

ICT 관련 분쟁과
분쟁조정제도의 발전방향

한국인터넷진흥원 한국소비자법학회 공동 학술세미나

2018. 10. 5.(금) 14:00

더K호텔 에비뉴 3층 동강 A홀

주최  한국인터넷진흥원
KOREA INTERNET & SECURITY AGENCY

 한국소비자법학회
Korea Consumer Law Society

 한국인터넷광고재단
KOREA INTERNET ADVERTISING FOUNDATION

[한국인터넷진흥원 · 한국소비자법학회 공동 학술세미나]

ICT 관련 분쟁과 분쟁조정제도의 발전방향

▶ 일시 : 2018. 10. 5.(금), 14:00~18:00

▶ 장소 : 더케이호텔 애비뉴 3층 동강A홀(서울 서초구)

▶ 주최 : 한국인터넷진흥원, 한국소비자법학회, 한국인터넷광고재단

▶ 프로그램

시간	진행순서	주요내용	비고
14:00 ~14:20	등록		
14:20 ~14:30	개회사 환영사	서희석 회장(한국소비자법학회) 주용완 본부장(KISA 인터넷기반본부)	사회 : 서종희 교수 (건국대)
14:30 ~15:30	제1발표 및 토론	콘텐츠분쟁과 분쟁조정제도의 발전방안 • 발표 : 신영수 교수(경북대) • 토론 : 성준호 박사(가천대) 김도년 책임연구원(한국소비자원)	사회 : 최병규 교수 (건국대)
15:30 ~15:50	휴식		
15:50 ~16:50	제2발표 및 토론	전자거래분쟁조정에 있어서 전자거래의 범위 등 법적 쟁점 • 발표 : 정진명 교수(단국대) • 토론 : 강성국 변호사(법무법인 지평) 김재철 변호사(법무법인 백상) 이정민 사무국장(KISA 전자문서·전자거래 분쟁조정위원회 사무국)	사회 : 정완용 교수 (경희대)
16:50 ~17:50	제3발표 및 토론	온라인광고 분쟁에서의 광고주의 소비자성 등에 대한 법적 쟁점 • 발표 : 김학웅 변호사(법무법인 시화) • 토론 : 최경진 교수(가천대) 최민식 교수(상명대) 손봉현 팀장(한국인터넷광고재단)	사회 : 이정현 사무국장 (KISA 온라인광고 분쟁조정위원회 사무국)
17:50 ~18:00	폐회		만찬 제공

Contents

한국인터넷진흥원·한국소비자법학회 공동 학술세미나

1. 콘텐츠분쟁과 분쟁조정제도의 발전방안 ----- 4

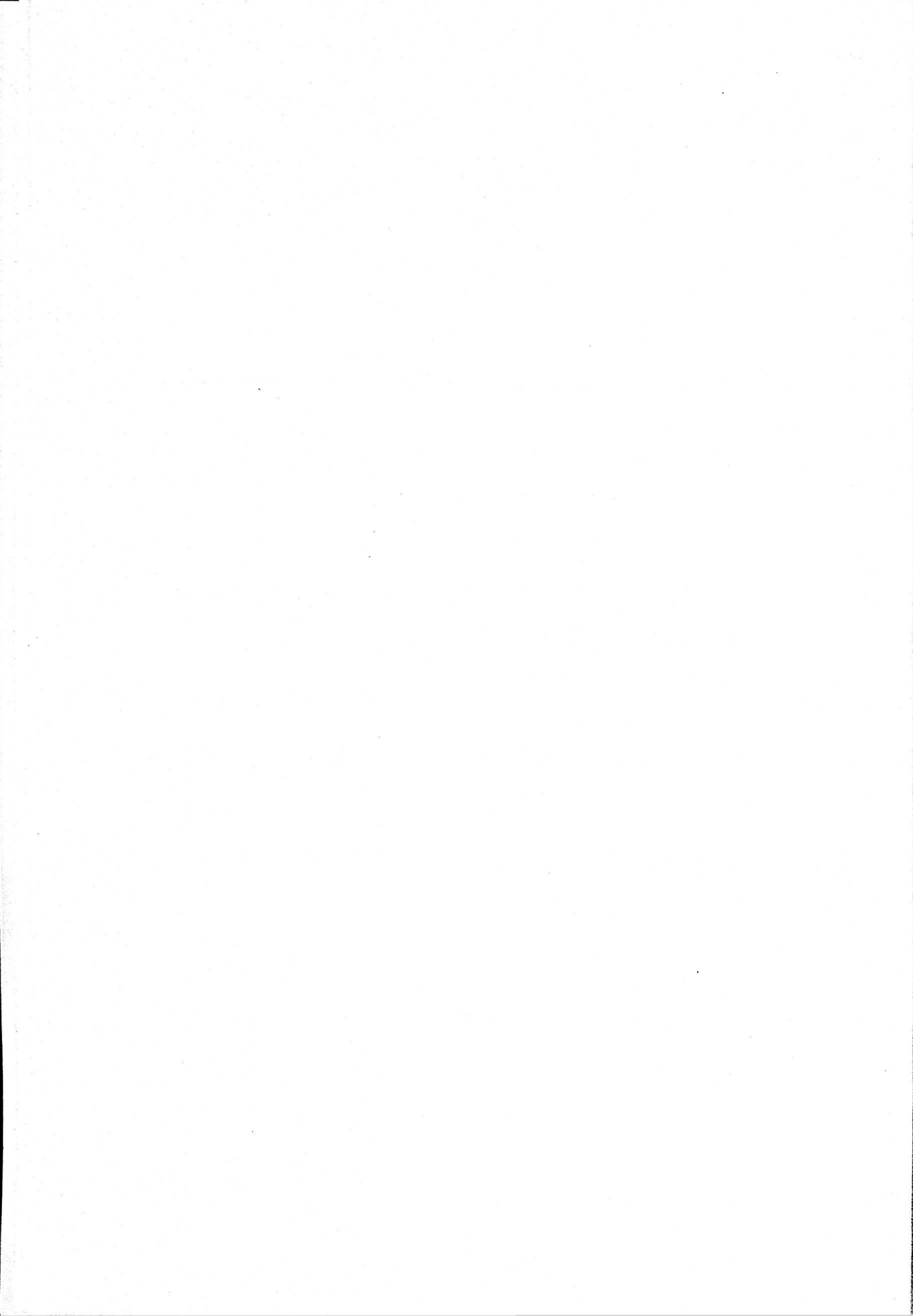
- 발표 : 신영수 교수(경북대)
- 토론 : 성준호 박사(가천대)
김도년 책임연구원(한국소비자원)

2. 전자거래분쟁조정에 있어서 전자거래의 범위 등 법적 쟁점 ----- 24

- 발표 : 정진명 교수(단국대)
- 토론 : 강성국 변호사(법무법인 지평)
김재철 변호사(법무법인 백상)
이정민 사무국장(KISA 전자문서·전자거래분쟁조정위원회 사무국)

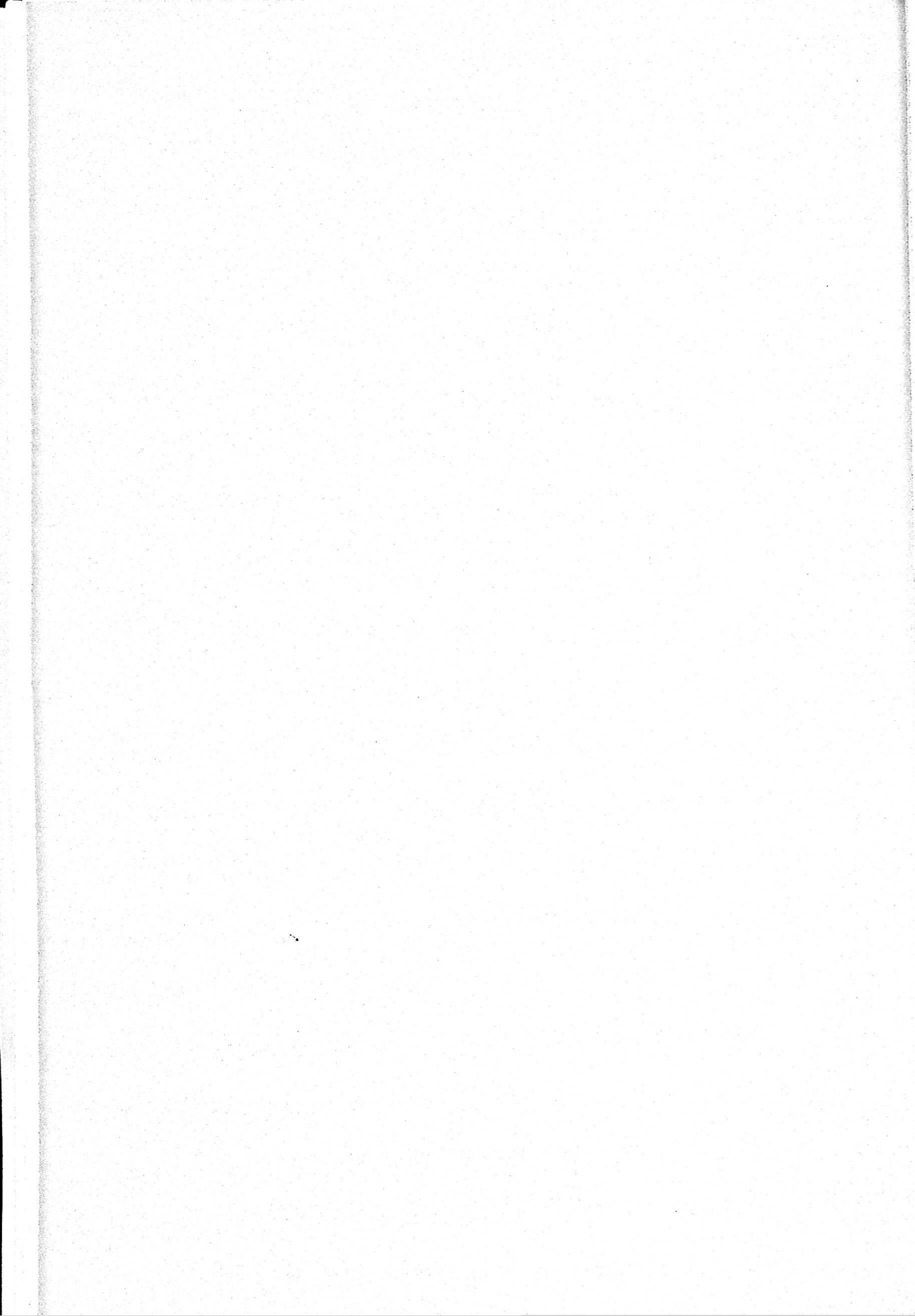
3. 온라인광고 분쟁에서의 광고주의 소비자성 등에 대한 법적 쟁점 ----- 42

- 발표 : 김학웅 변호사(법무법인 시화)
- 토론 : 최경진 교수(가천대)
최민식 교수(상명대)
손봉현 팀장(한국인터넷광고재단)



1. 콘텐츠분쟁조정지 특징 분석 및 제도 개선을 위한 몇 가지 제언

신영수 교수
경북대학교



I. 콘텐츠 거래의 특징과 분쟁의 배경

1. 콘텐츠 분쟁 조정의 법적 정의

- 콘텐츠분쟁: 콘텐츠 산업에서 발생하는 콘텐츠 사업자 간, 콘텐츠 사업자와 이용자 간, 이용자와 이용자 간의 콘텐츠 거래 또는 이용에 관한 분쟁
- 콘텐츠: 부호·문자·도형·색채·음성·음향·이미지 및 영상 등(이들의 복합체를 포함)의 자료 또는 정보를 의미
- 콘텐츠 산업: 경제적 부가가치를 창출하는 각종 콘텐츠 또는 이를 제공하는 서비스(이들의 복합체를 포함함)의 제작·유통·이용 등과 관련한 일체의 산업을 의미(콘텐츠산업진흥법 제2조).

I. 콘텐츠 거래의 특징과 분쟁의 배경

- 다만 콘텐츠 내지 콘텐츠 산업과 관련되더라도 다음의 경우는 콘텐츠분쟁조정 대상에서 제외됨
 - 『저작권법』에 따라 저작자의 권리와 이에 인접하는 권리에 관련한 분쟁,
 - 『방송법』 제35조의 3에 따라 방송프로그램의 공급 및 수급과 관련된 분쟁, 방송사업구역과 관련된 분쟁, 중계방송권 등 재산권적 이해와 관련된 분쟁, 방송사업자의 공동사업에 관한 사항 및 방송사업의 운영에 관한 분쟁,
 - 『전기통신사업법』 제45조에 따라 전기통신역무의 제공과 관련하여 이용자에게 손해를 입힌 경우의 손해배상, 설비 등의 제공·공동이용·도매제공·상호접속·공동사용이나 정보의 제공 등에 관한 협정의 체결, 이행, 손해배상, 그 밖에 전기통신사업과 관련한 분쟁이나 다른 법률에서 방송통신위원회의 재정사항으로 규정한 사항
- ✓ 반면에 공정거래법에 따른 공정거래분쟁조정, 소비자기본법에 따른 소비자분쟁과는 관할권 및 대상의 중첩 가능성 허용
- 2017년의 경우 콘분위 상담 후 경찰청 사이버안전국, 공정거래위원회, 방송통신위원회 등 타 기관을 안내한 경우 472건

I. 콘텐츠 거래의 특징과 분쟁의 배경

2. 콘텐츠 산업의 현황

- 대표적인 지식기반 내지 문화 산업이자 친환경 혁신성장산업으로서 국내경제 전체에서 차지하는 비중이 점차 증가 추세
- 한국이 상당한 국제적 경쟁력을 보유하고 있는 분야. 출판, 영화, 비디오, 음악, 방송, 공연, 광고, 만화, 게임, 애니메이션, 캐릭터, 지식정보 산업 등 매우 다양한 형태의 산업들이 이에 해당

(1) 콘텐츠산업 매출액 현황

- 콘텐츠산업 매출액: 2015년 100조 4,863억 원 2016년 105조 5,107억 원(전년도 대비 5.0% 증가)

I. 콘텐츠 거래의 특징과 분쟁의 배경

❖ 세부 산업유형별 매출액 규모(2016년 기준):

- 출판산업이 전체 콘텐츠산업 매출액의 19.7%인 20조 7,659억 원으로 최대 매출을 기록.
- 그 다음으로 방송산업 17조 3,311억 원(16.4%), 광고산업 15조 1,897억 원(14.4%), 지식정보산업 13조 4,623억 원(12.8%), 캐릭터산업 11조 662억 원(10.5%), 게임산업 10조 8,945억 원(10.3%), 음악산업 5조 3,082억 원(5.0%), 영화산업 5조 2,561억 원(5.0%), 콘텐츠솔루션산업 4조 5,835억 원(4.3%), 만화산업 9,763억 원(0.9%), 애니메이션산업 6,770억 원(0.6%)의 順.
- 2012년부터 2016년까지 연평균 증감률은 출판산업을 제외한 10개 산업에서 매출액 증가

I. 콘텐츠 거래의 특징과 분쟁의 배경

(2) 콘텐츠산업 종사자 현황

- 2012년부터 2016년까지 연평균 0.8% 증가
- 2016년 총 63만 1,457명으로 전년 대비 1.5% 증가

❖ 세부 산업유형별 종사자 수(2016년 기준):

- # 출판산업 18만 5,001명(29.3%)으로 가장 큰 비중을 차지, 그 다음으로 지식 정보산업 8만 396명(12.7%), 음악산업 7만 8,393명(12.4%), 게임산업 7만 3,993명(11.7%), 광고산업 6만 5,072명(10.3), 방송산업 4만 3,662명(6.9%), 캐릭터산업 3만 3,323명(5.3%), 영화산업 2만 8,974명(4.6%), 콘텐츠솔루션산업 2만 7,374명(4.3%), 만화산업 1만 127명(1.6%), 애니메이션산업 5,142명(0.8%)의 順

I. 콘텐츠 거래의 특징과 분쟁의 배경

(3) 콘텐츠산업 사업체 수 현황

- 2016년 기준 콘텐츠산업 사업체 수는 10만 5,803개
- 2012년부터 2016년까지 연평균 1.3% 감소

❖ 세부 산업유형별 사업체 수(2016년 기준):

음악산업 사업체 수 3만 7,501개로 전체의 35.4%. 출판산업 사업체 수는 2만 5,452개 업체 (24.1%; 전년 대비 0.2% 감소, 2012년부터 2016년까지 연평균 1.2% 감소) 게임산업 1만 2,363개 업체 (11.7%; 전년 대비 10.7% 감소, 연평균 6.5% 감소), 지식정보산업 8,719개 업체 (8.2%; 전년 대비 0.6% 증가, 연평균 2.6% 감소). 만화산업 7,726개 업체 (7.3%; 전년 대비 5.1% 감소, 연평균 3.4% 감소). 광고산업 7,229개 업체 (6.8%; 전년 대비 23.8% 증가, 연평균 5.6% 증가). 캐릭터산업 2,213개 업체 (2.1% 전년 대비 7.0% 증가, 연평균 2.7% 증가). 콘텐츠 솔루션산업 1,798개 업체 (1.7%; 전년 대비 4.1% 증가, 연평균 8.1% 증가). 영화산업 1,398개 업체 (1.3%; 전년 대비 25.8% 증가, 연평균 14.6% 감소). 방송산업(방송영상독립제작사 포함) 957개 업체 (0.9%; 전년 대비 0.3% 증가, 연평균 0.3% 증가), 애니메이션산업 447개 업체 (0.4%; 전년 대비 18.9%, 연평균 7% 증가)

I. 콘텐츠 거래의 특징과 분쟁의 배경

(4) 산업구조상의 특징

- 매출액 규모와 종사자 수는 증가하였으나 전반적인 사업자 수는 감소. 시장은 커지지만 소규모 업체가 생존하기는 어려운 상황으로 해석됨. 단 IT분야에서는 업체 수도 미세하게 증가하는 양상 나타남.
- 전체적으로 주요 콘텐츠 사업자의 시장력 및 교섭력이 증가된 것으로 평가 가능

I. 콘텐츠 거래의 특징과 분쟁의 배경

3. 콘텐츠 거래의 구조와 특징

(1) 산업구조 측면

- 콘텐츠 산업은 크게 콘텐츠의 '제작 단계'와 제작된 콘텐츠를 이용자에게 제공하는 '유통 단계'로 구성
- ✓ 제작 단계: 엔지니어나 디자이너 등의 아이디어와 기술력이 중심의 노동집약적 특성이 존재. 대개의 경우 자본과 기술력 등으로 인한 진입장벽은 높지 않음. 주로 소규모의 기업이나 사업자들이 수시로 콘텐츠 제작 분야에 진입
- ✓ 유통단계: 콘텐츠를 이용자에게 전달할 수 있는 네트워크와 플랫폼이 필요. 이런 설비에는 통상 대규모의 자본 동원력이 요구됨. 주로 중견기업이나 대기업들이 진출. 진입장벽도 높은 편이어서 유통부문에 참여하고 있는 기업의 숫자나 시장의 구조에 변화가 크지 않은 특징을 보임

I. 콘텐츠 거래의 특징과 분쟁의 배경

(2) 거래구조 측면

- 제작된 콘텐츠가 일반 소비자 내지 이용자들에게 전달되기 위해서는 유통채널을 거쳐야 하므로 대개의 경우 유통단계의 사업자들이 콘텐츠 제작자나 이용자에게 대해 거래상 우월한 지위를 보유
- 특히, 제작단계에서 상당한 비용이 소요되는 게임이나 방송프로그램 등의 경우에는 유통단계에 진출해 있는 사업자(퍼블리셔)가 상품의 모델을 직접 구성하고 프로그램을 제작하는 단계에 자금을 지원하여 콘텐츠가 출시됨
- => 이런 경우에는 콘텐츠 제작자의 설비와 플랫폼이 콘텐츠 유통업자의 설계에 전속되는 결과가 되고, 제작자가 다른 거래처나 경로로 판로를 전환하기 어려워 질 수 있음.
- 그 결과 계약과정에서 우월한 지위에 있는 사업자들이 거래상대방에 대해 원하지 않는 거래조건을 요구하는 일들이 발생

I. 콘텐츠 거래의 특징과 분쟁의 배경

(3) 상품으로서 콘텐츠의 특징

- 제작하는 과정에서 노동 및 기술집약성을 띠는 까닭에 소요비용이 그리 크지 않은 반면, 일반 공산품에 비해 제작된 콘텐츠의 상품성과 매출액을 예상하기 곤란
- => 제작된 콘텐츠의 적정가격 산출이 곤란. 거래상 우월한 지위를 가진 유통업자가 제시한 가격을 그대로 수용할 가능성이 큼. 또한 이 과정에서 제작자들이 보유한 기술이나 지식재산권이 싼 값에 넘겨지거나 콘텐츠로 부터 큰 이익을 남더라도 그 수익이 제대로 배분되지 못하는 일들이 발생

(4) 불공정 거래가 형성되기 쉬운 거래 환경

- 제작과 유통의 거래단계에서 사업자간 혹은 이용자-사업자간 지위의 차이와 불균형이 존재
- 자금 및 기술의존도, 경제력 및 교섭력 측면에서 우월한 사업자들이 거래관계의 계속성, 수직성, 전속성을 토대로 하여 불리한 지위에 처한 사업자와 이용자를 상대로 불공정한 거래를 할 가능성이 상존

II. 현행법상 콘텐츠 분쟁조정 절차

- '콘텐츠산업진흥법' 제6장(제29조 ~ 제36조)에서 규정
- 세부 사항은 동법 제30조 제3항에 따라 제정된 '콘텐츠분쟁조정규정'에서 제시

1. 조정 절차의 개시

- 조정의 신청: 콘텐츠 관련 분쟁에 관한 조정신청을 하고자 하는 자는 조정신청서를 위원회에 제출
- 분쟁조정과 관련하여 법원, 국민권익위원회, 전자거래분쟁조정위원회, 공정거래위원회 등 업무협력관계가 있는 다른 기관으로부터 이송받은 사건은 조정신청이 있는 것으로 봄. 실제로는 법원 연계조정이 다수
- 위원회는 신청인 또는 피신청인이 다수인 사건의 경우에는 당사자의 합의가 있는 경우 또는 권고로서 사건의 성질에 따라 사건을 분할 또는 병합하여 조정절차를 진행

II. 현행법상 콘텐츠 분쟁조정 절차

- 소정의 조정신청 수수료 부과: 수수료는 조정신청 금액에 따라 다름. 1백만원 이하는 무료.
- ✓ 1백만원 이상 5백만원 미만 30,000원, 5백만원 이상 1천만원 미만 50,000원, 1천만원 이상 100,000원, 금액으로 환산할 수 없는 사건 50,000원
- 수수료는 불필요한 조정 신청을 유발하거나 필요한 조정을 억제하는 요인이 될 수 있으므로 적정선에서 결정되는 것이 바람직. 현재는 조정 수수료 자체에 큰 부담이 없는 수준. 특히 이용자-사업자 분쟁은 대부분 소액사건이므로 무료로 조정 신청 가능. B2C 사건이 다수를 차지하는 원인의 하나

II. 현행법상 콘텐츠 분쟁조정 절차

2. 조정결정 전 사건의 처리: 조정 전 합의

- 위원회는 피신청인에게 신청서 부본을 송달하여 조정이 신청된 사실을 통지하고, 조정 절차에 참여할 것을 권고
- 피신청인은 조정신청 통지 및 조정 참여 권고를 받은 날부터 10일 이내에 통지 및 참여 권고와 같은 송달 방식으로 위원회에 조정신청서에 대한 답변서를 제출하여야 함. (부득이한 경우 답변서의 제출기간을 연장 가능)
- 신청인이 피신청인의 답변서를 수용하거나 위원회를 통하여 당사자 간의 합의가 이루어진 경우에는 조정 전 합의가 성립한 것으로 봄(단, 당사자간 상당한 정도로 합의가 이루어졌음에도 취하의 의사표시가 있는 경우 위원회는 조정 전 합의의사에 대하여 확인하여야 함)
- 위원회를 통하여 조정 전 합의가 성립한 경우 합의사항을 통지하여 사건 종료 가능
- 당사자가 합의의 권고를 거부하는 경우에는 조정회의에 사건을 상정함

II. 현행법상 콘텐츠 분쟁조정 절차

3. 조정회의의 개최

- 위원장은 합의 권고가 성립하지 않은 사건을 처리하기 위하여 조정회의를 개최
- 조정부: 위원장이 조정사건을 처리하기 위하여 각 회의마다 1인 이상 7인 이하의 위원으로 구성 (2인 이상으로 구성하는 경우에는 위원장은 원만한 조정절차의 진행을 위하여 위원 중의 1인을 조정장으로 지명)
- 조정회의는 대면회의, 서면회의, 규칙 제6조에 따른 전자적 방식의 원격회의를 이용하여 진행할 수 있으며, 당사자의 요청이 있는 때에는 전화를 활용할 수 있음.
- 서면 또는 전자적 방식에 의한 조정의 경우 조정위원 1인으로 조정회의를 개최 가능
- 위원장이 조정회의를 소집한 때에 부득이한 사유가 있는 경우 외에는 회의 시작 5일 전까지 당사자에게 개최통지를 하여야 함

II. 현행법상 콘텐츠 분쟁조정 절차

4. 조정안의 제시

- 위원회는 원칙상 조정회의에서 당사자로 하여금 수락여부를 결정할 수 있도록 조정안을 제시하여야 함. 다만 조정안을 당일 제시하기 어려운 경우에는 조정회의를 종료한 날로부터 7일 이내에 제시할 수 있음.
- 위원회는 당사자가 조정안을 수락하는 경우 출석 등 기타의 방법으로 조정안에 기명날인 또는 서명토록 함.
- 반면에 당사자가 조정안 제시를 받은 후 5일 이내 그 수락여부를 통지하지 않거나 조정안에 기명날인 또는 서명하지 않은 경우 조정이 성립되지 아니한 것으로 봄

III. 콘텐츠 분쟁조정의 실태 및 특징

1. 콘텐츠 분쟁 관련 상담

- 콘텐츠분쟁조정위원회 산하에 이용자 피해 전문 상담창구(www.kcdrc.kr, 1588-2594)를 설치운영 중 (2012년 4월 ~)
- 동 창구를 통해 콘텐츠거래 또는 이용에 있어서 피해를 입었거나 입을 우려가 있는 민원인에게 관련 정보의 제공, 법률상담, 고충처리 및 피해구제에 대해 안내하고, 콘텐츠 관련 분쟁에 대한 조정 절차 진행 안내 및 정보를 제공
- 현재 총 5명의 직원이 전화 및 온라인을 통하여 콘텐츠분쟁 관련 상담을 담당
- 공공기관 협업과제로 한국소비자원과도 연계하여 온라인 상담을 진행 (2017년 기준 665건).
- 상담을 개시한 2012년 이래로 상담 건수는 지속적으로 증가하는 추세: 2012년 대비 2017년에는 43% 증가. 2017년 기준 상담건수 총 5,688건

III. 콘텐츠 분쟁조정의 실태 및 특징

- **상담 분야:** 2017년 기준 총 상담 건수 가운데 온라인 게임 관련 상담이 전체의 80%를 차지(5,688건 중 4,556건)
- 게임 관련 상담건수도 증가 추세: 2017년에는 전년도 대비 게임 관련 상담이 782건 증가하였는데 2017년 상반기에 대형 게임사의 MMORPG(Massive Multiplayer Online Role Playing Game)의 출시와 확률형 아이템 논란이 주된 요인인 것으로 추정됨
- **상담 항목:** 법률, 정책, 사업자 관련 정보 등을 요청하는 정보제공 요청 분야가 1,101건으로 가장 많았고, 단순 변심에 의한 청약철회, 계약해제·해지, 수수료 및 위약금 과다가 1,083건, 부모 동의 없는 미성년자 결제가 724건의 順

III. 콘텐츠 분쟁조정의 실태 및 특징

2. 분쟁조정 사건의 통계

(1) 조정신청 건수: 2012년 3,445건, 2013년 5,210건, 2014년 3,550건, 2015년 3,087건, 2016년 4,199건, 2017년 5,468건 등 매년 증가추세

2012년 대비 2017년 조정 신청건수 2,023건 (58%) 증가

❖ 분쟁유형별로는 B2C 분쟁이 다수

- 콘텐츠사업자와 이용자 간 분쟁(B2C: Business to Consumer): 2012년 3,411건, 2013년 5,061건, 2014년 3,376건, 2015년 2,881건, 2016년 3,961건, 2017년 5,324건
- 콘텐츠 사업자 간 분쟁(B2B: Business to Business): 2012년 14건, 2013년 26건, 2014년 126건, 2015년 153건, 2016년 185건, 199건
- 하지만 실제 조정회의의 회부 건수에 있어서는 사업자간 분쟁이 다수

III. 콘텐츠 분쟁조정 실태 및 특징

(2) 조정 전 합의 건수

- '조정 전 합의'(조정회의가 개최되기 전에 양 당사자의 합의로 사건이 종료)된 사건 수:
2012년 2,056건, 2013년 2,502건, 2014년 1,430건, 2015년 1,124건, 2016년 1,004건,
2017년 893건
- 조정 전 합의는 콘텐츠분쟁조정위원회에서 가장 활발하게 이루어지고 있는 부분.
ADR 기법 중 일종의 알선에 해당. *→ 소비자피해조정(ADR)*
- 즉 조정위원회 위원이 아닌 사무국의 조사관들이 당사자 분쟁에 개입하여 양 당사자
들의 의견을 전달하고, 관련 법령 및 분쟁해결기준 등에 따라 합의를 유도
- 2017년의 경우 총 5,468건의 신청이 있었고, 조정위원회에서 처리가 가능하지 않은
조정취하, 조정거부, 타 기관 이첩, 조정불능을 제외하면 처리가 가능한 유효건수는
1,865건이며, 이 중 893건(47%)이 조정 전 합의로 해결

III. 콘텐츠 분쟁조정 실태 및 특징

(3) 조정불능 사건

- 조정불능(당사자 중 어느 일방과 전혀 연락이 닿지 않거나 조사관의 요구에도 사건 진
행에 필요한 필수정보를 제출하지 않아 조정사건을 처리할 수 없어 종료시키는 경우):
2017년에는 1,752건. 2013년 조정위원회 조정규정을 개정하면서 신설되었기 때문에
그 이전의 사례는 없음.
- 과거에는 신청취지의 일부 또는 전부를 받아들이는 피신청인의 답변에 대하여 신청인
이 수락여부를 회신하지 않으면 이를 피신청인의 답변을 수용한 것으로 간주하여 조
정 전 합의로 처리
- 하지만 2016년 4월 27일 위원회 조정절차를 개선하여 신청인의 의사를 엄밀하게 확
인토록 개정하여 '조정 전 합의'의 기준을 강화함. 신청인의 연락두절에 의한 건은 조
정불능으로 처리함.

=> 그 결과 조정 전 합의의 비율은 감소하고 조정불능의 비율이 상대적으로 증가함

III. 콘텐츠 분쟁조정의 실태 및 특징

(4) 조정불성립 사건

- 피신청인이 조정회의 참석을 거부하는 등 조정에 응하지 않아 종료되는 조정불성립은 2017년 890건으로 해마다 증가
- 조정불성립 비율이 증가하는 이유는 전체 사건의 약 81%를 차지하는 게임사건의 상당수는 B2C 분쟁이라는 점, 피신청인이 같은 취지의 사건에 대하여 비슷한 내용의 답변을 회신하는 경향이 있는 점 등이 영향을 미친 것으로 보임

III. 콘텐츠 분쟁조정의 실태 및 특징

3. 분야별 조정신청 현황

- 조정위원회는 게임, 영상, 지식정보, 만화·캐릭터 등 크게 네 개 장르의 조정 사건을 처리
- 2012년부터 2017년간 처리한 사건 24,959건 중 게임분야 20,416건 (81%). 지식정보분야 2,513 (10%). 영상분야 788건 (3%), 만화·캐릭터 등 375건 (1%)
- # 2017년 게임분야 4,772건 (87%), 지식정보분야 210건 (3%) 기타 분야들은 3~84건으로 상대적으로 적은 빈도를 나타냄

III. 콘텐츠 분쟁조정 실태 및 특징

4. 사건유형별 조정신청 현황 (2017년의 경우)

- 사용자의 이용제한 1,252건 (22%; 이 가운데 1,224건이 게임장르에서 발생. 버그 및 불법 프로그램 사용 등으로 이용자의 계정을 정지시킨데 따른 것으로 분석됨),
- 결제취소/해지/해제 요청하는 사건 934건(17%; 확률형 아이템의 공정성, 불안정한 서비스, 이용제한에 따른 기간제 아이템의 사용불가 등에 따른 것으로 분석됨)
- ✓ 전체 게임부문 사건 중 확률형 아이템에 대한 사건은 659건으로 전체 5,468건 중 12%를 차지
- 콘텐츠 및 서비스 하자 904건 (16%; 게임 부문에서 많이 발생하는데 접속장애, 렉, 버그 등에 대한 불만이 주된 내용을 이룸)

III. 콘텐츠 분쟁조정 실태 및 특징

5. 협력채널을 통한 연계조정 시스템

- 콘분위와 국내 유관 기관·단체들과의 분쟁해결 시스템 구축 현황: 2011년부터 서울중앙지방법원, 서울남부지방법원, 서울서부지방법원, 국민권익위원회, 전자문서·전자거래분쟁조정위원회 등과, 2016년부터는 서울고등법원, 수원지방법원과 협력 체계구축
- 2012년에서 2017년 사이 총 8,599건의 사건을 외부 기관으로부터 이관 받아 콘텐츠분쟁조정위원회에서 분쟁해결.
- 국민신문고를 통한 사건처리가 다수. 2017년의 경우 국민신문고로부터 1,496건의 콘텐츠분쟁사건을 넘겨받아 처리
- 법원 연계조정도 비교적 활성화됨. 2012년 7월 이래 서울중앙지방법원 조정연계기구로 지정되어 콘텐츠 관련 법원조정사건을 처리하고 있으며 2017년의 경우 67건의 콘텐츠 관련 조정사건을 이관 받아 처리함. 2014년부터는 서울남부지방법원, 2015년 서울서부지방법원, 2016년 서울고등법원, 수원지방법원과 연계를 맺어 2017년에 총 6건의 사건을 처리함

IV. 콘텐츠분쟁조정 제도의 개선을 위한 몇 가지 제안

1. 법적 측면에서 본 콘텐츠분쟁조정의 주안점

(1) 분쟁조정신청 유형과 사건처리실태 사이의 거리

- 조정회의는 위원장이 조정사건을 처리하기 위하여 각 회의마다 지명하는 1인 이상 7인 이하의 위원으로 구성. 대면회의는 2~3인의 위원이 실제 조정에 참여.
- B2C 분쟁은 알선 중심. 조정에 회부되는 경우 1인 위원에 의한 서면조정 자주 활용
- B2B 분쟁은 알선 외에 조정에 대한 의존도가 높음. 조정에 회부되는 경우 이용자-사업자 분쟁에 비해 대면조정의 비율이 높음
- 대부분 조정, 특히 법원 연계분쟁의 조정은 사업자-사업자간 분쟁이 대부분

IV. 콘텐츠분쟁조정 제도의 개선을 위한 몇 가지 제안

- B2C 분쟁간 분쟁의 경우 사안이 경미하거나 사업자의 귀책사유가 모호한 경우가 적지 않음
- 대부분 조정전 화해 단계에서 의사가 타진될 뿐 실제 대면회의에 회부되거나 대면회의에 출석하는 경우는 소수에 불과
- 조정회의 개최시 당사자의 불출석 가능성이 크므로 1인에 의한 서면회의 방식이 주로 채택됨
- 이용자의 조정안 수락여부에 대한 응답율도 상대적으로 저조
- 조정신청의 비중에 비해 B2B간 분쟁조정이 좀 더 비중있게 다루어지는 경향

IV. 콘텐츠분쟁조정 제도의 개선을 위한 몇 가지 제안

(2) B2C 분쟁에서 특히 드러나는 조정방식의 한계

- 조정은 본질적으로 분쟁당사자 일방이 거부하는 한 해결이 어려운 제도
- B2C 분쟁은 대개 게임분야에서 발생. 미성년자 결제 콘텐츠의 환불 요청, 캐릭터 능력 하향 패치로 인한 피해 복구요청, 삭제 아이템 복구요청, 영구이용정지 해제요청, 게임 내 재화 잔여분에 대한 환불요청
- 게임사건에서 피신청인이 같은 취지의 사건에 대하여 비슷한 내용의 답변을 회신하는 경향
- 피신청인인 사업자는 개별 사안의 해결 보다는 유관 사례에 대한 영향을 의식. 그 결과 분쟁의 해결 보다는 처리방식의 일관성을 중시하는 입장을 견지.
- 조정안에서 조정결과에 대한 대외적인 공표를 하지 않을 것을 조건으로 부과하기도 함. 이에 대해 사업자가 수용하는 경우와 그렇지 않은 경우가 비슷한 비율로 나타남.
- B2C 분쟁해결의 실효성을 확대할 수 있는 방안 모색이 필요

IV. 콘텐츠분쟁조정 제도의 개선을 위한 몇 가지 제안

(3) 연계조정의 현실

- B2B 분쟁의 경우 공정거래분쟁조정과 기능 및 관할권 중복
- B2C 분쟁의 경우 소비자분쟁조정과 기능 및 관할권 중복
- 콘분위는 콘텐츠 분쟁이 아닌 분쟁의 경우 해당 유관기관으로 이첩하여 처리하게 할 수 있음. 이 경우 조정신청이 이첩된 기관 및 사유를 신청인에게 통지
- 문화부 소관 분쟁조정제도나 국민신문고, 법원 등으로 부터의 연계에 비해 공정위 소관 분쟁조정과의 연계는 미흡

IV. 콘텐츠분쟁조정 제도의 개선을 위한 몇 가지 제안

2. 제도 개선을 위한 몇 가지 생각들

(1) 분쟁조정의 효용에 대한 당사자의 이해도 제고 필요성

- 조정은 분쟁 이전상태로의 복원이나 과거 손실의 회수를 위한 제도가 아니라 미래의 추가적 비용을 최소화하기 위한 제도
- 조정(調停)의 효용에 관한 당사자의 이해 및 기대치에 대한 조정(調整)이 필요

IV. 콘텐츠분쟁조정 제도의 개선을 위한 몇 가지 제안

(2) 상담 및 조정전 합의 절차의 전제 및 유의점

- 콘텐츠분쟁의 상당수는 불공정거래적 성격 보다는 민사적 성격의 사안들
 - 민사분쟁은 당사자간의 대등성이 전제되었거나, 적어도 전속성이 없는 상황에서 발생.
 - 반면에 거래상 지위의 격차가 있는 사업자간에는 불공정거래 관련 분쟁이 발생할 가능성이 큼. 하지만 현실적으로는 거래단절을 각오해야 하는 약자의 입장에서 불공정 소지가 있는 거래에 대해서 가급적 분쟁화하지 않으려는 경향이 존재
- ✓ 분쟁조정 보다는 그 이전의 상담 절차가 중요

IV. 콘텐츠분쟁조정 제도의 개선을 위한 몇 가지 제안

- 실제 분쟁의 해결에 있어서도 조정절차 보다는 조정전 화해 절차가 중요.
- 모든 사건을 조정회의에 회부할 수 없는 현실적 한계로 인해 현재와 같이 알선의 비중이 매우 큰 상황에서는 더욱 그러함
- 이 점에서 조정위원 못지않게 조사관 및 상담자 등 실무자의 역량 확보가 전제되어야 함.
- 알선에 의해 해결되는 사안이 조정회의에 부치는 사건에 비해 다수를 점하는 현실에 대해서는 별도의 사안으로서 재고의 여지가 있음
- 적어도 서면 상 사건처리 결과에 대한 위원회 승인절차를 거치도록 할 필요가 있어 보임.
- [비교] 공정거래분쟁조정협의회, 소비자단체협의회에 의한 자율분쟁조정협의회 등이 그러함

IV. 콘텐츠분쟁조정 제도의 개선을 위한 몇 가지 제안

(3) 자료 요청 등에 대한 조정절차의 실효성 확보 수단

- 법률 제32조 및 조정규정 제20조에 따라 조정위원회는 분쟁조정에 필요한 자료를 제공할 것을 분쟁당사자, 콘텐츠사업자 또는 참고인에게 요청할 수 있으며, 이 경우 해당 분쟁당사자들은 정당한 사유가 없으면 이에 응하여야 함.
- 특히 콘텐츠분쟁조정규정은 콘텐츠산업진흥법 제30조 제3항의 위임에 따라 2011년 제정
- 규정은 법규로서의 성격 가지는 것으로 보임
- 현재 콘텐츠 관련 분쟁의 조정방법, 조정절차, 조정업무의 처리 등에 관한 필요한 사항을 규정. 실질적으로 분쟁조정 절차 및 기준의 중요 근거로 활용됨
- 그럼에도 동 규정 응하지 않을 경우 이를 강제할 수 있는 실질적 수단은 부재함
- 법률상 실효성 확보 수단 도입 필요

IV. 콘텐츠분쟁조정 제도의 개선을 위한 몇 가지 제안

(4) 조정비용 문제

- 수수료는 행정서비스에 대한 대가이나 반드시 부과되어야 하는 것은 아님
- 부과된다면 불필요한 조정 신청을 유발하거나 필요한 조정을 억제하는 요인이 될 수 있으므로 적정선에서 결정되어야 함
- 현행 콘텐츠분쟁조정 수수료 자체는 부담이 없는 수준. 특히 이용자-사업자 분쟁은 대부분 소액사건이므로 무료로 조정 신청 가능.
- B2C간 조정신청을 위축시키지 않는 범위 내에서 불필요한 조정신청 남발을 방지하기 위한 조치의 도입 여부를 수시로 점검할 필요는 있어 보임

IV. 콘텐츠분쟁조정 제도의 개선을 위한 몇 가지 제안

(5) 전자상거래소비자보호법 상 분쟁조정과의 정합성 제고

- 현행 「전자상거래 등에서의 소비자 보호에 관한 법률」 및 동법 시행령상 소비자분쟁조정위원회, 전자문서·전자거래분쟁조정위원회, 콘텐츠분쟁조정위원회 등이 소비자피해 분쟁조정기구로 규정
- 일견 현재로선 콘텐츠산업진흥법이 소비자에게 그다지 불리하지 않을 수 있는 구도
- 그럼에도 청약철회 등 전소법과 콘텐츠산업진흥법상의 이질성을 해소하는 것이 바람직해 보임

IV. 콘텐츠분쟁조정 제도의 개선을 위한 몇 가지 제안

(6) 콘텐츠 관련 국제분쟁의 해결

- 외국 사업자 제공 콘텐츠 관련 분쟁조정 증가 예상
- 특히 B2B간 분쟁의 해결 수단 확보가 중요할 것으로 전망됨
- 국제분쟁해결을 위하여 WIPO(중재조정센터) 등과의 협력 가능성 확대 필요

(의외. 22%)
각각 10%씩

• 감사합니다 ~

2. 전자거래분쟁조정제도의 제도적 발전방안제도

정진명 교수

단국대학교

전자거래분쟁조정 제도의 발전방안

정진명*

I. 머리말

우리나라는 1999년 7월 정보화시대의 도래에 따라 전자문서에 대하여 서면문서와 동일한 수준의 법률적 효력을 부여하고, 전자거래의 신뢰성 확보, 소비자의 보호, 전자거래의 촉진을 위한 시책을 추진하기 위하여 “전자거래기본법”¹⁾을 제정하였다. 이 법의 주요 내용 중에는 전자거래로 인한 피해를 구제하고 공정한 전자거래의 관행을 정착시키기 위하여 전자거래에 관한 분쟁의 조정에 필요한 시책을 강구하도록 하는 규정을 두었다(제28조). 그러나 전자거래기본법은 전자거래의 확산 및 기술과 환경의 급속한 변화를 제대로 반영하지 못하였으므로 소비자의 피해구제·분쟁해결 등에 관한 사항을 보완하여 전자거래의 안전성과 신뢰성을 확보할 필요성이 제기되었다. 그리하여 2002년 개정 법률²⁾은 대통령령에 규정되어 있는 전자거래분쟁조정위원회를 법률에서 직접 규정하고, 동위원회의 구성·운영, 분쟁조정절차, 조정의 성립 및 불성립 등을 상세히 규정하였다(제32조 내지 제38조).

한편 전자거래법은 전자거래분쟁조정위원회의 조정에 대하여 당사자 사이의 합의와 동일한 효력만 부여하여 전자거래와 관련된 조정의 실효성이 확보되지 못하는 문제가 여전히 남아 있었다. 그리하여 2012년 개정 법률³⁾은 전자거래분쟁조정의 실효성을 강화하기 위하여 조정이 성립하여 조정조서에 위원회의 위원장 및 각 당사자가 기명·날인한 경우에는 재판상 화해와 동일한 효력을 갖는 것으로 규정하였다(제35조 제3항). 특히 2012년 개정 법률은 공공기관과 민간기관간, 개인과 민간기관간 또는 이들 상호간의 전자문서 유통에 관한 일반적인 사항을 규정하고 있는 점을 고려하여 법률 제명을 “전자거래기본법”에서 “전자문서 및 전자거래에 관한 기본법”(이하에서는 “전자문서법”이라고 한다)으로 변경하였다.

전자문서법은 “전자거래”를 재화나 용역을 거래할 때 그 전부 또는 일부가 전자문서에 의하여 처리되는 거래라고 규정하고 있으며, “전자문서”는 정보처리시스템에 의하여 전자적 형태로 작성, 송신·수신 또는 저장된 정보라고 규정하고 있다(제2조 5호, 1호). 이에 따라 전자문서 및 전자거래에 관한 분쟁을 조정하기 위하여 설치된 전자문서·전자거래분쟁조정위원회(이하에서는 “분쟁조정위원회”라 한다)는 조정의 대상이 무엇인지 문제된다. 또한 전자문서법은 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고 모든 전자문서 및 전자거래에 적용되므로(제3조) 다른 법률과의 관계가 문제된다. 나아가 전자거래 당사자는 다른 법령에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 제6조부터 제9조까지의 규정과 다른 약정을 할 수 있으므로 당사자 사이의 약정의 한계가 무엇인지가 문제된다.

이 연구에서는 이러한 인식을 바탕으로 전자거래 분쟁조정 대상인 전자거래와 전자문서의 개념, 전자문서법의 적용범위에 관한 해석과 그 문제점을 살펴보고, 전자거래분쟁조정의 제도적 발전방안을 모색해 보고자 한다.

* 단국대학교 법과대학 교수

1) 1999년 2월 8일 제정, 법률 제5834호.

2) 2002년 1월 19일 전부개정, 법률 제6614호.

3) 2012년 6월 1일 일부개정, 법률 제11461호.

II. 전자거래분쟁조정 대상

1. 전자거래

(1) 서

현행 전자문서법은 전자거래를 재화나 용역을 거래할 때 그 전부 또는 일부가 전자문서에 의하여 처리되는 거래라고 규정하고 있다. 그 결과 거래의 일부가 전자문서에 의하여 체결되는 경우에도 전자거래에 해당하며, 전자문서를 포함하여 여러 가지의 전자적 형태로 전자거래가 이루어질 수 있다. 나아가 전자거래는 사적 거래에 한정하지 않고 공공기관과의 거래도 포함하므로 분쟁조정의 대상이 되는 전자거래의 범위를 확정할 필요가 있다.

(2) 전자거래 개념에 대한 논의

1) 국내의 논의

‘전자거래(Electronic Commerce: EC)’⁴⁾라는 개념은 컴퓨터 기술과 정보통신망의 통합과정에서 그 용도가 거래수단으로 사용됨에 따라 발생되었다. 그러나 정보통신기술은 발전 속도가 급속할 뿐만 아니라 거래에 이용되는 기법도 다양하고, 또한 그 활용범위도 불명확하기 때문에 전자거래를 개념정의하기 쉽지 않다. 그리하여 전자거래 개념은 다양하게 제시되고 있다.

학설은 전자거래를 “EDI 등의 전자적인 수단을 토대로 가상공간에서 전자적 방식에 따라 행하여지는 상거래”,⁵⁾ “두 개 이상의 기업 간의 사업과정을 합리화하기 위한 일련의 통합적 전자수단을 사용하여 이루어지는 거래행위”,⁶⁾ “양 당사자 모두 컴퓨터 및 쌍방의 컴퓨터를 연결하는 망(Net)을 통해서 전자적인 방법으로 법률행위 또는 그에 따른 이행을 하는 거래”,⁷⁾ “개인과 기업 간에 이루어지는 비즈니스 프로세스 전체를 전자화함에 의하여 이루어지는 거래”,⁸⁾ “거래행위의 준비단계, 성사단계 그리고 이행단계에서 그 전부 또는 일부의 과정이 전자 데이터의 전달방식으로 이루어지는 법현실”,⁹⁾ 이라고 정의하고 있다.

이에 대하여 전자문서법은 “재화나 용역을 거래할 때 그 전부 또는 일부가 전자문서에 의하여 처리되는 거래”라고 정의하고 있다(제2조 5호). 여기서 전자문서는 “정보처리시스템에 의하여 전자적 형태로 작성, 송신·수신 또는 저장된 정보”라고 규정하고 있다(제2조 1호).

2) 해외 입법례

① 유엔 「전자상거래모델법」(UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce)은 ‘전자상거래(Electronic Commerce)’라는 용어를 사용하고 있다. 여기서 전자상거래의 전제 개념

4) ‘전자거래’라는 용어는 ‘전자상거래’라는 용어가 사용된 이후에 상거래에 한정하지 않고 널리 사인간의 거래를 포함하기 위하여 사용되었다. 즉 ‘전자상거래’가 정보처리시스템을 이용한 상인간 또는 상인과 비상인간의 거래를 가리키는 데 반하여, ‘전자거래’는 상거래뿐만 아니라 사인간의 거래를 비롯한 각종 법률관계를 포함하는 용어로 사용되고 있다. 이하에서는 이러한 연혁적, 개념적 측면을 고려하여 특별히 전자상거래라고 표현할 경우를 제외하고는 ‘전자거래’라는 용어를 사용하기로 한다.

5) 김영갑/최성준, “情報社會에 對備한 商事法 研究 序論”, 情報社會에 對備한 一般法 研究(I), 通信開發研究院, 1997, 142면.

6) 홍준형, “인터넷 사회에 있어서의 EDI 및 전자거래의 기능”, 전자거래 및 EDI 관련 법제도 정비방향, 한국전산원, 1996, 16면.

7) 吳炳喆, 電子去來法, 2000, 30면.

8) 최경진, ‘전자상거래와 법’, 1998, 55면.

9) 鄭鍾休, “電子去來의 登場에 따른 契約理論의 變容”, 「人權과 正義」, 제268호(1998. 12), 71면.

인 '상업적'이라는 용어는 계약 여부에 관계없이 상업적 성격의 모든 관계에서 발생하는 문제를 다루는 넓은 의미로 해석되어야 한다고 한다.¹⁰⁾ 그리고 상업적 성격의 관계에는 다음 거래를 포함하나 이에 한정하지 않는다. 즉 재화 또는 용역의 공급이나 교환을 위한 무역 거래, 유통 계약, 상업적 대표 또는 대리점, 팩토링, 리스, 물건 제작, 컨설팅, 엔지니어링, 라이선스, 투자, 자금 조달, 은행업, 보험, 개발 계약 또는 양허, 합작 투자 및 기타 형태의 산업 또는 사업 협력, 항공·해상·철도 또는 도로를 이용한 물품이나 승객 운송을 포함한다.¹¹⁾

② 미국 「통일전자거래법」과 「통일컴퓨터정보거래법」은 '거래(transaction)'라는 용어를 사용하고 있다. 통일전자거래법(Uniform Electronic Transactions Act 1999)은 '거래'를 "영업행위, 상행위 또는 정부업무에 관련된 2인 또는 그 이상의 자 사이에서 발생하는 행위나 일련의 조치를 의미한다."고 정의하고 있다(제2조 제16항). 여기서 거래는 영업을 위한 사람, 특히 소비자 또는 정부업무를 포함한 상업적인 모든 상호작용을 포함하나 일방적 또는 비거래 행위는 포함하지 않는다.¹²⁾ 이 법에서 거래라는 용어는 2인 이상의 자 사이의 상호작용을 포함하므로 거래와 관련된 전자기록 및 전자서명에도 적용되며,¹³⁾ 그 결과 거래는 전자상거래를 포함하는 넓은 의미로 사용되고 있다.

③ 독일은 「독일민법」에서 '전자거래(elektronischer Geschäftsverkehr)'라는 용어를 사용하고 있다. 여기서 '전자거래'는 "사업자가 물품의 인도나 용역의 제공에 관한 계약을 체결하기 위하여 원격매체를 사용하는 경우"를 말하며(제312조i), '전자적'이라는 용어는 전자적으로 가공하고 저장할 수 있는 장비를 사용하여 정보를 처음으로 전송하고 최종으로 수신하며, 전신 또는 통신을 통하여 광학적 또는 다른 전자기적 방법으로 송신하고 전달하고 그리고 수신하는 것을 말한다.

④ 프랑스는 2004년 「디지털 경제와 통신법에서의 신뢰를 위한 법률」¹⁴⁾에서 '전자거래(commerce électronique)'를 "당사자 일방이 원격으로 전자적 수단에 의해 재화 또는 용역의 제공을 제안하거나 이행하는 경제활동"이라고 규정하고 있다(제14조 제1항). 이 법은 전자거래를 전자적 수단에 의한 '경제활동'이라고 규정할 뿐 유상 또는 무상인지의 여부를 묻지 않으며, 또는 재화나 용역의 제공자가 상인이거나 직업적일 필요가 없으므로 소비자간 거래(C2C)도 포함할 수 있다.

3) 소결

전자거래 개념에 대하여는 다양한 견해가 제시되고 있는데, 이는 전자거래라는 개념의 외연을 어떻게 확정할 것인가에 달려 있다. 이를 위해서는 전자거래의 개념표지를 고려하여야 하는데, 전자거래의 개념표지는 다음과 같다.

첫째, 당사자 쌍방이 거래에 컴퓨터 등 정보처리시스템을 이용하여야 한다. 만일 당사자 일방만이 컴퓨터를 이용하여 법률행위를 하고 상대방은 컴퓨터를 이용하지 않은 경우, 예컨대 당사자 일방이 정보처리능력이 없는 전화나 팩스¹⁵⁾ 등을 이용하는 경우는 전자거래에 해당되

10) UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce with Guide to Enactment 1996, p. 3 각주 4.

11) 이러한 각주 표시는 유엔 국제상사조정모델(UNCITRAL Model of International Commercial Arbitration) 제1조의 각주를 참고하였다(UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce with Guide to Enactment 1996, p. 24 (para. 25)).

12) UNIFORM ELECTRONIC TRANSACTIONS ACT (1999), Comments, p. 12 (para. 12).

13) *Ibid.* p. 13 (para. 12).

14) La loi n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique et le droit de la communication(이하에서는 '2004년 법률'이라고 한다)

지 않는다.¹⁶⁾

둘째, 당사자 쌍방이 전자적 방법으로 거래를 하여야 한다. 만일 당사자가 컴퓨터를 이용하여 전자문서를 작성하였으나 이를 전자적 방법을 송신하지 않은 경우, 예컨대 당사자 일방이 컴퓨터의 워드기능을 이용하여 계약서를 작성하고 이를 디스켓에 저장한 다음 디스켓을 상대방에게 우편으로 송부한 경우는 전자거래에 해당되지 않는다.

셋째, 거래의 전부 또는 일부가 전자적 방법으로 행하여져야 한다. 이는 거래의 체결과정과 이행과정이 모두 전자적 방법으로 이루어지거나 또는 그 하나만이 전자적 방법으로 이루어지는 것을 말한다. 예컨대, MP3 파일과 같이 거래목적물이 디지털 재화인 경우에는 거래의 전부가 전자적으로 처리되는 전자거래에 해당된다. 그러나 책과 같이 디지털화 되지 않았거나 또는 컴퓨터와 같이 디지털화 될 수 없는 유체물인 경우에는 거래의 일부만 전자적으로 처리되는 전자거래에 속한다. 그리고 거래의 협상과정은 전자거래에 속하지 않지만 거래의 준비단계는 경우에 따라 전자거래에 해당될 수 있다.

생각건대 전자거래는 “당사자가 그 전부나 일부를 정보처리시스템을 이용하여 전자적 방식으로 행하는 거래”라고 정의할 수 있다. 여기서 전자거래의 핵심은 정보처리시스템을 이용하여 디지털화 된 정보를 전자적 방식으로 교환하는 행위라고 할 수 있다.

(3) 전자거래 해당 여부

1) 거래 주체에 따른 판단

전자거래는 동일한 방식의 거래라고 하더라도 그 주체가 누구인가에 따라 적용되는 법률이 다르며, 또한 거래환경에 차이가 있으므로 법률문제가 발생할 수 있는 사정도 서로 다르다.

① 기업간 전자거래(Business to Business: B2B)는 e-마켓플레이스(e-marketplace)라고도 하며, 거래상대방에 따라 다시 특정기업간 전자거래와 특정기업과 불특정기업간 전자거래로 구분할 수 있다.

첫째, 특정기업간 전자거래는 특정기업간 표준화된 거래형식과 데이터 교환방식에 따라 조직적이고 체계적으로 이루어지는 전자거래로서, 이를 폐쇄형 전자문서교환(Closed EDI)이라고도 한다. 예컨대, 제조업자와 도매상간의 거래와 같이 비교적 계속성 있는 특정기업간 거래는 종이문서를 대체하여 비용절감효과를 가져오는 것을 주된 목적으로 한다. 이러한 전자거래는 종이문서에 의한 거래의 문제점을 완전히 해결한 것은 아니므로 전자문서의 서면, 서명, 원본, 기록보존 등의 문제가 여전히 남아 있다. 그러나 거래당사자가 전자거래에 대하여 상당한 기술적·법적 지식을 갖고 특정 상대방과 반복적인 거래행위를 하므로 법률 분쟁이 발생할 소지가 크지 않다.

둘째, 불특정기업간 전자거래는 특정기업과 불특정기업간 표준화된 프로토콜에 따라 이루어지는 전자거래로서, 이를 개방형 전자문서교환(Open EDI)이라고도 한다. 예컨대, 어느 특정기업이 불특정기업을 상대로 부품조달에 관한 주문서를 내고 이에 응답한 기업 중에서 거래상대방을 선택하여 계약을 체결하는 방식이다. 이러한 전자거래는 정보통신망에 접속하는 당사자 수가 많으므로 상대방의 동일성 확인과 거래에 관한 정보의 신뢰성을 확보할 수 있는 기술적·법제도적 절차가 필요하다. 이 경우 거래당사자 사이에는 컴퓨터 사기 등 거래 관련 법률 분쟁이 발생할 소지가 있다.

15) 유엔 전자상거래모델법은 디지털화 되지 않은 팩스를 이용한 경우에도 전자상거래로 본다.

16) 같은 취지: 吳炳喆, 電子去來法, 31면. 반대 견해로는 孫晉華, “電子商去來의 法的 問題”, 「法學叢」(경원대), 제5호(1998. 6), 72면.

② 기업과 정부간 전자거래(Business to Government: B2G)는 정부물자 조달이라는 목적을 수행하기 위한 전자거래로서, 이는 주로 광속거래(Commerce At Light Speed: CALS)에 의하여 이루어져 왔다. 예컨대, 정부가 조달 예정 물품을 사이버 마켓(Cyber Market)에 공시하면 기업들이 사이버 마켓을 통하여 공급할 물품을 확인하고 계약을 체결하는 방식이다. 이러한 전자거래를 위해서는 전자문서의 송·수신뿐만 아니라 전자카탈로그, 인증서비스, 전자지급 등이 가능하도록 기업과 정부간 표준화된 거래형식과 데이터 교환방식이 완비되어야 한다. 이 경우 정부는 조달 관련 법률에 따라 좁은 의미의 전자거래를 수행하므로 법률분쟁이 발생할 소지가 크지 않다.

③ 기업과 불특정 소비자간 전자거래(Business to Consumer: B2C)는 온라인 쇼핑과 같이 기업과 불특정 다수의 소비자간에 표준화된 프로토콜에 의하여 이루어지는 전자거래이다. 이러한 전자거래는 사이버몰을 통하여 제품이 진열되고, 계약이 체결되며, 물품이 배송되고, 대금결제도 이루어진다. 그러나 이러한 전자거래에는 거래당사자 이외에 통신서비스제공자, 사이버몰사업자 등 다수의 계약관련 당사자가 존재하며, 또한 송·수신한 전자문서가 도달되지 않거나, 변경되거나, 제3자에 의하여 변경·훼손되거나, 통신망 자체가 불능이 되는 등 수많은 위험요소가 존재한다. 대부분의 전자거래가 이에 해당하며, 전자거래의 발전 속도에 따라가지 못하는 기술적·법제도적 장애로 인하여 법률분쟁이 발생할 소지가 가장 크다.

④ 불특정 소비자간 전자거래(Consumer to Consumer: C2C)는 일반소비자 사이에서 컴퓨터 네트워크를 이용하여 표준화된 프로토콜 없이 자유로운 내용과 형식으로 이루어지는 전자거래이다. 예컨대, 물품 또는 서비스에 관한 거래를 원하는 당사자 일방이 전자우편(Electronic Mail)이나 전자게시판(Bulletin Board System: BBS) 등을 이용하여 거래상대방과 1대 1로 거래하는 방식이다. 이러한 전자거래는 거래상대방의 신원 및 거래의 진위 여부를 확인할 수 있는 방법과 대금지급과 급부이행의 신뢰성을 확보할 수 있는 방안이 마련되지 않아 법률분쟁이 발생할 소지가 가장 크다.

결국 전자거래분쟁의 발생을 방지하기 위해서는 분쟁 가능성이 가장 높은 기업과 불특정 소비자간 전자거래와 불특정 소비자간 전자거래에 대한 기술적·법제도적 이용환경 정비가 필요하다. 즉 전자의 경우에는 전자문서의 안전성을 확보하기 위한 기술적 환경정비와 거래당사자간의 표준약관과 소비자보호 관련 법률에서 규정하고 있는 내용들이 적용될 수 있도록 하는 법제도적 환경정비가 필요하다. 후자의 경우에는 거래상대방의 신원 및 거래의 진위 여부를 확인할 수 있는 법제도적 방법과 대금지급과 급부이행의 신뢰성을 확보할 수 있는 기술적 방안이 마련되어야 할 것이다.

2) 거래의 전자화에 따른 판단

전자거래를 거래의 전자화 유무에 따라 구분하는 방식은 법적으로 커다란 의미가 있다. 왜냐하면 이는 거래의 전자화 유무에 따라 기존의 법이론을 통한 문제해결이 가능한지 아니면 새로운 입법이 필요한지를 판단할 수 있기 때문이다.

첫째, 좁은 의미의 전자거래는 거래당사자가 전자적 방법으로 거래를 체결하고 그 이행도 전자적 방법으로 이행하는 경우이다. 이러한 전자거래는 거래목적물이 디지털화 되어야 하며, 거래의 전 분야에 걸쳐 기술적 특수성이 존재하므로 기술적 특성에 적합한 이용환경 정비가 필요하다. 다만, 현실거래에서는 좁은 의미의 전자거래가 많지 않으므로 법률분쟁의 가능성도 상대적으로 적다고 할 수 있다.

둘째, 넓은 의미의 전자거래는 전자거래의 체결과정 또는 이행과정 중의 어느 하나가 전자

적 방법으로 이루어지는 경우이다. 이는 다시 거래의 체결과정이 전자적으로 이루어지는 경우와 거래의 이행과정이 전자적으로 이루어지는 경우로 나누어진다. 전자는 거래가 전자적 방법으로 체결되고 그 이행은 기존의 이행방법을 통하여 이루어지는 경우이다. 이는 거래당사자들이 거래의 이행과정을 디지털화 하는 것을 피하기 때문이 아니라 거래목적물이 디지털화 될 수 없기 때문이다. 현재 인터넷상 행하여지고 있는 재화에 대한 거래의 대부분이 이에 해당되며, 법적 문제로는 의사표시나 계약의 성립에 관한 논의가 주로 제기되고 있다. 후자는 기존의 방법으로 거래가 성립되고 그 이행은 전자적 방법으로 이루어지는 경우이다. 이는 기존의 대면거래나 전화, 팩스 등의 수단을 이용하여 거래가 성립되지만 그 이행은 컴퓨터 네트워크를 통하여 이루어지는 거래이다. 현실적으로 이러한 거래유형은 매우 예외적인 경우로서 별도의 법적 논의는 제기되지 않고 있다.

3) 적용 법률에 따른 판단

전자거래 개념은 거래의 전부 또는 일부가 전자문서에 의하여 처리된다고 하는 거래방식의 특성을 고려하여 규정하고 있다. 이에 따라 전자거래를 전제로 하는 특수거래가 전자거래에 해당하는지의 여부가 문제된다.

① 「전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률」(이하에서는 '전자상거래법'이라 한다)은 '전자상거래'를 "전자거래(「전자문서 및 전자거래 기본법」 제2조제5호에 따른 전자거래를 말한다)의 방법으로 상행위(商行為)를 하는 것"으로 규정하고 있다(제2조 제1호). 따라서 전자거래는 전자상거래와 전자민사거래로 구분할 수 있으며, 후자의 예로는 민사중개거래와 P2P거래(Peer to Peer)가 있다. 전자상거래법은 전자상거래에서의 소비자보호에 관하여 다른 법률과 경합하는 경우에는 이 법을 우선 적용한다(제4조 본문). 또한 전자상거래법은 공정거래위원회, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장이 전자상거래에서의 위반행위와 관련하여 소비자의 피해 구제신청이 있는 경우에는 시정권고 또는 시정조치 등을 하기 전에 전자상거래에서의 소비자보호 관련 업무를 수행하는 기관이나 단체 등 대통령령으로 정하는 소비자피해 분쟁조정기구(이하 '소비자피해 분쟁조정기구'라 한다)에 조정을 의뢰할 수 있다고 규정하고 있다(제33조 제1항). 여기서 "대통령령으로 정하는 소비자피해 분쟁조정기구"는 소비자분쟁조정위원회, 전자거래분쟁조정위원회, 콘텐츠분쟁조정위원회, 그 밖에 소비자보호 관련 법령에 따라 설치·운영되는 분쟁조정기구를 말한다(전자상거래법 시행령 제35조). 따라서 사업자가 전자상거래에서 이 법을 위반한 경우에는 그 위반행위는 전자거래분쟁조정의 대상이 된다.

② 「전자금융거래법」은 '전자금융거래'를 "금융회사 또는 전자금융업자가 전자적 장치를 통하여 금융상품 및 서비스를 제공(이하 '전자금융업무'라 한다)하고, 이용자가 금융회사 또는 전자금융업자의 종사자와 직접 대면하거나 의사소통을 하지 아니하고 자동화된 방식으로 이를 이용하는 거래"라고 규정하고 있다(제2조 제1항). 여기서 '전자적 장치'는 "전자금융거래정보를 전자적 방법으로 전송하거나 처리하는데 이용되는 장치로서 현금자동지급기, 자동입출금기, 지급용단말기, 컴퓨터, 전화기 그 밖에 전자적 방법으로 정보를 전송하거나 처리하는 장치"를 말한다(제2조 제8호). 전자금융거래법에 규정된 '전자금융거래정보'는 전자문서에 포함되며, 이것은 컴퓨터 등 전자적 방법으로 처리된다. 그러므로 전자금융거래는 전자거래에 해당한다. 다만, 전자금융거래법은 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고 모든 전자금융거래에 적용되며(제3조 제1항 본문), 이용자는 전자금융거래의 처리에 관하여 이의가 있을 때에는 일정한 절차에 따라 손해배상 등 분쟁처리를 요구하거나 금융감독원 또는 한국소비자원 등을 통하여 분쟁조정을 신청할 수 있다(제27조 제2항). 따라서 전자금융거래는 전자거

래에 해당하지만 전자거래본재조정 대상에는 해당되지 않는다.

2. 전자문서

(1) 서

전자문서는 전자기록, 데이터메시지, 콘텐츠, 정보 등 다양한 용어가 혼용되어 사용되고 있으며, 전자문서법이 전자문서에 대하여 개념정의하고 있음에도 불구하고 다른 법률들이 개별적인 정의규정을 가지고 있다. 따라서 전자거래의 전제가 되는 전자문서의 개념을 어떻게 정의할 것인지가 문제된다.

(2) 전자문서 개념에 대한 논의

1) 국내의 논의¹⁷⁾

전자문서의 개념에 대해서 학설은 다양한 견해가 제시되고 있다.

첫째의 견해는 전자문서라 함은 “정보처리시스템에 의하여 전자적 형태로 작성, 송신·수신 또는 저장된 정보를 말한다.”고 한다. 이 견해는 전자문서법 제2조 제1호의 정의규정과 동일하며,¹⁸⁾ 이 견해 중에는 다시 전자문서법상의 전자문서와 기타 법률이 규정하고 있는 전자문서를 구분하는 견해¹⁹⁾가 있다. 그러나 후자의 견해는 전자문서의 형식요건만 규정하고 있을 뿐 문서가 가지는 증명적 기능을 규정하고 있지 못하다.

둘째의 견해는 전자문서라 함은 “네트워크를 이용하여 컴퓨터 기타 정보처리장치간에 전자적인 방식으로 전송, 처리, 보관되거나 출력된 문서형식의 자료를 말한다.”고 한다.²⁰⁾ 그러나 이 견해는 전자문서의 요건을 네트워크를 이용하는 경우로 한정하고 있어 네트워크를 이용하지 않은 전자문서는 포함되지 않는 문제가 있으며, 또한 “문서형식”이 무엇을 의미하는지 명확하지 않다.

셋째의 견해는 전자문서를 “정보처리능력을 가진 장치에 의하여 전자적 형태로 작성되어 송신, 수신, 저장되며, 문서의 기능을 수행하는 전자적 정보로 읽을 수 있는 형태로 변환되어 있는 것”이라고 한다.²¹⁾ 이 견해는 사람이 보고 읽을 수 있는 형태로 변환되어 있는 것만이 전자문서라고 정의함으로써 전자문서의 개념을 좁게 인정하고 있다.

넷째의 견해는 전자문서를 “컴퓨터 등 정보처리시스템에 의하여 사람의 사상이나 감정이 전자적 형태로 기록된 정보를 담고 있는 유형물로서, 사후에 문서의 형태로 출력 또는 재현될 수 있는 물건”이라는 견해이다.²²⁾ 이 견해는 인간의 의사표시의 내용이 디지털비트인 0과 1이라는 형태로 구성되어 있는 전자문서의 특성을 정확하게 파악하지 못한 한계가 있다.

다섯째의 견해는 전자문서를 “컴퓨터 등 연산작용에 의한 정보처리능력을 가진 장치에 의하여 생성되어 송·수신 또는 저장될 수 있고, 생성 또는 송·수신시의 형태로 보존되어 필요에 따라 사후적으로 관람 가능한 형태로 재현될 수 있는 전자적 기록”이라는 견해이다.²³⁾ 이 견

17) 이에 대하여 자세하게는 정진명, “전자문서 및 전자거래기본법의 주요쟁점”, 『법학연구』(연세대), 제27권 제4호(2017. 12), 81면 이하.

18) 정완용, 전자상거래법, 2016, 35면; 김은기, “전자문서의 법적 효력”, 『기업법연구』, 제5호(2000), 473면; 정남휘, “전자거래기본법 해설”, 『법무사』, 제431호(2003), 7면.

19) 오병철, 電子去來法, 84-85면.

20) 최경진, 전자상거래와 법, 91면; 이상정/소재선, “전자문서와 전자계약”, 『경희법학』, 제33권 제2호(1998), 30면.

21) 최승열, “현행 법제에 규정된 전자문서의 의의에 관한 검토”, 『법제』, 제530호(2002), 36면.

22) 한규현, “전자문서와 민사소송법”, 『Cyber Law의 제문제(하)』, 제100집(2003), 213면.

해에 따르면 기존의 전화, 전신 또는 모사전송 등은 정보처리장치에 의하여 생성된 것이 아니므로 전자문서의 개념에서 제외된다. 그러나 이 견해는 전자적 기록이라는 용어를 사용하고 있어 영상정보나 음성정보도 전자문서에 포함되는 결과가 되므로 전자문서의 개념으로 적합하지 않다.

2) 해외 입법례

① 유엔 「전자상거래모델법」은 데이터메시지라는 용어를 사용하고 있다. 이 법은 '데이터메시지(data message)'를 "전자문서교환, 전자우편, 전보, 전신, 또는 모사전송을 포함하나 이에 한정하지 않고 전자적, 광학적, 기타 유사한 수단에 의하여 작성, 전송, 수신 또는 저장된 정보를 말한다."고 규정한다(제2조 a호).²⁴⁾ 여기서 '데이터메시지'는 컴퓨터 처리가 가능한 정보에 한정하지 않고, 전보·전신·모사전송도 포함하고 있어 그 외연이 상당히 광범위하다. 또한 데이터메시지는 교신(communication)에 한정하지 않고 교신을 목적으로 하지 않는 컴퓨터 작성 기록도 포함하므로 '메시지'의 개념에는 '서면(writing)'이라는 개념도 포함한다.²⁵⁾ 나아가 '전자적 형태로 작성된 정보'는 "정보처리시스템에 의하여 전자적 형태로 생성된 기록(record)"을 의미하며, '유사한 수단(similar means)'은 유엔 전자상거래모델법이 현재의 정보통신기술에만 적용되는 것이 아니라 장래 발전될 정보통신기술도 수용한다는 것을 의미한다.²⁶⁾²⁷⁾

② 유엔 「국제계약에 있어서 전자적 의사표시의 이용에 관한 협약」(Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts)은 전자적 의사표시와 구분하여 데이터메시지라는 개념을 사용하고 있다. 여기서 '데이터메시지(data message)'라 함은 "전자적·자기적·광학적 또는 유사한 수단으로 작성, 전송, 수신 또는 저장되는 정보를 말하며, 전자문서교환·전자우편·전보·전신 또는 모사전송을 포함하나 이에 한정되지 아니한다."고 규정하고 있다(제4조 c호). 이는 본질적으로 종이 없는 방식으로 작성·저장·표시된 모든 종류의 메시지를 포함하는 것을 목표로 한다.²⁸⁾ 그리고 "유사한 수단(similar means)"의 참조는 이 협약이 현존하는 정보통신기술과 관련하여 적용될 뿐만 아니라 예견할 수 있는 기술적 발전에 적합하도록 하기 위한 것이다.²⁹⁾ 또한 "데이터메시지"의 개념은 데이터메시지의 전송방식보다 정보 그 자체에 초점이 맞추어져 있다. 그러므로 이 협약의 목적상 데이터메시지가 컴퓨터에서 컴퓨터로 전자적 방식으로 전송되는지의 여부 및 데이터메시지가 정보통신시스템과 연계되지 않은 수단(예컨대, 우편으로 수신자에게 도달된 데이터메시지를 포함하고 있는 마그네틱 디스크)에 의하여 전달되었는지의 여부는 문제되지 않는다. 나아가 "데이터메시지"의 개념은 데이터메시지의 전달에 한정되는 것이 아니라 전달수단이 아닌 컴퓨터에 의하여 작성된 기록도 포함하며, 다른 데이터메시지에 의한 폐지와 변경도 포함한다.³⁰⁾

23) 김진환, "전자거래에 있어서의 문서성과 서명성에 관한 고찰", 「법조」, 제48권 제8호(1999), 136면.

24) 유엔 전자상거래모델법 제2조 (a)항의 개념규정은 유엔 전자서명모델법 제2조 (c)항, 유엔 국제전자계약협약 제4조 (c)항의 개념정의와 동일하다.

25) UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce with Guide to Enactment 1996, p. 26 (para. 30).

26) *Ibid.* p. 26 (para. 31).

27) 각국의 법률은 전자문서의 개념을 유엔 전자상거래모델법에 규정된 개념과 동일하거나 또는 이와 유사하게 규정하고 있다.

28) United Nations, "Electronic Communications in International Contracts", A/CN.9/546, p. 38.

29) *Ibid.*

③ 미국 「통일전자거래법」은 전자기록이라는 용어를 사용하고 있다. 여기서 '전자기록(electronic record)'은 "전자적 수단에 의해 생성, 작성, 송신, 교신, 수신 또는 저장된 하나의 기록"을 말한다(제2조 제7호).³¹⁾ 여기서 '기록'은 "유형적 매체에 쓰여 지거나 또는 전자적 혹은 다른 매체에 저장되어 지각될 수 있는 형태로 검색될 수 있는 것"을 의미한다고 하고(제2조 제13호), "전자적"이라 함은 "전자, 디지털, 자기, 무선, 광학, 전자기 또는 유사한 기능을 가지는 기술과 관련된 것"을 의미한다고 한다(제2조 제5호). 이 법에 따르면 '전자기록'은 '기록'의 하위 개념으로서 종이 이외의 매체에서 생성, 사용 또는 저장되는 모든 기록을 말하므로,³²⁾ 컴퓨터 하드드라이브, 플로피디스크, 전신, 음성메시지, 전화응답메시지, 오디오와 비디오 기록도 모두 이에 포함된다.

④ 독일의 개정 「독일민법」 제126a조(전자적 방식) 제1항은 "법률에서 정한 서면방식이 전자적 방식으로 대체되는 경우에 이러한 의사표시의 작성자는 그 표시에 자신의 성명을 기입하고 그 전자문서에 전자서명법에 따른 전자서명을 하여야 한다."고 전자적 방식을 규정하고 있다. 여기서 '전자적 방식'은 전자문서를 전제로 하며, '전자문서(elektronisches Dokument)'는 전자적 보조수단 없이는 읽을 수 없는 서면에 형체화 된 전자적 정보를 말한다.³³⁾ 그리고 '정보'는 암호화 되었는지의 여부와 무관하지만 활자로 읽을 수 있고 서면에 적합하여야 한다.

⑤ 프랑스의 개정 「프랑스민법」 제1365조는 "문서는 그 방식을 불문하고 문자, 글자, 숫자 또는 기타 이해 가능한 의미를 가진 기호나 상징의 연속의 결과로 구성된다."고 문서에 관한 규정을 두었다. 이는 정보통신기술에 의한 의사소통의 '비물질화(dématérialisation)' 현상에 대처하기 위하여 '종이문서'와 '전자문서'의 등가성을 인정하기 위한 기초로서 규정된 것이다.³⁴⁾

⑥ 일본의 「전자서명및인증업무에관한법률」(2000년)은 전자문서 대신 전자적 기록이라는 용어를 사용하고 있다. 여기서 "전자적 기록"은 "전자적 방식, 자기적 방식, 기타 사람의 지각에 의하여 인식할 수 없는 방식으로 작성된 기록으로서, 전자계산기에 의한 정보처리의 용도에 제공되는 것을 말한다."고 한다(제2조 제1항).

3) 소결

전자문서법상 '전자문서' 개념은 전자문서법 체계뿐만 아니라 개별 특별법의 개념과도 밀접한 관련을 가지고 있으므로 체계 정합적인 개념을 설정할 필요가 있다. 이를 위해서는 전자문서의 개념표지를 고려하여야 하며, 전자문서의 개념표지는 다음과 같다.

첫째, 전자문서는 정보처리시스템에 의하여 처리되어야 한다. 여기서 "정보처리시스템"이라 함은 "전자문서의 작성·변환, 송신·수신 또는 저장을 위하여 이용되는 정보처리능력을 가진 전자적 장치 또는 체계"를 말하며(제2조 제2호), "정보처리"는 자료를 정보로 변환하는 과정, 즉 자료를 목적에 맞게 분석하여 의미 있는 정보로 만들어내는 것을 말한다. 그러므로 정보전달

30) *Ibid.* p. 39.

31) 미국 「통일전자거래법」은 '정보(Information)'와 '기록(record)'을 구분하여 별도로 정의하고 있다.

32) UNIFORM ELECTRONIC TRANSACTIONS ACT (1999), Comments, p. 9 (para. 6).

33) MüKoBGB/Einsele, 6. Aufl., 2012, §126a Rn. 3.

34) 이는 2016년 개정 전의 제1316조를 수정한 것으로, 구 민법 제1316조는 "문자나 기록에 의한 증거는 그 전달방식이나 매체를 불문하고 문자, 글자, 숫자 또는 기타 이해 가능한 의미를 가진 기호나 상징의 연속의 결과로 구성된다."고 규정하였다. 그러나 전달의 '방식'과 '매체'를 구분할 필요가 없어 '매체'를 삭제하였고, '문자나 기록에 의한 증거'도 문장이 중복되기 때문에 '문서'로 단순화 하였다고 한다(Chanterie et M. Latina, La réforme du droit des obligations - Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, Dalloz, 2016, n° 1176. p. 999 참조).

기능이나 정보변환기능을 가지고 있지만 자체적으로 정보처리능력은 가지고 있지 못한 전화, 전보, 전신, 모사전송 등에 의하여 처리되는 정보는 전자문서에 포함되지 않는다.³⁵⁾ 이러한 점에서 우리나라의 전자문서 개념은 유엔 전자상거래모델법 등 국제법규나 다른 나라의 입법례와 차이가 있다.

둘째, 전자문서는 전자적 형태로 존재하여야 한다. 여기서 “전자적 형태”란 문서가 정보처리시스템에 의하여 무형의 디지털메시지 형태로 표시된 것을 말하며, “디지털메시지(digital message)”는 전압의 변화, 자성의 교류변환을 이용하여 물리적 및 전기적 에너지를 디지털비트인 0과 1로 표시한 것이다. 디지털메시지 형태의 문서는 사람이 보고 읽을 수 없으므로 정보처리시스템이 이를 보고 읽을 수 있는 형태로 변환하게 된다. 이와 같이 전자문서는 무형의 디지털메시지 형태를 띠는 점에서 물리적 형태를 가진 종래의 종이문서와 차이가 있다.

셋째, 전자문서는 지각할 수 있는 형태로 검색될 수 있어야 한다. 정보처리시스템에 의하여 작성된 무형의 디지털메시지는 자성체에 불과하고 특성상 흔적 없이 소멸될 수 있으므로 인간이 보고 읽을 수 있는 형태로 검색(retrieve)될 수 있어야 한다. 그러므로 인간이 보고 읽을 수 없거나 또는 전시할 수 없는 영상정보, 음성·음향정보는 전자문서에 포함되지 않는다. 또한 컴퓨터의 메모리(RAM)이나 모니터 등에 일시적으로 저장되거나 현출되는 전자적 정보도 보존성이 없으므로 전자문서라고 보기 어렵다.³⁶⁾

넷째, 전자문서는 인간의 감정이나 사상을 표현하는 정보이어야 한다. 여기서 ‘자료(또는 데이터)’는 대상으로부터 관측되고 측정되어 얻어진 어떤 사실들의 집합이며, 어떤 목적을 위해 자료가 평가되고 가공되어진 가치가 ‘정보’이다. 따라서 전자문서는 자료 중에서 인간의 사상이나 감정이 문자나 기호 등으로 표시된 정보만을 전자문서라고 할 수 있다.

생각건대 향후 정보통신기술의 발전을 포섭하기 위하여 전자문서의 개념을 넓게 인정한 전자문서법의 입법취지와 다른 법률과의 체계 정합성을 고려하면 ‘전자문서’는 “정보처리시스템에 의하여 전자적 형태로 작성·변환되거나 송신·수신 또는 저장된 정보”라고 정의할 수 있다. 즉 전자문서는 컴퓨터와 같은 정보처리시스템에 의하여 생성된 디지털 메시지로서 필요에 따라 나중에 재현하거나 열람할 수 있는 전자적 기록을 의미하며, 문서로서의 특별한 형식(또는 표준)을 필요로 하지 않는다.

(3) 전자문서법상의 전자문서 해당 여부

전자문서법이 규정하고 있는 전자문서 개념은 너무 광범위하고, 또한 전자문서법이 전자문서에 대한 개념정의를 두고 있음에도 불구하고 다른 법률에도 전자문서 개념정의를 존재하고 있다. 따라서 현행 전자문서법이 적용되는 전자문서에 대한 검토가 필요하다.

첫째, 전자화문서가 전자문서에 해당하는지의 여부이다. 현행 전자문서법은 전자문서를 “정보처리시스템에 의하여 전자적 형태로 작성된 정보”라고 규정함으로써 “종이문서나 그 밖에 전자적 형태로 작성되지 아니한 문서(이하 ‘전자화대상문서’라 한다)를 정보처리시스템이 처리할 수 있는 형태로 변환한 문서”인 ‘전자화문서’가 전자문서에 해당하는지 문제된다. 왜냐하면 현행 전자문서법은 전자화문서에 대한 별도의 정의 규정을 두고 있지 않으며, 전자화문서는

35) 같은 취지: 김진환, 앞의 논문, 133/4면. 이에 대하여 휴대전화 단말기, IPTV 등은 일정부분 정보처리능력을 가지고 있으며 이를 통하여 전자문서를 송·수신할 수 있으므로 정보처리시스템에 포함시킬 수 있다는 견해도 있다(김은기, 앞의 논문, 473면; 이찬도·김형준, “전자거래기본법의 문제점과 개정 방향에 관한 연구”, 「통상정보연구」, 제4권 제1호(2001. 6), 29면).

36) 김은기, 앞의 논문, 474면; 한삼인·김상명, “전자서명 및 전자인증의 법률문제에 대한 고찰”, 「비교사법」, 제8권 1호(2001), 1063면.

전자문서가 갖는 일반적 효력(제4조)을 갖지 못하고, 다만 전자문서의 보관(제5조)과 송신·수신 시기 및 장소(제6조)와 관련하여서만 전자문서와 동일하게 취급되고 있기 때문이다.³⁷⁾ 그러나 종이문서도 전자화문서로 변환된 이후에는 유통, 보존, 폐기의 과정이 전자문서와 동일하고, 전자화문서도 추가적인 요건이 충족된 경우에는 전자문서가 가지는 일반적 효력을 인정하지 않을 이유가 없다.³⁸⁾ 따라서 전자문서는 협의의 전자문서와 전자화문서로 구분할 수 있으며, 전자화문서도 제한된 범위에서 전자문서로서의 효력을 가진다고 할 수 있다.

둘째, 비정형문서도 전자문서에 해당하는지의 여부이다. 전자문서는 문서관리 차원에서 정형문서와 비정형문서로 구분할 수 있으며, '정형문서'는 문서 내용인 데이터나 정보를 매체나 서식 등과 분리할 수 있거나 어플리케이션 등이 정해진 규칙에 따라 가독할 수 있는 문서를 말한다. 이에 대하여 '비정형문서'는 문서 내용인 데이터나 정보를 매체나 서식 등과 분리할 수 없거나 어플리케이션 등이 가독하기 어려운 문서를 말한다. 전자의 예로는 EDI, DB기반 문서, XML 문서 등이 있으며, 후자의 예로는 워드문서, 이미지문서 등이 있다. 전자문서의 범위는 기존 문서의 개념에서 전자적인 형태로 표현된 모든 유형의 자료, 정보, 지식, 콘텐츠를 포함하는 개념으로 확대되고 있으므로 비정형문서도 전자문서에 해당한다고 할 수 있다. 다만, 전자정부법³⁹⁾, 정보통신망법⁴⁰⁾, 약식전자문서법⁴¹⁾ 등은 정형화된 전자문서를 염두에 두고 있으므로 이러한 법률이 적용되는 전자문서는 정형화된 전자문서에 한정된다고 할 수 있다.⁴²⁾

셋째, 콘텐츠가 전자문서에 해당하는지의 여부이다. 전자문서법은 전자문서를 "전자적 형태로 작성, 송신·수신 또는 저장된 정보"라고 개념정의하고 있다. 여기서 '정보'라 함은 동영상, 음성 등도 포함되는 광범위한 개념으로서 기록(Record)⁴³⁾을 의미하며, 정보통신기술의 발달에 따른 다양한 전자적 형태의 정보를 포함하기 위한 입법취지를 반영한 것이다.⁴⁴⁾ 그러나 이러한 개념정의는 전자적 형태의 정보를 모두 전자문서라고 오인할 수 있게 하며, 특히 디지털콘텐츠와의 구분을 어렵게 한다.⁴⁵⁾ 즉 문화산업진흥기본법 제2조 제5호는 '디지털콘텐츠'를 "부호·문자·도형·색채·음성·음향·이미지 및 영상 등(이들의 복합체를 포함한다)의 자료 또는 정보로서 그 보존 및 이용의 효용을 높일 수 있도록 디지털 형태로 제작하거나 처리한 것을 말한다."고 규정하고 있어 전자문서를 디지털콘텐츠의 하나로 이해하기도 한다. 그러나 '문서'는 인간의 감정이나 사상을 문자나 기호 등을 이용하여 맥락과 구조에 따라 표시한 것을 말하는 반면, '콘텐츠'는 자료 또는 정보나 그 내용을 말한다. 여기서 '자료(데이터)'는 사람이나 장치에 의하여 생성 또는 처리되는 의미 있는 정보를 가진 모든 값을 말하며, '정보'는 자료를 정

37) 정보통신산업진흥원, 앞의 책, 38면.

38) 김진환, "전자문서의 법적 효력에 관한 고찰—스캐닝을 통해 생성된 전자화문서의 보관 문제를 중심으로", 『경희법학』, 제41권 제1호(2006), 98면; 한규현, 앞의 논문, 204면.

39) 전자정부법은 "전자문서"란 컴퓨터 등 정보처리능력을 지닌 장치에 의하여 전자적인 형태로 작성되어 송수신되거나 저장되는 표준화된 정보를 말한다(제2조 제7호).

40) 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률은 "전자문서"란 컴퓨터 등 정보처리능력을 가진 장치에 의하여 전자적인 형태로 작성되어 송수신되거나 저장된 문서형식의 자료로서 표준화된 것을 말한다고 한다(제2조 제5호).

41) 약식절차 등에서의 전자문서 이용 등에 관한 법률은 "전자문서"란 형사사법정보시스템에 의하여 전자적인 형태로 작성되어 송신·수신되거나 저장되는 정보로서 문서형식이 표준화된 것을 말한다고 한다(제2조 제1호).

42) 유엔 전자상거래모델법도 주로 전자상거래 유통에 사용되는 정형화(구조화)된 전자문서를 염두에 두고 있으므로 '데이터메시지'라는 용어를 사용하고 있다.

43) 국가정보화기본법은 "정보"란 특정 목적을 위하여 광(光) 또는 전자적 방식으로 처리되어 부호, 문자, 음성, 음향 및 영상 등으로 표현된 모든 종류의 자료 또는 지식을 말한다고 한다(제3조 제1호).

44) 미래창조과학부, 전자문서 및 전자거래 기본법 해설서, 2016, 3면.

45) 정진명, 앞의 논문, 87면.

리한 지식 또는 그 내용을 말한다. 따라서 콘텐츠를 전자문서로 볼 것인지에 대한 판단기준은 콘텐츠를 구성하는 자료 또는 정보가 문서가 가지는 정보적 기능, 증명적 기능, 상징적 기능을 충족하는지의 여부에 달려있다. 콘텐츠를 구성하는 자료 또는 정보가 전자문서에 해당하는지의 여부를 문서의 기능과 결부시켜 판단하면 최광의의 전자문서라고 할 수도 있다. 그러나 전자거래 이전에 전자문서를 규정한 법률들은 이러한 자료 또는 정보의 출현을 예상하지 못하였을 뿐만 아니라⁴⁶⁾ 기본적으로는 전자문서를 전자거래의 수단으로 상정하였으므로 이러한 자료 또는 정보를 전자문서에 포함시키는 것은 법제정 목적에 부합하지 않는다. 그러므로 기존의 문서나 서면을 대체하는 전자문서라는 개념은 그대로 사용하되, 디지털 콘텐츠나 화폐가치를 표상하는 정보는 그 성질에 부합하는 입법목적 내지 법정책 목적에 합당하게 개별 법률에서 별도로 규율하는 것이 타당할 것이다.⁴⁷⁾

3. 전자문서법의 적용대상

(1) 서

전자문서법은 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고 모든 전자문서 및 전자거래에 적용한다고 규정한다(제3조). 따라서 전자문서법은 법률에 특별한 규정이 없는 한 사법관계는 물론이고 공법관계에도 적용된다. 그러나 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우에는 이를 어떻게 해결할 것인가가 문제된다.

(2) 적용범위 확대

전자문서법은 “다른 법률에 특별한 규정이 없는 한” 모든 전자문서의 이용 또는 활용에 적용된다. 구 전자거래법 제3조는 전자문서법의 적용범위를 전자거래에 한정하고 있어 전자거래가 아닌 경우에는 법률에 특별한 규정이 있는 경우에만 전자문서를 일반 서면으로 인정하였다. 대법원은 관리단집회 결의사항을 전자문서 또는 전자투표에 의해 합의한 경우에 이를 「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」 제41조 제1항에 따른 적법한 서면합의로 볼 수 있는지에 대한 사안에서 “전자문서나 전자투표는 그 자체로서는 전자적 형태의 정보에 불과하여 문자나 기타 가독적 부호에 의해 계속적으로 의사나 관념이 표시되어 있을 것을 전제로 하는 ‘문서’ 또는 ‘서면’과 동일하게 볼 수는 없으므로[필자 밑줄], 법률에서 명문으로 이를 허용하고 있지 않는 이상, 전자문서 등 전자적 형태의 기록으로 위 조항의 ‘서면’을 대신할 수는 없다.”고 판시하고 있다.⁴⁸⁾ 이 판결은 구 전자거래기본법 제3조의 적용범위가 전자거래에 한정된다는 점을 근거로 하여 전자거래가 아닌 경우에는 특별한 규정이 있는 경우에만 전자문서를 일반서면으로 인정하고, 집합건물법 제41조 제1항의 서면이 전자거래법 제4조 제3항의 별표에 열거되지 않았다는 이유로 전자문서의 효력을 부인하였다. 이 판결은 구 전자거래법 규정의 해석에 충실한 것으로서 법원의 재판기능의 한계를 고려하면 충분히 수긍할 수 있다.⁴⁹⁾ 그

46) 예컨대, 미국 통일컴퓨터정보거래법은 전자거래 객체로서의 컴퓨터정보와 통일전자거래법에서 규정하고 있는 전자적 기록을 구분하고 있다. 즉 통일컴퓨터정보거래법 제102조 10호는 ‘컴퓨터정보(computer information)’를 “컴퓨터로부터 또는 컴퓨터의 이용을 통해 얻거나 컴퓨터에 의하여 처리될 수 있는 형태로 된 전자적 형태의 정보”라고 규정하고 있고, 통일전자거래법 제2조 7호는 ‘전자적 기록(electronic record)’은 “전자적 수단에 의해 생성, 작성, 송신, 교류, 수신 또는 저장된 하나의 기록”이라고 규정하고 있다.

47) 같은 취지: 이찬도·김형준, 앞의 논문, 29면.

48) 대판 2012. 3. 29. 2009다45320.

49) 같은 취지: 김기창, “전자문서 및 전자거래 기본법의 재평가”, 『정보법학』, 제20권 제2호(2016), 77

러나 전자문서를 전자거래의 수단으로만 이해하고, 또한 전자문서의 효력을 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우에만 인정하는 판례의 태도는 전자문서의 개념을 지나치게 좁게 인정하는 문제가 있다.

그러나 최근 대법원은 사용자가 근로자를 해고하려면 해고사유 등을 서면으로 통지하도록 정한 「근로기준법」 제27조 제1항이 규정하는 '서면'에 의한 해고통지에 있어 전자문서가 서면에 해당하는지의 여부를 판단한 사안에서, "출력이 즉시 가능한 상태의 전자문서는 사실상 종이 형태의 서면과 다를 바 없고 저장과 보관에서 지속성이나 정확성이 더 보장될 수도 있는 점, 이메일(e-mail)의 형식과 작성 경위 등에 비추어 사용자의 해고 의사를 명확하게 확인할 수 있고, 이메일에 해고사유와 해고시기에 관한 내용이 구체적으로 기재되어 있으며, 해고에 적절히 대응하는 데 아무런 지장이 없는 등 서면에 의한 해고통지의 역할과 기능을 충분히 수행하고 있다면, 단지 이메일 등 전자문서에 의한 통지라는 이유만으로 서면에 의한 통지가 아니라고 볼 것은 아닌 점 등을 고려하면, 근로자가 이메일을 수신하는 등으로 내용을 알고 있는 이상, 이메일에 의한 해고통지도 해고사유 등을 서면 통지하도록 규정한 근로기준법 제27조의 입법 취지를 해치지 아니하는 범위 내에서 구체적 사안에 따라 서면에 의한 해고통지로서 유효하다(필자 밑줄)고 보아야 할 경우가 있다."⁵⁰⁾ 이 판례는 전자문서의 적용범위가 모든 전자문서 및 전자거래에 적용된다는 개정 전자문서법 제3조를 근거로 하여 이메일에 의한 해고통지의 유효성을 인정하였고, 전자문서법 제4조 제3항의 별표의 성격을 예시적으로 해석하여 이메일에 의한 해고통지에 전자문서의 효력을 인정하였다. 이 판결은 전자문서법 제4조를 전자문서에 대한 소극적인 비차별성을 반영하여 네거티브 규제방식으로 해석하므로 전자문서법 취지에 부합하는 판결이라고 할 수 있다.⁵¹⁾

현행 전자문서법은 그 적용범위를 전자거래뿐만 아니라 모든 전자문서에 확대하였으므로 전자문서에 의한 단독행위도 전자문서법의 적용대상이 된다. 따라서 전자문서에 의한 통지, 최고, 해제, 철회 등도 전자적 의사표시로서의 법적 효력이 인정된다.

(3) 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우

전자문서법은 전자거래 전반에 관한 기본법적 성격을 가지고 있으므로 다른 법률은 전자문서법상의 전자문서 개념을 준용하는 경우가 많다. 따라서 전자문서법상의 전자문서는 다른 법률에서 규정하고 있는 전자문서의 개념과 통일성을 이루기 위하여 전자문서에 관한 요건을 명확하게 규정할 필요가 있다. 그러나 경우에 따라서는 전자문서법상의 전자문서 개념을 준용하지 않고 개별 법률에서 별도로 전자문서 개념을 규정하는 경우도 있다. 현재 전자문서법상의 전자문서 개념과 동일한 개념을 규정하고 있는 개별 법률은 「전자어음법」(제2조 제1호)과 「전자금융거래법」(제2조 제9호)이 있으며, 상당수의 법률은 전자문서법과 다른 개념정의를 하고 있다.

① 「전자서명법」은 '전자문서'를 "정보처리시스템에 의하여 전자적 형태로 작성되어 송신 또는 수신되거나 저장된 정보"를 말한다고 규정하고 있다(제2조 제1호). 따라서 전자서명법상의 전자문서는 전자적 형태로 작성된 것만으로는 전자문서라고 할 수 없고, 그것이 유통되거나 저장되어야 전자문서라고 할 수 있다.

② 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」은 '전자문서'를 "컴퓨터 등 정보처

면.

50) 대판 2015. 9. 10. 2015두41401.

51) 정완용, "전자문서의 개념과 법적 효력요건에 관한 고찰", 「法曹」, Vol. 719(2016. 10), 61면.

리능력을 가진 장치에 의하여 전자적인 형태로 작성되어 송·수신되거나 저장된 문서형식의 자료로서 표준화된 것"을 말한다고 규정하고 있다(제2조 제5호). 정보통신망법은 입법 당시 표준화된 전자문서(EDI)에 한정되었지만 전자문서가 작성되어 유통되거나 저장될 것을 요건으로 하고 있다.

③ 「약식절차 등에서의 전자문서 이용 등에 관한 법률」에서는 전자문서와 전자화문서를 구분하여 규정하고 있다. 즉 약식전자문서법은 '전자문서'를 "형사사법정보시스템에 의하여 전자적인 형태로 작성되어 송신·수신되거나 저장되는 정보로서 문서형식이 표준화된 것"을 말한다고 하고(제2조 제1호), '전자화문서'를 "종이문서나 그 밖에 전자적 형태로 작성되지 아니한 문서를 형사사법정보시스템이 처리할 수 있는 형태로 변환한 문서"를 말한다고 한다(제2조 제2호).

④ 「전자정부법」은 약식전자문서법과 유사하게 전자문서와 전자화문서를 구분하여 규정하고 있다(제2조 제7호, 제8호).

⑤ 「민사소송 등에서의 전자문서 이용 등에 관한 법률」은 전자문서와 전자화문서를 구분하지 않고 하나의 개념으로 규정하고 있다. 즉 민소전자문서법은 '전자문서'를 "컴퓨터 등 정보처리능력을 가진 장치에 의하여 전자적인 형태로 작성되거나 변환되어 송신·수신 또는 저장되는 정보"를 말한다고 규정하고 있다(제2조 제1호).

전자문서법은 전자문서에 관하여 기본법적 성격을 가지고 있으므로 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 모든 전자문서 및 전자거래에 적용된다. 따라서 전자문서법상의 전자문서 개념과 다른 개념을 규정한 개별 법률은 그 범위에서 전자문서법상의 전자문서에 관한 규정의 적용이 제한된다.

전자문서법은 법률에 특별한 규정이 없는 한 사법관계뿐만 아니라 공법관계에도 적용된다. 개별 법률에서 규정하고 있는 문서행위 중 사법관계에 관한 것은 많지 않고(전체 1,403개 중 약 3%, 미래부 조사), 대부분이 공법관계에 해당한다. 공법관계 중 행정기관 등의 행정업무와 관련된 전자문서의 활용에 대해서는 일반법적 성격의 전자정부법이 적용되지만, 공법관계 중 행정기관 등의 행정업무와 무관한 법률관계에 대해서는 전자정부법이 적용되지 않으며, 별도의 규정도 없는 경우에는 전자문서법의 일반원칙이 적용된다. 그 밖에 법원의 소송절차와 관련하여 민소전자소송법이 적용되는 등 공법관계에서 전자문서법의 특별법적 성격을 갖는 법률들이 다수 존재한다. 민소전자문서법은 민사소송 등에서 전자문서 이용에 대한 기본 원칙과 절차를 규정하고 있으므로 민사소송 등의 영역에서 전자문서의 이용은 민소전자문서법이 우선적으로 적용된다.

한편 사인간의 법률행위는 사적 자치의 원칙과 별도의 형식을 요구하지 않는 낙성불요식 계약 원칙에 따라 별도의 문서를 요구하지 않는다. 다만, 이용자 보호, 거래안전 보장 등의 입법 목적에 따라 서면 등을 법률행위의 요건으로 요구하는 경우가 있으며, 이 경우 전자문서의 효력이 문제될 수 있다. 이에 따라 전자문서의 효력을 인정하는 명문 규정을 두고 있는 법률⁵²⁾이 다수 있으며, 전자문서의 효력을 배제하는 명문 규정을 두고 있는 법률⁵³⁾도 있다. 만일 사인간의 법률행위를 규정하고 있는 개별 법률에서 전자문서의 효력에 관한 특별한 규정을 두고 있지 않는 경우에 전자문서법이 적용될 수 있는지가 문제된다. 현행법상 전자문서가 문서와

52) 대표적으로 「전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률」 제5조 제4항 및 제5항, 「방문판매 등에 관한 법률」 제7조 제4항 및 제17조 제2항, 「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」 제41조, 「개인정보보호법」 제22조 제2항 등을 들 수 있다.

53) 대표적으로 민법 제428조의2 제1항, 전자금융거래법 제7조 제2항을 들 수 있다.

동일한 것으로 인정되는 기준에 관한 명문의 규정은 없다. 그러나 문서는 정보적 기능(의사표시 전달), 증명적 기능(의사표시의 보존), 상징적 기능(의사표시 자체 표상)을 가지고 있으므로 전자문서가 이러한 기능을 수행한다면 동일한 효력을 인정할 수 있다. 다만, 다른 법률 규정의 객관적인 취지와 그 성격상 종이문서를 전제로 하었다고 해석할 수밖에 없는 경우에는 전자문서에 동일한 효력을 부여할 수 없다. 따라서 다른 법률에 전자문서에 관한 명시적인 효력 규정이 존재하지 않는 경우에는 원칙적으로 전자문서에 서면이나 문서로서의 효력을 인정하여야 할 것이며, 해당 법률의 취지 등을 종합적으로 고려할 때 전자문서가 종이문서의 기능을 수행하지 못한다고 볼 수 있는 예외적인 경우에는 전자문서의 서면이나 문서로서의 효력을 부인하여야 할 것이다. 예컨대, 「근로기준법」에는 계약내용의 서면 교부, 서면에 의한 해고 통지 등의 규정이 있고, 전자문서의 효력에 관한 별도의 규정은 없지만 판례는 전자문서의 활용 가능성이 인정하여 그 효력을 인정하였다.

III. 전자거래분쟁조정 대상의 문제점과 개선방안

1. 분쟁조정 대상의 명확화

전자문서법은 향후 사회발전에 따르는 대응력을 강화할 필요가 있지만 전자문서법의 내재적 체계성 및 규율대상의 명확성에서 오는 한계를 넘지 않는 고려가 필요하다.

전자문서법은 2012년 이 법의 적용범위를 “전자거래”에서 “모든 전자문서 및 전자거래”로 개정하였다. 그 결과 전자문서의 유통이 촉진되는 결과를 가져 왔지만⁵⁴⁾ 법리적 정당성 및 법 적용의 한계에 대한 문제가 발생하고 있다. 개정전 전자거래기본법은 전자거래의 대상을 재화나 용역의 거래에 한정하였고, 이는 개정전 전자거래기본법 제정의 모델이 된 유엔 「전자상거래모델법」과 미국 「통일전자거래법」의 내용을 반영한 것이다. 유엔 「전자상거래모델법」은 ‘상거래 행위(commercial activities)’를 대상으로 하고, 이를 매개하는 개념으로 ‘데이터메시지’라는 용어를 사용하였다. 또한 미국 「통일전자거래법」도 ‘거래(transaction)’를 대상으로 하고, 이를 매개하는 ‘전자적 기록’이라는 용어를 사용하였다. 그리고 ‘거래’는 “영업행위, 상행위 또는 정부업무에 관련된 행위”에 한정하였으므로 이와 관련 없는 행위에 사용된 전자적 기록은 이 법의 적용대상이 되지 않는다. 2012년 3월에 선고된 대법원 판결은 개정전 전자거래기본법에 따라 집합건물법상의 관리단집회 결의는 재화나 용역의 거래와 무관한 행위이므로 전자거래기본법이 적용될 수 없다고 판단하였다. 이에 대하여 2015년 9월에 선고된 대법원 판결은 개정된 전자문서법에 따라 이메일에 의한 해고통지에 전자문서의 효력을 인정하였다. 그 결과 당사자의 의사가 증시되는 법률행위도 전자우편이나 문제메시지 등 전자문서에 의하여 일방적으로 행하여지는 것이 가능하게 됨으로써 전자문서법의 입법취지를 고려한 적용범위의 한계 설정이 필요하다고 할 것이다. 나아가 전자문서는 전자거래의 매개 개념이므로 양자가 서로 양립하기 어렵고, 따라서 전자문서의 적용범위에서 “전자거래에 적용한다.”는 부분은 삭제하는 것이 타당할 것이다.⁵⁵⁾

2. 전자문서의 효력 배제조항 신설

54) 전자거래기본법 일부개정 법률안 검토보고서, 9면.

55) 같은 취지: 김기창, 앞의 논문, 78면.

전자문서법은 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우에 이 법의 적용을 제외한다. 따라서 전자문서의 효력을 배제하는 규정이나 전자문서의 효력을 적극적으로 인정하는 규정이 없는 경우에는 전자문서가 문서로서의 효력을 가진다. 그러나 개별법에서 전자문서가 문서로서의 효력을 가지는지의 여부는 구체적 사정을 고려하여 결정하여야 한다. 이 경우 법적 안정성을 위해서는 가능한 한 개별법을 전반적으로 정비하여 전자문서의 효력을 부인하는 경우에는 특별 규정을 두도록 하는 것이 바람직하다. 다른 법률에 특별한 규정이 있는 사례로는 민법 제428조의2(보증의 방식) 제1항 단서를 들 수 있다. 제1항 단서는 “보증의 의사가 전자적 형태로 표시된 경우에는 효력이 없다.”고 규정하고 있으며, 이는 보증인의 보증계약을 서면화 함으로써 보증거래를 신중하게 처리하도록 하기 위한 것이다. 다만, 전자문서법 제4조 제2항은 기업보증의 경우 민법 제428조 제1항 단서의 예외로 전자문서에 의한 보증이 유효하다고 규정하고 있다.

비교법적으로 독일의 경우 2001년 민법개정을 통하여 전자적 방식을 폭넓게 수용하면서도 그에 따른 부작용을 방지하기 위하여 전자적 방식의 효력 배제를 위한 개별규정을 마련하였다. 독일민법상의 개별규정으로는 근로관계 해지의 서면(제623조), 고용관련 증명서(제630조), 친족법상 부양을 위한 종신정기금 약정(제761조), 보증의 의사표시(제766조), 채무약속(제780조), 채무승인(제781조)을 들 수 있다. 프랑스의 경우 2016년 민법개정을 통하여 전자거래 관련 사항을 적극적으로 승인하는 한편, 전자적 방법으로는 불가능한 배제조항도 신설하였다. 개정 프랑스민법은 친족상속법에 관련된 사서증서 및 직무상 필요에 따라 작성된 경우를 제외하고 민사나 상사의 인적 또는 물적 담보에 관련된 사서증서의 경우에는 전자적 방식으로는 불가능하도록 하였다(제1175조). 한편 일본의 경우 2017년 민법개정을 통하여 전자적 방식에 의한 의사표시에 관한 규정을 신설하였다. 일본은 전자소비자계약에 관한 전면적, 체계적 입법이라기보다 개별규정에서 전자적 기록을 서면에 의한 형태와 동일하게 취급하는 규율태도를 취하고 있다. 일본민법에서 전자적 기록이 인정되는 개별규정으로는 협의에 의한 시효의 완성 유예의 합의(제151조 제4항), 면책적 채무인수에서 담보의 이전의 승낙(제472조의4 제5항), 약관내용의 명시(제548조의3 제1항), 소비대차 성립(제587조의2 제4항)을 들 수 있다.

우리 민법은 보증인의 보증 방식을 제외하고는 전자적 방식의 배제조항이 마련되어 있지 않다. 따라서 우리 민법에 전자적 방식으로는 가능하지 않은 규정이 있다면 전자문서로서의 효력을 부인하는 개별적 배제조항을 신설하여야 할 것이다. 우리 민법에서 전자적 방식의 배제조항으로 고려할 수 있는 것으로는 지시채권증서(제508조 이하), 무기명채권증서(제523조 이하), 유언의 경우 자필증서, 비밀증서, 구수증서의 경우를 들 수 있다.

3. 전자거래에서 소비자보호

전자문서법은 모든 전자문서 및 전자거래에 적용되며, 사법관계뿐만 아니라 공법관계에도 적용된다. 개별 법률에서 규정하고 있는 문서행위 중 대부분은 공법관계에 해당하며, 사법관계에 관한 것은 그리 많지 않다. 공법관계를 형성하는 공문서는 공무원이 그 직무권한 내의 사항에 관하여 직무상 작성한 것으로서 증명하고자 하는 법률행위(처분)가 그 문서에 의하여 이루어지는 경우의 문서를 처분문서라고 한다. 처분문서는 그 형식적 증거력이 인정되면 실질적 증거력이 당연히 인정된다. 또한 행정업무의 전자적 처리를 위한 전자문서 및 정보처리시스템은 표준화되고 통신망의 안정성이 확보되어 있다. 그러므로 공법관계에 전자거래분쟁조정 대상이 되는 거래가 많다고 하더라도 실제로 분쟁이 발생하는 경우는 많지 않고, 또한

분쟁이 발생한다고 하더라도 분쟁해결절차가 마련되어 있어 전자문서법이 적용될 여지가 거의 없다. 이에 반하여 사법관계는 당사자의 사적 자치에 바탕을 두고 있으므로 다양한 유형의 분쟁이 발생할 수 있으며, 또한 전자거래에 대한 기술적·법제도적 이용환경이 충분히 마련되지 않은 B2C거래와 C2C거래에서 분쟁이 발생할 가능성이 높다. 나아가 전자거래는 비대면거래로서 비용절감의 효과는 사업자가 갖는 반면, 선지급 방식에 따른 물건위험은 이용자인 소비자가 부담하게 된다. 그러므로 거래의 상대방인 이용자가 전자거래를 안전하게 이용할 수 있도록 사업자에게 정보제공의무 등을 부과할 필요가 있으며, 특히 소비자가 자신이 입은 피해를 쉽게 입증할 수 있도록 사업자에게 자료보존 및 제공의무를 부과할 필요가 있다. 현행 전자문서법에 따르면 위원회는 분쟁조정을 위하여 필요한 자료의 제공을 당사자에게 요청할 수 있지만(제34조 제1항) 이용자도 분쟁이 대상이 되는 자료의 제공을 청구할 수 있는 법적 지위를 부여하는 방안을 고려할 필요가 있다. 왜냐하면 이용자는 전자거래분쟁이 발생한 경우에도 분쟁에 대한 자료를 충분히 확보하지 못함으로 인하여 위원회에 분쟁조정을 신청할 것인지에 대하여 판단하기가 쉽지 않기 때문이다. 나아가 전자거래에서는 사업자가 불특정 다수의 이용자를 대상으로 반복적으로 위법행위를 야기하는 경우가 많으므로 이들의 거래 행태 및 위법행위를 지속적으로 모니터링하고 그에 대한 결과를 사회에 알릴 수 있는 제도적 장치도 필요하다고 할 것이다.

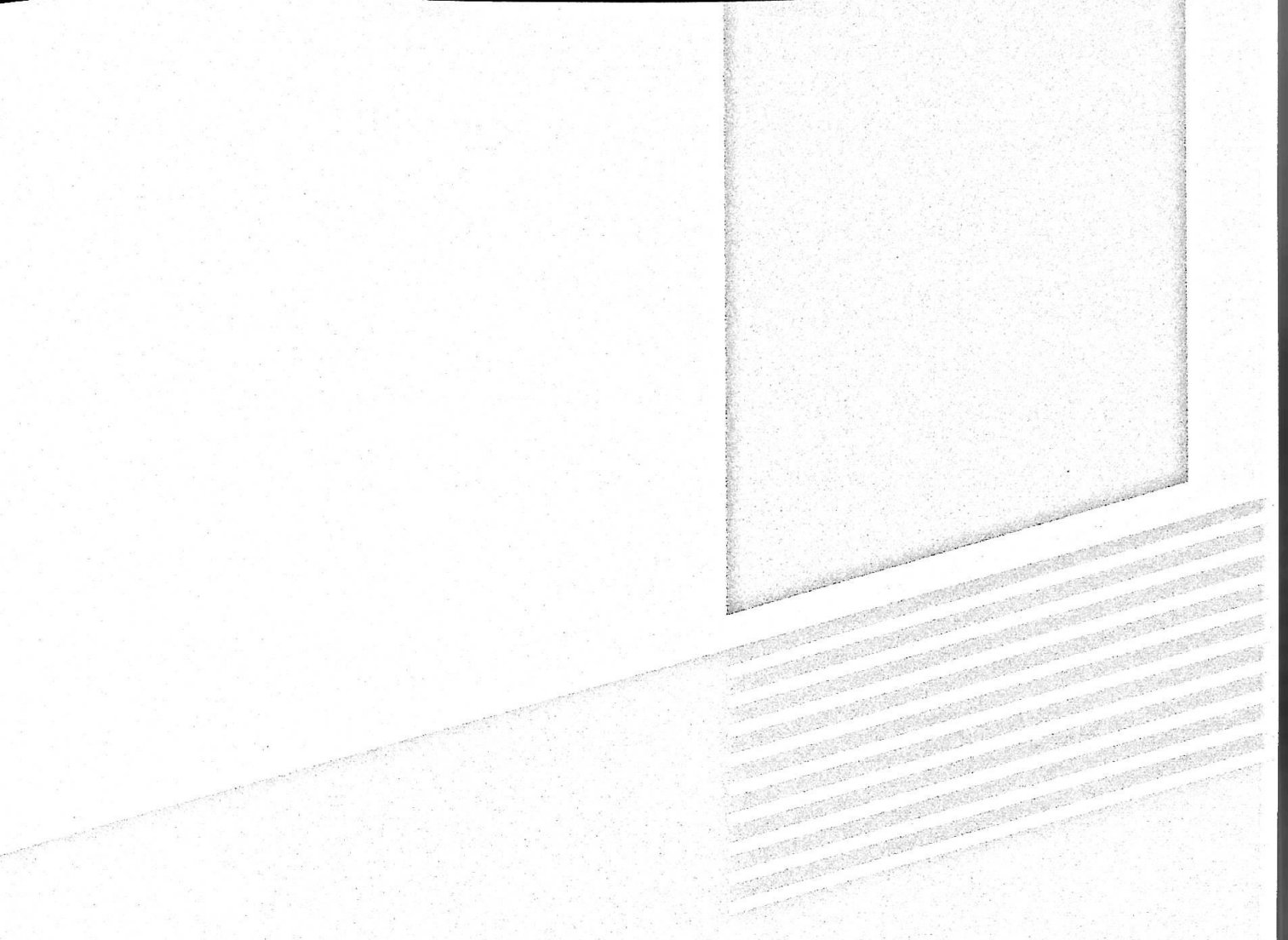
IV. 맺음말

전자문서는 전자거래의 수단으로 사용되는 것을 전제로 하여 전자문서법에 규정되었다. 그러나 전자문서는 오늘날 전자거래의 수단만이 아니라 다양한 사회영역에서 사용되고 있다. 그러므로 전자문서에 대한 새로운 시각이 법률에 반영될 필요가 있으며, 보다 선진적인 전자문서법의 구체화를 위한 방향설정이 필요하다.

첫째, 전자문서법의 개정 방향은 국민의 법감정이나 거래현실에서 종이문서의 활용이 불가피한 분야는 제한적으로 규정함으로써 법률개정으로 인한 폐해를 최소화하고, 제도의 실효성을 확보하는 노력이 필요하다. 왜냐하면 종이문서를 전자문서로 대체하는 경우에 당사자 사이에 이해 대립이 발생할 수 있으며, 또한 전자문서는 종이문서가 가지는 모든 기능을 갖출 수 없으므로 법제도에 의한 보완이 필요하기 때문이다.

둘째, 현행 전자문서법은 전자거래를 규율하기 위하여 유엔 전자상거래모델법을 수용하여 법률을 제정되는 과정에서 전자문서와 전자거래를 구분하지 않았다. 그러나 전자문서가 사인간의 거래수단으로서 뿐만 아니라 공공기관 및 민관부분에서 널리 사용되고 있으므로 전자문서를 전자거래와 구분하여 규정할 필요가 있다. 즉 전자거래에 관한 규정은 민법에 수용하여 전자거래를 일반규정화 하는 반면, 기존의 전자문서법은 전자문서에 관한 기본법으로서 역할을 하도록 하여야 한다.

셋째, 전자문서법은 전자거래 및 전자문서의 개념이 명확하지 않으며, 또한 다른 법률에서 전자문서법상의 전자문서에 관한 규정을 준용하고 있어 이에 대한 규정의 명확화가 필요하다. 또한 전자문서법은 그 적용범위가 확대됨으로써 전자문서의 활용과 유통이 활성화된 측면이 있는 반면, 법해석의 어려움도 내포하고 있다. 따라서 전자거래기본법에서 전자문서법으로 법률 명칭을 고쳐 전자문서의 활용을 추구한 입법목적과 부합하도록 해당 규정을 정비하고, 법률이 거래 실무에서 제 기능을 수행할 수 있도록 지속적인 보완이 필요하다고 하겠다.



3. 온라인광고계약과 소상공인의 소비자성

김학웅 변호사

법무법인 시화

온라인광고계약과 광고주의 소비자성 발표 목차(요약)

김학웅(변호사 / 법무법인 詩書)

I. 논의의 출발점

1. 현재 영세사업자의 지위
2. 문제의 핵심

청약철회권과 관련한 방문판매등에관한법률 제3조 1호 단서를 사업자에게 적용할 것인지 여부

II. 방문판매법 제3조 제1호 단서 관련

가. 소비자 개념지표의 핵심

소비생활

나. 소비자 개념의 확장으로 인한 정책적 의미의 소비자인 사업자

본질적 의미의 소비자 및 정책적 의미의 소비자(= 사업자)의 의미

다. 방문판매법 제3조 제1호 단서의 소비자 개념

- (1) 앞부분의 소비자 = 정책적 의미의 소비자(= 사업자)
- (2) 뒷부분의 소비자 = 본질적 의미의 소비자 + 정책적 의미의 소비자(= 사업자)

라. 우리 법원의 판결

통영지원 창원지지원 거제지법원 2014. 8. 14. 2014가소3601 판결

III. 해석상 방문판매법 제3조 제1호 단서 적용 불가론의 논거에 대한 검토

가. 해석의 한계

소비자보호법의 원래 의미에 충실한 해석이지만, 정책적 의미의 소비자인 사업자 보호의 필요성에는 미흡한 해석

나. 입법론적 시론

- (1) 프랑스의 non-professionnel의 법리
- (2) 독일의 경우
- (3) 소상공인법상 소상공인 개념의 방문판매법에의 인입

IV. 결론

가. 법제사적 측면, 민법상 행위무능력자 제도 및 우리 법원의 판결

- (1) 법제사적 측면
Rome법(actio 체계 및 numerus clausus)의 붕괴와 裸約定의 소구력을 인정하려는 중세의 시도(訴因causa이론 및 着服vestmentum이론의 창안, ex nudo pacto actio oritur이론)
- (2) 행위무능력자 제도
(가) 행위무능력자 제도는 정보비대칭 및 정보에 대한 인식능력의 차이에서 열위인 자를 보호하기 위한 제도로써 출발
(나) 본질적 의미의 소비자, 피성년후견자는 모두 민법상 미성년자와 같은 취급
(다) 사업자(= 정책적 의미의 소비자)는 행위무능력자인가?
- (3) 우리 법원의 판결
(가) 서울고등법원 1987. 2. 23. 선고 86르313 결정과 1990. 민법 제837조의2 신설
(나) 대법원 1992. 9. 14. 선고 91도2994 판결(현실을 반영한 법해석)의 의의
(4) 헌법의 변천은 기존의 기표를 대한 새로운 기의로 해석하는 것

나. 요약

- (1) 방문판매법 제3조 제1호 단서를 사업자에게 적용시키는 것은 해석상 현재도 가능
- (2) 입법론적 시론으로 제기되고 있는 프랑스, 독일의 예와 소상공인법상 소상공인 개념은 (입법론의 근거이기도 하지만 동시에) 방문판매법 제3조 제1호 단서를 사업자에게 적용하는 강력한 논거

온라인광고계약과 소상공인의 소비자성

- 방문판매법 제3조 1호 단서의 적용 가능성 -

김학웅(변호사 / 법무법인 詩畵)

I. 논의의 출발점

1. 현재의 소상공인의 지위

1997. IMF 이후 우리 사회의 경제구조는 근본적인 전환점을 맞이하게 되었고, 2008. Lehman 사태로 변화된 경제구조는 완전히 정착되게 된다. 그 20여년의 세월 속에서 우리는 불균형성장, 고용과 임금의 불균형, 부의 편중이라는 매우 불안정한 국면을 지내왔고, 그 저변에는 중소기업과 소상공인이 있고, 그들이 전체 사업체 수에서 차지하는 비율이 87% 인데 비해 차지하는 소득지분은 전체 국민소득액의 20%에도 미치지 못한다.¹⁾

한편, 2010. 이후 급격하게 성장한 온라인광고시장에서 인터넷과 온라인에 익숙하지 않은 소상공인들과 광고업자들 사이의 분쟁 중 KISA의 ICT분쟁조정위원회(온라인광고분쟁조정위원회)에 2017. 접수 건이 2,396건으로 2016.과 대비하여 87%로 급격한 증가세를 보이고 있는데, 건당 금액은 대부분이 100 ~ 200만원으로 소액이다.²⁾

2. 문제의 핵심

온라인광고계약에 있어서 핵심적인 쟁점은 소상공인에게 방문판매등에관한법률³⁾ 제3조 1호 단서⁴⁾를 적용하여 방문판매법 제8조⁵⁾의 청약철회권을 소상공인에게 인정할 것인지

1) 김선광, “소상공인기본법 제정을 위한 법리적 고찰”, 『법학논총』, 제32집 제4호(한양대학교 법학연구소, 2015) 454~456면

2) 온라인광고분쟁조정위원회, 2018년 상반기 온라인분쟁조정위원회 전체회의(2018. 5. 25.)

3) 이하 ‘방문판매법’

4) 방문판매법

제3조(적용범위) 이 법은 다음 각 호의 거래에는 적용하지 아니한다.

1. 사업자(다단계판매원, 후원방문판매원 또는 사업권유거래의 상대방은 제외한다. 이하 이 호에서 같다)가 상행위를 목적으로 재화등을 구입하는 거래. 다만, 사업자가 사실상 소비자와 같은 지위에서 다른 소비자와 같은 거래조건으로 거래하는 경우는 제외한다.

방문판매법 시행령

제4조(소비자의 범위) 법 제2조제12호에서 “대통령령으로 정하는 자”란 사업자가 제공하는 재화

여부로 귀결되는데, 위 1항에서 본 바와 같은 소상공인의 열악한 지위 보호의 필요성을 인정하지만 (입법을 통하여 소상공인을 명문의 규정으로 보호하는 것은 별론) 현행 방문판매법의 해석상으로는 소상공인에게 철회권을 인정할 수는 없고 민법상 취소, 해제 및 해지의 요건에 부합하는 경우에 그로써 보호할 수 있다는 입장과, 민법상 취소, 해제 및 해지의 요건과 더불어 현행 방문판매법을 적극적으로 해석하여 소상공인에게 철회권을 인정함으로써 보호할 수 있다는 입장이 대립된다.

가장 좋은 방법은 하루라도 빨리 조속한 입법이 이루어져 명문의 규정으로 소상공인에게 철회권을 인정하는 것이지만, 어떤 사회적 문제가 입법자들의 의식에 표면에 떠오르더라도, 어느 위원회에서 할 것인지 결정하고 상임위원회를 거치는 사이에 수많은 법안에 우선순위에서 밀리기도 하고, 입법예고 되고, 그 와중에 기재부로부터 예산까지 확정받아야 하는 등 입법의 복잡다단한 과정을 고려하면 당장에 입법이 되기를 바라는 것은 무리이다.

따라서 이하에서는 현행 방문판매법 제3조 제1호 단서에 소상공인을 포섭할 수 있는지 여부를 고형석 교수와 이병준 교수의 각 두 편의 글⁶⁾을 중심으로 간략하게 검토하고 이에 대한 발표자의 짧은 견해를 개진해 보고자 한다. 그 전에 법제사적 측면과 우리 민법의 개정 내용 및 관련 판례를 간략하게나마 살펴보도록 한다.

II. 사회 현실에 부합하는 입법과 법해석

1. 법률행위 이론의 연혁 및 발전과정

법률행위 이론은 18세기 말에 태동되어 19세기에 Savigny를 분기점으로 하여 그 이전과

또는 용역(이하 "재화등"이라 한다)을 소비생활 외의 목적으로 사용하거나 이용하는 자로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자를 말한다.

2. 법 제3조제1호 단서에 해당하는 사업자로서 재화등을 구매하는 자(해당 재화등을 판매한 자에 대한 관계로 한정한다)

5) 방문판매법

제8조(청약철회등) ① 방문판매 또는 전화권유판매(이하 "방문판매등"이라 한다)의 방법으로 재화등의 구매에 관한 계약을 체결한 소비자는 다음 각 호의 기간(거래 당사자 사이에 다음 각 호의 기간보다 긴 기간으로 약정한 경우에는 그 기간) 이내에 그 계약에 관한 청약철회등을 할 수 있다.

1. 제7조제2항에 따른 계약서를 받은 날부터 14일. 다만, 그 계약서를 받은 날보다 재화등이 늦게 공급된 경우에는 재화등을 공급받거나 공급이 시작된 날부터 14일

6) 이병준, "사업자와 소상공인 사이에 체결된 온라인 광고계약에 대한 방문판매법의 적용가능성", 『선진상사법률연구』 통권 제77호(법무부, 2017)[이하, 이병준, ④], 이병준, "소상공인 보호와 소비자법의 적용범위 - 방문판매법의 확대적용 가능성을 중심으로 -", 『온라인광고 시장의 성장에 따른 분쟁 이슈와 소비자 보호』(국회 입법조사처, 2017. 4. 14.)(이병준, ⑤) 및 고형석, "특수거래법의 민법편입에 관한 연구 - 방문판매법과 전자상거래소비자보호법을 중심으로 -", 『법학연구』 제13집 제2호(인하대학교 법학연구소, 2010)[이하, 고형석, ③], 고형석, "소비자의 개념에 관한 연구", 『법학논문집』 제40집 제1호(법학연구원, 2016)[고형석, ⑥]

이후로 나누어 고찰해 볼 수 있다. 이하에서는 법률행위라는 관념을 알지는 못하였으나 그 단초로서의 모습을 가지고 있는 Rome법으로부터 시간적인 순서에 따라 고찰해 본다.

가. Rome법 시대 - 개별적 구체적 행위능력과 법률행위

Rome법에는 행위능력⁷⁾을 표시하는 일반적인 용어는 없었고, 개별적으로 생존자 사이의 적법한 행위 특히 요식행위인 擄取행위를 할 수 있는 능력을 거래능력^{commercium}, 적법한 혼인을 할 수 있는 능력을 혼인능력^{conbium}이라고 하였다.⁸⁾

한편, 고전기의 Rome법은 의사주의적 계약이론을 알지 못하는 대신, 객관적이고 합리주의적인 접근방식에 따라 계약이란 그것에 부응하는 법형식 또는 법원리가 당사자들 사이에 구체화되었다는 이유로 유효하다고 보았다.⁹⁾ 따라서 Rome법은 청약의 구속력이라는 실제로 아주 중요하고 의사이론적으로 논리일관된 이론을 발전시킬 수 없었음은 당연하다. 즉, Rome법에 의하면 시민법적 계약 유형의 객관적인 법에 의하거나, 또는 법무관의 고시에 의하여 승인되고 그래서 실정화된 계약적 약정들만이 법적으로 유효하고 소구(訴求)할 수 있는 이른바 유형강제를 취하고 있었던 것이다. 이러한 유형강제의 대표적인 예로서는 방식서의 *dare facere opere ex fide bona*를 들 수 있고, '방식으로부터 자유로운 의사 합치에 의한 법률행위적 합의'라는 태도에 가까운 것으로는 誠意계약 유형에 속하고 고전기에는 확실하게 시민법(*ius civile*)으로 수용되었던 낙성계약과 이른바 *pactum*으로 총칭되는 모든 다른 무방식의 약정을 들 수 있다.

그런데 위와 같은 Rome법의 유형강제는 한편으로는 유스티니아누스 이래의 비잔틴 법제하에서 일시적으로 계약일반론으로 발전을 시사하는 움직임을 보이다가, 바실리카법전 이후 다시 요식계약의 원칙으로 되돌아갔고 다른 한편으로는 중세 이후 서구 유럽에서 다양한 경로를 거쳐 사적 자치에 기반을 둔 형성의 자유쪽으로 변모해갔다.¹⁰⁾

결국 Rome법은 법의 민족인 로마인들의 탁월한 형식감각에 의하여 처음에는 무정형의 자유계약에 대한 법적 보호를 부인하고 신중하게 전진하여 정형화된 유형에 대하여만 법적 보호를 인정하였으나, 낙성계약이 지닌 미래지향적인 개방적 잠재력은 후대에 이르면서 점점 더 그 지평을 확대하였으며, 계몽주의 이후 자유주의적 이데올로기에 의하여 질적으로 비약하게 되었던 것이다.

나. 중세법학

7) 행위능력이란 표현 자체는 근대에 들어 탄생한 개념일뿐더러, 근대법상의 행위능력은 일반적·추상적·포괄적인 법률행위를 할 수 있는 객관적 능력을 의미한다.

8) 현승중, 『로마법』, (일조각, 2001), 65면.

9) 최병조, 『사비니 이전의 법률행위론 - 법률행위론의 사적 전개와 과제』, (박영사, 1998) 12면.

10) 최병조, 전제 논문, 21 ~ 22면

(1) 시민법학

중세법학에 있어서 법률행위론과 관련하여 Rome법과 달라진 중요한 사항은 문답계약(stipulatio)이 실질적이고 보편적인 계약이론상의 기초성을 상실함에 따라, 문답계약이 차지하고 있던 자리를 소구가능성이 부정되었던 裸約定(나약정이란 문답계약의 형식을 갖추지 않아 Rome법상으로는 소구 불가능한 계약)에 대해 진지하게 의욕된 약정은 소구가능해야 한다는 기본적 요청을 만족시키기 위해 개념도구로 등장한 것이 causa이론과 着服(vestmentum)이론이었다.¹¹⁾ 즉, 시민법학은 문답계약이 계약의 기초로서의 지위를 상실함에 따라 한편으로는 Rome법상의 유형강제를 존중해야 하되 다른 한편으로는 나약정 자체에는 소구력을 인정하지 않았던 딜레마에서 그 절충으로 causa이론과 着服(vestmentum)이론이라는 도구를 창출했던 것이다.

(2) 교회법학

교회법학은 문답계약이 계약의 기초로서의 지위를 상실하자, 나약정의 개념에 소구력을 주기 위해 causa이론과 着服(vestmentum)이라는 도구 개념을 창출한 시민법학 대신 나약정 자체에 직접 소구력을 인정하려는 움직임(ex nudo pacto actio oritur)을 보였고, 그 기저에는 그리스도교적 양심과 德論을 바탕으로 내심의 의사를 중시함으로써 계약일반론의 발전에 중요한 사상적 요인을 제공하게 되는데, 교회법학의 논리를 자신의 논리로 삼았던 그로티우스는 키케로 이래로 전승되어 온 계약충실의 사상에 그리스도교의 신조에 기초한 신앙충실을 접목함으로써 모든 형태의 약속 - 즉, Rome법상 소구력이 인정되는 유형을 벗어난 약속 -에 대해서까지 소구력을 인정하려던 시대 조류¹²⁾에 직접적으로 부응하였다.¹³⁾

(3) 근세법학 - Usus modernus(판덱텐의 현대적 관용기)

Usus modernus(판덱텐의 현대적 관용기) 역시 로마인들과 마찬가지로 법률행위 개념을 알지는 못했지만 그 실질을 알고 있었기에 그에 관한 일반원칙들이 점점 더 발전하기 시작하면서 소구가능한 계약유형의 법정주의(numerus clausus)를 극복하면서 외적인 의무무과형태를 제거하고 내적인 엄격한 효력기반을 확보하려는 경향을 전면에 드러내게 되었다. 그러나 Usus modernus 단계에서 아직은 개별적인 법률행위 유형의 추상화로서 귀납적인 법률행위 개념을 알지 못했고 18세기를 관통하던 당시의 조류¹⁴⁾에 따라 독자적 존재로서의 일

11) 최병조, 전계 논문, 43면

12) 그로티우스가 살던 16 ~ 17세기의 유럽의 현실을 요약하자면 지리상 발견, 산업혁명, 식민지 정탈전으로 요약할 수 있을 것이다. 이는 곧 중세 경제체제의 붕괴임과 동시에, Rome법의 유형강제와 acio 체계로는 더 이상 해결 불가능한 다양한 계약의 등장을 의미했다.

13) 최병조, 전계 논문, 48 ~ 60면

14) 18세기는, 17세기 후반기부터 뉴턴, 라이프니츠, 스피노자 등 보편적 원리를 찾고자 했던 사상적 조류의 영향이 법학에도 영향을 미쳐 인간의 개별적인 법적 행위를 하나의 일관된 논리로 설명하려고 했을 것이다.

반개념을 발견하려고 노력하였다.

(4)프로이센일반란트법 그리고 작센민법전

1794. 프로이센일반란트법은 ‘의사표시란 표시자의 의도에 따라 행해지거나 행해지지 않아야 할 것의 표명이다’, ‘의사표시는 권리를 취득, 이전 또는 소멸시키고자 하는 표시자의 의도가 言說 또는 다른 명백한 표지에 의하여 표현되는 경우에는 신빙할 수 있거나 또는 확실한 것으로 보아야 한다’라고 규정함으로써 근대의 계약 이해를 가장 명료하고 확실하게 반영하여 입법하였다. 이러한 규정은 자연법적 사고에 기인한 것으로 높이 평가되어야 할 것이지만 법률행위 자체에 대한 정의와 법적 규정은 사비니와 그 이후의 작센민법전을 기다려야만 했다.

1863.의 작센민법전은 사비니의 영향으로 ‘행위에 있어서 의사가 법률의 규정과 합치하면서 법률관계를 발생, 소멸 또는 변경을 목적으로 하는 때에는 그 행위는 법률행위이다’라고 규정하여 법률행위라는 용어를 정식으로 법전에 채택했다.

다. 법률행위론의 이념적 배경¹⁵⁾

법률행위론은 Rome법의 유형강제 즉 계약유형 법정주의를 극복하면서 형식적 측면에서는 낙성, 불요식의 계약이 가능해지고(법률행위 방식의 자유), 계약의 구속력을 계약의 외부가 아닌 계약의 내부에서 찾는 과정에서(법률행위 자유의 원칙, 즉 의사자치의 원칙) 나타난 개념이다. 이는 법률행위 개념이 태동되던 시기의 역사적, 이념적 영향으로부터 분리될 수 없는데, 13세기 북이탈리아에서 발흥한 주석학과, 16세기 인문주의가 추구했던 회랍의 추상적 관념성, 자연법 사상, 지리상 발견, 산업혁명, 식민지 쟁탈전의 결과물인 것이다.

2. 독일민법전의 제정

Rome법은 사자(使者)는 알았으되 대리제도를 몰랐고¹⁶⁾, 자연인 외에 법인이란 존재를 알지 못했으며, 채권자를 변경하는 채권양도는 인정되지 않았다.¹⁷⁾ 그러나 독일민법전은 대리제도와 법인제도를 도입하고 법인의 대표에 관하여 대리 규정을 준용했고 채권양도제도를 도입하였으니, 그 이유는 산업자본주의 시대의 대규모 생산 및 유통에 적합한 제도였기 때문이다. 채권양도 또한 근대 자본주의 체제하에서 기업운영에 절대적으로 필요한 자금의 확보를 위한 것이었다.¹⁸⁾

15) 박준서, 「주석민법[총칙(2)]」, (한국사법행정학회, 2001), 290 ~ 295면.

16) 이영준, 「한국민법론[총칙편]」, (박영사, 2003), 413면.

17) 박윤직, 「채권총론」, (박영사, 1991), 351면.

18) 김형배, 「채권총론」, (박영사, 1999), 556면.

3. 행위무능력자제도

민법은 기존에 성인은 완전한 행위능력자(즉, 완전히 적법하고 유효하게 법률행위를 할 수 있는 자)였고, 미성년자는 말 그대로 성인(즉, 완전한 행위능력자)이 아니었기 때문에 그를 보호하기 위해서 다른 아무 이유 없이 오로지 미성년자라는 이유만으로 취소권을 주었다.

20세기 중반이 되면서 방문판매와 신용카드가 등장으로 인하여 소비자보호의 목소리가 높아지게 되고, 그 결과 성인임에도 불구하고 오로지 소비자라는 이유만으로 철회권을 인정해 주었다(방문판매법 제8조).

급기야 20세기 후반 인간의 여명기간이 80세에 육박하자 성년후견제도를 도입하여 성인임에도 불구하고 피성년후견인의 법률행위는 취소할 수 있게 하였다(민법 제10조).¹⁹⁾

전통적 민법의 시각에 의하면 소비자나 피성년후견인은 성인이 아니라 미성년자와 같은 법적 지위를 가지게 되는데, 표면적으로는 사회적 약자, 나이가 어려서이거나 또는 나이가 많아서가 그 이유이겠지만 근본적으로는 거래 상대방인 성인보다 행위능력이 떨어지기 때문에 합리적인 선택을 할 수 없다는 것에 대한 정책적 배려가 법률로 표현된 것인데, 합리적인 선택 불가능의 두 가지 핵심은 정보의 불균형과 정보에 대한 인지능력의 차이이다.²⁰⁾

4. Visiting Right의 도입

민법이 아직 서구의 Visiting Right제도를 몰랐던 1987. 법원은 이미 이혼소송에서 이 제도를 인정하였고(서울고법 1987. 2. 23. 선고 86르 313) 민법은 1990. 개정을 하면서 면접교섭권이라는 이름으로 이 제도를 신설하였다.(민법 제837조의2).

5. 백화점 변칙 세일 사건(대법원 1992. 9. 14. 선고 91도2994 판결)

가. 사안의 개요

백화점에 특정매장(일명 수수료매장)의 형태로 입점하여 영업을 하는 경우, 백화점 측은 사전에 각 입점업체와 판매하려는 상품의 가격, 수수료를 등을 협의한 후 각 입점업체가 판매하려는 상품을 취합하여 일간지나 광고전단을 통해 소비자들에게 광고를 한다. 피고 인들은 백화점의 부장급 간부들로서 각 입점업체와 위와 같은 내용을 협의하고 소비자들에게 광고하였다.

19) 프랑스는 1968.에, 독일은 (1970년대 초반부터 논의를 시작하여) 1992.에 성년후견제도를 도입하였다.[백승흠, “성년후견제도의 입법모델에 관한 비교법적 고찰 - 독일과 일본의 유형을 중심으로 -”, 『한독사회과학논총 제15권 제2호』, (한독사회과학회, 2005), 21면.

20) 강창경 · 정순희 · 허경옥, 『소비자법과 정책』, (씨그마프레스, 2003), 2면.

한편, 군소의류업체나 일부 수입잡화상 등이 판매전술의 일환으로 종전에 출하한 일이 없는 신상품에 대하여 첫 출하시부터 할인가격을 표시하여 막바로 세일에 들어가는 이른바 변칙세일을 하는 업체가 상당수 있는데, 변칙세일에 있어서 구체적인 판매방법은, 입점업체에서 당초 신상품을 제조하여 출하함에 있어 당해상품의 가격표에 당해업체에서 일용 정상가격이라고 표시한 가격표를 붙여 매장에 진열하고 매장 안의 광고대에 위 두 가지 가격을 표시한 할인율을 표시해 두어 당해상품이 종전에 높은 가격에 판매된 사실이 없음에도 종전에는 높은 가격으로 판매되던 것을 특정한 할인판매기간에 한하여 특별히 할인된 가격으로 싸게 판매하는 것처럼 광고등을 통하여 허위선전함으로써 소비자들을 유인한 후 판매고를 높이려 하는 방법이다.

나. 소송 결과

(1) 원심 판결

원심은 위와 같은 변칙세일의 유래, 그 확산과정과 내용, 그밖에 소비자들은 각자 상품의 가치와 판매가격을 사전에 충분히 교량하여 구매여부를 결정하고 있고 이 사건 변칙세일로 인하여 소비자들이 사회상규상 용인될 수 없는 손해를 입었다고 인정할 수 있는 객관적인 자료가 없는 점 등을 감안하면, 위와 같은 변칙세일이 백화점에 요구되는 거래상의 신의와 성실의무에 위배된 것으로서 사기죄의 기망행위에 해당될 정도의 행위라고는 볼 수 없고, 피고인들이 입점업체들과 공모하여 변칙세일을 자행하였다든지 변칙세일을 망설이는 입점업체 등에게 그러한 행위를 적극적으로 유인 내지 강제하였다고 인정되지도 않는다고 판시하였다.

(2) 대법원 판결

가. 사기죄의 요건으로서의 기망은 널리 재산상의 거래관계에 있어서 서로 지켜야 할 신의와 성실의 의무를 저버리는 모든 적극적 및 소극적 행위로서 사람으로 하여금 착오를 일으키게 하는 것을 말하며 사기죄의 본질은 기망에 의한 재물이나 재산상 이익의 취득에 있고, 상대방에게 현실적으로 재산상 손해가 발생함을 그 요건으로 하지 아니하는바, 일반적으로 상품의 선전, 광고에 있어 다소의 과장, 허위가 수반되는 것은 그것이 일반 상거래의 관행과 신의칙에 비추어 시인될 수 있는 한 기망성이 결여된다고 하겠으나 거래에 있어서 중요한 사항에 관하여 구체적 사실을 거래상의 신의성실의 의무에 비추어 비난받을 정도의 방법으로 허위로 고지한 경우에는 과장, 허위광고의 한계를 넘어 사기죄의 기망행위에 해당한다.

나. 현대산업화 사회에 있어 소비자가 갖는 상품의 품질, 가격에 대한 정보는 대부분 생산자 및 유통업자의 광고에 의존할 수밖에 없고 백화점과 같은 대형유통업체에 대한 소비자들의 신뢰(정당한 품질, 정당한 가격)는 백화점 스스로의 대대적인 광고에 의하여 창출

된 것으로서 이에 대한 소비자들의 신뢰와 기대는 보호되어야 한다고 할 것인바, 종전에 출하한 일이 없던 신상품에 대하여 첫 출하시부터 종전가격 및 할인가격을 비교표시하여 막바로 세일에 들어가는 이른바 변칙세일은 진실규명이 가능한 구체적 사실인 가격조건에 관하여 기망이 이루어진 경우로서 그 사술의 정도가 사회적으로 용인될 수 있는 상술의 정도를 넘은 것이어서 사기죄의 기망행위를 구성한다.

다. 쟁점

이 사건의 쟁점은 변칙세일이 매출을 높이기 위한 판매전략의 일환으로서 광고에 다소의 허위나 과장이 있더라도 정당한 마케팅이기 때문에 기망에 해당하지 않는다고 볼 것인지, 아니면 현대소비사회의 특성(대규모 사업자와 소비자 사이의 정보불균등)에 비추어 볼 때 기망이라고 볼 것인지 여부이다.

(1) 광고의 본질과 양가성(Ambivalence)

현대사회에서 자신이 판매하려는 재화와 용역을 좀 더 소비자들이 구매하도록 하기 위해서는 광고가 필연적이고, 광고는 어느 정도 상품에 대한 과장이나 부풀리기가 있기 마련이다. 소비자는 스스로 정확한 정보를 획득하기 위하여 비용과 노력을 투자하기 보다는 누군가 시장정보를 제공해주기를 기다리는 무임승차화 경향이 있는 반면, 사업자는 영리를 목적으로 하기 때문에 자기에게 유리한 정보나 경쟁사업자에게 불리한 정보를 소비자에게 제공할 우려가 있기 때문에, 광고는 정보제공이라는 긍정적 측면과 소비자 현혹이라는 부정적 측면이 동시에 존재한다.

(2) 허위·과장 광고는 논리필연적으로 부당 광고인지 여부

허위는 사실의 핵이 없음에도 사실인 것처럼 꾸미는 것²¹⁾이고, 과장은 사실보다 부풀리는 것을 말한다. 광고가 부당한지 여부는 소비자의 구매의사결정에 실질적인 영향을 주는지 여부로 판단되어야 한다.²²⁾ 물론 허위·과장광고가 부당광고가 되는 경우가 많기는 하겠지만, 반드시 그런 것만은 아닌 것이다. 오히려 허위광고임에도 불구하고 소비자의 오인을 유발하지 않는 경우나 진실한 광고임에도 불구하고 소비자의 오인을 유발하는 광고가 있을 수 있는 것이다. 따라서 사실과 부합하지 않더라도 소비자의 오인성이 없는 부풀리기 표현(Puffing : blow-up)은 부당한 것이 아니다.²³⁾²⁴⁾

21) 황철, 상업광고의 법률문제에 관한 연구, 국민대학교 박사학위논문, 1997, 206면

22) 손수진, 부당광고의 규제에 관한 연구 - 독점규제 및 공정거래에 관한 법률을 중심으로 -, 한양대학교 박사학위논문, 1996, 35면

23) 대법원 2002. 6. 14. 선고 2000두4187 판결(그 사실이 '소비자의 구매결정에 영향을 미칠 수 있는 중요한 사항'에 해당한다고 볼 수 없으므로 그 광고의 내용이 허위라거나 과장된 것이라고 할 수 없다.)

24) 그러한 예로는 휴대전화광고에서 "소리가 보인다", 청량음료광고에서 "가슴속까지 시원한 사이다", 남성정장광고에서 "행복을 입는다", 피물 고질라가 밝아도 파손되지 않는 자동차광고를 들 수 있다.

(3) 허위·과장 광고가 허용되는 범위

위 (2)항에서 살펴본 바와 같이 허위·과장이 소비자의 오인을 야기하지 않는다면 허용되므로, 허위·과장광고가 규제되는 지점은 광고의 내용이 사실에 부합하지 않으면서 소비자의 구매의사에 실질적으로 영향을 미치는 것이어야 한다. 영국의 거래명세법(Trade Description Act) 제3조는 ‘중대한 정도로 사실에 반한 때’에 한하여 허위로 규정하고 있고, 미국 FTC는 실질적 요소(material fact) 즉, 소비자의 구매의사결정에 실질적인 영향을 주는 경우에만 규제하고 있으며, 따라서 제품에 관한 소비자의 선택이나 행동에 영향을 미칠 가능성이 없거나 소비자에게 중요하지 않은 정보가 허위인 경우에는 규제하지 않고 있다. 또한 FTC는 기만적 광고를 규제함에 있어서 광고주가 허위성을 인식하고 있었는지 여부를 묻지 않는다.²⁵⁾ 독일 판례도 ‘오인야기는 여하한 점에서든 소비자의 구매의사결정에 영향을 미치는 사항과 관련되어야 하므로 소비자의 경제적 판단과 관련이 없는 사실에 관한 오인야기는 UWG 제3조의 적용범위로부터 배제된다.’고 하였다.²⁶⁾

(4) 대상 판결

대상 판결은 외국에서의 학설과 판례의 내용을 우리 현실에서 발생한 문제에 대해 담아보려고 노력하였다. 즉, ① 현대사회에서의 사업자와 소비자의 정보비대칭성(= 정보불균형)을 전제로, ② 변칙세일이 거래에 있어서 중요한 부분인지 여부(즉, 소비자의 구매의사결정에 실질적인 영향을 미치는지 여부)를 검토한 뒤, ③ 거래상 신의성실의 의무에 비추어 비난받을 정도의 방법으로 허위를 고지하였으므로, ④ 이는 (매출신장을 위한 마케팅의 일환으로 인정되는 어느 정도의 허위·과장의 한계를 넘어서) 사기죄의 구성요건인 기망에 해당한다고 판시하였던 것이다.

대상 판결은 좁게 보면 허위 및 과장 광고가 용인되는 범위와 기망이 되는 범위에 대한 기준을 정립했다는 데 의의가 있다. 그러나 시야를 조금만 더 넓혀 보면, 대상 판결은 판결이 추상적 법률을 구체적 분쟁에 적용함에 있어서 지금 여기(Hic et Nunc)로 내려와 궁켈(mann Gunkel)의 표현대로 삶의 자리(Sitz im Leben)²⁷⁾에 천착하여 정보불균형의 현실을 직시하고 그러한 현실에서 실질적 평등을 구현함으로써 우리네 일상에 실효적으로 작동되고 있음을 보여주었다.

III. 방문판매법 제3조 제1호 단서 관련

1. 사업자의 소비자성 여부

가. 법문의 규정

25) 박수영, “부당한 표시·광고행위의 성립과 유형”, 『기업법연구』, 제13권(한국기업법학회, 2003) 279면

26) 정호열, 『부정경쟁법』, 삼지원(2006), 248면

27) 통신헌교교육부, 『구약1 모세오경』, 가톨릭교리신학원(2007), 182면

방문판매법 제3조 제1호 단서는 ‘다만, 사업자가 사실상 소비자와 같은 지위에서 다른 소비자와 같은 거래조건으로 거래하는 경우는 제외한다.’라고 규정하고 있고, 방문판매법 시행령 제4조(소비자의 범위) 제2호는 ‘법 제3조제1호 단서에 해당하는 사업자로써 재화등을 구매하는 자(해당 재화등을 판매한 자에 대한 관계로 한정한다)’라고 규정하고 있다.

나. 체계정합성 측면

(1) 방문판매법 제3조 제1호 단서와 방문판매법 시행령 제4조 제2호의 해석과 관련하여, 소비자의 개념 지표의 핵심인 ‘소비생활’을 기준으로 본질적 의미의 소비자와 정책상 보호의 필요성이 있는 정책적 의미의 소비자로 나누고, 정책적 의미의 소비자는 소비자보호법의 근본취지(사업자와 비교하여 약자인 소비자를 보호하기 위함)와 상반되고, 아울러 개별 법률마다 정책적 의미의 소비자를 상이하게 규정함으로 인하여 어느 법에서는 소비자로 인정되는 사업자가 다른 법에서는 소비자로 인정되지 못하는 문제가 발생하는 것을 지적하는 견해가 있다²⁸⁾.

(2) 법질서 전체의 체계적합성 측면에서 보자면 타당한 지적이기는 하다. 다만, 각 개별 법의 입법 목적이 다르기 때문에 발생하는 불가피한 법기술적 한계라고 이해할 수 있지는 않을까?

다. 방문판매법의 인적 적용범위

(1) 방문판매법 제3조 제1호 단서를 해석함에 있어서 첫 번째 요건인 사실상 소비자와 같은 지위는 인정하면서도 두 번째 요건인 “다른 소비자와 같은 거래조건으로 거래하는 경우”와 관련하여 온라인광고판매업자는 애초에 소상공인과 계약을 체결하려고 하지 본래 의미의 소비자와 계약하지 않을 것이고, 따라서 소상공인이 “다른 소비자와 같은 거래조건으로 거래하는 경우”란 있을 수 없으므로 적용이 불가하다는 견해가 있다²⁹⁾.

(2) 그런데 위의 견해는 첫 번째 요건인 사실상 소비자와 같은 지위는 정책적 의미의 소비자로 해석하면서 두 번째 요건인 다른 소비자는 본질적 의미의 소비자로만 해석한다는 데서 선뜻 납득하기 힘들다. 왜냐하면, ‘방문판매법 시행령에서는 방문판매법 제3조 제1호 단서에 해당하는 사업자(즉, 정책적 의미의 소비자)만을 규정하고 있기 때문에 그 기준이

28) 고형석, ⑥, 99 ~ 106면. 고형석 교수도 정책적 의미의 소비자 보호의 입법정책적 필요성은 인정하고 있다(100면 및 106면). 고형석 교수는 과거 ‘사업자는 전문지식을 보유한 전문가이고 법인의 형태를 취하고 있으며 자본 및 조직적 측면에서 우월하기 때문에 정책적 고려라는 이유라도 (사업자를 정책적 의미의 소비자로 보호하는 것은) 합리성을 찾아볼 수 없다’고 하였는데[고형석, ④, 393 ~ 394면]에서 최근 입장을 변경한 것으로 보인다. 한편 고형석 교수가 사업자의 지표로 꼽고 있는 ① 전문가, ② 법인, ③ 자본 및 조직에서 우월, 이 세 가지는 아래에서 보는 이병준 교수의 글로 건너가는 징검다리 역할을 해 줄뿐더러, 해석론상 사업자를 정책적 의미의 소비자로 보호해야 할 논거를 제공해 준다.

29) 이병준, ④, 283 ~ 284면

되는 소비자는 본질적 의미의 소비자와 정책적 의미의 소비자 모두를 포함한다'는 견해³⁰⁾에 의하면 소상공인(즉, 정책적 의미의 소비자)은 본질적 의미의 소비자가 온라인광고판매업자와 계약을 체결하지 않는다고 하더라도 다른 소상공인(즉, 다른 정책적 의미의 소비자)가 온라인광고판매업자와 계약을 체결한다면 “다른 소비자와 같은 거래조건으로 거래하는 경우”에 해당하기 때문에 방문판매법 제3조 제1호 단서 적용에 아무런 문제가 없기 때문이다.

라. 창원지방법원 통영지원 거제시지원 2014. 8. 14. 선고 2014가소3601 판결

(1) 거제시에서 화물운송업체를 운영하는 사업자인 원고는 2013. 5. 중순경 피고의 전화권유판매원으로부터 원고의 사업과 관련된 인터넷홈페이지 제작 및 온라인광고를 권유받고 피고를 대리한 위 판매원과 구두 계약을 체결하였으나 피고는 계약서를 교부하지 않았다. 계약의 내용은 2013. 5. 20.까지 인터넷 홈페이지 제작대금 1,980,000원, 2013. 6. 30. 네이버 다음 단어검색광고 대금 1,650,000원, 2013. 7. 19. 구글 단어검색광고 및 모바일 홈페이지 제작 대금 900,000원이었다.

원고는 2013. 6. 중순 피고측으로부터 원고의 인터넷 홈페이지가 완성된 사실을 통보받고 확인해보니 게시판에 글을 등록하거나 사진을 올릴 수 없었고 피고측이 관리자 아이디와 비밀번호를 전달해 주지 않아 원고는 홈페이지 관리를 할 수 없었다. 네이버와 다음의 단어검색광고도 1~3일가량 짧은 기간 동안에만 검색되었을 뿐이었다. 이에 원고가 이의를 제기하면 다시 짧은 기간 단어검색이 되는 상황이 반복되었다. 원고는 홈페이지 상태와 네이버, 다음의 단어검색광고가 이 사건 계약들 체결 당시 피고측의 설명과 달라 이의를 제기하고 계약 해제를 통보한 후 2013. 8. 28. 한국온라인광고분쟁조정위원회에 조정신청을 하였다. 동 위원회는 조정과정에서 다음과 같은 사실을 확인하였다. 피고가 제작한 홈페이지는 기존의 정형화된 레이아웃을 이용하여 손쉽게 제작할 수 있고 전문적인 기술이나 작업을 필요로 하지 않으며 도메인 등록비용을 포함해 300,000원 정도면 제작이 가능하고 원고의 인터넷도메인으로 등록된 ‘거제용달’은 피고를 통해서만 변경 및 연장이 가능하며 도메인의 1년 등록비용은 30,000원이었다. 인터넷 단어검색광고를 하기 위해서는 인터넷 포털업체에게 얼마간의 돈을 먼저 충전해 놓고 단어검색이 될 때마다 일정 비용이 충전된 돈에서 빠져나가 돈이 모두 소지되면 더 이상 단어검색광고가 되지 않는데, 피고는 원고의 단어검색광고비용으로 네이버에 합계 125,000원, 다음에 10,000원을 충전하였을 뿐이어서 단어검색광고가 제대로 되지 않았다.

(2) 이에 대해 법원은, 이 사건 계약이 전화권유판매에 의해 체결된 것이어서 방문판매법의 적용을 받고, 피고가 계약서를 원고에게 교부하지 않았으며 피고가 제작한 홈페이지와

30) 고형석, ⑥, 111면

단어검색광고는 당초 피고의 전화권유판매 내용과 다르거나 계약내용과 다르게 이행된 경우에 해당한다. 원고는 방문판매법에 따라 재화 등을 공급받은 날로부터 3개월 이내에 그 사실을 안 날 또는 알 수 있었던 날로부터 30일 이내에 청약철회를 할 수 있다. 피고측이 홈페이지의 제작사실을 원고에게 알린 2013. 6. 중순부터 3개월이 경과하기 전에 원고가 계약해제 통보를 하였으므로 원고의 청약철회는 적법하다. 그렇다면 피고는 원고에게 방문판매법 제9조 제2항에서 정한 바에 따라 원고로부터 받은 이 사건 계약의 각 대금을 반환할 의무가 있다고 하였다.

(3) 온라인광고분쟁조정위원회에 문의하는 조정사건이 거의 대부분 소액사건이고, 법원에 소를 제기하는 원고는 거의 전무한 상황이기 때문에 하나의 판결만을 두고 법원이 방문판매법을 소상공인에게 적용을 했는지 여부를 말할 수는 없다.

다만, 위 ‘다’항에서 본 바와 같이 발표자는 방문판매법의 적용이 가능하다고 보는 입장이기 때문에 위 판결에 찬동한다.

2. 입법론적 시론

가. 프랑스법상 non-professionnel

프랑스의 경우 소비법전에 소비자와 함께 non-professionnel(비전문가)라는 용어를 병기하는데, 다만 non-professionnel에 대한 개념정의는 하고 있지 않아 소비자와 같은 의미인지 다른 보호군이 있는 것인지 불분명하였으나, 개정을 하면서 ‘비전문가 또는 소비자에게 불이익하게(au détriment du non-professionnel ou consommateur)’로 바꿈으로써 소비자와는 다른 주체임이 명확해졌다. non-professionnel은 영업의 수행으로 비전형적이거나 업종 이질적인 부수적 거래를 하는 자를 의미하고, 이러한 종류의 거래는 영리 내지 직업상의 목적으로 하는 행위이지는 않지만, 직업상의 행위에 대한 직접적인 관계가 없기 때문에 프랑스 파기원(Cour de Cassation)도 비전문가로서 한 행위에 대해서 직접적인 영업상의 관계를 부정하고 소비자로서의 보호를 보장하였다. 파기원이 non-professionnel에 대해 넓은 소비자 개념을 정립한 것은 1987. 판결을 통해서인데, 부동산중개회사가 자신의 건물에 경고시스템을 설치하는 계약을 체결하였고, 해당 계약조항의 무효를 주장한 사안에서 파기원은 부동산중개회사가 해당 계약과 관련한 전문가의 능력을 가지지 못하여 다른 소비자와 동일하게 무지하였다는 동일한 상황이 존재한다는 것이다.³¹⁾

나. 독일의 판결(BHG, Urteil vom 30.09.2009 - VIII ZR 7/09)

원고는 변호사이고 피고는 인터넷으로 전등을 판매하는 사업자인데, 원고는 2007. 10. 7.

31) 이병준, ㉠, 292면 및 이병준, ㉢, 8 ~ 9면

피고의 인터넷 플랫폼을 통하여 전등 3개를 766유로에 주문하면서 배송지를 변호사 사무실로 했는데, 피고는 2007. 10. 7. 주문확인서를 통해 14일의 청약철회권을 부여하였다. 원고는 결제를 하고 주문한 전등을 수령하였다가 2007. 11. 19. 및 21. 이메일로 청약철회권을 행사하면서 그 근거로 전등을 소비자로서 주문하였는데 관련 법률에 의한 청약철회권에 관한 정보 제공을 제대로 받지 못했다는 이유를 들었다. 이에 피고는 철회권 행사가 늦었음을 이유로 이를 거절하자 원고가 수령지체의 확인 및 지급 청구의 소를 제기하여 1심에서 승소하였고 피고가 항소하여 원고 청구가 기각된 뒤 상고심에서 상고 인용되었다.

이 판결에서 문제가 된 것은 매수인이 소비목적이 아닌 것으로 거래한다는 인상(배송지를 변호사 사무실로 기재한 것)을 매도인에게 준 경우 소비자성 인정 여부였다. 독일 민법 제13조에 따르면 소비자는 자신의 영업활동이나 독립적 직업활동에 속하지 아니하는 목적으로 법률행위를 하는 모든 자연인으로 규정하고 있는데 문제는 소비자성 및 사업자성의 경계 설정에 있어서 거래의 객관적 목적을 기준으로 할 것인지 아니면 계약 상대방이 인식할 수 있는 정황을 기초로 할 것인지 여부가 명백하지 않았는데 독일 연방법원은 전자를 기준으로 판단한다는 입장을 취하였다.

즉, 독일 연방법원은 '독일의 입법자가 채택한 독일 민법 제13조 규정의 소극적 표현형태를 통하여 명백히 알 수 있는 것은 자연인의 법률행위는 기본적으로 소비자로서 행위한 것으로 보아야 하고 구체적인 행위가 어느 영역에 해당하는지에 대하여 의문이 있는 경우에는 소비자로서 행위로 보아야 하므로 법률행위를 통하여 객관적으로 추구되는 목적과 다른 판단이 이루어지기 위해서는 계약 상대방에게 인식가능한 정황이 자신의 영업상 또는 독립적 직무활동을 목적으로 거래한다는 것을 명확하고 의문의 여지 없이 증명하는 경우에만 가능하다. 물론 소비자에게 법률행위를 통하여 추구한 목적이 객관적으로 사적인 영역에 속한다는 것을 입증할 책임이 있다. 그러나 계약 상대방에게 인식가능성 외부의 거래 정황에 근거하는 불확실성과 의심은 법률의 소극적 표현형태로 인하여 소비자의 불이익으로 돌아가지 않으므로 항소법원의 입장과 달리 표의자가 상대방에게 명백히 자신이 소비자로서 행위한다는 사실을 알렸는지 여부에 따라 결정할 수 없고 오히려 자연인과의 계약을 체결하는 경우에는 원칙적으로 소비자로서 행위한다는 것을 전제하므로 이와 달리 판단하기 위해서는 상대방이 인식할 수 있는 사정을 기초로 하여 명백하고 의심의 여지 없이 영업상 또는 독립적 직업 활동에 귀속시킬 수 있어야 한다'라고 판시하였다.

결국 원고가 근무일에는 통상적인 우편배송시간에 자신의 사적인 주소에 접근할 수 없음을 설명하지 않은 채 배송지로 변호사 사무실을 기재하였다고 하더라도 이를 근거로 피고가 원고가 독립적인 직업 목적으로 전등을 주문했다는 명백하고도 의문의 여지없는 결론을 도출할 수는 없는 것다는 것이다.

이 판결은 소비자인지 여부를 판단함에 있어서 자연인인 경우에는 원칙적으로 소비자

보고 사업자성이 인정되기 위해서는 명백한 증거가 있어야 한다는 것으로, 이 판결을 프랑스의 non-professionnel 개념을 받아들인 것으로 보는 견해도 있다.³²⁾

다. 소상공인과 방문판매법

(1) 영세 상인이란 보호의 필요성이 인정된다고 하더라도, 사회적 의미로는 충분히 쓰일 수 있으나 법적 개념이 아니어서 그 범위를 확정할 필요가 있는데, 현행 법률상 가장 작은 단위의 개념이 소상공인법상의 소상공인 개념이다. 이 점에 착안하여 소상공인을 방문판매법의 적용 대상에 편입하려는 견해가 있다.³³⁾ 다만, 소상공인이 전형적인 소비자로서 보호 받을 필요성이 있는지 여부를 규정함이 핵심적인 한계 설정의 기준이 될 것이므로 소비자와 동일하게 해당 계약체결상황에서 사업자로서의 전문성이 없고 소비자처럼 비전문가로서 계약을 체결했는지 여부가 초점이 될 것이다.

(2) 먼저 소상공인법상 소상공인 개념에는 법인이 포함되는데, 대부분의 입법례가 소비자보호를 자연인으로 한정하고 있기 때문에 법인은 당연히 소비자성이 부정될 것이다.³⁴⁾

(3) 다음으로 자연인인 소상공인이 사업목적으로 거래를 하는 경우에는 정책적 의미의 소비자도 아니기 때문에, 보호되는 거래 형태는 소비 목적으로 거래를 하는 경우에 한정되어야 할 것이다. 소상공인의 경우에도 해당 거래의 객관적인 목적으로 사업자인지 소비자인지 여부가 결정될 것이다. 이렇게 되면 자연인인 경우 세가지 유형이 존재하게 되는데 전문가로서 사업목적으로 거래하는 경우, 비전문가로서 사업목적으로 거래하는 경우, 소비 목적으로 거래하는 경우가 그것이다. 비전문가로서 사업목적으로 거래하는 경우에는 소비 목적으로 거래하는 경우와 동일하게 소비자로서 보호해야 할 것이다.

(4) 다만 위 III의 1 '다'항에서 본 바와 같이 방문판매법 제3조 제1호 단서를 해석한다면 소상공인 보호를 위한 새로운 입법은 사실상 현행과 중첩될 가능성이 있다

IV. 결론

1. 해석과 입법의 경계 - 현실에의 부합

법이 더 이상 현실에 부합하지 못할 때, 인간은 기존의 법의 내용을 변용하거나(해석) 새로운 법을 만들었다(입법). Rome법의 actio체계와 계약유형의 법정주의(numerus clausus)가 내리막 길을 걷고 있을 때 causa이론과 着服(vestmentum)이라는 도구 개념을 창안하거나, 그

32) 이병준, ⑥, 9 ~ 12면

33) 이병준, ⑥, 17 ~ 18면

34) 근대 민법이 법인 제도를 채택하면서 자연인과 달리 행위무능력자 제도를 법인과 연관시키지 않은 것에서도 알 수 있듯이 법인은 설립과 동시에 자연인으로 치자면 성인(즉 행위능력자)인 것이다. 따라서 앞서 본 바와 같이 미성년자, 소비자, 정책적 의미의 소비자 보호의 근거가 정보불균형 및 정보인지능력의 미비로 인한 것이라면 법인은 애초에 보호 대상에서 제외된다.

마저도 현실에 부합하지 못할 때 Rome법을 독일 민법으로 대체한 것처럼.

기존의 법을 새롭게 해석하는 것은 실질적 의미은 입법일까? 헌법학에는 헌법의 변천이란 개념이 있다. 기존의 헌법언어(= 기표)는 그대로 둔 채 새로운 헌법적 의미(= 기의)를 부여하는 것을 의미한다. 결국 헌법의 변천이란 법해석의 다른 표현인 셈이다.

1992. 7. 1. 제정된 방문판매법이 2002. 7. 1. 전부개정 되면서 현행과 같은 제3조 1호 단서가 규정되었는데 그 시절에 지금과 같은 온라인광고를 예상하지는 않았을 것이다. 그러나 반대로 온라인광고를 절대 배제하려는 의사도 없었을 것이다. 입법자의 주관적 의도가 어땠는지 명확히 알 수는 없지만, 그렇다면 오히려 현실에 부합하는 해석이 중요할 것이다.

물론 입법을 통해 문제를 해결하는 것이 가장 간명하기는 하지만 새로운 입법이 이루어지기까지 평균 3년 6개월의 시간이 걸리는 것을 감안하면, 그리고 새로운 입법까지 방문판매법을 적용하지 않아 피해를 보는 사업자를 상정하면, 입법까지라도 방문판매법을 적극 해석하는 것도 한 방법일 것이다. 어쩌면 서울고법이 선도적으로 Visiting Right를 양육권의 내용으로 적극 해석함으로써 1990. 민법 개정시 면접교섭권 제도가 도입된 것처럼 방문판매법도 그렇게 전향적으로 입법될 가능성도 없는 것일까?

이렇듯 당대의 현실에 부합하는 대상 판결은 <법관은 “법률을 그대로 따라서 말하는 입”(몽테스키외)가 아니므로³⁵⁾, 선택권한을 행사할 때 고려해 넣어야 할 모든 법적 지침들을 엄격히 준수하고, 특히 ‘개별사례의 모든 사정들’을 주의 깊게 탐구하고 고려하는 가운데 ‘유일하게 정당한’ 결정이라는 목표와 결과에 도달하기 위해 최선을 다해야 한다.³⁶⁾>는 법관에게 주어진 책무에 부합하려는 법원의 노력이기도 한 것이다.

2. 요약

가. 방문판매법의 사업자에의 적용 여부

방문판매법 제3조 제1호 단서(사실상 소비자와 같은 지위에서 다른 소비자와 같은 거래 조건으로 거래하는 경우)에서 앞의 소비자는 (방문판매법 시행령의 규정상) 정책적 의미의 소비자이고, 뒤의 소비자는 본질적 의미의 소비자와 정책적 의미의 소비자 모두를 의미하는 것으로 해석해야 하므로 사업자에게 위의 요건을 충족하는 경우에는 적용이 가능하다.

그렇다고 하더라도 소상공인이 방문판매법 제3조 제1호 단서의 적용을 받는 경우에만 즉, 온라인광고를 판매하는 자에 대해서만 소비자의 지위를 가질 뿐, 온라인광고판매자 이외의 다른 사업자와 소비자에 대해서는 여전히 사업자로서의 지위에 서있다. 이렇게 해석하는 것이 방문판매법 시행령 제4조 제2호(해당 재화등을 판매한 자에 대한 관계로 한정한다

35) 칼 엥기쉬 지음/안법영·윤재왕 옮김, 『법학방법론』, 세창출판사(2011), 211면

36) 칼 엥기쉬 지음/안법영·윤재왕 옮김, 『법학방법론』, 세창출판사(2011), 196~197면

다)에도 부합한다.