

유럽연합(EU)에서 소비자에 대한 사업자의 부당거래행위 규제에 관한 연구*

-유럽연합의 관련지침과 독일의 국내입법을 중심으로-

송 호 영**

〈국문초록〉

사법에서는 사적자치의 원칙이 가장 핵심적인 원리로 기능하고 있다. 이러한 원리는 사업자와 소비자 사이의 거래행위에 대해서도 적용된다. 그렇지만 다수의 고객과 오랜 시간동안 거래행위를 반복하면서 많은 정보와 노하우를 축적하고 있는 사업자와 일회적 내지 간헐적으로 거래행위를 하게 되는 소비자가 대등한 지위에서 다루어지게 되면 계약의 실질적인 정의에 반하는 결과를 초래할 수 있다. 실제로 사업자의 사소한 기만적인 행동만으로도 물건이나 서비스에 대한 정보를 가지지 못한 소비자는 거래여부에 대한 판단에 큰 혼란을 겪게 된다. 이러한 문제점을 시정하기 위해서 우리나라를 비롯한 다른 많은 나라에서도 민법을 비롯한 사법의 기본법 외에 사업자로부터 소비자들을 보호하기 위한 각종의 특별법들을 제정하여 시행해 오고 있다. 특히 유럽연합은 회원국들로 구성된 공동시장을 실현하기 위해 지침을 통해 회원국들의 민법과 경제법을 동화해 가고 있다. 특히 그러한 지침의 중심에는 소비자보호의 관념이 자리잡고 있다. 특히 유럽연합은 사업자의 부당거래행위로부터 소비자를 보호하기 위하여 지침에 구체적인 금지행위 유형을 블랙리스트로 작성하여 회원국들의 국내법의 동화를 꾀하고 있다. 그 대표적인 지침이 「소비자계약에 있어 불공정조항에 관한 지침」과 「불공정한 상행위에 관한 지침」이다. 본고는 이 2가지 지침을 중심으로 EU에서의 소비자보호를 위해 사업자의 부당거래행위를 규제하기 위해 어떠한 입법적 노력을 해왔는지, 이에 따라 독일은 그러한 지침을 국내법으로 수용하기 위해 민법과 부정경쟁방지법에서 어떠한 변화를 겪게 되는지를 살펴봄으로써, 우리 법에서의 시사점을 찾아본다.

주제어 : 유럽연합, 사업자, 소비자, 부당거래행위, 지침, 블랙리스트, 독일민법전, 독일부정경쟁방지법

• 투고일 : 2015.01.22 / 심사일 : 2015.02.08 / 게재확정일 : 2015.02.24

* 이 논문은 2012년 정부(교육부)의 재원으로 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임 (NRF-2012S1A5A2A01017609).

** 한양대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사

I. 머리말

(가) 법을 크게 공법과 사법으로 나눈다면, 사법을 지배하는 가장 핵심적인 원리는 사적자치의 원칙(Privatautonomie)이라고 할 수 있다. 사적자치는 사인간의 거래관계에 참여하는 자가 누구인지 가리지 않고 적용되어야 함이 원칙이다. 다시 말해 사업자와 소비자 사이의 거래행위는 다른 사인간의 거래와 마찬가지로 기본적으로 사적자치의 이념에 따라 당사자가 자율적으로 규율하도록 함이 원칙이다. 그러나 실제로 다수의 고객과 오랜 시간동안 거래행위를 반복하면서 많은 정보와 노하우를 축적하고 있는 사업자와 일회적 내지 간헐적으로 거래행위를 하게 되는 소비자가 대등한 지위에서 다루어진다는 것은 애써 현실을 외면하는 이상론일 수 있다. 그래서 우리나라뿐만 아니라 다른 많은 나라에서도 민법을 비롯한 사법의 기본법 외에 사업자로부터 소비자들을 보호하기 위한 각종의 특별법들을 제정하여 시행해 오고 있다.¹⁾ 특히 사업자의 부당한 거래행위로부터 소비자를 보호하기 위해, 현재 우리나라에서는 「방문판매 등에 관한 법률」에서는 “부당한 방문판매행위”를, 「표시·광고의 공정화에 관한 법률」에서는 “부당한 표시·광고행위”를, 「약관의 규제에 관한 법률」에서는 “부당한 약관 사용행위”를, 「할부거래에 관한 법률」에서는 “부당한 (선불식)할부거래행위”를 그리고 「전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률」에서는 “부당한 전자상거래행위”를 사업자의 부당한 거래행위의 전형적인 모습으로 상정하여 이를 규제하는 규정들을 두고 있다.

(나) 위와 같은 법률들은 각각 규제하고자 의도한 부당거래행위를 어느 정도 충실히 규율하고 있는 편이다. 그렇지만 해당 법률에서 규율하는 부당한 거래행위의 모습은 각 법률의 제정목적에 따라 서로 다를 수밖에 없기 때문에 이들 법률에 의해 규율될 수 있는 사업자의 부당한 행위는 제한되어 있으며, 따라서 이들 법률에 의해 규율되지 않는 사업자의 부당한 행위로 인한 소비자 피해도 현실적으로 많이 발생하고 있다는 문제점이 드러나고 있다. 다시 말해 사업자의 부당거래행위에 대한 통일적인 규율이 결여됨에 따라 각 법률에서

1) 우리나라에서 시행중인 소비자보호와 관련있는 법률들을 열거해 보면, 「소비자기본법」, 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」, 「방문판매 등에 관한 법률」, 「표시·광고의 공정화에 관한 법률」, 「약관의 규제에 관한 법률」, 「할부거래에 관한 법률」, 「전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률」이 있다. 그 밖에 「전자금융거래법」, 「여신전문금융업법」, 「보험업법」, 「채권의 공정한 추심에 관한 법률」 등에서도 부분적으로 소비자보호에 관한 규정을 두고 있다.

규율되지 아니하거나 예견되지 않았던 새로운 형태의 부당거래행위에 대해서는 법적인 제어가 미비한 상태로 남게 된다. 한편 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」에서도 공정한 거래를 저해할 수 있는 행위(부당한 고객유인행위, 거래강제행위, 거래상 지위남용행위 등)를 규율하는 불공정거래행위의 금지에 관한 규정(제23조 참조)을 통해 사업자의 부당한 소비자거래행위를 규제할 수는 있다. 그러나 현행 불공정거래행위금지규정으로 규율할 수 없는 사업자의 부당한 행위도 현실적으로 많이 발생하고 있으며, 또한 불공정거래행위금지를 통한 소비자보호는 공정거래법이 추구하는 공정한 거래질서 수립의 취지에 따라 이루어지는 효과일 뿐, 당초 소비자보호와 관련한 법률들이 목적으로 하는 개별적인 소비자피해구제의 의미와는 기본적인 취지가 다르다. 따라서 소비자보호 법적 측면에서 사업자의 부당한 소비자거래행위를 통일적으로 규율할 수 있는 입법적 기반을 조성할 필요가 있다.

(다) 본 연구는 위와 같이 소비자에 대한 사업자의 부당한 거래행위를 규율하는 입법상의 개선점을 알아보기 위해서, 우리보다 소비자보호법제에 있어서 선진적인 유럽연합(EU) 및 독일의 입법상황을 연구·분석함으로써, 우리의 법제가 지향해야 할 시사점을 탐구하는데 목적을 두고 있다. 특히 유럽연합은 회원국의 소비자들을 보호를 위하여 다양하고도 복잡한 입법지침을 내놓고 있는데, 그러한 지침을 독일은 어떻게 국내법으로 수용하였는지를 살펴봄으로써, EU지침 및 독일의 국내법은 사업자의 부당한 거래행위의 규제를 통하여 어떻게 소비자들을 보호하고 있는지 그리고 그에 따른 효과는 어떻게 다루어지고 있는지 검토하고자 한다. 이를 위해 본고는 아래 II.에서 우선 우리 법에서 부당거래행위가 구체적으로 어떻게 규율되고 있는지에 대해 개관해보고, III.에서는 부당거래행위를 규제하기 위해 유럽연합이 제정한 각종 지침에 대해서 알아본 다음, IV.에서는 그러한 EU지침이 독일의 국내법에서는 어떻게 수용되어서 실제로 사업자의 부당거래행위가 법률적으로 어떻게 규율되어 있는지를 살펴보고, V.에서는 결론적으로 이러한 내용의 요약과 함께 부당거래행위 규제에 관한 EU지침과 독일법이 우리에게 시사하는 바를 생각해보기로 한다.

II. 우리 법에서의 부당거래행위의 규율

1. 부당거래행위의 의의

한국소비자원의 보고에 의하면 해마다 약 30만건 가량의 소비자상담이 있는데, 이 가운데 약 22% 정도가 소비자에 대한 부당거래행위에 관한 상담으로 알려져 있다.²⁾ 그렇지만 정작 법률에서는 명문으로 ‘부당거래행위’에 관해 정의한 규정은 없다. 다만 「소비자기본법」 제12조는 제2항에서 “국가는 소비자의 합리적인 선택을 방해하고 소비자에게 손해를 끼칠 우려가 있다고 인정되는 사업자의 부당한 행위를 지정·고시할 수 있다.”고 하여 이를 간접적으로 명언하고 있다. 부당거래행위는 거래당사자 중 어느 한쪽이 상대방의 자유를 제한하거나 부당한 방법으로 불이익을 강요하는 행위라고 할 수 있다.³⁾ 그러한 의미에서 가장 포괄적인 규율은 반사회질서의 법률행위에 관한 민법 제103조와 아울러 불공정한 법률행위에 관한 민법 제104조라고 할 수 있다. 사업자의 소비자에 대한 거래행위가 “법률행위”로써 사회질서에 반하거나 불공정한 법률행위에 해당하게 되면 민법 제103조 및 제104조에 의해서 무효로 되고, 소비자는 사업자에 대해 아무런 의무를 부담하지 않는다. 특히 사업자와 소비자 사이의 계약이 사업자가 작성한 부당한 약관의 체결로 이루어진 경우에 「약관의 규제에 관한 법률」은 공정성을 잃은 약관 조항을 무효로 하고 있다(동법 제6조 참조). 또한 소비자가 사업자에 대해 한 “의사표시”가 사기나 강박에 의한 경우에는 이를 취소할 수 있다(민법 제110조). 그렇지만 이러한 민법의 규율은 사업자의 소비자에 대한 거래행위가 “법률행위”에 해당하거나 소비자가 사업자에게 보낸 “의사표시”에 한해 적용되기 때문에, 법률행위 또는 의사표시가 아닌 사업자의 부당한 행위에 대해서는 적용되지 않는다는 한계가 있다. 더욱이 사업자의 부당거래행위를 규제하는 방법으로는, 후술하는 바와 같이, 무효나

2) 박희주, 「사업자의 부당거래행위 지정·고시에 관한 연구」, 한국소비자원, 2009, 15면.

3) 이때 거래당사자란 통상적으로 사업자와 소비자를 일컫는데, 본고에서 부당거래행위란 사업자의 소비자에 대한(즉 B2C) 일체의 부당한 행위라고 할 수 있다. 이에 반해 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 제23조에 규정된 “불공정거래행위”는 사업자와 다른 사업자간의(즉 B2B) 공정경쟁을 해치는 행위를 의미하며, 사업자간의 불공정거래거래행위의 규제에 의해 소비자는 간접적으로 보호된다는 점에서 차이가 있다. 소비자법상의 부당거래행위와 공정거래법상 불공정거래행위의 개념적 차이에 대해서는 김도년/송민수, 「소비자거래법의 제정 방향」, 한국소비자원, 2013, 220~23면 참고. 한편 소비자기본법상 부당거래행위와 공정거래법상 불공정거래행위의 관계에 대해 양자에 대한 규제의 중복가능성에 대해서는 이은영, 「소비자법」, 박영사, 2013, 75~76면 참고.

취소와 같은 사법상의 효력을 제한하는 것에 국한되지 않고 사업자에게 일정한 행정조치를 내리거나 벌칙을 과하는 등의 공법적 규제도 동원될 수 있기 때문에, 사업자의 부당거래행위는 반드시 법률행위 또는 의사표시일 필요는 없는 것이다. 그러한 점에서 사업자의 소비자에 대한 부당거래행위는 법률행위나 의사표시뿐만 아니라 사실행위나 불법행위 등을 포함하는 불확정개념이다. 그러므로 그러한 불확정개념을 구체화하기 위해서는 법률이나 기타 위임된 법규에서 이를 보다 명확히 적시해 줄 필요가 있다.

현재 우리나라에서는 그러한 사업자의 부당거래행위를 통일적으로 규율하는 법률은 없고, 소비자보호를 위한 일반법인 「소비자기본법」은 사업자의 부당한 행위를 지정·고시할 수 있다고 정할 뿐이다. 다만 소비자보호를 위해 특별한 거래행위에 대해서는 특별소비자법에서 일정한 행위를 규율하고 있다(제12조 제2항). 다시 말하자면 사업자의 소비자에 대한 “일반부당거래행위”의 유형은 법률(즉 「소비자기본법」)에 규정되지 아니하고, “특별부당거래행위”에 대해서만 특별소비자법에서 규율하고 있다. 그러한 특별소비자법에는 「방문판매 등에 관한 법률」, 「표시·광고의 공정화에 관한 법률」, 「할부거래법」, 「전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률」 등이 이에 해당한다.

2. 부당거래행위의 유형

특별소비자법에 규율되어 있는 그러한 “특별부당거래행위”의 유형을 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 「방문판매 등에 관한 법률」은 방문판매자의 소비자에 대한 부당거래행위를 비교적 구체적으로 적시하고 있다. 동 법률에서는 크게 세 가지 유형에서 일정한 사업자의 행위를 금지하고 있는바, (i) 방문판매자가 소비자 또는 다른 방문판매원 등에게 행하는 일정한 행위를 금지하고 있으며(제11조4), (ii)

- 4) 그러한 금지되는 행위에는 다음과 같은 유형이 해당한다. ① 재화 등의 판매에 관한 계약의 체결을 강요하거나 청약철회 등 또는 계약 해지를 방해할 목적으로 소비자를 위협하는 행위, ② 거짓 또는 과장된 사실을 알리거나 기만적 방법을 사용하여 소비자를 유인 또는 거래하거나 청약철회 등 또는 계약 해지를 방해하는 행위, ③ 방문판매원 등이 되기 위한 조건 또는 방문판매원 등의 자격을 유지하기 위한 조건으로서 방문판매원 등 또는 방문판매원 등이 되려는 자에게 가입비, 판매 보조 물품, 개인 할당 판매액, 교육비 등 그 명칭이나 형태와 상관없이 대통령령으로 정하는 수준을 초과한 비용 또는 그 밖의 금품을 징수하거나 재화 등을 구매하게 하는 등 의무를 지게 하는 행위, ④ 방문판매원 등에게 다른 방문판매원 등을 모집할 의무를 지게 하는 행위, ⑤ 청약철회 등이나 계약 해지를 방해할

다단계판매자가 행하는 일정한 행위뿐만 아니라(제23조5), (iii) 계속거래업자의 일정한 행위에 대해서도 이를 금지하고 있다(제34조6).

둘째, 「표시·광고의 공정화에 관한 법률」은 사업자들이 소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 할 우려가 있는 표시·광고 행위로서 공정한 거래 질서를 해칠 우려가 있는 일정한 행위를 금지하고 있다. 그러한 행위에는 ① 거짓·과장의 표시·광고, ② 기만적인 표시·광고, ③ 부당하게 비교하는 표시·광고, ④ 비방적인 표시·광고 등이 이에 해당한다(동법 제3조 1항 참조).

목적으로 주소·전화번호 등을 변경하는 행위, ⑥ 분쟁이나 불만 처리에 필요한 인력 또는 설비가 부족한 상태를 상당 기간 방치하여 소비자에게 피해를 주는 행위, ⑦ 소비자의 청약 없이 일반적으로 재화 등을 공급하고 재화 등의 대금을 청구하는 행위, ⑧ 소비자가 재화를 구매하거나 용역을 제공받을 의사가 없음을 밝혔음에도 불구하고 전화, 팩스, 컴퓨터통신 등을 통하여 재화를 구매하거나 용역을 제공받도록 강요하는 행위, ⑨ 본인의 허락을 받지 아니하거나 허락받은 범위를 넘어 소비자에 관한 정보를 이용(제3자에게 제공하는 경우를 포함)하는 행위 등이다.

5) 이에 해당하는 유형으로는 ① 재화 등의 판매에 관한 계약의 체결을 강요하거나 청약철회 등 또는 계약 해지를 방해할 목적으로 상대방을 위협하는 행위, ② 거짓 또는 과장된 사실을 알리거나 기만적 방법을 사용하여 상대방과의 거래를 유도하거나 청약철회 등 또는 계약 해지를 방해하는 행위 또는 재화 등의 가격·품질 등에 대하여 거짓 사실을 알리거나 실제보다도 현저히 우량하거나 유리한 것으로 오인시킬 수 있는 행위, ③ 청약철회 등이나 계약 해지를 방해할 목적으로 주소·전화번호 등을 변경하는 행위, ④ 분쟁이나 불만에 필요한 인력 또는 설비가 부족한 상태를 상당 기간 방치하여 상대방에게 피해를 주는 행위, ⑤ 상대방의 청약이 없는데도 일반적으로 재화 등을 공급하고 재화 등의 대금을 청구하는 등 상대방에게 재화 등을 강제로 판매하거나 하위판매원에게 재화 등을 판매하는 행위, ⑥ 소비자가 재화를 구매하거나 용역을 제공받을 의사가 없음을 밝혔는데도 전화, 팩스, 컴퓨터통신 등을 통하여 재화를 구매하거나 용역을 제공받도록 강요하는 행위, ⑦ 다단계판매업자에게 고용되지 아니한 다단계판매원을 다단계판매업자에게 고용된 사람으로 오인하게 하거나 다단계판매원으로 등록하지 아니한 사람을 다단계판매원으로 활동하게 하는 행위, ⑧ 제37조에 따른 소비자피해보상보험계약 등을 체결하지 아니하고 영업하는 행위, ⑨ 상대방에게 판매하는 개별 재화 등의 가격을 대통령령으로 정하는 금액을 초과하도록 정하여 판매하는 행위, ⑩ 본인의 허락을 받지 아니하거나 허락받은 범위를 넘어 소비자에 관한 정보를 이용하는 행위 등이 해당한다.

6) 여기에 해당하는 유형으로는 ① 계속거래 등의 계약을 체결하게 하거나 계약의 해지 또는 해제를 방해하기 위하여 소비자를 위협하는 행위, ② 거짓 또는 과장된 사실을 알리거나 기만적 방법을 사용하여 소비자를 유인 또는 거래하거나 계약의 해지 또는 해제를 방해하는 행위, ③ 계속거래 등에 필요한 재화 등을 통상적인 거래가격보다 현저히 비싼 가격으로 구입하게 하는 행위, ④ 소비자가 계속거래 등의 계약을 해지 또는 해제하였는데도 정당한 사유 없이 이에 따른 조치를 지연하거나 거부하는 행위, ⑤ 계약의 해지 또는 해제를 방해할 목적으로 주소·전화번호 등을 변경하는 행위, ⑥ 분쟁이나 불만 처리에 필요한 인력 또는 설비가 부족한 상태를 상당 기간 방치하여 소비자에게 피해를 주는 행위, ⑦ 소비자의 청약이 없는데도 일반적으로 재화 등을 공급하고 재화 등의 대금을 청구하는 행위, ⑧ 소비자가 재화를 구매하거나 용역을 제공받을 의사가 없음을 밝혔는데도 전화, 팩스, 전자우편 등을 통하여 재화를 구매하거나 용역을 제공받도록 강요하는 행위 등이다.

셋째, 「할부거래에 관한 법률」에서는 선불식 할부거래업자의 일정한 행위를 금지하면서(제34조7), 이를 위반한 경우 공정거래위원회가 그 시정을 위한 조치를 명할 수 있도록 하고 있다(제39조 참조).

넷째, 「전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률」에서는 전자상거래를 하는 사업자 또는 통신판매업자에 대해 일정한 행위를 금지하고 있다(제21조).⁸⁾

이러한 특별소비자법외에 특수한 거래주체에 대해서는 개별 특별법에 특수한 부당거래행위를 금지 또는 제한하는 규정들을 두고 있다. 이를테면 「전기통신사업법」에서는 전기통신사업자로 하여금 공정한 경쟁 또는 이용자의 이익을 해치거나 해칠 우려가 있는 일정한 행위를 하지 못하도록 하고 있으며(동법 제50조 참조), 「대부업 등의 등록 및 금융이용자 보호에 관한 법률」에서는 대

- 7) 그러한 금지되는 행위의 유형으로는 ① 계약의 체결을 강요하거나 청약의 철회 또는 계약의 해제를 방해할 목적으로 상대방을 위협하는 행위, ② 거짓·과장된 사실을 알리거나 기만적 방법을 사용하여 상대방과의 거래를 유도하거나 청약의 철회 또는 계약의 해제를 방해하는 행위, ③ 청약의 철회 또는 계약의 해제를 방해할 목적으로 주소·전화번호 등을 변경하는 행위, ④ 분쟁이나 불만처리에 필요한 인력 또는 설비가 부족한 상태를 상당 기간 방치하여 상대방에게 피해를 주는 행위, ⑤ 상대방의 청약이 없음에도 재화 등의 대금을 청구하는 행위, ⑥ 소비자가 계약을 체결할 의사가 없음을 밝혔음에도 전화, 팩스, 컴퓨터 통신 등을 통하여 계약체결을 강요하는 행위, ⑦ 소비자피해보상보험계약 등을 체결하지 아니하고 영업하는 행위, ⑧ 소비자피해보상보험계약 등을 체결하지 아니하였음에도 소비자피해보상보험계약 등을 체결한 사실을 나타내는 표지나 이와 유사한 표지를 제작 또는 사용하는 행위, ⑨ 본인의 허락을 받지 아니하거나 허락받은 범위를 넘어 소비자에 관한 정보를 이용(제3자에게 제공하는 경우를 포함하는 행위, ⑩ 소비자가 계약을 해제하였음에도 불구하고 정당한 사유 없이 이에 따른 조치를 지연하거나 거부하는 행위, ⑪ 청약의 철회 또는 계약의 해제와 관련하여 분쟁이 발생한 경우 대금을 지급받기 위하여 소비자에게 위계를 사용하거나 위력을 가하는 행위, ⑫ 자신이 공급하는 재화 등을 소비자가 양도·양수하는 것을 상당한 이유 없이 제한하거나 양도·양수함에 있어 과다한 비용을 부과하는 행위, ⑬ 다른 사람에게 자기의 명의 또는 상호를 사용하여 선불식 할부거래업을 하게 하거나 선불식 할부거래업 등록증을 대여하는 행위 등이 있다.
- 8) 이에 해당하는 금지행위로는 ① 거짓 또는 과장된 사실을 알리거나 기만적 방법을 사용하여 소비자를 유인 또는 소비자와 거래하거나 청약철회 등 또는 계약의 해지를 방해하는 행위, ② 청약철회 등을 방해할 목적으로 주소, 전화번호, 인터넷도메인 이름 등을 변경하거나 폐지하는 행위, ③ 분쟁이나 불만처리에 필요한 인력 또는 설비의 부족을 상당기간 방치하여 소비자에게 피해를 주는 행위, ④ 소비자의 청약이 없음에도 불구하고 일방적으로 재화 등을 공급하고 그 대금을 청구하거나 재화 등의 공급 없이 대금을 청구하는 행위, ⑤ 소비자가 재화를 구매하거나 용역을 제공받을 의사가 없음을 밝혔음에도 불구하고 전화, 팩스, 컴퓨터통신 또는 전자우편 등을 통하여 재화를 구매하거나 용역을 제공받도록 강요하는 행위, ⑥ 본인의 허락을 받지 아니하거나 허락받은 범위를 넘어 소비자에 관한 정보를 이용하는 행위, ⑦ 소비자의 동의를 받지 아니하거나 총리령으로 정하는 방법에 따라 쉽고 명확하게 소비자에게 설명·고지하지 아니하고 컴퓨터프로그램 등이 설치되게 하는 행위 등이다.

부업자로 하여금 소비자를 현혹할 수 있는 허위·과장 광고를 할 수 없도록 하고(동법 제9조의3 참조), 「보험업법」에서는 보험계약의 체결 또는 모집에 종사하는 자로 하여금 보험계약자나 피보험자에게 불리한 일정한 행위를 하지 못하도록 정하고 있다(동법 제97조 참조).

3. 사업자의 부당거래행위 규제

위에서 본 부당거래행위에 대해서 우리 법은 다양한 방식으로 이를 규제하고 있는바, 규제의 수단 내지 개입되는 법규의 성격에 따라 행정적 규제와 형사적 규제 및 민사적 규제로 나눌 수 있다. 이를 개관하면 다음과 같다.

첫째, 행정적 규제는 일정한 위반행위(즉 부당거래행위)가 있을 때에 정부가 공권력을 발동하여 그러한 부당거래행위를 막거나 개선토록 하는 것이다. 이에 는 시정조치나 일정한 과징금 또는 과태료의 부과 등이 해당한다. 이를테면 소비자기본법 제80조에 의하면, 사업자가 동법에서 국가가 정한 기준, 즉 표시기준·광고기준·개인정보 보호기준을 위반하거나 국가가 지정·고시한 부당한 행위를 한 경우에(동법 제20조 참조), 중앙행정기관의 장은 그 사업자에게 위반행위의 중지 등 시정에 필요한 조치를 명할 수 있다. 또한 공정거래위원회는 사업자가 그러한 위반하는 행위를 한 사실을 알게 된 때에는 그 물품 등을 주관하는 중앙행정기관의 장에게 위반행위의 시정에 필요한 적절한 조치를 요청할 수 있다(동법 제81조 제2항). 아울러 사업자가 국가가 정한 표시기준·광고기준·개인정보 보호기준을 위반하거나 국가가 지정·고시한 부당한 행위를 한 경우에는 3천만원 이하의 과태료 처분을 받게 된다(동법 제86조 제1항 참조).

둘째, 형사적 규제는 일정한 위반행위에 대해 형벌을 부과하는 것을 내용으로 한다. 사업자의 부당행위가 형법상 사기, 협박, 업무방해 등에 해당하는 경우에는 형법의 규정에 따라 징역형이나 벌금에 처해짐은 물론이다. 그 외 소비자관련법은 특별법으로써 일정한 부당행위에 대해 징역 또는 벌금을 부과하는 규정을 두고 있다. 예컨대 「할부거래에 관한 법률」은 할부거래업자가 소비자에 대해 동법 제34조에서 금지하는 일정한 부당거래행위를 한 경우에는 1년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처하도록 정하고 있다(동법 제50조 제1항 참조).

셋째, 민사적 규제는 사업자가 소비자에 대해 행한 일정한 부당거래행위에 대해서는 사법상의 효력을 부인하거나 효력의 변경을 인정함으로써 소비자를 보호한다. 민법에서는 부당거래행위가 법률행위로서 사회질서에 반하거나 불공정한 경우에 무효로 되고(민법 제103조 및 제104조), 사업자의 부당거래행위로 인하여 소비자가 착오나 사기·강박에 의해 의사표시를 한 경우에 이를 취소할 수 있으며(민법 제109조 및 제110조), 사업자의 채무불이행에 대해 소비자는 계약을 해제할 수 있고(민법 제544조 및 제546조) 사업자의 부당거래행위가 채무불이행 또는 불법행위가 되어 소비자에게 손해가 발생한 경우에는 그 손해의 배상을 청구할 수 있다(민법 제390조 및 제750조). 이러한 일반적인 민법상의 효과 외에 특별법인 개별 소비자법에서는 사업자의 부당거래행위로부터 소비자를 보호하기 위해 금지청구를 인정하거나 철회권(또는 해지권)을 인정한다.⁹⁾ 이를테면 소비자기본법은 사업자가 동법 제20조의 규정을 위반하여 소비자의 생명·신체 또는 재산에 대한 권익을 직접적으로 침해하고 그 침해가 계속되는 경우 소비자단체로 하여금 법원에 소비자권익침해행위의 금지·중지를 구하는 소송을 제기할 수 있도록 하였다(동법 제70조 참조). 또한 「방문판매 등에 관한 법률」은 방문판매 또는 전화권유판매의 방법으로 재화 등의 구매에 관한 계약을 체결한 소비자에게 계약 후 14일 이내에 청약철회를 할 수 있으며(동법 제8조 참조) 또한 계속거래업자 등과 계속거래 등의 계약을 체결한 소비자는 계약기간 중 언제든지 계약을 해지할 수 있는데(동법 제31조), 만약 방문판매자 또는 계속거래업자가 소비자의 청약철회나 계약해지를 방해할 목적으로 소비자를 위협하게 되면 2년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처하게 됨으로써(동법 제61조 제1항 참조), 소비자의 청약철회권¹⁰⁾과 해지권을 보호하고 있다. 「방문판매 등에 관한 법률」에서 규정된 청약철회권이나 계약해지권은 「전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률」이나 「할부거래에 관한 법률」에서도 인정되고 있다.

9) 사업자의 부당거래행위에 대한 규제방식이 공법적 규제에서 사법적 규제로 무게중심을 이동하여야 한다는 주장에 관해서는 황진자, “사업자 부당거래행위 규제의 패러다임 전환”, 「소비자문제연구」 제28호(2005.12), 28면 이하 참고.

10) 소비자법상 소비자의 청약철회권에 관한 자세한 설명에 관해서는 고희석, “특수거래에 있어서 소비자의 청약철회권에 관한 연구”, 「민사법학」 제29호(2005), 323면 이하 참고.

Ⅲ. 부당거래행위의 규제와 관련한 EU지침

1. 개설

유럽연합에 속한 국가의 부당거래행위에 관한 내용을 알기 위해서는 우선 유럽연합의 부당거래행위에 관한 내용을 먼저 살펴보는 것이 순서이다.¹¹⁾ 그 이유는 유럽연합에 속한 회원국들은 유럽연합에서 정한 일정한 규범의 틀 내에서 자국법의 입법이 허용되기 때문이다. 좀 더 정확하게 말한다면, 유럽회원국들은 유럽연합이 정한 일정한 규범에 쫓아 자국법을 제정하거나 개정하여 다른 회원국들의 법과 동화시켜야 하는 의무가 있다. 유럽연합차원에서 회원국의 법을 동화시키는 유럽연합의 규범으로는 규칙과 지침이 있는데, 그 중에서 지침이 더 많이 활용된다. 그 이유는 규칙(Regulation; Verordnung)은 회원국들로 하여금 국내법편입절차를 취하지 않더라도 국내법과 마찬가지로 직접적으로 적용되는 효력을 가지므로(유럽공동체조약 제288조 제2문),¹²⁾ 규칙의 제정은 유럽연합조약상의 입법원칙상 필요한 최소한에 그쳐야 하기 때문이다.¹³⁾ 그에 반해 지침(Directive; Richtlinie)은 유럽연합회원국들이 추구하여야 하는 정책목표를 제시하고 각 회원국들이 국내입법을 통해서 동일한 결과의 실현을 가능하도록 하는 하나의 표준적인 규범으로서, 각 회원국들에게 ‘달성될 결과’에 대해서만 구속력이 있으며, 그 ‘형식과 방법’은 전적으로 회원국에게 맡겨져 있는 독특한 입법기술상의 규범이다(유럽연합조약 제288조 제3문).¹⁴⁾ 즉 지침은 EU회원국들로 하여금 공통의 목표를 위해 회원국들의 국내법규를 동화시킬 최소한의 가이드라인을 제시하여 일정한 기간 내에 회원국들로 하여금 지침의 내용을 국내법으로 전환하도록 요구한다. 따라서 회원국으로서는 EU지침의 내용을 어떠한 형태로든지 간에 국내법전환기간 내에 이를 입법적으로 반

11) 유럽연합(EU)에는 현재 28개 국가가 회원국으로 가입되어 있지만, 그중에서 본고에서는 IV.에서 독일의 입법상황에 관해 살펴본다.

12) 이러한 점에서 규칙(Regulation, Verordnung)은 규범적 성격상 국가의 법률(staatliche Gesetze)과 가장 유사하다고 평가받고 있다(Wiedemann/Gebauer, Zivilrecht und europäischen Intergration, in: *Zivilrecht unter europäischen Einfluss*, Düsseldorf 2005, S. 19.)

13) 유럽연합조약상 입법원칙이란 ① 제한된 개별수권의 원칙(Grundsatz der begrenzten Einzelmächtigung), ② 보충성의 원칙(Subsidiaritätsprinzip), ③ 비례성의 원칙(Grundsatz der Verhältnismäßigkeit)을 말한다. 이에 관한 자세한 설명은 줄고, “유럽연합(EU) 차원의 사법통일이 EU회원국들의 국내법에 미치는 영향에 관한 연구”, 『외법논집』 제34권 제3호(2010.08), 129면 이하 참고.

14) 줄고, “유럽연합(EU) 차원의 사법통일이 EU회원국들의 국내법에 미치는 영향에 관한 연구”, 131면.

영하여야만 한다.

EU차원의 부당거래행위의 규제와 관련하여 살펴본다면, 필자의 분석에 의하면 지침은 크게 두 가지 방향에서 전개되었다. 하나는 민법 및 소비자법의 동화를 위한 지침이며, 다른 하나는 경제법(특히 부정경쟁방지법)의 동화를 위한 지침이다. 물론 이러한 두 가지 방향의 지침은 종국적으로 유럽연합이 지향하는 공동시장(common market)의 실현에 이바지하기 위한 것이라는 점에서 공통적인 목표를 가진다. 즉 유럽연합 회원국들 사이에 상거래의 장벽을 제거함으로써 유럽공동체 전체를 묶을 수 있는 단일한 시장을 형성하기 위해서는 각국에 상이하게 존재하는 거래법규범의 동화가 필요한데, 그러한 동화수단으로써 다양한 내용의 지침이 제정·발효된 것이다. 그렇지만 지침은 전체 사법(私法)질서를 위해 일관된 프로그램에 따라 제정된 것이 아니라, 그때그때마다 제기되는 법적 문제점을 해결하기 위한 차원에서 제정되다 보니 전체적인 정합성이 떨어지는 문제점이 있다.¹⁵⁾ 이러한 문제점을 극복하기 위해 EU차원의 단일법전의 제정이 논의되기도 하고 실험적인 Soft Law들이 제정되기도 하였지만,¹⁶⁾ 현재까지 유럽연합차원에서 법통일을 위한 유효하고 실질적인 규범은 여전히 지침(Directive)이라고 할 수 있다. 본 단락에서는 소비자보호를 위한 EU의 여러 지침 중에서 특히 부당거래행위의 규제와 관련하여 시사적인 의미를 갖는 지침을 선별하여 살펴본다.

2. 민법 및 소비자법의 동화를 위한 지침

(1) 지침의 전개과정

EU는 소비자보호에 관한 한 지속적으로 높은 규범적 수준을 요구하면서 관련된 지침을 제정하여 왔다. 이는 EU가 지향하는 공동시장의 실현을 위해서는 소비자의 이익을 보호하는 것이 중요하다는 인식에 기인한 것이다.¹⁷⁾ 그에 관한 첫 지침은 1985년 제정된 「방문판매에 관한 지침」(Doorstep Selling Directive¹⁸⁾)이다.¹⁹⁾ 동 지침은 영업자의 영업장소 이외의 곳에서 소비자와 체

15) EU에서 제정한 지침 상호간의 불일치로 인해 발생하는 문제점에 대해서는 줄고, “유럽연합(EU)에서의 민사법 통일화작업에 관한 연구”, 「민사법학」 제34호(2006.12), 198면.

16) 이를테면 PECL(유럽계약법원칙), PICC(국제상사계약원칙), DCFR(공동참조기준초안) 등을 들 수 있다. 또한 2014년 CESL(유럽공동매매법)에 관한 규칙(Regulation)이 유럽의회를 통과하였으나, 그 실행여부는 아직 미정이다.

17) 김성천·이준우, 「EU의 소비자법에 관한 연구」, 한국법제연구원, 2007, 14면.

결된 계약에 대해, 영업자는 소비자에게 최소 7일 이상의 기간으로 철회권이 인정됨을 서면으로 알리도록 요구하고 있다(동 지침 제4조). 이후 1993년에는 「소비자계약에 있어 불공정조항에 관한 지침」(Unfair Terms Directive²⁰)이 제정되었는데, 동 지침은 불공정조항의 동화를 통해 사업자의 부당거래행위를 규제하는 매우 실효성 있는 지침이라는 점에서 아래에서 보다 상세히 살펴본다.

한편 1985년 제정된 「방문판매에 관한 지침」과 유사한 규율목적으로 1997년 「원격거래에 관한 지침」(Distance Selling Directive²¹)이 제정되었는데, 지침은 원격계약 및 원격통신수단에 의한 계약에 적용된다. 동 지침은 공급자(supplier)로 하여금 소비자에게 일정한 정보의 제공을 의무지우고, 소비자에게는 위약금 기타 아무런 조건없이 최소 7일 이상의 기간으로 철회권을 인정하고 있다(동 지침 제6조).

그 외 사업자의 부당거래행위에 대한 규제와 직접적인 관계가 있는 것은 아니지만, 1999년 제정된 「소비재의 매매 및 관련 보증에 관한 지침」(Sale of consumer Goods and Associated Guarantees Directive²²)은 소비자를 상대로 한 매매계약에 있어서 매도인으로 하여금 매매계약의 내용에 적합한 물품을 급부할 의무를 지우고(지침 제2조 제1항), 이를 위반한 매도인에게 하자보수·대체물급부·대금감액의 청구 및 계약해제 등의 담보책임임을 부과하면서(지침 제3조) 소비자로 하여금 2년의 담보책임행사기간을 인정한다(지침 제5조).²³⁾

18) Council Directive 85/577/EEC of 20 December 1985 to protect the consumer in respect of contracts negotiated away from business premises

19) 같은 해에 제조물책임지침(Council Directive 85/374/EEC)이 제정되었지만, 방문판매지침은 소비자보호와 관련하여 EU가 내놓은 최초의 지침으로 평가받고 있다(김성천·이준우, 「EU의 소비자법에 관한 연구」, 14면).

20) Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts. 이하 「불공정조항지침」으로 약칭한다.

21) Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council of 20 May 1997 on the protection of consumers in respect of distance contracts

22) Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council of 25 May 1999 on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees

23) 「소비재의 매매 및 관련 보증에 관한 지침」에 관한 보다 상세한 내용은 박영복, 「소비재의 매매 및 관련 보증에 관한 EU 지침」, 『외법논집』 제16집(2004. 8), 147면 이하 참고. 또한 동 지침의 EU회원국들의 국내법전환에 관한 개관으로 박영복 「유럽 매매법의 통일화」, 『민사법학』 제37호(2007. 6), 67면 이하(특히 85면 이하) 참고.

그런데 소비자보호와 관련한 EU지침은 새로운 변화를 겪게 된다. 즉 2008년 10월 8일 유럽위원회는 중전에 산발적으로 다루어지던 소비자보호에 관한 지침들을 한데 묶어 소비자의 권리에 관한 포괄적인 내용을 담은 입법지침초안을 발표하였다. 이 초안은 이후 3년 동안 수많은 수정을 거쳐, 2011년 6월 유럽의회와 10월 각료이사회를 통과하여 2011년 12월 12일부터 「소비자권리지침」(Consumer Rights Directive²⁴⁾)이라는 이름으로 효력을 발생하게 되었다. 당초 「소비자권리지침」은 소비자보호와 관련된 8개의 EU지침을 검토대상으로 하였으나,²⁵⁾ 지침의 제정을 위한 논의과정에서 포섭대상인 지침은 위에 소개된 4개의 지침, 즉 「방문판매에 관한 지침」, 「원격거래에 관한 지침」, 「불공정조항지침」, 「소비재의 매매 및 관련 보증에 관한 지침」으로 압축된다.²⁶⁾ 그렇지만 「소비자권리지침」의 최종 입안과정에서는 「방문판매에 관한 지침」과 「원격거래에 관한 지침」만 전적으로 포섭되면서 이들 지침은 폐지되었다. 「불공정조항지침」과 「소비재의 매매 및 관련 보증에 관한 지침」은 일부조항이 「소비자권리지침」에 수용되긴 하였지만, 큰 틀은 그대로 유지되고 있다. 「소비자권리지침」이 규율하는 핵심적인 내용은 원격판매 내지 사업장의 판매에 있어서 사업자의 계약체결전 정보제공의무와 계약체결 후 확인통지의무 그리고 소비자의 철회권보장 등이다.²⁷⁾ 결국 민법 및 소비자법에 있어서 사업자의 부당거래행위의 규제와 관련하여 가장 중요한 EU지침은 여전히 「불공정조항지침」이며, 부가적으로 새로 제정된 「소비자권리지침」이라고 할 수 있다.

(2) 「소비자계약에 있어 불공정조항에 관한 지침」

24) Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council Text with EEA relevance

25) 8개 지침이란 「방문판매에 관한 지침」, 「기획여행에 관한 지침」, 「소비자계약에 있어 불공정조항에 관한 지침」, 「부동산의 시분할이용에 관한 지침」, 「원격거래에 관한 지침」, 「제품가격표시에 관한 지침」, 「소비자이익보호를 위한 채무불이행소송에 관한 지침」, 「소비재의 매매 및 관련 보증에 관한 지침」 등이다.

26) Grundmann, Die EU-Verbraucherrechte-Richtlinie: Optimierung, Alternative oder Sackgasse?, JZ 2013, S. 54.

27) 「소비자권리지침」의 개괄적인 내용을 소개한 국내문헌으로는 김중길, “유럽연합(EU)의 소비자권리지침의 핵심적 규정내용 - 독일에서의 논의를 중심으로-”, 「법학연구」 제22권 제2호(2014. 4), 경상대 법학연구소, 43면 이하 참고. 또한 「소비자권리지침」에서 규정하고 있는 철회권에 관한 상세한 설명으로는 고희석, “유럽연합 소비자권리지침상 청약철회권에 관한 연구 - 우리 법과의 비교법적 고찰을 중심으로-”, 「법학논총」 제29집 제4호(2012. 12), 한양대 법학연구소, 263면 이하 참고.

1993년에 제정된 일명 「불공정조항지침」은 소비자보호를 위한 EU의 지침 중에서 특별히 중요한 의미를 갖는다. 왜냐하면 동 지침의 제정 이전 EU회원국들은 소비자계약에 있어서 불공정조항의 인정여부에 대해 큰 차이를 보이고 있었기 때문에 유럽단일시장 내의 물품소비거래에 있어서 큰 장애요인이 아닐 수 없었다. 이를 극복하기 위해 제정된 「불공정조항지침」은 그동안 각국마다 다의적으로 이해될 수 있었던 불공정한 조항의 내용을 구체적으로 기술·열거하고 있다는 점에서 의미가 있다. 그 내용을 간단히 살펴보면, 우선 「불공정조항지침」은 B2C, 즉 사업자와 소비자 사이의 계약(즉, 소비자계약)에 한해 적용되지만(동 지침 제1조 제1항), 약관이 아닌 1회성 계약을 위한 계약조항에도 적용된다는 특징이 있다(동 지침 제3조 제1항 참조). 특히 중요한 것은 「불공정조항지침」의 내용통제에 관한 것인데, 동 지침은 개별적으로 교섭되지 않은 조항은 그것이 신의칙에 반하여 계약으로부터 발생하는 당사자의 권리·의무에 현저한 불균형을 야기하여 소비자에게 불이익을 주는 경우에는 불공정한 것으로 본다는 원칙을 세우고 있다(동 지침 제3조 제1항). 만일 어느 계약조항이 불공정한 것으로 판명된 경우에 그 조항은 소비자에 대하여는 구속력이 없다. 다만 그러한 불공정조항이 없었어도 계약이 존재할 수 있는 한, 그 계약의 구속력은 유지된다(동 지침 제6조 제1항). EU의 회원국들은 불공정한 계약조항의 사용을 근절하기 위해 적절하고 효과적인 수단을 확보하여야 하며(동 지침 제7조 제1항), 그 수단으로 소비자보호에 상당한 이익을 가지는 자 또는 단체가 각국의 국내법에 따라 법원 또는 권한있는 당국에 계약조항이 불공정한지여부의 판단을 요구할 수 있는 규정을 마련하여야 한다(동 지침 제7조 제2항).

동 지침의 부록(Annex)에는 불공정조항으로 볼 수 있는 17개의 예시조항을 열거하고 있는바, 지침에서 규정된 불공정한 조항은 계약내용에서 표출될 수 있는 사업자의 부당거래행위의 양태라는 점에서 주목할 필요가 있다.²⁸⁾ 그러한 불공정조항의 예시는 다음과 같다.²⁹⁾

- | |
|---|
| <ul style="list-style-type: none"> (a) 매도인 또는 공급자의 작위 또는 부작위에 의하여 발생한 소비자의 사망 또는 인신 피해의 경우에 매도인 또는 공급자의 법적 책임을 배제하거나 제한하는 조항 (b) 매도인 또는 공급자에 의한 계약상 의무의 전부 또는 일부의 불이행 내지 불완전이행의 경우에 매도인 또는 공급자 기타 당사자에 대한 소비자의 법적 권리를 부당하게 배제하거나 제한하는 조항. 또는 여기서의 법적 권리는 소비자가 매도인 또는 공급자에 대하여 갖는 청구권과 매도인 또는 공급자에 대하여 부담하는 채무를 상계할 수 있는 권리를 포함한다. (c) 매도인 또는 공급자에 의한 서비스제공에 대하여 그 실현 여부가 그의 의사에만 좌우될 수 있는 조건을 붙였음에도 불구하고, 소비자를 구속하는 합의를 하는 경우 (d) 매도인 또는 공급자가 계약의 해제 당사자인 경우에 그 매도인 또는 공급자가 하여야 할 동 |
|---|

- 등한 배상을 소비자가 수령할 수 있다고 규정하지 않고, 소비자가 계약을 체결하지 않거나 이행하지 않겠다고 의사결정한 경우에 매도인 또는 공급자가 소비자가 지급한 금액을 보유할 수 있도록 한 조항
- (e) 채무를 이행하지 않은 소비자에 대하여 배상으로서 부당하게 고액을 지급할 것을 요구하는 조항
 - (f) 같은 평의가 소비자에게 제공되지 않을 경우에 매도인 또는 공급자에게 재량으로써 계약을 해소할 권한을 부여한 조항. 또는 계약을 해소한 당사자가 매도인 또는 공급자인 경우에 아직 제공되지 않은 서비스에 대하여 지급한 금액을 보유할 수 있는 권한을 매도인 또는 공급자가 보유할 수 있도록 한 조항
 - (g) 중대한 이유가 있는 경우를 제외하고, 매도인 또는 공급자가 합리적인 통지없이 불확정기한의 계약을 종료시킬 수 있도록 한 조항
 - (i) 소비자가 계약의 경신을 희망하지 않는다는 의사를 표시할 수 있도록 정해놓은 기한이 부당하게 이른 경우에 소비자가 다른 의사표시를 하지 않으면 확정기한의 계약이 자동적으로 갱신되도록 한 조항
 - (j) 계약의 체결 이전에 소비자가 그 존재를 알 수 있는 현실적인 기회를 갖지 않았던 조항에 관하여 철회의 기회를 주지 않고 소비자를 구속한 경우
 - (k) 정당한 이유없이 계약에서 약정한 계약조항을 매도인 또는 공급자가 일방적으로 변경할 수 있도록 한 조항
 - (l) 계약체결시에 합한 가격에 비하여 최종적인 가격이 높아진 경우에 소비자에게 계약을 해소할 대항적인 권리를 부여하지 않고, 인도시에 제품의 가격이 결정되도록 약정한 조항 또는 제품의 매도인 또는 서비스 공급자가 그 가격을 인상할 수 있도록 한 조항
 - (m) 공급된 제품 또는 서비스가 계약에 적합한지 여부를 결정할 권리를 매도인 또는 공급자에게 부여한 조항, 또는 계약조항을 해석할 배타적인 권리를 매도인 또는 공급자에게 부여한 조항
 - (n) 그 대리인에 의하여 인수된 약속을 존중하여야 하는 매도인 또는 공급자의 의무를 제한하는 조항, 또는 매도인 또는 공급자의 약속을 특정한 형식에 따르도록 한 조항
 - (o) 매도인 또는 공급자가 자기의 의무를 이행하지 않을 경우에도 소비자에게 그 의무를 이행하도록 강요하는 조항
 - (p) 그 양도가 소비자에 대한 보증을 제한하는 경우에 소비자의 동의없이 매도인 또는 공급자의 계약상 권리 및 의무를 양도할 수 있는 가능성을 매도인 또는 공급자에게 인정한 조항
 - (q) 따로 다른 방법을 배제하고 오로지 법규에서 정하지 않은 중재에 분쟁을 회부할 것을 소비자에게 요구하거나 소비자가 이용할 수 있는 증거를 제한하거나 또는 적용가능한 법을 따르면 계약상대방이 부당하여야 할 입증책임을 소비자에게 지움으로써 법적 소송을 제기하거나 기타 법적 구제수단을 행사할 소비자의 권리를 배제하거나 방해하는 조항

3. 경제법(부정경쟁방지법)의 동화를 위한 지침

유럽연합 차원에서 제정된 부당거래행위의 규제와 관련한 경제법의 동화를 위한 지침은 크게 2가지라고 할 수 있다. 하나는 「오인야기광고에 관한 지침」

- 28) 동 지침 제3조 제3항은 부록의 예시조항이 폐쇄적 의미를 갖는 것이 아니라고 함으로써, 부록의 17개 조항 이외의 사항에 대해서도 불공정조항으로 인정될 수 있음을 예정하고 있다.
- 29) 아래에 열거된 지침의 번역은 김성천·이준우, 「EU의 소비자법에 관한 연구」, 한국법제연구원, 2007, 65면 이하를 참고하였다. 지침의 부록에 기재된 조문이 다소 많기는 하지만, 본고에서 어떠한 사항들이 '부당거래행위'로 인정될 수 있는 지에 대한 중요한 기준을 엿볼 수 있다는 점에서 이를 그대로 적시한다.

이고 다른 하나는 「불공정한 상행위에 관한 지침」이다.

(1) 「오인야기광고에 관한 지침」

「오인야기광고에 관한 지침」(Misleading Advertising Directive³⁰)은 처음 1984년에 제정되었는데, 동 지침의 정식명칭에서 볼 수 있듯이 회원국의 오인 광고에 관한 회원국의 법률규정 및 행정법규의 동화를 꾀하기 위한 것이다. 동 지침의 제정목적은 오인광고와 그로 인한 불공정한 효과로부터 소비자뿐만 아니라, 상인과 자영업자 등 공공의 이익을 보호하기 위한 것이므로(동 지침 제1조), 동 지침의 보호대상은 소비자에 국한되지 않는다. 오인광고(misleading advertising)란 광고를 접한 사람이 속거나 혹은 속을 가능성이 있거나 또는 기만적인 속성으로 인해 경제적 행동에 영향을 미치거나 경쟁사업자에게 손해를 끼치거나 끼칠 우려가 있는 일체의 표현방식을 의미한다(동 지침 제2조). 동 지침은 회원국으로 하여금 소비자와 경쟁사업자 및 공공이익을 위해 이러한 오인광고가 근절될 수 있도록 적절하고 효과적인 법적 조치를 취하도록 요구하고 있다(동 지침 제4조). 그런데 「오인야기광고에 관한 지침」은 1997년 오인야기광고 외에도 비교광고에 관한 규제를 포함시킨 「오인야기광고 및 비교광고에 관한 지침³¹」으로 개정된다. 개정된 지침에서는 일체의 비교광고를 금지하는 것은 아니고 비교광고가 소비자나 경쟁자에게 오인하게 하는 것을 규제하고 있다. 이후 후술하는바와 같이 2005년에 「불공정한 상행위에 관한 지침」이 제정되면서 「오인야기광고 및 비교광고에 관한 지침」에서 대상으로 하던 소비자에 대한 오인야기 및 비교광고 등은 「불공정한 상행위에 관한 지침」의 규율대상으로 포섭된다. 이에 따라 1997년 제정된 「오인야기광고 및 비교광고에 관한 지침」은 2006년 새로 2006년 12월 12일 제정된 「오인 및 비교광고 지침³²」에 의해 대체되면서 2007년 12월 2일부터 폐지되었다. 결국 현재 「오인 및 비교광고 지침」에서는 사업자(trader)에 대한 오인야기광고와 비교광고에 대해서만 규제하고 있다(동 지침 제1조).

30) Council Directive 84/450/EEC of 10 September 1984 relating to the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning misleading advertising

31) Directive 97/55/EC of European Parliament and of the Council of 6 October 1997 amending Directive 84/450/EEC concerning misleading advertising so as to include comparative advertising

32) Directive 2006/114/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 concerning misleading and comparative advertising

(2) 「불공정한 상행위에 관한 지침」

이와 같이 종전의 「오인야기광고에 관한 지침」의 규율대상 중 소비자에 대한 보호는 더 이상 남아 있지 않으므로, 경제법차원에서 사업자의 소비자에 대한 부당거래행위를 규제하는 유럽연합의 입법으로는 2005년 5월 11일에 제정된 「불공정한 상행위에 관한 지침」(Unfair Commercial Practices Directive³³)이 매우 중요한 의미를 갖는다. 그 내용을 개관하면 다음과 같다.

우선 동 지침 제1조는 제정목적에 대해 소비자의 경제적 이익을 해치는 불공정한 상행위(unfair commercial practices)의 규제를 위한 회원국들의 각종 법령을 동화함으로써 역내시장의 온전한 작동과 높은 수준의 소비자보호에 기여하는 것이라고 밝히고 있다. 동 지침은 B2C 거래, 즉 소비자를 상대로 한 사업자의 상행위에 한해 적용된다(지침 제3조 제1항).³⁴ 지침에서 사업자의 불공정한 상행위에 대한 판단은 구성상 3단계의 심사과정을 거치게 된다.

첫째 단계에서는 일반조항인 지침 제5조에 따라 일반적 심사를 거치게 된다. 즉 지침 제5조 제1항은 “불공정한 상행위는 금지된다.”라고 일반원칙을 선언하면서, 제2항에서는 불공정한 상행위로 평가할 수 있는 기준을 제시하고 있다. 즉 상행위가 (a) 직업상 요구되는 성실의무에 반하고, (b) 평균적인 소비자의 경제적 행동을 실질적으로 왜곡하거나 왜곡할 우려가 있는 경우에, 불공정한 상행위로 볼 수 있다고 한다. 이때 불공정한 상행위는 누구를 기준으로 판단할 것인가에 대해 일반적으로는 평균적인 소비자의 시각에서 판단해야겠지만, 어느 소비자가 정신적 혹은 육체적으로 취약하거나 나이 또는 경솔함으로 인해 특정한 상행위나 상품에 쉽게 유혹을 받기 쉬운 자라는 사실을 사업자가 예측할 수 있는 경우에는 그러한 소비자집단의 평균적 구성원의 시각에서 상행위가 소비자의 경제적 행동을 왜곡시킬 수 있는지를 판단하여야 한다(동 지침 제5조 제3항).

33) Directive 2005/29/EC of 11 May 2005 concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market and amending Directives 84/450/EEC, 97/7/EC, 98/27/EC and 2002/65/EC and Regulation (EC) No 2006/2004 (Unfair Commercial Practices Directive)

34) 동 지침의 적용범위가 너무 제한적이라는 비판에 대해서는 Glöckner, Richtlinien-vorschlag über unlautere Geschäftspraktiken, deutsches UWG oder die schwierige Umsetzung von europarechtlichen Generalklauseln, *WRP* 2004, S. 936, 938; Götting/Nordemann/Götting, *UWG-Handkommentar*, Einleitung UWG, Rn. 113.

둘째 단계는 지침 제5조에서 일반적으로 규정한 불공정한 상행위의 구체적 양태에 해당하는지를 심사하는 것이다. 지침 제5조 제4항은 특별히(in particular) 오인야기(misleading)와 공격적(aggressive) 행위가 불공정한 상행위가 될 수 있다고 하면서, 지침 제6조와 제7조에서 「오인야기 상행위」를 그리고 지침 제8조와 제9조에서 「공격적 상행위」에 대해 상세한 규정을 두고 있다. 지침은 오인야기 상행위(misleading commercial practices)를 다시 오인야기작위(지침 제6조)와 오인야기부작위(지침 제7조)로 나누고 있다. 오인야기작위(misleading actions)는 허위의 정보를 포함하여 진실하지 않거나 전체적인 표현이 평균적인 소비자를 기만하거나 기만할 우려가 있는 상행위를 말한다. 오인야기작위는 비록 소비자에게 제공된 정보가 사실이라고 하더라도 제품의 존재·성질, 주요 특성(즉 제품의 장점·위험·구성·부속품·애프터서비스·반품절차 등), 사업자의 의무범위, 가격, 서비스·보상, 사업자의 지위, 소비자의 권리 등의 요소에 관한 기만으로 말미암아, 만약 그러한 기만이 아니었다면 소비자가 거래를 하지 않았을 것이라면 불공정한 상행위에 해당하게 된다(동 지침 제6조 제1항). 또한 비교광고를 포함한 물건·상표·제조회사나 다른 업체와의 구별에 혼란을 가져오는 일체의 마케팅을 하거나 사업자에게 부과된 법규를 위반함으로써, 평균적인 소비자로 하여금 그러한 행위가 아니었다면 거래를 하지 않았을 것이라고 인정되는 상행위 또한 오인야기작위로서 불공정한 상행위로 보게 된다(동 지침 제6조 제2항). 한편 오인야기부작위(misleading omission)는 구체적 사안에서 모든 사정과 커뮤니케이션수단의 한계를 고려해 볼 때 평균적인 소비자가 거래를 결정하는데 필요한 중요한 정보(material information³⁵⁾)가 누락되어 있는 것으로, 만약 그러한 정보가 누락되지 않았다면 평균적인 소비자가 다른 결정을 할 수 있었을 것임에도 불구하고 그러한 누락으로 말미암아 해당 소비자가 거래를 하거나 할 가능성이 있는 상행위를 말한다(동 지침 제7조 제1항). 또한 사업자가 위와 같은 정보를 은폐하거나 불명확하게 하거나 이해하기 어렵게 하거나 애매하게 제공하거나 적시에 제공하지 않음으로써 상행위의 목적을 알아차릴 수 없게 만드는 행위도 오인야기부작위에 의한 불공정한 상행위에 해당한다(동 지침 제7조 제2항). 불공정한 상행위의 또 다른 유형인 공격적 상행위(aggressive commercial practices)는 거래상황을 종합적으로 고려해 볼 때

35) 동 지침이 의미하는 중요한(material) 정보란 제품의 주된 특질, 사업자의 주소와 동일성(예컨대 상호, 경우에 따라서는 대리인의 주소와 동일성), 세금을 포함한 가격, 지불방식·배송방식·이행방식·이의제기절차, 해제권·철회권의 행사 등이 이에 해당한다(동 지침 제7조 제4항 참조).

괴롭힘(harassment), 신체적 강제를 포함한 강요(coercion) 또는 부당한 영향력의 행사(undue influence)로 말미암아 평균적인 소비자가 누려야 할 결정의 자유 또는 제품에 대한 행동의 자유를 현저히 침해하거나 침해할 우려가 있는 행위로서, 해당소비자가 달리 행동할 수 있었음에도 불구하고 그로 인해 거래를 하거나 할 우려가 있는 상행위를 말한다(동 지침 제8조). 괴롭힘, 강요 및 부당한 영향력의 행사인지를 판단함에 있어서는 그러한 행위가 일어난 시기·장소·방식·지속성, 사용된 협박·오용된 언어 또는 행동, 소비자의 판단을 침해하는 불행한 상황 등의 이용, 사업자가 정한 과중하거나 터무니없는 비계약적 장벽, 법적으로 허용되지 않는 일체의 위협 등이 고려되어야 한다(동 지침 제9조).

셋째 단계는 부록에 적시된 불공정한 상행위에 해당여부를 검토하는 것이다. 동 지침 제5조 제5항은 부칙1(Annex I)에 열거된 상행위는 어떠한 경우에도 불공정한 것으로 간주된다고 하면서, 부칙에 오인야기 상행위에 해당하는 23개의 행위와 공격적 상행위에 해당하는 8개의 행위 등 총 31개의 불공정행위의 모습을 적시하고 있다. 이른바 블랙리스트(Blacklist)라고 불리는 부록의 어느 한 행위에 해당되기만 하면 별도의 판단을 기다리지 않고서 그러한 상행위는 당연히 금지되며 불공정한 것으로 간주된다.³⁶⁾

부칙에서 규정하고 있는 오인야기 상행위(misleading commercial practices)로 분류되는 불공정한 상행위는 다음과 같다.³⁷⁾

- ① 행동수칙에 서명했다고 주장하나 사업자가 서명하지 아니한 경우
- ② 필요한 인증을 획득하지 않고 신뢰성 마크, 품질 마크, 그 밖에 이와 유사한 마크를 게시하는 경우
- ③ 행동수칙이 공공기관 또는 기타 기관으로부터 추천을 받았다고 주장하나 공공기관 또는 기타 기관이 추천하지 않은 경우
- ④ 사업자(상행위를 포함) 또는 제품이 공공기관 또는 사적 기관으로부터 승인, 추천, 인가를 받았다고 주장하나, 사업자 또는 제품이 승인, 추천, 인가를 받지 않았거나 승인, 추천, 인가 조건을 준수하지 않으면서 그러한 주장을 하는 경우
- ⑤ 특정한 가격으로 제품 구입을 권유하지만, 제품, 제품의 광고 규모 및 제안된 가격을 고려하여, 사업자가 제안된 가격으로 합리적 기간 동안 그리고 합리적인 양으로 해당 제품 또

36) Busch, *Lauterkeitsrecht in Europa: Acquis communautaire*, in: *Lauterkeitsrecht in Europa*, München, 2011, S. 2.

37) 아래에 열거된 부칙의 32개의 불공정행위는 부당거래행위의 유형을 파악하는데 유용한 자료이므로 다소 양이 많더라도 원문을 그대로 기술하고자 한다. 동 원문의 번역은 박희주, 「사업자의 부당거래행위 지정·고시에 관한 연구」, 한국소비자원, 2009, 48면 이하를 채택한 것이다.

- 는 그와 유사한 제품을 자신이 공급할 수 없거나 다른 사업자에게 공급하도록 알선할 수 없을 가능성이 있음을 충분하고도 합리적 근거로 제시하지 않는 경우(미끼 광고)
- ⑥ 특정한 가격으로 제품들의 구입을 권유한 다음, 다른 제품의 판매촉진을 목적으로 다음 각 항의 어느 하나에 해당하는 경우(미끼 및 변경)
 - i) 광고된 품목을 소비자에게 보여주기를 거부하는 경우
 - ii) 해당 제품에 대한 주문을 거절하거나 합리적 기간 내에 인도하는 것을 거절하는 경우
 - iii) 하자 있는 견본을 보여주는 경우
 - ⑦ 당장의 결정을 유도하고 소비자에게 정보를 바탕으로 선택할 수 있는 충분한 기회와 시간을 주지 않기 위하여, 아주 제한된 시간동안 제품을 이용할 수 있을 뿐이라고 거짓말을 하는 경우
 - ⑧ 사업자가 거래 전에 사업자가 소재하는 유럽공동체 회원국의 공식 언어가 아닌 언어로 의사소통을 해왔던 소비자들에게 판매 후 서비스 제공을 약속하고 나서, 소비자가 계약을 체결하기 전에 소비자에게 이 사실을 명백히 밝히지 않고 다른 언어로만 그 서비스를 이용할 수 있게 하는 경우
 - ⑨ 제품이 법적으로 판매될 수 없는데 판매가능하다고 말하거나 아니면 그러한 인상을 주는 경우
 - ⑩ 법으로 소비자에게 주어진 권리들을 사업자 제안의 두드러진 특징으로 제시하는 경우
 - ⑪ 제품 판매를 촉진하기 위해, 사업자가 기사에서 또는 소비자들이 명백히 확인할 수 있는 이미지 또는 소리에 의해 판매 촉진임을 밝히지 않고, 판매 촉진을 위해 대가를 지불해온 미디어에서 편집 기사를 이용하는 경우(기사 형식의 광고)
 - ⑫ 소비자가 제품을 구입하지 않는 경우 소비자 또는 그 가족들의 일신상 안전에 대한 위험의 성질 및 범위에 관하여 실질적으로 부정확한 주장을 하는 경우
 - ⑬ 제품이 특정 제조자에 의해 만들어지지 않았음에도 고의로 소비자로서 하여금 동일한 제조자에 의해 만들어졌다고 믿도록 유도하는 방식으로 그 제조자에 의해 만들어진 제품과 유사한 제품의 판매를 촉진하는 경우
 - ⑭ 소비자가 제품들의 판매 또는 소비보다 다른 소비자들을 조직에 가입시키는 것으로부터 주로 비롯되는 보상을 받을 기회를 고려하는 피라미드 판매조직을 설립하거나 운영하거나 촉진하는 경우
 - ⑮ 사업자가 사업을 그만두거나 점포를 옮기지 않음에도 사업을 그만두려 한다거나 점포를 옮기려 한다고 주장하는 경우
 - ⑯ 제품이 기술보다 운에 좌우되는 게임에서 승리를 조장할 수 있다고 주장하는 경우
 - ⑰ 제품이 질병, 기능장애 또는 기형을 치료할 수 있다고 허위로 주장하는 경우
 - ⑱ 소비자로서 하여금 통상의 시장 조건보다 덜 유리한 조건으로 제품을 취득하도록 설득할 의도로써, 시장 조건 또는 상품 취득 기회에 관한 실질적으로 부정확한 정보를 전달하는 경우
 - ⑲ 선전된 현상(경품) 또는 합리적인 등가물을 수여하지 않는데도 상행위에서 경쟁 또는 현상(경품) 이벤트를 주장하는 경우
 - ⑳ 소비자가 상행위에 따른 불가피한 비용 및 세금 또는 제품의 배송비 이외에 무엇을 지불해야 하지만 무료 또는 이와 유사한 것으로 설명하는 경우
 - ㉑ 소비자가 주문을 하지 않았는데 소비자가 제품을 이미 주문하였다는 느낌을 소비자에게 주는 청구서 또는 이와 유사한 대금을 청구하는 서류를 마케팅 자료에 포함하는 경우
 - ㉒ 사업자가 사업, 영업, 직업과 관련한 목적으로 행위를 하는 것이 아니라고 허위로 주장하거나 느낌을 주는 경우, 또는 자신을 소비자라고 허위로 말하는 경우
 - ㉓ 제품에 관한 판매 후 서비스가 판매된 국가 이외의 유럽경제공동체 회원국에서도 가능하다는 허위 느낌을 주는 경우
 - ㉔ 계약이 체결될 때까지 소비자가 영업장을 떠날 수 없다는 느낌을 주는 경우
 - ㉕ 계약상 채무 이행에 필요한 정당한 사정 및 범위를 벗어나서, 나가라거나 재방문하지 말라는 소비자의 요청을 무시하고 소비자 집을 직접 방문하는 경우
 - ㉖ 계약상의 채무 이해에 필요한 정당한 사정 및 범위를 벗어나서, 전화, 팩스, 이메일, 기타 원격 미디어로 지속적으로 원하지 않는 권유를 하는 경우
 - ㉗ 소비자가 계약상의 권리를 행사하는 것을 단념시키기 위해, 보험증권에 근거하여 주장하고

- 자 하는 소비자들에게 그 주장이 타당한지 여부에 관하여 합리적이라고 생각되지 않는 서류들의 제출을 요구하거나, 관련 통신에 고의적으로 응답하지 않는 경우
- ㉔ 광고 제품을 구매하거나 또는 부모나 다른 어른들에게 광고 제품의 구매를 설득하도록 하는 어린이들에 대한 직접권유를 광고에 포함하는 경우
 - ㉕ 상품이 통신판매소비자보호지침(97/7/EC) 제7조 3항에 따라 공급된 대체물인 경우를 제외하고, 소비자의 주권없이 사업자가 제공한 상품들에 대해 즉시 또는 거치 지불을 요구하거나 반환 또는 보관을 요구하는 경우(강매)
 - ㉖ 소비자가 상품이나 서비스를 구입하지 않으면, 사업자의 일 또는 생계가 위험에 빠지게 된다고 소비자에게 노골적으로 알리는 경우
 - ㉗ 사실은 (a) 현상(경품) 또는 기타 유사한 이익이 없거나, (b) 현상(경품) 또는 기타 유사한 이익의 주장과 관련하여 어떤 행위를 하는 것이 소비자에게 돈을 지불하게 하거나 비용을 유발시키는 경우로, 소비자가 현상(경품) 또는 기타 유사한 이익을 이미 획득하였다거나, 획득할 것이거나, 또는 특정한 행위를 하는 때에 획득할 것이라는 허위의 느낌을 갖게 하는 경우

또한 부칙은 다음과 같은 행위를 공격적 상행위(aggressive commercial practices)로 분류하면서 이를 불공정한 상행위로 간주한다.

지침은 회원국으로 하여금 불공정한 상행위의 근절을 위해 적절하고 효과적인 수단을 강구하도록 요구하며(동 지침 제11조), 이의 실현을 위한 민사 및 행정절차상 법원 또는 행정기관에 권한을 부여하도록 하고(제12조), 지침을 반영한 국내법에 위반사항에 대한 제재규정을 두도록 요구한다(동 지침 제13조).

IV. 독일법상 부당거래행위의 규제

위에서 살펴본 EU지침을 국내법으로 수용하는 과정에서 독일은 민법(BGB)과 부정경쟁방지법(UWG)에 있어서 많은 변화를 겪게 된다.

1. 독일민법(BGB)상 규제

(1) 방문판매 및 원격거래의 규율

1985년 제정된 「방문판매에 관한 지침」(Doorstep Selling Directive)을 수용하기 위하여 독일은 1985년 11월 「방문판매법」(Haustürwiderrufsgesetz³⁸⁾: 약칭 HWiG)을 제정하여 1986년 5월에 이를 시행하게 된다. 동 법률에서 소비자

38) 정식명칭은 「방문판매행위 및 유사행위에 있어서 철회에 관한 법률」(Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften)이다.

에게는 1주일의 기간 동안 계약의 의사표시를 철회할 수 있는 권리가 보장되었다(제1조). 한편 1997년 제정된 「원격거래에 관한 지침」(Distance Selling Directive)을 수용하기 위하여 2000년 7월에 「원격거래법」(Fernabsatzgesetz)이 제정되었다. 동 법률은 사업자에게 소비자에 대한 정보제공의무를 부담시키면서(제2조), 소비자에게는 14일 이내에 계약을 철회하거나 물건을 반송함으로써 계약관계로부터 벗어날 수 있도록 하였다(제3조). 그런데 앞의 「방문판매법」상 소비자에게 허용되는 철회권은 1주일인데 반해, 「원격거래법」에 의해 인정되는 철회권 및 반환권은 14일이라는 불균형의 문제를 극복하기 위해 2000년 10월 「방문판매법」을 개정하여 소비자의 철회권 행사기간을 14일로 동조시키게 된다.³⁹⁾ 그런데 이 두 법률은 2001년 11월 제정된 「채권법의 현대화를 위한 법률」(Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechtes)에 의해⁴⁰⁾ 민법전에 편입되면서 2002년 폐지된다. 다시 말해 「방문판매법」과 「원격거래법」은 더 이상 소비자보호를 위한 특별법이 아닌 민법전(BGB)의 제2편 [채무관계법], 제3장 [계약상의 채권관계], 제1절 [성립·내용 및 종료], 제2관 [특수한 거래형태]로 편입되어 제312조 이하에서 규율되고 있다.⁴¹⁾ 그런데 2011년 12월 12일부터 「소비자권리지침」(Consumer Rights Directive)이 제정됨에 따라 유럽연합 회원국들에게는 더욱 강력한 소비자법의 동화가 요구되고,⁴²⁾ 이에 따라 독일민법도 또한 차례 변화를 겪게 된다. 앞서 본 바와 같이 「소비자권리지침」은 광범위한 지침의 통합을 기획하였으나, 결과적으로 「방문판매에 관한 지침」과 「원격거래에 관한 지침」 그리고 기타 일부 관련 지침의 통합에 그치게 된다. 이에 따라 방문판매계약 및 원격거래계약에 관한 독일민법의 관련규정도 개정되었는데, 개정된 내용은 2014년 6월 13일에 발효되었다. 개정된 독일민법전은 종전의 제 312조 이하를 다루던 제2관 [특수한 거래형태]의 제목을 [소비자계약과 특수 거래형태에 있어서 원칙]으로 바꾸고 이하 편제를 4개 항(Kapitel)으로 나누어, 제1항 [소비자계약의 적용범위와 원칙], 제2항 [사업장이외에 체결된 계약과 원격거래계약], 제3항 [전자거래계약], 제4항 [다른 약정] 등으로 나누고 있다. 개정된 민법전에서는 사업자의 정보제공의무를 소비자계약에 있어서 기본원칙

39) BGBI I 2000, S. 897, 906.

40) BI I 2001, S. 3138, 3187.

41) BGBI I 2001, S. 3138, 3148 f. 2002년 개정 독일민법전에서 수용된 소비자보호법에 관한 개괄적인 내용에 관해서는 하경효, “소비자보호법의 통합수용”, 「독일 채권법의 현대화」(김형배 외 5인 공저), 법문사, 2003, 135면 이하 참고.

42) Schwab/Giesemann, Die Verbraucherrechte-Richtlinie: Ein wichtiger Schritt zur Vollharmonisierung im Binnenmarkt, EuZW 2012, S. 253.

상 의무로 승격시키고(제312a조), 철회권이 발생될 수 있는 사유를 통일적으로 규율하고 있다(제312g조). 즉 개정 전 민법에서는 반환권(Rückgaberecht)을 행사함으로써 철회권의 행사를 대신할 수 있었지만, 개정민법에서는 더 이상 반환권은 인정되지 않고 철회권의 행사로 단일화되었다.⁴³⁾ 다시 말해 종전에는 소비자가 사업자로부터 공급받은 물건을 반환함으로써 별도의 철회권의 행사 없이도 철회의 효과를 인정하였지만, 개정민법에서는 물건의 반환여부에 관계 없이 철회권을 행사해야지만 비로소 철회의 효과가 발생한다.

(2) 담보책임의 개정

1999년 제정된 「소비자의 매매 및 관련 보증에 관한 지침」의 국내법전환을 위해 독일민법전(BGB)은 종전의 매매편에 규정되어 있던 담보책임에 관한 규정을 개편하면서, 특히 제2편 [채무관계법], 제8장 [개별적 채권관계], 제1절 [매매·교환]에서 제3관 [소비재매매]를 신설하여 제474조부터 제479조까지 이를 규율하고 있다.⁴⁴⁾ 소비재매매도 매매계약의 일종이므로 매매계약에서 일반적으로 발생하는 담보책임에 관한 총칙상의 규정은 소비재매매에 대해서도 적용된다.⁴⁵⁾ 다만 제474조 이하의 소비재매매에 관한 규정은 기업가와 소비자 사이에 체결된 동산의 매매계약에 관해서만 적용되는 특칙으로서(제474조 제1항 참조), 일반적 담보책임에 대한 보충적인 성격을 갖는다.⁴⁶⁾ 제475조에서는 사업자와 소비자사이의 계약으로 제3관의 규정과 달리 소비자에게 불리한 약정의 원용이 제한되고(제1항), 담보책임에 관한 청구권의 소멸시효를 단축하는 행위를 제한한다(제2항). 또한 제476조에서는 위험부담에 관하여 그리고 제474조에서는 보증(Garantie)에 관한 특칙을 두고 있다.

43) 종전 독일민법상 인정되던 반환권의 행사를 위해서는 소비자가 계약의 구속력으로부터 벗어나기 위해서 물건을 반송해야 하기 때문에 종국적으로는 소비자의 권리를 제한하는 결과를 가져온다는 비판에 관해서는 이병준, “독일민법상 소비자계약에서의 철회권과 반환권”, 『외법논집』 제18집(2005.2), 232면.

44) 2002년 개정된 독일민법상 매매법의 변화에 대한 설명으로는 안범영, “개정 독일 매매법의 개관”, 『독일 채권법의 현대화』(김형배 외 5인 공저), 법문사, 2003, 59면 이하 참고.

45) 물건의 하자에 관해서는 제434조, 권리의 하자에 관해서는 제435조, 하자있는 물건에 대한 매수인의 권리에 관해서는 제437조, 하자로 인한 청구권의 소멸시효에 관해서는 제438조. 담보책임의 내용인 추완(제439조), 해제 및 손해배상(제440조), 대금감액(제441조)에 관한 조항 등이 적용된다.

46) *Anwaltkommentar-BGB-Büdenbender*, § 474, Rn. 1.

(3) 「불공정조항지침」의 수용에 따른 변화

한편, 1993년에 제정된 「불공정조항지침」(Unfair Terms Directive)은 국내법의 전환과정에서 독일민법의 개정에 큰 영향을 미치게 된다. 동 지침이 제정되기 이전에도 독일은 불공정한 계약조항으로부터 소비자의 보호를 위해 이미 1976년에 「보통거래약관법」(AGBG⁴⁷⁾)을 제정하여 사업자가 일방적으로 정한 약관의 내용통제를 하였었다. 이후 1993년 「불공정조항지침」에서는 다수 소비자와의 계약체결을 위해 사업자가 만든 약관에 한정되지 않고 소비자와 체결한 개별약정에도 적용범위가 확대되고 지침의 부록에서 불공정조항의 구체적 유형이 제시됨에 따라, 이러한 입법지침의 내용을 반영하기 위해 독일에서는 1996년에 「보통거래약관법」의 개정(Novelle)이 있게 된다.⁴⁸⁾ 이에 따라 개정된 「보통거래약관법」에서는 사업자와 소비자 사이의 개별약정에 대해서도 동 법률이 적용되는 근거를 마련하였으며(제24a조), 불공정한 조항으로 분류되는 약관조항도 지침의 그것과 동조시키게 된다.⁴⁹⁾ 이후 독일은 2002년 민법전을 전면적으로 개정하면서 종래 특별법으로 존재하던 「보통거래약관법」을 민법전(BGB)으로 편입하면서, 제2편 [채무관계법], 제2장 [약관에 의한 법률행위상의 채권관계의 형성]을 신설하여, 종래 「보통거래약관법」에서 규율되던 내용을 제305조부터 제310조에서 수용하게 된다. 다만 종전의 「보통거래약관법」은 약관의 내용통제 및 그 효력에 관한 실체법적 조항 이외에도 소비자의 권리실현을 위한 절차법적 조항도 함께 담고 있었는데, 민법의 실체법적 성격과 어울리지 않는 절차법적 조항들은 2001년 제정된 「부작위소송법」(Unterlassungsklagengesetz: 약칭 UKlaG⁵⁰⁾)에서 수용·규율하도록 하였다. 그에 따라 종전의 「보통거래약관법」은 폐지되고, 현재 독일민법전에는 제307조에서 신의칙에 반하는 약관조항의 무효에 관한 일반조항 외에 지침에서 예시한 불공정한 계약조항의 금지에 관해서는 제308조와 제309조에서 상세히 규율하고 있다.⁵¹⁾ 이러한 규정은 소

47) 정식명칭은 「보통거래약관의 규제에 관한 법률」(Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen)이다.

48) Ulmer/Brandner/Hensen, *AGB-Recht*, 10. Aufl., Köln 2006, S. 55.

49) Schwerdtfeger, *Änderungen des AGB-Gesetzes durch Umsetzung der Verbrauchervertragsrichtlinie*, *DStR* 1997, S. 499.

50) 부작위소송법은 1998년 제정된 「소비자이익보호를 위한 부작위소송에 관한 유럽공동체지침(이하 「부작위소송지침」이라 부른다)」(Directive 98/27/EC of the European Parliament and of the Council of 19 May 1998 on injunctions for the protection of consumers interests)을 국내법으로 수용하는 과정에서 제정된 것이다. 동 법률의 제정배경과 동 법률에서 인정하는 단체소송에 관해서는 줄고, “독일의 부작위소송법 및 부정경쟁방지법상 단체소송에 관한 연구”, 「인권과 정의」, 제351호(2005. 11), 6면 이하 참고.

51) 2002년 개정된 독일민법전의 보통거래약관법의 수용과정 및 편성에 관해서는 박종희, “보

비자보호를 위해 지침의 확대된 적용범위에 맞추어 약관뿐만 아니라 소비자의 개별약정에도 적용된다(제310조 제3항). 나아가 지침은 소비자와 사업자 사이의 계약(이른바 B2C계약)에서의 불공정조항의 규율을 위한 것이지만, 독일민법전의 약관규제에 관한 규정은 사업자와 사업자 사이의 계약(이른바 B2B계약)에도 적용된다는 점에서 특징을 이룬다.⁵²⁾

2. 부정경쟁방지법(UWG)상 규제

(1) 부정경쟁방지법의 개정

경제법차원에서 소비자를 보호하기 위한 독일의 법률은 부정경쟁방지법(UWG⁵³⁾)이다. 독일의 부정경쟁방지법(UGW)은 1896년 제정된 이래 1909년 일반조항의 도입으로 첫 번째 개정이 있는 이후 관련 EU지침의 수용에 따른 몇 차례의 개정이 있었지만, 2004년에는 가격할인법(Rabattgesetz)과 경품령(Zugabeverordnung)이 폐지되면서 대폭적으로 개정되었다.⁵⁴⁾⁵⁵⁾ 앞서 살펴본 바와 같이, EU차원에서 사업자의 부당거래행위로부터 소비자를 보호할 목적으로 경제법을 동화하기 위한 지침으로는 「오인야기광고에 관한 지침」과 「불공정한 상행위에 관한 지침」이 있었지만, 소비자에 대한 오인야기 및 비교광고에 관한 내용은 2005년 「불공정한 상행위에 관한 지침」에 포섭됨으로써, 현재는 경제법차원에서 의미있는 EU지침은 「불공정한 상행위에 관한 지침」이다. 공교롭게도 2004년 부정경쟁방지법에 대한 전면적인 개정이 있는 후 얼마 되지 않아 유럽연합의 「불공정한 상행위에 관한 지침」이 제정됨에 따라, 지침을 국내법으로 수용하기 위하여 2008년 부정경쟁방지법을 다시 전면적으로 개정할 수밖에 없었으며, 이에 따라 독일에는 유럽화(Europäisierung)된 새로운 부정경

통거래약관의 민법예외의 통합”, 「독일 채권법의 현대화」(김형배 외 5인 공저), 법문사, 2003, 159면 이하 참고.

52) 김진우, “불공정조항의 내용통제에 관한 몇 가지 법적 문제점 - 유럽 및 독일계약법과의 비교를 중심으로-”, 「외법논집」 제36권 제1호(2012. 2), 156면.

53) 정식명칭은 Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb.

54) 2004년 개정된 독일의 부정경쟁방지법에 대해서는, 심재한, 독일의 개정 부정경쟁방지법 고찰, 「경영법률」, 제16집 1호(2005.10), 675면 이하 참고.

55) 2004년 부정경쟁방지법(UWG)의 주요 개정내용으로는 ① 일반조항에 사소한 경쟁침해행위에 대해서는 법을 적용하지 않는다는 내용을 포함(제3조), ② 부정한 경쟁행위의 예를 명문화(제4조), ③ 소비자 등을 성가시게 하는 행위에 대해 명확한 규정의 설치(제7조), ④ 부정경쟁행위에 대한 법적 효과를 독립적인 항으로 규정(제8조 내지 제11조), ⑤ 부정경쟁행위를 통해 획득한 이득에 대한 청구권규정의 신설(제10조) 등이다. 자세한 내용은 심재한, 상개논문, 677면 이하 참고.

쟁방지법이 시행되고 있다.⁵⁶⁾

2008년 「불공정한 상행위에 관한 지침」을 수용하는 과정에서 독일의 부정경쟁방지법은 큰 변화를 겪게 된다. 2004년 개정 당시에도 독일은 소비자에 대한 보호를 강화하는 방향으로 개정을 하였으나, 여전히 사업자 사이의 경쟁(C2C)에 포인트가 맞추어져 있었다. 그러나 2005년 「불공정한 상행위에 관한 지침」은 사업자와 소비자(B2C)의 관계를 중심으로 소비자보호를 강화하는데 주안점을 두고 있다. 특히 지침의 부록에는 별도의 판단없이도 불공정한 상행위로 보게 되는 이른바 블랙리스트(Blacklist)를 두어 금지되는 부당거래행위의 유형이 아주 구체적으로 제시되어 있다. 이에 따라 유럽연합의 각 회원국들은 블랙리스트에 열거된 불공정한 상행위의 유형을 어떠한 범형식으로든 자국법에 반영해야만 한다. 이것은 유럽연합의 지침이 각 회원국들의 법을 최소한의 동화(Mindestharmonisierung)를 피하는 방식에서 벗어나 보다 적극적으로 완전한 동화(Vollharmonisierung)를 지향하는 아주 전향적인 태도로 바뀌었음을 의미한다.⁵⁷⁾ 이러한 강화된 지침의 수준을 수용하기 위해서 2008년 독일은 또다시 부정경쟁방지법을 개정하면서 소비자보호에 보다 큰 비중을 두게 된다.

(2) 주요내용

(가) 부정한 거래행위

2008년 개정에서 가장 중요한 점은 부정경쟁방지법의 중심개념이 바뀌었다는 것이다. 즉 부정경쟁방지법은 원래 정당한 “경쟁행위(Wettbewerbshandlung)”를 유도하기 위한 것인데, 2005년 소비자계약(B2C계약)에서 소비자보호를 강화하기 위해 제정된 EU의 「불공정한 상행위 지침」을 국내법으로 수용하는 과정에서 2008년 개정된 독일의 부정경쟁방지법에서는 “거래행위(geschäftliche Handlung)”의 개념이⁵⁸⁾ 중심적인 자리를 차지하게 된다.⁵⁹⁾ 그리하여 종래 법문에서 “부정한 경쟁행위(unlauterer Wettbewerbshandlung)”는 개정법에서는

56) Fezer/Fezer, *UWG (Band 1)*, Einleitung Rn. 80.

57) Lettl, Das neue UWG, *GRUR-RR* 2009, S. 41

58) 부정경쟁방지법(UWG) 제2조는 거래행위(geschäftliche Handlung)를 재화나 용역에 관한 매출촉진·계약체결·이행제공과 객관적으로 관련된 거래관계의 형성 전·중·후에 이루어진 자신 또는 타인의 사업을 위한 자의 일체의 행동이라고 정의한다.

59) Köhler, Die Umsetzung der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken in Deutschland, in: *Die Europäisierung des Kartell- und Lauterkeitsrechts*, Tübingen 2009, S. 102.

“부정한 거래행위(unlauterer geschäftlicher Handlung)”로 대치되었다.

부정한 거래행위에 대한 일반조항은 제3조 제1항으로써, “경쟁사업자, 소비자 또는 기타 시장참여자가 감지할 수 있는 침해에 해당하는, 부정한 거래행위는 허용되지 않는다.”고 하여 부정한 거래행위(unlauterer geschäftlicher handlung)를 부정경쟁방지법의 중심개념으로 설정하였다. 이어 제4조에서는 부정한 거래행위를 예시하고, 제5조에서는 오인하는 거래행위, 제5a조에서는 부작위에 의한 오인, 제6조에서는 비교광고, 제7조에서는 예상할 수 없는 성가시게 하는 행위를 규정하고 있다. 이러한 행위들은 모두 허용되지 않는 거래행위의 모습들이다.⁶⁰⁾ 그런데 이들 허용되지 않는 거래행위는 소비자를 보호하는 것에 국한된 것이 아니라, 다른 경쟁사업자, 기타 시장참여자에게 모두 적용된다.⁶¹⁾ 또한 이들 거래행위가 허용되지 않는 부정한 거래행위인지 여부는 일정한 요건의 충족과 평가에 의해서 판단된다. 이에 반해 부정경쟁방지법 제3조 제3항은 동 법률의 부록(Anhang)에 열거된 소비자에 대한 거래행위는 항상 허용되지 않음을(unzulässig) 명언하면서, 부록에 이른바 불공정한 거래행위로 간주되는 블랙리스트(schwarze Liste)를 두고 있다. 블랙리스트에 규정된 사항들의 특징은 열거된 사항에 해당되기만 하면 별도의 평가고려없이 곧바로 불공정한 행위로 인정된다는 점에서 소비자보호를 위해 대단히 중요한 의미를 갖는다. 독일 부정경쟁방지법(UWG)의 부록에 열거된 블랙리스트는 EU가 제정한 「불공정한 상행위에 관한 지침」의 부록에 열거된 블랙리스트를 반영한 것임은 물론이다. 동 지침의 블랙리스트는 ‘오인야기 상행위’의 유형(23가지)과 ‘공격적 상행위’의 유형(8가지)을 구분하여 정하고 있으나, 부정경쟁방지법의 블랙리스트는 그러한 구별을 하지 않고 있다. 동 지침과 부정경쟁법상 블랙리스트의 부당거래행위를 비교해 보면, 그 표현이나 순서에는 약간의 차이가 있으나, 내용상으로는 크게 다르지 않다.⁶²⁾

60) 2008년 개정된 독일 부정경쟁방지법(UWG)상 부당한 영업행위와 우리의 「표시·광고의 공정화에 관한 법률」상 부당한 표시·광고행위의 비교에 관해서는 유주선, “독일 부정경쟁방지법상 부당한 영업행위에 대한 논의 - 특히 부당한 표시·광고의 규제를 중심으로-”, 「경제법연구」 제10권 제2호(2011), 137면 이하 참고.

61) Rabbe/Schubmehl, Länderbericht Deutschland, in: *Luaterkeitsrecht in Europa*, München 2011, S. 77.

62) 예컨대 지침의 부록 제26호에 규정된 “계약상의 채무 이해에 필요한 정당한 사정 및 범위를 벗어나서, 전화, 팩스, 이메일, 기타 원격 미디어로 지속적으로 원하지 않는 권유를 하는 경우”는 부정경쟁방지법의 부록에는 그에 상응하는 규정이 없고 동법 제7조 제2항에 보다 상세한 규정을 두고 있다.

(나) 법적 효과

부정경쟁방지법 제3조 내지 제7조에서 규정하고 있는 허용되지 않는 거래행위(unzulässige geschäftliche Handlung)를 한 자에 대해서는 결과의 제거(Beseitigung) 및 반복되는 위험시에는 부작위(Unterlassung)를 청구할 수 있다(제8조 제1항 제1문). 특히 부작위의 청구는 제3조 내지 제7조를 위반할 우려만으로도 행사될 수 있다(제8조 제1항 제2문).⁶³⁾ 위반행위가 기업 내의 피용자나 수입인에 의해서 행해진 경우에는 기업의 소유주에게 부작위나 제거청구를 할 수 있다(제8조 제2항). 이때 부정경쟁행위에 대한 부작위청구와 제거청구의 관계가 문제될 수 있는데 부작위청구는 ‘장래’의 위반행위에 대한 留止를 목적으로 하는 반면, 제거청구는 ‘과거’ 또는 ‘현재’의 행위나 상태의 제거를 목적으로 하는 점에서 차이가 있다.⁶⁴⁾ 따라서 이론적으로는 부정한 거래행위가 먼저 발생하고 그 다음에 그러한 행위의 반복가능성이 문제되기 때문에 그에 따라 제거청구권을 먼저 행사하고 이후 상황에 따라 부작위청구를 행사하는 것이 순서일 것이다. 그렇지만 과거에 부정한 거래행위가 제거되지 않고 현존한다면 이후에도 그러한 거래행위가 지속될 수 있기 때문에, 그러한 경우에는 제거청구와 부작위청구를 동시에 주장할 수 있다.⁶⁵⁾ 부정경쟁방지법 제8조 제3항은 부정한 거래행위에 대한 제거청구 및 부작위청구를 주장할 수 있는 주체를 다음 4가지로 제한하고 있다. 즉 ① 경쟁사업자, ② 경제단체(직능단체포함), ③ 소비자단체, ④ 상공회의소 등이 그것이다. 다시 말하자면 개별 소비자는 여기에 해당하지 않고 소비자단체에게 권리가 주어진다. 여기서 소비자단체란, 동 조항에서는 이를 ‘자격을 갖춘 조직(qualifizierte Einrichtung)’ 이라고 표현하면서 그러한 조직이란 소비자이익의 보호를 목적으로 하는 단체로서 ① 「부작위소송법」 제4조에 따른 자격을 갖춘 조직(소비자보호단체의 목록에 등재된 조직) 및 ② EU의 「부작위소송지침」 제4조에 따른 유럽공동체위원회의 목록에 등재된 조직을 말한다.

한편 철회권의 행사가능여부에 대해서는 부정경쟁방지법에서 명문으로 규정되지는 않았지만, 학설은 철회권을 결과제거청구권의 하부형태(Unterfall)로 이해한다. 따라서 제8조 제1항에 따라 결과제거청구권이 인정되면 그에 따라 철회

63) 이를 예방적 부작위청구(vorbeugender Unterlassungsanspruch)라고 부른다(Köhler/Bornkamm, *UWG* § 8 Rn. 1.15 f.; Fezer/Bücher, *UWG (Band 2)*, § 8 Rn. 95)

64) BGH GRUR 1995, 424, 426; BGH GRUR 1998, 415, 416.

65) Köhler/Bornkamm, *UWG* § 8 Rn 1.72.

회권도 당연히 인정되는 것으로 새기고 있다.⁶⁶⁾

부정경쟁방지법 제9조는 “경쟁사업자”의 손해배상청구에 관하여 규정하고 있다. 즉 부정경쟁방지법 제9조에 의거하여 손해배상청구를 할 수 있는 자는 경쟁사업자(Mitbewerber)로 국한되고 소비자(Verbraucher)나 기타 시장참여자는 청구주체에서 제외된다. 따라서 소비자나 기타 시장참여자가 사업자를 상대로 손해배상을 청구하기 위해서는 부정경쟁방지법이 아니라 민법상 손해배상의 일반적인 성립요건에 따라 청구할 수밖에 없다.⁶⁷⁾

이익환수청구(Gewinnabschäufungsanspruch)는 2004년 부정경쟁방지법 개정당시에 도입된 제도로써, 도입에 있어서 가장 논란이 많았던 대목이었다. 당시 부정경쟁방지법 개정의 가장 큰 목적은 소비자보호를 강화하는 것이다. 만일 그러하다면 소비자보호에 가장 실효성있는 제도로는 경쟁법위반행위에 대해서 소비자에게 손해배상청구를 인정하는 것을 생각할 수 있다. 그러나 앞서 본 바와 같이 손해배상청구는 소비자에게는 인정되지 않으므로(동법 제9조). 그 대신 2008년 개정에서 입법자는 여러 소비자에게 ‘분산된 손해’(Streuschäden)를 전보하는 방법으로 이익환수청구를 부정경쟁방지법 제10조에 도입하였다.⁶⁸⁾

부정경쟁방지법은 소비자보호와 관련하여 제16조 이하에서 벌칙규정을 두고 있다. 특히 의도적으로 거짓된 진술로 오인하는 광고를 한자는 2년 이하의 징역 또는 벌금형의 처벌을 받게 되며(제16조), 또한 고의 또는 과실로 소비자에 대하여 사전의 명시적인 동의없이 제7조에 서 정한 전화광고를 한 경우에는 최고 5만 유로의 과태료를 물게 된다(제20조).

66) Piper/Ohly/Sosnitzka, UWG Kommentar, 5. Aufl., München 2010, § 8 Rz. 68.

67) 소비자에게 부정경쟁방지법상 손해배상을 인정하지 않는 이유는 만약 소비자에게 손해배상청구를 인정하게 되면 과도한 손해배상청구로 인하여 기업측에 예측하기 힘든 부담을 줄 수 있기 때문이라고 하는데, 이에 대해서는 소비자의 권리를 위축시키는 옳지 않은 입법이라는 비판이 있다(Keffler/Micklitz, Das neue UWG - auf halbem Wege nach Europa?, *VuR* 2009, S. 88 이하 특히 S. 95 참고).

68) Köhler/Bornkamm, *UWG* § 10 Rn 3.

V. 맺음말

(가) 자본주의의 속성은 기본적으로 이윤의 추구에 있다. 그런 만큼 사업자의 입장으로서 이윤추구를 위해 새로운 거래행위를 개발하는 것은 당연한 일이다. 그렇지만 그러한 거래행위는 타인의 권리나 이익을 해하지 않는 범위 내에서 공정하게 이루어져야 한다. 특히 사업자가 소비자를 상대로 한 거래행위에 있어서는 제품에 대한 정보량이나 서비스에 대한 지배영향력은 사업자가 소비자보다 압도적으로 높을 수밖에 없으므로, 사업자의 사소한 기만적인 행동조차도 소비자로서는 합리적인 판단을 하기 어려운 상황으로 몰릴 수밖에 없다. 따라서 형식적 “계약의 자유”가 아닌 실질적인 “계약의 정의”를 실현하기 위해서도 사업자의 부당한 거래행위로부터 소비자를 보호하기 위한 적절한 규제가 필요하다. 특히 오늘날 신자유주의의 물결 속에서 은연중 우리 사회에서 기업친화적인 관념들이 팽배해진 것이 사실이다. 물론 기업의 활성화가 일자리 창출을 비롯한 경제활성화에 기여한다는 것에 대해서는 어느 누구도 부인하지 않을 것이다. 그렇지만 기업친화적인 사고가 계약의 자유라는 명목으로 기업에 대한 합리적인 규제를 반대하는 기반이 되는 것은 곤란하다. 자본주의가 심화될수록 자본주의를 지탱해주는 세력은 결국은 소비자라는 것을 잊지 말아야 한다. 소비자가 움직여 주지 않는 곳에서는 시장의 존재를 기대할 수 없기 때문이다. 그러한 점에서 유럽연합은 회원국들의 시장을 한데 묶는 공동시장(common market)의 실현을 위해 상품이나 서비스의 이동을 가로막는 여러 규제들의 폐지를 꾀하면서도, 소비자보호에 대해서는 지속적으로 강화된 지침들을 내놓고 있다. 특히 사업자의 부당거래행위로부터 소비자를 보호하기 위해 지침에 구체적인 행위유형을 열거한 이른바 블랙리스트(Blacklist)를 제시함으로써, 회원국 법률의 완전한 동화(volle Harmonisierung)를 지향하고 있다. 그 대표적인 지침이 1993년 제정된 「소비자계약에 있어 불공정조항에 관한 지침」과 2005년 제정된 「불공정한 상행위에 관한 지침」이다. 「불공정조항지침」에서는 부록에 불공정조항을 간주되는 17개의 예시를 그리고 「불공정한 상행위에 관한 지침」에서는 부록에 ‘오인야기 상행위’로 간주되는 23개의 예시와 ‘불공정한 상행위’로 간주되는 8개의 예시 등 총 32개의 불공정한 상행위 유형을 블랙리스트로 올려놓고 있다. 물론 이러한 불공정조항 내지 불공정한 상행위의 유형은 개방적인 것이기 때문에 EU의 회원국들로서는 이보다 더 다양한 형태의 부당한 거래행위의 유형을 규제할 수 있다. 그럼에도 불구하고 EU의 회원국으

로서는 불공정조항 유형 17개 그리고 불공정한 상행위 유형 32개는 반드시 국내법으로 수용해야 하기 때문에 최소한 49개 형태의 부당거래행위는 EU권역에서 발붙이기 힘들게 된 셈이다.

(나) EU차원에서 사업자의 부당거래행위로부터 소비자를 보호하기 위해 제정된 지침을 국내법으로 수용하는 과정에서 독일법은 많은 변화를 경험하게 된다. 그러한 변화는 크게 민법(BGB)과 부정경쟁방지법(UWG)에서 나타난다.

민법은 1985년 제정된 「방문판매에 관한 지침」을 수용해서 제정된 「방문판매법」과 1997년 제정된 「원격거래에 관한 지침」에 따른 「원격거래법」을 2002년 채권법개정을 통해 민법전 안으로 편입하게 된다. 이후 EU는 2011년 「방문판매에 관한 지침」과 「원격거래에 관한 지침」을 통합한 보다 큰 틀의 「소비자권리지침」을 정하게 되는데, 이에 따라 독일민법은 또다시 2014년에 개정되면서 소비자계약에 관한 별도의 항을 두게 된다. 또한 1999년 제정된 「소비재의 매매 및 관련 보증에 관한 지침」은 민법상 담보책임에 관한 규정과 소비재매매에 관한 특별규정에서 반영되었다. 1993년 「소비자계약에 있어 불공정조항에 관한 지침」이 제정됨에 따라 이를 수용하기 위해 독일은 당시 존재했던 「보통거래약관법」을 개정하였다가, 2002년 채권법개정에 즈음하여 종전 「보통거래약관법」상 실제법적 규정은 민법전으로 편입시키고 나머지 절차법적 규정은 「부작위소송법」을 제정하여 이를 별도로 규율하고 있다. 즉 「소비자계약에 있어 불공정조항에 관한 지침」 부록의 블랙리스트는 모두 민법전에서 다루어지고 있다.

한편 경제법의 동화를 위한 EU차원의 지침은 1984년 제정된 「오인야기광고 지침」과 2005년 제정된 「불공정한 상행위에 관한 지침」인데, 그 중 「오인야기 광고지침」의 내용 중에서 소비자에 대한 오인야기 및 비교광고에 관한 규정은 「불공정한 상행위에 관한 지침」에 편입됨으로써, 사업자의 부당거래행위로부터 소비자를 보호하기 위한 경제법차원의 지침으로는 「불공정한 상행위에 관한 지침」이 매우 중요한 위치를 차지하게 된다. 동 지침은 불공정한 상행위(unfair commercial practices)를 오인야기 상행위와 공격적 상행위로 구분하면서, 부록에 불공정한 상행위로 간주되는 32개의 유형을 블랙리스트로 제시하고 있다. 독일은 2008년 부정경쟁방지법(UWG)을 대폭 개정되면서 「불공정한 상행위에 관한 지침」에서 규정한 불공정한 상행위의 유형을 큰 변화없이 그대로 반영함으로써 지침과 동조화하고 있다.

(다) 이상 유럽연합의 지침 및 이를 국내법으로 수용한 독일법의 상황에서 볼 수 있듯이, 사업자의 부당거래행위로부터 소비자를 보호하고자 하는 EU의 노력은 꾸준히 지속되었으며, 독일은 지침의 수용과정에서 한 발짝 더 나아가 종래 특별법으로 취급되던 각종 소비자관련법들의 대부분 규정을 민법전(BGB) 안으로 편입하였다. 또한 독일은 「불공정한 상행위에 관한 지침」을 수용하는 과정에서 부정경쟁방지법(UWG)을 개정하면서 부정경쟁방지법의 규율대상을 부정한 ‘경쟁행위’에서 부정한 ‘거래행위’로 확장하고 있다. 이 또한 부정경쟁방지법의 기능이 경제법이라는 특수한 범영역에 머물지 않고 사법의 일반영역으로 넓어지게 되었음을 의미한다.⁶⁹⁾ 또한 주목할 것은 유럽연합이 사업자의 금지되는 부당거래행위를 가리기 위해 이른바 블랙리스트를 작성하여 행위의 유형을 적시하였는데, 회원국들로서는 블랙리스트상의 부당거래행위의 규제를 위해 필요한 효과적인 수단을 마련하는 것으로 지침이 요구하는 의무는 다 한 것으로 볼 수 있었으나, 독일은 적극적으로 블랙리스트상의 부당거래행위를 민법과 부정경쟁방지법에서 금지되는 행위로 명문화하고 이에 대한 법적 효과와 처벌에 관한 규정까지 두고 있다. 이러한 점은 우리 법에 대해서도 시사하는 바가 크다. 우리 법은 아직까지 민법과 소비자보호에 관한 특별법 및 경제법의 구별에 대해 엄격한 편이어서, 부당거래행위에 대해 어떠한 법적 효과를 부여하여 이를 규제할 것인가에 대해서도 민법과 기타 특별법의 간여수단에 차이가 있다. 이를테면 우리 민법은 부당거래행위에 대해 다른 소비자법이 규정하고 있는 금지청구권이나 청약철회권을 알지 못한다. 또한 우리 「소비자기본법」은 사업자의 부당한 행위를 지정·고시할 수 있다고 함으로써(제12조 제2항) 무엇이 사업자의 부당한 거래행위인지를 행정규칙의 일종인 고시에 맡기고 있는데 반해,⁷⁰⁾ 독일은 부당거래행위의 유형을 민법과 부정경쟁방지법 등 법률에서 명문화함으로써 입법기술상 소비자보호에 대한 강한 의지와 함께 사업자로 하여금 금지되는 행위유형에 대해 예측가능성을 제공해 주고 있다. 이러한 점은 장차 우리의 입법논의에 있어서 참작할만한 부분이다. 현재 우리의 학계에서도 소비자법의 민법과의 통합가능성에 대해 논란이 있는바,⁷¹⁾ 이

69) Rabbe/Schubmehl, Länderbericht Deutschland, in: *Luaterkeitsrecht in Europa*, München 2011, S. 84.

70) 소비자보호를 위해 사업자가 준수해야 하는 행위의무는 입법상항이라고 할 수 있는데, 이를 법률이 아닌 행정규칙에 불과한 고시에서 규정하는 것은 의회입법원칙에 반하는 것이라고 생각된다. 同旨 김도년/송민수, 「소비자거래법의 제정 방향」, 한국소비자원, 2013, 37~38면.

71) 우리 학계에서는 소비자법과 민법전의 관계에 대해 ① 소비자법을 민법전에 통합하는 모

와 아울러 부당거래행위에 대한 규율의 방식에 대해서도 보다 깊은 논의가 필요해 보이며, 그러한 논의에 있어 EU와 독일의 입법 상황은 우리법의 개선을 위해서 충분히 참고할 만한 가치가 있다고 생각된다.

델에 찬성하는 견해, ② 흩어져있는 소비자법을 통일된 소비자특별법으로 통합하는 모델에 찬성하는 견해, ③ 일반화할 수 있는 소비자법상의 제도를 민법에 일반제도로 받아들이려고 하는 견해, ④ 아예 소비자법의 무용성을 주장하는 견해 등이 개진되고 있다. 이에 관한 자세한 논의에 대해서는 이병준, 「현대 시민사회와 소비자계약법」, 집문당, 2013, 252면 이하 참고.

[참고문헌]

- 고형석, “유럽연합 소비자권리지침상 청약철회권에 관한 연구 - 우리 법과의 비교 법적 고찰을 중심으로-”, 『법학논총』 제29집 제4호(2012. 12), 한양대 법학연구소, 263-300면.
- 고형석, “특수거래에 있어서 소비자의 청약철회권에 관한 연구”, 『민사법학』 제29호(2005), 323-361면.
- 김도년/송민수, 『소비자거래법의 제정 방향』, 한국소비자원, 2013.
- 김성천·이준우, 『EU의 소비자법에 관한 연구』, 한국법제연구원, 2007
- 김중길, “유럽연합(EU)의 소비자권리지침의 핵심적 규정내용 - 독일에서의 논의를 중심으로-”, 『법학연구』 제22권 제2호(2014. 4), 경상대 법학연구소, 43-72면.
- 김진우, “불공정조항의 내용통제에 관한 몇 가지 법적 문제점 - 유럽 및 독일계약법과의 비교를 중심으로-”, 『외법논집』 제36권 제1호(2012. 2), 155~176면.
- 박영복 “유럽 매매법의 통일화”, 『민사법학』 제37호(2007. 6), 67~111면.
- 박영복, “소비자의 매매 및 관련 보증에 관한 EU 지침”, 『외법논집』 제16집(2004. 8), 147-188면.
- 박중희, “보통거래약관의 민법예로의 통합”, 『독일 채권법의 현대화』(김형배 외 5인 공저), 법문사, 2003, 159-179면.
- 박희주, 『사업자의 부당거래행위 지정·고시에 관한 연구』, 한국소비자원, 2009.
- 송호영, “독일의 부작위소송법 및 부정경쟁방지법상 단체소송에 관한 연구”, 『인권과 정의』, 제351호(2005. 11), 6-27면.
- 송호영, “유럽연합(EU)에서의 민사법 통일화작업에 관한 연구”, 『민사법학』 제34호(2006.12), 193-237면.
- 송호영, “유럽연합(EU) 차원의 사법통일이 EU회원국들의 국내법에 미치는 영향에 관한 연구”, 『외법논집』 제34권 제3호(2010.08), 127-142면.
- 심재한, 독일의 개정 부정경쟁방지법 고찰, 『경영법률』 제16집 1호(2005.10), 675-704면.
- 안범영, “개정 독일 매매법의 개관”, 『독일 채권법의 현대화』(김형배 외 5인 공저), 법문사, 2003, 59-96면.
- 유주선, “독일 부정경쟁방지법상 부당한 영업행위에 대한 논의 - 특히 부당한 표시·광고의 규제를 중심으로-”, 『경제법연구』 제10권 제2호(2011), 137-155면.
- 이병준, “독일민법상 소비자계약에서의 철회권과 반환권”, 『외법논집』 제18집(2005.2), 217-248면.
- 이병준, 『현대 시민사회와 소비자계약법』, 집문당, 2013.

- 이은영, 「소비자법」, 박영사, 2013.
- 하경효, “소비자보호법의 통합수용”, 「독일 채권법의 현대화」(김형배 외 5인 공저), 법문사, 2003, 135-158면.
- 황진자, “사업자 부당거래행위 규제의 패러다임 전환”, 「소비자문제연구」 제28호 (2005.12), 28-46면.
- Busch, Christoph, Lauterkeitsrecht in Europa: Acquis communautaire, in: Lauterkeitsrecht in Europa (Hrsg. Martin Schmidt-Kessel/Silvan Schubmehl), München 2011.
- Dauner-Lieb, Barbara/Heidel, Thomas/Lepa, Mafred/Ring, Gerhard (Hrsg.), Anwaltkommentar-BGB: Schuldrecht, Bonn 2002.
- Fezer, Karl-Heinz, Lauterkeitsrecht, Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Band 1: §§ 1-4 UWG, München 2010.
- Fezer, Karl-Heinz, Lauterkeitsrecht, Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Band 2: §§ 5-20 UWG, München 2010.
- Glöckner, Jochen, Richtlinienvorschlag über unlautere Geschäftspraktiken, deutsches UWG oder die schwierige Umsetzung von europarechtlichen Generalklauseln, WRP 2004, S. 936-945.
- Götting, Horst-Peter/Nordemann, Axel (Hrsg.), UWG-Handkommentar, 1. Aufl., Baden-Baden 2010.
- Grundmann, Stefan, Die EU-Verbraucherrechte-Richtlinie: Optimierung, Alternative oder Sackgasse?, JZ 2013, S. 53-65.
- Keßler, Jürgen/Micklitz, Hans-W. Das neue UWG - auf halbem Wege nach Europa?, VuR 2009, S. 88-95.
- Köhler, Helmut, Die Umsetzung der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken in Deutschland, in: Die Europäisierung des Kartell- und Lauterkeitsrechts (Hrsg. Susanne Augenhöfer), Tübingen 2009, S. 101-116.
- Köhler, Helmut/Bornkamm, Joachim, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), 30. Aufl., München 2012.
- Lettl, Tobias, Das neue UWG, GRUR-RR 2009, S. 41-45.
- Piper, Henning/Ohly, Ansgar/Sosnitza, Olaf, UWG Kommentar, 5. Aufl., München 2010.
- Rabbe, Matthias/Schubmehl, Silvan, Länderbericht Deutschland, in: Luaterkeitsrecht in Europa (Hrsg. Martin Schmidt-Kessel/Silvan Schubmehl), München 2011.

Schwab, Andreas/Giesemann, Amelie, Die Verbraucherrechte-Richtlinie: Ein wichtiger Schritt zur Vollharmonisierung im Binnenmarkt, *EuZW* 2012, S. 253-257.

Schwerdtfeger, Jörg, Änderungen des AGB-Gesetzes durch Umsetzung der Verbrauchervertragsrichtlinie, *DStR* 1997, S. 499-503.

Ulmer/Brandner/Hensen, *AGB-Recht*, 10. Aufl., Köln 2006.

Wiedemann, Thomas/Gebauer, Martin, Zivilrecht und europäischen Intergration, in: *Zivilrecht unter europäischen Einfluss*, Düsseldorf 2005, S. 3-32.

[Abstract]

A Study on the Restraint
on Trader's Unfair Commercial Practice to Consumer
-Focused on relevant EU Directives and Domestic Legislations in Germany -

Song, Ho Young*

The principle of private autonomy (Privatautonomie) is the most essential in the private law. This principle also applies to trade activities between traders and consumers. However, it can result in going against substantial justice of contract that a trader who accumulates a lot of information and the know-how by repeating trade activities with a number of customers for a long time and a consumer who trades one-off or sporadically are dealt in equal status. In fact, consumers who do not have information about the goods or services due to trader's small trickery will experience a significant disruption in the judgment as to trading. In order to correct this problem, a variety of special laws has been enacted and implemented to protect consumers from traders in addition to the basic law such as civil law in many other countries including Korea. In particular, the European Union is assimilating civil law and economic law of the member states through the directives in order to realize the common market made up of member states. The notion of consumer protection is situated in the center of such directives. Especially, the European Union is pushing forward to harmonize the laws of the member states to protect consumers from unfair trade practices of traders by creating a specific type of prohibited practices as "blacklist" in the directives. The representative directives are 「Unfair Terms Directive」 and 「Unfair Commercial Practices Directive」. This article seeks implications of our law by searching legislative efforts to regulate unfair trade practices of traders for protecting consumers in the EU mainly focused on these two directives and accompanying legislative changes by

* Professor, Hanyang University, School of Law

transposition of these directives into domestic civil law(BGB) and unfair competition prevention law(UWG) in Germany.

Key Words : European Union, Trader, Consumer, Unfair Commercial Practice, Directive, Blacklist, BGB, UWG