

한·중·일 소비자계약법의 비교법적 고찰*

A Comparative Study on Consumer Contract Law in China, Japan, and Korea

서 희 석**

Seo, Hee-Sok

목 차

- | | |
|-----------------|------------|
| I. 서론 | IV. 계약내용규제 |
| II. 소비자의 개념정의 | V. 결론 |
| III. 계약체결과정의 규율 | |

동북아 3국의 소비자법을 비교검토하는 작업은 비교적 최근에 와서야 논의가 시작되고 있다. 그 실질적인 이유는 2014년 3월부터 시행되고 있는 중국의 개정 ‘소비자권익보호법’이 소비자의 사법적 권리(소비자사권)를 대폭적으로 보강하여 풍부한 논의의 소재를 제공해 주고 있기 때문이다. 지금까지는 대체적으로 1970년대 이후 발전하기 시작한 일본의 소비자법과 1980년대 이후 발전하기 시작한 한국의 소비자법이 논의의 중심에 있었으나 이제는 중국까지를 포함한 3국간 비교검토가 가능하게 된 것이다. 본고의 목적은 한중일 3국의 소비자법, 그 중에서 특히 소비자계약법(소비자와 사업자간의 계약관계를 규율하는 법규 및 이론의 총체)의 몇 가지 항목을 대상으로 비교법적 검토를 수행하는 데에 있다. 비교의 대상이 되는 항목은 ① 소비자의 개념정의, ② 계약체결과정의 규율(철회권, 취소권), ③ 계약내용규제(약관규제, 계약조항규제)의 세 가지로 한정한다. 우선 ①은 특히 소비자계약법의 적용범위를 확정한다는 점에서 중요한 의의를 가지며, ②는 소비자계약에서 소비자를 보호하기 위한 중요한 규제수단의 하나인 이른바 ‘계약해소형’ 소비자사권으로서

투고일 : 2015. 12. 28. / 심사외일 : 2016. 1. 27. / 게재확정일 : 2016. 2. 12.

* 본고는 정기웅 교수님 정년기념으로 개최된 건국대학교 법학연구소 주최 2015년도 국내학술대회 “아시아법의 현황과 미래”(2015.11.26.)에서 같은 제목으로 발표한 원고에 수정 가필한 것이다. 정기웅 선생님의 학문에 진심으로 감사드리며, 아울러 당일 좋은 토론을 해주신 전원열 교수님(건국대학교)께도 감사의 말씀을 전한다.

** 부산대학교 법학전문대학원 부교수

Associate professor, School of Law, Pusan National University

의 철회권과 취소권의 규율내용을 검토하기 위한 것이다. ③은 소비자계약이 체결된 경우 소비자에게 불리한 계약내용을 규제하기 위한 수단으로서 약관규제 및 소비자계약조항의 규제에 관한 법제도를 비교하기 위한 것이다. 이들 세 개의 항목을 대상으로 한중일 3국의 소비자계약법을 횡단적으로 비교검토한다.

[주제어] 소비자계약, 소비자계약법, 소비자의 정의, 소비자철회권, 소비자취소권, 계약조항규제, 소비자사권

I. 서론

동북아 3국의 소비자법을 비교검토 하는 작업은 비교적 최근에 와서야 논의가 시작되고 있다. 그 실질적인 이유는 2014년 3월부터 시행되고 있는 중국의 개정 ‘소비자권익보호법’이 소비자의 사법적 권리(소비자사권)를 대폭적으로 보강하여 풍부한 논의의 소재를 제공해 주고 있기 때문이다.¹⁾ 지금까지는 대체적으로 1970년대 이후 발전하기 시작한 일본의 소비자법과 1980년대 이후 발전하기 시작한 한국의 소비자법이 논의의 중심에 있었으나 이제는 중국까지를 포함한 3국간 비교검토가 가능하게 된 것이다.

본고의 목적은 한중일 3국의 소비자법, 그 중에서 특히 소비자계약법(소비자와 사업자 간의 계약관계를 규율하는 법규의 총체)²⁾의 몇 가지 항목을 대상으로 비교법적 검토를 수행하는 데에 있다. 비교의 대상이 되는 항목은 ① 소비자의 개념정의, ② 계약체결과정의 규율(철회권, 취소권), ③ 계약내용규제(약관규제, 계약조항규제)의 세 가지로 한정한다.

1) 중국 소비자권익보호법은 1993년에 제정되어 1994년부터 시행되고 있으나, 2013년의 개정에서 새로운 거래방식에 대한 규율을 보강하고 사업자의 민사책임을 강화하는 등 대폭적인 수정이 이루어졌다. 중국 소비자권익보호법의 2013년 개정법을 소개하는 국내문헌으로서는, 박제현, “중국의 소비자권익보호제도 고찰: 2012년 개정 소비자권익보호법을 중심으로”, 한국공정경제쟁쟁연학회 논집 제172호, 한국공정경제 연합회, 2014, 122쪽 이하; 김준호, “중국 소비자권익보호법 개정의 의의”, 법과 정책 제20집 제1호, 제주대학교 법과정책연구소, 2014, 183쪽 이하; 김정애, “개정 중국소비자권익보호법상 사업자의 의무”, 소비자문제연구 제45권 제1호, 한국소비자법학회, 2014, 25쪽 이하; 신지연, “중국의 개정 소비자권익보호법상 청약철회권에 관한 소고”, 법학논총 제21집 제3호, 조선대학교 법학연구소, 2014, 625쪽 이하; 박정국, “2013년 중국 개정 소비자권익보호법상 경영자의 의무-한국 소비자 관련법과의 비교법적 검토를 중심으로-”, 법학연구 제17집 제4호, 인하대학교 법학연구소, 2014, 197쪽 이하; 진지(陳志)·조동제, “중국의 소비자권익보호법 개정 배경 및 그 개선에 관한 소고”, 강원법학 제44권, 강원대학교 법학연구소, 2015, 779쪽 이하; 서희석, “중국 소비자권익보호법의 총론적 검토”, 소비자법연구 제1권 제1호, 한국소비자법학회, 2015, 168쪽 이하 등이 있다.

2) 학문으로서의 소비자계약법에는 소비자계약에 관한 ‘이론’(학설과 판례)까지를 포함하는 것이나 본고에서는 지면관계상 이를 검토할 여유는 없다.

다. 우선 ①은 특히 소비자계약법의 적용범위를 확장한다는 점에서 중요한 의의를 가지며, ②는 소비자계약에서 소비자를 보호하기 위한 중요한 구제수단의 하나인 이른바 ‘계약해소형’ 소비자사권으로서의 철회권과 취소권의 규율내용을 검토하기 위한 것이다. ③은 소비자계약이 체결된 경우 소비자에게 불리한 계약내용을 규제하기 위한 수단으로서 약관규제 및 소비자계약조항의 규제에 관한 법제도를 비교하기 위한 것이다.

이들 세 개의 항목을 대상으로 한중일 3국의 소비자계약법의 내용을 횡단적으로 비교 검토한다. 대상이 되는 법률은 중국의 경우 ‘소비자권익보호법’과 ‘중화인민공화국합동법’(合同法)(1999년)(이하 “통일계약법”이라 한다)이다. 소비자권익보호법은 위 세 항목을 모두 포함하는 소비자보호를 위한 특별법이기 때문에 중국 소비자법의 어느 정도의 모습은 이 법을 통해 파악이 가능하다. 또한 통일계약법에는 약관규제(③)에 관한 내용이 포함되어 있다. 반면 일본과 한국의 경우는 중국과 같은 형태의 단일 소비자법은 존재하지 않고 상황은 다소 복잡하다. 일본은 소비자계약에 관한 민법의 특별법으로서 ‘소비자계약법’(2000년)이 소비자계약에 관한 포괄적 내용(①②③)을 규정하고 있고 그밖에 소비자계약의 체결과정(②)을 규율하는 개별 소비자법(특정상거래법, 할부판매법 등)이 별도로 존재한다. 한국은 ‘소비자기본법’이 소비자의 개념정의(①)에 관한 기본적인 규정을 두고 있고,³⁾ 소비자계약의 체결과정(②)에 관한 개별 소비자법(방문판매법, 전자상거래소비자보호법, 할부거래법 등)과 계약내용규제(③)에 관한 특별법(약관규제법)⁴⁾이 별도로 존재한다는 점에 특징이 있다.

3) 우리 법상 소비자의 정의에 관하여는 i) 소비자기본법의 정의를 기본으로 하는 경우(소비자기본법, 할부거래법, 방문판매법, 전자상거래소비자보호법), ii) 법률의 목적에 따라 독자적으로 정의하는 경우(표시광고법, 식품안전기본법, 부동산개발업법), iii) 소비자계약의 정의에서 간접적으로 정의하는 경우(국제사법) 등 크게 3가지 유형이 존재한다(서희석, “DCFR상 소비자 사업자의 정의-우리 법과의 비교 검토-”, 외법논집 제36권 제2호, 한국의국어대학교 법학연구소, 2012, 13쪽). 본고에서는 이 중에서 i) 소비자기본법의 정의에 따라 논의를 진행하기로 한다.

4) 계약내용규제에 관하여는 개별 소비자법(방문판매법, 전자상거래소비자보호법, 할부거래법 등)에서 일부 조문이 강행규정이라는 취지의 조문(“소비자에게 불리한 계약의 금지”규정)을 두고 있는바, 이것도 일종의 계약내용규제라고 할 수도 있으나, 본고에서 검토하는 계약내용규제는 약관규제법과 같이 약관(조항) 등의 계약조항이 무효가 되기 위한 구체적 기준을 두고 있는 경우를 의미한다. 따라서 강행규정이라는 취지의 조문을 두고 있는 개별 소비자법은 계약내용규제에 관한 본고의 검토대상에서 제외된다.

II. 소비자의 개념정의

1. 소비자·사업자의 정의방식

소비자법에서 소비자와 그 거래상대방인 사업자를 어떻게 개념정의 할 것인가는 대단히 중요한 문제이다. 왜냐하면 많은 실정법에서 소비자를 특별한 권리의 주체로서 또는 행정적 보호의 대상으로 인정하고 있기 때문에 소비자의 정의는 그 인적 적용범위를 확정하는 의미를 갖게 되기 때문이다. 그런데 그 정의가 반드시 일치하는 것은 아니다. 그것은 소비자법이 20세기 후반에 비로소 발달하여 아직도 발전도상에 있는 법 영역이라는 이유 때문이기도 하지만 ‘소비’ 개념의 이해의 차이 및 국가별 또는 법률별 정책적인 이유 등에서 소비자의 정의 내지 범위를 다르게 확정하는 경우가 적지 않기 때문이다.⁵⁾

소비자를 정의하는 방식에는 비교법적으로 크게 두 가지 입법유형이 존재한다.⁶⁾ 즉, 그 범주를 자연인(개인)에 한정하는 유형(자연인한정형 입법)과, 자연인에 한정하지 않고 법인이나 단체도 소비자가 될 수 있음을 인정하는 유형(법인소비자인정형 입법)이 그것이다. 첫째 유형은 소비행위를 하는 자를 자연인(개인)으로 한정된 위에 ‘소비목적’이 있는 경우에만 소비자로서 인정하고자 하는 입법례이다. 따라서 개인이 ‘사업목적’으로 물품이나 서비스를 구매한다면 그는 소비자로서 보호받지 못한다(개인사업자). 둘째 유형은 소비의 주체가 반드시 자연인에 한정되지는 않으며 법인이나 단체가 물품 등을 소비(최종사용, 최종수령 등)하는 것도 가능하다고 본다. 이 유형에 의하면 소비목적이 있는 한 법인이나 단체도 소비자가 될 수 있다(따라서 이 유형을 “소비목적중시형”이라고도 할 수 있다). 그러나 법인이나 단체가 소비(최종사용, 최종수령 등)를 한다 하더라도 그것은 궁극적으로는 당해 단체나 법인의 ‘사업목적’을 위한 행위에 포함된다는 점에서 ‘소비목적’이 있다고 할 수 없고 따라서 이와 같은 입법이 타당한 것인지에 대해서는 의문이 없지 않다(비판론).⁷⁾ 비교법적으로는 대부분의 국가에서 첫째 유형의 입법을

5) 이상/서희석, “소비자기본법 30년과 소비자법의 구조전환-소비자법의 제3의 물결을 위하여-”, 법조 654호, 법조협회, 2011, 101-102쪽.

6) 이에 대해서는 특히, 서희석, 위의 논문(소비자기본법 30년), 102쪽 이하; 서희석, 앞의 논문(DCFR상 소비자·사업자의 정의), 13쪽 이하를 참조.

7) 서희석, 위의 논문(DCFR상 소비자·사업자의 정의), 17쪽은 “법인이나 단체는 그가 소비목적으로 물품 등을 구매한다 하더라도 상대방 사업자에 비해 정보나 교섭력에서 열등한 지위에 있는 자가 아니기 때문에 그를 소비자로서 보호해주어야 할 이유를 발견할 수 없(다)”는 점을 비판론의 또 다른 논거로 지적한다.

따르고 있으나, 둘째 유형의 입법을 따르는 소수의 예도 존재한다.⁸⁾

한편 사업자에 대하여는 비교법적으로는 사업(영업, 직업)에 관련된 목적으로 행위하는 자연인이나 법인(단체)으로 정의되는 것이 보통이다.

2. 중국법상 소비자

소비자권익보호법은 소비자와 사업자의 정의규정을 명시적으로는 두고 있지 않다. 다만 소비자와 사업자의 정의를 규정한 것으로 추론해 볼 수 있는 근거규정은 존재한다.

〈표 1〉 중국법상 소비자·사업자의 정의

소비자권익보호법⁹⁾ 제2조 소비자가 소비생활을 위하여 상품을 구매·사용하거나 서비스를 받을 때에는 본법의 보호를 받는다. 본법에서 규정하지 아니한 것은 기타 관련 법률 및 법규의 보호를 받는다.

제3조 사업자가 소비자에게 상품을 생산·판매하거나 서비스 제공을 할 때에는 본법을 준수하여야 한다. 본법에서 규정하지 아니한 것은 기타 관련 법률 및 법규를 준수하여야 한다.

여기서 소비자는 “소비생활을 위하여 상품을 구매·사용하거나 서비스를 받는 자”로 정의된 것으로 이해할 여지가 있게 된다. 그 특징은 “소비생활을 위하여”라고 소비목적이 명시된 반면 그 자가 반드시 자연인이어야 한다는 한정은 붙어 있지 않다는 점이다. 따라서 본법상의 소비자 정의가 자연인한정형 입법에 해당하는지는 불분명하다. 다만 법인이나 단체에서의 소비는 그것이 최종적인 사용이나 소비라 하더라도 궁극적으로는 사업목적에 위한 것이기 때문에 소비목적을 위한 구매 등은 애초에 자연인만을 전제로 하는 것이라는 ‘비판론’에 의한다면 위 소비자 정의는 자연인한정형 입법으로 해석하게 될 것이다.

제2조에 대하여는 정책적으로 중요한 예외가 존재한다. 즉, 농민의 법적 지위에 관한 제62조의 규정이 그것이다. 이에 의하면 “본법은 농민이 농산물을 직접 생산하기 위한 목적으로 생산원료를 구매·사용하는 경우에 준용한다.” 다시 말하면 농민이 소비목적이 아닌 생산목적으로 씨앗이나 비료 등의 생산원료를 구매할 경우에도 본법에 의한

8) EU의 대부분의 국가 및 일본이 자연인한정형 입법을 취한다. 자연인한정형 입법 및 법인소비자인정형 입법의 구체적 예에 관하여는, 서희석, 위의 논문(DCFR상 소비자·사업자의 정의), 6쪽 이하를 참조.

9) 번역은 신지연, “중화인민공화국 소비자권익보호법”, 소비자법연구 제1권 제1호, 한국소비자법학회, 2015, 217쪽 이하를 참조(이하같음).

보호를 받는다는 것이다. 이 예외규정은 농민은 생산활동에 종사하는 자이기 때문에 제2조의 정의에 의하면 소비자일 수 없으나, 정책적으로 농민을 소비자로서 보호하기 위한 목적에서 둔 규정으로 이해된다.

한편 제3조에 의하면 “사업자”는 “소비를 위하여 (그가 생산하거나 판매하는) 상품을 제공하거나 서비스를 제공하는 자”로 정의된 것으로 이해할 여지가 있게 된다. 이러한 이해에 의하면 사업자는 상품의 생산(제조)자나 판매자 또는 서비스 제공자를 포함하는 개념이 된다.

3. 일본법상 소비자

소비자계약법 제2조(정의) 이 법률에서 “소비자”란 개인(사업으로서 또는 사업을 위해 계약의 당사자가 되는 경우의 개인을 제외한다)을 말한다.
2. 이 법률에서 “사업자”란 법인 기타 단체 및 사업으로서 또는 사업을 위하여 계약의 당사자가 되는 경우의 개인을 말한다.

일본 소비자계약법은 소비자를 개인(자연인)에 한정하면서 다만 “사업으로서 또는 사업을 위하여 계약의 당사자가 되는 경우의 개인”(=개인사업자)은 소비자 개념에서 제외하고 있다. 따라서 전형적인 자연인한정형 입법에 해당한다. 주의할 점은 “사업으로서” 행위 하는 경우뿐만 아니라 “사업을 위하여” 계약의 당사자가 되는 경우의 자연인도 사업자로 다루어진다는 점이다. 예컨대 어느 개인이 (아직 사업을 시작하지는 않았으나) 사업을 위하여 물품 등을 구매하는 경우가 이에 해당한다. 한편 일본법에 의하면 법인을 포함한 단체는 모두 사업자로 다루어진다.¹⁰⁾

4. 한국법상 소비자

소비자기본법 제2조(정의) 1. “소비자”라 함은 사업자가 제공하는 물품 또는 용역(시설물을 포함한다. 이하 같다)을 소비생활을 위하여 사용(이용을 포함한다. 이하 같다)하는 자 또는 생산활동을 위하여 사용하는 자로서 대통령령이 정하는 자¹¹⁾를 말한다.
2. “사업자”라 함은 물품을 제조(가공 또는 포장)를 포함한다. 이하 같다)·수입·판매하거나 용역을 제공하는 자를 말한다.

10) 消費者庁企画課 編, (逐条解説)消費者契約法[第2版], 商事法務, 2010을 참조.

11) 소비자기본법 시행령 제2조(소비자의 범위) 「소비자기본법」(이하 “법”이라 한다) 제2조 제1호의 소비자 중 물품 또는 용역(시설물을 포함한다. 이하 같다)을 생산활동을 위하여 사용(이용을 포함한다. 이하 같다)하는 자의 범위는 다음 각 호와 같다.

1. 제공된 물품 또는 용역(이하 “물품등”이라 한다)을 최종적으로 사용하는 자. 다만, 제공된 물품등을 원재료

이 정의에 의하면 소비자에는 ①“소비생활을 위하여” 행위하는 자 외에 ②“생산활동을 위하여” 행위하는 일정한 범위의 자가 포함되게 된다. 후자의 경우에도 두 가지 유형이 있는데 ②-a 물품등을 최종적으로 사용(이용)하는 자(시행령 제2조 제1호)와 ②-b 농어민(원양업자 제외)이 포함된다(동 제2호). 결국 한국 소비자기본법상 소비자의 범주에는 ①소비목적의 자연인, ②-a 생산(사업)목적의 최종사용자(법인소비자), ②-b 농어민(원양업자 제외)이 포함되는 것으로 정리가 가능하다.

5. 비교분석

3국에서 소비자를 정의하는 방식은 모두 다르다. 일본이 자연인한정형 입법으로서 간명하면서도 명확하게 소비자의 범위를 확정하고 있는 반면, 한국은 ‘최종사용’이라는 개념에 따라 생산활동자(법인이나 단체)의 경우에도 소비가 가능하다는 입장(법인소비자인정형 입법)이다. 또한 정책적으로 생산활동자인 농민과 어민을 소비자개념에 포함시키고 있다(원양업자는 제외). 이에 반해 중국은 정책적 소비자로서 농민을 소비자개념에 포함시키는 반면 법인소비자 개념을 인정하는지는 법문상으로는 반드시 명확한 것은 아니다.

〈표 2〉 3국의 소비자 개념 내지 범주

	중국	일본	한국
자연인(개인)	○ (소비생활)	○ (사업목적 외)	○ (소비생활)
법인 소비자	?	× (사업목적)	○ (최종사용)
정책적 소비자	○ (농민)	×	○ (농어민*)

(주) *원양업자 제외

한편 사업자의 개념정의의 경우 중국과 한국이 사업목적을 명시하지 않은 채 다만 상품의 생산(제조)자나 판매자 또는 서비스 제공자를 포함하도록 폭넓게 정의하는 반면

(중간재를 포함한다), 자본재 또는 이에 준하는 용도로 생산활동에 사용하는 자는 제외한다.

2. 제공된 물품등을 농업(축산업 포함한다. 이하 같다) 및 어업활동을 위하여 사용하는 자. 다만, 「원양산업 발전법」 제6조 제1항에 따라 해양수산부장관의 허가를 받아 원양어업을 하는 자는 제외한다.

(따라서 사업목적 없이 행위 하는 자도 경우에 따라 사업자로 해석될 가능성이 있다), 일본의 경우 법인이나 단체는 기본적으로 사업 목적을 갖고 있다는 전제하에 모두 사업자로 다루고 있고, 아울러 사업 목적이 있는 개인(자연인)도 사업자에 포함시키고 있다(중국과 한국법상으로도 개인사업자를 인정하는 것으로 해석된다).

III. 계약체결과정의 규율

1. 서설

근대민법이 상정하는 계약에서는 합리적으로 행동하는 대등한 당사자의 지위를 전제로 하기 때문에 계약일방에게 자신이 가진 정보를 상대방에게 제공할 것을 강제하지 않는다. 다만 정보의 불충분이나 상대방의 위법한 관여에 의한 계약체결이 있었던 경우에는 일정한 요건 하에 착오나 사기·강박에 의한 의사표시의 취소를 인정하지만, 그 요건은 대단히 엄격하다. 이에 반해 소비자와 사업자간의 계약(소비자계약)은 정보력과 교섭력에서 당사자간에 차이가 존재함에도 불구하고, 근대민법의 계약법원리에 따른 경우 소비자는 계약체결여부를 결정하기에 충분하고도 완전한 정보를 제공받지 못한 채 자신의 생각과는 다른 상품이나 계약조건에 따라 계약을 체결하게 될 가능성이 상존한다. 또한 현대사회의 발전과 함께 등장한 이른바 특수한 유형의 개별적 계약관계(방문판매, 통신판매, 할부판매 등)에서는 사업자에 의한 집요한 구매의 강요에 따라(방문판매), 또는 실물을 직접 보지 못하거나(통신판매) 자신의 수입을 고려하지 않고 고가의 물건을 충동적으로 구매하는(할부판매) 계약을 체결할 위험성이 상존한다.

이러한 점에서 소비자로 하여금 특수한 거래유형에 따른 계약체결의 위험을 회피하게 하고 아울러 계약체결 여부에 영향을 미치는 중요한 정보를 제공받지 못하거나 부당(부실, 불완전)한 정보제공으로 계약을 체결한 소비자를 보호하기 위해 근대계약법의 원리를 보완 내지 수정하여야 한다는 생각이 지지를 얻게 되었다. 그 방안으로서 소비자에게 당해 계약관계로부터의 해방을 인정하는 법리가 발전하게 되었는데, “소비자철회권”과 “소비자취소권”에 의한 계약해소의 법리가 그것이다. 전자(소비자철회권)는 소비자계약의 체결 후 일정한 기간(보통 1주에서 3주 이내)까지 계약(의사표시)의 무조건적인 철회나 해제를 인정하는 권리이고, 후자(소비자취소권)는 소비자계약에서 의사표시의 취소의

요건을 민법상의 그것보다 완화하여 계약관계로부터의 해방을 쉽게 인정하는 권리이다.

2. 중국

중국의 소비자권익보호법은 통신판매에서 소비자철회권(반품권)을 인정한다. 철회기간은 상품을 수령한 날로부터 7일이다. 다만 소비자가 주문제작하거나 쉽게 부패하는 제품 또는 디지털콘텐츠 등은 소비자철회권의 대상에서 제외되며, 그 외의 상품이라도 그 특성상 반품이 어렵다는 것을 소비자가 구매시 알고 있었던 경우에는 소비자철회권 행사가 배제된다.

소비자권익보호법 제25조 사업자가 인터넷, 텔레비전, 전화, 우편 등의 방식을 통해 상품을 판매한 경우 소비자는 상품을 수령한 날로부터 7일 이내에 이를 반품할 수 있고 반품시 그 이유를 설명할 필요는 없다. 그러나 이하에 해당하는 상품은 제외한다.

- (1) 소비자가 주문제작한 상품
- (2) 쉽게 부패하는 신선제품
- (3) 온라인에서 다운받았거나 소비자가 이미 개봉한 컴퓨터 소프트웨어 등의 디지털콘텐츠
- (4) 신문과 잡지

위에 해당하는 상품 외에도 상품의 특성상 반품이 어렵다는 것을 소비자가 상품 구매시 알고 있었던 경우에는 이유없이 반품할 수 없다.

소비자가 반품한 상품은 완전한 상태여야 한다. 사업자는 반품된 상품을 수령한 날로부터 7일 내에 소비자에게 상품대금을 반환해야 한다. 반품상품의 운송비용은 소비자가 부담하지만 사업자와 소비자 사이에 약정이 있는 경우에는 그 약정에 따른다.

소비자가 소비자철회권(반품권)을 행사하기 위해서는 반품한 상품이 완전한 상태여야 하는바(일부 소비, 훼손 등의 경우 철회가 불가능하다), 그 경우 사업자는 반품된 상품을 수령한 날로부터 7일 이내에 소비자에게 상품대금을 반환하여야 한다. 반품상품의 운송비용은 원칙적으로 소비자가 부담한다.

한편 통신판매 이외의 특수거래(방문판매, 할부판매, 다단계판매 등)에서 소비자철회권은 아직 존재하지 않는다. 이들 특수거래를 규율하는 법률은 현재 존재하지 않기 때문이다.¹²⁾

12) 최길자, “중국 소비자계약법의 현황과 개선방향”, 법학논총 제30권 제3호, 전남대 법학연구소, 2010, 73쪽.

3. 일본

3.1 소비자철회권

일본에서는 소비자철회권을 법문상으로는 “청약의 철회 또는 계약의 해제”(약칭 “청약철회등”)로 표기하는 것이 보통이나, 강학상·실무상으로는 “クーリングオフ”(cooling-off의 일본어표기)라 칭하는 것이 일반적이다. 일본에서 소비자철회권이 인정되는 법률은 특정상거래법, 할부판매법, 금융상품거래법, 택지건물거래업법, 금융상품거래법, 부동산특정공동사업법, 보험법법, 예탁거래법, 골프회원계약적정화법 등 9개에 이른다. 이 중 대표적인 소비자법인 특정상거래법상으로는 방문판매, 전화권유판매, 통신판매(임의규정), 연쇄판매(=다단계판매), 특정계속적역무제공, 업무제공유인판매 등의 특수거래유형에서 소비자철회권이 인정된다. 아래 표는 특정상거래법과 할부판매법상 소비자철회권의 내용을 정리한 것이다.

〈표 3〉 특정상거래법 및 할부판매법상 소비자철회권

거래내용	철회기간 (기산점)	적용대상	적용법률	반환비용 부담	일부사용이익 등 청구
방문판매/ 전화권유판매	8일 (서면교부일)	모든 상품·역무, 지정권리 (시설이용권, 영화·연극 등 감상권, 어학교습권)	특상법 9조·24조	판매업자	불가
통신판매	8일 (상품인도·지 정권리이전일)	모든 상품, 지정권리	특상법 15조 의2	소비자	
연쇄판매 거래	20일 (서면교부일)	모든 상품·역무·권리	특상법 40조	판매업자	
특정계속적 역무제공	8일 (서면교부일)	에스테, 어학교실, 학원, 결혼 서비스 등	특상법 48조	판매업자	불가
업무제공 유인판매거래	20일 (서면교부일)	일의 제공을 약속하고 일에 필 요한 물품 등을 판매하는 거래	특상법 58조	판매업자	
신용계약	8일·20일 (서면교부일)	특상법상 철회 가능한 특수거 래에 관한 개별 신용계약(신 용카드 제외)	할부판매법 3 5조의3의 10·11	판매업자	불가

3.2 소비자취소권

일본에서 소비자취소권은 소비자계약법(2000)에 최초로 명문화 되었다.¹³⁾ 이 법에서

인정하는 소비자취소권에는 “오인에 의한 취소권”과 “곤혹에 의한 취소권”의 두 가지 유형이 포함된다. 한편 그 후 특정상거래법이나 할부판매법상의 특수거래에도 소비자계약법의 요건을 참조하여 소비자취소권이 인정되었다.

3.2.1 사기의 확장으로서의 “오인”에 의한 취소권¹⁴⁾

사업자가 소비자에게 소비자계약의 체결을 권유할 때에, ①중요사항¹⁵⁾에 대해 사실과 다른 사항을 고지하거나(“부실고지”), ②장래의 변동이 불확실한 사항에 대하여 단정적 판단을 제공하여(“단정적판단의 제공”), 또는 ③중요사항에 대해 소비자에게 불이익한 사실을 고의로 알리지 않음으로 인하여(“불이익사실의 고의의 불고지(不告知)”), 소비자가 당해 사항에 관하여 오인(誤認)을 하고, 이로 인해 당해 소비자계약의 청약 또는 승낙의 의사표시를 했을 때에는 이를 취소할 수 있다(제4조 제1항·제2항). 이는 민법상 사기(제96조)의 요건(특히 이중 고의, 이중 인과관계)을 완화함과 동시에 추상적인 요건을 구체화·명확화한 것이다.

3.2.2 강박의 확장으로서의 “곤혹”에 의한 취소권¹⁶⁾

소비자는, 사업자가 소비자계약의 체결의 권유를 할 때에, ①소비자의 주거 등에서 나가줄 것을 소비자가 요구했음에도 불구하고 사업자가 이에 응하지 않는 경우(不退去), ②계약체결 장소에서 소비자가 나가겠다는 의사를 표시했음에도 불구하고 사업자가 이에 응하지 않는 경우(감금(監禁) 또는 퇴거방해)에, 이로 인해 곤혹(困惑)스러움에 빠져, 결국 당해 소비자계약의 청약 또는 승낙의 의사표시를 했을 때에는 이를 취소할 수 있다(제4조 제3항).

다시 말하면, 사업자의 부당한 권유행위(불퇴거, 감금[퇴거방해])에 의해 소비자가 곤혹스러움에 빠져 결국 이로 인해 계약이 체결된 경우, 소비자는 당해 계약을 취소할 수 있다. 예컨대, 방문판매원에 대해 돌아가 달라는 의사를 표시했음에도 불구하고 집요

13) 일본 소비자계약법의 입법배경 및 내용을 소개하는 국내문헌으로는, 서희석, “일본 소비자계약법 5년의 성과와 평가”, 민사법학 제39-1호, 한국민사법학회, 2007, 85쪽 이하 및 같은 논문 각주 1)에 인용된 문헌을 참조할 것.

14) 이 취소권의 구체적 내용에 관하여는 서희석, 위의 논문, 104-105쪽을 참조.

15) ①과 ③에 있어서의 “중요사항”이란 다음의 두 가지 요건을 모두 충족하는 사항을 말한다(제4조 제4항).
i) 물품, 권리, 의무 기타 당해 소비자계약의 목적이 되는 것(물품 등)의 질, 용도 기타 내용, 또는 물품 등의 대가 기타 거래조건, ii) 소비자가 당해 소비자계약을 체결할 것인가를 판단함에 있어 통상 영향을 미치는 사항.

16) 이 취소권의 구체적 내용에 관하여는 서희석, 앞의 논문(일본 소비자계약법 5년의 성과), 105-106쪽을 참조.

하게 돌아가지 않음으로 인해 결국 계약을 체결한 경우(불퇴거)나, 영업소에서 장시간에 걸쳐 권유를 받고 결국 계약서에 사인한 경우(감금 또는 퇴거방해)가 이에 해당된다. 이는 민법상 강박(제96조)의 요건(특히 이중 고의, 이중 인과관계)을 완화함과 동시에 추상적인 요건을 구체화·명확화한 것이다.

오인 및 곤혹에 의한 소비자취소권은 민법상의 취소권의 적용을 배제하는 것이 아니므로(제6조), 각각의 발생요건이 충족하면 양자의 취소권은 병존하게 된다. 소비자취소권은 추인가능시부터 6개월, 당해 소비자계약의 체결시부터 5년을 경과하면 시효로 소멸한다(민법상 취소권은 5년·20년).

3.2.3 특정상거래법·할부판매법상 소비자취소권

소비자계약법상 취소권은 특정상거래법 및 할부판매법상의 특수거래에서 사업자의 부당한 권유(부실고지 및 불이익사실의 고의의 불고지)가 있었던 경우에도 인정된다. 2004년 특정상거래법의 개정과 2008년 할부판매법의 개정으로 소비자취소권이 각각의 법률에 신설되었다.¹⁷⁾ 소비자취소권이 인정되는 특수거래유형은 특정상거래법에서 방문판매, 전화권유판매, 다단계판매, 특정계속적역무제공, 업무제공유인판매거래의 5유형이고, 할부판매법상으로는 위 5유형의 계약을 개별 신용계약을 이용하여 체결한 경우도 포함된다.

4. 한국

우리나라의 경우 방문판매법상 방문판매 및 다단계판매, 전자상거래법상 통신판매(전자상거래), 할부거래법상 할부계약, 보험업법상 보험계약에서 각각 철회(청약철회등, 청약철회)가 인정된다. 한편 일본법상의 소비자취소권은 우리 법에서는 인정되지 않는다.

17) 2004년 특정상거래법 개정에 관하여는 특히, 松本恒雄, “特定商取引法の改正-行政規制と民事ルール強化”, 市民と法 第29号, 2004, 28-33頁, 2008년 할부판매법 개정 관하여는 특히, 都筑満雄, “割賦販売法改正の意義と課題-民事規定を中心に”, 現代消費者法 第2号, 2009, 39-49頁을 참조.

〈표 4〉 한국의 소비자철회권제도

거래내용	철회기간 (기산점)	적용법률	반환비용	일부사용이익 등 청구
방문판매	· 14일(계약서교부·상품인도일) · 3개월-30일	방문판매법 8조	판매업자	가능
다단계판매	· 소비자: 14일/3개월-30일 · 다단계판매원: 3개월(계약일)	방문판매법 17조	판매업자	가능
통신판매	· 7일(동) · 3개월-30일	전자상거래법 17조	· 소비자 · 판매업자	가능
할부계약	7일(동)	할부거래법 8조	할부거래업자	가능
보험계약	15일 (보험증권 교부일)	보험업법 102조의4		*철회 당시 이미 보험사고 발생한 경우 철회불가

5. 비교분석

소비자철회권이 인정되는 특수거래 유형으로는 중국에서는 통신판매, 한국에서는 방문판매, 다단계판매, 통신판매 등이 포함되며, 일본에서는 이를 인정하는 법률만 9개이고, 특정상거래법상으로는 5개의 특수거래유형에서 철회권이 인정된다. 한편 일본의 경우 소비자철회권 외에도 민법상 착오에 의한 취소권과 사기·강박에 의한 취소권의 요건을 완화한 오인에 의한 취소권과 곤혹에 의한 취소권이 별도로 인정된다. 이와 같이 본다면 소비자보호를 위해 계약체결과정을 규율하는 물은 일본에서 가장 발달해 있다고 할 수 있다. 이하에서는 3국에서 공통되는 부분인 통신판매에서의 소비자철회권을 비교해 보기로 한다.

〈표 5〉 통신판매에서의 소비자철회권의 3국 비교

	중국	일본	한국
철회대상	상품	상품·지정권리	재화·용역
철회기간 (기산점)	7일 (상품수령일)	8일 (상품인도일)	· 7일(계약서교부·상품인도일) · 3개월(공급일)-30일(인식일)
반환비용 부담	소비자	소비자	· 소비자 · 판매업자
일부사용 시 반환	불가	-	가능(일정금액 청구)

IV. 계약내용의 규제

1. 서설

소비자계약의 내용을 규제하는 방법으로는 민법 제103조(사회적 타당성) 또는 제104조(폭리행위), 제2조(신의칙) 등 일반규정에 따라 계약(법률행위) 자체를 무효로 하는 방법과, 계약내용 내지 계약조항을 규제하는 방법이 존재한다. 후자는 특별법에서 발달한 소비자계약조항규제의 방법이다. 그런데 소비자계약조항은 약관으로 이루어지는 경우가 보통이기 때문에, 특별법이나 민법에서 약관규제에 관한 규율이 존재하는 경우에는 그것이 곧 소비자계약조항을 규제하는 근거로서 활용된다. 문제는 약관이 아닌 소비자계약조항을 규제할 필요가 있는가, 또 그 경우의 방법은 무엇인가이다. 규제의 필요성과 관련하여서는 “개별적으로 교섭이 이루어지지 않은 계약조항”이라면 약관과 같은 규범적 평가가 가능하다고 본다(EU의 소비자계약상의 불공정조항지침¹⁸⁾ 제3조 참조). 소비자가 당해 조항의 작성에 관여하지 않은 점(일방성)에 있어서는 약관이나 개별교섭을 거치지 않은 계약조항이나 마찬가지로 때문이다.¹⁹⁾

우리나라의 경우 약관규제법에 의하여 약관(조항)의 내용이 규제된다. 이것은 소비자계약이 약관에 의한 계약인 경우에도 마찬가지이다(약관규제법 제2조 참조). 그러나 약관이 아닌 소비자계약조항은 약관규제법에 의한 규제의 대상이 되지 못한다. 이에 대하여 일본은 약관조항을 포함한 소비자계약조항 일반에 대하여 그 내용을 규제하는 규범을 두고 있다(소비자계약법). 반면 중국은 소비자권익보호법에 약관규제에 관한 포괄적인 규정 하나를 두고 있고 아울러 통일계약법(합동법)에 관련 규정을 두고 있으나, 소비자계약조항의 내용규제에 관한 규정은 존재하지 않는다.

2. 중국

중국에서는 1993년에 제정된 소비자권익보호법 제24조에 약관에 의한 소비자계약에 관한 규정을 최초로 규정하였다. 동조 제1항은 경영자(사업자)는 약관조항, 통지, 알림,

18) Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts.

19) 서희석, “약관규제 외에 계약조항규제가 필요한가?”, 가천법학 제7권 제2호, 가천대 법학연구소, 2014, 153쪽 이하를 참조.

점포 내 고시 등의 방식으로 소비자에게 불공정하거나 불합리한 조항을 규정하여서는 안 되며, 소비자에 대하여 손해를 발생시킨 경우 그 책임을 경감하거나 면제하는 경우는 반드시 민사책임을 져야하는 것으로 규정하고 있었고, 동조 제2항은 약관조항, 통지, 알림, 점포 내 고시 등이 전항의 내용에 해당되는 경우 그 내용은 무효라고 규정하고 있었다.²⁰⁾ 그 후 1999년에 제정된 통일계약법(합동법)에서는 제2장 계약의 체결의 3개 조문(제39조~제41조)에서 약관에 의한 계약에 관하여 규정하게 되었다(후술). 그런데 2013년에 소비자권익보호법의 개정으로 약관에 관한 제24조의 규율내용에도 약간의 변화가 생기게 되었다(후술). 이하 현행 소비자권익보호법 및 통일계약법 상의 약관에 관한 규정내용을 살펴보기로 한다.

2.1 소비자권익보호법

제26조 사업자가 경영활동 중에 약관조항을 사용하였다면 명시적인 방식으로 소비자에게 상품 또는 서비스의 수량과 품질, 가격 또는 비용, 이행기간과 방식, 안전주의사항과 위험경고, 애프터서비스, 민사 책임 등 소비자의 이익과 관련된 중요한 내용을 알려야 하고 소비자의 요구에 따라 설명을 해야 한다. 사업자는 약관조항, 통지, 알림(聲明), 점포내 고시 등의 방식으로 소비자의 권리를 배제·제한하거나 사업자의 책임을 경감·면제해서는 안 되고 소비자의 책임을 가중시키는 등의 방식으로 소비자에게 불공정하거나 불합리한 규정을 두어서도 안 된다. 또한 약관조항 및 기술수단의 힘을 이용하여 거래를 강제해서도 아니 된다.

제1항은 약관의 중요내용의 명시 의무 및 설명 의무에 관한 것으로, 의무위반의 효과가 법문상 반드시 명확한 것은 아니나, 약관조항의 계약내용으로의 **편입요건 내지 편입통제**를 규정한 것으로 이해될 여지가 있다. 다만 그와 같이 이해하더라도 명시 의무와 설명 의무의 대상이 “소비자의 이익과 관련된 중요한 내용”으로 동일하고(명시 의무의 대상이 약관조항 전체가 아님), 설명 의무의 경우 소비자의 요구에 따른 의무라는 점에서 우리 약관규제법상의 명시 의무 및 설명 의무와는 그 규율내용이 다르다.

제2항 제1문은 소비자에게 불공정하거나 불합리한 약관조항이 허용되지 않는다는 취지이다. 법문상 그 의무위반의 효과가 반드시 명확한 것은 아니나, 약관규제에 관한 이른바 **내용규제 내지 내용통제**를 규정한 것으로 이해될 여지가 있다. 한편 제2문은 약관조항을 이용하여 거래(계약체결)를 강제해서는 안 된다는 취지를 규정한 것인데, 약관의 본질에 관한 이른바 ‘규범설’에 입각한 조문으로 이해된다.²¹⁾

20) 최길자, 앞의 논문, 72쪽.

21) 중국에서 약관의 본질에 관하여 이른바 규범설이 통설적 입장에 있다는 견해로, 최길자, 위의 논문, 77쪽을

2.2 통일계약법²²⁾

제39조 제1항 약관조항에 의하여 계약을 체결하는 경우, 약관조항을 제공하는 당사자는 공평의 원칙에 따라 당사자 간의 권리와 의무를 정하여야 하고, 합리적인 방식으로 상대방에게 약관제공자가 자기의 책임을 면제하거나 또는 제한하는 조항에 대하여 주의하도록 하여야 하며, 상대방의 요구에 따라 동 조항에 대하여 설명하여야 한다.

제2항 약관이란 당사자가 반복적으로 사용하기 위하여 사전에 작성하고 계약을 체결하는 때에 상대방과 협의를 거치지 않은 조항을 말한다.

제39조 제1항은 약관작성자의 약관작성 시 주의의무, 약관작성자 책임의 면제조항 및 제한조항에 관한 상대방에 대한 주의환기의무 및 설명의무 등 약관작성자의 세 가지 의무를 규정한다. 대체적으로 약관의 편입요건(편입통제)에 관한 규정으로 이해되나, 문제는 이들 의무를 위반한 경우의 효과규정이 없고 주의환기의무 및 설명의무의 대상이 면책조항 및 책임제한 조항으로 한정된다는 점이다.

동조 제2항은 약관의 정의에 관한 것이다. 이 규정에 의하면 약관은 ‘일방성’(당사자가 작성), ‘사전성’(사전에 작성), ‘무협의성’(계약을 체결하는 때에 협의를 거치지 않은 조항)을 개념표지로 한다. 일방성과 사전성은 우리 약관규제법상의 약관의 개념표지와도 일치하나, ‘무협의성’의 의미에 관하여는 중국 내에서도 논란이 있는 듯하다.²³⁾ 약관의 본질(구속력의 근거)에 관한 규범설의 입장을 나타낸 것으로 이해된다.²⁴⁾

제40조 약관이 통일계약법 제52조²⁵⁾와 제53조²⁶⁾의 규정에 속하는 경우, 또는 약관을 제안하는 자가 그 책임을 면제하거나 상대방의 책임을 가중하거나 상대방의 주요권리를 배제하는 경우, 그 조항은 무효이다.

제40조는 이른바 약관의 내용규제 내지 내용통제에 관한 규정으로 약관조항이 무효가 되는 경우를 규정한 것이다. 통일계약법상 일반적으로 계약(조항)이 무효가 되는 경우외

참조

- 22) 통일계약법상의 약관에 관한 규정의 내용에 대하여는 최길자, 위의 논문, 76쪽 이하를 참조하였다.
- 23) 최길자, 위의 논문, 77쪽.
- 24) 최길자, 위의 논문, 77-78쪽.
- 25) 제52조 다음 각호에 해당하는 경우에 계약은 무효이다. 1. 당사자 간에 사기, 강박의 수단으로 계약을 체결하고 이로 인해 국가이익에 손해를 주는 경우, 2. 계약당사자간의 악의의 통정행위가 국가, 집단 또는 제3자의 이익에 손해를 주는 경우, 3. 합법적인 형태를 가장하여 비합법적인 목적을 숨긴 경우, 4. 사회공공이익을 해한 경우, 5. 법률, 행정법규상의 강행규정을 위반하는 경우.
- 26) 제53조 다음과 같은 계약상의 면책조항은 무효이다. 1. 상대방의 신체적 침해에 대한 면책조항, 2. 고의 또는 중과실에 의한 재산침해에 대한 면책조항.

에 약관작성자의 면책조항, 상대방 책임을 가중하거나 주요권리를 배제하는 조항은 무효이다.

제41조 약관조항의 의미에 대하여 다툼이 있는 경우 통상의 이해방식으로 해석하여야 하며, 약관조항에 대하여 두 가지 이상의 해석이 있는 경우 작성자에게 불리한 방식으로 해석하여야 하며, 약관조항과 약관이 아닌 조항(개별약정)이 일치하지 않는 경우 약관이 아닌 조항이 우선한다.

제41조는 약관의 해석원칙에 관한 규정으로 세 가지 원칙으로 구성된다. 통상적 해석 원칙, 작성자불리의 원칙, 개별약정우선의 원칙이 그것이다.

3. 일본

3.1 서설

일본에서는 현재까지 약관규제에 특화된 법률이 존재하지 않는다. 다만 일본민법 제90조(공서양속)에 의한 계약내용규제의 문제로서 처리하여 왔고,²⁷⁾ 비교적 최근에는 소비자계약법을 제정(2000년)하여 약관을 포함한 계약조항 전체를 대상으로 한 내용규제에 관한 규범으로 활용하여 왔다. 그러나 민법 일반에 의한 계약내용규제나 소비자계약에 한정된 형태의 계약조항규제만으로는 한계가 있다는 점에 주목하여 2015년 3월에 국회에 제출된 일본 민법개정안에서는 약관에 관한 몇 개의 조문을 신설할 것을 제안하고 있다.²⁸⁾ 이하에서는 소비자계약법상의 관련조문을 검토한다(8조~10조).

소비자계약법은 계약체결과정의 적정화를 도모하기 위한 규범(소비자취소권)을 창설함과 동시에 계약내용의 적정화를 도모하기 위하여 부당한 계약조항의 무효에 관한 규범을 창설하였다. 그런데 입법의 과정에서는 계약내용의 적정화의 방법으로서 ‘약관’에 한정된 입법을 해야 한다는 견해와, 약관에 한정하지 않고 널리 ‘계약조항’을 대상으로 해야 한다는 견해가 대립하였는데, 입법의 검토과정의 초기부터 후자의 견해가 채용되었다. 계약내용의 적정화를 위한 방법으로 규제의 대상을 굳이 약관에 한정할 필요가 없었기 때문이다.²⁹⁾

27) 예컨대, 大村敦志, 消費者法[第3版], 有斐閣, 2007, 127쪽을 참조.

28) 일본에서 약관법의 민법전 신설에 관한 최신동향에 대하여는, 서희석, “일본에서 약관법의 민법전 신설 논의”, 외법논집 제39권 제4호, 한국의국어대학교 법학연구소, 2015, 59쪽 이하를 참조.

3.2 면책조항의 무효(제8조)³⁰⁾

본법이 무효로 하는 면책조항은 다음의 세 가지이다. 즉, ①사업자의 채무불이행 책임을 제한하는 조항(제8조 제1항 제1호·제2호),³¹⁾ ②사업자의 불법행위책임을 제한하는 조항(제8조 제1항 제3호·제4호),³²⁾ ③사업자의 하자담보책임을 제한하는 조항(제8조 제1항 제5호),³³⁾ 이상의 3유형이 그것이다.

3.3 손해배상액의 예정조항 등의 무효(제9조)

본 조는 소비자가 지급해야 할 손해배상액의 예정 또는 위약금조항에 관한 일부 무효의 취지를 규정한 것이다. 본 조에 의해 일부 무효로 되는 유형은 다음의 두 가지이다. 첫째, 소비자계약의 해제에 대비한 손해배상액의 예정 또는 위약금조항에서 당해 사업자에게 생기는 평균적 손해를 초과하는 부분은 무효이다(제9조 제1호).³⁴⁾ 둘째, 소비자가 부담하는 금전채무의 이행지체에 대비한 손해배상액의 예정 또는 위약금조항에서 연 14.6%로 계산한 액을 초과하는 부분은 무효이다(제9조 제2호).³⁵⁾

29) 서희석, 앞의 논문(일본 소비자계약법 5년의 성과), 106-107쪽 및 해당 인용문헌을 참조.

30) 서희석, 위의 논문(일본 소비자계약법 5년의 성과), 107-108쪽 및 해당 인용문헌을 참조.

31) 사업자의 채무불이행에 의해 소비자에게 생긴 손해를 배상할 책임(채무불이행 책임)의 전부를 면제하는 조항(제1호)이나, 고의 또는 중대한 과실에 의한 채무불이행 책임의 일부를 면제하는 조항(제2호)은 무효이다.

32) “사업자의 채무의 이행 시에 행해진 당해 사업자의 불법행위”에 의해 소비자에게 생긴 손해를 배상하는 “민법의 규정에 의한 책임”의 전부를 면제하는 조항(제3호)이나, 고의 또는 중대한 과실에 의한 불법행위책임의 일부를 면제하는 조항은 무효이다(제4호).

33) 소비자계약의 목적물에 숨은 하자가 있는 경우나 도급계약에서 일의 목적물에 하자가 있는 경우에, 당해 하자에 의해 소비자에게 생긴 손해를 배상할 사업자의 책임의 전부를 면제하는 조항은 무효이다(제5호). 그러나 사업자가 대물(代物)급부나 하자보수의 책임을 부담하는 경우(제8조 제2항 제1호), 또는 제3자가 당해 책임을 부담하기로 하는 약정이 체결된 경우(제8조 제2항 제2호)에는 예외로 한다.

34) “평균적 손해”란, 동일한 사업자가 체결하는 다수의 동종계약의 사안에서 유형적으로 고찰한 경우에 산정되는 평균적인 손해의 액이라는 취지로서, 구체적으로는 해제의 사유, 시기 등에 의해 동일하게 분류되는 복수의 동종의 계약의 해제에 수반하여 당해 사업자에게 생기는 손해의 평균치를 의미한다(서희석, 앞의 논문(일본 소비자계약법 5년의 성과), 108쪽).

35) “연14.6%”의 산정은 입법례(賃金の支払の確保等に関する法律、中小企業倒産防止 共済法、建設業法 등)나 약관의 사용례의 실정에 따른 것으로, 민사 계약상으로는 지연손해금의 한도로서 14.6%라는 기준이 일반적으로 허용되는 한도로 인식되고 있다고 한다(서희석, 앞의 논문(일본 소비자계약법 5년의 성과), 108-109쪽).

3.4 소비자의 이익을 일방적으로 해하는 조항의 무효(제10조)

소비자계약법 제10조 민법, 상법 기타 법률의 공(公)의 질서에 관계없는 규정[임의규정]의 적용에 의하는 경우에 비하여 소비자의 권리를 제한하거나 소비자의 의무를 가중하는 소비자계약의 조항으로서, 민법 제1조 제2항에 규정하는 기본원칙[신의칙]에 반하여 소비자의 이익을 일방적으로 해하는 것은 무효로 한다.

제10조는 일반조항의 형태로 소비자계약조항이 무효가 되기 위한 요건을 정한 것이다.

4. 한국

4.1 서설

우리나라는 약관규제에 관한 완결된 단일 법률을 가진 국가이다. 두 가지 특징이 존재한다. 첫째는 약관규제의 방법으로 사법적인 방법(이른바 구체적 내용통제)뿐만 아니라 행정적인 방법(이른바 추상적 내용통제)을 동시에 갖고 있다는 점이다. 둘째, 약관규제의 대상이 되는 약관은 소비자계약에서의 그것에 한정되지 않는다는 점이다(사업자와 고객간의 계약). 다만 사업자간에 약관이 사용되는 경우에는 당사자간의 교섭을 통한 개별약정이 체결될 가능성이 소비자계약에 비해 높기 때문에 실질적으로 중요한 것은 소비자계약에서 약관에 의해 계약이 체결되는 경우이다.

4.2 약관의 정의

제2조(정의) 1. 약관이란 그 명칭이나 형태 또는 범위에 상관없이 계약의 한쪽 당사자가 여러 명의 상대방과 계약을 체결하기 위하여 일정한 형식으로 미리 마련한 계약의 내용을 말한다.

약관의 개념정의상 특징은 “일방성”(계약의 한쪽 당사자가), “정형성”(여러 명의 상대방과 계약을 체결하기 위하여 일정한 형식으로), “사전성”(미리 마련한)에서 구할 수 있다.

4.3 약관의 계약내용 편입요건(편입규제)

제3조(약관의 작성 및 설명의무 등) ① 사업자는 고객이 약관의 내용을 쉽게 알 수 있도록 한글로 작성하고, 표준화·체계화된 용어를 사용하며, 약관의 중요한 내용을 부호, 색채, 굵고 큰 문자 등으로 명확하게 표시하여 알아보기 쉽게 약관을 작성하여야 한다.

② 사업자는 계약을 체결할 때에는 고객에게 약관의 내용을 계약의 종류에 따라 일반적으로 예상되는 방법으로 분명하게 밝히고, 고객이 요구할 경우 그 약관의 사본을 고객에게 내주어 고객이 약관의 내용을 알 수 있게 하여야 한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 업종의 약관에 대하여는 그러하지 아니하다.

1. 여객운송업 2. 전기·가스 및 수도사업 3. 우편업 4. 공중전화서비스제공통신업

③ 사업자는 약관에 정하여져 있는 중요한 내용을 고객이 이해할 수 있도록 설명하여야 한다. 다만, 계약의 성질상 설명하는 것이 현저하게 곤란한 경우에는 그러하지 아니하다.

④ 사업자가 제2항 및 제3항을 위반하여 계약을 체결한 경우에는 해당 약관을 계약의 내용으로 주장할 수 없다.

우리 약관규제법상 편입규제에 관한 제3조의 특징은 약관의 명시 의무와 고객요구시 사본제공의무와 더불어 중요내용의 설명의무를 약관의 계약내용 편입의 요건으로 규정한다는 점이다. 이 중에서 가장 중요한 특징은 중요내용의 설명의무이다. 이 의무는 약관규제법 제정시 약관이 거래계에서 담당하는 사회적 기능을 중시하여 약관의 계약편입에 대한 동의(합의) 대신에 특별히 둔 규정이지만,³⁶⁾ 현재에는 계약체결 여부에 영향을 미치는 약관의 중요한 조항의 내용을 사전에 설명해주어야 하는 의무로서 그 중요성이 더욱 커지고 있다.³⁷⁾ 특히 이를 인정함으로써 고객이 예상하지 못한 조항으로서 고객의 계약체결에 영향을 미칠 수 있는 ‘의외조항’이 배제되는 효과도 발생한다.

4.4 해석준칙

약관은 신의성실의 원칙에 따라 공정하게 해석되어야 하며 고객에 따라 다르게 해석

36) “약관이 거래계에서 담당하는 사회적 기능을 고려할 때 만약 편입을 부인하면 거래에 혼란이 올 것이 우려되므로” 우리 법은 독일법과 달리 고객의 동의 없이도 계약에의 편입을 원칙적으로 인정하고 일정한 경우 그 효력을 부인하는 입법을 하였다고 한다(이은영, 약관규제법, 박영사, 1994, 58쪽). 그런데 우리 법은 동의를 요건으로 하지 않으면서 동시에 “중요내용의 설명의무”를 편입요건으로 규정하는 태도를 취하고 있기 때문에 이점이 우리 법상의 편입요건의 큰 특징이 되는 것이다(서희석, 앞의 논문(일본에서 약관법의 민법전 신설 논의), 81쪽, 각주 49)).

37) 다만 중요내용의 설명의무의 이행방법을 둘러싸고 가령 금융거래에서 중요내용의 설명의무 이행에 대한 증거자료를 확보하고자 서면에서의 서명을 형식적으로 요구하는 거래관행이나, 전자계약에서 약관의 설명이 어렵다는 현실적인 문제로부터 이를 생략하는 거래관행이 이루어지고 있는바, 설명이 실질적으로 이루어질 수 있도록 하는 실무적 해결방안의 모색이 필요하다. 전자계약에서 같은 점을 지적하는 견해로, 오나희, “약관규제법상 약관의 편입통제에 관한 연구”, 부산대학교 법학석사학위논문, 2012.2, 55-56쪽(서희석, 앞의 논문(일본에서 약관법의 민법전 신설 논의), 81쪽, 각주 50)에서 재인용).

되어서는 아니 된다(제5조 제1항. 객관적 해석의 원칙). 약관의 뜻이 명백하지 아니한 경우에는 고객에게 유리하게 해석되어야 한다(동조 제2항. 작성자불리의 원칙).

4.5 내용규제(내용통제)

제6조(일반원칙) ① 신의성실의 원칙을 위반하여 공정성을 잃은 약관 조항은 무효이다.
 ② 약관의 내용 중 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 내용을 정하고 있는 조항은 공정성을 잃은 것으로 추정된다.
 1. 고객에게 부당하게 불리한 조항
 2. 고객이 계약의 거래형태 등 관련된 모든 사정에 비추어 예상하기 어려운 조항
 3. 계약의 목적을 달성할 수 없을 정도로 계약에 따르는 본질적 권리를 제한하는 조항
 제7조~제14조 [불공정조항의 리스트] 생략

우리 약관규제법은 계약내용으로 편입된 약관조항이 무효가 되는 경우에 관하여 제6조에서 일반원칙을 정한 후, 제7조 이하에서 불공정한 계약조항의 리스트를 구체적으로 열거하고 있다.

5. 비교분석

계약내용규제에 관하여는 일찍이 우리나라가 독일법을 참고하여 약관규제에 특화된 단일법률을 제정하여 대응하여 왔다(그 민법전 편입에 관하여는 찬반양론이 있다). 반면에 우리나라에서 약관 이외의 (소비자)계약조항을 규제하여야 한다는 논의는 그리 많지 않다.³⁸⁾ 일본에서는 약관조항을 포함한 소비자계약조항 전체를 대상으로 하는 내용규제에 관한 규범(소비자계약법)을 2000년에 창설하였고, 최근에는 약관에 관한 규정을 민법전에 신설하는 내용의 민법개정안을 국회에 제출한 상태이다.³⁹⁾ 한편 중국은 소비자권익보호법에서 약관규제에 관한 규정을 두고 있고 아울러 통일계약법에서도 관련규정을 두고 있으나, 양법간의 관계가 분명치 않고, 아울러 약관의 본질에 관한 규범설에 입각한 듯한 규정태도이기 때문에 계약설에 입각한 전통적인 약관규제의 3가지 방법(편입통제, 해석통제, 내용통제)으로는 설명이 곤란한 부분이 발견된다.

38) 약관규제 이외에 계약조항규제가 필요한지에 관한 최근의 논의로는, 서희석, 앞의 논문(약관규제 외에 계약조항규제가 필요한가?)을 참조

39) 이에 관하여는, 서희석, 앞의 논문(일본에서 약관법의 민법전 신설 논의)을 참조.

〈표 6〉 계약내용규제의 3국 비교

	중국 (소비자권익보호법·계약법)	일본 (소비자계약법)	한국 (약관규제법)
내용규제의 대상	약관조항	소비자계약조항 (약관조항을 포함)	약관조항
일반조항의 유무	×	○ (10조)	○ (6조)
내용규제의 궁극적 기준	?	신의칙	신의칙
부당조항의 리스트	?	○	○

V. 결론

이상, 한중일 3국의 소비자계약법의 입법내용 중 몇 가지 항목을 검토대상으로 하여 비교분석하였다. 그 결과 3국의 소비자계약법의 규율내용은 상당히 차이가 있음을 확인할 수 있었다. 우선 소비자의 개념정의에서 한국이 법인소비자 개념을 인정하는 반면 일본은 소비자를 자연인에 한정하는 입법유형이라는 점에서 차이를 보이고 있고, 중국은 법인소비자 개념을 인정하는지가 명확하지 않은 상황이다. 다음으로 계약체결과정에 관한 규율에서는 일본이 소비자철회권을 폭넓게 인정하면서 아울러 소비자취소권이라는 독특한 민사법리에 따른 규율을 입법화하여 민사적인 방법에 의한 소비자보호를 위한 물의 정비라는 측면에서 가장 앞서있는 상황이다. 우리나라는 소비자철회권의 인정에서는 비교적 적극적이나 소비자계약 일반을 대상으로 한 소비자보호를 위한 사권(소비자취소권)의 창설이라는 측면에서는 소극적인 태도이다. 반면에 중국은 통신판매에서만 소비자철회권을 인정하고 있어서 계약체결과정의 규율이라는 측면에서는 향후 전개가 기대되는 상황이다. 마지막으로 계약내용규제라는 측면에서 우리나라는 약관규제법을 제정하여 대응해 온 반면 약관 이외의 계약조항규제라는 측면에서는 논의가 거의 없는 상황이다. 일본은 약관을 포함한 소비자계약조항 전체를 대상으로 하는 내용규제의 규범을 창설하였으나, 이와 더불어 약관에 관한 규정을 민법전에 신설할 것을 예정하고 있다. 이것은 현대계약법에서 차지하는 약관에 의한 계약의 중요성을 감안한 대응으로 이해된다. 중국은 약관규제에 관하여 소비자권익보호법에 하나의 조문을 두고 아울러 통일계약법에서도 관련 규정을 두고 있으나, 양자의 관계가 불명확하고 규범설에 입각한 약관의 개념설정이 이루어지고 있는 등 법리적으로는 아직 세련되지 못한

상태에 머물러 있다고 보인다.

이와 같이 비교적 최근에 발전하고 있는 소비자계약법의 분야에서 동북아 3국의 규율 내용에 상당한 차이가 발견된다는 점을 어떻게 이해할 것인가? 정보통신기술과 교통의 발달로 해외직구 등의 국제거래가 빈번해지고 있고, FTA나 TPP 등 경제자유화 논의가 한창 진행 중이며 계약법의 통일화를 위한 논의가 전개되고 있다는 점⁴⁰⁾을 고려하면 이와 같은 상황은 가까운 장래에 우리에게 중요한 과제를 던져주고 있다고 해석해야 하는 것은 아닐까? 만일 3국에서 공동시장 논의가 본격화된다면 소비자계약법의 적용범위와 보호의 수준이 각기 다른 것은 결코 바람직스러운 현상은 아닐 것이기 때문이다. 본고가 그와 같은 관점에서의 문제제기의 역할을 하는 것이라면 더없는 기쁨이겠다. 향후 국내 소비자계약법 연구의 양적·질적 확장을 기대해본다.

40) 아시아지역에서는 특히 “아시아계약법원칙(PACL)”의 책정을 위한 논의가 진행 중이다(Young June Lee, edited, A Study on Draft Articles: Principles of Asian Contract Law(Non-Performance), Asia Private Law Review No.6 special, 2014 참조). 그러나 유럽계약법원칙(PECL)과 마찬가지로 소비자계약법은 논의대상에서 제외되어 있다.

참고문헌

1. 단행본

- 이은영 편저, 소비자법, 세창출판사, 2013.
大村敦志, 消費者法[第3版], 有斐閣, 2007.
消費者庁企画課 編, (逐条解説)消費者契約法[第2版], 商事法務, 2010.
Young June Lee, edited, *A Study on Draft Articles: Principles of Asian Contract Law(Non-Performance)*, Asia Private Law Review No.6 special, 2014.

2. 학술지

- 김정애, “개정 중국소비자권익보호법상 사업자의 의무”, 소비자문제연구 제45권 제1호, 한국소비자원, 2014, 25-44쪽.
김준호, “중국 소비자권익보호법 개정의 의의”, 법과 정책 제20집 제1호, 제주대학교 법과정책연구소, 2014, 183-208쪽.
박정국, “2013년 중국 개정 소비자권익보호법상 경영자의 의무-한국 소비자 관련법과의 비교법적 검토를 중심으로-”, 법학연구 제17집 제4호, 인하대 법학연구소, 2014, 197-238쪽.
박제현, “중국의 소비자권익보호제도 고찰: 2012년 개정 소비자권익보호법을 중심으로”, 한국공정경쟁연합회 논집 제172호, 한국공정경쟁연합회, 2014, 122-135쪽.
서희석, “일본 소비자계약법 5년의 성과와 평가”, 민사법학 제39-1호, 한국민사법학회, 2007, 85-136쪽.
서희석, “소비자기본법 30년과 소비자법의 구조전환-소비자법의 제3의 물결을 위하여-”, 법조 654호, 법조협회, 2011, 84-147쪽.
서희석, “DCFR상 소비자·사업자의 정의-우리 법과의 비교 검토-”, 외법논집 제36권 제2호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2012, 3-22쪽.
서희석, “약관규제 외에 계약조항규제가 필요한가?”, 가천법학 제7권 제2호, 가천대 법학연구소, 2014, 153-200쪽.
서희석, “중국 소비자권익보호법의 총론적 검토”, 소비자법연구 제1권 제1호, 한국소비

- 자법학회, 2015, 167-182쪽.
- 서희석, “일본에서 약관법의 민법전 신설 논의” 외법논집 제39권 제4호, 한국외국어대 법학연구소, 2015, 59-85쪽.
- 신지연, “중국의 개정 소비자권익보호법상 청약철회권에 관한 소고”, 법학논총 제21집 제3호, 조선대 법학연구소, 2014, 625-644쪽.
- 신지연 시역, “중화인민공화국 소비자권익보호법”, 소비자법연구 제1권 제1호, 한국소비자법학회, 2015, 217-230쪽.
- 진지/조동제, “중국의 소비자권익보호법 개정 배경 및 그 개선에 관한 소고”, 강원법학 제44권, 강원대학교 법학연구소, 2015, 779-811쪽.
- 최길자, “중국 소비자계약법의 현황과 개선방향”, 법학논총 제30권 제3호, 전남대학교 법학연구소, 2010, 63-90쪽.
- 都筑満雄, “割賦販売法改正の意義と課題-民事規定を中心に”, 現代消費者法 第2号, 2009.
- 松本恒雄, “特定商取引法の改正-行政規制と民事ルールの強化”, 市民と法 第29号, 2004.

[Abstract]

A Comparative Study on Consumer Contract Law in China, Japan, and Korea

Seo, Hee-Sok^{*}

It is relatively recent that discussion was undertaken to compare and review consumer laws in the three main countries of Northeast Asia (China, Japan, and Korea or CJK). A substantive reason is because the China's revised "Law on Protection of the Rights and Interests of Consumers" (implemented since March 2014), which drastically reinforced consumers' private right, provides abundant subject matters for discussion. So far Japanese and Korean consumer laws, developed since 1970s and 1980s, respectively, have been at the center of discussion, but it now became possible to do a comparative review for the three countries including China. This paper aims at carrying out a comparative study of CJK's consumer laws, particularly on several subjects in consumer contract law (the totality of rule of law and theories defining contractual relations between consumers and business operators). The comparison confines the subjects to: (1) a definition of consumer; (2) rules in the process of conclusion of contract (right of withdrawal, right of cancellation); and (3) regulation of contract contents (regulation of terms and conditions, regulation of consumer contract clauses). First of all, the (1) brings great significance in that it defines the scope of application of consumer contract law. Secondly, the (2) is to review the right of withdrawal and the right of cancellation as a consumers' private right in the form of so-called 'discharging' their contracts, which is one of the important remedies protecting the consumers in consumer contracts. Lastly, the (3) is to compare the legal systems regarding regulation of terms and conditions and regulation of consumer contract clauses, as means to regulate contract contents unfavorable to consumers when a consumer contract is concluded. On the basis of the three subjects, the paper conducts cross-sectional comparisons and reviews on CJK's consumer

^{*} Associate professor, School of Law, Pusan National University

contract laws.

[Key Words] Consumer Contract, Consumer Contract Law, Definition of Consumer, Right of Withdrawal, Right of Cancellation, Regulation of Consumer Contract Clauses, Consumers' Private Right