

워크숍 2008-

거래의 다양화에 따른 입법과제

2008. 4. 17.~18.

워크숍 일정

- ◆ 주 제 : 거래의 다양화에 따른 입법과제
- ◆ 일 시 : 2008년 4월 17일(목) ~ 18일(금)
- ◆ 장 소 : 한국법제연구원 대회의실
- ◆ 구 성

【제 1 부】 거래의 다양화에 따른 입법과제(I)

◇ 사 회

유진희 교수 (고려대학교)

◇ 주 제 발표

제 1 주제 : 소비자거래 관련법제의 현황과 과제

발표자: 김성천 박사 (한국소비자원)

토론자: 박세민 서기관 (공정거래위원회 소비자 정책과)

토론자: 최우성 국장 (소비자단체협의회)

제 2 주제 : 표시·광고에 관한 법제의 현황과 과제

발표자: 김상중 교수 (고려대학교)

토론자: 김정훈 사무관 (공정거래위원회 소비자정보과)

토론자: 이세정 박사 (한국법제연구원)

제 3 주제 : 전자상거래에 관한 법제 현황과 과제

발표자: 이병준 교수 (한국외국어대학교)

토론자: 이용수 팀장 (공정위거래위원회 전자거래팀)

토론자: 조영희 교수 (평택대학교)

◇ 종합토론

한석현 서기관(국회 정무위원회)

이택길 사무관(법제처)

【제 2 부】 거래의 다양화에 따른 입법과제(Ⅱ)

◇ 사회

이상태 교수(건국대학교)

◇ 주제 발표

제 1 주제 : 민법전예의 민사특별법 편입과 체계화 방안

발표자: 김진우 교수(한국외국어대학교)

토론자: 김규완 교수(고려대학교)

토론자: 현소혜 교수(홍익대학교)

제 2 주제 : 약관에 관한 법제의 현황과 문제점

발표자: 장경환 교수(경희대학교)

토론자: 박도하 과장(공정거래위원회 약관제도과)

토론자: 강창경 박사(한국소비자원)

제 3 주제 : 하도급에 관한 법제의 현황과 문제점

발표자: 권재열 교수(경희대학교)

토론자: 김성하 과장(공정거래위원회 하도급정책과)

토론자: 성승제 박사(한국법제연구원)

◇ 종합토론

허명국 연구관(법무부 법무심의관실)

박병섭 입법조사관(국회 법제사법위원회)

목 차

【 제 1 부 】 거래의 다양화에 따른 입법과제 (I)

▣ 제 1 주제 : 소비자거래법제의 현황과 과제 (김성천).....	15
I. 서 론	15
II. 소비자거래법제의 연혁	17
1. 도입기	17
2. 정착기	19
3. 확장기	20
III. 소비자거래법제의 현황	21
1. 소비자거래법제의 현황	21
2. 소비자거래법제의 문제점	30
IV. 소비자거래법제의 과제	31
1. 민사규제로의 전환	31
2. 새로운 소비자거래법제의 제정	34
V. 결 어	36
◎ 토 론 문 (박세민)	39
◎ 토 론 문 (최우성)	43
▣ 제 2 주제 : 표시·광고 공정화에 관한 법제의 현황과 과제 (김상중)	55
I. 상품의 표시·광고와 법적 규제의 필요성	55

II. 표시·광고 법제의 개요	56
1. 소비자기본법	57
2. 표시광고법	57
3. 전자상거래법	59
4. 개별 법률	60
III. 현행 표시·광고 법제의 문제점	63
1. 중복규제 여지에서 나타난 표시·광고 법제의 체계적 불명확	63
2. 규제수단의 실효성 부족	65
3. 규제 중심의 입법 이외에 계획수립 등의 장기적 정책마련 틀 제시 미흡	66
IV. 법제 개선을 위한 몇 가지 제언	67
1. 표시광고법(제)의 종합적 정비	67
2. 제반 판단기준의 통일적 정비 및 규제수단의 관계 수립	68
3. 사법적 규제수단의 적극적 활용	69
4. 자율적 심의의 지속적 확립과 소비자 교육	70
5. 결론에 갈음하여	71
◎ 토 론 문 (김정훈)	73
◎ 토 론 문 (이세정)	77
■ 제 3 주제 : 전자상거래에 관한 법제의 현황과 과제 - 전자상거래소비자보호법의 의미와 그 문제점을 중심으로 - (이병준)	85
I. 들어가며	85
II. 전자상거래와 통신판매에 대한 규율방식과 내용	88

1. 현행 전자상거래소비자보호법의 규정체계	88
2. 통신판매와 전자상거래규정의 정비방안	92
Ⅲ. 통신판매중개에 대한 규정의 재해석과 규율방식의 정비 ...	93
1. 통신판매중개와 관련된 문제	93
2. 통신판매 중개를 통하여 체결된 전자상거래계약에서 당사자 확정과 그 법적 지위	95
3. 통신판매중개에서 계약당사자 명확화를 위한 고지의무와 그 책임(제20조 제1항)	100
4. 통신판매중개자의 소비자 보호관련 규정의 준수 (제20조 제2항)	101
Ⅳ. 온라인 디지털 콘텐츠에 대한 규제	104
1. 온라인 거래와 전자상거래소비자보호법의 한계	104
2. 온라인 디지털 콘텐츠에 관한 온디콘법의 내용	106
3. 온라인 디지털 콘텐츠에서 청약철회 인정여부	108
V. 여 론	110
◎ 토 론 문 (이용수)	113
◎ 토 론 문 (조영희)	119
■ 종합토론	
◎ 토 론 문 (한석현)	127
◎ 토 론 문 (이택길)	131

【 제 2 부 】 거래의 다양화에 따른 입법과제(Ⅱ)

■ 민법전예의 민사특별법 편입과 체계화 방안	
- 소비자계약법의 편입과 체계화 방안을 중심으로 -	
(김진우)	139
Ⅰ. 들어가며	139
Ⅱ. 소비자계약의 규율에 관한 현행 법제의 문제점	141
Ⅲ. 소비자계약법의 민법전으로의 통합	143
1. 통합의 긍정적·부정적 논거	143
2. 통합의 방식	149
3. 통합의 대상	150
Ⅳ. 포괄적 소비자계약법전으로의 통합	151
1. 통합의 긍정적·부정적 논거	151
2. 통합의 대상과 방식	154
Ⅴ. 나오며	154
◎ 토 론 문 (김규완)	157
◎ 토 론 문 (현소혜)	161
■ 약관의 규제에 관한 법제의 현황과 문제점(장경환) ..	167
Ⅰ. 머리말	167
Ⅱ. 약관규제법에 의한 약관의 규제	168
1. 약관의 내용통제	168
2. 불공정약관조항에 대한 공정거래위원회의 시정조치	178

3. 표준약관의 심사, 작성 및 보급	181
Ⅲ. 기타 법률에 의한 약관의 규제	184
1. 약관의 규제에 관한 규정을 두고 있는 법률	184
2. 약관의 제정·변경을 규제하기 위한 조치	185
3. 약관규제법과 기타 법률과의 관계	188
Ⅳ. 약관의 규제에 관한 법제의 문제점	191
1. 약관규제법에 의한 내용통제에서의 문제점	191
2. 약관규제법에 의한 시정조치에서의 문제점	194
3. 약관규제법에 의한 표준약관 심사에서의 문제점	196
4. 전자상거래법에서의 약관설명방식의 명문화	198
5. 은행법·보험업법에서의 금융위원회의 심사청구의 명문화	200
◎ 토론문 (박도하)	201
◎ 토론문 (강창경)	205
■ 하도급에 관한 법제의 현황과 문제점 (권재열)	211
Ⅰ. 머리말	211
Ⅱ. 하도급의 개념과 기능	213
1. 서 언	213
2. 하도급의 개념	213
3. 하도급의 기능	215
4. 소 결	220
Ⅲ. 하도급법의 지위와 기본 내용	220
1. 경제법으로서의 하도급법	220
2. 하도급법의 입법배경	222

3. 하도급법의 주요내용	224
IV. 하도급거래의 현황 - 공정거래위원회의 SI 산업의 실태조사를 중심으로 -	229
1. 서 언	229
2. 공정거래위원회의 실태조사	230
V. 하도급거래의 문제점과 그 개선방안	233
1. 서 언	233
2. 사회적 견제시스템 구축	234
3. 하도급법의 적용범위 확대	234
4. 하도급대금의 직접 청구권의 개선	235
5. 관용 및 포상제도의 도입	236
6. 하도급거래상담사 신설	237
7. 어음발행규모의 연간상한제 도입	238
8. 수급사업자단체 결성지원	238
VI. 맺음말	239
참 고 문 헌	241
◎ 토 론 문 (김성하)	243
◎ 토 론 문 (성승제)	245
■ 종합토론	249
◎ 토 론 문 (허명국)	251
◎ 토 론 문 (박병섭)	255

【 제 1 부 】

거래의 다양화에 따른 입법과제 (1)

제 1 주제

소비자거래 관련법제의 현황과 과제

발표자: 김성천 박사(한국소비자원)

토론자: 박세민 서기관(공정거래위원회 소비자 정책과)

토론자: 최우성 국장(소비자단체협의회)

소비자거래법제의 현황과 과제¹⁾

김 성 천

(한국소비자원 연구위원, 법학박사)

I. 서론

1980년 소비자보호법 제정과 함께 우리 사회에서 그 중요성이 부각되고 있는 소비자법은 그동안 여러 법률의 제·개정으로 많이 진화됐다. 사실 선진국에 비해 그리 길지 아니한 우리나라 소비자법의 역사에 비해²⁾ 소비자기본법, 약관의 규제에 관한 법률, 방문판매 등에 관한 법률, 할부거래에 관한 법률, 전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률, 표시·광고의 공정화에 관한 법률, 제조물책임법 등 다양한 소비자법이 현재 운용되고 있다. 그러나 21세기 들어서 정치·경제·사회적 환경변화는 소비자법에 영향을 주어 패러다임의 전환을 요구하고 있다. 종전에는 소비자문제를 단지 정보의 비대칭·불균형에 따른 거래당사자사이의 교섭력 차이에서 발생하는 문제로 인식하였으나, 지금은 ‘자주적 역량을 가진 주체적 소비자의 실질적 권익실현’을 위한 소비자법의 보완·확충이 강조되고 있다. 특히 다양한 소비자거래의 등장에 따른 법제정비는 중요한 소비자법정책의 과제로 인식되어 각국은 소비자거래법제를 재구축하고 있다.

1) 이 글의 내용은 개인의견임을 밝혀둡니다.

2) 우리나라 소비자법의 역사에 대해서는 김성천, “우리나라 소비자보호입법에 관한 연구”, 『소비생활연구』 제9호, 1992 ; 김성천, “소비자보호법제의 개선방안”, 『법제연구』 제7호, 1994 ; 김성천, “소비자정책의 최근 동향 - 2004년과 2005년을 중심으로-”, 『소비자정책·교육연구』 제1권 제1호, 2005 참조.

【 제 1 부 】 거래의 다양화에 따른 입법과제 (I)

소비자와 사업자의 만남은 소비자거래이다. 소비자거래는 기본적으로 소비자와 사업자의 힘의 불균형이 전제된 계약으로 각국은 이를 시정하기 위해 소비자거래정책을 강구하고 소비자거래법제를 정비하고 있다. 소비자거래정책의 목표는 사업자의 불공정한 거래조건이나 거래방법으로 인하여 소비자가 부당한 피해를 입지 아니하도록 하는 것이고, 소비자거래법제의 내용은 정보제공, 투명성확보, 원치않는 계약으로부터 벗어날 수 있는 기회의 부여, 공정정보장 등이다. 구체적으로는 계약체결전 정보제공의무, 계약체결후 서면교부의무, 소비자의 철회권, 위약금제한, 금지행위, 불공정약관조항의 무효, 강행법규 위반의 무효 등이다.

현재 우리나라 소비자거래법제의 법적 출발점은 소비자기본법이다. 소비자거래법제의 토대가 되는 소비자권리는 물품 등을 선택함에 있어서 필요한 지식 및 정보를 제공받을 권리와 물품 등을 사용함에 있어서 거래상대방·구입장소·가격 및 거래조건 등 자유로이 선택할 권리이다(동법 제4조). 그리고 소비자기본법은 거래의 적정화라는 표제아래 국가 및 지방자치단체의 책무를 구체적으로 규정하고 있다(동법 제12조). 첫째, 국가는 사업자의 불공정한 거래조건이나 거래방법으로 인하여 소비자가 부당한 피해를 입지 아니하도록 필요한 시책을 수립·실시하여야 한다. 둘째, 국가는 소비자의 합리적인 선택을 방해하고 소비자에게 손해를 끼칠 우려가 있다고 인정되는 사업자의 부당한 행위를 지정·고시할 수 있다. 셋째, 국가 및 지방자치단체는 약관에 따른 거래 및 방문판매·다단계판매·할부판매·통신판매·전자거래 등 특수한 형태의 거래에 대하여는 소비자의 권익을 위하여 필요한 시책을 강구하여야 한다.

현재 국가는 소비자기본법에 근거하여 약관의 규제에 관한 법률(이하 ‘약관규제법’이라 함), 방문판매 등에 관한 법률(이하 ‘방문판매법’이라 함), 표시·광고의 공정화에 관한 법률(이하 표시광고법이라 함),

전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률(이하 ‘전자상거래소비자보호법’이라 함), 할부거래에 관한 법률(이하 ‘할부거래법’이란 함) 등 소비자거래의 적정화에 관한 법률을 제정하였고, 관광진흥법, 학원의 설립·운영 및 과외교습에 관한 법률, 체육시설의 설치·이용에 관한 법률, 여신전통금융업법 등 일부 개별 사업법에도 소비자거래의 적정화에 관한 규정을 두고 있다.

이 글은 소비자거래법제의 과거·현재·미래에 대해 서술한다. 우선 소비자거래법제가 어떻게 진화되어왔는가를 검토하고, 소비자거래법제 중 현재 소비자분쟁해결에 핵심적인 역할을 하는 법률을 중심으로 소비자거래법제의 현황을 살펴본 뒤, 향후 우리나라 소비자거래법제의 과제와 전망을 제시하고자 한다.

II. 소비자거래법제의 연혁

1. 도입기

우리나라에서 부분적으로 거래의 적정화에 관한 규정을 둔 법률이 제정된 것은 1960년대부터이다. 예를 들면 1961년 상품권법³⁾ 및 전기사업법, 1962년 보험업법 및 증권거래법 등이다.

그러나 소비자보호의 차원에서 소비자거래의 적정화에 관해 선언된 시기는 1980년대부터이다. 1980년 소비자보호법은 제5장 거래의 적정화라는 표제 아래 공정거래의 원칙(동법 제18조4), 부당한 거래방법등에 관한 공표(동법 제19조), 부당한 거래의 시정명령(동법 제20조) 등을 규정하였다. 그 후 1986년 전면개정된 소비자보호법은 거래

3) 상품권법은 1933년 조선상품권취체령을 폐지하고 권면에 금액을 표시하는 상품권의 확실한 상환을 도모함을 목적으로 제정됐다.

4) 제18조 (공정거래의 원칙) 사업자는 물품 또는 용역을 공급함에 있어서 공정한 거래를 하여야 하며 소비자의 합리적인 선택이나 이익을 침해할 우려가 있는 거래조건이나 방법을 사용하여서는 아니된다.

【 제 1 부 】 거래의 다양화에 따른 입법과제 (I)

의 적정화라는 표제아래 오늘날과 같은 모습의 규정을 두었다(동법 제10조). 이때부터 소비자거래의 적정화를 목적으로 한 정책이 시행되고 소비자거래법이 제정되기 시작했다. 최초 소비자거래법제라고 할 수 있는 것은 1986년에 제정된 약관의 규제에 관한 법률과 도·소매업진흥법이다. 약관의 규제에 관한 법률⁵⁾은 법목적에 소비자보호를 선언하고 사업자가 그 거래상의 지위를 남용하여 불공정한 내용의 약관을 작성·통용하는 것을 방지하고 불공정한 내용의 약관을 규제하기 위해 약관의 명시·설명의무, 약관해석의 일반원칙, 무효가 되는 불공정약관조항의 내용, 불공정한 약관의 시정제도, 약관심사위원회의 설치 등을 규정하였다. 그리고 도·소매업진흥법도 법목적에서 소비자보호를 선언하고 적용대상에 할부판매, 채무보증할부판매, 방문판매, 통신판매 등을 포함하고(동법 제2조), 제7장에서는 ‘할부판매등’이라는 표제아래 할부판매자 및 채무보증할부판매자의 표시의무 및 계약서교부의무(동법 제33조 내지 제34조), 방문판매자의 명시 의무 및 계약교부의무(동법 제36조 및 제37조), 통신판매자의 표시의무 및 승낙여부통지의무(동법 제38조), 할부판매규정의 적용(동법 제39조) 등 특수판매의 적정화를 위한 법적 근거를 처음으로 규정하였다. 그 후 1987년에 제정된 신용카드업법⁶⁾은 신용카드업을 건전하게

5) 약관의 규제를 위한 입법논의는 1980년대초부터 있었다. 1981년 상법개정안과 1982년 민사법 개정의견서는 구체적인 법안으로 제안하였다. 전자는 상법전중의 상행위편의 통칙에 이은 독립의 장으로 구성하였고, 후자는 민사특별법으로 제정하자는 의견을 제시하였다. 그후 경제기획원은 1986년 6월 ‘소비자문제를 연구하는 시민의 모임’이 제출한 약관의 규제에 관한 법률(안)을 토대로 입법하기로 민정당과 협의하였고, 당정협의를 거쳐 재수정한 것이 민정당안으로 채택되어 정기국회에 제출, 12월 18일 본회의에서 통과되어, 12월 21일 제정·공포되었다. 이에 대해서는 소비자문제를 연구하는 시민의 모임 편, □□약관규제의 입법□□, 1986 참조.

6) 신용카드업법의 제정이유는 “신용카드업을 제도화하여 건전하게 육성함으로써 신용카드를 지급결제수단으로 널리 보급하여 국민의 현금소지에 따른 위험과 불편을 제거하고 아울러 신용카드업자와 신용카드가맹점 및 신용카드회원간의 분쟁의 사전예방과 신용카드회원을 보호하기 위한 제도적 장치를 마련함으로써 건전한 소비자신용제도를 확립하고 국민의 금융기관 이용을 생활화”하려는 것이다.

보호·육성하여 신용사회의 기반을 조성하고 소비자의 금융편의를 도모하기 위해 거래조건의 주지의무(동법 제10조), 신용카드업자의 책임 등(동법 제12조), 신용정보의 목적외 사용금지(동법 제14조) 등 신용카드거래의 적정화를 위한 규정을 두었다.

2. 정착기

1990년대 들어서면서 1991년 도·소매업진흥법의 개정을 계기로 특수판매분야의 새로운 소비자거래법제의 도입이 본격적으로 전개되었다. 1991년 개정된 도·소매업진흥법은 방문판매의 경우 구매자가 상품을 구매한 날부터 7일이내에 구매계약을 철회할 수 있도록 하여 최초로 소비자의 청약철회권을 도입했다(동법 제37조의2 및 제37조의3)7). 이외에도 할부판매조건의 지정 등(동법 제34조의2), 할부판매업의 신고(제34조의3)를 규정했다.

그러나 같은 해에 소비자보호기능을 더욱 강화하기 위해 도·소매진흥법에 일부 규정되어 있던 특수판매규정을 분리하여 방문판매법8)

7) 제37조의2 (구매자의 철회권) ①방문판매자로부터 방문판매상품을 구입한 구매자는 제37조의 규정에 의한 계약서를 교부받은 날부터 또는 계약서를 교부받지 아니한 때에는 구매자가 방문판매상품을 직접 인도받은 날부터 7일이내에 서면에 의하여 당해 계약에 관한 청약을 철회할 수 있다.

② 제1항의 기간내에 구매자의 책임있는 사유로 방문판매상품이 멸실 또는 훼손된 경우에는 구매자는 철회권을 행사할 수 없다.

③ 계약서의 교부시기 및 방문판매상품의 인도시기등에 관하여 다툼이 있는 경우에는 방문판매자가 이를 입증하여야 한다.

제37조의3 (구매자의 철회권 행사의 효과) ①구매자가 제37조의2의 규정에 의한 철회권을 행사한 경우에는 방문판매자와 구매자는 이미 이행한 급부를 동시에 반환하여야 한다.

②제1항의 경우에 구매자가 방문판매상품을 방문판매자에게 인도함에 소요되는 비용은 방문판매자가 부담한다.

③제1항의 경우에 방문판매자는 구매자에게 위약금 또는 손해배상의 지급을 청구할 수 없다.

8) 방문판매에 관한 입법안 건의는 1989년 한국소비자보호원의 방문판매법 시안이다. 이에 대해서는 이흥무, □□방문판매에 관한 연구□□, 한국소비자보호원, 1988 ;한국소비자보호원 정책연구부, □□방문판매법 제정시안□□, 소비자보호정책토론회 자료, 1989 참조.

【 제 1 부 】 거래의 다양화에 따른 입법과제 (I)

과 할부거래법⁹⁾을 제정하였다. 가장 핵심적인 내용은 청약철회에 관한 사항으로 방문판매법의 경우 방문판매 및 다단계판매의 경우 구매자들은 계약서를 교부받은 날부터 각각 7일 및 14일이내에 서면의 발송에 의하여 청약을 철회할 수 있도록, 할부거래법은 매수인은 계약서를 교부받은 날 또는 목적물의 인도등을 받은 날로부터 7일이내에 청약을 철회할 수 있도록 규정했다.

1990년대에는 1992년 상품권법이 폐지되었고¹⁰⁾, 1997년 신용카드업법은 여신전문금융업법으로 편입되었다¹¹⁾. 1995년 1월 5일 개정된 방문판매법은 다단계판매업자의 등록제 및 환불보증금제 등 다단계판매규제를 전면 개편했고, 같은해 12월 29일에는 방문판매 및 통신판매에서의 소비자보호제도를 보완했다.

3. 확장기

2000년대 들어서면서 소비자거래법제는 다시 분화되었다. 대표적으로 2002년 전면개정된 방문판매법은 방문판매 및 다단계판매 중심으로 개편하고, 소비자가 빈발하는 전화권유판매, 계속거래, 사업권유거래 등을 법의 적용대상에 새로이 추가하는 한편, 통신판매규정은 별도로 분리하여 전자상거래소비자보호법을 제정했다¹²⁾. 그 후 2005년

9) 할부거래에 관한 최초의 입법안 건의는 1988년 15개조로 구성된 한국소비자보호원의 할부판매법(안)이다. 이에 대해서는 이경현·김영원, □□할부판매법의 제정방향□□, 한국소비자보호원, 1988 참조.

10) 상품권법의 폐지이유는 “기업의 자유로운 경제활동을 도모하기 위하여 상품권의 발행·유통과 관련된 규제를 폐지”하는데 있었다.

11) 여신전문금융업법의 제정이유는 신용카드업·시설대여업·할부금융업·신기술사업금융업 등은 수신기능이 없이 여신업무만을 취급하는 유사한 성격의 금융업임에도 개별근거법에 의하여 별도 회사를 설립하여야만 영위할 수 있도록 되어 있으므로, 단일법을 제정하여 이러한 유사한 금융업을 종합적으로 영위할 수 있도록 하고, 아울러 진입 및 영업에 관한 규제도 대폭 완화하여 자유롭게 영업할 수 있도록 함으로써 국민의 다양한 금융수요를 효과적으로 충족시키는 한편, 이러한 금융업의 경쟁력을 높이려는 것이었다.

12) 전자상거래소비자보호법은 의원입법으로 제정된 것이다. 제1차 의원입법안은

개정된 전자상거래소비자보호법은 비대면(非對面) 선불거래방식인 통신판매에 있어서 소비자의 피해를 방지하기 위하여 소비자의 결제대금을 제3자에게 예치하는 제도를 도입하고, 통신판매업자의 무차별적인 구매권유광고로 인하여 발생하는 소비자의 불편을 해소하기 위하여 소비자가 구매권유광고의 수신을 거부하는 의사를 인터넷을 통하여 등록할 수 있는 시스템을 운영할 수 있는 법적 근거를 보완했다. 2006년에 제정된 전자금융거래법은 전자금융거래의 특성을 반영하여 거래당사자의 권리·의무 등 법률관계를 명확히 하는 한편, 전자금융업무를 영위하는 자에 대한 허가·등록 및 감독에 관한 사항을 체계적으로 정비했다. 2008년에는 할부거래법의 문장을 용이하게 고쳤고, 청약철회기간의 기산점을 개정하였다.

Ⅲ. 소비자거래법제의 현황

1. 소비자거래법제의 현황

1) 약관규제법

약관규제의 일반법인 약관법¹³⁾은 1986년 제정된 이후 1992년, 2001년, 2004년, 2007년 등에 일부개정이 있었다. 약관법은 사업자가 그

2000년 12월 8일 김민석 대표발의 ‘전자상거래 및 통신판매에 관한 법률안’이었으나 통과되지 못했고, 재차 2001년 4월 17일법명칭과 내용일부가 수정된 김민석의원 대표발의 법안이 일부 수정되어 2002년 2월 28일 국회를 통과했다. 이에 대해서는 김성천, □□전자상거래등에서의 소비자보호에 관한 법률 해설□□, 한국소비자보호원 전자상거래지원센터, 2003 참조.

13) 약관법의 제정이유는 다음과 같다. “약관에 의한 거래는 현대의 대량생산·대량소비사회에서 등장하게 된 새로운 현상으로서 여러가지 유용한 기능을 해 온 것이 사실이므로 이에 약관에 대한 법률을 제정하여 신의성실의 원칙에 반하여 공정을 잃은 조항들을 무효화하고, 약관심사위원회를 설치하여 이 법에 위반되는 조항을 적용한 사업자에 대하여는 경제기획원장관으로 하여금 동위원회의 심의를 거쳐 시정권고를 하도록 함으로써 경제적 약자가 명실상부한 계약의 자유를 누릴 수 있도록 보장하려는 것이다.”

【 제 1 부 】 거래의 다양화에 따른 입법과제 (I)

거래상의 지위를 남용하여 불공정한 내용의 약관을 작성·통용하는 것을 방지하고 불공정한 내용의 약관을 규제하여 건전한 거래질서를 확립함으로써 소비자를 보호하고 국민생활의 균형있는 향상을 도모함을 목적으로 한다(동법 제1조).

약관법은 불공정한 약관조항의 유·무효를 정하는 사법규정과 공정거래위원회의 규제근거를 정한 공법규정이 혼합된 법률이다.

약관법은 약관의 투명성확보를 위해 사업자의 명시 의무·교부의무·설명 의무 등 약관의 편입통제를 규정하고 있다(동법 제3조).

약관법은 불공정한 약관조항의 효력을 부인하고 있다. 그 규정방식을 보면 제6조는 약관조항의 무효에 관한 일반원칙을 규정하고 제7조 내지 제14조에서 개별적으로 무효인 약관조항의 다양한 유형을 열거하고 있다. 불공정약관조항은 당연히 무효이며 법원의 판결이나 공정거래위원회의 심결은 각각 사법적 행정적 무효의 확인이 된다.

사업자는 제6조 내지 제14조의 규정에 해당하는 불공정한 약관조항을 계약의 내용으로 하여서는 아니된다(동법 제17조). 만일 이를 위반한 경우 공정거래위원회는 사업자에게 당해 약관조항의 삭제·수정 등 시정에 필요한 조치를 권고 또는 명할 수 있다(동법 제17조의2).

약관법 시행 이후 2006년까지 경제기획원 약관심사위원회와 공정거래위원회가 약관심사한 건수는 직권조사를 포함하여 약 10,269건이고, 시정실적은 조치유형별로 보면 시정명령이 374건, 시정권고가 1,100건 등으로 나타났고, 업종별로 보면 서비스업종(통신·오락등), 부동산업(분양·임대차 등), 도·소매업(프랜차이즈·할부매매 등), 금융·보험업(리스·카드 등) 등의 순이다.

이외에도 1992년 약관법개정으로 도입된 표준약관제도에 따라 현재까지 아파트분야 등 22개분야 54개 표준약관이 보급되어 있다.

2) 방문판매법

방문판매법은 1991년 제정된 이후 1995년, 1999년, 2002년, 2005년, 2007년에 일부개정됐다¹⁴⁾. 방문판매법은 방문판매, 전화권유판매, 다단계판매, 계속거래 및 사업권유거래 등에 의한 재화 또는 용역의 공정한 거래에 관한 사항을 규정함으로써 소비자의 권익을 보호하고 시장의 신뢰도 제고를 통하여 국민경제의 건전한 발전을 이바지함을 목적으로 한다(동법 제1조).

방문판매법은 방문판매와 전화권유판매의 적정화를 위해 신고의무(동법 제5조), 판매원의 명부비치(동법 제6조), 계약체결전의 정보제공 및 계약체결에 따른 계약서 교부의무(동법 제7조), 청약철회(동법 제8조 및 제9조), 손해배상청구금액의 제한(동법 제10조), 금지행위(동법 제11조) 등, 다단계판매의 적정화를 위해 등록의무(동법 제13조), 다단계판매원자격(동법 제15조), 계약체결전의 정보제공 및 계약체결에 따른 계약서교부의무(동법 제16조), 청약철회(동법 제17조 및 18조), 손해배상청구금액의 제한(동법 제19조), 후원수당의 지급기준(동법 제20조), 금지행위(제23조), 다단계판매업자의 책임(동법 제27조) 등, 계속거래 및 사업권유거래의 적정화를 위해 계약체결전의 정보제공 및 계약체결에 따른 계약서교부의무(동법 제28조), 계약의 해지(동법 제29조 및 제30조), 거래기록의 열람(동법 제31조), 금지행위(동법 제32조) 등을 규정하고 있다. 이외에도 소비자권익의 보호를 위해 소비자보호지침의 제정(동법 제33조), 소비자피해보상보험계약(동법 제34조), 공제조합(동법 제35조) 등을 규정하고 있다.

14) 방문판매법의 연혁에 대해서는 김성천, “방문판매법상의 다단계판매규제에 관한 고찰”, □□경제법연구□□ 제6권 제1호, 2007; 김성천, “방문판매법상 방문판매규제의 과제와 전망”, □□방문판매 제도의 규제와 전망□□, 한국기업법무협회·한국비교법학회공동세미나 발표자료집, 2007. 9 참조.

【 제 1 부 】 거래의 다양화에 따른 입법과제 (I)

방문판매법을 위반한 자에 대해서는 공정거래위원회, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장 등에 의한 위반행위의 조사(동법 제37조), 위반행위의 시정권고 및 시정조치(동법 제41조 및 제42조), 과징금(동법 제44조), 과태료(동법 제58조) 등과 벌칙(동법 제51조 내지 제56조)이 규정되어 있다.

2002년도 개정된 방문판매법을 본격적으로 집행한 2003년 이후 2006년까지 공정거래위원회의 시정실적은 총 284건이다. 거래분야별로 보면 다단계판매가 176건으로 가장 많고, 방문판매(60건), 전화권유판매(22건), 계속거래(15건), 사업권유거래(11건)의 순이다. 위반유형별로는 방문판매의 경우 정보제공의무위반이 40건으로 가장 많고, 금지행위, 청약철회 등의 순이고, 다단계판매의 경우 후원수당이 78건으로 가장 많고, 금지행위, 청약철회, 판매원관련, 정보제공의무 등의 순이며, 계속거래 및 사업권유거래의 경우 정보제공의무, 금지행위 등에 관한 것이다.

3) 전자상거래소비자보호법

전자상거래소비자보호법은 방문판매법으로부터 전자상거래와 통신판매관련 사항을 별도로 분리하여 2002년 제정됐고, 2004년, 2005년 등에 일부개정됐다.

전자상거래소비자보호법은 전자상거래 및 통신판매 등에 의한 재화 또는 용역의 공정한 거래에 관한 사항을 규정함으로써 소비자의 권익을 보호하고 시장의 신뢰도 제고를 통하여 국민경제의 건전한 발전에 이바지함을 목적으로 한다(동법 제1조).

전자상거래소비자보호법은 전자상거래에 관한 특칙으로 전자문서의 활용(동법 제5조), 거래기록의 보존(동법 제6조), 조작실수의 방지(동법 제7조), 전자적 대금지급의 신뢰확보(동법 제8조), 배송사업자의 협력(동법 제9조), 사이버몰의 운영(동법 제10조), 소비자에 관한

정보의 이용(동법 제11조) 등, 통신판매의 적정화를 위해서는 신고의무(동법 제12조), 신원 및 거래조건에 대한 정보의 제공(동법 제13조), 청약확인(동법 제14조), 청약철회(동법 제17조 및 제18조), 손해배상청구금액의 제한(동법 제19조), 통신판매중개자의 책임(동법 제20조), 금지행위(동법 제21조)를 규정하고 있다. 그리고 소비자권익의 보호를 위해 소비자보호지침의 제정(동법 제23조), 소비자피해보상보험계약 및 결제대금예치(동법 제24조), 구매권유광고 수신거부의사 등록시스템(동법 제24조의2) 등을 규정하고 있다.

전자상거래소비자보호법을 위반한 자에 대해서는 공정거래위원회 또는 시·도지사에 의한 위반행위의 조사(동법 제26조), 위반행위의 시정권고 및 시정조치(동법 제31조 및 제32조), 과징금(동법 제34조), 과태료(동법 제45조) 등과 벌칙(동법 제40조 내지 제44조)이 규정되어 있다.

2002년도 제정된 전자상거래소비자법을 본격적으로 집행한 2003년 이후 2006년까지 공정거래위원회의 시정실적은 총 487건이다. 거래분야별로 보면 인터넷쇼핑몰이 393건으로 가장 많고, 인포머셜, 인터넷콘텐츠, 홈쇼핑의 순이다. 조치유형별로는 경고 등이 315건으로 가장 많고, 시정권고, 시정명령 등의 순이다. 위반유형별로는 신원정보가 196건이고, 금지행위, 기록보존, 재화등 공급, 공급서송부 등의 순이다.

4) 할부거래법

할부거래법은 1991년 제정 이후 2005년, 2008년 부분개정됐다. 할부거래법은 할부계약에 의한 거래를 공정하게 함으로써 소비자등의 이익을 보호하고 국민경제의 건전한 발전에 이바지함을 목적으로 한다(동법 제1조).

할부거래법은 할부계약에 의한 거래의 적정화를 위해 할부거래의 표시(동법 제3조), 할부계약의 서면주의(동법 제4조), 매수인의 철회

【 제 1 부 】 거래의 다양화에 따른 입법과제 (I)

권(동법 제5조), 매도인의 할부계약의 해제(동법 제8조), 매도인의 손해배상청구금액의 제한(동법 제9조), 매수인의 기한이익상실(동법 제10조), 매수인의 항변권(동법 제12조), 매수인에 불리한 계약의 금지(동법 제13조) 등을 규정하고 있다.

할부거래법을 위반한 자에 대해서는 시·도지사가 과태료를 부과한다(동법 제14조).

5) 표시광고법

표시광고법은 독점규제 및 공정거래에 관한 법률에 규정된 표시·광고관련제도의 미비점을 보완하기 위해 1999년 제정되었고, 2004년.2005년.2006년에 일부개정되었다.

표시광고법은 상품 또는 용역에 관한 표시·광고에 있어서 소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 하는 부당한 표시·광고를 방지하고 소비자에게 바르고 유용한 정보의 제공을 촉진함으로써 공정한 거래질서를 확립하고 소비자를 보호함을 목적으로 한다(동법 제1조).

표시광고법은 부당한 표시·광고를 방지하기 위해 부당한 표시·광고행위의 금지(동법 제3조), 표시·광고내용의 실증(동법 제5조), 사업자단체의 표시·광고제한행위의 금지(동법 제6조) 등을 규정하고 있고, 유용한 정보를 제공을 촉진하기 위해 중요정보의 고시 및 통합공고(동법 제4조)을 규정하고 있다.

부당한 표시·광고행위를 한 사업자 등에 대해서는 공정거래위원회의 시정조치(동법 제7조), 임시중지명령(동법 제8조), 과징금(동법 제9조) 등과 손해배상책임(동법 제10조)을 규정하고 있다.

표시광고법이 시행된 1999년 이후 2006년까지 공정거래위원회의 시정실적은 총 3,252건이다. 위반유형별로 보면 허위과장광고가 1,731건으로 가장 많고, 중요정보고시위반(699건), 기만광고(114건), 부당비

교광고(77건), 비방광고(44건) 등의 순이다. 조치유형별로 보면 경고 등이 1,885건으로 가장 많고, 시정명령, 과태료, 과징금, 고발 등의 순이다. 그리고 관련제도의 운영현황을 보면 광고실증제 33건, 실증공개 6건, 정정광고 5건, 임시중지명령 2건 등이다.

6) 기 타

(1) 관광진흥법

관광진흥법은 관광 여건을 조성하고 관광자원을 개발하며 관광사업을 육성하여 관광 진흥에 이바지하는 것을 목적으로 한 법률로서(동법 제1조), 여행계약 및 휴양콘도니엄계약의 적정화를 위한 규정을 두고 있다.

첫째, 여행업자의 계약서교부의무를 부여하고 있다(동법 제14조). 즉 여행업자는 여행자와 여행계약을 체결하는 때에는 그 서비스에 관한 내용을 적은 계약서(약관을 정하여 사용하는 경우로서 약관의 내용이 계약서에 적혀 있지 아니한 경우에는 그 약관을 적은 서면을 포함한다)를 내주어야 한다.

둘째, 관광숙박업자나 관광객 이용시설업자의 분양 및 회원모집에 관해 자세하게 규정하고 있다(동법 제20조)¹⁵⁾.

15) 제20조 (분양 및 회원 모집) ①관광숙박업이나 관광객 이용시설업으로서 대통령령으로 정하는 종류의 관광사업을 등록한 자 또는 그 사업계획의 승인을 받은 자가 아니면 그 관광사업의 시설에 대하여 분양(휴양 콘도미니엄만 해당한다. 이하 같다) 회원 모집을 하여서는 아니 된다.

②누구든지 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하여서는 아니 된다.

1. 휴양 콘도미니엄 또는 이와 비슷한 명칭을 사용하여 휴양 콘도미니엄이 아닌 숙박시설을 분양하거나 회원 모집을 하는 행위
2. 휴양 콘도미니엄 시설과 휴양 콘도미니엄이 아닌 숙박시설을 혼합하거나 연계하여 이를 이용할 수 있는 회원을 모집하는 행위
3. 분양 또는 회원 모집으로 잘못 인식될 수 있는 행위로서 대통령령으로 정하는 행위

③제1항에 따라 분양 또는 회원모집을 하려는 자가 사용하는 약관에는 제5항 각 호의 사항이 포함되어야 한다.

(2) 여신전문금융업법

여신전문금융업법은 신용카드업·시설대여업·할부금융업 및 신기술사업금융업을 영위하는 자의 건전하고 창의적인 발전을 지원함으로써 국민의 금융편의를 도모하고 국민경제의 발전에 이바지함을 목적으로 한 법률로서(동법 제1조), 거래조건의 주지의무, 가맹점의 해지의무 등 신용카드거래의 적정화를 위한 규정을 두고 있다.

첫째, 신용카드업자는 신용카드업자가 정하는 이자율·할인율·연체료율등 각종 요율, 신용카드·직불카드 이용금액의 결제방법, 신용카드회원 등에 대한 책임, 신용카드가맹점에 대한 책임과 신용카드가맹점의 준수사항 등을 재정경제부령이 정하는 방법에 의하여 신용카드회원등과 신용카드가맹점에게 알려야 한다(동법 제18조).

둘째, 신용카드업자는 신용카드가맹점이 법 제19조 또는 제20조제1항의 규정을 위반하여 형을 선고받거나 관계행정기관으로부터 동 규정의 위반사실에 대하여 서면통보를 받는 등 대통령령이 정하는 사유에 해당하는 때에는 특별한 사유가 없는 한 지체없이 가맹점계약을 해지하여야 한다(동법 제21조).

(3) 학원의 설립·운영 및 과외교습에 관한 법률

학원의 설립·운영 및 과외교습에 관한 법률은 학원의 설립 및 운영에 관한 사항을 규정하여 학원의 건전한 발전을 도모함으로써 평

④제1항에 따라 분양 또는 회원 모집을 하려는 자는 대통령령으로 정하는 분양 또는 회원 모집의 기준 및 절차에 따라 분양 또는 회원 모집을 하여야 한다.

⑤분양 또는 회원 모집을 한 자는 공유자·회원의 권익을 보호하기 위하여 다음 각 호의 사항에 관하여 대통령령으로 정하는 사항을 지켜야 한다.

1. 공유지분(共有持分) 또는 회원자격의 양도·양수
2. 시설의 이용
3. 시설의 유지·관리에 필요한 비용의 징수
4. 회원 입회금의 반환
5. 회원증의 발급과 확인
6. 공유자·회원의 대표기구 구성
7. 그 밖에 공유자·회원의 권익 보호를 위하여 대통령령으로 정하는 사항

생교육의 진흥에 이바지함과 아울러 과외교습에 관한 사항을 규정함을 목적으로 한 법률로서(동법 제1조), 학원계약의 적정화에 위해 수강료반환에 관한 규정을 두고 있다(동법 제18조). 즉 학원설립·운영자 및 교습자는 학습자가 수강을 계속할 수 없는 경우 또는 학원의 등록말소, 교습소 폐지 등으로 교습을 계속할 수 없는 경우에는 학습자로부터 받은 수강료등의 반환 등 학습자의 보호를 위하여 필요한 조치를 하여야 한다.

(4) 체육시설의 설치·이용에 관한 법률

체육시설의 설치·이용에 관한 법률은 체육시설의 설치·이용을 장려하고 체육시설업을 건전하게 발전시켜 국민의 건강증진과 여가선용에 이바지함을 목적으로 한 법률로서(동법 제1조), 체육시설이용계약의 적정화를 위해 회원모집에 대해 자세하게 규정하고 있다(동법 제17조16).

(5) 전자금융거래법

전자금융거래법은 전자금융거래의 법률관계를 명확히 하여 전자금융거래의 안전성과 신뢰성을 확보함과 아울러 전자금융업의 건전한 발전을 위한 기반조성을 함으로써 국민의 금융편의를 꾀하고 국민경제의 발전에 이바지함을 목적으로 한 법률로서(동법 제1조), 전자금융거래의 적정화를 위한 규정을 두고 있다.

16) 제17조 (회원 모집) ①체육시설업자 또는 그 사업계획의 승인을 받은 자는 회원을 모집할 수 있으며, 회원을 모집하려면 회원 모집을 시작하는 날 15일 전까지 시·도지사, 시장·군수 또는 구청장(자치구의 구청장에 한한다. 이하 같다)에게 회원모집계획서를 작성·제출하여야 한다.

②제1항에 따른 회원을 모집하려는 자가 대통령령으로 정하는 관광사업 시설과 통합하여 회원을 모집하기 위하여 회원모집계획서를 제출한 경우에는 『관광진흥법』 제20조에도 불구하고 이 법에 따른 회원 모집으로 본다.

③제1항에 따른 회원의 종류, 회원의 수, 모집 시기, 모집 방법, 모집 절차 및 회원모집계획서의 작성·제출 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

【 제 1 부 】 거래의 다양화에 따른 입법과제 (I)

첫째, 전자지급거래의 효력발생시기, 오류의 정정절차 등 전자금융거래 법률관계의 명확화하고 있다(동법 제8조 및 제13조). 전자자금이체 등 전자지급거래 유형별로 지급의 효력이 발생하는 시점을 구체화하고, 이용자가 거래내용을 확인한 후에 오류정정을 요구하는 때에는 금융기관 등은 이를 조사·처리하여 2주내에 그 결과를 이용자에게 알리도록 한다.

둘째, 전자금융사고시 이용자와 금융기관 등의 책임부담 원칙을 규정하고 있다(동법 제9조). 접근매체의 위조 또는 변조로 발생한 사고, 계약체결 또는 거래지시의 전자적 전송이나 처리과정에서 발생한 사고로 인하여 이용자에게 손해가 발생한 경우에는 금융기관 또는 전자금융업자가 손해배상책임을 지도록 하되, 사고 발생에 있어서 이용자의 고의나 중대한 과실이 있는 경우로서 일정한 약정을 체결한 경우 등에는 그 책임의 전부 또는 일부를 이용자가 부담하게 할 수 있도록 한다.

2. 소비자거래법제의 문제점

1986년 전면개정된 소비자보호법이 거래의 적정화라는 표제아래 소비자거래정책을 선언한 이후, 1986년 약관의 규제에 관한 법률을 시작으로 방문판매법, 전자상거래소비자보호법, 할부거래법, 표시·광고의 공정화에 관한 법률 등 소비자거래법제가 시행되면서 소비자거래의 적정화가 도모되었다. 특히 소비자거래법제의 주무부서인 공정거래위원회는 소비자피해를 유발하는 부당거래행위를 적극적으로 시정하고 분야별 거래안전장치도입을 통하여 소비자권익증대에 기여했다.

그러나 전체적으로 약관규제법, 방문판매법, 전자상거래소비자보호법, 표시광고법, 할부거래법 등 소비자거래법제는 소비자거래의 적정화를 위해 민사법적 효력을 부여하기 보다는 공정거래위원회의 시정

조치 또는 영업정지, 과태료, 과징금 등 행정제재나 형사처벌을 통해 소비자거래의 적정화 또는 공정화를 실현하려고 했다. 개별적인 내용에서 보면¹⁷⁾ 첫째, 계약체결전 정보제공의무와 관련하여 정보제공의무 불이행시 공법적 제재규정만 있고 이에 대한 민사법적 효력에 대해서는 별도의 규정이 없다. 둘째, 계약체결후 서면교부의무와 관련하여 서면교부의무 불이행시 청약철회기간 산정에 대한 민사적 제재만을 규정하고 있을 뿐 별도의 민사법적 효력에 대해서는 규정이 없다. 셋째, 방문판매법, 전자상거래소비자보호법, 할부거래법 모두 청약철회에 대해서 규정하고 있지만, 청약철회기간, 청약철회제외범위, 청약철회의 효력 등이 통일적이지 못하다. 넷째, 방문판매법, 전자상거래소비자보호법, 할부거래법 모두 계약해제시 손해배상예정액을 제한하는 규정을 두고 있지만 구체적인 범위에 대해서는 구체화되어 있지 않다. 다섯째, 방문판매법, 전자상거래소비자보호법, 할부거래법 모두 금지행위규정을 두고 있는데, 이에 대한 민사법적 효력에 대해서는 별도의 규정을 두고 있지 않다.

IV. 소비자거래법제의 과제

1. 민사규제로의 전환

소비자거래법제는 행정규제, 민사규제, 형사규제가 혼재되어 있는 혼합법령이다. 그런데 현행 소비자거래법제는 공적 규제의 중심으로 중앙정부(공정거래위원회 등)나 지방정부(시·도지사, 시·군·구청)에 의한 행정제재나 형사처벌에 의존하고 있다. 실제 소비자거래의

17) 개별 소비자거래법의 문제점 및 과제에 대해서는 김성천, 앞의 논문 “방문판매법상의 단단계판매규제에 관한 고찰” ; 김성천, 앞의 논문 “방문판매법상 방문판매규제의 과제와 전망” ; 김성천, “전자소비자보호법의 문제점 및 개선방향”, 『e-commerce』 통권 제48호, 2002 ; 김성천, “할부거래법의 문제점과 개정방향”, 『소비자문제연구』 제24호, 2001 참조.

【 제 1 부 】 거래의 다양화에 따른 입법과제 (I)

적정화를 위해서는 민사규제가 가장 실효성이 높다. 미국, 일본, EU 등의 소비자거래법제는 민사규제중심으로 소비자가 스스로 권리를 실현할 수 있도록 하고 있다. 앞으로 우리나라 소비자거래법제도 판매업자의 위법행위에 대해 소비자가 민사적 권리를 실현할 수 있는 제도가 도입되어야 한다.

첫째, 소비자의 금지청구권제도를 도입하여야 한다. 소비자거래로 인한 소비자피해에 대한 규제방식은 사전적 행정규제와 사후적 민사규제가 있는데, 사전적 행정규제는 관할문제, 중복규제 등으로 소비자피해의 사전예방을 충분히 할 수 없고, 사후적 피해구제 역시 증가하는 소비자피해를 해소하는데 한계가 있다. 판매자의 부당거래행위에 대해서는 민법, 형법, 독점규제 및 공정거래에 관한 법률, 소비자기본법 등 관련 규정에 의해 규제되지만 근절하는데 한계가 있다. 또한 판매자는 교묘히 위 규정의 적용을 피하여 부당거래행위를 지속적으로 행하고 있다. 현행 소비자거래법제는 소비자피해를 사전에 예방하는 사전적 민사규제가 미흡하다. 이미 EU, 일본 등에서는 사전적 소비자피해예방을 위한 제도로 소비자의 금지청구권 또는 금지소송제도를 도입·운용하고 있다. EU의 경우 1998년 소비자이익의 보호를 위한 금지청구권에 관한 입법지침(injunction for the protection of consumers' interest)을 제정하였고, 일본의 경우 2000년 ‘사적독점의 금지 및 공정거래의 확보에 관한 법률’에 피해자의 금지청구권 제도를 신설하여 독점금지법 위반행위로 인하여 피해를 입거나 입을 우려가 있는 자는 법원에 대하여 위반사업자 또는 사업자단체의 침해행위의 정지 또는 예방을 청구할 수 있도록 하고 있다(동법 제24조). 이에 소비자거래법제에도 특수판매의 소비자피해에 대한 사전예방을 위해 사전적 민사규제로서 소비자의 금지청구권제도를 도입해야 한다. 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 제4조(부정경쟁행위의 금지청구권 등)

18) 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 제4조(부정경쟁행위의 금지청구권 등)

자거래법제의 위반행위로 인하여 피해를 입거나 입을 우려가 있는 소비자는 법원에 대하여 위반사업자 또는 사업자단체의 침해행위의 정지 또는 예방을 청구할 수 있도록 한다.

둘째, 소비자의 손해배상청구권을 강화하여야 한다. 소비자거래의 소비자피해에 대해 소비자의 손해배상청구는 소비자피해구제의 최후 수단이다. 판매자의 계약위반 또는 불법행위, 물품 또는 용역의 하자나 결함, 부당한 권유행위 등으로 인한 소비자피해의 구제수단이다. 실제 소비자의 손해배상청구권은 민법상 위법행위인 채무불이행과 불법행위는 물론 기타 계약체결상의 과실책임, 하자담보책임, 품질보증계약 등에 의해 발생하고, 민법 제393조는 손해배상의 범위를 정하는 기준으로서 통상손해와 특별손해를 규정하고 있다. 그러나 소비자피해구제시 소비자가 판매자의 위법행위로 인해 받는 손해에 대한 배상의 범위는 제한적이고 상징적인 금액에 불과하다. 따라서 일부 판매자들은 이런 점을 악용하여 소비자에게 상습적으로 채무불이행이나 불법행위를 행하고 있다. 이에 2004년 12월 31일 개정이전의 공정거래법 제56조¹⁹⁾와 같이 판매자의 무과실 손해배상책임을 별도로

① 부정경쟁행위로 인하여 자신의 영업상의 이익이 침해되거나 침해될 우려가 있는 자는 부정경쟁행위를 하거나 하고자 하는 자에 대하여 법원에 그 행위의 금지 또는 예방을 청구할 수 있다.

② 제1항의 규정에 의한 청구를 할 때에는 그 부정경쟁행위를 조성한 물건의 폐기, 부정경쟁행위에 제공된 설비의 제거, 부정경쟁행위의 대상이 된 도메인이름의 등록말소 그 밖에 부정경쟁행위의 금지 또는 예방을 위하여 필요한 조치를 함께 청구할 수 있다.

19) 2004년 13월 31일 개정이전의 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제56조 (손해배상책임)

① 사업자 또는 사업자단체는 이 법의 규정을 위반함으로써 피해를 입은 자가 있는 경우에는 당해 피해자에 대하여 손해배상의 책임을 진다.

② 제1항의 규정에 의하여 손해배상의 책임을 지는 사업자 또는 사업자단체는 그 피해자에 대하여 고의 또는 과실이 없음을 들어 그 책임을 면할 수 없다.

2004년 13월 31일 개정이후의 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제56조 (손해배상책임)

① 사업자 또는 사업자단체는 이 법의 규정을 위반함으로써 피해를 입은 자가 있는 경우에는 당해 피해자에 대하여 손해배상의 책임을 진다. 다만, 사업자 또는 사

규정하거나 소비자손해를 자신의 수익으로 취득하려는 악질판매자에 대해 영미법상 징벌적 배상제도를 제한적으로 도입해야 한다.²⁰⁾

셋째, 소비자단체소송제도의 적용범위를 확대해야 한다. 소비자가 일단 위법행위로 판명이 되거나 가능성이 있는 무효가 되거나 가능성이 있는 소비자거래를 금지하거나 집단적으로 손해배상을 청구할 수 있어야 근본적인 예방책이 될 수 있다. 2008년 1월 1일부터 시행이 된 소비자기본법상 단체소송제도를 소비자거래법제에도 준용하여 판매자의 부당행위에 대해 소비자단체 등 적격단체가 금지청구소송을 제기할 수 있도록 해야 한다.

2. 새로운 소비자거래법제의 제정

소비자거래의 세계화에 따라 각국에서 제정하고 있는 소비자거래법제의 도입이 필요하다. 대표적으로 소비자신용법과 소비자품질보증법의 제정이 시급하다.

첫째, 할부거래법도 문제점이 있지만, 할부계약에 관한 사업법으로서 여신전문금융업법 및 할부계약 약관도 소비자보호차원에서 보면 미흡하고 문제가 되는 규정이 많다. 할부계약의 적정화를 위해서는

업자단체가 고의 또는 과실이 없음을 입증한 경우에는 그러하지 아니하다.

②삭제

20) 사업자의 고의 또는 중과실로 인한 소비자의 피해에 대한 배상제도로 영미법에는 징벌적 손해배상제도가 있다. 징벌적 손해배상(Punitive Damage)란 가해자에게 ‘고의 또는 그것에 가까운 악의’가 있을 경우, 그러한 행위를 장차 두 번 다시 하지 않게 하기 위하여 손해액과는 관계없이 고액의 배상금을 가해자에게 부과하는 제도이다. 미국은 판례법으로 고의불법행위, 보험업자의 불성실행위, 불공정거래행위, 직업적 배임행위, 고의 또는 중과실에 의한 제조물책임 등에 대해 고액의 징벌적 손해배상을 부과하고 있다. 그리고 미국은 반트러스트법의 경우 3배배상규정, 인권법, 공정주택법, 노동차별금지법 등 제정법의 경우에 징벌적 손해배상규정을 두고 있다. 한편 미국의 통일주법위원회는 징벌적 손해배상에 관한 모델법(Model Punitive Damages Act)을 제정하였다. 이 모델법은 징벌적 손해배상에 관한 재판절차, 입증방법, 심리과정 등의 개선을 도모하고 있다. 이에 대해서는 김성천, □□징벌적 손해배상제도와 소비자피해구제□□, 한국소비자보호원, 2003 참조.

할부거래법의 개정 이외에도 할부계약약관의 개정은 물론 여신전문 금융업법의 개정이 동시에 수행되어야 한다. 그러나 보다 근본적으로는 할부계약을 포함한 소비자신용 전반을 규율하는 소비자신용법을 제정하여야 한다. 시장의 세계화와 규제완화에 따른 소비자신용산업의 변화에 대처하기 위해서는 소비자신용을 포괄적으로 규제하는 본래적 소비자법의 성격을 갖는 소비자신용법이 제정되어야 한다. 현행 할부거래법과 여신전문금융업법을 통합하여 소비자신용법으로 개편하여야 할 것이다.²¹⁾

둘째, 품질보증은 품질을 매개로 한 제조자, 판매업자, 소비자 등 다수당사자가 연계되어 있는 복합적 관계로서 소비자문제가 발생하는 주된 영역이다. 소비자분쟁해결기준 등 현행 품질보증법제에 의해 품질보증의 문제가 부분적으로 예방되고 구제되고 있지만, 점증하고 있는 품질보증과 관련한 소비자분쟁을 해결하기에는 문제점이 있다. 소비자기본법의 경우 국가의 품질보증기간에 대한 표시기준 제정의 무만을 규정하고 있을 뿐(동법 제10조 제1항 제4호), 품질보증에 관한 소비자보호시책의 구체적인 근거규정이 없어 품질보증에 있어서 소비자의 권리의 실현이 어렵다. 소비자기본법 시행령은 일반적 소비자분쟁해결기준에서 품질보증의 내용, 품질보증서, 품질보증기간 등에 관한 규정을 두고 있지만, 이 규정은 사업자에게 강제할 수 있는

21) 비교법적으로 할부신용만을 초점으로 하는 입법례는 우리나라의 할부거래법과 일본의 할부판매법이고, 대부분의 선진국은 소비자신용법을 시행하고 있다. 예를 들면 EU의 Consumer Credit Directive, 영국 Consumer Credit Act, 뉴질랜드 Credit Contracts and Consumer Finance Act, 오스트레일리아 Consumer Credit Code 등이고, 일본의 경우에는 2000년 일본 변호사연합회가 통일적·종합적인 소비자신용법의 입법조치를 요구하는 결의문을 발표한 바 있다. 우리나라에서도 소비자신용법의 제정에 대한 논의는 한국소비자보호원과 민간소비자단체나 학계로부터 제기되었고, 이미 (구)신용카드업법 제정 당시 1986년 재무부가 소비자신용에 관한 법률제정안을 마련했고, 2004년 참여연대가 “신용소비자보호법제정에 관한 청원서”를 국회에 제출한 바 있다. 이에 대해서는 김성천, “소비자신용에 관한 비교법적 고찰”, 『여신금융』 창간호, 2001; 김성천 “신용카드관련 법제개선방안”, 『법제』 2000년 5월호 참조.

법적 근거가 되지 못한다.²²⁾ 이런 품질보증법제의 문제점은 품질보증에 관한 해석론을 통해 부분적으로 해소될 수 있지만, 현재로는 근본적인 해결책이 되지 못하기 때문에 품질보증법제가 명실상부한 품질보증의 적정화를 위한 소비자보호규정으로 거듭나기 위해서는 소비자기본법의 개선 등 입법론적 해결이 필요하다. 미국의 소비재보장법, EU의 소비재보증지침, 뉴질랜드의 소비자보장법, 캐나다의 소비재보장 및 제조물책임법 등과 같이 소비자와 사업자를 품질보증관계의 주체로 하고 소비자의 권리를 적극적으로 보장하고, 실효성 있는 품질보증의 적정화를 촉진하는 본래적 소비자법인 소비자품질보증법의 입법이 필요하다.²³⁾

V. 결 어

소비자거래의 소비자보호규제는 법의 세계화현상으로 통일화 또는 표준화가 요구되는 분야이다. 소비자거래법제도 국제적 규범에 뒤지는 일은 없어야 할 것이다. 지속적으로 소비자거래법제의 평가와 국제적 규범의 동향을 분석하여 소비자거래에서의 소비자권리증진에 만전을 기할 수 있도록 소비자거래법제에 관한 입법정책이 수립되어야

22) 소비자분쟁해결기준은 행정기관이 결정한 사항 등을 일반국민에게 널리 알리기 위하여 공고하는 고시(告示)로서 원칙적으로는 사업자에 대한 법적 강제력은 없다. 따라서 다른 법령에 근거한 별도의 보상기준이 있는 경우에는 당해 보상기준을 소비자분쟁해결기준보다 우선하여 적용한다. 다시 말해 소비자기본법 시행령이나 소비자분쟁해결기준은 강제력을 갖고 있지 못하기 때문에 품질보증책임에 관한 법적 근거는 없는 상태이고, 사업자가 품질보증서를 교부하는 경우 품질보증서의 형식과 내용이 법정화 되어 있지 않기 때문에 사업자의 약정품질보증책임을 묻기 어려운 경우가 많다. 또한 사업자가 품질보증서를 교부하는 경우 민법이 적용되는데 품질보증서의 내용이 법정화되어 있지 않아 사업자에 따라 형식과 내용이 다르면 품질보증책임의 구체적인 내용을 규율하는 규정이 없어 사업자에게 구체적인 책임을 묻기 어렵다.

23) 품질보증법제에 대해서는 김성천, □□소비자피해보상규정의 개선방안연구□□, 한국소비자보호원, 2001; 김성천, “품질보증의 비교법적 고찰”, 『외법논집』 제11집, 2001; 김성천, “품질보증의 법제개선방안”, 『법제』 2002년 9월호 참조.

한다. 일본 등 외국법제의 부분적 차용 등에 의한 접근이 아니라 전면적인 수정을 전제로 한 종합적이고 체계적인 입법정책방향이 설정되어야 한다. 특히 소비자기본법에 따른 소비자법의 패러다임전환을 반영하기 위해서도 소비자거래법제도 종합적으로 검토되어야 한다.

첫째, 소비자거래법제의 형식에 관한 것으로 프랑스의 소비자법전이나 이태리의 소비자법전과 같이 소비자거래법제를 하나의 법률로 통합하는 방안이 있다. 더 나아가 일본의 소비자계약법과 같이 소비자의 취소권을 도입하거나 독일민법과 같이 소비자거래를 민법전에 편입시키는 방안도 있다. 그리고 방문판매법에서 특수판매를 종합적으로 규제하는 것보다는 판매형식에 따라 분리하여 다단계판매와 방문판매에 대해서 별도의 법률로 규제해야 할 것이다. 둘째, 소비자거래법제의 내용에 관한 것으로 규제시스템을 행정규제에서 민사규제로 전환하여야 한다. 소비자기본법의 개정에 따라 소비자 스스로 자신의 8대 기본권리를 실현하기 위한 민사규제시스템으로 정립되어야 한다. 알권리, 선택할 권리, 신속·공정하게 피해구제받을 권리 등의 실현이 중요하다. 소비자거래법제의 핵심은 소비자의 자기결정권을 확보하는데 있고, 가장 중요한 소비자권리실현수단인 소비자철회권의 확대가 필수적이다. 이외에도 국제적 규범의 수준에 맞게 소비자거래에서도 소비자취소권과 항변권이 보장되어야 한다.

물론 현행 소비자거래법제의 시스템은 당분간 변화하기 어렵기 때문에 소비자거래법제의 정비는 지속적으로 논의되어야 할 것이다. 소비자거래를 어떻게 규제할 것인가의 문제는 법리적인 문제 이전에 정부의 정책적 결단과 국회의 입법적 조치로 해결될 수 있다고 생각한다. 그렇다고 소비자거래법제의 개정만을 기대할 수 없기 때문에 현행 소비자거래법제 시스템을 잘 활용해 불법적인 소비자거래를 근절시켜야 한다. 이를 위해서는 특수판매법은 물론 독점규제 및 공정거래에 관한 법률, 소비자기본법 등을 근거로 공정거래위원회, 검·

【 제 1 부 】 거래의 다양화에 따른 입법과제 (I)

경찰, 소비자원, 소비자단체, 법원 등이 소비자거래의 소비자문제를 해결하고자 하는 의지를 갖고 협력하는 것이 절실하다.

또한 소비자거래의 소비자문제는 소비자거래법제의 미흡은 물론 판매자의 부당한 거래행태에서도 기인한다. 이에 앞으로 소비자거래의 법제적 논의를 넘어 합리적이고 책임있는 소비자거래문화의 정착이라는 소비자문화적 논의가 필요하다. 특히 소비자거래문제는 판매자의 사회적 책임이라는 관점에서 해소되어야 한다. 소비자에게 최대의 만족을 주는 것은 판매자의 본래적 기능이며 기본적인 사회적 책임이다. 특히 피해를 입은 자에 대한 판매자의 적극적 대응은 판매자의 존재책임으로 사회적으로 요구되는 것일 뿐만 아니라 법률로 정해진 법정의무이기도 하다. 이제 우리나라 판매업계도 소비자거래문제가 유통에 어떠한 영향을 미치는가 하는 점과 이에 대응하는 판매자의 자세와 생각을 새롭게 해야 할 때이다.

토 론 문

박 세 민

공정위 소비자정책과 서기관²⁴⁾

1. 소비자기본법상 거래관련 소비자의 권리

가. 개정된 소비자기본법의 방향

- 07.3월부터 시행된 소비자기본법은 소비자정책의 패러다임을 소비자주권관점으로 전환
 - 소비자는 스스로 권익을 지키며 합리적인 의사결정을 할 수 있도록 시장환경을 조성하고 소비자역량을 제고하는 방향으로 소비자정책을 설정

나. 소비자의 권리

- 물품등을 선택함에 있어서 필요한 지식 및 정보를 제공받을 권리 (제4조 제2호)
- 물품등을 사용함에 있어서 거래상대방·구입장소·가격 및 거래조건 등을 자유로이 선택할 권리(동조 제3호)
- 물품등의 사용으로 인하여 입은 피해에 대하여 신속·공정한 절차에 따라 적절한 보상을 받을 권리(동조 제5호)

24) 이 글의 내용은 개인의견임을 밝혀드립니다

【 제 1 부 】 거래의 다양화에 따른 입법과제 (I)

□ 합리적인 소비생활을 위하여 필요한 교육을 받을 권리(동조 제6조)

- * 동법 제12조에서는 국가는 사업자의 불공정한 거래조건이나 거래방법으로 인하여 소비자가 부당한 피해를 입지아니하도록 필요한 시책을 수립·실시하여야 한다고 명시

2. 소비자거래법제의 방향 :
소비자기본법에서 도출되는 것이 바람직

□ 소비자 정보제공·교육 강화

○ 사업자의 부당행위에 대해 소비자를 보호하는 정책이외에 소비자 정보제공과 교육의 강화를 통해 소비자가 합리적 선택을 할 수 있도록 할 필요

- 정보보유에 있어 소비자가 사업자와 대등한 상태에서 거래할 수 있도록 하는 등 소비자 권리행사 비용을 축소

- 특히 온라인쇼핑, 방문판매, 전화권유판매 등 특수거래와 관련하여서는 거래이전에 사업자가 충분한 정보를 제공토록 해야함

· 따라서 사업자 신원정보 등의 필수정보는 반드시 사업자가 제공토록 의무화할 필요

* 가격 및 품질테스트 정보 제공 활성화 추진

- 소비자의 합리적 선택을 위해 구매시 전문지식이 필요한 상품에 대한 양질의 정보를 소비자단체를 통해 제공예정 (8월이후)

□ 개별 거래에 관련된 규제에 대해선 신중하게 비용과 편익을 분석해 볼 필요

- 예컨대 특수거래 관련 청약의 철회 및 그 효과 등에 대해서는 사회전체적 비용과 편익을 비교·분석해 보고 판단

- 필요최소한 기간만 의무화하고 그이상은 업계자율로 판단

예시) 전자상거래소비자보호법상 단순변심으로 인한 철회등이 가능한 기간으로 7일을 의무화하고 있으나 대형홈쇼핑사는 경쟁관계로 인해 1달까지 인정

□ 소액다수 소비자피해에 대해서는 손쉽고 간결한 피해구제 강화

- 최근 도입된 집단분쟁조정 등을 통해 소액다수 소비자피해에 대해 금전보상을 쉽게 받을 수 있도록 추진

* 신청건 : 07년 11건(6,429명)→ 08.3월 현재 9건(1,203명)

- 지방에서 다수의 소비자 피해가 발생하는 경우 현지에서 분쟁조정위원회를 개최하여 효과적으로 구제

□ 사기성거래에 대한 적극적 대응 필요

- 정상적인 거래가 아니라 대금만을 받고 도주하는 등 사기성거래 사업자에 대해서는 적극적 처벌 필요

* 현재 공정위는 사기성 거래행위를 초기단계에서 파악하고 피해 확산을 차단하기 위해 각 상담·수사기관들 간에 사기성 거래정보 공유시스템 구축 추진중

토 론 문¹⁾

최 우 성

(한국소비자단체협의회 자율분쟁조정위원회 사무국장)

1. 서 론

대한민국 헌법 제124조에서는 “국가는 건전한 소비행위를 계도하고 생산품의 품질향상을 촉구하기 위한 소비자보호운동을 법률이 정하는 바에 의하여 보장한다.”고 규정하고 있다.

1980년 소비자보호법이 시행되고 2006년 소비자기본법으로 종래 소비자보호 위주의 소비자정책에서 탈피하여 중장기 소비자정책의 수립, 소비자안전·교육의 강화 등으로 소비자권익을 증진함으로써 소비자의 주권을 강화하여 개정되었다.

그러나 아직도 소비자피해의 발생은 우려할만한 수준에 있고 입법 정책이나 법 집행에서 발생하는 사각지대가 나타나는 등 실효성의 문제가 있다. 소비자보호를 위한 입법임에도 소비자의 입장을 고려하지 않고 산업정책을 고려하다보니 정책적이고 선언적인 조항이 되어 소비자기본법의 취지를 반영하지 못하는 경우도 나타난다.

이 글에서는 소비자관련 거래 법제에서 몇가지 쟁점이 되는 사안에 대해 간략히 소개하고 이를 위한 과제를 제시하고자 한다.

1) 본 원고는 발표자 개인의 견해를 종합한 것으로 소비자단체 전체의 의견과 일부 다를 수 있음.

2. 본 론

1. 소비자기본법

1-1 소비자의 개념의 확장

소비자기본법에서는 소비자는 사업자가 제공하는 물품 또는 용역을 제공된 물품등을 원재료(중간재를 포함한다), 자본재 또는 이에 준하는 용도로 생산활동에 사용하지 않고 최종적으로 소비생활을 위해 사용하는 자 또는 농업, 축산업, 어업 활동을 위해 사용하는 자를 소비자로 규정하고 있다.²⁾

한편으로, 법인은 생명이나 신체에 대해 침해 받을 일이 없을 뿐만 아니라 재산적 피해를 입는다 하더라도 경제적으로 자연인처럼 법인을 소비자로서 보호할 필요가 없다는 견해도 있으나, 법인 역시 업무수행을 위해 다른 사업자가 공급하는 물품이나 용역을 반드시 원자재나 자본재로만 사용하는 것이 아니고 일반 업무의 수행을 위하여도 사용하는 일이 있을 수 있고 그 과정에서 물품이나 용역의 하자로 일반소비자처럼 피해를 입을 가능성이 있을 뿐 아니라, 비록 원자재나 자본재로 사용한다 하더라도 가계유지 및 생계수단으로 이를 사용하는 자는 소비자로 보호할 필요성이 있다.³⁾

나아가 방문판매법이나 전자상거래소비자보호법에서는 사업자라 하더라도 사실상 소비자와 같은 지위에서 다른 소비자와 같은 거래 조건으로 거래하는 경우에는 소비자에 준하여 보호하고 있으므로⁴⁾

2) 소비자기본법 제2조 제1호 및 동법 시행령 제2조

3) 서강대학교 공공정책대학원, 소비자보호법, 2002

4) 방문판매법 제3조 (적용제외) ①이 법의 규정은 사업자(다단계판매원이나 사업권 유거래의 상대방을 제외한다. 이 항에서 같다)가 상행위를 목적으로 재화등을 구입하는 거래에 대하여는 적용하지 아니한다. 다만 사업자라 하더라도 사실상 소비

소비자기본법에서도 소비자의 개념의 확장이 요구된다.

1-2 각종 기준 제도와 단체소송

소비자기본법에서는 국가로 하여금 위해방지기준⁵⁾, 표시기준⁶⁾, 광고의 기준⁷⁾, 거래의 적정화를 위한 부당한 행위의 지정고시⁸⁾, 개인정보보호 기준⁹⁾을 정하도록 하고 있다.

그러나 소비자기본법상의 각종 기준제도는 국가가 기준을 제정하도록 하고 있으나 국가가 누구인지 구체화되지 않고 있거나 기준을 제정할 의무자가 명확하지 않은 문제가 있을 뿐 아니라 법문의 내용이 난해하거나 너무 막연하여 기준의 요건도 명확하지 않다. 또한 기준의 내용으로 안전, 표시, 광고, 거래 등 지나치게 광범위한 분야를 포괄적으로 수용하고 있어 예측성과 실효성 확보를 위한 개선이 필요하다.¹⁰⁾

-
- 자와 같은 지위에서 다른 소비자와 같은 거래조건으로 거래하는 경우에는 그러하지 아니하다. (전자상거래법 제3조 ① 참조)
- 5) 소비자기본법 제8조 (위해의 방지) ①국가는 사업자가 소비자에게 제공하는 물품 등으로 인한 소비자의 생명·신체 또는 재산에 대한 위해를 방지하기 위하여 다음 각 호의 사항에 관하여 사업자가 지켜야 할 기준을 정하여야 한다.
 - 6) 소비자기본법 제10조 (표시의 기준) 국가는 소비자가 사업자와의 거래에 있어서 표시나 포장 등으로 인하여 물품등을 잘못 선택하거나 사용하지 아니하도록 물품등에 대하여 다음 각 호의 사항에 관한 표시기준을 정하여야 한다.
 - 7) 소비자기본법 제11조 (광고의 기준) 국가는 물품등의 잘못된 소비 또는 과도한 소비로 인하여 발생할 수 있는 소비자의 생명·신체 또는 재산에 대한 위해를 방지하기 위하여 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 광고의 내용 및 방법에 관한 기준을 정하여야 한다.
 - 8) 소비자기본법 제12조 (거래의 적정화) ②국가는 소비자의 합리적인 선택을 방해하고 소비자에게 손해를 끼칠 우려가 있다고 인정되는 사업자의 부당한 행위를 지정·고시할 수 있다.
 - 9) 소비자기본법 제15조 (개인정보의 보호) ①국가 및 지방자치단체는 소비자가 사업자와의 거래에서 개인정보의 분실·도난·누출·변조 또는 훼손으로 인하여 부당한 피해를 입지 아니하도록 필요한 시책을 강구하여야 한다. ②국가는 제1항의 규정에 따라 소비자의 개인정보를 보호하기 위한 기준을 정하여야 한다
 - 10) 강창경, 소비자보호입법정책의 방향, 한국소비자보호원, 2006

【 제 1 부 】 거래의 다양화에 따른 입법과제 (I)

이와 더불어 2006년 소비자기본법이 개정되면서 단체소송이 도입되었다. 소비자기본법 제70조에는 사업자가 이러한 기준(20조)을 위반하여 소비자의 생명·신체 또는 재산에 대한 권익을 직접적으로 침해하고 그 침해가 계속되는 경우 법원에 소비자권익침해행위의 금지·중지를 구하는 소송(이하 “단체소송”이라 한다)을 제기할 수 있다고 규정하고 있다.

그러나 단체소송의 요건을 현재 유효한 기준이 없거나 명확하지 않은 실정에서 소제기 요건으로 연결하다 보니 소제기 자체를 어렵게 하는 요인이 되었다. 소비자 피해의 예방과 확산방지를 위해 단체소송이 도입되었다면 이러한 기준이나 고시에 얽매일 것이 아니라 소비자기본법 또는 소비자보호관련 법률을 위반한 경우에 소제기를 할 수 있도록 하거나 적어도 소비자의 생명·신체 또는 재산에 피해가 발생하거나 발생할 수 있는 다수 소비자의 권익보호 및 피해예방을 위한 공익성만 소제기 요건으로 보는 것이 타당할 것이다.¹¹⁾

1-3 소비자분쟁해결 기준

소비자기본법에서는 소비자피해구제를 위하여 소비자분쟁해결기준(구, 소비자피해보상규정)을 고시하고 있고 이 분쟁해결기준에 따라 분쟁의 해결의 지침을 주어 분쟁의 신속한 해결을 도모하고 있다.

그러나 한편으로 시장의 다양화와 거래의 형태가 복잡해지는 현실에서 언제까지 품목별(46개업종, 130여개 품종)고시를 통해 소비자문제의 해결방안으로 작용할 수 있는지 의문이 남기도 한다. 또한 일부

11) 이에대해서는 소비자기본법 제70조에는 사업자가 사업자가 ‘제20조의 규정을 위반하여’라는 전제조건이 있으나 동법 제74조에서는 ‘물품등의 사용으로 인하여 소비자의 생명·신체 또는 재산에 피해가 발생하거나 발생할 우려가 있는 등 다수 소비자의 권익보호 및 피해예방을 위한 공익상의 필요가 있을 것’을 법원의 소송허가요건으로 정하고 있음.

규정의 경우 현실과 동떨어져 있거나 관련 법령에서 정한바 없는 내용을 고시에서 정하는 부분도 존재하고 있어 장기적인 논의가 필요한 부분이다.

2. 방문판매 등에 관한 법률 및 전자상거래 등에서 소비자보호에 관한 법률

현재 방문판매법의 가장 중요한 쟁점은 방문판매와 다단계판매의 정의 규정에 대한 해석에 관한 논란이다. 다단계판매와 방문판매를 판매조직이 3단계 이상인 경우는 다단계, 2단계 이하인 경우는 방문판매로 구별함으로써 다단계판매에 따르는 법상 각종 규제를 회피하기 위해 소위 신방판, 위장방판 등의 불법업체가 난립하고 있는 상황이다.

그러나 한편으로는 판매의 본질적인 측면을 보지 못하고 외형적으로만 구분하다보니 오랜 기간 별다른 사회적 물의를 일으키지 않은 채 방문판매사업을 영위하던 사업자가 다단계판매로 분류되어 현재 소송와 법개정 논의가 진행 중이다.

이와 병행하여 현행 방문판매법에서는 ‘방문판매원’에 대한 정의규정이 미비하고, 다단계판매원에 대해서도 세부적인 정의를 하지 못하므로 인해 동일한 물건을 소비자로 구매하는 것보다 다단계판매원으로 구매할 경우 현실적으로 더 유리한 지위에 해당하는 문제점도 발생하고 있다.¹²⁾

전자상거래에서는 통신판매중개자의 경우 통신판매중개자가 재화등을 판매함에 있어 책임이 없다는 사실을 미리 고지하는 경우 그

12) 다단계판매원의 경우 제품 구매시 소매이익이라는 이유로 제품을 낮은 가격으로 구매할 수 있으며 소비자의 경우 청약철회일이 14일인 반면 다단계판매원은 3개월로 규정함. 또한 다단계판매원은 후원수당의 지급대상이 됨.

【 제 1 부 】 거래의 다양화에 따른 입법과제 (I)

책임을 면할 수 있는 법 규정에 따라 상당수의 소위 오픈마켓에서 발생하는 소비자 문제에 대한 법률 개정이 요구된다. 또한 전자상거래의 시장변화에 따라 다양한 형태의 통신판매중개자의 변형된 형태¹³⁾가 발생하고 있으므로 이에 대한 적절한 대응방안이 필요할 것이다.

한편으로 방문판매법과 전자상거래소비자법에서 청약철회는 대표적인 소비자보호의 수단이며 소비자에게 적지 않은 도움을 주고 있다. 청약철회권은 소비자로 하여금 계약을 체결한 후 일정한 기간내에는 아무런 조건없이 그 청약을 철회할 수 있는 권리를 부여하는 것으로 이와같은 무조건적인 철회권의 인정은 ‘계약은 지켜져야 한다’고 하는 사법상의 대원칙에 대한 예외로서 소비자보호를 위한 특칙이라고 할 수 있다.¹⁴⁾

그러나 두 법률에서는 이미 재화등이 사용 또는 소비된 경우에는 그 재화등의 사용 또는 일부소비에 의하여 소비자가 얻은 이익 또는 그 재화등의 공급에 소요된 비용에 상당하는 금액으로써 대통령령이 정하는 범위의 금액의 지급을 소비자에게 청구¹⁵⁾할 수 있는 반면 소비자에게 청약철회 등을 이유로 위약금 또는 손해배상을 청구할 수 없다¹⁶⁾는 규정을 같이 두고 있다.

13) 초기 통신판매중개업자(포털사이트) → 옥션 등 오픈마켓 → 가격비교사이트 → 포인트제공사이트 등으로 통신판매중개업의 범위가 넓어지고 있음.

14) 권오승, 경제법, 법문사, 2004

15) 방문판매법 제9조 (청약철회등의 효과) ⑧제1항의 경우 방문판매자등은 이미 재화등이 사용 또는 일부 소비된 경우에는 그 재화등의 사용 또는 일부 소비에 의하여 소비자가 얻은 이익 또는 그 재화등의 공급에 소요된 비용에 상당하는 금액으로써 대통령령이 정하는 범위의 금액의 지급을 소비자에게 청구할 수 있다. (전자상거래법 제18조 ⑧ 참조)

16) 방문판매법 제9조 (청약철회등의 효과) ⑨제8조제1항 및 동조제3항의 규정에 의한 청약철회등의 경우 공급받은 재화등의 반환에 필요한 비용은 방문판매자등이 부담하며 방문판매자등은 소비자에게 청약철회등을 이유로 위약금 또는 손해배상을 청구할 수 없다. (전자상거래법 제18조 ⑨ 참조)

현실적으로 방문판매 등으로 판매되는 제품의 경우 날개로 포장된 건강식품 정도를 제외할 경우 사실상 소비자의 비용부담 없이 청약철회를 할 수 있는 제품이 존재하지 않다. 도서, 음반, 어학교재 (복제가 가능한 재화), 네비게이션, GPS (설치시 청약철회 불가 또는 과도한 설치비 부담), 각종 매트 또는 청소기 (전자제품으로 사용시 청약철회 불가 또는 과도한 비용부과), 용역(과외, 학습컨텐츠, 청소용역) 등의 경우 대부분 14일이라는 청약철회기간이 의미를 가지지 못하는 실정이다.

전자상거래의 경우 가전제품의 경우 전원공급 등을 이유로 의류의 경우 라벨(tag)이 없거나 손상되었다고 청약철회를 거부하는 등 일부 소비에 의해 재화의 가치가 현저히 감소하였는지에 대한 논란이 발생한다.

현재 법령에서는 재화 등이 일부 소비된 경우 비용청구 범위에 대해 세부기준 고시17)를 정할 수 있도록 하고 있으나 현재 존재하지 않으며, 한편으로 방문판매, 전자상거래 등을 판매되는 모든 제품류에 대해 고시로 이를 규정할 수 있는지에 대한 논란도 있다. 따라서 소비자의 생계나 안정된 생활에 큰 영향을 주지 않고, 소비자가 감당할 수 있는 범위 내에서 자기 책임을 유지할 수 있는 방안이 강구되어야 할 것이다.

17) 방문판매법 시행령 제14조 (재화등이 일부 소비된 경우의 비용청구범위) ①법 제9조제8항에서 “대통령령이 정하는 범위의 금액”이라 함은 다음 각호를 말한다.
1. 재화등의 사용으로 인하여 소모성 부품의 재판매가 곤란하거나 재판매가격이 현저히 하락하는 경우에는 당해 소모성 부품의 공급에 소요된 비용
2. 다수의 동일한 부분물로 구성된 재화등의 경우에는 소비자의 일부소비로 인하여 소비된 부분의 공급에 소요된 비용
②공정거래위원회는 필요하다고 인정하는 경우 재화등의 종류·거래가격·상관행등을 참작하여 제1항 각호의 비용에 관한 세부기준을 정하여 고시할 수 있다. (전자상거래법 시행령 제24조 참조)

또한 청약철회의 경우 제품 또는 사업자에 대한 신뢰가 부족하여 청약을 철회하는 경우가 대부분인데 청약철회를 하고 제품을 사업자에게 반환한 후 최소한 3영업일(최장 5일 이상도 가능)동안 대금과 제품이 모두 사업자에게 귀속되는 상황이 발생하므로 적어도 동시이행의 항변권을 보장하는 방안을 검토해 보아야 할 것이다.

3. 소비자피해구제의 실효성 확보

3-1 단체소송제도의 보완

소비자기본법 제70조 내지 제76조에서 일정한 요건을 갖춘 소비자단체·사업자단체·비영리민간단체가 소비자의 생명·신체·재산 등 소비자의 권익을 침해하는 사업자의 위법행위에 대하여 법원에 금지·중지를 청구하는 소비자단체소송을 도입하였다.

이러한 단체소송은 저질수입상품 등에 따른 소비자 안전위해, 악덕상술·과장광고 등 불공정거래행위로 인한 소비자 권익침해행위의 방지, 소 제기를 우려한 사업자의 자발적인 위법행위의 중지, 제품의 품질 및 안전성의 향상과 제품결함의 사후시정 등이 활성화될 수 있도록 하려는 것에 그 목적이 있다.

그러나 앞서 지적한 바대로 소비자피해의 예방과 확산방지를 목적으로 하는 단체소송의 소송대상으로 각종 기준고시를 연결함으로써 지나치게 소제기 요건을 협소하게 규정하였다. 또한, 일종의 가치분으로 가능한 내용을 별도의 소송절차를 통하게 함으로써 그 효과 또한 상당부분 감소되었다.

따라서 단체소송에도 손해배상청구권을 도입하여 회수된 금전을 개별피해자에게 반환되도록 하거나, 위법행위자가 부당하게 위법행위

로 취득한 이익을 반환하게 하는데 기여할 필요가 있다.¹⁸⁾ 현재 소비자기본법의 단체소송제도가 독일식 제도와 유사한 취지를 가진다면 독일의 법률상당법과 부정경쟁방지법에서 소비자가 입은 손해를 배상받거나 사업자가 보유하고 있는 부당한 이익을 환수하기 위한 제도의 도입도 검토할 필요가 있다.

3-2 징벌적 손해배상

최근들어 규제완화에 대한 기업의 요구가 커지고 있고, 이와 병행하여 자율규제에 대한 요구도 커지고 있다. 이러한 규제의 완화가 막연히 소비자에 대한 기업의 책임을 면제하는 것이 아니라 손해배상청구를 통해 소비자의 손해배상을 쉽게 하는 내용도 함께 도입되어야 한다.

식품의 이물질 사건으로 Black-Consumer에 대한 논란이 있다. 그러나 한편으로 판단하면 기업의 입장에서든 단순히 불만을 제기하는 고객에게는 소극적으로 보상하고, 큰소리치는 고객에게는 과잉보호를 일삼다 보니 오히려 시장이 왜곡되는 상황도 발생하고 있다. 따라서 징벌적 손해배상을 도입하되 그 한도를 합리적인 범위 내에서 규정하는 것도 검토할 수 있을 것이다.

3. 결 론

소비자거래의 안정성을 도모하고 피해구제를 위한 법률이 제정되어도 악덕 사업자의 경우 초기부터 아예 법준수의식이 없다. 따라서 아무리 법률과 규정을 잘 만들어 놓았다고 하더라도 그것을 지킬 생각이 처음부터 없는 악덕사업자에게는 무용지물이 될 수 밖에 없다.

18) 박희주, 소비자피해구제활성화를 위한소송제도발전방안연구, 한국소비자보호원, 2007

【 제 1 부 】 거래의 다양화에 따른 입법과제 (I)

따라서 소비자문제에서 법인격을 남용하거나 소위 ‘바지사장’을 내세워 법에 보장된 소비자의 권리 실현을 방해하는 사업자에 대한 형사적 처벌도 강화되어야 할 것이다.

소비자문제 중에 하나는 지적된 것과 같이 소비자가 물품 등으로 발생한 피해를 입증하는 것은 매우 어려운 문제이다. 따라서 소비자 관련 법률은 무과실 손해배상책임을 도입하는 것에 대한 검토가 필요하다. 실제로 방문판매법이나 전자상거래법에서는 사업자의 입증책임¹⁹⁾을 강화하고는 있으나 개별법률이 가지는 한계점과 이러한 입증책임이 있음에도 소비자 피해가 쉽게 이루어지지 않는 현실을 감안하면 소비자의 입증책임을 완화하는 것은 매우 시급한 문제이다.

끝으로 방문판매법이나 전자상거래법, 할부거래법 등에서는 현재 시장에서 나타나고 있는 방문판매, 전화권유판매, 다단계판매, 계속거래, 사업권유거래, 전자상거래, 통신판매, 할부거래, 선불식할부거래 등에 대한 특성을 새로이 파악하여야 한다. 이를 전제로 법의 내용을 정하는 방식이 필요하다. 나아가 법률이 지나치게 어려워져 발생하는 피해도 있다. 법률은 간단명료하고 이해관계자가 알기 쉽게 입법되는 것이 바람직할 것이다.

19) 방문판매법 제8조 (청약철회등) ⑤제1항 내지 제3항의 규정을 적용함에 있어서 재화등의 훼손에 대하여 소비자의 책임이 있는지의 여부, 계약이 체결된 사실 및 그 시기, 재화 등의 공급사실 및 그 시기 또는 계약서의 교부사실 및 그 시기 등에 관하여 다툼이 있는 경우에는 방문판매자등이 이를 입증하여야 한다. (전자상거래법 제17조 ⑤참조)

제 2 주제

표시 · 광고에 관한 법제의 현황과 과제

발표자: 김상중 교수(고려대학교)

토론자: 김관주 과장(공정거래위원회 소비자정보과)

토론자: 이세정 박사(한국법제연구원)

표시·광고 공정화에 관한 법제의 현황과 과제

김 상 증*)

(고려대학교 법과대학 교수)

I. 상품의 표시·광고와 법적 규제 의 필요성

대량 생산사회의 도래에 따라 상품의 공급자는 시장에서의 존립과 발전을 위하여 판매증대 및 소비창출에 대해 지대한 이해관계를 갖게 된다. 이러한 욕구는 통신수단의 발달과 더불어 공급 상품에 관한 다양하고 광범위한 광고의 급증을 초래하고 있다. 그런데 공급자 측이 행하는 상품의 표시·광고는 한편으로 상품에 관한 정보를 제공함으로써 상품취득에 관심을 갖는 자로 하여금 보다 합리적인 선택을 할 수 있도록 하는 긍정적인 기능을 갖고 있으면서도 다른 한편으로는 상품 수요자를 현혹하거나 기만하는 과장 또는 허위의 내용을 담을 수 있는 우려도 높다. 이러한 부정적 효과를 갖는 부당한 광고는 상품 취득자, 즉 소비자의 개인적 피해를 넘어서 한정된 자원의 왜곡된 분배를 초래하여 시장경제질서 전반에 비효율성을 가져다주게 된다.

이에 ‘표시·광고의 공정화에 관한 법률(이하 표시광고법)’을 위시한 표시·광고 법제가 마련되어 있고, 이들은 상품의 부당한 광고를 금지하여 수요자에 대한 올바르고 유용한 정보의 제공을 촉진함으로

*) 고려대학교 법과대학 조교수. 본 논문은 2008년 4월 17일 개최된 워크숍 “거래의 다양화에 따른 입법과제” 발표문으로서 이후 동 자료집내 수록된 토론문의 내용을 반영하여 일부 수정·보완하였음.

써 상품 수요자(소비자)의 합리적 의사결정을 보호하고 이를 통한 공정한 시장질서의 확립을 목적으로 하고 있다. 그럼에도 불구하고, 현재 부당한 표시·광고로 인한 피해는 지속되고 있다. 표시광고법의 등장 이후 2006년 말 현재 허위·과장광고는 약 2배 가까이 위반회수가 증가¹⁾하였고, 이러한 증가추세는 앞으로 계속될 것으로 전망된다. 아래에서는 현재 표시·광고 법제의 모습을 살펴본 후, 관련 문제점과 앞으로의 개선방향에 대한 몇 가지 제언을 하고자 한다.

II. 표시·광고 법제의 개요

현재 우리나라에서 시행되고 있는 표시·광고관련 법률은 90여 개에 이른다. 이중 표시·광고에 관한 모든 분야와 품목을 규율하는 일반법으로는 표시광고법과 소비자기본법, 전자상거래법을 비롯하여 약관의 규제에 관한 법률, 물가안정에 관한 법률²⁾을 생각할 수 있다(아래 II. 1~3). 그리고 입법취지에 따라 규제대상과 방법에 있어서 제한된 부분에 대하여만 적용되는 개별 법률에 의한 규제가 있으며(아래 II. 4), 또한 이들의 구체적 운영과 관련하여 공정거래위원회의 고시 및 지침 등이 규율하고 있다.

1) 공정거래위원회, 2006년 공정거래 통계연보, 2007.

2) 약관의규제에관한법률 제3조(약관의 작성 및 설명의무 등) ① 사업자는 고객이 약관의 내용을 쉽게 알 수 있도록 한글 및 표준화·체계화된 용어를 사용하고, 약관의 중요한 내용을 부호·문자·색채 등으로 명확하게 표시하여 약관을 작성하여야 한다

물가안정에관한법률 제3조(가격의 표시) 주무부장관의 소비자의 보호 또는 공정한 거래를 위하여 필요하다고 인정할 때에는 물품을 생산·판매하거나 그 매매를 업으로 하는 자 또는 용역의 제공을 업으로 하는 자(이하 “사업자”라 한다)에게 대통령령이 정하는 바에 따라 당해 물품의 가격 또는 용역의 대가를 표시할 것을 명할 수 있다.

본 발표에서는 약관의규제에관한법률과 물가안정에관한법률에 대해서는 자세히 언급하지 않기로 한다.

1. 소비자기본법

소비자기본법은 소비자권의 증진을 위해 소비자의 권리와 책무뿐만 아니라 다양한 경제주체간의 관계를 설정하고, 소비자정책의 종합적 추진을 위한 기본 사항을 규정함으로써 소비생활의 향상과 국민경제의 발전에 이바지함을 목적으로 하고 있다(동법 제1조).

소비자기본법의 경우 소비자 보호 및 피해 소비자 구제에 대한 일반적인 규정으로 표시·광고행위에 있어서, 특히 부당한 표시·광고행위로 인해 피해를 입은 소비자의 권익 및 보호를 위한 직접적 규정을 두고 있지는 않지만, 소비자 보호에 관한 기본적이고 포괄적인 모법(母法)으로서의 역할을 하고 있다. 소비자기본법은 제8조를 통해 소비자의 생명·신체·재산상의 위해 방지를 위해 물품 및 용역 이용상의 지시사항 등을 표시할 내용과 방법에 관한 규정을 두어야 함을 명문으로 밝히고 있다. 또한 소비자기본법 제10조 및 제11조는 소비자가 거래에 있어 표시나 포장 등으로 인해 물품 등을 잘못 선택하거나 사용하지 아니하도록 물품 등에 대한 표시기준과 물품 등의 잘못된 소비 또는 과도한 소비로 인해 발생할 수 있는 소비자의 피해 보호를 위해 광고의 내용 및 방법에 관한 기준을 국가가 정하여야 함을 명시하고 있다. 이러한 내용을 근거로 소비자보호를 위한 다양한 활동과 정책수립이 가능하다.

2. 표시광고법

표시광고법은 표시·광고와 관련하여 공정한 거래질서의 유지와 소비자 보호를 주요 목적으로 하는, 우리나라의 표시·광고에 관한 가장 기본적인 법규라고 할 수 있다. 1950년대까지 우리나라의 표시·광고에 대한 법적 규제는 전무한 실정이었고, 1961년 부정경쟁방

【 제 1 부 】 거래의 다양화에 따른 입법과제 (I)

지법을 시작으로 식품위생법, 광고물단속법, 약사법 등 개별법에서 표시·광고를 규율하기 위한 부분적 규정이 등장하게 된다. 그러나 개별적 입법을 통해서만 사후제재를 통한 시정만을 규정하고 있을 뿐, 사전예방적 기능이 미흡하다는 비판이 나오게 되었고, 부당한 표시·광고속에서 소비자의 의사결정이 왜곡될 수 있는 위험에 노출되게 되었다. 이러한 문제점 보완을 위해 보다 통합적이고 포괄적인 규율이 필요하게 됨에 따라 1999년 2월 ‘독점규제 및 공정거래에 관한 법률’ 제23조 제1항 제6호의 부당표시광고규정을 독립시켜 1999년 표시광고법이 제정·시행되게 되었다.

표시광고법은 상품 또는 용역에 관한 표시·광고에 있어서 소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 하는 부당한 표시·광고를 방지하고 소비자에게 바르고 유용한 정보의 제공을 촉진함으로써 공정한 거래질서를 확립하고 소비자를 보호함을 목적으로 제정된 것으로 표시·광고에 있어서 소비자에 대한 직접적 보호를 위한 기본법의 성격을 가지고 있으며, 모든 매체를 본법의 적용대상으로 하고 있다. 표시광고법에서는 부당한 표시·광고행위를 크게 허위·과장의 표시·광고, 기만적인 표시·광고, 부당하게 비교하는 표시·광고, 비방적인 표시·광고 등 4가지로 구분하고 있다(표시광고법 제3조). 표시·광고의 세부적인 유형 또는 기준과 관련하여서는 공정거래위원회가 관계 행정기관의 장과 협의하여 정한 내용을 고시할 수 있는데(표시광고법 제4조 2항), ‘부당한 표시·광고행위의 유형 및 기준’, ‘비교표시·광고에 관한 심사지침’, ‘소비자안전에 관한 표시광고 심사지침’, ‘중요한 표시광고사항 고시’, ‘표시광고 실증에 관한 운영지침’ 등 17여 가지의 고시 및 지침, 예규 등이 있다.³⁾

3) 이외에 보험상품표시·광고에관한심사지침, 상가등의분양및임대표시·광고에관한심사지침, 소비자피해일괄구제에관한운영지침, 수상·인증등의표시·광고에관한심사지침, 은행등의금융상품표시·광고에관한심사지침, 임시중지명령에관한운영지침,

표시광고법은 제7조 1항에서 사업자등이 부당한 표시·광고행위를 하는 때에는 당해 사업자 등에 대하여 공정거래위원회로 하여금 그 시정을 위한 당해 위반행위의 중지, 범위반사실의 공표, 정정광고, 기타 위반행위의 시정을 위하여 필요한 조치 등을 명할 수 있다고 규정하고 있다. 또한 부당한 표시·광고행위의 금지규정에 위반하여 표시·광고행위를 한 사업자 등에 대하여 공정거래위원회는 대통령령이 정하는 매출액(대통령령이 정하는 사업자의 경우에는 영업수익을 말한다)에 2/100을 곱한 금액을 초과하지 아니하는 범위 안에서 과징금을 부과할 수 있으며(표시광고법 제9조 제1항 본문), 더 나아가 표시광고법 제3조 제1항의 규정에 위반하여 부당한 표시·광고행위를 한 사업자는 피해를 입은 자에 대해 손해배상책임을 진다(표시광고법 제10조 제1항). 그리고 부당한 표시·광고행위의 금지규정에 위반하여 부당한 표시·광고행위를 하거나 또는 다른 사업자등으로 하여금 이를 행하게 한 사업자등 및 사업자단체의 표시·광고 제한행위의 금지규정위반에 대한 시정조치규정에 의한 명령에 응하지 아니한 자는 2년 이하의 징역 또는 1억 5천만원 이하의 벌금에 처하게 된다(표시광고법 제17조). 이외에도 중요사항의 공개를 위한 고시제도, 광고 실증제도 등을 행정적 규제수단으로써 운영하고 있다.

3. 전자상거래법

전자상거래법은 전자상거래 및 통신판매에 있어서 공정한 거래를 위한 사항을 규정함으로써 소비자의 권익을 보호하고 시장의 신뢰도 제고를 목적으로 하며, 이를 위해 일부 조항에서 표시와 관련된 규정

정정광고에 관한 운영지침, 주유소등석유판매업에 있어서의 공급자에 관한 부당한 표시·광고행위의 유형 및 기준 고시, 주택의 표시·광고에 관한 심사지침, 추천·보증등에 관한 표시·광고 심사지침, 통신판매 표시·광고에 관한 심사지침, 환경관련 표시·광고에 관한 심사지침 등.

【 제 1 부 】 거래의 다양화에 따른 입법과제 (I)

을 두고 있다. 전자상거래법 제8조에서는 결제수단과 관련하여 신뢰도 확인 관련사항 및 사용상의 제한이나 그 밖의 주의사항에 대해 미리 표시 또는 고지하도록 하고 있다. 또한 제10조에서는 사이버몰 운영자에 대해 소비자가 사업자의 신원 등을 알 수 있도록 상호를 비롯하여 대표자 성명, 영업소 소재지 주소, 전화번호, 이용약관, 그 밖에 소비자 보호를 위해 필요한 사항으로 대통령령이 정하는 사항에 대하여 표시하도록 하고 있다. 그리고 제23조에서는 소비자보호지침의 제정에 대해, 법 제24조에서는 소비자피해보상보험계약을, 법 제24조의 2에서는 통신판매업자가 전화, 모사전송 또는 전자우편 등을 이용하여 재화를 구매하거나 용역을 제공받도록 원하는 행위로부터 소비자를 보호하기 위하여 소비자가 구매권유광고행위에 대해 수신거부의사를 밝히면 이를 등록할 수 있는 시스템을 구축할 수 있도록 하고 있다.

4. 개별 법률

현재 일반법적 성격을 지닌 표시·광고 관련 법제인 표시광고법, 소비자기본법, 전자상거래법과 비교해 상품 및 용역별로 다양하게 존재하는 개별 법률들이 구체적 사안에 관해서는 보다 실질적으로 기능하고 있다. 예를 들어, 식품과 관련된 표시·광고규제 내용에 대해서는 식품위생법에서 그 내용을 두고 있으며, 담배와 관련된 표시·광고행위에 대해서는 담배사업법이 해당 분야에 대한 규제내용을 두고 있다. 즉, 표시광고법 혹은 소비자기본법이 일반적·포괄적인 표시·광고행위 규제내용을 다루는 반면, 개별 법률들은 각 항목별 또는 사업별로 담당분야의 표시·광고행위에 대한 규제조항을 두고 있다.

이러한 개별 법률의 경우 크게 재화와 서비스 부문으로 분류되며, 다시 재화에 있어서는 식품·의약품·공산품·건축물·문화 등의 영

역으로, 서비스업 부문에 있어서는 법률과 의료·금융 영역 등으로 나누어 볼 수 있다. 해당 영역에 대해 각각 식품위생법이라든지 약사법⁴⁾, 상표법, ‘건축물의 분양에 관한 법률’, 관광진흥법, ‘영화 및 비디오물의 진흥에 관한 법률’, ‘게임산업진흥에 관한 법률’⁵⁾, 은행법, 변호사법, 의료법 등의 개별 법률을 가지고 있다. 이는 해당 영역 내에서 다시 구체화·세분화되어 가령 식품의 경우에는 위의 식품위생법을 비롯해 ‘건강기능식품에 관한 법률’⁶⁾, 농산물가공산업육성법, 농

4) 제28조(조제된 약제의 표시 및 기입)

① 약사 또는 한약사는 판매할 목적으로 조제한 약제의 용기 또는 포장에 그 처방전에 적힌 환자의 이름·용법 및 용량, 그 밖에 보건복지가족부령으로 정하는 사항을 적어야 한다.

② 약사 또는 한약사가 조제를 한 경우에는 그 처방전에 조제 연월일과 그 밖에 보건복지가족부령으로 정하는 사항을 적어야 한다.

5) 제33조 (표시의무)

① 게임물을 유통시키거나 이용에 제공할 목적으로 게임물을 제작 또는 배급하는 자는 당해 게임물마다 제작 또는 배급하는 자의 상호(도서에 부수되는 게임물의 경우에는 출판사의 상호를 말한다), 등급 및 게임물내용정보를 표시하여야 한다

② 게임물을 유통시키거나 이용에 제공할 목적으로 게임물을 제작 또는 배급하는 자는 대통령령이 정하는 게임물에 대하여 게임물의 운영에 관한 정보를 표시하는 장치를 부착하여야 한다.

③ 제1항 및 제2항의 규정에 의한 표시의 방법 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

제34조 (광고·선전의 제한)

① 누구든지 다음 각 호의 행위를 하여서는 아니된다.

1. 등급을 받은 게임물의 내용과 다른 내용의 광고를 하거나 그 선전물을 배포·게시하는 행위

2. 등급분류를 받은 게임물의 등급과 다른 등급을 표시한 광고·선전물을 배포·게시하는 행위

3. 게임물내용정보를 다르게 표시하여 광고하거나 그 선전물을 배포·게시하는 행위

4. 게임물에 대하여 내용정보 외에 경품제공 등 사행심을 조장하는 내용을 광고하거나 선전물을 배포·게시하는 행위

② 게임제공업, 인터넷컴퓨터게임시설제공업 또는 복합유통게임제공업을 하는 자는 사행행위와 도박이 이루어지는 장소로 오인할 수 있는 광고물로서 대통령령이 정하는 광고물을 설치 또는 게시하여서는 아니된다.

6) 제17조(표시기준)

① 건강기능식품의 용기·포장에는 다음 각호의 사항을 표시하여야만 한다.

【 제 1 부 】 거래의 다양화에 따른 입법과제 (I)

산물품질관리법, ‘임업 및 산촌 진흥촉진에 관한 법률’, 축산물가공처리법, 수산물품질관리법, ‘먹는 물 관리법’ 등 영역별·사항별로 상당히 구체화된 법률들이 존재하고 있다.

이상의 개별 법률은 표시광고법과의 관계에서 그 입법목적과 적용영역을 달리하기 때문에 일방이 타방에 대하여 특별법적 지위를 가지지 않고 서로 병렬적 지위를 가진다고 파악되며, 따라서 부당한 표시·광고행위가 표시광고법과 개별법규의 구성요건에 모두 해당하는 경우에는 표시광고법에서 정한 규제는 물론 개별법규에서 정한 규제도 받는 법리적 관계에 놓이게 된다.⁷⁾

-
1. 건강기능식품이라는 문자 또는 건강기능식품임을 나타내는 도형
 2. 기능성분 또는 영양소 및 그 영양권장량에 대한 비율(영양권장량이 설정된 것에 한한다)
 3. 섭취량 및 섭취방법, 섭취시 주의사항
 4. 유통기한 및 보관방법
 5. 질병의 예방 및 치료를 위한 의약품이 아니라는 내용의 표현
 6. 그 밖에 식품의약품안전청장이 정하는 사항
- ② 제1항의 규정에 의한 표시방법 등에 관하여 필요한 사항은 식품의약품안전청장이 정하여 고시한다.

제18조(허위·과대의 표시·광고 금지)

- ① 영업자는 건강기능식품의 명칭, 원재료, 제조방법, 영양소, 성분, 사용방법, 품질 등에 관하여 다음 각호에 해당하는 허위·과대의 표시·광고를 하여서는 아니된다.
1. 질병의 예방 및 치료에 효능·효과가 있거나 의약품으로 오인·혼동할 우려가 있는 내용의 표시·광고
 2. 사실과 다르거나 과장된 표시·광고
 3. 소비자를 기만하거나 오인·혼동시킬 우려가 있는 표시·광고
 4. 의약품의 용도외로 사용되는 명칭(한약의 처방명을 포함한다)의 표시·광고
 5. 제16조제1항의 규정에 의하여 심의를 받지 아니하거나 심의 받은 내용과 다른 내용의 표시·광고
- ② 제1항의 규정에 의한 허위·과대의 표시·광고의 범위 등에 관하여 필요한 사항은 보건복지가족부령으로 정한다.
- 7) 박해석, 부당표시광고에 대한 규제-표시광고의공정화에관한법률을중심으로-, 재판자료(경제법의제문제) 87집, 법원도서관, 2000, 640면.

Ⅲ. 현행 표시·광고 법제의 문제점

1. 중복규제 여지에서 나타난 표시·광고 법제의 체계적 불명확

소비자기본법과 표시광고법은 표시·광고에 관한 모든 분야와 품목을 규율하는 일반법으로 분류된다. 그러나 소비자기본법의 경우 일반적·선언적 규정만을 두고 있기 때문에, 실질적으로 모든 분야의 표시·광고를 규율하는 일반법은 표시광고법이라고 할 수 있을 것이다.

표시·광고행위의 규제는 이러다보니 공정거래위원회가 표시광고법에 따라 총괄적으로 시행하고 있는데, 위 개별 법률이 말해주듯이 농림부·보건복지부·재정경제부 등 각 행정기관이 농산물·식품·담배·주류 등 자신의 소관분야에 대한 표시·광고의 규제를 직접적으로 시행하고 있으며, 이로써 중복규제가 발생할 여지가 적지 않다. 이에 관하여 개별법률이 표시·광고와 관련하여 규제하고 있는 내용 중 행정기관의 정책적 판단에 의한 표시·광고의 사전적 제한 즉, 표시·광고의 허용여부 및 광고방법의 제한 등은 표시광고법에서 규제하고 있는 내용이 아니므로 표시광고법과 개별법률간의 중복규제 문제가 발생할 우려가 없으나, 허위·과장 또는 기만적인 표시·광고에 대해서는 위 II. 4.에서 언급한 바와 같이 현재 광고 관련 개별법에서의 시정조치와 표시·광고법에서의 시정조치가 각각 별도로 시행될 수 있다. 다만 이를 이중적인 규제로 보지는 않는데, 이는 다른 법률에 의하여 시정조치된 사항에 대하여는 표시광고법에 의한 별도 시정조치를 하지 않는 방향으로 운영되고 있기 때문이다.⁸⁾ 즉 법적으로는 특별법과 일반법의 관계로 보지 않더라도 현실적 운영에 있어서는 일반법과 개별법의 관계를 일반법과 특별법의 관계처럼 취급하

8) 김태구, 표시·광고의 공정화, 공정거래법강의II(권오승 편), 법문사, 2000, 544면.

【 제 1 부 】 거래의 다양화에 따른 입법과제 (I)

여 개별법에 의해 처벌된 경우에는 공정거래위원회가 표시광고법을 적용하지 않고, 개별법률에 의해 처벌되지 않는 경우에만 표시광고법을 적용하도록 운용하고 있는 것이다. 그러나 운영상에 있어서 뿐만 아니라 사업자와 소비자 모두 어떠한 제재가 어떻게 운영되는지에 대해 미리 고지 받아 충분한 사전예측이 가능하기 위해서는 보다 체계적이고 명확한 규정체계의 수립이 요구된다. 동일 사안에 대해 중복적인 제재가 가해지는 것은 제재의 예측성 측면에서 뿐만 아니라 효율성 측면에서도 다시 한번 생각해 보아야 할 문제이다.

예를 들어, 식품위생법 제11조 제1항이 금하는 식품의 품질에 관한 허위표시나 과대광고를 오인한 소비자의 위생상의 위해를 방지할 필요가 있을 때에는 같은 법 제55조에 의한 시정명령을 할 수 있고, 동시에 그 광고가 경쟁사업자간의 공정거래를 해하는 것일 때에는 사업자간의 자유로운 경쟁의 촉진을 위하여 (구) 독점규제및공정거래에 관한법률 제16조(현 표시광고법 제7조)에 의한 시정명령을 할 수 있다.⁹⁾ 이처럼 법률중복의 경우에 대해서는 현재 별다른 언급이 없는 실정이고, 다만 공정거래위원회가 주무 행정기관인 사안에서 두 법률을 적용하는데 제재 근거법률을 선택하여 실질적으로 중복 제재를 피할 것으로 기대하는 방법 외에는 다른 여지가 마련되어 있지 않다.¹⁰⁾ 일정한 사안에 대해 이렇게 이중규제가 규정되어 있는 경우에는 오히려 효율적 집행에 장애를 초래할 수 있으며, 생산자 및 소비자에게 예측가능성을 확보해주지도 못한다. 다시 말해 이중규제의 문제는 표시광고법이 표시와 광고에 관한 총괄적 기준을 설정하고, 생산자에게는 법규준수의 사전예방적 기능을, 소비자에게는 충분한 정보제공을 용이하게 하는 등의 종합적 기능을 수행하는데 걸림돌로

9) 대판 1990. 9. 25. 선고 89누8200.

10) 표시규제 선진화를 위한 제도개선방안 연구, 공정거래위원회 연구보고서, 2006.

10. 106면.

작용할 수 있다. 따라서 중복제재의 문제가 발생하지 않도록 법률규정상의 체계적이고 명확한 정리가 요구된다.¹¹⁾

또한 표시·광고에 관한 다양한 법규정과 규제항목에도 불구하고 정작 실질적으로 어떤 기관이 어떤 분야에 대하여 규제를 하는지에 관해서는 명확히 되어 있지 않다는 지적이 있다. 특히 소비자기본법의 경우 표시와 광고의 기준을 설정할 의무를 국가에게 부여하고 있을 뿐, 어느 기관에서 어떠한 형식과 절차를 통해 이를 이행해야 하는가에 대해서는 구체적인 내용이 설명되지 않고 있다.¹²⁾

2. 규제수단의 실효성 부족

공정거래위원회 심결사례 대부분은 사업자등이 부당한 표시·광고 행위를 하는 때에는 당해 사업자등에 대하여 당해 위반행위의 중지, 범위반사실의 공표, 정정광고 등의 범위반 행위에 대한 시정조치만으로 끝나는 경우가 많기 때문에 부당한 표시행위 사실 자체를 소비자들이 알지 못하는 경우가 빈번히 발생한다. 또한 시정사실을 공표한다고 해도 그 공표 수단의 게재는 일간지 등에 단발성으로 이루어지기 때문에 부당 표시행위에 대한 규제 효과는 미미하고, 피해 소비자에 대한 보상은 전혀 주어지지 않는다.¹³⁾ 또한 공정거래위원회의 시

11) 물론 이와 관련해 종래 공정거래위원회는 공정거래법상의 규제대상과 가장 관련이 많은 식품위생법, 약사법, 의료법 등의 관할 부서인 보건복지부와 이중규제 문제를 해결하기 위하여 1992년 2월부터 식품, 의약품, 의료기 등의 표시·광고행위에 대하여 업무조정기준을 마련하여 처리해오고 있다고 한다. 다만 이러한 방법은 내부적 업무처리에 대한 기준일 것이며, 표시·광고행위에 이해관계를 가진 모든 이들이 어떠한 내용의 법률과 규제가 누구에 의해 어떠한 방식으로 집행·운영되는지를 명확히 인지하고, 이를 근거로 스스로의 권리와 의무를 고려케 하는 것이 표시·광고의 운영에 있어 보다 효율적인 방안이 될 것이므로, 법 운영주체 및 규제수단간의 관계 정리가 명확히 이루어져야 할 것이다.

12) 표시규제 선진화를 위한 제도개성방안 연구, 공정거래위원회 연구보고서, 2006. 10. 105, 106면.

13) 표시규제 선진화를 위한 제도개성방안 연구, 공정거래위원회 연구보고서, 2006. 10. 111면.

【 제 1 부 】 거래의 다양화에 따른 입법과제 (I)

정조치는 준수법적 절차를 거치기 때문에 심사개시 후 최종적으로 시정조치하기까지 보통 2~3개월이 소요되므로 그때까지 부당한 표시·광고를 방치하는 경우 소비자나 경쟁사업자에게는 이미 중대한 피해가 발생할 수 있다.

물론 소비자 또는 경쟁사업자에게 중대한 피해를 줄 우려가 있는 부당한 표시·광고에 대하여는 공정거래위원회의 정식절차에 의한 시정조치를 하기 전까지 이를 일시 중지시킬 수 있도록 임시중지명령제도¹⁴⁾를 규정하고 있다. 이는 해당 표시·광고행위로 인하여 소비자 또는 경쟁사업자에게 회복하기 어려운 손해가 발생할 우려가 있어 이를 예방하기 위한 긴급한 필요가 있다고 인정되는 경우에 명할 수 있다. 그러나 임시중지명령의 경우에도 요청요건이 구비되지 않으면 심사절차가 아예 개시되지 아니하는 등의 조건이 전제되어 있어 실효성 있는 규제수단으로는 아직까지 미흡하다고 보여진다. 또한 과징금의 액수 또한 판매액에 비해 미흡하게 책정되고 있고, 과징금 조치를 취하는 경우조차 매우 드물어서 사업자들이 표시규제를 적극적으로 준수할 유인을 제공하지 못하고 있다.

3. 규제 중심의 입법 이외에 계획수립 등의 장기적 정책마련 틀 제시 미흡

표시·광고행위에 대해 많은 규제기준 및 수단들이 법률내용으로써 입법되어 있고, 부당한 표시·광고행위에 대해 주로 법률규정을 통한 제재 및 규제수단이 마련되어 있다. 표시·광고에 관한 소비자 보호의 문제는 비단 규제중심의 입법으로만 해결될 수 있는 것은 아니다. 보다 지속적이고 안정적인 소비자 보호 체계가 수립되기 위해

14) 보다 자세한 내용은 최진구, 부당한 표시 및 광고의 적정화를 통한 소비자 보호 -표시광고법 제3조 부당한 표시·광고금지를 중심으로-, 한국재산법학회 동계학술대회 발표자료, 2006. 12. 15, 17면 참조.

서는 규제 중심의 입법 이외에 자율적 기구 혹은 소비자종합보호정책과 같은 장기적 관점에서의 정책이 마련되어야 한다.

그러나 현재 표시·광고 관련 법제는 법률규정 이외의 실효성 있는 장기적 차원의 정책을 제시·운용하지 못하고 있다. 물론 자율적 심의기구 및 자율규약에 대해 표시광고법 보칙에 관련규정이 마련되어 있으나¹⁵⁾ 사실상 그 운용의 방향이 다양하지 못하다는 비판이 있고, 소비자 권익 증진을 위한 소비자 교육사업도 기대만큼의 성과는 거두지 못하고 있다.

IV. 법제 개선을 위한 몇 가지 제언

1. 표시광고법(제)의 종합적 정비

지금까지 살펴본 바에 따르면 표시광고법은 표시·광고에 관한 기본법으로서의 기능을 하여야 함에도 불구하고, 개별법률 규정과 중복 규제되는 경우가 있고, 이때 법률상호간의 관계 정리가 충분히 이루어지지 않고 있다고 판단된다. 따라서 보다 합리적이고 효율적인 표시광고법의 기능을 위해서는 먼저 표시광고법이 표시 및 광고에 관한 기본원칙과 기준으로서의 명확한 기능을 수행할 수 있어야 한다. 즉, 표시광고법이 직접적으로 표시와 광고의 선진화를 위한 기본원칙과 짜임새 있는 총괄적 기준을 도입하여야 한다.

15) 사업자 등은 표시광고법 규정에 위반하는 행위를 방지하기 위하여 자율적으로 표시·광고에 관한 규약이나 기준 등을 정할 수 있다. 다만 이러한 자율규약은 위반행위의 방지에 적합하여야 하며, 정당한 사유없이 사업자 등의 표시·광고 또는 소비자에 대한 정보제공을 제한하여서는 아니된다. 더불어 사업자 등의 표시·광고가 자율규약에 위반되는지 여부 등을 심의하기 위해 공정거래위원회에 신고를 통해 부당한 표시·광고를 방지하기 위한 조직으로서 ‘자율심의기구 등’을 운영할 수 있다. 보다 자세한 내용은 박해식, 부당표시광고에 대한 규제-표시광고의 공정화에 관한 법률을 중심으로-, 재판자료(경제법의 제문제) 87집, 법원도서관, 2000, 739면 이하 참조.

또한 표시광고법을 위시하여 다양하게 산재해 있는 개별적인 표시광고법제가 효율적으로 그 실효성을 다하기 위해서는 주무행정기관간의 관계가 조화롭게 설정·운용되고 법률과 고시의 적절한 시행이 이루어져야 할 것이다. 예를 들어, 현행 표시광고법은 제3조 제1항에서 부당한 표시·광고행위를 정의하고 제2항에서 그 ‘구체적인 내용’을 대통령령으로 정하도록 하고 있으나, 같은 법 시행령 제3조는 법 제3조 제1항 각 호에서 정한 ‘허위·과장, 기만, 부당비교 및 비방’의 표시·광고행위에 대한 실질적인 요건인 세부적인 유형과 기준을 모두 공정거래위원회의 고시로 정하도록 하고 있다. 물론 탄력적인 법집행을 위해 대통령령이 아닌 고시를 통한 법규 요건 마련이 효율적인 경우가 있을 수 있으나, ‘부당한 표시·광고행위의 유형 및 기준 지정고시’의 경우는 이에 해당된다고 판단하기 어렵다. 1998년 제정 이후 지금까지 단 2차례의 개정만 있었을 뿐이므로 ‘고시’로 규정할 만한 예외적 사유가 있다고 보기 어려운 것이다. 따라서 요건 위반시 시정조치와 더불어 과징금뿐만 아니라 형사처벌까지도 부과할 수 있는 부당 표시·광고행위의 경우 세부요건을 공정거래위원회가 관계행정기관의 장과 협의절차만 거치면 단독으로 개정할 수 있는 ‘고시’ 형태가 아닌 ‘대통령령’으로 정하는 것이 부당한 표시·광고행위의 효율적 운용과 관련하여 보다 효과적일 것이다.

2. 제반 판단기준의 통일적 정비 및 규제수단의 관계 수립

표시·광고법은 표시·광고행위에 대한 총괄적·기본적 법규정으로 규제대상 및 규제기준, 규제방법에 대한 일반적 규정을 통해 다양한 영역에 산재해 있는 표시·광고행위에 대해 효과적인 방안을 제시해 주어야 한다. 이와 관련해 먼저, 표시광고에 관한 제반 판단기준이 모호하다는 점을 개선사항의 하나로서 지적할 수 있겠다. 표

시광고법상 표시가 위법성을 갖기 위해서는 그러한 표시·광고가 허위이거나(허위성) 또는 소비자를 기만하거나 오인시킬 우려(소비자기만성 또는 소비자오인성)가 있는 행위로서 공정한 거래를 저해할 우려(경쟁저해성)가 있어야 하고, 특히 표시의 내용이 사실과 다른 내용인 경우를 제외하고는 소비자오인성이 부당표시의 중요한 판단기준으로 되고 있다. 그러나 ‘소비자오인성’이라는 개념은 실사례 적용시 모호하고 다양한 해석을 가능하게 한다는 한계를 가지고 있어, 그 의미와 적용범위를 명확히 하지 않는 이상 해석과 적용에 있어서 혼란을 야기 시킬 수밖에 없다.

물론 그렇다고 표시광고법에서 수많은 경우의 표시·광고행위를 일일이 열거하기는 불가능하며, 설사 그러한 규정이 있다 하더라도 빠른 속도로 발전해나가는 현대 사회에서 일정 영역에 대한 규제의 공백은 존재하기 마련이다. 즉, 판단기준의 명확성을 강조하여 - 비록 현실적으로도 불가능하겠지만 - 이를 모두 가시적으로 규정화 해 두더라도 법률상·규제상의 영향이 미칠 수 없는 영역과 또한 그 내에서 불가피한 판단의 재량 여지가 남겨지게 된다. 그러므로 표시광고법의 기본적인 성격을 유지한 채 다양한 개별 법률의 관계 정립과 아울러 법률이 정한 규제수단간의 관계가 명확하게 수립되어 생산자 및 소비자에게 보다 정확한 ‘신호’를 제공해 주는 것이 표시광고행위에 대한 보다 효과적인 규율에 기여할 것이다. 따라서 부당 표시광고에 대한 기준의 구체화에 보다 노력해야 하면서도 판단기준의 불가피한 탄력성에 따른 재량적 판단여지 등을 고려해 개별 규제수단 사이의 관계를 보다 명확히 정립하는 것도 수반되어야만 할 것으로 판단된다.

3. 사법적 규제수단의 적극적 활용

소비자기본법을 비롯하여 표시광고법, 전자상거래법 및 기타 개별 법률들은 표시·광고에 관련하여 기본적으로 민사법의 특별법의 위

【 제 1 부 】 거래의 다양화에 따른 입법과제 (I)

치에 있다. 이들 법률들은 표시·광고행위에 대한 전문적인 규율을 위해 제정·규제되고 있는 것으로, 여전히 사법적 영역 내에서도 소비자는 자신들의 권리를 보호받을 수 있는 것이다.

표시·광고행위는 소비자의 의사결정과정에서 중요한 동인이 되는 것으로 계약법의 원칙에 입각하여 이른바 청약의 유인과 같은 모습으로 등장하고 있다. 이러한 계약법상의 모습에 있어서 표시·광고의 부당성은 계약체결상의 과실, 계약의 해제·해지, 담보책임 등과 연결될 수도 있다. 즉, 사업자의 표시·광고행위를 소비자와의 개별 계약내용으로 해석하거나 부당한 표시·광고행위를 사기·착오에 의한 의사표시로서 개별 소비자가 이를 취소할 수 있도록 하는 여지도 있다. 표시·광고행위에 대한 기본적인 사법적 규제수단과 개별 법률이 지닌 행정적 성격의 규제수단이 조화를 이루어 적절히 활용된다면 부당한 표시·광고행위로부터의 소비자 보호 및 법운영주체와 생산자에게도 효율적인 방안이 될 것이다. 따라서 현대 사회구조에 비추어 부당표시·광고에 의한 상품의 소비자 개인에 대한 사법상의 권리 부여, 특히 계약법상의 권리 부여를 통한 부당표시·광고의 효율적 규제가 요구된다.

4. 자율적 심의의 지속적 확립과 소비자 교육

현행 표시·광고법은 보칙에 자율규제와 자율심의기구를 규정하고 있다. 그러나 이들 규정은 행정기관이 아닌 자가 사업자등의 정보제공을 정당한 사유 없이 방지함을 제한하는데 초점이 맞추어져 있고, 사업자등으로 하여금 정보제공 촉진을 위한 적극적인 자율적 행동을 유도하는 기능을 담당하지는 못하고 있다. 따라서 표시·광고의 자율규약을 설정함에 있어 소비자에 대한 정보제공의 적극성 확보에 더욱 많은 관심이 요구된다.

또한 위와 같이 정비된 표시·광고행위에 관련된 규제 및 정책에 대해 소비자가 그 내용을 정확히 인지하고 스스로의 권익을 강화할 수 있도록 충분한 교육을 받을 필요가 있다. 소비자의 의사결정에 필요한 정보를 가능하면 모두 공개할 것이 요구되고 근본적으로 제공되는 모든 정보가 진실되어야 하며, 이렇게 제공된 정보를 소비자들이 합리적으로 사용한다는 조건을 전제로 한 규제정책이 운영되어야 한다. 이 두 가지 조건이 지켜지지 않으면, 정보공개정책의 가장 큰 장점인 시장유인적 정책성고가 전혀 발휘될 수 없다. 정보가 아무리 많이 주어져도 소비자들이 제대로 사용하지 못한다면, 그 정책은 아무런 효과없이 사회적 비용만을 야기하게 되므로, 적절한 소비자교육을 통해 소비자들의 합리적 정보사용을 강화할 수 있는 정책을 정보제공정책과 함께 강구하여야 한다.

5. 결론에 갈음하여

- [1] 우리나라의 표시광고 법제는 표시광고법의 기본법을 위시한 수많은 개별 법률들의 적용이 중첩되도록 형성되어 있다. 규제대상의 다양성 등에 비추어 불가피한 측면이 없지 않겠으나 이들 상호간의 관계가 법적 안정성과 투명성의 제고라는 차원에서 행정기관의 내부적 운영을 넘어서 법률 등에서 보다 분명히 될 필요가 있다.
- [2] 표시광고법의 적용과 운영에서는 무엇보다 부당 표시광고의 기준을 보다 뚜렷하게 구체화하는 요청이 강하게 제기되고 있다. 이는 법적용의 분명화를 위해서 반드시 필요한 작업이며, 다만 그 판단표지의 불가피한 탄력성을 고려해 각 규제수단의 정도나 그들 상호 관계에 대해서도 보다 심도 있는 논의에 입각한 입법적 투명화가 필요하다고 사료된다.

【 제 1 부 】 거래의 다양화에 따른 입법과제 (I)

[3] 현행 표시광고 법제는 공정거래위원회를 위시한 행정기관에 의해 주도적으로 운용되고 있는데, 여기에는 집행공무원의 수 등에 따른 불가피한 제약이 수반될 수밖에 없다. 이런 배경에서 현재의 공법적·경제법적 규제는 탈 중심화된 개인적 사회모델에서 피해자인 소비자의 사법(私法)적 권리수단과 결합되어야만 그 효율성을 높일 수 있다고 이해된다. 이를 위해서도 소비자에 대한 권리교육의 필요성은 강조되어야 한다.

토 론 문

김 정 훈

(공정위 소비자정보과 사무관)

표시·광고 공정화에 관한 법제의 현황과 과제에 대한 발표문은 표시광고법의 문제점과 나아갈 방향에 대해 자세히 검토하고 있습니다. 발표문의 표시광고법의 전반적인 문제점에 대한 지적 및 실효성 강화와 교육의 필요성에 대해서는 발표문에 동감합니다. 다만, 표시광고법의 이중규제 문제 및 기준의 명확화와 관련해서는 몇 가지 다른 의견이 있으며 이에 대해 말씀드리는 것으로 토론에 갈음하고자 합니다.

중복규제 여지에서 나타난 표시·광고 법제의 체계적 불명확

표시·광고에 대한 규제는 특정분야에 대한 규제와 또는 특정 품목에 대한 규제를 하는 개별법과 모든 상품과 서비스에 대한 표시·광고를 규제하는 일반법적 성격을 갖는 표시광고법으로 구분됩니다. 표시·광고에 대해 규제하고 있는 개별 법령은 약 129개 정도 존재하고 있는 것으로 파악되고 있으며¹⁶⁾, 각각의 개별법은 표시·광고의 허용여부, 광고매체의 제한 등 광고방법의 제한, 허위·과장 표시·광고에 대한 금지까지 표시·광고 관련하여 다양한 규제를 하고 있습니다.

16) 한국행정학회, 각종 표시·광고 규제 개선을 위한 연구, 2005, 54면,

【 제 1 부 】 거래의 다양화에 따른 입법과제 (I)

이 중 특정분야 개별법에서 정하고 있는 표시·광고에 대한 규제 중 관련 행정기관의 정책적 판단에 의하여 규정하고 있는 표시·광고의 사전적인 제한 즉, 표시·광고의 허용여부 및 광고방법의 제한 등은 표시광고법에서 규제하고 있는 내용이 아니므로 표시광고법과 개별법 간에 중복규제 문제나 이중처벌 문제 등이 발생할 우려가 없습니다.

다만, 개별법에서 허위·과장 또는 기만적인 표시·광고에 대한 규제를 규정하고 있는 경우에는 표시광고법과 중복규제 문제 등이 문제될 수 있습니다. 발표문에서 언급한 것처럼 많은 개별법과 표시광고법은 그 입법목적과 적용영역을 달리하기 때문에 특별법과 일반법의 관계로 볼 수 없고 따라서 사업자의 하나의 행위에 대해 개별법과 표시광고법이 모두 적용되어 사업자의 하나의 행위에 대해 중복으로 처벌될 우려도 있습니다.

그러나 이와 관련하여 개별법에서 허위·과장 및 기만적인 광고로 처벌된 경우에 공정위가 다시 표시광고법을 적용하여 사업자를 처벌하는 경우는 거의 없습니다. 따라서 법적으로는 특별법과 일반법의 관계에 해당하지 않더라도 현실적으로 운영을 하는데 있어서는 개별법을 특별법처럼 취급하여 개별법에 의해 처벌된 경우에는 공정위는 표시광고법을 적용하지 않고, 개별법에 의하여 처벌되지 않는 경우에 한해서 표시광고법을 적용하여 시정조치를 하고 있습니다.

또한 표시광고법과 개별법과의 표시·광고 규제에 대한 중복규제를 최소화하기 위해 표시광고법 제13조에 의하여 관계 행정기관의 표시·광고를 금지 또는 제한하거나 표시·광고하도록 의무를 부과하는 내용의 법령을 제정 또는 개정할 경우에는 공정위와 협의를 하도록 하고 있으므로 중복규제나 이중규제의 문제는 법제정시 협의를 통하여 어느 정도는 문제해결이 가능할 것으로 보입니다. 또한 공정

위는 금융위 등 소관 행정기관과 업무협약 등을 통해 법적용에 대해 실무적으로도 조정을 하고 있습니다.

특히, 공정위는 개별법에서 표시·광고에 대한 규제를 규정할 경우 소관 행정기관의 정책적인 판단 즉, 광고의 허용여부나 방법의 제한 등에 대해서는 사회적 필요성이 인정되고 지나친 규제가 아닌 경우 인정하고 있으며, 허위·과장 표시·광고에 대한 규제에 대해서도 소관 행정기관이 허위·과장이나 기만의 특정 유형을 명시하여 규제할 경우에는 표시광고법과의 이중규제 여부를 고려하여 개별적으로 판단하도록 하고 있습니다.

제 반 판 단 기 준 의 통 일 적 정 비 및 규 제 수 단 의 관 계 수 립

표시광고법상 부당한 표시·광고가 되기 위해서는 표시·광고의 허위성, 소비자오인성, 공정거래저해성의 세 가지 요건을 충족하여야 합니다. 특히 소비자오인성은 발표문에서 언급한 것처럼 다소 추상적인 개념으로 해석의 여지와 판단주체의 재량이 개입할 여지가 많이 있습니다.

그러나 표시·광고의 요건을 좀더 구체적으로 기술하는 것은 현실적으로 굉장히 어렵다고 할 것입니다. 왜냐하면 표시·광고는 분야별로 각각의 특성을 가지고 있으며 이런 특성들을 모두 반영하여 하나의 명백한 기준을 기술하는 것은 거의 불가능하기 때문입니다. 이로 인하여 표시광고법은 요건을 추상적으로 기술하고 있지만, 공정위는 요건을 명확하게 하기 위해 『부당한 표시·광고행위의 유형 및 기준 지정 고시』를 제정·운용하고 있습니다. 이 고시는 다양한 분야의 부당한 표시·광고에 대해 기준을 정하고 있으며 부당한 표시·광고를 판단하는데 실질적인 기준으로 작용하고 있습니다.

표시·광고법상 개선 사항

발표문에서 언급한 것처럼 표시·광고법은 현재 부당한 표시·광고에 대한 규제와 중요정보고시, 광고실증고시 등 각종 사업자에 대한 제한 규정들로 법이 구성되어 있어 소비자에게 필요한 정보를 제공하도록 촉진하는 역할은 거의 하지 못하고 있습니다.

장기적인 관점에서 표시광고법은 표시·광고에 대한 일반법으로서 단순히 사업자에 대한 표시·광고 규제에서 탈피하여 소비자에게 필요한 정보를 제공하여 소비자의 역량을 강화하고 소비자의 자주성을 육성하는데 도움이 되는 방향으로 법이 개정되어야 하는 것이 아닌가 하는 생각을 합니다.

토 론 문

이 세 정

(한국법제연구원 부연구위원)

저는 전공이 행정법이고, 표시·광고와 관련하여서는 개별법 중심으로 식품법(특히 건강기능식품에 관한 법률), 의료법상의 표시·광고제도에 관해서 관심을 갖고 있습니다. 그동안 표시·광고제도에 관한 일반법인 표시·광고 공정화에 관한 법제에 대해서 심도 있게 살펴볼 필요가 있다는 점에 대해서는 인식하고 있었으나, 깊이 있게 살펴볼 수 없었는데, 이번 워크숍을 계기로 표시·광고 공정화에 관한 법제에 대해서 체계적으로 공부를 할 수 있게 되어 좋은 기회가 되었습니다.

발제자님께서서는 현행 표시·광고법제의 현황을 일반법과 개별법으로 크게 나누어 체계적으로 설명하고, 현행 표시·광고법제의 문제점을 분석한 후, 향후 법제 개선을 위한 제언을 해주셨습니다.

먼저 발제자님께서서는 ‘II. 표시광고 법제의 개요’ 부분에서 현재 우리나라에서 시행되고 있는 표시·광고 관련 법률이 90여 개에 이르고, 이 중 표시·광고에 관한 모든 분야와 품목을 규율하는 ‘일반법’으로 표시광고법과 소비자기본법, 전자상거래법을 비롯하여 약관의 규제에 관한 법률, 물가안정에 관한 법률을 들고, 그 밖의 부분에서도 이들 법의 ‘일반법’적 성격을 인정하고 있습니다. 그런데 ‘II. 4. 개별 법률’ 부분에서 약사법, 상표법, 은행법, 의료법 등 표시·광고 관련 개별법 규정은 표시광고법과의 관계에서 그 입법목적과 적용영

【 제 1 부 】 거래의 다양화에 따른 입법과제 (I)

역을 달리하기 때문에 일방이 타방에 대하여 특별법적 지위를 가지지 않고 서로 병렬적 지위를 가진다고 파악되며, 따라서 부당한 표시·광고행위가 표시광고법과 개별법규의 구성요건에 모두 해당하는 경우에는 표시광고법에서 정한 규제는 물론 개별법규에서 정한 규제도 받는 법리적 관계에 놓인다고 하셨는데, 이 부분만을 놓고 본다면, 표시광고법제를 일반법과 개별법으로 분리하는 것에 모순이 있는 것은 아닌가 하는 생각이 듭니다.

표시광고법과 개별법 사이의 이중규제가 문제된다고 하셨는데, 표시광고법이나 개별법률에서 다른 법률과의 관계에 관한 조항을 삽입하여 문제를 해결할 수 있지 않을까 생각합니다. 예컨대, 표시광고법 제7조 제1항“공정거래위원회는 사업자등이 제3조제1항의 규정에 위반하여 부당한 표시·광고행위를 하는 때에는 다른 법률에서 정함이 없는 경우에는 당해사업자등에 대하여 그 시정을 위한 다음 각호의 조치를 명할 수 있다”로 수정하는 등 입법기술적 방법을 고려해 볼 수 있을 것 같습니다.

다음으로 현행 표시광고법제의 문제점으로서 규제수단의 실효성과 관련하여 규제 효과의 미미, 피해 소비자에 대한 보상 불인정, 신속한 피해 구제의 곤란, 자율적 심의기구에 관한 법제 미비 등을 지적하고 있는데, 이에 대해서는 전적으로 동감하는 바입니다. 또한 법제 개선을 위한 제언과 관련하여 표시·광고에 관한 제반 판단기준의 모호성·불명확성을 추가적인 문제점으로 지적해 주셨는데, 이것은 제가 식품법, 의료법상의 표시·광고제도를 살펴볼 때에도 사업자나 소비자의 법적 안정성·예측가능성 보장과 관련하여 깊이 동감했던 점입니다.

마지막으로 발제자님께서서는 자율규제와 자율적 심의기구의 활성화에 대한 의견을 개진하셨는데, 이 의견과 관련하여 제가 건강기능식

품법, 의료법상의 자율규제·자율적 심의기구와 관련된 공부를 하면서 생각했던 점을 말씀드리고자 합니다.

오늘날 (표시)광고는 경제활동을 위한 필수적 요소의 하나로 인정되고 있을 뿐 아니라 (표시)광고 자체가 일종의 의사소통의 수단으로서 표현의 자유에 의해 보호되고 있습니다. (표시)광고는 상품의 품질, 특징, 가격 등의 정보를 제공함으로써 소비자의 소비선택을 위한 판단과 의사결정에 보조적인 역할을 수행함과 동시에 구매의사결정에 설득적으로 작용함으로써 구매욕구를 자극시킵니다. 특히 광고는 여러 형태의 표현방식을 동원하여 상품에 대한 사회적 가치를 부여하고 이러한 과정에서 새로운 생활양식과 가치관을 제시함으로써 새로운 문화를 형성하기도 합니다.¹⁾

그러나 한편으로 (표시)광고가 소비자에게 미치는 직·간접적인 영향력이 큰 만큼 그 사회적 역기능도 적지 아니합니다. 예컨대, 허위·기만·과장(표시)광고로 인하여 소비자를 오도하거나 시장에서의 공정경쟁을 저해하기도 하고, 이윤추구라는 목적 하에 그릇된 행동양식을 사회적 가치로 정형화시킴으로써 기존의 문화를 왜곡된 방향으로 변질시킬 수도 있습니다.²⁾ 그리하여 우리나라를 비롯한 세계 각국은 이러한 사회적 책임을 담보하기 위하여 (표시)광고표현에 대하여 광범위한 타율적 규제장치들을 마련하고 있으며, 그 밖에 유관단체에 의한 자율규제도 널리 논의되어 왔습니다.³⁾

이러한 논의의 일환으로 건강기능식품법, 의료법, 약사법 등 보건 의료관계법에서도 업계의 자율성을 보장하고, 정부의 규제를 완화하는 차원에서 (표시)광고의 자율(사전)심의에 관한 제도를 도입했습니

1) 헌재 2002.12.18. 2000헌마764.

2) 헌재 2002.12.18. 2000헌마764.

3) 이구현, 광고법학, 법문사, 2002, 41쪽.

【 제 1 부 】 거래의 다양화에 따른 입법과제 (I)

다. 그런데 특히 의료법에서는 자율심의기관이 원심의와 재심을 담당하도록 하여 재심을 통한 원심의 결정의 번복가능성을 거의 기대할 수 없다는 문제점이 있습니다. 따라서 주무행정기관 산하에 재심의기관을 설치하거나 별도의 자율적 재심의기관을 둘 필요가 있다고 생각합니다.⁴⁾

이와 비슷한 차원에서 의료법의 경우에는 복수의 심의기관의 존재가능성은 열어 두고 있지만,⁵⁾ 현재 복수의 심의기관이 존재하지 않고, 따라서 단일의 업계 자율단체에 의한 위법·부당한 결정으로부터 피해를 입은 국민이 실효적인 권리구제를 받지 못할 수 있다는 문제점이 존재하고 있습니다. 즉 복수의 자율단체에 의한 심의가능성이 확보되어야 하고, 원심의기관과 재심의기관이 다른 기관에 의해서 수행될 수 있는 가능성이 확보되어야 심의기관의 위법·부당한 결정으로부터 국민이 피해를 입지 않을 것이라고 생각합니다.

이 외에도 자율심의기구가 내린 결정에 대해서 주무기관의 장에게 보고하도록 한 점이나 자율심의위원에 관계부처 공무원을 포함시키는 점, 자율심의기구에 필요한 예산을 지원하는 규율 태도도 일부 개별법에서 찾아 볼 수 있습니다.

4) 구 건강기능식품법(2008. 3. 21. 개정 전)도 의료법의 경우와 마찬가지로의 문제점, 즉 자율심의기관이 원심의와 재심을 담당하도록 규정하여 재심을 통한 원심의 결정의 번복가능성을 거의 기대할 수 없다는 문제점이 있었으나, 2008. 3. 21. 법 개정으로 이와 같은 문제점을 해결한 것으로 보입니다. 즉 개정 건강기능식품법은 제16조의2를 신설하여 “기능성 표시·광고의 심의결과에 대하여 이의가 있는 자는 심의결과를 통지받은 날부터 1개월 이내에 식품의약품안전청장에게 이의를 제기”할 수 있도록 하여 이러한 문제점을 보완했습니다. 다만, 같은 조 제2항에서 “식품의약품안전청장의 제1항에 따른 이의신청을 받은 때에는 제27조제1항에 따른 건강기능식품심의위원회의 자문을 받아 이를 심사하고 그 결과를 신청인에게 통지하여야 한다”라고 규정하여, 건강기능식품심의위원회의 ‘자문’을 받도록 한 점은 여전히 문제라고 생각합니다.

5) 의료법 시행령 제19조의4 제3항 참조.

따라서 규제완화와 관련하여 자율규제 내지 자율심의기관 설치가 우리나라의 경우뿐 아니라 전세계적 추세이고, 그 활성화의 필요성을 주장하는 입장이 많지만, 자율규제 내지 자율심의기관의 도입에 앞서서 이러한 제도가 실효성을 거두기 위해서는 기존의 자율규제 내지 자율심의제도의 운용을 통해 드러난 문제점을 충분히 보완 내지 개선하는 일이 선행되어야 할 것으로 생각합니다.

제 3 주제

전자상거래에 관한 법제 현황과 과제

발표자: 이병준 교수(한국외국어대학교)

토론자: 이용수 팀장(공정위거래위원회 전자거래팀)

토론자: 조영희 교수(평택대학교)

전자상거래에 관한 법제의 현황과 과제

- 전자상거래소비자보호법의 의미와 그 문제점을 중심으로 -

이 병 준

(한국의국어대학교 법과대학 부교수)

I. 들어가며

2002년에 제정된 「전자상거래등에서의 소비자보호에 관한 법률」(이하 “전자상거래소비자보호법”이라 한다)¹⁾은 「방문판매등에 관한 법률」(이하 “방문판매법”이라 한다)²⁾에서 통신판매에 관한 규정을 독립시켜서 만든 법률이다. 전자상거래소비자보호법은 전자상거래에 있어서 통신판매업자 등이 준수해야 할 사항을 규정하며, 법령상 의무위반을 한 자에 대하여 제재제도 등을 도입함으로써 공정한 거래질서를 확립하고 소비자를 보호하기 위하여 제정되었다. 이 법은 의원입법의 형태로 제정되었지만, 실제로는 공정거래위원회에서 주축이 되어 만들어진 법률이며 제정된 이후에도 몇 차례 개정되면서³⁾ 공정거래위원회에서 계속 관장하고 있다. 전자상거래소비자보호법은 제정된

-
- 1) 전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률 [일부개정 2007.8.3 법률 제8635호].
 - 2) 방문판매 등에 관한 법률 [일부개정 2007.7.19 법률 제8537호].
 - 3) 전자상거래소비자보호법은 2002년 3월 30일 법률 제6687호로 제정하여 2002년 7월 1일 시행된 이후 총 5차 개정이 있었다. 그 중 2005년 3월 31일(법률 제7487호) 제3차 개정은 운영상 나타난 일부 미비점을 개선·보완하기 위해 i) 선불식 통신판매의 거래안전을 위한 결제대금예치제도를 도입하였고, ii) 소비자보호를 위한 구매권유광고 수신거부의사 등록시스템을 도입하였고, 2007년 7월 19일(법률 제8538호) 제4차 개정은 청약철회시 소비자에게 지급하는 지연배상금의 이자율을 구체적으로 제시하였다. 2007년 8월 3일(법률 제8635호) 5차 개정으로 인해 현행 법이 시행되고 있다.

【 제 1 부 】 거래의 다양화에 따른 입법과제 (I)

이후 시행령⁴⁾ 시행규칙⁵⁾ 및 「전자상거래 등에서의 소비자보호 지침」 등 다수의 고시에 의하여 그 내용이 보충 내지 보완되고 있다.⁶⁾

원래 전통적으로 통신판매라고 하는 것은 홈쇼핑, 카탈로그 등에서 물건을 보고 주문서, 전화 등으로 물건을 주문하고 그 이행은 물건의 배송 등을 통하여 현실로 이루어지는 것이 일반적인 형태라고 할 수 있다. 즉 물건을 실제로 보지 않은 상태에서 계약이 통신매체를 통하여 체결되고 계약의 이행은 현실적으로 이루어지는 것이 일반적인 형태였다. 거래하게 될 상품을 직접적으로 보지 못하고 인터넷이라는 통신매체를 통하여 계약이 체결된다는 점에서 전자상거래도 통신판매와 유사점이 있으므로 전자상거래소비자보호법에서 통신판매와 전자상거래를 같이 규율한 것이라고 볼 수 있다.

이러한 측면에서 본다면 현재 전자상거래소비자보호법은 - 부분적인 수정은 가하고 있지만⁷⁾ - 통신판매와 같이 전자상거래의 경우에도 통신매체를 통한 계약체결 및 오프라인을 통한 물건의 전송이라는 전통적인 방법을 모델로 하여 제정된 법의 성격을 강하게 갖고 있다. 그러나 이러한 한계로 인하여 법이 제정되어 시행되면서 다양한 문제점들이 제기되고 있다.⁸⁾

4) 전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률 시행령 [일부개정 2008.1.31 대통령령 제20587호].

5) 전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률 시행규칙 [일부개정 2006.7.31 총리령 제822호].

6) 결제대금예치 또는 소비자피해보상보험계약 등의 체결이 면제되는 거래에 관한 고시 [제정 2007.4.17 공정거래위원회고시 제2007-2호], 결제대금예치 사업자의 기준에 관한 고시 [제정 2006.3.7 공정거래위원회고시 제2006-3호], 구매안전서비스에 대한 통신판매업자의 표시·광고 또는 고지의 방법에 관한 고시 [제정 2007.7.19 공정거래위원회고시 제2007-4호], 소비자피해보상보험등에서의보험계약금액에관한 기준고시 [제정 2002.9. 공정거래위원회고시 제2002-12호], 청약철회등에따른환급금지연지급시의지연이자율고시 [제정 2002.9. 공정거래위원회고시 제2002-11호].

7) 예컨대 배송의 개념(전자상거래소비자보호법 제9조)에서 정보통신망법상 전송의 개념(동법 제2조 제1항 제1호)을 포함시키고 있다.

8) 전자상거래소비자보호법의 문제점을 개관적으로 지적하는 문헌으로 맹수석, 전자상거래소비자보호법의 법적문제와 개선방안, 기업법연구 제12집(2003), 359면 이

첫 번째 문제는 통신판매와 전자상거래를 같이 규율하고 있는 전자상거래소비자보호법의 규율방식에 대한 비판이다. 양 개념의 관계에서 시작하여 이 두 개의 분야를 공통의 원리에 의하여 규율하는 것이 타당한지에 관한 논의이다. 이에 관하여 법이 제정되면서부터 다양한 비판이 제기되고 있는 실정이다.⁹⁾

둘째, 통신판매만 규율할 때와 달리 전자상거래의 경우에는 중개를 통하여 계약이 많이 체결되므로 중개를 통하여 계약이 체결된 경우에 소비자보호를 어떻게 할 것이냐가 문제되었다. 이에 관하여 우리 입법자는 나름대로 독창적인 방식으로 이 문제를 접근하여 규율하고 있으나, 제정되기 전부터 비판의 대상이 되었고 현재도 가장 논란이 심한 쟁점이라고 할 수 있다.¹⁰⁾

셋째, 통신판매는 전통적으로 그 계약의 이행이 현실적으로 이루어지는 것이었다. 그런데, 전자상거래의 경우에 온라인 디지털 콘텐츠 산업의 발전으로 인하여 계약의 체결뿐만 아니라, 계약의 이행도 온라인으로 이루어지는 경우가 많아졌다. 그런데 전자상거래소비자보호

하; 남효순, 전자상거래등에서의 소비자보호에 관한 법률에 관한 몇 가지 쟁점, 서민교수정년기념논문집 『민법학의 현대적 양상』(2006), 397면 이하; 박희주, 전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률의 개선방향, 한국소비자보호원 『소비자거래법령의 개선방향』(2006), 44면 이하; 정준우, 전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률의 문제점 검토, 한양법학 제16집(2004), 113면 이하 등이 있다. 그 밖에 세부적인 쟁점에 관하여는 서희석, 전자거래에서의 착오의 문제 서설 -전자상거래 소비자보호법의 검토-, 재산법연구 제24권 제2호, 1면 이하; 이병준, 전자상거래 소비자보호법상의 조작실수 등 방지조치의무, 인터넷법률 제36호(2006.10), 44면 이하; 고흥석, 전자상거래에 있어서 착오에 관한 연구, 비교사법 제11권 3호(2004.9), 91면 이하.

9) 맹수석, 전자상거래소비자보호법의 법적문제와 개선방안, 기업법연구 제12집(2003), 359면 이하; 정준우, 전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률의 문제점 검토, 한양법학 제16집(2004), 113면 이하; 류창호, “전자상거래소비자법에 관한 연구”, 의법논집 제12집, 2002.8, 269면 이하.

10) 이병준, 인터넷 경매에서 당사자 사이의 법률관계, 인터넷 법률 제10호, 2002/1, 155면 이하; 고흥석, 통신판매중개에 관한 연구, 33면; 나지원, 전자상거래소비자보호법의 문제점과 개선방향, 인터넷법률 제29호, 117면; 이충훈, 인터넷통신판매 중개자의 법적 책임, 인터넷법률 제38호, 43면.

법은 그 거래대상을 재화에 한정하지 않고 용역, 즉 서비스에도 적용하고 있으므로, 재물성이 없는 온라인 디지털 콘텐츠 거래도 전자상거래소비자보호법의 적용범위에 해당한다. 그런데, 이에 관한 합리적인 규정이 없자보니, 법제정 이후에 「온라인 디지털콘텐츠 산업발전법」(이하 “온디콘법”이라 한다)¹¹⁾ 제정에 의하여 온라인으로 이루어지는 디지털콘텐츠의 거래에서 예외규정을 두고 전자상거래소비자보호법에 관한 특칙규정을 두게 되었다. 이 법의 내용과 관련한 연구와 온라인 디지털 콘텐츠 거래에서의 소비자보호와 관련하여서도 많은 논의가 진행되고 있다.¹²⁾

II. 전자상거래와 통신판매에 대한 규율방식과 내용

1. 현행 전자상거래소비자보호법의 규정체계

1) 전자상거래와 통신판매의 개념

전자상거래소비자보호법은 전자상거래와 통신판매를 통하여 이루어지는 거래를 같이 규율하고 있다. 그런데 전자상거래와 통신판매의 개념이 명확하게 정비되어 있지 않고 혼란스럽게 규정이 되어 있어 법적용에서 상당한 혼란을 야기하고 있다.¹³⁾ 일단 개념정의와 관련하여 전자상거래소비자보호법은 전자상거래와 통신판매 개념을 개별적

11) 온라인 디지털콘텐츠산업 발전법 [일부개정 2008.2.29 법률 제8852호].

12) 이병준, 온라인디지털콘텐츠 이용계약에서의 계약해소 - 청약철회, 계약해제·해지를 중심으로, 민사법의 현대적 과제와 전망(남강 서광민교수 정년기념논문집), 2007, 220면 이하; 오병철, 전자상거래소비자보호법 제17조 제2항 제4호의 청약철회권 배제조항의 문제점, 민사법학 제39-1호, 2007, 173면 이하.

13) 이 점은 이미 많이 지적되어 있으므로 기존의 내용을 정리하는 수준에서 논의를 전개하겠다. 이에 관하여 자세한 것은 오병철, 민사법학 제39-1호, 177면; 정진명, 전자거래에서의 소비자보호, 인터넷법률 제13호, 2002, 40면.

으로 정의하고 있지만, 통신판매업자에 관한 개념정의만 두고 있고 전자상거래업자에 대하여는 명시적인 개념정의가 없다(동법 제2조 참조). 그런데 전자상거래소비자보호법의 핵심적인 규정내용을 살펴보면 제12조 내지 제20조에서는 수범주체를 통신판매업자라고 규정하고 있지만, 제5조 내지 제9조 및 제11조에서는 그 주체를 “사업자”, 제10조 사이버몰의 운영과 관련된 규정에서는 “전자상거래를 행하는 사이버몰의 운영자”로 그리고 제21조에서는 “전자상거래를 행하는 사업자와 통신판매업자”라고 규정하고 있다.¹⁴⁾ 이러한 용어사용의 혼란이 상당한 비판을 받고는 있지만, 종래의 방문판매법상 통신판매라는 개념에 전기통신 등의 방법이 포함되었고 전자상거래도 전기통신 등의 방법에 해당하므로 학자들은 대체로 통신판매를 광의의 개념으로 파악하고 전자상거래를 통신판매 개념에 포함되는 것으로 해석하고 있다.¹⁵⁾ 이와 같이 보면 어느 정도 전자상거래소비자보호법의 규정내용을 읽어 낼 수 있고 통신판매에 관한 일반적인 규정과 전자상거래에 관한 독자적인 규정으로 나눌 수 있다.

2) 통신판매와 관련된 규정내용

현행 전자상거래소비자보호법은 제2장에서 “전자상거래 및 통신판매”라는 표제아래에 전자상거래와 관련된 규정과 전자상거래를 포함한 광의의 통신판매와 관련된 규정을 함께 규율하고 있다. 이 중 전자상거래를 포함한 통신판매와 관련된 규정으로는 제6조 (거래기록의 보존 등)· 제9조 (배송업자등의 협력)· 제11조 (소비자에 관한 정보의 이용 등) 내지 제22조 (휴업기간 등에서의 청약철회등의 업무처

14) 이와 같은 복잡한 체계를 가지게 된 이유는 구 방문판매법 제3장 통신판매규정(제17조 내지 제23조)을 그대로 전자상거래소비자보호법 제12조 내지 19조로 재편성하였기 때문이라고 한다(나지원, 전자상거래소비자보호법의 문제점과 개선방향, 343면).

15) 정완용, 전자상거래소비자보호법의 문제점과 개선방안, 한국전산원, 2002, 45면.

【 제 1 부 】 거래의 다양화에 따른 입법과제 (I)

리 등)가 있다. 제6조·제9조·제11조·제21조의 경우에는 조문상 “전자상거래 및 통신판매”, “전자상거래나 통신판매”, “전자상거래 또는 통신판매”, “전자상거래를 행하는 사업자 또는 통신판매업자”에 적용된다고 명시하고 있기 때문에 논란의 여지가 없으나 제12조 내지 제19조 및 제22조(이하 “제12조 이하”라고 한다.)의 경우에는 단순히 “통신판매업자”라는 용어만 사용하고 있기 때문에 전자상거래에도 적용이 되는지 불명확하다.

제12조 이하에서 그 수범주체를 통신판매업자라고 규정하고 있는 것은 위에서 언급한 바와 같이 2002년 3월 개정 전의 구 방문판매법 중 통신판매에 관한 제17조 내지 제23조를 그대로 전자상거래소비자보호법 제12조 내지 제19조로 재편성하였기 때문이다. 만약 제12조 이하를 전자상거래를 제외한 통신판매에만 적용된다고 해석하게 되면 예컨대 사이버몰을 운영하는 전자상거래사업자는 제10조에 의해 상호·대표자성명·영업소 소재지 등을 표시할 의무만 부과되지만 전자상거래업자가 아닌 통신판매업자의 경우에는 제10조에 의한 표시의무 이외에 제12조에 의한 공정거래위원회 등에게 신고해야 할 의무까지 부과된다. 이외에 소비자보호를 위해서 인정하고 있는 청약철회제도를 통신판매에만 적용하게 되어 전자상거래를 이용한 소비자는 청약철회권을 행사할 수 없게 된다. 이는 전자상거래 및 통신판매에 있어서 소비자의 권익을 보호하고 국민경제의 건전한 발전에 이바지한다는 전자상거래소비자보호법의 목적과 입법취지에 반하게 되고, 전자상거래에서의 소비자 보호를 기대할 수 없게 되어 실효성을 상실하게 된다.¹⁶⁾

게다가 제12조 이하의 내용을 살펴보면 전자상거래를 포함하는 것을 전제로 한 규정들이 발견된다. 통신판매업자에게 신원 및 거래에 관한 정보제공의무를 규정하고 있는 제13조의 경우 제2항 7호를 통

16) 류창호, “전자상거래소비자법에 관한 연구”, 외법논집 제12집, 2002.8, 283면.

해 “전자매체로 공급이 가능한 재화등의 전송·설치 등과 관련하여 요구되는 기술적 사항”을 서면으로 교부하도록 하고 있는데 이는 전자상거래를 고려한 것으로 보인다. 따라서 제12조 이하의 규정들은 전자상거래를 포함한 통신판매 전영역에 적용된다고 보아야 한다.

통신판매중개자의 책임에 관한 제20조의 적용범위와 관련하여 전자상거래 고유의 특수성을 반영한 규정으로 보는 견해¹⁷⁾와 거래의 구조상 통신판매에만 적용된다고 보는 견해¹⁸⁾로 나뉘고 있다. 전자상거래소비자보호법의 개념정의상으로는 사이버몰을 통한 중개뿐만 아니라 자신의 명의로 통신판매를 위한 광고수단을 제공하는 것을 모두 통신판매중개로 보고 있기 때문에(동법 제2조 제4호, 동시행규칙 제3조) 제20조를 단순히 전자상거래 혹은 전자상거래를 제외한 통신판매에 적용되는 규정으로 볼 것이 아니라 전자상거래를 포함한 넓은 의미의 통신판매에 적용된다고 보아야 한다. 그런데 제20조가 다루고 있는 문제점의 실질적인 적용범위를 고려한다면 실제에 있어서 통신판매에서는 중개가 거의 일어나지 않고, 중개로 인한 특수한 문제가 전자상거래에서 주로 발생하고 있으므로 전자상거래로 한정하는 것이 타당한 측면이 있다고 생각된다.

3) 전자상거래와 관련된 규정내용

전자상거래소비자보호법 제2장에서 전자상거래 고유의 특수성을 반영한 조항으로는 제5조(전자문서의 활용)·제7조(조작실수 등의 방지)·제8조(전자적 대금지급의 신뢰확보)·제10조(사이버몰의 운영)가 있다. 제7조와 제10조의 경우에는 전자상거래에 한하여 적용됨을 명시하고 있고, 제5조와 제8조는 그 적용영역을 규정하고 있지 않다. 하지만 전자상거래와 전통적인 통신판매 상호간에는 그 거래의 수단에

17) 나지원, “전자상거래등소비자보호법의 문제점과 개선방안”, 344면.

18) 류창호, “전자상거래소비자법에 관한 연구”, 외법논집 제12집, 2002.8, 281면.

【 제 1 부 】 거래의 다양화에 따른 입법과제 (I)

있어서 전자거래기본법에 의한 전자거래 즉 전자문서를 이용한 거래인지 여부에 차이가 존재한다. 따라서 전자문서의 활용에 관한 제5조와 전자문서의 형태로 이루어지는 전자적 대금지급¹⁹⁾을 규정하고 있는 제8조는 전자상거래의 특수성이 반영된 조항이라 할 수 있다.

2. 통신판매와 전자상거래규정의 정비방안

전자상거래소비자보호법은 광의의 통신판매에 관한 규정과 전자상거래에 관한 규정을 섞어서 규정하고 있는데, 위에서 살펴본 바와 같이 통신판매에 관한 일반규정과 전자상거래에 관한 특별규정으로 나눌 수 있다면 양 거래유형을 별도로 규정하는 것을 고려할 필요가 있다.²⁰⁾

1) 정의규정의 정비

광의의 통신판매규정을 먼저 두고 그 뒤에 전자상거래개념을 두는 것이 타당하므로 양자의 규정순서를 바꿀 필요가 있다.

2) 통신판매에 관한 제2장과 전자상거래에 관한 제3장으로 구분

그 다음으로 일반규정으로서의 통신판매규정을 제2장에서 규율하고 전자상거래에 관한 특칙을 제3장에 규정한다. 또한 통신판매에 관한 제2장에서는 다음과 같은 순으로 규정한다. 즉 통신판매업자 자체

19) 전자상거래소비자보호법 시행령 제7조 (전자적 대금지급) 법 제8조제1항에서 “대통령령이 정하는 전자적 수단에 의한 거래대금의 지급”이라 함은 전자문서의 형태로 이루어지는 대금지체를 말한다. 다만, 대면하여 본인여부를 확인한 경우를 제외한다.

20) 독일의 2002년 개정민법의 입장에 착안하여 전자상거래를 포함한 통신판매 일반에 관한 규정을 모아 그 주체를 사업자 또는 통신판매업자로 통일하고 그 다음장에 통신판매의 특수형태인 전자상거래에 관한 특수한 규정을 주체를 전자상거래업자로 하여 두자는 유력한 견해가 제기되고 있다(나지원, 전자상거래소비자보호법의 문제점과 개선방향, 344면 이하).

에 관한 규정(제12조 통신판매업자의 신고 등, 제13조 신원 및 거래 조건에 대한 정보의 제공 - 통신판매업자), 계약체결에 관한 사항(제14조 청약확인 등 - 통신판매업자), 계약의 이행에 관한 사항(제15조 재화등의 공급 등 - 통신판매업자, 제6조 거래기록의 보존 - 사업자는 전자상거래 및 통신판매, 제9조 배송사업자 등의 협력 - 전자상거래나 통신판매), 청약철회에 관한 사항(제17조 청약철회 등 - 통신판매업자, 제18조 청약철회의 효과, 제19조 손해배상청구금액의 제한 등), 개인정보보호에 관한 사항(제11조 소비자에 관한 정보의 이용 등 - 사업자는 전자상거래 또는 통신판매)으로 규정 순서를 정비하는 것을 생각해 볼 수 있다. 한편 전자상거래에 관한 제3장에서는 계약당사자에 관한 사항(제10조 사이버몰의 운영, 제20조 통신판매중개자의 책임 - 전자상거래중개자), 계약체결과 관련된 사항(제5조 전자문서의 활용, 제7조 조작실수 등의 방지) 그리고 계약이행과 관련된 사항(제8조 전자적 대금지급의 신뢰 확보) 순으로 규정하는 것을 생각해 볼 수 있다. 물론 이러한 순서로 규정을 하고 나서 과연 해당 규정들이 통신판매에 관한 일반규정으로서의 성격을 갖는지 그리고 전자상거래에 관한 특별규정으로서의 성격을 갖는지는 개별적으로 판단을 해야 할 것이다.²¹⁾

Ⅲ. 통신판매중개에 대한 규정의 재해석과 규율방식의 정비

1. 통신판매중개와 관련된 문제

통신판매중개를 통하여 체결된 계약에서 소비자보호문제는 현재 많은 학자들에 의하여 논의되고 있고 관련 전자상거래소비자보호법

21) 이러한 작업은 본 논문의 양을 벗어나므로 더 이상 나아가지 않기로 하나, 법제정을 이와 같은 방식으로 한다면 반드시 거쳐야 할 과정이다.

의 규정(동법 제20조)이 많은 비판의 대상이 됨으로써 개정논의가 한창 진행 중에 있다.²²⁾ 원래 중개인을 통하지 않고 당사자들이 계약을 체결하게 되면 통신판매업자와 소비자 사이에 계약이 체결되기 때문에, 소비자는 통신판매업자와의 관계에서 보호를 받아야 하며, 이러한 경우에 통신판매업자에게는 전자상거래소비자보호법상 인정되는 다양한 의무들이 부과된다. 그런데 중개자 내지 중개사이트를 통하여 전자상거래계약이 체결된 경우에는 계약체결 당사자 사이에 중개자가 끼어들게 되어 그 관계가 복잡해진다.

통신판매중개를 통하여 계약이 체결되더라도 중개자의 역할상 중개자가 통신판매업자를 대신하여 계약당사자가 되는 것은 아니다. 즉 통신판매중개를 통하여 계약을 체결하더라도 계약의 당사자는 통신판매업자와 소비자가 될 것이다. 따라서 소비자관련 규정을 통하여 소비자와의 관계에서 일정한 의무를 부담하는 자도 통신판매업자가 되어야 할 것이다. 그러나 인터넷상 물건을 사기 위하여 통신판매 중개자의 홈페이지를 방문한 구매자는 몇 번의 클릭을 통하여 물건을 고르고 계약을 체결하는 경우가 많아 계약당사자가 누구인지를 인식하지 못하고 계약을 체결하는 경우가 많다. 또한 계약체결을 위한 전 단계 또는 계약체결단계 그리고 심지어는 이행단계에서도 통신판매 중개자가 일정한 역할을 담당하므로 전자상거래소비자보호법상 통신판매업자에게 부과된 의무를 통신판매업자만이 혼자서 이행하는 것이 아니라, 그와의 계약관계에서 중개행위를 하고 있는 중개자가 이러한 의무를 같이 이행해야만 소비자가 완전한 보호를 받을 수 있는 것이 현실이다. 더 나아가 통신판매 중개자를 통하여 체결된 계약이 제대로 이행되지 않았을 때 구매자가 어떻게 실효성 있게 권리구제를 받을 수 있는지가 문제된다.

22) 이에 관한 문헌으로 주 10) 참조.

현재 통신판매중개에서의 소비자보호문제를 규율하고 있는 것이 전자상거래소비자보호법 제20조인데, 이 규정은 전자상거래소비자보호법이 제정될 때 기초가 되었던 방문판매법상 통신판매와 관련된 규정에 없던 조문으로서 신설된 것이고 이러한 내용을 담고 있는 입법례도 찾을 수 없는 상당히 우리나라의 고유한 규정이라고 할 수 있다. 이 규정이 매우 새롭고 그 규정내용도 매우 이해하기 어렵게 되어 있어, 이에 관한 논란이 끊이지 않고 있으므로 본 논문에서 이에 관하여 다시 한 번 자세히 논해보려고 한다.

2. 통신판매 중개를 통하여 체결된 전자상거래 계약에서 당사자 확정과 그 법적 지위

1) 계약관계의 당사자 확정

통신판매 중개에 있어서 선결문제로 고려해야 할 점이 있다. 이는 당사자 확정의 문제이다. 통신판매 중개에서 확실하게 확정하고 논의가 시작되어야 하는 점은 전자상거래계약에서 계약당사자는 중개인이 아니며, 계약의 당사자로서 판매자와 구매자가 별도로 존재한다는 점이다. 즉 판매자와 구매자 사이에 계약관계가 존재하여 권리와 의무가 발생한다는 것이다. 특히 당사자의 확정문제는 입점형 인터넷 쇼핑몰에서 중요한 의미를 갖는다.²³⁾ 입점형 인터넷 쇼핑몰의 경우 쇼핑몰 운영자가 별도로 존재하고 다수의 입점업체가 자신의 상품을 판매하게 된다. 입점형 인터넷 쇼핑몰의 경우 쇼핑몰 운영자가 자신의 물건을 직접 파는 계약의 당사자가 되는 경우도 있고 중개자의 지위에서 입점업체가 자신의 물건을 팔도록 하는 경우도 있다. 그런데 계약체결절차 및 결제절차 등은 쇼핑몰에서 마련하고 있는 경우

23) 단독몰과 입점형 인터넷 쇼핑몰의 구분에 관하여 이충훈, 인터넷통신판매중개자의 법적 책임, 26면 이하 참조.

가 대부분이므로 계약을 체결하는 자의 입장에서는 과연 누가 계약 상대방인지 명확하게 드러나지 않은 경우가 있다. 이러한 경우에 누구를 계약당사자로 보아야 하는지에 관한 계약당사자 확정의 문제가 발생한다. 그런데 통신판매중개가 문제되기 위해서는 중개자가 계약당사자가 되지 않아야만 중개인의 지위가 인정되기 때문에 계약당사자로서의 매도인은 따로 존재해야 한다.

2) 전자상거래소비자보호법의 적용문제와의 연관성

당사자 확정의 문제는 부분적으로 전자상거래소비자보호법상 누가 소비자보호를 위한 규정을 준수해야 하는지의 문제와도 연결되어 있으나, 완전히 일치하지는 않는다. 왜냐하면 소비자와 계약관계에 있는 판매자로서의 통신판매업자가 준수해야 할 당사자인데 통신판매업자가 계약당사자로 한정되지 않기 때문이다.

(1) 전자상거래소비자보호법상 통신판매업자 개념

전자상거래소비자보호법상 통신판매업자는 통신판매를 업으로 하는 자 또는 그와의 약정에 따라 통신판매업무를 수행하는 자를 말한다(동법 제2조 제3호). 따라서 전자상거래소비자보호법은 통신판매업을 행하는 자뿐만 아니라, 통신판매업자와 일정한 계약관계에 기하여 통신판매업무를 수행하는 자도 포함하고 있어 이 개념을 넓게 잡고 있다. 즉 전자상거래소비자보호법에 기하여 통신판매업자의 개념은 광의의 의미를 갖고 있으며, 협의의 통신판매업자개념보다 그 개념을 넓게 사용하고 있다. 이와 같이 동법에서 통신판매개념을 넓게 사용하고 있는 것은 협의의 통신판매업자를 대신하여 통신판매업무를 수행하는 자도 협의의 통신판매업자와 동일하게 취급하고 싶었기 때문이다. 문제는 여기서 협의의 통신판매업자와의 약정에 따라 통신판매업무를 수행하는 자의 의미가 무엇인냐이다. 현재 전자상거래소비자

보호법의 개념은 상당히 모호하여 일견 그 개념을 명확히 확정하기가 상당히 어렵다고 할 수 있다.²⁴⁾

협의를 통신판매업자와의 관계에서 일정한 약정에 의하여 통신판매업무를 수행하는 자의 의미를 좀 더 자세히 분석해 보려고 한다. 첫째, 일정한 “약정”에 의하여 통신판매업무를 수행해야 한다. 이 때 이 약정으로서는 일반적으로 위임계약이 체결되어 수입인은 통신판매업자를 대신하여 통신판매행위를 하게 될 것이다. 그러나 통신판매를 수행하게 된 계기가 다른 유형의 계약이어도 상관이 없으며 이러한 계약의 효력이 무효이더라도 상관없다. 왜냐하면 이는 당사자 사이의 내부관계에 불과하여 대외적인 관계인 매수인과의 관계에 영향을 미치지 않기 때문이다. 따라서 법률적 의미를 갖는 계약이라는 표현을 대신하여 “약정”이라는 표현을 사용하고 있는 전자상거래소비자보호법의 용어 사용법이 타당하다고 할 수 있다.

둘째, “통신판매”업무를 수행하여야 한다. 전자상거래소비자보호법상 통신판매는 “우편·전기통신 그 밖에 총리령이 정하는 방법에 따라 재화 또는 용역을 판매하는 것을 말한다”(동법 제2조 제2호). 그런데 판매행위가 판매를 목적으로 하는 계약을 체결하는 행위를 의미한다면, 법률적으로 여러 가지 방법에 의하여 가능하다. 첫째는 계약당사자로 판매하는 것이 가능하고, 둘째는 대리인으로서 가능하다. 첫째의 경우는 위탁판매와 같이 A라는 통신판매업자가 B에게 물건의 판매를 위탁하고 이에 기하여 B가 자신의 이름으로 A가 위탁한 물건을 파는 경우를 생각할 수 있다. 그러나 이러한 경우에는 B도

24) 실제 지침에서도 이에 관한 정확한 정리를 내리지 못하고 예만 들고 있다. 예컨대 A신용카드사가 자신의 명의로 발행되는 카탈로그를 이용하여 통신판매업자인 B여행사를 위하여 여행상품에 대한 판매 정보를 제공하고, 소비자로부터 청약을 비대면으로 접수 및 판매한 경우 A는 B여행사와 약정에 따라 통신판매업무를 수행하는 자로서 통신판매업자에 해당하나, A신용카드사가 자신의 명의로 발행되는 우편물에 B여행사를 위하여 여행상품에 대한 판매 정보를 제공하고 청약의 접수 및 판매는 B여행사에서 이루어지는 경우에 A는 통신판매중개자에 해당된다고 한다.

【 제 1 부 】 거래의 다양화에 따른 입법과제 (I)

협의를 통신판매업자에 해당하기 때문에 독립된 표지를 사용하여 통신판매업자에 포함시킬 필요가 없을 것이다. 둘째는 대리권을 갖고 물건을 판매하는 경우이다. 이러한 경우는 본인인 통신판매업자의 명의로 계약이 체결되어 통신판매업자가 매수인과 매매계약의 당사자가 되기 때문에 계약을 체결하는 대리인은 협의의 통신판매업자의 개념에는 포함되지 않을 것이다.

(2) 통신판매중개자의 지위

통신판매중개자의 개념은 전자상거래소비자보호법에 의하여 정의되어 있지 않다. 왜냐하면 통신판매중개자가 본 법의 직접적인 적용을 받는 주된 당사자가 아니기 때문이다. 통신판매중개자는 제20조의 적용을 받을 뿐이다. 그런데 전자상거래소비자보호법은 정의규정에서 통신판매중개의 개념은 정의를 하고 있다. 그에 따르면 통신판매중개라고 함은 “사이버몰의 이용을 허락하거나 그 밖에 총리령이 정하는 방법에 의하여 거래 당사자간의 통신판매를 알선하는 행위”를 말한다(동법 제2조 제4호). 여기서 통신판매중개를 2가지 유형으로 정의를 내리고 있다. 첫째는 사이버몰의 이용을 허락하는 것이고, 둘째는 총리령이 정하는 방법에 의하여 거래 당사자간의 통신판매를 알선하는 행위이다.

첫째, 사이버몰의 이용을 허락하는 통신판매중개를 살펴보기로 한다. 전자상거래소비자보호법은 직접 사이버몰의 개념정의를 하고 있다. 즉 컴퓨터 등과 정보통신설비를 이용하여 재화 등을 거래할 수 있도록 설정된 가상의 영업장을 말한다. 현재 이와 같은 가상의 영업장을 개설하여 타인으로 하여금 이를 이용하도록 하는 형태는 (1) 인터넷쇼핑몰을 운영하는 쇼핑사이트에서 다른 입점업체에게 일정공간을 빌려주어 판매기회를 부여하는 경우, (2) 인터넷포털사이트에서 쇼핑몰을 개설하고 다른 업체가 이 쇼핑몰을 통하여 물건을 팔 수

있도록 하는 경우 그리고 (3) 인터넷 경매사이트 등이 있다.²⁵⁾

둘째, 총리령이 정하는 방법에 의하여 거래 당사자간의 통신판매를 알선하는 행위도 구체적으로 입법자가 정하고 있다. 그에 따르면 "자신의 명의로 통신판매를 위한 광고수단을 제공하거나 그러한 광고수단에 자신의 이름을 표시하여 통신판매에 관한 정보의 제공이나 청약의 접수 등 통신판매의 일부를 수행하는 것"을 통하여 통신판매를 알선하는 행위로 정의하고 있다(동 시행규칙 제3조). 예컨대 포털의 경우 통신판매업자의 상품을 검색할 수 있도록 하거나, 상품광고를 하도록 하여 매수인이 이러한 물건을 검색 내지 찾을 수 있는 기회를 부여하고 있는 경우가 있다. 이때 매수인이 직접 이 해당 물건을 사기 위한 절차에 들어가게 되는 경우 포털은 계약체결절차에서 빠지고 매수인이 통신판매업체와 계약을 체결하게 된다. 이 경우 포털은 위에서 본 두 번째 통신판매 중개유형을 행하고 있는 것이다. 통신판매중개를 한 포털의 경우 입점 내지 광고에 대한 수수료를 받고, 또한 실제 계약이 체결된 경우에 대금의 일부에 대한 수수료를 받거나 광고의 경우에는 클릭당 회수에 대하여 일정한 금액을 받아 수익을 올리고 있다.

일반적으로 중개인이라 할지라도 대리인의 지위를 갖고 계약을 체결할 수 있다. 따라서 의뢰자가 중개행위를 의뢰할 뿐만 아니라 계약체결에 관한 대리권을 수여한 경우에 중개인은 대리인의 지위를 동시에 가지게 된다. 그러나 전자상거래소비자보호법상 통신판매중개자는 대리인의 지위를 가져서는 안된다. 왜냐하면 통신판매업자의 개념에 통신판매업자를 대신하여 대리권을 갖고 계약을 체결하는 자가 포함되어 있기 때문이다. 그러므로 전자상거래소비자보호법상 통신판매중개자는 본계약에 있어서 당사자가 아니며 또한 대리인의 지위도

25) 이와 같은 설명으로 이충훈, 인터넷통신판매중개자의 법적 책임, 28면.

갖고 있지 않아야 한다.²⁶⁾ 따라서 통신판매중개인은 본계약과 관련하여 법률행위의 당사자가 되거나 법률행위를 대신하지 않으며 단지 영업장을 마련하여 제공하거나, 당사자 사이의 거래를 알선하는 사실 행위만을 하는 기능에 머물러야 한다.

3. 통신판매중개에서 계약당사자 명확화를 위한 고지의무와 그 책임(제20조 제1항)

일단 통신판매중개가 문제되기 위해서는 계약당사자와 별도로 계약체결을 중개한 통신판매중개자가 별도로 존재해야 한다. 이와 같은 계약당사자 확정 문제의 문제는 당사자 의사표시 해석의 문제이고 인터넷상의 계약체결이 상대방 있는 의사표시로 이루어지기 때문에 객관적 해석이 원칙이 될 것이다. 그리고 대부분의 경우에 있어서는 당사자가 명확히 표시되어 있기 때문에 객관적 해석에 의하여 당사자는 명확히 확정될 수 있을 것이다.

그러나 전자상거래의 특성인 비대면 거래에서 소비자는 인터넷 사이트를 통하여 계약을 체결할 때 쇼핑물의 물건을 직접 사는지 아니면 쇼핑물의 중개를 통하여 다른 사업자의 물건을 사는지를 명확히 알 수 없다. 따라서 통신판매중개자가 자신이 계약당사자가 아님을 명확히 고지를 하지 않으면 객관적으로는 중개자가 계약당사자가 아니라는 사실을 알 수 있더라도 소비자로서는 중개자가 계약당사자라고 생각하는 경우가 많을 것이다. 이러한 측면에서 전자상거래소비자 보호법은 통신판매 중개자에게 중개한 거래와 관련하여 책임이 없다는 사실을 약정하거나 고지할 의무를 부담시키고 있다(동법 제20조 제1항). 이와 같은 의무는 하나의 책무 내지 간접의무로서 그 의무위반에 대하여 연대책임이라는 일정한 법적인 불이익을 부담

26) 고흥석, 통신판매중개에 관한 연구, 39면.

시키고 있다.²⁷⁾ 이 규정은 소비자보호를 위하여 통신판매중개자에게 강한 책임을 부담시키는 규정이므로 이러한 면책을 쉽게 인정하는 것은 타당한 측면이 있다고 생각된다. 다만 이 규정에 대하여 부당하게 강한 책임을 부과하고 그 면책을 쉽게 하는 현재의 구성을 벗어나, 기존의 상법 제99조, 부동산중개업법 제19조 제2항과 비슷하게 과실 책임으로 구성하자는 견해도 경청할 만하다고 생각된다.²⁸⁾

4. 통신판매중개자의 소비자 보호관련 규정의 준수 (제20조 제2항)

1) 규정의 취지와 의미

통신판매중개를 통하여 계약이 체결된 경우에 소비자보호관련 규정을 누가 준수해야 하는가? 이 경우에도 전자상거래소비자보호법상 규정의 수범자가 통신판매업자 또는 전자상거래업자가 될 것이기 때문에 일단 통신판매업자 또는 전자상거래업자가 이 법에 규정되어 있는 소비자보호관련 규정을 준수해야 할 것이다. 통신판매업자가 통신판매중개를 통하여 계약을 체결하였다고 하여 통신판매 내지 전자상거래에 따른 위험이 소비자에게 주어지는 것은 아니기 때문이다. 따라서 통신판매중개를 통하여 계약을 체결하더라도 통신판매업자는 자신의 신원과 거래조건 등에 관한 정보를 상대방에게 제공해야 하고 계약체결상의 일정한 권리를 소비자에게 부여해야 한다. 그런데 통신판매중개자가 제공하는 계약체결절차를 통하여 계약을 체결하는 경우에 통신판매중개자가 소비자를 보호하기 위한 내용이 담긴 계약체결절차를 마련하지 않는다면 통신판매업자는 해당 규정에서 정한 절차를 준수할 수 없게 된다. 예컨대 전자상거래소비자보호법 제7조

27) 이미 이러한 지적으로 이병준, 인터넷 경매에서 당사자 사이의 법률관계, 인터넷 법률 제10호, 2002/1, 178면.

28) 이러한 입장으로 이병준, 인터넷법률 제10호, 178면;

【 제 1 부 】 거래의 다양화에 따른 입법과제 (I)

상의 조작실수 등의 방지조치는 계약체결과정에 편입되어 마련되어 있어야 하므로 통신판매중개자가 이러한 절차를 마련하지 않으면 소비자와 계약을 체결하는 통신판매업자는 해당 의무를 다하지 못하는 결과에 이른다. 따라서 통신판매업자는 전자상거래소비자보호법에 따른 소비자 관련 보호내용을 준수하고 있는 계약체결절차를 마련하고 있는 통신판매중개자의 서비스를 이용해야만 한다.

다만 통신판매업자가 통신판매중개를 통하여 계약을 체결하였으나, 통신판매중개자가 소비자보호 관련 규정을 준수하는 계약체결절차를 마련하고 있지 않아 소비자가 피해를 본 경우에 누가 책임을 부담하는지가 문제된다. 이 때 소비자와 계약을 체결한 통신판매업자가 해당 규정의 수범자이기 때문에 통신판매업자가 당연히 책임을 부담해야 할 것이다.²⁹⁾ 그런데 전자상거래소비자보호법은 한 걸음 더 나아가서 통신판매중개자에게도 제12조 내지 제18조의 규정에 따른 책임을 부담하도록 하고 있다(제20조 제2항 본문). 이와 같은 특별한 의무를 부과하고 있는 근거는 소비자관련 보호규정을 실질적으로 준수할 수 있는 위치에 통신판매중개자가 있다면 그에 따른 소비자보호 관련 규정을 통신판매중개자가 준수해야 하기 때문이다. 다만 통신판매중개자는 통신판매를 업으로 하는 자일 수도 있고 아닐 수도 있기 때문에 통신판매업자가 부담하는 과중한 부담을 무조건 부담하라고 할 수 없으므로 통신판매업자의 지위를 갖고 있는 통신판매중개자에게 해당 의무의 준수를 부과하고 있는 것이다.

29) 우리 학설은 동 규정은 통신판매중개자가 통신판매업자의 지위를 겸하고 있는 경우에는 법에 따라 부과되고 있는 통신판매자의 책임을 부담해야 한다는 점에서 이 조항의 존재의미를 찾고 있다. 이에 따라 통신판매업자의 지위를 겸하고 있는 경우에는 전자상거래소비자보호법에서 부여된 책임을 통신판매중개를 한다는 이유로 회피할 수 없다고 한다. 그런데 이렇게 해석하게 되면 이 견해들이 스스로 지적하는 바와 같이 통신판매업자의 지위를 겸하고 있으면 전자상거래소비자보호법상의 규정인 제12조 내지 18조의 규정들이 당연히 책임을 부담하므로 이 규정은 불필요한 규정으로 해석하고 있다(나지원, 인터넷법률 제29호, 117면; 이충훈, 인터넷법률 제38호, 43면).

본 규정은 통신판매중개자가 계약체결 등을 중개하면서 소비자를 보호할 수 있는 실질적인 위치에 있기 때문에 통신판매중개자에게 제12조 내지 제18조의 책임을 부과하는 것이다.³⁰⁾ 따라서 통신판매중개자가 직접 이러한 책임을 부담하고 싶지 않다고 한다면 단서에서 규정된 바와 같이 통신판매업자가 책임을 지는 것으로 약정을 하고 이를 소비자에게 고지해야 하는 것이다. 이는 통신판매중개자에게 상당히 부담이 되는 규정이 될 수 있으나, 실제로 이러한 규정을 지킬 수 있는 것은 통신판매업을 행하고 있는 자이므로 본문에서 통신판매중개자 중에서 통신판매업을 행하는 자에게만 이러한 강한 책임을 부담하도록 한 것이다. 즉 통신판매중개자 중 통신판매업자가 아닌 자는 이러한 강한 책임을 부담하는 것이 아니다.

다만 본 규정의 적용범위와 관련하여 “계약 체결 내지 계약의 이행에 실질적으로 관여하는” 통신판매업자인 통신판매자로 제한하는 내용을 추가하는 것이 바람직하다고 생각한다. 왜냐하면 광고수단만 마련하여 계약체결 내지 계약 이행에 실질적으로 관여하지 않아 소비자보호 절차를 마련할 수 없는 통신판매업자도 존재하기 때문이다.

2) 소비자 사이의 통신판매중개의 적용배제(제3조 제3항과의 관계)

그러면 통신판매업자인 통신판매중개자에게 제12조 내지 제18조의 책임을 부담하라고 하면서도 제3조 제3항에서 통신판매업자가 아닌 자 사이의 통신판매 중개를 하는 경우에 제13조 내지 제19조의 규정을 적용하지 않는다고 하는 규정의 의미는 무엇인가? 통신판매중개

30) 본 규정은 독자적인 규정취지를 갖고 있는 것이므로 본 규정내용이 당연한 내용을 규정하고 있다는 비판은 타당하지 않다. 다만 본 규정에서 제12조 내지 제18조의 규정의 책임을 부담한다는 내용이 입법사적으로 본다면 통신판매업자의 책임에 관한 내용을 상징적으로 의미하는 것으로 해석되므로 실제로 해당 규정을 통신판매중개자가 준수할 수 있는 개별적으로 판단하여 좀 더 세밀한 규정작업을 필요한 것으로 생각된다.

【 제 1 부 】 거래의 다양화에 따른 입법과제 (I)

자가 중개를 하는 경우에 이는 통신판매업자들 사이(BtoB), 통신판매업자와 소비자 사이(BtoC) 그리고 소비자들 사이(CtoC)의 거래를 중개할 수 있다. 제20조에서는 이에 관하여 제한을 두고 있지 않고 있다. 그런데 통신판매업자인 통신판매중개자가 소비자보호 관련 규정에 따른 책임을 부담할 필요가 있는 것은 원래 통신판매중개를 이용하는 자들 사이에 소비자보호가 문제가 일어나기 때문이다. 즉 통신판매업자와 소비자 사이의 거래를 중개하기 때문이다. 따라서 통신판매업자와 소비자 사이의 거래를 중개하는 경우에만 제20조 제2항이 적용되어야 할 것이다. 그런데 통신판매업자들이 모두 판매자와 구매자가 되는 거래는 이미 제3조 제1항에 의하여 전자상거래소비자보호법이 모두 적용되지 않는다는 규정이 있으므로 BtoB를 중개하는 경우에는 제20조 제2항이 적용되지 않는다. 그리고 소비자 사이의 거래를 중개하는 경우도 제20조 제2항의 적용범위에서 빠져야 하므로 이 기능을 제3조 제3항이 하는 것이다. 따라서 이 규정은 소비자 사이의 거래를 중개하는 경우에 소비자관련 규정을 준수할 필요가 없다는 매우 중요한 내용을 담고 있으면서 매우 정직한 입법기술에 의한 규정내용을 갖고 있는 것이다.³¹⁾

IV. 온라인 디지털 콘텐츠에 대한 규제

1. 온라인 거래와 전자상거래소비자보호법의 한계

계약유형을 분석하는데 있어서 계약의 체결 및 이행이 온라인 또는 오프라인으로 이루어지는가에 따라 네 가지의 형태로 나눌 수 있다. 그런데 통신판매와 관련하여서는 통신매체를 통하여 계약체결이 이루어지는 것이 주된 특징이므로 실제로 중요한 의미를 갖는 계

31) 따라서 제20조 제2항과 제3조 제3항의 규정이 충돌하므로 제3조 제3항을 삭제해야 한다는 견해(고형석, 인터넷법률 제20호, 53면)는 타당하지 않다.

약은 통신매체를 통하여 계약이 체결된 경우이고³²⁾ 그에 따라 계약의 이행이 전자적으로 이루어지는가에 따라 오프라인 거래와 온라인 거래로 나누게 된다.³³⁾ 오프라인 거래는 계약체결이 온라인으로 이루어지지만 계약이행은 우편 또는 택배서비스 등에 의해 현실적으로 이루어지게 된다. 반면에 온라인 거래는 온라인상으로 계약이 체결될 뿐만 아니라, 이행도 온라인으로 이루어진다.

지적창작물인 콘텐츠를 이용하는 형식도 정보화가 진척되면서 책, 비디오, 음반 등을 일반상점에서 거래하다가, 점차 전자상거래로 책, 비디오, 음반을 구입하여 배송받는 오프라인 거래가 활성화 되었다. 현재는 이러한 콘텐츠의 디지털화가 진척되면서 이행도 온라인으로 이루어지고 있는 경우도 많으며, 디지털콘텐츠 이용에 따른 소비자보호의 문제에 관하여 전자상거래소비자보호법이 그대로 적용될 수 있다. 그런데 전자상거래소비자보호법이 전통적인 통신판매를 그 모델로 하는 규정을 많이 갖고 있어서 실제로 규정내용이 온라인거래에 맞지 않는 경우가 있다. 예컨대 전자상거래소비자보호법 제18조 제2항에 따르면 사업자는 재화등을 반환받은 날부터 3영업일 이내에 대금을 환급하도록 규정되어 있다. 이에 따라 소비자의 반환의무와 사업자의 환급의무는 동시이행의 관계에 있지 않으며 소비자가 먼저 반환해야 하는 선이행 의무를 부담하고 있다. 따라서 물품의 반환이

32) 전자상거래와 관련하여 계약의 체결이 오프라인으로 이루어지고 계약의 이행이 온라인으로 행하여지는 경우에는 이를 전자거래로 볼 수도 있으나, 현실적으로 이러한 거래는 큰 의미를 갖지 못한다(이에 반하여 그 중요성을 강조하는 입장으로 정완용, 전자상거래법, 21면). 또한 전자거래기본법에서 전자거래의 정의를 통하여 ‘전자문서’에 의하지 않는 법률행위는 동법의 대상이 되지 않으므로 오프라인으로 계약이 체결되고 온라인으로 이행이 이루어지는 경우는 전자거래기본법상의 전자거래에 해당하지 않는다(동지, 왕상한, 전자상거래와 국제규범, 2001, 118면; 김진환, 전자거래에 있어서의 문서성과 서명성에 관한 고찰, 법조 제515호, 1999년 8월, 119면. 이에 반하여 전자거래에 해당한다고 보는 견해로 오병철, 전자거래법, 제2판, 2000, 63면 및 65면 이하).

33) Koehler/Arndt, Recht des Internet, 2. Aufl., 2000, S. 27.

있는 경우에 사업자는 소비자가 철회한 이후에도 물건이 반환될 때까지 상당한 기간 동안 환급절차에 여유를 가지게 된다. 그런데 온라인 디지털 콘텐츠의 경우에는 반환의 문제가 발생하지 않기 때문에 청약철회를 한 후 사업자가 3영업일 이내에 대금을 환급해야 한다는 의미가 되므로 이 기간이 너무 짧을 수 있다.³⁴⁾

2. 온라인 디지털 콘텐츠에 관한 온디콘법의 내용

전자상거래소비자보호법이 온라인 디지털 콘텐츠에 대하여 일부 타당한 규정내용을 갖고 있지 않다는 측면에서 우리 입법자는 2005년 12월의 온디콘법 개정을 통하여 거래법적 내용을 추가하고 디지털콘텐츠의 이용자보호에 관한 규정을 도입하였다. 또한 개정 온디콘법을 근간으로 하여 「디지털콘텐츠 이용자보호지침」³⁵⁾과 「디지털콘텐츠 이용 표준약관」³⁶⁾이 제정·고시되었다.

2005년 12월에 개정된 온라인 디지털콘텐츠 산업 발전법은 거래법적 내용을 담고 있으며, 입법이유에 따르면 이 개정은 크게 두 가지 목적을 갖고 있다. 즉 첫째, 전자상거래소비자보호법의 일부 규정에 의해서도 온라인 디지털 콘텐츠를 이용하는 이용자의 권익을 보호받을 수 있으나, 최근 온라인 디지털 콘텐츠 거래 활성화에 따른 소비자 피해가 증가함에 따라 청약철회 등이 불가능한 온라인 디지털 콘텐츠의 경우 사실의 표기, 시용상품의 제공, 한시적·일부 이용을 통해 청약철회 권리가 방해받지 않도록 하는 등 이용자의 권익을 보다 적극적으로 보호하기 위함이다. 둘째, 온라인 디지털콘텐츠 산업 발전법에서는 온라인 디지털 콘텐츠의 거래와 관련되는 이용자의 기본

34) 이미 이와 같은 지적으로 이병준, 온라인디지털콘텐츠 이용계약에서의 계약해소 - 청약철회, 계약해제·해지를 중심으로, 민사법의 현대적 과제와 전망(남강 서광민교수 정년기념논문집), 2007, 241면.

35) 제정 2006. 12. 29 정보통신부고시 제2006-51호.

36) 제정 2007. 5. 3. 정보통신부공고.

권익을 보호하기 위한 소비자보호 규정이 명시되어 있지만 다분히 선언적인 규정에 머무르고 있어 소비자보호 지침의 제정 등 구체적이고 명확한 이용자 보호를 위한 법적 근거를 마련하는 것이다.

주요 내용을 살펴보면 첫째, 온라인 디지털 콘텐츠제작자가 전자상거래소비자보호법에 따라 청약철회 등이 불가능한 온라인콘텐츠의 경우 그 사실을 표시사항에 포함시키거나 시용상품의 제공, 한시적 또는 일부 이용 등의 방법으로 청약철회 등의 권리 행사가 방해받지 아니하도록 조치하게 하였고, 그 조치를 하지 아니한 경우에 소비자의 청약철회는 제한되지 아니한다(동법 제16조의 2). 둘째, 문화체육관광부 장관에게 온라인 디지털 콘텐츠 거래 표준약관 및 표준계약서를 제정하여 그 시행을 권고할 수 있도록 하였다. 표준약관에는 온라인 디지털 콘텐츠사업자에게 온라인 디지털 콘텐츠 거래 시 이용자 보호를 위하여 약관에서 과오금의 환불, 콘텐츠 이용계약의 해지·해제의 권리, 콘텐츠 하자 등으로 발생하는 이용자 피해보상 등의 내용을 포함 하도록 하였다(동법 제16조의3 제2항). 또한 온라인 디지털 콘텐츠 사업자가 온라인 디지털 콘텐츠 거래 시 이용자 보호를 위한 약관을 정하려고 할 때에는 다음 사항 등을 포함하도록 하였다(동법 시행령 제21조의 2). 1) 온라인 콘텐츠 이용에 필요한 기술사양, 2) 과오금의 환불방법 및 절차, 3) 온라인 콘텐츠 이용계약의 해지·해제 방법 및 그 효과와 위약금의 범위, 4) 온라인 콘텐츠 하자 등에 의한 이용자 피해보상의 기준·범위·방법 및 절차, 5) 전자상거래소비자보호법 및 약관규제법이 이용자 보호를 위하여 정하는 사항 등이다. 셋째, 온라인 디지털 콘텐츠 이용자 보호지침의 제정을 위한 법적 근거도 마련되어 문화체육관광부 장관은 온라인 디지털 콘텐츠의 건전한 거래 및 유통질서 확립과 이용자 보호를 위하여 온라인 디지털 콘텐츠사업자의 자율적 준수를 유도하는 지침을 관련 분야의 제작자, 기관 및 단체의 의견을 들어 정할 수 있도록 하였다(동법 제16조의3 제1항). 넷

제, 온라인디지털 콘텐츠사업자를 대상으로 한 이용자 보호교육의 실시 및 이용자 피해구제를 위한 제반조치에는 (1) 온라인 콘텐츠 거래 관련 이용자의 피해실태 조사, (2) 온라인 콘텐츠 거래 관련 이용자의 피해상담 및 예방활동, (3) 온라인 콘텐츠 사업자를 대상으로 하는 이용자 보호교육 등이 포함된다(동법 시행령 제21조의3 제1항).

3. 온라인 디지털 콘텐츠에서 청약철회 인정여부

상품의 판매를 전제로 한 전자상거래소비자보호법에서 인정하고 있는 청약철회권을 온라인디지털 콘텐츠에서도 소비자에게 인정하는 것이 타당한지가 학계와 실무에서 많이 문제되고 있다. 전자상거래소비자보호법이 제정되기 이전에는 전자상거래를 통하여 체결된 계약에 무조건적인 철회가 인정되지 않고 있었으나, 무조건적 철회권을 인정해야 한다는 논의가 진행되고 있었다. 그런데 이행이 온라인으로 이루어지고 급부의 객체가 물성을 갖추지 않은 디지털 제품인 경우에는 자유로운 철회권을 인정하는 것이 소비자에게 일방적으로 유리하므로 무조건인 철회를 부인해야 한다는 견해가 이미 제기되고 있었다.³⁷⁾ 그 후 전자상거래소비자보호법의 제정으로 조건 없는 청약철회권이 인정되면서 온라인 디지털 콘텐츠를 온라인으로 이용하는 계약에도 본 법이 적용되어 청약철회권이 인정되게 되었다.³⁸⁾

그렇지만 디지털 콘텐츠의 경우 복제가 용이하고 타인에 의한 이용가능성이 있다는 이유로 일반 재화의 경우와 동일하게 철회를 적용하기 어렵다는 시각이 지배하고 있었다. 이러한 논의 속에 온라인 디지털 콘텐츠와 관련하여서는 철회권 배제 사유로서 전자상거래소비자보호법 제17조 제2항 제2호뿐만 아니라, 제4호도 적용될 수 있다

37) 지원립, 가상공간에서의 거래의 계약법적 규율에 관한 연구, 한국법제연구원, 2001, 51면 이하.

38) 정완용, 디지털콘텐츠 이용과 소비자보호, 인터넷법연구 제3권 제2호, 2004, 105면.

는 전제하에서 제6항에 따른 추가적인 요건이 제2호뿐만 아니라, 제4호에도 적용될 수 있도록 개정이 필요하다는 의견이 개진되었다. 그에 따라 복제가 가능한 재화 등의 경우에도 청약철회의 제한 사실을 소비자가 쉽게 알 수 있도록 명기하거나 시용상품을 제공하는 등의 방법으로 디지털 콘텐츠를 이용하는 소비자가 불이익을 받지 않도록 보완해야 한다는 것이다. 이러한 의견이 반영되어 절차적 요건의 개정이 2005년도에 이루어졌다.

2005년도 말에 신설된 온디콘법 제16조의2에 의하면 온라인 디지털 콘텐츠제작자는 전자상거래소비자보호법 제17조 제2항 본문의 규정에 따라 청약철회 등의 불가능한 온라인 콘텐츠의 경우에는 그 사실을 제17조의 규정에 따른 표시사항에 포함시키거나 시용상품의 제공, 한시적 또는 일부이용 등의 방법으로 청약철회 등의 권리행사가 방해받지 아니하도록 조치하여야 한다. 다만 이 조치를 하지 아니한 경우에는 소비자의 청약철회는 제한되지 않는다. 이 규정은 전자상거래소비자보호법 제17조 제6항을 대체하는 조항이고 제2항의 배제사유를 대체하는 조항은 아니다. 따라서 온디콘법 제16조의2는 전자상거래소비자보호법 제17조 제2항의 철회권 배제규정을 전제로 하고 있다.³⁹⁾ 본 조항은 철회권이 배제되기 위한 절차적 요건만을 규정하고 있으며 실질적인 요건은 전자상거래소비자보호법 제17조 제2항을 기초로 하고 있다. 따라서 온디콘법상으로도 여전히 어느 디지털 콘텐츠가 철회권이 배제될 수 있는 경우에 해당하는지는 논란의 대상이 될 수 있다.⁴⁰⁾

최근의 이와 관련된 연구에서는 배제사유 규정이 매우 협소하므로 이를 명확히 규정할 필요가 있다는 타당한 지적이 일고 있어⁴¹⁾ 온라

39) 이와 같은 동일한 시각으로 온디콘법 일부개정법률안 검토보고서, 2005. 11. 22.

40) 또한 디지털콘텐츠 이용자보호지침상으로 배제사항을 자세히 예시하고 있으나, 이러한 예시내용이 부당함은 이미 자세히 논한 적이 있다(이에 관하여 이병준, 남강 서광민교수 정년기념논문집, 226면 이하 참조).

41) 이병준, 남강 서광민교수 정년기념논문집, 234면; 오병철, 민사법학 제39-1호,

인 디지털 콘텐츠의 경우에 명확히 철회권을 배제하는 규정을 마련할 필요가 있다. 그런데 여기서 짚고 넘어가야 할 부분은 철회권을 배제할 필요가 있는 이유이다. 통신판매의 경우 오프라인 이행의 경우 직접 구매하는 물품을 보지 못하므로 계약이 이행된 후 해당 물품을 직접 보고 계약을 유지할 필요성이 있는지 재고할 수 있는 기회를 부여하는 것이 철회권이라고 할 수 있다. 그런데 온라인 디지털 콘텐츠의 경우는 구매 전에 온라인으로 콘텐츠 전부는 이용할 수는 없지만, 일부를 이용하거나 시용상품을 이용하는 것이 가능하므로 철회권을 부여할 필요가 없는 것이다. 따라서 복제본을 쉽게 만들 수 있기 때문에 철회권이 행사가 배제되어야 한다는 논거보다는 아예 처음부터 해당 디지털 콘텐츠를 일부이용하거나 시제품을 사용하여 보았다면 청약철회권을 인정할 필요가 없다는 논거가 더 타당하다고 생각된다.

V. 여 론

본 논문은 최근 전자상거래소비자보호법과 관련하여 제기되었던 몇 가지 문제점들을 보여주려고 노력하였다. 실제로 구체적인 규정내용을 분석하고 비판하는 연구들도 많이 있지만, 그 내용까지는 지면관계상 소개하지 못하였다. 하지만, 앞에서 논의되었던 문제들이 전자상거래소비자보호법의 전체적인 틀 및 규율방향과 연관된 문제들이고 이러한 큰 쟁점들이 정리되어야 구체적인 규정내용의 개정작업도 진행될 수 있을 거라 생각이 들어서 위 문제들은 제기하여 보았다. 전자상거래소비자보호법은 통신판매에서 소비자보호와 공정한 거래질서 확립을 목적으로 하는 긍정적인 입법을 기초로 해서 제정된 법이기는 하지만, 현재 규정형식이나 규정내용에 있어서 상당한 개정

198면 이하.

이 요구되는 법이다. 큰 틀에서의 개정은 법의 형식을 바꾼다는 의미도 있겠지만, 규정내용을 명확히 하여 현실적인 규범력을 높인다는 측면도 가질 것이다. 이러한 측면에서 개정작업이 이루어질 것을 기대해 본다.

토 론 문

이 용 수

(공정거래위원회 전자거래팀장)

I. 머리말

이병준 교수님께서는 전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률(이하 “전자상거래소비자보호법”)이 2002년도에 제정된 이후 2005년도에 선불식 통신판매의 거래안전을 위한 결제대금예치제도 도입과 구매권유광고 수신거부의사 등록시스템의 도입을 내용으로 하는 개정을 하는 등 지금까지 운용을 하면서 나타난 전자상거래와 통신판매의 규율방식, 통신판매중개에 따른 소비자보호문제 등 몇 가지 문제점에 관해 좋은 의견을 제시해 주셨습니다.

전자상거래소비자보호법 소관부처인 공정거래위원회에서도 이러한 문제점을 인식하고 지난 해 빠르게 변화하는 전자상거래 시장에서 소비자 보호를 위한 새로운 정책수요를 파악하고 이를 법령에 반영하기 위해 민관합동으로 T/F를 구성하여 운영한 바 있습니다. 이에 더하여, 지난 3월말 공정위는 공정위 소관법령을 글로벌 스탠더드에 맞게 전반적으로 재정비하기로 한 바 있고 이에 따라 전자상거래소비자보호법의 경우도 작년에 T/F에서 논의된 내용을 포함하여 앞으로 공정위 내에서 소관법률분야별로 구성될 새로운 법령개선 T/F에서 논의가 다시 진행될 예정으로 있습니다.

오늘 이 자리에서는 그동안 전자상거래소비자보호법 운영 과정에서 각계에서 제기된 개선 의견들 중 몇 가지를 간략히 말씀드리고자 합니다. 참고로 오늘 제가 말씀드리는 내용은 다양한 의견의 개진 차원에서 이해해 주시기 바라며, 아직까지 공정위 내부적으로도 방침이 정해진 것은 아니라는 점을 말씀드립니다.

II. 몇 가지 개선 논의 사항

1. 통신판매중개자의 법적책임 명확화

현행 전자상거래소비자보호법 제2조제4호와 동법시행규칙 제3조에 의하면, “통신판매중개자”라 함은 ‘사이버몰의 이용을 허락’하거나 그 밖에 ‘자신의 명의로 통신판매를 위한 광고수단을 제공하거나 그러한 광고수단에 자신의 이름을 표시하여 통신판매에 관한 정보의 제공이나 청약의 접수 등 통신판매의 일부를 수행하는 것에 의하여 거래 당사자간의 통신판매를 알선’하는 자를 말합니다. 이러한 현행 규정상 통신판매 중개행위에 대한 개념 정의와 그 범위가 명확하지 않다는 지적도 있습니다. 그렇지만 대체적으로 최근 온라인 상에서 그 거래비중이 증가하고 있는 오픈마켓이나 가격비교사이트를 통신판매중개자로 해석할 수 있을 것입니다. 이와 관련하여 현행 전자상거래소비자보호법 제20조제1항의 해석상 통신판매중개자들은 판매할 때 책임이 없음을 미리 고지하기만 하면 소비자 피해가 발생한 때에도 면책되는 문제점이 자주 지적되고 있습니다.

이에 따라, 통신판매중개자의 입점업체에 대한 관리책임을 강화해야 한다는 의견이 제기되고 있습니다. 통신판매중개자에게 입점 통신판매업자가 신원정보나 상품정보를 진실되게 제공하고 있는지 확인할 책임을 지도록 한다거나, 통신판매중개자로 하여금 자신의 중개사

이트에서 발생한 소비자 피해에 대해 일정부분 관리책임(거래당사자 간 분쟁조정에 적극적으로 협력할 의무 등)을 지도록 하는 방안 등이 제시되고 있습니다.

또한, 통신판매중개자 자신의 신원정보를 바르게 소비자에게 제공한다는 측면에서, 통신판매중개자로 하여금 초기화면과 매 거래시 계약체결전에 자신이 거래당사자가 아니라는 사실을 명확하게 사전에 소비자에게 고지하도록 해야 한다는 주장이 있습니다.

다만 통신판매중개자의 책임을 지나치게 강조할 경우 오픈마켓 등을 통해 소비자에게 싸게 물건을 판매하면서 최근 급성장하고 있는 비즈니스 모델 자체를 사라지게 할 염려도 있다는 지적도 있습니다. 이에 대해서는 입점업체에 대한 신원관리 책임을 강화해서 오픈마켓 자체에 대한 소비자의 신뢰도를 증가시키는 것이 오픈마켓 사업자의 입장에서라도 도움이 되는 것이라는 반론도 있습니다.

이 부분과 관련한 이병준 교수님의 발표내용에 대해 한 가지 질문을 드리고자 합니다. 통신판매중개자에게 중개한 거래와 관련하여 책임이 없다는 사실을 약정하거나 고지할 의무를 부담시키는 전자상거래소비자보호법 제20조제1항 본문의 규정에 대해, 이러한 의무는 하나의 책무 내지 간접의무로서 그 의무위반에 대해 연대책임이라는 강한 책임을 부담시키는 규정이므로 면책을 쉽게 인정하는 것은 타당한 측면이 있다고 하셨습니다. 여기서 문제는 실제 대부분의 통신판매중개자가 사이트상에서 면책의 고지를 함으로써 손쉽게 책임을 회피하고 있기 때문에, 이 규정이 ‘강한 책임’ 보다는 ‘쉬운 면책’의 근거규정으로서의 역할에 그치고 있다는 점입니다. 그런 측면에서 이 교수님께서 별도로 제시하신 상법 제99조 등과 비슷하게 과실책임으로 구성하자는 견해에 의할 때, 어떠한 요건하에 통신판매중개자의 책임이 성립할 수 있을지 궁금합니다.

2. 호스팅사업자의 관리책임 강화

대부분의 통신판매업자들은 호스팅사업자를 통해 사이버몰을 구축하고 온라인쇼핑 사업을 합니다. 호스팅사업자는 통신판매업자에게 쇼핑몰 프로그램, 저장공간, 결제프로그램 등을 제공하고 수수료를 받는 사업자입니다. 이러한 호스팅사업자가 호스팅 서비스를 의뢰하는 자에 대해 적정수준의 신원이나 동기 등을 확인함이 없이 서비스를 제공함으로써 경우에 따라서는 사기행위를 방조하는 경우가 있다는 지적이 있습니다. 이에 따라 호스팅사업자로 하여금 사이버몰 구축 완료 이전에 사업자등록·통신판매업신고 여부 등 쇼핑몰 호스팅 이용자의 신원 관련사항에 대해 사전에 확인을 하도록 하여 일정한 요건을 구비하였을 경우에만 사이버몰 구축 서비스를 제공하도록 하는 방안이 제기되고 있습니다. 또한 통신판매업자가 에스프로 등 구매안전서비스를 도입하고자 할 때 호스팅사업자가 이에 협력할 의무를 지도록 하는 해야 한다는 견해도 있습니다.

3. 온라인상에서의 개인간 거래에 대한 거래안전 장치 도입

온라인상에서 B2C 거래 이외에 C2C 거래규모가 급성장하고 있으며 이에 따라 소비자피해도 함께 급증하고 있습니다. 특히 C2C 사기 거래로 인한 소비자피해가 증가하고 있는데 구매안전서비스의 부재가 이를 조장하고 있다는 지적이 있습니다. 따라서 오픈마켓에서 일정금액 이상의 C2C 거래에 대해서는 B2C 와 마찬가지로 에스프로제 적용을 의무화 해야 한다는 견해가 있습니다. 현재 실무적으로 선도적인 오픈마켓에서는 B2C 뿐만 아니라 C2C거래에 대해서도 에스프로를 활용하고 있으므로 이를 법에 수용하여 하나의 바람직한 거래 관행으로 정착시키자는 것입니다.

4. 청약철회권 행사기간의 적정성 여부

현행 전자상거래소비자보호법상 소비자의 단순변심에 의한 청약철회기간은 7일로 되어 있으나, 사업자의 악덕상술행위의 가능성이 높은 비대면거래의 특수성을 반영하여 그 기간을 연장해야 한다는 견해와 무조건적인 청약철회가 가능한 기간인 점을 감안한다면 오히려 그 기간을 단축해야 한다는 견해가 대립하고 있습니다.

5. 간이과세자에 대한 신고의무 면제규정

현행 전자상거래소비자보호법에 의하면 연간매출액이 4,800만원에 미달하는 간이과세사업자에 대해서는 통신판매업 신고의무를 면제해주고 있습니다. 그러나 전자상거래에 있어 소비자피해는 유명 대기업보다는 영세한 소규모사업자와의 거래에서 더욱 빈발하고 있으며 소규모사업자의 상당수가 간이과세사업자에 해당합니다. 만일 통신판매 신고조차 하지 않은 소규모 사업자가 사이버공간에서 사실과 다른 신원정보를 제공하여 책임을 회피하려 할 경우, 소비자는 거래상대방인 사업자에 관한 어떠한 객관적 자료도 확보할 수 없게 됩니다. 따라서 사이버 공간에서 소비자를 보다 충실히 보호하기 위해서는 간이과세사업자에 대한 신고의무 면제규정을 삭제해야 한다는 의견이 있습니다.

Ⅲ. 맺음말

이상 전자상거래소비자보호법의 개선방향과 관련하여 논의되고 있는 몇 가지 사항들에 대해 말씀드렸습니다. 이 교수님께서 혹시 이에 대한 의견이 있으시면 말씀해 주시기 바랍니다.

【 제 1 부 】 거래의 다양화에 따른 입법과제 (I)

오늘 이 교수님이 발표해 주신 내용을 비롯해서 이 자리에서 논의되는 다양한 의견들에 대해서는 앞으로 법 개정 추진과정에서 충분한 검토과정을 거쳐 문제점들이 개선될 수 있도록 노력하겠습니다.

토 론 문

조 영 희

(평택대학교 경상학부 교수)

1. 전자상거래 관련법 현황

국내에 전자상거래 관련법의 출현은 1999년에 전자거래기본법, 전자서명법이 제정되면서 시작되었으며, 2002년에 전자상거래등에서의 소비자보호에 관한 법률이 제정되었다. 전자거래기본법은 전자상거래의 증가와 전자상거래 기술 발전 등의 급속한 환경 변화에 대비하기 위하여 2002년에 전면 개정된다. 또한 디지털 콘텐츠 산업의 육성을 위해 2002년에 온라인디지털콘텐츠산업발전법도 마련되었다. 한편 미국의 경우를 살펴보면, 인터넷 사용이 급속도로 증가하고, 최초의 Electronic Shopping Mall이 1994년에 출현하면서 1995년에 미국변호사협회가 디지털서명가이드라인을 제정하였다. 그 후 유타주를 비롯하여 41개주에서 전자서명법제를 마련하다가 미국 통일주법전국대위원회의(NCCUSL)는 1999년에 통일전자거래법과 2000년에 통일컴퓨터정보거래법을 제정하였다. 그리고 2000년에 연방전자서명법을 제정하기에 이른다. 그런데 미국은 1997년 범세계 전자상거래 기본틀(A Framework for Global Electronic Commerce)을 마련하여 다음과 같은 5개 원칙에 근거하여 전자상거래 관련 제도를 수립해 나간 것 특징이다. 첫째, 민간부문이 전자상거래를 주도해야한다. 둘째, 정부의 불필요한 규제를 금지한다. 셋째, 정부의 개입은 일관된 법적 환경을 구현하는데 한정한다. 넷째, 인터넷의 특성을 이해하며, 전자상거래환

【 제 1 부 】 거래의 다양화에 따른 입법과제 (I)

경에 맞는 법과 제도를 정비한다. 다섯째, 법세계적 차원의 활성화를 추진한다. 이같이 미국은 인터넷 환경에서 전자상거래를 충분히 이해하고 최소한의 정부의 규제를 원칙으로 전자상거래 관련 법규를 만들어 나가고 있다.

국내의 전자상거래 관련법들의 출현 배경은 법 제정 발의 동기에 따라 다르다. 우선, 전자거래기본법과 전자서명법의 출현 배경은 거래 시 중요한 증빙 자료인 문서 교환의 문제에서 출발한다. 기업들은 인터넷의 출현으로 기업 간의 전자적 거래 시 수반되는 문서가 전자적으로 교환됨으로서 새로운 문제를 갖게 된다. 기존의 전통적인 법규만으로는 전자문서가 인정되지 않아 전자거래 성사가 어렵게 되어 신규법 제정의 필요성이 요구 되었고 이에 따라 전자거래기본법과 전자서명법이 출현하게 된다. 온라인디지털컨텐츠산업발전법도 디지털 컨텐츠 제작 및 유통 사업자들이 사업에 들인 노력과 비용에 대해 적절하게 법적 보호를 받기 위해 사업자들을 위한 법을 제정하여 당면한 문제를 풀어 나갈 목적으로 마련된다. 이에 반하여 전자상거래등에서의 소비자보호에 관한 법률(이하 전소법)은 개인 고객인 소비자를 보호하기 위하여 법률이 제정이 되었다. 출현 배경이 전소법은 사업자들을 위한 여타의 관련법과는 다르다고 볼 수 있다.

2. 전자상거래 소비자보호법의 문제

전자상거래 소비자보호법에서 문제되는 부분 중의 하나가 애매한 용어정의로부터 출발하고 있다고 생각한다.

전자거래기본법에서는 법 제정 동기와 걸맞게 전자거래의 정의를 동법 2조 5호에서 ‘재화나 용역을 거래함에 있어 그 전부 또는 일부가 전자문서에 의하여 처리되는 거래’라고 규정하고 있다. 앞에서 언급했듯이 기업은 온라인 거래의 출현으로 해결할 문제로서 거래 시

발생하는 수많은 문서들의 처리와 법적 효력의 문제를 갖는다. 그렇지만 이 문제의 출발은 인터넷으로 기업 간 거래를 시작하기 이전인 1960년대부터 발생되고 있었던 문제라고 볼 수 있다. 전자거래의 시작을 전자적문서교환(EDI)으로부터 보는 관점이기 때문이다. 즉, 전자거래기본법은 전자상거래의 범위를 인터넷 출현 이전의 전자적 문서교환 부분을 포함시켜 확장 개념으로 보고 있으며, 광의의 관점에서 전자거래를 정의하고 있다. 즉 인터넷 출현으로부터 발생된 문제 해결을 위해 그 이전의 문제와 동시에 해결하는 차원으로 기업 측면에서 전자거래를 정의했다고 본다.

한편, 전소법에서 전자상거래에 대한 정의는 ‘전자거래(전자거래기본법 제2조 제5호의 규정에 의한 전자거래를 말한다)의 방법으로 상행위를 하는 것’으로 정의 하고 있다. 그러나 전소법은 법제정 배경이 개인 고객인 소비자를 보호하기 위한 법이고 소비자 문제의 출현 시점 또한 인터넷 사용 이후라고 볼 수 있다. 즉 소비자가 인터넷을 통하여 거래하고 전자적 결제가 이루어지는 이후의 일이다. 전소법에서 전자상거래의 정의는 출현 배경이 다른 두 법을 동일 선상에 놓은 상태에서 전자거래기본법에 근거하여 정의하였기 때문에 불분명한 정의가 되었으며 이로 인하여 여러 가지 문제가 발생되었다고 본다.

전소법에서 전자상거래 정의는 출현배경과 동기에 따라 통신상에서 전자적 지불의 관점에 초점을 맞추어 관련법과 분리하여 독립적으로 정의하는 것이 필요하다고 본다. 예를 들어, 전자상거래의 정의를 ‘전자적 환경에서 고객이 정보 및 상품을 구매하고 전자적인 지불을 할 수 있도록 하는 기술, 제품 및 서비스를 포함하는 시스템이다’라고 정의 한다면 전소법에 나타나는 복잡한 용어와 의미들이 간단해질 수 있다. 이 정의에 따르면 전자상거래 상에서 거래 상대방들을 판매자, 구매자, 중개자로 구분할 수 있다. 즉 구매자는 전자지불을 하고 정보 혹은 상품을 수령하는 자, 판매자는 전자지불의 상대자이

다. 중개자는 전자지불과 관계없이 구매자와 판매자를 연결하는 자로 정의 할 수 있다. 또한 이 정의에서는 정보 및 상품이라고 정의 하였으므로 디지털 상품과 물리적 상품을 모두 다룬다고 보고 있기 때문에 온라인 디지털 콘텐츠 산업에 관한 소비자 문제도 이 법에 포함하여 이후의 법규를 정하여 나갈 필요가 있다.

따라서 오픈마켓에서 자주 발생하는 문제인 전소법 20조 1항의 책임소재 고지 문제는 새로운 전자상거래 정의에 따르면 오픈마켓 운영자가 판매자가 되므로 별도로 책임소재를 다룰 필요가 없게 된다. 그러나 이 경우 오픈마켓 판매자의 책임 비중과 일반 쇼핑몰 판매자의 책임 비중은 약간 다를 수 있다. 그것은 특수한 비즈니스 모델 상에서 발생하는 내부 유통 단계의 문제로 유통단계 당사자 간의 약정과 관리 방법에 의하여 조정할 수 있다고 본다.

3. 전통적 상거래와 전자상거래의 차이점 인식 필요

전통적 상거래의 비즈니스 모델은 복잡하지 않아서 오프라인 매장을 갖는 판매자와 구매자와의 관계로 단순하게 구성된다. 그러나 온라인상에서의 비즈니스 모델은 다양하다. 온라인상에서는 구매자도 매장을 가질 수 있으며, 역경매 모델도 존재한다. 이러한 관점에서 전소법 제정 혹은 개정 시 현재 존재하는 전통적인 비즈니스 모델만을 근거로 법을 만들면 얼마 안가서 새로운 문제가 발생할 수 있다고 본다. 왜냐하면 온라인상에서는 현재 존재하지 않는 새로운 비즈니스 모델이 계속 출현 가능하기 때문이다. 예를 들어, 오픈마켓의 경우도 기존의 비즈니스 모델에 근거하여 볼 때 유통 단계에서 특수한 형태의 유통 단계가 추가로 포함되었다고 가정 할 수 있다. 다시 말하면 오픈마켓 모델은 소비자에게 상품 배송의 책임이 있는 자(현

전소법에서 통신판매자라고 하는 부분)에게 오픈마켓 운영자(전소법에서 통신판매중개자)가 상품을 유통하는 단계에서 일부 업무를 특수한 형태로 아웃소싱하는 부분이라 가정할 수 있다(상품을 조달하고 상품정보를 직접 표시하는 역할).따라서 이러한 점을 고려할 때 전자상거래의 비즈니스 모델을 충분히 이해하고 그 바탕 위에서 법제정이 되어야 한다고 생각한다.

4. 최신 기술 관련 법 제정은 기술적 특성을 고려

기술 환경의 변화 속도는 매우 빠르며 앞으로 계속 새롭게 발전할 가능성이 있다는 점을 고려할 필요가 있다. 법 제정 시 너무 정교하게 제정하면 새로운 기술이 출현할 때마다 이를 위한 신규 법을 계속 제정해야 하는 문제가 발생한다. 따라서 정부는 전자상거래에 대해 최소한의 규제를 하고 오히려 일관된 법적 환경을 만드는데 초점을 두는 것이 필요하다. 기타 상세한 부분은 자율규제에 맡기는 것도 좋은 방법이라고 본다. 이렇게 되면 정부 규제의 법질서 하에서 제한된 기술 경쟁을 하는 것이 아니라, 새로운 환경과 비즈니스 모델이 발생하면 시장경쟁원리에 의하여 신기술과 관리기법이 새롭게 만들어짐으로써 오히려 소비자에게 더욱 편리하고 안전한 서비스를 보다 많이 제공하는 환경이 될 수 있다고 본다.

전소법 20조 1항의 면책 규정에 의하여 새로운 비즈니스 모델인 오픈마켓이 출현하는 동기가 되었다. 이 법 조항에 의하여 사업자들은 기술 개발 혹은 관리 방법의 개선 없이 인터넷에 한 줄의 표시만 함으로써 기업이 해결하여야 할 고비용의 문제들을 간단히 해결하고 있다. 이러한 부분은 전자상거래 업계에서 기업들이 꾸준한 투자에 의한 기술 개발을 통하여 시장 경쟁을 하려는 의지와 공정한 경쟁 질서를 저해시키는 부분이라 볼 수 있다.

5. 신기술 모델은 기술적 방법으로 대응하도록 신규 기구 고려

빠른 기술 환경 변화를 고려한다면 사후 대책보다는 피해방지를 위한 예방 차원의 노력도 중요하다. 이를 위해 온라인 문제를 오프라인 방법으로 해결하는 것도 중요하지만 온라인상의 지속적인 감시 평가기구를 도입하여 소비자와 사업자가 항상 참조할 수 있도록 하는 것이 필요하다.

이를 위하여 자율 규제 차원에서 기존의 소비자 단체와는 별도로 전국 단위의 전자상거래 전담 센터에 대한 특별법을 제정하는 것도 고려해 볼 만하다. IT 강국에 걸맞게 전자상거래 사업자 측면의 기술 발전과 지원도 중요하지만 소비자 보호 측면에서도 기술적으로 대처할 수 있도록 정부 차원의 지원이 요구된다.

현재 전자상거래 소비자 관련 기구는 서울특별시에서 운영하는 전자상거래센터가 유일하다. 그러나 이 기구는 서울이라는 지역에 국한되어 있기 때문에 전국적 전자상거래 소비자 문제를 다루는데 한계가 있다. 따라서 전국 단위의 기구를 통하여 전자상거래 소비자 피해에 대한 전국 단위의 통계와 소비자 대책을 마련할 수 있도록 하고, 사업자에 대한 전국단위의 온라인상의 감시 평가 기능을 수행하도록 할 필요가 있다. 현재 전자상거래 소비자 문제 발생 시 소비자들은 여러 곳에 분산하여 문제를 호소하고 있는데 새로운 기구는 소비자들의 일원적인 창구 역할을 할 수 있을 것으로 본다.

총 합 토 론

토론자: 조영규 심의관(법제처)

토론자: 한석현 서기관(국회 정무위원회)

토론문

한석현

(국회 정무위원회 서기관, 변호사)

1. 표시·광고 중복규제 해소를 위한 입법방향

정부는 사업자의 표시·광고에 대한 부처 간의 중복규제 문제를 해소하기 위해서 표시·광고와 관련된 개별법에 따른 조치내용을 공정거래위원회에 통보하도록 하거나, 중복규제를 회피하기 위한 부처 간의 협력방안에 관한 업무협약을 체결하는 등의 노력을 해왔다.¹⁾ 이러한 방안을 통하여 부처 간의 중복규제가 상당부분 해소될 수 있을 것으로 보이나 근본적인 해결책은 되지 못한다. 결국 입법적 결단을 통하여 정부부처 간의 업무범위를 명확하게 정함으로써 수범자에게는 규제수단에 대한 예측가능성을 부여하고 소비자에게는 보다 쉬운 피해구제수단을 제공해야 할 것이다.

개별법에 따른 표시·광고 규제는 해당 산업에 고유한 사항으로서 매우 제한된 범위 내에서 규정되어야 할 것이고, 그 외 일반화시킬 수 있는 표시·광고에 관한 규제는 공정거래위원회 소관의 『표시·광고의 공정화에 관한 법률』(이하 “표시광고법”이라 한다)에서 명확

1) 방송분야에서는 부당한 지상파 방송광고·홈쇼핑 광고에 대한 중복규제를 해소하기 위하여 방송위원회(현 방송통신위원회)와 업무협약을 체결하고, 금융분야에서는 시·도지사가 대부업자에게 대부업법에 따른 조치를 한 경우 그 조치내용을 공정거래위원회에 통보하도록 하여 동일 사안에 대한 중복제재를 방지하고자 한 예를 들 수 있다.

하게 규정함으로써 법 집행의 형평성과 객관성을 제고시켜야 할 것이다.

이와 같은 입법적 해결을 하기 위해서는 정부 부처 간에 규제권한 분배를 둘러싼 이해관계를 뒤로 하고, 어떻게 하는 것이 표시·광고 관련 규제입법의 수범자와 용이한 피해구제를 바라는 소비자 모두에게 도움이 되는 입법방향인지에 관한 고려를 우선시켜야 하겠다.

2. 부당한 표시·광고행위 요건의 입법방향

표시광고법은 부당한 표시·광고행위를 금지하고(법 제3조제1항) 이를 위반한 사업자에 대하여 시정조치(법 제7조제1항)·과징금(법 제9조제1항)뿐만 아니라 형사처벌(법 제17조제1호)까지 부과할 수 있도록 하고 있다. 따라서 부당한 표시·광고행위의 요건은 침익적 행정처분의 근거가 될 뿐만 아니라 범죄구성요건이기도 하기 때문에 가능한 한 구체적이고 명확하게 규정되어야 하고 그 세부요건을 하위법령에 위임할 때에도 매우 엄격해야 한다.

현행 표시광고법은 제3조제1항에서 부당한 표시·광고행위를 정의하고 같은 조 제2항에서 그 ‘구체적인 내용’을 대통령령으로 정하도록 하고 있으므로 이에 따라 같은 법 시행령에서는 부당한 표시·광고행위의 구체적인 내용을 시행령에서 직접 정함으로써 수범자의 법적 안정성을 제고하여야 한다.

그러나 같은 법 시행령 제3조는 법 제3조제1항 각 호에서 정한 ‘허위·과장, 기만, 부당비교 및 비방’ 표시·광고행위를 국어적 의미에서 풀어서 기재하고만 있을 뿐(시행령 제3조제1항부터 제4항), 부당한 표시·광고의 실질적인 요건인 세부적인 유형과 기준을 모두 공정거래위원회의 고시로 정하도록 하고 있다(같은 조 제5항). 이에 따르면, 사업자의 표시·광고가 부당한 것인지에 대한 판단은 공정거래

위원회가 제·개정하는 ‘부당한표시·광고행위의유형및기준지정고시’에 따르게 됨으로써 실제로는 이 고시가 침익적 처분의 근거가 되고 범죄구성요건으로서의 역할을 하게 된다.

대통령령의 개정절차를 거친다면 탄력적인 법 집행이 매우 곤란하다는 등의 예외적인 사유가 있는 경우에는 이러한 요건을 ‘대통령령’보다는 개별 행정부처의 ‘고시’를 통하여 법규적 요건을 마련하는 것이 효율적일 수 있다. 그러나 위 ‘부당한표시·광고행위의유형및기준지정고시’는 1998년에 제정된 이후 지금까지 단 2차례의 개정이 있었을 뿐이므로 위와 같이 ‘고시’로 규정할 만한 예외적인 사유가 있다고 보기 어렵다.

따라서 침익적 처분의 근거 및 범죄구성요건이 되는 부당한 표시·광고행위의 세부요건을 공정거래위원회가 관계행정기관의 장과 협의절차(같은 법 시행령 제3조제5항 후단)만 거치면 단독으로 개정할 수 있는 ‘고시’의 형태로 정할 것이 아니라 ‘대통령령’으로 정하도록 하여야 할 것이다.

대통령령의 제·개정절차인 입법예고 등을 통하여 수범자인 사업자와 소비자단체등의 민의를 반영하고, 차관회의 및 국무회의를 거쳐 실질적인 관계부처 간의 합의를 도출함으로써 절차적 민주성을 담보하는 것이 바람직한 입법방향일 것이다.

토 론 문

이 택 길

(법제처 경제법제국 행정사무관)

1. 제1주제(소비자거래법제)에 관하여

김성천 박사님과 최우성 국장님께서 공통적으로 지적하신 문제에 관하여 간단히 언급하겠습니다. 우선 단체소송에 관한 것입니다. 단체소송은 현재 「소비자기본법」 제70조 이하에서 규정하고 있으며 증권관련 집단소송제도가 입법화되어 있습니다. 그런데 과연 원고적격을 적절하게 제한할 수 있을지가 의문입니다. 또한, 기업들이 단체소송으로 생길 수 있는 손해 위험분을 결국 상품가격에 전가하게 될 것이라면 단체소송이 소비자후생에 반드시 순기능만을 한다고 보기는 어렵다고 생각합니다. 따라서 위 「소비자기본법」을 소비자 관계법 전반에 준용하는 것은 신중을 기할 필요가 있음을 말씀드리겠습니다.

다음으로 징벌적 배상에 대하여 말씀드리자면, 현재 입안 과정에 있는 동의명령제도와 연계하여 검토하여야 함을 언급하겠습니다. 미국의 경우 3배배상제도의 위하력으로 인하여 기업들이 동의명령제도를 선택하게 되는 경제적인 유인이 있습니다만 우리의 경우 3배배상제도가 아직 입법화되기도 전에 한미 FTA 협상의 후속조치라는 이유로 동의명령제가 추진되고 있는데 과연 동의명령제가 생명력이 있는 제도로 기능할 수 있을 것인지 의문입니다. 그리고 3배배상제도 자체의 타당성에 대하여도 좀 더 많은 검토가 필요할 것입니다.

최우성 국장님께서 소비자 관계법령이 전반적으로 너무 어렵게 되어 있다고 지적하셨는데, 정말 뼈아픈 지적이며, 앞으로 심사할 때 이 점을 항상 유념하겠습니다.

2. 제2주제(표시·광고법제)에 관하여

두 번째 주제의 경우 발표자도 많았고, 여러 가지 문제점이 제기되었습니다. 일단 가장 중심으로 지적된 것은 이중규제의 문제였습니다. 이를 중심으로 말씀드리겠습니다. 표시광고법상의 규제와 개별법상의 규제가 병치될 가능성은 상존합니다. 물론 김정훈 사무관님의 언급대로 실제로는 공정위에서 그러한 일이 생기지 않도록 노력하고 있다는 점은 알고 있습니다. 하지만 법적으로 그러한 일이 생길 수 있는 여지는 언제든지 열려 있습니다. 이렇게 각 개별법상 규제가 병치되는 것에 대하여 입법적 정비가 매우 곤란하다는 것이 김 사무관님의 말씀이었고, 동의합니다. 이세정 위원님은 타법과의 관계를 규정하는 방안을 말씀하셨는데 타당한 지적이며, 입안시 고려하겠습니다. 한석현 서기관님께서 일반화시킬 수 있는 표시광고에 관한 규제는 표시광고법에서 규정하자고 말씀하셨고, 그러자면 각 개별법 상의 규제를 모두 정비해야 할 것인데 현실적으로 지난한 일이 아닐 수 없습니다. 이것은 장기적인 입법과제로 남겨두어야 할 것입니다.

그래서 나름대로 생각해 본 것이 현행 표시광고법 제15조제4항을 유추해 본 것입니다. 동 조항에서 금융관련 사건의 경우 공정위는 금융위에 통보하여 금융위가 처리하게 하고 있는데 이를 뒤집어 보면 어떨까 합니다. 즉 개별 부처가 표시광고와 관련하여 제재를 하게 될 경우 공정위에 적어도 통보라도 하게 한다면 이중규제의 문제는 어느 정도 해결될 수 있지 않을까 하는 생각이 듭니다. 물론 표시광고 관련 규제를 일원적으로 규정하는 것이 가장 좋겠지만 이것이 현실

적으로 매우 어렵기 때문에 우선은 이렇게라도 입법을 하는 것이 차선이 되지 않을까 합니다.

한편 한석현 서기관님께서 부당한표시광고행위의유형및기준고시가 침익적 처분의 근거로 기능하고 있으므로 이를 적어도 대통령령으로 정하도록 하여야 한다고 지적하셨는데 매우 타당한 지적이시고, 법제심사시에 이를 반영하겠습니다.

3 제3주제(전자상거래법제)에 관하여

시간상 이 문제는 중점적인 주제였던 통신판매중개자의 지위에 관하여만 언급하고 마치기로 하겠습니다. 이병준 교수님은 중개자가 제대로 정의되어 있지도 않고 전자상거래법의 직접적인 적용대상도 아니며, 주된 당사자가 아니어서 사실행위만을 하는데 그치므로 동 법 제20조에서 고지만 하면 면책을 쉽게 해주는 것은 타당하다는 취지로 말씀하셨습니다. 또한 조영희 교수님께서도 법적으로 개념을 간명하게 하면 책임소재를 고지하는 것이 불요할 것이라고 말씀하셨습니다.

그런데 이러한 입장에 대하여는 약간의 이견이 있습니다. 올해 초에 공정위에서 정부입법계획을 제출할 때 공정위는 입점업체에 대한 신원정보 진정성에 대한 확보의무와 권한을 통신판매중개업자에게 부여하여 그 책임을 강화하는 방향의 계획을 제출하였고 그 때 우리 법제심의관실은 이를 긍정적으로 검토하였습니다. 즉 중개업자는 거래로 인하여 이익을 얻는 만큼 상응하는 위험부담도 지게 하는 것이 타당하다고 생각하였습니다. 그리고 중개업자는 거래의 신뢰성 확보를 위한 비용을 최소화할 수 있는 지위에 있습니다. 따라서 중개업자의 책임을 쉽게 면하여 주려는 방향의 해석론에 대하여는 정책적으로 과연 타당한 것인지에 관하여 회의적인 입장을 가지고 있음을 말씀드립니다.

【 제 1 부 】 거래의 다양화에 따른 입법과제 (I)

오늘 여러 참석자들께서 좋은 말씀을 많이 해주셔서 제가 몇 가지를 지적한 것 외에는 별로 한 것도 없이 너무 많은 것에 대한 가르침을 받게 된 점에 대하여 깊은 감사를 드리며 이만 종합토론을 마치겠습니다. 감사합니다.

【 제 2 부 】

거래의 다양화에 따른 입법과제 (Ⅱ)

제 1 주제

민법전예의 민사특별법 편입과 체계화 방안

발표자: 김진우 교수(한국외국어대학교)

토론자: 김규완 교수(고려대학교)

토론자: 현소혜 교수(홍익대학교)

민법전예의 민사특별법 편입과 체계화 방안 - 소비자계약법의 편입과 체계화 방안을 중심으로 -

김진우
(한국의국어대학교 법과대학 부교수)

I. 들어가며

본 워크샵에서 발표자에게 주어진 과제는 “민법전예의 민사특별법 편입과 체계화 방안”이다. 그런데 현행 민사특별법은 민법총칙, 물권, 채권, 친족의 분야별로 여기서 일일이 열거할 수 없을 만큼 허다하다. 그러한 민사특별법 모두를 검토의 대상으로 하는 것은 필자의 역량을 크게 벗어나는 일로 여겨진다. 그래서 발표자는 범위를 한정하여 (우리 법제와 유사성을 가진 독일과 일본에서의 입법동향의 영향을 받아) 근자에 논의되고 있는 소비자사법,¹⁾ 그 중에서도 소비자와 사업자의 계약으로부터 발생하는 법률문제를 규율하는 소비자계약법²⁾을 중심으로 이것의 통합 가능성을 살펴보고, 만일 통합이 가능하다면 어떤 방식으로 그것이 이루어져야 하는가를 생각해 보고자 한다.³⁾

- 1) 여기에는 소비자계약법을 비롯하여 제조물책임법이나 부분적으로는 소비자기본법과 표시·광고의 공정화에 관한 법률도 포함된다.
- 2) 행정규제 및 형사규제를 포함하고는 있으나, 소비자계약법으로 분류할 수 있는 주요한 법률로는 약관의 규제에 관한 법률(이하 “약관규제법”이라고 한다), 방문판매 등에 관한 법률(이하 “방문판매법”이라고 한다), 할부거래에 관한 법률(이하 “할부거래법”이라고 한다), 전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률(이하 “전자상거래법”이라고 한다), 여신전문금융업법 등이 있다.
- 3) 주지하는 바와 같이, 독일에서는 2002년 1월 1일부터 대폭 개정된 민법전이 시행되고 있다. 그 개정은 주로 채권의 총칙 및 각칙을 대상으로 한 것이지만, 그 밖에 민법총칙편의 소멸시효법에도 커다란 변화가 있었다. 그런데 당시의 독일민법전 개

논의의 출발점은 할부거래법, 약관규제법, 방문판매법, 전자상거래법, 여신전문금융업법 등에서 볼 수 있는 소비자계약법의 입법체계를 현재의 상태로 두더라도 무방한가 하는 점이다. 다시 말해 소비자계약법을 지금처럼 거래유형별로 나누어 각각의 특별법으로 규율하는 방식의 적절성 여부가 문제된다. 물론 이러한 입법방식에도 나름대로 장점은 있고 또 경우에 따라서는 불가피한 측면도 없지 않다. 즉 특별법은 일응 일반적으로 적용될 수 없는 것으로 보이는 규범의 시행을 통해 법의 계속적 형성(Rechtsfortbildung)을 위한 여지를 남겨준다. 더욱이 우리 민법전도 자기완결성을 목표로 하지 아니하고, 다른 법률 또는 관습에 의하여 보충될 것을 예정하고 있다(예: 민법 제1조, 제185조, 제211조, 제224조, 제302조, 제372조, 제379조, 제380조, 제488조 등). 뿐만 아니라 소비자계약을 개별 특별법으로 규율하는 경우에는 법률개정이 용이하여 시대적 변화나 거래계의 요구에 신속히 부응할 수도 있다. 그러나 이러한 입법방식은 사법체계의 체계성·통일성·명료성·조감성을 크게 저하시키고, 수범자(受範者)가 어떤 법령에 기하여 그의 권리를 실현할 수 있는지를 알기 어렵게 만들며, 또 민사관계의 중추적 법원으로서의 민법전의 가치와 유용성에 대하

정의 최대 특징의 하나는 개정전까지 민법전 밖에서 민사특별법으로 규율되어 왔던 상당수의 소비자계약법이 민법전으로 통합된 점을 들 수 있을 것이다. 이를 위한 포석은 이미 2000년의 민법전 개정시에 “소비자”와 “사업자” 개념을 민법전으로 도입하는 것(제13조, 제14조)에 의하여 두어졌다. 그리고 독일의 입법자는 이와 같은 소비자과 사업자 개념을 연결고리로 하여 보통거래약관법, 방문판매철회법, 소비자 신용법, 일시거주권법, 통신판매법을 민법전으로 통합한 것이다. 이는 법체계적으로나 법리적으로나 일종의 변혁이라고 할 수 있는바, 소위 “학설계수”를 통하여 우리 민법학에 끼쳐온 독일민법학의 영향을 생각할 때 또 사적 자치의 원칙을 민법의 근본원리로 생각하는 경향이 있는 우리 민법학에 적지 않은 충격을 주고 있다. 사실 우리 민법학은 독일민법학의 학설계수 위에 구축된 일본민법학의 영향을 크게 받았고, 계약법도 그 예외가 아니다. 그러한 상황에서 독일민법전이 채권법을 중심으로 크게 변혁되었다면, 우리의 민법학에서 그 동안 독일민법학적 전통을 기초로 자명시되어 왔던 각종의 도그마에 대하여도 이제 재검토의 필요성이 있다고 하겠다. 특히 독일의 입법자가 특별법으로 제정·시행되어 왔던 소비자계약법을 민법전에 통합함으로써 달성하고자 하였던 중추적 법전으로서의 민법전의 지위 회복은 우리 민법학에 있어 민법전의 위상과 관련하여 논의를 요한다고 할 것이다.

여 의문을 제기하는 중대한 단점을 가지고 있다.

그래서 소비자계약법을 통합하여 체계화하는 것이 바람직하다고 한다면, 그 방식으로는 크게 두 가지를 생각해 볼 수 있을 것이다. 하나는 소비자계약법을 오스트리아·프랑스·이탈리아처럼 하나의 포괄적인 특별법으로 규율하는 방식이다. 다른 하나는 소비자계약법을 독일, 네덜란드, 스위스처럼 민법전에 통합하여 규율하는 방식이다. 이와 같은 기본적인 방식 외에도 절충적 통합방식도 생각해 볼 수 있을 것이다. 이를테면 얼마전의 독일이 그러했듯이 일단 통합할 수 있는 제도 내지 개념을 부분적으로 민법전에 수용하고 다른 제도들이 정착되는 대로 순차적으로 통합하는 방식이다.⁴⁾

소비자계약법의 통합 가능성을 알아보고 그 체계화 방안을 강구함에 있어서는 우선 소비자계약의 규율에 관한 현행 법제의 문제점으로 지적되고 있는 사항을 인식할 필요가 있을 것이다(Ⅱ). 이어서 소비자계약법의 민법전으로의 통합에 관한 긍정적·부정적 논거를 알아보고, 통합의 방식과 대상에 관하여 살펴본다(Ⅲ). 다음으로 각각의 소비자계약법을 하나의 포괄적인 소비자계약법전으로 통합하는 것에 관한 긍정적·부정적 논거를 개관한다(Ⅳ). 마지막으로 이상의 논의를 통하여 나타난 시사점을 정리한다(Ⅴ).

Ⅱ. 소비자계약의 규율에 관한 현행 법제의 문제점

우리나라에서의 소비자계약은 통일적인 법질서에 의하여 규율되지 않고 있어 각각의 소비자계약법에 따라 규율의 내용이나 절차가 서로 달라서 규율의 내용상 불균형이 존재하거나 규제의 절차에 혼선이 생기기도 하고, 심지어 규율의 공백이 있는 경우도 있다. 그 주요

4) 이에 관하여는 이병준, “민법에서의 소비자의 지위와 소비자특별법의 민법전예의 통합”, 민사법학 제39~1호(2007. 12.), 221-222면 참조.

한 것을 들자면 다음과 같다.

첫째, 소비자계약 일반에 대하여 민법의 규정을 적용하는 경우는 그다지 많지 않은 반면에, 약관에 의한 거래나 특수한 형태의 판매에 대한 규제는 비교적 활발하게 전개되고 있다. 그런데 후자의 규제는 민법의 규정과 그 이념적 기초를 달리하고 있을 뿐만 아니라, 그 규제기관이나 규율방식이 사법상의 규제와 크게 다르기 때문에, 양자는 서로 통합 내지 보완되지 못하고 각각 별도로 운용되고 있다.⁵⁾

둘째, 약관규제법이나 특수판매법은 기본적으로는 민사특별법의 성격을 띠고 있음에도 불구하고, 민법을 중심으로 한 사법질서에 통합되지 못하고 마치 행정부의 소비자보호 정책의 수단처럼 운용되고 있으며, 행정적 규제 위주로 입법되어 있다.⁶⁾

셋째, 약관규제법과 특수판매법 및 독점규제법은 그 규제의 실효성을 확보하기 위하여 시정명령·과태료나 과징금의 부과 등과 같은 행정적 규제 또는 형사적 제재를 가할 수 있도록 하고 있는데, 이러한 규제는 소비자들에게 스스로 상품이나 용역의 선택에 필요한 정보수집을 통한 합리적인 구매결정이나 사업자들의 시장활동에 대한 감독을 통하여 주권자로서의 지위를 회복하려는 노력을 촉구하지 못하고, 안이하게 정부의 규제에 의존하여 그 권익을 지키려는 유혹에 빠지게 할 우려가 있다. 그러한 규제방법은 단기적으로는 소비자계약법의 실효성을 제고하는 데에 도움이 되는 것처럼 보일지 모르지만, 장기적인 관점에서 보면 소비자계약의 공정성 확보는 물론 합리적인 구매를 통한 소비자주권의 회복에 기여하지 못할 우려가 있다.⁷⁾

넷째, 할부거래법이나 방문판매법은 매도인의 인적 사항이나 계약의 중요한 사항을 사전에 소비자에게 고지하게 하거나, 계약서 또는 광고에 포함시키도록 함으로써 소비자의 선택에 필요한 정보가 소비

5) 권오승, “계약자유와 소비자보호”, 서울대학교 법학 제42권 제2호(2001. 7.), 18면.

6) 권오승 (주 5), 18면.

7) 권오승 (주 5), 18-19면.

자에게 제공되도록 하고 있다. 그런데 그러한 정보제공의무를 이행하지 않는 상태에서 계약이 체결된 경우에 대하여, 동법은 의무를 위반한 자에 대하여 영업정지나 과태료 또는 형벌을 부과하고 있을 뿐, 그 계약의 효력에 대하여는 아무런 제한을 가하지 않고 있다.⁸⁾

다섯째, 할부거래법이나 방문판매법에서는 소비자의 충동구매를 방지하기 위하여 소비자에게 청약의 철회권을 인정하고 있다. 이러한 철회권은 충동구매를 방지하는 데에는 상당한 기여를 하고 있으나, 소비자의 선택에 필요한 정보를 제공함으로써 소비자가 합리적인 선택을 하도록 조력하는 데에는 아무런 기여를 하지 못하고 있다.⁹⁾

여섯째, 각각의 소비자보호법에서 소비자 개념이 달리 파악되고 있고 또 방문판매법, 전자상거래소비자보호법, 할부거래법 등에서는 모두 청약철회에 대해서 규정하고 있지만, 청약철회기간·청약철회 제외범위·청약철회권의 행사방법·청약철회의 효력 등이 통일적이지 못하다.

Ⅲ. 소비자계약법의 민법전으로의 통합

1. 통합의 긍정적·부정적 논거

(1) 긍정적 논거

첫째, 소비자계약법의 민법전으로의 통합은 민사사건을 해결하기 위한 중추적 법전으로서의 민법의 위상을 강화하게 될 것이다. 민법

8) 권오승 (주 5), 19면. 반면 독일의 경우에는 정보제공의무의 위반이 있게 되면 특별히 마련된 제재(독일민법 제312조의d 제2항, 제312조의e 제3항 2문, 제485조 제4항(철회권의 기산점의 연기)) 외에 제280조 제1항(경우에 따라서는 제311조 제2항, 제241조 제2항과 연계되어)에 의한 손해배상청구권, 부작위의 소에 관한 법률(UKlaG) 제2조에 의한 부작위청구권 및 독점금지법상의 제거·부작위·손해배상청구권(부정경쟁방지법 제3조 또는 경우에 따라서는 제4조 제11호 또는 제5조와 연계된 제8조, 제9조)의 제재를 받게 된다.

9) 권오승 (주 5), 19면.

은 시민들의 일상생활에 관한 행위규범, 즉 일반사법(Allgemeines Privatrecht)¹⁰⁾으로서 사법관계의 핵심적 법전으로서의 지위를 가져야 한다. 그러나 민법의 이러한 기능은 과거 현저히 타격을 받았다. 민법전이 민사에 관한 해결책을 모두 담고 있어야 하는 것은 아니지만, 시민 각자에게 중요한 의미가 있는 핵심적 규정들을 담고 있지 아니한 경우에는 그 존재의의가 의문시된다. 소비자계약법은 사법의 핵심 영역에 해당한다. 왜냐하면 소비자계약법은 오늘날 실무에서 중요한 영역을 규율하고 또 누구나가 상황에 따라서는 소비자가 될 수 있어 시민 각자의 문제이기 때문이다.¹¹⁾ 이와 같이 일상생활에서 중대한 의미를 가지는 소비자계약법을 민법전 밖에서 규율하는 것은 민사에 관한 중추적 법전으로서의 민법전의 의의를 퇴색케 한다. 우리 법질서에서는 민법교과서를 독파하는 것만으로는 일반인, 즉 소비자가 일상생활에서 조우하게 되는 문제의 대처법을 알 수 없고, 특별법에 관한 텍스트를 별도로 살펴보아야만 한다. 이것은 소비자가 일반대중이라는 점, 즉 누구나가 소비자일 수 있다는 것과 상용하지 못한다. 특별법이 시민의 법의식 속에 각인되고 일반화되면 일반법으로 편입하는 것이 바람직한 것인데, 오늘날 소비자계약은 일상거래에 속하는 것이므로, 이에 관한 법률규정을 민법전으로 통합하는 것이 특별법으로서의 소비자계약법을 제정하는 것보다 한층 타당하다.¹²⁾

둘째, 소비자계약법을 민법전으로 통합할 때 채권법의 투명성·조감성·체계성·통일성을 보장 및 강화할 수 있다. 채권법에 속하는 특별법의 범람은 법적용자와 거래에 대하여 현저한 불투명성을 초래

10) 전통적 이해에 따르면, 일반사법은 모든 시민에 대하여 동일하게 적용되는 민사법규범을 말하고, 이러한 일반사법의 핵심영역이 민법(Bürgerliches Recht)이다.

11) 독일의 입법자가 민법전에 소비자 개념을 도입하게 된 것은, 누구나가 상황에 따라서는 소비자이며 또 소비자계약은 채권계약의 전형적 형태가 되었다는 인식을 전제로 하였다. BT-Drucks. 14/6040, S. 91

12) 이병준 (주 4), 225-226면.

하게 되고, 각각의 특별법의 소재(素材)가 점점 더 독자성을 띠게 됨으로써 채권법의 통일성을 저해시키고 있으며, 또한 일상적 거래에 있어 민법전상의 채권계약법이 특별법에 의하여 배제되는 상황이 빈발하고 있다. 뿐만 아니라 각종 소비자계약법은 어떤 일관된 이념이나 원리 아래 제정된 것도 아니기 때문에, 부분적으로는 규범체계의 혼선과 해석론의 혼란을 가중시키는 역기능을 초래하기도 한다. 이를테면 동일하게 파악할 수 있는 하나의 개념 내지 하나의 제도가 법률에 따라 상이하게 취급되고 있는 것이다. 법질서의 투명성·조감성·체계성의 제고는 일반소비자계약법과 같은 특별법의 형식으로도 유사한 수준에서 달성할 수 있을 것이나, 채권법의 통일성을 보장하고 강화하는 것은 민법전의 통합력을 이용할 때에만 가능할 것이다. 즉 소비자계약법의 민법전으로의 통합에 의해서만 오랜 기간 사법의 규율에 있어 동질성을 창출하고 또 소비자계약법을 민법전의 기본원칙에 방향을 맞출 수 있게 된다.¹³⁾

셋째, 소비자계약법의 민법전으로의 수용은 중국적으로는 법규범을 개선하는 효과도 가져온다. 민사특별법은 흔히 민법전에 부담을 주지 않을 목적에서 제정된다.¹⁴⁾ 그러나 민법은 법문의 변경에 의해서는 물론 민법의 적용을 배제하는 특별법의 제정을 통해서도 변화된다는 점이 간과되고 있다. 그런데 특별법의 제정을 통한 민법의 변화는 통

13) BT-Drucks. 14/6040, S. 79, 97.

14) 가령 19세기말 독일민법전의 입법자는 정립된 Dogma만을 민법전에 수용하고 아직 정립되지 않았거나 잠정적인 사항에 관하여는 특별법에서 규율하기로 하는 원칙을 가지고 있었다. 그것은 시간이 흐르더라도 민법전이 존속력을 유지할 수 있도록 하기 위함이었다. 다시 말해 사회적 필요에 의한 특별규정이 민법상의 기본원칙과 조화를 이루기 어렵다고 판단되는 경우에는 특별법으로 규율함으로써 민법전의 일반원칙성을 담보하자는 것이다. 바로 그러한 이유에서 독일의 입법자는 그 규율대상이 경제적·사회적으로 민사법의 핵심영역에 속하는 할부거래법(1894)을 민법전 밖에서 규율하였던 것이다. 독일보통거래약관법(1976)에 관하여도 논란은 있었지만 역시 같은 취지에서 특별법으로 제정되었다. 그리고 이러한 입법 방식은 우리나라에도 영향을 주었던 것으로 보인다.

상적 법문변경에 의한 변화보다 오히려 과장효과가 더 클 수도 있다. 특별법의 규정은 민법규정과의 조화를 생각하지 않고 제정하게 되나, 양자의 조화문제는 법적용단계에 이르러서야 필요한 것임이 밝혀지게 된다. 그리고 이 과정에서 판례와 학설에 의한 고단한 해명을 요하게 되고, 법적용자로 하여금 흔히 전문가의 도움을 요하도록 만든다. 반면 특별법의 제정을 피하고 민법의 법문 자체를 변경하는 경우에는 처음부터 새로운 규정을 기존의 민법과 내용적·체계적으로 적용시켜야 한다. 그리하여 이 경우에는 상호 조화되기 힘든 규정들의 병존을 최소화할 수 있다.¹⁵⁾

넷째, 본래 민법전은 법적용자가 민사분쟁에 관한 해결책을 민법전 자체에서 신속하고 간이하게 찾을 수 있도록 하기 위하여 제정되었다. 소비자계약법을 민법전으로 통합하는 것은 우선 장래 민사에 관한 중요규정들을 하나의 법률에서 찾고 그로써 전문가의 도움을 불필요하게 만들고, 다음으로 민법전의 체계화를 통해 민사법의 조감성을 제고함으로써 거래상의 부담을 완화시키는데 기여한다.

다섯째, 독일, 네덜란드, 스위스도 소비자계약법을 민법전으로 통합하였다. 특히 독일의 민법전 개정과정에서의 논의가 보여주듯이, 소비자계약법의 민법전으로의 통합은 소비자보호 법리가 민법을 침식한다는 사고의 극복을, 적어도 그러한 사고의 경직성의 완화를 의미한다. 즉 사적 자치의 원리 또는 계약자유 원리가 소비자가 당사자가 되는 계약관계에 있어서도 여전히 지도적인 원리로서 기능하며, 또한 이것이 계약당사자간의 힘의 대등성의 상실을 전제로 한 소비자보호 법리와 근본적으로 모순되는 것은 아니라는 사고의 입법적 승인을 내포하는 것이다.¹⁶⁾ 한편 우리의 경우 일본의 소비자계약법과

15) 이병준 (주 4), 226면.

16) 권오승/홍명수, “소비자보호의 계약법적 구성과 한계”, 서울대학교 법학 제43권 제2호, 123면.

같은 입법은 불필요하다. 일본의 소비자계약법은 소비자와 사업자 사이의 계약에서 오인이나 곤혹 등의 경우 민법보다 한층 강화하여 계약의 취소나 무효를 도입하였지만, 우리나라에서는 약관규제법과 각종의 특수거래법에서 약관조항의 무효나 무조건적 철회제도를 도입하고 있어서 일본의 소비자계약법과 상당부분 중복되기 때문이다.¹⁷⁾

여섯째, 소비자계약법의 민법전으로의 통합은 민법의 기본원리인 사적 자치의 원칙과 조화를 이룰 수 없다고 하나, 임대차법(민법 제 652조)에서 볼 수 있는 바와 같이 사적 자치에 제한을 가하는 경우가 엄연히 인정되고 있으므로, 소비자계약법의 민법전으로의 통합은 결코 민법전에 이물질을 투여하는 것이라고 할 수 없다. 임대차계약과 달리 일상생활에 속하는 소비자계약에서의 소비자보호는 민법전에서 이루어져야 한다.¹⁸⁾

일곱째, 민법 제103조(반사회질서의 법률행위), 제110조(사기·강박에 의한 의사표시), 제2조(신의성실)는 비록 소비자만을 위한 규정은 아니지만 민법전에서의 소비자보호를 기할 수 있는 주요한 규정이고,¹⁹⁾ 그 점에서도 소비자보호는 민법전의 본래적 임무이다. 그리고 소비자계약법의 민법전으로의 편입은 일정 문제상황에 대한 하나의 구체화로도 볼 수 있다. 민법전 밖에 소비자계약법전을 두는 것은 소비자보호에 관하여 이중의 규율하는 것으로 바람직하지 않다.²⁰⁾

여덟째, 약관규제법에 의한 통제 외에 오늘날의 소비자계약법에서 인정되고 있는 소비자보호의 수단, 가령 사업자의 정보제공의무, 소비자의 청약철회권, 편면적 강행규정 등은 민법전이 알고 있거나 적어도 민법전과 조화될 수 있는 것들이므로, 이들이 민법전에 편입된

17) 현대호, 소비자계약관련입법의 체계화방안연구, 한국법제연구원, 2003, 69면.

18) W.-H. Roth, *Europäischer Verbraucherschutz und BGB*, JZ 2001, 487.

19) 독일의 입법자는 독일의 구 민법 제138조, 제123조, 제242조에 대하여 이러한 판단을 하고 있다. BT-Drucks. 14/6040, S. 91 f.

20) W.-H. Roth (주 18), 487.

다고 하더라도 크게 문제될 것이 없다.²¹⁾

(2) 부정적 논거

첫째, 장기적 관점에서는 소비자계약법의 민법전으로의 편입을 고려해 볼 수도 있으나, 행정규제에 기초한 개별사업법을 통하여 소비자 문제에 접근하여 왔던 우리의 입법상황에 비추어 급격한 법체계의 개선은 여러 가지로 무리가 따른다. 무엇보다도 그러한 행정적 규제의 현실적 의의가 작지 않은 상황에서 개별사업법의 성격의 전환은 부담이 될 수 있으며, 또한 이들의 민법전으로의 흡수도 이질적인 성격상 용이하지 않은 측면이 있다.²²⁾

둘째, 소비자계약법의 민법전으로의 통합이 일반계약법과의 관계에서 타당한가는 의문의 여지가 있다. 소비자계약법의 민법전으로의 통합은 일반계약법의 기본원칙, 특히 계약자유의 원칙과 계약에의 구속의 원칙을 점차 공동화(空洞化)할 수 있다. 소비자보호를 위한 편면적 강행법규로서의 성질을 가진 소비자계약법은 사적 자치라고 하는 민법의 전통적 원리와 모순되고, 민법의 전통적 기본가치가 침식될 위험이 있다. 또한 소비자계약법의 민법전으로의 통합은 자칫 민사법에서의 국가의 개입을 위한 관문이 될 수 있다.

셋째, 소비자계약법이 민법전 중에 편입된다고 하여 반드시 이들 소비자계약법이 보다 잘 이해되는 것은 아니다. 민법전 중에 평등한 당사자 사이를 전제로 한 계약과 소비자와 사업자라고 하는 대등하지 아니한 당사자를 전제로 한 계약이 혼재하게 됨으로써 오히려 이해하기 어렵게 될 수도 있다. 뿐만 아니라 소비자계약법의 민법전으로의 통합은 필연적으로 채권법의 복잡화(Verkomplizierung des Schuldrechts)

21) W.-H. Roth (주 18), 487.

22) 권오승/홍명수, “소비자보호의 계약법적 구성과 한계”, 서울대학교 법학 제43권 제2호, 123-124면.

를 수반하여 오히려 범규범의 조감성을 저해할 수 있다.²³⁾

넷째, 새로운 계약유형을 쉽게 법전에 규율할 수 없다. 특히 소비자보호법의 素材들은 변화가 많은 것이어서 장래에도 지속적으로 변경될 것으로 전망되기 때문에 더욱 그러하다.

다섯째, 특별법에 규정되어 있는 채권법 관련 규정들을 민법전으로 통합하는 방법은 여러 가지 입법기술적인 어려움을 수반한다. 단순히 특별규정을 민법전 속으로 이동시키는 것은 불가능할 뿐만 아니라, 개정의 취지에도 부합하지 않는다. 개정취지에 부합하기 위해서는 특별법 자체가 서로 조화되어야 하고, 민법전의 논리적 기본구조와도 어긋나지 않아야 한다. 바로 이 점이 소비자계약법을 민법전으로 통합하는데 장애가 된다.

여섯째, 소비자정책은 일정 시기의 정치적 계기에 의하여 성립하는 경향이 있어 정책의 계속성을 보장할 수 없는데, 그러한 소비자정책을 민법전에 통합시켜 민법의 기본원리인 사적 자치의 원칙을 배척하는 것은 바람직하지 않다.

2. 통합의 방식

소비자계약법을 민법전으로 통합하는 경우 그 방식은 크게 두 가지를 생각해 볼 수 있다. 하나는 종래의 소비자계약에 관한 각각의 법률의 규정을 일괄해서 민법전 내에 특정한 곳에 위치시키는 방식이고(en-bloc-Lösung), 둘은 각 조항을 취지에 따라 민법전 내에 개별적으로 분산시켜 통합하는 방식이다(Splitting-Lösung). 나아가 일괄하여 통합하는 전자의 방식의 경우에도, 그것을 민법총칙, 채권총칙 및 채권각칙 중 어느 곳에 위치시킬 것인지를 결정하여야 한다. 약관규제법의 규정은 민법총칙에, 소비자보호를 위한 청약철회에 관한 규정

23) W.-H. Roth (주 18), 486.

은 채권총칙에, 할부거래법·방문판매법·전자상거래법·여신전문금융업법의 규정은 채권각칙에 규율되어야 할 것이다.

다만 현재 우리나라의 소비자특별법의 입법현황과 연구상황을 고려할 때, 소비자계약법을 일거에 민법전에 수용하기 보다는 독일의 경우처럼 단계적으로 소비자계약법을 민법전으로 통합하는 것도 고려해 볼 수 있을 것이다. 즉 소비자계약법의 핵심적인 제도(소비자·사업자 개념 및 소비자보호를 위한 청약철회제도)를 민법전에 수용하고 기존의 특별법은 일단 존치시키는 것이다. 이렇게 연결고리를 민법에 만들어 놓음으로써 앞으로 소비자계약법 전체의 통합을 위한 초석을 마련하는 것이다. 아직 이론적으로 정립되지 않았거나 거래계의 발전에 따라 입법의 개선이 요구되는 분야는 소비자특별법에 규정을 두고, 이미 확립되어 있는 제도만을 민법전에 수용하자는 것이다. 그리고 이렇게 하는 것이 소비자행정법적인 규정과 소비자사법적인 규정의 분리가 명확하지 않은 현재의 입법상태에서 무리를 주지 않고 소비자계약법을 통합할 수 있어 입법작업에 부담을 주지 않을 수 있다.²⁴⁾

3. 통합의 대상

약관규제법, 할부거래법, 방문판매법, 전자상거래보호법, 여신전문금융업법 등이 민법전으로의 통합대상이 될 것이다. 이러한 소비자계약법을 민법전으로 통합함에 있어서는 두 가지의 관점이 고려되어야 한다. 첫째, 소비자계약법의 내용과 이론이 통합을 위하여 충분히 확고한 제도로 정착되었느냐 이고, 둘째는 법의 외부적 체계와 내부적 체계의 관점에서 소비자특별법이 일반사법의 내용이 될 수 있는냐이다. 비록 우리의 현행 소비자계약법은 법률에 따라 소비자 개념이

24) 이병준 (주 4), 235-236면.

나 청약철회권의 행사기간·청약철회 제외범위·청약철회권의 행사 방법·청약철회의 효력 등이 통일적이지 못하지만, 그것이 민법전으로의 흡수통합을 부정하는 논거가 될 수는 없다고 할 것이다. 왜냐하면 민법에 해당 제도를 통일적으로 규정하는 것도 해당 제도와 그 제도에 관한 규정내용의 정리에 기여할 수 있는 측면을 가지고 있기 때문이다. 즉 통일적 제도로 정리하자는 관점에서 민법전으로의 통합을 주장할 수 있기 때문이다.²⁵⁾

IV. 포괄적 소비자계약법전으로의 통합

종래의 소비자계약에 관한 민사특별법을 소비자계약법으로 통합하는 방안은 민법에 대한 특별법으로 포괄적인 소비자계약법전을 제정하는 입법방식이다.

1. 통합의 긍정적·부정적 논거

소비자계약법의 민법전으로의 통합에 대한 긍정적 논거는 포괄적인 소비자계약법전으로의 통합에 있어서는 부정적 논거로, 소비자계약법의 민법전으로의 통합에 대한 부정적 논거는 포괄적인 소비자계약법전으로의 통합에 있어서는 긍정적 논거로 활용될 수 있을 것이다. 따라서 이에 관하여는 가급적 중언을 피하면서 몇 가지 점에 대해서만 언급하는데 그친다.

(1) 긍정적 논거

첫째, 법전 편찬 이후에 발생하는 변화를 법률개정을 통해 쉽게 수용할 수 있다. 이를테면 새롭게 규율되어야 할 계약유형을 쉽게 법률화 할 수 있다.

25) 이병준 (주 4), 227-232면.

【 제 2 부 】 거래의 다양화에 따른 입법과제 (II)

둘째, 소비자계약법의 민법전으로의 통합에 따른 어려움을 피하게 해준다. 이를테면 전통적 민법의 원칙과의 조화라는 문제점이 발생하지 않는다.

셋째, 소비자보호에 관한 가치평가가 비교적 수미일관되게 유지될 수 있도록 한다. 이것은 소비자계약법을 민법전으로 통합할 때 나타날 수 있는 체계상의 이유에 기한 간소화로 말미암아 발생하게 되는 소비자보호에 관한 가치평가의 약화 내지 변조를 막아준다.

넷째, 소비자계약법의 민법전으로의 통합은 통일적 해결을 위하여 소비자보호법의 해결책을 지나치게 성급히 일반화할 우려가 있지만, 특별법으로서의 소비자계약법의 제정은 이를 완충할 수 있다.

다섯째, 사법질서의 조감성이나 체계성을 크게 저해하지 않는다.

(2) 부정적 논거

첫째, 인적 적용범위가 애매하다. 예컨대 소비자계약법전의 편입대상인 되는 약관규제법을 생각해 보면 고객을 그 인적 적용범위로 설정함으로써 순수한 소비자보호 관련 법률이라고 하기 곤란하다.²⁶⁾ 다시 말해 소비자보호에 관한 규정들 중에는 - 가령 약관규제법에서 볼 수 있듯이 - 소비자 외에도 일반인을 보호하는 것들이 있는데, 이들을 포괄하기 위해서는 소비자계약법전을 소비자를 위한 법은 물론 일반법이 포함되어야 한다는 것이다.²⁷⁾

둘째, 특별법으로서의 소비자계약법은 민법전의 지위를 크게 약화시킬 것이다. 입법자는 그와 같은 소비자계약법의 제정으로 민법전이 더 이상 민사에 관한 중추적 법전이 아니라는 점을 표명하는 것과 다름없게 된다. 왜냐하면 소비자계약법은 각각의 시민에게 커다란 실무적 의의를 가진 핵심적 규정들을 포괄할 것이기 때문이다. 소비자

26) 이병준 (주 4), 222면.

27) W.-H. Roth (주 18), 486, 487.

보호법전의 도입은 민법전의 침식현상을 가속화시키고²⁸⁾ 고착화 할 우려가 있으며 또 민법전이 일상의 대량거래에 있어 의미를 상실하게 되는 결과를 초래할 수 있다. 이러한 결과는 채권법과 소비자법의 근본적 가치가 상호 조화를 이룰 수 없는 경우에만 정당화될 수 있을 것인데, 실은 그렇지 않다.²⁹⁾

셋째, 소비자계약법의 법전화는 다른 영역에서의 특별법의 제정을 초래할 것이고, 이것은 강력한 독자적 생명력을 유지할 것이며 또 민법전의 적용범위를 더욱 축소시킬 것이다. 그러나 이러한 현상은 법적 거래에 있어서 대단히 바람직하지 못한 것이다. 왜냐하면 점점 더 작아지는 법적 소재에 대하여 독립화 현상이 증대하게 되면 사법질서 전반에 대한 조감성을 저하시키는 문제점이 있기 때문이다.

넷째, 소비자계약법전에 담아야 할 규정의 범위가 애매하다. 만일 민법전과의 규율과는 다른 내용의 규정을 소비자계약법전에 규율할 경우에는 그 자체로는 거의 이해될 수 없는 규범들의 집합소가 될 것이고, 그 때문에 민법전과의 관련 아래서만 정확한 의미·내용을 파악할 수 있다. 그러할 경우 소비자는 자신의 권리를 인지하기 위해서는 최소한 두 개, 경우에 따라서는 약관규제법까지 포함하여 세 개의 법률을 살펴보아야만 한다. 이러한 사태를 피하기 위해서는 소비자계약법전에 소비자보호규정들 외에도 민법전의 주요 규정들을 도입하여야 할 것인데, 그러할 경우 규정의 중첩화(Verdoppelung von Regelungen)를 초래하게 되고, 소비자보호법전과 민법전에서 하나의 동일한 규범이 상이하게 해석되는 부작용이 초래될 수 있다.³⁰⁾

28) W.-H. Roth (주 18), 487은 소비자로서의 시민이 채권법에서 자신의 법적 지위를 더 이상 민법전에서 끌어낼 수 없는 상황을 가리켜 “민법전의 침식”(Erosion des BGB)이라고 표현한다. 그 밖에도 Dreher, Der Verbraucher - Das Phantom in den opera des europäischen und deutschen Rechts? JZ 1997, 176

29) W.-H. Roth (주 18), 487.

30) W.-H. Roth (주 18), 485 f.

2. 통합의 대상과 방식

소비자계약에 관한 특별사법을 소비자계약법전으로 통합하는 방안
에 있어 통합의 대상으로는 민법전으로의 통합의 경우와 마찬가지로
약관규제법, 할부거래법, 방문판매법, 전자상거래보호법, 여신전문금
융업법 등을 생각해 볼 수 있을 것이다. 또한 이러한 입법방식에서는
민법전으로의 통합의 경우와는 달리 통합의 방식 그 자체는 크게 문
제되지 않을 것이다.

V. 나오며

1. 소비자계약법의 통합 여부를 운운함에 있어서는 먼저 우리의 법질
서가 과연 소비자계약법의 통합을 필요로 하는가 하는 점이 문제된
다. 우리 법제에 대하여도 과거의 독일법제에 대한 비판이 어느 정
도는 통용될 수 있는 것으로 보인다. 즉 소비자계약법이 특별사법
의 형태로 분야별로 존재하게 되면서 동일하게 취급될 수 있는 개
념 및 제도가 법률에 따라 다소 상이하게 취급되고 있어 사법질서
의 통일성·체계성·조망성·명료성을 저하시키고 있고 또 민법이
민사관계에 있어 중추적 기능을 담당하지 못하고 있다는 지적이 가
능하기 때문이다.
2. 다음으로 이처럼 소비자 계약법의 통합이 필요하고 또 가능하다고
하면, 그것을 민법전으로 통합할 것인지 아니면 포괄적인 소비자계
약법전으로 통합할 것인지가 결정되어야 한다. 이것은 소비자계약
법을 과연 일반사법의 범주에 속하는 것으로 볼 수 있는가 아니면
여전히 특별사법으로 분류해야 하는가의 문제이다.³¹⁾ 그 결정에 있

31) 독일의 입법자는 이를 긍정하였지만, 일본의 입법자는 이를 부정하였다.

어서는 다음과 같은 두 가지 근본적인 입장 대립이 있을 수 있다.

- (1) 하나는, 일반사법은 특정의 인적 범위에 국한되지 않고 보편적으로 적용될 수 있어야 하는데 소비자계약법은 소비자에 대하여만 적용되므로, 소비자계약법을 특별사법으로 분류해야 한다는 입장이다.
- (2) 둘은, 소비자계약법이 용어상으로는 소비자 개념과 연계되지만 모든 시민이 동시에 소비자일 수 있다는 점을 논거로 소비자계약법을 일반사법으로 분류하는 입장이다.
- (3) 생각건대 현행 민법에는 모든 시민이 아닌 특정적 수범자만을 대상으로 하는 규정(가령 가족법상의 규정이나 제759조의 동물의 점유자의 책임을 생각해 보라)이 존재한다. 또한 특별사법이 처음부터 특정의 수범자를 대상으로 하지 않는 경우도 많다. 다시 말해 특별사법에 규정하는 요건을 갖추면 시민 누구나가 그 법규범의 적용을 받을 수 있다. 그렇다면 인적 적용범위를 기준으로 한 일반사법과 특별사법의 구별은 형식적이어서 실제적 의의가 크지 않다고 할 것이다. 보다 중요한 점은, 소비자계약법에 관한 특별사법이 우연한 역사적 계기에 의하여 도입됨으로써 사법질서의 체계적 관점을 충분히 고려하지 않았고, 민사관계의 핵심적 분야임에도 민법전 밖에서 규율되고 있다는 것이다. 이러한 소비자계약법을 민법전으로 통합하는 것은, 민법전의 본래적 의미를 찾는 것, 즉 민사관계의 중추적 법전으로서의 지위를 회복시키는 것이라고 하겠다.

3. 다른 한편으로는 채권법의 대원칙인 사적 자치가 오늘날에도 형식적 의미에서의 그것에 머물러도 좋은 것인지에 관하여도 재고할 필요가 있을 것이다. 사적 자치의 원칙이 당사자 사이의 실질적 대등성을 전제로 정당화될 수 있는 것이라면, 개인의 실질적 결정의 자

【 제 2 부 】 거래의 다양화에 따른 입법과제 (Ⅱ)

유를 담보하기 위하여 사적 자치의 원칙에 대한 일정한 수정과 제한이 요청된다고 할 것이다. 한편 소비자계약법을 민법전으로 통합하더라도 그 적용범위는 소비자계약에 한정되므로, 고전적 의미의 사적 자치를 전적으로 부정하는 것이 아니다.

4. 마지막으로 덧붙이고 싶은 말은 소비자계약법을 민법전으로 통합하는 방식이든 소비자계약법전으로 통합하는 방식이든 입법기술적으로는 나름대로 장·단점이 있으므로, 최종적으로는 입법자의 결단이 중요하다는 점이다. 그런데 소비자계약법은 민사관계의 핵심적 영역에 속하는 것이므로 민법전으로 통합하는 것이 보다 바람직하다고 하겠다.

토 론 문

김 규 완

(고려대학교 법과대학 교수)

반갑습니다. 고려대학교 법과대학에 재직 중인 김규완입니다.

이번 워크숍의 두 번째 날에 첫 주제인 “민법전예의 민사특별법 편입과 체계화방안(부제: 소비자계약법의 편입과 체계화방안을 중심으로)”와 관련하여 토론할 기회를 주신 법제연구원에 감사드립니다. 발제하신 김진우 교수님께도 감사와 존경을 드립니다.

일정한 주제를 연구하여 이를 발표하는 경우와 달리, 토론은 쌍방향 의사소통과정에서 상호 이해가 도모되는 절차라고 생각합니다. 발제문을 보고 제가 가지는 다소간의 의문들은 발제를 준비하신 분의 간략한 설명만으로도 충분히 해소될 수 있는, 결국 저의 무지와 관견으로 환원될 것이 분명합니다.

이러한 맥락에서 미리 제출하기로 되어 있는 “토론문”에서는 다음과 같이 의문을 몇 가지 기술하는 것으로 대신하고자 합니다.

첫째, 김 교수님께서서는 - 비록 독일민법의 입법자의 의사를 원용하셨지만 - “소비자계약은 채권계약의 전형적 형태가 되었다”고 하십니다(주 10) 참조). 누군가 소비자로서, 경우에 따라서는 전자적 방식에 의하여 계약을 체결한다 하더라도, 그 계약은 그 구체적 내용에 있어서 이미 전형계약인 매매, 임대차, 금전소비대차 등일 것입니다. 따라서 첫 번째 드는 의문은 “소비자계약”이란 계약의 본질적 내용에 따라 구별되는 계약의 典型性의 문제가 아니라, 계약체결의 주체 또는

체결방식의 측면에 있어서 전통적인 전형계약들이 당연한 것으로 전제하고 있는, 당사자의 (형식적) 평등을 기반으로 한 사적자치원칙을 다소간 훼손할 수 있다는 “특수성”을 설명하기 위한 추상적 상위개념이 아닌가 하는 생각입니다. 이 생각은 다음의 의문과도 연결됩니다.

둘째, 발제와 관련하여 가장 핵심적인 부분으로 보입니다만, 소비자보호 관련 법률들을 민법전으로 통합하여 규율하는 경우(Ⅲ.)에도 非소비자가 계약을 체결하는 때, 즉 계약상대방이 사적자치를 훼손할 수 있는 (실질적으로 우월한) 사업자의 지위에 있지 않은 때에는 원래의 민법규정이 적용되어야 한다면 이는 민법전 내에 통합되더라도 내부적 규범서열에 있어서 특별규정의 지위를 가진다고 할 것입니다. 이는 소비자보호 관련 법률들을 “일반”소비자계약법으로 통합하는 경우(Ⅳ.)에도 이 단행 법률은 위에서와 마찬가지로 이유에서 민법에 대한 관계에서는 “특별”법의 지위를 가지게 될 것입니다. 그렇다고 한다면 김 교수님의 기획이 산재한 특별규정들을 한곳에 모으는 의미만을 가지는 것으로 퇴색되는 것은 아닌가 하는 의문이 있습니다.

셋째, 김 교수님께서 “소비자계약법을 민법전에 통합하는 방식이든 일반 소비자계약법전으로 통합하는 방식이든 나름대로 장단점이 있기 때문에 최종적으로는 입법자의 결단이 중요하다는 점”을 지적하시면서 발제를 마무리하셨습니다. 현재의 규범지형에 관한 법도그마틱의 분석과 종합 및 장래 있어야 할 규범지형에 관한 법정정책 분석과 종합이 選擇枝에 차별성이 없다는 것을 확인하는 지점에서 비로소 입법자의 결단을 촉구하는 일이 남겨진다는 생각입니다. 입법자가 어떤 방식을 택하든 무방하다는 것이 김 교수님의 의견이신지를 알고 싶습니다.

끝으로 다음의 진술은 전거가 없기 때문에 드는 의문입니다만, 이 진술이 김 교수님의 평가이신지, 아니면 적어도 그 진술에 동의하시

는지를 알고 싶습니다. “독일 입법자가 소비자계약법을 민법전에 통합함으로써 달성하고자 한 목표는 중추적 법전으로서의 민법전의 지위회복”이다. (주 3)

이상입니다.

토 론 문

현 소 혜

(홍익대학교 법과대학 조교수)

1. 우리 민법은 제정 당시부터 사법관계에 관한 모든 규율을 포함하려는 불가능한 시도를 포기하고, 그 자체로 특별법의 존재를 예정하고 있다. 민법전 곳곳에 산재하여 있는 “다른 법률에 규정이 있을 때”에는 그에 의하도록 하는 조항들이 바로 우리 민법이 취하고 있는 개방성을 보여준다. 그러나 우리 입법자는 민법 제정 당시 예정하였던 범위를 훨씬 넘어서는 다수의 민사특별법을 마련하였는데, 그 원인으로는 크게 두 가지를 생각해 볼 수 있다. 먼저 우리 민법이 갖는 사법의 일반법으로서의 무게가 그것이다. 그간 민법은 개인 간의 법률관계에 일반적으로 적용될 수 있는 기본원리들을 규율하는 법으로서 손쉬운 개정의 대상이 되어서는 안 된다는 사고로 말미암아 새로운 규율을 필요로 할 때마다 민법의 개정을 시도하기 보다는 손쉬운 민사특별법을 제정하는 경향이 없지 않았다. 다음으로 사인간의 법률관계의 경우에도 사적자치에 맡기기 보다는 공법적 규제를 선호하는 경향을 두 번째 원인으로 들 수 있다. 과태료의 부과나 행정적 개입을 수단 삼아 사인간의 관계를 규율하는 조문들을 민법에 편입시키는 것은 공·사법간의 이원적 체계에 반하는 것으로 수용하기 어렵기 때문에 별도의 민사특별법을 제정한 것이다. 이러한 공법적 규제는 흔히 사회적 약자의 보호 또는 거래질서의 정상화를 위해 행해지는 경우가 많다.

2. 이러한 원인에 기인한 민사특별법의 범람은 법률전문가가 아닌 일반인으로 하여금 전체적인 법률상태의 개관을 어렵게 만들 뿐만 아니라, 잦은 제·개정으로 법적 안정성을 해할 우려가 높다. 따라서 민사특별법을 민법의 일부로 수용하여 법질서의 조감성과 체계성의 고양을 도모할 필요가 절실하다. 문제는 민사특별법 중 어느 것을 민법전으로 통합하고, 어느 것을 개별법의 형태로 유지할 것인가이다. 각기 다양한 내용을 담고 있는 수많은 특별법을 모두 민법전의 일부로 편입시키는 것은 오히려 민법의 통일성을 저해할 수 있으며, 지나치게 세세한 규정은 일반사법으로서 민법이 갖는 중심적 지위와 영구적 성격에 타격을 줄 수 있기 때문이다. 따라서 『민법전예의 민사특별법 편입과 체계화 방안』이라는 주제를 논함에 있어서는 각 민사특별법의 편입 방법에 관한 개별적 검토에 앞서 편입 여부를 결정하기 위한 통일적 기준을 마련하는 작업이 선행되어야 할 것이다.

3. 민사특별법의 민법전으로의 편입기준을 정립함에 있어 위에서 살펴본 민사특별법의 제정원인은 유용한 구별기준을 제공해줄 수 있다. 즉, 민사특별법은 그 입법목적과 관련하여 크게 두 가지 범주로 분류해볼 수 있는데, ① 민법의 흠결을 보충하기 위한 특별법과 ② 사적자치의 흠결을 보충하기 위한 특별법이 그것이다. 먼저 ① 사회·경제적 사정의 변화로 말미암아 법률의 규율이 필요함에도 불구하고, 민법에 따로 규정이 존재하지 아니하여 법률의 공백이 존재하는 결과 이를 보충하기 위해 특별법이 제정된 경우, 만약 당해 민사특별법의 규율대상이 이미 사인간의 법률관계에 널리 자리 잡아 “일반적 성격”을 취득하였다면, 이를 민법전의 일부로 수용하더라도 별다른 무리가 없을 것이다. 가령 『집합건물의 소유 및 관리

에 관한 법률』이나 「가등기담보 등에 관한 법률」, 「주택임대차보호법」, 「신원보증법」 등의 경우가 그러하다. 이러한 경우에는 기존 민법의 법리와 어긋나는 점이 없는지 등을 개별적으로 살핀 후, 민법전의 해당 부분에 편입시키는 것으로 족하다. 다만 「자산유동화에 관한 법률」과 같이 기존 민법의 입장과 모순되는 부분이 있고, 아직 그 법리가 완전히 정착되었다고 할 수 없는 경우에는 선불리 민법에 이를 편입시켜서는 안 될 것이다.

4. 문제는 ② 사회적 약자의 보호나 거래질서의 정상화 등을 위해 도입된 각종 민사특별법에 있다. 이는 대개 당사자 간의 힘의 불평등 등의 이유로 사적자치의 원만한 실현에 장애가 있을 경우, 이를 교정하기 위해 제정되는 것이 통상이다. 「약관의 규제에 관한 법률」이나 기타 각종의 소비자 보호를 위한 법률들, 가령 「방문판매 등에 관한 법률」, 「할부거래에 관한 법률」등이 그 대표적 예이다. 이러한 사적자치의 흠결을 보충하기 위한 민사특별법을 민법전 내로 편입시키는 것은 두 가지 점에서 주의를 요하는데, 먼저 개인의 자율성과 자기책임을 기초로 하는 민법의 기본이념과 충돌을 야기할 수 있다는 점, 따라서 민사특별법의 민법전으로의 편입 목적(민법과의 통일성 도모)과 오히려 배치된다는 것, 그리고 위 각 법률이 갖고 있는 행정적 규제 위주의 내용으로 말미암아 공·사법 간의 이원적 구조를 파괴할 수 있다는 점이 그것이다. 그렇다면 이러한 유형의 민사특별법을 민법으로 편입시키기 위해서는 무엇보다 먼저 민법의 기본이념, 즉, 우리 민법을 지배하는 기본원리는 사적자치인 가 아니면 공공복리인가라는 점 및 공법과 사법간의 분리를 통한 개인의 인권 보호라는 기본원칙을 중시할 것인가 아니면 사회적 약자의 보호를 위해 사법의 공법화 현상을 감수할 것인가라는 주제에 대한 국민적 합의가 이루어져야 할 것이다.

5. 이러한 입장에서 소비자계약법의 민법전으로의 편입을 주장하는 견해에 찬성하기 어렵다. 입법목적 자체를 달리 하는 각종의 소비자계약법을 민법전의 일부로 편입하는 것은 민법전의 근간을 이루고 있는 사적자치의 이념과 충돌할 가능성이 높을 뿐만 아니라, 그 구체적인 편입방법을 모색함에 있어서도 실제적 난점이 적지 않다. 소비자계약법의 실효성을 담보하기 위해 도입된 행정적 규제에 관한 부분을 민법에 수용하는 작업에 대한 법률가들의 심리적 저항을 고려해야 함은 물론이고, 이에 대비하여 실체적 내용과 규제적 내용을 분리하여 전자만을 민법전에 편입한다고 할지라도, 결국 이는 오히려 소비자 법제에 관한 일반인의 조감성을 저해하는 결과를 수반한다는 점에서 소비자계약법과 민법전 간의 통합을 무의미한 작업으로 만들어 버릴 것이다. 또한 소비자계약법 중 실체적 내용만을 민법전에 규정한다고 할 때, 각 규정의 내용을 기존 민법전의 체계에 맞추어 분산시킬 것인지 아니면 일괄하여 특정한 節 또는 款 내에 위치시킬 것인지도 문제이다. 전자의 방법은 일반인의 법률이해도를 더욱 감소시킬 가능성이 높으며, 후자의 방법은 기존 민법의 체계와 조화를 이루기 힘들다는 점에서 문제가 있다. 결국 각종의 소비자계약법은 하나의 포괄적인 특별법으로 규율함으로써 그 조감성과 통일성을 기하는 것이 바람직하다고 본다.

제 2 주제

약관에 관한 법제의 현황과 문제점

발표자: 장경환 교수(경희대학교)

토론자: 박도하 과장(공정거래위원회 약관제도과)

토론자: 강창경 박사(한국소비자원)

약관의 규제에 관한 법제의 현황과 문제점

장 경 환
(경희대학교 법대 교수)

I. 머리말

19세기 산업혁명의 결과로 출현하게 된 대량거래에서 경영의 합리화, 법률의 상세화, 위험의 전가 등의 기능을 실현하는 수단으로서 약관이 나타나기 시작하여, 두 차례의 세계대전 사이에 모든 경제부분에 자리 잡게 되었다. 그러나 약관을 통한 사업자의 계약조건의 일방적 사전결정은 그의 경제적·지적 우월함과 어우러져, 그 상대방인 고객의 보호를 중요한 법적 과제로 떠오르게 하였다. 이에 1970년대 중반부터 1980년대 중반에 이르기까지 세계 각국은 구 독일약관규제법(AGB-Gesetz)¹⁾을 비롯하여 약관의 규제에 관한 각기 다양한 법적 체계를 갖추게 되었다.²⁾ 우리나라도 약관의 규제에 관한 일반법이라

1) 1976년 12월에 제정된 독일약관규제법은, 2002년 1월 1일부터 시행된 독일채권법 현대화법(Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts)에 의하여 독일민법(BGB)과 獨逸禁止請求訴法(‘소비자법 등을 위반하는 경우의 금지청구의 소에 관한 법률’; Gesetz über Unterlassungsklagen bei Verbraucherrechts- und anderen Verstößen; Unterlassungsklagengesetz; UKlaG)에 수용됨으로써 폐지되었다. 즉, 독일약관규제법의 실제법적 규정들(제1조-제11조, 제23조-제24조의a)은 그대로 또는 수정되어 독일민법 제305조 내지 제310조에 수용되고, 절차법적 규정들(제13조-제21조)은 독일금지청구소법에 수용되었다. 독일금지청구소법 제1조(보통거래약관의 금지 및 철회 청구)는 “보통거래약관에서 독일민법 제307조 내지 제309조에 의하여 무효인 규정을 사용하거나 법률행위에 의한 거래를 위하여 추천하는 사람에 대해서는 금지를, 추천의 경우에는 철회도 청구할 수 있다.”고 규정하고 있다. 참고로, 독일금지청구소법은 무효인 약관규정의 사용금지 또는 추천철회 이외에도, 소비자보호법 위반실무의 금지, 저작권법에 의한 금지를 청구하는 소에 관하여 제기요건, 제기권자, 제기절차 등을 규정하고 있다.

2) 이에 관한 상세한 내용은 Manfred Wolf/Norbert Horn/Walter F. Lindacher,

고 할 수 있는 ‘약관의 규제에 관한 법률’(이하 ‘약관규제법’이라 함)을 1986년 12월 31일 법률 제3922호로 제정하였고, 그 후 이 법은 8차례의 개정을 거쳐 현재에 이르고 있다.³⁾ 또한 우리나라에서도 여러 경제부문에 걸쳐 약관의 사용이 일반화되었음에 비추어, 약관규제법 이외의 법률에서도 약관을 규제하는 규정들을 다수 찾아볼 수가 있음은 물론이다. 이 글에서는 약관규제법과 이 규정들의 개괄적 고찰을 통하여 우리나라의 약관규제에 관한 법제의 현황을 분석해 보고, 이를 토대로 제기되는 몇 가지 문제점을 논해 보고자 한다.

II. 약관규제법에 의한 약관의 규제

1. 약관의 내용통제

가. 약관의 내용통제의 방식⁴⁾

(1) 편입·해석·불공정성통제

약관규제법에 의한 약관의 내용통제(Inhaltskontrolle)는 ‘통제의 기준’에 따라 편입통제, 해석통제, 불공정성(부당성)통제의 3단계로 나뉜다.

AGB-Gesetz, 2. Aufl., 1989, Einleitung Rdn.42-76; 소비자문제를 연구하는 시민의 모임, 『約款規制의 立法』, 1986.7, 183-304쪽.

3) 약관규제법의 제정부터 제6차 개정(2006.9.27개정, 법률 7988호)까지에 관해서는 張敬煥, “우리나라 약관규제법의 의의와 성과”, 『경희법학』, 41권 2호, 2006.12.30, 242~247쪽; 제7차 개정(2007.8.3개정, 법률 8632호)은, 약관규제법 제3조의 기존 제1항 내지 제3항을 제2항 내지 제4항으로 옮기고 제1항을 신설하여, 사업자는 한글 및 표준화·체계화된 용어를 사용하고, 약관의 중요한 내용을 부호·문자·색채 등으로 명확하게 표시하도록 규정하는 한편, 제3조의 표제를 “약관의 명시·설명 의무”에서 “약관의 작성 및 설명의무 등”으로 고쳤다. 그러나 이 제3조 제1항은 그 위반에 대한 제제가 규정되지 아니한 불완전법규이다; 최근의 개정인 제8차 개정(2008.2.29개정, 법률 8863호)은, ‘금융감독기구의 설치 등에 관한 법률’이 ‘금융위원회의 설치 등에 관한 법률’로 그 명칭이 변경됨에 따라 제18조 제1항의 규정을 수정한 것이다.

4) 張敬煥, “약관의 불공정성 판단”, 『公正去來法講義II』, 權五乘 編, 法文社, 2000.11.30, 488-492쪽 참조.

(가) 편입통제(Einbeziehungskontrolle): 이는 약관이 사업자와 고객이 체결한 계약에 편입되었느냐(계약의 내용으로 되었느냐)를 심사하는 것이다. 사업자의 약관의 명시·설명 의무(약관규제법 제3조), 의외성의 원칙(같은 법 제6조 제2항 제2호), 개별약정우선의 원칙(같은 법 제4조) 등은 이 편입통제에 동원되는 원칙들이다. 만일 사업자가 고객에게 약관조항을 명시·설명하지 않았거나, 약관에 의외조항이 들어있거나, 사업자가 약관조항과는 다른 내용의 개별약정을 고객과 했다면, 당해 약관조항은 계약에 편입되지 못하고, 사업자는 그 조항에 의한 권리를 주장하지 못하게 된다. 약관이 계약에 편입된 것으로 인정되면 두 번째 단계의 해석통제를 거친다.

(나) 해석통제(Auslegungskontrolle): 이는 약관조항을 여러 해석원칙에 따라 해석하고, 그 해석된 내용을 계약에 적용하여 사업자와 고객의 권리·의무를 정하는 통제방식이다. 이 해석통제에 동원되는 대표적인 원칙으로는 ‘보편적 해석의 원칙’(‘객관적 해석의 원칙’; 약관규제법 제5조 제1항 후단)과 ‘작성자불이익의 원칙’(‘불명확성의 원칙’ 또는 ‘疑義의 이익의 원칙’; 같은 법 제5조 제2항)이 있다.⁵⁾ 약관이 계약에 편입되고 해석상 문제가 없다면, 마지막 세 번째 단계의 불공정성통제를 거친다.

(다) 불공정성통제 또는 부당성통제(Unangemessenheitskontrolle): 이는 약관조항의 내용이 고객에게 불공정한(부당한) 불이익을 주고 있는가를 심사하여 그 조항의 유효·무효를 결정하는 통제방식이다. 이 통제는 약관규제법 제6조의 일반원칙에 의하는 경우와 제7조 내지 제14조의 개별무효규정에 의하는 경우로 나뉜다.

5) 약관의 여러 해석원칙에 관해서는 남효순, “약관의 해석”, 『公正去來法講義Ⅱ』, 權五乘 編, 法文社, 2000.11.30, 450~486쪽.

- 1) **약관무효판단의 기준:** 약관조항이 강행법규에 위반하는 때에는 무효로 됨은 당연하다. 약관규제법 제6조 내지 제14조는 그 밖에 약관조항이 무효인 경우를 들고 있다. 즉, 제6조 제1항은 신의성실의 원칙에 반하여 공정성을 잃은 약관조항을 무효로 규정하고 있고, 제6조 제2항은 ① 고객에 대하여 부당하게 불리한 약관조항(제1호)과, ② 계약의 목적을 달성할 수 없을 정도로 계약에 따르는 본질적 권리를 제한하는 약관조항(제3호)을 공정성을 잃은 것으로(즉, 무효로) 추정하는 일반원칙을 설정하고 있다. 여기서 ①과 ②는 신의성실의 원칙에 의한 유·무효의 판단을 쉽게 하기 위하여 구체적인 기준을 제시하는 데 그 뜻이 있다(따라서 ①은 구체성이 없다는 점에서 입법론상 문제가 있다). 한편 제7조 내지 제14조는 거래계에서 빈번하게 무효가 되는 약관조항들을 유형화하여 무효사유들을 개별적으로 제시한 규정들이다.
- 2) **일반원칙과 개별무효규정과 의 관계:** 약관조항이 제7조 내지 제14조 중의 어느 한 규정에 해당되면, 약관조항의 무효는 그것으로 결정되고 더 이상 제6조를 적용할 필요가 없다. 그러나 약관조항이 제7조 내지 제14조 중의 어느 규정에도 해당되지 않거나, 이들 규정의 적용이 제외되는 경우(약관규제법 제15조에 의하면, 국제적으로 통용되는 약관 기타 특별한 사정이 있는 약관으로서 대통령령이 정하는 경우에는 제7조 내지 제14조의 적용을 조항별·업종별로 제한할 수 있다)에는, 제6조의 일반원칙에 의하여 약관조항의 유·무효를 심사한다. 약관조항이 여러 내용을 담고 있는 경우에는, 하나의 내용에 대해서는 제7조 내지 제14조 중의 어느 한 규정에 의해 무효가 되고, 다른 내용에 대해서는 제6조에 의해 무효가 될 수도 있다.
- (라) **약관조항의 계약불편입과 무효의 구별:** 약관조항이 편입통제의 결과 계약에 편입되지 못하게 되는 것(‘계약불편입’)과 불공정성

통제의 결과 ‘무효’가 되는 것을 혼동해서는 안된다. 어느 경우든 약관조항이 계약에 적용되지 않게 된다는 점에서는 같다. 그러나 약관조항의 계약편입 여부는 당해 계약이 체결된 사정(약관조항의 명시·설명이나 의외성 유무, 개별약정의 유무)에 따라 고객마다 달라질 수 있지만, 약관조항의 무효 여부는 그러한 사정에 따라 고객마다 달라질 수 있는 성질의 것이 아니다. 예컨대, 사업자가 약관조항을 甲과 계약을 체결할 때는 명시·설명했지만 乙과 계약을 체결할 때는 이를 명시·설명하지 않았으면, 그 약관조항은 甲과의 계약에는 편입되지만 乙과의 계약에는 편입되지 않는다. 또한 사업자가 약관조항과 다른 개별약정을 한 고객과의 계약에는 약관조항이 편입되지 않지만, 그러한 개별약정을 하지 않은 고객과의 계약에는 약관조항이 편입된다. 그러나 약관조항이 불공정한 내용으로 인해 무효가 되면, 그 조항은 모든 고객에 대해서 무효가 되는 것이지, 고객에 따라 그 효력이 달라질 수 있는 것이 아니다.

(마) 약관조항의 계약불편입·무효의 계약에 대한 효과: 약관조항이 계약에 편입되지 않거나, 강행법규에 반하여 무효가 되거나 약관규제법상의 일반원칙이나 개별무효규정에 의하여 무효가 되는 경우에는, 계약은 나머지 부분만으로 유효하게 존속한다(약관규제법 제16조 본문; 일부무효의 원칙). 다만, 유효한 부분만으로 계약의 목적달성이 불가능하거나 ‘일방 당사자’(사업자 또는 고객)에게 부당하게 불리한 때에는, 예외적으로 그 계약은 전부무효로 된다(같은 법 제16조 단서; 주의할 점은, 고객에게 부당하게 불리한 때뿐만 아니라 사업자에게 부당하게 불리한 때도 전부무효가 된다는 점이다). 이러한 약관규제법 제16조 본문에 의한 일부무효의 원칙은 민법 제137조 본문에 의한 전부무효의 원칙에 대한 예외이다. 따라서 민법에 의하면 일부무효를 주장하는 자가 ‘무효부분

【 제 2 부 】 거래의 다양화에 따른 입법과제 (II)

이 없더라도 법률행위를 하였을 것'임(민법 제137조 단서)을 증명해야 하지만, 약관규제법에 의하면 전부무효를 주장하는 자가 '유효한 부분만으로 계약의 목적달성이 불가능하거나 자신에게 부당하게 불리'하게 됨(약관규제법 제16조 단서)을 증명해야 한다.

(2) 구체적 내용통제와 추상적 내용통제

이는 약관의 내용통제가 구체적인 계약관계를 전제로 하는지의 여부에 따른 구별이다. 구체적 내용통제(konkrete Inhaltskontrolle)라 함은 특정의 구체적 계약관계에서 당사자(사업자와 고객)의 권리·의무를 확정하기 위한 선결과제로서 약관조항을 심사하는 것을 말하고, 추상적 내용통제(abstrakte Inhaltskontrolle)라 함은 특정의 구체적 계약관계에서의 당사자의 권리·의무의 확정과는 상관없이 오로지 약관조항의 유효·무효의 결정만을 종국적인 과제로 삼는 심사를 말한다.

구체적 내용통제는 편입·해석·불공정성통제의 3단계 심사를 모두 하지만, 추상적 내용통제는 구체적 계약관계를 전제로 하지 않고 오로지 약관조항의 효력만을 심사하는 불공정성통제만을 한다. 그밖에 약관조항이 편입통제를 한 결과 계약에 편입되지 못하거나, 불공정성통제를 한 결과 무효가 된 경우에, 그 약관에 의해 체결된 계약의 존부 및 효력을 규정하고 있는 약관규제법 제16조(일부무효의 특칙)의 적용도 구체적 계약관계를 전제로 하므로 구체적 내용통제의 하나이다.

독일에서는 구체적 내용통제와 추상적 내용통제 모두를 법원이 담당하도록 하고 있다(司法的 규제방식; 독일금지청구소법 제1조, 제5조 내지 제11조; 구 독일약관규제법 제13조 내지 제21조). 우리나라에서는 구체적 내용통제는 법원이, 추상적 내용통제는 공정거래위원회가 담당하도록 하고 있다(행정적 규제방식의 병용; 약관규제법 제17조의2 이하). 구체적 내용통제는 특정 계약당사자 사이의 권리·의

무에 관한 다툼을 판단하기 위한 것이므로 법원이 담당하지만, 추상적 내용통제는 그러한 구체적 권리다툼을 판단하기 위한 것이 아니므로 법원 이외의 기관도 담당할 수가 있다.

(3) 직접적 내용통제와 간접적 내용통제

이는 약관의 내용통제가 정면으로 약관내용의 공정·불공정성을 문제삼아서 그 유·무효를 결정하는지의 여부에 따른 구별이다. 직접적 또는 공개적 내용통제(direkte od. offene Inhaltskontrolle)라 함은, 약관조항이 이익형평을 유지하지 못하고 고객에게 불공정한(부당한) 불이익을 주는 내용을 담고 있는지를 심사하여, 그렇다고 인정되는 경우에는 그 조항이 무효임을, 그렇지 않다고 인정되는 경우에는 그 조항이 유효함을 선언하는 것이다. 직접적 내용통제는 약관조항의 유·무효를 결정하는 내용통제이므로 이를 효력통제(Wirksamkeitskontrolle)라고도 한다.⁶⁾ 간접적 또는 숨겨진 내용통제(indirekte od. versteckte Inhaltskontrolle)라 함은, 정면으로 약관조항의 유·무효를 선언하지 않고, 그 밖의 방법에 의해 약관조항의 계약에 대한 적용을 통제하는 것이다. 문헌에서 특별한 구분 없이 내용통제라는 용어를 사용할 때는 보통 직접적 내용통제를 말한다.

약관의 3단계 통제 중에서 편입통제와 해석통제가 간접적 내용통제에 속하고, 불공정성통제가 직접적 내용통제에 속한다. 약관규제법에 정식으로 직접적 내용통제(불공정성통제)가 명문화된 이상(제6조 내지 제14조), 해석에 의한 간접적 내용통제(해석통제)는 되도록이면 직접적 내용통제에 양보해야 할 것이다. 그렇지 않다면 직접적 내용통제의 기능은 크게 위축이 될 뿐만 아니라,⁷⁾ 문제가 되는 약관조항

6) Bunte, *Zehn Jahre AGB* □□Gesetz □□ Rückblick und Ausblick, NJW 1987,925.

7) Ulmer/Brandner/Hensen, *AGB* □□Gesetz, *Kommentar*, 7. Aufl., 1993, §9 Rdn.28: “직접적 내용통제에 대한 회피책(Ausweichtaktik)으로서의 해석통제(Auslegungskontrolle)는 구 독일약관규제법 제9조 내지 제11조(현행 독일민법 제307조 내지 제309조;

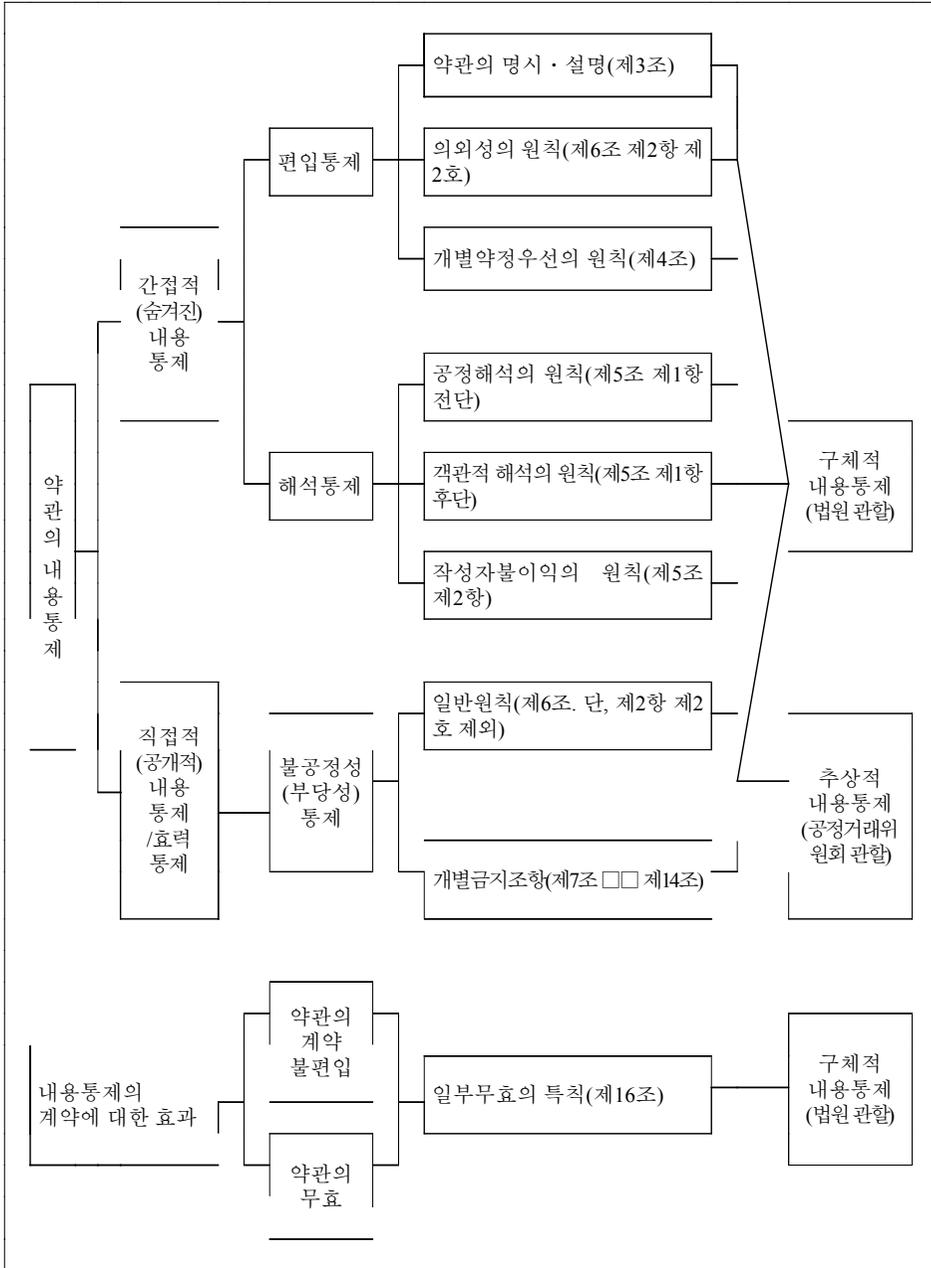
을 그대로 놔두고 그때그때 문제가 생길 때마다 해석에 의존하는 것보다 그 조항 자체를 무효로 확정해서 사용하지 못하게 하거나 변경하도록 하는 것이 고객보호에는 더 효과적일 것이기 때문이다.

나. 약관의 내용통제의 체계

편입통제와 해석통제는 간접적 내용통제로서 내용통제의 단계상 직접적 내용통제인 불공정성통제에 선행한다. 편입통제와 해석통제는 구체적 내용통제에서 행해지고, 불공정성통제는 구체적 내용통제에서 행해지기도 하고 추상적 내용통제에서 행해지기도 한다. 불공정성통제는 일반원칙(약관규제법 제6조)에 의하기도 하고 개별금지조항(같은 법 제7조 내지 제14조)에 의하기도 한다. 법원이 구체적 내용통제에서 편입·해석·불공정성통제를 할 수 있는데 반해, 공정거래위원회는 추상적 내용통제에서 불공정성통제만을 할 수 있을 뿐이다. 동일한 약관조항에 대해 법원이 구체적 내용통제에서 불공정성통제를 한 결과와 공정거래위원회가 추상적 내용통제에서 불공정성통제를 한 결과가 상반되는 경우에는, 전자가 우선한다. 우리의 헌법질서상 법적 분쟁을 최종적으로 다룰 수 있는 권한은 법원에 주어졌기 때문이다. 약관규제법상의 내용통제의 체계를 도표로 나타내면 다음과 같다.

우리 약관규제법 제6조 내지 제14조)에 규정된 판단기준과 법적 효과를 空轉 (Leerlaufen)시키는 결과를 초래한다.”

<약관규제법상의 내용통제의 체계도>



다. 약관의 내용통제를 위한 약관규제법 규정의 적용순서

(1) 법원에 의한 구체적 내용통제의 경우

법원이 약관의 구체적 내용통제를 하는 경우에는, 약관규제법의 실제법적 규정을 다음의 순서에 따라 적용한다.

- ① 문제의 규율이 제2조가 규정하고 있는 약관에 해당하는가를 심사한다.
- ② 약관조항이, 제30조 제1항이 규정하고 있는, 약관규제법의 적용이 제외되는 분야의 것인가를 심사한다.
- ③ 제30조 제3항에 의하여 약관조항에 관하여 다른 법률에 특별한 규정이 있는가를 심사한다.
- ④ 약관조항이, 제3조 제2항 단서에 의하여 시행령 제2조 제1항이 규정하고 있는, 사업자의 명시적무가 면제되는 업종의 것인가를 심사한다. 이에 해당한다면, 시행령 제2조 제2항이 규정하고 있는 사업자의 약관의 비치 및 교부 의무가 이행되었는지를 심사한다.
- ⑤ 약관조항에 대해서 제3조 제2항 본문이 규정하고 있는 사업자의 명시 및 교부 의무가 이행되었는지를 심사한다.
- ⑥ 약관조항의 내용이 중요한 것인지를 심사한다. 이에 해당한다면, 제3조 제3항 단서가 규정하고 있는, 계약의 성질상 사업자의 그 약관조항의 설명이 현저하게 곤란한 경우에 해당하는지를 심사한다. 또한 대법원의 관례에 의하면, 고객(보험계약자)이 충분히 잘 알고 있는 사항,⁸⁾ 거래상 일반적이고 공통된 것이어서 별도의 설명 없이도 충분히 예상할 수 있는 사항이나 이미 법령에 의하여 정하여진 것을 되풀이하거나 부연하는 정도에 불과한 사항⁹⁾ 등은

8) 대법원 1999.3.9. 선고, 98다43342판결 등.

9) 대법원 1998.11.27. 선고, 98다32564 판결 등.

설명할 필요가 없다고 한다. 따라서 약관조항의 내용이 이러한 사항에 해당하는지도 심사한다.

- ⑦ 약관조항에 대해서 제3조 제3항 본문이 규정하고 있는 사업자의 설명의무가 이행되었는지를 심사한다.
- ⑧ 제6조 제2항 제2호에 의하여 약관조항이 의외조항인가를 심사한다.
- ⑨ 제4조에 의하여 약관조항에 우선하는 개별약정이 있는가를 심사한다.
- ⑩ 제5조의 해석원칙에 의하여 약관조항을 해석하고, 그 해석된 내용을 계약에 적용한다.
- ⑪ 약관조항이, 제15조에 의하여 시행령 제3조가 규정하고 있는, 제7조 내지 제14조가 적용되지 아니하는 업종의 것인가를 심사한다.
- ⑫ 약관조항이 제7조 내지 제14조의 개별금지조항 중의 하나에 해당되어 무효인지를 심사한다.
- ⑬ 약관조항이 제6조(단, 제2항 제2호 제외)의 일반원칙에 의하여 무효인지를 심사한다.
- ⑭ 약관조항이 계약에 편입되지 못하거나 무효인 경우에는, 제16조에 의하여 당해 계약이 일부무효 또는 전부무효인지를 심사한다.

(2) 공정거래위원회에 의한 추상적 내용통제의 경우

공정거래위원회가 약관의 추상적 내용통제를 하는 경우에는, 약관규제법의 실체법적 규정을 다음의 순서에 따라 적용한다.

- ① 문제의 규율이 제2조가 규정하고 있는 약관에 해당하는가를 심사한다.
- ② 약관조항이, 제30조 제1항이 규정하고 있는, 약관규제법의 적용이 제외되는 분야의 것인가를 심사한다.
- ③ 제30조 제3항에 의하여 약관조항에 관하여 다른 법률에 특별한 규정이 있는가를 심사한다.

【 제 2 부 】 거래의 다양화에 따른 입법과제 (Ⅱ)

- ④ 약관조항이, 제15조에 의하여 시행령 제3조가 규정하고 있는, 제7조 내지 제14조가 적용되지 아니하는 업종의 것인가를 심사한다.
- ⑤ 약관조항이 제7조 내지 제14조의 개별금지조항 중의 하나에 해당되어 무효인지를 심사한다.
- ⑥ 약관조항이 제6조(단, 제2항 제2호 제외)의 일반원칙에 의하여 무효인지를 심사한다.

공정거래위원회의 추상적 내용통제에서는, 구체적 계약관계를 전제로 하는 약관규제법 제3조, 제6조 제2항 제2호, 제4조, 제5조에 의한 약관심사와 제16조의 적용은 이를 할 여지가 없다.

2. 불공정약관조항에 대한 공정거래위원회의 시정조치¹⁰⁾

가. 시정조치의 종류

공정거래위원회는 약관심사(추상적 내용통제로서 약관규제법 제6조의 일반원칙이나 제7조 내지 제14조의 개별무효규정에 의한 불공정성통제)를 한 결과 사업자가 사용하는 약관조항이 불공정약관조항임이 확인되면, 그 조항에 대해 무효로 결정함과 동시에, 시정조치를 할 수 있다. 이 시정조치는 사업자에게 하는 시정명령, 사업자 또는 금융감독원에게 하는 시정권고, 행정관청에게 하는 시정요청으로 나뉜다(약관규제법 제17조의2 및 제18조).¹¹⁾

10) 張敬煥, “우리나라 약관규제법의 의의와 성과”, 『경희법학』, 41권 2호, 2006. 12.30, 253~255쪽 참조.

11) 본래 약관규제법 제정 당시에는, 약관의 유·무효의 결정은 민사상 법률쟁송에 해당하므로 법원이 아닌 행정기관(당시 경제기획원 내의 약관심사위원회)의 심결에 구속력과 대세적 효력을 인정하는 것은 바람직하지 않다는 관계부처 및 법조계의 의견을 받아 들여, 법적 구속력이 없는 시정권고제도만을 두었었다. 그러다가 약관규제의 실효성을 제고하기 위해서, 1992년 12월 8일의 제1차 개정(법률 4515호)에 의하여 추상적 내용통제를 準司法機關인 공정거래위원회에게 맡김과 동시에 법적 구속력 있는 시정명령제도를 두게 된 것이다. 공정거래위원회, 『시장경제 창달의 발자취(공정거래

나. 시정권고

시정권고는, 사업자에게 불공정약관조항의 삭제·수정 등 시정에 필요한 조치를 하도록 권고하는 것으로서(같은 법 제17조의2 제1항), 행정지도에 해당하여 사업자에 대한 구속력은 없다. 공정거래위원회는, 특정 사업자의 불공정약관조항에 대해 시정권고 또는 시정명령을 할 때, 당해 사업자와 동종사업을 영위하는 다른 사업자에게도 같은 내용의 불공정약관조항에 대해 시정권고를 할 수 있다(같은 법 제17조의2 제3항).

또한 공정거래위원회는 은행약관(예금·대출약관 등)에 불공정약관조항이 있는 것으로 확인되면, 금융감독원에 그 사실을 통보하고 그 시정에 필요한 조치를 취하도록 권고할 수 있다(같은 법 제18조 제1항 후단).¹²⁾ 금융감독원에 대해 시정권고를 할 때는, 행정관청에 대해 시정요청을 하는 경우(같은 법 제18조 제1항 전단 및 제2항)와는 달리, 사업자(은행)에 대해서도 시정권고나 시정명령을 할 수 있다.

시정권고는, 사업자에 대한 규제를 최소화하고 사업자의 자율을 최대한 보장하려는 공정거래위원회의 약관심사의 원칙에 따라, 1987년부터 2005년까지 불공정약관조항에 대해 공정거래위원회가 행한 시정조치 중에서 과반(68.3%)의 비중을 차지하였다.¹³⁾ 그러나 시정권고는 사업자에 대한 구속력이 없으므로, 사업자가 시정권고에 따르지 아니하는 경우에는 불공정약관규제의 실효성을 기하기가 어렵다. 이에 2001년 3월 28일의 약관규제법 제3차 개정(법률 6459호)에 의하여 제17조의2 제6호를 신설하고, 시정권고를 받은 사업자가 ‘정당한 사

20년사)», 2001.7, 449쪽.

12) 약관규제법 제18조 제1항 후단은 “은행법의 규정에 의한 금융기관”이라고 규정하고 있는데, 은행법 제2조 제1항 제2호에 의하면, ‘금융기관’이라 함은 은행업을 규칙적·조직적으로 영위하는 한국은행외의 모든 법인을 말한다.

13) 공정거래위원회, 『2006년판 공정거래백서』, 2006.10, 349쪽, 표 4-4-2 참조.

유 없이’ 따르지 아니하여 ‘다수 고객의 피해가 발생하거나 발생할 우려가 현저한 경우’에 시정명령을 내릴 수 있게 규정하였다.

다. 시정명령

시정명령은, 사업자에게 불공정약관조항의 삭제·수정 등 시정에 필요한 조치를 하도록 명하는 것으로서, 행정명령에 해당하여 사업자에 대한 구속력이 있다. 즉, 사업자가 시정명령에 따르지 아니하는 경우에는 2년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금에 처한다(같은 법 제32조). 공정거래위원회는 사업자가 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제2조 제7호의 시장지배적 사업자인 경우를 비롯하여 6가지의 경우 중의 어느 하나에 해당할 때 내릴 수 있다(같은 법 제17조의 2 제2항 제1호 내지 제6호). 이 시정명령은 공정거래위원회의 불공정약관조항에 대한 시정조치들 중에서 가장 강력한 조치이다. 다만, 사업자가 시정명령에 대해 이의신청을 하는 경우에는, 공정거래위원회는 그 명령의 이행으로 인하여 회복하기 어려운 손해가 발생할 수 있어 이를 예방할 필요가 있다고 인정하는 때에는 당사자의 신청이나 직권에 의하여 그 명령의 이행에 대한 정지(집행정지)를 결정할 수 있다(같은 법 제30조의 2, 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제53조의 2 제1항).

라. 시정요청

시정요청은, 행정관청이 작성한 약관 또는 다른 법률에 의하여 행정관청의 인가를 받은 약관에 불공정약관조항이 있는 것으로 확인되면, 당해 행정관청에 그 사실을 통보하고 그 시정에 필요한 조치를 요청하는 것으로서(같은 법 제18조 제1항 전단), 행정지도에 해당하여 행정관청에 대한 구속력은 없다. 또한 금융감독원에 대한 시정권고와는 달리, 공정거래위원회가 행정관청에게 시정요청을 한 경우에

는 사업자에게 시정권고나 시정명령은 이를 하지 아니한다(같은 법 제18조 제2항). 이는 약관을 작성하거나 인가한 당해 행정관청의 독자성을 배려한 결과이다. 한편, ‘자본시장과 금융투자업에 관한 법률’은 금융위원회가 공정거래위원회에 금융투자약관이나 그 표준약관의 심사를 청구하도록 하고, 이에 대해 공정거래위원회가 심사를 한 후 불공정조항이 있는 것으로 인정되는 경우에는 금융위원회에 시정요청을 하도록 규정하고 있다(이 법 제56조 제5항). 이 규정은, 금융위원회가 스스로 공정거래위원회에 약관심사청구를 하도록 한 점에서의 의미가 있다고 하겠다.

3. 표준약관의 심사, 작성 및 보급¹⁴⁾

가. 표준약관의 구실

표준약관(모범약관; *Musterbedingungen*)이라 함은, 사업자가 실제 거래에서 사용하기 위한 약관을 마련할 때 모범으로 삼도록 하기 위하여 미리 작성되어 있는 약관을 말한다. 사업자는 표준약관의 전부나 일부를 자신이 사용하는 약관에 채용하여 그 약관을 고객에게 제시하는 것이므로, 표준약관은 그 자체가 고객에게 제시되는 약관인 것은 아니며(따라서 약관규제법 제2조에서 말하는 약관에는 해당되지 아니한다), ‘약관안’ 또는 ‘약관의 초안’(Entwurf der AGB)일 뿐이다.¹⁵⁾ 그러나 감독관청은 사업자와 고객 간의 공정한 권리의무관계를 정한 표준약관을 직접 마련하거나, 사업자단체나 소비자단체로 하여금 작성하게 하여 승인한 후, 사업자에게 이 표준약관에 따른 약관을 작성하여 사용하도록 지시 또는 권고함으로써 실제 거래에서 사용되

14) 張敬煥, “우리나라 약관규제법의 의의와 성과”, 『경희법학』, 41권 2호, 2006. 12.30, 255~257쪽 참조.

15) Dietlein/Rebmann, *AGB aktuell, Erläuterungen zum AGB-Gesetz*, 1976, (이하 ‘Dietlein/Rebmann’으로 약칭함), §1 Rdn.6.

는 약관의 공정성을 확보할 수가 있게 된다.¹⁶⁾ 또한 고객의 입장에서 도 자신에게 적용되는 실제 약관과 표준약관을 비교해 봄으로써 실제 약관조항의 공정 여부를 가늠할 수가 있게 된다. 이러한 점에서 표준약관은 불공정약관으로 인한 고객의 피해와 분쟁을 예방하는 효과적인 수단이 된다.

나. 사업자의 심사청구 또는 소비자단체의 작성요청

약관규제법은 표준약관이 불공정약관에 대한 효과적인 예방수단이 된다는 점에 착안하여, 1992년 12월 8일의 제1차 개정(법률 4515호)에 의하여 제19조의2(현행 제19조의2 제1항)를 신설함으로써, ‘사업자 및 사업자단체’(이하 ‘사업자 등’이라 함)가 ‘표준이 될 약관’(이하 ‘표준약관안’이라 함)을 마련하여 공정거래위원회에 심사를 청구할 수 있는 길을 열어 놓았다. 이러한 표준약관안의 심사는 이른바 추상적 내용통제의 한 방법이 된다. 그러나 그간 사업자 등이 표준약관안의 마련에 소극적이어서 이 규정만으로는 표준약관안의 심사청구를 활성화시킬 수 없었다. 이에 다시 2004년 1월 20일의 약관규제법 제4차 개정(법률 7108호)에 의하여, 소비자단체 또는 한국소비자원(이하 ‘소비자단체 등’이라 함)도 표준약관의 마련을 공정거래위원회에 요청할 수 있게 하였다(약관규제법 제19조의2 제2항). 또한 공정거래위원회도 소비자단체 등의 요청이 있거나, 일정한 거래분야에서 다수의 고객에게 피해가 발생하는 경우에는, 이를 조사하고 약관이 없거나 불공정약관조항이 있는 것으로 확인되면, 사업자 등에게 표준약관안을 마련하여 심사청구를 하도록 권고할 수 있게 하였다(같은 법조 제

16) 예컨대, 보험업감독규정(2008.2.27개정, 금융감독위원회공고 2008-13호) 제7-58조(약관의 작성원칙) 제6항은 “보험상품별 약관을 작성함에 있어 감독원장이 정하는 표준약관을 준용하여야 한다. 다만, 보험상품별 특성 등에 따라 표준약관을 그대로 준용하기 곤란한 경우에는 그 내용을 수정하여 사용할 수 있다.”고 규정하고 있다.

3항). 이 경우 사업자 등이 공정거래위원회의 권고를 받은 날로부터 4월 이내에 표준약관안을 마련하여 심사청구를 하지 아니하는 경우에는, 공정거래위원회가 직접 거래 당사자와 소비자단체의 의견을 듣고 관계부처와 협의를 하여 표준약관을 마련할 수 있다(같은 법조 제 4항). 그 밖에 앞의 ‘2. 라. 시청요청’에서 언급한 ‘자본시장과 금융투자업에 관한 법률’ 제56조 제5항은, 사업자 등이나 소비자단체 등이 아닌 ‘감독관청’(금융위원회)의 표준약관 심사청구를 규정한 점에서 주목할 만하다.

다. 표준약관의 공시, 권장 및 표시

공정거래위원회는 사업자 등의 심사청구에 의해서 표준약관안을 심사하거나, 직접 표준약관을 마련한 경우에는, 당해 표준약관을 공시하고, 사업자 등에게 그 사용을 권장할 수 있다(같은 법조 제5항). 그리고 공정거래위원회로부터 표준약관의 사용을 권장받은 사업자 등이 표준약관과 다른 약관을 사용하는 경우에는, 그 다른 주요내용을 고객이 알기 쉽게 표시하여야 한다(같은 법조 제6항). 이는 고객이 자신에게 적용될 약관과 표준약관의 차이를 쉽게 알 수 있게 함과 동시에, 사업자 등에게는 다른 ‘주요내용’을 표시하게 함으로써 다른 ‘사소한 내용’(고객의 권리나 의무에 실질적으로 영향을 미치지 않는 내용)까지는 표시할 필요가 없게 하여 표시의무의 부담을 덜어 준 것이다. 이 표시의무에 위반한 사업자 등에 대하여는 5백만원 이하의 과태료에 처한다(같은 법 제34조 제2항 제2호).

한편 약관규제법은 표준약관의 사용을 활성화하고 표준약관을 널리 홍보하기 위하여 공정거래위원회가 표준약관표지(표준약관 마크)를 정할 수 있게 하였다(같은 법 제19조의2 제7항). 이 표지는 표준약관을 사용하는 사업자 등만이 사용할 수 있다(같은 법조 제8항). 사업자 등이 표준약관과 다른 내용의 약관을 사용하면서도 표준약관표지를

사용하는 경우에는, 5천만원 이하의 과태료에 처함과 동시에(같은 법 제34조 제1항 제1호), 표준약관의 내용보다 고객에게 더 불리한 약관의 내용은 무효가 된다(같은 법 제19조의 2 제9항). 2003년 11월 현재 공정거래위원회는 54개의 표준약관을 승인 또는 개정하였다.¹⁷⁾

Ⅲ. 기타 법률에 의한 약관의 규제

1. 약관의 규제에 관한 규정을 두고 있는 법률

약관규제법 이외에, 약관을 규제하는 규정들을 두고 있는 법률들과 그 규정들(벌금이나 과태료 등의 제재규정은 제외)을 들어보면 다음과 같다.

- ① 금융업에 관한 법률: 은행법(2008.3.14개정, 법률 8905호) 제52조, 보험업법(2008.3.14개정, 법률 8902호, 2008.6.15시행) 제5조 제3호 · 제95조 제1항 제3호 · 제127조 · 제131조 제2항 내지 제5항 · 제193조, 자본시장과 금융투자업에 관한 법률(2008.2.29개정, 법률 제8863호, 시행일 2009.2.4; 이하 ‘자본시장통합법’이라 함) 제56조, 전자금융거래법(2008.2.29개정, 법률 8863호) 제9조 제3항 · 제14조 제3항 · 제15조 제4항 · 제19조 제2항 · 제24조 · 제25조 등.
- ② 소비자보호에 관한 법률: 전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률(2007.8.3개정, 법률 8635호, 2009.2.4시행; 이하 ‘전자상거래법’이라 함) 제10조 제1항 제5호 · 제13조 제2항 제9호 · 제23조 제2항, 방문판매 등에 관한 법률(2007.7.19개정, 법률 8537호; 이하 ‘방문판매법’이라 함) 제7조 제10호 · 제16조 · 제28조 제8호 · 제33조 제2항 등.
- ③ 방송 · 통신업에 관한 법률: 방송법(2008.2.29개정, 법률 8867호) 제77조 · 제82조, 전기통신사업법(2008.2.29개정, 법률 8867호) 제29조

17) 자세한 내용은 張敬煥, “우리나라 약관규제법의 의의와 성과”, 『경희법학』, 41권 2호, 2006.12.30, 268쪽, <표7> 참조.

- 제36조의3 제1항 제4호·제36조의4 제2항·제59조의2 제2항, 위치정보의 보호 및 이용 등에 관한 법률(2008.2.29개정, 법률 8867호, 2008.6.22시행) 제12조·제18조·제19조·제21조 등.
- ④ 운송업에 관한 법률: 철도사업법(2008.2.29개정, 법률 8852호) 제10조 제2항·제11조·제20조·제21조 제4호, 여객자동차운수사업법(2008.3.21개정, 법률 8980호) 제9조·제23조 제1항 제4호·제31조·제33조 제2호·제40조·제44조 제2호, 화물자동차운수사업법(2008.3.21개정, 법률 8979호) 제6조·제11조 제8항·제13조 제1호·제28조·제31조 제1호·제33조, 항공법(2008.2.29개정, 법률 8852호, 2008.6.22시행) 제119조·제132조 제4항·제142조 등.
- ⑤ 생존배려급부(Daseinsvorsorgeleistungen)에 관한 법률: 전기사업법(2008.2.29개정, 법률 8852호) 제16조·제16조의2 제3항·제4항·제56조 제1항 제5호·제5호의2·제57조 제1항 제2호, 수도법(2008.2.29개정, 법률 8852호, 2008.6.28시행) 제38조·제44조 제1항 제1호·제50조·제65조, 도시가스사업법(2008.2.29개정, 법률 8863호, 2008.6.22시행) 제20조 등¹⁸⁾.
- ⑥ 약관의 불공정성통제에 동원될 수 있는 상대적 강행규정 또는 다른 규정들을 상대적 강행규정화 하는 규정: 민법(2007.12.21개정, 법률 8720호) 제289조·제608조·제652조, 상법(2007.8.3개정, 법률 8582호) 제663조·제799조, 전자상거래법 제35조, 방문판매법 제45조 등.

2. 약관의 제정·변경을 규제하기 위한 조치

사업자가 약관을 제정 또는 변경하는 경우에, 이를 규제하기 위하여 주요 법률에서 규정하고 있는 조치를, 사업자가 감독관청에 대하

18) 수도법과 도시가스사업법은 ‘약관’이라는 용어 대신에 ‘공급규정’이라는 용어를 사용하고 있다.

【 제 2 부 】 거래의 다양화에 따른 입법과제 (Ⅱ)

여 취하여야 하는 조치와 감독관청이 사업자 또는 공정거래위원회에 대하여 취하는 조치로 나누어 살펴보면 다음의 <표>와 같다.

<표> 약관의 제정·변경을 규제하기 위한 규정과 조치

법률규정/ 감독관청		사업자의 감독관청에 대한 조치	감독관청의 사업자에 대한 조치
은행법 /금융위원회	52조 1항	사전보고. 단, 이용자의 권익이나 의무에 불리한 영향이 없는 경우로서 금융위원회가 정하는 경우에는, 10일 이내의 사후보고	
	52조 2항		약관의 변경의 권고
보험업법 /금융위원회	127조 1항	사전신고	
	127조 2항	대통령령이 정하는 바에 따라 금융위원회가 정하는 기준에 부합하는 경우에는, 매분기별의 사후제출	
	131조 2항		약관의 변경 또는 사용정지의 명령
	131조 3항		약관의 변경 명령 시, 기존 보험계약에 대하여도 장애에 향하여 그 변경의 효력이 미치게 함
	131조 4항		약관의 변경 명령 시, 기존 보험계약의 기납 보험료의 일부환급 또는 보험금의 증액을 하도록 함
자본시장 통합법 /금융위원회	56조 1항	사전신고. 단, 투자자의 권리·의무와 관련이 없는 사항을 변경하는 경우, 표준약관을 그대로 사용하는 경우, 다른 금융투자업자가 이미 신고한 약관의 내용과 같은 경우, 전문투자자만을 대상으로 하는 약관의 경우에는, 7일 이내의 사후보고	
	56조 4항	협회의 표준약관 제정·변경의 사전신고. 단, 56조 1항의 경우에는 7일 이내의 사후보고	
	56조 5항		공정거래위원회에 대한 약관·표준약관의 심사청구

법률규정/ 감독관청		사업자의 감독관청에 대한 조치	감독관청의 사업자에 대한 조치
	56조 6항		약관·표준약관의 변경명령
전기통신 사업법 /방송통신 위원회	29조 1항, 59조의2 제2항	약관의 제정·변경의 신고	사업규모·시장점유율 등이 일정 기준에 해당하는 사업자의 약관의 제정·변경에 대한 인가
	37조 1항, 59조의2 제2항		약관의 변경의 명령
철도사업법 /국토해양 부장관	10조 2항, 11조 1항,	약관의 제정·변경의 신고	
	21조 4호		약관의 변경의 명령
전기사업법 /지식경제 부장관	16조 1항, 16조의2 제3항, 24조의2		기본·보완공급약관의 제정·변경에 대한 인가

이 <표1>에서 알 수 있듯이, 공정한 거래질서의 확립이나 고객의 보호가 특히 요청되는 업종에 대해서는 행정관청(감독관청)의 감독이 요구되고, 그 감독의 일환으로 사업자가 약관을 제정하거나 변경하는데 대해 감독관청이 개입하고 있다. 그러나 사업자에게 감독관청의 ‘인가’를 받도록 요구하는 약관보다는, 사업자가 약관을 감독관청에게 ‘사전신고(보고)’하는 것으로 그치는 약관이 더 많다(전기통신사업법 제29조 제1항은 사업규모·시장점유율 등이 일정 기준에 미달하는 사업자의 약관에 대해서는 사전신고를 하도록 하면서, 그 기준에 해당하는 사업자의 약관에 대해서는 인가를 받도록 하고 있다). 그리고 사전신고를 하도록 하는 약관도, 고객에게 불이익을 주지 않거나 표준약관을 사용하거나 감독관청이 정한 일정한 기준에 부합하는 경우 등에는, 사업자가 약관을 제정·변경하여 먼저 사용한 후 일정한 기간 내에 ‘사후신고(보고, 제출)’를 할 수 있도록 되어 있다. 이는 오

늘날 기업에 대한 규제 완화와 기업의 자율성 신장이라는 시대적 추세가 반영된 결과라고 할 것이다.

감독관청이 공정거래위원회에 약관심사를 청구하도록 한 규정으로서 는 자본시장통합법 제56조 제5항을 들 수 있다. 이 규정은, 금융위원회 가 이 법 제56조 제1항 또는 제4항에 의하여 금융투자업자 또는 한국 금융투자협회로부터 사전신고 또는 사후보고를 받은 금융투자약관 또는 그 표준약관을 공정거래위원회에 통보함으로써 심사를 청구하도록 하고 있다. 이에 대해 공정거래위원회는 심사결과 그 약관 또는 표준 약관이 약관규제법 제6조 내지 제14조의 규정(불공정성통제를 위한 규정)에 해당되는 것으로 인정될 때에는, 금융위원회에 그 사실을 통보 하고 그 시정에 필요한 조치를 취하도록 요청할 수 있으며, 금융위원회는 특별한 사유가 없는 한 이에 응하도록 하고 있다. 이 규정은, 금융투자약관이나 그 표준약관의 내용의 공정성을 확보하기 위하여, 금융위원회와 공정거래위원회의 유기적 협조관계를 법률로 명확하게 규정했다는 점에서 그 의미가 있다고 하겠다. 이러한 내용의 규정은 은행법이나 보험업법에도 규정할 필요가 있다고 생각된다. 다만, 은행법에 이러한 내용의 규정을 둔다면, 불공정한 은행약관조항에 대해 공정 거래위원회가 금융감독원에 시정권고를 할 수 있게 한 약관규제법 제 18조 제1항 후단의 규정은 필요 없게 될 것으로 생각된다.

3. 약관규제법과 기타 법률과의 관계

약관규제법 이외의 법률로서 약관의 규제에 관한 규정을 두고 있는 법(이하 ‘기타 법률’이라고 함)은, 각기 거래분야의 특수한 사정이나 관행을 고려하여 그에 따른 규정을 두고 있는 것이다. 이 점을 고려하여 약관규제법 제30조 제3항은 “특정한 거래분야의 약관에 대하여 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우에는 이 법의 규정에 우선 한다.”고 규정함으로써 이른바 특별법우선의 원칙을 명문화하고 있

다. 이 원칙은 법의 규정의 유무를 불문하고 당연한 법의 원칙이다. 특히 우리나라는 약관의 규제에 관한 입법방식으로 각각의 거래분야마다 개별규정을 두는 개별적 규제방식 대신에 모든 거래분야에 대해 두루 적용되는 포괄적 규제방식을 채택하였고, 그 결과 제정된 것이 약관규제법이다. 포괄적 규제방식은 모든 거래분야의 약관을 일괄적으로 규제함으로써 한 국가의 거래수준을 고루 끌어올릴 수 있는 장점이 있지만, 각각의 거래분야의 특수성이나 관행을 무시함으로써 오히려 거래질서를 왜곡시키게 되는 단점이 있다. 따라서 포괄적 규제방식을 취하는 약관규제법에서는 이 규제방식의 약점을 보완한다는 점에서 특별법우선의 원칙은 각별한 의미가 있는 것이다.

이 약관규제법 제30조 제3항을 전자상거래법 제4조(“전자상거래 또는 통신판매에서의 소비자보호에 관하여 이 법과 다른 법률의 규정이 경합하는 경우에는 이 법을 우선 적용하되 다른 법률을 적용하는 것이 소비자에게 유리한 경우에는 그 법을 적용한다.”)의 규정방식에 따라서 “특정한 거래분야의 약관에 대하여 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우라도 이 법을 우선 적용하되 그 다른 법률의 특별한 규정을 적용하는 것이 고객에게 유리한 경우에는 그 규정을 적용한다.”로 고치자는 주장이 있다. 그러나 전자상거래나 통신판매와 같은 한정적인 거래분야에 대해서 적용되는 전자상거래법의 경우는 몰라도, 모든 거래분야에 대해서 적용되는 약관규제법은 그러한 주장이 타당하다고 할 수 없다고 생각된다. 해당 거래분야의 특수한 사정이나 관행을 고려할 때 약관규제법의 규정보다 고객을 더 불이익하게 한다고 해서 당연히 불공정한 것이라고는 할 수 없는 것이다. 구 독일약관규제법의 제정과정에서 약관규제법의 불공정성통제규정을 상대적 강행규정으로 하자는 주장이 한때 있었으나, 계약의 자유의 원칙을 지나치게 위축시킬 우려가 있다는 반대로 인해 이 주장이 채택되지 않았던 점도 상기할 필요가 있다고 하겠다.

또한 약관규제법은 일반적으로 민·상법에 대해서 특별법인 것으로 인식되고 있다. 예컨대, 민·상법에 의하면 계약당사자가 민·상법상의 임의규정에 반하는 내용을 약정하더라도 그 효력이 인정되는데 반해, 약관규제법에 의하면 민·상법상의 임의규정에 반하는 내용의 약관조항은 무효로 추정된다는 점(제6조 제2항 제1호), 민·상법에 의하면 일방 계약당사자(사업자)의 중과실면책을 약정하더라도 경우에 따라 그 효력이 인정될 수도 있지만, 약관규제법에 의하면 그러한 내용의 약관조항은 언제나 무효가 된다는 점(제7조 제1호) 등에서 보면, 약관규제법이 계약내용에 대해 민·상법보다 더 엄격한 규제를 하고 있으므로 특별법이 된다고 볼 수도 있다. 그러나 민법 제608조 및 제652조에 의하여 상대적 강행규정이 되는 민법 규정들(제606조, 제607조, 제627조, 제628조, 제631조, 제635조, 제638조, 제640조, 제641조, 제643조 내지 제647조)은, 이들 규정보다 고객(차주, 임차인 또는 전차인)을 더 불리하게 하는 내용을 지니고 있는 약관조항을 □□ 약관규제법에 의한 상당성판단이나 무효추정 없이 □□ 곧바로 무효가 되게 한다는 점에서, 오히려 약관규제법의 관련 규정들보다 더 엄격하다. 또한 상법 제663조 및 제799조에 의하여 상대적 강행규정이 되는 상법 규정들(상법 제4편의 규정들이나 상법 제794조 내지 제798조)도, 이들 규정보다 고객(보험계약자, 송하인 또는 선하증권 소지인)을 더 불리하게 하는 내용을 지니고 있는 보험약관조항이나 해상운송약관조항을 □□ 약관규제법에 의한 상당성판단이나 무효추정 없이 □□ 곧바로 무효가 되게 한다는 점에서 역시 약관규제법의 관련 규정보다 더 엄격하다. 따라서 이러한 경우에는 오히려 민법이나 상법의 규정이 약관규제법의 규정에 대해 특별법이 될 수도 있는 것이다. 한편 친족·상속법이나 회사법은 약관규제법과는 무관하다(약관규제법 제30조 제1항). 요컨대, 민·상법과 약관규제법 간의 일반법·특별법의 관계는 해당 민·상법 규정들의 효력을 고려하여 개별적으로 결

정해야지 일률적으로 결정할 것은 아니다.

IV. 약관의 규제에 관한 법제의 문제점

1. 약관규제법에 의한 내용통제에서의 문제점

가. 불공정성판단기준의 명확화와 투명성 원칙의 도입

약관규제법 제6조 제2항은, 제6조 제1항에 의한 약관조항의 신의칙 위반 여부의 판단을 쉽게 하도록, 불공정성 판단기준으로서 ‘임의법규’와 ‘계약의 성질에 따른 규율’을 제시해야 한다. 그런데, 제6조 제2항 제3호는 “계약의 목적을 달성할 수 없을 정도로 계약에 따르는 본질적 권리를 제한하는 조항”이라고 규정함으로써, ‘계약의 성질에 따른 규율’을 제시하고 있다. 그러나 제6조 제2항 제1호는 “고객에 대하여 부당하게 불리한 조항”이라고 추상적으로만 규정함으로써, 신의칙 위반 여부의 판단기준을 구체화해야 하는 구실을 전혀 하지 못하고 있다. 따라서 이 규정을 또 하나의 불공정성 판단기준인 ‘임의법규’가 제시되도록 “임의법규의 근본취지에 반하는 조항”으로 고쳐야 할 것이다.

또한 약관규제법 제6조 제2항 제1호로 “불명확하고 이해할 수 없는 조항”을 규정하여, 해석론의 단계에 머물고 있는 ‘투명성의 원칙’(Transparenzgebot)을 독일민법 제307조 제1항 제2문에서처럼 명문화하는 것이 바람직하다고 생각된다. 왜냐하면 一義적으로 해석되더라도 사업자의 의도를 명확하게 알아 볼 수 없게 규정한 약관조항은, ‘임의법규’나 ‘계약의 성질에 따른 규율’에 반하는지의 여부를 살필 필요 없이 그 불투명성만으로도 불공정성을 추정할 수 있게 해야 하기 때문이다.

나. 의외조항의 재배치

약관규제법이 ‘의외성의 원칙’(‘의외조항의 원칙’)을 제6조 제2항 제2호에 의하여 불공정성통제의 원칙으로 규정한 것은, ‘의외성’과 ‘불공정성(무효)’을 혼동한 결과이다. 이 원칙을 최초로 명문화한 구 독일약관규제법 제3조 및 이를 수용한 독일민법 제305조의c 제1항에서 보듯이, 이 원칙은 편입통제에 속하는 원칙이다. 약관조항이 이례적인 내용을 지니고 있더라도, 사업자가 이 조항을 고객에게 설명한 경우에는, 그 고객에게는 의외조항이 되지 않기 때문이다. 즉, 동일한 약관조항이라도 그 조항을 잘 알고 있거나 사업자가 이를 설명해 준 고객에게는 의외성이 없게 되고 그렇지 않은 고객에게는 의외성이 있게 되어, 계약체결 시의 사정에 따라 고객마다 적용을 달리 할 수 있는 것이다.¹⁹⁾ 따라서 제6조 제2항 제2호를 ‘제3조의 2(의외조항)’로 재배치하여 “고객이 계약의 거래형태 등 제반사정에 비추어 예상하기 어려운 조항은 사업자가 이를 계약의 내용으로 주장할 수 없다. 다만, 제3조 제2항 본문의 규정에 의하여 사업자가 설명한 약관조항은 그러하지 아니하다.”로 고쳐야 할 것이다.

다. 위약금조항 무효규정의 신설

고객이 그의 귀책사유로 계약을 이행하지 아니하면, 이로 인해 사업자에게 생겨난 손해를 배상하는 것은 당연하다. 이 손해배상을 위하여 상당한 손해배상액이 예정되어 있다면 그 손해배상액을 지급해야 할 것이다. 그리고 손해배상액이 예정되어 있다면, 사업자의 손해유무·정도와 상관없이 고객은 그 금액을 지급해야 할 것이고, 반면에 사업자는 그 금액을 초과하는 손해배상액을 청구할 수 없는 것이

19) 자세한 내용은 張敬煥, “約款의 意外性の 原則”, 『경희법학』, 34권 2호, 1999.12.31, 191쪽 이하 참조.

다. 사업자와 고객이 약관으로 위약금을 약정했다라도, 사업자가 그 금액 이외의 손해배상을 청구하지 않기로 한다면 그 위약금은 손해배상액의 예정으로 볼 수 있다(민법 제398조 제4항). 그러나 고객이 그의 귀책사유로 계약을 위반했다는 사유로 위약금을 지급하기로 하면서, 이와는 별도로 다시 손해배상을 하기로 하는 것은 고객에게 지나치게 불이익한 것이다(이 경우 위약금은 손해배상액의 예정이 아니라 제재금으로서의 성질을 갖게 된다). 따라서 독일민법 제309조 제6호(구 독일약관규제법 제11조 제6호)는, 제재금으로서의 성질을 가지는 위약금(Vertragsstrafe)을 지급하기로 하는 약관조항에 대해서는 상당성의 판단을 하지 않은 채 그대로 무효로 한다고 규정하고 있다.²⁰⁾ 우리 약관규제법에도 제재금으로서의 위약금에 관한 약관조항을 무효로 하는 규정을 두어야 할 것이다.

라. 약관 변경으로 인한 계약해지권 규정의 신설

사업자가 사용하고 있는 약관조항을 감독관청의 명령이나 거래의 변화로 인하여 변경하는 경우가 종종 있다. 이 경우 그 변경으로 인해 불이익이 생기는 고객이 있을 수도 있는데, 약관규제법에는 이에 관한 규정이 없다. 따라서 그 변경으로 인해 불이익이 생기는 고객에 대해서는, 사업자로부터 약관변경의 통지를 받은 날로부터 일정기간 계약을 해지할 수 있게 하되, 그 기간이 지나도록 해지를 하지 않는 경우에는 변경된 약관을 적용하고, 해지할 때까지나 그 기간이 만료할 때까지는 종전의 약관을 적용한다는 규정을 약관규제법에 두어야 할 것으로 생각된다. 이러한 계약의 처리가 당해 계약의 특성상 합당

20) 독일민법 제309조(평가여지 없는 조항금지): 법률의 규정으로부터 벗어나는 것이 허용되는 경우라도, 다음 각호의 하나에 해당하는 약관규정은 무효가 된다.

6. (위약금): 계약상대방이 급부의 수령을 거절하거나 지체하는 경우, 지급을 지체하는 경우 또는 계약을 해소하는 경우에, 약관사용자에게 위약금을 지급하기로 약정하는 약관규정

하지 아니하여, 이와 다르게 규정한 다른 법률의 규정이 있는 경우에는, 약관규제법 제30조 제3항에 의하여 그 다른 법률의 규정을 적용하면 될 것이다.

마. 권리구제와의 연결

공정거래위원회의 약관심사는 추상적 내용통제이므로, 공정거래위원회가 불공정약관조항에 대해 시정명령을 내리거나 시정권고를 하더라도 약관심사청구자가 권리구제를 받을 수는 없다. 따라서 권리구제를 받기 위해서는 다시 법원에 소를 제기해야 한다. 그러나 약관심사청구자가 관심을 가지는 것은 자기의 권리를 실질적으로 구제받는 것이고, 그것도 여러 기관을 거치지 않고 하나의 기관에서 처리해 주기를 바라고 있다. 그런데, 계약상의 권리의 구제는 사인과 사인 사이의 민사분쟁에 관한 것으로서 본래 법원이 담당할 사항이므로, 행정기관인 공정거래위원회가 담당하는 것은 현재의 법적 질서에 맞지 않는다. 이러한 점에서 ‘대안적 분쟁해결’(‘비소송적 분쟁해결’; **ADR**; **Alternative Dispute Resolution**)방법의 하나로서, 공정거래위원회가 사업자에게 불공정약관조항의 시정명령을 내리거나 시정권고를 할 때, 그 사실을 금융감독원이나 한국소비자보호원의 분쟁조정위원회에 통지하여 그 분쟁조정절차에 의해서 약관심사청구자가 권리구제를 받을 수 있게 하는 방안을 모색하여야 할 것이다.²¹⁾

2. 약관규제법에 의한 시정조치에서의 문제점

가. 시정명령 요건의 단순화

약관규제법이 공정거래위원회가 사업자에게 시정명령을 내릴 수 있는 요건으로서 제17조의 2 제2항 제1호 내지 제5호의 5가지 사유

21) 공정거래위원회, 『시장경제 창달의 발자취』, 464쪽; 『공정거래백서 2000』, 2000.9, 301~302쪽.

를 규정한 것이 타당한지는 의문이다. 즉, 사업자가 불공정약관조항을 사용하는 경우에는 이들 사유 중에서 어느 하나의 사유는 존재하기 마련이므로, 이들 사유는 시정명령을 내릴 수 있는 특별한 요건으로서의 의미가 없다고 하겠다. 즉, 제17조 제2항의 문리해석에 따른다면, 사업자가 불공정약관조항을 사용하는 경우에는 시정명령만을 해야 하고 시정권고는 이를 할 여지가 없게 된다. 생각건대, 사업자가 시정권고에 따라서 불공정약관조항을 시정하는 경우에는 굳이 시정명령을 내릴 필요가 없을 것이다. 따라서 시정명령을 내려야 하는 경우를 획일적으로 규정해 놓을 필요는 없다. 사건으로는, 시정권고에 따르지 아니하는 사업자에 대해서 시정명령을 내릴 수 있게 한 이상(제17조의 2 제2항 제6호), 사업자의 성실성이나 준법정신 등을 감안하여 시정명령 또는 시정권고를 탄력적으로 할 수 있게 하든가,²²⁾ 아니면 고객의 피해를 시급히 방지해야 할 특별한 사정이 없는 한 제1차적으로 시정권고를 하고 이 시정권고에 따르지 아니하는 경우에 제2차적으로 시정명령을 내리도록 하는 것이 합리적이라고 생각된다.

나. 시정요청의 요건의 명확화

행정관청이 작성한 약관 또는 다른 법률에 의하여 행정관청의 인가를 받은 약관에 불공정약관조항이 있는 것으로 확인되면, 공정거래위원회는 당해 행정관청에 그 사실을 통보하고 그 시정에 필요한 조치를 요청할 수 있다(같은 법 제18조 제1항 전단). 그런데, 다른 법률에 의하면 사업자가 약관에 대해 행정관청의 ‘인가’를 받는 경우도 있지만, 행정관청에 ‘신고’ 또는 ‘보고’를 하는 경우도 있으므로, “다른 법률에 의하여 행정관청의 인가를 받은 약관”은 “다른 법률에 의

22) 權五乘·李銀榮·張敬煥, 『불공정약관 규제제도의 정착과 장기발전방향』, 공정거래위원회 용역보고서, 1994.12, 30~31쪽.

하여 행정관청의 인가를 받거나 행정관청에 신고 또는 보고를 한 약관”으로 명확하게 규정해야 할 것이다.

3. 약관규제법에 의한 표준약관 심사에서의 문제점

가. 표준약관안의 심사청구 권고요건의 명확화

약관규제법 제19조의2 제3항에 의하면, 공정거래위원회는 소비자단체 등의 요청이 있거나, 일정한 거래분야에서 다수의 고객에게 피해가 발생하는 경우에는, 이를 조사하고 약관이 없거나 불공정약관조항이 있는 것으로 확인되면, 사업자 및 사업자단체에게 표준약관안을 마련하여 심사청구를 하도록 권고할 수 있다. 즉, 이 규정에 의하면, ‘약관이 없거나 불공정약관조항이 있는’ 경우에만 사업자 등에게 표준약관안의 심사청구를 할 수 있는 것으로 되어 있다. 여기서 어떤 표준약관에 대해서 공정거래위원회가 승인을 한 후에 불공정약관조항이 있는 것으로 심결을 한 적이 없는 경우에는, 사업자 등에게 표준약관안의 심사청구를 권고할 수 없는 것인지가 문제된다.

생각건대, 거래가 발전함에 따라 과거에 유효한 것으로 인정되던 약관조항도 수정해야 할 필요가 생기게 되는 것이고, 공정거래위원회의 무효심결은 약관조항을 비로소 무효로 만드는 형성적 효력이 있는 것이 아니며 약관조항이 과거부터 이미 무효임을 확인하는 확인적 효력이 있는 것에 불과하므로, 공정거래위원회의 무효심결이 없다고 해서 항상 공정한 약관조항이라고 할 수는 없는 것이다. 따라서 표준약관의 심사청구는 반드시 현행 표준약관에 대해서 공정거래위원회의 무효심결이 있어야만 할 수 있는 것은 아니라고 해야 할 것이다. 따라서 제19조의2 제3항을 “공정거래위원회는 제2항의 규정에 따른 소비자단체 등의 요청이 있는 경우 또는 일정한 거래분야에서 다수의 고객에게 피해가 발생하는 경우에 이를 조사하여 약관이 없

거나 불공정약관조항이 있거나 사회통념의 변화로 상당하지 아니하게 된 약관조항이 있는 경우 사업자 및 사업자단체에 대하여 표준이 될 약관을 마련하여 심사청구할 것을 권고할 수 있다.”고 규정하는 것이 바람직하다고 생각된다.

나. 표준약관과 다른 내용 중 고객에게 불리한 내용만의 표시

사업자 등이 사용하는 약관이 표준약관보다 고객에게 유리하게 되어 있는 경우에는 굳이 그 내용까지 표시하도록 의무지을 필요는 없다고 생각된다. 사견으로는, 약관규제법 제19조의 2 제6항을 “공정거래위원회로부터 표준약관의 사용을 권장받은 사업자 및 사업자단체는 표준약관과 다른 약관을 사용하는 경우에는 표준약관과 다르게 정한 주요내용 중 ‘불리한 내용’을 고객이 알기 쉽게 표시하여야 한다.”고 개정하는 것이, 사업자 등의 표시부담을 덜어줄 수 있고 고객의 보호에도 문제가 될 것이 없다는 점에서 합리적이라고 생각된다. 참고로, 전자상거래법 제23조 제2항도 “사업자는 그가 사용하는 약관이 소비자보호지침의 내용보다 소비자에게 불리한 경우 소비자보호지침과 다르게 정한 약관의 내용을 소비자가 알기 쉽게 표시 또는 고지하여야 한다.”고 규정하고 있다.

다. 표준약관표지 부당사용 시 불리한 약관조항의 무효의제의 부당성

약관규제법 제19조의 2 제9항(“사업자 및 사업자단체가 제8항의 규정을 위반하여 표준약관표지를 사용하는 경우 표준약관의 내용보다 고객에게 더 불리한 약관의 내용은 무효로 한다.”)은 입법론적으로 문제가 있는 규정이라고 생각된다. 표준약관보다 고객에게 더 불리한 내용의 약관조항이라고 해서 언제나 무효가 된다고는 할 수 없기 때문이다. 사업자 등이 표준약관보다 고객에게 더 불리한 약관조항을

사용할 수밖에 없는 정당한 사유를 제시할 수 있는 경우에는 그 약관조항은 유효한 것이 될 수도 있는 것이다. 참고로, 보험업감독규정 제7-58조 제6항 단서도, 보험사업자가 표준약관을 그대로 따르기가 어려운 경우에는 그 내용을 수정해서 약관을 작성할 수 있게 하고 있다. 표준약관과 다른 내용의 약관을 사용하면서도 표준약관표지를 사용한 사업자 등에 대해서는, 그 표준약관표지의 부당사용에 대해서 처벌해야 하는 것은 물론이지만(약관규제법 제34조 제1항 제1호에 의하여 5천만원 이하의 과태료에 처하도록 되어 있음), 그 약관의 내용까지도 약관심사를 거치지 않은 채 표준약관보다 고객에게 더 불리하다는 이유로 일률적으로 무효화 한 것은 타당한 입법이라고는 할 수 없다. 사건으로는 제19조의 2 제9항은 이를 삭제해야 할 것으로 생각된다.

4. 전자상거래법에서의 약관설명방식의 명문화

약관규제법 제3조 제2항에서 규정하고 있는 약관의 설명은, 약관의 중요한 내용에 관해서 (단지 명시하거나 교부하는 정도에 그치는 것이 아니라 더 나아가) 고객이 이해할 수 있도록 구술로 설명하는 것으로 풀이된다. 여기서 전자상거래와 통신판매의 경우에도 사업자는 약관을 구술로 설명해야 하는지가 문제된다. 대법원 판례는, 통신판매의 방식으로 체결된 상해보험계약에서도 보험료가 저렴하다거나 판매방식이 특이하다는 이유로 약관의 설명방법이 ‘통상적인 계약체결의 경우’와 달라지는 것은 아니므로, 안내문을 송부하는 것만으로 설명의무를 다한 것으로 볼 수 없다고 판시한 바가 있다(1999.3.9.선고, 98다43342, 43359판결). 이 판례는 통신판매의 경우에도 약관의 설명의무를 ‘통상적인 계약체결의 경우’와 마찬가지로 구술로 이행해야 할 것을 요구하는 것으로 생각된다.

그러나 약관의 구술설명을 非對面性과 신속성을 특질로 하는 전자상거래의 경우에도 그대로 요구할 경우에는, 이 거래의 긍정적인 기능(계약체결비용의 절감으로 인한 상품대금의 할인, 계약을 어느 때 어느 곳에서도 체결할 수 있는 편의성, 계약체결의 신속성 등)을 퇴색시키는 결과를 가져온다. 이에 전자상거래의 경우에는 약관규제법 제3조 제2항 단서에서 규정하고 있는 “계약의 성질상 설명이 현저하게 곤란한 경우”에 해당하는 것으로 보아서 설명의무가 면제된다는 견해²³⁾와, 설명의무를 인정하되 그 이행방식을 달리 해야 한다는 견해²⁴⁾로 나뉘어져 있다. 양 견해는 전자상거래약관에 관한 한 전통적인 구술설명을 요구할 수 없다는 점에서는 인식을 같이 한다. 특히 후자의 견해는, 약관의 설명문을 제시하고 고객이 “설명문을 읽었다”고 표시된 곳을 마우스로 클릭하면 계약을 체결하는 다음 단계로 넘어갈 수 있게 하는 방식으로 약관의 설명의무를 이행하는 것으로 하자고 주장한다.²⁵⁾ 전자상거래표준약관 제3조 제2항도 이러한 설명방식에 따라 “몰은 이용자가 약관에 동의하기에 앞서 약관에 정하여져 있는 내용 중 청약철회·배송책임·환불조건 등과 같은 중요한 내용을 이용자가 이해할 수 있도록 별도의 연결화면 또는 팝업화면 등을 제공하여 이용자의 확인을 구하여야 합니다.”라고 규정하고 있다.

그러나 구술 이외의 방식에 의한 약관의 설명은 약관규제법 제3조 제2항이 예정했던 것은 아니다. 물론 약관규제법 제3조 제2항의 ‘설명’에 ‘설명문의 제시’도 포함되는 것으로 해석함으로써 문제를 해결

23) 김동훈, “전자거래와 관련한 약관규제법의 정비방향”, 『전자거래 관련 법제정비 방향』, 한국법제연구원, 2001, 70쪽; 왕상한, 『전자상거래와 국제규범』, 박영사, 2001, 162쪽; 줄고, “인터넷 사이버몰 이용 표준약관의 검토”, 『상사법연구』, 19권 2호(2000), 37쪽.

24) 권대우, “전자거래에서의 약관의 편입과 내용통제”, 『디지털경제시대의 소비자 보호와 법』, 한국법제연구원, 2001, 79쪽.

25) 이충훈, “전자거래에서 약관의 편입과 면책약관에 관한 검토”, 『법조』, 550호 (2002.7), 224쪽.

할 수도 있겠지만, 전자상거래의 경우와 마찬가지로 비대면성과 신속성을 특질로 하는 통신판매의 경우에도 이러한 확장해석을 할 수 있음에도 ‘통상적인 계약체결의 경우’의 설명방식을 요구하는 위의 대법원 판례와도 일치하지 않게 된다. 따라서 대법원 판례와의 충돌을 피하고 법적 안정성을 피하기 위해서는, 전자상거래와 통신판매의 경우에는 구술이 아닌 설명문에 의한 설명을 허용하는 법적 근거가 전자상거래법에 마련되어야 할 것으로 생각된다. 즉, “사이버몰의 운영자는 사이버몰 이용약관의 중요한 내용(청약철회, 배송책임, 환불조건 등)에 관하여 소비자가 이해하기 쉽도록 설명문을 작성하여 사이버몰에서의 계약체결과정에서 제시하고, 소비자가 이 설명문을 읽었는지를 확인하는 방식에 의하여 ‘약관의 규제에 관한 법률’ 제3조 제2항 본문의 규정에 의한 약관의 설명의무의 이행에 갈음할 수 있다.”는 규정과, “통신판매업자는 계약체결 전에 약관 및 그 설명문(청약철회, 배송책임, 환불조건 등과 같은 약관의 중요한 내용에 관하여 소비자가 이해하기 쉽도록 작성함)을 모사전송, 전자우편, 우편 등에 의하여 소비자에게 송부함으로써 ‘약관의 규제에 관한 법률’ 제3조 제2항 본문의 규정에 의한 약관의 설명의무의 이행에 갈음할 수 있다.”는 규정을 전자상거래법에 두어야 할 것으로 생각된다.

5. 은행법·보험업법에서의 금융위원회의 심사청구의 명문화

앞의 ‘Ⅲ.2.’에서 언급했듯이, ‘자본시장과 금융투자업에 관한 법률’ 제56조 제5항과 같은 내용은, 금융위원회와 공정거래위원회 간의 유기적 협조관계를 구축하여 약관이나 표준약관의 공정성을 보다 원활하게 확보할 수 있게 한다는 점에서, 은행법이나 보험업법에도 규정해야 할 필요가 있다고 생각된다.

토 론 문

박 도 하

(공정거래위원회 약관제도과장)

주제발표해주신 장경환 교수님은 현재 공정거래위원회 약관심사자문위원으로 수고하고 계셔서 약관규제 이론뿐만 아니라 실무에도 아주 정통하신 분입니다. 오늘 발표자료 곳곳에 우리나라 약관제도에 대한 깊은 애정이 녹아 있음을 발견할 수 있었고, 많은 부분에 진심으로 공감합니다. 지난해는 약관규제법 시행 20주년이었습니다. 여기 계신 장경환 교수님을 비롯한 많은 분들의 왕성한 연구활동과 적극적인 지원으로 약관규제 법제도 많이 발전하였고, 우리나라에서 공정한 내용의 약관사용 문화가 조성되는데 큰 기여를 했다고 봅니다. 이 자리를 빌어 그간 약관규제법 발전에 애쓰신 여러분께 감사의 말씀을 드립니다. 오늘 장경환 교수님이 발표하신 내용은 주로 약관규제법 개정이 필요한 부분에 대한 언급이신데, 아주 소중한 의견으로 감사드립니다. 올해 약관규제법 개정을 목표로 개정안을 검토 중인데 오늘 이 자리에서 좋은 아이디어가 많이 나올 것 같습니다. 아래에서는 주로 교수님이 언급하신 약관규제법상 문제점들, 즉 ①내용통제에서의 문제점, ②시정조치에서의 문제점, ③표준약관 심사에서의 문제점 등을 위주로 간략하게 저의 의견을 발표하는 것으로 하겠습니다.

1. 약관규제법상 내용통제에서의 문제점

첫째, ‘고객에 대하여 부당하게 불리한 조항’(제6조 제2항 1호)을 ‘임의법규의 근본취지에 반하는 조항’으로 고쳐야 한다는 점에 대해

【 제 2 부 】 거래의 다양화에 따른 입법과제 (Ⅱ)

긍정적으로 생각합니다. 현재 약관규제법 개정안에는 제1호를 ‘고객에 대하여 민법·상법 그 밖의 기타 법률에 의한 경우보다 불리한 조항’으로 변경하려고 합니다.

둘째, 의외조항의 재배치 문제는 예전부터 장정환 교수님이 꾸준히 지적을 하신 부분입니다. 좋은 의견이라고 봅니다. 하지만 실제 약관심사에서 의외성 여부는 특정고객의 입장에서 보지 않고 평균적 고객의 입장에서 판단하는 것이므로 약관의 편입통제보다는 내용통제로 유지하는 것도 나름대로 의미가 있다고 봅니다. 또 제6조 제2항은 불공정을 추정하는 예시규정이므로 이를 굳이 축소할 이유는 없다는 의견도 있는 것으로 압니다.

셋째, 위약금 무효조항 신설에 대해서는 긍정적인 측면이 있다고 봅니다. 공정거래위원회 약관심사에서도 약관조항에 위약금으로 규정하더라도 해당 약관규정, 거래현실, 소비자분쟁해결기준(공정거래위원회 고시 제2008-3호)등을 종합적으로 감안하여 이를 손해배상예정으로 보는 경우가 많기 때문에 실제 큰 차이는 없을 것으로 보입니다. 다만, 약관규제법에 손해배상 이외의 제재로서 위약벌(금)을 따로 받기로 약정한 경우를 막을 근거를 두는 것이 타당한 지 여부는 좀더 검토해야 할 것으로 보입니다.(서울도시철도공사 약관심사건 참조)

넷째, 인터넷거래 활성화 등을 감안 시 약관변경으로 인한 계약해지권 규정도 고객의 권익확보차원에서 필요한 측면이 있다고 봅니다. 좀더 검토해 보겠습니다.

다섯째, 현재 약관관련 분쟁을 일거에 해결할 수 있도록 약관분쟁조정제도를 도입하기 위해 법개정을 추진 중입니다. 그 주된 요지는 약관조항의 불공정성(유·무효)판단, 불공정약관의 시정유도 및 피해구제까지 조정을 통해 한번에 해결할 수 있도록 하는 것입니다. 이는

민간분야의 전문성을 활용하여 민간자율적인 문제해결을 도모함으로써 신속한 불공정약관 시정과 피해구제를 이루기 위해서입니다. 추후 약관규제법 개정 시 많은 의견 부탁드립니다.

2. 약관규제법상 시정조치에서의 문제점

첫째, 시정명령 요건을 단순화하자는 의견은 많은 분들이 제기해 왔는데 공감하는 부분이 많습니다. 다만 좀 이해를 구하고 싶은 것은, 공정거래위원회는 사치자치원칙을 최대한 존중하면서 불공정약관을 시정하는데 주력하고 있기 때문에 사업자들의 자진시정을 우선적으로 유도하고 있습니다. 또 시정명령을 내릴 수 있는 사안도 가급적 시정권고를 하고 있습니다. 사회적 이슈가 되거나 파급효과가 큰 사건을 위주로 시정명령을 부과하기 때문에 사실 시정명령 요건 단순화는 논의의 실익에 대해 약간 의문이 있습니다.

둘째, 행정기관에 신고 또는 보고한 약관의 경우에도 인가약관과 동일하게 취급하여야 한다는 지적에 대해서는 다소 의문이 있습니다. 행정기관 상호간 협조차원에서 행하는 시정요청 대상은 가급적 그 범위를 줄이는 것이 좋지 않을까 생각합니다. 인가약관은 어느 정도 공정성 통제를 받는다고 보기 때문입니다.

3. 약관규제법상 표준약관 심사에서의 문제점

첫째, 올해 초 공정거래위원회가 보급한 은행여신거래 표준약관 개정(1.30) 관련하여 최근 서울고등법원에서 공정거래위원회가 각 은행에 사용권장한 통지공문(2.11)에 대해 그 집행을 정지하였고, 향후 본격적인 불안심리가 진행될 것입니다. 재판진행 중인 사안을 이 자리에서 자세히 밝히는 것은 좀 곤란하다고 생각하고, 다만 장경환 교수님의 조언을 깊이 새겨듣도록 하겠습니다.

【 제 2 부 】 거래의 다양화에 따른 입법과제 (Ⅱ)

둘째, 표준약관과 다르게 정한 주요내용을 고객이 알기 쉽게 표시하는 것과 관련하여 불리한 부문만 표시하자는 지적에 대해서는 적극 공감하는 바입니다. 거래조건의 ‘주요내용’의 범위에 대해서는 올해 「표준약관표지 등에 관한 고시」에서 마련할 것입니다. 교수님 견해를 고시제정에 참고하겠습니다.

셋째, 표준약관표지 부당사용 시 표준약관의 내용보다 고객에게 불리한 약관조항을 무효로 하는 것(제19조의2 제9항)은 논란의 여지가 클 것이라 보입니다. 이 부문은 보다 심도 있는 논의가 필요하다고 보입니다. 이번 「표준약관표지 등에 관한 고시」 제정 시 종합적으로 검토해 보겠습니다.

넷째, 전자상거래와 통신판매에서 구술이 아닌 설명문에 의한 설명을 허용하는 법적 근거마련에 대해서 전자거래팀과 논의해 보겠습니다. 좋은 제안이라고 생각합니다.

다섯째, 은행법과 보험업법에도 공정거래위원회와 협의하도록 하는 조항이 있으면 좋겠다고 지적하셨는데, 앞으로 법개정 시 적극 의견을 개진해보도록 하겠습니다.

경청해 주셔서 감사합니다.

토 론 문

강 창 경

(한국소비자원 선임연구위원)

1. 약관규제법 일반

현대사회에서는 약관에 의한 거래가 일반화되어 있다. 약관의 이용으로 편리하게 집단거래를 할 수 있기 때문이다. 계약의 내용을 명확하게 하여 거래의 안정에 기여하기도 한다. 문제는 약관은 사업자가 일방적으로 작성하므로 소비자 입장에서 불리하게 운영될 수 있다는 점이다. 이러한 현실에서 약관에 대한 적절한 간섭이 필요하다.

약관의 규제에 관한 입법정책은 여러 법률에 반영되어 있다. 대표적인 법률이 약관규제법(법률 제3922호, 1986. 12. 31 공포)이다. 이 법률은 소비자보호법 제10조 제3항에 그 근거를 둘 수 있을 정도로 소비자보호법체계에서 중요한 지위를 가지고 있다. 이 법률은 일반법적인 성격을 가지고 있다. 따라서 특정한 거래 분야의 약관에 대하여 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우에는 이 법률이 적용되지 않는다(법 제30조 제3항).

그리고 이 법률은 불공정한 약관의 유효·무효를 정하는 사법규정과, 공정거래위원회의 역할을 정한 공법규정을 가지고 있다. 따라서 약관규제에 관한 공·사법의 총합규범이라고 볼 수 있다.

이 법률에서는 불공정한 약관의 기준을 정하고, 법원이나 공정거래위원회가 이를 판단하도록 하고 있다. 특히 공정거래위원회가 일정한

경우 시정명령을 발할 수 있도록 하여 계약에 행정의 개입을 인정하였다. 그리고 표준약관제도 등을 통하여 시장에 개입할 수 있도록 하였다.

2. 입법 의견

1) 입법의 방향

약관은 계약의 내용으로 사적 자치가 보장되어야 할 분야이다. 다만 계약조건의 일방적인 제시, 약관의 불분명 등 약관의 부정적인 면을 고려하여 규제가 필요한 것이다.

공정거래위원회의 개입이 최종적이고 가장 좋은 것은 아니다. 불안정한 시장의 현실이 일시적으로 행정의 개입을 필요로 한 것이며, 사적 자치를 포기할 이유는 없다.

필요에 의하여 행정규제를 하더라도 그 내용은 엄격하고 정교하게 구성되어야 한다. 법문의 내용이 애매하고 복잡하면 그 타당성에 문제가 생기고 규제의 집행에 장애를 주게 된다.

2) 시정조치제도 개선

약관규제법에서는 시정조치제도를 도입하면서 금지대상을 열거하는 방식을 채택하고 있다. 문제는 그 유형이 상호 체계적이지 못할 뿐만 아니라 내용도 추상적이고 애매하다.

그 결과 법의 예측성을 해하여 사업자와 법의 운영주체인 공정거래위원회의 판단에 혼란을 가져올 우려가 있다. 또한 시정권고의 대상과 시정명령의 대상이 되는 행위를 구분하고 있으나, 그 근거는 알 수 없다.

법을 개정하여 무효가 되는 약관은 모두 시정조치의 대상으로 하여야 한다. 무효인 약관인 이상 통용을 적극적으로 억제하여야 하기 때문이고 그것이 행정규제의 본래적인 모습이다.

3) 표준약관제도의 개선

법에서는 사업자 및 사업자 단체가 이 법의 규정을 위반하여 표준약관표지를 사용하는 경우 표준약관의 내용보다 고객에게 더 불리한 약관의 내용은 무효라고 규정하고 있다(법 제19조의 2 제9항).

이 규정은 사실상 행정입법을 허용하는 조항으로 문제가 있다. 그리고 현행의 표준약관제도는 행정개입의 정도, 거래조건의 고착화, 시장여건의 반영 등에도 적지 않은 문제가 있다.

무효조항을 삭제하여야 한다. 그리고 표준약관제도는 시장의 경직을 불러올 우려가 있으므로, 그 운영체계를 전면적으로 수정하여야 한다.

가능한 행정에 의한 표준약관의 통용을 삼가야 한다. 불가피한 경우에 이 제도를 활용하더라도 표준약관의 의의, 성격, 제도운영 등에 대한 전반적인 검토를 새롭게 하고, 한시적 운영제도 등 적절한 대안을 마련하여야 할 것이다.

3) 단체소송 및 집단소송 검토

약관으로 인한 피해는 소액집단피해를 특징으로 하므로, 이를 예방하기 위한 단체소송제도나 집단소송제도의 도입을 검토할 필요가 있음.

제 3 주제

하도급에 관한 법제의 현황과 문제점

발표자: 권재열 교수(경희대학교)

토론자: 김성하 과장(공정거래위원회 하도급정책과)

토론자: 성승제 박사(한국법제연구원)

하도급에 관한 법제의 현황과 문제점

권 재 열

(경희대학교 법과대학 부교수·법학박사)

I. 머리말

경제규모가 확대되고 그 구조가 복잡해지면서 기업은 경영을 함에 있어 경쟁에서 살아남고 지속적인 발전을 도모하기 위해 다양한 전략을 펼칠 수밖에 없다. 그러한 전략중의 하나로서 대기업이 중소기업과의 분업과 전문화를 통해 상호보완적 협력관계를 유지하기도 한다. 그러나 중소기업은 대기업에 비하여 교섭력이 열등하기 때문에 대등한 지위를 가지지 못하는 것이 현실이다. 그로 인하여 중소기업들은 하도급거래에 있어서 대기업의 우월적 지위남용에 대하여 어쩔 수 없이 희생되는 경우가 발생하고 있다. IMF 사태 이후 이러한 하도급에 있어서의 불공정한 거래행위는 중소기업의 경영악화가 심화되고 있다. 이 때문에 그에 대한 정부의 각종 대책도 제대로 실효를 거두지 못하고 있다.

하도급에는 그 기본취지가 상이한 2가지 영역의 법률이 적용될 수 있다. 구체적으로는 경제법과 노동법이 그것이다. 즉, 원사업자와 수급사업자간의 거래가 수직적인 까닭에 불공정성이 문제될 수 있어 경제법 영역에 속하는 『독점규제 및 공정거래에 관한 법률』(이하 “독점규제법”으로 줄임)과 『하도급거래 공정화에 관한 법률』(이하 “하도급법”으로 줄임) 및 『중소기업의 사업영역보호 및 기업간협력증진에 관한 법률』에 의하여 규율될 수 있다. 하지만 하도급업체의 근로환경

에 대해서는 노동법적인 접근이 필요하다. 본고에서는 그간 노동법적인 시각에서 하도급의 문제점 및 개선방안이 제시된 바 있다는 점을 고려하여¹⁾ 하도급거래에 관한 기본법이라 할 수 있는 하도급법²⁾을 중심으로 경제법의 입장에서 그 주요내용 및 문제점을 도출하고 개선방안을 제시하고자 한다.

본고에서의 논의는 다음과 같다. 제2장에서는 하도급에 관한 개념과 기능을 고찰한다. 제3장에서는 하도급법의 현황을 살펴보기 위하여 동법의 경제법적 지위와 하도급법상의 원사업자와 수급사업자의 의무를 간추린다. 제4장에서는 하도급거래의 현황을 파악하기 위하여 공정거래위원회의 SI 산업에서의 하도급거래의 실태조사자료를 살펴본다. 제5장에서는 하도급거래에서 공정성을 확보하기 위한 개선방안을 제시한다. 제6장은 이상의 논의를 끝내면서 하도급거래 공정화를 위한 법적 개선방안을 맺음말 형식으로 개진하고자 한다.

본고에서 “하도급”이라 함은 “하도급거래” 내지 “하도급계약”을 통칭하는 개념으로 사용하며, 이들 3자는 상호 교환하여 사용하지만 그 뜻에는 큰 차이가 없음을 미리 밝힌다. 또한 본고에서는 하도급법에 규정된 용어를 사용하는 것을 원칙으로 한다. 따라서 일반적으로 통용되고 있는 “도급인,” “도급자,” 경우에 따라서는 “발주자”³⁾ 등은 동법 제2조 제2항의 “원사업자”⁴⁾로 총칭하며, “하도급업체,” “하도급업

1) 이에 해당하는 것으로는 예컨대, 김주일 외 3인, “소프트웨어산업의 하도급구조와 근로조건 격차,” 4면(2005년 6월 8일 한국노동연구원이 주최 하도급구조와 고용관계 토론회 발표논문) 등이 있다.

2) 하도급법은 하도급거래에 관하여 동법의 적용을 받는 사항에 대하여는 독점규제법상 불공정거래행위의 금지에 관한 규정을 적용하지 않는다고 규정하고 있으며(법 제28조), 더 나아가 『중소기업의 사업영역보호 및 기업간협력증진에 관한 법률』의 규정이 동법에 저촉되는 경우에는 동법이 우선한다고 규정하고 있다(법 제34조).

3) 하도급법은 “발주자”를 제조·수리·시공 또는 용역수행을 원사업자에게 도급하는 자로 정의하면서 재하도급의 경우에는 원사업자를 의미한다고 규정하고 있다(법 제2조 제10항).

4) 하도급법상 “원사업자”는 중소기업자(중소기업기본법의 규정에 의한 자를 말하며, 중소기업협동조합법에 의한 중소기업협동조합 포함)가 아닌 사업자로서 중소

자,” “수급인,” “수급자” 등에 대해서는 동법 제2조 제3항의 “수급사업자”⁵⁾로 표시한다.

II. 하도급의 개념과 기능

1. 서 언

대개 어떤 제도이든 밝은 면과 어두운 면을 모두 가지고 있다. 하도급의 경우에도 그 목적 및 방법은 현실에서 다양한 형태로 전개되고 있어 그 기능을 한마디로 정리하기는 힘들지만, 경우에 따라서는 순기능만을 또는 그 반대로 역기능만을 초래할 수도 있다. 대표적인 순기능으로는 기업간의 분업을 통한 비용절감 등을 들 수 있지만 한편으로는 원사업자는 수급사업자에 비하여 본질적으로 우월적인 지위를 가질 수 있어 불공정거래행위가 야기될 우려도 있다. 이하에서는 먼저 하도급의 개념을 고찰한 후 하도급의 긍정적인 측면과 부정적인 측면을 살펴보기로 한다.

2. 하도급의 개념

(1) 도급 및 하도급의 통상적 개념

도급이라 함은 일반적으로 발주기업과 수급기업간의 계약에 의한 생산분업 관계를 의미한다. 민법에서는 도급을 당사자 일방(수급인)

기업자에게 제조 등의 위탁을 한 자 또는 중소기업자중 직전 사업연도의 연간매출액(관계법률에 의하여 시공능력평가액의 적용을 받는 거래의 경우에는 당해연도의 시공능력평가액의 합계액을, 연간매출액이나 시공능력평가액이 없는 경우에는 자산총액을 말함) 또는 상시고용종업원수가 제조 등의 위탁을 받은 다른 중소기업자의 연간매출액 또는 상시고용종업원수의 2배를 초과하는 중소기업자로서 그 다른 중소기업자에게 제조 등의 위탁을 한 자를 의미한다(법 제2조 제2항).

5) 하도급법상 “수급사업자”는 원사업자로부터 제조 등의 위탁을 받은 중소기업자를 말한다(법 제2조 제3항).

이 어떤 일을 완성할 것을 약정하고 상대방(도급인)이 그 일의 결과에 대하여 보수를 지급할 것을 약정함으로써 성립하는 계약으로 정의하고 있다(민법 제664조). 도급은 일의 완성을 목적으로 하는 까닭에 반드시 수급자 자신이 수행할 필요는 없다. 따라서 자신의 일 전부 또는 일부를 제3자에게 맡길 수도 있는데, 이와 같이 제3자에게 위탁하는 것을 하도급 또는 하청이라고 한다.⁶⁾ 요컨대, 일반적인 하도급의 개념에는 수급인이 도급인으로부터 위탁받은 일을 제3자에게 위탁하는 경우를 주로 뜻하고 있다.

(2) 하도급법상의 개념

하도급법에서의 “하도급거래”라 함은 원사업자가 수급사업자에게 제조위탁(가공위탁 포함)·수리위탁·건설위탁 또는 용역위탁을 하거나 원사업자가 다른 사업자로부터 제조위탁·수리위탁·건설위탁 또는 용역위탁을 받은 것을 수급사업자에게 다시 위탁한 것으로서, 이를 위탁받은 수급사업자가 위탁받은 것을 제조·수리·시공 또는 용역을 수행하여 원사업자에게 납품·인도 또는 제공하고 그 대가를 수령하는 행위를 말한다(법 제1조).

위의 정의는 원사업자와 수급사업자의 존재를 전제로 하고 있어 하도급이라 함은 원사업자와 수급사업자간의 수직적인 상호분업의 협력관계를 뜻한다. 그러나 하도급법상 하도급은 통상의 하도급보다 더 넓은 개념이다. 일반적인 의미의 원도급 즉, 원사업자가 다른 사업자(발주자)로부터 위탁받은 것을 수급사업자에게 다시 위탁하는 경우를 비롯하여 원사업자가 직접 수급사업자에게 위탁하는 경우 즉, 외주계약(outsourcing)을 하도급거래로 규정하고 있기 때문이다.⁷⁾ 이처

6) 김진홍, “하도급법의 법체계상의 지위와 주요내용,”『경영법률연구』제1집(한국경영법률학회, 1986), 121면.

7) 대법원 2001.10.26. 선고, 2000다61435 판결; 동 2003.5.16. 선고, 2001다27470 판결.

럼 하도급법은 통상적인 하도급뿐만 아니라 원도급도 동법상의 하도급의 범주속에 포함시키고 있다. 이처럼 하도급법상의 하도급개념은 중소기업에 대한 대기업의 우월적 지위남용행위에 대한 규제차원에서 생성된 것이므로 도급에 종된 개념이 아니다.⁸⁾

3. 하도급의 기능

(1) 개 관

산업화를 가져다 준 경제성장을 바탕으로 기술이 진보되었으며, 그러한 기술진보는 생산성과 생활수준을 향상시켰다. 이에 시장의 규모가 확대되고 새로운 유형의 경제성이 추구되는 이른바 규모의 경제(economies of scale)⁹⁾가 나타났다. 규모의 경제는 시장기구에 의하여 기업 내부적으로 추구되는 동시에 기업내 및 기업간의 분업을 통해 내부경제와 외부경제를 도모하게 되었다. 다시 내부경제에 의하여 기업규모가 확대되고 기업내 분업이 심화되는 한편 기업간 분업도 활발하게 이루어지게 되었다. 말하자면, 산업화가 진행되고 급속한 기술발전이 이루어지면서 대기업일지라도 개별기업이 모든 가치창출활동들을 독자적으로 감당할 수 없는 상황에 이르게 된 것이다. 이렇게 산업화과정에서 통합과 분화가 진전되면서 기업 간 분업이 이루어지게 되는 것이다.¹⁰⁾

하도급은 하나의 완성품의 생산에 필요한 여러 단계별 공정을 복수의 기업이 분담하는 기업간 분업을 통한 생산방식이다. 초기에는

8) 김진홍, 앞의 논문, 121면. 하도급법상의 하도급은 민법상의 도급에 해당하는 상당부분을 포함하는 개념이다. 그렇다고 해서 통상의 하도급을 수직적으로 보아 원도급보다 적어도 한차례 단계가 아래로 내려간 상황을 의미하여 도급에 종된 개념으로 이해하는 것은 바람직하지 않다.

9) 규모의 경제란 생산량이 증가함에 따라 평균 비용(단가)이 감소하는 것을 의미한다.

10) 이윤보, “하도급거래의 문제점과 개선 방향,” 『21C 중소기업의 진로』(한국중소기업학회, 2000), 204면.

분업은 기업조직 내에서 생산공정에서 출현하였으나 현대에는 기업간의 분업으로까지 확대되었다. 이처럼 하나의 완제품이 한 기업내에서 공정이 모두 갖추어지는 시스템으로부터 생산공정을 복수의 기업들이 분담하는 단계로 변모하고 있다. 전형적인 하도급의 형태는 중소기업이 대기업의 요청을 수용하여 지속적 하도급발주에 따라 부분품, 부속품 등의 제조·가공을 행하고, 상호간 기술 및 설비 면에서 합리적인 보완관계를 발전시키면서 긴밀한 협력생산체제를 지향하는 기업관계를 들 수 있다. 즉, 양자간의 분업을 증대함으로써 산업의 효율화와 중소기업의 육성을 동시에 달성하려는 것이다. 여기서는 이러한 하도급을 통한 기업간 분업의 시각에서 그 기능을 살펴보고자 한다.

(2) 하도급의 긍정적 기능

(가) 비용 측면

원사업자가 수급사업자를 선정하고 계약을 체결함에 있어 전자는 후자를 발견하고 선정하는데 필요한 정보수집비용을 투입하여야 한다. 또한 후자는 원사업자의 입찰에 참여하는 비용과 원사업자와의 계약서작성비용 등 계약체결비용을 감수하여야 한다. 계약체결 후에 원사업자는 하도급계약의 충실한 이행을 위하여 수급사업자를 감독(monitor)하고 계약을 강제(enforce)하기위해 또 다른 비용을 들여야 한다. 게다가 원사업자와 수급사업자 사이에 다툼이 발생한다면 이것을 해결하는 데에도 비용이 든다.¹¹⁾ 만약에 하도급거래에 있어 수급사업자가 보유한 기술이나 기타의 능력이 원사업자의 공정에 필수불가결한 경우라면 수급사업자가 기회주의적 행위(opportunism)를 할 우려가 크다. 예컨대, 수급사업자가 원사업자에 대하여 물가인상률보다

11) 이의섭, 『건설하도급 계약관련 제도개선방안』(한국건설산업연구원, 2003), 7면.

더 높은 가격인상을 요구할 수도 있다.¹²⁾

그러나 원사업자와 수급사업자가 상호의존적인 거래관계에 놓인다면 제반 거래비용(transaction cost)을 비롯하여 다양한 비용을 줄일 수 있다. 즉, 원사업자와 수급사업자가 거래관계를 장기적으로 유지하게 되면 우선적으로 상호간의 사업내용을 충분히 잘 파악할 수 있게 되므로 계약체결을 위한 협상에 있어서 교섭비용을 절감할 수 있을 뿐만 아니라, 원사업자는 수급사업자를 선정함에 있어서 비용을 줄일 수 있다.¹³⁾ 또한 원사업자와 수급사업자간의 상호협력관계가 형성되어 장기적 및 계속적 하도급거래를 하는 경우에는 장기거래에 의한 학습효과와 생산공정의 전문화를 통해 규모의 경제를 제고할 수 있으며, 새로운 생산관리기법을 채택하여 원가를 절감시킨다면 제반 비용을 줄일 수 있다. 만약에 수급사업자가 다수의 원사업자와 하도급 거래관계를 지속적으로 유지할 수 있다면 생산단가를 낮추어 규모의 경제를 실현시킬 수 있음은 물론이고, 수급사업자가 수탁받은 위탁행위의 종류를 다양화한다면 범위의 경제(economies of scope)¹⁴⁾를 통해 생산단가를 낮출 수도 있다. 게다가 원사업자와 수급사업자는 별개의 독립된 기업이므로 모두 이윤의 극대화를 위해 생산비를 줄이려고 노력하게 되어 생산비용절감효과를 얻을 수 있다.¹⁵⁾

(나) 조직 측면

하도급은 외부의 전문적 기술 또는 정보를 활용하여 원사업자의 제품이나 서비스의 부가가치를 높일 뿐만 아니라 핵심역량을 더욱 강화하여 보다 유연성 있고 경쟁력 있는 회사를 만들기 위해 사용된

12) 이의섭, 앞의 보고서, 8면.

13) 이윤보, 앞의 논문, 209-210면.

14) 생산하는 상품의 종류가 증가하는 것에 반비례하여 평균 비용이 감소하는 것을 의미한다.

15) 이의섭, 앞의 보고서, 7면.

다. 또한 하도급은 기술과 경영자원의 진부화 속도가 빨라지고 고객 욕구가 급변함에 따라 이에 유연하게 대응하기 위해 개발된 경영기법이다. 요컨대, 수행하는 다양한 활동 중 전략적으로 중요하면서도 가장 잘 할 수 있는 분야나 핵심역량에 모든 자원을 집중시키고 나머지 업무들은 해당 분야에서 뛰어난 전문업체에 하도급을 줌으로써 기업의 경쟁력을 제고시킬 수 있다.

하도급을 지속적으로 활용하여 기업의 일부업무를 외부화할 수 있다면 기업조직이 슬림화 된다. 이에 임금상승과 환율변동 등으로 기업의 경영환경이 변화하더라도 그 변화에 탄력적으로 대응할 수 있는 장점이 있다.¹⁶⁾

(다) 기술 · 품질 측면

원사업자와 수급사업자는 각각 전문분야에 특화함으로써 효율이 높아진다. 그 결과 기술력과 생산능력을 제고할 수 있다. 예컨대, 장기적 · 계속적 하도급거래에 있어 수급사업자가 오랫동안 부품의 생산과 다양한 가공을 담당한다면 그 분야에 대해서는 상당한 기술영역을 확보할 수 있다. 이처럼 기업간의 분업은 기술의 분업화와 연계되어 있어 수급사업자는 세분화된 기술영역에서 개량과 개발을 일상적으로 추진할 수 있다. 말하자면, 하도급에 의해 생산특화가 이루어지면 한정된 생산요소를 효율적으로 이용할 수 있음은 물론이고 생산특화에 의해 생산방법에 대한 지식이 깊어지게 되며 기술개발이 실현될 가능성도 높아진다.

수급사업자가 달성한 기술개발의 성과는 원사업자의 제품의 품질 제고에 기여하게 된다. 이에 원사업자는 수급사업자의 지속적인 기술개발 및 신제품개발을 지원한다면 선순환적으로 품질상승과 기술개발을 함께 추구할 수 있다.¹⁷⁾ 즉, 장기적인 하도급거래의 과정에서

16) 이윤보, 앞의 논문, 206면.

17) 중소기업인 수급사업자는 자사 스스로가 기술을 향상시킬 수도 있지만 다른 관

원사업자가 제품의 경쟁력을 제고하기 위하여 수급사업자에게 지식·정보·기술 등을 지원하고 그가 달성해야 할 품질의 목표를 단계적으로 상승시키는 방법으로 그 품질수준을 높일 수 있다. 경우에 따라서는 원사업자는 수급사업자에 대하여 기대한 수준으로 품질이 보장되지 않는다면 하도급거래를 해소한다는 압력을 가하는 경우도 있으므로 수급사업자는 그러한 압력을 극복하기 위하여 생산효율을 높이려고 할 것이다. 이 때문에 원사업자가 수급사업자를 선정함에 있어서는 주로 수급사업자의 현재 기술능력은 물론 장래의 기술개발 능력을 중요한 기준으로 삼고 있는 것이다.¹⁸⁾

(3) 하도급의 부정적 기능

보통의 경제활동에서 당사자간의 거래상 지위는 동일하지가 않다. 이러한 거래상의 지위격차는 상거래에서도 그대로 반영될 수밖에 없다. 대개의 경우 원사업자는 수급사업자보다 거래상 우월한 지위에 있고 그들 사이에는 교섭력의 불균형(inequality of bargaining power)이 존재할 수 있다. 여기서 하도급거래에서 원사업자가 수급사업자에 비하여 우월적 지위에 있는 경우로서는 원사업자가 시장지배적 지위를 가지거나 원사업자가 수급사업자 보다 경제력이나 교섭력이 큰 경우 등을 들 수 있다. 이에 원사업자는 자기의 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 상대방과 계약을 체결하는 행위가 발생할 우려가 있다. 이처럼 원사업자가 거래상의 지위격차를 부당하게 이용하여 상대방에게 불이익을 주어 상대방의 거래에 관한 자유로운 판단이나 결정을

런 기업으로부터의 기술도입을 통한 기술 업그레이드도 가능하다. 중소기업에 있어 대기업은 중요한 기술도입원이다. 중소기업인 수급사업자는 여러 가지 형태로 대기업인 원사업자로 부터 기술을 획득할 수 있다. 예를 들면, 새로운 부품의 제조가 필요하게 되면, 그 부품을 제조하기 위해서 필요한 기술을 비롯하여 기계 혹은 기계 구입에 필요한 자금까지도 원사업자로부터 공여받을 수 있다. 때로는 원사업자가 수급사업자에게 기술자를 파견하여 기술이전을 하는 경우도 있다.

18) 이윤보, 앞의 논문, 210면

할 수 없게 한다면 이는 분명히 상대방의 자유로운 경쟁기반을 침해하는 것이라 할 수 있다. 따라서 이와 같은 거래상 지위남용은 일종의 경제력남용행위이라 할 수 있으며, 그 때문에 하도급법이 적극적으로 규제하고 있다.¹⁹⁾

4. 소 결

이상에서 하도급은 기능적으로 밝은 면과 어두운 면을 둘 다 가지고 있다. 긍정적인 면은 계속 유지·발전시킬 필요가 있는 반면에 부정적인 면은 개선 내지는 보완되어야 한다. 하도급거래상 수급사업자의 열악한 위치로 인하여 자신의 권익을 제대로 확보하기란 사실상 어려우므로 공권력에 의하여 수급사업자의 열등한 지위를 보완하는 수밖에 없다. 이에 우리나라에서는 하도급법을 제정하여 원사업자와 수급사업자가 상호 형평적인 지위에 놓일 수 있도록 조력하고 있다.²⁰⁾

Ⅲ. 하도급법의 지위와 기본 내용

1. 경제법으로서의 하도급법

우리나라에서 경제법이라는 명칭을 가진 실정법은 없다. 우리가 경제법을 국민경제의 건전한 발전을 위해 경제에 대하여 국가가 규제하는 법규범의 총체라고 정의한다면,²¹⁾ 이에 속하는 구체적인 실정법은 매우 다종다양하다.

19) 참고로 하도급법 제2조 제2항 제1호에 규정한 원사업자의 정의에 따르면 원사업자는 중소기업자가 아닌 사업자라는 요건을 부과하고 있어 하도급거래에서의 교섭력의 불균형을 전제하고 있다.

20) 박정구, “하도급거래의 문제점과 개선방안,” 『경영법률』 제17권 제3호(한국경영법률학회, 2007), 216면.

21) 권재열, 『경제법』 사정판(법원사, 2005), 18-19면.

경제법은 다시 일반경제법과 특별경제법으로 나눌 수 있다. 이들을 개념적으로 구분하자면, 전자는 시장경제질서를 적극적으로 유지하는데 필요한 기초적·일반적인 법이며, 후자는 시장이 적절하게 기능하지 못하는 분야²²⁾에서 국가가 인허가 등으로 사전에 기업활동에 직접 또는 구체적으로 개입하여 경쟁을 제한하는 방식으로 규제하는 법이다. 일반경제법의 가장 전형적인 예는 독점규제법이다. 특별경제법은 경쟁보다는 국가의 계획이 더 중요한 위치를 점하는 분야에 국가가 개입하여 규제하는 법으로 이해된다.

일반경제법은 다시 3가지 유형으로 세분할 수 있다. 제1의 유형으로는 기업의 영업활동의 자유를 보장하고 기업간의 경쟁을 유지할 목적으로 경쟁제한행위와 독점적 행위를 규제하고자 하는 “경쟁유지를 위한 법”이 있다. 제2의 유형에는 기업간 경쟁을 공정하게 하려는 목적으로 불공정경쟁행위를 규제하고자 하는 “공정거래를 위한 법”이 있다. 제3의 유형에는 시장에서 정보력이나 기타 경제력이 열등한 입장에 있는 소비자를 보호하고 소비자의 올바른 상품선택을 저해하는 행위를 규제하여 적절한 경쟁기능을 유지하고자 하는 “소비자보호를 위한 법”이 있다. 이들 중에서 독점규제법상의 시장지배적 지위의 남용금지를 위시하여 기타 경쟁제한행위를 규제하는 다양한 규정들은 제1유형에 속하며 특히 불공정거래행위의 금지에 관한 규정은 제2유형에 속한다. 하도급법은 그 목적이 “공정한 하도급거래질서를 확립하여 원사업자와 수급사업자가 대등한 지위에서 상호보완적으로 균형 있게 발전할 수 있도록 함으로써 국민경제의 건전한 발전에 이바지” 하는데 있다는 점을 고려한다면 제2유형에 속하는 것으로 보인다. 이처럼 하도급거래에는 독점규제법과 하도급법이 적용될 수 있지만 후자는 하도급거래에서의 불공정거래행위를 한정하여 이를 효율적으로 규제하기 위한 법이라고 할 것이므로 전자에 비하여 특별법의 지위를

22) 이러한 분야의 예로서는 자본집약적 산업에서 과잉투자를 함으로써 과열적 경쟁이 이루어지는 분야를 들 수 있다.

가진다.²³⁾ 이와 관련하여 하도급법 제28조도 하도급거래에 관하여 동법의 적용을 받는 사항에 대하여는 독점규제법상 불공정거래에 관한 규정인 제23조 제1항 제4호의 규정을 적용하지 않는다고 규정하고 있다.

2. 하도급법의 입법배경

(1) 입법이유 및 의의

1962년 정부가 경제개발을 위하여 대기업중심의 성장우선정책을 주도하여 실시하면서 독과점 및 기업간 교섭력의 불균형 등으로 인하여 분쟁이 많이 발생하게 되었다. 이는 성장우선정책의 추진으로 우리 경제는 괄목할 만한 성장을 이룩하였으나 다양한 부작용도 나타났다. 하도급분야에서는 예컨대, 시장구조가 독과점화되고 대기업과 중소기업간의 격차가 심화되었다. 그 결과 하도급을 통해 대기업의존적 경영을 하는 중소기업으로서 대기업의 부당한 행위에 대해서도 거래단절 등의 우려때문에 그 부당성을 주장하지 못하는 형편이었다. 이러한 폐해는 장기적으로는 중소기업을 도산시켜서 국민경제전체의 균형발전을 저해할 위험이 대두되었다. 이에 정부는 대기업인 원사업자의 부당행위를 억제하고 중소기업인 수급사업자의 열약한 지위를 보완하여 공정한 하도급거래질서를 확립하기 위하여 하도급법을 제정하게 된 것이다.²⁴⁾

민법 및 상법상 도급관련 규정은 당사자간에 대등하고 자유로운 의사에 의해 도급계약이 이루어지는 것을 전제하고 있으나 현실은 그러하지 못한 경우가 많다. 수급사업자는 원사업자에게 일방적으로 끌려다니는 경향이 뚜렷하다. 부당한 대우를 받은 수급사업자가 민사소송을 제기하여 사법적으로 구제받는 길이 열려있으나 사실 이러한

23) 최용호/변세일, “하도급 공정거래정책의 운영 전략: 대구·경북지역 자동차부품 산업의 실태를 중심으로,” 『중소기업연구』제24권 제1호(중소기업학회, 2002), 335면.

24) 김진홍, 앞의 논문, 123-124면.

방법을 사용하기 위해서는 많은 용기가 필요하다. 더구나 소송관련 비용과 시간이 많이 소요되고 공판과정에서 입증하는 것도 용이하지 않다. 따라서 하도급법의 제정을 통해 경제적 약자인 수급사업자가 당하게 될 우려가 있는 부당한 행위를 원사업자의 의무 및 금지사항으로 미리 정해두고 이를 위반할 경우에는 시정조치 등을 취하도록 함으로써 하도급거래의 공정화를 도모하고, 수급사업자의 부담과 비용을 줄일 수 있게 되었다는 점에 입법의 의의가 있다.²⁵⁾

(2) 하도급법의 제정 및 개정

하도급법의 제정이전에는 하도급거래에 있어 발생하는 불공정행위는 독점규제법상 불공정거래행위 유형의 하나로서 우월적 지위의 남용으로 규제되었다. 그러나 하도급상의 불공정행위를 독점규제법상 불공정거래행위 또는 우월적 지위남용이라는 범주에 포함시켜 규제하기에는 동법상 불공정성의 판단기준이 너무 애매하였음에도 불구하고 1982년 경제기획원은 독점규제법에 기하여 「하도급거래상의 불공정행위시정고시」를 만들어 1983년 시행하였다. 이처럼 1981년 독점규제법의 시행을 계기로 하여 하도급거래상의 불공정거래실태가 세상에 알려지면서 하도급거래에 대한 국민들의 주의를 환기시키게 되었다. 그러나 당사자간의 이해관계나 시정조치하여야 할 내용 등이 독점규제법에서 규제하는 여타의 경쟁제한 행위들과는 성격이 다른 까닭에 독점규제법에 의한 하도급거래규제만으로는 하도급에서의 불공정행위를 억제하는 데 한계가 있다고 보아 1984년 하도급법을 법률로 제정하였다. 그 후로도 오늘까지 수차례 개정 및 수정·보완과정을 거쳤다. 2005년 12월 현재 시행중인 법은 2007년 7월 19일 법률 제8539호로 일부개정된 것이다.²⁶⁾

25) 이기수/유진희, 『경제법』 제7판(세창출판사, 2006), 353-347면.

26) 김진홍, 앞의 논문, 124-125면.

3. 하도급법의 주요내용

(1) 개 관

하도급법은 제1조 내지 제35조와 부칙으로 구성되어 있다. 이하에서는 하도급법과 동법의 시행령의 주요 규정을 중심으로 원사업자와 수급사업자의 의무와 기타 사항을 주로 살펴보기로 한다.

(2) 적용범위

하도급법의 적용대상사업자는 원사업자와 수급사업자이다(법 제2조 제2항·제3항).²⁷⁾ 하도급법의 적용대상행위에는 제조위탁, 수리위탁, 건설위탁 또는 용역위탁(이하 “제조위탁 등”이라 함)이 있다(법 제2조 제6항·제8항·제9항·제11항).

현행 하도급법은 원사업자가 대기업 혹은 그 원사업자의 규모가 수급사업자의 적어도 2배는 되어야지만 교섭력의 불균형이 존재하는 것으로 보아 규제하고 있다(법 제2조 제2항). 더 나아가 실령 원사업자의 규모가 수급사업자의 2배 이상이라 하더라도 그 매출액이 10~30억원 미만인 경우는 하도급법의 적용대상에서 제외하고 있다(동법 시행령 제1조의 2).

(3) 원사업자·수급사업자의 의무

(가) 원사업자의 의무 및 금지사항

원사업자의 의무와 금지사항은 다음과 같다. (i) 서면 교부 및 서류 보존의무이다. 즉, 원사업자는 수급사업자에게 정보성과물의 작성 또는 역무의 공급을 위탁하는 경우에는 즉시 주문의 내용, 하도급 대

27) 원사업자와 수급사업자에 대한 정의는 각주 3) 및 4) 참조.

금액과 지급방법 및 지급방법 등을 명기한 서면을 수급사업자에게 교부하여야 하며 목적물의 수령증명서, 하도급대금의 대금의 액수, 지급일 등을 기재한 서류를 작성하여 3년간 보존하여야 한다(법 제3조, 영 제2조·제3조),

(ii) 부당한 하도급대금의 결정은 금지된다. 원사업자는 수급사업자에게 제조위탁 등을 하는 경우에 부당한 방법을 이용하여 목적물등과 동종 또는 유사한 것에 대하여 통상 지급되는 대가보다 현저하게 낮은 수준으로 하도급대금을 결정하거나 하도급 받도록 강요하여서는 안된다(법 제4조 제1항).

(iii) 물품 등의 구매강제 및 물품구매대금 등의 부당결제청구는 금지된다. 원사업자는 수급사업자에게 제조위탁 등을 하는 경우에 그 목적물 등에 대한 품질의 유지·개선 등 정당한 사유가 있는 경우를 제외하고는 자사 제품이나 특정회사의 제품을 수급사업자에게 구입시키거나 역무의 공급 등을 강요할 수 없다(법 제5조). 설령 원사업자가 수급사업자에게 물품 등을 자기로부터 사게 하거나 자기의 장비 등을 사용하게 한 경우에 정당한 이유없이 당해 목적물 등에 대한 하도급대금의 지급기일에 앞서 구매대금이나 사용대가의 전부 또는 일부를 지급하게 하거나 자기가 구입·사용 또는 제3자에게 공급하는 조건보다 현저하게 불리한 조건으로 지급하게 하여서는 안된다(법 제12조).

(iv) 선급금지급 및 내국신용장개설의무이다. 수급사업자에게 제조위탁 등을 한 원사업자가 발주자로부터 선급금을 받은 때에는 수급사업자가 용역수행에 착수할 수 있도록 그가 받은 선급금의 내용과 비율에 따라 선급금을 지급받은 날로부터 15일 이내에 선급금을 수급사업자에게 지급하여야 한다(법 제6조 제1항). 이는 원도급-하도급의 형태로 이루어지는 하도급의 경우에는 발주자가 원사업자에게 원도급대금을 지급하게 되면 이를 다시 수급사업자에게 하도급대금으

【 제 2 부 】 거래의 다양화에 따른 입법과제 (Ⅱ)

로 지급되는 것이 일반적인 자금의 흐름이라는 점을 감안한 것이다. 만약 원사업자는 수출할 물품을 수급사업자에게 제조위탁 등을 한 경우에 정당한 사유가 있는 경우를 제외하고는 위탁한 날로부터 15일 이내에 내국신용장을 수급사업자에게 개설하여 주어야 한다(법 제 7조).

(v) 부당한 위탁취소는 금지된다. 원사업자는 제조위탁 등을 한 후 수급사업자의 책임으로 돌릴 사유가 없음에도 불구하고 그 위탁을 임의로 취소하거나 변경하는 행위 및 목적물 등의 납품 등에 대한 수령 또는 인수를 거부하거나 지연하는 행위를 하여서는 안된다. 다만, 용역위탁 가운데 역무의 공급을 위탁하는 경우에는 목적물 등의 납품 등에 대한 수령 또는 인수를 거부하거나 지연하는 행위를 할 수 있다(법 제8조 제1항).

(vi) 부당반품은 금지된다. 원사업자는 수급사업자로부터 목적물 등을 납품 등을 받은 때에는 수급사업자에게 책임을 돌릴 사유가 없음에도 불구하고 이를 수급사업자에게 반품하여서는 안된다. 다만, 용역위탁 가운데 역무의 공급을 위탁하는 경우에는 예외이다(법 제10조 제1항).

(vii) 부당감액은 금지된다. 원사업자는 수급사업자에게 책임을 돌릴 사유가 없음에도 불구하고 제조위탁 등을 할 때 정한 하도급대금을 부당하게 감액할 수 없다(법 제11조 제1항).

(viii) 경제적 이익의 부당요구는 금지된다. 원사업자는 정당한 사유 없이 수급사업자에게 자기 또는 제3자를 위하여 금전, 물품, 용역 그 밖에 경제적 이익을 제공하도록 하는 행위를 하여서는 안된다(법 제 12조의 2).

(ix) 급사업자가 하도급대금을 적기에 지급받기 위한 조치로서 하도급대금의 지급지연은 금지된다. 원사업자가 수급사업자에게 제조위탁 등을 하는 경우에는 목적물의 수령일로부터 60일 이내의 가능한

짧은 기한으로 정한 지급기일까지의 하도급대금을 지급하여야 한다(법 제13조 제1항). 원사업자는 수급사업자에게 제조 등의 위탁을 한 경우로서 원사업자가 발주자로부터 제조·수리·시공 또는 용역수행 행위의 완료에 따라 준공금 등을 받은 때에는 하도급대금을, 제조·수리·시공 또는 용역수행행위의 진척에 따라 기성금 등을 받은 때에는 수급사업자가 제조·수리·시공 또는 용역수행한 분에 상당한 금액을, 그 지급받은 날부터 15일(하도급대금의 지급기일이 그 전에 도래하는 경우에는 그 지급기일) 이내에 수급사업자에게 지급하여야 한다(법 제13조 제3항). 이는 위의 선급금지급에서와 마찬가지로 하도급대금이 하도급업자에게 지급되기 위해서는 발주자가 원사업자에게 원도급대금을 지급하여야 한다는 것을 전제로 하고 있다. 원사업자가 하도급대금을 어음으로 지급하는 경우에 그 어음은 법률에 근거하여 설립된 금융기관에서 할인이 가능한 것이어야 하며, 어음을 교부한 날부터 어음의 만기일까지의 기간에 대한 할인료를 어음을 교부하는 날에 수급사업자에게 지급하여야 한다(법 제13조 제6항).

(x) 상당한 검사방법에 의한 검사 및 신속한 검사의무이다. 수급사업자가 납품 등을 한 목적물 등에 대한 검사의 기준 및 방법은 원사업자와 수급사업자가 협의하여 정하되 이는 객관적이고 공정·타당하여야 한다(법 제9조 제1항). 원사업자는 정당한 사유가 있는 경우를 제외하고는 수급사업자로부터 목적물 등을 수령한 날부터 10일 이내에 검사결과를 수급사업자에게 서면으로 통지하여야 하며 이 기간내에 통지하지 않는 경우에는 검사에 합격한 것으로 본다. 다만, 용역위탁 가운데 역무의 공급을 위탁하는 경우에는 예외이다(법 제9조 제2항).

(xi) 발주자는 원사업자의 지급정지·파산 그 밖에 이와 유사한 사유가 있거나 사업에 관한 허가·인가·면허·등록 등이 취소되어 원사업자가 하도급대금을 지급할 수 없게 된 경우로서 수급사업자가

【 제 2 부 】 거래의 다양화에 따른 입법과제 (Ⅱ)

하도급대금의 직접지급을 요청한 때 등에는 수급사업자가 제조·수리·시공 또는 용역수행한 분에 상당하는 하도급대금을 해당 수급사업자에게 직접 지급하여야 한다(법 제14조). 이는 수급사업자에게 하도급대금을 우선 지급하는 것을 제도화하여 그를 보호하고 있다. 건설위탁에 있어서 원사업자는 수급사업자에게 해당 금액의 공사대금 지급을 보증하고, 수급사업자는 원사업자에게 계약금액의 100분의 10에 해당하는 금액의 계약이행을 보증하여야 한다. 다만, 원사업자의 재무구조·공사의 규모등을 감안하여 보증을 요하지 아니하거나 보증이 적합하지 아니하다고 인정되는 경우는 예외로 한다(법 제13조의 2). 그 예외적인 경우로서는 원사업자가 수급사업자에게 건설위탁을 하는 경우로서 1건 공사의 공사금액이 4천만원이하인 경우, 원사업자가 신용평가에서 공정거래위원회가 정하여 고시하는 기준 이상의 등급을 받은 경우, 발주자가 하도급대금을 직접 지급하여야 하는 경우가 있다(동법 시행령 제3조의 3). 이는 공사금액이 4천만원이하인 경우에는 당해 하도급대금이 소규모임에도 불구하고 지급보증을 요구하는 것으로 되어 원사업자에 대한 과도한 부담으로 작용할 것이며, 또한 공정거래위원회가 고시한 기준이상의 등급을 받은 원사업자는 대개 재무상태가 양호하므로 굳이 지급보증을 의무화할 실익이 없기 때문이다.

(xii) 이밖에 원사업자는 경제적 이익의 부당요구 금지(법 제12조의 2), 설계변경 등에 따른 하도급대금의 조정(법 제16조), 부당한 대물변제의 금지(법 제17조), 부당한 경영간섭의 금지(법 제18조), 보부조치의 금지(법 제19조), 탈법행위의 금지(법 제20조) 등을 부담한다.

(나) 수급사업자의 의무

수급사업자는 원사업자로부터 제조위탁 등을 받은 경우에는 그 위탁의 내용을 신의에 따라 성실하게 이행하여야 하며 원사업자의 하도급법 위반행위에 협조하여서는 안된다(법 제21조 제1항·제2항).

(다) 기 타

(i) 어음제도를 이용하는 경우 취약한 재무구조를 가진 원사업자는 현금없이도 실물거래를 할 수 있으며 수급사업자는 어음을 할인하여 현금조달을 할 수 있다. 그러나 하도급대금의 상당한 부분이 어음으로 지급되고 있고 평균결제기간이 기성완성일로부터 장기간인 까닭에 하도급자의 금융부담이 대단히 큰 것이 현실이다. 이에 하도급법은 어음할인을 대체할 결제수단의 이용을 인정하고 있다. 그 대표적인 것으로 기업구매전용카드, 외상매출채권담보대출, 구매론 등이 있다(법 제2조 제14항).²⁸⁾

(ii) 공정거래위원회는 이 법의 적용대상이 되는 사업자 또는 사업자에게 표준하도급계약서의 작성 및 사용을 권장할 수 있다(법 제3조의 2).

IV. 하도급거래의 현황

- 공정거래위원회의 SI 산업의 실태조사를 중심으로 -

1. 서 언

하도급거래에 관한 현황을 파악하기 위하여 공정거래위원회가 2005년 8월 18일 보도자료로 배포한 “SI(System Integration) 산업 실태조사결과”를 소개하고자 한다. 여기서 SI(시스템 통합)이라 함은 S/W 산업의 하나로 정부, 기업 등이 수행하는 구매, 생산, 판매, 고객 관리 및 재무 등에 관한 업무를 전자적으로 처리하는 정보시스템을 구축·운영하는 사업을 뜻한다.²⁹⁾

28) 이들 결제수단에 관하여 자세한 것은 (사)산학경영기술연구원, 『대구·경북지역 자동차부품산업 경쟁촉진 방안』 대구지방공정거래사무소 용역보고서(2001.5.31.), 65-66면 참조

29) 공정거래위원회, “SI(System Integration) 산업 실태조사결과,” 1면(공정거래위원회

【 제 2 부 】 거래의 다양화에 따른 입법과제 (II)

아래에서 소개되는 동 실태조사에서 나타난 바와 같이 SI 산업에서는 대형 업체의 횡포가 만연되어 있으며, 피해업체인 수급사업자들은 단가인하를 비롯하여 대금의 미지급 등 다양한 형태의 불공정행위를 당하고도 현재의 경기불황과 거래단절, 보복조치 등을 우려해 불이익을 고스란히 감수할 수밖에 없는 실정이다. 요컨대, SI 산업은 수요자 착취적 시장구조로 인하여 비효율과 불평등이 널리 퍼져있는 상황이다.

2. 공정거래위원회의 실태조사

(1) 조사방법

공정거래위원회는 2005년 4월 21일부터 5월 19일 기간 중 SI 산업에 대한 대형 SI 업체, 중소 S/W 업체, SI 사업 발주자, 관련사업자 단체를 중심으로 실태조사를 실시하였다.

(2) 조사결과³⁰⁾

(가) 개 요

공정거래위원회는 9개 대형 SI업체들의 불공정하도급거래를 수천건을 적발하고 2005년 8월 사안별로 시정조치하였다.

[표 6] SI 업체별 범위반내역

업체명	범위반유형	건수 또는 미지급액
삼성 SDS(주)	사전 서면 미교부	1,351건
	제조위탁 임의취소	1건
	하도급대금 부당감액	48,180천원

2005년 8월 18일 보도자료).

30) 이하의 조사결과는 공정거래위원회의 보도자료를 선별적으로 전재한다.

제 3 주제 하도급에 관한 법제의 현황과 문제점

업체명	범위반유형	건수 또는 미지급액
	선급금 지연이자 미지급	1,037천원
(주)LG CNS	사전 서면 미교부	3,997건
	하도급대금 등 미지급	334,295천원
SK C&C(주)	사전 서면 미교부	770건
	하도급대금 부당감액	117,198천원
	하도급대금 등 미지급	160,230천원
오토에버 시스템즈(주)	사전 서면 미교부	208건
	하도급대금 등 미지급	9,992천원
포스데이타(주)	사전 서면 미교부	10건
	하도급대금 등 미지급	418천원
한전 KDN(주)	사전 서면 미교부	83건
	하도급대금 등 미지급	8,233천원
현대정보기술(주)	사전 서면 미교부	236건
	하도급대금 등 미지급	71,806천원
대우정보시스템(주)	사전 서면 미교부	147건
	하도급대금 부당감액	5,672천원
	하도급대금 등 미지급	51,141천원
쌍용정보통신(주)	사전 서면 미교부	304건
	하도급대금 등 미지급	6,634천원

참고사항 : 건수 또는 미지급액 중에서 “사전서면 미교부” 및 “제조위탁 임의취소”는 해당 건수를, “하도급 대금 부당감액”은 감액금액을, “하도급대금 등 미지급”은 미지급된 금액을 의미함.

(나) 구체적 범위반행위의 소개

첫째, 사전서면 미교부(선투입·후계약)행위가 있었다. 2003년 1월부터 2005년 3월 기간 중 삼성 SDS 등 9개 대형 SI 업체들이 1,841개 중소기업체와 체결한 하도급거래 중 7,106건에 대해 정당한 이유없이 업무를 착수한 이후에 계약서를 교부하였다. 이중에서 입찰제안단계에서 LG CNS 등 8개 대형 SI 업체들이 자신들이 입찰하기 위한 목적으로 중소기업체에 제안서 작성을 위탁하고도 사전에 계약서를 교부하지 않아 적발된 사례도 42건이나 되었다.

둘째, 제조위탁 임의취소행위가 있었다. 예컨대, 삼성 SDS는 2004년 5월 얼라이언스시스템(주)에게 대구은행 “BPR(은행전산화)시스템 이미지엔진 소프트웨어 개발”을 구두로 제조위탁한 후, 2004년 8월 수급사업자에 대하여 제조위탁을 임의로 취소하였다. 삼성 SDS는 본건 하도급거래와 직접 관련이 없는 협약서의 이행여부와 검찰 고소 중지 등의 사유로 제조위탁을 취소한 것이다.

셋째, 하도급대금도 부당하게 감액된 경우가 있었다. 예컨대, 삼성 SDS는 2004년 9월 (주)이글루시큐리티에 정통부 “통합보안관제 서버 구축”작업을 위탁하면서 하도급금액을 최종 합의하지만 정당한 이유없이 2004년 11월 부당하게 하도급대금을 감액한 바 있다. SK C&C도 2002년 12월 “부산동의의료원 및 동국대 경주병원의 PACS(의료영상저장전송시스템) 유지보수사업”을 (주)엠디솔루션즈에 위탁하였다. 그러나 수급사업자에게 귀책사유가 없음에도 엠디솔루션즈에 지급해야 할 금액을 부당하게 감액하였다. 대우정보시스템은 2003년 4월 (주)동일하이테크에게 “대우자동차 BOXHILL(저장장치의 일종)유지보수”를 위탁하였으나 발주자로부터 대금을 지급받지 못했다는 이유로 동일하이테크에 지급해야할 하도급대금을 부당하게 감액하였다.

넷째, 하도급대금 등을 미지급하는 행위도 있었다. 2003년 1월부터 2005년 3월 기간 중 LG CNS 등 8개 대형 SI 업체들이 208개 중소기업체 296건에 대해 총 571,600천원의 하도급 대금과 지연이자를 미지급하였다. 특히 삼성 SDS 등 8개 대형 SI 업체들이 118개 중소기업체 185건에 대해 총 72,186천원의 선급금 지연이자를 미지급한 바 있다.

V. 하도급거래의 문제점과 그 개선방안

1. 서 언

우리나라는 1984년 하도급법을 시행한 것을 위시하여 공정거래위원회가 하도급거래실태조사를 실시하고 일반국민에게 공표하는 등 다양한 방법으로 불공정한 하도급거래를 규제하려고 노력하고 있어 원사업자의 경각심은 예년에 비하여 상당히 높다. 그럼에도 불구하고 대기업과 중소기업 간의 하도급거래는 여전히 불공정거래행위가 만연되어 있는 형편이다. 이에 수요독점(monopsony) 또는 수요과점(oligopsony) 상태로 인해 왜곡된 시장기능(market-malfunctioning)을 교정하기 위한 개선방안이 새롭게 요구되고 있다.³¹⁾ 예컨대, 대기업과 중소기업 하도급업체(수급사업자)가 상생할 수 있는 협력관계를 강화하는 동시에 중소기업이 독자적인 사업영역을 확보하여 하도급 거래에서 교섭력을 제고하여야 한다. 정부도 원사업자와 수급사업자의 상생구조를 구축하고 중소기업 하도급업체의 교섭력제고를 도와 줄 수 있는 방향으로 정책을 마련하여야 할 것이다. 이하에서는 공정거래위원회의 업무와 하도급법령의 개정을 통한 하도급거래에서의 공정성을 제고할 수 있는 방안을 제시하고자 한다.

31) 김진홍, “하도급거래상의 제문제에 관한 소고<7>,” 『법률신문』 제1555호(법률신문사, 1984), 10면.

2. 사회적 견제시스템 구축

공정거래위원회가 특정시장에서의 하도급실태를 공개하기는 하지만 공개되는 정보가 한정적이다. 이에 원사업자에 대하여 보다 강력한 압력을 가하기 위해서는 공정거래위원회가 하도급거래가 많이 발생하는 주요 업종에서 부당성을 객관적으로 인정할 수 있는 합리적이고 구체적인 심사기준을 마련하여 시행하는 것은 물론이고 주요 하도급거래에서의 수주단가의 결정주체, 어음결제기간의 부당한 연기 및 연기에 따른 이자율과 어음할인료 등을 공개함으로써 비용을 수급사업자에게 전가하는 행위를 예방할 수 있는 사회적 견제시스템 구축할 필요가 있다.

3. 하도급법의 적용범위 확대

현행 하도급법은 대기업 혹은 수급사업자의 2배이상 규모가 되는 원사업자로 부터의 하도급에 대해서만 적용된다. 또한 매출액이 10~30억원 미만인 원사업자의 하도급거래에 대해서는 하도급법의 적용이 제외되고 있다.

그러나 현실에 있어서는 수급사업자가 다른 수급사업자로부터 하도급을 받는 경우가 상당한 비중을 차지하고 있다는 점에서 단순히 기업의 규모 혹은 매출액을 기준으로 하도급법의 적용범위를 획일적으로 규정하기 보다는 실질적인 교섭력의 불균형으로 인하여 불공정성이 존재하는 모든 경우에 동법이 적용될 수 있도록 하는 것이 동법의 고유한 목적을 달성하는 방법이 될 것이다. 따라서 하도급법의 적용범위에 대한 제한을 철폐하되 그 적용이 배제되는 기업을 제한적으로 인정하는 것이 바람직하다.³²⁾

32) 박정구, 앞의 논문, 240-241면.

4. 하도급대금의 직접청구권의 개선

하도급법 제14조는 수급사업자를 보호하기 위하여 정책적으로 마련한 규정이기기는 하지만,³³⁾ 이 때문에 원사업자의 일반채권자와의 관계가 문제되고 있다. 이와 관련하여 대법원 판례는 수급사업자의 하도급대금을 직접청구할 수 있는 권리는 원사업자의 채권자 보다 우선적으로 행사한 경우에만 인정된다는 입장을 취하고 있다.³⁴⁾

33) 헌법재판소는 “하도급대금 직접지급제는 원사업자가 파산·부도 등의 사유로 하도급대금을 지급할 수 없는 사유가 발생한 경우 영세한 수급사업자로 하여금 하도급대금을 지급받을 수 있도록 함으로써 중소기업인 수급사업자를 보호하여 국민경제의 균형있는 발전을 도모하려는 것으로 그 입법목적은 정당하고 입법목적을 달성하는데 적합한 수단”이라고 결정한 바 있다(헌법재판소 2003.05.15. 선고, 2001헌바98 결정).

34) 대법원 2003.9.5. 선고 2001다64769 판결(“하도급거래 공정화에 관한 법률 제14조와 같은 법 시행령 제4조 제1항 제1호의 규정상, 원사업자의 부도로 원사업자가 하도급대금을 지급할 수 없어 수급사업자가 발주자에게 하도급대금의 직접지급을 요청하면 발주자는 수급사업자에게 하도급공사대금을 직접 지급하여야 할 의무를 지는 한편 발주자의 원사업자에 대한 대금지급채무와 원사업자의 수급사업자에 대한 하도급대금 지급채무는 지급된 범위 안에서 소멸하게 되나, 그렇다고 하여 그 사유발생 전에 이루어진 강제집행 또는 보전집행의 효력을 배제하는 규정은 없으므로 그 규정들에 의한 하도급대금 직접 지급사유가 발생하기 전에 원사업자의 제3채권자가 원사업자의 발주자에 대한 채권에 대하여 압류 또는 가압류 등으로 채권의 집행보전이 된 경우에는 그 이후에 발생한 하도급공사대금의 직접 지급사유에도 불구하고 그 집행보전된 채권은 소멸하지 않는다.”); 대법원 2003.4.22. 선고 2001다20363 판결(“구 하도급거래 공정화에 관한 법률(1999.2.5. 법률 제5816호로 개정되기 전의 것, 이하 이를 '구법'이라 한다) 시행 당시에 체결된 하도급계약에 관하여는 구법이 적용되는 것인데, 구법 제14조의 적용하에서 하수급인이 직접 도급인에 대하여 하도급계약에 따른 하도급공사대금의 지급을 청구할 수 있는 권리가 당사자 간의 합의에 의하여 발생되었다 하더라도 그 직접지급에 관한 합의의 취지는 하수급인의 도급인에 대한 직접지급청구권의 행사에 따라 도급인이 하수급인에게 하도급공사대금을 직접 지급함으로써 원수급인의 도급인에 대한 공사대금채권과 하수급인의 원수급인에 대한 하도급공사대금채권이 동시에 정산·소멸되는 효과를 가져오게 한다는 것일 뿐이지, 원수급인의 도급인에 대한 공사대금채권 자체가 하수급인에게 양도되거나 이로 인하여 소멸되는 것은 아니라고 봄이 상당하므로, 하수급인에게 하도급대금에 대한 직접지급청구권이 있다는 이유만으로 그 하도급대금에 상당하는 원수급인의 도급인에 대한 공사대금채권에 관한 채권양도가 있다고 보거나 그 공사대금채권에 대한 제3자의 압류 등 강제집행이

하도급법 제14조 제1항은 제1호 내지 제4호의 어느 하나에 해당하는 사유가 발생한 때에 발주자가 수급사업자에게 직접 하도급대금을 직접 지급하여야 한다는 취지를 마련하고 있다. 즉, 동법 제14조 제1항 제2호를 제외한 기타의 경우에는 수급사업자가 하도급대금의 직접지급을 요청한 때 한하여 발주자의 직접지급의무가 발생한다. 하도급법 제14조 제1항 제2호는 발주자·원사업자 및 수급사업자가 하도급대금의 직접지급을 합의한 경우에는 수급사업자가 별도로 요청하지 않더라도 발주자의 직접지급의무가 발생하는 것으로 규정하고 있다. 과연 하도급거래에서 원사업자와 그 보다 열악한 지위에 있는 수급사업자 그리고 발주자간의 하도급대금의 직접지급 합의가 제대로 도출될 수 있을지 의문이다.

따라서 하도급법이 수급사업자에 대한 하도급대금 지급의 확실성을 제고하기 위해서는 주택임대차보호법상 소액임대차에서의 임차인 보호의 취지(주택임대차보호법 제8조)와 유사하게 수급사업자에게도 발주자로부터 직접 지급받을 수 있는 하도급대금의 범위와 한도를 설정하고 이를 최우선으로 지급받을 수 있음을 명정하는 것이 바람직하다.³⁵⁾

5. 관용 및 포상제도의 도입

부당한 하도급거래를 효과적으로 규제하기 위해서는 거래당사자의 협조가 절대적으로 필요하다. 그러나 현행 공정거래위원회의 고시에 따르면 위반행위를 자진시정하거나 또는 현금결제비율이 높다는 이유로 과징금이 감경되더라도 그 감경되는 금액의 합은 기본과징금의 100분의 50을 초과할 수 없다.³⁶⁾ 이 정도의 과징금 감경만으로 자진

제한된다고 할 수는 없다.”)

35) 박정구, 앞의 논문, 244-246면.

36) 『하도급법 위반사업자에 대한 과징금 부과기준에 관한 고시』(제정 2007. 8. 30

시정 및 현금결제유도정책이 제대로 효과를 낼 지 의문이다.

이에 위반행위를 자진시정하거나 금결제비율이 높을 경우 현재 수준보다 과징금을 대폭 인하하는 방향으로 법개정이 있어야 하며, 원사업자가 수급사업자에 대하여 기술을 이전하는 경우에는 세금감면 혜택 등의 혜택을 부여하는 이른바 관용정책(leniency policy)을 마련하는 것을 고려하여야 한다. 또한 하도급법 위반행위에 대한 업체들의 적극적인 신고를 유도하기 위하여 동법의 위반행위를 신고 또는 제보하고 그 입증자료를 제출한 자에 대하여 포상금을 지급할 수 있는 제도를 하도급법상에서 명문으로 도입하는 것도 필요하다.³⁷⁾

6. 하도급거래상담사 신설

대기업과 중소기업간의 하도급계약을 체결할 경우 그 거래와 관련하여서는 사업성 검토 및 법률관계 등에 관하여 전문가의 조력이 필요함에도 불구하고 비용부담으로 인하여 변호사 등 전문가에 대한 접근가능성이 낮은 것이 현실이다. 이에 하도급거래분야에 특화된 전문성이 있으면서도 저렴한 비용으로 접근가능한 전문 상담사제도를 도입할 필요성이 있다.³⁸⁾ 그러한 전문상담사에게 수급사업자의 권익 보호, 원사업자의 법령준수 제고 외에도 원사업자와 수급사업자를 연결시켜주는 중간매개자로서의 역할을 맡길 필요가 있다. 그리고는 하도급계약을 체결하기 전에 당해 계약에 관하여 변호사 또는 하도급거래상담사와의 상담필증의 첨부를 의무화한다면 불공정한 하도급거래의 일소에 많은 도움이 될 것이다.

공정거래위원회고시 제2007-7호).

37) 최용호/변세일, 앞의 논문, 350면 참조. 참고로 불법하도급 신고에 대한 포상제도는 이미 한국토지공사가 시행하고 있다. 『한국경제』(2007년 3월 6일)(인터넷판).

38) 이 경우에 벤치마킹 할 수 있는 모델로서는 『가맹사업거래의 공정화에 관한 법률』 제27조 내지 31조에 규정된 가맹사업거래상담사를 들 수 있다.

7. 어음발행규모의 연간상한제 도입

공정거래위원회는 단순히 과징금의 감경과 관련하여 현금지급비율을 높이는 현재의 방법 이외에도 어음대체결제수단이용이 어려운 경우에는 어음발행기업의 재무상태를 고려하여 자기자본의 일정배수를 한도로 연간 어음발행상한제를 도입하는 등 보다 직접적이고도 적극적인 방법을 고려하여야 한다. 이러한 상한제를 시행하는 경우 발행기업이 연간 사업계획에 따라 기간별·어음발행의 규모 및 시기를 적절하게 조절할 수 있다면 현재와 같은 무분별한 어음발행에 의한 폐해를 최소화할 수 있을 것이며 또한 적자기업의 무리한 사업확장을 방지하고 조기퇴출 유도할 수도 있다. 연간상한제의 실시로 불량어음이 축소된다면 수급사업자의 연쇄도산을 줄일 수 있는 이점도 있다.³⁹⁾

8. 수급사업자의 단체결성지원

수급사업자인 중소기업은 정부지원이나 대기업의 시혜만을 기대하지 말고 스스로 기술개발과 경영합리화의 노력을 강화하여 교섭력을 제고하는 것이 궁극적으로 필요하다. 그러나 중소기업의 수급사업자가 기술력을 단시간안에 확보하는 것이 용이한 일이 아니다. 그 대안으로서 교섭력 강화의 초보단계로서 수급사업자로 구성된 사업자단체를 결성하는 것도 생각해 볼 사안이다. 사업자단체를 구성하여 기술개발이나 정보네트워크의 구축, 하도급거래조건의 개선 등을 위하여 공동으로 대처할 수 있다면 중소기업의 열등한 지위도 보완되고 불공정한 거래를 상당히 줄일 수 있을 것으로 판단된다.⁴⁰⁾

39) 부패특별위원회, 『건설하도급 부패방지를 위한 제도정비 및 관리방안』(2000.6.) 33-36면 참조.

40) 김진홍, “하도급거래상의 제문제에 관한 소고<완>,” 『법률신문』 제1557호(법률

특히 정보네트워크의 구축은 다수의 수급사업자로 하여금 낮은 비용으로 상대방에 대한 정보를 획득하여 적합한 원사업자를 모색하고 그와 계약을 체결하도록 도와주게 될 것이다. 이처럼 정보비대칭이 감소된다면 거래 당사자들은 공정한 행위를 할 인센티브를 가지게 된다. 다만, 이러한 정보네트워크를 구축하는 데에는 상당한 자금이 소요될 것이기 때문에 하도급법도 방문판매 등에 관한 법률 제36조의 경우처럼 명문으로 수급사업자의 단체결성에 일정한 자금지원이 가능하다는 취지를 규정하는 것이 필요하다.⁴¹⁾

VI. 맺음말

하도급시장에는 원사업자와 수급사업자 간의 수직적·계층적인 관계에 따른 구조적인 불평등이 존재하고 있다. 이에 우월적 지위에 있는 원사업자가 자신이 부담하여야 하는 불필요한 경제적 비용을 일방적으로 수급사업자에게 전가시키는 등 불공정한 행위가 빈번히 발생하고 있다. 따라서 하도급에 관련된 낙후된 국내관행을 규범 및 정책적으로 교정하는 것 보다는 당해 시장에 지식기반경제 및 시장메커니즘에 의한 공정한 경쟁의 틀을 확립하는 것이 궁극적으로는 국내 산업의 경쟁력을 확보하는 기본적인 방안이다.

이러한 방안을 구체적으로 실천하기 위해서는 하도급에서 발주자 및 원사업자·수급사업자 각자가 수평적·대등적 동반자로서 산업에서 주체적 의사결정을 수행할 수 있는 거버넌스(governance)체제를 구축하여야 한다. 이를 위해서는 우선적으로 대형 업체는 수급사업자를 지원·육성하려는 의사없이 단순히 저임금만을 이용하려는 갈등·대립적 관계에서 하루빨리 벗어나 동반자적 관계로 인식하는 것이 필요하다. 수급사업자를 지원·육성시킨다면 궁극적으로 그 업체의 기

신문사, 1984), 10면.

41) 최용호/변세일, 앞의 논문, 351면

【 제 2 부 】 거래의 다양화에 따른 입법과제 (Ⅱ)

술이 향상될 것이다. 더 나아가 원사업자는 수급사업자를 큰 범주에서 제품생산시스템의 일원으로 간주하여 기술수준 향상을 위한 제반 지원을 아끼지 않는 협력관계로 거듭나야 한다.

참 고 문 헌

- 공정거래위원회, “SI(System Integration) 산업 실태조사결과”(공정거래위원회 2005년 8월 18일 보도자료).
- 권재열, 『경제법』 사정판(법원사, 2005).
- 김주일 외 3인, “소프트웨어산업의 하도급구조와 근로조건 격차”(2005년 6월 8일 한국노동연구원이 주최 하도급구조와 고용관계 토론회 발표논문).
- 김진홍, “하도급거래상의 제문제에 관한 소고<7>,” 『법률신문』 제 1555호(법률신문사, 1984).
- 김진홍, “하도급거래상의 제문제에 관한 소고<완>,” 『법률신문』 제 1557호(법률신문사, 1984).
- 김진홍, “하도급법의 법체계상의 지위와 주요내용,” 『경영법률연구』 제1집(한국경영법률학회, 1986).
- 박정구, “하도급거래의 문제점과 개선방안,” 『경영법률』 제17권 제3호(한국경영법률학회, 2007).
- 부패특별위원회, 『건설하도급 부패방지를 위한 제도정비 및 관리방안』 (2000.6.).
- (사)산학경영기술연구원, 『대구·경북지역 자동차부품산업 경쟁촉진 방안』 대구지방공정거래사무소 용역보고서(2001.5.31.).
- 이기수/유진희, 『경제법』 제7판(세창출판사, 2006).
- 이윤보, “하도급거래의 문제점과 개선 방향,” 『21C 중소기업의 진로』 (한국중소기업학회, 2000).

【 제 2 부 】 거래의 다양화에 따른 입법과제 (Ⅱ)

이의섭, 『건설하도급 계약관련 제도개선방안』(한국건설산업연구원, 2003).

최용호/변세일, “하도급 공정거래정책의 운영 전략: 대구·경북지역 자동차부품산업의 실태를 중심으로,” 『중소기업연구』 제24권 제1호(중소기업학회, 2002).

토 론 문

김 성 하

(공정거래위원회 하도급정책과 과장)

□ ‘하도급거래질서 확립’의 국민경제적 의미

- 중소기업*의 약 60%가 대기업과 하도급거래를 하고 있다는 점에
서 하도급거래질서 확립은 **중소기업 생존을 위한 전제조건**에 해당
- ‘하도급 거래 관행 개선 → 중소기업 채산성·투자여력 개선 →
중소기업 경쟁력 강화’의 선순환 구조 정착 기대

* 중소기업은 국민경제의 중추로서 사업체 수는 323만개로 전
체 사업체수의 99.9%이며, 고용은 1,352만명으로 전체 고용
의 87.6% 담당(06년 기준)

□ 하도급법 정책방향

- (중점목표) 개별 중소기업 피해구제에서 중소기업의 장기적 성장을
지원하는 **공정경쟁기반 조성**으로 중점 전환
- (정책수단) 사후적 엄정한 법집행 중심에서 사전적 자율 법준수 유
도 노력을 병행

□ 구체적 정책과제(08년도 성과관리시행계획 요약)

- 전략목표 : 중소기업의 경쟁여건 개선

【 제 2 부 】 거래의 다양화에 따른 입법과제 (Ⅱ)

- 성과목표 : ① 기업자율에 의한 공정한 하도급거래질서 정착 유도
 - ② 불공정하도급거래 관행 개선
 - ③ 대·중소기업간 힘의 불균형 완화를 위한 인프라 확충·강화

<성과목표별 세부 추진과제>

성과목표	세부 추진과제
①기업자율에 의한 공정한 하도급거래질서 정착 유도	<ul style="list-style-type: none"> · 하도급공정거래협약 체결 확산 유도 · 하도급거래 공정성 평가제 내실화 · 3대 가이드라인 및 기술자료임치제(escrow) 확산 · 표준하도급계약서 제·개정 및 보급 확산
②불공정하도급거래 관행 개선	<ul style="list-style-type: none"> · 부당단가인하행위에 대한 감시·처벌 강화 · 하도급거래 서면실태조사 실시 · 상습법위반업체, 건설업종 법위반혐의업체 직권조사 · 하도급거래 통합정보시스템 구축
③대·중소기업간 힘의 불균형 완화를 위한 인프라 확충·강화	<ul style="list-style-type: none"> · 원자재가격 변동에 따른 납품단가의 합리적 조정을 위한 제도 개선방안 검토 · 벌점제 기준 명확화를 위한 시행령 개정 · 정부부처간 협력네트워크 운영 내실화 · 중기중앙회 등 정책고객과의 유기적 협력체계 구축

토 론 문

성 승 제

(한국법제연구원 부연구위원)

하도급 거래는 비용절감, 위험분담, 품질향상, 기술개발 등의 성과를 거둘 수 있다고 한다.¹⁾ 그리하여 우리나라 중소기업 71%가 하도급거래에 종사하고 있으며 중소기업 매출액 대비 하도급 거래 비중이 평균 83%에 이른다고 한다.²⁾ 이와 같이 다종다양하면서도 산업상 매우 큰 퍼센티지를 차지하는 하도급은 그 폐해도 적지 않기 때문에, 발제문에서 적절히 설명된 바와 같은 법상 규율을 하게 되었다.

하도급거래는 양당사자간 계약의 문제로 귀착되며 이는 사적자치의 원칙에 따라 시장에서 해결되어야 한다고 하지만 하도급거래에서 발생하는 불공정성으로 인하여 원사업자의 거래상 우월적 지위를 반드시 수반하는 때문에 시장이 자체적으로 문제를 해결못하고 지속적으로 시장 실패를 초래할 수 밖에 없기에 ‘하도급거래공정화에 관한 법률’의 정당성을 찾는다.³⁾ 하지만 지속적인 시장실패가 나타나는 분야라면 하도급거래의 사적자치적 해결이 원칙이란 함은 사실상 슬로건에 불과할 수도 있다고 생각된다.

하도급법의 구성은 다음과 같다.

-
- 1) 산업연구원, 국내 제조업의 하도급 실태조사 결과, 2004.
 - 2) 김범조 KFTC 하도급과장, 하도급거래 선진화를 위한 하도급정책방향, 『건설경제』, 국토연구원, 2000.
 - 3) 박정구, 하도급거래의 문제점과 개선방안, 경영법률, 2007.

【 제 2 부 】 거래의 다양화에 따른 입법과제 (Ⅱ)

(1) 원사업자에게 준수할 것이 요구되는 의무 또는 책임으로서 제3조
부터 제20조까지 구성된다.

① 계약단계

- 서면교부 및 서류의 보존(§3)
- 표준하도급계약서의 작성 및 사용(§3의2)
- 부당한 하도급대금 결정 금지(§4)
- 물품 등 구매강제 금지(§5)

② 사업활동단계

- 선급금 지급(§)
- 내국신용장 개설(§7)
- 부당한 수령거부의 금지(§8)
- 검사의 기준·방법 및 시기(§9)
- 부당반품의 금지(§10)

③ 대금지급단계

- 부당감액의 금지(§11)
- 물품구매대금 등 부당결제청구 금지(§12)
- 하도급대금의 지급 등(§13)
- 부당한 대물변제 금지(§17)
- 건설하도급 계약이행 및 대금지급 보증(§13의2)
- 관세 등 환급액의 지급(§15)
- 설계변경 등에 따른 하도급대금의 조정(§16)

④ 기 타

- 부당한 경영간섭 및 보복조치 금지(§§18-19)
- 탈법행위 금지(§20)

(2) 발주자의 준수 의무

- 하도급대금 직접지급(§14)

(3) 수급사업자 준수사항

- 신의성실의무(§21)
- 원사업자의 법 위반행위에 대한 협조 금지(§21)
- 증거서류 제출의무(§21)

(4) 위반행위에 대한 조사 및 시정

- 위반행위 신고 및 조사(§22)
- 분쟁조정협의회(§24)
- 시정조치, 과징금 및 고발(§25, §25의3, §32)
- 공탁(§25의2)
- 벌칙, 과태료(§§30-31)
- 과실상계(§33)

위와 같은 구조를 갖는 하도급법을 운용함에 있어서, 하도급 거래가 비용절감, 위험분담, 품질향상, 기술개발 등의 효과를 거둘 수 있다고 하지만 이는 주로 해당 하도급거래 단면을 위주로 관찰한 것으로 생각된다. 다른 측면에서 보자면 우리나라 산업분야가 지나치게 重層의 구조로 아웃소싱이 이루어지는 것은, 원가상승요인등 산업구조 전체적인 측면에서 오히려 비효율을 초래하는 측면도 있을 듯하다. 물론 하도급거래의 문제점은 이러한 단편적인 것 외에도 발제문에서 보다시피 다양하게 존재한다. 이러한 다종다양한 문제점들은 본질적으로 사회 구조 개선에서 방향을 찾아야 하겠지만, 그것이 말하자면 일종의 시장의 실패로 인하여 제대로 구조 개선 방향을 찾지 못하고 있을 때는 구조 개선을 선도할 필요도 있다.

요즘 법의 각 분야에서 화두라 할 수 있는 *governance*의 문제로 접근할 수도 있다. 하도급거래의 본질적인 속성으로 인하여 발생하는 문제도 있고, 하도급거래라는 불공정성 때문에 대규모사업자 내지 그

【 제 2 부 】 거래의 다양화에 따른 입법과제 (II)

사용인의 부당한 하도급거래에 대한 誘因이 많을 수도 있다. **governance**는 필자의 이해하기로는 투명성과 독립성이 핵심이라고 생각된다.

前者 즉 시장 구조 개선의 방법으로는, 중소하도급업체들이 피해를 당하고도 거래중단, 보복 등을 우려하여 신고를 기피하는 하도급거래 속성을 감안한 원사업자·수급사업자를 상대로 한 직권에 의한 서면 실태조사 방식이 시행된 것과 같은 사례를 들 수 있다.⁴⁾ 그 직권 서면 실태조사의 범위와 근거에 대해서는 논란의 여지가 많이 있지만 필요한 접근방식 중 하나가 아닐까 생각되어진다.

後者 **governance**는 부패의 문제와도 관련이 있다.

4) 김범조, 67면 이후 참조.

총 합 토 론

토론자: 허명국 연구관(법무부 법무심의관실)

토론자: 박병섭 입법조사관(국회 법제사법위원회)

토 론 문

허 명 국
(법무부 법무심의관실 연구관)

□ 민법전예의 민사특별법 편입과 체계화 방안 - 소비자계약법의 편입과 체계화 방안을 중심으로-

- 발표문은 현행 소비자계약에 대한 규율체계의 문제점을 진단하고 개별 소비자법제의 통합의 장단점을 진단하고 있음.
- 개별 소비자계약법제의 통합의 방법으로 민법전예로의 통합과 일반소비자계약법으로의 통합으로 나누어 각 방법의 장단점을 고찰하고 있음
- 계약관계에 있어서 소비자의 보호는 소비자가 체결하는 계약 자체의 효력을 직접 규율하는 방법(예컨대, 불공정한 내용의 계약의 구속력을 부인하거나 소비자가 계약의 구속력으로부터 벗어날 수 있도록 한다거나 계약의 내용을 소비자나 제3자가 조정할 수 있도록 하는 방법)과 소비자와 계약을 체결하는 기업의 특정한 행위에 대하여 행정적·형사적 불이익을 가함으로써 기업들로 하여금 공정한 내용의 계약을 체결하도록 간접적으로 유도하는 방법을 생각할 수 있을 것임
- 현재 우리 나라의 개별 소비자계약법률들은 이 양자의 방법을 조합하고 있는 듯한데 어떻게 생각하시는지요?

【 제 2 부 】 거래의 다양화에 따른 입법과제 (II)

- 만일 행정법적·사법적 제재를 통해 소비자를 보호하는 경향이 강하다면 이를 민법전에 통합하는 것이 타당한 것인지요?
- 민법은 일반사법으로서 아무런 사회적 신분을 고려하지 않은 순수한 시민들의 법률관계를 그 규율의 대상으로 하고 있는 것인데, 소비자계약법률들은 소비자(Verbraucher)와 기업(Unternehmer)이라는 사회적 신분을 전제로 한 법률관계를 다루는 것인데, 이를 일반 사법인 민법전에 편입하는 것이 체계상 이질적인 것을 받아들여지게 되는 것이 아닌가 생각하는데 어떤 의견이신지요?

약관의 규제에 관한 법제의 현황과 문제점

- 약관규제법의 체계를 약관에 대한 계약법적 통제와 공법적 통제로 나누어 체계적으로 고찰하고 주요내용의 문제점을 지적하고 있음
- 약관규제법상 고객은 회사 및 국가기관도 포함되는 것인가요? 그렇다면 개인이 아닌 회사나 국가기관에 대해서도 제한없이 약관규제법을 적용하는 것이 타당한 것인가요?
- 약관의 편입통제에 있어서 고객이 약관의 계약에의 편입에 동의할 것이 약관의 편입의 요건으로 규정되어 있지 않는 점은 문제점 아닌가요?

하도급에 관한 법제의 현황과 문제점

- 『하도급거래공정화에관한법률』에서 말하고 있는 하도급거래의 개념 및 동법의 적용범위와 주요내용 및 문제점에 관해서 진단하고 있음
- 동법은 원사업자가 수급사업자에 대하여 행하여서는 안 되는 행위를 규정하고 있고 이를 위반하는 자들에 대해서는 과태료, 과징

- 금, 형벌 등으로 제재하고 있음
- 부당한 하도급대금의 결정은 금지되고 있는데 이를 위반하여 체결된 계약의 효력은 어떠한가요?
 - 만일 원사업자가 부담하는 다양한 부작위의무 위반행위가 계약의 효력에 영향을 미치지 않는다면 규정의 의미 있나요?
 - 부당한 위탁취소금지, 부당반품 금지, 부당감액금지 등은 동법에서 금지하지 않아도 계약법상 당연한 것인데 동법에 규정을 두고 있는 의미는 무엇인지요?
 - 수급사업자에게는 실제로는 공법적 규제보다는 계약내용에 대한 통제나 이행의 확보가 더 중요한 문제점인데 이를 해결하기 위하여 계약의 효력이나 내용을 조정하도록 하는 것은 민법상의 대원칙인 사적자치의 원칙을 깨뜨리게 될 것인데 타당한 것인가요?
- 이러한 소비자계약법제가 증가하는 현대적 법제하에서 사적자치의 원칙이 여전히 사법의 대원칙의 지위를 유지할 수 있다고 생각하시는지요?

토론문

박병섭

(국회 법제사법위원회 입법조사관)

□ 들어가며

보증은 통상 무상으로 행해지고 있는 것이 현실이라고 할 수 있는데, 우리나라는 국민들의 정서상 “무상성, 호의성, 정의성”에 기한 보증이 대부분이며, 이에 따라 보증인의 책임 등에 대한 신중한 고려 없이 보증인이 되는 경우가 많이 있어왔다.

그런데, 주채무자가 채무를 이행하지 않을 경우 보증인은 자신의 전 재산으로 보증책임을 이행하여야 하기 때문에 주채무자가 도산상태에 빠지면 보증인마저 연쇄도산에 이르게 되는 등 보증으로 인한 사회적인 문제가 심각한 상황이라고 할 것이었다. 그러나, 채권자와 보증인 및 채무자 사이의 권리의무를 규율하고 있는 『민법』, 『신원보증법』 등은 보증인의 보증의사가 있었음을 이유로 보증인에게 가혹한 책임을 묻고 있어 보증인의 책임을 합리적으로 제한할 필요가 있다는 지적이 꾸준히 있어 왔다.

이에 따라 보증인의 부당한 피해를 막기 위해 보증인과 채권자 및 채무자 사이의 권리의무 관계를 합리적으로 규정하여 보증인을 보호하고 신용사회의 정착을 이루고자 하는 취지에서 제정된 것이 “민법”의 특별법인 “보증인 보호를 위한 특별법”이다.

□ 입법경과

2006년 9월 25일, “심상정의원”이 대표발의한 「보증인보호를 위한 특별법안」과, 2007년 6월 28일, 정부가 제출한 「보증인보호를 위한 특별법안」 등 2건의 법률안을 지난 제271회국회(임시회) 법제사법위원회 법안심사제1소위원회에서 심사한 결과 두 건의 법률안을 통합·보완한 「보증인보호를 위한 특별법안(대안)」을 제안하였고, 2008년 2월 19일 국회 본회의를 통과하였다.

□ 법률의 주요내용

○ 법률의 적용범위

이 법은 “보증인”을 「민법」 제429조제1항에 따른 보증채무를 부담하는 자로 정의하되, 「신용보증기금법」 제2조제1항에 따른 기업이 영위하는 사업과 관련된 타인의 채무에 대하여 보증채무를 부담하는 경우, 기업의 대표자, 이사 등이 그 기업의 채무에 대하여 보증채무를 부담하는 경우, 채무자와 동업관계에 있는 자가 동업자의 채무를 부담하는 경우 등에는 이 법에 따라 보호되는 보증인의 범위에서 제외하고 있다.

이 법률은 아무런 대가 없이 호의로 이루어지는 보증으로 인하여 보증인의 경제적·정신적 피해를 방지하고, 금전채무에 대한 합리적인 보증계약 관행을 확립하여 신용사회 정착에 이바지함을 목적으로 하고 있으므로, 경제적 대가 없이 호의보증인이 된 경우로 볼 수 없는 기업간의 보증, 기업경영을 사실상 지배하는 자 또는 기업대표 등과 특수한 관계에 있는 자의 그 기업채무에 대한 보증, 동업자의 보증, 기업채무 인수인에 대한 보증, 전문 보증기관의 보증 등의 경우에는 이 법의 적용대상에서 제외하고 있는 것이다.

○ 보증의 방식

거래의 실제에 있어서 보증계약이 서면에 의하여 명시적으로 행하여지지 않는 경우가 많아서 보증의사 및 보증의 범위 등에 관한 분쟁이 다수 발생하고 있었으므로, 보증계약에 요식주의를 취하여 보증은 그 의사가 보증인의 기명날인 또는 서명이 있는 서면으로 표시되어야 효력이 발생하는 것으로 하여 거래 당사자간의 분쟁발생을 줄이고 보증인 보호 및 거래의 명확성을 제고하는 효과를 가져오도록 하였다. 다만, 보증인이 보증채무를 이행한 경우에도 방식의 하자를 이유로 보증계약을 무효로 하는 것은 거래의 안전을 저해할 수 있다고 보아 보증인이 보증채무를 이행한 경우에는 그 한도에서 무효를 주장할 수 없도록 규정하였다.

○ 근보증

현실적으로 근보증이 많이 이루어지고 있음에도 불구하고 근보증에 관한 일반규정이 없어 무제한적 포괄근보증 등으로 인한 사회적 문제가 많이 제기되고 있었다. 따라서, 채권자와 주채무자 사이의 특정한 계속적 거래계약 그 밖의 일정한 종류의 거래로부터 발생하는 채무 또는 특정한 원인에 기하여 발생하는 채무에 대하여도 보증계약이 이루어질 수 있다고 규정하여 근보증의 근거조문을 신설하였다. 또한, 근보증의 경우에 그 보증하는 채무의 최고액을 서면으로 특정하지 않은 보증계약은 무효로 하도록 규정하여 보증채무의 무한정확대로 인하여 보증인이 예측하지 못한 손해를 입지 않도록 하였다.

참고로, 심사 과정에서 근보증의 경우 사정변경에 의한 해지권을 규정할 필요가 있는지에 대하여 논의가 있었으나, 현재 판례에 의하여 인정되고 있는 해지권과 별도로 사정변경에 의한 해지권을 인정

하는 것은 오히려 서민금융을 제한하는 요소로 작용할 우려가 있다고 보아 이는 도입하지 않는 것으로 정리하였다.

○ 금융기관 보증계약의 특칙

채무자가 과도한 채무로 인하여 사실상 변제능력이 없음에도 불구하고 보증인이 이를 알지 못한 채 보증계약을 체결하고, 일부 금융기관은 채무자에 대한 신용분석을 소홀히 한 채 보증인의 자력만 믿고 대출하는 경우가 많이 있어 왔다.

이에 따라 금융기관이 채권자로서 보증계약을 체결할 때에는 채무자의 채무관련 신용정보를 보증인에게 제시하고 그 서면에 보증인의 기명날인이나 서명을 받도록 의무화하고, 금융기관이 보증인에게 채무 관련 신용정보를 제시하지 아니한 경우에는 보증인은 금융기관에 대하여 이를 요구할 수 있도록 규정하되, 금융기관이 이를 이행하지 아니한 경우에는 보증인은 보증계약의 해지를 통고할 수 있도록 하고, 이 경우 금융기관이 해지통고를 받은 날부터 1개월이 경과하면 해지의 효력이 생기도록 규정하였다.

앞으로 보증인의 채무자의 정확한 신용상태를 확인한 후 보증여부를 결정하게 되고 금융기관은 철저한 채무자의 신용분석에 기초하여 대출사무를 취급하여 신용사회 정착에 이바지할 것으로 기대된다.

○ 보증인에 대한 불법적 채권추심행위의 금지

주채무자의 채무불이행으로 인하여 보증인은 재산적 손해를 입게 될 뿐만 아니라 채권자의 무차별적인 채무변제 독촉으로 인하여 심각한 정신적 고통을 입는 경우가 많았다. 그럼에도 불구하고 현행법은 대부업자 또는 채권추심업자가 불법적으로 채권자를 찾아가 돈을 받아내는 불법적 채권추심행위만 금지하고 있어 대부업자 등이 아닌

일반 채권자의 불법적 채권추심행위가 만연하는 등 보증인보호에 미흡하다는 문제점이 지적되어 왔다.

이에 따라 이 법률에서는 채권자가 보증인에게 보증계약에 따른 채권을 추심할 경우에 정당한 사유 없이 반복적으로 또는 야간에 전화하는 등 말·글·음향·영상 또는 물건을 보증인 또는 그의 관계인에게 도달하게 함으로써 공포심과 불안감을 유발하여 사생활 또는 업무의 평온을 심하게 해치는 방법 등으로 추심행위를 하지 못하도록 규정하고, 이를 위반한 자에게는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처하도록 규정하는 등 보증채무로 인하여 무차별적인 변제독촉에 시달리는 보증인의 정신적 고통을 완화하도록 하였다.

□ 마치며

채무자의 자력에 대한 진지한 고려 없이 인정에 이끌려 남발되고 있는 보증으로 인하여 발생하는 사회적 폐단은 『보증인 보호에 관한 특별법』 제정으로 어느 정도 감소될 수 있을 것이라고 보여진다. 그러나, 사적 자치의 원칙이 지배하고 있는 우리의 거래 현실에서 이 법률의 제정으로 보증으로 인한 모든 문제가 해소될 수 있다고 기대하는 것은 무리라고 생각된다. 계약당사자로서 보증인이 합리적인 판단과 진지한 고려를 통하여 보증계약을 체결하는 것이 보증으로 인한 여러 문제를 근원적으로 해결하는 첩경이 될 수밖에 없다는 점을 다시 한 번 유의하여야 할 것이다.