
『전자상거래관련 판례 동향과 입법과제』

(사)한국소비자법학회 판례연구회 · 단국대학교 법학연구소
부산대학교 법학연구소 공동학술대회

■ 일시 : 2021년 8월 25일(화) 13:30 ~ 18:00

■ 진행방식 : 온라인 비대면(Zoom)

■ 주최 : (사)한국소비자법학회 판례연구회
단국대학교 법학연구소
부산대학교 법학연구소

(사)한국소비자법학회 판례연구회 · 단국대학교 법학연구소
부산대학교 법학연구소

『전자상거래관련 판례 동향과 입법과제』

(사)한국소비자법학회 판례연구회 · 단국대학교 법학연구소
부산대학교 법학연구소 공동학술대회

□ 일시 : 2021년 8월 25일(수요일) 13:30 ~ 18:00

□ 진행방식 : 온라인 비대면(Zoom)

<https://us02web.zoom.us/j/84221146644?pwd=WWZEB0tIRHJhTGcyaW8yZm1VaFRtZz09>

- 회의 ID : 842 2114 6644

- 암호 : 317987

□ 개회식

- 개회사(13:30~13:40) : 정진명 회장(한국소비자법학회 판례연구회, 단국대학교 교수)
- 환영사(13:40~13:50) : 정대근 소장(부산대학교 법학연구소, 부산대학교 교수)
- 축사(13:50~14:00) : 박영준 소장(단국대학교 법학연구소, 단국대학교 교수)

□ 학술대회 진행순서

사회 : 정신동 총무이사(한국소비자법학회)

순서	주제	사회	발표	토론
발제 1 14:00 - 14:50	보험금청구권의 소멸시효 기산점 - 대판 2021. 1. 14. 2018다209713 중심으로 -	이병준 교수 (한국외대)	박영준 교수 (단국대)	서종희 교수 (연세대)
발제 2 14:50 - 15:40	대리운전 중개플랫폼과 통신판매중개업자 - 광주지판 2019. 9. 5. 2018나65100 중심으로 -	이종구 교수 (단국대)	황원재 교수 (계명대)	김세준 교수 (경기대)
15:40-16:00	휴식			
발제 3 16:00 - 16:50	제3자 약관과 약관규제법 - 서울고판 2020. 5. 20. 2019누38108 중심으로 -	김현수 교수 (부산대)	고형석 교수 (선문대)	박신욱 교수 (경상대)
종합토론 16:50-18:00	사회 : 정진명 교수(단국대) 토론 : 광민희 교수(숙명여대) 정신동 교수(강릉원주대) 박근웅 교수(부산대)			

【제1 발표】

사회 : 이병준 교수(한국외국어대학교)

발표 : 보험금청구권의 소멸시효 기산점

- 대판 2021. 1. 14. 2018다209713 중심으로 -

박영준 교수(단국대학교)

토론 : 서종희 교수(연세대학교)

보험금청구권의 소멸시효 기산점

- 대판 2021.1.14. 2018다209713 중심으로 -

박영준(단국대 법학과 교수)

목 차	
I. 서론	IV. 독일에서의 논의
II. 대상판결	V. 적용과 판단
III. 보험금청구권의 소멸시효와 기산점	VI. 결론

I. 머리말

보험계약자가 보험계약을 체결하는 배경에는 사고발생시 보험금을 받거나 담보, 상속 등 다양한 목적으로 체결된다.¹⁾ 그 가운데 가장 중요한 사유는 보험금을 지급받는 것이다. 그런데 실무에서는 여러 가지 사유로 보험금 지급청구를 늦추다가 소멸시효가 적용되어 보험금 지급을 받지 못하는 경우가 있다. 때문에 보험소비자들에게 소멸시효와 관련된 문제는 많은 원성을 받는 문제 중 하나였다. 특히나 보험금청구권의 소멸시효는 2년으로 단기여서 그 원성은 더욱 컸다. 이에 2014년 상법 개정으로 보험금청구권의 소멸시효가 2년에서 3년으로 늘어났다. 그러나 여전히 지나치게 단기라는 불만은 존재하고 있다.

보험금청구권의 소멸시효와 관련하여 또다른 문제점은 소멸시효의 기산점에 관한 것이다. 소송실무적으로도 보험금 청구에 있어서 소멸시효의 기산점과 관련해서는 다양한 분쟁이 존재한다. 현행법상 소멸시효의 기산점에 대하여는 규정이 없다. 따라서 “소멸시효는 권리를 행사할 수 있는 때로부터 진행한다”라고 규정한 민법(제166조 제1항) 규정이 적용되는 것으로 보아야 한다. 그런데 보험계약에서는 소멸시효와 관련하여 보험계약자 측을 보호하여야 하는지에 대하여 계속하여 논란이 되고 있다. 특히 보험사고발생을 아는 시점으로 할 것인지, 아는 시점으로 할 경우 그 아는 시점이 언제인지가 논쟁의 대상이다.

이에 본고에서는 최근에 선고된 대법원 판결을 중심으로 보험금 청구권 소멸시효의 기산점에 대하여 연구한다. 그 과정에서 독일의 법제와 논의 내용을 같이 살펴본다.

II. 대상판결: 대법원 2021.1.14. 선고 2018다209713 판결

1. 사실관계와 소송의 경과

1) 김성태, 「보험법강론」, 법문사, 2001, 395쪽.

공무원인 C씨는 1999년 3월(재해사망 특약 보험가입금액 1억 2,000만원)과 2007년 3월(재해사망 특약 보험가입금액 3,000만원) 각각 보험수익자를 배우자인 A씨로 지정하여 B 보험사와 재해사망 특약이 포함된 보험계약 2건을 체결하였다. 보험 약관에는 “피보험자가 고의로 자신을 해친 경우는 보험금을 지급하지 않는다”는 내용이 담겼다.

이후 C씨는 2009년 11월 29일 업무 스트레스로 우울증을 앓다 스스로 목숨을 끊었다. 이에 배우자인 A씨는 2009년 12월 24일 B사에 보험금을 청구했지만, B사는 “보험계약에 따라 일반사망보험금은 지급하지만 재해사망보험금은 지급할 수 없다”고 하였다.

한편 A씨는 2010년 4월 14일 공무원연금공단에 “과로와 스트레스로 C씨가 스스로 목숨을 끊었다”고 하면서 유족보상금 지급을 청구했지만 동년 5월 31일 청구가 거부당하였다. 이에 소송을 제기했고, 2015년 7월 9일 결국 법원으로부터 ‘공무상 질병’을 인정받아 2015년 최종 승소하였다.

이에 A씨는 2015년 8월 5일 B사에 재해사망보험금 1억5000만원의 지급을 청구했지만, B사는 “약관상 C씨의 사망은 보험금을 지급하지 않는 보험사고인 데다가 C씨가 사망한 지 2년이 지났기 때문에 보험금청구권이 소멸하였다”고 다시 한번 거부하였다. 이에 반발한 A씨는 2016년 6월 6일 소송을 제기하였다.

제1심(서울중앙지방법원 2017. 4. 6. 선고 2016가단5128684 판결)은 “C씨의 사망은 중증의 우울장애로 자유로운 의사결정을 할 수 있는 능력이 현저히 저하된 상태에서 발생한 우발적 사고”라고 하면서 “보험약관상 ‘고의로 자신을 해친 경우’나 ‘고의적 자해’에 해당하지 않는다”고 밝혔다. 이어 “보험사고의 발생 여부가 객관적으로 분명하지 않아 A씨가 과실 없이 보험사고의 발생을 알 수 없었다”고 하면서 “보험금청구권 소멸시효가 완성되었다고 보기 어려우므로 B사는 A씨에게 1억5000만원을 지급하라”며 A씨의 손을 들어주었다.

제2심(서울중앙지방법원 2018. 1. 17. 선고 2017나24976 판결)에서도 제1심 판결의 결론을 유지하였다.

2. 대법원의 판단

“원고의 이 사건 보험금 청구권의 소멸시효는 보험사고가 발생한 때, 즉 망인이 사망한 2009. 11. 29.부터 진행한다고 할 것이고, 객관적으로 보아 보험사고가 발생한 사실을 확인할 수 없는 사정이 있었다고 볼 수 없다. 구체적인 이유는 다음과 같다. 원고는 망인의 배우자로서 망인이 자살하기 전에 심한 불면증과 우울증을 앓고 있었고, 망인이 사망할 당시 남긴 유서를 통하여 망인이 업무스트레스로 인하여 자살하였다는 등의 사망경위를 파악하였다. 따라서 원고는 그 당시 망인이 정신질환 등으로 자유로운 의사결정을 할 수 없는 상태에서 사망하였을 가능성을 충분히 인지할 수 있었다. 원고는 2010. 4. 14. 망인이 자유로운 의사결정에 따라 사망한 것이 아니라 공무상 스트레스 등으로 인한 우울증으로 사망하였음을 이유로 공무원연금공단에 공무원연금법상의 유족보상금을 신청하였는데 거부되자, 2011. 1. 28. 그 거부처분을 취소해 달라는 취지의 관련 행정소송을 제기하기도 하였다. 그런데 원고가 망인의 사망 후 피고를 상대로는 이 사건 재해사망보험금 청구권을 행사하지 못할 법률상의 장애 사유나 특별한 사정이 있었다고 보이지 않는다. 비록 공무원연금공단이 2010. 5. 31. ‘망인이 공무상의 과로와 스트레스로 인하여 사망하였다고 볼 수 없다’는 이유로 원고의 유족보상금 지급을 거부하고, 이에 따라 원고가 관련 행정소송을 제기하여 제1심에서는 패소판결을 받았다가 항소심에서 승소판결을 받고 2015. 7. 9.에야 비로소 그 상고심 판결이 확정된 점, 피고는

망인의 사망이 고의로 자신을 해친 경우로서 보험금을 지급하지 아니하는 보험사고에 해당한다는 이유로 원고의 재해사망보험금 지급 청구를 거부해온 점 등이 인정된다고 하더라도, 이러한 점들만으로는 객관적으로 보아 보험사고가 발생한 사실을 2015. 7. 9.까지는 확인할 수 없었던 사정이 있는 경우에 해당한다고 볼 수 없다.

그럼에도 원심은 그 판시와 같은 이유를 들어 이 사건은 보험사고의 발생 여부가 객관적으로 분명하지 아니하여 원고가 과실 없이 보험사고의 발생을 알 수 없었던 경우에 해당한다고 보아, 원고의 이 사건 보험금 청구권에 대한 소멸시효 기산점을 보험사고 발생일(망인의 사망일)이 아닌 관련 행정소송의 상고심 판결 선고일인 2015. 7. 9.로 판단하였다. 이러한 원심판결에는 보험금 청구권의 소멸시효 기산점에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.”

Ⅲ. 보험금청구권의 소멸시효와 기산점

1. 소멸시효와 기산점

(1) 학설

보험자의 보험금 지급의무, 즉 피보험자나 보험수익자의 보험금청구권은 3년간 행사하지 아니하면 시효의 완성으로 소멸한다(상법 제662조). 보험자는 보험금액의 지급에 관하여 약정기간이 있는 경우에는 그 기간 내에, 약정기간이 없는 경우에는 사고발생 통지를 받은 후 지체없이 지급할 보험금액을 정하고 그 정하여진 날부터 10일 내에 피보험자 또는 보험수익자에게 보험금액을 지급하여야 한다(상법 제658조).

보험금청구권의 소멸시효의 기산점에 관해서는 상법 제658조상의 10일의 기간이 종료하는 때를 보험금청구권의 소멸시효 기간점으로 보는 ‘보험금지급유예기간경과시설’²⁾과 이와 같은 10일의 유예기간은 그러한 지속력이 없으므로 소멸시효의 기산점과 연계지을 수는 없고³⁾⁴⁾ 보험자가 보험금액을 확정하는데 필요한 기간에 따라서 시효기간도 운명을 같이하게 되어 시효제도의 취지에 어긋나게 된다⁵⁾고 비판하면서 민법 제166조에 의해 소멸시효는 사고발생일로부터 기산하되⁶⁾ 과실 없이 모르는 경우에는 안 날로부터 기산하는 것이 타당하다고 주장하는 ‘보험사고발생시설’⁷⁾이 있다. 보험사고발생시설이 우리나라의 다수설이다.

일반적인 보험과 달리 책임보험의 보험금청구권의 소멸시효는 피보험자가 제3자에 대하여 변제, 승인, 화해 또는 재판 등에 의하여 채무가 확정되어 그 보험금청구권을 행사할 수 있는 때로부터 진행한다(상법 제723조 제1항 참조).⁸⁾

2) 김은경, 「보험계약법」, 보험연수원, 2016, 253쪽, 양승규, 「보험법」 제5판, 삼지원, 2005, 143쪽, 전우현, 「쉽고 간단한 보험법」, 계백북스, 2021, 91쪽, 정찬형, 「상법강의(하)」 제17판, 박영사, 2015, 564쪽, 최준선, 「보험·해상·항공운송법」, 제9판, 삼성사, 2015, 133쪽.

3) 동지: 최기원, 「보험법」 제3판, 박영사, 2002, 219쪽.

4) 대법원 2005. 12. 23. 선고 2005다59383, 59390 판결: “보험약관 또는 상법 제658조에서 보험금 지급유예기간을 정하고 있더라도 보험금청구권의 소멸시효는 보험사고가 발생한 때로부터 진행하고, 위 지급유예기간이 경과한 다음날부터 진행한다고 볼 수는 없다.”

5) 최기원, 「보험법」 제3판, 박영사, 2002, 220쪽.

6) 한기정, 「보험법」 제2판, 박영사, 2018, 329쪽

7) 이기수·최병규·김인현, 「보험·해상법」 제9판, 박영사, 2015, 147쪽.

8) 정상근, 「보험계약법」, 도서출판 좋은땅, 2006, 195쪽, 최정식, 「보험·해상법」, 삼성사, 2014, 148쪽.

다만, 보험금청구권의 명시적인 입법과 달리 3년의 소멸시효가 경과하면 휴면보험금이 되나, 실무상 보험계약자 보호 측면에서 보험자는 휴면보험금에 대해 시효이익을 포기하고 지급을 하는 경우가 많다고 한다.⁹⁾

(2) 판례

판례는 “소멸시효는 권리를 행사할 수 있는 때로부터 진행한다”는 민법 제166조가 보험금 청구권청구권의 소멸시효에도 적용되는 것으로 보아 보통 사고발생일로부터 시효가 진행된다고 판시하고 있다(보험사고발생시절).¹⁰⁾ 다만 대법원 판례에서는 특수한 경우에 다음과 같은 판단을 하고 있다. 즉 대법원은 ‘보험사고발생시절’을 기본 입장으로 하면서도 특수한 경우에는 다른 판단을 하고 있는 것으로 평가할 수 있다. 그리고 재판에 의하여 보험금지급청구권이 확정되는 경우에는 확정판결이 있는 때로부터 기산한다.¹¹⁾

1) 과실없이 모른 경우

대법원(대법원 1993.7.13 선고 92 다 39822 판결¹²⁾)은 피보험자측을 보호하기 위하여 피보험자가 사고발생을 과실 없이 모른 경우에는 그를 안 날로부터 소멸시효가 진행된다고 하고 있다.¹³⁾

2) 장애악화와 소멸시효

장애악화의 경우에는 추가로 청구할 수 있는 보험금청구권에 관한 한 그 악화를 안 때로부터 소멸시효가 진행된다고 보았다(대법원 2009.11.12. 선고 2009다52359 판결).¹⁴⁾

9) 박세민, 「보험법」, 제6판, 박영사, 2021, 308쪽.

10) 대법원 2000.3.23. 선고, 99다66878 판결: “보험금액의 청구권 등의 소멸시효기간에 관하여 규정한 상법 제662조는 달리 특별한 규정이 없는 한 모든 손해보험과 인보험에 적용되는 규정이고, 이 사건 무보험자동차에 의한 손해담보특약에 의한 보험이 실질적으로 피보험자가 무보험자동차에 의한 사고로 사망 또는 상해의 손해를 입게 됨으로써 전보되지 못하는 실손해를 보상하는 것이라고 하더라도 그 보험금청구권은 상법 제662조에 의한 보험금액의 청구권에 다름 아니어서 이를 2년간 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성된다고 할 것이고, 보험금청구권은 보험사고의 발생으로 인하여 구체적으로 확정되어 그때부터 그 권리를 행사할 수 있게 되는 것이므로 그 소멸시효는 달리 특별한 사정이 없는 한 민법 제166조 제1항의 규정에 의하여 보험사고가 발생한 때로부터 진행되는 것이다(대법원 1997.11.11. 선고, 97다36521 판결; 대법원 1998.5.12. 선고, 97다54222 판결 참조).” 이에 대하여는 김명수, 「보험판례개관」, 법문사, 2013, 180쪽, 채이식, 「상법강의(하)」, 개정판, 박영사, 2003, 515쪽 참조.

11) 최준선, 「보험·해상·항공운송법」, 제9판, 삼영사, 2015, 133쪽.

12) 대법원 1993.7.13 선고 92 다 39822 판결: “우리 상법은 보험금액의 청구권은 2년간 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성한다는 취지를 규정하고 있을 뿐(제662조), 보험금액청구권의 소멸시효의 기산점에 관하여는 아무것도 규정하지 않고 있으므로, “소멸시효는 권리를 행사할 수 있는 때로부터 진행한다”고 소멸시효의 기산점에 관하여 규정한 민법 제166조 제1항에 따를 수밖에 없는바, 보험금액청구권은 보험사고가 발생하기 전에는 추상적인 권리에 지나지 아니할 뿐, 보험사고의 발생으로 인하여 구체적인 권리로 확정되어 그 때부터 그 권리를 행사할 수 있게 되는 것이므로, 특별한 다른 사정이 없는 한 원칙적으로 보험금액청구권의 소멸시효는 보험사고가 발생한 때로부터 진행된다고 해석하는 것이 상당하다. 그렇지만 보험사고가 발생한 것인지의 여부가 객관적으로 분명하지 아니하여 보험금액청구권자가 과실없이 보험사고의 발생을 알 수 없었던 경우에도 보험사고가 발생한 때로부터 보험금액청구권의 소멸시효가 진행된다고 해석하는 것은, 보험금액청구권자에게 너무 가혹하여 사회정의와 형평의 이념에 반할 뿐만 아니라 소멸시효제도의 존재이유에 부합된다고 볼 수도 없으므로, 이와 같이 객관적으로 보아 보험사고가 발생한 사실을 확인할 수 없는 사정이 있는 경우에는, 보험금액청구권자가 보험사고의 발생을 알았거나 알 수 있었던 때로부터 보험금액청구권의 소멸시효가 진행된다고 해석하는 것이 타당하다.” 이에 대하여는 이준고·정찬목, 「판례를 통하여 배우는 보험이론 및 분쟁실무」, 보험연수원, 2017, 491쪽 참조.

13) 이 판례의 태도에 대해 찬성하는 입장으로는 한기정, 전게서, 336쪽 참조.

14) 대법원 2009.11.12. 선고 2009다52359 판결: “재해장해보장을 받을 수 있는 기간 중에 장애상태가 더 악화된

3) 자살재해사망의 경우

자살한 경우 재해사망보험금을 지급해야 하는지에 대하여 대법원은 보험금을 지급하여야 한다고 판결하였다.¹⁵⁾ 그러자 자살과 관련한 재해보험금 지급에 대한 소멸시효가 언제부터 기산되는지가 문제되었다. 즉 보장개시후 2년이 지나 자살한 경우에 대해서도 재해보험금을 지급하여야 한다고 판시한 대법원 판결이 나온 이후 소멸시효 기간이 진행되는 것으로 볼 수 있는지가 문제되었다. 그런데 대법원은 자살에 대한 재해보험금 청구권은 원래 사고발생시로부터 그 소멸시효가 진행된다고 보았다.¹⁶⁾

한편, 자살재해사망보험금 청구권이 소멸시효의 완성으로 소멸하였다는 보험회사의 항변이 권리남용에 해당하는지 여부에 대하여 대법원(대법원 2016. 9. 30. 선고 2016다218713(본소), 2016다218720(반소) 판결)은 권리남용에 해당하지 않는다고 보았다.¹⁷⁾

4) 보험계약 무효시 납입한 보험료의 소멸시효 기산점

보험계약 무효와 각 보험계약에 따라 납부한 보험료 반환청구권의 소멸시효 기산점은 각 보험료를 납부한 시점이 된다고 하였다(대법원 2011. 3.24. 선고 2010다92612 판결 18)¹⁹⁾

2. 비교대상 판례

경우에는 그 악화된 장해상태를 기준으로 장해등급을 결정한다고 보험약관이 규정한 경우, 보험사고가 발생하여 그 당시의 장해상태에 따라 산정한 보험금을 지급받은 후 당초의 장해상태가 악화된 경우 추가로 지급 받을 수 있는 보험금청구권의 소멸시효는 그와 같은 장해상태의 악화를 알았거나 알 수 있었을 때부터 진행한다.”

15) 대법원 2016.5.12. 선고 2015다243347 판결.

16) 대법원 2016.9.30. 선고 2016다218713 판결. 이 판결에 의하면 소멸시효의 완성을 주장하는 것이 신의성실의 원칙에 반하여 권리남용에 해당하지 않는다고 한다. 즉 피보험자가 계약의 책임개시일로부터 2년 후 자살하였는데 보험수익자가 보험회사를 상대로 재해사망특약에 기한 보험금의 지급을 구한 사안에서, 보험수익자의 재해사망보험금 청구권은 소멸시효의 완성으로 소멸하였고, 보험회사가 특약에 기한 재해사망보험금 지급의 무가 있음에도 지급을 거절하였다는 사정만으로는 보험회사의 소멸시효 항변이 권리남용에 해당하지 않는다고 하였다. 이 판결에 대한 비판적 의견에 대하여는, 장덕조, 「보험법」 제4편, 법문사, 2018, 159쪽., 159쪽, 장덕조, “보험금청구권과 소멸시효,” 「금융법연구」 제13권 제3호, 2016, 137쪽 참조.

17) 대법원 2016. 9. 30. 선고 2016다218713(본소), 2016다218720(반소) 판결: “원심은, 피보험자인 망인의 사망으로 인한 피고(반소원고)의 원고(반소피고)(이하 ‘원고’라고 한다)에 대한 이 사건 특약에 기한 재해사망보험금 청구권은 소멸시효의 완성으로 소멸하였고, 원고가 이 사건 특약에 기한 재해사망보험금 지급의 무가 있음에도 불구하고 그 지급을 거절하였다는 사정만으로는 원고의 소멸시효 항변이 권리남용에 해당한다고 보기 어렵다고 판단하였다. 원심판결 이유를 앞서 본 법리와 적법하게 채택된 증거들에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 소멸시효와 권리남용에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다(자살재해사망보험금 청구권은 특별한 사정이 없는 한 보험사고 발생일로부터 2년이 경과함으로써 소멸시효의 완성으로 소멸하고, 보험회사가 자살재해사망보험금 지급의 무가 있음에도 불구하고 그 지급을 거절하였다는 사정만으로는 보험회사의 소멸시효 항변이 권리남용에 해당하지 않는다고 판단한 사례).” 이 판결에 대한 비판적 입장으로는 장덕조, 「보험법」 제4편, 법문사, 2018, 159쪽 참조.

18) 이 판결에 대한 평석으로는 김선정, “무효인 보험계약에 기하여 나누어 낸 보험료반환청구권의 소멸시효의 기산점,” 「생명보험」 제397호, 2012년 3월호, 42쪽 아래 참조.

19) 대법원 2011.3.24. 선고 2010다92612 판결: “상법은 보험료반환청구권에 대해 2년간 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성한다는 취지를 규정할 뿐(제662조) 그 소멸시효의 기산점에 관하여는 아무것도 규정하지 아니하므로, 그 소멸시효는 민법 일반 법리에 따라 객관적으로 권리가 발생하고 그 권리를 행사할 수 있는 때로부터 진행된다고 보아야 할 것이다. 그런데 상법 제731조 제1항을 위반하여 무효인 보험계약에 따라 납부한 보험료에 대한 반환청구권은 특별한 사정이 없는 한 그 보험료를 납부한 때에 발생하여 행사할 수 있다고 할 것이므로, 위 보험료반환청구권의 소멸시효는 특별한 사정이 없는 한 각 보험료를 납부한 때부터 진행된다고 볼 것이다.”

(1) 판례 - 대법원 2006. 4. 27. 선고 2006다1381 판결

“당사자 쌍방에 대하여 모두 상행위가 되는 행위로 인한 채권뿐만 아니라, 당사자 일방에 대하여만 상행위에 해당하는 행위로 인한 채권도 상법 제64조 소정의 5년의 소멸시효기간이 적용되는 상사채권에 해당하는 것이고, 그 상행위에는 상법 제46조 각 호에 해당하는 기본적인 상행위뿐만 아니라, 상인이 영업을 위하여 하는 보조적 상행위도 포함된다(대법원 1995. 4. 21. 선고 94다36643 판결, 1997. 8. 26. 선고 97다9260 판결 등 참조). 원심은, 그 채용 증거들을 종합하여 판사와 같은 사실을 인정하 다음, 피고 회사와 망 소외인 사이의 근로계약이나 피고 회사가 노동조합과 체결한 단체협약은 모두 보조적 상행위에 해당하므로, 그에 관한 이 사건 위로금채권에는 5년의 상사시효가 적용된다고 판단하였는바, 앞서 본 법리와 기록에 비추어 보면, 이러한 원심의 판단은 옳고, 거기에 상사채권이나 상사시효에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다. 소멸시효는 객관적으로 권리가 발생하여 그 권리를 행사할 수 있는 때로부터 진행하고 그 권리를 행사할 수 없는 동안만은 진행하지 않는바, ‘권리를 행사할 수 없는’ 경우라 함은 그 권리행사에 법률상의 장애사유, 예컨대 기간의 미도래나 조건불성취 등이 있는 경우를 말하는 것이고, 사실상 권리의 존재나 권리행사 가능성을 알지 못하였고 알지 못함에 과실이 없다고 하여도 이러한 사유는 법률상 장애사유에 해당하지 않는 것이다(대법원 2004. 4. 27. 선고 2003두10763 판결, 2005. 4. 28. 선고 2005다3113 판결 등 참조). 원심은, 원고들이 근로복지공단을 상대로 제기한 요양불승인처분취소청구소송에서 승소판결을 받아 확정된 2001. 7. 27. 이전에는 이 사건 위로금채권을 행사할 것을 기대할 수 없었다는 원고들의 주장사유는 위 권리를 행사할 수 없는 법률상의 장애사유가 아니라 사실상의 장애사유에 불과하므로, 원고들의 이 사건 위로금채권에 관한 소멸시효 진행에는 아무런 영향을 미치지 못한다고 판단하였는바, 앞서 본 법리와 기록에 비추어 보면, 이러한 원심의 판단도 옳고, 거기에 소멸시효에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다.”

(2) 평가

비교대상 판례에서는 보험금청구권이 아니라 상법 제64조의 상사소멸시효가 적용되는 경우이었다. 그 경우에도 청구권자가 근로복지공단을 상대로 제기한 요양불승인처분취소청구소송에서 승소판결을 받는 동안의 경과를 위로금청구권 자체에 대하여는 사실상의 장애이지 법률상의 장애는 아니라고 보았다. 즉 사고발생일로부터 위로금채권에 대한 소멸시효는 진행된다고 본 것이다. 이러한 비교대상 판례의 구도는 이 글의 대상판결의 그것과 상당히 유사하다.

3. 상법개정안

소멸시효와 관련된 민원이 다수 존재하자 이를 법률개정으로 해결하기 위하여 상법개정법안이 국회에 제출되어 있다. 이에 의하면, 보험금청구권자가 해당 보험금을 지급해 달라고 청구권을 행사해도, 보험자 측이 소송이 진행되고 있음을 이유로 보험금 지급에 대한 지연을 통하여 소멸시효 기간의 도과를 기대하는 것에 대하여 비판적 입장에서 접근한다. 또한 보험금 지급 여부와 관련된 보험자의 보험사고에 대한 조사와 보험금 지급범위의 결정 등의 과정에서 적지 않은 시간이 소요됨의 우려와 함께, 보험소비자 보호를 보다 더 철저히 보호하고자 하는 방안으로, 제안자들은 보험금청구권 등에 대한 시효 연장과 시효 정지에 관한 내용을 도입하

려고 제안하고 있다.²⁰⁾

<제안내용>

현 행	개 정 안
<p>제662조(소멸시효) 보험금청구권은 3년간, 보험료 또는 적립금의 반환청구권은 3년간, 보험료청구권은 2년간 행사하지 아니하면 시효의 완성으로 소멸한다. [전문개정 2014. 3. 11.]</p> <p><신 설></p>	<p>제662조(소멸시효) ① -----5년 -----5년 ----- -----.</p> <p>② 보험금청구권의 소멸시효는 보험계약자 또는 피보험자나 보험수익자가 보험회사에 대하여 보험금 지급을 청구하여 보험회사로부터 그 지급 여부에 대한 확정적 회신을 받을 때까지는 진행되지 아니한다.</p>

IV. 독일에서의 논의

1. 보험금청구권 소멸시효와 관련된 논의

독일에서는 보험금청구권 소멸시효에 대한 규정이 보험계약법에 있었으나 2007년 개정²¹⁾ 시에 삭제하였다. 이제는 독일 민법의 일반 소멸시효가 보험금청구권에 대해서도 적용된다. 이하에서 독일에서 소멸시효를 둘러싼 논의를 살펴본다.

(1) 소멸시효 기간

독일에서는 2007년 보험계약법 개정시에 입법자들이 보험계약법상의 소멸시효 특별규정을 삭제하였다. 그 결과 독일 민법 제195조²²⁾가 적용된다. 그에 따르면 보통의 소멸시효 기간은 3년이다. 그로 인하여 생명보험계약과 다른 보험계약의, 보험계약 종류별로 소멸시효와 관련하여 다른 취급을 하던 것이 없어졌다. 1907년 독일의 입법이유에 실시하였던, 보험수익자는 보험계약자의 사망 및 자신의 청구권을 늦게 인지한다는 근거는 그동안 설득력이 없었고 또 그것은 독일 민법 제199조²³⁾ 제1항 제2문, 즉 그에 의하면 소멸시효는 채권자가 청구권을 받

20) 상법 일부개정 법률안, 의안번호 제5160호.

21) 이에 대하여는 이필규·최병규·김은경, 「2009년 독일 보험계약법(VVG)」, 세창출판사, 2009, 105쪽 참조.

22) 독일 민법 제195조(일반소멸시효기간) 일반소멸시효기간은 3년으로 한다.

23) 독일 민법 제199조(일반소멸시효기간의 기산 및 최장소멸시효기간) ① 일반소멸시효기간은 소멸시효의 개시

생시키는 사정 및 채무자의 신원을 알았거나 중대한 과실 없이 알았어야 하였던 연도로부터 기산한다는 내용에 의하여 중요하지 않다는 것이 밝혀졌다. 무엇이 보험계약상 청구권이라고 이해하여야 하는지에 대한 구획의 문제도 야기된다. 3년이라는 시효는 보험계약 쌍방당사자의 모든 청구권에 적용된다. 과거에 계약상의 청구권과 청구권 경합에서 다른 시효가 적용되었던, 불법행위로 인한 청구권에도 3년의 시효가 적용된다.²⁴⁾ 구 독일 민법 제852조 제1항이 삭제됨으로써 불법행위로 인한 청구권에도 독일 민법 제195조가 적용되기 때문이다.²⁵⁾

별도의 독립된 소멸시효가 적용되는 것이 책임보험에서 피해자의 청구권이다. 독일 보험계약법 제115조²⁶⁾ 제2항에 의하여 피해자가 보험자에 대하여 직접 청구하는 청구권은 원래의 배상의무가 있는 보험계약자에 대한 손해배상청구권과 같은 소멸시효의 적용을 받는다. 피해자의 보험자에 대한 청구권 소멸시효는 배상의무 있는 보험계약자에 대한 소멸시효가 개시하는 시점에 개시된다. 그렇지만 그 소멸시효는 사고시로부터 늦어도 10년 내에는 종료한다. 또한 청구권 신고로 인한 소멸시효 정지도 독자적으로 규정되어 있다.²⁷⁾ 이 새로운 규정은 독일 의무보험법(PfIVG) 제3조 제3호에 있는 자동차보험에 대해 적용되던 규정을 따르고 있다.²⁸⁾

(2) 소멸시효 기산

1) 일반 요건

독일 보험계약법 제15조²⁹⁾는 소멸시효기산점에 대해서는 규정이 없다. 따라서 소멸시효의 기산에 대해서는 독일 민법 제199조 제1항이 적용된다. 그에 의하면 소멸시효는 ① 청구권이 성립되었고, ② 채권자가 청구권을 근거지우는 사정 및 채무자를 인지하였거나 중과실 없이 인지하였어야만 하는 시점의 해의 말로부터 개시된다. 이러한 요건은 보험금청구권에 관한 한 종래의 법상황에 변화가 있는 것은 아니다. 즉 종래의 법상황에 의하면 보험금이 청구된 해의 말로부터 개시되었던 것이다. 판례는, 보험금청구권의 시효는 구 독일 민법 제199조에 따라

가 달리 정하여지지 아니한 한 다음의 연도가 끝나는 때로부터 진행한다. 1. 청구권이 성립하고, 또한 2. 채권자가 청구권을 발생시키는 사정 및 채무자의 신원을 알았거나 중대한 과실 없이 알았어야 하였던 연도. ② 생명, 신체, 건강 또는 자유의 침해를 이유로 하는 손해배상청구권은 그 성립여부에 관계 없이 또한 인식 또는 중대한 과실로 인한 불인식에 관계 없이 행위시, 의무위반시 또는 손해를 발생시키는 기타 사건의 발생시로부터 30년의 소멸시효에 걸린다. ③....

24) OLG Hamm, RuS 1994, S. 164.

25) Bruck/Möller, Versicherungsvertragsgesetz, Bd 1, 9. Aufl., Berlin, 2008, S. 575.

26) 독일 보험계약법 제115조(직접청구권) (1) 제3자는 보험자에 대하여 손해배상청구권을 다음의 각호의 경우에 주장할 수 있다. 1. 의무보험법에 따라 발생하는 보험상 의무이행을 위한 책임보험의 경우, 2. 보험계약자의 재산에 대하여 파산절차가 개시되거나 파산재산의 부족으로 파산청구가 거절되거나 임시파산판재인이 임명된 경우, 3. 보험계약자의 거주지가 불분명한 경우. 보험계약에 따른 보험자의 급부의무의 범위내에서 그리고 급부의무가 존재하지 않는 경우라면 제 117조 제1항에서 제4항의 범위 내에서 손해배상청구권을 보험자에게 직접 주장할 수 있다. 보험자와 급부의무 있는 보험계약자는 연대채무자로서 책임을 부담한다. (2) 제1항에 의한 청구권은 배상의무 있는 보험계약자에 대한 손해배상청구권과 같은 소멸시효의 적용을 받는다. 소멸시효기간은 배상의무 있는 보험계약자에 대한 손해배상청구권의 소멸시효가 기산하는 시점과 같이 개시된다. 그러나 그 기간은 늦어도 손해사고 이후 10년이 지나면 종료한다. 제3자의 청구권이 보험자에게 신고된 경우에는 소멸시효기간은 보험자의 결정이 청구권자에게 서면으로 도달된 시점까지 중단된다. 청구권의 보험자에 대한 소멸시효의 중단 및 만료중단 및 새로운 개시는 배상의무 있는 보험계약자에게도 미치고 그 반대로도 적용된다.

27) 독일 보험계약법 제116조 참조.

28) 이에 대하여는 BGH, VersR 1991, S. 878, Heintzmann, VersR 1980, S. 594, Jahnke, VersR 1998, S. 1350 참조.

29) 독일 보험계약법 제15조(소멸시효의 정지) 보험계약에 근거하여 청구권의 행사가 보험자에게 통지된 경우에는 보험자의 결정이 청구권자에게 텍스트형식으로 도달되기 전까지 소멸시효는 정지된다.

청구권 성립시를 기준으로 할 것이 아니라 이행기를 기준으로 하여야 한다고 계속하여 강조하였었다.³⁰⁾ 청구권의 이행기는 독일 민법 제199조 제1항의 개정 이후에도 소멸시효 개시를 위한 중요한 요건이다. 독일 민법 제199조 제1항 제2호에 의하여 척도가 되었던 청구권 성립시가 채권자의 청구권을 근거지우는 사정 및 채무자의 인지라는 주관적 요건에 의하여 보완됨으로써 소멸시효는 빨라도 채권자가 그 개시에 대해 영향을 행사할 가능성이 있는 시점에는 개시되어야 한다는 점이 분명하여졌다. 채권자는 자신의 청구권을 관철할 수 있어야 하며, 그를 위한 요건은 청구권의 이행기가 되어야 한다는 점이다.³¹⁾ 결정적인 것은 채권자가 급부이행의 소를 제기할 수 있느냐 여부이다.³²⁾ 급부청구의 소를 제기할 수 있는 시점은 보험금청구권에 대해서는 독일 민법 제271조에서 벗어나는 이행기 규정 때문에 독일 민법이 적용되는 그 밖의 청구권과는 다르다.³³⁾

2) 독일 보험계약법 제14조에 의한 청구권

보험계약자의 보험자에 대한 금전급부청구권에 대해서는 독일 보험계약법 제14조³⁴⁾가 적용된다. 그에 의하면 급부청구권은 보험사고 및 보험자의 급부 범위 결정에 필요한 조사가 종료한 후에 이행기가 된다. 따라서 소멸시효는 조사 종료 해의 말로부터 개시된다.³⁵⁾ 조사의 종료와 관계 없이 보험자에 의한 급부거절시에 이행기가 된다.³⁶⁾ 보험자가 보험사고로 인하여 부담하는 급부가 상이한 시점에 이행기가 되는 경우에는 개별 구분급부에 대해서는 상이한 소멸시효기간이 적용된다.³⁷⁾ 이는 특히 주급부의무와 이자급부의무에 대하여 그러하다. 필요한 조사를 종료하기 위하여 보험계약자의 협조가 필요한 경우에 그 협조를 하지 않는 경우(가령 정보를 주지 않거나 서류를 제출하지 않는 경우)에 언제 소멸시효가 진행되는지에 대해서는 다툼이 있다. 이에 대해서는 구 보험계약법 제11조 제3항, 현행 보험계약법 제14조 제2항 제2문을 유추하여 보험계약자가 급부를 과실 없이 청구할 수 있었을 해의 말로부터 기산한다.³⁸⁾

3) 독일 보험계약법 제14조가 적용되지 않는 청구권

보험계약자의 면책을 하게 되는 보험자의 급부가 피해자인 제3자의 청구권에 달려있는 책임보험에서는 독일 보험계약법 제14조가 적용되지 않는다.³⁹⁾ 독일 보험계약법 제106조⁴⁰⁾에

30) BGH, VersR 1999, S. 707.

31) Staudinger/Frank Peters, § 199, Rdn. 8.

32) Römer/Langheid, § 12, Rdn. 8.

33) Bruck/Möller, Versicherungsvertragsgesetz, Bd 1, 9. Aufl., Berlin, 2008, S. 576.

34) 독일 보험계약법 제14조(급부이행기) (1) 보험자의 급부이행은 보험사고와 보험자의 이행의 범위의 확정을 위하여 필요한 조사가 종료됨과 함께 이루어져야 한다. (2) 이 조사가 보험사고를 통지한 후 한 달 안에 종료되지 않은 경우에 보험계약자는 보험자가 지급이 가능한 금액의 한도 내에서 분할 지급을 요구할 수 있다. 보험계약자의 과실로 인하여 조사가 종료될 수 없는 경우에는 기간은 진행되지 않는다. (3) 보험자의 지연이자 지급의무가 면제된다는 것에 대한 합의는 무효이다.

35) BGH, VersR 1994, S. 337, BGH, VersR 2002, S. 698.

36) BGH, VersR 2002, S. 472.

37) BGH, VersR 1983, S. 873, BGH, VersR 2007, S. 537.

38) Prölss/Martin, Versicherungsvertragsgesetz, 30. Aufl., München, 2018, § 12, Rdn. 11, Honsell(Hrsg.), Berliner Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, 1999, § 12, Rdn. 15, OLG Hamm, VersR 1991, S. 869.

39) OLG Hamm, VersR 1972, S. 967.

40) 독일 보험계약법 제106조(보험급부의 확정기) 보험자는 제3자의 청구권이 기판력있는 판결, 승인 또는 화해

보험자의 급부의 이행기는 보험계약자의 제3자에 대한 배상 이후 2주가 규정되어 있다. 그렇지만 이 2주간의 기간은 그 소멸시효와 분리되어 고찰하여서는 아니된다. 독일 책임보험약관(AHB) 제3조 제2항 제1호에 의한, 보험자에 대한 권리보호청구권, 방어청구권, 확정청구권 및 지급청구권은 통일적 보상청구권으로서 공통된 소멸시효가 적용된다. 그 소멸시효는 보험계약자에게 청구가 제기된 해의 말에 개시된다.⁴¹⁾ 한편 권리보호보험에 대해서도 독일 보험계약법 제14조는 적용되지 않는다.⁴²⁾

(3) 소멸시효의 정지

1) 독일 보험계약법 제15조

독일 보험계약법 제15조에 의해 보험계약상의 청구권은 보험자의 결정이 청구권자에게 도달하기까지는 소멸시효는 정지된다.⁴³⁾ 소멸시효정지의 개념에 대해서는 독일 보험계약법에서는 동 민법 제209조를 지시하고 있다. 동 규정에 의하면 소멸시효 정지 기간은 소멸시효 기간에 계산하지 않는다. 소멸시효가 이미 개시된 경우에는 청구권 신청과 보험자의 결정 사이에는 소멸시효가 더 이상 진행되지 않는다. 그리고 남아있는 기간이 진행되어야 완성된다. 소멸시효가 아직 개시하지 않은 경우에는 정지로 인하여 변화가 없고 다만 소멸시효기간에 의해 결정된다.⁴⁴⁾

정지의 요건은 보험계약상의 청구권을 신고하는 것이다. 신고는 청구를 하는 것을 의미한다. 신고는 보통 손해신고를 통해 행하여진다. 그 신고로 인하여 보험자의 급부가 행하여질 것이면 된다.⁴⁵⁾ 청구권에서 반드시 숫자를 사용하여야 하는 것은 아니다.⁴⁶⁾ 하나의 계약으로부터 여러 가지 청구가 가능한 경우에는 의문이 있을 수 있다. 즉 하나의 상해보험에서 직업능력상실 급부, 병원일당급부, 입원 급부, 회복급부, 치료비용 급부 등의 경우가 그러하다. 손해신고로는 어느 급부를 의미하는지를 알 수 없으므로 그 신고로는 충분하지 않을 수 있다.⁴⁷⁾ 그렇지만 보험자에게 제출한 서류를 통해 특정 급부가 청구된 것임을 알 수 있다. 하반신불구가 신고된 경우에는 직업능력상실급부로 평가할 수 있는 것이다.⁴⁸⁾ 또한 동승자상해보험에서 동승자가 사고로 사망하였다고 신고하는 경우에는 사망보험금 청구로 이해할 수 있다.⁴⁹⁾

신고로 근거지워진 소멸시효 정지는 보험자의 결정이 도달된 때까지 지속된다. 보험계약자에 대한 청구권에 대한 보험자의 판단은 보험계약자에 대한 책무(Obliegenheit)를 의미한다.⁵⁰⁾ 보험계약자가 그 보험자의 판단을 받지 못하면 소멸시효는 계속 정지된다. 보험자의 판

를 통하여 확정된 시점으로부터 2주내에 보상금을 지급하여야 한다. 보험계약자가 보험자에 확정적 효력이 있는 방법으로 제3자에게 이행한 경우 보험자는 2주내에 보험계약자에게 보상을 하여야 한다. 보험자는 계산서의 통지 이후 2주 내에 제102조에 의하여 보상하여야 하는 비용을 지급하여야 한다.

41) BGH, VersR 1971, S. 333, BGH, VersR 2003, S. 900.

42) BGH, VersR 2006, S. 404.

43) 이에 대하여는 유주신, “보험금청구권의 소멸시효와 시효기간의 정지—독일 보험계약법을 중심으로—,” 「경 영법률」 제21권 제4호, 2011, 12쪽 참조.

44) Römer/Langheid, Versicherungsvertragsgesetz, 4. Aufl., München, 2014, § 12, Rdn. 28.

45) BGH, VersR 2001, S. 1498.

46) BGH, VersR 1978, S. 313.

47) OLG Hamm, VersR 1993, S. 1473.

48) Römer/Langheid, Versicherungsvertragsgesetz, 4. Aufl., München, 2014, § 12, Rdn. 22.

49) OGH, VersR 1993, S. 1039.

50) KG, RuS 1991, S. 23.

단은 보험계약자의 청구를 거절하는 것도 가능하고 승인하는 것도 가능하다.⁵¹⁾ 보험자의 판단은 보험계약자의 청구에 대해서 금액을 표기하여 의견을 내야 한다.⁵²⁾ 보험자가 보험계약자의 청구권의 일부만을 인정하면 보험계약자로 하여금 청구권의 어느 부분이 거절된 것인지를 명확하게 알 수 있도록 하여야 한다. ⁵³⁾

보험자의 결정의 법적 효과에 대한 설명, 특히 소멸시효 정지가 종료한다는 점에 대한 설명은 보험자의 결정에 포함되지 않아도 된다.⁵⁴⁾ 2007년 법개정 이후에는 보험자의 결정은 반드시 서면으로 하지 않아도 된다. 다른 경우에서도 이미 보험계약자 보호를 위한 서면 요건은 포기가 허용되듯이 텍스트형식으로 해도 족하다. 보험자의 결정은 청구권자에게 도달하여야 한다. 청구권자라는 표현을 사용함으로써 법률은 구법 제12조에 대한 통설의 해석과 마찬가지로 보험자의 결정은 청구권 소유자에게 도달하여야 한다. 이 청구권의 소유자는 경우에 따라서 피보험자, 보험수익자, 담보권자, 양수인이 될 수 있다.

2) 보험음부즈만

특별한 보험계약법상의 청구권 소멸시효 정지원인은 보험음부즈만 절차규정 제12조이다.⁵⁵⁾ 보험음부즈만에게 이의제기절차를 개시함으로써 보험계약자의 보험자에 대한 청구권의 소멸시효는 그 절차가 진행되는 동안은 정지된다. 그 정지는 독일 민법 제204조 제2항에 의해서 절차종료후 6개월이 지나면 종료한다.⁵⁶⁾

2. 독일 법제의 평가

독일의 경우 보험금청구권 소멸시효는 민법에 의하여 3년이다. 다만 주관적 요건을 고려하고 있다. 그런데 보험계약 상의 청구권 소멸시효진행과 관련하여 살펴보면, 피보험자가 보험금 지급을 청구한 경우에는 그 청구에 대한 보험자의 결정이 청구권자에게 도달하기까지는 소멸시효는 정지되게 된다(독일 보험계약법 제15조). 한편 독일에서는 보험자의 급부이행은 보험사고와 보험자의 이행의 범위의 확정을 위하여 필요한 조사가 종료됨과 함께 이루어져야 하며, 이 조사가 보험사고를 통지한 후 1개월 내에 종료되지 않은 경우에 보험계약자는 보험자가 지급이 가능한 금액의 한도 내에서 분할 지급을 요구할 수 있도록 하고 있다. 이 때 보험계약자의 과실로 인하여 조사가 종료될 수 없는 경우에는 기간은 진행되지 않는다(독일 보험계약법 제14조). 즉 독일에서는 보험금청구가 있으면 보험자가 필요한 조사를 하고 한 달 안에 조사가 종료되지 않으면 일부급부를 청구할 수 있도록 한다. 이때 보험계약자의 협조가 필요한 경우 그가 협조하지 아니하는 경우에는 보험금을 지급하여야 하는 기간이 진행되지 않도록 규정을 하고 있다.

V. 적용과 판단

51) BGH, VersR 1991, S. 879.

52) OLG Düsseldorf, VersR 1999, S. 873.

53) OLG Köln, RuS 1991, S. 254.

54) OGH, VersR 1978, S. 955.

55) 동 절차규정은 NVersZ 2002, S. 296에서 찾을 수 있다.

56) 이에 대하여는 Römer, NVersZ 2002, S. 292 참조.

보험금청구에서 소멸시효기간의 도과 여부는 대단히 중요한 위치를 차지한다. 이미 소멸시효가 도과되었다면 아무리 금액이 크다 하더라도 보험회사로부터 보험금을 받을 수 없기 때문이다. 그런데 어느 시점으로부터 기산하여 보험금청구권 소멸시효 3년을 기산할 것인가가 문제이다. 상법 보험편에는 별도의 규정을 두고 있지 않으므로 민법 제166조에 의하여 청구권을 행사할 수 있는 때로부터 기산하여야 한다. 이는 보통은 보험사고발생일이다. 그런데 대법원은 과실 없이 사고발생일을 모른 경우에는 그를 안 날로부터 소멸시효 기간이 진행되는 것으로 보아 보험분야에서 약자인 보험계약자 측을 보호한다. 특히 자살이 재해사망인지 여부가 다투어지는 경우 사망한 시점으로부터 소멸시효를 기산할 것인지 아니면 재해인정에 대한 분쟁이 최종적으로 법원에서 결정된 때로부터 기산할 것인가가 문제된다. 대법원⁵⁷⁾은 자살면책 사건의 판결에서 피보험자의 사망 후 보험회사를 상대로는 해당 재해사망보험금 청구권을 행사하지 못할 법률상의 장애 사유나 특별한 사정이 있었다고 보이지 않는다는 이유로 피보험자 사망시를 소멸시효 기산점으로 보았다. 그런데 학자들 가운데에 보험금청구권의 소멸시효 기산점은 보험수익자 등이 보험금청구권의 발생을 안 때라고 보는 것이 타당함을 주장하는 견해⁵⁸⁾도 주장되고 있다.

비교대상 판결에서도 대법원은 근로복지공단을 상대로 제기한 요양불승인처분취소청구소송에서 승소판결을 받아 확정된 시점 이전에는 해당 위로금채권을 행사할 것을 기대할 수 없었다고 하는 청구자의 주장사유는 해당 권리를 행사할 수 없는 법률상의 장애사유가 아니라 사실상의 장애사유에 불과하다고 보아 사망시로부터 소멸시효 기간을 기산하였다.

독일의 경우에는 청구권을 인정하는 사정과 채무자를 인식한 때 또는 중과실이 없었으면 인식할 수 있었던 해의 말로부터 소멸시효를 기산한다. 그런데 독일에서도 그 인식을 정확하게 모든 사항을 다 아는 것을 의미하는 것으로 평가하지는 않는다. 자신이 알고 있는 사실로부터 전망 있는 소송가능성이 있는 정도이면 족하다고 보고 있다. 또한 독일에서는 특정 사정을 법률적으로 틀리게 평가한 경우(법률의 착오)는 소멸시효 진행을 원칙적으로 막지 못하는 것으로 보며, 채권자가 청구권 존재에 대해 예외적으로 특히 전망하기 어려우며 복잡한 법률적 사안의 경우에만 그것이 명확하게 밝혀질 때까지 소멸시효 진행을 늦추는 것으로 보고 있다.

이러한 제반 사정을 두고 검토하여보면 이 글의 평가대상 판결에서 피보험자가 사망하였을 때를 소멸시효 기산점으로 보고 대법원에서 최종적으로 재해사망으로 판단된 시점이 기산점이 될 수 없다고 본 대법원의 판시는 타당하다 할 것이다.⁵⁹⁾ 더욱이 이 글의 평석 대상인 사건에

57) 대법원 2016. 9. 30. 선고 2016다218713(본소), 2016다218720(반소) 판결.

58) 박은경, “보험금청구권 소멸시효제도 개선을 위한 상법 개정안 연구,” 「금융법연구」 제15권 제1호, 2018, 141쪽, 유주선, 전계서, 297쪽, 장덕조, 전계서, 160쪽.

59) 본 판결이 선고된 이후 거의 한 달 후에 대법원은 유사한 취지의 판결을 선고하였다. - 대법원 2021.2.4. 선고 2017다281367 판결: “보험약관에서 사망보험금 지급요건에 관하여 ‘피보험자의 고의로 보험금 지급사유가 발생한 경우는 보험자가 면책되나, 심신상실 등으로 자유로운 의사결정을 할 수 없는 상태에서 자신을 해친 경우에는 보험금을 지급한다.’는 내용의 보험자의 면책사유 및 그 예외사유가 규정되어 있는 경우, 주요 우울장애로 인하여 자유로운 의사결정을 할 수 없는 상태에서 자살하였다는 이유로 재해사망보험금을 청구하려는 상속인은 사망 사실뿐 아니라 약관상 면책의 예외사유에 해당한다는 점까지 소명할 수 있는 자료를 갖추기 어려운 경우가 일반적일 것이기 때문에, 쉽게 보험금 청구에 나서기 어려운 측면이 있다(망인이 우울증을 앓다가 자살에 이르자 망인의 유가족이 재해사망보험금을 청구한 사건에서, 망인이 자유로운 의사결정을 할 수 없는 상태에서 자살에 이르게 된 것이라고 볼 증거가 부족하다고 본 원심판단에 대해, 대법원은 이미 주요우울장애와 자살의 연관성 및 주요우울장애에 대한 판단기준이 의학적으로 정립되어 있고, 이 사건의 경우 망인이 주요우울장애로 인해 자유로운 의사결정을 할 수 없는 상태에서 자살에 이르게 된 것으로 보인다는 취지로 인과관계를 인정한 의학적 소견이 나타나 있는 이상, 구체적이고 전문적, 의학적인 근거 없이 이에 반하는 인과관계 판단을 한 원심판단은 타당하지 않다고 판단함)(다만 대법원은 재해사망보험금청구권

서 보험사고는 피보험자의 사망으로 명확하게 특징이 된다. 이 점에 대하여는 당사자 사이에서 다툼이 없다. 다만 재해사망에 해당하는 것인지 여부는 일종의 증명의 문제에 해당하는 것이다. 즉 보험사고의 발생 여부가 불분명한 경우는 아니다. 이러한 점에서 대법원은 원심을 파기 환송한 것이다.

VI. 맺음말

보험금청구권의 소멸시효는 청구권 자체와 함께 중요한 요소이다. 시효를 잘못 판단하면 받을 수 있는 보험금을 못받게 되는 불이익을 받게 되기 때문에 시효가 완성되었는지, 언제부터 시효가 기산되는지는 보험계약자 측에서 특별히 유의하여야 한다. 거꾸로 보험료청구권의 시효는 상대적으로 덜 중요하다. 보험료청구권과 관련하여서는, 보험계약자가 보험료 납입을 지체하더라도 보험자가 한번 독촉을 하도록 되어 있기 때문에(상법 제650조 제2항) 보험금청구권에 대한 시효와는 다른 측면이 있다. 보험금청구권의 시효는 3년이다. 보통의 경우에는 사고발생일로부터 기산한다. 하지만 보험계약자가 과실 없이 사고발생을 모른 경우에는 안 날로부터 기산한다. 장애가 악화된 경우 추가로 청구할 수 있는 부분은 그 악화된 사실을 안 때로부터 기산한다.

문제가 되는 것은 사고는 발생하였지만 그것이 보험자면책이 되는 자살인지 아니면 정신질환으로 자유로운 의사결정이 불가능한 상태에서 자살하여, 보험금을 지급하여야 하는 재해인지 여부에 대하여 다툼이 있는 경우에는 언제를 기준으로 소멸시효가 진행되는가 하는 점이다. 이 점에 대하여 이 글의 대상판결의 사건에서 다툼이 있었고 대법원은 재해에 해당하는지에 대한 대법원의 판결이 있는 시점이 아니라 사망이라는 사고가 발생한 때로부터 기산한다고 보았다. 자살이 재해에 해당하는지 여부는 보험금청구를 위한 사실상의 장애이지 법률상의 장애는 아니므로 사고발생일로부터 소멸시효가 진행된다고 본 것이다. 이는 대법원이 다른 유사 사건에서 취한 태도를 이 경우에도 채용한 것이다. 독일 법제는 주관적 요소를 따지지만 청구권 근거 사정 및 채무자에 대한 주관적 인식여부는 아주 구체적으로 아는 것까지는 요구하지 않고 자신이 아는 사정을 토대로 승소의 가능성이 인정되는 소송을 제기할 수 있는 정도이면 충분하다고 보고 있다. 이러한 비교법적 입장을 대비하여 보면 대법원이 취하고 있는 태도는 정당하다 할 것이다.

현재 국회에 보험금청구권의 소멸시효 내용을 개정하는 법안이 제출되어 있다.⁶⁰⁾ 주관적인 인식을 추가하는 것은 바람직하지만 소멸시효기간을 3년에서 5년으로 늘리는 것은 국제적 정합성⁶¹⁾에 비추어 타당하다고 볼 수 없다. 보험금청구권에 대한 소멸시효 문제에 대한 보다 더 정치한 논의를 통하여 해법을 찾아가야 한다.

의 소멸시효 기산점은 원칙적으로 사망시이고, 예외적인 사정이 인정되는 경우에는 보험금청구권자가 보험사고의 발생을 알았거나 알 수 있었던 때로 보아야 하는데, 이 사건의 경우 우울증으로 인한 자살이 자유로운 의사결정을 할 수 없었던 상태에서의 자살인지 여부, 망인의 보험이 단체보험이어서 보험금청구권자가 그 정확한 내용을 파악하기 어려운 사정 등은 인정되나 그 정도만으로는 위와 같은 예외적인 사정에 해당한다고 까지 보기는 어렵다고 보아, 소멸시효 완성을 이유로 원고의 보험금청구를 기각한 원심판단의 결론이 타당하다고 판단하여 상고를 기각한 사안임.)”

60) 이에 대하여는 유주선, “보험계약법상 최근 쟁점,” 「일감법학」 제48호, 2021, 308쪽 참조.

61) 비교법적으로 보험금청구권에 대하여는 3년의 소멸시효를 규정한 나라가 제일 많다. 프랑스, 덴마크가 2년으로 하고 있다. 이에 대하여는 한창희, 「보험법」, 개정3판, 국민대학교 출판부, 2017, 275쪽 참조.

【제2 발표】

사회 : 이종구 교수(단국대학교)

발표 : 대리운전 중개플랫폼과 통신판매중개업자

- 광주지관 2019. 9. 9. 2018나65100 중심으로 -

황원재 교수(계명대학교)

토론 : 김세준 교수(경기대학교)

대리운전 중개플랫폼과 통신판매중개업자
 - 광주지방법원 2019. 9. 5. 2018나65100 판결을 중심으로 -

황원재 (계명대학교 법학과 조교수)

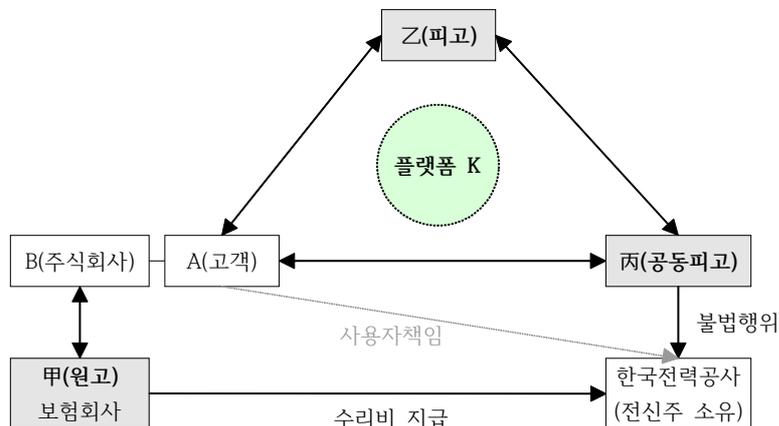
목 차

- I. 사실관계 및 원고의 주장
 - 1. 기초적 사실관계
 - 2. 원고의 주장
- II. 법원의 판단
- III. 사안에 대한 판단
 - 1. 쟁점
 - 2. 사용자책임의 문제
 - 3. 중개인 이행책임의 문제
 - 4. 통신판매의 판단과 통신판매중개자 책임의 문제
- IV. 결론

I. 사실관계 및 원고의 주장

1. 기초적 사실관계

주식회사 B를 운영하는 A는 2017년 2월 피고 Z의 대리운전 중개서비스(K 플랫폼)를 이용해 공동피고 丙에게 자신의 회사인 B 소유 승용차의 대리운전을 부탁하였는데, 당일 공동피고 丙은 혈중알코올농도 0.127% 상태에서 B 소유 승용차를 대리운전하다 전신주를 들이받는 사고를 일으키고 말았다. 이후, B 회사와 이 사건 승용차에 관한 자동차보험계약을 체결한 보험회사인 원고 甲은 한국전력공사에 전신주 파손에 따른 수리비 3,578,302원을 보험금으로 지급하였다.



2. 원고의 주장

이와 관련하여 원고 甲은 대리운전 중개서비스를 제공하는 K 플랫폼의 운영사업자인 피고 乙이 이 사건으로 인한 손해(수리비 3,578,302원과 지연손해금)를 배상해야 한다고 주장하였다. 이 사건이 공동피고 丙의 음주운전으로 야기된 것이고, 제3자의 행위로 인한 손해에 보험금을 지급한 보험자는 지급금액의 한도에서 보험계약자 또는 피보험자의 제3자에 대한 권리를 취득하기 때문이다(보험자대위, 상법 제682조 제1항). 즉, 보험자인 원고 甲이 한국전력공사에 보험금을 지급하였기에, 그 한도에서 보험계약자인 B 또는 피보험자인 A의 피고 乙 또는 공동피고 丙에 대한 손해배상청구권을 대위할 수 있기 때문이다.

한편, 공동피고 丙의 불법행위를 피고 乙이 함께 책임져야 하는 이유를 원고는 다음과 같이 주장한다. ① 피고 乙은 공동피고 丙을 대리기사로 고용하면서 심사와 선발을 하였고, 공동피고 丙이 고객으로부터 받은 요금의 일부를 수수료로 취득하였으며, 공동피고 丙을 운전피보험자로 하여 대리운전종합보험에 가입하는 등 공동피고 丙의 대리운전 업무를 실질적으로 지휘·감독하였기 때문이다. 따라서 피고 乙은 공동피고 丙의 불법행위에 대하여 사용자책임을 부담하기 때문이다. 또한, ② 중개인인 피고 乙이 공동피고 丙을 고객 A에게 배정하면서 丙이 개인사업자임을 표시하지 않았고, 따라서 상법 제99조에 의하여 고객 A는 피고 乙에게 직접 이행을 청구할 수 있기 때문이다. 마지막으로 ③ 피고 乙은 통신판매중개자로서 K 플랫폼을 운영하고 있음에도 서비스 이용고객인 A에게 자신이 통신판매의 당사자가 아니라는 점을 미리 고지하지 않았으므로, 전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률(이하 '전상법'이라 한다) 제20조의2 제1항에 따라 통신판매중개의뢰자인 공동피고 丙의 고의 또는 과실로 고객 A에게 발생한 손해(전신주 파손에 따른 수리비 지출로 발생한 손해)를 연대하여 배상할 책임을 부담하기 때문이라고 주장하였다.

II. 법원의 판단

원고의 주장에 대하여 광주지방법원은 다음과 같이 판단하였다.

(1) 공동피고 丙의 불법행위에 대하여 피고 乙에게 사용자책임을 성립하기 위해서는 乙과 丙 사이에 사용관계, 즉 실질적 지휘·감독 관계가 존재해야 하나(민법 제756조 제1항),¹⁾ 이 사건 서비스는 고객이 입력한 정보를 대리기사에게 전송하고, 대리기사가 고객의 요청을 수락하는 방식으로 이루어지므로 피고 乙이 대리운전 서비스의 제공을 丙에게 강요하거나 지시할 수 없고, 피고 乙이 별도의 심사를 통해 선별적으로 대리기사를 고용하였다거나 丙과의 관계에서 구체적인 근로관계가 성립되었다고 인정하기 어려우며, 丙이 乙에 전속되어 대리운전을 한 것도 아니고, 乙이 丙의 출·퇴근 시간을 확인하거나, 근무태도 등을 확인·평가하지도 않았으므로 乙과 丙 사이에 실질적 지휘·감독 관계가 있다고 보기 어렵다고 보았다. 또한, 乙이 丙을 운전피보험자로 하여 대리운전종합보험에 가입하였다는 사정만으로 외부적으로 고용관계가 표시된 것도 아니라고 보았다.

(2) 중개인이 중개를 하는 당사자 일방의 성명이나 상호를 상대방에게 표시하지 않으면 그 상

1) 대법원 1999.10.12. 선고 98다62671 판결; 대법원 2001.9.4. 선고 2000다26128 판결.

대방은 중개인에게 직접 이행을 청구할 수 있으나(상법 제99조), 이는 계약상 채무에 관한 것이므로, 이 사건과 같은 불법행위에 의한 손해배상청구권의 청구근거가 되지는 못하며, 설령 가능하더라도 이 사건에서는 대리기사의 성명과 전화번호 등이 고객에게 표시되었으므로 청구할 수 없다고 보았다.

(3) 통신판매중개자가 자신이 통신판매의 당사자가 아니라는 사실을 미리 고객에게 고지하지 않으면 통신판매중개의뢰자의 고의 또는 과실로 발생한 손해를 통신판매중개의뢰자와 연대하여 배상할 책임을 부담하나(전상법 제20조의2 제1항), 다음과 같은 이유로 고객 A와 공동피고 丙 간에 통신판매가 존재하지 않기 때문에 乙은 통신판매의 중개자가 될 수 없고, 따라서 통신판매중개자로서의 책임도 부담하지 않는다고 보았다. 구체적으로 ① 이 사건 서비스는 대리기사들이 제공하는 대리운전 용역에 관한 정보가 제공되지 않고, ② 고객이 입력한 정보를 보고 대리기사가 수락하는 방식으로 이 사건 서비스가 제공되는데, 고객이 임의로 청약철회를 하는 것이 가능하고, 입력조건과 다른 상황이 발생하거나 고객이 대리기사의 서비스를 수령하지 않는 사정이 발생하는 등 대리기사가 용역을 제공하지 못하는 경우가 존재하므로 '판매'가 완료된 것으로 보기 어렵다는 점을 그 이유로 들면서, ③ 이러한 거래 과정과 서비스의 내용을 살펴보면 K 플랫폼의 서비스는 전상법의 취지에 부합하는 통신판매가 아니라고 보았다.

III. 사안에 대한 판단

1. 쟁점

살펴본 바와 같이 이 사건은 3가지 점이 쟁점이 된다. 첫째, 공동피고 丙의 불법행위에 대해서 피고 乙이 사용자책임을 부담해야 하는가이다. 둘째, 피고 乙이 상법 제99조에 의한 중개인의 이행책임을 부담하는가이다. 셋째, 공동피고 丙과 고객 A 사이에 통신판매가 성립하는가이다. 만약, 통신판매가 성립한다면 피고 乙이 통신판매중개자로서 연대책임을 부담하는가도 문제 될 수 있다.

2. 사용자책임을 문제

(1) 사용자책임 일반

민법 제756조 제1항은 사용자가 타인을 사용하여 사무에 종사하게 하였다면, 스스로 피용자의 선임 및 사무처리 감독에 상당한 주의를 하였다는 점이나 상당한 주의를 했어도 손해는 발생하였을 것이라는 점을 증명하지 못하는 한, 그 피용자가 사무집행과정에서 제3자에게 가한 손해를 배상하도록 규정하고 있다. 예컨대, 택시회사의 운전기사가 과실로 제3자에게 손해를 입힌 경우, 그 운전기사의 사용자인 택시회사가 자신을 면책시키는 사유를 증명하지 못하는 한, 책임을 지는 것이 이에 해당한다.²⁾ 이 조문의 책임근거는 고유책임, 보상책임의 원리에서 찾는 것이 일반적이고,³⁾ 민법 제756조의 해석과 관련하여 우리 법원이 사무집행 관련성을 넓게 인정하고 있다는 점이나,⁴⁾ 사용자의 면책범위를 좁히고 있다는 점⁵⁾ 등은 이미 익히 알려져 있

2) 광윤직, 채권각론 제6판, 박영사, 2014, 415면.

3) 광윤직, 채권각론 제6판, 박영사, 2014, 416면; 이은영, 채권각론 제5판, 박영사, 2007, 851면.

는 내용이므로 추가적으로 검토하지 않는다.

이 사건과 관련하여 검토의 필요성이 있는 것은 ‘사용자가 타인을 사용하여 사무에 종사하게 한다’는 요건을 어떻게 해석해야 하는가이다. 일반적으로 이러한 사용관계는 고용계약을 통해 형성되고, 그래서 법문에서도 “피용자”라는 표현을 명시적으로 사용하고 있지만, 민법 제756조를 고용관계로 제한하여 해석하지는 않는다.⁶⁾ 따라서 고용계약관계의 유효나 무효를 묻지 않고, 어떠한 종류의 법률관계인지를 묻지도 않고, 심지어 사용자와 피용자 간에 법률적 관계가 없는 경우라도 사용자에 의하여 선임되어 지휘·감독을 받는 실질적인 사용관계가 인정된다면 이 규정이 적용된다.⁷⁾ 당연히 기간의 장단이나 보수의 유무도 고려대상이 되지 않는다.⁸⁾ 이러한 선임·지휘·감독 관계는 묵시적 관계여도 무방하며,⁹⁾ 사실상의 관계 형성만으로 족하므로 실제로 선임·지휘·감독을 행했는지도 문제되지 않는다.¹⁰⁾ 예컨대, 방학 중 잠시 친척의 사업장을 방문하여 그의 사무를 처리하다 제3자에게 손해를 가한 경우에도 사용자책임이 문제될 수 있다.

정리하면, 사용자책임은 사용자가 타인을 선임하고, 사무처리시 그들 사이에 사실상의 지휘·감독관계가 있는지가 중요한 판단기준이 된다.¹¹⁾ 따라서, 이 사건에서 피고 乙이 대리기사를 어떠한 방법으로 선임하는지, 선임된 대리기사에게 피고 乙이 어떻게 대리운전 요청을 배분하고 지시하는지, 또한 어떠한 방식으로 대리기사의 용역제공을 감독하는지를 살펴볼 필요가 있다.

(2) 이 사건 플랫폼의 서비스 제공방식

K 플랫폼의 대리기사 선발방식은 다음과 같다. 우선, 대리기사가 되고자 하는 자는 K 서비스 대리기사용 애플리케이션을 내려 받아 설치한 후, 휴대전화번호, 주민번호, 실명을 입력한 뒤 약관에 동의해야 하고, 그 후 운전면허증 사진, 자신의 프로필 사진, 그리고 운전면허증을 들고 찍은 본인확인 사진을 제출하여 본인인증절차를 거친다. 또한, 운행지역을 선택한 뒤, 보험 심사를 요청하면 대리기사등록 신청이 완료된다. 신청 후 대략 1주일 정도 안에 심사가 완료되면, 대리보험 가입심사절차가 진행되며 필요한 정보를 입력한 뒤 보험계약을 위한 체결이행 동의를 한 후에 개인정보 취급동의를 하면 보험가입 절차가 완료되어 대리기사로 운행이 가능해진다.

대리기사로 운행하기 위하여 애플리케이션에 ‘출근하기’ 버튼을 누르면 지정된 범위의 고객 호출이 표시된다. K 플랫폼에는 ‘프로서비스’라는 기능이 있는데, 대리기사가 매월 2만원을 지급하면(부가세 별도), 더 많은 운행요청(이하, ‘콜’이라고 표현한다)이 정해진 시간 동안 표시된다고 한다. ‘프로서비스’는 선택사항이지만 대부분의 대리기사들이 이용을 하며, 이 서비스

4) 김형배, “사용자책임과 판례”, 고려법학 제48호, 2007, 2면. 대판 1991.1.11., 90다8954; 대판 1994.3.22., 93다45886; 대판 1998.3.27., 97다19687; 대판 1999.1.26., 98다39930 등.

5) 대판 1964.12.29. 64다1095; 대판 1964.10.28., 64다693; 대판 1969.1.21., 68다321 등.

6) 광윤직, 채권각론 제6판, 박영사, 2014, 417면.

7) 김형배, “사용자책임과 판례”, 고려법학 제48호, 2007, 5면 이하.

8) 광윤직, 채권각론 제6판, 박영사, 2014, 417면; 이은영, 채권각론 제5판, 박영사, 2007, 854면.

9) 대판 1962.2.22., 4294민상996.

10) 대판 1961.11.23., 4293민상745.

11) 광윤직, 채권각론 제6판, 박영사, 2014, 417면.

를 이용하지 않으면 콜을 받지 못하거나, 좋은 콜을 받지 못하는 것으로 보인다. 고객 호출에는 ① 출발지 정보와 ② 도착지 정보, ③ 대리기사가 출발지까지 이동하는 시간(도보이동 기준), ④ 출발지부터 도착지까지 얼마나 차량을 운행해야 하는지 시간, 그리고 ⑤ 요금, 지불방법(카드/현금), 요금은 확정인지 여부가 표시된다. 요금은 카드로 지불되는 경우가 많으며, 시간이 늦어질수록 높아진다고 한다. 고객의 요청에 대리기사가 '수락' 버튼을 누르면, 고객과 연락을 할 수 있고, 고객과 만날 장소를 정한 후에 정해진 장소에서 고객을 만나 대리운전 운행을 시작하게 된다. 대리기사가 '수락'을 취소하는 경우 고의성과 반복성이 있다면 서비스 이용에 제한을 주기도 한다.¹²⁾

대리기사가 차량을 도착지까지 안전하게 운전하여 운행을 마치면, 처음 수락한 확정요금이 카드결제의 방식으로 자동결제된다. 이때 K 플랫폼은 중개수수료 명목으로 운행료의 20%를 가져간다. 차액은 포인트로 실시간 지급되고, 출금신청을 해야 등록된 계좌로 입금이 된다. 출금신청은 오전 8시를 기준으로 익일 오전 8시까지의 기간 안에 1회만 가능하다. 현금결제의 경우라면 출발전에 고객에게 금액을 확인해야 하는데, 고객이 금액을 잘못 입력하는 경우가 있기 때문이라고 한다. 고객의 카드가 결제되지 않는 경우라면 고객의 결제 여부와 무관하게 포인트로 지급하며 익일 정산을 해주고 있다.¹³⁾ 대금이 결제되면, 대리기사는 고객에 대한 평가를 할 수 있다.

(3) K 플랫폼 운영자인 피고 乙의 사용자책임 여부

이 사건 판결 이후, 2020년 7월 17일 고용노동부는 '전국대리운전노동조합'(이하, 대리운전노조)에 대하여 설립필증을 내주었으나,¹⁴⁾ K 플랫폼은 대리운전노조의 단체교섭 요구에 자신이 사용자가 아니라는 이유로 응하지 않고 있다. 그런데 노동조합 및 노동관계조정법(이하, 노동조합법) 시행령 제14조의3 제1항에 의하면 노동조합으로부터 교섭요구를 받은 사용자는 요구를 받은 때부터 7일간 일정한 사항을 공고해야 한다. 대리운전노조는 K 플랫폼이 이러한 의무를 이행하지 않았다는 이유로 경기지방노동위원회에 심판을 요청하였고, 경기지방노동위원회는 대리운전노조의 주장을 받아들여 K 플랫폼을 노동조합법상의 사용자로 보았다.¹⁵⁾ 또한, 중앙노동위원회도 같은 판단을 하였다.¹⁶⁾

이러한 판단의 근거는 다음과 같다. ① 대리기사는 정해진 운행요금에 동의해야 하며, 중개수수료 역시 애플리케이션 내에서 별도로 정할 수 있도록 하고 있어 대리기사의 보수 등 중요한 계약사항을 乙이 결정할 수 있고,¹⁷⁾ ② 대리기사의 수입은 대리운전이라는 노무의 양을 기

12) K 플랫폼 서비스정책, 자세한 것은 <https://service.kakaomobility.com/cs/faqs/content/?category=46> 참고(2021. 8. 13 방문).

13) 요금/정산에 대한 K 플랫폼 고객지원자료, 자세한 것은 <https://service.kakaomobility.com/cs/faqs/content/?category=53> 참고(2021. 8. 13. 방문).

14) 자세한 것은 <https://nodongja.modoo.at/?link=7oxkg1sg> 참고 (2021. 8. 13. 방문).

15) <https://www.labortoday.co.kr/news/articleView.html?idxno=167056> 참고(2021.8.13.방문).

16) <https://www.hani.co.kr/arti/society/labor/973660.html> 참고(2021. 8. 13. 방문).

17) 구체적으로 대리기사 애플리케이션의 이용약관을 보면 다음과 같은 규정이 있다:

카드콜 및 현금콜에 따른 중개수수료(서비스 관련 단체보험의 보험료 포함) 및 포인트의 지급 및 차감 등 정산에 관한 구체적인 내용은<운영가이드>에서 정하는 바를 따릅니다.

준으로 산정되고 수입의 지급 방법을 고려하면 乙로부터 노무의 대가를 받는 것으로 볼 수 있으며, ③ 대리기사가 K 플랫폼의 ID를 갖고 있어야 대리운전 시장에 접근할 수 있고, 동시에 대리기사의 노무가 K 플랫폼 사업의 필수요소가 되며, ④ 대리기사가 K 플랫폼에 접속된 것은 아니지만 이러한 점이 노동3권을 보장할 필요가 있는 노동자성을 부정하지 못하고, ⑤ 이용약관을 살펴보면 대리기사가 콜 배정을 취소하면 일정한 불이익을 받을 수 있고,¹⁸⁾ 단독배정권 등을 통해 콜 요청을 거부하기 어렵고, 이용약관이나 대리 이용가이드, 고객응대 매뉴얼 등을 통해 업무수행의 방법을 제시하고 있으므로 K 플랫폼이 대리기사를 지휘·감독할 권한이나 지위가 있으며,¹⁹⁾ ⑥ K 플랫폼에 대한 대리기사의 소득의존가 낮지만, 이 역시 조합원의 노동3권을 부정하는 근거가 될 수 없다고 보았다.²⁰⁾

18) 구체적으로 대리기사 애플리케이션의 이용약관을 보면 다음과 같은 규정이 있다:

<p>“기사 회원”은 아래와 같은 경우 “콜” 배정 제한 등 중개 서비스를 이용함에 있어서 불이익을 받을 수 있습니다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1) “콜” 배정 완료 후 “기사 회원”이 일정 횟수 이상 취소할 경우 2) “기사 회원”이 출발지에 도착하지 않았음에도 출발지에 도착했다고 허위 정보를 입력한 경우 3) “기사 회원”의 불법 또는 부당한 행위(현금콜 수행시 운행요금 이외에 추가 요금 요구 및 수취 행위 포함)가 접수 또는 확인된 경우 4) 기타 “기사 회원”에게 “서비스”의 원활한 운영에 방해되는 사유가 발생한 경우
--

19) 구체적으로 대리기사 애플리케이션의 이용약관을 보면 다음과 같은 규정이 있다:

<p>본 이용약관에 따라 “기사 회원”은 아래의 행위를 할 수 없으며, 위반시 “카카오모빌리티”는 최대 1년의 범위에서 “서비스” 이용을 중단, 제한할 수 있습니다. 단, 아래의 행위를 3회 이상 반복하거나 아래 제15호의 경우로서 범죄행위 또는 불법행위가 소명된 경우에는 영구적으로 “서비스” 이용을 제한할 수 있습니다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1) 이용신청 또는 변경 시 허위 사실을 기재하는 행위 2) 자신의 계정 접속권한을 부여하는 등의 방식으로 “기사 회원” 본인이 아닌 제3자가 “서비스”를 이용하도록 하는 행위 3) “콜” 수행 권리를 양도하거나 양수하는 행위 4) “서비스”와 관련하여 가입된 단체보험 약관을 고의로 위반하는 행위 및 영업용 차량, 특수 차량 등 보험적용이 불가능한 차량을 운행하는 행위 5) 음주한 상태의 “대리운전 이용자”를 위한 대리운전 중 대리운전 서비스(주차 포함)를 완전히 종료하지 않고 임의로 떠나는 등 “대리운전 이용자”의 음주운전을 방조하는 행위. 6) “콜”을 수행하면서 “대리운전 이용자”에게 운행요금 이외에 부당한 추가 금전을 요구하거나 수취하는 행위 7) “대리운전 이용자”에게 “콜” 취소를 종용하는 행위 8) “기사 회원”의 선택에 따라 “콜”(“예약콜” 포함)이 배정 완료되었음에도 정당한 사유 없이 노쇼 등 “콜”을 수행하지 않는 행위 9) “카카오모빌리티”가 제공 또는 승인하지 아니한 컴퓨터 프로그램이나 기기 또는 장치를 제작, 배포, 이용, 게시, 광고하는 행위 10) “서비스”를 제공하는 프로그램이나 시스템에 대하여 “카카오모빌리티”가 허용하지 않는 방식으로 접근하는 행위 및 “콜” 자동 확인·수락 등의 기능을 통해 “기사 회원”이 “콜”을 확인·수락 하는데 직·간접적인 영향을 주는 모든 프로그램으로서 “카카오모빌리티”가 사전에 그 사용을 승인하지 아니한 프로그램을 이용하여 “서비스”를 이용하거나 시스템에 접근하는 행위 11) “서비스”를 제공하는 프로그램이나 시스템에 허위의 정보 또는 부정한 명령을 입력하는 행위 12) “카카오모빌리티” 또는 “카카오모빌리티”의 협력사나 고객센터를 사칭하는 행위 13) “대리운전 이용자”에게 사적으로 연락하는 등 대리운전 서비스 제공 외 다른 목적으로 “대리운전 이용자”의 개인정보를 사용하는 행위 14) 불법 또는 부당한 방법으로 “대리운전 이용자”, “카카오모빌리티” 또는 제3자에게 피해를 주는 행위 15) 범죄 행위 또는 불법 행위 <p>“콜” 배정 완료시 “기사 회원”과 “대리운전 이용자”는 대리운전 서비스 제공 계약을 체결한 것이므로, “기사 회원”은 부득이한 사유가 발생한 경우를 제외하고 “대리운전 이용자”와의 운행 약속을 지켜야 합니다. “기사 회원”이 “콜” 배정 완료 후 임의로 운행을 취소할 경우 아래의 기준에 따라 “서비스” 이용이 제한될 수 있습니다.</p>
--

노동조합법상의 사용자성 판단과 근로기준법상의 근로자성 판단, 그리고 민법상 사용자책임의 실질적 사용관계의 판단은 결론이 같지 않다. 각 법률의 취지에 맞추어 서로 다른 결론이 나올 수 있다. 그러나 상호 영향을 미칠 수 있다. 따라서 중앙노동위원회 및 지방노동위원회의 판단들은 민법 제756조의 판단에도 영향을 미칠 수 있다. 우선, 광주지방법원은 K 플랫폼이 대리 기사를 선별적으로 고용하지 않으며, 서비스의 내용을 보면 단순히 고객의 콜을 대리 기사에게 전송할 뿐 대리운전을 강요하거나 지시할 수 없고, 근로상태를 확인하거나 평가하지도 않으며, 전속성도 없기에 실질적 지휘·감독 관계가 없다고 보았다. 그러나 민법 제756조는 근로관계를 전제하지 않고 묵시적 선임도 가능하며, K 플랫폼의 서비스를 살펴보면 콜 배정의 취소에 불이익을 주고, 단독배정권 등을 통해 배차수락을 강요하며, 업무수행의 방법을 구체적으로 제시하고 위반시 불이익을 주고 있다는 점, 더 나아가, K 플랫폼은 단순히 고객과 대리 기사를 중개하는 역할에 머물지 않고, 적극적으로 대리운전 서비스 시장의 공급을 창출하고 대리 기사 역시 주로 K 플랫폼을 통해 시장에 접근하며, 대리운전 요금이나 서비스의 방법과 같은 계약의 본질적 부분들을 규율하고 통제한다는 점에서²¹⁾ 실질적 사용관계가 인정될 수 있다.

물론, 실질적 사용관계가 인정되더라도 대리 기사 丙의 행위가 피고 乙의 사무집행에 관한 행위에 포함되지 않거나, 또는 사무집행에 관한 행위에 포함되지 않는다는 사실을 고객이 알았거나 중대한 과실로 알지 못한 경우라면 사용자책임이 부정될 수 있다.²²⁾ 사무집행관련성은 외형상 객관적으로 사용자의 사업활동과 관련된 것으로 보이는지를 기준으로 하고, 피용자의 주관적 사정을 고려하지 않는다.²³⁾ K 플랫폼은 대리 기사가 자신의 독자적 사업을 할 뿐이라고 주장하나, 대리 기사의 사업활동이 피고 乙의 사업활동을 위한 것이기도 하다는 점이나, K 플랫폼이 요금을 수취하고 대리 기사에게는 포인트를 지급한 뒤 익일 출금하도록 하는 점을 고려하면 사무집행관련성은 인정될 수 있다. 물론, 고객이 대리 기사 丙의 행위가 피고 乙의 사무집행에 관한 행위에 포함되지 않는다는 사실을 알았거나 중과실로 알지 못하였다면 사용자책임이 부정될 수 있으나, 음주상태에서 대리운전을 한 이 사건은 이러한 예외가 적용되기 어렵다. 따라서 원고 甲의 피고 乙에 대한 사용자책임에 근거한 손해배상청구는 인용될 수 있다.

3. 중개인 이행책임의 문제

상법 제99조에 의한 중개인의 이행책임은 계약상 채무이행에 관한 것이다. 따라서 불법행위에 관한 이 사건과는 관련이 없어 보인다. 그러나 중개인이 이행책임을 지는 경우, 채무이행과정 중 이행보조자의 고의나 과실을 채무자의 그것으로 볼 수 있고(민법 제391조), 이행보조자는 고용관계가 필요한 것도 아니며 채무자의 지휘·감독을 받아야 하는 것도 아니므로,²⁴⁾ 중개인

20) 이 내용에 대하여 자세한 것은 김지환, '카카오 T 대리'가 대리 기사의 사용자인 이유...지노위 결정문 살펴보니, 경향신문, 2020. 11. 24. <https://m.khan.co.kr/national/labor/article/202011241739001> (2021. 8. 13. 방문).

21) 이와 관련하여 이병준·황원재, “승차공용(Ridesharing) 중개서비스와 결합된 운송서비스 제공자로서의 Uber”, 소비자문제연구 제50권 제1호, 2019, 100면 참고.

22) 대법원 1998.3.27. 선고 97다19687 판결.

23) 대법원 2000.2.11. 선고 99다47297 판결.

의 불완전이행을 전제로 손해배상을 청구하는 것이 가능할 수 있다.

그러나 이 사건에서 피고 乙은 고객 A에게 공동피고 丙의 성명과 전화번호 등을 丙이 콜을 수락하는 즉시 표시하였으므로, 계약이 체결된 후 지체 없이 각 당사자의 성명 등을 표시하도록 한 상법 제99조를 위반한 것으로 보기 어렵다.²⁵⁾ 즉, 상법 제99조는 계약체결시에 당사자의 성명이나 상호를 타방 상대방에게 표시할 것을 요구하는 규정이 아니며, 계약이 체결된 후 지체 없이 표시할 것을 요구하는 규정이다. 따라서 중개인의 이행책임에 관한 상법 제99조는 이 사건에서 더 이상 검토할 필요가 없다.

4. 통신판매의 판단과 통신판매중개자 책임의 문제

(1) 통신판매와 통신판매중개자의 책임

우선, 전상법의 법문을 중심으로 살펴보면, ‘통신판매’란 “우편·전기통신, 그 밖에 총리령으로 정하는 방법으로 재화 또는 용역(...)의 판매에 관한 정보를 제공하고 소비자의 청약을 받아 재화 또는 용역(...)을 판매하는 것”을 의미한다. 여기서 총리령으로 정하는 방법은 광고물이나 신문을 이용하거나 우편을 이용하는 등 비대면의 수단을 의미한다(동법 시행규칙 제2조). 정리하면 ‘통신판매’란 비대면의 수단으로 재화등의 판매정보를 제공하고 소비자의 청약을 받아 계약을 체결하는 것을 말한다. 따라서 ‘통신판매’의 핵심요소는 ① 재화등에 대한 비대면의 정보제공, ② 재화등에 대한 비대면의 계약체결이라 할 수 있다. 소비자가 청약할 것을 통신판매의 개념에서 정하고 있으나, 이는 전형적인 통신판매의 거래상황을 반영한 것일 뿐, 현재 통신판매에서 행해지는 다양한 청약과 승낙의 방법 및 과정, 그리고 비대면 전자상거래를 규율하고 소비자를 보호하려는 전상법의 취지를 고려하여 ‘통신판매’ 판단의 핵심요소로 삼기는 어렵다.

다음으로 통신판매중개자의 정의와 책임을 살펴보면, ‘통신판매중개자’란 “통신판매를 중개하는 자”를 의미하고,²⁶⁾ 통신판매중개자는 무엇보다 자신이 통신판매의 당사자가 아니라는 사실을 소비자에게 미리 고지할 의무를 부담한다(전상법 제20조 제1항). 통신판매중개자가 이러한 고지의무를 위반하면, 통신판매중개자는 통신판매중개의뢰자의 고의, 과실로 발생한 소비자의 재산상 손해를 그 중개의뢰자와 연대하여 배상할 책임을 부담한다(전상법 제20조의2 제1항).²⁷⁾ 이 사건에서도 원고는 피고 乙이 통신판매중개자라는 점을 전제로, 전상법 제20조 제1항

24) 대법원 2011. 5. 26. 선고 2011다1330 판결.

25) 상법 제99조와 관련하여 표시의 시점을 설시한 판결로, 대법원 1972. 8. 22. 선고, 72다1071 판결 참고: “상법 제96조와 제99조에 의하면 타인간의 상행위의 중개를 영업으로 하는 중개인은 그의 중개에 의하여 성립된 당사자간의 계약이 즉시 이행될 성질의 것이 아닌 이상 각 당사자의 성명 또는 상호, 계약년월일과 그 계약의 요령을 기재한 서면을 작성하여 각 당사자로 하여금 이에 기명날인케 한후 그 서면을 각 상대방에게 교부하여야 하며 중개인이 임의 또는 당사자 일방의 요구에 따라 상대방에게 그의 성명 또는 상호를 표시하지 않았을 경우에는 그 중개인 자신이 상대방에 대하여 그 계약에 대한 이행책임을 지어야 한다는 것”.

26) 이에 관하여 참고할 문헌으로 서희석, “통신판매중개자의 법적 지위와 책임”, 소비자법연구 제7권 제1호, 2021, 100면 이하.

27) 이와 관련하여 자세한 것은 고희석, “통신판매중개자의 책임”, 법학논고 제32호, 2010, 130면 이하; 최나진, “개정 전자상거래소비자보호법상의 통신판매중개자의 지위와 책임”, 외법논집 제40권 제3호, 2016, 118면 이하; 오병철, “전자상거래법상의 거래 플랫폼 규제와 개선방안”, 외법논집 제41권 제4

의 고지의무를 위반하였으니 연대배상책임을 부담해야 한다고 주장하였다. 그러나 법원은 재화에 대한 비대면 정보제공이 없고, 비대면으로 판매의 완료가 이루어지지 않는다는 점을 이유로 통신판매가 존재하지 않는다고 보아, 피고 乙은 통신판매중개자가 아니며 연대배상책임도 부담하지 않는다고 보았다.

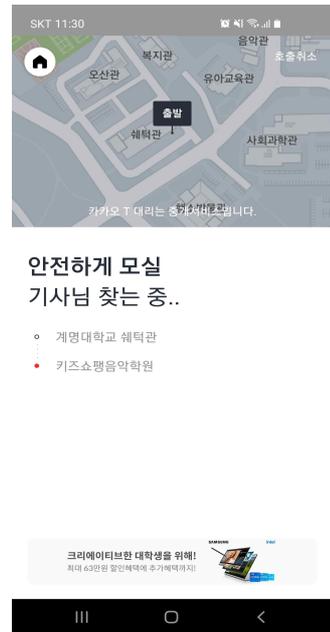
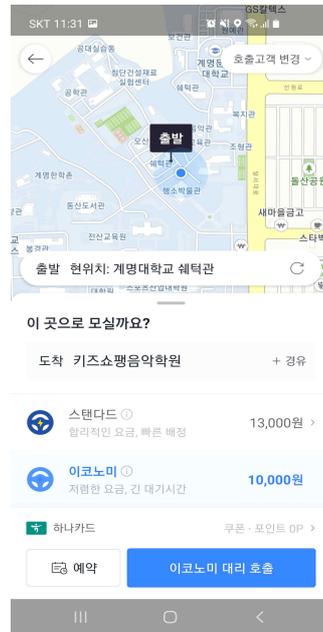
비대면으로 판매가 완료되지 않아, 최종 계약이 대면으로 체결되는 판매계약을 통신판매로 보지 않는 법원의 입장은 이미 수원지법 1998.10.1. 선고 97노2325 판결에서도 발견된다. 이 판결은 생활정보지 광고를 보고 문의를 한 고객에게 상품을 들고 방문하여 판매한 것이 구 방문판매등에 관한 법률 제2조 제6호의 ‘통신판매’에 해당하는지가 문제 된 사건이었으며, 법원은 구두 상담 후 대면으로 계약이 체결되었기에 통신판매에 해당하지 않는다고 보았다.

(2) K 플랫폼의 이용과정

결국, 이 사건의 핵심은, 고객 A와 대리기사 丙 간에 통신판매가 존재하느냐 이다. 이러한 질문에 대한 판단은 고객과 대리기사 양자의 관점에서 객관적 제3자가 K 플랫폼의 이용과정을 살펴본 뒤에 내려야 한다.

이미 앞에서 대리기사의 관점에서 K 플랫폼이 어떻게 작동하는지 설명하였으므로, 이하에서는 간단하게 고객의 관점에서 K 플랫폼을 어떻게 이용하게 되는지를 설명한다. 고객이 애플리케이션을 작동시키고 나면, 출발지는 자동으로 정해지고, ① 고객은 도착지를 입력하도록 요청 받는다. 고객이 도착지를 입력하면 ② 요금제를 선택할 수 있는데, 실시간 데이터를 고려하여 빠르게 대리기사를 배정하는 스탠다드 대리요금, 저렴한 요금으로 대리기사를 찾는 이코노미 대리요금, 법인 고객이라면 고급 대리운전 서비스가 제공되는 프리미엄 대리요금을 선택할 수 있다. 특히, 스탠다드 대리요금은 보다 세부적으로 스탠다드 요금과, 미터기 요금, 요금 직접 입력 방식을 선택할 수 있도록 되어 있다. 이때 호출고객이 많으면 K 플랫폼은 인상된 추천요금으로 호출할 것인지를 묻게 된다. 마지막으로 ③ 대리 호출 버튼을 누르면 “K***는 중개서비스입니다.”라는 표시와 함께 인근에 있는 대리기사를 찾는 과정이 진행된다. 이때 ④ 대리기사가 고객의 콜을 잡으면, 해당 대리기사의 사진과 함께 이름, 그리고 보험회사에 대한 정보가 표시되며, 현재 대리기사의 위치 및 출발지까지 이동에 소요되는 시간이 표시되고, 대리기사와 연락이 가능해진다. 물론, 고객이 원치 않는 경우 호출을 취소할 수 있다. 정해진 장소에 대리기사가 도착하면 대리운전이 시작된다. ⑤ 목적지에 도착하면, 정해진 요금 및 요금지급 방법을 통해 결제가 되고, 대리기사에 대한 평가를 할 수 있다.

호, 2017, 155면 이하; 서희석, “통신판매중개자의 법적 지위와 책임”, 소비자법연구 제7권 제1호, 2021, 105면 이하.



(3) 고객 A와 대리기사 丙 사이에 통신판매가 성립되는지 여부

가. 비대면의 정보제공

이러한 전제 과정과 함께 앞서 설명한 전상법상 통신판매의 핵심요소를 고려하여 통신판매의 성립여부를 살펴보면, 우선 대리기사 丙은 고객에게 재화등에 대하여 비대면의 정보제공을 하지 않는다. 대리기사로부터 고객이 얻게 되는 것은 대리운전 용역이라고 할 수 있고, 용역과 같은 노무제공은 그 행위주체가 급부의 내용에서 중요한 의미를 갖기에(민법 제657조 제2항 참고), 노무제공을 누가 하는지는 필수 정보로 제공되어야 하나, K 플랫폼은 콜이 배치되기 전까지 이를 표시하지 않고 있다. 물론, 고객의 입장에서 K 플랫폼을 통해 일정한 자격을 갖춘 대리기사가 제공하는 대리운전 노무를 공급받겠다는 점을 충분히 예상할 수 있다. 그러나 고객 A는 K 플랫폼 사업자인 乙과 계약을 체결하는 것이 아니라, 대리기사 丙과 계약을 체결하고 있고, 고객 A와 대리기사 丙 간의 통신판매 계약의 성립이 문제 되므로, 대리기사 丙이 재화등의 판매에 관한 정보를 제공하였는지를 살펴야 한다. 즉, K 플랫폼을 통해 일정한 자격을 갖춘 대리운전 노무가 제공된다는 정보는 여기서 중요하지 않을 수 있다.

그러나 이하에서 살펴볼 바와 같이, 비대면의 정보제공이라는 요건은 통신판매의 두 번째 핵심 요건인 비대면의 계약체결을 위한 전단계로서 의미를 갖기에,²⁸⁾ 넓게 인정할 필요가 있다.²⁹⁾ 즉, 계약체결을 위한 정보제공 등 계약교섭이 비대면으로 이루어져야 한다는 점을 규정한 것이므로, 대리기사 丙을 대신하여 K 플랫폼이 일정한 자격을 갖춘 대리기사가 대리운전

28) 고희석, “전자상거래소비자보호법상 전자상거래와 통신판매와의 관계에 관한 연구”, 인터넷법률 통권 제47호, 2009, 22면.

29) 이와 관련하여 전자상거래 등에서의 소비자보호 지침 II. 일반사항, 2. 통신판매 개념정의 부분에서는 다음과 같은 사례를 들고 있다. 재화등의 배송 용역은 판매하는 구체적인 재화등의 종류나 수량에 따라 차이가 있을 수 있으나 (대략적인 기준을 정하여) 배송용역에 관한 정보를 제공하고 청약의 받아 판매하는 경우를 통신판매로 보고 있다.

노무를 제공한다는 점을 표시하거나 고객이 이를 예상할 수 있다면, 비대면의 계약체결에 필요한 비대면의 정보제공은 이루어진 것으로 보아야 한다.

한편, K 플랫폼은 고객이 콜을 먼저 올리므로, 반대로 고객이 재화등을 판매하는 것은 아닌지 생각해 볼 수 있다. 만약, 고객이 재화등에 대한 비대면의 정보제공을 하는 것이라고 보게 된다면, 판매되는 재화등은 더 이상 대리운전용역이 되지 않고 오히려 ‘일자리’ 그 자체가 되는데, 일자리는 재물이나 권리를 의미하는 재화의 개념에 포함되기 어렵고(부가가치세법 제2조 제1호 참고), 또한 용역 및 용역에 관한 권리에도 포함될 수 없기에 전상법의 거래대상이라 할 수 없다. 물론, 구인·구직 중개 플랫폼들이 운영되고 있고 통신판매사업자로 신고를 하고 있으나, 이 사이트들은 구인·구직 리스팅(데이터)을 상품으로 보고 이를 판매하는 사업을 하고 있어,³⁰⁾ 즉 채용담당자와 구직자를 알선하기는 하지만 유료 열람권 구입자에게만 채용담당자나 구직자의 성명 및 연락처 등 핵심정보를 공개하는 방식으로 운영하고 있어, 플랫폼이 구인·구직에 필수적인 데이터를 직접 채용담당자와 구직자에게 판매하는 사업일 뿐, 이 사건과 같은 통신판매중개업으로 볼 수는 없다. 따라서 ‘일자리’ 그 자체에 대한 통신판매로 이 사건을 구성하는 것은 불가능하다.

나. 비대면의 계약체결

한편, 통신판매의 개념에서 ‘재화등에 대한 비대면의 정보제공’이라는 요건을 빼고 문제를 바라보는 방법도 생각해 볼 수 있다. 유럽연합의 소비자권리지침(RL 2011/83/EU)은 통신판매(Fernabsatzvertrag)를 “사업자와 소비자가 동시에 대면하지 않고, 통신판매를 위해 조직된 판매시스템 또는 서비스시스템에서 체결한 모든 형태의 계약으로, 계약체결의 시점까지 하나 혹은 다수의 통신수단이 전적으로 사용된 경우”로 정의하고 있기 때문이다.³¹⁾ 즉, 유럽연합의 소비자권리지침 상의 통신판매는 통신수단이 전적으로 사용된 비대면의 계약을 의미하며, 통신판매의 개념 자체에서 별도로 비대면의 정보제공이 존재할 것을 요구하지 않기 때문이다. 이러한 유럽연합의 개념 설정이 우리나라의 현행 전상법을 해석하는 데 활용될 수 있는가라는 의문을 별론으로 하고, 만약 차용이 가능하다면 이 사건에서 대리기사 丙이 자신의 용역에 대한 정보를 비대면으로 제공하지 않았기에 고객 A와 대리기사 丙 간에 통신판매가 성립하지 않는다는 문제를 직접적으로 피할 수 있다. 고객 A와 공동피고 丙 간에는 전적으로 통신수단을 이용한 비대면의 계약이 체결된 것으로 볼 수 있기 때문이다.

(4) 사업자 F는 자신의 사이버몰에 해외 사이버몰에서 판매하는 재화등의 배송 용역에 관한 정보를 제공하고 소비자의 청약을 받아 소비자가 해외 사이버몰에서 구매한 재화등의 배송 용역을 제공하였다.
⇒ 사업자 F는 비대면으로 해외 사이버몰의 재화등의 배송 용역에 관한 정보를 제공하고 청약을 받아 해당 용역을 판매하고 있으므로 통신판매에 해당한다.

30) 예컨대, 구인·구직 중개 플랫폼 ‘따손’을 들 수 있다. 자세한 것은 <https://www.ddason.com/index?s1=basic&s2=terms&id=2> 참고 (2021. 8. 13. 방문).

31) 통신수단이 전적으로 사용되어야 한다는 의미와 관련하여, 입법지침 입법이유 20번은 다음과 같은 예시를 들어 설명하고 있다. 소비자가 단순히 상품정보를 얻기 위하여 영업장을 방문하였다면, 그리고 통신수단을 통해 계약을 체결하였다면 통신판매가 될 수 있으나, 소비자가 방문한 영업장에서 상품의 판매에 관한 교섭이 시작되었지만 최종적으로 통신수단을 통해 계약이 체결되었다거나 통신수단을 통해 상품판매에 관한 교섭이 시작되었지만 최종적으로 영업장을 방문하여 계약에 체결되었다면 통신판매가 될 수 없다.

그러나 이러한 주장은 다음과 같은 문제가 있다. 우리 전상법이나 유럽연합의 소비자권리지침이나 모두 계약의 성립을 전제로 하고, 계약이 성립하기 위해서는 계약의 필수요소(essentialia negotii)가 필요하다. 즉, 임의규정이나 법관의 보충적 계약해석을 통해서도 계약의 본질적 요소들이 확인되지 않거나 확정될 수 없다면 계약은 성립할 수 없고, 계약이 성립할 수 없다면 통신판매가 당연히 될 수 없다. 따라서 '재화등에 대한 비대면의 정보제공'을 통신판매의 핵심 개념요소로 삼지 않더라도, 최소한 계약의 성립이라는 측면에서 급부의 내용과 같은 계약의 필수요소는 필요한데, 특히 (소비자 혹은 판매자 측) 청약의 의사표시에 계약의 필수요소를 갖추기 위해서라도 다시금 급부내용에 대한 비대면의 정보제공이 필요하거나, 최소한 급부의 내용을 예상하고 확정할 수 있는 가능성이 제공되어야 한다. 즉, '비대면의 정보제공'을 통신판매의 개념요소로 삼지 않더라도, '비대면의 계약체결'이라는 측면에서 검토될 수밖에 없다.

결국, 비대면의 정보제공을 넓게 인정하고, 비대면의 계약체결이 있는지를 계약의 필수요소라는 측면에서 면밀히 검토하는 방법이 타당해 보인다. 이러한 관점에서 이 사건을 살펴보면, 대리기사가 고객의 콜을 받기 전까지는 고객이 계약의 당사자를 알 수 없고, 따라서 노무급부의 구체적 내용을 확정할 수 없는 상태이며, 오직 대리운행의 시작점과 도착점, 그리고 반대급부인 대리요금이 확정되어 있거나 확정가능성(미터요금의 경우)을 갖고 있는 상태일 뿐이다. 따라서 비대면의 정보제공이 있었음에도 해당 정보는 자격을 갖춘 대리기사가 대리운전을 하게 된다는 정도의 정보일 뿐이므로, 대리기사가 고객의 콜을 받아 계약이 체결되는 것처럼 보더라도 고객의 콜에는 구체적인 계약당사자와 급부내용이 확정되어 있지 않아, 계약체결을 위한 모든 본질적 요소를 담고 있거나 해석을 통해 확정할 수 있어야 하는 청약이 되지 못한다. 즉, 대리기사가 고객의 콜을 받더라도 승낙으로 볼 수 없고, 계약이 체결된 것으로 볼 수 없다. 따라서 이 사건에서 고객 A와 공동피고 丙 간에는 통신판매가 성립하기 어렵다.

그러나 이 문제를 다른 관점에서 접근해 볼 수도 있다. 즉, 커피 자판기에 동전을 투입하고 상품을 선택하는 것을 청약으로 보는 것과 같이,³²⁾ 대리기사의 콜 수락을 청약으로 해석해 볼 수 있다. 또한, 커피 자판기를 설치하는 것을 청약으로 보는 것과 같이,³³⁾ 고객이 콜을 올리는 것을 이를 수락하는 모든 대리기사에 대한 청약으로 해석해 볼 수도 있다(offerte ad incertas personas). 우선, 전자의 경우, 대리기사의 콜 수락을 청약으로 보면 계약이 성립하기 위해서는 고객의 승낙이 필요한데, 커피 자판기의 경우라면 투입된 동전을 수취하고 상품을 내어주는 것을 승낙으로 해석할 수 있으나, 이 사건의 경우 고객의 어떠한 행동을 승낙으로 보아야 할 것인지 분명치 않다. 고객이 호출을 취소하지 않는 행위를 승낙으로 본다면 계약이 성립할 수 있으나, 이렇게 보지 않는다면 계약이 성립할 수 없다. 사적자치를 강조하는 우리 민법은 침묵에 의사표시로서의 효과를 부여하지 않는 것이 일반적이거나, 자신의 청약의 유인에 응하여 청약을 한 대리기사의 의사표시에 '호출취소'라는 가능성이 있음에도 침묵을 유지하는 것은 승낙의 의사표시로 볼 수 있다.³⁴⁾ 또한, 후자의 경우라면, 즉 ('일자리' 자체는 재화등에 포함되지 않으므로, 이러한 이론구성이 불가능함에도) 고객의 콜을 주변 모든 대리

32) 이러한 의견으로 Köhler, § 8, Rn. 10; Medicus, Rn. 362; Bamberger/Roth/Eckert, § 145, Rn. 41.

33) 이러한 의견으로 Brox/Walker, Rn. 167; Rüthers/Stadler, § 19, Rn. 3; Müko-BGB/Busche, § 145, Rn. 12; Palandt/Ellenberger, § 145, Rn. 7.

34) 같은 관점으로는 윤형렬, "침묵에 의한 의사표시", 비교사법 제11권 제4호, 2004, 140면 이하.

기사에 대한 청약으로 보면, 주변에 있는 모든 대리기사 중에서 콜을 수락하는 대리 기사를 계약의 당사자로 삼겠다는 의사 및 그 대리기사의 노무제공을 급부의 내용으로 삼겠다는 의사가 (커피 자판기와 같이 이미 특정된 급부가 제한적으로 존재하는 경우는 아니지만, 대리기사에게 최소한 운전면허가 있음은 분명하므로) 청약에 담긴 것으로 볼 수 있기에 계약의 필수요소가 특정된 것은 아니지만 예측할 수 있고, 최소기준을 전제로 확정될 수 있어, 계약이 성립한 것으로 볼 수 있게 된다.

다. 법적 구속의사

그러나 이러한 해석이 설령 가능하더라도(특히, 대리기사의 콜 수락을 청약으로 보는 경우), 고객 A와 대리기사 丙 간의 통신판매를 인정하기는 어렵다. 계약에는 법적 구속의사(Rechtsbindungswillen)가 필요하므로,³⁵⁾ 이 사건에서 고객 A와 대리기사 丙 사이에 법적 구속을 받으려는 의사가 있었는지를 살피게 되는데, 고객 A와 대리기사 丙 사이에는 법적 구속의사가 발견되지 않기 때문이다. 법적 구속의사가 있었는지의 판단은 객관적 의사표시 수령자의 입장에서 하며, 법적 구속의사가 인정되기 위해서는 의사표시의 수령자 입장에서 경제적으로 중요한 이익이 문제되고, 그렇기에 의사표시의 수령자가 약속의 이행을 신뢰하는 것이 분명한 경우이면서 급부를 하는 자에게도 급부의 이행에 법률적, 경제적 이익이 있는 것이 분명한 경우라야 한다. 그러나 이러한 기준이 완전한 것은 아닌데, 법적 구속의사는 법적으로 중요한 것을 표시한다는 표시의사(Erklärungsbewusstsein)의 일부이며, 주관적이고 내적 의사이므로 이를 객관적 의사표시 수령자의 입장에서 표면적으로 판단하는 것이 어려울 수밖에 없기 때문이다. 따라서 법적 구속의사의 판단은 다양한 간접증거들을 통한 추론일 수밖에 없고,³⁶⁾ 행위의 종류, 이유, 목적, 경제적 또는 법률적 의미 등을 종합하여 판단하게 된다.

이 사건의 경우, 고객 A와 대리기사 丙 양자 모두의 입장에서 객관적으로 의사를 해석해 보면, 고객 A는 물론 대리기사 丙 모두 법적 구속의사를 인정하기 어렵다. 물론, 대리기사 애플리케이션의 이용약관에는 대리기사가 고객의 콜을 수락하면 서비스 이용계약이 체결된 것이라고 명시하고 있지만,³⁷⁾ 고객이 K 플랫폼을 통해 콜을 보낸 경우라도 어떠한 사유 없이 호출을 취소할 수 있으며, 대리기사 역시 고객의 콜을 받은 이후 어떠한 사유 없이 배정을 취소할 수 있다. 또한, 호출을 취소하거나 배정을 취소하는 경우 소정의 수수료나 배차지연과 같은 불이익이 발생할 수 있으나, 이는 합리적 이유 없는 고객의 호출 취소를 제한하여 서비스의 효율을 높이려는 취지이며, 대리기사에게는 배차거부를 못하도록 막고 업무를 지휘·감독하려는 취지일 뿐이다. 오히려, 계약의 관점에서는 취소가능성이 거래의 전체 단계에 존재함이 강조되어야 하며, 따라서 거래의 당사자 모두 급부와 급부 수령에 대한 경제적 이익을 분명히 갖고 있음에도 그 이행을 온전히 신뢰하며 그 이행에 법적 의미를 부여하였다고 보기는 어렵

35) 이와 관련하여 안병하, “의사표시의 구성요소를 바라보는 새로운 관점”, 민사법학 제88호, 2019, 33면 이하 참고.

36) Medicus, Bürgerliches Recht, Rn. 366.

37) 구체적으로 대리기사 애플리케이션의 이용약관을 보면 다음과 같은 규정이 있다:

“콜” 배정 완료시 “기사 회원”과 “대리운전 이용자”는 대리운전 서비스 제공 계약을 체결한 것이므로, “기사 회원”은 부득이한 사유가 발생한 경우를 제외하고 “대리운전 이용자”와의 운행 약속을 지켜야 합니다. “기사 회원”이 “콜” 배정 완료 후 임의로 운행을 취소할 경우 아래의 기준에 따라 “서비스” 이용이 제한될 수 있습니다.

다. 즉, 법적 구속의사가 있다고 보기 어렵다. 실제로도 대부분의 고객들은 필요한 경우 콜을 취소하겠다는 생각으로 K 플랫폼을 이용하고 있다. 예컨대, 콜을 수락한 대리기사가 현장에 나타났는데 행동이나 태도가, 그리고 기타 조건이 예상했던 것과 다르다면, 대리운전이 가능하더라도 자신의 차량을 맡기기보다 콜을 취소하게 된다. 노무급부는 행위주체가 급부내용의 결정에 중요한 역할을 하기 때문이다. 대리기사들 역시 고객의 콜이 특별한 이유 없이 취소될 수 있다는 점을 충분히 이해하고 있으며, 심지어 도착지에서 술에 취한 고객을 찾지 못하는 사태가 발생할 수 있다는 점을 충분히 알면서 고객의 콜을 수락할 뿐, 별도의 법적 조치를 고민하지 않는다.

이와 관련하여, 독일의 한 하급심 판결을 참고해볼 만하다. 한 인터넷 판매 사이트에서 사이트 오픈에 앞서 할인 행사를 하면서 3만9천 유로짜리 Whirlpool 세탁기의 구매예약을 받았는데, ‘구속적 예약’을 선택하면 10%의 할인율을, ‘비구속적 예약’을 하면 5%의 할인율을 적용해 주었다. 이 사건에서, 독일 하급심 법원은 단순한 예약(einfache Reservierung)이라면 법적 구속의사가 드러나지 않아야 한다고 강조하며 ‘구속적 예약’을 선택하면 법적 구속의사가 드러나기에 비대면의 계약이 체결된 것으로 보아야 하고, 당연히 그에 따른 통신판매자의 의무도 이행되어야 한다고 보았다.³⁸⁾ 즉, ‘비구속적 예약’을 선택한 경우라면 계약 자체가 성립하지 않은 것으로 보게 된다.

라. 소결 및 남은 문제

정리하면, 고객 A와 대리기사 丙 간에는 비대면의 계약관계, 즉 K 플랫폼을 통한 계약관계는 존재하지 않는다.³⁹⁾ 단지, 계약을 체결하려는 당사자가 서로 만날 수 있는 기회만이 제공될 뿐이다.⁴⁰⁾ 재화등에 대한 ‘비대면의 정보제공’은 존재하지만, 계약의 필수요소가 없거나 확정될 수 없기 때문이다. 또한, 확정될 수 있는 경우라도 법적 구속의사를 인정할 수 없기 때문이다. 따라서 통신판매가 성립하지 않고, 피고 乙은 전상법 제20조의2 제1항의 책임을 부담하지 않는다. 이러한 결론은 고객 A와 대리기사 丙 간에 예약(Vorvertrag)이 성립한 것으로 보아도 동일하다. 예약 역시 계약이며, 이 경우 본계약이 확정되어 있거나 확정가능성이 있어야 하기 때문이며,⁴¹⁾ 법적 구속의사 역시 요구되기 때문이다. 또한, 고객 A와 대리기사 丙간의 거래를 가계약(Reservierungsvereinbarung)으로 생각해 볼 수도 있겠으나, 그 약속의 이행을 법적으로 강제하기 어려우므로 가계약으로 보기도 어렵다.⁴²⁾

그런데 이러한 결론이 맞는다면, 노무를 제공하는 형태의 다른 플랫폼 계약 역시 통신판매가 되지 않을 위험이 있다. 예컨대, ‘카카오택시’ 서비스나 ‘Uber’ 서비스 역시 통신판매중개가 되지 못할 수 있다. 카카오택시나 Uber 서비스 역시 K 플랫폼의 대리운전 서비스와 동일한 과정으로, 즉 고객의 콜과 기사의 수락을 통해 거래되기 때문이다. 그러나 카카오택시나 Uber 서비스는 K 플랫폼의 대리운전 서비스와 달리 통신판매로 보는 것이 일반적이다. 따라서 이러

38) OLG Frankfurt, Urteil v. 28.01.2021, Az 6 U 181/19.

39) 물론, 현장에서 고객 A와 대리기사 丙 간에 대면계약이 체결되는 것은 가능하다.

40) 이병준, “온라인 플랫폼을 통한 개인간 거래와 소비자보호”, 소비자법연구 제7호, 2021, 100면.

41) 대법원 1993. 5. 27. 선고 93다4908, 4915, 4922 판결.

42) 이와 관련하여 황태윤, “가계약의 계약과 내용에 관한 고찰”, 동북아법연구 제8권 제3호, 2015, 307면 이하.

한 차이를 설명할 필요가 있다.

이와 관련하여 거래되는 재화등의 정형성과 예측가능성을 기준으로 삼을 수 있다. 부동산 매물을 광고하고 매물을 올린 부동산 중개인을 중개하는 '직방'과 같은 플랫폼은 통신판매중개로 보지 않는다. 실제 거래가 대면으로 이루어지기 때문이다. 부동산 거래가 대면으로 이루어질 수밖에 없는 까닭은 거래의 대상인 부동산이 정형화되어 있지 않고, 부동산의 권리관계, 거래규제 또는 이용제한, 구조, 도배상태와 같은 시설물 상태, 입지, 일조나 소음과 같은 주변 환경, 대중교통 연계성이나 인근 학교와의 거리, 조세부담 등에 따라 계약을 체결할지의 여부와 그 가격이 크게 달라지기 때문이다. 즉, 실제로 거래의 대상을 확인하지 않으면 계약을 체결하기 어렵기 때문이다. 같은 이유로, K 플랫폼의 대리운전은 거래의 대상이 정형화되어 있지 않고, 대리기사의 태도나 능력, 고객의 콜에 표시할 수 없는 자신의 차량의 특수성(예컨대, 자동인지, 수동인지 등)이나 해당 차량에 대한 대리기사의 운전 가능성, 특히 자신의 차량을 맡길 수 있느냐를 결정하는 전문성에 대한 신뢰가 대리기사를 대면하기 전에는 존재하지 않고 예측하기도 어렵다. 즉, 실제로 대리기사를 만나기 전에는 계약을 체결하기 어렵다. 이러한 특성이 최소한 자신의 차량으로 정형화된 운송서비스를 제공하는 카카오택시나 Uber 서비스에 존재하지 않는다. 따라서 카카오택시나 Uber 서비스의 경우에는 K 플랫폼의 경우와 달리 계약의 필수요소인 급부를 확정할 수 있고 법적 구속의사도 인정할 수 있다.

IV. 결론

이상의 내용을 정리하면 다음과 같다.

- (1) K 플랫폼 운영사업자인 피고 乙은 대리기사 丙의 사용자로서 사용자책임을 부담할 수 있다.
- (2) K 플랫폼 운영사업자인 피고 乙은 상법 제99조에 의한 중개인의 이행책임을 부담하지 않는다.
- (3) 고객 A와 대리기사 丙 사이에는 통신판매가 성립하지 않으므로, 통신판매를 전제로 인정되는 전상법 제20조의2 제1항의 연대배상책임을 K 플랫폼 운영사업자인 피고 乙에게 인정할 수 없다.

【제3 발표】

사회 : 김현수 교수(부산대학교)

발표 : 제3자 약관과 약관규제법

- 서울고판 2020. 9. 5. 2019누38108 중심으로 -

고형석 교수(선문대학교)

토론 : 박신욱 교수(경상대학교)

제3자 약관과 약관규제법

- 서울고법 2020. 5. 20. 선고 2019누38108 판결을 중심으로 -

고형석 교수(선문대학교)

I. 대상판결 및 쟁점

1. 대상판결의 내용

(1) 기초사실관계

네덜란드에 주소를 둔 온라인 숙박예약 서비스 플랫폼 사업자인 갑 회사가 자신의 플랫폼에서 검색된 숙소 목록의 ‘객실 유형’ 중 ‘조건’ 또는 ‘선택사항’ 항목에 ‘환불불가’라는 조건을 게시하여 고객이 환불불가 조항이 기재된 객실을 예약하였다가 취소할 경우 미리 결제한 숙박대금을 환불받지 못하게 한 사실에 대하여, 공정거래위원회가 환불불가 조항이 고객에게 부당하게 과중한 손해배상 의무를 부담시키는 약관 조항이라는 이유로 갑 회사에 해당 조항을 수정하도록 권고하였으나 이를 이행하지 않자 시정권고 불이행으로 다수의 고객에게 피해가 발생하거나 발생할 우려가 현저하다는 이유로 환불불가 조항을 수정 또는 삭제하고 사용을 금지하는 명령을 부과하였다.¹⁾ 이에 원고는 약관법에 따라 불복의 소를 제기하였다.

(2) 법원의 판단

갑 회사가 국내에 영업소를 두고 있지 않더라도 국내 소비자를 대상으로 한국어로 된 플랫폼을 운영하고 국내 인터넷 검색포털 사이트 광고를 통해 영업활동을 하며 숙박업체는 갑 회사를 통해 국내에서 광고 등 영업활동을 하고 대한민국의 소비자가 국내에서 갑 회사의 플랫폼을 이용하여 계약체결에 필요한 행위를 하고 있으므로 플랫폼 이용계약 및 숙박계약은 국제사법 제27조의 보호대상이 되는 ‘소비자계약’에 해당하여 강행규정인 약관의 규제에 관한 법률(이하 ‘약관법’이라 한다)의 적용을 받고, 환불불가 조항은 고객의 입장에서 볼 때 계약의 상대 당사자인 사업자에 의하여 일방적으로 작성된 점, 갑 회사의 플랫폼에 접속하여 숙박상품을 선택한 다수의 불특정 고객들과 계약을 체결하기 위해 게시된 점, 일정한 형식으로 미리 마련되어 있는 점 등을 종합하면 약관법상의 약관에 해당한다.

갑 회사가 약관법 제2조 제2호에서 정한 사업자가 되기 위해서는 고객이 숙박을 위해 체결한 계약의 한쪽 당사자여야 하고, 고객에게 자신의 약관을 위 계약의 내용으로 할 것을 제안하는 자여야 하는데, 갑 회사가 숙박업체와 체결한 숙박시설 등록계약, 고객과 체결한 플랫폼 이용계약, 고객과 숙박업체가 체결한 숙박계약의 내용 및 취지, 갑 회사가 예약 과정

1) 이와 유사한 사건이 에어비앤비 사건이다. 에어비앤비 환불 정책에서는 숙박 예정일로부터 7일 이상 남은 시점에 예약을 취소하는 경우에는 총 숙박 대금의 50%를 위약금으로 부과하는 조항 및 예약이 취소되는 경우 등에도 에어비앤비의 서비스 수수료(총 숙박 대금의 6~12%)는 일체 환불되지 않는다는 조항이 포함되어 있었다. 이에 공정거래위원회는 환불정책이 약관법상 불공정약관에 해당한다고 판단하고, 에어비앤비에 시정명령을 부과하였다(공정거래위원회, 보도자료 : 에어비앤비 환불정책상 불공정 약관 시정명령“, 2016년 11월 18일). 그러나 에어비앤비는 시정명령을 이행하지 않았으며, 공정거래위원회는 에어비앤비와 에온 헤시온을 검찰에 고발하였다(공정거래위원회, 보도자료 : 에어비앤비 아일랜그 및 대표자 에온 헤시온 검찰 고발, 2017년 9월 28일). 이러한 에어비앤비 사건과 부킹닷컴 사건의 차이점은 위약금의 범주와 소비자에게 중개수수료의 수령 여부에 있다. 다만, 에어비앤비 사건에 대해서는 판례를 찾지 못하였기 때문에 부킹닷컴 사건만을 다룬다.

에서 고객에게 고지한 내용, 숙박예약의 거래 방법, 숙박조건을 결정하고 숙박서비스를 제공하며 숙박대금을 수령하는 주체가 모두 숙박업체인 점, 환불불가로 인한 손해배상 예정금의 귀속주체도 숙박업체인 점 등을 종합하면, 환불불가 조항은 숙박계약에 포함되는 내용이고 숙박계약의 당사자는 숙박업체와 고객이므로 갑 회사는 숙박계약의 한쪽 당사자에 해당하지 않고, 환불불가 조항을 숙박조건에 포함시킬지 여부는 숙박업체가 결정하므로 환불불가 조항은 숙박업체의 약관이지 갑 회사의 약관이라고 보기 어려워 갑 회사는 고객에게 자신의 약관으로서 환불불가 조항을 제안하는 자라고 볼 수도 없으므로 갑 회사는 환불불가 조항과 관련하여 약관법상 사업자가 아니다. 따라서 공정거래위원회의 처분이 위법하다.

2. 쟁점

이 논문에서 검토하는 대상판결에서의 사건은 공정거래위원회가 온라인 중개 플랫폼을 통해 체결된 국제숙박시설이용계약에 관해 적용되는 플랫폼 이용약관이 약관법에서 금지하는 불공정한 약관에 해당한다고 판단하여 시정명령을 부과한 사건이며, 원고가 공정거래위원회의 처분이 위법하다고 불복의 소를 제기한 것이다.²⁾ 이 소송에 대해 서울고등법원은 원고가 약관법상 사업자는 아니기 때문에 공정거래위원회의 시정조치는 위법하다고 판결하였다. 현재 이 사건은 대법원에 계류 중이기 때문에 평석을 한다는 것이 적합하지 않을 수 있다. 그러나 최근 전자상거래가 주로 온라인 중개플랫폼을 통해 이루어지고 있으며, 이 시장에서 소비자분쟁의 주된 원인 중 하나가 플랫폼 이용약관과 관련되기 때문에 이 판결을 분석하는 것은 의미가 있다고 할 것이다. 이 사건 및 판결을 검토함에 있어서는 다음의 쟁점에 대해 분석하고자 한다. 첫째, 이 사건에 대해 적용되는 법에 대한 분석이다. 이 사건의 기초계약은 원고의 온라인 중개 플랫폼을 통해 해외숙박시설업체와 소비자간 숙박시설이용계약이며, 원고 역시 해외사업자이다. 이 경우에 해외사업자에게 약관법을 적용하여 시정조치를 부과할 수 있는지의 문제이다. 그 다음으로 이러한 약관의 불공정성을 판단함에 있어서 근거법으로는 약관법이 있지만, 전자상거래 등에서 소비자보호에 관한 법률(이하 ‘전자상거래법’)을 통해 불공정약관 등을 규제할 수 있다. 이 경우에 약관법과 전자상거래법 중 어느 법이 적용되는가의 문제이다. 둘째, 온라인 중개 플랫폼을 통해 체결된 숙박시설이용계약이 전자상거래법상 전자상거래 또는 통신판매에 해당하는지의 여부이며, 보다 구체적으로는 통신판매에 해당하는지의 여부이다. 이와 더불어 이 사건의 원고와 같이 온라인 중개 플랫폼을 운영하는 사업자(이하 ‘운영사업자’)가 전자상거래법상 통신판매중개자에 해당하는지의 여부 역시 또 다른 쟁점이다. 셋째, 운영사업자의 플랫폼 이용약관(환불불가 조항)이 약관법상 약관에 해당하는지의 여부이다. 즉, 계약당사자가 아닌 자가 계약당사자의 법률관계에 관한 내용을 사전에 정하고, 이를 각 당사자들에게 제시하였을 경우에 약관법상 약관에 해당하는지의 여부이다. 넷째, 환불불가 조항의 불공정성에 대한 판단이다. 대상 판결에서는 해당 약관이 약관법상 약관에 해당하지 않지만, 부수적으로 불공정성을 판단하고 있기 때문에 그 내용에

2) 공정거래위원회의 처분에 대해 불복이 있는 자는 그 처분의 통지를 받은 날부터 30일 이내에 그 사유를 갖추어 공정거래위원회에 이의신청을 할 수 있다. 공정거래위원회는 이의신청에 대하여 60일 이내에 재결을 하여야 한다. 다만, 부득이한 사정으로 그 기간내에 재결을 할 수 없을 경우에는 30일의 범위안에서 결정으로 그 기간을 연장할 수 있다. 또한 공정거래위원회의 처분에 대하여 불복의 소를 제기하고자 할 때에는 처분의 통지를 받은 날 또는 이의신청에 대한 재결서의 정본을 송달받은 날부터 30일 이내에 이를 제기하여야 한다. 마지막으로 불복의 소는 서울고등법원을 전속 관할로 한다(동법 제30조의2).

대해 검토한다. 마지막으로 제3자 약관³⁾에 대해 약관법 적용을 위한 약관법의 개선방안을 검토한다.

II. 온라인 중개 플랫폼을 통해 체결된 국제숙박시설이용계약에 대한 준거법

1. 온라인 중개 플랫폼을 통해 체결된 국제숙박시설이용계약

(1) 온라인 중개 플랫폼을 통해 체결되는 계약의 구조

당사자가 온라인 중개 플랫폼을 통해 국제숙박시설이용계약을 체결하기 위해서는 기본적으로 운영사업자와 플랫폼 이용계약을 체결하여야 한다. 먼저, 숙박시설제공업자는 자신의 숙박시설을 소비자 등에게 제공하는 것을 내용으로 하는 계약을 체결하기 위해서는 운영사업자와 플랫폼 이용계약(공급측면에서의 플랫폼 이용계약)을 체결한다. 그 다음으로 소비자 등이 숙박시설제공업자의 숙박시설이용에 관한 계약을 체결하기 위해서는 운영사업자와 플랫폼 이용계약(사용측면에서의 플랫폼 이용계약)을 체결한다. 이 경우에 공급측면에서의 플랫폼 이용계약과 사용측면에서의 플랫폼 이용계약의 선후는 중요하지 않으며, 편의상 이와 같은 순서를 제시하였다. 이러한 플랫폼 이용계약을 기초로 소비자 등은 운영사업자의 중개 플랫폼에서 숙박시설제공업자와 숙박시설이용계약을 체결한다. 따라서 온라인 중개 플랫폼을 통해 체결되는 계약은 3면 관계의 계약관계로 구성된다.

(2) 이 사건에서의 계약과 준거법 결정의 필요성

소비자가 온라인 중개 플랫폼을 통해 국제숙박시설이용계약을 체결하였을 경우에 3개의 계약이 존재하지만, 이 사건에서 문제가 된 계약은 원고와 소비자간 계약이다. 또한 원고는 네덜란드법에 따라 설립된 회사이기 때문에 해외 사업자이다. 따라서 우리 소비자가 원고와 온라인 중개플랫폼 이용계약을 체결하였을 경우에 그 약관의 불공정성을 판단하기 위해서는 준거법 결정이 필요하다.

2. 온라인 중개 플랫폼 이용계약에 대한 준거법

(1) 법원의 판단

원고는 네덜란드 법에 따라 인가를 받고 네덜란드에 주소를 둔 회사로서 원고와 고객 사이에 적용되는 플랫폼 이용약관은 네덜란드 법을 준거법으로 정하고 있다. 원고의 플랫폼을 통해 이루어지는 숙박계약은 세계 각국의 숙박업체와 고객 사이에 체결되므로, 각 당사자별로 국제사법의 원칙에 따라 계약의 준거법이 정해진다. 국제사법 제27조 제1항 제1호에 의하면, 소비자가 직업 또는 영업활동 외의 목적으로 체결하는 계약이 ‘소비자의 상대방이 계약체결에 앞서 그 국가에서 광고에 의한 거래의 권유 등 직업 또는 영업활동을 행하거나, 소비자의 상대방이 계약체결에 앞서 그 국가 외의 지역에서 그 국가로 광고에 의한 거래의 권유 등 직업 또는 영업활동을 행하고, 소비자가 그 국가에서 계약체결에 필요한 행위를 한 경우’에 해당할 때에는 당사자가 준거법을 선택하더라도 소비자의 상거소가 있는 국가의 강

3) 이 논문에서 제3자 약관은 제3자를 위한 계약에서 제3자에게 적용되는 약관을 비롯하여 중개계약에서 중개업자가 본 계약의 당사자간 법률관계를 미리 마련하여 각 중개계약에서 이를 제시하여 본 계약의 법률관계로 정하는 약관을 말한다.

행규정에 의하여 소비자에게 부여되는 보호를 박탈할 수 없다. 원고의 이용약관 제11항도 이와 같은 내용을 규정하고 있다. 따라서 원고가 국내에 영업소를 두고 있지 않다고 하더라도, 원고는 국내 소비자를 대상으로 한국어로 된 플랫폼을 운영하고 국내 인터넷 검색포털 사이트 광고를 통해 영업활동을 하며, 숙박업체는 원고를 통해 국내에서 광고 등 영업활동을 하고, 대한민국의 소비자가 국내에서 원고의 플랫폼을 이용하여 숙박상품을 검색하고 숙박예약의 청약 및 결제를 하는 등 계약체결에 필요한 행위를 하고 있으므로, 그 플랫폼 이용계약 및 숙박계약은 국제사법 제27조 의 보호대상이 되는 ‘소비자계약’에 해당하여 강행규정인 약관법의 적용을 받는다.

전자상거래법 제2조 제2호 에 의하면 ‘통신판매’란 우편·전기통신, 그 밖에 총리령으로 정하는 방법으로 재화 또는 용역의 판매에 관한 정보를 제공하고 소비자의 청약을 받아 재화 또는 용역을 판매하는 것을 말하고, 전자상거래법 제2조 제4호, 같은 법 시행규칙 제3조에 의하면 ‘통신판매중개’란 사이버몰(컴퓨터 등과 정보통신설비를 이용하여 재화 등을 거래할 수 있도록 설정된 가상의 영업장을 말한다. 이하 같다)의 이용을 허락하거나 그 밖에 자신의 명의로 통신판매를 위한 광고수단을 제공하거나 그 광고수단에 자신의 이름을 표시하여 통신판매에 관한 정보의 제공이나 청약의 접수 등 통신판매의 일부를 수행하는 방법으로 거래 당사자 간의 통신판매를 알선하는 행위를 말한다. 전자상거래법 제20조 제1항, 제2항에 의하면 통신판매중개를 하는 자를 통신판매중개자, 통신판매중개를 업으로 하는 자를 통신판매중개업자라고 한다. 전자상거래 등에서의 소비자보호 지침 II.2.라.에 의하면 사이버몰의 이용을 허락하는 방법으로 통신판매중개를 하는 사업자 A가 운영하는 사이버몰에서 중개의뢰자인 통신판매업자 B의 재화 등에 대한 판매정보의 제공과 청약의 접수 등이 이루어지는 경우, 해당 사이버몰을 운영하는 사업자 A는 ‘통신판매업자인 통신판매중개자’에 해당한다. 위 인정 사실에 의하면 원고는 자신의 플랫폼에서 숙박업체가 게시한 숙박상품의 정보를 제공하고 고객에게 이를 판매하며, 판매과정에서 고객의 숙박예약과 관련하여 숙박업체를 위하여 청약의 접수, 대금의 결제 업무 등을 수행하고 청약철회 및 계약해제의 기한·행사방법 및 효과에 관한 사항에 관한 정보를 제공하고 있고, 이를 업으로 하고 있으므로, 원고는 전자상거래법상 통신판매중개업자, 통신판매업자인 통신판매중개자에 해당한다.

(2) 준거법으로서의 약관법 및 전자상거래법

원고는 네덜란드 법에 따라 인가를 받고 네덜란드에 주소를 둔 회사이다. 또한 원고의 플랫폼을 이용하는 자가 우리나라 소비자인 경우에 플랫폼 이용계약은 국제계약이며, 국제사법상 소비자계약에 해당한다. 또한 원고의 행위는 국제사법상 소비자계약의 요건을 충족하였다. 따라서 원고가 약관을 통해 준거법을 네덜란드법으로 정하였다고 하더라도 소비자국의 법인 약관법이 준거법에 해당한다는 법원의 판단은 타당하다. 다만, 법원은 약관법과 달리 전자상거래법이 준거법에 해당하는가에 대해 명시적으로 밝히고 있지 않다. 판시내용에서는 전자상거래법의 내용에 대해 판단하고 있지만, 이는 약관법상 사업자성을 판단하기 위한 것이며, 전자상거래법이 준거법에 해당하는지에 대해서는 언급하고 있지 않다. 그러나 전자상거래법은 전기통신수단 등을 이용한 비대면거래에서 소비자를 보호하는 대표적인 법이며, 청약철회등에 관한 규정 등에 대해 강행규정으로 인정하고 있기 때문에 국제사법 제27조에 따라 준거법이 된다(전자상거래법 제35조). 다만, 통신판매중개업자의 책임을 규정하고 있는 제20조의24가 국제사법 제27조 제1항에서 말하는 강행규정에 해당하는가에 대해서는

4) 전자상거래법 제20조의2가 준거법 결정에 따라 준거법으로 될 수 있는가의 전제요건은 운영사업자

검토가 필요하다. 즉, 전자상거래법 제35조에서는 편면적 강행규정에 해당하는 규정을 제17조부터 제19조까지로 정하고 있기 때문에 이에 포함되지 않은 제20조의2가 강행규정에 해당하는가에 대한 문제가 발생한다. 이는 전자상거래법 제35조의 내용을 열거주의로 파악할 것인가 아니면 예시주의로 파악할 것인가의 문제이다. 판례는 전자상거래법 제20조의2가 강행규정에 해당한다고 판시한 적은 없다. 다만, 할부거래법과 관련된 판결⁵⁾에 있어 편면적 강행규정에 대해 예시주의로 파악하고 있으며, 명시적으로 규정되지 않은 규정이라고 하더라도 입법목적 등을 고려하여 강행규정으로 인정하고 있다.⁶⁾ 반대로 열거주의로 파악하는 견해⁷⁾에 따르면, 공인중개사법⁸⁾ 등과 달리 전자상거래법은 편면적 강행규정에 해당하는 규정을 명시하고 있다. 이는 입법자가 전자상거래법 중 강행규정에 해당하는 것을 열거한 것이며, 이에 포함되지 않은 규정이라고 하여 소비자보호와 관련되었다는 것을 이유로 강행규정이라고 볼 수 없다고 한다. 이와 같이 견해의 대립은 있지만, 전자상거래법은 소비자계약의 일반법이 아닌 특별법이라는 점과 강행규정을 명시적으로 규정하고 있다는 점을 고려할 때

-
- 가 통신판매중개업자에 해당하여야 한다. 만일 통신판매중개업자에 해당하지 않으면 전자상거래법 제20조의2는 준거법이 될 수 없게 된다. 이에 대해서는 후술한다.
- 5) 할부거래에 관한 법률(이하 ‘할부거래법’이라 한다)은 할부계약 및 선불식 할부계약에 의한 거래를 공정하게 함으로써 소비자의 권익의 보호 등을 목적으로 하여 주로 할부계약의 서면주의, 할부계약의 할부수수료율, 청약철회, 해제 등 사법상의 권리와 의무에 관한 내용을 정하고 있고, 특히 선불식 할부거래법에 대하여는 영업을 등록하도록 하며, 자본금의 하한을 규정하고, 행정관청의 조사·감독 및 시정조치 등의 공법적 규제와 소비자피해보상보험계약의 체결의무 등을 추가하고 있는데, 이는 재화 등을 공급하기 전에 대금을 선불로 받는 선불식 할부거래 영업의 특성에 따른 소비자의 피해를 사전에 방지하기 위한 것인 점, 사업양도에 따른 선불식 할부거래업자의 지위승계에 관한 위 규정의 취지도 공법상 지위의 승계를 인정하여 영업의 편의를 제공한다는 측면보다는 사업양도의 경우에 발생할 수 있는 피해를 방지하여 선불식 할부거래업자와 계약을 체결한 소비자를 일반 채권자보다 좀 더 두텁게 보호하고자 하는 데에 있는 점, 2016. 1. 25. 시행 예정인 할부거래법은 사업 전부의 양도가 아닌 계약이전의 경우에도 선불식 할부계약에 관한 권리와 의무의 승계를 인정하는 규정을 두고 있는 점(할부거래법 제22조의2 제4항 참조) 등에 비추어 보면, 선불식 할부거래업자에게서 사업의 전부를 양수한 회사는 할부거래법 제22조 제1항에 따라 대금청구권과 재화 등의 공급의무, 해약환급금 지급의무 등 선불식 할부계약에 관한 일체의 권리와 의무를 승계하고, 위 규정은 강행규정으로서 이와 달리 사업양도계약의 당사자 사이에 승계를 배제하는 약정을 하였더라도 약정은 효력이 없다(대법원 2016. 1. 14. 선고 2015다50200 판결).
 - 6) 행정법상 금지규정을 위반한 행위의 효력의 유무나 제한 또는 법원이 그 행위에 따른 법률효과의 실현에 대한 조력을 거부할 것인지의 여부는 해당 법규정이 가지는 넓은 의미에서의 법률효과에 관한 문제로서, 법규정의 해석에 의하여 정하여진다. 따라서 명문의 정함이 있다면 당연히 이에 따라야 할 것이고, 정함이 없는 때에는 중국적으로 금지규정의 목적과 의미에 비추어 그에 반하는 행위의 무효 기타 효력 제한이 요구되는지를 검토하여 정할 것이다(대법원 2020. 4. 9. 선고 2019다294824 판결). 다만, 하도급법상 부당감액을 금지하는 규정에 대해 효력규정이 아닌 단속규정으로 판단하였다. 즉, 하도급거래 공정화에 관한 법률 제11조는 그 규정에 위반된 대금감액 약정의 효력에 관하여는 아무런 규정을 두지 않는 반면 그 규정을 위반한 원사업자를 벌금형에 처하도록 하면서 그 규정 위반행위 중 일정한 경우만을 공정거래위원회에서 조사하게 하여 그 위원회로 하여금 그 결과에 따라 원사업자에게 시정조치를 명하거나 과징금을 부과하도록 규정하고 있을 뿐이므로, 위 규정은 그에 위배한 원사업자와 수급사업자 간의 계약의 사법상의 효력을 부인하는 조항이라고 볼 것은 아니다(대법원 2011. 1. 27. 선고 2010다53457 판결).
 - 7) 고형석, “방문판매법상 사법적 규율에 의한 소비자보호에 관한 연구”, 동북아법연구 제9권 제1호, 2015, 252~254면.
 - 8) 입법 목적을 달성하기 위해서는 고액의 수수료를 수령한 부동산 중개업자에게 행정적 제재나 형사적 처벌을 가하는 것만으로는 부족하고 舊 부동산중개업법 등 관련 법령에 정한 한도를 초과한 중개수수료 약정에 의한 경제적 이익이 귀속되는 것을 방지하여야 할 필요가 있으므로, 부동산 중개수수료에 관한 위와 같은 규정들은 중개수수료 약정 중 소정의 한도를 초과하는 부분에 대한 사법상의 효력을 제한하는 이른바 강행법규에 해당하고, 따라서 구 부동산중개업법 등 관련 법령에서 정한 한도를 초과하는 부동산 중개수수료 약정은 그 한도를 초과하는 범위 내에서 무효이다(대법원 2007. 12. 20. 선고 2005다32159 전원합의체 판결).

이에 포함되지 않은 규정은 강행규정이라고 보기 어렵다. 그렇다고 한다면 준거법을 외국법으로 지정하였을 경우에 해당 소비자계약에 대해서는 전자상거래법 제22조의2는 준거법규에 포함되지 않는다. 다만, 약관법이 준거법으로 결정됨에 따라 해당 약관의 불공정성을 판단함에 있어 전자상거래법 제20조의2는 간접적으로 적용될 수 있다.

(3) 약관의 불공정성을 판단하는 준거법 : 약관법 또는 전자상거래법

이 사건의 약관의 불공정성을 판단함에 있어 적용될 수 있는 법은 약관법과 전자상거래법이다. 물론 플랫폼 이용약관에서 준거법을 네덜란드법으로 규정하고 있지만, 국제사법 제27조에 따라 소비자국의 강행규정만이 적용되므로 약관법과 달리 전자상거래법은 강행규정만이 적용된다. 전자상거래법에서는 제20조의2를 강행규정으로 인정하고 있지 않지만, 반대학설에도 불구하고 판례의 취지를 감안한다면 강행규정으로 인정될 수 있다. 따라서 전자상거래법 제20조의2가 강행규정에 해당하는가의 여부에 따라 이 사건 약관의 불공정성을 판단함에 있어 적용되는 법은 상이하게 된다. 판례의 취지에 따르면, 전자상거래법 제20조의2가 강행규정이 될 수 있으며, 같은 법 제4조에 따라 약관법이 적용되는 것이 아닌 전자상거래법이 적용된다. 즉, 전자상거래법 제4조에서는 다른 법과의 관계에 대해 전자상거래법의 우선 적용을 규정하고, 다른 법의 적용이 소비자에게 유리한 경우에 한해 다른 법이 적용됨을 규정하고 있다. 이 경우에 전자상거래법과 약관법은 동일하기 때문에 전자상거래법 제4조 본문에 따라 전자상거래법이 적용된다. 그 결과, 약관법을 적용하여 원고에 대해 시정명령을 부과한 공정거래위원회는 법 적용에 있어 오류가 있었으며, 공정거래위원회와 동일하게 약관법을 적용한 법원 역시 오류가 있다. 반면에 반대학설의 입장에서 본다면 전자상거래법 제20조의2는 강행규정이 아니기 때문에 국제사법 제27조에 따라 준거법이 되지 못하므로 약관법만이 적용된다. 따라서 이를 기초로 한 공정거래위원회 및 법원의 판단은 타당한 것이 된다.

(4) 추가적인 검토 : 준거법의 의미 및 적용범위

당사자의 법률관계가 오로지 한 국가만 관계된다면 준거법 결정의 문제는 발생하지 않는다. 즉, 준거법 결정은 당사자의 법률관계에 외국적 요소가 있는 경우에 그 법률관계에 적용될 수 있는 법이 복수의 국가이기 때문에 어느 국가의 법을 적용할 것의 문제이기 때문이다. 여기에서 어느 국가의 법을 결정한다고 할 경우에 있어 법은 해당 국가의 모든 법이 아닌 사법(私法)에 국한된다. 물론 국제사법에서는 “이 법에 의하여 준거법으로 지정되는 외국법의 규정은 공법적 성격이 있다는 이유만으로 그 적용이 배제되지 아니한다”고 규정하고 있지만(국제사법 제6조), 공법적 성격이 있다는 의미는 사법관계에 영향을 미치는 공법적 성격을 갖는 규정을 말한다.⁹⁾ 예를 들어, 금지행위를 규정하고 있고, 그 위반에 대해 공법적 제재를 부과하고 있는 규정이 있을 경우에 그 금지행위가 사법적 효과와 관련될 경우에는 준거법이 될 수 있다. 따라서 해당 법이 준거법으로 결정된다고 하더라도 사법관계에 영향을 미치지 않는 순수 공법규정(시정명령 등과 같은 행정규제 또는 형벌)은 국제사법에 따라 준거법으로 될 수 없다. 그러나 공정거래위원회의 심결례 및 대상 판결은 약관의 불공정성을 대상으로 하는 것이 아닌 시정조치 및 공정거래위원회의 시정조치에 대한 불복사건이기 때문에 약관법 제17조의2가 적용될 수 있는가에 대해 선제적인 판단이 이루어졌어야 했다. 그러나 공정거래위원회 심결 및 대상 판결 모두 이 문제를 검토하지 않았다.

9) 석광현, 국제사법 해설, 법문사, 2013, 138면; 김연·박정기·김인유, 국제사법, 법문사, 2014, 202면.

이를 검토하면 다음과 같다. 첫째, 원고는 네델란드법에 따라 인가를 받고, 네델란드에 주소를 둔 회사이다. 따라서 국내사업자가 아닌 해외사업자이다. 이 점만을 본다면 약관법상 시정조치 등 공법적 규정이 적용될 수 없다. 즉, 약관법은 독점규제 및 공정거래에 관한 법률과 달리 역외적용을 규정하고 있지 않기 때문에 해외사업자에 대해 공법적 규제를 부과할 수 없다. 설령 국제사법 제27조에 따라 약관법이 준거법으로 결정된다고 하더라도 사법적 효력과 관련이 있는 공법적 규정에 한정될 뿐 순수 공법적 규정은 국제사법에 따라 적용 여부가 결정되는 것은 아니다. 둘째, 원고는 서울에 지점을 두고 영업을 하고 있다. 따라서 본점이 네델란드에 있다고 하더라도 지점이 한국에 있기 때문에 약관법상 공법적 규정이 적용될 수 있다. 즉, 속지주의 원칙에 따라 한국내에서 발생한 행위에 대해서는 한국법이 적용되므로 약관법상 행정규제인 시정명령을 부과할 수 있으며, 원고 역시 약관법상 시정명령에 대한 불복의 소를 제기한 것이다. 이러한 점을 종합할 때, 공정거래위원회가 원고에 대해 시정명령을 부과한 것 및 대상 판결에서 이를 제시하지 않았지만, 불복소송의 대상이라는 점을 전제로 하였다는 점은 문제가 없다. 다만, 원고가 국내에 지점을 두지 않고 온라인으로만 영업을 하였다면 첫 번째에서 보았던 것과 같이 공정거래위원회의 시정명령은 법 위반에 해당한다.

III. 국제숙박시설이용계약에서 당사자의 지위 및 이용계약의 법적 성질

1. 국제숙박시설이용계약에서 당사자의 지위 및 환불불가 규정의 약관성

(1) 규명의 필요성

이 사건은 불공정한 약관을 사용한 사업자에게 부과한 시정조치에 대한 불복소송이기 때문에 원고가 약관법상 사업자에 해당하는지의 여부가 핵심이다. 이를 판단하기 위해서는 불공정하다고 판단한 약관의 내용이 원고와 소비자간 계약의 내용에 해당하는지의 여부가 선제적으로 해결되어야 한다. 이를 위해서는 원고가 계약당사자에 해당하여야 하며, 그 계약이 무엇인지가 규명되어야 한다.

(2) 당사자의 주장 및 법원의 판단

1) 공정거래위원회의 판단 및 주장

공정거래위원회는 원고가 약관법상 사업자에 해당하는지의 여부에 대해 다음과 같은 점에서 사업자에 해당한다고 판단하였다.¹⁰⁾

피심인은 이 사건 환불불가 조항 등이 포함된 환불조건을 직접 작성하여 숙박업체에게 선택지 형태로 제공하여 선택하도록 하고, 숙박업체가 제시받은 환불조건 등을 선택하여 숙박시설을 등록하면 선택한 환불조건 등을 검토한 후 자신의 사이트에 해당 숙소를 게시할지 여부를 최종 결정하여 소비자에게 해당 숙소를 게시한다. 고객들은 피심인의 플랫폼에 접속하여 제시된 객실들의 조건을 검토하여 예약을 하고 신용카드 등으로 숙박대금을 결제하면 숙박예약이 완료된다. 이와 같은 거래구조를 보면 환불을 포함한 숙박조건은 각 호텔들의 숙박조건이 그대로 게시되는 것이 아니라 피심인들이 이를 작성하여 호텔들에게 제시하여 선

10) 공정거래위원회 전원회의 의결 제2019-032호(2018약관0592) 2019. 2. 11.

택하도록 하는 것으로, 고객들과의 호텔숙박계약은 피심인이 작성하고 호텔들이 선택한 조건대로 성립된다. 이러한 구조의 호텔숙박계약에서는 피심인과 숙박업체는 공동으로 호텔숙박계약의 당사자로서 환불을 포함한 호텔숙박계약 관련 약관을 고객들에게 제안한 자라고 할 수 있다. 따라서 피심인은 계약의 한쪽 당사자로서 상대 당사자인 고객에게 이 사건 환불불가 조항을 계약의 내용으로 하는 약관을 제안하는 자이므로 법 제2조 제2호상의 사업자에 해당한다. 또한 피심인은 자신의 플랫폼을 통하여 예약, 환불 등과 관련한 거래조건을 제시할 뿐 아니라 숙박조건에 관여하고 있고, 소비자는 숙박업체가 아닌 피심인을 상대로 예약, 결제 등의 숙박계약을 진행하는 점 등을 고려하면, 피심인이 숙박업체와 소비자간 숙박계약의 단순한 중개자에 불과하다고 할 수 없으므로 피심인의 주장은 이유 없다.

또한 공정거래위원회는 대상사건의 소송에서 원고가 전자상거래법 제20조의2 제1항, 제3항, 제20조의3 제1호가 정한 통신판매중개업자 책임을 지고 책임내용에 비추어 계약의 한쪽 당사자에 해당한다고 볼 수 있으므로 약관법상 사업자에 해당한다고 주장하였다. 그리고 환불불가 조항의 약관성에 대해 다음과 같은 점에서 약관에 해당한다고 판단하였다.

이 사건 ‘환불불가’ 조항은 피심인이 다수의 소비자와 계약을 체결하기 위하여 일정한 형식으로 미리 마련한 계약의 내용이므로 법 제2조 제1호의 약관에 해당한다. 이에 대해 피심인은 ‘환불불가’ 조항에 대해 개별적인 교섭 또는 흥정을 거쳤으므로 ‘약관’이 아니라고 주장한다. 살피건대, 이 사건 ‘환불불가’ 조항은 여러 명의 상대방과 계약을 체결하기 위하여 일정한 형식으로 미리 마련한 계약의 내용이며, 이에 대해 소비자와 개별적인 교섭을 거쳤다고 할 수 없고, 변경할 가능성이 있었다고 인정되지 않는바, 피심인의 주장은 이유 없다.

2) 원고의 주장

원고는 공정거래위원회의 심결절차에서 “취소/환불 등의 계약조건은 숙박업체와 소비자 사이에서 결정되는 것으로 자신은 숙박업체와 소비자간의 숙박계약 체결을 중개할 뿐 이 사건 약관조항의 작성자가 아니므로 법 제2조 제2호상의 사업자에 해당하지 않는다”고 주장하였다. 또한 소송에서도 “약관법의 규율대상인 ‘사업자’는 계약의 한쪽 당사자를 말하는데, 숙박계약의 당사자는 숙박업체와 고객이다. 원고는 플랫폼 사업자로서 중개인에 불과하므로 숙박계약의 당사자가 아니다. 원고가 환불불가 조항 형성에 관여했다거나 숙박예약과 관련된 업무를 일부 수행했다는 사정만으로 숙박계약의 당사자가 될 수 없다”고 주장하였다. 그리고 약관성에 대해 “환불불가 조항은 숙박계약의 내용을 이루는데, 숙박대금의 환불 여부는 개별 숙박업체 고유의 정책이고 환불불가 상품은 숙박업체가 게시 여부를 결정하므로, 환불불가 조항은 원고의 약관이 아니다”고 주장하였다.

3) 법원의 판단

환불불가 조항은 숙박계약에 포함되는 내용이고 숙박계약의 당사자는 숙박업체와 고객이므로, 원고는 숙박계약의 한쪽 당사자에 해당하지 않는다. 그 구체적인 근거는 다음과 같다. ① 원고는 숙박업체와 등록약관을 이용하여 숙박시설 등록계약을 체결한다. 이에 따라 숙박업체가 원고의 엑스트라넷에 숙박조건을 입력하면 원고는 자신의 플랫폼에 숙박상품을 게시하는데, 고객이 원고의 플랫폼에서 검색한 해당 숙박상품을 선택하여 숙박예약을 완료하고 숙박서비스를 이용하였을 때 원고는 숙박업체로부터 수수료를 지급받게 된다. 원고는 숙박업체의 숙박시설 정보 등록과정에서 숙박시설 정보를 바르게 입력하였는지를 검토할 뿐이

고, 이후 숙박업체는 원고의 엑스트라넷에 접속하여 숙박조건을 자유롭게 결정하며, 숙박업체가 입력한 대로 숙박상품이 원고의 플랫폼에 게시되므로, 환불불가 조항을 포함한 숙박조건은 숙박업체가 결정한다. 원고는 중개인으로서 위와 같은 검토 과정에서 숙박조건을 실질적으로 변경하지 않는다. ② 원고는 고객과 이용약관을 이용하여 플랫폼 이용계약을 체결한다. 이에 따라 고객이 원고의 플랫폼을 무료로 이용하여 다양한 숙박상품을 검색하고 선택한 다음 숙박예약을 하게 되고, 이 과정에서 원고는 고객과 숙박업체의 숙박계약 거래를 중개한다. 원고는 고객에게 인적 사항 입력 단계에서 환불불가 조항이 호텔(숙박업체)의 정책임을 알리고, 결제 수단 정보 입력단계에서 숙박예약이 숙박업체와 직접 체결됨을 알리며, 아울러 이용약관을 제시하여 ‘숙박업체가 숙박조건을 제시하고 고객이 결제한 숙박대금이 숙박업체에 지급되며 고객이 해당 숙박업체를 통해 숙박업체별 약관을 확인하고 숙박업체의 정책으로 환불이 불가능할 수 있으며 원고가 판매 책임자가 아님’을 알리고 주3) 있다. 원고는 고객이 숙박대금을 결제하면 고객에게 보내는 결제 문자메시지에 숙박업체 이름을 명시하고 있고, 역시 고객에게 보낸 예약확인서에 최종요금은 숙소 측에 지불한 요금이라고 밝히고 있다. ③ 고객은 원고의 플랫폼을 통해 숙박예약을 완료함으로써 숙박업체와 직접 숙박계약을 체결하고, 이에 따라 숙박업체에 숙박대금을 지급하고 숙박업체로부터 숙박서비스를 제공받는다. 환불불가 조항은 숙박계약 내용 중 숙박대금 조건의 하나이다. ④ 위 숙박시설 등록계약, 플랫폼 이용계약, 숙박계약의 내용 및 그 취지, 원고가 예약 과정에서 고객에게 고지한 내용, 숙박예약의 거래 방법, 숙박조건을 결정하고 숙박서비스를 제공하며 숙박대금을 수령하는 주체가 모두 숙박업체인 점, 환불불가로 인한 손해배상 예정금의 귀속주체도 숙박업체인 점 등을 종합하여 보면, 숙박업체와 고객 모두 숙박계약의 당사자를 숙박업체와 고객으로 인식하고 숙박계약을 체결한다고 봄이 상당하므로, 숙박계약의 당사자는 고객과 숙박업체이다. 원고는 숙박계약의 체결을 중개하는 업체이지 숙박계약의 한쪽 당사자가 아니다. 원고는 고객이 숙박예약을 완료하는 경우 숙박업체와 공동으로 당사자가 된다는 의사를 표시한 적이 없으므로, 숙박계약의 공동당사자가 된다고 볼 수 없다. ⑤ 원고가 자신의 플랫폼에서 숙박업체를 위해 숙박예약 접수, 예약 확인 이메일 송부, 숙박대금 결제 대행, 예약 취소 접수, 예약 취소 확인 이메일 송부 등 업무를 수행하고 있으나, 위와 같은 행위는 원고가 숙박업체와 체결한 숙박시설 등록계약, 고객과 체결한 이용계약에 따라 숙박계약의 중개 업무를 수행하면서 숙박업체로부터 수수료를 받는 대가로 숙박업체에 편의를 제공하는 용역을 수행하는 것으로 볼 수 있을 뿐, 이를 두고 원고가 숙박계약의 공동당사자가 되었다고 보기 어렵다. 또한, 원고는 자신의 플랫폼에서 숙박상품을 예약한 고객이 다른 플랫폼에서 더 낮은 상품을 발견하면 예약한 숙박상품과의 차액을 환불해 주는 최저가 맞춤 정책을 홍보하고 있으나, 최저가 맞춤이 환불불가 조건과 당연하게 결부된다고 볼 수 없는 점, 등록약관에 의하면 숙박업체는 원고의 플랫폼에서 숙박상품을 게시할 때 최저가 맞춤 정책에 부응하여 최저가로 객실을 제공하기로 하고 숙박계약의 내용으로 삼았다가 최저가 맞춤이 필요할 경우 고객에게 최저가와와의 차액을 환불하는 점 등에 비추어 볼 때, 이러한 최저가 맞춤 정책의 홍보를 들어 원고가 숙박계약의 공동당사자라고 볼 수 없다. 한편 원고가 자신의 플랫폼에서 숙박상품과 함께 렌트카 예약 등 다른 관련 상품을 취급하여 홍보하고 시크릿 특가, 적립 등 고객유인 및 혜택 제공행사를 하고 있으나, 숙박계약과 별개로 이루어지는 원고의 영업행위라고 보아야 하고 이를 두고 원고가 숙박상품의 재판매 사업자로서 재판매계약의 당사자 내지 숙박계약의 공동당사자라고 볼 수 없다. ⑥ 원고는 숙박시설 등록계약, 플랫폼 이용계약의 한쪽 당사자이나, 환불불가 조항이 숙박시설 등록계약, 플랫폼 이용계약의

내용이 아니므로, 환불불가 조항과 관련하여서는 계약의 한쪽 당사자라고 할 수 없다. ⑦ 원고를 숙박계약과 관련하여 약관법상 사업자로 보지 않을 경우 국내의 수많은 숙박업체를 사업자로 하여 피고가 개별적으로 규제하는 것이 사실상 어렵다는 현실적 필요성이 있다고 하여 약관법상 사업자 개념을 달리 볼 수는 없다.

그리고 약관법 제2조 제1호는 “약관이란 그 명칭이나 형태 또는 범위에 상관없이 계약의 한쪽 당사자가 여러 명의 상대방과 계약을 체결하기 위하여 일정한 형식으로 미리 마련한 계약의 내용을 말한다.”라고 규정하고 있다. 앞서 인정한 사실 및 앞서 본 증거들에 의하여 인정되는 다음 사정을 종합하면 환불불가 조항은 약관법상 약관에 해당한다. 즉, ① 고객은 원고의 플랫폼에서 환불불가 상품과 그렇지 아니한 상품 중 하나를 선택할 수 있을 뿐, 환불불가 상품의 계약에 포함된 환불불가 조항의 구체적인 내용, 즉 환불불가 사유, 환불불가 시한 내지 환불불가의 범위(위약금)에 관하여 계약 상대방과 대등한 지위에서 그 내용을 변경할 가능성이 없다. 환불불가 조항은 고객의 입장에서 보았을 때 계약의 상대 당사자인 사업자에 의하여 일방적으로 작성되어 있다. ② 환불불가 조항은 원고의 플랫폼에 접속하여 특정 숙박상품을 선택한 다수의 불특정 고객들과 계약을 체결하기 위해 게시되어 있다. ③ 고객이 원고의 플랫폼에서 숙박조건을 검색하면 환불불가 조항은 숙박상품의 ‘조건’ 또는 ‘선택사항’ 항목에 “환불불가”라는 문자로 표시되므로, 환불불가 조항은 계약 체결을 위해 일정한 형식으로 미리 마련되어 있다고 볼 수 있다. ④ 환불불가 조항은 계약의 내용이 되므로, 고객이 숙박을 위하여 계약을 체결하고 숙박대금을 지급하였다가 이를 취소하더라도 환불불가 조항으로 인하여 환불을 받지 못하고, 숙박업체는 고객에게 숙박대금을 반환할 의무를 부담하지 아니한다.

(3) 소결

이 사건의 핵심쟁점인 원고의 사업자성에 대해 법원은 공정거래위원회와 달리 부정하였다. 다만, 약관성에 대해서는 공정거래위원회와 동일하게 법원 역시 약관으로 인정하였다. 사업자에 해당하는지 여부에 대한 법원의 판단은 종래 대법원이 취하였던 바인 약관법이 적용되기 위해서는 계약당사자에 해당하여야 한다는 점을 반영한 것이다. 즉, 대법원은 약관법상 고객은 계약의 일방 당사자로서 사업자에게서 약관을 계약 내용으로 할 것을 제안받은 자를 말하므로 조건부 제3자를 위한 계약에서 수분양자는 수익자에 불과하기 때문에 고객에 포함되지 않는다고 판시하였다.¹¹⁾

舊 약관의 규제에 관한 법률에서 ‘고객’이란 계약의 일방 당사자로서 사업자에게서 약관을 계약 내용으로 할 것을 제안받은 자를 말하고(제2조 제3항), 주택분양보증계약은 구 주택법(2009. 2. 3. 법률 제9405호로 개정되기 전의 것)에 따라 주택건설을 하는 사업주체가 과산 등의 사유로 분양계약을 이행할 수 없게 되는 경우 대한주택보증 주식회사가 당해 주택의 이행 또는 수분양자가 납부한 계약금 및 중도금의 환급에 대하여 이행책임을 부담하기로 하는 조건부 제3자를 위한 계약이므로, 주택분양보증계약의 당사자는 사업주체와 대한주택보증 주식회사이고, 수분양자들은 위와 같은 조건이 성취되면 대한주택보증 주식회사에 수익의 의사표시(보증채무의 이행 청구)를 하여 급부를 수령하는 수익자에 불과할 뿐 구 약관규제법 제2조 제3항 에 규정한 ‘고객’에 해당한다고 할 수 없다.

11) 대법원 2011.4.28. 선고 2010다106337 판결. 이 판결에 대한 평석으로는 이병준, “계약당사자가 아닌 제3자에 대한 면책약관의 적용과 그 내용통제”, 법학연구 제57권 제1호, 2016, 91면 이하.

이를 기초로 공정거래위원회 및 법원의 판단을 검토하면 다음과 같다. 첫째, 온라인 중개 플랫폼을 통해 이루어지는 거래는 3면관계로 형성되며, 각 계약에서 약관은 사용된다. 물론 본 계약인 원고와 소비자간 계약에서 약관은 표시사항으로 제시되며, 청약철회 또는 계약의 해제 등에 따른 환불조건은 계약체결 화면에서 제시되는 것이 아닌 원고의 플랫폼 이용약관에 기재되어 있다. 이는 운영사업자가 해당 플랫폼 내 거래에서 통일적인 정책을 시행하기 위한 방안이다. 그러나 약관법상 약관 또는 사업자에 해당하기 위해서는 계약이 기본 전제가 되어야 한다. 물론 원고와 소비자간 플랫폼 이용약관이 체결되었기 때문에 계약은 존재한다고 할 수 있지만, 문제가 된 환불불가 조항이 적용되는 계약이 원고와 소비자간에 존재하여야 한다. 그러나 환불불가 조항은 플랫폼 이용약관이 아닌 숙박시설이용계약의 내용이며, 그 계약은 숙박시설제공업자와 소비자간 계약이다. 따라서 원고는 숙박시설이용계약의 당사자가 아니기 때문에 숙박시설이용계약의 내용인 환불불가 조항이 플랫폼 이용약관에 포함되었다고 하더라도 약관법상 사업자라고 할 수 없다.¹²⁾ 둘째, 법원 및 공정거래위원회는 환불불가 조항이 약관법상 약관에 해당한다고 판단하였다. 그러나 법원의 판단은 논리적으로 모순이다. 즉, 법원은 약관법상 사업자가 되기 위해서는 계약당사자이어야 함을 제시하고, 원고는 숙박시설이용계약의 당사자가 아니기 때문에 약관법상 사업자가 아니라고 판시하였다. 그렇다고 한다면 환불불가 조항 역시 약관법상 약관이 아니라고 판단하였어야 논리적으로 일관성이 있다. 즉, 약관법상 약관은 “그 명칭이나 형태 또는 범위에 상관없이 계약의 한쪽 당사자가 여러 명의 상대방과 계약을 체결하기 위하여 일정한 형식으로 미리 마련한 계약의 내용을 말한다”고 규정하고 있다(동법 제2조 제1호). 여기에서의 계약(환불불가 조항)은 중개계약이 아닌 환불불가의 대상인 계약을 의미하며, 숙박시설이용계약이다. 그러나 원고와 소비자간 계약은 숙박시설이용계약이 아닌 숙박시설이용계약을 체결할 수 있도록 조력하는 중개계약(플랫폼이용계약)이다. 따라서 해당 계약이 아님에도 불구하고 다른 계약이 존재한다는 것을 이유로 환불불가조항이 약관에 해당한다는 법원의 판단은 약관법상 약관에 대한 해석과 사업자에 대한 해석에 있어 다른 기준을 적용한 것이기 때문에 타당하지 않다. 셋째, 공정거래위원회는 원고가 단순히 중개자에 불과하지 않는다고 판단하고 있다. 이는 원고가 자신의 플랫폼을 통하여 예약, 환불 등과 관련한 거래조건을 제시할 뿐 아니라 숙박조건에 관여하고 있고, 소비자는 숙박업체가 아닌 피심인을 상대로 예약, 결제 등의 숙박계약을 진행하는 점 등을 기초로 사실상 숙박시설이용계약의 당사자로 판단한 것으로 추정된다. 그러나 전자상거래법 시행규칙에서는 통신판매의 알선 방법 중 하나로 자신의 명의

12) 대법원은 도서정가제 위반사건에서 통신판매중개업자도 판매자로 인정하였다. 즉, 도서정가제 관련 규정들의 내용과 입법 취지를 출판문화산업 진흥법(이하 ‘출판법’이라 한다)상 간행물 유통질서에 관한 규정들의 전체 체계 속에서 살펴보면, 출판법 제22조 제4항, 제5항에 따라 도서정가제 준수 의무를 부담하는 간행물 판매자에는 소비자와 간행물에 관하여 매매계약을 체결하는 좁은 의미의 매도인뿐만 아니라, 출판법상 간행물의 유통에 관련된 사업자로서 ‘전자상거래 등에서의 소비자 보호에 관한 법률’ 등 관련 법령에 따라 통신판매업자로 간주되며 판매자와 별도로 간행물의 최종 판매가격을 결정할 수 있고 그에 따른 경제적인 이익을 얻는 ‘통신판매중개업자’도 포함된다고 해석하는 것이 타당하다(대법원 2019. 9. 10.자 2019마5464 결정). 그러나 판매자는 매매계약의 일방당사자인 매도인을 의미하며, 계약당사자가 아닌 중개자는 이에 포함되지 않는다. 또한 전자상거래법에서는 통신판매중개업자를 통신판매업자로 간주하고 있지 않다. 그럼에도 불구하고, 통신판매중개자를 판매자로 판단한 대법원의 판단은 문제가 있다(동지; 박신욱, “도서정가제에 대한 우리나라와 독일의 법체계에 대한 비교법적 고찰”, 비교사법 제27권 1호, 2020, 277면 이하; 서중희, “도서정가제의 목적과 해석의 한계”, 소비자법연구 제67권 제3호, 2020, 145면). 이와 달리 법원의 판단에 긍정적으로 평가하는 견해로는 이병준·정신동·김세준, “플랫폼 경제시대에 있어 제조물책임법의 확장”, 소비자법연구 제6권 제1호, 2020, 149면 이하.

로 통신판매를 위한 광고수단을 제공하거나 그 광고수단에 자신의 이름을 표시하여 통신판매에 관한 정보의 제공이나 청약의 접수 등 통신판매의 일부를 수행하는 것을 인정하고 있다(전자상거래법 시행규칙 제3조). 즉, 전자상거래법에서는 통신판매중개자가 거래에 개입하는 것도 하나의 중개방식으로 인정하고 있음에도 불구하고, 거래에 관여하였다는 것을 이유로 계약당사자로 인정하는 것은 타당하지 않다. 넷째, 법원은 전자상거래법 제20조의2에서 정한 통신판매중개업자의 책임에 관한 내용을 플랫폼 이용약관에 규정하였기 때문에 사업자에 해당한다는 공정거래위원회의 주장에 대해 원고가 전자상거래법 제20조의2에 따른 책임을 부담하는 사업자이지만, 숙박시설이용계약의 당사자가 아니라는 점에서 이를 배척하였다. 그러나 원고가 전자상거래법 제20조의2에 따른 책임을 부담하는 통신판매중개업자라고 한다면 플랫폼 이용약관에 포함된 환불불가 조항은 원고의 책임에 관한 내용이며, 이는 원고와 소비자간 계약이다. 즉, 전자상거래법 제20조의2에서 규정하고 있는 책임은 본 계약인 통신판매에서 통신판매업자의 책임이 아닌 통신판매중개자의 책임이며, 플랫폼 이용약관에 포함된 환불불가 조항은 원고가 소비자에게 부담하는 책임에 관한 내용이다. 따라서 이는 원고와 소비자간에 체결된 면책계약에 있어 사용된 약관이기 때문에 약관법상 약관 및 사업자에 해당한다. 다만, 원고가 전자상거래법상 통신판매중개자에 해당하지 않는다면 제20조의2가 문제되지 않지만[이에 대해서는 2. (3)에서 설명한다], 법원은 원고가 전자상거래법 제20조의2에서 규정하고 있는 통신판매중개업자에 해당한다고 판단하였기 때문에 이를 기초로 약관법 적용에 대해 판단을 하여야 했다. 그러나 법원은 원고가 숙박시설이용계약의 당사자가 아니라는 점을 이유로 공정거래위원회의 주장을 배척하였기 때문에 문제가 있다.

2. 국제숙박시설이용계약 및 중개계약의 법적 성질

(1) 국제숙박시설이용계약의 법적 성질

1) 전자상거래와 통신판매

전자상거래법은 전기통신수단 등을 이용하여 비대면으로 소비자거래에서 소비자를 보호하기 위한 법이며, 규율대상은 전자상거래와 통신판매¹³⁾이다. 다만, 동법의 핵심적인 내용인 정보제공의무(제13조), 청약철회(제17조 및 제18조), 통신판매중개(제20조부터 제20조의3까지) 등에 대해서는 통신판매에 한정하여 적용된다. 물론 양자가 동일하다면 문제가 없지만, 상이할 경우에 통신판매에 해당하지 않은 전자상거래는 이러한 규정들은 적용되지 않는다. 먼저, 전자상거래는 전자거래의 방법으로 상행위(商行為)를 하는 것을 말한다(동법 제2조 제1호). 그 다음으로 통신판매는 우편·전기통신, 그 밖에 총리령으로 정하는 방법으로 재화 또는 용역(일정한 시설을 이용하거나 용역을 제공받을 수 있는 권리를 포함한다)의 판매에 관한 정보를 제공하고 소비자의 청약을 받아 재화 또는 용역을 판매하는 것을 말한다(동법 제2조 제2호). 양자의 공통점은 전기통신수단 등을 이용하여 소비자와 사업자가 계약을 체

13) 전화권유판매 역시 원격통신수단을 이용한 비대면 거래이지만, 이에 대해서는 방문판매 등에 관한 법률에서 별도로 규정하고 있기 때문에 전자상거래법의 규율대상은 아니다. 양자를 구분하는 이유 중 하나는 소비자에게 구매권유하는 방식에 있어 차이점이다. 즉, 전화권유판매는 방문판매와 같이 판매원이 전화를 이용하여 소비자에게 적극적으로 구매권유를 한다. 그러나 통신판매의 경우에는 판매원의 적극적 권유가 없으며, 소비자에게 제공된 정보를 기초로 계약을 체결한다. 유럽연합의 경우, 소비자권리지침에서 양자를 격지계약(distance contract)으로 규율하고 있지만, 일본의 경우 특정상거래법에서 양자를 분리하여 규율하고 있다.

결한다는 점이다. 양자의 차이점은 다음과 같다. 첫째, 판매 등에 관한 정보의 사전제공이 필요한 것인가의 여부에 있어 전자상거래는 반드시 판매에 관한 정보가 먼저 제공될 필요가 없다. 그러나 통신판매가 되기 위해서는 사업자의 판매에 관한 정보가 먼저 제공되어야 한다. 이러한 점은 유럽연합 및 일본 등과 비교하여 우리 전자상거래법의 특징이다. 따라서 소비자가 먼저 구매의사를 표시하는 경우(역경매 등)는 통신판매에 해당하지 않는다. 둘째, 계약체결의 방식에 있어 비대면으로 체결하여야 하는가에 대해 전자상거래는 대면 또는 비대면을 불문하며, 그 거래의 전부 또는 일부에서 전자문서가 사용되는 것을 요건으로 한다. 따라서 대면으로 계약을 체결하면서 컴퓨터 등을 이용하여 계약서를 작성하였다면 이 역시도 전자상거래에 해당한다. 그러나 통신판매가 성립하기 위해서는 정보제공 및 계약체결이 비대면으로 이루어져야 한다. 따라서 정보제공 또는 계약체결 중 어느 하나가 대면으로 이루어진 경우에는 통신판매에 해당하지 않는다. 이와 관련하여 논란이 될 수 있는 것은 정보제공이 전단지 또는 신문 등과 같이 대면으로 제공되고, 계약체결은 비대면으로 이루어진 경우이다. 예를 들어, 전단지 또는 신문을 대면으로 제공받았을 경우에 정보제공이 대면으로 이루어졌기 때문에 계약을 비대면으로 체결하더라도 통신판매가 되지 않게 된다. 이러한 문제가 발생한 근본적인 원인은 통신판매의 요건에 사전정보제공을 포함하고 있기 때문이다. 셋째, 당사자에 있어서 전자상거래는 상인에 국한되지만, 통신판매는 사업자이다. 따라서 상인이 아닌 사업자가 전자문서를 이용하여 소비자와 거래하였을 경우에 전자상거래에는 해당하지 않지만, 통신판매의 요건을 충족한다면 통신판매에 해당한다.¹⁴⁾ 넷째, 전자상거래의 경우에 거래상대방에 대한 제한이 없다. 따라서 그 상대방이 상인 또는 사업자라고 하더라도 전자상거래에 해당한다. 다만, 동법 제3조 제1항 본문에 따라 사업자가 상행위를 목적으로 구입하는 거래에 대해서는 적용되지 않는다. 그러나 사업자가 상행위가 아닌 행위를 목적으로 거래한 경우에는 적용된다. 예를 들어, 변호사가 자신의 사업을 위해 전자상거래의 방식으로 다른 사업자로부터 자본재를 구입한 경우에도 동법이 적용된다. 반면에 통신판매는 거래당사자가 확정되어 있기 때문에 그 상대방이 소비자가 아닌 경우에는 통신판매가 아니기 때문에 동법이 적용되지 않는다. 그러나 동법 제3조 제1항에서는 사업자가 다른 소비자와 동일한 지위 및 조건으로 거래한 경우 또는 상행위가 아닌 다른 목적(상행위가 아닌 사업)으로 거래한 경우에는 동법의 적용을 인정하고 있다. 그 결과, 동법의 적용범위를 판단함에 있어 혼란이 발생하게 된다. 이는 전자상거래와 통신판매의 정의에 있어 다른 기준을 적용하였기 때문이며, 일본 舊 방문판매법(現 특정상거래법)을 입법모델로 하면서 정의와 적용범위를 다르게 규정하였기 때문에 발생한 문제이다. 이와 달리 거래방식의 정의에서 당사자를 특정하고 있는 유럽연합 소비자권리지침에서는 당사자를 기준으로 한 적용범위를 규정하고 있지 않다. 다섯째, 목적물에 있어 전자상거래는 전자거래를 기준으로 하기 때문에 재화 또는 용역이며, 재화에 대한 정의를 두고 있지 않다. 따라서 부가가치세법상 재화에 대한 정의¹⁵⁾가 적용되며, 이에 따라 권리는 재화에 포함된다. 반면에 통신판매에서는 재화 또는 용

14) 변호사 또는 의사 등이 상인에 해당하는가에 대해서는 궁정설(박경재, “변호사의 상인성”, 법조 제 655호, 2011, 144면; 손주찬 외[이규성 편], *주식 상법*[1], 한국사법행정학회, 1992, 154~156면 등)과 부정설(최기원, *상법학신론*[상], 박영사, 2004, 64면; 임홍근, *상법*[총칙·상행위], 법문사, 2001, 57면; 박찬우, “상인개념”, *연세법학연구* 제5집 제1권, 1998, 357면; 정성숙, “변호사의 상인성에 관한 연구”, *법학연구* 제25권 제1호, 2014, 289면 등)로 대립하고 있으며, 판례는 부정설의 입장을 취하고 있다(대법원 2007. 7. 26. 자 2006마334 결정).

15) 재화란 재산 가치가 있는 물건 및 권리를 말한다. 물건과 권리의 범위에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다(부가가치세법 제2조 제1호). 물건은 상품·제품·원료·기계·건물 등 모든 유체물 및 전기·가스·열 등 관리할 수 있는 자연력이다. 권리는 광업권, 특허권, 저작권 등 제1항에

역(일정한 시설을 이용하거나 용역을 제공받을 수 있는 권리를 포함한다)으로 규정하고 있다. 그 결과, 권리는 재화에 포함되는 것이 아닌 용역에 포함되며, 재화를 이용 또는 제공받을 수 있는 권리는 포함되지 않는다.¹⁶⁾ 마지막으로 전자상거래는 유상계약을 대상으로 하지만, 통신판매는 재산권이전계약과 용역제공계약에 국한된다. 즉, 계약은 유상계약과 무상계약으로 구분되지만, 거래는 반대급부의 제공을 요건으로 하기 때문에 무상계약은 이에 포함되지 않는다. 다만, 거래는 재산권 이전을 비롯하여 용역의 제공 또는 재산의 이용 등을 포괄하기 때문에 임대차를 포함한다. 반면에 통신판매는 재화의 판매 또는 용역의 제공이기 때문에 재화의 이용을 목적으로 하는 계약은 포함되지 않는다. 이에 일본에서는 임대차계약이 재화의 판매에 포함되지 않지만, 용역의 제공에 해당하기 때문에 임대차 역시 통신판매에 포함된다고 해석하고 있다¹⁷⁾. 그러나 용역의 제공과 재화의 이용은 상이하며, 사법적 규율뿐만 아니라 공법적 규율까지 병행하고 있는 법을 해석함에 있어서는 엄격해석하여야 하기 때문에 재화의 이용을 용역의 제공에 포함시킬 수 없다.¹⁸⁾

<표-1> 전자상거래와 통신판매의 차이점

	전자상거래	통신판매
정보제공	불요	정보의 사전제공
비대면	대면 또는 비대면	비대면
당사자	일방의 상인성	사업자와 소비자
목적물	재화 또는 용역	재화 또는 용역(일부 권리 포함)

다른 물건 외에 재산적 가치가 있는 모든 것으로 한다(동 시행령 제2조).

- 16) 전자상거래 등에서의 소비자보호 지침(공정거래위원회고시 제2015-7호, 2015. 8. 20., 일부개정)에서는 재화등을 제공받을 수 있는 이용권을 판매하는 사업자 관련하여 “사업자는 재화등을 할인하여 판매할 경우 재화등의 판매에 관한 정보를 제공하는 사이버몰의 화면에 할인을 산정의 기준이 되는 가격(중전거래가격, 시가 등)에 대한 정보, 할인율의 산정시점, 기준 가격에 영향을 미치는 재화등의 특성(종일/주간/야간, 주중/주말 등), 추가비용 등을 표시하여야 한다. 사업자는 유효기간이 있는 재화등의 이용권을 판매하면서 전자우편주소, 휴대전화번호 등 소비자의 연락처 정보를 보유하고 있는 경우 유효기간이 만료되기 전 1회 이상 전자우편, 휴대전화단문메시지 등을 통하여 소비자에게 해당 이용권의 명칭, 유효기간 등을 알려 유효기간 내 이용권의 사용을 독려하여야 한다. 사업자는 재화등의 이용권을 판매하면서 재화등의 제공업체가 이용권을 구매한 소비자를 고의적으로 다른 일반 소비자와 차별하여 대우하지 않도록 조치하여야 한다”고 규정하고 있다. 물론 이 내용은 권고사항이지만, 규정방식은 의무사항이다. 그 결과, 사업자는 지침에 따라 표시하여야 한다고 오인할 수 있다. 또한 사업자가 사용하는 약관이 권고사항에 규정된 내용보다 소비자에게 불리한 경우에 사업자는 법 제23조 제2항의 규정에 따라 그 다르게 정한 약관의 내용을 소비자가 알기 쉽게 표시 또는 고지하여야 하며, 그러한 표시 또는 고지를 하지 아니한 경우에는 법 제32조에 따른 시정조치의 대상이 된다. 따라서 권고사항 일지라도 사업자에게 의무가 발생하게 되며, 그 의무 불이행시 제재가 부과된다. 그렇다고 한다면 권고사항 역시 법에서 규정한 내용을 기초로 구성되어야 하지만, 재화등을 제공받을 수 있는 이용권 판매는 동법상 통신판매에 해당하지 않는다. 그럼에도 불구하고, 표시의무를 부과한 것은 상위법에서 위임하지 않은 사항을 규정한 것이기 때문에 위임입법 원칙을 위반한 것이다. 판매 역시 공정거래위원회의 고시 등 행정규칙은 법률의 위임 범위를 벗어나면 무효라고 볼 것이므로, 공정거래위원회의 소비자보호지침, 소비자분쟁해결기준 등이 소비자의 청약철회권을 제한하는 위약금 규정을 유효한 것으로 해석하고 있다고 하더라도 이로 인하여 법률에 반하는 위약금 규정이 유효해진다고 할 수 없다고 판시하였다(서울중앙지방법원 2018. 10. 24. 선고 2018나29442 판결).
- 17) 消費者廳 取引對策課/經濟産業省 商務・サービスグループ 消費者經濟企劃室, 特定商取引に關する法律の解説, 商事法務, 2018, 55면; 中崎 隆, 改正割賦販賣法, 金融財政事情研究會, 2010, 97면. 그러나 일본 민법학에서는 일본 민법상 전형계약을 재화이전형 계약·재화대여형 계약·노무제공형 계약 등으로 구분하고 있으며, 임대차를 용역제공형 계약이 아닌 재산이용형 계약으로 보고 있다(加藤雅信, 契約法, 有斐閣, 2007, 27~28면). 이러한 점은 우리 역시 동일하다.
- 18) 고희석, 전자상거래와 소비자보호법, 우리시스템, 2019, 16~25면.

계약	유상계약	재화의 판매 또는 용역의 제공
----	------	------------------

(2) 숙박시설이용계약이 통신판매에 해당하는지의 여부

이 사건은 온라인 플랫폼을 이용하여 숙박시설제공업자와 소비자간 숙박시설이용계약을 체결한 것이다. 따라서 기본적으로는 사업자와 소비자간 계약이기 때문에 소비자계약에 해당한다. 또한 온라인을 통해 계약이 체결되었으며, 숙박시설제공업자는 상인에 해당하기 때문에 전자상거래법상 전자상거래에 해당한다. 다만, 전자상거래법 제20조의2가 적용되기 위해서는 기본적으로 숙박시설제공업자와 소비자간 계약이 통신판매에 해당하여야 한다. 즉, 전자상거래법 제20조의2가 적용되는 사업자는 통신판매중개업자이며, 통신판매중개는 사이버몰 이용허락 등의 방법으로 당사자간 통신판매를 알선하여야 하기 때문이다. 앞에서 살펴본 통신판매의 성립요건을 숙박시설이용계약에 적용하면 다음과 같다. 첫째, 숙박시설제공업자는 원고의 플랫폼에 숙박시설이용계약에 관한 정보를 게시하였다. 따라서 통신판매의 요건 중 사전 정보제공은 충족되었다. 둘째, 당사자 요건으로 숙박시설제공업자는 사업자이며, 상인이다. 또한 그 이용자가 소비생활을 목적으로 숙박시설을 사용하거나 이러한 자와 동일한 지위 및 조건으로 이용할 경우에 소비자에 해당한다. 따라서 이 요건 역시 충족되었다. 셋째, 재화의 판매 또는 용역의 제공에 해당하는가의 여부이다. 공정거래위원회¹⁹⁾ 및 법원²⁰⁾ 모두 통신판매에 해당한다고 판단하고 있으며, 학설은 긍정설²¹⁾과 부정설²²⁾로 대립하

19) 전자상거래 등에서의 소비자보호 지침에서는 “숙박업 및 여행업 등에서 소비자가 통신판매를 통하여 예약한 후 청약철회등을 하고자 할 때 법 제17조제2항제3호(시간의 경과에 의하여 재판매가 곤란할 정도로 재화등의 가치가 현저히 감소한 경우)에 해당하는지에 대하여 통신판매업자와 소비자간에 분쟁이 발생하는 경우 사업자는 소비자분쟁해결기준상의 공제기준을 넘지 않는 범위에서 공제한 후 환불할 수 있다. 다만, 사업자는 소비자가 이러한 사실을 미리 알 수 있도록 사전에 고지하여야 하며 고지내용에는 법 제17조제2항제3호에 해당되는 구체적 사유 등을 포함하여야 한다”고 규정하고 있다. 따라서 공정거래위원회는 숙박시설이용계약을 통신판매에 해당한다고 판단하고 있다.

20) 전자상거래법 제2조 제2호에 의하면 ‘통신판매’란 우편·전기통신, 그 밖에 총리령으로 정하는 방법으로 재화 또는 용역의 판매에 관한 정보를 제공하고 소비자의 청약을 받아 재화 또는 용역을 판매하는 것을 말하고, 전자상거래법 제2조 제4호, 같은 법 시행규칙 제3조에 의하면 ‘통신판매중개’란 사이버몰(컴퓨터 등과 정보통신설비를 이용하여 재화 등을 거래할 수 있도록 설정된 가상의 영업장을 말한다. 이하 같다)의 이용을 허락하거나 그 밖에 자신의 명의로 통신판매를 위한 광고수단을 제공하거나 그 광고수단에 자신의 이름을 표시하여 통신판매에 관한 정보의 제공이나 청약의 접수 등 통신판매의 일부를 수행하는 방법으로 거래 당사자 간의 통신판매를 알선하는 행위를 말한다. 전자상거래법 제20조 제1항, 제2항에 의하면 통신판매중개를 하는 자를 통신판매중개자, 통신판매중개를 업으로 하는 자를 통신판매중개업자라고 한다. 전자상거래 등에서의 소비자보호 지침 II.2.라.에 의하면 사이버몰의 이용을 허락하는 방법으로 통신판매중개를 하는 사업자 A가 운영하는 사이버몰에서 중개의뢰자인 통신판매업자 B의 재화 등에 대한 판매정보의 제공과 청약의 접수 등이 이루어지는 경우, 해당 사이버몰을 운영하는 사업자 A는 통신판매업자인 통신판매중개자에 해당한다. 위 인정 사실에 의하면 원고는 자신의 플랫폼에서 숙박업체가 게시한 숙박상품의 정보를 제공하고 고객에게 이를 판매하며, 판매과정에서 고객의 숙박예약과 관련하여 숙박업체를 위하여 청약의 접수, 대금의 결제 업무 등을 수행하고 청약철회 및 계약해제의 기한·행사방법 및 효과에 관한 사항에 관한 정보를 제공하고 있고, 이를 업으로 하고 있으므로 원고는 전자상거래법상 통신판매중개업자, 통신판매업자인 통신판매중개자에 해당한다.

21) 이병준, “전자상거래 플랫폼과 거래관계에 대한 책임”, 소비자법연구 제5권 제1호, 2019, 27면; 이병준, “숙박공용과 그 법적 규제”, 소비자문제연구 제49권 제1호, 2018, 90면; 송순영, “에어비엔비(Airbnb)사례를 통해 본 공유경제 관련 법 제정 현황 분석”, 소비자정책동향 제64호, 2015, 15면; 김도년, “소비자보호법상 청약철회권 행사와 사업자의 부당행위”, 소비자법연구 제5권 제1호, 2019, 297면; 消費者廳 取引對策課/經濟産業省 商務·サービスグループ 消費者經濟企劃室, 앞의 책, 55면.

22) 고희석, “공유경제산업과 소비자보호”, 재산법연구 제34권 제3호, 2017, 120~123면; 오병철, “전자상거래법상의 플랫폼 규제와 개선방안”, 외법논집 제41권 제4호, 2017, 162면.

고 있다. 그러나 숙박시설이용계약은 단기임대차계약이며, 이는 재화에 대한 재산권을 이전하는 계약이 아닌 재화를 이용하는 계약이다. 따라서 재화의 판매에 관한 계약에 해당하지 않는다. 반면에 이를 용역의 제공계약으로 볼 수 있는가를 검토하면, 용역제공계약에서 급부의 대상은 채무자의 행위이며, 재화가 아니다. 그러나 숙박시설이용계약에서 목적물은 숙박시설이며, 숙박시설제공업자의 행위가 아니다. 물론 부수적으로 소비자가 숙박시설을 이용할 수 있도록 제반 용역을 제공하지만, 이를 기초로 용역제공계약이라고 하지 않는다. 예를 들어, 재화에 대한 매매계약에 있어 지참채무일 경우에 채무자는 그 재화를 채권자의 주소지에서 인도하여야 한다. 즉, 채무자의 공급행위가 필요하지만, 이를 기초로 용역제공계약이라고 하지 않는다. 그 결과, 숙박시설이용계약은 전자상거래법상 통신판매에 해당하지 않으며, 이를 통신판매에 해당한다고 판단한 공정거래위원회 및 법원은 유추적용을 한 것이다.

(3) 숙박시설이용계약의 중개가 통신판매중개에 해당하는지의 여부

이 사건에서 공정거래위원회 및 법원은 원고가 전자상거래법상 통신판매중개에 해당한다고 판단하였다. 그러나 앞에서 살펴본 바와 같이 숙박시설이용계약은 전자상거래에 해당하더라도 통신판매에는 해당하지 않는다. 따라서 본 계약이 통신판매에 해당하지 않기 때문에 이 계약의 체결을 중개하더라도 통신판매중개에 해당하지 않는다. 그럼에도 불구하고, 원고가 통신판매중개업자에 해당한다는 공정거래위원회와 법원은 유추적용을 한 것이다. 그 결과, 원고가 전자상거래법 제20조의2에서 규정하고 있는 통신판매중개업자에 해당하기 때문에 환불불가 조항을 규정하고 있는 원고의 약관에 대해 약관법을 적용할 수 있다는 공정거래위원회의 주장은 잘못된 것이다. 또한 공정거래위원회와 동일하게 원고가 전자상거래법상 통신판매중개업자에 해당하지만, 환불불가 조항에 관한 사업자에 해당하지 않는다는 법원의 판단은 모순이다. 즉, 원고에 대해 전자상거래법 제20조의2가 적용된다면 원고는 이에 따라 소비자에게 책임을 부담하게 되며, 그 책임을 면하기 위해서 플랫폼 이용약관에 환불불가 조항을 기재한 것이다. 그렇다고 한다면 플랫폼 이용약관은 원고와 소비자간 면책계약을 체결한 것이기 때문에 다른 사업자의 계약이 아닌 자신의 계약이기 때문에 약관법상 사업자 및 약관의 요건을 모두 갖춘 것이다. 이에 대해 법원은 원고가 숙박시설이용계약의 당사자가 아니라는 것을 이유로 이를 배척하고 있지만, 숙박시설이용계약과 그에 따른 책임과 관련된 계약은 구분하여야 한다. 즉, 원고는 숙박시설이용계약에서 당사자가 아니지만, 이로 인해 발생하는 책임을 부담한다. 따라서 그 책임은 면하기 위해 소비자와 면책계약을 체결한 것이기 때문에 그 계약은 타인의 계약이 아닌 자신의 계약이다. 그럼에도 불구하고, 원고가 통신판매중개업자에 해당한다고 판단하면서 그 면책약정에 대해 사업자가 아니라고 판단한 법원의 판시사항은 잘못된 것이다. 물론 필자는 원고가 통신판매중개업자에 해당하지 않는다고 판단하였기 때문에 법원의 판단과 결론에 있어 동일하다고 할 수 있지만, 그 근거는 상이하다.

3. 플랫폼 이용약관상 환불불가 조항의 약관법상 약관에 해당 여부

(1) 약관법상 약관에의 해당 여부

약관이란 그 명칭이나 형태 또는 범위에 상관없이 계약의 한쪽 당사자가 여러 명의 상대방과 계약을 체결하기 위하여 일정한 형식으로 미리 마련한 계약의 내용이다. 여기에서의 계약은 자신의 계약을 말하며, 자신의 약관에서 타인의 법률관계를 규정한 경우에 자기계약

성이 부정된다. 이와 반대로 법원은 이와 관계없이 약관법상 약관에 해당 여부를 판단하고 있지만, 이러한 해석은 약관에 대한 해석과 사업자에 대한 해석기준을 달리 한 것이기 때문에 타당하지 않다. 그렇다고 한다면, 플랫폼 이용약관 중 환불불가 조항은 약관법상 자기계약성의 요건을 충족하지 못하였기 때문에 약관에 해당하지 않는다.

(2) 약관법상 사업자에 해당 여부

법원은 환불불가 조항이 약관에 해당하지만 원고는 약관법상 사업자가 아니라고 판단하였다. 이 판단의 모순성은 앞에서 언급하였다. 또한 공정거래위원회는 전자상거래법 제20조의2를 근거로 원고가 사업자에 해당한다고 주장하였다. 그러나 앞에서 살펴본 바와 같이 원고는 전자상거래법상 통신판매중개업자에 해당하지 않으며, 전자상거래법 제20조의2에 따른 사업자에게도 해당하지 않으므로 면책계약의 당사자에도 해당하지 않는다. 또한 환불불가 조항은 약관법상 약관에 해당하지 않기 때문에 이를 사용하더라도 약관법상 사업자에 해당하지 않는다. 이는 약관법 및 전자상거래법의 해석에 기초한 것이다. 다만, 전자상거래법의 내용이 타당하다는 것은 아니며, 이 문제는 현행법에 대한 해석으로 해결할 수 없으며, 법 개정을 통해 해결할 수 밖에 없다.²³⁾

IV. 환불불가 조항의 불공정성²⁴⁾

1. 공정거래위원회 및 법원의 판단

(1) 공정거래위원회의 판단

숙박예약자가 숙박예약을 취소하는 경우 선결제한 숙박대금에서 공제되는 금액은 일종의 위약금으로 민법 제398조 제1항에서 정하고 있는 채무불이행에 따른 ‘손해배상액의 예정’²⁵⁾

23) 반대로 사업자 개념을 확대하는 방안·누구의 이익을 실현하기 위하여 제안된 조항인지를 기초로 판단하는 독일 판례의 입장·환불조항의 제안자와 환불조항의 선택자로 구분하여 이론구성하는 방안 및 시정조치의 대상인 사업자를 확대하는 방안을 결합하여 부킹닷컴의 사업자성이 인정될 수 있다는 견해도 있다(이병준, “숙박플랫폼의 환불불가 조항과 약관규제법에 의한 내용통제”, 소비자법연구 제6권 제3호, 2020, 91면). 또한 숙박플랫폼에서 사용되는 모든 숙박계약의 조건을 형성하고 있는 지위에 숙박플랫폼 사업자가 있으므로 개개의 숙박사업자가 아닌 숙박플랫폼 사업자에 대하여 약관의 변경을 도모하는 것이 타당하다. 이러한 취지를 기초로 해서 살펴볼 때 판례에 의한 법형성이 요구된다고 할 수 있다고 주장한다(이병준, 앞의 글, 91면). 그 취지에 대해서는 공감할 수 있다. 그러나 시정조치는 침익적 행정행위이기 때문에 이와 관련된 규정은 엄격해석하여야 하며, 법원의 법형성적 판결은 불가능하다. 판례도 ‘방문판매 등에 관한 법률 및 그 시행령의 규정 내용과 아울러, 위 법률이 제13조에서 다단계판매행위로 하여금 관할 관청에 등록하도록 하면서 이에 위반한 경우 제42조에 따라 피고로부터 시정조치를 받게 될 뿐 아니라 제51조에 따라 형사처벌까지 받도록 규정함으로써 다단계판매행위를 하였는지 여부를 침익적 행정처분과 형사처벌의 전제로 삼고 있어, 위 법률에 규정된 다단계판매의 의미를 해석함에 있어서 규정의 문언에 따라 엄격하게 해석하여야 하고 이를 넘어서는 확장해석을 할 수는 없다’고 판시하였다(대법원 2009. 4. 9. 선고 2008두17424 판결).

24) 이 사건에서 환불불가 조항은 약관법상 약관에 해당하지 않으며, 원고 역시 약관법상 사업자에 해당하지 않음에 대해서는 앞에서 서술하였다. 그럼에도 불구하고, 환불불가 조항의 불공정성을 판단하는 이유는 숙박시설제공업자의 약관에서 이와 동일한 내용을 규정하고 있을 경우에 불공정성을 판단하여야 하기 때문이다.

25) 손해배상액의 예정이란 채무불이행시 발생할 손해배상의 액수에 관하여 당사자들이 미리 정해 놓은 것을 의미하는데, 심사대상 약관조항은 고객의 예약 취소 시 해당 객실의 미판매로 인한 손해액을 숙박대금 전체로 정해 놓고 이를 고객에게 부과하는 내용이기 때문에 손해배상액의 예정에 해당한다.

에 해당한다. 이러한 손해배상액의 예정이 과중하다고 하여 무조건 부당하다고는 할 수 없으며, 예약의 취소로 인한 손해액 크기, 예약의 취소 이후 재판매 가능성, 고객의 취소 시기나 숙박예정일로부터 남은 기간, 거래 관행 등을 참작한 결과 채무액에 대한 예정액의 비율, 예상손해액의 크기 등이 공정을 잃은 결과를 초래할 경우 손해배상의 예정액이 부당하게 과다하다고 할 수 있을 것이다²⁶⁾. 살피건대, 피심인의 이 사건 약관조항은 다음과 같은 점을 고려하면 고객에게 부당하게 과중한 손해배상 의무를 부담시키는 약관조항으로 약관법 제8조에 해당하여 무효이다. 먼저, 이 사건 약관조항은 일단 고객이 숙박예약을 취소하는 경우 숙박예정일까지 남아 있는 기간 등의 고려 없이 전액 환불이 불가능하도록 규정하고 있다. 그런데, 일반적으로 숙박예정일까지 상당한 기간이 남아 있는 경우에는 고객이 숙박예약을 취소하더라도 해당 객실의 재판매 가능성이 매우 높으며, 재판매가 이루어질 경우 피심인 및 관련 숙박업체의 손해는 거의 없고 오히려 고객에게서 몰취한 숙박대금은 부가적인 수익이 될 수 있다. 그러나 이 사건 약관조항은 고객의 취소시기, 숙박예정일로부터 남은 기간, 취소객실의 재판매 가능성 등을 전혀 고려하지 않았으므로 고객에게 부당하게 과중한 손해배상 의무를 부담시키는 조항에 해당한다. 이에 대하여 피심인은 환불가능한 조건의 상품은 정상가격으로, 환불불가능한 조건의 상품은 그보다 저렴한 가격으로 제시하여 소비자에게 선택권을 부여하였으므로 소비자의 후생에 이바지하며, 자신의 플랫폼에 게시된 실제 숙박상품들에 대한 경제분석 결과에 따르면 더 빨리 예약을 할수록 환불가능 조건 상품 대비 환불불가 조건 상품의 할인율이 더 높게 나타나므로 환불불가 조건 상품은 소비자의 이익에 기여한다고 주장한다. 살피건대, 다음과 같은 점에서 피심인의 이러한 주장은 이유 없다. 첫째, 소비자에게 선택권을 부여한 것은 소비자 후생에 기여하는 바가 있다 하더라도 피심인의 환불불가 조항은 숙박예정일까지 남아 있는 기간과 상관없이 일률적으로 숙박대금 전액을 위약금으로 부과하고 있는 점, 재판매 가능성을 전혀 고려하고 있지 않은 점 등을 감안하면 부당하게 과중한 손해배상 의무를 부담시키고 있다. 둘째, 피심인의 경제분석자료에 따르면 하더라도 피심인의 사이트에 게시된 환불불가 조건 상품은 환불가능 조건 상품에 비하여 평균 12.7%(5.5% ~ 17.9%) 할인되는 것에 불과하고, 예약시점으로부터 숙박예정일이 가까워질 경우에는 할인율이 낮아지지만 오히려 숙박예정일까지 일정 기간 이상 남은 경우(예를 들어, 숙박예정일이 예약시점으로부터 000일 이상 남은 경우)의 할인율은 숙박예정일이 더 가까운 기간보다 작거나 비슷하게 나타나는데, 더 빨리 예약할수록 할인율이 높다는 피심인의 주장은 사실과 다르며, 기타 합리적인 이유도 없다. 따라서, 소비자가 환불불가조건 상품을 선택하였다고 하여 남은 기간에 상관없이 숙박대금 전액을 일률적으로 예약취소에 대한 위약금으로 부과하는 이 사건 환불불가 조건 상품이 당연히 소비자 후생증대에 기여한다고 보기는 어렵다.

(2) 법원의 판단

1) 환불불가 상품의 특성

26) 민법 제398조 제2항은 ‘손해배상의 예정액이 부당하게 과다한 경우에는 법원은 적당히 감액할 수 있다고 규정하고 있고, 법원은, ‘채권자와 채무자의 경제적 지위, 계약의 목적과 내용, 손해배상액을 예정한 동기, 채무액에 대한 예정액의 비율, 예상손해액의 크기, 당시의 거래 관행과 경제 상태 등을 참작한 결과 손해배상액 예정액의 지급이 경제적 약자의 지위에 있는 채무자에게 부당한 압박을 가하여 공정을 잃는 결과를 초래한다고 인정되는 경우’ 부당하게 과다한 손해배상의 예정액을 감액할 수 있다고 판시하고 있다(대법원 1993. 4. 23. 선고 92다41719 판결 참조).

원고의 플랫폼에 게시된 숙박상품은 호텔의 위치, 객실의 크기, 부대시설 이용 가부, 조식 제공 여부, 침대의 크기와 형태, 환불가능 여부 등 숙박조건에 따라 고객에게 다양한 가격으로 제공된다. 환불불가 조항은 숙박대금에 일정한 할인율을 적용하는 대신 숙박대금을 예약 즉시 결제하여야 하고 숙박예약을 취소하더라도 남은 기간에 관계없이 이미 결제된 숙박대금을 환불하지 않는 조건을 결합한 것이다. 환불불가 상품은 환불가능 상품과 별개로 취급되는 독립적인 숙박상품이고 환불가능 상품보다 숙박대금이 보다 저렴한 특성을 가지고 있다.

2) 고객의 선택 자유

고객은 원고의 플랫폼에서 여러 숙박상품의 가격과 조건을 비교하여 숙박예약을 할 수 있다. 환불불가 여부는 숙박상품의 가격과 조건을 결정하는 요소의 하나로 눈에 잘 띄는 곳에 배치되어 있고, 대체로 환불불가 상품과 환불가능 상품이 동시에 주어져 비교할 수 있게 되어 있으며, 환불불가 상품 외에도 환불가능 상품이 다양한 조건으로 주어져 있다. 환불불가 상품이 숙박상품의 범위에 포함되어 고객의 상품 선택의 폭이 넓어지고 고객에게 환불불가 상품을 선택할지에 관한 권리가 제공되어 있으며 환불불가 상품으로 인해 환불가능 상품에 대한 고객의 선택권이 제한되지 않는다. 고객은 원고의 플랫폼 외에도 다양한 경쟁 플랫폼에서 여러 숙박상품의 가격과 조건을 비교하여 자유로이 숙박예약을 할 수 있으므로, 원고나 숙박업체가 거래상 지위를 남용하여 환불불가 조항을 제시하고, 고객이 원고나 숙박업체와의 관계에서 열등한 지위에서 환불불가 상품에 관하여 어쩔 수 없이 숙박예약을 체결한다고 볼 수 없다. 환불불가 상품의 가격이 저렴하고 검색 결과 대체로 최상단에 게시된다는 점만으로는 원고의 플랫폼이 고객의 선택권을 실질적으로 제한한다고 보기 어렵다. 고객에게 환불불가 상품과 환불가능 상품에 관한 실질적인 선택권이 부여되었고 그만큼 고객의 편익이 증가한다고 볼 수 있다.

3) 환불불가 상품에 대한 선택 동기

고객에게는 환불불가 상품과 환불가능 상품 중 어느 하나를 선택할 수 있는 선택권이 있다. 사전 계획을 용이하게 수립할 수 있는 고객은 저렴하게 책정된 환불불가 상품을 선택하여 할인을 받을 가능성이 크고, 사전 계획을 용이하게 수립할 수 없거나 손해배상 예정금의 위험을 감수하고 싶지 않은 고객은 환불가능 상품을 선택할 가능성이 크다. 고객은 자신의 상황에 따라 특정 조건의 숙박상품을 자유로이 선택함으로써 이익을 조정할 수 있는 기회를 가졌다고 볼 수 있다.

4) 환불불가 조항으로 인한 고객의 이익과 불이익 비교

고객이 숙박예약을 취소할 경우 숙박업체로부터 숙박서비스를 전혀 제공받지 않음에도 숙박대금 전액이 손해배상 예정액으로 되어 환불받지 못하므로, 숙박대금 대비 손해배상 예정액의 비율이 100%에 달한다. 이 자체만 보면 고객이 숙박예약 취소 시 받는 불이익이 크다고 볼 수는 있다. 그러나 환불불가 상품의 가격은 환불가능 상품에 비하여 저렴하며, 그 할인율은 평균 약 10% 내외로 보인다(원고 측 분석결과에서는 할인율이 최소 5.5%에서 최대 17.9%, 평균 12.7%로 집계되었다. 갑 제8호증). 고객이 예약한 그대로 환불불가 상품을 이용할 경우 환불가능 상품을 선택한 경우에 비하여 환불가능 상품과 환불불가 상품의 숙박대금 차액(이하 '할인액'이라 한다) 상당의 이익을 얻을 수 있다. 숙박대금 중 할인액은 환불불가

조항의 대가로 결부되어 있으므로, 통상의 계약 위반에 대한 손해배상의 예정과는 구별된다. 환불불가 상품은 환불가능 상품에 비하여 숙박계약이 원만하게 이루어질 경우 고객의 이익으로 돌아가지만 숙박계약을 취소할 경우 고객의 손해로 돌아가게 되므로, 환불불가 조항으로 인한 손해배상 예정이 부당하게 과중한지 여부를 판단하기 위해서는 손해배상 예정액 자체의 불이익뿐만 아니라, 손해배상 예정액과 결부된 할인의 이익을 종합적으로 고려하여 손해배상 예정액이 부당하게 과중한지 여부를 따져야 한다. 고객에게 예상되는 이익이 불이익보다 크거나 그와 같다면 환불불가 조항이 부당하게 과중한 손해배상 의무를 부담시키는 조항이라고 보기는 어려울 것이다. 예상불이익이 예상이익보다 다소 높다 하더라도 그러한 사정만으로는 환불불가 조항이 고객에게 부당하게 과중한 손해배상 의무를 부담시키는 약관 조항이라고 단정할 수 없고, 예상불이익이 예상이익을 초과하는 정도가 커서 그 불균형이 현저한 경우에 한하여 그와 같이 볼 수 있을 것이다. 환불불가 상품은 여행기간을 미리 확정할 수 있고 취소 가능성이 낮은 고객이 주로 선택할 가능성이 크므로, 환불불가 조항을 인식하고 할인혜택을 받았으나 사후적인 개인적 사정으로 숙박계약을 취소한 고객의 숫자가 많지 않을 것으로 보이는 반면, 할인혜택을 받아 숙박서비스를 받은 고객의 숫자는 이보다 훨씬 많을 것으로 보인다. 전체 숙박상품에서 환불불가 상품을 일률적으로 제거하는 경우 사전 계획을 용이하게 수립하여 할인을 받고자 하는 고객의 선택권을 박탈하는 결과와 고객의 후생이 전체적으로 감소할 여지가 있다. 피고가 제시한 처분사유는 ‘고객의 취소 시기, 숙박예정일로부터 남은 기간, 취소객실의 재판매 가능성 등을 전혀 고려하지 않았으므로 고객에게 부당하게 과중한 손해배상 의무를 부담시키는 조항에 해당한다.’는 것이나, 피고가 이러한 결론에 이르는 과정에서 숙박대금 중 할인액이 환불불가 조항과 결부된 대가라는 점을 충분히 고려하였는지 확인하기 어렵다. 환불불가 조항은 편입되는 개별 숙박계약과 결부되어 있으므로, 개별 숙박계약의 전체 내용 속에서 환불불가 조항이 지나치게 과중한지를 따져야 함에도 피고가 개별 숙박계약의 내용이 어떠한지를 살펴보고 환불불가 조항이 지나치게 과중한지를 판단하는 과정을 거쳤다고 볼 증거도 없다. 을 제33 내지 38호증의 기재 등 피고가 제시한 증거들만으로는 환불불가 상품으로 인해 고객에게 생길 수 있는 불이익과 이익의 내용 및 불이익과 이익 발생의 개연성, 숙박예정일로부터 남은 기간에 따른 취소객실의 재판매 가능성, 예상 손해액의 크기를 구체적, 객관적으로 파악하기 어려우므로, 환불불가 조항으로 인한 손해배상 의무가 고객에게 ‘부당하게 과중’하다고 단정하기 어렵다.

5) 불가항력적인 상황의 구제

등록약관에 의하면 불가항력적인 사건이 발생할 경우 숙박업체가 고객에게 숙박요금을 청구할 수 없게 하고 원고도 숙박업체로부터 수수료를 받지 않도록 하고 있으므로, 고객에게 과중한 손해배상금을 부담하지 않도록 일정한 보호장치를 두고 있다.

6) 일부 고객의 피해 문제

원고는 고객이 환불불가 상품에 대한 예약을 하는 단계에서 4차례 정도 계약 취소 시 숙박대금 전액이 손해배상 예정액이 된다는 점을 고지함으로써 고객이 경솔하게 환불불가 상품을 선택하지 않도록 하고 있다. 환불불가 조항에 대한 신중한 검토를 거쳐 환불불가 상품을 예약하였으나 사후적인 개인적 사정으로 여행계획을 취소하게 된 고객의 경우 환불가능 상품을 선택할 수 있었음에도 취소 시 당할 불이익을 충분히 감수하고 보다 저렴한 가격에 환불불가 상품을 선택하였다고 볼 수 있으므로, 이익과 결부된 불이익이 현실화되었다고 하

여 손해배상 의무가 부당하게 과중한지 의문이 든다. 그럼에도 경솔, 무경험으로 신중한 검토 없이 환불불가 상품을 예약하였다가 취소하였다고 주장하는 고객의 경우 구체적인 사건에서 민법 제104조의 불공정한 법률행위에 의한 해결을 기대할 수 있다.

7) 숙박계약 취소로 인한 숙박업체의 손해

숙박업체는 고정비용이 높고 숙박하는 고객이 늘어날 때 소요되는 추가비용이 적게 늘어나는 비용구조를 가지고 있으며, 해당 일에 객실이 사용되지 않으면 효용이 사라진다. 숙박업체로서는 환불불가 상품의 예약을 받아 안정적으로 객실 사용률을 높이는 데 도움을 받을 수 있다. 숙박상품의 재판매가 가능한 시점에 예약이 취소되고 실제로 재판매가 된 경우 숙박업체와 원고에게는 재판매거래를 위해 소요된 비용 외에는 별다른 손해가 발생하지 않을 수 있으나, 숙박상품이 재판매가 불가능한 시점에 예약이 취소되거나, 그 전에 취소되더라도 재판매가 되지 않는다면, 숙박업체는 고객으로부터 숙박대금을 받을 수 없게 된다. 피고는 숙박업체가 어느 정도 손해를 입는지에 관한 객관적이고 합리적인 자료를 제시하지 않았다. 피고는 이 사건 처분서에서 ‘일반적으로 숙박예정일까지 상당한 기간이 남아 있는 경우에는 고객이 숙박예약을 취소하더라도 해당 객실의 재판매 가능성이 매우 높다.’고 하였을 뿐 구체적인 재판매율을 확인하였다고 인정할 증거가 없다. 원고는 2020. 2. 21.자 준비서면에서 2019년 국내 환불불가 상품의 재판매율은 0.068%에 불과하여 숙박예정일까지 남은 기간을 막론하고 재판매율이 극히 낮다고 밝혔다. 이에 의하면 숙박업체는 고객의 숙박예약 취소 시 재판매가 어려워 숙박대금에 상당한 손해를 입는 경우가 많은 것으로 보이고, 재판매를 하더라도 할인 판매의 가능성, 재판매를 위한 노력 등 유무형의 손해 내지 비용이 발생할 수 있다.

8) 기타 사정

원고는 세계적인 숙박예약 서비스 플랫폼 사업자로서 우리나라 고객과의 관계에 있어서만 우리나라 약관법의 적용을 받게 된다. 피고의 시정명령이 유지될 경우 다른 나라의 고객에게는 환불불가 조건으로 저가에 제공되는 숙박상품을 우리나라의 고객이 이용하지 못할 수 있다. 이는 환불불가 숙박상품이라도 미리 저가로 예약하기를 원하는 고객의 선택권을 침해하여 고객의 후생을 감소시키는 결과를 초래할 수 있다.

2. 환불불가 조항의 불공정성 여부에 대한 분석

(1) 환불불가 조항의 의미

환불불가 조항은 소비자가 숙박시설이용계약을 취소²⁷⁾한 경우에 남은 기간에 관계없이 일률적으로 숙박대금 전액을 환불하지 않는다는 약정이다. 그 의미에 대해서는 다음의 두 가지로 해석할 수 있다. 첫째는 소비자의 약정해제권을 인정하지만, 위약금을 이용대금 전액으로 하는 것이다. 둘째는 소비자의 약정해제권 자체를 부정하고, 숙박시설 이용 여부와 관계없이 대금의 반환을 부정하는 것으로 해석하는 것이다. 양자의 차이점은 소비자의 약정해제권이 인정되는가의 문제이다. 전자는 인정하지만, 후자는 부정한다. 이와 같이 두 가지로 해석할 수 있지만, 문언 및 다른 위약금 없는 취소와의 관계를 고려할 때 전자로 해석하여

27) 취소라고 규정하고 있지만, 법적 측면에서 취소가 아닌 해제이다. 즉, 취소는 법정 사유에 의해서만 발생하기 때문에 그 이외의 사유로 계약을 해소하는 것은 해제에 해당한다.

야 할 것이다. 따라서 환불불가 조항은 소비자의 해제권을 인정하지만, 손해배상액을 숙박시설이용대금 전액으로 하는 것으로 해석하여야 할 것이다. 공정거래위원회 및 법원도 이와 같이 해석하고 있다.

(2) 해약금 규정의 적용 가능 여부

민법에서는 당사자가 계약당시에 금지 기타의 물건을 계약금 등의 명목으로 상대방에게 교부한 경우에 당사자간 다른 약정이 없는 한 이행에 착수하기 전까지 이를 포기하거나 배액을 상환하고 계약을 해제할 수 있다고 규정하고 있다(민법 제565조). 그러나 이 규정에 따라 소비자가 숙박시설이용계약을 해제하기 위해서는 다른 약정이 없어야 하며, 일방의 이행 착수가 없어야 한다. 여기에서 일방의 이행착수는 채무자에 국한되는 것이 아닌 채권자도 포함된다.²⁸⁾ 따라서 소비자는 그 대금 전부를 지급한 경우에 자신의 채무 이행을 완료하였기 때문에 이 규정에 따른 해제권을 행사할 수 없다.

(3) 과중한 위약금 약정 여부

일방의 계약 위반에 따라 상대방에게 손해가 발생할 경우에 피해자는 그 손해에 대한 배상을 청구할 수 있지만, 그 손해액을 증명하기란 쉽지 않다. 따라서 미리 그 손해액을 예정하거나 위약금을 약정한다.²⁹⁾ 따라서 당사자는 위약금 지급사유가 발생한 경우에 손해액을 증명하지 않고, 바로 약정한 위약금을 청구할 수 있다. 다만, 그 위약금이 실제 발생한 손해보다 과중한 경우에 법원은 감액할 수 있다(민법 제398조 제2항). 그렇다면 원고의 환불불가 조항은 과중한 위약금 약정에 해당하는가의 문제가 제기된다. 공정거래위원회는 이에 해당한다고 판단하였지만, 법원은 이에 해당하지 않는다고 판단하였다. 이하에서는 법원의 판단 근거에 대해 검토한다.

1) 상품가격의 할인과 소비자의 선택권

원고의 플랫폼을 통해 거래되는 숙박시설은 취소시 환불이 가능한 경우와 불가능한 경우로 구분되며, 후자의 가격이 전자의 가격보다 더 저렴하다. 또한 소비자는 환불이 불가능한 숙박시설이용계약을 체결하여야 하는 것이 아닌 양자 중에서 선택할 수 있다. 이러한 점을 기초로 법원은 소비자의 편익이 증가되었다고 판단하였다. 그러나 동일한 상품에 대해 가격의 차이가 존재하고, 소비자가 더 낮은 가격의 상품을 선택할 수 있다고 하여 과중한 위약금 여부에 대한 판단이 달라질 수 없다.³⁰⁾ 예를 들어, 숙박시설제공업자가 환불불가 숙박시

28) 원·피고사이의 본건 임야매매계약에 있어 수수된 계약금을 소론과 같은 해약금의 수수료로 인정하였음이 명백할 뿐 아니라 원심이 민법제565조 제1항에서 말하는 당사자의 일방이라는 것은 매매쌍방중 어느 일방을 지칭하는 것이고 상대방이라고 국한하여 해석할 것이 아니며 따라서 매매계약의 일부이행에 착수한 당사자는 비록 상대방이 이행에 착수하지 않았다 하더라도 해제권을 행사할 수 없다고 해석할 것이므로(대법원 1956.11.17선고 4289 민상293 판결 참조)원심이 같은 견해로 본건 임야 매매계약의 당사자의 일방되는 피고가 매도인으로서의 계약이행에 착수한 이상 계약금 배액상환으로 동 매매계약을 해제할 수 없다고 판단한 조치에 소론과 같은 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다(대법원 1970. 4. 18. 선고 70다105 판결).

29) 공정거래위원회는 숙박예약자가 숙박예약을 취소하는 경우 선결제한 숙박대금에서 공제되는 금액은 일종의 위약금으로 민법 제398조 제1항에서 정하고 있는 채무불이행에 따른 손해배상액의 예정에 해당한다고 하였다. 그러나 민법 제398조 제1항은 채무불이행을 요건으로 하지만, 이 사건에서 소비자는 대금을 전부 지급하였기 때문에 채무불이행은 존재하지 않는다. 따라서 이는 위약금 약정에 해당하며, 근거 규정은 민법 제398조 제4항이다.

30) 할인된 항공권 구매계약에 대한 청약철회 사건에서 법원은 소비자가 할인 및 위약금 약정에 대해

설(1박 9만원)과 환불가능 숙박시설(1박 10만원)의 이용에 관한 정보를 플랫폼에 게시하고, 양자간 가격의 격차가 10%라고 하였을 경우에 각각의 숙박시설 이용계약을 체결한 소비자가 숙박일 이전에 취소하였을 경우에 부담하는 위약금은 전자의 경우에 9만원이지만, 후자의 경우에는 없거나 1만원 내외에 불과하다. 그 결과, 전자의 계약을 체결한 소비자는 후자의 계약을 체결한 소비자보다 8배 이상의 위약금을 더 부담하게 된다. 그럼에도 불구하고, 이러한 위약금 약정이 타당하다면 정상가격보다 할인하여 판매하는 경우에 대금 전부를 위약금으로 정하는 약정 역시 과도한 위약금 약정에 해당하지 않아야 한다. 예를 들어, 숙박시설제공업자가 환불불가 숙박시설 이용계약(정상가의 10% 할인, 1박 9만원)만을 체결할 경우에 소비자의 해제시 대금 전부를 환불하지 않더라도 과도한 위약금 약정에 해당하지 않게 된다. 그러나 위약금 약정이 과도한 것인가의 여부는 그 계약 자체로 판단하여야 하며, 할인 요소 또는 다른 계약을 체결할 수 있는지의 여부는 판단요소로 고려하여서는 아니된다. 즉, 위약금 약정은 그 계약에 국한하여 과도성 여부를 판단하여야 하며, 다른 계약을 체결할 수 있다고 하여 그 기준을 달리 정하는 것은 타당하지 않다. 다만, 위약금을 대금의 100%로 정하였다고 하여 무조건적으로 과도한 위약금 약정이라고 할 수 없다. 이에 대해서는 숙박시설제공업자의 손해와 관련되기 때문에 다음에서 서술한다.

2) 숙박시설제공업자의 손해 및 다른 소비자의 이용가능성 배제

공정거래위원회는 소비자가 해제하더라도 숙박예정일까지 상당한 기간이 남아 있는 경우에 다른 소비자와 계약을 체결할 수 있다는 점을 제시하였다. 이에 대해 원고는 환불불가 상품의 재판매율이 0.068%에 불과하여 숙박예정일까지 남은 기간을 막론하고 재판매율이 극히 낮다고 주장하였으며, 법원은 원고의 주장을 수용하였다. 이러한 점은 소비자가 숙박시설이용계약을 해제하였을 경우에 실제 숙박시설업자에게 발생하는 손해가 얼마인가를 판단하기 위함이라고 할 수 있다. 원고의 주장에 따르면, 숙박시설이용에 관한 재계약은 거의 이루어지지 않기 때문에 소비자의 해제에 따라 숙박시설업자에게 발생하는 손해는 대금 전부에 해당한다. 그러나 이를 역으로 분석하면 소비자가 계약을 체결하지 않았다면 다른 소비자도 계약을 체결하지 않을 가능성이 거의 100%라는 것이다. 따라서 소비자의 해제권을 인

인지 및 동의하였다고 하더라도 전자상거래법에 따라 소비자는 청약 철회할 수 있다고 다음과 같이 판시하였다. 즉, 원고들은 항공사 환불규정에 명시된 요금규정을 확인하고 그에 동의한 뒤 예약 및 대금결제 한 사실, 원고들은 이 사건 항공권을 1장당 1,172,100원(항공요금 1,035,900원과 체세공과금 136,200원)에 구매하였는데 정상운임은 3,372,000원으로 많은 할인을 받았고 환불위약금이 있는 항공권은 그렇지 않은 항공권에 비하여 가격이 낮은 사실, 항공권의 경우 일반적인 재화나 용역에 비하여 시간이 경과할수록 재판매할 수 있는 기회가 줄어드는 특징이 있는 사실과 국제적으로도 많은 항공사들이 환불위약금 부과를 조건으로 항공권을 할인판매하고 있는 사실은 인정된다. 그러나 한편 원고들은 항공권 구입일로부터 7일 만인 2017. 8. 17. 청약철회권을 행사하였고, 그때는 출발일인 2017. 9. 25.까지 40일이나 남아 있어 항공권 재판매가 충분히 가능한 시점인 점(원고들이 이 사건 항공권을 구입한 시점과 청약철회 시점 사이에 항공권 재판매 가능성에 큰 차이가 있다고 보기 어렵다), 원고들의 청약철회권은 7일이라는 짧은 기간 내에만 한정적으로 인정되는 것인 점, 할인 항공권의 경우 소비자들이 충동구매를 할 가능성이 더 크고, 청약철회권 자체가 합리적인 의사결정을 하지 못하는 소비자를 보호하기 위하여 법률에서 특별히 인정한 것이므로 원고들이 위약금 규정을 다 고지받고 항공권을 구매하였다는 점은 청약철회권을 제한할 사정이 되지 않는 점, 청약철회 시점과 출발일이 근접한 경우에는 전자상거래법 제17조 제2항 제3호(시간이 지나 다시 판매하기 곤란할 정도로 재화 등의 가치가 현저히 감소한 경우)에 해당하여 청약철회가 제한된다고 볼 여지가 있으나 원고들의 경우 출발일 40일 이전에 청약철회를 한 경우로서 그에 해당된다고 볼 수도 없는 점을 감안하면, 앞서 본 사정만으로 이 사건 항공권의 환불위약금 규정이 소비자인 원고들에게 불리하지 않다는 사정이 명백하고 할 수 없다(서울중앙지방법원 2018. 10. 24. 선고 2018나29442 판결).

정하더라도 다른 소비자의 숙박시설이용에 관한 선택권 침해의 문제는 발생하지 않는다. 즉, 법원은 이를 공정한 약관으로 인정할 경우에 이러한 할인계약이 없어지게 될 것이므로 종국적으로 다른 소비자의 편익에 반할 수 있다는 점을 제시하고 있다. 그러나 이러한 논리는 가정에 불과하며, 이러한 가정은 다른 사례에서 사실이 아닌 것으로 확인되었다. 즉, 사용후 전기제품에 대한 청약철회권의 인정과 관련된 사안에서 사업자는 이를 인정할 경우에 막대한 손해의 발생과 더불어 제품가격의 인상을 주장하면서 청약철회의 배제대상에서 제외하여야 한다고 주장하였다. 그러나 여전히 사용한 전기제품에 대한 청약철회는 인정되며, 가격은 인상되지 않았다. 따라서 이를 인정한다고 하여 할인상품이 없어질 것이라는 법원의 판단은 시장의 기능을 도외시한 것이다. 다만, 소비자의 해제권을 행사한 시점 및 할인율은 사업자에게 발생한 손해를 판단함에 있어 중요한 기준이 된다. 즉, 소비자가 숙박예정일에 근접한 시점에 해제할 경우에 다른 소비자와 숙박시설이용계약을 체결할 가능성은 매우 낮아진다. 그렇다면 사업자가 부담하여야 할 손실은 사실상 거의 숙박대금 전부라고 할 수 있다. 또한 그 할인율이 매우 높아 숙박시설이용요금이 정상가격으로 거래되는 숙박시설이용계약의 일반적인 위약금에 해당할 경우(정상가 : 10만원, 할인가 : 2만원)에 그 전부를 위약금으로 정하더라도 과도하다고 판단할 수 없다. 그러나 사안에서의 할인율은 평균 12.7%에 불과하며, 숙박예정일과의 잔여기간에 관계없이 숙박대금 전부를 위약금으로 정하고 있다.

3) 소결

법원은 환불불가 상품의 특수성, 소비자의 선택 자유, 재판매의 곤란성 등을 이유로 환불불가 조항이 과도한 위약금 약정에 해당하지 않으므로 불공정하지 않다고 판단하였다. 그러나 위약금의 과도성은 해당 계약 자체로 판단하여야 하며, 다른 계약을 체결할 수 있다는 점을 이유로 과도하지 않다고 판단하는 것은 우리의 시장이 자유경쟁시장이라는 점을 간과한 것이다. 또한 상품의 할인 여부는 사업자가 자유롭게 결정할 문제이지만, 할인을 이유로 그 대금 전부를 위약금으로 정하는 것은 타당하지 않다. 특히, 소비자의 해제로 인해 사업자는 채무를 이행하지 않아도 됨으로 이에 따라 비용을 지출하지 않기 때문에 이익을 얻는다. 그럼에도 불구하고, 손익상계를 고려하지 않고 대금 전부를 위약금으로 규정한 약정을 과도한 위약금 약정이 아니라고 판단한 법원의 판단은 문제가 있다.³¹⁾ 다만, 소비자가 해제권을 행사한 시점이 숙박예정일에 근접한 경우라고 한다면 다른 소비자와 계약을 체결할 가능성이 매우 낮기 때문에 숙박시설제공업자에게 발생하는 손실이 크다고 할 수 있다. 그러나 사안에서는 상당한 기간이 남아 있는 경우에도 대금 전부를 위약금으로 정하고 있기 때문에 이는 과도한 위약금 약정에 해당하며, 약관법 제8조에 해당하는 불공정한 약정이라고 할 수 있다.

V. 제3자 약관에 대한 약관법의 한계와 개선방향

1. 약관법의 취지와 한계

(1) 약관법의 취지와 기능

31) 숙박료 전액을 예약취소에 따른 손해액으로 간주하는 규정은 고객에게 '부당하게 과중한' 손해배상책임을 부과하고 있는 것으로 보는 견해(이병준, 앞의 “숙박플랫폼의 환불불가 조항과 약관규제법에 의한 내용통제”, 98면)는 필자의 견해와 같다.

사적 자치의 원칙에 따라 계약내용은 강행규정을 위반하지 않은 범위 내에서 당사자가 합의를 통해 자유롭게 정할 수 있다. 그러나 대량거래의 시대에서 협의를 통해 계약내용을 정하는 것은 사실상 비효율적이다. 따라서 사업자는 계약체결과정에서 효율성을 높이기 위해 약관을 사용하기 시작하였으며, 현대사회에서는 약관을 통한 거래(특히, 사이버몰에서의 거래)가 일반화되었다. 그러나 약관의 사용은 간편하게 계약을 체결할 수 있는 편익을 제공하지만, 그 부작용(불공정한 약관의 사용에 따른 고객의 피해)도 존재한다. 이러한 점은 약관작성의 일방성에서 비롯된다. 따라서 불공정약관의 사용에 따른 고객의 피해를 방지하기 위해 약관법이 제정되었다. 이러한 약관법은 추상적 통제방식을 취하고 있기 때문에 사전적으로 불공정한 약관의 사용에 따른 고객의 피해를 방지할 수 있다는 점에서 의미가 크며, 불공정한 약관으로 인한 고객의 피해발생시 피해구제에 있어 지대한 역할을 수행하고 있는 점 역시 자명한 사실이다.

(2) 약관법의 한계

불공정한 약관으로 인한 피해를 예방 및 구제하기 위한 약관법은 2자간 계약을 전제로 하고 있다. 즉, 종래 약관은 사업자가 다수의 상대방과 계약을 효율적으로 체결하기 위해 마련되었다. 따라서 약관법에서는 약관을 자기 계약의 내용으로 정하였으며, 이는 이 당시의 상황에서 적절하였다. 또한 제3자의 권리와 의무에 대해서는 수익의 의사표시와 동의에 의해 발생하기 때문에 당사자가 제3자의 권리와 의무에 대해 약정하더라도 그 자체만으로 제3자에게 효력이 발생하지 않는다는 점을 고려한 것이다. 그리고 다른 사람의 계약내용에 대해 정하더라도 무의미하다는 것을 전제로 하였다. 그러나 현대 사회에서의 계약은 2자간 계약에서 벗어나 제3자를 위한 계약이 빈번하게 발생하고 있으며, 특히 플랫폼 경제의 도래로 인해 제3자가 타인의 계약내용을 정하는 방식이 일반화되고 있다. 후자의 경우에 플랫폼이라는 공간 내에서 동일한 운영정책을 시행하기 위해서는 각 이용자가 별도로 약관을 정할 수 없으며, 플랫폼 이용사업자 역시 약관 마련의 번거로움 등을 이유로 플랫폼 약관을 활용하고 있다. 그러나 이러한 제3자 약관은 약관법에서 전제로 하는 자기 계약에서의 계약내용이 아니기 때문에 약관의 다른 요건을 충족하였다고 하더라도 약관법상 약관에 해당하지 않게 된다. 그 결과, 제3자 약관이 실질적으로 당사자의 법률관계를 규율하고 있음에도 약관법이 적용되지 않는 한계를 가지고 있다. 이러한 점은 약관법의 제정이유를 몰각시키는 결과를 유발한다. 즉, 약관법에서 약관을 규제하는 근본적인 이유는 상대방의 권리의무를 정하는 약관을 일방이 마련하였기 때문이며, 이에 따라 그 내용이 작성자에게 유리하기 때문이다. 다만, 상대방이 협상을 통해 그 내용을 수정할 수 있는 여지는 있지만, 사실상 약관내용에 대한 협상은 불가능하다. 그 결과, 불공정한 약관에 의한 법률관계 형성이 발생할 수 있으며, 이는 사적자치의 미명하에 사적자치를 실질적으로 형해화(形骸化)하는 것이기 때문에 약관법을 통해 규제하는 것이다. 그러나 제3자 약관은 계약당사자가 아닌 자까지 효력이 실질적으로 발생하며, 이러한 자는 약관내용에 대해 협상할 수 있는 여지도 없다. 따라서 고객보다 더 보호가 부여되어야 할 자는 계약당사자가 아니면서 약관의 적용을 받는 자이다. 이에 대해 법리적으로 그 약관은 그 자에게 효력이 발생하지 않기 때문에 논의할 필요가 없다고 주장할 수 있다. 그러나 현실은 이러한 약관에 의해 법률관계가 형성되며, 법리적으로 이러한 자에게 효력이 발생하지 않는다고 하더라도 이를 다투기 위해서는 많은 시간, 비용 및 절차가 소요되기 때문에 실질적인 의미가 없다. 이러한 점이 약관법의 한계이며, 그 대표적인 사례가 이 논문에서 다루었던 판결이다. 즉, 이 판결에서는 약관의 불공정성에 대해 다루

기는 하였지만, 주된 내용은 원고가 약관법상 사업자에 해당하는지의 여부이다. 물론 형식적인 측면의 중요성을 무시할 수 없지만, 형식적 문제로 인해 실질적 내용의 불공정성에 대한 논의가 충분히 이루어지지 않았다. 만일 제3자 약관에 대해서도 약관법의 규제대상이라고 한다면 이 사건의 본질인 환불불가 조항의 불공정성에 대해 보다 집중적으로 논의가 되었을 것이다. 따라서 약관법상 약관에 대한 정의가 개정되어 그 범주가 확대될 필요가 있다.

2. 약관법의 개정방향

약관법상 약관, 사업자 및 고객의 정의는 자기 계약을 전제로 하고 있다. 따라서 제3자를 위한 계약에서 제3자와 관련된 약관 및 제3자가 마련하여 계약당사자의 법률관계에 대해 적용하는 약관은 약관법상 약관에 해당하지 않는다. 그러나 이러한 약관이 통용되고 있으며, 실질적으로 법률관계를 형성하고 있기 때문에 이러한 약관에 대해서도 약관법의 적용대상에 포함시켜야 한다. 이를 위해서는 약관법상 약관, 사업자 및 고객의 정의에서 자기 계약성에 관한 내용을 삭제하거나 제3자에 관한 내용이 포함될 수 있도록 다음과 같이 개정할 필요가 있다. 첫째, 약관의 정의에 대해서는 현행의 내용을 그대로 유지하면서 제3자 약관이 포함될 수 있는 방안을 추가한다. 구체적으로 사업자가 사전에 마련한 제3자의 권리·의무에 관한 내용 또는 중개계약에 있어서 중개업자가 마련한 본 계약의 당사자의 권리·의무에 관한 내용도 약관에 포함될 수 있도록 하는 것이다. 다만, 현행 약관의 정의 중 여러 명의 상대방은 복수의 계약으로 개정할 필요가 있다. 즉, 약관은 복수의 계약에서 사용될 계약의 내용이다. 물론 여러 명의 상대방이라는 표현이 이에 해당한다고 할 수 있지만, 하나의 계약에서 상대방이 복수인 경우도 존재하기 때문에 보다 정확한 표현으로 개정할 필요가 있다.³²⁾ 둘째, 사업자에 대한 정의에서 자기 계약으로 한정하기 보다는 제3자의 권리·의무에 관한 내용을 제시하는 자까지 포함한다. 마지막으로 고객에 대한 정의에 있어 약관을 제시한 사업자의 상대방뿐만 아니라 제3자도 포함할 수 있는 내용을 추가할 필요가 있다.

VI. 결 론

최근 계약은 당사자가 상호 협의를 통해 체결하는 방식과 제3자(온라인 플랫폼 운영사업자 등)가 당사자의 법률관계를 사전에 정하고, 각 당사자와 계약을 체결하면서 그 내용을 계약의 내용으로 할 것을 요구하여 당사자의 법률관계를 규율하는 방식으로 구분되고 있다. 또한 제3자를 위한 계약에서 제3자의 권리 또는 의무를 미리 정하여 적용하는 방식도 확대되고 있다. 이 논문에서 검토한 대상 판결에서 하급심 법원은 온라인 플랫폼 운영사업자가 이용사업자 및 소비자간 계약에 적용되는 내용을 각 플랫폼 이용계약에서 제시하고, 이를 당사자의 계약에 적용한 사건에서 약관법상 약관에 해당하지 않다고 판단하였다. 이는 약관법상 약관, 사업자 및 고객이 자기계약을 전제로 하기 때문에 자신의 계약이 아닌 제3자 계약의 내용은 일방이 미리 마련하였다고 하더라도 약관법상 약관에 해당하지 않음을 인정한 것이며, 이는 약관법의 내용상 타당하다고 할 수 있다. 다만, 하급심 법원은 숙박시설제공업자 및 운영사업자가 전자상거래법상 통신판매업자 및 통신판매중개업자에 해당한다고 판단하고 있지만, 임대차계약인 숙박시설이용계약은 재화의 판매계약 또는 용역의 제공계약에 해당하지 않는다. 즉, 침익적 행정행위 또는 형사처벌의 대상인 법 규정은 엄격해석하여야

32) 김진우, “약관의 편입통제”, 동북아법연구 제8권 제3호, 2015, 324면.

한다. 임대차는 재산권이전계약에 해당하지 않으며, 그 목적물은 물건이기 때문에 용역제공 계약에도 해당하지 않는다. 물론 전자상거래에는 해당하지만, 전자상거래법 제20조의2는 전자상거래업자에 적용되는 것이 아닌 통신판매중개자에게만 적용된다. 따라서 통신판매가 아닌 숙박시설이용계약을 중개하더라도 통신판매중개에 해당하지 않기 때문에 전자상거래법 제20조의2가 적용되지 않는다. 그럼에도 불구하고 이에 해당한다는 법원 및 공정거래위원회의 판단은 잘못이 있다. 그리고 법원은 부가적으로 환불불가 조항이 다양한 상품 및 소비자의 선택권 등을 이유로 불공정하지 않다고 판단하였다. 그러나 소비자가 다양한 상품 중에서는 이를 선택하였다고 하더라도 환불불가 조항의 불공정성은 그 자체로 판단하여야 하며, 재판매의 가능성을 전혀 고려하지 않고 그 대금 전부를 위약금으로 인정하고 있는 환불불가 조항은 과도한 위약금 약정에 해당한다고 할 것이다. 이러한 내용은 대상 판결에 대한 검토이며, 보다 근본적인 문제는 약관법상 약관에 있어 제3자 약관을 배제하고 있다는 점이다. 그러나 제3자는 상대방과 달리 해당 약관에 대해 협상할 여지도 없으며, 실질적으로 그 약관에 기속되는 것이 현실이다. 이러한 점을 고려할 때, 제3자에 적용되는 약관에 대해서도 당사자에 대해 적용되는 약관과 동일하게 약관법상 불공정성 판단의 기준인 제6조 이하의 규정이 적용되어야 한다. 이를 위해서는 약관법상 약관, 사업자 및 고객에 대한 정의규정이 개정되어야 한다.

【종합토론】

사회 : 정진명 교수(단국대학교)

토론1 : 곽민희 교수(숙명여자대학교)

토론2 : 정신동 교수(강릉원주대학교)

토론3 : 박근웅 교수(부산대학교)