

**대규모유통업법 제11조의
판매촉진비용 규정에 관한 해석과 개정안**
-서면 의무의 목적 및 범위 그리고 분담비율 산정을 중심으로-
**Interpretation and Amendment of Article 11
of the Large-Scale Distribution Business Act
on Sales Promotion Costs**
-Focusing on the Scope of Sales Promotion Costs
and Standards for Calculating Cost-Sharing Ratios-

이 승 관*
Lee, Seung gwan
김 민 규**
Kim, Mingyu

목 차

- | | |
|-------------------------|---------------------|
| I. 서론 | IV. 대상 판결의 재검토 |
| II. 대규모유통업법 제11조의 규범 구조 | V. 제한적 사후정산 입법론의 전개 |
| III. 서면약정 의무와 분담비율 산정 | VI. 결론 |

<https://doi.org/10.35148/ilsilr.2026..64.171>

투고일: 2026. 6. 17. / 심사완료일: 2026. 7. 22. / 게재확정일: 2026. 7. 27.

* 제1저자: 인천대학교 법학부, 학부생

First author: Undergraduate student, Department of Law, Incheon National University

** 교신저자: 변호사 / 한국과학기술원(KAIST) 문술미래전략대학원 겸직교수

Corresponding author: Attorney-at-Law / Adjunct Professor at KAIST Moon Soul Graduate School of Future Strategy

대규모유통업에서의 거래공정화에 관한 법률 제11조는 대규모유통업자가 판매촉진행사에서 발생하는 비용을 납품업자에게 과도하게 전가하는 것을 금지하는 규정으로, 사전 서면약정 의무와 납품업자 부담비율 50% 상한을 통해 거래상 열위에 있는 납품업자를 보호하고자 한다. 그러나 실무에서는 동 규정의 적용 범위와 해석을 둘러싸고 논쟁이 지속되고 있다.

본고는 서울고등법원 2024. 2. 1. 선고 2022누36102 판결의 해석이 현행 대규모유통업법 제11조의 규범 구조와 입법 목적에 부합하지 않음을 논증한다. 제11조 제3항에 명시된 ‘제1항 및 제2항에 따른 판매촉진비용’이라는 문언은 사전 서면약정의 범위 내에서 부담비율을 판단해야 함을 의미하며, 서면약정 의무는 납품업자에게 비용을 부담시키기 위한 형식적 요건이 아니라 제1항 내지 제4항 전체에 걸쳐 적용되는 전제적 의무이다. 따라서 사전 서면약정에 포함되지 않은 판매촉진비용은 부담비율 산정 대상에서 제외되어야 하고, 사후적 재산정은 현행 법률에서는 법적인 근거가 없으므로 허용될 수 없다. 한편, 예상이익과 실제이익 간의 괴리라는 유통현실의 문제를 해소하기 위하여, 본고는 사전 서면약정에 사후정산 조항이 명시되어 있는 경우에 한하여 제한적으로 사후정산을 허용하는 입법론을 제안한다.

[주제어] 대규모유통업법 제11조, 판매촉진비용, 서면약정 의무, 부담비율 산정, 제한적 사후정산론

I. 서론

1. 문제의 제기

대규모유통업에서의 거래 공정화에 관한 법률(이하 ‘대규모유통업법’) 제11조는 판매촉진행사에서 발생하는 비용을 납품업자에게 과도하게 전가하는 것을 금지하는 규정이다. 해당 규정은 대규모유통업자가 납품업자 등에게 판매촉진비용을 과도하게 전가하지 못하도록 사전적 서면약정과 부담비율의 제한을 통해 납품업자를 보호한다. 그러나 실무에서는 해당 규정의 적용 범위와 해석과 관련해서 많은 논쟁이 발생하고 있다. 특히 서울고등법원 2024. 2. 1. 선고 2022누36102 판결(이하 ‘대상 판결’)은 앞선 논쟁을 가장 선명하게 잘 보여주는 판결로써 그 의미가 크다.

본 사건에서 판매촉진비용과 관련하여 공정거래위원회는 쿠팡이 388개 납품업자에게 사전 서면약정에 존재하지 않은 판매촉진비용 약 57억 원을 부담시켜 결과적으로 납품업자가 50%를 초과하는 판매촉진비용을 부담했다는 이유로 시정명령과 과징금의 행정적 제재를 부과하였다. 하지만 법원은 판매촉진비용은 사전 서면약정에

기재된 비용만을 의미하는 것이 아니라 판매촉진행사에 소요된 비용의 일체를 의미하고 이를 분담비율에 포함시킬 경우, 대규모유통업법 위반이 아니라고 주장한 쿠팡의 의견에 손을 들어주었다. 즉, 쿠팡이 사전 서면약정에 존재하지 않은 자체 광고비를 판매촉진비용으로 보고 이를 사후적으로 분담비율에 산입하였다 할지라도 실제 납품업자의 분담비율이 50%를 초과하지 않았다면 위법하지 않다는 것이다. 이를 이유로 법원은 공정거래위원회의 과징금과 시정명령을 취소한다는 취지로 판결하였다.¹⁾ 또한, 동법 제3항에서 예상이익에 따른 비용분담을 얘기하면서, 사전에 이를 약정하도록 하면서도 사후에 예상이익과 실제이익이 불일치 하는 경우 분담비율을 재산정할 수 있는 법적 근거가 마련되어 있지 않은데, 이미 많은 연구에서 유통거래 현실에 맞지 않는 부분이라는 점을 지적했고, 이 또한 대상 판결에서 문제가 되었다. 공정거래위원회는 제3항의 ‘제1항 및 제2항에 따른 판매촉진비용’이라는 문언의 내용은 예상이익에 따른 판매촉진비용의 분담비율이 서면으로 약정된 판매촉진비용으로 제한된다고 해석했다. 그러나 법원은 해당 문언의 내용은 대규모유통업자가 납품업자로 하여금 판매촉진비용을 부담시키기 위한 요건으로써 말하는 것이고, 판매촉진비용의 정의가 ‘판매촉진행사에 소요된 비용’의 일체이므로 분담비율의 기준이 되는 판매촉진비용은 사전 서면약정의 범위에 제한되지 않고 판매촉진행사에 소요된 비용 일체가 그 대상이라고 보았다. 따라서 쿠팡의 자체 광고비는 비록 사전 서면약정에 명시되어 있지 않지만, 판매촉진비용에 해당하여 사후에 분담비율을 재산정할 수 있다고 판시한 것이다.

필자는 대규모유통업법의 목적이 거래상 열위에 있는 납품업자를 보호하고 대규모유통업자와 동등한 위치에서 활동할 수 있게 만들어주는 역할로 생각한다. 즉, 이러한 목적을 달성하기 위한 수단으로 사전 서면약정이 활용되고 있는 것이고, 서면약정을 전제로 제11조의 구조가 전개되는 것이다. 따라서 제11조의 구조를 다르게 해석한 대상 판결은 재검토될 필요성이 있다. 본고에서는 대규모유통업법 제11조 제1항의 서면약정 의무의 범위와 사전에 서면으로 약정하지 않은 판매촉진비용이 분담비율에 사후적으로 포함되어 재산정될 수 있는지 여부를 검토할 것이다.

1) 서울고등법원 2024. 2. 1. 선고 2022누36102 판결. 법원은 판매촉진비용이 ‘사전 서면약정에 기재된 비용’에 국한되지 않고 ‘판매촉진행사에 소요되는 비용 일체’를 의미하며, 대규모유통업자가 자체 부담한 광고비까지 포함하면 납품업자의 분담비율이 50%를 초과하지 않는다는 쿠팡의 주장을 받아들였다. 공정거래위원회가 부과한 과징금 약 33억 원과 시정명령은 전부 취소되었다.

II. 대규모유통업법 제11조의 규범 구조

1. 입법 배경과 연혁

1.1 대규모유통업법의 제정

대규모유통업법은 가맹사업법, 대리점법과 함께 유통 3법²⁾이라 불리며 2012. 1. 17. 법률 제11462호로 제정되어 2012. 8. 18.부터 시행되었다. 이 법은 대규모유통업자와 납품업자 또는 매장임차인(이하 ‘납품업자등’) 사이의 불공정거래 관행을 특별법으로 규율하기 위하여 제정된 것³⁾으로, 종전에 공정거래법의 불공정거래행위 조항으로 규율하던 대규모유통업 분야를 분리·독립시켰다.⁴⁾ 대규모유통업법의 제정 배경에는 유통산업의 급격한 성장에서 발생한 대규모유통업자와 납품업자 간에 지위의 불균형이 원인이다. 대형마트·백화점·홈쇼핑 등 대규모유통업자는 납품업자등에 대하여 강한 거래상 우월적 지위를 보유하게 되었고, 이를 이용하여 각종 비용을 납품업자등에게 전가하는 관행이 광범위하게 형성되었다.⁵⁾ 결국, 이러한 불균형을 예방 및 규제하고자 하는 배경에서 대규모유통업법이 제정된 것이다.⁶⁾

-
- 2) 신영수, “대규모유통업법 적용의 전제로서 ‘거래상 우월적 지위’의 의미와 요건”, 경쟁법연구 제48권, 한국경제법학회, 2023, 7-8쪽.
 - 3) 손동환, “대규모유통업법상 거래상 우월적 지위: 서울고등법원 2024. 2. 1. 선고 2022누36102 판결에 대한 검토 등”, 경쟁저널 제224호, 한국공정경쟁연합회, 2024, 49-50쪽 참고.
 - 4) 이효석, “대규모유통업법의 주요 법률상 쟁점과 향후 과제”, 법학논고 제49호, 경북대학교 법학연구원, 2015, 709-710쪽; 최영홍, “대규모유통업법의 제정과 운용상 쟁점”, 경쟁법연구 제25권, 한국경제법학회, 2012, 4쪽.
 - 5) 심재한, “대규모유통업법상 판매촉진비용의 부담”, 유통법연구 제4권 제2호, 한국유통법학회, 2017, 114쪽; 문상일, “온라인플랫폼시장에서의 거래공정성 확보를 위한 법제 개선방안 -대규모유통업법 적용대상 사업자 범위 규정의 문제점을 중심으로”, 상사판례연구 제37권 제2호, 한국상사판례학회, 2024, 49쪽; 박성진, “대규모유통업법의 적용범위 개선 방안에 관한 소고”, 경제법연구 제23권 제3호, 한국경제법학회, 2024, 5쪽.
 - 6) 실제로 “대규모유통업자들은 납품업자 등으로부터 납품받는 재화 등의 가격을 적정선 이하로 낮추거나 수수료를 과도하게 인상하는 등 불공정행위를 일삼고 있다.” 박선숙 의원 대표 발의, 대규모유통업 납품거래 공정화에 관한 법률안, 의안번호 8843, 1쪽(2010. 7. 13. 발의)과 “많은 대규모소매업자들이 이들 납품업자나 매장임차인을 대등한 거래상대방으로 인정하지 아니하고 자신의 거래상 우월적 지위를 남용하여 불공정거래행위를 행함으로써 지속적으로 유통시장에서의 공정거래질서를 저해하여 왔다.” 이사철 의원 대표 발의, 대규모소매업에서의 거래 공정화에 관한 법률안, 의안번호 12195, 2쪽(2011. 6. 10. 발의)을 통해 대규모유통업법의 입법 배경을 알 수 있다.; 강우경, “대규모유

1.2 대규모유통업법 제11조의 특별화

대규모유통업법은 그 전신을 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」에 두고 있는데,⁷⁾ 공정거래법(2020. 12. 29. 법률 제17799호 전부개정 되기 전의 것) 제23조가 금지하는 불공정거래행위를 구체화한 법률로써 유통업의 상황을 반영한 특별법이다. 기존에는 판매촉진비용의 전가는 대규모소매업 고시의 특수불공정거래행위의 규정과 공정거래법에서 규율되었다. 그러나 특수불공정거래행위에 해당되는 행위가 일반 불공정거래행위와 중복으로 규정되는 경우도 많았다. 따라서 같은 유형의 법 위반행위가 발생할 경우, 공정거래법상의 일반불공정거래행위로 제재를 받는 경우도 있고, 고시의 특수불공정거래행위로 규정받는 경우가 있었다. 결국, 이러한 혼동을 방지하고 법적 정당성을 확보하기 위해 대규모유통업법이 제정될 필요가 있었던 것이다.⁸⁾ 또한, 사후규제인 공정거래법상 불공정거래행위 규정에 담기 어려운 사전규제적 요소들을 포함했고, 사전규제를 포함한 특별법을 통해 그 피해를 예방하고 거래상 열위에 있는 상대방을 보호하고자 했던 의도도 있다.⁹⁾

1.3 대규모유통업법 제11조의 개정

제정 당시 제11조는 현행 법률과 같이 사전약정 없는 비용 전가 금지, 서면약정 요건, 이익 비례 분담 비율 기준, 분담비율의 50% 상한, 자발성 예외의 모습을 이미 갖추고 있었다. 이후 2018. 12. 31. 법률 제16172호로 개정 시 납품업자등의 자발성 요건을 명확화하는 방향의 개정이 이루어져 제5항의 적용 범위를 보다 엄격히 획정하였다.¹⁰⁾

통업법상 ‘거래상 우월적 지위’ -대형 가전제품 유통시장을 실례로 하여-, 유통법연구 제7권 제2호, 한국유통법학회, 2020, 70-71쪽.

7) 대법원 2021. 11. 25. 선고 2018두65071 판결. “한편 구 대규모유통업법은 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」(2020. 12. 29. 법률 제17799호 전부개정 되기 전의 것) 제23조 제1항 제4호가 금지하는 거래상 지위 남용행위를 구체화한 위 법률의 특칙으로서 납품업자 등이 대규모유통업자와 상호 대등한 지위에서 공정한 거래를 할 수 있도록 보장하는 데에 그 취지가 있다.”

8) 심재한, “대규모유통업법상 판매촉진비용의 부담”, 114-115쪽.

9) 고인혜, “온라인 유통사업자의 거래상 우월적 지위와 대규모유통업법의 적용제외 문제 -서울고등법원 2024.2.1. 선고 2022누36102 판결을 중심으로-”, 유통법연구 제11권 제1호, 한국유통법학회, 2024, 111쪽.

10) 대규모유통업에서의 거래 공정화에 관한 법률, 법률 제16172호 일부개정 2018. 12. 31.

시행령 차원에서는 대규모유통업에서의 거래 공정화에 관한 법률 시행령 제9조(이하 ‘시행령 제9조’)가 판매촉진비용의 부담에 관한 약정 사항을 열거하고 있다. 동조에 의하면 대규모유통업자와 납품업자등은 ① 판매촉진행사의 명칭·성격 및 기간, ② 판매촉진행사를 통하여 판매할 상품의 품목, ③ 판매촉진행사에 소요될 것으로 예상되는 비용의 규모 및 사용내역, ④ 해당 판매촉진행사를 통하여 대규모유통업자와 납품업자등이 얻을 것으로 예상되는 경제적 이익의 비율, ⑤ 판매촉진비용의 분담 비율 또는 액수를 약정하여야 한다고 규정한다. 또한, 현재는 폐지된 공정거래위원회의 대규모유통업에서의 거래 공정화에 관한 심사지침(이하 ‘심사지침’)은 제11조 위반 판단 기준을 집행 차원에서 구체화하여 행정집행의 지침으로 기능하고 있었다.¹¹⁾

2. 대규모유통업법 제11조의 구조 분석

2.1 제1항

제11조 제1항은 “대규모유통업자는 판매촉진행사를 실시하기 이전에 대통령령으로 정하는 바에 따라 판매촉진행사에 소요되는 비용(이하 이 조에서 판매촉진비용이라 한다)의 부담 등을 납품업자등과 약정하지 아니하고는 이를 납품업자등에게 부담시키는 행위를 하여서는 아니 된다”라고 규정한다. 동 조항의 규범적 성격은 대규모유통업자가 납품업자 등에게 약정 없는 비용의 부담에 대한 금지를 나타낸다.

제1항의 규정은 제2항, 제3항에서 모두 언급되고 있는데, 이는 서면약정 의무가 단순히 납품업자에게 판매촉진비용을 부담시키기 위한 형식적인 요건이 아니라 제1항의 서면약정을 전제로 제2항 및 제3항이 이어지는 것으로 파악할 수 있다. 즉, 형식적 요건의 범위 내에서 실질적인 요건까지 요구하는 모습으로 이해할 수 있을 것이다.

2.2 제2항

제11조 제2항은 “제1항의 약정은 대규모유통업자와 납품업자등이 각각 서명 또는 기명날인한 서면으로 이루어져야 하며 대규모유통업자는 약정과 동시에 이 서면을

11) 공정거래위원회, 인터넷쇼핑몰업자의 판매촉진비용 부담전가 행위에 대한 위법성 심사지침(2019. 7. 31. 제정).

납품업자들에게 주어야 한다”라고 규정하고 있다. 제2항의 핵심 요소는 세 가지이다. 첫째, 약정은 쌍방이 서명 또는 기명날인한 서면으로 이루어져야 한다. 둘째, 대규모 유통업자는 약정과 동시에 해당 서면을 납품업자들에게 교부하여야 한다. 셋째, 제1항이 명시하는 “실시하기 이전”의 약정이어야 한다.

이 중 서면의 동시 교부 요건과 관련해서 법원은 대규모유통업자가 먼저 서명하여 약정서면을 발송하였으나 납품업자들이 서명을 지연한 경우, 쌍방 서명이 완료되지 않은 약정서면을 일방적으로 교부하는 것만으로는 제11조 제2항이 요구하는 서면 교부의무를 이행한 것으로 볼 수 없다고 판시하였다.¹²⁾

2.3 제3항

제11조 제3항은 “제1항 및 제2항에 따른 판매촉진비용의 분담비율은 대규모유통업자와 납품업자들이 각각 해당 판매촉진행사를 통하여 직접적으로 얻을 것으로 예상되는 경제적 이익(이하 이 조에서 예상이익이라 한다)의 비율에 따라 정하되 대규모유통업자와 납품업자 사이의 예상이익의 비율을 산정할 수 없는 경우에는 대규모유통업자와 납품업자들의 예상이익이 같은 것으로 추정한다”라고 규정한다.

제3항은 분담비율 산정의 실질적 기준으로 예상이익에 따른 비용분담을 천명한다. 이 원칙에 따르면 분담비율은 쌍방이 판매촉진행사로부터 직접적으로 얻을 것으로 예상되는 경제적 이익의 비율에 따라 분담해야 한다. 여기서 예상이익의 산정 시점이 이 조항 핵심 난제이다. 유통거래의 현실상 예상이익을 사전에 산정하는 것은 어려운 일이기 때문이다. 또한, 시행령 제9조 제3호에서도 예상되는 비용의 규모와 사용내역을 서면으로 약정하도록 규정하고 있는데, 이는 사전 서면약정 시에 기재할 사항을 명시하고 있는 것이다.

판매촉진비용의 분담에 있어서 예상이익과의 비례를 만족시키기 위해서는 행사 종료 후의 실제 이익을 사후적으로 확인하는 절차가 불가피한 측면이 있다. 그러나 제2항은 사전 서면약정을 요구하므로, 사전에 예상이익의 비율을 산정하여 분담비율을 확정해야만 한다. 결국, 예상이익과 실제이익 사이의 괴리가 발생하는 경우에도 사전 약정된 비율을 고수해야 하는 문제가 발생한다. 이에 따라 유통현실에 맞게 실제 이익에 따른 사후정산을 허용할 것인지의 문제가 존재하게 되는 것이다.¹³⁾

12) 서울고등법원 2021. 8. 12. 선고 2020누38791 판결.

2.4 제4항

제11조 제4항은 “제3항에 따른 납품업자등의 판매촉진비용 분담비율은 100분의 50을 초과하여서는 아니 된다”라고 규정하고 있다.

제4항은 납품업자등이 분담하는 판매촉진비용의 비율이 50%를 초과하지 못한다고 명시적으로 규정하고 있다. 이러한 상한을 설정한 취지는, 거래상 열위에 위치한 납품업자를 보호함에 있다. 다만 이러한 상한은 납품업자의 예상이익이 더 높은 경우에는 적용에 한계가 있다.¹⁴⁾ 게다가 해당 상한은 당사자 합의로도 배제할 수 없는 강행규정의 성격을 갖는다. 법원은 대규모유통업자가 사전약정 시 예상 판매량을 기초로 분담비율을 50%로 정하였으나 특약사항으로 실제 판매량 증가에 따른 추가 분담을 납품업자에게 귀속시킨 사안에서, 실제 납품업자등의 분담비율이 50%를 초과한 이상 제4항 위반에 해당한다고 판시하였다. 이는 50% 상한이 형식적 약정비율이 아니라 실제 부담비율을 기준으로 판단되고 있다는 것을 의미한다고 볼 수 있다.¹⁵⁾

이를 통해 제4항은 서면약정 시에 50% 상한을 준수했는지 여부만을 판단하는 것이 아니라 서면약정 외에도 실질적으로 납품업자가 50%를 초과해서 부담했는지 여부도 함께 검토한다고 이해할 수 있다.

2.5 제5항

제11조 제5항은 “납품업자등이 자발적으로 대규모유통업자에게 요청하여 다른 납품업자등과 차별화되는 판매촉진행사를 실시하려는 경우에는 대규모유통업자는 납품업자등과 상호 협의하여 판매촉진비용의 분담비율을 정할 수 있다. 이 경우 제1항

13) 박세환, “대규모유통사업자와 납품업자 간의 판매촉진행사 비용분담”, 비교사법 제28권 제3호, 한국사법학회, 2021, 341-344쪽, 해당 논문에서는 50% 분담 기준선을 정한 부분이 매우 이례적인 입법에 속하고, 판매촉진행사의 결과 납품업자가 많은 이익을 얻더라도 해당 조항에 따라 위법한 판매촉진행사라는 판단을 받을 위험성이 있다고 말한다.

14) 심재한, “대규모유통업법상 판촉비용 관련 법적 쟁점과 개정의견”, 경쟁법연구 제48권, 한국경쟁법학회, 2023, 65쪽 이하.

15) 서울고등법원 2021. 8. 12. 선고 2020누38791 판결. 해당 사건에서 대규모유통업자는 제11조 제4항이 판매촉진비용에 관한 사전약정 체결 시점에 납품업자의 분담비율이 50%를 초과하지 않도록 정하라는 것이고, 이를 준수했다면, 실제 납품업자의 분담비율이 예상과 달리 50%를 초과하였다고 하더라도 제4항 위반이 아니라고 주장했으나, 법원은 이러한 대규모유통업자의 주장에 대해 이유 없다고 판단했다.

부터 제4항까지의 규정은 적용하지 아니한다”라고 규정한다.

제5항은 납품업자등의 자발적 요청에 따른 차별화 행사의 경우 제1항 내지 제4항의 적용을 전면 배제하는 예외 조항이다. 이 예외가 인정되는 이론적 근거는, 납품업자등이 스스로의 판단에 따라 주도적으로 판매촉진행사를 기획하는 경우에는 대규모유통업자의 비용전가 위험성이 현저히 낮다는 점이다.¹⁶⁾

법원은 제5항의 ‘자발성’과 ‘차별성’에 대하여 최초로 명확한 법리를 정립하였다. 동 판결은, 자발적이라는 것은 단순히 대규모유통업자가 강제하지 않았거나 납품업자등의 동의가 있었다는 정도를 의미하는 것이 아니라, 대규모유통업자의 실질적 관여나 개입 없이 납품업자등이 먼저 독자적이고 적극적으로 판매촉진행사를 기획하여 대규모유통업자에게 그 실시를 요청하는 것을 의미한다고 판시하였다. 또한 차별성에 대하여는 행사의 내용이나 효과가 그 행사를 요청한 해당 납품업자등에게 특화되어 있어야 하고, 다른 납품업자등에게도 그대로 적용되거나 귀속될 수 있는 것이어서는 안 된다는 기준을 제시하였다. 아울러 자발성·차별성에 관한 증명책임이 대규모유통업자에게 있다고 하여, 예외 주장의 입증 부담을 대규모유통업자에게 귀속시켰다.¹⁷⁾

III. 서면약정 의무와 분담비율 산정

1. 서울고등법원 2024. 2. 1. 선고 2022누36102 판결 - 판매촉진행사와 관련된 사실관계와 판단

본 사건¹⁸⁾에서 쿠팡은 판매촉진행사와 관련하여 납품업자와 계약을 체결하였는데, 판매촉진행사 비용의 분담비율은 100% 납품업자가 부담하는 것으로 정하였다. 따라서 공정거래위원회는 쿠팡의 행위를 대규모유통업법 제11조 제4항의 위반행위로 파악했고, 과징금 및 시정명령의 행정적 제재를 부과하였다. 그러나 쿠팡은 이번 판매촉진행사를 위해 웹사이트 광고, 알림 메시지 발송 등을 하였고, 이러한 행사를 하지 않았더라면 얻을 수 있었을 광고수익이나 메시지 발송 등의 대가는 쿠팡이 부담한

16) 대법원 2020. 5. 14. 선고 2018두52044 판결.

17) 대법원 2020. 5. 14. 선고 2018두52044 판결.

18) 서울고등법원 2024. 2. 1. 선고 2022누36102 판결 참고.

비용으로 인정되어야 한다고 주장했으며, 해당 비용의 가치를 환산하여 평가하면 납품업자가 부담한 비용을 초과하므로 납품업자에게 50%를 초과하여 판매촉진비용을 분담시킨 경우에 해당되지 않는다고 주장했다.

공정거래위원회는 서면으로 약정하지 않은 판매촉진비용은 제11조에 따른 판매촉진비용으로 인정할 수 없다고 하였으며, 제11조의 구조상 납품업자의 분담비율은 사전에 서면으로 약정하지 않은 비용은 고려될 수 없다고 판단하였다.¹⁹⁾ 그러나 법원은 판매촉진비용이 판매촉진행사에 소요되는 비용의 일체를 의미하고, 이러한 정의는 제2항 이하의 모든 조항에도 동일하게 적용된다고 보았으며, 제3항, 제4항의 판매촉진비용이 사전 서면약정에 기재된 비용에 한정된다고 볼 수 없다고 판단했다. 또한, 분담비율을 산정할 때에는 판매촉진비용에 해당하는 경우에는 사전 서면약정 외의 비용도 포함될 수 있다고 판단했다.²⁰⁾

이상의 사실관계에 관해서 두 가지 측면에 집중하여 대상 판결을 재검토하고자 한다. 첫째, 판매촉진행사를 실시하기 이전에 대규모유통업법 제11조 제1항은 당사자 간의 서면약정 의무를 부과하고 있는데, 서면약정의 목적과 서면약정 의무가 제11조의 어느 범위까지 해당하는지 검토할 것이고, 둘째, 동법 제11조 제3항의 규정이 분담비율을 산정할 때, 사전에 서면으로 약정한 판매촉진비용만을 대상으로 하는지 아니면 사전 서면약정 외에도 모든 판매촉진비용을 대상으로 하는지도 검토할 것이다.

2. 서면약정 의무의 목적과 범위

대규모유통업법 제11조 제1항 및 제2항에서는 대규모유통업자와 납품업자 간에 판매촉진행사를 실시하기 전에 납품업자에게 판매촉진비용을 부담시키기 위해서 서면약정을 체결하도록 요구하고 있고, 약정과 동시에 서면을 교부하도록 규정하고

19) 공정거래위원회 의결 제2021-237호, 40쪽 이하. “대규모유통업법 제11조의 체계에서 볼 때, 동조 제4항의 판매촉진비용의 분담비율은 대규모유통업자와 납품업자 간의 서면약정을 전제로 한 것이다. 즉, 대규모유통업법 제11조 제1항에 비추어 납품업자의 판매촉진비용 분담비율이 100분의 50을 초과하였는지를 판단함에 있어 사전에 서면으로 약정되지 아니한 비용은 고려될 수 없고, ...”

20) 서울고등법원 2024. 2. 1. 선고 2022누36102 판결, 67쪽 이하. “특별한 사정이 없는 한 제3, 4항에 의한 분담비율 제한의 전제가 되는 판매촉진비용 역시 ‘판매촉진행사에 소요되는 비용’일 것이 요구될 뿐, ‘사전 서면약정에 기재된 비용’에 한정된다고 볼 수 없다. ... 납품업자의 판매촉진비용 분담비율이 50%를 초과하는지 여부를 판단함에 있어 그 산정의 기준이 되는 판매촉진비용에는 사전 서면약정에 기재된 비용은 물론, 추후 추가된 비용 또한 그것이 판매촉진행사에 소요되었다는 것이 인정되고, 나아가 그 비용을 대규모유통업자가 부담한 사실이 인정되는 한 모두 포함되어야 한다.”

있으며, 해당 서면에는 대규모유통업자와 납품업자 모두의 서명 혹은 기명날인이 포함되어야 한다. 이러한 요건을 요구하는 이유는 거래상 우월적 지위에 위치한 대규모유통업자가 상대적으로 열위에 위치한 납품업자로 하여금 부당하게 비용을 부담시키도록 하는 행위를 방지하고,²¹⁾ 대규모유통업자가 약정의 내용대로 이행하지 않았을 때 발생할 수 있는 불이익을 방지하는데 목적이 있다.²²⁾

대규모유통업법 제11조 제1항에서 납품업자의 판매촉진비용 부담을 위해서는 서면약정을 체결하도록 규정하고 있지만, 동법 시행령 제9조를 살펴보면 납품업자의 부담에 관하여 약정하는 것이 아니라 판매촉진행사의 명칭·성격 및 기간, 판매촉진행사를 통하여 판매할 상품의 품목, 판매촉진행사에 소요될 것으로 예상되는 비용의 규모 및 사용내역, 해당 판매촉진행사를 통하여 대규모유통업자와 납품업자등이 얻을 것으로 예상되는 경제적 이익의 비율, 판매촉진비용의 분담 비율 또는 액수를 약정하도록 규정하고 있다. 그리고 이러한 약정을 기반으로 동조 제3항에서는 대규모유통업자와 납품업자가 판매촉진행사를 진행한 결과, 얻을 것으로 예상되는 경제적 이익에 따라 판매촉진비용을 분담한다고 규정하고 있고, 분담의 결과 납품업자가 50%를 초과하지 않아야 하는 내용이 제4항에 명시되어 있는 것이다.

이처럼 판매촉진행사를 진행하고, 행사를 진행함에 따라 발생하는 비용을 각자가 부담하는 과정까지 살펴볼 때, 판매촉진행사는 서면약정과 분리해서 생각할 수는 없을 것이다. 즉, 서면약정 의무를 면제할 수 있는 제5항의 예외요건에 해당하지 않는다면, 서면약정 의무의 범위는 제1항부터 제4항까지 미치는 것으로 해석해야 할 것이고, 이는 법원이 판단한 서면약정 의무의 취지와도 맞는 방향이다.

21) 서울고등법원 2019. 9. 5. 선고 2018누63428 판결. “대규모유통업법에서 판매촉진비용의 부담을 납품업자에게 전가하는 행위를 제한하는 취지는 대규모유통업자가 임의로 판매촉진행사를 기획하고 그 비용을 전적으로 납품업자에게 부담시키더라도 납품업자가 이를 거부하기 어렵다는 점을 고려하여 판매촉진활동을 빙자한 부당한 판매촉진비용의 부담 강요를 방지하고 사후 분쟁 발생시 책임소재를 명확하게 하기 위한 것이다.”

22) 서울고등법원 2021. 8. 12. 선고 2020누38791 판결. “판매촉진비용 부담 등에 관한 약정서면 교부의무는 대규모유통업자가 우월적인 지위를 이용하여 구두로만 판매촉진비용 부담 등에 관한 약정을 체결한 뒤 판매촉진행사 실시에 임박하여 위 약정을 철회·변경하거나 약정사항대로 이행하지 않는 경우 등에 대비하여 사전에 약정 내용을 명백히 함으로써 약정사항이 불분명함으로 인하여 발생하는 납품업자 등의 불이익을 방지하려는 데 그 취지가 있다.”

2.1 대상 판결에서의 대립 - 서면약정의 범위

공정거래위원회는 제11조 제3항에서 ‘제1항 및 제2항에 따른’이라고 규정되어 있으므로, 제3항에서 말하는 판매촉진비용은 사전 서면약정에 기재된 것만을 의미한다고 판단했다. 그러나 법원은 ‘제1항 및 제2항에 따른’이라는 규정은 납품업자에게 판매촉진비용을 부담시키는 사전 서면약정이 있는 경우를 의미한다고 판단했다. 즉, 납품업자에게 판매촉진비용을 부담시키기 위한 요건을 갖춘 상태를 의미한다고 파악한 것이고, 사전 서면약정의 범위 내에서 판단한다는 의미가 아니라고 해석한 것이다.

여기서의 쟁점은 판매촉진비용의 분담비율을 산정할 때, 사전에 서면약정의 범위 내에서 판단할 것인가 아니면 판매촉진비용에 해당하는 모든 비용을 포함하여 산정할 것인가의 문제이다. 이에 대해서는 IV.에서 자세히 다루기로 한다.

3. 분담비율의 산정

대규모유통업법 제11조 제3항은 판매촉진비용의 분담비율을 산정할 때, 예상이익에 기초해서 산정하도록 하고 있다. 공정거래위원회의 심사지침을 보면, 판매촉진비용의 예상 규모와 예상 사용내역을 요구하는 이유는 판매촉진행사에서 지출하는 비용의 예측가능성과 납품업자 보호를 목적²³⁾으로 명시하고 있다. 또한, 동법 시행령 제9조 제4호에 따르면 판매촉진행사에 소요될 것으로 예상되는 비용의 규모 및 사용내역을 서면에 명시하도록 규정하고 있는데, 해당 내용은 대규모유통업법 제11조 제1항에서 판매촉진행사를 실시하기 이전에 약정하도록 규정하고 있다. 즉, 예상이익에 따른 분담비율의 산정은 판매촉진행사를 실시하기 이전에 이미 확정되어 있다는 의미이다. 따라서 판매촉진행사를 진행하고 비용을 분담하는 순서는 시행령 제9조의 사항을 준수한 서면약정 체결 → 판매촉진행사 진행 → 서면약정상의 예상이익에

23) (2021. 2. 1. 폐지), 공정거래위원회, 인터넷쇼핑몰업자의 판매촉진비용 부담전가 행위에 대한 위법성 심사지침 (2019. 7. 31. 제정). “인터넷쇼핑몰업자는 판매촉진비용의 예상 규모와 예상 사용내역에 대하여 납품업자와 약정하여야 한다. 행사를 실시하기 이전의 상황에서 판매촉진비용 규모와 사용내역을 정확히 예상하는 것이 어려울 수 있음에도 불구하고 법령이 이를 약정 사항으로 규정한 취지는 먼저, 납품업자 등으로 하여금 판매촉진행사에 참여하는 경우 지출하게 될 비용을 사전에 예측할 수 있도록 하고, 아울러 약정 이후 대규모유통업자가 추가비용을 납품업자 등에게 자의적으로 부담시키는 것을 방지하기 위함에 있다. 따라서 인터넷쇼핑몰업자는 예상되는 모든 비용의 규모와 사용내역을 충실하게 약정하여야 할 것이다.”

기초한 비용 분담으로 진행될 것이다. 이러한 논리에 따르면 판매촉진행사가 전부 진행되고 나서 사전에 체결한 예상이익이 실제이익과 다르다고 하더라도 분담비율을 재산정하는 것은 금지될 것이고, 재산정을 허용할 수 있는 법적 근거도 존재하지 않는다. 그런데, 유통거래의 현실은 사전에 판매촉진행사를 통해 얻을 수 있는 이익 혹은 소요되는 비용을 정확히 예측하는 것은 쉽지 않고, 이는 법 위반행위를 방지하기 위해 대규모유통업자가 자신의 예상범위에 있는 모든 비용을 기재해서 판매촉진비용의 규모를 상당히 높은 수준으로 약정할 우려가 있으며,²⁴⁾ 납품업자와 대규모유통업자의 예상이익의 비율을 산정할 수 없는 경우에 당사자들의 예상이익이 같은 것으로 추정된다는 법문의 내용에 따라 각자 50%를 부담하도록 약정할 수도 있을 것이다.²⁵⁾

결국, 예상이익에 따른 판매촉진비용의 분담이 유통현실과 부합하기 위해서는 사후적으로 분담비율을 조정할 수 있는 수단이 마련되어야 할 것이다.

3.1 대상판결에서의 대립 - 서면약정하지 않은 판매촉진비용의 분담비율에 산입

공정거래위원회는 사후에 서면으로 약정하지 않은 판매촉진비용을 분담비율 재산정 시에 산입할 수 없다고 판단했다. 사전에 약정되지 않은 비용은 분담비율과 관련해서 제11조의 비용으로 인정할 수 없다는 것이 이유였다. 그러나 법원은 분담비율 산정에 포함되는 판매촉진비용은 사전 서면약정에 기재된 비용만이 아니라 ‘판매촉진행사에 소요되는 비용’의 일체라고 파악했다. 그리고 상술한 서면약정의 범위와 관련된 해석을 통해 사후에 분담비율 재산정시에 포함될 수 있다고 보았다.

여기서의 쟁점은 사전에 서면으로 약정되지 않은 판매촉진비용이 사후에 분담비율 재산정의 대상인지 여부이다. 이에 대해서도 IV.에서 자세히 다루기로 한다.

24) 김지연, “대규모유통업법 제11조 판매촉진비용 부담전가 금지조항의 해석 및 법률상 쟁점 -공정거래위원회 심사지침의 해석 및 최근 판례(대법원 2020. 5. 14. 선고 2018두52044 판결, 서울고등법원 2019. 9. 5. 선고 2018누63428 판결)를 중심으로-”, 유통법연구 제7권 제1호, 한국유통법학회, 2020, 100쪽. “오히려 대규모유통업자는 자신의 위험을 회피하기 위해 처음부터 판매촉진비용 규모를 상당히 높은 수준으로 약정하거나 아주 조금이라도 발생가능성이 있는 비용은 모두 기재하는 등 보수적으로 접근할 가능성이 있는바, 납품업자등으로 하여금 사전에 자신이 부담하여야 할 판매촉진비용을 예측할 수 있도록 사전약정 의무를 부과하는 법 취지가 몰각될 우려가 있다.”

25) 박세환, 앞의 논문, 338쪽. “판매촉진행사로 예상되는 이익의 비율이 불분명한 경우는 물론이고 설사 납품업자 등이 판매촉진행사로 얻을 예상이익이 50%를 훨씬 초과하고 대규모유통업자가 납품업자 등과 판매촉진행사의 내용과 비용부담에 대하여 사전에 서면으로 명확히 약정을 하여 납품업자 등에게 교부하였더라도 판매촉진비용 분담비율은 50대50으로 고정되게 된다.”

IV. 대상 판결의 재검토

1. 공정거래위원회와 법원의 위법성 판단

공정거래위원회는 판매촉진비용의 부담에 관한 약정을 체결함에 있어서 인터넷쇼핑몰업자는 제11조 제1항 및 제2항이 정한 약정의 ‘절차’에 관한 규정과 법 제11조 제2항 및 제3항, 시행령 제9조가 정한 약정의 ‘내용’에 관한 규정을 모두 준수하여야 한다고 심사지침에서 밝히고 있다.²⁶⁾ 실제로 항소의 기초가 된 공정거래위원회의 심결례를 살펴보면 쿠팡이 사전 서면약정을 하지 않은 판매촉진비용은 분담비율 산정 시 삽입할 수 없고, 서면약정으로 제한해서 따져볼 때, 납품업자에게 50%를 초과시켜 부담시킨 쿠팡의 행위는 대규모유통업법 제11조 제4항의 납품업자 분담비율 제한 규정 위반으로 판단해서 과징금 및 시정명령의 행정적 제재를 부과했다.²⁷⁾

법원은 공정거래위원회와 같이 사전 서면약정이 존재하지 않을 경우에는 분담비율을 판단할 필요 없이 즉시 법 위반행위로 판단한다.²⁸⁾ 즉, 서면약정이 없는 상태에서 납품업자에게 판매촉진비용을 부담시킨 경우에는 그 즉시 법 위반이라는 것이다. 그러나 이번 사건에서는 대규모유통업자가 사전에 서면으로 약정하지 않은 광고비도 판매촉진비용에 해당한다는 이유로 분담비율에 산정할 수 있다고 판단했다. 그 근거로는 판매촉진비용은 제11조 제1항에 의하면 판매촉진행사에 소요된 비용을 말하는 것이고 이는 2항 이하의 규정에 모두 적용된다는 취지로 해석했고, 사전 서면약정은 납품업자에게 부담시키기 위한 요건이고, 제3항 그리고 제4항의 분담비율 제한의 전제가 되는 비용은 사전 서면약정에 기재된 비용에 한정되는 것이 아니라 판매촉진행사에서 소요된 비용 일체가 그 대상이라고 보았다.²⁹⁾ 즉, 쿠팡이 주장하는 광고비는

26) (2021. 2. 1. 폐지), 공정거래위원회, 인터넷쇼핑몰업자의 판매촉진비용 부담전가 행위에 대한 위법성 심사지침 (2019. 7. 31. 제정).

27) 공정거래위원회 의결 제2021-237호, 2018유통0704, 33쪽 이하.

28) 서울고등법원 2024. 2. 1. 선고 2022누36102 판결, 69쪽. “사전 서면약정 없이 납품업자에게 판매촉진비용을 부담시켰다면 이미 그 자체로 법 위반이 성립하므로 굳이 그 분담비율을 따져볼 필요가 없고 ...”

29) 서울고등법원 2024. 2. 1. 선고 2022누36102 판결, 67쪽. “대규모유통업법 제11조 제1항에 의하면 판매촉진비용이란 ‘판매촉진행사에 소요되는 비용’ 일체를 의미하고, 이는 제2항 이하에서도 마찬가지이다. 즉, 대규모유통업법 제11조는 판매촉진비용을 정의하면서 그것이 ‘사전에 서면으로 약정되어 있을 것’을 요구하고 있지 않은바, 제2항이 규정하고 있는 사전 서면약정은 판매촉진비용을 납품업자에게 부담시키기 위한 요건일 뿐이다. 따라서 특별한 사정이 없는 한 제3, 4항에 의한 분담

서면약정 없이 납품업자에게 부담시킨 것이 아니고, 대규모유통업자가 전부 부담했으므로 서면약정 의무 위반이 아니고, 해당 광고비는 판매촉진비용에 해당하며, 제3항의 해석상 분담비율의 대상은 서면약정에 한정되지 않기 때문에 사후에 분담비용에 포함시킬 수 있다는 것이다.

2. 서면약정 의무의 범위 - 대규모유통업법 제11조의 전제

생각건대, 법원은 쿠팡이 지출한 광고비는 납품업자에게 부담하도록 한 것이 아니라 사전 서면약정 의무 위반이 아니고, 분담비용 산정에 포함되는 판매촉진비용이라고 판단한 것으로 보인다. 법원의 판단구조를 재정리해 볼 때, 판매촉진비용을 부담시키기 위한 요건으로 사전 서면약정을 요구하는 것이고, 분담비용 산정에 있어서 서면으로 약정하지 않은 판매촉진비용도 산입할 수 있으며, 납품업자의 분담비율이 50%를 초과하지 않아 위법하지 않다는 논리적 순서에서 그러한 결론이 나온 것을 알 수 있다.

그러나, 이러한 법원의 해석은 타당하지 않다. 설사 판매촉진비용을 부담시키기 위한 요건으로 사전 서면약정을 요구하더라도 대규모유통업법 제11조 제3항에 명시된 ‘제1항 및 제2항에 따른 판매촉진비용’이라는 말은 사전 서면약정의 범위 내에서 판단해야 한다는 의미로 해석해야 한다. 동조 제1항에서는 납품업자에게 판매촉진비용을 부담시키기 위한 요건으로 사전 서면약정을 요구하고 있고, 제2항에서는 해당 서면에 대규모유통업자와 납품업자등이 각각 서명 또는 기명날인하여야 한다고 명시되어 있다. 이를 이어받아 제3항에서는 ‘제1항 및 제2항에 따른 판매촉진비용의 분담비율’이라고 명시하고 있는데, 이는 대규모유통업자와 납품업자가 체결한 서면 내에서 판단한다는 의미로, 해당 서면에 명시되어 있는 판매촉진비용이 분담비용 산정의 대상이라는 것이다. 그리고 제4항에서는 ‘제3항에 따른’으로 규정하고 있으므로, 제1항과 제2항을 포함하여 사전 서면약정에 기재한 예상이익의 비율에 따른 납품업자의 분담비율이 50%를 초과하면 안 된다는 의미로 해석해야 한다. 이러한 해석은 이전 서울고등법원의 판결에서도 찾아볼 수 있다. 대규모유통업자는 “판매촉진행사를 진행하기 위해 지출한 원고 소속 영업관리 직원들의 인건비, 상품 취급량 증가로 인한 물류비, SNS, CU 홈페이지 및 모바일앱 등에서의 온라인 광고 제작비 등도 모두

비율 제한의 전제가 되는 판매촉진비용 역시 ‘판매촉진행사에 소요되는 비용’일 것이 요구될 뿐, ‘사전 서면약정에 기재된 비용’에 한정된다고 볼 수 없다.”

원고가 부담한 판매촉진비용이라고 보아야 하는데, 이를 모두 합산하면 납품업자들의 실제 판매촉진비용 분담비율도 50%를 초과하지 않는다.”라고 주장했다. 이는 이번 대상 판결에서 쿠팡이 주장한 내용과 거의 다르지 않다. 이에 대해 법원은 대규모 유통업자의 주장을 받아들이지 않았다.³⁰⁾

후술할 내용에서 자세히 다루겠지만, 조문의 구조와 취지에 부합하는 과거의 판결에도 불구하고 만약 현재 법원의 입장과 같이 사전 서면약정 의무의 범위가 제11조 제2항 이하에서 적용되지 않고, 판매촉진비용 일체를 분담비율 산정에 산입할 수 있다는 취지로 해석한다면, 대규모유통업자가 제4항의 형식적 기준을 맞추기 위한 수단(loophole)으로 악용될 여지가 많다. 납품업자는 서면 체결 전후로 해서 제4항의 상한을 초과하여 부담했지만, 납품업자의 문제 제기 이후에 대규모유통업자가 추가적인 판매촉진비용의 발생을 주장하며 분담비율에 산입해 의도적으로 납품업자로 하여금 50%를 초과하지 않는 비용이 부담되도록 조정하는 것은 대규모유통업자의 위반행위를 법이 묵과하는 것이다. 또한, 이번 사건의 계약서³¹⁾에는 이미 납품업자의 분담비율이 100%로 기입되어 있었다. 즉, 이러한 계약의 존재는 이미 쿠팡의 대규모유통업법 위반행위가 존재한다는 근거이다. 따라서 제3항에서 ‘제1항 및 제2항에 따른’이라는 표현으로 제한한 취지를 고려해 볼 때, 사전 서면약정 의무의 범위는 제11조의 전제 사실로서 제1항 이하 모든 조항에 적용되어야 하고 따라서 사전에 서면으로 약정하지 않은 판매촉진비용은 분담비율 산정 대상에서 제외해야 할 것이다.

3. 약정하지 않은 판매촉진비용 - 분담비율 산정 대상에서 제외 (재산정 불가능)

분담비율을 사후에 재산정할 수 있다는 부분에서 공정거래위원회와 법원의 입장이

30) 서울고등법원 2021. 8. 12. 선고 2020누38791 판결. 판매촉진비용 분담비율 위반행위 관련 처분사유의 존재여부 中, “대규모유통업법 제11조 제4항에 정한 ‘제3항에 따른 판매촉진비용 분담비율’은 제3항에서 정한 ‘제1항 및 제2항에 따른 판매촉진비용’을 가리키고, 제1항 및 제2항은 판매촉진행사 실시 이전에 체결된 판매촉진비용 분담비율 등의 약정에 관한 것이므로, 결국 대규모유통업법 제11조 제4항에 정한 ‘판매촉진비용 분담비율’은 제1항 및 제2항에 따라 판매촉진행사 이전에 약정된 판매촉진비용 분담비율을 의미하는 것임이 그 문언상 명백하다. ... 대규모유통업법 제11조는 대규모유통업자가 제1항, 제2항에 정한 시기, 방식상 제한과 제3항, 제4항에 정한 내용상 제한을 준수하여 판매촉진비용 분담비율 등을 약정하지 않은 채 납품업자 등에게 판매촉진비용을 부담시키는 행위를 규제하려는 것이라 볼 수 있다.”

31) 서울고등법원 2024. 2. 1. 선고 2022누36102 판결, 23-24쪽. 쿠팡과 납품업자 간에 ‘생필품/베이비페어 행사’ 관련 계약서 및 분담현황 참고.

극명히 갈렸다. 공정거래위원회는 사전 서면약정을 기준으로 판매촉진비용의 범위를 제한하였으므로, 서면으로 약정하지 않은 판매촉진비용은 포함될 수 없다는 입장이다. 즉, 이미 서면약정으로 판매촉진비용의 범위가 확정되었으므로 추가적인 재산정은 불가능하다는 입장으로 파악할 수 있다. 이에 반해 법원은 판매촉진비용이 판매촉진행사에 소요되는 비용의 일체로 파악하고 있고, 분담비율 산정의 대상이 되는 비용이 서면약정에 한정되지 않는다고 보고 있다. 즉, 서면약정 외의 판매촉진비용도 분담비율 산정에 포함될 수 있으므로 사후에라도 판매촉진비용이 추가적으로 발생하는 경우에 분담비율에 산입하여 재산정할 수 있다는 입장으로 이해할 수 있다.

상술한 바와 같이 서면약정의 범위는 대규모유통업법 제11조의 전제 사실이므로 동조 제3항에도 동일하게 적용되어야 할 것이다. 따라서 판매촉진행사를 실시하기 이전에 대규모유통업자와 납품업자 간에 체결한 서면약정에서 이미 예상이익에 따른 판매촉진비용의 분담비율은 확정되었다고 보아야 한다. 즉, 이미 서면약정으로 판매촉진비용의 분담비율이 확정된 상태이고, 사후에 재산정할 수 있다는 법적인 근거가 없다면 서면약정 외의 판매촉진비용은 분담비율 산정 대상에서 제외하는 것이 타당하다고 생각한다. 법원의 입장이 예상이익과 실제이익 사이에 발생할 수 있는 간극을 해소하고, 좀 더 현실에 맞게 대규모유통업법이 운용될 수 있도록 했다는 점에서는 긍정적인 측면이 존재하지만, 법문의 구조와 목적 그리고 취지를 고려할 때, 받아들이기 어렵다. 제3항에서 명시하는 내용이 현실과 맞지 않게 운용되더라도 본질적인 틀 안에서 현실과 타협하며 움직여야 타당성을 확보할 수 있다고 생각한다. 따라서 V.에서는 서면약정의 의무를 준수하면서도 제11조 제3항의 내용이 유통 현실에 부합할 수 있는 제한적 사후정산의 입법론을 그 해결 방안으로 제시하고자 한다.

4. 재검토에 의한 위법성 판단의 결론 - 사건

상술한 내용에 따라 쿠팡의 법 위반행위를 판단하면, 공정거래위원회의 심결례와 같이 대규모유통업법 제11조 제4항의 납품업자 분담비율 제한 규정 위반으로 판단되고, 이에 따른 과징금 부과와 시정명령은 타당해 보인다. 쿠팡은 판매촉진행사를 실시하기 이전에 납품업자와 판매촉진비용의 부담과 관련된 서면을 작성했으나, 납품업자의 분담비율이 50%를 초과하는 내용으로 명시되어 있는 계약서를 작성하였고, 이에 따라 납품업자는 대규모유통업법 제11조 제4항에 규정되어 있는 분담비율 상한

을 초과해 분담하였다. 이에 대해 쿠팡이 부담한 자체 광고비까지 판매촉진비용에 포함시켜 분담비율을 재산정할 경우, 납품업자의 분담비율이 50%를 초과하지 않는다고 주장한 것은 이유 없다.

대규모유통업법 제11조 제1항, 제2항에 따르면 판매촉진행사를 실시하기 전에 납품업자와 판매촉진비용의 부담 등을 약정해야 하고, 해당 약정에는 서명 또는 기명날인이 있어야 한다. 또한 제3항에 따르면 제1항과 제2항의 범위에서 판매촉진비용의 분담비율은 예상이익의 비율에 따라 정하도록 하고 있다. 즉, 판매촉진행사를 실시하기 이전에 체결한 서면약정의 범위에서 판매촉진비용의 분담비율이 예상이익의 비율에 따라 정해진다는 의미이다. 결국, 쿠팡이 부담한 자체 광고비는 제1항 및 제2항에 따라 체결된 약정에 존재하지 않는 판매촉진비용이므로 제3항에서 말하는 예상이익에 따른 판매촉진비용의 분담비율 산정의 대상이 되지 못한다. 따라서 쿠팡의 대규모유통업법 위반행위는 성립한다.

게다가 대규모유통업법 제11조 혹은 동법 시행령 제9조 어디에도 분담비율을 사후에 재산정할 수 있다는 취지의 법적 근거가 존재하지 않는다. 따라서 쿠팡이 주장하는 자체 광고비가 제11조 제1항에서 말하는 ‘판매촉진비용’에 해당할지라도 그것이 분담비율 재산정을 할 수 있다는 의미가 되지는 못한다. 또한 쿠팡은 판매촉진행사를 진행하기 전에 납품업자와 서면약정을 하면서도 납품업자의 분담비율이 50%를 초과하도록 표기했다. 이는 계약체결 당시에 대규모유통업법 위반 소지가 존재함을 의미한다. 그런데 납품업자의 문제 제기 이후에 비로소 추가적인 판매촉진비용의 발생을 이유로 해당 비용을 분담비율에 산입해 재산정할 수 있다는 주장은 쿠팡의 위법행위를 묵인하도록 하는 것이고, 대규모유통업법 제11조에서 요구하는 서면약정을 형해화하는 것이며, 해당 사건 이후에 분담비율과 관련해서 발생할 수 있는 분쟁에서 답습될 것이다. 결론적으로 쿠팡의 법 위반행위는 존재하고, 이에 따른 공정거래위원회의 과징금과 시정명령 조치는 타당하다.

V. 제한적 사후정산 입법론의 전개

이하의 논의는 현행법의 해석론이 아니라 입법론이다. 현행 제11조의 문언과 체계에 따르면 사전에 서면으로 약정되지 않은 비용을 분담비율 산정에 사후적으로 포함

하거나, 행사 종료 후 분담비율을 변경할 수 없다. 다만 대상판결이 배경으로 삼은 사전 예측의 불확실성은 입법정책상 검토할 필요가 있다. 이에 본고는 현행법 해석과 구별하여, 사전 서면약정 원칙을 유지하면서 현실의 비용 변동을 처리할 수 있는 제한적 정산제도의 도입 가능성을 검토한다.

예상이익에 따른 판매촉진비용의 분담비율과 관련된 내용이 유통 현실에 부합하기 위해서 분담 비율의 사전확정을 기본 모델로 하되, 유통거래의 현실을 반영하여 엄격한 요건을 충족하는 경우에 한하여 제한적으로 사후정산 조항을 허용하는 제한적 사후정산 입법론을 제안한다. 제한적 사후정산 입법론을 주장하는 이유는 앞서 살펴본 바와 같이 법원은 현행 법률체계 하에서 분담비율의 재산정을 가능하게 할 수 있는 논리를 전개하여 유통 현실에서 발생할 수 있는 예상이익과의 괴리를 해결하는 방안을 제시하였지만, 현행법 조문과 조화를 이루지 못하였다. 따라서 이를 보완하는 새로운 입법론을 제안함으로써 대규모유통업자와 납품업자 간에 발생할 수 있는 법적 분쟁의 판단 기준이 되는데 도움이 되도록 하고, 예상이익과의 괴리가 발생하는 유통거래 현실과 조화를 이룰 수 있도록 한다.³²⁾ 납품업자와 대규모유통업자 간에 제한적 사후정산을 허용하기 요건은 다음과 같다. 첫째, 사전약정 자체에 사후정산 조항이 명시되어 있어야 한다. 둘째, 정산 결과 납품업자의 분담비율이 어떠한 경우에도 100분의 50을 초과하지 않아야 한다.

요건을 살펴보면 먼저, 사전 서면약정은 제11조 제1항 내지 제4항에 걸쳐 반드시 준수되어야 하는 의무이므로 판매촉진행사 이후에 분담비율을 재산정하는 경우에도 사후정산이 서면에 명시되어 있어야 한다. 서면약정에 명시되어 있지 않은 경우, 분담비율의 재산정은 결단코 금지된다. 그리고 제4항의 납품업자의 분담비율 제한은 서면약정에서만 존재하는 형식적인 기준이 아니라 실제로 납품업자가 분담한 비율도 따져보는 실질적인 기준으로 해당 제한 규정은 사후정산 시에도 반드시 지켜져야 한다. 결과적으로 사후정산이 대규모유통업법 제11조의 위반행위가 되지 않기 위해서는

32) 수익자 부담 원칙을 이유로 사후정산 절차가 필요하다고 본 논문, 김지연, 앞의 논문, 99쪽; 종업원 사용과 관련해서 재정산의 문제가 발생할 수 있다고 본 논문, 심재한, “대규모유통업자와 납품업자의 판매촉진비용부담과 납품업자의 종업원사용금지”, 동북아법연구 제13권 제2호, 전북대학교 동북아법연구소, 2019, 267쪽; N+1 판매촉진행사에 대한 예상이익의 비율산정이 불가능하여 이익이 동일한 것으로 추정하는 것의 부당함에 관한 논문, 안승호/최영홍/임주미/김희준, “N+1 판매촉진행사에 대한 공정 비용부담에 대한 소고”, 유통법연구 제5권 제2호, 한국유통법학회, 2018, 104쪽 이하; 돈육의 가격할인행사에서는 예상이익을 사전에 파악할 수 없다고 본 논문, 최영홍, “대규모유통업법 집행의 정당성과 합리성 요건”, 유통법연구 제6권 제1호, 한국유통법학회, 2019, 37쪽.

서면약정 체결 → 서면약정 당시 분담비율을 사후에 재산정할 수 있다는 조항을 명시
→ 판매촉진행사 진행 → 진행 이후 추가적인 판매촉진비용의 분담비율 재산정 및
분담 → 납품업자의 판매촉진비용 분담비율이 50%를 초과하지 않을 것의 순서로
진행되어야 할 것이다.

제한적 사후정산 입법론은 실제 판매촉진행사 이후에 발생하는 비용이 사전 서면
약정의 결과 부담하는 비율과 차이가 발생했을 때, 서면약정 의무를 준수하면서도
대규모유통업자에게 과도하게 추가적인 비용이 부담되는 것을 방지하고, 대규모유통
업자와 납품업자가 공정하게 비용을 분담할 수 있도록 하는 장치가 될 것이다. 결국,
상술한 내용은 현행 법률의 개정을 통해 달성할 수 있을 것이고, 구체적인 내용은
다음과 같다.

개정안의 내용은 제3항의 단서 조항을 신설하여 사후 분담비율의 재산정 가능성을
확보하는 문구를 추가한다. 이때, 납품업자의 분담비율 제한에 관한 요건은 제4항에
서 ‘제3항에 따른’이라고 규정하고 있으므로 단서 조항에는 따로 명시하지 않는다.
또한, 사후에 재산정을 하더라도 해당 내용이 사전에 서면으로 약정되어 있는 경우에
한하여 ‘제한적’으로 가능한 것이므로 ‘제1항 및 제2항에 따른 약정’이라는 문구를
추가하여 사전 서면약정에 사후에 재산정이 가능하다는 내용이 명시되어 있는 경우
에만 가능하도록 제한적으로 운용한다.

현행 규정	개정안
제11조(판매촉진비용의 부담전가 금지) ③ 제1항 및 제2항에 따른 판매촉진비용의 분담비율은 대규모유통업자와 납품업자등이 각각 해당 판매촉진행사를 통하여 직접적으로 얻을 것으로 예상되는 경제적 이익(이하 이 조에서 “예상이익”이라 한다)의 비율에 따라 정하되 대규모유통업자와 납품업자등 사이의 예상이익의 비율을 산정할 수 없는 경우에는 대규모유통업자와 납품업자등의 예상이익이 같은 것으로 추정한다. -이하 생략-	제11조(판매촉진비용의 부담전가 금지) ③ 제1항 및 제2항에 따른 판매촉진비용의 분담비율은 대규모유통업자와 납품업자등이 각각 해당 판매촉진행사를 통하여 직접적으로 얻을 것으로 예상되는 경제적 이익(이하 이 조에서 “예상이익”이라 한다)의 비율에 따라 정하되 대규모유통업자와 납품업자등 사이의 예상이익의 비율을 산정할 수 없는 경우에는 대규모유통업자와 납품업자등의 예상이익이 같은 것으로 추정한다. 다만, 제1항 및 제2항에 따른 약정에 사후정산과 관련된 내용이 명시되어 있는 경우에는 사후에 예상이익에 따른 분담비율을 재산정할 수 있다. -이하 생략-

VI. 결론

이번 논문에서는 대상 판결의 많은 쟁점 중 특히 판매촉진행사와 관련된 부분만을 발췌하여 집중적으로 다루었다. 대규모유통업법 제11조와 관련된 기존의 연구들은 제5항의 자발성, 차별성 요건을 처음 정립한 대법원판결³³⁾ 혹은 예상이익과 관련된 문제들을 다루었다. 특정 논문에서는 서면약정과 관련된 내용을 찾을 수는 있었지만, 공정거래위원회의 심사지침과 법문에 따른 서면약정의 준수사항 및 서류 보존 의무와 관련된 내용을 다루었다.³⁴⁾ 다만, 해당 논문은 대상 판결 전에 작성된 것으로 본고에서 다룬 쟁점은 다룰 수 없었던 것으로 보인다. 생각건대, 대규모유통업법 제11조와 관련해서 서면약정과 관련된 연구가 많이 진행되지 않은 이유는 서면약정 의무가 제11조 제1항 내지 제4항의 범위에 모두 해당하는 것이 응당하기 때문으로 이해된다. 대규모유통업법의 취지와 판매촉진행사와 관련해서 서면약정을 요구하는 취지에 비추어볼 때, 서면약정이 납품업자에게 판매촉진비용을 부담시키기 위한 형식적인 요건이 아니라 판매촉진행사를 진행하기 전 그리고 진행한 후에 발생할 수 있는 분쟁과 거래상 열위에 있는 납품업자를 보호하고자 하는 의도로 파악할 수만 있다면, 타당한 해석이기 때문이다.

대법원에 따르면 법은 사회의 보편타당한 규범으로써 이를 해석함에는 법의 표준적 의미를 밝혀 객관적 타당성이 있도록 해야 하고, 가급적 모든 사람이 수긍할 수 있는 일관성을 유지함으로써 법적 안정성이 손상되지 않도록 해야 한다고 밝혔고, 법 해석의 목표는 법적 안정성을 저해하지 않는 범위 내에서 구체적 타당성을 중점적으로 하며, 법률에 사용된 문언의 통상적 의미에 충실하되, 법률의 입법 취지와 목적, 제·개정 연혁, 법질서 전체와의 조화, 다른 법령과의 관계 등을 고려하며 타당한 해석이 되어야 한다고 판시했다.³⁵⁾ 대규모유통업법의 입법 취지, 목적, 제정 및 개정 연혁, 유사한 사건의 과거 판결 등에 비추어볼 때, 이번 서울고등법원의 판결은 다소 이해하기 어려운 부분이 있었고, 그 부분을 지적하고 타당한 해석법을 제공한 것이 본고의 의의이다.

다만, 판례평석을 중점적으로 다루고 제한적 사후정산 입법론에 관해서는 심층적

33) 대법원 2020. 5. 14. 선고 2018두52044 판결.

34) 김지연, 앞의 논문, 95-97쪽.

35) 대법원 2009. 4. 23. 선고 2006다81035 판결.

으로 다루지 못한 점이 그 한계로 생각된다. 제한적 사후정산 입법론을 다루기 위해서는 많은 자료가 사용되어야 하고, 조금 더 세밀하게 다룰 필요성을 느껴 후속 연구에서 자세히 다루고자 한다. 이번 논문에서 제시한 해석법과 개정안을 통해 대규모유통업법이 보다 목적과 현실에 맞도록 운용되기를 기대한다.

참고문헌

1. 학술지

- 강우경, “대규모유통업법상 ‘거래상 우월적 지위’ -대형 가전제품 유통시장을 실패로 하여-”, 유통법연구 제7권 제2호, 한국유통법학회, 2020, 69-122쪽.
- 김지연, “대규모유통업법 제11조 판매촉진비용 부담전가 금지조항의 해석 및 법률상 쟁점 -공정거래위원회 심사지침의 해석 및 최근 판례(대법원 2020. 5. 14. 선고 2018두52044 판결, 서울고등법원 2019. 9. 5. 선고 2018누63428 판결)를 중심으로-”, 유통법연구 제7권 제1호, 한국유통법학회, 2020, 81-130쪽.
- 문상일, “온라인플랫폼시장에서의 거래공정성 확보를 위한 법제 개선방안 -대규모유통업법 적용대상 사업자 범위 규정의 문제점을 중심으로-”, 상사판례연구 제37권 제2호, 한국상사판례학회, 2024, 45-76쪽.
- 박성진, “대규모유통업법의 적용범위 개선 방안에 관한 소고”, 경제법연구 제23권 제3호, 한국경제법학회, 2024, 3-30쪽.
- 박세환, “대규모유통사업자와 납품업자 간의 판매촉진행사 비용분담”, 비교사법 제28권 제3호, 한국사법학회, 2021, 329-351쪽.
- 손동환, “대규모유통업법상 거래상 우월적 지위: 서울고등법원 2024. 2. 1. 선고 2022누36102 판결에 대한 검토 등”, 경쟁저널 제224호, 한국공정경쟁연합회, 2024, 42-69쪽.
- 신영수, “대규모유통업법 적용의 전제로서 ‘거래상 우월적 지위’의 의미와 요건”, 경쟁법연구 제48권, 한국경쟁법학회, 2023, 3-33쪽.
- 심재한, “대규모유통업법상 판매촉진비용의 부담”, 유통법연구 제4권 제2호, 한국유통법학회, 2017, 113-142쪽.
- _____, “대규모유통업자와 납품업자의 판매촉진비용부담과 납품업자의 종업원사용 금지”, 동북아법연구 제13권 제2호, 전북대학교 동북아법연구소, 2019, 249-271쪽.
- _____, “대규모유통업법상 판촉비용 관련 법적 쟁점과 개정의견”, 경쟁법연구 제48권, 한국경쟁법학회, 2023, 58-83쪽.
- 안승호/최영홍/임주미/김희준, “N+1 판매촉진 행사에 대한 공정 비용부담에 대한 소고”, 유통법연구 제5권 제2호, 한국유통법학회, 2018, 81-109쪽.

이효석, “대규모유통업법의 주요 법률상 쟁점과 향후 과제”, 법학논고 제49호, 경북대학교 법학연구원, 2015, 707-740쪽.

최영홍, “대규모유통업법의 제정과 운용상 쟁점”, 경쟁법연구 제25권, 한국경쟁법학회, 2012, 3-36쪽.

_____, “대규모유통업법 집행의 정당성과 합리성 요건”, 유통법연구 제6권 제1호, 한국유통법학회, 2019, 9-44쪽.

[Abstract]

Interpretation and Amendment of Article 11 of the Large-Scale Distribution Business Act on Sales Promotion Costs

-Focusing on the Scope of Sales Promotion Costs
and Standards for Calculating Cost-Sharing Ratios-

Lee, Seung gwan^{*}

Kim, Mingyu^{**}

This paper argues that the subject decision's interpretation is inconsistent with the normative structure and legislative purpose of Article 11. The phrase "sales promotion costs pursuant to Paragraphs 1 and 2" in Article 11(3) signifies that the cost-sharing ratio should be determined within the scope of the prior written agreement. The written agreement obligation is not a mere formal requirement for imposing costs on suppliers but a prerequisite obligation applicable across Paragraphs 1 through 4. Therefore, sales promotion costs not included in the prior written agreement should be excluded from the cost-sharing ratio calculation, and retroactive recalculation cannot be permitted without legal basis. Meanwhile, to address the divergence between expected and actual profits-a practical challenge in distribution transactions-this paper proposes a "limited post-settlement theory," which allows post-settlement only when a post-settlement clause is explicitly stipulated in the prior written agreement. Additionally, this paper presents a legislative amendment proposal to add a proviso to Article 11(3) of the Act to codify this limited post-settlement framework.

[Key Words] Article 11 of the Act on Fair Trade in Large-Scale Distribution Business, sales promotion costs, prior written agreement obligation, cost-sharing ratio calculation, limited post-settlement theory

^{*} First author: Undergraduate student, Department of Law, Incheon National University

^{**} Corresponding author: Attorney-at-Law / Adjunct Professor at KAIST Moon Soul Graduate School of Future Strategy