

**유럽연합 소비자권리지침에 의해 개정된
독일민법 제443조의 ‘성상보증’**
-독일민법 제434조 제1항과의 비교를 중심으로-
**Das § 443 BGB, geändert durch die
Verbraucherrechterichtlinien-Umsetzungsgesetz**
-Auslegung von Garantieerklärungen und Abgrenzung zur
Beschaffenheitsvereinbarung-

서 종 희*
Seo, Jong-Hee

목 차

- | | |
|------------------------------------|--------------------------------|
| I. 들어가는 말 | III. 우리민법에서의 시사점 - 맺음말에 갈음하여 - |
| II. 소비자권리지침-이행법률에 따라 개정
된 제443조 | |

독일민법 제443조는 유럽연합 소비자권리지침(Directive 2011/83/EU)을 반영하여, 2013년 9월 20일에 개정되었다. 실무상 독일민법 제443조의 성상보증과 독일민법 제434조의 성상합의의 구별이 가장 어렵고 중요한 문제라고 할 수 있다. 독일연방대법원의 판례들(BGH, Urteil vom 29.11.2006 - VIII ZR 92/06 = NJW 2007, 1346; BGH, Urteil vom 17. 3. 2010 - VIII ZR 253/08 = WM 2010, 990)을 통해 살펴본 것처럼, 당사자가 계약을 체결하면서 ‘성상보증’이나 ‘손해담보’와 같은 표현이 사용되었다는 이유만으로 보증계약이나 손해담보계약의 존재가 인정되어서는 안되며, 계약 전체의 내용 및 목적을 고려하여 당사자의 의도를 파악하여 판단하여야 할 것이다. 우리 판례가 대법원 2002. 5. 24. 선고 2000다72572 판결에서 “계약당사자 사이에 어떠한 계약내용을 처분문서인 서면으로 작성한 경우에 문언의 객

투고일 : 2015. 12. 31. / 심사완료일 : 2016. 1. 27. / 게재확정일 : 2016. 2. 12.

* 건국대학교 법학전문대학원 조교수, 법학박사

Durch diese Papier können wir drei Folgen zu finden.

관적인 의미가 명확하다면, 특별한 사정이 없는 한 문언대로의 의사표시의 존재와 내용을 인정하여야 하지만, 그 문언의 객관적인 의미가 명확하게 드러나지 않는 경우에는 그 문언의 내용과 계약이 이루어지게 된 동기 및 경위, 당사자가 계약에 의하여 달성하려고 하는 목적과 진정한 의사, 거래의 관행 등을 종합적으로 고찰하여 사회정의와 형평의 이념에 맞도록 논리와 경험의 법칙, 그리고 사회일반의 상식과 거래의 통념에 따라 계약내용을 합리적으로 해석하여야 하고, 특히 당사자 일방이 주장하는 계약의 내용이 상대방에게 중대한 책임을 부과하게 되는 경우에는 그 문언의 내용을 더욱 엄격하게 해석하여야 한다(밑줄은 필자가 첨가).”한 것도 손해담보계약이 의무자에게 중대한 책임을 부과한다는 점을 고려하여 이와 같은 설시를 한 것으로 판단된다. 다만 독일연방대법원이 판시한 것과 같이 손해담보계약으로 볼 것인지에 대해서는 매도인 측의 의사보다는 매수인측이 어떻게 받아들였는지를 “그 문언의 내용과 계약이 이루어지게 된 동기 및 경위, 당사자가 계약에 의하여 달성하려고 하는 목적과 진정한 의사, 거래의 관행 등을 종합적으로 고찰하여 사회정의와 형평의 이념에 맞도록 논리와 경험의 법칙, 그리고 사회일반의 상식과 거래의 통념에 따라 계약내용을 합리적으로 해석”하여 판단해야 할 것이다.

[주제어] 성상합의, 성상보증, 광고, 유럽연합 소비자권리지침, 독일민법 제443조 및 제434조

I. 들어가는 말

계약자유의 원칙에 의해 비전형계약의 일종으로 인정되는 손해담보계약(Garantievertrag)은 당사자 일방이 상대방에 대하여 일정한 사항에 관한 위험을 인수하고, 이로 인하여 발생할지도 모르는 담보권리자의 손해 등을 담보인수인에게 전보시키는 것을 목적으로 한다.¹⁾ 손해담보계약은 인수인의 귀책사유와 관계없이 담보한 책임을 이행하는 책임으로서 과실을 전제로 하는 손해배상책임과는 다르다.²⁾ 우리 판례 또한 원칙상 손해담보계약을 이행책임으로 보아 과실상계(우리민법 제396조)를 인정하지 않

1) BGH Urteil vom 24. 6. 1981 - VIII ZR 96/80 = NJW 1981, 2248; Larenz(Karl)/Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts, Zweiter Band: Besonderer Teil*, 2. Halbband, 13. Aufl., 1994, §64 I 1 f.; Braunschnidt, Vesper, “Die Garantiebegriffe des Kaufrechts - Auslegung von Garantieerklärungen und Abgrenzung zur Beschaffenheitsvereinbarung”, Jus 2011, 393. 일본 및 국내에서도 또한 손해담보계약을 동일한 의미로 이해한다. 湖見佳男, *プラクティス民法 債權總論*(第3版), 信山社, 2007, 576頁; 김형석, “보증계약과 손해담보계약”, 저스티스 통권 제77호, 한국법학원, 2004, 49쪽. 특히 2002년 채권법현대화 과정에서 독일민법 전의 여러 곳(제276조, 제442조 내지 제445조, 제447조, 제639조 및 제2376조)에서 보증(Garantie)이라는 용어가 사용되어 혼선을 빚고 있다고 한다. Braunschnidt, Jus 2011, 393 f.

2) MünchKomm/Westermann, 2012, §443 Rn. 4; Larenz(Karl)/Canaris, a.a.O., 1994, §64 II 6; 渡邊拓, “損害担保責任(Garantiehaftung)의法的性質について: 2002年ドイツ債權法改正後の法状況”, 横浜国際経済法学 16卷 1号, 2007, 97頁 이하.

는다.³⁾

그런데 통상적으로 매도인은 매수인에게 매매목적물이 가지는 일정한 성상의 존재를 ‘담보’하는 손해담보계약을 체결한다. 이를 매도인의 ‘성상보증(Beschaffenheitsgarantie)⁴⁾’이라고 한다.⁵⁾ 즉 성상보증이란 사업자 등(제조업자 또는 매도인)이 자신이 제조 또는 판매한 제품의 품질을 소비자에게 보증하는 약정이라고 할 수 있다. 예컨대 매매목적물이 매도인이 보증한 성상 및 내구성을 갖추지 않은 경우, 보증제공자는 약정에 따라 추완 및 보상 등의 책임을 진다.⁶⁾

한편 최근 우리나라에서도 제조사 등이 자신이 제조한 제품에 대한 성상보증을 하고 있어 제조자 및 매도인의 품질보증에 대한 책임이 문제되고 있다(대법원 2014. 5. 16. 선고 2012다72582 판결⁷⁾ 등). 그런데 아쉽게도 우리의 경우에는 제품에 대한 제조자

-
- 3) MünchKomm/Westermann, 2012, §443 Rn. 21. 대법원 2002. 5. 24. 선고 2000다72572 판결 또한 “손해담보계약상 담보의무자의 책임은 손해배상책임이 아니라 이행의 책임이고, 따라서 담보계약상 담보권리자의 담보의무자에 대한 청구권의 성질은 손해배상청구권이 아니라 이행청구권이므로, 민법 제396조의 과실상계 규정이 준용될 수 없음은 물론 과실상계의 법리를 유추적용하여 그 담보책임을 감경할 수도 없는 것이 원칙이지만, 다만 담보권리자의 고의 또는 과실로 손해가 야기되는 등의 구체적인 사정에 비추어 담보권리자의 권리 행사가 신의칙 또는 형평의 원칙에 반하는 경우에는 그 권리 행사의 전부 또는 일부가 제한될 수는 있다(밑줄은 필자가 첨가).”고 보았다. 요컨대 이행급부를 위한 손해담보계약상의 담보의무자의 책임은 귀책사유를 요건으로 하지 않는다는 점에서 손해배상책임(Haftung auf Schadensersatz)이 아닌 이행책임(Haftung auf Erfüllung)이라고 할 수 있다. Larenz(Karl)/Canaris, a.a.O., 1994, §64 II 6.
- 4) 일반적으로 ‘Garantie’는 보장, 보증 또는 손해담보로 번역되고 있다. 일반적으로 ‘Garantievertrag’은 손해담보 계약으로 번역되는 것이 자연스러울 수 있으나, 본고에서는 EU 소비자권리지침에 충실하게 ‘보증’으로 직역하고자 한다. 이에 이하에서 사용되는 보증의 의미는 ‘Bürgschaft’가 아니라 ‘Garantie’를 의미한다.
- 5) MünchKomm/Westermann, 2012, §443 Rn. 1 f.; Braunschimidt, Jus 2011, 394; Larenz(Karl)/Canaris, a.a.O., §64 II 5. 국내에서의 손해담보계약은 제3자가 채무자의 이행을 보증하고 불이행으로부터 발생하는 손해의 인수를 채권자와 계약으로 합의하는 방식이 일반적이다. 참고로 보험계약(保險契約) 또한 손해담보계약의 일종으로 본다. 湖見佳男, 前掲書, 577頁; 노성인/이정래/이우석, “신원보증계약과 손해담보계약의 구별”, 법학연구 제29집, 전북대학교 법학연구소, 2009.12, 316쪽.
- 6) 이는 매도인의 민법상 담보책임에 영향을 미치지 않는다. Larenz(Karl)/Canaris, a.a.O., 1994, §64 II 2.
- 7) 매도인(코오롱글로벌)이 매수인에게 지는 민법상 하자담보책임(완전물금부책임)을 제조사(비엠티블유코리아 주식회사)가 매도인과 연대하여 책임을 지는지가 문제된 사안이다. 이에 대해 원심(서울고등법원 2012. 7. 24. 선고 2011나47796 판결)은 “(1) 피고 비엠티블유코리아 주식회사(이하 ‘피고 비엠티블유’라 한다)가 이 사건 매매계약의 매도인인 코오롱글로벌을 통하여 매수인인 원고에게 이 사건 자동차에 관한 품질보증서(Warranty Booklet, 이하 ‘이 사건 품질보증서’라 한다)를 교부하였고, 이를 통하여 피고 비엠티블유가 원고에게 매도인인 코오롱글로벌의 하자담보책임의 이행을 묵시적으로 보증하였다고 판단하고, (2) 나아가 위 묵시적 보증계약에 의한 완전물 금부무는 이 사건 품질보증서에서 정한 보증 범위에 따라 소비자피해보상규정(2010.1.29. 공정거래위원회고시 제2010-1호인 품목별 소비자분쟁해결기준을 말한다. 이하 같다)의 내용 및 그 해석에 의해 결정된다고 보고, 판시와 같은 이유로 이 사건 하자는 소비자피해보상규정의 교환 사유에 해당하여 신차의 교환 의무가 인정된다고 판단하여, (3) 위 보증계약의 효력으로 피고 비엠티블유는 보증인으

및 판매자의 성상보증 등을 직접적으로 규율하는 입법이 완비되어 있지도 않으며,⁸⁾ 이에 대한 연구 또한 미비한 상태이다.⁹⁾ 이러한 현실을 감안하여, 본고에서는 개정 전 제443조¹⁰⁾의 의미와 EU 소비자권리지침(Directive 2011/83/EU)¹¹⁾에 따라 개정된 제443

로서 코오롱글로텍과 연대하여 원고에게 신차의 교환 의무를 부담한다고 판단하였다(밑줄은 필자첨가).” 반면에 대법원은 “(1) 피고 비엠더블유는 이 사건 매매계약의 당사자가 아니므로, 피고 비엠더블유는 위 피고가 교부한 이 사건 품질보증서에 의하여 하자에 관한 책임을 진다는 원심의 판단 부분은 정당하다. (2) 그러나 이 사건 품질보증서에 따르면 부품의 재질 또는 제조상 결함에 의한 고장의 경우 당해 부품을 무상으로 수리 또는 교환해 주고, 비사업용 승용차(‘비사업용’은 영리법인 또는 개인의 사업목적에 사용되지 않는 차량)에 한하여 주행 및 안전도 등과 관련한 중대한 결함 발생 시 소비자피해보상규정에 따라 보증하여야 한다고 규정하고 있을 뿐, 품질보증인인 피고 비엠더블유가 매도인의 민법상 하자담보책임을 보증한다는 내용은 이 사건 품질보증서의 어디에도 찾아볼 수 없다. 그리고 이 사건 품질보증서 및 이 사건 품질보증서가 보증의 내용으로 인용하고 있는 소비자피해보상규정에서는, 매매목적물인 자동차에 하자가 발생한 경우에 그 하자의 유형이나 정도에 따른 분쟁해결기준에 관하여 비교적 상세하게 정하고 있는데, 이 사건 매매계약의 당사자도 아닌 피고 비엠더블유가 이처럼 품질보증서에서 정한 구체적인 보증책임을 넘어서서 매도인이 부담하는 민법상의 완전물급부 의무를 보증하려는 의사로 이 사건 품질보증서를 작성·교부하였다고 볼 수 없다. 그럼에도 원심은 이와 달리 피고 비엠더블유가 이 사건 품질보증서를 통하여 매도인의 하자담보책임의 이행을 보증하였다고 판단하였으니, 이러한 원심의 판단에는 보증책임 성립 및 법률행위 해석에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다. 이를 지적하는 상고이유 주장은 이유 있다(밑줄은 필자첨가).”고 보아 원심의 판단이 잘못되었다고 하였다.

- 8) 소비자기본법 및 시행령, 소비자분쟁해결기준, 표시·광고의 공정화에 관한 법률, 약관의 규제에 관한 법률, 자동차관리법, 중차산업법 등이 부분적으로 품질보증을 규율하고는 있지만 체계적이지 못하다. 김성천, “소비재품질보증법의 입법에 관한 연구”, 아주법학 제1권 제1호, 아주대학교 법학연구소, 2012, 403쪽 이하.
- 9) 대법원 2014. 5. 16. 선고 2012다72582 판결에서도 ‘품질보증’에 관한 판례의 확립된 법리를 확인할 수는 없다.
- 10) 아래에서 법명의 지시 없이 인용되는 조문은 독일 현행 민법의 조문이다.
- 11) EU 소비자권리지침(Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council on consumer rights)은 2011.10.10. EU 정상회의(the European Council)에서 채택되어 같은 해 12.12.에 발효되었다. 소비자권리지침(Directive 2011/83/EU)의 제정으로 종전의 영업장소의 판매지침(Directive 97/7/EC Distance Selling)과 방문판매지침(Council Directive 85/577/ECC Doorstep Selling)이 폐지되었으며, 불공정계약에 관한 지침(Council Directive 93/13/EEC on Unfair Contract Terms)과 소비재매매 및 소비자보증에 관한 지침(Directive 1999/44/EC Sale for Consumer Goods and associated guarantees)이 소비자권리지침(Directive 2011/83/EU)으로 통합되었다. 소비자권리지침(Directive 2011/83/EU)은 EU 28개 회원국의 소비자권리를 한층 더 강화하는 계기를 마련하였다는 점에서 중요한 의미를 갖는다. 이는 소비생활에서의 투명성을 보장하고 소비자가 충분한 정보를 가지고 보다 나은 선택을 할 수 있도록 하려는 EU의 장기적인 소비자정책(Consumer Policy Strategy)과 뜻을 같이한다. 즉 EU 소비자권리지침은 ‘소비자권리의 강화’, ‘소비자복리의 증진’ 및 ‘효과적인 소비자의 보호’를 목적으로 하고 있는 EU의 장기적인 소비자정책을 잘 반영하였다고 할 수 있다. Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on consumer rights, COM(2008) 614 final; 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, Official Journal of the European Union(OJ.) 2011 L 304, p. 64 ff.

조의 내용을 구체적으로 살펴 본 후(II), 독일민법 개정이 우리법에 시사하는 바를 간단히 고찰해 보면서 맺음말에 갈음하고자 한다(III).

II. 소비자권리지침-이행법률에 따라 개정된 제443조

EC 1999년 소비재매매 및 소비자보증에 관한 지침(Directive 1999/44/EC)에 따라 독일은 ‘품질보증규정’을 두었다(개정 전 제443조).¹²⁾ 그런데 이 규정은 유럽연합 소비자권리지침(Directive 2011/83/EU)을 반영하여,¹³⁾ 2013년 9월 20일에 개정¹⁴⁾되었다(개정 전·후의 조문 비교는 부록 <표 1> 참조).¹⁵⁾ 그런데 독일 내에서도 ‘성상(Beschaffenheit)’의 개념에 대한 논쟁 이외에는 별다른 논의가 없다고 한다.¹⁶⁾ 이에 일부 견해는 입법자의 경솔한 선택으로 인하여 개정된 제443조 제1항의 ‘보증의사표시’와 ‘광고언술’의 관계에 대한 해석의 필요성을 강조하고 있으며, 이를 위해 제434조 제1항과의 비교연구를 시도

12) 종래 독일은 당사자들이 체결한 ‘보증계약(손해담보계약)’을 비전형계약으로 인정하고 있었으나, 지침에 따라 이를 명문화 하였다. Braunschmidt, Jus 2011, 395; Büdenbender, Das neue Schuldrecht, 2002, § 8, Rn. 45; Westermann, Das neue Kaufrecht, NJW 2002, 247 ff. 소비재매매 및 소비자보증에 관한 지침(Directive 1999/44/EC) 중 품질보증에 관한 규정은 개정 전 제443조와 동일하다.

13) EU 회원국은 2013.12.13.까지 동 지침의 도입을 선언하여야 하며, 지침이 EU 공식저널(Official Journal of the European Union)에 게재된 날로부터 2년 내 즉, 2014.6.13.까지 자국법에 반영하여야 한다. Article 28(2) Directive 2011/83/EU. 참고로 프랑스는 2014.3.17.에 지침의 내용을 반영한 새로운 소비자법(Law no 2014-344)을 공포하였고, 2014.10.1.부터 발효되었다. 영국은 ‘2013소비자계약규칙(Consumer Contracts Regulations 2013)’에 지침의 내용을 담아 시행하기 시작하였고, 2015.10.1.부터 ‘2015소비자권리법(Consumer Rights Act 2015)’이 발효되었다.

14) Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechtrichtlinie und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung vom 20.09.2013, BGBl. 2013 I S. 3642; 이 법률에 대한 초안은 BT-Drucks. 17/12637, BT-Drucks. 17/13951 참조.

15) Directive 2011/83/EU에 따라 개정된 조문에 대한 개괄적인 소개는 Wendehorst, “Das neue Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechtrichtlinie”, NJW 2014, 577 ff. 참조. 특히 품질보증에 관한 규정인 제443조는 Article 2(14) Directive 2011/83/EU를 반영하여 종래 규정보다 좀 더 구체화하였다고 할 수 있다. 개정 전 제443조는 지나치게 불분명하고 추상적이라는 비판을 받았는데 이는 소비재매매 및 소비자보증에 관한 지침(Directive 1999/44/EC)이 불분명하였기 때문이었다(Büdenbender, Das neue Schuldrecht, 2002, § 8, Rn. 46). 종전보다 구체화된 Article 2(14) Directive 2011/83/EU는 다음과 같다. (상업적)보증이란 매도인 또는 제조자(보증인)가 소비자에게 매매계약 체결 전이나 그 매매계약체결 시 의사표시로 또는 접근가능 했던(available) 관련 광고에서 기술되었던 (“보증”)품질 및 다른 요청들을 충족시키지 않는다면 법적인 하자책임에 추가하여 매매대금을 반환하거나, 물건을 교환해 준다거나 수리해준다거나 또는 그와 관련하여 용역급부를 행한다는 의무를 지는 경우를 의미한다.

16) Picht, “Die kaufrechtliche Garantie im Verbraucherrechtlinien-Umsetzungsgesetz”, NJW 2014, 2609.

하고 있다(양 조문의 비교는 부록 <표 2> 참조).¹⁷⁾

1. 개정내용에 대한 개괄적 고찰

1.1 보증개념의 구체화

개정된 제443조 제1항은 “보증”에 대한 긴 법적 정의를 마련하였다.¹⁸⁾ 특히 잠재적 보증제공자에 매도인 또는 제3자뿐만 아니라 제조자(Hersteller)를 추가하였다. 학설은 제조자는 매도인과 더불어 상당히 중요한 보증제공자라는 점에서 이번 개정에서 제조자를 보증제공자에 포함시킨 것은 당연한 입법이었다고 본다.¹⁹⁾ 그런데 제443조의 제조자는 제434조 제1항의 제조자와 동일한 의미를 가지는가? 먼저 제434조 제1항에서의 ‘제조자’란, 명문에서 규정하고 있듯이 제조물책임법상의 제조자를 의미한다(제조물책임법 제4조 제1항 및 제2항). 따라서 제434조 제1항의 제조자에는 본래 의미에서의 구입물(완성품)의 제조자뿐만 아니라 원재료 또는 부품을 제조한 자도 포함된다(제조물책임법 제4조 제1항 제1문). 또한 자신의 성명, 상표 그 외의 식별 가능한 표식을 제품에 부착하여 스스로를 제조자로 칭한 자도 포함된다(제조물책임법 제4조 제1항 제2문). 더 나아가 판매목적 등으로 EU 경제권으로 상품을 수입하는 자도 제434조 제1항의 제조자가 된다(제조물책임법 제4조 제2항). 이처럼 제434조 제1항의 제조자는 제조물책임법상의 제조자를 의미하므로 Directive 1999/44/EC 제1조 제2항 d호의 제조자보다 넓은 의미를 가져,²⁰⁾ 소비자에게 더 유리하다.²¹⁾ 반대로 이는 매도인에게 과도한 부담을 가져다준다. 왜냐하면 제조자 개념이 확대되면 확대될수록 매도인 또한 제조자가 행한 표시를 조사 내지 관찰할 책무(Obliegenheit)가 늘어나기 때문이다.²²⁾

17) Picht, NJW 2014, 2609 ff. 특히 Picht는 개정된 제443조에 새롭게 첨가된 ‘접근가능성’이라는 개념이 광고언설에 의한 보증책임과 관련하여 중요한 의미를 가지고 있다고 본다. 제434조 및 제443조는 강행규정에 해당하여 당사자가 합의로 배제할 수 없다(제475조).

18) Article 2(14) Directive 2011/83/EU를 반영한 결과이다.

19) Picht, NJW 2014, 2610. 이 경우 제조자와 매도인은 연대채무자로서 책임을 지게 된다. Büdenbender, Das neue Schuldrecht, 2002, § 8, Rn. 42.

20) 참고로 소비재매매지침(Directive 1999/44/EC)의 제조자개념에는 원재료나 부품의 제조자가 포함되지 않는다. Grigoleit/Herresthal, “Grundlagen der Sachmängelhaftung im Kaufrecht”, JZ 2003, 233, 237 f.

21) BT-Drucks. 14/6040, S. 212; Bamberger/Roth/Faust, BGB, 1. Aufl., 2007, § 434 Rn. 78. 이는 “가맹국은 본 지령의 적용영역 내에 있어서 소비자를 위한 고차원의 보호수준을 확보하기 위해 조약과 조화를 이루는 더욱 엄격한 규정을 채용 또는 유지할 수 있다.”는 “Article 8(2) Directive 1999/44/EC”에 기하여 인정된다.

생각건대 제434조 제1항은 입법자들이 의도적으로 제조자의 범위를 넓히고자 제조물 책임법 제4조 제1항 및 제2항을 명시적으로 조문에 삽입한 것으로 보인다. 따라서 제434조 제1항과 다른 조문을 취하고 있는 제443조의 제조자에는 제조물 책임법상의 제조자보다 좁게 해석해야 할 것이다.

1.2 보증의사표시 및 광고언술에 의한 보증책임의 발생

개정 전 제443조는 보증제공자의 보증의무를 구체적인 규정이 아닌 추상적인 결과로부터 도출하였다는 비판을 받았다.²³⁾ 반면에 개정된 제443조는 '보증의 실현, 관련 광고 그리고 (그 외) 보증의사표시 사이의 관계'에 초점을 맞추어 보증책임(보증이행의무)이 보증제공자의 보증의사표시 및 관련 광고로부터 비롯됨을 명확하게 구체화하였다.²⁴⁾

1.3 법정 하자담보책임과의 관계 재확인

제443조는 '보증'이 단지 '법적 하자담보책임에 대해 추가적으로' 발생하는 의무라는 점을 공식화하였다. 그러한 공식화는 제443조의 "법정의 청구권과 별도로(법정의 청구권을 해하지 않고)"를 통해 확인할 수 있다.²⁵⁾ 따라서 매수인은 제443조에 기하여 매도인 등에게 보증책임을 주장할 수도 있고 법정 담보책임에 기한 권리를 행사할 수도 있다.²⁶⁾

1.4 표제의 일원화

개정전 제443조는 표제에서 성상보증과 내구성(성능유지)보증을 구분하였다. 그런데

22) Weiler, "Haftung für Werbeangaben nach neuem Kaufrecht", WM 2002, 1784, 1788 f. 물론 책임면책의 요건(제434조 제1항 제3문 단서)을 증명하면 매도인은 책임을 면하며, 설명 면책이 인정되지 않는 경우라도 소비자매매의 경우에는 제478조에 의거하여 매도인은 제조자에 대해 구상권을 행사할 수 있다.

23) Picht, NJW 2014, 2610. 예컨대 "보증자가 보증책임을 진다면, 보증자는 매수인에게 일정한 의무를 부담한다."는 식이다.

24) Picht, NJW 2014, 2610. 반면에 일부견해는 개정 전 제443조에서의 관련 광고를 독자적인 의무발생의 근거로 보지 않는다. Schellhammer, "Das neue Kaufrecht - Die Sachmängelrechte des Käufers", MDR 2002, 241 ff., 246; MünchKomm/Westermann, 2012, §443 Rn. 12 f.

25) Staudinger/Matusche-Beckmann, BGB, Neubearb., 2014, § 443 Rn. 55.

26) Picht, NJW 2014, 2610 f.

개정된 제443조에서는 상대적으로 명확한 이원성은 삭제하고 단지 ‘보증’만을 표제로 정의하고 있다. 물론 그 보증은 “물건”²⁷⁾의 상태와 관련될 수밖에 없으므로 ‘성상보증’이라는 개념은 여전히 의미가 있을 것이다.²⁸⁾ 더욱이 제443조 제2항에서 내구성보증을 별도로 규정하고 있다는 점에서 종래와 같은 구분(성상보증과 내구성(성능유지)보증의 이원화)은 계속 유지될 것이다. 따라서 개정 전 제443조에서 문제되었던 ‘성상(Beschaffenheit)’이란 무엇을 의미하는지에 대한 논의는 여전히 유의미하다.

1.4.1 ‘성상’의 의미

제443조의 ‘성상’은 제434조 제1항에서 규정된 ‘성상’개념과 동일하다. 제434조 제1항에 의하면 물건의 하자는 ‘합의된 성상의 결여’를 의미하며 ‘성상의 결여’는 ‘존재하는 물건의 성상’과 ‘존재해야 할 물건의 성상’ 간의 차이이다.²⁹⁾ 이처럼 물건의 하자를 판단함에 있어서 ‘성상’개념이 중요한 의미를 가짐에도 불구하고 제434조 제1항 제1문 및 제443조는 이에 대해 어떠한 정의도 규정하고 있다. 다만 2002년 개정민법 입법이유서는 ‘성상’이란 (구)독일민법에서의 ‘결점(Fehler)’과 ‘보증된 성질(die zugesicherte Eigenschaft)’을 통칭하는 개념이라고 설명한다.³⁰⁾ 이에 이하에서는 ‘성상’개념을 이해하기 위해 (구)독일민법상의 ‘결점과 성질((구)제459조 제1항 및 동조 제2항³¹⁾)’의 의미를 확인해 보기로 한다.

1.4.1.1 (구)제459조의 ‘성상’과 ‘성질’의 의미

먼저 독일연방대법원 판례는 하자를 판단함에 있어 물건의 ‘결점’ 유무를 결정하는 ‘성상’과 ‘보증되는 성질’의 범위를 결정하는 ‘성질’의 관계를 명확히 구분하여 판단하였다. 독일연방대법원 판례는 성상과 성질을 물건과 환경의 결합성의 정도(물건과 직접적으로 부착(Anhaften)되었는지)로 판단한다.³²⁾ 즉 독일연방대법원은 ‘성상’은 ‘목적물에

27) 동산뿐만 아니라 부동산을 포함시키기 위한 입법이다. BT-Drucks. 17/13951, S. 69.

28) Picht, *N/W* 2014, 2611.

29) BGH, *N/W* 2006, 434(435).

30) BT-Drucks. 14/6040, S. 213 f.

31) (구)제459조

① 물건의 매도인은 매수인에 대해 위험이 매수인에게 이전된 때, 물건에 그 가치 또는 통상의 사용 혹은 계약에 의해 예정된 사용에 대한 적성을 소멸 또는 감소시키는 결점이 없다는 사실에 대해 책임을 진다. 가치 또는 적성의 중대하지 않은 감소는 고려하지 않는다.

② 매도인은 위험이 이전되는 때, 물건이 보증된 성질을 가짐에 대해 책임을 진다.

32) BGH, *N/W* 1992, 2564(2565).

직접 부착되는 사정 내지 그와 동일시될 수 있는 환경’을 의미하는 것으로 보았고 ‘성질’은 ‘목적물에 직접 부착될 필요가 없는 사정’으로 보아 양자의 구분하였다. 예컨대 독일 연방대법원은 구입한 토지가 바다와 접해 있는 사정,³³⁾ 공법상의 건축제한 및 주택의 이용제한³⁴⁾ 등은 목적물(토지나 주택)의 성상과 관련된 것으로 본 반면에, 800미터 떨어진 정화시설에서 풍겨오는 악취는 토지의 성질에 지나지 않는다고 본다.³⁵⁾ 그러나 학설은 판례의 기준만으로는 양자를 명확하게 구별하는 것이 곤란하다고 본다.³⁶⁾ 특히 제국법원 판례가 특정 배경을 내다볼 수 있는 조망(眺望)을 토지의 성상으로 본 것에 대해,³⁷⁾ 학설은 회의적이다.³⁸⁾

1.4.1.2 제434조 및 제443조의 ‘성상’의 의미

앞에서 언급한 것처럼 하자의 판단기준으로 독일은 (구)제459조 제1항의 결점과 동조 제2항의 보증된 성질이라는 두 개념을 병렬적으로 활용하였으나, 제434조 제1항에서는 성상을 상위개념으로 두고 ‘매도인이나 제조자(제조물책임법 제4조 제1항 및 제2항) 또는 그의 보조자가 한 물건의 성상에 관한 공개적 언명에 기하여, 특히 광고나 상품표시에서 한 언명에 기하여 매수인이 기대할 수 있는 성질’을 성상의 범위에 포함시키고 있다.

그렇다면 현행 독일민법상 ‘성상’은 (구)제459조 제1항의 결점을 판단하던 ‘성상’과 같은 개념으로 볼 것인가? 이에 대해 2002년 개정당시 입법자는 성상개념을 정의하지 않고 판례 및 학설에 위임하였다.³⁹⁾ 먼저 일부 견해는 양자를 같은 개념으로 본다.⁴⁰⁾ 이 견해는 현행 민법 상 ‘성상’개념은 종래 판례와 동일하게 보는 것이 타당하다고 보고 성상을 “제434조 제1항의 ‘성상’은 물건의 물적 성질 그 외의 구입물 그 자체에 계속적으로 부착되는 사실적, 경제적 또는 법적 사정”으로 본다.⁴¹⁾ 반면에 다수의 학설은 제434조

33) BGH, NJW 1973, 1234.

34) BGH, NJW 2001, 65.

35) BGH, NJW-RR 1988, 10(11).

36) Singer, Reinhard, “Fehler beim Kauf - Zum Verhältnis von Mängelgewährleistung, Irrtumsanfechtung und culpa in contrahendo”, *Festschrift 50 Jahre BGH*, 2000, S. 381 ff.

37) RGZ 161, 330, 332 ff.

38) Grigoleit/Herresthal, JZ 2003, 122; Berger, “Der Beschaffenheitsbegriff des § 434 Abs. 1 BGB”, JZ 2004, 278.

39) 입법자는 의도적으로 “성상” 개념 정의를 보류하였다고 한다. BT-Drucks. 14/6040, S. 213. 왜냐하면 법문에 상세하게 규정할 경우 오히려 매도인이 그 보증의 의사표시를 기피하게 될 것을 염려했기 때문이다. BT-Drucks. 14/6040, S. 239.

40) Huber, Ulrich, “Die Praxis des Unternehmenskaufs im System des Kaufrechts”, AcP 202, 2002, 179, 225-229.

제1항의 성상개념은 (구)독일민법보다 더 넓은 범위로 해석되어야 한다고 본다.⁴²⁾ 그 주된 이유로 이 견해는 소비재매매지침(Directive 1999/44/EC)의 ‘지침적합해석의 원칙’을 들면서 제43조 제1항의 성상 개념은 소비재매매지침의 ‘**계약의 부적합**’ 개념을 고려해야 한다고 본다. 즉 이 견해는 소비재매매지침이 계약의 부적합여부를 판단함에 있어서 상당히 넓은 범주에서 ‘계약의 부적합’여부를 판단하고 있다는 점을 감안하여 제43조 제1항의 ‘성상’의 의미 또한 넓게 본다. 특히 Christian Berger는 다음과 같은 이유를 든다.⁴³⁾

“가맹 각국은 동 지침을 적절하게 국내법화 할 의무를 지며 매매법 규정을 지침적합적으로 해석해야 하고, 이 지침적합해석의 원칙은 소비자 거래뿐만 아니라 매매법 전체에 미쳐야 한다. 지침 제2조 제1항⁴⁴⁾은 주관적 하자 개념을 기초에 두고 있으며, 당사자의 구체적인 계약을 계약적합성의 판단 기준으로 삼는다.⁴⁵⁾ 지침 제3조에 의하면, 매도인은 모든 계약위반에 대해 책임을 진다. 따라서 지침은 구입물의 물적 성질 또는 계속적인 환경과의 관련성과 같은 제한을 두지 않았다. 결국 매매법은 전체적으로 소비재매매지침의 준칙에 적합해야 한다. 지침적합적인 해석을 하기 위해서는 성상 개념을 넓은 의미로 보아야지 엄격하게 해석하여 좁게 보는 것은 입법자 의사에 합치하지 않는다.”

독일의 판례 또한 제43조 제1항 및 제443조의 성상의 개념을 상당히 넓게 본다. 예컨대 2010년 11월 5일의 독일연방대법원 판결⁴⁶⁾은 토지의 ‘수익성’이 제43조 제1항

41) Huber, AcP 202, 2012, 225 ff.

42) Grigoleit/Herresthal, JZ 2003, 233; Berger, JZ 2004, 283; MünchKomm/Westermann, 2012, § 434 Rn. 9 f.; Claus-Wilhelm Canaris, in: Egon Lorenz (Hrsg.) Karlsruher Forum 2002: Schuldrechtsmodernisierung, 2003, S. 59 ff.; Bamberger/Roth/Faust, 2007, § 434 Rn. 19 ff.; Schulze/Ebers, “Streitfragen im neuen Schuldrecht”, JuS 2004, 462 f.; Philipp Redeker, “Die Verkäuferhaftung beim Unternehmens- und Grundstückskauf - Die Grenzziehung zwischen Gewährleistungsrecht und Informationshaftung -”, NJW 2012, 2471 f.

43) Berger, JZ 2004, 283.

44) Article 2(1) Directive 1999/44/EC: 매도인은 매매계약에 적합한 물품을 인도할 의무를 진다.

45) Article 2(2) Directive 1999/44/EC: 이하의 경우 소비재(물품)는 계약에 적합한 것으로 추정된다.

- a) 매도인이 제공한 지정에 합치하는 경우 및 매도인이 소비자에 대해 견본 또는 모델로 제시한 품질을 가지는 경우,
- b) 소비자가 계약체결시에 매도인에게 청약하고 매도인이 이를 승낙한 특별한 사용방법에 적합한 경우,
- c) 물품이 통상의 용도에 적합한 경우,
- d) 물품의 성질을 고려하여, 경우에 따라서는 매도인, 제조자 또는 그 대리인이 한 물품에 관한 공개적 연명, 특히 광고나 라벨(상품표시)에 의해 소비자가 합리적으로 기대할 수 있는 통상의 품질을 가지는 경우.

46) BGH, Urteil vom 5. 11. 2010 - V ZR 228/09 = NJW 2011, 1217.

의 성상(매매목적물인 토지의 성상)에 포함된다고 보았고, 2012년 11월 30일의 독일연방 대법원 판결⁴⁷⁾은 거주 목적으로 이용하는 토지에 독소(사이안화합물)를 포함한 지하수가 흐르고 있다는 사정을 성상의 하자로 보았다. 요컨대 독일 판례 또한 다수설과 마찬가지로 제434조 및 제443조의 성상을 판단함에 있어 ‘계약의 부적합’여부를 중요기준으로 보아 넓은 의미로 성상을 판단하고 있다고 할 수 있다.

1.4.2 내구성보증(무하자와 연관을 가지는 다른 요청)의 의미

제443조 제1항의 ‘무하자와 연관을 가지는 다른 요청’은 상당히 넓은 범주를 포괄하는 개념이라고 할 수 있다. 내구성보증 또한 이에 포함될 것이다. 보증의 내용은 사적자치에 입각한 당사자들 간의 계약체결의 자유를 존중해야 한다는 점에서 보증내용의 다양성을 고려한 이러한 입법은 긍정적으로 평가된다.⁴⁸⁾ 따라서 당사자가 합의한 보증내용은 무효가 되지 않는 한 보증인이 이행해야 할 책임이 있다.

1.5 보증의 대상(물품이 아닌 물건)

소비자권리지침은 보증의 대상을 물건(things)이 아니라 물품(goods)으로 규정하고 있으나,⁴⁹⁾ 제443조는 물품(Ware)으로 수정하지 않고, 종래대로 물건(Sache)으로 규정하였다. 물론 일부 견해는 “물건”이 아닌 “대상(물)”로 규정하여 물건 이외의 권리(Rechte) 및 사업(Unternehmen)등 또한 동조에 의해서 구속되는 매매대상(Kaufgegenstände)이 될 수 있도록 하자는 주장이 제기되었으나,⁵⁰⁾ 입법자는 종전대로 물건으로만 규정하였다.⁵¹⁾

1.6 보증내용의 구체화

개정 전 제443조가 단순히 ‘보증으로부터 비롯되는 권리들’로 기술한 것과 달리 제443조는 보증의 내용을 구체화하여 매매대금의 반환, 물건의 교환 및 수리, 그리고

47) BGH, Urteil vom 30. 11. 2012 - V ZR 25/12 = NJW 2013, 1671.

48) Picht, NJW 2014, 2611. 이는 Article 2 (14) Directive 2011/83/EU를 반영한 결과이다.

49) Article 2 (14) Directive 2011/83/EU.

50) 이 견해는 복잡하고 위험을 수반하는 판매대상에는 물건 이외에 권리 및 사업 또한 가능하다고 보았다. Picht, NJW 2014, 2611 참조.

51) Picht, NJW 2014, 2611.

그와 관련된 용역급부제공을 들고 있다.⁵²⁾ 그런데 이러한 구체화를 열거로 보게 된다면 당사자의 계약형성의 자유를 제한하는 것으로 여겨질 수 있으므로, 입법자들은 ‘특히’를 삽입하여 열거가 아닌 예시적인 구체화에 불과하다는 점을 확인시켜주어 이러한 오해의 소지를 사전에 방지하였다고 한다.⁵³⁾ 따라서 위에서 예시된 이외의 권리들도 당연히 보증내용으로 포함시킬 수 있으며, 개별적인 내용은 법률행위 해석을 통해 도출된다.⁵⁴⁾

2. 광고에 의한 보증의무의 발생

2.1 광고의 의미

개정된 제443조 제1항은 광고언술에 의한 보증의 성립을 인정하고 있다. 먼저 제443조의 광고가 되기 위해서는 제434조 제1항의 광고와 마찬가지로 공개(Öffentlichkeit)를 수반되어야 할 것이다. 즉 광고는 불특정다수를 대상으로 해야 한다. 또한 제434조 제1항 제3문은 부적절한 광고표시로부터의 매수인의 포괄적 보호를 목적으로 하므로 공개의 범위를 폭넓게 인정하여 광고의 범주를 넓힌다.⁵⁵⁾ 예컨대 텔레비전 CF를 이용한 광고 등은 공적 표시의 전형적인 예이나, 그 외에 불특정다수의 입장이 허용되는 공적인 장소에서 이루어진 표시나 다수에 대해 송부된 광고도 공적 표시로 보아 제443조 제1항의 ‘광고언술’에 해당된다. 또한 제443조 제1항은 광고란 매매계약 체결이전 또는 체결시⁵⁶⁾에 접근가능 하였던 것이어야 한다는 추가조건을 명문화 하였다.

2.2 광고언술은 의사표시를 포함하는 것인가?

제443조 제1항의 명문규정에 의하면 광고언술에 의해서도 보증제공자는 보증의무를 부담한다. 그런데 이는 의사표시 없이도 광고만으로 의무를 진다는 것을 내포하는 것으로 보이기도 한다. 그러나 우리와 마찬가지로 독일민법상 법률행위는 의사표시를 필요

52) Picht, NJW 2014, 2611.

53) BT-Drucks. 17/13951, S. 69; Picht, NJW 2014, 2611.

54) Picht, NJW 2014, 2611. 일반적으로 생산자의 보증책임의 범위는 당해 물건에 발생한 손해로 제한된다. BGH NJW 1981, 867.

55) BT-Drucks. 14/6040, S. 214; Grigoleit/Herresthal, JZ 2003, 237.

56) “판매계약 체결의 이전 또는 그 체결 시 이용가능 하였다”라는 규정이 단지 “그 관련 광고”에만 연관되는 것인지 아니면 “설명”에도 관계가 있는지는 명문상 명확하지 않다. Picht, NJW 2014, 2610.

로 하므로 광고만으로는 법률행위가 성립하지 않는다고 할 수 있다.⁵⁷⁾ 즉 일찍이 독일 내에서 의사표시가 필요 없는 법률행위의 인정여부와 관련하여 ‘사실적 계약관계이론’이 주장되었으나 인정되지 않았던 것⁵⁸⁾과 마찬가지로 광고언술만으로는 법률행위가 성립할 수 없을 것이다. 이러한 이유에서 일부 견해는 이 개정은 소비자권리지침을 기초로 한 것이기는 하나⁵⁹⁾ 이 지침이 의사표시를 전제로 하는 독일민법상의 원칙으로부터의 예외를 정당화시키지 못한다고 본다.⁶⁰⁾ 이러한 이유에서 이 견해는 광고언술 속에 보증계약 체결의 제안(청약)이 포함되어 있다고 보고,⁶¹⁾ 매수인의 단정적인 수령확인만으로(제151조⁶²⁾에 의거하여 매도인에게로의 도달이 불필요하다고 보아)⁶³⁾ 보증계약이 성립하는 것으로 이해하여 의사표시를 전제로 하는 법률행위론의 교의를 유지시킨다.⁶⁴⁾

2.2.1 ‘보증의사표시’의 의미

제443조에서의 성상보증을 명확히 이해하기 위해서는 성상의 합의(제434조 제1항 제1문)와 보증(제443조 및 제444조⁶⁵⁾)의 관계를 검토할 필요가 있다. 먼저 제434조의 성상합의는 매도인의 일방적인 언명만으로는 부족하고 계약당사자의 ‘합의’가 있어야 한다(제434조 제1항 제1문).⁶⁶⁾ 반면에 제443조는 보증의사표시가 필요하며, 보증의사가

57) 광고언술 자체를 보증의사표시로 볼 수 있을 것인지에 대해서는 Staudinger/Matusche-Beckmann, 2014, § 443 Rn. 35 f. 참조.

58) Lehmann, Faktische Vertragsverhältnisse, NJW 1958, 1 ff.; Roth, Der faktische Vertrag, JuS-L 1991, 89 ff. 참조.

59) Article 2 (14) Directive 2011/83/EU.

60) Picht, NJW 2014, 2611.

61) Picht, NJW 2014, 2611.

62) 제151조: 청약자애의 표시가 없는 승낙: 승낙이 청약자에 대하여 표시되지 아니한 때에도, 그러한 승낙의 의사표시가 거래관행에 비추어 기대될 수 없는 경우 또는 청약자가 이를 포기한 경우에는, 계약은 청약의 승낙에 의하여 성립한다. 청약의 효력이 소멸하는 시점은 청약 또는 제반사정에 의하여 인정되는 청약자의 의사에 따라 정하여진다.

63) Staudinger/Matusche-Beckmann, 2014, § 443 Rn. 7.

64) Picht, NJW 2014, 2611.

65) 다만 제434조의 성상합의는 제443조의 보증에서 요구되는 명확한 보증의사를 필요로 하지 않는다. 따라서 성상합의가 존재하는 것만으로 곧바로 품질보증의사를 도출할 수는 없다. 안병하, “매수인의 사후이행청구권 - 독일민법상 자동차 매도인의 하자담보책임을 중심으로”, 한양법학 제24권 제3집, 한양법학회, 2013.8, 552쪽. 제444조(책임배제약정): 매도인이 하자를 알면서 밝히지 아니한 경우 또는 물건의 성상에 대한 보증을 인수한 경우에는, 그는 하자로 인한 매수인의 권리를 배제 또는 제한하는 내용의 약정을 원용할 수 없다.

66) BGH, Urteil vom 29.11.2006 - VIII ZR 92/06 = NJW 2007, 1346; BGH, Urteil vom 17. 3. 2010 - VIII ZR 253/08 = WM 2010, 990; MünchKomm/Westermann, 2012, §434 Rn. 12; MünchKomm/Westermann, 2012, §443 Rn. 15 f. 제434조의 성상합의는 묵시적합의만으로 충분하다. 안병하, 앞의 논문, 551-552쪽. 예컨대 매도인이 계약체

인정되기 위해서는 단순히 성상을 표명(또는 제시)하는 것만으로는 부족하고 그 성상을 보증하겠다는 보증자의 구체적이면서도 구속력 있는 의사표시가 필요하다.⁶⁷⁾ 따라서 매도인이 특정 성질에 관한 일방적 언명을 하여 매수인이 이의를 제기하지 않고 승낙한 경우에는 제434조상의 묵시적인 성상 합의가 인정될 뿐 제443조의 성상보증이 되지는 않는다. 매수인 입장에서는 ‘성상합의’인지 ‘성상보증’인지에 따라 주장하는 권리가 다르다는 점에서 양자의 구별은 매수인에게 큰 의미가 있다. 이하에서는 물품에 대한 ‘성상합의’와 ‘성상보증’의 구별이 문제된 사안에서 양자를 어떻게 구별할 것인지에 대해 나름의 구별기준을 적시하고 있는 독일연방대법원의 두 개의 판결을 살펴보기로 한다. 먼저 독일연방대법원 2006년 판결(BGH, Urteil vom 29.11.2006 - VIII ZR 92/06 = NJW 2007, 1346)⁶⁸⁾은 제443조의 보증의 의사가 있는지를 판단함에 있어 “보증의 의사가 있다고 하기 위해서는 물건의 하자에 대해 과실을 불문하고 보증한다는 매도인의 법률행위상의 의사표시를 확인할 수 있어야 한다. 매도인의 의사표시를 보증의사로 본 경우에는 매도인에게 귀책사유가 없는 경우(제276조 제1항 제1문) 또는 매수인이 중과실에 의해 하자를 인식하지 못한 경우(제442조 제1항 제2문)에도 보증한 성상의 부존재시 손해를 배상해야 하므로, 이와 같은 결과의 중대성을 고려하면 보증의무의 묵시적 인수를 인정할 때에는 특별히 신중한 태도가 요구된다. 더 구체적으로는 매도인이 상인인지 아닌지 여부가 보증을 인정함에 있어서 중요한 판단요소가 된다. 특히 소비재거래의 경우, 매도인인 사업자가 스스로 보증을 받아들이는 의사가 없다면 매수인에 대해 그 취지를 명확하

결 전이나 계약체결 시에 견본(Muster) 등을 매매물건의 성질의 설명과 결정을 위하여 매수인에게 주어진다면, 견본의 성상은 합의된 것으로 볼 수 있다. 전경은, “독일법상 매매와 도급에서의 하자담보책임과 기술적 표준”, 비교사법 제17권 1호, 한국비교사법학회, 2010.3, 162쪽.

- 67) 예컨대 제조자가 제공한 품질보증서는 제조자의 구체적인 보증의 의사표시가 있었다고 볼 수 있다. 이병준, “2014년 소비자법 판례의 동향”, 소비자법연구 제1권 제1호(창간호), 한국소비자법학회, 2015, 66쪽. 특히 양형우, “매도인의 하자담보책임과 제조자의 품질보증”, 연세법학연구 제5집 제2권, 연세대학교 법학연구원, 1998, 196쪽 이하를 이를 ‘의사실현에 의한 묵시적 보증계약체결’로 본다. 독일연방대법원 또한 보증의사표시는 매도인 이외에 제조자도 가능하다고 보았고, 이는 생산자와 구매자 사이의 보증계약의 성립은 생산자가 그 계약을 체결할 목적으로 자신의 제품에 보증서를 동봉하고 구매자가 그러한 생산자의 청약을 판매자와의 매매계약체결시에 묵시적으로 승낙하는 형태(제151조)로 이루어진다고 실시하였다. BGH BB 1981, 14(15).
- 68) 이 판결의 사실관계는 다음과 같다. 매수인은 eBay라고 하는 인터넷 옥션에서 중고 오토바이를 구매하였다. 매도인은 ‘계약서 설명란’에 ‘주행거리 30,000km’, ‘오토바이를 담보책임 없이 매각한다……’고 기재하였다. 그런데 감정인의 감정에 따르면 본진 오토바이의 실제 주행거리는 48,964.25km였다. 본 사안에서의 주된 쟁점은 주행 거리에 관한 매도인의 언명이 보증(Garantie)의 효력을 가지는지(제443조 및 제444조) 아니면 성상의 합의에 해당하는 지(제434조 제1항 제1문)가 문제되었다. 원심은 보증으로서의 효력을 긍정하였으나, BGH는 이를 인정하지 않았다.

게 전달할 필요가 있다. 반면에 사인 간의 매매의 경우에는 설령 매도인이 스스로 제시한 주행거리를 보증할 의사가 없다는 점을 명시하지 않았더라도 원칙적으로 그로부터 성상보증을 받아들였다고 볼 수 없다.”고 실시하면서 당해 사건에서 매도인의 의사표시는 성상보증인 아닌 묵시적인 성상의 합의에 불과하다고 보았다. 이러한 판례의 입장은 독일연방대법원 2010년 판결(BGH, Urteil vom 17. 3. 2010 - VIII ZR 253/08 = WM 2010, 990)에서도 확인된다. 이하 상세히 소개한다.

2.2.1.1 사실관계 및 재판의 경과

원고는 와인 양조소를 운영하였으며, 피고는 와인의 플라스틱 코르크를 제조·판매하였다. 원고는 대리점 H를 통해 피고에게 2000년 4월부터 총 93,489개의 플라스틱 코르크를 주문하였다. 최후의 주문은 2002년 3월 12일과 5월 4일이었다. 2005년, 원고로부터 와인을 매수한 자가 피고의 플라스틱 코르크를 마개로 사용한 와인이 부패하였다는 항의를 하였다. 2005년 7월 5일, 원고는 이를 피고에게 통지하였다. 그 후 원고는 피고에 대해 총액 129,285유로 51센트의 지급을 구하는 소송을 제기하였다. 원고는 그 이유로서 피고의 플라스틱 코르크를 마개로 사용한 와인은 코르크의 산소 차단성이 충분치 않아 2, 3년 안에 부패하였는데, 대리점 H에 의한 판촉 권유에 있어서 원고는 플라스틱 코르크에 의해 최소한 5~7년간 품질이 그대로 유지된다는 성질보증(Zusicherung)을 받았다는 점을 강조하였다. 즉, 피고가 한 성질보증인 지켜지지 않음으로써 매출 총액 114,129유로 67센트의 와인이 부패하였다는 것이다. 이에 원고는 부패한 와인에 대한 보관비용 5,196유로 78센트와 폐기비용 6,148유로 6센트의 손해를 입었다고 주장하였다. 나아가 원고는 고객으로부터의 추완청구의 이행으로 인해 3,775유로의 추가손해를 입었다고 주장하였다. 1심 법원(LG Bonn)은 원고의 소를 기각하였다. 반면 원심(OLG Köln)은 원고의 추가항소는 기각하면서도 전체적으로 기대할 수 있는 처리비용 138유로를 가산한 60,209유로 41센트에 이자를 더한 금액의 손해배상을 인정하였다. 구체적으로 원심은 다음과 같다. 원심은 이와와 같이 판시하였다. “원고는 피고에 대해 (구)제463조 제1문, (구)제459조 제2항에 의거하여 손해배상청구권을 가진다. 그 이유는 피고가 판매한 플라스틱 코르크는 피고가 보증한 성질을 결여하였기 때문이다. 원고는 최소한 플라스틱 코르크를 사용하더라도 내추럴 코르크를 사용한 경우와 마찬가지로, 와인의 품질이 5~7년 동안은 유지된다고 추단적으로 보증하였다. 피고가 판매한 플라스틱 코르크는 최대 3년 동안 와인의 품질이 유지되었을 뿐, 그 이상의 성질보증은 지켜지지 못하였다.” “한편, 위 성질보증은 피고가 공개한 광고로부터 발생하였는데 그 광고는 “내추럴 코르크의 대체

품”으로서 플라스틱 코르크를 선택할 것을 선전하였다.” 또한 원심은 “당해 광고는 플라스틱 코르크의 사용에 의해 “당신의 고객에 대한 놀라운 품질보증”이 달성될 수 있다는 대리점 H의 웹사이트 상에서의 홍보와 관련하여서도 해석되어야 한다. 나아가 다툼이 없는 사실에 있어서, 피고의 대리점은 원고의 대리인과의 교섭 중에 몇몇 와인 양조업자는 전형적으로 장기간의 품질유지가 필요한 와인에 피고의 플라스틱 코르크를 마개로 사용하였다는 사실을 홍보하며, 내추럴 코르크와 비견할 수 있는 와인의 품질유지능력을 독자적으로 강조하였다”는 점에 주목한다. 원심은 “이와 같은 대리인의 홍보는 대리인의 입장에서 어떠한 의사를 가지고 하였는지가 중요하지 않으며, 피고의 대리인의 홍보를 객관적으로 원고 측에서 보았을 때 어떻게 이해할 수 있을 것인지, 그것이 어디까지 허용될 수 있을 것인지를 판단하는 것이 중요하다.”고 하였다. 즉, 원심은 “원고의 구매 결정에 있어서 피고의 대리점이 인정한 품질유지능력에 대해, 플라스틱 코르크에 의해 내추럴 코르크를 사용한 경우와 동등한 품질유지가 달성 가능하다는 취지로 당해 표시를 원고는 이해했다고 할 수 있으며, 여타 양조업자들이 플라스틱 코르크를 사용하고 있다는 점을 강조한 것에서 원고는 더욱더 신뢰하였을 것이다”고 보았다. 이에 피고는 독일연방대원에 상고하였다.

2.2.1.2 독일연방대법원 판결의 요지

독일연방대법원은 BGH, NJW 2007, 1346의 의미를 재확인하면서 “제443조에 해당하는 (구)제463조⁶⁹⁾의 성질보증에 대해서는 매도인이 보증에 대해 책임을 진다는 의사를 가질 것이 요건이 되며, 그 보증의사의 인정여부는 매도인 측이 실제로 보증의사를 가지고 있었는지가 문제되는 것이 아니라 매수인 측에서 매도인의 의사를 그와 같이 이해해도 좋았는지가 중요하다”고 본보았다.⁷⁰⁾ 이를 전제로 독일연방대법원은 원심과 달리

69) (구)제463조: 매매목적물이 매매시점에 보증된 성질을 결여하는 경우, 매수인은 해제 혹은 감액을 대신하여 불이행에 의거한 손해배상을 청구할 수 있다. 매도인이 하자를 악의적으로 묵비(默秘)한 경우도 동일하다.

70) 사안의 경우에는 코르크의 발주가 2002년 채권법이 개정되기 전에 이루어졌다는 점에서 원심은 (구)제463조 및 (구)제459조 제2항이 적용된다고 보았다. 이에 반하여 독일연방대법원은 원심은 그 법적 평가에 임하여 결국 2001.12.31.까지 유효한 (구)민법을 적용하였으나 원고는 2002.3.12.과 2002.5.4.에 2만 개의 코르크를 주문하였는데, 원심에서는 당사자의 공급관계의 내용 및 그 형성에 대해 새로운 사실인정을 판단하지 않았다는 점을 지적하면서, 결국 2002년에 이루어진 주문에 대해서 구 민법이 아닌 신법이 적용될 것인지는 현시점에서는 판단이 불가능하다고 보았다. 그 이유로 독일연방대법원은 “민법시행법(EGBGB) 제229조의 제5호 제2문에 의하면, 당사자의 공급관계가 2002.1.1. 이전에 성립되었으나 계속적 공급관계가 2002년에도 이어진 경우만이 이에 해당될 것이다. 예를 들어 원고에 의해 점차적인 인도를 요구할 수 있는 분할급부에 대한 구속력을 가진 공급합의가 2000년에 이미 성립된 경우에만 인정될 수 있다. 반면에 원고의 주문이 매번 독립적으로 체결된 매매계약인 경우, 2002년부터 이루어진 원고의 주문은 2002.1.1.부터 시행된 신법 규정이

“① 플라스틱 코르크를 ‘내추럴 코르크의 대체품’으로서 선전하고 있는 피고의 팸플렛, ② 플라스틱 코르크의 사용에 의해 ‘당신의 고객에 대한 놀라운 품질보증’이 달성될 것이라는 피고의 대리점의 웹사이트(web-site)를 이용한 홍보, ③ 몇몇 와인 양조업자가 장기 숙성 와인에 내추럴 코르크가 아닌 플라스틱 코르크를 마개로 사용하고 있다는 피고의 대리점의 의사표시 등”은 단순한 광고문구일 뿐 보증의사에 해당하지는 않는다고 보았다. 그리고 독일연방대법원은 피고에게 보증의사는 없지만 제434조 제1항 제1문의 ‘성상합의’는 있다고 보고, 성상합의에 의거한 (과실을 요건으로 하는)손해배상청구는 가능하다고 보았다. 즉, 독일연방대법원은 “목적물이 합의된 성질을 결여하고 있는 경우에는 제434조 제1항 제1문에 의해 하자가 추정되며, 피고의 대리점의 발언으로부터 충분히 성상합의를 추단할 수 있다. 더 나아가 제434조 제1항 제2문 제2호 및 동조 동항 제3문에 의해 피고의 플라스틱 코르크는 ‘내추럴 코르크의 대체품’으로 선전되었다는 점을 근거로도 하자가 있음이 인정되며, 이 경우에는 동조 동항 제3문 후단의 요건도 검토되어야 한다.”고 보았다.

2.2.2 제477조와의 관계

소비재매매계약에서는 소비자에 대한 정확한 정보제공을 목적으로 제477조 제1항 제1문에서 광고 등에 의한 보증의 의사표시를 간결하고 명료하게 하도록 하고 있다. 또한 제477조 제1항 제2문은 보증의 의사표시에 소비자가 법률상 가지는 권리 및 그 권리가 그 보증에 의하여 제한받지 아니한다는 점에 대한 명시, 그리고 보증의 내용 및 보증을 주장하는데 필요한 모든 중요한 사항(예: 보증에 의한 보호의 기간과 공간적 유효범위, 보증자의 이름과 주소 등)을 담아야 한다. 이런 의미에서 제477조 제1항 제2문⁷¹⁾은 매도인의 정보제공의무와 관련된다고 할 수 있다.⁷²⁾ 또한 광고언술이 단지 미래

적용될 수 있다.”고 보았다. 그러나 독일연방대법원은 2002년 이후의 주문에 대해서도 신법이 적용된다고 하더라도 제443조의 보증(Garantie)에 의거한 원고의 청구권은 부정된다고 보았다. 왜냐하면 독일연방대법원은 “제443조 또한 (구)제459조 제2항의 성질보증의 경우와 동일한 요건이 필요한데, 피고에게는 성질보증의 의사가 없다”고 보았기 때문이다.

71) 제477조(보증에 대한 특칙) ① 보증의 의사표시(제433조)는 간결하고 쉽게 이해될 수 있도록 표현되어야 한다. 보증의 의사표시는 다음을 포함하여야 한다, 1. 소비자가 법률상 가지는 권리 및 그 권리가 그 보증에 의하여 제한받지 아니한다는 점에 대한 지적, 2. 보증의 내용 및 보증을 주장하는 데 필요한 모든 중요한 사항, 특히 보증에 의한 보호의 기간과 공간적 유효범위, 보증자의 이름과 주소 ② 소비자는 보증의 의사표시가 문면방식으로 그에게 통지될 것을 청구할 수 있다.

72) 이는 불명확하게 표시되는 보증조건의 혼동으로부터 소비자를 보호하기 위한 것이다. Budenbender, Das neue Schuldrecht, 2002, § 8, Rn. 46.

에 대한 보증의사표시라 하더라도 제477조 제1항 제2문에 구속받게 된다.⁷³⁾ 더 나아가 제477조 제2항은 소비자가 보증의사표시를 서면방식으로 받을 수 있도록 하였다.

3. 제443조 제1항과 제434조 제1항 제3문의 면책규정과의 관계

제443조 제1항에 의해 제3자의 광고에 의해서도 보증책임이 문제될 수 있다는 점을 감안하면 제434조 제1항 제3문상의 책임면책이 성상보증에도 유추적용가능한지가 문제된다. 이하에서는 먼저 제434조 제1항 제3문의 면책요건을 검토한 후, 이를 제443조 제1항에도 적용할 수 있을 것인지를 검토하기로 한다.

3.1 제434조 제1항 제3문의 면책규정

제434조 제1항 제3문 단서⁷⁴⁾에 의해 다음과 같은 사유가 인정되면 (광고나 상품표시에 의한)공개적 언명에 대한 매도인의 책임은 면책된다.⁷⁵⁾

첫째, 매도인이 계약체결시점에 그 언명을 알지 못하였고 알았어야 하지도 않았던 경우이다. 매도인 자신이 언명한 경우나 이행보조자인 종업원 등에게 언명하도록 지시한 경우에는 매도인의 부지(不知)의 항변은 인정되지 않을 것이므로, 실무적으로는 제조자가 행한 언명에 대하여 매도인이 알지 못하였고 알았어야 하지도 않았던 경우이다. 이에 대한 증명을 매도인이 해야 한다는 점에서 이는 중국적으로 매도인의 책무(Obliegenheit: 제조자가 행한 표시를 조사 내지 관찰할 의무)를 어느 정도까지 부과할 것인지와 연관된다. 특히 매도인이 상인인 경우에는 일반인보다 광범위한 조사·관찰의 무가 부과될 것이다.⁷⁶⁾ 예컨대 상인인 매도인은 수시(隨時)로 제조자의 홈페이지 및 제조자가 발행한 최신 카탈로그를 입수하여 이를 숙지해야 할 것이며, 경우에 따라서는

73) BGH, NJW 2011, 2653.

74) 제434조 제1항 제3문 단서는 매도인이 물건의 성상에 관한 공개적 언명(광고나 상품표시)에 대해 알지 못하였거나 알았어야 하지도 않았던 경우, 그 언명이 계약체결 전에 동일한 방식으로 정정되었던 경우, 또는 그 언명이 매수결정에 영향을 미칠 수 없었던 경우에는 그의 책임을 면책시킨다. 이 규정은 Article 2 (14) Directive 1999/44/EC를 반영한 것이다.

75) 다만 위의 면책요건은 매도인이 증명해야 한다. BT-Drucks. 14/6040 S. 214; MünchKomm/Westermann, 2012, §434 Rn. 33.

76) Haas, in: Haas/Medicus/Rolland/Schafer/Wandtland, *Das neue Schuldrecht*, 2002, Kap. 5, Rn. 114; MünchKomm/Westermann, 2012, §434 Rn. 33.

주요 신문이나 잡지, 텔레비전·라디오 방송 등에서 게재 내지 방송된 제조자의 광고를 관찰해야 할 것이다.⁷⁷⁾

둘째, 공개된 언명이 계약체결 전에 동일한 방법에 의해 정정되었던 경우이다. 매수인이 그 정정을 인식하였는지는 문제되지 않는다.⁷⁸⁾ 정정(Berichtigung)은 광고 등을 통해 공개적 언명을 행한 자 자신이 직접 할 필요는 없으나, 당초의 공개적 언명방법과 동일한 방식으로 해야 한다. 예를 들어 텔레비전 광고 등에서 공개적 언명이 이루어졌다면, 그 광고보다 눈에 띄지 않는 판매 팸플릿으로 언명을 정정한 것만으로는 부족하다.⁷⁹⁾ 조문의 내용상 동일한 방식이 아니라 동일한 정도(또는 그 이상)의 영향력을 가진 방법을 이용하기만 하면 되는지가 문제된다. 예를 들어 포스터 또는 팸플릿을 통해 언명이 이루어진 경우에 방식이 상이한 텔레비전 광고나 신문·잡지 등에서 이를 정정할 수 있는지가 문제된다. 이에 대해 Haas는 제434조 제1항 제3문에서의 정정은 ‘동가치의 방법(gleichwertige Weise)’으로 이루어지면 충분하므로, 굳이 동일한 매체를 이용하여 정정할 필요는 없다고 본다.⁸⁰⁾ 동일한 방식을 사용했다 하더라도 정정이 되기 위해서는 공개적 언명과 내용적으로 관련된 수정이 이루어 져야 할 것이다.⁸¹⁾ 즉 정정이 공개된 언명과 내용적 관련성이 없다면 이는 별개의 공개적 언명에 불과할 뿐 언명에 대한 정정이 되지는 않는다.

마지막으로, 공개적 언명이 매수인의 구매결정(Kaufentscheidung)에 영향을 주지 못한 경우이다. 예를 들어 매도인이 당해 광고를 통한 공개적 언명은 특정 지역만을 위한 것이었고, 매수인이 그 광고에 접근할 수도 없었다는 사실을 증명하면 책임을 면하게 된다.⁸²⁾ 그러나 이 경우에도 매수인이 광고가 아닌 제3자로부터 간접적으로 그 광고에 접근할 수 있어 매수결정에 영향을 받았다면 매도인은 책임을 져야 한다. 이러한 점을 감안하면 현대의 정보사회에서 매도인이 이를 통해 면책되는 경우는 극히 드물 것이다.⁸³⁾

77) Bamberger/Roth/Faust, 2007, § 434 Rn. 85; MünchKomm/Westermann, 2012, §434 Rn. 34.

78) Grigoleit/Herresthal, JZ 2003, 238; Bamberger/Roth/Faust, 2007, § 434 Rn. 86; MünchKomm/Westermann, 2012, §434 Rn. 34.

79) Grigoleit/Herresthal, JZ 2003, 238.

80) Haas, a.a.O., Kap. 5 Rn. 115.

81) Grigoleit/Herresthal, JZ 2003, 238.

82) Haas, a.a.O., Kap. 5 Rn. 116; MünchKomm/Westermann, 2012, §434 Rn. 35.

83) 무엇보다 증명이 어렵기 때문이다. Grigoleit/Herresthal, JZ 2003, 239. Staudinger/Matusche-Beckmann, 2014, § 443 Rn. 37; MünchKomm/Westermann, 2012, §434 Rn. 35.

3.2 제434조 제1항 제3문을 제443조 제1항에 유추할 수 있는지 여부

제443조 제1항의 광고는 “매매계약 체결 전 또는 체결 시에” 행해지면 되고 매수인이 “접근가능 한” 것이면 된다. 이러한 규정은 광고와 매수인의 매매결정 사이에 요구되는 일정한 관계를 지나치게 쉽게 인정해주는 입법이라 할 수 있다. 즉 사전적 의미에서 ‘접근가능’한 광고란 어느 정도 매수인이 납득할 수 있을만한 비용으로써 광고 내용에 대해 알 수 있으면 된다는 것을 의미한다. 그런데 오늘날 기업들은 월드와이드웹을 통해 기업 광고메시지를 전달하고 있으며 각국의 잠재적 구매자가 어렵지 않게 인터넷 콘텐츠에 접근할 수 있다는 점을 고려하면, 접근가능성을 전제로 하는 제443조의 광고개념은 매우 넓다고 할 수 있다.⁸⁴⁾ 예를 들어 미국 웹사이트에 있는 영어로 된 어떤 세계적 대기업의 광고언술(하자가 있는 물품을 5년 동안 지체 없이 교환해주겠다는 약속)에 대해 그 기업은 그 광고에 접근가능 했던 다른 국가의 매수인들에게도 보증책임을 져야 한다.⁸⁵⁾ 또한 조문 규정상 광고는 계약 체결 전에만 접근가능하면 되므로 계약체결시점에 매수인이 더 이상 접근할 수 없었다 하더라도 문제되지 않는다. 예를 들어 광고가 온라인에 탑재되었는데 매매계약 체결 일 년 전에 네트워크에서 삭제되었다 할지라도 삭제되기 전에 광고를 보았던 매수인은 제443조에 의해 보호될 수 있다. 그런데 이렇게 넓은 범위까지도 매수인을 보호하도록 하는 것이 타당한가? 보증인의 보증책임을 범위를 제한하자는 의견이 일반적이며, 특히 학설은 이를 위해 제434조 제1항 제3문 단서의 유추적용을 시도하거나 ‘접근가능’의 의미를 매우 좁게 해석하기도 한다.

3.2.1 광고에 의한 보증의사표시가 매수인의 매수결정에 영향을 미치지 않은 경우에 보증인이 면책되는지 여부

제434조 제1항 제3문 단서에 의하면 매수인이 계약체결 시 광고를 통한 공개적 언명에 대해서 모르고 있어서 매수결정에 그 광고적 언술이 영향을 미치지 않은 경우 매도인의 책임은 면책된다.⁸⁶⁾ 그렇다면 매수인이 광고언술에 대해 몰랐기 때문에 그 광고가 “매수인의 구매결정에 영향을 끼칠 수 없었다면”, 매도인은 제443조의 보증 책임에서도 벗어날 수 있는가?⁸⁷⁾ 요컨대 이 문제는 제443조의 광고언술에 대해서도 매수인의 인지가

84) Picht, NJW 2014, 2611.

85) Picht, NJW 2014, 2612.

86) 만약 매도인이 광고를 직접 하였다면, 매수인은 그 광고언술들에 대해 인지하였다고 볼 수 있을 것이다. Picht, NJW 2014, 2612.

필요한 것인지와 연결된다. 그런데 조문상 ‘접근가능성’이라는 측면을 고려해 보면 매수인이 그 광고를 인지할 필요 없이 제443조는 적용될 것으로 보인다. 즉 매수인이 광고를 인지하지 못하였다면 제434조 제1항 제3문 단서에 의해 매도인의 책임은 면책될 지라도 제443조의 보증자 책임에도 이를 유추할 수 없을 것이다. 만약 제443조에도 이를 유추적용 한다면 단어가 가지는 해석의 한계를 넘는다고 비판을 받을 것이다.⁸⁸⁾

3.2.2 매도인 등이 광고 등을 통해 표시한 보증의사를 추후에 동일한 방식으로 정정한 경우 보증인이 면책되는지 여부

일부 견해는 제434조 제1항 제3문 단서를 유추하여 제443조 제1항의 광고언술을 보증자가 정정한 경우에는 면책될 수 있다고 본다.⁸⁹⁾ 이 견해는 구매자의 잘못된 인지 및 구매자를 향한 광고의 잘못된 실행을 증명할 수 없다는 위험 앞에 놓인 판매자에게 제434조 제1항 제3문 단서를 유추적용 하여, 정정(Berichtigung)을 통하여 자기 자신을 보호할 수 있게 하자는 입장이다. 구체적으로 이 견해는 제434조 제1항 제3문 단서의 정정이 ‘등가치의 방법(gleichwertige Weise)’으로 이루어져야 하는 것처럼 보증의 의사표시를 담고 있는 광고언술의 정정 또한 ‘접근가능성’으로 판단하면 된다고 본다.⁹⁰⁾ 예를 들어 이 견해는 매도인 등이 인터넷상에 광고를 띄우는 것 자체만으로 제443조의 접근가능한 광고로 인정된다면, 정정 또한 구매 이전에 이루어진 인터넷상 반대진술(Gegenaussage)로도 충분하다고 본다. 그런데 만약 이 견해를 유지하면 제443조의 ‘접근가능성’을 넓게 인정하는 것이 매수인에게 불리하게 적용될 수 있다. 왜냐하면 정정 또한 ‘접근가능성’에 대한 넓은 해석으로 이해한다면 매수인은 매매계약 체결 전에 매도인 등이 반대진술을 통해 보증의사표시를 정정하였는지를 검색해야 하는 문제가 발생하기 때문이다.⁹¹⁾ 보증의 의사표시의 인정여부를 판단함에 있어서는 ‘접근가능성’을 넓게 보면 볼수록 매수인이 유리하지만, 보증인의 정정에 의한 면책을 고려하면 넓은 의미로 보는 것이 오히려 매수인을 불리하게 만든다.

87) MünchKomm/Westermann, 2012, §434 Rn. 12; Staudinger/Matusche-Beckmann, 2014, § 443 Rn. 37.

88) Picht, NJW 2014, 2612.

89) 성상에 관한 공개적 언명과 동일한 방식으로 정정된 경우의 면책은 제443조 제1항에서도 중요한 의미를 가진다. Picht, NJW 2014, 2610.

90) Picht, NJW 2014, 2612.

91) Picht, NJW 2014, 2612.

3.2.3 제443조 제1항의 접근가능성(Verfügbarkeits)에 대한 제한해석의 필요성

개정된 제443조 제1항에 따르면, 광고가 보증자 자신으로부터 직접 유래한 것이 아닌 경우에도 보증책임을 무제한적으로 부담할 수 있으므로 이에 대한 고려가 필요하다. 즉 제443조 제1항은 보증자에 의한 광고와 보증자이외의 제3자에 의한 광고를 구별하지 않기 때문에, 광고의 ‘접근가능성’이라는 개념은 매수인, 보증자, 그리고 광고자의 삼각 관계에서 매수인에게 유리하다고 할 수 있다. 이에 ‘접근가능성’을 무제한적으로 인정한다면, 광고연술에 대한 보증제공자의 보증책임을 무한히 증가할 수밖에 없게 된다. 이는 결과적으로 보증자 등이 보증과 결부된 광고를 포기할 유인이 될 것이며 매수인의 중요한 정보제공의 근원을 빼앗는 결과를 가져온다.⁹²⁾ 또한 접근가능성을 명문대로 이해하게 되면, 상인(보증자)은 모든 인터넷상 광고연술에 대해 책임을 지게 된다.⁹³⁾

매수인이 구체적인 매매물건의 판매자 또는 제조자와 직접 접촉하여 어떠한 보증약속이 유효한 것인지 밝히는 일은 그에게 상대적으로 많은 비용이 들지 않는다. 반면에 보증자에게 보증과 관련된 수많은 제3자의 광고를 파악하도록 하는 것은 그에게 지나친 부담을 안겨줄 수 있다. 즉 제3자 광고에 대한 보증인의 무제한적인 보증책임을 거래상 비경제적이라 할 수 있으며 국민경제에 있어서도 바람직하지 못한 정보부담의 배분을 초래할 것이다.⁹⁴⁾ 이를 방지하기 위해서는 독일 내에서는 ‘접근가능성’ 개념에 대한 몇 가지 제한해석을 시도되고 있다.

첫째, 적어도 구체적인 구매자가 속한 집단을 대상으로 한 광고만을 제443조의 ‘접근가능 한’ 광고로 본다.

둘째, 광고연술의 접근가능성을 매수인의 구매결정에 영향을 주었는지 여부, 즉 매수인이 광고연술에 대해 인지하여 구매를 결정하였는지에 따라 판단한다. 예컨대 시간적인 관점에서, 광고연술이 매매계약체결 ‘이전에’ 이루어 졌다면 광고와 매수인의 구매결정 사이에 연관이 있을 수 있으나 광고와 구매결정 사이의 시간간격이 너무 크다면 광고가 매수인의 구매결정에 영향을 끼친 것으로 보기는 어려울 것이다.⁹⁵⁾

마지막으로 보증자가 제3자의 광고를 ‘자신의 것으로 만들었음.’이 틀림없는 경우에

92) Picht, NJW 2014, 2612.

93) 제3자에 의한 광고가 단지 존재한다는 사실로부터 그에 상응하는 보증자의 의사표명을 도출하는 것은 그 의사표명을 의제(Fiktion)에 지나지 않는 것으로 축소시킬 수 있을 것이다. Picht, NJW 2014, 2612.

94) Picht, NJW 2014, 2612.

95) Picht, NJW 2014, 2612.

한하여 보증자는 제3자의 광고언술에 대해서 책임을 지는 것이다.⁹⁶⁾ 실질적으로 제443조 제1항의 접근가능성에 대한 이해에 있어 중요한 것은 제3자의 광고와 보증자의 보증 약속 사이에 언제 충분한 관계가 성립하는지에 대한 판단일 것이다. 이를 판단함에 있어 중요한 기준은 상인과 생산자가 얼마나 밀접한 관계를 형성하고 있는지가 될 것이다.⁹⁷⁾ 예컨대 판매자가 상인으로서 제조자의 생산품만을 판매한다면, 판매자인 상인의 광고언술은 제조자가 자신의 것으로 만들었다고 볼 수 있을 것이다.⁹⁸⁾ 또한 제조자가 판매자인 상인의 광고언술을 인지했음에도 불구하고 네트워크에서 퍼지는 광고에 대해 아무런 반대조치를 취하지 않았다면, 제조자의 보증책임에 대한 암묵적 수용을 인정할 수 있을 것이다.⁹⁹⁾

III. 우리민법에의 시사점 - 맺음말에 갈음하여 -

제조자가 매도인 등을 통해 제시하는 성상보증의 의미가 무엇인지에 대해서는 국내에 별다른 선행연구가 없었다고 할 수 있다. 또한 성상보증과 담보책임법상의 성상합의의 의미를 명확하게 구분하는 시도 자체도 없었다고 할 수 있다. 이에 본고는 ‘성상’과 관련된 독일민법 제434조 제1항 및 독일민법 제443조의 의미를 분석하여 향후 성상보증의 체결 및 효과에 관한 우리민법의 해석 및 입법방향에 몇 가지 시사점을 제공하고자 한다.

1. 우리 판례는 “매매의 목적물이 거래통념상 기대되는 객관적 성질·성능을 결여하거나, 당사자가 예정 또는 보증한 성질을 결여한 경우”를 하자로 본다.¹⁰⁰⁾ 그런데 이는

96) Picht, NJW 2014, 2612 f.

97) 일반적으로 생산자는 보증을 약속하고, 판매자는 이를 제3자에게 광고한다.

98) Haas, a.a.O., Kap. 5, Rn. 407; Staudinger/Matusche-Beckmann, 2014, § 443 Rn. 35; Picht, NJW 2014, 2610. 대량생산이 일반화 된 현대시장경제사회에서 매도인은 예전의 개인적인 지위에서 매수인과 계약관계를 맺는 것에서 벗어나 일종의 생산자(제조자)의 판매시스템의 한 구성부분을 이루고 있다고 해도 과언이 아니다. 이러한 경제구조에서 물품의 상표나 생산자가 누구인지가 최종소비자에게는 중요하다고 할 수 있다. 즉 현대사회에서 소비자는 대부분 특정 생산자나 특정상표를 신뢰하여 일정한 물품을 구매한다는 점에서 매도인은 단지 그 생산자의 판매시스템의 하부구조에 속하는 것에 불과할 수 있다. 이런 점을 감안하면, 생산자에 의한 품질 및 성상보증은 자연스러운 것이라 할 수 있다.

99) Picht, NJW 2014, 2613. 참고로 Picht는 상인은 일종의 “보증거절약관”을 통해 보증책임으로 부터 벗어나 수 있을 것이라고 한다. Picht, NJW 2014, 2613.

(구)독일민법의 조문과 비슷한 구조이다. 오히려 최근 독일 및 유럽에서는 하자여부를 결정하는 ‘성상’개념을 판단함에 있어 ‘계약의 부적합’과 연결 짓고 있다.¹⁰¹⁾ 이는 EC 1999년 소비재매매 및 보증에 관한 지침과 부합한 해석이라고 할 수 있다. 이에 우리 또한 하자를 판단함에 있어 ‘계약 부적합’과 관련시키는 입법적 정비가 필요할 것이라 생각된다.¹⁰²⁾

2. 독일연방대법원의 판례 들(BGH, Urteil vom 29.11.2006 - VIII ZR 92/06 = NJW 2007, 1346; BGH, Urteil vom 17. 3. 2010 - VIII ZR 253/08 = WM 2010, 990)을 통해 살펴본 것처럼, 당사자가 계약을 체결하면서 ‘성상보증’이나 ‘손해담보’와 같은 표현이 사용되었다는 이유만으로 보증계약이나 손해담보계약의 존재가 인정되어서는 안되며, 계약 전체의 내용 및 목적을 고려하여 당사자의 의도를 파악하여 판단하여야 할 것이다.¹⁰³⁾ 우리 판례가 대법원 2002. 5. 24. 선고 2000다72572 판결에서 “계약당사자 사이에 어떠한 계약내용을 처분문서인 서면으로 작성한 경우에 문언의 객관적인 의미가 명확하다면, 특별한 사정이 없는 한 문언대로의 의사표시의 존재와 내용을 인정하여야 하지만, 그 문언의 객관적인 의미가 명확하게 드러나지 않는 경우에는 그 문언의 내용과 계약이 이루어지게 된 동기 및 경위, 당사자가 계약에 의하여 달성하려고 하는 목적과 진정한 의사, 거래의 관행 등을 종합적으로 고찰하여 사회정의와 형평의 이념에 맞도록 논리와 경험의 법칙, 그리고 사회일반의 상식과 거래의 통념에 따라 계약내용을 합리적으로 해석하여야 하고, 특히 당사자 일방이 주장하는 계약의 내용이 상대방에게 중대한 책임을 부과하게 되는 경우에는 그 문언의 내용을 더욱 엄격하게 해석하여야 한다(밑줄은 필자가 첨가).”한 것도 손해담보계약이 의무자에게 중대한 책임을 부과한다는 점을 고려하여 이와 같은 설시를 한 것으로 판단된다. 다만 독일연방대법원이 판시한 것과 같이 손해담보계약으로 볼 것인지에 대해서는 매도인측의 의사보다는 매수인측이 어떻게 받아들였는지를 “그 문언의 내용과 계약이 이루어지게 된 동기 및 경위, 당사자가 계약에 의하여 달성하려고 하는 목적과 진정한 의사, 거래의 관행 등을 종합적으로 고찰하여

100) 대법원 2000. 1. 18. 선고 98다18506 판결 등.

101) 물론 하자를 판단함에 결과적으로 양자는 같은 결론을 도출할 것이지만 전자가 결과로부터 하자개념을 도출하는 듯한 인상을 준다는 점에서 후자처럼 계약과 연결 짓는 태도가 더 타당할 것이다.

102) 독일 내에서 소비재매매지침에 의거하여 하자개념을 이해하고 있는 동향 및 일본 등에서의 ‘하자’개념에 대한 입법개정방향에 대해서는 추후 연구에서 상세히 논하고자 한다.

103) 김형석, 앞의 논문, 55쪽.

사회정의와 형평의 이념에 맞도록 논리와 경험의 법칙, 그리고 사회일반의 상식과 거래의 통념에 따라 계약내용을 합리적으로 해석”하여 판단해야 할 것이다.

3. 소비자권리지침(Directive 2011/83/EU)에 따른 제443조 제1항의 개정은 종래와 다른 새로운 보증(Garantie)에 대한 내용을 보여주지는 않는다. 오히려 법률입안자의 역할의 중요성을 말해주고 있다고 할 수 있다. 한번 법률조문이 된 언어는 법의 발전 과정에서 법률입안자의 의도와는 달리 자기 고유의 생명력을 가진다고 할 수 있다. 특히 개정된 제443조 제1항의 광고와 관련된 ‘접근가능성’이라는 개념은 독일 내에서 무한한 해석의 논쟁을 불러일으킬 것으로 판단된다. 광고언술을 통해 보증자의 의무를 도출해 내는 과정에 대해서도 개정된 제443조 제1항에서는 해석상 다툼이 남아 있으며, 새롭게 첨부된 일부내용들 또한 여전히 불분명한 채로 남아 있다. 또한 ‘광고’에 의한 보증책임이 문제된다는 점에서 제443조 제1항의 해석은 제434조 제1항의 관계를 고려하지 않을 수 없게 되었다. 향후 국내에서 품질보증법제가 입법화 되는 경우에 독일의 개정과정에서의 몇 가지 오류를 교훈삼아 입법자가 의도하지 않은 해석논쟁을 남겨두지 않도록 해야 할 것이다.¹⁰⁴⁾

104) 의도적으로 입법자가 학설 및 판례에 위임한 것은 이와는 다른 차원의 문제라고 생각된다.

참고문헌

1. 단행본

湖見佳男, プラクティス民法 債權總論(第3版), 信山社, 2007.

2. 학술지

김성천, “소비재품질보증법의 입법에 관한 연구”, 아주법학 제1권 제1호, 아주대학교 법학연구소, 2012, 401-445쪽.

김진오, “민법상 완전물급부청구권의 공평의 원칙에 의한 제한의 가부(가부) 및 품질보증서 교부행위의 법적 성격”, 대법원판례해설 제99호, 2014.

김형석, “보증계약과 손해담보계약”, 저스티스 통권 제77호, 한국법학원, 2004, 49-69쪽.

노성인/이정래/이우석, “신원보증계약과 손해담보계약의 구별”, 법학연구 제29집, 전북대학교 법학연구소, 2009, 307-336쪽.

안병하, “매수인의 사후이행청구권 - 독일민법상 자동차 매도인의 하자담보책임을 중심으로”, 한양법학 제24권 제3집, 한양법학회, 2013, 547-577쪽.

양형우, “매도인의 하자담보책임과 제조자의 품질보증”, 연세법학연구 제5집 제2권, 연세대학교 법학연구원, 1998, 185-203쪽.

이병준, “2014년 소비자법 판례의 동행”, 소비자법연구 제1권 제1호(창간호), 한국소비자법학회, 2015.

전경운, “독일법상 매매와 도급에서의 하자담보책임과 기술적 표준”, 비교사법 제17권 1호, 한국비교사법학회, 2010, 151-191쪽.

渡邊拓, “損害担保責任(Garantiehafung)の法的性質について: 2002年ドイツ債權法改正後の法状況”, 横浜国際経済法学 16卷 1号, 2007.

Bamberger/Roth/Faust, BGB, 1. Aufl., 2007, Vor § 434.

Berger, Christian, Der Beschaffenheitsbegriff des § 434 Abs. 1 BGB, JZ 2004, 276 ff.

Braunschmidt, Vesper, Die Garantiebegriffe des Kaufrechts - Auslegung von

Garantieerklärungen und Abgrenzung zur Beschaffenheitsvereinbarung, Jus 2011, 393 ff.

Büdenbender, Der kaufvertrag, in: Barbara Dauner-Lieb/Thomas Heidel/Manfred Lepa/Gerhard

- Ring, Das neue Schuldrecht, 2002, § 8.
- Canaris, Claus-Wilhelm, in: Egon Lorenz (Hrsg.) Karlsruher Forum 2002: Schuldrechtsmodernisierung, 2003.
- Grigoleit/Herresthal, Grundlagen der Sachmängelhaftung im Kaufrecht, JZ 2003, 233 ff.
- Haas, Lothar/ Medicus, Dieter/ Rolland, Walter/ Schäfer, Carsten/ Wendtland, Holger, Das neue Schuldrecht, München 2002.
- Larenz, Karl/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Zweiter Band: Besonderer Teil, 2. Halbband, 13.Aufl., 1994.
- Lehmann, Heinrich, Faktische Vertragsverhältnisse, NJW 1958, 1 ff.
- MünchKomm/Westermann, 6. Aufl., 2012, § 434, § 443.
- Picht, Peter, Die kaufrechtliche Garantie im Verbraucherrechtlinien-Umsetzungsgesetz, NJW 2014, 2609 ff.
- Redeker, Philipp, Die Verkäuferhaftung beim Unternehmens- und Grundstückskauf - Die Grenzziehung zwischen Gewährleistungsrecht und Informationshaftung -, NJW 2012, 2471 ff.
- Roth, Herbert, Der faktische Vertrag, JuS-Lernbogen 1991, 89 ff.
- Schellhammer, Kurt, Das neue Kaufrecht – Die Sachmängelrechte des Käufers, MDR 2002, 241 ff.
- Schulze, Reiner/Ebers, Martin, Streitfragen im neuen Schuldrecht, JuS 2004, 462 ff.
- Singer, Reinhard, Fehler beim Kauf - Zum Verhältnis von Mängelgewährleistung, Irrtumsanfechtung und culpa in contrahendo, Festschrift 50 Jahre BGH, 2000.
- Staudinger/Matusche-Beckmann, BGB, Neubearb., 2014 § 443.
- Weiler, Frank, Haftung für Werbeangaben nach neuem Kaufrecht, WM 2002, 1784 ff.
- Wendehorst, Christiane, Das neue Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechtlinie, NJW 2014, 577 ff.
- Westermann, Das neue Kaufrecht, NJW 2002, 241 ff.

[Zusammenfassung]

**Das § 443 BGB, geändert durch die
Verbraucherrechterichtlinien-Umsetzungsgesetz
– Auslegung von Garantieerklärungen und Abgrenzung zur
Beschaffenheitsvereinbarung –**

Seo, Jong-Hee*

1. In dem Sachmangel muß bei der Beschaffenheit eines stern berücksichtigen. Beschaffenheit sollte, ob der Vertrag ungültig beurteilt werden. Geeignet für die RL 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 25.5.1999 zur Analyse, wie oben beschrieben.

2. Ob die Beschaffenheitsvereinbarung oder die Beschaffenheitsgarantie, ist wie bei jeder Willenserklärung nach anerkannten Auslegungsgrundsätzen (§ 105 KGB, § 2 KGB) in erster Linie danach zu beurteilen, in welchem Sinn sie der Geschäftsgegner als Erklärungsempfänger verstehen durfte. Entscheidend für die Annahme einer Zusicherung ist, dass aus Sicht des Käufers der Wille des Verkäufers erkennbar wird, in vertragsmäßig bindender Weise die Gewähr für das Vorhandensein einer Eigenschaft der Kaufsache zu übernehmen, und der Verkäufer damit seine Bereitschaft zu erkennen gibt, für alle Folgen des Fehlens dieser Eigenschaft einzustehen. Nämlich das Entstehenmüssen des Garantiegebers für Werbeaussagen Dritter. Vor allem zwischen dem Hersteller der Kaufsache und dem Verkäufer kann es vorkommen, dass einer der beiden das Garantieversprechen abgibt, während der andere eine Werbeaussage trifft, die als Inhalt eines Garantieversprechens tauglich, in der Garantieerklärung aber nicht enthalten ist.

3. In der Gesetzesbegründung werden die Änderungen an § 443 Absatz I BGB als

* Durch diese Papier können wir drei Folgen zu finden.

vorwiegend begrifflicher Natur zusammengefasst. Gesetzestext gewordene Sprache hat im Gange der Rechtsentwicklung ein Eigenleben gegenüber den Intentionen der Gesetzesverfasser. Besonders durch eine maßvolle Interpretation des „Verfügbarkeits“-Konzepts gilt es Acht zu haben, dass dies Leben ein gedeihliches werde. Die weniger gewichtigen Modifikationen sind teils erfreulich, wie etwa das deutlichere Herausstellen der Garantie als rechtsgeschäftlichem Verpflichtungstatbestand oder die weiter gefasste Systematisierung von Gegenständen und Inhalten der Garantie. Teils sind die Implikationen der Neufassung aber auch noch weitestgehend ungeklärt. Im Gegensatz zu den Ärzten des Gesetzgebers ist es auf verschiedene Weise interpretiert durch eine Interpretation des „Verfügbarkeits“-Konzepts. Wie wir das Zivilgesetzbuch geändert, wird es vorsichtig in diesem Punkt zu sein.

[Key Words] Beschaffenheitsvereinbarung, Beschaffenheitsgarantie, Garantie, § 443 BGB, § 434 Absatz I BGB, Verbraucherrechterichtlinien-Umsetzungsgesetz

[부 록]

〈표 1: 제443조 신규 대조표〉

개정전	현행
제443조 【품질(성상)보증 및 내구성보증】 ① 매도인 또는 제3자가 물건의 품질에 대하여 또는 그 물건이 특정한 기간 동안 특정한 품질을 가진다는 점(“내구성보증”)에 대하여 보증한 경우, 만약 그 보증사유가 발생하면, 매수인은 법률상의 청구권과는 별도로 보증의 의사표시 및 관련 광고에서 제시된 내용에 좇아 보증으로부터 비롯되는 권리들을 그 보증을 수락한자에 대하여 갖는다. ② 내구성보증을 부담하는 한, 그 유효기간 동안 발생하는 물건의 하자는 보증으로부터 비롯되는 권리들을 발생시키는 것으로 추정된다.	제443조 【보증】 ① 매도인, 제조자 또는 기타의 제3자가 행한 의사표시(설명)에서 또는 매매계약 체결 전이나 그 매매계약체결시 접근가능했던(verfügbar) 관련 광고에서 법적인 하자책임에 추가하여 특히 매매대금을 반환 하거나, 물건을 교환해준다거나 수리해준다거나 또는 그와 관련하여 용역급부를 행한다는 의무를 지는 경우, 만약 물건이 의사표시 또는 관련 광고 속에서 기술되었던 (“보증”)품질을 보이지 않거나 또는 무하자와 연관을 가지는 다른 요청들을 충족시키지 않는다면, 매수인은 법정의 청구권과 별도로 보증을 제시한 자 (“보증제공자”)에 대하여 보증으로부터 비롯되는 권리를 가진다. ② 보증제공자가 물건이 특정한 기간 동안 특정한 품질을 가진다는 점(내구성보증)에 대하여 보증하는 한, 그 유효기간 동안 발생하는 물건의 하자는 보증으로부터 비롯되는 권리들을 발생시키는 것으로 추정된다.

〈표 2: 제434조와 제443조의 비교〉

현행	현행
제434조 【물건하자】 ① 위험이전시에 물건이 약정된 성상을 갖추면 그에는 물건하자가 없다. 성상에 관한 약정이 없는 때에는, 다음의 경우에는 그에 물건하자가 없다. 1. 물건이 계약에서 전제가 된 용도에 적합한 경우, 또는 2. 그러한 전제가 없는 때에는, 물건이 통상의 용도에 적합하고, 또 동종의 물건에 상례적이고 매수인이 물건이 통상의 사용에 적합하고, 동시에 동종의 물건에 있어서 통상으로 여겨지며, 買主가 그 물건의 종류로부터 기대할 수 있는 성상을 가지는 경우 매도인이나 제조자(제조물책임법 제4조 제1항 및 제2항) 또는 그의 보조자가 한 물건의 성상에 관한 공개적 연명에 기하여, 특히 광고나 상품표시에서 한 연명에 기하여 매수인이 기대할 수 있는 성질도 제2문 제2호의 성상에 포함된다. 다만, 매도인이 그 연명을 알지 못하였고 또 알았어야 하지도 않았던 경우, 그 연명이 계약체결 전에 동일한 방식으로 정정되었던 경우, 또는 그 연명이 매수결정에 영향을 미칠 수 없었던 경우에는 그러하지 아니하다. ② 물건하자는 약정된 조립을 매도인 또는 그의 이행보조자가 부적절하게 행한 경우에도 인정된다. 나아가 조립설명서에 하자가 있는 경우에도 조립용의 물건에 물건하자가 있는 것이다. 다만 그 물건이 하자 없게 조립된 때에는 그러하지 아니하다. ③ 매도인이 종류가 다른 물건을 인도하거나 과소한 수량의 물건을 인도한 경우는 물건하자와 동일시된다.	제443조 【보증】 ① 매도인, 제조자 또는 기타의 제3자가 행한 의사표시(설명)에서 또는 매매계약 체결 전이나 그 매매계약체결시 접근가능했던(verfügbar) 관련 광고에서 법적인 하자책임에 추가하여 특히 매매대금을 반환 하거나, 물건을 교환해준다거나 수리해준다거나 또는 그와 관련하여 용역급부를 행한다는 의무를 지는 경우, 만약 물건이 의사표시 또는 관련 광고 속에서 기술되었던 (“보증”)품질을 보이지 않거나 또는 무하자와 연관을 가지는 다른 요청들을 충족시키지 않는다면, 매수인은 법정의 청구권과 별도로 보증을 제시한 자 (“보증제공자”)에 대하여 보증으로부터 비롯되는 권리를 가진다. ② 보증제공자가 물건이 특정한 기간 동안 특정한 품질을 가진다는 점(내구성보증)에 대하여 보증하는 한, 그 유효기간 동안 발생하는 물건의 하자는 보증으로부터 비롯되는 권리들을 발생시키는 것으로 추정된다.