

방문판매 개념에 관한 연구*

- 독일민법과의 비교를 중심으로 -

정신동**

방문판매법은 청약철회권을 핵심적 제도로 하는 사법상의 특칙뿐만 아니라 공법상의 다양한 규제도 규정하고 있는데, 법의 적용 범위를 결정하는 가장 핵심적인 기준은 방문판매 개념이다. 사업자의 거래방식이 방문판매 상황으로 인정될 수 있어야만 방문판매법이 예정하고 있는 다양한 법률효과들이 발생할 수 있기 때문이다. 그런데 방문판매법 및 동법 시행규칙에서 규정하고 있는 방문판매 개념, 그리고 특수판매에서의 소비자보호 지침에서의 방문판매 예시상황들이 방문판매 법리에 잘 부합하도록 규정되어 있는지는 매우 의문이다. 이에 본고에서는 우리 법 상황과 매우 유사한 EU법 및 독일 민법상 방문판매에 대한 규정 중 방문판매 개념 정의 내지 적용 범위에 대해 검토한 후 아래와 같이 우리 방문판매법의 개선 방안에 대한 시사점을 도출하였다.

첫째, 현행 방문판매법상 방문판매 개념 정의에 있어 “방문을 하는 방법”으로 라는 문언을 삭제하는 방안을 제안하였다. 이를 통해 사업자의 방문이라는 방식이 사용되었는지를 적극적으로 고려하지 않고, 사업장 외의 장소에서 청약 또는 계약 체결이 행해졌는지 여부를 판단 기준으로 설정할 필요가 있다.

둘째, 방문판매법 시행규칙 제2조가 규정하고 있는 사업장 개념은 소비자에게 발생할 수 있는 기습적 상황 내지 심리적 압박 상황을 충분히 고려하여 정의되어 있지 않으므로 반드시 개정이 되어야 한다. 우선 i) 장소의 점용을 정당화하는 사유의 존재, ii) 3개월의 영업기간 충족, iii) 소비자의 자유의사에 따른 출입 및 상품 선택의 요건은 폐지되어야 하고, 사업장 개념정의에 있어 '사업장으로서의 객관적 인식가능성 및 소비자의 의도적 방문'이라는 요건이 시행규칙에 신설되어야 한다. 그리고 이동형 영업장 개념을 신설하여 방문판매 상황을 좀 더 정교하게 정의할 필요가 있다.

셋째, 상품 판매를 위해 사업자가 조직한 여가행사를 방문판매 상황으로 추가해야 한다. 현행법상 방문판매 개념정의가 가지는 비논리성은 홍보관, 체험관 등에서의 소비자 피해를 해결하고자 추진되었던 개정 시도의 결과이다. 향후 법리적 타당성을 유지하면서 국내 방문판매 피해사례를 적절히 해결할 수 있는 방안으로 EU 소비자권리지침 제2조 제8호 (d) 내지 독일민법 제312조b 제1항 제1문 제4호와 같이 여가행사에 대한 조문이 신설되어야 한다. 특히 사업장에서 개최되는 여가행사에 있어서도 그것이 상품 판매를 위한 홍보와 계약의 체결을 위해 사업자가 조직한 행사라면 방문판매에 해당할 수 있도록 개정이 필요하다.

주제어: 방문판매, 사업장 밖에서의 계약, 청약철회, 기습적 상황, 심리적 압박상황

* 이 논문은 2019년 한국소비자법학회 추계학술대회에서 발표한 내용을 수정·보완한 것입니다. 발표 당시 사회를 맡아주신 단국대학교 정진명 교수님과 토론을 통해 유익한 말씀을 주셨던 명지대학교 송재일 교수님께 진심으로 감사의 말씀을 드립니다. 또한 심사를 통해 귀중한 의견을 주신 익명의 심사위원님들께도 깊은 감사의 말씀을 드립니다.

** 한국소비자원 정책연구실 선임연구원, 법학박사(jungrecht@gmail.com)

목 차

I. 들어가며

II. 사업장 밖에서 체결된 계약에 대한 EU 및 독일의 법 상황

1. 서론
2. 유럽경제공동체 및 유럽연합 차원에서의 방문판매 개념 변천사
3. 독일민법상 방문판매 개념

III. 방문판매법상 방문판매 개념

1. 방문판매 상황의 범위 설정에 있어 청약철회 정당화 사유의 의미
2. 방문판매법상 방문판매 개념에 대한 비판적 고찰

IV. 나가며: 방문판매법 개정을 위한 제언

1. 사적 규제와 공적 규제에 있어 방문판매 개념의 이원화
2. 사업장 개념의 수정
3. 상품의 홍보·판매를 위해 사업자가 조직한 여가 행사에 대한 규정 신설

I. 들어가며

일반적인 판매 방식에서와 달리 사업자가 소비자를 방문하여 재화를 판매하는 방식 등을 일컬어 방문판매라 부르고 있고, 이러한 방문판매 분야에 있어서 소비자를 보호하기 위해 방문판매 등에 관한 법률(이하 ‘방문판매법’이라 함)이 제정·시행되고 있다. 방문판매법은 청약철회권을 핵심적 제도로 하는 사법상의 특칙뿐만 아니라 공법상의 다양한 규제도 규정하고 있는데, 법의 적용범위를 결정하는 가장 핵심적인 기준은 방문판매 개념이다. 사업자의 거래방식이 방문판매 상황으로 인정될 수 있어야만 방문판매법이 예정하고 있는 다양한 법률효과들이 발생할 수 있기 때문이다.

그런데 방문판매법 및 동법 시행규칙에서 규정하고 있는 방문판매 개념, 그리고 공

정거래위원회 예규인 특수판매에서의 소비자보호 지침에서의 방문판매 예시상황들이 체계정합성 측면에서 잘 정련되어 있는 규정으로 볼 수 있는지는 매우 의문이 들 수 있다. 현행법상의 방문판매 개념은 소비자에게 기습적 상황이 발생할 수 있는 사례군들을 유형화하였다기 보다, 실제 피해가 발생하여 소비자 보호가 필요해 보인 사례군에 방문판매법을 쉽게 적용하고자 하는 의도로 방문판매 개념을 개정해 왔기 때문이다. 예컨대 방문판매가 인정되기 위해서는 “영업소, 대리점, 그 밖에 총리령으로 정하는 영업 장소 외의 장소에서” 계약 체결 등이 일어나야 하는데, 이러한 사업장에 해당하기 위해서는 방문판매법 시행규칙 제2조 제1호에 따라 “3개월 이상 계속적으로 영업할 것”이라는 요건이 충족되어야 한다. 이는 3개월의 영업기간을 충족시키지 못하는 공간에서 계약이 체결된 경우 사업장 밖에서 체결된 계약으로 보아 소비자 보호의 범위를 확대하기 위한 것이지만, 3개월이 되기 하루 전까지는 소비자가 영업이 행해지는 공간임을 사전에 인지하고 스스로 찾아와 계약을 체결해도, 즉 기습적 상황이 존재하지 않음에도 불구하고 청약철회가 가능하다는 모순이 발생한다. 일견 홍보관·체험관 등과 같이 사회적으로 큰 문제가 되고 있는 방문판매 피해사례들을 잘 고려하여 방문판매법을 빈틈없이 적용할 수 있는 것처럼 보이지만, (청약철회권과 같이) 소비자를 보호하기 위해 마련된 특별 규정들의 기본원리가 잘 반영되어 일관된 법리하에 방문판매 상황의 범위를 설정하고 있는지는 매우 의문스럽다.

이에 본고에서는 현행 방문판매법상 방문판매 개념의 요건표지들을 비판적으로 고찰하고, 소비자보호 수단을 정당화하는 ‘기습적 상황’ 내지 ‘심리적 압박 상황’을 방문판매 개념에 잘 반영할 수 있도록 개선방향을 제시하고자 한다. 이를 위해 우선 우리 법 상황과 매우 유사한 EU 소비자법 및 독일민법상 방문판매에 대한 규정 중 방문판매 개념 정의 내지 적용 범위에 대해 검토하고자 한다. EU와 독일법상 방문판매 개념을 검토하는 것은 이들을 분석한 선행연구가 매우 부족하다는 점에서 그 의미를 찾을 수 있지만, 우리 방문판매법상 방문판매 개념 정의에서와 달리 정보제공의무 및 소비자철회권을 정당화하는 ‘기습적 상황’ 내지 ‘심리적 압박 상황’이 방문판매 개념형성에 핵심적 역할을 수행하고 있기 때문이다.

II. 사업장 밖에서 체결된 계약에 대한 EU 및 독일의 법 상황

1. 서론

방문판매를 통해 상품을 구매한 소비자를 특별히 보호하고자 법 제도를 마련하는 것은 어느 정도 보편적 현상으로서 우리 소비자 법제에 많은 영향을 주고 있는 유럽 연합, 특히 독일에 있어서도 마찬가지이다. 소위 “사업장 밖에서의 계약”이 과거 EEC의 방문판매지침¹⁾에서 출발하여 오늘날 EU 소비자권리지침²⁾에서 자세히 규율되고 있고, 이를 토대로 독일 민법상 방문판매에 관한 규정이 마련되어 있는 상황이다. 특히 EU 소비자권리지침에서는 사업장 밖에서 물품과 서비스를 판매하는 경우 소비자에게 성급한 계약 체결의 위험, 즉 소비자가 그러한 장소에서는 계약의 체결을 예상하지 않았고, 차분히 숙고하였다면 체결하지 않았을 계약에 소비자가 구속될 수 있다는 위험을 고려하고 있다.³⁾ 즉 성급한 계약 체결이 예상되는 전형적 상황에서 법률행위를 행한 소비자에게는 계약 체결에 대해 다시금 차분히 생각할 기회를 주고, 경우에 따라서는 기 체결된 계약으로부터 해방될 수 있는 가능성을 부여하는 것이 EU법 내지 독일 민법을 통해 실현되고 있는 것이다. 이를 위한 구체적인 법적 수단으로는 우선 소비자에게 적절한 정보를 제공하도록 하는 것 그리고 자신의 의사 표시를 자유롭게 철회할 수 있는 권리를 부여하는 것이 보장되어 있다. 따라서 EU와 독일의 방문판매법을 통해 소비자에게 주어지는 철회권은 1차적으로 ‘기습적 상황(Überrumpelungssituation)에서의 계약 체결’이라고 하는 상황적 근거에 기인한다고 말할 수 있다.

2. 유럽경제공동체 및 유럽연합 차원에서의 방문판매 개념 변천사

(1) EEC의 방문판매 지침

1985년 유럽경제공동체(European Economic Community: EEC)의 방문판매 지침⁴⁾ 제1조⁵⁾는 물품의 공급 또는 서비스의 제공에 대한 사업자와 소비자 사이의

1) Directive to protect the consumer in respect of contracts negotiated away from business premises(85/577/EEC).

2) Consumer Rights Directive(2011/83/EU).

3) EEC 방문판매지침 입법이유 4와 EU 소비자권리지침 입법이유 21 참조.

4) 이 지침의 규정 내용을 상세히 소개하는 문헌으로 김은경, “EU의 방문판매규제에 관한 고찰”, 「기업법연구」 제21권제4호, 한국기업법학회, 2007, 385쪽 이하 참조.

계약 체결에 있어 기습적 상황이 발생할 수 있는 전형적인 사례군들을 제1항에서 열거하고 있었다. 구체적으로 사업자에 의해 조직된 사업자의 사업장 밖에서의 여가활동 중에 계약이 체결된 경우(제1항 제1호), 소비자 개인의 주거공간 또는 다른 소비자 개인의 주거공간 내지 소비자의 직장에 사업자가 행하는 방문으로서 소비자가 명백히 이를 희망한 적이 없었던 방문을 계기로 계약이 체결된 경우(제1항 제2호)를 규정하고 있었다. 이처럼 EEC의 방문판매지침 시기에는 방문판매가 인정되는 몇 가지 상황을 한정적·적극적으로 정의하는 규율 방식을 취하여 소비자 보호의 필요성이 강하게 드러나는 예외적 상황을 상당히 협소하게 규정하고 있었다는 점에 특징이 있었다.

나아가 동 지침 제1조 제2항은 소비자가 사업자의 방문을 요청한 경우에도 방문판매 상황이 인정될 수 있는 예외를 규정하고 있었다. 즉 소비자가 사업자의 방문을 요청하여 계약을 체결한 경우라 할지라도 방문을 요청하게 된 상품이 아닌 다른 상품에 대한 계약을 체결하였고, 실제로 구매한 상품이 사업자의 영업활동 또는 직업활동에 속한다는 사실을 소비자가 방문 요청 시점에 인지하지 않았거나, 합리적 사유로 인지할 수 없었던 경우에도 방문판매 상황을 인정하여 소비자 보호의 범위를 확장하고 있었다. 또한 동 지침은 소비자가 방문판매의 상황에서 행한 청약의 의사표시에 대해서도 이의 구속력이 있는지 여부를 묻지 않고 소비자 철회권을 행사할 수 있도록 규정하고 있었다. 즉 지침 제1조 제3항이 “사업자가 승낙하기 전에는 소비자

5) Article 1

1. This Directive shall apply to contracts under which a trader supplies goods or services to a consumer and which are concluded:
 - during an excursion organized by the trader away from his business premises, or
 - during a visit by a trader
 - (i) to the consumer's home or to that of another consumer;
 - (ii) to the consumer's place of work;
 where the visit does not take place at the express request of the consumer.
2. This Directive shall also apply to contracts for the supply of goods or services other than those concerning which the consumer requested the visit of the trader, provided that when he requested the visit the consumer did not know, or could not reasonably have known, that the supply of those other goods or services formed part of the trader's commercial or professional activities.
3. This Directive shall also apply to contracts in respect of which an offer was made by the consumer under conditions similar to those described in paragraph 1 or paragraph 2 although the consumer was not bound by that offer before its acceptance by the trader.
4. This Directive shall also apply to offers made contractually by the consumer under conditions similar to those described in paragraph 1 or paragraph 2 where the consumer is bound by his offer.

가 자신의 청약으로부터 구속되지 않음에도 불구하고 소비자가 제1항 또는 제2항에 언급된 조건과 유사한 조건하에 청약의 의사표시를 행한 계약에 대해서도” 방문판매 상황이 인정됨을 분명히 하고 있었고, 제1조 제4항이 “소비자가 자신의 청약에 구속되는 경우 소비자가 제1항 내지 제2항에서 언급된 조건과 유사한 조건하에 행한 청약의 의사표시에 대해서도” 방문판매지침이 적용 된다고 규정하고 있었다.

이러한 EEC 방문판매지침에서의 방문판매 개념은 구 독일 민법 제312조에 반영이 되어 기습적 상황으로서 소비자 피해가 문제되어 왔던 소위 커피여행(Kaffeefahrt)⁶⁾ 등의 사례에 적용되어 왔다

(2) EU의 소비자권리지침

현재 유럽연합에서 시행되고 있는 EU 소비자권리지침 제2조 제8호⁷⁾는 이전의 EEC 방문판매지침에 비해 방문판매 개념을 상당히 확대하고 있다.⁸⁾ 구체적으로 ‘소비자와 사업자의 대면하에 사업자의 사업장이 아닌 장소에서 체결된 계약[제8호 a)], ‘소비자와 사업자의 대면 하에 사업자의 사업장이 아닌 장소에서 소비자가 청약의 의사표시를 행하였던 계약[제8호 b)]’을 사업장 밖에서 체결된 계약으로 정의하고 있다. 즉 과거처럼 기습의 위험이 인정될 수 있는 전형적 상황들을 개별화·구체화하여 규정하지 않고, 사업자의 사업장에서 체결되지 않은 모든 계약 유형에 성급한 계약 체결을 유도하는 기습적 상황이 내재되어 있는 것으로 본다. 따라서 사업

6) 대개 커피를 내주면서 가벼운 분위기를 유도하여 상품 구매를 권유하는 방문판매 방식을 일컫는다.

7) Article 2 Definitions For the purpose of this Directive, the following definitions shall apply:

(8) ‘off-premises contract’ means any contract between the trader and the consumer:

(a) concluded in the simultaneous physical presence of the trader and the consumer, in a place which is not the business premises of the trader;

(b) for which an offer was made by the consumer in the same circumstances as referred to in point (a);

(c) concluded on the business premises of the trader or through any means of distance communication immediately after the consumer was personally and individually addressed in a place which is not the business premises of the trader in the simultaneous physical presence of the trader and the consumer; or

(d) concluded during an excursion organised by the trader with the aim or effect of promoting and selling goods or services to the consumer;

(9) ‘business premises’ means:

(a) any immovable retail premises where the trader carries out his activity on a permanent basis; or

(b) any movable retail premises where the trader carries out his activity on a usual basis;

8) EU의 입법자는 이러한 방문판매를 직접유통 내지 직접판매(Direktvertrieb)라는 상위 개념하에 규율하고 있다(EU 소비자권리지침 입법이유 5 참조).

장 개념이 방문판매 상황을 결정하는 핵심적 개념이 되고, ‘사업자가 자신의 활동을 계속적으로 행하는 부동(不動)의 영업장’과 ‘사업자가 자신의 활동을 일상적으로 행하는 이동형 영업장’으로 구분하여 사업장을 정의하고 있다(동 지침 제2조 제9호). 이처럼 ‘방문판매’에서 ‘사업장 밖에서 체결된 계약’으로 그 적용 범위를 확대한 EU 소비자권리지침의 규정들은 독일 민법에도 반영이 되었고, 결과적으로 소비자 보호의 필요성이 인정되는 사례군이 상당히 확대되었다.

소비자가 사전에 요청하여 사업자의 방문이 이루어진 경우 1985년 EEC 방문판매 지침에서는 예외적인 상황에 한해서 방문판매 상황이 인정되었지만, 현행 EU 소비자권리지침에서는 소비자가 요청한 사업자의 방문인지 여부는 중요하지 않다.⁹⁾ 소비자가 희망하여 사업자가 방문한 경우에는 소비자가 이미 판매상황을 예상할 수 있다는 점에서 기습적 상황은 부인되겠지만, 이 경우에도 사업자의 구매권유 상황로부터 소비자가 쉽게 벗어날 수 없고 결국 심리적 압박 상황에서 계약이 체결될 수 있다는 점이 고려되었다. 또한 소비자의 방문 요청이 있었던 경우 방문판매 상황을 일괄적으로 부인하게 되면 사업자가 소비자로 하여금 방문을 요청하게끔 유도할 남용의 위험이 있다는 점도 고려되었다.

나아가 EU 소비자권리지침은 사업자의 사업장 내에서 계약이 체결되었지만, 그 직전에 사업장 밖에서 사업자가 소비자를 유인한 경우에도 방문판매상황을 인정하고 있다. 즉 “사업자의 사업장 밖에서 소비자와 사업자의 대면하에 개인적이고 개별적으로 소비자에게 대화의 접촉이 시도된 직후 사업자의 사업장에서 또는 원격통신 수단을 통해 체결된 계약”도 사업장 밖에서 체결된 계약으로 포섭하고 있다[제2조 제8호 c)]. 다만 소비자를 유인하기 위해 대화가 이루어진 시점과 사업장 내에서 계약이 체결된 시점 사이의 간격이 길어 소비자가 계약 체결 여부에 대해 숙고할 수 있었던 경우에는 방문판매 상황이 부인된다.¹⁰⁾ 끝으로 EU 소비자권리지침은 EEC 방문판매 지침에서와 같이 “소비자에게 상품의 판매 또는 서비스의 제공을 광고하고 소비자와 이에 대한 계약을 체결할 목적으로 사업자가 조직한 여가 행사” 상황도 방문판매 개념에 포섭시키고 있다[제2조 제8호 d)]. 다만 EEC 방문판매 지침이 “사업장 밖에서의 여가활동 중에 체결된 계약”이라 규정하고 있는 반면, EU 소비자권리지침은 단순히 “여가활동에서 체결된 계약”이라 표현하여 여가활동 중 사업장 내에서 체결된 계약도 방문판매에 관한 규정이 적용되도록 하고 있다.

9) EU 소비자권리지침 입법이유 21. 다만 긴급한 수리 및 수선 업무를 목적으로 소비자가 요청한 경우에만 소비자 철회권이 배제된다(독일민법 제312조g 제2항 제11호 참조).

10) EU 소비자권리지침 입법이유 21.

이러한 EU법상 방문판매의 개념, 좀 더 정확히 표현하면 사업장 밖에서의 계약은 사법상의 정보제공의무와 소비자 철회권이라는 법률효과와 결부되어 있다. 사업장 밖에서 체결된 계약에 있어 특별히 소비자를 보호하는 이유는 의사결정 자유의 침해에 있는데, 사업장 밖에서는 소비자가 i) 심리적 압박하에 놓일 수 있고, ii) 기습적 상황에 놓일 수 있다는 두 가지 사유를 근거로 의사결정 자유 침해를 논거 지운다.¹¹⁾ 이와 달리 소비자가 사업자의 사업장에 자발적으로 출입한 경우에는 계약의 교섭 및 체결에 심리적으로 준비되어 있는 상황이고, 사업장을 나감으로써 상대적으로 쉽게 계약의 교섭상황으로부터 벗어날 수 있다고 한다. 결국 EU 소비자권리지침이 방문판매의 상황적 적용 범위를 상당히 포괄적으로 규정하고 있음에도 불구하고 여전히 기습의 위험이 방문판매 규정의 기초를 이루고 있음을 알 수 있다.

3. 독일 민법상 방문판매 개념

(1) 서론: 독일 민법 제312조b의 폐쇄적·완결적 특성과 유추의 허용 여부

다른 유럽연합 회원국에서와 마찬가지로 독일에서도 EU 소비자권리지침 제2조 제8호 및 제9호는 독일민법 제312조b¹²⁾ 제1항과 제2항에 반영되어 2014년 이래로 시행

11) EU 소비자권리지침 입법이유 21.

12) § 312b Außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge

(1) Außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge sind Verträge,

1. die bei gleichzeitiger körperlicher Anwesenheit des Verbrauchers und des Unternehmers an einem Ort geschlossen werden, der kein Geschäftsraum des Unternehmers ist,
2. für die der Verbraucher unter den in Nummer 1 genannten Umständen ein Angebot abgegeben hat,
3. die in den Geschäftsräumen des Unternehmers oder durch Fernkommunikationsmittel geschlossen werden, bei denen der Verbraucher jedoch unmittelbar zuvor außerhalb der Geschäftsräume des Unternehmers bei gleichzeitiger körperlicher Anwesenheit des Verbrauchers und des Unternehmers persönlich und individuell angesprochen wurde, oder
4. die auf einem Ausflug geschlossen werden, der von dem Unternehmer oder mit seiner Hilfe organisiert wurde, um beim Verbraucher für den Verkauf von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen zu werben und mit ihm entsprechende Verträge abzuschließen.

Dem Unternehmer stehen Personen gleich, die in seinem Namen oder Auftrag handeln.

(2) Geschäftsräume im Sinne des Absatzes 1 sind unbewegliche Gewerberäume, in denen der Unternehmer seine Tätigkeit dauerhaft ausübt, und bewegliche Gewerberäume, in denen der Unternehmer seine Tätigkeit für gewöhnlich ausübt.

되고 있다.¹³⁾ 이로 인해 독일에서는 개념적으로는 이제 ‘방문판매(Haustürgeschäft)’라는 표현 대신에 ‘사업장 밖 계약(Außergeschäftsraumvertrag)’ 또는 ‘사업장 밖에서 체결된 계약(Außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Vertrag)’이라는 개념이 어느 정도 자리매김 된 상황이다.¹⁴⁾ EU 소비자권리지침에서와 동일하게 독일에서도 ‘이동 가능한 영업장 또는 부동산의 고정적 영업장 밖에서의 계약 체결 내지 계약의 교섭’이라는 상황적 요소가 독일 민법상 방문판매 규정의 물적 적용 범위¹⁵⁾에 결정적 의미를 가지게 되고, 바로 이 사업장 개념이 법률상 적극적으로 정의되어 있기 때문에 사업장 밖의 상황을 도출할 수 있다.¹⁶⁾ 다만 방문판매라는 표현도 계속 사용되는데, 비록 방문판매 개념을 엄격히 해석하면 EU 소비자권리지침의 실제 적용 범위 중 일부만을 일컫는 것이 되지만 내용적으로 큰 문제 없이 방문판매라는 용어도 용인되고 있는 상황이다. 엄격히 해석할 때 이미 과거 EEC 방문판매지침 적용하에서도 방문판매라는 표현이 의미할 수 있는 범위가 매우 협소했기 때문이

Gewerberäume, in denen die Person, die im Namen oder Auftrag des Unternehmers handelt, ihre Tätigkeit dauerhaft oder für gewöhnlich ausübt, stehen Räumen des Unternehmers gleich.

- 13) 이를 통해 과거 소비자를 기습하는 개별적 상황을 완결된 열거 형식으로 규정한 구 독일민법 하에 방문판매에 해당하는지 논란이 되어 왔던 사례들이 대부분 해결되었음을 강조하는 문헌으로 Möller, BB 2014, 1411, 1414.
- 14) 독일 민법 제312조b는 단순히 ‘계약’이라고만 규정하고 있고 계약의 대상에 대해서는 아무런 언급이 없다. 다만 독일 민법 제312조 제1항의 내용을 고려해 보았을 때 방문판매에 관한 규정들이 사업자의 ‘유상 급부’를 대상으로 하는 소비자계약(독일 민법 제310조 제3항)에만 적용된다는 점을 알 수 있다. 또한 EU 소비자권리지침 제2조가 개념 정의에 있어서 매매계약과 서비스계약을 구분하고 있는데, 이에 의하면 매매계약은 사업자가 소비자에게 물품의 소유권을 이전해야 할 의무를 부담하는 계약을 말하고(지침 제2조 제5호), 매매계약이 아니면서 사업자가 소비자에게 서비스를 제공해야 할 의무를 부담하는 모든 그 밖의 계약 유형들은 지침 제2조 제6호에서의 서비스계약이 된다. 이러한 유상계약들의 전형을 독일법적 시각에 바라보게 되면 매매계약, 도급계약, 고용계약과 같은 쌍무계약들이 해당하게 된다.
- 15) 독일 방문판매법의 인적 적용 범위와 관련해서는 계약을 체결하는 당사자들이 사업자와 소비자인지가 문제 된다. 우선 방문판매법상 사업자에 해당하는 범주에 대해서는 독일 민법 제312조b 제1항 제2문이 특별 규정을 두고 있는데, 이에 의하면 사업자의 이름으로 또는 사업자의 위탁(Auftrag)에 의해 행위 하는 자들도 그러한 사업자와 동일하게 취급된다. 여기서 위탁(Auftrag)은 상당히 넓게 이해되어 독일민법 제164조 이하에서 말하는 대리인뿐만 아니라, 그 밖의 중개인 내지 제3자들도 포함한다. 이러한 제3자의 전형적인 예로는 소위 파티판매인(Partyverkäufer)을 언급할 수 있지만, 이웃, 친구 또는 직장동료와 같이 소비자와 근접해 있는 자들이라 할지라도 사업자를 위해 활동하는 자들은 모두 제3자에 해당할 수 있다(Palandt/Grüneberg, § 312b Rn. 9.). 나아가 독일 방문판매법상 소비자에 해당하는 범주에 대해서는 소비자가 대리인을 선임한 경우 방문판매 상황을 결정함에 있어 누구의 의사표시가 기준이 되어야 하는지 문제되어 왔다. 독일 연방대법원의 입장에 의하면 소비자 철회권의 목적과 독일 민법 제166조 제1항의 취지를 고려하여 원칙적으로 대리인을 기준으로 판단해야 한다고 한다(BGH NJW 2005, 664; BGH NJW 2000, 2268).
- 16) 해당 계약이 실제로 사업장 밖의 상황에서 체결되었다는 것은 일반 원칙에 따라 소비자가 증명책임을 부담한다(BGH NJW 2009, 431; BGH NJW 2010, 2868).

다.¹⁷⁾

EU 소비자권리지침에서와 같이 독일에서도 사업장 밖에서 행해진 소비자의 청약의 의사표시에 대해서도 방문판매 규정이 적용된다. 독일 민법 제312조b 제1항 제1문 제2호는 소비자가 전형적인 기습상황에서 독일민법 제145조에서 말하는 청약의 의사표시를 행하였고, 이를 통해 계약상 구속되는 경우에도 소비자를 보호하고 있다. 따라서 사업자가 계약의 청약을 언제 그리고 어디서 승낙하는지는 무의미해진다.

EU 소비자권리지침은 회원국 간의 완전한 조화라는 컨셉을 가지고 있기 때문에, 동 지침의 범위 내에서 지침 내용과 다른 내용의 국내법을 입법하는 것은 엄격히 금지되어 있다. 따라서 독일 민법 제312조b의 규율내용은 폐쇄적·완결적 특성을 가짐이 원칙이다. 이러한 가운데 독일민법 제312조b에서의 방문판매 개념 정의를 경우에 따라서 확대해석 내지 유추적용을 할 수 있는지가 독일에서 논의되고 있는데, 다수적 견해에 의하면 EU 소비자권리지침의 완전한 조화라는 컨셉은 동 지침이 적용되지 않는 계약에 그 적용 범위를 확대하는 것까지 금지하지 않으므로¹⁸⁾ 독일 민법 제312조b에서 열거하고 있는 “사업장 밖에서의 계약”과 유사한 사례군에 확대해석 내지 유추적용 하는 것은 가능하다고 한다.¹⁹⁾ 다만 어차피 현행 독일 민법상 방문판매 개념이 매우 넓게 정의되어 있기 때문에 확대해석 내지 유추적용에 대한 필요성은 그리 크지 않다고 한다.²⁰⁾

(2) 전형적인 예: 파티판매

독일법상 사업장 밖에서 체결된 계약으로 인정되는 전형적인 예로는 소위 파티-판매(Party-Verkäufe)가 있는데, 그동안 양초, 세제, 악세사리 등과 같은 다양한 영역으로 확장되고 있는 터퍼웨어 파티(Tupperparty)²¹⁾를 생각할 수 있다. 이러한 파티에서는 참석자들 중 1인의 집에서 편안한 분위기를 통해 소비자들에게 다양한 상품들이 소개되고, 이 상품의 소개가 끝난 후 파티 참석자들이 주문을 할 수 있게 된다. 그런데 해당 소비자의 주거공간은 사업자가 계속적으로 자신의 활동을 수행하는 장소에 해당하지 않는다. 비록 사업자가 자신의 상품을 직접판매의 형식으로 유통하는 것에 전문화되어 있고 그러한 “판매 파티”를 일상적으로 이용한다 할지라도,

17) Brinkmann/Ludwigkeit, NJW 2014, 3270, Fn. 1 참조.

18) EU 소비자권리지침 입법이유 13 참조.

19) BeckOGK/Busch, § 312b Rn. 8; MüKoBGB/Wendehorst, § 312b Rn. 10. 반대견해로 HK-BGB/Schulte-Nölke, § 312b Rn. 4.

20) MüKoBGB/Wendehorst, § 312b Rn. 10.

21) 식품 저장용 플라스틱 용기를 판매하는 터퍼웨어사가 지원하는 특정 파티 형식을 말한다.

어쨌든 해당 주거공간이 사업자가 통상적으로 자신의 급부를 제공하는 영업장에 해당하지 않다는 점이 결정적 의미를 가진다. 즉 통상적인 행사가 개최되는 것이라 할지라도 소비자가 사업자의 판촉을 위해 단지 임시로 공간을 제공한 개인 주거공간이라는 점이 여전히 문제 되는 것이다.

그리고 예컨대 파티 개최자가 판매행사를 진행하기 위해 해당 사업자를 자신의 주거공간으로 초대한 경우와 같이 소비자가 방문을 요청하였다는 점 내지 소비자가 판매행사 개최를 알고 파티에 참석한다는 점은 사업장 밖에서 체결된 계약인지 여부를 판단함에 있어 중요하지 않다. 소비자가 사업자의 방문 허락을 사전에 결정하였음에도 불구하고 여전히 소비자에게 성급한 계약 체결의 위험이 존재하는지는 의문이 들 수 있을 것이다. 그러나 EU 소비자권리지침은 사업자의 방문이 소비자에 의해 초래된 경우에도 사업장 밖에서 법률행위가 이뤄진다는 사실만으로 심리적 압박의 위험을 인정하고 있다.²²⁾ 지인들과의 파티 분위기 속에서 계약을 위한 의사결정의 자유가 침해될 수 있다고 보기 때문에 사업자가 방문하게 된 계기는 원칙적으로 아무런 의미를 가지지 않는다.²³⁾

(3) 핵심 기준으로서 사업장 개념

독일 민법은 제312조b 제2항에서 법률상 사업장(Geschäftsraum) 개념을 정의하고 있다.²⁴⁾ 이에 의하면 ‘사업자가 자신의 활동을 계속적으로 수행하는 부동의 고정적 영업장(unbewegliches Gewerberaum)’과 ‘사업자가 자신의 활동을 일상적으로 수행하는 이동형 영업장(bewegliches Gewerberaum)’이 사업장에 해당한다.²⁵⁾

1) 부동의 고정적 영업장

부동의 고정적 사업장의 정의는 ‘영업장에 해당하는 공간’ 그리고 ‘그러한 공간에서 사업자가 계속적으로(dauerhaft) 수행하는 활동’이라는 두 가지 요소로 구성되어 있다. 가장 일반적인 형태의 고정적 영업장으로는 사업자의 판매점이나 전시장을 언급할 수 있는데, 이처럼 소비자가 계약의 체결을 예상할 수 있는 공간 내에서는 소

22) 이에 대한 상세한 분석으로는 Unger, ZEuP 2012, 270, 279 참조.

23) BGH WM 2012, 1474.

24) 이에 대해 상세한 내용은 Brinkmann/Ludwigkeit, NJW 2014, 3270.

25) 이처럼 사업자가 특정 유통방식을 계속적으로 내지 일상적·통상적으로 이용하는지를 고려하는 것에 비판을 제기하는 문헌으로 MüKoBGB/Wendehorst, § 312b Rn. 12. 이에 의하면 사업자가 산발적으로 내지 예외적으로 활동하는 경우에도 기습상황이 부인되는 것으로서 사업장으로 인정되어야 한다고 한다.

비자 계약법상의 보호 필요성이 부인된다. 영업공간이 대지와 고정적으로 결합되어 있는 경우에 부동산의 고정적 영업장으로 판단될 수 있다. 대지 위에 돌출해 있는 구조물로서, 거래통념상 사업자의 판매를 위해 적합한 구조인 경우 영업공간으로 볼 수 있겠지만, 그 형태에 대해 구체적인 요구사항(예컨대 벽면의 수, 천장이 있는지 여부 등)이 있지는 않다. 계속적으로 수행하는 활동이라 함은 중단되지 않는 활동이라는 의미인데, 시즌형 영업도 계속적 활동에 포함된다.

EU 소비자권리지침 제2조 제9호에서 기인하는 독일 민법 제312조b에서도 영업장의 개념이 정의되지는 않는데, 전통적으로 독일법상 영업장 개념은 해당 공간에서 통상 영업이 행해진다는 점만을 가지고 정의되지는 않는다. 예컨대 임대차법상 특정 공간이 영업공간에 해당하는지를 판단하는 경우 임대차 계약에 있어서 어떤 이용목적 이 약정되었는지가 결정적 기준이 되고, 해당 공간이 실제로 무엇을 위해 사용되는지는 중요하지 않다. 영업 목적으로 이용하는 것은 계약상 해당 공간을 주거공간으로 분류한 것에 영향을 주지 않음이 원칙이다.²⁶⁾ 이에 따르면 모종의 특정 공간에서 행해지는 사업자의 활동 모두가 아니라, 영업공간으로 인정되는 공간 내에서의 활동만이 사업장 내 활동에 해당하게 된다.²⁷⁾ 이는 결국 소비자 철회권이 인정되는 사업장 밖 계약의 인정 범위가 넓어지는 결과에 이르게 된다. 그러나 이와 달리 독일 민법 제312조b의 기원이 되는 EU 소비자권리지침을 입법이유²⁸⁾를 고려하여 해석한다면 넓은 해석이 가능해진다. 이에 의하면 영업장 개념에 있어서도 소비자의 기습상황 내지 심리적 압박 상황이 존재하느냐 여부가 고려되어야 하고, 따라서 통상 영업의 수행이 이뤄지는 모든 형태의 공간이 고려되기 때문이다. 결국 EU 소비자권리지침이 말하는 영업장에 해당하는지 문제는 실제적인 공간 이용에 의해서만 결정되는 것이고 임대차 계약상 약정된 이용목적 또는 영업공간으로서 공법상의 인·허가를 받은 사실은 고려되지 않는 것으로서 이는 전통적인 독일법상의 이해를 넘어서는 것이 된다.²⁹⁾

2) 이동형(이동 가능한) 영업장

이동형 영업장도 사업자가 일상적·통상적으로 자신의 영업 활동을 수행하는 곳이라면 사업장에 해당할 수 있다. 대지와 고정적으로 결합되어 있지 않은 인프라 시설

26) OLG Celle ZMR 1999, 470.

27) Brinkmann/Ludwigkeit, NJW 2014, 3270.

28) EU 소비자권리지침 입법이유 22.

29) MüKoBGB/Wendehorst, § 312b Rn. 17; BeckOK BGB/Maume, § 312b Rn. 28.

로서 사업자가 일상적으로 자신의 활동을 수행하는 곳이라면 이동 가능한 영업장에 해당한다. 이 경우 고정적 영업장에서와 달리 일상적(gewöhnlich), 즉 통상적인 활동인지 아니면 예외적 활동인지가 중요하고, 영업활동이 계속적(dauerhaft)으로 행해지는지 여부는 고려되지 않는다. 그 근거로는 이동형 영업장의 전형적 특색이 사업자가 다양한 장소 그리고 다양한 시간대에 유연하게 이용할 수 있다는 점이 언급된다. 그러한 영업장으로는 예컨대 독일 영업법(Gewerbeordnung) 제64조 및 제65조에서의 가판대(Marktstand) 및 전시대(Messestände), 판매용 차량 또는 (예컨대 관광 성수기 또는 특정 기간 동안 개최되는 축제기간 동안의 해변가 내지 스키장에서의) 계절형 시설들이 생각될 수 있다.³⁰⁾

3) 사업장으로서의 객관적 인식가능성 및 소비자의 의도적 방문: 사업자의 개인적 주거공간에서 체결된 계약

사업자 개인의 주거공간에서 계약이 체결된 경우, 예컨대 주거공간 내에 사무실이 있는 경우와 같이 사업자가 거주하고 있는 곳이라 할지라도 통상 사업 활동이 행해진다면 사업장으로 판단될 수 있다. 앞서 설명하였듯이 EU 소비자권리지침³¹⁾을 고려해 보면 사업자가 통상적으로 영업적 활동을 수행하는 공간인지가 핵심적 기준이 되기 때문에, 궁극적으로 사업장에서 계약 체결이 일어난 것이 되고 소비자 철회권은 인정되지 않게 된다. 그런데 아무리 사업자의 영업 활동이 통상적으로 행해지는 공간이라 할지라도 외관상 개인의 주거공간의 모습을 하고 있는 경우에도 항상 사업장으로 파악하여 소비자 철회권을 부인하는 것이 정당한지는 의문이 들 수 있다. 실제 영업 활동이 행해지는 공간이어도 소비자가 계약을 체결한 장소를 사업장으로 인식하기 어렵고, 따라서 소비자가 계약을 체결할 의도로 입장하지 않은 경우에는 소비자가 여전히 기습적 상황에 놓여 있다고 볼 수 있기 때문이다.³²⁾ 이러한 맥락에서 i) 소비자가 특정 구조물을 객관적으로 사업장으로 인식할 가능성 및 ii) 가치판단의 결과 소비자가 의도적으로 사업자의 사업장에 입장한 것으로 볼 수 있는지 여부를 2가지 기준을 추가로 고려하여 사업장 여부를 판단해야 한다는 견해가 매우 설득력 있게 제기되고 있다(독일 민법 제312조b의 목적론적 해석).³³⁾ 이에 의하면 소비

30) BT-Drucks, 17/12637, S. 49 f. 참조.

31) 비록 EU 소비자권리지침 '입법이유 22'에서 개인의 주거공간은 사업장이 아니라고 하여 사업자의 개인적 주거공간도 사업장 개념에서 배제되는 것으로 해석할 수 있지만, '입법이유 21'을 고려해 보면서 이는 소비자의 주거공간만을 말한 것으로 추정할 수 있다(Brinkmann/Ludwigkeit, NJW 2014, 3270, 3271).

32) Brinkmann/Ludwigkeit, NJW 2014, 3270, 3271.

자가 계약을 체결할 수 있다는 사실을 알면서 의도적으로 사업장에 방문한 경우에만 사업장 내의 계약체결로 볼 수 있다는 시각은 이미 독일 연방대법원 판결에 의해서도 확인된 바 있는 가치판단이고,³⁴⁾ 이러한 해석이 EU 소비자권리지침의 완전한 조화 컨셉에도 반하지 않는다고 본다. 앞서 설명한 바와 같이 동 지침이 적용되지 않는 계약에 그 적용 범위를 확대하는 것까지 금지되지는 않기 때문이다.

이러한 목적론적 해석은 사업자의 개인적 주거공간에서 체결된 계약에서와 같이 고정적 영업장뿐만 아니라 이동형 영업장과 관련해서도 그 정당성을 확인할 수 있다. 예컨대 상품 판매를 위한 트럭차량이 소비자에게 다가와 갑자기 정차한 경우, 비록 독일 민법 제312조b 문언상의 표면적 요건을 모두 갖춘 이동형 영업장에 해당한다 할지라도 소비자에게는 기습적 상황 내지 심리적 압박 상황이 여전히 존재하고 소비자 철회권 행사가 가능해진다. 해당 화물차량을 소비자가 사업장으로 인식할 수 없었거나, 소비자가 화물차량에서 판매하는 상품에 대해 계약을 체결할 의도로 접근하지 않았기 때문이다.³⁵⁾

4) 해당 분야에 속하지 않는 낯선 거래

독일 민법상 방문판매 개념과 관련된 또 다른 논으로 소비자가 자율적 의사로 출입한 사업장 내에서 계약이 체결되었으나, 해당 계약을 예상할 수 없었던 경우에 사업장 밖 계약으로 볼 수 있는지의 문제가 있다. 예컨대 치과 병원에서 치과적 의료 서비스에 대한 계약을 예상하는 것이 일반적인데, 전동칫솔기 또는 병원 대기실에 전시되어 있는 그림의 판매가 이뤄지는 경우를 생각할 수 있다. 치과 치료실 내 진료 제어에서 상품의 판매가 권유되는 경우 기습적 상황과 심리적 압박의 정도는 시내의 인도에서 권유받은 경우보다 더 클 수 있지만, 일단 독일 민법 제312조b의 요건이 충족되지는 않는다.

그런데 이와 같이 해당 분야에 속하지 않는 낯선 거래(Branchenfremde Geschäfte; Fachfremde Angebote)에 대해서 독일 입법자는 사업장 밖의 계약 체결 상황을 인정하고자 하였음을 입법 자료를 통해 확인할 수 있다. 즉 독일 영업법

33) MüKoBGB/Wendehorst, § 312b Rn. 13 f.

34) BGH NJW 2000, 3489; BGH NJW 2006 845. EU 소비자권리지침이 독일민법에 반영되기 전에는 독일민법 제312조 제1항 제1문이 순전히 "개인의 주거공간" 영역이라고만 표현하고 있었고, 원칙적으로 사업자 개인의 주거공간도 포섭될 여지가 있었다는 점에서 사업자의 개인 주거공간에서의 계약체결에도 방문판매법이 적용되는지 문제가 되었다. 이에 독일 연방대법원은 소비자가 계약을 체결할 의도를 가지고 사업자의 주거공간을 방문하였고 실제 계약을 체결하였다면 방문판매에 해당하지 않는다고 판시하였다.

35) MüKoBGB/Wendehorst, § 312b Rn. 13.

상의 가판대 및 전시대에 대해서 모종의 제한이 가해짐을 입법이유서³⁶⁾를 통해 확인할 수 있는데 (예컨대 박람회와 같은) 개별 행사에 있어서 잘 알려져 있지 않고, 따라서 뜻밖의 상품에 해당하는 것들은 사업자의 일상적인 활동에 해당하지 않고, 사업장으로 인정될 수 없다고 한다. 동일한 맥락에서 소비자가 자유롭게 출입한 사업장 내에서 계약이 체결되었으나, 해당 계약을 예상할 수 없었던 경우 제312조b의 유추적용이 가능하다는 견해가 설득력 있게 제시되고 있다.³⁷⁾ 독일의 입법이 EU 소비자권리지침의 물적 적용범위를 이러한 방식으로 확장하고 있다고 보면, 사업장 개념이 제한된다고 해도 원칙적으로 지침에 반하는 것은 아니라고 한다.³⁸⁾

이와 같이 ‘해당 분야에 속하지 않는 낯선 거래’ 유형을 통해 사업장 개념을 축소하는 시각에 대해서는 비판적 입장을 취하는 문헌도 발견된다. 우선 이러한 낯선 거래가 사업자의 통상적인 활동이 아니라고 보는 것은 법리적으로 보았을 때 문제가 있다고 한다. 예컨대 이동형 영업장에서 사업자가 자신의 활동을 일상적으로 수행하는지 여부는 종국적으로 객관적·양적 기준(objektiv-quantitatives Kriterium)에 해당하는데, 소비자의 입장에서 고찰하여 판매되는 상품이 일상적인 것인지 돌발적인 것인지를 판단하는 것은 전혀 다른 문제라고 한다.³⁹⁾ 즉, 후자는 사업자가 자신의 활동을 일상적으로 수행하는 장소라는 점에 영향을 줄 수 없다고 한다.

나아가 이러한 낯선 거래의 경우 소비자에게 기습적 상황이 존재한다 할지라도 독일 입법자의 이해는 지나치게 사업자 측의 법적 안정성을 해할 수 있다고 지적한다.⁴⁰⁾ 판매하려는 상품이 해당 (업종)분야에서 통상적인 것인지 사업자 스스로 판단해야 하는 위험을 부담하게 된다고 한다. 만약 해당 분야에 속하지 않는 낯선 상품이라고 판단되면 방문판매법상의 정보제공의무를 이행해야 하고 소비자의 철회권 행사에 대비해야 하는데 이는 상당한 정도의 법적 불안정성을 야기한다고 한다. 다만 소비자가 자유롭게 출입한 사업장 내에서 계약이 체결되었으나, 해당 계약을 예상할 수 없었던 경우 제312조b의 유추적용이 가능하다는 견해도 엄격한 요건을 설정하고 있다⁴¹⁾는 점에서 양 견해는 큰 차이가 없다. 즉 거래관념상 통상적인 사업장 내 심리적 압박을 넘어서는 기습상황과 압박상황이 소비자에게 발생하는지 여부(예컨대 전시회 행사내용과 무관한 상품이 전시대에서 판매되는 경우와 저가의 생활용품

36) BT-Drucks, 17/12637, S. 50.

37) MüKoBGB/Wendehorst, § 312b Rn. 23.

38) 예컨대 Bülow/Artz, Verbraucherprivatrecht, Rn. 231. 이와 달리 지침합치성에 의구심을 표하는 문헌으로 Bittner/Clausnitzer/Föhlich, Das neue Verbrauchervertragsrecht, Rn. 73.

39) Brinkmann/Ludwigkeit, NJW 2014, 3270, 3271.

40) Brinkmann/Ludwigkeit, NJW 2014, 3270, 3272.

41) MüKoBGB/Wendehorst, § 312b Rn. 24.

위주로 판매되는 매장에서 상대적으로 고가인 전자기기가 판매되는 경우는 기습상황의 정도가 다르다), 소비자가 사업장을 쉽게 벗어날 수 있는지 여부(예컨대 치과 치료실과 같이 사업장을 벗어나기 굉장히 힘든 경우)를 판단해야 한다고 한다. 결론적으로 소비자의 주변 환경을 토대로 사업자의 일상적인 활동 여부를 판단하고 사업장 개념을 축소하는 방안에 대해서는 아직 논쟁이 진행 중이라고 말할 수 있다.

5) 다른 사업자의 사업장을 이용하는 경우

독일 민법 제312조b 제1항은 기본적으로 사업자의 사업장이라고 표현하고 있는데, 사업장에서 사업자와 소비자 간에 계약이 체결되었으나, 해당 사업장이 계약을 체결한 사업자의 것이 아닌 경우에도 방문판매에 해당하는지 논의가 되고 있다(소위 제3자의 사업장 문제). 일단 독일 민법 제312조b 제2항 제2문에 의하면 사업자의 이름으로 또는 사업자의 위탁으로 행위 하는 제3자가 계속적 또는 일상적으로 활동하는 사업장은 사업자의 사업장과 동일하게 취급된다. 따라서 이러한 공간에서 체결되는 계약에 있어서는 소비자에게 철회권이 부여되지 않는다. 그런데 예를 들어 마트 입구에서 식칼을 판매하거나, 다른 사업자의 이불가게에서 커피 캡슐 또는 에스프레소 머신을 판매하는 것과 같이 특정 사업자가 다른 사업자의 사업장 내 공간을 이용하는 사안은 문제가 될 수 있다. 이 경우 소비자와 계약을 체결한 사업자가 다른 사업자의 사업장 내에서 자신의 고유한 (고정적 또는 이동형) 사업장을 운영하고 있는 경우("Shop-in-a-shop" 모델)에는 사업장 밖에서의 계약이 부인됨이 명백하다.⁴²⁾ 이와 달리 소비자와 계약을 체결한 사업자가 다른 사업자의 사업장 내에 자신의 고유한 사업장을 가지고 있지 않은 상황에서는 논란의 여지가 있을 수 있다. 예컨대 식칼 판매대가 사업장으로서 성질을 가지지 못한다면 식칼 판매자가 자신의 활동을 계속적으로 또는 최소한 일상적으로 수행하는 공간에 있지 않다는 이유로 방문판매가 인정되어야 하는지 문제가 발생한다. 방문판매의 정의를 고려해 보면 계약을 체결하는 사업자의 사업장(Geschäftsraum des Unternehmers)을 말하고 있고, 체결 여부와 상관없는 모든 사업자의 사업장(Geschäftsraum irgendeines Unternehmers)을 언급하고 있지 않으므로 방문판매가 인정되어야 할 것이다. 그럼에도 불구하고 그러한 상황에서는 소비자가 자신의 계약 체결을 예상할 수 있는 '영업이 이뤄지는 환경'에 처해 있기 때문에, 소비자 철회권을 근거 지우는 의외성 및 기습성의 특성이 인정되기 힘들 것이고, 소비자 보호의 필요성이 의문시될 수 있

42) BT-Drucks, 17/12637, S. 50.

다. 그러나 법 규정의 문언을 고려하면 독일 민법 제312조b 제2항 제2문에 규정되어 있는 사안 외에는 제3자의 사업장에서 체결되는 계약의 경우에도 방문판매가 인정됨이 명백하다.⁴³⁾

(4) 개인적·개별적 대화를 통한 접촉 후 계약 체결

사업자가 상품의 홍보를 위해 (예를 들어 거리 또는 사업자의 사업장 앞에서와 같은 곳에서) 소비자가 예상하지 않았던 상황에서 말을 걸어왔고, 이에 직접적으로 연결되어 소비자가 사업자의 유상 급부에 대한 계약을 체결하였다면, 계약 체결이 통신판매의 방식으로 또는 사업자의 사업장 내에서 행해져도 독일 민법 제312조b 제1항 제1문 제3호에 따라 방문판매에 해당한다. 이 규정은 사업자가 상품 홍보를 위해 소비자에게 말을 걸어오는 행위와 계약 체결 간에 직접적인 연결성을 요구하고 있지만 엄격한 시간적인 요구가 있는 것은 아니다.

독일 민법 제312조b 제1항 제1문 제3호에서 규정하고 있는 방문판매와 관련해서는 거리에서 낱장의 전단지나 광고용 리플릿을 배포하는 경우 어떤 요건하에 방문판매 상황이 인정될 수 있는지 문제가 된다. EU 집행위원회의 EU 소비자권리지침 국내법화 가이드라인⁴⁴⁾에 의하면 전단지 등이 일반 공중에게 배포하는 경우는 방문판매로 볼 수 없고, 개인적·개별적인 대화의 접촉인 경우에는 방문판매가 인정될 수 있다고 한다. 다만 이 두 가지 경우를 어떻게 정확히 구분하느냐의 문제는 여전히 남겨져 있는데, 대화가 구체적인 초청·요구의 성격을 가지는지, 단순한 대중적 광고의 성격을 가지는지를 구분해야 한다고 지적되고 있다.⁴⁵⁾

시간적 연관성의 개념은 원칙적으로 유연하게 해석될 수 있지만, 사업자가 상품 홍보를 위해 말을 걸어오는 기습적 상황이 계약 체결에까지 지속되어야 한다는 점은 필요하다. 다만 사업자가 말을 걸어오는 것과 이에 시간상 즉시적으로 따라오는 계약 체결 간에 인과적 연관성까지 별도로 검토될 필요는 없고, 시간적 연관성 판단을 통해 간접적으로 검토될 뿐이다.⁴⁶⁾ 이와 달리 소비자가 사업자의 접촉시도와 이후에 이뤄진 계약 체결 사이에 해당 계약에 대해 숙고할 시간을 가졌던 경우에는 계약의 구속에 대한 압박상황의 작용이 더 이상 인정되기 힘들고, 소비자 철회권 행사를 통해 계약의 구속으로부터 벗어나는 것이 정당화되지 않는다. 결국 개별 사안에서의

43) 이러한 견해로 HK-BGB/Schulte-Nölke, § 312b Rn. 5; Brinkmann/Ludwigkeit, NJW 2014, 3270, 3272.

44) Umsetzungsleitfaden der GD Justiz, 2014.

45) MüKoBGB/Wendehorst, § 312b Rn. 42.

46) MüKoBGB/Wendehorst, § 312b Rn. 47.

가치판단이 항상 필요하게 된다.

(5) 상품 판매를 위한 홍보와 계약의 체결을 위해 사업자가 조직한 여가 행사

구 독일 민법 제312조 제1항 제1문 제2호에서 규율되었던 여가 행사에 관한 부분은 현행 독일 민법에서도 유사한 형태로 규정되어 있다. EU 소비자권리지침 제2조 제8호 (d)가 반영된 독일 민법 제312조b 제1항 제1문 제4호에 의하면 사업자 스스로가 여가 행사를 조직하였거나, 최소한 공동으로 조직하였고, 이것이 자신의 물품 및 서비스에 대한 홍보·판매에 이용된다면 이러한 여가 행사에 있어서 계약이 체결된 경우에도 사업장 밖의 상황이 인정된다. 독일 민법 제312조b 제1항 제1문 제4호에서의 방문판매 상황은 참가자들의 여가가 상품 홍보 및 판매와 연결된다는 점에 특색이 있다. 전형적인 예로는 대중적이라 할 수 있는 커피여행, 나아가 사업자의 상점이 아닌 곳에서 개최되는 무료 와인 시음 또는 패션쇼를 기회로 하여 여행상품, 잡지구독 또는 와인과 같은 다른 상품이 판매되는 경우를 생각할 수 있다.

사업자가 음악회나 스포츠경기에 단순히 초대하는 것과 방문판매 상황이 인정되는 사업자의 여가 행사는 어떻게 구분될 수 있는지 문제 될 수 있는데, 독일 민법 제312조b 제1항 제1문 제4호에서의 여가 행사는 제3자가 소비자의 공간상의 움직임을 조정·통제할 수 있다는 점에 그 특색이 있다고 한다.⁴⁷⁾ 이러한 상황은 특히 사업자가 여가 행사 그 자체뿐만 아니라 행사로 가는 운송수단도 제공하는 경우 가장 두드러지게 나타난다고 한다.

이러한 여가 행사들은 사업자의 사업장 밖에서 개최되는 한 이미 독일 민법 제312조b 제1항 제1문 제1호에서의 방문판매 정의에 포섭되는 것이 원칙이지만, 사업장 내에서 개최되더라도 방문판매로 인정될 수 있다. 과거 구 독일 민법하에서는 사업자의 판매점에서 여가 행사가 진행되던 가운데 상품을 구매할 경우에도 소비자 철회권이 인정될 수 있는지 다툼이 있었지만, 현행법은 여가 시간이라는 가벼운 분위기로 인해 숙고 없이 계약을 체결할 위험이 존재한다는 이유로 이 경우에도 방문판매 상황을 명백히 인정하고 있다.

47) MüKoBGB/Wendehorst, § 312b Rn. 49.

III. 방문판매법상 방문판매 개념

1. 방문판매 상황의 범위 설정에 있어 청약철회 정당화 사유의 의미

소비자보호를 위한 청약철회권⁴⁸⁾은 소비자 사법상의 핵심적 제도로서 우리 방문판매법 제8조 및 제9조에서도 규정되어 있다. 그런데 소비자의 청약철회권은 “계약은 준수되어야 한다”는 전통적 법원칙의 예외에 해당하기 때문에 소비자가 청약철회를 할 수 있는 실체적 이유를 규명하는 것이 법리상 매우 중요한 의미를 가지게 된다. 이러한 청약철회권이 방문판매법상 정당화될 수 있는 사유에 대해서는 i) 판매자에 의하여 제공되는 제한된 정보를 근거로 충동구매를 하게 되는 상황,⁴⁹⁾ ii) 계약체결에 관한 정신적 준비부족 상태,⁵⁰⁾ iii) 소비자로서 하여금 성급하고 실질적으로 강요되었으며 과열된 상태에서 계약이 체결되었다는 점⁵¹⁾이 그간 문헌을 통해 제시되어 왔다. 이들을 개별적으로 고찰해 보면 EU와 독일의 방문판매 규율에 있어 소비자 철회권의 정당화 사유로 언급되고 있는 ‘기습적 상황’ 및 ‘심리적 압박 상황’과 매우 유사하다는 점을 알 수 있고, 이는 방문판매의 개념 설정 문제에 있어서도 유럽법을 하나의 모델로서 참조할 수 있음을 시사한다. 즉, 법률상의 개념정의는 해당 개념과 연결되어 있는 법률효과를 고려하여 입법·해석해야 한다는 법학방법론의 기본 원칙에 따를 때 방문판매 상황이 인정될 수 있는 범위는 청약철회 및 정보제공의무의 정당화사유를 충분히 반영할 수 있는 것이어야 하고, 결국 ‘사업장 밖에서 소비자는 기습적 상황 내지 심리적 압박 하에 놓일 수 있다’는 점이 방문판매 개념정의에 있어 가장 핵심적인 요소로 고려되어야 한다.

48) 소비자계약법상 ‘철회’의 성질과 관련하여 방문판매법 및 전자상거래법 등에서의 청약철회 개념의 적절성에 대해서는 의구심이 들 수 있지만(예컨대 고형석, “특수거래에 있어서 소비자의 청약철회권에 관한 연구”, 『민사법학』 제29호, 한국민사법학회, 2005, 327쪽 이하 참조) 본고에서는 편의상 법률상 명칭에 따라 “청약철회”라 표현한다.

49) 이병준, “민법에서의 소비자의 지위와 소비자특별법의 민법전예의 통합”, 『민사법학』 제39-1호, 한국민사법학회, 2007, 234쪽 이하.

50) 백경일, “소비자보호법 존재의의 및 효용성에 대한 비판적 고찰”, 『법학연구』 제49권 제2호, 부산대학교 법학연구소, 2009, 268쪽.

51) 김진우, “소비자철회권의 정당화사유 - 방문판매와 통신판매를 중심으로”, 『소비자문제연구』 제40호, 한국소비자원, 2011, 150쪽. 다만 이 문헌에서는 소비자 철회권이 인정되는 상황을 전형적·일반적으로 규정하는 것에 비판적 입장을 취하고 있다.

2. 방문판매법상 방문판매 개념에 대한 비판적 고찰

우리 방문판매법도 소비자에게 기습적 상황 내지 심리적 압박 상황이 발생할 수 있는 전형적 상황⁵²⁾을 방문판매 개념에 반영하여 방문판매법 적용범위를 명확히 하고 있는 것으로 보인다. 구체적으로 방문판매법 제2조 제1호는 “방문판매란 재화 또는 용역의 판매를 업으로 하는 자가 방문을 하는 방법으로 그의 영업소, 대리점, 그 밖에 총리령으로 정하는 영업 장소 외의 장소에서 소비자에게 권유하여 계약의 청약을 받거나 계약을 체결하여 재화 또는 용역을 판매하는 것을 말한다”고 하면서, “사업장 외의 장소에서 권유 등 총리령으로 정하는 방법으로 소비자를 유인하여 사업장에서 계약의 청약을 받거나 계약을 체결하는 경우를 포함한다”고 규정하고 있다. 그리고 동법 시행규칙⁵³⁾과 특수판매에서의 소비자보호 지침⁵⁴⁾을 통해 방문판매 개념의 보충과 구체화가 시도되고 있다. 그런데 현행법상 방문판매 개념은 기습적 상황으로 볼 수 있는 사례군을 유형화하였다기 보다, 피해가 발생하여 소비자 보호가 필요해 보인 사례군에 방문판매법을 적용하고자 하는 의도로 방문판매 개념을 개정해 왔다는 인상을 지우기 힘들다.⁵⁵⁾ 이하에서 우리 방문판매법상 방문판매 개념의 요건표지들을 개별적으로 검토해 본다.

(1) 방문을 하는 방법

방문판매법 제2조 제1호는 방문판매를 “방문을 하는 방법으로... 영업장소 외의 장소에서 소비자에게 권유하여 계약의 청약을 받거나 계약을 체결하여...”라고 정의하고 있다. 즉 문언 그대로 해석해보면 사업장 밖에서 체결된 계약이기만 하면 방문판매에 해당하는 것이 아니고, 반드시 방문의 방식을 통해 계약이 교섭 또는 체결되어야만 한다. 단순히 사업장 밖에서 체결되는 계약 방식의 한 예로서 방문의 방식을 규정하고 있는 것이 아니라, 방문판매가 인정되기 위한 하나의 요건으로 고려되고 있다는 사실은 공정거래위원회 예규인 “특수판매에서의 소비자보호 지침”에서도 명

52) 이처럼 법률행위에 있어 결정의 자유를 제한할 위험이 예상되는 상황만을 규정하고, 특별한 철회의 사유가 필요하지 않다는 점은 필연적으로 소비자보호 청약철회가 권리남용에 해당하는 경우가 있는지 문제와 연결된다. 이에 대해서는 정신동, “사업자의 계약 상대방 선택의 자유와 소비자 철회권의 긴장관계”, 「선진상사법률연구」 제81조, 법무부, 2018, 244쪽 이하 참조.

53) 방문판매 등에 관한 법률 시행규칙 [총리령 제1400호, 2017. 6. 20., 일부개정].

54) 특수판매에서의 소비자보호 지침 [공정거래위원회예규 제235호, 2015. 10. 23., 일부개정].

55) 유사한 맥락으로 고형석, “방문판매 정의에 관한 연구”, 「저스티스」 제130호, 한국법학원, 2012, 166쪽 이하.

확히 확인된다. 특수판매의 개념을 구체화하고 예시하고 있는 동 지침 III. 1. 가. (2)에 의하면 “재화등의 특성상 사업장외의 장소에서 당사자간에 거래를 할 수 밖에 없는 경우라 할지라도 청약의 유인이나 계약 체결이 이루어지는 방법이 방문인지 여부가 방문판매 개념에 포함되는지의 원칙적인 기준이 된다”고 규정되어 있다.⁵⁶⁾

이러한 방문판매 개념정의는 부분적으로 앞서 살펴본 EEC 방문판매지침과 유사한 측면이 있는데, 사업자가 소비자의 영역으로 직접 찾아가는 적극적 의미에서의 ‘방문’을 요건화한 것으로 해석할 수 있다. 이러한 해석을 따라가게 되면 과거 유럽 내지 독일에서와 마찬가지로 문제가 되는 판매상황이 방문의 방식으로 판매되었다고 볼 수 있는지 논란이 될 사례가 등장할 수 있을 것이다. 또한 소비자보호 필요성의 관점에서 보았을 때 사업자의 적극적인 방문이 방문판매의 요건이 되면서 방문판매법 적용 범위가 지나치게 협소해지는 것은 아닌지 의문이 들 수 있다. 이와 달리 사업자가 자신의 사업장을 벗어나서 판매하는 모든 방식이 넓은 의미에서 ‘방문’에 해당하는 것으로 해석할 수도 있다. 이러한 해석은 EU 소비자권리지침상 “사업장 밖에서 체결된 계약”에 부합하는 것으로서 소비자의 청약철회가 인정되는 사례군을 어느 정도 명확하게 설정할 수 있고, 방문판매로 인정되는 상황이 확대되는 결과에 이르게 된다. 방문판매 개념에 있어 방문의 방식을 구체화하고 있는 “특수판매에서의 소비자보호 지침”의 내용에 있어서는 “전문 기사가 가정으로 방문하여...”, “판매업자가 판매원으로 하여금 소비자의 가정으로 방문하게 하여...”라는 예시사항들이 규정되어 있어 방문판매법을 집행하는 공정거래위원회에서는 적극적 의미의 방문을 전제하는 것으로 보인다.⁵⁷⁾

그런데 현행법상 방문판매 개념정의에 있어 ‘방문의 방식’을 좁게 해석할 것인지, 넓게 해석할 것인지 논란이 될 수 있다는 상황 자체가 이미 부적절하다고 평가할 수도 있다. 동법상 방문판매에 대해서는 사법상의 소비자보호 수단 외에 다양한 공적 규제도 포함되어 있고, 공법적 규정의 해석 특성상 해석론을 통해 규제범위를 확장하는 것이 (특히 집행기관의 입장에서) 상당한 부담이 될 수 있기 때문이다. 따라서 청약철회와 같은 소비자보호 수단이 필요한 영역, 즉 기습에 의해 소비자의 의사결

56) 다만 이 지침 III. 1. 가. (1)에서 방문판매를 정의함에 있어서는 “판매자의 재화 또는 용역에 관한 정보제공(청약의 유인) 및 소비자의 청약이 사업장 외의 장소에서 소비자와 대면하여 이루어진 것을 의미한다”고 하여 “방문의 방식”을 적극적으로 언급하고 있지는 않다.

57) 다만 동지침이 “방문을 하는 방법”을 구체화하고 있는 예시사항들을 잘 설명하고 있는지는 매우 의문이다. 사업자의 방문이 있었는지 여부를 판단하기 위해 총 3가지 예시를 들고 있는데, 이 예시사례에 있어서 방문판매를 인정 또는 부정하는 이유를 사업장 밖에서의 계약인지 사업장 내에서의 계약인지 여부로만 설명하고 있기 때문이다. 기회가 있을 때 “특수판매에서의 소비자보호 지침”의 전반적인 재정비를 시도하는 것이 필요해 보인다.

정 자유에 침해가 발생할 수 있는 상황을 잘 포섭할 수 있도록 방문판매 개념에 변화가 필요해 보이고, 궁극적으로 “방문을 하는 방법”의 문언을 삭제하는 방안이 검토될 필요가 있어 보인다.⁵⁸⁾ 그리하여 사업장 외의 장소에서 청약 또는 계약 체결이 행해졌는지 여부만을 판단기준으로 설정하고, 사업자의 방문이라는 방식이 사용되었는지를 적극적으로 고려하지 않도록 개선할 필요가 있어 보인다.

(2) 사업장 개념

우리 방문판매법도 (비록 방문의 방식을 규정하고 있지만) 원칙적으로 사업장 밖에서 이루어진 판매를 방문판매로 인정하기 때문에 방문판매 여부를 결정함에 있어 사업장 개념은 핵심적인 기준이 된다. 구체적으로 방문판매법은 방문판매자의 “영업소, 대리점 그 밖의 총리령이 정하는 영업장소”를 사업장으로 규정하고 있고, 동법 시행규칙 제2조가 사업장 개념을 구체화하고 있는데, 바로 이 시행규칙상의 요건들이 사업장 인정 여부를 판단함에 있어 결정적인 역할을 하고 있다.

1) 소유 또는 임차하거나 점용허가를 받은 고정된 장소

방문판매법 시행규칙 제2조 제1호에 따라 사업장에 해당하기 위해서는 우선 “소유 또는 임차하거나 점용허가를 받은 고정된 장소”이어야 한다. 즉 사유지의 이용이 임대차 또는 사용대차에 의해 정당화되는지 여부 또는 공유지의 이용이 관할청으로부터 사용허가를 받았는지 여부에 따라 사업장 여부가 결정되는데 과연 이러한 요건 설정이 타당한지는 상당한 의문이 들 수 있다. 예컨대 점용허가를 받지 않았지만 오랜 기간동안 영업을 하고 있었던 장소에서 계약이 체결된 경우 소비자의 청약철회권을 정당화하는 기술적 상황은 부인될 것인데, 현행법 상황에서는 사업장 밖에서 계약이 체결된 것으로 취급되기 때문이다. 이 점은 독일 민법상 방문판매 개념과의 비교를 통해서도 확인할 수 있는데, 앞서 살펴본 바와 같이 독일법상 방문판매에 있어 영업장 개념은 전통적 의미에서의 영업장 개념과 달리 해당 공간에서 실제 영업이 행해지는 여부만으로 판단되고, 예컨대 영업을 임대차 계약상 약정된 이용목적인지는 또는 영업공간으로서 공법상의 인·허가를 받았는지는 전혀 고려되고 있지 않다.⁵⁹⁾ 장소의 점용을 정당화하는 사유의 존재를 사업장의 요건으로 설정하고 있는 현행 방문판매법 시행규칙은 개정될 필요가 있어 보인다.⁶⁰⁾

58) 결론에 있어 같은 견해로 고형석, 앞의 글, 176면. 다만 이 문헌에서는 사업장 이외의 장소에서 소비자에게 권유하는 방식이 방문의 방식에 해당하므로 법 문언상 중복표현이 있음을 좀 더 강조한다.

59) I.3.(3).1) 참조.

나아가 방문판매법 시행규칙 제2조 제1호는 점용허가 등을 받은 ‘고정적 장소’일 것을 요건으로 설정하고 있는데, 일견 EU법에서와 같이 “이동형 영업장”과 “부동(不動)의 고정적 영업장”을 개념적으로 명확히 구분하고 후자만 사업장으로 인정하는 듯 보이지만, “특수판매에서의 소비자보호 지침” 내 관련 설명들을 고려해 보면 부동의 영업장만을 말하는 것인지는 명확하지 않다. 동 지침에서는 예컨대 “간이판매 장소”를 사업장의 예로서 언급하고 있는데 이러한 간이 판매대가 어떻게 설치되는냐에 따라 EU법상 “이동형 영업장”도 될 수 있고, “고정적 영업장”이 될 수도 있기 때문이다. 오히려 규정의 문언들을 좀 더 자세히 들여다보면 방문판매법 시행규칙이 영업장의 이동 가능 여부보다는 단순히 특정 장소에서 (3개월 이상) 계속적으로 영업이 이루어진 공간인지만을 요건으로 고려하고 있음을 알 수 있다. 그러나 EU법과 독일법의 분석을 통해 알 수 있었듯이 오프라인 매장과 같은 부동의 고정적 영업장이 가지는 특성과 푸드트럭과 같은 이동형 영업장의 특성이 뚜렷히 구분되므로 향후 방문판매법 및 시행규칙 개정을 통하여 사업장 개념을 이원화할 필요가 있어 보인다. 또한 현행 방문판매법 시행규칙을 엄격히 해석하는 경우 (EU법상) 이동형 영업장이 (소비자 보호 필요성을 정당화하는 기습상황이 없음에도 불구하고) 사업장에 해당하지 않게 되어 불합리한 결과가 발생할 수 있다는 점도 유의하여 법령을 개정할 필요가 있어 보인다.

2) 3개월 이상 계속적으로 영업할 것

방문판매법 시행규칙 제2조 제1호는 판매장소가 사업장에 해당하기 위해서 “3개월 이상 계속적으로 영업할 것”이라는 요건의 충족도 요구하고 있다. 특수판매에서의 소비자보호지침에서는 이에 대한 예시로 “판매자가 판촉활동을 위해 시내 주요지점에 간이 판매장소를 설치하고 2개월 동안 영업활동을” 한 경우를 언급하고 있고, 이 경우 3개월 미만의 기간 동안 영업한 간이 판매장소는 ‘사업장 외의 장소’에 해당한다고 설명하고 있다. 그런데 3개월 이상의 영업이라는 요건이 충족되어야만 사업장이 될 수 있다는 규율방식의 타당성에 대해서는 상당한 의문이 제기될 수 있다.

일견 3개월이라는 해석의 논란이 있을 수 없는 개념표지를 사용하여 사업장 여부를 사전에 명확하게 판단할 수 있고, 이는 방문판매법을 집행하는 행정기관의 입장에서 매우 유용하다 할 것이다. 그러나 방문판매법상 공법적 규정과 사법적 규정이 혼재해 있다는 점을 고려해 보면 3개월 이상의 영업 요건은 공적 규제만을 지나

60) 같은 견해로 고희석, 앞의 글, 177쪽.

치게 염두에 둔 것은 아닌지 비판이 제기될 수 있다. 위에서 살펴보았듯이 EU법과 독일법에 의하면 이동형 영업장이든 부동산의 고정적 영업장이든 해당 활동이 일상적 내지 계속적이기만 하면 사업장에 해당하고, 따라서 특정 축제나 시즌형 행사 판매와 같이 단기간 영업이 행해지는 경우에도 사업장이 인정될 수 있으며, 단 1회의 이용에 있어서도 사업장이 인정될 수 있다. 즉 소비자 철회권을 정당화하는 기습적 상황이 인정될 수 없는 상황이면 사업장으로 보는 것이 원칙이다. 그러나 현행 방문판매법 시행규칙과 같이 3개월 이상의 영업을 요건으로 설정하게 되면 3개월이 되기 하루 전까지는 소비자가 영업을 행해지는 공간임을 사전에 인지하고 스스로 찾아와 계약을 체결해도 기습적 상황을 이유로 인정되는 청약철회가 가능해진다.⁶¹⁾ 비록 3개월의 영업기간을 충족시키지 못하는 공간에서 계약이 체결된 경우 사업장 밖에서 체결된 계약으로 보아 소비자 보호의 범위를 확대하겠다는 시행규칙의 입법 의도는 추측할 수 있지만, 법 체계상 지나치게 불합리한 결과가 발생하게 되므로 향후 법령 개정을 통해 시정할 필요가 있어 보인다.

3) 판매에 필요한 시설을 갖출 것

방문판매법 시행규칙 제2조 제2호는 사업장의 또 다른 요건으로서 “판매에 필요한 시설을 갖출 것”을 규정하고 있다. 이러한 판매시설에는 예컨대 진열대 등이 있겠지만, 판매되는 대상에 따라 (특히 서비스가 제공되는 경우) 탁자와 의자만 있는 영업공간도 얼마든지 생각될 수 있을 것이다. 이처럼 “판매에 필요한 시설”이 개별 사안마다 매우 다양하다는 점과 관련하여 사업장을 판단하는 별도의 요건으로 설정할 필요가 없다는 견해가 설득력 있게 주장되고 있다. 이 견해에 의하면 “판매에 필요한 시설”의 요건이 매우 추상적으로 표현되어 있으므로 별도의 요건으로 고려하지 않고, ‘3개월 이상 계속하여 영업하는지 여부’를 판단함에 있어 판매시설의 구비 여부를 고려하는 것이 더 적절하다고 한다.⁶²⁾

생각건대 “판매에 필요한 시설을 갖출 것”이라는 요건은 독일에서 논의되고 있는 ‘사업장으로서의 객관적 인식가능성’의 요건, 즉 평균적 소비자의 시각에서 보았을 때 해당 공간을 사업장으로서 객관적으로 인식할 가능성이 있는지 여부와 관련 있는 것으로 보인다. 다만 이미 지적되고 있듯이 판매에 필요한 시설의 정도가 사안마다

61) 동일한 지적으로 고희석, 앞의 글, 179쪽 이하 참조. 특히 이 문헌에 의하면 3개월의 영업기간을 방문판매의 요건으로 설정함으로써 모든 신규사업자를 방문판매업자로 인정하게 되는 결과가 발생한다고 지적한다.

62) 고희석, 앞의 글, 181쪽.

매우 다양할 것이고, (소비자에게 기습적 상황이 인정될 수 있는지 판단함에 있어) 사업자가 판매에 필요한 시설을 갖추었는지가 아니라 소비자가 판매시설을 보고 사업장으로 인식할 수 있었는지가 중요하므로 이에 걸맞는 시행규칙의 적절한 개정이 필요해 보인다.

4) 소비자의 자유의사에 따른 출입 및 상품 선택

사업장이 인정되기 위한 마지막 요건으로 방문판매법 시행규칙 제2조 제3호 및 제4호는 “영업 중에는 소비자가 자유의사에 따라 출입할 수 있을 것”과 “영업장소에서 소비자가 자유의사에 따라 재화 또는 용역을 선택할 수 있는 상태를 유지할 것”을 규정하고 있다. 특수판매에서의 소비자보호지침에서는 이에 대한 예시로 “판매자가 3개월 이상 임차한 장소에서 재화등을 판매하나, 이 장소에 노인 주부 등 특정 대상만 출입시키는 경우”를 언급하고 있고, “소비자가 자유로운 의사에 따라 출입할 수 있어야 하는데, 판매자가 특정 대상만 출입시킨다면 사업장 외의 장소에 해당하므로 방문판매에 해당”한다고 설명하고 있다.⁶³⁾ 그러나 사업장이 인정되기 위한 마지막 2가지 요건도 그 타당성 면에서 비판의 여지가 상당하다고 말할 수 있다.

일단 방문판매법 시행규칙 제2조 제3호와 제4호의 입법 목적은 의문의 여지가 없어 보인다. 즉 사회적 문제가 되고 있는 소위 ‘홍보관·체험관 내에서의 판매’에도 방문판매법을 적용하고자 소비자의 자유의사에 따른 출입 및 상품 선택 여부를 사업장의 요건으로 규정한 것이다. 그러나 이러한 소비자 피해 유형은 ‘소비자가 자유의사에 따라 출입할 수 없도록 하는 사업자의 행위’ 및 ‘소비자가 자유의사에 따라 재화등을 선택할 수 없도록 하는 사업장의 행위’를 민법 또는 특별법 내 관련 규정을 통해 해결하는 것이 바람직하고, 이들을 토대로 사업장에 해당하는지 여부, 나아가 방문판매에 해당하는지 여부를 판단한다는 것은 납득하기 매우 힘들다.⁶⁴⁾ 사업장에 해당하지 않으므로 소비자의 청약철회권을 정당화하는 기습적 상황이 존재한다는 점과 연관성을 찾기 힘들기 때문이다. 예외적으로 독일법 분석에 있어 확인하였듯이 소비자가 특정 공간을 사업장으로 인식한 뒤 소비자가 자유롭게 방문 의사를 가지고 사업장에 입장한 것으로 볼 수 없는 경우에만 사업장 밖의 상황이 인정될 수 있을 것이다. 결국 피해가 발생하여 소비자 보호가 필요해 보인 사례군에 방문판매법을 적

63) 이러한 예시가 방문판매법 시행규칙 제2조 제3호에 부합하는 것인지도 매우 의문이다. 동 지침의 예시사항에 따르면 노인 또는 주부이기만 하면 자유롭게 출입할 수 있다는 점에서 자유의사에 따른 출입 여부와 관련이 없기 때문이다. 오히려 ‘모든’ 소비자가 아니라 ‘특정’ 소비자만 출입할 수 있는 상황으로서 출입 가능 대상에 차별이 있는 경우로 봐야 한다.

64) 동 시행규칙 규정이 시행되기 전 같은 지적으로 고형석, 앞의 글, 186쪽.

용하고자 하는 의도로 사업장 개념을 개정해 왔다는 인상을 지우기 어렵고, 다시금 방문판매 법리에 부합하는 사업장 개념으로 탈바꿈될 필요성을 확인할 수 있다.

(3) 청약의 유인방법

방문판매법 제2조 제1호는 “사업장 외의 장소에서 권유 등 총리령으로 정하는 방법으로 소비자를 유인하여 사업장에서 계약의 청약을 받거나 계약을 체결하는 경우”에도 방문판매 상황을 인정한다. 동법 시행규칙 제3조는 청약의 유인방법이라는 표제 하에⁶⁵⁾ 이를 구체화 하여 사업장 외의 장소에서 권유 등의 방법으로 소비자를 유인하여 함께 사업장으로 이동하는 것(제3조 제1호), 주된 재화등의 판매 목적을 숨기고 다른 재화등의 무료·요금 공급 또는 소득 기회 제공 등의 방법으로 유인하여 소비자가 사업장에 방문하게 하는 것(제3조 제2호), 다른 소비자에 비하여 현저하게 유리한 조건으로 재화등을 판매·공급한다고 권유하여 소비자를 사업장에 방문하도록 하는 것(제3조 제3호)을 유인방법으로 규정하고 있다. 그리고 이에 대한 예시사항을 규정하고 있는 “특수판매에서의 소비자보호 지침”에 의하면 “영업장소가 방문판매법상 사업장에 해당한다 하더라도, 방문판매자가 사업장 외의 장소에서 권유 등의 방법으로 소비자를 유인하여 함께 사업장으로 이동(캐치세일즈)하거나, 주된 재화 등의 판매 목적을 숨기고 다른 재화등의 무료·요금 공급(예: 무료관광, 무료마사지쿠폰 등) 또는 소득 기회 제공 등의 방법으로 소비자가 사업장에 방문하게 하거나, 다른 소비자에 비하여 현저하게 유리한 조건으로 재화등을 판매·공급한다고 권유하여 소비자를 사업장에 방문하도록 하는 방식으로 구매를 유도하면 방문판매에 해당”한다고 한다. 이러한 규율 내용들 모두는 근원적으로 홍보관 등에서의 소비자 피해사태에 방문판매법을 적용하기 위한 것으로 보인다.

비교법적 관점에서 살펴보았을 때 방문판매법 시행규칙 제3조 제1호가 규정하고 있는 “사업장 외의 장소에서 권유 등의 방법으로 소비자를 유인하여 함께 사업장으로 이동하는 경우”는 EU법 내지 독일법상 “사업자의 사업장 밖에서 소비자와 사업자의 대면하에 개인적이고 개별적으로 소비자에게 대화의 접촉이 시도된 직후 사업자의 사업장에서 또는 원격통신수단을 통해 체결된 계약”과 매우 유사하다. 특히 우리법이 동행을 요건으로 하고 있기 때문에 EU 소비자권리지침이 요구하는 시간적 연관성 요건이 충분히 충족될 수 있는 상황이다. 또한 방문판매법 시행규칙 제3조

65) 동조의 표제를 “소비자유인방법”으로 개정해야 한다는 타당한 지적으로 고형석, 앞의 글, 189쪽. 사건으로 “사업장 외의 장소에서 소비자를 유인하는 방법”으로 개정하는 방안을 제안한다.

제1호가 사업장 외의 장소에서 ‘권유’라고 표현하고 ‘광고’라고 하고 있지 않기 때문에 개인적·개별적인 소비자와의 대화 접촉을 요구하는 것으로 볼 수 있다.

이와 달리 방문판매법 시행규칙 제3조 제3호가 규정하고 있는 “다른 소비자에 비하여 현저하게 유리한 조건으로 재화등을 판매·공급한다고 권유하여 소비자를 사업장에 방문하도록 하는 경우”는 그 적절성에 의문이 든다. 과장권유도 권유의 일종으로서 동법 시행규칙 제3조 제1호에서 이미 사업장 밖 권유를 규율하고 있기 때문이다. 물론 과장권유의 경우에는 문언의 해석상 소비자와 동행하지 않는 경우에도 방문판매 상황이 인정될 수 있다는 차이점이 있지만, 비동행의 경우에도 항상 권유와 계약 체결 사이에 시간적 연관성 내지 인과적 연관성이 존재하는지 의문이 들 수 있고, 궁극적으로 소비자에게 기습상황이 부인되는 경우도 있을 수 있다. 과장권유의 경우 비동행방식에도 방문판매 상황을 인정하고자 한다면 소비자의 심리적 압박 상황 내지 기습적 상황이 계속 유지되는 한도 내에서만 방문판매를 인정하는 것이 적절해 보인다.⁶⁶⁾

마지막으로 방문판매법 시행규칙 제3조 제2호가 규정하고 있는 “주된 재화등의 판매 목적을 숨기고 다른 재화등의 무료·요금 공급 또는 소득 기회 제공 등의 방법으로 유인하여 소비자가 사업장에 방문하게 하는 경우”는 소비자 보호의 필요성은 인정되는 사례이지만 과연 이 요건이 ‘소비자 내지 청약의 유인방법’ 하에 규정되어야 하는지는 상당한 의문이 들 수 있다. 이 경우에는 소비자가 사업장을 인식하고 계약을 체결하고자 하는 의도로 사업장을 방문한 것이 아니기 때문에 EU법 및 독일법적 시각에서 바라보면 처음부터 사업장으로 볼 수 없는 경우이다. 즉 사업장 밖에서의 권유로 인한 기습상황이 사업장 내에서의 계약 체결에 있어서도 지속되는 상황이 문제되는 것이 아니라, 처음부터 소비자가 사업장을 인식하지 못하였거나 계약이 체결될 수 있다는 점을 예상하지 못하고 방문한 것으로 보아야 한다. 따라서 이 사례는 사업장 개념을 정의함에 있어서 고려되어야 하는 것으로 규정의 위치에 변화가 필요해 보인다.

66) 유사한 견해로 고형석, 앞의 글, 189쪽.

IV. 나가며: 방문판매법 개정을 위한 제언

1. 사법상의 규율과 공법상의 규제에 있어 방문판매 개념의 이원화

지금까지 기술한바와 같이 기습적 상황을 토대로 방문판매 개념을 재정비해야 한다는 시각에 대해서는 우리 방문판매법이 EU 내지 독일에서와 달리 사법상의 소비자 보호수단과 방문판매업에 대한 공법상의 규제 장치가 혼재되어 있다는 현실이 지적될 수 있다. 소비자 계약법상의 핵심적 제도로서 청약철회가 인정되고 있는 방문판매사법의 영역에서는 ‘기습적 상황’ 내지 ‘심리적 압박 상황’의 존재유무를 좀 더 유연하게 개별 사례에 따라 판단하고, 경우에 따라서 해석을 통해 새로이 등장하는 방문판매 모델에 대응할 수 있겠지만, 방문판매공법의 영역에서는 법적 불확실성을 야기할 수 있을 것이다. 특히 방문판매법을 집행하는 행정기관의 입장에서는 좀 더 객관적이고 해석상의 논란을 사전에 방지할 수 있는 방문판매 개념 설정이 매우 중요한 의미를 가질 것이다. 이러한 차원에서 우리 방문판매법 및 동법 시행규칙은 공법적 규제에 좀 더 초점을 두고 방문판매 개념을 정의해 왔다고 말할 수 있다. 그러나 이러한 규율방식은 이미 지적하였듯이 사법상의 청약철회권이라는 법률효과와 연계하여 생각해 보았을 때 그 타당성 측면에서 매우 의문시 될 수 있다.

결론적으로 향후 방문판매법 내 사법규정과 공법규정을 장별로 분리하고, 각 영역별 대상이 되는 판매 방식을 법률효과에 따라 달리 규정하는 것을 제안한다. 이 경우 사법상의 법률효과가 문제 되는 영역에서는 사업장 밖에서의 계약으로서 청약철회권을 근거 지우는 기습적 내지 심리적 압박 상황이 인정될 수 있는 판매 방식인지가 핵심적으로 고려되어야 할 것이고, 공법상의 법률효과가 문제 되는 영역에서는 현행 방문판매법 및 시행규칙에서 정하고 있는 방문판매 상황을 모델로 하여 적절한 규제 범위를 설정할 수 있을 것이다. 장기적으로 법률명도 ‘방문판매 등에 관한 법률’에서 ‘사업장 밖에서의 계약 등에 관한 법률’로 변경하는 것을 검토해 볼 필요가 있을 것이다.

2. 사업장 개념의 수정

방문판매법 시행규칙 제2조가 규정하고 있는 사업장의 요건에 대해 제기될 수 있는 문제점들을 이미 지적한바와 같다. 이를 토대로 소비자에게 발생할 수 있는 기습적 상황 내지 심리적 압박 상황을 충분히 고려하여 사업장 개념이 설정될 수 있도록

개정이 필요해 보인다. 그중에서도 특히 사업장으로서의 객관적 인식가능성 및 (계약을 체결하기 위한) 소비자의 의도적 방문이라는 요건을 시행규칙에 신설하는 것이 매우 큰 의미가 있어 보인다. 그리하며 방문판매법 시행규칙 제3조 제2호가 규정하고 있는 허위 권유의 상황도 어렵지 않게 방문판매 상황으로 인정할 수 있을 것이다.

3. 상품의 홍보·판매를 위해 사업자가 조직한 여가 행사에 대한 규정 신설

지금까지 살펴본 바와 같이 우리 방문판매법 시행규칙 상의 방문판매 개념 정의에 대해서는 수 많은 비판이 가능하겠지만, 홍보관 등에서의 소비자 피해사례와 관련하여, 즉 사례 해결 지향적 측면에서 바라보면 매우 탁월한 규정이라 말하 수 있다. 그럼에도 불구하고 기습상황 및 심리적 압박 상황을 토대로 전개되는 방문판매 법리와는 체계적으로 상당한 문제가 있음은 이미 지적한 바와 같다. 이에 법리적 타당성을 유지하면서 국내 방문판매 피해사례를 적절히 해결할 수 있는 방안으로 EU 소비자 권리지침 제2조 제8호 (d) 내지 독일민법 제312조b 제1항 제1문 제4호와 같이 여가 행사에 대한 조문을 신설할 것을 제안한다. 특히 사업장에서 개최되는 여가 행사에 있어서도 그것이 상품 판매를 위한 홍보와 계약의 체결을 위해 사업자가 조직한 행사라면 방문판매에 해당할 수 있도록 규정을 신설하는 것이 필요해 보인다.

참고문헌

I. 국내문헌

- 고형석, “특수거래에 있어서 소비자의 청약철회권에 관한 연구”, 「민사법학」 제29호, 한국민사법학회, 2005.
- 고형석, “방문판매 정의에 관한 연구”, 「저스티스」 제130호, 한국법학원, 2012.
- 김은경, “EU의 방문판매규제에 관한 고찰”, 「기업법연구」 제21권제4호, 한국기업법학회, 2007.
- 김진우, “소비자철회권의 정당화사유 - 방문판매와 통신판매를 중심으로”, 「소비자문제연구」 제40호, 한국소비자원, 2011.
- 백경일, “소비자보호법 존재의의 및 효용성에 대한 비판적 고찰”, 「법학연구」 제49권제2호, 부산대학교 법학연구소, 2009.
- 이병준, “민법에서의 소비자의 지위와 소비자특별법의 민법전예의 통합”, 「민사법학」 제39-1호, 한국민사법학회, 2007.
- 정신동, “사업자의 계약 상대방 선택의 자유와 소비자 철회권의 긴장관계”, 「선진상사법률연구」 제81조, 법무부, 2018.

II. 외국문헌

- Beck-online Großkommentar zum Zivilrecht, München(zit.: BeckOGK/Bearbeiter).
- Beck'scher Online-Kommentar BGB: Bamberger, Heinz Georg/Roth, Herbert (Hrsg.) (zit.: BeckOK-BGB/Bearbeiter).
- Bittner/Clausnitzer/Föhlisch, Das neue Verbrauchervertragsrecht, Köln: Schmidt, 2014.
- Brinkmann/Ludwigkeit, NJW 2014, 3270 ff.
- Bülow/Artz, Verbraucherprivatrecht, 6., völlig neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Heidelberg: C.F. Müller, 2018.
- Bürgerliches Gesetzbuch : Handkommentar, 10. Auflage, Baden-Baden, 2019(zit.: HK-BGB/Bearbeiter).
- Leitfaden der GD Justiz zur Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011 über die Rechte der Verbraucher, 2014.
- Möller, BB 2014, 1411 ff.
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Hrsg. Franz Jürgen Säcker/Roland Rixecker/Hartmut Oetker/Bettina Limperg, 8. Auflage, Band 2, §§241-432 BGB, München 2019 (zit.: MüKoBGB/Bearbeiter).
- Palandt, Otto: Bürgerliches Gesetzbuch - Kommentar, 78., neubearbeitete Auflage, München 2019 (zit.: Palandt/Bearbeiter).
- Unger, Die Richtlinie über die Rechte der Verbraucher - Eine systematische Einführung, ZEuP 2012, 270 ff.

논문 투고일: 2019.10.31

심사 완료일: 2019.11.29

계재 확정일: 2019.12.05

[Abstract]

A Study on the Definition of Door-to-Door Sales - Concentrating on Comparison with German Civil Law -

Shin-Dong Jung*

The Act on door-to-door sales, which regulates the right of withdrawal in consumer contract, provides not only various regulations in civil law but also in public law. The key criterion for determining the scope of the act on door-to-door sales is the definition of door-to-door sales. This is because a variety of legal measures regulated by the door-to-door sales law can be applied only if a business transaction can be recognized as a door-to-door sales situation. It is very doubtful, however, whether the definition in the act on door-to-door sales is governed by the principle of door-to-door sales. In this paper, after comparing and examining the definition and scope of the door-to-door sales in EU and German civil law, which is very similar to the situation of Korean law, the following is the improvement of the act on door-to-door sales.

First of all, a way of deleting the phrase “by way of visit” in the definition of door-to-door sales was proposed. It is necessary to establish whether the contract is concluded at a place other than the business premises, without actively considering whether the method of visit of the entrepreneur is used.

Second, the business premises definition regulated by the door-to-door sales law is not defined in consideration of the surprise situation and the psychological pressure situation that may occur to the consumer, so it must be revised. In particular, i) the justification for the use of the place, ii) the three month business period, and iii) the requirement for access and selection in accordance with the free will of the consumer shall be abolished. And in the definition of the business premises, the requirement of 'objective recognition as business premises and intentional visitation of consumers' should be further regulated. Finally, mobile business premises definition needs to be added.

Third, leisure events organized by entrepreneur should be added as door-to-door sales. The illogical nature of the definition of door-to-door sales in the current law is the result of an attempt to revise consumer damages in advertising facilities. As a way to properly resolve consumer damages in the future while maintaining legal validity, articles of leisure should be established, such as Article 2 (d) of the EU Consumer Rights Directive and Article 312b of the German Civil Code. Especially for leisure events held at the business premises, it should be recognized as door-to-door sales if it is an event organized by the entrepreneur for the promotion of products and the conclusion of a contract.

Key Words: Door-to-door sales, Off-premises contract, Withdrawal right, Surprise situation, Situation of psychological pressure

* Senior Researcher (Dr. iur), Korea Consumer Agency

