

전자상거래법의 개정에 관한 입법평가*

김진우**

Contents

- I. 들어가며
 - II. 소비자철회권
 - III. 정보제공의무
 - IV. 담보책임
 - V. 품질보증책임
 - VI. 기타
 - VII. 나오며
-

* 이 글은 2017. 5. 26. 입법평가 연합학술회의에서 발표한 원고를 수정·보완한 것임.

** 한국외국어대학교 법학전문대학원 교수

I. 들어가며

전자상거래와 통신판매를 규율대상으로 하는¹⁾ 「전자상거래 등에서의 소비자 보호에 관한 법률(전자상거래법)」은 2002. 3. 30. 제정되었고(법률 제6687호), 그동안 수차례 개정되면서 소비자보호를 위한 유익한 법률로 기능하여 왔다. 그러나 전자상거래법은 여전히 개선을 요하는 적지 않은 입법적 과제를 안고 있다. 우선 대표적 소비자보호수단인 철회권은 개념과 기간 및 효과와 관련하여 전반적인 재검토가 요청되고, 정보제공의무는 지나치게 광범위하여 적절한 범위의 압축이 요청된다. 나아가 전자상거래법은 담보책임이나 품질보증책임에 대하여 침묵하고 있어 유럽연합(EU) 회원국의 관련 법질서보다 낙후되어 있을 뿐만 아니라 소비자보호에 큰 공백을 초래하고 있다. 그 밖에 재화, 용역계약, 부수적 계약 내지 관련계약의 개념, 계약 성립 전에 표시된 거래조건의 구속력 등에 대해서도 재고가 필요하거나 도입이 요청된다. 이 글은 현행 전자상거래법의 사법(私法)적 주요 문제점을 전반적으로 살펴보고 그에 관한 개정을 촉구함으로써 같은 법이 명실상부한 소비자보호법으로서 그리고 사업자의 정당한 이익도 적절히 고려한 법률로 자리매김하기 위한 논의의 단초를 제공하고자 한다. 만일 전자상거래법으로 규율하기 적절하지 않다면 다른 입법의 가능성도 고려되어야 할 것이다.

II. 소비자철회권

1. 기초

「계약준수의 원칙」은 시장경제에 입각한 법질서의 토대를 이루는 원칙이다. 그러나 소비자계약(B2C계약)에서는 소비자보호를 목적으로 이 원칙에 대한 심

1) 전자상거래 및 통신판매 개념에 관하여는 정진명, 이은영 편저, 「소비자법」, 제8장 정보통신사회와 소비자, 박영사, 2013, 200-201면.

대한 제약이 가해진다. 즉, 소비자는 일정 상황에서 체결된 계약에 대하여 일정 기간 동안 철회권 행사에 의하여 계약적 구속으로부터 임의로 벗어날 수 있다. 이러한 소비자보호를 위한 철회권(소비자철회권)²⁾은 소비자계약법의 핵심제도이다. 그 철회권은 많은 경우 계약을 이미 체결한 소비자가 일정 기간 내에 그 계약의 속행을 진정으로 의욕하는지에 관하여 재고할 수 있도록 함으로써 소비자에게 실질적 자기결정의 자유를 보장한다.³⁾ 이 권리는 법적 안정성을 이유로 개별적 소비자가 구체적 상황에서 실제로 보호를 요하는지를 불문하지만, 계약 체결 시에 구조적으로 불리한 상황에 놓인 자를 보호하기 위하여⁴⁾ 통신판매 등의 특수한 거래형태에 한하여 인정된다. 그래서 대면거래인 일반 매장에서 체결된 계약에 대해서는 철회권이 인정되지 않는다. 일부에서는 이러한 철회권을 소비자보호를 위한 이상적이며 불가결한 수단으로 여긴다. 하지만 철회권은 계약준수의 원칙에 대한 중대한 예외를 이룰 뿐만 아니라 철회기간이 경과할 때까지 특히 사업자에 대하여 법적 불안정성을 초래하고 물품의 가치감소 및 관리비용·재입고비용 등과 같은 추가적 비용을 발생시키며, 소비자에 의한 남용의 위험을 안고 있는 제도이다. 또한 소비자보호는 자기목적이 아니며, 법정책적으로 소비자의 이익이 항상 사업자의 이익에 우선한다는 법원칙이 있는 것도 아니다. 따라서 철회권은 사업자에게 과도한 부담을 주지 않도록 설계되어야 한다.

2. 청약철회 개념

전자상거래법상의 철회제도는 대개 소비자가 일단 성립한 계약을 일정 기간 내에 이유를 불문하고 또 불이행에 대한 책임을 부담함이 없이 임의로 해소할 수 있도록 한다. 즉, 소비자철회권은 계약내용의 정당성을 묻지 않고 소비자의 일방적 의사표시로 계약적 구속을 제거하는 소비자계약법 특유의 제도이다. 소비자철회권이 이처럼 소비자를 이미 성립한 계약의 구속에서 벗어나게 하는 제

2) 여기의 철회권은 소비자보호를 위한 법률이 인정하는 경우에 한하므로 법정철회권으로서의 성질을 가진다.

3) 김진우, “소비자철회권의 정당화사유”, 『소비자문제연구』 제40호, 한국소비자원, 2011, 148면.

4) 이 점은 소비자철회권에 관한 규정이 편면적 강행법규이어야 한다는 점을 알려준다.

도라면, 전자상거래법의 용어인 “청약철회 등”은 문제가 다분하다. 청약철회라는 용어는 무엇보다도 철회기간 만료될 때까지 계약이 「불성립한」 것으로 읽혀지기 때문이다. 하지만 전자상거래법 제17조 제1항은 사업자와 급부의 “구매에 관한 계약을 체결한 소비자”라고 언급하고, 제17조 제5항은 급부의 “구매에 관한 계약이 체결된 사실”을 언급한다(밑줄은 필자가 부가함).⁵⁾

또한 계약이 불성립했다면 당사자는 이행할 필요가 없다. 그러나 통신판매의 실태를 보면 소비자의 대금결제가 있어야 사업자가 비로소 급부를 제공한다. 소비자의 대금결제 또는 사업자의 급부실행은 이들이 철회기간 중에 계약의 유효를 전제로 하고 있음을 알려준다. 이처럼 거래의 성립을 전제로 한 당사자의 계약실행행위가 있는데 마치 계약이 불성립한 것처럼 법률이 “청약철회”라고 언급하는 것은 어색하고,⁶⁾ 학문이 그에 대하여 방관하는 것도 바람직하지 않다.

더욱이 계약체결을 위한 소비자의 의사표시가 항상 청약이라고 할 수는 없으며, 철회에 있어 청약자와 승낙자를 가려야 할 실익도 크다고 할 수 없다.⁷⁾ 그 점에서 전자상거래법 제2조 제2호가 통신판매를 정의하면서 “소비자의 청약을 받아[···] 판매하는 것”이라고 규정한 것은(밑줄은 필자가 부가함) 그다지 적절하지 않다.

한편, 소비자가 행한 계약에 관한 진술의 해소를 “청약의 철회 및 계약의 해제”라고 하는 것도 의문을 자아내게 한다. 민법상 계약이 해제되기 위해서는 중대한 채무불이행이 있어야 한다. 그런데 전자상거래법상의 청약철회 등은 원칙적으로 채무불이행을 요하지 않고서 일정 기간 내에 임의로 행사될 수 있어 민법학상의 해제가 아니다.⁸⁾ 또한 소비자철회권은 계약이 불성립한 경우에도 행사가 능하다는 점에서 반드시 유효한 계약을 전제로 하는 해제와 다르다. 물론 전자상거래법 제17조 제3항은 사업자의 채무불이행을 요구하는 까닭에 특수한 법정해

5) 이미 김진우, “소비자철회권의 개념 및 요건에 관한 입법론적 고찰”, 「소비자문제연구」 제47권 제1호, 한국소비자원, 2016, 193면.

6) 김진우, 「소비자문제연구」 제47권 제1호, 193-194면.

7) MüKoBGB/Fritsche, 7. Aufl., 2016, BGB § 355 Rz. 47; 김진우, 「서울법학」 제23권 제2호, 136면.

8) EU법 차원에서 유사한 취지의 설명으로 von Bar/Clive (ed.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full Edition, Volume I, 2009, p. 347.

제권으로 새겨질 여지는 있지만 이러한 입법례의 타당성은 의문시된다.⁹⁾ 또한 이 용어는 철회가 법정해제권의 일종이라는 오해¹⁰⁾를 유발하기 십상이다.

결국 전자상거래법상의 청약철회 등은 숙려기간 내의 철회(cooling off)를 가리키므로 “청약의 철회 및 계약의 해제”라는 표제는 수긍하기 어렵다. 유럽 차원에서는 근래 철회권(Right of Withdrawal, Widerrufsrecht)이라는 용어로 통일하고자 하는 노력을 경주하고 있으며,¹¹⁾ 예컨대 소비자권리지침,¹²⁾ 공통참조기준초안(DCFR)¹³⁾ 및 독일민법은 이 낱말을 쓴다.¹⁴⁾ 소비자계약에서의 청약철회를 영어나 독일어로 직역하게 되면¹⁵⁾ 외국인인 선뜻 이해하기 어려울 수도 있다. 요컨대 전자상거래법의 “청약철회 등”이라는 자귀는 시급히 “철회”로 개정되어야 한다.¹⁶⁾

3. 철회기간

(1) 현행법

전자상거래법상 i) 철회기간은 원칙적으로 계약서를 받은 날부터 7일이다. 다만, ii) 그 서면을 받은 때보다 급부의 공급이 늦어진 때에는 그것을 공급받거나 공급이 시작된 날부터 7일이다(제17조 제1항 제1호). iii) 계약서를 받지 아니하거나, 사업자의 주소 등이 기재되지 아니한 서면을 받은 경우 혹은 사업자의 주소

9) 김진우, 「소비자문제연구」 제47권 제1호, 201면.

10) 가령 이원재, “콘텐츠산업 진흥법」 제27조 청약철회 조항에 대한 고찰”, 법학논문집 제38집 제3호, 중앙대학교 법학연구원 2014, 155면. 나아가 김성천, 「소비자철회권 비교법 연구」, 한국소비자원, 2010, 22면.

11) von Bar/Clive (ed.), op. cit., p. 346.

12) Richtlinie 2011/83/EU. 상세는 김진우, “소비자권리지침의 주요개념 및 적용범위에 관한 고찰”, 「서울법학」 제23권 제2호, 서울시립대학교 법학연구소, 2015, 105면 이하; 김진우, “EU 소비자권리지침에서의 소비자의 권리와 사업자의 의무”, 「아주법학」 제9권 제3호, 아주대학교 법학연구소, 2015, 631면 이하.

13) DCFR Book II, Chapter 5.

14) EU법에서의 철회권 관련 용어에 관하여는 von Bar/Clive (ed.), op. cit., p. 348.

15) 한국법제원이 제공하는 대한민국영문법령 사이트(http://elaw.klri.re.kr/kor_service/main.do)는 전자상거래법 제17조의 “청약철회등”을 “Cancellation, etc. of Orders”로 번역하였다.

16) 같은 취지로 김성천, 「소비자철회권 비교법 연구」, 121면; 김진우, 「소비자문제연구」 제40집, 141면의 주 1); 이은영 등, 전자상거래소비자보호법 전면개정을 위한 연구, 공정거래위원회 결과 보고서, 2012, 71면 이하; 김진우, 「아주법학」 제9권 제3호, 670면.

변경 등의 사유로 i)·ii)의 기간에 철회를 할 수 없는 경우에는 사업자의 주소를 안 날 또는 알 수 있었던 날부터 7일이다(제17조 제1항 제2호).

급부의 내용이 표시·광고된 바와 다르거나 급부가 계약내용과 달리 공급된 경우 등 사업자의 의무위반에 따른 철회권의 행사기간은 i) 급부를 제공받은 날부터 3개월 이내 또는 ii) 그 사실을 안 날 또는 알 수 있었던 날부터 30일 이내이다(제17조 제3항).

(2) 개정론

전자상거래법상 철회기간은 7일이나, 국제적 동향에 맞춰 14일로 개정하는 것이 바람직하다. 이를 통해 소비자가 현재보다 두텁게 보호된다.

현행 전자상거래법에 따른 철회기간의 기산점은 필요 이상으로 복잡하게 규정되어 있다. 더욱이 전자상거래법은 주로 물품매매계약을 염두에 두고 입법된 것이어서 용역이나 디지털콘텐츠와 같은 무체적 급부를 대상으로 하는 경우를 규율하는데 한계가 있다. 따라서 소비자권리지침 또는 독일민법처럼 계약유형별로 기산점을 달리 규정할 것을 제안한다.¹⁷⁾ 이때 계약유형은 급부의 반환가능성을 기준으로 대별한다. i) 그 성질상 급부의 반환을 할 수 없거나 무의미한 디지털콘텐츠계약 또는 용역계약의 경우에는 계약체결일을 기산점으로 하고, ii) 급부반환이 가능한 매매계약에서는 물품인도일을 기산점으로 한다. 다만, 매매계약에서는 다음의 세 가지 변형을 인정한다. 즉, ① 하나의 주문으로 여러 물품을 구매하였는데 그들이 분할 인도되는 때에는 소비자 또는 그가 지정한 제3자로서 운송인 아닌 자가 마지막 물품을 인도받은 날, ② 수개의 부분으로 구성된 물품의 인도에서는 소비자 또는 그가 지정한 제3자로서 운송인 아닌 자가 마지막 부분을 인도받은 날, ③ 확정된 기간 동안 물품을 주기적으로 인도하는 것을 내용으로 한 계약에서는 소비자 또는 그가 지정한 제3자로서 운송인 아닌 자가 첫 물품을 인도받은 날을 기산점으로 한다. 일반철회기간(14일)은 사업자에 의하여 철회권 관련 정보가 완전히 제공된 때에만 기산되도록 한다.¹⁸⁾

17) 이에 관하여는 김진우, 「아주법학」 제9권 제3호, 641-642면 참조.

18) 김진우, 「소비자문제연구」 제47권 제1호, 199면.

현행 전자상거래법상 급부의 내용이 표시·광고의 내용 또는 계약내용과 다르게 이행된 경우, 소비자는 급부를 제공받은 날부터 3개월 이내, 그 사실을 안 날 또는 알 수 있었던 날부터 30일 이내에 철회할 수 있다. 이에 대해서는 민법상의 채무불이행에 관한 법리로 대처하면 되므로 불필요하다는 비판이 있다.¹⁹⁾

살피건대 급부의 내용이 표시·광고의 내용 또는 계약내용과 다르게 이행된 경우에는 품질보증책임, 담보책임 또는 채무불이행책임이 문제된다. 소비자철회권은 법률행위의 취소(민법 제107조 내지 제110조)와 같은 다른 민사구제수단과 병존할 수 있을 뿐더러²⁰⁾ 원칙적으로 해당 계약이 무효인 때에도 행사할 수 있다. 소비자철회권이 이유를 불문하고 소비자로 하여금 (더 이상) 계약의 구속을 면하지 않도록 하는 제도라면, 사업자의 의무위반의 경우에는 소비자가 더욱 계약의 구속에서 해방될 수 있어야 한다.

그러면 이유를 묻지 않는 철회의 경우보다 사업자의 의무위반에 기한 철회의 경우에 철회기간을 장기로 할 필요가 있는가? 소비자철회권은 소비자가 임의로 계약적 구속에서 벗어날 수 있게 하는 제도라는 점을 감안할 때 사업자의 의무위반을 구태여 엮어 이유를 묻지 않는 철회의 경우보다 장기간 철회할 수 있도록 할 필요가 없다. 나아가 계약내용과 다르게 이행된 경우라 하여 일반철회기간을 넘어서 철회할 수 있게 하면 거래의 안전을 도모할 수 없게 된다.²¹⁾ 사업자가 계약내용을 위반한 경우는 두 갈래로 나누어 달리 취급할 수 있다. i) 주문한 물품과는 종류를 달리하는 물품이 인도된 때에는 철회기간이 개시되지 않아야 한다. ii) 주문한 물품이 인도된 경우에는 물품의 하자 유무는 철회기간의 진행에 영향을 주지 않아야 한다. 이 경우 소비자는 철회권을 행사하거나 사업자에 대하여 품질보증책임, 담보책임 또는 채무불이행책임을 추궁할 수 있다. 그런데 현행 전자상거래법의 해석론으로는 이렇게 취급할 수 없다. 현행 전자상거래법은 급부의 내용이 표시·광고된 내용과 다르거나 계약내용과 달리 이행된 경우라고

19) 김성천, 「소비자철회권 비교법 연구」, 124-125면; 고흥석, “유럽연합 소비자권리지침상 청약철회권에 관한 연구”, 「법학논총」 제29집 제4호, 한양대학교 법학연구소, 2012, 266면의 주 9).

20) DCFR 및 유럽공동구매법(CESL) 초안도 마찬가지이다(이병준, “DCFR상 철회권의 행사와 그 법률효과에 관한 고찰”, 「외법논집」 제36권 제2호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2012, 25면).

21) 오병철 외 5인, 전자상거래 환경 변화에 대응하기 위한 청약철회제도 개선에 관한 연구, 공정거래위원회 연구용역보고서, 2011, 39면.

하여 불분명하게 규정하고 있기 때문이다. 따라서 전자상거래법 제17조 제3항은 주문한 물품과 다른 종류의 물품이 인도된 때에는 철회기간이 개시되지 않는 것으로 하고, 두 번째 경우는 14일의 일반철회기간을 적용한다. 그 이후의 문제는 품질보증책임, 담보책임 또는 채무불이행책임으로 대처한다.²²⁾

현행 전자상거래법은 계약내용 또는 사업자의 주소 등에 관한 정보가 서면으로 제공되지 않아 같은 법이 정하는 기간 내에 철회할 수 없는 경우에는 소비자가 사업자의 주소를 안 날 또는 알 수 있었던 날부터 철회기간이 기산되도록 규정하고 있다. 그러나 철회기간의 개시를 소비자의 인식에 의존케 하는 것은 사업자의 증명곤란을 초래한다는 점에서 바람직하지 않다. 사업자가 철회권 정보를 미제공한 경우에는 본래의 철회기간이 경과한 때부터 철회기간이 12개월 동안 진행되도록 한다. 다만, 그 기간 중에 철회권 정보를 제공받은 소비자는 그 날부터 14일 이내에 한하여 철회할 수 있도록 한다. 이러한 메커니즘에서는 철회권 관련 정보제공이 없더라도 1년 14일이 지나면 철회권이 절대적으로 소멸한다. 이러한 절대적 철회기간은 법적 불안정성의 종식과 소비자 및 사업자 사이의 이익을 균형을 도모하는 역할을 하게 될 것이다.²³⁾

4. 철회권 관련 정보제공과 철회권 행사방법

(1) 철회권 관련 정보제공의무

통신판매에서는 계약체결 전후에 두 번에 걸친 철회고지가 있어야 한다(전자상거래법 제13조 제2항 본문, 단서 및 제5호). 먼저 사업자는 계약체결 전에 철회권 관련 정보를 적절한 방법으로 표시·광고하거나 고지해야 한다. 다음으로 계약체결 후에는 계약상대방에게 철회권 관련 정보가 기재된 서면을 급부공급 시까지 교부해야 한다.

통신판매에서 철회권 관련 정보는 명료하고 알기 쉬운 형태로 제공되어야 한다. 이를 위하여 전자상거래법 시행령을 개정하여 철회권에 관한 주요 정보를

22) 김진우, 「소비자문제연구」 제47권 제1호, 201-202면.

23) 김진우, 「소비자문제연구」 제47권 제1호, 202면.

정리한 「철회고지서」²⁴⁾를 도입하고 거래에서 그 양식을 사용한 사업자는 철회권 관련 정보제공의무를 이행한 것으로 다룬다. 철회고지서는 철회권 관련 정보 제공의무의 이행 여부에 관한 다툼을 크게 감소시킬 것이다.

(2) 철회권의 행사방법

철회권 행사방법으로는 3가지를 생각해 볼 수 있다. 우선 소비자권리지침의 “철회서식견본(Model withdrawal form)”을 참조한 「철회통보서」²⁵⁾를 도입하여 이용하는 방법이 있다. 소비자가 철회통보서를 전자우편으로 전송하거나 물품에 동봉하여 사업자에게 반송하면 철회권을 행사한 것으로 다룬다.

다음으로 사업자가 그의 웹 홈페이지에 마련한 일정 양식(예컨대 철회통보서)에 소비자가 전자적 방법에 의한 기재·전송을 통해 철회할 수 있도록 한다.²⁶⁾ 이 경우 사업자는 지속적 저장매체로 지체 없이 소비자에게 철회의사표시가 도달한 사실을 고지하도록 한다. 이 고지에 있어서는 사업자의 홈페이지에서의 철회의사표시에 관한 도달 확인으로는 부족하다. 사업자의 홈페이지는 사업자가 언제라도 변경할 수 있기 때문이다.²⁷⁾

한편, 소비자는 지금과 마찬가지로 위 두 가지 방법과 다른 방법(가령 우편, 전자우편, 전화 등)에 의한 명백한 의사표시에 의해서도 철회할 수 있어야 한다. 그러한 의사표시에 소비자가 계약적 구속으로부터 벗어나겠다는 의사가 충분히 표현되면 족하다.

향후 소비자의 단순한 물품반송은 철회의 의사표시로 다루지 않는다.²⁸⁾ 소비자의 물품반송은 물품의 하자에 대한 이의제기나 담보책임을 추궁할 목적으로 이루어지는 경우도 적지 않기 때문이다. 그래서 원칙적으로 명백한 철회의사표

24) 그 양식은 김진우, 「소비자문제연구」 제47권 제1호, 203면 참조.

25) 사업자는 철회이유에 대하여 관심을 가질 수밖에 없지만, 철회는 이유를 묻지 않고 가능하므로 소비자가 그 이유를 밝힐 필요가 없다. 따라서 사업자는 철회사유가 임의적 기재사항이라는 점을 명시해야 한다.

26) 소비자권리지침 제11조 제3항; 독일민법 제356조 제1항. 같은 맥락에서 고흥석, 앞의 논문, 282면.

27) 김진우, 「소비자문제연구」 제47권 제1호, 206면.

28) 독일민법 제355조 제1항 참조.

시가 담긴 물품반송의 경우에만 철회권이 행사된 것으로 한다. 다만, 소비자에게 유리한 특약은 가능하다.²⁹⁾

5. 철회권 배제사유

(1) 현행법

계약의 청산을 기대하기 곤란한 경우에는 철회가 배제된다. 이와 같은 철회배제는 사업자의 정당한 이익을 보호하려는 것이다. 즉, 철회배제는 사업자에게 회복할 수 없는 중대한 피해가 예상된다든지 철회권이 오·남용될 가능성이 큰 때에는 철회를 불허함으로써 사업자의 이익을 보호한다. 하지만 현행법에 따른 철회배제사유는 지나치게 추상적이어서 그 적용에 어려움이 따를 뿐만 아니라 극히 단순하여 소비자와 사업자 사이의 이익조정을 도모하는데 대단히 미흡하다.

(2) 개정론

현행 전자상거래법에 따른 철회배제사유는 전면적인 제도수정을 요하며, 이를 위하여 다음의 경우에는 철회를 배제한다.³⁰⁾ ① 소비자가 미리 명시적으로 동의하고, 사업자가 계약을 완전히 이행한 경우 철회권이 상실된다는 사실을 소비자가 안 상태에서 서비스가 완전히 이행된 용역계약, ② 사업자가 영향을 미칠 수 없는 금융시장에서 급부의 가격이 변동될 수 있고, 철회기간 내에 실제로 변동이 발생한 경우, ③ 소비자의 개인적 요청에 좇아 제작된 물품이 인도되거나 디지털콘텐츠 또는 용역이 제공된 경우, ④ 쉽게 변질되거나 유통기간이 신속히 경과하는 물품이 인도된 경우, ⑤ 건강·보건상의 이유로 재판매될 수 없거나 재판매가 금지되는 밀봉된 물품이 인도된 후 개봉된 경우, ⑥ 인도 후 물품이 그 성질상 다른 물품과 분리할 수 없게 된 경우, ⑦ 긴급수리 또는 유지보

29) 김진우, 「소비자문제연구」 제47권 제1호, 206면.

30) 자세한 내용은 김진우, “소비자철회권 배제사유에 관한 개정론”, 「외법논집」 제40권 제2호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2016, 57면 이하.

수를 위하여 소비자가 사업자에게 방문을 명시적으로 요청한 경우, ⑧ 비디오, 오디오 또는 소프트웨어가 밀봉된 포장상태로 인도되고, 인도 후 소비자에 의하여 포장이 훼손된 경우, ⑨ 장기구독계약의 경우를 제외하고 정기간행물이 인도된 경우, ⑩ 공개경매에서 체결된 계약, ⑪ 주거목적 외의 숙박제공, 물품운송, 차량임대, 식료품의 공급 또는 여가활동과 관련된 서비스의 제공에 특정일이나 기간이 정해진 경우, ⑫ 소비자가 미리 명시적으로 동의하고, 이에 의하여 철회권이 상실된다는 사실을 소비자가 안 상태에서 소비자에게 온라인으로 디지털콘텐츠의 공급이 개시된 경우. 이들 배제사유는 한정적 열거로 하여, 사업자가 소비자와 다른 배제사유를 특약할 수 없도록 하고, 소비자에게 불리한 유추 적용도 허용되지 않아야 한다.

6. 효과

(1) 물품매매

통신판매계약이 실행된 후 계약이 철회되면 청산문제가 발생한다. 즉, 소비자는 급부를 반환해야 하고, 사업자는 대금을 환급해야 한다. 그런데 이에 관하여는 해결을 요하는 입법론적 쟁점들이 남아 있다.³¹⁾ 즉, ① 전자상거래법에 철회의 일반적 효과를 명시할 것인지 여부, ② 어느 경우에 사업자의 물품회수의무가 인정되며, 회수기간에 관한 명문규정의 신설이 필요한지 여부, ③ 철회 후 소비자의 물품반환기간을 명문규정으로 정할 필요가 있는지 여부, ④ 소비자의 물품반환의무를 추심채무로 두어야 할 것인지 여부, ⑤ 사업자가 어떤 경우에 어느 범위에서 가액배상을 청구할 수 있는지의 문제, ⑥ 철회기간 동안의 물품의 사용이익에 대하여 배상청구가 가능한지 여부, ⑦ 철회 후 물품반송위험을 누가 부담해야 하는지 문제, ⑧ 사업자가 소비자의 결제수단과는 다른 결제수단으로 대금을 환급할 수 있는지의 문제, ⑨ EU법상의 “물품반송증명제도”를 우리 법에 도입

31) 이에 관한 상세는 김진우, “소비자철회권의 행사효과에 관한 몇 가지 쟁점”, 「유통법연구」 제3권 제1호, 한국유통법학회, 2016, 79면 이하; 김진우, “전자상거래법에 따른 철회 효과로서의 계약의 청산”, 「법학논고」 제55집, 경북대학교 법학연구원, 2016, 159면 이하.

할 것인지의 문제, ⑩ 철회 후 소비자의 사업자에 대한 책임의 성질과 소비자가 어떤 경우에 어느 범위에서 책임을 지는지의 문제, ⑪ 통신판매계약이 철회되면 부수적 계약도 철회된 것으로 취급할 것인지가 문제된다.

이들 문제에 대한 필자의 입법론적 관점에서의 생각은 다음과 같다. ① 전자상거래법은 철회의 효과를 비교적 상세히 규율하고 있지만, 정작 철회가 일반적으로 어떤 효과를 가지는지에 대해서는 침묵하고 있다. 철회기간 동안 계약체결을 위한 소비자의 의사표시가 유동적 유효인지 아니면 유동적 무효인지에 관하여 갑론을박이 있으므로, 전자상거래법에 철회의 효과를 지금보다 적극적으로 규정한다. 이를 위하여 철회권이 철회기간 내에 행사되면 당사자가 계약체결을 위한 의사표시 또는 계약에 더 이상 구속되지 아니하는 것으로 규정한다. 이에 의하여 양 당사자의 체결된 계약에 대한 쌍무적 이행의무이나 계약체결에 관한 의무가 소멸되며, 특히 계약이 체결된 경우에는 철회기간 동안 계약이 유효하다는 점(유동적 유효)도 드러나게 된다. ② 소비자는 사업자에게 물품반환을 선이행하여야 함으로써 사업자의 지급불능 위험을 부담한다. 다만, 사업자가 물품을 그의 비용으로 스스로 회수하겠다고 제안하고 소비자가 이를 수락한 경우, 소비자는 물품반환의무를 부담하지 않는다. 사업자가 물품을 스스로 회수하겠다고 제안하고 소비자가 이를 수락한 때에는 소비자가 적극적 반환의무를 지지 않지만, 그러한 사업자의 제안은 그가 회수비용도 부담한다는 취지인 경우에만 구속력이 있다. ③ 소비자의 물품반환기간에 관한 법률규정을 신설할 필요성은 크지 않지만, 그 규정으로 소비자의 이행지체에 관한 법률문제가 현재보다 명료하게 해결될 수는 있다. ④ 전자상거래법은 철회 후 반환 도중에 발생할 수 있는 물품의 우연한 훼손 또는 멸실의 위험 및 이 경우에 대가위험을 누가 부담할 것인지에 대하여 규정하지 않았다. 따라서 특약이 없을 경우 민법에 따른 위험부담(제537조 이하)이 문제된다. 현행법상 소비자의 물품반환의무는 원칙적으로 추심채무이지만, 입법론으로는 송부채무로 해야 한다. 그 경우 소비자의 물품반송의무는 법정송부채무로서, 반송 과정에서 물품의 우연한 멸실 또는 훼손에 대하여 소비자는 급부의무를 면하고 아울러 가액배상 또는 손해배상을 할 의무도 부담하지 않는다. 반면, 사업자는 물품을 반환받지 못함에도 철회의 효과로서 소비자에게 대금

을 환급해야 한다. ⑤ 작동방법이나 성상의 검사에 필요한 범위³²⁾를 초과하여 물품을 사용한 후 철회한 소비자는 물품의 가치감소에 대하여 가액배상의무를 져야 한다. 가액배상산정은 물품의 객관적 가치를 표준으로 한다. 따라서 사업자는 계약적 대가의 배상을 청구할 수 없다. 이것은 용역계약에서 원칙적으로 약정된 대금을 기초로 가액배상을 산정해야 하는 것과 다른 점이다. 급부대상에 따른 이와 같은 상이한 취급은 물품에서는 객관적 가치감소의 산정이 가능한 반면, 용역에 대하여는 이를 산정하기 어렵다는 점에 기한 것이다. 가치감소가 물품의 성상이나 작동방법의 검사에 필요한 범위를 넘어선 물품 취급에 그 원인이 있었다는 점과 철회권에 관한 적법한 정보제공이 있었다는 점에 대한 증명책임은 사업자가 부담한다. ⑥ 소비자의 철회의 자유를 보장하기 위하여 사업자는 철회 기간 동안의 물품 사용이익에 대하여 배상을 청구할 수 없도록 한다. ⑦ 소비자의 철회에 대한 의사결정의 자유가 보장하기 위하여 사업자에게 반송위험을 부담시킨다. ⑧ 소비자보호의 목적상 사업자와 소비자 사이에 명시적 특약이 있고, 대금환급으로 말미암아 소비자에게 별도로 비용부담이 따르지 않을 것을 전제로 다른 결제수단에 의한 환급을 인정한다. ⑨ 소비자가 물품반송을 증명한 때에는 반송 도중 물품이 멸실·분실·훼손되더라도 사업자가 대금환급을 거절하지 못하도록 한다. ⑩ 소비자는 철회 후 일정 요건 아래 사업자에 대하여 가액배상을 하도록 법률을 개정한다. ⑪ 부수적 계약이 주된 계약인 통신판매계약과 사실상 또는 경제적으로 관련성이 있을 뿐만 아니라 부수적 계약에 기한 급부를 주된 계약의 당사자인 사업자 또는 그와의 약정에 기하여 제3자가 제공키로 하였다면, 부수적 계약은 주된 계약과 법적 운명을 같이 하도록 한다.

(2) 디지털콘텐츠계약

종래 소비자철회권에 관한 논의는 주로 물품거래를 염두에 둔 것이지만, 온라인 디지털콘텐츠 거래에서도 철회가 문제된다. 그런데 디지털콘텐츠는 무체적

32) 물품의 작동방법이나 성상의 검사에 필요한 범위는 일반 상점에서의 거래에 준하여 취급한다. 통신판매에서 철회를 인정하는 것은 일반 상점에서의 거래와 비교하여 소비자에게 특전을 부여하려는 것이 아니라 특수한 형태의 계약체결상황을 감안한 것이기 때문이다.

급부로서 거래의 청산이 어려울 뿐만 아니라 소비자의 남용위험이 뚜렷하여 철회를 인정하는 것이 과연 적절한지 문제된다. 현행 전자상거래법은 디지털콘텐츠의 공급이 개시된 때에는 원칙적으로 철회를 부정하되, 가분적 디지털콘텐츠에서 공급되지 아니한 부분은 철회할 수 있도록 하고 있다. 그러나 현행 전자상거래법의 규율은 허술할 뿐만 아니라 모순적이기도 하므로 시급히 재개정되어야 한다.

현행 전자상거래법에 의하면, 가분적 디지털콘텐츠에서 일부라도 공급되면 그 부분은 철회할 수 없고, 미공급부분에 대하여만 철회할 수 있다(제17조 제2항 제5호). 공급이 개시된 디지털콘텐츠는 철회할 수 없는데, 사업자가 디지털콘텐츠를 공급한 경우에는 철회한 날이 대금환급의 기산점이라고 하는 제18조 제2항 제2호는 모순적이다. 따라서 이 조항은 제17조 제2항 제5호와의 체계상 가분적 디지털콘텐츠에서 미공급부분에 대한 철회를 거당한 것이라고 새겨야 한다. 그러나 제18조 제2항 제3호는 사업자가 재화등을 미공급한 경우에는 철회한 날을 대금환급의 기산점으로 한다. 이 “재화등”에는 디지털콘텐츠가 포괄됨은 물론이다. 따라서 제18조 제2항 제2호는 무용하다. 나아가 같은 법은 디지털콘텐츠 계약의 철회에 있어 사업자의 공급에 대하여 소비자가 대가로 금전을 지급한 경우만을 포착하고 있으나, 디지털콘텐츠 급부에 대한 반대급부로 개인정보 등의 금전 아닌 급부가 제공된 경우를 위한 법적 규율도 요청된다.³³⁾

디지털콘텐츠 거래의 철회에 대한 전자상거래법 제17조는 궁극적으로 다음과 같이 재개정되어야 한다. 즉, 소비자철회권은 소비자가 ① 시험사용프로그램 등을 통해 구입대상인 디지털콘텐츠의 성상을 판단할 수 있는 상태에서 ② 사업자로부터 철회권 관련 정보를 미리 제공받고, ③ 사업자의 철회기간 만료 전의 계약실행에 대하여 명시적으로 동의함으로써 철회권이 상실된다는 점을 확인한 후에 ④ 철회기간 내에 실제로 디지털콘텐츠의 공급이 개시되면 소멸되도록 한다. 그 밖에 ⑤ 가분적 디지털콘텐츠의 철회는 미공급부분에 그친다.

디지털콘텐츠 거래가 철회되면, 소비자는 대금을 환급받게 되지만, 디지털콘

33) 이에 관한 상세는 김진우, “디지털콘텐츠 거래의 철회”, 「IT와 법 연구」 제14집, 경북대학교 IT와 법연구소, 2017, 277면 이하.

텐츠가 이미 공급되었다 하더라도 소비자는 그에 대하여 부당이득반환의무 또는 가액배상의무 등의 책임을 지지 않도록 한다.

소비자가 사업자의 디지털콘텐츠 공급에 대하여 금전 아닌 급부를 제공하고 그 이용을 허락한 경우를 포섭하기 위하여 전자상거래법에 제18조의2를 신설하면서 철회기간 중에는 사업자가 데이터를 환가하는 행위를 하지 못하도록 하는 규정을 둔다. 나아가 소비자가 생성한 데이터를 사업자가 반환 및 삭제할 의무, 이용자계정의 폐쇄에 관한 사업자의 조치에 관한 근거조항도 여기에 담는다.

Ⅲ. 정보제공의무

1. 현행법

사업자의 정보제공과 관련하여, 전자상거래법 제13조는 한편으로 「사업자의 신원」에 대하여 ① 상호 및 대표자 성명, ② 주소·전화번호·전자우편주소, ③ 공정거래위원회 또는 특별자치도지사 등에게 한 신고의 번호와 그 신고를 받은 기관의 명칭 등 신고를 확인할 수 있는 사항을 소비자에게 고지하도록 요구하고 있다. 그리고 다른 한편으로 「거래조건」에 대하여 ④ 급부의 공급자 및 판매자의 상호, 대표자의 성명·주소 및 전화번호, ⑤ 급부의 명칭·종류 및 내용, ⑥ 급부의 정보에 관한 사항, ⑦ 급부의 가격, 그 지급방법 및 지급시기, ⑧ 급부의 공급방법 및 시기, ⑨ 청약의 철회 및 계약의 해제의 기한·행사방법 및 효과, ⑩ 급부의 교환·반품·보증과 그 대금환급 및 환급의 지연에 따른 배상금 지급의 조건·절차, ⑪ 전자매체로 공급할 수 있는 급부의 전송설치 등을 할 때 필요한 기술적 사항, ⑫ 소비자피해보상의 처리, 급부에 대한 불만 처리 및 분쟁 처리에 관한 사항, ⑬ 거래에 관한 약관, ⑭ 소비자가 구매의 안전을 위하여 원하는 경우에는 급부를 공급받을 때까지 일정한 제3자에게 그 급부의 결제대금을 예치하는 것의 이용을 선택할 수 있다는 사항 또는 소비자피해보상보험계약 등의 체결을 선택할 수 있다는 사항, 그 밖에 구매 여부 판단에 영향을 주는 거래조건 또는 소비자

피해의 구제에 필요한 사항 중 일정 사항 ⑮ 급부의 가격 외에 교환·반품 비용 등 소비자가 추가로 부담할 사항이 있는 경우 그 내용 및 금액, ⑯ 판매일시·지역·수량, 인도지역 등 판매조건에 관한 제한이 있는 경우 그 내용을 표시·광고하거나 소비자에게 고지하도록 하고 있다. 이 외에 ⑰ 사업자는 미성년자와 계약을 체결할 때에는 법정대리인이 그 계약에 동의하지 아니하면 미성년자 본인 또는 법정대리인이 그 계약을 취소할 수 있음을 미성년자에게 알려야 한다. 나아가 ⑱ 공정거래위원회는 사업자의 상호나 급부의 정보와 거래조건에 관한 표시·광고 및 고지의 내용·방법을 정하여 행정규칙으로 고시하고 있는데, 그 고시는 급부에 관한 정보를 수십 가지 항목으로 나누어 상세한 정보제공을 요구하고 있다.³⁴⁾

2. 개정론

사업자의 정보제공의무는 경쟁을 통한 시장(市場)의 정상적 작동 및 소비자의 실질적 자기결정을 위하여 중요한 역할을 한다. 정보제공의무는 무엇보다도 정보비대칭으로 인하여 발생하는 시장실패(Market failure)를 치유할 수 있는 유용한 도구이다.³⁵⁾ 그러나 통신판매에 있어 소비자에게 계약체결 전에 제공되어야 할 정보는 과다하여 누구라도 조망하기 어렵다. 물품구매에서는 이를테면 물품의 가격, 외관 및 특성 등이 관련이 되고 그 밖의 정보는 별다른 의미를 갖지 못하는 경우가 대부분이다. 특히 사업자의 법률관계에 대한 언급은 대개의 소비자가 잘 알 수 있는 것도 아니다. 적절한 정보는 소비자의 「충분한 정보를 바탕으로 한 알고 하는 결정」을 돕겠지만, 정보의 범람은 오히려 정보스트레스를 유발할 수 있다. 일반소비자는 부차적 정보를 무시하는 식으로 반응한다. 더구나 사람은 인지능력의 한계로 인하여 가용할 수 있는 수많은 정보를 모두 분석하여 적절히 평가·반영할 수도 없다. 다른 한편으로 특히 중소기업자로 하여금 광범위한 정보제공의무를 제 때에 적법한 형식 및 내용으로 소비자에게 제공하라고 요구하는 것도 무리이다. 전자상거래법이 요구하는 정보제공의무는 방대하여 소

34) 김진우, 「아주법학」 제9권 제3호, 653-654면.

35) von Bar/Clive (ed.), op. cit., p. 61.

비자의 「충분한 정보를 바탕으로 한 알고 하는 결정」에 기여한다는 본연의 취지를 살리지 못하고 있다. 따라서 향후 소비자계약의 체결에 필요한 정보를 적정화하기 위한 논의가 절실히 요청된다.³⁶⁾

IV. 담보책임

현행 전자상거래법은 담보책임에 관하여 규정한 바 없으므로 그에 대하여는 민법이 적용된다. 그런데 민법의 담보책임은 역학적 대등당사자를 상정하여 입안된 것이어서 「소비자보호」라고 하는 소비자거래에서의 핵심가치를 실현하는데 한계가 클 수밖에 없다. 그에 반하여 EU법과 EU 회원국은 소비자보호의 관점에서 B2C 거래를 위한 담보책임을 별개로 규정하고 있다. 소비자계약에서 우리 현행법은 담보책임을 사각지대에 방치하고 있으므로 적정한 소비자보호를 위한 입법론을 구상해야 한다.³⁷⁾

1. 물품의 하자

우리 민법학에서는 하자의 판단에 대하여 i) 목적물이 계약체결 당시 양 당사자가 전제한 성상을 갖지 않으면 하자가 인정된다는 주관설, ii) 객관적으로 그 물건이 가져야 할 통상의 성상이 결여되어 있는 때에는 당사자의 약정내용과 무관하게 하자가 인정된다는 객관설, iii) 하자 여부는 기본적으로 당사자의 합의를 기초로 판단하지만, 계약당사자가 계약체결 시에 목적물의 용도 또는 전제한 성상에 관해 언급하지 아니한 경우에는 객관적으로 판단한다는 절충설로 나뉘고 있다.³⁸⁾

살피건대 객관적 기준은 주관적 기준이 없거나 불분명하여 그것을 적용할 수

36) 김진우, 「아주법학」 제9권 제3호, 655면.

37) 이에 관한 상세는 김진우, “온라인 물품거래에서의 담보책임”, 「서울법학」 제24권 제2호, 서울시립대학교 법학연구소, 2016, 71면 이하.

38) 송덕수, 「채권법각론」, 2016, 박영사, 195-197면; 이은영, 「채권각론」, 박영사, 2007, 335면.

없는 경우에만 고려되어야 한다.³⁹⁾ 객관설은 물품의 성상에 대한 당사자의 합의를 설명할 수 없는 맹점을 가지고 있다. 매도인과 매수인은 목적물이 어떤 경우에 하자가 있는 것으로 보아야 하는지에 관하여 스스로 흥정하고 결정할 수 있어야 하는데, 객관설로는 이것이 불가능하다. 바꾸어 말하면 객관설에 따를 경우, 계약당사자들이 객관적 기준과 다른 약정, 가령 객관적 기준을 수정·배제하거나 또는 그 밖의 방식으로 일탈하는 내용의 합의를 할 수 없게 되는 수궁할 수 없는 결과를 초래한다. 따라서 우리 법에서의 하자는 주관적 기준을 일차적 기준으로 삼아야 한다.

전자상거래법의 개정에서는 물품이 계약체결시점에 매도인에게 알려진 특정 목적에 부합하지 아니한 경우에는 하자가 있는 것으로 입법한다. 이것은 CISG 제35조 제2항 b의 특정목적 적합성 법리와 같다. 여기서 CISG 제35조의 “매도인에게 알려졌다”는 것은 당사자의 합의를 요하지 아니한다.⁴⁰⁾ 반면, 독일민법 제434조 제1항 제2문 제1호는 물건이 계약에서 전제가 된 사용목적에 적합한 때에는 하자가 없다고 규정함으로써 매수인의 사용목적은 최소한 매도인이 묵시적으로나마 동의한 때에만 계약적합성 판단의 기준이 된다.⁴¹⁾ 살피건대 매도인에게 알려졌던 물품의 구매목적은 매도인이 이의를 제기하지 아니하였다면 그에 묵시적으로 동의한 것으로 볼 것이다. 그럼에도 소비자계약에서 사용목적에 관한 계약적 합의와 달라야 비로소 하자가 인정된다고 하게 되면 매도인의 담보책임이 축소될 우려가 있고, 이는 부당한 결과를 초래한다. 우리의 현행법인 CISG 제35조는 물품이 매도인에게 알려진 목적에 부합하지 아니한 경우에도 계약부적합성을 인정한다. B2B 계약의 매도인에게 알려진 목적에 부합하지 아니한 경우에 계약부적합성을 인정하여 사업자인 매수인을 보호한다면, 소비자인 매수인은 한층 더 보호를 요한다.

39) 우리 현행법이기도 한 「국제물품매매계약에 관한 UN협약(CISG)」 제35조도 같은 취지이다. 그 밖에 남효순, 「민법주해」 제14권, 제580조, 박영사, 1997, 500-501면; 송덕수, 「채권법각론」, 197면; 이은영, 앞의 책, 335면; 김봉수, “특정물매수인의 하자보수청구권”, 「비교사법」 제48호, 한국비교사법학회, 2010, 68면. 서종희, “유럽연합 소비자권리지침에 의해 개정된 독일민법 제443조의 ‘성상보증’”, 「일감법학」 제33호, 건국대학교 법학연구소, 2016, 173-174면도 같은 취지이다.

40) BeckOK BGB/Saenger, 42. Ed., Stand: 01.11.2016, CISG Art. 35 Rz. 7.

41) Jauernig/Berger, 16. Aufl., 2015, BGB § 434 Rz. 13.

지금까지 우리 민법학에서는 물품의 계약적합성 유무를 판단하기 위한 객관적 기준에 관하여 논의가 활발하지 않았다. 반면, EU의 「온라인 물품거래와 다른 형태의 물품통신판매의 계약법적 측면에 관한 입법지침안(온라인 물품거래지침안)」⁴²⁾의 객관적 기준은 한층 구체성이 있어 전자상거래법의 개정에 적극 수렴하여야 한다. 제5조 c (ii)는 매도인이 문제된 표시가 계약체결 당시에 정정된 사실을 입증하면 면책된다고 하지만, 이 면책사유는 소비자보호의 차원에서 상당한 문제가 있다. 소비자에게 계약체결 전에 적극적으로 정정의 유무를 조사하도록 요구할 수는 없기 때문이다. 요컨대 전자상거래법은 소비자가 해당 표시가 계약체결시점에 정정된 사실을 알았거나 모를 수 없었던 경우로 규정해야 한다. 이에 대한 입증책임은 매도인이 부담한다. 이때의 “모를 수 없었던 경우”란 소비자의 중과실을 말한다.

2. 하자 판단의 기준시점

하자의 유무를 판단하기 위한 기준시점이 문제된다. 우리 민법은 이 문제를 명시적으로 규율하지 않았고, 종래 민법학에서는 ① 계약 성립 시를 기준으로 하는 견해⁴³⁾와 ② 인도 시를 기준으로 하는 견해⁴⁴⁾로 갈리고 있다. 대법원은 특정물매매에 관한 판결에서 계약 성립 시를 기준으로 보았다.⁴⁵⁾

살피건대 우리 민법은 다른 대륙유럽법계와 비교할 때 하자담보책임의 내용을 면밀히 규율하지 않아 애매한 점이 적지 않다. 그러한 상황에서 전자상거래법이 B2C 계약에서 물품인도 시를 하자 판단의 기준시점으로 하는 규정을 신설한다면 법적 명료성이 확보될 것이다. 물품인도 시를 하자 판단의 기준시점으로 해야 하는 까닭은 특히 이 시점부터는 물품이 소비자의 지배권에 들어감으로써 매도인의 물품에 대한 제어가 불가능해지기 때문이다. 즉, 인도 후 매도인이 제어할 수 없는 물품의 하자에 대한 책임을 매도인에게 지도록 하는 것은 이익형량

42) COM(2015) 635 final.

43) 가령 남효순, 「민법주해」 제14권, 제580조, 505면.

44) 이은영, 앞의 책, 338면.

45) 대법원 2001. 1. 18. 선고 98다18506 판결.

의 관점에서 수증하기 어렵다.⁴⁶⁾

한편, 온라인 물품거래지침안 제8조 제2항 제1문은 물품이 매도인의 소관으로 설치되는 경우, 그것이 종결된 시점을 하자 판단을 위한 기준시점으로 본다. 그러나 우리의 거래현실에서는 물품의 인도와 매도인 측에 의한 물품의 설치는 대개 같은 날 이루어지므로 우리 법에 그러한 특칙을 마련할 필요성은 크지 않다. 또한 온라인 물품거래지침안 제8조 제2항 제2문은 소비자가 물품을 설치하는 경우에 계약적합성 판단의 기준시점과 관련하여 소비자에게 특전을 부여하고 있지만, 우연한 멸실·훼손의 위험은 인도와 함께 매수인에게 이전한다는 원칙⁴⁷⁾을 무너뜨리면서까지 소비자를 보호할 필요성이 인정된다고 보기 어렵다는 점, 매도인은 소비자의 물품설치시점을 증명하기 곤란할 것이라는 점에서 취하기 어렵다. 또한 포장이나 설치설명서 등의 부속물은 소비자가 그 수령을 기대할 수 있는 때에는 제공되어야 한다는 조항 및 소비자가 물품을 설치해야 하는데 부정확한 설치가 사업자의 설명서의 오류로 인한 것인 때에도 그로 인한 하자는 물품의 하자로 의제된다고 하는 조항을 통해 소비자는 두텁게 보호된다. 결국 온라인 물품거래지침안 제8조 제2항은 따를만한 것이 아니라고 하겠다.⁴⁸⁾

3. 하자의 추정과 그 기간

민법은 물건하자의 입증과 관련하여 소비자에게 특전을 인정하지 않는다. 따라서 입증책임에 관한 일반원칙에 따라 물품하자는 소비자가 입증해야 한다.⁴⁹⁾ 이와 관련하여 대법원은 민법 제580조 제1항의 하자담보책임에서는 제조물책임에서의 입증책임 완화의 법리가 유추될 수 없다는 입장이다.⁵⁰⁾ 이러한 판결례 아래서 해석론에 의한 물품하자에 대한 증명책임의 완화는 쉽지 않을 것이다.

물품의 제조·유통과 무관한 소비자가 인도시점의 숨은 하자를 입증하기는 쉽지 않다.⁵¹⁾ 과학기술의 발전은 오늘날 일상용품에 대하여도 적용되고 있다. 예컨

46) 김진우, 「서울법학」 제24권 제2호, 83-84면.

47) 가령 송덕수, 앞의 책, 93면; 이은영, 앞의 책, 187면, 190면.

48) 김진우, 「서울법학」 제24권 제2호, 84-85면.

49) 남효순, 「민법주해」 제14권, 제580조, 497면.

50) 대법원 2011. 10. 27. 선고 2010다72045 판결.

대 칫솔은 과거 간단한 소모품으로 여겨졌으나 오늘날에는 양치행태에 관한 정보를 모아 예컨대 스마트폰으로 전송하는 고도로 복합적인 컴퓨터로 진화하고 있다. 이처럼 물품이 과학기술수준을 반영하여 유통될수록 소비자는 그 물품의 구체적 숨은 하자원인을 특정하기 어려워진다. 반면, 사업자는 물품인도시점에 소비자에 비해 물품에 관하여 훨씬 많이 안다고 볼 수 있다. 여기서 정보의 비대칭이 문제된다. 1999년 이래 EU법 및 EU 회원국법이 소비재매매계약에서 하자 추정규정을 두고 있는 것은⁵²⁾ 바로 이러한 상황을 돌파하기 위한 것이다. 다소 늦었지만, 우리 법도 하자추정규정을 도입해야 한다. 물론 사업자의 이익도 적절히 배려되어야 한다. 전자상거래법에 물품인도시점부터 6개월 내에 발생한 하자는 인도 당시 이미 존재하였던 것으로 추정하지만(입증책임의 전환), 물품이나 하자의 성질과 상용할 수 없는 때에는 예외를 인정하는 내용의 조항을 신설한다. 기술적으로 하자 없이 제조하였다는 사실의 입증은 사업자를 면책시키지 않으며, 소비자의 잘못된 취급 또는 그 밖의 외부로부터 작용한 사건만이 면책증명을 위하여 고려된다.⁵³⁾ 그리고 우리 민법은 하자의 존재 사실을 매수인이 안 날부터 6개월 내에 하자담보책임을 추궁해야 하는 것으로 규정하고 있지만(제582조), 담보책임기간의 개시를 매수인의 주관적 인식에 맡기는 것은 매도인의 입증곤란과 매수인이 물품을 구입한 후 상당한 시간이 흐른 뒤에 계약부적합이 발생한 경우에도 담보책임을 추궁할 수 있게 된다는 점에서 불합리하다. 결국 담보책임기간은 물품이 인도된 때부터 2년간 진행하도록 전자상거래법을 개정해야 한다. 그 경우 2년 내에 재판상 또는 재판 외에서 권리행사가 없으면 그 권리는 제척기간의 완성으로 소멸한다.⁵⁴⁾

물품이 인도된 후 6개월 내에 물품의 하자가 주장되면, 매도인 측에서 인도시점의 무하자를 입증해야 한다. 이러한 단기의 기간은 인도 후 소비자가 가급적 빨리 물품의 계약적합성 유무를 검수할 수 있도록 유도한다. 반면, 온라인 물품 거래지침안처럼 하자추정기간을 2년으로 하게 되면 이러한 효과를 기할 수 없

51) 남효순, 「민법주해」 제14권, 제580조, 497-498면.

52) 이에 관한 최근의 논의로는 Ritter/Schwichtenberg, *Technisierung von Alltagsgegenständen*, *VuR* 2017, 51 ff.

53) BeckOK BGB/Faust, 42. Ed. 1.2.2017, BGB § 443 Rz. 42.

54) 김진우, 「서울법학」 제24권 제2호, 87-88면.

다. 일반적으로 물품이 소비자의 지배권에 놓인 시간이 길어질수록 사업자는 인도시점의 하자 부존재를 증명하기 어려워질 것이다. 물품의 하자는 제조과정, 유통과정, 사용 또는 소비자의 잘못된 취급 등과 같은 다양한 원인에서 비롯된다. 특히 소비자의 물품사용기간이 길수록 또 사용빈도가 높을수록 물품의 부적절한 취급 또는 보관에 하자의 원인이 놓인 경우가 많다. 반면, 사업자는 물품인도 후 일반적으로 소비자로부터 그것의 사용의 방법 또는 빈도에 관한 정보를 제공받지 못한다. 그 점에서 온라인 물품거래지침안이 추구하는 하자추정기간의 2년으로의 연장은 소비자의 이익보호에 치우친 것이다.⁵⁵⁾

4. 구제수단

(1) 추완청구

우리 민법은 물건하자에 대한 대륙유럽법계의 대표적 구제수단인 수리청구권과 대금감액권을 명시하지 않았고, 이에 대하여는 우리 하자담보책임법의 불완전성을 상징하는 것이라는 비판이 있어 왔다.

통신판매에서는 일반적으로 종류매매가 문제된다. 그리고 종류매매에서는 완전물급부청구권이 인정된다(민법 제581조 제2항). 이 권리는 온라인 물품거래지침안의 대체물인도청구권에 해당한다. 대법원 2014. 5. 16. 선고 2012다72582 판결은, 방론으로 수리도 추완의 한 방법으로 이해하였다. 이러한 판결례에 의할 경우 종류매매에서는 추완방법과 관련하여 매수인은 대체물인도 또는 수리를 청구할 수 있다. 매수인으로서의 계약에 적합한 물품을 확보하는데 목적이 있으므로, 하자에 대하여 매수인이 매도인에게 수리를 청구할 수 있어야 한다는 앞의 판결은 타당하다. 다만, 수리청구권이 우리 민법상 허용되는 것이냐에 관하여는 여전히 이견이 있을 수 있으므로 법률규정으로 이를 명시하는 것⁵⁶⁾이 바람직하다.

또한 민법 제581조 제2항에 따라 종류매매에서 손해배상, 대체물인도 및 계약해제는 선택적 관계에 놓인다. 하지만 물품의 계약부적합에 대한 일차적 구제수

55) 김진우, 「서울법학」 제24권 제2호, 88-89면.

56) 2004년 법무부 민법개정안 제580조 제2항, 제581조 제1항도 참조.

단은 수리 또는 대체물인도와 같은 추완이어야 한다. 일단 체결된 계약은 가급적 유지하는 것이 자원낭비를 막을 수 있는 길이고 추완은 매도인과 매수인의 이해 관계에 부합하는 최적의 해결책이라고 할 것이기 때문이다. 이에 전자상거래법에 소비자는 매도인에게 무상으로 수리 또는 대체물인도에 의하여 물품을 하자 없는 상태로 만들어 줄 것을 청구할 수 있다는 내용의 규정을 도입한다.⁵⁷⁾

대법원 2012다72582 판결은, 매수인의 대체물인도청구권의 행사에 대한 제한 여부는 목적물의 하자의 정도, 하자 수리의 용이성, 하자의 치유가능성 및 대체물인도의 이행이 매도인에게 미치는 불이익의 정도 등 제반 사정을 고려하여 사회통념에 비추어 개별적·구체적으로 판단해야 한다고 판시하였다. 살피건대 민법에 명시적 제약이 없다고 하여 목적물에 하자만 하면 늘 대체물인도청구권이 인정된다고 해석하는 것은 사회통념에 배치된다.⁵⁸⁾ 따라서 대체물인도청구는 사회통념상 허용되는 범위 내에서 허용되어야 하나, 법적 안정성을 기하기 위하여 추완방법을 제한하는 기준을 명시하는 것이 바람직하다. 이와 관련하여 전자상거래법에 소비자는 수리 또는 대체물인도 중에 선택할 수 있지만, 물품이 하자가 없었더라면 가졌을 가액, 하자가 해당 계약에서 차지하는 비중, 선택적 구제수단이 소비자에게 현저한 불편 없이 제공될 수 있는지 여부를 비롯한 관련 사정을 감안할 때 소비자 선택한 구제수단이 불가능 또는 위법하거나, 다른 구제수단과 비교하여 과도한 비용을 매도인에게 부담시키는 경우에는 예외를 인정하는 규정(온라인 물품거래지침안 제11조 참조)을 신설한다.⁵⁹⁾

매수인이 대체물인도를 청구할 수 있는 경우, 우리 현행법에는 누가 계약부적합의 물품을 처리해야 하는지에 관한 규정이 없고, 이에 관한 논의도 찾아보기 어렵다. 이 문제를 명확히 해결하기 위하여 매도인이 대체물인도를 하는 경우에는 그의 비용으로 하자 있는 물품을 회수해야 한다는 취지의 규정을 도입한다. 온라인 물품거래지침안은 여기서 “당사자의 특약이 없는 때”라고 하는 단서를 두고 있으나(제10조 제1항), 따르기 어렵다. 추완방법으로서의 매도인의 대체물

57) 김진우, 「서울법학」 제24권 제2호, 94면.

58) 김재형, “종류매매에서의 완전물급부청구권의 제한”, 「비교사법」 제71호, 한국비교사법학회, 2015, 1646면.

59) 김진우, 「서울법학」 제24권 제2호, 94-95면.

인도는 그의 계약위반에 원인이 있는 까닭이다. 따라서 처음부터 하자 있는 물품의 회수비용은 매도인이 부담하는 것으로 해야 담보책임에 관한 법률관계가 간명하게 처리될 수 있다. 이에 덧붙여 하자가 나타나기 전에 소비자가 물품을 적절히 설치한 경우, 매도인의 회수는 계약에 부적합한 물품의 제거와 완전물의 설치 또는 그에 따르는 비용의 부담을 포함한다는 취지의 규정을 신설한다. 한편, 우리 민법상 하자의 제거를 위하여 대체물인도가 있는 경우, 매도인이 매수인인 소비자에 대하여 물품의 사용이익을 배상할 것을 청구할 수 있는지 문제된다. 이 문제에 대하여는 여러 가지 입론이 있을 수 있으므로, 소비자가 대체물인도 전의 계약부적합 물품의 사용에 대하여 가액배상책임을 지지 않는다는 취지의 규정도 신설한다. 대체물인도는 물품의 계약부적합으로 인한 것이기 때문이다.⁶⁰⁾ 소비자가 계약부적합에 기여한 때에는 구제수단을 주장하지 못한다고 하는 온라인 물품거래지침안 제9조 제5항은 소비자보호에 치명적일 수 있으므로 계수하지 않아야 한다. 이와 관련하여 하자의 발생 및 확대에 기여한 매수인의 잘못에 대하여 과실상계 법리를 적용하는 우리 판례⁶¹⁾가 보다 적절한 해결책이다.⁶²⁾

(2) 대금감액

민법상 대금감액권(제572조 제1항)은 권리의 하자, 그 중에서도 권리의 일부가 타인에게 속하는 경우에 한하여 인정된다. 다만, 일부 논자는 하자담보책임의 내용으로 대금감액권을 포함시키기도 한다.⁶³⁾ 그러나 대법원 판결 중 후자의 입장을 취한 것은 찾아볼 수 없다. 반면, 온라인 물품거래지침안은 물건하자에 대하여 정면으로 대금감액을 허용한다. 우리의 현행법인 CISG 제50조도 같다. 대금감액은 물건하자에서도 유익한 구제수단이라 할 것이므로,⁶⁴⁾ 우리 민법은 개정을 요한다.⁶⁵⁾ 만일 민법개정이 현실적으로 어렵다면,⁶⁶⁾ 전자상거래법 또는

60) 김진우, 「서울법학」 제24권 제2호, 95-96면.

61) 대법원 1995. 6. 30. 선고 94다23920 판결; 대법원 1999. 7. 13. 선고 99다12888 판결.

62) 김진우, 「서울법학」 제24권 제2호, 96면.

63) 이를테면 김중환/김학동, 「채권각론」, 박영사, 2006, 276면.

64) von Bar/Clive (ed.), op. cit., p. 910-911은 유용한 사례들을 소개하고 있다.

65) 김상용, 「채권각론」, 개정판, 법문사, 2003, 217면.

66) 2004년의 법무부 민법개정안 제580조는 대금감액권을 신설하였으나, 이 개정안은 2008. 2.

소비재매매법 내지 소비자계약법을 입법하여 하자담보책임의 내용의 일부로 대금감액에 관한 규정을 신설하여 현재의 공백을 메워야 할 것이다. 그러함에 있어 대금감액은 추완이 불가능하거나 추완이 실패한 경우에 비로소 인정한다. 대금감액의 의사표시에는 소비자가 물품의 하자를 이유로 대금의 조정을 요구한다는 점이 분명히 나타나야 할 것이다.⁶⁷⁾

(3) 계약의 해제

민법상 목적물의 계약부적합이 계약목적에 달성할 수 없을 정도로 중대하지 아니한 때에는 매수인은 손해배상만 청구할 수 있고 계약을 해제하지 못한다. 매매계약의 목적을 달성할 수 없는 정도의 하자가 있다고 하기 위해서는 목적물의 하자가 제거할 수 없을 정도이거나 쉽게 제거할 수 없는 경우이어야 한다.⁶⁸⁾ 온라인 물품거래지침안은 경미한 계약부적합에 기한 해제를 인정하고 있으나, 계약해제를 대금감액의 선택적 구제수단으로 다루는 것은 수긍하기 어렵다. 경미한 하자의 경우에 소비자가 대금감액 없이 계약을 해제하는 것은 정당화하기 어렵기 때문이다. 계약해제 후 사업자에게 반환된 물품은 대개 재판매가 불가능하여 버려진다. 이것은 경제적으로나 환경보호의 관점에서 낭비이다.⁶⁹⁾ 경미한 하자에 대하여 대금감액과 선택적으로 계약해제를 허용하면, 자원을 불필요하게 낭비하게 되고 환경보호에도 역행하게 된다. 따라서 해제는 우리 법에서 앞으로 계약의 목적달성불능과 같은 중대한 계약위반을 요건으로 하여야 한다.⁷⁰⁾

우리 민법학에서는 목적물의 일부에만 하자가 존재하고 또 그 부분이 하자 없는 다른 부분과 분리될 수 있는 때에는 일부 무효의 법리를 유추하여 계약 전부를 해제할 수 있지만, 잔부만으로 계약목적에 달성할 수 있는 때에는 예외적으로 그 부분에 대해서만 해제할 수 있다는 것이 통설적 시각이다. 다만, 현실에

17대 국회가 막을 내리면서 자동 폐기되었다. 2013년의 법무부 민법개정시안에는 담보책임에 관한 개정안이 아예 들어 있지 않다.

67) 김진우, 「서울법학」 제24권 제2호, 97-98면.

68) 양형우, 「민법의 세계」, 제8판, 피엔씨미디어, 2016, 1370면.

69) Schmidt-Bleek, *Nichts für die Umwelt, alles fürs Geschäft*, 2. Aufl., 2014, S. 58 ff., 266 ff.

70) 김진우, 「서울법학」 제24권 제2호, 100-101면.

서는 법률행위의 일부에 무효사유가 있으면 그 부분만 무효로 하는 것이 원칙이고, 잔부만으로는 법률행위를 하였을 것이라고 인정되지 않는 경우에 전부 무효를 인정하고 있으며,⁷¹⁾ 이러한 법리는 해제에 대하여도 타당하다고 할 것이다. 여기서 전자상거래법에 물품의 일부에만 하자가 있는 경우에도 계약의 잔부는 효력이 있지만, 그 잔부만으로는 매매계약을 체결하지 아니하였을 것이라고 인정된 때에는 전부를 무효로 한다는 규정을 신설할 경우, 법률지식이 부족한 일반인의 이해를 도울 수 있을 것이다.⁷²⁾

전자상거래법에 계약해제 후의 원상회복을 위한 특칙을 둔다. 먼저 당사자에게 해제 후 지체 없이 급부를 동시에 반환할 의무를 규정한다. 온라인 물품거래지침안 제13조 제3항은 동시이행을 상정한 것이지만, 이들 조항을 계수할 경우에는 물품반환에 관하여 소비자가 선이행의무를 부담할 여지가 있다. 또한 소비자계약의 철회에서는 사업자의 대금환급의무가 급부를 반환받은 날부터 3영업일이라는 점과 대비할 때 균형을 잃게 된다. 따라서 온라인 물품거래지침안 제13조 제3항 a, b는 계수하지 않아야 한다. 다음으로 매도인의 소비자에 대한 대금환급의무 및 환급비용 부담과, 소비자는 매도인에게 물품을 매도인의 비용으로 반환하게끔 하는 취지의 규정을 마련한다. 아울러 전자상거래법에 멸실 또는 훼손 등의 경우의 계약청산문제에 대하여 소비자권리지침을 모델로 상세히 규율한다.⁷³⁾

(4) 손해배상청구권

전자상거래법에 민법과는 별개의 매도인의 담보책임은 규율한다면, 완전한 담보책임체계를 수립해야 하므로, 거기에는 손해배상청구권도 규율되어야 한다. 다만, 판례에 의할 경우, 물품의 하자로 인한 직접적 손해는 담보책임에 의하여 포섭되지만 후속손해는 채무불이행책임에 의해서만 배상받을 수 있다.⁷⁴⁾ 이러한 판례 법리는 일응의 합리성이 인정되므로, 전자상거래법은 물품하자로 인한

71) 박윤지/김재형, 「민법총칙」, 박영사, 2013, 385면.

72) 김진우, 「서울법학」 제24권 제2호, 101-102면.

73) 상세는 김진우, 「서울법학」 제24권 제2호, 102-103면.

74) 대법원 2000.10.27. 선고 2000다30554, 30561 판결; 대법원 2003.7.22. 선고 2002다35676 판결.

직접적 손해에 대한 배상청구만을 규율하고, 후속손해는 민법학의 일반이론에 맡긴다.⁷⁵⁾

V. 품질보증책임

오늘날 거래현실에서는 판매자나 제조업자 등 제3자에 의하여 제품의 성상이나 내구성에 대하여 흔히 사후관리서비스(A/S) 형태로 품질보증이 제공되고 있다. 이러한 품질보증은 주로 구매자인 소비자의 신뢰를 형성하기 위한 관측목적으로 이루어지지만,⁷⁶⁾ 소비자의 오인으로 인한 다툼을 유발하기도 한다. 그런데 우리 현행법은 B2C 거래에서 통상적으로 제공되는 품질보증의 사법적 의미를 한편으로 과소평가하고 있고, 다른 한편으로 행정적으로 과도하게 규제하는 문제점을 가지고 있다.⁷⁷⁾ 이를 해결하기 위하여 EU법,⁷⁸⁾ 독일법 및 DCFR을 참조한 품질보증의 사법적 법률관계에 대한 필자의 입법론적 제안은 아래와 같다.

- (1) 품질보증은 제품이 보증표시 또는 관련 광고에서 언급된 성상이나 내구성을 충족하지 못한 경우에 대금환급, 제품의 교환·수리 또는 기타의 방법으로 제품의 계약부적합을 치유하기로 한 매도인, 제조업자 혹은 기타 제3자의 약속을 말한다. 대개는 제조업자가 품질보증을 한다. 판매자가 품질보증을 하는 경우, 그는 담보책임 외에 추가적으로 책임을 인수한 것으로 보아야 한다.⁷⁹⁾ 품질보증 개념의 중요한 요소는 자발성(따라서 보증내용은 보증제공자가 자유롭게 정할 수 있다),⁸⁰⁾ 판매자는 물론 제조업자와 같은 제3

75) 김진우, 「서울법학」 제24권 제2호, 103-104면. 양형우, 앞의 책, 1371면도 같은 맥락이다.

76) 품질보증은 구매결정에 있어 근본적인 의미를 가진다는 점은 Steimle/Dornieden, Der Kfz-Hersteller als privilegierter Garantiegeber?, NJW 2009, 1039.

77) 이에 관한 상세는 김진우, “소비재매매계약에서의 품질보증제도의 입법론”, 「홍익법학」 제17권 제1호, 홍익대학교 법학연구소, 2016, 293-294면; 김진우, “광고에 기한 품질보증책임”, 「법학연구」 제49집, 전북대학교 법학연구소, 2016, 99면 이하.

78) EU는 1999년의 소비재매매지침(Richtlinie 1999/44/EG)부터 품질보증제도를 규율하고 있으며, 2011년의 소비자권리지침은 “영업적 보증(gewerbliche Garantie)”에 대하여 개념을 정의하고 있다(제2조 제14호).

79) 김진우, 「홍익법학」 제17권 제1호, 295-297면.

80) 이 점을 강조하고 있는 문헌으로 Tonner, in: Tamm/Tonner (Hrsg.), Verbraucherrecht, 2. Aufl.,

자도 품질보증을 할 수 있다는 점, 담보책임을 갈음하는 것이 아니라 담보 책임과 양립한다는 점이다. 제조업자의 품질보증은 제조업자와 소비자 사이의 계약체결로 성립한다. 제조업자의 청약은 일반적으로 물품에 동봉된 보증표시(예컨대 제품보증서)에 담겨 있으며, 소비자는 묵시적으로 그것에 대하여 승낙하게 된다.⁸¹⁾ 그 밖에 판매자가 제조업자의 대리인으로 행위하거나 또는 판매자가 소비자에게 제3자를 위한 계약을 통해 품질보증을 제공할 수도 있다.⁸²⁾ 보증약정은 판매자와 소비자 사이의 매매계약 및 매매계약의 구성요소가 아니라 특수한 계약의 일종이다.

- (2) DCFR IV.A.-6:102처럼 품질보증의 법적 구속력과 관련하여 보증은 원칙적으로 보증기간 동안 제품의 전득자에게도 인정된다는 점, 등록을 비롯한 형식적 요구사항은 구매자에 대하여 효력이 없다는 점을 명시한다.⁸³⁾ 품질보증의 법적 구속력과 관련하여 특약을 인정할 필요성은 누가 보증수령자인지가 중요한 영역이 있기 때문이다.⁸⁴⁾ 품질보증의 기산점은 원칙적으로 계약체결시점이 아니라 물품인도시점으로 한다.
- (3) 품질보증과 관련하여 보증제공자는 i) 일정 사항이 기재된 보증서를 반드시 교부하도록 하고, ii) 보증서는 종이를 비롯한 지속적 저장매체에 서면방식으로 작성되어 소비자가 접근할 수 있어야 하며, 이를 준수하지 아니한 경우에도 품질보증은 유효하다는 점, 위 i)·ii)가 이행되지 아니한 경우 소비자는 보증제공자에게 위 i)·ii)에 따른 보증서의 교부를 요구할 수 있음을 규정한다.⁸⁵⁾ 품질보증서는 간이하고 이해할 수 있는 형태로 작성할 것(투명성의 원칙)을 법률규정으로 명시한다.⁸⁶⁾ 언어적 불명료성은 소비자에게 유리하게 보증제공자에게 불리하게 해석되어야 한다.⁸⁷⁾

2016, § 20 Rz. 1 f.

81) BeckOK BGB/Faust, 42. Ed. 1.2.2017, BGB § 443 Rz. 19; Tonner/Gawel/Schlacke/Alt/Bretschneider: Gewährleistung und Garantie als Instrumente zur Durchsetzung eines nachhaltigen Produktumgangs, VuR 2017, 8.

82) BeckOK BGB/Faust, 42. Ed. 1.2.2017, BGB § 443 Rz. 19.

83) 김진우, 「홍익법학」 제17권 제1호, 300-301면.

84) von Bar/Clive (ed), op. cit., p. 1402.

85) 김진우, 「홍익법학」 제17권 제1호, 302면.

86) 소비재매매지침 제6조 제2항; 독일 민법 제477조 제1항 참조.

- (4) 품질보증의 내용은 보증표시 또는 관련 광고의 해석(즉, 의사표시의 해석)으로 결정된다. 일반적으로 대금환급, 제품교환이나 수리 등이 품질보증의 내용이 될 것이다. 손해배상도 품질보증의 내용이 될 수는 있지만, 손해배상의 범위나 사전에 계측이 불가능하므로 보증제공자가 손해배상을 품질보증의 내용으로 하는 경우는 극히 드물 것이다. 품질보증이행의 비용과 관련하여 보증표시로 달리 정함이 없는 한 품질보증이행비용은 보증제공자가 부담하는 것으로 한다.⁸⁸⁾ 보증표시와 관련 광고의 내용이 다른 경우, 소비자는 그에게 보다 유리한 바를 보증내용으로 주장할 수 있도록 하는 규정을 둔다.⁸⁹⁾
- (5) 제품의 일부에 한정된 품질보증의 경우, DCFR IV.A.-6:105처럼 보증서에 그 사실을 명확히 표시하도록 하고, 불명확한 제한은 소비자를 구속하지 못하도록 한다.⁹⁰⁾
- (6) 보증제공자책임의 배제 내지 제한과 관련하여 보증제공자는 소비자의 잘못된 취급, 천재지변 등과 같은 보증제공자의 책임 없는 사유로 말미암은 하자에 대하여는 책임을 면하며, 보증제공자는 소비자가 특히 제품의 유지관리를 함에 있어 보증제공자의 지시를 위반하여 생긴 문제 또는 손해에 대해서는 책임이 배제 내지 제한됨을 규정할 수 있다. 다만, 그 배제 내지 제한은 품질보증서에 분명히 기재되어야 한다.⁹¹⁾
- (7) 입증책임과 관련하여 제품이 보증서 또는 관련 광고에서 표시된 바를 충족한 사실, 제품에 발생한 계약부적합 또는 손해는 소비자의 잘못된 취급, 천재지변 등 보증제공자의 책임 없는 사유로 말미암은 것이라는 점을 보증제공자가 입증하도록 하고, 그 입증이 없는 한 소비자가 내구성보증에 따른 권리를 행사할 수 있도록 한다.⁹²⁾

87) HK-BGB/Saenger, 9. Aufl., 2017, BGB § 477 Rz. 2; MüKoBGB/Lorenz, 7. Aufl., 2016, BGB § 477 Rz. 11.

88) 김진우, 「홍익법학」 제17권 제1호, 307면.

89) 독일의 통설: MüKoBGB/Westermann, 7. Aufl., 2016, BGB § 443 Rz. 14.

90) 이에 관한 상세는 von Bar/Clive (ed), op. cit., p. 1418-1419.

91) 김진우, 「홍익법학」 제17권 제1호, 312-313면. 이에 관한 유용한 사례의 소개는 von Bar/Clive (ed), op. cit., p. 1420-1421.

92) 김진우, 「홍익법학」 제17권 제1호, 313-314면. von Bar/Clive (ed), op. cit., p. 1423도 참조.

(8) 소비재매매에서의 담보책임과 품질보증을 전자상거래법에 규정할 수는 있다. 그러나 이들 문제가 단순히 전자상거래법만의 문제가 아니라면 보다 포괄적인 법률의 제정이 요청되며, 그 명칭은 “소비재매매법”이라고 하는 것이 좋을 것이다.⁹³⁾ 우리의 경우 특히 품질보증의 사법적 법률관계에 대하여는 입법경험이 없으므로, 민법에 이러한 내용을 담기에는 아직 시기상조이다.

VI. 기타

1. 재화 개념의 물품 개념으로의 대체

소비자권리지침 제2조 제3호의 의미에서의 “물품”⁹⁴⁾이라 함은 강제집행이나 법원의 그 밖의 처분에 의하지 아니하고 판매되는 유체적 동산을 말한다. 강제집행이나 법원의 그 밖의 처분에 의한 물품을 소비자권리지침의 적용대상에서 제외하는 것은, 이들 조치에 대하여는 EU 각국의 국내법에 강행법규가 존재하기 때문이다. 우리 법에서도 강제집행 또는 법원의 다른 처분에 의하여 매도되는 동산은 소비자계약법상의 물품에서 제외해야 한다. 이들 조치에 따른 동산에 대하여 철저히 결과를 뒤집는 것은 부적절하기 때문이다.⁹⁵⁾ 전자상거래법의 재화 개념은 윤곽이 뚜렷하지 않으므로 물품 개념으로 대체한다.

2. 용역계약 개념

소비자권리지침 제2조 제6호의 의미에서의 “용역계약”(Dienstleistungsvertrag)은 같은 지침의 적용을 전제로 매매계약이 아니면서 사업자가 소비자에게 서비

93) 김진우, 「홍익법학」 제17권 제1호, 315-316면.

94) 이는 전자상거래법 제1조상의 “재화”에 상당하는 것이나, 소비자권리지침은 강제집행 또는 법원의 다른 처분에 기하여 매도되는 동산을 그 적용대상에서 제외하고 있다.

95) 김진우, 「서울법학」 제23권 제2호, 133면.

스를 제공하거나 제공을 약속하고 소비자는 그에 대하여 대금을 지급하거나 지급을 약속하는 계약을 말한다. 이 개념은 예컨대 의사, 변호사, 미용사 또는 수공업자와의 고용계약이나 도급계약 등을 포괄하는 폭넓은 것이다.⁹⁶⁾ 이러한 용역 계약 개념은 소비자권리지침의 적용범위의 계수를 전제로 우리 전자상거래법이 수렴할 수 있는 내용이다.⁹⁷⁾

3. 부수적 계약 내지 관련계약 개념

소비자권리지침 제2조 제15호의 “부수적 계약”(akzessorischer Vertrag)이란 소비자가 통신판매계약과 관련된 물품을 취득하거나 용역을 공급받을 수 있는 계약으로서 물품의 인도 또는 용역의 제공을 해당 사업자 또는 제3자와 해당 사업자 사이의 합의에 기하여 그 제3자가 행하는 계약을 말한다. 이를테면 물품배송 계약, 매매대금의 공여를 위한 여신계약, 유지보수계약이 통신판매계약에 대한 관계에서 부수적 계약이다. 이것은 소비대차를 대상으로 하면서 경제적 일체성을 요건으로 하는 독일민법 제358조 제3항의 의미에서의 “결합계약”보다 넓은 개념이다. 소비자권리지침에 따른 부수적 계약은 독일민법 제360조 소정의 “관련계약”에 해당한다. 독일민법 제360조 제2항 제1문은 관련계약을 철회된 계약과 일정한 관련성을 가지고 철회된 계약의 사업자가 실행하거나 제3자가 그와 철회된 계약의 사업자와의 약정에 기하여 실행하는 급부를 목적으로 하는 계약으로 정의하였다.⁹⁸⁾ 이러한 정의에 따라 관련계약은 물적 관련성과 인적 관련성을 요건으로 한다.⁹⁹⁾

소비자가 통신판매계약을 철회한 경우, 부수적 계약은 소비자에게 비용을 발생시키지 아니한 채 자동적으로 종료한다.

개별적으로 관련된 계약 사이의 주종관계를 판단함에 있어서는 가치평가를

96) HK-BGB/Schulze, 9. Aufl. 2017, BGB § 356 Rz. 8; MüKoBGB/Wendehorst, 7. Aufl. 2016, BGB § 312c Rz. 22.

97) 김진우, 「서울법학」 제23권 제2호, 132면.

98) BT-Drs. 17/12637, S. 66 ff.

99) 이에 관한 상세는 Klocke, Grundfälle zu den verbundenen und zusammenhängenden Verträgen, JuS 2016, 978 f.

요한다. 예컨대 소비자가 매달 통신서비스요금을 내기로 하고 동일한 사업자로 부터 통신서비스 및 휴대폰단말기를 별개의 계약으로 구입한 경우, 통신서비스 계약이 주된 계약이다.

우리 전자상거래법은 부수적 계약 또는 관련계약이라는 용어는 알지 못하지만 여신계약을 규율하면서 그 계약은 주된 계약과 운명을 달리하는 것을 전제로 규율하고 있다(제18조 제3항 내지 제7항). 그러나 주종관계에 있는 계약에서 종된 계약은 주된 계약과 원칙적으로 법적 운명을 같이 해야 할(부종성) 뿐만 아니라 부수적 계약 내지 관련계약에 대한 구속으로 인하여 소비자가 통신판매계약의 철회를 망설이게 해서는 안 된다. 그를 위하여 전자상거래법 제18조 제3항 내지 제7항을 삭제하는 대신에 주된 계약이 철회되면 일정 요건 아래 부수적 계약 내지 관련계약도 종료한다는 취지의 규정을 둔다.¹⁰⁰⁾

4. 계약 성립 전에 언급된 거래조건의 구속력

전자상거래법상 사업자는 소비자에게 표시·광고하거나 고지한 거래조건을 신의를 지켜 성실하게 이행해야 한다(제13조 제5항). 즉, 같은 법은 계약 성립 전에 언급된 거래조건에 대하여 신의칙상의 이행의무를 부과하고 있을 뿐이다.¹⁰¹⁾ 반면, 소비자권리지침 제6조 제5항은 사업자가 계약체결 전에 제공한 정보의 구속력을 인정한다.

살피건대 계약당사자가 명시적으로 달리 정하지 않았다면 계약체결 전에 언급된 거래조건을 계약내용으로 편입하여 계약적 구속력을 인정하는 것이 소비자를 두텁게 보호하는 길이다. 소비자는 계약체결 전에 사업자가 제공한 거래조건을 신뢰하여 계약을 체결할 것이므로, 그 신뢰를 보호할 가치가 있기 때문이다. 또한 계약체결 전에 언급된 내용에 대한 구속력을 통해 소비자가 이행청구를 할 수 있는 범위가 분명해진다. 다만, 현행법에 따른 정보제공의무는 사업자와

100) 김진우, 「아주법학」 제9권 제3호, 660면; 같은 맥락에서 고형석, 앞의 논문, 292면 이하.

101) 전자상거래법은 제21조 제1항 제1호에서 사업자가 거짓 또는 과장된 사실을 알리거나 기만적 방법을 사용하여 소비자를 유인 또는 소비자와 거래하거나 청약철회 등 또는 계약의 해지를 방해하는 행위를 금지하고, 그 위반 시에는 공정거래위원회가 시정조치를 명하거나 과태료를 부과하는 것으로 하고 있으나, 언급된 거래조건의 구속력 자체를 인정한 것은 아니다.

소비자 모두에게 과도한 면이 있으므로 이제 불가결한 것만을 추려 거기에만 계약적 구속력을 인정해야 한다.¹⁰²⁾

5. 그 밖의 몇 가지 사항

소비자권리지침은 소비자가 일정 콘텐츠를 무료 다운로드할 수 있는 것처럼 광고하고서는 실제로 다운로드가 이루어지면 소비자에게 대금을 요구하는 행태를 봉쇄할 수 있는 법적 장치를 마련하였다. 즉, 전자상거래에서 소비자가 자신의 주문이 대금지급의무와 연동되어 있음을 확인하는 단추를 눌러야만 그 의무가 성립하도록 하였다(제8조 제2항 하부항). 그러한 확인이 없다면 소비자는 계약 또는 자신의 주문에 구속되지 아니한다. 이러한 소비자권리지침의 규정은 모델로서의 성질을 가지므로 우리 전자상거래법에 도입해야 할 것이다.¹⁰³⁾

소비자권리지침 제19조는 소비자의 일정 지급수단의 사용에 대하여 사업자가 대금을 지급해야 하는 경우에 사업자가 실제 부담하는 비용을 초과하는 금액을 소비자에게 청구할 수 없도록 하였다. 이를 통해 예컨대 인터넷으로 구매하는 항공탑승권을 신용카드나 체크카드로 결제하는 경우에 계좌이체의 경우보다 더 많은 대금을 요구하는 등의 불공정 실무관행을 제어할 수 있게 되었다.

전화통신에 관한 소비자권리지침 제21조는 사업자가 고객 핫라인을 두는 경우, 소비자가 사업자 측과의 통화에 기본요금보다 많은 요금을 부담하지 않도록 배려하였다. 소비자는 계약체결 후 계약내용에 관하여 문의하거나 이의를 제기하려면 사업자 측과 통화해야 하는 경우가 있는데, 소비자권리지침은 이때 소비자가 통상요금만을 부담하도록 한 것이다.

한편, 소비자권리지침 제22조는 사업자에게 소비자의 주된 급부의무에 대한 약정대가를 초과하는 어떠한 부수적 급부에 대한 추가적 대금에 대하여도 소비자의 명시적 동의를 얻을 것을 요구한다. 예컨대 통신판매로 어떤 기기를 구매할 때 사업자가 미리 체크해 둔 특급배송옵션, 항공탑승권 구매 시의 사업자가 미리

102) 김진우, 「아주법학」 제9권 제3호, 655-656면.

103) 김진우, 「아주법학」 제9권 제3호, 654-655면; 이병준, “전자상거래에서 부당한 대금 내지 요금 청구와 소비자보호”, 「서울법학」 제23권 제3호, 서울시립대학교 법학연구소, 2016, 61면 이하.

체크해 둔 여행보험계약 등은 소비자가 사전에 동의하지 아니한 이상 무효이다. 사업자는 고객이 간과할 것이라는 기대 아래 소비자가 요구하지 않았던 부수적 급부가 주문된 것처럼 미리 체크해 두고 소비자의 동의를 이유로 소비자에게 추가적으로 대금을 청구해오는 경우가 있다. 소비자는 그의 동의 없는 추가적 대금지급에 대하여 환급을 청구할 수 있다.

소비자권리지침 제8조 제2항, 제19조, 제21조 및 제22조는 공히 소비자보호에 유익한 것으로 우리 법이 적극 수렴해야 할 것이다. 전자상거래법에 따른 전자상거래지침 중 철회에 관한 권고사항은, 계약체결과 관련하여 철회 등의 분쟁처리에 관한 사항도 무료통화 할 수 있도록 조치할 것을 권고하고 있을 뿐이다. 또한 소비자권리지침 제22조와 같은 규정이 있어야 부수적 급부를 제외한 계약의 유지가 가능해진다.¹⁰⁴⁾

VII. 나오며

이상의 논의로부터 현행 전자상거래법은 여러 곳의 개정을 요한다는 점을 알 수 있었다. 그 중에서도 특히 주요한 사항을 간추리면 다음과 같다.

- (1) “청약철회”라는 용어를 “철회”로 개정해야 하며, 철회기간을 통일하고, 철회권 관련 정보제공의무 및 철회권의 행사방법에 관한 제도적 개선이 요청된다. 지나치게 추상적인 현행법의 철회권배제사유는 소비자와 사업자의 이익이 적절히 균형을 이룰 수 있도록 보다 상세히 규정할 필요가 있다. 철회의 효과도 물품매매와 디지털콘텐츠 거래 등으로 분류하여 재정비해야 한다.
- (2) 정보제공의무는 적절한 범위로 축소할 필요가 있다.
- (3) B2C 거래에서의 담보책임과 품질보증책임은 사각지대에 방치되다시피 하고 있으나, 특히 하자를 인도시점부터 일정기간 추정하는 입법을 단행해야 한다.

104) 김진우, 「아주법학」 제9권 제3호, 660-661면.

- (4) 우리 현행법은 B2C 거래에서 통상적으로 제공되는 품질보증의 사법적 의미를 한편으로 과소평가하고 있고, 다른 한편으로 행정적으로 과도하게 규제하는 문제점을 가지고 있으므로, 이들 문제점을 해소하는 방향으로 입법이 행하여져야 한다. 담보책임과 품질보증책임은 상호 밀접한 관련성을 가지므로 이들을 하나로 묶는 입법이 요청된다.
- (5) 재화 개념은 물품 개념으로 대체하고, 용역계약 및 부수적 계약 개념을 도입한다. 그리고 사업자가 계약체결 전에 제공한 정보에 대하여 법적 구속력을 명시적으로 인정한다.

참고문헌

- 곽윤직/김재형, 민법총칙, 제9판, 박영사, 2013.
- 김상용, 채권각론, 개정판, 법문사, 2003.
- 김성천, 소비자철회권 비교법 연구, 한국소비자원, 2010.
- 김증한/김학동, 채권각론(제7판), 박영사, 2006.
- 양형우, 민법의 세계: 이론과 판례, 제8판, 피엔씨미디어, 2016.
- 이은영, 채권각론, 제5판, 박영사, 2007.
- 남효순, 민법주해 제14권, 제580조, 박영사, 1997.
- 송덕수, 채권법각론, 제2판, 박영사, 2016.
- 정진명, 이은영 편저, 소비자법, 제8장 정보통신사회와 소비자, 박영사, 2013.
- 고형석, “유럽연합 소비자권리지침상 청약철회권에 관한 연구”, 법학논총 제29집 제4호, 한양대학교 법학연구소, 2012.
- 김재형, “종류매매에서의 완전물급부청구권의 제한”, 비교사법 제71호, 한국비교사법학회, 2015.
- 김봉수, “특정물매수인의 하자보수청구권”, 비교사법 제48호, 한국비교사법학회, 2010.
- 김진우, “소비자철회권의 정당화사유”, 소비자문제연구 제40호, 한국소비자원, 2011.
- 김진우, “소비자권리지침의 주요개념 및 적용범위에 관한 고찰”, 서울법학 제23권 제2호, 서울시립대학교 법학연구소, 2015.
- 김진우, “광고에 기한 품질보증책임”, 법학연구 제49집, 전북대학교 법학연구소, 2016.
- 김진우, “EU 소비자권리지침에서의 소비자의 권리와 사업자의 의무”, 아주법학 제9권 제3호, 아주대학교 법학연구소, 2015.
- 김진우, “소비자철회권 배제사유에 관한 개정론: 전자상거래법 및 방문판매법을 중심으로”, 외법논집 제40권 제2호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2016.

- 김진우, “소비자철회권의 행사효과에 관한 몇가지 쟁점”, 유통법연구 제3권 제1호, 한국유통법학회, 2016.
- 김진우, “전자상거래법에 따른 철회 효과로서의 계약의 청산”, 법학논고 제55집, 경북대학교 법학연구원, 2016.
- 김진우, “디지털콘텐츠 거래의 철회”, IT와 법 연구 제14집, 경북대학교 IT와 법연구소, 2017.
- 김진우, “소비재매매계약에서의 품질보증제도의 입법론”, 홍익법학 제17권 제1호, 홍익대학교 법학연구소, 2016.
- 서중희, “유럽연합 소비자권리지침에 의해 개정된 독일민법 제443조의 ‘성상보증’”, 일감법학 제33호, 건국대학교 법학연구소, 2016.
- 이병준, “DCFR상 철회권의 행사와 그 법률효과에 관한 고찰”, 외법논집 제36권 제2호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2012.
- 이병준, “전자상거래에서 부당한 대금 내지 요금 청구와 소비자보호: 소비자권리지침을 반영한 독일 민법을 중심으로”, 서울법학 제23권 제3호, 2016.
- 이원재, “「콘텐츠산업 진흥법」 제27조 청약철회 조항에 대한 고찰”, 법학논문집 제38집 제3호, 중앙대학교 법학연구원, 2014.
- 오병철 외 5인, 전자상거래 환경 변화에 대응하기 위한 청약철회제도 개선에 관한 연구, 공정거래위원회 연구용역보고서, 연세대학교 산학협력단, 2011.
- 이은영 외 6인, 전자상거래소비자보호법 전면개정을 위한 연구, 공정거래위원회 결과 보고서, 2012.
- Beck'scher Online-Kommentar BGB, Buch 2, 42. Ed., Stand: 01.02.2017 (“BeckOK BGB/집필자”로 인용).
- Jauernig, BGB, 16. Aufl., 2015 (“Jauernig/집필자”로 인용).

Münchener Kommentar zum BGB, Band 2, 7. Aufl., 2016 (“MüKoBGB/집필자”로 인용).

Schmidt-Bleek, Nichts für die Umwelt, alles fürs Geschäft, 2. Aufl., 2014.

Schulze ed., Common European Sales Law (CESL), Commentary, 2012.

Schulze, Bürgerliches Gesetzbuch, 9. Aufl., 2017 (HK-BGB/집필자로 인용).

Tamm/Tonner (Hrsg.), Verbraucherrecht, 2. Aufl., 2016.

von Bar/Clive (ed.), Principles, Definitions and Model of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full Edition, Volume I, 2009.

Klocke, Grundfälle zu den verbundenen und zusammenhängenden Verträgen, JuS 2016, 975.

Ritter/Schwichtenberg, Technisierung von Alltagsgegenständen, VuR 2017, 51.

Steimle/Dornieden, Der Kfz-Hersteller als privilegierter Garantiegeber?, NJW 2009, 1039.

Tonner/Gawel/Schlacke/Alt/Bretschneider, Gewährleistung und Garantie als Instrumente zur Durchsetzung eines nachhaltigen Produktumgangs, VuR 2017, 3.

BT-Drucksache, 17/12637.

http://elaw.klri.re.kr/kor_service/main.do

국문초록

전자상거래와 통신판매를 규율 대상으로 하는 「전자상거래 등에서의 소비자 보호에 관한 법률(전자상거래법)」은 2002. 3. 30. 제정되었고, 그 동안 수차례 개정되면서 소비자보호를 위한 유익한 법률로 기능하여 왔다. 그러나 전자상거래법은 여전히 개선을 요하는 적지 않은 입법적 과제를 안고 있다. 우선 대표적 소비자보호수단인 소비자철회권, 정보제공의무부터 그러하다. 나아가 전자상거래법은 담보책임이나 품질보증책임에 대하여 침묵하고 있어 유럽연합(EU) 회원국의 관련 법질서보다 낙후되어 있을 뿐만 아니라 소비자보호에 큰 공백을 초래하고 있다. 그 밖에 재화, 용역계약, 부수적 계약 내지 관련계약의 개념, 계약 성립 전에 표시된 거래조건의 구속력 등에 대해서도 재고가 필요하거나 도입이 요청된다. 이 글은 현행 전자상거래법의 사법(私法)적 문제점을 살펴보고 그에 관한 개정을 촉구함으로써 같은 법이 명실상부한 소비자보호법으로서 그리고 사업자의 정당한 이익도 적절히 고려한 법률로 자리매김하기 위한 논의의 단초를 제공하고자 한다.

주제어

철회권, 정보제공의무, 담보책임, 품질보증, 부수적 계약, 용역계약

Abstract

On the Reform of the Electronic Commerce Act

Kim, Chin-Woo*

The Act on the Consumer Protection in Electronic Commerce etc. (E-Commerce Act) was enacted on March 30, 2002, and it has been revised several times in the meantime, and it has become a useful Act for consumer protection. However, the E-Commerce Act still has a few legislative tasks that require improvement. First of all, it is from representative consumer protection means, consumer withdrawal rights, and duty of informations. Furthermore, the E-Commerce Act is silent about the liability for defects and commercial guarantee, which are not only lagging behind the laws of the European Union (EU) member states, but also creating a huge vacuum for consumer protection. In addition, there is a need or need for inventories of goods, services contracts, the concept of ancillary contracts or related contracts, and the binding force of the terms of trade indicated before the contract is established. This paper examines the legal problems of the current E-Commerce Act and urges amendments to it to provide a basis for discussions to establish the Act as a consumer protection law and the Act that properly takes into consideration the legitimate interests of traders.

Key Words

Right of withdrawal, Duty of information, Liability for defects, Commercial guarantee, Ancillary contract, Service contract

* Professor of Civil Law, Hankuk University of Foreign Studies Law School, Seoul