



저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)



박사학위논문

소비자계약상의 정보제공의무에 관한 연구

A Research on Obligatory Information Provision
regarding Consumer Contracts

제주대학교 대학원

법 학 과

정 영 진

2012년 2월



소비자계약상의 정보제공의무에 관한 연구

지도교수 김 상 찬

정 영 진

이 논문을 법학 박사학위 논문으로 제출함

2012년 2월

정영진의 법학 박사학위 논문을 인준함

심사위원장 _____

위 원 _____

위 원 _____

위 원 _____

위 원 _____

제주대학교 대학원

2012년 2월



A Research on Obligatory Information Provision
regarding Consumer Contracts

Jung, Young Jin

(Supervised by Professor Dr. Kim, Sang Chan)

A thesis submitted in partial fulfillment of the requirement for the
degree of Doctor of Law

2012. 2

Department of Law
GRADUATE SCHOOL
JEJU NATIONAL UNIVERSITY



목 차

제1장 서론	1
제1절 연구의 목적	1
제2절 연구의 범위와 방법	3
제2장 정보제공의무에 관한 주요국가의 입법례	6
제1절 독일	6
1. 법규정	7
2. 인정근거	8
(1) 특별규정에 의한 정보제공의무	8
(2) 특별법상의 정보제공의무	10
(3) 정보제공의무 위반의 효과	10
3. 법률효과	12
(1) 계약의 해소	12
(2) 계약의 조정	18
(3) 정보제공의무의 경합과 제한	19
제2절 프랑스	21
1. 법규정	22
(1) 일반적 의무로서의 명시 의무	22
(2) 유사개념과의 구별	22
2. 인정근거	25
(1) 법적 근거	25
(2) 이론적 근거	26
3. 법률효과	30
(1) 손해배상책임	30

(2) 계약의 해제	31
제3절 영미법	32
1. 법규정	33
2. 인정근거	36
(1) 법적 근거	36
(2) 이론적 근거	37
3. 법률효과	39
(1) 부당이득의 반환	39
(2) 부실표시의 효력	40
(3) 특별한 약속과 예비적 합의 위반의 효력	41
제4절 일본	44
1. 법규정	45
2. 인정근거	47
(1) 법적 근거	47
(2) 이론적 근거	50
3. 법률효과	54
(1) 계약체결상 과실론의 활용	54
(2) 의사에 기하지 않은 부수의무위반으로서의 계약체결상의 과실론	55
(3) 정보환경정비책임론	56
(4) 정보격차시정의무론과 자기결정기반정비의무론	57
제5절 정리 및 시사점	58
제3장 우리나라의 소비자계약상 정보제공의무의 법리	63
제1절 소비자계약의 의의와 특성	63
1. 소비자계약의 의의	64
2. 소비자계약의 특성	66
(1) 당사자의 범위	66
(2) 당사자의 비대칭성	68
(3) 약관에 의한 계약	69
(4) 변형계약(비전형계약) · 부합계약	70

제2절 정보제공의무의 개념과 법적 성격	71
1. 의의	71
(1) 고지의무·설명의무와의 관계	73
(2) 경고의무·조언의무와의 관계	75
2. 법적 성격	76
3. 특징과 기능	78
(1) 특징	78
(2) 기능	79
제3절 소비자계약상 정보제공의무의 유형	80
1. 계약체결 전의 정보제공의무	80
(1) 계약체결 이전단계의 정보제공의 필요성	80
(2) 현행법상 관련 규정과 논의현황	81
2. 계약체결단계의 정보제공의무	83
(1) 계약체결단계의 정보제공의무의 의의	83
(2) 계약체결단계의 정보제공의무의 필요성	84
(3) 현행법상 관련 규정과 논의현황	84
제4절 정보제공의무의 인정근거와 그 위반의 효과	86
1. 법적 근거	87
(1) 소비자기본법	88
(2) 기타 특별법상 인정근거	89
2. 이론적 근거	111
(1) 사기법리의 적용	112
(2) 착오법리의 적용	115
(3) 신의칙법리의 적용	117
3. 정보제공의무의 판단기준과 범위	119
(1) 발생(판단)기준	119
(2) 범위와 강도	122
4. 정보제공의무 위반의 법률효과	122
(1) 계약의 해소	123
(2) 손해배상	127



제5절 소결	131
제4장 소비자계약상 정보제공의무의 법리상 문제점	133
제1절 정보제공의무의 발생요건 및 인정근거상의 문제점	133
1. 발생요건상의 문제점	133
2. 소비자기본법상 인정근거와 관련된 문제점	134
3. 기타 특별법상의 인정근거와 관련된 문제점	137
(1) 개별 특별법의 인정근거 규정 검토	137
(2) 논의의 정리	154
4. 민법규정의 적용상 불명확성	156
제2절 정보제공의무 위반의 효과상 문제점	158
1. 계약의 해소	159
(1) 소비자기본법상 계약해소 규정의 부존재	159
(2) 기타 특별법상 계약해소에 관한 규정의 존재여부	160
(3) 민법상 착오법리 및 사기법리 적용의 문제점	164
(4) 정보제공의무 위반을 이유로 한 계약해제권 인정여부	166
2. 손해배상	167
(1) 계약책임과 손해배상	167
(2) 불법행위책임과 손해배상	169
(3) 계약체결상의 과실책임과 손해배상	171
제5장 정보제공의무의 법리적 재구성 및 입법론	174
제1절 정보제공의무의 발생요건 및 실효성 확보	174
1. 정보제공의무의 발생요건	174
(1) 소비자기본법상 정보제공의무의 발생요건 명문화	174
(2) 소비자계약 관련 특별법상의 발생요건	175
2. 소비자기본법상 정보제공의무의 실효성 확보	175
(1) 소비자기본법의 정보제공의무 규정 강화	175
(2) 소비자단체의 역할강화와 소비자간의 네트워크	177

3. 개별 특별법상의 정보제공의무규정의 정형화	179
(1) 정형화의 필요성	179
(2) 개별 특별법의 개정방향	180
4. 정보제공의무규정의 민법에의 편입여부	203
제2절 정보제공의무 위반의 법률효과	204
1. 계약의 해소	205
(1) 입법론	205
(2) 해석론	206
2. 손해배상	207
(1) 입법론	207
(2) 해석론	208
3. 입증책임의 문제	210
제3절 입법론	212
1. 소비자기본법의 개정방향	213
2. 개별 특별법의 개정방향	213
제6장 결론	217
참고문헌	222



Abstract

A Research on Obligatory Information Provision regarding Consumer Contracts

Jung, Young Jin

Department of Law

Graduate School

Jeju National University

Directed by

Professor Kim, Sang Chan

This study is based on the thesis that there is an information gap between businessmen and consumers when consumer contracts take place, and accordingly businessmen should be held responsible with the obligation of the provision of information toward consumers, and when a businessman violates the obligation, he or she should be responsible for every aspect, and this study considers our legal system comparing it with the legislation cases of major developed nations.

The analyzed subjects in this study are eight domestic laws, including consumer law, franchise business law, certified mediator law, visit selling law, guardian law, insurance law, stipulation law, electronic commerce consumer protection law, and installment law. This study is based on the analyzation and focuses on the characteristics and basis of the obligation of the provision of information when consumer contracts take place, and the items regarding the cancellation of the contract when there is a violation of the obligation and the problem of compensation, and the problems of current legal system are figured out, and as a means of interpretation of the law, the legal principles are reorganized and legislation theory is suggested.

The contents of this study are as follows. Article 1 is the introduction of the objective of this study and scope and method of this study. article 2, concerns the obligatory provision of information when consumer contracts take place, the legislation cases of Germany, France, USA and England, and Japan are figured out, and the comparison between the cases has been carried out. In article 3, the current domestic system of the obligatory provision of information when consumer contracts take place is figured out. And the main subjects are the meaning and characteristics of consumer contracts, meaning and legal characteristics of the obligatory provision of information, types of obligatory provision of information, basis of the obligatory provision of information and legal effect when there is an obligatory violation. In article 4, the overall problems of legal theories of the obligatory provision of information when consumer contracts take place are figured out. In article 5, based on the problems which are suggested in article 4, the legal theories of the obligatory provision of information when consumer contracts take place are reorganized, and the legislation theories are suggested. In article 6, as the conclusion of this study, the interpretation and legislation theories regarding the obligatory provision of information when consumer contracts take place are summarized.

The summary of interpretation and legislation theory which is presented in this study as the reorganization of the legal theory of the obligatory provision of information are as follows.

First, it's the problem of the composition of theories of the legal characteristics of the obligatory provision of information. Current academic theories usually point out that when the provision of information is not designated as the obligation of the contract, the obligatory provision of information should be regarded as the subsidiary obligation of good faith principle, or as the cautionary obligation of the contract, and that from the previous steps before the contract, the obligation should be recognized. However, in article 3 of part 19 of consumer law, at the special law regarding individual consumers, the obligatory provision of information is designated, so the opinion that the obligation is only the subsidiary obligation according to good faith principle is not right. Considering that the current regulations according to the consumer law have only the effect of proclamation, according to the types, the obligation can be considered as an obligation or

subordinary obligation, but when the obligation is designated in the special law regarding the consumer contracts, the obligation should be considered an obligation, and when the consumer contracts which are not applied under special law, based on the designation of the obligation of provision of information, the obligation should be considered an obligation.

Second, concerning the basis of obligatory provision of information, although there are consumer law and individual special laws, academic theories pursue the solution to the violation of the obligation based on fraud theory, misunderstanding theory, and negligence theory in the contracts, and in this study, to solve that, ① the effect of obligatory provision of information in consumer law should be reinforced, and ② the obligatory provision of information in the special laws regarding consumers should be typified, and the basis of the obligation should be found out in the consumer law or special laws regarding consumer contracts. In this study, it is pointed out that current consumer law part 19 article 3 is not obvious in the aspect of legal characteristic, and it can be condemned as a typical article, so a legislation theory, the obligatory provision of information in consumer law should be suggested more specifically and obviously. That is, the obligation should not exist as one article as article 19 of 'the obligation of businessmen', but should be detached as an individual article, and consumer's cancellation of the contract, compensation request right, and other punishment regulations should be designated all together and specifically.

Third, it is suggested that regarding the elements of the obligation, the elements should be designated at the part of the obligation of provision of information in consumer law. In our civil law, there is no regulation regarding the obligation in the consumer contracts, although the obligation is designated in consumer law, but it has no real power, and concerning special laws in consumer contracts, the provisions of the obligation are not specific and typical, so regarding the elements of the obligation, we are depending on academic theories. In this study, it is argued that the elements or determining criteria should be suggested not by academic theories, but by making the provisions of the obligation in the consumer law more specific, and through the interpretation of the law article.

Fourth, it is argued that the theory regarding legal effect when the obligation is violated should be reorganized. Regarding the legal effect of the violation of the obligation, in civil law and consumer law, there is no related provision, and in the special laws which are the subjects of the analyzation in this study, regarding the cancellation of contracts, several special laws recognize the cancellation right, but regarding compensation, there is no regulation, so currently, academic theories are organizing the obligation through misunderstanding and fraud theory regarding cancellation of contracts, and concerning compensation, they are organizing the obligation through the responsibility of failing to pay back the debt in article 390, the responsibility of illegal acts in article 750, or the responsibility of negligence in contracts.


It is argued that as the legislation theory regarding cancellation of contracts, article 19 in the regulation regarding the obligation of provision of information in consumer law should be revised, and in specific circumstances, the cancellation should be permitted. And it is argued that like article 45 in visit selling law and article 43 in installment selling law, the regulation of "The items which do not coincide with the regulation of the obligation of provision of information do not have any effect if the items make consumers inferior" should be designated directly.

And it is argued that as the legislation theory regarding compensation, as the violation effect of the obligation of provision of information of businessmen in consumer law, like the regulations regarding cancellation of contracts, the regulations regarding compensation should be designated in the same article. And it is argued that in the regulation of responsibility of businessmen of part 19 article 5 in consumer law, "Businessmen should solve or compensate consumers' complaints or damage caused by defects of items, and the damage of consumers caused by failing to pay back the debt should be compensated" is stipulated, and the meaning of the stipulation should be enlarged, and the regulation of compensation should be applied to the case of violation of the obligation of provision of information in the same part article 3. In addition, concerning compensation, contract responsibility(civil law part 390) or illegal act responsibility(civil law part 750) are used as element of theories, it is argued that when theories are organized by illegal act responsibility, consumers must prove the intention or negligence or causal relationship of

businessmen, and there is no possibility of compensation, so the proving responsibility should be converted or relieved and consumer right should be protected.

This study tried to systematically reorganize legal theories based on the problems regarding legal theories which are created by judicial precedents that businessmen have the obligatory provision of information, and when the violation of the obligation occurs, businessmen should compensate the damage toward consumers. And in the future, the regulations regarding the obligation of provision of information in consumer law should be made more specific, and the regulations should be sufficient to be recognized as the legal theories regarding the obligation of provision of information, and concerning the contents and determining criteria of the obligation, it should be made more typical and systematic.





제1장 서론

제1절 연구의 목적

일반적으로 계약은 청약에 대응한 승낙에 의해서 성립한다. 이 경우에 계약의 주체로서 예정되고 있는 것은 능력 있는 대등한 자연인 또는 법인이다. 계약당사자의 경제력, 사회적인 영향력, 정보를 수집하는 능력의 유무 정도 등에 있어 문제가 되지 않는다. 또 계약자유 원칙 아래 각 당사자는 스스로의 판단으로 계약을 체결하게 된다. 그리고 판단에 있어 정보가 필요하면 스스로의 책임으로 그것을 수집하는 것을 전제로 하고 있다. 근대계약법은 이러한 자기결정 메카니즘이 작동함으로써 계약자유가 실현되고 이를 통해서 계약정의에 이를 수 있다는 이상적 관념에 기초하고 있다. 그러나 이러한 자기결정원리의 계약법적 표현으로서의 계약자유가 계약정의에 이르기 위해서는 자유롭고 공정한 경쟁이 보장되는 시장조건과 계약당사자가 실질적으로 자기결정을 할 수 있는 능력과 조건을 갖추고 있을 것, 즉 ‘자기결정의 실질적 기반’을 전제로 한다.

그러나 분업화·전문화로 특징되는 현대적 경제구조의 고도화는 상품의 내용이나 거래에 관하여 경험이 없는 일반인과 그 분야에 지식과 경험을 축적하고 있는 전문가 또는 사업자 사이의 구조화된 정보격차를 발생시킨다. 이른바 경험이 없거나 부족한 소비자가 본래 자기책임에 의해 수행하여야 할 정보의 수집과 분석을 계약의 상대방인 경제적 강자(사업자)에게 의존하지 않을 수 없는 거래형태가 점차 증가하고 있는 것이다. 이러한 관계는 사업자와 소비자와의 관계에 한정되는 것은 아니다. 사업자 간의 거래에서도, 예컨대 가맹사업계약과 같이 쌍방 당사자의 정보수집능력 및 교섭능력에 큰 격차가 존재하기 때문에 그러한 능력 등이 뒤떨어지는 당사자가 충분한 정보를 얻지 못하고 손해가 발생하는 경우도 볼 수 있다. 이렇게 능력적으로 대등하다고 할 수 없는 당사자 간에 계약이 체결되는 경우에 정보수집능력 및 교섭능력이 보다 뛰어난 당사자로부터 그러한 능력이 뒤떨어지는 당사자에게 제공

하는 의무가 종종 설명의무로 불리어지기도 하는 것이 바로 정보제공의무이다.

정보제공의무는 넓은 의미에서 전문성과 정보력을 갖춘 당사자가 자신이 알고 있는 계약의 목적물에 관한 정보를 상대방사자에게 제공할 의무로 정의되기 때문에, 실무적인 면에서 정보제공의무는 소비자와 같은 전문성이 없는 계약당사자를 보호하기 위하여, 판례나 법률에 의하여 전문직업인 또는 사업자에게 부과된, 계약내용의 이행에 필요한 정보를 제공해야 하는 특별한 의무라고 할 수 있다.

프랑스, 독일, 미국, 일본 등 주요 선진제국에서는 일찍부터 소비자계약상 사업자들의 정보제공의무에 관하여 학설 및 판례에 의하여 이론구성하여 왔으며, 최근에는 민법의 개정이나 소비자계약법 등 특별법의 제정으로 정보제공의무와 그 책임에 대하여 규정하고 있다. 2002년 1월에 발효한 독일채권법 개정법에서 민사특별법인 일련의 소비자보호법들을 민법으로 편입시키고 있는 것이나, 2000년에 제정된 일본의 소비자계약법 등이 그 대표적인 예이다.

우리나라에서도, 현행 민법 등 법률에서 정보제공의무에 관한 명문의 규정이 존재하지 않음에도 불구하고 학설과 판례는 특정한 유형 또는 개별계약의 구체적 사정을 고려하여 다양한 설명의무 또는 신의칙상의 주의의무 등의 이름으로 사업자의 정보제공의무를 인정하여 왔다. 리고 최근의 국제적인 흐름을 반영하여 2007년에 소비자보호법을 소비자기본법으로 대체하기에 이르렀다. 또한 정보제공의무의 법리에 관한 연구도 비교적 많이 이루어지고 있다.¹⁾ 이러한 선행연구는 소비자계약상의 정보제공의무의 일반론을 다루거나, 특정 국가의 정보제공의무에 대한 법리를 소개하거나, 아니면 보험이나 프랜차이즈 등 특별법상의 정보제공의무에 국한하여 다루고 있어, 소비자계약상 정보제공의무에 대한 전체의 틀을 살피는 문헌은 거의 보이

1) 대표적인 연구로서, 김상중, “계약체결 이전단계의 정보제공의무(외국 입법례와 비교에 의한 규정 신설의 제안을 중심으로)”, 「고려법학」 제56호, 고려대학교 법학연구원, 2010.3; 김상찬·정영진, “정보제공의무의 체계적 지위에 관한 연구”, 「법과정책」 제17집 제2호, 제주대학교 법과정책연구소, 2011.8; 김은경, “독일 보험계약법상 보험자의 정보제공의무 등에 대한 고찰”, 「기업법연구」 제23권 제2호, 한국기업법학회, 2009.6; 박인환, “계약체결과정에 있어서의 정보제공의무(독일에서의 논의를 계기로 하여)”, 서울대학교 박사학위논문, 2004; 박정기, “계약체결과정에 있어서의 정보제공의무에 관한 연구”, 「토지법학」 제18호, 한국토지법학회, 2002.12; 송오식, “소비자계약에서 정보제공의무”, 「법학논총」 제29집 제1호, 전남대학교 법률행정연구소, 2009.6; 위계찬, “계약체결과정에서의 설명의무의 근거”, 「원광법학」 제23권 제2호, 원광대학교 법학연구소, 2007.9; 이상욱, “프랑스에서의 계약상 정보제공의무”, 「영남법학」 제1권 1호, 영남대학교 법학연구소, 1994.1; 최상호, “계약상의 정보제공의무에 관한 연구-사기와 착오법리의 적용관계를 중심으로”, 경북대학교 법학연구소, 「법학논총」 9집, 경북대학교 출판부, 1993.12. 등이 있다.

지 않는다.

이들 선행연구로부터 적어도 다음과 같은 문제들이 있음을 알 수 있다. 첫째, 정보제공의무의 법적 성격상 이론구성의 문제이다. 소비자계약상 사업자에게 주어지는 정보제공의무의 성격을 어떻게 규정하고, 이러한 의무를 어떻게 이론구성할 것인가가 문제된다. 둘째, 정보제공의무의 인정근거에 대한 문제이다. 우리 민법상 정보제공의무에 관한 직접적인 규정은 두고 있지 않고, 소비자기본법상 정보제공의무도 매우 형식적으로 규정하고 있을 뿐이어서, 학설과 판례는 정보제공의무의 법적 근거는 없고, 민법 제2조의 신의칙을 간접적 근거라고 이해하여 왔다. 셋째, 정보제공의무의 위반 시 법률효과에 관한 문제이다. 정보제공의무 위반의 법률효과로서, 계약의 해소나 손해배상을 들 수 있는데, 이에 관해서도 기존의 학설은 민법 제109조의 착오의 법리, 민법 제110조의 사기의 법리를 적용하여 계약을 해소할 수 있다고 하며, 손해배상에 관해서도 민법 제390조의 계약책임이나 민법 제750조의 불법행위책임에 의하여 이론구성하고 있다. 불법행위책임으로 이론구성하는 경우 소비자의 입증책임의 문제가 남게 되며, 그 입증을 못할 경우 손해배상을 받기가 어렵게 된다.

이 논문은 지금까지의 선행연구를 바탕으로 우리나라 소비자계약상 정보제공의무의 법리를 정리하고, 여기에서 나타나는 문제점들에 관하여, 주요 선진 국가의 입법례와 학설을 비교법적으로 분석·정리함으로써, 우리나라의 소비자계약상 정보제공의무의 법리를 재구성하고, 합리적인 해석론과 아울러 입법론을 제시하는데 연구의 목적이 있다.

제2절 연구의 범위와 방법

본 논문은 소비자계약상의 정보제공의무의 법적 성격, 인정근거, 의무위반시 법률효과 등에 대한 제반 법리를 재구성하기 위하여, 국내외의 학설과 판례분석 등 선행연구를 바탕으로, 주요국가 입법례의 분석을 통한 비교법적 연구를 통하여 시사점을 얻고, 우리나라의 민법규정의 적용에서 나타나는 문제점과 더불어 소비자기본법을 비롯한 몇몇 주요 특별법상의 정보제공의무에 관한 규정들에 대하여 분석하려

한다. 이 논문에서 분석대상으로 삼은 국내법은 민법과 상법 일부조문을 포함하여, 개별 특별법으로는, 소비자기본법, 가맹사업거래의 공정화에 관한 법률, 공인중개사의 업무 및 부동산의 거래신고에 관한 법률, 방문판매 등에 관한 법률, 보증인 보호를 위한 특별법, 보험업법, 약관의 규제에 관한 법률, 전자상거래 등 소비자보호에 관한 법률, 할부거래에 관한 법률 등 9개 법률이며, 그 외의 개별특별법에 관해서는 필요한 범위 내에서 다루기로 한다.

이 논문의 구성은 다음과 같다.

제1장 서론에서는 이 논문의 연구 목적과 연구범위 및 방법을 살펴본다.

제2장에서는 정보제공의무에 관한 주요 선진국가의 입법례에 대하여 살펴본다. 독일, 프랑스, 영미, 일본의 법제에 대하여, 이 논문에서 중점적으로 다루고자 하는 소비자계약의 정보제공의무에 관하여 법적 성격, 인정근거, 법률효과 등을 중심으로 살펴봄으로서, 비교법적 분석을 통한 시사점을 얻고자 한다.

제3장에서는 우리나라의 소비자계약상 정보제공의무의 법리에 대하여 살펴본다. 소비자계약의 의의와 특성, 정보제공의무의 의의와 법적 성격, 정보제공의무의 유형, 정보제공의무의 인정근거와 정보제공의무 위반시 법률효과에 대하여 기존의 학설과 판례 등을 분석·정리한다.

제4장에서는 소비자계약상 정보제공의무의 법리상 나타나는 제반 문제점에 관하여 살펴본다. 이에 관해서도 분석의 틀을 소비자계약상 정보제공의무의 법적 성격, 성립요건과 인정근거, 법률효과 등으로 나누어 살펴보고자 한다.

제5장에서는 정보제공의무의 법리를 재구성하려고 한다. 지금까지 분석된 소비자계약상 정보제공의무에 대한 법리에 대한 문제점을 중심으로 민법, 소비자기본법, 기타 특별법상의 규정에 대한 해석론을 재정립하고, 입법론을 제시함으로써 소비자보호를 위한 정보제공의무의 법리의 재구성을 시도한다.

제6장에서는 본 논문의 결론으로서, 소비자계약상 정보제공의무의 법리의 재구성으로서 제시된 해석론과 입법론을 요약·정리한다.

본 논문의 연구방법으로는, 국내외의 단행본, 학술연구논문, 보고서 등을 바탕으로 학설과 판례를 조사·분석하는 문헌연구방법을 주로 사용하려 한다. 또한 법학의 특성상 외국의 법제를 조사·분석하여 일정한 부분에 관하여 시사점을 얻기 위

하여 비교법적·제도적 연구방법을 사용하고자 한다.

이 논문은 종래의 소비자계약상 정보제공의무에 관한 총론적 논의나, 개별 특별법상의 부분적 정보제공의무에 대하여 분석하는 틀에서 그치지 않고, 정보제공의무의 인정근거, 법률효과 등에 관하여 나타나는 문제점을 중심으로 새로운 해석론과 입법론을 제시하고 정보제공의무의 법리를 재구성함으로써, 실질적인 소비자 보호에 기여하고자 한다.

제2장 정보제공의무에 관한 주요국가의 입법례

세계 각국은 일찍부터 소비자계약상 정보제공의무에 관하여 많은 논의가 이루어지고 있고, 다양한 입법이 이루어지고 있다.²⁾ 우리나라의 정보제공의무에 관한 법리의 논의를 위해서 외국의 다양한 입법례를 고찰하고 비교법적 분석을 하는 것이 무엇보다 중요한 일이다. 그러나 여기에서는 독일, 프랑스, 영국과 미국, 일본의 법제에 한정하여 살펴보기로 한다.

제1절 독일

독일 민법에 따른 계약교섭과정의 정보제공의무에 관한 규율내용은 2002년 민법개정 작업의 이전 시기의 경우에는 우리의 현행민법 규정과 기본적으로 다르지 않다고 여겨진다. 즉 당시 독일 민법은 정보제공의무에 관한 일반규정을 두지 않은 채, 특히 사기취소에 관한 독일민법 제123조와 판례법에 의한 계약교섭상의 과실책임(culpa in contrahendo)이 정보제공의무에 관한 가장 중요한 제도로 활용되고 있었다.³⁾ 독일민법은 법률에 있어서 정보제공의무와 그 위반에 대한 책임규정을 확인하는 것으로부터 시작하여 독일민법 내에 계약체결관련 정보제공의무에 대한 규정이 존재하는지, 존재하지 않는다면 계약당사자의 정보제공에 관한 책임을 규정하는 개별 조항은 존재하는지 나아가 그 책임요건과 효과는 무엇인지 살펴볼 필요가 있다. 또한 고유한 입법목적에 의해 제한된 요건과 적용범위를 갖는 특별법상의 계약체결관련 정보제공책임 규정들과 그 한계, 그리고 성문 법률의 규율 상태를 파악한 후에는 성문법에서 확인된 보호의 불비 내지 흠결에 따른 판례와 학설에 의한 법

2) 우리나라에서도 민법개정의 중요 과제 중의 하나로 소비자보호법의 민법전으로의 편입 여부가 하나의 논의로서 자리잡고 있으며(백경일, “소비자보호법의 민법전 내 편입문제에 관한 비판적 고찰”, 「재산법연구」 제26권 제2호, 한국재산법학회, 2009.10, 271면), 일본의 경우도 다르지 않다(서희석, “일본 민법개정시안에 있어서 소비자법의 위치”, 「재산법연구」 제26권 제2호, 한국재산법학회, 2009.1, 398면 이하).

3) 이에 관한 국내 문헌의 개관으로는, 박인환, “독일법상 정보제공의무위반을 이유로 하는 계약해소청구권”, 「민사법학」 제27호, 한국민사법학회, 2005.3, 137-148면 참조.

발전에 있어서 법적 효과의 고찰은 계약체결에 있어서 과실에 의한 오도에 대한 계약체결상의 과실책임을 중심으로 하게 된다. 나아가 판례와 학설에 의해 통일적으로 파악되어 온 정보제공의무가 어떤 근거와 판단 기준에 의해 인정되어 왔는지에 대해서 살펴보고자 한다.

1. 법규정

정보제공의무에 관한 규정에 있어서 독일민법은 계약체결과 관련된 정보제공의무에 대한 명시적 일반규정을 두고 있지 않다. 독일민법의 입법자는 독일민법 제123조에 대한 입법이유에서 “계약 당사자가 어떤 범위에서 상대방에게 그가 결정을 함에 있어 영향을 미칠 수 있는 사정에 대하여 알려주어야 할 법적 의무가 있는지는 입법적 해결로부터 제외된다”⁴⁾고 밝히고 있다. 이는 독일민법의 입법자들이 모든 계약관계에 유효한 계약체결과 관련된 정보제공의무의 구성요건을 조문화하는 것에 주저하였던 것을 보여준다. 일반적 견해⁵⁾에 따르면 설명하여야 할 법적 의무가 존재하는 사정에 대한 약의의 침묵도 사기에 속하는데, 이러한 의무는 독일민법 제123조로부터 발생하는 것이 아니라 거기에 전제되어 있을 뿐이다. 즉, 설명의무의 위반은 계약체결상 과실의 승인된 유형이다.⁶⁾ 반면에 독일채권법현대화에 관한 법률(Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts)에 의하여 주로 소비자보호를 목적으로 하는 개별 특별법들의 주요 내용이 독일민법전의 채권법에 흡수 통합되었다. 이를테면 약관규제법, 소비자신용법, 방문판매법, 통신판매법 등 특별법들은 소비자보호를 목적으로 주로 계약 내용의 투명성 보장을 내용으로 하는 다양한 형태의 정보제공과 그 책임을 규정하고 있었는데 민법전으로 통합 흡수된 것이다.⁷⁾

4) 박인환, 전제 “계약체결과정에 있어서의 정보제공의무(독일에서의 논의를 계기로)”, 15면에서 인용함: Mugdan, Benno, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich, Bd. I, Einführungsgesetz und Allgemeiner Teil, Berlin 1899, S. 467.

5) MünchKomm/Kramer, § 123 Rdn. 16f; Staudinger/Dilcher, § 123 Rdn. 7 f.

6) Staudinger/Löwisch, § 275 Rdn. 78 ff.; MünchKomm/Emmerich, Vor § 275 Rdn. 77 ff.; Breidenbach, Voraussetzungen, S. 5.

7) 박규용, “독일채권법현대화법률에 있어서 급부장애법의 개관”, 「법학연구」 제13집, 한국법학회, 2003.12, 164-165면.

2. 인정근거

(1) 특별규정에 의한 정보제공의무

1) 독일민법 제123조 제1항의 사기규정

제123조 제1항에 의해 보호되는 법익은 법률행위 영역에서의 자유로운 자기결정이며,⁸⁾ 상대방의 고의적 용태에 의해 착오에 빠진 자는 착오로 인한 의사표시를 취소할 수 있다. 독일민법 제123조, 제124조가 제119조 이하에 따른 착오와 다른 것은 상대방의 고의의 기망으로부터의 보호라는 점이다.⁹⁾ 특히 제123조 제1항에 따르면 기망이 표시착오를 유발하였는지 아니면 표시의 기초가 된 사실관계에 관한 착오(단순한 동기일지라도)를 유발하였는지는 아무런 차이도 없다.¹⁰⁾ 적극적으로 잘못된 정보를 제공함으로써 착오를 야기하는 것에 관해서 지배적 견해는 전달된 정보가 객관적으로 확인될 수 있는 사정에 관한 것임을 요구하고 단순히 주관적인 가치평가나 추천에 의한 사기는 인정하지 않는다.¹¹⁾ 사기는 기망자가 자신의 용태를 통해서 표시상대방에게 고의로 착오를 야기하거나 이를 유지할 것을 의욕하는 경우에만 존재한다. 독일연방대법원의 이전 판결과 일부 견해도 고의를 넘어서는 기망자의 심정이 요구되어야 하고 제123조 제1항의 의미에서의 악의가 아니라, 제123조의 목적, 즉 법률행위상의 결정의 자유의 보호에 따르면 기망자의 도덕적으로 비난받을 심정과 선의의 심정은 전혀 중요하지 않으며,¹²⁾ 나아가 고의는 미필적 고의로도 충분하다.¹³⁾

2) 계약 전 잘못된 정보에 대한 불법행위책임의 성부

독일민법에서 정보제공의무에 관한 일반규정은 없지만 적용가능성이 있는 규정으로는 제123조 제1항에 의한 사기에 의한 의사표시와 사전적 잘못된 정보에 의한 독

8) Vgl. MünchKomm/Kramer, § 123 Rdn. 1.; Mot. I, S. 204.

9) 박인환, 전제 계약체결과정에 있어서의 정보제공의무(독일에서의 논의를 계기로 하여), 22면.

10) 박인환, 상제논문, 23면: MünchKomm/Kramer, § 123 Rdn. 13.

11) MünchKomm/Kramer, § 123 Rdn. 15; Soergel/Hefermehl, § 123 Rdn. 2.

12) MünchKomm/Kramer, § 123 Rdn. 9, m.w.N.

13) 박인환, 전제논문, 24면: MünchKomm/Kramer, § 123 Rdn. 8; Soergel/Hefermehl, § 123 Rdn. 7.

일민법 제823조 제1항과 제826조의 보호범규위반에 의한 불법행위성립에 의해 규율되기도 한다. 계약체결에 있어서 의사결정의 자유를 절대권으로 볼 수 있는가에 대해서, 소수 견해는 의사결정의 자유 내지 의사결정과 의사실현의 자유도 제3자의 권리를 해하지 않는 범위 내에서 보호하는 것으로 파악하지만, 지배적 학설은 제823조 제1항의 자유를 육체적 활동의 자유로 좁게 이해하고, 경제적 전개가능성과 결정의 여지는 포함되지 않는다고 한다. 그러한 경제적 자유는 공정거래법 또는 영업적 이익에 관한 권리를 통해서만 불법행위법상으로 보호될 수 있다.¹⁴⁾ 또한 제826조에 기한 손해배상청구권에 대해서는, 입법자들도 명백하게 사기를 이유로 하는 취소권과 양속 위반의 가해를 이유로 한 손해배상청구권에 기한 취소권의 구성요건상의 동등성으로부터 출발하였다¹⁵⁾고 하고 있으며, 타인에게 가할 고의는 가해에 대해서 존재하여야 하며,¹⁶⁾ 미필적 고의로도 충분하고,¹⁷⁾ 가해의 고의는 착오 있는 계약체결에 관한 것이어야 한다.¹⁸⁾

3) 하자담보법에서의 정보용태에 대한 책임

정보제공의무와 관련하여 독일민법에 새로이(2001년) 추가된 조문은 제434조 제1항 제3문인데 매도인이나 제조자 또는 그의 보조자가 한 물건의 성상에 관한 공개적 언명, 특히 광고나 상품표시에서 한 언명에 기하여 매수인이 기대할 수 있는 성질도 제2문 제2호의 성상에 포함된다고 하여 광고나 상품표시에서 한 언명을 물건의 하자판단의 기준이 되는 성상으로 보고 있다. 그러나 매도인이 그러한 언명을 알지도 못하였고 알았어야 하지도 않았다면 그 언명에 기한 매수인의 기대는 하자의 기준이 되는 성상이 될 수 없다. 준거 시점은 계약체결 시점이고 그에 대한 입증책임은 매도인이 진다.¹⁹⁾

14) MünchKomm/Hager, § 823 Rdn. B 53; Erman/Schiemann, § 823 Rdn. 23.

15) Grigoleit, Hans Christoph, Vorvertragliche Informationshaftung, München 1997, S. 22, m.w.N.

16) 박인환, 전제논문, 29면: MünchKomm/Mertens, § 826 Rdn. 59.

17) Staudinger/Oechsler, § 826 Rdn. 75.

18) Grigoleit, Informationshaftung, S. 22.

19) Bamberger-Roth/Faust, § 434 Rdn. 85.

(2) 특별법상의 정보제공의무

1) 계약체결상 의사결정보호를 위한 정보제공의무

독일의 특별법상 정보제공의무에 관련된 규정으로는 독일공정거래법(Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb) 제13조 a는 허위의 오인을 야기하는 것으로 광고의 대상이 되는 인적 범위에서 계약체결에 중요한 광고표시에 대하여 구매자의 철회권을 규정하고 있다.²⁰⁾ 또한 증권거래소법(BörsG) 제30조 제3항 2호는 공중에게 발행자와 유가증권에 관한 올바른 판단을 가능하게 하는 정보제공으로서 투자설명 의무를 부과한다. 그 외에도 보험계약상의 고지의무로 보험계약법(VVG) 제16조 제1항 제1문은 보험계약 체결 시 위험의 인수에 있어서 중요한 보험계약자가 알고 있는 모든 사정에 관하여 보험자에 대한 보험계약자의 포괄적인 고지의무 즉 설명의무를 규정하고 있다.²¹⁾

2) 기타 특별법상 정보제공의무

계약 내용의 투명성 보장을 위한 정보제공의무를 규정한 약관규제법(AGBG), 소비자신용법(VerKrG) 등은 독일민법에 통합되었으나 그 외에 통신강좌에 대한 보호법(FrenUSG)과 중개인 및 시공인에 대한 법규명령(MaBV) 등은 특별법 규정이 남아 있다. 또한 계약 목적물의 일정한 성질에 대하여도 정보를 제공할 의무를 부과하는 등 공법상의 생필품 및 생산물에도 표시의무가 있다.

(3) 정보제공의무 위반의 효과

1) 묵시적 조언계약에 기한 책임

묵시적으로 체결된 조언계약에 기한 법리구성은 설명의무의 근거제시의 부담을 회피하면서도 계약상 의무 위반의 책임을 정보제공의무자에게 귀속시킬 수 있다는 점에서 판례에 의해 선호되는 방법이다. 독일의 판례는 “은행과 고객 사이와 같이

20) Staudinger/Helmut-Köhler, § 13a UWG Rdn. 1.

21) 보험자는 중요한 사정에 대하여 부정확한 고지가 된 경우에도 계약을 해지할 수 있다.

사업자와 고객 간에 당해 계약 이전부터 지속적 거래관계가 존재하는 경우, 당사자들 사이에 특별한 신뢰관계를 근거로 묵시적 조언계약의 성립을 인정하고 있다.”²²⁾

2) 계약체결상 과실책임

독일제국법원(Reichsgericht)은 일찍이 계약체결과정에 있어서 정보제공의무 위반에 대하여 계약체결상 과실에 대한 손해배상책임을 인정하여 왔다.²³⁾

정보제공의무는 허위 또는 부정확한 정보를 제공해서는 안 된다는 의미에서는 진실의미로서 자발적으로 상대방에게 필요한 정보를 제공하여야 한다는 의미에서는 설명의무(Aufklärungspflicht)로서 존재한다. 따라서 정보제공의무 위반에 있어서 당사자가 상대방에게 적극적으로 잘못된 정보를 제공하였다는 것에 의해 비난을 받는 것인지 아니면 상대방에게 필요한 정보를 제공하지 않았다는 것으로 비난을 받을 것인지가 구별된다.

계약체결상의 과실책임에 있어서도 독일민법 제276조를 기준으로 해서 고의뿐만 아니라 과실에 의한 정보제공의무 위반에 대해서도 책임이 발생하나, 승인에 있어서 과책요건은 별다른 의의를 가지지 못한다. 잘못된 정보의 전달이 입증되거나 정보제공의무자가 요구된 설명을 하지 않으면 반대의 증거가 없는 한 과책이 인정된다.

3) 판례와 학설에 있어서 정보제공의무의 인정요건

독일민법의 주요 주석서들은 계약체결과정에서의 설명의무 또는 정보제공의무를 각각의 규정들의 개별적 책임요건에 있어서 분리해서 취급하고 있지만 내용적으로는 같은 근거 기준에 의거하고 있다.²⁴⁾ 가령 독일민법 제123조에 대한 주석에서나 계약체결상의 과실책임에 대한 주석에서나 교섭 당사자는 거래관습을 고려하여 신의성실의 원칙에 따라 성실한 설명을 기대할 수 있다 라는 전래의 상투적 표현으로써 통일적으로 설명되거나 두 곳에서 같은 판결이 인용되기도 한다.²⁵⁾

22) BGH, NJW 1993, 2433=BGHZ 123, 126 참조.

23) 선례적 판결로서 RGZ(Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen) 95, 58이 있다.

24) Stephan Breidenbach, Die Voraussetzungen von Informationspflichten beim Vertragsabschluss, München, 1989. S. 9

25) Breidenbach, Voraussetzungen, S. 9, m.w.N.

학설의 노력은 주로 설명의무의 요건을 구체화하는 데에 집중되어 있으며, 사례들을 특히 의무발생적 사실들의 성질을 기준으로 하는 추상적 징표에 의해 체계화²⁶⁾하거나 법률관계의 종류에 따라 설명의무 사례를 정리²⁷⁾함으로써 행해지고 있다. 판례는 “상대방의 계약체결의 결정에 영향을 미칠 수 있는 중요한 정보를 일방 당사자만이 알고 있고 구체적인 경우에 거래관념을 고려하여 신의성실의 원칙에 따라 상대방의 그 정보의 제공을 기대할 수 있는 경우에는 설명의무가 있다”²⁸⁾는 정식을 확립하고 있다.

한편 판단기준에 의하면 모든 계약 당사자는 상대방에게 자신이 알고 있는 계약의 유효성에 대한 우려를 알려주어야 한다. 자기 자신이 계약의 유효성에 의심을 품고 있는 경우 계약이 유효하다고 믿고 있는 상대방을 그대로 내버려 두는 것은 신의성실에 반하는 것이다.²⁹⁾ 또한 모든 당사자는 자신에게 가능하고 기대 가능한(제242조) 한도에서 상대방의 계약목적을 좌절시킬 수 있거나 계약 이행시 상대방에게 특별한 위험을 발생시킬 수 있는 사정들에 대하여 설명할 의무를 진다.³⁰⁾ 가령 조세상 유리한 투자가 될 것이라는 전망하에 최초구입자모델로서 주택을 취득하는 경우, 매도인은 수익기대에 반하거나 반할 수 있는 모든 사정을 알려주어야 한다.³¹⁾ 아울러 계약이행의 위험에 대해서도 적기의 이행을 방해할 개연성이 있는 장애에 대하여 지적할 의무를 진다.³²⁾

3. 법률효과

(1) 계약의 해소

26) Soergel/Wiedemann, Vor § 275 Rdn. 155ff; Soergel/Teichmann, § 242 Rdn. 139ff; MünchKomm/Roth, § 242 Rdn. 269 ff; MünchKomm/Emmerich, § 275 Rdn. 81ff.

27) Soergel/Wiedemann, Vor § 275 Rdn. 265ff; Soergel/Teichmann, § 242 Rdn. 143ff; MünchKomm/Roth, § 242 Rdn. 316 ff.; MünchKomm/Emmerich, Vor § 275 Rdn. 95ff.; Staudinger/Löwisch, Vor § 275 Rdn. 81 ff.

28) Palandt/Heinrichs, § 123 Rdn. 5; Staudinger/Dilcher, § 123 Rdn. 7; Soergel/Wiedemann, Vor § 275 Rdn. 153; Bamberger-Roth/Grüneberg, § 311 Rdn. 71; BGH, NJW 1970, 655.

29) MünchKomm/Emmerich, Vor § 275 Rdn. 81.

30) MünchKomm/Emmerich, Vor § 275 Rdn. 85.

31) BGH, WM 1988, 48, 50.

32) Soergel/Wiedemann, Vor § 275 Rdn. 170.

계약체결상 과실책임의 법률효과는 손해배상이다. 손해배상에 관하여 독일민법 제249조 제1항은 배상의무를 발생시키는 사정이 없었더라면 있었을 상태의 회복, 즉 원상회복을 원칙으로 규정하고, 원상회복이 불가능하거나 채권자의 손해전보에 충분하지 아니한 경우(제251조 제1항)에는 보충적으로 금전배상을 하고 있다. 손해배상법상의 원상회복으로 계약해소청구권을 인정하기 위해서는 정보제공의무 위반이 없었다면 있었을 상태로 계약이 체결되지 않았을 것이라는 점이 증명되지 않으면 안된다.

1) 과실의 기망을 이유로 하는 계약해소청구권

독일연방대법원에 있어서 과실의 기망에 대하여 손해배상법상의 원상회복의 방법으로 피기망자의 계약해소청구권을 인정하는 학설의 찬반논란에도 불구하고 독일연방대법원의 확립된 판결³³⁾을 볼 수 있다. 이 판결에서 제시된 논거들은 학설의 비판과 논쟁의 출발점으로서 오늘날 이 문제를 다루는 데에 있어서도 중요한 의미가 있다. 이 독일연방대법원판결의 사실관계는 “피고는 자신의 작업장에서 사용 중인 기계를 대체할 새로운 모델의 목재용 원반톱기계(Besämkreissäge)를 원고회사의 팜플렛에서 골라 예전의 기계가 설치되어 있던 장소에 자신이 고른 새 기계가 설치될 수 있는지를 문의하였다. 주문을 받은 원고회사의 대리권 있는 직원 M은 피고의 공장에 와서 공급될 기계가 설치될 장소를 측정하여 설치 가능하다고 대답하였고, 이에 매매계약이 체결되었다. 그러나 그 후 새 기계가 그 장소에 설치될 수 없다는 것이 드러났고, 피고는 그러한 사실을 알았다면 그 기계를 구매하지 않았을 것이라고 주장하며 기계의 인수를 거부하였다. 원고가 피고에 대하여 계약상 책임을 추궁하는 데 대하여 피고는 항변으로 계약체결상의 과실에 기한 손해배상을 주장하였다”는 것이다.

독일연방대법원은 먼저 원고의 대리인이 새 기계가 당해 장소에 설치 가능한지 여부에 대해서만 설명하고 새 기계의 특정치수를 언급한 것이 아니라는 이유에서 성질보증에 관한 하자담보법리의 적용 가능성을 배제하였다.³⁴⁾ 또한 특정 장소에

33) BGH, NJW 1962, 1196.

34) 왜냐하면 매도인인 원고는 약관을 통해서 성질보증에 대한 책임을 포함해서 매매목적물의 하자에 대한 자신의 책임을 폭넓게 한정하였을 뿐만 아니라, 구두의 합의는 그것이 문서로서 증명된 경우 외에는 원고를 구속

대한 기계의 설치 가능성 여부에 대한 대리인 M의 진술은 매매계약에 부수하는 조건의 제공으로서 매매계약에 기한 독자적인 부수적 채무의 인수로도 볼 수 있다고 전제하였다.³⁵⁾ 이러한 전제 위에서 독일연방대법원은 그 법률효과로서 계약해제청구권을 인정하였다.³⁶⁾

2) 계약해제를 반대하는 학설

사기취소규정의 공동화에 대한 우려로 Medicus의 견해에 따르면, “사기에 의한 취소밖에 민법이 다루고 있지 않음에도 불구하고 경과실로 즉한 계약체결상의 과실을 이유로 하는 손해배상청구권에 의해 계약해소의 목적을 달성할 수 있다는 것이 도대체 독일민법의 전제에 합치하는 것인가”라는 의문을 제기하면서 독일연방대법원의 판결을 비판하였다. 그에 의하면, 물권적 효과는 취소가 일반적으로 이행행위에 대하여 행해질 수 있는 데 반하여 손해배상청구권을 가지고는 언제나 반환만이 청구될 수 있다는 것을 의미하는 것이 아니라, “제142조에 표현된” 물권적 효과를 말하는 것이고, 그 규정은 특별히 이행행위에 연관된 것은 아니라고 한다. 더구나 독일연방대법원이 판결한 사례에는 취소에 의하여 그 물권적 해소가 문제가 될 수 있는 어떤 실행된 이행행위도 없으므로, 독일연방대법원이 말하는 취소의 ‘물권성’이 의미하는 것은 제3자에 대한 효과만을 의미하는 것이라고 한다.³⁷⁾

한편 금전배상에 의한 해법으로 Canaris의 견해에 따르면,³⁸⁾ 판례가 들고 있는 독일민법 제123조에 의한 사기취소와 계약체결상의 과실에 의한 계약해소의 차이는 제123조의 공동화라는 반론에 대항하기에는 너무나 무력하다고 한다. 방법론적 관점에서, 과실에 의한 오도를 계약체결상의 과실로 평가해서 손해배상청구권을 인정하는 것을 제123조가 일반적으로 제약하고 있지는 않다고 해서, 그것을 이유로 제249조 제1문을 통해서 계약해제청구권을 끌어내는 것이 당연한 것은 아니라고 한다.³⁹⁾

하지 않는다고 하였다(Medicus, Grenzen der Haftung für in contrahendo, Jus 1965, 209f.). 또한 당시에는 아직 약관규제법(AGBH)이 시행되기 전이었다.

35) BGH, NJW 1962, 1197.

36) BGH, NJW 1962, 1196, 1198f.

37) Medicus, JuS 1965, 209, 211.

38) Canaris, Leistungsstörungen beim Unternehmenskauf, Zeitschrift für Unternehmen.sund Gesellschaftsrecht 1982, 394ff

3) 계약해제를 지지하는 학설

Larenz의 견해에 의하면, 계약체결상 과실책임이론이 불법행위법이 장래의 계약 당사자가 이미 계약교섭단계에서 지고 있는 특정한 의무 위반에 대하여 방치하고 있는 흠결을 고려하여 인정된 것이라는 점을 강조하며, 계약해제청구권에 관한 판례의 태도를 지지한다. 즉, “상품의 매매에 있어서 전문지식 있는 매도인 또는 그 대리인이 구매 희망자에게 조언을 하고, 사용 가능성, 부담 가능성, 올바른 조작, 가공, 설치 등에 대하여 알려줌으로써, 비로소 그가 자신에게 제안된 종류 또는 모델 가운데 자신의 목적에 가장 적합한 것을 선택하여 매매결정을 할 수 있게 되는 거래 양태가 점점 더 일반화되고 있다. 따라서 구매 희망자는 자신의 상대방 또는 그 대리인이 그러한 정보의 제공, 조언에 있어서 그에게 기대되는 필요한 주의를 가지고 행동한다고 믿고, 또한 믿을 수 있어야 한다. 이러한 정당한 기대에 대한 배신에 제재가 없다면 법률규정은 사실상 흠결이 있는 것이다. 판례가 묵시적으로 체결된 조언계약이라는 의제에서 자신의 피난처를 구한 것도 이러한 이유에서 비롯된 것”이라고 주장한다.⁴⁰⁾

4) 재산손해요건과 판례·학설의 입장

가. 종래 판례와 학설의 태도

학설에 있어서는 재산손해 요건이 필요하다는 견해⁴¹⁾와 필요하지 않다는 견해⁴²⁾가 대립하고 있다. Schubert나 Lieb의 견해는 물론 재산손해요건이 존재하더라도 계약해소가 타당한 법률효과는 아니라고 본다. 이 외에 과실에 의한 계약체결상 과실에 있어서 재산손해를 계약의 원상회복 요건으로 보는 견해로는 H. Dilcher,⁴³⁾ Wiedemann,⁴⁴⁾ Emmerich,⁴⁵⁾ Battes⁴⁶⁾ 등이 있다. 한편 종래 독일연방대법원의 판결들은 재산손해 필요의 문제에 있어서 불명료한 태도를 보여주고 있었다. 가령, 건축

39) Canaris, ZGR 1982, 417.

40) 박인환, 전제논문, 95면; Larenz, FS Ballerstedt, S.411.

41) Schubert, AcP 168, S. 505.

42) Lieb, Vertragsaufhebung oder Geldersatz, S.258.

43) 박인환, 전제논문, 108면; Staudinger/Dilcher, § 123 Rdn. 47.

44) Soergel/Wiedemann, Vor § 275 Rdn. 111.

45) Münchkomm/Emmerich, Vor § 275 Rdn. 183.

46) Erman/Battes, § 276 Rdn. 126.

조합지분에 대한 투자설명서책임에 관한 판결⁴⁷⁾에서 독일연방대법원은 투자설명서 실제와 다름에도 불구하고 투자자에게 전체적으로 불이익한 것이 아니라면 손해가 부인될 수 있다고 하면서도, 결국 투자 모델이 투자설명서에 쓰인 것과는 근본적으로 다르고 후자와 결코 교환될 수 없는 투자모델인 경우에는 반대급부는 고려되지 않고 손해의 존재가 인정된다고 하였다. 왜냐하면 투자자는 자신의 의사에 반해서 투자모델을 강요받아서는 안 되고, 이는 특히 투자결정은 개인적 가치관념 내지 리스크 관념에 좌우되고 따라서 대체될 수 없기 때문이라는 것이다.⁴⁸⁾

나. 독일연방대법원의 재산손해요건의 명시적 인정과 재산손해개념의 확장

독일민법전은 본 판결을 통해서 독일민법 제123조와 나란히 과실의 기망에 대하여 계약체결상 과실책임에 기한 계약해소청구권을 인정하는 근거로서 그간 학설에 의해 유력하게 주장되어 왔던 재산손해요건을 명시적으로 인정함으로써 종래의 불명확한 태도에서 벗어나게 되었다. 그러나 재산손해의 평가에 있어서는 일응 차액설을 내세우면서도 그 계산항목은 책임의 보호목적과 손해배상의 보상기능에 비추어서 평가적으로 결정하여야 한다고 하고, 나아가 급부와 반대급부의 객관적 불균형뿐만 아니라 매매목적물이 매매가격만큼의 가치가 있는 경우에는, 유채한 의무위반을 당한 당사자가 자신의 재산처분에 있어서 침해를 받았다는 것만으로도 재산손해가 존재할 수 있다고 한다. 더 나아가서 예정된 임대료 수입과 전세를 기준으로 하는 주택의 가치 증가분의 비교와 같이 궁극적으로 기망에 의해 야기된 피해자의 주관적 기대를 기준으로 하는 차액평가를 허용하고 있다.

따라서 독일연방대법원은 재산손해요건을 명시적으로 인정하면서도 재산손해개념을 규범적 평가에 의해 크게 유연화 하였다고 볼 수 있다. 이러한 독일연방대법원의 태도는 다음 판결에서도 주관적 기대에 부적합한 계약까지 명시적으로 재산손해로 파악함으로써 확인되고 있다.⁴⁹⁾

47) BGHZ 115, 213.

48) BGHZ 115, 213, 221f.

49) BGH, NJW 1998, 898.

5) 원인관계의 증명

가. 의의

손해배상법의 일반원칙에 따라 과실의 기망에 대하여 계약체결상의 과실책임에 기한 법률효과를 인정하기 위해서는 의무 위반과 손해 배상의 인과관계를 피해자가 증명하여야 한다. 인과관계는 계약 당사자의 적절한 설명이 있었거나 부정확한 정보제공이 없었다면 상대방이 계약체결에 이르지 않았을 것이라는 것을 요건으로 한다. 그런데 그러한 가정적 상황에 있어서 예상되는 심리적 경과의 증명은 매우 곤란하다. 즉 계약체결에 대한 결정은 정신적인 순수한 주관적 사상이라는 점 그리고 정상적인 설명이 있었던 경우에 대한 결정이 가정적으로 추체험되어야 하기 때문이다.⁵⁰⁾ 독일연방대법원은 계약체결상 과실에 기한 손해배상청구권에 관하여 인과관계에 대한 입증책임의 전환을 인정하고 있다.

나. 판례의 태도

독일연방대법원은 설명의무 위반으로 인한 손해발생의 인과관계의 입증책임에 대한 사실관계에서⁵¹⁾ “적극적 계약침해의 경우 피해자와 발생한 손해와 객관적 의무 위반의 인과관계를 입증하여야 하는 것이 원칙이지만, 의료상의 중대한 의료과오에 대한 확립된 판례에서는 입증책임의 전환이 인정된다. 만약 그 반대의 견해를 따르면 계약의무를 위반한 자가 명백한 의무 위반에도 불구하고 ‘의무에 따른 행동을 한 경우에도 인과경과는 달라지지 않았을 것이다’라고 단순히 주장함으로써 면책될 수 있다는 부당한 결과에 이르게 된다. 따라서 완전히 해명되지 않은 사실관계의 리스크는 자신의 의무 위반적 용태에 의하여 그것을 만들어낸 자가 부담하여야 한다”고 판시하였다.⁵²⁾ 그러나 의무 위반이 없었더라면 계약이 체결되지 않았을 것인지 아니면 상대방 또는 제3자와의 사이에 보다 유리한 다른 계약이 체결되었을 지에 관해서까지 피기망자 보호를 위한 입증책임의 전환이 미칠 수는 없다. 따라서 입증책임의 전환의 결과를 바로 계약의 해소 또는 계약조정으로 연결할 수는 없다

50) Grigoleit, Informationshaftung, S 163.

51) 사안 자체는 계약체결 이후의 설명의무 위반 즉 적극적 계약침해가 문제된 것이다. 하지만 설명의무 위반과 손해의 결과 발생 사이의 인과관계 증명의 곤란이라는 점에서 양자 사이에 차이가 없다. 따라서 독일연방대법원도 계약체결 이전의 설명의무에 대한 사안에 대해서 이 판결을 선례적 판결로서 원용하고 있다.

52) BGHZ 61, 118.

는 점에 문제가 남아 있다.

(2) 계약의 조정

1) 계약조정청구권

독일연방대법원은 오래 전부터 과실의 기망에 대하여 손해배상의 방법으로 계약 해소를 인정하고 있다는 것은 이미 앞에서 살펴 본 바 있다. 따라서 과실의 피기망자에게 계약해소 형태의 손해배상청구권의 행사뿐 아니라 계약 자체를 유지하면서 금전에 의한 차액배상을 내용으로 하는 손해배상청구권의 행사도 허용되는가 하는 것이 문제이다. 이것이 허용된다면 피기망자는 계약을 유지한 채로 상대방의 기망으로 야기된 불이익만을 계약상 합의된 대가관계에 대하여 금전에 의한 차액배상의 형태로 배상받을 수 있게 된다. 이로써 본래 합의된 계약상의 대가관계는 과실의 기망으로 야기된 불이익만큼 변경되므로 이를 계약의 효력 차원에서 보면 계약의 조정이 일어나게 된다. 그러나 계약조정 형태의 손해배상청구권의 행사에 있어서 인과관계의 입증을 포기하는 것은 차액배상에 있어서 차액산정의 기준을 확정할 수 없다는 문제를 야기하고, 차액배상에 의한 계약조정은 의무위반이 없었다면 보다 유리하게 체결되었을 계약의 내용을 기준으로 하는 것인데 그와 같은 보다 유리한 계약체결의 증명은 인과관계의 증명 단계에서 이미 포기되었기 때문이다.

2) 종전 판례의 태도

계약의 해소를 통해서만 손해배상을 청구할 수 있는 것인지 아니면 피기망자가 계약을 유지하면서 의무 위반의 용태가 없었으면 성립하였을 계약을 기준으로 하는 차액배상의 방법으로도 손해배상을 청구할 수 있는지에 대하여 이전의 독일 판례는 일관된 태도를 보이지 않았다.⁵³⁾ 몇몇 판결⁵⁴⁾은 그러한 선택 가능성을 인정하였다. 그에 따르면 계약 유지시의 소극적 이익은 매수인이 진정한 사실관계를 알았다면 매매가격에 있어서 얼마나 더 적은 액수에서 동의하였을 것인가에 따라서 산정되어

53) Stoll, FS Riesenfeld, S. 279.

54) 가령 RGZ 66, 335, 337; 62, 384, 386; 86, 334 참조.

야 한다고 한다. 그러나 RG(Reichsgericht)는 더 나중의 판결에서 이러한 산정방식을 거부하였다.⁵⁵⁾ 기망을 당한 당사자는 의무에 따른 상대방의 고지가 있었다면 발생하지 않았을 기타 손해의 배상과는 별도로 손해배상법상 원칙적으로 계약의 청산을 통한 원상회복이라는 구제를 받는다는 것이며,⁵⁶⁾ 독일연방대법원⁵⁷⁾은 원칙적으로 피기망자가 손해배상청구권을 행사하여 계약을 원상회복시킬 가능성만을 인정하였다. 그것은 피기망자는 손해배상청구권을 행사하여 계약을 청산하든지 나쁘든 좋은 체결된 대로 계약을 내버려둘지 결정을 하여야 한다.

(3) 정보제공의무의 경합과 제한

1) 매매법상 하자담보책임과 정보제공책임의 경합

계약체결과정에서의 정보제공의무가 계약의 목적인 물건의 성질에 관련된 경우, 정보제공의무 위반을 이유로 하는 계약체결상 과실책임과 구 독일민법 제463조(특정물매매)와 제480조 제2항(종류물매매)에 규정되어 있는 물건의 성질에 대한 하자담보책임과의 경합이 문제가 되는데, 매매법상 하자담보책임과 계약체결상 과실책임 경합의 특수한 문제상황은 전자가 고의도그마에 입각해 있는데 반해서 계약체결상 과실책임은 단순 과실에 의해서도 성립한다는 점에서 비롯된다.⁵⁸⁾ 이러한 경합 문제는 계약체결상 과실에 대해서뿐만 아니라 적극적 계약침해⁵⁹⁾에 대해서도 마찬가지로 제기되며 동일한 성질의 문제로 다루어진다. 한편 독일민법의 담보책임규정과 계약체결상 과실책임의 경합은 전적으로 정보제공책임 사례에만 관련된다. 왜냐하면 계약의 효력 장애나 계약 외적 법익보호와 관련된 계약체결상 과실의 다른 사례들은 성립요건상의 연결점이 상이하므로 처음부터 배제되기 때문이다.⁶⁰⁾

55) RGZ 103, 154; BGH WM 1969, 496; RG의 판결에 의하면, 독일민법 제249조에 따른 손해배상권리자는 자신의 의사자유가 침해되지 않았던 것과 같은 상태로 조치되어야 한다. 그에 반해서 손해배상권리자는 상대방의 위법한 용태(기망)에 의해서 야기하지 않았다면 체결되었을 계약으로부터 발생하였을 것과 같은 상태를 회복해 줄 것을 상대방에게 청구할 수는 없다.

56) Stoll, FS Riesenfeld, S. 279.

57) BGH, WM 1970, 819, 822; BGH NJW 1977, 1538, 1539.

58) Münchkomm/Emmerich, Vor § 275 Rdn. 98. 그러나 이러한 문제는 개정 독일민법 하자담보책임법에서 고의도그마가 폐지됨으로써 현저히 약화되었다.

59) 설명의무 위반이 계약체결상 과실을 구성하는지 아니면 적극적 계약침해를 구성하는지는 설명의무의 위반 시점에 달려 있다. 즉, 계약체결 전의 설명의무 위반은 계약체결상 과실의 문제로, 계약체결 후에는 적극적 계약침해로 다루어진다.

또한 정보제공의무 위반에 대한 계약체결상 과실책임과 독일민법의 매매법에서의 하자담보책임법의 경합이 문제되는데, 판례⁶¹⁾와 다수설⁶²⁾은 정보제공의무가 물건의 정상 내지 성질에 관련된 경우에는 하자담보책임법에 의해 정보제공책임의 발생이 차단된다고 한다. 그리고 이러한 하자담보책임 우위의 원칙은 구체적으로 하자담보책임의 구성요건이 존재하지 않는 경우에도 그러하다고 한다. 왜냐하면 매도인이 성상을 보증하거나 하자를 악의로 묵비한 경우가 아닌 한 매도인은 하자에 대한 손해배상책임을 지지 않는다. 그러나 독일연방대법원은 하자개념을 매우 엄격히 해석함으로써 하자담보책임규정의 차단효과를 배제하는 경우가 많다.

2) 기타의 하자담보책임과 정보제공책임의 경합

계약 전 정보제공책임은 법정 하자담보규정을 가진 다른 계약유형의 영역에서는 매매법에 있어서보다 훨씬 의미가 적다. 그럼에도 불구하고 독일연방대법원은 매매법에서와 같은 하자담보책임 우위의 원칙을 적용한다. 따라서 계약 전 정보제공의무 위반을 이유로 하는 청구권들은 임대차계약법,⁶³⁾ 도급계약법,⁶⁴⁾ 그리고 여행계약법⁶⁵⁾의 우선하는 담보책임규정에 의해서도 배제된다.

또한 임대차계약법에 있어서 우위원칙을 원용하고 있으나, 매매법과 마찬가지로 적용이 있어야 한다고 하는 경우에, 구체적으로 상응하는 합의가 없어 하자책임을 발생시키지 않는 임대차목적물의 성질에 대해서도 매매법에서의 지배적 견해의 우위의 원칙에 합치해서 계약체결상의 과실책임이 배제되어야 하는지, 아니면 구성요건상 하자담보책임이 발생하는 경우에만 배제효과가 적용되는지는 불명확하다.⁶⁶⁾ 다음으로 도급계약법에 있어서도 매매법상의 우위원칙을 원용하고 있으며, 하자담보책임 우위원칙을 도급계약상 하자를 기초지우는 사정의 적합성에 따라 엄밀하게 판단한다면 계약체결상 과실책임은 매매법과 임대차계약법에서보다 더 폭넓게 제한

60) Grigoleit, Informationshaftung, S. 219.

61) RGZ 135, 339; RGZ 161, 330; BGHZ 60, 319.

62) Münchkomm/Emmerich, Vor § 275 Rdn. 99; Soergel/Wiedemann, Vor § 275 Rdn. 265; Staudinger/L-öwisch, Vor § 275 Rdn. 86.

63) BGH, NJW 1980, 777, 780.

64) BGH, NJW 1969, 1710, 1711.

65) BGHZ 100, 157, 181.

66) Grigoleit, Informationshaftung, S. 237.

될 수 있다.⁶⁷⁾ 끝으로 여행계약법에 있어서도 여행주최자의 다양한 형태의 의무⁶⁸⁾에 대해서는 완결적 규율이 행해져야 한다는 점을 보여주고 있다. 또한 독일민법 제651조 a 이하의 입법은, 계약 전 의무관계와 정보제공책임이 오늘날 주지의 범위에서 인정되고 있는 시점에서 이루어졌기 때문에 입법규율의 추월은 문제될 수 없으며, 여행계약상 담보책임에 관해서는 판례의 우위의 원칙에 동의할 수 있다고 한다.⁶⁹⁾

제2절 프랑스

프랑스에서 정보제공의무가 이론적으로 제기되기 시작한 것은 1940년대 중반부터였다.⁷⁰⁾ 그러나 이에 대한 연구가 본격적으로 진행된 것은 판례에 의해 정보제공의무가 여러 계약에 폭넓게 적용되기 시작한 1970년대부터라고 볼 수 있다.⁷¹⁾ 따라서 프랑스에서 정보제공의무는 판례의 독자적인 법 창설적 기능에 의해 형성된 것이라 볼 수 없으나, 오늘날 정보제공의무가 소비자보호를 위해 전문직업인에게 일반적으로 부과되는 특별한 의무로서 정립되는 데에는 판례가 주도적 역할을 하였다.⁷²⁾

현재 프랑스에서 정보제공의무는 이론적으로 크게 ‘계약전 정보제공의무’와 ‘계약상 정보제공의무’로 구성되어 있다. ‘계약전 정보제공의무’는 물건을 팔거나 서비스를 제공하는 자가, 계약체결에 앞서, 물건 또는 서비스의 주된 특징은 물론 계약조건에 관한 정보를 상대 당사자에게 제공해야 하는 의무를 말한다. ‘계약상 정보제공의무’는 전문직업인과 소비자 사이에 체결되는 여러 종류의 계약에 판례에 의해 편입된 계약 내용의 일부로서, 전문직업인이 소비자에게 안내 및 주의사항 등을 포함

67) Grigoleit, Informationshaftung, S. 238.

68) 이에 대해서는 박규용, “여행주최자의 의무위반과 책임에 관한 독일민법의 규정”, 「법학연구」 제44집, 한국법학회, 2011.11, 82면 이하 참조.

69) Grigoleit, Informationshaftung, S. 236.

70) 당시에 발표된 논문은 M. de Juglart, “L’ obligation de renseignements dans le contrat”, RTD civ, 1945, pp. 1~22; B. Boccara, “Dol, silence et réticence”, Gaz. Pal., 1953, pp. 1-24. 등이 있다.

71) 당시 연구결과 중 중요한 것으로서, D. Nguyen-Thanh & J. Revel, “La responsabilité du fabricant en cas de violation de l’ obligation de renseigner le consommateur sur les dangers de la chose vendue”, J.C.P.1975.I.2679; F. Chabas, “Infomer les utilisateurs”, Revue du C.N.P.F., fév. 1975; A lisse, *L’ obligation de renseignements dans les contrats, thèse*, Paris II, 1975; etc.

72) G. Viney, op. cit., n 502.

한 모든 정보를 제공해야 할 의무를 가리킨다.⁷³⁾

1. 법규정

(1) 일반적 의무로서의 명시 의무

프랑스의 정보제공의무는 계약체결단계에서 당사자에게 일정한 사항에 대한 명시 의무를 부과한다는 점에서 영미법상의 ‘최고신의의 계약’ 개념과 유사하다고 할 수 있다. 이를테면 보험계약이나 토지매매계약, 주식인수계약이나 특별한 신뢰관계가 요구되는 계약, 즉 변호사와 의뢰인, 본인과 대리인, 수탁자와 수익자의 계약, 그리고 가족협정 등과 같은 일정한 유형의 계약에서는 최고의 신의로서, 계약체결 여부를 결정하는데 영향을 미치는 모든 사정을 고지하여야 할 의무를 부담하는 것을 말한다.⁷⁴⁾ 그러나 최고 신의의 계약은 원칙적으로 허위표시인 경우를 문제로 삼아 영국 부실표시법의 예외로서, 보험계약 등 비교적 한정된 계약 유형에 인정되고 있는데, 프랑스의 정보제공의무는 부작위를 원칙적 형태로 하고, 계약체결 전에 존재하는 일반적인 의무로서 구성되어 있으므로 양자는 차이가 있고, 최고신의의 계약보다도 더욱 광범위하게 적용된다. 더구나 정보제공의무는 처음에는 사업자와 같은 전문가에게만 적용되었으나, 오늘날 비전문가에 대해서도 적용되고 있으며,⁷⁵⁾ 당사자의 판단력이 낮거나 나이가 고령인 경우 등으로 인하여 정보량 격차가 있는 경우에도 적용되고 있다.⁷⁶⁾

(2) 유사개념과의 구별

프랑스에서는 정보제공의무는 단순한 사실을 객관적으로 지적하거나 또는 설명하

73) 남궁술, “법규범의 발전과 판례(프랑스민법상 ‘안전배려의무’와 ‘정보제공의무’의 발전에 있어서의 판례의 역할을 중심으로)”, 「민사법학」 제28호, 한국민사법학회, 2005.6, 321면.

74) 송오식, 전제논문, 91면; Ansons Law of contract. ed.A.G.Guest. 20th ed. Oxford. Clarendon press, 1984, pp.231-239; G. E. Treitel, The law of contract, 6th ed., London, Stevens & Sons, 1983, pp.304-306; H.G. Beale/W.D.Bishop/M.P.Furmston, Contract-Cases and Materials, 1985, London. Butterworths, p.332.

75) Ghestin, op, cit., n 432.

76) 이상욱, 전제 “프랑스에서의 계약상 정보제공의무”, 99면.

는 의무이고, 그 사실을 아는 것이 용이하거나 또는 목적물의 성질로부터 당연히 알 수 있는 것과 같은 사실에 대하여는 정보제공의무는 존재하지 않는다고 한다. 그러한 의미에서 정보제공의무는 가장 일반적이고 가장 낮은 단계에 있는 의무라 인식하고 있다.

1) 경고의무(obligation de mise en garde)

경고의무는 이행의 목적물이 위험성을 내포하고 있는 경우에 그 위험에 대하여 경고하는 의무를 말한다. 예를 들어 위험한 물건을 생산한 자는 그 사용방법에 관한 정보를 제공하는 것만으로는 부족하고, 발생할 수 있는 위험에 관하여 경고할 의무가 있는 것이다.

2) 조언의무(obligation de conseil)

조언의무는 전문가로서의 의견을 개진하여 표의자의 의사결정 방향에 영향을 줄 목적으로 이행되는 의무이다. 처음에는 조언의 제공을 목적으로 하는 계약, 즉 조언 계약에 의하여 발생한다고 하였으나, 프랑스 법원은 공증인, 변호사, 의사 등 일정한 거래의 전문적 우월성에 기하여, 조언계약을 문제삼지 않고 조언의무의 존재를 인정하고 있다.⁷⁷⁾

3) 정보제공의무와 경고의무·조언의무의 관계

정보제공의무와 경고의무·조언의무 중에서 어떠한 의무를 부담하는가는 그 계약의 이행 내용의 복잡성, 목적물의 성질 등에 의하여 구분된다. 예를 들면, 중고자동차의 매도인이 매수인에게 매매의 목적물인 자동차가 저당 잡혀있다는 사실을 알리지 않은 경우에는 정보제공의무의 위반으로 되지만, 자동차 수리업자가 목적물인 자동차의 시세보다 비싼 부품으로 수리를 하여 이후 표준규격의 부품만 교환하면 된다는 사실을 알리지 않은 경우에는 조언의무의 위반이라고 한다.⁷⁸⁾ 그러나 정보제공이 조언한 내용과 같은 결과를 발생시킬 수도 있고, 조언이 그 전제로서 정보

77) 남궁술, 전제논문, 327면.

78) B, Starck/H. Roland/L. Boyer, op. cit., n 285.

의 제공도 포함하고 있는 경우가 많으므로 정보제공의무와 조언의무를 구별하기가 곤란하다. 또한 양 의무의 중간에 위치한 조언의무의 구별도 문제가 되므로 그 구별이 반드시 절대적인 것은 아니라고 한다.⁷⁹⁾ 대체적으로 판례나 학설도 세 가지의 의무를 일용 구별은 하지만 광의의 정보제공의무로서 일괄하여 논하는 경우가 많다.⁸⁰⁾ 하지만 정보제공의무가 계약체결단계에서 당사자의 일반적 신의성실 내지 협력관계의 요청으로부터 발생된 것인데 비하여, 경고의무 및 조언의무는 계약상의무와 보다 밀접하게 결부되어 있는 점은 확실하므로 경고의무와 조언의무는 계약상의 부수의무로 규정하고 그 위반행위는 계약책임을 발생하게 한다고 설명하는 견해도 있다.⁸¹⁾

4) 계약후의 정보제공의무

최근 프랑스에서는 소비자보호 문제를 강박개념과 결부시키려는 학설도 주장되고 있고,⁸²⁾ 학자에 따라서는 계약전의 정보제공의무 이외에 계약후의 정보제공의무, 즉 계약상의 채무로서의 정보제공의무를 인정하는 견해도 있다.⁸³⁾ 이것은 계약의 이행에 관한 신의성실 또는 계약 당사자의 협력의무의 요청으로부터 발생하는 것이며, 이와 같은 의무로서는 수임자가 위임자에게 위임사무의 이행이 곤란하게 되었음을 고지할 의무,⁸⁴⁾ 건물 임차인이 임대인에게 건물에 결함이 발생한 사실을 고지할 의무⁸⁵⁾ 등이 거론되고 있다. 그러나 통설의 입장에서는 비판에 나서고 있다. 즉 계약상의 채무문제로서 파악하면 충분하고, 특별히 정보제공의무라는 관념을 개입시킬 필요가 없다는 것이다. 이것은 계약전의 단계로서, 특히 합의의 하자과 관계되는 개념이라고 한다.⁸⁶⁾

한편 계약전의 정보제공의무와 계약후의 정보제공의무의 구별이 곤란하다거나 그 구별이 중요하지 않다고 지적하여 계약전의 정보제공의무를 오히려 계약상의 채무

79) B, Starck/H. Roland/L. Boyer, *ibid.*

80) 이상욱, 전제 “프랑스에서의 계약상 정보제공의무”, 101면; Lucas de Leyssac, *op. cit.*, n 3; Ph, Malaurie/Aynés, *op. cit.*, n 422; Alise, *op. cit.*, n 1; B, Starck/ H, Roland/L, Boyer, *ibid.*, et s.

81) 이상욱, 상계논문, 102면; Boyer, *op. cit.*, n 14. 자세한 내용은 cf. M, Fabre-Magnan, *op. cit.*, n 13 et s.

82) Ghstin, *op. cit.*, n 443.

83) Ghestion, *op. cit.*, n 457.

84) Tr, Civ, Seine, 18 Mars 1930, Gaz. Pal., 1930, I. 820.

85) Paris, 28 mars 1939, D.H. 1939, 231; Cass, civ. 5 janvier 1938, D. H. 1938, 97.

86) Lucas de Leyssac, *op. cit.*, n 4-5.

로서 구성하려는 주장도 제기되고 있다.⁸⁷⁾ 이 견해에 따르면 계약전의 정보제공의무의 위반에 대한 효과도 이행의 문제로 처리하게 되며, 해결방향은 최근 프랑스의 판례에서도 나타나고 있으며,⁸⁸⁾ 다만 판례 중에는 책임의 성질을 계약책임으로 구성하는 것이 있는가 하면, 계약책임인지 불법행위책임인지 명백하지 않은 것도 있다.⁸⁹⁾

2. 인정근거

(1) 법적 근거

프랑스에서의 정보제공의무의 법률적 근거에 대하여는 일반적으로 ‘신의성실의 원칙’을 제시하고 있다. 즉, 프랑스민법 제1134조 3항은 “합의는 신의에 따라 성실히 이행되어야 한다”라고 규정되어 있는 바, 이 조항은 원래 계약의 이행에 있어서의 신의성실의 원칙을 뜻하는 것이지만, 계약상 정보제공의무가 계약이행과 관련된 것이므로, 동 조항의 ‘신의성실의 원칙’을 정보제공의무의 근거라고 설명하고 있다. 독일이나 우리나라와 마찬가지로, 프랑스도, ‘신의성실의 원칙’을 계약에 관해서만이 아닌, 법의 일반원칙으로서 기능하고 있으며, 정보제공의무는 바로 이 법의 일반원칙으로서의 신의성실의 원칙에 근거하고 있는 것이다.⁹⁰⁾

이밖에도 판례를 통하여 프랑스 민법 제116조의 사기조항, 동법 제1110조의 착오조항, 동법 제1641조 이하의 숨은 하자에 대한 담보책임 조항 등을 정보제공의무의 근거조항으로 제시하고 있는 바, 이에 대하여는 이론적 근거를 설명하는 부분에서 설명하려 한다.

프랑스는 이러한 민법상의 신의성실의 원칙이나 판례의 이론을 통하여 ‘정보제공의무’의 위반을 규제하는 데는 한계가 있음을 인식하고, 소비자 보호를 위한 특별법

87) Ph, Malaurie/L. Aynès, op. cit., n 422.

88) Alise, op. cit., n 214; J. Schmidt, *Négotiation et conclusion de contracts*, 1982, n 347 et s.

89) 계약책임으로 구성한 판례로서는, 파헤원(Cour de cassation) 제1민사부 1975.4.16(D. 1976.514. note A. Chirez, *Rev. trim. de.civ.*, 1976, p. 139.

90) 이상욱, 전제 “프랑스에서의 계약상 정보제공의무”, 117-118면; J. Mestre, “L’ exigence de la bonne foi dans la conclusion du contrat”, *RTD civ.*, 1989, p.736 et s. ; J. Ghestin, op. cit., n 263 ; J. Calis-Auloy & F. Steinmetz, op. cit., n 54 ; etc.

을 제정하기에 이르고 있는데, 그동안 제정된 여러 특별법들을 통합하여 1993년 소비자보호법전(Le Code de la consommation)을 마련하는데 이르렀다.

(2) 이론적 근거

1) 학설

프랑스에서는 민법전이 모든 면에서 평등하고 대등한 당사자를 전제하고 있다고, 당사자는 자신이 스스로 조사하여 충분한 정보를 가진 뒤에 계약을 체결하여야 하는 것으로 이해하고 있었으므로 정보제공의무라는 관념은 생각하지 않고 있었다. 즉, 자신의 이익은 스스로 지키지 않으면 안 된다는 것이 하나의 명제로 인정되어 왔던 것이다.⁹¹⁾ 이에 따르면 각 당사자는 사전에 알아야 할 내용을 알리지 않았다고 하더라도 그에 대한 규제는 원칙적으로 법률상으로는 문제가 되지 않는 것이다. 당시에 상대방의 침묵이 사술에 해당하는 경우나 당사자의 계약으로서 정보제공의무가 약정된 경우에는 합의의 하자로서 규제의 대상이 되고 있었지만, 매우 제한된 한도 내에서의 일이고 일반적인 정보제공의무가 존재하는 것은 아니었다. 당시의 다수설은 막연하게 계약 당사자 일방이 알려야 할 내용을 고의로 알리지 않은 경우에는 사기가 성립한다는 정도의 수준이었다.⁹²⁾

이러한 상황에서 Ripert는 당사자 간의 상호신뢰를 전제로 하는 계약에서는 그 계약의 상대방에게 정확한 정보를 제공하여야 하는 의무는 법적인 의무가 되며 침묵은 계약의 무효원인이 된다고 문제를 제기하였고,⁹³⁾ 이 문제제기에 Juglart는 ‘계약에서의 정보제공에 관하여’(L’obligation des renseignements dans les contrats)⁹⁴⁾ 라는 논문을 통하여 정보제공의무를 부담하는 자로부터 정보가 제공되었다면 상대방의 착오를 피할 수 있었던 경우에는 사기가 성립한다고 하고, 이러한 경우의 규제 근거를 정보제공의무에서 구하고자 하였다.⁹⁵⁾ 하지만 그의 주장은 정보제공의무

91) Lucas de Leyssac, op. cit., n 6.

92) 이상욱, 전제 “프랑스에서의 계약상 정보제공의무”, 105면; Ghestin, La notion de erreur dans le droit positif actuel, 1963, n 92.

93) Ripert, La règle morale dans les obligations, 4éd., n 48.

94) Juglart, op. cit., p.1.

95) 이상욱, 전제 “프랑스에서의 계약상 정보제공의무”, 105면; Juglart, op. cit., p.1 et c.

가 약정되거나 법률상 인정되는 경우만을 대상으로 하였으므로 일반원칙으로서 정보제공의무의 근거를 제시하지는 못하고 있었다. 나중에 정보제공의무를 일반적 의무로서 평가한 Ghestin도, 처음에는 실정법에 일반적인 정보제공의무가 존재한다고 믿는 것은 오류라고 비판하고 있었다.⁹⁶⁾

프랑스에서 학설상으로 일반적인 정보제공의무의 개념을 인정하기 시작한 것은 1978년 경 Lucas de Leyssac부터라고 할 수 있다. 그는 사기나 착오에 관한 일정한 판결은 정보제공의무의 개념에 따르지 않는다면 설명할 수 없다고 주장하였고,⁹⁷⁾ 1980년에는 Ghestin도 그의 저서 ‘계약법’에서, 계약체결시에 제기되는 문제로서의 착오, 사기, 하자담보, 계약체결상의 과실책임 등의 적용요건에는 큰 차이가 발생하지 않도록 해석할 필요가 있음을 강조하면서 일반적인 의무로서의 정보제공의무를 인정하기에 이르렀다.⁹⁸⁾

오늘날, 프랑스에서의 정보제공의무의 실질적인 근거는 계약당사자간의 정보량의 격차, 즉 정보의 불평등에서 구할 수 있다.⁹⁹⁾ 프랑스법은 원래, 계약의 내용이나 효력은 표의자 자신이 조사를 하여야 하는 것으로 되어 있었다. 그러나 현대 계약의 특징으로서 드러나는 ‘경제적 강자 대 약자’, ‘전문가 대 비전문가’, ‘생산자 및 판매자 대 소비자’라는 계약당사자간의 사회적 경제적 지위의 불균형¹⁰⁰⁾과 통신판매, 방문판매, 할부판매, 리스계약, 팩토링계약 등 그 내용이 복잡한 계약유형이 등장하였으며 또한 부합계약이 날로 증가하고 있다. 이러한 상황으로부터 계약의 내용이나 효력에 대한 정보제공의무가 강조되고 있는 것이다.

2) 판례

프랑스에서의 ‘정보제공의무’의 정립은 법원에 의한 실정법 규정의 확대해석을 통하여 이루어졌다고 할 수 있다. 다시 말하면, 프랑스 법원은 침묵에 의한 사기의 성립 여부, 착오의 성립에 관한 문제, 민사책임에 관한 문제 등과 관련된 사안에서 주

96) Ghestin, La notion de erreur dans le droit actuel, 1963, n 93.

97) Lucas de Leyssac, op. cit., n 16.

98) Ghestin의 이론에 대하여 자세히는, 이상욱, 전제 “프랑스에서의 계약상 정보제공의무”, 108면; Ghestin, op. cit.(Le contrat), 1re éd, 1980, n 435, n 460.

99) Lucas de Leyssac, op. cit., n 31; Ghestin, op. cit.(Le contrat), n 487.

100) Alise, op. cit., n 18. et 58.

도적으로 전문직업인 또는 사업자의 ‘정보제공의무’를 인정하였고, 이를 계기로 계약상 정보제공의무가 일반적인 의무로 정립되었다고 할 수 있다. 여기에서는 프랑스 파훼원의 주요 리딩 케이스(leading case)를 몇가지 소개하고자 한다.

가. 파훼원 상사부 1980년 10월 13일 판결¹⁰¹⁾

댄스홀을 양도하는 매매계약을 체결하면서 매도인은 그 댄스홀이 행정당국으로부터 폐점명령을 받은 사실을 숨기고 있었다. 원심은 매도인의 침묵이 사기를 구성하는 것으로 인정하고, 매수인에 대한 손해배상을 명하였으나 매도인은 손해배상의 법적 근거가 명확하지 않다는 이유로 상고하였다. 파훼원은 영업권을 양도할 때에 댄스홀의 경영에 필요한 허가를 얻지 않았다는 사실을 알려 줄 의무가 있음에도 불구하고 이를 알려주지 않았으며, 매수인이 알았다면 계약을 체결하지 않았을 사실을 의도적으로 숨겼다고 하여 사기의 성립을 인정하고 상고를 기각하였다.

나. 파훼원 제1민사부 1985년 6월 19일 판결¹⁰²⁾

자동차수리업자에게서 중고자동차를 구입하였는데 그 자동차의 휘발류 소비량이 비정상적이므로 전문가에게 조사를 의뢰하였더니, 엔진이 자동차 본체보다도 낡아서 사용할 수 없는 것이었다. 이에 매수인은 그 매매계약은 매도인의 사기에 의한 것으로 무효라고 주장하였다. 원심은 엔진이 자동차 본체보다도 낡은 것은 인정했으나 엔진의 상태나 그 자동차의 매매대금 등을 고려하여 매수인의 청구를 배척하였다. 이에 대하여 파훼원은 전문가인 매도인이 사기적인 침묵으로 엔진이 노후된 것을 알리지 않아 비전문가인 매수인으로 하여금 계약체결 의사를 결정하도록 하였는지의 여부를 조사했어야 한다고 원심을 파기하였다.

다. 파훼원 제1민사부 1987년 6월 23일 판결¹⁰³⁾

별거하고 있는 부부가 공동재산을 분할하는데, 자기소유에 속하게 되는 재산의 가액이 실제로 분할할 때 평가된 금액보다 약 2배의 가치가 있다는 사실을 알고 있

101) Cass, com, 13 octobre 1980, D. 1981, I. R. p. 309, obs. J. Ghestin.

102) Cass, civ, 1re juin 1985, Bull, civ, I. n° 201, p. 181.

103) Cass, civ, 1re, 23 juin 1987, D. 1987, I. R. p. 168.

으면서 이를 처에게 알리지 않았다. 원심은 남편이 처에게 그 사실을 사기적으로 은폐하였다고 하여 사기성립을 인정하고, 그 분할은 무효라고 판시하였으며 파훼원도 이를 확정하였다.

라. 파훼원 제3민사부 1968년 11월 29일 판결¹⁰⁴⁾

별장에 관한 임대차 계약을 체결하였는데, 그 별장의 상태를 보니, 침구가 형편없이 낡았고 문짝도 허술하며 벽이 벗겨지는 등 당초 임대인의 설명과 판이하게 달랐다. 또한 인근에 있는 건축공사장 때문에 소음이 심하는 등, 고액의 임대료부터 기대했던 것과 도저히 균형이 맞지 않았다. 이에 임차인은 임대인에게 본질에 관한 착오를 이유로 계약의 무효를 주장하고 손해배상을 청구하였다. 파훼원은 임대인은 별장의 상태가 노후한 점 및 주변의 건축공사 때문에 소음이 있다는 사실 등 그 별장의 상태에 관한 정확한 정보를 제공하여야 함에도 불구하고 임차인에게 이를 알리지 않았다면 임차인이 착오가 성립하고 계약이 무효라고 하였다. 또한 임대인이 임차인에게 그릇된 이미지를 부여하여 임차인으로 하여금 착오하게 한 것은 과실(fault)이 있는 것으로서 임대인의 과실과 임차인의 착오사이에는 인과관계가 존재한다고 하여 착오무효와 동시에 손해배상을 명하였다.

마. Argentan대법원 1970년 10월 15일 판결¹⁰⁵⁾

자동차수리업자로부터 중고자동차를 매수하였는데, 그 자동차는 동산질권의 목적으로 되어 있으므로 매수인은 자동차등록증을 이전받을 수 없었고, 통상 사용할 수도 없었다. 이에 매수인은 그와 같은 사정을 알았다면 계약을 체결하지 않았을 것이라고 하여 본질에 관한 착오를 이유로 그 계약의 무효를 주장하고 손해배상을 청구하였다. 법원은, 자동차 판매에 관한 전문가인 매도인이 그 자동차에 설정된 동산질권에 관한 조사를 하여 어떠한 조건으로 계약이 체결되는지 매수인에게 알려줄 의무를 다하지 않아 매수인이 착오한 것은 과실이 있다고 하여 매도인에게 손해배상을 명하였다.

104) Cass, civ, 3e, 29 novembre 1968, Gaz, Pal., 1969, I, 63.

105) T.G.I. Argentan, 15 octobre 1970. D.1971, 718.note, J. Ghustin.

바. 파훼원 제1민사부 1985년 4월 23일 판결¹⁰⁶⁾

유명한 화가가 “blanc relief”라는 이름의 물감으로 작품을 완성하였는데, 물감이 캔버스에서 벗겨 떨어져 나가게 되어 그 그림을 구입한 자와 작품을 전시한 화랑이 클레임을 요구하였다. 이에 화가는 그 물감에 대한 사용상의 주의를 하지 않은 것을 이유로 제조업자와 판매업자에게 손해배상을 청구하였다. 파훼원은, ①그 제품의 복잡한 성분을 알지 못하였다고 해서 피고가 책임을 면할 수는 없다. ②화가는 전문가로서 능력은 없기 때문에 제품에 대하여 조사하거나 시험용으로 사용해 볼 의무는 없다. ③그 제품의 성질에 대한 정보제공의무는 제조자 및 판매업자가 부담한다. ④정보제공의무는 수단채무라고 판시하였다.

그 밖에도 판례는 부동산중개업자(i argent immobilier),¹⁰⁷⁾ 은행가(le banquier),¹⁰⁸⁾ 집달사(i huissier),¹⁰⁹⁾ 수의사(le vétérinaire),¹¹⁰⁾ 프랜차이즈의 설정자(le franchiseur)¹¹¹⁾ 변호사(i avocat)¹¹²⁾ 등에게도 일련의 정보제공의무를 부과하고 있다.¹¹³⁾

3. 법률효과

(1) 손해배상책임

프랑스 판례를 살펴보면, 판매자가 물건을 직접 제작하지 않은 경우, 물건의 제작업자에게 까지 ‘계약상 정보제공의무’를 인정하여 그 책임을 묻고 있다. 즉, 제작업자에게 생산품에 관한 모든 유용한 정보를 고지할 의무가 있다고 하고, 만일 제작업자가 이 의무를 위반한 경우에는 매수인에 대한 배상책임을 진다고 판시하고 있다.¹¹⁴⁾ 이러한 판결에 대하여 갈레오로와(Calais- Auloy)교수는 최종매수인과 계약

106) J.C.P., 1985, IV, 238, cf, Bull, civ., 1985, IV, n 188, p. 157.

107) Paris, 5 juill, 1990, JCP 90, IV, 425.

108) Cass, civ, 1re, 30 juin 1987, D, 1988, somm, comm, 158.

109) Paris, 20 janvier 1987, D, 1987, 28.

110) Cass, civ, 1re 7 juin 1989, JCP, 89, IV, 294.

111) Colmar, 9 mars 1990, D, 1990, 232, note J-J, Burst.

112) Cass, civ, 1re 5 fevrier 1991, Bull, civ, I, n 46, p, 29.

113) 자세히는 cf, Stark/Roland/Boyer, op, cit., n 295, pp, 124-125.

114) Civ. 1re, 31 janv. 1973, Bull. civ. L37, obs. Hémar; Civ.1re, 23 avril 1985, d.1985J.558, note Dion.

관계에 있지 않은 제작업자의 책임이 왜 계약책임이어야 하는지 이해하기 어렵다고 하고, “계약책임과 불법행위책임의 전통적 구별로부터 벗어나는 ‘사업자책임’을 인정해야 하는가” 라고 하여 비판하고 있다.¹¹⁵⁾

계약상 정보제공의무를 부담하는 자는 그 의무위반으로 인해 발생한 손해에 대해 배상하여야 한다. 그런데 이러한 손해배상 소송에서 피해당사자가 자신이 정보를 제공받지 못하였다는 것을 입증하는 것은 매우 힘들다. 그래서 프랑스 파혜원은 프랑스 민법 제1315조¹¹⁶⁾에 의거하여 “특정한 정보제공의무를 계약에 의해 또는 법적으로 부담한 자는 본인이 그 의무를 이행하였다는 것을 입증해야 한다”고 판시함으로써 입증책임을 정보제공 의무자에게 부담시키고 있다.¹¹⁷⁾ 이는 그 면책요건에 있어서 ‘결과채무’ 보다는 덜 엄격하나, 입증책임을 채무자(즉 사업자)가 부담한다는 점에서 ‘결과채무’와 유사하다고 할 수 있다.

다만 판례는 대부분 손해배상 책임의 성질을 계약책임으로 구성하고 있지만, 계약책임인지 불법행위책임인지 명백하게 밝히지 않은 경우도 있다.¹¹⁸⁾

(2) 계약의 해제

프랑스 판례 중에는 당사자가 계약에 관한 정확한 정보를 제공해야 함에도 불구하고 상대방에게 알리지 않았다면 상대방의 착오가 성립하여 계약이 무효로 된다고

115) J. Calais-Auloy & F. Steinmetz, op. cit., n°53.

116) 프랑스 민법 제1315조 2항: “이에 대응하여 자신의 면책을 주장하는 자는 변제 또는 그의 채무를 소멸시킨 사실을 증명하여야 한다”.

117) Civ. 1re, 25 fév. 1997, D. 1997. com.319, obs. penneau; Civ. 1re, 9 déc. 1997, Bull. civ., I.356.

118) 계약책임으로 구성된 판례로서는 ①파혜원 제1민사부 1975년 4월 16일 판결(D. 1976. 514. note A. Chirez, Rev. trim. de civ., 1976, p. 139, obs., G. Durry: 자동차 rally의 주최자가 보조기자에게는 보험이 적용되지 않는다는 사실을 알리지 않았던 사례), ②파혜원 제1민사부 1985년 4월 23일 판결(D. 1985, 558, note S, Dion: 그림물감의 제조회사 및 판매업자가 매수인에게 사용상의 주의를 일러주지 않았기 때문에 그림물감이 캔버스로부터 벗겨지고 떨어져 나가 손해가 발생한 사례)을 들 수 있고, 반면에 계약책임인지 불법행위책임인지 명확하지 않은 사례는 ①파혜원 제1민사부 1977년 10월 4일 판결(Gaz. Pal., 1, 262 note A, Planquel: 산간지방에서 기와를 매매하는데, 주문에 따라 매도인이 기와를 급부하였으나, 그 기와의 균열된 상태를 알리지 않은 사례), ②Brest대법원(Tribunal de grande instance)1974년 11월 5일 판결(D. 1975. 297, note J, Schmidt: 주택을 건축하기 위하여 용자를 받은 자에게 대부담자가 그 대부에는 보험회사의 사망 폐질보험이 적용되지 않는다는 사실을 알리지 않은 사례) 등이 있다. 어떠한 경우는 정보제공의무 위반에 의한 손해배상이 문제가 되고 있는 사례이다. 더구나 판례가 정보제공의무의 위반을 계약책임으로 구성한 것은 계약상 의무와 그 관계가 보다 밀접한 조인의무가 문제로 되었던 사례였다는 점을 지적하는 자도 있다. Lucas de Leyssac. op. cit., n° 3.

하거나,¹¹⁹⁾ “사기는 계약의 상대방이 그 사실을 알고 있었다면 계약을 체결하지 않았을 것이라고 판단되는 사실을 상대방에게 숨김으로써 성립될 수 있고, 상대방의 착오는 사물의 본질에 관한 것이 아니라도 고려된다”¹²⁰⁾고 판시하는 등, 침묵적 사기로 인하여 정보제공의무를 게을리한 경우에도 계약의 해제를 인정하고 있다.¹²¹⁾

제3절 영미법

우리 민법과 달리 영미법상으로는 설사 청약자가 일정기간 동안 청약의 효력을 유지하겠다는 의사를 밝혔더라도 청약의 구속력은 원칙적으로 인정되지 않는다. 다만 일정한 기간 동안 청약을 철회하지 않겠다는 청약자의 의사가 날인증서나 약인(consideration)¹²²⁾에 의해 뒷받침되는 경우에만 청약은 예외적으로 구속력을 가진다. 따라서 일반적인 경우 청약자는 승낙이 있기 전까지는 언제든지 청약을 철회할 수 있다.¹²³⁾ 그 결과 청약상대방이 청약을 신뢰하여 계약체결을 위한 준비행위 또는 청약을 통해 요구된 행위¹²⁴⁾를 위한 준비행위, 심지어는 청약을 통해 요구된 행위를 하는 도중이라도 청약자가 청약을 철회하면 청약상대방은 불의의 손해를 입게 된다. 여기서 영미법 특히 미국의 판례는 이러한 사태에 대비하여 비록 날인이나 약인이 결여된 청약이라 할지라도 일정한 경우에는 예외적으로 청약의 구속력을 인정하는 법리를 발전시키고 있다.

나아가 영미에서 역시, 아직 청약조차 성립하지 않는 단계에서 당사자들 간의 계약교섭이 결렬된 경우에도 그 과정 중에 일방 당사자의 과책적인 행동 또는 그러한 행동에 대한 상대방의 신뢰로 인해 교섭상대방이 불의의 손해를 입는 경우가 있을

119) 위의 프랑스 파헤원 제3민사부 1968.11.29판결 참조.

120) 위의 프랑스 파헤원 제3민사부 1974.10.1 판결 참조.

121) 위의 프랑스 파헤원 제1민사부 1977.1.19 판결 등.

122) 약인(約因)이란 영미계약법상 계약의 채무 대가로서 제공되는 작위, 부작위, 법률관계의 설정, 변경 또는 약속을 가리킨다. 날인증서에 의하지 않은 단순계약은 이 약인이 있음으로써 비로소 유효하게 된다.

123) 이호경, 「영국계약법」, 경문사, 2003, 32면 이하; 명순구, 「미국계약법입문」, 법문사, 2008, 30면 이하; Chitty on Contracts, vol. 1, 29th ed. 2004, p.163; Treitel, The Law of Contract, 10th ed. 1999, p.140; Farnsworth, Contracts, 3d ed. 1999, p.180ff.

124) 청약이 청약에서 요구된 내용에 따른 행위를 통해서만 승낙할 수 있도록 되어 있는 경우에는, 청약상대방의 행위에 의해 계약이 성립하며 계약 성립 이후에는 청약자만이 의무를 지게 된다. 영미법상 이를 일방계약(unilateral contract)이라 한다.

수 있으며, 일반적으로 이는 전계약적 책임(Precontractual Liability)¹²⁵⁾ 또는 그 일부¹²⁶⁾로 다루어지고 있다. 다만 후술하는 바와 같이 영미계약법에서는 ‘계약교섭을 사행적으로 보는 견해’(aleatory view of negotiations)가 지배하고 있기 때문에, 이른바 전계약적 책임은 예외적인 경우에만 인정되고 있다. 그리고 미국의 Farnsworth¹²⁷⁾는 이러한 전계약적 책임을 다시 구체적으로, ①계약교섭으로부터 발생한 부당이득(unjust enrichment resulting from the negotiations), ②계약교섭과정 중에 이루어진 부실표시(misrepresentation made during the negotiations), ③계약교섭과정 중에 이루어진 특별한 약속(specific promise made during the negotiation), ④신의 성실로 교섭하겠다는 합의(agreement to negotiate in good faith)로 나눈 다음, 관련 판례들을 소개·검토하고 있다.¹²⁷⁾

1. 법규정

청약의 구속력의 예외적 인정에 있어서 청약의 내용에 의해 청약수령자는 청약자가 요구하는 행위를 통해서만 승낙을 하도록 되어 있는 이른바 일방계약(unilateral contract)의 경우, 청약수령자가 청약에 의해 요구된 행위를 준비하거나 행위 그 자체를 시작했더라도 아직 완료하지 않은 한 청약자가 청약을 철회할 수 있다. 여기서 청약수령자에게 발생하는 가혹한 결과를 피하기 위해서 판례는, 그 청약을 청약수령자의 행위를 요구하는 청약 즉, 일방계약의 청약이 아니라 청약수령자의 약속을 요구하는 청약 즉, 쌍방계약(bilateral contract)의 청약으로 해석하여 문제를 해결하기도 한다.¹²⁸⁾ 또 경우에 따라서 판례는, 청약이 청약수령자의 단일한 행위가 아니라 일련의 행위들을 요구하는 청약으로 해석함으로써 문제를 해결한다.¹²⁹⁾

한편, 제2차 계약법 리스테이트먼트¹³⁰⁾는 전통적인 계약이론에 대해 정면으로 수

125) Farnsworth, Contracts, p.194ff.

126) Chitty on Contracts, p.68ff. 여기서서는 계약교섭이 결렬된 경우 뿐 아니라 계약이 성립한 경우도 함께 다루어진다.

127) Farnsworth, Contracts, pp.194-207: 그밖에 Farnsworth, "Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations", 87 Colum. L. Rev. 217,

128) 리딩 케이스로 Davis v. Jacoby, 34 P.2d 1026 (Cal. 1934)를 들 수 있다.

129) 예컨대 계속적 보증의 청약(standing offer of guaranty)의 경우에 이를 주채무자와 은행 사이의 일련의 소비대차계약에 대한 청약으로 해석하여 이미 행해진 소비대차와 관련해서는 보증인은 청약을 철회할 수 없다고 한다: Offord v. Davies, 142 Eng. Rep. 1336 (Com. Pl. 1862).

정을 가하는 방식으로 이 문제를 해결하고 있다. 즉 리스테이트먼트 제45조¹³¹⁾는 일방계약의 경우에는 청약수령자가 청약에서 요구된 행위를 제공하거나 시작하는 시점 또는 그 행위의 시작을 제공하는 시점부터 더 이상 청약자는 청약을 철회할 수 없고 청약수령자가 승낙여부를 선택할 수 있는 이른바 선택권계약(option contract)이 성립한다고 한다.¹³²⁾

그런데 이러한 문제가 주로 발생할 수 있는 경우는 계속적 보증과 현상광고인데, 전자의 경우에는 일련의 소비대차계약에 대한 청약으로 해석함으로써, 후자의 경우에는 일반보증에 대한 청약을 철회하는 것이 힘들기 때문에 실제로는 문제가 되지 않는다. 따라서 리스테이트먼트 제45조의 주된 적용영역은 부동산중개계약의 경우이다. 우선 부동산의 소유자가 여러 중개인들에게 부동산의 매도를 의뢰한 경우에는 각 중개인들로 하여금 노력을 하도록 유인한 동기가 미약하기 때문에, 그들이 부동산소유자의 의뢰를 신뢰한 것은 법적으로 보호받을 만한 가치가 없다. 그러나 어느 한 중개인이 부동산소유자로부터 독점적인 대리권이나 독점적인 판매권을 부여받은 경우에는 사정이 다르다. 미국의 일부 판례¹³³⁾는 부동산소유자의 청약을 중개인의 이행행위를 원하는 청약 즉 일방계약의 청약이 아니라 중개인이 노력을 다 하겠다는 약속을 원하는 청약으로 해석한 다음, 중개인의 이행행위의 착수로부터 이러한 약속을 도출하여 그 시점에서 계약의 성립을 인정하였다. 한편, 다른 판례는¹³⁴⁾ 이러한 상황을 리스테이트먼트 제45조의 적용범위 안에 들어오는 것으로 보아 중개인이 중개를 위한 실질적인 단계에 들어가면 중개인이 승낙여부를 결정할 수 있는 선택권을 가지는 이른바 선택권계약이 성립하는 것으로 보았다.¹³⁵⁾

반면에 쌍방계약의 청약인 경우에는 청약수령자가 청약을 신뢰하여 어떤 행위를 하기 전에 단순히 약속만 하면 승낙을 한 것이 되어 더 이상 청약의 철회에 따른 위험을 피할 수 있기 때문에, 위의 일방계약의 경우와는 달리 극단적으로 정의에

130) Restatement of the Law of Contracts, Second (1981). 이하 특별한 표시 없이 리스테이트먼트라고 표기할 것은 이를 가르킨다.

131) Restatement of the Law of Contracts, Second §45 [Option Contract Created By Part Performance Or Tender].

132) 이와 달리 Restatement of the Law of Contracts, First (1932) §45는 청약수령자가 청약에서 요구된 행위의 일부를 행하거나 제공하면 계약이 성립한다고 규정하였다.

133) Harris v. McPherson, 115 A. 723 (Conn. 1922).

134) Baumgartner v. Meek, 272 P.2d 552 (Cal. App. 1954).

135) Farnworth, Contracts, pp.188-190.

반하는 경우를 제외하고는 청약수령자를 보호할 필요성이 그다지 크지 않다. 예컨대 토지매매의 청약을 받은 자가 권원조사를 위해 비용을 지출했다 하더라도 승낙 이전에 청약이 철회되면 통상적인 경우에는 청약수령자가 청약자에게 지출비용의 배상을 청구할 수 없으며, 다만 선수금(downpayment)의 수수 등으로 인해 청약자에게 부당이득이 발생한 경우 그 반환을 청구할 수는 있다.

그러나 미국 판례상 건설공사계약의 입찰과 관련해서는 중요한 변화가 있었다.

먼저 1933년의 *James Baird v. Gimbel Bros.* 사건 판결¹³⁶⁾은 위와 같은 경우에도 청약이 철회자유를 원칙적으로 인정하는 영미법의 전통적인 계약 법리를 그대로 적용하였다. 즉 이 판결에서 Hand 판사는 피고(하수급인)의 청약을 원고(원수급인)에게 승낙여부의 선택권을 부여하는, 그러면서도 원고가 보다 유리한 거래를 할 수 있는 경우에는 그를 구속하지 않는 청약으로 볼 수 없으며, 피고가 그러한 일방적인(one-sided) 의무에 복종하려고 했다고 보아야 할 아무런 이유도 없다고 판시하였다. 그리고 이에 따라 하수급인은 원수급인의 승낙이 있기 전까지는 원수급인의 신뢰에도 불구하고 자신의 입찰을 자유롭게 철회할 수 있다고 판단되었다.

그러나 그 뒤 1959년의 *Drennan v. Star Paving Co.* 사건 판결¹³⁷⁾은 위의 Baird 사건 판결에서 강조되고 있는 전통적인 법리를 더 이상 따르지 않고 있다. 즉 이 사건에서 Traynor 판사는, 피고(하수급인)가 비록 자신의 청약을 유지하겠다는 명시적인 약속은 하지 않았지만 청약수령자가 청약을 신뢰하여 결과적으로 자신에게 불이익이 되는 행위를 한 이후에 만약 그 청약이 철회될 수 있다고 한다면 발생할 수 있는 부정의(injustice)를 방지하기 위해서는, 그러한 보충적인 약속(subsidiary promise)이 청약 속에 포함되어 있다고 보아야 한다(should be implied)고 판시하였다. 그리고 그 결과 이러한 보충적인 약속에 대한 원고(원수급인)의 신뢰는 그것을 구속력 있는 것으로 만들며 나아가 청약(주된 약속)을 철회 불가능한 것으로 만든다고 판단되었다. 이와 아울러 원고는 원도급계약의 낙찰을 받은 뒤 보다 유리한 조건을 찾기 위해 피고의 청약에 대한 승낙을 지연시킬 수는 없으며, 피고와 새로 흥정을 벌이면서 동시에 피고의 원래의 청약에 대해 승낙할 수 있는 지속적인 권리

136) 64 F.2d 344 (2d. Cir. 1933).

137) 333 P.2d 757 (Cal. 1958).

를 주장할 수 없다는 점도 지적되었다. 그리고 Drennan 사건 판결의 이러한 태도는 그 뒤 다른 판결들에 의해 계승되고 있다. 다만 법원들은, 하수급인의 청약의 철회 불가능성은 원수급인에게 승낙을 할 수 있는 합리적인 기회를 주는 데 충분할 정도로만 존속하며, 낙찰 이후 다시 하수급인을 물색(bid shopping)함으로써 이러한 법리를 남용하는 원수급인은 보호를 잃게 된다는 점을 조심스럽게 지적하고 있다.¹³⁸⁾

2. 인정근거

(1) 법적 근거

주지하는 바와 같이, 영국이나 미국은 판례법주의 국가이므로, 대부분의 법리는 주로 판례를 통하여 형성·발전되고 있다. 이는 소비자계약상 정보제공의무에 관해서도 마찬가지라고 할 수 있다. 다만, 미국의 제2차 리스테이트먼트¹³⁹⁾의 부당이득편에서는, 피고의 행동이 비양심적이며, 원고에게 귀속시키는 것이 합당한 위험으로부터 원고의 손실이나 지출이 발생하지 않은 경우에 부당이득반환을 인정하고 있어 이를 정보제공의무의 근거로 삼을 수 있는 여지가 있다. 영국의 Countrywide Communications Ltd. v. ICL Pathway Ltd. 사건 판결¹⁴⁰⁾도 계약교섭 당사자 사이의 부당이득반환청구를 인정하고 있다.¹⁴¹⁾

영미법상 1967년의 부실표시법(Misrepresentation Act)은, 계약교섭과정에서 당사자의 일방이 사실에 관한 허위의 진술로 상대방을 계약체결로 유도한 경우 손해배상을 인정하고 있을 뿐 아니라 취소권 등을 발생시키고 있다. 판례도 부실표시법상의 일련의 규정을 정보제공의무 위반에 대한 책임의 근거로 삼고 있는데, 영국의

138) Farnsworth, Contracts, p.193.

139) Restatement of the Law of Restitution, Second § 6(29), Tent. Draft No.1, 1983.

140) [2000] CLC 324.

141) 계약교섭 당사자 사이의 부당이득반환을 인정한 그 밖의 영국 판결로는, British Steel Corporation v. Cleveland Bridge & Engineering [1984] 1 All ER 504; Yule v. Little Bird Ltd(2001.4.5. unreported)등이 있다. 나아가 Brewer Street Investments Ltd v. Barclays Wollen Co Ltd [1054] 1 QB 428 판결은 상대방으로부터 요청받은 서비스가 곧 상대방의 이익라고 판단하고 있다. 반면 Regalian Properties plc v. London Dockland Development Corp. [1995] 1 All ER 1005 판결은, 당사자들이 계약은 아직 체결되지 않은 상태(subject to contract)임을 전제로 교섭했기 때문에 계약 이전단계에서 당사자들이 지출한 비용은 각자가 부담해야 한다고 보아, 부당이득반환청구를 부정하였다; Jill Poole, Textbook on Contract Law, 7th ed.(Oxford, 2004), p.81.

Box v. Midland Bank Ltd. 사건 판결¹⁴²⁾은 부실표시에 따른 손해배상책임이 계약 교섭이 결렬로 끝난 경우에도 성립할 수 있다고 인정하고 있고, 미국의 Markov v. ABC Transfer & Storage Co. 사건 판결¹⁴³⁾은 계약교섭과정에서의 부실표시를 이유로 손해배상책임을 인정한 대표적인 사례이다.

영미계약법에 있어서도 계약당사자 간에는 신의성실과 공정거래(Good Faith and Fair Dealing)의 의무가 인정되지만,¹⁴⁴⁾ 계약교섭이 실패로 돌아간 경우에는 이러한 의무는 인정되지 않는다. 즉 원칙적으로 계약교섭의 당사자는 언제든지 그리고 어떤 이유로든지 또는 아무 이유 없이도 계약교섭을 중단할 수 있으며 그 결과에 따른 책임을 지지 않는다. 따라서 청약수령자가 청약에 대한 승낙을 하기 이전에 청약을 신뢰하여 어떤 행동을 하였다하더라도 이는 그 자 스스로 위험을 감수한 것으로 간주된다. 이는 결국, 계약교섭을 시작하는 당사자는 장차 성립할 계약으로부터 그 무엇을 얻을 것이라는 기대 하에 상대방이 교섭을 중단할 경우 발생할 모든 위험을 부담한 것으로 보는, 즉 계약교섭을 '사행적인'(aleatory) 것으로 보는 견해¹⁴⁵⁾에 근거를 두고 있다.¹⁴⁶⁾

나아가 노동법 상의 단체 협약의 경우에는 노동관계법¹⁴⁷⁾에 의해 신의성실(good faith)로 협상할 의무가 부과되기도 한다.¹⁴⁸⁾ 신의성실로 계약교섭할 의무가 인정된 드문 사례로는 미국의 Heyer Products Co. v. United States 사건 판결¹⁴⁹⁾을 들 수 있다.

(2) 이론적 근거

영미의 학설은 관례와 마찬가지로, 사기나 착오에 의한 계약의 해제, 계약체결상의 과실책임 등을 원용한 손해배상책임을 비롯하여, 계약상 정보제공의무를 위반한

142) 1979.2 Lloyd's Rep. 391.

143) 457 P.2d 535 (Wash. 1969).

144) 이에 관해서는 윤진수, "미국 계약법상 Good Faith 원칙", 「법학」 제44권 제4호, 서울대학교 법학연구소, 2003.12, 40면.

145) William Lacey (Hounslow) Ltd. v. Davis, [1975] 1 W.L.R. 932, 934 (Q.B.)

146) Farnsworth, Contracts, p.195-6.

147) 미국의 National Labor Relations Act, 29 U.S.C. §158(d).

148) Farnsworth, Contract, p.196-7.

149) 140 F. Supp. 409 (Ct. Cl. 1956).

경우, 계약책임을 물어 손해배상책임을 지울 수 있다는데 대부분 동의한다.¹⁵⁰⁾ 그러나 계약교섭이 결렬된 경우의 책임을 판단함에 있어서는, 결렬의 원인과 손해발생의 원인에 초점을 맞추어 각 유형별로 기존의 법제도인 부당이득, 부실표시를 이용하거나, 기존의 법원칙을 수정 또는 확대하는 방식(청약의 구속력의 예외적 인정, 약속적 금반언의 원칙의 확대)을 취하는 경우가 많지 않다. 즉, 신의성실과 공정거래라는 일반적인 정보공개의무를 계약교섭 단계에서부터 인정하는 학자는 그리 많지 않으며,¹⁵¹⁾ 대부분의 학자는 이에 대하여 부정적 입장을 취하고 있다.¹⁵²⁾

예컨대 Farnsworth는, 계약교섭단계에서 이러한 일반적 정보공개의무를 부정하는 것을 정당화시켜주는 근거로서 다음과 같은 것을 제시한다.¹⁵³⁾ 첫째, 계약교섭을 사행적인 것으로 보는 영미법의 입장에서는 단체협상을 제외한 통상적인 계약의 교섭에 있어 당사자들이 자유를 가질 수 있는 영역을 제공하는데 대해 관심을 가지지만, 특정한 교섭의 결과는 관심사가 아니다. 둘째, 계약교섭 과정에서 구체적으로 어느 시점에 그러한 의무가 발생하는지를 결정하는 것이 어렵기 때문에 일반적 의무의 인정은 결과적으로 불확실성을 만들어 내게 된다. 셋째, 이러한 일반적인 의무를 부과하면 계약교섭이 성공할 가능성이 빈약한 경우에는 당사자들로 하여금 교섭에 들어가지 않도록 함으로써 바람직스럽지 못한 위축효과를 가지게 되며, 또한 당사자들로 하여금 비록 성급한 결론이라 할지라도 빨리 교섭을 끝내도록 하는 바람직하지 못한 가속효과도 가지게 될 것이다.

또한, Farnsworth에 의하면 계속교섭 행동 가운데는 상대방과 합의에 이르렀다는 진지한 의사가 묵시적으로 내포되어 있기 때문에, 그러한 진지한 의사 없이 협상을 시작한 경우 또는 그러한 의사를 상실한 이후에도 협상을 계속하거나 심경의 변화를 즉시 알리지 않은 경우, 무권대리인이 계약교섭을 시작하였으나 추후 대리권 없음이 밝혀져 계약교섭이 결렬된 경우, 나아가 어떤 사실을 묵비하고 계약교섭을 시

150) 박정기, 전제 “계약체결과정에 있어서의 정보제공의무에 관한 연구”, 65면; 박인환, “독일법상 정보제공의무 위반을 이유로 하는 계약해소청구권”, 「민사법학」 제27호, 한국민사법학회, 2005.3, 133면; 김상중, 전제논문, 2면; 대판 2006.10.12, 2004다48515; 대판 2007.6.1, 2005다5812·5829·5836; 대판 2009.8.20, 2008다19355; 대판 2010.2.25, 2009다8600.

151) 예컨대 Summers, “Good Faith in General Contract Law and the Sales Provisions of the Uniform Commercial Code”, 54 Va. L. Rev. 1968, p190, p.220ff.

152) 윤진수, 전제 “미국 계약법상 Good Faith 원칙”, 79-82면.

153) Farnsworth, Contracts, p.205.

작하였으나 추후 그 사실이 밝혀짐으로 인해 계약교섭이 결렬된 경우에도 모두 부실표시가 성립할 수 있다고 한다. 그러면서도 동시에 Farnsworth는, 협상기술상 계약교섭을 과기할 의사를 과장하는 일은 흔하지만 계약교섭의 열의를 과장하는 일은 드물기 때문에, 실제로 위의 Markov 사건과 같은 사건은 성립하기 힘들며 또 실제 부실표시가 이루어졌다 하더라도 기망적 의도를 입증하기는 힘들다고 한다. 그리고 이에 따라 부실표시는 부당이득과 마찬가지로 전계약적 책임의 보편적 근거가 되기는 힘들다고 한다.¹⁵⁴⁾

3. 법률효과

(1) 부당이득의 반환

계약교섭과정¹⁵⁵⁾에서 일방당사자가 상대방에게 자신의 아이디어를 공개하거나 서비스를 제공한 이후 계약교섭이 결렬된 경우에는 부당이득의 성립여부가 문제될 수 있다. 그 가운데서 우선 상대방이 아이디어를 무단이용한 경우에는 부당이득반환청구 이외에도, 만약 아이디어의 이용을 금지하는 명시적 또는 묵시적 계약이 있었다면 계약위반에 따른 책임이 성립할 수 있으며, 그 아이디어가 영업비밀에 속하는 경우에는 영미법상 아이디어의 소유자의 재산권에 대한 침해가 성립할 수도 있다. 그리고 교섭당사자들은 서로 어느 정도 거리를 두고 있기 때문에 그들 사이의 관계를 친밀하다고 할 수 없음에도 불구하고, 일부 판례는 이른바 '신뢰관계' 위반에 따른 책임을 인정하기도 한다.¹⁵⁶⁾ 그밖에 아이디어가 특별하며 구체적인 경우에는 부당이득반환청구권이 성립할 수 있는데, 이 경우 반환액은 아이디어를 무단이용한

154) Farnsworth, Contracts, p.200-202.

155) 계약교섭과정을 설명한 국내 문헌으로는, 박영복, "계약교섭과 교섭자의 책임에 관한 미국법상의 논의", 「외법논집」 제12집, 한국외국어대학교 법학연구소, 2002.5, 53면 이하; 엄동섭, "영미법상 계약교섭의 결렬에 따른 책임", 「민사법학」 제35호, 한국민사법학회, 2007.3, 77면 이하 참조.

156) 미국 판결로 Capital Films Corp. v. Charles Fries Prods., 628 F.2d 387 (5th Cir. 1980). 영국 판결로 Seager v. Copydex Ltd. [1967] 1 WLR 923; Coco v. A. N. Clarke (Engineering) Ltd. (1969) RPC 41. 그리고 이러한 판결들에 대해 Atiyah는, 교섭당사자들 사이에는 계약관계가 존재하지 않음에도 불구하고 법적으로 강제가 가능한 의무를 인정한 것이며 이는 결국 계약교섭과정에서의 신의성실 의무를 인정한 것이라고 한다 (op. cit. p.105). 한편 미국 판결 가운데는 계약교섭은 신뢰관계를 성립시키지 않는다는 판결(Faris v. Enberg, 158 Cal. Rptr. 704 (Ct. App. 1979)도 있다.

자가 얻은 이득에 따라 결정된다. 반면 재산권 침해나 신뢰관계 위반을 근거로 하는 경우에는 적어도 이론적으로는 피해자의 손실을 기준으로 반환액이 결정된다. 그러나 실제로는 어느 경우든 무단이용자가 얻은 이득을 기준으로 반환액이 결정된다.¹⁵⁷⁾

앞에서 살펴본 바와 같이, 미국의 제2차 리스테이트먼트¹⁵⁸⁾ 부당이득 편은 피고의 행동이 비양심적이며, 원고에게 귀속시키는 것이 합당한 위험으로부터 원고의 손실이나 지출이 발생하지 않은 경우에 부당이득반환을 인정하고 있다. 이는 계약교섭을 사행적인 것으로 보는 영미법의 입장과 조화를 이루며, 피고의 행동이 '비양심적'인지의 여부는 계약교섭이 실패가 어느 한 당사자의 신의성실(good faith)의 결여에 의한 것인지의 여부에 달려 있다.¹⁵⁹⁾

(2) 부실표시의 효력

영미법상 부실표시(misrepresentation)란 일반적으로, 계약교섭과정에서 당사자의 일방이 사실에 관한 허위의 진술(false statement of fact)을 하여 상대방을 계약체결로 유도(inducement to contract)한 경우를 말한다.¹⁶⁰⁾ 그리고 그 효과로는 손해배상 청구권, 취소(rescission)권 등을 발생시키며, 경우에 따라서는 금반언(estoppel)의 원칙이 적용되기도 한다. 그 가운데서 특히 손해배상청구권과 관련해서는 영국의 경우에는, 사기(fraud)를 이유로 하는 손해배상, 1967년의 Misrepresentation Act에 의한 손해배상, 계약위반을 이유로 하는 손해배상, 취소에 갈음하는 손해배상 등이 각기 일정한 요건 하에 인정된다. 그리고 미국의 불법행위법 제2차 리스테이트먼트는 원칙적으로 사기적 부실표시¹⁶¹⁾의 경우에만 손해배상책임을 인정하지만, 예외적으로

157) Farnsworth, Contracts, p.198-9.

158) Restatement of the Law of Restitution, Second § 6(29), Tent. Draft No.1, 1983.

159) Farnsworth, Contracts, p.200.

160) 영미법상의 부실표시 전반에 관해서는 우선, 이호경, 「영국계약법」, 경문사, 2003, 209-242면 ; 명순규, 「미국계약법입문」, 법문사, 2008, 95-99면 참조. 보다 상세한 것은 J. Cartwright, Misrepresentation (Sweet & Maxwell, 2002) 참조.

161) § 525 [Liability For Fraudulent Misrepresentation] One who fraudulently makes a misrepresentation of fact, opinion, intention or law for the purpose of inducing another to act or to refrain from action in reliance upon it, is subject to liability to the other in deceit for pecuniary loss caused to him by his justifiable reliance upon the misrepresentation.

일정한 경우에는 과실부실표시,¹⁶²⁾ 나아가 무과실부실표시¹⁶³⁾의 경우에도 손해배상 책임을 인정하고 있다

(3) 특별한 약속과 예비적 합의 위반의 효력

1) 특별한 약속(약속적 금반언) 위반

위의 부당이득이나 부실표시에 따른 책임 이외에 일련의 미국 판결들은, 계약교섭과정에서 한 당사자가 상대방에게 비록 청약에는 해당하지 않지만 어떤 특별한 약속(specific promise)을 하고 상대방이 이를 신뢰하여 행동하였으나 그 뒤 계약교섭이 결렬됨으로 말미암아 손해를 입게 된 경우에는, 그 약속에 기초하여 약속을 한 계약교섭자의 손해배상책임을 인정하고 있다. 그리고 이러한 판결들은 주로 가맹사업(franchise)계약과 관련한 것들이다.

먼저 1948년의 Goodman v. Dicker 사건 판결¹⁶⁴⁾의 사안에서는, 라디오 판매업 가맹본부(franchisor)인 피고가 가맹점사업자(franchisee)가 되기를 희망하는 원고와 계약교섭을 하는 과정에서 원고에게 가맹점운영권이 부여될 것이라고 약속하였으나 계약교섭이 결렬되어 가맹점운영권이 부여되지 않았다. 피고는 교섭과정에서 원고에게 가맹점운영권이 부여되더라도 언제든지 그 계약은 피고가 임의로 해지할 수 있는 것임을 밝혔기 때문에 교섭결렬에 따라 원고가 입은 손해를 배상할 의무가 없다고 항변하였으나, 법원은 피고의 약속에 따른 책임을 인정하여 피고에게 원고가 그 약속을 믿고 사업을 준비하는 과정에서 지출한 비용의 배상을 명하였다. 그러나 원고가 라디오 판매사업을 통해 얻을 수 있었던 예상수익에 대한 배상은 인정하지 않았다.

그리고 이상과 같은 일련의 미국 판례들을 통해 인정된 법리는 일반적으로 약속적 금반언(promissory estoppel)의 일종에 속하는 것으로 설명되고 있으며, 수약자(promisee) 또는 제3자의 작위 또는 부작위를 유도하리라고 약속자가 합리적으로 예견할 수 있었으며 또 실제로 그러한 작위 또는 부작위를 유도한 약속은, 그 약속

162) § 552 [Information Negligently Supplied For The Guidance Of Others]

163) § 552C [Misrepresentation In Sale, Rental Or Exchange Transaction]

164) 169 F.2D 684(D.C.).

을 강제함으로써만 부정의를 피할 수 있는 경우에는 구속력이 있다. 그 위반에 따른 구제는 정의가 요구하는 한도 이내로 제한될 수 있다.¹⁶⁵⁾

그런데 원래 영국법에서 발전된 약속된 금반언의 원칙이란, 계약의 일방당사자가 명백하고 의문의 여지없이 명확한 약속이나 표시를 하고, 이것이 상대방당사자로 하여금 계약으로부터 나오는 엄격한 권리들이 강제실현되지 않거나 유예되었다고 또는 일시적으로 행사되지 않을 것이라고 생각하게 한 때에 적용된다. 그리고 그 효과는 이러한 사정이 없었더라면 이러한 권리를 강제 실현할 수 있었던 자는, 그렇게 하는 것이 당사자들 사이에 행하여진 거래에 비추어 형평에 맞지 않는 경우에, 이러한 권리를 강제실현하는 것이 허용되지 않는다는 것이다. 따라서 우선, 약속적 금반언의 원칙은 약인(consideration)이 없기 때문에 원칙적으로는 구속력이 없는 약속에 대해서도 일정한 법률효과를 부여하는 것이라고 할 수 있다.

따라서 약속적 금반언의 원칙이 이러한 본래적 모습에 비추어 보면, 위의 미국 판결들을 통해 발전되어 온 법리는 매우 이례적인 것이라고 할 수 있다.¹⁶⁶⁾

2) 예비적 합의 위반

계약교섭 과정에서 당사자들이 계약체결을 위한 특별한 합의 다시 말하면 계약교섭과정에서의 당사자들의 행동을 규율한 특별한 합의를 맺는 경우가 있다. 이러한 합의는 주로 회사간의 합병이나 자산인수를 위한 계약교섭 과정에서 흔히들 ‘의향서(letter of intent)’¹⁶⁷⁾ 또는 ‘약속서(commitment letter)’라는 명칭으로 이루어지며, 강학상으로는 ‘예비적 합의’¹⁶⁸⁾ 또는 ‘교섭을 위한 합의’¹⁶⁹⁾라고 불린다. 그리고 그러한 예비적 합의 가운데서 명시적으로 신의성실로 교섭하겠다는 합의(agreement to negotiate in good faith)가 이루어지는 경우가 있으며, 그 경우 이를 근거로 계약교섭의 결렬에 따른 책임을 인정할 수 있는지의 여부가 문제된다.

165) Restatement of the Law of Contracts, Second (1981), § 90 [Promise Reasonably Inducing Action or Forbearance].

166) 이에 따라 미국 내에서도 제1차, 제2차 리스테이트먼트 제90조가 채택하고 있는 법리를 ‘약속적 금반언’이라고 표현하는 것이 과연 적절한지의 여부를 둘러싸고 논쟁이 있다.

167) 이에 관한 국내문헌으로는, 김동훈, “계약의향서(Letter of Intent)에 관한 연구”, 「저스티스」 제31권 제1호, 한국법학원, 1998, 50면 이하 참조.

168) S. Burton & E. Anderson, Contractual Good Faith, 1995, p.348.

169) Farnsworth, Contracts, p.206.

이와 관련하여 종래 미국의 판결들은 신의성실로 교섭하겠다는 합의의 구속력을 인정해 오지 않았으나, 이를 최초로 인정하게 된 판결은 Itek Corp. v. Chicago Aerial Industries, Inc. 사건 판결¹⁷⁰⁾이라고 할 수 있다.¹⁷¹⁾ 이 판결은 합병에 관한 비공식적인 의향서 초안이 작성된 시점부터 양 교섭당사자들은 신의성실로 공식적인 합병계약에 이르도록 시도할 의무가 있다고 판시하면서, 사건을 원심 법원으로 환송하였다.

그리고 Teachers Ins. & Annuity Ass'n of America v. Tribune Co. 사건 판결¹⁷²⁾처럼 성실하게 교섭할 의무가 예비적 합의 가운데 명시적으로 규정되어 있지 않음에도 불구하고, 이러한 의무가 예비적 합의 가운데 묵시적으로 포함되어 있다고 보는 판결도 있다. 이 판결의 사안에서는 원고와 피고 사이의 금전소비대차에 관한 계약교섭 과정에서 중요한 계약조건에 관한 합의가 이루어져 이른바 약속서(commitment letter)가 작성되었는데, 그 약속서는 합의의 구속력에 대해서는 규정하고 있었지만 더 이상 성실하게 교섭할 의무는 규정하고 있지 않았다. 그 뒤 계약체결이 지연되는 동안 이자율이 하락하자 피고(용자신청인)는 세금감면을 위해 특정조항이 계약에 추가로 포함되어야 한다고 주장하면서 계약체결을 거절하였다. 이에 원고가 약속서 안에 포함된 합의 위반을 이유로 손해배상을 청구한 소송에서 법원은 그 약속서는 구속력 있는 예비적 합의에 해당하며, 이에 따라 양 당사자들은 통상적인 추가 조항들에 관해 성실하게 교섭함으로써 최종적인 소비대차계약에 이르도록 노력할 의무가 있다고 판시하였다.

반면에 예비적 합의 가운데 포함되어 있는 신의성실로 교섭하기로 하는 조항의 구속력을 정면으로 부인하는 판결도 있다. 예컨대 Candid Productions Inc. v. International Skating Union 사건 판결¹⁷³⁾은, 피고가 주최하는 아마추어 아이스 스케이팅 선수권대회의 독점적 T.V 방송권계약과 관련하여 피고는 원고와 신의성실로 교섭하지 않고서는 추후 어떤 계약도 체결하지 않는다는 조항은 너무 막연하고 불명확하기 때문에 강제이행이 불가능하다고 판시하고 있다.

170) 엄동섭, 전제논문, 104면; 248 A.2d 625 (Del. 1968).

171) Farnsworth, Contracts, p.206.

172) 670 F.Supp 491 (S.D.N.Y. 1987).

173) 530 F.Supp. 1330 (S.D.N.Y. 1982).

제4절 일본

일본에 있어서는 소비자거래 관련 특별법을 중심으로, 정보수집능력 및 교섭능력에서 우위에 있는 사업자에게 계약체결상 중요한 정보의 제공의무를 규정하고 있다. 그러나 종래의 이른바 각종 ‘업법(業法)’¹⁷⁴⁾ 뿐만 아니라 비교적 최근에 제정된 ‘소비자계약법’ 또는 ‘금융상품판매법’ 등에 있어서도 그 적용범위가 한정되어 있기 때문에 그 한계가 있다고 생각되고 있다. 뿐만 아니라 민법상의 제 규정에 의한 해결도, 학설에서 민법규정의 요건을 매우 엄격히 해석하고 있기 때문에 해결이 곤란하다고 인식하고 있다.

일본에서의 정보제공의무에 대한 이론적인 연구는 크게 3가지 방향에서 이루어지고 있다. 첫째로, 프랑스법을 참조하면서 사기 및 착오의 적용범위를 확장하기 위한 수단으로서 정보제공의무위반 내지 설명의무위반이라고 하는 개념을 활용하려는 방향, 둘째로, 독일법을 참조하면서, 이른바 ‘계약체결상의 과실론’에 의하여 정보제공의무를 파악하려는 방향, 셋째로, 계약당사자의 자기결정기반을 확보하기 위한 수단으로서 정보제공의무를 활용하려는 방향이다. 최근에는 당사자 간에 정보격차가 있는 거래에서 분쟁이 발생한 경우에 정보제공의무의 유무만으로 처리하는데 한계가 있음을 지적하고, 이와 다른 개념으로서의 이른바 ‘적합성원칙’을 활용하여 분쟁해결을 도모하고자 하는 견해도 대두되고 있다. 그렇지만 정보제공 의무의 근거, 의무위반의 요건·효과를 둘러싼 문제, 또는 민법상의 제 규정의 정합성을 둘러싼 문제 등이 아직까지 해결되지 않은 부분이 많은 것으로 평가되고 있다.¹⁷⁵⁾

174) 일본에서 ‘업법’이란, 사업자가 계약내용을 개시하지 않는 것 때문에 트러블이 많이 발생하고 있는 업종에서 시행된 거래에 대하여, 계약체결단계에서 계약내용 등에 관한 개시·권유규제를 하는 규정을 가진 업종별 행정적 규제입법을 말한다. 이러한 업법 중, 특정 업종을 규제하는 법률로서는, ①택지건물거래업법, ②여행업법, ③보험업법, ④증권거래법, ⑤은행법, ⑥상품거래소법, ⑦해외상품시장에서 선물거래의 수단 등에 관한 법률, ⑧금융선물거래법, ⑨특정상품 등의 예탁 등 거래계약에 관한 법률, ⑩골프장 등과 관계된 회원계약의 적정화에 관한 법률, ⑪유가증권과 관계된 투자고문업의 규제 등에 관한 법률, ⑫상품투자와 관계된 사업의 규제에 관한 법률, ⑬저당증권업의 규제 등에 관한 법률, ⑭부동산특정공동사업법, ⑮신탁업법 등이다. 또한 특정 형태를 취하는 거래를 규제하는 법률로서는 ⑯대금업의 규제 등에 관한 법률, ⑰특정상거래에 관한 법률, ⑱할부판매법 등이 있다. ‘업법’에 대하여 자세히는, 長尾治助, “消費者契約”, 谷口知平·五十嵐清編, 「新版注釋民法(13)・債權(4) 契約總則」, 有斐閣, 1996, 223面 以下 참조.

175) 일본의 정보제공의무에 관하여는, 김상찬, “일본에 있어서 소비자계약상 정보제공의무의 법리”, 「재산법연구」, 제28권 제2호, 한국재산법학회, 2011.8, 235-264면을 주로 참조하였음.

1. 법규정

일본에서는 신탁법을 민상법의 관점에서 파악하고, 양자의 정합성을 확보하려는 강한 움직임을 볼 수 있다. 이러한 상황에서 정보제공의 유무가 문제되는 당사자 간의 관계를 ‘신인관계’로 보고 정보제공의무를 이른바 ‘신인의무(信認義務)’의 일종으로서 파악하는 견해가 제시되고 있다. 신인관계란 신탁법상의 개념이다. 신탁이란 일본에서는 신탁법상의 신탁, 즉 “위탁자가 신탁행위에 의하여 수탁자에게 신탁재산을 귀속시키면서 동시에 그 재산을 신탁목적에 따라 사회를 위해 또는 자기 또는 타인(수익자)을 위해 관리처분하도록 구속함으로써 성립하는 법률관계”를 의미한다.¹⁷⁶⁾ 신탁은 본래 영미 형평법상의 제도로서 발달한 것으로 관습법상 발전해 온 계약과는 다른 것이며, 당사자가 명시적 의사를 가지고 설정한 것에 한정되지 않는다. 그렇지만 일본에서는 신탁의 설정은 신탁법이 정한 요건에 따라 의사표시에 의하여 행해지는 것에 한정되기 때문에 영미법보다도 신탁이 성립하는 범위가 좁다.¹⁷⁷⁾ 영미법상의 신탁에서는 의무를 지는 수탁자와 의무의 상대방 간에 계약관계가 존재하지 않고, 그로 인해 의무의 근거를 도출하는 것으로서 ‘신인관계’의 개념이 등장하고 수탁자가 지는 의무를 ‘신인의무’라고 설명한다. 여기에서 말하는 신인관계는 ‘열린 개념’이며, “신탁을 초월하여, 일방 상대방에 대한 신뢰를 기초로 하는 법률관계에 있어서 의무자에 대하여 신탁의 수탁자와 유사한 의무를 부과하기 위한 개념으로서 기능하고 있다”.¹⁷⁸⁾ 실제로 신인의무라는 사고는 영미법에서 신탁의 수탁자에 그치지 않고 의사의 환자에 대한 진료기록카드 개시의무나 변호사 등의 전문가에게까지 대상범위를 확대하고 있다.¹⁷⁹⁾

일본에서는 이와 같이 정보제공의무를 신인관계에 의하여 발생한 신인의무의 하나로써 파악하는 견해가 유력해지고 있지만, 신인의무로서의 정보제공의무는 계약성립단계에서 보다는 ‘계약성립후’의 문제에 더 기능하는 것으로 생각되고 있다. 그 결과, 신인의무는 이른바 정보제공의무보다는 오히려 ‘조언의무’와 가까운 개념으로

176) 四宮和夫, 「信託法(新版)」, 有斐閣, 1988, 7面.

177) 四宮和夫, 上掲書, 39面; 道垣内弘人, 「信託法理と私法体系」, 有斐閣, 1996, 10面; 能見善久, 前掲書, 5面.

178) 道垣内弘人, 上掲書, 54面 以下.

179) 樋口範雄, 「フィデューシャリー(信認)の時代」, 有斐閣, 1999, 5面 以下; 道垣内弘人, 上掲書, 31面 以下.

이용되고 있다고 할 수 있다.¹⁸⁰⁾ 특히 계약당사자간에 정보격차가 존재하는 경우에는 정보제공의무에 그치지 않고, 자주 조언의무에 대한 필요성이 강조된다.¹⁸¹⁾ 이 조언의무에 관하여 ‘best advice의무’라는 형태로 적극적으로 그 필요성을 역설하고 있는 견해도 있다.¹⁸²⁾

今川嘉文교수는 증권거래에서 사실상의 위임계산거래가 행해지고 있는 경우에는 증권업자와 고객 사이에 성실공정의무에 근거한 전문가 책임으로서의 ‘신인관계’가 성립한다고 한다. 이 신인관계에 근거하여 증권업자에게는 투자 리스크에 대한 설명의무나 이른바 ‘적합성원칙’의 준수 의무 등이 부과되게 된다.¹⁸³⁾ 또한 상품선물거래에 관해서도 증권거래의 분석이 바로 적용되는 것은 아니지만, 증권거래와 마찬가지로 상품선물업자에게는 적절한 거래방법의 조언의무나 신의칙상 기본계약체결 후의 개별거래에 관하여 그 구조나 투자리스크에 관한 설명의무 등이 생긴다고 한다.¹⁸⁴⁾

나아가 계약체결 전의 정보제공의무까지도 신인의무로서 파악하고자 하는 견해도 있다. 예컨대 内田貴교수는 자신이 제창한 ‘관계적계약론’과 신인관계를 결부시켜 정보제공의무를 파악하고 있다. ‘관계적계약론’이란 계약내용은 당사자의 당초의 합의만으로 모두 결정되는 것이 아니라 당해계약이 속하는 사회관계 중에서 자연스럽게 결정된다고 하고, 계약내용 그 자체보다도 이를 결정하는 과정을 중시한 견해이다.¹⁸⁵⁾

이와 같이 일본에서의 조언의무는, 당사자 간의 관계 그 자체에 착안하여 계약 외의 의무로서 파악하는 경향이 강해지고 있다. 그렇지만 투자거래라는 것만으로 바로 조언의무가 발생하는 것은 아니고, 실제로는 조언의무도 당사자 간의 개별 구체적인 거래관계나 양태에 의하여 그 발생이 좌우된다고 할 수 있으며,¹⁸⁶⁾ 원래 조언

180) 内田貴, 「契約の時代-日本社會と契約法」, 岩波書店, 2000, 77面.

181) 정보제공의무를 ‘소비자이익옹호의무’가 구체화된 것으로 파악하는 견해로, 後藤卷則, 前掲書, 192面 以下. 제 3자에 의한 정보개시·조언의무에 대해 검토한 문헌으로, 栗原由紀子, “契約交渉段階における第三者の情報開始・助言義務について-ドイツ判例法を中心にして”, 「成城法學」 第72號, 2004, 89面이 있다.

182) 潮見佳男, 前掲書, 2004, 130面 以下.

183) 今川嘉文, 「過当取引の民事責任」, 信山社, 2003, 16面; 同, “信認義務と自己責任原則-繼續的証券取引を中心として”, 「神戸學院法學」 第33卷 第3號, 2003, 5面 以下.

184) 今川嘉文, 上掲論文, 487面 以下.

185) 内田貴, 「契約の再生」, 弘文堂, 1990, 145面 以下; 同, “現代契約法の新たな展開と一般條項(2)”, 「NBL」 第515號, 1993, 19面 以下.

186) 예컨대, 상품선물거래에서는 상품선물업자나 그 영업담당자는 조언의무를 가진다고 하는 일반론을 전개하면

이런 계약체결단계에서의 정보제공 내지 설명과는 달리 일단 기본계약을 체결한 후의 개별거래에 관하여 문제로 되는 경우가 대부분이므로 굳이 신인의무라는 계약 그 자체와 분리된 의무로서 구성할 필요가 없고, 오히려 기본계약상의 의무로 구성해야 한다는 견해도 있다.¹⁸⁷⁾

2. 인정근거

(1) 법적 근거

1) 특별법상의 근거

일본에서는 소비자 거래 관련 법률을 중심으로, 정보수집능력 및 교섭능력에서 우위에 있는 사업자에게 계약체결상 중요한 정보의 제공의무를 규정하고 있다. 종래에는 거래유형에 따라 이른바 ‘업법(業法)’에서 사업자에게 계약체결시에 정보개시의무를 부과하는 규정을 두어 정보제공의 기회가 확보되도록 하고 있었는데, 최근 ‘특정상거래에 관한 법률(특정상거래법)’, ‘상품거래소법’, ‘금융선물거래법’ 등 소비자 보호·고객보호의 관점에서 권유규제나 정보개시 규제를 강화함과 동시에 cooling off¹⁸⁸⁾나 중도해제권, 계약취소권, 설명의무위반에 기한 손해배상청구권 등 사법상의 구제에 충실한 법률이 증가하고 있다. 그러나 오늘날 일상적인 거래가 복잡화, 다양화하고 있기 때문에 개별적 거래를 대상으로 하는 단속법규에 의한 규제에는 한계가 있으며, 이른바 ‘업법’에 의한 대응만으로는 소비자에 대한 사법상 구제를 충분히 할 수 없다고 지적되어 왔다.¹⁸⁹⁾

서, 실제로는 과대한 수량의 거래가 행해지고 있었다는 구체적인 사정을 근거로 “100매를 넘지 않은 수량의 건옥(建玉)을 다시 상당기간에 걸쳐 반복 경험하고 상품선물거래의 실제에 관하여 거듭 익숙해지도록 조인·지도해야 하는 의무를 부담한다”고 인정한 판례가 있다(名古屋地岡崎支判 2000.9.7, 先物去來裁判例集 第29卷, 52面).

187) 宮下修一, 「消費者保護と私法理論」, 信山社, 2006, 222面.

188) 쿨링 오프(cooling off)란 계약을 깨는 측에서 손해배상을 해야하는 원칙과 달리, 원하지 않는 계약이나 판단 착오에 의한 계약, 잘못된 계약을 한 소비자가 일정 기간 안에 계약을 취소했을 때 계약금을 돌려 받도록 한 제도를 말한다.

189) 經濟企畫廳國民生活局消費者行政第一課編, 「消費者取引の適正化に向けて」, 大藏省印刷局, 1997, 16面; 同編, 「消費者契約法(仮称)の制定に向けて - 國民生活審議會消費者政策部會報告と関連資料」, 大藏省印刷局, 1999, 13面; 落合誠一, “消費者契約法の目的と概要”, 「銀行法務21」, 第578號, 2000, 28面; 同, 「消費者契約法」, 有斐閣, 2000, 6面 以下.

그러던 중, 2000년에 입법된 ‘소비자계약법’과 ‘금융상품의 판매 등에 관한 법률(금융상품판매법)’에는 정보격차가 있는 당사자 간에 있어서의 계약의 체결과정을 규율하는 규정(소비자계약법 제2조 제3항)을 두고 있다. 특히, 소비자계약법에서는 소비자 측에 계약취소권을 부여하고, 금융상품판매법에는 금융상품판매업자에게는 ‘설명의무’를, 고객에게는 손해배상청구권을 인정하고 있다.¹⁹⁰⁾ 이렇게 소비자 또는 투자자 보호라는 관점에서 일련의 개선이 이루어졌음에도 불구하고, ‘소비자계약법’이나 ‘금융상품판매법’은 모두 큰 문제점이 있다고 지적되고 있다. 우선, ‘소비자계약법’은 제3조에서 사업자 측의 정보제공의무에 관하여 규정하고 있지만, 단순한 노력 규정이고 법적효력을 갖지 않는다는 것이다. 결국, 소비자의 계약취소권이 인정되는 것은 ‘부실고지’, ‘단정적 판단의 제공’, 또는 ‘고의에 의한 불이익사실의 불고지’의 경우뿐으로 그 적용범위는 매우 한정적이다. 더욱이 소비자계약법이 대상으로 하고 있는 것은 사업자와 소비자 간에 체결되는 소비자계약 뿐이며 프랜차이즈계약과 같이 사업자 간에 체결되는 형식을 취하는 계약에는 능력적으로 격차가 있다 할지라도 적용되지 않는다.¹⁹¹⁾

다음으로, ‘금융상품판매법’에서는 우체국예금, 상품선물거래, 금융기관의 용자에 관해서는 적용대상에서 제외되고 있다. 우체국 간이보험도 동법 제정 시에는 국영이고 리스크가 없다고 하여 적용대상이 되지 않는다.¹⁹²⁾ 상품선물거래도 감독관청이 다르다는 이유로 적용대상으로부터 제외되고 있으며, 금융기관의 용자에 대해서도 리스크를 부담하는 것은 고객이 아니라 금융기관이라고 하는 관점에서 적용 대상에서 제외되어 있다.¹⁹³⁾ ‘금융상품판매법’에서는 적용대상이 되는 금융상품에 대하여 개별적으로 열거되고 있고(제2조 제1항 제1-12호), 그 이외의 것에 대해서는 정령

190) 소비자계약법 및 금융상품판매법의 개요에 대하여는, 山田誠一, “消費者契約法と金融商品の販賣等に關する法律”, 「金融」, 第640號, 2000, 2面 以下 참조

191) 프랜차이즈계약의 경우 소비자계약법의 적용대상으로 해야 한다는 견해로, 齋藤雅弘, “消費者契約法の適用範圍”, 「法學セミナー」, 第549號, 2000, 15面 以下.

192) 소비자계약법과 금융상품판매법의 적용범위에 대해서는, 大前惠一朗, “金融商品の販賣等に關する法律の概要について”, 「ジュリスト」 第1185號, 2000, 66面; 伊藤進, “金融商品販賣法の概要”, 「銀行法務21」 第578號, 2000, 30面 以下; 松本恒雄, “消費者契約法, 金融商品販賣法と金融取引”, 「金融法務事情」 第1587號, 2000, 6面 以下 참조.

193) 그러나 이른바 변액보험에 관한 분쟁사례에서는 금융기관이 보험회사를 소개하여 그 거래 자금을 용자하는 형태로 거래가 행해지는 경우가 많았기 때문에 금융기관의 책임이 문제로 된 경우도 많이 나타나고 있다. 변액보험에 있어서 은행의 법적책임에 관하여는, 松岡久和, “變額保險の勧誘と銀行の法的責任”, 「金融法務事情」, 第1465號, 1996, 17面 以下 참조.

(政令)에서 추가로 지정하도록 하고 있다(제2조 제1항 제13호). 그래서 새롭게 개발된 금융상품에 문제가 발생한 경우 충분히 대응할 수 없다는 문제점이 있다.¹⁹⁴⁾

이상과 같이 일본에서는 당사자 간에 정보차이가 있는 경우에 그 격차를 시정하기 위한 특별법이 많이 제정되어 있지만, 모두 적용범위가 한정되어 있음으로 인하여 이 특별법 규정들을 적용한다 해도 그 범위가 한정되어 소비자를 보호하는데 충분하지 못하다는 비판을 받고 있다.

2) 민법상의 인정근거

일본에서는 이러한 이른바 각종 ‘업법’ 또는 ‘소비자계약법’, ‘금융상품판매법’ 등의 규정만으로는 정보력에 있어 열악한 소비자를 구제하는데 충분하지 않다고 생각되기 때문에, 민법전에 규정된 제 법리를 이용하여 문제의 해결을 도모하고 있다. 민법전상의 규정에 근거한 해결로서는, 우선 착오에 의한 무효, 사기·강박에 의한 취소, 공서양속위반에 기한 무효 등, 계약을 무효 내지 취소함으로써 계약의 효력자체를 부정하는 것을 생각할 수 있다. 다음으로, 채무불이행에 기한 계약해제·손해배상, 하자담보책임에 기한 계약해제·손해배상, 불법행위에 기한 손해배상 등, 계약이 유효한 것을 전제로 하여 계약해제 내지 손해배상에 의한 해결이 도모될 수 있다.

다만, 다음과 같은 이유로, 이 법리들이 바로 정보수집능력 및 교섭능력에 열악한 당사자의 구제로 이어지는 것은 아니다. 우선, 통설에 의하면 착오나 사기·강박에 관해서는 그 요건이 엄격하게 해석되고 있다. 가령 사기에 관해서는 상대방을 기망하여 착오에 빠뜨리게 하려는 고의와, 착오에 의하여 의사표시를 하게 하려는 고의라는 ‘이단(二段)의 고의’에 대한 입증의 필요하다고 한다.¹⁹⁵⁾ 최근 착오나 사기·강박 규정의 적용범위를 확장하고자 하는 노력이 행해지고 있지만, 이러한 움직임도 한계가 있다고 지적되고 있다.¹⁹⁶⁾ 사업자의 설명 등에 문제가 있는 경우에 공서양속위반을 유연하게 활용함으로써 계약을 무효로 해야 한다는 견해도 최근 유력하게

194) 松本恒雄, 上掲論文, 7面; 伊藤進, 上掲論文, 31面.

195) 我妻榮, 「新訂民法總則(民法講義I)」, 岩波書店, 1965, 308面 以下.

196) 森田宏樹, “合意の瑕疵の構造とその擴張理論(3·完)”, 「NBL」, 第484號, 1992, 64面; 山本敬三, “民法における合意の瑕疵論の展開とその検討”, 棚瀬孝雄編, 「契約法理と契約實行」, 弘文堂, 1999, 167面, 170面 참조.

주장되고 있지만,¹⁹⁷⁾ 이에 대하여 일본민법 제90조는 원래 계약내용의 규제수단이며 권유방법의 부당성뿐만 아니라 거래내용·거래행위의 부당성이 구비되지 않는 한 적용되지 않는다는 견해도 있다.¹⁹⁸⁾ 채무불이행에 관해서는 능력적으로 우위에 있는 일방당사자가 상대방에 대하여 충분한 설명 또는 정보제공을 하는 것이 채무의 내용으로 되는지 여부가 문제된다. 하자담보책임에 관해서도 ‘하자’의 내용이 무엇을 말하는 것인지가 문제된다.

또한 구제의 법리로서 불법행위이론이 가장 많이 활용되지만 이는 원래 ‘작위’에 의한 경우를 염두에 둔 규정이므로, 예컨대 사업자가 소비자에 대하여 필요한 정보를 제공하지 않았다는 ‘부작위’의 경우에도 위법한 행위라고 할 수 있는지 여부가 문제로 된다. 더욱이 계약관계는 유효라고 하면서 그러한 계약을 체결시켰던 것이 불법행위가 된다고 하는 법률구성에 관해서는 강한 비판이 있다.¹⁹⁹⁾

이와 같이 민법상의 규정에 의한 해결은, 요건을 엄격하게 해석하는 종래의 사고방식에 따르는 한 곤란하고, 최근의 학설처럼 요건을 유연하게 해석한다고 해도 일정한 한계가 있음을 부인할 수 없다.

(2) 이론적 근거

앞에서 보는 바와 같이, 계약체결단계에 있어서 사업자의 설명 등에 문제가 있었다고 해도 민법상 혹은 특별법상의 규정만으로 해결할 수 있는 범위는 한정되어 있다. 이로 인하여, 사업자와 같이 어떤 거래에 관하여 지식 내지 정보수집능력을 가지는 당사자에게 대하여 계약의 성립여부와 관계되는 중요한 정보를 미리 제공할 의무, 즉 ‘정보제공의무’를 부과하여 이를 위반했을 경우에는 일련의 책임을 지게 해야 한다는 견해가 등장하였다.

197) 大村敦志, 「公序良俗と契約正義」, 有斐閣, 1995, 363面 以下; 同, 「消費者法(第2版)」, 有斐閣, 2003, 109面 以下; 今西康人, “消費者取引と公序良俗違反”, 「法律時報」 第64卷 第12號, 1992, 85面; 山本敬三, 上掲論文, 171面 以下.

198) 今西康人, 上掲論文, 171面; 平野裕之, “消費者取引と公序良俗”, 椿壽夫·伊藤進編, 「公序良俗違反の研究-民法における總論的檢討」, 日本評論社, 1995, 317面.

199) 潮見佳男, 前掲書, 30面 以下; 同, 前掲 “規範競合の時点から見た損害論の現状と課題(2·完)”, 91面; 奥田昌道編, 「取引關係における違法行為とその法的處理-制度間競合論の時点から」, 有斐閣, 1996, 23面 以下; 小粥太郎, “説明義務違反による損害賠償に関する二,三の覺書”, 「自由と正義」 第47卷 第10號, 1996, 41面 以下; 山本敬三, 前掲論文, 165頁 以下.

일본에서는 이 ‘정보제공의무’라는 개념을 둘러싸고 다양한 연구가 이루어지고 있지만, 정보제공의무라고 하는 개념자체나 내용이 아직까지도 확실하다고는 할 수 없다. 그래서 능력적으로 우위에 서는 일방당사자에게 정보제공의무가 부과되는 근거는 무엇인가, 만일 부과된다고 한다면 어떤 범위 또는 어느 정도까지 의무가 부과되는가, 나아가 그 법적성질, 요건 및 의무위반의 효과는 무엇인가 등에 대하여 다양한 견해가 제시되고 있다.

1) 사기·착오의 중간적 법리

일본에서는 프랑스법상 정보제공의무론에 대하여 소개한 문헌²⁰⁰⁾의 상세한 분석을 통해 일본의 정보제공의무론에 많은 시사점을 주고 있다. 특히, 後藤卷則 교수는 ‘消費者契約の法理論’에서, 프랑스법을 검토하면서 일본에서도 정보제공의무위반을 이유로 하여 침묵에 의한 사기의 확장이 검토되어야 한다고 주장하고 있다. 다만 사기의 요건인 ‘고의’가 완화되는 것은 프랑스에서도 사업자와 소비자 간의 계약 등 한정적인 경우이며, 일본에서도 ‘고의’를 사기의 본질적인 요소로 하는 것이 일반적인 점을 고려하여 ‘고의’를 사기의 확장으로 파악하는 것은 신중해야 한다고 한다.²⁰¹⁾ 또한 프랑스에서는 착오이론과의 관계에서, 정보제공의무의 요건으로서 표의자의 부지(不知)의 정당성이 필요하다는 점이 정보제공의무의 범위를 한정한다는 관점에서 중요하다고 한다. 그러므로 정보제공의무의 위반은 사기의 요건을 완화한 것이라기보다는 사기·착오의 요건을 통일적으로 완화한 것, 즉 사기·착오의 중간적인 법리로 파악해야 한다고 한다.²⁰²⁾

200) 柳本祐加子, “フランスにおける情報提供義務に関する論議について”, 「早稲田大學大學院研究論集」 第49號, 1988, 161面 以下; 平野裕之, “製造物責任の現代的意義と法解釋論(2)-責任法体系の序説的考察をかねて”, 「法律論叢」 第58卷 第2號, 1985, 116面 以下; 山口康夫, “フランスにおける消費法の展開-フランス消費立法の動向を中心として”, 「札幌法學」 第2卷 第2號, 1991, 27面; 潮見佳男, 前掲 “比較法の視点から見た‘消費者契約法’-比較法からの‘攝取’と比較法への‘発信’”, 171面 以下 등. 대표적인 것으로, 松本恒雄, “詐欺・錯誤と契約締結における情報提供義務 -消費者取引における不当勧誘からの救済”, 池田眞朗・吉村良一・松本恒雄・高橋眞, 「マルチラテラル民法」, 有斐閣, 2002, 1面; 山田誠一, “情報提供義務”, 「ジュリスト」 第1126號, 1998, 179面; 野澤正充, “情報提供義務(説明義務)違反”, 「法學教室」 第273號, 2003, 35面; 田處博之, “契約締結における不適切な情報提供と不法行為責任”, 「札幌學院法學」 第20卷 第2號, 2004, 139面; 潮見佳男, 「契約法理の現代化」, 有斐閣, 2004, 86面 以下; 潮見佳男, “投資取引と民法理論(3)-証券投資を中心にして”, 「民商法雜誌」 第118卷 第2號, 1998, 8面 以下.

201) 後藤卷則, 前掲書, 71面 以下.

202) 後藤卷則, 上掲書, 72面; 後藤卷則, 前掲 “詐欺・錯誤理論はどのような活用可能性があるか”, 99面 以下.

2) 소비자이익옹호의무로서의 정보제공의무

정보제공의무에 의한 사기·착오의 요건의 완화는 이른바 소비자계약의 경우에는 의미가 있지만, 민법의 의사표시이론 일반에 영향을 줄 것인지 여부는 신중한 검토가 필요하다고 한다. 그리고 당사자의 행위 양태를 신의칙의 관점에서 평가하여 의사표시이론에 포함시킴으로써 계약의 구속력을 부정하기 때문에 계약 전의 신의칙을 적용할 수 있다고 한다. 그 결과, 소비자계약의 경우에 인정되는 정보제공의무를 특별법이 아닌 민법의 의사표시이론에서 이끌어내는 것이 가능하다는 것이다.²⁰³⁾

後藤교수는 이 견해를 발전시켜 소비자계약 체결과정에서 사업자에게는 ‘소비자이익옹호의무’가 존재하고, 이를 구체화한 것이 정보제공의무와 조언의무라고 파악하고 있다. 가령, 금융상품의 구조나 원금분할에 관하여 설명할 의무는 매매계약에 따른 의무라기보다는 계약당사자 간의 정보격차, 상품의 복잡성에서 생기는 독립적 의무라고 해야 한다고 한다. 즉, 이러한 소비자계약에서의 사업자의 의무는 당사자가 상세한 부분까지 합의하지 않았더라도 신의칙상 생기는 협력의무이며, 사업자의 지위에 근거한 독립한 본래의 의무로서 파악된다. 그리고 이러한 ‘계약내용을 형성하는 과정에서 불리한 입장에 있는 소비자의 이익을 적절히 배려하는 의무’라는 차원의 ‘소비자이익옹호의무’는 계약체결과정에서도 일반적으로 인정되는 의무라고 한다. 그리고 소비자계약 체결과정에서 사업자의 정보제공의무 및 조언의무는 이 ‘소비자이익옹호의무’가 구체화한 것이라고 생각하고 있다. 여기에서 정보제공의무 발생의 근거는 정보격차의 존재, 혹은 계약의 속성 그 자체에서 구하고 있다.²⁰⁴⁾

3) 기망행위의 위법성 판단기준으로서의 정보제공의무

橫山美夏교수는 프랑스에서의 논의를 참조하여, 정보제공의무의 근거에 관하여 계약자유의 실질적 보장과 더불어, 소비자계약과 같은 정보력에 구조적 차이가 있는 계약을 염두에 두고 사업자에 대한 ‘신뢰의 보호’라는 관점을 강조한다.²⁰⁵⁾ 또한 정보제공의무의 대상에 대해서도 프랑스에 있어서의 논의를 참조하여 2가지로 분류한다. 첫째로 ‘계약의 체결로 향해진 정보제공의무’, 그리고 둘째로 ‘계약의 이행으로

203) 後藤卷則, 上掲書, 74面 以下; 柳本祐加子, 前掲論文, 179面.

204) 後藤卷則, 上掲書, 192面 以下.

205) 橫山美夏, 前掲 “契約締結過程における情報提供義務”, 111面 以下.

향해진 정보제공의무'이다. 첫째의 의무는 '불충분 내지 부실한 정보제공에 의하여, ... 표의자가 그 목적에 적합하지 않은 계약, 바꾸어 말하자면 적절한 정보를 얻었다면 체결하지 않았을 계약을 체결한 경우'에 문제가 된다. 이 경우에는 합의의 하자를 이유로 한 계약해제, 혹은 불법행위에 근거한 손해배상청구가 가능하게 된다. 둘째의 의무는 '적절한 정보를 얻어도 당해 계약을 체결하였겠지만 불충분 또는 부실한 정보제공에 의하여 그 계약에서 기대된 결과를 얻을 수 없었던 경우'에 문제가 된다. 이 경우에는 채무불이행책임이 문제가 된다고 한다.²⁰⁶⁾

그리고 横山교수는 정보제공의무위반과 '합의의 하자'(특히 사기)와의 관계에 관하여, 정보제공의무는 사기가 성립하지 않는 경우에 계약해제를 인정하기 위한 확장 이론으로 파악하지 않고, 오히려 사기의 요건 중 '기망행위의 위법성 판단'의 기준이 되는 개념으로서 정보제공의무가 필요하다고 한다. 그리고 계약유형마다 계약당사자의 속성을 고려하면서 정보제공의무의 내용을 구체화·명확화 함으로써 사기의 위법성 판단기준이 명확하게 될 뿐만 아니라, 정보제공의무의 내용이 고도화되면 그만큼 위법한 기망행위의 범위가 확대되게 된다고 한다.²⁰⁷⁾

4) 정보제공의무론의 의사표시이론에의 도입

大村敦志 교수는 프랑스의 정보제공의무론이 '원리(原理)'수준의 논의에 불과하고 '법리(法理)'로서 제안되지 않는다고 한다. 그러므로 정보제공의무의 원리를 착오·사기의 적용에 활용하는 것이 곤란하면 여기에 적합한 구체적인 제도를 입법으로 마련할 필요가 있다고 한다.²⁰⁸⁾ 그리고 소비자를 상대방으로 하는 계약의 경우에는 거래유형마다 소비자의 정보수집능력·정보처리능력을 고려하여 사업자측에게 일정의 보조의무를 부과할 수 있다고 한다. 大村교수는 상술한 원리를 '정보제공의무'라고 부르고, 이 의무를 의사표시이론에 도입할 필요성이 있다고 하고, 정보제공의무위반이 문제되는 경우에는 제95조의 착오 및 제96조의 사기규정을 유추하여 취소를 인정할 수 있다고 한다.²⁰⁹⁾

206) 横山美夏, 上掲論文, 112面 以下; 馬場圭太, “フランス法における情報提供義務理論の生成と展開(1)”, 「早稲田法學」 第73卷 第2號, 1997, 71面 以下.

207) 横山美夏, 前掲 “契約締結過程における情報提供義務”, 116面 以下.

208) 大村敦志, 前掲 「消費者法(第2版)», 88面.

209) 大村敦志, 上掲書, 92面 以下.

3. 법률효과

(1) 계약체결상 과실론의 활용

일본에 있어서는, 우선 소비자보호라는 관점에서 소비자계약에서의 사업자에게 정보제공의무를 부과하고 그 위반에 의한 민사책임을 이끌어내기 위한 이론으로서 계약체결상의 과실을 활용한 논의가 존재한다.

北川교수는 거래상 유리한 지위에 있는 당사자가 정보를 독점하고 정보를 조작하고 있지만 ‘일본의 계약법은 매우 순진하며 무관심에 가깝다’고 하고, 이에 부응하는 이론으로서 계약체결상의 과실론이 유용하다고 주장한다. 여기에서 말하는 계약체결상의 과실론이란 ‘주관적으로는 계약체결에 임하여 상대방의 의사결정에 중요한 사실, 객관적으로는 목적하는 행위와의 내부적 관련에 서서 중요한 사실의 개시를 내용으로 한 부수의무(조사의무, 설명의무, 통지의무 등)가 계약준비 행위 중에 발생한다고 하고, 자기에겐 일방적으로 유리한 거래상의 지위나 상대방의 전문적 지식의 부족을 악용한 거래를 이 의무위반으로 구제하고자 하는 것’이며, ‘소비자의 오도된 동기형성이나 의사형성에 대한 구제이론’이라고 한다.²¹⁰⁾ 그리고 이 부수의무위반의 효과로서는 손해배상과 해제를 생각할 수 있는데, 해제는 부수의무위반이 급부의무에 영향을 미치는 경우에 인정된다고 한다.²¹¹⁾

森泉교수는 거래관계의 다양화와 진전에 의하여 지금까지의 민법이론으로는 대처할 수 없는 새로운 사태에 관하여 현대계약법은 정보·전문지식에서 열악한 소비자의 보호를 위해 유효한 무기를 제공하지 않으면 안된다고 하여 계약체결상의 과실론에 주목한다. 즉 전통적인 민법이론을 수정·보완하는 법리로서, 또 계약체결에 이르기까지의 일련의 과정에 있어서의 당사자의 합리적인 신뢰보호 및 계약체결방법의 적정화를 꾀하는 이론으로서 계약체결상의 과실론을 지목하고 있다.²¹²⁾ 그리고 이 이론을 활용하는 것은 “거래상 유리한 입장에 있는 자에게 일정한 개시의무를

210) 北川善太郎, 「現代契約法 I」, 商事法務研究會, 1973, 140面; 同, 「契約責任の研究」, 有斐閣, 1963, 286面以下.

211) 北川善太郎, “契約締結上の過失”, 「契約法大系 I · 契約總論」, 有斐閣, 1962, 233面以下; 同, 前掲 「契約責任の研究」, 339面以下.

212) 森泉章, “契約締結上の過失に關する一考察(1)”, 「民事研修」, 第285號, 1980, 9面.

부담하게 함으로써 열악한 입장에 있는 상대방의 무지, 무경험을 악용한 부당한 거래를 방지하고, 계약체결의 의사형성에의 상당하지 않은 개입을 배제하는 것에 이바지한다”고 한다.²¹³⁾ 다만 森泉교수는, 계약은 유효하지만 불리한 내용의 계약을 체결시킨 경우에 계약체결상의 과실을 근거로 손해배상책임을 물을 수 있다고 하는 한편, 소비자피해의 구제라는 관점에서 계약해제까지 인정하는 것은 신중해야 하고, 해제권 행사의 요건에는 엄격한 틀이 요구된다고 하고 있다.²¹⁴⁾

(2) 의사에 기하지 않은 부수의무위반으로서의 계약체결상의 과실론

계약체결상의 과실에 근거하여 계약해제까지 인정하는 것에는 신중한 태도를 보이는 견해가 많은데 반하여, 오히려 계약해제를 적극적으로 긍정해야 한다고 강하게 주장하는 견해도 있다.²¹⁵⁾ 本田純一교수는 독일과 일본의 판례와 학설을 상세히 검토를 하면서 계약체결상의 과실을 부수의무위반으로 파악해야 한다고 주장하고 있다. 本田교수는 계약체결상의 과실론을 유효하게 성립한 계약에서 일방이 받은 불이익을 교정하는 수단이라고 하고, 계약상의 의무위반을 이유로 하는 계약책임의 하나로서 민법 제415조 내에 포함시키려는 해석론을 시도하고 있다.²¹⁶⁾ 本田교수는 손해배상과 해제라는 효과의 측면에서 계약체결상의 과실론의 적용범위를 검토하고 있는데, 여기에서 문제가 되는 것은 전문지식이 있는 매도인이 매수인의 의사결정에 중요한 의의를 갖는 사실에 관하여 신의칙에 반할만큼 강하게 설명을 행한 경우, 또는 매수인의 의사결정에 대한 원인이 될 수 있는 사실 중 매도인이 신의칙상 고지·조사·해명의무를 지는 사항에 관하여 고의 또는 과실로 그 의무를 게을리한 경우에는 일종의 계약책임에 기한 손해배상을 하지 않으면 안 된다고 한다.²¹⁷⁾

또한 독일의 판례를 참고로 하면서 기습적인 판매에서, 전문가에 의한 불충분한 설명 또는 사기에 틀림없는 허위의 설명에 의해 의사결정이 유도된 경우에는 계약

213) 森泉章, “契約締結上の過失に関する一考察(3)”, 「民事研修」, 第290號, 1981, 10面.

214) 森泉章, 上掲論文, 6面.

215) 本田純一, “契約締結上の過失理論について”, 遠藤浩ほか監修, 「現代契約法大係 第1卷・現代契約の法理(1)」, 有斐閣, 1983, 204面 以下.

216) 本田純一, 上掲論文, 204面 以下.

217) 本田純一, 前掲論文, 206面.

의 구속력을 인정해서는 안 된다고 한다. 구체적으로는 불의의 습격에 의하여 상대방의 무지를 이용한 부당한 거래의 경우에는, ①당사자 간에 전문지식이나 정보량의 차이가 있을 것, ②유효한 계약성립의 장애가 되는 사실을 일방만이 알고 있었을 것, ③적절한 설명을 받았다면 계약을 체결하지 않았을 것 등 3가지의 요건을 충족한 경우에 계약체결상의 과실을 보충적 채무불이행책임으로서 계약의 해제까지 인정할 수 있다고 한다. 요컨대, 계약교섭시에 보호의무위반으로서의 계약체결상의 과실도 민법 제415조의 채무불이행이 되고, 계약목적 달성불능의 경우로서 이행불능에 준하여 민법 제543조에 의하여 해제가 가능하게 된다는 것이다.²¹⁸⁾

本田교수는 계약체결상의 과실을 계약준비단계에 있어서의 의무위반군을 총칭하는 개념으로 파악하고 있다.²¹⁹⁾ 그는 계약체결상의 과실론을 의사에 기하지 않은 부수의무위반에 의한 책임의 근거로서 일반적인 형태로 민법에 두었으며, 이러한 의사에 기하지 않은 부수의무를 민법상의 채무로 인정하고, 그 위반에 대해서도 계약해제를 인정해야 한다고 주장한다. 이와 동시에 이러한 이론이 재판규범으로서 충분히 기능하기 위해서는 요건이 법률상 유형화되지 않은 것과의 관계에서 신의칙상 의무의 인정기준을 가능한 한 명확히 해 둘 필요가 있다고 하여 종전의 판례에 의하여 축적된 의무위반의 판단기준을 유형화할 필요성이 있다고 강조하고 있다.²²⁰⁾

(3) 정보환경정비책임론

小粥太郎교수는 표의자의 의사결정의 기반이 되는 정보환경을 정비할 책임이 표의자로부터 계약의 상대방에게 이전된다고 하는 관점에서 정보제공의무를 이해하는 것이 적절하다고 한다. 여기에서는 ‘정보환경정비책임’이 이전된다. 즉 표의자의 정보수집책임이 면제되고 상대방에게 정보제공의무가 부과되게 된다. 물론 민법의 원칙은 표의자 자신이 정보환경을 정비하는 것이고, 표의자가 스스로 정보를 수집하지 않는 것이 정당한 경우에 한하여 상대방에게 정보제공의무가 인정된다. 小粥교수는 이 ‘정보환경정비책임’이 특정 사안에 있어서 사업자 측의 설명의무를 경감하

218) 本田純一, 上掲論文, 208面 以下.

219) 本田純一, 「契約規範の成立と範圍」, 一粒社, 1999, 96面.

220) 本田純一, 上掲書, 99面.

는 취지에서 정보수집의무를 강조하는 것이 아니라 정보제공의무의 체계적 위치를 파악하기 위한 것이라고 한다.²²¹⁾ 그리고 충분한 정보에 기초를 두지 않고 행해진 의사결정에 구속력이 없다고 할 수 있는 것은 상대방에게 정보환경정비책임이 부과되는 경우 등, 표의자의 정보환경정비책임이 면제되는 경우에 한정된다고 한다.²²²⁾

(4) 정보격차시정의무론과 자기결정기반정비의무론

潮見佳男교수는 투자거래상 정보제공의무에 초점을 둔 논고에서, 정보제공의무에 대하여 ‘정보격차시정의무’라는 관점을 강조하고 있다. 즉 투자거래상 정보제공의무는 당사자 간의 정보격차를 시정하는 것에 의하여 자기결정의 전제가 되는 정보환경을 확보하기 위한 것이며, 이러한 의미에서의 정보제공의무를 ‘정보격차시정의무’라고 한다.²²³⁾ 또한 潮見교수는 ‘권유방법의 부적정·불공정’한 경우에는 종래 ‘합의의 하자’론이 대상으로 해 온 자기결정 자체의 침해가 아니라 그 전제가 되는 자기결정기반 수준에서의 일방 당사자의 행위양태의 부당성이 문제로 되는, 이른바 ‘자기결정기반침해’가 정보제공의무위반에 의하여 문제된다고 한다.²²⁴⁾

그리고 潮見교수는 투자거래에 있어서 ‘자기결정에 기한 자기책임’원칙이 기능부전을 일으키고 있는 경우에는 소비자 보호와는 달리 山本敬三교수가 말하는 ‘기본권보호형 공서양속’에 속하는 ‘투자자보호 공서’의 문제로 된다는 것을 전제로 하고 있다.²²⁵⁾ 그는 종래의 ‘합의의 하자’의 구조에 포함되지 않은 형태의 자기결정권 침해가 있었던 경우에 ‘기본권 보호 공서’의 실현을 꾀하기 위하여 거래를 공서양속 위반에 의하여 무효로 할 가능성에 관하여 언급하고 있다. 이에 입각하여 潮見교수는 투자거래에서는 자기결정권의 확보라는 측면만이 아니라 투자판매자와 투자자 사이에 특별한 결합관계가 존재하는, 즉 양당사자의 거래적 접촉관계에서 일종의 신뢰관계가 형성되는 점을 간과해서는 안 된다고 한다. 그리고 경우에 따라서는 투자자에 대해 적절한 조언을 하는 일로 투자계획에 적극적 지원을 하도록 의무를 부

221) 이하의 기술을 포함하여, 小粥太郎, 前掲 “説明義務違反による損害賠償に関する二、三の覺書”, 39面 以下.

222) 小粥太郎, 上掲論文, 43面.

223) 潮見佳男, 前掲書, 125面; 同, 前掲 “投資取引と民法理論(4・完)-証券投資を中心にして”, 60面.

224) 潮見佳男, 上掲書, 126面.

225) 潮見佳男, 上掲書, 116面 以下; 山本敬三, 「公序良俗論の再構成」, 有斐閣, 2000, 10面 以下.

담시키는 행위규범으로서의 'best advice 의무'가 문제되는 경우가 존재한다고 한다.²²⁶⁾

그리고 潮見교수는 소비자계약법을 비교법적으로 검토하는 논고에서 동법의 입안 과정에서는 정면으로 다룰 수 없었던 것으로서 '자기결정기반의 정비를 목적으로 한 정보제공의무'라는 시점을 강조한다. 그리고 '중요사항의 설명의무'는 '자기결정의 전제가 되는 기반정비에 대하여 소비자·사업자 모두가 부담을 져야하는가'하는 관점에서 본래는 정보수집면에서의 자기책임이라는 사고에 기초 둔 근대민법의 원리를 소비자계약에서 수정하고, 정보수집 리스크의 일부를 소비자로부터 사업자에게 전가하는 것으로 이해할 수 있다고 한다.²²⁷⁾

제5절 정리 및 시사점

소비자계약상의 정보제공의무에 관한 주요 국가의 입법례를 살펴 본 바와 같이, 각 나라마다 상황에 따라 요건과 효과상의 차이는 있으나, 법의 규정에 의한 인정 근거나 법률효과로서 의무 위반에 따른 계약의 해소와 손해배상에 관하여 적용되고 있음을 알 수 있다.

첫째, 독일민법에서 개별규정들은 보면 정보제공의무 위반에 대한 책임을 모두 고의요건에 결부시키고 있다. 독일연방대법원 판례는 과실의 기망에 대하여 계약체결상 과실책임에 기한 손해배상책임을 인정하고 있고,²²⁸⁾ 학설은 계약체결상 과실책임이론은, 불법행위법의 장래의 계약당사자가 이미 계약교섭단계에서 지고 있는 특정한 의무 위반의 경우에 있어서 방치하고 있는 흠결을 고려하여 인정된 것이라고 강조하며, 계약해소청구권에 관한 계약의 해소를 지지하고 있다.²²⁹⁾ 이것은 손해배상법상 원상회복으로서 계약해소청구권과 금전에 의한 차액배상청구권을 인정하고 입법적 승인을 얻는 데까지 이른 것이다.²³⁰⁾ 그럼에도 불구하고 정보상의 과실책임을 부인하려면 정보제공의무 위반에 의해 보호되는 법익의 가치가 그 침해에 대하

226) 潮見佳男, 上掲書, 130頁 以下.

227) 潮見佳男, 上掲書, 449面 以下.

228) BGH, NJW 1962, 1196.

229) 박인환, 전계논문, 95면; Larenz, FS Ballerstedt, S.411.

230) 채권법채신에 의하여 개정된 독일민법 제311조 제2항 참조.

여 계약체결상 과실책임이 인정되는 다른 법익보다 보호가치가 적다는 가정이 전제 되어야 한다. 그러나 과실에 의한 정보상의 결정의 자유 침해로 인한 재산손해의 배상을 다른 법익에 비하여 덜 보호해도 좋다는 근거는 어디에서도 찾아 볼 수 없다. 또한 독일법에서 계약체결상 과실에 의한 정보상의 과실책임을 승인하는데 장애가 될 수 있는 것이 사기에 관한 독일민법 제123조의 고의요건이다. 왜냐하면, 흠결보충에 의한 정보상의 과실책임과 고의를 요건으로 한 사기규정과 의 긴장관계는 해결되지 못하고 있기 때문이다. 따라서 재산손해가 발생한 경우에 대하여는 법률 행위법이 완결적 규율을 하는 것이 아니므로, 과실의 기망에 대해서 계약체결상의 과실에 기한 손해배상책임을 인정하는 것은 사기규정을 무력화하는 것이 아니라고 하고 있다.

둘째, 프랑스에서 논의되고 있는 계약상의 정보제공의무에 대하여서는 1945년 Juglart가 제한된 범위 내에서 정보제공의무에 관한 논의를 제기한 이래, 현재는 하나의 일반적인 의무로 자리 잡아 가고 있다. 특히 판례에서 명백히 드러나고 있듯이 계약체결전, 장래의 계약 당사자, 계약 후보자라고 할 수 있는 자의 책임, 즉 계약체결전의 책임을 규명하려고 하는 규범으로서 기능하고 있다. 이것은 계약체결전에 당사자일방의 불성실을 원인으로 하여 이행 시에 명백하게 되는 문제에 대하여 타방 당사자를 구제하려는 법리인 것이다. 그리고 정보제공의무에 위반한 행위에 대한 규제는 합의의 하자로서 사기나 착오의 성립여부와 민사책임으로서 손해배상책임을 문제시 된다. 이러한 법리는 계약 당사자 간의 정보에 관한 불평등·불균형을 해소하려는 시각에서 출발하고 있다고 할 수 있다.

셋째, 영국법과 미국법은 개별적인 유형에 따라 계약교섭의 결렬에 따른 책임문제를 파악하고 있다는 점에서 일치하고 있지만 그 구체적인 내용에 있어서는 다소 차이가 있다. 우선 영국의 경우에는 청약의 구속력을 예외적으로나마 인정하는 판결은 발견되지 않으며, 미국의 판례 및 계약법 리스테인먼트 제90조가 채택하고 있는 확대된 의미의 특별한 약속에 대한 원칙도 받아들이지 않고 있다.²³¹⁾ 그 밖에 영국에서는 예비적 합의의 구속력에 대해 이를 부정적으로 보는 경향이 강하다.²³²⁾

231) 영국의 경우에는 아직 그러한 확대된 의미의 약속적 금반언의 원칙이 채택되지 않고 있다.

232) Atiyah, op. cit. p.102.

그러나 일정한 경우에는 부당이득과 부실표시와 같은 제도를 통해 계약교섭의 결렬에 따른 손해의 조정을 피하고 있다는 점에서는 양국 간에 공통점이 있으며, 우리 법의 경우에는 이미 청약의 구속력이 일반적으로 인정되고 있으므로 직접적으로 도움이 될 수 없을 것이다. 다만 이와 관련하여 앞의 2.(2)에서 소개한 Baird 판결이나 Drennan 판결의 사안과 대판 2001.6.15, 99다40418 판결의 사안²³³⁾이 기본적으로 유사하다는 점에 주목할 필요가 있다. 그런데 Drennan 사건 판결은 청약의 구속력의 예외적 인정을 통하여 문제를 해결하는 반면, 앞의 대법원 판결은 계약의 성립을 부정한 다음 불법행위책임의 성립여부를 검토하고 있다.²³⁴⁾ 물론 이는 후자의 판결의 경우 당해 사안에서 계약 성립의 전제가 되는 ‘계약의 본질적 요소’에 대한 합의의 존재가 인정되지 않는데 따른 필연적인 귀결이지만, 추후 구체적인 계약유형에 따라, 계약의 본질적 요소가 무엇인지 시사하는 바가 있다고 생각한다.²³⁵⁾

한편 부당이득은 이미 우리 민법상으로도 인정되고 있는 제도이므로 영미법상의 부당이득에 의한 해결사례들은 추후 우리나라에서 이와 유사한 사례들이 성립할 경우 참고가 될 수 있을 것이다. 그리고 부실표시에 의한 해결방법과 관련해서는 우리나라의 경우 직접 이에 상응하는 제도는 존재하지 않으나 영미법상 부실표시에 해당하는 사례들은 우리나라의 경우에도 과실불법행위의 한 유형으로 인정될 수 있을 것이다. 따라서 결렬된 계약의 교섭과정에서의 잘못된 설명·조언이나 정보제공 등을 이유로 하는 불법행위책임의 성립여부가 문제될 경우에는 영미법상의 부실표시 사례들의 구체적 내용을 참고할 필요가 있다고 생각한다.

그 밖에 미국 판례에 의해 인정되고 있는 이른바 확대된 약속적 금반언의 원칙은 애당초 이 원칙이 영미법 특유의 약인(consideration)이론을 전제하는 것이기 때문

233) 피고(하수급인이 되고자 하는 자)가 제출한 견적서 및 이행각서 등을 토대로 원고(원수급인)가 건설공사계약에 입찰하여 낙찰을 받았으나 그 뒤 피고가 시공방법변경에 따른 원가인상 등을 이유로 원고와의 하도급계약서에 서명날인을 거부한 사안임.

234) 이 판결에서 대법원은 원피고 사이에 공사시행방법과 준비, 공사비지급방법 등에 관한 합의가 없었음을 이유로 하도급계약의 성립을 부정하였다. 불법행위책임과 관련해서는 “어느 일방이 교섭단계에서 계약이 확실하게 체결되리라는 정당한 기대 내지 신뢰를 부여하여 상대방이 그 신뢰에 따라 행동하였음에도 상당한 이유 없이 계약의 체결을 거부하여 손해를 입혔다면 이는 신의성실의 원칙에 비추어 볼 때 계약자유의 원칙의 한계를 넘는 위법한 행위로서 불법행위를 구성한다고 할 것”이지만, 이 사건의 경우에는 정당한 기대 내지 신뢰가 존재하지 아니하였다”고 판시하였다.

235) 이와 관련하여, 지원림, “계약교섭이 부당하게 파기된 경우의 법률관계”, 「민사판례연구」 제25집, 민사판례연구회, 2003, 159면 이하, 168-171면; 이병준, “계약의 합의로 인한 구속력과 계약협상의 부당파기의 한계”, 「민사법학」 제25호, 한국민사법학회, 2004, 167면 이하, 178-185면 등 참조.

에 이를 직접 우리 법체계로 도입하는 것은 쉽지 않다고 본다. 그러나 미국 판례 및 계약법 리스태이트먼트 제90조가 제시하고 있는 이 원칙의 적용기준은 이미 우리 판례가 불법행위책임으로 이론구성하고 있는 부당과기 사례들에 있어서의 위법성 판단기준이 유사하다 할 수 있다.²³⁶⁾ 또한 예비적 합의의 구속력을 통한 해결방법과 관련해서는 우리나라에서도 일정한 거래영역에 있어서는 이른바 의향서가 작성되고 있다.²³⁷⁾ 따라서 그러한 경우에는 예비적 합의의 구속력에 관한 영미의 판례들이 직접 참고가 될 수 있으며, 비록 의향서 등이 작성되지 않은 경우라도, 예컨대 기존계약의 수정을 위한 교섭과정에서 추가예산이 확보되면 계약금액을 조정하고 이를 지급한다는 내용의 서면이 교부된 경우²³⁸⁾에는 그로부터 성실하게 교섭할 의무를 도출해 낼 수 있을지의 여부가 문제될 수 있다. 하지만 예비적 합의의 구속력에 관한 영미법에서의 논의는 많은 참고가 되리라 생각한다.

넷째, 일본의 소비자계약상 정보제공의무에 대한 법적 대응은 충분하지 못하다고 할 수 있다. 종래의 이른바 ‘업법(業法)’ 뿐만 아니라 ‘소비자계약법’ 또는 ‘금융상품 판매법’에서도 그 적용범위가 한정되어 있기 때문에 충분하게 해결할 수 없다고 지적된다. 민법상의 제 규정에 의한 해결도, 규정상 요건이 매우 엄격히 해석되고 있기 때문에 결국 해결이 곤란하다고 인식하고 있다. 그래서 일본에서는, ‘정보제공의무’라고 하는 개념을 활용함으로써 사기 또는 착오 등 의사표시규정의 요건완화를 시도하거나, 또는 ‘계약체결상의 과실’에 기한 책임이라고 하여 손해배상, 경우에 따라서는 계약의 해제까지 인정하려는 견해가 많으며, 후자에 관해서는 일본의 학설 또는 판례에 의한 이론의 전개에 큰 영향을 주고 있다.

그러나 최근에는, 당사자 간에 정보격차가 있는 거래에서 분쟁이 발생한 경우에 정보제공의무의 유무만으로 처리하는데 한계가 있음을 지적하고, 이와 다른 개념으로서의 이른바 ‘적합성원칙’을 활용하여 분쟁해결을 도모하고자 하는 견해가 최근 대두되고 있다.²³⁹⁾ ‘적합성의 원칙’은 증권거래 분야에서 이용되어온 개념인데, 최근

236) 대판 1993.9.10, 92나42897(채용통지 후 계약체결을 거부한 사건).

237) 김동훈, 전제논문, 50면 이하 참조.

238) 대판 2004.5.28, 2002다32301(이 판결의 원심판결에서는 피고에게 ‘예산확보 후 증액협의’의무를 인정하였다); 이에 관해서는 함윤식, “계약교섭의 부당과기로 인한 책임”, 『민사판례연구』 제27집, 민사판례연구회, 2005.2, 233면 이하, 299면 참조.

239) ‘적합성원칙’을 둘러싼 논의상황에 대해서는, 潮見佳男, 前掲書, 2004, 78면 以下; 同, 前掲 “投資取引と民法理論(2)-証券投資を中心として”, 6면 以下 참조.

투자거래 일반에서 “투자권유에 있어서 투자자의 투자목적, 재산상황 및 투자경험 등에 비추어 부적합한 증권거래 등을 권유해서는 안 된다는 원칙”으로 이해되고 있다.²⁴⁰⁾ 그러나 적합성원칙위반에 의한 책임을 묻는 경우의 위법성의 인정에 대해서는 정보제공의무위반과 마찬가지로 그 기준의 불명확함이 항상 따라다닌다는 문제가 발생하므로, 적합성원칙 위반에 의한 책임을 인정한다고 해도 그 근거나 내용에 대한 구체적인 분석을 행해져야 한다는 비판을 공통적으로 인식하고 있는 것으로 보인다.

240) 吉原省三ほか編集代表, 「金融實務大辭典」, 金融財政事情研究會, 2000, 1204面; 角田美穂子, “金融商品取引における適合性原則(1)-ドイツ取引所法の取引所先物取引能力制度からの示唆”, 「亞細亞法學」 第35卷 第1號, 2000, 147面; 川地宏行, “投資勧誘における適合性原則(2·完)”, 「三重大學法經論叢」 第18卷 第2號, 2001, 29面 以下 참조.

제3장 우리나라의 소비자계약상 정보제공의무의 법리

제1절 소비자계약의 의의와 특성

계약법은 계약의 양당사자가 합리적 이성인으로서 대등하다는 전제하에 기초되었기 때문에, 계약은 평등한 권리를 갖는 당사자에 의하여 자유롭게 체결된다는 계약 자유의 원칙을 근간으로 한다. 소비자계약에 있어서, 생산자는 자기가 원하는 것을 생산·판매하여 이익을 창출하고자 하며, 소비자는 무엇을 어느 정도의 가격으로 구매할 것인지를 결정하여 이익을 창출하려고 함으로써 가격을 흥정하면서 거래하게 되는데, 이 때 당사자는 각각 자신의 이익을 최대화하려고 노력한다. 이 때 서로의 거래조건을 원만하게 관철시키기 위해서 필요한 것이 소비자계약이다.

소비자계약이 일반 시민인 소비자에게 다가가기 위해서는 쉽고 편리한 법 내용이 전제되어야 한다. 그런데 우리 민법이 제정당시에는 소비자와 관련된 문제들이 아직 발생하지 않았거나, 충분히 인식되지 못하여 민법전에 소비자 관련 규정을 별도로 입법하지 못하였다.²⁴¹⁾ 물론 민법 안에 일방 당사자의 보호를 위한 규정들이 있고, 비록 그 규정들이 소비자문제를 예상하고 규정된 것은 아니지만 오늘날 소비자 보호를 위해 부분적으로 적용되고 있다. 그러나 이러한 민법상의 규정들만으로는 충분한 소비자보호가 되지 않기 때문에 우리 입법자는 다양한 소비자관련 법률들을 일반 사법과 별도로 특별법 형태로 제정하였다. 따라서 소비자보호 관련 특별법들은 그 형식적인 법체계의 측면에서 보았을 때 일반 민법보다는 부수적인 지위만을 갖고 있다. 하지만 현재의 거래실태를 보면 소비자보호법은 실제로 그 의미나 내용에 있어서 현재보다 더 큰 역할을 해야만 하며, 그러한 지위를 어떠한 방식으로 부여할지에 관하여 논의되고 있다.

241) 이와 같은 분석으로 김숙자, “민사법과 소비자법”, 『명지법학』 제3호, 명지대학교 법학연구소, 2004.12, 202면.

현재 세계적인 추세가 개별적으로 제정되었던 소비자관련 입법을 통합하는 것이므로 우리나라에서도 소비자보호법이 통합될 필요가 있다는 측면에서는 어느 정도 시각이 일치하는 것으로 보인다. 이미 2009년에 시작된 민법개정 작업에서 소비자법에 대한 통합논의를 계기로 본격적인 입법작업이 시작될 것으로 전망되고 있다.

우리 소비자법은 소비자행정으로 시작하였기 때문에 소비자기본법을 위시한 모든 소비자관련 특별법들이 사법적 규정만을 갖고 있는 것은 아니며, 소비자행정법, 형사법, 절차법적인 규정내용도 담고 있다. 소비자법의 발전과정으로 볼 때, 처음에는 소비자행정법으로 시작하였지만, 점차 소비자사법으로 이행을 하고 궁극적으로는 자유로운 시장의 원리에 맡길 수 있는 법적 환경을 만들어 주는 것이 목적인 것이므로 소비자사법을 독자적인 법영역으로 구분하는 작업은 필수적인 단계라고 할 수 있다.²⁴²⁾

현재 소비자계약법의 입법방향에 관하여 독일, 네덜란드 등의 민법전으로 통합하는 모델을 찬성하는 견해²⁴³⁾와 프랑스, 일본, 오스트리아, 이탈리아 등의 통일된 소비자특별법으로 통합하는 모델에 찬성하는 견해²⁴⁴⁾ 그리고 아예 소비자법의 무용성을 주장하는 견해²⁴⁵⁾ 등이 다양하게 제기되고 있는 가운데 최근 한 논문에서 통합론자들의 주장이 근거가 없고 논의가 아직 터무니없이 부족하다는 강한 비판이 나오면서²⁴⁶⁾ 논쟁의 대상이 세밀화되고 있다고 하겠다.

여기에서는 소비자계약상 정보제공의무를 논의하기 위한 전제로서, 소비자계약의 의의 및 특성에 대하여 살펴보고자 한다.

1. 소비자계약의 의의

소비자계약이란 일반적으로 사업자와 소비자 간의 계약을 말하고, 상품과 용역을

242) 이병준, “일반사법 체계 내에서의 소비자계약법의 지위”, 「강원법학」 제28권, 강원대학교 비교법학연구원, 2009.6, 62면.

243) 권대우, “민법과 소비자보호법”, 「민사법학」 제36호, 한국민사법학회, 2007.5, 127면; 이병준, “민법에서의 소비자의 지위와 소비자특별법의 민법전예의 통합”, 「민사법학」 제39-1호, 한국민사법학회, 2007.12, 205면.

244) 이병준, 전제 “일반사법 체계 내에서의 소비자계약법의 지위”, 62면.

245) 백경일, 전제 “소비자보호법의 존재의의 및 효용성에 대한 비판적 고찰 - 소비자보호법의 규범적 정당성과 경제적 실효성에 대한 분석”, 247면.

246) 백경일, 상계논문, 148면.

그 대상으로 한다. 독일의 경우, 독일민법이 소비자와 사업자 사이의 특수거래행위를 중심으로 소비자계약이라는 용어를 사용하고 있지만,²⁴⁷⁾ 오늘날에는 그 적용범위가 일반적인 거래에까지 넓혀지고 있다고 한다.²⁴⁸⁾ 말하자면 특수거래행위에 한정하지 아니하고 모든 형태의 소비자와 사업자 사이의 계약을 소비자계약으로 보고 있는 것이다. 독일은 2002년 1월 1일 발효한 독일채권법개정법률에서 소비자보호를 위한 민사특별법들을 민법으로 수용하였다.²⁴⁹⁾ 그래서 독일민법은 기존에 개별적인 소비자관련법에 흩어져 있던 소비자와 사업자의 개념을 편입하였고, 철회권과 반환권의 행사기간에 관한 내용을 민법 내에서 통일시켰다.²⁵⁰⁾

일본의 경우에도 소비자계약은 사업자와 소비자 간의 계약을 말하는 것으로 사용되고 있다. 일본은 2000년 4월에 소비자계약의 기본법으로서 소비자계약법을 제정하였고, 또한 금융상품판매 등에 관한 법률도 제정·시행하고 있다. 일본은 소비자계약법을 민법·상법에 대하여 특별히 소비자계약에 대해 적용되는 민사특별법으로 보고 있으며, 할부판매법 등 기타 소비자관련 법률과의 관계에서는 일반법의 지위에 있는 것으로 본다.²⁵¹⁾

미국의 경우, 소비자계약 일반에 적용되는 소비자계약법이라는 명칭의 법률은 존재하지 않는다. 그렇지만 소비자계약에 대하여 일반법에서 실질적으로 배려하고 있다. 즉 통일상법전과 계약에 관한 제2차 리스테이트먼트에서 소비자계약에 관한 규정을 두고 있고, 특히 통일컴퓨터정보거래법에서는 소비자계약에 관하여 명시적인 규정을 두고 있다. 통일컴퓨터정보거래법상에서 말하는 소비자계약은 상인인 라이선스허가자와 소비자 사이의 계약을 의미한다(UCITA §102(a)(16)).

우리나라의 경우, 할부거래에 관한 법률, 약관의 규제에 관한 법률, 방문판매 등에 관한 법률 등 소비자보호와 관련한 많은 개별법들이 제정되어 있고, 특히 소비자기본법이 제정²⁵²⁾되어 소비자계약과 관련하여 일반적인 규정을 하고 있다. 그러나

247) 독일민법 제310에서는 사업자와 소비자간의 계약을 소비자계약(Verbrauchervertrag)이라고 부르며, 제355조에서도 「소비자계약에서의 철회권」이라는 표제어로 소비자계약이라는 용어를 사용하고 있다.

248) 현대호, 「소비자계약관련입법의 체계화방안연구」, 한국법제연구원, 2003, 25면.

249) 독일소비자법의 민법전입에 대해서는 하경효, “소비자보호법의 통합수용”, 「독일채권법의 현대화」, 법문사, 2003, 135면.

250) 이병준, “독일민법상 소비자계약에서의 철회권과 반환권”, 「외법논집」 18집, 한국외국어대학교 법학연구소, 2005.2, 217면.

251) 安永正昭/임상혁 역, “일본에 있어서 소비자계약에 대한 법적 규율의 전개”, 「법학」 제42권 제2호, 서울대학교 법학연구소, 2001.7, 56면.

소비자계약이란 용어는 이러한 법률에서 사용되지 않고 있다.²⁵³⁾ 오늘날 일반인은 일상생활에서 수많은 소비자계약을 체결하면서 생활하고 있으므로, 결국 소비자계약의 의미는 사업자와 소비자의 개념정의에 따라, 그리고 입법자의 소비자보호의 범위에 따라 달라질 수 있다고 할 수 있다.²⁵⁴⁾

2. 소비자계약의 특성

(1) 당사자의 범위

소비자계약의 당사자는 기본적으로 사업자와 소비자이다. 여기에서 당사자의 범위를 명확히 하기 위하여 사업자와 소비자에 대하여 보다 자세히 살펴볼 필요가 있다. 우선, 사업자란 ‘사업을 행하는 자’를 말하는데, 여기서 사업이라 함은 타인에게 일정한 경제적 이익을 제공하고 그것에 상응하는 반대급부를 받는 행위를 계속적·반복적으로 하는 것을 의미한다. 따라서 자선행위나 단순한 기부행위와 같이 반대급부를 받지 않는 행위는 여기에 포함되지 않는다. 그리고 이러한 사업을 행하는 자는 자연인, 법인, 법인격 없는 사단이나 조합 등 여러 가지 모습을 띠고 있으며,²⁵⁵⁾ 법적 개념으로는 소비자기본법 제2조 제2호에서 물품을 제조(가공 또는 포장 포함)·수입·판매하거나 용역을 제공하는 자로 규정하고 있다.²⁵⁶⁾ 여기서 사업자성이 인정되기 위해서는 자기의 위험과 계산으로 일정 목적을 수행하기 위하여 동종의 행위를 반복적으로 행할 것이 필요하며,²⁵⁷⁾ 그 밖에 영리성과 독립성이라는 부가적인 요건을 갖추어야 한다. 또한 상법의 규정에 의한 상인도 사업자성이 있으므로

252) 1980년에 소비자보호법이 제정되었다가, 2007년에 소비자기본법으로 변경·제정되었다.

253) 다만 국제사법 제27조에서는 소비자계약이라는 용어를 사용하고 있다.

254) 사업자와 소비자의 정의에 대하여는 나중에 살펴보겠지만, 우리 소비자기본법 제2조에서는 사업자와 소비자의 정의에 대하여 다음과 같이 규정하고 있다. 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 자를 말한다. 2. “사업자”라 함은 물품을 제조(가공 또는 포장)를 포함한다. 이하 같다)·수입·판매하거나 용역을 제공하는 자를 말한다.

255) 권오승, 「경제법」, 법문사, 2008, 133면.

256) 독일민법 제14조 제1항에서는 “사업자란 거래관계의 체결시, 자신의 영업활동 또는 독립적 직업활동의 일환으로 행위하는 자연인 또는 법인 또는 권리능력 있는 인적회사”라고 하고 있으며, 일본의 소비자계약법 제2조 2항에서는 “사업자란 법인 그 외의 단체 및 사업으로서 또는 사업을 위한 계약의 당사자가 되는 경우에 있어서의 개인이라고 정의”하여 사업관련성을 가지는 법인과 개인 양자를 사업자로 보고 있다.

257) 김성천, “소비자개념에 관한 법제 개선방안”, 한국소비자보호원, 2004, 106면.

당연히 사업자가 되며, 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제2조 제1호, 부가가치세법 제2조에서도 사업자의 정의를 규정하고 있다.²⁵⁸⁾

다음으로, 소비자란 사업자가 제공하는 물품 및 용역을 소비생활을 위해서 구입하여 사용하거나 이용하는 자로서 사업자에 대립하는 개념이라는 점에서 공통적이다. 즉, 소비자는 첫째로 국민의 소비생활의 측면에서 본 개념이고, 둘째는 사업자에 대립하는 개념이며, 셋째는 소비생활을 영위하는 자로서 인식되고 있다. 한편, 외국학자의 소비자 개념에 대한 정의를 살펴보면, 먼저 독일의 폰 히펠(Von Hippel)은 ‘소비자란 개인적인 용도에 쓰기 위하여 상품이나 서비스를 제공받는 사람’²⁵⁹⁾이라고 하였고, 일본의 今村成和는 ‘소비자는 생활자이며 일반국민임과 동시에 거래과정의 말단에서 구매자로 나타나는 것’이라고 하였다. 또한 유럽의회의 1973년 소비자보호헌장 선언²⁶⁰⁾에서는 ‘소비자란 자연인 또는 법인으로서 사적 이용을 위하여 상품을 공급받거나 서비스를 제공받는 자’라고 정의하고 있다.²⁶¹⁾

한편, 소비자는 기업의 마케팅 차원에서 볼 때 기업의 직접적인 이해관계자로서 지속적으로 자기회사의 제품을 선호하여 구매하여 주기를 바라는 대상, 즉 고객이라 부른다.²⁶²⁾ 법적 개념으로는 사업자가 제공하는 물품 및 용역을 소비생활을 위하여 사용하거나 이용하는 자 또는 생산활동을 위하여 사용하는 자로서 대통령령이 정하는 자를 말한다(소비자기본법 제2조 및 동법시행령 2조).²⁶³⁾ 만약에 복수의 자연인이 당사자가 되어서, 하나의 계약을 사업자와 체결하는 경우에는, 일반적으로 그 복수의 자연인 사이에 어느 정도의 공동행위성이 인정되지만, 이러한 경우 모두를 단체로 보고 개인성을 부정하는 것은 곤란하다. 예를 들어, 같은 동에 거주하는 주부들이 모여서 어느 상점에서 특정의 상품을 공동으로 구입하는 계약을 체결하는

258) 1. 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제2조 1호에서 “사업자”라 함은 제조업, 서비스업, 기타 사업을 행하는 자를 말한다. 사업자의 이익을 위한 행위를 하는 임원·종업원·대리인 기타의 자는 사업자단체에 관한 규정의 적용에 있어서는 이를 사업자로 본다. 2. 부가가치세법 제2조 제1항 1호는 사업목적이 영리이든 비영리이든 관계없이 사업상 독립적으로 재화(제1조에 따른 재화를 말한다. 이하 같다) 또는 용역(제1조에 따른 용역을 말한다. 이하 같다)을 공급하는 자(이하 “사업자”라 한다), 2호는 재화를 수입하는 자, 제2항은 제1항에 따른 납세의무자는 개인·법인(국가·지방자치단체와 지방자치단체조합을 포함한다)과 법인격이 없는 사단·재단 또는 그 밖의 단체를 포함한다.

259) E. Von Hippel, *Verbraucherschutz*. 3.AufL., 1986, S. 3.

260) 今村成和, “消費者保護法の批判的 検討”, 「私的獨占禁止法の研究(四)」, 1995, 319面.

261) 김은경, “유럽공동체법에서의 소비자정책의 개관”, 「유럽연구」 제23호, 한국유럽학회, 2006, 64면.

262) 손용석, 「마케팅관리」, 세학사, 2004, 68면.

263) 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제1조, 제3조의 2 제1항 제5호, 제30조, 방문판매법 제2조 10호 등 기타 상거래 관련법률에도 소비자를 정의하고 있는데 소비자기본법과 동일한 내용이다.

경우에는 개인으로 보아야 할 것이다. 공동으로 계약을 체결할지라도 정보·교섭력의 격차는 일반적으로 해소되지 않고, 소비자계약으로 보아 보호할 필요가 있다 할 것이다.²⁶⁴⁾

(2) 당사자의 비대칭성

소비자계약의 당사자인 사업자와 소비자는 비대칭성을 갖는다. 즉 정보와 기술조작, 조직력과 시장지배력 등에 있어서 사업자는 우월한 지위에 있고 소비자는 열등한 지위에 놓여 있다.²⁶⁵⁾ 소비자가 계약을 체결하고 그 결과를 자기책임 하에 부담하기 위해서는 충분한 정보가 주어지고 자발적인 의사결정이 전제조건일 것이다. 그러나 현대의 소비자 거래에 관한 정보가 고도화·전문화되어 있는 상태에서, 소비자는 사업자에 비하여 정보력에 있어서 열등한 지위에 있을 수밖에 없다. 즉, 소비자는 거래의 객체를 특정하고 그 가격을 결정하기 위한 자료를 획득하고 인식함에 있어서 사업자에 크게 의존하고 있다. 그리고 오늘날의 경제사회에 있어서는 각 사업자들이 공동행위나 기업결합 등을 통하여 시장지배력을 형성하고, 또 그 시장지배력을 이용하여 상품이나 서비스의 가격이나 거래조건을 일방적으로 결정·유지 또는 변경하는 경우가 자주 있기 때문에, 소비자는 상품을 구입하는 과정에서 가격이나 거래조건에 결정에 참여할 수 있는 기회를 갖지 못하고, 사업자들이 일방적으로 제시하는 가격이나 거래조건을 수동적으로 받아들일 수밖에 없는 경우가 많다.²⁶⁶⁾ 나아가 소비자는 유통의 최종단계에 놓여있기 때문에 부당한 가격이나 품질의 결함 등으로 인하여 받은 피해는 소비자의 생명이나 건강에 대한 침해 또는 경제적인 손실로서 그 소비자가 최종적으로 부담하게 되므로 소비자의 열등성은 더욱 심화된다. 이에 일본의 소비자계약법은 제1조 동법의 목적에서 “소비자와 사업자간의 정보의 질, 양, 및 교섭력의 격차를 감안하여”라고 하여 소비자계약의 비대칭적인 특성을 담고 있다.

264) 落合誠一, 「소비자계약법」, 有斐閣, 2001, 54面.

265) 大村敦志, “消費者·消費者契約の特性 - 中間報告(2)”, NBL 第476號, 1991, 44面.

266) 최길자, “소비자계약에 관한 비교법적 연구”, 서울대학교 대학원 박사학위논문, 2011, 20면.

(3) 약관에 의한 계약

소비자계약은 주로 약관에 의하여 이루어진다는 특성을 갖는다. 약관이란 계약의 일방당사자가 다수의 상대방과 계약을 체결하기 위하여 일정한 형식에 의하여 미리 마련해 놓은 계약의 내용 내지 조건을 가리키는데(약관규제법 제2조 제1항), 이러한 요건이 충족되면 구체적인 형태, 명칭 범위 등에 상관없이 약관으로 인정된다. 약관은 사업자가 자기에게 유리한 방향으로 일방적으로 정하는 것이 보통이므로 약관을 규제할 필요가 있게 되는데, 약관을 규제하는 방식에는 약관이 사용되는 거래의 분야에 따라 별도로 규제하는 개별적 규제방식과 모든 분야의 약관을 일률적으로 규제하는 일반적 규제방식이 있다.²⁶⁷⁾ 약관의 본질인 약관의 구속력의 근거와 관련하여 판례는, “보통보험약관을 포함한 이른바 일반거래약관이 계약의 내용으로 되어 계약당사자에게 구속력을 갖게 되는 근거는 그 자체가 법규범 또는 법규범적 성질을 갖기 때문은 아니며 계약당사자가 이를 계약의 내용으로 하기로 하는 명시적 또는 묵시적 합의를 하였기 때문”이라고 판시하고 있는 바,²⁶⁸⁾ 소비자가 약관에 의하여 계약을 체결한 경우에 소비자는 약관의 내용에 합의한 것으로 보고 있다.

약관의 규제에 관한 법률(이하 ‘약관규제법’이라 함)은 계약의 일방 당사자로서 상대 당사자에게 약관을 계약의 내용으로 할 것을 제안하는 자를 ‘사업자’로, 계약의 일방 당사자로부터 약관을 계약의 내용으로 할 것을 제안 받은 자를 ‘소비자’로 각 정의하고 있다(동법 제2조 제2호, 제3호). 약관은 계약의 일방 당사자가 구체적인 계약을 전제로 하지 않고 일정한 종류의 거래에 일률적으로 적용하기 위하여 사전에 작성한 후 필요할 때마다 사용하는 계약의 초안의 성격을 가진다는 점에서, 양당사자가 계약의 내용을 개별적으로 합의한 개별약정과는 구별된다.²⁶⁹⁾

예컨대 소비자계약은 사업자가 일방적으로 정한 약관에 의하여 체결되는 것이 보통이므로, 계약내용이 소비자에게 불리한 경우가 있을 수 있기 때문에 약관규제법에 의하여 규제되고 있지만, 소비자는 사업자에 비하여 정보력 등에서 차이가 있으

267) 이은영, 「약관규제법」, 박영사, 1994, 23면 이하; 이은영, “약관법과 민법과의 관계, 계약내용통제 및 일부 무효와 관련하여”, 「외법논집」 제34권 제4호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2010.11, 193면 이하; 송오식, “소비자계약의 유형과 법적 규제”, 「법학논총」 제27집 제1호, 전남대학교 법률행정연구소, 2007.6, 277면.

268) 대판 2004.11.11, 2003다30807; 대판 1991.9.10, 91다20432; 대판 1985.11.26, 84다카2543.

269) 권오승, 전제서, 442면.

므로 약관규제법에 의하여 규제를 하는 것만으로는 소비자를 보호하는데 한계가 있을 수 있다. 그러므로 소비자계약상 사업자에게 소비자에 대하여 정보제공의무를 부여할 필요성이 있게 된다.

(4) 변형계약(비전형계약) · 부합계약

대부분의 소비자계약은 변형계약 내지 비전형계약이라 할 수 있다. 일반적으로 소비자계약은 매매, 교환, 임대차, 소비대차, 도급, 위임계약, 임차계약 등 전형계약에 속하지만, 예컨대 매매계약인 경우에도 할부매매, 방문판매, 소유권 유보부매매, 다단계판매, 통신판매, 전화권유판매 등 다양하게 변형되고 있고, 신용카드거래계약, 리스계약, 팩토링계약, 의료계약, 여행계약 등 비전형계약이 많다.²⁷⁰⁾

또한 소비자계약은 부합계약의 형태를 띠는 경우가 대부분이다. 소비자계약에서 사업자가 대량거래를 신속하고 확일적으로 처리하면서 안정된 계약을 확보하고, 일정한 경우에 자기 책임을 면제 혹은 경감시키기 위하여 상대방인 소비자의 권리를 제한한다든지 상대방인 소비자에게 일정한 의무를 부과하는 경우가 많다. 예를 들면, 전기·가스의 공급, 운송서비스의 제공, 전화통신계약, 보험계약, 보증계약, 운송계약과 같은 계약은 거래에서 부합계약의 형태를 취하고 있다. 이들 계약에서 소비자는 계약내용은 물론 계약체결 여부의 자유도 충분히 가지지 못하게 되고, 계약자유의 원칙의 적용이 제한된다는 특징이 있다.

270) 한삼인, 「계약법」, 화산미디어, 2011, 676면. 이하에서는 신용카드거래, 리스계약, 여행계약, 의료계약 등을 통칭하여 '신종계약'이라고 부르고 있다.

제2절 정보제공의무의 개념과 법적 성격

1. 의의

현대사회가 고도로 분업화·전문화됨에 따라 경제구조는 보통사람이 가늠하기 힘들 만큼 복잡하여졌고, 이에 따라 당사자 간의 정보의 수집·보유·관리·분석 등 모든 면에 있어서 정보의 불균형 내지 비대칭성이 나타나고 있다. 또한 소비자 거래나 금융거래로 대표되는 바와 같이, 그 계약내용 또한 복잡화되고 전문화되어 가고 있다.

그에 따라 지식이나 기술을 가진 전문가와 비전문가간의 계약, 사업자와 소비자간의 계약, 혹은 사업자와 사업자간의 계약에 있어서 계약자유원칙이 그대로 관철되어도 좋은가 하는 의문이 제기되고 있다. 더욱이 무경험의 계약당사자가 본래 자기책임에 의해 수행하여야 할 정보의 수집 및 분석을 계약 상대방에게 의존하지 않을 수 없는 거래형태가 점점 더 증가하고 있는 추세이다. 이러한 현실적 상황에서 제기되는 의문과 같은 맥락에서 등장하게 된 것이 바로 계약당사자의 정보제공의무에 관한 논의이다.

‘계약체결과정에서의 정보제공의무’란 거래관계에서 보다 많은 정보를 보유하고 있는 일방당사자가 상대방에게 모든 사정을 충분히 알고 나서 계약체결의 의사결정을 할 수 있도록 계약체결의 의사결정을 좌우할 만한 중요한 사항에 대하여 일정한 정보를 제공하도록 하는 의무를 말한다. 즉 계약교섭과정에 있는 당사자에게 일정한 사항에 대한 명시·설명의무를 부과하는 것이다. 이는 채권자와 채무자를 상호 대립하던 관계로 보던 전통적인 계약관에서 탈피하여 계약관계를 채권자와 채무자가 공통의 이익을 추구하는 협력관계로 이해하는 근대계약법의 특징인 계약당사자 사이의 협력의무로부터 파생된 것으로 보기도 하는데, 비교법적으로 프랑스에서 일찍부터 논의된 것²⁷¹⁾으로 보인다.

독일에서는 계약당사자들 간의 정보의 불균형을 조정하고 고객을 돕기 위하여 계

271) Y. Picod, Le devoir de loyauté dans l'exécution du contract, LGDL, 1989, n°85; BGHZ 11, 80; MünchKomm/Emmerich, vor § 275 RdNr. 250ff.

약준비단계에서의 다양한 의무²⁷²⁾에 의해 기업이 고객에게 정보를 제공하도록 하며, 계약준비단계에서 고객이 전적으로 경험이 없거나 정보에 어두운 것을 이용한다는 지 무지 및 고객의 단순성을 이용하여 거래의 중요한 부분을 밝히지 않은 채 방치하거나 진실에 반하여 또는 불완전하게 정보를 전달한 경우에 고객을 보호하려고 한다.²⁷³⁾ 우리나라에서도 계약체결과정에서 일방 당사자의 과실로 말미암아 계약이 파기된 경우에는 채권관계를 폭넓게 인정하여 불법행위책임뿐만 아니라 계약책임을 지우고 있다.²⁷⁴⁾

한편, 계약유형에 따라서는 보험계약상의 고지의무, 약관규제법상의 약관의 설명의무, 가맹사업거래에서의 정보제공의무, 의료사고와 관련된 의사의 설명의무, 제조물책임법에 있어서의 제조물의 위험에 관한 경고·설명 의무, 기타 채권자의 보증인에 대한 정보제공의무 등과 같이 다양한 설명의무가 법률상 관례상으로 성립·발견해 가고 있다. 이러한 정보제공의무는 처음에는 사업자와 같은 전문가와 비전문가의 관계에서만 적용되어 왔으나, 오늘날에는 비전문가간의 계약교섭 또는 계약체결 과정에도 적용되어 가고 있으며, 특히 일방 당사자의 판단능력이 낮거나 나이가 많은 등으로 인하여 정보량의 격차가 발생하는 경우에도 적용되어 가고 있다.

요컨대 소비자계약상 정보제공의무는, 계약당사자 간에 정보량의 격차가 있을 때 요구되는 것으로, 계약당사자의 일방이 계약에 필요한 정보를 알고 있거나 알 수 있어야 하며, 정보량에서 우위에 있는 일방당사자가 상대방의 계약체결의 의사결정에 필요하고 중요한 사정에 대하여 정보를 알려야 한다는 점이 중요한 지표라고 할

272) 설명의무(Hinweispflicht), 자문의무(Beratungspflicht), 교시의무(Belehrungspflicht), 안내의무(Auskunfts pflicht), 고지의무(Anzeigepflicht), 공개의무(offenbarungspflicht), 조회 의무(Erkundigungspflicht), 통지의무(Mitteilungspflicht), 해명의무(Aufklärungspflicht) 등이 이에 속한다. 최상호, 전제 “계약체결과정에 있어서의 정보제공의무”, 63면.

273) 이종복, “계약준비단계와 민법 - 계약전 형태에 관한 민법상의 규범화의 추세”, 「사법관계와 자율」, 이종복교수논문집, 1993, 193면.

274) 박윤직, 「채권각론」, 박영사, 2003, 55면 이하; 김형배, 「채권각론(계약법)」, 박영사, 2001, 125면; 우리 민법에서 불법행위법에 의하여 포섭되기 때문에 계약책임에의 포섭에 부정하는 견해로는 양창수, “계약체결상의 과실”, 고시계, 제347호, 국가고시학회, 1986.1, 52면 이하; 대관 2003.4.11, 2001다53059; 대관 2004.5.28, 2002다32301. 한편, 우리 민법은 제535조에서 원시적 불능을 목적으로 한 계약을 체결한 경우에 과실 있는 자에게 손해배상책임을 지우고 있을 뿐, 계약체결상의 과실책임에 관한 일반규정은 두고 있지 않지만, 독일민법 제241조 2항은 당사자에 대하여 채권관계로부터 상대방의 권리와 법익, 이익에 관한 배려의무가 발생할 수 있음을 규정하고 있고, 제311조는 약정채권관계 및 약정유사채권관계라는 제목 하에 제2항에서 제241조 2항에 따른 배려의무가 계약교섭이나 당사자의 일방이 발생 가능한 법률 행위적 관계를 고려하여 상대방에게 자신의 권리, 법익과 이익에 영향을 미칠 수 있는 가능성을 부여하거나 또는 이를 위탁하는 계약교섭의 준비 및 이와 유사한 거래적 접촉에서도 성립한다고 규정하고 있다.

수 있다.²⁷⁵⁾

(1) 고지의무 · 설명의무와의 관계

1) 고지의무

고지의무란 계약당사자의 일방이 타방에 대하여 계약과 관련한 사항에 대하여 알릴 의무를 말한다. 민법상에서는 증여자가 그 물건이나 권리에 하자나 흠결을 알고도 수증자에게 고지 않는 경우에, 담보책임을 지도록 하고 있으며(제559조 제1항 단서), 판례는 “부동산 거래에 있어 거래 상대방이 일정한 사정에 관한 고지를 받았더라면 그 거래를 하지 않았을 것임이 경험칙상 명백한 경우에는 신의성실의 원칙상 사전에 상대방에게 그와 같은 사정을 고지할 의무가 있다”고 판시하고 있다.²⁷⁶⁾ 또한 진료계약에서 환자는 자기의 질병 · 증세 · 병력 · 알레르기 체질 · 거부반응 등 당해 진료에 필요한 사항을 숨김없이 사실대로 의사에게 알려야 한다.²⁷⁷⁾ 고지의무가 가장 문제되는 것은 보험계약에서일 것이다.²⁷⁸⁾ 대표적 소비자계약인 보험계약의 체결시 소비자 측인 보험계약자 또는 피보험자가 사업자인 보험자에 대하여 계약 전 중요한 사실을 고지하지 않거나 중요한 사항에 대하여 부실한 고지를 하여서는 안 될 의무를 부담하는데(상법 제651조), 통지의무라고도 한다.²⁷⁹⁾ 법률이 이와 같이 독자의 고지의무를 두게 된 것은 보험제도의 특수한 기술적 구조에 근거한 것이라고 할 수 있다.

매매계약에서 매수인이 매도인에게 매매목적물의 계약적합성을 갖추지 못한 경우 고지할 의무가 있는 것인가에 대하여 생각할 수 있는데, CISG 제39조 제1항은 ‘매수인이 발견했거나 발견해야 하는 계약의 비적합성에 대하여 상당한 시간 내에 특

275) 최상호, “계약상의 정보제공의무에 관한 연구 - 사기와 착오법리의 적용관계를 중심으로”, 채권법에서 자유와 책임(김형배교수화갑기념논문집), 박영사, 1994.10, 170면; Y. Boyer, L'obligation de renseignements dans la formation du contrat, th. Aix, 1977, no 257.

276) 대판 2007.6.1, 2005다5812, 5829, 5836; 대판 2006.10.12, 2004다48515.

277) 이은영, 「채권각론」, 박영사, 2005, 708면.

278) 보험계약자의 고지의무 이행은 그 전제가 보험계약자가 체결하기를 원하는 상품에 대한 설명이 전제되어야 한다.

279) 이와 같은 의무는 권리에 대립하는 의무는 아니나, 만약에 위반하였을 때에는 보험자는 일정한 요건하에서 그것에 따라서 보험금을 취득할 수 없는 불이익을 입게 된다. 보험계약자의 통지의무나 보험료지급의무와 같이 계약체결로 인하여 생긴 의무가 아니고 이른바 간접의무에 속하는 것으로서 보험자는 이를 강요할 수 없으며, 이에 위반하였다 하더라도 손해배상을 청구하지 못한다.

정하면서 고지하지 않은 경우에는 상품의 하자에 대한 권리를 상실한다'고 하며, 네덜란드 민법의 매매규정 또한 매수인에게 동일한 고지의무를 부과하고 있다.²⁸⁰⁾ 유럽소비자매매지침에서는 각 회원국들에게 선택가능성을 주면서, 소비자의 이익을 위하여 소비자가 계약 비적합성을 발견한 후 2월 이내에 매도인에게 고지할 의무를 부과하도록 하고 있다.²⁸¹⁾

이처럼 정보제공의무가 정보우위자인 전문가 또는 사업자에게 부과되는 의무라면, 고지의무는 소비자 측에서 자기의 권리를 보장받기 위해서 사전에 혹은 계약 성립 후 일정기간 안에 전문가 또는 사업자에게 일정한 사항을 알려야 할 의무이다. 이 또한 계약관계에서 발생하는 것이 아니라 법정 의무라고 보아야 할 것이다.

2) 설명의무

설명 의무란 전문가인 의사에게 주어진 의무로서 가장 많이 다루어지는데,²⁸²⁾ 계약 체결과정이나 계약성립 후 전문가나 사업자가 계약체결 전 혹은 계약성립 후 비전문가나 소비자에게 계약의 중요한 내용이나 사항 등에 대하여 설명해 주어야 하는 소비자의 자기결정권을 위하여 인정되는 의무이다.²⁸³⁾ 약관의 규제에 관한 법률 제3조 제3항에서는 사업자는 고객에게 계약체결에 있어서 약관에 정하여져 있는 중요한 내용을 고객이 이해할 수 있도록 설명을 해주도록 하고 있으며, 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제47조가 금융투자업자가 일반투자자에게 금융투자상품의 내용, 투자에 따르는 위험, 그 밖에 대통령령으로 정하는 사항을 일반투자자가 이해할 수 있도록 설명할 의무를 부과하고 있다.

정보제공의무가 계약성립 전에 계약의 의사를 결정할 수 있는 중요한 사항을 제공할 의무라면, 설명의무는 계약성립시 계약의 내용에 대하여 중요한 사항을 설명해야 할 의무 혹은 계약성립 후 자기결정권을 위한 중요한 사항의 설명의무라는 점에서 양자가 차이가 있다. 그러나 양자가 항상 이와 같이 명백하게 구분될 수 없고

280) Dutch sales law, Article 7:23 BW.

281) Article 5 paragraph 2 CSD.

282) 설명의무는 의료인이 직접 환자에게 이행하여야 한다. 환자의 동의는 의사표시가 아니고, 진료행위상 환자의 신체에 대한 의료인의 침해행위를 승낙하는 의사적 표현이다.

283) 판례나 문헌에서는 일방의 계약 당사자는 신의칙이나 거래관행에 따라서 타방 당사자에게 상당하게 설명을 하여야 한다고 하고 있다. 위계찬, 전제 “계약체결과정에서의 설명의무의 근거”, 169면.

중복되는 경우가 많다.²⁸⁴⁾ 의사의 설명의무의 법적 근거에 대하여는 자기결정권에서도 구하기도 하고, 계약상의 의무, 직무상의 의무에서 찾기도 하는데 계약상의 부수 의무로 보아야 할 것이다. 실무에서 간혹 위의 고지의무위반과 약관설명 의무위반이 공존할 때 그 효력과 관련하여 다투어지기도 하는데, 이것은 그 대상이 중첩이 되는 부분이 존재할 때 발생하게 된다.²⁸⁵⁾

(2) 경고의무 · 조언의무와의 관계

1) 경고의무

경고의무는 이행의 목적물이 위험성을 내포하고 있는 경우에 그 위험에 대하여 경고하여야 할 의무를 말한다. 경고의무는 계약당사자에게 인정되는 것이라기보다는 위험성을 내포하는 물건의 제작과 유통에 관하여 인정되는 의무로서 소비자기본법은 제조자·수입업자·판매자 등에게 제조물의 위험방지를 위하여 제품이나 포장의 사용방법의 설명이나 위험의 경고를 하여야 할 의무를 부과하고 있고(동법 제16조, 제53조), 행정관청에 대하여는 설명·경고를 위한 표시기준을 정할 것을 명하고 있다(동법 제6조, 제8조). 특히 제조물책임법 제2조 2호 다항에서 ‘표시상의 결함’에 대해서 규정하고 있다. 예를 들어 위험한 물건을 생산한 자는 그 사용방법에 관한 정보를 제공하는 것만으로는 불충분하고, 발생할 수 있는 통상적인 위험에 관하여 경고할 의무가 있음을 강조하고 있는 것이다.

2) 조언의무

조언의무는 변호사·감정평가사·공인회계사·세무사 등 전문가로서의 의견을 개진하여 표의자의 의사결정 방향에 영향을 줄 목적으로 이행되는 의무이다. 조언의무가 계약의 급부내용일 경우도 있으나 일정한 거래의 전문적 우월성에 기하여 조언계약과 상관없이 조언의무가 발생하게 된다.²⁸⁶⁾

284) 정보제공의무를 설명의무, 고지의무, 통지의무, 조언의무와 동의어로 이해하는 견해도 있다(위계찬, 상계 “계약체결과정에서의 설명의무의 근거”, 168면 참조).

285) 대판 1995.8.11, 94다52492.

286) 프랑스법원에서도 공증인, 변호사, 의사 등 일정한 전문인들에게는 조언계약과 관계없이 조언의무의 존재를 인정해왔는데 변호사와 공증인에게 가장 엄격히 적용하고 있으며, 그 밖에도 상인도 필요한 경우에는, 고객이

계약관계의 측면으로 파악할 때, 이러한 의무는 계약당사자 일방이 타방에게 일정한 범위의 정보를 제공하기로 하는 계약으로, 통상 전문가와의 위임계약에 부수하여 체결되는 정보제공계약의 경우를 말한다. 즉 정보제공을 업으로 삼는 전문가가 대가를 받고 정보를 제공한 경우, 정보제공자는 그 정보의 오류에 대하여 담보 책임을 져야 한다.

2. 법적 성격

계약교섭이 시작되면 당사자는 상호간에 상대방의 신뢰에 반하지 않도록 하여야 하며, 상대방의 권리나 법익 혹은 이익에 대하여 침해하지 않을 의무를 부담하게 된다. 소비자계약에서 사업자와 같이 소비자에 비하여 어떤 거래에 관하여 지식정보수집능력을 가지는 당사자에 대하여 정보제공의무가 인정된다고 할 때 이러한 의무를 어떻게 이론구성할 것인가가 문제된다. 정보제공의무는 계약체결단계에서 주관적으로는 상대방의 의사결정에 중요한 사실과 객관적으로는 목적인 행위와 내부적 관련이 있는 중요한 사실의 제공을 내용으로 하는 의무이다.

사업자의 정보제공의무의 법적성격을 논하려면 채무구조론과 관련된 기존의 논의를 살펴볼 필요가 있다. 계약이 성립하면 당사자는 채권·채무관계 속에 편입되며 채무자는 채권자에게 일정한 행위를 하여야 할 의무, 즉 계약의 유형을 결정짓는 급부의무를 부담하게 된다. 뿐만 아니라 채무자는 급부의무에 수반하는 신의칙상의 다양한 부수의무를 부담하며, 계약교섭시부터 계약종료 후까지 계약의 일방은 타방에 대하여 생명, 신체, 재산상의 법익이 침해당하지 않도록 배려해야 하는 계약법상의 보호의무를 인정하기도 한다.²⁸⁷⁾ 어떠한 이익을 보호하는 의무인가라는 기능의 관점에서, 급부이익보호와 급부이익 이외의 계약체결 전에 이미 가지고 있었던 현상이익 내지 완전성이익보호로 크게 분류할 수 있다. 부수의무는 급부의무의 발생,

선택한 제품 대신 적합한 대체물건을 추천해야 하며 때에 따라서는 고객이 부적합한 물건을 구매하는 것을 만류해야 하는 의무도 있다고 한다. 이는 상인은 고객에게 조언할 수 있기 위해, 고객이 정확하게 필요로 하는 것을 알아야 하기 때문이라는 점을 든다(남궁술, “법규범의 발전과 판례(프랑스민법상 ‘안전배려의무’와 ‘정보제공의무’의 발전에 있어서의 판례의 역할을 중심으로)”, 「민사법학」 제28호, 한국민사법학회, 2005.6, 327면; Civ. Ire, 5 déc. 1995, Bull. civ., I.453; Civ.Ire, 7 avril 1998, Bull. civ., I.150).

287) 김상용, 「채권총론」, 화산미디어, 2009, 32면.

이행, 소멸과정에서 급부이익 및 가치의 실현·보호를 위한 의무로서 인정된다.²⁸⁸⁾ 오늘날에는 부수의무의 시간적 범위를 확대하여 채권·채무가 성립하기 이전단계에서부터 신의칙상 당사자가 부담하는 것으로 보며, 이에는 보호의무·배려의무·경계의무·충실의무·설명 의무·통지의무·정보제공의무 등과 같은 여러 가지 행위의무가 발생한다.²⁸⁹⁾ 특히 보호의무를 부수의무와 구분하여 인정하는 견해에서는 상대방의 생명, 신체, 재산 등에 손해를 주어서는 안 된다고 하는 일반적인 주의의무가 계약교섭에 들어감으로써 부담하게 된다.²⁹⁰⁾ 이는 구체적인 급부의무와 관련관계를 가지는 부수의무를 인정하는 시간적 범위가 확대되어 가는 추세라는 것을 말해주고 있다.

소비자계약에서 정보제공의무의 법적성격을 규명하는 것은 매우 어렵다. 왜냐하면 원래 정보제공의무 자체가 채무자가 하여야 할 행위에 착안한 의무이고 어떠한 이익이 침해되었는가 하는 것은 문제가 되지 않기 때문에 그 성격을 일률적으로 말할 수 없기 때문이다.

소비자계약상 정보제공의무는 양당사자에게 요구되는 의무가 아니라 일방당사자에게만 요구되는 의무라는데 그 특징이 있다. 일반적으로 정보제공의무는 계약당사자 간에 정보량의 격차를 시정하기 위하여 신의성실의 원칙, 계약정의의 실현이라는 이상으로부터 합의의 형성단계에 있어서 양당사자에게 인정되는 의무로서, 결과적으로 계약당사자의 의무를 확장시키고 있기 때문에 계약자유의 원칙을 수정하는 기능을 가지고 있다.

학설은, 정보제공이 계약상 급부의무로 되는 계약에서는 당연히 계약상의 급부의무로 보아야 하지만, 계약상의 급부의무로 되지 않는 계약에서는 정보제공의무는 신의칙상의 부수의무 내지 거래상의 주의의무로 보아야 할 것이라고 한다.²⁹¹⁾ 즉 정보제공의무의 법적 성격을 신의칙에서 파생된 부수적 주의의무로 보고 있으며, 급부의무와 밀접한 관련을 맺으며, 급부의무의 흠결을 보충해 준다고 하고 있다.

288) 송오식, 전제 “소비자계약에서 정보제공의무”, 88면.

289) 송오식, 상계논문, 89면.

290) 판례도 보호의무를 인정하고 있다. 고용계약이나 노무도급계약상의 사용자(대판 1999.2.23, 97다12082; 대판 2002.11.26, 2000다7301), 기획여행계약에서의 여행업자(대판 1998.11.24, 98다25061), 숙박업자(대판 1997.10.10, 96다47302) 등에서 인정하고 있다.

291) 송오식, 전제 “소비자계약에서 정보제공의무”, 90면; 최상호, 전제 “계약체결과정에 있어서의 정보제공의무”, 4면.

요컨대, 소비자계약상 정보제공의무의 법적 성격에 있어서, 계약상 정보제공의무에 관하여 특별한 약정이 있는 경우에는 계약상의 급부의무가, 그리고 법률상 정보제공의무가 규정되어 있는 경우에는 법률상의 급부의무라고 해야 할 것이다. 그러나 일반적으로 소비자계약에 있어서 계약상 정보제공의무를 약정하는 경우는 매우 드물 것이므로 정보제공의무를 계약상의 급부의무라고 말하는 것은 어렵다. 또한 소비자기본법이나 기타 소비자계약관련 특별법상에서 정보제공의무에 관하여 규정하고 있는 경우에는 법률상의 급부의무라고 해야 할 것이다.²⁹²⁾ 원래 계약에 기한 당사자는 계약에 기한 의무에는 주된 급부의무 뿐만 아니라 권리와 의무를 실현함에 있어 신의에 좇아 성실하게 행동하여야 할 의무(부수적 주의의무)가 포함된다고 하고 있다.²⁹³⁾ 즉 신의칙에 의하여 부수적의무가 성립하는데 이것은 신의칙이 급부의무 또는 명시적으로 규정되어 있는 종된 의무에 작용하여 이를 확장함으로써 나타나는 것이라고 한다.²⁹⁴⁾

3. 특징과 기능

(1) 특징

부수적의무로서 정보제공의무의 특징에는 여러 가지가 있다. 즉, 일반적인 법률관계에서는 권리의 내용이 확정되면 이에 따라 이행하여야 할 의무의 내용이 결정되지만, 부수적의무는 반대로 손해배상의 결과를 파악한 후 이에 대한 배상책임을 구성하기 위해 어떠한 내용의 부수적의무가 위반되었는가를 결정짓게 된다. 예를 들어, 계약 체결을 준비하는 과정에서 계약교섭의 상대방에게 설명을 하지 않아 이로부터 손해를 입었다면, 이에 대해서 설명을 청구할 수 있는 권리가 선행적으로 성립되어 설명의무를 발생시키는 것이 아니라, 반대로 일정한 손해를 입었는데 그 손해는 의무

292) 소비자기본법 제19조 제3항에서는 “사업자는 소비자에게 물품 등에 대한 정보를 성실하고 정확하게 제공하여야 한다”고 규정하고 있으므로, 이 규정이 모든 소비자계약에 적용된다고 해석하게 되면, 모든 소비자계약상 정보제공의무는 법률상의 급부의무라고 해도 좋을 것이다. 그러나 현재의 학설은 그렇게 해석하고 있지 않다.

293) 광운적, 전계서, 53면; 김상용, 전계서, 67면, 백태승, 「민법총칙」, 법문사, 2006, 159면; 한삼인, 전계서, 62면.

294) 이영준, 「민법총칙」, 박영사, 2007, 73면.

자가 설명 등의 부수의무인 정보를 제대로 제공하였다면 발생하지 않았을 것이라는 인과관계의 규명을 통해서 설명의무가 성립되는 것이다. 따라서 결과 적응적 의무이고, 사전적으로 청구의 대상인 의무로 발생하는 것이 아니라 사후적으로 발생한 손해를 배상하기 위한 유책주의에 입각한 의무위반의 근거로서 성립된다고 할 것이다.²⁹⁵⁾

(2) 기능

1) 급부를 구체화하는 기능

부수적 주의의무로서 정보제공의무는 주된 의무인 급부의무의 내용을 명확히 해주는 기능을 한다. 특히 당사자의 약정이 없거나 법률에 특별한 규정이 없을 때 채무자가 언제, 어디에서, 어떻게 채무를 이행하여야 하는가에 관하여는 신의칙이 중요한 기준이 된다. 즉, 신의칙은 부수의무가 근거가 되고 부수의무는 신의칙을 구체화시킨다.²⁹⁶⁾ 예를 들어, 공인중개사의 업무 및 부동산거래신고에 관한 법률에서는 중개대상물에 관한 설명에 대하여, 중개대상물에 관한 사항을 확인하여 중개의뢰인에게 서면으로 제시하고 성실·정확하게 설명하여야 한다고 규정하고 있다(동법 제 25조). 이 때 ‘성실·정확한 설명’은 신의칙을 구체화한 것이라고 할 수 있다.

2) 권리창설적 기능

정보제공의무는 권리창설적 기능을 갖는다. 신의성실의 원칙은 법률행위를 해석하여 그 내용을 확정하는 기능을 갖는 외에 권리의 발생, 변경, 소멸의 기능을 갖는다. 즉, 신의칙은 급부의무를 확장하거나 특별한 결속관계에 기하여 부수의무 내지는 행위의무를 성립하게 하는 효과를 가지며, 이미 발생한 권리를 사정의 변경을 이유로 수정하는 효과를 가지는데, 소비자계약상 정보제공의무를 신의칙에 부수된 정보제공의무라고 보는 경우, 일방 당사자에 대한 정보제공의무의 발생은 상대방 당사자에게는 정보를 제공받을 권리가 창설되는 것이라 할 수 있다. 다시 말해서

295) 윤형렬, 「민법총칙」, 박영사, 2005, 293면.

296) 백태승, 전제서, 157면.

사업자에게 주어지는 정보제공의무는 소비자의 정보제공을 받을 권리를 발생하게 하고 이를 행사하게 하는 역할을 하게 된다.

제3절 소비자계약상 정보제공의무의 유형

정보제공의무는 크게 계약전 정보제공의무와 계약상 정보제공의무로 나눌 수 있다. 계약 전 정보제공의무란 물건을 팔거나 서비스를 제공하는 자가, 계약체결에 앞서 물건 또는 서비스의 주된 특징은 물론 계약조건에 관한 정보를 상대방에게 제공해야 하는 의무를 말한다. 반면에 계약상 정보제공의무란 전문직업인과 소비자 사이에 체결되는 여러 종류의 계약에 판례에 의해 편입된 계약 내용의 일부로서, 전문직업인이 소비자에게 안내 및 주의사항 등을 포함한 모든 정보를 제공해야 할 의무를 말한다.

1. 계약체결 전의 정보제공의무

(1) 계약체결 이전단계의 정보제공의 필요성

정보제공의무에 관한 문제는 대부분 계약체결과정이나 계약체결후에 발생할 가능성이 크다. 그러나 소비자의 입장에서 계약체결 유무와 관련하여 본다면, 계약체결 이전단계의 정보제공도 계약체결단계에서의 정보제공 못지않게 매우 중요한 일이다. 모든 의사결정이 그러하듯이, 계약을 체결함에 있어서 각 자는 계약의 목적물 또는 관련 주변 사정에 대한 인식을 갖추고 있어야 하고 이 경우에만 비로소 합리적인 판단을 할 수 있다. 이를 위해 당사자는 계약에 필요한 정보를 스스로 구하는 것 말고도 상대방에게 문의하거나 또는 상대방이 일정한 정보를 알려주리라고 기대하는 경우도 있을 것이다. 반면 상대방은 자신의 이익을 관철하기 위하여 때로는 비용도 수반하는 계약관련 정보를 교섭과정에서 알리지 않으려고 하기 마련일 것이다. 시장경제질서에서 거래참가자에게 공정한 게임의 룰을 수립해 주어야 하는 계약법의 기능을 고려할 때, 계약법은 이와 같이 계약체결 이전단계에서 정보제공을

둘러싼 양 당사자의 대립하는 이해관계에 대해 적절한 해결방안을 제시해 주어야 한다. 물론 정보제공의무는 유효하게 성립한 계약관계에서도 문제되나, 가령 수입인은 위임인의 청구가 있는 때에는 위임사무의 처리상황을 보고하여야 하고, 위임이 종료한 때에는 지체 없이 그 전말을 보고하여야 한다(민법 제683조의 보고의무).²⁹⁷⁾

(2) 현행법상 관련 규정과 논의현황

1) 현행법상 관련 규정

현행 민법은 계약체결단계상 정보제공의무와 마찬가지로, 계약체결 이전의 정보제공의무에 관해서도 명시적인 규정을 두고 있지 않다. 학설은, 민법 제2조의 신의칙은 계약체결단계 뿐만 아니라 계약교섭 단계에도 효력을 갖는다고 이해하며, 특히 사기에 따른 의사표시 취소에 관한 민법 제110조는 계약교섭 과정의 정보제공의무를 규율하는 중요규정의 하나로 파악된다. 또한 착오에 관한 민법 제109조도 비록 간접적이기는 하나, 계약교섭 과정의 정보제공의무를 규범화하고 있다고 해석한다.²⁹⁸⁾ 물론 민법 제109조는 표의자 중심의 규율모습을 취하고 있는 관계로 상대방의 정보제공의무와 관련함을 가시적으로 드러내고 있지는 않다. 그러나 이미 확립된 판례는 상대방의 잘못된 진술 또는 알렸어야 할 사정을 알리지 않음에 따라 표의자의 착오로 이루어진 의사표시에 대하여 취소권을 인정하고 있으며,²⁹⁹⁾ 이는 민법 제109조가 적어도 판례의 입장에 의하면 계약교섭 과정에서 상대방의 정보제공의무를 전제로 하여 표의자의 동기착오의 위험을 의무위반자인 상대방에게 전가시키고 있는 규정으로 기능하고 있음을 말해주고 있다.³⁰⁰⁾ 최근 판례는 계약교섭 과정의 정보제공의무를 민법 제750조의 불법행위책임 여부의 판단기준으로 활용할 수

297) 한삼인, 전제 「계약법」, 571면.

298) 대판 2009.8.20, 2008다19335 등; 박영복, “계약체결단계의 법규범화”, 「외법논집」 제10집, 한국외국어대학교 법학연구소, 2001.8, 93-95면; 송오식, 전제 “소비자계약에서 정보제공의무”, 90면; 최상호, 전제 “계약체결과정에 있어서의 정보제공의무”, 4면.

299) 김상중, “동기의 착오에 관한 판례법리의 재구성을 위한 시론적 모색”, 「김형배교수 고회기념논문집」, 2004, 14-20면.

300) 입법론적 측면에서 이런 시각을 분명히 한 견해로는 윤진수, “민법상 착오규정의 입법론적 고찰”, 「이십일세기 한국민사법학의 과제와 전망」, 심당송상현선생 화갑기념논문집, 2002.1, 36면; 김상중, “동기의 착오에 관한 개정 예고안 제109조 2항의 특색과 그 운용에 관한 제언”, 「민사법학」 제27호, 한국민사법학회, 2005.3, 433면.

있다고 하고 있다.³⁰¹⁾ 또한 계약교섭 과정의 정보제공의무는 민법 제390조의 계약책임의 인정 여부와도 관련되는데, 예컨대 교섭과정에서 일방 당사자가 광고 등을 통해 제공할 목적물의 품질, 성상 등을 알리지 않거나 알린 경우라 할지라도 그 위반에 대하여 하자담보책임 또는 채무불이행책임을 발생시키게 됨으로써,³⁰²⁾ 민법 제390조를 적용하여 책임을 물을 수 있게 된다.

현행 민법이 계약체결 이전단계에서의 정보제공의무에 관하여 신의칙, 제109조, 제110조 등 일반규정을 통하여 간접적으로 규율하고 있지만, 상법 제651조에서는 보험계약교섭 과정의 고지의무를 규정하고 있는 등, 특별법상 직접적인 규정이 없는 것은 아니다.³⁰³⁾

2) 논의현황

정보제공의무에 관한 일련의 민사특별법의 명시적 규정의 증가와 민법의 일반규정·제도의 적극적 활용은 학계의 논의에도 그대로 반영되고 있다. 즉, 민사법학계는 이미 1990년대부터 프랑스 문헌 등의 영향을 받아 특히 착오와 사기취소 규정의 정보제공의무 관련성을 적극적으로 해명하기 시작하였다. 그 후에는 논의가 보다 발전하면서 한편으로는 계약교섭 과정의 성신행태의무의 한 내용으로서 정보제공의무를 뒷받침 하거나 또는 그 요건·효과 형성에 관한 일반적 시도가 행해지고 있는가 하면,³⁰⁴⁾ 다른 한편으로는 구체적 계약유형, 특히 보증계약에서 보증인 보호를 위한 방법으로서 채권자의 정보제공의무에 관한 논의가 입법론적 차원에서도 진행되고 있고,³⁰⁵⁾ 계약체결 이전단계의 정보제공의무에 관하여 민법전에 규정을 신설할

301) “부동산 거래에 있어 거래 상대방이 일정한 사정에 관한 고지를 받았더라면 그 거래를 하지 않았을 것이 경험칙상 명백한 경우에는 신의성실의 원칙상 사전에 상대방에게 그와 같은 사정을 고지할 의무가 있다”고 하거나, 또는 “피고가 모노레일의 설치에 관하여 그 실현 여부를 정확하게 확인하려는 별다른 노력을 하지 아니한 채 광고를 통하여 잘못된 정보를 제공한 것은 분양계약의 교섭단계에 있는 원고들에 대하여 그 의사결정에 영향을 줄 수 있는 중요한 사정에 관한 신의칙상의 고지의무 등을 위반한 것으로 민법상의 불법행위책임을 진다”(대판 2009.8.20, 2008다19355).

302) 대판 2007.6.1, 2005다5843; 대판 2000.10.27, 2000다30554; 하자담보책임의 정보제공의무 관련성에 관하여는 위계찬, “독일매매계약법상 광고와 물건의 하자”, 「민사법학」 제38호, 한국민사법학회, 2007.9, 463면.

303) 예컨대 전자상거래소비자보호법 제13조 등이 이에 해당한다.

304) 박영복, 전제 “계약체결단계의 범규범화”, 127면; 박정기, 전제 “계약체결과정에 있어서의 정보제공의무”, 65면; 김상중, “계약목적물의 시가에 관한 잘못된 관념과 계약 당사자의 보호”, 「법조」 제54권 제2호, 법조협회, 2005.2, 145면; 박인환, “독일법상 정보제공의무위반을 이유로 하는 계약해소청구권”, 「민사법학」 제27호, 한국민사법학회, 2005.3, 133면; 남궁술, 전제논문, 305면; 송오식, 전제 “소비자계약에서 정보제공의무”, 116면.

305) 이상영, “보증계약상 채권자의 정보제공의무” 「민사법학」 제46호, 한국민사법학회, 2009.9, 519면.

것을 제안하는 입법론도 나오고 있는 실정이다.³⁰⁶⁾

2. 계약체결단계의 정보제공의무

(1) 계약체결단계의 정보제공의무의 의의

현대사회에 있어서 분업화, 전문화로 특징 지워진 경제구조의 고도화는 소비자 등 당해 거래에 관한 무경험의 일반인과 그 분야에 지식과 경험을 축적하고 있는 전문가 또는 사업자 사이의 구조화된 정보격차를 발생시킨다. 무경험의 계약 당사자가 본래 자기책임에 의해 수행해야 할 정보의 수집과 분석을 사업자인 계약 상대방에게 의존하지 않을 수 없는 거래형태가 점점 증가하고 있다. 계약체결에 있어서 이러한 정보환경의 변화는 정보 리스크에 대한 자기책임 원칙을 수정하지 않을 수 없게 된다. 그러한 정보 리스크의 분배의 수정을 기초지우는 개념이 흔히 설명의무 등으로 불리우기도 하는 계약체결상에 있어서의 정보제공의무이다.

계약체결상에 있어서의 정보제공의무는 정보면에서 우위에 있는 계약 당사자가 상대방의 계약체결의 의사결정에 필요한 중요한 사정에 대하여 정보를 제공하여야 할 법적 의무를 진다는 것이다. 그러나 상대방의 계약체결의 의사결정에 영향을 미칠 수 있는 모든 사정에 대하여 설명하여야 한다는 의미에서의 일반적 설명의무는, 특히 당사자들의 이익의 대립 때문에 존재하지 않는다.³⁰⁷⁾ 모든 당사자는 원칙적으로 계약이 자신에게 유리한지 불리한지를 스스로 판단하여야 하고, 일반적으로 계약 상대방은 그에 관하여 설명할 필요가 없다.³⁰⁸⁾ 왜냐하면 그 점에 있어서 계약 당사자는 같은 정보원에 접근할 수 있기 때문이다.³⁰⁹⁾ 따라서 설명의무의 승인은 적극

306) 대표적인 것으로, 김상중, 전제 “계약체결 이전 단계의 정보제공의무”, 1면 이하.

307) Palandt/Heinrichs, § 123 Rdn. 5; Münchkomm/Roth, § 242 Rdn. 269; BGH NJW 1970, 653; BGH 1971, 1795, 1799.

308) 그러나 설명의무의 존재 여부 또는 상대방의 문의 여부와 관계없이 계약 상대방이 적극적으로 부정확한 정보를 제공한다면, 그것은 원칙적으로 계약 전 의무위반으로 평가된다. 즉, 전달된 정보는 언제나 올바른 것이어야 한다. 따라서 문의를 받은 경우라도 계약당사자는 정확하고 충분한 정보제공을 하거나 자신의 그러한 정보를 제공할 수 없다면 정보 제공을 거절하여야 한다. Münchkomm/Roth, § 242 Rdn. 261; BGHZ 111, 75, 79; BGH NJW 1962, 1196, 1198; BGH NJW 1969, 1625, 1626.

309) Münchkomm/Emmerich, Vor § 275 Rdn. 77.

적 근거제시가 가능한 예외적인 경우로 제한된다.³¹⁰⁾

(2) 계약체결단계의 정보제공의무의 필요성

계약체결상에서 일방 당사자가 계약체결과 관련한 중대한 사항에 대하여 언제든 타방 당사자에 대하여 설명해야 하는 의무는 존재하지 아니하며, 다만 존재를 위해서는 정보수취인의 정보필요성 이외에 정보제공자에게 그 정보필요성의 인식가능성이 있어야 한다. 보증계약을 예로 들어 설명하면 다음과 같다.

보증계약의 목적은 채권자가 보증인의 위험인수를 통하여 채무의 이행에 대한 보증을 받는데 있다. 일반적으로 보증위험의 실현에 밀접한 영향을 미치는 사정인 주채무자의 자력 내지 경제사정에 대하여는 보증인에게 중요한 정보이기는 하지만 정보제공의무의 인정을 위한 정보의 필요성이 인정되지 않는다. 왜냐하면 보증인이 되려는 자는 보증계약을 통하여 보증위험을 인수한다는 것을 이미 인식하고 있다고 할 수 있으며, 그러한 위험은 바로 보증인 자신의 책임영역 내의 문제이기 때문이다. 그러나 보증계약을 둘러싼 중대한 정보가 채권자의 영역에만 존재하여 채권자와 보증인 간에 중대한 정보의 격차가 있는 경우 보증인에게 정보의 필요성이 존재한다고 할 수 있을 것이다.³¹¹⁾ 즉 보증인이 그러한 사정을 알았다라면 보증계약을 체결하지 않았을 것이라고 강하게 추정될 수 있을 정도로 보증계약의 체결여부를 결정하기 위한 중대한 사정에 해당된다면, 이에 따라 보증인에게 이러한 정보필요성이 인정된다고 하겠다.³¹²⁾ 이러한 경우에는 보증인의 상대방인 채권자에게 이러한 보증인의 정보의 필요성에 대한 인식가능성을 인정할 수 있을 것이다.³¹³⁾

(3) 현행법상 관련 규정과 논의현황

310) 박인환, 전제 “계약체결과정에 있어서의 정보제공의무-독일에서의 논의를 계기로 하여 -”, 275면.

311) 보증인에 대한 자기정보책임 원칙의 수정필요성과 그 기준에 대해서는 김상중, “보증계약에서의 위험귀속과 채권자의 통지·정보제공의무”, 「법조」 제52권 제7호, 법조협회, 2003, 164면 이하 173면.

312) 김상중, 전제 “보증계약에서의 위험귀속과 채권자의 통지·정보제공의무”, 171면.

313) 위계찬, “채권자의 보증인에 대한 정보제공의무”, 「충남법학」 제18권 제1호, 충남대학교 법학연구소, 2007, 176면.

1) 현행법상 관련 규정

앞에서 살펴본 바와 같이, 현행민법은 계약체결단계에서의 정보제공의무에 관해서도 계약체결 이전단계와 마찬가지로 아무런 규정을 두고 있지 않다. 그러므로 학설은 신의칙, 민법 제109조의 착오이론, 제110조의 사기이론 등을 적용하여 정보제공의무위반에 대하여 책임을 묻고 있다.³¹⁴⁾

한편, 계약체결단계의 정보제공의무에 관하여는 소비자기본법을 비롯하여 다수의 소비자계약 관련 특별법에서 다소 추상적인 부분도 있기는 하지만 명문의 규정을 두고 있다. 예컨대 소비자기본법 제19조 3항은 사업자는 소비자에게 물품 등에 대한 정보를 성실하고 정확하게 제공하여야 한다고 규정하고 있고, 소비자계약관련 특별법의 규정으로는, 가맹사업거래의 공정화에 관한 법률 제7조 및 제9조, 공인중개사의 업무 및 부동산의 거래신고에 관한 법률 제25조, 방문판매 등에 관한 법률 제7조 및 제16조, 보증인 보호를 위한 특별법 제5조 및 제8조, 보험업법 제95조의 2, 약관의 규제에 관한 법률 제3조, 전자상거래 등 소비자보호에 관한 법률 제10조 및 제13조, 할부거래에 관한 법률 제5조 등을 들 수 있다.

2) 논의현황

계약체결 단계의 정보제공의무에 관한 이론의 확립에는 프랑스의 판례가 큰 역할을 하였다. 프랑스에서는 1970년대부터 매매계약과 관련하여 계약체결상 정보제공의무가 판례에 의해 계약 내용의 일부로서 인정되기 시작하였는데, 판례는 “상인은 판매상품의 사용법과 주의사항을 매수인에게 알려야 한다. 그렇지 않은 경우, 상인은 관련정보의 결핍 또는 불충분으로 인하여 매수인에게 발생한 손해를 배상하여야 한다”라고 함으로써, 상인의 계약상 정보제공의무를 인정하였다.³¹⁵⁾ 프랑스에서는 그 후 진료계약과 관련하여 “의사는 자신이 고객에게 제시하는 처치방법에 내재하는 위험에 대하여 고객에게 알려야 한다”고 판시하였고,³¹⁶⁾ 변호사의 소송위임과 관련하여서는 “변호사는 고객에게 소송에서 승소할 기회의 정도는 물론 수임료 결정 조건에 대해서도 고객에게 알려야 한다”고 하는 등,³¹⁷⁾ 많은 판결이 계약상 정보제

314) 한삼인, 전제서, 571면; 송오식, 전제논문, 90면; 최상호, 전제 “계약체결과정에 있어서의 정보제공의무”, 4면.

315) Civ.lre, 31 janv. 1973, Buii. civ. I.37, obs. Hémard; Com., 17 oct. 1963, J.C.P.1974II.17846, note Malinvaud

316) Civ.lre, 14 oct. 1997, D. 1997. IR.238.

공의무를 인정하고 있다. 물론 정보제공의무를 부담하는 자는 그 의무위반으로 인해 발생한 손해에 대해 배상하여야 한다. 그런데 소송과정에서 피해당사자는 본인의 정보를 제공받지 못하였다는 것을 입증하기 어려운 처지에 놓이게 된다. 따라서 프랑스 파기원은 프랑스민법 제1315조에 의거하여, 그 입증책임을 정보제공의무자에게 부담시키고 있다.

우리나라의 경우, 1990년대에 들어와서, 프랑스나 독일의 정보제공의무에 대한 이론을 소개하기 시작하면서 본격적인 논의가 시작되었다.³¹⁸⁾ 다만, 그동안의 많은 논의에도 불구하고 아직은 정보제공의무에 대한 총론적 논의나 외국의 이론과 판례를 소개하는 정도에 머무르고 있다고 해도 좋을 것이다. 최근 일본의 경우 소비자계약상 정보제공의무론이 활성화되고 있는 것이 소개되기도 하였는데,³¹⁹⁾ 우리나라에 있어서도 이제 본격적인 연구와 더불어 이에 관한 입법론이 활발히 전개될 것으로 생각된다.

제4절 정보제공의무의 인정근거와 그 위반의 효과

소비자계약에 있어서 정보제공의무에 관하여는 그 인정근거를 어디에서 찾을 것인가 하는 문제가 중요하다. 왜냐하면 각국마다 사정이 다르긴 하지만 정보제공의무가 법률상 주어진 법적 의무가 아니며, 민법 등에서 정보제공의무를 명확히 규정하고 있는 것이 아니기 때문이다. 그러나 정보제공의무의 인정근거를 살펴보는 데는 법적 근거와 이론적 근거로 나누어 살펴보는 것이 가능할 것이다. 법적 근거는 민법상의 근거와 특별법상의 근거로 나누는 것이 가능하다.

현행 민법에서는 직접적으로 정보량의 격차가 있는 계약당사자들 간에 열위에 있는 일방당사자를 배려하는 규정은 두고 있지 않다.³²⁰⁾ 대등한 당사자들 간의 합의에

317) Civ.lre., 18 juill. 2000, RTD civ. 2000.828, obs. Mestre &Fages.

318) 프랑스와 독일 등에 관한 문헌으로 남궁술, 전계논문, 305면 이하; 이상욱, 전계 “프랑스에서의 계약상 정보제공의무”, 95면 이하; 김상중, 전계논문, 1면 이하; 최상호, 전계 “계약상의 정보제공의무에 관한 연구-사기와 착오법리의 적용관계를 중심으로”, 165면 이하 등.

319) 김상찬, 전계논문, 235면 이하.

320) 송오식, “소비자계약에서 정보제공의무”, 「법학논총」 제29집 제1호, 전남대학교 법학연구소, 2009.6, 99면; 일본소비자계약에서는 설명의무에 관한 규정으로 소비자계약법 제3조에 정보제공노력의무를 규정하고 있고, 소비자계약법 제4조 2항에 불이익사실의 불고지에 대한 규정을 두고 있다.

의한 계약을 상정하고 있는 민법에서는 계약당사자 간의 정보제공의무를 적극적으로 인정하고 있지 않는 것이다. 계약체결상의 고지의무나 설명의무와 관련하여 당사자들은 계약의 성립과 실현에 관하여 중요한 의미를 가지는 사실을 상대방에게 알려야 할 의무를 부담하지만, 이와 같은 고지·설명 의무는 계약체결과 연관될 수 있는 위험이나 결과를 알려주어야 하는 의미는 아니라고 보고 있다.³²¹⁾ 정보제공의무는 사업자와 소비자 간의 소비자계약과 전문가와 비전문가 사이의 계약에서 그 의의를 갖는다고 할 수 있고, 소비자계약을 규율하는 개별 특별법에서 규율하는 것으로 이해되어 왔다. 그러한 이유로, 민법과 관련한 정보제공의무는, 학설에 의하여 사기법리·착오법리·신의칙법리·계약체결상의 과실책임법리 등을 적용하여 간접적으로 정보제공의무의 인정근거로 삼고 있기 때문에 민법상 인정근거에 대하여는 법적인정근거에서 다루지 않고 이론적 근거에서 살펴보는 것으로 한다.

그리고 정보제공의무를 위반한 경우 어떠한 법적책임을 물을 수 있는가를 일률적으로 말하는 것은 어렵지만, 정보제공의무 위반의 효과로서 크게 계약의 해소와 손해배상책임을 물을 수 있다고 할 수 있다. 따라서 여기서는 정보제공의무의 인정근거와 그 위반의 효과에 대하여 살펴보기로 한다.

1. 법적 근거

소비자계약상 정보제공의무의 법적 인정근거는 소비자기본법과 기타 특별법으로 나누어 살펴볼 수 있는데, 소비자기본법은 소비자보호를 위한 기본법이기 때문에 다른 특별법들과는 차별될 수 있기 때문이다.

또한 소비자계약상 정보제공의무와 관련된 특별법은 많지만, 여기에서는 이들 특별법들 중 중요하다고 생각되는 몇 가지 법률에 한정하여 살펴보려 한다. 즉, 가맹사업거래의 공정화에 관한 법률, 공인중개사의 업무 및 부동산의 거래신고에 관한 법률, 방문판매 등에 관한 법률, 보증인 보호를 위한 특별법, 보험업법, 약관의 규제에 관한 법률, 전자상거래 등 소비자보호에 관한 법률, 할부거래에 관한 법률 등 8 가지 특별법에 한정하려 한다.

321) 김형배, 전제 「채권각론」, 128면; 송오식, 전제논문, 99면.

그리고 이들 특별법 규정 중 인정근거를 중심으로 살펴보고, 위반시 법률효과나 문제점 등에 대하여는 나중에 따로 살펴보는 것으로 한다.

(1) 소비자기본법

소비자계약에서 사업자의 정보제공의무는 소비자의 알 권리에서 출발한다. 헌법상의 기본권인 알 권리는 국가기관에 대한 정보공개청구권의 문제로 나타나게 되지만, 소비자의 알 권리는 2007년에 제정된 소비자기본법에서 그 근거를 찾을 수 있다. 현행 소비자기본법은 제4조에서 소비자의 기본적 권리를 규정하고 있는 바, 2호에서는 ‘물품 등을 선택함에 있어서 필요한 지식 및 정보를 제공받을 권리’를 인정하고 있다. 또한 동법 제3장 제2절에서는 사업자의 책무에 대하여 규정하고 있는데, 제19조 제3항은 “사업자는 소비자에게 물품 등에 대한 정보를 성실하고 정확히 제공하여야 한다”고 하여 사업자에게 소비자에 대한 정보제공의무를 부과하고 있다. 이러한 규정들이 소비자기본법상 정보제공의무의 인정근거가 된다.

이와 같이 소비자기본법이 소비자에게 의사결정에 필요한 정보를 제공하도록 하고 있지만, 소비자 등의 이익에 직결되는 중요한 계약사항들은 대부분이 약관 속에 포함되어 제공되고 있고, 다른 정보도 설명서 등의 형태로 제공되는 것이 현실이다. 이러한 현실은 소비자들로 하여금 정보에 대한 접근을 심각하게 제약한다. 소비자 거래에 있어서는 표준약관의 이용이 일반화되어 있고, 개개의 소비자들은 약관의 중요성을 인식하지 못하고, 사업자가 제시하는 약관이나 여타의 설명서를 읽지 아니한 채 사업자나 그의 판매원들이 제시하는 약관에 서명하는 것이 보통이기 때문이다.³²²⁾ 그리고 소비자들이 사업자나 그들의 판매원들에 의하여 제시된 정보를 읽을 여유를 가질 만큼 좋은 환경에서 계약을 체결하는 것이 아니라는 점이 문제된다. 즉 사업자들은 소비자에게 물품이나 서비스의 주요 장점만 언급하면서 계약체결을 종용하는 것이 보통이고, 제공된 정보를 읽으려고 하여도 다른 고객들이 대기하고 있는 것 등으로 인하여 눈치를 보지 않을 수 없으며, 나아가 시간적인 제약(공항에서 여행자보험을 가입하는 경우) 등으로 인하여 제공된 정보를 읽을 수 없는

322) 이은영, “약관규제법 제정의 필요성과 개정방향”, 「민사법학」 제6호, 한국민사법학회, 1986.12, 320면.

경우가 많다.³²³⁾

소비자계약과 관련하여 사업자에게 정보제공의무를 부과하는 것은 사업자와 소비자 사이의 정보의 불균형과 불평등한 교섭력을 구제하기 위한 중요한 수단으로 인식되어 왔다.³²⁴⁾ 그래서 소비자기본법 제19조에서는 ‘사업자의 책무’의 하나로 사업자의 소비자에 대한 정보제공의무를 부과하고 있으며, 이러한 사업자의 정보제공의무는 기본적으로 소비자들이 그들이 체결하려고 하는 거래와 관련된 완전하고 정확한 정보를 가진다면 시장이 효과적으로 작동할 것이라는 생각에 바탕을 두고 있다.³²⁵⁾ 이러한 소비자기본법상의 정보제공의무가 입법목적대로 작용한다면 소비자계약에 있어서 정보력이 없거나 약한 소비자를 보호하는데 큰 기능을 하게 될 것이고, 별도의 행정적 규제나 재판을 통한 사후적 구제가 필요하지 않을 수 있다. 소비자들의 의사결정과정의 현실적 한계에도 불구하고 사업자의 소비자에 대한 정보제공의무는 매우 중요한 역할을 할 수 있을 것이다. 무엇보다도 정보제공의무의 요구는 사업자에게 큰 비용을 요구하지 않는다는 점이다. 그러나 나중에 자세히 살펴볼겠지만, 소비자기본법은 제19조 3항에서 정보제공의무를 사업자의 책무의 하나로 규정하고 있을 뿐, 정보제공의무를 위반했을 때의 법률효과, 즉 손해배상이나 벌금, 과태료 등에 관하여 규정하고 있지 않아서 형식적이고 추상적인 규정으로 인식되고 있는 듯하다. 말하자면 소비자기본법상 제19조의 정보제공의무 조항은 법률상 특별한 규정의 적용을 받는 경우를 제외한 모든 소비자계약의 정보제공의무의 인정근거로 볼 수 있는 여지가 있음에도 불구하고 대부분의 학자는 이를 법적 인정근거로 해석하고 있지 않다.

(2) 기타 특별법상 인정근거

1) 가맹사업거래의 공정화에 관한 법률

323) Christine Jolls, Cass Sunstein and Richard Thaler, A Behavioral Approach to Law and Economics, 50 Stan. L. Rev. 1471, 1477 (1988).

324) 허경옥, “소비자기본법 시행 이후 소비자정책의 방향에 관한 소고”, 「소비자문제연구」 제35호, 한국소비자보호원, 2009.4, 8면.

325) Summer Krause, The Truth In Lending Act: A Case For Expanding Assignee Liability, 49 Santa Clara L. Rev. 1153, 1160 (2009).

우리나라의 가맹사업거래에서는 가맹본부와 가맹사업자 간의 법률문제에 대하여 직접적으로 적용할 법률이나 관련 판례가 없어서, 거의 전적으로 당사자 간에 체결된 계약서의 해석에 의존해 왔었는데, 2002년에 가맹사업거래의 공정화에 관한 법률(이하 ‘가맹사업법’이라 함)이 제정되면서 가맹본부의 정보제공의무 등이 규율되기에 이르렀다.

동법 제7조 제1항은 “가맹본부(가맹지역본부 또는 가맹중개인이 가맹점사업자를 모집하는 경우를 포함한다. 이하 같다)는 가맹희망자에게 제6조의2 제1항에 따라 등록된 정보공개서를 대통령령으로 정하는 바에 따라 제공하여야 한다”고 규정하고, 제2항은 “가맹본부는 등록된 정보공개서를 제공하지 아니하였거나 정보공개서를 제공한 날부터 14일(가맹희망자가 정보공개서에 대하여 변호사 또는 제27조에 따른 가맹거래사의 자문을 받은 경우에는 7일로 한다)이 지나지 아니한 경우에는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하여서는 아니 된다. 1. 가맹희망자로부터 가맹금을 수령하는 행위. 이 경우 가맹희망자가 예치기관에 예치가맹금을 예치하는 때에는 최초로 예치한 날(가맹본부가 가맹희망자와 최초로 가맹금을 예치하기로 합의한 때에는 그 날)에 가맹금을 수령한 것으로 본다. 2. 가맹희망자와 가맹계약을 체결하는 행위”라고 규정하고 있다.

현재 우리나라에 있어서 가맹사업은 맥도날드, 롯데리아 등의 햄버거 체인, 피자인 피자헛 등의 피자체인, 켄터키 프라이드 치킨 등의 치킨체인 등과 같은 즉석식품업체나 웨밀리마트, 세븐일레븐 등 편의점에는 물론이고, 학원, 약국, 부동산중개업소 등에까지 도입되고 있다. 이와 같이 가맹본부와 계약을 체결하여 가맹사업을 영위하는 경우, 가맹희망자는 가맹본부로부터 여러 가지 정보를 제공받게 된다.³²⁶⁾ 그 가운데에는 상권과 예상매출액에 대한 정보제공의무가 있게 되는데, 특히 예상매출에 대한 정보는 가맹희망자가 장차 가맹사업을 개시하는 경우 얼마만큼의 매출액 내지 이익이 있을 것인가에 관한 매출액의 예측을 말한다.

가맹희망자는 가맹본부가 제공한 이러한 정보를 신뢰하고 가맹본부와 가맹계약을 체결하지만, 실제로 가맹점사업을 영위하다보면 제공된 예상매출액에 도달하지 못

326) 구재균, “개정 「가맹사업거래의 공정화에 관한 법률」의 주요내용 검토”, 「경제법연구」 제6권 제2호, 한국경제법학회, 2007, 50면.

하는 경우가 많고, 중국에는 사업을 포기하게 되는 사태가 발생된다. 그래서 동법 제9조 제1항은 “가맹본부는 가맹희망자에게 정보를 제공함에 있어서 허위 또는 과장된 정보를 제공하거나 중요사항을 누락하여서는 아니 된다”고 규정하고, 이어서 제2항에서는 “가맹본부는 가맹희망자나 가맹점사업자에게 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 정보를 제공하는 경우에는 서면으로 하여야 한다. 1. 가맹희망자의 예상매출액·수익·매출총이익·순이익 등 장래의 예상수익상황에 관한 정보, 2. 가맹점사업자의 매출액·수익·매출총이익·순이익 등 과거의 수익상황이나 장래의 예상수익상황에 관한 정보”라고 규정하고 있다,

그리고 가맹본부가 정보를 제공하는 경우에는 그 정보의 산출근거가 되는 자료로서 대통령령으로 정하는 자료를 가맹본부의 사무실에 비치하여야 하며, 영업시간 중에 언제든지 가맹희망자나 가맹점사업자의 요구가 있는 경우 그 자료를 열람할 수 있도록 하여야 한다(제9조 제3항).³²⁷⁾ 매출액 등에 관한 정보를 제공할 때 서면으로 하도록 가맹사업법이 정하고 있는 이유는 지금까지 가맹본부가 근거가 남지 않는 구두약속 등의 방식으로 허위·과장된 정보를 제공하여 가맹계약의 체결을 유도한 후 나중에 분쟁이 발생하더라도 가맹점사업자가 증거불충분 등으로 불이익을 보게 되므로 이를 방지하기 위한 것이다.³²⁸⁾

가맹본부와 가맹희망자 사이의 관계처럼 당사자 쌍방의 정보력에 격차가 있고, 일방에 편재하는 정보가 계약체결의 의사결정을 좌우하는 경우, 정보를 가진 자가 그렇지 않은 자에 대한 정보제공의무를 부담하는 것으로 인정되고 있다. 본래 가맹본부의 정보제공의무가 문제된 것은 가맹사업계약이 일반적으로 가맹본부가 미리 작성해 둔 계약서를 가맹희망자에게 제시하여 서명하게 하는 방법으로 체결되는데, 이러한 경우 가맹희망자는 통상 법률지식이 없는 자가 많아서 가맹본부가 가맹희망자에 비하여 교섭력에 있어서 훨씬 우위에 서게 된다. 그 결과 가맹계약이 통상적으로 가맹본부 측에 일방적으로 유리한 계약이 되거나 가맹점사업자의 영업에 부당

327) 가맹사업법 제9조 제3항의 내용은, 1. 현재수익 또는 예상수익의 산출에 사용된 사실적인 근거와 예측에 관한 자료 2. 현재수익 또는 예상수익의 산출근거가 되는 지역 시장내에 위치한 가맹사업의 점포(직영점과 가맹점을 포함한다)의 수와 그 비율 3. 최근의 일정기간 동안에 가맹본부나 가맹중개인이 표시 또는 설명하는 현재수익 또는 예상수익과 같은 수준의 수익을 올리는 가맹사업자의 수와 그 비율(이 경우 최근의 일정기간에 대하여 시작하는 날짜와 끝나는 날짜를 표시하여야 한다).

328) 김후중, 「개정 가맹사업법 이해와 실무」, 무역경영사, 2008, 82면.

한 제한을 가하는 내용이 계약에 편입될 우려가 많으며, 이것이 가맹본부와 가맹점 간의 법적분쟁의 발단이 되는 경우가 된다.³²⁹⁾

일본의 경우에도, 가맹사업거래에서 점포 경영의 지식이나 경험이 부족하고 자금력도 충분하지 않는 개인은 가맹본부의 교육이나 지원을 기대하면서 가맹계약을 체결하게 될 것을 예상하고, 가맹본부가 가맹점을 모집함에 있어서는 계약체결의 객관적 판단자료가 되는 정확한 정보를 제공해야 할 신의칙상의무를 지고 있다고 하고 있다.³³⁰⁾ 일본의 가맹사업법에서도 가맹본부의 정보개시의무와 더불어 허위·과장의 정보제공을 규제하고 있다.³³¹⁾

가맹계약 체결단계에서의 정보공개의무에 관한 우리나라 대법원 판례는 아직 없고, 계약체결단계에 있어서의 정보제공의무의 구체적 내용에 관해서는 가맹사업거래의 공정화에 관한 법률 제7조 및 제9조 제2항 및 종전의 가맹사업거래 불공정거래행위기준고시³³²⁾가 참고가 될 것이다. 또한 하급심판례도 별로 없는 상황에서 일본에서의 하급심 판례들이지만 가맹사업계약의 체결 시에 가맹사업계약의 내용을 충분히 검토할 기회가 주어지지 않은 채 계약서에 서명을 날인한 것을 이유로 하여 가맹사업계약의 성립여부가 논란이 된 사건을 살펴보면 다음과 같다.³³³⁾

먼저, “大藏후지스”사건³³⁴⁾의 경우는, 가맹본부가 가맹사업희망자에게 갑작스레 계약서를 제시하여 계약서에 대한 검토의 기회가 주어지지 않은 채 계약의 체결이 강요되었음이 문제된 사건이고, “산크스”사건³³⁵⁾의 경우, 가맹희망자에게 충분히 고려기간이 주어지지 못한 채 계약체결이 강요된 것이 문제된 사건이다. 각 사건에

329) 박정기, “프랜차이즈계약 체결단계에 있어서의 정보제공의무”, 「재산법연구」 제18권 제1호, 한국재산법학회, 2001, 198면.

330) 京都地判 1991.10.1, 「判例タイムズ」第774号, 214面; 名古屋 地判 1998.3.18, 「判例タイムズ」第976号, 188面; 大阪地判 1996.2.19, 「判例タイムズ」第915号, 138面; 大阪地判 1997.8.25, 「判例タイムズ」第902号, 128面; 千葉地判 1994.12.12, 「判例タイムズ」第877号, 235面 등.

331) 金井高志, “フランチャイズ契約締結段階における情報開示義務”, 「判例タイムズ」第851号, 判例社, 41面.

332) 동 고시 제5조 요약; 가맹사업을 희망하는 사람이 가맹사업과 관련한 재무상황, 최근 5년간의 사업경력, 가맹사업과 관한 사항, 상품이나 용역의 공급조건, 영업의 통제사항, 계약의 해제·해지 및 갱신조건들에 관한 구체적인 내용을 서면으로 제공해 줄 것을 서면으로 요구해도 이에 응하지 않고 그냥 계약을 체결 또는 체결하고자 하는 행위는 불공정거래행위이다. 또 가맹료·보증금·공과금 등 금전에 대한 내용은 사전에 서면으로 제공하여야 한다. 가맹사업법 제9조에 관해서는 그 정보제공의무의 범위는 공정거래위원회의 불공정행위기준고시와 크게 다르지 않다.

333) 이하의 일본판례에 대하여 자세히는, 송인방, “가맹계약에서의 정보제공의무에 관한 연구”, 「기업법연구」 제18권 제2호, 한국기업법학회, 2004.12, 136-137 참조.

334) 大阪地判 1990.11.28, 「判例時報」第1389号, 105面(大藏フジス事件).

335) 東京地判 1993.5.31, 「判例時報」第1484号, 82面(サンクス事件).

대해 법원은 계약서 검토기회가 주어지지 않았다는 가맹사업자의 주장을 받아들이지 않았다. 또한 “로손”사건³³⁶⁾의 판결에서는 가맹본부가 계약서의 내용을 낱낱이 구두로 설명하지 않았다고 하더라도 정보제공의무위반이 있다고는 할 수 없고, 세칙을 정한 규정집을 교부할 의무까지 있는 것은 아니라는 입장을 보이고 있다. 반면에 “피로비탄”사건Ⅱ,³³⁷⁾ “피로비탄”사건Ⅲ³³⁸⁾과 教導塾水戸사건,³³⁹⁾ 福岡사건³⁴⁰⁾들은 가맹본부의 행위를 사기라고 보아 불법행위성립을 인정하고 있다.

2) 공인중개사의 업무 및 부동산거래신고에 관한 법률

공인중개사의 업무 및 부동산거래신고에 관한 법률 제25조는 중개업자에게 중개대상물에 대한 설명의무를 부과하고 있다. 즉, 동조 제1항은 “중개업자는 중개를 의뢰받은 경우에는 중개가 완성되기 전에 다음 각 호의 사항을 확인하여 이를 당해 중개대상물에 관한 권리를 취득하고자 하는 중개의뢰인에게 성실·정확하게 설명하고, 토지대장등본·등기사항증명서 등 설명의 근거자료를 제시하여야 한다. 1. 당해 중개대상물의 상태·입지 및 권리관계 2. 법령의 규정에 의한 거래 또는 이용제한 사항 3. 그 밖에 대통령령이 정하는 사항”이라고 규정하고, 제2항은, “중개업자는 제1항의 규정에 의한 확인·설명을 위하여 필요한 경우에는 중개대상물의 매도의뢰인·임대의뢰인 등에게 당해 중개대상물의 상태에 관한 자료를 요구할 수 있다”라고 하고 있으며, 제3항은, “중개업자는 중개가 완성되어 거래계약서를 작성하는 때에는 제1항의 규정에 의한 확인·설명사항을 대통령령이 정하는 바에 따라 서면으로 작성하여 거래당사자에게 교부하고 대통령령이 정하는 기간 동안 그 사본을 보존하여야 한다”라고 하고, 이어서, 제4항은, “제3항의 규정에 의한 확인·설명서에는 중개업자(법인인 경우에는 대표자를 말하며, 법인에 분사무소가 설치되어 있는 경우에는 분사무소의 책임자를 말한다)가 서명 및 날인하되, 당해 중개행위를 한 소속공인중개사가 있는 경우에는 소속공인중개사가 함께 서명 및 날인하여야 한다”라고 규정하고 있다.

336) 大阪地判 1996.2.19, 「判例タイムズ」 第915号, 131面(ローソン事件).

337) 大阪地判 1978.2.23, 「判例タイムズ」 第363号, 248面(ピロビタン事件2).

338) 大阪地判 1978.5.29, 「判例時報」 第920号, 178面(ピロビタン事件3).

339) 水地判 1995.2.21, 「判例タイムズ」 第876号, 217面.

340) 福岡地判 1994.2.18, 「判例時報」 第1525号, 128面.

부동산중개업자는 사무소 소재지 등 주된 활동지역의 부동산가격이나 지역현황에 대해 철저한 분석과 끊임없는 조사·분석활동이 필요하며, 그 내용을 의뢰인에게 정확하게 전달되게 신의성실의 원칙에 의한 정보를 제공함으로써 부동산 거래의 안전을 위할 수 있다.

판례는 “부동산거래에 있어 거래상대방이 일정한 사정에 관한 고지를 받았더라면 그 거래를 하지 않았을 것임이 경험칙상 명백한 경우에는 신의성실의 원칙상 사전에 상대방에게 그와 같은 사정을 고지할 의무가 있으며, 그와 같은 고지의무의 대상이 되는 것은 직접적인 법령의 규정뿐만 아니라 널리 계약상, 관습상 또는 조리상의 일반원칙에 의하여도 인정될 수 있다. 같은 취지에서 원심이 그 판시와 같은 사정을 종합하여 이 사건 아파트 단지 인근에 이 사건 쓰레기 매립장이 건설예정인 사실이 신의칙상 피고가 분양계약자들에게 고지하여야 할 대상이라고 본 것은 정당하고, 위 사실이 주택공급에 관한 규칙 제8조 제4항에서 규정하고 있는 모집공고시 고지하여야 할 사항에 포함되지 않으므로 고지의무가 없다는 피고의 이 부분 상고 이유는 받아들일 수 없다”고 판시하여, 부동산중개업자의 신의성실의 원칙에 의한 정보제공의무가 있음을 분명히 하고 있다.³⁴¹⁾

부동산중개업자가 제공하는 중개서비스에는 시장상황에 관해 정보를 제공해주는 것도 포함된다. 중개업자는 거래에 이로운 정보를 제공하여 역할을 수행함으로써 부동산매매자의 정보수집비용은 낮추고 거래가 쉽게 이루어지도록 하는 시장 활동의 촉진자로서의 기능도 수행한다.³⁴²⁾ 따라서 부동산소비자는 중개업자로부터 정보를 획득하여 자기희망에 적합하고 알맞은 부동산을 구입하게 되며, 이때 중개업자는 그 소비자가 욕구하는 희망과 가격을 조정하여 주고, 대상 부동산의 특징을 설명하여 그가 의사결정을 하도록 도와주고 그것이 합리적이며 타당하다는 생각을 갖도록 도와주는 일을 하는 것이다.

중개업자는 중개대상물의 확인 또는 설명을 위하여 필요한 경우에는 중개대상물의 매도의뢰인, 임대의뢰인들에게 당해 중개대상물의 상태에 관한 자료를 요구할 수 있다.³⁴³⁾ 그리고 중개대상물의 상태에 관한 자료요구에 불응한 경우 그러한 사실

341) 대판 2006.10.12, 2004다48515.

342) 김태훈·김갑렬, 「부동산학개론」, 부연사, 2000, 188면.

343) 김철호, 「신부동산중개론」, 법론사, 2004, 121면.

을 매수 또는 임차의뢰인에게 설명하고 중개대상물의 확인·설명서에 기재하도록 하고 있다.

중개대상물 확인·설명 의무 위반에 대하여 중개업자는 공인중개사법에서 규정하고 있는 중개업자등의 기본윤리를 준수하고 선량한 관리자의 주의의무와 신의성실로써 중개행위에 임해야 한다.³⁴⁴⁾ 중개사고가 발생하면 공인중개사법상 중개업자 등의 귀책사유로 인한 중개 사고에 대하여는 손해배상이 되지만, 피해자인 중개의뢰인이 입은 손해는 100% 손해를 전보 받지 못하고 있는데, 이는 법원이 재판과정에서 의뢰인의 과실정도에 따라 과실상계(민법 제396조)를 하고 있기 때문이다. 따라서 중개 사고는 사후적 구제방법보다는 미리 예방할 수 있는 사전적 예방책이 중요하다 할 것이다.

판례는 “부동산중개업법 제25조 제1항, 제4항, 제30조 제1항 같은 법 시행령 제22조 제1항 제1호의 각 규정에 의하면, 중개업자가 중개의뢰를 받은 경우에는 당해 중개대상물의 표시 즉, 소재지, 지목, 면적, 구조, 건축년도 등 당해 중개대상물에 관한 기본적인 사항을 확인하여 이를 당해 중개대상물에 관한 권리를 취득하고자 하는 중개의뢰인에게 서면으로 제시하고 성실·정확하게 설명하여야 하며,……(중략)……이 사건 건물부분이 구분소유 건물의 일부분임과 그 정확한 호수³⁴⁵⁾를 확인하여 원고(임차인)에게 설명하지 아니한 잘못이 있고, ……(중략)……피고는 다른 특별한 사정이 없는 한 원고에게 위 손해를 배상할 책임이 있다”라고 판시하여,³⁴⁶⁾ 중개업자의 중개대상물에 대한 확인·설명 의무가 있음을 분명히 하고 있다.

판례는 또한 “권리관계에 있어서도 직접적인 위탁관계가 없다고 하더라도 부동산 중개업자의 개입을 신뢰하여 거래를 하기에 이른 거래 상대방에 대하여도 부동산 중개업자는 신의성실의 원칙상 목적부동산의 하자, 권리자의 진위, 대리관계의 적법성 등에 대하여 각별한 주의를 기울여야 할 업무상의 일반적인 주의의무를 부담한다고 할 것이다. 따라서 공인중개사인 중개업자는 거래상대방인 매수의뢰인에 대하여 신의성실의 원칙상 매도의뢰인이 적법한 대리인인지 여부를 위임장, 인감증명서 등의 방법으로 조사·확인할 의무가 있다”고 판시하여,³⁴⁷⁾ 목적부동산의 권리관계나 대리

344) 대판 2007.11.15, 2007다44156.

345) 유사판례, 대판 1999.4.13, 99다4207.

346) 대판 2001.10.30, 2001다39657.

인의 대리권 여부 등을 정확히 파악하여 알려줄 의무가 있다고 하고 있다.

3) 방문판매 등에 관한 법률

방문판매 등에 관한 법률(이하 ‘방문판매법’이라 함)은 1990년부터 크게 성행하였던 다단계판매가 소비자피해를 발생시키는 물론 일반국민의 사행심을 유발하게 하고 건전한 경쟁질서를 저해하는 등 많은 사회·경제적 문제를 낳게 하는데 대하여 1991년에 방문판매 및 통신판매에 관한 거래를 공정하게 함으로써 소비자의 이익을 보호하고 건전한 거래질서를 확립하고자 제정된 것이다.³⁴⁷⁾

방문판매는 상설 점포 판매와 달리 신뢰할 수 있는 장소적 기반이 마련되지 않고, 소비자의 가정이나 차량 안, 그리고 여행지에서의 농장 내지 홍보관 같은 일종의 고립된 공간에서 소비자들을 상대로 정보력에서 상대적 우위를 가진 판매원들이 계약의 주도권을 가진 상황에서 거래가 이루어지기 때문에 충분한 상품 설명과 계약에 대한 고지가 있었다고 보기 어려우며 체결된 계약의 내용도 불분명하고 불확실 하다. 이로 인해 계약의 해제에 대한 조건이 상이하며 충동적으로 상품의 품질보다는 판매원의 판매기법에 의해 상품을 구입한 결과 상품의 구성품 또한 계약 체결시와 다른 경우가 많다.

그래서 방문판매법은 방문판매자와 소비자간의 정보불균형을 시정하고 소비자가 계약의 내용을 이해할 수 있는 상황에서 소비자의 선택권을 보장하기 위하여, 동법 제7조 제1항에서 방문판매자에게 계약체결 전의 정보제공 및 계약체결에 따른 계약서 교부의무를 부여하고 있다. 즉, 제7조 제1항은, “방문판매자등은 재화등의 판매에 관한 계약을 체결하기 전에 소비자가 계약의 내용을 이해할 수 있도록 다음 각 호의 사항을 설명하여야 한다. 1. 방문판매업자등의 성명(법인인 경우에는 대표자의 성명을 말한다)· 상호· 주소· 전화번호· 전자우편주소, 2. 방문판매등의 성명· 주소· 전화번호· 전자우편주소, 다만, 방문판매업자들이 소비자와 직접 계약을 체결하는 경우는 제외한다. 3. 재화등의 명칭· 종류 및 내용, 4. 재화등의 가격과 그 지급 방법 및 시기, 5. 재화등의 공급 방법 및 시기, 6. 청약의 철회 및 계약의 해제(이하

347) 대판 2008.3.13, 2007다73611.

348) 박영규, “방문판매 등에 관한 법률 소고”, 「법률행정논집」 제1권, 법률행정연구원, 1993.12, 103면.

“청약철회”이라 한다)의 기한·행사방법·효과에 관한 사항 및 청약철회 등의 권리 행사에 필요한 것, 7. 재화등의 교환·반품·수리보증 및 그 대금환불의 조건과 절차, 8. 전자매체로 공급이 가능한 재화등의 설치·전송등과 관련하여 요구되는 기술적 사항, 9. 소비자피해보상·재화 등에 대한 불만 및 소비자와 사업자 사이의 분쟁 처리에 관한 사항, 10. 거래에 관한 약관, 11. 그 밖에 소비자의 구매 여부 판단에 영향을 주는 거래조건 또는 소비자의 피해구제에 필요한 사항으로서 대통령령이 정하는 사항“이라고 규정하고 있다. 그리고 동조 제2항은 제7조 제1항 각호에 규정된 사항을 기재한 계약서를 소비자에게 교부하도록 하고 있다. 계약서를 교부함으로써 소비자는 자신이 체결한 계약에 대하여 다시 한 번 숙고하여 청약철회를 할 수 있고, 청약철회 제도 및 계약해제에 대해 인지할 수 있는 시간을 가지도록 하는 취지라고 생각된다.

계약을 체결하기 전에 소비자가 계약의 내용을 이해할 수 있도록 방문판매업자 등의 성명·상호·주소·전화번호·전자우편주소·재화 등의 명칭·종류 및 내용, 재화 등의 가격과 그 지급방법 및 시기 등을 설명하는 설명이나 고지의무는 필수적인 것이지만 전화권유판매의 경우 이루어지지 않고 있다.³⁴⁹⁾ 전화권유판매의 경우 소비자의 동의를 얻어 전자문서나 모사전송으로 계약서를 송부하는 것³⁵⁰⁾으로 계약서 체결을 갈음하고 있으나 대다수의 피해 소비자는 계약서를 제대로 송부받지 못하는 것으로 나타나고 있다.

방문판매법은 방문판매자가 정보제공의무와 계약서교부의무에 관한 규정을 위반한 경우 시정조치와 시정권고, 영업정지, 과징금, 벌칙, 과태료 등을 부과하도록 규정하고 있으며, 허위사실을 기재한 계약서를 교부한 경우에는 벌금에 처하도록 규정하고 있고, 또한 방문판매법 제7조의 정보제공의무 규정에 위반한 약정으로 소비자에게 불리한 것은 그 효력이 없다고 규정함으로써 정보제공의무의 법적 근거를 실효성 있게 뒷받침하고 있다.

349) 박명희·남경오, “소비자피해예방을 위한 방문판매자 준수 기준에 관한 연구”, 녹색소비자연대전국협의회, 2007, 39면.

350) 방문판매법 제7조 제4항 제1항의 규정에 의한 계약서중 전화권유판매에 관한 계약서의 경우에는 소비자의 동의를 얻어 당해 계약의 내용을 모사전송이나 전자문서(전자거래기본법 제2조 제1호의 규정에 의한 전자문서를 말한다. 이하 같다)로 송부하는 것으로 갈음할 수 있으며, 모사전송 또는 전자문서에 의하여 송부한 계약의 내용이나 도달에 관하여 다툼이 있는 경우에는 전화권유판매자가 이를 입증하여야 한다.

판례도 설명의무를 위반한 방문판매업자에게 방문판매법 제7조의 정보제공의무의 위반을 인정하고 있다.³⁵¹⁾

4) 보증인 보호를 위한 특별법

계약체결과정에서 일방의 당사자가 타방의 당사자에게 계약체결과 관련한 중요한 정보를 제공하여야 하는가는 계약법에서 매우 중요한 문제이다. 즉 사적자치의 원칙이 구현된 시장경제의 법질서에서 계약협상 중의 일방의 당사자에게 그 상대방에 대한 설명의무를 부여하는 것은, 원칙적으로 각 당사자가 스스로 부담하여야 할 정보위험으로부터 생기는 계약상의 위험을 타방의 당사자에게 전가시키는 것이다. 따라서 그러한 위험의 전가를 위해서는 확실한 근거가 필요하다.³⁵²⁾ 이를 보증계약과 관련시켜 보면, 보증계약의 목적은 채권자가 보증인의 위험인수를 통하여 채무의 이행에 대한 보증을 받는데 있다. 일반적으로 보증위험의 실현에 밀접한 영향을 미치는 사정인 주채무자의 자력 내지 경제사정에 대하여는 보증인에게 중요한 정보이기 는 하지만 정보제공의무의 인정을 위한 정보의 필요성이 인정되지 않는다. 왜냐 하면 보증인이 되려는 자는 보증계약을 통하여 보증위험을 인수한다는 것을 이미 인식하고 있다고 할 수 있으며, 그러한 위험은 바로 보증인 자신의 책임영역 내의 문제이기 때문이다. 그러나 보증계약을 둘러싼 중대한 정보가 채권자의 영역에만 존재하여 채권자와 보증인 간에 중대한 정보의 격차가 있는 경우 보증인에게 정보의 필요성이 존재한다고 할 수 있을 것이다.³⁵³⁾

채권자는 채무자의 신용상태 등에 관하여 보증인에게 잘못된 관념을 유발하지 않아야 하고 이를 위하여 진실에 부합하는 사실만을 통지해야 할 의무를 부담한다. 이러한 내용의 의무는 사기에 의한 의사표시의 취소가능성을 규정한 민법 제110조나 민법 제2조 1항의 신의성실의 원칙의 구체화를 통하여도 이끌어질 수 있다. 채권자의 진실고지의무는 이미 제110조가 분명히 하고 있듯이 채권자가 보증인에게 고의로 잘못된 사실을 통지하는 경우 이외에, 과실에 따라 행위한 경우에도 그 유

351) 광주지판 2005.6.21, 2005고단724.

352) 위계찬, 전제 “채권자의 보증인에 대한 정보제공의무”, 175면.

353) 보증인에 대한 자기정보책임 원칙의 수정필요성과 그 기준에 대해서는, 김상중, “보증계약에서의 위험귀속과 채권자의 통지·정보제공의무”, 「법조」 제52권 제7호, 법조협회, 2003.7, 164면, 173면.

책한 위반이 인정될 수 있다. 채권자로부터 위험관련적 사정에 대한 정보가 제공되는 경우 그 정보의 진실성에 대한 보증인의 신뢰는 정당하고, 그 신뢰를 유책한 행태에 의해 침해한 자, 즉 채권자는 자신의 행태로 인해 보증인에게 야기된 잘못된 관념에 따른 불이익을 그 스스로가 부담해야 하기 때문이다.³⁵⁴⁾

인적담보를 주축으로 하는 우리 민법의 보증제도는 보증책임의 범위가 무제한적이라는 점에서 보증인에게 지나치게 가혹한 제도라고 인식되어 왔다. 보증인의 보호법리는 주로 관례에 따라 형성되었는데, 착오로 인한 취소,³⁵⁵⁾ 보증계약의 해지³⁵⁶⁾ 및 보증계약 성립의 제한³⁵⁷⁾ 등이다. 보증인보호의 문제가 사회적 관심사로 대두되면서, 2004년 민법개정안에서 보증인보호를 위한 규정을 신설하려고 하였으나 개정안이 폐기되었고, 2008년 3월에 보증인보호를 위한 특별법(이하 ‘보증인보호법’이라 함)에 제정되기에 이르렀다.³⁵⁸⁾

보증계약에 있어서 보증인 보호를 위한 정보는 주채무자에 대한 정보를 알았다면 보증계약을 체결하지 않았을 것으로 인정되는 정도의 중요한 내용의 결정적 정보를 의미한다. 즉 보증계약을 체결하는데 영향을 주게 되는 정보에 대해서는 이를 채권자가 제공할 의무가 있다는 것이다. 보증인보호법 제5조는 이같은 점을 반영하여, “채권자는 주채무자가 원본, 이자 그 밖의 채무를 3개월 이상 이행하지 아니하는 경우와 주채무자가 이행기에 이행할 수 없음을 미리 안 경우, 또는 보증계약을 체결한 금융기관이 주채무자가 원본, 이자 그 밖의 채무를 1개월 이상 이행하지 아니하거나 보증인의 청구가 있으면 주채무의 내용 및 그 이행 여부를 보증인에게 지체 없이 알려야 한다. 만약 그 규정에 따른 의무를 위반한 경우에는 보증인은 그로 인하여 손해를 입은 한도에서 채무를 면한다”라고 규정하여, 채권자로 하여금 주채무자의 채무이행여부 등에 대하여 보증인에게 통지할 의무를 매우 상세히 규정하고 있는 것이다.

그리고 동법 제7조 제3항은 보증기간에 대하여, “제1항 및 제2항에서 간주되는

354) 김상중, “보증계약에서의 위험귀속과 채권자의 통지·정보제공의무”, 「법조」 제52권 제7호, 법조협회, 2003. 7, 176면.

355) 대판 2003.11.13, 2001다33000; 대판 1987.7.21, 85다카2339; 대판 1993.1.22, 93다14192.

356) 대판 2002.5.31, 2002다1673; 대판1994.12.12, 94다31839; 대판 1998.6.26, 98다12826.

357) 대판 2000.5.30, 2000다2566; 대판 1971.3.23, 71다294.

358) 이상영, 전제논문, 520면.

보증기간은 계약을 체결하거나 갱신하는 때에 채권자가 보증인에게 고지하여야 한다”라고 규정하고, 이어서 제4항에서는 “보증계약체결 후 채권자가 보증인의 승낙 없이 채무자에 대하여 변제기를 연장하여 준 경우에는 채권자나 채무자는 보증인에게 그 사실을 알려야 한다. 이 경우 보증인은 즉시 보증채무를 이행할 수 있다”라고 하고 있다. 여기에서는 고지의무 또는 통지의무라는 용어를 사용하고 있으나, 이 고지의무나 통지의무도 정보제공의무라고 보아도 무방할 것이다.³⁵⁹⁾

보증인보호법은 특히, 금융기관과 보증계약을 체결할 때에는 채무자의 신용에 대한 정보를 보증인이 제공받도록 하는 특칙을 포함하고 있다. 동법 제8조는, “금융기관이 제1항에 따라 채무자의 채무관련 신용정보를 보증인에게 제시할 때에는 채무자의 동의를 받아야 한다. 금융기관이 제1항에 따라 보증인에게 채무관련 신용정보를 제시하지 아니한 경우에는 보증인은 금융기관에 대하여 보증계약체결 당시 채무자의 채무관련 신용정보를 제시하여 줄 것을 요구할 수 있다. 금융기관이 제3항에 따라 채무관련 신용정보의 제시요구를 받은 날부터 7일 이내에 그 요구에 응하지 아니한 경우에는 보증인은 그 사실을 안 날부터 1개월 이내에 보증계약의 해지를 통고할 수 있다. 이 경우 금융기관이 해지통고를 받은 날부터 1개월이 경과하면 해지의 효력이 생긴다”라고 규정하고 있다.

요컨대, 보증인보호법의 제 규정에 의하여, 보증인에게는 채권자로부터 정보제공 받을 권리가 주어지고, 채권자는 보증계약체결시 뿐만 아니라 사정변경시에도 보증인에게 주채무자의 채무이행여부 등에 관한 정보를 제공할 의무를 부과하고 있다고 할 수 있다.

5) 보험업법

보험업법 제95조의2 제1항은, “보험회사 또는 보험의 모집에 종사하는 자는 일반 보험계약자에게 보험계약체결을 권유하는 경우에는 보험료, 보장범위, 보험금지급제한 사유 등 대통령령으로 정하는 보험계약의 중요사항을 일반보험계약자가 이해할 수 있도록 설명하여야 한다”고 규정하여 보험업자에게 설명의무를 부과하고 있다.

한편, 우리 상법 보험편 제638조의3에도 “보험자는 보험계약을 체결할 때에 보험

359) 이상영, 전제논문, 546면.

계약자에게 보험약관을 교부하고 그 약관의 중요한 내용을 알려주어야 하고 보험자가 이 규정에 위반한 때에는 보험계약자는 보험계약이 성립한 날부터 1월내에 그 계약을 취소할 수 있다”고 규정하고 있다.

독일의 개정 보험계약법은 우리 상법상의 보험약관의 교부 및 설명의무에 비하여 매우 구체적인 정보제공의무 등을 정하고 있다. 독일 보험계약법 제7조 제1항 1문에 따르면 “보험자는 보험계약자에게 보통보험약관을 포함하여 동조 제2항에 따라 법령에서 정해진 정보를 계약체결의 의사표시를 하기 전 적시에 문서형식으로 전달하여야 한다”라고 하고 있다. 이것은 보험계약과 관련한 정보를 전달할 의무를 보험자의 정보제공의무라고 하는 중요한 규정이기도 하다.³⁶⁰⁾ 일본 역시 보험자의 정보제공의무에 관하여 보험거래를 둘러싼 상황에 기민하게 대응하도록 하기 위하여 보험법이 아닌 보험업법, 동법 시행규칙과 감독지침, 2000년 소비자보호법과 2001년 금융상품의 판매 등에 관한 법률 등으로 규율하고 있다.³⁶¹⁾

상법상 보험자가 보험계약을 체결할 때 약관의 중요한 내용을 설명하도록 하고 있지만, 설명의 대상인 중요한 사항은 보험료, 보장범위, 보험금지급제한 사유 등 고객의 이해관계에 중대한 영향을 미치는 사항으로 사회 통념상 그 인지여부가 계약체결에 영향을 미치는 사항으로 보험약관의 중요한 내용이고, ①보험계약자나 그 대리인이 약관의 내용을 충분히 잘 알고 있는 경우, ②거래상 일반적이고 공통된 것이어서 당사자가 알고 있다고 예상할 수 있는 사항, ③법령에 규정된 것을 되풀이 하거나 부연한 정도에 불과한 사항은 설명의무가 면제된다.³⁶²⁾ 그리고, 보험자가 설명의무를 위반했음에도 불구하고 보험계약의 성립 후 1월내에 취소하지 아니한 경우의 효과에 대하여 판례는 “사업자가 약관에 정하여져 있는 중요한 내용을 고객이 이해할 수 있도록 설명을 하여야 하며, 사업자가 약관의 설명의무를 위반하여 계약을 체결한 때에는 당해 약관을 계약의 내용으로 주장할 수 없다”고 판시하고 있다.³⁶³⁾ 이것은 약관의 규제에 관한 법률 제3조 제3항·제4항을 적용하여 약관의 효력을 다룰 수 있다고 한다.³⁶⁴⁾

360) 김은경, 전제 “독일 보험계약법상 보험자의 정보제공의무 등에 대한 고찰”, 177면.

361) 小林道生, “保險者の情報提供義務”, 落合誠一 外編, 「新しい保険法の理論と實務」, 經濟法令研究所, 2008, 73면.

362) 사법연수원, 「보험법연구」, 2010, 35-38면.

363) 대판 1998.11.27, 98다32564.

우리나라의 경우 보험청약이 이루어지면 보험계약자등의 위험에 대해 인수여부를 결정하기 위한 보험계약자등의 고지의무가 이행되고 보험자의 승낙에 의해 보험계약이 성립한다. 또한 설명의 방법이 특정되지 않았지만, 판례에 의하면 직접적이면서 구체적이고 상세하게 설명해야한다고 하고 있으며,³⁶⁵⁾ 약관교부 명시·설명 의무의 상대방은 보험계약자 또는 그의 대리인이며 보험금양수인에 대한 설명은 보험계약자에 대한 설명으로서의 효력은 없다고 하고 있다.³⁶⁶⁾ 판례는 보험업법상 설명의무에 관한 조항을 신설하기 이전에도 설명의무를 위반한 경우에는 보험회사의 모집 관련 손해배상책임에 관한 보험업법 제102조를 적용하고 있었다.³⁶⁷⁾

독일의 경우, 보험계약체결 전에 보험자가 이행하여야 할 정보제공의무를 위반한 경우 보험계약법 제8조 제2항에 의거 철회권의 기산이 개시되지 않는다는 것을 통하여 보험자를 제재하게 된다³⁶⁸⁾고 하고 있으며, 일본은 계약의 내용형성에 대한 적절한 판단을 하도록 하기 위하여 사업자에게 소비자의 판단에 필요한 정보를 제공할 의무를 부과하고, 이를 위반하여 소비자가 오인하여 계약을 체결한 경우에는 계약취소권을 인정하고 있다(소비자계약법 제4조). 입법과정에서 거래의 혼란을 우려하여 손해배상만을 허용하는 것이 타당하다는 업계의 반대가 있었지만 최종적으로 소급효와 원상회복을 내용으로 취소의 효과를 부여하고 있다.³⁶⁹⁾ 그리고 프랑스법은 정보제공의무위반의 경우에는 민법 제1182조의 불법행위로 인한 손해배상책임의 요건을 충족하여야 한다고 하고 있으며,³⁷⁰⁾ 영국의 경우에는 위반의 경우 보험회사에 대한 과징금이나 영업정지 또는 허가 취소 등의 감독법상의 문제로 하고, 금융옵트즈만은 보험자로 하여금 보험계약자에게 적절한 보상을 하도록 하고 있다.³⁷¹⁾

고지의무위반의 요건에 있어서 중대한 과실이라 함은 보험계약자 등이 조금만 주

364) 사법연수원, 전제서, 41-42면.

365) 보험자의 책임은 당사자 간에 다른 약정이 없으면 최초의 보험료의 지급을 받은 때로부터 개시한다고 규정하고 있는 상법의 일반조항과 다른 내용으로 보험자의 책임개시시기를 정한 경우, 그 약관 내용은 보험자가 구체적이고 상세한 명시·설명 의무를 지는 보험계약의 중요한 내용이라 할 것이고, 그 약관의 내용이 거래상 일반적이고 공통된 것이어서 보험계약자가 별도의 설명 없이도 충분히 예상할 수 있었던 내용이라 할 수 없다(대판 2005.12.9, 2004다26164, 26171)

366) 대판 2001.7.27, 2001다23973.

367) 장덕조·한창희, 「보험법판례연구집」, 법영사, 2010, 211-215면.

368) 김은경, 전제 “독일 보험계약법상 보험자의 정보제공의무 등에 대한 고찰”, 183면.

369) 日本辯護士聯合會消費者問題對策委員會, 「コンメンタル 消費者契約法」, 商事法務研究會, 2010, 62-63면.

370) 山下友信·米山高生, 「保險法解説」, 有斐閣, 2010, 107면.

371) Jurgen Basedow & John Birds & Malcolm Clarke & Herman Cousy & Helmut Heiss, Supra, p. 100.

의를 기울였으면 제대로 고지하였을 것을 그 주의를 다하지 아니함으로써 불고지·부실고지한 것을 말하고,³⁷²⁾ 입증책임에 있어서는 고지의무위반의 요건이 존재한다는 것은 보험자가 이를 입증하여야 한다. 보험자가 그 사실이 보험계약자 등의 고의 또는 중대한 과실이 있음을 이유로 계약해지권을 행사하여야 하므로 해지권발생의 근거를 보험자가 증명하는 것은 당연한 것이다.³⁷³⁾

6) 약관의 규제에 관한 법률

오늘날의 거래는 은행예금계약·항공운송계약 등에서 보는 바와 같이, 상품에 대한 대량계약이 약관에 의해 체결되는 것이 일반적 경향이므로 약관은 현대계약법상 중요한 관심사다.³⁷⁴⁾ 문제는 약관은 사업자가 일방적으로 자신에게 유리하도록 작성하는 것이 보통이므로 다른 당사자인 소비자에게 불리한 경우가 많다는 것이다. 약관에 의한 계약은, 소비자에게 계약체결의 자유만 주어질 뿐이고 계약내용 결정의 자유는 주어지지 않게 된다. 이러한 이유로 약관에 대한 적절한 규제나 간섭이 필요하다.³⁷⁵⁾ 약관의 규제에 관한 입법정책은 여러 법률에 반영되어 있다. 대표적인 법률이 약관의 규제에 관한 법률(1986. 12.31 공포, 이하 ‘약관규제법’이라고 함)이다. 이 법률은 불공정한 약관의 유효·무효를 정하는 사법규정과 공정거래위원회의 역할을 정한 공법규정을 가지고 있다. 따라서 약관규제에 관한 공·사법의 총합규범이라고 볼 수 있다. 특히 공정거래위원회가 일정한 경우 시정명령을 발할 수 있도록 하여 계약에 행정의 개입을 인정하였다. 그러나 규정내용의 추상성으로 인해 소비자인 고객보호의 관점에서는 완벽한 것이 아니라 할 것이다.³⁷⁶⁾

약관규제법 제3조는 약관의 작성 및 설명의무에 대하여, “사업자는 고객이 약관의 내용을 쉽게 알 수 있도록 한글로 작성하고, 표준화·체계화된 용어를 사용하며, 약관의 중요한 내용을 부호, 색채, 굵고 큰문자 등으로 명확히 표시하여 알아보기 쉽게 약관을 작성하여야 하며, 계약을 체결할 때에는 고객에게 약관의 내용을 계약

372) 최완진, “사기에 의한 고지의무위반의 효과”, 「고시연구」 제30권 제2호, 국가고시학회, 2003.2, 133면.

373) 김재걸, “보험계약상 고지의무에 관한 법적 고찰”, 「논문집」 제30집, 목원대학교, 1996.9, 276면.

374) 한삼인, 전제 「계약법」, 20면; 이은영, “약관규제법”, 「주석민법(책권각칙)1」, 한국사법행정학회, 1999, 89-90면.

375) 손지열, 「민법주해(XII)」, 박영사, 2003, 306면.

376) 한삼인, 전제 「계약법」, 21면.

의 종류에 따라 일반적으로 예상되는 방법으로 분명하게 밝히고, 고객이 요구할 경우, 그 약관의 사본을 고객에게 내주어 고객이 약관의 내용을 알 수 있게 하여야 한다. 그리고 사업자는 약관에 정하여져 있는 중요한 내용을 고객이 이해할 수 있도록 설명하여야 하며, 만약 사업자가 그 규정을 위반하여 계약을 체결한 경우에는 해당 약관을 계약의 내용으로 주장할 수 없다”라고 규정하고 있다.

약관규제법이 사업자에 대한 명시·설명의무를 부과하고 있는 것은 계약체결시 고객이 약관의 존재와 내용을 알고 있을 것을 전제로 하고 있다는 점에서 기본적으로는 계약설의 입장에 서있는 것으로 보인다.³⁷⁷⁾ 다만 최근 원칙적으로 계약설을 취하면서 약관이 갖는 사회적 기능을 고려하여 규범과 유사한 비자발적 구속력을 인정하자는 견해도 있다.³⁷⁸⁾ 대법원의 판결³⁷⁹⁾ 또한 보통보험약관을 포함한 이른바 일반거래약관이 계약의 내용으로 되어 계약당사자들에게 구속력을 갖게 되는 근거는 그 자체가 법규범 또는 법규범적 성질을 갖기 때문은 아니며, 계약당사자가 이를 계약의 내용으로 하기로 하는 명시적 또는 묵시적 합의를 하였기 때문이라고 밝히고 있어, 계약설에 기초한 입장을 취하고 있다.³⁸⁰⁾ 따라서 약관규제법의 적용대상인 계약은 소비자계약만을 전제로 하는 것은 아니지만, 소비자가 당사자로 되어 있는 계약의 공정한 거래질서를 확립하기 위한 수단으로 약관규제법이 주로 작용함은 명백하다고 할 것이다.

약관의 명시는 구체적이고 상세한 것이어야 하지만, 전체적으로 평균적 이해수준을 기초로 하여 약관의 전반적인 내용을 알리면 된다고 할 것이다.³⁸¹⁾ 상법에는 명시방법에 대한 직접적인 규정이 없으나, 약관규제법은 약관의 명시를 계약의 종류에 따라 일반적으로 예상되는 방법으로 하여야 한다고 규정하고 있다(약관규제법 제3조 2항). 명시방법에 관하여 영업소에서 계약당시 일반적인 게시의 방법도 인정되는데, 이를 광범위하게 인정한다면 명시 의무의 인정취지가 몰각될 우려가 있기

377) 김상용, 전제서, 27면; 김형배, 전제서, 53면; 한삼인, 상제서, 21면; 신현운, 「경제법」, 법문사, 2006, 541면; 권오승, 전제 「경제법」, 535면; 권제열, 「경제법」, 법원사, 2005, 440면.

378) 이은영, 전제 “약관규제법”, 104면; 이은영, 전제 “약관법과 민법과의 관계, 계약내용통제 및 일부무효와 관련 하여”, 193면 이하.

379) 대판 2004.11.11, 2003다30807.

380) 약관이 계약적 성격을 띠는 이상 약관을 해석함에 있어서도 법규해석이 아니라 법률행위해석의 방법에 따라야 할 것이다(신현운, 전제서, 540면).

381) 김정호, 「상법강의(하)」, 법문사, 2000, 416면; 대판 1992.3.10, 91다31833.

때문에 각 계약체결의 유형, 거래상황 등을 고려하여 제한적으로 인정할 필요가 있다. 또 지나치게 이해하기 곤란한 전문용어는 해설을 붙여 이해할 수 있게 하여야 하며, 이해할 수 없는 약관의 제시는 명시 의무반이 될 수 있다.³⁸²⁾

또한 보험계약의 경우 보험약관에 대하여는 고객의 요구에 불문하고 보험자는 약관의 교부의무가 있으며, 이 경우 약관규제법상의 교부의무에 관한 조항은 적용의 여지가 없다고 하겠다.³⁸³⁾ 그리고 약관규제법에서 사업자는 약관에 정하여져 있는 중요한 내용을 고객이 이해할 수 있도록 설명하여야 한다(약관규제법 제3조 3항)고 규정하여 설명의무를 명시적으로 규정하고 있다. 양 규정 중에 상법은 ‘알려주어야 한다’고 규정하는데 대해 약관규제법은 ‘이해할 수 있도록 설명하여야 한다’고 규정함으로써 약관규제법상의 설명의무가 더 구체적이고 적극적인 표현으로 받아들여지고 있다.³⁸⁴⁾

판례는 “약관의 중요한 내용에 해당하는 사항이라 하더라도 사업자의 명시·설명 의무가 면제되는 경우, 구 약관의 규제에 관한 법률(2007. 8. 3. 법률 제8632호로 개정되기 전의 것) 제3조에 따른 명시·설명 의무의 대상이 되는 약관의 중요한 사항이라고 하더라도, 고객이나 그 대리인이 그 내용을 충분히 알고 있거나, 거래상 일반적이고 공통된 것이어서 고객이 별도의 설명 없이도 충분히 예상할 수 있었던 경우에는 그러한 사항에 대해서 사업자에게 명시·설명 의무가 인정된다고 할 수 없다³⁸⁵⁾”라고 판시하고 있다.

설명은 구두로 하는 것이 원칙이나, 중요한 내용을 문서로 정리하여 서명날인 받음으로써 설명에 갈음할 수 있다. 설명의 정도는 상대방의 지식·경험·직업 등에 따라 설명방법을 달리하여 구체적이고 상세하게 설명해야 하지만,³⁸⁶⁾ 당해 조항에 대한 고객의 구체적이고 개별적인 동의는 요하지 않는다. 보험계약자가 보험약관의 내용을 충분히 잘 알고 있는 경우, 보험자에게 그 약관내용을 설명할 의무가 있는

382) 너무 작은 활자로 인쇄되어 있거나 눈에 잘 띄지 않는 곳에 기재되어 있는 경우에는 일반적으로 예상되는 방법으로 명시되었다고 할 수 없을 것이다(대판 1990.4.27, 98다카24070).

383) 손주관, “보험약관의 명시 의무: 개정상법과 약관규제법과의 관계”, 「보험조사월보」 제16권 제6호, 보험감독원, 1993.6, 5면; 권오승, 전제 「경제법」, 478. 이에 따라 보험계약에 있어서 거래상 일반적 내지 공통된 것이나 상대방이 충분히 알고 있는 경우라도 명시·설명 의무와 다르게 교부의무는 면제되지 않는다.

384) 양승규·장덕조, 「보험법의 쟁점」, 법문사, 2000, 48면.

385) 대판 2010.5.27, 2007다8044; 대판 2006.1.26, 2005다60017, 60024.

386) 대판 1998.4.10, 97다47255; 대판 1997.9.26, 97다4494.

지 여부 및 그 입증책임의 소재에 대하여 판례는 “보험약관의 중요한 내용에 해당 하는 사항이라 하더라도 보험계약자나 그 대리인이 그 내용을 충분히 잘 알고 있는 경우에는 당해 약관이 바로 계약내용이 되어 당사자에 대하여 구속력을 가지므로 보험자로서는 보험계약자 또는 그 대리인에게 약관의 내용을 따로 설명할 필요가 없으며, 이 경우 보험계약자나 그 대리인이 그 약관의 내용을 충분히 잘 알고 있다는 점은 이를 주장하는 보험자측에서 입증하여야 한다”고 판시하고 있다.³⁸⁷⁾

사업자가 명시·설명의무를 이행하지 않은 경우, 그 효과는 어떠한 것인지에 대하여 사업자는 그 약관을 당해 계약의 내용으로 주장하지 못한다(약관규제법 제3조 4항). 주의할 점은, 그 의무위반의 경우에도 이를 이행하지 않았다는 고객의 이의제기가 없는 한, 약관은 계약내용으로 편입되어 당사자를 구속하게 된다. 요컨대 그 불이행의 경우에도 고객측에서는 약관을 계약내용으로 승인하거나 거부할 수 있다 할 것이다.³⁸⁸⁾ 만약 약관의 내용과 다른 설명을 하거나 잘못 설명한 경우에는 그 설명한대로 효력이 발생한다.³⁸⁹⁾

7) 전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률

전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률(이하 ‘전자상거래소비자보호법’이라 함)상 통신판매업자는 소비자에 대하여 계약체결을 전후로 하여 신원 및 거래조건 등에 관한 광범위한 정보를 제공하여야 한다. 동법 제10조와 제20조 제4항에서 규정하고 있는 신원에 관한 정보제공의무는 전자상거래 및 통신판매가 갖고 있는 비대면 거래의 특성상 소비자가 계약체결 상대방에 관한 충분한 정보를 갖게 함으로써 전자거래의 안전성 및 신뢰성을 확보하려 하고 있다. 동법 제13조 1항에 규정되어 있는 통신판매업자의 정보제공의무는 경제법상의 의무로서 청약의 받을 목적으로 표시·광고하는 경우에 익명의 광고를 금지하기 위하여 규정되었다.³⁹⁰⁾ 제2항에 규정된 계약체결 전에 이행되어야 할 정보제공의무는 소비자에게 계약체결여부에 관한 이성적인 결정을 할 수 있는 기회를 제공하는데 반하여 계약체결 이후에 제공

387) 대판 2003.8.22, 2003다27054; 대판 2001.7.27, 99다55533; 대판 1997.9.26, 97다4494.

388) 한삼인, 전제 「계약법」, 24면.

389) 김성태, 「보험법강의」, 법문사, 2001, 188면; 이기수, 「보험법·해상법」, 박영사, 2002, 69면; 이범찬·최준선, 「보험법·해상법」, 삼영사, 2001, 418면.

390) 이병준, “모바일전자상거래에서의 약관의 편입과 정보제공의무의 이행”, 「인터넷법률」 제23호, 2004, 56면.

되어야 할 정보제공의무는 소비자에게 계약체결을 증명하는 서면을 갖게 하고 계약으로부터 발생하는 권리를 명확하게 인식할 수 있는 기회를 제공한다.³⁹¹⁾ .

전자거래에서 계약책임이라고 하는 경우에는 계약내용에 따른 신의에 좇아 성실히 이행할 책임과 이에 부수하거나 파생하는 모든 책임을 말한다. 일반적으로 계약책임이라고 하는 경우에는 협의의 계약책임인 채무불이행책임(민법 제390조)만을 가리킨다. 계약에 있어서 당사자의 약정 또는 법률에서 특별히 규정되지 않았지만 채권관계에서 당사자가 권리와 의무를 실현함에 있어 신의에 좇아 성실하게 행동하여야 할 의무가 발생하는데, 이 의무를 부수적 주의의무라 한다.³⁹²⁾ 즉, 신의칙에 의하여 부수의무가 성립하는데 이것은 신의칙의 급부의무 또는 명시적으로 규정되어 있는 종된 의무에 작용하여 이를 확장함으로써 나타나는 것이다.³⁹³⁾ 판례역시 부수의무에 대하여 점차 광범위하게 인정하고 있다.³⁹⁴⁾ 예를 들어, 계약체결을 준비하는 과정에서 계약교섭의 상대방에게 설명을 하지 않아 이로부터 손해를 입었다면, 이에 대해서 설명을 청구할 수 있는 권리가 선행적으로 성립되어 설명의무를 발생시키는 것이 아니라, 반대로 일정한 손해를 입었는데 그 손해는 의무자가 설명 등의 부수의무를 제대로 하였다면 발생하지 않았을 것이라는 인과관계의 규명을 통해서 설명의무가 성립하는 것이다. 따라서 결과응보적 의무이고, 사전적으로 청구의 대상인 의무로 발생하는 것이 아니라 사후적으로 발생한 손해를 배상하기 위한 유책주의에 입각한 의무위반의 근거로서 성립된다.³⁹⁵⁾

전자거래에서 발생하는 손해는 주로 재산상 손해가 문제가 되고, 상대방에게 미치는 인체상의 손해는 거의 발생하지 않는다고 보이나, 다만 인격권에 침해를 줄 수 있는 명예훼손의 문제가 발생할 여지가 있다. 예를 들면, 전송되는 목적물에 컴퓨터 바이러스 등이 포함되어 있거나, 불완전한 상태로 개발된 소프트웨어를 전송하여 그것을 이용한 상대방이 소프트웨어에서 작동되는 데이터까지도 손상을 입은 경우 등을 들 수 있다.³⁹⁶⁾ 이 경우에 채무의 불완전이행으로 인한 부가손해로 원칙

391) 이병준, “전자상거래소비자보호법상의 정보제공의무와 명확성의 원칙”, 「정보화정책」 제11권 제3호, 2004. 가을, 34면.

392) 백태승, 전게서, 159면.

393) 이영준, 전게서, 73면.

394) 대판 2005.11.25, 2005다53705, 53712.

395) 윤형렬, 전게서, 293면.

396) 정중휴, “전자상거래와 계약이론의 변용”, 「인권과정의」 제268호, 대한변호사협회, 1998.12, 34면.

적으로 손해를 배상받을 수 있으나, 현실적으로 어려움이 있다.

그리고 주된 급부의무는 하자 없이 이행되었으나 정보제공자의 설명의무나 정보제공의무 및 비밀유지의무 등의 부수적 의무를 위반한 경우도 불완전이행의 한 유형으로 논의되는데, 이와 같은 부수적 의무를 위반하는 문제는 전자거래에 있어서는 단지 그 물품이나 용역을 인도하고 공급한다는 일차적 내용 외에도 특히 지식이나 경험 또는 정보의 축적량에 있어서 현저한 차이가 나는 당사자들 사이에서는 그러한 지식 등이 부족한 당사자에게 당해 물품이나 용역과 관련된 정보를 제공하고 그 위험성을 고지하는 등 필요한 설명의무를 부담하거나³⁹⁷⁾ 정보제공의무를 지는 등의 주된 급부의무와 밀접한 관련을 갖는다. 고지의무는 정보제공의무자의 설명의무나 정보제공의무와는 성격이 달라 소비자보호 측면에서 실제 거래하는 소비자가 구체적으로 누구인가를 분명히 하여 소송을 통한 분쟁해결에 있어서 이용자가 상대방을 확정하는데 곤란을 겪는 것을 예방하는 측면이 강하다.³⁹⁸⁾

또한 전자거래에 있어서 완전한 급부를 이행하여야 할 의무 있는 자가 불완전이행을 하는 경우에는 하자 있는 컴퓨터소프트웨어를 전송한 자에게 불완전이행을 청구할 수 있으며, 컴퓨터소프트웨어의 사용에 대하여 설명의무나 정보제공의무를 충실히 이행하지 않은 자에게는 추완이 가능한 경우에 한하여 추완청구권이 인정된다.³⁹⁹⁾ 물론 불완전이행으로 인하여 상대방에게 손해를 발생시키는 경우에는 손해배상청구도 함께 청구할 수 있다. 전자거래에서 필요한 경우에는 설명의무·정보제공의무 등과 같은 부수의무의 이행을 청구할 수 있으며, 보호의무위반의 경우에는 안전을 위한 적절한 조치를 하여 줄 것을 청구할 수 있다.

그러나 설명의무위반 및 보호의무위반에 의해 확대손해가 발생한 경우에 이러한 위반행위는 급부이익의 침해가 아니라는 이유를 들어 계약해제권은 인정되지 않는다는 견해가 있으나,⁴⁰⁰⁾ 확대손해의 경우에도 직접적인 급부이익의 침해는 아니라고 하더라도 채권자의 권리를 해하게 됨과 동시에 주의의무 위반이라든가 보호의무의 위반으로 인하여 계약의 목적을 달성할 수 없게 되는 경우에는 계약을 해제할 수

397) 김상용, 「채권총론」, 법문사, 2002, 140-141면.

398) 오병철, 「전자거래법」, 법원사, 2000, 326면.

399) 김상용, 전제 「채권총론」, 143면.

400) 김형배, 「채권총론」, 법문사, 1998, 253면.

있으며,⁴⁰¹⁾ 아울러 손해가 있으면 손해배상을 청구할 수 있다고 보아야 한다. 그렇지만 부수의무 또는 보호의무를 위반한 불완전이행의 경우에도, 계약의 목적을 달성할 수 있는 경우에는 손해배상만을 청구할 수 있다고 보는 것이 타당하다.

8) 할부거래에 관한 법률

할부계약은 소비자에게 대금의 전부를 지급하지 않더라도 재화 등을 구입하여 사용할 수 있는 장점을 부여함과 더불어 사업자 역시 재화 등의 판매실적을 향상시킬 수 있는 이점을 부여한다. 그러나 대금의 전부지급이 아닌 일부의 지급만으로 재화 등을 구입할 수 있다는 할부계약의 특성은 소비자에게 과소비를 조장할 뿐만 아니라 충동적인 구매를 유발하였다. 이와 더불어 일시불로 지급하였을 경우와 할부로 지급하였을 경우의 차이에 대한 정확한 설명의 부재, 할부금 미지급에 따른 기한의 이익상실, 해제에 따른 손해배상책임, 신용제공자가 포함된 간접할부계약에 있어서 신용제공자에 대한 항변 등의 문제가 발생하였으며, 이에 할부계약으로 발생하는 제반 문제로 인한 소비자피해를 예방 또는 구제하고자 할부거래에 관한 법률(이하 ‘할부거래법’이라 함)이 제정되었다.⁴⁰²⁾

할부계약은 대금의 분할지급을 주된 내용으로 한다. 따라서 소비자가 충동적으로 구매의사를 표시할 수 있으며, 소비자가 최종적으로 지급할 금액은 할부수수료가 부과되는 할부계약의 경우 일시불로 지급할 금액보다 많은 금액이다. 이러한 점을 고려하여 할부거래법에서는 할부계약의 체결 전 할부가격, 현금가격 등에 관한 정보를 고지하도록 하고 있다. 즉, 동법 제5조는 할부거래업자는 할부계약을 체결하기 전에 소비자가 할부계약의 내용을 이해할 수 있도록 하기 위하여, 1. 재화등의 종류 및 내용, 2. 현금가격, 3. 할부가격, 4. 각 할부금의 금액·지급횟수 및 지급시기, 5. 할부수수료의 실제연간요율, 6. 계약금(최초지급금·선수금 등 포함), 7. 제12조 제1항에 따른 지연손해금 산정 시 적용하는 비율 등을 표시하도록 하고 있다.

또한 할부거래는 대부분 장기계약이고 내용 또한 복잡하기 때문에 할부계약의 내용을 소비자에게 충분히 고지시켜 분쟁을 방지하고 할부계약의 공정화를 기하기 위

401) 김상용, 전제 「채권총론」, 143면; 오병철, 전제서, 329면.

402) 할부계약에 대한 법적 규율은 초기 도·소매업진흥법에서 규율하였으며, 이후 1991년에 제정된 할부거래법에서 규율하고 있다(권오승, 「소비자보호법」, 법문사, 2002, 163면).

하여 매도인은 총리령이 정하는 바(동법 시행규칙 제3조 제1항)에 의하여 법정기재 사항을 기재한 서면으로 계약을 체결하도록 되어 있다. 또한 서면, 즉 계약서를 매수인에게 교부하도록 하고 있다(동법 제6조).⁴⁰³⁾ 그런데 할부계약이 법정요건을 갖추지 못하거나 내용이 불확실한 경우에는 당사자 사이에 특약이 없는 한 그 계약내용은 어떠한 경우에도 매수인에게 불리하게 해석되어서는 아니된다(제6조 제4항).

소비자가 신용제공자에게 대금을 지급한 후 청약철회권을 행사하거나 청약철회권을 행사한 후 대금을 지급한 경우(자동이체 등), 할부판매업자가 대금을 환급하지 않을 때에 소비자는 신용제공자에게 상계요청을 할 수 있도록 하고 있으나, 신용제공자가 정당한 사유 없이 상계하지 않은 경우에 대한 규정을 두고 있지 않다. 따라서 신용제공자에게 대금을 지급한 소비자는 원칙적으로 사업자에게 반환을 청구하여야 하지만, 사업자가 임의적으로 반환하지 않을 경우 소송 등을 통하여 반환받기란 사실상 곤란하다. 외국의 입법례에서는 매매계약과 여신계약의 유기적 관계를 인정하여 카드사에 대한 반환의무를 부과하고 있다. 즉 영국의 경우 카드사는 사업자와 연대하여 소비자에게 환급할 의무를 부담하며(영국소비자신용법 제70조),⁴⁰⁴⁾ 독일의 경우 재화 등의 매매계약과 여신계약의 일체성을 인정하여 어느 한 계약이 철회된 경우 다른 계약 역시 철회된 것으로 인정하며, 사업자에게 대금을 지급한 후 철회한 경우 신용제공자는 소비자와의 관계에서 결합계약으로부터 발생하는 권리와 의무에 대하여 사업자에 갈음한다(독일 민법 제358조).⁴⁰⁵⁾ 프랑스의 경우 매매계약과 여신계약이 상호의존관계임을 명시적으로 규정하여, 매매계약이 무효 또는 해제된 경우 여신계약 역시 당연히 무효 또는 해제된 것으로 인정하고 있다(프랑스 소비법전 제311-21조 제1항).⁴⁰⁶⁾ 우리의 경우 영국 등과 달리 양자를 별도의 계약으로 인정하고 있으나, 카드사와 회원인 소비자는 장기의 회원계약을 체결하고 있기에 카드사는 소비자의 손해를 최소화할 의무를 부담한다고 할 수 있다. 따라서 사업자가 임의적으로 반환하지 않을 경우 소비자의 상계요청에 따라 상계처리하고, 신용제공자인 카드사가 이를 소비자에게 반환하는 것이 소비자의 피해를 최소화하

403) 권재열, “할부거래법상 할부매매의 법률관계”, 「판례월보」 제361호, 판례월보사, 2000.10, 54면.

404) Geoffrey Woodroffe et al., Consumer law and Practice, SWEET&MAXWELL, 2007, p.358.

405) 양창수, 「독일민법전」, 박영사, 2002, 189-190면.

406) 後藤卷則, 「消費者契約の法理論」, 弘文堂, 2003, 327면.

는 것이며, 이를 위반하여 정당한 사유 없이 상계하지 않을 경우 카드사가 반환할 의무를 부담하는 것이 타당할 것이다.⁴⁰⁷⁾

2. 이론적 근거

계약체결과정에서의 정보제공의무는 채권자와 채무자를 상호 대립하는 관계로 보던 전통적인 계약관에서 탈피하여 계약관계를 채권자와 채무자가 공통의 이익을 추구하는 협력관계로 포착함으로써 인하여 대두되고 있다. 이러한 계약당사자간의 협력관계는 법사상적으로 19세기의 개인주의 사상으로부터 20세기의 연대정신의 이행을 기초로 오늘날 세계 각국의 계약법의 특징이라 할 수 있는 계약당사자간의 협력관계로부터 파생된 것이라 할 수 있다.

사적자치의 원칙이 구현된 시장경제의 법질서에서 계약협상 중의 일방의 당사자에게 그 상대방에 대한 정보제공의무를 부여하는 것은, 원칙적으로 각 당사자가 스스로 부담하여야 할 정보위험으로부터 생기는 계약상의 위험을 타방의 당사자에게 전가시키는 것이다. 계약체결상에서 일방 당사자의 타방 당사자에 대한 설명의무의 존재와 그 내용 및 범위의 문제가 개별 건들의 구체적 상황에 따라 좌우된다고 하는 것은 문제가 있다. 또한 학설과 판례 스스로가 의무의 명확한 근거를 찾기 위한 노력을 포기하고 있다고 생각된다. 오히려 정보제공의무의 확실한 이론적 근거의 제시는 그 의무의 내용과 범위를 결정함에 있어서의 출발점이 된다.⁴⁰⁸⁾ 이와 관련하여 학설과 판례는 계약체결상에서 일방 당사자의 그 상대방에 대한 정보제공의무의 근거를 찾고자 다양한 시도를 하고 있고, 민사법적 영역뿐만 아니라 헌법적 혹은 법 외적 영역에서의 다양한 관점들이 관심의 대상이 되고 있다.

앞에서 살펴본 바와 같이 우리나라에 있어서도 최근 소비자계약상 정보제공의무에 관하여 소비자기본법이나 개별 특별법에서 다양한 형태로 규정하고 있고, 이들 규정이 법적 인정근거가 되고 있다. 그러나 나중에 살펴보는 바와 같이, 소비자기본

407) 고흥석, “청약철회권의 효과에 관한 연구”, 「외법논집」 제31집, 한국외국어대학교 법학연구소, 2008.8, 450면.

408) Stephan Breidenbach, Die Voraussetzungen von Informationspflichten beim Vertragsabschluss, München, 1989, 23; Markus Brandt, Aufklärungs und Beratungspflichten der Kreditinstitute bei der Kapitalanlage, Baden, 2002, s. 29.

법은 사업자의 정보제공의무를 선언적으로 규정하고 있지만, 이의 위반에 대한 법률효력에 대하여 직접적으로 규정하고 있지 않으므로 인하여 다소 선언적이고 추상적인, 그리고 명목뿐인 규정이 될 수 있는 한계가 있으며, 개별 특별법들은 해당 계약에 대하여는 어느 정도 효력을 가질 수 있다고 할 수 있지만, 그 범위가 한정될 수밖에 없는 이유로, 또한 개별 특별법 등에서 정보의무위반 시 법률효과에 대한 별도의 규정이 없을 때 법률효과를 발생시키기 위한 이유로, 지금까지 학설 및 판례에 의하여 정보제공의무의 이론적 근거가 제시되어 왔다. 여기에서는 민법상 사기의 법리, 착오의 법리, 신의칙의 법리 등을 중심으로 이론적 인정근거에 대하여 검토하고자 한다.

(1) 사기법리의 적용

1) 학설

먼저 사업자가 스스로 제공하여야 할 정보를 주지 않았기 때문에 소비자에게 오인이 생겼다고 하는 사업자의 행위에 착안하여 민법 제110조의 사기의 성립을 인정하고자 하는 견해가 있다.⁴⁰⁹⁾ 즉 소비자가 계약을 체결할 것인가 어떤가를 결정하기 위하여 필요한 정보에 관하여 정보제공의무를 부담하는 사업자가 고의로 당해 정보를 제공하지 않았던 경우, 사업자의 부작위를 위법한 기망행위라고 하여 사업자에게 사기의 성립을 인정할 수 있다고 한다. 그러나 사기에 관하여 통설에 의하면 그 요건이 엄격하게 해석되어 있다. 예를 들면, 사기에 관해서는 상대방을 기망하여 착오에 빠뜨리게 하려는 고의와 착오에 의하여 의사표시를 하게 하려고 하는 고의라고 하는 이중의 고의의 입증에 필요하다.⁴¹⁰⁾ 따라서 소비자계약과 같이 정보제공의무 또는 설명의무가 문제되는 경우에는 그와 같은 고의의 입증은 하는 것은 매우 곤란하다고 본다. 또한 요건의 하나인 기망행위에는 침묵이나 평가적 의견의 진술도 포함될 수 있지만, 법률상 또는 신의칙상 진실을 알릴 의무가 있는 경우 이외의 침묵은 위법성을 결하게 되어 사기에는 해당되지 않는다고 본다. 즉 적극적인 기망

409) 최상호, “계약상의 정보제공의무에 관한 연구-사기와 착오법리의 적용관계를 중심으로-”, 173면 이하.

410) 한삼인, 「민법일반이론」, 보명Books, 2009, 362면; 김상용, 「민법총칙」, 법문사, 2004, 507면.

혹은 사실의 은폐가 사기의 성립요건으로 되어 있지만 당사자 간의 정보력에 커다란 격차가 있는 계약에서는 그 입증은 매우 곤란하다고 할 수 있다.

다음으로 정보제공의무와 관련하여서는 적극적인 기망행위에 의한 사기의 경우와 별 문제가 되지 않는다. 이 때 사기로서 규제의 대상이 되는 이유는 정보제공의무 위반으로서가 아니라 그것이 상대방에 대한 허위의 진술이며, 이때에는 그 기망행위에 대한 위법성이 쉽게 인정되기 때문이다.⁴¹¹⁾ 이처럼 적극적인 기망행위가 있는 경우에는 그것이 민법 제110조의 사기에 해당한다는 사실을 쉽게 인정할 수 있기 때문에, 이러한 경우를 대비하기 위해서 굳이 정보제공의무의 개념을 도입하여야 할 필요가 없다고 할 수 있다. 그러나 소비자계약에서는 비전문가인 일반소비자들은 계약에 관한 정보의 부족으로 상당히 불리한 입장에 놓이게 되므로, 계약상대방이 그 내용을 알았다면 계약을 체결하지 않았을 것이라는 사실을 그 상대방에게 숨기는 침묵적 사기에 대하여도 사기법리를 확장할 필요가 있다.

사기에 의한 의사표시가 성립하기 위해서는 사기자에게 고의가 있어야 하고, 위법한 기망행위(사기)가 있어야 하며, 또한 기망행위에 의하여 표의자가 착오에 빠지고 그 착오에 기하여 의사표시를 하여야 한다. 여기서 침묵도 기망행위가 되는가가 문제되는데, 학설은 침묵도 경우에 따라서는 기망행위가 될 수 있다고 한다. 즉 표의자의 부지를 이용하여 침묵에 의하여 착오에 빠지게 한다든가, 또는 표의자가 이미 착오에 빠져 있는 정도를 침묵에 의하여 더욱 심하게 하는 것은 기망행위가 될 수 있다고 하거나⁴¹²⁾ 신의성실의 원칙 또는 거래관념에 비추어 어떤 상황을 고지할 법률상의 의무가 있음에도 불구하고 이를 고지하지 않음으로써 표의자에게 실제와 다른 관념을 야기하거나 강화하거나 유지하게 하는 침묵도 기망행위에 포함된다고 한다.⁴¹³⁾ 이때 고지의무의 존부는 당해 거래행위의 성질 등을 고려하여 신중하게 결정하여야 하는 바, 조합계약과 같이 특별한 신뢰관계를 요하는 것은 고지의무가 광

411) 우리나라의 관례도 이러한 경우에 사기를 인정하고 있다. 상품의 선전·광고에 있어 다소의 과장이나 허위가 수반되는 것은 그것이 일반상거래의 관행과 신의칙에 비추어 시인될 수 있는 한 기망성이 결여된다고 하겠으나, 거래에 있어서 중요한 사항에 관하여 구체적 사실을 신의성실의 의무에 비추어 비난받을 정도의 방법으로 허위로 고지한 경우에는 기망행위에 해당한다. ...아파트 최상층 분양에 있어 중요한 사항인 다락의 형상에 관하여 신의성실의 의무에 비추어 비난받을 정도로 허위·과장한 내용의 분양광고를 한 사안에서, 분양자(시행사) 뿐만 아니라 시공사도 공동불법행위로 인한 손해배상책임을 부담한다고 판시하였다(대판 2009.4.23, 2009다1313).

412) 고상용, 「민법총칙」, 법문사, 1990, 491면; 권윤직, 「민법총칙(신정판)」, 박영사, 1993, 424면.

413) 김상용, 전제 「민법총칙」, 506면.

범위하지만, 1회적 매매는 고지의무가 특별한 비난가능성이 있는 때에만 존재한다고 할 것이다.⁴¹⁴⁾

2) 판례

정보제공의무에 관련된 우리 대법원의 판례는, 어떤 사실을 고지하지 않았다는 것이 기망행위가 되지 않는다고 하기도 하지만,⁴¹⁵⁾ 대체로 부작위에 의한 기망행위를 인정하고 있다. 예컨대 부동산 거래에서 거래 상대방이 일정한 사정에 관한 고지를 받았더라면 그 거래를 하지 않았을 것이 경험칙상 명백한 경우에는 신의성실의 원칙상 사전에 상대방에게 그와 같은 사정을 고지할 의무가 있으며, 그와 같은 고지의무의 대상이 되는 것은 직접적인 법령의 규정뿐 아니라 널리 계약상, 관습상 또는 조리상의 일반원칙에 의하여도 인정될 수 있고,⁴¹⁶⁾ 상대방에게 과실이 있는 경우에도 고지의무가 면해지는 것은 아니라고 판시하고 있다.⁴¹⁷⁾

나아가 건설도급계약과 관련한 판례에서도, “건설산업기본법에 따라 설립된 공제조합이 그 조합원과의 보증위탁계약에 따라 조합원이 도급받은 공사 등의 계약이행과 관련하여 부담하는 계약보증금의 납부에 관한 의무이행을 보증하기 위하여 계약보증서를 발급하는 방법으로 그 도급인과 보증계약을 체결하는 경우, 공제조합은 그 조합원이 도급계약에 따른 채무를 이행하지 아니함으로써 말미암아 도급인에게 부담하게 될 채무를 보증하는 것이므로, 선급금의 액수와 그 지급방법 및 선급금이 정하여진 용도로 실제 사용될 것인지 여부 등은 보증사고에 해당하는 수급인의 채무불이행 여부를 판정하는 기준이 되는 계약상 중요한 사항으로서 조합원 등이 이를 거짓으로 고지할 경우 공제조합에 대하여 기망행위에 해당한다”고 하여 기망행위를 인정하고 있다.⁴¹⁸⁾

414) 최상호, 전제 “계약상의 정보제공의무에 관한 연구 -사기와 착오법리의 적용관계를 중심으로-”, 174면.

415) 대판 2002.4.12, 2001다82545, 82552; 대판 2001.5.29, 99다55601, 55618; 대판 1995.9.29, 95다7031; 대판 1993.8.13, 92다52665.

416) 대판 2006.10.12, 2004다48515; 대판 2007.6.1, 2005다5812·5829·5836.

417) 대판 2007.6.1, 2005다5812·5829·5836에서 일단 고지의무의 대상이 되는 사실이라고 판단되는 경우 이미 알고 있는 자에 대하여는 고지할 의무가 별도로 인정될 여지가 없지만, 상대방에게 스스로 확인할 의무가 인정되거나 거래관행상 상대방이 당연히 알고 있을 것으로 예상되는 예외적인 경우가 아닌 한, 실제 그 대상이 되는 사실을 알지 못하였던 상대방에 대하여는 비록 알 수 있었음에도 알지 못한 과실이 있다 하더라도 그 점을 들어 추후 책임을 일부 제한할 여지가 있음은 별론으로 하고, 고지할 의무 자체를 면하게 된다고 할 수는 없다고 하여 아파트분양사업자에게 고지의무위반에 따른 손해배상책임을 인정하고 있다.

418) 대판 2002.11.26, 2002다34727; 대판 1999.11.26, 99다36617; 대판 1998.6.12, 97다53380; 대판 1996.3.22, 94다

(2) 착오법리의 적용

1) 학설

착오에 대하여 우리 민법은 제109조 제1항에서 “의사표시는 법률행위의 내용의 중요부분에 착오가 있는 때에는 취소할 수 있다. 그러나 그 착오가 표의자의 중대한 과실로 인한 때에는 취소하지 못한다”라고 규정하고 있다. 착오로 인한 의사표시를 취소하기 위해서는 법률행위의 내용의 중요부분에 착오가 존재해야 하며, 또한 표의자에게 중대한 과실이 없어야 한다.

정보제공의무와 착오와의 관계에서 중요한 것은 상대방이 착오자의 착오상태를 이용하는 불성실한 행동을 한 경우에 이것이 착오로 인한 의사표시의 성립에 어떠한 영향을 미치는가 하는 문제이다. 우선, 착오자의 상대방에게 정보제공의무가 부과되어 있음에도 불구하고 그 위반이 있는 경우에는, 착오자에게 중요부분의 착오가 있다는 것을 용이하게 인정할 수 있다고 할 것이다. 또한 상대방이 정보제공의무를 위반하면 표의자에게 중대한 과실이 있다고 하더라도 표의자는 그 의사표시를 취소할 수 있다고 할 것이다. 또한 표의자의 중대한 과실을 평가함에 있어서도 상대방의 직업, 행위의 종류, 목적 등을 고려하여 정보제공의무를 충실하게 이행했는지의 여부도 함께 고려되어야 할 것이다.⁴¹⁹⁾ 이처럼 해석하는 것은 계약의 내용이나 목적물에 관하여 전문적인 지식을 가진 전문가에게 정보제공의무를 부과하는 것이며, 그렇게 함으로써 계약 당사자 간의 정보의 균형을 회복하는 것이 성실한 계약 교섭의 전제가 되기 때문이다.⁴²⁰⁾

그러나 정보제공의무와 관련하여 정보량에 있어 격차가 심한 전문가와 비전문가 사이의 계약관계에서는 물론, 대등한 힘을 가진 계약당사자 사이의 계약관계에 있어서도 계약에 필요한 많은 정보를 가진 사업자 내지 매도자에게는 계약의 내용이나 목적물에 대한 일정한 내용을 알려 줄 신의칙상 정보제공의무를 인정할 수 있고, 이 때 그들이 자신에게 부과된 의무를 다하지 않는다고 하면 당연히 그에 대한 규제를 해야 하며, 그 결과로 나타나는 것이 상대방의 정보제공의무위반으로 인하

54702.

419) 최상호, 전제 “계약상의 정보제공의무에 관한 연구 -사기와 착오법리의 적용관계를 중심으로-”, 78면.

420) 이상욱, 전제 “프랑스에서의 계약상 정보제공의무”, 599면.

여 불이익을 당한 표의자에게 착오로 인한 취소를 인정하는 것이라 할 것이다. 이와 같이 착오가 성립하는가를 판단함에 있어서는 표의자의 상대방의 행위양태를 고려하여 그 상대방에게 불성실한 행위가 있는 경우에는 이것과 관련하여 표의자의 의사표시의 효력을 관찰하는 것이 바람직하며, 이때에는 착오가 인정되기 쉬울 것이다.⁴²¹⁾

2) 판례

정보제공의무와 착오의 관계에서 우리나라 초기의 판례는 구민법 제95조(민법 제109조) 단서의 규정은 표의자의 상대방의 이익을 보호하기 위해서 나온 것임으로 당초에 그 상대방의 악의로서 표의자의 착오를 알고 이를 이용한 경우에는 동 규정에 의하여 보호를 받을 수 없다고 해석함이 동법 제95조 전체의 정신에 적합하다고 하여, 표의자에게 중대한 과실이 있다고 하더라도 표의자는 그 의사표시를 취소할 수 있다고 하였다.⁴²²⁾ 그러나 그 후의 판례는 이것과는 그 내용을 달리하고 있다. 구체적인 내용을 보면 다음과 같다. “토지의 매매계약을 체결하면서 피고인 매도인이 그 토지 위에 공장건축이 가능할 것이라는 의견을 원고에게 말한 사실은 있으나, 원고가 매매계약서 단서에 특약사항으로 공장건축허가가 가능하다는 사실을 기재하여 달라는 요청을 했지만 피고가 이를 거절하자 원고가 더 이상 다른 요청을 하지 않고 매매계약을 체결하였으나, 그 후 그 토지에는 원고가 의도한 공장을 건축할 수 없게 된 사안에서, 판례는 원고로서는 먼저 위 토지상에 원고가 설립하고자 하는 공장을 건축할 수 있는지의 여부를 알아보아야 할 주의의무가 있고, 또 이와 같이 알아보았다면 위 토지상에 원고가 의도한 공장의 건축이 불가능함을 쉽게 알 수 있었다고 보이므로, 원고가 이러한 주의의무를 다하지 아니한 채 이 사건 매매계약을 체결한 것에는 중대한 과실이 있다고 하여 착오에 기한 매매계약의 취소를 부인하고 있다”. 또한 판례는 피고가 이 사건 토지상에 공장건축이 불가능함에도 원고를 기망하여 위 매매계약을 체결하려는 의사가 있었다고 보기 어렵다고 판단하여 원고의 주장을 배척한 원심의 인정판단을 정당한 것으로 인정하고 있다.⁴²³⁾

421) 小林一俊, “錯誤無效のファクターに関する考察(一)”, 「亞細亞法學」 第14卷 1號, 2003, 69面.

422) 대판 1955.11.10, 4288민상321.

423) 대판 1993.6.29, 92다38881.

이처럼 판례는 매도인이 매수인의 토지매입 의도를 명백히 알고 있으면서도 토지와 관련된 정보를 매수인에게 제공하지 않고 매수인의 착오를 이용하려는 불성실한 행태에 대하여는 무시한 채 매수인이 매매토지 위에 공장을 건축할 수 있는지의 여부를 조사해야 할 주의의무를 다하지 않고 매매계약을 체결한 것은 중대한 과실이 있는 것으로 판단하여 착오로 인한 매매계약의 취소를 부인하고 있는 실정이다.⁴²⁴⁾

이와 관련하여 프랑스 파훼원 판례는, “별장에 관한 임대차계약을 체결하였는데, 그 별장의 상태에 있어 침구가 형편없이 낡았고 문짝도 허술하며 벽이 벗겨지는 등 당초 임대인의 설명과 판이하게 달랐고 인근에 있는 건축공사장 때문에 소음이 심한 사정 등으로 해서 고액의 임대료로부터 기대했던 것과 도저히 균형이 맞지 않았다. 이에 임차인은 임대인에게 본질에 관한 착오를 이유로 계약의 무효를 주장하고 손해배상을 청구하였다. 파훼원은 “임대인은 별장의 상태가 노후한 점, 주변의 건축공사 때문에 소음이 있다는 사실 등 그 별장의 상태에 관한 정확한 정보를 제공하여야 함에도 불구하고 임차인에게 이를 알리지 않았다면 임차인의 착오가 성립하고 계약은 무효이다”라고 판시하고 있다.⁴²⁵⁾ 이 판례도 착오와 정보제공의무와의 관계를 잘 말해주는 사례라고 할 것이다.

(3) 신의칙법리의 적용

1) 학설

정보제공의무의 인정근거에 관하여 다양한 관점으로부터 논의가 행해지고 있지만, 학설의 대부분은 당사자간에 정보력의 격차가 있는 경우에 신의칙상 일방당사자가 상대방에 대하여 정보제공의무를 부담한다는 것을 긍정한다.⁴²⁶⁾ 소비자계약상 사업자의 정보제공의무에 대하여 특별법상 또는 민법상의 규정만으로 이를 해결할 수 있는 범위는 한정되어 있으므로, 민법상의 일반원칙인 신의칙에 기하여 정보제

424) 이와 유사한 판례를 보면 다음과 같다. 즉 공장을 건축할 목적으로 건물에 대한 임대차계약을 체결함에 있어서 임차인은 먼저 경영하고자 하는 공장의 신실이 가능한지를 관할관청에 알아보아야 할 주의의무가 있고, 이러한 주의의무를 다하지 아니한 채 임대차계약을 체결한 것은 임차인에게 중대한 과실이 있는 것이라고 판시하고 있다(대판 1992.11.2. 92다25830).

425) Cass. civ 3^o, 29 November 1968, Gaz. Pal., 1969, I, p. 63.

426) 박정기, 전제 “계약체결과정에 있어서의 정보제공의무”, 71면. 영미의 정보제공의무가 ‘최고신의의 계약과 계약을 같이 한다는 것’과도 관련이 있다(송오식, 전제 “소비자계약에서 정보제공의무”, 96면).

공의무의 정당화근거를 찾고자 하는 것이다.

신의칙은 채권자와 채무자가 계약에서 합의하지 않더라도 신의성실에 따른 이행을 요구할 수 있게 한다. 계약에서 발생하는 의무는 합의에 의한 채무부담, 법률의 규정에 의한 채무부담, 신의칙에 의한 채무부담으로 나눌 수 있다. 예를 들면, 기계를 팔면서 사용방법을 알려 줄 의무(사용설명 의무), 상품에 대한 위험사항을 경고해 줄 의무(경고 의무), 상대방의 이익에 관한 사항을 알려 줄 의무(통지 의무) 등은 신의칙에 의해 발생하는 의무이다.⁴²⁷⁾

계약체결과정에서의 정보제공의무의 민법상 근거가 신의칙이라면 그것이 계약상의 급부인가 급부의무 이외의 부수의무인가가 문제된다. 계약상 급부라면 그 체계적 지위에 관해 계약상 주된 급부인가 종된 급부인가 구별이 곤란한 경우가 발생할 수 있다. 특히 그 구별의 문제는 학설상 대립이 있으며 명확한 기준을 찾기가 쉽지 않다는 문제점을 가지고 있다.⁴²⁸⁾

정보제공의무의 인정근거에 관하여 신의칙을 근거로 하는 경우, 정보력의 우위에 선 일방당사자(사업자)에게 정보제공의무가 부과되는 것을 어떻게 정당화할 것인가에 관하여 논란이 있을 수 있는데, 사업자의 전문성이라고 하는 관점에서 파악하는 것이 적절할 것이다. 즉 계약체결상 정보력의 격차를 해소하여 계약자유를 실질적으로 보장하는 것, 그리고 사회의 고도화·전문화에 수반하는 사업자에의 의존의 필요성으로부터 사업자에의 사회적 신뢰에 대응하는 사업자의 책임을 정보면에서도 인정하는 것이 필요하고 정당하다는 논리이다.⁴²⁹⁾ 따라서 정보제공의무는 일반적으로는 계약체결과정의 신의칙에 기하여 계약자유와 실질적 보장을 위하여 정보력에 있어서 우위에 서는 당사자에게 구조적 격차 및 사업자에 대한 신뢰를 보호하기 위하여 생기는 사업자의 의무라고 보는 것이다.⁴³⁰⁾

427) 이은영, 「민법총칙」, 박영사, 2009, 92-93면.

428) 이에 관한 문헌으로는 윤희렬, “채권법상 부수의무의 체계적 지위”, 「민사법학」 제14호, 한국민사법학회, 1996.4, 12면; 김상용, “채무자의 보호의무위반으로 인한 불완전이행의 성립”, 「사법행정」, 제35권 7호, 한국사법행정학회, 1994.7, 7면; 임형택, “보호의무에 관한 연구”, 「재산법학회 하계학술발표자료집」, 한국재산법학회, 2009, 63면.

429) 박정기, 전제 “계약체결과정에 있어서의 정보제공의무에 관한 연구”, 72면.

430) 참고로 프랑스법에서는 기술의 발달에 의하여 가져온 정보에 관한 사업자와 소비자간의 불평등, 제품이나 서비스의 기술적 복잡화, 직업의 전문화의 진행에 의하여 확대된 계약당사자간의 지식의 불평등, 이전의 거래 관계에 의하여나 일방당사자가 사업자라는 것에 의한 신뢰 등을 근거로 둔다(橫山美夏, “契約締結過程における情報提供義務”, 奥前田掲昌論文編, 取引關係における違法行為とその法的處理-制度間競合論の視點から, 1996, 111면)

2) 판례

우리 판례는 대체로 정보제공의무의 근거를 신의칙에 두고 있다고 할 수 있다. 대법원은 임대차보증금반환 사건에서, “임차인이 임대인의 승낙을 받아 임대차보증금반환채권을 담보로 금전을 차용한 사실관계에서 임대인이 금전을 대여하는 사람에게 다른 공동임차인의 존재, 차임 등의 연체 사실 등을 고지할 신의칙상의 의무가 있다”⁴³¹⁾고 하여 고지의무의 근거를 신의칙에 두고 있으며, 또 다른 판례에서도 “당사자 일방이 알고 있는 사실대로 고지하여야 할 신의칙상의 주의의무가 인정된다고 볼만한 특별한 사정이 있는 경우에 한정하여 정보제공의무를 인정한다”고 판시하고 있어⁴³²⁾ 신의칙을 정보제공의무의 근거로 삼고 있음이 확실하다는 것을 보여주고 있다.

대법원은 보증인 보호에 관련한 판례에서, 보증인의 부담으로 돌아갈 주채무의 액수가 보증 당시 보증인이 예상하였거나 예상할 수 있었던 범위를 훨씬 상회하고 그 같은 주채무 과다발생의 원인이 채권자의 신의칙에 반하는 행동에서 비롯된 경우와,⁴³³⁾ 채권자의 권리행사가 신의칙에 비추어 용납할 수 없는 성질의 것인 때에는,⁴³⁴⁾ 보증인의 책임을 합리적인 범위 내로 제한할 수 있다고 판시하고 있어, 보증인보호와 관련한 정보제공의무에서도 신의칙을 근거로 하고 있음을 알 수 있다.

3. 정보제공의무의 판단기준과 범위

(1) 발생(판단)기준

정보제공의무는 계약체결단계에 있는 당사자에게 단순한 사실의 객관적인 지적 내지 설명을 할 의무이며, 그 사실을 아는 것이 용이하다든가 혹은 목적물의 성질로부터 당연히 알 수 있는 것과 같은 사실에 관하여는 이 의무가 존재하지 않는다. 여기서 말하는 정보제공의무는 계약을 체결하려고 하는 자가 계약체결에 필요한 제

431) 대판 2009.2.26, 2006다45688.

432) 대판 2002.9.4, 200다54406, 54413; 대판 2006.11.23, 2004다62955.

433) 대판 2005.10.27, 2005다35554, 35561.

434) 대판 2004.1.27, 2003다45410.

반사정을 잘 알고 난후에 계약체결 여부의 의사결정을 할 수 있도록 하는 것과 같이, 상대방에 대하여 필요한 정보를 제공하는 의무 즉 계약체결단계에 있는 당사자에게 일정한 사항을 제시할 의무이며, 정보제공을 통하여 적절한 계약교섭관계를 보장하려고 하는 개념이다.⁴³⁵⁾

정보제공의무의 발생을 위한 요건으로서 계약당사자간에 심한 정보량의 격차가 있을 것과 계약의 중요한 요소에 관하여 일방당사자가 그 사실을 알고 있을 것, 다음으로 상대방은 그 사실을 알지 못하며 그 무지가 정당하여야 한다.⁴³⁶⁾ 전통적으로는 계약의 내용이나 효과 등에 관하여 상대방 측에서 조사해야 하고 그 조사를 태만히 함으로써 나타나는 불리함은 자신의 책임으로 돌리고 있지만, 계약당사자 사이의 정보량의 격차의 증대에 따라 상대방의 조사의무를 부정해야 할 경우가 증가하고, 이처럼 상대방의 조사의무가 존재하지 않은 범위 내에서 당사자일방에게 정보제공의무가 존재하게 되며, 상대방의 무지는 정당한 것으로 인정되는 것이다. 정보제공의무의 발생을 위한 요건을 보다 구체적으로 살펴보면 다음과 같다.

1) 계약당사자간 정보량의 격차가 존재할 것

계약당사자간에 심한 정보량의 격차가 있어야 한다. 당사자 간에 정보량의 격차가 인정되는 대표적인 경우가 소비자계약이고 정보제공의무는 사업자에게 요구되는 의무이다. 사업자라는 용어는 우리나라의 다수 법률에서 사용하고 있는데, 여기에서 말하는 사업자란 소비자보호와 관련한 법규에서 적용되는 것으로 보아야 할 것이다.⁴³⁷⁾ 우리 소비자기본법의 해석에서 사업자에는 자연인과 법인 양자를 포함하는 것으로 해석해야 할 것이고, 물품의 제조자와 수입업자·판매업자 및 용역제공자가 사업자에 해당하는데, 대부분의 경우는 기업이 사업자가 될 것이다. 또한 정보제공의무는 전문가에게 요구되는 의무이다. 넓은 의미에서 진료계약과 변호사수임계약도 의료공급자와 의료소비자, 법률서비스공급자와 법률서비스소비자로 보면 소비자

435) 이러한 계약전의 정보제공의무는 계약후의 정보제공의무와는 다르다. 후자는 계약상의 채무로서 계약상의 주된 채무(예컨대 흥신소가 의뢰자에 대하여지는 의무) 내지 주된 채무에 부수하는 의무(예컨대 수임자가 위탁자에 대하여 위임사무의 이행이 곤란하게 된 사실을 알릴 의무)로서 존재한다.

436) 송오식, 전제 “소비자계약에서 정보제공의무”, 106면; Lucss de Leyssac, op. cit., n° 33 et n° 35.

437) 우리나라 소비자기본법(제2조)에서 사업자와 소비자의 개념에 대해서 규정하고 있지만, 사업자라는 용어는 다의적으로 사용되고 있다.

계약으로 보게 되며, 앞의 경우에 포섭될 수도 있겠지만, 현재 소비자계약법에 의하여 규율되지 않기 때문에 이러한 전문가와 비전문가간의 계약에서 전문가에게 요구되는 의무이다.

2) 계약의 중요한 요소에 대한 당사자 일방의 인식 내지 인식가능성

계약의 중요한 요소에 관하여 당사자 일방이 그 정보를 알고 있거나 알 수 있을 것을 요한다. 계약의 중요한 요소⁴³⁸⁾ 내지 사정에 관하여 고려되어야 할 것으로 독일에서 논의되고 있는 것⁴³⁹⁾으로는, ①계약의 유효성에 대한 위험, ②계약목적에 대한 위험, ③계약이행에 대한 위험, ④계약위험, ⑤신용위험, ⑥비용증가위험, ⑦등가성에 대한 위험, ⑧사용가능성에 대한 위험이 있다.

3) 상대방의 의사결정에 결정적 역할을 할 것

계약당사자의 일방은 그 정보가 상대방의 의사결정에 결정적인 역할을 하는 것을 알고 있거나 또는 알 수 있어야 한다. 소비자계약관련 법률들에서 이러한 정보들을 명시하여 정보제공의무를 부과하기도 하는데, 법률에 명시적인 규정이 없는 경우에는 상대방(소비자 또는 비전문가)의 입장과 통상인을 기준으로 하여 당해 정보가 의사결정에 결정적인 역할을 하게 되는지의 여부가 판단되어야 한다.

4) 정보에 대한 상대방의 무지와 그 무지의 정당성

계약의 상대방은 그 정보에 대하여 알지 못하며 그 무지가 정당할 것을 요한다. 원칙적으로 계약의 내용이나 효과 등에 대하여는 자신이 스스로 조사하여야 하고 그 불이익 내지 위험에 대하여는 자신이 부담하여야 하지만, 위의 요건들을 충족한 경우, 상대방에게 조사의무가 없을 것, 즉 상대방의 무지가 정당할 것이 정보제공의

438) 판례는 약관의 규제에 관한 법률 제3조 제2항 소정의 ‘중요한 내용’이라 함은 고객의 이해관계에 중대한 영향을 미치는 사항으로서 사회통념상 계약체결의 여부나 대가를 결정하는데 직접적인 영향을 미칠 수 있는 사항을 말하고, 약관조항 중에서 무엇이 중요한 내용에 해당하는지에 관하여는 일률적으로 말할 수 없으며, 구체적인 사건에서 개별적 사항을 고려하여 판단하여야 한다고 한다(대판 2008.12.16, 2007마1328; 대판 2007.8.23, 2005다59475·59482·59499).

439) 박인환, 전제 “계약체결과정에 있어서의 정보제공의무”, 58-65면 참조. 정보제공의무의 판단기준으로서 ‘중요한 요소’ 이외에 정보제공의 기대가능성에 대한 이익형량요소를 꼽고, ①정보제공의무자의 정보와 정보필요에 대한 인식 ②당사자간(신뢰)관계의 강도 ③당사자의 인적특성을 들고 있다.

무의 성립요건이 된다.

(2) 범위와 강도

계약단계 내지 계약성립 후의 정보제공의무의 범위와 강도는 계약유형과 계약내용에 의해 판단되거나, 각 계약의 특수성, 즉 계약유형, 교섭의 기간과 강도, 교섭 당사자의 인식상태와 기능범위 등에 따라 결정된다. 급부 자체가 정보제공인 계약 유형에서는 정보제공의무는 급부의무가 되겠지만, 컨설팅계약이나 변호사수임계약, 진료계약, 중개계약, 여행계약과 같은 계약유형에서도 정보제공의무 내지 설명의무는 단순한 부수의무 이상의 채무로 볼 수 있다. 구체적으로는 설명, 정보제공, 조언, 지시, 고지, 경고의무로 나타나게 되고, 특히 소비자계약에서는 약관에 의하여 많은 정보가 제공되게 된다. 또한 매매와 같은 일시적 계약에서는 사전정보제공의무가 문제되고,⁴⁴⁰⁾ 계속적 계약에서는 사전정보제공의무 뿐만 아니라 계약체결 이후의 정보제공의무가 중요하게 된다. 또한 계약종료 이후에도 급부한 물건이나 용역에 대한 추가적인 정보제공의무가 발생하기도 한다. 특히 소비자계약에서는 계약의 이행 이후라도 공급한 제품이나 용역의 결함에 의한 소비자의 생명, 신체, 재산의 완전성이 이익이 침해될 가능성이 있는 경우에 사업자는 경고의무, 고지의무, 설명의무를 갖는다고 보아야 한다. 소비자법으로서 의미를 갖는 제조물책임법 제4조 2항은 제조자에게 제조물을 공급한 후에 당해 제조물에 결함이 존재한다는 사실을 알았거나 알 수 있었음에도 그 결함에 의한 손해의 발생을 방지하기 위한 적절한 조치를 하지 아니한 때에는 책임을 지우고 있다.

4. 정보제공의무 위반의 법률효과

정보제공의무를 위반한 경우 어떠한 법적 책임을 물을 수 있는가를 일률적으로 말하는 것은 어렵다. 그러나 정보제공의무의 위반의 효과로서, 계약의 해소⁴⁴¹⁾와 손

440) 매매에서는 일반적인 정보제공의무의 기준이 적용되게 된다. 따라서 매수인이 계약체결을 결정할 때 중요한 의미를 갖는 사정을 알지 못하는 반면, 매도인이 그것을 알고 있고, 정보제공이 가능하고 기대할 수 있다면 매도인은 그러한 사실을 매수인에게 설명하여야 한다.

해배상 등의 책임을 물을 수 있다고 할 수 있다. 앞에서 살펴본 각 특별법상에서 이러한 계약의 해소나 하자담보책임, 손해배상, 과태료나 벌금 등에 대하여 규정하고 있는 경우에는 각각 그러한 특별법상의 규정에 의하여 정보제공의무위반의 책임을 물으면 될 것이지만,⁴⁴²⁾ 특별법상의 범위에 포함되지 않는 계약 유형의 경우에는 민법상의 법리를 적용하여 독일, 영미에서와 같이 계약의 해소나 손해배상책임을 물을 수밖에 없다.

우리 민법상 계약의 해소에 대하여는, 선량한 풍속 및 사회질서 위반(제103조), 불공정한 거래행위(제104조), 착오(제109조), 사기·강박(제110조), 채무불이행책임(제390조), 불법행위책임(제750조), 계약체결상의 과실(제535조), 특정물매매(제580조)와 종류물매매(제581조)의 하자담보책임의 법리에 의하여 그 책임을 물을 수 있고, 손해배상에 관하여는 하자담보책임의 법리와 채무불이행(제390조)과 불법행위책임(제750조, 제763조)의 법리에 의하여 그 책임을 묻는 것이 가능하다.⁴⁴³⁾

여기에서 이들 법리의 적용범위에 대하여 일일이 설명하는 것은 어려우므로, 정보제공의무 위반의 효과를 계약의 해소와 손해배상으로 나누어, 개괄적으로 검토하고자 한다. 그리고 소비자기본법이나 기타 특별법의 규정상 법률효과에 대하여는 제5장에서 자세히 다루므로, 여기에서는 생략하기로 한다.

(1) 계약의 해소

1) 착오법리를 이유로 한 취소가능성

정보제공의무 위반으로 인하여 계약 당사자가 당초 의도했던 계약 목적이 좌절되거나 계약의 이행이 그에게 아무런 이익이 되지 않을 정도로 중대한 착오가 유발된 경우에는 민법 제109조 착오를 이유로 한 취소도 고려할 수 있다고 본다. 이와 관련하여 우선, 우리의 판례가 상대방의 귀책요소를 고려하고 있지 않은 민법 제109

441) 여기에서의 해소는 계속적 계약관계에서 해제와 해지까지 포함한 개념으로 해서 설명한다(이하 ‘계약의 해소’ 또한 같음).

442) 나중에 살펴보는 바와 같이, 소비자기본법이나 기타 개별 특별법에서는 정보제공의무 위반시 법률효과에 대하여 전혀 규정하지 않고 있는 경우가 많다.

443) 자세히는 최상호, 전제 “계약상 정보제공의무에 관한 연구-사기와 착오법리의 적용관계를 중심으로”, 10면 참조.

조의 법문 내지 다수설의 견해와는 달리, 상대방에 의하여 유발된 동기의 착오에 대하여는 동기의 표시조차 묻지 않고 법률행위의 중요부분의 착오를 인정하고 있다는 점에 주목하지 않을 수 없다.

가령, 판례는 “귀속해제된 토지인데도 귀속재산인줄로 잘못 알고 국가에 증여한 경우 이러한 착오는 일종의 동기의 착오라 할 것이나, 그 동기를 제공한 것이 관계공무원이었고 그러한 동기의 제공이 없었더라면 위 토지를 선뜻 국가에 증여하지는 않았을 것이라면 그 동기는 증여행위의 중요부분을 이룬다할 것”⁴⁴⁴⁾이라고 판시하고 있다. 판례가 상대방에 의해 유발된 착오에 대하여 그 동기의 표시 여부가 당사자들 간에 합의의 내용이 되었는지를 묻지 않고 법률행위의 중요부분의 착오를 인정하는 것은 전통적 착오제도로는 잘 설명되지 않는 것이다. 오히려 그것은 전형적인 정보제공의무위반 사례(잘못된 정보의 제공)에 해당한다고 할 것이다.

한편 판례는 상대방의 적극적 잘못된 정보의 제공뿐만 아니라 악의의 묵비에 대해서도 동기의 표시 여부를 묻지 않고 착오를 인정하고 있다.⁴⁴⁵⁾ 그러한 사실관계는 계약목적에 좌절시키는 중요한 내용으로 계약상대방의 영역에 현존함에도 불구하고 이를 묵비함으로써 표의자가 계약 목적을 달성할 수 없게 된 경우로서 악의의 묵비에 의한 사기의 성립도 고려될 수 있는 사례로 생각된다. 사기에 있어서의 고의요건과 그 입증의 곤란이라는 높은 장벽 때문에 계약교섭당사자 간 정보책임의 문제는 오히려 착오규정의 적용을 확대시키고 있음을 알 수 있다.

결국 상대방에 의해 유발된 동기의 착오는 적극적 오정보의 제공에 의한 정보제공의무위반에 해당한다고 볼 수 있고, 여기서 고려된 표의자의 착오에 대한 상대방의 귀책적 요소는 부작위에 의한 설명의무 위반에 있어서도 다르지 않다. 설명의무의 존재에는 충분한 근거제시가 필요하다는 점에서 적극적 오정보제공의 경우와는 다르지만, 일단 설명의무가 증명되었다면 적극적으로 잘못된 정보제공의 경우나 설명의무 위반의 경우나 정보제공의무 위반이라는 점에서는 동일한 이익평가가 가능하고, 작위에 의한 의무위반이나 부작위에 의한 의무위반이나를 가지고 양자를 차별 취급할 근거는 존재하지 않기 때문이다. 따라서 상대방에 의해 유발된 동기의

444) 대판 1978.7.11, 78다719; 1989.1.17, 87다카1271.

445) 대판 2003.4.11, 2002다70884.

착오에 대하여 법률행위의 중요부분의 착오로서 취소를 허용할 수 있다면 이는 적극적인 틀린 정보에 의한 착오의 유발뿐 아니라 설명의무 위반에 대해서도 마찬가지로 그의 적용을 기대할 수 있어야 할 것이다. 그리고 이러한 상대방의 귀책적 요소를 고려한 취소할 수 있는 착오의 인정은 최근의 국제상사계약원칙(UNIDROIT) 내지 유럽계약법원칙(PECL) 등에서 발견되는 비교법적 경향에도 부합한다.⁴⁴⁶⁾

이와는 달리 취소를 통해 고려되는 착오인가 아닌가를 구별하는데 있어서 착오가 ‘사물의 본질적 성질’에 관한 것인지 ‘거래상 본질적인 것으로 인정되는 사람 또는 사물의 성질’에 관한 것이어야 한다는 요건은 ‘적절히 운용할 수 있는 내용’을 갖고 있지 못하고 무엇보다도 착오취소에 있어서 상대방 계약 당사자의 이익이 결정적이라는 것을 파악할 수 없다. 그러나 착오의 인식가능성에 초점을 맞춘다면 교섭 상대방의 착오를 인식하였거나 인식 가능하였던 자가 사안의 제반 사정에 비추어 그 착오를 바로 잡아 줄 의무(설명 의무)가 있음에도 불구하고 그러한 의무에 위반하였다는 점이 추가적으로 요구되지 않으면 안 된다. 여기서 다시 착오를 이유로 계약을 취소할 수 있는지의 여부는 착오가 계약 상대방의 정보제공의무위반에 의해서 야기되었거나 또는 착오를 방치한 것에 의해 발생하였는가라는 문제와 밀접하게 관련되어 있다는 것을 알 수 있다.⁴⁴⁷⁾ 따라서 취소의 상대방이 계약취소의 불이익을 감수하지 않으면 안 되는 것은 단지 표의자의 착오에 대한 예견가능성이 있었다는 것뿐만 아니라 표의자의 착오를 알았거나 알 수 있었음에도 이를 정정해 주지 않고 방치하였다는 정보제공의무 위반에서 그 근거를 찾을 수 있다.

2) 사기법리의 적용

소비자계약상 사업자가 정보제공의무를 위반하였을 때 소비자는 민법 제110조 제1항의 사기법리를 적용하여 사업자의 책임을 물을 수 있다. 소비자에게 요구되는 정보에 대한 사업자의 정보제공의무 불이행은 사기에 의한 의사표시에 해당한다고 보는 것이다. 즉 계약 상대방에 대한 적극적인 잘못된 정보의 제공뿐만 아니라 계

446) 이에 관해서는, 윤진수, 전제 “민법상 착오규정의 입법론적 고찰”, 이십일세기 한국민사법학의 과제와 전망 (심당송상현선생화갑기념), 58면; Kötz, Hein/Flessner, Axel, Europäisches Vertragsrecht Bd. 1(이하 Kötz Europäisches Vertragsrecht Bd.1), Tübingen 1996, S.260.

447) Kötz Europäisches Vertragsrecht Bd. 1, S.287.

약 상대방이 그 내용을 알았다면 계약을 체결하지 않았을 것이라는 사실을 그 상대방에게 숨기는 침묵에 대하여 사기를 인정하는 방향으로 사기법리를 확장하려는 것이다.⁴⁴⁸⁾ 침묵은 고지의무의 위반 등 일정한 상황이 갖추어졌을 때 사기로 된다. 어떤 상황을 고지할 법적 의무가 있음에도 불구하고 고지하지 않음으로써 표의자에게 잘못된 판단을 야기하는 경우에 한해서 침묵이 기망행위가 된다. 고지의무의 대상은 법령의 규정뿐만 아니라 계약상의 일반원칙에 의하여도 인정될 수 있다. 법적 고지의무가 없더라도 일정한 사항을 고지할 것을 요구받고도 침묵을 지키는 것은 기망행위에 해당한다. 하지만 모든 경우의 침묵이 사기가 된다고 할 수 없으며, 일정한 범위로 제한되어야 하는 바 정보제공의무의 성립여부에 대한 이론적인 근거가 마련되어야 한다.

소비자계약에서는 정보력에서 우월한 사업자로서는 신의칙상 정보제공의무를 부담하며 이 의무의 위반은 사기에 해당한다고 보아야 한다.⁴⁴⁹⁾ 전문가인 매도인과 비전문가인 매수인 사이의 관계에 있어서, 매수인이 목적물을 스스로 조사하는 것이 현실적으로 보아서 주관적이든 객관적이든 불가능한 경우가 많으며, 또한 매수인이 전문가인 매도인의 직업상 자질로 말미암아 그를 신뢰하는 경우가 많기 때문에 매도인에게 신의칙상 정보제공의무를 인정하고 이 의무의 위반은 사기에 해당한다고 보는 것이 타당하다. 이때에는 통설의 해석과 달리 전문가에게 상대방을 착오에 빠뜨리게 한다는 고의가 있는가의 여부는 문제되지 않는다고 보아야 할 것이다.⁴⁵⁰⁾ 판례도, “상품의 선전·광고에 있어 다소의 과장이나 허위가 수반되는 것은 그것이 일반 상거래의 관행과 신의칙에 비추어 비난받을 정도의 방법으로 허위로 고지한 경우에는 기망행위에 해당 한다”고 판시하고 있다.⁴⁵¹⁾

상대방의 착오에 편승한 소극적 행위도 경고의무위반 등 일정한 요건 아래 사기에 해당하게 된다. 보통 사업자는 제품에 대해 정확한 정보를 갖고 있고 그 정보를 진실하게 소비자에게 전달해야 할 의무를 진다. 소비자의 비전문성을 악용해서 부당한 거래행위를 하는 사업자는 사기를 한 것으로 볼 수 있다.

448) 송오식, 전제 “소비자계약에서 정보제공의무”, 112면.

449) 송오식, 상계논문, 112면.

450) 최상호, 전제 “계약상의 정보제공의무에 관한 연구 -사기와 착오법리의 적용관계를 중심으로-”, 178면.

451) 대판 2009.4.23, 2009다1313.

3) 하자담보책임 법리 적용

계약체결과정에서 정보제공의무가 계약의 목적인 물건의 성질에 관련된 경우, 정보제공의무위반을 이유로 민법 제580조(특정물매매)와 제581조(종류물매매)에 규정되어 있는 물건의 성질에 대한 하자담보책임의 문제가 발생한다. 목적물의 하자에 관한 설명 내지 정보가 문제되는 경우 매도인의 무과실의 경우에도 피해자는 하자담보책임을 물을 수 있다.⁴⁵²⁾ 매수인이 하자에 대하여 선의이고 무과실인 경우에는 하자로 인하여 계약의 목적을 달성할 수 없을 때에는 담보책임으로서 계약해제권을 가지게 되며, 그 밖의 경우에는 손해배상청구권의 행사만이 가능하다.

4) 정보제공의무 자체효과로서의 계약해제권 인정여부

정보제공의무 위반의 경우에 정보제공의무위반 자체의 효과로서 계약해제권을 인정할 수 있는가에 대하여는 정보제공의무를 어떻게 볼 것인가에 따라서 달라질 수 있다. 즉 정보제공의무를 계약상의 급부의무나 급부의무에 영향을 주는 것으로 평가되는 경우에는 계약해제권이 발생한다고 보는데 반하여, 정보제공의무를 부수의무로 보는 경우에는 계약해제권은 발생되지 않는다고 보게 된다. 우리나라의 학설은 대체로 계약체결단계에서의 정보제공의무 위반에 의하여 당사자의 신뢰관계가 파괴되어 계약관계의 지속을 더 이상 당사자에게 기대할 수 없다고 판단되는 경우에는 계약을 해제할 수 있다고 해석하고, 그렇지 않은 경우에는 해제권이 인정되지 않는다고 하고 있다.⁴⁵³⁾

(2) 손해배상

소비자계약과 같이 정보량의 격차가 있을 때 인정되는 정보제공의무의 위반에 대하여는 사업자에게 손해배상책임이 인정된다. 이 경우 계약책임(제390조)으로 이론

452) 독일의 판례는 계약전 잘못된 안내(誤導)가 독일민법 제434조의 의미에서의 매매목적물의 성상 내지 성질에 관한 것인 경우, 계약전 오도를 이유로 하는 계약체결상의 과실에 기한 청구권은 원칙적으로 배제된다고 하여 하자담보책임 우위를 인정하고 있다(RGZ 161, 193, 195; BGHZ 88, 131, 134; 박인환, 전제“계약체결과정에 있어서의 정보제공의무-독일에서의 논의를 계기로 하여-”, 256면.

453) 박정기, 전제 “계약체결과정에 있어서의 정보제공의무에 관한 연구”, 78면; 송오식, 전제 “소비자계약에서 정보제공의무”, 114면.

구성하든 불법행위책임(제750조)으로 이론구성하든 손해배상책임을 인정하는데 문제가 없다.⁴⁵⁴⁾ 다만, 어느 쪽으로 이론구성 하는가에 따라서 입증책임이 달라진다.

1) 계약책임(제390조)

계약책임으로 이론구성 하는 경우에는 정보제공의무의 존재와 정보제공의무 위반 사실에 대한 입증책임은 소비자에게 있으며, 사업자와 전문가측은 그에 대한 과실이 없음을 입증해야 한다.

정보제공의무 위반에 기한 손해배상책임의 문제는 우리 민법상으로는 제390조에 의하여 처리될 수 있으므로 굳이 계약체결상의 과실책임의 법리를 끌어들이 필요는 없다고 하거나, 계약교섭시의 사소한 설명의무위반이 있는 경우에는 계약체결상의 과실책임은 인정되지 아니하며, 상대방의 의사결정에 중대한 의의를 가지는 사항에 대한 설명의무위반이 있는 경우에 한하여 계약체결상의 과실책임이 문제될 수 있을 뿐인데, 그렇다면 이 경우도 다른 경우와 마찬가지로 위법행위로서 불법행위를 구성한다고 할 수 있을 것이라고 한다. 따라서 계약교섭시의 설명의무위반으로 인한 손해배상책임의 근거를 굳이 계약체결상의 과실책임의 법리에 의존할 필요는 없다는 견해가 있다.⁴⁵⁵⁾

판례는 계약체결의 과정에서 당사자는 거래상 중요한 사항에 관하여 신의칙상 고지의무 내지 설명의무를 부담한다고 하면서 이를 위반하는 것은 기망행위에 해당하므로 당해 계약을 취소하거나 취소하지 않고 불법행위를 이유로 손해배상만을 청구할 수도 있다고 한다.⁴⁵⁶⁾ 그런데 이 경우 고의로 고지의무 내지 설명의무를 위반한 경우에는 사기를 이유로 계약을 취소하거나 불법행위를 근거로 손해배상을 청구할 수 있다고 할 것이지만, 과실로 고지의무 내지 설명의무를 위반한 경우에도 위법성을 인정하여 불법행위를 근거로 손해배상을 청구할 수 있다고 하면 계약자유의 원칙을 지극히 제한하는 결과를 가져온다는 문제가 있다.⁴⁵⁷⁾

454) 판례는 금융거래와 관련한 계약체결단계에서 사업자는 정보제공의무 또는 설명의무를 부담하게 되며, 이를 위반한 경우에 사업자는 고객에 대하여 불법행위에 의한 손해배상책임을 진다고 하고 있다(대판 2006.5.11, 2003다51057).

455) 김대정, 「계약법(상)」, fides, 2007, 141면.

456) 대판 2006.10.12, 2004다48515.

457) 냉장고의 매도인이 매매가격을 과실로 틀리게 알려준 것을 모르고 매매계약을 체결한 매수인이 매도인에 대한 계약체결상의 과실책임에 관한 사례에 대한 해설로는 김범철, “계약의 성립과 계약체결상의 과실책임”,

2) 불법행위책임(제750조)

불법행위책임으로 이론구성 하는 경우에는 소비자측이 과실에 의한 정보제공의무 위반사실, 법익의 침해, 정보제공의무위반과 손해발생 사이의 인과관계, 손해의 발생 등을 입증해야 한다.

손해배상의 범위는 계약체결에서 결정의 자유 보호를 목적으로 하는 정보제공의무를 위반한 위법행위로 인하여 발생하는 손해로서 정보제공의무위반과 상당한 인과관계 있는 손해이다. 그러나 정보제공의무 위반으로 인한 상당한 인과관계 있는 손해가 언제나 계약체결 자체의 불이익을 제거하는 것에 그치는 것은 아니다. 상대방의 의무위반행위가 없었더라면 부담하였을 가정적 반대급부와의 차이가 상당인과관계 있는 손해로 배상되어야 한다.⁴⁵⁸⁾ 판례는 정보제공의무 위반에 따른 손해배상을 다룬 사안에서, “불법행위로 인한 손해배상청구소송에 있어, 재산적 손해의 발생 사실은 인정되나 그 구체적인 손해액을 입증하는 것이 사실관계의 성질상 곤란한 경우, 법원은 증거조사의 결과와 변론 전체의 취지에 의하여 밝혀진 당사자들 사이의 관계, 불법행위와 그로 인한 재산적 손해가 발생하게 된 경위, 손해의 성격, 손해가 발생한 이후의 제반정황 등의 관련된 모든 간접사실들을 종합하여 상당인과관계 있는 손해의 범위인 수액을 판단할 수 있다”고 판시하고 있다.⁴⁵⁹⁾

손해배상은 일차적으로 실질적 결과에 있어서 원상회복을 목표로 하는 금전손해배상이 인정될 것이지만, 입증여하에 따라서는 통상손해 뿐만 아니라 특별손해의 배상도 가능할 것이다. 그리고 정보제공의무위반으로 인한 확대손해에 대하여는 정보제공의무가 물건의 성상 내지 성질과 관련하여 하자담보책임으로 묻거나, 정보제공의무가 계약의 중요한 요소로서 확대손해와 인과관계가 있음이 인정되는 경우에는 확대손해에 따른 배상책임을 인정할 수 있다.⁴⁶⁰⁾

3) 계약체결상의 과실책임

독일에서는 계약체결과정에서 정보제공의무를 이행하지 않은 경우 이를 이행하였

「고시계」 제52권 8호, 국가고시학회, 2007.8, 17면 이하 참조.

458) 송오식, 전제 “소비자계약에서 정보제공의무”, 115면.

459) 대판 2009.8.20, 2008다19355.

460) 김상찬·정영진, 전제논문, 150면.

더라면 체결하였을 계약보다 불리한 계약을 체결한 경우에도 계약체결상의 과실 책임을 인정하고 있다.⁴⁶¹⁾ 물론 사소한 정보제공의무의 위반이 있음에 불과한 때에는 계약체결상의 과실책임은 인정되지 아니한다. 우리나라의 학설도 독일과 마찬가지로 계약체결과정에서 정보제공의무위반으로 인하여 ‘원치 않은 계약’을 체결함으로써 급부기대가 좌절된 경우에, 계약체결상의 과실 책임을 인정하는 견해가 있다.⁴⁶²⁾ 반면에 정보제공의무 위반에 기한 손해배상책임의 문제는 우리 민법상으로는 제390조에 의하여 처리될 수 있으므로, 굳이 계약체결상의 과실책임의 법리를 끌어들이는 필요는 없다고 하거나,⁴⁶³⁾ 상대방의 의사결정에 중대한 의의를 가지는 사항에 대한 설명의무위반이 있는 경우에 한하여 계약체결상의 과실책임이 문제될 수 있을 뿐인데, 계약교섭시의 설명의무위반으로 인한 손해배상책임의 근거를 굳이 계약체결상의 과실책임의 법리에 의존할 필요는 없다는 견해가 있다.⁴⁶⁴⁾

하지만 우리의 판례는 계약체결의 과정에서 당사자는 거래상 중요한 사항에 관하여 신의칙상 고지의무 내지 설명의무를 부담한다고 하면서 이를 위반하는 것은 기망행위에 해당하므로 당해 계약을 취소하거나 취소하지 않고 불법행위를 이유로 손해배상만을 청구할 수도 있다고 한다.⁴⁶⁵⁾ 또한 과실로 인하여 고지의무 내지 설명의무를 위반하여 의사결정의 자유를 침해한 경우에는 계약관계가 유효하게 성립하고 있다고 하더라도, 급부이익의 실현을 목적으로 하는 행위의무로서 부수적 의무를 위반한 것이 아니라, 계약체결상 의사결정의 자유를 보호목적으로 하는 행위의무로서 정보제공의무를 위반한 것이므로 계약체결상의 과실을 근거로 손해배상을 청구할 수 있다고 볼 수 있을 것이다.

한편, 계약체결 이후에 계약의 목적인 급부의 이행에 있어서의 부수적 의무 기타 정보제공의무 위반이 있는 경우에는 적극적 채권침해(불완전이행)에 대한 문제에 대하여, 판례는 “증권회사의 임·직원이 강행법규에 위반한 투자수익보장 투자를

461) BGH NJW 1989, 1793; 소방용사다리 사건과 BGH NJW 1991, 1673; 야간방해사건을 들 수 있다. 이들 판결에 대한 자세한 소개로는, 김상중, “매매계약 교섭 당사자의 잘못된 정보제공에 관한 상대방의 보호 - 대판 1995.3.28, 93다62645 등을 계기로한 체계적 논의의 발전을 위한 일반적 고찰 -”, 「민사법학」 제29호, 한국민사법학회, 2005.9, 163면 이하.

462) 광윤직, 전제 「채권각론(신정판)」, 93-94면; 김주수, 「채권각론」, 삼영사, 1992, 78-79면.

463) 양창수, 전제논문, 387면.

464) 김대정, 전제서, 141면.

465) 대판 2006.10.12, 2004다48515.

권유하여 이에 따른 결과 손실을 본 경우에, 고객의 투자 상황에 비추어 과대한 위험성을 수반하는 거래를 적극적으로 권유한 경우에 해당하여 결국 고객에 대한 보호의무를 저버려 위법성을 띤 행위인 것으로 평가된다면 이는 불법행위를 구성한다”고 판시하고 있다.⁴⁶⁶⁾ 이것은 계약체결을 위한 준비단계 또는 계약의 성립과정에서 당사자의 일방이 정보제공의무 등 행위의무를 그에게 책임 있는 사유로 위반하여 상대방에게 손해를 준 때에는, 오히려 행위의 자유를 제한하는 불법행위법상의 거래안전의무의 위반을 들어 불법행위로 인한 손해배상책임을 묻기 보다는 계약법상의 의무로서 행위의무 위반을 들어 ‘계약체결상의 과실책임’을 인정하는 것이 손해의 공평한 분담을 위해서도 타당하다고 생각한다

제5절 소결

소비자계약이란 사업자와 소비자 간의 계약을 의미하고, 사업자와 소비자는 비대칭성을 갖게 된다. 이에 소비자는 사업자에 비하여 정보력에 있어서 열등한 지위에 있을 수밖에 없다는 문제가 있으며, 그에 대한 외국의 입법례를 보면, 일본의 경우는 소비자계약과 관련하여 소비자계약법과 금융상품판매 등에 관한 법률이 있고, 독일에서는 독일채권법개정법률에서 민사특별법들인 소비자보호법규를 민법으로 수용하여 철회권과 반환권의 행사기간에 관한 내용을 입법적으로 활용하고 있다. 또한 미국에서는 소비자계약법이라는 명칭의 소비자계약 일반에 적용되는 입법은 존재하지 아니하나 소비자계약에 대하여 일반법에서 실질적으로 배려하고 있다.

하지만 우리나라에서는 아직 소비자계약이란 용어는 법률에서 사용되고 있지 않다. 다만 소비자의 개념에 대해서 소비자기본법 제2조에서 규정을 두고 있을 뿐이다. 그러나 현대생활은 수많은 소비자계약을 체결하면서 생활하고 있고 결국 소비자계약의 의의는 사업자의 개념정의에 따라, 그리고 입법자의 소비자보호 범위에 따라 정의되어야 할 문제라고 생각된다.

따라서 소비자를 보호하는 관점에서 소비자계약에서 정보제공의무에 대한 그 내용을 파악해 보는 것이 중요하다 할 것이므로, 정보제공의무에 대한 외국의 상황을

466) 대판 1999.12.24, 99다44588; 대판 1998.10.27, 97다47989.

통하여 우리나라의 정보제공의무의 법적 인정근거와 이론적 인정근거를 기준으로 정보제공의무의 발생요건과 그 위반의 법률효과에 대하여 살펴보았다.

민법상의 전통적인 계약유형에서는 쌍방의 정보력이나 정보의 양이 비교적 평등할 것이라는 것을 전제로 하므로 일방당사자가 다른 당사자에 대한 보편적인 정보제공의무는 존재하지 않는다고 할 수 있다. 그러나 계약의 일방 당사자인 사업자가 상대방(비전문가인 소비자)의 지식이나 정보량이 부족한 것을 이용하여 상대방에게 현저하게 불리한 계약을 체결하는 소비자계약의 경우에는, 비전문가인 상대방을 부당한 계약으로부터 보호하기 위하여 정보제공의무가 요구된다.⁴⁶⁷⁾

우리나라 소비자기본법은 사업자에게 소비자에 대하여 정보제공의무를 부과하고 있고, 소비자계약에 관한 일련의 특별법들은 개별적으로 정보제공의무 내지 설명의무를 부과하고 있지만, 개별적으로 규정하는 것만으로는 피해자 구제에 큰 도움을 얻지 못한다.

그래서 우리나라의 경우에도 민법 제109조의 착오법리나 제110조의 사기법리를 확대 적용하여 정보제공의무위반에 대한 책임을 물으려고 하고 있다. 그러나 실제로 민법 제109조나 제110조에 의거하여 소비자 거래계약이 취소된 예가 거의 없어 소비자보호의 관념이 제대로 반영되지 않고 있으므로, 가맹계약에서처럼 정보제공자에게 서면으로 구체적 명시를 할 수 있도록 하고 이를 위반할 경우 계약을 해제할 수 있도록 하는 등 보다 구체화된 정보제공의무를 규정할 필요가 있다. 아울러, 정보제공의무위반의 효과로서 사업자가 소비자에 대하여 손해배상책임을 부담하고 소비자는 사업자에 대하여 계약을 취소·해제할 수 있다는 논거를 보다 일반화·체계화해야 할 것이다.

467) 김상찬·정영진, 전제논문, 151면.

제4장 소비자계약상 정보제공의무의 법리상 문제점

제1절 정보제공의무의 발생요건과 인정근거상의 문제점

1. 발생요건상의 문제점

제3장 제4절에서 소비자계약상 정보제공의무가 발생하려면 어떠한 기준 내지 요건이 필요한지에 관하여 살펴보았다. 여기에서는 소비자계약상 정보제공의무의 발생요건상의 문제점을 중심으로 살펴보려 한다.

우선 소비자기본법이나 가맹사업법을 비롯한 많은 특별법의 경우에는 정보제공의무에 관한 근거규정을 가지고 있으며, 사업자 등이 이러한 정보제공의무조항을 위반하였을 때에는 당연히 정보제공의무위반에 대한 책임을 묻게 될 것이다. 그러나 어떠한 경우에 어떠한 책임을 져야 하는지에 관하여 기준이 될 만한 명확한 규정이 존재하지 않는다. 예컨대 소비자기본법 제19조 3항에서는 “사업자는 소비자에게 물품 등에 대한 정보를 성실하고 정확하게 제공하여야 한다”라고 하는 규정을 두고 있는데, 여기에서 ‘물품 등에 대한 정보’는 구체적으로 어떠한 정보를 말하는 것인지, 그리고 ‘성실하고 정확하게’란 도대체 어떠한 정도의 것인지에 대하여 아무런 규정이 없다. 이것은 기타 특별법의 경우에도 마찬가지이다.

다음으로 특별법에 의하여 규율되는 소비자계약에 있어서는, 인정규정이 존재하고 경우에 따라서는 의무위반의 종류가 예시되는 경우도 있어서 의무위반의 발생요건이 구체적으로 명시되지 않더라도 소비자를 구제하는데 어느 정도 도움이 될 수 있다. 그러나 최근 이러한 특별법들에 의하여 규율되지 않는 새로운 형태의 소비자계약이 등장하고 있는 바, 그 때마다 그에 관한 특별법을 제정한다는 것은 불가능한 일이므로, 소비자계약상 정보제공의무가 인정된다면 어떤 기준으로 어떠한 내용으로 될 것인지를 구체화할 필요가 있다. 그러나 소비자기본법에도 이러한 기준이

명시되지 않고 있어, 특별법의 적용을 받는 계약유형을 제외한 소비자계약에 있어서는 정보제공의무의 성립요건이 구체적으로 무엇인지에 대하여 민법상의 법리를 유추적용하는 수밖에 없는 문제점이 있다.

2. 소비자기본법상 인정근거와 관련된 문제점

소비자기본법 제19조에서 규정하고 있는 사업자의 정보제공의무는 소비자에게 알 권리를 보장하고, 사업자로 하여금 소비자들에게 최선을 다하여 정보를 제공함으로써 소비자를 보호하려는 규정이라 할 수 있다. 그러나 소비자기본법은 사업자의 정보제공의무만을 선언적으로 규정하고 있을 뿐, 의무 위반시의 법률효과에 대하여는 전혀 규정하고 있지 않아서, 학설이나 판례에 위임하고 있는 것처럼 보인다.

또한 소비자기본법에서는 사업자의 협력의무와 책무를 규정하고 있다. 동법 제18조(소비자권익 증진시책에 대한 협력 등)와 동법 제19조(사업자의 책무)의 내용이 그것이다. 동법 제18조에 의하면 사업자는 국가 및 지방자치단체의 소비자권익 증진시책에 적극 협력하여야 한다. 사업자는 소비자단체 및 한국소비자원의 소비자권익증진과 관련된 업무의 추진에 필요한 자료 및 정보제공요청에 적극 협력하여야 한다. 그리고 동법 제19조 사업자의 책무는 사업자는 물품 등으로 인하여 소비자에게 생명·신체 또는 재산상의 손해가 발생하지 아니하도록 필요한 조치를 강구하여야 한다. 사업자는 물품을 공급함에 있어서 소비자의 합리적인 선택이나 이익을 침해할 우려가 있는 거래조건이나 방법을 사용하여서는 아니 된다. 그리고 사업자는 소비자에게 물품 등에 대한 정보를 성실하고 정확하게 제공하여야 한다. 사업자는 물품 등의 하자로 인한 소비자의 불만이나 피해를 해결하거나 보상하여야 하며, 채무불이행 등으로 인한 소비자의 손해를 배상하여야 한다.

일본의 소비자기본법 제5조와 제6조에서도 사업자와 사업자단체에 대한 관련 규정이 있다. 제5조 제1항에서는 사업자는 제2조의 소비자의 권리존중 및 그 자립의 지원 기타 기본이념을 고려하여, 공급하는 상품 및 용역에 대하여 소비자의 안전 및 소비자와의 거래에 있어서 공정을 확보할 것과 소비자에 대하여 필요한 정보를 명확히 하고 평이하게 제공할 것 등을 규정하고 있으며, 제6조에서는 사업자단체는

사업자의 자주적인 노력을 존중하면서 사업자와 소비자 사이에 발생한 불만의 처리, 체제정비, 사업자로서의 준수할 기준에 대하여 규정하고 있다. 이러한 소비자기본법상의 사업자의 의무와 책무는 일본의 입법 영향을 받은 것으로 보이나 소비자기본법에서 정하고 있는 사업자의 협력의무와 사업자의 책무는 그 자체로서 강제성을 수반하는 의무가 아니라, 다만 의무와 책무에 관한 사업자의 소비자보호를 위한 이른바 사회적 책임을 강조한 조항이다.⁴⁶⁸⁾

소비자계약에서 정보제공의무는 소비자의 알권리를 보장하기 위한 것으로서 사업자로부터 물품이나 서비스를 구매 또는 이용하고자 하는 소비자들에게 구매결정을 위하여 필요한 정보를 제공하도록 요구하는 것을 말하는데(소비자기본법 제4조 제2호), 계약내용에 대한 규제로는 공급가격이나 제품의 품질에 대한 규제, 또는 보증조건과 같은 계약내용에 대한 통제를 들 수 있을 것이다(약관의 규제에 관한 법률 제6조 이하). 또한 소비자보호법은 방문판매나 전자상거래 등과 같은 일정한 유형의 계약에 있어서는 소비자들이 계약체결 후 일정한 기간 내에 그 계약에서 벗어날 수 있도록 하기 위하여 청약철회권을 규정하고 있다(방문판매등에 관한 법률 제8조, 전자상거래등에서의 소비자보호에 관한 법률 제17조 등).

소비자계약에서 정보제공의무는 기본적으로는 소비자의 알권리를 보장하여 소비자로서 하여금 계약과 관련된 정보를 알고 계약체결여부를 결정할 수 있도록 하기 위한 것이지만, 앞에서 본 바와 같이 소비자에게 청약철회권이 인정되고 있는 경우에는 철회권의 행사에 있어서도 중요한 의미를 갖는다. 따라서 소비자들이 물품을 수령한 이후 공급된 물품의 품질과 계약조건 등을 따져보고, 철회권을 행사할 것인지를 결정하기 위해서도 물품의 종류, 성질, 또는 계약조건 등에 대한 정보를 제공되어 있어야 할 필요가 있다.⁴⁶⁹⁾ 하지만 문제는 소비자들은 일반적으로 제한된 인지적 능력을 가지고 있어서 계약과 관련된 위험을 충분히 평가하지 못한다는 점과 위험과 관련된 복잡한 결정을 할 때에 경험에 근거하여 개략적으로 판단하거나 편법에 의존하게 되고 정보가 지나치게 많이 제공된 경우에는 소비자들은 단지 몇몇 중

468) 나중에 살펴보는 바와 같이 우리 소비자기본법 제19조상의 사업자책무는 규정되어 있지만, 이 책무 위반에 대하여 제80조 이하의 시정조치·벌칙·과태료 등에 강제성이 규정되지 않아서 현재로서는 사업자의 책무 전체가 강제성을 수반하는 의무가 아니라고 할 수 있다.

469) 이병준, 전제 “전자상거래소비자보호법상의 정보제공의무와 명확성의 원칙”, 33면.

요한 계약조건과 눈에 띄는 상품의 특징에 대해서만 관심을 가지게 되며, 나아가 많은 경우에 있어서 소비자들은 계약을 체결할 때에 장차 야기될 수 있는 위험을 과소평가하고 자신에게는 일어나지 않을 것이라고 기대한다.⁴⁷⁰⁾ 그리고 사업자나 그들의 판매원들에 의하여 제시된 정보를 읽을 여유를 가질 만큼 호의적인 환경에서 계약을 체결하는 것도 아니다.

따라서 소비자계약에 있어서는 계약과 관련된 중요한 정보들은 약관에 포함되어 있고, 필요한 정보들이 설명서 등의 형태로 제공되고 있기 때문에 대부분 소비자들은 약관이나 사업자가 제공한 정보를 충분히 검토하지 않고 구매의사를 결정하는 것이 현실이라는 것이다. 미국의 경우 Hillman 교수는 92명의 계약법 수업을 듣는 학생들을 상대로 인터넷상의 표준약관을 읽는지에 대하여 조사하였으나 4%의 학생만이 약관을 읽는다고 답변하였다.⁴⁷¹⁾ 우리나라에서도 비슷하다고 생각된다. 그렇게 사업자가 소비자와 교섭단계에서 제공하는 정보나 계약약관을 읽지 않는다면 소비자보호관련 법률이 규정하는 정보제공의무는 사실상 실효성이 거의 없다는 결론에 이르게 된다.

따라서 소비자보호를 위하여 사업자에게 정보제공의무를 부과하는 것만으로는 부족하고, 소비자보호관련 법률이 사업자와의 정보력, 교섭력 등에 있어서의 불평등을 제거하기 위하여 제1차적으로 규정하고 있는 정보제공의무와 관련하여 그 의미와 정보제공의무 규정의 실효성확보를 위하여는 정보제공의무 위반시 법률효과에 대한 규정도 병행하여 규정할 때, 비로소 정보제공의무의 법적 인정근거로서 그 역할을 다할 수 있을 것이다.

사업자로서의 기업성장은 사업자 스스로의 힘에 의한 것이 아니라 국가의 적극적인 육성책 또는 간접적인 지원에 의한 것이고, 국가는 경제전체적인 관점에서 사업자를 배려하여 왔다는 생각을 반영한 것이 된다. 따라서 기업의 사회적 책임론을 선언적인 지도원리로 반영한 것이므로 사업자는 영리추구를 통한 이윤극대화를 존립목적으로 하고 있지만, 일면 사회성을 가지며 소비자보호를 할 책임도 있다는 것이다. 그리고 소비자기본법에서는 실질적으로 사회적 책임을 반영한 입법이 있었고,

470) Christine Jolls, 전제논문, 452-453면 참조.

471) Robert A. Hillman, Online Boilerplate: Would Mandatory Website Disclosure of E-Standard Terms Backfire? 104 Mich. L. Rev. 837, 842-843(2006).

이러한 조항은 법의 개정에서 항상 검토의 대상이 되기도 하였다. 예를 들면, 사업자피해보상기구의 강제설치명령제도가 있었다.⁴⁷²⁾ 그러나 당시의 분위기가 사회적 책임을 정면으로 거론하여 이를 입법정책으로 수용하기가 어렵다고 하여 수용하지 않았고, 이로 인하여 소비자기본법상의 정보제공의무에 대한 규정은 형식적이고 선언적인 규정이라고 할 수 밖에 없는 한계를 가지고 있다.

3. 기타 특별법상의 인정근거와 관련된 문제점

(1) 개별 특별법의 인정근거 규정 검토

1) 가맹사업거래의 공정화에 관한 법률

가맹사업법의 핵심적인 사항이라고 할 수 있는 “가맹본부의 정보제공제도”의 경우(가맹사업거래의 공정화에 관한 법률 제9조), 가맹사업을 희망하는 자는 서면에 의한 청구가 있을 경우에만 제공하도록 규정하고 있어서 정보공개제도조차 모르는 당사자들이 그것의 제공을 청구하는 일은 없을 뿐만 아니라, 서면으로 신청하도록 함으로써 그 제도의 실효성을 완전히 상실하게 되었다⁴⁷³⁾는 보고가 있듯이, 정확한 정보를 제공하도록 하기 위해서 허위·과장된 정보제공을 금지하고 있음에도 불구하고, 동 규정은 “서면으로 정보제공을 신청한 가맹희망자나 가맹점사업자에게 정보를 제공한 경우”에 한해서 적용되는 결과를 낳게 되는 등 “광고나 구두로 과장이나 허위정보를 제공하는 방법으로 가맹점사업자를 모집한 경우”에는 가맹사업법률을 적용할 수 없게 되는 뜻하지 않은 결과를 초래하기도 한다.⁴⁷⁴⁾

가맹사업계약에 있어서 가장 중요한 것은 매출·수익에 관한 정보와 관련된 법적 문제를 분석하는 전제로서, 실제로 가맹사업계약이 어떠한 과정을 밟아서 체결되는 것이 현명한 것인가가 중요하다. 가맹사업에 있어서 가맹본부는 잡지광고나 신문광고 등을 통하여 가맹희망자를 모집하여 가맹희망자와 가맹계약체결에 관한 교섭이

472) 강창경, “기업의 사회적 책임과 소비자보호법”, 「법제연구」, 한국법제연구원, 2004.6, 85면.

473) 최영홍·유진희·염규석, 가맹사업법 운영성과 및 개정방향에 관한 연구, 공정거래위원회, 2005, 47-48면.

474) 실제로 공정거래위원회나 가맹사업거래분쟁조정협의회에 신고되는 가맹사업관련 사건의 대부분이 허위·과장된 정보제공에 따른 피해가 대부분임.

시작되고, 그 계약체결교섭의 결과로서 가맹사업계약이 체결되는 것이다. 이를테면, 가맹계약체결교섭은 가맹본부가 개최하는 가맹희망자에 대한 설명회를 개최하고, 거기에 가맹희망자가 참가하는 형태로 시작하는 경우가 많고, 그래서 거기로부터 시작하는 가맹계약체결교섭을 통하여 가맹계약이 체결되는 것이라 할 수 있다.

그렇다면, 가맹사업계약체결에서 나타나는 특수한 문제로서는 가맹본부의 가맹점 모집단계에서부터 문제가 결부된다. 가맹본부가 제공하는 정보에 허위·과장광고로 인한 가맹점사업자의 피해를 방지하기 위하여 어떻게 규제할 것인가, 계약체결단계에서 가맹본부가 가맹희망자에게 어느 정도의 계약체결에 관한 정보를 제공할 의무가 있고, 그러한 의무에 위반한 경우 사후적으로 당사자 간에는 법적인 관계는 어떻게 되는지, 가맹본부가 가맹희망자에게 예비계약단계에서 상권에 대한 분석을 하게 되는데 이때의 상권조사가 잘못되어 후에 가맹점사업자에게 손실이 발생한 경우, 장래에 대한 예상매출액이 잘못된 경우의 법적 관계는 어떠할지가 중심문제가 될 것이다. 그리고 그에 관한 각각의 상위 규범적 의무로서 가맹본부가 가맹점사업자에 대하여 어떠한 정보제공의무를 부담하는지 여부 등이 문제될 것이다.

2003년 사이버리아 PC방 사건에서처럼 허위·과장광고를 통해 가맹점을 모집한 후 가맹금을 편취하는 사례가 급증하면서, 특히 가맹본부가 가맹점 사업자에게 근거 없는 예상매출액 등을 제시하는 등, 부당·허위 광고를 하여 가맹점을 모집하는 경우가 문제된다. 따라서 계약전의 정보공개와 관련하여 나타날 수 있는 모집과정상의 문제를 보면 첫째, 가맹점을 모집함에 있어 광고나 설명회 등을 통하여 가맹희망자들을 오인시킬 수 있는 허위·과장된 광고를 하거나 설명을 하는 경우, 둘째, 가맹사업계약 체결시에 가맹희망자에게 상품 등의 공급조건이나 가맹료, 계약해지 사유 및 위약금 등 가맹점계약의 중요내용을 충분히 설명하지 않는 경우들이다.⁴⁷⁵⁾ 셋째, 상권조사의무를 부담하는지가 문제되는데, 특히 가맹점사업자의 영업이 부진하여 예상했던 매상이 얻어지지 않았을 경우에 그 원인이 가맹본부가 상권조사를 부정확하게 하여 입지선정을 잘못된데 있는 것으로 판명되는 경우 가맹사업자에 의한 계약의 해지권을 인정할 것인지 여부 및 가맹본부의 법적책임발생여부가 문제된다.

475) 특히 이러한 정보제공이 자신의 영업비밀의 유출위험이라는 이유로 계약체결시에 거절되는 경우가 많다.

가맹사업거래는 형식적으로는 독립된 상인간의 상사계약관계이다. 그러나 그 실질적인 내용을 보면 가맹사업거래는 결코 독립적인 상인간의 계약관계라고 보기 어렵다. 이러한 가맹사업계약 관계 가운데에는 가맹본부와 가맹점 사이에 전문적인 지식이나 거래능력 또는 교섭력의 면에서 현격한 차이가 존재하여 가맹점사업자가 가맹본부의 도움이나 조언 또는 판단에 의존하여 결정하게 마련이다. 가맹본부는 이러한 비전문가인 가맹점의 입장을 고려하여 행동할 것이 전제되어 있는 관계에 있다고 할 수 있고, 이것이 가맹본부가 자신을 신뢰하고 있는 가맹점 사업자를 보호하여야 할 의무가 전제되어 있는 관계라고 할 것이다.⁴⁷⁶⁾

가맹본부가 이러한 신인관계에 있는 경우에는 전문적인 부분은 가맹점사업자가 가맹본부의 판단에 의존하고 있기 때문에 여기에 관한 계약상의 내용은 불완전하거나 유보적이어서 가맹본부의 재량성 또는 융통성 있는 해석이나 적용이 요구된다.⁴⁷⁷⁾ 이때 가맹본부는 자기에게 주어져 있는 많은 재량권을 남용하거나 우월적 지위를 이용하여 그 권한을 잘못 사용할 가능성이 크다는데 문제가 있다. 이러한 불완전하고 유보적 계약조항은 가맹본부에게 충실의무로 보충하게 함으로써 가맹본부의 권한 남용의 위험으로부터 가맹사업자의 정당한 이익을 보호하여 주는 것이 합리적이라 할 것이지만 가맹본부에게 이러한 충실의무가 발생하는 경우에는 신인관계에서 수인자지위에 있는 가맹본부가 가맹사업자의 최대 이익을 위하여 노력하였다는 것을 입증할 책임이 있다 할 것이다.

또한 가맹본부는 가맹희망자에게 예상매출액 내지 예상수익을 제공할 의무가 있는지 여부가 문제가 된다. 학설에 의하면, 매출액에 대한 예측은 계약내용 자체가 될 수는 없고, 예상매출액을 산출하기에는 상당한 시간과 비용이 요구되는 점을 고려한다면 가맹본부에게 예상매출액에 대한 적극적 제공의무는 없다고 보아야 하며, 예상매출액을 제공하지 않았다고 하여 그것이 곧 정보제공의무 위반이 되는 것은 아니다. 가맹본부의 직접적 의무가 아니라 하더라도 가맹본부의 예상매출액 문제는 가맹사업의 중요한 포인트이므로 가맹희망자에게 계약체결단계에서 이러한 정보가

476) 프랜차이즈의 발상지인 미국에서도 프랜차이즈 관계를 신인관계로 인정하는 것이 일반적 현상은 아니다. 미국의 판례들을 보더라도 프랜차이즈 제공자에게 직접적으로 충실의무를 인정한 *Aenott v. American Oil Co.*, 사건 609 F. 2d 837(8th Cir. 1979), cert. denied, 446 U.S. 918(1980)을 포함하여 몇몇 사건들을 제외하고는 대체로 충실의무의 인정에 소극적이다(임재호, 전제논문, 58면).

477) 임재호, 상계논문, 61면.

제공되는 것이 일반적이데, 가맹본부가 임의로 제공하는 예상매출액의 정보가 허위이거나 과장된 정보가 아니어야 한다. 그러한 의미에서 본다면 예상매출액에 대한 정보제공 자체는 정보제공의무에 수반되는 것은 아니지만, 예상매출액을 가맹본부가 제공하는 한 일종의 정보제공의무의 내용이 되는 것이라는 견해⁴⁷⁸⁾와 가맹계약의 체결 전 가맹본부의 가맹희망자에 대한 정보제공의무는 근본적으로 신의성실의 원칙에 기하여 인정되는 것으로 보아야 할 것이라는 견해⁴⁷⁹⁾가 있지만, 가맹본부는 가맹사업의 특성상 가맹희망자에 비해서 정보나 인력 등 여러 측면에서 우월적 지위에 있으므로 가맹본부는 가맹계약의 체결 전이나 가맹금 수령 전에 자신의 가맹사업과 관련된 중요사항을 의미하는 의무가 미리 가맹희망자에게 알려줌으로써 상대적 약자라고 할 수 있는 가맹희망자가 자신의 창업결정에 대한 충분한 검토를 할 수 있도록 조력하여야 하는 의무가 있다고 할 것이다.

그러나 가맹본부 측에게 매출·수익예측에 대한 정보제공의무를 인정한다고 하더라도 예상매출액과 예상수익액이 반드시 실제 영업개시 후의 매출액과 수익액이 일치되어야 한다는 것은 아니다. 왜냐하면 이것은 어디까지나 예측에 지나지 않으므로 실제로는 예측결과와 일치하는 것도 있을 수 있지만, 예측을 벗어나는 상황도 있을 수 있기 때문이다. 문제가 되는 것은, 예상 매출·수익액에 대한 정보제공이 예측결과로서 올바른 것인지 혹은 합리적인 것인지 여부를 판단하게 되는 것이다.

가맹사업자가 불만을 품는 것은 예상대로 매출·수익이 얻어지지 않는데 있는 것이다. 그러나 예측에 괴리가 있다고만 해서 가맹본부의 책임을 물을 수는 없고, 그 예측이 합리적이지 않고 가맹점 수를 늘리기에 급급한 과장과 기만에 의한 경우에만 가맹본부가 책임을 져야 할 것이고, 가맹본부가 실제로 매출·수익예측을 할 때에는 이미 출점하고 있는 자사의 가맹점포의 실적, 유사상황에 있는 기존점포의 매출실적, 출점후보물건의 상권범위, 출점후보물건지역의 거주자(야간인구, 주간인구, 거주자 속성 등), 출점후보물건 앞의 통행량, 경합점의 유무 등을 바탕으로, 일정한 수식에 따라 종합적으로 판단하여 산정된다면 다양한 요소를 일정한 수법에 기하여

478) 강병렬, “가맹사업거래에 관한 법적연구-가맹점사업자의 보호제도를 중심으로”, 충남대학교 박사학위논문, 2004.1, 106-107면. 따라서 가맹사업법 제9조 제2항은 가맹본부의 예상매출액에 대한 정보제공의무를 말하는 것은 아니고, 허위·부당정보의 제공을 금지하는 소극적 성격으로 규정하고 있다.

479) 박정기, “프랜차이즈계약 체결단계에 있어서의 정보제공의무”, 「재산법연구」 제18권 제1호, 한국재산법학회, 2001, 203-205면; 김후중, 전제서, 58면.

종합적으로 판단하여 예측을 행한다고 하는 것을 전제로 하여 매출·수익예측에 합리성이 있는가 아니면 어떤가가 문제가 되는 것이다.

나아가 실제의 매출·수익과 예측 사이에 괴리가 생겼기 때문에 분쟁이 발생한 경우, 그 합리성을 어떻게 증명하여야 할 것인가가 문제가 된다면, 정보량에 열등한 가맹업자가 그 예측에 합리성이 없다는 것을 증명할 수 없다면 가맹본부에 대한 손해배상이 인정될 수 없다고 하는 것은 가맹점사업자에게 지나친 경제적 정신적 피해를 주게 되는 문제가 있다.

2) 공인중개사의 업무 및 부동산거래신고에 관한 법률

부동산중개거래에 있어서도 계약을 체결함에 있어서 각 자는 계약의 목적물 또는 관련 주변 사정에 대한 인식을 갖추고 있어야 하고, 이 경우에만 비로소 합리적인 판단을 할 수 있다. 이를 위해 당사자는 계약에 필요한 정보를 스스로 구하는 것 말고도 상대방에게 문의하거나 또는 상대방이 일정한 정보를 알려주리라고 기대하는 경우도 있을 것이다. 반면 상대방은 자신의 이익을 관철하기 위하여 때로는 비용도 수반하는 계약관련 정보를 교섭과정에서 알리지 않으려고 하기 마련인데, 정보제공의무는 유효하게 성립한 계약관계에서도 문제되나 가령 위임계약에 관한 민법 제683조의 보고의무와 같이 중개업자가 중개의뢰를 받은 경우에는 중개가 완성되기 전에 당해 중개대상물의 상태·입지 및 권리관계, 법령의 규정에 의한 거래 또는 이용제한사항 그 밖에 대통령령이 정하는 사항을 확인하여 이를 당해 중개대상물에 관한 권리를 취득하고자 하는 중개의뢰인에게 서면으로 제시하고 성실·정확하게 설명하여야 한다(동법 제25조)는 의무를 이행할 때 거래에 대한 분쟁은 줄어들 것이지만, 부동산업은 부동산의 중개과정에서 부동산중개업자가 제공할 수 있는 서비스는 매매의 경우 중개의뢰인에게 중개대상물을 확인시켜주고 권리관계 등의 확인·설명(동법 제25조)을 위한 등기부등본이나 인감을 확인하는 것 등이며, 임대차의 경우 계약성립 후 확정일자를 받아주는 정도이다. 최근에 제공되는 중개업자의 정보제공에 따른 서비스는 각종 세금 안내를 위한 세무사의 소개, 등기권리관계 등을 정리하기 위한 법무사의 소개, 은행융자안내, 이사업체알선, 건물의 수리·보수 등을 위한 업체의 소개 등이고, 2000년 개정된 법률에 따라 이른바 체크리스

트제도가 도입되어 중개서비스가 과거보다는 상당히 발전된 것은 사실이다. 하지만 중개업소를 이용하는 의뢰인들은 부동산의 매매를 통한 권리취득의 불편함과 번거로움에 문제가 있다.

부동산은 다른 재화와 달리 권리가 이동하는 특수성을 가지고 있기 때문에 부동산의 매매는 주택의 경우 의뢰에서부터 매물의 조사, 중개·알선, 매매계약서 작성, 점인신청, 양도소득세의 신고, 등기까지 여러 단계과정을 거쳐야 취득할 수 있는 복잡성을 가지고 있다. 현재 부동산거래시장은 빠르게 움직이고 있으며, 간단·명료·편의를 위주로 하는 경향이 있다. 부동산매매에 관한 거래가 성사되었다 하더라도 대부분의 사람들은 법률·세무지식이 부족하여 법무사나 세무사사무소 등을 통하여 자문을 얻는다. 이른바 발품을 팔아야만 그에 따른 시간과 비용, 노력은 상대적으로 높다고 할 수 있다. 한마디로 그에 따른 기회비용이 증가되는 것이다. 대부분의 부동산거래자들은 부동산취득업무가 신속하게 처리되기를 원한다. 또한 그에 따른 여러 정보에 대한 소득도 제공받기를 원하고 있다.

현재 부동산에 대한 가격정보를 얻을 수 있는 방법은 다음과 같다. 첫째, 일간신문, 일간지들의 경우 대부분은 보통 일주일 간격으로 경제면에 부동산 가격동향과 가격에 대한 정보를 알려주고 있다. 둘째, 케이블TV, 케이블TV는 경제채널과 전문화된 부동산채널에서 방송 중 실시간으로 자막을 통해 부동산시세를 알려주고 있다. 셋째, 부동산 전문지, 부동산가격전문잡지의 경우 격주 또는 주간단위로 발매되고 있다. 넷째, 인터넷을 활용한 부동산정보업체, 흔히 인터넷복덕방이라고 하는 다양한 콘텐츠를 통해 부동산관련 정보와 시세를 알려주고 있으며 회원 가입을 권하고 있다. 다섯째, 생활정보신문, 매일 발행되며 매물에 대한 정보를 주로 싣고 있다. 여섯째, 가장 고전적인 방법으로 직접 중개업소를 방문하여 가격정보를 얻는 것이다.

이상의 방법 중 다섯 번째까지의 경우 정보획득에 있어서 가격대비 효과면에서는 가장 좋은 방법으로 탐색비용을 상당히 절감할 수 있다는 장점을 가지는 반면, 가격정보에 대한 신뢰성은 높다고 할 수 없는 문제점이 있다. 만약 이러한 방법으로 얻은 정보를 통해 부동산을 매매하려면 큰 낭패를 볼 가능성이 크다. 동일 물건이라도 조사업체에 따라 가격의 차이가 크기 때문이다. 여기에는 두 가지 문제원인이

있다. 하나는 부정확한 조사이고 다른 하나는 부정확한 거래가격이다. 부동산 전문 업체들이 저마다 각각 다른 방법으로 조사를 하고 발표하기 때문이다. 정기적으로 발표되는 전문시세업체들의 가격 정보에 대한 신뢰성이 낮은 또 하나의 원인은 부동산 주인과 중개업자 간의 담합이 그 원인이다. 이러한 상황아래서는 가격에 대한 검증이 어렵다는 문제가 있다. 그리고 부정확한 가격은 부동산거래시장에서 부동산 가격의 왜곡현상을 불러올 가능성이 매우 높다할 것이다.

부동산 가격에 대한 정보를 부정확하게 하는 또 다른 원인은 ‘허위·유인매물’이다. 이것은 두 가지 형태로 하나는 인터넷의 사이트상에 매물을 올리는 것이며, 다른 하나는 중개업소에 의뢰하여 게시하는 방법이다. 부동산에 대한 실제 수요자가 인터넷으로 부동산사이트나 인터넷 중개업소 등을 검색하여 사이트에 올라온 매물을 비교한 뒤 상대적으로 낮은 가격의 매물을 거래하고자 업소에 의뢰할 경우 우선업자들은 고객을 업소로 오게 한 뒤 대상부동산은 이미 팔렸다고 하며 좀 더 비싼 다른 매물을 사라고 권유하는 것이다. 부동산 특히, 주택을 처음 구입하고자 하는 경우나 초보투자자의 경우는 이러한 업소의 “허위·유인매물”에 넘어갈 확률이 높다. 전시매물의 경우도 다르지 않다. 중개업소의 대다수는 업소입구 또는 유리면에 매물에 대한 정보를 첩판이나 광고지 등을 통해 전시하고 있다. 매물광고의 경우 부동산의 종류(매매·임대), 규모, 기본적인 특징, 가격 등이 기재되어 있지만 전시매물을 업소에 의뢰할 경우 대부분은 이미 거래가 끝난 매물이거나 실제로 존재하지 않는 경우가 대부분이다. 일부 업소에서는 업소를 방문한 고객에게 거래가 주춤하면서 가격이 오름세가 예상된다고 수요자들을 유인하는 시세조종도 하며 거래가 조용할 때 매물가격을 높게 내놓고 가격이 오르기 전에 매입하라고 권유하는 방법을 사용하고 있는 문제가 있다. 이러한 현상은 가격을 부르는 대로 가격이 상승되는 지역에서 중개업자가 거래와 관계없이 임의로 가격조작이나 시세조작을 할 우려가 높으며, 이러한 정보를 부동산시세업체들에게 제공하기 때문에 가격조사의 신뢰성이 떨어지는 원인으로 작용하는 문제가 있다.

3) 방문판매 등에 관한 법률

방문판매법에서는 방문판매자와 소비자간의 정보불균형을 시정하고 소비자가 계

약의 내용을 이해할 수 있는 상황에서 소비자의 선택권을 보장하기 위하여 방문판매자에게 계약체결전의 정보제공 및 계약체결에 따른 계약서 교부의무를 부여하고 있다(방문판매법 제7조). 방문판매자가 방문판매를 하는 때는 소비자에게 자기의 성명 또는 명칭과 판매하는 상품의 종류 또는 제공하는 용역의 내용을 미리 밝혀야 한다는 이유는, 방문판매자가 소비자에게 법이 정하는 일정사항을 고지하여 소비자가 거래시에 자신의 상품구입 등의 권유를 받고 있다는 명확한 인식을 갖게 하려는 것이다. 제7조 제1항 각 호에 규정된 사항을 기재한 계약서를 교부함(동법 제7조 제2항)으로써 정보제공의무에 의한 소비자는 자신이 체결한 계약에 대하여 다시 한번 숙고하여 청약철회할 수 있고, 청약철회 및 계약해제에 대해 인지할 수 있는 시간을 가지게 된다.

그럼에도 불구하고 방문판매업자 등은 방문판매법 제7조 제1항의 규정에 의하여 소비자에게 표시 또는 고지한 거래조건으로 신의에 좇아 성실하게 이행하였는데(동법 제7조 제5항)도 소비자로 하여금 청약철회를 요구받았을 때는 참으로 난감하다 할 것이다. 물론 청약철회조건이 타당하다면 규정된 법률조항에 의해 철회를 집행하면 될 것이지만, 방문판매자가 방문판매법 제6조의 규정을 준수하고 소비자에게 책임 있는 사유로 재화 등이 멸실 또는 훼손된 경우(동법 제8조 제2항 제1호)이거나, 소비자의 재화 등의 사용 또는 일부 소비에 의하여 그 가치가 현저히 감소한 경우(동법 제8조 제2항 제2호)에는 청약철회를 할 수 없다고 한 것은 문제가 있다 할 것이고, 그 밖에도 청약철회권의 발생요건 및 철회기간의 문제, 철회효과의 문제, 손해배상책임의 문제 등에 대하여 개선이 필요하다.

또한 소비자계약이 체결된 경우 소비자는 사업자에 대하여 대금지급의무를 부담하는데 이를 지연한 경우 사업자에게는 손해가 발생하므로 이를 배상할 책임을 부담한다(민법 제397조)는 것과 소비자가 대금지급의무를 이행하지 않아 계약이 해제된 경우 소비자는 원상회복의무와 더불어 손해배상책임을 지게 된다(민법 제551조). 손해배상의 범위에 대하여는 통상손해와 특별손해로 구분되며, 특별손해의 경우 채무자인 소비자가 이를 알았거나 알 수 있었을 경우에 한하여 배상할 책임을 지고(민법 제393조), 방문판매법에서는 특칙을 두어 계약해제(480)시 소비자의 손해배상책

480) 소비자의 채무불이행을 이유로 소비자계약을 사업자가 해제하기 위하여는 단지 소비자의 대금지급만으로

임의 범위에 대하여 제한을 두고 있다. 이는 다시 재화가 반환되었는지의 여부에 따라 구분된다. 먼저, 반환된 경우 반환된 재화 등의 통상 사용료 또는 그 사용에 의하여 통상 얻어지는 이익에 상당하는 금액 또는 반환된 재화 등의 판매가액에서 그 재화 등이 반환된 당시의 가액을 공제한 금액 중 큰 금액 및 대금미납에 따른 지연배상금을 더한 금액을 초과할 수 없다. 만일 재화가 반환되지 않는 경우에는 그 재화 등의 판매가격에 상당하는 금액과 대금미납에 따른 지연배상금을 더한 금액을 초과할 수 없다(방문판매법 제10조 제1항)⁴⁸¹⁾는데, 소비자의 채무불이행에 따른 손해배상책임을 제한하는 것은 소비자보호를 위한 것으로 추정할 수 있으나, 과연 그러한 경우까지 소비자를 보호할 필요가 있는가에 대하여 문제가 있음을 제시한다.

4) 보증인 보호를 위한 특별법

당사자간에 존재하는 정보의 비대칭만을 이유로 정보제공의무의 존재를 인정할 수는 없다. 정보의 비대칭 상태에서 정보제공의무의 기준을 제시함에 있어서 의무자의 측면에서 뿐만 아니라 그 정보를 필요로 하는 자의 측면을 고려할 수 있어야 한다. 그리고 설명의무의 존재를 위해서는 정보수취인의 정보필요성 이외에 정보제공자에게 그 필요성의 인식가능성이 있어야 한다.

보증계약과 관련시켜 보면, 채권자의 보증인에 대한 통지·정보제공의무는 우선적으로 보증계약의 담보적 특성으로부터 주어지는 위험귀속 모델에 상응하도록 형성되어야 한다. 채권자의 보증인에 대한 정보제공의무의 근거 및 구체화에서는 여타의 책임문제와 마찬가지로, 양 당사자의 대립되는 이익, 즉 한편으로는 보증을 통한 채권자의 담보이익과 다른 한편 기대가능하지 않은 위험으로부터 보호받는데 대하여 갖는 보증인의 이익이 상호 형량되어야 하는데 보증계약의 목적은 채권자가 보증인의 위험인수를 통하여 채무의 이행에 대한 보증을 받는데 있다. 일반적으로

는 불가능하고, 상당한 기간을 정하여 최고한 후 최고기간 동안 이행이 없는 경우에 한하여 해제할 수 있다(민법 제544조). 즉, 소비자의 채무는 대금지급의무이기 때문에 이행지체에 해당하기 때문이다.

481) 할부거래법상 매도인이 청구할 수 있는 손해배상액은 채무불이행시 청구할 수 있는 금액과 계약해제시 청구할 수 있는 금액으로 구분되며, 계약해제의 경우 역시 재화가 인도된 경우와 인도되기 전으로 구분하고 있다(동법 제9조). 따라서 손해배상책임제한에 관한 소비자보호법들 간의 차이를 지적하고 이의 통일화를 주장하고 있다(최명구, “소비자계약의 해제시 사업자의 통상의 손해”, 「민사법학」 제44호, 한국민사법학회, 2009.3, 345면).

보증위험의 실현에 밀접한 영향을 미치는 사정인 주채무자의 자력 내지 경제사정에 대하여는 보증인에게 중요한 정보이기는 하지만 정보제공의무의 인정을 위한 정보의 필요성이 인정되지 않는다. 보증인이 되려는 자는 보증계약을 통하여 보증위험을 인수한다는 것을 이미 인식하고 있다고 할 수 있으나, 그렇다고 그러한 위험이 바로 보증인 자신의 책임영역 내의 문제이기 때문이라고 단정하는 것은 문제가 있다. 다만, 채권자는 주채무자가 약속한 채무이행을 규정에 의하여 이행하지 않았을 경우에 지체 없이 보증인에게 사실을 알려야 한다는 채권자의 통지의무가 적용된다(보증인 보호를 위한 특별법 제5조) 할 것이다. 부정적 입장의 견해⁴⁸²⁾ 역시 민법이 개인주의, 자유주의를 지도이념으로 하고 있어 보증채무가 특유의 위험성을 갖고 있더라도, 보증계약을 체결하는 자는, 이러한 위험과 불행을 감수하고서 계약을 체결한 것이라고 단정하여 계약상의 위험에 대해 법이 객관적 공평이나 구체적 법적 정의를 이유로 보상해 주지 않는다는 것은 근대 이후 민법의 기본적 태도라고 하는 것 역시 문제가 있다.

다만, 독일에서는 보증의 담보기능을 이유로 하여 보증인을 위하여 채권자에게 통지 또는 정보제공의무의 형태로 특별한 주의의무를 부과하고 있지 않다. 학설도 또한 주채무자의 재산상태에 대한 정보는 보증인 자신이 수집하는 것이 원칙이라고 하였다.⁴⁸³⁾ 하지만 다른 일부학설에 의한 보증인보호를 위한 채권자에게 포괄적인 주의의무와 정보제공의무를 인정하고 있다고 할 것이다..⁴⁸⁴⁾

보증계약에 있어서 주채무자에 대한 정보를 알았더라면 보증계약을 체결하지 않았을 것으로 인정되는 정도의 중요한 내용의 결정적 정보를 의미하는 것과, 보증인은 채무자에 대한 자산상태를 정확하게 인식하지 못하고 있는데 대한 보증책임의 범위가 무제한적이라는 점, 그리고 보증인과 주채무자간의 정의성으로 인한 자기결정권 침해가능성, 채권자와 보증인간의 정보의 격차 등 여러 가지 불균형으로 인한 비양심적 거래의 소지, 보증인이 금융기관보다는 사채업자로부터 받는 피해가 더 크다는 점 등을 감안할 때 문제가 많다.

482) 백경일, “보증계약의 특수성과 보증인보호의 문제”, 「민사법학」 제34호, 한국민사법학회, 2006.12, 185면.

483) Reinicke/Tiedtke, Kreditsicherung, Rdnr. 296; Henssler, Risiko als Vertragsgegenstand, S.345f; Anwaltkommentar/Beckmann, § 765 BGB, Rdnr. 65.

484) Tiedtke, NJW 2001, 1015, 1022.

보증계약에 있어서 타인이 이행하지 않은 채무를 이행한다는 것은 충격적이고 매우 곤란한 상황일 것이다. 더욱이 보증인에게는 보증계약을 통하여 통상 반대급부를 수령함이 없이 편무적 의무만이 설정된다는 점에서 그 아쉬움은 크다.

거래계약에서 빈번히 활용되는 인적담보제도로써 보증계약은 민법 제428조 1항이 분명히 규정하고 있음에도 그 휴유증은 만만치가 않다. 즉 보증인의 제3자의 채권자에 대하여 그 채무자에 의해 이행되지 아니하는 채무를 이행할 의무를 부담하는 계약이기 때문이다. 보증인의 주채무 이행에 대한 보증을 통하여 비로소 제3자, 즉 주채무자의 신용능력의 형성 또는 개선될 수 있고 채권자 역시 주채무자에 대한 신용부여를 결정할 수 있게 되며, 보증계약은 채권자의 입장에서 파악한다면 제3자에 대한 신용수여에 따른 불확실성의 위험으로부터 채권자 자신을 보장해주는 경제적 기능을 하게 된다. 반면에 타인이 행하지 않은 채무의 이행을 의무지운다는 점에서 계약은 보증인에게는 위험한 법률행위로 다루어진다.⁴⁸⁵⁾ 보증계약이 갖는 위험성의 문제는 특히 다음의 두 사정으로부터 연유한다고 본다.

먼저 계약의 체결 당시 보증인은 채권자에 대해서 어느 범위에서 보증채무를 부담하게 될 것인가 하는 것이 명확하게 정해지지 않는 경우가 문제된다. 채무인수와 대비되는 이런 특성으로 인하여 보증계약은 그 채무자인 보증인에게 위험인수와 관련한 합리적 계산을 요구하기 어려운 위험한 법률행위로 편입할 수 있다는 점과, 매매계약과 달리 보증인은 보증으로부터 발생할 위험의 인수에 대하여 통상적으로⁴⁸⁶⁾ 자신의 계약상대방, 즉 채권자로부터 아무런 반대급부를 수령하지 않는다는 점, 오히려 보증인은 주채무자의 인적 정의관계에 의하여 더욱이 주채무자가 제 때에 채무를 이행하고 이로써 본인 스스로는 채권자로부터 이행을 청구받지 않을 것이라는 기대를 가진 채 보증위험에 대한 구체적 인식 없이 보증채무를 부담하겠다는 의사를 표시하는 경우가 문제된다.

또한 채권자는 보증인의 청구가 있으면 주채무의 내용 및 그 이행 여부를 보증인에게 알려야(동법 제5조제3항) 하는 것은 당연한데, 보증계약법 제8조 금융기관 보

485) 조승현, “보증계약에 대한 사법통제 - 효력의 제한을 중심으로”, 고려대학교 박사학위논문, 1999, 22면.

486) 물론 사적자치의 원칙상 보증계약은 당사자, 즉 채권자와 보증인 사이의 합의에 의하여 쌍무계약으로 형성될 수 있으며, 따라서 보증의 대가나 조건으로 채권자는 주채무자에 대해 신용을 제공키로 하거나 또는 이미 부여된 신용의 회수를 지연해 주도록 보증인과의 관계에서 의무를 부담할 수 있다. 이에 관해서는 Larenz/Carnaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Band II Halbband 2, 1994(13판), § 60 I 3, 3면 참고.

증계약의 특칙에 의한 동법 제8조 제2항에 있어서 금융기관의 제1항에 따라 채무자의 채무관련 신용정보를 보증인에게 제시할 때에는 채무자의 동의를 받아야 한다는 것은 보증인에 대한 위험예측의 기회마저 제한하는 것이며,⁴⁸⁷⁾ 주채무자와의 정의관계를 혼드는 문제가 있고, 그로인하여 채권자는 주채무자가 원본, 이자 그 밖의 채무를 3개월 이상 이행하지 아니한 경우 또는 주채무자가 이행기에 이행할 수 없음을 미리 안 경우에는 지체 없이 보증인에게 그 사실을 알려한다(동법 제5조 제1항)는 부분에 있어서 이행하지 않는 기간에 문제가 있어 개선이 요구된다.

5) 보험업법

보험계약을 체결할 때 보험자의 보험약관의 중요한 내용의 설명의무를 인정하고, 이를 위반한 경우 보험계약 성립 후 1월안에 보험계약자는 취소할 수 있도록 되어 있고(상법 제638조의3), 2010년 개정 보험업법에서는 보험자의 설명의무를 광범위하게 인정하고 있다(보험업법 제95조의2). 다만, 판례는 설명의 대상인 중요한 사항은 보험료, 보장범위, 보험금지급제한 사유 등 고객의 이해관계에 영향을 미치는 사항으로 사회통념상 그 지·부지가 계약체결에 영향을 미치는 보험약관의 중요한 내용으로, ①보험계약자나 그 대리인이 약관의 내용을 충분히 잘 알고 있는 경우, ②거래상 일반적이고 공통된 것이어서 당사자가 알고 있다고 예상할 수 있는 사항, ③법령에 규정된 것을 되풀이 하거나 부연한 정도에 불과한 사항은 설명의무가 면제된다⁴⁸⁸⁾고 하고 있다.

상법 제638조의3 제2항에 따르면, 보험자(또는 모집종사자)가 계약의 체결당시에 약관을 교부하지 않았거나 중요한 약관조항을 설명하지 않은 경우(부실설명)에 보험계약자는 계약성립일로부터 1월내에 계약을 취소할 수 있고,⁴⁸⁹⁾ 보험계약자가 이 기간 내에 취소하지 않으면 그 교부 또는 설명되지 아니한 약관조항이라도 계약에 편입되어 이를 적용할 수 있게 된다고 하는데, 약관규제법 제3조 제4항에는 이러한 약관조항은 계약에 편입되지 아니하므로 이를 적용할 수 없게 된다고 한다면, 어느 법규정에 따라야 할 것이냐가 문제된다.

487) 이를테면 이자상환에 있어서 이행여부와 사정변경이 따를 경우 등.

488) 사법연수원, 「보험법연구」, 사법연수원, 2010, 35-38면.

489) 대판 1991.9.10, 91다20432.

또한 보험약관의 설명의무위반효과에 대하여 판례의 입장은, 보험약관의 설명의무와 관련하여 보험자가 보험약관의 교부·설명 의무를 위반한 경우에는 보험자는 이러한 약관의 내용을 보험계약의 내용으로 주장할 수 없고, 보험계약의 성립일로부터 1월내에 취소권을 행사하지 않았다고 하여 보험계약자는 보험자가 교부·명시에 위반한 약관내용의 법률효과를 주장할 수 없다거나 혹은 보험자의 이런 의무가 치유되는 것은 아니라고 판시하고 있다.⁴⁹⁰⁾ 이에 대하여 학설의 입장은 두 가지로 나뉘고 있다. 상법단독적용설은 보험약관의 설명의무를 특별히 규정한 상법의 취지를 존중하여 보험계약자의 취소권은 1월의 경과로 보험계약관계가 그대로 유지되어야 한다는 견해로서, 보험약관의 교부·명시의무에 대하여는 상법 제638조의3이 우선 적용되고 그 한도 내에서 약관규제법 제3조의 적용은 배제된다⁴⁹¹⁾고 하여 “보험의 단체성”이라는 특성을 근거로 하여 개별소비자의 보호보다는 상위의 위험단체를 구성하고 있는 일반 소비자의 보호를 우선해야 한다는 입장이고,⁴⁹²⁾ 중첩적용설의 주장은 보험자의 교부 또는 설명되지 아니한 약관조항에 대하여 보험계약자는 상법 제638조의3 제2항에 따라 취소기간 내에 계약을 취소할 수도 있고, 약관규제법 제3조 제3항에 의해 교부 또는 설명되지 아니한 약관조항의 적용배제를 주장할 수도 있다⁴⁹³⁾고 하여 상법의 취소를 하지 않은 경우의 법률관계를 규정하고 있지 않기 때문에, 보험계약자가 취소하지 않을 경우에 약관규제법 제3조 제3항을 적용함에 있어 하등 문제가 발생하지 않는다는 것이다.⁴⁹⁴⁾ 따라서 개별보험계약자를 보호하는 측면을 띠게 된다는 주장이다.

하지만, 약관교부·명시·설명 의무위반에 대한 형태가 다양함에도 상법(보험계약편) 제638조의3만을 일률적으로 적용하여야 하는 것은 문제점이 있다. 예컨대 약관을 아예 교부하지 않거나 교부만 하고 전혀 설명을 하지 않는다거나 설명은 하였는데 약관의 내용과는 다른 내용을 설명한다거나, 약관의 내용을 과대설명 하는 등 그 위반의 형태가 매우 다양한데도 이를 고려하지 않고 일률적으로 설명의무위반에 대한 효과로 “계약이 성립한 날로 1개월 이내에 취소할 수 있다”라고 획일적으로

490) 대판 1998.6.23, 98다14191; 대판 1996.4.12, 96다4893.

491) 양승규, 「보험법 (제5판)」, 삼지원, 2004, 114면; 최준선, 「보험법·해상법」, 삼영사, 2005, 34면.

492) 한창희, “보험약관의 구속력의 근거 및 고지의무의 개정론”, 소비자 중심의 보험법 개정 토론회, 2007, 50면.

493) 정찬형, 「상법강의(하) 제10판」, 박영사, 2008, 549면.

494) 이기수·최병규·김인현, 「보험·해상법」, 박영사, 2006, 70면; 정찬형, 상계서, 549면.

규정하고 있는 것은 문제라 할 수 있어 개선이 필요하다.

6) 약관의 규제에 관한 법률

약관은 그 특성상 당사자간의 합의에 의하여 계약에 편입되었을 때에 비로소 계약의 내용을 구성하게 된다. 만약 이러한 절차를 생략하게 되면, 사업자의 일방적인 의사가 약관이라는 형식을 통하여 그 상대방에게 강요될 우려가 있기 때문이다. 약관규제법은 이러한 우려를 배제하고 약관을 사용하고 있는 사업자의 상대방을 보호하기 위하여 사업자에게 약관의 명시·교부 및 설명의무를 부과하고 있다(약관규제법 제3조 제1항). 다만, 다른 법률의 규정에 의하여 행정관청의 인가를 받은 약관으로서 거래의 신속을 위하여 필요하다고 인정되어 대통령령이 정하는 약관에 대하여는 명시 의무가 면제되나(약관규제법 제3조 제2항) 이 경우에도 사업자는 영업소에 약관을 비치하여야 한다(약관규제법 제3조 제1항 단서, 시행령 제2조)고 규정하고 있다.

그렇다면, 약관규제법 제3조 제1항에서 규정하고 있는 사업자의 약관의 명시 의무와 교부의무는 고객으로 하여금 계약체결시에 약관의 내용을 알게 하고 약관을 취득하게 하는데 그 뜻이 있으므로, 전자상거래의 경우라고 해서 특별히 문제될 것이 없다. 사업자는 고객이 계약체결시에 읽기 쉽게 웹사이트의 화면에 약관을 게시하거나 그 화면에 쉽게 접근할 수 있도록 웹사이트를 연결시키는 것으로써 약관의 명시 의무를 이행할 수가 있고, 고객이 계약체결 시에 원하면 약관이 담긴 전자문서를 내려 받을 수 있게 하거나 고객이 지정한 전자주소로 전자우편에 의해 송부함으로써 약관의 교부의무를 이행할 수가 있기 때문이다.

전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률(이하 “전자상거래소비자보호법”이라 함) 제10조 제1항에 근거한 같은 법 시행규칙 제7조 제1항의 “전자상거래를 행하는 사이버몰의 운영자는 동법 제10조 제1항 제1호 내지 제5호에 규정된 사항(사이버몰의 이용약관 등)을 소비자가 알아보기 쉽도록 사이버몰의 초기화면에 표시하여야 한다. 다만, 동법 제10조 제1항 제5호의 사항(사이버몰의 이용약관)은 소비자가 연결화면을 통하여 볼 수 있도록 할 수 있다”고 규정한 것이나, 인터넷사이버몰 이용표준약관(2003. 10. 10. 개정; 이하 “전자상거래표준약관”이라 함) 제3조 제1항

의 “물은 이 약관의 내용 ……을 이용자가 쉽게 알 수 있도록 00 사이버몰의 초기 서비스화면(전면)에 게시합니다. 다만, 약관의 내용은 이용자가 연결화면을 통하여 볼 수 있도록 할 수 있다.”고 하여 이 전자상거래소비자보호법 시행규칙 제7조 제1항과 동일한 내용을 규정한 것은, 전자상거래에서의 사업자의 약관의 명시적무를 규정한 것이라고 할 수 있다. 다만, 이들 규정에 아쉬운 점이 있다면, 소비자가 약관이 게시된 웹사이트의 화면에서 약관을 내려 받을 수 있게 한다는 규정을 추가하여 약관의 교부의무까지도 명확하게 규정하였으면 하는 문제이다.

위와 같은 약관의 명시적무와 교부의무의 경우와는 달리, 약관규제법 제3조 제2항에서 규정하고 있는 설명의무의 경우에는 이 의무를 구술로 이행해야 한다는 점에서 확실한 문제가 있다. 즉, 사업자나 그 보조자가 고객에게 대면해서든 전화로든 약관의 중요한 내용을 구술로 설명해야 하는 것이다. 이 설명의무와 관련하여 전자상거래의 경우는 아니지만 판례는, “통신판매의 방식으로 체결된 상해보험계약에서도 보험료가 저렴하다거나 판매방식이 특이하다는 이유로 약관의 설명방법이 통상적인 계약체결의 경우와 달라지는 것은 아니므로, 안내문을 송부하는 것만으로 설명의무를 다한 것으로 볼 수 없다”고 판시하고 있다.⁴⁹⁵⁾ 이것은 통신판매의 경우에도 약관의 설명의무를 통상적인 계약체결의 경우와 마찬가지로 구술로 이행해야 할 것을 요구하는 것으로 생각된다.

전자상거래소비자보호법 제13조 제2항 전단이 “통신판매업자는 소비자가 계약체결 전에 재화 등에 대한 거래조건을 정확하게 이해하고 실수 또는 착오 없이 거래할 수 있도록 다음 각 호의 사항(제9호의 약관 및 그 내용을 확인할 수 있는 방법 등)을 적절한 방법으로 ‘표시·광고 또는 고지’하고,……”라고 규정하고, 제4항이 “공정거래위원회는……제2항의 규정에 의한 ……거래조건에 대한 표시·광고 및 고지의 방법을 정하여 고시할 수 있다. 이 경우 거래방법이나 재화 등의 특성을 고려하여 그 표시·광고 및 고지의 방법을 다르게 정할 수 있다.”고 규정한 것은, 통신판매업자의 약관의 명시적무에 관한 규정이라고 할 수 있다. 다만, 제2항은 통신판매업자가 소비자의 요구에 따라 약관을 교부해야 할 의무까지는 규정하지 않고 있다. 왜냐하면 제2항 후단이“……‘계약이 체결된 경우’에는 계약자에게 다음 각 호의

495) 대판 1999.3.9, 98다43342, 43359.

사항(제9호의 약관 및 그 내용을 확인할 수 있는 방법 등)이 기재된 계약내용에 관한 서면을 재화 등을 공급할 때까지 교부하여야 한다고.”규정한 것은 계약체결 후에 교부하도록 규정한 것이 되므로, 계약체결 전에 이행해야 하는 약관의 교부의무를 규정한 것으로 볼 수 없기 때문이다.

이처럼 전자상거래소비자보호법은 통신판매에서 약관의 명시 의무에 관한 규정을 두고 있지만 설명의무에 관한 규정은 두고 있지 않다.⁴⁹⁶⁾ 더욱이 위에서 살핀 바와 같이, 판례⁴⁹⁷⁾는 통신판매의 경우에도 통상적인 계약체결인 경우와 마찬가지로 약관을 구술로 설명할 것을 요구하고 있는 것으로 해석되므로 문제가 된다.⁴⁹⁸⁾ 통신판매도 전자상거래와 마찬가지로 비대면성과 신속성을 특질로 한다는 점을 고려하면, 판례가 타당한지 의문이며 그에 따른 개선할 사항들이 있다.

7) 전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률

전자상거래계약에서 공정성을 검토함에 있어서는 현행의 계약관련 법제하에서 계약의 당사자가 대등한 입장에서 공정한 내용으로 계약을 체결하여 약정된 내용에 따라 당사자 쌍방이 성실하게 이행할 수 있도록 제도화하고 있는가를 고찰할 필요가 있다고 본다. 즉, 소비자는 필요한 상품 또는 서비스를 구매하기 위해 특정 사업자를 선택하여 제시한 거래조건을 확인한 다음 매매계약을 체결하고, 대금의 지급과 주문한 상품의 배송이라고 하는 계약의 주된 내용을 이행하는 과정에서 공정성이 확보되어야 한다고 본다.

전자상거래에 있어서 자율규제 활성화를 위한 자율규약 제정절차를 명시하여 사업자 또는 소비자 단체는 소비자를 기만하거나 오인시킬 우려가 있는 광고행위를 방지하기 위하여 자율규약을 제정할 수 있고, 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 및 표시·광고의 공정화에 관한 법률 위반 여부를 공정거래위원회에 심사를 요청할 수 있다고 규정하고 있다(전자상거래소비자보호법 제13조). 사업자가 소비자에게 제

496) 이 규정이 설명의무의 근거규정으로 볼 여지는 있지만 불충분하다고 여겨진다.

497) 대판 1999.3.9, 98다43342, 43359.

498) 이 판례는 통신판매의 방식으로 체결된 상해보험계약에 관한 것이다. 상해보험은 금융기관(보험업법에 의한 보험사업자)이 취급하는 금융상품이므로 전자상거래소비자보호법의 적용대상은 아니다(같은 법 제3조 제4항, 같은 법 시행령 제3조, 금융감독기구의설치등에관한법률 제38조 제4호). 그러나 이 판례가 전자상거래소비자보호법의 적용대상이 되는 통신판매의 경우에도 약관의 설명방식에 관한 근거가 될 수 있다는 점에서 논의의 대상이 되는 것이다.

공되는 정보의 진실성은 소비자의 합리적인 구매의사를 결정하는데 중요한 역할을 한다. 소비자는 일반적으로 인터넷상에서 사업자가 제공하는 표시·광고에 의하여 정보를 수집하여 구매의사를 결정한다.

사업자는 소비자를 현혹하기 위하여 허위·과장의 표시·광고나 기만적인 표시·광고를 하기 쉽다(동법 제21조 제1항 1호). 소비자는 전자상거래의 계약방식의 특성으로 인하여 실제상품의 정보를 표시·광고에 의존할 수밖에 없으므로, 계약이행과정에서 표시·광고와 다른 상품의 도달로 소비자피해가 발생하는 문제가 많다. 또한 사업자가 고의로 소비자와의 계약을 이행하지 않고, 소비자의 대금지급을 확인한 후 자신의 웹사이트를 폐쇄하거나 도주하는 사례도 많이 발생하고 있다.

표시·광고의 공정화에 관한 법률에서는 사업자가 소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 할 우려가 있는 표시·광고행위로서 공정한 거래질서를 더 해할 우려가 있는 허위·과장의 표시·광고나 기만적인 표시·광고를 금지하고 있고(표시·광고의 공정화에 관한 법률 제3조), 중요한 정보를 고시하도록 하고 있다(동법 제4조). 그리고 전자상거래소비자보호법에서는 사업자가 재화 등에 관한 청약을 받을 목적으로 표시·광고를 하거나, 계약체결 전에 거래조건을 정확하게 이해하고 실수 또는 착오 없이 거래할 수 있도록 적절한 방법으로 재화나 사업자에 관한 사항을 표시·광고하고, 계약이 체결된 경우에는 계약자에게 계약내용에 관한 서면을 교부하여야 한다(전자상거래소비자보호법 제13조 제2항)고 규정하고 있다. 이러한 금지규정과 의무규정이 있음에도 불구하고 소비자피해는 날로 증가하고 있다. 이는 전자상거래상에서 사업자는 정보면에서나 거래조건에 있어서 소비자 보다 항상 우위의 입장에서 거래를 하고 있기 때문에 사업자의 불공정한 거래로 소비자피해가 발생하고 있는 것이다. 따라서 소비자나 사업자가 대등한 위치에서 공정한 거래를 할 수 있는 제도개선이 요구된다 할 것이다.

8) 할부거래에 관한 법률

할부계약은 대금의 분할지급을 주된 내용으로 한다. 따라서 소비자가 충동적으로 구매의사를 표시할 수 있으며, 소비자가 최종적으로 지급할 금액은 할부수수료가 부과되는 할부계약의 경우 일시불(할부거래법에서는 현금가격으로 정하고 있음)로

지급할 금액보다 많은 금액이다. 특히 할부수수료가 고리인 경우 예상치 못한 고액의 할부수수료를 부담하게 된다. 할부거래법에서는 할부계약의 체결전 할부가격, 현금가격 등에 관한 정보(할부거래법 제5조)를 고지하도록 하고 있다. 이러한 정보제공의무에 관한 규정은 계약체결시 일정한 사항을 기재한 계약서로 체결할 것을 요구하고⁴⁹⁹⁾ 있다. 즉 할부계약을 서면으로 체결하지 않을 경우 당해 계약의 효력을 무효로 규정하여 소비자가 절차를 위반한 할부계약의 체결에 따른 피해를 줄일 수 있는 방안을 보완할 필요가 있다할 것이다.

또한 할부계약에 있어서 간접할부계약은 할부판매업자와 신용제공자간의 계약(가맹점계약), 할부판매업자와 소비자간 할부계약(매매계약 등) 및 신용제공자와 소비자간 여신계약으로 구성되지만, 여신계약은 소비자가 당해 계약에서 별도로 체결하는 것이 아니라 이미 체결한 회원계약(신용카드계약) 또는 할부판매업자가 제공하는 계약서에 서명하는 방식으로 이루어지기 때문에 신용제공자에 의한 정확한 정보제공이 필요하다는 점에 근거한 것으로 판단된다. 그러나 모든 신용제공자에게 이를 동일하게 적용할 필요성이 있는가에 대하여는 문제가 있다고 생각된다.

(2) 논의의 정리

앞에서 소비자보호와 관련한 주요 특별법에 대하여 그 인정근거와 관련한 문제점에 대하여 살펴보았다. 이를 요약·정리하면 다음과 같다.

첫째, 우리나라의 소비자보호 관련 특별법은 그 거래 유형에 따라서 다양한 특별법들이 제정되고 각각 특별법 속에서 사업자에게 계약체결에 있어서 정보제공의무, 또는 설명의무 등을 부과하는 규정을 두고 있어, 정보제공의 기회가 확보되도록 하고 있다. 그러나 규정의 내용을 살펴보면 계약체결단계에서의 서면의 교부, 중요사실에 대한 부실고지 내지 불고지의 금지 등을 포함하고 있지만, 그 적용범위는 매우 한정적이다. 이와 같이 개개의 특별법상의 의무규정을 두는 것만으로는 오늘날 복잡화, 다양화하는 일상적인 거래현상에 대응할 수 없으며, 소비자에 대한 사법상의 구제를 충분히 할 수 없다.

499) 황태희, 「할부거래에 관한 법률 개정(안) 공청회 자료」, 2008.11, 48면.

둘째, 소비자기본법상 정보제공의무가 명정되어 있지만, 이를 위반하여도 제재하는 규정이 병행되지 않음으로 인하여 형식적이며, 선언적인 규정으로 밖에 볼 수 없다는 한계를 가진다는 것이다. 개별 특별법상 정보제공의무가 있는 경우에는 그 법률에 의하여 정보제공의무를 부과하겠지만, 그렇지 않은 경우는 소비자기본법상의 규정을 근거로 정보제공의무를 부과해야 할 것인데, 만약 이를 적용한다 하여도 그 의무위반에 대하여 다시 학설상의 이론이나 판례이론을 적용하여야 한다면, 소비자기본법상의 규정은 실효성이 없게 될 것이다.

셋째, 소비자보호를 위한 정보제공의무에 대한 법문상 표현이나 용어가 개별 특별법에 따라 각기 다르다. 용어에 대하여 살펴보면, 예컨대, 소비자기본법 제13조는 소비자에의 정보제공, 가맹사업거래의 공정화에 관한 법률 제7조는 정보공개서의 제공의무, 공인중개사 업무 및 부동산 거래신고에 관한 법률 제25조는 중개대상물의 확인·설명의무, 보증인 보호를 위한 특별법 제5조는 채권자의 통지의무, 보험업법 제95조의2에는 설명의무 등, 약관의 규제에 관한 법률 제3조는 약관의 작성 및 설명의무 등, 전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률 제13조는 신원 및 거래조건에 대한 정보의 제공, 할부거래에 관한 법률 제5조는 계약체결 전의 정보제공 등으로 각각 표현하고 있다. 요컨대, 고지의무, 설명의무, 통지의무, 정보제공의무 등의 표현을 달리 또는 통일하여 사용하고 있다. 이것은 딱히 그 표현에 어떤 내용을 담을 것인가 하는 것은 선형적으로 정해진 바는 없으나, 각 소비자 관련법 제정 당시 정보면에서 우위에 있는 계약 당사자가 상대방의 계약체결의 의사결정에 중요한 사정에 대하여 정보를 제공하여야 할 법적의무를 진다는 것에 초점을 맞추다보니 자연스럽게 명명된 용어라 생각된다.⁵⁰⁰⁾ 물론 계약 유형에 따라서는 보험계약상의 고지의무, 약관법상의 약관의 설명의무, 의료사고 등과 관련된 경고·설명의무 등과 같이 다양한 표현을 할 수 있겠지만, 소비자들은 계약을 체결함에 있어서 계약 내용에 대한 정확한 이해가 필요하고, 정보제공의무에 대한 규정이나 법률효과가 개개의 특별법에 따라 차이가 있는 것을 감안하면 정보제공의무의 용어는 가급적 통일시키는 것이 법을 잘 모르는 소비자들이 법을 접근하는데 바람직하고 신뢰성을 얻을 수 있을 것이다.

500) 위계찬, 전제 “계약체결과정에서의 설명의무의 근거”, 168면.

넷째, 특별법상의 정보제공의무에 대한 규정을 인정근거로 삼는 경우에도, 정보제공의무 위반에 대한 법률효과를 도출할 때, 판례는 종종 민법상의 법리를 적용하고 있다. 이는 개별 특별법상 정보제공의무를 위반하였을 때 이에 대한 법률효과를 따로 규정하지 않은 것과 관계가 있다. 문제는 우리 민법상 정보제공의무에 관한 명문규정이 없는데도 불구하고, 판례는 특정한 유형 또는 개별 계약의 구체적 사정을 고려하여 다양한 설명의무를 인정하고 있다는 것이다(위에서 검토한 개별법 참조). 민법의 법리를 적용할 때 판례는 종종 정보제공의무가 신의성실의 원칙에서 파생된 것이라고 하고 있다. 그러므로 민법상 소비자계약에서 정보제공의무에 대한 규정을 신설하거나 소비자기본법상 정보제공의무에 관한 규정을 강화하는 등의 입법이 뒤따르지 않는 한, 소비자기본법, 기타 개별 특별법, 민법의 법리 등 여러 가지 규율 영역의 불필요한 접합⁵⁰¹⁾이 계속될 것이라는 문제점이 남는다.

4. 민법규정의 적용상 불명확성

앞에서 살펴본 바와 같이 ‘소비자기본법’이나 ‘가맹사업법’ 등의 특별법의 규정만으로는 소비자계약에 있어서 정보력이 부족하거나 거의 없는 소비자를 충분히 구제하는 것은 불가능하다고 할 수 있다. 그러므로 일본이나 우리나라의 학설은 민법의 법리를 이용하여 문제의 해결을 도모하고 있다. 이미 살펴본 바와 같이, 민법상의 규정에 근거한 해결로서는, 착오의 법리, 사기의 법리, 그리고 신의성실의 원칙 등을 들 수 있다.

일반적으로 소비자와 사업자 사이에 체결하는 계약은 민법총칙 내지 채권 각칙의 규정들에 의해 규율되므로, 중대한 과실 없이 계약 내용의 중요부분에 착오를 일으켜 계약을 체결할 경우, 소비자는 당해 계약을 취소할 수 있으며(민법 제109조), 사업자의 사기에 의하여 소비자에게 불리한 내용의 계약이 체결된 경우, 역시 소비자는 당해 계약을 취소할 수 있다(민법 제110조). 법률행위를 하는 자의 의사결정에 중대한 영향을 미치는 정보이거나, 고의로 신의성실의 원칙에 반하여 제공하여야

501) 백경일, 전제 “소비자보호법의 민법전 내 편입문제에 관한 비판적 고찰”, 271면; 이준형, “약관규제법·소비자법의 민법에의 통합문제에 대한 관건”, 「재산법연구」 제26권 2호, 한국재산법연구, 2009.10, 313면; 서희석, 전제논문, 349면.

할 정보를 제공하지 않거나 해야 할 설명을 하지 않음으로써 상대방에게 의사표시를 하게 한 때에는 고의로 정보를 제공하지 않는 부실표시가 되며, 고의요건인 침묵에 의한 사기로 구성이 가능하다. 소비자 계약에 있어서 소비자는 사업자가 제공한 사실과 다른 정보에 기하여 의사표시를 한 경우에는 그에 기초한 법률행위를 취소할 수 있을 것이다. 그러나 제공된 정보가 사실인지 아닌지가 통상적으로 그 종류의 법률행위를 하는 자의 의사결정에 중대한 영향을 미치는 것이 아닌 때에는 취소할 수 없다고 해야 한다.

이와 같이 민법상의 사기규정, 착오규정, 신의칙 규정 등을 적용하여 소비자보호를 할 수는 있지만, 이러한 민법의 모든 법리들이 바로 정보수집능력 및 교섭능력에 열악한 당사자의 구제로 이어지는 것은 아니다. 우선, 통설에 의하면 착오나 사기·강박에 관해서는 그 요건이 엄격하게 해석되고 있다. 가령, 사기에 관해서는 상대방을 기망하여 착오에 빠뜨리게 하려는 고의와, 착오에 의하여 의사표시를 하게 하려는 고의라는 ‘이단(二段)의 고의’에 대한 입증이 필요하다. 착오나 사기·강박 규정의 적용범위를 확장하고자 하는 노력이 행해지고 있지만, 이러한 움직임도 한계가 있다.⁵⁰²⁾ 사업자의 설명 등에 문제가 있는 경우에 공서양속위반을 유연하게 활용함으로써 계약을 무효로 해야 한다는 견해도 최근 유력하게 주장되고 있지만,⁵⁰³⁾ 이에 대하여 일본민법 제90조는 원래 계약내용의 규제수단이며 권유방법의 부당성뿐만 아니라 거래내용·거래행위의 부당성이 구비되지 않는 한 적용되지 않는다는 견해도 있다.⁵⁰⁴⁾ 채무불이행에 관해서는 능력적으로 우위에 있는 일방당사자가 상대방에 대하여 충분한 설명을 하거나 정보를 제공하는 것이 채무의 내용으로 되는지 여부가 문제된다. 하자담보책임에 관해서도 ‘하자’의 내용이 무엇을 말하는 것인지가 문제된다.

또한 구제의 법리로서 불법행위이론이 가장 많이 활용되지만 이는 ‘작위’에 의한 경우를 염두에 둔 규정이므로, 예컨대 사업자가 소비자에게 대하여 필요한 정보를

502) 森田宏樹, “合意の瑕疵の構造とその擴張理論(3·完)”, 「NBL」, 第484號, 1992, 64面; 山本敬三, “民法における合意の瑕疵論の展開とその検討”, 棚瀬孝雄編, 「契約法理と契約實行」, 弘文堂, 1999, 167面, 170面 참조.

503) 大村敦志, 「公序良俗と契約正義」, 有斐閣, 1995, 363面 以下; 同, 「消費者法(第2版)」, 有斐閣, 2003, 109面 以下; 今西康人, “消費者取引と公序良俗違反”, 「法律時報」 第64卷 第12號, 1992, 85面; 山本敬三, 上掲論文, 171面 以下.

504) 今西康人, 上掲論文, 171面; 平野裕之, “消費者取引と公序良俗”, 椿壽夫·伊藤進編, 「公序良俗違反の研究-民法における総合的検討」, 日本評論社, 1995, 317面.

제공하지 않았다는 ‘부작위’의 경우에도 위법한 행위라고 할 수 있는지 여부가 문제로 된다. 더욱이 계약관계는 유효라고 하면서 그러한 계약을 체결시켰던 것이 불법행위가 된다고 하는 법률구성에 관해서는 강한 비판이 있다.⁵⁰⁵⁾ 이와 같이 민법상의 규정에 의한 해결은, 요건을 엄격하게 해석하는 종래의 견해에 따르는 한 어려움이 있고, 최근의 학설처럼 요건을 유연하게 해석한다고 해도 일정한 한계가 있음을 부인할 수 없다. 실제로 위 규정에 따라 소비자 거래계약이 취소된 예는 거의 없는 바, 우리 민법의 규정이나 법해석에는 소비자보호의 관념이 제대로 반영되어 있지 않다고 할 수 있다.

요컨대, 소비자계약상 정보제공의무에 대하여 명문규정이 없는 현행 민법의 입장에서, 학설은 민법상의 사기법리, 착오법리, 신의칙법리 등을 이용하여 그 인정근거로 삼고, 소비자를 보호하려고 하고 있지만, 이것만으로는 소비자보호를 하는데 충분하다고 할 수 없다고 해야 한다.

제2절 정보제공의무 위반의 효과상 문제점

소비자기본법에 의하든, 기타 소비자보호를 위한 개별특별법에 의하든, 아니면 민법의 법리의 적용에 의하든 관계없이, 사업자가 소비자에 대한 정보제공의무를 위반한 경우에는 그에 대한 제재가 반드시 뒤따라야 온전한 소비자보호가 될 것이다. 정보제공의무위반의 경우에 의무위반 당사자에게 어떠한 책임을 물을 수 있는가 하는 것을 일률적으로 말하기는 어렵지만, 의무위반에 대한 책임에는 형사적 책임, 행정적 책임, 민사적 책임이 있을 수 있다. 그러나 여기에서는 민사적 책임, 즉 사법적 제재 내지 구제를 중심으로 논의하려 한다.

소비자계약상 정보제공의무의 위반에 대한 사법적 구제로서는 이미 앞에서 살펴본 바와 같이, 계약의 해소와 손해배상책임 두 가지가 있다. 정보제공의무 위반으로 인하여 계약의 목적을 달성하기가 어렵게 되거나 계약을 유지하는 것이 계약의 일

505) 潮見佳男, 前掲書, 30面 以下; 同, 前掲“規範競合の時点から見た損害論の現状と課題(2・完)”, 91面; 奥田昌道編, 「取引関係における違法行為とその法的處理-制度間競合論の時点から」, 有斐閣, 1996, 23面 以下; 小淵太郎, “説明義務違反による損害賠償に関する二,三の覺書”, 「自由と正義」第47卷 第10號, 1996, 41面 以下; 山本敬三, 前掲論文, 165面 以下.

방당사자, 특히 소비자에게 부당하게 되는 경우에는 계약을 해소할 수 있어야 한다. 또한 사업자의 정보제공의무 위반으로 인하여 소비자가 손해를 입었을 경우, 사업자에게 손해배상책임을 인정할 수 있어야 한다. 여기에서는 이러한 정보의무위반으로 인한 법률효과로서 계약의 해소와 손해배상이라는 두 가지 효과를 인정하는데 대하여 문제점을 중심으로 살펴보고자 한다.

1. 계약의 해소

앞에서 살펴본 소비자기본법이나 개개의 특별법상에서 정보제공의무를 위반한 경우 계약을 해소할 수 있다고 규정하고 있는 경우에는, 개별 법률상의 해당 규정의 의하여 각각 계약해소가 가능할 것이다. 그러나 이러한 계약해소에 관한 규정이 없는 경우에는, 현재의 학설상으로는 민법상의 규정 내지 법리를 유추해서 계약을 해소할 수밖에 없다. 설명의무 위반을 이유로 소송을 제기하는 것은 불가능하다. 따라서 소비자계약 관련 법률에 명시되어 있으면 소비자의 피해구제를 위해서도 더 효과적이라 생각되며, 우선 소비자기본법과 기타 소비자계약 관련 특별법에서 정보제공의무 위반을 이유로 '계약해소'를 규정하고 있는지 여부를 살펴보기로 한다.

(1) 소비자기본법상 계약해소 규정의 부존재

소비자기본법에는 제84조에서 벌칙규정을, 제85조에서 양벌규정을, 제86조에서 과태료에 관한 규정을 두고 있지만, 어느 곳에도 정보제공의무위반에 따른 계약해소 규정이 존재하지 않는다. 소비자기본법은 소비자보호를 위한 가장 기본적이고도 중요한 법이며, 소비자의 권익에 관하여 다른 법률에서 특별한 규정이 없는 경우에는 이법을 적용하여 소비자를 보호하여야 할 것인데(동법 제3조), 이 법 제4조 제2호에서 소비자의 기본권리로서, '물품 등을 선택함에 있어서 필요한 지식 및 정보를 제공받을 권리'를 규정하고 있고, 제19조 제3항에서 사업자의 책무로서, '사업자는 소비자에게 물품 등에 대한 정보를 성실하고 정확하게 제공하여야 한다'고 규정하고 있으면서도, 사업자가 정보제공의무를 위반하였을 때 그에 대한 '계약해소'는 물론

아무런 제재규정을 두고 있지 않은 것은 문제점으로 지적할 수밖에 없다.

(2) 기타 특별법상 계약해소에 관한 규정의 존재여부

가. 가맹사업거래의 공정화에 관한 법률에서는 “가맹본부는 가맹희망자에게 정보를 제공함에 있어서 허위·과장된 정보제공을 하거나 중요사항을 누락하여서는 아니된다”라고 규정한 제9조 제1항을 위반한 경우, 제10조 제1항에서, “가맹본부가 가맹희망자가 가맹계약체결 전에 가맹금의 반환을 요구하는 경우(동조 동항 제2호)”, 그리고 “가맹본부가 허위 또는 과장된 정보나 중요사항의 누락된 내용이 계약체결에 중대한 영향을 준 것으로 인정되어 가맹점사업자가 가맹계약의 체결일부터 2개월 이내에 가맹금의 반환을 요구하는 경우(동항 제3호)”에는 가맹본부는 가맹사업자에게 1개월 이내에 가맹금을 반환하도록 규정하고 있다.⁵⁰⁶⁾ 제한적이긴 하지만 계약해소에 관한 규정을 두고 있다.

나. 공인중개사의 업무 및 부동산거래신고에 관한 법률 제36조에서는 소속공인중개사가 동법 제25조 제1항의 중개대상물 등에 대한 설명의무를 위반하였을 때 6월의 범위 내에서 자격정지를 할 수 있도록 규정하고 있고, 제39조에서는 중개업자가 제25조 제1항의 설명의무를 위반하였거나, 제25조 제3항의 확인·설명서를 교부·보존하지 않았을 때 6월의 범위 내에서 업무를 정지할 수 있도록 규정하고 있다. 그러나 이 법에서도 ‘계약해소’에 관한 규정은 존재하지 않는다.

다. 방문판매 등에 관한 법률 제45조에서는, “제7조 내지……의 규정의 1에 위반한 약정으로 소비자에게 불리한 것은 그 효력이 없다”고 규정하고 있다. 말하자면 방문판매자 등이 소비자에게 계약의 내용을 이해할 수 있도록 설명해 주어야 하는 11가지 사항에 대하여 설명하지 않은 경우, 그 계약은 소비자에게 불리한 계약으로서 효력이 없는 것으로 규정하고 있다.⁵⁰⁷⁾ 따라서 소비자는 정보제공의무의 위반을 이유로 계약의 무효를 주장할 수 있다

506) 가맹사업법은 이외에도 제9조 제1항을 위반한 경우, 제33조 제1항의 시정조치, 제34조의 시정권고, 제35조의 과징금, 제41조의 징역 또는 벌금, 제42조의 과태료 등을 부과하도록 하고 있다.

507) 또한 방문판매법은 제56조(벌칙규정)에서 제7조 제1항의 설명의무를 위반한 자에 대하여 1천만원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있다.

라. 보증인보호를 위한 특별법은 제5조에서 채권자의 보증인에 대한 통지의무·정보제공의무를 규정함과 동시에, 제8조에서는 금융기관 보증계약의 특칙으로서, 제1항은 “금융기관이 채권자로서 보증계약을 체결할 때에는 ‘신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률’에 따라 종합신용정보집중기관으로부터 제공받은 채무자의 채무관련 신용정보를 보증인에게 제시하고 그 서면에 보증인의 기명날인이나 서명을 받아야 한다. 보증기간을 갱신할 때에도 또한 같다”라고 하고, 이어서 제3항은 “금융기관이 제1항에 따라 보증인에게 채무관련 신용정보를 제시하지 아니한 경우에는 보증인은 금융기관에 대하여 보증계약 체결 당시 채무자의 채무관련 신용정보를 제시하여 줄 것을 요구할 수 있다”고 규정하고 있으며, 제4항은 “금융기관이 제3항에 따라 채무관련 신용정보의 제시요구를 받은 날부터 7일 이내에 그 요구에 응하지 아니하는 경우에는 보증인은 그 사실을 안 날부터 1개월 이내에 보증계약의 해지를 통고할 수 있다. 이 경우 금융기관이 해지통고를 받은 날부터 1개월이 경과하면 해지의 효력이 생긴다”라고 규정하고 있다. 말하자면 금융기관이 채권자인 경우, 보증인에 대하여 채무자의 신용정보를 제시해야 하며, 이를 제시하지 않은 경우 보증인은 금융기관에게 채무관련 신용정보의 제시를 요구할 수 있고, 금융기관이 이에 응하지 않은 경우 보증계약의 해지를 통고할 수 있도록 하고 있다. 절차가 다소 복잡하며, 보증인의 요구에도 불구하고 금융기관이 신용정보를 제시하지 않는 경우가 없을 것이라는 점을 전제하면, 형식적인 규정에 그칠 우려가 있기는 하나, 보증인의 ‘계약해소’의 길을 열어둔 규정이라는 점에서 의의가 있다 할 것이다.

마. 보험업법 제95조의2에서, “보험회사 또는 보험의 모집에 종사하는 자는 일반보험계약자에게 보험계약 체결을 권유하는 경우에는 보험료, 보장범위, 보험금 지급제한 사유 등 대통령령으로 정하는 보험계약의 중요 사항을 일반보험계약자가 이해할 수 있도록 설명하여야 한다(제1항). 보험회사 또는 보험의 모집에 종사하는 자는 제1항에 따라 설명한 내용을 일반보험계약자가 이해하였음을 서명, 기명날인, 녹취, 그 밖에 대통령령으로 정하는 방법으로 확인을 받아야 한다(제2항). 보험회사는 보험계약의 체결시부터 보험금 지급 시까지의 주요 과정을 대통령령으로 정하는 바에 따라 일반보험계약자에게 설명하여야 한다. 다만, 일반보험계약자가 설명을 거부하는 경우에는 그러하지 아니하다(제3항). 보험회사는 일반보험계약자가 보험금 지급

을 요청한 경우에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 보험금의 지급절차 및 지급내역 등을 설명하여야 하며, 보험금을 감액하여 지급하거나 지급하지 아니하는 경우에는 그 사유를 설명하여야 한다”라고 규정하고 있다(제4항).(이 규정은 2010.7.23에 신설한 것이다). 그러나 이를 위반하여도 동법 제209조 제3항에 의하여 1천만원 이하의 과태료만을 부과할 뿐,⁵⁰⁸⁾ ‘계약해소’를 할 수 있는 규정은 없다.

바. 약관의 규제에 관한 법률 제3조 제1항 내지 제3항에서는 사업자는 고객에게 약관을 작성하고, 고객이 요구할 때 약관의 사본을 제시하며, 약관의 주요 내용을 고객이 이해할 수 있도록 설명해야 한다고 규정하고 있다. 그러나 동법 제34조에서는 이러한 정보제공의무를 위반하더라도 500만원 이하의 과태료를 부과하는 규정을 두고 있을 뿐이며, 계약해소에 관한 규정은 없다.

사. 전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률은 제13조에서, 통신판매업자의 정보제공의무에 대하여 매우 상세히 규정하고 있다.⁵⁰⁹⁾ 그러나 정보제공의무를 위반한 경우에 계약해소를 할 수 있다는 규정은 없다. 다만, 제13조의 정보제공의무를

508) 그나마도 이러한 과태료는 보험대리점·보험중개사의 경우 제95조의2를 위반하더라도 보험대리점·보험중개사가 그 위반행위를 방지하기 위하여 해당 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 게을리 하지 아니한 경우는 제외하도록 하고 있다(동조 동항 제7호).

509) 동법 제13조는 신원 및 거래조건에 대한 정보의 제공에 관하여 다음과 같이 규정하고 있다. 즉, “①통신판매업자가 재화 등의 거래에 관한 청약의 받을 목적으로 표시·광고를 행하는 경우에는 다음 각 호의 사항이 포함되도록 하여야 한다. 1. 상호 및 대표자 성명, 2. 주소·전화번호·전자우편주소, 3. 제12조의 규정에 따라 공정거래위원회나 시·도지사에게 한 신고번호·신고기관 등 신고를 확인할 수 있는 사항. ②통신판매업자는 소비자가 계약체결 전에 재화 등에 대한 거래조건을 정확하게 이해하고 실수 또는 착오 없이 거래할 수 있도록 다음 각 호의 사항을 적절한 방법으로 표시·광고 또는 고지하고, 계약이 체결된 경우에는 계약자에게 다음 각 호의 사항이 기재된 계약내용에 관한 서면을 재화 등을 공급할 때까지 교부하여야 한다. 1. 재화 등의 공급자 및 판매자에 관한 사항, 2. 재화 등의 명칭·종류 및 내용, 3. 재화 등의 가격(가격이 결정되어 있지 아니한 경우에는 그 결정의 구체적인 방법)과 그 지급 방법 및 시기, 4. 재화 등의 공급 방법 및 시기, 5. 청약의 철회 및 계약의 해제(이하 “청약철회 등”이라 한다)의 기한·행사방법 및 효과에 관한 사항(청약철회 등의 권리를 행사함에 필요한 서식을 포함한다), 6. 재화 등의 교환·반품·보증과 그 대금 환불의 조건 및 절차, 7. 전자매체로 공급이 가능한 재화 등의 전송·설치 등과 관련하여 요구되는 기술적 사항, 8. 소비자피해보상, 재화 등에 대한 불만 및 소비자간 분쟁처리에 관한 사항, 9. 거래에 관한 약관(그 약관의 내용을 확인할 수 있는 방법을 포함한다), 10. 소비자가 구매의 안전을 위하여 원하는 경우에는 재화 등을 공급받을 때까지 대통령령이 정하는 제3자에게 그 재화 등의 결제대금을 예치하는 것(이하 “결제대금예치”라 한다)의 이용을 선택할 수 있다는 사항 또는 통신판매업자의 제24조 제1항의 규정에 따른 소비자피해보상보험계약 등의 체결을 선택할 수 있다는 사항(제15조 제1항의 규정에 따른 선불식 통신판매에 한하며, 제24조 제3항의 규정에 따른 거래를 하는 경우를 제외한다), 11. 그 밖에 소비자의 구매 여부 판단에 영향을 주는 거래조건 또는 소비자의 피해 구제에 필요한 사항으로서 대통령령이 정하는 사항, ③통신판매업자는 미성년자와 재화 등의 거래에 관한 계약을 체결하고자 하는 경우에는 법정대리인이 그 계약에 대하여 동의를 하지 아니하면 미성년자 본인 또는 법정대리인이 그 계약을 취소할 수 있다는 내용을 미성년자에게 고지하여야 한다. ④공정거래위원회는 제1항 및 제2항의 규정에 의한 통신판매업자의 상호 등에 관한 사항 및 거래조건에 대한 표시·광고 및 고지의 방법을 정하여 고지할 수 있다. 이 경우 거래방법이나 재화 등의 특성을 고려하여 그 표시·광고 및 고지의 방법을 다르게 정할 수 있다. ⑤통신판매업자는 제2항의 규정에 의하여 소비자에게 표시·광고 또는 고지한 거래조건을 신의에 좇아 성실하게 이행하여야 한다”.

위반한 경우, 공정거래위원회는 사업자에게 그 시정을 위한 조치를 명할 수 있고(동법 제32조 제1항), 이 시정조치에도 불구하고 위반행위가 반복되거나 시정조치를 불이행한 경우 1년 이내의 영업의 전부 또는 일부의 정지를 명할 수 있으며(동조 제4항), 영업정지에 갈음하여 과징금을 부과할 수도 있고(제34조), 시정조치에 응하지 아니한 자에 대하여 징역 또는 벌금을 부과할 수도 있도록 하고 있다(제40조).

아. 할부거래에 관한 법률 제5조는 할부거래업자의 소비자에 대한 정보제공의무를,⁵¹⁰⁾ 동법 제23조는 선불식 할부거래업자의 정보제공의무를 각각 규정하고 있다. 그리고 제6조에서 할부계약의 서면주의를, 제23조 제2항에서는 선불식 할부계약의 서면주의를 규정하고 있다. 할부거래업자나 선불식 할부거래업자가 동조의 정보제공의무를 위반하였을 경우, 소비자가 계약해소 할 수 있다는 규정은 없다. 그렇지만, 동법 제43조에서는 “……제23조의 규정을 위반한 약정으로서 소비자에게 불리한 것은 효력이 없다”는 규정이 존재한다. 이 규정은 정보제공의무위반에 대한 계약해소를 직접적으로 규정한 것이라고 할 수는 없지만, 결과적으로 정보제공의무를 위반함으로써 소비자에게 불리한 계약이 체결되었다면 소비자는 무효를 주장할 수 있는 근거가 될 것으로 해석된다.

요컨대, 살펴본 8개의 특별법 중, 공인중개사업무법, 보험업법, 약관규제법, 전자상거래소비자보호법 등 4개 법률은 정보제공의무 위반을 이유로 ‘계약해소’를 할 수 있는 규정이 없으며, 보증인보호법은 극히 제한적으로 ‘계약해소’를 할 수 있도록 하는 규정이 있고, 가맹사업법은 다소 제한적이지만 ‘계약해소’가 가능하도록 규정하고 있으며, 방문판매법과 할부거래법 등 2개 법률은 정보제공의무위반을 이유로 ‘계약해소’를 할 수 있도록 규정하고 있다. 이와 같이 소비자계약 관련 개개의 특별법은 정보제공의무 위반에 따른 ‘계약해제’ 규정 유무가 각기 다르게 규정되고 있어 문제점으로 지적할 수 있다.

510) 할부거래법 제5조는 할부거래업자의 정보제공의무에 대하여, “할부거래업자는 할부계약을 체결하기 전에 소비자가 할부계약의 내용을 이해할 수 있도록 총리령으로 정하는 바에 따라 다음 각 호의 사항을 표시하여야 한다. 다만, 「여신전문금융업법」에 따른 신용카드회원과 신용카드가맹점 간의 간접할부계약의 경우에는 제3호, 제4호, 제6호 및 제7호의 사항을 표시하지 아니할 수 있다. 1. 재화 등의 종류 및 내용, 2. 현금가격(할부계약에 의하지 아니하고 소비자가 재화 등의 공급을 받은 때에 할부거래업자에게 지급하여야 할 대금 전액을 말한다. 이하 같다), 3. 할부가격(소비자가 할부거래업자나 신용제공자에게 지급하여야 할 계약금과 할부금의 총합계액을 말한다. 이하 같다), 4. 각 할부금의 금액·지급횟수 및 지급시기, 5. 할부수수료의 실제연간요율, 6. 계약금(최초지급금·선수금 등 명칭이 무엇이든 할부계약을 체결할 때에 소비자가 할부거래업자에게 지급하는 금액을 말한다. 이하 같다), 7. 제12 제1항에 따른 지연손해금 산정 시 적용하는 비율”이라고 규정하고 있다.

(3) 민법상 착오법리 및 사기법리 적용의 문제점

소비자계약상 사업자의 정보제공의무의 위반의 경우에, 이를 이유로 계약을 해소하려면 민법 제109조의 착오법리나 민법 제110조의 사기법리를 적용하여야 한다는 것이 학설의 주류를 이루고 있다. 앞에서 이미 살펴본 바와 같이, 소비자기본법에서 정보제공의무 위반을 이유로 한 ‘계약해소’를 인정하는 규정이 존재하고 있다면 구태여 민법상의 착오법리나 사기법리를 빌려오지 않아도 될 것이다. 그러나 소비자기본법에는 이러한 규정이 없고, 또한 이미 살펴본 8개의 특별법상에서도 정보제공의무 위반을 이유로 한 ‘계약해소’ 규정 존재여부가 개별 법에 따라 각각 다르게 규정되고 있기 때문에, 민법상의 착오법리와 사기법리를 적용하는 것은 적어도 현재로서는 불가피한 것으로 보인다. 그러나 이들 법리를 적용하여 ‘계약해소’를 주장하여 이를 인정받는 것은 실제로 매우 어렵다는 것이 문제이다.

1) 민법 제109조의 착오법리의 적용

민법은 제109조 제1항에서 “의사표시는 법률행위의 내용의 중요부분에 착오가 있는 때에는 취소할 수 있다. 그러나 그 착오가 표의자의 중대한 과실로 인한 때에는 취소하지 못한다”라고 규정하고 있다. 착오로 인한 의사표시를 취소하기 위해서는 법률행위의 내용의 중요부분에 착오가 존재해야 하며, 또한 표의자에게 중대한 과실이 없어야 한다. 민법 제109조가 착오가 있는 경우에 의사흠결이 있다고 하여 그 의사표시가 항상 취소될 수 있는 것이 아니고 중요부분의 착오에 관한 것에 한하여 취소를 인정하고 있는 것은 표의자의 이익과 상대방 또는 거래의 안전을 조화시키려는 것으로 볼 수 있다. 이렇듯 착오로 인한 취소를 인정하기 위해서는 그 내용의 중요부분인가의 여부와 표의자에게 중대한 과실이 있는가의 여부가 결정적인 작용을 한다.⁵¹¹⁾ 여기에서 중과실이란 일반인이 통상 기울이는 주의를 기울리 했을 뿐만 아니라 그 기울리한 정도가 심각한 상태를 말한다. 중과실의 판단은 구체적인 사실관계에 있어서 통상인이 베풀어야 할 주의를 심하게 결한 것인가에 의하여 행하여야 하며, 표의자의 주의능력을 표준으로 하는 것이 아니다. 즉 구체적인 과실이 아니고

511) 대판 1996.7.2, 94다25964; 대판 1997.8.26, 97다6063; 대판 2005.5.12, 2000다12259.

추상적인 과실, 그리하여 추상적인 중과실이 문제 된다.⁵¹²⁾

정보제공의무와 착오와의 관계에서 중요한 것은 상대방의 착오자의 착오상태를 이용하는 불성실한 행동을 한 경우에 이것이 착오로 인한 의사표시의 성립에 어떠한 영향을 미치는가 하는 문제이다.⁵¹³⁾ 정보제공의무의 위반으로 인하여 착오에 의한 의사표시를 했다고 주장하는 경우에 표의자의 중과실을 필요로 하는가 하는 문제가 남게 된다. 학설은 소비자계약에서 민법상의 원칙인 청약의 구속력을 배제하여 일정한 기간 내에 아무런 사유 없이 청약의 철회권을 인정하고 있기 때문에 소비자는 착오를 이유로 하여 취소하는 경우에는 중대한 과실은 결정적인 요건이 아니라고 한다.⁵¹⁴⁾ 학설은 대체로 정보량의 격차가 심한 소비자계약에서는 사업자에게 계약의 내용이나 목적물에 대한 일정한 내용을 알려줄 신의칙상의 정보제공의무를 인정해야 하며, 이 때 그들이 자신에게 부과된 의무를 해태하면 당연히 그에 대한 책임을 추궁해야 하며, 그 결과로 나타나는 것이 상대방의 정보제공의무 위반으로 인하여 불이익을 당한 표의자에게 착오로 인한 취소를 인정한다는 것이다. 그러나 오늘날 약관에 의한 거래가 발달해 있고, 특히 전자상거래와 같이 온라인상에서 전자문서에 의하여 정형적으로 거래가 이루어지는 경우에는 표시된 대로 법률효과를 인정할 필요성 때문에 착오법리를 적용할 가능성이 줄어든다는 것이다.

2) 민법 제110조의 사기법리의 적용

학설은 사업자가 스스로 제공하여야 할 정보를 주지 않았기 때문에 소비자에게 오인이 생겼다고 하는 사업자의 행위에 착안하여 민법 제110조의 사기의 성립을 인정해야 한다고 한다. 즉 소비자가 계약을 체결할 것인가 어떤가를 결정하기 위하여 필요한 정보에 관하여 정보제공의무를 부담하는 사업자가 고의로 당해 정보를 제공하지 않았던 경우, 사업자의 부작위를 위법한 기망행위라고 하여 사업자에게 사기의 성립을 인정할 수 있다고 한다.

512) 송덕수, 「민법강의 I」, 박영사, 2004, 169면. 판례는 신용보증기금이 보증대상기업의 실제 경영주가 신청명의인이 아니고 금융부실거래자로 규제되고 있는 자라는 사실을 알았더라면 위 신용보증을 체결하지 않았을 것이 분명하고, 신용보증기금은 위 기업의 경영주가 금융기관 대출에 있어서 신용 있는 자로 착각하고 위 신용보증을 하게 된 것으로서 이는 법률행위의 중요부분에 착오가 있는 경우에 해당한다고 한다(대판 2005.5.12, 2005다6228).

513) 송오식, 전제 “소비자계약에서 정보제공의무”, 113면.

514) 송오식, 상계논문, 113면; 최상호, 전제 “계약체결과정에 있어서의 정보제공의무”, 78면 등.

그러나 사기에 관하여 통설에 의하면 그 요건이 엄격하게 해석되어 있다. 예를 들어 사기에 관해서는 상대방을 기망하여 착오에 빠뜨리게 하려는 고의와, 착오에 의하여 의사표시를 하게 하려고 하는 고의라고 하는 이중의 고의의 입증이 필요하다⁵¹⁵⁾는 문제가 있다. 따라서 소비자계약에서 정보제공의무가 문제되는 경우에, 소비자가 사업자의 이와 같은 이중의 고의를 입증을 하는 것은 매우 곤란한 문제다.

또한 요건의 하나인 기망행위에는 침묵이나 평가적 의견의 진술도 포함될 수 있지만, 법률상 또는 신의칙상 진실을 알릴 의무가 있는 경우 이외의 침묵은 위법성을 결하게 되어 사기에는 해당되지 않는다고 본다. 즉 적극적인 기망 혹은 사실의 은폐가 사기의 성립요건으로 되어 있지만 당사자 간의 정보력에 커다란 격차가 있는 계약에서는 그 입증은 매우 곤란한 문제가 된다. 결국 정보제공의무 위반에 대하여 민법상 사기법리를 적용하여 계약을 해소하는 것은 그 입증의 곤란으로 인하여 매우 어렵다는 문제점이 있다.

(4) 정보제공의무 위반을 이유로 한 계약해제권 인정여부

일반적으로 계약상의 급부의무위반의 경우에 계약해제권이 발생하며, 부수의무나 보호의무위반의 경우에는 계약해제권은 발생하지 않고 손해배상청구권만 발생한다고 한다. 만약 정보제공의무가 급부의무로 평가되거나 급부의무에 영향을 주는 것으로 평가되는 경우에는 해제권(민법 제543조)이 발생하게 된다. 이 경우 그 채무는 부수적인 것이 아니라 급부의 요소가 되어 해제권이 인정되는 것이다. 학설은 계약 체결단계에서의 정보제공의무 위반으로 인하여 당사자의 신뢰관계가 파괴되어 계약 관계의 계속을 더 이상 당사자에게 기대할 수 없다고 판단되는 경우에는 계약을 해제할 수 있고, 그렇지 않은 경우에는 계약의 해제권은 인정되지 않고 손해배상청구권이 발생될 뿐이라고 한다.⁵¹⁶⁾

이같이 정보제공의무를 급부의무로 파악할 것인가 아닌가에 따라서 계약해제권 발생여부가 결정되는 것은 소비자보호를 위해서 바람직하지 않다. 이는 결국 소비

515) 박윤직, 전제 「민법총칙」, 349면; 김상용, 전제 「민법총칙」, 507면; 한삼인, 전제 「민법일반이론」, 363면.

516) 박정기, 전제 “계약체결과정에서 있어서의 정보제공의무”, 78면.

자기본법이나 기타 소비자 관련 특별법에서 정보제공의무에 관한 효력규정을 두지 않거나 매우 제한적으로 두고 있기 때문이라고 생각된다.

2. 손해배상

지금까지 이 논문에서 분석의 대상으로 삼아온, 소비자기본법이나 소비자계약관련 8개의 특별법을 분석해보면, 사업자의 정보제공의무 위반을 이유로 소비자가 손해배상을 청구할 수 있다는 규정이 전혀 없다. 소비자기본법이나 기타 특별법상 손해배상청구권을 규정하지 않은 것은, 여러 가지 이유가 있겠으나, 소비자계약상 사업자의 정보제공의무의 법적 성격을 신의칙상 부수의무로 보고 있기 때문이 아닌가 한다. 소비자기본법이나 기타 특별법상 ‘사업자의 정보제공의무’가 법적으로 명정되고 있음에도 불구하고, 학설은 여전히 이를 법적 의무로 보지 않고 민법의 원리인 신의칙상의 부수의무로 보고 있는 것이다. 이렇게 소비자기본법이나 특별법상 정보제공의무 위반을 이유로 손해배상을 청구할 수 있다는 규정이 없기 때문에, 학설은 정보제공의무 위반을 이유로 한 손해배상청구에 대해서는 민법상의 채무불이행책임(제390조), 불법행위책임(제750조)의 규정을 적용하여 해결하려 하고 있다. 판례도 마찬가지이다.⁵¹⁷⁾

정보제공의무의 위반을 이유로 사업자에게 손해배상책임을 인정하는 경우, 계약책임(민법 제390조)으로 이론구성하든 불법행위책임(민법 제750조)으로 이론구성하든 손해배상책임을 인정하는데 문제가 없다. 다만, 어느 쪽으로 이론구성 하느냐에 따라서 입증책임이 달라진다.

여기서는 계약책임과 불법행위책임으로 구분하여 살펴보고자 한다.

(1) 계약책임과 손해배상

채무자가 채무의 내용에 좇은 이행을 하지 아니한 때에는 채권자는 손해배상을

517) 판례는 금융거래와 관련한 계약체결단계에서 사업자는 정보제공의무 또는 설명의무를 부담하게 되고, 이를 위반한 경우에 사업자는 고객에 대하여 불법행위에 의한 손해배상책임을 인정한다(대판 2006.5.11, 2003다 51057).

청구할 수 있다(민법 제390조). 채무불이행은 나중에 살펴보는 불법행위와 더불어 손해배상청구권의 대표적인 발생원인이다. 판례도 “채무자가 채무를 이행하지 아니할 의사를 명백히 표시한 경우에 채권자는 신의성실의 원칙상 이행기 전이라도 이행의 최고 없이 채무자의 이행거절을 이유로 계약을 해제하거나 채무자를 상대로 손해배상을 청구할 수 있다”⁵¹⁸⁾고 판시함으로써 이를 긍정하고 있다.

우리 민법은 제393조 내지 제399조에서 채무불이행으로 인한 손해배상의 방식, 범위, 제한사유 등에 관하여 정하고, 이들을 불법행위의 경우에 준용하는 방법을 택하고 있다. 제393조 이하의 규정은 원칙적으로 손해배상에 관한 일반법으로서의 의미가 있으며, 따라서 불법행위 외의 원인으로 인한 손해배상에 대하여도 준용 내지 적어도 유추적용될 수 있다.

배상되어야 할 손해의 범위에 대하여 민법 제393조 제1항은, “채무불이행으로 인한 손해배상은 통상의 손해를 그 한도로 한다”라고 하고 있고, 동조 제2항은 “채무자가 알았거나 알 수 있었을 특별한 사정으로 인한 손해”, 즉, 특별손해에 대해서 예외적으로 배상될 수 있음을 정하고 있다. 이러한 규정은 우리 민법이 손해배상에 관하여 완전배상주의가 아닌 제한배상주의를 취하고 있음을 밝힌 점에 의미가 있다.⁵¹⁹⁾ 손해배상의 방법은 금전배상이 원칙이다(민법 제394조).

채무불이행책임은 원칙적으로 과실책임이므로, 채무불이행책임의 성립에 있어서 채무자의 고의 또는 과실을 요하고 있으며, 채무자의 과실은 추정되기에 채무자가 자신에게 과실이 없음을 주장·입증하여야만 채무불이행책임을 면할 수 있다. 따라서 계약책임으로 이론구성 하는 경우에는 정보제공의무의 존재와 정보제공의무 위반사실에 대한 입증책임은 소비자에게 있으며, 사업자와 전문가측은 그에 대한 과실이 없음을 입증해야 한다. 불법행위책임으로 이론 구성하는 경우, 소비자는 사업자의 고의·과실, 그와 손해사이의 인과관계 등에 대한 입증책임이 피해자인 소비자에게 돌아가게 되므로, 입증책임에 관한 한 계약책임을 묻는 것이 불법행위책임을 묻는 것보다는 소비자 보호에 유리하다고 할 수 있다.⁵²⁰⁾

518) 대판 2007.9.20, 2005다63337.

519) 우리 민법은 완전배상주의를 취하고 있는 독일민법과는 태도가 다르고, 프랑스민법이나 영미법상의 원칙과 가깝다고 할 수 있다(양창수·김재형, 「계약법」, 박영사, 2010, 425면).

520) 증명책임의 분배에 관하여 자세히는, 권혁재, 「요건사실 증명책임」, 진원사, 2010, 80-89면 참조.

현재의 학설은 대체로, 소비자계약상의 정보제공의무 위반에 기한 손해배상책임의 문제는 우리 민법 제390조에 의하여 처리될 수 있으므로 굳이 계약체결상의 과실책임의 법리를 끌어들이 필요는 없다고 하고, 계약교섭시의 사소한 설명의무위반이 있는 경우에는 계약체결상의 과실책임은 인정되지 않으며, 상대방의 의사결정에 중대한 의의를 가지는 사항에 대한 설명의무위반이 있는 경우에 한하여 계약체결상의 과실책임이 문제될 수 있을 뿐이라고 한다.⁵²¹⁾

판례는 “계약체결의 과정에서 당사자는 거래상 중요한 사항에 관하여 신의칙상 고지의무 내지 설명의무를 부담한다고 하면서 이를 위반하는 것은 기망행위에 해당하므로 당해 계약을 취소하거나 취소하지 않고 불법행위를 이유로 손해배상만을 청구할 수도 있다”고 판시하고 있다.⁵²²⁾

(2) 불법행위책임과 손해배상

행위자의 고의·과실로써 타인에게 손해를 발생시키는 위법한 행위를 ‘불법행위’라고 한다. 불법행위는 가해자가 피해자에게 손해배상의무를 부담하는 것으로서 법정채권관계의 가장 중요한 발생원인이다. 불법행위의 성립요건은, 첫째, 고의·과실로 인한 가해행위가 있을 것, 둘째, 가해자에게 책임능력이 있을 것, 셋째, 가해행위가 위법할 것, 넷째, 가해행위에 의하여 손해가 발생할 것 등이다.⁵²³⁾ 이 요건이 충족되면 피해자의 가해자에 대한 손해배상청구권이 발생된다(민법 제750조).

불법행위책임에 있어서의 손해배상의 범위는 계약체결에서 결정의 자유 보호를 목적으로 하는 정보제공의무를 위반한 위법행위로 인하여 발생하는 손해로서 정보제공의무위반과 상당한 인과관계 있는 손해이다. 그러나 정보제공의무 위반으로 인한 상당한 인과관계 있는 손해가 언제나 계약체결 자체의 불이익을 제거하는 것에 그치는 것은 아니다. 상대방의 의무위반행위가 없었더라면 부담하였을 가정적 반대급부와 차이가 상당인과관계 있는 손해로 배상되어야 한다.⁵²⁴⁾ 판례는 정보제공의

521) 김대정, 전계서, 141면.

522) 대판 2006.10.12, 2004다48515.

523) 불법행위 성립요건 관련 판례로서 주요한 것은, 한삼인, 「새롭게 쓴 판례민법」, 법률행정연구원, 2003, 1078-1085면 참조.

524) 송오식, 전계 “소비자계약에서 정보제공의무”, 115면.

무 위반에 따른 손해배상을 다룬 사안에서, “불법행위로 인한 손해배상청구소송에 있어, 재산적 손해의 발생 사실은 인정되나 그 구체적인 손해액을 입증하는 것이 사안의 성질상 곤란한 경우, 법원은 증거조사의 결과와 변론 전체의 취지에 의하여 밝혀진 당사자들 사이의 관계, 불법행위와 그로 인한 재산적 손해가 발생하게 된 경위, 손해의 성격, 손해가 발생한 이후의 제반정황 등의 관련된 모든 간접사실들을 종합하여 상당인과관계 있는 손해의 범위인 수액을 판단할 수 있다”고 판시하고 있다.⁵²⁵⁾

손해배상은 일차적으로 실질적 결과에 있어서 원상회복을 목표로 하는 금전손해 배상이 인정될 것이지만, 입증여하에 따라서는 통상손해 뿐만 아니라 특별손해의 배상도 가능하다. 그리고 정보제공의무위반으로 인한 확대손해에 대하여는 정보제공의무가 물건의 정상 내지 성질과 관련하여 하자담보책임으로 묻거나, 정보제공의무가 계약의 중요한 요소로서 확대손해와 인과관계가 있음이 인정되는 경우에는 확대손해에 따른 배상책임을 인정할 수 있다.⁵²⁶⁾ 또한 판례는 계약체결의 과정에서 당사자는 거래상 중요한 사항에 관하여 신의칙상 고지의무 내지 설명의무를 부담한다고 하면서 이를 위반하는 것은 기망행위에 해당하므로 당해 계약을 취소하거나 취소하지 않고 불법행위를 이유로 손해배상만을 청구할 수도 있다고 한다.⁵²⁷⁾ 그런데 이 경우 고의로 고지의무 내지 설명의무를 위반한 경우에는 사기를 이유로 계약을 취소하거나 불법행위를 근거로 손해배상을 청구할 수 있다고 할 것이지만, 과실로 고지의무 내지 설명의무를 위반한 경우에도 위법성을 인정하여 불법행위를 근거로 손해배상을 청구할 수 있다고 하면 계약자유의 원칙을 지극히 제한하는 결과를 가져온다는 문제가 있으며,⁵²⁸⁾ 아울러 불법행위책임으로 이론구성 하는 경우에는 소비자측이 과실에 의한 정보제공의무 위반사실, 법익의 침해, 정보제공의무위반과 손해 발생 사이의 인과관계, 손해의 발생 등을 입증해야 한다는 것이 문제이다.

예컨대, 불법행위 소송에 있어서 피해자(원고)는 자신이 주장하는 가해자(피고) 불법행위의 요건을 입증할 만한 증거를 제시하고 스스로 필요한 조치를 하여야 한

525) 대판 2009.8.20, 2008다19355.

526) 김상찬·정영진, 전계논문, 150면.

527) 대판 2006.10.12, 2004다48515.

528) 냉장고의 매도인이 매매가격을 과실로 틀리게 알려준 것을 모르고 매매계약을 체결한 매수인의 매도인에 대한 계약체결상의 과실책임에 관한 사례에 대한 해설로는 김범철, 전계논문 17면 이하 참조.

다. 이 경우 피고는 불법행위 요건에 흠결이나 항변사유를 주장하여 입증하면 승소하고 이를 입증하지 못하면 손해를 배상하여야 한다. 판례는 “근로계약에 수반되는 신의칙상의 부수적인 의무로서 근로자에 대한 보호의무를 부담하는 사용자에게 근로자가 입은 신체상의 재해에 대하여 민법 제750조 소정의 불법행위책임을 지우기 위해서는 사용자에게 당해 근로로 인하여 근로자의 신체상의 재해가 발생할 수 있음을 알았거나 알 수 있었음에도 불구하고 그 회피를 위한 별다른 안전조치를 취하지 않은 과실이 있음이 인정되어야 하고, 위와 같은 과실의 존재는 손해배상을 청구하는 근로자에게 그 입증책임이 있다”⁵²⁹⁾는 것과 같다.

요컨대, 소비자가 사업자 등에 대하여 계약상 정보제공의무 위반에 대한 손해배상청구를 함에 있어서, 통상적인 불법행위이론을 적용할 경우에는 계약책임으로 구성할 경우에 비하여, 많은 증명책임을 부담하게 됨으로 인하여, 소비자가 소송에서 이길 가능성이 그만큼 적어진다는 문제점이 있는 것이다.

(3) 계약체결상의 과실책임과 손해배상

손해배상과 해제라는 효과의 측면에서 계약체결상의 과실론의 적용범위에 문제가 되는 것은 전문지식이 있는 판매측이 구입측의 의사결정에 중요한 의의를 갖는 사실에 대해 신의칙에 반하는 제기로 설명을 행한 경우, 혹은 구입 측의 의사결정에 대한 원인이 되는 사실 중 판매측이 신의칙상 고지·조사·해명의무를 지는 사항에 대해 고의 또는 과실에 의해 그 의무를 나태한 경우에는 일종의 계약책임에 기한 손해배상을 하지 않으면 안 된다고 한다.⁵³⁰⁾

또한 전문가에 의한 불충분한 설명 또는 사기와 같은 허위의 설명에 의해 의사결정이 유도된 케이스에서는 계약의 구속력을 인정해서는 안 된다고 한다. 구체적으로 상대방의 무지를 이용한 부당한 거래의 경우는 ①당사자 간에 전문지식이나 정보량의 차이가 있는 점, ②유효한 계약성립의 장애가 되는 사실을 일방만이 알고 있었던 점, ③적절한 설명을 받았다면 계약을 체결하지 않았을 점이라는 3가지 요

529) 대판 2006.4.28, 2005다63504.

530) 本田純一, “契約締結上の 過失」理論について”, 遠藤浩ほか監修, 「現代契約法大係 第1卷 現代契約の法理(1)」, 有斐閣, 1983, 206面.

건을 만족한 경우에 계약체결상의 과실을 보충적 채무불이행 책임으로서 계약의 해제까지 인정해야 한다고 한다.⁵³¹⁾

계약법상 계약체결상의 과실책임의 법리를 적용하는 경우에 있어서의 문제점은 다음과 같다. 계약체결상의 과실책임을 인정하기 위해서는 당사자 사이에 계약체결을 위한 거래적 접촉이 있어야 한다. 즉, 계약체결상의 과실책임은 적어도 당사자 사이에 계약체결을 위한 접촉 내지 교섭이 시작된 경우에 문제된다. 따라서 비를 피하기 위하여 건물로 들어간 경우와 같이 단순한 사회적 접촉만으로는 부족하고 적어도 물건의 품질이라든가 그 가격을 물어보는 등 계약체결을 위한 거래적 접촉이 있어야 한다.⁵³²⁾ 따라서 계약체결상의 과실책임은 계약체결상 행위의무의 위반에 대한 책임이다. 이것은 당사자에게 일정한 행위의무가 존재하여야 하는 것이다. 즉, 상대방의 의사결정에 영향을 미치는 중요한 사항에 관하여 고지 내지 설명을 하여야 할 정보제공의무라든가,⁵³³⁾ 상대방의 신체, 재산, 등에 관하여 손해의 발생을 방지하기 위하여야 할 이른바 보호의무 등 일정한 행위의무가 존재하여야 한다. 이러한 행위의무의 존재는 신의칙에 기하여 인정될 수 있다고 할 것이다. 가령 판례는 부동산거래에 있어 거래 상대방이 일정한 사정에 관한 고지를 받았더라면 그 거래를 하지 않았을 것이 경험칙상 명백한 경우에는 신의성실의 원칙상 사전에 상대방에게 그와 같은 사정을 고지할 의무가 있으며, 그와 같은 고지의 의무의 대상이 되는 것은 직접적인 법령의 규정뿐 아니라 널리 계약상, 관습상 또는 조리상의 일반원칙에 의하여도 인정될 수 있다.⁵³⁴⁾

정보제공의무를 기준으로 계약체결상 과실책임을 발생하기 위해서는 계약의 성립 전에 고의 또는 과실로 당사자⁵³⁵⁾가 행위의무인 정보제공의무를 위반하여야 한다.⁵³⁶⁾ 계약 성립 후에 행위의무를 위반한 경우에는 채무불이행이 문제된다. 또한 민사책임의 원칙상 계약체결상의 과실책임을 문제되려면 상대방에게 손해가 발생하

531) 송오식, 전제 “소비자계약에서 정보제공의무”, 111-116면.

532) 송덕수, 전제서, 1139면; 양형우, 「민법의 세계(제2판)」, 진원사, 2009, 1033면.

533) 가령, 상품의 선전·광고에 있어 다소의 과장이나 허위가 수반되는 것은 그것이 일반 상거래의 관행과 신의칙에 비추어 시인될 수 있는 한 기망성이 결여된다고 하겠으나, 거래에 있어서 중요한 사항에 관하여 구체적 사실을 신의성실의 의무에 비추어 비난받을 정도의 방법으로 허위로 고지한 경우에는 기망행위에 해당한다(대판 2009.4.23, 2009다1313).

534) 대판 2006.10.12, 200448515; 대판 2007.6.1, 2005다5812, 5829, 5836.

535) 물론, 이행보조자의 고의·과실을 포함한다.

536) 송덕수, 전제서, 1140면; 양형우, 전제서, 1033면 이하.

여야 한다. 문제는 상대방의 선의·무과실이어야 하는가가 문제된다. 원시적 불능으로 인한 계약체결상의 과실책임은 그 요건으로 상대방의 선의·무과실을 요구한다(민법 제535조 제1항 단서). 문제는 다른 유형의 계약체결상의 과실책임의 경우에도 상대방은 선의·무과실이어야 하는가 하는 것이다.

계약체결의 의사결정에 영향을 미치는 정보제공 등 행위의무는 계약체결과정에서 당사자의 의사결정의 자유를 보호한다. 문제는 계약이 유효하게 성립하였지만, 계약의 체결과정에서 당사자 일방이 상대방의 의사결정에 영향을 미치는 사항, 즉 불이익 사실을 고지하지 않거나 허위의 사실을 고지하여, 상대방이 올바른 고지가 이루어졌다면 체결하였을 계약보다 불리한 계약, 즉 '원치 않는 계약'을 체결하여 급부 기대가 좌절된 경우에도 계약체결상의 과실책임을 인정할 수 있는가가 문제된다.

또한 고의로 고지의무 내지 설명의무를 위반한 경우에는 사기를 이유로 계약을 취소하거나 불법행위를 근거로 손해배상을 청구할 수 있다고 할 것이지만, 과실로 고지의무 내지 설명의무를 위반한 경우에도 위법성을 인정하여 불법행위를 근거로 손해배상을 청구할 수 있다고 하면 계약자유 원칙을 지극히 제한하는 결과를 가져오는 문제가 있다. 그리고 계약이 유효하게 성립한 경우에 있어서도 정보제공의 무위반을 들어 계약체결상의 과실책임을 인정하게 되면, 그것과 불완전이행과의 관계를 어떻게 이해 할 것이냐의 문제가 제기된다. 아울러 정보제공의무 위반이 계약교섭시에 있는 경우에는 계약체결상의 과실책임을 발생하지만, 계약체결 이후의 계약의 목적인 급부의 이행에 있어서의 부수적의무 기타 정보제공의무 위반이 있는 경우에는 적극적 채권침해(불완전이행)가 문제된다.



제5장 정보제공의무의 법리적 재구성 및 입법론

제1절 정보제공의무의 발생요건 및 실효성 확보

1. 정보제공의무의 발생요건

(1) 소비자기본법상 정보제공의무의 발생요건 명문화

주지하는 바와 같이, 우리 민법상에는 소비자계약상 정보제공의무에 관한 규정이 존재하지 않고, 소비자기본법에 있어서도 정보제공의무에 관한 규정은 존재하지만(소비자기본법 제13조), 매우 형식적으로 규정하고 있음에 지나지 않으며, 소비자계약관련 특별법에 있어서도 정도의 차이는 있지만, 정보제공의무에 관한 규정이 대체로 상세하지 않고 정형화되지 않아서, 지금까지 정보제공의무의 발생요건에 관하여는 학설에 의존하고 있는 실정이다.

학설상 정보제공의무의 존재를 인정하기 위한 요건을 요약하면 다음과 같다. 첫째, 계약당사자간 정보량의 격차가 존재할 것. 둘째, 계약의 중요한 요소에 대한 당사자 일방의 인식 내지 인식가능성이 있을 것. 셋째, 상대방의 의사결정에 결정적 역할을 할 것. 넷째, 정보에 대한 상대방의 무지와 그 무지의 정당성이 있을 것 등이다.⁵³⁷⁾

학설이 인정하는 이러한 발생요건은 매우 추상적이어서, 사업자에 비하여 모든 점에서 열악한 지위에 있는 소비자에게 이러한 발생요건이 충족된다고 판단하고 정보제공의무의 위반을 주장하여 계약의 해소 내지는 손해배상을 청구하도록 하는 것은 매우 곤란한 일이다.

생각건대, 소비자계약의 특성상 사업자와 소비자 간에 정보격차가 있는 것은 주

537) Lucss de Leyssac, op, cit., n° 33 et n° 35.

지의 사실이며, 소비자계약에서 발생하는 정보제공의무 위반 관련 분쟁은 대체로 이러한 소비자의 정보에 대한 접근이 쉽지 않기 때문에 발생하는 것이라는 점을 감안한다면, 오히려 학설상으로 이러한 발생요건이나 판단기준을 제시할 것이 아니라, 소비자기본법상 정보제공의무에 관한 규정을 보다 구체화함으로써, 법문상의 해석을 통하여 발생요건 내지 판단기준을 정립하는 것이 바람직할 것이다. 말하자면, 학설이 인정하고 있는 발생요건을 소비자기본법에 구체화하여 규정하는 것이 보다 바람직하다는 것이다.

(2) 소비자계약 관련 특별법상의 발생요건

현행 소비자계약관련 특별법상에 있어서도, 정보제공의무에 관한 규정이 단순하거나 구체적이지 못하여 투명성이 결여되고 있음은 이미 살펴본 바와 같다. 그러므로 향후 개별 특별법상 정보제공의무에 관한 규정을 개정할 때 그 발생요건을 포함하여 보다 구체적으로 규정하는 것이 바람직하다. 다만, 소비자기본법에서 이에 관한 규정을 구체화 한 다음, 개별 특별법을 소비자기본법에 따라 개정하는 것이 바람직할 것이다. 뿐만 아니라 개별 특별법상 특별하게 규정해야 하는 경우를 제외하고는 발생요건 등에 대한 규정은 소비자기본법상의 규정을 준용하도록 해도 될 것이다.

2. 소비자기본법상 정보제공의무의 실효성 확보

(1) 소비자기본법의 정보제공의무 규정 강화

1) 규정 강화의 필요성

제4장에서 이미 살펴본 바와 같이 소비자기본법상의 정보제공의무 관련 조항으로는, 소비자의 기본권리로서, 제3조 제2호에서 “물품 등을 선택함에 있어서 필요한 지식 및 정보를 제공받을 권리”를 규정하고 있고, 나아가 사업자의 책무로서, 제19조 제3항에서 “사업자는 소비자에게 물품 등에 대한 정보를 성실하고 정확하게 제

공하여야 한다”라고 규정하고 있을 뿐, 사업자가 정보제공의무를 위반한 경우에 대하여는 아무런 규정을 두지 않고 있다. 이는 사업자의 정보제공의무에 관한 한 소비자기본법의 명백한 흠결이라고 할 수 있으며, 다른 법률에 아무런 규정이 없다고 하면 민법 등의 법리에 위임한다는 것인데, 제4장에서 살펴본 8개의 소비자보호 관련 특별법의 문제점에서 나타난 바와 같이, 개개의 특별법에서도 정보제공의무에 관한 규정이 잘 되었다고 할 수 없을 뿐만 아니라, 개개의 특별법은 그 적용범위가 일정한 계약유형에 제한될 수밖에 없고 계속적으로 생기는 새로운 유형의 소비자계약을 모두 규율할 수 없다는 한계가 있으므로, 정보제공의무 위반의 효과에 대하여 다른 법률에 위임한다고 하는 것은 어렵다고 생각된다.

또한 소비자기본법 제3조가 “소비자의 권익에 관하여 다른 법률에서 특별한 규정을 두고 있는 경우를 제외하고는 이 법을 적용한다”는 규정을 두고 있는 것처럼, 다른 소비자보호관련 법률에서 정보제공의무의 효과 등에 관하여 특별하게 규정하고 있는 경우를 제외하고는, 소비자계약상 정보제공의무 위반에 대하여는 소비자기본법의 적용을 받아 그 법적 효과를 다루도록 해야 할 것이다.

2) 입법론

위와 같은 이유로, 소비자기본법상 사업자의 정보제공의무에 관한 규정은 보다 구체적이고 명확하게 하여야 할 것이다. 현재의 막연하고 불투명한 조항만으로는 그 법적 성격의 파악도 애매하게 되고, 소비자의 구제에 전혀 도움이 되지 못한다. 물론, 정보제공의무의 인정근거라는 측면만 생각하면, 현재의 소비자기본법 제19조 제3항만으로 충분하다고 할런지도 모른다. 그러나 지금까지의 판례⁵³⁸⁾를 살펴보면, 이 규정에 의하여 사업자의 책임을 묻은 경우가 거의 없다. 그 이유는 이미 살펴본 바와 같이, 소비자기본법은 사업자의 정보제공의무에 관하여 제19조 제3항만을 두고 있을 뿐, 이 정보제공의무를 위반한 경우에 대하여 어떤 제재조항도 두지 않고 있기 때문이라고 생각한다. 그래서 최근의 학설⁵³⁹⁾을 보면, 이 규정을 들어서 소비

538) 대판 2005.2.28, 2003두3734: “약관은 사업자가 다수의 고객과 계약을 체결하기 위하여 일방적으로 작성한 것으로서 고객이 그 구체적인 조항내용을 검토하거나 확인할 충분한 기회를 가지지 못한 채 계약의 내용으로 되는 것이므로,따라서 이러한 사적자치의 한계를 벗어나는 약관조항을 무효로 한다고하여 사적자치의 원칙에 반한다고 할 수 없다”.

539) 최근 소비자법관련 주요 연구동향은 매우 활발하다고 할 수 있다: 백경일, 전계 “소비자보호법의 존재의 의

자의 피해를 구제하고자 하는 견해도 거의 찾아보기 힘들다. 아마도 학설은 이러한 소비자기본법상 사업자의 정보제공의무를 선언적으로 규정으로 이해하는 것으로 보인다.

따라서 소비자기본법상 사업자의 정보제공의무에 관한 규정을 제19조 ‘사업자의 책무’라는 조문에서 한 개의 항으로 둘 것이 아니라, 별도의 조문으로 분리하여, 정보제공의무, 정보제공의무 위반시 소비자의 계약해소 및 손해배상청구권, 기타 별칙 규정 등을 묶어 상세히 규정하는 것이 필요하다. 이같이 규정함으로써, 사업자의 정보제공의무에 관한 한 다른 법률에서 특별한 규정을 두지 않는 경우의 모든 소비자 계약 유형에서, 소비자기본법의 정보제공의무조항을 적용하여 그 위반으로 인한 소비자 피해를 구제할 수 있을 것이다.

(2) 소비자단체의 역할강화와 소비자간의 네트워크

소비자들의 인지적 능력의 한계 등을 고려하면, 소비자들로 하여금 사업자에 의하여 제공된 약관의 내용이나 설명서 등의 정보를 모두 파악하도록 하는 것은 제도적으로 불가능하다. 일반적으로 소비자의 정보를 파악하는 능력을 증진하기 위하여 사용되는 제도는 약관의 명시 의무 내지 설명의무 등을 사업자에게 요구함으로써 약관에 대한 소비자의 관심 내지 주의를 끄는 방법이다(약관의 규제에 관한 법률 제3조 제2항 본문). 그러나 소비자들의 약관에 대한 정보를 읽지 않는 원인은 대부분 거래비용이나 계약서의 길이와 계약조건을 변경하거나 유리하게 변경할 기회가 주어져 있는지에 달려 있다.⁵⁴⁰⁾

소비자로 하여금 제공된 정보를 사전에 검토하도록 하는 방법은 계약내용이나 계약과 관련된 정보를 검토하는 비용을 줄여주는 것이다. 즉, 소비자에게 이를 검토하여 생기는 이익이, 검토하기 위하여 들어가는 비용보다는 크다는 것을 보여주어야

및 효용성에 대한 비판적 고찰(소비자기본법의 규범적 정당성과 경제적 실효성에 대한 분석)”, 248면; 이병준, “소비자법의 구성원리와 소비자계약법(글로벌 스탠다드에 이르기 위한 이론적 정립을 위한 기초이론에 관한 고찰)”, 「경영법률」 제20집 제1호, 한국경영법률학회, 2009.10, 206면; 김성천, “소비자기본법의 개정과정과 내용에 관한 연구”, 「경제법연구」 제6권 제2호, 한국소비자원, 2007.12, 74면.
540) 이종구, “소비자계약법상의 정보제공의무와 그 실효성에 관한 비판적 고찰”, 「경영법률」 제21집 제3호, 한국경영법률학회, 2011.4, 186면.

한다. 그러나 이러한 것을 개별 소비자에게 기대하는 것은 거의 불가능하므로 소비자들이 사업자들을 상대로 그들의 이익을 지키기 위해서는 조직화될 필요가 있다.⁵⁴¹⁾ 이것은 소비자 거래에 있어서 사업자들 사이의 경쟁을 확보함에 있어서는 무엇보다도 소비자단체의 역할이 중요하기 때문이다. 소비자단체들은 사전에 사업자들이 제공하는 물품이나 서비스의 성질이나 구매조건 등을 검토하여 소비자들에게 구매하고자 하는 물품 등의 품질이나 구입조건, 경쟁상품과 비교 등 다양한 정보를 제공하거나 구입 시에 특히 주의해야 할 사항을 고지하거나 충고함으로써 소비자들의 주의력을 환기시킬 수 있기 때문이다.

예를 들면, 미국의 경우 법률단체로서 전국소비자법센터(National Consumer Law Center)와⁵⁴²⁾ 소비자후원자연합(National Association of Consumer Adbocates)이 있고,⁵⁴³⁾ 비법률 단체로서는 전국소비자동맹(National Consumer League),⁵⁴⁴⁾ 소비자연합(Consumer union)⁵⁴⁵⁾ 등 많은 단체들이 활동하고 있다. 그 중에서도 소비자연합은 모든 소비자들을 위한 공정하고, 정당하고, 안전한 시장을 만들기 위하여 전문적이고, 독립적인 활동을 하는 비영리 조직이다.⁵⁴⁶⁾ 소비자연합의 활동은 법률과 시장을 소비자편으로 바꾸려고 하고 온라인 활동가와 로비스터, 전문가 등으로 구성되어 있어 소비자들의 이익을 위하여 다양한 정보들을 모니터링하여 소비자들에게 전달하고 있다.

한편 우리나라의 대표적인 법률상의 소비자단체로서는 소비자기본법에 의해 설립된 한국소비자원이 있고(소비자기본법 제6장), 중앙행정기관으로는 공정거래위원회가 있어 소비자를 위한 법령정보제공 등 공정거래에 관한 사무를 관장하고 있다. 이외에도 한국소비자단체협의회와 그 회원단체로서 녹색소비자연대, 한국YWCA연합회, 대한주부클럽연합회, 소비자문제를 연구하는 시민의 모임, 전국주부교실중앙회, 한국소비생활연구원, 한국소비자교육원, 한국소비자연맹, 한국YMCA전국연맹 등 많은 민간단체(NGO)들이 존재한다.⁵⁴⁷⁾

592) 권오승, 전계 「소비자보호법」, 31면.

593) <http://www.nclc.org/>.

543) <http://www.naca.net>

544) <http://www.nclnet.org/>.

545) <http://www.consumersunion.org/>.

546) <http://www.consumerreports.org/cro/aboutus/overview/index.htm>.

547) <http://www.consumer.or.kr/partner/p-main.html>

그러나 이러한 소비자단체들의 많은 노력에도 불구하고, 소비자들에 대한 정보제공 및 사업자에 대한 감시활동은 미흡하다고 평가받고 있다.⁵⁴⁸⁾ 이러한 소비자단체들이 미국의 소비자연합에서 하는 것처럼 자발적인 참여를 통한 시장감시자로서 역할을 다 한다면 이것은 사업자들의 대외적 이미지(명성)를 의식하게 하고 결국 다른 경쟁사에 비하여 소비자측에 유리하거나 완화된 계약조건 등 정보제공에 대하여도 적극적인 자세를 갖게 만들 것이다. 그리고 법적 간섭이라는 외부효과가 없기 때문에 거래비용을 증가시키지 않으며, 사적자치라는 민법상의 근간을 해치지 않는 장점이 될 것이다. 이를 테면 인터넷활용상황을 보면 알 수 있다.

오늘날 인터넷은 소비자들에게 효과적으로 정보를 제공하는 매우 유용한 수단이라고 할 수 있다. 인터넷을 이용한 정보제공은 비용이 적고 소비자들도 정보에 접근하는 데 매우 용이하다. 인터넷을 이용한 소비자단체와 소비자 사이의 정보교환과 소비자들 사이의 네트워킹은 사업자들에게도 상당한 압박수단이 될 수 있으며, 사업자들에 대한 비교쇼핑사이트가 활발하게 제공될 경우 사업자간의 경쟁은 한층 촉진될 수 있을 것이다. 최근 몇 년 동안 인터넷을 통하여 소비자단체들이 제고하는 정보의 양과 질면에서 발전하고 있기는 하지만,⁵⁴⁹⁾ 소비자단체와 소비자간의 의사소통이나 접근성에서는 여전히 많은 개선이 필요하다고 지적되고 있다.⁵⁵⁰⁾

따라서 소비자보호 관련 법률의 정보제공의무 규정이 그 실효성을 달성하기 위해서는, 개별적 소비자들이 모든 정보를 종합적으로 판단하는 것은 기대하기 힘들다는 것을 고려하면, 소비자단체의 역할과 소비자들 사이의 네트워킹은 정보제공의무 규정의 실효성을 상당부분 보완할 수 있을 것으로 기대한다.

3. 개별 특별법상의 정보제공의무규정의 정형화

(1) 정형화의 필요성

548) 권오승, 전제 「소비자보호법」, 31면.

549) 남수정·유현정·김기욱, “소비자단체 사이트의 평가”, 「대한가정학회지」 제44권 8호, 대한가정학회, 2006.8, 138면.

550) 남수정·유현정·김기욱, 상계논문, 141면.

이미 살펴본 바와 같이, 이 논문에서 분석의 대상으로 삼은 소비자계약 관련 8개 특별법에서는 각각 사업자의 정보제공의무에 대하여 나름대로의 방식으로 규정을 하고 있다. 소비자계약의 유형에 따라서 정보제공의무 규정이 다소 달라질 수 있고, 의무의 명칭도 정보제공의무, 설명의무, 통지의무, 고지의무 등으로 달라질 수밖에 없지만, 적어도 이러한 정보제공의무 규정을 정형화하여 규정하는 것은 가능할 것이다. 앞에서 설명하였듯이, 소비자기본법에서 사업자의 정보제공의무를 별도의 조문으로 두고, 사업자의 정보제공의무 인정규정, 의무위반시 소비자의 계약해소나 손해배상청구에 관한 규정을 두고, 동일한 조문 또는 별도의 조문에서 정보제공의무 위반시 시정조치 또는 벌칙규정 등을 규정하게 된다면, 현행 소비자관련 특별법들에 있어서도 향후 개정을 통하여, 소비자기본법상의 정보제공의무에 관한 제반 규정을 모델로 정형화 하여 규정하면 될 것이다. 이 경우, 사업자의 정보제공의무에 관하여 소비자기본법과 현저히 다르게 규정할 필요가 있거나 그 내용을 더 강화할 필요가 있는 경우에만 별도의 규정을 두고, 그렇지 않은 경우에는 소비자기본법상의 정보제공의무에 관한 규정을 준용하도록 해도 좋을 것이다.

그리고 향후 정보제공의무에 관한 규정을 정형화하는 과정에서 그 명칭에 있어서도 정보제공의무, 설명의무, 통지의무, 고지의무 등의 명칭을 가급적 정보제공의무로 통일시키는 것이 소비자들의 이해에 혼란을 가져오지 않을 수 있다는 점에서 바람직하다고 생각한다.

(2) 개별 특별법의 개정방향

이와 같이 소비자기본법이나 개별특별법을 개정하여 사업자의 정보제공의무에 관한 규정을 정형화하면 이상적이겠지만, 현실적으로 그러한 개정이 이루어지는 것은 많은 시간이 필요할 것으로 생각된다. 그러므로 법의 개정을 통한 정형화·명료화가 이루어질 때까지는 현재의 개개의 특별법에 대한 해석론에 의하여, 소비자보호를 모색할 수밖에 없을 것이다. 경우에 따라서는 개별특별법의 개정방향에 대하여도 언급하고자 한다.

1) 가맹사업거래의 공정화에 관한 법률

가맹사업법의 핵심적인 사항이라고 할 수 있는 “가맹본부의 정보제공제도”의 경우(가맹사업거래의 공정화에 관한 법률 제9조), 가맹사업을 희망하는 자는 서면에 의한 청구가 있을 경우에만 제공하도록 규정하고 있어서 정보공개제도 조차 모르는 당사자들이 그것의 제공을 청구하는 일은 없을 뿐만 아니라, 서면으로 신청하도록 함으로써 그 제도의 실효성을 완전히 상실하게 되었다⁵⁵¹⁾는 보고가 있듯이, 정확한 정보를 제공하도록 하기 위해서 허위·과장된 정보제공을 금지하고 있음에도 불구하고, 동 규정은 “서면으로 정보제공을 신청한 가맹희망자나 가맹점사업자에게 정보를 제공한 경우”에 한해서 적용되는 결과를 낳게 되는 등 “광고나 구두로 과장이나 허위정보를 제공하는 방법으로 가맹점사업자를 모집한 경우”에는 가맹사업법률을 적용할 수 없게 되는 뜻하지 않은 결과를 초래하기도 하였다.⁵⁵²⁾

가맹사업계약에 있어서 가장 중요한 것은 매출·수익에 관한 정보와 관련된 법적 문제를 분석하는 전제로서, 실제로 가맹사업계약이 어떠한 과정을 밟아서 체결되는 것이 현명한 것인가가 중요하다. 가맹사업에 있어서 가맹본부는 잡지광고나 신문광고 등을 통하여 가맹희망자를 모집하여 가맹희망자와 가맹계약체결에 관한 교섭이 시작되고, 그 계약체결교섭의 결과로서 가맹사업계약이 체결되는 것이다. 이를테면 가맹계약체결교섭은 가맹본부가 개최하는 가맹희망자에 대한 설명회를 개최하고, 거기에 가맹희망자가 참가하는 형태로 시작하는 경우가 많고, 그래서 거기로부터 시작하는 가맹계약체결교섭을 통하여 가맹계약이 체결되는 것이라 할 수 있다. 그러나 이 체결단계에서 가맹본부의 정보제공의무에서 주로 문제되는 것이 입지조사에 기한 매출·수익예측에 관한 정보와 상권조사의무의 인정여부가 문제된다.

먼저 가맹사업법에서는 가맹본부가 가맹점을 모집하기 위하여 허위·과장된 정보를 제공하는 행위를 엄격하게 금지하고 있다(가맹사업법 제9조 제1항). 공정거래법 상에서는 부당한 표시 및 허위·과장광고란 ‘사업자·상품 또는 용역에 관하여 허위 또는 소비자를 기만하거나 오인시킬 우려가 있는 표시·광고’라고 정의하고 있다(표시·광고의 공정화에 관한 법률 제3조). 허위·과장광고에 대한 규제에서 중요

551) 최영홍·유진희·염규석, 전계논문, 47-48면.

552) 실제로 공정거래위원회나 가맹사업거래분쟁조정협의회에 신고되는 가맹사업관련 사건의 대부분이 허위·과장된 정보제공에 따른 피해가 대부분임.

한 부분은 어떤 광고가 소비자를 오도하며 기만하는 광고인가 하는 것이다. 광고의 기만성 여부를 판별하는 일은 논란의 여지가 많지만, 대체적으로 기만행위는 광고 자체의 허위성뿐만 아니라 소비자에게 전달된 의미를 기준으로 판단하는 것으로 변화되어 오고 있으며, 실질적으로 기만이 존재하는가와 관계없이 기만가능성을 그 판단기준으로 삼고 있다. 우리나라의 허위·과장광고에 대한 개념도 허위성뿐만 아니라 소비자를 기만하거나 오인시킬 우려가 있는 광고를 포함하고 있어서 소비자에게 전달된 의미를 판단기준으로 고려하고 있다.

그렇다면 가맹사업거래에서 가맹희망자의 모집광고는 법률상 청약이 아닌 청약의 유인이 된다.⁵⁵³⁾ 왜냐하면 광고를 보고 찾아온 가맹점희망자가 바로 계약을 체결하는 것이 아니고, 각종의 상담과 추가적인 정보를 제공받은 후에야 비로소 본계약인 가맹사업계약을 체결하기 때문이다. 그럼에도 불구하고 가맹사업자 모집광고와 관련하여서는 허위·과장광고가 가장 큰 문제로 나타나는 것은 모든 사업관련 정보를 가맹본부가 독점한 채, 가맹본부에게 불리한 정보는 은폐·축소되는 반면에 유리한 정보는 허위·과장하는 등 왜곡된 정보를 가맹희망자에게 제공되는 행위가 자행될 수 있기 때문이다. 이에 가맹사업법에서도 허위·과장광고를 제공하지 못하도록 함과 동시에 거래에 있어 중요한 내용을 누락하지 못하도록 하였으며, 아울러 기존 가맹점의 매출액, 수익 등 과거수익상황이나 예상수익현황을 표시·광고하는 경우 가맹본부의 사무소에 그 근거자료를 비치하도록 하고, 가맹희망자의 요구에 대해 응할 의무를 부과하는 등 허위·과장정보 제공을 규제하고 있는 것이다(가맹사업법 제9조 제1항, 제3항).

가맹본부의 허위·과장광고에 의하여 계약을 체결하였다면, 사후적으로 가맹점사업자는 민법상 사기 또는 착오를 이유로 하는 의사표시의 취소 규정을 원용하여 계약의 성립자체를 무효화 시킬 수 있다(민법 제109조 및 제110조).⁵⁵⁴⁾ 하지만 계약교섭과정에서 상대방의 잘못된 정보에 따라 원치 않은 계약체결로 이르게 된 교섭당사자는 계약관계 해소 이외에도 계약체결로 인하여 지출한 비용 등의 불이익(신뢰

553) 구재균, “프랜차이즈계약에 관한 연구”, 서울대학교 박사학위논문, 2000, 41면.

554) 가맹사업법 제10조에서는 가맹희망자 또는 가맹점은 제9조 제1항의 규정에 의한 허위·과장정보를 이유로 가맹금의 반환을 요구할 수 있으며, 그 정보를 허위·과장되게 제공하지 않았다면 계약체결을 하지 않았을 것이라는 사실, 즉 허위·과장된 정보가 계약체결에 중대한 영향을 주었다고 인정되는 경우에는 가맹금을 반환하도록 하였다.

이익)을 배상받고자 할 것인 바, 의사표시범으로는 규율할 수 없는 손해전보 문제는 매도인의 설명의무와 그 의무위반에 관한 귀책사유가 객관적으로 인정될 경우 교섭 당사자에게는 해당계약의 의사표시를 취소할 수 있는 권리 이외에도 계약체결에 따른 지출비용 등의 손해배상청구권을 법리적으로 인용해 줄 수 있을 것이다.⁵⁵⁵⁾ 또한 가맹사업법 제41조(벌칙)를 적용함에 있어 동법 제9조 제1항의 규정에 위반하여 허위·과장된 정보를 제공하거나 중요사항을 누락한 자는 5년 이하의 징역 또는 1억 5천만원 이하에 벌금에 처한다는 개정내용에 자격정지(사업정지)에 3년이라는 규정을 추가로 신설하여 가맹본부의 허위·과장광고에 대한 경각심을 제고시킬 필요가 있다.

다음은 가맹본부에게 상권조사 의무를 인정할 것인지 여부를 살펴보면,⁵⁵⁶⁾ 상권조사의 결과도 역시 어디까지나 예측에 지나지 않는다. 하지만 가맹본부가 사전에 수요예측 등 입지조건을 조사하여 만든 시장조사보고서는 가맹희망자에게는 가맹계약의 체결여부를 결정하는 중요한 단서로서 역할을 한다. 특히 가맹본부가 축적된 노하우나 전문적 지식을 갖고 과학적으로 상권조사를 한다고 믿게 되므로 가맹본부에 의한 상권조사 및 입지분석은 더욱 중요한 의미를 갖게 된다. 그러므로 가맹본부로서는 가맹점사업자에 대해 적정한 도움을 줌으로써 가맹점이 부적당한 입지선정으로 인해 경영상의 위험에 빠지지 아니하게 할 신의칙상의 주의의무가 요구되고, 가맹본부 측의 고의 또는 과실로 부정확하게 조사를 하였거나 그 조사결과가 실제와 부합되지 않음을 알면서도 부합되는 것처럼 허위정보를 제공한 경우에는 가맹본부의 책임을 물어야 할 것이다. 이렇게 본다면 가맹본부의 상권조사 의무는 제1차 계약상의 의무로 보아야 할 것이다.⁵⁵⁷⁾

가맹사업거래에서 충실의무가 존재하는지 여부에 대해서는 이를 긍정하는 견해⁵⁵⁸⁾와 부정하는 견해⁵⁵⁹⁾로 나뉜다. 먼저 가맹사업거래에서 가맹본부의 충실의무를

555) 김동훈, “계약교섭단계에서 이행의 착수와 손해배상”, 「저스티스」 제37권 제6호, 한국법학원, 2004.12, 189면; 이병준, 전제 “계약의 합의로 인한 구속력과 계약협상의 부당과거의 한계”, 167면; 김기창, “청약의 구속력과 계약자유”, 「비교사법」 제12권 1호, 한국비교사법학회, 2005.3, 87면, 103-104면.

556) 이 문제를 취급한 국내에서의 학설은 없다. 그러나 우리나라의 판례는 상권조사 내재의무개념을 인정한다(서울지법 1997.2.25, 94가합79058); 피고가 이 사건 가맹점을 운영하면서 영업실적이 저조할 수밖에 없었던 피고 사정(영업의 과다지출)이 있다는 자료가 없는 이 사건의 가맹점운영의 실패는 상당부분 원고의 입지선정에서의 오류 및 부정확한 상권조사와 그에 근거한 부정확한 정보의 제공에 그 원인이 있다고 보여지므로 원고는 예비계약상의 정확한 상권조사 의무를 위반한 것이다.

557) 구재균, 전제 “프랜차이즈계약에 관한 연구”, 57면; 서울고판 1998.8.18, 97나42184.

부정하는 견해에 따르면, 가맹본부에게 충실의무를 부과하면 시장환경의 변화에 따라 프랜차이즈시스템을 변화하는 것이 어렵고, 다른시스템의 경쟁을 억제하는 효과를 가져오게 되므로 가맹계약에서 충실의무는 극히 예외적인 경로로 좁게 해석하여야 한다고 하거나,⁵⁶⁰⁾ 가맹계약관계가 독립된 상인사이의 사업관계이므로 신인관계가 없다⁵⁶¹⁾는 것이 주된 이유였다. 그러나 가맹계약 자체의 성질을 혼합계약으로 보아야 하고, 가맹계약에서 문제되는 사안들도 대부분 가맹본부가 수입인의 지위에 있으면서 이행해야 할 의무를 제대로 이행하지 않거나,⁵⁶²⁾ 신의성실의 원칙에 비추어 볼 때 부당한 방법으로 권리를 행사하려고 하는 경우,⁵⁶³⁾ 등에 발생하는 문제를 해결하는 것이므로 그것은 신의성실에 관련된 문제이지, 채권·채무의 유기적 관계 이론이 직접적으로 관련된 문제는 아니라고 할 것이다. 특히 가맹사업계약을 혼합계약으로 보아야 한다면, 그 계약 내에 내재되어 있는 위임계약적 성질을 가려내어 가맹본부에게 수입자로서의 선량한 관리자의 주의의무와 보고의무를 부담한다고 보는 것은 무리가 없으며,⁵⁶⁴⁾ 타당하다고 생각된다. 따라서 가맹사업자나 가맹희망자는 점포의 설비나 자금 지원 등에 대해 궁금한 사항이 있을 경우 가맹본부에 대해서 사무의 처리상황에 관한 보고를 요구할 수 있으며, 불성실 보고의무를 한 가맹본부를 상대로 계약의 해지를 할 수도 있을 것이다. 왜냐하면 가맹계약에서는 이러한 정보제공의무에 대한 위반은 상호의 사용허락이나 노하우의 전수 등의 불이행에 상응할 만큼 중요성을 지니고 있는 것으로, 주된 급부의무위반으로 보아야 할 것이기 때문이다.

또한 계약의 해지가 적용되지 않을 시에는 채무불이행에 따른 손해배상을 청구하는 방향으로 개정하는 것이 바람직하다.

558) 임재호, 전제논문, 61면.

559) 광윤직, 전제 「채권각론」, 31면; 정상조, “프랜차이즈계약의 법적 문제점”, 「법학」 제38권 1호, 서울대학교 법학연구소, 1997.5, 126면.

560) 광윤직, 상게서, 31면.

561) 임재호, 전제논문, 81면.

562) 예를 들면, 가맹본부가 마땅히 해야 할 상권조사나 광고 등을 지극히 형식적으로만 이행한 경우 그러한 이행은 신의성실의 원칙에 비추어 이행자체가 없거나 불완전한 이행이 되므로 가맹본부의 책임을 추궁할 필요성은 존재한다.

563) 예를 들면, 가맹본부의 부당한 가맹계약의 해제·해지가 대표적인 경우이다.

564) 따라서 가맹본부는 민법 제681조 및 683조에 의하여 수입인으로서의 선량한 관리자의 주의의무(충실의무와 선관의무의 관계에 대해서 동질설의 입장) 내지 충실의무(이질설의 입장) 및 보고의무를 부담한다고 볼 것이다.

신의칙상의 보호의무 내지 정보제공의무위반에 기한 가맹본부가 신의칙상의 의무를 진다는 경우에 다음과 같은 일반론이 전개될 것이다. 우선 계약체결을 위한 교섭에 들어선 당사자간에는 일방이 상대방에 대해 계약체결의 판단에 필요한 전문적 지식을 알려주어야 하는 입장에 있는 등의 경우에는, 계약체결 전이라도 상대방에게 부정확한 지식을 알려주는 일 등에 의해 계약체결에 관한 판단을 잘못하게 하는 일이 없도록 주의해야 하는 보호의무가 신의칙상 요구되는 경우도 있을 수 있기 때문이다.⁵⁶⁵⁾ 그리고 영업에 관한 일체의 노하우를 가맹본부가 갖고 있는 점, 따라서 본부로부터 적정한 정보를 얻는 점이 불가결하기 때문에 보호의무가 인정된다 할 것이고, 가맹본부에게는 상당한 의무위반이 있었던 경우에는 계약체결상의 과실에 해당한다고 하거나, 또는 의무위반만을 이유로 하여 채무불이행에 기한 손해배상이 인정된다고 할 것이다.

일본에서도 매상예측 등에 대하여 정보제공의무위반의 유무가 문제된 사안에서 신의칙상의 정보제공의무위반의 유무를 판단하는 기준을 제시하고 있는데,⁵⁶⁶⁾ 첫째, 가맹본부에게 어느 정도의 '구매상담'이 허용되지만, 가맹희망자의 사업경험의 유무는 고려되지 않는다. 둘째, 예측의 방법이 충족되는 수준은 개개의 사안에 의해 정해지므로 정확한 예측으로 표시하였다고 말하는 특단의 사정이 없는 한, 정밀하지 않은 예측을 한 점 자체는 책임의 근거가 되지 않는다. 셋째, 가맹본부가 사용한 예측방법에 인위적인 조작이 이뤄졌던 점이 판명되면 가맹본부의 책임이 긍정된다. 하지만 첫째의 기준에 대해서는 만약 '구매상담'이 허용된다고 해도 어느 정도까지가 '구매상담'으로 허용되는지, 그 범위와 정도를 음미할 필요가 있을 것이다. 둘째, 셋째의 기준에 대해서는 예측내용이나 예측방법만으로 정보제공의무위반이 인정되는 것이 아니라는 점에 유의할 필요가 있고, 또한 프랑스법이나 독일법 등 외국법의 검토를 통해 일본의 가맹계약에 관한 정보제공의무를 둘러싼 논의에서 시사점을 얻으려고 하는 견해도 있다.⁵⁶⁷⁾

565) 박정기, 전제 “프랜차이즈계약 체결단계에 있어서의 정보제공의무”, 203-205면.

566) 小塚莊一郎, 「フランチャイズ契約論(4)」, 法學學會雜誌 113卷, 40面.

567) 有馬奈菜, 「フランチャイズ契約締結過程における情報提供義務(上・下) - 経験・情報量格差の考慮」, 一橋法學 2卷 3号, 2003, 185面. 이 논고에서는 수익성예측은 형식적으로는 적극적 정보제공의무(주관적으로는 상대방의 의사결정에 중요한 사실, 또 객관적으로는 목적인 행위와의 내부관련에 있는 중요한 사실을 개시하는 의무)로서 인정되지만, 실제의 재판례에서는 소극적정보제공의무(허위의 정보를 상대방에게 제공하지 않거나 혹은 정보제공에 의해 발생한 상대방의 오해를 없애는 의무)로서 인정되고, 정보제공의무위반의 판단에서는

계약체결시에 예측한 매출과 수익이 계약체결 후의 현실의 매출과 수익이 일치하지 않을 경우의 가맹본부의 책임을 생각해 보면 다음과 같다. 첫째, 예측하는 것이 가맹본부의 계약상의 의무로 되어 있는 경우가 있을 수 있다. 계약을 체결하면서 예측에 대한 이행을 실행하지 않았거나 혹은 계약에서 정해진 예측의 방법을 사용하지 않았던 경우에는 채무불이행의 책임을 지워 손해배상(민법 제390조)을 청구하게 하는 방안과, 매상예측 등의 근거가 되는 수식의 정확성·합리성에 의한 방법으로 예측을 하는데, 계약에 기하여 성실히 예측을 행하였다면 비록 잘못된 결과가 발생하였다 하더라도 책임을 지지 않겠지만, 다만 양자의 괴리가 크면 클수록 왜 그와 같은 결과가 발생하였는가의 문제로 발전하게 된다. 따라서 분쟁을 방지하고 개선하는 방안은 계약당시 계약내용을 명확히 해둘 필요가 있으며, 그 계약서를 공정거래위원회 또는 소비자보호센터 등 관계기관에 부동산계약에 있어서 임차인이 부동산임대차계약서에 확정일자를 받게 함으로서 대항력을 갖게 하는 것과 같은 효력을 부여하는 방법도 모색할 필요가 있다.

둘째, 예측이 불성실하게 행해진 경우의 처리문제이다. 예를 들면 특단의 근거가 없음에도 예측이라고 칭하는 수치를 표시하거나, 특정의 예측방법을 사용하였다고 말하면서 이것을 실시하지 않고 예측치를 산출하거나, 일정의 사실에 기인한다고 말하면서 사실의 뒷받침이 없거나, 예측을 행하였다고 하여도 그 방법에 커다란 오류가 있거나, 측정된 예측치를 부풀려서 표시하였다고 하는 것과 같은 경우이다. 이와 같은 경우에는 가맹본부가 책임을 져야 할 것이다. 다만 이것을 어떻게 법률적으로 이론구성 할 것인가가 문제이다. 가맹본부로서는 계약상의 의무가 없음에도 표시한 것이므로, 채무불이행으로서의 책임은 발생하지 않는다. 그러나 계약관계에 있어서는 자기의 불성실한 행위에 의하여 상대방에게 피해를 입힌 것이므로, 양자간의 특수한 관계는 배려되어야 할 것이다. 그러한 의미에서 아직 계약상의 권리의 무관계는 발생하고 있지 않지만, 전혀 관계가 없는 단순한 제3자와의 관계에 있어서 발생한 사례와는 다르다 할 것이다. 따라서 이러한 경우는 일반불법행위책임과는 구별하여 손해를 배상하도록 하는 책임유형을 구성하여야 할 것이고, 이 근거는 계약체결상의 과실 내지 신의칙상의 보호의무에서 구하는 것이 좋다고 생각하는 견

당사자간의 경험·정보량의 격차가 고려된다고 지적하고 있다.

해⁵⁶⁸⁾에 찬동하며, 하나의 개선방안으로 적용하였으면 한다.

셋째, 가맹사업거래 그 자체가 불건전하고 반사회성이 있어서 가맹사업이 건전하게 영위될 가능성이 희박한 경우와 일부 악덕 가맹본부가 일회성 대박을 위한 상술로서 가맹점을 개설한다고 한다면 거의 실패할 것이므로 예측이 행해졌다고 하여도 원래 그 실현을 기대할 수 없는 것이다. 예를 들면 가맹본부가 가맹사업을 운영하기 위한 의사도 능력도 없거나, 도저히 실현불가능하거나, 사기적이거나, 설명내용이 허위라고 단정하는 것과 같은 경우이다. 일반적으로 말하여 가맹희망자가 이와 같은 가맹사업에 가입하면 조만간 피해를 입는 것은 피할 수 없다. 따라서 가맹본부가 표시한 예측치에는 근거는 없고 엉터리인 가공의 것인 경우가 많다. 가맹본부는 당초부터 건전한 가맹사업을 운영할 목적을 가지고 있지 않고, 상대방을 속여서 금원을 지불하게 만들고자 하는 것이어서 가맹사업자의 경영은 거의 필연적으로 파탄될 수밖에 없다. 이러한 경우는 계약적인 관계라고 하기보다는 그 이전의 문제이어서 기본적으로 불법행위가 성립한다고 할 것이므로, 민법 제750조에 의한 손해배상의 책임을 지도록 하는 입법적 개선이 따라야 할 것으로 보인다.

2) 공인중개사의 업무 및 부동산 거래신고에 관한 법률

모든 의사결정이 그러하듯이, 부동산중개거래에 있어서도 계약을 체결함에 있어서 각 자는 계약의 목적물 또는 관련 주변 사정에 대한 인식을 갖추고 있어야만, 거래의 체결여부에 관한 합리적인 판단을 할 수 있다. 이를 위해 당사자는 계약에 필요한 정보를 스스로 구하는 것 말고도 상대방(공인중개사)에게 문의하거나 또는 상대방이 일정한 정보를 알려주리라고 기대하는 경우도 있을 것이다. 반면 상대방은 자신의 이익을 관철하기 위하여 때로는 비용도 수반하는 계약관련 정보를 고객과의 교섭과정에서 알리지 않으려고 하기 마련일 것이다. 물론 정보제공의무는 유효하게 성립한 계약관계에서도 문제되거나 가령 위임계약에 관한 민법 제683조의 보고의무와 같이 중개업자가 중개의뢰를 받은 경우에는 중개가 완성되기 전에 당해 중개대상물의 상태·입지 및 권리관계, 법령의 규정에 의한 거래 또는 이용제한사항 그 밖에 대통령령이 정하는 사항을 확인하여 이를 당해 중개대상물에 관한 권리

568) 박정기, 전제 “프랜차이즈계약 체결단계에 있어서의 정보제공의무”, 207면.

를 취득하고자 하는 중개의뢰인에게 서면으로 제시하고 성실·정확하게 설명하여야 한다(법 제25조)는 의무를 이행할 때 거래에 대한 분쟁은 줄어들 것이다.

이를 테면 중개대상물건에 근저당이 설정된 경우, 부동산중개업자의 확인·설명 의무의 범위에 대하여 판례는, “부동산중개업자는 중개대상 물건에 근저당이 설정된 경우에는 그 채권최고액을 조사·확인하여 설명할 의무까지 있다고 할 수는 없으나, 부동산중개업자가 이에 그치지 않고 실제의 피담보 채무액에 관한 그릇된 정보를 제대로 확인도 하지 않은 채 마치 그것이 진실인 것처럼 의뢰인에게 그대로 전달하여 의뢰인이 그 정보를 믿고 상대방과 계약에 이르렀다면, 부동산중개업자의 그러한 행위는 선량한 관리자의 주의로 신의를 지켜 성실하게 중개행위를 하여야 할 중개업자의 의무에 위반 된다”고 판시⁵⁶⁹⁾하고 있는 것처럼 민법 제681조, 부동산중개업법 제24조의 위반에 따라 부동산중개업법 제25조 제1항을 적용하여 중개업자는 의뢰인에게 손해배상을 하여야 한다. 부동산중개업법 “벌칙 제38조 제2항 5호는 3년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다” 라고 규정하고 있는데, 거래되는 부동산 금액이 천차만별이라는 것을 고려할 때, 그에 따른 벌칙조항도 피해발생 금액을 감안하여 추가로 더 강화하여 적용하는 방안을 적극 검토해 볼 필요가 있다.

부동산 가격에 대한 정보가 부정확한 이유는 부동산거래가격의 부정확한 조사와 부정확한 거래가격에 기인한다 할 것이다. 공신력 있는 부동산 가격정보는 중개업자, 중개를 통하여 부동산을 거래하고자 하는 의뢰인들에게 이로움을 줄 수 있다. 중개업소이용자의 경우 부동산거래에 대한 구체적인 계획을 세울 수 있으며, 중개업자의 경우 부동산거래에 대한 신뢰도가 향상되고, 정부의 경우 부동산에 관한 정책적 대안을 수립할 수 있는 자료와 통계를 확보할 수 있다. 금융기관 또한 적절한 대출을 할 수 있는 가격정보를 얻을 수 있게 된다.

현재 부동산 시세조사업체들은 대부분 영세하여 조사지역에 인원을 충분히 배치하기 어려운 실정이다. 또한 각 업체간에 조사지역이 동일하며 때로는 중복되는 경향이 많다. 소수의 인원으로서는 조사에 한계가 있으며, 조사결과 오차가 상당히 발생할 우려가 높다. 따라서 기존 업체간의 합병 또는 업무제휴를 통하여 이러한 비능

569) 대판 1999.5.14, 98다30667; 대판 1992.2.11, 91다36239.

를화를 제거하고 각 업체간에 특화된 지역을 조금 더 정확히 조사하여 정보의 질적 수준을 높여야 할 것이다.

현재 기업이나 은행간에도 규모의 효율성을 꾀하고 비합리적인 요소를 줄이기 위해 합병 등을 추진하고 있다. 부동산 시세조사업체들도 합병이 어려우면 업무제휴를 통해서라도 부동산가격의 정확한 정보를 제공하여 정보에 대한 부가가치를 창출하는 것도 그 대안이라 할 것이다.

앞에서 부동산가격정보 관리에 대한 개선방안을 제시하였지만, 현재 부동산중개업에 대한 단속을 하고 있는 기관은 각 지방자치단체, 국세청, 국토해양부 등이 있다. 이러한 행정기관의 단속과 지도는 부동산거래에 대한 담합 및 허위·유인매물들이 공시되는 것을 방지할 수 있다. 하지만 지도와 단속은, 문제가 발생하거나 사고에 대한 접수가 있을 때 사후처리를 위하여 이루어지는 것이 전부나 다름없다. 또한 단속반의 업무와 인원 등을 고려할 때 지속적인 단속과 지도는 기대하기 어려운 상황이다. 따라서 현재 이원화 되어 있는 부동산중개협회가 중개업자의 이미지 개선과 부동산거래에 관한 투명성을 제고하기 위하여 자체적인 지도와 단속을 활성화해야 할 것이다.

이를 테면, 변호사나 공인회계사의 경우 협회 자체 감독권을 갖고 협회회원들에게 엄격한 관리·감독을 하고 있는 것처럼,⁵⁷⁰⁾ 부동산중개협회도 자체감독권을 강화하고 협회회원들을 대상으로 꾸준하게 지도·감독해 나가는 방안을 제시한다. 다소 단점으로, 이익집단이므로 회원의 권익을 위하여 위법행위 적발이나 처벌 등이 미흡할 수 있는 우려감은 있지만, 협회는 각기 회원들 중에 상습적으로 탈법적인 수단을 저지르는 회원을 알고 있기 때문에 효율적인 단속이 가능하다고 할 것이다.

3) 방문판매 등에 관한 법률

방문판매법은 방문판매자와 소비자간의 정보불균형을 시정하고 소비자가 계약의 내용을 이해할 수 있는 상황에서 소비자의 선택권을 보장하기 위하여 방문판매자에게 계약체결전의 정보제공 및 계약체결에 따른 계약서 교부의무를 부여하고 있다

570) 소성규, “공인중개사제도의 개선방안(공인중개사의 업무 및 부동산거래신고에 관한 법률)”, 「법과 정책연구」 제6집 제1호, 동광문화사, 2006.6, 298면.

(방문판매법 제7조). 방문판매자가 방문판매를 하는 때는 소비자에게 자기의 성명 또는 명칭과 판매하는 상품의 종류 또는 제공하는 용역의 내용을 미리 밝혀야 한다. 이것은, 방문판매자가 소비자에게 법이 정하는 일정사항을 고지하여 소비자가 거래시에 자신의 상품구입 등의 권유를 받고 있다는 명확한 인식을 갖게 하려는 것이기도 하다. 제7조 제1항 각 호에 규정된 사항을 기재한 계약서를 교부함으로써 소비자는 자신이 체결한 계약에 대하여 다시 한 번 숙고하여 청약을 철회할 수 있고, 청약철회 및 계약해제에 대해 인지할 수 있는 시간을 가지게 된다.

소비자로 하여금 일정한 기간 내에 계약의 청약을 철회할 수 있도록 하는 것은, 현대 소비자거래법의 한 특징이다. 즉 일반 규정에 의하면 원칙적으로 일정한 사유가 있어야만 계약이 무효이거나(민법 제103조, 제104조, 제106조 반대해석, 제107조 제1항 제2문, 제108조 제1항 등), 또는 취소(민법 제5조 제2항, 제10조, 제13조, 제109조, 제110조), 해제 또는 해지(민법 제543조 이하, 제570조 이하 등)할 수 있다. 그에 반해, 소비자거래영역에서는 상품이나 용역이 단지 소비자의 마음에 들지 않는다거나, 마음이 변했다거나, 또는 심지어 아무런 사유 없이도 일단 성립된 계약을 실효시킬 수 있도록 하는 제도인 것이다. 또한 계약의 실효에 따른 비용은 구매자가 전혀 부담을 하지 않는 것이 원칙이다.

하지만, 방문판매자가 방문판매법 제7조의 규정을 준수하고 하물며, 소비자에게도 책임있는 사유로 재화 등이 멸실 또는 훼손된 경우(동법 제8조 제2항 제1호)이거나, 소비자의 재화 등의 사용 또는 일부 소비에 의하여 그 가치가 현저히 감소한 경우(동법 제8조 제2항 제2호)에는 청약철회를 할 수 없다고 한 것은, 소비자의 가벼운 구매의식과 소비자의 귀책에 대한 경중으로, 재발을 방지하고 보다 확고한 거래계약을 위한 법규정적인 일면도 있으나, 물품의 종류와 성질 및 특히 1차 산업에 의한 생산물이 아니면 선별해서 일부 청약철회를 할 수 있도록 규정을 개정하는 방법을 모색하였으면 한다. 이를 테면, 유통기간의 경과로 인해 변질될 우려가 있는 제품을 제외하고 나머지는 방문판매법 제7조 제1항 7호⁵⁷¹⁾에 의한다.

방문판매법에서는 소비자가 청약을 철회한 경우 사업자는 소비자로부터 받은 대금을 환급하여야 하며(동법 제9조 제2항), 소비자는 재화를 반환하여야 한다(동법

571) 재화 등의 교환·반품·수리보증 및 그 대금환불의 조건과 절차.

제9조 제1항). 방문판매법에서는 방문판매원 등의 적극적인 권유에 의하여 소비자가 재화를 구매하였다는 점에서 청약철회에 따른 비용은 일괄적으로 사업자부담으로 정하고 있다. 그러나 방문판매원 등이 자신의 의무인 정보제공을 계약서교부 및 계약내용에 적합하게 이행하였음에도 불구하고 소비자의 단순구매의사변경에 따른 청약철회권의 경우까지 사업자가 그 비용을 부담하도록 하는 것은 과도한 소비자보호에 해당하며, 결국 사업자는 이에 대한 비용을 청약철회권을 행사하지 않는 소비자에게 전가하기 때문에 궁극적으로 소비자보호에 적합하지 않다. 따라서 소비자의 단순구매의사의 변경에 따른 청약철회권의 경우에는 반환비용을 소비자가 부담하도록 하는 것이 타당하다고 본다.

또한 청약철회권의 행사시 사업자는 대금을 반환하는데 있어서 소비자가 계약체결시 신용카드로 대금을 결제한 경우의 문제에 대해서는, 방문판매법 제9조 제4항에 의하여 대금에 대한 환급을 받아야 한다. 하지만 앞에서 제기한 것처럼 환급받는 데에 따른 여러 가지 문제가 따른다. 따라서 사업자의 대금미반환에 따른 적절한 소비자보호방안이 강구되어야 하며, 그 방안으로 할부거래법상 청약철회권행사의 효과 규정(할부거래법 제10조)을 준용할 필요가 있다. 즉, 할부거래법에서는 소비자가 청약철회권의 행사기간 내 청약을 철회하고 이 사실을 신용카드사에 통지한 경우 신용카드사의 대금결제요청에 대하여 거부할 수 있도록 규정하고 있다(할부거래법 제9조 제2항 2호). 또한 할부거래업자는 계약체결에 앞서 소비자가 할부계약의 내용을 이해할 수 있도록 총리령으로 정하는 바에 따라 재화 등의 종류 및 내용, 현금가격, 할부가격, 각 할부금의 금액·지급횟수 및 지급시기, 할부수수료의 실제 연간요율과 계약금 표시에 대한 정보를 제공하여야 하고(할부거래법 제5조), 청약의 철회 및 계약 해제의 기한·행사방법·효과에 관한 사항 및 청약의 철회 및 계약 해제의 권리 행사에 필요한 사항을 규정하고 있다(할부거래법 제23조 1항 6호).

이어서 사업자가 대금을 반환하지 않은 경우 소비자의 대금환급에 대하여는 규정을 두고 있지 않다. 따라서 소비자를 보호하기 위하여 상계요청권을 도입하여 적용할 필요가 있다. 즉, 소비자는 신용카드사에 대하여 사업자의 다른 채무와 상계할 것을 요청한 후 신용카드사가 정당한 사유 없이 상계하지 않는 경우 대금반환의무를 신용카드사에게 부담시키는 것이다. 이것은 신용카드사와 회원인 소비자는 계속

거래관계에 있으며, 소비자에게 발생할 손해를 최소화할 의무가 존재한다고 할 수 있으므로 이를 상계요청권을 통하여 구체화하는 방안도 모색해 볼 필요가 있다.

4) 보증인 보호를 위한 특별법

모든 당사자는 자신의 상대방이 중요한 정보에 대하여 스스로 조달하여야 한다고 생각한다. 따라서 당사자간에 존재하는 정보의 비대칭만을 이유로 정보제공의무의 존재를 인정할 수 없다. 정보의 비대칭 상태에서 정보제공의무의 기준을 제시함에 있어서 의무자의 측면에서 뿐만 아니라 그 정보를 필요로 하는 자의 측면을 고려할 수 있어야 한다. 그리고 설명의무의 존재를 위해서는 정보수취인의 정보필요성 이외에 정보제공자에게 그 필요성의 인식가능성이 있어야 한다.

보증계약과 관련시켜 보면, 보증계약의 교섭 또는 그 진행단계에서 채권자가 보증인에게 부담하는 통지·정보제공의무를 고찰의 대상으로 할 때 보증계약의 목적은, 채권자가 보증인의 위험인수를 통하여 채무의 이행에 대한 보증을 받는데 있다. 일반적으로 보증위험의 실현에 밀접한 영향을 미치는 사정인 주채무자의 자력 내지 경제사정에 대하여는 보증인에게는 중요한 정보이기는 하지만 정보제공의무의 인정을 위한 정보의 필요성이 인정되는 것은 아니다. 왜냐하면 보증인이 되려는 자는 보증계약을 통하여 보증위험을 인수한다는 것을 이미 인식하고 있다고 할 수 있으며, 그러한 위험은 바로 보증인 자신의 책임영역 내의 문제이기 때문이다. 다만, 채권자는 주채무자가 약속한 채무이행을 규정에 의하여 이행하지 않았을 경우에 지체 없이 보증인에게 사실을 알려야 한다는 채권자의 통지의무가 적용된다(법 제5조) 할 것이다. 미국의 제3차 리스테이트먼트 제12조의 정보제공의무에 의하면, 보증인이 보증채무에 구속되기 전에 일정한 상황에서 채권자에게 고지의무를 부담시키고 있으며, 보증채무의 위험을 부담하는 보증인에게 위험이 증가한다는 중요한 사실을 채권자가 고지하지 못했다면 추후 보증채무를 무효로 하고 있다.⁵⁷²⁾

우리에게 보증제도는 인적담보제도로써 확실한 기능을 수행하고 있다. 그러나 보증은 주채무자와 보증인간의 정의관계에 의해 무상으로 행해지고, 보증인의 책임부

572) T. Scott Leo & Daniel Mungall, The Restatement of Suretyship & Guaranty: A Translation for the Practitioner. American Bar Association, 2005, p. 46.

담의 구체적 위험을 절실하게 고려하지 않은 상태에서 성립되는 경우가 많으며, 또한 보증계약은 급부 의무의 발생여부가 본인의 귀책범위 및 예측가능성 범위의 밖에서 결정되므로 위험행위에 해당된다고 한다.⁵⁷³⁾ 그렇다고 그러한 위험을 보증인 자신의 책임영역 내의 문제라고만 단정지어 보증인에게 피해를 떠안기는 부정적 입장의 견해⁵⁷⁴⁾에는 동의할 수 없으며, 보증인에게 가혹한 결과가 발생한다는 점에서 보호법리를 강구하는 긍정적 입장⁵⁷⁵⁾에 동의한다. 보증계약체결 전에 채권자의 보증인에 대한 신의칙상의 정보제공의무로서 주채무자의 자산상태에 대한 정보를 고지할 의무를 채권자에게 인정할 수 있으며, 정보제공의무를 인정하는 것이 계약정의 실현에도 부합하다 할 것이다.

최근의 대법원 판결은 기존의 소극적인 태도에서 벗어나 보증인의 부담으로 돌아갈 주채무의 액수가 보증 당시 보증인이 예상하였거나 예상할 수 있었던 범위를 훨씬 상회하고, 그 같은 주채무 과다발생의 원인이 채권자의 신의칙에 반하는 행동에서 비롯된 경우⁵⁷⁶⁾와 채권자의 권리행사가 신의칙에 비추어 용납할 수 없는 성질의 것일 때에는⁵⁷⁷⁾ 보증인의 책임을 합리적인 범위 내로 제한할 수 있다고 판시하고 있다. 그 밖에 하급심 판례에서도 주채무자의 신용불량거래자 등록사실을 연대보증인에게 고지하지 아니하고 연대보증을 받은 경우 신의칙 또는 공평의 원칙상 연대보증의 책임은 80%를 제한하고 있어⁵⁷⁸⁾ 채권자에게 정보제공의무를 간접적으로 인정하고 있다. 이것은 우리 민법상의 보증계약에 채권자의 정보제공의무를 명시하고 있지 않다고 하여 법원이 이를 부정하고 있는 것은 아니며, 채권자에게 신의칙상의 고지의무를 어느 정도 인정하고 있다고 보여진다.

이에 보증계약을 체결하는데 영향을 주게 되는 주채무자의 정보에 대해서는 이를 채권자가 보증인에게 제공할 의무가 있다는 것이며, 보증채무의 광범위성과 가혹성 때문에, 보증책임의 범위가 무제한적이라는 사실을 알지 못하고 다만, 보증인과 주채무자간의 밀접한 신뢰관계로 인해 독자적인 자기결정권이 침해될 수 있는 것과,

573) 백경일, 전제 “보증계약의 특수성과 보증인보호의 문제”, 167면.

574) 백경일, 상계논문, 167면.

575) 이상욱, “채권자의 보증인에 대한 신의칙상의 고지의무”, 「민사법학」 제18호, 한국민사법학회, 2000.5, 376면.

576) 대판 2005.10.27, 2005다35554, 35561.

577) 대판 2004.1.27, 2003다45410.

578) 대전지판 2001.8.24, 2001가소62.

채권자와 보증인간의 정보의 불평등 내지 정보의 불균형을 들 수 있다. 특히 금융기관은 보증보험제도를 통해 보증의 위험을 피할 수 있을 것이지만, 사채업자로부터 보증인을 보호할 필요성이 더 크다 할 것이다.

따라서 보증인보호의 필요성은 반드시 필요하며, 현재 시행 중인 규정들 중에 보증인 보호를 위한 특별법 제5조 제1항 규정과 동법 제5조 제2항 등 문제가 있는 규정은 보증인 보호를 위하여 시급히 개정되어야 할 것이다.

앞에서 언급한 바와 같이, 보증인이 되려는 자는 보증계약을 통하여 보증위험을 인수한다는 것을 이미 인식하고 있다고 하여 보증인 자신의 책임영역 내의 문제라고 단정하는 문제, 주채무자에 대한 정보를 알았더라면 보증계약을 체결하지 않았을 것으로 인정되는 정도의 중요한 내용의 결정적 정보를 의미하는 문제, 채무자의 채무관련 신용정보를 보증인에게 제시할 때에는 채무자의 동의를 받아야 한다(보증계약법 제8조 제2항)는 문제, 주채무자가 원본, 이자 그 밖의 채무를 3개월 이상 이행하지 아니한 경우 또는 주채무자가 이행기에 이행할 수 없음을 미리 안 경우에는 지체 없이 보증인에게 그 사실을 알려한다(동법 제5조 제1항)는 이행기간의 문제 등, 보증계약의 이런 경제적 기능과 특성은 그 계약을 둘러싼 당사자들의 대립되는 이해관계를 분명히 보여주고 있다. 채권자는 보증계약을 통해 주채무자에 대한 신용의 부여로부터 불가피하게 발생하는 위험을 보증인으로 하여금 인수하게 한 것이다. 따라서 채권자는, 보증인 주채무자의 자력·급부능력 등에 대하여 가졌던 기대의 좌절여부에 관계없이, 주채무가 불이행된 경우 그 이행을 담보하고 보증인 자체의 무자력위험을 제외한다면 가능한 한 보증인의 보증책임 이행에 대한 불확실성이 제거되는데 이익을 갖고 있다. 이것은 결국 보증인에 대한 보호의지는 생각하지 않고 채권에 대한 회수 목적에만 안주하는 것이다. 이에 반하여 보증인의 입장에서는 합리적 위험계산이 어려운 보증계약의 특성에 따라 가급적 사전에 예견할 수 없었던, 따라서 자신에게 더 이상 그 부담이 기대하기 어려운 범위의 보증위험에 놓이지 않을 이익이 있는 것이다. 이 상반되는 이익상황은 보증계약으로부터 주어지는 위험의 분산에 있어서 균형있게 고려되어야 하고, 그럴 경우에만 보증제도는 비로소 담보제도로서의 경제적 기능을 다 한다고 할 수 있을 것이다. 만약 보증계약의 위험성 등에서 주어지는 보증인의 보호필요성만을 고려하여 보증인의 보증책임을

제한하면 할수록, 이는 보증인으로 하여금 위험의 사전적 예견가능성을 제고케 하고 이로써 장기적 측면에서는 인적 담보제공자로서 시장에 등장할 가능성을 넓힐 수 있다고 할지라도, 그로 말미암아 채권자가 보증인과의 계약을 통해 마련하고자 했던 주채무자에 대한 신용수여에 따른 위험의 보장은 현저히 침해받게 된다 할 것이다. 결국에는 보증의 담보제도로서의 매력은 급격히 저해될 수밖에 없게 될 것이다.

따라서 채권자로서는 채권회수의 목적도 중요하지만 주채무자로 인하여 보증인에게 그 책임을 확보하고 있는 것에 대한 채권자로서의 의무 또한 막중하다 할 것이므로, 보증인에 대한 계약체결 후의 정보제공의무에 대한 책임을 강화해야 할 것이다. 이를 테면 법률적 구속력은 없지만 주채무자에 대한 채무변제 및 이자상환의 동향을 현행 금융기관이 입출금에 대한 거래내역을 고객에게 알려주는 것처럼 SMS(Short Message Service)⁵⁷⁹⁾를 통하여서라도 알려주는 방법도 강구할 필요가 있다.

또한 채권자의 통지의무·정보제공의무에 있어서 동법 제5조 제3항에 의하여 채권자는 보증인의 청구가 있으면 주채무의 내용 및 그 이행 여부를 보증인에게 알려야 하는데, 동법 제8조 제2항에 의하여 채무관련 신용정보를 보증인에게 제시할 때에는 채무자의 동의를 받도록 하는 것은, 만약에 주채무자가 동의를 하지 않는다고 가정하여 주채무자가 채무를 이행하지 못하고 보증인에게 그 채무이행이 따르게 된다면, 애당초 보증인을 무시한 계약이 되어 보증인이 자신에 대한 위험예측을 제한받는 것이 되고, 아울러 채권자가 주채무자에게 보증인의 청구가 있다는 사실을 동의절차를 통하여 알리게 되면 주채무자와 보증인사이의 정의관계는 보증계약 체결 이전의 상태보다 훨씬 악화될 것인 바, 동법 제8조 제2항의 사항은 고려할 필요가 있다. 또한 동법 제5조 제1항에 있어서 주채무자가 3개월 이상 이행하지 아니한 경우에 지체 없이 보증인에게 그 사실을 알려야 하는 부분에 있어서도, 보증인으로 하여금 위험예측을 통하여 주채무자에게 채무이행에 대한 경각심을 고취하기 위해 서라도 현행 3개월을 2개월로 단축하여 대비하도록 개선하는 것이 바람직하다. 독일의 일부 학설도 보증인의 보호를 위하여 채권자에게 포괄적인 주의의무와 정보제

579) 무선단말기에서 단문 형태의 텍스트를 주고받을 수 있도록 해주는 단문 메시지 서비스제도를 말한다.

공의무를 인정하고 있으며, 이러한 의무 위반 시에는 계약체결상의 과실책임을 채권자에게 물을 수 있다고 한다.⁵⁸⁰⁾ 무엇보다 보증인은 부분적으로는 이타적으로 행동하는 사정을 감안한다면 채권자에게 객관적으로 보호 및 배려의무로서 정보제공 의무를 부여하는 것은 적절하다고 한다.⁵⁸¹⁾

5) 보험업법

상법 제638조의3 제2항에 따르면, 보험자(또는 모집종사자)가 계약의 체결당시에 약관을 교부하지 않았거나 중요한 약관조항을 설명하지 않은 경우(부실설명)에 보험계약자는 계약성립일로부터 1월내에 계약을 취소할 수 있으며, 이 기간 내에 취소하지 않으면 그 교부 또는 설명되지 아니한 약관조항이라도 계약에 편입되어 이를 적용할 수 있게 된다고 규정되어 있지만, 약관규제법 제3조 제4항에는 이러한 약관조항은 계약에 편입되지 아니하므로 이를 적용할 수 없게 될 수 있으며, 약관 교부·명시·설명 의무위반에 대한 형태가 다양함에도 상법(보험계약법) 제638조의3만을 일률적으로 적용하여야 하는 문제점에 대하여, 판례⁵⁸²⁾는 보험계약자의 평등대우라고 하는 보험계약의 특성을 고려하여 규정된 상법 제638조의3 제2항은 보험계약이 성립한날로부터 1월내에 그 계약을 취소할 수 있다고 할 뿐, 취소하지 않은 경우 법률관계에 대하여는 분명치 않다. 여기서 상법 제638조의3 제2항에 의해 보험계약의 취소가 없으면 당해 보험약관을 그대로 적용하고, 보험업법 제102조에 의해 과실상계와 병행하여 보험자에게 손해배상책임을 부담시키는 것이 합리적인 것이다.

상법 제638조의3 제2항의 후단에서 “보험계약자가 계약을 취소하지 아니한 때 계약관계는 그 보험약관에 따른다”는 규정을 두어 명확히 하고,⁵⁸³⁾이에 더하여 보험계약자의 취소기간의 기산일은 “보험증권을 받은 날”로 하는 것이 바람직하다고 본다. 따라서 상법 제638조의3 제2항은 “보험자가 제1항의 규정에 위반한 때에는 보험계약자는 보험증권을 받은 날⁵⁸⁴⁾로부터 1월내에 그 계약을 취소할 수 있다. 이 경우

580) Tiedtke, NJW 2001, 1015, 1022.

581) Zöllner, WM 2000, 1, 9.

582) 대판 1998.11.27, 98다32564.

583) 양승규, “상법개정 의 착안사항(1)”, 「상법개정의 착안점」 법무부, 2000, 4면.

584) 한편, 보험증권의 교부에 의한 취소시간의 기산일과 관련하여 상법 제640조(보험증권의 교부) 제1항의 단서

보험계약자가 취소하지 아니한 때에는 그 계약은 보험약관에 따른다”고 개정될 것⁵⁸⁵⁾이라는 견해에 동의한다.

현행 상법 제638조3은 그 표제를 “보험약관의 교부·명시의무”라고 규정하고 있다. 동조 제1항에서 볼 때 보험자가 보험약관의 “중요한 내용”을 알려주어야 한다는 것은 약관의 설명을 뜻하는 것이며, 또 교부는 동시에 명시의 방법이 되는 것을 감안하여 이를 “약관의 교부·설명 의무”로 명확히 할 필요가 있다.⁵⁸⁶⁾ 그렇다면 동조 제1항의 본문도 약관규제법 제3조 제2·3항의 규정에 따라 “보험자는 보험계약을 체결할 때 보험계약자에게 보험약관을 교부하고 그 약관의 중요한 내용을 보험계약자가 이해할 수 있도록 설명하여야 한다”로 고쳐서 명확히 규정할 필요가 있다.

보험계약에서 약관의 교부·설명 의무를 위반한 경우에 약관의 효력을 부인하고 있는 약관규제법과 달리, 상법 제638조의3 제2항에는 보험계약자에게 일정한 기간의 취소권을 부여하고 있다. 상법 제638조의3이 보험약관에 대하여 약관규제법에 대한 특별법적인 성격을 띠고 있다는 점과, 취소권은 소정의 기간 내에 행사되지 아니하는 경우에 유효한 법률관계가 된다는 점에서 본다면, 해석론적인 의미에서 상법 제638조의3만이 적용되어야 할 것이다.⁵⁸⁷⁾

하지만, 보험자의 일방적이고 임의적인 보험약관상의 면책조항이 보험자에 의해 설명되지 않은 경우에, 보험계약자가 취소기간 내에 취소하지 않는 한 설명되지 않은 면책조항이 그대로 계약으로 적용되어 보험자가 보험금의 지급을 면하는 상황이 발생하게 될 것이다. 이것은 개별 보험계약자 보호에 문제가 발생할 뿐만 아니라, 계약당사자의 평등이라는 이념에 비추어 볼 때 우리 헌법 제11조(국민의 평등권 등)를 위반할 소지가 있다.⁵⁸⁸⁾ 현 실정법의 미비에서 나타나는 현상 때문에, 대법원은 법리적인 측면보다 보험계약자를 보호해야 한다는 측면에서 약관규제법을 적용

에서 보험료의 전부 또는 최초보험료의 부지급에 의해 보험증권이 교부되지 않은 경우 취소기간은 시작되지 않으며, 상법 제656조(보험료의 지급과 보험자의 책임개시)에 의한 보험자의 책임 또한 개시되지 않음으로써 보험자에게 불이익한 것은 없을 것이다(황근수, “보험약관의 교부·설명 의무위반과 그 효과의 문제”, 「원광법학」 제24권 제4호, 원광대학교 법학연구소, 2008.12, 458면).

585) 장경환, “상법 제4편(보험법) 개정의견”, 「상사법연구」 제24권 제2호, 한국상사법학회, 2005.8, 286면.

586) 약관규제법 제3조에서도 약관의 ‘내용’에 관하여 ‘명시’를 규정하고(동조 2항), 약관의 ‘중요한 내용’에 관하여는 ‘설명’을 규정하고 있다(동조 3항).

587) 김은경, “보험자의 설명의무에 대한 재고”, 「상사판례연구」 제20집 제3권, 한국상사판례법학회, 2007.9, 124면.

588) 이철송, 「상법총칙·상행위(제5판)」, 박영사, 2007, 35면.

한 것으로 생각된다. 하지만 독일 보험계약법에는, 정보제공의무위반에 대한 효과를 구체적으로 규정⁵⁸⁹⁾하고 있기 때문에 이러한 문제가 제기되지 않는다. 그러므로 우리 보험업법에서 더 구체적인 보험자의 정보제공의무와 이에 대한 보험자의 입증책임에 대하여 규정해야 할 것이다.

6) 약관의 규제에 관한 법률

실제 약관의 교부·설명의무가 이행되는 과정을 살펴볼 때 형식적인 경우가 대부분이며, 소비자로서는 약관의 존재에 대하여 인식하지 못하고 계약체결에 임하는 경우가 없지 않다. 그러나 약관규제법을 적용받기 위한 전제조건으로 당사자가 제시한 계약의 내용이 단지 약관이라는 명칭을 사용하지 아니하므로 인하여 약관규제법의 적용을 받지 않게 되면 약관규제법 적용의 실효성이 중대하게 침해될 것이다. 사업자 측에서 약관규제법 적용의 회피수단으로 약관임을 표시하지 않아 약관규제법의 적용을 우회하는 탈법행위를 감행할 것이 충분히 예상되기 때문이다. 약관규제법의 목적은 약관을 작성하는 사업자의 전문적 지식을 이용한 부당한 계약내용의 확정을 막기 위함에 있다고 할 때 약관규제법 제2조에서와 같이 확대하여 이해하는 것이 바람직하다고 생각된다.

한편 사업자는 계약을 체결할 때에는 고객에게 약관에 정하여져 있는 중요한 내용을 고객이 이해할 수 있도록 설명하여야 한다(약관규제법 제3조 3항). 이를테면 약관의 구술설명을 비대면성과 신속성을 특질로 하는 전자상거래의 경우에도 그대로 요구할 경우에는, 이 거래의 긍정적인 기능(계약체결비용의 절감으로 인한 상품대금의 할인, 계약을 어느 때 어느 곳에서도 체결할 수 있는 편의성, 계약체결의 신속성 등)을 퇴색시키는 결과를 가져온다. 이에 전자상거래의 경우에는 약관규제법 제3조 제3항 단서에서 규정하고 있는 “계약의 성질상 설명이 현저하게 곤란한 경우”에 해당하는 것으로 보아서 설명의무가 면제된다는 견해⁵⁹⁰⁾와, 설명의무를 인정

589) 독일 보험계약법 제7조는 정보제공의무를 정한 규정이므로 이 의무를 위반하는 경우는 부작위청구의 대상이 되며, 보험계약체결 전에 보험자가 이행하여야 할 정보제공의무를 위반한 경우 보험계약법 제8조 제2항에 의거 철회권의 기산이 개시되지 않는다는 것을 통하여 보험자를 제재한다. 또한 보험계약법의 일반론으로도 보험계약자는 손해배상청구권을 행사할 수 있다(Rüffer/Halbach/Schimikowski, a. a. O., § 7 Rn 23).

590) 김동훈, “전자거래와 관련한 약관규제법의 정비방향”, 「전자거래 관련 법제정비방향」, 한국법제연구원, 2001, 70면; 왕상환, 「전자상거래와 국제규범」, 박영사, 2001, 162면; 장경환, “인터넷사이버몰 이용 표준약관의 검토”, 「상사법연구」 제19권 2호, 한국상사법학회, 2000.10, 37면.

하되 그 이행방식을 달리 해야 한다는 견해⁵⁹¹⁾로 나뉘어져 있다. 두 견해는 전자상거래약관에 관한 한 전통적인 구술설명을 요구할 수 없다는 점에서는 인식을 같이 한다. 특히 후자의 견해는, 약관의 설명문을 제시하고 고객이 “설명문을 읽었다”고 표시된 곳을 마우스로 클릭하면 계약을 체결하는 다음 단계로 넘어갈 수 있게 하는 방식으로 약관의 설명의무를 이행하는 것으로 하자고 주장하고 있다.⁵⁹²⁾ 전자상거래표준약관 제3조 제2항도 이러한 설명방식에 따라 “몰은 이용자가 약관에 동의하기에 앞서 약관에 정하여져 있는 내용 중 청약철회·배송책임·환불조건 등과 같은 중요한 내용을 이용자가 이해할 수 있도록 별도의 연결화면 또는 팝업화면 등을 제공하여 이용자의 확인을 구하여야 합니다.”라고 규정하고 있다.

그러나 구술 이외의 방식에 의한 약관의 설명은 약관규제법 제3조 제3항이 예정했던 것은 아니다. 이에 관해서는 법적 근거가 있어야 할 것으로 생각된다. 물론 약관규제법 제3조 제3항의 ‘설명’에 ‘설명문의 제시’도 포함되는 것으로 해석함으로써 문제를 해결할 수도 있겠지만, 이러한 확장해석은 법적 안정성을 흔들리게 할 뿐만 아니라, 전자상거래의 경우와 마찬가지로 비대면성과 신속성을 특질로 하는 통신판매의 경우 ‘통상적인 계약체결의 경우’의 설명방식을 요구하는 위의 대법원 판례⁵⁹³⁾와도 일치하지 않게 된다.

따라서 약관규제법 제3조 제3항 단서를 둘러싼 학설의 다툼을 해결하고, 앞으로 있을지도 모르는 대법원 판례와의 충돌을 피하며, 법적안정성을 피하기 위해서는, 전자상거래의 경우에는 구술이 아닌 설명문에 의한 설명을 허용하는 법적 근거가 명시적으로 마련되어야 할 것으로 생각된다. 하지만, 이러한 법적 근거를 약관규제법에 마련해 놓는 것도 하나의 방법이겠지만, 전자상거래소비자보호법이 제정된 이상, 약관 일반에 관한 설명의무를 규정하는 약관규제법보다는 전자상거래에서의 소비자보호를 목적으로 하는 전자상거래소비자보호법에 마련해 놓는 것이 합리적이라고 생각된다.

통신판매의 경우에도 사업자가 소비자가 이해하기 쉽게 설명문을 작성하여 모사

591) 권대우, “전자거래에서의 약관의 편입과 내용통제”, 「디지털경제시대의 소비자보호와 법」, 한국법제연구원, 2001, 79면.

592) 이충훈, “전자거래에서 약관의 편입과 면책약관에 관한 검토”, 「법조」 제51권 제7호, 법조협회, 2002.7, 224면.

593) 대판 1999.3.9, 98다43342, 43359.

전송, 전자우편, 우편 등에 의하여 송부하는 것으로써 약관규제법 제3조 제3항에 의한 설명의무의 이행에 갈음할 수 있다는 규정을 전자상거래소비자보호법에 둬으로써, 통신판매의 특성이 제대로 발휘되도록 할 필요가 있으며, 다음과 같이 고려해야 할 사항들이 있다고 생각된다.

첫째, 약관규제법 제3조 제2항에 의하면, 사업자는 고객이 요구할 경우 약관을 교부할 의무를 진다고 규정하고 있는데, 통신판매업자가 약관은 소비자의 요구 유무에 따라 송부하기도 하고 하지 않기도 한다고 하는 것 보다 설명의무의 이행을 위해 소비자의 요구를 불문하고 송부하는 것이 합리적이라고 생각한다. 왜냐하면 통신판매업자는 송부업무를 일률적으로 처리할 수 있고, 어차피 설명문을 송부해야 한다면 여기에 약관을 추가하는 것이 그리 큰 부담은 되지 않을 것이기 때문이다.

둘째, 통신판매의 경우에는 사이버물 이외의 여러 통신수단(전자상거래소비자보호법 제2조 제2호, 동법 시행규칙 제2조; 우편, 전기통신, 광고물, 광고시설물, 전단지, 방송, 신문, 잡지, 우편환, 우편대체, 지로, 계좌이체 등)을 매개로 하므로 계약체결의 형태가 다양하여 일률적으로 규율하기가 어려운 면이 있다. 예를 들면, 전자상거래소비자보호법 제3조 제2항 제1호와 동법 시행규칙 제4조 제1항은, 유·무선전화기 등을 이용하여 전화정보서비스를 이용하는 거래의 경우에는, 동법 제13조 제2항 후단에 의한 통신판매업자의 계약체결 후의 '계약내용에 관한 서면'의 교부의무를 면제하고 있다. 생각건대, 계약체결 후에도 '계약의 내용에 관한 서면'을 교부하는 것이 곤란할 정도로 신속하게 수시로 이루어지는 거래의 경우에는, 계약체결 전에 약관과 설명문을 교부하는 것도 거래현실에 맞지 않으므로 약관규제법 제3조 제2항에 의한 약관의 교부의무와 제3조 제3항에 의한 설명의무가 면제되는 것으로 해야 하지 않을까 생각한다. 이러한 경우에는 약관규제법 제3조 제1항에 의한 약관의 명시적의무만이 존재한다고 해야 할 것이다.

셋째, 통신판매업자가 계약체결 전에 약관과 설명문을 송부한 경우에는, 계약체결 후에 이와 동일한 내용을 다시 송부할 필요가 없을 것이다. 따라서 계약체결 전에 약관과 설명문을 송부한 경우에는, 계약체결 후에 교부해야 할 '계약의 내용에 관한 서면'에서 그 송부한 내용과 동일한 내용을 제외할 수 있도록 해야 할 것이다.

7) 전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률

앞에서 살펴본 바와 같이 전자상거래상에서 소비자피해는, 계약의 체결단계에서 이행에 이르기까지 전단계에 걸쳐 발생하고 있다. 소비자는 사업자에 비하여 열악한 위치에서 전자상거래를 함으로 소비자지위를 향상시켜 사업자와 대등한 위치에서 공정한 거래를 할 수 있게 법률과 제도적 장치를 마련하여야 할 것이고, 소비자피해구제에 있어서는 소비자가 신속·공정한 구제를 받을 수 있게 하여야 할 것이다. 오늘날에는 전 세계적으로 전자상거래상에서 소비자의 불안을 제거하고, 전자상거래의 경제적 역기능에 의해 초래되는 소비자 보호문제와 이익을 확보하기 위한 전자거래시장의 환경정비가 절실히 요구되는 추세에 있다.⁵⁹⁴⁾

그러므로 다음과 같이 전자상거래소비자보호법 제13조 등에 규정되어 있는 거래조건에 대한 정보제공의무의 규정과, 동법 제17조 등에 규정되어 있는 청약철회제도 및 동법 제18조에 규정된 청약철회권 행사의 효과 등에 관한 문제점에 관한 개선방안을 제시해 본다. 우선 인터넷상의 표시·광고는 기술적으로 다양한 기능을 수행할 수 있기 때문에 획일적인 기준과 규제로 그 실효성을 확보하기 어렵다. 그러므로 인터넷상의 표시·광고에 대한 법적 접근으로 직접적인 규제보다는 표시·광고를 통한 사업자의 정보제공의무를 강화시키는 방향으로 전환되어야 한다.

인터넷상의 표시·광고는 대부분 계약체결과정에서 사업자에 의하여 기획되고 주도하는 절차에 따라 신속하게 이루어지므로 허위·과장의 표시·광고나 기만적인 표시·광고로 소비자피해가 발생할 가능성이 매우 높다. 또한 인터넷을 통하여 소비자에게 제공되는 표시·광고의 양은 많지만, 소비자에게 제공되는 정보는 실제적으로 한계가 있다. 그러므로 인터넷상의 표시·광고와 관련하여 소비자에게 객관적이며, 정확한 정보가 제공되어야 한다. 또한 사이버몰 운영자가 자신의 현실공간에서 신원을 밝히지 않거나 부정직하게 표시하는 경우에는 소비자의 피해구제를 위한 모든 권리나 절차들이 무의미하게 된다는 점에서, 사이버몰 운영자의 신원을 확인하기 위한 방안을 마련하는 것은 전자상거래에 있어서 공정성을 확보하고 소비자를 보호하기 위한 중요한 문제해결 중 하나이다. 전자상거래에 있어 사이버몰 운영자

594) 지무진, “전자상거래에 있어서의 소비자보호에 관한 연구”, 경남대학교 박사학위논문, 2007.12, 152면; Lynch E., “Protecting Consumers in the Cybermarket” in the OECD Observer, No. 208, 1997.

의 신원에 관한 정보제공의무를 현행법에서 명시(전자상거래소비자보호법 제13조)하고 있지만, 그 내용이 너무나 형식적이어서 사이버몰 운영자의 신원이 가상공간에서의 신원과 현실공간에서의 신원이 일치하는지의 여부를 소비자가 정확하게 알 수 없다.

따라서 사이버몰 운영자의 가상공간에서의 신분, 주소 등과 현실공간에서의 신분, 주소 등에 대한 신원정보제공의무와 소비자의 알 권리를 법률에 명시할 필요가 있다. 현행 전자상거래소비자보호법 제13조에서는 사이버몰 운영자가 자신의 신원에 관하여 표시할 의무를 규정하고 있다. 여기에 추가적으로 영업장소의 소재지, 실제로 연락이 가능한 전화번호, 사업자등록번호, 가입한 단체명과 인증번호, 감독관청에 관한 정보 등을 정확하게 밝힐 필요가 있다. 또한 이러한 정보들을 소비자가 쉽게 인지하고, 직접 소비자에게 전달되어야 하고, 지속적으로 접근 가능하여야 하는 개선이 필요하다.

소비자는 사이버몰 운영자에게 그의 신분, 소재 등에 관한 정보를 요구할 수 있으며, 사이버몰 운영자는 그 요구에 응하여 자신의 신분, 소재 등에 관한 구체적인 정보를 소비자에게 제공할 의무를 법률에 명시할 필요가 있다. 그리고 웹사이트 개설시 프로바이더가 사이버몰 운영자의 실재적 동일성을 파악할 수 있는 인적사항과 이의 진실성을 입증할 수 있는 자료를 확보할 수 있도록 의무화함으로써 소비자가 사이버몰 운영자를 신뢰하고 보다 안정적으로 전자상거래를 할 수 있도록 하여야 할 것이다.

8) 할부거래에 관한 법률

할부거래법에서 할부거래업자는 계약체결에 앞서 소비자가 할부계약의 내용을 이해할 수 있도록 총리령으로 정하는 바에 따라 재화 등의 종류 및 내용, 현금가격, 할부가격, 각 할부금의 금액·지급횟수 및 지급시기, 할부수수료의 실제연간요율과 계약금 표시에 대한 정보를 제공하여야 하고(동법 제5조), 청약의 철회 및 계약 해제의 기한·행사방법·효과에 관한 사항 및 청약의 철회 및 계약 해제의 권리 행사에 필요한 사항을 규정하고 있다(동법 제23조 제1항 6호). 소비자는 정보 등의 면에서 열악한 지위에 있으며, 합리적인 판단보다는 충동적으로 구매의사를 결정하는

특성을 가지고 있다.⁵⁹⁵⁾ 따라서 소비자가 합리적인 구매의사를 결정하기 위하여는 이에 관한 정보의 취득이 요구되며, 그것은 정보를 가지고 있는 사업자가 제공할 필요가 있다고 생각한다.

또한 할부거래에 있어서 신용카드에 의한 할부계약의 경우 이미 소비자와 신용카드사간 회원계약이 존재하며, 이에 따라 변제기 및 할부수수료율이 정하여지거나 변경된 경우 이에 대한 고지의무가 신용카드사에게 부과되어 있다(여신전문금융업법 제18조). 따라서 신용카드에 의한 간접할부계약인 경우, 할부판매업자가 소비자에게 교부할 계약서의 기재사항 중 일정사항의 미기재를 인정하고 있다. 또한 모든 신용제공자에게 서면통지의무를 부과할 경우 통지에 따른 비용의 증가는 결국 가맹점의 수수료 인상요소가 되며, 이는 종국적으로 소비자에게 전가된다. 그 결과 소비자는 종전보다 더 많은 대금을 지급하게 된다.⁵⁹⁶⁾ 따라서 신용제공자의 통지의무에 대하여는 합리적으로 제한할 필요가 있으며, 구체적으로 신용카드에 의한 간접할부계약의 경우 신용카드업자의 통지의무는 배제하는 것이 타당하다 할 것이다.

4. 정보제공의무규정의 민법전에의 편입 여부

주지하는 바와 같이, 민법상에는 정보제공의무에 관한 규정은 없다. 앞에서 살펴 보았듯이, 소비자계약에 있어서 사업자의 정보제공의무에 관한 논의에서 많은 민법의 법리, 즉 착오법리, 사기법리, 신의칙 법리, 계약체결상 과실책임의 법리 등을 적용하여 해결하려고 하고 있다. 일부 학설은 민법전 내에 정보제공의무의 내용에 대하여 구체적으로 제안하며 그 신설이 필요하다고 주장하고 있으며,⁵⁹⁷⁾ 또한 소비자보호법 통합에 관한 부정적 견해⁵⁹⁸⁾ 역시, 소비자계약 현상이 계약체결상에 있어서 정보제공의무에 대한 논의에서 가장 중요한 계기로 되어 있으며, 민법전 내에 일반적 정보제공의무의 신설에 대하여는 가능성을 열어두고 있다는 점에서, 계약체결에 있어서 일반적 정보제공의무에 관하여 민법전 내에 규정을 신설하는 것도 한 가지

595) 고흥석, “할부거래법 개정안에 대한 고찰”, 『재산법연구』 제25권 제3호, 한국재산법학회, 2009.2, 425면.

596) 이강세, 「할부거래에 관한 법률 개정(안) 공청회 자료」, 법무부, 2008.11, 16면.

597) 예컨대, 김상중, 전계논문, 29면 이하; 이준형, 전계논문, 313면 이하; 백경일, 전계 “소비자보호법의 민법전 내 편입문제에 관한 비판적 고찰”, 271면 이하 참조.

598) 백경일, 상계논문, 293-294면.

방안이 될 수 있다. 이것은 소비자기본법이나 소비자보호관련 특별법이 가지고 있는 여러 문제점들을 감안하고, 최근 민법개정의 중요과제 중의 하나로서 소비자보호법의 민법전으로의 편입여부가 논란의 하나로 자리 잡고 있는 것과, 일본의 민법개정시안이 잘 드러내고 있듯이 계약교섭과정의 정보제공의무에 관한 민법전예의 규정신설 여부나 그 형태 등을 포함한 논의는, 민사특별법이 소비자보호를 위하여 민법전 내로의 통합을 위한 중요한 수단으로 기능할 수 있기 때문일 것이라는 기대일 것이다.

그러나, 소비자기본법이나 기타 소비자계약 관련 특별법상의 정보제공의무에 관한 규정이 그 인정근거의 면에서 볼 때 애매하고 불투명한 점이 있다는 것은 사실이지만, 여러 계약의 유형에 따른 상황에 비추어 소비자보호법상의 정보제공의무에 관한 민법전예의 통합은 현 시점의 논의의 진척이나 합의가능성 정도 등에 비추어, 시기상조라고 생각된다. 물론 소비자법상의 정보제공의무에 관해 개별 조문만이 산재해 있고, 이로써 그 일관된 조망을 어렵게 만들고 있음은 반듯이 입법적으로 개선되어야 할 필요가 있다. 그러나 그 공간이 반드시 민법전이어야 하는가는 별개의 문제이며, 오히려 앞에서 설명한 바와 같이 소비자기본법 제19조 제3항의 “사업자의 정보제공 책무”를 확대 강화하고, 향후 소비자관련 특별법 개정시에 이를 명문화 하는 것이 오히려 바람직하다고 생각한다.

제2절 정보제공의무 위반의 법률효과

앞에서 살펴본 바와 같이, 소비자계약상 사업자가 정보제공의무를 위반했을 때, 그 법률효과에 대하여는 민법이나 소비자기본법상 아무런 규정을 두지 않고 있고, 이 논문에서 분석대상으로 삼은 8개의 개별 특별법에서도 계약해소에 관해서는 일부 특별법에서는 제한적으로 인정하고 있지만, 손해배상에 대하여는 아무런 규정을 두고 있지 않다. 따라서 학설은 결국 계약해소에 관해서는 민법상의 착오법리, 사기법리 등에 의하여 이론구성하고 있고, 손해배상에 관하여는 제390조의 채무불이행책임,⁵⁹⁹⁾ 제750조의 불법행위책임⁶⁰⁰⁾을 적용하거나, 계약체결상의 과실책임을 적용

599) 채무불이행책임설은 원시적 불능의 경우에 있어서도 계약상의 책임과 마찬가지로 파악하여 계약채무가 발생

하여 이론구성하고 있다.⁶⁰¹⁾

이에 대한 문제점에 관하여는 이미 제4장에서 살펴보았으므로, 여기에서는 편의상 정보제공의무의 위반에 따른 법률효과로서의 ‘계약해소’와 ‘손해배상’으로 나누어 그 이론구성상 문제점을 해결하기 위한 방안을 중심으로 설명하기로 한다.

1. 계약의 해소

정보제공의무를 위반한 경우 계약해소여부에 대하여, 입법론과 해석론으로 나누어 살펴보려고 한다.

(1) 입법론

입법론으로서는, 소비자기본법상 정보제공의무에 관한 규정 제19조를 개정하여, 사업자의 정보제공의무 불이행시 소비자가 계약해소를 할 수 있도록 해야 할 것이다. 현재 방문판매법 제45조(소비자 등에 불리한 계약의 금지)에서는 “제7조 내지 제10조, 제16조 내지 제19조, 제28조 내지 제30조의 규정의 1에 위반한 약정으로 소비자에게 불리한 것은 그 효력이 없다”라고 규정하여, 제7조의 정보제공의무를 위반한 경우 계약 자체의 효력이 없도록 규정하고 있으며, 할부거래법 제43조에서도

하며 그 불이행에 따른 책임을 부담하는 입장으로 계약체결상의 과실책임의 근거를 계약에 두고 계약체결의 준비단계나 계약체결단계에 있어서의 행위를 계약행위로 규제하여 계약체결상의 과실에 대하여 계약책임을 인정한다. 계약체결을 위하여 접촉한 때부터 신의칙상 부수적 의무가 성립하고, 이러한 계약상 부수적 의무의 위반으로 인한 손해배상책임을 진다(곽윤직, 전제 「채권각론」, 83면; 송덕수, 전제서, 1207면; 지원립, 「민법강의」, 홍문사, 2009, 1200면; 김동훈, “채무불이행책임과 하자담보책임의 통합모색”, 「민사법학」 제24호, 한국민사법학회, 2003.9, 22면).

600) 불법행위책임설은 계약체결상의 과실책임의 근거를 불법행위에서 구하고 계약체결상의 과실이 불법행위의 요건을 구비하면 불법행위를 인정할 수 있을 뿐 계약책임을 인정할 수 없다는 설이다(김준호, 「민법강의」, 법문사, 2007, 1219면; 김중환·김학동, 「채권각론(제7판)」, 박영사, 2006, 56면; 김형배, 「민법강의(제7판)」, 신조사, 2008, 1161면; 양창수, 「민법연구」 제1권, 박영사, 1991, 385-386면; 최홍섭, “계약 이전단계에서의 책임과 민법 제535조의 의미”, 「한국민법학의 현대적 발전: 연남 배경숙 교수 화갑기념논문집」, 1991, 585면).

601) 계약체결상의 과실책임이란, 계약체결의 준비단계 또는 성립과정에 있어서 당사자 일방의 과실로 상대방이 손해를 입은 경우, 과실 있는 당사자가 상대방에 대하여 부담하는 손해배상책임(구체적으로는 신뢰이익의 배상책임)이라 할 것이다. 즉, “계약체결상의 과실책임 또는 무효인 계약 혹은 완성될 수 없는 계약에 있어서의 손해배상(Rudolf von Jhering, “Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion Verträgen”, (Jherings Jahrbücher Bd. 4(1861), S. 1 ff)”이라는 논문을 통하여, 원시적 불능·금지법규위반으로 계약이 무효가 됨으로써 상대방이 손해를 입은 경우, 계약의 유효요건을 다 밝히고 필요한 주의를 다 하지 못한 과실 있는 당사자는 그 손해배상책임을 져야 한다고 주장하였다(한삼인, 전제 「계약법」, 61면).

“……제23조의 규정을 위반한 약정으로서 소비자에게 불리한 것은 효력이 없다”라고 규정하고 있는 바, 이 두 법률은 정보제공의무를 위반함으로써 소비자에게 불리한 계약이 체결되었다면 소비자는 계약의 무효를 주장할 수 있는 직접적인 근거를 두고 있다고 할 것이다. 소비자기본법에서도 이와 같은 규정을 둔다면, 모든 소비자 계약에 있어서 사업자가 정보제공의무를 위반함으로써 소비자에게 불리한 계약이 체결된 경우, 소비자기본법의 해당 규정에 의하여 계약을 무효로 할 수 있을 것이다.

만약 소비자기본법의 개정이 힘들거나 지연되는 경우에는, 먼저 개별 특별법상의 해당규정을 방문판매법 제45조나 할부거래법 제43조와 같은 규정을 두도록 개정하는 것도 한 가지 방법이 될 수 있을 것이다.

(2) 해석론

소비자기본법이 위와 같이 개정되는 것이 가장 바람직한 일이지만, 소비자기본법이 개정되기 전에는 앞에서 살핀 현재의 해석론과 같이, 민법상의 착오법리나 사기법리를 적용하여 이론구성할 수밖에 없을 것이다. 그러나 이 경우에도, 일률적으로 민법상의 착오법리, 사기법리를 적용하여 이론구성할 것이 아니라, 소비자계약 관련 특별법을 적용해야 하는 유형의 계약과 그렇지 않은 계약으로 나누고, 개별 특별법상 계약해소에 관하여 명정하고 있는 경우는 그 특별법상의 규정을 적용하고, 그렇지 않은 경우에만 민법상의 착오법리 또는 사기법리를 적용하여 계약을 해소하는 것으로 이론구성을 해야 할 것이다.

1) 방문판매법과 할부거래법

방문판매법과 할부거래법에는 위에서 살핀바와 같이, 각각 제45조와 43조에서 정보제공의무를 위반한 경우, 소비자에게 불리한 계약은 무효로 한다는 규정을 두고 있으므로, 이 규정에 의하여 ‘계약의 해소’가 가능하다고 해석해야 한다.

2) 보증인보호법과 가맹사업법·약관규제법

보증인보호법은 극히 제한적으로 ‘계약해소’를 할 수 있도록 하는 규정이 있고(동법 제5조 제4항), 가맹사업법은 다소 제한적이지만 ‘계약해소’가 가능하도록 규정하고 있으므로(동법 제14조 제1항), 제한된 범위에서나마 이 규정을 적용하여 ‘계약의 해소’가 가능하다고 해석해야 한다. 또한 신의성실의 원칙을 위반하여 공정성을 잃은 약관조항은 무효(약관규제법 제6조 제1항)라는 규정을 적용하여서도 해소가 가능할 것이다.

3) 기타 특별법상의 소비자계약과 특별법의 적용을 받지 않는 일반 소비자계약

이 경우에는 지금까지의 학설상의 이론구성처럼 민법상의 착오법리 또는 사기법리를 적용하여 ‘계약해소’가 가능하다고 이론구성해야 한다.

2. 손해배상

소비자계약상 사업자의 정보제공의무 위반에 대한 법률효과로서, 소비자는 ‘계약의 해소’와 더불어 ‘손해배상’을 청구할 수 있음은 이미 살펴본 바와 같다. 학설은 ‘손해배상’에 관하여 현재의 학설은 민법 제390조의 채무불이행책임이나, 민법 제750조의 불법행위책임으로 이론구성하고 있다는 것도 주지하는 바와 같다. 경우에 따라서는 민법 제535조 소정의 계약체결상의 과실론에 의하여 손해배상책임을 지우려는 학설도 존재한다.⁶⁰²⁾

이러한 학설상의 이론구성에 대하여는 별도의 이론적 재구성을 할 필요가 없다고 생각되므로, 이에 대한 입법론과, 손해배상의 범위에 대해서만 개괄적으로 살펴보고자 한다.

(1) 입법론

입법론으로서는 소비자기본법상 사업자의 정보제공의무 위반의 법률효과로서, 계

602) 石田穰, 「證據法の再構成」, 東京大學出版會, 1981, 57面.

약의 해소를 규정하는 것과 마찬가지로, 손해배상에 관해서도 같은 조문에서 규정하는 것이 바람직하다고 생각한다. 소비자기본법의 사업자의 책무를 규정한 제19조 제5항에서, “사업자는 물품등의 하자로 인한 소비자의 불만이나 피해를 해결하거나 보상하여야 하며, 채무불이행 등으로 인한 소비자의 손해를 배상하여야 한다”라고 규정하고 있는데, 오히려 이를 확대하여 동조 제3항의 정보제공의무를 위반한 경우에도 손해배상을 하도록 규정해야 할 것이다.

개별 특별법에 있어서도, 가맹사업법, 공인중개사업법, 방문판매법, 보증인보호법, 보험업법, 약관규제법, 전자상거래법, 할부거래법 등 모든 특별법에서 정보제공의무 위반을 이유로 한 손해배상책임규정이 없는 바, 소비자기본법이 개정되기 전에는 이들 특별법상에 손해배상책임 규정을 두는 것이 바람직하다.

(2) 해석론

우리법상 정보제공의무 위반으로 인한 손해배상은 일차적으로는 실질적 결과에 있어서 원상회복을 목표하는 금전손해배상이 인정되지만, 올바른 정보용태가 있었더라면 보다 유리한 계약을 체결하였으리라는 것이 상당성 있는 사태경과로 입증되거나 의무자에게 예견가능성이 있는 경우에는 그러한 가정적 계약을 기준으로 하는 손해가 각각 통상손해 또는 특별손해로 배상될 수 있다.⁶⁰³⁾ 전자의 손해배상이 실질적인 경제적 결과에 있어서는 계약의 해소를 목표로 한다고 하면 후자는 계약의 조정에 해당한다고 할 수 있다.⁶⁰⁴⁾

그러나 이와는 달리 정보제공의무 위반으로 인하여 야기된 재산적 이익에 관한 그릇된 기대 자체를 기준으로 하는 손해배상은 허용되지 않는다. 그러한 재산증가에 관한 그릇된 기대의 보호는 정보제공의무의 보호범위에 속하지 않기 때문이다. 또한 그러한 기대는 계약의 내용으로 된 경우에만 배상의 내용이 될 수 있다. 한편

603) 김상관·정영진, 전제논문, 149면.

604) 본래 합의된 계약상의 대가관계는 과실의 기망으로 야기된 불이익만큼 변경되므로 이를 계약의 효력 차원에서 보면 계약의 조정이 일어나게 된다. 그러나 계약조정 형태의 손해배상청구권의 행사에 있어서 인과관계의 입증은 포기하는 것은 차액배상에 있어서 차액산정의 기준을 확정할 수 없다는 문제를 야기하고, 차액배상에 의한 계약조정은 의무위반이 없었다면 보다 유리하게 체결되었을 계약의 내용을 기준으로 하는 것인데 그와 같은 보다 유리한 계약체결의 증명은 인과관계의 증명 단계에서 이미 포기되었기 때문이다.

정보제공의무 위반이 결정의 자유 침해를 넘어서 다른 법익의 완전성 이익 침해에 이른 경우에 그러한 손해는 상당인과관계의 범위 내에서 언제나 배상되지 않으면 안 된다.⁶⁰⁵⁾

우리 대법원은 정보제공의무 위반 사례⁶⁰⁶⁾에서 손해배상액을 결정하면서 과실상계를 자주 적용하고 있다. 과실상계가 가능하다는 것은 의무 위반자와 침해된 권리자의 이익을 구체적 타당성 있게 조정할 수 있다는 점에서 금전 손해배상에 의한 처리의 장점이기도 하다(정보리스크의 비율적 분배). 그러나 이미 정보제공의무의 근거제시 단계에서 정보제공 상대방의 귀책요소가 고려되므로, 이를 손해배상단계에서 다시 고려하는 것은 정보제공 상대방의 과실을 두 단계에 걸쳐서 심사하는 것이 된다. 따라서 손해배상의 과실상계에 있어서는 정보제공의무의 근거제시단계에서 고려되었던 계약 당사자간 이익평가와 조화될 수 있도록 피해자과실의 인정에 신중을 기할 수 있도록 해야 할 것이다.

한편 손해배상의 범위는 계약체결에서 결정의 자유 보호를 목적으로 하는 정보제공의무를 위반한 위법행위로 인하여 발생하는 손해로서 정보제공의무 위반과 상당인과관계가 있는 손해이다. 그러나 정보제공의무 위반으로 인한 상당인과관계 있는 손해가 언제나 계약체결 자체의 불이익을 제거하는 것에 그치는 것은 아니다. 상대방의 의무위반 행위가 없었더라면 부담하였을 가정적 반대급부와의 차이가 상당인과관계 있는 손해로 배상되어야 한다.⁶⁰⁷⁾ 판례는 “불법행위로 인한 손해배상청구소송에 있어, 재산적 손해의 발생 사실은 인정되나 그 구체적인 손해액수를 입증하는 것이 사안의 성질상 곤란한 경우, 법원은 증거조사의 변론 전체의 취지에 의하여 밝혀진 당사자들 사이의 관계, 불법행위와 그로 인한 재산적 손해가 발생하게 된 경위, 손해의 성격, 손해가 발생한 이후의 제반 정황 등의 관련된 모든 간접사실들을 종합하여 상당인과관계에 있는 손해의 범위인 수액을 판단할 수 있다”고 판시하고 있다.⁶⁰⁸⁾

605) 김상찬·정영진, 전제논문, 149면.

606) 판례는 금융거래와 관련한 계약체결단계에서 사업자는 정보제공의무 또는 설명의무를 부담하게 되고, 이를 위반한 경우에 사업자는 고객에 대하여 불법행위에 의한 손해배상책임을 인정한다(대판 2006.5.11, 2003다51057; 대판 2009.8.20, 2008다19355; 대판 2006.10.12, 200448515).

607) 송오식, 전제 “소비자계약에서 정보제공의무”, 115면.

608) 대판 2009.8.20, 2008다19355.

3. 입증책임의 문제

어떠한 사실의 진위가 불명확한 경우 법원은 사실관계가 불명확하다는 이유로 재판을 거부할 수는 없다. 이 경우 법원의 판단의 기준이 되는 것이 이른바 입증책임(증명책임)이다. 입증책임은 ‘민사소송의 척골’이라고 일컬어지듯이 민사소송에서의 입증책임의 역할은 매우 크다.⁶⁰⁹⁾ 입증책임분배에 관하여 통설의 입장인 법률요건분류설에 의하면, 원고는, 청구원인으로서 소송물인 권리의 발생요건을 정한 권리근거 규정상의 요건사실을 주장·입증해야 하며, 피고는, 항변으로서 청구원인사실로부터 발생하게 될 법률효과에 대한 권리장애사실, 권리소멸사실, 권리행사저지사실을 주장·입증해야 한다.

앞에서 살펴본 바와 같이, 소비자계약상 정보제공의무에 관하여 손해배상책임을 묻는 경우에 있어서, 채무불이행책임으로 이론을 구성하는 경우에, 소비자는 사업자측의 정보제공의무 위반사실이 있음을 입증하기만 하면 되고, 사업자의 고의·과실이나, 인과관계에 대한 입증은 필요하지 않은 반면, 불법행위책임으로 이론을 구성하는 경우에는, 소비자는 사업자의 정보제공의무를 이행하지 않았음을 입증하는 것은 물론, 사업자의 고의·과실이나, 사업자의 위법한 행위와 손해사이의 인과관계에 대하여도 입증하지 않으면 아니 된다.

그러므로 전통적 불법행위이론에 의하면, 그렇지 않아도 정보량에 있어서 격차가 있는 소비자로서 사업자의 고의·과실이나 인과관계 등을 입증한다는 것은 거의 불가능에 가깝고, 결국 소송에서 패소하지 않으면 아니 되는 결과가 될 수밖에 없다.

그리하여 최근 피해자의 구제를 위하여, 환경오염피해소송, 제조물책임소송, 교통사고소송, 의료사고소송 등 이른바 현대형 소송에 있어서는 피해자의 입증책임을 경감해 주거나, 아니면 가해자에게 입증책임을 전환시켜야 한다는 새로운 이론들이 많이 나오고 있다. 예컨대, 독일의 Prölss에 의하여 체계화 된 위험영역설,⁶¹⁰⁾ 독일의 Kegel, Wahrendorf 등에 의하여 주장된 개연성설,⁶¹¹⁾ 일본의 石田穰에 의하여 주

609) 김상찬, “입증책임전환의 법리에 관한 연구”, 건국대학교 석사학위논문, 1991.2, 15면 이하 참조.

610) J. Prölss, Die Beweislast nach Gefahrenbereich, VersR 1964, S.901ff.

611) Kegel, Festschrift für Kronstein, 1967, S.321, 335ff; Wahrendorf, Die Prinzipien der Beweislast im Haftungsrecht, Köln, 1976, S. 35ff.

창된 이익형량설(증거거리설)⁶¹²⁾ 등이 그것이다.

이러한 새로운 이론들의 공통점은 기존의 통설인 법률요건분류설을 비판하면서, 피해자를 구제하기 위하여 피해자가 부담하는 입증책임을 경감시켜 주거나, 아니면 피해자가 부담하는 입증책임을 가해자에게 전환하여, 가해자가 고의·과실이 없음을 입증하지 못하거나, 인과관계가 없음을 입증하지 못하면 손해배상책임을 부담하게 하는 것이다.

우리나라의 대법원도, 수질오염으로 인한 환경오염피해소송에서, “(1)피고들 공장이 위치한 공단에서 김이나 재첩 양식에 악영향을 줄 수 있는 폐수가 배출되고, (2) 그 폐수 중 일부가 물의 흐름에 따라 김이나 재첩양식장에 도달하였으며, (3)그 후 김이나 재첩에 피해가 있었다는 사실이 각 모순 없이 증명되면 공단 공장들의 폐수 배출과 김이나 재첩양식이 폐사함으로 발생한 손해 사이의 인과관계가 일단 증명되었다고 할 것이므로, 피고들이 직접반증으로 (1)피고들이 배출하는 폐수 중에는 김이나 재첩의 생육에 악영향을 끼칠 수 있는 원인물질이 들어 있지 않으며, (2)원인물질이 들어 있다 하더라도 안전농도 범위 내에 속한다는 사실을 증명하거나, 간접반증으로 원고들의 김이나 재첩양식장의 피해는 피고 공장들이 배출한 폐수가 아닌 다른 원인이 전적으로 작용하여 발생한 것임을 증명하여 인과관계를 부정하지 못하는 이상 그 불이익을 피고들에게 돌려 피고들이 그 책임을 면할 수 없도록 하는 것이다”⁶¹³⁾라고 판시한 사례가 있다. 이는 개연성설을 취한 것이다.⁶¹⁴⁾

소비자계약에 있어서 사업자에게 정보제공의무를 부담시키는 이유가 소비자와 사업자 간의 정보의 격차가 크다는 데 있다는 것을 감안하면, 소비자가 사업자의 정보제공의무 위반을 이유로 사업자에게 손해배상청구를 하는 경우에 있어서, 그렇지 않아도 정보량이 적거나 거의 없는 소비자에게 사업자의 고의·과실이나 인과관계 등에 대한 입증책임을 부담하는 것은 소비자로 하여금 소송에서 패소하는 결과를 초래하는 것이 명백하게 된다고 해야 한다. 그러므로 소비자계약상 정보제공의무위반을 이유로 한 손해배상청구소송에 있어서도, 환경오염소송, 제조물책임소송, 교통사고소송, 의료사고소송과 같은 현대형소송과 같이, 통상의 전통적이론에 의하여 피

612) 石田穰, 前掲書, 57面.

613) 대판 2004.11.26, 2003다2123; 대판 1997.6.23, 95다2692; 대판 1984.6.12, 81다558.

614) 한삼인, 「판례만법」 제3판, 법률행정연구원, 2003, 1231-1239면을 참조할 것.

해자에게 부과되는 입증책임을 경감시키거나, 아니면 오히려 입증책임을 사업자에게 전환시킴으로써, 사업자가 정보제공의무를 이행하였음을 입증하지 못하거나 사업자가 자신에게 고의·과실이 없거나, 자신의 행위와 손해 사이에 인과관계가 없음을, 또는 사업자의 정보제공의무 이외의 기타의 사유로 손해가 발생한 것임을 입증하지 못하면 손해배상책임을 부담하도록 하는 것이 바람직하다. 이익형량설에서 주장하는 바와 같이, 입증책임을 분배에서는 입법자의 의사가 우선적인 중요한 기준이 되는데,⁶¹⁵⁾ 입법자의 의사가 명확하지 않을 경우, ‘증거와의 거리’, ‘입증의 난이’ 등에 의하여 입증책임을 분배되어야 한다. 소비자계약상 사업자의 정보제공의무가 위반되었는지 여부에 대하여 살펴보면, 증거와의 거리나 입증의 난이 등에 있어서 소비자에게 입증하라고 하기 보다는 사업자에게 입증하도록 하는 것이 훨씬 바람직하다고 생각된다.

입법론으로는 소비자기본법상이나, 소비자계약관련 특별법상에 자동차손해배상보장법 제3조와 같이 입법적으로 입증책임을 전환하여, “사업자가 소비자에 대하여 정보제공의무를 다하였음을 입증하지 못하면 소비자에 대하여 손해배상책임을 있다”는 형식의 입증책임 전환의 규정을 두는 것이 바람직하지만, 입법적인 조치가 늦어지는 것을 대비하여, 사업자에게 정보제공의무를 부담하도록 하는 것이 소비자의 구제를 위한 것이라는 정책적 배려를 고려하여, 해석론으로서, 소비자에게 부담시키는 입증책임을 경감시키는 것이 바람직하다. 방법론적으로는 판례를 통하여 입증책임을 경감 또는 전환시켜 나가야 할 것이다.

제3절 입법론

앞에서 소비자계약상 정보제공의무의 발생요건, 실효성확보, 의무위반시 법률효과 등에서 소비자기본법과 8개의 특별법의 개정방향을 중심으로 비교적 세부적으로 입법론을 제시하였는데, 여기에서는 이들을 소비자기본법의 개정방향, 개별 특별법의 개정방향으로 나누어 요약·정리하려 한다.

615) 石田穰, 前掲書, 46面.

1. 소비자기본법의 개정방향

앞에서 살펴본 바와 같이, 우리 소비자기본법은 제4조 제2호에서 소비자에게 “물품 등을 선택함에 있어서 필요한 지식 및 정보를 제공받을 권리”가 있음을 규정하고, 제19조 제3항에서 “사업자는 소비자에게 물품 등에 대한 정보를 성실하고 정확하게 제공하여야 한다”고 규정하고 있을 뿐, 이에 의무위반의 성립요건이나, 위반시 법률효과 등에 대하여 아무런 규정도 두지 않고 있다.

일본의 “소비자계약법”은 사업자측의 정보제공의무에 관하여 규정한 후(동법 제3조), 계약체결단계에 있어서 사업자측에게 부실고지, 단정적 판단의 제공, 또는 고의에 의한 불이익사실의 불고지가 있었던 경우에는 소비자측에게 계약취소권을 인정하는 등(동법 제4조) 소비자거래에 있어서의 분쟁을 해결하기 위한 구체적인 방법이 규정되어 있다. 우리 소비자기본법의 경우에도 일본의 소비자계약법을 참고하여 보다 자세한 규정을 두는 것이 바람직하다. 특히, 현재 사업자에게 주어진 정보제공의무를 신의칙에 기한 ‘부수의무’ 정도로 그 성격을 규정지우는 이유가, 소비자기본법상의 정보제공의무에 관한 규정이 단편적이고 선언적인 규정이기 때문이기도 한 것으로 생각하면, 더욱 더 필요하다고 생각된다.

소비자기본법상 정보제공의무에 관하여 별도의 조문을 두고, 각 항에는 ‘최소한 사업자의 정보제공의무, 정보제공의무의 판단기준, 의무위반시의 효과로서 계약의 해소와, 손해배상청구권, 그리고 입증책임의 전환(경감) 등에 관한 규정’ 등을 포함 시켜야 할 것이다.

2. 개별 특별법의 개정방향

지금까지 논의의 대상으로 삼아 온, 8개의 소비자계약 관련 개별 특별법의 개정 방향을 요약·정리하면 다음과 같다.

첫째, 가맹사업법 제10조는 가맹본부가 정보제공의무 등을 위반한 경우, 가맹금반환에 대하여 정하고 있지만, 매우 제한적이므로, 이러한 제한을 가급적 없애는 방향으로 개정되어야 한다. 또한 손해배상책임에 관해서도 규정을 두어야 할 것이다.

둘째, 공인중개사업무법 제25조는 중개업자에게 중개대상물의 확인·설명의무를 부과하고 서면작성·교부 및 보관의무를 규정하고 있는 바, 제30조의 손해배상책임의 보장에서는 ‘중개행위를 함에 있어서 고의 또는 과실로 인하여’라고만 하고 있을 뿐, 설명의무(정보제공의무) 위반에 대하여 손해배상책임을 부담하도록 하는 규정은 없다. 설명의무 위반시 손해배상책임을 지도록 하는 규정이 필요할 것이다.

셋째, 방문판매법 제7조는 사업자의 정보제공의무와 함께 계약서 교부의무를 부과하고 있고 계약의 해소에 관한 규정은 있지만, 정보제공의무를 위반하였을 때 손해배상책임을 부담하도록 하는 규정이 없는데, 이에 대한 규정을 두어야 할 것이다.

넷째, 보증인보호법 제5조 제1항·제2항·제3항에서는 채권자의 보증인에 대한 일정한 정보의 통지의무·정보제공의무를 규정하고 있고, 이를 위반한 경우 보증인은 그로 인하여 입은 한도에서 채무를 면하도록 규정하고 있어(동조 제4항), 부분적으로 손해배상에 대한 규정을 두고 있다고 볼 수 있다. 그러나 제8조의 금융기관 보증계약의 특칙에서는 채무관련 신용정보를 보증인에게 제시할 때에는 채무자의 동의를 받도록 하고 있어(동법 제8조 제2항), 채무자가 동의하지 않을 경우 보증인은 자신이 금융기관에 적극적으로 신용정보를 요구하지 않는 한(동법 제8조 제3항), 채무자의 신용정보를 취득할 길이 없게 된다. 또한 일정한 경우 보증계약의 해지가 가능하지만, 그것은 보증인이 금융기관에 채무관련 신용정보의 제시를 요구하고 7일 이내에 금융기관이 그 요구에 응하지 않는 경우에만 가능하도록 하고 있어(동법 제8조 4항), 거의 실효성이 없는 규정이라 할 수 있다. 그러므로 진정한 보증인보호를 위해서는 보증인보호법에 보증계약체결 단계에서부터 채권자가 보증인이 되려는 자에게 주채무자의 신용정보를 알려주어 보증계약을 체결할지 여부를 결정할 수 있도록 해야 하며, 판례이론과 같이,⁶¹⁶⁾ 주채무자의 신용상태가 악화되면 즉시 보증인에게 그 정보를 통지하여 보증인이 사정변경의 원칙에 의하여 보증계약을 해지할 수 있도록 규정해야 한다.

다섯째, 보험업법 제95조의2에서는 보험업자의 설명의무에 대하여 규정하고 있지만, 상법 제638조의3 제1항에서는 보험계약체결시 보험약관교부 및 설명의무를 규정하면서, 제2항에서는 이를 위반할 때에 보험계약자는 1개월 이내에 계약을 취소

616) 대판 2002.5.31, 2002다1673; 대판1994.12.12, 94다31839; 대판 1998.6.26, 98다12826.

할 수 있도록 규정하고 있다. 약관규제법에서는 보험계약에서 약관의 교부·설명 의무를 위반한 경우에 약관의 효력을 부인하고 있지만(약관규제법 제3조 제4항), 보험약관에 대하여는 상법 제638조의3이 약관규제법에 대한 특별법적인 성격을 띠고 있어서, 취소권이 상법상의 소정의 기간 내에 행사되지 않은 경우에 유효한 법률관계가 된다고 해석할 수 있다.⁶¹⁷⁾ 예컨대 보험자의 임의적인 보험약관상의 면책조항이 보험자에 의해 설명되지 않은 경우에, 보험계약자가 상법상의 취소기간 내에 취소하지 않는 한 설명되지 않은 면책조항이 그대로 계약으로 적용되어 보험자가 보험금의 지급을 면하는 상황이 발생하게 될 수 있다. 그러나 대법원은 보험계약자를 보호해야 한다는 측면에서 약관규제법을 적용하여, 보험계약상 약관의 교부·설명 의무를 위반한 경우에 약관의 효력을 부인하고 있는데,⁶¹⁸⁾ 이것은 실정법의 미비에서 나타나는 현상 때문이라 할 수 있다. 따라서 보험업법에서 보험업자가 약관의 교부·설명 의무를 위반한 경우의 해당 약관규정의 무효나 취소규정을 분명히 함으로써 이러한 문제를 해결해야 할 것이다.

여섯째, 약관규제법 제3조 제2항은, 사업자는 고객이 요구할 때에만 약관을 교부할 의무를 지도록 하고 있다(단, 여객운송업, 전기·가스 및 수도사업, 우편업, 공중전화 서비스제공 통신업 등을 제외). 그러나 전자상거래 또는 통신판매 등에서는 물품의 송부업무를 일률적으로 처리할 수 있고, 이 때 설명문을 동봉하고 있는데, 여기에 약관을 추가하는 것은 큰 부담이 아니므로 고객의 요구 여부와 관계없이 약관을 교부하도록 개정되어야 할 것이다.


일곱째, 전자상거래법 제13조 제2항의 거래조건 등에 대한 정보제공의무의 규정과, 동법 제17조 등에 규정되어 있는 청약철회제도 및 동법 제18조에 규정된 청약철회권 행사의 효과 등의 문제에 대하여는, 전자상거래법을 개정하여 허위 또는 과장광고에 대한 규제를 강화할 필요가 있다. 인터넷상의 표시·광고는 대부분 계약 체결과정에서 사업자에 의하여 기획되고 주도하는 절차에 따라 신속하게 이루어지므로 허위·과장의 표시·광고나 기만적인 표시·광고로 소비자피해가 발생할 가능성이 매우 높다. 또한 인터넷을 통하여 소비자에게 제공되는 표시·광고의 양은 많

617) 김은경, 전제 “보험자의 설명의무에 대한 재고”, 124면.

618) 대판 1998.11.27, 98다32564.

지만, 소비자에게 제공되는 정보는 실제적으로 한계가 있다. 그러므로 인터넷상의 표시·광고와 관련하여 소비자에게 객관적이며, 정확한 정보가 제공되어야 한다.

여덟째, 할부거래법 제5조·제6조 및 제23조에서 할부거래업자 및 선불식할부거래업자의 정보제공 및 서면주의 등에 대하여 규정하고 있는 바, 동법 제6조 제4항은, “할부계약이 제1항 각호의 요건을 갖추지 못하거나 그 내용이 불확실한 경우에는 소비자와 할부거래업자 간의 특약이 없으면 그 계약내용은 어떠한 경우에도 소비자에게 불리하게 해석되어서는 아니된다”라고 규정하고 있고, 제43조에서는 “제6조, …, 제23조…등의 규정에 위반한 약정으로서 소비자에게 불리한 것은 효력이 없다”라고 규정하고 있다. 이 조문들은 정보제공의무 또는 서면제공의무를 강조한 것으로, 계약을 무효로 할 수 있는 조항이기는 하나, 소비자에게 불리한 계약을 금지한 선언적 규정에 불과할 뿐, 이들로 인하여 손해가 발생되었을 때 손해배상을 규정하거나, 이 규정을 위반한데 대한 벌금이나 시정조치 조항도 없다. 이 조항들이 실효성 있게 하기 위해서는 정보제공의무·서면제공의무위반에 대한 효과로서, 손해배상조항과 벌금 등의 벌칙조항을 신설하는 것이 바람직하다고 생각한다.



제6장 결론

이 논문은 소비자계약에 있어서 사업자와 소비자 간에는 정보격차가 있으며, 이로 인하여 사업자는 소비자에 대하여 정보제공의무를 부담하고, 사업자가 이를 위반하였을 때 일련의 책임을 져야 한다는 전제하에, 이에 관한 선진 주요국가의 법 이론 및 입법례와 더불어 우리나라의 법제를 비교법적으로 고찰하고 있다.

이 논문에서 정보제공의무의 법리의 재구성으로서 제시하고 있는 입법론과 해석론을 요약·정리하면 다음과 같다.

첫째, 정보제공의무의 법적 성격에서 이론적 구성의 문제이다. 현재의 학설은 대체로 정보제공의무가 계약상 급부의무로 되지 않는 계약에서는 정보제공의무를 신의칙상 부수의무 내지 거래상 주의의무로 보아야 하고, 계약 성립이전의 단계에서부터 인정되어야 한다고 한다. 그러나 소비자기본법 제19조 제3항이나, 개개의 소비자 관련 특별법에서 사업자의 정보제공의무가 규정되고 있으므로, 정보제공의무를 일률적으로 신의칙에 기한 부수의무로서의 성격을 가지고 있다고 하는 것은 옳지 않다. 현재로서는 정보제공의무가 유형에 따라서 급부의무로 평가되거나 또는 부수의무로 평가되는 경우가 있을 것이지만, 소비자계약 관련 특별법에서 정보제공의무를 규정하고 있는 경우는 급부의무로 파악하는 것이 타당하며, 개별 특별법의 적용을 받지 않는 유형의 소비자계약도 소비자기본법의 정보제공의무 규정을 전제로, 급부의무로 파악하는 것이 옳다고 생각한다.

둘째, 정보제공의무의 인정근거에 관하여는 소비자기본법과 개별 특별법에 명시적인 규정이 있음에도 불구하고 학설은 민법상의 사기법리, 착오법리, 계약체결상의 과실의 법리 등을 근거로 삼아 정보제공의무의 위반문제를 해결하려고 하고 있는데, 이에 대하여 이 논문에서는 ①소비자기본법의 정보제공의무 규정을 강화하고, ②소비자 관련 개별 특별법상의 정보제공의무 규정을 정형화함으로써, 정보제공의무의 인정근거를 소비자기본법이나 소비자계약 관련 특별법에서 찾아야 한다고 하

고 있다. 다만, 현행 소비자기본법은 사업자의 책무로서 제19조 제3항은 “사업자는 소비자에게 물품 등에 대한 정보를 성실하고 정확하게 제공하여야 한다”라고 규정하고 있을 뿐, 사업자가 정보제공의무를 위반한 경우에 대하여는 아무런 규정을 두지 않고 있어서, 경우에 따라서는 이 규정이 애매하고 매우 형식적이며 선언적인 조항이라는 비판을 받을 수 있으므로, 입법론으로서 소비자기본법상 사업자의 정보제공의무에 관한 규정을 보다 구체적이고 명확하게 하여야 할 것이다. 즉, 소비자기본법상 사업자의 정보제공의무에 관한 규정을 제19조 ‘사업자의 책무’라는 조문에서만 개의 항으로 둘 것이 아니라, 별도의 조문으로 분리하여, 정보제공의무, 정보제공의무 위반시 소비자의 계약해소 및 손해배상청구권, 기타 벌칙규정 등을 묶어 상세히 규정하는 것이 필요하다. 이같이 규정함으로써, 사업자의 정보제공의무에 관한 다른 법률에서 특별한 규정을 두지 않는 경우의 모든 소비자계약에서, 소비자기본법상의 정보제공의무 조항을 적용하여 사업자에게 정보제공의무를 부과하도록 해야 할 것이다.

정보제공의무 규정의 민법예외 편입 여부에 관하여는, 최근 민법개정의 중요과제 중의 하나로서 소비자보호법의 민법전으로의 편입여부가 논란의 하나로 자리 잡고 있으며, 일본의 민법개정시안이 잘 드러내고 있듯이 계약교섭과정의 정보제공의무에 관한 민법전의 신설 여부나 그 형태 등을 포함한 논의는 민사특별법인 소비자보호의 민법전예외의 통합을 위한 중요한 수단으로 기능할 수 있고, 한편, 소비자기본법이나 기타 소비자계약 관련 특별법상의 정보제공의무에 관한 규정이 그 인정근거의 면에서 볼 때 애매하고 불명확한 점이 있는 것은 사실이다. 그러나 여러 계약의 유형에 따른 상황에 비추어 소비자보호법상의 정보제공의무에 관한 민법전예외의 통합은 현 시점의 논의의 진척이나 합의가능성 정도 등에 비추어, 시기상조라고 생각된다. 물론 소비자법상의 정보제공의무에 관해 개별 조문만이 산재해 있고, 이로써 그 일관된 조망을 어렵게 만들고 있음은 반듯이 입법적으로 개선되어야 할 필요가 있다. 그러나 그 공간이 반드시 민법전이여야 하는가는 별개의 문제이며, 오히려 앞에서 설명한 바와 같이 소비자기본법 제19조 3항의 사업자의 정보제공 책무를 확대 강화하고 향후 소비자관련 특별법들을 개정하는 방향으로 나가야 바람직하다고 생각한다.

셋째, 정보제공의무의 발생요건을 소비자기본법상에 명문화해야 할 것이다. 현행 민법상에는 소비자계약상 정보제공의무에 관한 규정이 존재하지 않고, 소비자기본법에 있어서도 정보제공의무에 관한 규정은 존재하지만, 매우 형식적으로 규정되고 있으며, 분석대상으로 삼은 8개의 소비자계약관련 특별법에 있어서도 정보제공의무에 관한 규정이 대체로 상세하지 않고 정형화되지 않아서, 지금까지 정보제공의무의 발생요건에 관하여는 학설에 의존하고 있는 실정이다. 학설은 정보제공의무의 존재를 인정하기 위해서는, ①계약당사자간 정보량의 격차가 존재할 것, ②계약의 중요한 요소에 대한 당사자 일방의 인식 내지 인식가능성이 있을 것, ③상대방의 의사결정에 결정적 역할을 할 것, ④정보에 대한 상대방의 무지와 그 무지의 정당성이 있을 것 등을 요건으로 하고 있는 바, 학설이 인정하는 이러한 발생요건은 매우 추상적이어서, 사업자에 비하여 모든 점에서 열악한 지위에 있는 소비자에게 이러한 발생요건이 충족된다고 판단하고 정보제공의무의 위반을 주장하여 계약의 해소 내지는 손해배상을 청구하도록 하는 것은 매우 곤란한 일이다. 그러므로 학설상으로 이러한 발생요건이나 판단기준을 제시할 것이 아니라, 소비자기본법상 정보제공의무에 관한 규정을 보다 구체화함으로써, 입법규정을 통하여 발생요건 내지 판단기준을 정립하는 것이 바람직하다고 할 것이다. 소비자기본법상에서 이러한 발생요건과 관련하여 일련의 법규정을 마련한다면, 소비자계약 관련 특별법에서는 특별한 경우를 제외하고는 소비자기본법상의 발생요건에 관한 규정을 준용하면 될 것이다.

넷째, 정보제공의무 위반의 법률효과에 관한 이론을 재구성해야 할 것이다. 정보제공의무의 법률효과에 대하여 민법이나 소비자기본법상 아무런 규정을 두지 않고 있고, 이 논문에서 분석대상으로 삼은 8개의 개별 특별법에서도 계약해소에 관해서는, 일부 특별법에서는 제한적으로 인정하고 있지만, 손해배상에 대하여는 아무런 규정을 두고 있지 않기 때문에, 결국 학설은 정보제공의무 위반으로 인한 계약해소에 관해서도 민법상의 착오법리, 사기법리 등을 차용하여 이론구성하고 있고, 손해배상에 관하여는 제390조의 채무불이행책임, 제750조의 불법행위책임을 적용하거나, 제535조 소정의 계약체결상의 과실책임을 준용하여 이론구성하고 있다.

계약해소에 관한 입법론으로서, 소비자기본법상 정보제공의무에 관한 규정 제19

조를 개정하여, 일정한 경우 계약해소를 할 수 있도록 해야 한다. 소비자기본법상 정보제공의무를 정한 조문에, 방문판매법 제45조와 할부거래법 제43조에서 규정하고 있는 것처럼, “정보제공의무에 관한 규정을 위반한 약정으로서 소비자에게 불리한 것은 효력이 없다”라고 하는 직접적인 규정(강행규정)을 둬으로써, 모든 소비자 계약에 있어서 사업자가 정보제공의무를 위반함으로써 소비자에게 불리한 계약이 체결된 경우, 소비자기본법의 해당 규정에 의하여 계약을 무효로 할 수 있을 것이다. 그리고 소비자기본법의 개정이 힘들거나 장기적으로 지연될 경우를 대비하여, 먼저 개별 특별법상의 해당규정을 방문판매법 제45조나 할부거래법 제43조와 같은 규정을 두도록 개정해야 할 것이다. 그러나 소비자기본법이 개정되기 전에는 현재의 학설상의 해석과 같이, 민법상의 착오법리나 사기법리를 적용하여 이론구성할 수밖에 없을 것이다. 그러나 이 경우에도, 일률적으로 민법의 착오법리, 사기법리를 적용하여 이론구성할 것이 아니라, 소비자계약 관련 특별법을 적용해야 하는 유형의 계약과 그렇지 않은 계약으로 나누고, 방문판매법과 할부거래법과 같이 개별 특별법상 계약해소에 관하여 명정하고 있는 경우는 그 특별법상의 규정을 적용하고, 그렇지 않은 경우에만 민법상의 착오법리 또는 사기법리를 적용하여 계약을 해소하는 것으로 이론구성을 해야 할 것이다.

다음으로, 손해배상에 관한 입법론을 본다. 소비자기본법상 사업자의 정보제공의무 위반의 법률효과로서, 계약의 해소를 규정하는 것과 마찬가지로, 손해배상에 관해서도 같은 조문에서 규정하는 것이 바람직하다. 소비자기본법은 사업자의 책무를 규정한 제19조 제5항에서, “사업자는 물품등의 하자로 인한 소비자의 불만이나 피해를 해결하거나 보상하여야 하며, 채무불이행 등으로 인한 소비자의 손해를 배상하여야 한다”라고 규정하고 있는데, 오히려 이를 확대하여 동조 제3항의 정보제공의무를 위반한 경우에도 손해배상을 하도록 규정해야 할 것이다.

또한 손해배상에 관하여, 계약책임(제390조)이나 불법행위책임(제750조)으로 이론 구성하고 있는데, 불법행위책임으로 이론 구성하는 경우에는 소비자측이 사업자의 고의·과실, 인과관계 등을 입증해야 하므로, 소비자가 구제받을 수 있는 가능성은 거의 없다고 할 수 있기 때문에, 의료과오 책임 등의 경우에 판례가 취하고 있는 입증책임 전환의 이론구성을 통하여 소비자를 보호해야 한다.

이 논문은 소비자계약상 사업자가 정보제공의무를 부담하고, 그 의무를 위반하는 경우에 사업자가 소비자에 대하여 손해배상책임을 부담한다고 하는, 학설과 판례에 의해 형성된 법리에 대하여 그 문제점을 중심으로 법리를 재구성하여 체계화하려고 시도하였다. 특히 입법론으로 소비자기본법상의 정보제공의무에 관한 규정을 보다 구체화하여 소비자계약상 정보제공의무에 관한 법리의 인정근거로서 부족함이 없도록 해야 할 것이고, 정보제공의무의 내용과 판단기준 등에 관해서도 더욱 유형화·체계화해 나가야 할 것이다.



참고문헌

I. 국내문헌

<단행본>

- 곽윤직, 「민법총칙」, 박영사, 2002.
-----, 「채권각론」, 박영사, 2005.
권오승, 「경제법」, 법문사, 2008.
-----, 「소비자보호법」, 법문사, 2005.
권재열, 「경제법」, 법원사, 2005.
김대정, 「계약법(상)」, fides, 2007.
김상용, 「민법총칙」, 법문사, 2004.
-----, 「채권총론」, 화산미디어, 2009.
김성태, 「보험법강의」, 법문사, 2001.
김정호, 「상법강의(하)」, 법문사, 2000.
김준호, 「민법강의(전정판)」, 법문사, 2007.
김증한·김학동, 「채권각론(제7판)」, 박영사, 2006.
김철호, 「신부동산중개론」, 법문사, 2004.
김태훈·김갑렬, 「부동산학개론」, 부연사, 2000.
김형배, 「채권각론」, 박영사, 2001.
-----, 「민법강의(제7판)」, 신조사, 2008.
-----, 「채권총론」, 법문사, 1999.
김후중, 「개정 가맹사업법 이해와 실무」, 무역경영사, 2008.
명순구, 「미국계약법입문」, 법문사, 2008.

백태승, 「민법총칙」, 법문사, 2006.

사범연수원, 「보험법연구」, 2010.

손용석, 「마케팅관리」, 세학사, 2004.

손지열, 「민법주해(XII)」, 박영사, 2003.

송덕수, 「신민법강의」, 박영사, 2009.

신현윤, 「경제법」, 법문사, 2006.

양승규·장덕조, 「보험법의 쟁점」 법문사, 2000.

양승규, 「보험법」, 삼지원, 2004.

양창수, 「독일민법전」, 박영사, 2002.

-----, 「민법연구」 제1권, 박영사, 1991.

양형우, 「민법의 세계」, 진원사, 2009.

양창수·김재형, 「계약법」, 박영사, 2010.

오병철, 「전자거래법」, 법원사, 2000.

왕상한, 「전자상거래와 국제규범」, 박영사, 2001.

윤형렬, 「민법총칙」, 박영사, 2005.

이기수·최병규·김인현, 「보험·해상법」, 박영사, 2006.

이기수, 「보험·해상법」, 박영사, 2002.

이범찬·최준선, 「상법(상)」, 삼영사, 2001.

이영준, 「민법총칙」, 박영사, 2007.

이은영, 「민법총칙」, 박영사 2009.

-----, 「약관규제법」, 박영사, 1994.

-----, 「채권각론」, 박영사, 2005.

이철송, 「상법총칙·상행위(제5판)」, 박영사, 2007.

이호정, 「영국제약법」, 경문사, 2003.

장덕조·한창희, 「보험법판례연구집」, 법영사, 2010.

정찬형, 「상법강의(하)」, 박영사, 2008.

지원림, 「민법강의」, 홍문사, 2009.

최준선, 「보험법·해상법」, 삼영사, 2005.

한삼인, 「계약법」, 화산미디어, 2011.

-----, 「민법일반이론」, 보명Books, 2009.

-----, 「판례민법」, 법률행정연구원, 2003.

현대호, 「소비자계약관련입법의 체계화방안연구」, 한국법제연구원, 2003.

황태희, 「할부거래에 관한 법률 개정(안) 공청회 자료」, 2008, 11.

<논 문>

가정준, “정보의 비대칭과 협상력의 불균형 완화를 위한 연구”, 「외법논집」 제31집, 한국외국어대학교 법학연구소, 2008.8.

강병렬, “가맹사업거래에 관한 법적연구 -가맹점사업자의 보호제도를 중심으로-”, 충남대학교 박사학위논문, 2004.1.

강창경, “기업의 사회적 책임과 소비자보호법”, 「법제연구」, 한국법제연구원, 2004.6.

고형석, “청약철회권의 효과에 관한 연구”, 「외법논집」 제31집, 한국외국어대학교 법학연구소, 2008.8.

-----, “할부거래법 개정안에 대한 고찰”, 「재산법연구」 제25권 제3호, 한국재산법학회, 2009.2.

구재균, “개정 「가맹사업거래의 공정화에 관한 법률」의 주요내용 검토”, 「경제법연구」 제6권 제2호, 삼성출판사, 2007.

-----, “프랜차이즈 계약에 관한 연구”, 서울대학교 박사학위논문, 2002.

권대우, “민법과 소비자보호법”, 「민사법학」 제36호, 한국민사법학회, 2007.5.

-----, “전자거래에서의 약관의 편입과 내용통제”, 「디지털경제시대의 소비자보호와 법」, 한국법제연구원, 2001.

권재열, “할부거래법상 할부매매의 법률관계”, 「판례월보」, 제361호, 판례월보사, 2000.10.

김기창, “청약의 구속력과 계약자유”, 「비교사법」 제12권 1호, 한국비교사법연구회, 2005.3.

- 김동훈, “계약교섭단계에서 이행의 착수와 손해배상”, 「저스티스」 제37권 제6호, 통권 제82호, 한국법학원, 2004.12.
- , “계약체결전의 법률관계”, 「민사법학」 제36호, 한국민사법학회, 2007.5.
- , “전자거래와 관련한 약관규제법의 정비방향”, 「전자거래 관련 법제정비방향」, 한국법제연구원, 2001.
- , “채무불이행책임과 하자담보책임의 통합모색”, 「민사법학」 제24호, 한국민사법학회, 2003.9.
- 김범철, “계약의 성립과 계약체결상의 과실책임”, 「고시계」 제52권 8호, 국가고시학회, 2007.8.
- 김상용, “채무자의 보호의무위반으로 인한 불완전이행의 성립”, 「사법행정」, 제35권 7호, 한국사법행정학회, 1994.7.
- 김상중, “계약체결 이전단계의 정보제공의무(외국 입법례와 비교에 의한 규정 신설의 제안을 중심으로)”, 「고려법학」 제56호, 고려대학교 법학연구원, 2010.3.
- , “동기의 착오에 관한 개정 예고안 제109조 2항의 특색과 그 운용에 관한 제언”, 「민사법학」 제27호, 한국민사법학회, 2005.3.
- , “매매계약 교섭 당사자의 잘못된 정보제공에 관한 상대방의 보호 - 대판 1995.3.28, 93다62645 등을 계기로한 체계적 논의의 발전을 위한 일 고찰 -”, 「민사법학」 제29호, 한국민사법학회, 2005.9.
- 김상찬, “일본에 있어서 소비자계약상 정보제공의무의 법리”, 「재산법연구」, 제28권 제2호, 한국재산법학회, 2011.8.
- , “입증책임전환의 법리에 관한 연구”, 건국대학교 석사학위논문, 1991.2.
- 김상찬·정영진, “정보제공의무의 체계적 지위에 관한 연구”, 「법과정책」 제17집 제2호, 제주대학교 법과정책연구소, 2011.8.
- 김숙자, “민사법과 소비자법”, 「명지법학」 제3호, 명지대학교 법학연구소, 2004.12.
- 김은경, “독일 보험계약법상 보험자의 정보제공의무 등에 대한 고찰”, 「기업법연구」 제23권 제2호, 한국기업법학회, 2009.6.
- , “보험자의 설명의무에 대한 재고”, 「상사판례연구」 제20집 제3권, 한국상사판례학회, 2007.9.

-----, “유럽공동체법에서의 소비자정책의 개관”, 「유럽연구」 제23호, 한국유럽학회, 2006.

김재걸, “보험계약상 고지의무에 관한 법적 고찰”, 「논문집」 제30집, 목원대학교, 1996.9.

남궁술, “법규범의 발전과 판례(프랑스민법상 ‘안전배려의무’와 ‘정보제공의무’의 발전에 있어서의 판례의 역할을 중심으로)”, 「민사법학」 28호, 한국민사법학회, 2005.6.

박규용, “독일채권법현대화법률에 있어서 급부장애법의 개관”, 「법학연구」 제13집, 한국법학회, 2003.12.

-----, “여행주최자의 의무위반과 책임에 관한 독일민법의 규정”, 「법학연구」 제44집, 한국법학회, 2011.11.

박명희·남경오, “소비자피해예방을 위한 방문판매자 준수 기준에 관한 연구”, 녹색소비자연대전국협의회, 2007.

박영규, “방문판매 등에 관한 법률 소고”, 「법률행정논집」 제1권, 법률행정연구원, 1993.12.

박영복, “계약교섭과 교섭자의 책임에 관한 미국법상의 논의”, 「외법논집」 제12집, 한국외국어대학교 법학연구소, 2002.5

-----, “계약체결단계의 법규범화”, 「외법논집」 제10집, 한국외국어대학교 법학연구소, 2001.8.

박인환, “계약체결과정에 있어서의 정보제공의무(독일에서의 논의를 계기로 하여)”, 서울대학교 박사학위논문, 2004.

-----, “독일법상 정보제공의무위반을 이유로 하는 계약해소청구권”, 「민사법학」 제27호, 한국민사법학회, 2005.3.

박정기, “가맹사업계약에 있어서 매출·수익정보에 관한 연구”, 「법학논총」 제30집, 경북대학교 법학연구소, 2009.6.

-----, “계약체결과정에 있어서의 정보제공의무에 관한 연구”, 「토지법학」 제18호, 한국토지법학회, 2002.12.

-----, “프랜차이즈계약 체결단계에 있어서의 정보제공의무”, 「재산법연구」 제18

권 제1호, 한국재사법학회, 2001.

백경일, “보증계약의 특수성과 보증인보호의 문제”, 「민사법학」 제34호, 한국민사법학회, 2006.12.

-----, “소비자보호법의 민법전 내 편입문제에 관한 비판적 고찰,” 「재산법연구」 제26권 제2호, 한국재산법학회, 2009.10.

-----, “소비자보호법의 존재의의 및 효용성에 대한 비판적 고찰 - 소비자보호법의 규범적 정당성과 경제적 실효성에 대한 분석”, 「부산대학교 법학연구」 제49권 제2호, 부산대학교 법학연구소, 2009.2.

서희석, “일본 민법개정시안에 있어서 소비자법의 위치”, 「재산법연구」 제26권 제2호, 한국재산법학회, 2009.1.

소성규, “공인중개사제도의 개선방안(공인중개사의 업무 및 부동산거래신고에 관한 법률)”, 「법과 정책연구」 제6집 제1호, 동광문화사, 2006.6.

손주찬, “보험약관의 명시 의무: 개정상법과 약관규제법과의 관계”, 「보험조사월보」 제16권 제6호, 보험감독원, 1993.6.

송오식, “소비자계약에서 정보제공의무”, 「법학논총」 제29집 제1호, 전남대학교 법률행정연구소, 2009.6.

-----, “소비자계약의 유형과 법적 규제”, 「법학논총」 제27집 제1호, 전남대학교 법률행정연구소, 2007.6.

송인방, “가맹계약에서의 정보제공의무에 관한 연구”, 「기업법연구」 제18권 제2호, 한국기업법학회, 2004.12.

安永正昭/임상혁 역, “일본에 있어서 소비자계약에 대한 법적 규율의 전개”, 「법학」 제42권 제2호, 서울대학교 법학연구소, 2001.7.

양승규, “상법개정의 착안사항(1)”, 「상법개정의 착안점」, 법무부, 2000.

양창수, “계약체결상의 과실”, 「민법연구」 제1권, 박영사, 1998.

엄동섭, “영미법상 계약교섭의 결렬에 따른 책임”, 「민사법학」 제35호, 한국민사법학회, 2007.3.

위계찬, “계약체결과정에서의 설명의무의 근거”, 「원광법학」 제23권 제2호, 원광대학교 법학연구소, 2007.9.

- , “독일매매계약법상 광고와 물건의 하자”, 「민사법학」 제38호, 한국민사법학회, 2007.9.
- , “채권자의 보증인에 대한 정보제공의무”, 「충남법학」 제18권 제1호, 충남대학교 법학연구소, 2007.
- 윤진수, “미국 계약법상 Good Faith 원칙”, 「법학」 제44권 제4호, 서울대학교법학연구소, 2003.12.
- , “민법상 착오규정의 입법론적 고찰”, 이십일세기 한국민사법학의 과제와 전망(심당송상현선생화갑기념), 박영사, 2002.1.
- 윤형렬, “채권법상 부수의무의 체계적 지위”, 「민사법학」 제14호, 한국민사법학회, 1996.4.
- 이강세, 「할부거래에 관한 법률 개정(안) 공청회 자료」, 법무부, 2008.11.
- 이병준, “계약의 합의로 인한 구속력과 계약협상의 부당파기의 한계”, 「민사법학」 제25호, 한국민사법학회, 2004.
- , “독일민법상 소비자계약에서의 철회권과 반환권”, 「외법논집」 18집, 한국의국어대학교 법학연구소, 2005.2.
- , “모바일전자상거래에서의 약관의 편집과 정보제공의무의 이행”, 「인터넷법률」 제23호, 2004,
- , “민법에서의 소비자의 지위와 소비자특별법의 민법전예의 통합”, 「민사법학」 제39-1호, 한국민사법학회, 2007.12.
- , “소비자법의 구성원리와 소비자계약법(글로벌 스탠다드에 이르기 위한 이론적 정립을 위한 기초이론에 관한 고찰)”, 「경영법률」 제20집 제1호, 한국경영법률학회, 2009.10.
- , “일반사법 체계 내에서의 소비자계약법의 지위”, 「강원법학」 제28권, 강원대학교 비교법학연구원, 2009.6.
- , “전자상거래소비자보호법상의 정보제공의무와 명확성의 원칙”, 「정보화정책」 제11권 제3호, 한국전산원, 2004.가을.
- 이상영, “보증계약상 채권자의 정보제공의무” 「민사법학」 제46호, 한국민사법학회, 2009.9.

- 이상욱, “채권자의 보증인에 대한 신의칙상의 고지의무”, 「민사법학」 제18호, 한국민사법학회, 2000.5.
- , “프랑스에서의 계약상 정보제공의무”, 「영남법학」 제1권 1호, 영남대학교 법학연구소, 1994.1.
- 이은영, “약관규제법 제정의 필요성과 개정방향”, 「민사법학」 제6호, 한국민사법학회, 1986.12.
- , “약관법과 민법과의 관계, 계약내용통제 및 일부무효와 관련하여”, 「외법논집」 제34권 제4호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2010.11.
- , “약관규제법”, 「제3판 주석민법(채권각칙)1」, 한국사법행정학회, 1999.
- 이종복, “계약준비단계와 민법-계약전 형태에 관한 민법상의 규범화의 추세”, 「사법관계와 자율」, 이종복교수논문집, 1993.
- 이준형, “약관규제법·소비자법의 민법에의 통합문제에 대한 관견” 「재산법연구」 제26권 제2호, 한국재산법학회, 2009.10.
- 이충훈, “전자거래에서 약관의 편입과 면책약관에 관한 검토”, 「법조」 제51권 제7호, 법조협회, 2002.7.
- 임재호, “프랜차이즈제공자의 프랜차이즈이용자에 대한 주의의무”, 「상사법연구」 제17권 제1호, 한국상사법학회, 1998.5.
- 임형택, “보호의무에 관한 연구”, 「재산법연구」 하계학술발표자료집, 한국재산법학회, 2009.
- 장경환, “상법 제4편(보험법) 개정의견”, 「상사법연구」 제24권 2호, 한국상사법학회, 2005.8.
- , “인터넷사이버몰 이용 표준약관의 검토”, 「상사법연구」 제19권 2호, 한국상사법학회, 2000.10.
- 정상조, “프랜차이즈계약의 법적 문제점”, 「법학」 제38권 1호, 서울대학교 법학연구소, 1997.5.
- 정종휴, “전자상거래와 계약이론의 변용”, 「전자상거래와 법적 대응방안」, 전남대학교 법률행정연구소, 1998.
- 조승현, “보증계약에 대한 사법통제 - 효력의 제한을 중심으로”, 고려대학교 박사학

위논문, 1999.

지무진, “전자상거래에 있어서의 소비자보호에 관한 연구”, 경남대학교 박사학위논문, 2007.12.

지원림, “계약교섭이 부당하게 파기된 경우의 법률관계”, 「민사판례연구」 제25집, 민사판례연구회, 2003.2.

최길자, “소비자계약에 관한 비교법적 연구”, 서울대학교 박사학위논문, 2011.2.

최명구, “소비자계약의 해제시 사업자의 통상의 손해”, 「민사법학」 제44호, 한국민사법학회, 2009.3.

최상호, “계약상의 정보제공의무에 관한 연구”, 채권법에서 자유와 책임(김형배교수 화갑기념논문집), 박영사, 1994.10.

-----, “계약체결과정에 있어서의 정보제공의무”, 「토지법학」 제18호, 한국토지법학회, 2002.

최영홍·유진희·염규석, 가맹사업법 운영성과 및 개정방향에 관한 연구“, 공정거래위원회, 2005.

최완진, “사기에 의한 고지의무위반의 효과”, 「고시연구」 제30권 제2호, 고시연구사, 2003.2.

최홍섭, “계약 이전단계에서의 책임과 민법 제535조의 의미”, 「한국민법학의 현대적 발전: 연남 배경숙 교수 화갑기념논문집」, 1991.

하경효, “소비자보호법의 통합수용”, 「독일채권법의 현대화」, 법문사, 2003.1.

한창희, “보험약관의 구속력의 근거 및 고지의무의 개정론”, 소비자 중심의 보험법 개정 토론회, 2007.

함윤식, “계약교섭의 부당파기로 인한 책임”, 「민사판례연구」 제27집, 민사판례연구회, 2005.2.

황근수, “보험약관의 교부·설명의무위반과 그 효과의 문제”, 「원광법학」 제24권 제4호, 원광대학교 법학연구소, 2008.12.

II. 일본문헌

- 加藤新太郎編, 「判例check契約締結上の過失」, 新日本法規出版, 2004.
- 加藤雅信, “不能論の体系-原始的不能・契約締結上の過失概念廢棄のために”, 「名古屋大學法政論集」 第158號, 1994.
- 加藤雅信, 「新民法大系 I・民法總則(第2版)」, 有斐閣, 2005.
- 角田美穂子, “金融商品取引における適合性原則(1)-ドイツ取引所法の取引所先物取引能力制度からの示唆”, 「亞細亞法學」 第35卷 第1號, 2000.
- 岡孝, “情報提供者の責任”, 遠藤浩ほか監修, 「現代契約法体系 第7巻・サービス・勞務供給契約」, 有斐閣, 1984.
- 宮本健藏, “契約締結上の過失責任法理と附隨義務”, 「明治學院大學法學部20周年記念‘法と政治の現代的課題’」, 第一法規出版, 1987.
- 宮下修一, 「消費者保護と私法理論」, 信山社, 2006.
- 今西康人, “消費者取引と公序良俗違反”, 「法律時報」 第64卷 第12號, 1992.
- 今川嘉文, “信認義務と自己責任原則-繼續的証券取引を中心として”, 「神戸學院法學」 第33卷 第3號, 2003.
- , 「過当取引の民事責任」, 信山社, 2003.
- 今村成和, “消費者保護法の 批判的 検討”, 「私的獨占禁止法の研究(四)」, 1995.
- 吉原省三ほか編集代表, 「金融實務大辭典」, 金融財政事情研究會, 2000.
- 落合誠一, 「消費者契約法」, 有斐閣, 2001.
- 内田貴, 「契約の時代」, 岩波書店, 2000.
- 能見善久, 「現代信託法」, 有斐閣, 2003.
- 大前惠一朗, “金融商品の販賣等に関する法律の概要について”, 「ジュリスト」 第1185號, 有斐閣, 2000.
- 大村敦志, “消費者・消費者契約の特性 - 中間報告(2)”, NBL 476號, 1991.
- , 「公序良俗と契約正義」, 有斐閣, 1995. 同, 「消費者法(第2版)」, 有斐閣, 2003.
- , 「消費者法(第2版)」, 有斐閣, 2003.
- 道垣内弘人・大村敦志・瀧澤昌彦編, 「信託取引と民法法理」, 有斐閣, 2003.
- 渡辺博之, “契約締結上の過失責任をめぐる体系化の傾向と‘信賴責任’論-カナリスおよ

- びシュトルの所論を中心にして”，「民商法雑誌」第88巻 第2號，1983.
- 藤田壽夫，「表示責任と契約法理」，日本評論社，1996.
- 落合誠一，“消費者契約法の目的と概要”，「銀行法務21」，第578號，2000.
- ，“消費者契約法」，有斐閣，2000.
- 柳本祐加子，“フランスにおける情報提供義務に関する論議について”，「早稲田大學大
學院研究論集」 第49號，1988.
- 栗原由紀子，“契約交渉段階における第三者の情報開始・助言義務について-ドイツ判
例法を中心にして”，「成城法學」 第72號，2004.
- 馬場圭太，“フランス法における情報提供義務理論の生成と展開(2・完)”，「早稲田法
學」 第74巻 第1號，1997.
- ，“説明義務と証明責任”，「私法」 第64號，2002.
- ，“フランス法における情報提供義務理論の生成と展開(1)”，「早稲田法學」
第73巻 第2號，1997.
- 木下孝治，「保険契約における情報隔差の是正と不正請求対策」，商事法務 No. 1808，
2007.
- 本田純一，“「契約締結上の過失」理論について” 遠藤浩他 監修 『現代契約法大系』，
第1巻，1994.
- ，“契約締結上の過失理論について”，遠藤浩ほか監修，「現代契約法大系 第1
巻・現代契約の法理(1)」，有斐閣，1983.
- ，“消費者問題と契約法理”，「法律時報」第60巻 第8號，1988.
- ，“『契約締結上の 過失』理論について” 遠藤浩ほか監修 『現代契約法大
系 第1巻 現代契約の法理(1)』，有斐閣，1983.
- ，“契約規範の成立と範囲」，一粒社，1999.
- 北川善太郎，“契約締結上の過失”，「契約法大系 I・契約總論」，有斐閣，1962.
- ，“現代契約法 I」，商事法務研究會，1973，140面；同，“契約責任の研
究」，有斐閣，1963.
- 四宮和夫，「信託法(新版)」，有斐閣，1988.
- 道垣内弘人，「信託法理と私法体系」，有斐閣，1996.

- 山口康夫, “フランスにおける消費法の展開-フランス消費立法の動向を中心として”,
「札幌法學」 第2巻 第2號, 1991.
- 山本敬三, “民法における合意の瑕疵論の展開とその検討”, 棚瀬孝雄編, 「契約法理と
契約實行」, 弘文堂, 1999.
- , 「公序良俗論の再構成」, 有斐閣, 2000.
- 山本顯治, “契約交渉關係の法的構造についての一考察-私的自治の再生に向(1)”, 「民
商法雜誌」 第100巻 第2號, 1989.
- , “再交渉義務論について一交渉理論と契約法理論の交着1”, 「法政研究」 第
63巻 第1號, 1996.
- 山田誠一, “消費者契約法と金融商品の販賣等に関する法律”, 「金融」, 第640號, 2000.
- 山下友信・米山高生, 「保險法解説」, 有斐閣, 2010.
- 森田宏樹, “合意の瑕疵の構造とその擴張理論(2)”, 「NBL」 第483號, 1991.
- , “合意の瑕疵の構造とその擴張理論(3・完)”, 「NBL」, 第484號, 1992.
- , “「合意の瑕疵」の構造とその擴張理論(一)”, NBL 第482號, 1991.
- 三枝健治, “アメリカ契約法における開始義務(1)・(2) - 契約交渉における‘沈黙による
詐欺’の限界づけを目指して”, 「早稲田法學」 第72巻 第2號 1997.
- , “アメリカ契約法における開示義務(一)”, 早稲田法學 第72巻 第2號, 1997.
- , “アメリカ契約法における開示義務(二・完)”, 「早稲田法學」 第72巻 第3
號, 1997.
- 森泉章, “契約締結上の過失に関する一考察(1)”, 「民事研修」, 第285號, 1980.
- , “契約締結上の過失に関する一考察(3)”, 「民事研修」, 第290號, 1981.
- 星野英一「私法における人間 - 民法財産法を中心として」『民法論集 第6巻』, 有斐
閣, 1986.
- 小林道生, “保險者の情報提供義務”(落合誠一 外編), 「新しい保險法の理論と實務」,
經濟法令研究所, 2008.
- 小林一俊, 錯誤無効のファクターに関する考察(一), 「亞細亞法學」 14巻 1號, 2003.
- 小粥太郎, “説明義務違反による損害賠償に関する二,三の覺書”, 「自由と正義」 第47
巻 第10號, 1996.

- 小塚莊一郎, 「フランチャイズ契約論(4)」, 法學學會雜誌, 113卷, 2002.
- 松岡久和, “変額保険の勧誘と銀行の法的責任”, 「金融法務事情」, 第1465号, 1996.
- 松本恒雄, “消費者契約法, 金融商品販賣法と金融取引”, 「金融法務事情」 第1587号, 2000.
- , “ドイツ法における虚偽情報提供者責任論(1)-(3)”, 「民商法雑誌」 第79卷 第3号, 1978, 第4号, 1979.
- 我妻榮, 「新訂民法總則(民法講義 I)」, 岩波書店, 1965.
- 円谷峻, 「契約の成立と責任(第2版)」, 一粒社, 1991.
- , “契約締結上の過失”, 内山尚三・黒木三郎・石川利夫先生還暦記念, 「現代民法學の基本問題(中)」, 第一法規出版, 1983.
- 有馬奈菜, 「フランチャイズ契約締結過程における情報提供義務(上・下) - 経験・情報量格差の考慮」, 一橋法學 2卷 3号 以上, 2003.
- 伊藤進, “金融商品販賣法の概要”, 「銀行法務21」 第578号, 2000.
- 日本辯護士聯合會消費者問題對策委員會, 「(コンメンタール) 消費者契約法」, 商事法務研究會, 2010.
- 日本私法學會シンポジウムの資料, “信託法と民商法の交錯”, 「NBL」 第791号, 2004.
- 長尾治助, “消費者契約”, 谷口知平・五十嵐清編, 「新版注釋民法(13)・債權(4) 契約總則」, 有斐閣, 1996.
- 齋藤騷弘, “消費者契約法の適用範囲”, 「法學セミナー」, 第549号, 2000.
- 潮見佳男, “消費者契約法と民法理論”, 法學セミナー 549号, 2000.
- 佐久間毅, “書評・三枝健治, アメリカ契約法における開示義務(一)(二・完)”, 「法律時報」 第69卷 第12号, 1997.
- 川明道, “イギリス契約法における契約締結前の開始義務 - 判例法を中心に”, 「九大法學」 第75号, 1998.
- 川浜昇, “ワラント勧誘における証券會社の説明義務”, 「民法商雑誌」 第113卷 4・5号, 1996.
- 川越憲治, “フランチャイズ・システムに加入しようとしている人々のために(前)”, 「フランチャイズ・エイジ」, 1995.

- , 「フラチャイブ システムの判例分析」, 商事法務研究會, 1994.
- 川地宏行, “投資勧誘における適合性原則(2・完)”, 「三重大學法経論叢」 第18卷 第2
號, 2001.
- 清水嚴, “クーリング・オフ制度の37年と課題”, 「月刊國民生活」, 2010.
- 内田貴, “現代契約法の新たな展開と一般條項(2)”, 「NBL」 第515號, 1993.
- , 「契約の時代-日本社會と契約法」, 岩波書店, 2000.
- , 「契約の再生」, 弘文堂, 1990.
- 沖野眞己, 「契約締結過程の規律と意思表示理論」河上正二ほか『消費者契約法-立法
への課題』(別冊NBL54号), 商事法務研究會, 1998.
- 湯川益英, “契約規範として成立する契約準備交渉段階の説明義務(1),(2),(3)-契約規範
と契約における動機の保護・覺書”, 「山梨學院大學法學論集」, 第51號, 2004.
- , “契約法秩序と契約における動機の保護-契約の準備段階でなされた不實表
示と契約責任”, 「私法」 第62號, 2000.
- , “契約法秩序と契約における動機の保護-日本私法學會第63回大會に於ける
研究報告”, 「山梨學院大學商學論集」 第25號, 1999.
- 樋口範雄, 「フィデュシャリー(信認)の時代」, 有斐閣, 1999.
- 平野裕之, “消費者取引と公序良俗”, 椿壽夫・伊藤進編, 「公序良俗違反の研究-民法に
おける総合的検討」, 日本評論社, 1995.
- 平野裕之, “製造物責任の現代的意義と法解釋論(2)-責任法体系の序説的考察をかね
て”, 「法律論叢」 第58卷 第2號, 1985.
- 奥田昌道 編, 「取引關係における違法行為とその法的處理-制度間競合論の時点から」,
有斐閣, 1996.
- 横山美夏, “契約締結過程における情報提供義務”, 奥田昌道編, 取引關係における違法
行為とその法的處理-制度間競合論の視點から, 1996.
- , “消費者契約法における情報提供モデル”, 「民商法雑誌」, 第123卷 第4・5
號, 2001.
- , 「契約締結過程における情報提供義務」奥田昌道編『取引關係における違法
行為とその法的處理 - 制度論競合論の時点から-』, 有斐閣, 1995.

後藤卷則, “情報提供義務”, 「民法の争点」, 有斐閣, 2007.

-----, 「消費者契約の法理論」, 弘文堂, 2003.

-----, 「消費者契約の法理論」, 成文堂, 2002.

経済企画廳国民生活局消費者行政第一課編, 「消費者契約法(仮称)の制定に向けて」 -

国民生活審議會消費者政策部會報告と関連資料」, 大藏省印刷局, 1999.

経済企画廳国民生活局 編, 「消費者取引の適正化に向けて」, 大藏省印刷局, 1997.

III. 구미 문헌

Alisse, L'obligation de renseignements dans les contrat, thèse Paris, 1975.

Atiyah, An Introduction to the Law of Contract, 5th ed., 1995.

Basedow, Jürgen, Preiskalkulation und culpa in contrahendo, NJW 1982.

Bruce J. Lindeman, Real Estate Brokerage Management, 4th ed, Prentice-Hall, 1997.

Christine Jolls, Cass Sunstein and Richard Thaler, A Behavioral Approach to Law and Economics, 50 Stan. L. Rev. 1471, 1477, 1988.

D. Nguyen-Thanh & J. Revel, "La responsabilité du fabricant en cas de violation de l' obligation de renseigner le consommateur sur les dangers de la chose vendue", *J.C.P.* 1975.

David Horton, The Shadow Terms: Contract Procedure and Unilateral Amendments, 57 UCLA L. Rev. 661, 2010.

Edward L. Rubin, Types of Contracts, Intervenues of Laws 45 Wayne L. Rev. 1903. 1908, 2000.

E. Von Hippel, Verbraucherschutz. 3. Aufl., 1986.

F. Chabas, "Infomer les utilisateurs", *Revue du C.N.P.F.*, fév. 1975; Alisse, L' obligation de renseignements dans les contrats, thèse, Paris II, 1975.

G. Comu, "Renseignement (obligation de)", *Vocabulaire juridique*, PUF, 1987.

Geoffrey Woodroffe et al., Consumer law and Practice, SWEET&MAXWELL,

2007.

Gottwald, Peter, Die Haftung für culpa in contrahendo, JuS 1982.

Grigoleit, Hans Christoph, Vorvertragliche Informationshaftung, München 1997.

Henssler, Risiko als Vertragsgegenstand, 1994.

Holznagel, Bürgenschutz mit System, 2002.

J. Mestre, "L' exigence de la bonne foi dans la conclusion du contrat", *RTD civ.*, 1989.

J. Schmidt, *Négotiation et conclusion de contracts*, 1982.

Jill Poole, *Textbook on Contract Law*, 7th ed., Oxford, 2004.

Kessler, "Der Schutz des Vertrauens bei Vertragsverhandlungen in der neueren amerikanischen Rechtsprechung", *Festschrift für Ernst v. Caemmerer*. 1978.

Kötz, Hein/Flessner, Axel, *Europäisches Vertragsrecht*, Bd. 1, Tübingen 1996.

Larenz, *Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, 7. Aufl., 1989.

Larenz/Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Band II, Halbband 2, 1994.

Larry E. wofford & Terrence M. clauterie, "Real Estate", *John wiley & sons*, 3rd ed., 1992.

Lorenz, Stephan, *Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag*, München 1997.

Lynch E., "Protecting Consumers in the Cybermarket" in the *OECD Observer*, No. 208, 1997.

Marga, Robert A. Hillman & Jeffrey J. Rachlinski, *Standard Form Contracting in the Electronic A. ge*, 77 *N.Y.U. L. Rev.* 429, 2002.

Markus Brandt, *Aufklärungs. und Beratungspflichten der Kreditinstitute bei der Kapitalanlage*, Baden, 2002.

Medicus, *Grenzen der Haftung für in contrahendo*, Jus 1965.

Medicus, *Verschulden bei Vertragsverhandlungen*, in: *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, Bd. I, 1981.

Meixner/Steinbeck, *Das neue Versicherungsvertragsrecht*, C.H. Beck 2008.

Mugdan, Benno, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich, Bd. I, Einführungsgesetz und Allgemeiner Teil, Berlin, 1899.

Muriel Fabre-Magana, De l'obligation d'information dans les contrats, L.G.D.J., 1992.

Reich, Sozialismus und Zivilrecht, 1972.

Reich, Zivilrechtstheorie, Sozialwissenschaft und Verbraucherschutz, ZRP 1974.

Reinicke, Das Verhältnis der Ausschlussfrist des § 124 BGB zu der Verjährung von Vertragsaufhebungsansprüchen aus Delikt und c.i.c., Juristische Arbeitsblätter, 1982.

Restatement of the Law of Contracts, First. 1932

Restatement of the Law of Contracts, Second. 1981.

Robert A. Hillman & Ibrahim Barakat, Warranties and Disclaimers in the Electronic Age, 11 Yale J. L. & Tech. 1, 2008-2009.

Robert A. Hillman, Online Boilerplate: Would Mandatory Website Disclosure of E-Standard Terms Backfire? 104 Mich. L. Rev. 837, 2006.

S. Burton & E. Anderson, Contractual Good Faith, 1995.

Schimikowski, das neue Versicherungsvertragsgesetz, Bundesanzeiger, 2008.

Schubert, Wemer, Unredliches Verhalten Dritter bei Vertragsabschluss, AcP 168, 1968.

Schumacher, Rolf, Vertragsaufhebung wegen fahrlässiger Irreführung unerfahrener Vertragspartner, 1979.

Shmuel I. Becher & Esther Unger-Airam, The Law of Standard Form Contracts: Misguided Intuitions and Suggestions for Reconstruction, 8 DePaul Bus. & Com. L.J. 199, 2010.

Stephan Breidenbach, Die Voraussetzungen von Informationspflichten beim Vertragsabschluss, München, 1989.

Stephen Weatherill, EU Consumer Law and Policy (Edward Elgar Publishing

Limited, UK, 2005.

Stoll, Haftungsfolgen fehlerhafter Erklärungen beim Vertragsschluß, FS für
Riesenfeld, Heidelberg 1983.

Summer Krause, The Truth In Lending Act: A Case For Expanding Assignee
Liability, 49 Santa Clara L. Rev. 1153, 2009.

T. Scott Leo & Daniel Mungall, The Restatement of Suretyship & Guaranty: A
Translation for the Practitioner. American Bar Association, 2005.

Westermann, Sonderprivatrechtliche Sozialmodelle und das allgemeine Privatrecht,
Acp 178, 1978.

Y. Boyer, L'obligation de renseignements dans la formation du contrat, th. Aix,
1977.

Y. Picod, Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, LGDL, 1989.