 박영사, 2017, 309면.

11) 오금석 외, 대규모유통어법(개정판), 박영사, 2017, 309면.

12) 공동행위 심사기준 IV.

13) 대법원 2001. 5. 8. 선고 2000두10212 판결.

14) 공정거래위원회 2015. 3. 2. 의결 제2015-056호(2014유통1989, 1992, 관련 판결: 서울고등법원 2015. 12. 17. 선고 2015누38902 판결, 대법원 2018. 10. 12. 선고 2016두30897 판결)

15) 공정거래위원회 2015. 4. 15. 의결 제2015-118호(2014유통2543, 관련 판결: 서울고등법원 2017. 1. 18. 선고 2015누40363 판결)

16) 공정거래위원회 2016. 4. 19. 의결 제2016-114호(2015유통3642, 이마트 사건), 공정거래위원회 2016. 4. 19. 의결 제2016-110호(2015유통3643, 롯데쇼핑 사건)

17) 공정거래위원회 2015. 4. 15. 의결 제2015-119호(2014유통1990, 엔에스쇼핑 사건)

18) 공정거래위원회 2015. 4. 15. 의결 제2015-117호(2014유통3429, 현대홈쇼핑 사건)

19) 공정거래위원회 2015. 3. 2. 의결 제2015-055호(2014유통2707, 이마트 사건)

쟁사업자가 아닌 사업자에 대한 입점조건에 관한 정보도 중요한 경영정보가 될 수 있다.

임차료 금액 또는 요율, 임차료의 지급시기 및 방법, 다른 사업자로부터 임차한 매장의 위치 및 면적, 다른 사업자와 체결한 임대차계약의 구체적인 내용 등이 포함될 수 있다. 현재 임차 중인 매장의 입점조건 뿐 아니라 과거 임차한 매장의 입점조건, 미래에 임차할 예정인 매장의 입점조건도 포함된다.²⁰⁾

3. 그 밖에 납품업자등이나 납품업자등의 거래상대방에 관한 제1호 및 제2호에 준하는 정보로서 대통령령으로 정하는 경영정보(법 제14조 제1항 제3호)

법 제14조 제1항 제3호는 “그 밖에 납품업자등이나 납품업자등의 거래상대방에 관한 제1호 및 제2호에 준하는 정보로서 대통령령으로 정하는 경영정보”를 중요한 경영정보로 명시하고 있고, 이에 따라 시행령 제11조 제1항은 다음의 경영정보를 중요한 경영정보로 열거하고 있다.

가. 납품업자등이 납품하거나 판매하는 상품의 원가에 관한 정보(법 제14조 제1항 제3호, 시행령 제11조 제1항 제1호)

납품업자의 원가는 그 자체로 중요한 영업비밀이고, 대규모유통업자가 납품업자의 원가를 알게 된다면 납품가격을 인하하도록 요구하거나 판매수익, 수수료 또는 매장임차료 인상을 요구하는 등 남용행위를 할 우려가 있다.²¹⁾ 원가에는 상품의 제조 및 판매에 소요된 재료비, 노무비, 운송비, 기타경비에 관한 정보가 포함될 수 있다.

나. 납품업자등이 다른 사업자에게 납품하거나 다른 사업자의 점포에서 판매하는 상품의 매출액, 기간별 판매량 등 매출 관련 정보(법 제14조 제1항 제3호, 시행령 제11조 제1항 제2호)

다른 사업자에게 납품하거나 다른 사업자의 점포에서 판매하는 상품의 매출 관련 정보는 영업비밀에 해당할 가능성이 높고, 대규모유통업자가 이를 제공받을 경우 무리한 판촉행사를 강요하는 등 남용행위를 할 우려가 있다.²²⁾ 백화점이 납품업자의 다른 백화점의 시스템에 대한 접속권한을 제공받은 후 납품업자의 다른 백화점에 대한 매출현황을 파악한 후 경영간섭을 한 대법원 2011. 10. 13. 선고 2010두8522 판결의 사례를 참조하여 만들어진 규정으로

20) 오금석 외, 대규모유통어법(개정판), 박영사, 2017, 310면.

21) 오금석 외, 대규모유통어법(개정판), 박영사, 2017, 311면.

22) 매출액은 납품업자 선정 및 관리, 수수료율 산정에 있어 원고와 납품업자 사이에 영향을 미치는 중요한 정보로서, 원고는 납품업자가 다른 사업자의 점포에서 판매하는 상품의 매출액 정보를 바탕으로 판매가격 인하, 수수료율 인상 등 원고의 이익을 위해 사용할 가능성이 높다(서울고등법원 2018. 1. 25. 선고 2017누62138 판결).

볼 수 있다.

법 제14조 제1항 제3호, 시행령 제11조 제1항 제2호가 적용된 사례로는 납품업자가 거래하는 경쟁사 아울렛에서의 매출액, 월평균 매출액,²³⁾ 중복입점 브랜드를 납품하는 납품업자 등이 경쟁백화점에서 판매하는 상품의 월별 매출액, 기간별 매출액,²⁴⁾ 경쟁홈쇼핑사에 대한 납품업자의 계약체결 건수, 평균 매출액, 방송 현황,²⁵⁾ 경쟁홈쇼핑사에 납품하는 상품의 모델명, 방송시간, 판매수량, 목표달성율, 할부기간 및 할인금액,²⁶⁾ 경쟁홈쇼핑사에 대한 납품업자의 방송매출액 및 주문 건수,²⁷⁾ 기간별 매출액 및 시장점유율²⁸⁾ 등이 있다.²⁹⁾

다. 납품업자등이 다른 사업자의 점포에서 하는 판매촉진행사의 시기·횟수 및 거래조건 등 판매촉진행사에 관한 정보(법 제14조 제1항 제3호, 시행령 제11조 제1항 제3호)

판매촉진행사에 관한 정보는 그 자체로 영업비밀에 속한다고 단정하기는 어렵지만, 대규모유통업자가 이 정보를 이용하여 자신에게 유리한 판매촉진행사를 요구하는 등 남용행위를 할 우려가 있다. 판매촉진행사에 관한 정보를 요구한 사건으로는 공정거래위원회 2015. 3. 2. 의결 제2015-055호(2014유통2707, 이마트 사건)이 있다.

라. 납품업자등이 다른 사업자와의 거래에서 사용하는 전자적 정보교환 전산망의 고유식별명칭, 비밀번호 등 해당 전산망에 접속하기 위한 정보(법 제14조 제1항 제3호, 시행령 제11조 제1항 제4호)

백화점이 납품업자의 다른 백화점의 시스템에 대한 접속권한을 제공받은 후 납품업자의 다른 백화점에 대한 매출현황을 파악한 후 경영간섭을 한 사례(대법원 2011. 10. 13. 선고 2010두8522 판결)에서 알 수 있듯이, 대규모유통업자가 납품업자가 다른 사업자와 거래에서

23) 공정거래위원회 2015. 3. 2. 의결 제2015-056호(2014유통1989, 1992, 관련 판결: 서울고등법원 2015. 12. 17. 선고 2015누38902 판결, 대법원 2018. 10. 12. 선고 2016두30897 판결)

24) 공정거래위원회 2014. 3. 6. 의결 제2014-046호(2013유통1501, 관련판결: 대법원 2017. 12. 22. 선고 2015두36010 판결, 서울고등법원 2014. 12. 4. 선고 2014누46678 판결)

25) 공정거래위원회 2015. 4. 15. 의결 제2015-118호(2014유통2543, 관련 판결: 서울고등법원 2017. 1. 18. 선고 2015누40363 판결)

26) 공정거래위원회 2015. 6. 3. 의결 제2015-180호(2014유통1996, 관련 판결: 서울고등법원 2016. 9. 23. 선고 2015누49292 판결)는 이 정보를 모두 법 제14조 제1항 제3호, 시행령 제11조 제1항 제2호의 정보로 보았으나, 할부기간 및 할인금액 등 공급조건에 관한 정보는 법 제14조 제1항 제1호의 정보에 포함될 가능성이 높다.

27) 공정거래위원회 2015. 4. 15. 의결 제2015-117호(2014유통3429, 현대홈쇼핑 사건)

28) 공정거래위원회 2015. 3. 2. 의결 제2015-055호(2014유통2707, 이마트 사건)

29) 그 밖에 매출정보를 요구한 사건으로는 공정거래위원회 2017. 6. 5. 의결 제2017-191호(2015유통3348, 신세계 사건), 공정거래위원회 2015. 6. 11. 의결 제2015-193호(2014유통2070, 지에스 홈쇼핑 사건) 등이 있다.

사용하는 고유식별명칭(ID, Identification), 비밀번호 등을 제공받은 후, 납품업자의 정보를 취득한 후 남용행위를 할 우려가 있음을 고려한 규정이다.

4. 평가

법 제14조 제1항에 대하여 공정위가 다양한 사례에 대하여 집행을 하고, 법원의 판결도 지속적으로 선고됨으로써 경영정보에 포함되는 정보에 관하여 다양한 선례가 누적되어 있고, 이는 예측가능한 실무상 기준으로 적용될 수 있다. 그럼에도 경영정보의 범위에 대하여는 다음과 같은 검토가 필요할 수 있다.

첫째, 경영정보와 영업비밀의 관계이다. 법 제14조 제1항 및 시행령에 규정된 경영정보에는 상품의 원가에 관한 정보와 같이 그 자체로 영업비밀에 포함되는 정보도 포함되어 있지만, 경영정보는 영업비밀에 한정되지 않고 넓은 정보를 규정하고 있다. 그러나 경영정보의 범위가 어디까지 포함되어야 하는지의 문제, 즉 경영정보의 외연의 문제는 여전히 입법정책이나 해석론으로 보완되어야 할 과제로 볼 수 있다. 이 점에서 향후 공정위 의결이나 법원의 판결을 통하여 경영정보의 범위에 관하여 선례가 지속적으로 정립될 필요가 있을 것으로 본다.

둘째, 서로 다른 수준의 경영정보의 상호 관계이다. 법과 시행령은 경영정보로 가격, 공급조건, 입점조건, 원가, 매출, 판매촉진 등 다양한 수준의 정보를 규정하고 있다. 그런데 이는 객관적인 정보로 가치뿐 아니라 대규모유통업자의 측면이나 상대방인 납품업자들의 측면에서 서로 다른 중요도를 가지고 있다. 이를 모두 동일선에서 같은 방식으로 규율하는 것이 적정한지는 검토가 필요할 수 있다. 예를 들면, 대규모유통업자가 원가가 같은 민감한 영업비밀을 요구한 행위와 판매에 부수적인 정보를 요구하는 행위는 질적으로 차이가 있을 수 있다.

VI. (경영정보) 제공의 요구

법 제14조 제1항에 규정된 경영정보에 해당한다면, 대규모유통업자가 납품업자들에게 경영정보를 제공하도록 요구하여야 한다. 경영정보 요구의 방식은 다양할 수 있고, 특정한 방식이 요구되는 것은 아니며, 문의나 의견교환의 형식을 취하더라도 실질적으로 요구한 것으로 볼 수 있다면 제공의 요구에 포함될 것이다.³⁰⁾

30) 공정거래위원회 2015. 4. 15. 의결 제2015-117호(2014유통3429, 현대홈쇼핑 사건), 공정거래위원회 2015. 3. 2. 의결 제2015-055호(2014유통2707, 이마트 사건), 공정거래위원회 2017. 6. 5. 의결 제2017-191호(2015유통3348, 신세계 사건)은 경쟁백화점의 매출정보를 카카오톡으로 요구한 사건이다.

납품업자가 대규모유통업자에게 경영정보를 제공하였다고 하더라도 대규모유통업자가 그 제공을 요구한바가 없다면 법 제14조 제1항에 해당하지 않는다. 서울고등법원 2016. 9. 23. 선고 2015누49292 판결은 납품업자등이 먼저 자발적으로 정보를 제공하였고, 대규모유통업자가 경영정보를 요청한 것으로 보기 어렵다고 보아 범위반을 부정하였다.³¹⁾

대규모유통업자가 경영정보를 제공하도록 요구한 것으로 충분하고, 그에 따라 납품업자등의 자율적 판단이 제한되었을 것까지는 요하지 않는다. 제공 요구에 따라 납품업자등이 실제 정보를 제공하였는지도 요하지 않는다.³²⁾ 경영정보 제공 요구에 따라 제공된 정보가 대규모유통업자의 이익을 위하여 또는 경영간섭 등 불공정한 거래행위를 위하여 사용되었을 것도 요하지 않는다.³³⁾ 요컨대, 경영정보 제공 요구가 인정된다면, 그 이후에는 그 행위가 부당한지가 문제될 뿐이다. 그런데도 서울고등법원 2017. 1. 18. 선고 2015누40363 판결은 대규모유통업자가 경영정보를 요청한 사실은 인정하면서도, 대규모유통업자가 납품업자와 방송 횡수, 마진율 등을 논의하는 과정에서 다른 홈쇼핑사의 정보를 수집하는 것이 가능하였던 것으로 보이고, 이러한 정보나 업계에 알려진 사정 등을 기초로 내부 문서를 작성할 수 있었으므로 경영정보의 제공 요구가 아니라고 판단하였는데, 부당성의 판단은 별론으로 하더라도 정보제공 요구를 부정한 것은 의문이다.³⁴⁾

한편, ‘경영정보의 요구’라는 ‘행위 요건’과 관련하여 대규모유통업자가 명시적으로 요구한 경우가 아닌 사안에서는 사실상 정보요구에 해당하는지를 간접사실로 판단해야 하는 사실인정의 어려움이 있다. 이와 같은 묵시적, 사실적 행위의 문제는 법 제14조의 사안뿐 아니라 법 전반에 걸쳐서 발생하는 사실인정의 문제이지만, 특히 경영정보 요구 사안에서는 정보제공을 전후로 한 정황 사실, 당사자의 이해관계, 자발적 정보제공으로 볼 동기나 필요성 등을 심리할 필요가 있다.

VII. 부당성의 판단

1. 정상적인 거래관행 기준

대법원은, 대규모유통업법 제14조 제1항에 따라 금지되는 경영정보 제공 요구행위에서 말하는 ‘부당성’이란, 당사자가 처해 있는 시장 및 거래의 상황, 거래의 대상인 상품의 특성, 경

31) 상고심에서 심리 중이다(대법원 2017두36540 사건).

32) 박해식, “2017년 분야별 중요판례분석-공정거래법”, 법률신문, 2018. 5. 17., 13면

33) 납품업자등이 제공한 경영정보가 납품업자등의 관리 목적으로 사용된 사례로는 공정거래위원회 2015. 6. 11. 의결 제2015-193호(2014유통2070, 지에스 홈쇼핑 사건),

34) 상고심에서 심리 중이다(대법원 2017두36540 사건).

영정보 제공을 요구한 의도·경위·목적·효과·영향 및 구체적인 요구의 태양, 제공이 요구된 정보의 내용과 범위, 경영정보 제공 요구를 받은 상대방이 이에 응하지 않을 때에 받거나 받을 수 있는 불이익의 내용과 정도, 행위 사업자의 시장에서의 우월한 지위의 정도 및 당사자 간의 전체적인 사업능력의 격차 등 여러 사정을 참작하여 그 요구행위가 정상적인 거래관행을 벗어난 것으로서 공정한 거래를 저해할 우려가 있다고 인정할 수 있는 경우를 의미한다고 보고 있다.³⁵⁾

대규모유통업법 제14조 제1항의 모태가 된 공정거래법상 거래상 지위 남용에 관하여, 대법원은 “거래상 지위를 부당하게 이용하여 상대방에게 불이익을 준 행위인지 여부는 당해 행위의 의도와 목적, 효과와 영향 등과 같은 구체적 태양과 상품의 특성, 거래의 상황, 해당 사업자의 시장에서의 우월적 지위의 정도 및 상대방이 받게 되는 불이익의 내용과 정도 등에 비추어 볼 때 정상적인 거래관행을 벗어난 것으로서 공정한 거래를 저해할 우려가 있는지 여부를 판단하여 결정하여야 한다.”라고 판시하였다. 거래상 지위 남용에 관한 공정거래저해성 판단기준에 비추어 보면, 법 제14조 제1항의 부당성 판단기준은 실질적으로 동일한 것으로 평가할 수 있다.³⁶⁾

요컨대, 부당성 판단의 핵심은 정상적인 거래관행을 벗어났는지, 즉 거래질서의 차원에서 위법성이 인정되는지에 있다. 대법원이 고려하는 사정은 대규모유통업자의 사정과 납품업자 등의 사정으로 나누어진다. 대규모유통업자의 측면에서는 경영정보가 대규모유통업자의 이익을 위하여 사용되었거나 사용될 가능성이 있는지, 대규모유통업자의 경영정보 제공 요구가 사업수행이나 거래관계개선을 위하여 필수적이거나 불가피성이 인정되는지 등을 고려하고 있다. 납품업자등의 측면에서는 납품업자등이 자발적으로 경영정보를 제공한 것인지, 정보의 제공이 납품업자에게 이익이 되는지, 정보의 제공으로 인하여 납품업자등의 자유로운 교섭과 의사결정의 기회가 침해될 가능성이 있는지 등을 고려하고 있다.³⁷⁾ 그 밖에 후술하는 바와 같이 정보제공 요구절차의 이행 여부, 경영정보의 영업비밀로서 중요성, 경영정보가 불공정거래행위를 위하여 사용될 우려,³⁸⁾ 경영정보 요구의 의도 및 목적³⁹⁾ 등이 고려되고 있다. 범위

35) 대법원 2017. 12. 22. 선고 2015두36010 판결, 대법원 2018. 10. 12. 선고 2016두30897 판결.

36) 대법원 2017. 12. 22. 선고 2015두36010 판결은 부당성의 판단 기준에 공정거래저해성을 기재하고 있으나, 공정거래법상 불공정거래행위는 위법성 판단 기준이 ‘공정거래저해성’으로 명시되어 있는 반면, 법 제14조 제1항은 ‘부당성’으로 명시되어 있어서, 법 제14조 제1항에 있어 공정거래저해성을 판단기준에 기재할 필요는 없었던 것으로 볼 수 있다. 나아가 불공정거래행위에서 사용되는 ‘공정거래저해성’의 개념은 경쟁제한성부터 불공정성, 경제력집중까지 다양한 개념을 담고 있어서, 이를 대규모유통업법 사안에서 원용할 필요성도 인정되기 어렵다.

37) 대법원 2018. 10. 12. 선고 2016두30897 판결. 공정거래위원회 2015. 4. 15. 의결 제2015-119호(2014유통1990, 엔에스쇼핑 사건)

38) 공정거래위원회 2017. 6. 5. 의결 제2017-191호(2015유통3348, 신세계 사건), 공정거래위원회 2016. 4. 19. 의결 제2016-114호(2015유통3642, 이마트 사건)

39) 공정거래위원회 2015. 3. 2. 의결 제2015-055호(2014유통2707, 이마트 사건)

반행위에 대한 구체적인 인지 여부를 부당성의 판단근거로 제시하는 의결 사례⁴⁰⁾도 있으나, 이는 부당성의 판단요소로는 적절하지 않고, 과징금의 산정 과정에서 위반행위의 중대성을 판단할 때 고려되면 충분할 것이다.

일부 서울고등법원 판결은 경영정보 제공 요구의 강도, 제출받은 경영정보의 정확성, 경영정보의 실제 사용 여부, 정보제공 요구 절차의 일부 준수 여부, 경영정보 제공 요구를 받은 납품업자등의 수 등을 고려하여 부당성을 부정하였으나, 대법원은 앞서 열거한 대규모유통업자의 사정과 납품업자등의 사정을 고려하여 부당성을 인정하였다.⁴¹⁾ 이후 하급심은 경영정보가 대규모유통업자의 이익을 위하여 사용될 가능성이 높고, 납품업자가 불이익을 우려하여 경영정보제공을 한 경우 등의 사안에서 위 대법원 판결의 기준을 적용하여 부당성을 인정하고 있다.⁴²⁾

한편, 서울고등법원 2017. 1. 18. 선고 2015누40363 판결은 “매출 향상을 목표로 최적의 판매방향을 기획·관리하고 판매 관련 서비스를 개선하기 위한 목적 등으로 납품업자를 상대로 일정 정보를 수집·공유하는 것은 납품업자에게도 이익이 되는 면이 많다. 원고가 요구한 정보의 항목이 위와 같은 목적 달성을 위해 필요한 범위를 넘어 과도하였다고 보기는 어렵다. 원고에게 납품업자가 원고의 요구에 응하지 않는 경우 불이익을 가하였다거나 가하려는 의사가 있었다고 볼 만한 증거는 없다.”는 점을 들어 부당성을 부정하였는데, 앞서 본 대법원 판결의 부당성 판단기준에 부합하는지 의문이다.⁴³⁾

2. 경쟁제한성 기준

법 제14조는 공정거래법상 거래상 지위 남용에서 유래한 제도이므로 경쟁제한성을 고려하는 것은 원칙적으로 자연스럽지 않다. 이 점에서 경쟁제한성과 밀접한 연관성을 가지는 법 제13조와 차이가 있다. 대법원이 부당성의 판단 기준을 제시하면서 경쟁제한성과 관련된 기준을 제시하지 않고, 구체적인 판단에서도 대규모유통업자의 사정과 납품업자등의 사정을 종합적으로 고려할 뿐 관련시장에서 경쟁제한성 등 경쟁질서에 근접한 사정을 고려하지 않는 것도 같은 이유로 볼 수 있다.

이와 달리 일부 하급심은 법 제14조 제1항의 부당성을 판단하면서 관련시장에서 경쟁제한성을 고려하는 듯한 태도를 취하고 있다. 예를 들어 서울고등법원 2014. 12. 4. 선고 2014누46678 판결은 “원고가 이 사건 납품업자들로부터 경쟁백화점에서의 이 사건 납품업자들의

40) 공정거래위원회 2015. 6. 11. 의결 제2015-193호(2014유통2070, 지에스 홈쇼핑 사건)

41) 서울고등법원 2015. 12. 17. 선고 2015누38902 판결, 대법원 2018. 10. 12. 선고 2016두30897 판결

42) 서울고등법원 2018. 1. 25. 선고 2017누62138 판결(원고가 상고하였으나, 상고를 취하여 확정되었다).

43) 상고심에서 심리 중이다(대법원 2017두36540 사건).

매출자료를 제공받아 이 사건 브랜드들에 대한 매출대비율을 관리하게 되면 이에 따라 이 사건 납품업자들로서는 각 백화점별로 비슷한 행사를 진행할 수밖에 없고 이는 각 백화점 간의 경쟁을 감소시켜 소비자 후생을 저해할 개연성이 있다.”는 점을 부당성 판단의 근거로 들고 있다. 위 판결은 이와 동시에 “이 사건 납품업자들이 원고의 요청에 따라 매출자료를 제공하였다 하더라도 이는 거래상 우월적 지위에 있는 원고의 요청을 거부할 수 없었기 때문이라고 봄이 상당하고, 이는 이 사건 납품업자들의 자유로운 의사결정을 저해하여 공정거래의 기반이 침해되거나 침해될 우려가 큰 것으로 보인다.”라고 판시하여 거래질서에 기초한 판단도 동시에 하고 있어서 정상적인 거래관행에 기반을 둔 거래질서와 함께 경쟁제한성을 고려하고 있다. 반면, 위 사건의 상고심에서 대법원은 경쟁제한성을 법 제14조 제1항 부당성의 판단근거로 들지 않고 있음을 주목할 필요가 있다(대법원 2017. 12. 22. 선고 2015두36010 판결).

수직적 관계에서 ‘거래질서’에는 저촉되더라도 경쟁촉진적인 행위가 있을 수 있으므로, 거래질서와 경쟁질서를 균형적으로 고려해야 할 것인데, 특히 그 대표적인 유형인 거래상 지위의 남용 규제를 집행함에 있어 이러한 필요성이 높다. 거래상 지위 남용 규제와 효율성의 상충은 대규모유통업법 사안에서 문제가 될 수 있다. 효율성, 소비자후생의 측면에서는 긍정적인 행위가, 납품업체에 대한 불이익이라는 측면에서 대규모유통업법 위반이 될 여지가 있다. 이런 측면에서 소비자후생을 증진하는 행위를 범위반으로 판단하기 위해서는 소비자후생, 효율성과 납품업체에 대한 불이익의 정도를 종합적으로 비교형량해야 할 필요도 있을 것이다. 다만, 거래질서와 함께 경쟁제한성을 고려한다는 전제에 서더라도, 법 제14조 제1항에 위반되는 행위가 정상적인 거래관행상 수인하기 어렵고, 거래질서의 본질적인 부분을 침해하는 것으로 평가된다면, 그로 인한 효율성이 높다고 하더라도 그 행위의 정당성은 결과적으로 인정되기 어려울 것이다.

3. 정보제공 요구절차 미비와 부당성

후술하는 법 제14조 제2항 내지 4항의 절차를 거치지 않으면 바로 부당성이 인정되는지, 별도로 부당성을 판단해야 하는지 문제된다. 이에 대하여는 절차적 요건이 흠결되었다고 하여 부당성을 인정할 수 없다는 견해가 있다.⁴⁴⁾ 대법원 2017. 12. 22. 선고 2015두36010 판결이 절차를 흠결한 경우 바로 부당성을 인정하는 취지라고 보는 견해도 있으나,⁴⁵⁾ 그 요구행위가 정상적인 거래관행을 벗어난 것으로서 공정한 거래를 저해할 우려가 있다고 인정할 수 있는 경우를 의미한다는 판시사항에 비추어 보면 거래상 지위 남용에 준하여 정상적인 거래관행에 위반될 것을 요하며, 그 사유 중 하나로 절차적 요건의 구비 여부를 참작할 수 있

44) 오금석 외, 대규모유통업법(개정판), 박영사, 2017, 317면.

45) 박해식, “2017년 분야별 중요판례분석-공정거래법”, 법률신문, 2018. 5. 17., 13면

을 뿐 전체적인 부당성 판단이 별도로 필요하다는 취지로 보는 것이 타당하다. 공정거래위원회도 정보제공 요구절차의 흠결을 부당성 판단의 한 요소로만 고려하는 것으로 보인다.⁴⁶⁾

VIII. 정보제공 요구의 절차

1. 서면 주의

대규모유통업자가 납품업자등에게 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 경영정보를 요구하는 경우에는 경영정보 요구에 앞서 대통령령으로 정하는 바에 따라 요구목적, 비밀유지에 관한 사항 등을 적은 서면을 해당 납품업자등에게 제공하여야 한다(법 제14조 제2항).⁴⁷⁾ 법 제14조제2항에 따라 시행령 제11조 제2항은 대규모유통업자가 경영정보를 요구하는 경우 서면에 적어야 할 사항으로 경영정보 제공을 요구하는 목적(제1호), 비밀유지방법 등 요구 대상 정보의 비밀유지에 관한 사항 및 비밀침해 시의 손해배상에 관한 사항(제2호), 경영정보 요구일자, 제공일자 및 제공방법(제3호), 경영정보 제공 요구가 불가피함을 객관적으로 증명할 수 있는 사항(제4호) 등을 명시하고 있다.

시행령 제11조 2항 제4호에 ‘경영정보 제공 요구가 불가피함을 객관적으로 증명할 수 있는 사항’을 서면에 기재하도록 한 것은 법 제14조 제2항에서 시행령에 위임한 ‘요구목적, 비밀유지에 관한 사항’에 포함되지 않아 법률의 위임을 넘어서고, 위와 같은 불가피한 사항은 부당성의 존부 또는 정당화사유 등에 관한 것이어서 대규모유통업자가 이를 기재하도록 한 것은 부당성을 대규모유통업자가 증명하도록 한 것으로 정당하지 않다는 비판이 있다.⁴⁸⁾

한편, 법 제14조 제2항의 서면에는 대규모유통업자와 납품업자등이 각각 서명 또는 기명 날인하여야 한다(법 제14조 제3항). 대규모유통업자가 경영정보 요구목적, 비밀유지에 관한 사항을 기재한 서면을 납품업자등에게 이메일로 통보하였으나, 양 당사자의 서명 또는 기명 날인이 없이 이루어진 경우에는 일방적으로 요구를 한 것이므로, 법 제14조 제3항에 위반되어 절차적 요건을 흠결하였다고 본 공정거래위원회 의결⁴⁹⁾이 있다.

46) 공정거래위원회 2017. 6. 5. 의결 제2017-191호(2015유통3348, 신세계 사건). 위반행위의 유형에 따라서는 절차의 위반이 부당성의 중요한 지표가 될 수도 있다. 법 제15조에 위반되는 판매장려금을 다룬 공정거래위원회 제2소회의 2017. 1. 26. 의결 제2017-047호(2014유통1997, 지에스리테일 사건) 참조.

47) 공정거래위원회 2017. 6. 5. 의결 제2017-191호(2015유통3348, 신세계 사건)에서는 카카오톡으로 경영정보를 요구한 것은 서면에 의한 방식이 아니라고 판단하였다.

48) 오금석 외, 대규모유통어법(개정판), 박영사, 2017, 316면.

49) 공정거래위원회 2015. 6. 11. 의결 제2015-193호(2014유통2070, 지에스 홈쇼핑 사건)

2. 제공 요구의 범위

대규모유통업자가 납품업자등에게 경영정보를 요구하는 경우 요구목적에 필요한 최소한의 범위에서 하여야 한다(법 제14조 제4항).

3. 관련 서류의 보존

법 제6조 제8항은 대규모유통업자가 납품업자등과의 계약이 끝난 날부터 5년간 대규모유통업자와 납품업자등 사이의 거래에 관하여 대통령령으로 정하는 서류를 보존하도록 규정하고 있고, 시행령 제5조 제10호는 보존의 대상으로 “법 제14조 제2항에 따라 대규모유통업자가 경영정보를 요구하기 위하여 납품업자등에게 제공한 서류”를 명시하고 있다.

IX. 공정거래법과 관계

법 제4조(다른 법률과의 관계)에 따라, 대규모유통업법은 대규모유통업자와 납품업자등 사이의 거래에 관하여 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 제23조 제1항 제4호 및 제5호(다른 사업자의 사업활동을 방해하는 행위는 제외한다)에 우선하여 적용한다. 따라서 거래상 지위 남용, 구속조건부 거래로서 배타조건부거래, 거래지역 또는 거래상대방 제한에 대하여는 대규모유통업법이 우선 적용된다. 그 결과 사안에 대하여 법 제14조와 공정거래법 제23조 제1항 제4호, 공정거래법 시행령 제36조 별표1의2 거래상 지위 남용 규제가 모두 적용되는 경우에는 법 제14조가 우선적용된다. 법 제14조가 적용되지 않는 경우에 공정거래법 제23조 제1항 제4호 적용이 가능함은 당연하다. ‘경영정보 제공 요구’에 그치지 않고 경영간섭에 이른 경우에 법 제14조와 함께 공정거래법 제23조 제1항 제4호도 적용됨은 전술한 바와 같다.

X. 집행

1. 행정적 집행

가. 시정명령, 시정권고

법 제32조에 따라, 공정거래위원회는 제14조의 규정을 위반한 대규모유통업자에게 법 위반행위의 중지, 향후 재발방지, 상품판매대금의 지급, 매장 설비비용의 보상, 계약조항의 삭

제·수정, 시정명령을 받은 사실의 공표, 시정명령을 받은 사실의 거래상대방인 납품업자등에 대한 통지, 법위반행위의 시정에 필요한 계획 또는 행위의 보고나 그 밖에 시정에 필요한 조치를 명할 수 있다. 한편, 법 제33조 제1항에 따라, 공정거래위원회는 제14조를 위반한 대규모유통업자에게 대통령령⁵⁰⁾으로 정하는 바에 따라 시정방안을 마련하여 이에 따를 것을 권고할 수 있다. 이 경우 대규모유통업자가 해당 권고를 수락한 때에는 공정거래위원회가 시정명령을 한 것으로 본다는 뜻을 함께 알려야 하며, 법 제33조 제1항에 따른 권고를 받은 대규모유통업자는 그 권고를 통지받은 날부터 10일 이내에 그 수락 여부를 공정거래위원회에 알려야 하고, 제1항에 따른 권고를 받은 대규모유통업자가 그 권고를 수락하였을 때에는 제32조에 따른 시정명령을 받은 것으로 본다.

공정거래위원회는 대규모유통업법 제14조 제1항을 위반한 대규모유통업자에 대해 그 위반행위를 시정하기 위하여 필요하다고 인정되는 제반 조치를 할 수 있고, 이러한 시정의 필요성 및 시정에 필요한 조치의 내용에 관하여는 공정거래위원회에 그 판단에 관한 재량이 인정된다는 것이 대법원의 입장이다. 법 제14조 제1항을 위반한 경우 공정거래위원회는 대규모유통업자에 대하여 납품업자들을 수신인으로 하는 수명사실 통지명령을 내리는 경우가 있는데, 이 경우 일부 납품업자등에 대한 통지명령이 위법한 경우 법원으로서 법 제14조 제1항 위반이 인정되지 않는 납품업자등에 대한 통지명령만 부분적으로 취소하여야 할 것이다.⁵¹⁾ 이 점에서 과징금납부명령에 일부 위법사유가 있는 경우에 과징금납부명령을 전부 취소하는 것과 구별된다.

나. 과징금

1) 과징금 부과 여부

법 제35조에 따라, 공정거래위원회는 법 제14조를 위반한 대규모유통업자에게 대통령령(시행령 제28조 제1항, 별표1)으로 정하는 산출방식에 따른 납품대금이나 연간 임대료를 초과하지 아니하는 범위에서 과징금을 부과할 수 있다. 다만, 매출액을 산정하기 곤란한 경우 등에는 5억 원을 초과하지 아니하는 범위에서 과징금을 부과할 수 있다. 대규모유통업법 위반사업자에 대한 과징금 부과기준 고시(과징금 고시) III. 2.는 법 제14조 위반의 경우 원칙적인 과징금 부과대상으로 보고 있다.

2) 과징금 산정 방식

법 제14조 제1항에 위반된 경우 정률과징금과 정액과징금 중 어떤 방식으로 과징금을 산정할지가 문제된다. 법 제14조 제1항의 경우 부당한 경영정보 제공 요구만으로 성립하므로

50) 시행령 제27조는 법 제33조제1항에 따른 시정권고는 1. 법 위반내용, 2. 권고사항, 3. 시정기한, 4. 수락 여부 통지기한, 5. 수락 거부 시의 조치의 사항을 명시한 서면으로 하도록 규정하고 있다.

51) 대법원 2018. 10. 12. 선고 2016두30897 판결.

므로 인하여 영향을 받은 관련매출액을 산정하기가 어렵고, 관련성을 넓게 볼 경우 공정거래법상 과징금과 형평을 잃을 우려가 있었다.

이에 대하여 대법원은 법 제14조 위반행위의 경우 납품업자등의 납품대금액과 매장 임대료를 기준으로 과징금을 산정한 공정거래위원회 과징금 고시는 합리적이지 않으므로, 이에 기초한 과징금납부명령은 위법하다고 판단함으로써,⁵²⁾ 법 제14조 제1항 위반의 경우 정액과징금의 대상이라는 입장을 취하였다.⁵³⁾ 그 논거는 다음과 같다.

경영정보 제공 요구 행위에 대한 비난 가능성의 핵심은, 힘의 차이를 부당하게 이용하여 정보를 요구한 행위 그 자체에 있다. 이에 따라 그에 관한 제재 수준을 1차적으로 정하는 ‘과징금 산정기준’을 설정할 때에는 거래상 지위를 얼마나 악용하였는지 여부, 그 요구 방법, 거래관계를 이용하여 취득하게 된 정보의 내용과 양(量), 위반행위의 횟수와 기간 등 그 위법성 정도를 나타내는 핵심 지표를 일응의 기준으로 삼아야 합리적이라고 볼 수 있다. 이러한 점에서 대규모유통업법 제14조 위반행위는 상품대금 감액 행위(제7조)와 같이 대규모유통업자와 납품업자등의 거래관계 자체에 그 우월적 지위를 이용한 부당한 행위가 개입되는 경우와는 구별된다. 상품대금 감액 행위에 관하여는 ‘그로 인하여 직·간접적으로 영향을 받은 상품의 매입액’과 같이 ‘위반행위가 개입된 거래관계의 규모’를 과징금 산정 기준으로 삼아 그 제재수준을 결정하여도 합리적이라고 볼 수 있다. 그러나 이와 달리 거래관계에 있음을 기화로 한 위법행위인 경영정보제공 요구행위에 대하여는 같은 기준을 그대로 적용할 수 없다. 경영정보 제공 요구 행위로 인하여 취득한 이득액이 많지 않더라도 제공을 요구한 정보의 내용, 위반행위의 횟수 등에 따라서는 그 위법성 수준이 낮지 않을 수도 있기 때문이다. 그러므로 ‘대규모유통업자가 위반행위로 인하여 영향을 받은 상품을 납품업자로부터 매입한 규모’ 등은 적어도 경영정보 제공 요구 행위에 관하여 제재 수준을 1차적으로 결정하는 ‘과징금 산정기준’으로서도 합리적이라고 보기 어렵다. 그 밖에 대규모유통업자가 부당하게 취득한 경영정보를 이용하여 유통시장에서 부당한 이득을 취하거나 추가적인 법령 위반행위를 하였는지는 구체적 과징금 산정과정에서 부수적으로 고려될 사정에 불과하다.

위 판결에서 지적한 비난가능성, 제재 수준, 위반행위의 정량적(quantitative) 수준 등은 경영정보 제공에 한정되는 요소가 아니고, 법집행의 근본적인 가치(fundamental value)에 가깝다. 따라서 위 판결에서 제시한 법리는 ‘규제의 적정성에 대한 논란이 있는’ 대규모유통업법의 다른 쟁점에 관하여도 비례의 원칙 등을 위반한 규제에 대하여 한계를 설정하는 법리로 원용될 수 있을 것으로 보인다. 이 판결에 따라, 개정된 대규모유통업법 위반사업자에 대한

52) 대법원 2017. 12. 22. 선고 2015두36010 판결.

53) 박해식, “2017년 분야별 중요판례분석-공정거래법”, 법률신문, 2018. 5. 17., 13면. 공정거래위원회는 공정거래위원회 2014. 3. 6. 의결 제2014-046호(2013유통1501) 이후 문제된 사건에서는 과징금 고시 개정 전에도 정률과징금의 난점을 반영하여 정액과징금을 부과하고 있다.

과징금 부과기준 고시⁵⁴⁾는 법 제14조 위반의 경우 정액과징금을 부과할 수 있도록 규정하며, 과징금액 산정시 요구방법, 취득정보의 내용과 양, 요구기간을 추가 요소로 고려하도록 하였다.

다. 처분대상의 제한(제척기간, 처분시효)

공정거래위원회는 법 제14조에 위반되는 행위가 끝난 날부터 5년이 지난 경우에는 해당 위반행위에 대하여 이 법에 따른 시정명령·과징금 부과 등을 하지 아니한다. 다만, 법원의 판결에 따라 시정명령 또는 과징금 부과처분이 취소된 경우로서 그 판결이유에 따라 새로운 처분을 하는 경우에는 그러하지 아니하다(법 제31조). 따라서 위반행위 종료일로부터 5년의 기간 내에 처분, 즉 의결(의결을 통한 처분)이 있어야 한다.

공정거래법의 경우 제척기간이 조사개시일로부터 5년과 위반행위 종료일로부터 7년으로 규정하여 어려운 해석의 문제가 발생하는데 비하여, 대규모유통업법은 개정 전 공정거래법에 준하여 위반행위 종료일로부터 5년으로 규정하고 있다. 공정거래법의 경우 이러한 기간의 성격은 제척기간으로 보고 있는데,⁵⁵⁾ 대규모유통업법의 경우에도 다르지 않을 것이다.⁵⁶⁾ 대규모유통업법의 처분제한 기간을 공정거래법상 제척기간과 동일하게 이해한 공정거래위원회 의결이 있다.⁵⁷⁾

2. 형사적 집행(형벌)

법 제39조 제1항 제2호에 따라 “법 제14조 제1항을 위반하여 납품업자등에게 정보제공을 요구한 자”는 2년 이하의 징역 또는 1억 5천만 원 이하의 벌금에 처한다. 법 제40조에 따라 법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인·사용인이나 그 밖의 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 법 제39조 제1항 제1호, 법 제13조에 해당하는 위반행위를 하면 그 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에게도 해당 조문의 벌금형을 과(科)한다. 다만, 법인 또는 개인이 그 위반행위를 방지하기 위하여 해당 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 게을리하지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다. 법 제42조 제1항에 따라 제39조 제1항 제2호, 법

54) 공정거래위원회고시 2018. 9. 14. 제2018-14호.

55) 대법원 2011. 6. 30. 선고 2009두12631 판결

56) 공정거래법 제49조 제4항이 1994. 12. 22. 신설된 후 초기에는 ‘처분시효’라는 용어가 사용되지 않았으나, 2010년 이후 판결과 논문 등에서 처분시효라는 용어가 넓게 사용되고 있다. 그러나 그 본질이 제척기간인 점에 비추어 적절한 것으로 보기 어렵다. 정재훈, 공정거래법 소송실무(제2판), 육법사, 2017., 295면.

57) 계약서면 교부의무 위반행위에 대하여 위반행위 종료일로부터 5년이 경과하여 처분시효가 완성되었다고 판단하였다. 공정거래위원회 제2소회의 2019. 1. 9. 의결 제2019-010호(2017서경0876, 농협유통 사건)

제14조 위반의 죄는 공정거래위원회가 고발하는 경우에만 공소를 제기할 수 있다(전속고발제 적용).⁵⁸⁾

3. 민사적 집행

가. 손해배상책임의 인정

법 제35조의2에 따라 대규모유통업자가 법 제14조 제1항을 위반함으로써 납품업자등에게 손해를 입힌 경우에는 그 손해에 대하여 배상책임을 진다. 법 제35조의 제1항 단서는 대규모유통업자가 고의 또는 과실이 없음을 증명한 경우에는 손해배상책임을 부담하지 않는다고 규정하고 있는데, 고의 또는 과실 등 귀책사유가 없는 경우, 행위가 위법하지 않은 경우, 행위와 손해 사이에 인과관계가 없는 경우, 손해가 발생하지 않은 경우에는 당연히 손해배상책임을 지지 않을 것이어서 이 규정은 당연한 법리를 규정한 것으로 볼 수 있다.

법 제35조의2에 따라 손해배상청구의 소가 제기된 때에는 법원은 필요한 경우 공정거래위원회에 대하여 당해사건의 기록(사건관계인, 참고인 또는 감정인에 대한 심문조서 및 속기록 기타 재판상 증거가 되는 일체의 것을 포함한다)의 송부를 요구할 수 있다(법 제35조의2 제4항, 공정거래법 제56조의2).

나. 손해액의 산정

손해액을 산정함에 있어서는 고의 또는 손해발생의 우려를 인식한 정도, 위반행위로 인하여 납품업자등이 입은 피해규모, 위반행위로 인하여 대규모유통업자가 취득한 경제적 이익, 위반행위에 따른 벌금 및 과징금, 위반행위의 기간 및 횟수, 대규모유통업자의 재산상태, 대규모유통업자의 피해구제 노력의 정도 등을 고려하여야 한다(법 제35조의2 제3항). 법 제14조 제1항을 위반한 경우에는 3배 배상의 대상은 되지 아니한다(법 제35조의 2 제2항). 법 제14조 제1항의 규정을 위반한 행위로 인하여 손해가 발생된 것은 인정되나, 그 손해액을 입증하기 위하여 필요한 사실을 입증하는 것이 해당 사실의 성질상 극히 곤란한 경우에는, 법원은 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과에 기초하여 상당한 손해액을 인정할 수 있다(법 제35조의2 제4항, 공정거래법 제57조). 법 제14조 제1항에 위반한 행위로 인하여 손해를 입은 경우에는 손해액 산정에 어려움이 있을 수 있어, 손해액을 심리하는 법원으로서 이러한 재량 손해 규정을 적극적으로 활용할 필요가 있다.

58) “법 제14조 제1항을 위반하여 납품업자등에게 정보제공을 요구한 자”에는 부당성 문언이 없다. 그러나 납품업자등에게 정보제공을 요구하여 법 제13조를 위반하기 위하여 당연히 부당성이 요구되므로, 위 행위에 대한 부당성이 인정되어야 할 것이고, 이는 공정거래법의 형벌 조항도 동일하다.

XI. 결론

대규모유통업법 제14조는 대규모유통업자가 납품업자등으로부터 중요한 경영정보를 요구하여 제공받을 경우 그러한 경영정보가 대규모유통업자의 후발적인 불공정거래행위에 이용되어 공정하고 자유로운 거래질서가 제한될 우려가 있다는 사정을 고려하여 제정된 규정으로, 종래에 적용되던 대규모소매업고시에 비하여 정보취득의 형태로 이루어지는 ‘경영정보 제공 요구’를 별도의 유형으로 법정하여 경영정보 요구행위만으로도 규제가 가능한 점에서 차별성이 있다.

이와 같이 차별화된 법 제14조에 관하여 그 동안 다양한 공정위 의결과 판례를 통하여 법리가 정립되고 있다. 첫째, 적용범위에 관하여 ‘납품업자가 되려는 자’도 정보제공 요구의 상대방에 포함되는지가 문제되고 있으나, 대법원은 이 쟁점에 대하여 ‘대규모유통업자와 이미 거래하고 있는 자’를 전제로 하고 있으므로 ‘납품업자가 되려는 자’는 상대방에 포함되지 않는다고 판단하여 이에 관한 해석론을 정립하였다. 둘째, 경영정보의 범위에 관하여 상품의 공급조건, 입점조건, 상품의 원가, 매출 관련 정보 등에 관하여 다양한 사례가 누적되었다.

셋째, 경영정보 요구의 방식은 다양할 수 있고, 특정한 방식이 요구되는 것은 아니며, 문의나 의견교환의 형식을 취하더라도 실질적으로 요구한 것으로 볼 수 있다면 제공의 요구에 포함되고, 납품업자가 대규모유통업자에게 경영정보를 제공하였다고 하더라도 대규모유통업자가 그 제공을 요구한 바가 없다면 범위반으로 보기 어렵다. 넷째, 법 제14조 제1항의 경우 부당한 경영정보 제공 요구만으로 성립하므로 그로 인하여 영향을 받은 관련매출액을 산정하기가 어렵고, 관련성을 넓게 볼 경우 공정거래법상 과징금과 형평을 잃을 우려가 있었는데, 대법원은 법 제14조 위반행위의 경우 납품업자등의 납품대금액과 매장 임대료를 기준으로 과징금을 산정한 공정거래위원회 과징금 고시는 합리적이지 않으므로, 이에 기초한 과징금납부명령은 위법하다고 판단함으로써, 법 제14조 제1항 위반의 경우 정액과징금의 대상이라는 입장을 취하였다.

앞서 본 바와 같이 대규모유통업법 시행 이후 경영정보 제공 요구 금지 조항의 적용범위와 기준에 관하여 다양한 사례가 축적되었지만, 아직 법리가 충분히 정착되지 않은 부분도 있다.

첫째, 대규모유통업법상 경영정보 제공 요구 금지, 대규모소매업고시의 경영간섭, 대리점법 등의 경영활동 간섭 금지 등에서, 개별 규정의 해석 및 적용 차이가 발생하는 것은 입법정책상 불가피하더라도, 이 규정들이 서로 상충되거나 과도하지 않도록 섬세하고 신중한 집행이 필요한 측면이 있다. 둘째, 경영정보의 범위가 어디까지 포함되어야 하는지의 문제, 즉 경영정보의 외연의 문제는 여전히 입법정책적으로나 해석론상으로 해결되어야 할 과제로 볼

수 있다. 앞으로 공정위 의결이나 법원의 판결을 통하여 경영정보의 범위에 관하여 선례가 지속적으로 정립될 필요가 있을 것으로 본다. 특히, 법과 시행령은 다양한 수준의 정보를 규정하고 있고, 이는 객관적인 정보로서 가치뿐 아니라 대규모유통업자의 측면이나 상대방인 납품업자등의 측면에서 서로 다른 중요도를 가지고 있다. 이를 모두 동일선에서 같은 방식으로 규율하는 것이 적정한지는 향후 검토가 필요할 수 있다.

셋째, ‘경영정보의 요구’라는 ‘행위 요건’과 관련하여 사실상 정보요구에 해당하는지를 간접사실로 판단해야 하는 사실인정의 어려움이 있다. 이와 같은 목시적, 사실적 행위의 문제는 법 전반에 걸쳐서 발생하는 사실인정의 문제이지만, 특히 경영정보 요구 사안에서는 정보제공을 전후로 한 정황사실, 당사자의 이해관계, 자발적 정보제공으로 볼 동기나 필요성 등고 종합적으로 고려해야 할 것으로 보인다. 넷째, 경영정보 제공 요구의 부당성에 관하여 대법원은 정상적인 거래관행 기준을 제시한 바 있으나, 이와 달리 하급심 중에는 정상적인 거래관행과 함께 경쟁제한성을 고려한 사례도 있는 것으로 보인다. 이러한 부당성 판단에 있어 거래상 지위 남용 규제와 효율성이 상충될 수 있음에 유의할 필요가 있다. 효율성, 소비자후생의 측면에서는 긍정적인 행위가, 납품업체에 대한 불이익이라는 측면에서 대규모유통업법 위반이 될 여지가 있다. 이런 측면에서 소비자후생을 증진하는 행위를 범위반으로 판단하기 위해서는 소비자후생, 효율성과 납품업체에 대한 불이익의 정도를 종합적으로 비교형량해야 할 필요도 있을 것이다.

향후 합리적인 사례의 축적을 통하여, 법 제14조 경영정보 제공 요구금지 조항의 적용에 있어 법집행기관, 대규모유통업자와 납품업자, 이해관계인 등의 예측가능성이 높아지기를 기대한다.

「대규모유통업법상 경영정보 제공 요구금지의 적용범위」에 관한 토론문

노 미 리*

토론에 앞서, 「대규모유통업에서의 거래 공정화에 관한 법률」(이하 “대규모유통업법”) 제14조에서 정하고 있는 경영정보 제공 요구금지의 요건에 대해서 일목요연하게 정리해서 발표해 주신 발표자에게 감사의 말씀을 드립니다.

저는 발표문과 관련해서 발표자에게 몇 가지 질문을 드리고자 합니다. 첫째는 대규모유통업법 제14조의 적용범위에 관한 것이고, 둘째는 경영정보 제공 요구금지의 정당성에 관한 것입니다.

1. 대규모유통업법 제14조의 적용 범위

발표문 1~2면에 간략하게 언급이 되어 있습니다만, 발표문을 읽으면서 저는 「대규모소매업에 있어서의 특정불공정거래행위의 유형 및 기준 지정고시」(이하 “대규모소매업고시”)의 적용범위와 대규모유통업법의 적용범위가 어떻게 다른 것인지, 중첩되는 것은 아닌지 하는 의문이 들었습니다.

대규모유통업법 제4조에 의하면, 대규모유통업자와 납품업자 등 사이의 거래에 관하여 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」(이하 “공정거래법”) 제23조 제1항 제4호 및 제5호(다른 사업자의 사업활동을 방해하는 행위는 제외한다)에 우선하여 적용되므로,¹⁾ 대규모유통업법이 공정거래법 보다 우선해서 적용되는 특별법적 지위에 있음을 알 수 있습니다.

실제로 대규모유통업법 제14조의 적용대상인 대규모유통업자와 거래 상대방인 납품업자의 의미(발표문 2~3면 참조)는 공정거래법 제23조 제1항 제4호에 근거해서 마련된 대규모소매업고시에서 정하고 있는 대규모소매업자, 납품업자의 의미와 거의 유사해 보입니다.

금지되는 행위 유형을 보더라도 대규모소매업고시 제10조 제2항에 의하면, 대규모소매업자는 경쟁사업자에 대한 납품업자 등의 중요한 경영자료를 납품업자 등의 의사에 반하는 방법 등으로 부당하게 취득하고 이어서 더 나아가 납품업자 등에게 판촉행사 참여를 강요하는 등 경영에 간섭하는 행위를 할 경우에 적용되는 반면, 대규모유통업법의 경우에는 경영정보

* 동아대학교 법학전문대학원 교수

1) 다만, 대규모유통업자와 납품업자 등 사이의 거래가 「하도급거래 공정화에 관한 법률」 제2조 제6항에 따른 제조위탁에 해당하는 경우에는 같은 법을 이 법에 우선하여 적용한다(대규모유통업법 제4조 단서).

요구행위만으로도 규제가 가능하므로, 대규모유통업법으로 규제하는 것이 용이한 측면이 많을 것으로 생각됩니다.

Q 1. 대규모유통업법 시행으로 인하여 경영정보 제공 요구행위만으로 과징금을 부과할 수 있고(같은 법 제35조), 2년 이하의 징역 또는 1억 5천만원 이하의 벌금에 처할 수 있게 되었으므로(같은 법 제39조 제1항 제2호), 대규모소매업고시가 거의 사문화된 것은 아닌지요. 혹은 대규모소매업고시가 여전히 실효성이 있다면 어떠한 측면에서 실효성이 있는 것인지, 대규모유통업법이 적용되지 않고 대규모소매업고시가 적용되는 영역이 존재하는지 여쭙고 싶습니다.

Q 2. 경영정보 제공 요구에 그치지 않고 경영간섭에 이른 경우에는 대규모유통업법 제14조와 함께 공정거래법 제23조 제1항 제4호도 적용됩니다(발표문 12면 참조). 경영정보 제공 요구에 그치지 않고 경영간섭에 이른 행위는 대규모유통업법, 공정거래법이 모두 적용되는 행위에 해당하며 경영정보 제공 요구는 대규모유통업법상 과징금이 부과되는 행위이자, 경영간섭은 공정거래법에 의해 과징금이 부과되는 행위에 해당하게 됩니다. 즉, 2개 법을 위반한 경우 과징금 산정에 있어서 가중되는 부분이 있는지에 대해서도 여쭙고 싶습니다.

2. 경영정보 제공 요구금지의 부당성

대규모유통업법 제14조를 적용함에 있어서 경영정보 요구행위의 부당성을 어떻게 해석할 것인지가 중요하다고 생각되고, 대규모유통업자의 경영정보 요구행위가 부당성을 갖춘 경우 그 부당성을 입증하기란 상당히 어려울 것으로 생각됩니다.

부당성의 의미에 관해서 활발한 논의가 이루어지지는 못하였으나, 부당성의 의미에 관하여 현재까지 개선된 견해로는 경쟁제한성 위주로 심사하여야 한다는 견해²⁾, 거래내용의 불공정성이 부당성의 판단기준이 될 것이고, 경쟁제한성은 부당성의 근거로 볼 필요가 없다는 견해³⁾ 등이 있습니다.⁴⁾

최근 대규모유통업법 제14조가 적용된 사례로 대법원 2018. 10. 12. 선고 2016두30897 판결(현대백화점 사건)이 있습니다. 위 대법원 판결은 ‘경영정보 제공 요구 행위’의 부당성 판단 기준을 다시 확인한 사건⁵⁾으로 의미가 있다고 할 것인데, 부당성의 판단기준으로 “....

2) 오금석·김윤수·윤성운·강일 외, 『대규모유통업법-이론과 실무』, 박영사, 2017, 300면.

3) 이효석, “대규모유통업법의 주요 법률상 쟁점과 향후 과제”, 『법학논고』 제49집, 경북대학교 법학연구원, 2015, 724면.

4) 남윤경, “대규모유통업법상 부당성 판단에 관한 소고”, 『아세아여성법학』, 제21호, 2018, 61면.

여러 사정을 참작하여 경영정보 제공 요구행위가 정상적인 거래관행을 벗어난 것으로서 공정한 거래를 저해할 우려가 있다고 인정할 수 있는 경우를 의미한다.”고 하여 거래내용의 불공정성을 문제삼은 것으로 생각됩니다.

현대백화점 사건에서 서울고등법원 2015. 12. 17. 선고 2015누38902 판결과 대법원 2018. 10. 12. 선고 2016두30897 판결은 모두 부당성의 의미에 대해서 공정한 거래를 저해할 우려가 있는지를 판단기준으로 삼았습니다만, 현대백화점이 납품업자로 하여금 현대백화점이 배포한 입점의향서를 제출하도록 한 것이 부당한 경영정보 제공 요구행위였는지에 대해서는 달리 판단하였습니다.

현대백화점이 배포한 입점의향서 양식에는 현대프리미엄 아울렛 김포점 신규입점계약의 합리적이고 공평한 거래조건 설정에 부득이 필요한 최소한의 정보만 기재하도록 되어 있고, 입점희망자가 자율적 의사에 기해서 기재하도록 한 점에 비추어 볼 때 공정한 거래를 저해할 우려가 발생하였다고 보기 어려우므로 부당성이 없다고 판시한 서울고등법원 2015누38902 판결에 타당한 점이 있다고 생각됩니다.

Q 3. 이에 발표자께서는 서울고등법원 판결과 대법원 판결이 상반되게 나온 것에 대해서 어떻게 생각하시는지 여쭙고 싶습니다.

5) 대법원 2018. 10. 12. 선고 2016두30897 판결(현대백화점 사건)에 대해서 대규모유통업법 제14조 제1항의 부당성 판단기준을 처음으로 제시한 사례라는 평석들(강우찬, “대법원의 공정거래 사건 판결 요지: 2018. 8.~10.”, 『경쟁저널』, 2018. 11., 73면. 외 다수)이 존재한다. 하지만, 대규모유통업법 제14조 제1항의 부당성 판단기준에 대해서는 대법원 2017. 12. 22. 선고 2015두36010 판결(롯데쇼핑 사건)에서 판시한 바 있으므로, 2016두30897 판결이 최초로 대규모유통업법 제14조 제1항의 부당성의 의미에 관해서 판결하였다는 표현은 잘못된 표현이다.

가격할인에 대한 판촉규제의 쟁점

윤 성 운*

목 차

I. 가격 할인 관련 심사지침의 내용과 문제의 제기	29
II. (여러 자료를 통해 알려진) 대형마트의 추정 매출이익율, 영업이익율 등에 기초한 예시적 분석)	30
III. 기존 정상 판매가격의 의미와 문제점	33
IV. 상품의 소비자 판매가격과 (납품업체-유통업체간) 공급가격은 예상보다 낮은 수요 (판매), 공급수량, 경쟁상품의 출시나 가격인하, 전반적인 수요 감소 등의 시장경쟁 상황 등에 영향을 받는 것이므로 기존 (정상) 공급가격 또는 현재의 정상 공급가격 을 찾아감에 있어서는 판매 수준, 공급수량 변동, 시장경쟁상황에 따른 조정 필요성도 합리적으로 고려되어야 함	35
V. 현재 가격인하 또는 가격할인 등의 실체는 어떠한지 및 예상되는 부작용	40
VI. 판촉촉진비용의 실질적 확정 방법과 현재 방식의 위험성	41
VII. 대규모유통업법의 서면주의에서 가격과 수량이 필수적 기재사항이 아닌 이유와 하도급법과의 차이의 이해	44

* 변호사, 법무법인 태평양

I. 가격할인 관련 심사지침의 내용과 문제의 제기

- 최근 공정거래위원회(이하 “공정위”)는 대규모유통업법에 따른 인터넷 쇼핑몰 사업자의 판매 촉진 비용 부담 전가 행위에 대한 위법성 심사 지침을 제정했다. 이 심사지침은 인터넷 쇼핑몰의 판매 촉진 행사 비용 분담과 관련된 법 집행 기준을 담은 가이드라인으로, 내년 1월 1일부터 시행된다. http://www.ftc.go.kr/www/selectReportUserView.do?key=10&rpttype=1&report_data_no=8244
- 공정위의 2019. 7. 30.자 보도자료에 의하면, 심사지침은 대규모유통업자에 해당되는 인터넷 쇼핑몰 사업자의 판매 촉진 행사와 관련된 행위에 적용되는데, 특히, ‘가격 할인 행사’도 적용 대상인 판촉행사에 해당된다는 점을 분명히 했다고 밝히고 있다.¹⁾
- 보도자료 및 심사지침에 의하면, ‘가격 할인(행사)의 경우, (행사상품의 기존·정상 판매가격²⁾ - 행사·할인 판매가격) × 행사 판매수량 + 광고·홍보비 등’이 판촉비용의 산정방식이 되며, 납품업체 부담 비율의 50% 초과 여부를 판단하기 위해 필요한 i) 전체 판촉 비용과 ii) 납품업체 부담액 산정 기준이 된다.
- 예컨대 판촉 비용 법정 부담 비율 준수 의무 여부 평가 형태는 아래와 같은 형태가 된다.

<표1> 판촉 비용 법정 부담 비율 준수 의무 여부 평가 방식³⁾

<p>• 가격할인 행사*를 통해 상품이 2만개 판매된 경우 (단, 행사는 쇼핑몰의 기획으로 실시되었으며 양 당사자 모두 다른 판촉비용은 없다고 가정)</p> <p>* (기존) 판매가격 1만원, 판매수수료율⁴⁾ 15% → (행사) 판매가격 9천원(즉, 가격할인 10%), 판매수수료율 12%인 경우</p>

- 1) 심사지침은 가격할인에 대해 아래와 같이 기술하고 있다.
‘가격할인 행사’와 관련하여 모든 상품 판매가격의 변동이 심사지침의 적용을 받는 판촉추진행사에 해당한다고 보기는 어려울 것이다. 인터넷쇼핑몰업자와 납품업자 간에 체결된 상품공급 기본계약 등의 내용에 따라 상품의 판매가격을 결정할 수 있는 권한이 있는 주체가 여러 가지 요인에 근거하여 대상이나 기간 등에 대해 특정하지 않고 장래에 대하여 상품의 판매가격 자체를 인하한 경우에는 상품의 정상 판매가격 자체를 변경한 것이므로 판촉추진행사에 해당하지 아니할 수 있다. 가격인하가 판촉추진행사에 해당하느냐에 대한 판단은 가격인하의 경위와 목적, 적용대상, 소비자에 대한 홍보 여부 또는 홍보방식 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 이루어져야 할 것이다. 가령 판매기간, 상품수량, 대상 소비자, 결제방법 등과 같은 거래조건을 일부만 한정하여 인화된 가격이 적용된 경우, 그러한 가격인하는 판촉추진행사에 해당될 가능성이 높다. 왜냐하면 이 경우 가격인하의 목적이 소비자 수요촉진과 관련성이 높고, 소비자가 기존(정상) 판매가격과 할인 판매가격을 구분하여 인식할 수 있기 때문이다.
- 2) 심사지침에서의 판매가격이라는 용어는 소비자판매가격을 의미하는 것으로 해석된다. 이 글에서는 판매가격은 소비자 판매가격을 의미하는 것으로 사용한다. 납품업자가 (대규모)유통업자에게 공급하는 가격은 공급가격 또는 납품가격이라는 용어를 사용한다.
- 3) 이 내용은 공정위의 보도자료에 적시된 사례를 기초로 일부 내용을 보충, 추가한 것이다.

- 전체 판촉비용 : 2,000만원 = $[(10,000(\text{기존 판매가격}) - 9,000(\text{행사 판매가격}) \times 20,000(\text{판매수량})]$

- 납품업체 부담액 : 납품업체의 기존 수입액 - 행사 수입액의 차이
1,160만원 = $[10,000(\text{기존 판매가격}) \times (1 - 0.15(\text{기존 수수료율})) - 9,000(\text{행사 판매가격}) \times (1 - 0.12(\text{행사 수수료율}))] \times 20,000$

⇒ 납품업체의 부담비율이 50%를 초과했으므로 위법함

⇒ 납품업자의 부담비율이 50%이하가 되려면, 대규모유통업자가 위 2,000만원 중 1,000만원이하를 부담하여야 하므로, 행사수수료율은 $[10,000(\text{기존 판매가격}) \times (1 - 0.15(\text{기존 수수료율})) - 9,000(\text{행사 판매가격}) \times (1 - X(\text{행사 수수료율}))] \times 20,000 = 1,000$ 만원이 되는 11.1%이하가 되어야 함

⇒ 만약 가격할인이 20%라면, 전체 판촉비용은 4,000만원이고, 납품업자의 부담비율이 50% 이하가 되려면, 대규모유통업자가 위 4,000만원 중 2,000만원이하를 부담하여야 하므로, 행사수수료율은 $[10,000(\text{기존 판매가격}) \times (1 - 0.15(\text{기존 수수료율})) - 8,000(\text{행사 판매가격}) \times (1 - X(\text{행사 수수료율}))] \times 20,000 = 2,000$ 만원이 되는 6.25%이하가 되어야 함(즉, 기존 수수료 15% 대비 약 41.5%수준이 됨)

문제의식: 기존 판매수수료율 중 제반 유통비용을 제외한 대규모유통업자의 이익은 판매수수료율의 어느 정도 비율일지? 이를 고려할 때, 해당 상품에 대한 가격할인 행사는 (다른 고려사항 없음을 전제로 할 때) 경제적으로 이루어질 가능성이 있는지?

II. (여러 자료를 통해 알려진) 대형마트⁵⁾의 추정 매출이익율, 영업이익율 등에 기초한 예시적 분석)

1. 오프라인 대규모유통업자 중 대형마트의 마진 구조

- ✓ 대형마트 유통업자의 마진율은 약 30% 수준: 대형마트의 판매수수료율(특약매입, 임대차)은 약 22% 수준이므로,⁶⁾ 직매입을 포함할 경우에는⁷⁾ 이보다 높은 수치가 될 것임
- ✓ 대형마트 유통업자의 영업이익률 평균은 약 4.4%⁸⁾: 이는 매출이익에서 대형

4) 판매수수료율은 위수탁거래에서의 위탁판매수수료, 특약매입거래에서의 정률의 판매수익을 의미하는 것으로 생각된다.

5) 심사지침은 오프라인 대규모유통업자에 대해서는 적용되지 않는 것으로 보인다. 다만, 예를 들어 설명하는 차원에서 자료 입수가 용이한 대형마트를 예시로 활용한다.

6) 공정거래위원회 2018년 판매수수료율 공개 보도자료 참조.

7) 직매입은 상품 매입 이후 모든 위험을 유통업자가 부담하므로 마진율도 특약매입·임대차 대비 상대적으로 높을 것으로 추정된다.

8) 한국소비자단체협의회 물가감시센터, 2019. 2. 11.자 보도자료 참조

마트 업체가 각종 판매관리비 등 비용으로 부담하는 비용을 공제한 수치임

[가정 사례]: 편의상 유통업자의 마진율을 30%, 영업이익률을 5%로 가정, 납품가격이 1만원인 상품(P)의 경우,

- (i) 유통업자는 납품업자에게 상품(P)에 대해 1만원을 지급함
- (ii) 소비자에게 상품(P)를 1만 3,000원에 판매함
- (iii) 유통업자는 2,350원을 각종 비용으로 지출하고 650원이 순이익을 얻음
(아래 그림 1 참고)

[그림 1] 판매가 13,000원 상품의 마진 구조(예시)



2. 판매가격 할인 가능성에 대한 예시적 분석과 납품가격 인하의 문제

- ✓ P가 매월 10개 팔린다고 가정하면 유통업자는 P를 판매하여 월간 6,500원의 이익을 얻음 → 유통업자가 P에 대해 가격할인 행사를 실시할 유인이 있으려면 (예컨대, 최소한 기존 이익의 규모가 유지되어야 한다고 가정하면) 가격할인 행사를 통해 최소한 6,500원 이상의 이익이 발생해야 함(물론 가격인하 상품을 고객유인 상품으로 하고 고객들의 다른 (비할인)상품 구매를 유도하는 형태도 있을 것이나, 분석을 단순화함)
- ✓ 유통업자가 상품(P)의 소비자 판매가격을 5% 인하하면 개당 순이익은 0원으로 줄어들기 때문에, 납품단가가 그대로인 상태에서 유통업자가 모든 마진을 포기하면서 할 수 있는 최대한의 판매가격 인하는 결국 해당 제품에 대한 영업이익 수준인 5%일 것임
- ✓ 납품업자가 납품가격을 인하하는 형태로 소비자 판매가격 인하 분의 50%를 부담한다면, 유통업자가 모든 마진을 포기하면서 할 수 있는 최대한의 판매가격 인하는 결국 해당 제품에 대한 영업이익 수준인 5% + 납품업자가 부담하는 5%를 합한 10%일 것임. 다만, 이 경우 유통업자는 종전에는 월에 6,500원의 이익이 발생하였는데,

소비자 판매가격을 10% 인하하면 이익이 오히려 0원으로 감소하므로, 소비자 판매가격을 인하할 이유가 없을 것임

- ✓ 유통업자와 납품업자가 소비자 판매가격 인하 분의 50%를 각각 부담하여, 예컨대, 4%의 판매가격 인하(가정사례 기준 판매가격을 12,480원으로 인하)을 하면 유통업자의 해당 순이익은 390원(12,480-9,740-2,350)으로 줄어들기 때문에⁹⁾ 판매 물량이 약 1.67배 증가해야 기존 이익 6,500원이 유지됨. 4% 판매가격 인하로 판매 물량이 67% 증가할 것으로 예상되지 않는다면 판매가격을 인하하는 것은 (유통업자에게) 경제적으로 합리적인 선택이 아님(판매가격 인하를 할 이유가 없음)
- ✓ 이와 같이 판매가격 인하가 매출증대 효과를 가져올 것으로 예상되어 소비자 판매가격을 인하하고자 하는 경우에도, 기존 판매량에 기초한 이익규모를 최소한 유지할만한 판매량의 급격한 증대가 이루어져야 소비자 판매가격 인하가 이루어질 것임
- ✓ 예컨대 P에 대해 10% 가격할인행사를 실시하여 매출이 20% 증가한다고 가정하면, 유통업자의 입장에서는 납품가격이 약 8,808원이 되어야 기존과 동일한 규모의 순이익을 얻게 되므로 가격할인행사를 실시할 유인이 있을 것임¹⁰⁾. 만약 P에 대해 10% 가격할인행사를 실시하여 매출이 100% 증가(즉, 매출이 2배로 됨)한다고 가정하면, 납품가격이 9,025원이 되어야 기존과 동일한 규모의 순이익을 얻게 됨. 즉, 납품가격이 9,025원이 되고, 매출이 2배가 되는 두 조건이 모두 충족되어야 이익의 규모가 종전과 동일한 수준이 됨. 그런데, 심사지침에 의하면, 납품가격은 소비자 판매가격 인하 분의 50%인 650원, 즉 납품가격은 9,350원이 인하를 할 수 있는 최대 한도인바, 유통업자의 해당 상품의 영업이익율이 5%라면, 10%의 판매가격 인하를 통해 판매량이 아무리 증가해도 상품당 이익이 0원이므로, 판매에 수반하는 각종 비용(2,350원) 자체가 하락하지 않는 한 유통업자의 이익은 발생하지 않게 됨(즉, 기존 이익 조차도 없어지게 됨)

3. 심사지침에 의한 경우의 상황

- ✓ 유통업자가 심사지침에 따라 판촉비용분담 기준(50:50)을 준수하려면 위 사례에서 납품단가는 해당 650원까지만 인하될 수 있으므로 나머지 650원은 유통업자가 부담해야 하는데, 앞서 본 것처럼 위 가정사례에서 유통업자의 순이익은 650원이므로 유통업자가 650원을 부담하게 되면 순이익은 0이 됨 → 심사지침에 따른 경우 위와 같

9) 유통업의 속성상 판매 물량이 현저히 늘어나지 않는 한, 판매에 수반하는 각종 비용에는 큰 변동이 없다는 점을 고려하여 제반 지출 비용(위 2,350원)은 동일한 것으로 가정합니다. 다만 판매 물량이 현저히 늘어난다면 위 비용은 하락할 것이다.

10) $(11,700원 - x원 - 2,350원) \times 12개 = 6,500원$ 에서 x 는 약 8,808임

이 기존 이익 규모를 모두 포기하더라도 애초 10% 이상의 가격할인행사는 도저히 실시할 수 없게 됨

[그림 2] 10% 가격할인을 하는 경우 심사지침에 따른 비용 구조



cf. 5% 가격할인행사를 실시한다고 가정하더라도, 심사지침에 의하면 납품단가는 개당 325원까지만 인하될 수 있는데, 이 경우 유통업자가 종래와 동일한 순이익을 얻으려면 판매물량이 2배가 되어야 함 → 5% 수준의 가격할인행사로 판매물량이 2배가 될 것인지 의문임. 구체적인 실태조사가 필요할 것이며, 상품마다 판매량 증가의 정도 등도 상이할 것임

- ✓ 결국, 심사지침에 의할 경우 유통업자가 판촉비용분담 기준을 준수하려면 가격할인행사의 실시는 사실상 불가능할 가능성이 있음¹¹⁾ → 이러한 결과는 소비자가 판매가격 인하의 혜택을 받지 못하게 되는 결과로 귀결될 수 있음

Ⅲ. 기존 정상 판매가격의 의미와 문제점

1. 기존 (정상) 판매가격의 의미:

- ✓ 심사지침은 가격할인 판매촉진행사의 경우 기존 (정상) 판매가격과 행사(할인) 판매가격간의 차이에 해당하는 금액을 기준으로 납품업자 부담액을 산정하도록 하면서 기존 (정상) 판매가격에 대해 아래와 같이 설명, 기술하고 있음

기존 (정상) 판매가격이란 할인을 산정의 기준이 되는 가격으로서 해당 판매촉진행사가 이루어지는 기간 동안 소비자가 행사(할인) 판매가격과 구분하여 기존 (정상)

11) 이처럼 심사지침을 준수하면서 가격할인행사를 실시하려면 판매물량이 획기적으로 증가해야 하므로, 유통업자가 가격할인행사를 실시하더라도 이는 판매물량 증가 가능성이 높은 유명 상품에 집중될 것이고 상대적으로 판매량 증가 가능성을 단정하기 어려운 중소 납품업자의 상품에 대해서는 더욱 가격할인행사가 실시되기 어려워질 수도 있을 것이다.

판매가격으로 인식하고 있는 가격 수준을 의미한다. 종전 거래가격이나 시가, 또는 행사(할인) 가격이 적용되지 않는 판매분에 적용되는 가격 등이 이에 해당된다.

- ✓ 납품업자 부담액은 다음과 같은 방법으로 산정하고, 이렇게 산정된 납품업자 부담액이 원칙적으로 위 ‘판촉비용’의 50%를 초과하지 못하도록 규정함

‘가격할인 행사’의 경우, 행사를 이유로 낮은 납품단가가 적용된 때에는 판매촉진비용 부담에 대한 다른 약정사항이 없는 한 기존(정상) 납품단가와 행사(할인) 납품단가 간의 차이에 해당하는 금액에 행사를 통해 소비자에게 판매된 수량을 곱한 값을 근거로 납품업자 부담액이 산정되어야 할 것이다.

2. 심사지침의 기존 (정상) 판매가격의 설명 내용의 문제점

- ✓ 심사지침이 말하는 “기존 정상 판매가격”이 무엇을 의미하는지 및 그 이유를 명확히 하는 것이 필요함
- ✓ 기존 (정상) 판매가격은 개념적으로 해당 시점에서의 해당 상품의 시장경쟁가격이 되어야 할 것임
- ✓ 심사지침은 기존 (정상) 판매가격을 “할인을 산정의 기준이 되는 가격으로서 해당 판매촉진행사가 이루어지는 기간 동안 소비자가 행사(할인) 판매가격과 구분하여 기존 (정상) 판매가격으로 인식하고 있는 가격 수준을 의미한다. 종전 거래가격(A)이나 시가(B), 또는 행사(할인) 가격이 적용되지 않는 판매분에 적용되는 가격(C) 등이 이에 해당된다”고 기술하고 있음
- ✓ 심사지침에 의하면, 특정 상품(P)에 대한 (가격할인 전) 종전 거래가격(A), 시가(B), 또는 행사(할인) 가격이 적용되지 않는 판매분에 적용되는 가격(C) 등이 기존 (정상) 판매가격에 해당할 수 있는데, 이 A, B, C 가격이 각기 다를 수 있으므로, 이 경우 A, B, C 중 어떤 것이 기존 (정상) 판매가격인지를 정할 수 있는 “기준”을 제시해 주어야 함
- ✓ 이러한 기준을 제시하지 않는 규정 형태는 규범의 규정형태로서는 적절하지 않음. 왜냐하면 실제 필요한 곳에서 아무런 역할을 하지 못하기 때문임. 따라서, “기존 (정상) 판매가격” 또는 “기존 (정상) 납품가격”이 무엇인지, 구체적으로는 시장경쟁가격인지 여부에 대해 명확하게 입장을 밝히는 것이 필요함
- ✓ 그런데, 아래에서 자세하게 살펴보겠지만, 기존 소비자 판매가격이 시장경쟁가격이라는 아무런 보장이 없고, 오히려 기존 공급된 제품 중 상당한 재고가 발생하였다면 기존 소비자 판매가격(또는 납품업자의 유통업자에 대한 공급가격)은 시장경쟁

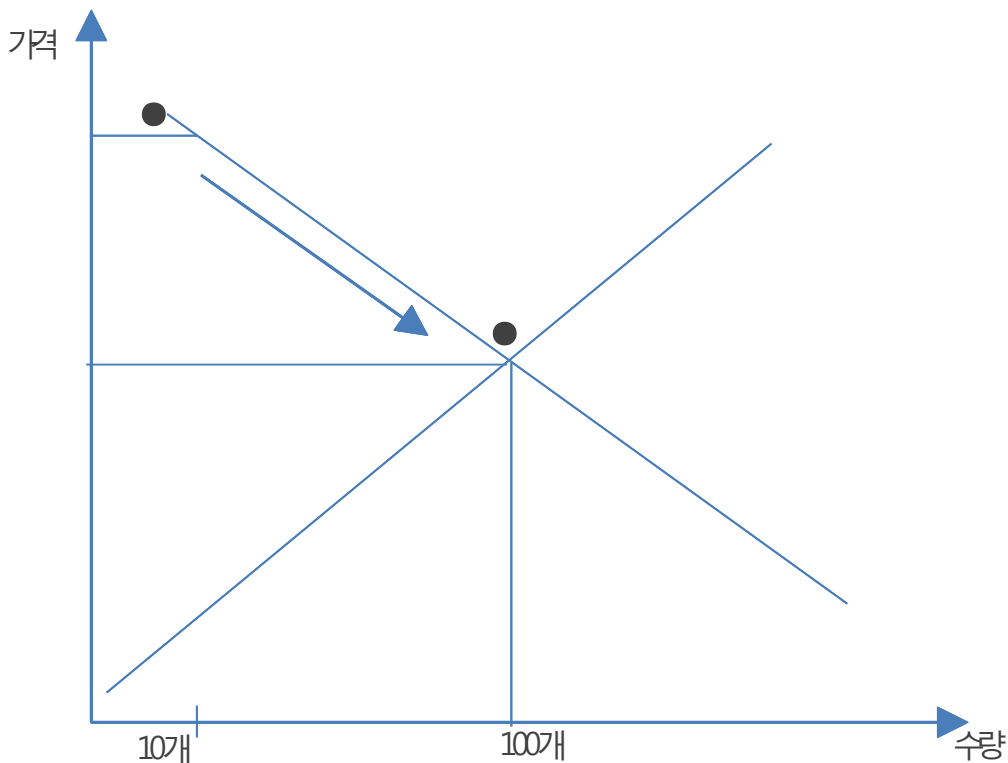
가격보다 높은 가격이었을 가능성이 매우 큼. 따라서, 이를 시장경쟁가격으로 전제하는 것은 그 전제, 시작점부터가 잘못된 경우에 해당할 수 있음

- ✓ 즉, 심사지침처럼 규정하기 위해서는 기존 판매가격과 기존 공급가격이 시장경쟁가격이어야 할 것인데, 그럴 것이라는 어떠한 보장도 없고, 오히려 (가격할인이나 가격인하가 이루어졌다는 점을 보면) 그렇지 않을 가능성이 더 클 것임
- ✓ 그렇다면 결국 해당 상품의 제조업자와 유통업자간 공급거래에서의 시가(시장경쟁가격), 해당 상품의 유통업자와 소비자간 거래에서의 시가를 찾는 과정이 필요한데, 이는 어려운 작업임(이러한 시가를 확정된 후에 이러한 시가 대비 공급가격의 추가적인 인하 부분을 확정하고 이를 납품업자의 추가적인 부담으로 보아야 할 것임)
- ✓ 특히 예컨대, 대형마트의 경우 식품 매출이 56%(2018년 유통물류 통계 117~118페이지)에 달하는데, 그 중에서도 신선식품의 경우 산지 출하 상황에 따라서 매일매일 판매가격 및 공급가격이 달라지며, 정도의 차이가 있지만 다른 식품품의 경우에도 판매가격 및 공급가격이 빈번하게 변동함. 그리고 그 변동폭도 상당할 수 있음
- ✓ 심사지침은 가격 할인행사 이전에 판매된 가격이 정상 판매가격이라는 전제하에 행사(할인)가격과의 차액에 판매수량을 곱한 금액을 판매촉진비용으로 보고, 행사 전후 납품단가 간 차액에 판매수량을 곱한 금액을 납품업자의 추가 부담으로 보고 있는 것처럼 보이는데, 앞서 살펴본 제반 쟁점에 대한 세밀한 검토 없이, 기존 판매가격, 기존 공급가격이 각 소비자 판매시장, 납품업자의 유통업자에 대한 공급시장에서의 경쟁가격이라는 (아무런 근거가 없는) 가정과 전제 하에 거래를 통해 발생하는 부가가치의 제조업자, 유통업자 간 배분에 심대한 영향을 미치는 규제를 할 경우, 법집행 기관의 재량이나 막연한 판단에 따라 산업 간의 부가가치의 배분에 교란이 발생하고, 범위반여부도 달라질 수 있게 되어, 법적 안정성이 크게 떨어지는 결과가 될 수 있고, 소비자의 후생에도 영향을 줄 위험이 있을 수 있음
- ✓ 이하에서는 기존 판매가격이나 공급가격이 그 이후 거래에 대한 시장경쟁가격(정상가격)으로 보기 어려운 대표적인 경우들을 살펴보고자 함

IV. 상품의 소비자 판매가격과 (납품업체-유통업체간) 공급가격은 예상보다 낮은 수요(판매), 공급수량, 경쟁상품의 출시나 가격인하, 전반적인 수요 감소 등의 시장경쟁상황 등에 영향을 받는 것이므로 기존 (정상) 공급가격 또는 현재의 정상 공급가격을 찾아감에 있어서는 판매 수준, 공급수량 변동, 시장경쟁상황에 따른 조정 필요성도 합리적으로 고려되어야 함

1. 판매 미진 상품의 기존 판매가격, 공급가격이 시장경쟁가격인지 여부

- ✓ 위 가정사례에서 유통업자가 납품업자로부터 P상품을 10,000원에 100개를 납품 받아, 13,000원에 판매하였는데, 이중 10개만 판매되었다고 가정하는 경우, P상품의 시장경쟁가격은 얼마인지가 문제됨
- ✓ P상품이 매우 일부만 팔리는 또는 대부분 팔리지 않는 13,000원은 ‘유통업자 - 소비자간’ 거래시장에서의 시장경쟁가격이 아닐 것임. 또한 위 13,000원이 ‘유통업자 - 소비자간’ 거래시장에서의 시장경쟁가격이 아니라면 10,000원은 ‘납품업자 - 유통업자간’ 거래시장에서 시장경쟁가격이 아닐 것임(왜냐하면 그 가격으로는 P상품이 팔리지 않으므로, 유통업자는 10,000원으로는 더 이상 납품업자로부터 P상품을 구매하지 않을 것임. 결국 P상품이 대부분 팔릴 수 있는 가격까지 P상품의 소비자 판매가격이 조정되어야 할 것이고, 그에 맞춰 납품가격도 조정되어야 할 것임)
- ✓ P제품이 13,000원에서 10개 밖에 팔리지 않았다는 것은 그 가격에서 수요는 10개인데, 공급은 100개인 경우에 해당함
- ✓ 이 경우 유통업자는 P상품이 대부분 팔리는 수준까지 판매 가격을 인하해야 하고(이 가격이 시장의 P상품에 대한 시장경쟁가격일 것임), 납품업자는 유통업자에게 공급하는 가격을 그에 맞추어 낮추어야 할 것임



- ✓ 이러한 조정 후의 가격들이 P상품에 대한 제조자-유통업자, 유통업자-소비자 거래시장에서의 시장경쟁가격일 것임. 그 가격이 얼마인지는 상품의 수요곡선 등에 따라 다르게 될 것임. 그리고 이러한 (제조자-유통업자 사이의) 공급가격의 조정은 시장경쟁가격을 찾아가는 과정이고, 유통업자가 이러한 시장경쟁가격으로 제품을 공급받는 것은 아무런 문제가 없다고 할 것임
- ✓ 이렇게 시장경쟁가격을 찾아가는 거래를 하는 것에 대해 경우, 인위적으로 개입하는 것은 적절하지 않은, 과도한 개입일 것임
- ✓ 이 사안에서, 납품업자와 제조업자가 P상품의 경쟁 소비자 판매가격이 11,700원 정도라고 보고, P상품에 대한 공급가격 또한 10,000원에서 9,000원(유통업자의 매출마진이 30% 정도 되는 수준의 공급가격)으로 인하하는 것은 아무런 문제가 없는, 정상적인 거래일 것임. 이후 납품업자와 유통업자가 상호 합의로 소비자 판매가격을 200원 정도 더 낮추는 판촉행사를 하기로 하고, 그 비용 200원을 반분하여, 100원씩 부담하는 형태로 판촉행사를 하는 경우를 가정하면, 전자는 시장경쟁가격을 찾아가는 과정에서 이루어진 소비자 판매가격의 조정과 공급가격의 조정이고, 후자는 가격인하 판촉행사라는 것을 쉽게 이해할 수 있음
- ✓ 공정위도 이러한 부분을 고려하여, ‘가격할인 행사’와 관련하여 모든 상품 판매가격의 변동이 심사지침의 적용을 받는 판매촉진행사에 해당한다고 보기는 어려울 것이라라고 하고 있는 것으로 보임
- ✓ 그렇지만, 문제는 외견상 가격할인 판촉행사로 보이는 행위에는 위 두 가지(시장경쟁가격을 찾아가는 과정에서 이루어진 소비자 판매가격의 조정 및 공급가격의 조정과, 가격인하 판촉행사)가 혼재되어 있다는 것임

2. 거래물량 증감에 따른 공급가격의 조정이 납품업자의 추가적인 부담인지

- ✓ 납품단가는 거래 물량에 따라 크게 달라질 수 있으므로 거래 물량에 상당한 변동이 있는 경우, 기존 (정상) 공급가격을 변동된 물량에 대한 정상 공급가격으로 바로 보기는 어려우며 이런 경우에는 조정 과정이 필요함. 이러한 필요성은 내부거래의 지원행위 여부 판단 기준 정상가격을 확정하는 것과 관련하여 법원에서 구체적으로 법리를 제시한 바 있음
- ✓ 상품, 용역 등 재화의 거래에서는 거래 물량이 증가할수록 단위당 가격이 낮아지는 것이 일반적 내지 통상적인바(소위 ‘규모의 경제’ 또는 ‘Volume Discount’: 이는 개별 수요 곡선이 우하향하는 점을 보더라도 그러함),¹²⁾ 규모의 경제는 거래 물량 자체

12) 대규모 거래 자체가 경제적으로 유리할 수 있다는 점은 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 제23조 제1항 제7호 가목이 ‘물량몰아주기’ 형태의 부당지원 행위를 규제하는 점만 보아도 의문의 여지가 없다.

뿐만 아니라 당사자가 처한 경제상황에 따라서 개별적·구체적으로 다르게 나타나게 됨

- ✓ 거래 물량이 큰 경우, 단위당 원가나 비용이 감소할 수 있어 공급가격이 낮아질 수 있고, 이외에도 납품업자가 오래된 재고와 같은 특정 상품을 일거에 소진하기 위해 낮은 가격으로 납품하고자 할 수도 있고, 납품업자가 자금 마련을 위해 대량 매입에 대해 인센티브를 줄 수도 있음
- ✓ 따라서, 대규모유통업자가 상품을 기존 대비 대량으로 매입하는 것과 관련하여 그에 따른 공급가격의 인하 부분은 납품업자의 추가적인 부담이라고 볼 수 없을 것임
- ✓ 이 경우 기존 공급가격이 가사 경쟁 공급가격이라고 하더라도 이를 물량이 증가된 거래의 경쟁 공급가격으로 바로 볼 수는 없고, 기존 공급가격을 합리적으로 조정하여 물량이 증가된 거래의 경쟁 공급가격을 찾는 과정이 필요할 것임.
- ✓ 이러한 조정을 하지 않는 경우 대량 구매에 따른 가격인하가 납품업자의 추가적인 부담인 것처럼 되는 오해가 발생할 수 있음
- ✓ 이는 앞서 살펴본 기존 물량(이때의 공급가격은 A, 이때의 판매가격은 X라고 함) 대비 대량구매를 하면서 대량구매 물량을 고려한 경쟁 공급가격(대량구매가격 B, 이때의 가상의 판매가격은 Y라고 함)으로 공급거래를 하고, 이후 상호 합의로 추가적인 판매가격 할인(할인후 판매가격은 Z라고함) 판촉행사를 하는 형태(이 경우 Z-Y의 차액은 납품업자와 유통업자가 각 50%씩 부담)로 구분하여 생각해 보면 쉽게 이해되는 결과임. 전자는 대량구매에 따른 공급가격의 조정이고, 후자는 가격인하 판촉행사라는 것을 쉽게 이해할 수 있음

3. 경쟁상품의 출시, 경쟁상품의 가격인하, 시장 전체적인 수요의 감소 등에 따른 상품의 공급가격의 조정

- ✓ 어떠한 상품의 소비자 판매가격이나 공급가격은 해당 상품과 경쟁하는 상품의 출시, 경쟁상품의 공급가격 인하, 시장전체적인 수요 감소 등에 따라서도 변동될 수 있음. 즉, 해당 상품과 경쟁하는 상품의 출시, 경쟁상품의 가격인하, 시장전체적인 수요 감소 등은 해당 상품의 경쟁 판매가격, 경쟁 공급가격에 영향을 미치는 요소임
- ✓ 따라서, 이러한 사항이 발생하여 거래 당사자가 소비자 판매가격이나 공급가격을 조정하는 것 역시 경쟁 가격을 찾아가거나 조정하는 과정이며, 이러한 가격 조정을 납품업자의 추가적인 부담으로 볼 수 없음

4. 모든 상품 판매가격의 변동이 심사지침의 적용을 받는 판매촉진행사에 해당한다고 보기는 어려울 것이다라는 심사지침의 내용에 대한 발표자의 이해

- ✓ 공정위도 앞서 살펴본, 제반 측면을 고려하여, ‘가격할인 행사와 관련하여 모든 상품 판매가격의 변동이 심사지침의 적용을 받는 판매촉진행사에 해당한다고 보기는 어려울 것이다’라고 설명하고 있는 것으로 (개인적으로) 이해하고 있음
- ✓ 그렇지만, 문제는 외견상 가격할인 판촉행사와 그와 관련한 공급가격의 조정으로 보이는 거래행위에는 위 두 가지(시장경쟁가격을 찾아가는 과정에서 이루어진 소비자 판매가격 및 공급가격의 조정과, 가격인하 판촉행사)가 혼재되어 있다는 것임
- ✓ 나아가, 현재 유통시장은 시장 경쟁상황, 해당 상품의 구매주기, 마케팅 기법 등의 측면에서 P상품의 소비자 판매가격 및 공급가격을 상대적으로 (시장경쟁가격 대비) 높은 시기(이에 따라 소비자 구매물량이 적은 시기), 상대적으로(시장경쟁가격 대비) 낮은 시기(이에 따라 소비자 구매를 많이 유도하는 시기) 등으로 구분하여 가격 정책을 운용하거나 일정기간을 상대적으로(시장경쟁가격 대비) 낮은 시기(이에 따라 소비자 구매를 많이 유도하는 시기)로 설정하고 많은 구매를 유도하는 행위를 하고 있을 가능성이 있다는 것이며, 이러한 제반 사정을 고려하여, 납품업자들도 공급가격 등을 책정하고 있는 것으로 보인다는 점임. 그렇다면, 이러한 가격정책이나 유통방식 등을 금지할 필요가 있는지, 그리고 이러한 가격정책이나 유통방식 등을 금지한다면 그 대상과 방법을 어떻게 할 것인지는 깊은 검토가 필요한 사항이라는 점임
- ✓ 예컨대, 대형마트 등 오프라인 유통업자는 통상 납품업자(특히 공산품의 납품업자)와 연간 판촉행사 계획을 사전에 공유하는 것으로 보이는바¹³⁾, 공산품의 납품업자는 가격할인 시기와 그렇지 않은 경우의 매출 비중 등과 각 시점에서의 마진 수준 등을 예상하고 납품가격을 종합적으로 결정하는 것으로 보임
- ✓ 경우에 따라 납품업자는 소비자 권장가격을 높게 설정한 후 높은(예: 30~50%) 가격할인을 전략으로 활용하는 경우도 다수 존재하는 것으로 보임. 이러한 상품의 경우 향후의 행사 기간 동안의 소비자 판매가격과 납품가격을 고려하여 기존 납품가격을 상대적으로 높게 정하게 되는데, 이러한 사정을 무시하고 단가 차액 전체를 판촉행사에 소요되는 비용으로 간주하게 되면 문제가 발생할 수 있음.
- ✓ 실례로 조사한 사례에 의하면, A사가 대형마트에게 2018년 납품한 모 샴푸 상품의 경우 연중 70일의 가격할인 기간을 위한 납품가격은 4,948원¹⁴⁾, 비할인(연중 295일) 기

13) 유통업자와 납품업자간 거래는 대부분은 자동갱신을 통해 2년 이상의 상당한 기간 동안 지속되고 있다는 점에서도 납품업자들이 유통업자의 연간 판촉활동 계획을 잘 알고 있는 측면도 있음

14) 상반기에는 4,948원이었고, 하반기에는 5,920원, 4,353원이었음(평균 5,091원)

간의 납품가격은 12,840원이었고, 365일 중 19%에 해당하는 70일의 행사기간 동안 전체 수량의 34%가 판매되었음. 납품업자들은 경험이나 판매분석 등에 기초하여 이러한 판매 비중을 예상하고 연중 할인/비할인가간에 적용될 납품가격을 이분화한 것으로 보임. 이러한 경우, 가격할인 행사에서 판촉행사를 위해 종전 납품가격의 60%를 초과하는 7,892원에 달하는 판촉비용을 납품업자가 부담하였다고 보기는 어려움

- ✓ 이러한 점은 현재 유통의 실제 상황을 보면 알 수 있음

V. 현재 가격인하 또는 가격할인 등의 실체는 어떠한지 및 예상되는 부작용

1. 현재 상황은 어떠한지

- ✓ 지금 이 순간에도 예컨대, 대형마트의 카테고리 별 매출비중¹⁵⁾ 1순위인 식품(2017년 기준 56.2%)이나 3순위인 가전생활용품(14.7%), 가전문화용품(15.8%) 등의 경우, 다양한 형태의 판매가격 인하, 가격할인이 이루어지고 있을 것으로 추정됨. 이는 대부분의 유통채널에서 유사할 것으로 판단됨
- ✓ 가격인하 할인 수준이나 규모가 10%를 넘는 경우도 많을 것으로 보임(이 부분은 실태조사 등이 필요할 것임). 그 가격인하 시기의 매출 규모나 비중은 상대적으로 높을 것으로 보임(예컨대, 일정기간의 특정 제품에 대한 매출규모가 다른 기간 대비 상당히 높을 수도 있음)
- ✓ 그리고 많은 경우, 판매가격의 일시적 조정이나 가격할인의 상당 부분이 공급가격(납품가격) 인하를 통해 이루어지고 있을 가능성도 있는 것으로 보임
- ✓ 그리고 이러한 상황에서의 대형마트 3사와 생활용품, 식료품 분야 주요 납품업자 22개¹⁶⁾ 기업의 경영현황을 살펴보면, 유통업자인 대형마트의 영업이익률 평균은 약 4.4%이고, 위 22개 생활용품, 식료품 분야 주요 납품업체의 2018년 평균영업이익은 6.38%임
- ✓ 공정위 논리라면, 대규모유통업체가 납품업체에게 가격인하에 따른 부담을 납품가격 인하 형태로 전가하는 경우가 많다는 것인데, 그 상황에서 대규모유통업체(지위를 남

15) 2018 유통물류 통계집에 의하면, 대형마트 주요 3사 기준으로 카테고리별 매출비중을 보면, 가전과 문화가 15.8%, 의류가 4.7%, 가정과 생활이 14.7%, 스포츠 2.2%, 잡화 6.4%, 식품 56.2%의 매출비중을 차지하는 것으로 되어 있다

16) CJ제일제당, LG생활건강, 오뚜기, 대상, 농심, 롯데푸드, 동원에프앤비, 삼양사, 롯데제과, 하이트진로, 오비맥주, 동서식품, 유한킴벌리, 모나리자, 대한제당, 남양유업, 삼립식품, 코카콜라음료, 한국야구르트, 빙그레, 피죤, 하림

용하여 가격할인에 따른 부담을 전가하고 있는 것으로 의심되는 자)는 예컨대, 약 4.4%¹⁷⁾의 영업이익을 시현하고 있고, 그 주요 거래상대방들(유통업체의 비용부담 전가행위로 피해를 입고 있다고 주장되는 자)은 그보다 높은 6.38%의 이익을 시현하고 있는 상황임(물론 중견기업 규모의 주요 납품업체, 중소기업 규모의 주요 납품업체들의 영업이익 평균 등에 대한 확인 및 그 비교도 당연히 필요할 것임)

2. 심사지침을 광범위하게 적용하는 경우의 부작용

- ✓ 그렇다면, 예컨대, 대형마트 3사와 생활용품, 식료품 분야 주요 납품업자 22개 기업 간 거래품목에 대해 가격할인을 함에 있어 그 이전 소비자 판매가격과 인하 또는 할인된 소비자 판매가격의 차이에 대해 이제부터는 반반씩을 부담하라고 하면(즉, 납품가격의 인하 부분은 위 차이의 50%이내로 하라고 한다면), 대형마트들과 위 기업들 간 거래품목에 있어 발생하는 이익의 배분구조는 현재보다 위 22개 기업에게 (현저하게) 유리하게 될 것이며, 그 해당 품목의 대형마트 이익율은 현저히 낮아지고, 제조기업들의 이익율은 현저히 높아질 것임
- ✓ 이렇게 하여야 할 이유가 무엇인지가 궁금함
- ✓ 이 경우 대형마트는 자신의 최소한의 영업이익 등을 유지하기 위하여 상대적으로 규모가 작은 납품업체들로부터 공급받는 상품들의 납품가격을 인하하거나(경우에 따라서는 거래처를 변경하는 형태를 통해), 소비자 판매가격을 인상하는 형태로 내몰릴 가능성은 없는지가 문제됨
- ✓ 그럴 가능성이 있다면 이러한 결과는 중소 납품업자를 보호한다는 법의 목적과는 사실상 반대의 결과를 초래한 것이 됨

VI. 판매촉진비용의 실질적 확정 방법과 현재 방식의 위험성

1. 위 논의를 종합하면, 단순히 기존 소비자 판매가격(또는 그 시점의 공급가격)과 판매가격 인하 시기의 소비자 판매가격(그 시점의 공급가격)의 차액 전부를 판촉 비용으로 볼 수는 없고, 판매가격 인하의 이유(판매 미진 등인지 여부), 공급 물량 의 변동 여부, 시장상황의 변동 등 공급가격 또는 판매가격에 영향을 미칠 수 있는 사항들을 반영한 경쟁 공급가격과 판매가격을 찾은 후 이를 기초로 전체 판촉비용 과 납품업자의 부담부분을 확정하는 것이 필요함

17) 대형마트 영업이익율 평균은 2018년에는 3.1%로 하락하였고, 2019년에는 적자도 예상되고 있다.

- ✓ 판매촉진비용은 ‘판매촉진행사에 소요되는 비용’이므로(법 제11조 제1항) 표시광고법상 ‘중전가격’과 같은 방식으로 판촉비용을 간주할 수 없고, 실제 판촉행사에 소요된 비용만이 법률이 규정한 판매촉진비용이 됨
- ✓ 앞서 본 바와 같은 제반 측면에서 기존 판매가격 및 공급가격과 가격 인하가 이루어진 시기 또는 그 인접 시기의 공급가격의 차액을 기준으로 판촉행사에 소요되는 전체 비용과 부담부분을 확정할 수는 없음
- ✓ 이 차이에는 애초 공급가격이 경쟁가격이 아니어서 경쟁가격으로 조정된 가격 변동 부분, 물량 증가나 시장상황 변동 등에 따라 공급단가가 조정될 부분 등이 포함되어 있을 수 있음
- ✓ 따라서 만연히 기존 판매가격 및 공급가격과, 가격 인하가 이루어진 시기 또는 그 인접 시기의 공급가격의 차액을 기준으로 판촉행사에 소요되는 비용과 부담부분을 분을 산정할 수 없음

2. 이상의 쟁점을 고려하지 않고, 단순한 방식으로 접근하는 경우에는 앞서 수치를 통해 살펴보았듯이, 가격인하 또는 할인 등이 감소하여 소비자의 후생을 감소시키거나 제조-유통 과정에서 발생하는 부가가치의 산업적 배분에 인위적으로 개입하여 오히려 부정적 효과를 초래하는 결과가 발생할 가능성도 배제하기 어려움

- ✓ 심사지침에 의한 판촉비용분담 규제가 시행될 경우, 소비자 판매가격의 인하 또는 할인의 실시가 사실상 현저하게 감소할 가능성을 배제하기 어려우며, 가격인하 또는 할인에 따라 앞서 본 것처럼 제조업자에게 배분되는 이익이나 부가가치가 현재보다 일정 수준 증가하는 효과가 발생할 가능성이 있음. 중래 유통업자에게 귀속되었던 이익 중 상당 부분이 납품업자에게 이전되는데, 앞서 살펴본 바와 같은 경영성과를 보여주는 상황에서 대규모 제조업체의 상품들과 관련하여 그 ‘제조 - 공급 - 유통과정’에서 발생하는 부가가치의 배분을 인위적으로 변경하여 유통업자에게 귀속되는 부분 중 상당 부분을 제조업체에게 이전해야 할 법적·정책적 근거는 찾기 어려움
- ✓ 특히 심사지침에 의하면 ‘고시’를 통하여 정부가 유통산업 전반의 이익배분 구조에 개입하는 결과가 초래되는데, 이는 대규모유통업법이나 판촉비용분담 규제의 입법 취지를 벗어나는 것으로 보임
- ✓ 또한 심사지침에 의하면 판매물량이 크게 증가해야 그나마 유통업자의 이익이 유지되므로 일반적으로 판매물량 증가가 크지 않을 것으로 보이는 중소 납품업자의 상품이 가격인하 또는 할인행사 대상에서 제외되어 중소 납품업자에게 오히려 결과적으로 불이익한 결과가 초래될 가능성도 있음

- ✓ 이러한 제반 사정인지는 알 수 없으나, 기존 실무상 '가격할인과 관련한 공급가격의 인하 등의 조정'은 판촉비용의 분담 문제로 보지 않아 왔음.¹⁸⁾ 이에 따라 가격인하 또는 할인 전후의 공급가격의 차액을 기준으로 판매촉진비용 부담에 관한 규제가 적용된 사례 또한 없음
- ✓ 공정거래법상 거래상지위남용 규정(불이익제공)을 적용하려면 “법률상 책임 있는 손해의 존재는 물론 그 범위(손해액)까지 명확하게 확정될 수 있어야” 하는데{불공정거래행위 심사지침 V. 6. 라. (나); 대법원 2002. 5. 31. 선고 2000두6213 판결 등}, 대규모유통업법상 ‘판촉비용 분담’의 전가(즉, 납품업자의 손해 발생)로 규제를 하는 경우에는 일반법에 해당하는 공정거래법상 거래상지위남용 규정과 동일, 유사하게 ‘납품업자의 손해’가 명확하게 확정될 수 있어야 하는 것으로 보아야 함¹⁹⁾
- ✓ 즉, 대규모유통업법은 납품업자가 부담한 판촉비용을 ‘기존 납품단가’와 ‘판촉 시점의 납품단가의 차이’를 기초로 산정한 금액으로 간주하는 규정을 두고 있지 않으므로 ‘실제 판촉행사에 소요된 비용 중 납품업자가 부담한 부분’은 ‘다른 원인에 따라 이루어질 것으로 판단되는 공급가격의 조정 등을 제외한, 판촉행사와 관련하여 납품업자가 추가로 부담한 부분에 한정하여 산정하는 방법’으로 이루어져야 함
- ✓ 특히, 만약 현재 ‘가격할인과 관련한 공급가격의 인하 등이 조정’이 이루어지고 있다면 현재 유통업체와 주요 대규모 생활 또는 식품 대기업 등의 경영성과와 부가가치 배분 구조를 볼 때, 이에 개입하여 유통기업에서 대규모 제조기업으로 방향으로 부가가치를 더 이전시키는 결과를 초래할 수도 있는 개입은 매우 위험해 보임
- ※ 이러한 점에서 심사지침에 대하여는 유통업자 뿐 아니라 납품업자에 대해서도 광범위한 의견 청취가 이루어지고, 학계, 실무 등과의 구체적인 논의와 토론이 이루어질 필요가 있다고 사료됨

3. 나아가, 현재 유통시장은 시장 경쟁상황, 해당 상품의 구매주기, 마케팅 기법 등의 측면에서 P상품의 소비자 판매가격 및 공급가격을 상대적으로 (시장경쟁가격 대비) 높은 시기(이에 따라 소비자 구매물량이 적은 시기), 상대적으로(시장경쟁가격 대비) 낮은 시기(이에 따라 소비자 구매를 많이 유도하는 시기) 등으로 구분하여 가격 정책을 운용하거나 일정기간을 상대적으로(시장경쟁가격 대비) 낮은 시기(이에 따라 소비자 구매를 많이 유도하는 시기)로 설정하고 많은 구매를 유도하는 행위를 하고

18) 예컨대 귀 위원회의 2018. 9. 27.자 “판매수수료율, TV홈쇼핑, 대형마트, 백화점, 온라인몰 순으로 높아” 보도자료에 의하면, 귀 위원회가 단가 차이를 ‘납품업자가 부담하는 판촉비용’으로 인식하지 않음을 알 수 있다(이는 2017. 12. 27.자 판매수수료율 공개 보도자료의 경우도 동일하다).

19) 대규모유통업법은 납품업자가 부담한 판촉비용을 ‘기존 납품단가’로 간주하는 규정을 두고 있지 않으므로 ‘실제 판촉행사에 소요된 비용 중 납품업자가 부담한 부분’은 다른 방법으로 확정될 수 있어야 한다.

있을 가능성이 있다는 것이며, 이러한 제반 사정을 고려하여, 납품업자들도 공급 가격 등을 책정하고 있는 것으로 보인다는 점임. 그렇다면, 이러한 가격정책이나 유통방식 등을 금지할 필요가 있는지, 그리고 이러한 가격정책이나 유통방식 등을 금지한다면 그 대상과 방법을 어떻게 할 것인지는 깊은 검토가 필요한 사항이라는 점임

VII. 대규모유통업법의 서면주의에서 가격과 수량이 필수적 기재사항이 아닌 이유와 하도급법과의 차이의 이해

1. 하도급거래와 유통거래의 본질적 차이

- ✓ 하도급거래는 용역을 제공하는 도급거래이므로, 통상 수탁자가 수행할 업무의 내용(물량, 수량 등)이 사전에 정해지고, 그 업무 수행에 대한 대가도 사전에 정해짐
- ✓ 반면, 유통거래(매입&판매, 즉 Resale)는 납품업체로부터 매입할 물량과 단가를 미리 정해서 계약할 수도 있고, 거래의 다른 사항들(거래기간, 대상 물건, 물건의 인도 장소 및 기한, 대금지급시기와 방법, 검사, 하자 처리 등)은 사전에 정하여 두고(일종의 기본계약), 공급할 수량과 단가는 개별적으로 합의하여 정하는 형태로 거래를 할 수도 있음.
- ✓ 위수탁거래는 본질적으로 용역을 제공하는 거래이므로, 그 용역대가(수수료)가 (정액이든, 정률이든) 사전에 정해지는 것이 통상임(특약매입거래는 이러한 점에서 위수탁거래와 유사한 것임). 임대차거래도 일정한 공간사용권을 제공하는 거래이므로, 그 면적, 임대, 기간 등의 본질적 내용은 사전에 정해지는 것이 통상적임
- ✓ ‘매입-판매’의 유통거래(Resale)에서 (납품업자로부터의) 매입가격이나 (소비자에 대한) 판매가격은 상품의 특성, 시장의 수요와 공급, 시장경쟁상황 등에 따라 변동이 심할 수도 있고, 변동이 상대적으로 심하지 않을 수도 있음. 시장상황이나 소비자 판매가격의 변동 가능성 등으로 인해 유통거래에서는 매입할 물량과 단가를 미리 정해서 계약하는 형태보다는 공급할 수량과 단가는 개별적으로 합의하여 정하는 형태로 거래를 할 가능성이 더 클 것임(장래의 가격이나 판매량 등의 예측이 어려운 사항에 대해 미리 결정을 하여야 하는 경우, 보수적 미래예측에 따라 위험프리미엄(단가 변동 가능성, 기간 별 판매량 및 재고 발생 가능성)을 높게 설정하게 되면 매입가격이 더 낮아지게 되어 납품업자가 불리해질 수 있음)
- ✓ 예컨대, 농수산물 등 신선식품은 매일매일 시세가 변동하는 등 일반적으로 변

동이 심하다고 볼 수 있을 것임. 일반 공산품은 수요-공급, 경쟁상품의 존재나 출시 여부, 시장선호 등에 따라 판매가격이 변하나 상대적으로 변동이 심하다고 보기는 어려울 것임. 패션의류나, 제품주기가 짧은 전자제품과 같은 시간의 흐름에 따라 가치가 낮아지는 상품²⁰⁾ 등의 경우는 변동성이 크다고 할 것임

☑ 다음은 실례로 조사된 행사 기간의 납품단가와 그 전/후 납품단가가 모두 다른 사례의 예시임

	상품	행사 전	행사 시	행사 후
A사	우유	2,834	2,477	2,620
B사	채소	1,050	770	1,260
C사	냉동면	5,336	4,418	5,339

2. 하도급법과 대규모유통업의 서면의 필수적 기재사항의 차이와 그 이유

- ✓ 이와 같은 하도급거래와 유통거래(resale)의 차이에 따라, 하도급법은 하도급대금과 위탁받은 것의 내용을 하도급거래서면의 필수적 기재사항으로 규정하고 있지만, 대규모유통업법에서는 상품대금이 필수적 기재사항이 아니고, 수량도 기재사항이 아닌 것으로 규정하고 있음(2018. 1. 9. 대규모유통업법시행령 개정(대통령령 제28580호: 시행일 2018. 1. 9.)을 통해 일정 수량의 상품을 납품 받는 계약의 경우 판매를 위하여 납품업자가 공급하거나 준비하는 상품의 수량이 필수적 기재사항으로 포함되었으나, 이는 모든 유통거래에서 거래수량을 기재하라는 취지는 아님)
- ✓ 이와 같이, 하도급거래와 달리, 유통거래에서의 공급가격은 확정된 것이 아니고 수요-공급, 시장상황 등에 밀접하게 연계되고 개별적으로 결정(합의)되므로 직전의 기존 납품가격을 그 이후의 납품가격으로 볼 수 없음
- ✓ 이러한 점에서 보면 심사지침은 기존 납품단가를 변동되지 않는 고정된 것으로 보거나 유통거래에서도 공급가격을 미리 정하고 거래를 하여야 하는 것이 정상적이거나 정당하다는 선형적 판단을 전제로 한 것은 아닌지 하는 의문도 있음

20) 처음부터 시간의 경과에 따라 이미 낮은 가격으로 가치가 낮아진 상품을 제공받아 최초 판매 개시시점보다 낮은 가격으로 상품을 판매하는 업태로는 ‘아울렛’이 있다. 아울렛에서도 (최초 판매 가격을 기준으로) ‘00% 할인’이라는 표현을 사용하지만 이는 가격할인이라기 보다는 이미 상품의 가치가 낮아진 시점에서 형성된 그 상품의 통상적(경쟁적)인 가격이라고 볼 수 있다.

「가격할인에 대한 판촉규제의 쟁점」에 관한 토론문

박 세 환*

발표자인 윤성운 변호사님께서 납품가격, 판매량, 마진 등에 대한 구체적인 수치까지 제시 하시면서 판매촉진 행사의 의미가 무엇인지, 유통사업자는 어떻게 행동할 것인지 등에 대해서 흥미로운 말씀을 해주셨습니다. 저는 법적 이론에 중점을 두고 판매촉진 행사비용 분담에 대한 심사지침에 대해서 언급해 보려고 합니다.

본론으로 들어가기 전에 몇 가지를 말씀드리겠습니다. 먼저 판매촉진 비용 분담 심사지침 (이하 ‘심사지침’)의 적용범위에 눈길이 갑니다. 저는 불공정거래행위의 특별규제방안에 있어서 논의의 출발점이자 핵심은 적용범위라고 생각하고 있습니다. 첫째로, 심사지침은 ‘인터넷 쇼핑몰 사업자의 판매 촉진 행사’와 관련된 행위에 적용된다고 명시하고 있으므로, 대형유통 사업자의 오프라인 매장에서 일어나는 판매촉진행위에 대해서는 적용되지 아니합니다. 하지만 동 심사지침이 오프라인 매장에서 판매촉진행사와 무관하다고 보기는 어려워 보입니다. 그리고 이번 판매촉진 비용분담 심사지침이 시행(2020.1.1)되면 공정위 직원은 위 지침에 따라 관련 사건을 처리해야 합니다. 따라서 비록 심사지침은 법규적 효력이 없는 예규에 불과하고 인터넷 쇼핑몰 사업자로 대상을 한정하고 있지만 그 실질적인 중요성은 크다고 생각합니다.

둘째로, 동 심사지침은 II, 1.에서 “인터넷쇼핑몰업자가 소매업과 통신판매중개업(소위 ‘오픈마켓’)을 겸하여 영업하는 경우, 통신판매중개업을 통해 발생한 매출과 관련된 행위에 대해서는 이 심사지침이 적용되지 아니 한다”고 합니다. 이는 통신판매중개업의 특성을 고려한 것으로 보입니다. 어쨌든 중개업 여부에 따라 동 지침 적용여부가 결정될 수 있는 이상 인터넷쇼핑몰업자로서는 사업형태를 중개형태로 바꿀 요인이 생긴 것은 아닌가라는 생각도 들었습니다.

이제 법적 이론 측면에서 심사지침을 바라보겠습니다. 불공정거래행위에 대한 규제방식은 크게 2가지로 나누어볼 수 있습니다: ① 불공정거래행위의 발생을 방지하기 위한 사전적 규제방안과 ② 이미 발생한 불공정거래행위를 사후적으로 제재하는 방안이 그 것입니다. 사전적 규제방안은 법이 수범자에게 각종 의무를 부과함으로써 불공정거래행위가 발생하지 않도록 예방하는 것이고, 대표적으로는 서면약정의무를 들 수 있습니다. 프랑스에서는 이는 형식주의 내지 투명성제도라고 불리는데, 서면약정의무, 대금지급의무, 판매 일반조건을 제공할 의무 등과 같이 다양한 의무규정들이 상법에 존재하고 있습니다.¹⁾ 다른 한편으로 이미 발생

* 변호사, 서울대 법학연구소 경쟁법센터 객원연구원, 프랑스 상법 박사, 변호사

한 불공정거래행위를 제재하는 방안은, ① 개별 사건에서 당사자들의 사정을 구체적으로 검토하여 남용행위 여부를 판단하도록 하는 방식(case by case 판단, 일반금지규정)과 ② 행위 당시의 경제적 상황, 거래당사자들의 구체적인 사정을 검토하지 않고서도 일단 법이 정하는 요건을 충족하면 위법성을 인정할 수 있는 방식(특별금지규정)으로 나뉠 수 있습니다. 전자인 case by case 판단방식의 대표적 예로는 독점규제법 제23조 제1항 제4호의 거래상지위남용 중 불이익제공행위를 들 수 있겠습니다.

이제 판매촉진 비용 분담 지침을 살펴보면, 대규모유통업법 제11조는 판매촉진 비용의 부당전가를 방지하기 위하여 유통사업자에게 판매촉진비용을 미리 약정하고, 이에 대한 서면을 납품업자에게 제공하도록 하고 있습니다. 이는 위의 사전적 규제방안(형식주의, 투명성제도)에 속한다고 볼 수 있습니다. 그런데 대형유통사업자의 판매촉진행사가 일방적이고 불투명하게 진행된다는 것은 우리나라에 국한된 문제는 아니고 프랑스와 EU에서도 심각한 문제로 인식되고 있습니다. 프랑스나 EU에서는 대형유통사업자가 프로모션을 명목삼아 납품업자로부터 각종 추가적인 이익을 수취하는 것은 아닌지라는 측면에서 이를 바라보고 있습니다. 연혁적으로는 프랑스 정부가 대형유통사업자에게 강력한 행위규제(특히 가격관련)를 펼치자 유통사업자가 이를 회피하기 위한 수단으로 판매촉진활동을 통한 이익 취득 방안을 개발한 측면도 있습니다.

그래서 프랑스 상법전도 서면합의의무에 관한 art L. 441-3, III에서 공급업자와 유통사업자는 판매를 촉진하기 위한 활동을 함에 있어서 대상, 예상 시기, 실행 방법, 전반적인 보상 혹은 가격할인에 대해 서면으로 약정해야 한다고 규정합니다. EU 역시 불공정거래행위에 관한 녹서에서 유통사업자가 프로모션 비용이라는 명목하에 사후에 대금을 감액하는 행위를 주요 불공정거래행위 유형이라고 보았고²⁾, 2019년의 식품 유통에서의 불공정 상거래행위에 대한 directive³⁾ 역시 프로모션이나 마케팅 비용을 공급자에게 부담시키는 행위는 공급 약정 혹은 사후의 공급자와 구매자 간의 약정에서 명백하게 합의되지 않은 경우에는 금지된다고 규정하였습니다(article 3, 2).

그런데 대규모유통업법 제11조는 더 나아가 유통사업자의 판매촉진비용 분담비율에 대해서까지 규정하고 게다가 50%라는 구체적인 분담 하한선까지 제시하고 있는데 이는 EU나 프랑스에서도 이례적인 입법입니다. 그리고 이 번 심사지침은 판촉행사 비용의 부당전가인지에 대한 위법성 판단기준을 상세화, 형식화하고 있습니다.

1) 프랑스 상법상 형식주의 의무에 대해서는, 박세환, “대형유통사업자의 상거래행위를 특별히 규제하는 입법 방식과 적용범위에 대한 비교연구 - 프랑스 상법, EU directive와 대규모유통업법 -”, 「상사법 연구」 제38권 제2호(2019. 8), 400면 이하 참고.

2) 박세환, “EU 차원의 불공정거래행위 규제방안에 대한 연구”, 「경쟁법연구」 제38권(2018. 12), 171면

3) Directive (EU) 2019/633 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on unfair trading practices in business-to-business relationships in the agricultural and food supply chain.

물론 대규모유통업법 제11조는 납품업자가 자발적으로 프로모션을 요청하고 다른 납품업체와 차별화되는 판촉행사를 실시하는 경우에는 동조가 적용되지 않도록 함으로써 해당 프로모션의 실질을 구체적으로 판단할 여지를 두고 있기는 하지만, 이는 동 조의 적용제외 요건에 해당하고 자발성, 차별성 요건을 충족하기도 쉽지 않아 보입니다. 따라서 동법 제11조의 판매촉진비용 분담규정(50%)은 불공정거래행위 제재방안 중 일단 법상 요건이 충족되면 위법성이 인정될 수 있는 특별금지 유형으로 분류될 수 있겠습니다. 동법 제11조에 의하면 프로모션이 납품업자도 원하던 바였고 이로 인하여 납품업자가 많은 이익을 얻었다라도 납품업자의 분담비율이 50%를 넘으면 위법한 판촉행사라는 판단을 받을 수 있기 때문입니다.

그런데 이러한 불공정거래행위 제재 방식은 비례의 원칙에 부합하도록 세밀하게 운영될 필요가 있습니다. 이는 불공정거래행위에 대한 Directive를 만드는 중에 EU집행위원회가 강조한 내용이기도 합니다. EU집행위원회는 2016년 report에서 불공정거래행위 규제입법을 일반금지규정과 특별금지규정의 2개로 분류한 후, 특별금지규정을 마련할 때는 ‘비례성’에 유의해야 한다고 강조한 바 있습니다. 즉, 집행위는 “특정한 행위를 항상 불공정하다고 보는 특별금지조항의 경우 개별적인 사정에 대한 조사나 법적 판단을 거치지 않아도 되어 법집행이 용이하다는 장점이 있지만, 이러한 유형은 ‘비례성’에 대한 우려를 발생시키기 쉽다. 그래서 회원국은 구체적인 경제 및 계약 상황에 대한 평가를 요하지 않는 수단들이 과도한 것은 아닌지 각별히 조심하여야 하고, 해당 조항이 적용되는 행위의 성격과 그 범위를 잘 검토해야 한다. 이와 같은 입법 수단이 ‘비례성’을 유지하기 위해서는, 형식적인 금지 수단은 다양한 불공정거래행위 유형들 중에서도 주요 유형에 대해서만 제한적으로 사용되어야 하고, 그 외의 불공정거래행위에 대해서는 경제 및 계약 상황을 고려하여 행위의 위법성을 구체적으로 판단하여야 한다”고 보았습니다.⁴⁾ 요컨대 회원국은 개별사안의 특수성을 판단하지 않고도 바로 위법성을 인정할 수 있는 조항을 양산해서는 안 된다는 것인데, 판매촉진 행위 비용 전가는 주요 유형에 해당하기는 합니다. 동시에 EU집행위원회는 case by case로 여러 사정을 고려하여 남용행위 여부를 판단하는 일반금지규정은 법집행에 있어서 어려움을 겪을 수 있다고 지적하였습니다. 이 경우 피해자나 행정청이 남용행위임을 구체적으로 입증하기 어려울 수 있고 그 결과 법원이 남용행위가 아니라는 판결을 내릴 수 있다는 것입니다.

이런 점에서 볼 때 심사지침이 판촉비용 분담 비율의 기준으로 제시한 ‘기존 정상 판매가격’은 불명확하고 형식적이므로 ‘판촉행사 시점에서의 해당 상품의 시장경쟁가격’이 비용분담 비율의 기준이 되어야 한다는 윤변호사님의 지적은 의미가 있어 보입니다. 심사지침을 지키기 위해 유통사업자의 판촉행사가 위축될 경우 소비자후생이 줄고 가격이 인상될 우려가

4) 박세환, EU 차원의 불공정거래행위 규제방안에 대한 연구, 191, 192면. Commission européenne, “Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur les pratiques commerciales déloyales interentreprises dans la chaîne d’approvisionnement alimentaire”, 2016. 1. 29, p. 6, 7.

있다는 발표자의 말씀에도 공감합니다. 프랑스에서도 유통사업자에 대한 가격과 관련된 강력한 형식적 통제방안으로 인해 소매가격 상승과 상품의 다양성 감소라는 부작용이 발생한 적이 있습니다.⁵⁾

하지만 공정위로서는 2~3년 전에 다수 상품에 대해서 행해진 프로모션에 있어서 상품의 시장경쟁가격을 구체적으로 입증해야만 한다면 이는 매우 어려운 일이 될 것 입니다. 만약 프로모션 당시의 시장경쟁가격이 판촉비용 부담비율의 기준이 된다면 대규모유통업법 제11조는 사문화될 가능성도 있습니다. 또한, 윤변호사님께서도 유통사업자의 마진 취득 차원에서 판촉행사를 검토를 해주셨는데, 다른 한편으로 유통사업자의 판촉행사는 미끼상품 형태로 이루어 질 수도 있다고 생각합니다. 이 경우 해당 상품 기준으로는 유통사업자는 판촉행사로 인하여 손해를 볼 수도 있지만 전체적인 측면에서는 이익을 볼 수도 있다고 생각합니다.

결론적으로 가격할인을 비롯한 판매촉진 행사가 유통업자와 납품업자간 상호협약의 하에 투명하게 이루어지지 않고 있다는 지적이 많은 상황에서, 이를 해결하기 위한 실질적인 방안을 찾을 필요가 분명히 있습니다. 게다가 두려움 요소(즉, 약자가 불평하면 강자는 거래를 끊어버린다)로 인하여 대형유통사업자가 가격할인 프로모션 행사 계획을 납품업자에게 알리면 납품업자로서는 이에 대해서 이의를 제기하거나 반대하기 어렵다는 현실도 분명히 감안할 필요가 있습니다. 그러한 측면에서는 새로운 심사지침이 판매촉진 비용의 부담에 대해서 어느 정도 형식적이고 판단 가능한 기준을 제시하고자 하는 이유도 수긍이 갑니다. 하지만 동조문과 심사지침은 간접적인 가격규제의 성격도 내포되어 있고 특히 case by case로 각종 사정을 고려하여 남용행위 여부 판단을 하지 않는 특별규제방안이라는 점에서 비례의 원칙에 어긋나지 않도록 보다 섬세하게 접근할 필요는 있어 보입니다. 가격과 관련된 형식적인 규제책은 일견 효용성이 커 보이지만 해당 시장에 상당한 부작용을 불러올 수 있고 실제로는 그 효과가 낮은 경우도 많기 때문입니다.

이상으로 토론문을 마치겠습니다. 감사합니다.

5) 1986년 갈랑 법(Galland)의 실패 사례에 대해서는, 박세환, 대형유통사업자의 상거래행위를 특별히 규제하는 입법 방식과 적용범위에 대한 비교연구, 398면 이하.

소셜네트워크 서비스의 경쟁법적·소비자법적 쟁점

이 병 준*

목 차

I. 들어가며	53
1. 정보통신망을 통한 사회관계의 형성과 상업적 활용	53
2. 연구의 범위	53
II. 소셜네트워크 서비스가 경쟁법적 쟁점: 집중화 경향과 그 법적 분석 및 입법적 대응	54
1. 독일 독과점위원회의 소셜네트워크 플랫폼에 대한 보고서의 내용	54
2. 소결	64
III. SNS 제공자의 서비스 관리의무의 인정 가능성 : 이용품질 관련 페이스북(Facebook) 분쟁 사례	65
1. 사실관계	65
2. 1심법원의 판결내용	65
3. 평가	66
IV. 소셜미디어에서의 광고와 소비자보호	66
1. 직접광고와 관련된 쟁점	66
2. 인플루언서 마케팅과 숨은 광고	67
3. 친구추천 내지 추천이메일의 광고성	70
V. SNS상의 전자상거래에 대한 규율	72
1. 전자계시판서비스 제공자의 책임에 관한 규정의 신설	72
2. 적용상의 쟁쟁	73

* 한국외국어대학교 법학전문대학원 교수

I. 들어가며

1. 정보통신망을 통한 사회관계의 형성과 상업적 활용

우리는 생각, 경험과 사진을 다른 사람과 나누는 세계에 살고 있다. 디지털 세계에서도 다른 사람과 접촉하면서 자신의 삶의 모습을 보여주고 공유한다. 이 때 사회적 관계와 함께 속도도 중요한 의미를 가진다. 한 사람이 아니라 원하는 모든 친구들과 연결되어 있기 때문에 집단적 연결이 가능하고 모바일로 이러한 연결이 가능해 졌기 때문에 신속하고 간단한 방법으로 이루어진다는 특징을 갖는다.

우리나라에서는 블로그와 싸이월드로 시작하였지만, 전 세계적으로는 Facebook과 Twitter로 퍼진 소셜네트워크서비스(SNS, 사회관계망서비스)는 이와 같은 사회적 생활과 관계형성을 기술적으로 시현시켜 주고 있다. 그런데 이와 같은 SNS가 이메일 서비스, 포털서비스처럼 이용자들이 매일 접속하여 활동이 공간이 되다보니, 사업자들도 SMS를 점차 더 많이 사업적 목적으로 활용하고 있다. 사회적 관점에서 시작한 서비스 이용이기 때문에 사업적 목적으로 이용되고 있다는 사실을 인식하지 못하는 이용자들이 아직도 많다.

2. 연구의 범위

SNS가 순수하게 사회적 관계망 형성에만 기여하는 서비스를 제공하고 있다면 크게 법적으로 문제될 점이 없다. 그러나 SNS로 수익증대를 위하여 점차 사업을 다각화하고 있고 또한 이용자들이 상업적으로 활용함에 따라 다양한 법적 문제가 제기되고 있다. 본 논문에서는 이러한 SNS와 관련하여 크게 4가지 쟁점을 살펴보려고 한다.

첫째, SNS가 세계적인 서비스로 성장하면서 대규모화하고 있다. 이러한 측면에서 경쟁법적으로, 독과점현상으로 인한 문제가 발생하고 있지 않은지, 이러한 현상을 방지하기 위해서는 어떠한 법적 쟁점들이 존재하는 지를 고찰해 보려고 한다. 독일 독과점위원회는 2015년 온라인 플랫폼 보고서¹⁾를 통하여 다양한 플랫폼의 독과점 현상에 따른 문제점을 분석하였는데, 본 논문에서는 SNS와 관련된 내용을 소개하고 이를 바탕으로 해당 쟁점을 재조명해 보려고 한다.

둘째, SNS의 접속속도 내지 접속가능성을 어느 정도 플랫폼 사업자가 이용자에 대하여 보장해야 하는지와 관련된 문제이다. 최근 추수감사절에 Facebook과 Instagram에 한동안 접속이 안되는 사건이 일어났다는 보도를 접할 수 있었다.²⁾ 그런데 우리나라에서도 망사용료를 내

1) Monopolkommission, Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, Sondergutachten 68.

2) “페이스북·인스타그램 추수감사절에 한동안 ‘먹통’”, 매일경제 2019.11.29.자 기사.

지 않기 위하여 Facebook에서 다른 경로로 연결하여 접속속도가 늦어진 것에 대하여 방송통신위원회에 과징금이 부과되어 이에 불과하여 Facebook에서 행정소송을 진행한 사건이 있었다. 이 쟁점에 관하여 제1심 법원의 판결의 내용과 그와 관련된 쟁점을 살펴보려고 한다.

셋째, 점차 사업자들이 SNS를 상업적 활동으로 활용하려고 한다. 이러한 측면에서 최근에는 소셜네트워크 서비스에서 많은 친구 또는 이웃들을 가지고 있는 블러거 내지 인플루언서를 통한 광고가 문제되고 있다. 우리나라에서도 일부 공정거래위원회 심결과 판례도 존재하였지만, 독일에서 최근의 여러 하급심 판결을 통하여 숨은 광고로서의 처벌가능성에 대한 자세한 분석이 이루어지고 있다. 본 논문에서는 독일 판례를 중심으로 한 논의를 통하여 우리에게 주는 시사점을 도출해 보려고 한다.

넷째, SNS상으로 전자상거래 내지 중개가 일어나고 있으므로 이와 관련된 소비자피해 방지를 위하여 전자상거래소비자보호법상으로 전자게시판서비스 제공자의 책임이 신설되었다. 본 규정과 관련하여 최근에 문제된 쟁점을 간단히 언급하기로 한다.

II. 소셜네트워크 서비스의 경쟁법적 쟁점: 집중화 경향과 그 법적 분석 및 입법적 대응

1. 독일 독과점위원회의 소셜네트워크 플랫폼에 대한 보고서의 내용

1) 집중화 경향

소셜네트워크 서비스는 경제적 관점에서 바라보았을 때 우선 이용자그룹이 중심을 이루는 단면시장에 해당한다.³⁾ 그러나 소셜네트워크 서비스를 광고목적으로 활용하게 됨으로써 플랫폼의 특징이라고 할 수 있는 양면시장이 형성된다.⁴⁾ 즉 한 쪽에는 이용자그룹이 있고 다른 쪽에는 광고주그룹이 플랫폼을 통하여 연결되어 상호작용을 하며, 간접적 네트워크 효과가 이를 통하여 발생하는 시장이 형성된다.⁵⁾

(1) 시장의 획정/시장점유율(Marktanteile)

소셜네트워크 서비스의 경쟁법적 판단에 있어서 시장획정부터 어려움에 봉착하게 된다.⁶⁾

- 3) 따라서 사회적 관계를 형성하는 이용자들로만 이루어진 시장으로 보았을 때 아직 온라인 플랫폼이 갖는 특징이 드러나지 않는다.
- 4) 박미영, 온라인 플랫폼 규제를 위한 플랫폼 작용의 이해 필요성, 유통법연구 제5권 제2호, 2018, 115-116면.
- 5) 게임과 같은 소프트웨어 프로그램을 추가로 제공하는 경우에는 3면시장에 해당한다. 이때에는 기존의 관계에 추가하여 이용자그룹과 프로그램 제공자그룹이 추가로 연결된다.
- 6) 양면시장인 플랫폼의 시장획정에 관하여 자세한 것은 변경욱/김현정, 온라인 양면 거래 플랫폼의 시장획정

이 문제에 접근할 수 있는 방식으로 독일 독과점위원회는 시장참여자 그룹을 개별적으로 고찰하면서 다른 이용자그룹과의 상호작용 가능성을 함께 고려할 것을 제안하고 있다.⁷⁾

인터넷을 통한 서비스 제공은 지리적인 한계가 없다. 따라서 지리적 시장획정과 관련하여 기본적으로 소셜네트워크 서비스는 전 세계를 대상으로 하므로 소셜네트워크를 통한 의사소통은 세계적으로 이루어진다. 그러나 소셜네트워크 서비스의 이용자그룹은 제공되는 서비스의 언어와 문화를 통하여 제한된다. 예를 들어 한국어를 할 수 있는 이용자그룹만이 기본적으로 한국어로 제공되는 Facebook이나 Instagram의 서비스를 이용할 것이고 이러한 이용자그룹을 대상으로 하여 한국어로 된 광고를 광고주그룹이 하게 된다.

시장점유율을 판단함에 있어서 이용자의 회원가입 비율을 기초로 판단하는 것은 가입만한 비적극적 이용자 층이 많이 존재한다는 면에서 일정한 한계가 있다.⁸⁾ 오히려 의미 있을 수 있는 척도는 얼마나 많은 이용자들이 소셜네트워크 플랫폼을 실제로 이용하는지 여부가 될 수 있다.⁹⁾ 그런데 하나의 소셜네트워크 플랫폼의 시장점유율을 판단함에 있어서 실제로 하나의 서비스를 기초로 판단하면 안 된다. 왜냐하면 소셜네트워크 플랫폼들은 이용자그룹 관점

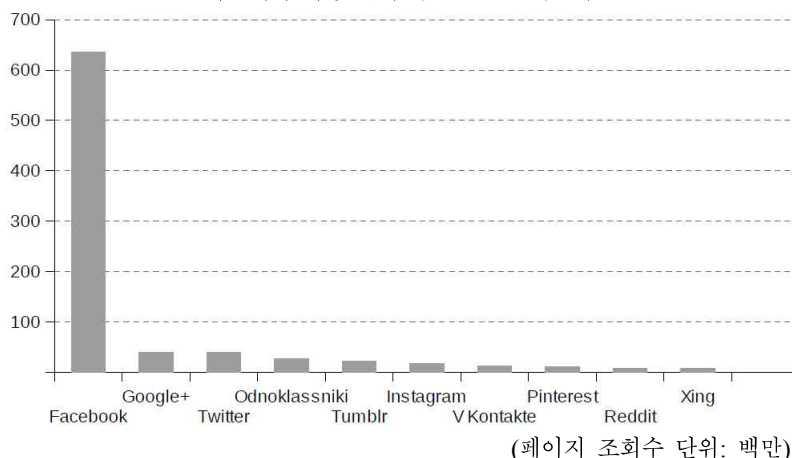
및 시장지배력 판단, 경쟁법연구 제37권, 2018, 119면 이하 참조.

7) Monopolkommission, Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, Sondergutachten 68, S. 107.

8) 예컨대 약 16억 명의 Google+ 등록자 중 5억4천만 명 정도만이 실제로 한 달에 한 번 이상 서비스에 접속하였다[2013년도 기준. 자세한 것은 Gonzalo, F., <https://fredericgonzalo.com/en/2014/06/07/social-media-best-practices-in-travel-google>(최종방문일: 2019.10.5.); Google 공식 블로그, <https://googleblog.blogspot.com/2013/10/google-hangouts-and-photos-save-some.html>(최종방문일: 2019.10.5.) 참조. 현재 Google+ 서비스는 2019년 4월 2일에 일반 사용자용(개인용) 버전에 대한 지원을 종료하였다.] 따라서 상당수의 가입회원이 다른 이용자의 연락 내지 잠재적 광고주의 광고를 받지 않을 수 있다. 또한 소셜네트워크 서비스가 갖는 특성에 따라 이용목적과 이용자층이 다를 수 있으므로 한 이용자가 다수의 소셜네트워크 서비스의 회원으로 가입되어 있는 경우가 많다는 점도 고려해야 한다. 따라서 회원가입 이용자 수를 기초로 한 분석은 제한적 의미만을 가질 수 있다.

9) 이때에는 페이지 조회수를 기초로 분석할 수 있을 것이다.

<독일에서 가장 많이 방문한 소셜네트워크>



Facebook 웹사이트의 페이지 조회수는 약 6억6천6백만 건(77%)으로 여기에서 조사된 다른 모든 소셜네트워크 서비스(약 1억9천9백만 조회수)보다 극명하게 더 자주 방문한 것으로 나타났다. 각각 약 4천만 페이지 조회수(5% 미만)를 달성한 Google+와 Twitter가 그 뒤를 이었다.

에서는 다양한 서비스를 동시에 제공하고 있기 때문이다. 모든 소셜네트워크 서비스가 제공하는 이용자 정보, 이용자 접촉 정보와 통신기능과 같은 기본적 기능에 있어서는 공통점을 갖고 있다. 그러나 소셜네트워크 서비스 별로 그 고유한 특성을 갖는 서비스와 기본설계를 제공하고 있어 이용자들은 해당 서비스를 다른 목적으로 활용하는 경우가 많다.¹⁰⁾ 따라서 어떠한 목적으로 시장획정을 하느냐 따라 이러한 소셜네트워크 플랫폼들은 전혀 동일하지 않은 시장에 속하거나 제한된 범위에서 동일한 시장에 속한다고 말할 수 있을 것이다.

결국 독일 독과점위원회는 이용자층을 기준으로 하여 소셜네트워크 플랫폼에 대한 시장획정을 하는 것은 쉬운 일이 아님을 확인하였다.¹¹⁾ 다양한 서비스의 제공 및 이용자들의 중복 가입 등이 시장획정의 어려움을 야기하는 이유이다. 그럼에도 불구하고 Facebook은 이용자들에 대하여 상당한 지배력을 가지고 있다는 점은 부인할 수 없는 사실이다.

(2) 시장지배력집중과 지배력형성의 요소

소셜네트워크 플랫폼에는 이용자 층에 직접적 네트워크효과가 분명하게 존재하고 이로 인하여 이용자들이 소수의 플랫폼으로 강하게 집중할 수밖에 없는 요인이 있다. 소셜네트워크에 많은 이용자들이 존재할수록 개별적인 이용자들이 그 소셜네트워크 서비스를 이용할 동인이 더 크다.¹²⁾ 또한 소셜네트워크 플랫폼 사이에 상호호환 가능성이 존재하지 않기 때문에 이용자 집중경향은 더 강화되고 있다.¹³⁾ 이용자들이 소셜네트워크들 사이에 상호 교류가능성이 차단된 경우에는 적어도 잠재적으로 가장 많은 이용자와 상호 교류할 수 있는 플랫폼을 이용할 가능성이 높다.¹⁴⁾

이와 같은 상호호환 가능성이 존재하지 않은 경우에는 큰 이용자층을 확보하고 있는 기존의 소셜네트워크 서비스 플랫폼에게는 다른 신생 플랫폼에 대하여 시장진입장벽으로 작용한다. 왜냐하면 검색서비스 플랫폼과는 달리 소셜네트워크 플랫폼은 강력하고 직접적인 네트워

10) 예컨대 Twitter가 간단한 소식을 전하는데 사용되고 있는데 반하여, Instagram은 사진 전달이 목적이다. Facebook의 경우에는 조금 더 그 목적이 다양하여 소식, 사진과 비디오 등을 알리는 것을 목적으로 사용된다.

11) Monopolkommission, Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, Sondergutachten 68, S. 108.

12) 일부 문헌에서 이용자에 대한 명확성을 감소시키는 형태로 한계비용을 증가시킴으로써 이용자 집중현상을 방지할 수 있다는 주장(YOO, When Antitrust met Facebook, University of Pennsylvania Law School, Institute of Law and Economics, Research Paper No. 12-31, 2012, p. 1148 ff.)은 설득력이 없다(Monopolkommission, Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, Sondergutachten 68, S. 108). 왜냐하면 현재 많은 소셜네트워크 플랫폼들이 많은 이용자 수에도 불구하고 계속 성장하고 있음이 이러한 지적에 대한 현실적 반증이다. 또한 이용자 수의 증가에 따른 부담의 증가는, 예컨대 다른 이용자들에 의하여 제공된 소식들을 뉴스사이트에 모으고 알고리즘을 통하여 이용자들의 관심사에 따라 정리, 제공됨으로써 완화되고 있다.

13) Monopolkommission, Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, Sondergutachten 68, S. 109.

14) 따라서 특히 작은 소셜네트워크의 운영자들은 작은 규모로 인한 불이익을 완화하기 위하여 다른 큰 소셜네트워크와 교류를 할 이익이 있다. 그에 반하여 큰 소셜네트워크 운영자들은 자신의 이용자들을 네트워크에 묶어 두기 위하여 다른 소셜네트워크와 교류하는 것을 원하지 않을 것이다.

크효과와 호환비용 때문에 이용자들이 다른 플랫폼으로 이동하는 비용이 비교적 높기 때문이다. 이용자 시각에서 높은 호환비용은 우선 이용자층이 많지 않은 소셜네트워크로 이동함으로써 연락할 수 있는 이용자층이 줄어들게 됨에 따라 발생한다. 그 다음으로 소셜네트워크를 바꿈으로써 기존에 교환되었던 정보들이 소실된다. 왜냐하면 뉴스, 글과 사진들이 다른 네트워크로 쉽게 이동할 수 있는 것이 아니기 때문이다. 따라서 정보의 이동가능성이 없다는 점은 이용자들에게는 호환비용을 발생시키고 기존 플랫폼으로 구속시키는 lock-in효과를 강화한다. 플랫폼에 대한 구속효과가 적은 온라인 거래플랫폼에서와 달리 소셜네트워크 플랫폼에서는 약간 더 좋은 서비스를 제공하는 경쟁관계에 있는 소셜네트워크가 존재하는 것만으로 이용자층이 해당 서비스로 이동할 가능성이 적다. 대체적인 소셜네트워크로 이동하기 위해서는 이용자들의 호환비용을 상쇄할 수 있는 상당히 높은 품질의 서비스 변화가 있어야 한다. 물론 높은 수준의 품질변화가 있다면 다른 시장으로 이용자층이 기울어질 것이다.¹⁵⁾

소셜네트워크 플랫폼에서 다른 서비스를 제공함으로써 집중력 현상은 완화될 여지는 있다. 왜냐하면 특수한 서비스 제공으로 일정한 이용자들이 해당 플랫폼으로 옮길 수 있는 요인이 있기 때문이다. 하지만 많은 경우에 특수한 서비스에 해당하고 직장인과 같은 특정 사용자그룹(LinkedIn와 Xing) 또는 사진의 게재와 같은 특정한 기능(Instagramm)을 제공하는 경우 이용자들의 시각에서는 보완적인 서비스를 제공하는 것으로 볼 여지가 크다. 즉, 이용자들은 기존의 플랫폼을 버리는 것이 아니라, 새롭게 제공되는 서비스를 다른 플랫폼에서 동시에 이용하게 된다. 따라서 새로운 소셜네트워크 서비스의 특수성을 가지고 기존의 이용자층을 확보하여 확립된 시장지배력을 가지고 있는 플랫폼에 장기적으로 위협을 가할 수 있는 것으로 보기는 어렵다.¹⁶⁾

2) 발생가능한 불공정성 이슈

(1) 이용자정보의 과도한 수집 가능성

소셜네트워크 플랫폼의 사업모델에서 이용자정보는 다양한 측면에서 핵심적인 역할을 한다. 첫째, 소셜네트워크 운영자들은 이용자들이 다른 이용자들이 볼 수 있도록 정보를 공개하

15) 하지만 이 경우에 새로운 시장을 연 플랫폼의 지위는 다시 다른 플랫폼에 의하여 도전을 받을 수 있기 때문에 상대적으로 불공정한 행위를 할 가능성은 제한적으로 일어난다.

16) Monopolkommission, Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, Sondergutachten 68, S. 109. 광고수입을 수익으로 하는 검색플랫폼에서와 유사하게 소셜네트워크에서의 이용자와 광고주 사이의 간접적 네트워크효과로 인하여 이용자가 많은 큰 플랫폼이 광고주에게는 이용자가 적은 플랫폼보다 더 매력적으로 다가올 것이다. 그 반대로 이용자들은 광고주의 숫자가 많은 플랫폼을 선호하지는 않는다. 그 반면에 큰 서버의 건설과 같은 높은 투자비용은 시장진입과 관련하여 큰 역할을 하지 않는다. 큰 소셜네트워크 플랫폼들은 대규모의 서버장치를 두고 있으나, 서버의 저장능력은 임대 내지 클라우드를 통하여 확보가 가능하므로 작은 플랫폼들에게 높은 고정비용으로 인한 시장장벽은 존재하지 않는다(Monopolkommission, Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, Sondergutachten 68, S. 110).

도록 할 이해관계가 있다. 왜냐하면 소셜네트워크 서비스에서는 공개 내지 전달된 개인정보를 통하여 사회적 관계맺기가 이루어지기 때문에 많은 정보의 공개 내지 전달은 필수적이다.¹⁷⁾

그런데 소셜네트워크 운영자와 이용자들 사이에 이해관계의 충돌이 일어나는 것은 광고목적으로 이용자정보가 제3자에게 제공되고 활용되는 경우이다. 이러한 목적 하에서 많은 약관에는 소셜네트워크 서비스 이용계약을 체결할 때 서비스 제공자에게 이용자들이 동의하여 제공하는 개인정보를 서비스 제공목적 이상으로 개인정보의 이용 및 처리 그리고 적지 않게 상업적 이용을 목적으로 활용할 수 있도록 유보하고 있는 규정을 두는 경우가 많다.¹⁸⁾

그런데 독일 독과점위원회는 현재의 법적 환경이 소비자에게 투명성을 가져오는데 방해가 될 수 있음을 지적하고 있다.¹⁹⁾ 왜냐하면 많은 소비자보호규정을 통하여 법률상 사업자는 다양한 정보를 소비자에게 제공해야 하며, 법률상 책임으로부터 면책되기 위해서도 다양한 정보를 제공해야 한다. 그런데 이러한 정보는 해당 소비자가 필요한지 여부와 상관없이, 그리고 이러한 정보의 내용을 이해할 수 있는지 여부와 상관없이 제공되어야 한다. 특히 소비자들은 자신의 약관에 대한 동의가 어떠한 내용을 담고 있는지 정확히 알지 못하며, 개인정보 활용 동의를 할 때 어떠한 범주로 사업자가 개인정보를 이용 및 처리하는지에 관하여 정확한 이해를 가지고 동의여부를 결정하는 것도 아니다.²⁰⁾

이용자의 개인정보를 수집 및 이용함에 있어서 준수해야 하는 최소한의 법률적 요건을 제대로 준수하지 않음으로써 다음과 같은 사업자의 부당한 행위들이 발생할 여지가 있다. 첫째, 이용자들의 명시적 동의 없이 사업자의 결정사항을 관철하는 사례가 발생할 수 있다. 예컨대 광범위한 개인정보 수집에 대한 강제된 동의가 이루어질 수 있다. 둘째, 이용약관의 구성 내

17) 이용자들이 자신의 개인정보를 공개함에 있어서 원하지 않은 제3자에 의한 접근으로부터 얼마나 차단하는지에 따라 개인정보의 제공 및 공개여부를 결정하므로 소셜네트워크 사업자도 정보안전이 높은 수준으로 이루어질 수 있도록 하는 동인이 있다.

18) 이와 같은 행위는 시장에서의 투명성 확보를 위한 법률상의 최소요건들이 충분히 준수되지 않음으로써 나타나게 된다. 이와 관련된 최소요건들은 다음과 같다. (1) 사법상의 투명성 명제(독일 민법 제307조 제1항 제2문): 약관은 사업자의 계약상대방인 고객(평균적 고객)이 그로부터 발생하는 권리와 의무의 내용을 인식할 수 있도록 명확하고, 쉽고 정확하게 나타내야 한다. 이때에는 해당 약관규정으로 인하여 발생하는 경제적 불이익도 정확하게 나타내어 상대방인 고객이 인식할 수 있도록 해야 한다. (2) 광고목적의 이용자 개인정보의 활용에 대한 요건(독일 통신법 제15조 제2항, 개인정보보호법 제4조, 제14조 제2항 제2호): 개인정보의 이용과 처리는 이를 허용하는 별도의 법률적인 근거가 없는 한도에서는 원칙적으로 이용자의 동의가 존재하는 경우에만 가능하다. (3) 오인유발을 통한 불공정거래행위의 금지(독일 부정경쟁방지법 제5조 제1항, 제5조a 제2항): 인터넷 서비스 제공자들은 서비스의 중요 특징이나 가격과 관련된 정보를 오인유발 하는 방식으로 제공하거나 소비자에게 중요내용을 숨기는 행위를 하여서는 안 된다.

19) Monopolkommission, Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, Sondergutachten 68, S. 111.

20) 최근의 독일의 한 조사에 따르면 소비자의 75%가 약관이 너무 길며 어렵게 서술되어 있어서 그 내용을 이해하기 힘들다고 하였다(Deutsches Institut für Vertrauen und Sicherheit im Internet, DIVSI Studie. Daten - Waren und Währung, November 2014). 이러한 이유로 많은 소비자들은 약관의 내용을 전혀 읽지 않거나 읽더라도 대충 읽는 것으로 드러났다. 또한 응답자의 2/3는 약관내용의 준수 여부도 확인하기 어렵다고 답하였다.

지 기술적 조치를 통하여 이용자들의 결정권을 박탈할 수 있다. 예컨대 이용자정보를 삭제하는 것을 어렵게 하거나 다른 플랫폼으로 이전하는 것을 불가능하게 함으로써 달성될 수 있다. 셋째, 소셜네트워크 서비스가 이용자에게 반대급부로서 제공하는 서비스의 경제적 가치보다 과도하게 개인정보를 수집하는 경우가 발생할 수 있다. 이러한 현상은 부당하게 가격을 높게 책정하거나 부당하게 긴 계약기간을 설정하는 경우와 비교될 수 있다.

여기서 언급된 사업자의 부당한 행위들은 개인정보보호법 내지 소비자법상으로 문제를 야기할 수 있다. 경쟁이 제대로 작동하는 경우에는 사업자가 이러한 행위를 할 때 소비자들은 다른 경쟁 소셜네트워크 플랫폼으로 이동함으로써 사업자의 부당한 행위를 방지할 수 있는 여지가 있다. 그러나 소셜네트워크 플랫폼은 호환가능성이 없고 강한 네트워크 효과가 있는 한편, 호환비용은 높으므로 경쟁적 환경보다는 사업자집중 현상이 강한 영역에 해당한다. 이러한 지배력을 활용하여 사업자가 제대로 된 경쟁이 존재하였을 때 보다 필요한 범위를 넘어서 개인정보를 이용자들로부터 수집 및 활용할 가능성이 크다. 이러한 경우에 소비자법적 문제를 넘어서 경쟁법적 이슈가 등장하게 된다.

(2) 서비스 내용의 확장 가능성

소셜네트워크 플랫폼 시장에서 일반적 경향은 새로운 서비스와 기능을 도입함으로써 플랫폼의 매력을 높여서 이용자층을 지키거나 확장을 시도하고 있다는 점이다. 이 때 새로 도입되는 서비스는 플랫폼 자신의 것인 경우도 있고 제3의 사업자의 것인 경우도 있다. 예컨대 순수 사회관계망 서비스로 시작한 Facebook도 종합 포털서비스로 확장을 시도하고 있다. 즉, 검색서비스, 채팅서비스, 뉴스서비스, 비디오서비스와 작은 광고주들을 위한 시장의 제공 등 다양한 서비스를 도입하고 있다.²¹⁾

이와 같은 제휴를 통하여 당사자들은 많은 측면에서 이익을 누릴 수 있다. 소셜네트워크 플랫폼 운영자에게는 이용자와 광고주들에게 더 매력 있는 서비스제공이 가능하며, 이용자들은 소셜네트워크 환경 안에서 직접 해당 콘텐츠를 볼 수 있고 광고주들은 해당 콘텐츠 옆에 광고를 게재하는 수익을 누릴 수 있다. 콘텐츠 제공자도 소셜네트워크 내에 적절한 위치에서 콘텐츠를 제공함으로써 더 많은 이용자층을 확보할 수 있다는 이익이 있다. 또한 콘텐츠 제공자는 광고수입의 일정비율을 받을 수 있다.

21) Facebook은 또한 소프트웨어 개발자들에게 이용자의 개인정보와 결합하여 프로그램을 제공하고 이용자들의 동의를 통하여 개인정보에 접근할 수 있는 가능성을 열어주고 있다. 여기서 제공되는 프로그램은 주로 게임 및 다른 통신수단과 관련된다. 또한 이용자들은 다른 웹사이트의 운영자들이 제공하는 콘텐츠, 예컨대 글, 그림과 영상 등을 다른 소셜네트워크 이용자들이 볼 수 있도록 제공하는 가능성을 열어주고 있다. 이와 관련하여 Facebook과 다른 콘텐츠 제공자인 New York Times와 National Geographic의 제휴가능성이 보도되기도 하였다. 이러한 제휴가 성사된다면 콘텐츠 제공자 플랫폼에서 뿐만 아니라, 소셜네트워크 플랫폼에서도 해당 콘텐츠가 직접 제공된다. 이에 따라 링크로 해당 콘텐츠를 연결해 주는 서비스는 줄어들 것으로 보인다. 제휴의 목적은 모바일 기기를 통하여 소셜네트워크 서비스를 이용하는 이용자들에게 링크로 다른 사이트를 열어야 하는 등의 불편을 제거함에 있다고 한다.

직접적인 불이익 또한 콘텐츠 제공자에게 발생할 수 있다. 즉 자신의 웹사이트에 이용자들이 적게 방문하게 되어 직접적인 광고수입이 줄 여지가 크며 이용자 개인정보 수집가능성도 줄어들게 된다. 또한 Facebook과 제휴를 하지 않은 콘텐츠 사업자들은 이용자층이 줄어들게 되어 결국에는 Facebook과 제휴를 할 수밖에 없는 상황에 처할 수 있다.²²⁾

(3) 소셜네트워크 서비스 구성의 계속적 발전

메신저 기능을 확장하려고 하는 Facebook의 계획들은 경쟁법적으로 간단히 평가할 수 있는 문제가 아니다. 이 메신저는 마이크로소프트 메신저, WhatsApp처럼 통상의 의사소통수단으로 개발되었다. Facebook의 기본적 기능은 소셜네트워크 서비스로서 사회적 관계를 맺는 것에 있었다. 그리고 이러한 서비스는 기본적으로 컴퓨터를 기반으로 만들어졌다. 그러나 이제 Facebook 서비스는 변화·발전하여 다양한 기기를 통하여 접근 가능할 뿐만 아니라, 자신을 표현하고 다른 이용자와 소통하며 일반적인 유희를 즐길 수 있는 서비스를 제공하고 있다.²³⁾

그러나 이제는 대부분의 이용자들이 Facebook의 서비스를 모바일 기기를 통하여 접근하고 있는 현상을 볼 수 있다. 그리고 이용자들은 Facebook의 기본서비스에 다양한 추가적인 서비스를 자유롭게 선택할 수 있다. 그 대표적인 예로 기존의 Facebook 메신저를 대신하여 WhatsApp을 선택하여 이용할 수 있다.

Facebook은 이러한 이용자들의 수요에 대응하여 Instagram, WhatsApp과 같은 보완 내지 경쟁관계에 있는 서비스를 인수하였다. 이 때 Facebook은 자주 이용되는 소규모 모바일 서비스를 인수한 다른 온라인 플랫폼에서 하는 것과 마찬가지로 새로운 서비스를 사들여 서비스 내용을 확장하였다.

하지만 많은 예상과 달리 Facebook은 인수한 서비스를 자신의 소셜네트워크 서비스와 통합하지는 않았다. 특히 이용자들이 의하여 많이 이용되는 Instagram과 WhatsApp은 독립된 서비스로 제공하고 있다. 이를 통하여 Facebook은 자신의 서비스를 이용하지 않고 Instagram이나 WhatsApp의 서비스만을 사용하는 이용자의 성향을 고려하고 있다.

하지만 Facebook은 이용약관의 개정을 통하여 하나의 서비스에서 모은 개인정보를 다른 서비스에서 모은 개인정보와 결합하는 것을 가능하도록 하였다. 이를 통하여 개인정보의 결

22) 어떠한 방향으로 이러한 경향이 발전할 지는 지켜보아야 할 것이다. 하지만 더 이상 많은 이용자들이 콘텐츠 사업자의 웹사이트를 방문하지 않을 것이기 때문에 콘텐츠 사업자들의 Facebook에 대한 의존도가 더 커질 수 있는 가능성은 충분히 존재한다.

23) Facebook에서는 이 메신저를 카카오톡과 같은 모바일 플랫폼으로 변경하려고 한다. 이 계획에 따르면 App의 제공자들은 Facebook 메신저에 통합되어 메신저 이용자들이 App을 다운받아 이용할 수 있는 가능성이 열린다고 한다. 이와 같은 Facebook의 메신저 기능의 변화는 Line, WeChat과 같은 우리나라 등 아시아 국가에서의 발전을 참고하였다고 한다.

합 및 종합적 평가가 가능하여 서비스를 통일적으로 구성하고 각 개별적인 서비스 제공자들에게 통일된 서비스를 제공하는 것이 가능하게 되었다. 또한 Facebook에게는 각 서비스별로 존재하는 이용자층을 계속하여 확보할 수 있게 된다. 또한 개정된 약관에 따르면 이용자 개인정보는 통일적으로 광고목적으로 평가되고 상업적으로 이용될 수 있다.

이러한 변화를 통하여 Facebook은 소셜네트워크 서비스의 성공에 대한 의존도를 줄일 수 있게 되었다. 오히려 Facebook 메신저의 진화는 이용자가 소셜네트워크를 간헐적으로만 사용하거나 전혀 사용하지 않는다고 해도, Facebook이 이용자와의 연결을 유지하고 지금까지 수집된 이용자 데이터를 계속 사용할 수 있는 방식으로 또 다른 사용자 데이터 수집을 기반으로 한 소셜네트워크 운영의 비즈니스 모델을 추가로 개발할 수 있는 가능성을 확보하였다.²⁴⁾

이러한 발전경향으로 인해 Whatsapp의 인수결정에서 기업결합심사의 대상이 되지 않은 것으로 보인다. 이 결정에서 유럽연합의 집행위원회는 향후 2년 동안의 시장발전에 대한 예측을 해야만 했다. Facebook에 따르면 지속적인 Facebook 메신저의 발전과 제공되는 서비스 내용에 WhatsApp 및 Instagram을 추가한 것은 이 기업의 핵심적인 추진전략에 속한다고 한다. 유럽연합 집행위원회의 결정에는 이러한 Facebook의 기업전략을 경쟁법적으로 어떠한 방식으로 평가하고 있는지가 나타나 있지 않다.²⁵⁾

(4) 남용가능성의 법률적 평가

독일 독과점위원회는 경쟁법적으로 남용행위가 존재하기 위해서는 기본적으로 시장지배적 사업자가 존재해야 한다. 시장지배적 소셜네트워크 서비스에 의한 시장지배적 지위의 남용은 2가지 방향으로 일어날 수 있다고 보고 있다.²⁶⁾ 첫째, 소셜네트워크 운영자들은 경쟁자들이 이용자들에게 서비스를 제공하는 것을 방해하거나 경쟁저해적 방식으로 자신의 서비스를 확장할 수 있다(소위 방해남용, *Behinderungsmissbrauch*). 둘째, 소셜네트워크 운영자들이 부당하게 개인정보를 과대 수집하고 이용자들이 개인정보수집을 제한하는 가능성을 부당하게 제

24) Facebook의 모바일 이용을 중심으로 하는 기업전략은 Google 서비스가 추진하고 있는 발전전략과 유사성이 많다. Google도 Youtube를 인수하여 모바일로 주로 활용되고 추가적인 검색기능을 제공하는 서비스를 추가하였다. 그러나 동시에 Google은 Android 운영 체제 및 Google PlayStore를 통해 다른 서비스를 개발하였고, 이 서비스는 모바일 기반으로 이용되며 이용자가 다른 제공업체의 서비스(예: App)를 이용하는 경우에도 Google이 이용자와의 연결을 유지할 수 있게 한다.

25) 이와 같은 모바일로 이용 가능한 플랫폼에의 서비스공급 확장경향은 이용자들의 변화된 이용방식에 따른 것이다. 하지만 이러한 경향은 다양한 불공정한 거래를 낳거나 경쟁제한적 효과를 가져올 수 있다. 시장지배적 사업자에 의하여 서비스가 결합되거나 이러한 사업자가 다른 서비스를 통하여 지배적 사업자로 성장하는 경우 다른 사업자와의 경쟁을 저해할 수 있고 또한 다른 서비스에 대한 이용조건을 통하여 당사자들의 권익을 침해할 가능성이 높아질 수 있다. 이와 같은 불공정 거래행위에 대한 위협성과 관련하여 이미 유럽연합 집행위원회에서 Google에 대하여 소송절차를 진행하고 있다. 독일의 독과점위원회는 같은 측면에서 Facebook에 대하여도 조사할 필요성을 느끼고 있다.

26) Monopolkommission, Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, Sondergutachten 68, S. 115.

한함으로써 일어날 수 있다(소위 착취남용, Ausbeutungsmisbrauch).

서비스의 결합을 통하여 제공되는 서비스내용을 확장함으로써 이루어지는 경쟁저해적 행위로 인하여 아직도 행정관청에서 소셜네트워크 서비스에 대하여 절차가 진행된 바는 없다.²⁷⁾ 일반적으로 경쟁서비스로 이용자가 옮겨가는 것을 제한하는 조치에 대한 검토에 있어서 시장지배적 사업자가 원칙적으로 경쟁자들이 시장진입을 쉽게 하거나 다른 방식으로 도움을 줄 의무가 없다는 점을 고려해야 한다. 하지만 제한조치에 추가적으로 그 자체가 경쟁제한적 의미를 갖는 행위가 추가된다면 다른 판단을 할 여지는 물론 있게 된다.

과도한 개인정보수집으로 인한 잠재적 남용가능성은 반드시 권리침해 여부가 증명되지 않더라도 서비스 사업자가 제공하는 서비스(사회적 교류가능성의 제공)와 이용자들의 반대급부(개인정보에 대한 접근 및 이용)의 불균형으로부터 발생할 수 있다. 이용자와의 관계에서 남용행위는, 예컨대 개인정보를 구체적인 관련성 없이 수집한 상태에서 이를 사업적으로 이용하는 경우에 존재하게 된다. 하지만 이러한 남용행위의 증명은 상당히 어렵다. 한편으로는 “과도한”, “관련성의 결여”와 같은 매우 추상적인 요건을 증명해야 하는 어려움도 존재하지만, 다른 한편으로 제공되는 서비스의 내용이 매우 복잡하거나 이용자에 특화되어 있어서 해당 서비스의 상황적 또는 이용자관련성을 갖는 평가가 매우 상대적으로 이루어질 수밖에 없기 때문에 이를 사실적으로 증명하기란 불가능에 가깝다.

3) 입법적 조치의 필요성

독일 독과점위원회는 경쟁법적 측면에서는 기존의 입법을 통하여 충분히 규율이 될 것으로 보고 있다.²⁸⁾ 따라서 개정은 필요가 없다고 보았다. 다만 개인정보보호와 소비자보호와 관련한 개정 필요성을 다음과 같이 언급하고 있다. 보고서가 나온 이후에 유럽연합에서 입법 개정이 일워진 부분은 해당 내용 소개에서 밝히기로 한다.

(1) 개인정보보호법의 강화 필요성

소셜네트워크 운영자들에 의하여 이용자들을 자신의 서비스에 지나치게 구속시키는 위험은 이용자의 권리를 강화함으로써 대응할 수 있다. 이와 관련하여 이미 유럽연합 판례에서 인정되었던 “잊혀질 권리”가 유럽연합 개인정보보호 기본규칙을 통하여 도입되었다.

27) 그에 반하여 제3자의 비디오 같은 타인의 콘텐츠를 자신의 서비스에 게시되는 것을 거부하는 행위가 경쟁제한행위에 해당하는지에 관하여 이미 미국에서 법원에서 문제되었다. 이 때 소셜네트워크 서비스 운영자가 타인의 콘텐츠를 게시하는 것을 거부하는 이유 중의 하나는 콘텐츠 제작자가 초기 고정비용에 기여한바 없이 소셜네트워크 성공에 무임승차하고 있다는 점이 될 수 있다. 하지만 해당 구체적인 사안에서 게시가 이용자에 의하여 이루어졌기 때문에 미국경쟁법 및 유럽경쟁법상 의미 있는 위반행위가 있는 것은 아니었다.

28) Monopolkommission, Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, Sondergutachten 68, S. 116.

또한 정보의 이전을 쉽게 해야 할 필요성을 반영하여 정보의 이전에 관한 규정도 신설하였다. 이러한 정보이전을 할 수 있는 이용자의 권리는 소셜네트워크의 시장지배력을 제한할 수 있는 좋은 수단이 될 수 있다. 한편으로 호환 내지 이전비용을 줄일 수 있고, 여러 소셜네트워크 계정을 관리하는 수고로움을 덜 수 있는 가능성이 열렸다. 그리고 이러한 법개정을 통하여 소셜네트워크에서 기존의 사업자와 달리 더 강한 개인정보보호정책을 시행할 수 있는 여건이 마련되었다.

(2) 소비자법과 관련된 개선

그 외에도 독일 독과점위원회는 인터넷에서 소비자법을 더욱 개선하여 소셜네트워크 서비스의 소비자보호 문제를 해결해야 할 필요가 있다고 보았다. 특히 서비스 제공자 측에서 이용자들이 하는 동의의 효력을 정확히 파악할 수 있는 정보를 제공하고, 개인정보보호 이익을 스스로 지킬 수 있도록 이용자 권리를 강화할 필요가 있다고 보았다. 이를 위해서는 플랫폼 운영자가 개인정보보호 정책을 더 투명하게 구성해야 하는 조치가 요구된다.

또한 무상으로 제공하지만 사실상 개인정보를 통한 광고수익을 모델로 하는 사업자의 경우 해당 서비스를 유상으로 바꾸는 한편 개인정보 활용을 통한 광고수익을 추구하지 않는 사업자의 정책도 개인정보보호에 관심이 많은 이용자에게 도움이 될 수 있다. 이에 따라 Google에서는 Youtube의 유료화를 선택하는 경우에 광고 없이 서비스를 제공하고 있다. 이러한 경향에 맞추어 입법적으로 유상으로 서비스를 이용하는 대신 개인정보 활용을 통한 타게팅 광고를 금지하는 모델과 무상이지만 개인정보 활용을 통한 타게팅 광고를 허용하는 모델 사이에 선택권을 부여하는 방식을 도입하는 것을 고려할 수 있다.²⁹⁾ 그리고 개인정보 활용을 통한 광고를 허용하는 경우에는 어떠한 한도에서 개인정보 활용에 대한 정보를 소비자에게 동의하기 전에 제공해야 하는지에 관하여 구체적으로 논의해 보아야 한다. 이러한 선택적 권리를 부여함으로써 개인정보보호법을 넘어서 효과적인 개인정보에 대한 보호가 가능해지고 과거의 개인정보 침해를 통하여 획득한 경쟁에서의 우위를 감소시킬 수 있을 것으로 기대된다. 특히 이 방법은 광고 수신 없는 서비스 제공이 사업모델로서 자체적으로 성공을 거두지 못하는 경우에는 입법적 모델로서 고려할 필요가 있다.

또한 단순히 정보만을 제공하는 소비자보호모델은 재검토가 필요하며 새로운 다른 시도를 적극적으로 고려해야 한다. 특히 약관의 내용을 쉽게 조망할 수 있는 환경이 마련될 수 있는 노력이 필요하다.

그리고 약관을 통하여 개인정보 활용에 대한 포괄적인 동의를 법률상 제한할 필요가 있다. 특히 문제가 되는 것은 기존에 존재하는 계약관계에서 사업자가 자신의 약관을 개정하고

29) Monopolkommission, Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, Sondergutachten 68, S. 118.

이 개정을 통하여 개인정보의 이용범위를 확대하는 경우이다. 이 때 많은 사업자들은 확대된 이용가능성 자체를 공지하지 않거나 공지하더라도 이용자가 해당 서비스를 이용하는 것을 멈추는 것 이외에는 이러한 조치에 대하여 거부할 수 있는 방법이 없다는 점이다. 개정된 유럽 연합 개인정보 기본규칙에 의하면 사업자는 개인정보 처리에 있어서 명백히 확정된 목적으로 활용되는 개인정보의 경우 이에 대한 이용자의 동의가 있었다는 점을 증명하여야 한다. 경쟁법적으로 보았을 때 이 규정의 의미는, 회원가입을 해야만 하는 플랫폼의 경우에 광고목적으로 활용할 수 있는 개인정보 수집이 가능함에 반하여 상품의 구매를 목적으로 하는 플랫폼의 경우에는 회원가입이 필요하지 않기 때문에 이러한 비회원의 경우에는 비식별화한 개인정보만 활용할 수 있다는 점에서 특히 의미가 있다.

독일 독과점위원회는 **Digitale Welt**라는 시장 감시기구가 설립되는 것을 환영하였다.³⁰⁾ **Digitale Welt**는 온라인상의 상품 및 서비스 거래에 대하여 관련 감독기구에 소비자피해가 발생한 경우에 빠르게 인지하고 이를 알리는 역할을 하는 소비자단체들에 의하여 설립되었다. 이를 통하여 인터넷상의 서비스 제공자와 이용자들 사이에 계약대등성이 신장될 것으로 기대되고 있다.

2. 소결

지금까지 독일 독과점위원회가 2015년도에 분석한 소셜네트워크 플랫폼이 갖는 집중화 경향 그리고 이를 바탕으로 발생가능한 불공정성 이슈에 관하여 살펴보았다. 이러한 분석을 토대로 독일 독과점위원회는 몇 가지 입법적 개선사항을 제시하였다. 그런데 그 사이 유럽연합 차원에서 이러한 보고서를 바탕으로 입법적 개선이 이미 이루어져 “잊혀질 권리”, “개인정보의 이전” 등 새로운 제도들이 이용자의 보호는 물론 플랫폼에서의 공정성 관점에서 도입된 사항이 있음을 확인할 수 있다.

특히 주목해야 할 제도적 변화는 개인정보 등 정보의 이전에 관한 규정의 도입이다. 이러한 정보의 이전이 가능해야지만 소비자들이 쉽게 다른 소셜네트워크 플랫폼으로 이동이 가능하게 된다. 만약 이렇게 쉽게 이전이 가능해진다면 이전비용이 적용지기 때문에 기존 플랫폼에 고착화되는 lock-in효과가 발생하지 않을 것이다. 따라서 정보의 이전에 관한 규정 내용을 제도적으로 심도 있게 파악해야 한다고 생각한다.

둘째, 개인정보 제3자 제공에 의한 광고수익모델을 기반으로 하고 있는 소셜네트워크 서비스 플랫폼에서 개인정보 수집 및 활용동의를 형해화 되어 있다. 왜냐하면 소비자는 소셜네트워크 서비스를 이용하기 위해서는 동의를 해 줄 수밖에 없기 때문이다. 그런데 최근에 유료화 모

30) Monopolkommission, Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, Sondergutachten 68, S. 119.

델에 착안하여 개인정보 제3자 제공을 통한 광고를 수신받고 싶지 않은 소비자들에게 그 대안으로 제공하고 있는 점을 유의 깊게 살펴보아야 한다. 이는 플랫폼 서비스의 투명성과 연관된 문제로서 아주 중요한 쟁점에 해당하지만, 아직 완전히 해결을 보지 못하고 있는 부분이기도 하다. 이러한 측면에서 독일 독과점위원회의 제안은 논의해 볼만한 주제라고 생각한다.

셋째, 그 밖에 소비자법과 관련된 제도적 개선요구사항은 일반적인 소비자법의 개선요구사항으로서 소셜네트워크 플랫폼에 특이한 문제점은 아니라고 생각된다. 따라서 이는 전체 제도적 설계를 어떻게 바라볼 것인지와 연관된 문제이므로 여기서 이 문제를 더 자세히 다룰 필요는 없다.

Ⅲ. SNS 제공자의 서비스 관리의무의 인정 가능성 : 이용품질 관련 페이스북(Facebook) 분쟁 사례

1. 사실관계

페이스북(CP)³¹⁾의 서비스품질 관리³²⁾가 법적 의무인지 여부가 문제된 사안으로서, 방송통신위원회는 2018. 3. 21. 페이스북이 고의로 접속 경로를 변경하여 국내 이용자들의 불편을 야기했다는 이유로 페이스북에 과징금 3억 9,600만 원을 부과하였다. 이에 대해 페이스북은 접속경로 변경의 경우 사업 전략의 일환이며, 실제 이용자 피해가 현저하지도 않았다고 근거를 들어 과징금부과처분취소소송을 제기하였다.

2. 1심법원의 판결내용

서울행정법원 행정5부(재판장 박양준 부장판사)는 2019. 8. 22. 페이스북 아일랜드 리미티드(Facebook Ireland Limited)가 방송통신위원회를 상대로 제기한 소송에서 원고승소 판결을 내렸다(서울행정법원 2018구합64528).

판결요지를 살펴보면, 재판부는 페이스북의 서버 접속경로 변경 행위가 전기통신서비스의 이용을 지연하거나 이용에 불편을 초래한 행위에 해당할 수는 있으나, 전기통신사업법상 ‘이용을 제한’하는 행위에는 해당할 수 없다고 보았다(전기통신사업법 제50조).³³⁾ 또한 이러한

31) 전기통신사업법에서 통신사업자는 기간통신사업자와 부가통신사업자로 지위가 나뉘는데, KT, SK텔레콤, LG유플러스 등 ISP가 기간통신사업자이고 네이버나 카카오, 구글, 페이스북 등 CP가 부가통신사업자다.

32) 가격, 품질 측면의 규제 접근은 독일을 비롯한 다른 국가에서도 적절하지 않다는 판단이 나타나고 있다는 점에서, 이용자 편익에 기초한 공정성 및 투명성 문제로 논의가 수렴되고 있는 상황이다. 플랫폼 공정성·투명성 확보 연구반 3차 회의록(2019. 9. 10.), 8면 참조.

접속경로 변경 행위가 이용자 이익을 현저히 해친다고 볼 만한 객관적 근거도 부족하다고 보았다.³⁴⁾ 이에 대해 서울행정법원 판결이 ‘제한’의 의미를 사전적 의미로만 이해한 것이 아니냐는 비판이 제기되거나 네트워크 이용에서 접속 지연은 사실상의 이용 제한으로 볼 수 있다는 점에서 본 판결의 부당함을 지적하는 주장도 제기되고 있다.

3. 평가

이 사안은 방송통신위원회와 피규제기관(CP)이 다투는 최초의 사건이라는 점에서 의미가 있다. 그리고 이 사건 이후로 해외사업자와 국내사업자의 역차별이 다시 사회적 문제로 대두되었다. 또한 이 사건을 계기로 기간통신산업에 비해 열악한 부가통신사업에 대한 지원방안이 절실히 필요하다는 점도 정부기관이 재차 인식하게 되었다.

IV. 소셜미디어에서의 광고와 소비자보호

1. 직접광고와 관련된 쟁점

직접광고(Directmarketing)는 광고수신자에게 이루어지는 구체적이고 직접적으로 이루어지는 광고를 말한다. 이와 대조를 이루는 것이 불특정 다수인에 대하여 이루어지는 광고이다. 아무래도 관심의 정도와 구체적인 요구에 맞춘 직접광고가 효과가 크다는 점은 당연할 것이다. 그런데 SNS상으로 이용자들에게 요구되지 않은 광고를 일방적으로 보내면 해당 광고는 불법한 광고가 될 여지가 있다. 수신자의 사전의 동의 없이 개인적인 통신으로 직접광고가 전송되면 이는 허용되지 않은 광고에 해당하기 때문이다.

원칙적으로 이와 같은 동의는 존재하지 않는다고 보아야 한다. 해당 광고를 수신한 이용자가 송신자의 “팔로워(Follower)” 내지 “팬(Fan)”이라는 사실로부터 직접광고를 수신하겠다는

33) “콘텐츠 제공사업자(CP)의 접속경로 변경으로 인해 접속이 지연되거나 불편이 초래되는 경우까지 '이용의 제한'에 해당한다고 보게 되면, 구 전기통신사업법 시행령 제42조 1항(“제42조(금지행위의 유형 및 기준) ① 법 제50조제3항에 따른 금지행위의 유형 및 기준은 별표 3과 같다.”)의 위반 여부가 ISP의 전송용량과 다른 CP들의 트래픽 양 등 외부의 여러 요소에 의해 좌우돼 법 집행 여부에 관한 예측가능성을 심각하게 훼손하게 된다.” 그리고 “페이스북은 기존 접속경로를 완전히 차단하고 새로운 접속경로로 전부 변경한 것이 아니라 그 중 일부의 접속경로만 변경했을 뿐”이며, “설령 페이스북이 국내 통신사와의 인터넷 망 접속 관련 협상 과정에서 유리한 위치를 차지하고 IP 트랜짓 서비스 비용을 추가로 지급하지 않기 위해 접속경로를 변경했고, 그로 인해 많은 이용자들에게 피해가 발생해 이에 대한 제재의 필요가 절실하다고 하더라도, 추가적인 입법을 통해 명확한 제재수단을 마련해야 한다.”고 판시하였다. <<https://m.lawtimes.co.kr/Content/Case-Curation?serial=155267>> (최종 방문일자: 2019. 11. 25.)

34) 이때 인터넷망 등 전기통신서비스의 특성, CP와 ISP의 관계, 이용자들이 입은 불이익의 정도 등을 종합적으로 고려하여, 객관적·실증적 근거에 의하여 구체적·개별적으로 판단하여야 한다.

는 포괄적인 동의를 이끌어낼 수는 없을 것이다.³⁵⁾ “좋아요”버튼을 눌렀다는 행위로부터도 개인정보보호법상의 제공된 정보를 기초로 한 동의를 주었다고 볼 수도 없다. 왜냐하면 이와 같은 행위와 관련하여 이용자에게 어떠한 방식으로든 해당 행위가 어떠한 목적과 어떠한 통신수단을 통하여 활용될 것인지에 관하여 내용상의 정보전달이 없기 때문이다. 따라서 원하지 않은 광고를 보낸 행위에 해당하는 것으로 보아야 한다.

2. 인플루언서 마케팅과 숨은 광고

인플루언서들이 광고를 하면서 광고주와의 대가관계를 표시하지 않음에 따라 이 문제는 우리나라 뿐만 아니라 전세계적으로 문제가 되고 있다. 우리 공정거래위원회는 추천·보증 등에 관한 표시·광고 심사지침(2011년 7월 14일 개정)에서 광고주로부터 대가를 받고 추천글 등을 게재하는 경우 대가성을 공개하도록 하고 있다.³⁶⁾ 최근에 독일에서 이와 관련된 판례가 나오고 있어 여기서 간단히 소개하기로 한다.

1) 판례 사실관계

대상 판결은 2019년 Karlsruhe LG(지방법원)에서 Ramela Reif라는 유명한 인플루언서가 숨은 광고(Schleichwerbung)를 하였다는 이유로 문제된 사안을 대상으로 한다. 법원은 이 판결에서 소위 “Tap Tags”를 활용한 인스타그램 포스팅이 독일 부정경쟁방지법상의 광고표시 의무를 위반하였는지 여부를 다루고 있다.

원고는 출판사들이 회원으로 가입되어 있는 사단법인이다. 피고인 인플루언서는 인스타그램에서 비즈니스 계정으로 약 400만 명 이상의 팔로워를 가지고 있고 패션, 건강, 식품과 라이프스타일 등을 주제로 하고 있다. 문제된 인스타그램 포스팅에서는 파리의 호텔, 스키장 또는 영업장 등의 사진이 게재되었다. 해당 사진은 마우스클릭을 통하여 커서를 가져가는 경우 클릭할 수 있는 표지(Tap Tags)가 나오게 되어 있다. 이 표지는 인플루언서가 게시한 옷 내지 다른 상품들의 유래를 할 수 있는 내용을 담고 있다. 이 표지를 클릭하게 되면 해당 제조자 또는 상품들의 판매자의 인스타그램으로 연결된다.

2) 판결의 내용

Karlsruhe 지방법원은 문제된 3개의 포스팅에서 광고표시가 되어 있지 않았다는 것을 인

35) Müller-Riemenschneider, in: Bräutigam/Rücker, E-Commerce, S. 649 Rn. 9.

36) 【 추천·보증 등에 관한 표시·광고 심사지침 】 V. 광고주와 추천·보증인과의 경제적 이해관계 공개 (생략) 광고주 또는 추천·보증인이 경제적 대가를 받은 사실을 공개하지 않았을 경우 기만적인 표시·광고로 본다.

정하고 독일 부정경쟁방지법 제5조a 제4항의 위반을 이유로 한 부작위청구를 인용하였다.

(1) 독일 부정경쟁방지법 제2조 제1항 제1호의 영업적 행위

인플루언서의 포스팅에 사진을 통하여 제품제조자의 인터넷사이트로 연결될 수 있도록 하는 경우에 이는 독일 부정경쟁방지법상 영업적 행위에 해당한다. 독일 부정경쟁방지법 제2조 제1항 제1호에서 말하는 “영업적 행위”라고 함은 자신 또는 타인의 사업을 위하여 계약체결 전후로 이루어지는 상품 또는 서비스 판매의 증진 또는 계약의 이행과 객관적으로 연관된 모든 행위를 말한다.

가) 타인의 사업을 증진을 위한 행위

Karlsruhe 지방법원은 사업자의 판매증진을 인정할 수 있는 근거를 포스팅이 이를 통하여 나타난 상품의 판매증진과 해당 제조자의 미지시 상승에 기여하고 있다는 측면에서 찾고 있다. 인플루언서가 해당 제품을 직접 입거나 개인과 연결지움으로써 팔로워들이 해당 상표와 제조자의 제품에 관심을 갖도록 유도한다.

이와 동시에 인플루언서는 이를 통하여 자신의 사업을 증진하고 있다. 왜냐하면 인플루언서는 삶의 환경에 맞는 여러 사업자의 상품으로 자신의 삶을 꾸밈으로써 수익을 얻기 때문이다. 한편 사업자들은 되도록 믿을 만하거나 효과가 좋은 광고매체를 찾고 있는데, 바로 인플루언서가 최근에 이러한 매체로서 각광을 받고 있다.

Karlsruhe 지방법원은 인플루언서가 순수한 사적 이익을 추구하는지와 반대급부를 취득하였지 여부에 관하여 판단하고 있다. 인플루언서는 통상 그들의 포스팅을 팔로워들에게 “친구”로서 제공하고 포스팅은 단지 사적인 자기표현에 불과하다고 주장한다. 독일 다수설과 판례에 의하면 해당 행위가 단지 순수한 사적 이익을 목적으로 하는 경우에는 사업적 행위를 부정하고 있다. 개인의 사적 이익과 관련된 영역은 영업 내지 직업활동 밖의 영역을 말한다.³⁷⁾

Karlsruhe 지방법원에 따르면 바로 인플루언서가 자신의 이미지 내지 신뢰 개선을 위한 활동 이외에도 자신의 삶에 맞는 상표를 찾고 알리는 것 자체가 바로 인플루언서 광고효과를 낳은 특징이라고 한다. 인플루언서는 이러한 활동을 통하여 팔로워들과 자신의 삶을 경험하도록 함으로써 신뢰를 쌓고 팔로워들로 하여금 계속하여 인플루언서의 삶과 모임에 참여를 유도한다. 만약 포스팅이 대가를 지불받지 않고 순수히 개인적인 성질의 것이라고 한다면 인플루언서는 개인적인 인스타그램 계정을 만들 수 있다. 인플루언서가 그에 반하여 이러한 사적인 개정이 아니라, 사업 계정을 만들고 있다면 이러한 외부적 행위에 그러한 의미를 부여해야 한다.

37) Keller, in: Harte/Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 4. Aufl., 2016, § 2 Rn. 38.

원칙적으로 인플루언서가 대가를 받거나 할인 등 그 밖의 이익을 받은 경우에는 원칙적으로 영업적 행위로 볼 수 있다.³⁸⁾ 그런데 반대급부를 받지 않는다고 당연히 영업적 행위가 아닌 것으로 볼 수는 없다. 왜냐하면 영업적 행위를 판단함에 있어서 구체적인 이익공여 이외에도 다른 관점들을 추가로 고려할 수 있기 때문이다.

나) 행위와 이미지광고를 통한 판매증진 사이의 객관적 관련성

Karlsruhe 지방법원에 의하면 광고주인 사업자의 명칭을 알리거나 거래계에서 인지도를 높여 판매를 증진하는 이미지광고도 객관적 관련성을 인정할 수 있다.³⁹⁾

판매증진과 관련하여 제조자의 인스타그램상의 표현이 링크를 통하여 직접적으로 해당 제조자의 인터넷 쇼핑몰로 연결되도록 되어 있기 때문에 동일한 평가가 가능하다.⁴⁰⁾ 기업명칭이 단지 해쉬태그에만 등장하고 계정 내지 인터넷 사이트로 링크가 없는 경우에만 이를 부정할 수 있다.⁴¹⁾

포스팅이 단지 편집된 기사를 포스팅한 것에 불과하면 판매증진과 객관적인 관련성이 결여될 수 있다. Karlsruhe 지방법원 시각에서는 해당 기사가 오직, 아니면 주로 팔로워들에 대한 정보제공과 의견형성을 목적으로 제공된 경우에만 객관적 연관성을 부정할 수 있다고 한다. 하지만 링크된 제조자 인스타그램 계정의 내용을 보면 인플루언서의 글과 사진과 인식이 능한 연관성이 없으므로 판매증진의 객관적 관련성을 인정된다고 한다.

(2) 독일 부정경쟁방지법 제5조a 제6항의 숨은 광고금지

독일 부정경쟁방지법 제5조a 제6항의 유추적용에 의하여 사업적 행위의 상업적 목적을 표시하지 않아 불공정거래행위가 되기 위해서는 행위 정황에 의하여 바로 상업적 목적이 나타나지 않아야 하고 표시를 하지 않은 것으로 인하여 소비자가 그렇지 않은 경우에 구매결정을 하지 않을 것임에도 불구하고 구매결정으로 이어질 수 있어야 한다.⁴²⁾

본 사안의 경우 Karlsruhe 지방법원은 행위정황으로부터 상업적 목적을 바로 인식할 수는 없다고 보았다. 상업적 목적은 바로 인식할 수 있어야 하고 의심의 여지 없이 알 수 있어야 한다. 광고라고 명백히 표시할 의무가 요구되는 것은 특히 팔로워 중에 보호필요성이 강한 미성년자들이 많다는 점도 고려되었다. Karlsruhe 지방법원은 팔로워의 수가 많고 광고의 전문적인 구성을 통하여 상업적 목적을 알 수 있다는 논거를 받아들이지 않았다. 그에 반하여

38) KG BeckRS 2017, 134126; Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 37. Aufl., 2019, § 5a Rn. 7.71).

39) Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 37. Aufl., 2019, § 2 Rn. 50).

40) LG Hagen BeckRS 2017, 127480.

41) LG Itzehoe MMR 2019, 186.

42) LG Hagen BeckRS 2017, 127480.

München I 지방법원은 팔로워의 수와 인플루언서의 개인정보에 과란 표시가 되어 있다는 점을 통하여 상업적 목적을 충분히 인식할 수 있다고 보았다.⁴³⁾

3. 친구추천 내지 추천이메일의 광고성

“Tell-a-Friend”기능, 추천이메일 또는 추천전자카드 기능에서 해당 인터넷 서비스에서 이용자에게 제3자에게 특정한 내용을 보낼 수 있는 기능을 제공한다. 이러한 기능을 통하여 예컨대 신문의 뉴스 또는 상품에 대한 정보가 전달된다. 이와 같은 정보의 전송은 이용자가 해당 인터넷 서비스에서 수신자의 이메일주소를 입력하고 해당 이메일의 전송을 촉발함으로써 일어난다.

이 기능은 우선 개인정보보호법과 연관된 쟁점이 문제된다.⁴⁴⁾ 왜냐하면 “Tell-a-Friend”기능의 운영자에 의한 수신자의 이메일주소를 확보하는 행위가 개인정보의 수집으로 평가될 여지가 있기 때문이다. 만약 이러한 행위가 개인정보의 수집에 해당한다면 법적 근거가 있어야 한다. “Tell-a-Friend”기능의 이용자는 그러나 수신자의 이메일주소에 대한 동의를 줄 수 있는 권리가 아니기 때문이다. 즉, 수신자로부터 이메일주소를 받았다면 해당 이메일주소를 이용자가 활용할 수 있다는 것에 동의를 한 것인지 제3자인 서비스 운영자에게 제공한 것까지는 동의를 주지 않은 것이다. 이러한 측면에서 서비스 운영자는 제3자의 동의 없이 이메일주소를 수집하게 된 것이다.

독일 Nürnberg고등법원에서는 2006년도 판결에서는 순수한 상품추천인 전자카드를 제3자가 인터넷 사업자에서 보낸 것에 대하여 독일 부정경쟁방지법 제7조 제2항 제3호를 위반하지 않은 것으로 보았다.⁴⁵⁾ 왜냐하면 전자카드를 통한 순수한 상품추천의 경우에 해당 규정에서 금지하고 있는 “직접광고”에 해당하지 않기 때문이다. 그 핵심적인 논거는 광고된 기업이 해당 광고를 직접 전송하지 않았다고 본 것이다. 그러나 이러한 논거가 타당하기 위해서는 해당 전자카드 서비스 제공자가 추자적인 광고를 해당 전자카드에 하지 않는 경우에만 타당하다.⁴⁶⁾ 그렇지만 이 판결에 의하더라도 전자카드 수신자는 불법행위를 이유로 한 금지청구(독일 민법 제823조, 제1004조의 유추)를 통하여 청구할 수 있다. 왜냐하면 해당 규정은 광고가 존재할 것을 요건으로 하지 않기 때문이다.⁴⁷⁾

2013년에 추천이메일과 관련한 결정적인 독일 연방법원(BGH) 판결이 있었다. 해당 판결

43) LG München I BeckRS 2019, 7496.

44) Eckhardt, in: Auer-Reinsdorff/Conrad, Handbuch IT- und Datenschutzrecht, 3. Auf., 2019, § 25 Rn. 154.

45) OLG Nürnberg, MMR 2006, 111.

46) OLG Nürnberg, MMR 2006, 111.

47) LG Berlin, K&R 2009, 823.

에서 독일 연방법원은 불법행위를 이유로 한 금지청구를 인용하면서 인터넷 서비스 운영자로 부터 사전에 이루어진 추천이메일 수신자의 동의가 이루어졌음을 증명할 것을 요구하였다.⁴⁸⁾ 추천기능을 제공하고 있는 사업자는 이메일전송의 행위자로서 책임을 부담한다고 보았다. 비록 제3자에 의하여 이메일의 전송이 이루어지더라도 중요한 것은 광고를 하는 사업자가 이메일의 전송자로서 나타나고 있다는 점과 이 사업자의 추천기능이 사업자의 광고를 목적으로 제공되고 있다는 점이라고 보았다.⁴⁹⁾

판시내용: “사업자가 자신의 웹사이트에 이용자들이 제3자의 요청없이 추천이메일을 보낼 수 있는 가능성을 만들어주고 해당 추천이메일에서 사업자의 인터넷상의 플랫폼을 적시하고 있다면 이는 바로 사업자가 요구하지 않은 광고이메일을 보낸 것으로 보아야 한다. 만약 이와 같은 추천이메일이 수신자인 변호사의 동의 없이 보내진 경우 이는 설치되고 운영되고 있는 영업에 대한 침해에 해당한다.”

더 나아가 해당 연방법원 판결에서 추천이메일이 사업자의 광고에 해당하는지도 문제되었다. Nürnberg 고등법원의 입장과 다르게 독일 연방법원에서는 비록 제3자의 의사에 의하여 전송되었다고 광고로 볼 수 있다고 판단하였다.⁵⁰⁾ 주요한 것은 사업자가 추천기능의 제공을 통하여 달성하려고 하였던 목적이라는 것이다. 추천기능이 사업자 및 사업자 서비스에 대한 제3자의 관심을 이끌어 내기 위한 목적을 가지고 있으므로 이와 같은 방식으로 보낸 추천이메일은 광고로 볼 수 있다는 것이다.

독일 연방법원 판결은 이 기능에 지대한 영향을 미치고 있다.⁵¹⁾ 왜냐하면 수신자의 사전 동의를 증명하는 것은 기능상 불가능하기 때문이다. 바로 수신자의 요청에 의하여 이러한 추천이 이루어지는 것이 바로 이러한 서비스의 전형적으로 갖는 기능이기 때문이다. 다만 제한된 범위의 그룹에서 이와 같은 추천이메일을 받는 것에 동의를 한 경우이거나 일반적으로 이러한 추천이메일을 받을 것에 대하여 수신자가 동의를 하고 이메일주소를 준 경우에는 예외적으로 동의를 증명할 수 있기 때문에 이와 같은 광고전송이 합법적으로 이루어질 것으로 보고 있다.⁵²⁾ 하지만 사전의 동의가 없기 때문에 해당 추천이메일을 명확히 광고로 표시하거나 사후적으로 추천이메일의 전송을 거부할 수 있는 방법을 제공하더라도(opt-out) 이러한 추천이메일의 위법성에는 변함이 없다.⁵³⁾

48) BGH GRUR 2013, 1260.

49) BGH GRUR 2013, 1260.

50) BGH GRUR 2013, 1260.

51) Dehißelles K&R 2014, 7 참고.

52) Eckhardt, in: Auer-Reinsdorff/Conrad, Handbuch IT- und Datenschutzrecht, 3. Auf., 2019, § 25 Rn. 159.

53) LG Dortmund BeckRS 2005, 14074 판결 참조.

V. SNS상의 전자상거래에 대한 규율

1. 전자게시판서비스 제공자의 책임에 관한 규정의 신설

SNS상으로 광고행위뿐만 아니라, 전자상거래도 일어나고 있다. 이러한 현상에 대하여 공정거래위원회는 2012년 1월에 카페 내지 블로그에서 일어나는 상업적 활동을 포털사업자가 자율적으로 관리할 수 있도록 “카페·블로그의 상업적 활동에 대한 가이드라인”을 인터넷 기업협회와 공동으로 마련하였다.⁵⁴⁾ 그리고 2016년도에 전자상거래소비자보호법 제9조의2에 전자게시판서비스 제공자의 책임에 관한 규정이 신설되었다.⁵⁵⁾

54) 공정거래위원회 2012년 1월 11일자 보도자료. 이 가이드라인에서는 (1) 통신판매업자 내지 통신판매중개업자에 해당하는 카페·블로그 운영자들이 신원정보 표시의무를 준수하도록 관련 정보들을 게시할 수 있는 양식을 제공하고, (2) 소비자가 카페·블로그의 상업적 행위와 관련한 피해·불만이 있을 경우 이를 신고할 수 있는 “소비자피해신고센터”를 운영하고, (3) 소비자 피해를 유발하는 행위가 발견된 경우 포털사업자가 단계적으로 조치를 취하는 한편, (4) 대표적인 위법행위를 예시하여 카페·블로그 운영자 및 소비자에 대하여 정보를 제공하도록 하는 내용을 담고 있다. 단계별 제재조치의 예시로 (1) 1차 위반시 - 위반행위 시정을 권고, (2) 2차 위반시 - 재차 불이행시 게시물 삭제, 이용제한 등 조치가 이루어지거나 공정위 등 관련기관에 통지될 수 있음을 경고, (3) 3차 위반시 - 법위반 행위가 명백한 경우*에는 약관에 따라 해당 게시물 삭제, 이용제한 등의 조치를 취하되, 법적 판단을 요하는 경우에는 공정위 등 관련기관에 조치를 요청 등을 예정하고 있다. 대표적인 위법행위의 예시로 (1) 통신사업자에 해당함에도 통신판매신고를 하지 않고 영업하는 행위, (2) 통신사업자에 해당함에도 해당 카페·블로그에 이를 표시하지 않고, 기본적인 신원정보를 제공하지 않는 행위, (3) 정당한 이유없이 소비자의 청약철회권을 제한하는 행위, (4) 수수료 등을 받는 등 영리적 활동임에도 비영리 활동인 것처럼 사용후기를 작성하는 등 소비자를 기만적으로 유인하는 행위등을 열거하고 있다.

55) 법 제9조의2(전자게시판서비스 제공자의 책임) ① 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제2조제1항제9호의 게시판을 운영하는 같은 항 제3호의 정보통신서비스 제공자(이하 "전자게시판서비스 제공자"라 한다)는 해당 게시판을 이용하여 통신판매 또는 통신판매중개가 이루어지는 경우 이로 인한 소비자피해가 발생하지 아니하도록 다음 각 호의 사항을 이행하여야 한다.

1. 게시판을 이용하여 통신판매 또는 통신판매중개를 업으로 하는 자(이하 "게시판 이용 통신판매업자등"이라 한다)가 이 법에 따른 의무를 준수하도록 안내하고 권고할 것
2. 게시판 이용 통신판매업자등과 소비자 사이에 이 법과 관련하여 분쟁이 발생한 경우 소비자의 요청에 따라 제33조에 따른 소비자피해 분쟁조정기구에 소비자의 피해구제신청을 대행하는 장치를 마련하고 대통령령으로 정하는 바에 따라 운영할 것
3. 그 밖에 소비자피해를 방지하기 위하여 필요한 사항으로서 대통령령으로 정하는 사항

② 전자게시판서비스 제공자는 게시판 이용 통신판매업자등에 대하여 제13조제1항제1호 및 제2호의 신원정보를 확인하기 위한 조치를 취하여야 한다.

③ 전자게시판서비스 제공자는 게시판 이용 통신판매업자등과 소비자 사이에 분쟁이 발생하는 경우 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자의 요청에 따라 제2항에 따른 신원 확인 조치를 통하여 얻은 게시판 이용 통신판매업자등의 신원정보를 제공하여 그 분쟁의 해결에 협조하여야 한다.

1. 제33조에 따른 소비자피해 분쟁조정기구
2. 공정거래위원회
3. 시·도지사 또는 시장·군수·구청장

시행령 제11조의3(소비자 피해구제신청 대행 장치의 운영 방법) ① 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제2조제1항제9호의 게시판을 운영하는 같은 항 제3호의 정보통신서비스 제공자(이하 "전자게시판서비스 제공자"라 한다)는 법 제9조의2제1항제2호에 따라 소비자의 피해구제신청을 대행하기 위한 장치를 다음 각 호의 방법에 따라 운영하여야 한다.

1. 소비자가 법 제33조제1항에 따른 소비자피해 분쟁조정기구(이하 "소비자피해 분쟁조정기구"라 한다)를 선택할 수 있도록 해당 게시판에 소비자피해 분쟁조정기구의 업무와 피해구제절차를 표시할 것

이 규정은 기본적으로 전자상거래를 목적으로 하지 않은 플랫폼에서 전자상거래 내지 전자상거래 중개가 일어나는 경우 해당 플랫폼 사업자에게 일정한 관리적 조치를 취하도록 하는 의무를 부과하는 조항으로 볼 수 있다(동조 제1항).⁵⁶⁾ 또한 플랫폼 사업자에게 이를 통하여 전자상거래 내지 전자상거래 중개를 하는 사업자의 신원정보를 확보하는 한편(동조 제2항) 분쟁해결기구에서 요청이 있는 경우 해당 신원정보를 제공할 의무를 부과하고 있다(동조 제3항).

그런데 본 규정과 관련하여 근본적으로 오해의 소지가 있는 부분은 바로 책임의 주체와 관련된 내용이다. 통상 SNS 제공자 내지 SNS 플랫폼 운영자로 칭해야 하지만, 이와 같은 개념을 사용하는 것을 피하고 정보통신망법상의 전자게시판 개념을 활용하여 전자게시판서비스 제공자로 칭하고 있는 것은 기본적으로 규율내용을 정확하게 규정하고 있지 못하다는 비판을 면하기 어렵다. 왜냐하면 SNS 플랫폼에서만뿐만 아니라, 쇼핑몰 또는 대학교 홈페이지에서도 게시판을 운영하고 있는데, 이러한 게시판에까지 이와 같은 관리의무를 부과하는 것은 무리이기 때문이다. 따라서 전자게시판서비스 제공자의 책임을 규정하고 있는 본 조항은 이러한 서비스를 주된 서비스 제공하고 하는 플랫폼에 대하여만 적용해야 할 것이다. 따라서 비거래 목적의 카페, 블로그 등의 플랫폼에 대하여만 적용해야 할 것이다.

2. 적용상의 쟁점

1) 전자게시판서비스 제공자의 범위

실무에서 전자게시판 서비스의 개념이 문제되고 있다. 왜냐하면 통상 게시판서비스라고 칭할 수 있는 게시판을 운영하고 있지 않은 SNS 플랫폼 사업자도 존재하기 때문이다.

정보통신망법상 게시판이라고 함은 “그 명칭과 관계없이 정보통신망을 이용하여 일반에게 공개할 목적으로 부호·문자·음성·음향·화상·동영상 등의 정보를 이용자가 게재할 수 있는 컴퓨터 프로그램이나 기술적 장치”를 말한다(동법 제2조 제9호). 따라서 직접적으로 게시판이라는 명칭을 사용하고 있지 않더라도 다양한 정보를 일반인에게 공개할 목적으로 이용자

2. 소비자가 피해구제신청의 대행을 요청하는 경우 전자게시판서비스 제공자가 피해구제신청을 대행해 준다는 사실과 그 대행 절차를 표시할 것

② 전자게시판서비스 제공자는 소비자가 피해구제신청의 대행을 요청하는 경우에는 3영업일 이내에 소비자가 요청하는 소비자피해 분쟁조정기구에 소비자의 요청사항을 전달하고 그 사실을 소비자에게 지체 없이 알려야 한다.

③ 법 제9조의2제1항제3호에서 “대통령령으로 정하는 사항”이란 법 제9조의2제1항제1호·제2호, 같은 조 제2항 및 제3항에 따른 내용을 전자게시판서비스 제공자가 이행하여야 할 사항으로 약관에 규정하는 것을 말한다.

56) 게시판서비스제공자에게 일정한 행정상의 관리의무를 추가한 것에 불과하다고 평가하는 견해로 김경숙, 디지털콘텐츠거래에서 플랫폼책임에 대한 관견(管見), IT와 법 연구 제16권(경북대학교 법학연구소), 2018, 171면.

가 게재할 수 있도록 하고 있는 기능을 가지고 있다면 모두 게시판에 해당한다. 즉 사업자가 일방적으로 제공하는 정보가 아니라, 이용자 스스로 정보를 공개할 의도로 게시할 수 있는 기능을 제공하고 있다면 게시판 서비스에 해당한다. 따라서 게시판으로 보이는 명칭이나 형식을 사용할 필요가 없고 정보의 게재를 통하여 일반인들에게 공개할 수 있으면 충분하다. 따라서 해당 정보가 웹페이지에 게재되어 볼 수 있는 것이 통상적이겠지만, 검색기능을 통하여 해당 정보를 검색하여 볼 수 있는 기능을 해당 사업자가 마련하고 있다면 본조상의 “게재”의 범주에 포섭되는 것으로 볼 수 있다. 그러나 정보의 업로드 기능 없이 단지 검색만 할 수 있는 경우에는 이러한 전자게시판에 해당하는 것으로 보기 힘들 것이다.

이러한 측면을 고려한다면 전통적으로 형식적인 게시판 기능을 가지고 있는 블로그는 물론, 글을 작성하여 목록을 형성하고 있는 Facebook, Twiter 그리고 사진을 올릴 수 있는 Instagramm, 더 나아가 동영상 올릴 수 있으며 부분적으로 게시와 검색을 통하여 해당 정보를 찾을 수 있도록 하고 있는 YouTube 모두 게시판서비스를 제공하고 있는 사업자로 볼 수 있다.

2) 전자게시판서비스를 통한 계약체결행위의 필요성에 관한 의문

또한 SNS플랫폼에서 거래가 일어나는 양상을 보면 해당 게시판서비스를 통하여 직접적으로 모든 거래가 일어나는 것이 아니다. 즉 광고, 계약의 체결 및 결제 등 모든 계약과 관련된 계약체결 및 계약의 이행이 SNS플랫폼을 통하여 일어나는 것이 아니다. 이러한 이유는 다양한데, 첫째 비거래플랫폼은 전자상거래 플랫폼에서 계약체결을 위한 장치를 마련하고 있지 않을 뿐만 아니라, 둘째, 약관상 전자상거래를 목적으로 해당 서비스를 이용하면 탈퇴사유가 될 수도 있는 경우가 있기 때문이다. 따라서 많은 경우에 게시판을 통하여 직접적으로 계약체결이 이루어지지 않고 전화번호를 교환하거나 쪽지 기능 내지 다른 통신수단으로 이동하여 계약이 체결되는 경우가 많다. 그러면 이러한 경우에도 본 조항이 적용되는지가 문제되고 있다.

이 문제와 관련된 조항의 요건은 “게시판을 이용하여 통신판매 또는 통신판매중개가 이루어지는 경우”라는 요건이다. 문언만 보면 게시판을 통하여 직접적으로 직접 계약이 체결되는 행위 내지 중개행위가 이루어지는 것으로 생각할 여지가 있다. 그러나 전자상거래법상 통신판매의 개념은 이보다 더 넓게 규정되어 있다. 즉 통신판매 개념에는 계약체결에 관한 정보를 제공하는 행위도 포함되어 있다(전자상거래소비자보호법 제2조 제2호). 따라서 직접 계약을 체결할 필요가 없고 계약체결에 관한 정보를 제공하여 계약체결에 이르게 된다면 본 법상의 범위 안에 포함될 수 있을 것이다. 다만 정보통신수단을 통한 계약체결을 중국적으로 요구하므로 다른 통신수단을 통하여 전자상거래 방식으로 계약이 체결되어야 한다.

3) 통신판매 또는 통신판매 중개를 업으로 하는 자에 해당하는지의 여부

SNS상 이루어지는 거래는 통상 소비자 사이의 거래(C2C 내지 P2P)이다. 따라서 사업자와 소비자 사이의 거래(B2C)만을 전제로 하고 있는 전자상거래소비자보호법은 적용될 여지가 없다. 그러나 전자상거래 사업자가 자신의 이러한 사업자로서의 성질을 숨기고 거래하는 경우도 많다. 따라서 전자계시판서비스 제공자의 책임은 이러한 사업자에게 동법상의 의무준수를 유도하기 위한 관리책임을 부과하고 있는 것이다. 즉 동법상 사업자에게 부과되고 있는 정보제공의무의 이행 및 철회권의 보장을 유도하여 적절한 소비자보호를 도모하려는 입법목적이 있다.

그런데 의도적으로 사업자성을 숨기는 경우와 달리 사업자 성이 있는지 모른 채 전자상거래가 SNS상으로 이루어지는 경우도 많다. 통상 사업자인의 여부는 거래주체가 어떠한 목적을 가지고 해당 거래를 하는지에 따라 결정되나, 일정한 범위를 넘어서면 거래주체의 주관적 목적과 상관없이 객관적으로 해당 거래주체를 사업자로 보아야 한다. 현행 전자상거래소비자보호법은 통신판매업신고 면제기준을 제시하여 주고 있다. 그러나 이러한 면제기준은 전자상거래 사업자에게 통신판매업신고를 면제해 줄 수 있는 기준이지만, 사업자성을 판단해 주는 기준은 아니다. 즉 통신판매업 신고를 면하는 거래량 이하이더라도 해당 자는 전자상거래 사업자일 수 있다.

SNS상으로 거래를 시작하는 단계에서는 사업자가 아닐 수 있으나, 거래량이 늘어난다면 사업자성을 가질 수 있다. 특히 많은 팔로워를 가지고 있는 인플루언서의 경우에는 거래규모가 사업자로 성장할 수 있다. 따라서 단순한 개인으로 시작하였지만, 사업자로 볼 수 있는 경우가 많을 것이다. 그러나 현재 사업자인지의 여부를 판단할 수 있는 객관적 기준이 없기 때문에 모호성을 존재한다. 이러한 측면에서 사업자성을 판단할 수 있는 객관적 기준 마련에 대한 입법의 필요성은 많이 제기되고 있으나, 아직 이를 마련하고 있는 입법례는 없는 것으로 알고 있다.

수산물 산지 중도매인의 법적 지위와 보호에 대한 연구

김 인 현**

목 차

I. 서론	79
II. 산지 중도매인의 법적 의의와 비교개념	80
1. 산지 중도매인	80
2. 비교개념	83
III. 수산물 산지 중도매인의 업태와 기능	85
1. 산지 중도매인의 업태	85
2. 기능	87
IV. 중도매인의 영업상태와 보호제도	88
1. 영업상 특성	88
2. 법률상 제공되는 산지 중도매인 보호제도와 불리한 제도	89
3. 산지중도매인이 직면하는 위험	92
5. 개선 방향	93
V. 상법 및 수산물 유통법 개정안	97
1. 수산물 유통법	97
2. 상법	98
V. 결론	98

* 고려대학교 법학전문대학원 교수

I. 서론

사람이 살아감에는 의식주가 필요하다. 음식은 무엇보다 중요한데, 우리나라 국민들은 3면이 바다라서 생선을 좋아한다. 이 생선은 어민들이 어획하여 오면 수산업협동조합(이하 수협)의 위판을 통하여 처리되는 것이 대부분이다. 직상장제라고 하여 어민들이 직접 소비자들과 거래하는 경우도 있지만, 대부분의 생선들은 어획직후 수협에 판매가 위탁되어 수협이 공매절차를 거쳐서 전국 각지로 보내진다. 전국 각지의 수산물상인들은 현지의 사정을 잘 모르기 때문에 수산물 산지 중도매인을 활용하게 된다. 수산물 산지 중도매인은 상법상 위탁매매인에 해당한다.

어민들에 의하여 어획된 수산물은 지구별 수협에 위판이 의뢰된다. 경매를 통하여 가장 높은 가격을 적어낸 산지중도매인이 낙찰을 받게 된다. 중도매인은 수협과 매매계약을 체결하게 되고 그는 그 수산물을 위탁한 위탁자에게 보낸다.

상법의 위탁매매의 이론에 따른다면, 서울 노량진 시장의 수요자인 상인들은 자신이 직접 현지에 내려가지 않고도 산지 중도매인을 앞세워 중도매인들이 스스로 자기의 이름으로 수협과 거래를 하게 한다. 상인들은 매입된 수산물을 수령하면서 현지의 중도매인에게 대금을 지급하게 된다. 중도매인들은 자신의 여유자금으로 혹은 위탁자인 상인으로부터 대금을 받음 즉시 이를 수협에 입금시키게 된다. 자신은 이에 대한 수수료 4%를 수령하고 거래는 종료되게 된다.

이와 같이 수산물에 대한 위탁거래가 순조롭게 종료되면 문제는 없을 것이다. 그러나, 필자는 30여년 전 고향의 중도매인들이 대부분 부도가 난 것을 목도해왔다. 법학을 공부하면서 산지의 중도매인은 상법상 위탁매매인에 해당하는 것임을 알게 되었다. 상법상 위탁매매인을 강의할 때에는 법제도가 잘 되어있는 것 같은데, 왜 많은 중도매인들이 도산에 이른 것인지 의문이 증폭되었다. 이런 의문을 해결하기 위하여 이 논문을 작성하게 되었다. 이 논문은 선행된 논문을 참고한 연구라기 보다는 현장의 인터뷰를 통한 실무적인 논문임을 알려둔다.^{1) 2)}

1) 필자는 이 논문의 작성을 위하여 경북 영덕의 영덕북부수협(축산항 소재), 강구수협, 후포수협을 각각 방문하여 2019년 7월과 8월 여러 차례의 인터뷰를 한 바있다. 또한 노량진 수산시장의 전국 수산물 중도매인 협회도 2019년 7월 방문하였다. 이외에 후포/죽변/서귀포/목포 수협조합장/전국수산물 중도매인협회장과 전화인터뷰를 하였다.

2) 선행연구로 참고할 만한 것으로는 김성탁, “위탁매매인의 지정가격 준수 의무”, 영남법학 제9권 1호(2002.12.), 189면 이하; 정동윤, “위탁매매에 있어서 위탁자와 제3자와의 관계”, 고시계 1993년 6월호, 169면이하; 권기범, “위탁매매의 법적 구조와 위탁물의 귀속”, 서울법학 제2권 2호(I)(2014.11.), 61면 이하; 장영수, “수산물 산지 중도매인 기능변화에 관한 연구”, 수산경영론집, 제38권 제3호(2007.12.), 89면 이하가 있다.

II. 산지 중도매인의 법적 의의와 비교개념

1. 산지 중도매인

(1) 상법

상법에는 위탁매매인이 있다. 그는 위탁자의 의뢰를 받아 물건을 매수 혹은 매도 하는 자로서 자신의 이름으로 그러나 위탁자의 계산으로 거래를 한다(상법 제101조).³⁾

위탁자의 의뢰로 매수위탁을 받은 위탁매매인은 매도인과 매매계약을 체결하여 물건을 매수한다.⁴⁾ 자신은 매매계약의 당사자가 되므로 매도인에 대한 매매대금의 지급의무를 부담한다(상법 제102조).⁵⁾⁶⁾⁷⁾

위탁자와 위탁계약을 체결하고 있는 위탁매매인은 매도인으로부터 수령한 물건을 인도하고 대금을 위탁자로부터 지급받게 된다. 위탁매매인이 위탁자와 다시 제2의 매매계약을 체결하는 것은 아니다. 위탁매매인이 위탁계약에 따라 자신이 매수한 물건을 그대로 위탁자에게

3) 이러한 우리 상법의 입장은 일본 상법과 동일하다(일본 상법 제551조). 위탁매매인은 일본법에서는 問屋(도이야)라고 불린다. 北村雅史, 商法總則商行為法(法律文化社, 2018), 172면.

4) 이 경우 위탁계약(위탁자와 위탁매매인)과 매매계약(위탁매매인과 매도인)이 별도로 존재한다.

5) 北村雅史, 전제서, 180면; 정찬형, 상법강의(상)(박영사, 2015), 302면.

6) 이러한 부분이 산지 중도매인의 영업상 어려움을 가중시키는 중요한 포인트이다. 매매계약의 당사자이기 때문에 매매대금의 지급의무를 자신이 부담하게 된다. 비록 자신이 위탁자로부터 대금을 수령하지 못하더라도 자신은 대금을 매도인에게 지급하여야한다. 여기에서 “자기의 이름으로 타인의 계산으로”라는 위탁매매인의 개념에 충실하지 못함을 알게 된다. 매도위탁의 경우 위탁매매인이 대금을 지급을 이유가 없기 때문에 이런 위험을 부담하지 않는다. 오히려 그는 대금을 수령할 의무와 권리가 있을 뿐이다. 이점에서 매도위탁과 매수위탁은 위탁매매인의 보호에서 크게 차이가 난다.

7) 대법원 2016.8.24. 선고 2014다80839판결이 매도위탁의 실례가 잘 나타나 있다. (i) 피고는 과실류, 채소류 등에 대한 수탁판매 등을 목적으로 설립된 주식회사로서 구리농수산물도매시장의 개설자로부터 도매시장법인(수산물유통법상 지구별 수협에 해당함)으로 지정받았고, 원고는 농산물 도·소매업 등을 목적으로 설립된 주식회사로 중도매인 허가를 받았다. (ii) 피고는 출하자로부터 위탁받은 당근을 2013. 1. 25. 구리농수산물도매시장에 상장하여 경매에 붙였고, 원고는 같은 날 상자당 84,000원씩 317상자 합계 26,628,000원 상당의 당근을 낙찰받았다. (iii) 원고는 ‘국내산’이라고 명기된 상자에 담겨 있고 흙이 묻어 있는 이 사건 당근을 국내산으로 생각하고 낙찰받았다(수입 당근은 세척된 상태로만 판매될 수 있다). 한편 원고는 같은 날 피고로부터 수입 당근도 경매로 매수하였는데 수입 당근의 1kg당 낙찰가는 950원으로 이 사건 당근의 1kg당 낙찰가 4,200원보다 현저히 낮았다. (iv) 원고는 이 사건 당근 중 일부를 제3자에게 매도하였는데, 그 후 이 사건 당근이 중국산이라는 사실이 밝혀져 그중 일부가 원고에게 반품되었다. 원고는 보관 중이거나 반품된 당근 148박스를 국립농산물품질관리원의 지시 등에 따라 폐기처분한 후 2013. 5. 31. 피고에게 그로 인한 손해배상 등을 구하는 내용증명을 발송하였다.

이러한 사실관계하에서 대법원은 아래와 같이 피고인 도매시장법인이 위탁매매인이라고 보았다. 농안법 제32조 본문은 “도매시장법인은 도매시장에서 농수산물을 경매·입찰·정가매매 또는 수의매매의 방법으로 매매하여야 한다.”라고 규정하고 있는바, 위 사실관계에 의하면 도매시장법인인 피고는 출하자로부터 위탁받은 농수산물을 당해 도매시장에 상장하여 자신의 명의로 그리고 출하자의 계산으로 매매하는 것을 영업으로 하는 자로서 상법상 위탁매매인에 해당한다. 따라서 피고는 상법 제102조에 따라 이 사건 당근을 매수한 원고에 대하여 직접 권리를 취득함과 아울러 의무를 부담하고, 매매 목적물인 당근에 하자가 있다면 직접 담보책임을 부담하며, 나아가 원·피고 모두 상법상 상인에 해당하므로 그 거래에 민법상 담보책임의 특칙인 상법 제69조가 우선 적용된다.

넘겨주어야한다.8) 이러한 의미에서 “타인의 계산으로” 거래를 하는 것이 된다. 위탁자와의 관계에서 매수한 물건의 소유권은 위탁매매인이 아니라 위탁자에게 귀속된다(상법 제103조). 위탁매매인은 그러한 보조의 대가로 수수료를 받게 된다.9)

산지 중도매인은 상인인 위탁자로부터 수산물에 대한 매수의 의뢰를 받는다. 산지 중도매인은 수협에서 상장한 수산물에 응찰하여 매수인이 된다. 산지 중도매인은 대금을 지급할 의무를 부담하고 수산물을 인도받아 점유하게 된다. 수산물은 바로 위탁자에게 송부된다. 산지 중도매인은 위탁자로부터 어대금을 지급받아 수협에 납부하게 된다.10) 대금을 지급할 의무를 부담하는 자는 수협과의 관계에서 산지 중도매인이다. 이러한 거래실태를 보면 산지 중도매인은 위탁매매인에 해당한다.

각 단위수협은 15일 정도의 어대금 납부의 유예기간을 두고있기 때문에 실제로 위탁자로부터 어대금을 수령하여 수협에 납부하는 것이 되어 “타인의 계산”으로라는 의미에 충실하게 된다.11) 그렇지만, 어대금을 위탁자가 보내지 않는 경우 중도매인이 이의 지급의무가 있으므로 자신은 연체금까지 포함하여 어대금을 갚게 되고 큰 손실이 발생하게 된다.

(2) 수산물 유통관리 및 보호에 관한 법률(이하 수산물유통법)

산지 중도매인의 법적 지위가 불안정하였다는 점이 인정되어 수산물유통법이 만들어져 산지 중도매인도 2015년부터 적용되고있다.12) 13)

제2조 제4호 수산물 산지위판장

“수산물 산지위판장”이란 「수산업협동조합법」에 따른 지구별 수산업협동조합, 업종별 수산업협동조합 및 수산물가공 수산업협동조합, 수산업협동조합중앙회, 그 밖에 대통령령으로

8) 만약 자신이 완전한 상인의 입장이라면 자신은 제2의 매매계약을 위탁자에 해당하는 그 상인과 체결하여 큰 이문을 남길 수 가 있다. 그렇지만 자신은 위탁매매인이기 때문에 의뢰받은 수산물을 그의 지시에 따른 가격으로 매입했고 매입한 그대로 물건을 인도하여 줄 뿐이다. 이 점에서 위탁매매인의 성격이 확연히 잘 나타난다.

9) 江頭憲治郎, 商取引法(弘文堂, 2010), 234면.

10) 산지 중도매인이 직접 자신의 여유자금으로 어대금을 지급하기도 한다. 산지 중도매인이 자신의 자금으로 어대금을 납부하거나 먼저 위탁자로부터 대금을 지급받아 어대금을 갚거나 법률적으로는 차이가 없다.

11) 산지 중도매인이 상인이 되어 산지 중도매인과 수협과의 거래에 상법이 적용되게 된다. 산지중도매인은 상법 제46조의 기본적 상행위를 영업으로 하므로 당연상인이 된다.

12) 수산물유통법의 제정경과는 “수산물유통법 제정을 위한 공청회”, 월간 현대해양 2014.5.8.을 참고바람. <http://www.hdhy.co.kr/news/articleView.html?idxno=1187>

13) 2015.3.3. 김춘진 의원이 발의한 수산물유통법이 국회를 통과하였다. 수산물유통제도는 수산물이 규모가 작고 1차산업이라는 공통점 때문에 독자적 법률없이 농산물 유통제도와 함께 통합운용되어왔다. 수산물은 부패하기 쉽고 생산지역이 바다인 점을 반영해 특별법의 제정이 요구되어왔다. 본 법의 통과로 전국 214개 산지위판장과 3000여명에 달하는 산지 중도매인에 대한 법적 근거가 마련되었다고 월간 현대해양은 평가하고 있다. <http://www.hdhy.co.kr/news/articleView.html?idxno=2806>

정하는 생산자단체와 생산자가 수산물을 도매하기 위하여 제10조에 따라 개설하는 시설을 말한다.14)

제2조 제5호 산지중도매인

“산지중도매인”(產地仲都賣人)이란 수산물 산지위판장 개설자의 지정을 받아 다음 각 목의 영업을 하는 자를 말한다.15)

가. 수산물산지위판장에 상장된 수산물을 매수하여 도매하거나 매매를 중개하는 영업

나. 수산물산지위판장 개설자로부터 허가를 받은 비상장 수산물을 매수 또는 위탁받아 도매하거나 매매를 중개하는 영업

수산물 유통법에 따라 산지 중도매인을 설명해본다. 경북 영덕의 강구수협이나 영덕북부수협은 수산물 유통법상 지구별 수산업협동조합에 해당한다. 각 수협에서 산지 위판장을 개설한다. 어선들이 입항하면 수협의 판매과에서 경매사들이 나와서 상자에 든 생선을 어판장에 내려두고 중도매인을 불러 모아서 경매를 하게 된다. 이렇게 어판장에 경매를 위하여 위탁된 수산물은 “위판장에 상장된 수산물”로 법률에 표기되어있다. 중도매인은 이렇게 상장된 수산물을 낙찰받아서 직접 도매할 수도 있고 매매를 중개하는 영업을 하는 자로 설명되어있다. 매매의 중개란 위탁매매를 포함하는 개념으로 보인다. “매수하여 도매”한다는 것은 중도매인의 허가를 받은 자가 직접 수산물을 매수한다는 것을 의미한다. 즉, 자신의 이름으로 자신의 계산으로 수산물을 매수함을 의미한다.16)

수산물 유통법에서는 중도매인이 직접 상인이 되는 경우와 위탁매매인이 되는 두가지 경우를 모두 설명하고 있다. 즉, 상법에서의 매매를 하는 상인과 위탁매매인으로서 상인이 되는 두가지 경우를 모두 상정하고 있다는 것이다.

이 규정은 수협의 산지 위판장에 상장되는 수산물은 산지의 중도매인이 응찰할 수 있는 권한을 부여하고 있음을 알 수 있다.17)

14) 농안법에 의하면 시장, 도지사 등이 도매시장을 개설하고, 그안에는 도매시장법인, 중도매인, 매매참가자 등을 둔다. 어촌의 경우 수협이 공판장 개설자가 된다(제43조).

15) 농안법 제44조(공판장의 거래 관계자)

① 공판장에는 중도매인, 매매참가인, 산지유통인 및 경매사를 둘 수 있다.

② 공판장의 중도매인은 공판장의 개설자가 지정한다. 이 경우 중도매인의 지정 등에 관하여는 제25조제3항 및 제4항을 준용한다.

③ 농수산물을 수집하여 공판장에 출하하려는 자는 공판장의 개설자에게 산지유통인으로 등록하여야 한다. 이 경우 산지유통인의 등록 등에 관하여는 제29조제1항 단서 및 같은 조 제3항부터 제6항까지의 규정을 준용한다.

④ 공판장의 경매사는 공판장의 개설자가 임명한다. 이 경우 경매사의 자격기준 및 업무 등에 관하여는 제27조제2항부터 제4항까지 및 제28조를 준용한다.

16) 상법상의 委託賣買와 특별법상의 위탁매매로 나누기도 한다. 도매시장법인(농수산물유통 및 가격안정에 관한 법률), 증권회사(증권거래법), 선물회사(선물회사법)이 대표적이다.

“농수산물 유통 및 가격안정에 관한 법률(이하 농안법)”의 유통구조와 수산물유통법의 중도매인의 개입구조는 동일하다. 농안법에서도 중도매인으로 하여금 출하단계에서는 개입을 하지 못하게 하고 있다.¹⁸⁾ 즉, 어획을 한 어민들로부터 직접 매수를 하지 못하도록 하고 있다. 도매시장개설자가 도매시장법인을 개설하고 그 법인이 상장을 하여 매매를 하는 구조이다. 수산물유통법에서도 지구별 수협이 도매시장법인과 같이 상장을 하여 매도를 하게 된다. 다만, 수산물유통법의 경우 중도매인은 위탁자로부터 매수위탁을 의뢰받은 위탁매매인의 기능을 하지만, 농안법의 경우 중도매인은 위탁매매인이 아니라 직접 상인으로서 도매인의 기능을 한다. 따라서, 후자의 경우 수산물 산지 중도매인이 가지는 위탁자로부터의 어대금 수령의 위험을 가지지 않는다.

2. 비교개념

(1) 계약 대리상

위탁자가 위탁매매인(산지 중도매인)을 사용하지 않고 대리상을 사용하여 동일한 목적을 달성할 수도 있다. 대리상은 상인의 대리인으로서 기능하기 때문에(상법 제87조) 거래의 당사자는 상대방과 본인인 상인이 되고 대리상 자신은 계약당사자가 아니다.¹⁹⁾ 그러므로 자신은 계약상 책임을 부담하지 않는다. 이에 반하여 산지 중도매인은 자신이 스스로 계약의 주체가 된다. 즉, 자신이 계약에 따르는 책임과 의무를 부담하게 된다. 이 점에서 위탁매매인과 대리상과 다르다.²⁰⁾ 대리상은 성사된 거래에 대하여 대가인 수수료를 받는 점에서 위탁매매인과 유사하다.

17) 농안법 제31조 제2항(중도매인은 도매시장법인이 상장한 농산물 외의 농산물을 거래할 수 없다)는 내용이 중도매인의 직업자유의 원칙에 위배되어 위헌인지가 다투어졌다. 대법원은 이를 부정하였다(대법원 2006.3.10. 선고 2004도 6846판결)

<농안법 제31조>

- ① 도매시장에서 도매시장법인이 하는 도매는 출하자로부터 위탁을 받아 하여야 한다. 다만, 농림축산식품부령 또는 해양수산부령으로 정하는 특별한 사유가 있는 경우에는 매수하여 도매할 수 있다.
- ② 중도매인은 도매시장법인이 상장한 농수산물 외의 농수산물은 거래할 수 없다. 다만, 농림축산식품부령 또는 해양수산부령으로 정하는 도매시장법인이 상장하기에 적합하지 아니한 농수산물과 그 밖에 이에 준하는 농수산물로서 그 품목과 기간을 정하여 도매시장 개설자로부터 허가를 받은 농수산물의 경우에는 그러하지 아니하다.

18) 대법원은 이에 대하여 “농수산물유통 및 가격안정에 관한 법률에서 정한 농수산물도매시장제도의 취지를 실현하기 위해서는 산지에서 도매시장으로 출하하는 세력과 도매시장에서 소비자 쪽으로 분산하는 세력을 분리시키고 양 세력의 경쟁을 통하여 농수산물 거래의 공정성과 투명성을 확보하는 것이 필요하다 할 것인데, 이를 위해서는 도매시장에서 소비자 쪽으로 분산하는 역할을 담당하는 중도매인을 산지에서 도매시장으로 출하하는 역할에서 배제시키는 것이 불가피하게 요구된다고 할 것이고”라고 판시하였다. 대법원 2006. 3. 10. 선고 2004도6846 판결.

19) 대리상도 계약대리상과 중개대리상이 있는데, 대리인으로서 기능하는 경우에 이리하다. 이철송, 전계서, 460면.

20) 주석상법 총칙 상행위(2)(한국사법행정학회, 2003), 95면.

(2) 상업사용인

위탁자가 자신의 지점의 지점장(지배인)을 이용하여 어민과 거래하는 경우도 있다. 상업사용인인 지점의 지점장은 대리권을 가지므로(상법 제11조), 역시 지점장이 책임의 주체가 되는 않는다. 지점장은 지시받은 거래를 성사시켰다고 하여 특별히 수수료를 받는 것은 없다. 일정액의 봉급을 수령할 뿐이다. 위탁매매인은 위탁자의 대리인은 아니지만, 경제적 효과가 본인인 위탁자에게 귀속된다는 점에서 간접대리라고 불린다.²¹⁾ 즉, 경제적 효과가 본인과 위탁자에게 귀속된다는 점에서 유사하다.

(3) 직거래-상인

직거래의 경우 중도매인이 직접 매매의 당사자인 상인으로서 현지의 어민과 수산물을 거래하게 된다. 매수위탁의 경우 중도매인은 자기의 이름으로 위탁자의 계산으로 거래를 하지만, 직거래의 경우는 자기의 이름과 자기의 계산으로 한다는 점이 다르다. 이 경우 명칭에도 불구하고 그는 독립된 상인이므로, 자신이 매수한 수산물을 다시 서울의 상인에게 매도하는 경우에는 매수가격보다 더 높은 가격으로 수산물을 매도할 수 있다. 만약, 자신이 위탁매매인의 지위라면 제2의 매매계약을 체결하지 않고, 매수한 가격 그대로 위탁자에게 수산물을 넘겨 주어야 하고, 자신은 보수로서 수수료만 받아야 한다는 점에서 양자는 차이가 난다.²²⁾²³⁾

상법상 직거래의 경우 중도매인은 상법 제46조 제1호의 매매를 영업으로 하는 당연상인이 되지만, 위탁매매의 경우 그는 상법 제46조 12호의 위탁매매를 영업으로 하는 당연상인이면서도 보조상의 부류에 속한다.

노량진 수산시장의 수산물 중도매인도 상법상 위탁매매인이지만 적용법률이 다르다. 그들은 농안법에 의한 중도매인이다.²⁴⁾

21) 江頭憲治郎, 전계서, 235면.

22) 따라서 경제적으로 보아 현지의 산지 중도매인이 독립된 상인으로 활동하는 것이 경우에 따라서는 더 큰 수익을 올릴 수 있다. 제2의 매매계약을 체결할 수 있기 때문이다. 그가 위탁매매인으로 기능했다면 단지 수수료만 받을 수 있다.

23) 대법원 2008.5.29. 선고 2005다6297판결에서 매매와 위탁매매의 구별이 다루어졌다. “이 사건 수출용 물품공급계약은 비록 형식으로는 매매계약의 요소가 없는 것은 아니지만, 실질로는 원고의 사이파에 대한 프라이드 자동차 수출업무를 해태상사가 대행하고, 원고가 해태상사에 일정한 보수(수출 수수료)를 지급하기로 하는 내용의 위탁매매계약에 해당한다”고 판시한 바 있다.

24) 수산물유통법은 수협관련 단체가 수산물 산지위판장을 개설하는 경우에 적용됨에 반하여, 농안법은 시도 지사가 개설하는 경우에 적용된다.

Ⅲ. 수산물 산지 중도매인의 업태와 기능

1. 산지 중도매인의 업태

(1) 매수위탁의 경우

- 1) 위탁매매인인 중도매인은 외지의 위탁자와 위탁계약을 체결한다. 특정 수산물의 특정 수량에 특정 가격에 대한 매입을 위탁받는다. 이 때 대금지급에 대한 담보를 요구하지 못하는 것이 현실이다.²⁵⁾
- 2) 수산업협동조합법에 의하면 어선들이 어획한 수산물은 모두 수협을 통해서 위판되어야 한다.²⁶⁾ 수협은 일단 어민들로부터 수산물을 매입한 자로서 마치 수산물의 소유자와 같은 지위에 놓인다.
- 3) 경매를 통하여 수산물을 낙찰받은 중도매인은 수산물의 매수인이 되어 매수인의 지위에서 의무와 책임을 부담하게 된다. 따라서 매수인인 중도매인은 위탁자의 대금 송금과 무관하게 수협에 대하여 대금을 지급할 의무를 부담한다.
- 4) 중도매인은 자신이 매수한 수산물을 위탁자에게 즉시 송부한다. 수산물은 신선도 유지가 중요하기 때문에 대금의 입금을 기다릴 여유가 없다.
- 5) 중도매인은 자신의 여유자금으로 먼저 수협에 어대금을 지급한다. 혹은 15일간의 유예기간 내에 위탁자로부터 어대금을 수령한 다음, 이를 수협에 납부하게 된다.
- 6) 중도매인은 어대금의 4%에 해당하는 수수료를 위탁자로부터 수령하게 된다.

(2) 직접 상인이 되는 경우

- 1) 중매인의 자격을 가지고 있지만, 자신이 스스로 매수인이 되는 경우이다.²⁷⁾
- 2) 중매인은 자기의 이름과 자기의 계산으로 수협의 입찰에 참가한다. 자신이 직접 매수인이 되므로 자신의 자금으로 수협에 어대금을 납부하게 된다.
- 3) 중매인은 자신이 매수한 수산물을 창고에 보관하고 있다.
- 4) 위탁자가 매수위탁을 의뢰하는 경우 자신이 직접 매도인이 되어 제2의 매매계약을 체결하

25) 법률로서 정하지 않는 한은 산지 중도매인의 그러한 요구는 실효성이 없다. 위탁자는 다른 중도매인을 찾아가 버리기 때문이다.

26) 어부들이 사매를 하는 것도 허용된다.

27) 이를 겸영 위탁매매라고 부른다. 상법에는 위탁매매인에게 경업금지의무(제17조)를 부담시키지 않고 있기 때문에 위탁매매업을 하면서 동시에 자기의 영업을 겸하여 자가의 명의로 자기의 계산으로 거래를 할 수 있다고 한다. 사법행정학회, 주석 상법 총칙 상행위(2), 2003, 93면.

여 보관하고 있던 수산물을 매도한다. 자신이 수협에 납부한 금액보다 더 높은 금액으로 매도하여 이윤을 남길 수 있다.

- 5) 매수인에 해당하는 위탁자(상인)로부터 대금을 수령하면 거래가 종료된다. 자신이 수령하는 대금에는 수수료가 포함되어있지 않고, 상품의 대금을 수령한다.²⁸⁾
- 6) (1)과 달리 (2)의 중도매인은 자신이 완전한 매수인이기 때문에 대금을 지급하고 수산물의 점유를 이전받는 순간부터 자신이 수산물의 완전한 소유자가 된다. (1)의 경우 이전받는 수산물은 비록 자신이 점유를 하고 있어도 상법의 규정에 의하여 위탁자와 위탁매매인 또는 위탁매매인의 채권자간의 관계에서는 위탁자의 소유로 간주된다(상법 제103조). 그러므로, 중도매인의 채권자가 그 수산물에 대한 가압류 등 강제집행을 할 수 없다.²⁹⁾ 중도매인이 그 수산물을 처분하면 다른 사람인 위탁자가 소유하는 수산물을 매도한 것이 되기 때문에 횡령죄로 처벌받게 된다.

(3) 매도위탁의 경우

- 1) 중도매인은 어가가 낮은 경우 자신이 직접 수협으로부터 수산물을 매입한다.³⁰⁾
- 2) 자신과 거래관계가 있는 노량진 혹은 가락동 수산시장의 중도매인에게 전화를 하여 매도를 위탁하게 된다.
- 3) 위 중도매인은 이 수산물이 도착하면 상장을 시켜서 매도하게 된다.
- 4) 그들은 수령한 대금을 바로 산지의 중도매인에게 내려 보낸다.
- 5) 자신들은 어대금중 4%의 수수료를 수령하게 된다.
- 6) 이 경우 산지의 수산물 중도매인은 수협으로부터 중도매인의 허가를 받은 자로서 일반 상인과 동일하다. 자신은 오히려 위탁매매에서 위탁자에 해당하게 된다.

28) 농산물의 중도매인의 경우와 이와 비슷하다. 서울시가 개설한 농산물 유통시장으로 가락시장, 강서시장, 양곡시장 등이 있다. 이는 서울시농수산물공사가 관리한다. 강서경매시장의 경우 3개의 도매법인(농협, 서부청과, 강서청과)이 있다. 중도매인은 304명(청과 257명, 특수품목 47명)이 있다. 중도매인 점포는 192개소가 있다. 유통경로를 보면 도매시장법인은 생산출하자로부터 매수수탁을 받는다(상법상 매도위탁). 도매시장에서 경매를 도매시장법인이 실시하여 중도매인이 낙찰을 받는다. 중도매인은 판매를 한다. http://www.garak.co.kr/gongsa/jsp/mk/marketinfo/gangseo_auction.jsp 이러한 구조하에서는 중도매인은 위탁매매인이 아니라 직접 상인이 되는 구조이다. 자신의 이름으로 자신의 계산으로 농산물을 매입하여 소비자등에게 매도한다. 도매시장법인은 산지의 수협에 해당한다.

29) 이철송, 전계서, 502면; 정찬형, 전계서, 305면.

30) 농산물을 유통하는 강서시장의 경우 시장도매인시장에서는 생산출하자가 시장도매인시장에 매수수탁을 하게 된다(상법상 매도위탁을 한다). 중도매인이 농산물을 매도위탁을 받아서 이를 대형 슈퍼나 도매상에게 매도를 하고, 대금을 받아 정산한다. http://www.garak.co.kr/gongsa/jsp/mk/marketinfo/gangseo_wholesale.jsp

7) 이러한 거래는 많지는 않지만 가끔씩 일어난다. 이 경우 산지 중도매인이 특정한 위험에 봉착하는 일은 드물다.

2. 기능

(1) 수산물 유통구조 과점상 매개기능

어민들이 어획한 수산물은 바로 소비자와 연결하여 판매하는 방법이 가능할 것이다. 대량으로 구매하는 경우 수협이라는 공식기구를 이용하여 경매를 통하면 수요와 공급의 법칙에 의하여 가장 최적의 가격을 정할 수 있다. 필요한 때와 장소에서 필요한 수산물을 사고팔기 위하여는 현지의 사정을 잘 아는 누군가가 필요하다. 어부들이 어획한 수산물의 신선도, 어느 어항에서 가격이 가장 적절한지 등 사정을 가장 잘 아는 사람은 현지의 상인이다. 서울 등 외지에서 현장에 일일이 가는 것도 어렵다. 이와 같이 현지의 사정을 알지 못하는 상인들은 현지의 전문가에게 자신이 원하는 수산물의 매입을 의뢰하게 되었다. 이렇게 형성된 수산물 산지의 전문가를 “산지 중도매인”이라고 부른다.

대리상을 둘 수도 있지만, 대리상이 거래하면 수산시장의 상인이 거래의 당사자가 되어 어부들에게 대금을 지급할 의무를 위탁자인 상인이 부담하게 되고, 수협의 입장에서 현지에 있지 않은 멀리있는 상인으로부터 대금을 수령한다는 보장도 없기 때문에 이러한 거래를 꺼리게 될 것이다. 중개를 하는 경우도 대금지급의무는 멀리 떨어져있는 상인이 부담하는 것이므로 산지의 수협은 대금회수에 부담을 느껴 싫어할 것이다. 이러한 이유로 수산물 거래는 산지의 위탁매매인에 해당하는 “산지 중도매인”을 활용하게 되었다.

(2) 수협의 활성화에 기여

어민들이 어획한 수산물을 제값에 팔기위하여는 경매가 활성화 되어야 한다. 한사람이 응찰하는 것 보다 10명이 응찰하면 수산물 가격이 올라가게 된다. 중도매인이 많아야 좋다. 이렇게 되면 인근 어항보다 수산물 가격이 좋기 때문에 어선들이 많이 어항에 입항하게 된다. 어대금이 많아지면 수협의 수입도 많아진다.³¹⁾³²⁾ 중도매인은 이렇게 자신이 속한 단위수협의 발전과 어항의 발전에 이바지 한다.³³⁾

31) 영덕북부수협의 경우 37명의 중도매인이 있지만, 실제로 활동하는 중도매인은 3명 정도로 세력이 약화되어 있었다. 중도매인이 제대로 된 가격에 수산물을 사주지 못하기 때문에 어선들은 다른 항구를 찾아 입항하게 되었다. 이런 경향이 지속됨으로써 영덕북부수협의 어획량이 지속적으로 감소하게 되었다. 위판된 수산물에 대하여 수협은 어대금의 4%에 해당하는 수수료를 받는다.

32) 산지중도매인은 어대금의 4%에 해당하는 수수료를 위탁자로부터 수령한다.

33) 영덕북부수협보다 강구항이나 후포항이 더 활성화되어있다.

IV. 중도매인의 영업상태와 보호제도

1. 영업상 특성

(1) 구조적인 문제로 인한 도산의 위험성이 높음

산지 중도매인은 수산물 유통의 특성상 위탁자로부터 어대금의 수령이 보장되지 않는 구조로 되어있다. 그럼에도 불구하고 중도매인은 수협에 대하여 어대금을 지급할 의무를 부담하고 담보를 제공하고 있다. 어대금 납부유예기간 이내에 위탁자로부터 대금을 수령하지 못하면, 자신이 어대금의 지급의무를 부담하기 때문에 어대금을 자신의 자금으로 지급해야한다. 위탁자로부터 어대금을 수령하지 못하면 자신이 지급한 대금만큼 적자가 발생하여 영업에 어려움이 닥쳐온다.³⁴⁾

수협은 자신이 자격을 부여한 산지 중도매인에게는 담보를 받아두고 있으므로 비록 위탁자가 사라진 상태라고 하여도 매수인인 산지중도매인으로부터 대금의 수령은 확보되도록 구조화되어있다. 15일 유예기간 내에 대금의 납부가 없는 경우 연체이자와 더불어 중도매인의 담보에 대한 처분이 가능하다.

(2) 영세성

영덕북부수협의 경우 1000만원 어대금 한도를 갖는 중도매인도 있다. 서귀포의 경우 1억 원 이상이다. 영세한 산지 중도매인이 많으면 외적 요인에 의하여 쉽게 도산에 이른다.

수산물을 미리 구매하여 창고에 보관한 다음 가격이 오른 상태에서 출하할 필요가 있어서 수산물을 미리 구매하여 창고에 보관하는 경우 어대금을 수협에 지급하여야 한다. 그런데, 이 수산물에 대하여 수협에서는 수산물 가격의 50%만 담보로 인정하여 준다.

(3) 담보제공의 관행

수협은 중도매인이 위탁매매인으로서 기능하는 경우 대금의 지급을 담보하기 위한 수단을 요구하고 있다. 이것은 인적 담보일 수도 있고 물적 담보일 수도 있다. 대개는 자신의 집 등 부동산을 담보로 제공한다. 열악한 지위에 있는 중도매인들은 친척들을 보증인으로 세운다. 상사보증이기 때문에 연대책임을 보증인이 부담하게 된다.

중도매인들은 이 수산물은 자신이 서울의 상인들로부터 위탁받은 것으로서 위탁자들이 지

34) 수산물은 선도라는 것이 있기 때문에 1-2일 내에 처리가 되지 않으면 어가가 폭락하여 손해를 입기가 쉽다. 중도매인이 위탁자의 부탁으로 수산물을 낙찰받았음에도 불구하고 위탁자가 어떤 이유로 위탁계약을 해제하게 되면 그 수산물을 다시 처리하기는 쉽지 않다. 중도매인이 가격을 낮추어 매도를 하게 되면, 차액에 대한 손해가 발생하여 중도매인은 손해가 누적되어 경영상의 어려움에 직면하게 된다.

급할 것이라고 항변하지만, 위탁매매의 경우 중도매인이 매도인인 수협에 대하여 직접 의무를 부담하는 매매계약의 당사자이기 때문에 이러한 주장은 입론의 여지가 없다.

중도매인의 담보로는 인적 담보나 물적 담보가 활용되어왔다. 물적 담보에 더하여 인적 담보로 2인의 연대보증이 추가되어있다.³⁵⁾

2. 법률상 제공되는 산지 중도매인 보호제도와 불리한 제도

(1) 보호제도

현행 상법상 중도매인인 위탁매매인이 행사할 수 있는 제도로는 유치권, 개입권, 매수물의 공탁경매권이 있다.

상법은 대리상의 유치권 규정을 위탁매매에도 준용한다(상법 제111조, 제91조). 위탁매매인은 위탁매매로 인한 채권이 변제기에 있는 때에는 그 변제를 받을 때까지 위탁자를 위하여 점유하는 물건 또는 유가증권을 유치할 수 있다. 그러나 당사자간에 다른 약정이 있으면 그러하지 아니하다. 피담보채권과 목적물 사이에 견련관계가 있지 않아도 되고 담보목적물이 채무자 본인의 소유일 것을 요구하지 않는다는 점에 특징이 있다.³⁶⁾

산지 중도매인의 경우 매수한 수산물을 먼저 보낸 다음에 어대금을 수령하기 때문에 당해 수산물에 대하여 유치권을 행사할 수는 없다.³⁷⁾ 다만, 미지급된 어대금이 있는 경우 그 위탁자가 다시 매수위탁을 부탁하여 점유하고 있는 수산물에 대하여 미지급금의 지급을 요구하면서 그 수산물을 유치할 수는 있다.³⁸⁾

상법 제107조는 위탁매매인의 개입권을 정하고 있다. 위탁매매인이 거래소의 시세가 있는 물건의 매매를 위탁받은 경우 그가 직접 그 매도인 혹은 매수인이 될 수 있다.³⁹⁾ 산지 중도매인이 매수위탁을 받은 경우 자신이 미리 보유하고 있는 수산물이 있다면 자신이 직접 매도인이 될 수 있다. 다만, 위탁자의 이익을 해하지 않아야하므로 거래소의 시세가 있어야 한다.⁴⁰⁾ 이 경우 매매가는 위탁매매인이 매매의 통지를 발송할 때의 거래소의 시세에 따르므로 수협공판장의 낙찰가가 될 것이다.⁴¹⁾

35) 현지에서는 이를 신용보증이라고 하지만, 어대금을 중도매인이 수협에 납부하지 못할 경우 그의 납부를 보증하는 연대보증계약을 체결한 것으로 보인다.

36) 주석상법, 전제서, 156면.

37) 통상 사고는 매입한 수산물을 위탁자에게 송부한 다음에 발생하므로 유치권을 행사할 여지가 없다.

38) 상법의 위탁매매인의 유치권은 피담보채권과 목적물 사이에 견련관계를 요구하지 않기 때문에 이와 같은 유치권 행사가 가능하다.

39) 동지, 주석상법, 134면.

40) 동지, 주석상법, 135면.

41) 이 경우 위탁자에게 여전히 보수인 수수료를 청구할 수 있다(상법 제107조 제2항).

매수위탁의 경우 위탁자가 매수물건의 수령을 거부하거나 수령할 수 없는 경우 위탁자와 위탁매매인 사이에서는 소유권이 위탁자에 속하므로 위탁매매인이 임의로 처분할 수 없다.⁴²⁾ 위탁매매인은 매수물건을 공탁함으로써 의무를 다하게 된다(상법 제109조, 제67조). 수산물산지 중도매인이 매수위탁을 받은 경우 위탁에 따른 수산물을 경매에서 매입하였지만 위탁자가 수령을 거부하면 위 규정에 따라서 공탁하여 의무를 면하는 방법이 있다. 그는 상당한 기간을 정하여 최고한 후에 이를 경매할 수 있다(상법 제67조). 나아가 최고를 할 수 없거나 목적물이 멸실 또는 훼손될 염려가 있는 때에는 최고없이 경매할 수 있다. 수산물의 경우 여름은 특히 훼손될 염려가 크기 때문에 최고없이 경매가 가능할 것이다.

우리 상법은 매수위탁자가 상인인 경우 위탁매매인을 보호하기 위하여 상법상 매매에 대한 규정을 준용하고 있다.⁴³⁾ 위탁자와 위탁매매인 사이에는 상법 제68조에서 제71조의 규정을 준용한다(상법 제110조).

제68조는 확정기매매의 해제의 효과에 대한 것이다. 상인인 위탁자가 위탁매매인에게 물건의 매수를 위탁을 하였고 이것이 확정기매매인 경우 확정된 이행시기를 경과하면 위탁자가 즉시 그 이행을 청구하지 않는 한 위탁자의 해제의 의사표시가 없어도 당해 위탁매매계약은 해제된 것으로 의제된다.⁴⁴⁾ 위탁자는 지체된 급부의 이행을 원하지 않는 경우 해제의 의사표시를 하는 번거로움을 피할 수 있고, 위탁매매인도 해제를 전제로 매수한 위탁물을 적기에 처분할 수 있다.⁴⁵⁾

제69조는 매수인의 목적물의 검사와 하자 통지의무에 대한 것이다. 매수위탁의 경우 위탁자는 매수인에 해당하게 된다. 위탁자는 위탁매매인(중도매인이)이 송부한 물건을 수령한 즉시 검사하여 하자나 수량부족을 통지하지 않으면 이로 인한 계약해제, 대금감액 또는 손해배상을 청구할 수 없다.⁴⁶⁾ 계약을 해제한 경우에도 위탁자는 위탁매매인(중도매인)의 비용으로 목적물을 보관 또는 공탁하여야 한다(제70조 제1항)

(2) 불리한 제도

법률상 위탁매매인은 위탁자에 대하여 이행담보책임을 부담한다(상법 제105조).⁴⁷⁾ 매수계

42) 동지, 주석상법, 150면.

43) 이철송 교수는 이 규정은 상인간의 매매에서와 같이 위탁매매인을 매도인과 같은 방법으로 보호해줄 필요가 있기 때문이라고 한다. 이철송, 전계서, 513면; 주석상법, 153면.

44) 예를 들면 추석명절에 사용하기 위하여 문어의 매수를 요구한 경우 추석이 지나버린 경우에는 확정기 매매의 법리가 적용될 수 있다. 위탁자인 매수인이 이행을 청구하지 않는 이상 위탁자가 별도의 해제의사표시를 하지 않아도 자동해제된 것이 되어 위탁매매인인 중도매인도 매수하였던 문어를 처분할 수 있다.

45) 동지, 주석상법, 154면.

46) 상법주석서, 전계서, 155면.

47) 중매인이 군수산업협동조합으로부터 경락받은 수산물에 숨은 하자가 있어도 농안법에 기한 위 조합의 공판사업규정이 정한 바에 따라 즉시 이의하고 그 인수를 거부하지 아니한 이상 상법 제69조 제1항소정의 손해배상청구를 할 수 없다고 한 사례가 있다.(대법원 1991.8.13.선고91다14970판결)

약이 체결되었지만 수산물을 넘겨주지 않는 경우 위탁매매인은 무과실의 담보책임을 부담하므로,48) 다른 수산물을 사서 인도할 의무를 위탁매매인이 부담한다.49)50)51)

위탁매매인이 위탁매매의 목적물을 인도받은 후에 그 물건의 훼손 또는 하자를 발견하거나 그 물건이 부패할 염려가 있는 때 또는 가격하락의 상황을 안 때에는 지체없이 위탁자에게 통지해야한다. 산지 중도매인이 매수위탁을 받아 수협으로부터 경매를 낙찰받았지만 가격하락의 상황을 안 때에는 지체없이 위탁자에게 통보해야한다(상법 제108조).

매수위탁에서 매수인에 해당하게 되는 중도매인은 목적물의 검사 및 하자 통지의무가 있다. 이를 게을리 하면 계약해제, 대금감액 또는 손해배상을 청구할 수 없다.52)53)

-
- 48) 이 경우 위탁매매인의 책임을 법정무과실책임이라는 것이 통설이다. 상법 주석서, 전게서, 116면.
- 49) 대법원은 1991.8.13. 선고 91다14970판결에서 농안법 제39조(개정전 33조)는 상법 제69조의 매수인의 목적물의 검사와 하자 통지의무에 대한 특별규정으로 파악하였다. 그리하여 경매장에서 즉시 하자에 대한 통지를 하지 않고 반품이 되고 난 다음에 하자를 통지하고 손해배상을 청구한 것에 대하여 손해배상청구를 할 수 없다고 판시하였다. 중도매인에게 불리한 해석이다.
- 50) 이러한 엄격한 책임을 위탁매매인에게 부과한 이유는 (i) 위탁매매인이 수수료의 수입을 얻는 데에 급급하여 무책임하고 경솔하게 위탁매매업무를 인수하는 것을 막고 상대방의 선택에 신중을 기하도록 하고 (ii) 위탁매매제도에 대한 공신력을 확보함으로써 위탁자 등 당해 위탁거래에 참여하는 자를 보호하는 제도적 장치로서 기능하도록 한다고 한다. 주석상법, 전게서, 115면.
- 51) 본 제도를 확일적으로 적용하면 위탁매매인에게 책임이 과중하게 되고 수수료가 인상되어 위탁매매제도의 활용이 저해된다. 자율적 선택이 가능하도록 다른 약정이나 관습이 있으면 제105조 본문을 적용하지 않도록 한다. 주석상법, 전게서, 115면.
- 52) 피고(수협)는 어민의 이익을 위하여 어민이 생산한 수산물을 위탁받아 판매하는 자이고 원고는 피고로부터 수산물을 경락받아 소매상에 판매하는 중매인으로서 10여년간 새우젓의 경매에 관여해왔다. 원고는 1987.11.4. 피고의 야적 위판장에서 피고로부터 새우젓 103드럼을 경락받아 소의 1 등 소매상에게 판매하였으나 위 새우젓 중 일부에 심한 석유냄새가 나서 식용으로 사용할 수 없음이 소매과정에서 발견되어 그 중 40드럼이 위 경매일로부터 3, 4일만에 걸쳐 원고에게 반품되어 왔고 원고는 같은 달 9. 이러한 사실을 피고에게 통지하고 그 무렵 위 새우젓을 피고에게 반품하였다. 새우를 어획하여 선상에서 소금에 절여 운반선으로 운반하여 입항하는 과정에서 빈 석유 드럼통의 마개가 잘 감겨져 있지 않거나 하면 뒤섞여져 실려 있는 새우젓드럼통 속에 석유가 혼입될 수 있는 사실, 원고는 그 후 위 새우젓 대금 11,722,300원을 모두 피고에게 지급했다. 원고는 피고에게 위 새우젓의 매도인으로서 그 매도한 새우젓에 석유가 혼입되어 식용으로 사용될 수 없게 된 하자가 있음으로 인하여 위 새우젓대금 상당금 11,722,300원의 손해를 입었다고 하여 그 배상을 구하였다. 대법원 1991. 8. 13. 선고 91다14970 판결.
- 53) 원심은 아래와 같이 판시하였다. “법률 제33조에서는 도매시장에 상장된 농수산물의 매수인은 매매가 성립한 즉시 그 농수산물을 인수하여야 하고 매수인이 정당한 사유 없이 인수를 거부, 또는 태만히 한 때에는 그 매수인의 부담으로 농수산물을 일정기간 보관하거나 그 이행을 최고하지 아니하고 그 매매를 해제하여 다시 매매할 수 있고 이로 인한 차손금은 당초의 매수인이 이를 부담하도록 규정하고 있다. 피고의 공판사업규정인 판매및이용가공사업규정 제19조는 위탁물의 경락 후 매수자는 인수를 거부할 수 없고 다만 매수자가 정당한 사유로 인수를 거부코자 할 때에는 경매현장에서 즉시 이의를 신청하여야 하며 그 경우 정당한 사유라 함은 육안으로 식별할 수 없었던 불량품, 또는 저질품의 다량혼입으로 매수자에게 현저하게 손해를 끼친다고 인정될 경우를 말한다고 규정 하고 있으며, 원고는 원.피고 사이의 중매인거래약정서 제8조에 따라 위 약정 및 피고의 정관, 총회 및 이사회 결의 기타 위 약정 이외의 사업수행상 필요한 피고의 지시를 준수하여야 하도록 되어 있고 위 경매일에 피고는 경매를 하기 위하여 야적장에 약 270드럼의 새우젓을 상장하였고 원고는 다른 중매인들과 경매시작전에 2, 3시간 동안 그곳에 비치된 감별기로 이물질의 투입여부나 드럼통 깊숙한 곳의 새우젓의 상태 등을 감별한 후 그 중 3드럼의 새우젓에서 석유냄새가 난다고 하여 가려 놓기도 한 사실이 인정되므로 따라서 피고조합과 중매인간의 수산물매매에 있어서는 거래의 신속한 결제를 위하여 매수인이 목적물인 수산물을 수령한 때에는 현장에서 이를 검사하여야 하며 하자 또는 수량의 부족을 발견한 경우(하자 또는 수량의 부족정도는 육안으로 식별할 수 없었던 불량품 또는 저질품이 다량혼입되어 현저

(3) 의견

상법상 위탁매매인이 매수위탁을 받아서 제3자로부터 매수를 하는 경우 두가지 계약이 존재한다. 위탁자는 큰 위험이 없다. 위탁자가 부담하는 위험은 어대금을 먼저 지급하고도 수산물물을 수령하지 못하는 위험이지만, 현실적으로 어대금을 먼저 지급하는 경우는 드물다. 이에 반하여 위탁매매인인 산지 중도매인의 위험은 현실적이고 사례가 많다. 수산물을 사서 수산물물을 위탁자에게 공급하고 어대금을 수협에 이미 지급하였지만 위탁자로부터 어대금을 수령하지 못하는 경우가 많다.

상법이 예정한 매수위탁의 경우 위탁매매인을 보호하는 규정은 수산물 중도매인의 경우 실효성이 없거나 경우가 없기 때문에 보호대책으로는 미흡한 것으로 보인다. 가장 큰 위험인 위탁자가 대금을 지급하지 않는 경우에 위탁매매인을 보호하는 규정이 없다는 점은 보완되어야 한다.

3. 산지중도매인이 직면하는 위험

산지중도매인은 아래와 같은 네가지 위험에 직면한다.

(1) 어대금 납부의무

산지 중도매인은 수협과의 관계에서 계약의 당사자가 된다. 산지 중도매인은 자신이 위탁자로부터 어대금을 수령하지 못하는 경우에도 자신이 계약의 당사자로서 어대금을 수협에 납부해야하는 위험을 가진다. 자금의 여력이 충분하지 못한 중도매인은 위탁자로부터의 입금을 기다리지 못하고 차급하여 어대금을 납부해야한다.

위탁매매인은 타인 즉 위탁자의 계산으로 거래를 하는 것이기 때문에 최종적으로 대금지급의무를 위탁매매인이 부담하게 하는 것은 불합리하다.⁵⁴⁾ 그가 위탁자의 대리인의 자격으로 매매계약을 체결하게 되면, 수협은 대금을 위탁자에게 받아야 한다. 수협은 위탁자로부터 일정한 담보를 받은 다음 거래를 하면 될 것이다. 이는 쉽지 않을 것이다. 어대금 납부의무가

한 손해를 입힐 경우이어야 한다)에는 매매현장에서 매도인인 피고에게 그 통지(이의신청)를 하지 아니하면 이로 인한 계약해제, 대금감액 또는 손해배상청구를 하지 못하도록 되어 있고 (중략) 위 경매 후 아무런 검사도 하지 아니하고 바로 소매상 등에게 위 매수한 새우젓들을 판매해 버렸기 때문에 위 경매 후 여러날이 지나서 소매상들로부터 반품이 있고서야 뒤늦게 위 하자를 알게 되어 피고에게 이의함으로써 원고가 준수하여야 할 위 공판규정상의 즉시이의신청 규정을 위배한 것이어서 원고는 피고에게 위 하자로 인한 손해배상을 청구할 수 없게 되었다. 대법원은 "원심은 농안법이 농수산물의 거래에 관한 한 일반법인 민법 및 상법의 특별법의 위치에 있다고 하여 원고의 즉시 발견할 수 없는 하자이므로 상법 제69조 단서가 적용된다는 주장을 배척 하였던 바, 위법이 있다고 할 수 없다"고 판시하였다.

54) 각종 상법 교과서는 위탁자와 위탁매매인 사이에서 위탁자를 보호하여야 한다는 설명이 주를 이룬다. 김정호 교수는 "주선행위에서는 명의와 계산이 분리되는 관계로 자칫 위탁자에게 불리한 결과가 야기될 수 있다. 그래서 상법은 제103조를 두어 위탁자 보호를 꾀하고 있다".

중도매인에게 있다고 하더라도 불리한 의무이기 때문에 수협중앙회, 위탁자협회 등에서 재정적인 지원을 해줄 필요가 있다.

(2) 어대금을 수령하지 못할 위험

산지 중도매인은 어대금을 위탁자로부터 수령하지 못할 위험이 상존한다. 수산물을 수령하고도 위탁자들이 어대금을 중도매인에게 내려주지 않는 경우가 이에 해당한다. 위탁자들도 자신들이 매도한 다음 그 대금으로 중도매인에게 주려고 하기 때문에 여기에서 차질이 생기면 납부가 어려워진다.

(3) 연체이자 납부의 위험

산지 중도매인들이 어대금을 기한 내에 납부하지 못하는 경우 연체이자를 납부해야한다. 통상 15일간의 납부유예기간을 가진다. 이 연체이자도 위탁자가 부담하는 것이 아니라 중도매인이 납부하는 것이어서 중도매인으로서 큰 부담이 된다.

(4) 물적, 인적 담보들이 집행될 위험

담보로 제공된 자신의 재산이나 친척의 재산이 경매될 위험이 있다. 영세한 중도매인은 어대금 외상 여력을 높이기 위하여 담보를 제공하게 된다. 어대금을 약정기일내에 갚지 못하면 담보에 대한 강제집행이 실시된다. 각 지구별 수협은 중도매인들에게 물적 담보 이외에 추가하여 인적 담보를 세우고 있다. 이 경우 그러한 인적 담보는 연대보증인 된다(상법 제57조 제1항). 최고검색의 항변을 할 수 없기 때문에 보증인이 직접 바로 대금을 갚아야한다.

5. 개선 방향

(1) 연체이자율을 낮추거나 위탁자의 계산으로 하는 방안

현재 연체이자율은 13.5%이다.⁵⁵⁾ 금융권에서 최고의 이자율이라고 한다. 산지 중도매인으로서 열악한 지위에서 자신의 재산으로 어대금을 갚기가 곤란한 상황이기 때문에 연체가 되는 것이다. 공익적인 차원에서 연체 이자율을 대폭 낮출 수 있도록 정책자금을 활용해야 한다.

연체이자의 발생 원인이 위탁자에게 있다면 위탁자가 연체이자를 부담하는 것이 맞다. 을(乙)의 지위에 있는 산지 중도매인이 갑(甲)의 지위에 있는 위탁자에게 어대금의 지급이 약정

55) 영덕북부수협의 경우 15일까지는 연체이자를 내지 않고 어대금을 납부할 수 있다. 서귀포 수협과 같은 경우 70% 까지 외상 거래를 인정해주고 있다.

된 일정보다 늦게 지급되는 경우 연체이자를 위탁자가 부담한다는 약정을 체결하도록 하면 될 것이다. 이러한 내용을 담은 표준계약서를 작성할 필요도 있다.

(2) 담보제공을 이행보증보험으로 대신함

동해안 산지 중도매인의 사업을 불안하게 하는 요소 중 하나는 지나친 담보제공이다. 특히 인적담보를 제공해야하는 바 중도매인이 부도가 나면 연대보증인이 된 친인척들이 크게 손해를 보게 된다. 중도매인이 제공하는 담보를 이행보증보험으로 전환하여 수협에 제공하는 것으로 변경하면 이러한 문제점은 어느 정도 해소될 것이다. 이러한 경우 보증보험료가 발생하게 되는 단점이 있다.⁵⁶⁾

인적담보를 제공하는 경우 보증계약이 보증인과 채권자인 수협사이에 체결되지만, 이행보증보험계약에서는 중도매인과 보험사가 보험계약을 체결하는데, 채권자인 수협은 피보험자가 된다. 중도매인이 어대금을 지급하지 못하는 경우가 보험사고가 되어 수협은 보험자로부터 어대금을 지급받게 된다. 보증보험계약과 관련하여 최근의 상법개정으로 상법 제726조의 5이 하가 적용된다.

(3) 위탁자의 부도를 보험제도로 보호하는 방안

위탁자가 수산물을 수령한 다음 어대금을 주지않거나 주지못하는 경우 중도매인은 큰 피해를 보게 된다. 중도매인은 매수위탁의 경우 자신은 수협과의 관계에서 거래의 당사자로서 어대금을 납부할 의무가 있으므로 그 만큼 손해를 보게 된다.

이러한 손해를 보상받는 보험에 가입하면 손해를 전보받을 수 있는데 실무에서는 그렇지 않아서 문제가 된다. 보증보험의 일종인 이행보증보험으로 할 수 있다.⁵⁷⁾ 위탁자가 보험자와 이행보증보험계약을 체결하게 된다. 중도매인은 피보험자가 되어 보험금을 수령할 자격이 부여된다. 위탁자가 어대금지급의 이행을 하지 못하는 경우가 보험사고가 된다. 피보험자인 중도매인이 위탁자의 불이행으로 인한 어대금을 보험금으로 청구할 수 있다. 보험법 일반이론에 따르면 보험계약자나 피보험자의 고의로 인한 보험사고의 경우 보험금의 지급이 거절된다. 즉, 보험자 면책 사유가 된다. 보험계약자인 위탁자가 부도가 난 경우 이를 보험계약자의 고의사고로 보아 보험자가 면책이 될 것인가? 이행보증보험의 특성상 피보험자의 고의가 아닌 한 보험금 지급을 약정하면 유효한 것이 될 것이다.⁵⁸⁾

56) 협회에서는 이행보증보험을 체결하는 경우 수수료를 낮추어서 지급하는 등의 목적으로 200억원 정도의 단기 운용자금을 확보하고 있다.

57) 보증보험계약에 대하여는 이기수 최병규 김인현, 보험·해상법(박영사, 2015), 367면 이하가 있다.

58) 보증보험계약에 대하여 보험계약자의 사기, 고의 또는 중대한 과실이 있는 경우에도 이에 대하여 피보험자의 책임있는 사유가 없으면 보험자의 면책사유(상법 제659조 제1항)의 적용을 금지하도록 상법이 명문

보험의 종류는 책임보험으로도 할 수 있다. 위탁자가 자신이 책임을 부담하는 경우에 자신이 입은 손해를 보험사가 지급하는 내용의 보험계약이다. 위탁자가 중도매인에게 대금을 지급하지 못하면 법률의 규정에 의하여 피해자인 중도매인이 보험자에게 직접청구하게 된다. 보험계약자인 위탁자의 고의 혹은 중과실로 인한 사고는 보험자가 면책이 되는 바, 이러한 면책사유를 피해자인 중도매인에게 주장할 가능성이 있기 때문에 책임보험은 중도매인을 완전히 보호해주지는 못할 것으로 보인다.⁵⁹⁾

보험계약자를 중도매인으로 하는 신용보험에 가입할 수 있다.⁶⁰⁾ 신용보험은 판매자가 신용으로 물품을 소비자에게 판매하였다가 소비자의 대금지급 불이행시 보게 되는 손해를 보상해주는 보험이다.⁶¹⁾ 중도매인은 위탁자의 신용을 믿고 거래를 하지만 위탁자가 부도를 낸 경우 어대금 값을 받지 못하는 손해를 입게 된다. 산지 중도매인이 보험계약자 및 피보험자로 신용보험에 가입하면 된다. 보험사는 부도난 어대금을 보험금 형식으로 중도매인에게 지급하고 자신은 구상권을 위탁자에게 행사하면 된다.

위탁자가 매수 위탁을 의뢰하는 경우 책임보험 혹은 이행보증보험의 가입을 강제할 수 있을 것이다.⁶²⁾ 위탁자는 수산물유통법상의 거래의 당사자로서 규제의 대상이 아니기 때문에 이들로 하여금 보험가입을 강제화하는 것은 쉽지 않다. 중도매인을 보호하기 위하여 위탁자도 거래의 당사자로 포섭하고 이들이 산지 중도매인에게 매수위탁을 의뢰하는 경우 보험가입을 강제화하고, 표준거래약관을 사용하도록 하여 질서를 잡는 방안도 고려해 볼 수 있다.

(4) 기금제도의 확립

전국의 중도매인들은 조합을 결성하여 비상기금을 마련한다. 중도매인들이 위탁자들의 행방불명이나 도산의 경우 입은 손해를 전보받는 것을 목적으로 중도매인조합기금을 마련하는 것이다. 회원별로 각출하고 정부와 수협중앙회가 지원하여 일정한 금액의 기금제도를 마련한다. 산지 중도매인의 공적 기능이 인정된다면 기금제도가 쉽게 마련될 수 있을 것이다. 기금은 전국의 중도매인이 각출하게 된다.

보험은 가입시 미리 보험료를 납부하고 보험사고가 발생하지 않아도 그 보험료를 환불받을 수 없다. 그러나, 기금제도는 사고고가 발생할 때에만 기금이 지출되게 된다. 당해 연도에

화하였다(상법 제726조의6 제2항). 이기수의 2인 공저, 381면.

59) 이행보증보험은 타인을 위한 보험이지만, 책임보험은 자기를 위한 보험인 점에서 차이가 난다.

60) 보증보험과 신용보험은 채무불이행으로 인한 채권자 이익의 보호를 목적으로 하는 점에서는 동일하다. 그러나, 보증보험은 타인을 위한 보험이고, 신용보험은 자기를 위한 보험이다. 신용보험에서는 채권자 자신이 보험계약자와 피보험자가 되어 보험료도 스스로 부담하게 된다. 이기수의 2인, 전게서, 368면.

61) 예를 들어 A가 B의 휴대전화 서비스에 가입 후 요금을 체납한 경우 채권자인 B는 사전에 가입한 신용보험에서 손해금을 보상받게 된다. 신용보험사는 A에게 대위권을 행사해서 구상하게 된다.

62) 수산물유통법에 보험가입을 강제하는 방법이 있다.

아무런 사고가 없다면 기금은 사용되지 않는다. 그렇기 때문에 출범하면서부터 많은 기금을 마련해둘 필요도 없다. 수산업협동조합 중앙회와 정부가 중도매인의 공익성을 인정한다면, 수협과 정부가 기금의 상당부분을 납부해 줄 수 있을 것이다.

(5) 상호보험(공제)의 설치

산지 중도매인이 보험자이면서 피보험자에 해당하는 공제제도를 마련한다. 산지 중도매인 조합이 보험자가 되어 공제료를 수령하고 공제사고가 발생시 공제금을 지급하면 된다. 공제 사고는 (i) 위탁자가 어대금을 지급하지 않는 경우 (ii) 어획물이 화재 등으로 손상을 입은 경우 등으로 한다. 지급되는 연체 이자료가 보험금의 일부로 포용할 수 있을지 문제된다. 공제 제도는 상당히 많이 있다. 해운조합, 예선협회 등이 그러하다. 고의가 있을 경우에는 보험제도의 원칙상 공제금을 지급받을 수 없다. 공제료는 공제년도 시작 전에 선금금으로 얼마를 납부하고 회계연도후에 추가보험료를 납부하면 된다.

(6) 위탁자의 지급을 보장하는 지급보증제도

위탁매매인인 산지 중도매인이 부담하는 가장 큰 리스크는 매수위탁자가 대금을 지급하지 않는 것이다. 만약 중도매인이 없다면, 위탁을 인수한 단위수협과 위탁자 사이의 거래에서 수산물을 매도할 것이다. 이 경우 대금을 지급받지 못할 위험은 단위수협이 부담하게 된다. 그럼에도 상장된 수산물은 산지 중도매인만 응찰할 수 있도록 하여 위탁매매의 기능을 하게 함으로써 산지 중도매인이 수협과 거래의 당사자가 되었다. 이에 매도인 대금지급의 리스크가 수협에서 산지 중도매인에게 이전하는 격이 되었다.

신용장 유사제도의 도입이 필요하다.⁶³⁾ 중도매인이 수산물을 매수하여 위탁자에게 보낼 때 위탁자는 지급보증의 내용을 담은 은행의 신용장을 중도매인에게 송부하도록 한다. 중도매인은 신용장상 수익자가 된다. 위탁자가 대금을 지급하지 않으면 결국 지급약속을 한 신용장 발행은행이 책임져야한다. 이렇게 함으로써 중도매인은 보호될 것이다.

그러나, 갑(甲)의 지위에 있는 위탁자들이 지급보증서를 산지 중도매인에게 송부하는 것은 쉽지않을 것으로 보인다. 이를 확보하는 방안으로는 수산물유통법에 “위탁자는 산지 중도매인에게 지급보증서를 발급할 수 있다”는 정도의 조문을 넣을 수 있을 것이다. 혹은 “국가는 산지 중도매인의 어대금 확보를 위한 제도개선에 노력하여야 한다”는 주의 규정을 넣을 수도 있다. 위에서 말한 표준계약서에 이러한 내용을 추가하는 방안도 있다.

63) 신용장 제도(Letter of Credit)는 국제무역에서 사용된다. 수출자는 상품을 선적하여 송부한 다음 상품대금을 회수할 수 있을지 걱정을 하게 되었는데, 수입자는 신용있는 은행으로 하여금 선적서류등과 상환하여 대금을 지급하겠다는 보증을 한 서류를 수출자에게 제출하게 된다. 이 서류를 신용장이라고 한다.

(7) 산지중도매인 조합을 결성, 활성화하는 방안

노량진 수산시장에 사무소를 둔 조합은 설립된지 30년이 넘었다. 전국에 4000여명의 산지 중도매인이 있는 것으로 알려졌지만 현재 이에 가입한 회원들은 500여명에 지나지 않는다. 수산물유통법 제54조에도 그 근거규정이 있다. 자신들의 권익을 보호하기 위한 다양한 활동을 할 수 있을 것이다. 사업으로 “회원을 위한 공제사업”, 회원에 대한 교육제도강화 등 사업을 영위할 수 있다.

(8) 위탁계약 표준서식의 활용

위탁자는 갑(甲), 위탁매매인은 을(乙)의 지위에 있다고 볼 수 있다. 불공정거래를 막기 위하여 공정거래위원회의 승인을 받는 위탁계약 표준서식을 활용할 필요가 있다.⁶⁴⁾ 이에 위탁자가 위탁매매인에게 매수위탁을 제공하는 경우 담보를 제공하는 임의규정을 둘 수 있다.

(9) 유치권의 존속기간과 점유요건을 완화함

중도매인의 열악한 지위를 보호하기 위하여 유치권의 존속기간과 점유요건을 완화할 필요가 있다. 자신이 마침 매도위탁을 부탁받은 경우에 자신이 점유하는 수산물을 유치할 수 있게 한다. 또한 자신이 송부를 시작한 수산물에 대하여 비록 점유는 갖지 않지만 그 기간을 길게 하고 점유의 요건도 삭제할 필요가 있다.

V. 상법 및 수산물 유통법 개정안

1. 수산물 유통법

(신설)	제2조(정의) 5-1 위탁자란 산지 중도매인에게 수산물의 매수를 위탁하는 자를 말한다.
(신설)	제19조의2(표준약관) 위탁자와 산지중도매인은 표준약관을 사용하여야 한다.
(신설)	제19조의3(산지 중도매인의 보증) 산지 중도매인은 어대금의 지급을 보증하는 담보를 지구별 수협에 제공하여야 한다. 담보는 물적 담보에 한하고 이행보증보험 증서로 갈음할 수 있다.

64) 일본에는 이러한 류의 표준서식이 있다. 江頭憲治郎, 商取引法, 弘文堂, 2010, 239면.

(신설)	제19조의4(산지 중도매인의 보호) 위탁자는 산지 중도매인에 대한 어대금 지급을 보장하는 보장계약을 체결하여야 한다. 산지 중도매인이 그를 대신하여 가입할 수 있다.
------	---

2. 상법

(조문 번호 추가)	제102조(위탁매매인의 지위) ① 위탁매매인은 위탁자를 위한 매매로 인하여 상대방에 대하여 직접 권리를 취득하고 의무를 부담한다.
(신설)	② 매수위탁의 경우 위탁매매인은 매수대금의 지급의무가 있다.
(신설)	제105조의2(위탁자의 대금지급의무) 매수위탁의 경우 위탁자는 매수물건을 수령하는 즉시 매매대금을 위탁매매인에게 지급하여야 한다. 달리 정한 경우에는 특약에 의한다.

V. 결론

산지 중도매인은 산지의 수산물을 전국 각지에 빨리 저렴하게 공급하는 역할을 한다. 또한 그 지방의 수산업의 발전을 도모하는 역할도 한다. 그런데, 이들의 영업상 대금 지급구조가 일방적으로 불리한 지위에 있다. 자신의 계약의 상대방인 수협에게는 담보를 제공하여 책임을 부담하고, 그의 위탁계약의 상대방인 위탁자에 대하여는 아무런 보호수단이 없다. 그렇기 때문에 중도매인은 그 법적 지위가 위탁매매인으로 위탁자의 계산으로 수산물을 매입하여 넘겨주는 중간자의 역할을 함에도 불구하고 위탁자가 대금을 지급하지 않은 경우에 어떠한 회수수단도 없이 자신은 수협에 대하여 100% 책임을 지는 구조로 일방적인 책임을 부담해 왔다.

이에 필자는 몇가지 제도적인 보완을 제안하였다. 이행보증보험, 신용보험, 책임보험의 도입, 상호보험으로서 공제제도의 도입, 신용장과 같은 지급보증제도의 도입, 표준계약서의 도입과 사용이 그러한 것이다. 무엇보다 자신들의 권익을 보호할 조합의 활성화가 시급하다. 상법 및 수산물 유통법의 개정도 제시하였다.

<참고서적>

김인현, 해상법(법문사, 2018)

김정호, 상법총칙·상행위법(법문사, 2014)

이기수의 2인, 해상보험법(박영사, 2016)

이철송, 상법총칙·상행위(박영사, 2016)

정찬형, 상법강의(상)(박영사, 2015)

주석상법 총칙·상행위법(한국사법행정학회, 2003)

江頭憲治郎, 商取引法(弘文堂, 2010)

北村雅史, 商法總則商行爲法(法律文化社, 2018)

김성탁, “위탁매매인의 지정가격 준수 의무”, 영남법학 제9권 1호(2002.12.)

권기범, “위탁매매의 법적 구조와 위탁물의 귀속”, 서울법학 제2권 2호(I)(2014.11.)

정동윤, “위탁매매에 있어서 위탁자와 제3자와의 관계”, 고시계 1993년 6월호

장영수, “수산물 산지 중도매인 기능변화에 관한 연구”, 수산경영론집, 제38권 제3호(2007.12.)

<Key words>

commissionaire, person for requesting consignment, consignment for purchase, consignment for selling, the fisheries cooperative union.

〈국문초록〉

수산물 산지 중도매인의 법적 지위와 보호에 대한 연구

김 인 현

수산물 중도매인은 상인으로부터 매수 혹은 매도 위탁을 받아 수산물을 사거나 팔아주는 역할을 한다. 자기의 이름으로 그러나 위탁자의 계산으로 거래를 한다. 수산물 시장에서 중도매인이 매수위탁을 하는 경우 그는 매도인의 수협과 계약을 체결하는 바, 자신이 거래의 당사자가 되어 대금을 지급할 의무를 부담한다. 수산물을 위탁자에게 보내고 난 다음에 15일 이내에 대금을 납부해야하지만, 위탁자가 대금을 주지않는 경우에 그는 자신의 자금으로 대금을 지급해야한다. 대금을 수령하지 못한 중도매인은 큰 손실을 보게 된다.

연구결과 수산물 중도매인은 이러한 경우 자신을 보호하기 위한 대책이 마련되어있지 않다. 따라서 필자는 각종 보험에의 가입, 표준계약서의 사용, 공제제도의 마련, 조합의 결성 등의 제도적 보완책을 제시한다. 이에 맞추어 상법 및 수산물유통법의 개정안도 제시하였다.

<주제어>

중도매인, 위탁매매인, 매수위탁, 매도위탁, 수산업협동조합(수협)

* 고려대학교 법학전문대학원 교수

〈Abstract〉

The Study on the Legal Nature of Fisheries Commissionaire and How to Protect it

Professor **In Hyeon KIM**

(Korea University School of Law)

The fishery commissionaire is a person who buys or sells fishes requested by the merchant in its name but with the account of the merchant. In case that the commissionaire tries to buy fishes by the request of the merchant, it becomes the party in the purchase contract against the fishery cooperation as the owner of the fishes. Therefore, it has obligation to pay the sale price. Under the contract, it has to pay the sale price within 15 days from the sale date. Even though it has not received the sale price from the merchant, it should pay the sale price in advance to the fishery cooperation. If the commissionaire does not receive the sale price from the merchant, it suffer from loss of sale prices.

According to the author's study, the commissionaire does not have any device to protect itself from loss of money caused by the merchant's not paying the purchase price. Therefore, the author suggests several ways to protect the commissionaires including entering into insurance, establishment of special fund for the commissionaires, revision of relevant provisions of the Korean Commercial Act and Act for Fisheries Distribution Act.

<Key words>

commissionaire, person for requesting consignment, consignment for purchase, consignment for selling, the fisheries cooperative union.

사단법인 한국유통법학회 정관

제정 2013. 9. 14.

제 1 장 총 칙

제1조(명칭) 본회의 명칭은 사단법인 한국유통법학회(Korea Distribution Law Association : KDLA)라 한다.

제2조(사무소) 본회의 주된 사무소는 서울특별시에 두며, 필요시 지부를 둘 수 있다.

제 2 장 목적 및 사업

제3조(목적) 본회는 유통에 관한 국내의 법제를 연구하고 관련 산학간의 교류를 강화함으로써 유통법제의 합리화와 회원 상호간의 친목을 도모하고 유통인력의 계발 및 유통산업의 발전에 기여함을 목적으로 한다.

제4조(사업) 본회는 그 목적을 달성하기 위하여 다음 각 호의 사업을 수행한다.

1. 연구발표회 및 학술강연회의 개최
2. 학회지 기타 도서의 간행, 출판
3. 유통관련 법제와 정책에 관한 관계기관과의 정보교류와 협조 및 의견 제시
4. 회원 상호간 및 유관기관이나 단체와의 친목 도모
5. 그밖에 이사회에서 필요하다고 인정하는 사업

제 3 장 회 원

제5조(회원의 자격) 본회의 회원은 유통관련 법제와 정책을 연구·교육하거나 관련 법률실무에 종사하는 자, 유통기업 및 그 임직원 또는 본회의 목적과 사업에 찬동하는 개인 및 법인으로서의 요건을 갖추야 한다.

제6조(회원의 구분) 회원은 일반회원, 특별회원 및 법인회원으로 구분한다.

- ① 일반회원은 유통법 및 유통관련 법령의 연구에 종사하는 자로서 이사회에 가입승인을 받은 자로 한다.
- ② 특별회원은 유통기업에 종사하거나 유통에 관한 법률사무에 종사하는 자로서 이사회에 가입승인을 받은 자로 한다.
- ③ 법인회원은 본회의 목적에 찬동하는 법인 또는 단체나 기업으로서 이사회에 승인을 얻은 사회적 실체(entity)로 한다.

제7조(회원의 권리와 의무) 회원은 권리와 의무는 다음과 같다.

- ① 회원은 본회의 운영에 참여할 권리가 있다.
- ② 회원은 회비를 납입하고 본회의 사업에 협력할 의무를 부담한다.
- ③ 회원은 건전한 상식과 예절 및 원만한 품성을 유지하여야 한다.

제8조(회원의 제명) 회원의 제명 사유와 절차는 다음과 같다.

- ① 회원이 제7조 제2항의 의무를 위반하거나 부적절한 언행으로 본회의 명예를 손상하거나 손상할 우려가 있는 경우에는 이사회와 총회의 결의를 거쳐 제명할 수 있다.
- ② 회장은 전항의 이사회 의결일로부터 1월 이내에 총회를 소집하기 어려울 경우에는 곧바로 제명되었음을 선언할 수 있다. 다만, 이 경우 제명된 자는 차기 총회에 제명 안을 상정하여 표결할 것을 요구할 수 있다.

제 4 장 임 원

제9조(임원)

- ① 본회의 운영을 위하여 회장 1인과 약간 명의 부회장, 이사 및 감사를 둔다.
- ② 회장, 부회장, 등기이사 및 감사는 총회에서 선출한다. 다만, 총회는 부회장의 선임은 회장에게 위임할 수 있다.
- ③ 상임이사는 이사 중에서 회장이 임명한다. 회장은 (상임)이사의 임면에 관하여 부회장과 감사에게 의견을 구할 수 있다. 감사는 부회장이나 이사의 비행을 확인한 경우에는 회장에게 그 해임을 건의할 수 있다.
- ④ 직전 회장은 후임 회장의 재직기간 동안 명예회장으로 봉사하며, 회장단 회의나 (상임)이사회에 참석하여 의견을 개진할 수 있다.

제10조(회장) 회장의 업무에 관한 사항은 다음과 같다.

- ① 회장은 본회를 대표하며, 회무를 총괄한다.
- ② 회장은 (상임)이사를 임면하고 (상임)이사회 및 총회의 의장이 된다.
- ③ 회장은 특정한 부회장이나 상임이사에게 업무의 일부를 위임할 수 있다.
- ④ 회장의 유고시에는 등기이사가 직무대행자를 선임한다. 유고사태가 장기화될 경우에는 제9조의 규정에 따라 새로 회장을 선임한다. 이 경우 선임된 회장은 전임자의 잔여 임기 동안 재직한다.

제11조(고문) 본회는 약간 명의 고문을 둘 수 있다.

- ① 회장은 본회발전에 기여할 수 있는 능력과 명망을 갖춘 분을 이사회의 의결을 거쳐 고문으로 위촉한다.
- ② 고문은 위촉한 회장과 동일한 기간 동안 재직한다.
- ③ 제2항의 규정에 불구하고 후임 회장은 해당 인사를 고문으로 재위촉할 수 있다.

제12조(임원의 임기) 임원의 임기는 다음과 같다.

- ① 회장, 부회장, 상임이사 및 등기이사의 임기는 2년으로 하며, 연임할 수 있다.
- ② 감사의 임기는 2년으로 하며, 1회에 한하여 연임할 수 있다.

제13조(감사) 감사의 업무와 권한은 다음과 같다.

- ① 감사는 이사회 및 상임이사회에 참석할 수 있고 본회의 업무와 회계를 감사한다.
- ② 감사는 감사 결과를 총회에 보고한다.
- ③ 감사는 본회의 운영에 중대한 문제가 있는 경우에는 회장에게 총회의 소집을 요구할 수 있다. 이 경우 회장이 1월내에 총회를 소집하지 아니하면 직접 총회를 소집할 수 있다.

제 5 장 총 회

제14조(총회의 구성) 총회의 구분은 다음과 같다.

- ① 총회는 정기총회와 임시총회로 구분하며 회장이 이를 소집한다.
- ② 정기총회는 매년 1회 개최한다.

- ③ 임시총회는 이사회, 정회원 3분의 1이상 또는 감사의 요구가 있을 때에 회장이 소집한다.
- ④ 총회의 소집은 회장이 회의 안건, 개최일시 및 장소를 명기하여 개최 7일 전까지 문서 기타 이에 준하는 방법으로 각 회원에게 통지하여야 한다.

제15조(총회의 정족수)

- ① 총회는 출석회원 과반수의 찬성으로 의결한다. 다만, 가부동수인 경우에는 의장이 결정한다.
- ② 제1항의 규정에 의한 의결권은 총회에 참석하는 다른 회원에게 서면으로 위임할 수 있다. 이 경우 위임장을 회의 개시 전까지 회장에게 제출하여야 한다.

제16조(총회의 의결사항) 총회의 의결사항은 다음과 같다.

1. 임원선출에 관한 사항
2. 본회의 해산 및 정관변경에 관한 사항
3. 재산의 처분, 매도, 증여, 담보, 대여, 취득, 기채 등
4. 예산 및 결산의 승인
5. 사업계획의 승인
6. 기타 본회의 운영에 필요한 중요사항

제17조(총회의결 제척사항) 회원이 다음 각 호의 1에 해당된 때에는 그 의결에 참여하지 못한다.

1. 임원의 취임 및 해임에 있어서 그 자신에 관한 사항을 의결할 때
2. 금전이나 재산의 수수를 수반하는 사항으로 회원 자신과 본회의 이해가 상반될 때

제 6 장 이사회

제18조(이사회) 이사회의 구성 및 운영은 다음과 같다.

- ① 이사회는 회장, 부회장, 이사로 구성되며, 본회의 주요 업무를 결정한다.
- ② 회장은 긴급한 경우를 제외하고는 회의 개시 3일전에 통지하고 이사회를 소집한다. 회장의 유고시에는 부회장 중 1인이 위와 같은 절차에 따라 소집할 수 있다.
- ③ 이사회는 재적이사 과반수의 출석(중요사항은 3분의 2 출석)으로 개의하고, 출석이사

과반수의 찬성으로 의결한다. 다만, 가부동수인 경우에는 의장이 결정한다.

- ④ 회장은 업무처리의 간이 신속을 위하여 제1항의 이사회 소관사항을 상임이사회에서 결정하게 할 수 있다.

제19조(상임이사회) 상임이사회의 구성 및 운영은 다음과 같다.

- ① 상임이사회는 회장, 부회장 및 상임이사로 구성되며 본회의 상무를 수행한다.
- ② 상임이사회는 필요한 경우 그 업무를 특정한 이사에게 위임할 수 있다.
- ③ 상임이사회는 출석한 자 과반수의 찬성으로 의결한다.
- ④ 회장이 제18조 제4항에 의해 상임위원회를 소집할 경우, 해당 상임위원회의 소집과 의결방법 및 의결사항에 관하여는 전조의 규정을 준용한다. 이 경우 상임이사회에서 결정한 사항은 이사회에서 결정한 것으로 본다.

제 7 장 재 정

제20조(회계년도) 본회의 사업연도는 매년 1월 1일부터 12월 31일까지로 한다.

제21조(수입) 본회의 수입에 관한 사항은 다음과 같다.

- ① 본회의 운영을 위한 재원은 회원의 입회금, 회비, 찬조금, 기타의 수입으로 한다.
- ② 입회비 및 회비는 이사회에서 정하며, 이 경우 회원별로 차등을 둘 수 있다.

제 8 장 보 칙

제22조(이사회규칙) 이사회는 본 정관규정에 반하지 않는 범위에서 본 회의 운영에 관하여 필요한 규칙을 제정할 수 있다.

제23조(정관변경)

- ① 회장 또는 이사회는 정관의 변경을 발의할 수 있다.
- ② 발의된 정관은 출석회원 3분의 2이상의 찬성으로 변경할 수 있다.
- ③ 정관의 변경은 주무관청에 신고하여 허가를 얻지 아니하면 효력이 없다.

제24조(해산, 잔여재산의 처분) 본 학회의 해산과 잔여재산의 처분은 다음과 같다.

- ① 본 학회는 민법 제77조 및 제78조의 규정에 의하여 해산한다.
- ② 이사 또는 청산인은 본 학회가 해산한 때에는 잔여재산을 총회의 결의와 주무관청의 허가를 얻어 본 학회의 목적에 유사한 목적을 위하여 처분할 수 있다.
- ③ 제2항의 규정에 의하여 처분되지 아니한 재산은 국고에 귀속한다.

제25조(회의록 등)

- ① 총회에 참석한 사원은 각자 의결권을 행사한다.
- ② 위 제1항과 관련된 총회의사록이나 결의서에 관한 공증업무의 효율성을 제고시키기 위하여 회의에 출석한 의결권자 전원은 회의록 공증업무에 관한 권리를 등기이사 전원에게 위임한다.
- ③ 등기이사는 위 제2항에 따른 공증업무를 수행함에 있어서 제1항의 결의사항을 변경할 수 없다.

제26조(통지) 본회의 운영과 관련된 통지는 그 내용의 진정성과 도달 여부를 확인할 수 있는 한 우편통지 외에 전화나 전송, 기타 전자적 방법으로 할 수 있다.

제27조(산하조직) 본회는 연구분야의 전문화 필요성 등에 따라 산하조직을 둘 수 있다.

제28조(사업보고) 익년도 사업계획서 및 예산서와 당해 연도 사업실적서 및 수지결산서는 회계연도 종료 후 2월 이내에 주무관청에게 보고하여야 한다. 이 경우에 재산목록과 업무현황 및 감사결과보고서도 함께 제출하여야 한다.

부 칙

- 1. 이 정관은 주무관청의 승인일로부터 시행한다.

● 사단법인 한국유통법학회 회원 가입 안내 ●

1. 본 학회에 가입을 희망하시는 분은 첨부한 <가입신청서>를 작성하여 저희 학회로 송부해 주시기 바랍니다.
2. 본 학회는 정관에 의거 다음과 같은 3종류의 회원제도를 두고 있습니다.
 - ① 일반회원 : 유통법, 공정거래법 및 상거래법의 연구에 종사하는 자로서 이사회의 가입승인을 받은 자
 - ② 특별회원 : 유통기업에 종사하거나 유통에 관한 법률사무에 종사하는 자로서 이사회의 가입승인을 받은 자
 - ③ 법인회원 : 본회의 목적에 찬동하는 법인 또는 단체나 기업으로서 이사회의 승인을 받은 사회적 실체(entity)
3. 가입이 승인된 회원은 다음에 해당하는 **연회비**를 납부하셔야 합니다.
 - ① 일반회원 : 5만원
 - ② 특별회원 : 10만원
 - ③ 법인회원 : ㉠ 대기업(매출 1조 이상) 300만원, ㉡ 대기업이 회원인 협회 300만원
㉢ 기타 법인회원 200만원
 - ④ 회장, 부회장, 감사 및 이사는 이사회에서 별도로 정하는 금액

■ 아 래 ■

- 입금계좌 : (사)한국유통법학회
하나은행 391-910012-34204
 - 학회사무실 : 서울시 성북구 안암로 145 고려대학교 법학전문대학원 신법학관 414호(회장)
 - 전 화 : 총무간사 한민정 : Mobile 010-6645-2733, TEL 02-3290-1904
 - Fax : 02-523-0600
 - E-mail : kdla2013@daum.net
 - 홈페이지 : www.distributionlaw.or.kr
- ※ 가입신청서 송부처 : 학회사무실, Fax 또는 E-mail 중 편하신 방법.

(사)한국유통법학회 회장 최영홍

일반회원 가입신청서

성 명	국 문		생년월일	
	영 문		성 별	
근무처	직장명			
	직 위			
	주 소			
	연락처	휴대폰 :	직장	
	E-Mail			
학 력	학 사	취득연도 :	대학교 :	
	석 사	취득연도 :	대학교 :	
	박 사	취득연도 :	대학교 :	
박사학위 논문제목				
주요경력				
관심분야				
기부자 인적사항	※기부금 영수증 필요 여부	필요()		불필요()
	주 소			
<p>본인은 (사)한국유통법학회의 설립취지와 목적에 동의하여 일반회원으로 가입하고자 신청합니다.</p> <p style="text-align: right;">년 월 일</p> <p style="text-align: center; font-size: 1.2em;">(사)한국유통법학회장 귀하</p>				

※ 「기부금 영수증」 상 주민번호를 본인이 직접 기입하시기 바랍니다.

특별회원 가입신청서

성 명	한 글		생년월일	
	영 문		성 별	
근무처	직장명			
	직 위			
	주 소			
	연락처	휴대폰 :		직장 :
	E-Mail			
학 력	학 사	취득연도 :		대학교 :
	석 사	취득연도 :		대학교 :
	박 사	취득연도 :		대학교 :
박사학위 논문제목				
주요경력				
관심분야				
※기부자 인적사항	※기부금 영수증 필요 여부	필요()		불필요()
	주 소			
<p>본인은 (사)한국유통법학회의 설립취지와 목적에 동의하여 특별회원으로 가입하고자 신청합니다.</p> <p style="text-align: right;">년 월 일</p> <p style="text-align: center; font-weight: bold; font-size: 1.2em;">(사)한국유통법 학회장 귀하</p>				

※ 「기부금 영수증」 상 주민번호를 본인이 직접 기입하시기 바랍니다.

법인회원 가입신청서

법 인 명	한 글			
	영 문			
사업자 등록번호				
업 종				
주소(소재지)				
대 표 자	성 명			
	연락처		(Fax)	
	E-Mail			
대 표 참여회원 (복수기재 가능)	성 명			
	직 위			
	연락처	(핸드폰)	(핸드폰)	
		(직장)	(직장)	
E-Mail				
법인연혁 및 관심분야				

본 _____ 은(는)
 (사)한국유통법학회의 설립취지와 목적에 동의하여
 법인회원으로 가입하고자 신청합니다.

년 월 일

(사)한국유통법학회장 귀하

선별적 유통과 제조자의 보호	72
이 병 준*	72
I. 들어가며	72
1. 선별적 유통체계와 관련 법적 쟁점	72
수산물 산지 중도매인의 법적 지위와 보호에 대한 연구	73
I. 서론	75
II. 산지 중도매인의 법적 의의와 비교개념	76
1. 산지 중도매인	76
2. 비교개념	79
III. 수산물 산지 중도매인의 업태와 기능	81
1. 산지 중도매인의 업태	81
2. 기능	83
IV. 중도매인의 영업상태와 보호제도	84
1. 영업상 특성	84
2. 법률상 제공되는 산지 중도매인 보호제도와 불리한 제도	85
3. 산지중도매인이 직면하는 위험	88
5. 개선 방향	89
V. 상법 및 수산물 유통법 개정안	93
1. 수산물 유통법	93
2. 상법	94
V. 결론	94
<참고서적>	95
<국문초록>	96
수산물 산지 중도매인의 법적 지위와 보호에 대한 연구	96
<Abstract>	97
2. 제품번호 부착을 통한 방지노력과 그 제거에 따른 법적 쟁점	99
II. 제품번호와 관련된 우리나라 판결과 학설의 입장	99

1. 제품번호 제거와 관련된 관련 규정	99
2. 관련 대법원 판결	99
3. 학설에 평가	99
III. 독일에서의 상품번호 제거에 따른 행위와 그 금지청구의 법적 근거	99
1. 문제되는 금지청구의 개관	99
2. 제금번호체계의 보호가능성	99
IV. 독일 연방법원 판례의 입장	99
1. 외부인청구(Außenseiteranspruch) 결정 I 과 판결 II	99
3) 적법한 선별적 유통체계의 보호를 위한 제품번호를 통한 통제가능성의 인정	99
2. 제품번호 제거 판결 I	99
3. 제품번호 제거 판결 II	99
4. 제품번호 제거 판결 III	99
V. 나가며	99
종합토론	99
사단법인 한국유통법학회 정관	99