오스트리아의 공정거래법과 불확실조건부 경품

- 최신 대법원판례 OGH 21. 4. 1998, 4 Ob 99/98g를 중심으로 -

이상광 / 숙명여대 법학과 교수

1. 문제점

경품이라 함은 「사업자가 자기가 공급하는 상품이나 용역의 거래에 부수하거나 거래에 부수하지 아니하더라도 광고 등의 방법으로 그 거래상대방 또는 일반 소비자에게 제공하는 경제상의 이익」을 말한다.[1] 소비자경품은 경품부상품 또는 용역의 거래가액 여하에 따라 그 경품가액이 일정금액 또는 거래가액의 일정백분비를 초과하여 제공하는 경우에는 부당한 경품제공행위에 해당되는 것으로서,[2] 그러한 소비자 경품의 제공행위는 독점규제및공정거래에관한법률 제23조의 불공정거래행위(不公正去來行爲)에 해당되며, 공정거래위원회는 그 경우 당해 사업자에 대하여 그러한 불공정행위의 중지, 계약조항의 삭제, 정정광고, 법위반 사실의 공표 기타 시정을 위한 필요한 조치를 명할 수 있다(독점규제및공정거래에관한법률 제24조).

만약 경품의 제공상대방이나 제공하는 경품의 가액을 추첨 기타 우연성을 이용하는 방법 또는 특정행위의 우열이나 정오(正誤)에 의하는 그러한 소비자경품이 일정한 금액의 범위를 초과하는 경우에는 그것은 공정거래법 제23조의 불공정거래행위에 해당된다. 문제는 경품의 제공 자체를 장래 그 발생이 불확실(不確實)한 객관적 사실의 발생 여부에 따라 정하는 조건부경품(條件附景品, 예컨대, "이번 크리스마스에 눈이 오면")인 것이다. 이 불확실조건부경품(不確實條件附景品)은 경품의 제공상대방이나 제공하는 경품의 가액을 결정함에 있어서 추첨 기타 우연성을 이용하는 것이 아니며, 또 특정행위의 우열이나 정오(正誤)에 의하는 것도 아니다. 경품의 제공여부 자체가 다만 장래 불확실한 사실의 발생 여부에 조건지워져 있을 뿐이다. 따라서 이와 같은 불확실조건부경품은 현행 법규의 확대해석, 유추적용 또는 새로운 법규의 제정을 통하여 해결하여야 할 법의 흠결(欠缺, Gesetzeslücke)인 것이다.

필자는 이와 관련하여 지난 4월 21일 오스트리아 대법원에서 내린 판결 하나를 소개하고자 한다.

---

1) 경품류제공에 관한 불공정거래행위의 유형 및 기준 지정고시(이하 "고시"라 한다) 제2조.

2) 고시 제7조는 경품부상품 또는 용역의 거래가액이 3만원 미만인 경우 경품류 가액한도 3천원 이하, 그리고 경품부상품 또는 용역의 거래가액이 3만원 이상인 경우 경품류 가액한도는 거래가액의 10% 이하로 하되, 최고 10만원 이하로 규정하고 있다.

2. 불확실조건부경품에 관한 오스트리아 대법원의 판결

- OGH 21. 4. 1998, 4 Ob 99/98g-(Schneefall am Heiligen Abend, "크리스마스에 눈이 오면")

(1) 사실관계

원고(原告)는 오스트리아의 그라츠(Graz)시에서 안경점을 운영하고 있고, 제1피고인은 오스트리아 전역에 지점을 두고 안경제품 뿐만 아니라 카메라, 사진부품, 라디오, 텔레비젼, 컴퓨터 및 그 주변기기, 전화기, 타자기 등 사무용품과 그 부품을 판매하고 있는 Hartlauer 체인점의 소유주로서, 오스트리아에서는 "사진부문의 거물(Photolöwe)"로 알려져 있다.

제2피고인은 제1피고인의 유일한 지배인이다.

오스트리아 안경부문 시장에서 제1피고인의 기업이 차지하고 있는 시장점유율은 35%에 달하고 있다. 제1피고인은 1997년 11월말부터 제2피고인의 사진이 들어있는 광고를 집집마다 돌림으로써, 또는 신문, 라디오, 텔레비젼 등 대중매체를 통하여, "만약 성탄일 12시 정각, 연방의 각 주정부가 소재하는 도시의 시청에 눈이 내리면(wenn es am Heiligen Abend um 12 Uhr beim Rathaus der jeweiligen Landeshauptstadt schneit)" 1997년 11월 29일부터 1997년 12월 13일 사이에 자기의 상점에서 물건을 산 고객에게는 그 물건 값의 20%를 반환해 준다고 공고하였으며, 그 날 각 주정부가 소재하는 도시에서 눈이 내렸는가 여부는 대중매체를 통하거나 자기의 상점에서 공고될 것이라고 하였다. 이에 원고는 피고의 그와 같은 경품제공공고와 그 공고에 따른 경품제공행위가 불공정거래행위에 해당된다는 이유로 그와 같은 경품제공공고 내지 그 불확실조건(不確實條件)이 성취되었음을 고객에게 알리는 공고 및 고객에 대한 상품대금의 일부 반환을 금지시키기 위하여 그러한 경품의 공고 내지 대금의 반환을 금지하는 가처분(假處分)을 신청하였다.

하급심 법원은 원고가 신청한대로 가처분결정(假處分決定)을 내렸고, 대법원은 피고의 상고이유를 부분적으로만 인정하였다.

이하 대법원의 판결이유를 살펴보도록 하자.

(2) 대법원의 판결이유

사업자간의 공정거래가 문제가 되기 위하여서는 - 피고인들의 견해와는 달리 - 사업자의 사업활동이 그 주된 부분에 있어서 서로 일치하여야 하는 것은 아니다. 두 사업자의 사업활동이 서로 완전히 일치하지 않더라도, 그들은 서로 경쟁관계에 있을 수 있다고 볼 수 있다. 두 사업활동이 부분적이나마 서로 중복되면 충분하다. 원고와 제1피고가 각각 안경 기타 광학기계를 판매한다면, 그와 같은 사업활동의 중복은 원고의 상점에서는 판매하지 않으나 제1피고인의 상점에서는 판매하고 있는 상품류에 대하여서도 원고의 가처분청구(假處分請求)를 정당화시킨다고 본다. 피고인들은 문제된 경품제공행위에 오스트리아 공정거래법 제9a조에 대한 예외규정인 오스트리아 공정거래법 제9a조제2항5호(§9a Abs 2 Z5 UWG)가 적용되기 때문에 자기들의 경품제공행위는 동법 제9a조의 경품금지에는 저촉되지 않는다고 제3심에서도 계속 주장하고 있다. 또 피고들은 오스트리아 경품법 제3조(§3 Zugaben G)에서 규정하고 있는 조건금지조항(條件禁止條項)이 공정거래법 제9a조에 포

함되어 있지 않은 것은 바로 경품제공행위를 조건부로 할 수 있도록 한 입법자의 의도를 반영해 주고 있다고 주장하고 있다.

그러나 피고인들의 이러한 주장은 다만 부분적으로만 그 타당성을 인정할 수 있다. 성탄일 12시 연방의 각 주 정부 소재도시의 시청에 눈이 오면, 제1피고인의 상점에서 1997년 11월 29일부터 12월 13일 사이에 매입한 물건가의 20%를 반환해준다는 제1피고인의 약속은 상품을 경우에 따라서는 평소보다 싸게 살 수 있게 하는 기회의 제공, 환언하면 상품구매에 대한 추가이익의 제공행위라는 하급심(下級審)의 견해는 타당하다.

따라서 그와 같은 기회제공의 광고는 공정거래법 제9a조(§9a UWG)에서 규정하고 있는 경품으로 볼 수 있으며, 그 결과 동법 제9a조제2항(§9a Abs 2 UWG)의 예외규정에 해당될 때에만 허용된다.

공정거래법 제9a조의 입법자(법률고시 1992/147)가 동법 제9a조에 조건금지(條件禁止)를 명시적으로 규정함으로써 동조제2항의 구성요건(構成要件)을 제한하지 않은 것은 사실이다. 그러나 정부 입법안의 제안설명서에 의하면 동법 제9a조제2항에 규정된 경품금지예외조항은 그 경품제공행위가 과거의 계약체결 또는 기타 조건의 성취여하에 의존하도록 되어 있는 경우에도 적용하도록 되어 있는 것이다. 입법자에 의하여 (유일하게) 제시된 이 예(例)에 의하면, 입법자는 이 경우, 다만 그 조건의 성취 여부가 상품 구매자 또는 용역 수급자의 의지에 의하여 좌우되는 소원조건(Potestativbedingungen)만을 염두에 두고 있음이 명백하다.[3] 즉 경품의 취득이 장기간의 거래관계 여하에 의하여 좌우되는 경우, 고객이 그 조건을 성취할 것인가 여부는 오직 고객 자신의 뜻에 달려 있는 것이다. 그러나 조건의 성취가 전적으로 또는 부분적이나마 우연성에 달려있는 불확실조건(不確實條件) 또는 혼합조건(混合條件)에 있어서는 사정이 다르다. 그러한 조건에 있어서는 불확실한 계기(契機, das aleatorische Moment)가 전면에 나타나며, 그 경우 조건의 성취여부는 고객의 영향권 밖에 있게 된다. 입법자가 공정거래법 제9a조제2항8호(§9a Abs 2 Z 8 UWG)에 불확실조건부경품(不確實條件附景品)에 관하여 특칙(特則)을 두고 있다고 본다면, 동법 제9a조제2항의 다른 예외 조항들은 경품의 취득이 시장참여자의 영향권 내에 있는 경우를 규정한 것이라고 반대해석하여야 한다. 이와 관련하여, Kapferer는 Hanreich의 견해에 반대하면서, 경품제공약속에 불확실성계기(不確實性契機)가 있는 경우에는, 다만 공정거래법 제9a조제2항8호(§9a Abs 2 Z8 UWG)가 적용될 뿐이며, 그 경우 이 조항은 동조제2항1호부터 7호의 예외규정을 파기한다고 보고 있다.

만약 이 조항을 달리 해석한다면 동조제2항8호의 규정은 지켜지지 않을 것이며 또 거기에 규정하고 있는 경품한도액(Wertgrenze)에 관한 규정도 무의미하게 될 것이다. 따라서 본원(本院)은 불확실조건부경품(不確實條件附景品)을 특히 제한한 것은 사행심(射倖心) - 우연성이나 큰 위험 없이 이득을 볼려는 소원 - 과 더불어 상거래에 비경제적 · 비안정적 요소가 개입하는 것을 방지하기 위한 것이라는 Kapferer의 견해가 타당하다고 생각한다.

사행심(射倖心)을 이용하는 것 그 자체가 이미 공정거래법상의 불공정거래행위 요소를 내포하고 있는 것이며, 그것은 동조제2항1호로부터 7호까지의 예외규정과 8호의 예외규정을 각각 구별하도록

3) 이 용어의 개념에 관하여서는 Koziol/Welser, Bürgerliches Recht I, 10.Aufl. S 158 참조.

하고 있다.

원래, 공정거래법 제9a조제2항5호(§9a Abs 2 Z5 UWG)는 원칙적으로 대금감액을 허용하고 있으나, 그 대금감액을 불확실조건(不確實條件, 고객은 가격감액을 받기 위하여서는 매매계약 체결 후 특정시기에 일정한 기후조건이 나타날 것을 희망하여야 한다)과 연계시킨다면, 그 경품제공행위는 불확실성계기에 의존하게 되기 때문에, 이미 공정거래법 제9a조제1항1호(§9a Abs 1 Z1 UWG)에 위반하여 허용되지 않는다. 피고들은 비록 자기에게 입증책임(立證責任)이 있음에도 불구하고 자기의 경품제공행위가 공정거래법 제9a조제2항8호(§9a Abs 2 Z8 UWG)에서 허용하고 있는 예외규정의 금액한도액을 초과하지 않았다는 사실을 주장하지 않았다. 피고인들의 그와 같은 경품제공행위가 다른 근거로 공정거래법 제1조(§1 UWG)에 저촉하는가 여부는 이곳에서 검토할 필요가 없다.

오스트리아 대법원은 그 밖에, 피고인들이 금지하여야 할 불공정거래행위(不公正去來行爲)의 범위 즉, 다만 불공정거래행위의 공고(公告, Ankündigungen, 예컨대, 위법한 경품의 제공공고)만을 금지하여야 하는가, 아니면 공고된 불공정거래행위를 실제로 실현하는 행위 자체(예컨대, 위법한 경품의 제공)까지를 금지하여야 하는가에 관하여도 언급하고 있으며, 오스트리아 대법원은 양자가 직접적 관계를 가지고 있는 한 후자(後者)도 허용되지 않으며, 그것은 공정거래법 제9a조제1항제1호(§9a Abs 1 Z1 UWG)에 저촉된다고 판시(判示)하고 있다.[4] 문제는 성탄일 12시 연방의 각 주정부 소재도시의 시청에 눈이 왔다는 사실을 피고인들이 공고하는 것까지도 금지시켜야 할 것인가의 여부에 관하여, 오스트리아 대법원은 그와 같은 사실의 공고 자체는, 그것만을 독립해서 본다면, 불공정거래행위가 되지 않으나, 그 공고는 금지된 경품공고와 불가분(不可分)의 관계에 있기 때문에, 하급심(下級審)이 그 사실의 공고까지를 금지시킨 것은 타당하다고 보고 있다.

3. 맺는말

피고들은 상술한 불확실조건부경품(不確實條件附景品)을 통하여 15%의 판매액 증가를 가지고 올 수 있었으며, 더욱 작년 성탄일에 오스트리아 연방의 각 주정부가 소재하는 도시의 시청에는 눈이 오지 않았다. 따라서 피고들은 고객에게 약속한 상품대금의 20%를 반환할 필요도 없었다. 그와 같은 불확실조건부경품(不確實條件附景品)은 오스트리아 대법원이 판시한 바와 같이, 일정한 한도액을 초과하는 한, 오스트리아 공정거래법에 저촉된다. 또 피고들은 가처분(假處分) 결과, 상거래에 있어서 총액 30만 실링 이상되는[5] 대금의 일부를 불확실조건(不確實條件)과 연계시켜 반환하는 것이 금지되었으며, 장래 그와 같은 불공정거래행위를 반복하는 경우에는 법의 제재를 받게 된다.

매우 공격적 광고로 유명한 피고인들이 이번 판결로 잠재워 질 것인가 여부는 아직 미지수이다.■

4) 그러나, 오스트리아 공정거래법 제9a조제1항1호(§9a Abs1 Z1 UWG)는 기업인에 대하여서와는 달리 소비자(Verbraucher)에 대하여서는 공고(公告, Ankündigungen)만을 금지하고 있다.

5) 오스트리아 공정거래법 제9a조제2항8호(§9a Abs2 Z8)의 허용한도금액(許容限度金額), 1998년 12월 17일 현재 오스트리아 실링과 원화와의 환율은 1ATS = ₩104

Das Bundesgesetz gegen unlauteren Wettbewerb (UWG)

(오스트리아 공정거래법)

§9a. (1) Wer im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs

1. in vöffentlichen Bekanntmachungen oder anderen Mitteilungen, die für einen gröβeren Personenkreis bestimmt sind, ankündigt, daβer Verbrauchern neben Waren oder Leistungen unentgeltliche Zugaben (Prämien) gewährt, oder Verbrauchern neben periodischen Druckwerken unentgeltliche Zugaben (Prämien) anbietet, ank ndigt oder gewährt oder
2. Unternehmern neben Waren oder Leistungen unentgeltliche Zugaben (Prämien) anbietet, ankündigt oder gewährt,

kann auf Unterlassung und Schadenersatz in Anspruch genommen werden. Dies gilt auch dann, wenn die Unentgeltlichkeit der Zugabe durch Gesamtpreise für Waren oder Leistungen, durch Scheinpreise für eine Zugabe oder auf andere Art verschleiert wird.(BGBl 1993/227)

(2) Abs.1 ist nicht anzuwenden, wenn die Zugabe besteht,

1. in handelsüblichem Zugehör zur Ware oder handelsüblichen Nebenleistungen,
2. in Warenproben,
3. in Reklamegegenständen, die als solche durch eine auffallend sichtbare und dauerhafte Bezeichnung des reklamegebenden Unternehmens gekennzeichnet sind,
4. in geringwertigen Zuwendungen (Prämien) oder geringwertigen Kleinigkeiten, sofern letztere nicht für Zusammenstellungen bestimmt sind, die einen die Summe der Werte der gewährten Einzelgegenstände übersteigenden Wert besitzen,
5. in einem bestimmten oder auf bestimmte Art zu berechnenden Geldbetrag, der der Ware nicht beigefügt ist,
6. in einer bestimmten oder lediglich nach Bruchteilen zu berechnenden Menge derselben Ware,
7. in der Erteilung von Auskünften oder Ratschlägen oder
8. in der Einräumung einer Teilnahmemöglichkeit an einem Preisausschreiben (Gewinnspiel), bei dem der sich aus dem Gesamtwert der ausgespielten Preise im Verhältnis zur Zahl der ausgegebenen Teilnahmekarten (Lose) crgebende Wert der einzelnen Teilnahmekarte 5 S und der Gesamtwert der ausgespielten Preise 300,000 S nicht überschreitet; dies kann nur mittels eigener Teilnahmekarten erfolgen.(BGBI 1993/227)

Z 8 gilt nicht für Zugaben zu periodischen Druckwerken.(BGBI 1993/227) (BGBI 1992/147)