

# 소비자철회권의 행사효과에 관한 몇 가지 쟁점

－ 전자상거래법 및 방문판매법을 중심으로 －

김 진 우\*

## 《目 次》

- |                             |                |
|-----------------------------|----------------|
| I. 들어가며                     | V. 반송위험의 부담    |
| II. 철회의 일반적 효과              | VI. 부수적 계약의 효력 |
| III. 소비자의 물품반환 또는 사업자의 물품회수 | VII. 나오며       |
| IV. 사업자의 가액배상청구             |                |

## 〈국문초록〉

본 연구는 EU 소비자권리지침 및 이에 영향을 받아 개정된 독일민법을 착안점으로 하여 우리 법에서의 소비자철회권의 행사효과에 관한 해석론 및 개정론을 전개하였으며, 그 주요 결과는 다음과 같다.

(1) 철회기간 동안 계약체결을 위한 소비자의 의사표시가 유동적 유효상태에 있는지 아니면 유동적 무효상태에 있는지 학설이 갈리고 있으므로, 향후 전자상거래법 및 방문판매법에 철회의 일반적 효과를 적극적으로 규정한다.

(2) 원칙적으로 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. 철회에 따른 물품반환은 전적으로 사업자의 회수에 의해서만 가능하다고 규정한 약 관조항은 특단의 사정이 없는 한 유효하다. 방문판매계약에서 계약체결시점에 소비자의 주거에서 인도되고 또 그 성질상 통상적 우편으로 반환할 수 없는 물품에 대한 매매계약이 철회된 경우에 사업자가 그의 비용으로 물품을 회수하도록 하는 규정을

\* 한국의국어대학교 법학전문대학원 교수.

도입할 실익은 크지 않다.

(3) 전자상거래법 및 방문판매법상의 “재화”라는 용어는 유체적 동산을 의미하는 “물품”이라는 용어로 개정되어야 한다.

(4) 물품반환의 경우에 소비자가 물품을 그 성상 또는 작동방법의 확인에 필요한 범위를 넘어서 사용한 후에 철회함으로써 물품에 가치감소가 발생한 경우에 한하여 사업자가 가액배상을 청구할 수 있도록 하는 명문규정을 신설한다.

(5) 사업자는 철회기간 동안의 물품의 사용이익에 대하여 배상을 청구할 수 없도록 하는 명문규정을 신설한다.

(6) 철회로 인한 물품반송위험은 사업자가 부담토록 하는 명문규정을 신설한다.

(7) 통신판매계약 및 방문판매계약이 철회된 경우 부수적 계약도 효력을 상실한다고 하는 명문규정을 신설한다.

## I. 들어가며

통신판매나 방문판매 등과 같이 소비자가 거래의 일방 당사자가 되는 특수한 유형의 거래에서는 소비자가 숙려기간(cooling off period) 동안 아무런 이유도 제시할 필요 없이 철회에 의하여 계약적 구속으로부터 벗어날 수 있다. 일부에서는 이러한 소비자철회권(이하 주로 “철회권”이라 한다)을 소비자 보호를 위한 이상적이며 불가결한 수단으로 여긴다. 그러나 철회권은 사업자에 대하여 계약의 속행 여부에 관한 불안정성, 물품의 가치감소 및 관리비용·재입고비용 등과 같은 추가적 비용을 발생시킨다. 나아가 철회권은 구체적인 사안에서 소비자가 진정으로 두터운 보호를 요하는가를 묻지 않고서 행사될 수 있으므로 실체적으로 부당한 결과를 초래할 수도 있다. 또한 소비자보호는 자기목적이 아니며, 법정책적으로 소비자의 이익을 항상 사업자의 이익에 우선하여야 한다는 원칙도 존재하지 않는다. 따라서 철회권은 사업자에게 과도한 부담을 주지 않도록 설계되어야 한다.

현행 「전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률」(이하 “전자상거래법”

이라 한다) 및 「방문판매 등에 관한 법률」(이하 “방문판매법”이라 한다)은 소비자의 철회를 “청약철회 및 계약의 해제(청약철회 등)”라는 명칭아래 규율하고 있는데, 그동안의 논의에도 불구하고 특히 철회의 효과에 관하여는 여전히 해석론·입법론적 재검토를 요하는 일련의 문제들이 남아있다. 즉, (1) 철회의 일반적 효과를 법률로 명시할 필요는 없는가? (2) 물품에 대한 사업자의 회수의무는 어느 경우에 인정되며, 회수기간에 관한 법률규정의 신설이 필요한가? (3) 철회 후 급부의 반환과 관련하여 현행법상의 “재화”라는 용어는 적절한가? (4) 물품반환의 경우에 사업자는 어떤 경우에 어느 범위에서 가액배상을 청구할 수 있는가? (5) 사업자는 철회기간 동안의 물품의 사용이익에 대하여 배상을 청구할 수 있는가? (6) 철회 후 물품반송위험은 누가 부담하여야 하는가? (7) 통신판매계약 및 방문판매계약이 철회된 경우, 그와 연동하여 체결되었던 부수적 계약도 효력을 상실하는가? 등이 그들이다. 전자상거래법 및 방문판매법은 2016. 3. 29. 법률 제14142호 및 법률 제14138호로 각 일부 개정되었으나, 개정법 아래서도 이들 문제는 규율되지 않았거나 적절히 개선되지 않았다.

이에 본 연구는 2011년의 EU(유럽연합) “소비자권리지침”<sup>1)</sup> 및 그것을 국내법으로 수렴한 “개정 독일민법”(2014. 6. 13. 시행)을 착안점으로 하여 우리 전자상거래법 및 방문판매법에 따른 철회의 효과에 관한 해석론 및 개정론을 전개하려고 한다. 소비자권리지침은 오랜 논의를 거쳐 성립한 EU 회원국 법질서의 완전한 조화(full harmonization)를 지향하는 입법지침이며, 독일민법은 그것을 반영한 최신의 입법례로서 우리 법의 해석 및 개정과 관련 하여 유의할만한 내용을 담고 있기 때문이다.

---

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

## II. 철회의 일반적 효과

### 1. 현행법

소비자가 철회기간 내에 철회를 한 경우, 현행법은 그 효과로서 ① 이미 공급받은 급부의 반환 및 대금의 환급에 관한 사항을 중심으로 규율하면서(전자상거래법 제18조 제3항부터 제7항까지; 방문판매법 제9조 제3항부터 제7항까지), ② 사업자의 가액배상청구(전자상거래법 제18조 제8항; 방문판매법 제9조 제8항), ③ 급부반환에 필요한 비용부담(전자상거래법 제18조 제9항 전단, 제10항; 방문판매법 제9조 제9항 전단), ④ 사업자는 소비자에게 철회를 이유로 위약금 또는 손해배상을 청구할 수 없다는 점(전자상거래법 제18조 제9항 후단; 방문판매법 제9조 제9항 후단), ⑤ 통신판매업자, 급부의 대금을 받은 자 또는 소비자와 통신판매에 관한 계약을 체결한 자가 동일인이 아닌 경우에 이들은 대금환급 관련업무의 이행에 대하여 연대책임을 진다는 점(전자상거래법 제18조 제11항; 방문판매법 제9조 제10항)을 규정하고 있다.

이처럼 전자상거래법 및 방문판매법은 철회의 효과를 비교적 상세히 규율하고 있지만, 정작 철회가 일반적으로 어떤 효과를 가지는지에 대해서는 침묵함으로써 학설이 갈리고 있다. 무엇보다 통신판매계약 또는 방문판매계약의 체결을 위한 소비자의 의사표시가 있는 경우, 철회기간 동안 그 의사표시의 효력이 문제된다.<sup>2)</sup> 즉, 철회기간 동안 계약체결을 위한 소비자의 의사표시가 유동적 유효상태에 있는지 아니면 유동적 무효상태에 있는지가 의문이다. 만일 유동적 무효라고 한다면 그 의사표시는 철회기간의 경과 시까지 법적 효력이 발생하지 않지만, 유동적 유효라고 한다면 소비자가 철회기간 내에 철회를 하여야 비로소 그 의사표시에 더 이상 구속되지 않게 되고 또 그 의사표시는 철회에 의하여 무효로 되면서 폐기된다.

2) 이에 관하여는 우선 이병준, “DCFR상 철회권의 행사와 그 법률효과에 관한 고찰”, 「외법논집」, 제36권 제1호, 2012, 34면에 소개된 국내 문헌에서의 학설 대립 참조.



## 2. 개정론

필자는 통신판매 또는 방문판매에서 철회기간 동안 계약체결을 위한 의사표시 또는 체결된 계약은 특별한 사정이 없는 한 유효하고 철회에 의하여 비로소 당사자들의 계약체결 또는 계약이행에 관한 의무가 종료된다고 이해하고 싶다(유동적 유효). 미이행된 계약상의 의무는 철회권의 행사로 소멸한다. 이와 달리 계약체결을 위한 의사표시 또는 체결된 계약이 철회기간 동안 구속력이 없다고 할 것 같으면, 그 기간 동안 사업자가 급부를 제공하거나 소비자가 대금을 지급할 필요가 없게 되어 당사자 쌍방에게 유리할 것이 없다. 따라서 당사자들은 계약이 체결됨과 동시에 상대방에 대하여 이행청구권을 가진다고 할 것이며, 실제의 거래모습도 대개 이와 같다. 만일 사업자가 거래에서 철회기간 경과 후에야 이행하겠다는 약관조항을 사용하였다면, 그 조항은 소비자의 물품 검사 및 철회권 행사를 방해하기 위한 것이므로 공정거래위원회가 시정조치를 명할 수 있을(전자상거래법 제32조 제1항 제2호; 방문판매법 제49조 제1항 제2호) 뿐만 아니라 무효라고 할 것이다(전자상거래법 제35조; 방문판매법 제52조; 약관의 규제에 관한 법률[이하 “약관규제법”이라 한다] 제11조 제1호, 제6조 제2항 제1호).

위와 같은 의미의 철회의 일반적 효과를 전자상거래법 및 방문판매법에 적극 규정할 경우, 철회기간 동안 계약체결을 위한 의사표시 또는 체결된 계약의 효력에 관한 논란이 해소됨으로써 법적 안정성을 기할 수 있다. 이를 위하여 철회권이 철회기간 내에 행사되면 계약당사자가 계약체결을 위한 의사표시 또는 계약에 더 이상 구속되지 아니하는 것으로 규정한다.<sup>3)</sup> 이에 의하여 양 당사자의 체결된 계약에 대한 쌍무적 이행의무 또는 계약체결에 관한 의무가 소멸되며, 특히 계약이 체결된 경우에는 철회기간 동안 계약이 유효하다는 점(유동적 유효)도 드러나게 된다.

3) 소비자권리지침 제12조; 독일민법 제355조 제1항 제1문 참조.

### III. 소비자의 물품반환 또는 사업자의 물품회수

#### 1. 현행법

##### (1) 원칙(소비자의 적극적 선이행의무)

철회의 의사표시를 한 소비자는 물품반환에 관한 적극적 선이행의무를 부담한다. 철회 후의 사업자와 소비자의 각 반환의무는 본래 쌍무적 관계에 있어 동시 이행되어야 할 것이나, 전자상거래법 및 방문판매법은 예외를 인정하였다. 즉, 현행법상 사업자는 재화 등을 반환받은 날부터 3영업일 이내에 이미 지급받은 대금을 환급하면 된다(전자상거래법 제18조 제2항 제1문; 방문판매법 제9조 제2항 제1문). 소비자는 사업자에게 물품반환을 선이행하여야 함으로써 사업자의 지급불능 위험을 부담한다. 이것은 사업자가 예컨대 계좌이체를 통해 대금을 환급하였음에도 금부를 반환받지 못하는 사태로부터 사업자를 보호하려는 취지를 가진다. 따라서 소비자가 그의 선이행의무를 이행하지 아니한 채 대금환급을 청구해오는 때에는 사업자는 대금환급을 거절할 수 있다. 소비자의 물품반환의무는 원물로 이행되어야 하며, 따라서 그 의무는 특정물인도채무(민법 제374조)에 속한다.

##### (2) 예외(사업자의 회수)

만일 사업자가 물품을 스스로 회수하겠다고 제안하고 소비자가 그에 동의하였다면,<sup>4)</sup> 소비자는 더 이상 적극적 선이행의무를 지지 않는다. 이제 소비자의 물품반환과 사업자의 대금환급은 동시에 이행되어야 한다. 소비자권리지침 제14조 제1항 및 독일민법 제357조 제4항 제2문과 제5항은 이러한 취지를 명시하였다. 우리 법에는 이에 상당하는 명문규정이 없으나, 사적 자치의 원칙상 동일한 결과를 인정할 수 있다. 다만, 위와 같은 제안은 사업자가 아울러 회수비용도 부담한다는 취지인 경우에 한하여 구속력이 있다고 할

4) 사업자의 그러한 제안이 있었는지에 관하여 다툼이 있을 경우, 소비자가 이를 증명하여야 한다.

것이다. 저렴하고 신뢰할 수 있는 반환방법을 알고 있는 소비자에게 사업자의 제안에 따를 것을 강요할 수는 없기 때문이다.<sup>5)</sup>

사업자가 소비자에 대하여 철회권에 관한 정보(철회기간<sup>6)</sup>·행사방법 및 효과 등)를 제공함에 있어 약관조항으로 철회에 따른 물품반환은 전적으로 사업자의 회수에 의해서만 가능하다고 명시한 경우(이는 사업자의 비용부담을 전제로 한다), 이것이 소비자의 철회권 행사를 제한하는 것으로서 무효인지(전자상거래법 제35조; 방문판매법 제52조; 약관규제법 제11조 제1호, 제6조 제2항 제1호) 문제된다. 사업자의 비용부담에 의한 물품회수는 일반적으로 소비자에게 유리한 것이므로, 그러한 약관조항은 특단의 사정이 없는 한 유효라고 할 것이다.<sup>7)</sup>

## 2. 개정론

소비자의 급부반환의무와 관련하여 현행법은 물론 개정법도 계속하여 “재화”라는 용어를 사용하고 있다. 현행법 및 개정법은 재화라는 용어를 정의하지 않았지만, 개정법에서의 그것은 물건과 동의어로 사용된 것으로 보인다. 개정법 제18조 제1항 단서는 용역 또는 디지털콘텐츠는 반환대상이 아니라는 점을 명시하고 있어 물건만이 반환대상이 되기 때문이다. 그런데 물건 중 “전기 기타 관리할 수 있는 자연력”(민법 제98조)을 반환한다는 것은 상정하기 어렵다. 따라서 반환대상으로서의 물건은 유체물인 동산과 부동산으로 대별된다(민법 제99조). 그런데 만일 개정법의 재화라는 용어가 부동산을 포함하는 것이라면 재고를 요한다. 부동산에 대한 소유권 기타 권리(저당권, 지상권 등의 제한물권)의 설정, 취득 또는 양도에 관한 계약 또는 건물의 신

5) 김진우, “EU 소비자권리지침에서의 소비자의 권리와 사업자의 의무”, 『아주법학』, 제9권 제3호, 2015, 661면.

6) 전자상거래법(제13조 제2항 제5호) 및 방문판매법(제7조 제1항 제6호)은 “청약의 철회 및 계약의 해제의 기한”이라는 문구를 사용하고 있으나, 이는 “철회기간”으로 개정되어야 한다. 기한은 법률행위의 내용으로서 당사자가 임의로 정한 것이어야 하나, 법정철회기간은 그에 해당하지 않기 때문이다.

7) OLG Düsseldorf NJW-RR 2015, 877.

축, 기존건물의 현저한 개축, 주택임대차 등을 소비자계약법으로 규율할 필요성은 크지 않기 때문이다. 우선 위와 같은 내용의 부동산에 관한 계약은 대개 경제적 가치가 대단히 커서 당사자들이 신중한 의사결정을 내리게 되어 비대면 거래에 의한 충동구매 또는 사업자의 방문에 따른 기습상황에 의한 거래를 상정하기 어렵다. 나아가 주택임대차에 관하여는 임차인이 주택임대차보호법에 의하여 강력히 보호되고 있을 뿐더러 임대인이 사업자가 아닌 경우에는 소비자계약에 해당하지도 않는다. 나아가 주택임대차의 철회는 우리의 계약금수수 관행과도 조화를 이루지 못한다. 즉, 우리의 경우 부동산임대차에서 계약이 체결됨과 동시에 당사자 일방이 상대방에게 계약금을 교부하는 것이 거래의 관행인데, 그러한 계약금의 성질이 불분명한 때에는 계약금으로 추정된다(민법 제565조 제1항). 그래서 당사자 일방이 이행에 착수할 때까지 계약금의 교부자는 계약금을 포기하면서, 그리고 계약금의 수령자는 계약금의 배액을 상환하면서 계약을 해제할 수 있다. 이러한 계약금제도는 주택임대차의 철회와 상충하기 어렵다. 더욱이 경제적 가치가 큰 부동산 거래를 소비자가 임의로 철회할 수 있도록 할 것 같으면, 사업자는 새로운 수요자를 찾는 데 경우에 따라서는 상당한 시간과 노력을 들여야 하거나 수령한 임대보증금을 반환하여야 하는 등 커다란 손실을 입게 될 가능성이 있어 부동산거래의 안전성을 심히 해하게 된다. 따라서 부동산거래에 대하여는 — 소비자권리지침<sup>8)</sup>처럼 — 원칙적으로 전자상거래법 및 방문판매법의 적용대상에서 명시적으로 배제하여야 한다.<sup>9)</sup> 할부거래에 관한 법률 제3조 제2호 및 같은 법 시행령 제4조 제5호도 부동산을 명시적으로 적용대상에서 배제하였다. 그렇다면 전자상거래법 소정의 재화라는 용어는 유체적 동산을 의미하는 “물품”으로 개정함이 바람직하며, 이는 방문판매법상의 재화 용어에 대하여도 마찬가지이다.

8) 제3조 제3항 e, f.

9) 김진우, “소비자권리지침의 주요개념 및 적용범위에 관한 고찰”, 『서울법학』, 제23권 제2호, 2015, 139-140면.

한편 소비자권리지침 및 독일민법은 방문판매에서 계약체결시점에 소비자의 주거로 인도되고 또 그 성질상 우편으로 반환할 수 없는 물품에 대한 매매계약이 철회된 경우, 사업자가 그의 비용으로 물품을 회수할 의무를 명시하고 있다.<sup>10)</sup> 이 경우에는 소비자가 이른바 기습상황에서 물품을 취득한 것이므로, 소비자가 그것의 반환에 드는 수고 및 비용문제로 인하여 철회를 포기하는 상황으로부터 소비자를 보호할 필요가 있어 보인다. 계약체결시점에 물품이 인도되었어야 하므로, 가령 소비자가 여가활동의 범위 내에서 계약을 체결하고 그와 연동하여 물품이 인도되었다면 사업자는 비용을 부담하거나 물품을 회수할 의무가 없다.<sup>11)</sup> 만일 위와 같은 내용의 규정을 우리 방문판매법에 신설한다면, 사업자의 회수기간도 아울러 명시하여야 할 것이다. 사업자의 물품회수의무는 추심채무이고, 회수기간의 경과로 사업자에게 민법상의 채권자지체로 인한 불이익(채무자의 책임경감제401조), 증가된 보관비용 또는 변제비용의 채권자부담(제403조), 위험부담에 관한 채권자주의(제538조)이 귀속되는 시점을 분명히 하기 위함이다. 회수기간의 기산점은 소비자의 철회 의사표시가 사업자에게 도달한 때를 기준으로 하여야 한다. 철회 의사표시가 도달하지 않았음에도 사업자가 채권자지체로 인한 불이익을 받도록 하는 것은 불합리하기 때문이다. 사업자에게 회수의무가 있는데 소비자가 반환비용을 일단 스스로 부담한 경우, 그는 사업자에 대하여 사무관리를 이유로 비용의 상환을 청구할 수 있다(민법 제739조). 또한 소비자는 이 경우에 —항상 가능한 것은 아니지만— 물품을 수신자부담(착불)으로 반송할 수 있는 여지를 가진다.<sup>12)</sup> 수신자부담으로 반송된 물품을 수령하지 아니한 사업자는 채권자지체에 빠지게 된다. 다만, 방문판매에서 우편으로 반환할 수 없을 정도로 부피가 크거나 무거운 물품이 인도되는 경우는 흔치 않을<sup>13)</sup>

10) 소비자권리지침 제14조 제1항 제2하부항; 독일민법 제357조 제6항 제3문.

11) MüKoBGB/Fritsche, 7. Aufl., 2016, § 357 Rn. 22.

12) 가령 「우체국택배 이용약관」 제6조 제5호, 제8조 제1항 참조.

13) Unger, ZEuP 2012, 292; 김중길, “유럽연합(EU) 소비자권리지침의 핵심적 규정내용, (경상대) 「법학연구」, 제22권 제2호, 2014, 61면.

뿐만 아니라 소비자는 택배를 통해 물품을 사업자에게 수신자부담으로 반송할 수 있으므로 위와 같은 규정을 굳이 신설할 필요성이 크다고 할 수는 없다.

#### IV. 사업자의 가액배상청구

소비자의 철회가 있게 되면, 사업자는 물품을 그것이 제공될 당시의 상태로 반환받을 수 없게 된다. 따라서 사업자는 반환받은 물품을 그 상태로 인하여 재판매할 수 없거나 더 이상 신상품으로 판매할 수 없게 되어 염가로 재판매할 수밖에 없는 상황이 발생한다. 이때 사업자가 어떤 요건 아래 어느 범위에서 소비자에 대하여 물품의 가치감소 또는 물품의 사용이익에 관한 책임을 물을 수 있는지 문제되고, 이것은 철회 후의 법률관계 가운데 핵심적 의미를 가진다.<sup>14)</sup>

##### 1. 현행법

물품이 사용되거나 소비된 경우, 사업자는 (i) 그 물품의 일부 사용 또는 일부 소비에 의하여 소비자가 얻은 이익 「또는」 (ii) 그 물품의 공급에 든 비용에 상당하는 금액으로서 대통령령으로 정하는 범위의 금액을 지급할 것을 소비자에게 청구할 수 있다(전자상거래법 제18조 제8항; 방문판매법 제9조 제8항). (i)에서의 물품의 “일부 사용 또는 일부 소비에 의하여 소비자가 얻은 이익”은 부당이익을 의미한다.<sup>15)</sup> 그런데 위 조항에서 말하는 “대통령령”

14) 그 밖에 용역계약 또는 디지털콘텐츠계약의 철회의 경우에도 사업자의 가액배상청구가 문제되나, 용역 또는 온라인으로 제공되는 디지털콘텐츠는 물품과 여러 가지로 차이점을 보이므로 이에 관하여는 별도의 연구에서 다루기로 한다.

15) 남효순, “전자상거래등에서의 소비자보호에 관한 법률에 관한 몇 가지 쟁점”, 「서민 교수 정년기념논문집」, 2006, 414-415면; 오병철 외 5인, 「전자상거래 환경 변화에 대응하기 위한 청약철회제도 개선에 관한 연구」, 공정거래위원회 연구용역보고서, 2011, 63면; 김도년, “청약철회권의 입법형태의 일고찰», 「소비자문제연구」, 제39호, 2011, 58면; 고흥석, “유럽연합 소비자권리지침상 청약철회권에 관한 연구», (한양대) 「법학논총」, 제29집 제4호, 2012, 288면 등.

에서는 ① 재화 등의 사용으로 소모성 부품의 재판매가 곤란하거나 재판매 가격이 현저히 하락하는 경우에 해당 소모성 부품의 공급에 든 비용, ② 다수의 동일한 가분물로 구성된 재화 등의 경우에는 소비자의 일부 소비로 인하여 소비된 부분의 공급에 든 비용을 소비자에게 청구할 수 있는 것으로 규정하였다(전자상거래법 시행령 제24조; 방문판매법 시행령 제16조). ①과 ②의 비용이 “그 재화 등의 일부 사용 또는 일부 소비에 의하여 소비자가 얻은 이익”에 해당한다고 해석하기는 어려우므로, 이들은 위 (ii)를 구체화한 것으로 볼 수 있다. 다만, 이들 시행령은 국회의 심의·의결을 거치지 않고 공정거래위원회가 단독으로 개정할 수 있으므로, 사용이익에 대한 사업자의 부당이득반환청구는 이론적으로 시행령 개정에 의하여 언제라도 가능하다. 따라서 사용이익에 대한 사업자의 부당이득반환청구를 허용하는 전자상거래법 제18조 제8항 및 방문판매법 제9조 제8항이 법적책적으로 과연 적절한지에 대하여는 여전히 검토할 필요가 있다.

나아가 물품의 가치감소는 반드시 소모성 부품의 재판매 곤란, 재판매 가격의 현저한 하락 또는 일부 소비의 형태로만 나타나는 것은 아니다. 예컨대 물품이 소비자의 사용으로 오염되거나, 마모되거나, 고장이 나는 형태로 가치감소가 발생할 수도 있다. 현행법 아래서는 사업자가 이러한 형태의 가치감소에 대하여 가액배상을 받기 쉽지 않지만, 그것은 수증하기 어렵다. 또한 “소모성 부품의 가액”이 아닌 “소모성 부품의 공급에 든 비용” 또는 “일부 소비로 인하여 소비된 부분의 가액”이 아닌 “일부 소비로 인하여 소비된 부분의 공급에 든 비용”은 “공급”이라는 용어가 가지는 다의성으로 인하여 가액배상의 범위를 지나치게 확대시킬 수 있다.

한편 현행법 아래서는 소비자가 물품의 성상 또는 작동방법을 파악하기 위하여 필요한 범위에서 물품을 취급하다가 물품의 재판매가 곤란해지거나 재판매가격이 현저히 하락한 경우에도 사업자가 소비자에게 가액배상책임을 물을 수 있다. 그러나 이것은 물품의 성상 및 작동방법에 대한 소비자의 검사를 어렵게 만들어 소비자의 철회권 행사를 가로막을 수 있는 문제점을 안

고 있다.

다른 한편 전자상거래법 및 방문판매법은 소비자에게 책임 있는 사유로 재화 등이 멸실 또는 훼손된 경우에는 소비자가 사업자의 의사에 반하여 계약을 철회할 수 없도록 하고 있으므로(전자상거래법 제17조 제2항 제1호; 방문판매법 제8조 제2항 제1호), 그 반대해석상 우연한 훼손 또는 멸실의 경우에는 소비자가 철회할 수 있다. 이에 대하여는 물품이 훼손되거나 멸실된 경우에도 철회를 인정하는 것은 과도한 소비자보호라고 하는 비판이 있다. 소비자에게 철회권을 인정하는 것은 사업자의 재판매 가능성을 전제로 하는데, 멸실 또는 훼손의 경우에는 재판매 가능성이 없으므로 철회가 배제되어야 한다는 것이다.<sup>16)</sup> 그러나 우연한 훼손 또는 멸실의 경우에 철회가 배제되고 아울러 소비자가 지급한 대금을 환급받지 못하게 되면, 소비자는 물품구입을 사실상 강요당하게 된다.

## 2. 개정론

현행법상 사업자의 가액배상청구권은 여러모로 불완전·불명확한 점이 적지 않으므로 그 요건과 책임범위를 현재보다 세밀하게 규정할 필요가 있다.

### (1) 물품에 대한 가액배상 일반론

철회권이 소비자로 하여금 일정 기간 내에 추가적 정보를 바탕으로 그 계약을 진정으로 속행할 것인지를 재고할 수 있도록 함으로써 소비자의 실질적 자기결정의 자유를 보장하려는 취지를 가진 제도인 이상<sup>17)</sup> 소비자는 원칙적으로 인도받은 물품의 사용 여부를 묻지 않고 철회기간 내에는 계약을 철회할 수 있어야 한다. 그런데 일부 소비자는 물품을 그 정상 또는 작동방법의 확인에 필요한 범위를 넘어서 마음껏 사용한(경우에 따라서는 계약의 목적을 달성한) 후에 철회권을 행사하기도 한다.<sup>18)</sup> 더욱이 소비자의 철회는

16) 고흥석, “정보보호제품거래와 청약철회권에 관한 연구”, 「지스티스」, 제151호, 2015, 144-145면.

17) 김진우, “소비자철회권의 정당화사유”, 「소비자문제연구」, 제40호, 2011, 148면.



원칙적으로 사업자의 채무불이행을 요건으로 하지 않는다. 여기서 한편으로 소비자에게 자유로운 물품검사 가능성을 허용하여야 한다는 요청과 다른 한편으로 사업자가 물품의 가치감소를 매울 수 있는 수단이 강구되어야 한다는 요청이 충돌한다.

물론 일부 물품은 가령 저작권보호 등을 이유로 애초부터 소비자에 의한 성능검사를 허용하지 않는다. 예컨대 오디오·비디오 또는 컴퓨터소프트웨어가 밀봉된 포장상태로 인도된 경우에 그러하다. 소비자의 개인적 요구에 따라 제작된 물품, 가령 맞춤 양복, 일정 무늬·문구 등이 날염된 동호회 유니폼, 명함, 도장 등에 대하여도 철회가 배제된다. 이들 물품은 소비자가 원하는 스타일로 제작되거나 개인화(Personalisierung)로 인하여 다른 소비자에 대해서는 (거의) 무의미하기 때문이다. 그 밖에 쉽게 변질되거나 유통기간이 빨리 경과하는 물품, 예컨대 냉장보관을 요하는 식료품(우유, 고기, 소시지, 막걸리 등), 유통기간이 짧은 의약품 또는 화장품 등도 철회대상에서 제외된다.<sup>19)</sup>

소비자는 많은 경우 물품을 사용해 보아야 비로소 물품의 성상 또는 작동방법을 확인할 수 있으므로, 처음부터 철회가 배제되어야 할 불가피한 사유가 없는 한 철회는 허용되어야 한다. 다만, 아래의 두 가지 요건이 충족되면 소비자가 물품의 가치감소에 대하여 가액배상의무를 지도록 한다. 즉, ① 실체적 요건으로서 물품의 가치감소가 물품의 성상 또는 작동방법을 검사하기 위하여 필요한 것이 아니었던 물품 취급으로 발생하여야 한다. ② 형식적 요건으로서 소비자가 사업자로부터 철회권에 관한 정보를 제공받았어야 한다.<sup>20)</sup>

## (2) 물품의 가치감소

필자의 입론에 의할 경우, 소비자의 가액배상책임은 물품의 가치감소가 물품의 성상 또는 작동방법을 검사하기 위하여 필요한 것이 아니었던 물품

18) 철회권의 오·남용 사례에 관하여는 김진우, 「소비자문제연구」, 제40호, 142-143면 참조.

19) 이에 관한 상세는 김진우, “소비자철회권 배제사유에 관한 개정론”, 「외법논집」, 제40권 제2호, 2016, 63면 이하, 67면 참조.

20) 소비자권리지침 제14조 제2항; 독일민법 제357조 제7항 참조.

취급으로 인한 것이어야 문제된다. 여기의 “물품의 정상 또는 작동방법을 검사하기 위하여 필요한 것이 아니었던 물품 취급”으로 인한 가치감소는 예컨대 소비자가 구입한 물품을 마치 자신의 물건처럼 사용함으로써 발생하는 통상적인 가치감소는 물론 소비자의 고의 또는 과실에 의한 물품의 가치감소를 포함한다.

물품의 우연한 훼손 또는 멸실은 “물품의 정상 또는 작동방법을 검사하기 위하여 필요한 것이 아니었던 물품 취급”으로 인한 것이 아니므로, 소비자는 이 경우 가액배상은 면하되 철회권은 행사할 수 있다.<sup>21)</sup> 예컨대 인터넷을 통해 구입한 카메라가 소비자에게 인도된 날 소비자의 주택이 벼락을 맞아 전 소되고 카메라도 멸실된 경우를 상정해 보자. 물품의 가치감소가 철회의 의사표시 전에 발생했는지 아니면 반환 및 회수 도중에 발생했는지는 묻지 않으므로, 이 경우에도 소비자는 가액배상 없이 매매계약을 철회할 수 있으며, 매도인은 카메라를 반환받지 못함에도 대금을 환급하여야 한다.<sup>22)</sup> 이에 대하여는 물품의 우연한 멸실 또는 훼손의 경우에 철회를 인정하는 것은 과도한 소비자보호라고 하는 견해가 있다. 소비자에게 철회권이 인정되기 위해서는 사업자가 반환받은 재화를 재판매할 수 있어야 하는데 멸실 또는 훼손의 경우에는 이것이 불가능하므로 철회를 배제해야 한다는 것이다. 또한 철회에 따른 사업자의 대금환급의무는 물품을 반환받은 때부터 3영업일 이내인데, 물품이 멸실 또는 훼손되었다면 반환이 있을 수 없기 때문에 사업자는 대금환급의무를 부담하지 않는다고 한다.<sup>23)</sup> 그러나 물품의 가치감소가 물품의 정상 또는 작동방법을 검사하기 위하여 필요한 것이 아니었던 물품 취급으로 인한 것이어야 소비자에게 가액배상책임이 발생하는 것으로 규정하게 되면,

21) 소비자권리지침 제14조 제2항, 제5항; BeckOKBGB/Müller-Christmann, Stand: 01.11.2015, Edition: 38, § 357 Rn. 15; MüKoBGB/Fritsche, § 356 Rn. 32, § 357 Rn. 28; Palandt/Grüneberg, BGB, 75. Aufl., 2016, § 357 Rn. 9; Unger, ZEuP 2012, 293.

22) von Bar/Clive (eds.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full Edition, Vol. I, 2009, p. 375의 Illustration 2.

23) 고흥석, 「저스티스」, 제151호, 144-145면.

이는 위험부담에 관한 특칙에 해당하여 민법의 관련 법리가 적용되지 않게 된다.

이러한 결과는 실체적으로 적절한가? 통신판매 또는 방문판매에서는 소비자가 철회 후 물품을 반환할 때까지 물품을 보관하며, 따라서 소비자는 반환 때까지 물품을 사실상 지배한다. 이처럼 소비자가 물품을 점유하고 있으므로 물품의 우연한 훼손 또는 멸실의 위험도 소비자에게 귀속케 함이 일응 타당해 보인다. 그러나 방문판매에서 소비자는 기습상황 아래 계약을 체결하여 물품보관을 강요당한 것과 다름없다. 이러한 특수한 상황은 방문판매에서 사업자의 물품의 우연한 훼손 또는 멸실에 대한 위험부담 및 소비자의 철회권 행사를 정당화한다. 나아가 비대면 거래인 통신판매에서는 계약체결 전에는 소비자가 급부의 성상 또는 작동방법을 파악할 수 없는 구조적인 정보비대칭이 존재한다는 이유로 소비자에게 철회권을 인정하는 것이므로,<sup>24)</sup> 이러한 취지를 관철하기 위해서는 소비자가 물품을 보관함에 있어 선량한 관리자의 주의를 기울였음에도 물품이 훼손 또는 멸실된 경우 소비자는 책임을 면하되 철회권은 행사할 수 있어야 한다. 일반 상점에서 소비자가 물품을 검사하던 중 발생한 물품의 우연한 훼손 또는 멸실에 대하여는 소비자가 책임을 지지 않는데, 방문판매 또는 통신판매에서 소비자가 이보다 열악한 지위에 놓여서는 안 된다.

위와 같은 입론에 의하면, 소비자는 물품의 검사와 관련 없이 발생한 가치감소의 경우에 한하여 가액배상책임을 지게 된다. 따라서 가치감소가 물품의 성상 또는 작동방법의 검사에 필요한 취급에서 비롯되었다면 소비자는 그에 대하여 가액배상책임을 지지 않는다. 예컨대 인터넷으로 옷을 구입한 소비자가 포장을 뜯고 그것을 착용해 보았는데 자신에게 어울리지 않는다고 생각하여 철회기간 내에 철회하였다면, 포장을 뜯고 옷을 착용하는 과정에서

24) Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council of 20 May 1997 on the protection of consumers in respect of distance contracts의 고려이유 (5), (12), (14), (17). 김성천, 「소비자철회권 비교법 연구」, 한국소비자원, 2010, 23면이 통신판매에서는 소비자가 계약체결 시 물품이나 용역을 직접 확인하지 못하기 때문에 사업자에 의한 설명이나 광고 등에 의존할 수밖에 없다고 언급한 것도 같은 취지이다.

발생할 수 있는 손해는 배상할 필요가 없다. 물품의 훼손 또는 멸실의 원인이 일부는 물품의 검사에 있지만 일부는 그렇지 않다면 후자의 범위 내에서만 가액배상의무가 발생한다.

소비자에 의한 물품의 사용이 물품의 성상 또는 작동방법의 확인을 위하여 필요한 바를 넘은 것인지는 구체적 사안의 제반 사정을 기초로 판단할 문제이다. 이때 소비자가 일반 상점에서 물품의 검사를 위하여 할 수 있는 바와의 비교는 유용한 착안점을 제공한다. 소비자는 일반 옷가게에서 옷이 자신에게 잘 어울리는지 시험 삼아 입어볼 수는 있으나 그것을 계속 입고 다닐 수는 없으며, 옷을 착용하면서 제품의 태그를 떼어서는 안 된다. 물품의 성상 및 작동방법의 확인은 물품이 여하한 점에서도 하자가 없는지를 검사할 수 있도록 허용하는 것이 아니다. 물품의 사용 도중 하자가 있는 것으로 밝혀지면, 소비자는 우선 사업자의 품질보증 또는 민법상의 담보책임에 의하여 보호되기 때문이다. 요컨대 소비자가 가액배상책임을 면하기 위해서는 철회기간 동안 일반 상점에서 물품검사를 위하여 허용되는 범위 내에서만 물품을 다루어야 한다.

물품의 훼손에 따른 가치감소는 대개 수리(보수) 또는 세정을 요하는 형태로 발생할 것이나, 현행법 아래서는 소모성 부품 또는 소비와 무관한 수리 또는 세정에 대한 가액배상청구가 곤란하므로 입법자의 적극적 개입이 요청된다. 나아가 물품이 더 이상 신상품으로 판매될 수 없거나 상품으로서의 가치를 상실하였다면, 사업자는 객관적 소득상실에 대하여 —경우에 따라서는 대금의 100%까지— 가액배상을 청구할 수 있어야 한다. 물품이 소비자의 고의 또는 과실에 의하여 멸실된 경우가 대금 전액까지 가액배상을 청구할 수 있는 예이다. 소비자가 그의 비용으로 물품을 본래의 상태로 되돌린 경우, 손해가 더 이상 존재한다고 할 수 없으므로 소비자는 가액배상의무를 면한다.<sup>25)</sup>

소비자는 물품의 성상 또는 작동방법의 확인을 위하여 원칙적으로 포장을

25) Schwab, Der verbraucherschützende Widerruf und seine Folgen für die Rückabwicklung des Vertrags, JZ 2015, 650.

개봉할 수 있다. 따라서 일반적으로 포장의 단순 개봉에 의한 포장재의 훼손에 대하여는 사업자가 가액배상을 청구할 수 없다. 전자상거래법(17조 제2항 제1호 단서) 및 방문판매법(제8조 제2항 제1호 단서)은 재화 등의 내용을 확인하기 위한 포장 등의 훼손은 철회배제사유가 될 수 없다고 명시하고 있으나, 일반적으로 포장의 개봉 없이는 물품검사가 불가능하므로 가액배상청구권인도 될 수 없다고 할 것이다.<sup>26)</sup> 다만, 오디오, 비디오 또는 컴퓨터소프트웨어가 밀봉된 포장상태로 인도되고, 인도 후 소비자가 포장을 훼손한 경우에는 저작권보호를 위하여 철회가 배제된다(전자상거래법 제17조 제2항 제4호; 방문판매법 제8조 제2항 제4호). 여기의 포장의 훼손은 복제가 가능한 상태로 되는 것을 의미한다고 엄격히 새겨야 한다. 복제방지장치로서의 의미가 없는 포장을 뜯었다고 하여 철회를 배제하는 것은 부당하기 때문이다.<sup>27)</sup> 그 밖에 잉크 카트리지, 레이저 토너, 스탬프, 인주 등과 소모품은 공기와 접촉하는 순간부터 변질되기 시작한다. 따라서 이와 같이 쉽게 변질되는 물품은 밀봉된 채 인도되는데, 소비자가 밀봉된 포장을 뜯고 사용하기 시작하면 재판매가 곤란하므로,<sup>28)</sup> 이들 물품의 밀봉된 포장이 뜯긴 때에는 철회를 배제하여야 한다(전자상거래법 제17조 제2항 제2호·제3호; 방문판매법 제8조 제2항 제2호·제3호 참조).

위와 같은 메커니즘에서는 소비자가 그의 귀책사유에 의한 물품의 멸실 또는 훼손의 경우에도 현행법과 달리 철회할 수 있지만 가액배상책임을 지게 된다. 철회권은 원칙적으로 귀책사유 또는 그 밖에 무슨 이유로 계약을 철회하는 것인지를 묻지 않고 소비자를 계약적 구속력으로부터 벗어나게 하는 제도이므로,<sup>29)</sup> 비록 소비자의 귀책사유로 물품이 멸실 또는 훼손되었다

26) 오병철 외 5인, 앞의 연구용역보고서, 44면은 원칙적으로 본고의 입장과 같으나, “포장 자체에 판매업자가 일정 이상의 비용이나 노력을 들이는 경우, 그 포장이 훼손된 것에 대해 소비자가 판매업자에게 어느 정도의 책임을 부담해야 할 필요성이 있을 수 있다.”고 한다.

27) 오병철, “전자상거래소비자보호법 제17조 제2항 제4호의 청약철회권 배제조항의 문제점”, 「민사법학」, 제39-1호, 2007, 182면; 구병문, “디지털콘텐츠 이용자의 청약철회와 그 제한규정의 문제점과 해결방안”, 「홍익법학」, 제10권 제1호, 2009, 439면.

28) 김진우, 「외법논집」, 제40권 제2호, 65면.

29) 이원재, “콘텐츠산업 진흥법” 제27조 청약철회 조항에 대한 고찰”, (중앙대) 「법학논문집」,

하더라도 철회권 행사는 가능한 것으로 하되, 가액배상책임을 지도록 하는 것이 논리적으로 일관된다. 한편 소비자의 귀책사유로 물품이 멸실 또는 훼손된 경우에 ① 처음부터 철회를 배제하는 방식과 ② 일단 철회를 허용하되 소비자가 가액배상을 하도록 하는 방식 사이에 실제로 큰 차이가 있는 것은 아니다. 즉, 소비자의 철회를 배제하여 계약이 속행되면 사업자는 수령한 대금을 보유하게 된다. 반면, 소비자가 철회할 수 있지만 물품의 가치감소에 대하여 책임을 져야 하는 경우에는 사업자가 멸실의 경우에는 대금 전액에 상당하는 가액배상청구가 가능하여 전자와 차이가 없고, 훼손의 경우에는 사업자가 가치감소분만큼의 가액배상을 받게 되어 불이익을 받지 않는다. 가액배상의 경우 그것이 실제로 이루어지기까지 사업자가 소비자의 지급불능 위험을 부담하게 되는 문제가 발생하지만, 사업자는 가액배상채권을 자동채권으로 소비자의 대금환급채권을 수동채권으로 하여 상계함으로써 그 위험을 상쇄할 수 있는 여지가 있다.<sup>30)</sup> 물품의 가치감소에 대한 가액배상은 사업자가 이미 지급받은 대금액을 한도로 할 수밖에 없으므로 상계충당의 문제는 발생하지 않는다.

### (3) 사용이익 등의 배상청구?

철회의 경우에 철회기간 동안의 물품사용이익에 대한 배상청구를 허용하게 되면, 소비자가 계약의 속행 여부를 자유롭게 결정하는데 방해받을 수 있다. 전통적 민법학에서는 본래 사용이익도 점유에 준하는 이득이어서 부당 이득반환청구의 대상이 된다.<sup>31)</sup> 그러나 통신판매 또는 방문판매에서 물품사용이익에 대한 배상청구를 허용하게 되면, 소비자는 그로 인하여 철회권 행사를 망설일 수밖에 없고, 이는 필연적으로 입법자가 이들 특수한 거래에서 소비자로서 하여금 일정기간 동안 자유롭게 계약의 운명을 결정할 수 있도록

제38집 제3호, 2014, 154면.

30) 김진우, 「외법논집」, 제40권 제2호, 70-71면.

31) 대법원 1995. 9. 15. 선고 94다61144 판결 등 판례는 주로 부동산의 점유와 관련하여 이와 같이 실시하고 있으나, 동산이라 하여 달리 취급할 이유는 없다.

한 취지를 살릴 수 없게 만든다.<sup>32)</sup> 특히 사용이익의 산정방법(당해 물품의 사실상의 사용기간과 예상되는 전체사용기간을 비교한 가치감소를 기준으로 할 것인지, 당해 물품의 통상적인 대여비용을 기준으로 할 것인지 등)에 관한 논의가 없는 우리의 상황에서 사업자가 과다한 사용이익을 청구할 가능성이 있고, 이를 둘러싸고 소비자와의 사이에 분쟁이 빈발할 염려가 있다. 결국 물품사용이익에 대한 사업자의 배상청구를 허용하게 되면, 소비자의 철회권은 실익이 없는 공허한 권리로 전락하고 만다. 또한 소비자가 물품을 검사하기 위해서는 그것을 사용해 보아야 한다. 따라서 물품의 검사과정에서 발생한 가치감소 및 물품의 가치감소를 가져오지 않는 단순한 사용이익에 대한 사업자의 배상청구는 허용되지 않아야 한다.<sup>33)</sup>

그 밖에 채권관계상의 의무위반, 계약체결상의 과실 또는 불법행위를 이유로 한 사업자의 손해배상청구도 사용이익의 배상청구를 허용하지 않은 것과 같은 이유에서 배제되어야 한다.<sup>34)</sup> 다만, 소비자가 물품반송의무를 위반한 경우에는 사업자가 채무불이행을 이유로 손해배상을 청구할 수 있다.<sup>35)</sup>

#### (4) 정보제공의무

철회권의 행사를 위한 조건, 기간, 방법 및 효과와 같은 철회권에 관한 정보를 제공하지 아니한 사업자는 물품의 가치감소에 따른 가액배상을 청구할 수 없도록 하는 명문규정<sup>36)</sup>을 신설한다. 전자상거래법 제13조 제2항 제5

32) 유럽사법재판소가 철회기간 동안 소비자의 물품사용에 대하여 사업자가 배상을 청구하는 것은 유럽공동체법에 위반되며 물품사용으로 발생한 훼손에 대한 가액배상이 인정될 뿐이라고 판시한 것(EuGH, UrI. v. 3.9.2009 - C-489/07 [Messner])은 이러한 이해에 터잡은 것이다.

33) BT-Drucks. 17/12637, S. 64; BT-Drucks. 17/13951, S. 33, 40, 105; Jauernig/Stadler, BGB, 16. Aufl., 2015, Vorbem. zu den §§ 355-361 Rn. 1; HK-BGB/Schulze, 8. Aufl., 2014, § 357 Rn. 9; Leier, Die Rückabwicklung des widerrufenen Vertrags, VuR 2013, 459; MüKoBGB/Fritsche, § 355 Rn. 50; Stürner, Rechtsfolgen des Widerrufs bei Verbraucherverträgen, JA, 2016, 375.

34) 위약금 또는 손해배상에 대해서는 이를 청구할 수 없다는 명문규정이 있다(전자상거래법 제18조 제9항; 방문판매법 제9조 제9항).

35) 아래의 V. 1. (2) 참조.

호는 원칙적으로 통신판매업자로 하여금 계약체결 전에 철회의 기한·행사 방법 및 효과에 관한 사항(철회권을 행사하는 데에 필요한 서식 포함)을 적절한 방법으로 표시·광고하거나 고지하도록 하고, 계약이 체결되면 계약자에게 이것이 기재된 계약내용에 관한 서면을 재화 등을 공급할 때까지 교부하도록 의무화 하였지만, 이 조항은 사업자의 가액배상청구권에 관한 전자상거래법 제18조 제8항과 연계되지 않았다. 방문판매법 제7조 제1항 제6호 및 제9조 제8항도 이와 흡사하다. 요컨대 전자상거래법 제13조 제2항 제5호의 “청약의 철회 및 계약의 해제(이하 “청약철회등”이라 한다)의 기한·행사방법 및 효과에 관한 사항(청약철회등의 권리를 행사하는 데에 필요한 서식을 포함한다)”은 “철회의 조건, 기간, 방법 및 효과에 관한 사항”으로 개정하고, 전자상거래법 제18조 제8항에 “다만, 제13조 제2항 제5호의 정보를 제공하지 아니한 사업자는 소비자에 대하여 가액배상을 청구할 수 없다.”는 취지의 단서조항을 신설한다. 방문판매법 제7조 제1항 제6호 및 제9조 제8항도 이에 준한다.

사업자가 계약체결 전에 철회권에 관한 정보제공의무를 이행하지 않거나 물품을 공급할 때까지 철회권에 관한 정보가 기재된 서면을 소비자에게 교부하지 않았다면, 그 후에 철회권에 관한 정보제공이 있더라도 소비자는 가액배상의무를 부담하지 않아야 한다. 더욱이 정보제공의무가 이행되지 아니한 경우에는 철회기간이 12개월로 연장되는 것으로 규정한다.<sup>37)</sup> 이를 위하여 전자상거래법 제18조 제8항에 “다만, 제13조 제2항 제5호의 정보를 제공하지 아니한 사업자는 소비자에 대하여 가액배상을 청구할 수 없으며, 철회기간은 12개월로 연장된다.”고 규정한다. 철회권에 관한 정보를 제공하지 아니한 사업자를 12개월 동안 불안정한 지위에 놓이게 함으로써 정보제공의무의 이행을 간접적으로 강제하기 위함이다. 철회권에 관한 정보제공은 소비자가 철회 여부에 관하여 자유로우며 알고 하는 결정을 내릴 수 있는 기초를 이룬다.

36) 소비자권리지침 제14조 제2항 제2문 참조.

37) 소비자권리지침 제10조; 독일민법 제356조 제3항 참조.



이것은 정보제공의무와 철회권은 선택적인 사항이 아니라 병존하여야 하는 이유를 알려준다. 철회권에 관한 정보에는 철회의 효과가 포함되므로 가액배상의무에 대한 정보도 제공되어야 한다.

#### (5) 가액배상의 산정기준

물품의 가치감소에 대한 가액배상의 산정에 있어서는 약정된 반대급부가 아니라 물품의 객관적 가치를 기준으로 한다. 따라서 사업자는 계약적 대가의 배상을 청구할 수 없다. 이것은 용역계약<sup>38)</sup>에서 원칙적으로 약정된 대금을 기초로 가액배상을 산정하여야 하는 것<sup>39)</sup>과 다른 점이다. 급부대상에 따른 이와 같은 상이한 취급은 물품에서는 객관적 가치감소의 산정이 가능한 반면, 용역에 대하여는 이를 산정하기 어렵다는 점에 기한 것이다. 가액배상 산정의 기준시점은 가액배상청구권의 발생시점이다.

#### (6) 증명책임

가치감소가 물품의 정상 또는 작동방법을 검사하기 위하여 필요한 것이 아니었던 물품 취급에 그 원인이 있었다는 점과 철회권에 관한 적법한 정보 제공이 있었다는 점에 대한 증명책임은 사업자가 부담한다.

---

38) 매매계약이 아니면서 사업자가 소비자에게 서비스(용역)를 제공하거나 그 제공을 약속하고 소비자는 이에 대하여 대금을 지급하거나 그 지급을 약속하는 계약을 말한다. 물품과 용역을 공히 대상으로 하는 계약을 포함하여 사업자가 물품에 대한 소유권을 소비자에게 이전하거나 그 이전을 약속하고 소비자가 이에 대하여 대금을 지급하거나 그 지급을 약속하는 계약은 매매계약이며, 이 계약의 핵심적 징표는 대금지급에 의한 소비자로의 「소유권 이전」이다. 따라서 물품에 대한 소유권의 이전을 주된 목적으로 한 계약이라면, 그것이 설령 추가적으로 그와 결합된 용역(가령 매도인에 의한 설치, 유지보수 또는 그 밖의 처리단계)을 포함하고 있더라도 매매계약으로 볼 것이다.

39) 용역계약이 철회된 경우, 원칙적으로 소비자는 사업자에 대하여 이미 제공받은 용역에 대하여 「약정된 전체대금의 비율」에 상응하는 금액을 지급하도록 하되, 약정된 전체대금이 과도하게 많은 때에는 가액배상은 이미 행하여진 용역의 「시장가격」을 기초로 산정하도록 하는 규정을 신설할 필요가 있다.

## V. 반송위험의 부담

### 1. 현행법

전자상거래법 및 방문판매법은 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 위험부담이 문제되나,<sup>40)</sup> 민법에는 반환채권관계에서의 이행장소에 관한 특칙이 없다. 결국 현행법상 반환장소는 당사자의 특약이 없을 경우 민법의 일반원칙에 따라 정하여야 할 것이다. 채무의 성질 또는 당사자의 의사표시로 정해지지 아니한 경우 특정물의 인도는 채권성립 당시에 그 물건이 있던 장소에서 하여야 하며(추심채무, 민법 제467조 제1항), 특정물인도채무 이외의 채무는 채권자의 현주소(채무성립 시 또는 이행기에서의 주소가 아니라 채무를 현실적으로 이행할 당시의 주소)에서 이행되어야 한다(지참채무, 민법 제467조 제2항 본문). 소비자의 물품반환의무는 특정물의 인도채무에 속하고, 그 의무는 철회가 있어야 비로소 발생하므로, 물품이 있던 장소인 소비자의 주거나 사무실 등이 반환장소라고 할 것이다. 따라서 철회 후의 소비자의 물품반환의무는 급부장소와 급부결과발생지가 채무자(소비자)의 주소인 추심채무이며, 회수에 필요한 비용은 채권자인 사업자가 부담한다. 그러나 대량거래를 특징으로 하는 통신판매에서 채권자인 사업자가 일일이 채무자인 소비자의 주거나 사무실로 와서 물품을 회수토록 하는 것은 비효율적일 뿐만 아니라 실제로 소비자는 방문판매의 경우에도 택배회사와 같은 운송인에게 물품송부를 위탁하는 방식으로 반송함이 일반적이라는 점을 감안하면, 소비자의 물품반환의무는 오히려 송부채무로 구성함이 자연스럽다. 송부채무

40) 위험부담에 관한 민법 제537조와 제538조는 임의규정이다. 다만, 당사자가 제537조와 다르게 위험부담의 내용을 약정하였더라도, 예컨대 사업자가 상당한 이유 없이 자신이 부담하여야 할 위험을 고객에게 이전하는 내용의 약관조항은 무효이다(대법원 2005. 2. 18. 선고 2003두3734 판결).

는 채무자가 채권자에게 목적물을 운송인을 통해 송부(물건을 실어 보냄)하여야 할 채무로서, 급부장소는 채무자의 주소 또는 상거소이지만 급부결과발생지는 이와는 다른 장소(예컨대 채권자의 주소 또는 영업장소)라는 특징을 가진다.<sup>41)</sup> 가령 甲이 인터넷을 통해 乙로부터 컴퓨터를 구입한 경우, 乙은 컴퓨터를 포장하여 제3자인 택배회사 丙을 시켜 甲에게 배송토록 하는데, 이 경우의 乙의 채무는 송부채무이다. 그러나 민법의 해석론으로는 소비자의 물품반환의무를 송부채무로 구성하기 어렵다.

## (2) 개정론

소비자에게 물품반송위험을 부담시킬 경우에는, 소비자의 계약 속행 여부에 대한 의사결정의 자유가 침해될 수 있다. 즉, 소비자는 반송위험부담으로 인하여 철회권 행사를 주저할 수 있고, 이는 전자상거래법 및 방문판매법의 입법자가 소비자로 하여금 철회기간 내에 자유롭게 계약의 운명을 결정할 수 있도록 한 정책적 결단을 살릴 수 없게 만든다. 따라서 향후 독일민법 제355조 제3항 제4문(“사업자는 철회에 있어서 물품반송의 위험을 부담한다.”)과 같은 취지의 위험부담에 관한 특칙을 전자상거래법 및 방문판매법에 도입한다. 그 경우 소비자의 물품반송의무는 법정송부채무로서, 반송 도중에 발생한 물품의 우연한 멸실 또는 훼손에 대하여 소비자는 급부의무를 면하고 아울러 가액배상 또는 손해배상을 할 의무도 부담하지 않는다.<sup>42)</sup> 반면, 사업자는 물품을 반환받지 못함에도 철회의 효과로서 소비자에게 대금을 환급하여야 한다.<sup>43)</sup> 결국 위와 같은 위험부담에 관한 특칙 아래서는 사업자가 급부위험 및 반대급부위험을 부담한다.

다만, 소비자는 반송의무를 이행함에 있어 선관주의를 기울여야 한다. 예컨대 소비자는 사업자에게 물품이 안전하게 도달할 수 있도록 신뢰할 수 있

41) 김진우, “소비자철회권의 개념 및 요건에 관한 입법론적 고찰”, 『소비자문제연구』, 제47권 제1호, 2016, 204면의 주 34). 같은 견해로 송덕수, 「채권총론」(제2판), 2015, 73면.

42) MüKoBGB/Fritsche, § 355 Rn. 59.

43) Erman/Koch, BGB, 14. Aufl., 2014, § 355 Rn. 14.

는 운송인에게 반송을 위탁하여야 할 것이고 포장도 적절히 하여야 할 것이다. 그러나 반송에 애초의 포장재를 사용할 의무는 없다. 운송을 위한 포장은 단지 운송 중의 훼손 또는 멸실로부터 물품을 보호하기 위한 것이기 때문이다. 소비자의 부적절한 포장으로 인하여 물품에 손해가 발생한 때에는,<sup>44)</sup> 소비자가 반송의무의 불완전이행을 이유로 배상책임을 부담하게 된다(민법 제390조). 물품반송에 관한 선관주의의무를 다하였는지 여부에 대한 증명책임은 소비자가 부담한다. 위와 같은 내용은 채무불이행의 일반원칙상 당연한 것이므로 전자상거래법 및 방문판매법에 별도로 명문화할 필요는 없을 것이다.

사업자가 자신이 물품을 회수하겠다고 제안하고 소비자가 이를 수락한 경우, 사업자는 추심채무에 관한 법리에 따라 회수의무를 부담한다. 한편 무체적 급부인 용역 또는 온라인 디지털콘텐츠는 철회 후 반환이라는 것을 상정할 수 없거나 무의미하여 급부위험 및 대가위험의 문제가 발생하지 않는다.

## VI. 부수적 계약의 효력

### 1. 현행법

전자상거래법(제18조 제3항부터 제7항까지) 및 방문판매법(제9조 제3항부터 제7항까지)은 통신판매계약 또는 방문판매계약이 철회되더라도 이들 계약에 부수하여 행하여진 여신계약은 철회되지 않음을 전제로 규율하고 있다.<sup>45)</sup> 그래서 철회를 하였음에도 통신판매업자/방문판매업자가 대금결제를 취소하거나 대금을 환급하지 않은 경우 소비자가 결제업자의 대금청구를 거절할 수 없게 된다.<sup>46)</sup> 또한 이들 법률은 그 밖의 부수적 계약(물품설치계약, 물품

44) 이것은 사업자가 증명하여야 한다.

45) 그러나 김성천, 앞의 책, 123면은 전자상거래법 및 방문판매법은 여신계약에 따른 환급절차로서 판매업자와 결제업자 간의 법률관계를 규정하고 있을 뿐 여신계약에의 철회효과 적용 여부에 대해서는 명확하게 규정하고 있지 않다고 한다.

46) 고흥석 외 3인, 「새로운 전자상거래 유형에 대한 소비자 보호방안 연구」, 공정거래위원회

배송계약 등)의 운명에 대하여는 침묵하고 있다. 그러나 법적으로는 독립적인 계약들이라 하더라도 경제적 관점에서는 이들을 별개로 취급하는 것이 부적절한 경우가 있으며, 이에 대하여는 아래의 개정론에서 상론한다.

## 2. 개정론

소비자권리지침은 제2조 제15호에서 “부수적 계약”(ancillary contract; akzessorischer Vertrag)의 개념을 정의하고 있다. 부수적 계약은 소비자가 통신판매계약 또는 사업장 밖에서 체결된 계약<sup>47)</sup>과 관련되어 있는 물품을 취득하거나 용역을 제공받을 수 있는 계약을 말한다. 그 계약의 내용은 물품의 인도 또는 용역의 제공이 당해 사업자 또는 제3자와 당해 사업자 사이의 약정에 기하여 그 제3자에 의하여 이루어지는 것이다. 예컨대 물품배송계약, 유지보수계약, 물품설치계약, 보험계약, 여신계약 또는 대금지급을 위한 지로개설계약 등이 통신판매계약 또는 사업장 밖에서 체결된 계약(주된 계약)에 대한 관계에서 부수적 계약이다. 주된 계약(Hauptvertrag)과 부수적 계약(Nebenvertrag) 사이에는 일정한 관련성이 있어야 한다. 상호 관련성을 가진 계약들에서 어느 것이 주된 계약이고 어느 것이 부수적 계약인지는 가치평가에 의하여 결정된다. 예컨대 「소비자가 별개의 계약으로 동일한 사업자와 휴대폰통신서비스계약과 휴대폰매매계약을 체결한 경우」(이하 【사례 1】이라 한다), 휴대폰통신서비스계약이 주된 계약이 된다.<sup>48)</sup> 또한 「X가 산악용 자전거를 통신판매의 방법으로 330만 원에 구입하면서 통신판매업자(Y)와 제휴한 보험회사(Z)와 매년 3만 원을 불입하여야 하는 도난보험을 체결한 경우」(이하 【사례 2】이라 한다) 보험계약이 부수적 계약이 된다. 부수적 계약은 소비대차를 대상으로 하면서 「경제적 일체성」을 요건으로 하는 독일민

결과 보고서, 2015, 142면.

47) 이것은 우리 방문판매법상의 방문판매에 상당하는 것이나 EU의 입법자는 의식적으로 종전의 방문판매계약 개념을 현저히 확장하면서 이 용어를 사용하였다. 이에 관한 상세는 김진우, 「서울법학」, 제23권 제2호, 115-118면 참조.

48) European Commission, DG Justice Guidance Document, 2014, p. 53.

법 제358조 제3항 제1문의 의미에서의 “결합계약”(verbundene Verträge)<sup>49)</sup> 보다 넓은 개념이다. 소비자권리지침상의 부수적 계약은 새롭게 도입된 독일 민법 제360조의 “관련계약”(zusammenhängende Verträge)에 상당한다.<sup>50)</sup> 소비자가 통신판매계약 또는 사업장 밖에서 체결된 계약을 철회한 경우, 모든 부수적 계약은 원칙적으로 소비자에게 비용을 발생시킴이 없이 “자동적으로 종료한다.”(shall be automatically terminated).<sup>51)</sup> 다시 말해 주된 계약이 철회되면 부수적 계약은 별도의 철회 의사표시가 없더라도 철회되고, 설령 부수적 계약이 독립적으로는 철회권이 인정되지 않더라도<sup>52)</sup> 그러하다.<sup>53)</sup> 위 【사례 1】과 【사례 2】에서는 철회의 확장이 소비대차계약이 아닌 휴대폰매매 계약 또는 보험계약에 대하여 이루어지므로 처음부터 결합계약은 문제되지 않으며 부수적 계약만이 문제된다.

우리 전자상거래법 및 방문판매법은 부수적 계약 또는 관련계약이라는 개념을 사용하지 않지만 그 일종이라고 할 수 있는 여신계약에 한하여 그것은 철회되지 않음을 전제로 하고 있다. 그러나 어느 계약(부수적 계약)이 통신 판매계약 또는 방문판매계약(주된 계약)과 관련성이 있고 아울러 부수적 계약에 기한 급부를 주된 계약의 당사자인 사업자 또는 그와의 약정에 기하여 제3자가 제공하는 경우, 부수적 계약은 주된 계약과 법적 운명을 같이 하는

49) 결합계약에서는 철회되는 양 계약이 경제적 일체성을 가지고 있어야 하는데, 이것은 사업자가 자신이 소비자에게 자금을 공여하거나 또는 제3자에 의한 자금 공여의 경우에는 사업자가 대주와 협력관계에 있어 소비자의 시각에서 그 대주가 마치 사업자의 이행보조자처럼 여겨지는 때에 인정된다(독일민법 제358조 제3항 제2문 참조).

50) 김진우, 「서울법학」, 제23권 제2호, 122면.

51) 소비자권리지침 제15조 제1항. 다만, 독일민법 제360조 제1항 제1문은 “소비자가 … 계약체결에 관한 의사표시에도 … 더 이상 구속되지 아니한다.”고 규정하고 있어 해석론상 다툼이 있다. 즉, 소비자권리지침과 마찬가지로 부수적 계약은 자동적으로 종료된다고 새기는 견해(Palandt/Grüneberg, § 360 Rn. 4)와 소비자가 원하는 한 부수적 계약은 그 효력을 유지할 수 있다고 새기는 견해(BeckOKBGB/Möller, BGB, Stand: 01.11.2015, Edition: 38, § 360 Rn. 4; Wendt/Lorscheid-Kratz, Das Widerrufsrecht bei “zusammenhängenden Verträgen”, BB 2013, 2437)가 그것이다. 그러나 후자의 견해는 소비자권리지침의 명시적 규정과 조화를 이루기 어렵다.

52) 가령 소비자권리지침 제3조 제3항 d는 보험계약을 같은 지침의 적용범위에서 제외하였다.

53) BT-Drucks. 17/12637, 66.

것이 자연스러울 뿐만 아니라<sup>54)</sup> 부수적 계약에 대한 구속으로 인하여 소비자가 주된 계약의 철회를 망설이는 사태를 방지하기 위해서도 입법적 정비가 요청된다. 이를 위하여 여신계약을 비롯한 부수적 계약이 주된 계약의 철회로 아울러 종료하도록 하는 규정을 신설한다. 우선 부수적 계약 내지 관련계약의 개념은 독일민법 제360조 제2항 제1문처럼 어떤 계약이 철회된 계약과 일정한 관련성을 가지고 철회된 계약의 사업자가 실행하거나 제3자가 그와 철회된 계약의 사업자와의 약정에 기하여 실행하는 급부를 목적으로 하는 경우라고 정의한다. 그러한 부수적 계약은 ① 주된 계약과 경제적 또는 사실상 관련성이 있어야 하며, ② 급부가 주된 계약의 사업자 또는 제3자가 그와 주된 계약의 사업자와의 약정<sup>55)</sup>에 기하여 실행될 것을 요한다. ①의 요건은 주된 계약과 부수적 계약 사이에 직접적 인과관계가 있으면 충족된다. 이들 계약은 계약서의 문면상 상호 관련성을 가져야 하거나 시간적 일체성을 가질 필요는 없을 것이다.<sup>56)</sup> 따라서 주된 계약과 부수적 계약이 동시에 체결될 필요는 없다고 할 것이나, 소비자가 부수적 계약으로 인하여 철회권의 행사를 망설이는 사태를 피한다고 하는 취지에 비추어 부수적 계약은 여하튼 주된 계약의 철회기간 내에 체결되었어야 할 것이다. 또한 부수적 계약이 주된 계약을 체결한 사업자의 요구에 의하여 체결되었을 필요도 없다. 즉, 단순히 경제적 또는 사실적 관련성이 있으면 족하나, 주된 계약이 철회되면 부수적 계약이 무의미해지는 경우이어야 한다. 위 【사례 2】에서 X가 자전거매매계약을 철회한다면 도난보험계약의 존속은 무의미해진다. ②의 요건은 사업자와 소비자 사이의 계약관계에 대하여 알 수 없었던 제3자에게 철회의 효과가 미치는 것을 차단한다. 즉, 이 요건은 적어도 철회의 효과가 확장될 가능성을 계산에 넣을 수 있었던 제3자에 대해서만 철회의 효과가 확장되도록 하여 철회된 계약과 무관한 제3자는 철회의 효과로부

54) 소비자의 선택에 따라 주된 계약의 철회가 있더라도 부수적 계약의 효력을 유지를 허용하는 방안도 생각해 볼 수 있으나, 이는 지나치게 편의주의적이다.

55) 이 약정은 추단적으로 행하여질 수도 있다.

56) MüKoBGB/Habersack, 7. Aufl., 2016, § 360 Rn. 4.

터 보호된다. 그러써 ②의 요건은 주된 계약의 철회 효과가 부수적 계약에 확장되는 것을 정당화하는 기능을 수행한다.

주된 계약의 철회권이 소멸한 경우에 부수적 계약의 운명은 어떻게 되는가? 이것은 주된 계약의 철회권이 소멸하더라도 주된 계약보다 뒤에 체결된 부수적 계약은 여전히 철회할 수 있는가 하는 문제이다. 이에 관하여 전자상거래법 및 방문판매법은 물론 소비자권리지침 및 독일민법은 명시적으로 규정한 바 없다. 생각건대 특단의 사정이 없는 한 주된 계약에 대한 철회권이 소멸하였다면 부수적 계약에 대한 철회권도 소멸한다고 할 것이다. 주된 계약을 더 이상 철회할 수 없게 되었는데 그 계약을 실행하기 위한 방편으로 체결된 부수적 계약을 여전히 철회할 수 있다고 새기는 것은 부자연스럽기 때문이다.

이와 같은 부수적 계약의 효력에 관한 규정을 신설할 경우, 결합계약의 효력에 관한 규정을 별도로 둘 필요성은 크지 않다. 결합계약과 부수적 계약의 요건과 효과가 대체로 일치하고 후자가 전자보다 요건에 있어서는 더 개방적이기 때문이다.

## VII. 나오며

본고의 “들어가며”에서 제기하였던 문제들에 대한 해결책을 압축적으로 제시하면서 이 글을 마치기로 한다.

(1) 철회의 일반적 효과를 법률로 명시할 필요는 없는가? 철회기간 동안 계약체결을 위한 소비자의 의사표시가 유효적 유효상태에 있는지 아니면 유효적 무효상태에 있는지 학설이 갈리고 있으므로, 향후 전자상거래법 및 방문판매법에 철회의 일반적 효과를 적극적으로 규정하는 것이 법적 안정성 확보에 이바지할 수 있다.



(2) 물품에 대한 사업자의 회수의무는 어느 경우에 인정되며, 회수기간에 관한 법률규정이 향후 필요한가? 사업자가 물품을 스스로 회수하겠다고 제안하고 소비자가 이를 수락한 경우, 소비자는 적극적 반환의무를 부담하지 않는다. 다만, 이러한 제안은 사업자가 아울러 회수비용도 부담하겠다는 취지인 경우에 한하여 구속력이 있다. 방문판매계약에서 계약체결시점에 소비자의 주거에서 인도되고 또 그 성질상 통상적 우편으로 반환할 수 없는 물품에 대한 매매계약이 철회된 경우에 사업자가 그의 비용으로 물품을 회수하도록 하는 규정을 도입할 실익은 크지 않다.

(3) 철회 후 급부의 반환과 관련하여 현행법상의 “재화”라는 용어는 적절한가? 부동산에 관한 거래는 원칙적으로 전자상거래법 및 방문판매법의 적용대상에서 배제하여야 하므로, 전자상거래법 및 방문판매법의 재화라는 용어는 유체적 동산을 의미하는 “물품”으로 개정함이 바람직하다.

(4) 물품반환의 경우에 소비자는 어떤 경우에 어느 범위에서 가액배상을 하여야 하는가? 소비자가 물품을 그 성상 또는 작동방법의 확인에 필요한 범위를 넘어서 사용한 후에 철회함으로써 물품에 가치감소가 발생한 경우에 한하여 사업자가 가액배상을 청구할 수 있도록 하는 명문규정을 신설한다. 가액배상의 산정에 있어서는 물품의 객관적 가치 및 가액배상청구권의 발생 시점을 기준으로 한다.

(5) 사업자는 철회기간 동안의 물품의 사용이익에 대하여 배상을 청구할 수 있는가? 이를 허용할 경우 사용이익의 배상으로 인하여 소비자의 계약속행 여부에 관한 자유로운 결정이 방해받을 수 있으므로, 이를 부정하는 명문규정을 신설한다.

(6) 철회 후 물품반송위험은 누가 부담하여야 하는가? 소비자가 반송위험

을 부담하게 되면 소비자의 계약 속행에 대한 의사결정의 자유가 침해될 수 있으므로, 사업자가 반송위험을 부담토록 하는 명문규정을 신설한다.

(7) 통신판매계약 및 방문판매계약이 철회된 경우 부수적 계약도 효력을 상실하는가? 어느 계약(부수적 계약)이 통신판매계약 또는 방문판매계약(주된 계약)과 사실상 또는 경제적으로 관련성이 있을 뿐만 아니라 부수적 계약에 기한 급부를 주된 계약의 당사자인 사업자 또는 그와의 약정에 기하여 제3자가 제공하기로 하였다면, 부수적 계약은 주된 계약과 법적 운명을 같이 하는 것이 자연스러울 뿐만 아니라 부수적 계약에 대한 구속으로 인하여 소비자가 통신판매계약 또는 방문판매계약의 철회를 포기하는 사태를 방지하기 위해서도 부수적 계약의 효력 상실을 선언하는 명문규정을 신설한다.

### 〈참고문헌〉

#### 〈국내 단행본〉

김성천, 「소비자철회권 비교법 연구」, 한국소비자원, 2010.

남효순, “전자상거래등에서의 소비자보호에 관한 법률에 관한 몇 가지 쟁점”, 「서민 교수 정년기념논문집」, 법문사, 2006.

송덕수, 「채권총론」, 제2판, 박영사, 2015.

#### 〈국내 학술지〉

고형석, “유럽연합 소비자권리지침상 청약철회권에 관한 연구: 우리 법과의 비교 법적 고찰을 중심으로”, (한양대) 「법학논총」, 제29집 제4호, 2012.

\_\_\_\_\_, “정보보호제품거래와 청약철회권에 관한 연구”, 「저스티스」, 제151호, 2015.

구병문, “디지털콘텐츠 이용자의 청약철회와 그 제한규정의 문제점과 해결방안”, 「홍익법학」, 제10권 제1호, 2009.

김도년, “청약철회권의 입법형태의 일고찰: 일본과 독일의 청약철회권 입법형태 비교를 중심으로”, 「소비자문제연구」, 제39호, 2011.

김중길, “유럽연합(EU) 소비자권리지침의 핵심적 규정내용: 독일에서의 논의를 중심으로”, (경상대) 「법학연구」, 제22권 제2호, 2014.

김진우, “소비자권리지침의 주요개념 및 적용범위에 관한 고찰: 우리 소비자계약법의 개정방향을 덧붙여”, 「서울법학」, 제23권 제2호, 2015.

\_\_\_\_\_, “소비자철회권 배제사유에 관한 개정론: 전자상거래법 및 방문판매법을 중심으로”, 「외법논집」, 제40권 제2호, 2016.

\_\_\_\_\_, “소비자철회권의 개념 및 요건에 관한 입법론적 고찰: 전자상거래법, 콘텐츠산업진흥법 및 방문판매법을 중심으로”, 「소비자문제연구」, 제53호, 2016.

\_\_\_\_\_, “소비자철회권의 정당화사유: 방문판매와 통신판매를 중심으로”, 「소비자문제연구」, 제40호, 2011.

\_\_\_\_\_, “EU 소비자권리지침에서의 소비자의 권리와 사업자의 의무: 우리 소비자계약법의 개정방향을 모색하며”, 「아주법학」, 제9권 제3호, 2015.

오병철, “전자상거래소비자보호법 제17조 제2항 제4호의 청약철회권 배제조항의 문제점”, 「민사법학」, 제39-1호, 2007.

이병준, “DCFR상 철회권의 행사와 그 법률효과에 관한 고찰”, 「외법논집」, 제36권 제1호, 2012.

이원재, “「콘텐츠산업 진흥법」 제27조 청약철회 조항에 대한 고찰”, (중앙대) 「법학논문집」, 제38집 제3호, 2014.

#### 〈외국 단행본〉

Beck'scher Online-Kommentar BGB, Buch 2, C.H. Beck, Stand: 01.11.2015, Edition: 38 (“BeckOKBGB/집필자”로 인용).

Erman, BGB, 14. Aufl., Dr. Otto Schmidt, 2014 (“Erman/집필자”로 인용).

Jauernig, Kommentar zum BGB, 16. Aufl., C.H. Beck, 2015 (“Jauernig/집필자”로 인용).

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

Palandt, BGB, 75. Aufl., C.H. Beck, 2016 (“Palandt/집필자”로 인용).

Schulze u.a., BGB, 8. Aufl., Nomos, 2014 (“HK-BGB/집필자”로 인용).

von Bar/Clive (eds.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full Edition, Vol. I, Oxford University Press, 2009.

#### 〈외국 학술지〉

Leier, Die Rückabwicklung des widerrufenen Vertrags: Neuerungen durch das Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechtlinie, VuR 2013, 457.

Schwab, Der verbraucherschützende Widerruf und seine Folgen für die Rückabwicklung des Vertrags, JZ 2015, 644.

Stürmer, Rechtsfolgen des Widerrufs bei Verbraucherverträgen, JA, 2016, 374.

Unger, Die Richtlinie über die Rechte der Verbraucher: Eine systematische Einführung, ZEuP 2012, 270.

Wendt/Lorscheid-Kratz, Das Widerrufsrecht bei “zusammenhängenden Verträgen”, BB 2013, 2434.

#### 〈기 타〉

고형석 외 3인, 『새로운 전자상거래 유형에 대한 소비자 보호방안 연구』, 공정거래위원회 결과 보고서, 선문대학교 산학협력단, 2015.

오병철 외 5인, 『전자상거래 환경 변화에 대응하기 위한 청약철회제도 개선에 관한 연구』, 공정거래위원회 연구용역보고서, 연세대학교 산학협력단, 2011.

Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council of 20 May

1997 on the protection of consumers in respect of distance contracts - Statement by the Council and the Parliament re Article 6 (1) - Statement by the Commission re Article 3 (1), first indent.

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

Deutscher Bundestag, Drucksache (BT-Drucks.) 17/12637.

Deutscher Bundestag, Drucksache (BT-Drucks.) 17/13951.

European Commission, DG Justice Guidance Document, 2014.

주제어 : 소비자권리지침, 통신판매계약, 방문판매계약, 철회권, 물품의 반환, 용역, 디지털콘텐츠, 대금환급, 가액배상, 반송위험, 부수적 계약

접 수 일 : 2016년 5월 31일

수 정 일 : 2016년 6월 22일

게재확정일 : 2016년 6월 23일

〈Abstract〉

## Einige Probleme der Widerrufsfolgen bei Verbraucherverträgen

Kim, Chin-Woo

Gegenstand des Beitrags sind Rechtsfolgen des verbraucherschützenden Widerrufsrechts. Das Widerrufsrecht ist ein wichtiges Instrument des Verbraucherechts. Kennzeichnend für das Widerrufsrecht ist, dass dem Verbraucher nach dem Vertragsschluss eine nachträgliche Bedenkzeit eingeräumt wird, binnen derer er ohne Angabe von Gründen seine auf den Vertragsschluss gerichtete Willenserklärung widerrufen und sich dadurch von der Bindung des Vertrages lösen kann. Die widerrufliche Willenserklärung des Verbrauchers und der geschlossene Vertrag sind zunächst wirksam. Beide Parteien haben gegen die jeweils andere Partei einen Erfüllungsanspruch. Der Verbraucher darf nicht wegen der ihm gesetzlich zustehenden Überlegungszeit (Widerrufsfrist) die Leistung bis zum Ende der Widerrufsfrist verweigern. Nach dem Erlöschen des Widerrufsrechts wird der Vertrag endgültig wirksam, andere Mängel des Vertrags bleiben unberührt. Die Rechtsfolgen des Widerrufs von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen und Fernabsatzverträgen sollen autonom geregelt werden. Ein Rückgriff auf das Rücktrittsrecht soll ausgeschlossen sein. Erklärt der Verbraucher fristgemäß den Widerruf des Vertrages, sind der Verbraucher und der Unternehmer an die auf den Abschluss des Vertrages gerichteten Willenserklärungen nicht mehr gebunden. Die wirksame Ausübung eines verbraucherschützenden Widerrufsrechts führt zu einem Rückgewährschuldverhältnis. Die primären Leistungspflichten wie der Anspruch auf Kaufpreiszahlung erlöschen. Das

entstehende Rückgewährschuldverhältnis begründet sekundäre Leistungspflichten für die Parteien. Denn sie sind verpflichtet, die empfangenen Leistungen zurückzugewähren. Der Verbraucher ist insbesondere zur Rücksendung der Sache verpflichtet. Eine Absendung ist gemäß nicht erforderlich, wenn der Unternehmer angeboten hat, die Waren abzuholen. Der Unternehmer kann die Rückzahlung verweigern, bis er die Waren zurückerhalten hat. Dies gilt nicht, wenn der Unternehmer angeboten hat, die Waren abzuholen. Soweit dies nicht möglich ist, ist Wertersatz zu leisten, soweit die Wertersatzpflicht nicht ausgeschlossen ist. Bei der Rücksendung der Waren in Folge des Widerrufs soll der Unternehmer die Gefahr des zufälligen Untergangs der zurückgesendeten Waren tragen.

Key Words : Verbraucherrechterichtlinie, Außerhalb von  
Geschäftsräumen geschlossene Verträge,  
Fernabsatzverträgen, Widerrufsrecht, Widerrufsfrist,  
Widerrufsfolgen, Dienstleistung, Digitale Inhalte,  
Rückzahlung, Rücksendegefahr, Wertersatz,  
Zusammenhängende Verträge