

대 법 원

제 3 부

판 결

사 건 2014두15047 시정명령및과징금납부명령취소

원고, 피상고인 겸 상고인

에스케이텔레콤 주식회사

소송대리인 변호사 한상호 외 4인

피고, 상고인 겸 피상고인

공정거래위원회

소송대리인 변호사 최수희 외 1인

원 심 판 결 서울고등법원 2014. 10. 29. 선고 2012누22999 판결

판 결 선 고 2019. 9. 26.

주 문

상고를 모두 기각한다.

상고비용은 각자 부담한다.

이 유

상고이유(상고이유서 제출기간이 지난 후 제출된 상고이유보충서 등의 기재는 상고

이유를 보충하는 범위 내에서)를 판단한다.

1. 사안의 개요 및 쟁점

가. 사안의 개요

원심판결 이유에 의하면 아래와 같은 사실을 알 수 있다.

(1) 시장 현황

삼성전자 주식회사(이하 각 회사의 명칭에서 '주식회사'는 모두 생략한다), 엘지전자, 팬택(이하 통칭하여 '제조 3사'라 한다)은 이동전화 단말기(이하 '단말기'라 한다)를 제조하는 국내 사업자이다. 2010년 당시 제조 3사의 시장점유율은 합계 약 85%에 이르렀고, 국내 이동통신 서비스 시장에서는 원고, 케이티, 엘지유플러스(이하 통칭하여 '이동통신 3사'라 한다)가 경쟁하고 있었다.

(2) 단말기 유통 구조

(가) 국내에서 유통되는 단말기 중 약 85%가 제조사에서 이동통신사를 거쳐 대리점, 판매점 등(이하 통칭하여 '유통망'이라 한다)으로 공급되었다(이하 '사업자모델'이라 한다). 이동통신사를 거치지 않고 제조사에서 유통망으로 바로 공급되는 단말기의 경우에도 이동통신사가 단말기 정보를 등록해 주어야만 단말기 개통이 가능하였다. 이에 따라 이동통신사가 중심이 되어 단말기가 유통되는 구조가 형성되었다.

(나) 단말기와 이동통신 서비스는 필수적 보완재 관계에 있어서 소비자는 일반적으로 유통망으로부터 단말기를 구입하면서 이동통신 서비스 이용계약도 함께 체결하였다. 이동통신사가 단말기 유통을 주도하면서 이동통신 서비스 가입을 조건으로 단말기 보조금을 지급하는 판촉방법 역시 활성화되었다.

(3) 단말기 가격 구조

(가) 일반적으로 제조사가 이동통신사에 단말기를 판매하는 가격을 '공급가'라 하고, 이동통신사가 대리점에 단말기를 판매하는 가격을 '출고가'라 한다. 단말기 출고가는 언론 등을 통해 소비자에게 알려진다.

(나) 제조사나 이동통신사는 단말기 판매를 촉진하기 위해서 제조사 장려금, 이동통신사 장려금, 제조사·이동통신사 공동판촉장려금 등 다양한 명목의 장려금을 대리점에 지급한다. 대리점은 장려금의 규모 등을 고려하여 자신의 이윤폭을 설정하고 단말기의 소매가격을 결정하게 된다. 이때 대리점이 단말기 가격을 할인하여 주는 폭을 '약정의 보조금'이라 한다. 한편, 이동통신사는 이동통신 서비스 마케팅을 위해서 이동통신 서비스에 가입한 소비자에게 단말기 또는 이동통신요금의 할인 혜택을 직접 제공하기도 한다. 그중 단말기에 대한 할인 규모는 단말기 기종, 약정 기간, 사용 요금제 별로 달라지는데, 이를 단말기에 대한 '약정 보조금'이라 한다.

(다) 단말기만을 구매하거나 이동통신사의 장려금 지급정책에 들어맞는 특정 이동통신 서비스에 가입하지 않은 채 단말기를 구매하는 소비자를 제외한 대다수 소비자들은 약정의 보조금이나 약정 보조금 상당을 공제받음으로써 원래의 출고가보다 낮은 가격으로 단말기를 구매할 수 있게 된다.

(4) 이 사건 처분

피고는 2012. 7. 10. 원고에 대하여 '2008~2010년 출시되어 원고가 유통에 관여한 일부 모델의 단말기와 관련하여 원고가 제조 3사와 협의하여 공급가 또는 출고가를 부풀려 소비자에게 지급할 약정의 보조금의 재원을 조성하고, 이를 대리점 등을 통해 소비자에게 지급함으로써 소비자로 하여금 고가의 단말기를 할인받아 저렴하게 구매하는 것으로 오인시켜 자신의 이동통신 서비스에 가입하도록 유인하였다'는 이유로, 구 독점

규제 및 공정거래에 관한 법률(2013. 8. 13. 법률 제12095호로 개정되기 전의 것, 이하 '공정거래법'이라 한다) 제23조 제1항 제3호, 제2항, 구 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 시행령(2014. 2. 11. 대통령령 제25173호로 개정되기 전의 것, 이하 '공정거래법 시행령'이라 한다) 제36조 제1항 [별표 1의 2] 제4호 나목을 적용하여 시정명령(금지명령, 공개명령, 보고명령)과 과징금 납부명령을 하였다.

나. 이 사건의 쟁점

이 사건의 쟁점은 원고의 행위가 위계에 의한 고객유인행위에 해당하는지, 과징금 납부명령의 관련매출액 산정이 잘못되었는지, 시정명령 중 공개명령과 보고명령이 위법한지 여부 등이다.

2. 위계에 의한 고객유인행위에 해당하는지 여부(원고의 상고이유 제1 내지 3점)

가. 관련 법리

공정거래법 제23조 제1항 제3호는 "부당하게 경쟁자의 고객을 자기와 거래하도록 유인하거나 강제하는 행위"를 불공정거래행위 중 하나의 유형으로 규정하고 있고, 제2항은 불공정거래행위의 유형 또는 기준을 대통령령으로 정하도록 규정하고 있다. 그 위임에 따른 공정거래법 시행령 제36조 제1항 [별표 1의 2] 제4호 나목은 "위계에 의한 고객유인"을 불공정거래행위의 한 유형으로 정하면서 그 행위 내용을 "제9호의 규정에 의한 부당한 표시·광고 외의 방법으로 자기가 공급하는 상품 또는 용역의 내용이나 거래조건 기타 거래에 관한 사항에 관하여 실제보다 또는 경쟁사업자의 것보다 현저히 우량 또는 유리한 것으로 고객을 오인시키거나 경쟁사업자의 것이 실제보다 또는 자기의 것보다 현저히 불량 또는 불리한 것으로 고객을 오인시켜 경쟁사업자의 고객을 자기와 거래하도록 유인하는 행위"라고 정하고 있다. 한편 위계에 의한 고객유인

행위가 성립하기 위해서는 위계 또는 기만적인 유인행위로 인하여 고객이 오인될 우려가 있음으로 충분하고, 반드시 고객에게 오인의 결과가 발생하여야 하는 것은 아니다. 그리고 여기에서 오인이라 함은 고객의 상품 또는 용역에 대한 선택 및 결정에 영향을 미치는 것을 말하고, 오인의 우려라 함은 고객의 상품 또는 용역의 선택에 영향을 미칠 가능성 또는 위험성을 말한다(대법원 2002. 12. 26. 선고 2001두4306 판결 참조).

이와 같이 위계에 의한 고객유인행위를 금지하는 취지는 위계 또는 기만행위로 소비자의 합리적인 상품선택을 침해하는 것을 방지하는 한편, 해당 업계 사업자 간의 가격 등에 관한 경쟁을 통하여 공정한 경쟁질서 내지 거래질서를 유지하기 위한 데에 있다. 따라서 사업자의 행위가 불공정거래행위로서 위계에 의한 고객유인행위에 해당하는지를 판단할 때에는, 그 행위로 인하여 보통의 거래 경험과 주의력을 가진 일반 소비자의 거래 여부에 관한 합리적인 선택이 저해되거나 다수 소비자들이 궁극적으로 피해를 볼 우려가 있게 되는 등 널리 업계 전체의 공정한 경쟁질서나 거래질서에 미치게 될 영향, 파급효과의 유무 및 정도, 문제 된 행위를 영업전략으로 채택한 사업자의 수나 규모, 경쟁사업자들이 모방할 우려가 있는지 여부, 관련되는 거래의 규모, 통상적 거래의 형태, 사업자가 사용한 경쟁수단의 구체적 태양, 사업자가 해당 경쟁수단을 사용한 의도, 그와 같은 경쟁수단이 일반 상거래의 관행과 신의칙에 비추어 허용되는 정도를 넘는지, 계속적·반복적인지 여부 등을 종합적으로 살펴보아야 한다.

나. 원심판결 이유와 기록에 의하면 아래와 같은 사실을 알 수 있다.

(1) 사업자모델의 공급가와 출고가 결정

(가) 비계약모델의 경우

2008년 3월 원고는 보조금 규제 폐지 등으로 가입자 유치 경쟁이 치열해져 점점 더

많은 보조금을 지급할 필요가 있게 되자, 제조 3사에게 점차 더 많은 분담금을 요구하였다. 제조 3사는 원고의 요구에 의해 분담해야 하는 보조금의 재원을 마련할 필요가 있었을 뿐만 아니라 출고가가 바로 단말기의 위상을 반영한다고 보고 그것이 타 제조사의 동급 단말기와 유사한 수준에서 결정되기를 원하였다. 이에 제조 3사는 원고에게 출고가 안(案)을 제시하고 그에 맞춰 출고가를 결정해 줄 것을 요청하였다. 또한, 제조 3사는 원고와의 협의를 거쳐 약정의 보조금 등으로 쓰일 장려금의 규모를 정한 후 순판가(일명 넷가(Net價)라고도 한다)에다가 이를 더해 공급가를 결정하였다(이하 단말기의 공급가 또는 출고가를 결정하는 과정에서 가격에 반영된 장려금을 '사전 장려금'이라 한다). 비계약모델의 출고가는 협의된 공급가에 소정의 물류비용을 더해 결정되므로, 공급가 협의는 곧 출고가 협의를 의미하며 이 과정은 동시에 이루어진다.

(나) 계약모델의 경우

계약모델은 이동통신사가 다른 이동통신사와 구별되는 전략 단말기 확보 등을 위해 서 단말기 출시 전부터 제조사와 일정 물량만큼을 구매하기로 약속한 단말기로서, 대량구매가 이루어지는 대신 순판가로 공급된다. 원고는 공급가에 물류비용을 더한 수준에서 출고가를 결정하던 기존 관행과 다르게, 계약모델의 경우에는 제조 3사와 협의하여 사전 장려금으로 사용하기 위한 금액이 반영된 수준으로 출고가를 결정하였다. 제조 3사는 원고에게 계약모델을 순판가로 공급하는 데 그치지 않고, 원고가 결정하는 출고가와 관련하여 높은 수준의 출고가 안(案)을 제시하는 등 출고가 결정에 적극적으로 관여하였다.

(2) 사전 장려금의 집행

원고는 제조 3사와 협의를 거쳐 공급가 또는 출고가에 반영된 사전 장려금의 대부분

이 약정의 보조금으로 사용될 것임을 전제로 사전 장려금을 유통망에 지급하였다. 또한 원고는 제조 3사와 협의한 단말기 모델별 소비자가격을 고려하여 사전 장려금 지급 기준 등을 정리한 정책표를 수시로 대리점에 배포하거나 마케팅팀을 통하여 대리점 직원을 상대로 정책표 등에 관한 교육을 실시하는 등 사전 장려금의 집행에 관여하였다.

유통망은 소비자에게 '단말기의 출고가 얼마인데, 이동통신 서비스 이용 약정을 하면 매장에서 얼마를 할인해 주고, 그 이용 기간이 일정 기간 이상이면 추가로 약정보조금을 받게 되어 실제 단말기 구매가격은 얼마이다'는 식으로 판촉활동을 하여 단말기 구매 및 이동통신 서비스 가입을 유도하였다.

다. 판단

(1) 이러한 사실관계 등을 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 원고의 행위는 '상품 등의 거래조건 등에 관하여 실제보다 유리한 것으로 오인시켜 고객을 유인한 행위'에 해당한다. 그 이유는 아래와 같다.

(가) 원고와 제조 3사는 협의하여 사전 장려금을 단말기의 공급가 내지 출고가에 반영하여 출고가를 높인 후 유통망에 사전 장려금을 지급한 다음, 순차적으로 유통망을 통하여 소비자에게 이동통신 서비스 가입을 조건으로 사전 장려금을 재원으로 한 약정의 보조금이 지급되도록 하였다(이하 '이 사건 위반행위'라 한다).

(나) 이와 같이 원고와 제조 3사가 이 사건 위반행위를 한 이유는, 단말기의 위상을 나타내는 지표로 인식되는 출고가를 경쟁 업체의 단말기 출고가와 유사한 수준으로 관리할 필요성이 있었을 뿐 아니라, 사전 장려금을 반영하여 단말기 출고가를 높게 설정하였다가 이동통신 서비스 가입을 조건으로 약정의 보조금을 지급하여 실제 구매가격을 낮추어 주면 소비자는 고가의 단말기를 그만큼 저렴하게 구매하는 것으로 오

인하게 되는 점을 노렸기 때문이다.

(다) 가격은 구매자가 상품 또는 용역의 구매 여부를 결정하는 데 고려하는 가장 주요한 요소 중 하나로, 시장경제체제에서 가장 기본적인 경쟁수단이다. 경쟁사업자들 사이의 가격을 통한 경쟁은 거래상대방과 일반 소비자 모두에게 이익이 될 수 있으므로 시장에서의 자유로운 가격 경쟁은 원칙적으로 보호되어야 한다. 또한 사업자가 동종 사업자와 경쟁하고 상품 또는 용역의 판매를 촉진하기 위하여 유통망에 장려금을 지급할 필요가 있을 수 있다. 이러한 장려금의 조성 및 집행은 가격 인하와 일정 부분 유사한 측면이 있으므로 정상적인 가격 할인과의 구별이 항상 쉽지만은 않고, 그 자체로 위계에 의한 고객유인행위의 수단으로 평가되는 것도 아니다.

그러나 이 사건에서 문제되는 사전 장려금은 원고와 제조 3사가 공급가 내지 출고가에 반영시키기로 사전에 협의한 것으로서 처음부터 이들에게 귀속되지 않을 것임이 정해졌을 뿐 아니라, 상품 출시 때부터 유통망이 취하는 일부 이윤을 제외한 상당 부분이 소비자에게 약정의 보조금으로 지급될 것을 전제로, 단지 소매가격을 인하하는 외관을 형성하는 등 정상적인 장려금과는 성격을 달리한다.

또한 원고와 제조 3사는 단말기 출시 단계에서부터 사전 장려금을 반영하여 공급가 및 출고가를 정하였을 뿐 아니라, 적정 소비자가격에 맞추어 사전 장려금의 규모를 협의하기까지 하였다. 이는 사전 장려금이 가격에 반영된 단말기의 경우 출고가가 실제 판매가격으로 예정되지 않은 명목상 가격에 불과하다고 볼 수 있는 사정이다. 한편, 원고와 제조 3사는 순판가로 거래가 이루어지는 계약모델은 물론이고 비계약모델의 거래에서도, 공급가에서 제조 3사가 부담하는 사전 장려금을 공제한 순판가를 기준으로 사전 장려금 및 공급가 등에 대한 협의를 진행하였고, 제조 3사는 순판가를 기준으로 손

익률을 산정하였다. 이는 사전 장려금이 가격에 반영된 단말기의 경우 원고와 제조 3사 사이의 공급가 협상 과정에서 순판가가 실제 공급가와 같은 역할을 하였음을 뒷받침한다.

(라) 소비자는 일반적으로 높은 출고가의 단말기는 성능과 품질이 우수하다고 인식하는 반면, 단말기나 이동통신 서비스의 복잡한 가격 구조나 체제를 완전히 이해하지 못한 채 이동통신사인 원고가 제공하는 정보나 유통망의 설명에 의존하여 단말기를 구매하고 이동통신 서비스에 가입하기 마련이다. 그런데 원고와 제조 3사는 사실은 이동통신 서비스 약정이나 단말기 가격과는 아무런 재무적 관련성이 없는 사전 장려금을 단말기 가격 자체에 반영한 후 이를 약정의 보조금의 재원으로 삼으면서 이러한 사실을 숨긴 채 소비자가 이동통신 서비스에 가입하는 경우에만 유통망을 통하여 약정의 보조금을 지급하였다. 또 유통망은 소비자를 대상으로 이동통신 서비스에 가입하여야만 출고가에서 어느 정도의 보조금을 공제한 금액으로 단말기를 구매할 수 있다는 식으로 판촉 활동을 하였다.

결국 이 사건 위반행위로 인하여 소비자는, 실질적인 할인 혜택이 없음에도 불구하고 할인을 받아 출고가가 높은 단말기를 저렴하게 구매하였고, 그와 같은 할인이 특정 이동통신 서비스에 가입하였기 때문에 이루어졌으며, 할인의 재원이 단말기 출고가 자체에 이미 포함되었던 것이 아니라 자신이 이동통신 서비스에 가입함에 따라 원고가 얻게 되는 수익 중 일부였다고 오인할 우려가 크다.

(마) 단말기 유통 시장의 경우 일반 전자제품과 달리 통상 단말기와 이동통신 서비스가 결합되어 판매되고 이동통신 서비스의 가입에 대한 조건으로 보조금을 지급하는 관행이 형성되어 있었다. 이러한 상황에서 이동통신 3사와 제조 3사가 출시 단계

에서부터 장려금을 반영하여 출고가를 높게 책정한 후 장려금을 재원으로 한 보조금을 지급하여 단말기를 할인해 주는 방식으로 마케팅 효과를 누리기로 한 이 사건 위반행위는, 소비자를 오인시켜 소비자의 합리적 선택을 방해하고 정상적인 단말기 출고가 및 이동통신 요금에 대한 경쟁촉진을 저해하는 행위이다.

단말기와 이동통신 서비스의 결합판매로 인하여 매출증대에 관한 제조사와 이동통신사의 이해관계가 일정 부분 합치하는 상황 하에서 '제조사의 고가 가격 정책'과 '이동통신사의 단말기 가격 저감 요청'이라는 이해관계의 상충을 해소시킬 '필요성'이 존재하여 이와 같은 수법이 사용되었다고 하더라도, 그와 같은 '필요성'으로 인하여 이 사건 위반행위가 정당화되는 것도 아니다.

(2) 원심은 같은 취지에서 원고의 이 사건 위반행위가 '상품 등의 거래조건 등에 관하여 실제보다 유리한 것으로 오인시켜 고객을 유인한 행위'에 해당한다고 판단하였다.

나아가 원심은, 단말기 출시 후 시장 상황의 변화에 대응한 재고 소진 등 위계에 의한 고객유인행위와 무관한 장려금(이하 '사후 장려금'이라 한다)이 있을 수 있는데, 피고는 이러한 사정을 감안하여, '사후 장려금이 출고가에서 차지하는 평균 비율'을 원고에게 최대한 유리하게 계산한 후 이를 기준으로 이 사건 위반행위 대상인 단말기를 특정하고 나머지는 그 대상에서 제외하였으므로, 이러한 피고의 조치에 재량권 일탈·남용의 위법이 없다고 판단하였다.

또한 원심은, 2008~2010년 출시되어 원고가 유통에 참여한 사업자모델 중 이 사건 위반행위의 대상이 된 단말기의 경우 출고가의 규모가 작지 않고, 해당 단말기의 출고가 대비 사전 장려금 비율, 출고가 대비 총 장려금 비율, 총 장려금 중 사전 장려금의

비율 등이 상당한 규모였던 점, 이 사건 위반행위가 단말기 및 이동통신 서비스 거래 전반과 소비자의 의사결정에 미친 영향의 정도 등을 종합적으로 고려하여, 이 사건 위반행위가 원고의 단말기 등에 대한 거래조건에 관하여 실제보다 '현저히' 유리한 것으로 고객(소비자)을 오인시키거나 오인시킬 우려가 있는 행위에 해당한다고 판단하였다.

(3) 이러한 원심 판단은 앞에서 본 법리에 기초한 것으로서, 거기에 상고이유 주장과 같이 '위계에 의한 고객유인행위' 및 '현저성 요건' 등에 관한 법리를 오해하거나 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어난 잘못이 없다.

3. 관련매출액 산정의 위법 여부(원고의 상고이유 제4점)

가. 공정거래법 제24조의2, 공정거래법 시행령 제61조 제1항 [별표 2]의 각 규정에 의하면, 공정거래위원회는 불공정거래행위를 한 사업자에게 위반기간 동안 일정한 거래분야에서 판매한 관련 상품 또는 용역의 매출액을 기준으로 산정한 과징금을 부과할 수 있다. 여기서 매출액 산정의 전제가 되는 관련 상품 또는 용역의 범위는 위반행위의 내용, 위반행위로 인하여 직접 또는 간접적으로 영향을 받는 상품 또는 용역의 종류와 성질, 용도 및 대체 가능성과 거래지역·거래상대방·거래단계 등을 고려하여 개별적·구체적으로 판단하여야 한다(대법원 2017. 6. 19. 선고 2013두17435 판결 등 참조).

나. 원심은 아래와 같은 이유 등을 들어 피고의 이 사건 관련매출액 산정에 재량권 일탈·남용의 위법이 없다고 판단하였다.

(1) 피고는 사후 장려금이 출고가에서 차지하는 평균 비율을 기준으로 이를 넘는 경우 소비자가 가입한 이동통신 서비스 이용요금을 이 사건 위반행위로 인하여 직접 또는 간접적으로 영향을 받은 상품이나 용역의 매출액으로 보았는데, 이러한 피고

의 조치가 자의적이라거나 합리성이 없다고 보이지 않는다.

(2) 유통망이 약정의 보조금의 지급 액수를 결정하는 재량은 매우 제한적으로 행사되는 데 그치고, 사실상 원고와 제조 3사의 의도에 맞게 사전 장려금 중 상당 부분이 약정의 보조금으로 지급된 것으로 보인다. 이러한 사정에 비추어보면 피고가 유통망에 의하여 실제로 소비자에게 지급된 약정의 보조금의 액수를 일일이 확인하지 않은 채 가격 부풀리기를 통하여 조성된 사전 장려금 중 상당 금액이 약정의 보조금으로 지급되었을 것을 전제로 관련 매출액을 산정한 조치에 합리성이 없거나 재량권 일탈·남용이 있다고 볼 수는 없다.

다. 이러한 원심 판단은 앞에서 본 법리에 기초한 것으로서, 거기에 상고이유 주장과 같이 관련매출액에 관한 법리를 오해하는 등의 잘못이 없다.

4. 공개명령과 보고명령의 위법 여부(피고의 상고이유)

가. 공정거래법 제24조는 "공정거래위원회는 제23조(불공정거래행위의 금지) 제1항의 규정에 위반하는 행위가 있을 때에는 당해 사업자에 대하여 당해 불공정거래행위의 중지, 계약조항의 삭제, 시정명령을 받은 사실의 공표 기타 시정을 위한 필요한 조치를 명할 수 있다."라고 규정하고 있다. 이러한 규정의 문언, 시정명령 제도의 취지와 실효성 확보 필요 등에 비추어 보면, 위 조항에 정한 '기타 시정을 위한 필요한 조치'에는 위반행위의 중지뿐만 아니라 그 위법을 시정하기 위하여 필요하다고 인정되는 제반 조치가 포함된다. 따라서 공정거래위원회는 개별 구체적인 위반행위의 형태나 관련시장의 구조 및 특성 등을 고려하여 위반행위의 위법을 시정하기 위하여 필요하다고 인정되는 조치를 할 수 있다. 다만, 이러한 조치는 위반행위를 시정하기 위해 필요한 경우에 한하여 명할 수 있는 것이므로, 그 내용은 위반행위에 의하여 저해된 공정한 경쟁

질서를 회복하거나 유지하기 위해서 필요한 범위로 한정되고, 위반행위와 실질적 관련성이 인정되지 않는 조치는 허용되지 않으며, 나아가 해당 위반행위의 내용과 정도에 비례하여야 한다.

나. 원심은 아래와 같은 이유 등을 들어 이 사건 공개명령과 보고명령은 비례원칙을 위반하여 위법하다고 판단하였다.

(1) 피고는 원고가 판매하는 일체의 단말기의 모델별 출고가와 공급가의 차이 내역을 원고의 홈페이지에 공개하고, 피고에게 공급가, 출고가, 공급가의 변동내역, 출고가의 변동내역을 보고할 것을 명하였다.

(2) 피고는 원고가 제조 3사와의 '협약' 하에 장차 이동통신 서비스에 가입하는 소비자에게 지급될 약정의 보조금의 재원을 마련하기 위하여 사전 장려금 상당을 미리 단말기의 공급가 또는 출고가에 반영한 행위 자체를 위법하다고 보았을 뿐 모든 장려금의 조성 및 지급행위가 위법하다고 본 것은 아니다.

(3) 원고와 제조사 사이에 출고가에 관한 협약이 있었는지 여부 등을 전혀 고려하지 않은 채 모든 단말기를 그 대상으로 하여 이 사건 위반행위와 관련성이 없는 단말기까지 공개명령과 보고명령 대상에 포함시키는 것은 위반행위의 내용과 정도에 비례하지 않는다.

(4) 나아가 비계약모델의 경우 공급가와 출고가의 차액을 공개하거나 공급가와 출고가를 보고할 것을 명하더라도 그것만으로는 공급가가 부풀려졌는지를 알 수도 없다.

다. 이러한 원심 판단은 앞에서 본 법리에 기초한 것으로서, 거기에 상고이유 주장과 같이 공개명령 및 보고명령이 재량권을 일탈·남용하였는지 여부에 관하여 '수단의

적합성', '비례의 원칙' 등에 관한 법리를 오해하는 등의 잘못이 없다.

5. 결론

그러므로 상고를 모두 기각하고, 상고비용은 각자 부담하도록 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장	대법관	김재형
	대법관	조희대
	대법관	민유숙
주 심	대법관	이동원