

한국소비자법학회 동계 공동학술대회

『주요국 소비자계약법의 동향과 시사점』

- ▶ 일시 : 2021년 12월 16일 목요일 13:00 ~ 19:00
- ▶ 장소 : 온라인(ZOOM)
- ▶ 주최 : (사)한국소비자법학회
전북대학교 동북아법연구소
한국외국어대학교 법학연구소

(사)한국소비자법학회 동계 공동학술대회

『주요국 소비자계약법의 동향과 시사점』

(사)한국소비자법학회 · 전북대학교 동북아법연구소 · 한국외국어대학교 법학연구소

□ 일시 및 장소

- 일시 : 2021년 12월 16일(목) 13시 ~ 19시
- 줌 주소

<https://us02web.zoom.us/j/81723575879?pwd=M2wzNEZGaWRFSXdERXpEcFFwdzJCdz09>

□ 접수 및 개회식

- 접 수 : 2021년 12월 16일 12 : 40 ~ 13 : 10
- 개 회 사 : 이병준 회장(한국소비자법학회 · 한국외국어대학교 교수)
- 축 사 : 남동일 국장(공정거래위원회 소비자정책국)
- 환 영 사 : 박수영 소장(전북대학교 동북아법연구소, 법학전문대학원 교수)
- 환 영 사 : 김진우 소장(한국외국어대학교 법학연구소, 법학전문대학원 교수)

□ 학술대회 프로그램

사회 : 황원재 교수(계명대)

시 간	주 제	발표자	사회자	토론자
발제 1 13:30 - 14:10	독일 소비자계약법의 개관 및 주요내용	김세준 교수 (경기대)	김진우 교수 (한국외대)	박신욱 교수(경상대) 허창환 사무관(법무부)
발제 2 14:10 - 14:50	일본 소비자계약법의 주요내용과 시사점	신지혜 교수 (한국외대)	홍춘의 교수 (전북대)	이은영 교수(전북대) 고형석 교수(전문대)
발제 3 14:50 - 15:30	프랑스 소비자계약법의 최근동향	남궁술 교수 (경상대)	정진명 교수 (단국대)	정구태 교수(조선대) 김도년 박사(한국소비자원)
15:30-15:50	휴 식 시 간			
발제 4 15:50 - 16:30	오스트리아 소비자계약법 규율방식과 주요내용	정신동 교수 (강릉원주대)	김상중 교수 (고려대)	황원재 교수(계명대) 박미영 박사(공정거래조정원)
발제 5 16:30 - 17:10	미국의 소비자계약법리	김현수 교수 (부산대)	박수영 교수 (전북대)	김 화 교수(이화여대) 권기호 변호사
종합토론 17:10 - 17:40	사회 : 서희석 교수(부산대) 토론 : 이주용 사무관(공정위), 김나루 전문위원(법무부), 서종희 교수(연세대), 정혜련(경찰대)			
정기총회 등 17:40 -	사회 : 정신동 교수(강릉원주대) (사)한국소비자법학회 2021년 정기총회 및 신진학술상 시상식			

※ 상기 내용은 사정에 따라 변경될 수 있습니다.

독일 소비자계약법의 개관 및 주요내용

김 상 중(고려대학교 법학전문대학원)

김 세 준(경기대학교 공공안전학부)

I. 개관

독일에서 소비자보호를 위한 법규범은 우리나라에서와 같이 ‘소비자보호법’이라는 이름을 가진 단일법률의 형식으로 존재하지는 않고 여러 관련 법률에 산재하여 있다. 물론 독일의 경우에도 소비자보호를 주된 목적으로 하는 법령이 존재하지만, 소비자보호 이외의 다른 이익 또는 물가안정, 경쟁질서 유지 등과 같이 시장경제의 현상 전반을 규정하는 과정에서 반사적으로 소비자의 보호를 도모하는 경우도 있다. 이런 이유에서 소비자보호를 위한 제반의 법률은 무척 광범위하고 망라적이지 않을 수 없다.¹⁾ 다만 소비자보호에 관한 법역 가운데 민사법 영역에 한정하여 독일법의 특징을 표현하다면, 비록 독자적인 법전의 모습을 갖고 있는 것은 아니지만 ‘소비자계약법’이라고 말할 수 있는 규범들이 일반사법인 독일민법전 내에 함께 규정되어 있다는 점이다.

독일민법은 아래 II.에서 상술하듯이 2002년 1월 1일 「채권법의 현대화에 관한 법률(Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts, 이하 ‘채권법 현대화’)」을 통하여 대폭적으로 개정되었다. 그 과정에서 독일민법은 민법상의 다른 제도와 함께 방문판매 등과 같이 현대적 판매형태에서 소비자보호를 목적으로 하는 여러 민사특별법을 민법전에 통합하는 입법조치를 단행하였다. 즉, 2002년 개정 독일민법 입법자들은 소비자계약법을 일반 계약법과 조화하여 효율적으로 규정하고자 노력하였는데, 이는 독일의 소비자법체계를 개관하는 데에 가장 중요한 전제가 된다. 채권법 현대화 이후에도 독일민법은 특히 유럽연합의 입법지침에 따른 규율내용을 자국 내에 수용하기 위하여 소비자계약에 관한 규정들을 지속적으로 개정하여 왔다. 주지하듯이 유럽연합은 소비자보호에 관하여 매우 적극적인 영향력을 행사하고 있으며, 모든 회원국에서 소비자보호의 내용을 최소한이나마 유사한 수준으로 설정하는 것을 목표로 하고 있다. 이에 따라 유럽연합의 입법지침이 소비자계약에 관한 독일민법의 규정에 직·간접적으로 반영되는 경우가 많으며, 그 결과 이와 같은 전환입법이 독일의 소비자계약법에서 차지하는 의미도 크다.

1) 이에 관한 국내 문헌의 개관으로는 송혜진, 주요국가 소비자법제 연구 II - 독일 소비자법제, 한국소비자원, 2019.

따라서 이하에서는 먼저 소비자계약에 관한 독일의 입법방식과 관련하여 지금과 같은 모습으로 독일민법전 내에 소비자계약법이 규율되게 된 2002년 개정 채권법의 주요 내용을 소개하고(II.1.), 그 다음으로 2002년 이후 유럽연합의 주요 입법지침이 독일민법전에 반영된 주요내용을 소개함으로써(II.2.) 현재 독일민법상 소비자계약에 관한 주요 규정이 어떠한 체계를 이루고 있는지 정리하고자 한다. 그 다음으로는 독일 소비자계약법의 주요내용 중 정보제공의무와 철회권, 그리고 결합계약에 관하여 집중적으로 살펴본 후(III.) 우리 소비자계약법을 마련함에 있어서 독일민법이 제시하는 시사점을 정리하고자 한다(IV.).

II. 독일의 소비자계약법 입법방식

1. 소비자계약법의 독일민법전 편입

가. 의의

독일의 소비자계약법 체계에서 가장 중요한 것은 소비자보호를 목적으로 하는 기존의 여러 특별법들이 독일민법전에 편입되었다는 점이다. 이는 2001년 11월 26일 채권법 현대화에 따른 독일민법의 대대적인 개정에 의한 것인데, 채권법 현대화에 따른 개정 독일민법은 2002년 1월 1일부터 시행되었다. 이에 의하여 기존의 약관규제법(AGBG), 방문판매법(HaustürWG), 통신판매법(FernAbsG) 등을 비롯한 여러 법률의 주요 내용이 독일민법전 내에 규정되기에 이르렀다. 2002년의 채권법 현대화에 따른 당시 소비자계약법의 주요내용과 체계를 살펴보면 다음과 같다.²⁾

나. 2002년 개정 채권법의 주요내용과 체계

(1) 정의규정, 주문하지 않은 급부에 관한 조항, 약관규제조항

독일민법의 채권법 현대화에서 처음으로 마련하게 된 소비자보호에 관한 규정은 독일민법전 내에서 제1편 총칙편과 제2편 채권편 내에 위치하게 되었다. 먼저, 제1

2) 2002년 독일 채권법의 현대화는 유럽소비재매매지침(European Consumer Sales Directive, 이하 소비재매매지침)의 이행에 따라 촉발되었지만, 그 과정에서 행해진 민법전의 개정은 유럽연합 차원에서 요구하는 수준을 훨씬 뛰어넘어서 매도인의 하자담보책임 이외에 소멸시효, 일반채무불이행책임 등에 관한 내용을 전면적으로 개혁하였다. C.W.Canaris, Schuldrechtsmodernisierung, C.H.Beck, 2002, S.3ff.; W.Ernst/B.Gsell, Kaufrechtsrichtlinie und BGB: Gesetzentwurf für eine "kleine" Lösung bei der Umsetzung der EU-Kaufrechtsrichtlinie, ZIP, 2000, S.1410ff.

편 총칙은 민법전 내에 ‘소비자’(Verbraucher)와 ‘사업자(Unternehmer)’라는 개념을 처음으로 정의해 두었다(제13조, 제14조). 이 같은 개념정의는 소비자계약이 소비자와 사업자 사이의 계약이라는 점에서 관련 규정의 적용범위를 분명히 하고 있다는 점에서 아주 중요한 의미를 갖고 있다. 따라서 가령 소비자가 다른 소비자와 계약을 체결하는 경우에는 독일민법의 소비자보호 규정이 적용되지 않게 된다. 일부 학자들은 이와 같이 소비자계약에 관한 민법의 규정이 사업자와 소비자 사이의 거래에서만 적용된다는 점에서 이들 규정을 민법이 아닌 상법에 대한 특별규정으로 보아야 한다고 제안하기도 하였다.³⁾

소비자와 사업자의 개념 정의를 제외한 소비자보호에 관한 제반의 규정은 독일민법 제2편 채권편에 규정되어 있다. 먼저, 주문하지 아니한 급부(Unbestellte Leistungen)에 관한 제241조의a를 들 수 있는데, 이 규정은 채권편의 시작에 해당하는 ‘채권관계의 내용(Inhalt der Schuldverhältnisse)’에 관한 제2편 제1장에서 규정되어 있다는 점에서 주목할 만한 지위를 부여받았다. 또한 2002년 독일민법의 혁신 중에서 특기할 바의 하나로는 약관에 관한 종래의 특별법 규정들이 ‘약관에 의한 채권관계의 법률행위적 형성(Gestaltung rechtsgeschäftlicher Schuldverhältnisse durch Allgemeine Geschäftsbedingungen, 제305조 내지 제310조)’이라는 제목으로 새롭게 제2장에서 일괄삽입되었다는 점이다. 약관에 관한 민법전의 신설규정은 그 내용에서는 구법(AGBG)과 크게 다르지 않다. 일부 조항이 재배열되었고, 조항 수는 14개에서 10개로 줄었다. 약관의 내용통제를 규정하는 제307조 제1항 2문은 “약관 조항이 분명하지 않고 이해될 수 없다는 사정에 따라서도 그 조항의 부당한 불리함은 인정될 수 있다”를 규정하였다.⁴⁾ 한편 독일민법은 채권법 현대화를 통하여 소비자계약에 관한 규정 외에도, 특히 소멸시효, 매매계약 및 도급계약에서의 하자(계약부적합성), 채무불이행 등에 관한 법률규정들을 개정하였는데, 이러한 개정내용 역시 약관조항이 계약상대방에게 부당한 불리함을 야기하는지 여부를 평가하기 위한 기준의 하나로서 영향을 미칠 수밖에 없다고 지적되었다.⁵⁾

(2) 특수한 거래형태

3) S.Grundmann, Europäisches Handelsrecht - vom Handelsrecht des laissez faire im Kodex des 19.Jahrhunderts zum Handelsrecht der sozialen Verantwortung, ZHR 163, 1999, 635, S.665f.

4) 다시 말해 위와 같은 약관조항이 무효임을 밝히고 있는데, 이러한 약관통제는 이미 약관규제법이 적용되던 시기에도 판례에 의하여 발전되어 오던 투명성의 요건을 법률규정으로서 명문화한 것일 뿐이므로 완전히 새로운 것이라고 평가되지는 않는다.

5) H.P.Westermann, Das neue Kaufrecht einschliesslich des Verbrauchsgüterkaufs, JZ, 2001, 530, S.535f.

독일민법은 2002년 개혁 과정에서 제2편 채권편 제3장(계약상의 채권관계) 제1절(성립, 내용 및 종료)에서 특수한 거래관계(besondere Vertriebsformen)에 관한 제2관을 신설하였다.

이 관에서는 방문판매, 통신판매계약(원거리판매계약) 및 전자거래에 관한 세부 내용이 규정되었다.⁶⁾ 이 관에서 규정하는 세 가지 거래유형의 공통점은 판매방식 내지 거래의 형태에 따라 구성되었다는 점이다.⁷⁾ 다시 말해 다른 거래와 구별되는 지점은 계약(급부)의 내용이 아니라 계약이 체결되는 방식이다. 개별 형태와 관련한 규정으로는 방문판매에서의 철회권(제312조), 통신판매계약에서의 철회권 및 반환권(제312조의d), 통신판매계약에서 소비자에 대한 정보제공에 관한 일반규정(제312조의c), 전자거래에서의 사업자의 의무(제312조의e) 등이 해당된다. 특히 전자거래에서의 사업자의 의무를 규정하는 제312조의e는 유럽연합 전자상거래지침⁸⁾을 독일민법으로 전환입법한 규정이었다.

이 관에서 규정하는 모든 조항(가령 방문판매에 관한 철회권)은 각 당사자를 ‘사업자’ 및 ‘고객’으로 규정하는 제312조의e를 제외하고 소비자계약에 적용된다. 또한 이 관의 모든 규정(제312조의e 포함)은 편면적 강행규정으로서, 소비자 또는 고객에게 불리한 내용으로 변경될 수 없다.

(3) 철회권과 반환권(일반규정)

채권편의 총칙 부분에 도입된 또 하나의 새로운 관은 제2관(소비자계약에서의 철회권과 반환권)인데, 여기에서는 소비자계약의 철회권 및 반환권에 관한 일반규정을 두고 있다. 이들 규정은 채권법 현대화의 시행 18개월 전에 이미 당시 독일민법 제361조의a, 제361조의b에서 신설되어 있었다가 채권법 현대화과정에서 제355조 이하에서 규정되기에 이르렀다.

2002년 독일민법 제355조 이하 규정은 방문판매에서의 철회권(제312조 제1항 제1문), 통신판매계약에서의 철회권 및 반환권(제312조의d 제1항 제1문),⁹⁾ 일시거주권계약에서의 철회권(제485조 제1항), 소비자소비대차계약에서의 철회권(제495조 제1항),

6) 아래에서 인용한 내용과 조문은 2002년 독일민법에 따르고 있는데, 이후 유럽연합의 지침을 수용하기 위한 개정과정에서 특수한 거래형태에 관한 규정내용은 다시 수정되었음.

7) P.Ulmer, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 4.Aufl., 2003, Vor §§312,312a, Rn.8.

8) Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt („Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr“).

9) 이에 관한 국내 문헌으로는 이병준, 독일민법상 소비자계약에서의 철회권과 반환권, 외법논집 제18권, 2005, 217면 이하.

분할공급계약(제505조 제1항 제1문), 통신교육계약에서의 철회권(통신교육법 제4조 제1항)에 모두 적용된다.

이들 규정은 소비자계약에서 철회권의 행사(제355조), 철회권의 대체로서 소비자의 반환권(제356조), 철회와 반환의 법률관계(제357조), 그리고 결합된 계약관계와 항변의 관철(제358조, 제359조)에 관한 내용을 규율하고 있다. 이에 관한 내용은 아래 III.에서 현행 독일민법의 규정을 중심으로 설명하도록 한다. 이들 규정 역시 제356조 제1항 제1문 및 제357조 제2항 제3문을 제외하고는 편면적 강행규정으로 해석하는 것이 일반적이다.¹⁰⁾

(4) 소비재매매

독일민법은 제2편 채권 제8장(개별적 채권관계) 제1절(매매, 교환) 내에 소비재매매(Verbrauchsgüterkauf)에 관한 제3관을 신설하였다(제474조 내지 제479조). 이 같은 표제가 본 관의 규정들이 특별한 종류의 매매를 다루지 않고 사업자가 소비자에게 동산을 판매하는 경우만을 다루는 것으로 오해될 여지가 있다고 지적되기도 했다.¹¹⁾ 그러나 소비재매매에 관한 제474조 이하는 소비재매매지침을 실현하는 일련의 특칙으로서, 특히 제475조는 소비재매매에 관한 규정뿐만 아니라 하자담보책임 등 일반 매매법 조항 역시 소비자에 대해서는 편면적 강행규정이 된다는 점을 명시하고 있다.

또한 증명책임의 전환을 규정하는 제476조는 위험이전 시로부터 6개월 내에 물건의 하자가 드러난 경우에는 위험이전 당시에 이미 물건에 하자가 있었던 것으로 추정함을 규정하고 있다. 또한 보장(Garantie)에 관한 특칙(제477조), 사업자의 구상권(제478조), 구상권의 소멸시효(제479조)에 관한 조항들도 이 관에서 규정하고 있다.

(5) 일시거주권계약, 소비대차계약과 여행계약 규정개정

독일민법은 2002년 개정을 통하여 제2편 채권 제8장 제2절에서 일시거주권계약(Teilzeit-Wohnrechteverträge)에 관한 규정을 신설하였다(제481조 내지 제487조). 이는 그 이전의 일시거주권법(TzWrG)을 독일민법전 내에 편입한 것이다. 이 가운데 독일민법 제481조는 일시거주권의 의의(사업자가 소비자에 대하여 대금 전액의 지

10) P.Ulmer, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 4.Aufl., 2003, §355, Rn.4.

11) F.Faust, in: H.G.Bamberger/H.Roth, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2003, §474, Rn.3.

급과 상환으로 최소 3년의 기간에 걸쳐 하나의 주거용 건물을 휴양 또는 거주 목적으로 한 해의 특정된 또는 특정될 시기에 사용할 권리를 부여하는 것 또는 부여할 의무를 지는 것을 내용으로 하는 계약)를 규정하며, 설명서제공의무(제482조), 서면방식(제484조), 철회권(제485조) 등에 관하여 규정하고 있다. 이 절의 모든 조항은 편면적 강행규정이다.

한편 소비자신용법(VerbrKrG)은 독일에서 가장 중요한 소비자보호법을 중의 하나이었다. 2002년 독일민법전의 개정과정에서 위 법률 역시 민법전에 편입되었는데, 그 과정에서 소비대차계약은 2002년 개정민법에서는 대체물에 관한 소비대차와 금전소비대차로 나누어 규정되기에 이르렀다. 이 가운데 금전에 관한 소비대차계약이 제488조에서 규정되면서 제491조 이하에서 사업자(대주)와 소비자(차주) 사이의 금전소비대차계약에 관한 규정을 두었다. 한편 대체물에 관한 소비대차계약은 물건소비대차라는 명칭을 가지고 제607조 이하에서 규정되었다. 금전소비대차 중심의 전자에 관하여 좀 더 설명하면, 독일민법 제2편 제8장 제3절은 ‘소비대차계약 : 사업자와 소비자 사이의 자금융통원조 및 분할제공계약’에 관하여 규정하고 있으며, 또한 사업자와 소비자 사이의 소비대차중개계약은 제10절의 일부로서 제655조의a 내지 제655조의e에 규정되어 있다. 이 가운데 제3절 제1관의 금전을 목적으로 한 소비대차계약의 주요 규정으로는 서면방식으로 사업자가 소비자에게 제공해야 하는 정보(제492조), 방식을 흠결한 경우의 법률효과(제494조), 소비자의 철회권(제495조), 할부반환대여금에서의 전액이행청구(제498조) 등이 해당된다.

제3절 제2관에서는 사업자와 소비자 사이의 자금융통원조를 규정하고 있다(제499조 내지 제504조). 이에 대해서는 소비자소비대차계약에 관한 대부분의 규정이 준용된다. 이 관에서는 할부거래(할부금의 지급과 상환으로 일정한 물건을 인도하거나 다른 일정한 급부를 실행하는 것을 목적으로 하는 계약) 및 금융리스계약에 관한 특칙을 규정하고 있다. 제3절 제3관에서는 사업자와 소비자 사이의 분할급부계약에 관한 제505조를 규정하고 있다. 이 경우에도 제355조의 철회권이 인정된다.

이들 소비자소비대차에 관한 제491조 내지 제505조가 편면적 강행규정임은 제506조에서 명시적으로 규정학 있다. 참고적으로 지적할 것은, 제491조 내지 제506조가 제13조의 소비자에게만 적용되는 것이 아니라 생계창업준비자에게도 적용된다는 점이다. 즉 영업이나 독립적 직업활동을 개시하기 위하여 대차금, 지급유예 또는 기타의 자금융통원조를 제공받거나 이러한 목적을 위하여 분할공급계약을 체결하는 자연인에게도 적용된다(제507조). 다만 금액의 제한은 존재한다. 소비자에게 부여된 이와 같은 확장된 보호규정은 소비자신용지침에서 요구한 것이 아니라, 기존의 소비자신용법의 규정을 기초로 마련된 것이다.¹²⁾¹³⁾

2. 유럽연합 입법지침의 반영

2002년의 채권법 현대화 이후에도 독일민법은 유럽연합 입법지침의 내용을 국내 법으로 수용하는 과정에서 지속적으로 개정되어 왔다. 소비자 금융서비스의 개정, 다양한 판매형태에서 소비자의 권리강화와 최근 디지털사회로의 전환에 따른 디지털콘텐츠 거래지침 등에 따른 독일민법의 개정이 주목할만하다.

가. 금융서비스제공에 관한 통신판매 지침(2002/65/EG)¹⁴⁾

이 지침은 소비자금융서비스의 통신판매에 관한 유럽연합 회원국의 법률, 명령, 규칙을 유사한 수준으로 규율하기 위한 목적으로 제정되었는데, 독일민법에서는 2002년의 채권법 현대화 이후 얼마되지 않아서 2004년 5월 민법전 내에 반영되었다. 주요 개정조항¹⁵⁾은 제312조의b(통신판매계약), 제312조의c(통신판매계약에서 소비자에의 정보제공), 제312조의d(통신판매계약에서의 철회권 및 반환권), 제355조 제3항(“금융서비스에 대한 통신판매계약에 있어서는 사업자가 제312조의c 제2항 제1호에 의한 통지의무를 제대로 이행하지 못한 경우에도 철회권은 소멸하지 아니한다”), 제357조(철회 및 반환의 법률효과) 등이다.

나. 지급서비스지침(2007/64/EG)¹⁶⁾ 및 소비자신용지침(2008/48/EG)¹⁷⁾

지급서비스지침은 그 서비스에 대한 조건 및 정보의 투명성에 관한 기준, 그리고 정기적인 직업 또는 영업활동으로서의 지급서비스 제공과 관련하여 그 사용자 및 서비스 제공자의 권리와 의무를 규정하고자 제정되었다. 또한 소비자신용지침은 소

12) C.Möller/C.Wendehorst, in: H.G.Bamberger/H.Roth, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2003, §507, Rn.1, 3.

13) 2002년 민법개정 과정에서 여행계약 역시 개정되었는데, 이에 관하여는 후술하는 III.2.라 참고.

14) Richtlinie 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. September 2002 über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher und zur Änderung der Richtlinie 90/619/EWG des Rates und der Richtlinien 97/7/EG und 98/27/EG.

15) 아래 조문은 2004년 개정 독일민법에 따라 인용한 것임.

16) Richtlinie 2007/64/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. November 2007 über Zahlungsdienste im Binnenmarkt, zur Änderung der Richtlinie 97/7/EG, 2002/65/EG, 2005/60/EG und 2006/48/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie 97/5/EG (Zahlungsdiensterichtlinie).

17) Richtlinie 2008/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2008 über Verbraucherkreditverträge und zur Aufhebung der Richtlinie 87/102/EWG des Rates.

비자신용을 목적으로 하는 계약에 관하여 유럽연합 회원국의 법률, 명령, 규칙의 특정 측면을 조화시키고자 제정되었다. 양 지침은 2009년 7월 독일민법 개정¹⁸⁾에 의하여 반영되었다.

다. 소비자권리지침(2011/83/EU)¹⁸⁾

이 지침은 2011년 11월 25일 공포되어 2011년 12월 12일부터 시행되었는데, 1997년의 통신판매지침(97/7/EC)과 1985년의 방문판매지침(85/577/ECC)을 하나로 통합한 것이다.¹⁹⁾ 즉 소비자권리지침의 제정으로 종전의 통신판매지침과 방문판매지침은 폐지되었으며, 불공정계약에 관한 지침(93/13/EEC)과 소비재매매 및 소비자보증에 관한 지침(1999/44/EC)이 소비자권리지침으로 통합되었다. 소비자권리지침은 유럽연합 회원국의 소비자권리 보호수준을 한층 더 강화하는 계기를 마련하였다는 점에서 중요한 의미를 가지며, 이는 소비생활에서의 투명성을 보장하고 소비자가 충분한 정보를 통하여 더 나은 선택을 할 수 있게 하려는 유럽연합의 장기적인 소비자정책 과도 그 뜻을 같이한다.²⁰⁾ 이 지침은 2013년 9월 20일 독일민법으로 전환입법되었다.²¹⁾

개정된 주요내용은 다음과 같다. 먼저, 이 지침이 반영된 독일민법상 소비자계약의 내용은, 소비자계약의 적용범위와 원칙(제2편 제3장 제1절 제2관 제1항, 제312조 내지 제312조의a), 영업장소 밖에서 체결된 계약(= 방문판매) 및 통신판매계약(제2관 제2항, 제312조의b 내지 제312조의h), 전자거래상의 계약(제2관 제3항, 제312조의i 내지 제312조의j)에 관한 것이다. 이는 기존에 특수한 거래형태를 규율하던 제2관 하에서 규정하고 있던 것들을, 유형을 세분화하고 구체적인 권리의무를 규정하였다는 점에서 의미가 있다. 이에 따라 제2관의 표제는 ‘소비자계약에서의 원칙과 특수한 거래형태’가 되었다. 그 밖에 소비자계약의 적용범위는 전자거래를 제외하고 사업자의 유상급부를 목적으로 하는 것에만 한정한다는 점을 명시하였다(제312조 제1항). 또한 청약철회 기간은 14일로 명시되었다(제355조 제2항).

18) 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.

19) 김진우, 소비자 및 사업자 개념에 관한 고찰 - 소비자계약에 관한 EU 신 소비자권리지침과 독일민법을 착안점으로 하여 -, 가천법학 제5권 제2호, 2012, 179면.

20) 서종희, 유럽연합 소비자권리지침에 의해 개정된 독일민법 제443조의 ‘성상보증’ - 독일민법 제434조 제1항과의 비교를 중심으로 -, 일감법학 제33호, 2016, 154면.

21) Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechtlicherichtlinie und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung vom 20.09.2013, BGBl. 2013 I S. 3642.

그리고 사업자에게 다음과 같이 추가적인 정보제공의무를 부과하였다: 물품 또는 서비스의 중요한 표시(독일민법시행법 제246조 제1항 제4호 전단) 및 개별품목의 가격과 세금 등을 포함한 물품 또는 서비스의 전체 가격(독일민법시행법 제246조 제1항 제7호), 계약이 계속적이고 정기적으로 제공되는 서비스를 내용으로 하는 경우 최소의 계약기간(독일민법시행법 제246조 제1항 제5호), 배송비용 또는 그 밖의 추가 비용(독일민법시행법 제246조 제1항 제8호). 나아가 사업자와 소비자 사이의 전자거래계약이 사업자의 유상급부를 대상으로 하는 경우 사업자는 위의 정보를 소비자가 이해하기 쉽도록 명확한 방식으로 제공해야 한다(제312조의j 제2항). 여기서 정보제공의무자는 인터넷과 같은 원격매체수단을 이용하여 전자거래의 방법으로 소비자와 유상계약을 체결하는 모든 사업자를 의미한다.²²⁾

또한 전자거래에서 사업자는 소비자가 그 주문에 의해 대가를 지급할 의무를 부담한다는 점을 명확하게 확인할 수 있도록 주문환경을 조성하여야 하며, 이 의무는 주문이 입력창을 클릭함으로써 행하여지는 경우에는 그 입력창이 “주문으로 지급 의무를 부담한다”는 문구만으로 또는 그에 대응하는 일의적인 표현으로 용이하게 읽을 수 있도록 마련되어 있는 경우에만 이행된 것으로 본다(제312조의j 제3항). 전자거래상의 소비자계약은 사업자가 소비자의 주문환경을 조성하고 지급의무 있는 주문을 명확하게 표시한 경우에만 성립한다(제312조의j 제4항).²³⁾

라. 기획여행지침(2015/2302)²⁴⁾

독일민법은 제651조의a 이하에서 여행계약에 관해 규정하고 있는데, 1979년 신설된 이래로 수차례 개정되어 왔다. 여행계약에 관한 최근 개정은 「기획여행계약 및 연계계약의 약정에 관한 유럽연합의 지침(이하 ‘기획여행지침’)」에 따라 이루어졌다. 이 지침은 2015년 11월 25일에 제정되어 2015년 12월 31일부터 시행되었다. 이 지침의 제정목적은 소비자와 사업자 사이의 기획여행계약 및 연계계약주선의 약정에 있어서 유럽연합 회원국의 법률, 명령, 규칙에 각각 상이하게 존재했던 관점을 서로 유사한 수준으로 조화를 이루게 하여 유럽연합 내수시장의 질서 확립 및 소비자보호수준의 상승 및 통일을 달성하고자 하는 것에 있다.²⁵⁾

22) 김재영, EU 소비자법제 연구, 한국소비자원, 2015, 81-82면 참고.

23) 이병준, 전자상거래에서 부당한 대금 내지 요금 청구와 소비자보호 - 소비자권리지침을 반영한 독일 민법을 중심으로 -, 서울법학 제23권 제3호, 2016, 70-71면.

24) Richtlinie (EU) 2015/2302 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2015 über Pauschalreisen und verbundene Reiseleistungen, zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 und der Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 90/314/EWG des Rates.

25) 김세준, 유럽연합지침상의 여행계약 - 2015. 11. 25. 유럽의회 및 유럽연합이사회 지침(Directive

위 지침은 2017년 7월 21일 독일 국내법으로 전환입법되었으며,²⁶⁾ 2018년 7월 12일부터 시행되었다. 독일민법에서 여행계약은 제2편(채권) 제8장 제9절 ‘도급 및 이에 유사한 계약’ 이하에 규정되어 있는데, 개정 전에는 ‘여행계약(Reisevertrag)’이라는 표제 하에 제651조의a부터 제651조의m까지 13개의 조항으로 규정하고 있었던 반면에, 최근 개정에서는 ‘기획여행, 여행중개 및 연계여행의 중개(Pauschalreisevertrag, Reisevermittlung und Vermittlung verbundener Reiseleistungen)’라는 제목 아래에 제651조의a부터 제 651조의y까지 총 25개의 조항을 두는 것으로 대폭개정 하였다.

개정된 주요내용은 다음과 같다: 기획여행과 그 적용제외에 관한 규정(제651조의a), 정보제공의무(제651조의d), 여행자의 계약이전(제651조의e), 여행주최자의 대금변경(제651조의f)과 급부변경(제651조의g), 여행자 및 여행주최자의 해제권(제651조의h), 여행하자 시의 여행자의 권리(제651조의i), 여행중개(제651조의v), 연계여행의 중개(제651조의w) 등이다.²⁷⁾

마. 디지털콘텐츠지침(2019/770)²⁸⁾과 물품매매지침(2019/771)²⁹⁾

유럽연합은 디지털사회로의 전환을 위하여 입법을 개선하려고 하면서 2019년 두 개의 지침을 제안하였는데, 「디지털콘텐츠 및 디지털서비스의 계약법 측면에 관한 지침(이하 ‘디지털콘텐츠지침’)」과 「물품매매의 계약법적 측면에 관한 지침(이하 ‘물품매매지침’)」³⁰⁾이 그것이다. 이 지침들은 온라인에서 이루어지는 물품매매계약(물품매매지침)과 디지털급부를 공급하는 계약(디지털콘텐츠지침)에서 소비자 피해의 구제수단을 규정하고 있다는 점에서 중요한 의미가 있다. 즉 디지털급부를 목적으로 하는 계약의 포섭기준을 제시하고, 디지털콘텐츠와 디지털서비스 제공의 계약적합성 및 그에 따른 담보책임을 규정하고 있는 것이 특징이다. 특히 디지털콘

2015/2302)의 주요 내용 및 검토 -, 전북대 법학논총 제36권 제3호, 2016, 456-457면.

26) Drittes Gesetz zur Änderung reiserechtlicher Vorschriften v. 17.7.2017, BGBl. I 2017, 2394.

27) 자세한 내용은, 송혜진, 2017년 독일민법 개정에 따른 새로운 여행법과 소비자보호, 민사법의 이론과 실무 제21권 제2호, 2018, 115-126면 참고.

28) Richtlinie (EU) 2019/770 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen.

29) Richtlinie (EU) 2019/771 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Warenkaufs, zur Änderung der Verordnung (EU) 2017/2394 und der Richtlinie 2009/22/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie 1999/44/EG.

30) 물품매매지침에 관한 자세한 내용은, 김진우, 유럽연합(EU)의 물품매매에 관한 새로운 담보책임법 - 물품매매지침의 주요 내용과 우리 법의 입법론적 시사점 -, 저스티스 통권 제180호, 2020 참고.

텐츠지침은 디지털제품의 공급계약에 관한 개념정의와 주요 권리의무 내용을 분명히 함으로써 소비자보호를 강화하는 데에 기여할 것으로 기대된다.³¹⁾

양 지침은 2019년 5월 20일에 제정되었는데, 유럽연합의 회원국은 2022년 1월 1일부터 시행이 가능하도록 2021년 7월 1일까지는 국내법으로 전환입법 해야 한다. 독일은 이에 따라 2021년 6월 25일 독일민법을 개정하여 디지털콘텐츠지침³²⁾과 물품매매지침³³⁾을 반영하였다. 개정법은 2022년 1월 1일 시행예정이다. 대표적인 개정사항은 다음과 같다: 디지털 콘텐츠와 디지털 서비스의 개념정의, 디지털제품의 제공의무, 하자의 개념에 대한 개정(제434조), 업데이트의무 등 디지털 요소가 있는 물품에 관한 특칙 신설(제475조의b 신설), 디지털 요소가 있는 물품에 대한 하자의 증명책임의 전환(제477조), 구제수단으로서 추완청구에 관한 개정(제439조) 등을 포함하고 있다.

3. 현행 독일 소비자계약법의 체계와 주요 특징

독일민법은 2002년 채권법 현대화와 그 이후 각종 유럽연합 입법지침의 국내법적 수용 과정에서 민사법적 소비자보호를 정립하기 위하여 전면적이고 지속적으로 개정되었는데, 그에 따른 현행 독일민법전 상의 소비자계약법의 체계와 특징을 정리하면 다음과 같다.

이미 서술한 바와 같이 독일민법전은 크게 제1편 총칙과 제2편 채권편에서 소비자계약에 관하여 규정하고 있는데, 먼저 제1편 총칙에서는 권리주체로서 자연인·법인과 함께 소비자(제13조)와 사업자(제14조)의 정의에 관해 명시적인 규정을 두고 있다. 제2편 채권편에서는 2002년 채권법현대화 당시에는 없었지만 이후 소비자계약법을 체계화하는 일련의 과정에서 일반규정과 개별 계약유형에 따라 규정을 세분화 하였다. 먼저, 독일민법 제2편 제2장에서는 현대사회에서 계약의 종류와 내용에 관계없이 일반적으로 사용되는 약관에 관하여 ‘약관에 의한 채권관계의 법률행위적 형성’이라는 표제 하에 제305조에서 제310조의 규정을 두고 있다. 그런 다음 제2편 제3장(계약상의 채권관계)에서 개별 계약의 목적과 내용에 관계없이 소비자계약 일반, 주요 판매형태에서 정보제공의무와 철회권을 중심으로 한 규정을 두고 있다. 즉, 제1절 제2판에서 ‘소비자계약에서의 원칙과 특수한 거래형태’이라는 제목 아래 ‘소비자계약의 적용범위와 원칙(제1항, 제312조 내지 제312조의a)’, ‘영업장

31) 이재호, EU 디지털 지침의 주요내용과 시사점, 소비자정책동향 제104호, 2020, 1면.

32) Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen, BGBl. I, 2021, S.2123.

33) Gesetz zur Regelung des Verkaufs von Sachen mit digitalen Elementen und anderer Aspekte des Kaufvertrags, BGBl. I, 2021, S.2133.

소 밖에서 체결된 계약 및 통신판매계약(제2항, 제312조의b 내지 제312조의h)', '전자거래상의 계약(제3항, 제312조의i 내지 제312조의j)' 을 규정하고 있다. 그리고 제5절 제2관에서는 '소비자계약에서의 철회권(제355조 내지 제361조)' 이라는 제목으로 이들 계약에서 인정되는 철회권의 행사와 그 효과에 관하여 통일적으로 규정하고 있으며, 결합계약의 철회에 관해서도 규정한다.

독일민법은 이러한 총론적 바탕 위에서 소비자계약상의 급부내용(목적) 등에 따른 개별 계약유형에 관한 규정을 두고 있는데, 매매, 임대차, 소비대차, 도급 등 계약 각론 전반에 걸쳐있다. 각 유형에 따른 소비자보호 관련 규정은 아래와 같이 도식화될 수 있다.

① 매매계약에 관해서는 제2편 제8장(개별적 채권관계) 제1절(매매, 교환) 제1관(총칙)의 제434조 이하에서 하자담보책임에 관해 규정하고 있다. 물론 이는 소비자계약에만 적용되는 규정은 아니지만, 소비자권리지침 및 최근의 디지털콘텐츠지침과 물품매매지침에 의해 소비자계약에 관한 요소가 대폭 추가되었다. 또한 제3관에서는 '소비재매매'에 관해 제474조부터 제479조까지 규정하고 있다.

② 제8장 제2절에서는 '일시거주권계약³⁴⁾, 장기의 휴가우대상품에 관한 계약³⁵⁾, 알선계약³⁶⁾ 및 교환시스템계약³⁷⁾'에 관해 제481조에서 제487조에 걸쳐 규정한다.

③ 제8장 제3절(소비대차계약; 사업자와 소비자 사이의 자금유통원조 및 분할공급계약)은 제1관 내지 제6관으로 나뉘어 있다. 그 중에서 제1관은 '소비자소비대차계약'에 관한 특별규정을 두고 있는데(제491조 내지 제505조의e), 이는 다시 일반소비자소비대차계약³⁸⁾과 부동산소비자소비대차계약³⁹⁾으로 나누어져 있다. 그리고 제2관부터 제4관은 각각 '사업자와 소비자 사이의 자금유통원조' (제506조 내지 제508조), '사업자와 소비자 사이의 분할공급계약' (제510조), 그리고 '부동산소비자소비

34) 사업자가 소비자에 대하여 전체대금의 지급과 상환으로 1년 이상의 기간에 걸쳐 하나의 주거용 건물을 특정된 또는 특정되어야 하는 시기에 숙박의 목적으로 사용할 권리를 부여하는 것 또는 부여할 의무를 부담하는 것을 내용으로 하는 계약을 말한다(제481조).

35) 사업자가 소비자에 대하여 전체대금의 지급과 상환으로 숙박에 관하여 대금 할인 또는 기타의 우대를 받는 권리를 부여하는 것 또는 부여할 의무를 부담하는 것을 내용으로 하는 계약으로서 1년 이상의 기간으로 체결된 것을 말한다(제481조의a).

36) 사업자가 일시거주권계약 또는 장기의 휴가우대상품에 관한 계약으로부터 발생하는 소비자의 권리들이 취득되거나 양도되는 계약을 체결하는 기회를 알선하는 것 또는 그러한 계약을 중개하는 것에 대하여 소비자가 대가의 지급을 약속하는 계약을 말한다(제481조의b 제1항).

37) 사업자가 일시거주권계약 또는 장기의 휴가우대상품에 관한 계약으로부터 발생하는 소비자의 개별적인 권리가 교환 또는 다른 방법으로 취득되거나 양도되는 계약을 체결하는 기회를 알선하는 것 또는 그러한 계약을 중개하는 것에 대하여 소비자가 대가의 지급을 약속하는 계약을 말한다(제481조의b 제2항).

38) 사업자를 대주로 하고 소비자를 차주로 하는 유상의 소비대차계약을 말한다(제491조 제2항 제1문).

39) 사업자를 대주로 하고 소비자를 차주로 하는 유상의 소비대차계약으로서, 부동산담보권 또는 물적부담에 의하여 담보되거나, 또는 부동산 혹은 현존하거나 신축될 건물에 대한 소유권을 취득하거나 보유할 목적으로 또는 부동산과 동일시되는 권리를 취득하거나 보유할 목적으로 행하여 지는 것을 말한다(제491조 제3항 제1문).

대차계약의 상담서비스(제511조)’를 규정하고 있다. 더 나아가 제5관은 이들 규정이 편면적 강행규정이라는 점(제512조), 그리고 영업이나 독립적 직업활동을 개시하기 위하여 이와 같은 계약을 체결한 자연인에 대해서도 적용됨을 명시하고 있으며(제513조), 제6관은 사업자와 소비자 간의 무이자 소비대차계약 및 무상의 자금융통원조에 관해 규정하고 있다(제514조 내지 제515조). 한편 제10절(중개계약) 제2관에서는 ‘소비자소비대차계약 및 유상 자금융통원조의 중개(제655조의a 내지 제655조의e)’에 관한 규정을 두고 있다.

④ 제8장 제9절(도급 및 이에 유사한 계약) 제1관(도급)에서는 ‘소비자건축계약(제3항, 제650조의i 내지 제650조의n)’을 규정하고 있는데, 이 규정들 역시 편면적 강행규정으로 되어 있다(제4항, 제650조의o). 또한 제4관에서는 ‘기획여행계약, 여행중개 및 연계여행의 중개(제651조의a 내지 제651조의y)’에 관해 규정하고 있다.

III. 독일 소비자계약법 주요내용

1. 사업자의 정보제공의무

가. 소비자계약 일반에서 정보제공의무

독일민법은 앞서 소개한 바와 같이 제13조, 제14조에서 소비자계약법의 적용을 위한 주요개념인 소비자와 사업자에 관한 정의규정을 갖고 있다. 소비자는 “영업적 활동과 독립한 직업적 활동에 주되게 속하지 않는 목적으로 법률행위를 행하는 자연인”이라고 규정하고 있으며, 사업자란 개념은 “법률행위를 체결함에 있어서 영업적 또는 독립한 직업적 활동을 수행하면서 행위하는 자연인, 법인 또는 법인격 있는 조합”을 뜻한다. 이러한 소비자와 사업자 사이의 계약, 즉 소비자계약이 유상의 급부를 목적으로 하는 경우에는 사업자는 제312a조 제2항에 따라 소비자에게 민법의 시행법률(EGBGB) 제246조에서 정한 바에 따른 정보제공의무를 부담한다.⁴⁰⁾

소비자계약에서 적용되는 사업자의 정보제공의무에 관하여 민법 시행법률 제246조는 제1항에서 정보제공의무의 시기와 방법에 관하여 규정하고 있는데, 이에 따르면 “사업자는 관련 정보가 상황상 주어져 있는 것이 아닌 한 민법 제312 a조 제2항에 따라 소비자가 계약적 의사를 표시하기 이전에 분명하고 이해할 수 있는 방식으로 정보를 제공해야 한다”고 규정하고 있다. 그리고 제2항에서는 사업자가 제공

40) 독일민법상의 소비자계약에서 정보제공의무에 관한 국내 문헌의 개관으로는 이재호, 소비자계약상 정보제공의무에 관한 연구, 민사법의 이론과 실무 제21권 제4호, 2018, 277면; 김상중, 소비자계약과 정보제공의무, 소비자법연구 제5권 제2호, 2019, 27면 이하.

해야 할 정보의 내용을 세부적으로 규정하고 있는데, ① 재화 또는 용역의 본질적 성상, ② 사업자의 상호와 같은 신원, 영업소의 주소, 그리고 전화번호, ③ 세금과 공과금을 포함한 재화와 용역의 전체가격, ④ 지급, 공급과 급부조건, 사업자가 재화를 공급하거나 용역을 제공해야 할 의무를 지게 되는 시점, ⑤ 재화에 대한 법정 담보책임의 성립과 필요한 경우 소비자 서비스의 존재와 조건 및 품질보증, ⑥ 필요로 한 경우 계약의 존속기간 또는 기한없는 계약 또는 자동 연장되는 계약의 해지 조건, ⑦ 디지털 내용에 대한 기술적 보호조치를 포함한 작동방식, ⑧ 디지털 내용의 하드 또는 소프트웨어와의 호환성과 적응성의 제한을 정보제공의 대상으로 규정하고 있다.

다만 독일민법 제312 a조, 시행법률 제246조에 따른 소비자에 대한 사업자의 정보제공의무 규정은 식료품 등 일상용품의 공급을 목적으로 하는 계약, 자동화된 영업소를 이용하여 체결된 계약, 계약체결과 함께 즉시 이행되고 그 지급대가가 40 유로를 넘지 않는 계약 등과 같은 경우에는 적용되지 않는다(제312조 제2항, 시행법률 제246조 제2항).

한편 독일민법은 소비자계약상의 일반적 정보제공의무의 일환으로 소비자에게 철회권이 인정되는 경우에는 사업자로 하여금 소비자에 대하여 철회권에 관하여 문서 형태로 알리도록 규정하는 한편, 사업자의 철회권 고지는 뚜렷하고 소비자와의 관계에서 사용되는 통신수단에 적합한 방식으로 철회권의 본질적 권리사항을 분명히 하도록 규정하고 있다. 사업자의 고지에는 철회권의 존재 외에 철회권 행사의 기간과 개시 등에 관한 사항을 포함해야 한다(이상에 관하여는 시행법률 제246조 제3항). 더 나아가 독일민법은 소비자계약에서 사업자로 하여금 상품의 운반, 배달 또는 발송비용에 관하여 소비자에게 정보를 제공하도록 규정하면서 사업자가 이를 행한 경우에만 소비자에 대하여 위 비용을 청구할 수 있다고 규정하고 있다(독일민법 제312a조 제2항 제2문, 시행법률 제246조 제3항).

나. 방문판매, 통신판매와 전자계약에서 정보제공의무의 내용

독일민법은 제312조의a에서 소비자계약에서 사업자의 일반적 의무내용을 규정한 후에 제312조의b, 제312조의c에서 방문판매, 통신판매에 관한 개념정의를 하면서 제312조의d에서 양 판매형태에서 적용되는 사업자의 정보제공의무를 규정하고 있다. 그러면서 사업자의 정보제공의무에 관한 세부내용은 독일민법 시행법률 제246조의a 이하에서 구체적으로 규정되어 있는데, 방문판매와 통신판매 일반에 적용되는 정보제공의무(시행법률 제246조의a 제1조)와 정보제공의무를 이행하는 데 준수해야 할

요청(시행법률 제246조의a 제4조) 이외에 일정한 계약 또는 정보전달매체의 특성에 따른 의무내용의 간소화(시행법률 제246조의a 제2조, 제3조)를 규정하고 있다.

이들 내용을 좀 더 소개하면, 방문판매와 통신판매에서 사업자는 소비자계약상의 일반적 정보제공의무(제312조의a, 시행법률 제246조)와 마찬가지로 재화 또는 용역의 성상, 사업자의 신원, 재화 또는 용역의 전체가격, 담보책임과 보증요건 등에 관한 내용 이외에 기한없는 계약과 정기구독계약의 특성에 따른 추가사항(해지조건, 최소한의 의무기간, 전체가격) 등을 정보제공의무의 대상으로 규정하고 있다. 특기할 바는 사업자가 이와 같이 정보제공의무를 이행하는 과정에서 고지한 내용은 달리 정하지 않는 한 계약내용이 된다고 규정하고 있다(제312조의d 제1항).

한편 독일민법은 제312조의i에서 사업자의 전자거래상 일반적 의무를 규정하고 있다. 이에 따르면 사업자는 재화 또는 용역의 공급에 관한 계약의 체결을 목적으로 전자매체를 이용하는 계약, 즉 전자거래에서 ‘고객’ (소비자가 아님에 주의)에 대하여 주문의 발송 이전에 입력실수 여부 등을 확인할 수 있는 기술적 수단의 제공, 고객의 주문이 도착할 때에 즉시 이를 전자적 형태로 고객에게 확인할 의무 등에 관하여 규정하고 있다(제312조의f). 이와 더불어 사업자는 소비자와의 전자계약에서는 공급제한의 여부, 유효한 지급수단에 대한 사전 명시, 주문에 따른 지급의무의 발생에 관하여 명시할 수 있는 기술적 수단의 마련 등을 특별한 의무로서 정해 두고 있다(제312조의j 제1항, 제3항). 한편 소비자와의 전자거래에서 사업자는 소비자계약 일반에서 인정되는 사업자의 정보제공의무 규정 가운데 일부 내용에 관한 정보제공의무를 부담하며(제312조의j 제2항), 전자매체를 통한 계약체결이라는 특성에 따라 계약체결의 기술적 조치, 계약체결 후에 그 내용의 저장여부와 저장매체에의 접근가능성, 입력실수를 사전에 인식할 수 있는지 여부 등에 관하여 별도의 정보제공의무를 규정하고 있다(민법 시행법률 제246조의c).

다. 소비자계약에서 정보제공의무 위반의 효과

독일민법전 내에 규정된 소비자계약에서 사업자가 정보제공의무를 이행하지 않거나 또는 잘못된 내용을 소비자에게 알린 경우에 그 법률효과는 다음과 같이 이해되고 있다. 먼저, 사업자의 정보제공의무 위반에 대하여 소비자가 이를 추완 또는 시정해 줄 것을 청구할 수 있다.⁴¹⁾ 한편 사업자의 정보제공의무에 관한 독일민법 규정에서 명시적으로 정한 법률효과의 하나로는 사업자가 철회권에 관한 정보제공의무를 위반한 때에는 철회권 행사기간이 기산하지 못하도록 정해져 있다. 그리고 운

41) Bülou-Artz, Verbraucherprivatrecht, 6.Aufl., 2018, Rn. 280.

송, 포장 비용 등에 관한 사업자의 정보제공의무 위반에 대해서는 사용자가 이 비용을 소비자에게 청구할 수 없고 그 스스로 비용을 부담하도록 규정하고 있다(제 312조의 e).

그 외의 정보제공의무 위반에 대한 효과에 관해서는 소비자계약에 관한 독일민법의 규정은 별도로 규정하지 않고 있다. 따라서 예를 들어 재화 또는 용역의 본질적 속성, 가격 등의 주요 거래조건에 관한 정보제공의무의 위반에 대해서는 민법 일반의 원칙에 따라 그 법률효과가 인정될 수 밖에 없다. 즉, 사업자의 정보제공의무 위반에 대해서는 사업자의 계약상 의무위반을 이유로 한 제280조의 손해배상책임이 인정될 수 있으며, 독일의 금지청구소송법 (Unterlassungsklagengesetz) 제2조에 따른 금지청구의 소구도 인정될 수 있다. 더 나아가 사업자가 잘못 제공한 정보내용이 계약의 구성부분을 이루게 된 경우에는 사업자는 그 잘못된 정보내용에 따른 계약에 구속되어야 하며, 이는 특히 사업자의 잘못된 진술내용이 소비자에게 유리한 경우에 의미가 있다.⁴²⁾

2. 청약의 철회권

가. 독일민법상 소비자계약에서 철회 일반

소비자계약에서 사업자와 소비자 사이의 계약대등성의 결여를 보완하기 위하여 독일민법은 위에서 언급한 사업자의 정보제공의무 외에 소비자의 철회권을 널리 인정하고 있다. 즉, 독일민법 역시 다른 나라의 입법내용과 마찬가지로 소비자계약에서 자신의 의사표시에 대한 구속의 원칙을 완화하여 소비자로 하여금 사업자와의 사이에서 일응 체결된 계약관계를 일방적으로 해소할 수 있는 권리를 인정하고 있다. 소비자계약에서 철회권에 관한 규정은 2002년 채권법 현대화 이래로 독일민법 제355조 이하에서 규정되어 있는데, 이들 규정에서는 철회권의 행사와 권리행사기간 및 철회에 따른 반환 등의 법률관계를 규율하고 있다. 철회권의 발생근거는 제 355조 이하에서는 찾을 수 없고, 소비자계약의 각종 판매형태와 계약내용에 따라 해당 규정에서 별도로 규정하고 있다. 제355조는 이런 규율 체계에 비추어 그 자체로 철회권의 인정근거를 정하지는 않고 있다는 점에서 백지규범(Blankettnorm)이라고 불리운다고 한다.

나. 철회권의 근거와 행사 일반, 각종 소비자계약과 철회권

42) Bülou-Artz, Verbraucherprivatrecht, 6.Aufl., 2018, Rn. 280.

독일민법 제355조 제1항 제1문에 따르면 소비자는 사업자와 사이에 체결된 계약을 법률에 의하여 철회권이 인정되는 때에만 철회할 수 있다고 규정하고 있다. 소비자계약에서 철회권의 행사가 사적자치에 따른 자기결정·자기책임의 예외라는 점에서 법률의 근거를 필요로 함은 당연한데, 제355조 이하에서 밝히고 있지 않은 철회권의 근거는 소비자계약의 판매형태와 급부내용에 관한 별도의 규정에 산재해 있다. 방문판매와 통신판매(제312조의g 제1항), 일시주거권계약(제485조), 소비자소비대차계약(제495조), 자금융통원조(제506조 제1항), 분할제공계약(제510조), 소비자 건축계약(제650조 제1항)에서 독일민법은 소비자에 대하여 제355조에 따른 철회권이 인정됨을 명시적으로 규정하고 있다.

독일민법 제355조 제1항 제1문에 따르면 소비자는 법률에서 자신에게 철회권을 인정하고 있는 한 이를 행사함으로써 사용자와 사이에 체결된 계약에 더 이상 구속되지 않는다고 규정하고 있다. 위 규정의 입법 당시에 소비자의 철회권 행사가 인정되는 소비자계약의 효력을 유동적 유효라고 밝히고 있는데, 이에 관하여는 문헌상의 비판적 지적이 행해지고 있다.⁴³⁾ 철회권 행사 이전의 계약적 효력에 대한 법적 구성에 대한 이론적 논의에 관계없이 철회권 행사에 따른 원래의 이행의무 소멸과 이미 이행된 것에 대한 반환에 관하여는 독일민법 제355조 제3항, 제357조에서 비교적 소상하게 규정되어 있는데, 이에 관하여는 아래 다.에서 소개하도록 한다. 어찌되었건 분명한 것은 계약당사자인 소비자가 철회권을 행사하여야만 하며, 이는 상대방인 사업자에 대한 철회의 의사표시를 통하여 이루어지게 된다(제355조 제1항 제2문). 철회의 의사표시는 명시적 형태 외에 묵시적으로도 행해질 수 있지만, 사업자가 소비자에게 철회할 의사가 있음이 분명하게 드러나야 한다(제355조 제1항 제3문). 소비자는 철회의 의사를 표시할 때에 그 사유를 제시하지 않아도 되는데(제355조 제1항 제4문), 철회의 의사표시는 상대방 있는 의사표시라는 점에서 상대방인 사업자에게 도달함으로써 효력을 발생한다. 다만 철회권의 행사는 존속기간 내에 이루어져야 하는데, 행사기간의 준수 여부는 소비자가 철회의 의사를 발송한 시점을 기준으로 판단하게 된다(제355조 제1항 제5문).

독일민법은 철회권의 행사기간에 관한 상세한 규정을 갖고 있다. 우선 소비자가 갖는 철회권 행사기간은 일반적으로 14일로 되어 있는데(제355조 제2항 제1문), 그 기간의 기산점은 소비자계약의 유형에 따른 여러 사정을 고려하고 있다. 일단 계약을 체결한 시점이 철회권 존속시간의 기산점으로 되는데(제355조 제2항 제2문), 방문판매와 통신판매의 경우에는 제356조 제2항과 제3항, 일시주거권계약의 경우에는

43) 이에 관하여는 Bülow-Artz, Verbraucherprivatrecht, 6.Aufl., 2018, Rn. 117-118.

제356조의a, 소비자 소비대차의 경우에는 제356조의b 등에서 추가적인 사항을 규정해 두고 있다. 특히 소비자계약에서 사업자가 소비자에 대하여 철회권의 존재와 행사 등에 관한 정보제공의무를 부담하는 한 사업자의 의무이행 이전에는 철회권의 존속기간은 기산하지 않도록 규정하고 있다(가령 제356조 제3항).⁴⁴⁾

한편 독일민법은 제356조 내지 제356조의c에서 각종 소비자계약의 유형에 따라 철회권에 관한 개별규정을 두고 있는데, 사업자의 소비자에 대한 철회권 고지의무의 이행방법, 철회권 존속기간의 기산점, 철회권의 소멸 등에 관하여 규정하고 있다. 예를 들어 방문판매와 통신판매의 경우 사업자가 계약상의 노무급부를 완전하게 이행한 때에는 일정한 요건을 함께 구비한 때에, 그리고 디지털저장매체에 의하여 디지털 콘텐츠를 제공하기로 하는 계약의 경우에도 사업자가 디지털 콘텐츠의 제공을 개시하였을 것과 더불어 법정의 요건을 충족하는 때에는 소비자의 철회권이 소멸한다는 규정을 두고 있다(제356조 제3항, 제4항).

다. 소비자계약에서 철회로 인한 법률효과

독일민법의 입법자는 철회권 행사 이전의 계약적 효력을 유동적 유효라고 파악하고 있었음은 이미 서술한 바와 같다. 그럼에도 불구하고 철회권은 해제와 마찬가지로 원래 급부의 교환을 목적으로 하던 계약관계를 청산관계로 변형함으로써 급부의무의 소멸 또는 이미 급부된 바의 반환을 목적으로 하게 된다. 이 같은 철회의 법률효과는 독일민법 제355조 제3항 제1문에서 명시적으로 규정되어 있는데, 철회로 인한 반환관계의 세부내용은 제357조에서 따로 규정되어 있다.⁴⁵⁾

독일민법 제355조 제3항에 따르면 소비자의 철회에 따라 각 당사자는 수령했던 급부를 지체없이 상대방에게 반환해야만 한다. 다만 소비자계약의 개별 유형에 따라서는 반환의무의 최대기간을 정하고 있는데(가령 방문판매와 통신판매에서는 14일, 금융서비스계약에서는 30일, 각각 제357조 제1항, 제357조의a 제1항). 위 반환의무의 최대기간은 사업자의 경우에는 철회의 의사표시가 도달함으로써 기산하며(제355조 제3항 제1문), 위 기간을 경과하는 때에는 상대방의 최고 없이도 반환의무의 지체책임을 부담하게 된다. 한편 독일민법은 철회에 따른 반환의무에 관하여 상세한 규정을 마련하고 있는데, 일단 소비자계약의 철회에 따라 사업자와 소비자 모두는 상대방의 계약상의 그릇가 (일부) 이행된 이상 이를 반환할 의무를 부담하는데,

44) 독일민법의 각종 소비자계약에 관한 철회권 행사기간에 관하여 상세하게 소개한 국내 문헌으로는 이재호, 소비자법상 철회권 행사기간과 그 기산, 법학논고 제63호, 2018, 205면.

45) 이들 규정에 관한 개관으로는 김종길, 개정 독일민법상 철회에 의한 소비자계약의 청산, 민사법학 제71호, 2015, 83면 이하.

사업자는 소비자에 대하여 지급받은 바를 반환하여야 하며 이때에는 소비자가 사업자에게 지급하였을 때에 사용하였던 지급수단을 사용하는 것을 원칙으로 한다(제357조 제2항, 제3항). 이때 사업자와 소비자 모두가 상대방의 급부에 관하여 반환의무를 부담할 때에는 소비자가 선이행의무를 부담하도록 하여, 사업자는 소비자로부터 자신의 급부를 반환받았거나 반환했다는 증거를 제시받을 때까지 지급의 반환을 거절할 수 있다(제357조 제4항).

한편 소비자는 사업자로부터 제공받은 재화를 반환하는 데에 필요로 하는 반송비용은 사업자로부터 철회권 행사에 관한 내용을 고지받은 이상 원칙적으로 소비자 스스로 부담하여야 한다(제357조 제6항 제1문). 소비자는 철회권 행사에 따라 그 사이에 사업자의 급부를 이용함에 따른 이익을 반환할 의무를 부담하지는 않는다. 그렇지만 사업자의 제품이 일부멸실 등으로 가치손상을 입게 된 때에는 이를 배상할 의무를 부담하는데, 사업자의 제품에 관한 가치손상이 제품의 성상 또는 작동 등에 관한 검사과정에서 필요적으로 수반되는 경우에는 그렇지 않다(제357조 제7항). 디지털 콘텐츠의 제공을 목적으로 하는 소비자계약에서도 소비자는 가액배상의 의무를 부담하지 않는다(제357조 제9항).

더 나아가 독일민법은 제357조의a 이하에서 소비자 금융서비스계약, 일시주거권 계약 등의 소비자계약에서 소비자의 철회권 행사에 따른 법률효과에 대한 개별규정을 두고 있다. 소비자 금융서비스계약에 관한 독일민법 제357조의a 에서는 이미 이해된 급부의 반환을 위한 최대기간(30일), 노무제공이라는 특징에 따라 소비자의 가액배상 여부와 그 내용에 관한 세부규정, 신용의 수수에 따라 신용이 제공된 때로부터 이를 반환할 때까지 법정이자(Sollzins)의 가산 등에 관하여 규정하고 있다. 한편 일시주거권에 관한 소비자계약에서는 철회로 인하여 어떠한 비용을 부담하지 않음을 명정하고 있으며, 소비자가 목적에 반하는 사용으로 반환목적물의 손상을 야기한 경우가 아닌 한 숙박시설을 사용함에 따른 가액반환의 의무도 부담하지 않을 규정하고 있다(제357조의b).

3. 결합계약

결합계약(verbundene Verträge)은 둘 이상의 계약이 결합된 형태로서,⁴⁶⁾ 원칙적으로는 각각의 계약에 대하여 복수의 규정이 별개로 적용된다. 이에 따라 각각의 계약이 완전히 분리되어 규율되는지, 아니면 상호 영향을 미치는지 여부가 문제될 수 있다. 가령 물품 등의 구매계약에서 발생한 사유가 그 대금지급에 관한 신용계약의

46) 이러한 점에서 혼합계약(gemischte Verträge)과 다르다.

효력에도 영향을 미치는지 여부 등이 그러하다.⁴⁷⁾ 독일민법은 결합계약의 개념을 명시적으로 규정하여 이 문제를 해결하고 있다. 결합계약은 독일민법 제358조 내지 제360조에 따라 규율되는데, 주요내용은 다음과 같다.

가. 철회된 계약과 결합된 계약(제358조)

독일민법 제358조는 제491조 이하의 소비자소비대차계약과 결합된 사업자와 소비자 간의 계약에 적용된다. 또한 사업자가 소비자에게 3개월 이상의 기간 동안 대금지급을 유예하거나 기타의 자금유통원조를 하는 경우(제506조), 그리고 할부거래(제507조)에서도 적용된다.

1) 용자를 받은 계약의 철회

사업자가 물품의 인도 또는 기타의 급부를 실행하기로 하는 계약의 체결을 내용으로 하는 의사표시를 소비자가 유효하게 철회한 경우, 소비자는 그 계약과 결합된 소비대차계약의 체결을 내용으로 하는 의사표시에 더 이상 구속되지 않는다(제358조 제1항).

2) 결합된 용자계약의 철회

반대로, 소비자가 소비대차계약의 체결을 내용으로 하는 의사표시를 유효하게 철회한 경우에 소비자는 소비자대차계약과 결합된 물품의 인도 또는 기타의 급부 실행을 내용으로 하는 의사표시에도 더 이상 구속되지 않는다(제358조 제2항).

3) 결합계약의 요건

위 제1항 및 제2항에서 정하는 물품의 공급 또는 기타의 급부 실현에 관한 계약과 소비대차계약은 그 대차금의 전부 또는 일부가 전자의 계약의 자금조달에 기여하고 또한 전자와 후자의 계약이 경제적으로 일체를 이루는 경우에 결합된 것으로 본다(제358조 제3항 제1문).

47) 과거 독일에서는 이 문제에 관해 3면 계약(dreiseitiger Austauschvertrag)으로 설명하거나, 그물계약(Netz-vertrag)으로 이해하거나, 또는 법률적 결합에 기초한다고 보는 등의 논의가 있었다. 이에 관해서는, 이병준, 금융할부계약의 법적 구조와 문제점, 재산법연구 제21권, 2005, 147~152면; 성준호, 소비자계약과 경제적으로 결합된 계약관계에서 철회권 및 항변권, 소비자법연구 제5권 제1호, 2019, 317면 참고.

이때 경제적 일체성은 사업자 자신이 소비자의 반대급부로서의 자금을 공여하는 때, 또는 제3자에 의한 자금공여의 경우 그 대주가 소비대차계약의 준비나 체결에 관해 사업자의 협력을 이용한 때 인정된다(제358조 제3항 제2문).

부동산 또는 그것과 동시되는 권리를 금융을 얻어 취득하는 경우에는 다음과 같은 때에 한하여 경제적 일체성이 인정된다: 대주 자신이 부동산 또는 그것과 동시되는 권리를 소비자에게 공여하는 때, 또는 대주가 사업자의 양도이익을 전부 또는 일부 자신의 것으로 하거나 프로젝트의 수립, 선전 또는 실행에 관해 양도인의 역할을 인수하거나 양도인을 일방적으로 우대함으로써 대주가 대여금의 제공을 넘어 사업자와의 협동을 통해 부동산 또는 그것과 동시되는 권리의 취득을 지원한 때(제358조 제3항 제3문).

4) 철회권 행사의 효과

독일민법 제355조 제3항 및 결합된 계약의 종류에 따라 철회된 계약의 원상회복과 결합된 계약의 원상회복에 제357조 내지 제357조의b가 준용된다(제358조 제4항 제1문). 이때 신용계약은 ‘반환채권관계(Rückgewährschuldverhältnis)’로 전환된다.⁴⁸⁾

결합계약이 유체적 자료저장장치에 있는 것이 아닌 디지털콘텐츠의 공급에 관한 것이고, 사업자가 소비자에게 계약서 등본이나 확인서를 제공한 경우에 소비자는 독일민법 제356조 제5항 중단 및 후단의 요건에 따라 철회 전까지 제공된 디지털콘텐츠에 대한 가액배상을 하여야 한다(제358조 제4항 제2문).

결합계약이 통신판매 또는 영업장소 밖에서 체결된 분할급부계약인 경우에는 제355조 제3항 및 제357조를 준용하며, 그 외의 분할급부계약에는 제355조 제3항 및 제357조의c를 준용한다(제358조 제4항 제3문).

신용제공자는 결합계약의 철회권 행사에 따른 소비대차계약의 원상회복에 관해 소비자에게 어떠한 명목으로도 이자나 원상회복에 소요되는 비용을 청구할 수 없다(제358조 제4항 제4문). 사업자는 특히 일시대여금에 대한 보상으로 소비자에게 이자의 지급을 요구할 수 없다.⁴⁹⁾ 또한 철회가 효력을 가지는 때에 대여금이 이미 사업자에게 유입된 경우 대주는 소비자에 대한 관계에서 철회의 법률효과와 관련하여 결합계약으로부터 발생하는 권리의무에 관하여 사업자에 같음한다(제358조 제4항 제5문).

48) R.Schulze, u.a., Bürgerliches Gesetzbuch, 8.Aufl., 2014, §358, Rn.11.

49) R.Schulze, u.a., Bürgerliches Gesetzbuch, 8.Aufl., 2014, §358, Rn.11.

5) 적용제외

독일민법 제358조 제2항 내지 제4항은 독일 은행업법(KWG) 제1조 제11항에 규정된 금융상품(Finanzinstrumente, 예를 들어 유가증권이나 파생상품 등)과 같은 자금조달수단을 취득하기 위한 자금을 공여할 목적으로 체결된 소비대차계약에는 적용되지 않는다(제358조 제5항). 그와 같은 자금조달수단의 취득자에게 시세변동의 위험이 고지되었으므로 보호의 필요성이 없기 때문이다.⁵⁰⁾

나. 결합계약에서의 항변사유(제359조)

이 규정은 앞서 언급한 유럽연합 소비자신용지침(2008/48/EG) 제11조 제2항 제1문의 전환입법에 따른 것이다.⁵¹⁾ 소비자는 결합계약의 상대방인 사업자에 대하여 결합계약에서 발생하는 대항사유에 기하여 자신의 급부이행을 거절한 권리를 가지는 경우에는 대차금의 반환을 거절할 수 있다(제359조 제1항 제1문).

다만 사업자와 소비자 사이에 소비대차계약 체결 후에 합의된 계약변경을 근거로 하는 대항사유가 존재하는 경우 그 대항사유를 가지고는 대차금의 반환을 거절할 수 없다(제359조 제1항 제2문). 또한 소비자가 추완을 청구할 수 있는 경우에는 그 추완이 이루어지지 않은 경우에 비로소 대차금의 반환을 거절할 수 있다(제359조 제1항 제3문).

이와 같은 항변권은 독일 은행업법(KWG) 제1조 제11항에 규정된 금융상품(Finanzinstrumente, 예를 들어 유가증권이나 파생상품 등)과 같은 자금조달수단을 취득하기 위한 자금을 공여할 목적으로 체결된 소비대차계약에는 적용되지 않는다. 그리고 용자받은 금액이 200유로 미만인 경우에도 적용되지 않는다(제359조 제2항).

다. 관련계약(제360조)

독일민법 제360조는 결합된 계약에 관한 철회권 행사를 관련계약(zusammenhängender Vertrag)에 대해서도 확장하여 적용한다. 이 규정은 유럽연합 소비자권리지침(2011/83/EU) 제15조를 전환입법한 것이다.

결합계약의 요건을 갖추지 않은 경우에는 관련계약으로서만 유효하며, 철회의 효

50) 성준호, 소비자계약과 경제적으로 결합된 계약관계에서 철회권 및 항변권, 소비자법연구 제5권 제1호, 2019, 326면.

51) R.Schulze, u.a., Bürgerliches Gesetzbuch, 8.Aufl., 2014, §359, Rn.1.

력은 그 관련계약에 대해서도 발생한다. 즉 소비자가 계약의 체결을 내용으로 하는 그의 의사표시를 유효하게 철회하였는데 결합계약의 요건이 갖추어지지 않은 경우 소비자는 그와 관련되는 계약의 체결을 내용으로 하는 의사표시에도 더 이상 구속되지 않는다(제360조 제1항 제1문). 그리고 관련계약의 원상회복에 관해서는 제358조 제4항 제1문 내지 제3문이 준용된다(제360조 제1항 제2문). 소비자가 일시거주권 계약 또는 장기의 휴가우대상품에 관한 계약을 체결한 경우 그는 관련계약에 대해서도 아무런 비용을 부담하지 않으며, 이에 대해서는 제357조의b 제1항 제2문 및 제3문이 준용된다(제360조 제1항 제3문).

이때 관련성은, 어떠한 계약이 철회된 계약과 일정한 관련을 가지고 철회된 계약의 사업자가 실행하거나 제3자가 그와 철회된 계약의 사업자와의 약정에 기하여 실행하는 급부를 목적으로 하는 것인 경우에 인정된다(제360조 제2항 제1문). 이 개념은 소비대차계약과 직접적인 관련성을 가지고 체결된 부가서비스를 규율하는 구 독일민법 제359조의a 제2항의 계약 중에 규정되어 있었다.⁵²⁾

또한 사업자가 소비자에게 공여하는 대차금이 오직 철회된 계약의 자금으로 제공되고, 철회된 계약에서 정해진 사업자의 급부가 소비대차계약에서 명확하게 적시되어 있는 경우에도 소비대차계약은 관련계약에 해당한다(제360조 제2항 제2문). 이 개념은 소위 특정계약(angegebene Verträge)으로서 구 독일민법 제359조의a 제1항에 규정되어 있었던 것이다.⁵³⁾

IV. 시사점

이상에서 독일민법전에서 소비자계약에 관하여 규정하고 있는 내용을 전체 체계 및 특징과 함께 일별해 보았다. 아래에서 소개할 다른 나라의 입법경향과 비교하여 무엇보다 독일민법의 큰 특징의 하나로는 ① **소비자계약에 관한 민법전 내의 편입·통합**을 들 수 있겠다. 이 같은 특징은 2002년 민법 개정 당시에 독일 내에서도 큰 논의가 있었던 바인데, 독일민법 입법자는 소비자계약을 민법전 내에 편입함으로써 일반민법의 원리가 그대로 적용되는 계약과 그 수정·보완을 필요로 하는 소비자계약의 유기적 관계를 법전의 체계와 편별을 통하여 표현하고자 하였던 것으로 이해되고 있다. 다시 말해 소비자계약에서도 근대민법의 원리에 따라 (달리 정하지 않는 한) 자기결정·자기구속의 법리가 적용되어야 하되, 방문판매, 통신판매, 전자거래 등과 같이 소비자계약의 상황과 개별 급부의 내용에 따라 소비자의 보호필요

52) BT-Drucks 17, 12537, S.67.

53) “결합된 거래의 조건을 충족하지 못하는 경우, 철회된 계약으로부터 사업자의 물건 또는 급부가 소비자소비대차계약이 명시되어 있는 경우에는 민법 제358조 제1항 및 제4항을 준용한다.”

성이 인정되는 경우에는 위의 원칙을 수정, 보완하는 별도의 규정을 마련한다는 것이다. 그러면서 독일민법은 2002년 채권법 현대화와 그 후 유럽연합 지침의 수용과정에서 소비자계약의 개별 유형에 관한 규정을 상세하게 마련해 가면서도 소비자계약에서 사업자의 일반적 의무내용 및 철회권의 행사와 반환관계에 관한 통일된 규정을 형성해 가고 있음도 주목을 끌게 한다.

이와 같은 소비자계약법의 체계적 측면 외에 독일민법 내의 소비자계약법은 ② 소비자보호를 위한 사법의 전통적 수단인 정보제공의무와 철회권에 관한 상세한 규정, ③ 다양한 계약내용과 거래실태의 입법적 반영, 그리고 ④ 최근 새로운 거래현상인 디지털 콘텐츠 등에 관한 적극적 규율이라는 그 내용적 측면에서도 비교법적으로 유익한 시사점을 제공해 주고 있다. 이들을 나누어 설명하면, 주지하듯이 소비자계약에서 계약내용에 관한 제3자(국가기관)의 개입을 우선적으로 고려하지 않는 한 현대의 민사법질서는 사업자와 소비자 사이의 정보 등 대등성의 결여에 대한 수정, 보완을 위하여 사업자의 정보제공의무와 함께 소비자의 철회권을 널리 활용해 오고 있다. 이는 독일민법 역시 마찬가지인데, 독일민법은 정보제공의무에 관하여 민법전 내에서 소비자계약에 관한 일반적 의무, 각종 소비자계약의 유형에 따른 별도의 추가적 규정을 통하여 정보제공의무를 근거지운 다음에 민법 시행법률에서 각 정보제공의무의 대상과 내용, 이행방법을 상세히 규정함으로써 체계성과 개관성을 높여주고 있다. 철회권에 관한 독일민법 규정 역시 이와 마찬가지로 소비자계약의 개별 유형에 따라 철회권의 근거규정을 마련한 다음에 이들 규정에 따른 철회권의 행사와 그로 인한 법률관계에 관하여 일관된 규정을 정해두고 있다. 정보제공의무와 철회권에 관한 독일민법의 상세한 규정은 반드시 민법전 내에 소비자계약법 규정을 두지 않더라도 내용적 측면에서 반드시 참고해야 할 것으로 생각된다.

또한 독일민법이 다양한 계약내용과 거래실태를 입법적으로 반영하고 있는 점, 그리고 디지털 산업사회로의 전환에 부합하여 디지털 콘텐츠와 같은 최신 거래현상에 관하여 적극적으로 규율하려는 태도 역시 소비자계약법을 마련함에 있어서 유념하여야 할 것이다. 독일민법은 이러한 개정에서 무엇보다 유럽연합의 다양한 입법 지침의 영향을 받아 왔는데, 이들 규정은 매매를 중심으로 한 대면의 근대적 계약 모형에서 벗어나 다양한 상품(일시주거권, 금융서비스 등)을 목적으로 하는 여러 판매형태(방문판매, 통신판매, 전자계약)에서 그 유형적 특징을 반영하는 가운데 소비자의 보호를 일관되게 각종 계약의 유형에서 관철해 가는 현대적 규율내용을 마련해 두고 있다고 평가된다. 또한 2019년 유럽연합의 관련 지침을 독일법 내에 수용하기 위하여 2021년 6월에 이루어진 독일민법의 개정은 디지털콘텐츠와 디지털서비스에 관한 민사법적 규율내용을 마련하고 있는데, 개념정의, 주요 의무내용과 하자

여부의 판단 등에 관한 이들 신설규정은 민법전예의 편입 여부라는 체계적 측면 여부를 떠나서 우리나라에서도 관련 법리를 형성, 정착시키는 데에 내용적으로 반드시 참고해야 할 중요 방향을 제시해 주고 있다.

일본의 소비자 보호법제 개관

신지혜(한국외국어대학교 법학전문대학원, 변호사, 법학박사)

I. 개관

일본은 1968년 ‘소비자기본법(消費者基本法, 이하 ‘일본소비자기본법’)’⁵⁴⁾의 제정을 시작으로 소비자법제의 기틀을 갖추게 되었다. 이후 소비자계약과 관련하여 ‘소비자계약법(消費者契約法, 이하 ‘일본소비자계약법’)’⁵⁵⁾, ‘할부판매법(割賦販売法, 이하 ‘일본할부판매법’)’⁵⁶⁾ 및 ‘특정상거래에 관한 법률(特定商取引に関する法律, 이하 ‘일본특정상거래법’)’⁵⁷⁾ 등을 입법하여 오늘날의 소비자계약법의 체계를 구성하고 있다.⁵⁸⁾

특히 일본의 소비자법체계는 변화하는 소비자거래환경에 적응하기 위해 관련 법규를 개정하여, 현실과 규범의 조화를 이루기 위한 노력을 하고 있는 것으로 보인다. 이러한 움직임은 최근 수차례 개정된 소비자계약법을 통해 확인할 수 있다. 최근 개정된 2016년의 개정의 주요내용으로는 소비자철회회⁵⁹⁾의 행사대상인 계약목적의 범위를 확장하고, 소비자철회권의 행사기간 및 효과를 변경하였으며, 계약내용의 적정화와 관련하여서는 부당조항리스트를 추가하였다. 또한 2018년의 개정 내용으로는

54) 消費者基本法(昭和四十三年法律第七十八号)施行日: 令和三年九月一日(令和三年法律第三十六号による改正)(<https://elaws.e-gov.go.jp/document?lawid=343AC1000000078>)

55) 消費者契約法(平成十二年法律第六十一号)施行日: 令和二年四月一日(平成二十九年法律第四十五号による改正)(<https://elaws.e-gov.go.jp/document?lawid=412AC0000000061>)

56) 割賦販売法(昭和三十六年法律第百五十九号)施行日: 令和三年四月一日(令和二年法律第六十四号による改正)(<https://elaws.e-gov.go.jp/document?lawid=336AC0000000159>)

57) 特定商取引に関する法律(昭和五十一年法律第五十七号)施行日: 令和二年四月一日(平成二十九年法律第四十五号による改正)(<https://elaws.e-gov.go.jp/document?lawid=351AC0000000057>)

58) 그 외 금융거래나 부동산거래 등 특별한 분야와 관련된 소비자보호 규정으로는, ‘금융상품의 판매 등에 관한 법률(金融商品の販売等に関する法律)’ ‘금융상품거래법(金融商品取引法)’, ‘주택 품질확보 촉진에 관한 법률(住宅の品質確保の促進に関する法律)’, ‘제조물책임법(製造物責任法)’, ‘소비자안전법(消費者安全法)’ 등이 있고, 경품류 제공이나 전자상거래 등 개별 거래행위 태양과 관련된 것으로는 ‘부당경품류 및 부당표시 방지법(不当景品類及び不当表示防止法)’, ‘전자소비자계약에 관한 민법의 특례에 관한 법률(電子消費者契約に関する民法の特例に関する法律)’ 등이 있으며, 이러한 각각의 개별 분야별로 소비자보호를 위한 법리 등도 개별 사례와 함께 발달되어 왔다. 이와 같은 특별소비자보호법 분야에 관한 상세한 설명으로는, 中田邦博, 鹿野菜穂子 編, 「(基本講義) 消費者法」, 日本評論社(2020), 212면 이하; 杉浦市郎 編, 「新・消費者法これだけは」, 法律文化社(2020), 135면 이하 참조.

59) 법률문언상으로는 “취소(取り消す)”라는 용어가 사용되고 있으나, 우리법상 철회에 가까운 것이므로 이 글에서는 “철회”로 번역하였다. 일본에서는 이러한 철회권에 대하여 “쿨링오프(coolingoff, クーリングオフ)”라는 용어도 자주 쓰인다.

소비자철회권의 행사 원인으로 이른바 곤혹(困惑⁶⁰⁾)유형⁶¹⁾ 조항을 추가하고, 불이익 사실의 불고지로 인한 소비자철회권과 관련하여 사업자의 고의요건을 완화하였으며, 계약내용의 적정화와 관련하여 부당조항 리스트를 추가하였다. 이 글에서는 일본 소비자법계약법에 있어서 변화 동향을 살펴보고 또한 변화의 동향 속에서 우리 법제에 대한 시사점을 찾아보기로 한다.

II. 일본의 소비자계약법제 입법방식

일본에서의 소비자법제는 ‘일본소비자기본법’을 근간으로 하고 있다. ‘일본소비자기본법’은 선언적 규정으로 구성되어 있으나, 일본 소비자법제에 소비자법제의 기본법으로서 규범력을 가지고 있다. 이 글에서 다루고 있는 소비자계약과 관련된 법률로는 ‘일본소비자계약법’, ‘일본할부판매법’ 및 ‘일본특정상거래법’ 등이 있다.

소비자계약법 체계는 사업자 및 소비자 간의 비대등적 관계에 기인한 당사자 간의 교섭력의 격차를 인정하고, 이들 간에 발생하는 불균형적 관계를 해소할 수 있는 각종의 제도를 규정하고 있다. 대표적으로 소비자에 대한 사업자의 일정한 준수의무 및 금지행위, 계약관계의 철회 및 해제 등이 그것이다. 이러한 소비자 계약관계에 있어서 사업자와 소비자 간의 불균형적 교섭력에 대한 문제를 일반적으로 다루고 있는 소비자계약법은, 소비자와 사업자 사이의 정보의 질과 양 및 교섭력 격차를 고려하여, 사업자의 일정한 행위에 의하여 소비자가 오인하거나 곤혹스러워지는 경우에 관하여 계약의 청약이나 승낙의 의사표시를 철회할 수 있게 함과 동시에, 사업자의 손해배상책임을 변제하는 조항 기타 소비자의 이익을 부당하게 해하는 조항의 전부 또는 일부를 무효로 하는 외에, 소비자의 피해발생 내지 확대를 방지하기 위하여 적격소비자단체가 사업자 등에 대하여 금지청구를 할 수 있도록 함으로써, 소비자의 이익 옹호를 꾀하고, 이로써 국민생활의 안정 향상과 국민경제의 건전한 발전에 기여하는 것을 목적으로 하고 있다(일본소비자계약법 제1조).

III. 일본 소비자계약법 주요내용

60) 일본에서는 “곤혹(困惑)”이라는 말이 우리나라보다 자주 실생활에서 사용되는데, 우리말로 정확히 표현하면 “난처하다” 정도가 될 수 있다. 일본에서는 자신의 의견이나 거절 입장을 확실하게 표현하지 않는 문화 내지 관습이 있고, 상대방을 난처하게 만들어 거절하기 어려운 상황에 몰아넣고 거래를 강요하는 상술이 횡행하고 있으며, 이에 일본에서는 그에 따른 사회적 문제를 해결하고 피해자를 보호하기 위하여 곤혹을 유발하여 이루어진 거래를 종래부터 규제해 온 것이다. 일본에서 사용되는 “곤혹(困惑)”이라는 용어가 우리말의 “곤혹”과 완전히 일치하는 것은 아니지만, 이 글에서는 일본의 용어 그대로 “곤혹”이라고 번역하여 사용하였다.

61) 기회를 틈타거나 허점을 이용하는 유형(つけ込み型)이라고도 한다.

1. 소비자계약법

일본의 소비자계약법은 2000년 제정되어 2001년 시행되었으며, 약 20년 동안 커다란 변화 내지 개정 없이 시행되어 오다가 2016년⁶²⁾ 및 2018년⁶³⁾ 소비자철회권을 둘러싼 중요한 의미를 가지는 개정이 이루어 졌다.⁶⁴⁾ 이하에서는 일본 소비자계약법의 중요 내용을 소개하고 정리한다.

가. 소개 및 개관

일본소비자계약법은 크게 소비자와 사업자 사이에 체결되는 계약을 규율하는 부분(일본소비자계약법 제4조부터 제11조), 적격소비자단체⁶⁵⁾의 인정, 업무 및 감독과 적격소비자단체에 의한 금지청구 및 소송절차 등에 관한 부분(일본소비자계약법 제12조부터 제47조), 그리고 기타 잡칙 및 벌칙에 관한 부분(일본소비자계약법 제48조 이하)로 나뉜다. 이 글에서는 그 중 소비자와 사업자 사이의 계약에 실체적 부분에 한정해서 소개하며, 적격소비자단체 등 그 외 절차적 부분에 관한 설명은 생략한다.

한편 동법은 2001년 시행된 이래, 실체법 부분에 관해 큰 변화가 없다가, 2016년(2017년 6월 3일 시행) 및 2018년(2019년 6월 15일 시행) 여러 내용이 추가되었다. 이 보고서에서는 일본 소비자계약법의 주요 내용과 함께, 특히 개정된 부분에 관하여 소개하고자 한다.⁶⁶⁾

나. 정의규정

62) 일본에서는 2005년부터 소비자계약법 개정 논의가 시작되었으나, 10여년에 걸친 논의에도 불구하고 법개정에 이르지 못하자, 2016년에는 개정 범위를 축소하여 개정에 이르렀다고 한다. 이에 개정 당시에는 개정된 부분 이외에도 여러 가지 내용에 관한 개정 논의가 있었으나, 실제 개정시에는 의견 일치를 보지 못하여 개정 내용에 포함되지 못하였다고 한다. 개정 과정에 관한 소개는, 村千鶴子, 「(Q&Aポイント整理) 改正消費者契約法・特定商取引法」, 弘文堂(2020), 2, 3면; 日本弁護士連合会消費者問題対策委員会 編, 「ユンメンタル消費者契約法 : 2016年・2018年改正」, 商事法務(2019), 1~13면; 消費者庁消費者制度課 編, 「(逐条解説) 消費者契約法」, 商事法務(2019), 59~69면 참조.

63) 2018년의 법개정 과정에 관하여는, 村千鶴子, 「(Q&Aポイント整理) 改正消費者契約法・特定商取引法」, 弘文堂(2020), 33~35면; 消費者庁消費者制度課 編, 「(逐条解説) 消費者契約法」, 商事法務(2019), 74~90면 참조.

64) 그동안 법개정이 전혀 없었던 것은 아니나, 대부분 타법개정에 따른 정리나 집단소송의 도입 등 절차적인 것에 관한 것이었다. 소비자계약에 관한 실질적인 내용의 개정은 2016년 및 2018년에 이루어진 것이다.

65) 동법 제2조 제4항에서 “불특정 다수의 소비자의 이익을 위해서 이 법률 규정에 의한 금지청구권을 행사함에 있어 필요한 적격성을 가진 법인 소비자단체라고 제30조의 정함에 의하여 내각총리대상의 인정을 받은 자”라고 정의하고 있다.

66) 참고로 개정법은 개정법 시행 이후 체결된 소비자계약에만 적용된다. 村千鶴子, 「(Q&Aポイント整理) 改正消費者契約法・特定商取引法」, 弘文堂(2020), 6면.

우선 일본소비자계약법은 동법이 적용되는 소비자와 사업자의 범위를 규정한다. 동법상 소비자란 개인에 한정되고, 개인 중에서도 사업으로서 또는 사업을 위하여 계약 당사자가 되는 경우는 제외된다(일본소비자계약법 제2조 제1항). 한편 동법상 사업자란, 법인 기타 단체 및 사업으로서 또는 사업을 위해서 계약의 당사자가 되는 경우의 개인을 말한다(일본소비자계약법 제2조 제2항). 동법상 소비자계약이란 소비자와 사업자 사이에 체결되는 계약을 말한다(일본소비자계약법 제2조 제3항).

즉 동법상 소비자는 오로지 자연인인 개인에 한정되며, 개인이라고 하더라도 사업상 내지 사업을 위하여 계약 당사자가 되는 경우는 소비자에서 제외된다. 여기서 사업을 위한다는 것은 객관적으로 판단되는데, 계약체결 단계에서 당해 사항이 목적을 달성하기 위하여 이루어진 것인지에 관한 객관적, 외형적 기준이 존재하는지를 먼저 보고, 이로써 판단하기가 현실적으로 곤란한 때에는 사용시간 등을 고려하여 실질적, 물리적으로 판단한다고 한다.⁶⁷⁾ 한편 법인이나 단체는 모두 사업자에 해당하며, 사업상 또는 사업을 위하여 계약을 체결하는 개인도 사업자에 포함된다.

다. 소비자철회권

(1) 유형 및 요건

동법은 계약 체결 과정에서 사업자가 일정한 행위를 하여 소비자에게 오인 등을 발생시킨 경우 소비자에게 청약이나 승낙의 의사표시를 철회할 수 있다고 정한다. 구체적인 요건을 살펴보면 다음과 같다.

먼저 동법은 1) 사업자가 소비자와 계약 체결을 위해 권유⁶⁸⁾하는 때에 소비자에 대하여 ① 중요사항에 관해 사실과 다른 내용을 고지하여, 소비자가 고지된 내용이 사실이라고 오인하거나, ② 물품, 권리, 역무 기타 당해 소비자계약의 목적이 되는 것(이하 ‘물품 등 계약 목적’)에 관하여, 장래에서의 그 가액, 장래에 소비자가 받아야 할 금액 기타 장래에 변동이 불확정적인 사항에 관해 단정적 판단을 제공하여, 그 제공된 단정적 판단의 내용이 확정적이라고 오인함으로써, 소비자가 소비자계약의 청약이나 승낙의 의사표시를 한 때에는 이를 철회할 수 있다고 정한다(일본소비자계약법 제4조 제1항).

그리고 ①에서 중요사항이란, (i) 물품 등 계약 목적의 품질, 용도 기타 내용으로서, 소비자가 당해 소비자계약 체결 여부 판단시 통상 영향을 줄만한 것, (ii) 물품 등 계약 목적의 대가 기타 거래조건으로서, 소비자가 당해 소비자계약 체결 여부

67) 消費者庁消費者制度課 編, 「(逐条解説) 消費者契約法」, 商事法務(2019), 100면.

68) 권유의 의미에 관하여 일본 최고재판소는 신문광고 등과 같이 불특정 다수의 소비자에 대하여 영향을 주는 것도 포함한다고 보았다. 最高裁 平成29(2017)年1月24日判決(民集71卷권1号1頁).

판단시 통상 영향을 줄만한 것, (iii) (i) 및 (ii) 외에 물품 등 계약 목적이 당해 소비자의 생명, 신체, 재산 기타 중요한 이익에 관한 손해나 위험을 회피하기 위하여 통상 필요하다고 판단되는 사정을 말한다(일본소비자계약법 제4조 제5항). 원래 동조는 중요사항에 관하여 당해 소비자계약의 목적이 되는 것의 내용 등이라고만 규정하고 있어서, 계약체결의 동기와 같이 계약체결시 제공되는 사항은 중요사항에 해당하지 않는다고 해석되기도 하였다. 그러나 특정상거래법에서는 이미 계약체결을 필요로 하는 사정에 관한 사항에 대해 부실고지한 경우도 철회의 대상으로 삼고 있고(일본소비자계약법 제9조의 3 제1항 제1호, 제6조 제1항 제6호), 하급심 판결례 중에서도 “중요사항”을 유연하게 해석하여 철회의 대상으로 인정한 경우가 다수 존재하였는바, 2016년 개정법에서는 중요사항의 범위를 넓혀 계약체결의 동기도 중요사항에 포함됨을 명확히 하였다.

다음으로 동법은 2) 사업자가 소비자와 계약 체결을 위해 권유하는 때에 당해 소비자에게 어느 중요사항 또는 당해 중요사항에 관련한 사항에 관하여 당해 소비자에게 이익이 된다는 취지를 고지하고, 또한 당해 중요사항에 관하여 당해 소비자에게 불이익하게 되는 사실(당해 고지에 의하여 당해 사실이 존재하지 않는다고 소비자가 통상 생각할만한 것에 한정한다)을 고의 또는 중대한 과실로 고지하지 않음으로써, 당해 사실이 존재하지 않는다고 오해하고 이로써 소비자계약의 청약이나 승낙의 의사표시를 한 때에는, 사업자가 소비자에게 해당 사실을 고지하고자 하였으나 소비자가 이를 거부한 때가 아니면, 소비자가 이를 철회할 수 있다고 정한다(일본소비자계약법 제4조 제2항). 이 규정의 “중요사항” 해석에 있어서도 위에서 소개한 제4조 제5항이 적용되나, 다만 제4조 제5항 본문 괄호는 (iii)의 사정은 제4조 제2항의 “중요사항”에서는 제외하고 있다. 그리고 여기서 일반적 평균적인 소비자의 이익이 아니라 당해 소비자의 이익을 기준으로 판단한다. 한편 제4조 제2항은 원래 사업자의 고의를 요구하고 있었으나, 2018년 개정에서는 고의 외에도 중대한 과실을 추가하여 사업자 측의 주관적 요건을 완화하였다. 불이익사실의 부실고지는 사업자가 소비자의 이익으로 된다고 고지한 후에, 불이익한 사실을 고지하지 않는 것으로, 묵시에 의한 사기 내지 부작위에 의한 부실고지라고 할 수 있으므로, 사업자의 주관적 요건을 요구하지 않고 철회를 인정하여야 한다는 지적이 있었다.⁶⁹⁾ 이에 동조에서는 사업자에게 중대한 과실이 있는 경우에도 철회를 인정하고 있으나, 중대한 과실은 소비자피해 구제 관점에서 보면 개별 사안별로 검토되어야 한다는 문제가 있으므로, 여기서 중대한 과실이란 당해 사업자의 입장에서 요구되는 주의를 현저히 결여한 것을 말하며 반드시 고의에 준할 필요는 없다고 해석되어야 한

69) 日本弁護士連合会消費者問題対策委員会 編, 「コンメンタル消費者契約法 : 2016年・2018年改正」, 商事法務(2019), 45, 46면. 일본의 종래 재판례에서도, 이미 사업자에 의한 선행행위가 있었다는 점에 착안하여, 구체적인 사실을 지적하지 않고 곧바로 고의가 있었다고 인정하거나, 사업자가 소비자의 오인을 인정할 수 있었다는 점에서 고의가 추인된다고 한 것 등 고의요건을 사안에 따라 유연하게 해석해 왔다고 한다. 消費者庁消費者制度課 編, 「(逐条解説) 消費者契約法」, 商事法務(2019), 144면.

다.⁷⁰⁾

동법은 3) 사업자가 소비자와 계약 체결을 위해 권유하는 때에 소비자가 사업자의 행위로 인하여 곤혹스럽게 됨으로써 소비자계약의 청약이나 승낙을 한 경우 이를 철회할 수 있다고 정한다(일본소비자계약법 제4조 제3항).⁷¹⁾ 동법은 곤혹스럽게 만드는 행위유형으로 원래 ① 사업자에 대하여 소비자가 그 주거 또는 그 업무를 행하고 있는 장소로부터 퇴거하라고 하였음에도 불구하고 그 장소로부터 퇴거하지 않는 경우(제1호), ② 사업자가 소비자계약 체결에 관하여 권유하고 있는 장소로부터 소비자가 퇴거하겠다고 하였음에도 퇴거하지 못하게 한 경우(제2호)를 정하고 있었다. 그런데 2018년 개정법에서는 곤혹스럽게 하는 행위유형을 대폭 추가하였다. 우선 불안감을 부추기는 유형으로, ③ 소비자가 사회생활상 경험 부족으로 인하여 진학, 취직, 결혼, 생계 기타 생활에서 중요한 사항이나 외모, 체형, 기타 신체적 특징 또는 상황에 관한 중요한 사항에 대한 소망 실현에 과도한 불안을 품고 있음을 알면서도 그 불안을 부추기고, 뒷받침 되는 합리적인 근거나 기타 정당한 이유가 있는 경우가 아님에도, 물품 등 계약 목적 소망 실현을 위해 필요하다고 고지하는 경우(제3호), ④ 소비자가 노화 또는 심신 장애에 의한 판단력의 현저한 저하로 인하여, 생계, 건강 및 기타 사항에 관하여 현재생활의 유지에 과도한 불안을 품고 있음을 알면서도 그 불안을 부추기고, 뒷받침 되는 합리적인 근거나 기타 정당한 이유가 있는 경우가 아님에도, 당해 소비자계약을 체결하지 않으면 현재의 생활유지가 곤란해진다고 고지하는 경우(제5호), ⑤ 소비자에 대하여 영감(靈感) 기타 합리적으로 실증하기 어려운 특별한 능력에 의한 식견으로서, 이대로라면 소비자에게 중대한 불이익을 주는 사태가 발생할 것이라고 하며 불안을 부추하고, 당해 소비자계약을 체결함으로써 확실히 그 중대한 불이익을 회피할 수 있다고 고지하는 경우(제6호)를 추가하였다. 또한 연애감정 등 인간관계를 남용하는 유형으로, ⑥ 소비자가 사회생활상 경험 부족으로 인하여 소비자계약 체결에 관한 권유를 하는 자에 대하여 연애감정 기타 호감을 품고 있고, 당해 권유자가 소비자에 대하여 같은 감정을 품고 있는 것으로 오신하고 있는 것을 알면서도, 이에 틈타 당해 소비자계약을 체결하지 않으면 당해 권유자와의 관계가 파탄나게 된다고 고지하는 경우(제4호)를 추가하였으며, 계약체결 전 채무의 이행 등 유형으로, ⑦ 소비자가 소비자계약의 청약 또는 그 승낙의 의사표시를 하기 전에 당해 소비자계약을 체결하였다면 부담하게 될 의무내용 전부 또는 일부를 미리 이행하고, 그 원상회복을 현저히 곤란하게 하는 경우(제7호) 및 ⑧ ⑦외에 소비자가 소비자계약의 청약 또는 승낙의 의사표시를 하기 전에 사업자가 조사, 정보제공, 물품조달 기타 당해 소비자계약 체결을 목적으로 하는 사업활동을 실시한 경우에, 당해 사업활동이 소비자로부터의 특별한 요구

70) 日本弁護士連合会消費者問題対策委員会 編, 「コンメンタル消費者契約法 : 2016年・2018年改正」, 商事法務(2019), 54~56면.

71) 이러한 곤혹 유형에 관한 상세한 설명으로는, 이재민, “2018년 일본 「消費者契約法」의 개정 과정과 그 시사점 - ‘곤혹 유형 추가’를 중심으로 -”, 법학논고 75호, 경북대학교 법학연구원(2021) 참조.

에 대응하는 것이라는 점 기타 거래상 사회통념에 비추어 정당한 이유가 있는 경우가 아님에도, 당해 사업활동이 당해 소비자를 위하여 특별히 실시된 것이라는 취지 및 당해 사업활동 실시에 의하여 생긴 손실보상을 청구할 것이라는 취지를 고지하는 경우(제8호)를 추가하였다.

4) 사업자가 소비자계약체결에 관한 권유를 할 때, 물품 등 계약 목적의 분량, 회수 또는 기간이 당해 소비자에게 있어 통상의 분량(소비자계약의 목적이 되는 것의 내용 및 거래조건과 사업자가 그 체결에 관하여 권유할 때의 소비자의 생활상황 및 이에 관한 당해 소비자의 인식에 비추어 당해 소비자계약의 목적이 되는 것의 분량으로서 통상 상정되는 분량을 말한다)을 현저히 넘는 것임을 알았던 때에는, 소비자는 그 권유에 의해 한 소비자계약의 청약 또는 승낙의 의사표시를 철회할 수 있고, 한편 소비자가 당해 소비자계약의 목적이 되는 것과 동종의 것을 목적으로 한 동종계약을 체결하고, 당해 동종계약상 분량과 당해 소비자계약상의 분량을 합산한 분량이 당해 소비자에게 있어 통상의 분량을 현저히 넘는다는 것을 알았던 때에도 역시 철회할 수 있다(일본소비자계약법 제4조 제4항).⁷²⁾ 즉 이 규정은 한 번의 계약으로 과도한 분량에 달하게 되는 경우와, 여러 차례에 걸친 계약으로 과도한 분량에 달하게 되는 경우 모두 규율한다. 먼저 과량인지 여부에 대한 판단은, 소비자계약의 목적이 되는 것의 내용, 거래조건, 소비자의 생활 상황, 소비자의 인식 등을 고려하여 판단하여야 한다.⁷³⁾ 한편 후자와 관련하여 “동종계약”의 의미가 문제되는데, 일본 소비자청은 구체적인 종류, 성질, 용도 등에 비추어 종합적으로 판단해야 한다고 보고 있다. 만약 “동종”의 범위를 너무 좁게 해석한다면 소비자보호를 위한 입법취지가 퇴색될 수 있으므로, 동종의 범위 판단에 있어서는 개별사안 별로 타당한 결론에 이를 수 있는 합리적인 해석이 요구되며, 너무 좁게 해석할 것은 아니다.⁷⁴⁾ 만약 동종계약으로 해석되는 경우에는, 이전에 이미 체결한 계약을 철회할 수 있는 것은 아니고, 뒤에 체결한 새로운 계약을 철회할 수 있다.⁷⁵⁾

위 1) 내지 4)의 철회권은 사업자가 직접 행위를 경우에만 행사 가능한 것이 아니

72) 한편 일본특정상거래법에서도 과량판매 해제에 관한 규정을 두고 있다(제9조의 2, 제24조의 2). 다만 특정상거래법은 방문판매나 전화권유판매 유형에 있어서만 과량판매 해제가 가능하다고 정하고 있어, 그 외의 형태의 판매 유형에는 적용되지 않으므로, 일본소비자계약법에서는 일반적인 소비자계약에 널리 과량판매에 관한 규제를 두었다는 데 의미가 있다. 참고로 일본특정상거래법은 과량판매시 해제할 수 있는 권리를 부여하면서 그 행사기간을 계약체결시부터 1년 동안으로 정하고, 과량판매 계약을 체결할 특별한 사정이 있는 경우는 제외하고 있는데 비하여, 일본소비자계약법에서 철회권을 부여하면서, 그 행사기간을 추인가능시부터 1년 또는 계약체결시부터 5년으로 정하고 있다(제7조)는 점에서도 차이가 있다. 특정상거래법상 과량판매와 비교에 관한 상세한 내용은, 消費者庁消費者制度課 編, 「(逐条解説) 消費者契約法」, 商事法務(2019), 199, 201면; 日本弁護士連合会消費者問題対策委員会 編, 「コンメンタル消費者契約法 : 2016年・2018年改正」, 商事法務(2019), 137~139면.

73) 日本弁護士連合会消費者問題対策委員会 編, 「コンメンタル消費者契約法 : 2016年・2018年改正」, 商事法務(2019), 126~130면.

74) 日本弁護士連合会消費者問題対策委員会 編, 「コンメンタル消費者契約法 : 2016年・2018年改正」, 商事法務(2019), 132, 133면.

75) 消費者庁消費者制度課 編, 「(逐条解説) 消費者契約法」, 商事法務(2019), 194면.

고, 사업자가 제3자에게 소비자와의 계약 체결에 관한 매개를 위탁한 경우, 대리인을 통해 계약을 체결한 경우 등에는 그 수탁자나 대리인이 권유 과정에서 위와 같은 행위를 하였다면 소비자는 철회권을 행사할 수 있다(일본소비자계약법 제5조).

한편 위 1) 내지 4)의 철회는 선의 무과실의 제3자에게 대항할 수 없다(일본소비자계약법 제4조 제5항). 그리고 이러한 철회권 행사 규정이 민법상 사기강박에 의한 의사표시의 취소권을 배제하는 것은 아니라는 점도 명시되어 있다(일본소비자계약법 제6조).

(2) 철회권을 행사한 소비자의 반환의무

종래 소비자계약법상 철회권을 행사한 소비자는 종전 일본 민법 제703조에 의하여 선의의 수익자로서 현존이익만을 반환하면 되는 것으로 해석되어 왔다. 그런데 2017년 일본 민법 중 채권법이 대폭 개정되면서, 무효인 행위에 기하여 채무이행으로서 급부를 받은 자는 상대방에게 원상회복 의무를 지는 것이 원칙이 되었다(일본 개정 민법 제121조의 2 제1항). 이러한 개정 민법 규정에 의하면 소비자는 사업자에게 원상회복의무를 부담하게 되며 현존이익 반환으로는 부족한 결과에 이르게 되며, 소비자에게 철회권을 인정하는 취지가 몰각된다. 이에 2016년 개정 일본소비자계약법에서는 제6조의 2를 신설하여, 민법 제121조의2 제1항에도 불구하고 소비자계약에 기한 채무이행으로서 급부를 받은 소비자는 위 규정에 의한 철회권을 행사한 때에는 급부받은 당시 그 의사표시가 철회될 수 있는 것이라는 점을 알지 못하였던 때에는 당해 소비자계약에 의하여 현재 이익을 받은 한도에서 반환의무를 부담한다고 정한다.⁷⁶⁾

(3) 철회권 행사기간

위 (1)항에서 살펴본 소비자철회권은 추인할 수 있는 때로부터 1년간 행사하지 않으면 시효로 소멸하고, 소비자계약 체결시로부터 5년을 경과한 때에도 같다(일본소비자계약법 제7조 제1항). 종래 철회권은 추인할 수 있는 날부터 6개월, 계약체결시부터 5년으로 정하여져 있었으나, 행사기간을 경과시켜 철회권 행사를 방해하는 사례가 증가하여 행사시간을 연장한 것이다.

(4) 철회권 행사가 배제되는 회사법상의 주식취득 등

위 (1)항의 소비자철회권은 회사법 기타 법률에 의하여 사기 또는 강박을 이유로

76) 동 조항은 개정 일본 민법 채권법에 맞추어 신설된 것이나, 실제 일본소비자계약법의 개정이 일본 민법 채권법 개정보다 먼저 이루어져, 일본소비자계약법 부칙은 개정 민법 공포에 맞추어 동 조항이 시행되도록 정하였다(일본소비자계약법 부칙 제1조 제3호).

한 취소가 허용되지 않는 주식 또는 출자인수 및 기금출연이 소비자계약으로서 이루어진 경우에는 행사할 수 없다(일본소비자계약법 제7조 제2항)

라. 계약내용의 규제

일본소비자계약법은 소비자계약의 내용 중 소비자의 이익을 해하는 내용이 조항에 대하여는 이를 무효로 규정하고 있다. 이에 관하여 항을 나누어 살펴본다.

(1) 사업자의 손실배상 책임을 면제하는 조항 등의 무효

1) 사업자의 채무불이행에 의하여 소비자에게 생긴 손해의 배상책임 전부 또는 일부를 면제하거나 당해 사업자에게 그 책임 유무를 결정할 권한을 부여하는 조항, 2) 사업자의 채무불이행(당해 사업자, 그 대표자 또는 그 사용인의 고의 또는 중대한 과실에 의한 때에 한한다)에 의하여 소비자에게 생긴 손해의 배상책임 일부를 면제하거나 당해 사업자에게 그 책임 한도를 결정할 권한을 부여하는 조항, 3) 소비자계약에 있어서 사업자의 채무이행시에 이루어진 사업자의 불법행위에 의해 소비자에게 생긴 손해의 배상책임 전부를 면제하거나 당해 사업자에게 그 책임 유무를 결정할 권한을 부여하는 조항 및 4) 소비자계약에 있어서 사업자의 채무이행시에 이루어진 사업자의 불법행위(당해 사업자, 그 대표자 또는 그 사용인의 고의 또는 중대한 과실에 의한 때에 한한다)에 의하여 소비자에게 생긴 손해의 배상책임 일부를 면제하거나 당해 사업자에게 그 책임 한도를 결정할 권한을 부여하는 조항은 무효가 된다(일본소비자계약법 제8조 제1항).⁷⁷⁾

우선 위 3) 및 4)와 관련하여 개정 전 일본소비자계약법에서는 “민법 규정에 의한 불법행위” 라고 규정하고 있었으나, 2016년 개정법에 의하여 “민법 규정에 의한”이라는 표현이 삭제되었다. 또한 2018년 개정법에서는 무효가 되는 조항 유형에, 사업자에게 일방적인 해석권한과 결정권한을 부여하는 조항도 무효 사유로 추가하였다. 사업자에게 이러한 권한을 부여하는 조항은 무효로 하지 않는다면, 사업자의 채무불이행 등에 대해 책임을 면제하는 조항을 무효로 하는 규정을 잠탈하는 결과가 되기 때문이다.

한편, 1) 또는 2) 중 소비자계약이 유상계약인 경우에 있어서 인도받은 목적물이 종류 또는 품질에 관하여 계약 내용에 적합하지 않은 때(당해 소비자계약이 도급계약인 경우에는 수급인이 종류 또는 품질에 관하여 계약 내용에 적합하지 않은 일의 목적물을 주문자에게 인도한 때(인도를 요하지 않는 경우에는 일이 종료한 때에 일

77) 종래에는 하자담보책임에 관한 조항(일본소비자계약법 제8조 제1항 제5호 및 제8조의2 제2호)도 존재하였으나, 민법 채권법 개정으로 하자담보책임이 계약의 불완전이행 책임으로서 채무불이행 책임의 한 유형으로 흡수됨에 따라 이는 삭제되었다.

의 목적물이 종류 또는 품질에 관하여 계약 내용에 적합하지 않은 때)에, 이로 인하여 소비자에게 생긴 손해를 배상할 사업자의 책임을 변제하거나 사업자에게 그 책임 유무 내지 한도를 결정할 권한을 부여하는 것인 경우, ① 당해 소비자계약에 있어서 인도된 목적물이 종류 또는 품질에 관하여 계약 내용에 적합하지 않은 때에, 사업자가 이행을 추완할 책임 또는 부적합한 정도에 따라 대금이나 보수 감액을 할 책임을 부담하는 것으로 되는 경우, ② 당해 소비자와 사업자의 위탁을 받은 다른 사업자와 사이의 계약 또는 당해 사업자와 다른 사업자 사이의 당해 소비자를 위하여 한 계약에서, 당해 소비자계약의 체결에 앞서 또는 이와 동시에 체결된 것에 있어서, 인도된 목적물이 종류 또는 품질에 관하여 계약내용에 적합하지 않은 때에, 당해 다른 사업자가 그 목적물이 종류 또는 품질에 관하여 계약 내용에 적합하지 않음으로 인하여 소비자에게 생긴 손해를 배상할 책임 전부 또는 일부를 부담하거나, 이행을 추완할 책임을 지는 것으로 되는 때에는, 위 규정을 적용하지 않는다(일본소비자계약법 제8조 제2항).⁷⁸⁾

(2) 소비자의 해제권을 포기시키는 조항 등의 무효

사업자의 채무불이행에 의하여 생기는 소비자의 해제권을 포기시키거나 사업자에게 그 해제권 유무를 결정할 권한을 부여하는 소비자계약 조항은 무효이다(제8조의2). 소비자가 종전 사업자와의 계약의 구속에서 벗어날 수 없도록 하는 것은 부당하므로, 2016년 개정법은 해제권을 포기시키는 조항을 무효로 하는 본조를 신설하였다. 또한 2018년 개정법에서 “사업자에게 그 해제권 유무를 결정할 권한을 부여하는 소비자계약 조항”을 무효로 하는 것으로 추가하였다.⁷⁹⁾

(3) 사업자에게 후견개시 심판 등에 의한 해제권을 부여하는 조항의 무효

소비자가 후견개시, 보좌개시 또는 보조개시 심판을 받은 것만을 이유로 사업자에게 해제권을 부여하는 소비자계약(소비자가 사업자에게 물품 등 계약 목적을 제공하기로 되어 있는 것을 제외한다) 조항은 무효이다(일본소비자계약법 제8조의3). 성년후견이 개시되었다는 이유만으로 사업자에게 해제권을 부여한다면 성년후견제도의 취지에 부합하지 않기 때문에, 성년후견제도의 도입과 함께 2018년 개정 일본소비자계약법에서 동 조항을 신설하였다. 다만 일본 민법상 준위임계약의 수임자가

78) 이 부분은 2017년 일본 개정 채권법에서 하자담보책임에 관한 규정이 대폭 개정되면서 이를 반영하여 개정된 것으로, 일본 개정 민법 시행일인 2020년 4월 1일부터 적용된다. 본 조항은 사업자의 하자담보책임 전부를 면책하는 조항에 관하여, 일률적으로 부당조항으로는 판단하지 않는 예외적인 경우에 관하여 규정하고 있다.

79) 원래 제8조의2에서는 “소비자계약이 유상계약으로서 당해 소비자계약의 목적물에 숨은 하자가 있음으로 인하여 생긴 소비자의 해제권을 포기시키거나 사업자에게 그 해제권 유무를 결정할 권한을 부여하는 조항”도 무효라고 규정하고 있었으나, 하자담보책임에 관한 일본 민법 개정으로 인하여 이 부분은 삭제되고 위와 같은 내용으로 통합되었다.

후견개시 심판을 받으면 계약 종료사유로 되어 있으므로(일본 민법 제656조, 제653조의 3), 소비자가 준위임계약의 수임자가 되는 소비자계약에 관하여는 소비자가 후견개시심판을 받으면 소비자계약은 당연히 종료되어, 사업자가 해제권을 행사할 여지가 없기 때문에, 이 괄호 부분과 같이 소비자가 사업자에게 물품 등 계약 목적을 제공하기로 되어 있는 소비자계약에 관하여는 소비자의 권리를 제한하거나 가중하는 것은 아니라고 볼 수 있다.⁸⁰⁾ 다만 위 괄호 안 부분은 소비자가 후견 등 개시만을 이유로 사업자에게 해제권을 행사할 수 있는 조항에 관하여 예외적으로 유효가 되는 경우를 정한 것으로, 어디까지나 예외적인 국면에 관한 것으로 한정적으로 해석되어야 한다. 따라서 여기서 말하는 “제공”에 해당하기 위하여는 소비자가 소비자계약의 목적이 되는 것을 사업자가 이용할 수 있는 상태에 두는 것이 필요하다고 해석되어야 한다.⁸¹⁾

(4) 소비자가 지급할 손해배상액을 예정하는 조항 등의 무효

1) 소비자계약 해제에 수반한 손해배상액을 예정하거나 위약금을 정하는 조항으로서, 이것을 합산한 금액이 당해 조항에 있어서 설정된 해제 사유, 시기 등의 구분에 대응하여, 당해 소비자계약과 동종의 소비자계약의 해제에 수반하여 당해 사업자에게 발생할 평균적 손해액을 넘는 경우 그 넘는 부분, 2) 당해 소비자계약에 기하여 지급되어야 할 금전 전부 또는 일부를 소비자가 지급기일(지급회수가 2회 이상인 경우에는 각각의 지급기일)까지 지급하지 않은 경우에 있어서 손해배상액을 예정하거나 위약금을 정하는 조항으로서, 이것을 합산한 금액이 지급기일 다음날부터 그 지급일까지의 기간에 관하여, 그 일수에 대응하여, 당해 지급기일에 지급하여야 할 금액에서 당해 지급기일에 지급해야 할 금액 중 이미 지급된 액을 공제한 금액이 연 14.6%의 비율로 계산한 액을 넘는 경우 그 넘는 부분은 무효이다(일본소비자계약법 제9조).

여기서 “평균적 손해액”의 의미나 입증에 관하여는 다수의 판결례가 축적되어 있다. 이를 일률적으로 판단할 수는 없고, 결국 업종별, 사업행태별로 여러 가지 사정을 고려하여 판단할 수밖에 없을 것이다.⁸²⁾

(5) 소비자의 이익을 일방적으로 해하는 조항의 무효

소비자의 부작위를 가지고 당해 소비자가 새로운 소비자계약의 청약 또는 승낙의 의사표시를 한 것으로 간주하는 조항 기타 법령 중의 공공질서에 관하지 않은 규정

80) 消費者庁消費者制度課 編, 「(逐条解説) 消費者契約法」, 商事法務(2019), 272면.

81) 日本弁護士連合会消費者問題対策委員会 編, 「コンメンタル消費者契約法 : 2016年・2018年改正」, 商事法務(2019), 195면.

82) 종래 판결례의 소개에 관하여는, 消費者庁消費者制度課 編, 「(逐条解説) 消費者契約法」, 商事法務(2019), 282~290면; 日本弁護士連合会消費者問題対策委員会 編, 「コンメンタル消費者契約法 : 2016年・2018年改正」, 商事法務(2019), 201, 202면 참조.

의 적용에 의한 경우에 비하여 소비자의 권리를 제한하거나 소비자의 의무를 가중하는 소비자계약 조항으로서, 일본 민법 제1조 제2항에 규정하는 신의성실의 기본 원칙에 반하여 소비자의 이익을 일방적으로 해하는 것은 무효이다(일본소비자계약법 제10조). 종래 일본소비자계약법에서는 제8조 및 제9조 외에 소비자의 권익을 해하는 행위에 대해 일반적으로 무효로 보는 조항은 두고 있지 않았다. 그러다 2016년 개정법에서 무효가 되는 일반조항을 제10조로 정리하였고, 특히 소비자의 부작위를 가지고 청약이나 승낙의 의사표시로 보는 행위를 무효가 되는 조항의 한 예로서 구체적으로 추가하였다.

한편 일본 민법 제548조의2 제2항은 정형계약 조항이 상대방의 권리를 제한하거나 상대방의 의무를 가중하는 조항으로, 민법 제1조 제2항에서 규정하는 기본원칙에 반하여 상대방의 이익을 일방적으로 해한다고 인정되는 경우에는 합의가 없었던 것으로 간주한다고 정한다. 여기서 위 일반 부당조항 무효 규정과 민법 제548조의2 제2항의 관계를 살펴볼 필요가 있다. 양자는 중복하여 적용될 여지가 있으나, 민법 조항은 사업자 사이에서도 적용될 수 있는 등 서로 적용요건 등이 상이하다. 한편 소비자가 위 조항에 의한 무효를 주장함에 대하여 사업자 측에서 민법 제548조의2 제2항에 위반한 것이어서 계약내용에 포섭되지 않는다고 항변하는 것은 허용되지 않는다.⁸³⁾

2. 일본할부판매법⁸⁴⁾

가. 개요

‘일본할부판매법’은, 할부 판매 등에 관한 거래의 공정의 확보, 구입자 등이 받을 수 있는 손해의 방지 및 신용카드 번호 등의 적절한 관리 등에 필요한 조치를 강구함으로써, 할부 판매 등에 관련된 거래의 건전한 발달을 도모함과 동시에, 구입자 등의 이익을 보호하고, 아울러 상품 등의 유통 및 역무의 제공을 원활하게 하고 있어 국민경제의 발전에 기여하는 것을 목적으로 1961년 제정되었다.⁸⁵⁾ 동 법은 총 5개의 장으로 구성되어 있다. 제1장 총칙, 제2장 할부판매, 제2장의 2 대출제휴판매, 제3장 신용구입알선, 제3장의2 선불식 특정거래, 제3장의3 지정수탁기관, 제3장의 4 신용카드번호등의 적절한 관리, 제3장의5 인정할부 판매협회, 제4장 잡칙, 제5장 벌칙으로 구성되어 있다. 이러한 내용 중 소비자계약적 요소에 해당되는 주요내용에

83) 일본소비자계약법 제10조와 일본 민법 제548조의2 제2항의 관계에 관하여는 日本弁護士連合会消費者問題対策委員会 編, 「コンメンタル消費者契約法 : 2016年・2018年改正」, 商事法務(2019), 212, 213면 참조.

84) 동법에 대한 상세한 소개 및 평가에 관하여는, 中田邦博, 鹿野菜穂子 編, 「(基本講義) 消費者法」, 日本評論社(2020), 183~197면; 杉浦市郎 編, 「新・消費者法これだけは」, 法律文化社(2020), 99~123면; デイリ-法学選書編修委員会 編, 「(事業者必携!) 特定商取引法と消費者取引の法律知識」, 三省堂(2020), 142~176면 참조.

85) 할부판매는 후불거래를 원칙으로 하는 것이어서 “소비자신용거래(消費者信用取引)”라고 불리기도 한다.

대해 다음과 같이 소개한다.

나. 할부판매

할부판매의 총칙에 해당하는 사항으로 할부매매의 표시와 서면교부사항에 관해 규정하고 있으며, 계약의 해제와 관련하여 계약의 해제권을 배척할 수 없도록 하고 있으며, 할부거래의 해제와 관련된 사항을 규정하고 있다.

(1) 할부판매

할부거래에 있어서 할부거래업자는 법령(경제산업성령·내각부령)으로 정하는 바에 따라 해당 지정상품, 해당 지정권리 또는 해당 지정역무에 관하여 가격 및 할부가격 또는 이외의 대가 및 수수료 등에 관한 사항 그리고 선불식할부거래에 있어 상품의 인도시기 등에 관해 명기하여야 한다. 할부판매업자는 당해 계약의 내용을 밝히는 중요사항에 대하여 구매자 또는 용역의 제공을 받는 자에게 서면으로 교부하도록 하고 있다(일본할부판매법 제4조).

할부판매계약관계의 해제와 관련하여 판매자는 소비자의 지불의무 불이행의 경우 당해 계약을 해제할 수 있도록 규정하고 있다. 이때 소비자에 대하여 일정한 범위를 초과한 가산금 또는 지연손해금을 부과할 수 없도록 하고 있다(일본할부판매법 제6조).

(2) 선불식할부거래

선불식할부거래업을 영위하기 위해서는 일정한 요건을 충족하여 정부(경제산업대신)의 허가를 받아야 한다(일본할부판매법 제11조). 또한 허가받은 선불식 할부판매업자는 영업보증금을 공탁하여야 하며, 영업종료한 때에는 동 보증금을 돌려받을 수 있다. 허가할부판매업자는 기준일의 익일로부터 50일 이내에 일정금액에 대한 선수금보전조치를 강구하지 않았거나, 이법 제 제20조 제1항의 규정을 위반하였거나, 제23조 제1항 및 제2항의 규정에 의하여 허가가 취소되었거나, 제25조의 규정에 의해 허가의 효력이 소멸한때, 허가판매업자가 파산절차의 개시 또는 회생절차 개시신청이 있는 때 그리고 지불을 중지한 때에는 허가할부판매업자 또는 선불식할부판매업체와 체결하고 있는 소비자는 상품을 인도받지 않고 계약을 해제할 수 있다(일본할부판매법 제27조).

다. 대출제휴 판매

대출제휴판매를 업으로 하는 자는 법령(경제산업성령·내각부령)으로 정하는 바에 따라 당해 대출 제휴 판매를 하는 경우에 있어서의 상품 혹은 권리의 판매조건 또는 서비스의 제공조건에 관한 중요사항을 기재한 서면을 당해 이용자에게 교부하여야 한다(일본할부판매법 제29조). 또한 대출제휴판매업자는 대출제휴판매의 방법으로 지정상품 또는 특정 권리를 판매하는 계약이나 특정 서비스를 제공하는 계약을 체결하는 때에는 지체 없이 분할상환금의 지불총액 및 대출제휴판매자에 관한 대출 이자에 관한 사항, 분할상환금의 액수, 분할상환금 상환 시기 및 방법, 상품의 인도 시기 또는 권리의 이전시기 또는 서비스의 제공시기, 계약의 해제에 관한 사항, 소유권의 이전에 관한 규정이 있는 경우 그 내용 등의 사항을 계약의 내용을 밝히는 서면을 구매자 또는 용역의 제공을 받는 자에게 교부하여야 한다(일본할부판매법 제29조의3).

3. 일본특정상거래법⁸⁶⁾

가. 개요

일본특정상거래법은 방문판매, 통신판매 및 전화 권유판매에 관련된 거래, 연쇄판매거래, 특정계속적 임무제공에 관한 거래, 업무제공유인판매거래 및 방문구매에 관한 거래등의 특정상거래를 공정하게 규율하고, 및 구입자등이 받는 일이 있는 손해의 방지를 도모하는 것에 의해, 구입자등의 이익을 보호해, 아울러 상품 등의 유통 및 역무의 제공을 적정 또한 원활하게 해, 함께 국민경제의 건전한 발전에 기여하는 것을 목적으로 1976년 제정되었다. 동법은 2008년 및 2016년 개정되었는데, 2008년에는 고령자 피해가 다발하는 상황에 초점을 맞추어, 과량방문판매에 대한 해제권 등을 도입하였고, 동법의 적용대상을 모든 상품, 역무에 관한 것으로 확대하였다. 한편 2016년에는 방문판매, 통신판매, 전화권유판매 정의의 확대, 전화권유판매에도 과량판매 해제제도 도입, 특정계속적 역무제공에 미용의료 추가 등을 골자로 개정되었다.⁸⁷⁾

동법은 총 6개의 장으로 구성되어 있다. 제1장 총칙, 제2장 방문판매, 통신판매 및 전화권유판매, 제3장 연쇄판매거래, 제4장 특정계속적 역무제공, 제5장 업무제공유인판매거래, 제5장의 2 방문구입, 제5장의 3 금지청구권, 제6장 잡칙으로 구성되어 있다. 이러한 내용 중 소비자계약적 요소에 해당되는 주요내용에 대해 다음과 같

86) 동법에 대한 상세한 소개 및 평가에 관하여는, 中田邦博, 鹿野菜穂子 編, 「(基本講義) 消費者法」, 日本評論社(2020), 123~182면; 杉浦市郎 編, 「新·消費者法これだけは」, 法律文化社(2020), 45~95면; 村千鶴子, 「(Q&Aポイント整理) 改正消費者契約法·特定商取引法」, 弘文堂(2020), 111~188면; デイリ-法学選書編修委員会 編, 「(事業者必携!) 特定商取引法と消費者取引の法律知識」, 三省堂(2020), 72~140면 참조.

87) 동법의 개정 경위에 관한 상세한 설명은, 村千鶴子, 「(Q&Aポイント整理) 改正消費者契約法·特定商取引法」, 弘文堂(2020), 102~109면 참조.

이 소개한다.

나. 방문판매, 통신판매 및 전화권유판매

(1) 방문판매

‘방문판매의 방법으로 판매업자 또는 용역제공사업자(이하 방문판매업자)’는 판매권유에 앞서 판매업자 또는 용역제공사업자의 성명 또는 명칭 그리고 방문판매의 대상 및 목적과 그 내용과 그 권유에 관련된 상품 또는 권리 또는 용역의 종류를 명시하여야 한다(일본특정상거래법 제3조). 이때 방문판매판매업자는 계약체결을 명시적으로 원하지 않는 자에 대하여 권유할 수 없으며, 방문판매업자는 방문판매를 통한 매매계약 또는 용역제공계약의 체결권유의 경우 당해 계약의 청약철회 또는 해제를 방해하기 위해 계약내용과 관련하여 부당한 고지행위를 하여서는 아니 된다(일본특정상거래법 제3조의 2).

방문판매업자가 방문판매의 방법으로 상품 또는 특정권리 또는 용역에 대해 매매계약 또는 용역제공계약의 청약을 받거나 계약을 체결한 경우에 당해 계약의 청약자등은 일정 기일 이내에 서면으로 동 계약의 청약철회 또는 해제를 할 수 있다(일본특정상거래법 제9조).

계약신청자등은, 방문판매업자가 방문판매의 방식으로 계약의 체결에 대해 권유를 할 때 방문판매업자의 일정한 행위로 인해 오인(일본특정상거래법 제9조의 3 제1호-3호)을 하고, 그에 따라 당해 매매계약 또는 당해 서비스 제공계약의 신청 또는 그 승낙의 의사표시를 한 때에는 이를 취소할 수 있다.

(2) 통신판매

‘판매업자 또는 서비스 제공 사업자가 통신판매를 하는 경우(이하 통신판매업자)’는 일정한 경우(일본특정상거래법 제12조의3 1호-5호)를 제외하고 통신판매를 위해 상대방의 승낙을 없이 팩시밀리 광고를 해서는 안된다(일본특정상거래법 제12조의 3).

통신판매의 방법으로 매매계약을 체결하는 경우 매매계약을 신청한 구매자는 당해 매매 계약에 관련된 상품의 인도 또는 특정 권리의 이전을 받은 날로부터 기산하여 8일을 경과할 때까지의 사이 는 그 매매계약의 신청의 철회 또는 그 매매계약의 해제(이하 ‘신청의 철회 등’ 이라고 한다)를 할 수 있다(일본특정상거래법 제15조의 3).

(3) 전화권유판매

판매자 또는 서비스 제공 사업자(이하 전화권유판매업자)는 전화 권유 판매에 관한 매매 계약 또는 서비스 제공 계약의 체결에 대해 권유를 할 때 또는 전화 권유 판매에 관한 판매 계약 또는 서비스 제공 계약의 신청의 철회 또는 해제를 방해하기 위해 부실한 정보를 제공해서는 안 된다(일본특정상거래법 제21조).

전화권유판매의 구매자 또는 서비스의 제공을 받는 자는 당해 매매 계약 또는 서비스 제공 계약의 내용을 밝히는 서면을 수령한 날(일본특정상거래법 제19조)로부터 8일 이내에 서면의 방식으로 그 매매 계약 혹은 서비스 제공 계약의 신청의 철회 또는 그 매매 계약 혹은 서비스 제공 계약의 해제(이하 ‘신청의 철회’)를 할 수 있다(일본특정상거래법 제24조).

IV. 시사점

일본의 소비자 계약법체계에서 중요한 의미를 가지는 일본소비자계약법은 소비자 철회권을 중심으로 의미 있는 개정을 이루었으며, 이러한 개정을 통해 계약의 교섭력이 약한 지위에 있는 소비자 보호의 수준을 한 단계 상승시켰다고 할 수 있다. 특히 소비자철회권을 둘러싸고 철회대상인 소비자계약의 대상 및 요건에 대한 구체적인 규율을 통해 철회를 통해 소비자가 보다 손쉽게 구제받을 수 있도록 하였다.

또한, 고령사회로 진입한 일본의 사회의 시대적 상황과 정보통신기술의 발달로 계약체결방식의 다양화 그리고 교섭력의 현저한 불균형으로 인해 발생하는 새로운 유형의 소비자문제에 대한 대응도 함께 이루어진 것으로 볼 수 있다. 특히 이번 개정에서는 실제로 소비자 피해가 발생한 사례들을 종합적으로 분석하여 그 결과를 반영하였고, 비교법적 검토과정도 거친 것이 특징이다.⁸⁸⁾

1. 일본소비자계약법상의 시사점

구체적인 특징으로는 앞선 ‘일본소비자계약법의 내용’ 부분에서 상세히 소개한 바와 같이 최근의 개정을 통해 확인한 변화를 가져왔다.

(1) 소비자철회권 행사에 있어서 사업자가 소비자에게 고지해야 하는 의무가 있는 사항에 대하여, ‘중요사항’에 해당되는 내용을 구체적으로 예시하고 있다. 종래에

88) 남윤경, 일본 소비자계약법의 최근 개정동향에 관한 소고, 재산법연구 제36권 제4호(2020), 73면.

‘중요사항’이라고 하는 추상적인 내용을 법원의 해석에 맡겨두고 이에 대하여 법원이 유연하게 적용을 해왔으나, 이와 관련하여 명문으로 예시함으로써 해당 사항에 대한 보다 명확한 기준을 제시하고 있다는 점에서 가치가 있다고 할 수 있다. 특히 이러한 추상적 사항에 대한 구체적인 예시는 동 법률의 수범자인 사업자에게는 준수의무에 대한 명확한 기준을 제시하고, 소비자에게는 보호의 구체적 범위를 확인할 수 있다는 점에서 법률의 실효적 규범력을 향상시킬 수 있다고 할 수 있다.

(2) 소비자철회권 행사에 있어 ‘곤혹조항’을 신설하였다. ‘곤혹’이란 단어는 일본인의 문화 내에 존재하고 있는 독특한 개념의 하나로, 상대방의 요청을 쉽게 거절하지 못하는 상황을 의미하는 개념이다. 소비자철회권 행사에 있어 ‘과량계약’의 경우를 포함하였다. 이는 거래관계에 있어서 사기취소의 기준인 사술에는 미치지 않지만, 상대방과의 정보 및 경험에 있어서 차이 또는 불이익을 예견하면서도 거절을 쉽게 할 수 없는 상황을 통해 체결된 계약에 대해 정당성을 부인할 수 있도록 하였다는 점이다. 이는 종래의 민법상의 일반원칙에 의해 부정되기 어려웠던 소비자거래에서 발생하는 반 소비자적 계약관계를 부정할 수 있도록 하였다는 점에서 동법의 입법적 가치를 보다 구체적인 측면에서 실현한 것으로 평가할 수 있다.

2. 민법과의 관계에서의 시사점

일본소비자계약법의 적용범위는 민법의 적용범위와 중첩적이라고 할 수 있다. 다만, 민법은 사적자치의 기반으로 하는 계약자유와 법리를 기반으로 자유롭고 평등한 사인간에 계약관계의 형성을 전제로 하고 있으나, 소비자계약법은 사업자와 소비자간의 비대등적 관계를 전제로 교섭력의 불균형의 문제를 보완하는 것에 중점을 두고 있다.

특히, 일본민법은 비대등적 당사자간의 폭리적 계약관계 등의 성립에 있어 매우 엄격하여, 해당 요건에 미치지 못하는 불합리한 계약의 효력을 제한할 수 있는 적절한 방법이 없었다. 이에 일본소비자계약법은 이러한 법리적인 공백을 보완할 수 있는 규정의 제정을 통해 보다 충실한 소비자보호의 목적을 달성하고자 한 것이라고 할 수 있다.

프랑스 소비자계약법의 체계와 최근 동향

남궁 술(경상국립대학교 교수)

I. 들어가며

소비자보호 관련 제 법률(특히 소비자계약의 체계적 입법)을 어떻게 정비할 것인가는 우리나라 법학계의 큰 과제이다. 즉, 약관의 규제, 독점규제 및 공정거래, 방문판매, 할부거래, 표시·광고, 제조물책임, 전자거래, 소비자신용 등과 같이 다양한 분야에 걸쳐 있고, 관련 법률 또한 사법과 공법의 성격을 아우르고 있기 때문에 소비자보호 위한 제 법률들을 정비하는 작업은 결코 쉽지 않은 일이다. 그런데 이와 관련하여 우리가 참조해야 할 대표적인 국가가 바로 프랑스이다.

프랑스는 일찍이 1980년대부터 여러 특별법으로 산재된 소비자보호 관련 법규들의 상호 조화 및 가독성을 높이기 위해 이들 법규들을 체계적으로 정비하여 하나로 묶는 법전화(Codification) 작업을 시작하여 1993년에 세계 최초로 ‘소비자법전’(Code de la consommation)을 제정하였다. 그리고 이 법전에는 우리가 주목하는 소비자계약에 관한 제반 규정들이 포함되어 있음은 물론이다.

따라서 본고는 프랑스 소비자법전을 중심으로 소비자계약법 입법방식(II)과 위 법전상의 소비자계약법의 주요내용(III) 및 최근의 동향을 살핀 후에, 우리에게 줄 시사점(IV)을 정리하기로 한다.

II. 프랑스 소비자계약법 입법방식

1. 프랑스 소비자법전(Code de la consommation)의 제정⁸⁹⁾

가. 프랑스 소비자법전 제정의 준비과정

프랑스 소비자법전의 준비는 크게 ‘소비자법정비위원회’(Commission de refonte du droit de la consommation)가 활동했던 시기인 제1기와 ‘법전화 준비 상급위원회’(la Commission supérieure de codification)가 활동했던 제2기로 나뉘어 전개된다.

(1) 제1기 : ‘소비자법정비위원회’의 활동(1982-1985)

89) 이 부분은, 남궁술, “프랑스 소비자법 체계에 관한 연구”, 상사판례연구 제25집 제2권, (사)한국상사판례학회, 2012.06, 219-229면의 내용을 요약하여 정리한 것임을 밝힌다.

프랑스에서 소비자보호관련 법률의 정비의 필요성은 주로 실무가들에 의해 1980년 초반부터 제기되었다. 즉 소비자보호관련 법률 수의 증가에 따른, 각 법률 상호간의 부조화와 이들 법률에 대한 접근성 및 가독성의 저하라는 문제가 발생하였다. 이러한 연유에서 소비자보호 관련 법률 정비의 필요성이 제기되었고, 이는 소비자관련 법률들의 단일화 및 법전화(codification) 요구로 이어졌다. 그리고 이를 위한 실천으로 프랑스는 1982년에 정부의 주도하에 ‘소비자법정비위원회’ (Commission de refonte du droit de la consommation)가 설치되었다.⁹⁰⁾

1) ‘소비자법정비위원회’의 작업 방식

‘소비자법정비위원회’는 3단계로 작업을 수행하였다.⁹¹⁾ 제1단계는 종래에 있던 실정법규 중 개정의 필요성이 없는 법규의 내용을 그대로 신설 법전 시안에 옮기는 작업이었고, 제2단계는 개정의 필요성이 있는 법규들을 개정하여 신설 법전에 규정하는 작업이었으며, 제3단계는 필요로 하는 법규를 신설하는 작업이었다.

2) 보고서의 제출⁹²⁾

‘소비자법정비위원회’는, 위와 같은 방식과 단계를 거쳐, 1985년에 소비자 보호에 관한 일반규정을 중심으로 한 326개의 조문으로 구성된 단일의 법전 시안도 제시하는 보고서를 제출하였다.⁹³⁾

이 위원회가 마련한 ‘소비자법전 시안’은 진정한 의미의 법전을 실현시켰다는 점에서 그 의미가 컸으나, 그동안에 소비자보호에 관한 새로운 법률들이 제정되었고, 이에 따른 일부의 비판도 이어져, 이 보고서의 시안은 결국 채택되지 못하였다고 한다.⁹⁴⁾

(2) 제2기 : ‘법전화 준비 상급위원회’의 활동(1989-1992)

1989년은 프랑스 정부가 정책적으로 종래에 존재하여 왔던 여러 분야의 수많은 법률들을 법전(code)의 형식으로 대대적인 정비를 추진하기 시작한 때였다.⁹⁵⁾ 이를 위하여 프랑스 정부는, ‘1989년 9월 12일 데크레(Décret)⁹⁶⁾’를 통해, 수상의 주도 하

90) 위원장은 프랑스 소비자법의 권위자인 칼레 오로와(Calais-Auloy) 교수가 맡았다.

91) J.-M. Granier, "Le Code de la consommation", Revue de la concurrence et de la consommation, n° 77, 1994, p. 54.

92) 이 위원회는 1984년에 보고서 초안을 작성하였고, 이후 수정작업을 거쳐 1985년에 최종 보고서를 제출하였다. Cf. J. Calais-Auloy, *Propositions pour un nouveau droit de la consommation*, La Documentation française, 1985.

93) J.-M. Granier, op. cit., p. 53.

94) G. Raymond, *Droit de la consommation*, n° 26, p. 17 ; J. Bouchard, "Remarques sur le Code de la consommation", *Mélanges Cornu*, PUF, 1994, n° 5, p. 10.

95) 이러한 추진의 목적으로, 첫째는 수많은 법률들을 정비하여 법전화 함으로써 사회와 경제의 주체들이 그 존재의 인식 및 그에 대한 접근성을 높이고자 함이었고, 둘째는 이러한 정비를 통하여 오래된 법률들을 현대화하고 명확히 하고자 함이었다. 그리고 이러한 정비는 각 법규범들의 주제별 분류에 의한 체계화 방식을 통해 이루어졌다. J.-M. Granier, op. cit., p. 53.

에 ‘법전화 준비 상급위원회’ (la Commission supérieure de codification)⁹⁷⁾를 설치하였다. 이 때부터 프랑스는 수많은 법전화 작업을 시작하였고⁹⁸⁾, 그 작업 중의 하나가 ‘소비자법전’의 제정이었다.

1) 법전화 작업 과정⁹⁹⁾

여러 법전을 준비해야 하는 이 ‘상급위원회’는 작업의 효율성을 위해 다음의 단계를 거쳐 법전화 작업을 수행하였다.

① 제1단계는 준비해야 하는 법전의 대상에 따라 하부조직인 작업그룹(un groupe de travail ad hoc)을 구성하는 것이었다.¹⁰⁰⁾ 이렇게 구성된 작업그룹은 우선 해당 법전의 범위를 설정하는 작업을 하였고, 그 범위의 확정은 각 정부부서 간의 협의를 통해 이루어졌다.

② 제2단계는 확정된 범위 내에서 법전의 시안을 마련하는 것이었다. 이를 위해, 작업그룹은 우선 법전의 목차를 작성하고, 이 목차가 ‘상급위원회’의 심의를 통과하면, 다음으로 규정되어야 할 관련 조항들을 각 해당 목차에 배치하는 작업이 행해졌다. 이와 같은 방식으로 구성된 법전 시안도 물론 ‘상급위원회’의 심의를 받았다.

③ 제3단계는 최종적인 법전 안을 마련하는 것이었다. ‘상급위원회’의 심의를 통과한 법전 시안은 보고서(Rapport)에 포함되어 정부에 전달되고, 정부는 이 시안을 기초로 ‘법률 안’ (un projet de loi)¹⁰¹⁾을 만들어 국사원(Conseil d'Etat)에 제출한다.

④ 마지막 단계는 이렇게 마련된 법률 안을 국사원이 의회에 상정하고, 의회가 이를 통과시키면, 이 안은 ‘법전화를 위한 법률’ (La loi de codification)로 확정되어 공포되고, 이로서 법전이 제정된다.

2) 입법 기술 : ‘선도 법전’ (le Code pilote)의 활용¹⁰²⁾

법전화 작업에서 ‘상급위원회’는 법전 간의 조화와 사용의 간편화를 위해 ‘선도 법전’ (le Code pilote)을 정하는 방식을 활용하였다.

법전화(codification) 작업은 당연히 법전의 대상이 되는 특정의 분야에 집중하게 되고, 그 결과 인접한 다른 분야와의 관계를 설정해야 하는 과제가 남는다.¹⁰³⁾

96) 데크레는 일종의 법률적 지위를 가진 행정부의 명령에 해당한다. 데크레에는 국사원(Conseil d'Etat)의 심의를 거친 국사원데크레(Décret en Conseil d'Etat)와 국무회의(Conseil des Ministères)의 심의를 거친 단순데크레(Décret simple)가 있다.

97) 이하 ‘상급위원회’로 약칭한다.

98) 이러한 대대적인 작업의 결과 오늘날 프랑스는 대략 70여개의 법전을 보유하고 있다.

99) J.-M. Granier, op. cit., p. 55 참조.

100) 소비자법전의 준비를 위해서는 ‘소비자법전준비위원회’(Commission pour la codification du droit de la consommation)라는 명칭의 작업그룹이 구성되었다.

101) 특정 법전을 제정하거나 개정하는 경우, 프랑스는 우선 제정(또는 개정) 내용을 의회의 동의를 거쳐 법률(loi)의 형식으로 공포하고, 다음으로 이 법률에 의거하여 제정(또는 개정)된 법조문이 해당 법전에 배치된다.

102) J.-M. Granier, op. cit., pp. 55-56.

소비자법은 민법전(le Code civil)¹⁰⁴⁾뿐 아니라, 형법전(le Code pénal), 상법전(le Code de commerce) 등과도 밀접한 관계에 있다. 이러한 다면관계의 설정을 위해, ‘상급위원회’는, ‘소비자법전’의 준비 과정에서, ‘선도 법전’ (le Code pilote)과 ‘추종 법전’ (les Codes suivants)의 기술을 활용하였다. 이 기술은, 하나의 법규가 동시에 여러 개의 법전에 규정되어야 할 경우, 우선 ‘선도 법전’을 선택하여, ‘추종 법전’은 이 ‘선도 법전’에 있는 법규를 원용하는 방식으로 입법화하는 것을 말한다. 이러한 방식은 ‘선도 법전’의 특정 규정이 개정되는 경우, 이 개정 내용이 자동적으로 ‘추종 법전’에 반영되게 하는 장점을 지닌다.

즉 예를 들어, ‘하자 담보’에 관하여 소비자법전은 민법전의 ‘추종 법전’이 되고, ‘원산지 증명’의 정의(定議)에 관하여는 소비자법전이 지적재산법전의 ‘선도 법전’이 되며, 또한 ‘매매의 가격 및 조건 등에 관한 정보제공의무’의 경우에는 소비자법전이 상법전의 ‘선도 법전’이 된다는 것이다.

3) 보고서의 제출

‘소비자법전’의 작업그룹인 ‘소비자법전준비위원회’ (Commission pour la codification du droit de la consommation)는 위와 같은 과정과 방식에 의해 1990년에 “소비자법전 제안서”¹⁰⁵⁾라는 명칭의 보고서를 작성하였다. 이 보고서를 통해 ‘소비자법전준비위원회’는 314개의 조문으로 구성된 ‘소비자법전 시안’을 제출하였다.¹⁰⁶⁾

그러나 이 ‘소비자법전 시안’은 총선이라는 정치적 이유로 채택되지 못하다가 이후 ‘1993년 7월 26일 법률’을 통하여 프랑스는 1993년 세계 최초로 소비자법전을 제정하게 되었다.¹⁰⁷⁾¹⁰⁸⁾

나. ‘1993년 소비자법전’의 구성과 당시의 평가

(1) 1993년 소비자법전’의 구성

103) 프랑스는 ‘법전화’의 의미를 법을 분화시키는데 있는 것이 아니라 법의 구성요소인 제 규정들이 속해야 할 범주에 이를 재배치하는데 있다고 보고 있다. J.-M. Granier, *ibid.*, p. 55.

104) 이하 언급되는 모든 법전과 조문은 프랑스 법에 해당하는 것이기 때문에 프랑스를 칭하는 표현은 생략하기로 한다.

105) J. Calais-Auloy, *Propositions pour un Code de la consommation*, La Documentation française, 1990.

106) J.-P. Charié, *Rapport(n° 318) de l'Assemblée nationale relatif au code de la consommation(partie législative)*, 1993, p. 9 ; J. Calais-Auloy et F. Steinmetz, *Droit de la consommation*, Dalloz, 6^e éd., 2003, n° 37, p. 31 ; G. Raymond, *Droit de la consommation*, n° 26, p. 17.

107) J. Bouchard, *op. cit.*, n° 3, p. 10.

108) 1990년 ‘소비자법전준비위원회’가 제출한 ‘소비자법전 시안’ 자체는 비록 채택되지 못하였지만, 그 시안에서 제안되었던 주요 규정은, 1993년 이후의 개정을 통해, 점차적으로 소비자법전에 삽입되었다고 한다. J.-M. Granier, *op. cit.*, p. 54.

1993년에 제정된 프랑스 소비자법전은 완결판은 아니었다. 즉 프랑스 법전은, 민법전을 제외하고, 조문의 지위를 기준으로 하여 크게 ‘입법부분’ (Partie Législative)과 ‘행정령부분’ (Partie Réglementaire)으로 나누어지는데¹⁰⁹⁾, 1993년 당시에 프랑스는 소비자법전의 ‘입법부분’ 만을 제정하였고, ‘행정령부분’은 1997년에야 마련되었다.¹¹⁰⁾

1993년 프랑스 소비자법전은 모두 5개의 권(livre)으로 구성되었다.

제1권은 ‘소비자정보’ (l’information des consommateurs)와 ‘상행위’ (les pratiques commerciales), 그리고 ‘계약의 일반제도’ (le régime général des contrats) 등에 관한 법규들로 편성되었다. 제2권은 ‘담보’ (garanties)나 ‘사기’ (fraudes) 또는 ‘위조’ (falsifications) 그리고 ‘안전’ (sécurité)에 관한 서비스와 제조물의 품질 등을 다루고 있으며, 제3권은 ‘신용’ (crédit)과 ‘개인 부채’ (l’endettement des particuliers) 등에 관하여 규정하였다. 그리고 제4권은 ‘소비자단체’ (les associations de consommateurs)에 관하여, 제5권은 각종 ‘소비자관련 위원회’ (es institutions compétentes en matière de consommation)에 관하여 규정하였다.

각 권(livre)은 편(titre)-장(chapitre)-절(section)의 순서로 편성되었고, 그 안에 관련 조문이 자리하였다.

(2) ‘1993년 소비자법전’에 대한 당시의 평가

이 법전은 세계 최초의 ‘소비자법전’으로서, 프랑스가 1804년에 최초로 근대민법전을 제정하였듯이, 그 역사적 의미를 가진다.¹¹¹⁾

‘소비자법전’은 일반법인 ‘민법전’에 대하여 특별법적 지위를 가지고 있음은 분명하다. 그러나 ‘통상의 특별법’과는 달리, 소비자보호에 관한 여러 특별법들을 통합한 단일의 법전으로서, ‘소비자법전’은 일반법적 성향을 지닌 특별법이라고 한다. 이는 사회구성원의 대부분이 소비자에 해당되기 때문이기도 하지만, 통상의 특별법이 엄격히 해석되어지는 것과는 달리, 소비자법의 경우 소비자의 보호를 위해 유추해석이나 확대해석의 방법으로 가능한 한 그 적용범위를 넓히고자 하는 것이 법률가의 성향이라는 것이다.¹¹²⁾

109) 입법부분은 의회에서 제정된 법률(Loi)에 의해 성립된 법조문을 의미하고, 행정령부분은 우리법상 시행령과 유사한 기능을 하는 법조문으로서 데크레에 의해 성립된다. 행정령부분은 법의 적용 및 해석에 필요한 상세한 규칙들을 그 내용으로 하고 있으며 입법부분에 못지않은 많은 조문으로 구성되어 있어 그 비중이 크다. 입법부분에 해당하는 조문은 L로 시작하고, 행정령부분에 속하는 조문은 R(국사원데크레인 경우) 또는 D(단순데크레인 경우)로 시작한다. 프랑스 민법전(Code civil)은, 1804년 제정된 이후 그 체제가 그대로 유지되고 있기 때문에, ‘입법부분’과 ‘행정령부분’을 구별하여 규정하지 않고 있다.

110) 1997년 3월 37일 데크레.

111) J. Bouchard, op. cit., p. 9 ; G. Raymond, "Bienvenue au Code de la consommation", Contrats-Concurrence-Consommation, août-septembre, 1993 ; J.-L. Raynaud, "A propos du code de la consommation", Gaz. Pal., 1^{er} sem., 1994 ; etc.

112) J. Bouchard, ibid., p. 15. 실제로 프랑스 소비자법전은 계약의 유형에 따라 소비자법의 적용범위

그러나 반대로 이점은 ‘소비자법전’의 적용범위가 불분명하다는 이유에서 비판의 대상이 되기도 하였다. 또한 ‘1993년 소비자법전’은 기존에 존재해왔던 소비자관련 법규들은 단순히 편집한 것일 뿐 진정한 의미의 혁신적인 법전의 제정이 아니라는 점에서도 비판을 받았다.¹¹³⁾

2. 현 프랑스 소비자법전(Code de la consommation)의 체계

1993년 제정된 이후 프랑스 ‘소비자법전’은 그 구조면에서 변하지 않고 있다가, 2016년에 대대적인 개편이 이루어졌다. 따라서 프랑스 소비자법전의 체계를 2016년 개편 전(가)과 2016년 개편 후(나)로 나누어 살펴보고자 한다.

가. 2016년 개편 전의 프랑스 소비자법전의 체계

1993년 제정된 이후부터 2016년 개편 전까지의 프랑스 소비자법전은 모두 5개의 권(livre)으로 구성되었었다.

제1권은 ‘소비자정보와 계약의 성립’(Information des consommateurs et formation des contrats)이라는 제목 하에, 제1편 ‘소비자정보’, 제2편 ‘상행위’, 제3편 ‘계약의 일반조건’, 제4편 ‘조사관의 권한과 공소권’의 순으로 구성되었었다.

제2권은 ‘제조물 및 서비스의 적합성 및 안전성’(Conformité et sécurité des produits et des services)이라는 제목 하에, 제1편 ‘적합성’, 제2편 ‘안전성’의 순으로 구성되었었다.

제3권은 ‘부채’(Endettement)라는 제목 하에, 제1편 ‘대출’, 제2편 ‘중개인의 업무’, 제3편 ‘과다채무상태의 조치’, 제4편 ‘인보증’의 순으로 구성되었었다.

제4권은 ‘소비자단체’(Les associations de consommateurs)라는 제목 하에, 제1편 ‘소비자단체의 인가’, 제2편 ‘단체소송’의 순으로 구성되었었다.

제5권은 ‘위원회’(Les institutions)라는 제목 하에, 제1편 ‘협력기관’, 제2편 ‘행정협력기관’, 제3편 ‘국립소비연구원’, 제4편 ‘국립식료품위원회’, 제5편 ‘분석방식단일화위원회’, 제6편 ‘품질시험소’의 순으로 구성되었었다.

나. 2016년 개편 후의 프랑스 소비자법전

를 소비자에 한하지 않고 사업자 사이의 계약에도 적용할 수 있도록 하고 있다. 예를 들어, 방문판매의 경우, 적용대상을 소비자(consummateurs)가 아닌 일반 자연인(personne physique)으로 함으로써(L121-21조), 사업자도 동 법의 보호를 받는 길을 열어놓고 있다. 실제로 프랑스 법원이 사업자(농경인, 상인 등의 영세업자)가 직업상의 목적으로 방문판매 물품을 구입한 경우에도 동 법을 적용한 사례가 있다. Cass. civ. 1^{re}, 15 avril 1982, D. 1984, 439 ; Cass. civ. 1^{re}, 6 janv. 1993, JCP. 1993 éd. G. 22007 ; Cass. civ. 1^{re}, 25 mai 1992, JCP. 1993 éd. G. 3655 등. 남궁술, “여러 특별법으로 산재된 소비자법의 단일화 방안: 민법과의 통합인가, 아니면 별도의 소비자법전의 제정인가?”, 이은영 편, 전거서(소비자법과 민법), 102면.

113) G. Raymond, *Droit de la consommation*, n° 23, p. 16.

(1) 2016년 개편의 개요¹¹⁴⁾

프랑스 소비자법전의 대대적인 개편은 2014년에 정부 주도로 시작되었다. 이 개편의 주된 이유는 최근의 법상황에 대한 종래 소비자법전의 부적응성 때문이었다. 즉 1993년 제정 이후, 소비자법의 영역에서 수많은 법 개정이 이루어졌고 상당수의 유럽공동체 규범들을 수용하게 되었는데, 종래의 소비자법전의 구조로는 이에 대한 체계적인 대응이 어려워졌을 뿐 아니라 이용자들의 법에 대한 접근성과 가독성도 떨어지게 된 것이다.

이러한 이유에서 프랑스 정부는 2014년 3월 17일 법률¹¹⁵⁾에 근거하여 본격적인 소비자법전 개편에 착수하였다. 이후 2년여의 작업을 거쳐 2016년 3월 14일 오르도낭스(ordonnance)¹¹⁶⁾와 2016년 6월 29일 데크레(décret)¹¹⁷⁾를 통해 소비법전의 전반적인 개편이 완료되었다. 이 개편은 소비자법전의 체계적인 정비와 이용자들의 접근성과 가독성 제고를 목적으로 하였기 때문에, 격지자 간의 계약이나 적합성 내지 안전에 관한 규정들과 같은 새로운 조항이 소비자법전에 들어온 것도 있지만, 주로 기존 규정들의 대대적인 재편성(조문상의 위치 변화)이 법전 개편의 핵심이었다.¹¹⁸⁾

(2) 2016년 개편 이후 현 소비자법전의 체계

2016년 개편 이후 현재의 프랑스 소비자법전 체계의 주요 부분을 소개하면 아래와 같다.¹¹⁹⁾

- 제1권 : 소비자정보와 상행위
- 제1편 : 소비자정보
- 제1장 : 계약전 정보제공의 일반의무 (Art. L111-1 ~ L111-8)
- 제2장 : 매매의 가격과 요건에 관한 정보 (Art. L112-1 ~ L112-9)

114)

<https://www.inc-conso.fr/content/1er-juillet-2016-le-code-de-la-consommation-fait-peau-neuve> (2021.10.27. 접속)

115) 소비자법전 개편 오르도낭스의 실행을 위한, “소비자에 관한 2014년 3월 17일 법률 제2014-344호 제161조.(l'article 161 de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, à procéder par ordonnance à la refonte du code de la consommation)

116) 소비자법전 입법부분에 관한 2016년 3월 14일 오르도낭스 제2016-301호.(l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du code de la consommation)

117) 소비자법전 행정령부분에 관한 2016년 6월 29일 데크레 제2016-884호.(le décret n° 2016-884 du 29 juin 2016 relative à la partie réglementaire du code de la consommation)

118) <https://www.deshoulieries-avocats.com/lessentiel-de-reforme-code-de-consommation/> (2021.10.27. 접속)

119) 지면관계상, 소비자법전의 입법부분(Partie Législative) 중 소비자계약에 관한 규정은 장(chapitre)까지 소개하고, 소비자계약과 직접적인 관련이 없는 기타 규정들은 편(titre)만 소개하기로 한다.

- 제3장 : 기타 정보 (Art. L113-1 ~ L113-4)
- 제4장 : 전형계약서의 제공 (Art. L114-1)
- **제2편 : 상행위**
- 제1장 A : 권장상행위(Art. L120-1 ~ L120-2)
- 제1장 : 금지상행위(Art. L121-1 ~ L121-24)
- 제2장 : 규제상행위(Art. L122-1 ~ L122-23)
- **제3편 : 제재** (Art. L131-1 ~ L132-28)
- **제4편 : 해외영토에 관한 적용규정** (Art. L141-1 ~ L141-2)
- **제2권 : 계약의 성립과 이행**(Art. L211-1 ~ L253-2)
- **제1편 : 계약의 일반요건**
- 제1장 : 계약의 제시(Art. L211-1 ~ L211-4)
- 제2장 : 불공정 조항 (Art. L212-1 ~ L212-2)
- 제3장 : 전자적 방식으로 체결된 계약의 보존 (Art. L213-1)
- 제4장 : 예약금 및 선불금 (Art. L214-1 ~ L214-3)
- 제5장 : 서비스제공계약의 갱신 (Art. L215-1 ~ L215-5)
- 제6장 : 인도, 공급, 위험의 이전 (Art. L216-1 ~ L216-8)
- 제7장 : 물품매매계약에서의 적합성의무 (Art. L217-1 ~ L217-32)
- 제8장 : 시효 (Art. L218-1 ~ L218-2)
- 제9장 : 공적 질서 규정(Art. L219-1)
- **제2편 : 특정 계약의 성립과 이행에 관한 규정**
- 제1장 : 원격계약과 방문판매계약 (Art. L221-1 ~ L221-29)
- 제2장 : 원격으로 체결된 재정서비스계약에 관한 특별 규정 (Art. L222-1 ~ L222-18)
- 제3장 : 전화방문판매에 대한 차단 (Art. L223-1 ~ L223-7)
- 제4장 : 특수한 객체를 내용으로 하는 계약에 관한 특별 규정 (Art. L224-1 ~ L224-108)
- 제5장 : 기타규정 (Art. L225-1)
- **제3편 : 월경(越境) 계약에 적용되는 법률** (Art. L231-1 ~ L232-6)
- **제4편 : 제재** (Art. L242-1 ~ L242-45)

- 제5편 : 해외영토에 관한 규정 (Art. L251-1 ~ L253-2)

- 제3권 : 대출

- 제1편 : 대출의 진행
 - 제1장 : 정의(定義) (Art. L311-1)
 - 제2장 : 소비대출 (Art. L312-1 ~ L312-94)
 - 제3장 : 부동산용 대출 (Art. L313-1 ~ L313-64)
 - 제4장 : 소비대출과 부동산용 대출에 공통되는 규정 (Art. L314-1 ~ L314-31)
 - 제5장 : 저당권부 종신대차와 건물개조용 대출 (Art. L315-1 ~ L315-23)
- 제2편 : 대출중개인의 활동
 - 제1장 : 적용 범위 (Art. L321-1 ~ L321-2)
 - 제2장 : 채무자 및 차용인 보호 (Art. L322-1 ~ L322-4)
- 제3편 : 인보증
 - 제1장 : 요식주의 (Art. L331-1 ~ L331-3)
 - 제2장 : 비례성 (Art. L332-1)
 - 제3장 : 이행 과정에서의 정보 (Art. L333-1 ~ L333-2)
- 제4편 : 제재 (Art. L341-1 ~ L343-6)
- 제5편 : 해외영토에 관한 규정 (Art. L351-1 ~ L354-7)

- 제4권 : 제조물 및 서비스의 적합성과 안전성

- 제1편 : 적합성
 - 제1장 : 일반적합성의무 (Art. L411-1 ~ L411-2)
 - 제2장 : 적용기준 (Art. L412-1 ~ L412-12)
 - 제3장 : 제조물에 관한 위조와 기타 범죄 (Art. L413-1 ~ L413-9)
 - 제4장 : 특정 시설에 관한 규정 (Art. L414-1)
- 제2편 : 안전성
 - 제1장 : 일반 안전의무 (Art. L421-1 ~ L421-7)
 - 제2장 : 적용기준 (Art. L422-1 ~ L422-3)
 - 제3장 : 제조업자와 유통업자의 의무 (Art. L423-1 ~ L423-4)

- 제4장 : 공통 규정 (Art. L424-1)
- 제5장 : 항공기내에 관한 규정 (Art. L425-1)
- 제3편 : 제조물 및 서비스의 가치산정
- 제1장 : 원산지증명 (Art. L431-1 ~ L431-5)
- 제2장 : 원산지 및 품질에 관한 기타의 증명
- 제3장 : 적합성 검증 (Art. L433-1 ~ L433-2)
- 제4편 : 사기
- 제5편 : 제재 (Art. L451-1 ~ L453-1)

- 제5권 : 검사(檢査)에 부여된 조사권 등

- 제1편 : 조사와 확정 (Art. L511-1 ~ L512-65)
- 제2편 : 검사(檢査)에 따른 조치 (Art. L521-1 ~ L525-1)
- 제3편 : 제재 (Art. L531-1 ~ L532-5)
- 제4편 : 해외영토에 관한 규정 (Art. L541-1 ~ L541-3)

- 제6권 : 소송에 관한 규정

- 제1편 : 조정 (Art. L611-1 ~ L616-3)
- 제2편 : 소비자보호단체의 소송 (Art. L621-1 ~ L623-32)
- 제3편 : 법관의 관할
- 등 (제4편, 제5편)

- 제7권 : 과다채무의 처리

- 제1편 : 과다채무의 처리에 관한 일반 규정 (Art. L711-1 ~ L714-1)
- 제2편 : 과다채무의 처리청구에 대한 심사 (Art. L721-1 ~ L724-5)
- 제3편 : 과다채무의 처리를 위한 조치 (Art. L731-1 ~ L733-17)
- 제4편 : 개인회생 (Art. L741-1 ~ L743-2)
- 등 (제5편 ~ 제7편)

- 제8권 : 인가된 소비자보호단체와 소비자위원회

- 제1편 : 인가된 소비자보호단체 (Art. L811-1 ~ L811-2)
- 제2편 : 소비자위원회 (Art. L822-1 ~ L823-2)

Ⅲ. 프랑스 현 소비자법전에서의 소비자계약법

1. 현 소비자법전 체계의 개요

위에서 살핀 바와 같이 2016년 개편은 종래의 소비자법전을 완전히 재구성하였다. 즉 이전에는 총5권으로 편제되었던 것을 총8권으로 세분화하여 모두 1,087개의 조문이 배치되어 있다. 제1권에서 제3권까지는 소비자계약에 관한 사항을 규정하고 있고, 제4권¹²⁰⁾에서 제8권까지는 소비자의 안전을 위한 조치, 소비자문제를 해결하기 위한 제도 및 기관에 관한 사항을 규정하고 있다. 이러한 구성을 볼 때, 소비자계약은 물론 소비자보호와 관련된 모든 규정들이 본 법전에 체계적으로 정리되어 있으며 해당 문제를 해결하려 하는 소비자들은 필요로 하는 규정에 쉽게 접근할 수 있음을 알 수 있다.

2. 현 소비자법전에서의 소비자계약법의 구성과 주요 내용

가. 소비자계약법의 구성

현 소비자법전에서 소비자계약에 관한 것으로는 형식상 총 8권 중에서 3권이지만, 실제로는 전체 조문 수의 3분의 2 이상을 차지하고 있다. 그만큼 제1권에서 제4권까지의 구조가 정밀하고 체계적이라 할 수 있다.

우선 제1권 ‘소비자정보와 상행위’(Livre Ier : INFORMATION DES CONSOMMATEURS ET PRATIQUES COMMERCIALES)에서는 계약 체결에 앞서서 사업자가 부담하는 소비자정보(제1편)와 상행위(제2편) 상의 의무 등을 규정하고 있다.

제2권 ‘계약의 성립과 이행’(Livre II : FORMATION ET EXÉCUTION DES CONTRATS)에서는 계약의 일반요건(제1편), 특정 계약의 성립과 이행(제2편), 월경(越境) 계약(CONTRATS TRANSFRONTALIERS)(제3편) 등을 규정하고 있다.

제3권 ‘대출’(Livre III : CRÉDIT)에서는 대출의 진행(제1편), 대출중개인(제2편),

120) 제4권 ‘제조물 및 서비스의 적합성과 안전성’(Livre IV : CONFORMITÉ ET SÉCURITÉ DES PRODUITS ET SERVICES)에서는 적합성책임(제1편)과 안전성책임(제2편) 등을 규정하고 있다. 제목 상으로는 제4권이 마치 물품의 계약적합성에 대한 매도인의 책임을 다루는 것으로 비추어질 수 있으나, 여기에서의 ‘제조물 및 서비스의 적합성과 안전성’은 소비자가 계약의 일방당사자로서가 아닌 한 개인으로서 보호받기 위해 마련된 행정적 조치를 규정하고 있다.

인보증(제3편) 등을 규정하고 있다.

이러한 구조를 볼 때, 계약 체결전의 단계에서 사업자가 준수해야 할 규범(제1권), 여러 소비자계약이 유효하게 체결되기 위한 요건(제2권), 대출과정에서 소비자와 보증인 보호를 위한 장치(제3권) 등이 순차적이고 체계적으로 소비자법전에 규정되어 있음을 알 수 있다. 이러한 체계는 2016년 개편 이전의 체계와는 완전히 다른 것으로서 법전 이용자의 접근성과 가독성을 더욱 높인 것으로 평가된다.

나. 소비자계약법의 주요 내용

(1) 소비자와 사업자 개념(권두조 : article liminaire)

2016년 개편 이전의 소비자법전은 소비자와 사업자의 개념적 정의규정을 두지 않았다. 이는 1993년 법전 제정 당시에 여러 특별법들은 각기 고유한 적용영역에 따라 사업자 또는 소비자에 해당하는 용어를 개별적으로 사용하였고¹²¹⁾ 또 그 의미도 해당 영역의 특성에 따라 독자성을 지님으로 인해, 이들을 모두 아우르는 개념을 정의하기 어려웠기 때문이었다.¹²²⁾ 특히 소비자(*consommateur*)에 대해서는 “비직업적인 목적으로 한 물건이나 용역을 사용하는 자연인 또는 법인”¹²³⁾, “개인적인 용도로 사용하고자 소비재를 취득한 모든 비직업적인 자”¹²⁴⁾, “개인적이고 비직업적인 용도로, 재화나 용역공급계약의 당사자가 되는 자”¹²⁵⁾ 등 학자에 따라 그 정의도 다양하였다.¹²⁶⁾

그러나 프랑스는 2016년 개편을 통해 소비자와 사업자 개념은 물론 제조업자, 그리고 오늘날 현대 거래에서 중요한 이슈인 디지털콘텐츠에 관한 여러 개념들을 정의한 규정을 법전 서두의 권두조(*article liminaire*)에 두었다. 이는 그동안에 프랑스에서도 개념상으로 정리가 되어 왔을 뿐 아니라 유럽연합의 영향을 받아 2016년 개편을 계기로 유럽연합지침 2011/08¹²⁷⁾ 상의 개념을 일부 받아들인 것이라 한다.¹²⁸⁾ 법전 서두의 권두조(*article liminaire*)에 정의된 주요 개념은 다음과 같다.

- 소비자(*consommateur*) : 상업, 산업, 공예, 농업에 관련된 자신의 활동영역에 해당하지 않은 목적을 위해 행하는 모든 자연인¹²⁹⁾

121) 예를 들어, 신용(*crédit*)의 경우에는 ‘차용자’(*emprunteur*)라는 용어를 사용하고 있고, 과다채무(*surendettement*)의 경우에 개인(*particulier*)이라는 용어를 사용하고 있다.

122) N. Rzepecki, *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*, Presses universitaires d'Aix-Marseille-Paum, 2002, p. 297.

123) J. Calais-Auloy & F. Steinmetz, *Droit de la consommation*, p. 7.

124) G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 1987.

125) J. Ghestin, *La formation du contrat*, LGDJ, 1993, n° 77.

126) 남궁술, “프랑스 소비자법 체계에 관한 연구”, 240-241면 참조.

127) Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights.

128) D. Bazin-Beust, *Droit de la consommation* (mementos), Gualiano, 2016, p. 31 참조.

129) ‘Directive 2011/83/EU’은 소비자(*consumer*)를 다음과 같이 정의하고 있다. Article 2 (1) : “‘consumer’ means any natural person who, in contracts covered by this Directive, is

- 비사업자(non-professionnel) : 사업적 목적으로 행하지 않는 모든 법인¹³⁰⁾
- 사업자(professionnel) : 다른 사업자의 명의로 또는 그의 이익을 위하여 하는 행위를 포함하여, 상업, 산업, 공예, 자유업 또는 농업에 관한 자신의 활동영역에 해당하는 목적으로 행하는 모든 자연인 또는 공법인 내지 사법인.¹³¹⁾
- 제조업자(producteur) ; 물건의 생산자, 유럽연합 내에서의 물건의 수입업자, 물건에 자신의 성명이나 상호 또는 변별기호를 부착하여 제조업자로 자신을 소개하는 모든 사람

여기에서 주목해야 할 사항은 ‘비사업자’ 개념이다. 즉 위에서 살핀 바와 같이, 2016년 개정 이전에는 소비자의 정의규정이 없었기 때문에, 해석에 따라 법원은 법인을 소비자의 범위에 넣을 수도 있었다. 그러나 2016년 개정은 위 유럽연합 지침에 의거하여 ‘소비자’의 범위를 자연인에 한함으로써, 자신의 사업행위와 무관한 계약을 체결해야 하는 법인이 소비자로서의 보호를 받지 못하는 법적 흠결의 문제를 ‘비사업자’ 개념의 도입을 통해 해결한 것이다.¹³²⁾ 이는 2000년대 초반부터 ‘불공정 조항’을 대상으로 프랑스 법원에 의해 조심스럽게 인정¹³³⁾된 것을 2016년 개정을 계기로 소비자법전에 도입한 것이다. 그렇지만 프랑스는 ‘소비자’와 ‘비사업자’를 구별하고, ‘비사업자’에 대하여는 ‘불공정 조항’(Clauses abusives)(L212-2), ‘물품매매계약에서의 적합성 의무’(Obligations de conformité dans les contrats de ventes de biens)(L217-32), ‘디지털콘텐츠 및 디지털서비스 공급 계약’(Contrats de fourniture de contenus numériques et de services numériques)(L224-25-31) 등으로 한정하여 보호하고 있다.

(2) 계약전 정보제공의무(Art. L111-1 ~ L114-1)

사업자의 소비자에 대한 정보제공의무는 본 법전 제1권 제1편에 자세히 규정되어 있다. 특히 계약전 정보제공의무로 물건이나 서비스의 본질적인 특징은 물론, 디지털서비스나 디지털콘텐츠의 특징이나 본질 등에 관한 정보의 제공을 의무사항으로 함으로써 현대 사회에서 중요한 거래 대상인 디지털 지적재산의 특성을 잘 반영하고 있다.

정보제공의무는 일찍이 프랑스 법원에 의해 인정된 규범으로서 2016년 개정 이전에

acting for purposes which are outside his trade, business, craft or profession.”

130) 즉 ‘구분소유자협회’(syndicats de copropriétaires) 등과 같이 영리목적이 아니고, 비직업적인 활동에 관련된 사단법인의 경우, 소비자의 지위를 누릴 수 있다.(CA Paris, 13 nov. 1997, D. 1998.IR.11)

131) ‘Directive 2011/83/EU’은 사업자(trader)를 다음과 같이 정의하고 있다. Article 2 (2) : “ ‘trader’ means any natural person or any legal person, irrespective of whether privately or publicly owned, who is acting, including through any other person acting in his name or on his behalf, for purposes relating to his trade, business, craft or profession in relation to contracts covered by this Directive.”

132) ‘비사업자’ 개념은 유럽연합 입법에서는 존재하지 않는다.

133) Cass. civ. 1^{re}, 15 mars 2005, n°02-13285.

도 소비자법전에 규정되어 있었으나 본 개정을 통해 디지털콘텐츠와 디지털서비스에 관한 정보제공의무도 추가된 것이다.(L111-6 이하)¹³⁴⁾

매매의 가격과 요건에 관한 정보의 제공에서도 2016년 개정을 통해 10개의 조문으로 상세히 규정하여, 가격을 미리 산정하기 어려운 경우나 계속적 공급계약인 경우 또는 디지털콘텐츠의 제공에 관한 계약 등과 같이, 거래의 다양한 특성에 맞는 정보제공의 범위나 방식을 본 법전은 제시하고 있다.(L112-1 이하)

(3) 상행위(Art. L120-1 ~ L141-2)

상행위는 본 법전 제1권 제2편에 규정되어 있다. 이는 주로 법이 금하거나 통제하는 상행위에 관한 것으로서, 2016년 개편된 소비자법전은 이를 크게 금지상행위(pratiques commerciales interdites)와 규제상행위(pratiques commerciales réglementées)로 나누어 ‘규정하고 있다.

금지상행위(제1장)에서는 ‘부당상행위’, ‘기만상행위’, ‘위협상행위’, ‘취약상태악용’, ‘불법다단계’ 등 총 13개의 금지행위를 규정하고 있다.

규제상행위(제2장)에서는 ‘비교광고’, ‘전자적 방식에 의한 할인청약’ 등을 규정하고 있다.

(4) 계약의 일반요건

소비자계약의 일반요건은 본 법전 제2권(계약의 성립과 이행) 제1편에 규정되어 있다. 이에는 ‘계약의 제시’, ‘불공정 조항’, ‘물품매매계약에서의 적합성의무’ 등이 규정되어 있다.

‘계약의 제시’(présentation des contrats)는 제1장에 규정되어 있다. 이에는 사업자의 계약 조항의 서면에 의한 명시 의무, 계약서에 반드시 표시되어야 할 내용 등이 규정되어 있다.

‘불공정 조항’(clauses abusives)은 제2장에 규정되어 있다. ‘불공정 조항’은 우리나라의 약관규제법과 비교되는데, 우리나라와는 달리, 프랑스에서는 약관 뿐 아니라 소비자계약상의 모든 조항이 불공정판단의 대상이 된다는 점에서 특색이 있다. 즉 소비자법전 L212-1 이하에 의거하면, 사업자와 비사업자 또는 소비자 사이의 계약에서, 비사업자 또는 소비자에게 해를 끼치면서, 계약당사자들의 권리와 의무 사이에 현저한 불균형을 야기하는 조항은 불공정한 것이다. 즉 불공정판단의 대상이 되는 계약조항에 아무런 조건을 붙이지 않음으로써 모든 종류의 계약 조항에 ‘소비자법전’ 상 ‘불공정조항 법규’가 적용될 수 있다. 따라서 약관은 물론, 당사자 사이에 협의에 의해 이루어진 개별약정도 불공정판단의 대상이 된다. 그리고 불공

134) 이러한 계약전 정보제공의무는 소비자법전 뿐 아니라 2016년에 민법전에도 도입되었다.(제1112-1 조) 물론 소비자법전 상의 정보제공의무가 보다 엄격하고 상세하다. 이에 관한 내용상의 비교는 추후의 글을 통해 발표하기로 한다.

정조항의 규제와 관련하여, 우리나라와 마찬가지로 행정규제를 원칙으로 하고 있다. 즉 불공정성 판단의 1차적 심사권한은 ‘불공정조항 위원회’(Commission des clauses abusives)라는 행정기관에 부여되어 있다. ‘불공정조항 위원회’는 이러한 불공정조항을 삭제 또는 수정할 것을 권고(recommandation)할 권한만 있을 뿐, 이를 강제할 권한이 없다. 이러한 행정규제의 한계를 극복하기 위하여 프랑스는 국사원(Conseil d'Etat)의 데크레(Décret)를 통해 불공정조항의 사용을 금지시키고 있다. 즉 불공정조항 위원회는, 필요하다고 판단되면, 불공정하다고 평가된 일정 조항이나 약관을 국사원에 제시하고, 국사원은 데크레의 제정을 통해 해당약관이나 조항의 일반적 사용을 금지할 수 있다.(L212-1 제2항) 그밖에 법원은, 비록 소비자법전에 불공정조항에 대한 사법적 규제가 명시되지 않았지만, 판결을 통해 국사원의 데크레에 의한 금지조항이 아닐지라도 소비계약상 조항의 불공정여부를 판단하고 있다.¹³⁵⁾ 또한 불공정조항의 무효화의 효율성을 확보하기 위해 소비자법전은 공인된 소비자단체에게 제소권을 부여함으로써 불공정조항을 법원의 판결에 의해 무효화시키는 단체소송제를 도입하였다.(L623-1 ~ L623-3)¹³⁶⁾ 그리고 불공정조항을 계약서에 포함한 사업자는 자연인의 경우에는 최대 3,000유로이고 법인의 경우에는 최대 15,000유로에 해당하는 행정벌에 처해질 수 있다.(L241-2)

‘물품매매계약에서의 적합성의무’는 제7장에 규정되어 있다. 이는 ‘1999년 5월 25일 소비재의 매매 및 관련보증에 관한 1999/44/EC 지침’¹³⁷⁾을 2005년의 프랑스 국내법 개정을 통해 소비자법전에 수용한 것이다. 이전에는 프랑스 전통의 하자담보에 관한 내용이 규정되어 있었으나 이를 소비재의 적합성의무로 대체한 것이다. 우선 소비자법전 L217-3에 의하면, 매도인은 소비자에 대하여 매매계약에 적합한 물품을 급부하여야 하고 인도 시를 기준으로 물품에 적합성 결함이 있으면 그에 따른 책임을 부담한다. 그리고 물품의 계약적합성 판단 기준은 제217-4와 L217-5에 제시되어 있다. 그 중 일부를 소개하면 다음과 같다. : 계약서에 명시된 물품의 기능, 호환성, 상호작용성 또는 기타의 특성과 관련하여, 물품이 설명, 유형, 수량, 품질과 일치할 것(L217-4 제1호) ; 소비자가 계약체결 시에 매도인에게 고지하고 매도인이 동의한 특정의 목적에 합치할 것(L217-4 제2호) ; 동종의 제품에 기대되는 통상의 사용에 적합할 것(L217-5 I 제1호) ; 매도인이 한 설명에 부합하고 매도인이 소비자에게 제시한 견본이나 모델과 같은 품질을 갖출 것(L217-5 I 제2호) 등.

(5) 기타 특수계약에 관한 규정

제2편의 ‘특정 계약의 성립과 이행에 관한 규정’은 원격계약(격지자간 계약)이나 방문판매계약과 같이 특수한 상황에서 계약이 체결되는 경우에 소비자보호를 위해

135) 예를 들어, Cass. civ.1^{re}, 16 juill. 1987 ; Cass. civ.1^{re}, 14 mai 1991 ; 등.

136) 자세한 것은, 남궁술, “프랑스 소비자법 체계에 관한 연구”, 246-248면 참조.

137) Directive 1999/44/EC of 25 May 1999 on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees.

해당 계약의 성립과 이행에 관한 요건을 별도로 규정한 것이다. 제3편의 ‘월경(越境) 계약에 적용되는 법률’은 유럽연합 내에서 서로 다른 회원국에 영업소나 주소를 둔 사업자와 소비자가 계약을 체결하는 경우에 적용되는 법률을 정하기 위해 마련된 것이다.

(6) 대출

현대 사회의 특징 중의 하나가 소비자들의 금융거래가 크게 확대되어 중요한 소비자문제 중의 하나가 되었다는 것이다. 이러한 이유에서 프랑스 소비자법전은 소비자들의 금융거래로 인한 문제를 상당히 비중 있게 다루고 있다. 즉 제3권에 대출(crédit)에 관한 계약을 그 성립에서 이행에 이르기까지(L311-1 ~ L354-7) 상세히 규정하고 있고, 제7권에서는 개인의 과다채무(surendettement) 문제와 개인회생(rétablissement personnel)을 자세히 다루고 있다. 그러나 본고에서는 소비자계약에 해당하는 대출에 관한 사항만을 간단히 소개하기로 한다.

우선 프랑스 소비자법전 제3권은 소비자들의 대출을 크게 소비대출(crédit à la consommation)과 부동산용 대출(crédit immobilier)로 구분하고 있다.

‘소비대출’은 말 그대로 소비자가 어떤 물건(동산)을 구입이나 기타 소비의 목적으로 대출을 받는 것을 말한다. 이에 비하여 ‘부동산용 대출’은 부동산의 구입이나 개량을 위한 자금 마련을 목적으로 대출을 받는 것을 말한다.

우선 ‘소비대출’(제1편 제2장)은 “소비자의 소비대차, 신용구매, 할부거래, 결합계약 등의 문제에 관한 1978년 1월 10일 법률”¹³⁸⁾을 ‘소비자법전’에 수용한 것이다. 대출에 의한 소비자의 충동구매를 예방하고 진행 과정에서 소비자의 이익을 보호하기 위하여 본 법전은 소비대출 계약의 성립과 이행 과정에 적용되는 규범, 즉 대출광고의 규제, 대출자(emprunteur)에 대한 대부업자(prêteur)의 계약전 정보제공의무, 15일 이상의 청약기간유지, 대출자에 대한 대부업자의 설명의무와 대출자의 상환능력평가, 대출계약체결의 요식성과 대출자의 철회권(14일), 대출금의 상환에 관한 규정 등이 자세히 규정되어 있다.

‘부동산용 대출’(제1편 제3장)도 위의 소비대출과 마찬가지로 대출자 보호를 위한 여러 규정을 두고 있다. 특히 ‘유럽연합 지침 2014/17’¹³⁹⁾의 적용에 따라, 2016년 개편에서 대부업자의 의무가 더욱 강화되었다. 즉 대출광고나 대부업자의 계약전 정보제공의무, 30일 이상의 청약기간 유지, 대출자를 위한 10일의 숙려기간(le délai de réflexion)의 부여, 대출자의 4개월 기간 내의 해제조건부 승낙, 보증보험에 관한 규정 등이 그것이다.

IV. 시사점

138) la loi Scrivener n° 78-22 du 10 janvier 1978.

139) Directive 2014/17/EU on Credit Agreements for Consumers Relating to Residential Immovable Property.

주지의 사실과 같이 프랑스는 소비자계약법을 민법전에 편입하지 않고 소비자법전이라는 큰 테두리 안에 포섭하였다. 프랑스가 소비자계약은 물론 소비자보호를 위한 법적 조치를 단일법전화 한 것은 소비자문제가 지닌 사법적 특성(소비자계약)과 공법적 특성(행정 제재)이라는 양면성을 고려하였고, 여러 특별법으로 산재되어 있던 소비자보호 법률을 체계적으로 정리하고자 한 목적에서였다.

위에서 살핀 바대로, 프랑스의 ‘소비자법전’은 ‘제1권 : 소비자정보와 상행위’, ‘제2권 : 계약의 성립과 이행’, ‘제3권 : 대출’, ‘제4권 : 제조물 및 서비스의 적합성과 안전성’, ‘제5권 : 검사(檢査)에 부여된 조사권 등’, ‘제6권 : 소송에 관한 규정’, ‘제7권 : 과다채무의 처리’, ‘제8권 : 인가된 소비자보호단체와 소비자위원회’라는 총 8개의 권으로 구성되어 있다. 그리고 각 권에, 사법적 성격의 법규, 공법적 성격의 법규, 절차법적 성격의 법규를 주제별로 적절히 편철함으로써, 프랑스 ‘소비자법전’은 다면성을 지닌 소비자법을 일목요연하게 정리하고 있다. 이로써 프랑스 ‘소비자법전’은 법규 상호간의 조화는 물론 소비자법의 조망성을 상당 부분 이루고 있다고 평가된다.

소비자보호 관련법은 물론 소비자계약법의 정비와 관련하여 우리나라는 아직 뚜렷한 방향을 찾지 못하고 있다. 이러한 시점에서 이를 ‘소비자법전’으로 단일화한 프랑스의 입법태도는 우리에게 많은 것을 시사해주고 있다.

오스트리아 소비자계약법의 규율방식과 주요내용

정신동(강릉원주대 법학과)

<목차>

I. 들어가며

II. 오스트리아 소비자계약법 분야 입법상황

III. 오스트리아 소비자계약법의 주요내용

1. 소비자보호법(Konsumentenschutzgesetz)
2. 통신판매 및 방문판매법(Fern- und Auswärtsgeschäfte-Gesetz)
3. 소비자계약에 있어 담보책임에 관한 법률(Verbrauchergewährleistungsgesetz)

IV. 우리법에의 시사점

I. 들어가며

오늘날 기업의 영업활동 및 산업 진흥을 위한 (법)정책과 더불어 소비자를 보호하기 위한 (법) 정책이 중요하다는 점에는 의문을 제기하기 힘들다. 그런데 이러한 소비자보호를 위한 법률 내지 정책들은 대개 민사법, 공법, 형사법적 규제정책을 종합적으로 마련하여 실시됨이 일반적이다. 이는 우리나라의 경우에도 마찬가지이어서 1980년 소비자보호법 제정을 시작으로 소비자계약에 관한 특별법들을 지속적으로 제·개정해 왔고, 예컨대 “약관의 규제에 관한 법률”, “방문판매 등에 관한 법률”, “할부거래에 관한 법률”, “전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률”이 현재 시행되고 있다.

그런데 이러한 국내 소비자보호 특별법들은 약관과 같은 계약내용 내지 소비자거래를 규율 대상으로 하고 있음에도 불구하고 (부분적으로 민사법적인 내용도 담겨져 있지만) 대체로 공법적 성격을 가지는 규정을 통해 소비자보호를 실현하고 있다는 점에 그 특색이 있다. 이는 적지 않은 문제들을 야기하고 있는데 예컨대 하나의 조항이 사법적 특성과 공법적 성격을 모두 가지는 경우 불필요한 해석상의 논쟁을

유발시키기도 하고, 순수한 계약법상 소비자가 어떠한 권리를 가지게 되는지 조망하기 매우 어렵다는 문제도 지적되고 있다. 나아가 현행 소비자계약 관련 법 규정들은 개별적 특정 분야의 소비자거래에 한해 적용되는 경우가 많아 소비자계약 일반에 적용될 수 있는 법 원리를 마련하고 연구함에 있어서 상당한 걸림돌이 되고 있다.

이에 본고에서는 각종 소비자보호 특별법상 혼재되어 있는 공법 규정과 사법적 규정을 분리하고, 소비자계약에 관한 단행 법률을 제정하기 위한 연구가 필요하다는 시각 하에 오스트리아에서의 소비자계약법 규율방식과 주요내용을 소개하고자 한다. 오스트리아법의 경우 우리 민법과 유사한 유럽 대륙법계에 속하고, 1812년 오스트리아 제국시절 시행된 오스트리아 민법전(Das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch: ABGB)의 경우 독일어권 법계에 있어서 가장 오래된 민법전으로서 계약법에 관한 역사가 짧지 않으며, 소비자계약법 영역에 있어서는 ‘소비자보호법’이라는 단행 법률을 기반으로 하여 몇몇 특별법들이 체계적으로 정비되어 있기 때문이다. 이하에서는 오스트리아에서의 소비자계약법이 어떤 체계 하에 입법이 되어 있는지 그 규율방식을 조망해 보고, 개별 제도 가운데 유의미한 주요 내용을 선별하여 검토해 본다.

II. 오스트리아 소비자계약법 분야 입법상황

오스트리아에서는 1979년 소비자보호법(Konsumentenschutzgesetz)을 입법하여 사업자와 소비자 사이에 체결되는 소비자계약에 대해 적용되는 다양한 제도들을 마련하고 있었다. 대부분이 편면적 강행규정, 즉 법률상 내용 보다 소비자에게 불리한 계약 내용을 무효로 만드는 규정들이 대부분이었던 소비자보호법은 지금도 시행 중에 있지만, 그 동안 유럽연합의 다양한 입법지침 제·개정으로 인해 다수의 개정이 이뤄진 바 있고, 특히 소비자의 해제권 행사에 대해서는 EU 소비자권리지침을 국내법화 하면서 통신판매 및 방문판매법(Fern- und Auswärtsgeschäfte-Gesetz)을 제정한 바 있고, 최근에는 소비자 담보책임에 관한 특별법(Verbrauchergewährleistungsgesetz: VGG)이 시행 예정이다. 즉, 오스트리아에서 소비자계약의 규율은 소비자보호법이라고 하는 일반법 차원에서 소비자계약에 적용되어야 할 일반규정을 두고 통신판매 및 방문판매법상에서 소비자계약에 관한 특별규정 그리고 물품 내지 디지털 콘텐츠 등에 대한 하자담보책임 특별법을 마련하고 있

는 입법방식을 채택하고 있다.

우선 오스트리아 소비자보호법(Konsumentenschutzgesetz)¹⁴⁰⁾은 오로지 소비자계약에 관한 단행법률은 아니지만, 제1장에서 사업자와 소비자 간 계약에 관한 특별 규정(Besondere Bestimmungen für Verträge zwischen Unternehmern und Verbrauchern)을 마련해 두고 있음이 특색이다. 나아가 동법은 제2장에서는 단체소송(Verbandsklage)에 관한 내용을 규정하고 있으며, 끝으로 제3장에서 보칙(Ergänzende Bestimmungen)에서 형벌규정을 부분적으로 도입하고 있는 것이 특징이다. 본 연구의 대상이 되는 ‘소비자계약’에 관한 사항은 오스트리아 소비자보호법 제1장이 자세히 규율하고 있지만, 소비자보호법이라는 단행법률 안에 소비자단체 소송도 함께 규율하고 있어 일종의 혼합형으로 볼 수 있다.

나아가 오스트리아 통신판매 및 방문판매법은 소송법에 해당되는 내용은 없고, 원격통신을 통해 체결되는 소비자 계약 및 사업장 밖에서 체결되는 소비자 계약을 규율하고 있다. 이는 2011년 제정된 유럽연합 소비자권리지침을 오스트리아 국내법으로 전환 한 것으로 그 전에 시행 중이던 오스트리아 소비자보호법을 전면 개정하지 않고, 특별법을 별도로 제정하는 방식을 선택하였다.

이처럼 소비자 보호 영역에서 일반법의 역할을 하는 소비자보호법과 특수 거래에 있어 소비자계약을 규정하는 통신판매 및 방문판매법이 오스트리아 내 소비자계약을 규율하고 있는데, 이들 양법의 공통적 특색으로 형벌 조항의 규정을 언급할 수 있다. 즉, 일정한 경우, 특히 정보제공의무를 사업자가 이행하지 않았거나 불완전하게 이행하였거나 거짓정보를 토대로 의무를 이행한 경우 벌금형에 처해지게 되어 있다. 자유형에 해당하는 형벌조항은 없고 벌금형만 규정되어 있기는 하지만, 소비자 계약에 있어서 사업자가 부담하는 의무들은 단순히 사법상의 의미를 넘어서서 형법상 구성요건을 형성하기도 한다는 점을 유의할 필요가 있다.

나아가 최근 오스트리아는 “상품 및 디지털 서비스에 관한 소비자 계약에 있어 담보책임에 관한 법률(Bundesgesetz über die Gewährleistung bei Verbraucherverträgen über Waren oder digitale Leistungen)”을 제정하여 시행이 예정되어 있다. 유럽연합 역내 단일 디지털 시장을 조성하기 위한 전략으로서 디지

140) Konsumentenschutzgesetz, Fassung vom 04.11.2021 <<https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10002462>>에서 원문 확인이 가능>

털 콘텐츠에 관한 계약에 대한 명확한 법적 기본 틀을 제시하기 위하여 제정된 EU 디지털 콘텐츠 및 디지털 서비스에 관한 지침(Richtlinien RL 2019/770/EU)¹⁴¹⁾과 1999년 EU 소비재매매지침의 확장을 피하기 위해 제정된 EU 상품 구매에 관한 지침(2019/771/EU)¹⁴²⁾이 2021년 7월 1일까지 유럽연합 개별 회원국가의 국내법으로 반영되어야 했는데, 오스트리아는 이 2가지 지침의 국내법화를 진행함에 있어 소비자 담보책임에 관한 특별법이라는 단행법률을 새로이 제정하는 방식을 선택하였다. 이 법률에서는 앞서 살펴본 소비자보호법 그리고 방문판매 및 통신판매법에서와 달리 형벌 조항이나 공법적 성격을 가지는 규정이 없고, 순수히 계약법적 규정만 담고 있다는 특색이 있다.

III. 오스트리아 소비자계약법의 주요내용

1. 소비자보호법(Konsumentenschutzgesetz)

가. 적용 범위

오스트리아 소비자보호법(Konsumentenschutzgesetz)¹⁴³⁾은 제1장에서 사업자와 소비자 간 계약에 관한 특별 규정(Besondere Bestimmungen für Verträge zwischen Unternehmern und Verbrauchern)을 마련해 두고 있고, 제2장에서는 단체 소송(Verbandsklage)에 관한 내용을 규정하고 있으며, 끝으로 제3장에서 보칙(Ergänzende Bestimmungen)을 두고 있다. 따라서 본고의 대상이 되는 ‘소비자계약’에 관한 사항은 오스트리아 소비자보호법 제1장이 자세히 규율하고 있다. 구체적으로 소비자 해제권, 소비자에 대한 사업자의 정보제공의무, 상품의 위험부담, 정기적 급부에 관한 계약, 소비자신용계약, 할부거래 등에 대하여 자세한 계약법적 규정을 두고 있다.

141) RL 2019/770/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.5.2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen, ABl 2019/136, 1.

142) RL 2019/771/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.5.2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Warenkaufs, zur Änderung der Verordnung (EU) 2017/2394 und der Richtlinie 2009/22/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie 1999/44/EG, ABl L 2019/136, 28.

143) Konsumentenschutzgesetz, Fassung vom 04.11.2021 <<https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10002462>>에서 원문 확인이 가능>

우선 오스트리아 소비자보호법 제1조 제1항은 동법 제1장의 규정들이 사업자와 사업자가 아닌 자 사이에 체결된 법률행위에 적용됨을 명시하고 있다. 즉 사업자와 소비자가 직접 계약의 당사자가 되는 법률행위에 대해서 소비자 보호 관련 규정들이 적용된다. 동법에서 사업자라 함은 사업의 운영을 위한 행위(Geschäft zum Betrieb seines Unternehmens)를 하는 자연인과 법인을 의미하고, 소비자라 함은 이와 관련이 없는 자를 말한다.¹⁴⁴⁾ 다만 소비자성과 관련해서는 EU법에 있어서와 달리 사법상 법인도 사업을 운영하지 않는 한 소비자가 될 수 있다(예컨대 사원수가 얼마 되지 않는 소규모의 비영리 사단법인). 사업자에 해당하기 위해서는 지속적이고, 조직화된 독자적 경제 활동을 하는 자(jede auf Dauer angelegte Organisation selbständiger wirtschaftlicher Tätigkeit)이면 되고 규모, 최소자본금이나 기타 최소조직 등은 문제되지 않는다.¹⁴⁵⁾ 또한 반드시 영리를 목적으로 할 필요는 없기 때문에 공법상의 법인도 항상 사업자의 지위를 갖는 것으로 의제하고 있다(제1조 제2항). 나아가 판례에 의하여 사업자의 범위에는 변호사¹⁴⁶⁾, 농부¹⁴⁷⁾, 공인회계사¹⁴⁸⁾, 세무사¹⁴⁹⁾, 의사¹⁵⁰⁾ 등이 포함되는 것으로 보고 있다. 소비자성 및 사업자성은 우선적으로 계약체결시점을 기준으로 판단하므로,¹⁵¹⁾ 계약체결 시 소비자 계약이 존재하는 것이 되지만 추후 소비자로서의 지위를 상실할 수 있으며, 일단 사업자간에 체결한 계약에서 나중에 일방이 사업자로서의 활동을 그만두더라도 소비자계약이 되지 않는다.¹⁵²⁾

오스트리아 소비자보호법 제1조 제3항은 자연인의 설립행위에 특권을 부여하고 있다. 즉, 사업의 운영을 시작하기 전에 이를 위한 조건을 충족시키기 위해서 하는 모든 행위, 예컨대 영업장을 위한 임대차계약체결¹⁵³⁾ 등은 아직 제1항 제1문에서 의미하는 “사업의 운영을 위한” 행위에 속하지 않는다. 이와 달리 기존 기업을 확장하는 의미에서 이루어진 거래행위¹⁵⁴⁾나 동일 지점의 어떤 다른 사업을 위한 준비행위¹⁵⁵⁾는 이에 해당되지 않는다. 제3항에 따른 설립행위에 대한 이 같은 우대는 소비

144) Kathrein/Schoditsch, KBB-Kurzkomentar zum ABGB, 2020 § 1 KSchG Rn. 2.

145) 6 Ob 93/12p; 2 Ob 154/12d

146) OGH in SZ 54/74. 7 Ob 581/81

147) OGH in SZ 55/157. 3 Ob 578/90

148) OGH in EvBl 1989/116.

149) OLG Wien KRES 1a/23.

150) OLG Wien KRES 1a/22.

151) 5 Ob 282/07t; 4 Ob 78/10i.

152) 6 Ob 135/05d; 5 Ob 282/07t.

153) 5 Ob 155/10w.

154) 5 Ob 31/10k; 8 Ob 98/11m.

155) 6 Ob 815/80. 그러나 폐업 후 신장개업에 대해서는 사업자로서의 활동을 인정하였다. 9 Ob 64/01d 참조.

자보호에 있어서 소비자의 구체적인 경험, 지식, 전문성을 따지지 않듯이, 설립사업자에게 기업운영에 필수적인 경험이 전형적으로 부족하다 점에 기초하고 있다.¹⁵⁶⁾ 근로자와의 계약은 이중보호를 피할 목적으로 제1장의 적용범위에서 제외된다(제1조 제4항). 다만 이러한 예외규정은 사용자와 근로자 간에 체결되는 모든 계약에 적용되는 것이 아니라, 근로제공과 그에 대한 임금지급의무를 정하고 있는 근로계약에만 적용된다.¹⁵⁷⁾ 근로계약관계 속에서 체결된 다른 계약, 예컨대 사업자의 물건을 구매하는 계약,¹⁵⁸⁾ 신용제공계약¹⁵⁹⁾ 등에는 제1장의 규정이 적용된다고 한다.

오스트리아 소비자보호법 제1장의 규정은 편면적 강행규정으로서, 법률상 내용 보다 소비자에게 불리한 계약 내용은 무효가 된다(제2조 제2항).

나. 방문판매상황에서의 소비자 해제권

오스트리아 소비자보호법 제3조에서는 소위 방문판매(Haustürgeschäft) 상황에서 인정되는 소비자 해제권(Rücktritt)이 규정되어 있다. 즉 사업자가 계속적으로 영업 활동을 목적으로 사용하는 장소가 아닌 곳 또는 영업의 목적으로 박람회 또는 시장에서 설치된 판매대가 아닌 곳에서 소비자와 계약의 체결을 목적으로 하는 의사표시를 행한 경우 소비자 해제권이 인정된다(제3조 제1항).

현재 오스트리아에서는 소비자보호법에서 뿐만 아니라 2011년 EU 소비자권리지침을 국내법화 한 통신판매 및 방문판매법(Fern- und Auswärtsgeschäfte-Gesetz)이 시행중에 있다. 즉 이 법에서 이미 사업장 밖에서의 소비자 거래, 즉 방문판매 상황에서의 소비자 해제권을 규율하고 있다. 그럼에도 불구하고 오스트리아는 통신판매 및 방문판매법을 새로이 제정함에 있어 소비자보호법 상의 방문판매 소비자보호 규정을 삭제하지 않고 그대로 유지하는 결정을 하였다. 오스트리아 소비자보호법상의 방문판매 소비자 보호 규정이 적용될 여지가 넓기 때문에 EU법상의 사업장 밖 소비자 거래 규정은 별도의 특별법을 제정하여 시행하면서도, EU법의 보호를 받지 못하는 그 밖의 방문판매 상황에 대해서는 본래 오스트리아에서 시행되고 있었던 소

156) Erl 744 BlgNR 14. GP 16. Kathrein, Kurzkommentar zum ABGB, 2010, § 1 KSchG Rn. 7; Donath, ABGB Taschenkommentar, 2015, § 1 KSchG Rn. 7. 개별사례에 있어서 사실상의 불평 등상황을 고려하기 위해 소비자보호법 규정을 목적론적 축소 해석하는 것은 일반적으로 고려되지 않는다고 한다(2 Ob 32/09h).

157) Erl 744 BlgNR 14. GP 17; 9 ObA 113/14d EvBl 2015/87 Graf-Schimek; 9 ObA 31/17z.

158) Kosesnik-Wehrle, KSchG, 2010, Rn. 19.

159) EuGH vom 21.3.2019 Rs C-590/17, Pouvin

비자보호법상의 방문판매 규정이 적용될 수 있도록 한 것이다. 즉 EU법상의 방문판매 해제권의 요건 및 효과를 그대로 받아들여 회원국 간의 조화를 꾀하면서도 오스트리아 내 독자적인 (더 높은 수준의) 방문판매 해제권 요건 및 효과를 규정한 것으로 평가될 수 있다.

오스트리아 소비자보호법 제3조

(1) 소비자가 자신의 계약의 의사표시를 사업자가 계속적으로 영업활동을 목적으로 사용하는 장소가 아닌 곳 또는 영업의 목적으로 설치된 박람회 또는 시장의 판매대가 아닌 곳에서 행한 경우 소비자는 자신의 청약 또는 계약을 해제할 수 있다. 이러한 해제는 계약의 성립 시까지 또는 그 이후에 14일 이내에 표시되어야 한다. 해제기간은 최소한 사업자의 이름과 주소, 계약의 동일성을 확인하는데 필요한 사항 및 해제권, 해제기간과 해제권 행사절차에 대한 고지를 포함하고 있는 문서를 소비자에게 교부함으로써 기산하고, 다만 계약 성립 시 이후 또는 물품의 매매계약의 경우 소비자가 물품의 점유를 얻은 날보다 앞설 수 없다. 이러한 문서의 교부가 이루어지지 않은 경우, 소비자에게는 계약체결일 내지 물건 배송일부터 12개월 14일의 해제권이 인정된다; 사업자가 기간 개시로부터 12개월 이내에 문서교부를 추후 보완하는 경우, 연장된 해제기간은 소비자가 그 문서를 수령한 시점으로부터 14일이 경과하면 종료한다.

(3) 해제권은 다음과 같은 경우에 소비자에게 귀속되지 않는다.

1. 소비자가 스스로 계약의 체결할 목적으로 사업자 또는 그의 수탁인과 사업적 교섭을 시작한 경우,
2. 계약의 성립 전 당사자 간 또는 그 수탁인과의 사이에 교섭을 위한 대화가 선행되지 않은 경우,
3. 양 급부가 즉시 이행되어야 하는 계약에 있어서 그 계약이 통상적으로 사업자의 영업장 밖에서 체결되고 합의된 대금이 25유로를 넘지 않는 경우 또는 사업이 그 성질에 따라서 상설 영업장에서 운영되지 않고 대금이 50유로를 넘지 않는 경우,
4. 통신판매 및 방문판매법 또는 보험계약법이 적용되는 계약의 경우,
5. 소비자가 사업자와 대면하지 않은 상황에서 행한 계약의 의사표시의 경우. 다만 사업자에 의해서 그러한 의사표시를 강요받은 경우라면 그러하지 아니하다.

예컨대 오스트리아 소비자보호법 제3조 제1항에 의하면 방문판매 상황에 있어 인

정되는 14일간의 소비자 해제권 행사기간이 “최소한 사업자의 이름과 주소, 계약의 동일성을 확인하는데 필요한 사항 및 해제권, 해제기간과 해제권 행사절차에 대한 고지를 포함하고 있는 문서를 소비자에게 교부함으로써 기산하고, 다만 계약 성립 시 이후 또는 물품의 매매계약의 경우 소비자가 물품의 점유를 얻은 날보다 앞설 수 없다”고 규정되어 있다. 이는 국내 방문판매법상의 소비자 철회권에 관한 규정과 매우 유사한데, 오스트리아 통신판매 및 방문판매법에 의하면 이러한 문서 제출 요건까지 요구되어 있지는 않다. 오스트리아 통신판매 및 방문판매법도 철회권 및 이의 행사에 대해 소비자에게 고지를 해야지 철회기간이 기산한다고 규정하고 있지만, 사업자의 신원정보 및 계약내용에 관한 서면의 제출까지 철회기간 기산요건으로 설정하고 있지 않다.

또한 EU 소비자권리지침은 공공주택(social housing), 아동보육, 장기의 개호(long-term care)를 포함한 지속적 또는 일시적으로 도움을 필요로 하는 가족 및 개인에 대한 지원 등의 사회적 서비스(social services)에 관한 계약,¹⁶⁰⁾ 부동산에 대한 소유권 기타 권리의 설정, 취득 또는 양도에 관한 계약,¹⁶¹⁾ 패키지여행에 관한 계약,¹⁶²⁾ 사람의 운송에 관한 계약¹⁶³⁾ 등에 대해서는 적용 범위에서 제외시키고 있는데 이 때에도 오스트리아 통신판매 및 방문판매법상의 소비자 해제권은 행사할 수 없지만 소비자보호법상의 해제권은 행사될 수 있다. EU 소비자권리지침은 회원국간의 완전한 조화라는 개념을 가지고 있기 때문에, 동 지침의 범위 내에서 지침 내용과 다른 내용의 국내법을 입법하는 것은 엄격히 금지되어 있지만, EU 소비자권리지침의 완전한 조화라는 개념은 동 지침이 적용 되지 않는 계약에 그 적용 범위를 확대하는 것까지 금지하지 않고 있기 때문에¹⁶⁴⁾ 가능한 입법에 해당한다.¹⁶⁵⁾

다만 오스트리아 소비자보호법상 방문판매 상황에서 인정되는 소비자 해제권도 소비자가 직접 거래를 목적으로 접근한 경우, 계약 성립 전에 협상단계를 거치지 않은 경우 등은 배제된다(제3조 제3항). 만약 해제권이 인정될 수 있는 상황이라면 앞서 설명한 바와 같이 사업자의 인적 정보, 계약 내용에 관한 사항, 그리고 해제권에 관한 필요한 사항이 담긴 서면이 소비자에게 교부된 시점으로부터 14일 이내에 행

160) 지침 제3조 제3항 a).

161) 지침 제3조 제3항 e).

162) 지침 제3조 제3항 g).

163) 지침 제3조 제3항 k).

164) EU 소비자권리지침 입법이유 13 참조.

165) 독일 문헌상 동일한 지적으로 BeckOGK/Busch, § 312b Rn. 8; MüKoBGB/Wendehorst, § 312b Rn. 10.

사되어야 한다. 종래 1주일 이내였던 행사기간이 최근 14일로 확장된 결과이다.

소비자 해제권 행사 이후 반환관계와 관련해서 오스트리아 소비자 보호법은 사업자와 소비자가 자신의 반환의무를 동시 이행하여야 한다고 규정하고 있다(제4조 제1항). 또한 소비자는 수령한 급부를 반환하고 사용과 결합된 통상적 가치의 감소에 대한 배상을 포함하여 사용에 대한 적절한 금액을 사업자에게 지불하여야 한다. 즉 상품의 가치 감소 및 사용이익에 대한 가액 배상 모두를 인정하고 있다.

다. 소비자의 착오 해제권(Irrtumsrücktritt)

제3a조

(1) 그 밖에 소비자는 사업자가 계약의 협상과정에서 개연성이 높은 것으로 설명한, 소비자 자신의 동의에 결정적인 정황들이 발생하지 않고 이것이 소비자에 의해 야기된 것이 아니거나 또는 현저히 경미한 범위에서 발생한 경우 자신의 청약 또는 계약을 해제할 수 있다.

(2) 제1항에서 의미하는 중요 정황들로는 다음과 같다.

1. 제3자의 협력 또는 동의가 사업자의 급부가 이행되거나 소비자에 의해 사용될 수 있기 위해서 필요하다면 그러한 것들에 대한 기대,
2. 세법상의 이익에 대한 기대가능성,
3. 공적 지원에 대한 기대가능성과
4. 용자에 대한 기대가능성

(3) 해제는 1주 이내에 표시되어야 한다. 해제기간은 소비자에게 제1항의 정황들이 발생하지 않거나 또는 현저히 경미한 범위에서 발생하고 이러한 해제권에 대한 어떤 서면 고지를 받았다는 것에 대해 인식 가능할 때에 곧바로 개시된다.

(4) 다음과 같은 경우 해제권은 소비자에게 귀속되지 않는다.

1. 소비자가 이미 계약협상에 있어서 그러한 중대한 정황들이 발생하지 않거나 현저히 경미한 범위에서 발생할 거라는 사실을 알았거나 알아야만 했던 경우,
2. 해제권의 배제가 개별적으로 합의된 경우,
3. 사업자가 계약의 적절한 변경 가능성에 대해서 미리 설명한 경우,
4. 계약이 보험계약법의 적용대상인 경우.

소비자가 착오에 기한 의사표시를 한 경우 오스트리아 민법상 착오취소(Irrtumsanfechtung)가 가능하지만, 일반적으로 소비자가 사업자에게 이를 주장하여 의사표시를 취소하는 것이 쉬운 일은 아니다. 이에 오스트리아에서는 손쉽게 소비자가 계약의 구속력으로부터 해방될 수 있도록 착오해제권(Irrtumsrücktritt)을 인정하고 있다.¹⁶⁶⁾

오스트리아 소비자보호법 제3a조에 따른 소비자의 착오해제권은 사업자가 발언한 정황 중 거래를 하는데 있어서 결정적인 특정 정황들이 소비자 측에 기인하지 않는 사유로 인해 아예 발생하지 않거나 현저히 경미한 범위에서 발생한 것을 요건으로 한다. 그러한 경우 소비자는 해제를 통해서 계약으로부터 벗어날 수 있게 된다. 판례는 소비자의 금전적 부담이 그에게 암시되었던 정황들이 발생하지 않음으로 인해 10% 더 상승한 경우 ‘현저함’의 요건이 충족된다고 판시한 바 있다.¹⁶⁷⁾

제3a조에서의 중요 정황은 동조 제2항에서 열거하고 있는데, 제3자의 협력 또는 동의에는(제1호) 사법상의 행위(예컨대 임대주택을 수리하는데 있어 집주의 동의)뿐만 아니라 공법상의 행위(건축·영업허가)도 포함된다. 다만 소비자 자신이 신뢰함에 있어서 보호가치가 없는 경우에는 해제를 할 수 없는데, 제4조는 이러한 사례들을 열거하고 있다. 예컨대 소비자가 중요정황들이 발생하지 않을 것이라는 점을 알았거나 알아야만 한 경우(제1호) 해제권은 인정되지 않는다.¹⁶⁸⁾ 제3a조에 따른 소비자해제권은 1주의 해제기간이 적용된다.

라. 사업자의 일반적 정보제공의무

오스트리아 소비자보호법은 사업자가 소비자에게 일반적으로 제공해야 하는 정보들을 규정하고 있다. 즉 개별 정황에 따라 이미 직접적으로 알 수 있는 정보가 아닌 이상, 소비자가 계약 체결을 통해 구속되기 전 사업자로 하여금 분명하고 이해하기 쉬운 방식으로 ① 재화·용역의 본질적 특성, ② 상호(商號) 등의 사업자의 신

166) Luger/Augenhofer, Österreichisches und Europäisches Konsumentenschutzrecht, SpringerWienNewYork, S. 224.

167) Erl 311 BlgNR 20, GP 17.

168) 다만 이 기준을 소비자에게 불리하게 해석해서는 안 된다는 입장으로 4 Ob 82/06x.

원, ③ 사업자의 사업장 주소, 전화번호 등, ④ 세금이나 공과금 을 포함한 전체대금, ⑤ 그 밖의 법정 하자담보책임에 관한 사항 등에 대해 정보를 제공하도록 규정하고 있다(제5조a). 사업자가 이 규정을 위반한 경우에는 1,450 유로 이하의 벌금형이 부과될 수 있다(제32조). 즉 제5조a에 따라 완전한 정보가 제공되지 않거나, 거짓의 정보가 제공된 경우 형벌이 부과될 수 있다.

마. 허용되지 않는 계약 내용

오스트리아 소비자보호법 제6조는 소비자계약에 있어서 허용되지 않는 계약 내용(Unzulässige Vertragsbestandteile)을 규정하여 약관 규제에 관한 내용을 두고 있다. 허용되지 않는 계약내용은 2가지 유형으로 구별하여 규정하고 있는데, 제6조 제1항에서 절대적으로 무효가 되는 규정들을 열거하고 있고, 제6조 제2항에서 상대적으로 무효인 규정들을 열거하고 있다. 이러한 상대적 무효 사유에 있어서는 사업자가 해당 계약 내용이 개별적인 협상을 통해 합의되었음을 증명하면 무효화 되는 것을 방지할 수 있다.

(1) 절대적 무효사유

소비자보호법 제6조 제1항에 열거되어 있는 계약 내용들은 소비자에게 구속력이 없다. 물론 해당 계약 내용은 곧바로 무효가 되지만 나머지 조항들은 일부 유효의 법리에 따라 계속 효력을 유지함이 원칙이다. 우선 사업자가 부적절하게 길거나 불확정 기한을 정하고, 이 기한 동안 사업자가 소비자의 청약에 대하여 승낙을 하거나 거절할 수 있도록 하거나 소비자가 이 기한 동안 계약에 구속되도록 하는 조항은 무효이다(제1호). 나아가 소비자의 일정한 행위를, 의사를 표시하거나 표시하지 않은 것으로 의제하는 조항도 무효가 된다(제2호). 다만 이 경우 명시적인 의사표시를 위한 적절한 기한이 설정되어 있는 경우에는 유효하다. 또한 사업자가 한 소비자에게 중요한 의사표시가 실제로 도달하지도 않았는데 도달한 것으로 의제하는 조항은 무효에 해당한다(제3호).

(2) 상대적 무효사유

소비자보호법 제6조 제2항에 열거되어 있는 계약 내용들은 이것이 개별적으로 합

의된 사항이라는 사실을 사업자가 입증하지 못하면 구속력이 발생되지 않는다. 즉 상대적 무효사유에 해당하는 계약 내용들은 그 내용만으로 효력을 부정할 수는 없고 약관이나 서면에 담겨진 조항으로서 개별 합의가 되지 않은 사항이어야 한다는 추가 요건이 충족되어야 한다. 이러한 상대적 무효사유로는 우선 사업자가 정당한 사유 없이 계약을 해제하는 권리를 유보하는 조항, 사업자의 의무 또는 전체 계약을 면책적 효력이 있는 상태에서 계약상 언급하지 않은 제3자에게 이전할 수 있는 권한을 유보하는 조항 등이 있다.

(3) 투명성의 요구

나아가 오스트리아 소비자보호법 제6조 제3항은 약관의 내용이 불명확하거나 이해하기 힘들게 작성된 경우 그 내용은 무효임을 규정하고 있다. 유럽연합 입법지침을 오스트리아 국내법으로 전환 하면서 도입된 규정으로 고객이 약관의 내용을 쉽게 이해할 수 있도록 하고 있다.

2. 통신판매 및 방문판매법(Fern- und Auswärtsgeschäfte-Gesetz)

오스트리아 내 소비자계약의 규율은 소비자보호법을 기본법으로 하면서 통신판매 및 방문판매에 관한 특별법을 두고 있는 것이 특색이다. 오스트리아 통신판매 및 방문판매법(Fern- und Auswärtsgeschäfte-Gesetz)¹⁶⁹⁾은 2011년 제정된 EU 소비자권리지침을 국내법화 한 것으로서 통신판매 및 방문판매 상황에 있어서는 소비자보호법에 우선하여 적용된다. 그 주요 내용을 살펴보면 아래와 같다.

가. 개념 정의

오스트리아 통신판매 및 방문판매법 제3조는 적용 범위를 결정하는 다양한 개념을 정의하고 있다. 우선 동법 제3조 제1항이 EU 소비자권리지침을 고려하여 사업장 밖에서 체결된 계약을 정의하고 있다. 우선 ‘소비자와 사업자의 대면 하에 사업자의 사업장이 아닌 장소에서 체결된 계약’, ‘소비자와 사업자의 대면 하에 사업자의 사업장이 아닌 장소에서 소비자가 청약의 의사표시를 행하였던 계약’을 사업장 밖

169) Fern- und Auswärtsgeschäfte-Gesetz, Fassung vom 04.11.2021
<<https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=20008847>>

에서 체결된 계약으로 정의하고 있다. 이 경우 사업장 개념이 방문판매 상황을 결정하는 핵심적 개념이 되는데 ‘사업자가 자신의 활동을 계속적으로 행하는 부동산(不動)의 영업장’ 과 ‘사업자가 자신의 활동을 일상적으로 행하는 이동형 영업장’ 으로 구분하여 사업장을 정의하고 있다(제3조 제1항 제3호).

나아가 통신판매 및 방문판매법 제3조 제1항은 사업자의 사업장 내에서 계약이 체결되었지만, 그 직전에 사업장 밖에서 사업자가 소비자를 유인한 경우에도 방문판매상황을 인정하고 있다. 즉 “사업자의 사업장 밖에서 소비자와 사업자의 대면 하에 개인적이고 개별적으로 소비자에게 대화의 접촉이 시도된 직후 사업자의 사업장에서 또는 원격통신수단을 통해 체결된 계약” 도 사업장 밖에서 체결된 계약으로 포섭하고 있다. 또한 “소비자에게 상품의 판매 또는 서비스의 제공을 광고하고 소비자와 이에 대한 계약을 체결할 목적으로 사업자가 조직한 여가 행사” 상황도 방문판매 개념에 포함시키고 있다.

통신판매 및 방문판매법 제3조 제2호는 방문판매와 더불어 동법의 규율 대상이 되는 통신판매를 정의하고 있다. 이에 의하면 통신판매계약란 계약체결 시점까지 하나 또는 수개의 원격통신수단만을 사용하여 통신판매를 위하여 조직된 판매시스템 및 서비스제공시스템의 범위 내에서 사업자와 소비자가 대면함이 없이 체결되는 계약을 말한다. 앞서 설명한 방문판매에서와 달리 통신판매에 있어서는 누가 계약체결을 주도하였는가 묻지 않고, 소비자의 주도 아래 계약이 체결된 경우에도 통신판매에 해당할 수 있다. 계약당사자들이 같은 원격통신수단을 사용할 것도 요건이 아니다.

나. 계약 체결 전 사업자의 정보제공 의무

통신판매 및 방문판매법은 사업장 밖에서 체결된 계약 및 통신판매계약이 체결되기 전에 사업자로 하여금 공통적으로 일정한 정보를 소비자에게 제공하도록 규정하고 있다. 제공되어야 할 구체적인 정보는 동법 제4조 제1항이 규정하고 있는데 물품·서비스의 본질적 특성, 상호(商號) 등의 사업자의 신원, 사업자의 사업장 주소, 전화번호, 이메일 주소, 세금이나 공과금을 포함한 전체대금, 대금지급·공급·급부조건 및 이의절차, 해제권이 존재하는 경우 그것의 행사를 위한 조건, 기간 및 절차, 해제의 경우에 소비자가 물품반송비용을 부담한다는 점, 해제권이 배제된 경우 해

제권을 행사할 수 없다는 점 또는 경우에 따라서 소비자가 자신의 해제권을 상실한다는 점 등을 나열하고 있다. 이 정보제공의무는 형벌규정과도 연결이 되어 있어서 동법 제4조 제1항에서 요구하는 계약체결 전 정보를 제공하지 않거나, 완전히 제공하지 않거나, 거짓 정보를 제공한 경우 1450유로 이하의 벌금형에 처해질 수 있다.

나아가 통신판매 및 방문판매법은 정보제공의무를 규율함에 있어 상황별 특수 규정을 두고 있다. 우선 동법 제5조 제1항은 방문판매 상황 하에서 체결된 계약에 있어 정보제공에 관한 특별규정을 두고 있다. 즉 사업장 밖에서 체결된 계약에서 정보는 원칙적으로 종이로 된 서면으로 제공되어야 하나, 소비자가 동의하면 그에 갈음하여 “지속적 저장장치”로 제공될 수 있다. 아울러 그 정보는 “읽을 수 있고 평이하며 쉽게 이해할 수 있는 언어”로 작성되어야 한다. 나아가 동법 제7조에 의하면 통신판매 상황에 있어서 원격통신수단의 성질상 정보제공에 공간·시간적 제약이 따르는 경우, 사업자는 계약체결 전에 그 수단으로 ① 물품·용역의 본질적 특성, ② 사업자의 신원, ③ 전체대금, ④ 해제권이 존재하는 경우 그 권리의 행사를 위한 조건, 기간 및 절차, ⑤ 경우에 따라서 계약기간 및 기한 없는 계약의 해지조건을 소비자에게 알려야 하는데, 예컨대 SMS와 같은 일시에 전달할 수 있는 정보의 양이 제한된 원격통신수단을 매체로 한 계약이 이에 해당한다. 그 밖에 동법 제4조 제1항에 따라 제공되어야 하는 정보들에 대하여는 사용된 원격통신수단에 적합한 방법으로(예컨대 하이퍼링크에 의하여) 평이하고 쉽게 이해할 수 있는 언어를 사용하여 소비자가 접근할 수 있도록 하면 된다. 만약 사업자가 동법 제5조 제1항에 따라 방문판매상황에서 적절히 정보를 제공하지 않거나, 제7조를 위반하여 정보를 제공하였다면 1450유로 이하의 벌금형에 처해질 수 있다.

다. 계약 체결 후 사업자의 확인 의무

통신판매 및 방문판매법 제5조 제2항에 의하면 방문판매 계약의 경우 계약내용의 사후적 확인을 기본적으로 「종이로 된 서면」으로 이루어지도록 하고 있다. 즉 사업자는 계약당사자들의 서명이 담긴 계약서 사본을 교부하거나 체결된 계약의 내용을 알 수 있는 확인서를 교부하게 된다. 다만, 소비자가 동의하면 그에 갈음하여 다른 지속적 저장장치가 사용될 수 있으며, 사업자가 이미 계약체결 전에 정보제공의무를 지속적 저장장치로 이행하여 이들 정보를 소비자에게 제공하였다면 그 정보에 대해서는 사후적 확인을 요하지 않는다. 불필요한 거래비용이 발생하는 것을 방지

하기 위함이다. 다만 통신판매업자가 자신의 웹사이트에 거래조건을 표시하거나 링크를 걸어두는 것만으로는 충분하지 않다. 웹사이트나 링크는 사업자에 의한 변경 가능성이 상존하고 있어 원칙적으로 지속적 저장장치에 해당하지 않기 때문이다.

이러한 계약확인 의무를 사업자가 이행하지 않거나 그 이행에 하자가 있는 경우에 대해 EU 소비자권리지침은 개별 회원국가들이 자유롭게 법률효과를 규정하도록 하였다. 오스트리아의 경우 앞서 설명한 계약 체결 후 사업자의 확인 의무에 위반이 있었다면 1450유로 이하의 벌금형에 처할 수 있도록 규정하고 있다.

라. 전화로 체결되는 계약

오스트리아 통신판매 및 방문판매법은 전화로 체결되는 계약에서 사업자는 소비자에게 통화를 시작하면서 그의 신원 및 전화를 건 영업목적은 밝히도록 규정하고 있다(제9조 제1항). 이 규정도 EU 소비자권리지침에서 유래한 것인데 EU 입법지침이 전화로 체결되는 통신판매계약을 개별 회원국가들이 독자적으로 규율할 수 있도록 하고 있어(지침 제8조 제6항) 오스트리아의 경우 앞서 설명한 의무 위반에 있어서와 동일하게 1450유로 이하의 벌금형에 처해질 수 있도록 규정하고 있다.

마. 소비자 해제권

오스트리아 통신판매 및 방문판매법은 소비자가 사업장 밖에서 체결된 계약 및 통신판매 상황에서 계약을 체결한 경우 일정기간 내에 임의로 해제할 수 있는 권리를 부여하고 있다(제11조 이하). 여기서 일정한 기간은 원칙적으로 역일 기준 14일 이내를 말하는 것인데(제9조 제1항), 해제기간이 언제부터 기산하는지는 계약유형에 따라 다양하다. 소비자가 매매계약을 체결한 경우에는 물품인도일(제11조 제2항 제2호)이 기산점이 되는데 이는 사업자가 소비자의 물품 검사를 방해할 의도로 계약체결 후 14일이 지나 물품을 인도하는 것을 사전에 방지하기 위한 것이다. 이러한 물품인도일 기준에는 몇 가지 예외가 인정되는데 i) 하나의 주문으로 여러 물품을 구입하였는데 물품이 분할되어 인도되는 경우에는 소비자 또는 그가 지정한 제3자로서 운송인이 아닌 사람이 마지막 물품을 인도받은 날, ii) 다수의 구성부분으로 이루어진 물품의 인도에서는 소비자 또는 그가 지정한 제3자로서 운송인이 아닌 사

람이 마지막 부분을 인도받은 날, iii) 확정된 기간 동안 물품을 정기적으로 인도하기로 한 계약에서는 소비자 또는 그가 지정한 제3자로서 운송인이 아닌 사람이 첫 번째 물품을 인도받은 날부터 해제기간이 기산하도록 규율되어 있다. 나아가 소비자가 서비스 공급 계약 또는 디지털콘텐츠 공급계약을 체결한 경우에는 매매계약에 있어서와 달리 계약체결일이 해제기간 기산점이 된다.

오스트리아 통신판매 및 방문판매법상 소비자가 해제권을 행사할 수 있는 방법은 총 3가지가 있다(제13조). 우선 사업자에 대하여 해제에 관한 명백한 의사표시를 함으로써 해제권을 행사할 수 있다. 하자있는 물품에 대한 이의나 담보책임을 묻기 위하여 물건이 반송되는 경우도 있기 때문에 소비자의 단순한 물품반송만으로 해제 의 의사표시를 인정하지는 않는다. 따라서 명백히 해제의 의사표시를 하면서 물품을 반송하는 경우라야 해제권이 행사된 것으로 다뤄진다. 둘째, 동법 부록 I B에 담겨 있는 서식견본을 사용할 수 있다. 소비자가 이 서식에 일정 사항을 기재하여 사업자에게 이메일 또는 물품에 동봉하여 보내면 해제권이 행사된 것으로 다뤄진다. 마지막으로 사업자가 자신의 웹사이트에 마련해 둔 양식(부록 I B에 담겨 있는 서식견본 또는 그 밖의 해제의 의사표시를 위한 양식)을 소비자가 전자적 방법으로 채워서 이를 사업자에게 전송하는 방식이 가능하다. 소비자가 이 방식을 이용하여 철회권을 행사하는 경우 사업자는 이메일 등과 같은 지속적 저장장치로 지체 없이 소비자에게 해제의 의사표시가 도달했음을 고지해야 한다(제13조 제2항).

소비자가 적법하게 해제권을 행사하게 되면 사업자에게 계약의 해제를 고지한 날부터 지체 없이 그리고 늦어도 그 날부터 14일 내에는 물품을 사업자 또는 그에 의하여 물품의 수취권한을 부여받은 자에게 반송하거나 인도해야 한다. 사업자는 해제의 의사표시가 도달한 때로부터 소비자가 지급하였던 것 모두를, 경우에 따라서는 소비자가 부담하였던 배송료를 포함하여 지체 없이 그리고 늦어도 해제의 의사표시가 도달한 날로부터 14일 내에는 환급하여야 한다.

해제권 행사 시 소비자는 물품의 가치감소에 대하여 일정한 경우에 책임을 져야 한다. 즉, 소비자는 물품의 가치감소가 물품의 성상, 특성 또는 작동방법을 검사하기 위하여 필요한 정도를 넘어서 물품 취급에 그 원인이 있는 경우 사업자에 대하여 가액배상을 해야 한다(제15조 제4항). 소비자에 의한 물품의 검사가 물품의 성상, 특성 또는 작동방법의 확인을 위하여 필요한 정도를 넘는 것인지 여부는 개별적으로 판단할 문제이다. 나아가 서비스 제공계약에 있어 해제권이 행사된 경우 소비자

는 사업자에 대하여 「약정된 전체대금의 비율」에 상응하는 금액을 지급해야 한다(제16조). 약정된 전체대금이 과도하게 높은 때에는 가액배상은 이미 행하여진 급부의 시가를 기초로 산정되어야 한다. 그 시가는 다른 사업자가 행한 등가적 서비스와의 비교를 통해 계약체결시점의 대금으로 정한다. 사업자가 철회권에 관한 정보를 소비자에게 제공하지 않았거나, 소비자가 철회기간 내에 즉각적인 서비스의 제공을 명시적으로 요구하지 않았음에도 서비스가 제공되었다면, 소비자는 가액배상을 할 필요가 없다.

끝으로 오스트리아 통신판매 및 방문판매법은 해제권이 배제되는 예외적인 경우를 규정하고 있다. 동법 제18조에 의하면 총 11가지의 해제권 배제사유가 인정되고 있는데, 그 중에 중요한 일부만을 언급해 보면 예컨대 소비자의 사전의 명시적 동의와 사업자에 의한 완전한 계약이행이 있을 경우 소비자가 해제권을 상실한다는 인식 아래 서비스가 완전히 이행된 서비스 제공계약, 가격이 사업자가 영향을 끼칠 수 없는 금융시장에서의 변동에 의존하고, 해제기간 내에 그러한 변동이 발생할 수 있는 물품 또는 서비스가 제공된 경우, 고객의 개인적 요구에 따라 완성되거나 명백히 개인적 필요에 의하여 제작된 물품이 인도된 경우, 급속하게 부패하거나 기한이 지나게 될 가능성이 있는 물품을 공급하는 계약, 건강보호 또는 위생상의 이유로 반환이 적합하지 아니한 밀봉된 물품이 인도되고, 인도 후 개봉된 경우, 그 성질로 인해 인도 후에 다른 물품과 분리하기 어렵게 혼합되는 물품을 공급하는 계약, 8) 소비자가 긴급한 수리 또는 보수를 목적으로 사업자가 방문하는 것을 특별히 요구한 경우의 계약, 오디오, 비디오 또는 컴퓨터소프트웨어가 밀봉된 포장상태로 인도되고, 인도 후 개봉된 경우, 신문, 잡지 또는 화보의 공급에 관한 정기구독계약의 경우를 제외하고, 이들 정기적 간행물이 인도된 경우 등이 있다. 이들 해제권 배제사유는 거의 대부분이 EU 소비자권리지침 내용을 국내법화 한 것들이다.

오스트리아 통신판매 및 방문판매법상 소비자 해제권 관련 규정들은 계약법상의 법률 효과를 수반함이 원칙이다. 다만 예외적으로 해제권 행사에 있어서 몇몇 의무 위반이 형벌규정과 연결되는 경우가 있다. 즉 동법 제13조 제2항 및 제14조 제1항을 사업자가 위반했을 시 1,450유로 이하의 벌금형이 부과될 수 있다. 첫째 동법 제13조 제2항에 의하면 앞서 설명한 바와 같이 사업자가 자신의 웹사이트에 마련해 둔 양식(부록 I B에 담겨 있는 서식전본 또는 그 밖의 해제의 의사표시를 위한 양식)을 소비자가 전자적 방법으로 채워서 이를 사업자에게 전송하는 해제권 방식이 가능한데, 만약 소비자가 이 방식을 이용하여 철회권을 행사하는 경우 사업자는 이

메일 등과 같은 지속적 저장장치로 지체 없이 소비자에게 해제의 의사표시가 도달했음을 고지해야 한다. 그런데 이 고지의무를 사업자가 이행하지 않은 경우라면 형벌 조항이 적용될 수 있다. 둘째, 동법 제14조 제1항에 따르면 사업자는 소비자의 해제의 의사표시가 도달한 때로부터 소비자가 지급하였던 것 모두를, 경우에 따라서는 소비자가 부담하였던 배송료를 포함하여 지체 없이 그리고 늦어도 해제의 의사표시가 도달한 날로부터 14일 내에는 환급하여야 한다. 이러한 환급의무를 사업자가 위반한 경우에도 1,450유로 이하의 벌금형이 부과될 수 있다.

3. 소비자 계약에 있어 담보책임에 관한 법률(Verbrauchergewährleistungsgesetz: VGG)

최근 오스트리아는 “상품 및 디지털 서비스에 관한 소비자 계약에 있어 담보책임에 관한 법률(Bundesgesetz über die Gewährleistung bei Verbraucherverträgen über Waren oder digitale Leistungen)”을 제정하여 2022년 1월부터 시행이 예정되어 있다. EU 디지털 콘텐츠 및 디지털 서비스에 관한 지침(Richtlinien RL 2019/770/EU)¹⁷⁰⁾과 EU 상품 구매에 관한 지침(2019/771/EU)¹⁷¹⁾이 2021년 7월 1일까지 유럽연합 개별 회원국가의 국내법으로 반영되어야 했는데, 오스트리아는 이 2가지 지침의 국내법화를 진행함에 있어 소비자 담보책임에 관한 특별법이라는 단행법률을 새로이 제정하는 방식을 선택하였다. 이처럼 유럽연합의 지침을 국내법화 함에 있어서 독자적인 단행법률을 별도로 제정하는 것은 이미 오스트리아에서 몇 차례 있었던 것으로 예컨대 앞서 살펴보았던 통신판매 및 방문판매법에 대표적인 사례이다. 국내법화를 진행하면서 구체적인 규율내용을 확정함에 있어서는 개별 회원국가가 약간의 재량을 가지는 영역도 있었지만(예컨대 하자의 추정기간 또는 법정 담보책임의 기간의 연장), 이번 오스트리아 소비자담보책임법에 있어서는 그러한 여지를 거의 활용하지 않았다. 이점은 현재 오스트리아 내에서 소비자보호를 강조하는 이해관계자들로부터 상당한 비판을 받고 있는 상황이다. 이 법률에서는 앞서 살펴본 소비자보호법 그리고 방문판매 및 통신판매법에서와 달리 형벌 조항이나 공법적 성격을

170) RL 2019/770/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.5.2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen, ABl 2019/136, 1.

171) RL 2019/771/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.5.2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Warenkaufs, zur Änderung der Verordnung (EU) 2017/2394 und der Richtlinie 2009/22/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie 1999/44/EG, ABl L 2019/136, 28.

가지는 규정이 없고, 순수히 계약법적 규정만 담고 있다는 특색이 있다.

가. 적용 범위

오스트리아 소비자담보책임법은 그 명칭에서 이미 드러나듯이 B2C 영역에 대해서만 적용되고, 몇몇 예외(예컨대 보건 서비스, 금융서비스 또는 오픈 소스 소프트웨어의 이용 등)가 있기는 하지만 1)상품에 대한 매매계약 및 제작물 공급계약 및 2)대금의 지급 또는 소비자의 개인정보 제공에 대한 디지털 급부의 제공을 규율하고 있다. 디지털 콘텐츠에 있어서는 매매가 아니라 제공(Bereitstellung) 그 자체가 고려되는 것이기 때문에 SaaS 또는 음원 내지 비디오 스트리밍 서비스도 소비자하자담보책임법상 담보책임 규정의 적용을 받는다. 또한 오스트리아 소비자 하자담보책임법에는 디지털 요소가 수반되는 상품(Waren mit digitalen Elementen)에 관한 특별 규정이 있는데, 즉 스마트폰에 미리 설치되어 있는 Apps의 경우와 마찬가지로 해당 디지털 급부가 없으면 상품의 기능이 발현될 수 없는 경우에 대해 특별 규정을 두고 있다.

나. 주요 내용

오스트리아 소비자 하자담보책임법 제5조 및 제6조는 상품 및 디지털 콘텐츠가 객관적 기준뿐만 아니라 주관적 기준도 충족시켜야한다는 요건을 규정하고 있다. 이러한 명시적 규정을 통해서 향후에는 상품 또는 디지털 콘텐츠에 통상적으로 기대되는 성상에 대한 논의가 집중적으로 행해질 것이다. 디지털 요소를 수반하는 상품 및 디지털 콘텐츠가 계속적으로 해당 계약에 부합하기 위해서 오스트리아 소비자 하자담보책임법 제7조가 업데이트의무를 규정하고 있다. 이러한 업데이트 의무는 계속적 계약관계의 경우 전체 제공 기간 동안, 그리고 1회성 제공의 경우에는 해당 급부의 종류와 목적에 따라서 합리적으로 기대될 수 있는 시간 동안 존재한다.

오스트리아 소비자 하자담보책임법 제10조 및 제19조에 규정되어 있는 담보책임 기간은 급부 제공의 유형에 따라 달라진다. 예컨대 매매와 같은 1회성 제공의 경우에는 오스트리아 민법전에 이미 규정되어 있는 2년의 기간이 적용되고, 디지털 콘텐츠의 계속적 제공의 경우에는 전체 제공 기간 동안 담보책임을 부담하게 된다. 디지털 요소가 있는 상품에 있어서는 소비자 하자담보책임법이 특별 규정을 두고 있는데, 상품에 결합되어 있는 디지털 급부에 대해서는 인도 시부터 최소한 2년 동

안에 담보책임을 부담시킬 수 있도록 하고 있다. 나아가 오스트리아 소비자 하자담보책임법은 하자 존재에 대한 추정기간도 확대하고 있다. 1회성 급부의 경우 매매 또는 제공 시에 이미 하자가 존재했었던 것으로 12개월 동안 추정이 되고, 계속적 제공의 경우에는 소비자를 위한 증명책임 전환이 일어난다: 사업자는 이 경우 디지털 콘텐츠가 제공 기간 동안에 계약에 부합하였다는 점을 증명할 책임을 부담한다.

IV. 우리 법에의 시사점 : 소비자계약에 있어 하자담보책임에 관한 특별법(법무부) & 특정 거래에 있어 소비자보호에 관한 법률(공정위)의 제정?

1) 오스트리아에서 소비자계약을 규율하고 있는 바를 국내법과 비교 고찰해 보면 소비자보호법이라고 하는 일반법이 제정되어 있다는 점에 우선 주목할 필요가 있어 보인다. 동법에는 소비자단체소송과 같이 절차법적인 내용과 약간의 형벌규정이 규정되어 있기는 하지만, 대부분이 소비자계약에 관한 일반법적 내용을 두고 있는 것으로서 법률 전체를 조망함에 있어 큰 장점이 되고 있기 때문이다. 정보제공의무, 소비자 해제권, 불공정약관의 규제에 관한 사항, 할부계약에 이르기까지 모두 소비자 계약이라는 공통분모 하에 체계적 규율을 시도하고 있다. 즉 소비자계약을 별도의 규율이 필요한 특수한 계약유형으로 파악하고 소비자보호법에서 이를 규율하는 일반조항을 마련하고 있는 것이다.

2) 방문판매 및 통신판매와 같이 좀 더 특수성이 나타나는 소비자계약의 경우 별도의 특별법을 제정하여 규율하고 있다는 점도 주목할 필요가 있다. 즉 소비자 계약법제를 일반법과 특별법 관계를 설정하면서 규율함으로써 하나의 단행법률 안에 소비자 계약에 관한 내용을 모두 담고 있지 않더라도 나름 체계적 해석이 가능하게 하고 전체 법 체계를 쉽게 조망할 수 있도록 하고 있다. 또한 동시에 특수한 소비자계약의 경우 그러한 특수 상황에 부합하는 적절한 규정이 입법될 수 있도록 하고 있다.

3) 나아가 소비자계약법상 의무 위반에 대해 몇몇 형벌조항이 도입되어 있지만, 이것들이 대부분 사업자의 정보제공의무와 관련되어 있다는 점도 유의할 필요가 있어 보인다. 국내 소비자법들에 도입되어 있는 과태료 조항 및 형벌조항들이 상당히 폭넓게 적용되고 있는 것을 생각해 보면 사업자의 사전 정보제공의무 내지 사후 확인의무에 초점을 맞추고 있는 오스트리아 소비자 계약법상 형벌조항을 참조할 필요가 있어 보인다.

4) 오스트리아에서 소비자계약을 규율하고 있는 입법체계를 우리 법 상황에 적절히 응용해 본다면 “소비자계약에 있어 하자담보책임에 관한 특별법”과 “특정 거래에 있어 소비자보호에 관한 법률”의 제정을 고려할 수 있다고 생각된다. 전자는 순수히 하자담보책임에 관한 민사특별법으로서 민법을 소관하고 있는 법무부 소관 법률로 가능할 것이고, 후자는 통신판매, 할부거래, 방문판매 등의 특정 소비자 거래에 있어서 소비자보호를 수행하기 위한 법률로서 정부의 소비자정책을 주관하고 있는 공정거래위원회 소관법률로 가능할 것이다. 물론 후자의 경우에도 (지금과는 달리) 사법적 규정과 공법적 교정을 명확히 장별로 구분하여 정비할 필요가 있을 것이다.

약관규제법의 경우에는 소비자거래뿐만 아니라 B2B 거래에 있어서도 적용가능하다는 점에서 (공정위의 추상적 내용통제를 위해) 현 상황을 그대로 유지하는 방안 또는 사법적 규율 내용은 민법전에 편입하는 방안이 고려될 수 있을 것이다.

미국의 소비자계약법리

소비자계약법 리스테이트먼트(안)을 중심으로 -

김현수(부산대 법학전문대학원)

《 목 차 》

- I. 개관
- II. 미국 소비자계약법의 입법방식
- III. 미국 소비자계약법의 주요내용
 - 1. 미국 소비자계약법 리스테이트먼트(안)
 - 가. 개관
 - 나. 리스테이트먼트(안)의 내용
 - (1) 정의와 적용범위
 - (2) 약관의 편입
 - (3) 약관의 변경
 - (4) 약관의 해석 및 내용의 제한
 - (5) 강행규정 위반
- IV. 시사점

I. 개 관

미국은 우리나라의 소비자기본법과 같은 일반법이 존재하지 않기 때문에 미국 전체의 소비자법제를 일원적 관점에서 체계적으로 파악하는 것은 수월하지 않다. 그럼에도 불구하고 미국의 소비자법제가 가지는 특징은 대체로 다음과 같이 설명할 수 있다. 첫째, 소비자정책을 종합적이고 체계적으로 시행하기 위한 근거법률로서 일반법이 존재하지 않기 때문에 국가차원의 소비자정책이 수립되거나 시행되지 않고 있다. 둘째, 연방제를 채택하고 있기 때문에 소비자법은 연방차원에서만이 아니라 개별 주 차원에서도 여러 가지 목적의 소비자법이 제정되어 시행되고 있다.¹⁷²⁾ 셋째, FTC, 소비자금융보호국

172) 연방차원에서는 소비자법제의 일반법의 지위를 가진 법률이 존재하지 않고 연방거래위원회법(FTCA), 전화권유판매, 소비자사기 및 남용방지법(TCFAPA), 소비자제품안전법(CPSA)과 같이 연방관할에서 대응이 필요한 개별 분야별로 법률이 제정되어 시행되고 있다. 반면 개별 주에서는 소비자보호를 위한 다양한 법률이 제정되어 시행되고 있다. 대표적인 것으로 부당하거나 기만적인 행위를 금지하는 UDAP(Unfair and Deceptive Acts and Practices)이 있다. 이외에도 방문판매, 할부금융, 대출, 자동차 금융 등 특정한 영역에서의 거래를 규제하는 법률을 제정하여 시행하고 있다.

(CFPB)과 같은 독립규제기관을 통해 소비자보호를 위해 행정심결 이외에도 민사소송을 통한 금지명령(injunction) 또는 소비자를 대신한 손해배상 등 다양한 법집행 형태를 인정하고 있다.¹⁷³⁾ 넷째, 소비자법의 집행에 있어 공적 집행뿐 아니라 징벌적 손해배상(punitive damages) 또는 집단소송 등 사적 집행(private enforcement) 수단이 광범위하게 인정되고 있다.¹⁷⁴⁾

미국의 소비자법제를 소비자거래, 소비자안전, 소비자피해구제로 나누어 대표적인 법률을 개관하면 다음과 같다.

구 분	연방차원	개별 주 차원
소비자거래 관련 법제	연방거래위원회법(FTCA: Federal Trade Commission Act) 금융개혁 및 소비자보호법(Dodd-Frank Act)	부당·기만관행법(UDAP: Unfair and Deceptive Practice Act)
소비자안전 관련 법제	소비자제품안전법(CPSA) 소비자제품안전개선법(CPSIA) 식품·의약품·화장품법(FDCA: Food, Drug and Cosmetic Act)	개별 주의 소비자안전법령
소비자 피해구제(집단소송, 징벌배상)관련 법제	연방민사소송규칙(Federal Rules of Civil Procedure)	개별 주의 민사소송법령 코먼로(common law)

[표] 미국의 소비자법제의 개괄적 분류

II. 미국 소비자계약법 입법방식

미국에서는 전통적으로 코먼로상 계약법을 통하여 소비자와 사업자 간에 이루어지는 소비자계약을 규율해 왔다. 아울러 대부분의 주에서 채택하고 있는 「통일상법전(Uniform Commercial Code: UCC)」 제2편(매매), 제2A(리스) 등 관련 규정에서 소비자계약에 관한 규율을 하고 있다. 이와 함께, 보험계약, 신용카드 계약, 부동산 계약, 증권계약과 같이 특정 영역을 규율하는 특별법에서 소비자계약을 규율하는 경우도 있다. 그럼에도 불

173) 미국법상 금지명령에 관한 상세는 김현수, 불법행위에 대한 금지청구권의 요건 - 제2차 불법행위법 리스테이트먼트상 적합성 판단 요소를 중심으로 -, 법학논고 제39호, 2012. 6, 604-621면 참조.

174) 미국법상 징벌적 손해배상에 관한 상세는 김현수, 미국법상 징벌적 손해배상 - 근대법 형성기 법리의 전개와 제한요소를 중심으로 -, 재산법연구 제29권 제2호, 2012. 8 참조.

구하고 이와 같은 제정법이 적용되지 않는 경우에는 여전히 코먼로상 계약법리가 적용된다.

전통적인 코먼로상 계약법리의 구체적 내용은 「제2차 계약법 리스테이트먼트」¹⁷⁵⁾에서 정리하고 있다. 그러나 대량생산이나 대량소비로 특징되는 현대사회가 심화하면서 정보의 비대칭성에 기초한 교섭력의 불균형 등 근대 계약법이 상정했던 대등한 계약당사자간의 계약환경에 큰 변화가 생기게 되었다. 이에 따라 계약당사자의 불균형을 전제하지 않은 전통적인 계약법리를 소비자계약을 둘러싼 법률관계에 적용하는 경우 소비자에게 불합리한 결과를 가져올 수 밖에 없다. 이러한 점을 고려하여 소비자계약을 둘러싼 종래의 코먼로에도 다소간의 변용이 이루어져 왔다.¹⁷⁶⁾

Ⅲ. 미국 소비자계약법 주요내용

1. 미국 소비자계약법 리스테이트먼트(안)¹⁷⁷⁾

가. 개관

2011년 이래 미국에서는 소비자계약을 둘러싼 코먼로상 계약법리의 변용을 확인하고 정리하기 위하여, 미국법률협회(American Law Institute)에서 「소비자계약법 리스테이트먼트(Restatement of the Law, Consumer Contracts)」를 작성하는 작업이 진행되고 있다. 미국법률협회의 리스테이트먼트는 미국 법원들이 특정한 영역에서 판례를 통하여 구축해 온 공통된 코먼로 법리를 법조문의 형식으로 정리한 것이다.¹⁷⁸⁾

소비자계약 리스테이트먼트 작업은 ‘약관’이 사용되는 소비자계약에서 종래 「통일상법전(Uniform Commercial Code)」과 「제2차 계약법 리스테이트먼트(Restatement (Second) of Contracts (1981))」이 마련될 당시 예상하지 못했던 온라인 계약이나 소프트웨어 라이선스 계약과 같은 현대형 소비자계약에 대하여 그간 축적되어 온 코먼로 법리를 정리하는 것을 주된 목적으로 한다.¹⁷⁹⁾ 따라서 동 리스테이트먼트를 살펴보는 것은

175) Restatement (Second) of Contracts (1981).

176) Restatement of the Law, Consumer Contracts Reporters' Introduction (Am. Law. Inst., Tentative Draft 2019).

177) 이하 리스테이트먼트(안)에 대한 내용은 잠정초안으로서 Restatement of the Law, Consumer Contracts (Am. Law. Inst., Tentative Draft 2019)을 대상으로 한다.

178) 김현수, 미국 「소비자계약법 리스테이트먼트(초안)」에 관한 고찰, 소비자문제연구 제51권 제1호, 2020, 176면(“미국법률협회가 편찬하는 리스테이트먼트는 미국 법원들이 특정한 법영역에서 판례를 통해 구축해 온 공통된 코먼로 법리들을 분석적, 비판적, 건설적 관점에서 ‘다시 또는 새로운 형식으로 서술(restate)’하는 것을 목표로 한다. 개별 영역에서 편찬되는 리스테이트먼트는 특정 법영역에서 법원의 선례를 존중하지만, 해당 법영역에서의 전체적인 법질서에 부합하지 않는 선례에는 구속되지 않고 더 나은 법리를 제안할 수도 있다.”).

179) Restatement of the Law, Consumer Contracts § 1 cmt. 10 (Am. Law. Inst., Tentative Draft 2019). 유럽의 소비자계약법의 중요한 부분으로 다루어지는 철회권(right of withdrawal)과 같은 내용이 포함되지 않는다.

미국의 소비자계약 법리를 대륙법계 학자의 관점에서 파악하는데 유용하다.¹⁸⁰⁾ 특히 앞으로 동 리스테이트먼트가 최종적으로 채택되는 경우 완성에 이르는 과정을 분석함으로써 소비자계약법에서의 개념, 소비자계약법 제정 필요한 과제, 향후 소비자계약의 새로운 형태나 그에 기초하여 파생된 새로운 과제를 파악하는 경우 국내의 소비자계약법의 연구에도 많은 시사점을 얻을 수 있을 것으로 예상된다. 이하에서는 현재 초안의 구성과 조문에 대하여 개관하는 것으로 한다.

소비자계약법 리스테이트먼트(안)는 다음과 같이 구성되어 있다.

분 류	내 용
	제1조 정의 및 범위
약관의 편입통제	제2조 약관의 편입 제3조 약관의 변경
약관의 해석, 내용통제	제4조 재량적 의무 제5조 비양심성 제6조 사기 제7조 약관의 부분인 사실의 확인과 약속 제8조 약관과 구두증거배제원칙 제9조 강행규정 위반의 효과

[표] 소비자계약법 리스테이트먼트(안)

나. 소비자계약법 리스테이트먼트(안)의 내용¹⁸¹⁾

(1) 정의와 적용범위

제1조 정의와 범위
(1) 정의 (1) “소비자” - 주로 개인용, 가족용, 또는 가정용의 목적을 위하여 행위를 하는 개인 (2) “사업자” - 소비자를 제외하고 소비자와의 거래에 직접 또는 간접적으로 계속적으로 참가하거나 또는 권유하는 개인 또는 단체 (3) “계약” - 그 위반에 관하여 법률이 구제를 부여하거나 혹은 그 이행에 관하여 법률이 어떤 방법으로 의무로서 인정하는 약속 혹은 약속의 집합

180) 현재 리스테이트먼트 작업은 2019년 5월에 열린 연차총회에 잠정초안(tentative draft)이 제출되어 토의되었고, 2021년 11월 11일 관련 회의가 비대면으로 개최될 예정이다.

181) 이하 소비자계약법 리스테이트먼트의 내용은 김현수, 미국 「소비자계약법 리스테이트먼트(초안)」에 관한 고찰, 소비자문제연구 제51권 제1호, 2020, 180-188면을 기초로 법조문의 번역을 새로이 추가하고 관련 설명을 대폭 재정리한 것이다.

- (4) “소비자계약” - 고용계약을 제외하고, 사업자와 소비자 간의 계약
- (5) “약관(표준서식계약조항)” - 사업자와 소비자 사이의 다수의 거래에 사용하기 위하여 거래 전에 작성된 소비자계약에 관한 조항
- (6) “사실 또는 약속의 확인”은 ‘과대표현’ 또는 사실에 근거하지 않는 신념의 표시임을 소비자가 합리적으로 이해할 수 있는 표시를 제외한 수량, 품질, 성질, 유용성, 가격, 할인, 비교 비용, 서비스 및 구제 방법에 관한 표시에 국한되지 않지만, 이들을 포함하여 소비자에게 도달하기 위한 의도된 협상, 광고, 브로셔 또는 라벨 또는 거래와 관련된 모든 기록에서 거래에 관한 표시
- (7) “신의(good faith)” - 실제로 정직하고 공정한 거래의 합리적인 상업적 기준을 준수하는 것
- (b) 본 리스테이트먼트는 제정법 또는 규칙에 의해 규율되는 사항을 제외하고 소비자계약에 적용된다. 본 리스테이트먼트는 주법의 계약법리들을 다시 또는 새로운 형식으로 서술(restate)하는 것이고 제정법 또는 규칙상 요건들과 계약법리들과의 적절한 관계에 관해서는 어떠한 입장도 취하지 않는다.¹⁸²⁾

제1조에서는 소비자계약에서 약관을 규제하기 위하여 필요한 개념에 관한 정의규정을 두고 있다. 또한, 적용범위로서 제정법 및 규칙과의 관계도 규정하고 있다.

리스테이트먼트(안)에서는 구체적으로 소비자계약법의 대상이 되는 소비자계약, 소비자(consumer), 사업자의 개념을 정의하고 있다.

우선 제1조 (a)(4)에서 ‘소비자계약(consumer contract)’을 고용계약 이외의 사업자와 소비자 간의 계약으로 정의하고 있다.¹⁸³⁾ 그리고 ‘소비자(consumer)’의 개념을 정의하는 데 있어서는 통일상법전의 소비자 정의 규정을 따라 주로 개인용, 가족용, 또는 가정용의 목적을 위해 거래를 하는 개인(individual)으로 규정하고 있다. 소비자의 개념정의에 있어서는 소비자계약의 특성 즉, 계약당사자의 불균형 측면을 강조하여 소비자를 직업적, 업무적으로 거래하는 자로서 반복된 거래를 통한 경험이나 관련 거래에서 얻은 전문지식의 축적을 통해 소비자계약에서 약관을 사용할 수 있다는 점을 염두에 두고 있다.

한편, ‘사업자(business)’의 개념정의는 “소비자가 아닌 개인 또는 단체로 소비자와의 거래에 직접 또는 간접적으로 정기적으로 참가하거나 또는 권유하는 자”로 규정하고 있다. 따라서 다른 상인과 거래하지 않는 개인이나 단체의 경우 사업자의 개념에 포함된다.

한편, 동 리스테이트먼트가 적용대상으로 하고 있는 ‘약관(standard contract terms)’은 “소비자계약에 관한 조항으로 계약 당사자인 사업자와 소비자 간에 다수의 거래에서 사용하기 위해 거래 이전에 작성된 것”으로 개념정의하고 있다. 이 개념은 약관이 첫째, 거래가 이루어지기 이전에 작성되었다는 점, 그리고 둘째, 다수의 거래를 위한 점이라는 두 가지 요건을 강조

182) Restatement of the Law, Consumer Contracts § 1 (Am. Law. Inst., Tentative Draft 2019).

183) Restatement of the Law, Consumer Contracts § 1(a)(4) (Am. Law. Inst., Tentative Draft 2019). ‘계약’에 관한 정의는 제2차 계약법 리스테이트먼트 제1조의 ‘계약’에 관한 개념정의를 그대로 사용하고 있다.

하고 있다. 따라서 계약조건이 소비자에 따라 개인 맞춤형으로 제공되어 표준화되어 있지 않은 것처럼 보이는 경우에도, 개인화에 대한 공식이나 알고리즘이 미리 정해져 있고 다수의 소비자 거래에 적용되는 경우에는 동 리스테이트먼트의 적용을 받는 약관에 해당한다.¹⁸⁴⁾ 이와 같은 형태의 소비자와 사업자 간 거래는 향후 데이터 기반 경제가 가속화되면서 일반화될 것이다.

(2) 약관의 편입

제2조 약관의 채용

- (a) (1) 약관 및 해당 약관을 소비자계약의 일부로서 포함시키고자 하는 의사에 관한 합리적인 통지를 받고,
 (2) 해당 약관을 검토할 합리적인 기회를 받은 소비자가 해당 거래에 대하여 동의를 표시한 경우에 약관은 소비자계약의 일부로서 채용된다.
- (b) 소비자가 거래에 대한 동의를 표시한 이후에만 약관을 검토할 수 있는 경우,
 (1) 거래에 동의를 표시하기 이전에, 해당 계약의 검토와 종료의 기회를 통지하고, 종료하지 않는 경우 해당 약관이 채용될 수 있다는 것을 설명하면서, 소비자가 이후에 제시되어 소비자계약의 부분이 될 해당 약관의 존재에 관해 합리적인 통지를 받은 때;
 (2) 해당 거래에 대한 동의를 표시한 이후에 소비자가 약관을 검토할 합리적인 기회를 부여받은 때;
 (3) 약관이 검토가능하게 된 이후에 소비자가 비합리적인 비용, 가치의 손상, 또는 개인적인 부담없이 거래를 종료할 합리적인 기회를 가지고, 그러한 권한을 행사하지 않은 때에 약관은 소비자계약의 일부로서 채용된다.
- (c) 소비자가 거래에 동의를 표시한 때는 약관조항의 일부가 채용되지 않더라도 계약은 존재한다.¹⁸⁵⁾

제2조는 원칙적으로 소비자가 동의하기 전에 ‘약관조항을 검토하는 합리적인 기회’를 부여받을 것을 중요한 요건으로 하고 있다. 하지만 예외적으로 먼저 구매를 하고, 다음으로 ‘약관조항을 검토할 합리적인 기회’가 주어져 구입 후에 계약을 종료시킬 수 있는 경우에 관해서도 규정하고 있다.

1) 동의 전 검토 모델(pre-assent review model)

제2조 (a)에서는 거래에 대하여 동의가 있기 전에 약관조항에 대한 검토가 가능한 경우, 첫째, 소비자가 해당 약관에 대하여 합리적인 통지를 받아야 하고, 둘째, 소비자는 해당 약관을 검토

184) Restatement of the Law, Consumer Contracts §1 Reporters' Note (Am. Law. Inst., Tentative Draft 2019).

185) Restatement of the Law, Consumer Contracts §2 (Am. Law. Inst., Tentative Draft 2019).

할 합리적인 기회를 가져야 하며, 셋째, 소비자가 해당 거래에 대한 동의를 표시하는 경우 약관이 계약의 내용으로 채용(편입)된다. 이와 같이, 제2조 (a)에서 규정하는 약관의 편입과 관련한 요건은 명시적 통지, 약관의 내용 검토에 대한 합리적 기회, 계약체결 시 약관의 적용에 소비자의 동의를 요구하는 점에서 독일 민법 제305조 제2항의 규정 방식과 유사하다고 할 수 있다.¹⁸⁶⁾

2) 동의 후 검토 모델(post-assent review model)

소비자계약법 리스테이트먼트(안)에서는 이 경우 법원의 접근법을 크게 두 가지로 분류하고 있다. 첫 번째 접근법은 소비자가 약관조항을 구입 후에 수령하거나 약관조항이 도달한 후 해당 조항을 검토할 기회를 가지면서 그 조항이 바람직하지 않다고 판단한 경우에 계약을 종료시킬 기회를 가지는 경우에 한하여 그 조항을 강제한다. 그리고 두 번째 접근법은 위와 같이 늦게 도달한 조항을 강제하지 않고, 이러한 조항을 긍정적으로 확약의 의사를 가지고 승낙되는 것이 필요한 추가조항의 청약으로 간주한다.

2019년 소비자계약법 리스테이트먼트 잠정초안의 제2조(b)항의 규정에 있어서는 첫 번째 접근법이 채택되었다. 첫 번째 접근법이 채택되면 약관을 읽지 않고 상품을 판매하는 현대 판매 방법은 일반적인 판매 방법으로 증가하게 될 것이다. 소비자가 약관을 이해하지 못하고 또한 약관을 읽지 않은 경우에 소비자 피해가 발생한다면 약관의 내용 규제로 피해를 구제하게 될 것이다. 한편, 두 번째 접근법은 동의의 의사표시를 명시하는 것이고, 진실의 의사의 존재를 명확히 하려고 하는 것이지만, 소비자가 명시적 동의를 하지 않으면 약관을 강제할 수 없기 때문에 약관을 제안하는 자에게는 불리한 법이론이기 때문에 이러한 현대적인 판매 방법은 감소해 갈 것이다.¹⁸⁷⁾

제2조 (b)는 ProCD 사건¹⁸⁸⁾에서 인정된 쉬링크랩 계약 법리의 영향을 받은 규정으로 소비자가 거래에 대한 동의 후에 처음으로 약관의 검토가 가능한 경우 약관의 편입요건을 규정하고 있다.

구체적으로 제2조 (b)에서는 다음과 같은 다섯 가지 요건을 규정하고 있다. 첫째, 소비자가 해당 거래에 동의를 표시하기 전에 해당 약관의 존재에 관하여 합리적인 통지를 받아야 한다. 둘

186) BGB § 305 Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen in den Vertrag 참조. 김현수, 미국 「소비자계약법 리스테이트먼트(초안)」에 관한 고찰, 소비자문제연구 제51권 제1호, 2020, 183면 각주 38(“우리 약관규제법상 약관의 계약에의 편입은 사업자의 제안이 있으면 계약내용을 구성하게 된다. 이처럼 제안에 의하여 계약내용으로 되는 것을 ‘계약에의 편입’이라 한다. 이은영, 약관규제법, 1994, 58면. 우리나라 약관규제법에서는 독일민법 제305조 제2항과는 달리 약관의 계약으로의 편입에 계약 상대방의 ‘동의’를 명시적으로 규정하고 있지 않다. 그러나 후술하는 바와 같이, 소비자계약법 리스테이트먼트 초안 제2조에서는 약관이 계약의 내용으로 되기 위해서는 원칙적으로 거래(transaction)에 대한 소비자의 동의(assent)가 요구된다. 이러한 차이를 고려하는 경우 ‘adoption’은 약관의 ‘채용’으로 번역하는 것이 바람직할 것으로 생각된다. 이러한 용례는 국내의 다른 문헌에서도 발견된다. 이은영, 약관규제법, 1994 참조. 다만, 이 글에서는 문맥과 독자의 이해 편의를 고려하여 편입이라는 용어와 채용이라는 용어를 병용하는 것으로 한다.”).

187) 이에 관한 상세는 김현수, 미국 「소비자계약법 리스테이트먼트(초안)」에 관한 고찰, 소비자문제연구 제51권 제1호, 2020, 178-180면 참조.

188) ProCD, Inc. v. Zeidenberg, 86 F.3d 1447 (7th Cir. 1996).

째, 소비자가 해당 거래에 동의를 표시하여야 한다. 셋째, 소비자가 해당 거래에 동의를 표시한 후에 해당 약관에 대한 검토가 가능해야 한다. 넷째, 소비자가 해당 거래를 종료할 합리적인 기회를 가져야 한다.¹⁸⁹⁾ 다섯째, 소비자가 그러한 권한을 행사하지 않아야 한다.

동 항에서는 제2조 (a)에서 규정하고 있는 거래에 대한 동의 이전에 약관을 검토할 수 있는 기회를 합리적인 ‘동의 후 검토(post-assent review period)’와 ‘종료권’으로 대체하고 있다고 할 수 있다.¹⁹⁰⁾

(3) 약관의 변경

제3조 약관의 변경

- (a) (1) 소비자가 제시된 변경조항에 대하여 합리적인 통지를 받고 이를 검토할 합리적인 기회를 갖거나,
- (2) 소비자가 제시된 변경조항을 거절하고 기존의 계약조항에 따라 계약관계를 지속할 수 있는 기회 및 그 기회에 대한 합리적인 통지를 받아야 한다. 그리고
- (3) 소비자가 (A) 변경된 조항에 대하여 동의를 표시하거나 (B) 제시된 변경조항을 거절하지 않고 사업자가 제시한 거절 기간이 경과한 후에 계약관계를 지속하는 경우 계속적인 관계를 규율하는 소비자계약에서 약관은 변경된다.
- (b) 계속적 관계를 규율하는 소비자계약은 사업자가 약관의 변경을 제안할 수 있는 합리적인 절차를 제공할 수 있지만 소비자에게 손해를 입히면서 (a)항의 적용을 배제할 수는 없다. 다만, 확립된 절차는 제안된 약관의 변경 조항을 거부할 수 있는 합리적인 기회를 부당한 비용, 가치의 손실, 또는 개인적 부담없이 거래를 종료할 수 있는 합리적인 기회로 대체할 수 있다.
- (c) 소비자계약에서 약관의 변경은 그것이 신의로 제안되고, 사업자와 소비자 사이에서 원래의 거래의 기초가 된 사업자의 확인이나 약속을 훼손하지 않는 경우에만 이행을 강제할 수 있다.¹⁹¹⁾

경제적 또는 법률적 상황 등 내외부적인 환경변화에 따라 계속적 계약관계에서 약관의 변경이 필요한 경우가 발생한다.¹⁹²⁾ 계속적 계약관계의 특성상 사업자에 의한 일방적 약관 변경에

189) 예를 들어, 소비자가 온라인에서 50달러를 주고 PC를 구매했다. 구매 이전에 제2조 (b)(1)에서 규정한 요건을 충족하는 통지가 소비자에게 있었다. PC를 설치하는 때 설치화면에 길고 복잡한 약관이 표시되었다. 약관조항에서는 소비자가 5일 내에 PC를 반품하면 약관에 구속되지 않도록 하고 있었다. 이 경우 5일이라는 기간은 물류사정을 고려하는 경우 PC를 반품하기에는 합리적인 기간이 될 수 없어 그 약관조항은 계약의 부분으로서 채용되지 않는다. Restatement of the Law, Consumer Contracts § 2 cmt. 10 (Am. Law. Inst., Tentative Draft 2019).

190) Restatement of the Law, Consumer Contracts § 2 cmt. 5 (Am. Law. Inst., Tentative Draft 2019).

191) Restatement of the Law, Consumer Contracts § 3 (Am. Law. Inst., Tentative Draft 2019).

소비자가 구속될 수 밖에 없는 상황이 존재할 수 있다. 이처럼 변경된 약관이 계약에 편입되기 위해서는 변경된 약관을 소비자가 제시받은 후 이에 대한 동의를 표시하도록 하는 것만으로 소비자의 보호가 불충분할 수 있다.¹⁹³⁾

제3조는 이처럼 변경된 약관의 편입에 관한 내용을 규정한다.

첫째, 제3조 (a)와 (b)에서는 제2조 약관의 편입요건을 참조하여 다음과 같은 절차적인 측면을 고려한 규정을 두고 있다. “(1) 소비자가 제시된 변경조항에 대하여 합리적인 통지를 받고 이를 검토할 합리적인 기회를 갖거나, (2) 소비자가 제시된 변경조항을 거절하고 기존의 계약조항에 따라 계약관계를 지속할 수 있는 기회 및 그 기회에 대한 합리적인 통지를 받아야 한다. 그리고 소비자가 (1) 변경된 조항에 대하여 동의를 표시하거나 (2) 제시된 변경조항을 거절하지 않고 사업자가 제시한 거절 기간이 경과한 후 계약관계를 지속하는 경우” 변경된 약관이 계약의 내용으로 편입된다.¹⁹⁴⁾ 이와 함께, 제3조 (b)에서는 약관의 사후 변경 절차가 계약조항으로 마련되어 있는 경우, 위와 같은 변경 절차를 준수하지 않고 소비자에게 해를 끼치는 조항은 효력이 없도록 하고 있다. 다만, 비용의 비합리적 지출, 경제적 가치의 손실이나 개인적 부담 없이 해당 거래를 종료시킬 수 있는 합리적인 기회를 부여받는 경우에는 그러하지 아니하다.

둘째, 제3조 (c)에서는 소비자계약에서 약관조항의 변경은 그것이 신의성실하게 제안되고, 사업자와 소비자 간의 원래의 거래에 대한 기초의 일부로 이루어진 사업자의 확언이나 약속을 훼손하는 효과가 없는 경우에만 강제할 수 있도록 하고 있다. 이는 약관의 변경으로 변경 전 계약에서 확보된 거래의 편익을 훼손할 수 없도록 하여 소비자를 보호하는 실체적인 규정이라고 할 수 있다.

(4) 약관의 해석 및 내용의 제한

1) 사업자의 재량권에 대한 해석

제4조 재량적 의무

- (a) 사업자에게 그 권리 및 의무를 결정하는 재량을 부여하는 계약 또는 조항은 합리적으로 그러한 해석이 가능한 경우 그 재량이 신의에 따라 행사될 수 있도록 해석되어야 한다.
- (b) 사업자에게 신의칙에 의한 제한 없이 계약상 권리와 의무를 결정하는 절대적이고 무제한적인 재량을 부여하는 조항은 효력이 없다.¹⁹⁵⁾

192) 이병준·안남진, 계속적 계약관계에서의 약관의 개정, 소비자문제연구 제34호, 2008, 20-21면.

193) 김현수, 미국 「소비자계약법 리스테이트먼트(초안)」에 관한 고찰, 소비자문제연구 제51권 제1호, 2020, 186면.

194) Restatement of the Law, Consumer Contracts § 3(a) (Am. Law. Inst., Tentative Draft 2019).

195) Restatement of the Law, Consumer Contracts § 4 (Am. Law. Inst., Tentative Draft 2019).

제4조에서는 사업자에게 재량권을 부여한 약관조항에 대한 해석 원칙과 이를 위반한 경우의 효과에 대해 규정하고 있다. 소비자계약에서는 사업자가 부담하는 계약상 의무에 대한 특징이나 계약상 의무에 대한 변경의 재량권을 부여한 약관조항을 둘 수 있다. 제4조 (a)에서는 사업자에게 재량을 부여하는 계약이나 조항에서 그 재량은 신의성실의 원칙에 따라 행사되는 것으로 해석되어야 한다고 규정하고 있다. 또한, 제4조 (b)에서는 신의성실의 원칙에 의한 제한이 없이 사업자에게 절대적이고 무제한적인 재량을 부여한 조항은 효력이 없도록 규정하고 있다.

2) 비양심성

제5조 비양심성

- (a) 비양심적인 계약 또는 조항은 제9조에서 규정된 범위에서 강제할 수 없다.
- (b) 어떤 계약이나 조항은 계약이 성립할 당시 (1) 실체적으로 비양심적인, 즉 근본적으로 불공정하고 비합리적으로 편파적인 경우, 그리고 (2) 절차적으로 그것이 불공정한 의외의 결과(unfair surprise)를 야기하거나 소비자측의 의미있는 선택이 없어서 발생한 경우에는 비양심적이다.
계약 또는 조항이 비양심적인 것을 결정하는데 있어서 (b)항의 요소 중 하나의 정도가 보다 크다는 것은 다른 요소의 정도가 더 낮더라도 비양심성을 확립하기에 충분하다는 것을 의미한다.
- (c) (b)(1)의 범위를 한정하지 않고, 그 효과가 다음과 같은 경우에는 계약조항은 실체적으로 비양심적이 된다.
 - (1) 이하의 것에 대해 사업자의 책임 또는 소비자의 법적 구제를 비합리적으로 배제하거나 제한하는 것
 - (A) 소비자계약에서 계약조항이 없는 경우에, 사업자가 책임이 있을 수 있는 사망이나 인신손해
 - (B) 사업자의 고의 또는 과실에 의한 행위에 의하여 야기된 소비자의 손실
 - (2) 소비자에 의한 계약위반의 경우 적용가능한 소비자의 책임, 사업자의 구제, 또는 사업자의 강제력을 비합리적으로 확장
 - (3) 법적 권리의 위반에 대한 소비자의 불만제기 또는 합리적인 법적 구제를 비합리적으로 제한
- (d) 계약이나 조항이 비양심적인지 여부를 결정하는데 있어, 법원은 그 상업적 상황, 목적, 그리고 효과에 관한 증거를 제시하는 합리적인 기회를 당사자에게 제공하여야 한다.¹⁹⁶⁾

196) Restatement of the Law, Consumer Contracts § 5 (Am. Law. Inst., Tentative Draft 2019).

비양심적인 계약이나 조항은 강제할 수 없다고 하는 비양심성(unconscionability) 법리는 영국의 형평법에 기원을 둔 것으로 통일상법전 제2편 제302조에 규정된 후 제2차 계약법 리스태이트먼트 제208조에서도 채택되었다.¹⁹⁷⁾ 동 법리는 근본적으로 불공정하고 비합리적으로 편파적인 조건들로부터 계약 당사자를 보호하는 것을 주된 목적으로 한다.¹⁹⁸⁾ 따라서 비양심성 법리는 소비자가 의미있는 검토를 하지 않고 채용된 복잡한 계약조항이 존재하는 경우 이로부터 소비자를 보호할 수 있는 가장 중요한 보호수단이 될 수 있다.

제5조에서는 계약조항이 비양심적인 것으로 되기 위한 요건과 그 효과에 대해 규정하고 있다. 구체적으로 제5조 (b)에서는 어떤 계약이나 조항은 계약이 성립할 당시 (1) 실제로 비양심적인, 즉 근본적으로 불공정하고 비합리적으로 편파적인 경우, 그리고 (2) 절차적으로 그것이 불공정한 의외의 결과(unfair surprise)를 야기하거나 소비자측의 의미있는 선택이 없어서 발생한 결과인 경우에는 비양심적인 것으로 효력이 없는 것으로 규정하고 있다.¹⁹⁹⁾ 또한, 제5조 (c)(1)는 사업자에게 책임이 있는 사망이나 인신 손해(personal injury), 또는 고의나 과실행위 또는 사업자의 부작위를 원인으로 한 소비자의 손실에 대한 사업자의 책임을 배제하거나 제한하는 경우, 그리고 소비자의 구제를 비합리적으로 제한하는 경우에 해당 조항을 비양심적으로 보아 효력을 부정한다. 아울러 소비자의 책임과 사업자의 구제 또는 사업자의 강제력(enforcement power)을 비합리적으로 확대하는 경우와 법적 권리를 강제할 수 있는 소비자의 권리를 비합리적으로 제한하는 경우 역시 비양심적인 것으로 그 효력을 부정하고 있다.

3) 사기

제6조 사기

- (a) 사업자에 의한 기만적 행위 또는 관행의 결과로서 채용된 계약 또는 조항은 제9조에서 규정된 범위에서 사업자가 이를 강제할 수 없다.
- (b) (a)의 범위를 한정하지 않고, 어떤 행위 또는 관행이 기만적이 되는 것은 그것에 다음과 같은 효과를 가지는 경우이다.
 - (1) 소비자가 해당 거래에 동의하기 전에 사업자에 의해 행해진 중요한 사실의 확인 또는 약속을 부인하거나 비합리적으로 제한하는 경우
 - (2) 소비자가 지불하는 대금이나 소비자에 대한 전반적 비용을 불명확하게 감춘 경우²⁰⁰⁾

197) U.C.C. § 2-302(비양심적인 계약 또는 계약조항) (1) 법원은, 법률상, 계약 또는 계약 중 어느 조항이 계약체결시에 비양심적으로 인정하는 경우에는 계약의 효력을 부인하거나, 비양심적인 조항을 제외한 나머지 부분의 계약의 효력을 인정하거나, 또는 비양심적인 결과를 피하기 위하여 비양심적인 조항의 적용을 제한할 수 있다.

198) 비양심성 법리에 관한 상세한 설명은 Robert S. Summers & Robert A. Hillman, Contract and Related Obligation: Theory, Doctrine, and Practice 575-598 (2006).

199) Restatement of the Law, Consumer Contracts § 5(b) (Am. Law. Inst., Tentative Draft 2019).

200) Restatement of the Law, Consumer Contracts § 6 (Am. Law. Inst., Tentative Draft 2019).

한편, 제6조에서는 계약 및 조항의 강제요건으로서 사기에 관하여 규정하고 있다. 제6조 (a)는 계약 및 조항의 내용에 관한 요건으로서 사업자에 의한 기만적 행위 또는 관행의 결과로서 채용된 계약 또는 조항은 제9조에서 규정된 범위에서 사업자가 이를 강제할 수 없다고 규정하고 있다. 다음으로 ‘기만적’에 대한 판단요소에 관하여 제6조 (b)는 소비자가 해당 거래에 동의하기 전에 사업자에 의해 행해진 중요한 사실의 확인 또는 약속을 부인하거나 비합리적으로 제한하는 경우, 또는 소비자가 지불하는 대금이나 소비자에 대한 전반적 비용을 불명확하게 감춘 경우에 그러한 행위를 사기적으로 규정하여 취소할 수 있는 것으로 하고 있다.

4) 소비자계약의 일부가 되는 사실의 확인과 약속

제7조 소비자계약의 일부가 되는 사실의 확인과 약속

- (a) 계약의 대상이 표현된 속성을 가질 것이라는 합리적인 소비자의 합리적인 기대를 형성한 사업자의 사실의 확인 또는 약속은 소비자계약의 일부가 된다.
- (b) 계약의 대상이 표현된 속성을 가질 것이라는 합리적인 소비자의 합리적인 기대를 형성한 제3자의 사실의 확인 또는 약속은
 - (1) 다음의 경우에 사업자와 소비자 간 계약의 일부가 된다
 - (A) 사업자가 그것을 알았거나 합리적으로 알았어야 하는 경우
 - (B) 사업자가 그 확인 또는 약속을 책임질 것이라고 합리적으로 믿을 수 있었던 경우
 - (2) 제3자가 소비자와 직접 거래하지 않았다고 하더라도 제3자가 사업자와 소비자 간의 계약에 상당한 재정적 이해를 가지는 한 소비자에 대한 제3자의 의무를 발생시킨다.
- (C) (a) 및 (b)에 따른 소비자계약의 일부가 되는 사실의 확인 또는 약속을 부정 무효화하거나 제한하는 약관조항은 강제할 수 없다.²⁰¹⁾

제7조는 사실의 확인 및 약속이 소비자계약의 일부가 되는 요건 및 그 효과를 규정하고 있다. 제7조 (a)항은 원칙적으로 사업자가 합리적으로 기대를 하게 한 경우에 사실의 확인 또는 약속은 소비자계약의 일부가 된다고 규정하고, 제7조 (b)항은 예외로서 제3자가 합리적으로 기대를 하게 한 경우에 사실의 확인 또는 약속이 계약의 일부가 되는 요건 및 그 제3자의 의무를 규정하고 있다. 그리고 제7조(c)항은 (a)항 및 (b)항에 의해 소비자 계약의 일부가 되는 사실의 확인 또는 약속을 부정 또는 제한하는 약관조항은 강제할 수 없다고 규정하고 있다.

201) Restatement of the Law, Consumer Contracts § 7 (Am. Law. Inst., Tentative Draft 2019).

5) 약관과 구두증거배제원칙

제8조 약관과 구두증거배제원칙

사업자에 의한 사전의 사실의 확인 또는 약속에 대하여 합리적으로 의도된 효과를 부정하거나, 불합리하게 제한하거나, 또는 부여할 수 없는 약관조항은 그 조항의 대상에 관한 합의의 최종적인 표시를 구성하지 않으며, 구두증거배제의 원칙에 따라 사전의 사실 또는 약속의 결과로서 발생할 수 있는 효과가 없다.²⁰²⁾

제8조는 사업자에 의한 사전의 사실의 확인 또는 약속의 합리적인 효과를 부정하거나 불합리하게 제한하거나 부여할 수 없는 약관조항은 그 조항의 대상에 관한 합의의 최종적인 표시로 할 수는 없으며, 또한 구두증거배제 원칙²⁰³⁾ 하에서 효과를 일으키지 않는다고 규정하고 있다.

(5) 강행규정 위반

제9조에서는 강행규정 위반의 경우 효과에 관하여 규정하고 있다. 제9조 (a)항에서는 법원은 계약이나 조항이 강행규정을 배제하거나 위반하는 것을 알게 되면 해당 계약의 효력을 부인하거나 잔여부분만을 유효로 하거나 또는 해당 조항의 적용을 제한하는 방법 중 하나의 조치를 취해야 한다고 규정하고 있다.²⁰⁴⁾ 그리고 (b)항에서는 해당 조항없이 잔존부분만을 유효한 것으로 하는 경우 법원은 강행규정에 위반하는 규정을 해당 상황에서 합리적인 조항이나 최소한의 수정을 가한 조항으로 대체할 수 있다고 규정하고 있다.²⁰⁵⁾

IV. 시사점

2012년 이후 시작된 소비자계약법 리스테이트먼트 작업은 종래의 코먼로 법리를 기초로 제2차 계약법 리스테이트먼트와 UCC를 기반으로 전개되어온 소비자계약법리의 변용을 확인하고 체계화한 결과물이라고 할 수 있다. 그 결과 종래의 전통적인 계약법리에서 약관의 편입, 변경, 해석, 내용통제를 포함하는 총 9개의 조문을 마련하였다. 그러나 동 초안에 대해서는 여전히 다양한 비판이 제기되면서 논의가 지속되고 있으며, 논의의 초점은 제2조에 대해 이루어지고 있

202) Restatement of the Law, Consumer Contracts § 8 (Am. Law. Inst., Tentative Draft 2019).

203) Restatement of the Law Second, Contracts §§ 209-218.

204) Restatement of the Law, Consumer Contracts § 9(a) (Am. Law. Inst., Tentative Draft 2019).

205) Restatement of the Law, Consumer Contracts § 9(b) (Am. Law. Inst., Tentative Draft 2019).

다.²⁰⁶⁾

한편, 동 리스테이트먼트(안)의 개별 규정을 검토함으로써 우리나라의 소비자계약법의 입법론에 다음과 같은 여러 가지 시사점을 얻을 수 있다.

1. 특히, 소비자계약법의 입법 시 ‘소비자’와 ‘사업자’의 개념정의에 관한 비교법적 시사점을 고려해 볼 수 있다. 종래 국내법에서는 소비자의 개념의 복잡화와 외연의 확대에 대한 비판이 존재해 왔다. 전술한 바와 같이, 리스테이트먼트(안)에서는 소비자의 개념을 사업자와의 정보 비대칭성이라는 일원적 기준을 활용하여 소비자를 “주로 개인용, 가족용, 또는 가정용의 목적을 위해 행위하는 개인”으로 정의하고 있다. 따라서 사법(私法)으로서 소비자계약법을 입법하는 경우 그 규율내용에 적합한 소비자 및 사업자의 개념정의를 위하여 리스테이트먼트(안)의 관련 정의를 참조할 수 있다.

2. 리스테이트먼트 제2조 (b)항에서는 미리 구입하고 나중에 약관조항을 검토할 합리적인 기회가 부여되어 구입 후에 계약을 종료시킬 수 있는 경우에 관한 규정을 두고 있다. 이는 “지불은 즉시하고 약관은 사후로 하는 계약(Pay Now, Terms Later Contract)”으로 예를 들면, 상품과 약관을 볼 수 없도록 상자에 넣어 밀봉하고 판매하는 판매방법에 관한 계약을 말한다. 이 판매방법에서는 구입시에 약관을 읽을 수 없기 때문에 약관의 동의보다 앞서 인도의 동의를 하여 밀봉상태의 상품의 구입하고 구입한 상품이 인도된 후 개봉된 경우는 약관이 사후에 도달하는 것이 되어 약관에 동의하여 그대로 계속사용하는 것도 가능하지만, 쟁점이 되는 것은 약관에 동의하지 않는 경우의 계약종료방법, 계약성립요건 등이다. 전술한 바와 같이, 현대 상품의 판매방법은 과학기술의 진보에 따라 데이터를 저장한 상품 및 상품 내용의 약관을 밀봉하여 판매하는 등의 특수한 판매 방법도 많아지고 있다. 약관을 읽을 수 없는 채 계약을 체결했다면 ‘약관을 이해하고 동의했다’고는 할 수 없다. 미국의 코먼로에서는 약관을 모두 읽고 이해하는 것이 비현실적이라고 상정하여 적어도 ‘약관을 검토할 기회’가 주어지면 약관에 대한 동의가 인정된다는 입장을 취하고 있다. 거래현실에서 약관을 모두 읽고 그 내용을 모두 이해할 수 있는 소비자가 많지 않다는 점을 감안하면 약관을 검토할 기회를 주는 의무와 같이 정보제공의무를 부과하는 것으로는 실질적으로 소비자보호를 기대할 수는 없을 것이다. 그럼에도 불구하고 정보의 개시는 계약의 공정성이라고 측면과 연결되는 요소로서 고려되어야 할 것이다. 따라서 소비자계약의 입법론에서 리스테이트먼트(안)의 규정과 같이 동의를 표명하는 행위, 조항의 개시, 조항의 검토의 기회, 조항을 채용하지 않는 경우에 거래를 회피, 계약을 해제할 기회 등의 요건에 관해서의 규정, 조항이 변경된 경우의 규정에 대해서도 검토할 필요가 있을 것이다.

3. 아울러 소비자계약법의 약관조항의 내용통제를 위한 구체적인 입법론에서도 리스테이트먼트

206) 잠정초안에 대한 비판의 상세는 김현수, 미국 「소비자계약법 리스테이트먼트(초안)」에 관한 고찰, 소비자문제연구 제51권 제1호, 2020, 188-190면 참조.

트(안) 제5조 비양심성, 제6조 사기, 제7조 소비자계약의 일부가 되는 사실의 확인과 약속 등에 관한 규정의 구체적 내용은 비교법적 검토가 필요하다.

4. 소비자계약법 리스테이트먼트(안)은 미국법상 최초로 소비자계약을 대상으로 한 판례법 이론과 법리를 분석하고 정리한 작업의 결과물로서의 가치를 가진다. 특히, 소비자계약에서의 약관규제와 관련한 판례법 이론의 분석결과를 중심으로 그 규제를 위한 대상과 관련 개념에 대한 정의, 약관의 편입에 관한 요건, 내용에 대한 규제, 사후 규제 등이 법조문의 형태로 정리되어 있기 때문에 비교법적 연구대상으로서 지속적으로 관심을 가져야 할 것이다.