

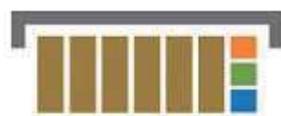
디지털콘텐츠 공정거래질서 확립을 위한 콘텐츠산업진흥법의 개정방향에 관한 연구

장재옥·고형석·이성언

현안분석 2013-11

**디지털콘텐츠 공정거래질서
확립을 위한
콘텐츠산업진흥법의
개정방향에 관한 연구**

장재옥 · 고희석 · 이성언



한국법제연구원
KOREA LEGISLATION RESEARCH INSTITUTE

디지털콘텐츠 공정거래질서 확립을 위한 콘텐츠산업진흥법의 개정방향에 관한 연구

A Study on the Improvement of the Contents
Industry Promotion Act for the Establishment
of Fair Trade in Digital Contents Industry

연구자 : 장재옥(중앙대학교 법학전문대학원 교수)
Chang, Jae-Ok
고형석(선문대 법과대학 교수)
Ko, Hyoung-Suk
이성언(전문연구원)
Lee, Sung-Un

2013. 11. 30.

요 약 문

I. 배경 및 목적

- 디지털콘텐츠산업을 21세기 중점 산업 중 하나이며, 이를 육성 및 발전시키기 위한 다양한 노력들이 경주되고 있음
- 그러나, 시장의 불건전성은 국내 콘텐츠사업자가 보다 양질의 디지털콘텐츠를 개발할 수 없도록 하여, 디지털콘텐츠산업의 발전하는데 걸림돌로 작용할 수 있음
- 현행 디지털콘텐츠거래 관련법들은 디지털콘텐츠산업이 활성화되기 이전의 상황에서 제정된 법이기 때문에 디지털콘텐츠산업의 특성을 제대로 반영하여 이 분야의 공정거래질서 확립에 적합하게 규율하고 있지 않다는 단점이 존재함
- 디지털콘텐츠산업 및 그 거래의 특성을 감안하여 이 분야에서의 공정한 거래질서를 확립할 수 있는 방안 에 대한 모색이 요구되며, 이는 사업자들의 자율규제만으로 해결될 수 없기 때문에 관련 법제의 개선을 통하여 이를 추구할 필요가 있음

- 이 연구는 21세기 산업의 중추적인 역할을 수행하고 있는 디지털콘텐츠산업이 지속적으로 발전해 갈 수 있도록 하는 방안 중 하나로 이 분야의 거래질서가 공정하게 이루어질 수 있는 법제도적 개선방향을 제시하는 것을 목적으로 함

II. 주요 내용

- 콘텐츠거래의 공정화를 위한 준거법의 선택 및 체계에 대한 개선방안
 - 콘텐츠산업진흥법(이하 ‘콘진법’) 범명에 공정거래에 관한 사항을 추가하고, 법률의 구성을 사업자 지원 부분과 공정거래질서의 확립 부분으로 나누고, 이를 각각 거래의 단계별로 규율하도록 법체계를 구성
- 디지털콘텐츠 제작단계 및 유통단계에서의 공정거래질서 확립을 위한 법제의 개선방향
 - 제작단계에서의 공정한 거래질서의 확립에 필요한 사항은 “하도급거래 공정화에 관한 법률”을 준용하고, 무체 형태의 콘텐츠를 제작하는 것을 목적으로 하는 콘텐츠 제작의 특수성을 반영한 특칙을 콘진법에서 규정

- 유통단계에서의 공정한 거래질서의 확립에 필요한 사항은 “대규모유통업에서의 거래 공정화에 관한 법률”을 준용하고, 기타 유통의 합리화를 도모할 수 있는 제도적 방안들을 마련하여 콘진법에서 규정
- 디지털콘텐츠 이용단계에서의 공정거래질서 확립을 위한 법제의 개선방향
 - 공정거래질서 및 이용자보호에 관한 내용을 규율함과 더불어 현행 콘진법에서 규정하고 있지 않는 공정거래질서의 확립에 관한 사항 추가
 - 각 거래단계별 공정거래질서 및 이용자보호에 관한 사항을 개별적으로 규정
- 손해배상에 대한 특칙과 더불어 효율적 피해구제를 위한 소송상의 특칙 규율
 - 피해자의 효율적 피해구제를 위하여 고의 또는 과실에 대한 증명책임의 전환, 무과실책임 및 제조물책임법의 적용을 위한 제조물의 범주의 확대 및 법정손해배상액 인정 또는 법원에 의한 손해배상액의 인정에 관한 규정 신설
 - 피해의 예방 및 집단적 피해구제를 위하여 금지 또는 중지청구소송 및 집단소송제도 도입고려

Ⅲ. 기대효과

- 콘텐츠산업이 21세기형 사업으로 보다 발전해 갈 수 있는 기반을 조성함과 더불어 공정한 거래질서가 확립될 수 있는 법적 기반을 조성

▶ 주제어 : 디지털콘텐츠, 공정거래, 콘텐츠산업진흥법, 법정 손해배상, 집단소송

Abstract

I . Background and Purpose

- Efforts have been made from various angles to nurture digital contents industry as one of the major industries of the 21st century
- However, unfair market can pose an obstruction to the advance of digital contents industry, preventing domestic contents businesses from developing quality digital contents.
- Current laws on digital contents transactions do not reflect the characteristics of digital contents industry properly enough to establish fair trade in the industry because they were enacted before digital contents industry prospered.
- The characteristics of digital contents industry and its transactions must be taken into account to find ways to establish fair trade. As self-regulation of businesses is

not sufficient, endeavors to improve related laws must be made.

- This study suggests a method for digital contents industry to continue to advance as 21st century's core industry. The purpose of this study is to propose legal and institutional directions to the establishment of fair trade in digital contents industry.

II. Main Contents

- Selection and structure of governing laws for fairer contents transactions
 - Include fair trade-related provisions to the titles of Contents Industry Promotion Act. Divide the act into business support part and fair trade establishment part, and make each part regulate transactions stage by stage.
- Directions of legal improvement to establish fair trade in digital contents industry at manufacturing and distributing stages
 - At manufacturing stage, "Fair Transactions In Subcontracting Act" must apply. Special provisions are required in

Contents Industry Promotion Act to reflect the characteristics of contents manufacturing that produces formless contents.

- At distribution stage, “on Act on Fair Transactions in Large Franchise and Retail Business” must apply. Institutional methods are required in the Contents Industry Promotion Act to promote reasonable distributions
- Directions of legal improvement to establish fair trade in digital contents industry at contents using stage
 - Include provisions concerning fair trade and consumer protection as well as fair trade-related provisions not provided in the Act
 - Provide separate provisions concerning fair trade and consumer protection for each transaction stage
- Provide special rules on proceeding for effective damage relief along with special rules concerning statutory damages
 - Introduce new provisions for effective relief of damages such as change of responsibility proving intention or negligence, extension of the range of products to apply to Product Liability Act and imposition of strict liability, and standard liquidated damage clause and measure of damage

by court

- consider the introduction of prohibition or stay of procedure suit and Class Action to prevent damages and provide collective damage relief

III. Expected Effect

- lay a foundation for the advance of contents industry into 21th century' core industry and a legal foundation on which fair trade can establish

➤ **Key Words : Digital Contents, Fair Trade, Contents Industry Promotion Act, Statutory Damages, Class Action**

목 차

요 약 문	3
Abstract	7
I. 서 론	15
II. 디지털콘텐츠거래 현황 및 공정거래질서 확립의 필요성 ...	21
1. 디지털콘텐츠산업 및 거래의 현황	21
(1) 디지털콘텐츠산업의 현황	21
(2) 디지털콘텐츠거래의 현황	25
2. 21세기형 산업분야로서 디지털콘텐츠산업의 중요성	26
(1) 지식기반형 산업 및 무한의 부가가치창출 산업	26
(2) 융·복합 산업분야	27
(3) 타 산업 발전을 위한 기반산업	28
3. 디지털콘텐츠 공정거래질서 확립의 필요성	28
(1) 디지털콘텐츠 불공정거래사례	28
(2) 공정거래질서 확립의 필요성	35
III. 디지털콘텐츠 공정거래질서 관련 법제 현황	37
1. 디지털콘텐츠거래 관련 법제의 체계	37
2. 디지털콘텐츠거래에 관한 계약법의 주된 내용	38
(1) 민 법	38
(2) 상 법	40

3. 디지털콘텐츠 제작단계에서의 공정거래질서 관련법의 주된 내용	40
(1) 공정거래질서에 관한 일반법인 공정거래법	40
(2) 제작단계에서의 공정거래질서에 관한 특별법으로서의 하도급법	41
4. 디지털콘텐츠 유통단계에서의 공정거래질서 관련법의 주된 내용	42
(1) 콘진법상 공정거래질서 확립에 관한 내용	42
(2) 대규모유통업법	43
5. 디지털콘텐츠 이용단계에서의 공정거래질서 관련법의 주된 내용	44
(1) 약관규제법	44
(2) 표시광고공정화법	45
(3) 전소법	46
(4) 방문판매법	47
(5) 할부거래법	48
6. 현행법제의 한계	49
IV. 디지털콘텐츠 공정거래질서에 관한 콘텐츠산업진흥법의 내용과 문제점	51
1. 콘진법의 입법목적과의 일치성	51
(1) 콘진법의 입법목적	51
(2) 산업진흥과 공정거래질서의 확립과의 관계	52
2. 디지털콘텐츠 제작단계에서의 공정거래질서 관련 콘진법의 내용과 문제점	53

(1) 제작단계에서의 콘진법의 규율내용	53
(2) 제작단계에서의 공정거래질서 관련 콘진법의 문제점	59
3. 디지털콘텐츠 유통단계에서의 공정거래질서 관련 콘진법의 내용과 문제점	61
(1) 유통단계에서의 콘진법의 규율내용	61
(2) 유통단계에서의 공정거래질서 관련 콘진법의 문제점	68
4. 디지털콘텐츠 이용단계에서의 공정거래질서 관련 콘진법의 내용과 문제점	76
(1) 이용단계에서의 콘진법의 규율내용	76
(2) 이용단계에서의 공정거래질서 관련 콘진법의 문제점	78
 V. 디지털콘텐츠 공정거래질서 확립을 위한 콘텐츠산업 진흥법의 개선방향	99
1. 콘텐츠거래의 공정화를 위한 준거법의 선택 및 체계에 대한 개선방안	99
(1) 콘텐츠거래의 공정화를 위한 준거법의 선택문제	99
(2) 콘진법의 체계에 대한 개선방안	101
2. 디지털콘텐츠 제작단계에서의 공정거래질서 확립을 위한 법제의 개선방향	104
(1) 하도급법의 준용	104
(2) 콘텐츠산업의 특수성에 따라 추가되어야 할 사항	105
3. 디지털콘텐츠 유통단계에서의 공정거래질서 확립을 위한 법제의 개선방향	110
(1) 디지털콘텐츠유통방식에 따른 법제 개선	110
(2) 대규모유통업법의 준용	117

4. 디지털콘텐츠 이용단계에서의 공정거래질서 확립을 위한 법제의 개선방향	120
(1) 전소법의 준용 방식 또는 콘진법에 관련규정의 추가 방식 ...	120
(2) 적용범위 : 콘텐츠거래와 디지털콘텐츠거래	123
(3) 디지털콘텐츠거래에서의 정보제공의무	124
(4) 착오방지절차마련	126
(5) 대금결제에 있어서 이용자보호	128
(6) 청약철회	130
(7) 계속적 거래에서의 유료전환 내지는 자동연장	134
(8) 해제 또는 해지와 손해배상의 범주	135
(9) 디지털콘텐츠거래의 중개	138
(10) 사이버 머니	140
(11) 금지행위	144
(12) 개인간 디지털콘텐츠거래	145
5. 손해배상 및 피해구제에 관한 법제의 개선방향	146
(1) 공정거래질서 위반행위에 대한 사법적 규제의 필요성	146
(2) 손해배상책임의 특칙	147
(3) 피해예방 및 구제를 위한 소송상의 특칙	153
VI. 결 론	157
참 고 문 헌	163

I. 서론

2007년 스티브 잡스는 인터넷 시장과 휴대폰 시장에 커다란 변화를 예고하는 아이폰이라는 스마트폰의 출시를 알린다. 즉, 종전 통신기기로 활용되어왔던 휴대폰에 개인용 컴퓨터와 동일한 기능을 가미한 새로운 형태의 정보통신기기가 개발된 것이다. 이러한 스마트폰의 개발은 단지 통신기기의 발전에 국한되는 것이 아닌 ‘내 손안의 컴퓨터’라는 별칭처럼 언제 어디서든지 인터넷을 접속할 수 있음과 더불어 다양한 활동을 수행할 수 있게 하였다. 즉, 개인용 컴퓨터는 고정된 장소에 기반을 두었기 때문에 이동성에 제한이 존재하였다. 물론 노트북의 경우 이러한 고정성을 요구하지 않지만, 휴대성에는 한계가 존재한다. 그러나 스마트폰은 개인용 컴퓨터의 이동성의 문제 및 노트북의 휴대성의 문제를 해소하였기에 이용자가 장소와 시간에 구애받지 않고 인터넷을 접속할 수 있다는 장점을 갖는다. 물론 스마트폰은 통신기기 또는 정보처리기기의 발전에 불과하며, 그 자체만으로 효용성이 극대화되지 않는다. 즉, 이용자가 스마트폰을 이용하여 다양한 용도로 활용하기 위해서는 이를 구현할 수 있는 소프트웨어(디지털콘텐츠)가 개발되어야 한다. 따라서 스마트폰 환경에 적합한 디지털콘텐츠의 개발이 요구되었으며, 이는 종전 pc 환경에서의 디지털콘텐츠와는 구별되는 새로운 형태의 디지털콘텐츠를 의미한다. 즉, 종전 디지털콘텐츠는 pc에서 사용되는 것을 전제로 하기 때문에 그 용량 및 구동성을 위한 제한이 그리 크지 않았지만, 스마트폰은 아직 pc와 동일하지 않기 때문에 기존 pc에서 사용하던 디지털콘텐츠를 그대로 사용할 수 없게 되었다. 또한 기존 pc 기반의 디지털콘텐츠는 고정성을 전제로 하였기 때문에 이용자가 일정한 장소에서 사용한다는 것을 전제로 하였다. 그러나 스마트폰에서의 디지털콘텐츠는 이동성을 전제로 하기 때문에 현 상황 속에서 이용자가 필요로 하는 디지털콘텐츠

I. 서론

츠가 요구되었다. 따라서 스마트폰에서의 디지털콘텐츠는 다양한 형태이며, 기능이 가미된 형태라고 할 수 있다. 그 결과 스마트폰의 등장은 단지 통신기기시장의 변화에서 출발하였지만, 현재는 스마트폰에서 활용될 수 있는 디지털콘텐츠 시장의 변화로 진행되고 있다.

물론 디지털콘텐츠 시장이 스마트폰의 등장으로 인하여 새롭게 등장한 것은 아니며, pc와 온라인의 활성화로 인하여 이미 20세기 후반부터 활성화되었다. 그러나 디지털콘텐츠 시장은 스마트폰의 등장을 전후로 하여 다음과 같이 구분할 수 있다. 즉, 그 이전의 디지털콘텐츠는 고정된 pc 환경을 전제로 하였기 때문에 다양한 기능성 디지털콘텐츠이기 보다는 단편적인 역할을 수행하는 디지털콘텐츠가 주를 이루었다. 예를 들면, 다중접속 온라인 게임(Massively Multiplayer Online Game : MMOG)의 경우 단순한 게임을 목적으로 하는 디지털콘텐츠이며, 이러닝 콘텐츠 역시 어학 또는 학습을 위한 디지털콘텐츠가 주를 차지하였다. 그러나 스마트폰의 등장으로 인하여 디지털콘텐츠는 기능이 가미된 형태로 등장하고 있으며, 융복합화로 인하여 현실공간과 가상공간을 연결하여 양자간의 간극을 더욱 좁혀주고 있다. 예를 들어, 게임 앱의 경우 치매방지용 게임과 같이 단순한 게임용에서 벗어나 일정한 기능을 겸비하고 있다. 또한 내비게이션은 차량용으로만 활용되었지만, 내비게이션 앱의 등장으로 인하여 도보시에도 이를 이용할 수 있다. 그리고 긴급구조용 앱의 경우 위기에 처한 이용자가 간편하게 구조요청을 할 수 있도록 하고 있다. 그러나 스마트폰 디지털콘텐츠(App : 앱)의 경우 그 정보처리기기인 스마트폰의 한계로 인하여 대용량 앱을 이용함에 있어서는 한계가 있다. 따라서 다중접속 이용게임의 경우 스마트폰을 통하여 이용할 수 없다. 그 결과 디지털콘텐츠는 pc 기반의 디지털콘텐츠와 스마트폰을 기반으로 한 앱으로 구분할 수 있다. 이는 스마트폰의 기능상의 한계에 따른 구분이며, 스마트폰의 기능이 지속적으로 향상되고 있다는 점을 감안한다면 조만간

이러한 구분은 무의미하게 될 것이다.

이와 같이 21세기는 스마트 시대, 즉 스마트폰을 비롯한 스마트 정보처리기가 일상생활에서 보편적으로 사용되는 시기라고 할 수 있다. 이는 단지 하드웨어의 변화만을 의미하는 것이 아니 이를 통하여 활용할 수 있는 스마트콘텐츠의 중요성이 더욱 강조됨을 의미하기도 한다. 따라서 pc를 비롯하여 스마트폰 등의 다양한 정보처리장치에서 활용될 수 있는 디지털콘텐츠산업을 육성·발전시키는 것이 21세기 산업정책에 있어서 가장 핵심적이라고 할 수 있다. 즉, 디지털콘텐츠 산업은 지식기반형 산업이기 때문에 자원이 부족한 우리에게 가장 적합한 산업분야임이면서 환경오염의 문제를 유발시키지 않는 친환경산업에 해당한다. 또한 다른 산업분야와 달리 수익을 창출하기 위하여 계속적으로 재화를 생산하여야 하는 것이 아닌 한 번의 개발로 막대한 부가가치를 창출할 수 있기 때문에 고부가가치산업에 해당한다. 이러한 점을 감안하여 우리나라에서는 디지털콘텐츠산업을 21세기 중점 산업 중 하나로 선정하였으며, 이를 육성·발전시키기 위하여 다양한 노력을 경주하고 있다. 그리하여 사업자가 양질의 디지털콘텐츠를 개발할 수 있도록 각종 재정적 지원을 진행하고 있다.

디지털콘텐츠시장은 국경 또는 지역을 단위로 하는 시장이 아닌 온라인을 통하여 구현되는 전 세계를 대상으로 하는 시장이다. 따라서 콘텐츠사업자는 국내 사업자와 경쟁을 하는 것이 아닌 전 세계의 콘텐츠사업자와 경쟁을 하여야 하며, 이러한 경쟁에서 생존하기 위해서는 가장 기본적으로 고품질의 디지털콘텐츠 또는 이용자의 요구에 적합한 디지털콘텐츠를 개발하여야 한다. 이러한 디지털콘텐츠를 개발하기 위해서는 많은 시간과 노력이 투자되어야 하며, 막대한 재원이 소요된다. 물론 사업자의 개인적 이익을 추구하기 위하여 투자되는 재원이기 때문에 국가의 지원이 부당하다고 할 수 있지만, 이 분야의 사업자의 규모가 영세하다는 점을 감안한다면 이를 사업자가 전적으로

I. 서론

부담하는 것은 비현실적이다. 또한 사업자에게만 맡겨두었을 경우 그 산업발전이 이루어지지 않게 되며, 그로 인하여 국제경쟁력을 상실하게 됨에 따라 우리 콘텐츠산업은 외국 콘텐츠사업자에게 종속될 수밖에 없다. 따라서 콘텐츠사업자가 양질의 디지털콘텐츠를 개발하여 경쟁력을 갖추 수 있도록 재정적 지원이 필요하다고 할 것이다. 그러나 이러한 재정적 지원만으로 디지털콘텐츠산업이 발전할 수는 없다. 즉, 양질의 디지털콘텐츠를 개발하였다고 하더라도 시장의 거래질서가 공정하지 않다면 이에 따른 과실은 콘텐츠개발자에게 돌아가는 것이 아니라 유통사업자에게만 귀속된다. 그 결과 콘텐츠개발자는 이로 인한 수익을 얻지 못하게 되며, 재투자의 기반이 조성되지 않음으로 인하여 결국 시장에서 퇴출된다. 물론 국가가 지속적으로 재정적 지원을 한다면 문제가 없다고 할 수 있지만, 무제한적 지원은 사업자의 경쟁력을 약화시키는 결과를 유발한다. 따라서 국가의 지원은 사업자가 경쟁력을 갖추 수 있는 여건을 형성하는 것에 국한하여야 하며, 그 이후에는 사업자가 자발적으로 경쟁력을 갖추어야 한다. 이를 위해서는 사업자가 양질의 콘텐츠를 개발하고, 그 판매를 통하여 얻은 수익을 재투자하는 방식의 선순환구조를 구축하여야 한다. 그러나 이를 저해하는 것이 바로 시장의 불공정성이며, 이는 콘텐츠개발자에게 그 이익이 돌아가는 것이 아니라 유통사업자 등이 수익의 다수를 얻게 함으로써 결국은 국내 콘텐츠사업자가 더 이상 양질의 디지털콘텐츠를 개발할 수 없게 한다. 따라서 건전한 디지털콘텐츠시장을 형성하기 위하여 그 시장질서의 공정성을 확보해가는 노력을 해야 할 것이다. 이는 디지털콘텐츠산업이 발전하기 위한 요건으로써 양질의 디지털콘텐츠 제작을 위한 재정적 지원 못지않게 중요한 요건이다.

이와 같이 디지털콘텐츠시장에서의 거래질서가 공정하게 형성되기 위해서는 가장 기본적으로 거래주체가 공정한 거래질서를 확립하는 것이 필요하다. 즉, 국가 등의 개입에 의한 타율규제보다는 경제주체가

자발적으로 공정한 거래질서를 형성하고 유지하는 것이 가장 효율적이다. 그러나 시장에서 불공정한 거래질서가 만연함에도 불구하고 언제까지 시장에서 경제주체가 자율적으로 이를 형성하도록 요구하는 것은 사실상 사업자의 불공정행위를 묵인하는 것임과 동시에 국가의 공정거래질서의 확립의무를 해태한 것이다. 따라서 국가는 디지털콘텐츠시장의 거래질서가 공정하게 이루어질 수 있도록 관련법령의 제·개정을 위한 노력을 경주하여야 할 것이다. 이러한 공정거래질서의 확립을 위하여 가장 먼저 선행되어야 할 것이 바로 현재 시장에서 만연하고 있는 불공정사례에 대한 조사이다. 즉, 디지털콘텐츠거래에 있어서 어떠한 유형의 불공정사례가 존재하는지에 대한 현황과악이 이루어져야 이에 대한 대책을 수립할 수 있다. 이와 더불어 불공정한 거래를 방지하기 위해 현행 법제에 대한 분석이 이루어져야 한다. 즉, 현행 법제가 충분하게 구축되어 있음에도 불구하고 불공정행위가 존재한 경우에는 법집행의 문제이지 법적 개선을 통하여 해결할 문제가 아니기 때문이다. 따라서 현행법제의 내용에 대한 검토를 통하여 현행법제가 가지고 있는 문제점이 규명되어야 할 것이다. 이를 기초로 우리 법제의 개선방안을 마련함에 있어서 시사점을 얻기 위해 외국법제에 대한 비교분석이 필요하다. 즉, 디지털콘텐츠시장은 단지 우리에게 국한되는 것이 아니라 거의 대부분의 국가에 공통되는 문제이며, 각 국가 역시 이 분야의 공정한 거래질서를 확립하기 위하여 법제도적 개선을 해가고 있기 때문에 이러한 주요국의 법제 현황을 검토하여 우리 법제에 대한 시사점을 도출하는 것이 필요하다. 마지막으로 상기의 내용을 기초로 디지털콘텐츠거래에서 공정한 거래질서를 확립하기 위한 우리 법제도의 개선방향에 대하여 제시할 필요가 있다. 또한 이 분야의 공정한 거래질서의 확립은 디지털콘텐츠의 제작단계에서부터 시작하여 유통 및 이용단계 전반에 걸쳐 이루어져야 한다. 따라서 제작단계에 있어서 공정거래질서의 확립방안, 유통단계에서의 공정거래

I. 서론

질서의 확립방안 및 이용단계에서의 공정거래질서의 확립방안 모두에 대한 검토와 개선방향의 제시가 필요하다. 물론 법제도에 대한 개선 방향을 제시함에 있어서는 이와 관련된 모든 법에 대한 분석을 기초로 해당 법률에 대한 개선방향을 제시하는 것이 가장 바람직하지만, 연구의 한계를 감안하여 콘텐츠산업 및 거래에 관한 기본법이라고 할 수 있는 콘텐츠산업진흥법에 대한 개선방향을 제시하고자 한다.

본 연구에는 21세기 산업의 중추적인 역할을 수행하고 있는 디지털 콘텐츠산업이 지속적으로 발전할 수 있는 방안 중 하나로 이 분야의 거래질서가 공정하게 이루어질 수 있는 법제도적 개선방향에 대하여 연구하고자 한다. 이를 위하여 먼저, 기초연구로서 이 분야의 산업 및 거래 현황을 조사하고, 불공정사례를 분석하고자 한다. 둘째, 디지털 콘텐츠거래의 공정거래질서 확립에 관한 현행 법제의 내용에 대하여 제작, 유통 및 이용단계로 구분하여 분석한다. 셋째, 현행법제에 대한 분석을 통하여 이 분야의 공정거래질서의 확립을 위한 법제의 문제점 또는 한계점을 고찰한다.

II. 디지털콘텐츠거래 현황 및 공정거래질서 확립의 필요성

1. 디지털콘텐츠산업 및 거래의 현황

(1) 디지털콘텐츠산업의 현황

한국콘텐츠진흥원의 조사에 따르면 2013년 상반기 콘텐츠산업 매출액은 35조 4,537억원이며, 종사자는 54만 6,769명이고, 수출액은 2조 5,923억원으로 조사되었다. 이는 전년 동기대비 매출액은 약 2.9% 증가한 것이며, 종사자는 약 0.7% 증가하였으며, 수출액은 9.2% 증가한 것이다.¹⁾ 각 부분별로 그 추이를 살펴보면 다음과 같다.

먼저, 산업별 매출액은 출판산업이 9조 7,977억원으로 가장 높은 비중을 차지하였으며, 지식정보산업은 5조2,549억원, 캐릭터산업은 4조 3,821억원, 광고산업은 4조 312억원, 음악산업은 2조 2,904억원, 영화산업은 2조 970억원, 콘텐츠솔루션산업은 1조 7,502억원, 애니메이션 산업은 2,463억원으로 조사되었다.

<표-1> 콘텐츠산업 매출액 규모 추이

산업명	매출액(백만원)				
	2011년 상반기	2012년p 상반기	2013년p 상반기	전년동기대비 증감률(%)	연평균증감률 (%)
출판	10,694,830	10,647,048	9,797,737	-8.0	-4.3
만화	374,013	358,275	357,218	-0.3	-2.3
음악	1,780,666	1,982,347	2,290,400	15.5	13.4

1) 한국콘텐츠진흥원, 2013년 1분기 및 상반기 콘텐츠산업 동향분석보고서, 2013, 101면.

II. 디지털콘텐츠거래 현황 및 공정거래질서 확립의 필요성

산업명	매출액(백만원)				
	2011년 상반기	2012년p 상반기	2013년p 상반기	전년동기대비 증감률(%)	연평균증감률 (%)
계 입	4,287,121	5,069,022	4,788,210	-5.5	5.7
영 화	1,849,194	2,017,212	2,097,060	4.0	6.5
애니메이션	277,800	245,167	246,370	0.5	-5.8
방송영상 독립제작사	469,665	482,757	458,081	-5.1	-1.2
광 고	3,311,930	3,511,242	4,031,268	14.8	10.3
캐릭터	3,495,467	3,850,852	4,382,153	13.8	12.0
지식정보	4,371,100	4,785,585	5,254,978	9.8	9.6
콘텐츠솔루션	1,391,228	1,506,616	1,750,251	16.2	12.2
합 계	32,303,014	34,456,123	35,453,726	2.9	4.8

2013년 상반기 산업별 종사자를 보면, 전체 종사자 54만 6,769명 중 음악산업은 7만 8,422명으로 전년동기대비 약 0.7% 증가, 지식정보 7만 512명으로 전년동기대비 3.1% 증가, 영화산업 3만 1,394명으로 전년동기대비 6.3%증가, 캐릭터산업 2만 7,158명으로 전년동기대비 3.0% 증가, 콘텐츠솔루션산업 2만 786명으로 전년동기대비 4.4% 증가, 광고 8,471명으로 전년동기대비 1.5% 증가, 방송영상독립제작사 6,002명으로 전년동기대비 1.4% 증가, 애니메이션산업 4,644명으로 전년동기대비 1.1% 증가 반면, 출판산업은 19만 5,692명으로 전년동기대비 0.9% 감소, 게임산업 9만 3,837명으로 전년대비 0.7% 감소, 만화산업 9,851명으로 2.9% 감소한 것으로 조사되었다.²⁾

2) 한국콘텐츠진흥원, 상계 보고서, 102면.

<표-2> 콘텐츠산업 종사자 규모 추이

산업명	종사자수(명)				
	2011년 상반기	2012년p 상반기	2013년p 상반기	전년동기대비 증감률(%)	연평균증감률 (%)
출판	199,487	197,453	195,692	-0.9	-1.0
만화	10,499	10,148	9,851	-2.9	-3.1
음악	77,488	77,861	78,422	0.7	0.6
게임	93,200	94,516	93,837	-0.7	0.3
영화	29,238	29,537	31,394	6.3	3.6
애니메이션	4,482	4,594	4,644	1.1	1.8
방송영상 독립제작사	5,903	5,920	6,002	1.4	0.8
광고	7,648	8,349	8,471	1.5	5.2
캐릭터	25,421	26,360	27,158	3.0	3.4
지식정보	67,550	68,390	70,512	3.1	2.2
콘텐츠솔루션	19,433	19,914	20,786	4.4	3.4
합계	540,349	543,042	546,769	0.7	0.6

2013년 상반기 산업별 수출액을 살펴보면, 전체 수출액은 2조 5,923 억원으로 전년동기대비 약 9.2% 증가하였으며, 게임산업은 1조 5,011 억원으로 전년동기대비 약 1.2% 증가, 지식정보산업 3,097억원으로 전년 동기대비 45.3% 증가, 캐릭터산업 2,604억원으로 전년동기대비 4.5% 증가, 음악산업 2,143억원으로 전년동기대비 93.7% 증가, 출판산업 1,325억원으로 전년동기대비 7.1% 감소, 콘텐츠솔루션산업 811억원으로 전년동기대비 2.4% 감소, 애니메이션산업 502억원으로 전년동기대비

II. 디지털콘텐츠거래 현황 및 공정거래질서 확립의 필요성

15.5% 감소, 영화산업 238억원으로 전년동기대비 45.4% 증가, 방송영상독립제작사 95억원으로 전년동기대비 101.1% 증가, 만화산업 92억원으로 전년동기대비 7.6% 감소한 것으로 조사되었다.³⁾

<표-3> 콘텐츠산업 수출액 규모 추이

산업명	수출액(백만원)				
	2011년 상반기	2012년p 상반기	2013년p 상반기	전년동기대비 증감률(%)	연평균증감률 (%)
출판	139,245	142,726	132,588	-7.1	-2.4
만화	10,104	10,023	9,266	-7.6	-4.2
음악	80,355	110,674	214,329	93.7	63.3
게임	1,229,940	1,483,583	1,501,138	1.2	10.5
영화	7,264	16,437	23,893	45.4	81.4
애니메이션	62,018	59,401	50,216	-15.5	-10.0
방송영상 독립제작사	11,377	4,741	9,534	101.1	-8.5
광고	-	-	-	-	-
캐릭터	197,793	249,185	260,489	4.5	14.8
지식정보	236,648	213,194	309,755	45.3	14.4
콘텐츠솔루션	77,347	83,162	81,166	-2.4	2.4
합계	2,052,091	2,373,126	2,592,374	9.2	12.4

3) 한국콘텐츠진흥원, 상계 보고서, 103면.

(2) 디지털콘텐츠거래의 현황

1) 디지털콘텐츠거래의 유형

디지털콘텐츠거래는 그 기준에 따라 매우 다양하게 구분할 수 있으며, 대표적인 기준으로는 거래단계, 매체(정보처리장치), 플랫폼, 콘텐츠의 장르 등이 있다.

먼저, 거래단계별 디지털콘텐츠거래를 구분하면 다음과 같다. 디지털콘텐츠거래는 단지 유통 또는 이용에 국한하는 것이 아닌 제작까지 포함하는 개념이다. 즉, 디지털콘텐츠가 개발되어 최종 이용자가 이를 이용하기까지의 전 과정을 살펴보면 다음과 같다. 첫째, 콘텐츠개발자가 기안을 하여 구체적인 디지털콘텐츠를 개발한다. 물론 개발자가 독자적으로 콘텐츠를 개발할 수 있으며, 하도급계약에 따라 그 개발을 진행할 수 있다. 전자의 경우에는 유통단계로 바로 진행되지만, 후자의 경우에는 디지털콘텐츠개발에 관한 하도급계약에 따라 적합하게 개발되었는가의 문제가 발생한다. 둘째, 유통단계에서는 유통사업자와의 관계에 따라 다시 위탁매매의 방식과 중개방식으로 구분된다. 즉, 전자는 콘텐츠개발자가 이용자에게 직접 계약의 당사자로 계약을 체결하는 것이 아니라 위탁매매계약에 따라 위탁매매인이 이용자와 디지털콘텐츠이용계약을 체결하고, 그 수익을 배분하는 방식으로 디지털콘텐츠를 거래한다. 후자의 경우는 운영자가 디지털콘텐츠사업자가 이용자에게 디지털콘텐츠를 거래할 수 있는 장터(오픈마켓)를 개설하여 운영하고, 이곳에서 디지털콘텐츠사업자가 이용자에게 디지털콘텐츠를 거래한다. 따라서 운영자는 디지털콘텐츠사업자에게 중개수수료를 받는다. 셋째, 이용단계에서는 디지털콘텐츠사업자가 이용자와 디지털콘텐츠이용계약을 체결한다. 이와 같이 디지털콘텐츠거래는 제작단계, 유통단계 및 이용단계로 구분할 수 있다. 제작 및 유통단계는

II. 디지털콘텐츠거래 현황 및 공정거래질서 확립의 필요성

사업자간의 거래에 해당하며, 이용단계의 대부분은 사업자와 소비자간의 거래에 해당한다.

두 번째로 매체별로는 pc형 디지털콘텐츠, 스마트폰형 디지털콘텐츠, 스마트TV형 디지털콘텐츠로 구분할 수 있다. 이러한 구별의 기준은 이용자가 디지털콘텐츠를 거래함에 있어서 어떠한 정보처리장치를 이용하여 구매하는가에 따른 차이이다. 이러한 기준은 디지털콘텐츠를 활용할 수 있는 새로운 정보처리기기의 개발에 따라 더 확장될 수 있다.

세 번째로는 플랫폼에 따른 구분으로 디지털콘텐츠사업자가 직접 이용자에게 디지털콘텐츠를 판매하는가 아니면 제3자가 운영하는 오픈마켓에서 이를 판매하는가의 차이이다. 이 경우 이용자와의 관계는 전자의 경우 2자간 계약이지만, 후자의 경우는 3자간 계약에 해당한다.

마지막으로 디지털콘텐츠의 장르별 구분으로 게임, 음악, 영상, 이러닝, 전자책 등 콘텐츠의 장르에 따른 구분이다. 종전에는 디지털콘텐츠가 어느 특정 장르에만 속했기 때문에 쉽게 분류할 수 있었다. 그러나 최근에는 복수의 장르에 해당하는 융·복합 디지털콘텐츠가 개발되고 있으며, 이러한 디지털콘텐츠를 어느 하나의 장르에 포함시키기가 곤란한 점도 있다. 예를 들어, 이러닝 콘텐츠에 게임기능을 가미한 경우 이를 이러닝 콘텐츠로 분류할 것인지 아니면 게임 콘텐츠로 분류할 것인지의 문제가 그 대표적인 예라 할 수 있다.

2. 21세기형 산업분야로서 디지털콘텐츠산업의 중요성

(1) 지식기반형 산업 및 무한의 부가가치창출 산업

콘텐츠산업분야는 인간의 지식활동에 기반을 둔 산업의 일종이기 때문에 일명 지식기반형 산업분야이다. 즉, 콘텐츠는 인간의 창작활동의

산물이며, 그 결과물이다. 이러한 점은 이 분야의 산업발전에 있어서 필요로 하는 자원이 물질자원이 아닌 인적 자원을 의미하며, 물질자원의 부족국가인 우리나라에 적합한 산업분야이다. 또한 산업 그 자체는 그 활동을 통하여 부가가치의 창출을 목적으로 한다. 따라서 물질기반의 산업분야에서는 이를 통하여 부가가치를 생산하기 위해서는 많은 자원이 소요되지만, 지식기반형 산업 분야의 경우 물질기반의 산업과 비교하여 많은 자원이 소요되지 않는다는 특징을 갖는다. 특히, 디지털콘텐츠의 경우 재생산을 위하여 자원이 소요되지 않는다. 즉, 한번 개발한 디지털콘텐츠는 온라인에서 무제한적으로 복제 내지는 전송이 가능하기 때문에 그 자체만으로 무한의 부가가치를 창출할 수 있다는 장점을 갖는다.

(2) 융·복합 산업분야

IT 기술이 발전되기 이전에는 물질기반의 산업과 지식기반의 산업의 융복합은 극히 일부에서 진행되었다. 그러나 21세기 이후 산업은 양자가 결합된 형태로 발전하고 있으며, 최근의 전자기기 등은 모두 융복합 산업의 산물이라고 하더라도 과언은 아니다. 따라서 종전 양자간에 별도로 이루어져 왔던 산업발전이 더 이상 독자적으로 그 발전을 추구할 수 없게 되었으며, 그 발전을 위해서는 양자가 융복합된 형태로 전개될 수 밖에 없음을 의미한다. 그러나 우리의 경우 하드웨어 생산 기술은 발전되었지만, 소프트웨어 산업의 발전은 상대적으로 미비하였다. 그 결과 산업환경의 변화에 따라 막대한 부가가치를 창출할 수 있는 소프트웨어 산업이 발전하지 못한 결과 산업발전의 효과가 크지 못함은 주지의 사실이다. 이에 하드웨어 산업을 비롯하여 소프트웨어의 산업을 발전시킴과 더불어 최근 융복합 현상에 따른 산업을 육성·발전시키기 위하여 구 온디콘법을 콘진법으로 개정하였다. 즉, 이러한 법의 개정은 산업에 있어서 융복합 현상이 이미 진행

II. 디지털콘텐츠거래 현황 및 공정거래질서 확립의 필요성

되고 있으며, 이러한 분야에서의 콘텐츠산업을 육성·발전시키기 위함이라는 점에 기인한다.

(3) 타 산업 발전을 위한 기반산업

콘텐츠 산업은 그 자체만으로 국가경제발전을 위하여 중요한 산업 분야이지만, 21세기 이후 모든 산업은 IT 기술과의 융복합을 전제로 하고 있다고 말하더라도 과언이 아니다. 이는 기존 산업이 지속적으로 발전하기 위해서는 IT 기술과의 접목이 필연적으로 요구됨을 의미하며, 이를 위해서는 양자간 융복합을 추진할 수 있는 콘텐츠산업의 발전이 필연적으로 요구됨을 의미한다. 따라서 국가 전반의 산업발전을 위해서 그 기반조성이 필요하며, 이에 해당하는 대표적인 분야 중 하나가 바로 콘텐츠산업분야이다.

3. 디지털콘텐츠 공정거래질서 확립의 필요성

(1) 디지털콘텐츠 불공정거래사례

1) 사업자간 거래에 있어서 불공정 사례

콘텐츠산업이 발전하기 위해서는 경쟁력 있는 우수한 콘텐츠를 개발할 수 있도록 재정지원을 비롯한 다양한 지원이 필요하다. 즉, 콘텐츠시장은 제한된 시장이 아닌 전 세계의 사업자가 경쟁하는 시장이기 때문에 완전시장에 가장 근접한 시장이라고 할 수 있다. 따라서 전 세계의 사업자를 대상으로 경쟁하여야 하기 때문에 그 상품인 스마트 콘텐츠의 우수성이 확보되어야 하며, 이를 개발하기 위한 사업자의 연구 및 개발활동에 많은 지원이 이루어져야 한다.

이와 같이 우리 기업이 콘텐츠시장에서 우위를 점하기 위해서는 경쟁력 있는 콘텐츠의 개발이 중요하지만, 이 보다도 더 중요한 것은

이 분야의 공정한 거래질서를 확립하는 것이다. 즉, 우수한 콘텐츠를 개발하였음에도 불구하고 그 거래관행이 불공정하다면 그 이익이 개발자에게 돌아가는 것이 아니라 유통사업자에게 귀속되게 된다. 이로 인해 우수한 콘텐츠의 개발과 그 판매에 따라 수익을 창출하고, 이를 다시 경쟁력 있는 콘텐츠의 개발을 위한 연구 등에 투자할 수 있는 선순환구조는 달성할 수 없게 된다. 그 결과 국내 콘텐츠산업의 발전은 기대할 수 없으며, 경제발전 및 고용창출이라는 기대효과를 유발하기도 어렵게 된다. 이는 전 세계적으로 콘텐츠시장을 국가 중요 산업분야로 지정하여 육성하고 있다는 점을 감안할 때 우리의 콘텐츠산업이 퇴보할 수 있음을 의미하기도 한다.

콘텐츠산업이 발전하기 위해서는 그 시장질서가 공정하여야 하지만, 실제 거래질서는 불공정한 경우가 많다. 그 대표적인 사유로 불공정한 수익배분, 저작권 귀속문제, 세금 등 비용부담, 수수료 등 수익독식, 계약 후 추가 요구, 요구거절시 불이익, 낮은 단가 등이 제시되고 있다. 또한 모든 디지털콘텐츠거래에 있어서 이러한 불공정한 요소가 공통적으로 발생하고 있는 것은 아니며, 각 디지털콘텐츠의 유형에 따라 불공정한 요소에 있어서 차이가 있다. 특히, 콘텐츠거래의 경우 불공정한 수익배분, 계약외 추가요구 및 이벤트·프로모션 등 마케팅 비용 부담 등이 대표적인 불공정한 거래관행으로 조사되었다.⁴⁾

<표-4> 장르별 불공정거래 또는 불평등 사례⁵⁾

분 야	불공정거래의 내용
계 입	<ul style="list-style-type: none"> · 불공정한 수익배분 · 경품행사비용 부담

4) 한국콘텐츠진흥원, 디지털콘텐츠 불공정거래 실태조사 및 유통활성화 방안 연구, 2010, 14-15면.

5) 한국콘텐츠진흥원, 앞의 책, 14면.

II. 디지털콘텐츠거래 현황 및 공정거래질서 확립의 필요성

분 야	불공정거래의 내용
	<ul style="list-style-type: none"> · 해외 판권 요구 및 거절시 불이기 · 자회사가 개발한 플랫폼 사용 요구
음 악	<ul style="list-style-type: none"> · 불공정한 수익배분 · 이동통신사의 영세업자에 대한 압박음
영 화	<ul style="list-style-type: none"> · 불공정한 수익배분 · 추가 제작비 부담 · 계약상의 역할 범위 침범 · 광고료 등 기타 수익 독식
애니메이션	<ul style="list-style-type: none"> · 불공정한 수익배분 · 수수료 등 기타 수익 독식 · 부가세 등 세금부담
방 송	<ul style="list-style-type: none"> · 불공정한 수익배분 · 저작권 요구 및 거절시 불이익 · 일방적인 방송편성 및 종영
모바일콘텐츠	<ul style="list-style-type: none"> · 불공정한 수익배분 · 계약외 추가요구 · 이벤트 및 프로모션 등 마케팅 비용 부담
전자책	<ul style="list-style-type: none"> · 불공정한 수익배분 · 포털업체의 저작권침해
이러닝	<ul style="list-style-type: none"> · 불공정한 수익배분 · 저작권 침해 · 낮은 단가로 계약체결

또한 디지털콘텐츠산업 중 다수를 차지하고 있는 게임분야에서 불공정한 거래관행의 예시로 다음과 같이 제시하고 있다. 첫째, 대금관련 불공정거래의 유형으로 현저하게 낮은 대가로의 거래 요청, 대금지급의 지연, 대금의 감액요청을 제시하고 있다. 둘째, 목적물 관련 불공정거래의 유형으로 게임물의 재작업 요청, 발주의 취소 또는 제작물의 수령거부, 부당반품을 제시하고 있다. 셋째, 거래상대방관련 불공정거래의 유형으로 거래상대방에 대한 상품 등의 구입요청, 거래

상대방에 대한 협찬금 등의 요청을 제시하고 있다. 넷째, 기술관련 불공정거래의 유형으로 게임물에 관한 권리 등의 일반적 취급, 기술자료 제공 강요행위를 제시하고 있다.⁶⁾

2) 사업자와 이용자간 거래에 있어서 불공정 사례

디지털콘텐츠거래와 관련하여 2011년 5월부터 2012년 9월까지 한국콘텐츠진흥원에 접수된 조정신청의 수는 총 3,097건이지만, 유효건수는 2,698건(2012년 : 2,117건, 2011년 : 581건)이다. 이를 세부적으로 살펴보면, 먼저 플랫폼을 기준으로 모바일에서의 분쟁이 전체 유효건수(2,038건)의 65%(1,324건)를 차지하고 있다. 또한 분쟁당사자별로 살펴보면 사업자와 소비자간의 분쟁건수가 전체의 98.1%(2,648건)를 차지하고 있으며, 게임 분야가 전체의 84.1%(2,269건)를 차지하고 있다. 특히, 분쟁의 원인에 있어서 본인이용에 의한 피해뿐만 아니라 아이의 이용에 따른 피해의 비중이 높다는 점은 일반 전자상거래와 비교하여 가장 큰 특징이라고 할 수 있다.⁷⁾

<표-5> 디지털콘텐츠거래관련 분쟁조정신청현황

연 도	건 수	비 율(%)
2012.1- 2012.9	2,117	78.5
2011.5-2011.12	581	21.5
합 계	2,698	100

6) 한국콘텐츠진흥원, 2013 대한민국 게임백서, 2013, 993-1004면.

7) 이재홍, “모바일 오픈마켓 콘텐츠 분쟁현황과 주요이슈”, 모바일 오픈마켓 환경과 콘텐츠 분쟁 이슈, 한국콘텐츠진흥원·콘텐츠분쟁조정위원회, 2012·11·20, 22-24면.

II. 디지털콘텐츠거래 현황 및 공정거래질서 확립의 필요성

<표-6> 플랫폼별 건수

플랫폼	건 수	비 율(%)
모바일	1,324	65
컴퓨터	714	35
합 계	2,038	100

<표-7> 분쟁당사자별 조정신청 현황

분쟁당사자	건수	비율(%)
B2B	29	1.1
B2C	2,648	98.1
P2P	20	0.7

<표-8> 장르별 조정신청 현황

장 르	건 수	비 율(%)
게 임	2,269	84.1
방송영상	16	0.6
에듀테인먼트	28	1.0
총 괄	377	14.0
총괄(음원)	8	0.3
합 계	2,698	100.0

또한 한국소비자원이 2013년 12월 10일 모바일 게임분야의 소비자 피해 현황에 대한 발표에 따르면 소비자피해가 큰 폭으로 증가한 것으로 조사되었다.⁸⁾ 스마트폰을 이용하여 언제 어디서나 간편하게 이

8) <https://www.kca.go.kr/modules/board/view.jsp?boardConfigNo=118&menuNo=271&boardNo>

용할 수 있는 모바일게임의 인기가 급상승하면서 미성년 자녀들이 손쉽게 게임 아이템을 구매하여 수십만 원 대의 요금이 청구되는 피해가 늘고 있는 것으로 나타났다. 모바일게임 자체는 무료이더라도 게임 내에서 사용하는 아이템이나 캐시는 유료인 경우가 많으므로 사용자의 각별한 주의가 요구된다.

‘모바일게임’ 관련 소비자 상담은 2011년 105건에서 2012년 151건으로 43.8% 증가하였으며, 금년 10월까지 300건이 접수되어 전년 동기(120건) 대비 2.5배 급증한 것으로 나타났다. 피해구제 접수건수 또한 2011년 24건, 2012년 36건, 2013년 10월중 49건으로 매년 큰 폭으로 증가했다.

<표-9> 모바일게임 소비자상담 및 피해구제 접수현황

(단위 : 건)

구분	2011년	2012년	2013.10월	계
소비자 상담*	105	151	300	556
피해구제	24	36	49	109

* 상담건수는 1372소비자상담센터(소비자단체협의회, 지방자치단체, 한국소비자원) 접수건수임.

2011년부터 금년 10월까지 최근 2년 10개월간 한국소비자원에 접수된 모바일게임 관련 피해구제 사건 총 109건의 피해유형을 분석한 결과, ‘부모 동의없는 미성년자 결제’ 피해가 72건(66.1%)으로 가장 많았다. 다음으로는 ‘서비스 장애’ 9건(8.3%), ‘소비자 미인지 결제’ 8건(7.3%), ‘결제오류’ 6건(5.5%), ‘청약철회 거부’ 및 ‘아이템 미지급’ 각 5건(4.6%) 등의 순으로 발생했다.

=38184 : 2013년 12월 11일 방문.

II. 디지털콘텐츠거래 현황 및 공정거래질서 확립의 필요성

<표-10> 피해 유형별 현황

구분	건수	구성비(%)
부모 동의없는 미성년자 결제	72	66.1
서비스 장애	9	8.3
소비자 미인지 결제	8	7.3
결제 오류	6	5.5
청약철회 거부	5	4.6
아이템 미지급	5	4.6
기타	4	3.7
합계	109	100.0

결제 피해금액이 확인되는 총 106건을 분석한 결과, 평균 피해금액은 298,837원으로 확인되었다. 금액대별로 구분해보면 50만원 이하가 87건(82.1%)으로 대다수를 차지하고 있으나, 100만원을 초과한 경우도 8건(7.5%)에 이르렀다.

<표-11> 피해금액별 현황

	건수	구성비(%)	비고
50만원 이하	87	82.1	평균 298,837원 최고 2,314,693원
50만원 초과 ~ 100만원 이하	11	10.4	
100만원 초과 ~ 200만원 이하	6	5.7	
200만원 초과	2	1.9	
합계	106	100.0	

3. 디지털콘텐츠 공정거래질서 확립의 필요성

앱이나 아이템 결제가 발생한 앱 마켓이 확인되는 총 61건을 분석해본 결과, ‘구글 플레이’ 관련 피해가 46건(75.4%)으로 가장 많았고, 다음으로 ‘티스토어’ 9건(14.8%), ‘올레마켓’ 3건(4.9%) 등의 순으로 나타났다. ‘구글플레이’나 ‘티스토어’의 경우, 결제 시 비밀번호를 별도로 요구하지 않아 미성년자 결제 피해나 소비자 미인지 상태에서의 결제가 많이 발생하는 것으로 보인다.

<표-12> 앱 마켓별 현황

구분	건수	구성비(%)
구글 플레이	46	75.4
티스토어(SKT)	9	14.8
올레마켓(KT)	3	4.9
기타*	3	4.9
합계	61	100.0

(2) 공정거래질서 확립의 필요성

상기에서 살펴본 바와 같이 콘텐츠산업과 관련하여 다양한 불공정 거래행위가 발생하고 있으며, 이는 이 분야의 산업발전에 저해요소로 작용하고 있다. 특히, 콘텐츠개발자 또는 공급업자가 다른 산업분야에 달리 영세업자가 대다수라는 점을 감안한다면 실제 불공정사례를 더 많을 것으로 추정된다. 또한 피해자인 콘텐츠개발자 등이 상대방과 비교하여 경제적 약자이기 때문에 상대방의 불공정한 계약조건에 대하여 거부할 수 없다. 또한 그 영세성으로 인하여 공정한 거래를 위하여 필요한 각종 법률 정보 등을 습득할 수 없는 상황이다. 이는 피해를 입었음에도 불구하고 이를 인식하지 못하거나 이를 인식하더라도

II. 디지털콘텐츠거래 현황 및 공정거래질서 확립의 필요성

어떠한 근거에 따라 어떻게 주장하여야 하는지 알지 못하여 피해를 받아들이고 있는 실정이다. 그러나 이러한 피해는 산업발전에 악영향을 미침과 더불어 국제시장이라는 특성을 가지고 있는 스마트콘텐츠 시장에서 우리 기업의 경쟁력을 도태시키는 결과를 가져올 수 있기 때문에 이 분야에서 공정한 거래질서가 확립될 수 있는 방안에 대한 모색과 더불어 그 시책을 마련하고, 이를 적극적으로 시행하는 것이 시급하게 요구된다.

또한 콘텐츠시장은 사업자들만으로 구성되는 것이 아닌 이용자도 존재하며, 궁극적으로 이용자에게 콘텐츠를 판매하기 위함이다. 따라서 콘텐츠시장에서의 공정거래질서의 확립을 사업자들간 거래에서의 문제로 한정할 경우 이용자보호는 간과될 수 있다. 그리고 콘텐츠시장이 국경을 초월한 국제거래라는 점을 감안할 때, 이용자보호의 미흡은 국내 콘텐츠사업자와의 거래가 아닌 외국의 콘텐츠사업자와의 거래를 촉진하게 되는 결과를 유발할 수 있다. 따라서 국내 콘텐츠산업의 발전을 위해서는 단지 사업자간의 공정한 거래질서의 확립만이 아니라 그 이용자에 대한 보호 역시 동시에 강구되어야 한다. 다만, 이용자보호를 추구함에 있어서 기존 유체재화에 대한 거래와 동일하게 그 보호방안을 강구할 경우 역차별의 문제가 발생할 수 있기 때문에 디지털콘텐츠의 특성을 감안하여 그 보호의 방법과 수준을 정하는 것이 가장 중요한 과제이다.

Ⅲ. 디지털콘텐츠 공정거래질서 관련 법제 현황

1. 디지털콘텐츠거래 관련 법제의 체계

디지털콘텐츠거래에 대하여 적용되는 현행법은 그 법률관계에 따라 상이하다. 즉, 제작단계에서는 원사업자와 하수급업자간의 법률관계이며, 이에 대해서는 도급계약에 관한 민법을 비롯하여 콘텐츠산업진흥법(이하 ‘콘진법’), 독점금지 및 공정거래에 관한 법률(이하 ‘공정거래법’), 하도급거래 공정화에 관한 법률(이하 ‘하도급법’), 약관의 규제에 관한 법률(이하 ‘약관규제법’) 등이 적용된다. 또한 유통단계의 경우 위탁매매의 방식인가 아니면 중개방식인가에 따라 그 적용되는 법이 상이하다. 위탁매매의 경우 계약의 일반법인 민법 및 상법이 적용되며, 콘진법을 비롯하여 약관규제법, 공정거래법, 대규모유통업에서의 거래 공정화에 관한 법률(이하 ‘대규모유통업법’), 전기통신사업법 등이 적용된다. 중개방식인 경우에는 앞의 위탁매매에 관한 법을 비롯하여 전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률(이하 ‘전소법’) 등이 적용된다. 이용단계에서는 민법 및 상법을 비롯하여 콘진법, 약관규제법, 표시광고공정화법, 전소법, 방문판매 등에 관한 법률(이하 ‘방문판매법’), 게임산업진흥법 등 각종 콘텐츠관련 법이 적용된다. 또한 대금결제와 관련하여 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률(이하 ‘정보통신망법’), 전자금융거래법, 여신전문금융업법 등이 적용된다.

<표-13> 디지털콘텐츠거래에 관한 준거법

구 분	해당 법률	비 고
계약법	<ul style="list-style-type: none"> · 민법 · 상법 	

Ⅲ. 디지털콘텐츠 공정거래질서 관련 법제 현황

구 분	해당 법률	비 고
콘텐츠관련법	<ul style="list-style-type: none"> · 콘진법 · 게임산업진흥법 등 	
공정거래법	<ul style="list-style-type: none"> · 공정거래법 · 하도급법 · 대규모유통업법 · 전기통신사업법 등 	
이용자보호법	<ul style="list-style-type: none"> · 전소법 · 약관규제법 · 표시광고공정화법 · 전소법 · 방문판매법 · 할부거래법 등 	
대금결제관련법	<ul style="list-style-type: none"> · 정보통신망법 · 전자금융거래법 · 여신전문금융업법 등 	

2. 디지털콘텐츠거래에 관한 계약법의 주된 내용

(1) 민 법

디지털콘텐츠거래 역시 계약의 일종이기 때문에 계약에 관한 일반법인 민법이 적용된다. 이러한 민법의 적용은 크게 거래분야와 목적물로 구분할 수 있다.

먼저, 디지털콘텐츠거래에 대해서는 민법총칙분야에 해당하는 신의성실의 원칙을 비롯하여 제한능력자 및 법정대리인에 관한 규정이 기본적으로 적용된다. 따라서 제한능력자 중 미성년자가 단독으로 디지털콘텐츠이용에 관한 계약을 체결하였을 경우 취소할 수 있지만, 처분이 허락된 범위내의 이용계약에 대해서는 취소할 수 없다(동법 제5조,

제6조). 또한 계약의 목적에 관한 반사회질서 위반행위 금지규정을 비롯한 불공정한 법률행위에 관한 규정 역시 적용된다. 따라서 온라인 도박콘텐츠에 대한 거래 및 불법 성인물에 대한 거래는 민법에 따라 그 효력이 무효로 인정되며, 이미 이행한 경우 불법원인급여에 해당하기 때문에 반환을 청구할 수 없다(동법 제103조, 제104조, 제746조). 그리고 계약에 관한 의사표시가 불일치하거나 하자가 있는 경우 그 요건에 따라 유효, 무효 또는 취소할 수 있지만, 그 무효 또는 취소는 선의의 제3자에게 주장할 수 없다(민법 제107 내지 제110조). 대리에 관한 규정 역시 적용되기 때문에 본인에게 그 효력이 직접 발생한다(동법 제114조). 다만, 본인의 수권없이 이루어진 무권대리행위는 본인에게 그 효력이 발생하지 않으므로 대리인만이 책임을 지지만, 본인이 추인한 경우 본인에게 효력이 발생한다(동법 제130조). 마지막으로 소멸시효에 관한 규정 역시 디지털콘텐츠이용계약에 적용되며, 특히 사이버 머니에 대하여 사업자는 이를 적용하고 있다.

물권편 역시 디지털콘텐츠거래에 대하여 적용되지만, 이는 저작권법 등의 지식재산권에 해당하는지의 여부에 따라 논란이 제기된다. 즉, 디지털콘텐츠 그 자체가 저작권법 등의 객체에 해당하는 경우 그 법에 따라 보호를 받게 되지만, 이에 해당하지 않을 경우 콘진법상의 보호만을 받게 된다. 그럼 민법에 따라 보호가 될 수 있는가? 이에 대해서는 디지털콘텐츠가 민법상 물건에 해당하는가의 논란이 제기되고 있기 때문에 단적으로 이에 해당한다고 말할 수 없다. 따라서 민법상 물권편이 적용되는가의 문제는 많은 문제점이 존재한다.

채권편은 디지털콘텐츠거래에 있어서 가장 중요한 법원 중의 하나이다. 즉, 채권의 목적, 채권의 효력, 다수 당사자간의 채권 및 채무관계, 채권의 양도 및 채무의 인수를 비롯하여 채권의 소멸에 관한 채권총칙에 관한 규정과 채권의 발생에 관한 채권각칙의 규정은 디지털콘텐츠거래에 대하여 그대로 적용된다. 특히, 계약총론에 해당하는 계

Ⅲ. 디지털콘텐츠 공정거래질서 관련 법제 현황

약의 성립, 계약의 효력, 계약의 해제 또는 해지 등의 내용은 디지털 콘텐츠거래에서 발생하는 다양한 법적 문제를 해결하는 기준이 된다.

상속편 역시 디지털콘텐츠에 관한 권리가 재산권이기 때문에 권리자의 사망시 그 권리의 이전에 있어서 중요한 법원 중 하나이다.

(2) 상 법

민법은 계약의 일반법이지만, 디지털콘텐츠는 쌍방 상행위 또는 일방 상행위에 해당하기 때문에 실질적인 준거법은 상법이라고 할 수 있다. 즉, 동일한 사안에 대하여 민법과 상법에 규정이 있을 경우 특별법 우선적용의 원칙에 따라 상법이 우선 적용된다. 상법에서는 제한능력자의 상행위, 상업사용인의 종류 및 권리와 의무, 상호 및 상호대여자의 책임 등에 대하여 규정하고 있으며, 영업양도에 따른 영업양도인과 양수인의 책임에 대하여 규정하고 있다. 또한 상행위에 있어서 민법에 대한 특칙으로 상사대리, 위임, 대리권의 존속, 대화자간 청약의 구속력, 청약에 대한 낙부통지의무, 상사법정이율, 연대채무의 인정 및 보증채무의 연대채무성, 상사유치권, 유질계약의 허용, 상인의 보수청구권, 상사시효 등을 규정하고 있다. 또한 매매, 상호계산, 익명조합, 합자조합, 대리상, 중개업, 위탁매매업, 운송주선인, 운송업 등 민법에서 규정하고 있지 않은 내용을 규정하고 있으며, 이러한 내용은 상행위에 해당하는 디지털콘텐츠거래에도 적용될 수 있다.

3. 디지털콘텐츠 제작단계에서의 공정거래질서 관련법의 주된 내용

(1) 공정거래질서에 관한 일반법인 공정거래법

공정거래법은 사업자의 시장지배적지위의 남용과 과도한 경제력의 집중을 방지하고, 부당한 공동행위 및 불공정거래행위를 규제하여 공

3. 디지털콘텐츠 제작단계에서의 공정거래질서 관련법의 주된 내용

정하고 자유로운 경쟁을 촉진함으로써 창의적인 기업활동을 조장하고 소비자를 보호함과 아울러 국민경제의 균형있는 발전을 도모함을 목적으로 제정되었다. 따라서 콘텐츠거래의 전분야, 제작, 유통 및 사용/이용의 모든 단계에서의 공정한 거래질서를 확립에 필요한 일반적인 사항을 총체적으로 규정하고 있는 법이라고 할 수 있다.

동법은 총칙, 시장지배적지위의 남용금지, 기업결합의 제한 및 경제력집중의 억제, 부당한 공동행위의 제한, 불공정거래행위 및 특수관계인에 대한 부당한 이익제공의 금지, 사업자단체, 재판매가격유지행위의 제한, 국제계약의 체결제한, 전담기구, 한국공정거래조정원의 설립 및 분쟁조정, 조사등의 절차, 과징금 부과 및 징수등, 손해배상, 적용제외, 보칙 및 벌칙 총 14장으로 구성되어 있다. 특히, 동법에서 금지한 행위가 국외에서 이루어진 경우에도 국내시장에 영향을 미치는 경우에는 적용한다고 하여 외국 사업자가 외국에서 행한 행위라 하더라도 국내시장에 영향을 미치는 경우에는 그 적용을 인정하고 있다는 점(동법 제2조의2)에서 국제거래가 다수를 차지하고 있는 디지털콘텐츠시장에의 동법의 적용을 통한 공정거래질서의 확립에 의미가 크다고 할 수 있다.

(2) 제작단계에서의 공정거래질서에 관한 특별법으로서의 하도급법

하도급법은 공정한 하도급거래질서를 확립하여 원사업자(原事業者)와 수급사업자(受給事業者)가 대등한 지위에서 상호보완하며 균형 있게 발전할 수 있도록 함으로써 국민경제의 건전한 발전에 이바지함을 목적으로 한다(동법 제1조). 따라서 콘텐츠의 제작단계에서 이루어지는 하도급계약에 관한 주된 준거법이라고 할 수 있다.

동법은 서면의 발급 및 서류의 보존, 표준하도급계약서의 작성 및 사용, 원사업자와 수급사업자 간 협약체결, 부당한 특약의 금지, 부당

Ⅲ. 디지털콘텐츠 공정거래질서 관련 법제 현황

한 하도급대금의 결정 금지, 물품 등의 구매강제 금지, 선급금의 지급, 내국신용장의 개설, 부당한 위탁취소의 금지 등, 검사의 기준·방법 및 시기, 부당반품의 금지, 감액금지, 물품구매대금 등의 부당결제 청구의 금지, 경제적 이익의 부당요구 금지, 기술자료 제공 요구 금지 등, 하도급대금의 지급 등, 건설하도급 계약이행 및 대금지급 보증, 하도급대금의 직접 지급, 관세 등 환급액의 지급, 설계변경 등에 따른 하도급대금의 조정, 원재료의 가격 변동에 따른 하도급대금의 조정, 부당한 대물변제의 금지, 부당한 경영간섭의 금지, 보복조치의 금지, 탈법행위의 금지, 수급사업자의 준수 사항, 위반행위의 신고 등, 하도급거래 서면실태조사, 조사대상 거래의 제한, 하도급분쟁조정협의회의 설치 및 구성, 시정조치, 공탁, 과징금, 상습법위반사업자 명단공표, 관계 행정기관의 장의 협조, 독점규제 및 공정거래에 관한 법률의 준용, 독점규제 및 공정거래에 관한 법률과의 관계, 벌칙, 과태료, 양벌 규정, 고발, 과실상계, 손해배상 책임 등을 규정하고 있다. 특히, 동법의 일부 규정의 위반에 따른 수급사업자의 손해배상에 대하여 기존 전보배상 이외에 징벌적 손해배상제도를 2011년 동법 개정으로 도입하고, 2013년 개정으로 이를 확대하였다는 점은 의미가 크다.

4. 디지털콘텐츠 유통단계에서의 공정거래질서 관련법의 주된 내용

(1) 콘진법상 공정거래질서 확립에 관한 내용

콘진법은 콘텐츠산업의 발전을 위하여 사업자에 대한 지원을 주된 내용으로 하고 있지만, 공정거래질서의 확립을 위한 사항을 일부 규정하고 있다. 여기에서는 그 내용에 대하여 개괄적으로 소개하고, 세부적인 내용에 대해서는 제4장에서 서술한다.

4. 디지털콘텐츠 유통단계에서의 공정거래질서 관련법의 주된 내용

동법상 공정거래질서의 확립에 관한 내용은 콘텐츠사업자간의 공정거래질서의 확립과 이용자와의 거래에서의 공정거래질서의 확립으로 구분할 수 있다. 전자에 해당하는 내용으로는 콘텐츠 거래사실 인증사업의 추진, 콘텐츠제공서비스의 품질인증, 콘텐츠 식별체계, 공정한 유통 환경 조성 등, 표준계약서이다(동법 제21조 내지 제25조). 후자에 해당하는 규정으로는 이용자 보호시책 등, 청약철회 등, 이용자보호지침의 제정 등이다(동법 제26조 내지 제28조).

(2) 대규모유통업법

대규모유통업법은 대규모유통업에서의 공정한 거래질서를 확립하고 대규모유통업자와 납품업자 또는 매장임차인이 대등한 지위에서 상호보완적으로 발전할 수 있도록 함으로써 국민경제의 균형 있는 성장 및 발전에 이바지함을 목적으로 한다(동법 제1조).

동법은 총칙, 대규모유통업에서의 거래 공정화, 분쟁의 조정 등, 공정거래위원회의 사건처리절차 등, 벌칙 총 5장으로 구성되어 있으며, 각 장의 규율내용은 다음과 같다. 제2장 대규모유통업에서의 거래 공정화에서는 신의성실의 원칙, 서면의 교부 및 서류의 보존 등, 상품대금 감액의 금지, 상품판매대금의 지급, 상품 수령 거부·지체 금지, 상품의 반품 금지, 판매촉진비용의 부담전가 금지, 납품업자등의 종업원 사용 금지 등, 배타적 거래 강요 금지, 경영정보 제공 요구 금지, 경제적 이익 제공 요구 금지, 매장 설비비용의 보상, 상품권 구입 요구 금지 등, 불이익 등 금지, 대규모유통업자와 납품업자등 사이의 협약 체결을 규정하고 있다. 제3장 분쟁의 조정 등에서는 분쟁조정협의회의 설치 및 구성, 공익을 대표하는 위원의 위촉제한, 협의회의 회의, 위원의 제척·기피·회피, 협의회의 조정사항, 조정의 신청 등, 조정 등, 조정조서의 작성과 그 효력, 협의회의 조직·운영 등을 규정하

고 있다. 제4장 공정거래위원회의 사건처리절차 등에서는 위반행위의 조사 등, 서면실태조사, 처분대상의 제한, 시정명령, 시정권고, 공탁, 과징금, 위반행위의 판단시점, 관계 행정기관의 장의 협조, 공정거래법의 준용을 규정하고 있다. 제5장 벌칙에서는 벌칙, 양벌규정, 과태료, 고발을 규정하고 있다.

5. 디지털콘텐츠 이용단계에서의 공정거래질서 관련법의 주된 내용

(1) 약관규제법

약관규제법은 사업자가 그 거래상의 지위를 남용하여 불공정한 내용의 약관(約款)을 작성하여 거래에 사용하는 것을 방지하고 불공정한 내용의 약관을 규제함으로써 건전한 거래질서를 확립하고, 이를 통하여 소비자를 보호하고 국민생활을 균형 있게 향상시키는 것을 목적으로 한다(동법 제1조).

동법상 약관⁹⁾에 대한 규제방식은 작성통제, 편입통제, 해석통제 및 내용통제로 구분된다. 첫째, 작성통제로 사업자는 고객이 약관의 내용을 쉽게 알 수 있도록 한글로 작성하고, 표준화·체계화된 용어를 사용하며, 약관의 중요한 내용을 부호, 색채, 굵고 큰 문자 등으로 명확하게 표시하여 알아보기 쉽게 약관을 작성하여야 한다. 둘째, 편입통제로 사업자는 계약을 체결할 때에는 고객에게 약관의 내용을 계약의 종류에 따라 일반적으로 예상되는 방법으로 분명하게 밝히고, 고객이 요구할 경우 그 약관의 사본을 고객에게 내주어 고객이 약관의 내용을 알 수 있게 하여야 한다. 다만, 여객운송업, 전기·가스 및 수도사

9) 동법상 약관은 그 명칭이나 형태 또는 범위에 상관없이 계약의 한쪽 당사자가 여러 명의 상대방과 계약을 체결하기 위하여 일정한 형식으로 미리 마련한 계약의 내용을 말한다(동법 제2조 제1호).

업, 우편업, 공중전화 서비스 제공 통신업에 해당하는 업종의 약관에 대하여는 그러하지 아니하다. 사업자는 약관에 정하여져 있는 중요한 내용을 고객이 이해할 수 있도록 설명하여야 한다. 다만, 계약의 성질상 설명하는 것이 현저하게 곤란한 경우에는 그러하지 아니하다. 사업자가 명시, 중요내용에 대한 설명 및 교부의무를 이행하지 않고 계약을 체결한 경우에는 해당 약관을 계약의 내용으로 주장할 수 없다(동법 제3조). 셋째, 해석통제로 약관은 신의성실의 원칙에 따라 공정하게 해석되어야 하며 고객에 따라 다르게 해석되어서는 아니 된다. 약관의 뜻이 명백하지 아니한 경우에는 고객에게 유리하게 해석되어야 한다(동법 제5조). 넷째, 내용통제는 일반적 기준에 의한 통제와 개별적 기준에 의한 통제로 구분된다. 즉, 내용통제에 관한 일반원칙으로는 신의성실의 원칙을 위반하여 공정성을 잃은 약관 조항은 무효이다. 또한 약관의 내용 중 고객에게 부당하게 불리한 조항, 고객이 계약의 거래형태 등 관련된 모든 사정에 비추어 예상하기 어려운 조항 또는 계약의 목적을 달성할 수 없을 정도로 계약에 따르는 본질적 권리를 제한하는 조항에 해당하는 내용을 정하고 있는 조항은 공정성을 잃은 것으로 추정된다(동법 제6조). 개별적 기준으로는 면책조항의 금지, 손해배상액의 예정, 계약의 해제·해지, 채무의 이행, 고객의 권익 보호, 의사표시의 의제, 대리인의 책임 가중, 소송 제기의 금지 등이 다(동법 제7조 내지 제14조).

(2) 표시광고공정화법

표시광고공정화법은 상품 또는 용역에 관한 표시·광고를 할 때 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).

Ⅲ. 디지털콘텐츠 공정거래질서 관련 법제 현황

동법은 부당한 표시·광고 행위의 금지, 중요정보의 고시 및 통합광고, 표시·광고 내용의 실증 등, 사업자단체의 표시·광고 제한행위의 금지, 시정조치, 임시중지명령, 과징금, 손해배상책임, 손해액의 인정, 비밀엄수의 의무, 표시·광고의 제한 등과 관련된 법령 제정 등의 협의, 표시·광고의 자율규약, 표시·광고의 자율심의기구등, 관계 행정기관 등의 장의 협조, 공정거래법의 준용, 위반행위의 조사, 벌칙, 양벌규정, 과태료 등으로 구성되어 있다. 특히, 동법의 위반행위로 인하여 소비자가 피해를 입은 경우에 있어서 효율적인 손해배상을 위하여 무과실책임은 종전과 동일하게 유지하면서 동법 제11조의 내용을 “손해가 발생한 사실은 인정되나 그 손해액을 증명하는 것이 사안의 성질상 곤란한 경우 법원은 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과에 기초하여 상당한 손해액을 인정할 수 있다”로 개정하였다.

(3) 전소법

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

전자상거래 또는 통신판매 분야에서 소비자를 보호하기 위한 동법 상으로 내용으로는 전자상거래 및 통신판매(전자문서의 활용, 거래기록의 보존 등, 조작 실수 등의 방지, 전자적 대금지급의 신뢰 확보, 배송사업자 등의 협력, 사이버몰의 운영, 소비자에 관한 정보의 이용 등, 통신판매업자의 신고 등, 신원 및 거래조건에 대한 정보의 제공, 청약확인 등, 재화등의 공급 등, 청약철회등, 청약철회등의 효과, 손해배상청구금액의 제한 등, 통신판매중개자의 고지 및 정보제공 등, 통신판매중개자 및 통신판매중개의뢰자의 책임, 금지행위, 휴업기간 등

에서의 청약철회등의 업무처리 등), 소비자 권익의 보호(전자상거래 등에서의 소비자보호지침의 제정 등, 소비자피해보상보험계약등, 구매 권유광고시 준수사항 등, 전자상거래소비자단체 등의 지원), 조사 및 감독(위반행위의 조사 등, 공개정보 검색 등, 위법행위 등에 대한 정보공개, 평가·인증 사업의 공정화, 보고 및 감독), 시정조치 및 과징금 부과(위반행위의 시정권고, 시정조치 등, 소비자피해 분쟁조정요청, 과징금), 보칙(소비자에게 불리한 계약의 금지, 전속관할, 사업자 단체의 등록, 권한의 위임·위탁, 공정거래법의 준용), 벌칙(벌칙, 양벌 규정, 과태료)을 규정하고 있다.

(4) 방문판매법

방문판매법은 방문판매, 전화권유판매, 다단계판매, 후원방문판매, 계속거래 및 사업권유거래 등에 의한 재화 또는 용역의 공정한 거래에 관한 사항을 규정함으로써 소비자의 권익을 보호하고 시장의 신뢰도를 높여 국민경제의 건전한 발전에 이바지함을 목적으로 한다(동법 제1조).

디지털콘텐츠거래와 방문판매법상 규율대상인 거래방식과 관련이 있는 경우는 계속거래이다. 즉, 계속거래는 1개월 이상에 걸쳐 계속적으로 또는 부정기적으로 재화등을 공급하는 계약으로서 중도에 해지할 경우 대금 환급의 제한 또는 위약금에 관한 약정이 있는 거래를 말한다(동법 제2조 제10호). 따라서 디지털콘텐츠이용계약의 계약기간이 1개월 이상인 경우에는 동법상 계속거래에 해당하게 된다. 동법상 계속거래분야에서의 소비자보호에 관한 내용으로는 계속거래업자등의 소비자에 대한 정보제공의무 등, 계약의 해지, 계약 해지 또는 해제의 효과와 위약금 등, 거래기록 등의 열람 및 금지행위 등이다(동법 제30조 내지 제34조).

(5) 할부거래법

할부거래법은 할부계약 및 선불식 할부계약에 의한 거래를 공정하게 함으로써 소비자의 권익을 보호하고 시장의 신뢰도를 높여 국민경제의 건전한 발전에 이바지함을 목적으로 한다(동법 제1조). 다만, 동법은 후불식 할부거래와 선불식 할부거래¹⁰⁾를 규율하지만, 디지털콘텐츠거래는 후불식 할부거래에만 해당하기 때문에 선불식 할부거래에 관한 규정은 적용되지 않는다.

동법상 후불식 할부계약¹¹⁾에서의 소비자보호를 위하여 계약체결 전의 정보제공, 할부계약의 서면주의, 할부수수료의 실제연간요율, 청약의 철회, 간접할부계약에서의 청약의 철회 통보, 청약의 철회 효과, 할부거래업자의 할부계약 해제, 할부거래업자 등의 손해배상 청구금액의 제한, 소비자의 기한의 이익 상실, 소비자의 기한 전 지급, 할부대금채권의 소멸시효, 소비자의 항변권 및 휴업기간 등에서의 청약의 철회에 관한 업무처리를 규정하고 있다(동법 제5조 내지 제17조).

10) 선불식 할부계약이란 계약의 명칭·형식이 어떠하든 소비자가 사업자로부터 장래 또는 혼례를 위한 용역(제공시기가 확정된 경우는 제외한다) 및 이에 부수한 재화 또는 이에 준하는 소비자피해가 발생하는 재화등으로서 소비자의 피해를 방지하기 위하여 대통령령으로 정하는 재화등의 대금을 2개월 이상의 기간에 걸쳐 2회 이상 나누어 지급함과 동시에 또는 지급한 후에 재화등의 공급을 받기로 하는 계약을 말한다(동법 제2조 제2호).

11) 할부계약이란 계약의 명칭·형식이 어떠하든 재화나 용역(일정한 시설을 이용하거나 용역을 제공받을 수 있는 권리를 포함한다)(이하 “재화등”이라 한다)에 관한 계약으로 소비자가 사업자에게 재화의 대금(代金)이나 용역의 대가(이하 “재화등의 대금”이라 한다)를 2개월 이상의 기간에 걸쳐 3회 이상 나누어 지급하고, 재화등의 대금을 완납하기 전에 재화의 공급이나 용역의 제공(이하 “재화등의 공급”이라 한다)을 받기로 하는 계약(이하 “직접할부계약”이라 한다) 또는 소비자가 신용제공자에게 재화등의 대금을 2개월 이상의 기간에 걸쳐 3회 이상 나누어 지급하고, 재화등의 대금을 완납하기 전에 사업자로부터 재화등의 공급을 받기로 하는 계약(이하 “간접할부계약”이라 한다)을 말한다(동법 제2조 제1호).

6. 현행법제의 한계

디지털콘텐츠거래 또는 이 분야에서의 공정거래질서의 확립에 관하여 상기와 같이 매우 다양한 법들이 존재한다. 물론 이러한 법들이 이 분야의 공정거래질서의 확립과 전혀 무관하다고 할 수 없으며, 공정거래질서의 확립에 있어서 중요한 역할을 수행하고 있다. 그러나 현행법들은 디지털콘텐츠산업이 활성화되기 이전의 상황에서 제정된 법이기 때문에 디지털콘텐츠산업의 특성을 제대로 반영하여 이 분야의 공정거래질서의 확립에 적합하게 규율하고 있지 않다는 단점이 존재한다. 따라서 현행법을 이 분야에 그대로 적용하였을 경우 이 분야에서의 불공정한 거래관행은 계속적으로 유지될 수 밖에 없으며, 그 결과 이 분야의 산업에 대한 지속적인 발전을 도모할 수 없게 된다. 따라서 디지털콘텐츠산업 및 그 거래의 특성을 감안하여 이 분야에서 공정한 거래질서를 확립할 수 있는 방안에 대한 모색이 필요하며, 이는 사업자들의 자율규제만으로 해결될 수 없기 때문에 관련 법제의 개선을 통하여 이를 추구할 필요가 있다. 이하에서는 이러한 관련법의 개선방안 중 콘진법의 개정을 통한 공정거래질서의 확립방안에 대한 모색을 중심으로 살펴본다.

IV. 디지털콘텐츠 공정거래질서에 관한 콘텐츠산업진흥법의 내용과 문제점

1. 콘진법의 입법목적과의 일치성

(1) 콘진법의 입법목적

콘텐츠산업 및 거래에 관하여 포괄적으로 규정하고 있는 가장 대표적인 법은 콘진법이다. 주지하는 바와 같이 동법은 제정법이 아닌 구 온라인디지털콘텐츠산업발전법(이하 ‘온디콘법’)의 개정법이다. 온디콘법은 2001년에 제정되었던 법으로 우리나라가 세계 최고수준의 정보인프라를 구축하고 있으나, 초고속정보통신망에서 유통되는 국산 디지털콘텐츠의 수준은 선진국의 디지털콘텐츠 수준과 비교하여 그 수준이 낮아 외국의 콘텐츠에 의해 정보통신망이 잠식당할 우려가 있는 바, 정부는 콘텐츠개발 및 콘텐츠개발 기반조성 등의 사업을 적극적으로 장려하여 문화·교육·보건·금융 등 디지털콘텐츠가 필요한 모든 분야에서 디지털콘텐츠의 수준향상을 도모하고, 동시에 범정부 차원의 종합추진체계를 구축하여 디지털콘텐츠산업의 지속적인 발전을 기하고자 하였던 것이다. 그리하여 이 법을 통해 문화 외에 교육·보건·금융 등 디지털콘텐츠전반을 균형있게 육성하고, 온라인디지털콘텐츠제작에 따르는 투자와 노력을 법적으로 보호하여 줌으로써 디지털콘텐츠산업에 대한 투자의 동인을 제공하여 침체된 벤처업계의 활성화와 국내경제의 부흥에 기여하고자 하였던 것이다. 이후 범정부적인 콘텐츠산업 발전추진체계를 마련하여 콘텐츠산업 진흥에 관한 기본계획 등을 수립하도록 하고, 콘텐츠 산업의 발전을 위하여 필요한 각종 행정적·재정적 지원의 근거를 마련하는 한편, 콘텐츠 이용자의 이용편익과 유통의 활성화 및 투명성을 보장하기 위한 콘텐츠서비스 품질인증 제도

등을 정비하고, 콘텐츠를 둘러싼 분쟁을 조정하기 위하여 콘텐츠분쟁 조정위원회를 설치하는 등 급변하는 콘텐츠산업 환경에 유연하게 대응할 수 있도록 하여 국민의 삶의 질 향상과 국민경제의 발전에 이바지하기 위하여 2010년 동법을 개정하였으며, 그 법령 역시 현재와 같은 콘텐츠산업진흥법(콘진법)으로 개정하였다.

(2) 산업진흥과 공정거래질서의 확립과의 관계

콘진법의 입법목적은 기본적으로 콘텐츠산업의 발전을 도모하는 것이다. 따라서 그 주된 내용은 콘텐츠사업자가 경쟁력 있는 콘텐츠를 개발할 수 있도록 행정적, 재정적 지원에 관한 사항을 규율하는 것이다. 물론 2010년 콘진법으로의 개정 당시 그 개정목적으로 콘텐츠 이용자의 이용편익과 유통의 활성화 및 투명성 보장이 포함되어 있지만, 콘진법의 본질적 성질에 대한 변화는 아니다. 그 결과 콘텐츠산업의 발전을 목적으로 하는 콘진법에 사업자에 대한 규제를 중심으로 하는 공정거래질서의 확립에 관한 사항을 추가하는 것이 타당한 것인가에 대한 비판이 제기될 수 있다. 즉, 콘진법은 산업진흥법이라는 성격을 갖추고 있기 때문에 이질적인 요소인 사업자 규제를 담게 되는 것은 법의 본질을 변경하는 것에 해당하기 때문에 동법에서 규율하는 것이 적합하지 않다고 할 수 있다. 물론 이와 같이 주장을 하더라도 콘텐츠시장의 공정한 거래질서의 확립이 불필요함을 주장하는 것은 아니다. 즉, 공정거래질서의 확립은 필요하지만, 이에 관한 사항을 동법에서 규율하는 것이 부적합하다는 것이다. 그러나 산업진흥의 방식이 반드시 사업자에 대한 행정적, 재정적 지원으로만 이루어져야 하는 것은 아니다. 즉, 산업진흥의 방식은 적극적 지원 방식과 소극적 지원 방식으로 구분할 수 있다. 적극적 지원 방식은 사업자가 시장에서 경쟁력을 갖출 수 있도록 행정적, 재정적 지원을 하는 방식이라고

할 수 있다. 반면에 소극적 지원 방식은 사업자가 시장에서 공정하게 거래할 수 있는 환경을 조성하는 것이다. 구체적으로 사업자간의 거래에서의 불공정한 거래관행을 적발하고, 이를 금지함으로써 사업자가 자유롭게 거래할 수 있는 환경을 조성하는 것이다. 또한 시장질서의 문란은 반드시 사업자간의 거래에서만 발생하는 것이 아닌 이용자와의 거래에서도 발생할 수 있다. 즉, 이용자에게 피해를 야기하는 거래관행은 단지 해당 사업자에게만 불이익을 발생시키는 것이 아니라 시장에 대한 이용자의 신뢰를 저해하는 것이며, 궁극적으로 시장을 붕괴 내지는 축소시키기 때문에 다른 사업자에게 직간접적으로 피해를 유발하게 한다. 따라서 시장이 건전하게 발전할 수 있도록 기반을 조성하는 공정한 거래질서의 확립 역시 산업진흥의 한 방식이라고 할 수 있다. 이러한 측면에서 본다면 콘진법이라고 하여 반드시 사업자에 대한 적극적 지원만으로 규정하여야 하는 것은 아니며, 소극적 지원 방식인 공정거래질서의 확립에 관한 내용 역시 규율할 수 있다고 할 것이다. 그러나 이러한 법 이론적인 전개에도 불구하고 동법의 주된 수범자인 사업자는 산업진흥법에 규제 내용이 포함되는 것을 원하지 않음은 당연하다고 할 것이다. 그렇다고 한다면 이러한 수범자의 반대를 최소화하면서 콘텐츠시장의 건전한 발전을 위해 공정한 거래질서의 확립에 관한 사항을 규정할 수 있는 방안의 모색이 필요하다고 할 것이다.

2. 디지털콘텐츠 제작단계에서의 공정거래질서 관련 콘진법의 내용과 문제점

(1) 제작단계에서의 콘진법의 규율내용

콘텐츠산업 또는 거래의 출발점은 제작이다. 이러한 콘텐츠를 제작하기 위해서는 개발 등의 다양한 과정을 거쳐야 한다. 이에 콘진법에

IV. 디지털콘텐츠 공정거래질서에 관한 콘텐츠산업진흥법의 내용과 문제점

서는 콘텐츠의 제작단계에서 사업자를 지원하기 위하여 콘텐츠제작의 활성화(제2장)라는 제목하에 콘텐츠제작의 활성화, 지식재산권의 보호, 공공정보의 이용 활성화, 융합콘텐츠의 활성화를 규정하고 있다. 또한 콘텐츠산업의 기반 조성(제3장)이라는 제목하에 창업의 활성화, 전문인력의 양성, 기술개발의 촉진, 표준화의 추진, 국제협력 및 해외진출 지원, 세제지원, 중소 콘텐츠사업자에 대한 특별지원, 협회의 설립을 규정하고 있다.

1) 콘텐츠제작의 활성화

① 콘텐츠제작의 활성화를 위한 시책의 수립

정부는 다양한 분야와 다양한 형태의 콘텐츠가 창작·유통·이용될 수 있는 환경을 조성하여야 하며, 콘텐츠제작자의 창의성을 높이고 경쟁력을 강화하기 위한 시책을 마련하여야 한다. 또한 정부는 콘텐츠제작자가 콘텐츠제작에 필요한 자금을 원활하고 안정적으로 조달할 수 있도록 필요한 시책을 마련하여야 한다. 관계 중앙행정기관의 장은 법 제9조 제3항에 따라 분야별·형태별 콘텐츠제작의 활성화를 위해 우수 콘텐츠의 기획·제작·개발 및 유통의 지원, 제작 관련 전문인력의 양성 지원, 콘텐츠제작자 간의 시설과 기자재의 공동사용·임대 등의 알선, 비영리 법인·단체의 콘텐츠제작 관련 사업의 지원에 관한 시책을 시행계획에 반영하여야 한다(동법 제9조; 동 시행령 제9조).

② 지식재산권의 보호 시책의 강구 등

정부는 사회적·경제적 환경의 변화에 따른 콘텐츠 이용방법의 다양화에 적절하게 대응하여 콘텐츠의 지식재산권 보호 시책을 강구하여야 한다. 또한 정부는 콘텐츠제작자가 이 법에 따라 보호되는 콘텐츠에 대한 기술적 보호조치를 개발할 수 있도록 지원하기 위한 시책을

마련하여야 한다. 콘텐츠사업자는 타인의 지식재산권을 침해하지 아니하도록 필요한 조치를 하여야 한다(동법 제10조).

③ 공공정보의 이용 활성화

국가, 지방자치단체, 공공기관의 운영에 관한 법률 제4조에 따른 공공기관 및 공공기관의 정보공개에 관한 법률 시행령 제2조에 따른 공공기관의 장(이하 “공공기관의 장”이라 한다)은 그 공공기관이 보유·관리하는 정보 중 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제9조에 따른 비공개대상정보를 제외한 정보(이하 “공공정보”라 한다)를 공개하는 경우에는 콘텐츠사업자로 하여금 해당 정보를 콘텐츠제작 등에 이용하도록 할 수 있다. 공공기관의 장은 공공정보의 이용을 활성화하기 위하여 공공정보에 대한 이용 조건·방법 등을 정하고 이를 공개하여야 한다. 구체적으로 공공기관의 장은 그 공공기관이 보유·관리하는 정보 중 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제9조에 따른 비공개대상정보를 제외한 정보(이하 “공공정보”라 한다)를 콘텐츠사업자가 콘텐츠제작 등에 이용할 수 있도록 하기 위하여 정보의 제공 범위, 정보의 제공 형태, 정보 이용료 또는 수수료, 정보 가공 및 사용의 범위, 정보의 갱신일시, 정보의 이용 기준 및 신청절차, 그 밖에 해당 공공기관의 장이 공공정보의 이용과 관련하여 필요하다고 인정하는 사항을 공개하여야 한다(동법 제11조, 동 시행령 제11조).

④ 융합콘텐츠의 활성화

정부는 콘텐츠산업과 그 밖의 산업 간 융합의 진전에 따른 콘텐츠 기술의 연구 개발과 다양한 콘텐츠의 개발을 촉진하기 위하여 필요한 시책을 수립·시행하여야 한다(동법 제12조).

2) 콘텐츠산업의 기반 조성

① 창업의 활성화

정부는 콘텐츠산업 분야의 창업 촉진과 창업자의 성장·발전을 위하여 창업지원계획을 수립·시행하여야 한다. 또한 정부는 이러한 창업지원계획에 따라 투자 등 필요한 지원을 할 수 있다(동법 제13조).

② 전문인력의 양성

정부는 콘텐츠산업의 진흥에 필요한 전문인력을 양성하기 위하여 노력하여야 한다. 정부는 콘텐츠 전문인력을 양성하기 위하여 고등교육법 제2조에 따른 학교, 평생교육법 제33조 제3항에 따라 설치된 원격대학형태의 평생교육시설, 문화산업진흥 기본법 제31조에 따른 한국콘텐츠진흥원 등을 전문인력 양성기관으로 지정하여 교육 및 훈련을 실시하게 할 수 있으며, 이에 필요한 예산을 지원할 수 있다. 이러한 전문인력 양성기관으로 지정받으려는 자는 전문인력 양성실적과 계획, 과정의 편성에 관한 사항, 강사의 경력 및 자격에 관한 사항, 전문인력 양성에 필요한 시설·설비에 관한 사항, 운영경비의 조달계획을 적은 서류를 첨부하여 관계 중앙행정기관의 장에게 그 지정을 신청하여야 한다(동법 제14조; 동 시행령 제14조).

③ 기술개발의 촉진

정부는 콘텐츠산업에 관한 기술의 개발을 촉진하기 위하여 기술수준의 조사 및 기술의 연구 개발, 개발된 기술의 평가, 기술협력·기술이전 등 개발된 기술의 실용화, 기술정보의 원활한 유통, 그 밖에 기술개발을 위하여 필요한 사업을 추진하여야 한다. 정부는 기술개발을 효율적으로 추진하기 위하여 필요한 때에는 관련 연구기관이나 민간

단체에 상기의 사업을 위탁할 수 있다(동법 제15조). 관계 중앙행정기관의 장은 법 제15조제1항에 따른 콘텐츠 기술개발 사업을 위탁하려는 경우에는 위탁을 받으려는 관련 연구기관이나 민간단체의 인력, 시설·설비 및 전문지식 보유정도 등을 종합적으로 고려하여 위탁받을 자를 선정하고, 위탁받을 자와 위탁사업의 내용과 범위에 관한 사항, 위탁사업의 기간에 관한 사항, 위탁사업의 수행결과의 보고에 관한 사항, 계약 또는 협약의 변경·해약 및 위반 시의 조치에 관한 사항, 그 밖에 위탁사업 수행을 위하여 필요한 사항이 포함된 계약 또는 협약을 체결하여야 한다(동 시행령 제16조).

④ 표준화의 추진

문화체육관광부장관은 효율적인 콘텐츠제작과 콘텐츠의 품질 향상, 콘텐츠 간 호환성 확보 등을 위하여 관계 중앙행정기관의 장과의 협의를 거쳐 콘텐츠에 관한 표준의 제정·개정·폐지 및 보급, 콘텐츠와 관련된 국내외 표준의 조사·연구·개발, 그 밖에 콘텐츠의 표준화에 필요한 사업을 추진하고, 관련 사업자에게는 제정된 표준을 고시하여 권고할 수 있다. 이 경우 콘텐츠의 디지털화와 관련된 사항은 미래창조과학부장관과 협의하여야 한다. 문화체육관광부장관은 상기의 사업을 문화산업진흥 기본법 제31조에 따른 한국콘텐츠진흥원이나 콘텐츠 관련 기관 또는 단체에 위탁할 수 있다(동법 제16조).

⑤ 국제협력 및 해외진출 지원

정부는 콘텐츠산업의 국제협력 및 해외시장 진출을 촉진하기 위하여 콘텐츠의 해외 마케팅 및 홍보활동 지원, 외국인의 투자 유치, 국제시상식·건본시장·전시회·시연회 등 참여 및 국내 유치, 콘텐츠 수출 관련 협력체계의 구축, 콘텐츠의 해외 현지화 지원, 콘텐츠의 해외

IV. 디지털콘텐츠 공정거래질서에 관한 콘텐츠산업진흥법의 내용과 문제점

공동제작 지원, 국내외 기술협력 및 인적 교류, 콘텐츠 관련 국제표준화, 그 밖에 국제협력 및 해외진출을 위하여 필요한 사업을 추진할 수 있다. 정부는 상기의 사업을 문화산업진흥 기본법 제31조에 따른 한국콘텐츠진흥원이나 콘텐츠 관련 기관 또는 단체에 위탁할 수 있다(동법 제17조).

⑥ 세제 지원 등

정부는 콘텐츠산업의 진흥을 위하여 조세특례제한법, 지방세법 및 그 밖의 관련 세법에서 정하는 바에 따라 조세 감면 등 필요한 조치를 할 수 있다. 정부는 콘텐츠산업의 발전을 위하여 문화산업진흥기본법 제10조의2에 따라 설치된 완성보증계정에 따른 지원, 콘텐츠의 담보화 지원, 콘텐츠의 사업화를 위한 기술평가 및 자문, 그 밖에 콘텐츠산업의 진흥을 위하여 필요하다고 인정되는 사항을 지원할 수 있다(동법 제18조; 동 시행령 제18조).

⑦ 중소 콘텐츠사업자에 대한 특별지원

정부는 콘텐츠산업의 진흥에 필요한 시책을 마련할 때에는 중소 콘텐츠사업자의 사업이 원활하게 수행될 수 있도록 행정적·재정적으로 특별한 지원을 하여야 한다(동법 제19조).

⑧ 협회의 설립

콘텐츠사업자는 콘텐츠에 관한 영업의 건전한 발전과 콘텐츠사업자의 공동이익을 도모하기 위하여 문화체육관광부장관의 인가를 받아 협회를 설립할 수 있다. 이러한 협회는 법인으로 한다. 협회는 콘텐츠 제작 및 유통질서가 건전하게 유지될 수 있도록 노력하여야 한다(동법 제20조).

(2) 제작단계에서의 공정거래질서 관련 콘진법의 문제점

1) 지원중심의 법내용

콘진법에서는 콘텐츠제작의 활성화 및 콘텐츠산업의 기반 조성이라는 표제하에 다양한 규정을 두고 있다. 그러나 그 내용은 콘텐츠제작 단계에서의 거래 공정화를 추구하기 보다는 콘텐츠산업의 기반조성에 관한 사항이 주를 차지하고 있다. 물론 이러한 콘텐츠제작의 활성화 및 산업의 기반 조성은 매우 필요한 내용이며, 동법의 입법목적인 콘텐츠산업의 진흥을 위하여 반드시 요구되는 사항이라고 할 수 있다. 그러나 산업의 진흥은 단지 사업자에 대한 지원만으로 구축될 수 있는 것이 아니라 공정한 거래질서의 확립에 이르러야 비로소 본연의 목적을 달성할 수 있고 더불어 시장경제논리에 의하여 콘텐츠산업이 지속적으로 발전할 수 있는 기초가 된다. 그럼에도 불구하고 콘진법에서는 제작단계의 내용을 규율함에 있어서 사업자 지원에 관한 사항만을 지나치게 강조함으로써 시장중심이 아닌 정부주도형 산업발전체계를 추구하고 있다는 점에서 문제점이 지적된다.

물론 다양한 분야에서 다양한 형태의 콘텐츠가 창작·유통·이용될 수 있는 환경을 조성할 의무를 정부에게 부과하고 있기 때문에 제작 단계에서 공정거래질서의 확립에 관한 사항을 포괄적이며, 간접적으로 규정하고 있다고 볼 수도 있다. 그러나 콘텐츠제작시장의 환경을 감안할 때 단일의 조문도 아닌 여러 조문의 내용 중 일부에서 포괄적이며, 간접적인 규율방식으로 이를 포섭할 수 있는지도 의문이다.

2) 콘텐츠제작단계에서의 공정거래질서 확립을 위한 법 내용의 부재

콘진법에서는 콘텐츠의 제작단계에 관한 사항을 규정하고 있지만, 그 내용은 앞에서 살펴본 바와 같이 사업자 지원에 관한 사항이다.

IV. 디지털콘텐츠 공정거래질서에 관한 콘텐츠산업진흥법의 내용과 문제점

따라서 콘텐츠의 제작단계에서 공정한 거래질서의 확립을 위한 구체적인 내용에 대해서는 전혀 규정하고 있지 않다. 이에 대하여 콘진법만이 콘텐츠제작단계에서의 공정거래질서의 확립을 전담하여야 하는 것은 아니며, 공정거래법 및 하도급법 등을 통하여 이를 실현할 수 있기 때문에 법 전체적인 측면에서 본다면 그리 큰 문제점이라고 할 수 없다고 주장할 수 있다. 물론 콘텐츠제작단계를 비롯한 전 분야에서 공정거래질서의 확립은 단지 콘진법만이 적용되는 것이 아니라 공정거래법 등의 다양한 법이 적용된다. 그러나 이러한 법들은 기존의 산업분야에서 공정한 거래질서의 확립을 목적으로 제정되었으며, 21세기 이후 급속도로 발전하고 있는 콘텐츠시장의 특성을 감안하여 그 내용을 규율하고 있지 않다. 물론 이러한 차이점이 있더라도 사업자의 불공정 행위가 전혀 다른 것이 아니기 때문에 공통된 부분에 대해서는 충분히 공정거래법이 적용될 수 있다. 그러나 콘텐츠시장의 특수성에서 비롯된 불공정행위는 기존의 공정거래법만으로 해결할 수 없으며, 이를 통해서만 규율하여야 한다고 한다면 공정거래법 등에서 규율하지 못하는 분야에 대해서는 사실상 사업자의 불공정행위를 허용하게 되는 결과가 발생할 수 있다. 따라서 콘텐츠산업의 궁극적인 발전을 위해서는 콘텐츠제작에 필요한 각종 재정적, 행정적 지원에 관한 규정을 돕과 더불어 이 단계에서 사업자의 불공정한 거래행위를 규율할 수 있는 내용을 추가적으로 두는 것이 필요하다. 물론 그 방식 및 내용에 대해서는 후술하지만, 제작단계에서의 사업자의 불공정한 행위 모두를 콘진법에서 규율하는 체계로의 전환은 법체계, 입법 및 법 적용 등의 면에서 볼 때 비효율적이다. 즉, 이미 공정거래법 및 하도급법 등에서 제작단계에서의 공정거래질서에 관한 사항을 규율하고 있기 때문에 이와 동일한 내용을 콘진법에서 다시 두는 것은 적합하지 않다. 따라서 공정거래법 등의 내용을 기초로 하여 여기에서 규율하지 않은 사항 또는 콘텐츠산업의 특성을 감안할 때 이를 그대로 적용하는 것이

타당하지 않은 부분에 대한 특칙을 규정하는 것이 바람직할 것이다. 그 구체적인 내용에 대해서는 개선방안 부분에서 서술한다.

3. 디지털콘텐츠 유통단계에서의 공정거래질서 관련 콘진법의 내용과 문제점

(1) 유통단계에서의 콘진법의 규율내용

1) 콘텐츠 거래사실 인증사업

① 콘텐츠거래사실의 인증

콘텐츠 거래사실의 인증사업은 온라인으로 유통되는 콘텐츠 거래의 투명성·공정성·효율성을 확보하고 우수 콘텐츠의 유통을 촉진하기 위하여 콘텐츠 거래사실에 관한 자료를 보관하고 거래사실을 확인·증명하는 사업을 말한다(동법 제21조 제1항). 즉, 온라인으로 유통되는 디지털콘텐츠의 경우 그 거래방식이 폐쇄적이기 때문에 제3자가 쉽게 그 거래사실을 확인하기가 곤란하다. 예를 들어, 유체재화에 대한 전자상거래의 경우 계약체결은 온라인으로 하고, 그 이행은 오프라인으로 이루어지기 때문에 그 이행사실은 배송업자 등을 통하여 쉽게 증명할 수 있다. 그러나 온라인으로 전송되는 디지털콘텐츠의 경우 사업자의 사이버몰에서 이용하거나 다운로드하기 때문에 당사자 이외의 제3자가 그 거래내용을 확인하기 곤란하다. 이러한 점은 다음의 두 가지 점에서 문제점으로 지적될 수 있다. 첫째는 디지털콘텐츠 유통사업자를 통하여 디지털콘텐츠거래가 이루어질 경우 콘텐츠개발자와 유통사업자간 수익배분의 기초인 거래실적을 객관적으로 증명할 수 없다. 따라서 콘텐츠개발자는 유통사업자가 제시한 콘텐츠거래실적에 따라 수익배분을 하게 된다. 물론 유통사업자가 정확한 거래실적을 제시하고 이에 따라 수익배분이 이루어진다면 문제는 없지만, 이에

관한 분쟁이 발생할 경우 콘텐츠개발자가 거래실적을 정확하게 증명하는 것은 사실상 곤란하다. 둘째는 이용자와의 관계에서의 문제이다. 즉, 이용자가 디지털콘텐츠이용계약을 체결하였지만, 하자있는 디지털 콘텐츠를 공급하거나 이를 공급하지 않은 경우 이용자피해가 발생하게 된다. 그러나 이용자가 이를 입증하기란 그리 쉬운 문제가 아니다. 이와 같이 디지털콘텐츠거래에서 발생하는 문제점을 해소할 수 있는 방안 중 하나가 그 거래사실을 외부의 제3자가 확인하고 이를 증명한다면 이러한 분쟁은 간단하게 해소될 수 있다. 이러한 차원에서 도입된 제도가 바로 콘텐츠 거래사실 인증제도이다.

② 콘텐츠 거래사실 인증기관의 지정 및 취소

미래창조과학부장관은 문화체육관광부장관과 협의하여 법인으로서 기술인력·재정능력·시설·장비 및 그 밖에 필요한 요건을 갖춘 자 중에서 콘텐츠 거래사실 인증사업의 수행기관(이하 “인증기관”이라 한다)을 지정할 수 있으며, 인증기관을 지정하였을 때에는 이를 고시(미래창조과학부의 인터넷 홈페이지 등)하여야 한다(동조 제2항). 이와 같이 인증기관으로 지정받기 위해서는 기술인력 요건, 재정능력 요건, 시설 및 장비요건 및 내부규정요건을 충족하여야 한다. 첫째, 기술인력 요건으로 콘텐츠거래에 관한 인증업무에 필요한 시설 및 장비를 전담하는 전문인력으로서 정보통신기사·정보처리기사 및 전자계산기조직응용기사 이상의 국가기술자격 또는 이와 동등한 자격이 있다고 미래창조과학부장관이 정하여 고시하는 자격을 갖추고, 각 자격별로 미래창조과학부장관이 정하여 고시하는 정보보호 또는 정보통신 운영·관리 분야에서 2년 이상의 경력이 있는 기술인력 3명 이상을 고용하여야 한다. 둘째, 재정능력요건으로 자본금 30억원 이상이어야 한다. 셋째, 시설 및 장비 요건으로 거래사실인증서를 생성·발급·관리하기 위한 설비, 가입자의 등록정보를 관리하기 위한 설비, 가입자에게

3. 디지털콘텐츠 유통단계에서의 공정거래질서 관련 콘진법의 내용과 문제점

거래사실의 인증과 관련된 정보를 제공하기 위한 네트워크 및 조회 설비, 콘텐츠사업자의 거래정보와 이용자의 개인정보를 보호하기 위한 설비, 콘텐츠 거래사실의 인증업무에 관한 시설 및 장비를 안전하게 운영하기 위한 보호설비, 전자서명 생성정보 및 전자서명 검증정보를 생성·관리하기 위한 설비를 갖추어야 한다. 마지막으로 이러한 설비의 관리·운영 절차 및 방법을 정한 내부규정을 갖추어야 한다(동 시행령 제19조). 이러한 요건을 충족하여 지정받은 인증기관에 대하여 정부는 콘텐츠 거래사실 인증사업을 추진하기 위하여 필요한 경우 콘텐츠사업자나 인증기관 등에 예산의 범위에서 행정적·재정적 지원을 할 수 있다(동법 제21조 제5항).

미래창조과학부장관은 문화체육관광부장관과 협의하여 인증기관이 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 인증기관의 지정을 받은 때, 정당한 사유 없이 1년 이상 계속하여 인증업무를 하지 아니한 때, 지정요건에 적합하지 아니하게 된 때 또는 인증업무규정을 위반하여 인증업무를 처리한 때에는 그 지정을 취소하거나 6개월 이내의 기간을 정하여 업무의 정지를 명할 수 있다. 다만, 인증기관이 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 인증기관의 지정을 받은 때에는 지정을 취소하여야 한다(동조 제4항).

③ 인증기관의 인증업무규정 등

인증기관은 인증업무를 개시하기 전에 인증업무의 종류, 인증업무의 수행방법 및 절차, 인증업무의 이용조건 및 이용요금, 그 밖에 인증업무의 수행에 관하여 필요한 사항으로서 미래창조과학부령으로 정하는 사항을 포함하는 인증업무규정을 작성하여 미래창조과학부장관에게 신고하여야 한다. 이 경우 미래창조과학부장관은 문화체육관광부장관에게 신고 내용을 통보하여야 한다(동조 제3항). 인증기관은 콘텐츠 거래사실 인증사업을 수행할 때에는 콘텐츠사업자의 거래정보와 이용

IV. 디지털콘텐츠 공정거래질서에 관한 콘텐츠산업진흥법의 내용과 문제점

자의 개인정보를 다른 사람에게 제공 또는 누설하거나 해당 목적 외의 용도로 이용하여서는 아니 된다(동조 제6항).

인증기관은 전자서명법 제2조 제2호의 전자서명을 실시하고, 콘텐츠 거래의 안정성을 확보하기 위한 시설·장비(임대받은 시설·장비를 포함)를 갖춘 콘텐츠사업자에 대하여 콘텐츠 거래사실 인증을 할 수 있다. 인증기관이 콘텐츠사업자에 대하여 거래사실 인증을 하였을 때에는 그 콘텐츠사업자에게 거래사실 인증표지를 발급하여야 한다. 거래사실 인증표지는 일반인들이 해당 거래인증과 관련한 것임을 알기 쉽도록 나타내어야 한다(동 시행령 제20조).

2) 콘텐츠제공서비스의 품질인증

① 콘텐츠제공서비스의 품질인증의 의의

콘텐츠제공서비스의 품질인증이라 함은 콘텐츠의 유통을 촉진하기 위하여 운영기준에 따라 콘텐츠사업자 등이 이용자가 콘텐츠를 용이하게 구매·사용할 수 있도록 제공하는 서비스(이하 “콘텐츠제공서비스”라 한다)의 품질을 인증하는 사업을 말한다(동법 제22조 제1항). 여기에서 운영기준은 안정적인 콘텐츠제공서비스 품질인증이 가능할 수 있는 설비를 갖추는 것, 콘텐츠제공서비스 품질인증이 공정하게 진행될 수 있는 평가절차를 갖추는 것, 선량한 풍속이나 사회질서에 위반되지 않는 콘텐츠제공서비스를 대상으로 할 것을 말한다(동 시행령 제23조 제1항).

이러한 콘텐츠제공서비스의 품질인증은 콘텐츠품질에 대한 인증이 아닌 콘텐츠의 유통에 필요한 서비스에 대한 품질인증이다. 즉, CD 또는 DVD 등에 저장된 콘텐츠에 대한 유통은 오프라인을 통하여 이루어지지만, 디지털콘텐츠의 경우 온라인을 통하여 유통된다. 따라서 유통과정에서 전송속도의 저하 내지는 제3자의 불법침해 등의 다양한

문제가 발생할 수 있으며, 이는 디지털콘텐츠의 유통을 저해하는 요소가 된다. 따라서 이러한 유통서비스에 대한 품질을 인증함으로써 이용자의 이용편의를 제공함과 더불어 유통활성화를 추구하기 위하여 도입되었다.

② 콘텐츠제공서비스 품질인증기관의 지정 등

미래창조과학부장관은 문화체육관광부장관과 협의하여 콘텐츠제공서비스 품질인증사업을 보다 효율적으로 수행하기 위하여 콘텐츠제공서비스의 품질을 인증하여 주는 기관(이하 “콘텐츠제공서비스 품질인증기관”이라 한다)을 지정할 수 있다.

콘텐츠제공서비스 품질인증기관의 지정기준은 전문인력 요건, 조직요건, 사업실적 요건, 시설 및 장비 등의 요건으로 세분된다. 첫째, 전문인력 요건으로 콘텐츠제공서비스의 품질인증 업무를 전담하는 콘텐츠제공서비스의 품질평가 기준 및 품질인증 방법에 대한 전문적인 지식을 갖추거나 동 시행령 제19조 제1항 제1호 가목에 따른 자격을 갖추거나 콘텐츠제공서비스의 품질인증 관련 업무를 1년 이상 수행한 경력이 있는 전문인력 2명 이상을 확보하여야 한다. 둘째, 조직요건으로, 콘텐츠제공서비스의 품질인증 업무를 처리하는 데에 필요한 조직을 갖추어야 한다. 셋째, 사업실적 요건으로, 콘텐츠제공서비스의 품질과 관련된 사업을 시행하고 있거나 그 사업을 2년 이상 수행한 실적이 있는 법인이나 단체이어야 한다. 넷째, 시설 및 장비 등의 요건으로 품질인증서를 생성·발급·관리하기 위한 설비, 품질인증을 신청한 콘텐츠사업자 등에게 품질인증 관련 정보를 제공하기 위한 네트워크 설비 및 품질인증을 신청한 콘텐츠사업자 등의 기업·개인정보를 보호하기 위한 설비를 갖추고, 이러한 설비의 관리·운영 절차 및 품질의 평가 방법을 정한 내부 업무규정을 갖고 있어야 한다(동 시행령 제23조 제2항). 이러한 콘텐츠제공서비스 품질인증기관으로 지정을

IV. 디지털콘텐츠 공정거래질서에 관한 콘텐츠산업진흥법의 내용과 문제점

받으려는 자는 미래창조과학부령으로 정하는 서류를 첨부하여 미래창조과학부장관에게 콘텐츠제공서비스 품질인증기관의 지정 신청을 하여야 한다(동조 제3항). 미래창조과학부장관은 지정 신청이 있는 경우 문화체육관광부장관과 협의하여 제2항에 따른 지정기준에 적합하다고 인정되면 콘텐츠제공서비스 품질인증기관으로 지정하고, 미래창조과학부령으로 정하는 콘텐츠제공서비스 품질인증기관 지정서를 발급하여야 한다. 이 경우 미래창조과학부장관은 그 콘텐츠제공서비스 품질인증기관의 지정을 미래창조과학부의 인터넷 홈페이지 등에 공고하여야 한다(동조 제4항).

미래창조과학부장관은 문화체육관광부장관과 협의하여 콘텐츠제공서비스 품질인증기관이 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 콘텐츠제공서비스 품질인증기관의 지정을 받은 때, 정당한 사유 없이 1년 이상 계속하여 콘텐츠제공서비스 품질인증업무를 하지 아니한 때, 콘텐츠제공서비스 품질인증사업의 운영기준을 위반하여 콘텐츠제공서비스 품질인증업무를 처리한 때, 지정기준에 적합하지 아니하게 된 때에는 그 지정을 취소하거나 6개월 이내의 기간을 정하여 업무의 정지를 명할 수 있다. 다만, 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 콘텐츠제공서비스 품질인증기관의 지정을 받은 때에는 그 지정을 취소하여야 한다(동법 제22조 제3항).

정부는 콘텐츠제공서비스 품질인증기관에 예산의 범위에서 사업 추진에 필요한 행정적·재정적 지원을 할 수 있다(동조 제4항).

3) 콘텐츠 식별체계

정부는 콘텐츠의 권리관계와 유통·이용의 선진화 등을 위하여 콘텐츠 식별체계(이하 “식별체계”라 한다)에 관한 시책을 수립·시행하여야 한다. 문화체육관광부장관은 식별체계를 확립·보급하기 위하여 식별체계 연구 개발, 식별체계 표준화, 식별체계 이용, 보급 및 확산, 식별

3. 디지털콘텐츠 유통단계에서의 공정거래질서 관련 콘진법의 내용과 문제점

체계 등록, 인증, 평가 및 관리, 식별체계의 국제표준화를 위한 협력, 그 밖에 식별체계를 활용하기 위하여 필요한 사업을 추진하여야 한다. 문화체육관광부장관은 식별체계의 확립·보급에 관한 사업을 대통령령으로 정하는 바에 따라 문화산업진흥 기본법 제31조에 따른 한국콘텐츠진흥원이나 콘텐츠 관련 기관 또는 단체에 위탁할 수 있다(동법 제23조).

4) 공정한 유통 환경 조성 등

전기통신사업법 제5조 제2항에 따른 기간통신사업을 하는 사업자 중 같은 법 제2조제11호에 따른 기간통신역무 중 전화역무, 전기통신회선설비 임대역무, 주파수를 할당받아 제공하는 역무, 인터넷 접속역무 또는 인터넷 전화역무를 제공하는 사업자(이하 “정보통신망사업자”라 한다)는 합리적인 이유 없이 콘텐츠사업자에게 정보통신망 등 중개시설의 제공을 거부하여서는 아니 된다(동법 제24조 제1항; 동 시행령 제29조 제1항).

정보통신망사업자, 전기통신사업법 제5조 제4항에 따른 부가통신사업을 하는 사업자 중 같은 법 제2조 제12호에 따른 부가통신역무를 제공하는 사업자(같은 법 제22조 제1항 후단에 따라 신고의무가 면제된 사업자는 제외한다) 및 같은 법 제2조 제13호에 따른 특수한 유형의 부가통신역무를 제공하는 사업자 및 그 밖에 콘텐츠 상품의 제작·판매·유통 등에 종사하는 자는 합리적인 이유 없이 콘텐츠에 관한 지식재산권의 일방적인 양도 요구 등 그 지위를 이용하여 불공정한 계약을 강요하거나 부당한 이득을 취득하여서는 아니 된다(동법 제24조 제2항; 동 시행령 제29조 제2항).

미래창조과학부장관 또는 문화체육관광부장관은 콘텐츠 상품의 제작·판매·유통 등에 종사하는 자가 제1항 또는 제2항을 위반하는 행위를 한다고 인정할 때에는 관계 기관의 장에게 필요한 조치를 할 것을

IV. 디지털콘텐츠 공정거래질서에 관한 콘텐츠산업진흥법의 내용과 문제점

요청할 수 있다(동법 제24조 제3항).

정부는 콘텐츠산업의 공정한 유통 환경을 조성하기 위하여 콘텐츠 산업 유통 환경의 현황 분석 및 평가, 콘텐츠산업 관련 사업자 등이 참여하는 협의체의 구성 및 운영, 표준계약서 사용에 관한 실태조사, 그 밖에 공정한 유통 환경을 조성하기 위하여 필요한 사업을 할 수 있다(동조 제4항).

5) 표준계약서

문화체육관광부장관은 콘텐츠의 합리적 유통 및 공정한 거래를 위하여 공정거래위원회와 방송통신위원회 및 미래창조과학부와의 협의를 거쳐 표준계약서를 마련하고, 콘텐츠사업자에게 이를 사용하도록 권고할 수 있다. 문화체육관광부장관은 표준계약서에 관한 업무를 문화산업진흥 기본법 제31조에 따른 한국콘텐츠진흥원, 콘텐츠 관련 기관 또는 단체 및 제20조에 따른 협회에 위탁할 수 있다(동법 제25조).

(2) 유통단계에서의 공정거래질서 관련 콘진법의 문제점

1) 기반조성에만 충실한 법 규정

콘진법에서는 콘텐츠거래사실의 인증사업, 콘텐츠제공서비스의 품질 인증, 콘텐츠식별체계, 공정한 유통환경의 조성, 표준계약서를 규정함으로써 콘텐츠의 유통의 합리화를 위한 기반 조성에 관한 사항을 규정하고 있다. 물론 이러한 제도는 콘텐츠 유통단계에서 공정한 거래질서를 확립하기 위하여 필요한 것이다. 그러나 이러한 기반조성을 통하여 실질적으로 콘텐츠유통단계에서 공정한 거래질서가 확립되기 위해서는 이러한 기반조성에 관한 사업이 현실적으로 활용될 수 있어야 한다. 즉, 이러한 사업에 관한 사항을 규정하고 있더라도 거래계에서 실질적으로 이용되지 않는다면 이를 통한 유통의 합리화는 달성될 수 없다.

그럼 이러한 제도들은 거래계에서 실질적으로 활용되고 있는가? 그러나 다른 법과의 관계 및 제도 이용에 있어서 임의성만을 강조한 결과 사실상 이러한 제도가 거래계에서 이용되지 않음은 주지의 사실이다. 그 대표적인 예가 콘텐츠 거래사실의 인증사업이다. 즉, 동 제도는 콘텐츠거래사실을 제3자가 확인하여 이로 인한 분쟁이 발생하였을 경우 제3자를 통하여 그 사실을 증명할 수 있도록 하는 것이다. 그러나 전소법에서는 이러한 콘텐츠 거래사실 인증제도가 불필요하도록 규정하고 있다. 즉, 온라인을 통한 콘텐츠거래 역시 이용자가 그 디지털콘텐츠를 이용 또는 다운로드하기 전에 대금을 지급한다. 물론 콘텐츠사업자가 정상적인 콘텐츠를 제공하였다면 문제가 없을 것이다. 그러나 최근 이를 악용한 소비자피해사례가 발생하고 있다. 예를 들어, 소비자에게 문자로 동영상을 제공하는 것처럼 가장하여 소비자에게 대금을 결제하도록 한 후 디지털콘텐츠를 제공하지 않는 신종 소비자사기가 발생하고 있다. 이러한 소비자사기피해를 예방하고자 2005년 전소법을 개정하여 결제대금예치제도 등을 도입하여 소비자가 재화 등을 공급받기 전에 대금을 지급하는 거래(이하 ‘선지급식 통신판매’)의 경우 소비자가 대금을 지급하기 전에 결제대금예치제도 등을 이용할 수 있다는 정보를 제공하도록 규정하고 있다(동법 제13조 제2항 제10호). 그러나 모든 선지급식 통신판매에 대하여 예외없이 결제대금예치제도 등이 적용되는 것이 아니다. 즉, 여신전문금융업법 제2조 제3호에 따른 신용카드로 재화등의 대금을 지급하는 거래(이 경우 소비자가 재화등을 배송받지 못한 때에는 여신전문금융업법 제2조 제2호의2에 따른 신용카드업자는 구매대금 결제 취소 등 소비자피해의 예방 및 회복을 위하여 협력하여야 한다), 정보통신망으로 전송되거나 전소법 제13조 제2항 제10호에 따른 제3자가 배송을 확인할 수 없는 재화등을 구매하는 거래, 일정기간에 걸쳐 분할되어 공급되는 재화등을 구매하는 거래, 다른 법률에 따라 소비자의 구매안전이 충분히 갖추

IV. 디지털콘텐츠 공정거래질서에 관한 콘텐츠산업진흥법의 내용과 문제점

어진 경우 또는 상기의 사유와 유사한 사유로 결제대금예치 또는 소비자피해보상보험계약등의 체결이 필요하지 아니하거나 곤란하다고 공정거래위원회가 정하여 고시하는 거래에 대해서는 결제대금예치제도 등이 적용되지 않는다(동법 제24조 제3항). 따라서 정보통신망으로 전송되는 디지털콘텐츠의 경우 소비자가 대금을 먼저 지급하더라도 결제대금예치제도가 적용되지 않기 때문에 소비자사기피해를 예방할 수 없다. 이와 같이 전소법에서 디지털콘텐츠거래에 대하여 결제대금예치제도의 적용을 배제하고 있다. 그 근거로 제3자가 그 이행 여부를 확인할 수 없기 때문이라고 한다. 그러나 콘진법상 거래사실 인증 제도는 콘텐츠 거래에 대하여 제3자가 인증하는 제도이기 때문에 제3자를 통한 인증이 이루어질 수 있다. 그럼에도 불구하고 전소법에서는 그 적용을 배제하고 있기 때문에 콘텐츠유통사업자는 거래사실인증제도를 활용할 필요가 없다. 또 다른 이유로는 그 이용에 관한 구체적인 내용을 규정하지 않고 인증기관의 지정에 관한 사항만을 규정하고 있는 점을 들 수 있다. 따라서 동 제도의 이용은 유통사업자의 재량사항에 해당하며, 유통사업자는 비용 및 절차 등의 문제를 제기하여 이를 이용하지 않고 있다. 그 결과 동 제도가 추구하였던 본질적인 목적인 거래사실의 확인을 통한 당사자간의 분쟁의 효율적 해결 또는 예방은 달성할 수 없다.

이와 같이 콘진법에서는 콘텐츠 유통의 합리화를 위한 제도적 장치를 강구하고 있지만, 이에 대해서는 근거규정만을 두었고 이를 실질적으로 활용하여 유통분야에서 공정한 거래질서가 확립될 수 있는 사항에 대해서는 규정하고 있지 않다는 문제점이 지적된다.

2) 불공정거래행위에 대한 제제규정의 미비

콘진법에서는 콘텐츠 유통분야에서의 공정거래질서를 확립하기 위하여 정보통신망 등 중개시설의 제공거부금지, 불공정한 계약의 강요

내지는 부당한 이득의 취득금지를 규정하고 있다. 그러나 동법에서는 이러한 금지행위만을 규정하고 있을 뿐 이를 위반하였을 경우에 대한 제재규정 등을 두고 있지 않다. 물론 정보통신망 등의 제공을 합리적 이유없이 거부하였을 경우 전기통신사업법에 따라 제재를 받게 되며, 불공정한 계약의 강요 내지는 부당한 이득의 취득금지 역시 공정거래법 등에 의한 규제를 받기 때문에 문제가 없다고 주장할 수 있다. 그러나 콘진법에서 금지하고 있는 행위가 전기통신사업법 또는 공정거래법에서 규정하고 있지 않을 경우 해당 법률에 따른 규제가 불가능하다. 특히, 부당한 이득의 취득을 금지하고 있지만, 공정거래법 등에서는 포괄적으로 부당이득취득금지를 규정한 것이 아니라 시장지배적 사업자의 행위, 담합행위 등에 의한 경우만으로 한정하고 있기 때문에 이에 해당하지 않는 부당이득에 대해서는 제재할 수 없다. 또 이러한 제재 역시 미래창조과학부장관 또는 문화체육관광부장관이 직접 하는 것이 아닌 관계 기관의 장에게 필요한 조치를 요청할 수 있기 때문에 콘진법에서 정하고 있는 불공정거래행위의 규제의 실효성은 사실상 기대하기 어렵다. 특히, 이러한 제재를 요청할 수 있는 자로 단일의 기관장을 규정한 것이 아니라 미래창조과학부장관 또는 문화체육관광부장관으로 복수를 규정한 결과 상호 회피할 수 있는 여지를 두고 있다.

이와 같이 콘진법에서는 공정거래질서의 확립에 관한 일부의 사항을 규정하고 있지만, 그 위반에 대한 제재를 규정하지 않음으로 인하여 그 실효성을 기대하기 어렵다는 문제점을 가지고 있다고 할 것이다.

3) 포괄적 규정의 문제점

콘진법에서는 콘텐츠사업자가 불공정한 계약을 강요하거나 부당한 이득을 취득하는 것을 금지하고 있다. 물론 이를 위반하였을 경우 사법적 효과만이 발생한다고 한다면 이러한 일반적, 포괄적 규정은 문

제가 그리 크다고 할 수 없다. 즉, 이를 위반하였을 경우 상대방은 그 금지 또는 중지를 청구하거나 이로 인하여 발생한 손해배상을 청구하는 것은 사법적 효과이며, 일반규정으로도 충분히 규율할 수 있다. 그러나 동법에서는 이를 위반하였을 경우에 대한 효과로 공법적 규제를 전제로 하고 있다. 즉, 이를 위반하였을 경우 미래창조과학부장관 또는 문화체육관광부장관은 관련 기관의 장에게 필요한 조치를 할 것을 요청할 수 있다. 여기에서 필요한 조치는 이를 시정하기 위한 조치, 과징금 또는 과태료의 부과라고 할 수 있으며, 이는 공법적 규제이다. 그러나 공법적 규제를 부과하기 위해서는 사업자의 위법행위가 특정되어야 하며, 이를 위하여 사업자의 위법행위를 구체적으로 규정하여야 한다(죄형법정주의). 그러나 콘진법에서는 사업자의 위법행위에 대하여 포괄적 내지는 일반적으로 규정한 결과 이 법 자체만으로 사업자의 위법행위에 대한 제제조치의 요청이 불가능하게 되었다. 따라서 사업자의 불공정한 거래행위를 규정하고 있는 동법 제24조의 내용은 포괄적, 일반적으로 규정할 것이 아니라 그 위법행위를 특정하여 구체적으로 규정할 필요가 있다.

4) 유통단계에서의 공정거래질서 확립에 필요한 요소 미비

콘진법에서는 콘텐츠유통단계에서의 공정거래질서를 확립하기 위한 내용을 규정하고 있지만, 이 분야에서 있어서 필수적인 요소에 대해서는 규정하고 있지 않다. 즉, 유통단계에서는 콘텐츠개발자와 콘텐츠유통산업자간의 법률관계이며, 이들간에 법률문제 중 핵심적인 사항을 구체적으로 제시하여야 유통단계에서의 공정거래질서가 확립될 수 있다. 물론 앞에서 살펴본 바와 같이 콘진법에서는 포괄적으로 불공정거래행위를 규제하고 있기 때문에 해석론을 통하여 이에 관한 규제를 진행할 수 있다고 말할 수도 있다. 그러나 이러한 일반적이고 추

3. 디지털콘텐츠 유통단계에서의 공정거래질서 관련 콘진법의 내용과 문제점

상적인 규정만으로는 콘텐츠개발자와 콘텐츠유통산업자간에 발생하는 법률문제를 해결할 수 없다. 그럼 어떠한 내용이 포함되어야 하는가? 그 대표적인 예를 제시하면, 계약서 작성 및 교부문제, 대금감액금지 및 판매대금의 지급, 상품의 수령거부·지체금지 및 상품의 반품금지, 판매촉진비용의 부담전가금지, 배타적 거래강요금지, 경영정보 제공 요구금지, 경제적 이익제공요구금지, 매장설비비용의 보상, 상품권 구입요구 금지 및 불이익 제공 금지 등을 제시할 수 있다.

이러한 내용들은 대규모유통업법에서 규정한 사항이다. 그렇다고 한다면 동법 역시 콘텐츠거래분야에 적용될 수 있다고 한다면 콘진법에서 이를 규율할 필요 없이 대규모유통업법을 적용하여 해결하면 간단하게 해결될 문제이다. 그러나 다음과 같은 점에서 대규모유통업법은 온라인에서 거래되는 디지털콘텐츠거래에 적용하기 곤란하다. 먼저, 동법은 대규모유통사업자의 행위를 규제하는 법이기 때문에 디지털콘텐츠 유통사업자가 동법상 대규모유통사업자에 해당하여야 한다. 동법상 대규모유통사업자는 소비자가 사용하는 상품을 다수의 사업자로 부터 납품받아 판매하는 자(가맹사업거래의 공정화에 관한 법률 제2조 제2호의 “가맹본부”를 포함한다) 중 직전 사업연도의 소매업종 매출액(기업회계기준상 순액법에 의하여 수익을 인식하는 사업자의 경우에는 총매출액을 말하며, 가맹본부의 경우 소매업종 매출액과 가맹점사업자에게 판매한 상품매출액을 합산한 금액을 말한다. 다만, 직전 사업연도의 사업기간이 1년 미만인 경우에는 그 기간 동안의 매출액을 12개월로 환산한 금액으로 한다)이 1천억원 이상인 자 또는 매장면적(매장의 바닥면적에 100분의 95를 곱하여 산출된 면적을 말한다)의 합계가 3천제곱미터 이상인 점포를 소매업에 사용하는 자에 해당하여야 한다(동법 제2조 제1호). 물론 사이버몰에서 디지털콘텐츠를 판매하는 유통사업자의 경우 소매업에 사용하는 점포가 없기 때문에 매장 기준은 적용되지 않으며, 매출액 기준만이 적용된다. 따라서 매

IV. 디지털콘텐츠 공정거래질서에 관한 콘텐츠산업진흥법의 내용과 문제점

출기준만이 적용되며, 소매업종 매출액이 연간 1천억원 이상이어야 한다. 물론 콘텐츠유통사업자 중에는 그 매출액이 연 1천억원 이상인 사업자도 존재한다. 이에 해당하는 사업자가 바로 모바일 오픈마켓 운영자이다. 그러나 모바일 오픈마켓의 경우 동법의 적용대상이 되지 않는다. 즉, 모바일 오픈마켓의 경우 위탁판매방식이 아닌 중개방식이지만, 동법에서는 위탁판매를 주된 규율 대상으로 하고 있기 때문이다.

그럼 디지털콘텐츠의 유통단계에서 동법의 적용이 불필요한 것인가? 그러나 동법은 상품의 유통시장에서 대규모유통사업자가 이 분야의 시장을 장악하고 있으며, 이에 따라 납품업자가 불공정한 거래조건으로 상품을 납품하는 거래관행을 방지하고자 제정되었다. 그럼 디지털콘텐츠의 유통시장은 동법의 제정배경인 유통시장의 환경과 다른 것인가? 그러나 디지털콘텐츠 유통시장은 일반 유통시장보다 유통사업자의 시장지배력이 더욱 막강하며, 이러한 자의 의사에 반하여 디지털콘텐츠를 거래하기란 사실상 불가능하다. 특히, 모바일 분야는 이러한 현상이 더욱 심하다고 할 수 있다. 그러나 그 판매방식이 위탁판매의 방식이 아니기 때문에 앞에서 살펴본 바와 같이 동법은 이 분야에 적용되지 않는다. 그렇지만, 디지털콘텐츠 유통시장 역시 동법의 제정배경이 되었던 폐쇄적이고, 유통사업자의 시장지배력이 매우 강한 시장이기 때문에 동법의 적용이 필요하다. 따라서 동법의 내용이 콘텐츠시장에도 적용될 수 있는 방안의 모색이 필요하다.

5) 표준계약서의 실효성 문제

콘진법에서는 콘텐츠의 합리적 유통 및 공정한 거래를 위하여 표준계약서의 마련과 그 사용을 권장할 수 있음을 규정하고 있다. 이는 시장에서의 공정거래질서의 확립이 시장자율에 의하여 형성되는 것이 가장 바람직하지만, 사장 그 자체만으로 이러한 공정거래가 형성되지

않을 경우 최소한의 정부개입을 전제로 한 것이다. 그러나 이러한 표준계약서는 다음과 같은 점에서 불완전하다고 할 수 있다. 첫째는 사업자가 표준계약서를 사용할 경우 이를 상대방에게 알릴 수 있는 방안이 마련되어 있지 않다는 점이다. 즉, 표준계약서는 법이 아니기 때문에 그 사용을 강제할 수 없다. 그러나 이를 사용하였을 경우 연성규범의 형태로 경성규범보다 그 높은 효과를 거둘 수 있다. 그렇다고 한다면 그 사용을 권장할 뿐만 아니라 이를 사용하는 사업자와 이를 사용하지 않은 사업자를 쉽게 구분할 수 있도록 하여 거래 상대방이 표준계약서를 사용하는 사업자와 계약을 체결할 수 있도록 하거나 개별 계약서를 사용하였을 경우 표준계약서의 사용 또는 표준계약서의 내용과 동일한 내용으로 계약체결을 주장할 수 있는 여건을 조성하여야 한다. 그 방안이 바로 표준계약서의 표지이다. 즉, 일방이 사용하는 계약서가 자신이 마련한 것이 아닌 문화체육관광부장관이 마련한 표준계약서라는 사실을 상대방이 쉽게 알 수 있도록 표준계약서에 이를 나타내는 표지가 표시되었다고 한다면 표준계약서에 관한 입법취지가 보다 효과적으로 달성될 수 있다. 둘째, 표준계약서가 마련되었다고 하더라도 그 사용은 사업자의 자율사항이다. 즉, 의무가 아니기 때문에 사업자는 표준계약서를 사용할 것인가 아니면 개별 계약서를 사용할 것인가는 사업자가 자유롭게 선택할 수 있다. 물론 표준계약서의 취지가 불공정한 요소가 포함되어 있을 수 있는 개별 계약서보다 문화체육관광부장관이 마련한 표준계약서는 이해관계가 없는 제3자가 중립적인 입장에서 마련한 것이기 때문에 더 공정하다고 할 수 있다. 이러한 점을 감안하여 표준계약서의 이용을 활성화하기 위한 방안으로 그 사용을 강제하는 것은 타당하지 않다. 즉, 표준계약서 제도는 자율규범의 형태이기 때문에 국가가 마련하였다고 하더라도 그 사용을 의무화하는 것은 타당하지 않다. 그렇다고 한다면 표준계약서의 이용을 활성화할 수 있는 방안에 대하여 모색하여야 한다. 그러나

동법에서는 이에 대한 방안을 전혀 강구하지 않음으로 인하여 표준계약서가 마련되더라도 이에 따른 효과는 기대할 수 없는 것이 동법상 표준계약서에 관한 규정의 문제점이라고 할 수 있다.

4. 디지털콘텐츠 이용단계에서의 공정거래질서 관련 콘진법의 내용과 문제점

(1) 이용단계에서의 콘진법의 규율내용

1) 이용자 보호시책 등

정부는 콘텐츠의 유통 및 거래에 관한 이용자의 기본권익을 보호하기 위하여 이용자에 대한 콘텐츠 정보 제공 및 교육, 이용자보호지침의 준수에 관한 실태조사, 콘텐츠사업자를 대상으로 하는 이용자 보호에 관한 교육, 이용자 보호를 목적으로 하는 기관 또는 단체에 대한 지원, 이용자 피해 예방 및 구제를 위한 조치의 마련 및 시행, 그 밖에 이용자의 권익 보호에 필요한 시책의 수립·시행에 관한 사업을 추진하여야 한다. 정부는 경제적·지역적·신체적 또는 사회적 여건으로 인하여 콘텐츠에 자유롭게 접근하거나 콘텐츠를 이용하기 어려운 자들이 편리하게 콘텐츠를 이용할 수 있도록 필요한 시책을 수립·시행하여야 한다(동법 제26조).

2) 청약철회

콘텐츠제작자는 전소법 제17조 제2항(같은 항 각 호 외의 부분 단서를 제외한다)에 따라 청약철회 및 계약의 해제가 불가능한 콘텐츠의 경우에는 그 사실을 콘텐츠 또는 그 포장에 표시하거나 시용(試用)상품을 제공하거나 콘텐츠의 한시적 또는 일부 이용이 가능하도록 하는 등의 방법으로 청약철회 및 계약의 해제의 권리 행사가 방해받지

아니하도록 조치하여야 한다. 다만, 그 조치를 하지 아니한 경우에는 이용자의 청약철회 및 계약의 해제는 제한되지 아니한다. 이러한 청약철회 및 계약의 해제에 관하여는 전소법 제17조, 제18조, 제31조, 제32조, 제40조, 제41조 및 제44조를 준용한다. 이 경우 “통신판매업자”는 “콘텐츠사업자”로 “재화등”은 “콘텐츠”로, “소비자”는 “이용자”로, “공정거래위원회”는 “문화체육관광부장관”으로 본다(동법 제27조).

3) 이용자보호지침의 제정 등

정부는 콘텐츠의 건전한 거래 및 유통질서 확립과 이용자 보호를 위하여 콘텐츠사업자가 자율적으로 준수할 수 있는 지침(이하 “이용자보호지침”이라 한다)을 관련 분야의 사업자, 기관 및 단체의 의견을 들어 정할 수 있다. 콘텐츠사업자는 콘텐츠를 거래할 때 이용자를 보호하기 위하여, 과오납금(過誤納金)의 환불방법 및 절차, 청약철회 및 콘텐츠 이용계약의 해지·해제의 방법과 그 효과, 콘텐츠 결함 등에 따른 이용자 피해보상의 기준·범위·방법 및 절차, 분쟁해결 방법 및 절차, 그 밖에 콘텐츠를 거래할 때 이용자 보호를 위해 필요한 사항 등의 내용이 포함된 약관을 마련하여 이용자에게 알려야 한다. 콘텐츠사업자는 그가 사용하는 약관이 이용자보호지침의 내용보다 이용자에게 불리한 경우 이용자보호지침과 다르게 정한 약관의 내용을 이용자가 알기 쉽게 표시하거나 고지하여야 한다. 정부는 콘텐츠 거래에 관한 약관의 견본을 마련하여 콘텐츠사업자에게 그 사용을 권고할 수 있다. 콘텐츠사업자가 상기의 의무를 위반한 경우에 대한 시정권고, 시정조치 및 벌칙에 관하여는 전소법 제31조, 제32조, 제40조, 제41조 및 제44조를 준용한다. 이 경우 “공정거래위원회”는 “문화체육관광부장관”으로 본다(동법 제27조; 동 시행령 제30조).

(2) 이용단계에서의 공정거래질서 관련 콘진법의 문제점

1) 이용자보호시책의 수립

콘텐츠거래분야에서의 공정거래질서의 확립은 단지 사업자간의 거래분야에서의 공정거래질서의 확립만으로 실현될 수 없으며, 이용자와의 거래에서의 공정거래까지 확립되어야 한다. 이는 다음의 두 가지 측면에서 제시할 수 있다. 첫째는 콘텐츠시장은 단지 콘텐츠사업자만으로 구성되는 것이 아니라 이용자까지 포함된 시장이다. 따라서 콘텐츠사업자간의 거래가 공정하게 구성된다고 하더라도 이용자와의 거래가 불공정하다면 그 시장은 결코 공정한 시장이라고 할 수 없다. 둘째, 콘텐츠시장은 궁극적으로 사업자간의 거래를 위한 것이 아닌 이용자에게 콘텐츠를 거래하기 위함이다. 따라서 이용자와의 거래질서가 공정하지 않을 경우 이용자는 다른 사업자를 찾게 될 것이며, 다른 대체품의 이용을 통하여 그 목적을 달성할 것이다. 따라서 콘텐츠시장에서의 공정거래질서의 확립을 통하여 콘텐츠산업을 발전시키는 것은 단지 사업자간의 거래가 공정한 것만으로 달성되지 않고, 이용자와의 거래까지 공정하게 형성되어야 비로소 공정한 시장이 형성될 수 있다.

이러한 점은 콘텐츠시장에서의 공정거래질서의 확립에 두 가지 방향성을 제시한다. 첫째는 사업자간의 거래에 있어서 공정거래질서의 확립 역시 결국은 이용자와의 거래를 전제로 하여야 한다. 즉, 사업자간의 거래질서가 공정하다고 하더라도 그 내용이 이용자의 권익을 침해하는 내용일 경우 이는 결코 공정하다고 할 수 없기 때문이다. 따라서 콘텐츠사업자간의 공정거래질서의 확립방안을 강구함에 있어서 이용자의 이익을 침해하지 않은 방향으로 설정되어야 함을 의미한다. 둘째는 시장에서 콘텐츠에 대한 최종 수요자는 이용자인기 때문에 이

용자의 이익에 반하는 거래관행은 불공정한 거래관행에 해당한다. 따라서 이 분야의 공정거래질서를 확립함에 있어서는 이용자의 이익이 보호될 수 있는 방향으로 그 거래질서가 형성되어야 함을 의미한다. 전자는 이용자의 이익이 간접적으로 고려되어야 함을 의미한다면 후자는 이용자의 이익이 직접적으로 고려되어야 함을 의미한다.

이와 같이 콘텐츠시장에서 이용자의 이익을 감안한 거래질서의 확립을 위하여 콘진법에서는 이용자보호시책의 수립 등에 관한 사항을 규정하고 있다. 물론 그 내용은 구체적인 사업에 해당하는 것과 제도 마련 및 시책의 수립 및 시행에 관한 사항으로 구분할 수 있다. 특히 이용자보호에 관한 시책의 수립 및 시행은 독자적인 것이 아니라 콘텐츠산업의 진흥에 관한 중장기 기본계획의 내용 중 일환이다. 즉, 정부는 콘텐츠산업의 기반을 조성하고 그 경쟁력을 강화하기 위하여 3년마다 콘텐츠산업의 진흥에 관한 중·장기 기본계획(이하 “기본계획”이라 한다)을 수립하여야 한다. 이러한 기본계획에는 콘텐츠산업 진흥을 위한 정책의 기본방향, 콘텐츠산업의 기반 조성에 관한 사항, 콘텐츠산업의 부문별 진흥 정책에 관한 사항, 콘텐츠의 표준화에 관한 사항, 콘텐츠산업의 공정경쟁 환경의 조성에 관한 사항, 이용자의 권익 보호에 관한 사항, 콘텐츠 관련 산업 간 융합의 진전에 따른 콘텐츠 정책에 관한 사항, 콘텐츠산업 진흥을 위한 자원 확보 및 배분에 관한 사항, 콘텐츠산업 진흥을 위한 제도 개선에 관한 사항, 콘텐츠산업과 관련된 중앙행정기관의 역할 분담에 관한 사항, 그 밖에 콘텐츠산업의 진흥을 위하여 필요한 사항이 포함되어야 한다(동법 제5조). 이와 같이 기본계획의 내용을 구체적으로 실현하기 위하여 동법 제26조에서는 이용자보호시책에 관한 사항을 규정하고 있다. 그러나 동법에서는 시책의 수립 및 시행만을 규정하고 있으며, 누가 어느 주기로 시책을 수립하며, 그 수립된 시책의 시행에 대한 평가 등에 대해서는 전혀 규정을 두고 있지 않다. 그 결과 이용자보호에 관한 시책의 수립 및

시행은 단지 법 조문에만 존재할 뿐 구체적으로 이를 수립되지 않고 있다. 따라서 콘텐츠시장에서 공정거래질서의 확립을 위하여 이용자 보호의 중요성이 강조된다는 점을 고려한다면 이용자보호에 관한 시책의 수립 및 시행이 실질적으로 이루어질 수 있도록 그 내용에 대한 구체화가 필요하다.

2) 보호의 대상자(이용자 또는 소비자)

콘진법에서는 콘텐츠이용단계에서의 보호대상자를 이용자로 규정하고 있다. 여기에서 이용자는 콘텐츠사업자가 제공하는 콘텐츠를 이용하는 자를 말한다(동법 제2조 제1항 제6호). 그 결과 콘텐츠를 이용하는 자의 지위 또는 목적을 불문하고 콘텐츠를 이용하는 모든 자는 보호대상이 된다. 물론 일정 부분의 경우에 있어서 특정 이용자에 국한하는 것이 아닌 모든 이용자를 보호할 필요성이 있는 경우가 존재한다. 즉, 온라인을 통한 디지털콘텐츠거래에서 정보제공의무는 소비자인 이용자뿐만 아니라 사업자인 이용자에게도 모두 필요한 요소이며, 권리제한에 관한 사항 등 역시 동일하다고 할 수 있다. 그러나 후술하는 청약철회를 비롯하여 손해배상 등에 있어서 양자를 모두 동일하게 취급하여 보호하는 것이 타당한 것인가에 대해서는 의문이 제기된다. 즉, 사업자인 이용자는 콘텐츠사업자와 대등한 지위에 있거나 더 우월적인 지위에 있는 경우도 존재한다. 물론 이러한 경우에는 계약의 일반법인 민법과 상법을 통하여 그 법률관계가 정해지며, 이는 대등당사자를 전제로 한 것이다. 그러나 특별법상의 보호는 그 상대방이 열악한 지위에 있거나 그 거래의 특수성이 존재할 경우에만 인정되어야 한다. 만일 그러한 사유가 없음에도 불구하고 특별법상의 보호를 부여하는 것은 역차별의 문제가 제기된다. 그럼 사업자인 이용자의 경우 이에 해당하는가? 그러나 사업자인 이용자의 경우 콘텐츠사업자

와 비교하여 열등한 지위에 있지 않는다. 또한 디지털콘텐츠 또는 온라인을 통한 계약의 특성을 갖지만, 사업자인 이용자는 영리를 목적으로 이용계약을 체결하였기에 일반 소비자에 해당하는 이용자와 동일하게 취급하는 것은 적당하지 않다. 물론 구 온디콘법에서는 소비자와 이용자를 구분하여 그 보호의 주된 대상으로 소비자를 정하고, 이용자보호지침에 있어서만 이용자라고 규정하여 이러한 양자간의 차이점을 감안하였다(구 온디콘법 제16조 내지 제16조의4).¹²⁾ 그러나 콘진법에서는 이러한 차이를 감안하지 않고 그 보호대상자를 일률적으로 이용자로 정하여 사업자인 이용자 역시 소비자인 이용자와 동일하게

12) 구 온라인디지털콘텐츠산업발전법 제16조(소비자 보호) 정부는 「소비자기본법」 등 관계 법령의 규정에 따라 온라인콘텐츠의 거래와 관련되는 소비자의 기본권익을 보호하기 위하여 필요한 시책을 수립하여야 한다.

제16조의2(청약철회 등) 온라인디지털콘텐츠제작자(이하 “온라인콘텐츠제작자”라 한다)는 「전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률」 제17조제2항 본문의 규정에 따라 청약철회 등이 불가능한 온라인콘텐츠의 경우에는 그 사실을 제17조의 규정에 따른 표시사항에 포함시키거나 시용상품의 제공, 한시적 또는 일부 이용 등의 방법으로 청약철회 등의 권리 행사가 방해받지 아니하도록 조치하여야 한다. 다만, 그 조치를 하지 아니한 경우에는 소비자의 청약철회는 제한되지 아니한다.

제16조의3(이용자보호지침의 제정 등) ① 문화체육관광부장관은 온라인콘텐츠의 건전한 거래 및 유통질서 확립과 이용자의 보호를 위하여 온라인콘텐츠사업자의 자율적 준수를 유도하는 지침(이하 “디지털콘텐츠이용자보호지침”이라 한다)을 관련 분야의 제작자, 기관 및 단체의 의견을 들어 정할 수 있다.

② 온라인콘텐츠사업자는 온라인콘텐츠 거래 시 이용자 보호를 위하여 대통령령이 정하는 바에 따라 과오금의 환불, 콘텐츠이용계약의 해지·해제의 권리, 콘텐츠 하자 등으로 발생하는 이용자 피해보상 등의 내용이 포함된 약관을 마련하여 콘텐츠이용자에게 명시하여야 한다.

③ 문화체육관광부장관은 콘텐츠거래 표준약관 및 표준계약서를 제정하여 그 시행을 권고할 수 있으며, 온라인콘텐츠사업자를 대상으로 한 이용자 보호 교육의 실시 및 이용자 피해구제를 위한 제반 조치를 마련하여 시행할 수 있다.

제16조의4(준용) 제16조의2 및 제16조의3제1항의 규정에 따른 청약철회 및 디지털콘텐츠이용자보호지침과 관련하여 이 법에서 정하고 있는 사항 외에는 「전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률」 제17조, 제18조, 제23조제2항, 제31조, 제32조, 제40조, 제41조 및 제44조의 규정 중 청약철회 및 소비자보호지침에 관한 규정을 준용한다. 이 경우 “통신판매업자”는 “온라인콘텐츠제작자” 또는 “온라인콘텐츠사업자”로, “소비자보호지침”은 “디지털콘텐츠이용자보호지침”으로, “공정거래위원회”는 “문화체육관광부장관”으로 본다.

보호되는 결과를 유발하였다. 이러한 점은 보호가 필요하지 않은 자까지 보호하는 결과를 유발하고 있기 때문에 보호의 필요성에 따라 그 보호대상자를 각기 달리 규정하는 것이 필요하다.

3) 청약철회

청약철회권이라 함은 재화 등에 대하여 계약을 체결한 후 일정기간 동안 구매의사를 재차 판단할 수 있는 기회를 부여하고, 구매의사가 변경되었을 경우 그 이유를 제시하지 않고 간편하게 당해 계약을 해소할 수 있는 권리를 말한다. 이러한 청약철회권은 계약의 구속력을 인정하고 있는 민법¹³⁾에 대한 예외규정으로 주로 특수거래분야에서의 소비자보호를 목적으로 하고 있는 특별법¹⁴⁾에서 규정하고 있다. 이러한 소비자보호법 분야에서 두고 있는 청약철회권을 콘진법에서도 규정하여 콘텐츠를 거래한 이용자에게도 청약철회권을 인정하고 있다. 그러나 동법상 청약철회권은 거래방식, 청약철회권자, 배제조치의무자, 디지털콘텐츠의 청약철회에 대한 타당성 등에 있어서 다음과 같은 문제점을 가지고 있다.

① 콘텐츠거래

콘진법에서는 청약철회권이 인정되는 거래에 대하여 구체적으로 규정을 두지 않고, 전소법을 준용하면서 그 조치의무자 및 청약철회를 배제하기 위한 조치의무에 대하여만 특칙을 두고 있다. 그 결과 청약철회권이 인정되는 콘텐츠거래가 제한되는지 아니면 모든 유형의 콘

13) 민법에서는 청약이 효력을 발생한 후 청약자가 임의적으로 이를 철회할 수 없음을 규정하고 있다(동법 제527조).

14) 청약철회권은 특수거래방식으로 소비자계약을 체결한 소비자에게 부여된 권리이며, 할부거래법, 방문판매법 및 전소법에서 규정하고 있다. 물론 청약철회권은 소비자에게 부여되었지만, 다단계판매의 경우 다단계판매원에게도 청약철회권이 인정되고 있으며, 보험법에서는 모든 보험계약자에게 이를 인정하고 있다.

텐츠거래에 대하여도 인정되는지의 문제가 제기되고 있다. 후자의 입장에서는 콘진법 제27조에서 특정 콘텐츠거래를 전제로 하지 않고 있기 때문에 그 목적물이 콘텐츠인 경우라고 한다면 거래방식과 상관없이 청약철회권이 인정된다고 한다. 따라서 전자상거래 또는 통신판매의 방식이 아닌 일반 매장에서 콘텐츠를 거래한 경우에도 청약철회권이 인정되어야 한다. 또한 구 온디콘법과 달리 콘진법에서는 디지털 콘텐츠로 한정하지 않고 콘텐츠라고 규정하고 있기 때문에 유체물의 형태인 콘텐츠(도서, CD 등)에 대한 거래 역시 콘진법상 청약철회의 대상이 된다고 할 수 있다. 현재 이러한 입장을 취하는 견해는 없지만, 동법의 규정상 이러한 해석이 전혀 불가능한 것은 아니다. 전자의 입장에서는 콘진법에서 명시적으로 거래방식을 제한하고 있지 않지만, 청약철회권에 대하여 독자적으로 입법을 한 것이 아니라 전소법을 준용하는 방식을 취하고 있기 때문에 해석상 전소법의 규율대상인 전자상거래 또는 통신판매의 방식으로 콘텐츠를 거래한 경우에 한하여 콘진법상 청약철회권을 인정한다. 다만, 그 목적물에 대해서는 디지털콘텐츠로 한정하는 것이 아니라 모든 콘텐츠에 대한 거래로 인정하고 있다. 즉, 전소법에서는 기본적으로 유체재화에 대한 거래를 규율하고 있으며, 무체재화 역시 거래의 대상에 포함시키고 있기 때문에 콘텐츠의 형태에 따라 그 적용범위를 정하고 있지 않다는 점에 근거한다.

이와 같이 콘진법상 청약철회권의 인정범위 중 그 거래방식에 대하여 상기와 같은 논란이 있다. 물론 콘텐츠거래라고 하여 그 거래방식에 관계없이 청약철회권을 인정하는 것은 청약철회권을 인정하는 근본적인 취지와 일치하지 않는다. 이러한 점 때문에 학설은 해석론을 통하여 이를 제한하고자 하지만, 이를 해석론만으로 제한적으로 적용할 수 있는지에 대해서는 한계가 있다고 할 것이다. 따라서 콘진법상 청약철회권을 인정하는 콘텐츠거래방식에 대하여 이를 명확하게 규정하는 것이 필요하다고 할 것이다.

② 청약철회권자

콘진법상 청약철회권자는 이용자이다. 즉, 콘텐츠를 이용하기 위하여 거래한 자의 법적 지위 내지는 그 이용목적에 관계없이 콘텐츠사업자와 계약을 체결한 자는 동법상 청약철회권자가 된다. 그럼 이는 청약철회권을 인정하는 취지와 일치하는가의 문제가 제기된다. 민법에서는 청약의 구속력을 인정하고 있기 때문에 청약자는 승낙자의 동의없이 임의적으로 철회할 수 없다. 그러나 소비자보호를 목적으로 하는 법에서는 거래의 상대방이 소비자라는 점과 특수거래방식이라는 점을 감안하여 민법에 대한 특칙을 정하여 소비자에 한하여 청약철회권을 인정하고 있다. 즉, 소비자는 거래의 상대방인 사업자와 비교하여 열위의 지위에 있으며, 민법상의 사람인 추상적 인간이 아닌 구체적인 인간이다. 이는 계약을 체결함에 있어서 합리적으로 구매의사를 결정하는 것이 아니라 충동적으로 구매의사를 결정한다는 점을 감안한 것이다. 또한 소비자가 청약을 함에 있어서는 합리적인 구매의사를 결정할 수 있는 기초인 관련 정보를 충분하게 보유하여야 하지만, 이에 관한 정보는 사업자가 보유하고 있기 때문에 합리적인 구매의사를 결정하기 어렵하다는 점에서 소비자의 특성이 있다. 물론 이러한 소비자의 지위만으로 개별소비자보호법에서 청약철회권을 인정하고 있는 것은 아니며, 이와 동시에 특수한 거래방식으로 재화 등을 구입하였을 경우에만 청약철회권을 인정하고 있다. 즉, 후불식 할부거래 또는 선불식 할부거래의 경우 그 대금을 일시에 지급하지 않는다는 점에 근거하고, 방문판매 또는 전화권유판매의 경우 사업자의 적극적인 권유에 의하여 구매의사를 결정하였다는 점, 다단계판매 및 후원 방문판매의 경우 판매원의 권유뿐만 아니라 수익을 얻을 수 있다는 점, 전자상거래 또는 통신판매의 경우 재화를 직접 보지 않고 사업자의 표시 또는 광고만으로 구매의사를 결정한다는 점을 근거로 청약철회

회권을 인정하고 있다. 이와 같이 개별 소비자보호법에서는 위 두 가지의 요소를 감안하여 청약철회권을 인정하고 있지만, 콘진법상 청약철회권은 이러한 요소에 대한 고려없이 콘텐츠거래에 대하여는 무조건적으로 청약철회권을 인정하고 있다. 물론 거래방식의 문제는 앞에서 언급하였기 때문에 여기에서는 청약철회권자에 국한하여 그 문제점을 언급한다. 즉, 개별 소비자보호법에서는 민법에 대한 특칙을 규정하면서 그 필요성이 소비자라는 점과 그 거래방식을 감안하여 청약철회권을 인정하고 있다. 그러나 콘진법에서는 이러한 거래당사자의 지위를 감안하지 않고 콘텐츠거래이면 그 상대방의 지위에 관계없이 청약철회권을 인정하고 있다. 물론 콘진법 역시 법률이기 때문에 민법에 대한 특칙을 정하고 있다는 점에서 볼 때 법 형식적인 면에서는 문제가 없다. 그러나 청약철회권을 인정한 취지 및 우리 계약법의 근본 취지를 감안할 때 소비자가 아닌 자에게까지 청약철회권을 인정할 필요성이 있는가에 대하여는 의문이 아니라고 할 수 없다. 즉, 대등당사자이며, 영리를 목적으로 콘텐츠를 거래한 자에게까지 청약철회권을 부여하는 것은 청약철회권의 입법취지를 벗어난 것으로 판단된다. 따라서 콘진법상 청약철회권을 인정하는 자에 대해서는 소비자로 국한하는 것이 필요하다. 그럼 소비자로 한정할 때 전소법상 소비자로 한정하는 것이 타당한가? 그러나 전소법에서는 소비자의 범주에 대하여 매우 광범위하게 인정하고 있기 때문에 이에 대한 검토가 필요하며, 이에 대하여는 개선방안 부분에서 서술하고자 한다.

③ 배제조치의무자 및 배제조치

콘진법에서는 청약철회권에 대하여 별도의 규정을 둔 것이 아니라 전소법상 청약철회권을 준용하고 있다. 다만, 차이점으로는 청약철회권자로 소비자가 아니라 이용자라는 점, 청약철회를 배제하기 위한 조치의무자에 콘텐츠제작자를 추가하고 있는 점, 조치의무의 내용 중

IV. 디지털콘텐츠 공정거래질서에 관한 콘텐츠산업진흥법의 내용과 문제점

콘텐츠의 한시적 또는 일부 이용이 가능하도록 한 점이다. 청약철회권자의 문제는 앞에서 언급하였기 때문에 여기에서는 조치의무자와 조치의무에 대하여만 언급한다.

먼저, 콘진법에서는 콘텐츠를 거래한 이용자에게 무조건적인 청약철회권을 인정하면서 그 예외로 일정한 경우에 청약철회권의 행사가 제한됨을 규정하고 있다. 그러나 이러한 사유에 해당한다고 하여 이용자의 청약철회권이 배제되는 것이 아니라 일정한 조치의무를 취한 경우에 한정된다. 그럼 이러한 조치의무를 누가 강구하여야 하는가? 전소법에서는 그 조치의무자로 통신판매업자, 즉 소비자와 계약을 체결하는 자로 규정하고 있다(동법 제17조 제6항). 반면에 콘진법에서는 이와 더불어 콘텐츠제작자를 추가적인 조치의무자로 규정하고 있다. 그 결과 조치의무자로 콘텐츠제작자를 규정하는 것이 타당한 것인가의 문제와 더불어 콘텐츠제작자 및 콘텐츠사업자 모두가 이러한 조치의무를 취하여야만이 이용자의 청약철회권이 배제되는가의 문제가 제기된다. 먼저, 첫 번째 문제와 관련해서 청약철회권은 콘텐츠를 거래한 이용자가 구매의사의 변경시 그 이유 및 책임을 부담하지 않고 당해 계약을 해소할 수 있는 권리이며, 이러한 권리는 콘텐츠이용계약에서 발생한다. 그렇다고 한다면 이에 따른 의무자는 이용자와 계약을 체결한 콘텐츠사업자이며, 이용자와 계약관계가 없는 콘텐츠제작자에게 이에 관한 의무를 부과할 수 없다. 물론 시용상품 또는 콘텐츠의 한시적 이용 등은 콘텐츠사업자가 아닌 콘텐츠제작자가 이를 할 수 있다는 점을 감안하여 콘텐츠제작자에게 그 의무를 부과하였다고 할 수 있다. 그러나 이는 콘텐츠제작자와 콘텐츠사업자간의 문제이지 이를 이용자에게까지 확장할 수 없다. 즉, 이용자의 청약철회권을 배제하기 위한 조치의무는 계약의 당사자인 콘텐츠사업자가 부담하여야 하며, 이를 이행하기 위하여 콘텐츠제작자의 조력이 필요할 경우 콘텐츠사업자가 콘텐츠제작자에게 요청할 사항이다. 또한 배제조치가

반드시 콘텐츠제작자에 의하여만 이루어질 수 있는 것은 아니다. 물론 콘텐츠의 일부이용이 필수사항이라고 한다면 전부의 콘텐츠와 그 중 일부를 구분할 수 있는 것은 콘텐츠제작자만이 할 수 있으며, 이를 콘텐츠사업자가 할 경우 콘텐츠제작자의 저작인격권 중 동일성 유지권의 침해문제를 야기할 수 있다. 그러나 콘진법상 배제조치는 이에 한정되는 것이 아닌 청약철회가 불가능하다는 사실의 표시, 한시적 또는 일시적 이용도 존재하며, 이는 콘텐츠제작자의 조력 없이 콘텐츠사업자가 독자적으로 행할 수 있다. 또한 콘진법상 이러한 조치의무를 부담하는 자는 콘텐츠제작자와 콘텐츠사업자 모두이다. 그럼 양자가 별도로 그 의무를 이행하여야 하는가 아니면 일방이라도 이행하면 그 의무를 이행한 것으로 인정되는가의 문제가 제기된다. 이는 배제조치의 취지를 감안하여 살펴보아야 한다. 즉, 배제조치는 이용자가 계약을 체결하기 전 또는 계약을 체결한 후 그 콘텐츠를 이용하기 전에 청약철회권의 행사가 제한된다는 사실을 알리거나 본 제품을 사용하기 전에 시용상품을 이용하도록 하여 이용자의 구매의사를 확정하기 위함이다. 그렇다고 한다면 이러한 배제조치가 취해지면 이용자의 청약철회권은 제한되며, 그 의무를 누가하였는가는 중요하지 않다. 따라서 콘텐츠제작자 또는 콘텐츠사업자 중 누구라도 배제조치를 강구하였다면 이용자의 임의적 청약철회권의 행사는 제한된다고 할 것이다. 이러한 측면에서 볼 때, 배제조치의무자에 콘텐츠제작자를 추가한 것은 청약철회권 제도와 일치하지 않기 때문에 이에 대한 개선이 필요하다.

④ 디지털콘텐츠의 청약철회에 대한 타당성

콘진법에서는 콘텐츠거래에 대하여 청약철회권을 인정하고 있다. 물론 콘텐츠거래는 기존 유체재화 형태의 콘텐츠와 무체재화의 형태인 디지털콘텐츠로 구분된다. 전자의 경우는 CD, DVD 등에 저장되어 유통되며, 그 포장을 개봉하였을 경우 복제가 가능하기 때문에 청약철회권이 배제되는 것은 타당하다. 이러한 점은 우리나라를 비롯한 대

부분의 국가에서 관련법령을 통하여 인정하고 있다. 문제는 후자이다. 즉, 디지털콘텐츠는 복제가 가능하지만, 포장 그 자체가 없다. 또한 디지털콘텐츠는 시간의 경과 내지는 사용에 의하여 그 가치가 감소하지 않기 때문에 현행법상 청약철회의 배제사유에 해당하지 않는다. 그 결과 이용자가 디지털콘텐츠를 이용하더라도 청약철회권을 행사할 수 있으며, 콘텐츠사업자는 이용자의 사용이익을 제외한 나머지 대금을 반환하여야 한다. 그러나 디지털콘텐츠의 경우 이용자가 이용한 경우 또는 다운로드한 경우에 이를 반환하고, 그 대금의 환급을 청구하는 청약철회의 대상으로 인정하는 것은 타당하지 않다. 그럼에도 불구하고 전소법을 비롯한 콘진법에서는 청약철회권을 인정하고 있다. 이는 전소법상 청약철회권이 유체재화에 대한 거래를 전제로 하였음에도 불구하고 이를 무체재화에 그대로 적용한 결과이며, 콘진법 역시 이러한 전소법의 특징을 감안하지 않고 그대로 준용한 결과이다. 2011년에 제정된 유럽연합의 소비자권리지침¹⁵⁾에서는 소비자의 사전 동의 및 청약철회권 상실에 대한 인식하에 온라인으로 공급된 디지털콘텐츠에 관한 계약에서의 청약철회권을 부정하고 있다(동 지침 제18조).¹⁶⁾ 이러한 점에서 디지털콘텐츠거래에 대하여 청약철회권을 인정할 것인지에 대해서는 근본적인 측면에서 재검토가 필요하다.

3) 이용자보호지침

콘진법에서는 콘텐츠의 건전한 거래 및 유통질서 확립과 이용자보호를 위하여 콘텐츠사업자가 자율적으로 준수할 수 있는 이용자보호

15) DIRECTIVE 2011/83/EU OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council.

16) 고희석, “유럽연합 소비자권리지침상 청약철회권에 관한 연구”, 법학논총 제29집 제4호, 2012·12, 267면.

지침을 마련할 수 있음을 규정하고 있으며, 2012년 3월 이를 고시하였다.¹⁷⁾ 이와 같이 이용자보호지침은 콘텐츠사업자의 자율준수를 유도하기 위한 기준이며, 이는 전소법의 내용¹⁸⁾과 동일하다. 즉, 콘진법 및 전소법 모두 이용자 또는 소비자보호지침은 사업자의 의무사항이 아닌 자율준수사항이며, 행정지도의 성격을 갖는다. 그러나 콘진법 및 전소법에서는 이용자 또는 소비자보호지침을 사실상 의무방식으로 규정하고 있으며, 그 위반시 공법상 제재를 부과하고 있다. 즉, 콘텐츠사업자는 그가 사용하는 약관의 내용이 이용자보호지침의 내용보다 이용자에게 불리한 경우 이용자보호지침과 다르게 정한 약관의 내용을 이용자가 알기 쉽게 표시하거나 고지하여야 한다. 또한 이를 위반한 경우 시정권고, 시정조치 및 벌칙이 부과된다. 그 결과 이용자보호지침은 자율준수사항임에도 불구하고 표시의무를 부과함과 더불어 위반시 공법상 제재조치를 부과하고 있기 때문에 문제점이 지적된다. 물론 이와 다르게 정하고, 그 내용이 이용자에게 불리한 경우 그 내용을 표시할 의무를 부과한 것이며, 이용자보호지침의 내용 그 자체에 대한 준수 의무를 부과한 것이 아니기 때문에 문제가 없다고 할 수 있다. 그러나 그 표시의무를 부과한 것 그 자체가 이용자보호지침의 자율준수성격과 일치하지 않는다.

4) 약관의 견본

콘텐츠사업자와 이용자간의 법률관계는 사업자가 미리 마련하여 이용자가 동의한 약관으로 구성된다고 하더라도 과언은 아니다. 그러나

17) 문화체육관광부고시 제2012-10호, 2012년 3월 26일.

18) 전소법상 공정거래위원회는 전자상거래 또는 통신판매에서의 건전한 거래질서의 확립 및 소비자보호를 위하여 사업자의 자율적 준수를 유도하기 위한 지침(이하 “소비자보호지침”이라 한다)을 관련 분야의 거래당사자, 기관 및 단체의 의견을 들어 정할 수 있다. 사업자는 그가 사용하는 약관이 소비자보호지침의 내용보다 소비자에게 불리한 경우에는 소비자보호지침과 다르게 정한 약관의 내용을 소비자가 알기 쉽게 표시하거나 고지하여야 한다(동법 제23조).

IV. 디지털콘텐츠 공정거래질서에 관한 콘텐츠산업진흥법의 내용과 문제점

그 약관의 내용이 불공정할 경우 이용자피해는 현실적으로 발생한다. 이러한 점을 감안하여 콘진법에서는 정부가 콘텐츠 거래에 관한 약관의 견본을 마련할 수 있음을 규정하고 있다. 이는 불공정한 약관의 사용으로 인한 이용자피해를 예방하기 위함임과 동시에 콘텐츠사업자의 영세성을 감안하여 스스로 약관을 마련할 수 없는 콘텐츠사업자가 간편하게 약관을 마련할 수 있는 기초를 제공하기 위함이다. 그러나 현재 콘진법상 약관의 견본은 고시되지 않았으며, 현행 디지털콘텐츠이용표준약관은 구 온디콘법에 기초하여 마련된 것이다. 이러한 약관의 견본제도는 약관규제법상 표준약관제도에서 유래된 것이다. 그러나 콘진법상 약관의 견본제도와 약관규제법상 표준약관제도는 다음과 같은 점에서 차이가 있다. 먼저, 이를 마련하는 주체에 대하여 콘진법에서는 정부로 규정하고 있지만, 약관규제법에서는 사업자 또는 사업자단체로 정하고, 사업자 등이 마련하지 않을 경우 공정거래위원회로 정하고 있다. 둘째, 마련된 약관의 견본 또는 표준약관에 대한 사업자의 의무로, 콘진법에서는 이에 관한 규정을 두고 있지 않다. 반면에 약관규제법에서는 공정거래위원회가 그 사용을 권장하였을 경우 사업자는 표준약관의 내용보다 고객에게 불리한 내용의 경우 이를 표시할 의무를 부과하고 있다. 만일 이러한 표시의무를 이행하지 않은 경우 500만원 이하의 과태료가 부과된다. 셋째, 표지로써, 콘진법에서는 약관의 견본을 사용할 경우 이를 이용자에게 나타낼 수 있는 방안에 대하여 규정하고 있지 않다. 반면에 약관규제법에서는 이를 나타낼 수 있는 표지에 관한 사항을 규정하고 있으며, 이를 위반한 경우 당해 약관의 효력을 무효로 규정함과 더불어 5,000만원 이하의 과태료부과를 규정하고 있다.

이와 같이 콘진법상 약관의 견본은 약관규제법상 표준약관과 동일한 기능을 함에도 불구하고, 약관규제법과 다르게 규정하고 있다는 점은 문제점으로 지적된다. 물론 약관의 견본 또는 표준약관 모두 사업자의 의무사항이 아닌 선택사항이기 때문에 약관규제법과 같이 사

4. 디지털콘텐츠 이용단계에서의 공정거래질서 관련 콘진법의 내용과 문제점

업자가 개별약관을 사용할 경우 표준약관의 내용보다 고객에게 불리한 내용을 표시할 의무를 부과한 점, 개별 약관을 사용하면서 표준약관 표지를 사용한 경우 표준약관의 내용보다 고객에게 불리한 약관의 효력을 무효로 한다는 점은 그 자체에 문제가 있기 때문에 약관규제법 차원에서 개정되어야 할 사항이다. 그러나 표준약관의 표지제도는 약관의 건본의 활성화를 위하여 도입되어야 할 사항이다. 즉, 개별약관이 아닌 약관의 건본을 약관으로 사용할 경우 이를 이용자에게 쉽게 알릴 수 있는 방안이 마련되어야 그 사용을 촉진할 수 있다. 그럼에도 불구하고 이에 관한 표지사항을 규정하지 않음은 약관의 건본의 사용을 통하여 공정한 콘텐츠이용질서의 확립에 도움이 되지 않는다.

5) 이용자보호에 필요한 사항에 대한 규정의 부존재

콘진법에서는 이용자보호를 위하여 시책의 수립 및 시행을 비롯하여 청약철회 및 이용자보호지침, 약관의 건본제도를 규정하고 있지만, 이는 콘텐츠이용단계에 있어서 공정거래질서의 확립의 단편적인 부분에 해당한다. 즉, 콘텐츠 특히 디지털콘텐츠는 그 거래에 있어서 유체재화와 다른 특성을 가지고 있으며, 그 계약체결 및 이행이 온라인으로 이루어진다는 점은 기존 거래형태와 다르다. 그럼에도 불구하고 유체재화에 대한 거래와 동일하게 취급하는 것은 콘텐츠이용의 활성화를 통한 콘텐츠산업의 발전 및 이 분야의 공정거래질서의 확립에 있어서 적합하지 않다. 즉, 디지털콘텐츠거래의 경우 일반 유체재화와 달리 계약체결을 위한 정보에 있어서 단순히 재화, 사업자의 신원, 거래조건 등에 관한 정보에 국한되어야 하는 것이 아니라 그 이용범주 및 지식재산권의 문제에 관한 정보가 제공되어야 한다. 먼저, 제공되어야 할 정보로 디지털콘텐츠를 다운받아 이용할 경우 특정 기기에서만 이용이 가능한지 아니면 다운받은 기기 이외에 이용자의 다른 기기에

IV. 디지털콘텐츠 공정거래질서에 관한 콘텐츠산업진흥법의 내용과 문제점

서도 그 이용이 가능한 것인지의 문제를 비롯하여 권리보호기술(DRM : Digital Rights Management)이 설치되어 있는지의 여부 등은 이용자가 디지털콘텐츠를 구매함에 있어서 중요한 정보라 할 것이다. 또한 다운로드 방식과 달리 스트리밍 방식의 경우 그 이용기간 역시 중요정보라 할 수 있다. 따라서 디지털콘텐츠의 이용방식에 따라 그에 적합한 정보가 제공되어야 하지만, 콘진법에서는 이에 관한 규정을 두고 있지 않다. 둘째, 디지털콘텐츠거래에 있어서 이용자피해가 가장 많이 발생하는 분야는 대금결제분야이다. 즉, 디지털콘텐츠계약을 체결하였을 경우 그 대금지급방식이 단일화된 것이 아니라 매우 다양한 결제수단이 사용되고 있으며, 그 결제절차 역시 결제수단에 따라 상이하다. 특히, 모바일의 경우 계약체결의 신속화 내지는 단순화를 위하여 단순 터치방식으로 대금결제가 이루어지고 있기 때문에 많은 이용자피해가 접수되고 있는 상태이다. 그러나 콘진법에서는 이에 관한 사항을 전혀 규정하지 않음으로 인하여 이용단계에서의 공정거래질서 확립에는 부적합하다. 셋째, 스트리밍 방식 중 계속거래의 경우 무료사용기간의 도과 이후 유료사용으로 자동 전환되거나 이용기간이 경과하였음에도 불구하고 이용자의 명시적 연장거절의 의사가 없는 경우 자동 연장되는 문제 역시 이용자피해의 주된 원인 중 하나이다. 그러나 이러한 점에 대하여 콘진법에서는 규정하고 있지 않다. 마지막으로 해소단계에 있어서 이용자가 도중에 콘텐츠이용을 해지하였을 경우 그 환급금산정에 있어서 많은 문제점이 지적되고 있음에도 불구하고 콘진법에서는 이에 관한 규정을 두고 있지 않다. 이와 같이 콘진법에서는 이용자보호에 관한 사항을 규정하고 있지만, 그 내용이 극히 일부분에 국한하고 있기 때문에 이 분야에서의 이용자보호를 통한 공정한 거래질서의 확립은 기대하기 곤란하다는 문제점이 지적된다.

6) 모바일 오픈마켓에서의 콘텐츠거래에 관한 사항의 부존재

현재 디지털콘텐츠거래가 이루어지는 주된 플랫폼 중의 하나가 바로 모바일 오픈마켓이다. 모바일 오픈마켓에서의 디지털콘텐츠거래는 콘텐츠사업자가 직접 앱을 개설하여 이용자에게 디지털콘텐츠를 판매하는 것이 아니라 운영자가 개설한 앱에서 이용자와 디지털콘텐츠이용에 관한 계약을 체결한다. 따라서 운영자는 계약의 당사자가 아니며, 당사자가 계약을 체결할 수 있도록 주선해 주는 중개자의 역할을 담당한다. 이러한 점을 볼 때 모바일 오픈마켓은 전소법상 통신판매중개와 유사하다. 그러나 양자간 차이점은 운영자의 역할이다. 즉, 일반 오픈마켓의 경우 운영자의 역할은 사업자가 재화 등을 거래할 수 있는 장터의 제공과 더불어 대금결제를 담당하고, 그 이외의 계약체결 등에 있어서는 사업자가 전담한다. 따라서 양자의 역할이 구분된다. 그러나 모바일 오픈마켓의 경우 운영자가 그 디지털콘텐츠의 품질을 비롯하여 모든 거래조건을 지정하고, 대금결제 시스템까지 지배하고 있다. 그 결과 모바일 오픈마켓의 경우 운영자가 직접 계약당사자로 나서지는 않지만, 실질적으로 시장의 주도권을 장악하고 있다는 점에서 일반 오픈마켓과 큰 차이점이 있다.

이러한 차이점에도 불구하고 전소법에서 그 법률관계 및 소비자보호를 충분하게 규율하고 있다면 콘진법에서 이를 규율하지 않더라도 큰 문제점은 없다. 그러나 전소법상 통신판매중개자의 의무와 책임은 사실상 이 분야에서의 소비자보호에 커다란 한계가 존재한다. 즉, 전소법상 통신판매중개자의 의무는 계약당사자가 아니라는 사실의 고지 의무, 통신판매중개의뢰자의 신원정보의 제공 또는 정보를 열람할 수 있는 방법의 제공 및 분쟁해결절차의 마련이다(동법 제20조). 또한 통신판매중개자의 책임은 중개자라는 사실을 고지하지 않은 경우에 한하여 중개의뢰자의 행위로 인하여 발생한 재산상 손해에 대한 연대책임,

IV. 디지털콘텐츠 공정거래질서에 관한 콘텐츠산업진흥법의 내용과 문제점

신원정보 등을 제공하지 않거나 사실과 다른 정보의 제공으로 인하여 발생한 소비자의 손해에 대한 책임, 통신판매업자인 통신판매중개자의 통신판매업자로서의 책임, 통신판매중개자의 행위로 인한 소비자의 손해에 대한 책임으로 구성되어 있다(동법 제20조의2). 이러한 점만을 본다면 전소법에서는 통신판매중개자의 의무와 책임을 강화하여 소비자를 충실하게 보호하고 있다고 할 수 있다. 그러나 통신판매중개자가 중개자라는 사실을 고지한 경우 통신판매중개의뢰자의 행위로 인하여 발생한 손해에 대하여 책임을 지지 않으며, 의뢰자의 신원정보를 제공한 경우 역시 책임을 면하게 된다. 또한 가장 핵심적인 책임규정이라고 할 수 있는 통신판매업자로서의 책임은 의뢰자가 통신판매업자이고, 의뢰자만이 책임을 지기로 합의하고 이를 소비자에게 고지한 경우에 통신판매중개자는 책임을 지지 않는다. 특히, 모바일 오픈마켓의 경우 판매자가 모두 통신판매업자라는 점을 감안할 때 통신판매중개자인 모바일 오픈마켓 운영자는 약 30%에 해당하는 중개수수료를 받음에도 불구하고 실질적으로 전혀 책임을 지지 않는 구조이다. 이는 통신판매중개자가 거래의 당사자가 아니라는 점에 기초한다. 그러나 모바일 오픈마켓의 경우 운영자의 지위 내지는 역할이 콘텐츠사업자보다 우월적인 지위를 가지고 있으며, 시장을 실질적으로 지배하고 있다는 점 및 거래대금의 약 30%를 중개수수료로 받고 있다는 점을 감안할 때 그 책임은 간편하게 면할 수 있는 전소법의 규정을 그대로 적용하기 곤란하다. 따라서 모바일 오픈마켓에서 이루어지는 디지털콘텐츠거래에서 이용자보호에는 실질적으로 한계가 있다. 물론 운영자가 책임을 지지 않더라도 콘텐츠사업자가 그 책임을 부담하고, 피해구제를 해 준다면 문제는 없다. 그러나 모바일 오픈마켓의 가장 큰 특징은 국제거래라는 점이다. 또한 그 거래대금이 소액이다. 따라서 분쟁이 발생하였을 경우 이용자가 외국에 소재한 콘텐츠사업자를 상대로 피해구제를 청구하기란 사실상 곤란하다. 이러한 모바일

오픈마켓의 특성에도 불구하고 콘진법에서는 전혀 규정을 두지 않아 이 분야의 이용자보호에 커다란 한계가 존재한다.

7) 개인간 콘텐츠거래에 관한 규정의 부존재

콘진법은 콘텐츠거래의 공정화를 추구하며, 그 거래주체에 대하여 제한을 두고 있지 않다. 따라서 주체를 기준으로 구분하면, 콘텐츠사업자간 거래, 콘텐츠사업자와 이용자(소비자)간 거래 및 개인간 거래로 구분된다. 물론 콘진법에서는 콘텐츠사업자간 거래, 콘텐츠사업자와 이용자(소비자)간 거래의 공정화를 추구하기 위하여 부족하지만 어느 정도의 규정을 두고 있다. 그러나 개인간 콘텐츠거래에 대해서는 전혀 규정을 두고 있지 않다. 개인간 콘텐츠거래에 있어서 공정한 거래질서의 확립이 요구되지 않는다면 계약의 일반법인 민법의 적용을 통하여 해결할 문제라는 점에 의문이 없다. 그러나 개인간 거래에 있어서도 공정한 거래질서의 확립은 필요하며, 사인간의 법률관계를 규율하는 민법에서도 불공정행위에 대하여 규율하고 있다.¹⁹⁾ 또한 개인간 콘텐츠거래로 인하여 많은 분쟁이 발생하고 있는 것이 사실이다. 마지막으로 콘진법상 콘텐츠분쟁에 대한 조정을 통한 해결의 대상에 개인간 분쟁을 포함하고 있다.

그러나 사업자가 포함된 콘텐츠거래에 대한 규제방식과 달리 일반 개인간 거래에서 일반 개인에 대하여 규제를 하기란 그리 쉽지 않다. 따라서 이러한 점을 감안하여 현재 발생하고 있는 개인간 콘텐츠거래에서 발생하는 문제점을 중심으로 이를 규율하는 것이 필요하다고 할 것이다. 그럼 그 대표적인 분쟁사례가 무엇인가? 이는 개인간에 이루어지는 콘텐츠 거래에서 채무불이행이다. 즉, 사이트의 게시판 등을 통하여 디지털콘텐츠판매에 관한 정보를 게시하고, 이메일 또는 전화

19) 민법상 공정거래질서의 확립에 관한 대표적인 규정으로 신의성실의 원칙(제2조)과 불공정한 거래행위의 금지(제104조) 등을 제시할 수 있다.

IV. 디지털콘텐츠 공정거래질서에 관한 콘텐츠산업진흥법의 내용과 문제점

등을 통하여 매매계약을 체결한다. 물론 이에 따라 대금을 지급하고, 콘텐츠를 제공하였다면 당사자들간에는 문제가 발생하지 않는다. 그러나 대금을 지급받았음에도 불구하고 콘텐츠를 제공하지 않은 사례가 빈번하게 발생하고 있지만, 그 해결은 쉽지 않다. 그 거래대상이 게임아이템인 경우에는 게임운영자에 대하여 권리구제를 요청하여 해결하는 방안이 가장 효과적인 방안이라고 할 수 있다. 그러나 게임사이트에서는 개인간 아이템거래를 금지하고 있으며, 적발시 일시 정지 등의 제재를 부과받기 때문에 게임운영자를 통한 구제는 사실상 곤란하다. 따라서 이 문제에 대한 해결방안의 모색은 가장 기본적으로 개인간 디지털콘텐츠거래를 허용할 것인가의 문제에 있다고 할 것이다. 물론 여기에서 말하는 디지털콘텐츠는 다운로드방식이 아닌 스트리밍방식의 디지털콘텐츠만을 의미한다. 만일 다운로드형 디지털콘텐츠에 대한 개인간 거래를 허용한다면 이는 콘텐츠저작권자가 가지는 저작권 재산권 중 전송권의 침해를 합법화하는 결과를 유발시키기 때문이다. 그럼 현행법상 스트리밍방식의 디지털콘텐츠에 대한 개인간 거래는 허용되는가? 현행법상 명문의 규정을 통하여 개인간 디지털콘텐츠거래를 금지하고 있는 법은 존재하지 않는다. 다만, “게임산업진흥에 관한 법률(이하 ‘게임법’)”에서는 누구든지 게임물의 이용을 통하여 획득한 유·무형의 결과물(점수, 경품, 게임 내에서 사용되는 가상의 화폐로서 대통령령이 정하는 게임머니²⁰⁾ 및 대통령령이 정하는 이와 유사

20) 게임산업진흥에 관한 법률 시행령에서는 게임머니 등의 유형에 대하여 게임물을 이용할 때 베팅 또는 배당의 수단이 되거나 우연적인 방법으로 획득된 게임머니, 이러한 게임머니의 대체 교환 대상이 된 게임머니 또는 게임아이템(게임의 진행을 위하여 게임 내에서 사용되는 도구를 말한다. 이하 같다) 등의 데이터, 게임제작업자의 컴퓨터프로그램을 복제, 개작, 해킹 등을 하여 생산·획득한 게임머니 또는 게임아이템 등의 데이터·법 제32조 제1항 제8호에 따른 컴퓨터프로그램이나 기기 또는 장치를 이용하여 생산·획득한 게임머니 또는 게임아이템 등의 데이터·다른 사람의 개인정보로 게임물을 이용하여 생산·획득한 게임머니 또는 게임아이템 등의 데이터·게임물을 이용하여 업으로 게임머니 또는 게임아이템 등을 생산·획득하는 등 게임물의 비정상적인 이용을 통하여 생산·획득한 게임머니 또는 게임아

한 것을 말한다)을 환전 또는 환전 알선하거나 재매입을 업으로 하는 행위를 금지행위 중 하나로 규정하고 있으며, 이를 위반한 경우 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다(동법 제32조 제1항 제7호, 제44조 제1항 제2호). 따라서 게임법에서는 아이템거래를 업으로 하는 경우만을 금지하고 있을 뿐 업으로 하지 않을 경우에 대해서는 금지하고 있지 않다. 그 결과 일반 개인간 디지털콘텐츠거래에 대하여 금지하고 있는 현행법이 없기 때문에 허용된다고 할 수 있다. 그러나 게임운영자는 약관을 통하여 개인간 거래를 금지하고 있으며, 이러한 약관에 대하여 공정거래위원회는 불공정하지 않다고 인정하고 있다. 그 결과 개인간 디지털콘텐츠거래가 허용되는지에 대하여 많은 논란이 제기되고 있으며, 이는 개인이 가지고 있는 디지털콘텐츠에 대한 권리의 성격이 무엇인가에 따라 달라진다. 즉, 이를 사이버 소유권의 한 형태로 보는 견해에 따르면 물권에 해당하기 때문에 그 양도성을 제한하는 약관은 물권의 양도성을 부정하는 것이기 때문에 불공정한 약관이라고 판단할 것이다. 반면에 그 권리를 채권으로 파악하는 견해에 따르면 채권의 경우 양도성이 인정되지만, 그 권리의 성질 또는 합의를 통하여 그 양도성을 제한할 수 있으며, 약관을 통한 양도성 제한 역시 합의에 의한 양도제한에 해당하기 때문에 불공정하지 않다고 판단할 수 있다. 이와 같이 디지털콘텐츠에 대한 개인간 거래에 대한 유효성 문제가 지속되고 있으며, 이와 더불어 이러한 계약에 있어서 채무불이행이 발생하였을 경우 그 권리구제가 쉽지 않다. 그렇다고 하여 이 문제는 개인간 문제이기 때문에 민법에 의하여 해결하여야 한다고 주장할 수 있지만, 민법 역시 이 문제를 해결하기에는 한계가 있다. 따라서 콘진법에서 개인간 디지털콘텐츠거래에서 발생하고 있는 제반문제점에 대하여 규정할 필요성이 있다.

이템 등의 데이터로 규정하고 있다(동 시행령 제18조의3).

V. 디지털콘텐츠 공정거래질서 확립을 위한 콘텐츠산업진흥법의 개선방향

1. 콘텐츠거래의 공정화를 위한 준거법의 선택 및 체계에 대한 개선방안

(1) 콘텐츠거래의 공정화를 위한 준거법의 선택문제

콘텐츠산업 및 거래분야에서의 공정한 거래질서의 확립을 위한 법제의 개선을 위한 첫 번째 방안으로 이러한 내용을 어느 법에서 규율할 것인가의 문제를 해결하여야 한다. 물론 콘진법에서 그 내용을 담는 것이 적합하다고 할 수 있지만, 앞에서 살펴본 바와 같은 문제점이 제기될 수 있기 때문에 이 방안을 비롯하여 다른 방안을 제시하고 각각의 장단점에 대한 분석을 진행할 필요가 있다. 그 방안으로는 첫째, 콘진법에 그 내용을 담고, 법명을 변경하는 방안이다. 둘째, 콘진법이 아닌 현재 공정거래질서의 확립을 규정하고 있는 공정거래법 등에서는 콘텐츠산업 분야에 관한 사항을 추가하는 방안이다. 셋째, 신법을 제정하여 콘텐츠산업 및 거래분야에서의 공정거래질서에 관한 사항을 규율하는 방안이다.

첫 번째 방안은 적극적 경쟁정책과 소극적 경쟁정책을 콘진법이라는 단일의 법에서 규율할 수 있다는 점에서 조망성 및 정책추진의 효과를 극대화할 수 있는 장점이 있다. 이러한 방식의 입법례가 바로 이러닝(전자학습)산업 발전 및 이러닝 활용 촉진에 관한 법률(이하 ‘전자학습법’)이다. 즉, 종전 전자학습법의 명칭은 이러닝(전자학습)산업발전법이었지만, 2011년 동법을 개정하여 그 법명을 현행과 같이 개정하였다. 즉, 구법에서는 이러닝산업의 활성화 및 소비자보호에 관한 사항을 포함하고 있었지만, 2011년 개정법에서는 그 내용을 강화

하였기에 종전의 법명으로 이를 나타내기에는 한계가 있었다. 따라서 법명에 ‘이러닝 활용 촉진’을 추가하여 법명에서 이러한 사항을 나타낼 수 있도록 하였다. 그럼 콘진법 역시 전자학습법을 모델로 하여 가칭 ‘콘텐츠산업진흥 및 콘텐츠 활용 촉진에 관한 법률’로 개정하는 것이 필요한가의 문제가 제기된다. 물론 ‘콘텐츠 활용 촉진’을 추가하였기 때문에 어느 정도 공정거래질서의 확립에 관한 사항을 내포하고 있다고 할 수 있다. 그러나 개정의 근본적인 취지가 반영되지 못하는 한계가 있다. 따라서 만일 콘진법을 개정하여 여기에 공정거래질서의 확립에 관한 사항을 규정한다고 한다면 그 사항이 법명에서 제시될 수 있는 방안으로 법명을 개정하는 것이 필요하며, ‘공정거래’라는 용어가 법명에 포함되는 것이 바람직할 것이다.

두 번째 방안은 현행 공정거래질서의 확립에 관한 사항을 규정하고 있는 공정거래법 등에서 콘텐츠산업에 관한 사항을 규정하기 때문에 조망성 및 규제의 효율을 강화할 수 있는 장점이 있다. 즉, 국가경제 질서의 공정화를 추구하는 공정거래법에서 이에 관한 사항을 추가할 경우 단일의 공정거래법에서 동일한 규제가 이루어지고 수범자의 입장에서 복수의 법에 따른 규제가 아닌 단일의 법에 따른 규제가 이루어지기 때문에 그 준수기준을 쉽게 알 수 있다. 또한 규제기관이 공정거래위원회로 단일화되며, 지원기관의 성격을 갖고 있는 미래창조과학부 또는 문화체육관광부보다 규제의 효율성을 높일 수 있다. 그러나 공정거래에 관한 일반법적 성격을 갖고 있는 공정거래법에 특수분야의 사항을 규정하는 것은 일반법이라는 성격을 변질할 수 있다. 또한 일반법이기 때문에 특수분야의 사항을 규율함에 있어서는 한계가 존재하게 되며, 그 결과 콘텐츠산업분야의 특수성이 정확하게 반영되지 못하는 결과가 발생할 수도 있다.

세 번째 방안은 콘텐츠산업 및 거래의 특성을 감안하여 이 분야의 공정거래질서의 확립만을 내용으로 하는 법이기 때문에 상기의 법제

1. 콘텐츠거래의 공정화를 위한 준거법의 선택 및 체계에 대한 개선방안

방식에서 발생하는 충분한 내용의 미포섭의 문제를 해결할 수 있는 장점을 가진다. 또한 콘진법 자체의 개정에 따른 지원과 규제가 하나의 법에서 이루어짐에 따른 문제 역시 간단하게 해소할 수 있는 장점을 가진다.

이와 같이 콘텐츠산업의 활성화를 위한 이 분야의 공정한 거래질서의 확립을 위한 법제 형식에 있어서는 크게 세 가지 방안을 제시할 수 있다. 각 방안 모두 나름의 장·단점을 가지고 있기 때문에 어느 하나의 방안을 채택하여야 한다고 단언하기는 곤란하다. 그러나 콘텐츠시장의 특성을 감안하고, 이에 따른 공정한 거래질서의 확립을 위해서는 두 번째 방안보다는 첫 번째 방안 또는 세 번째 방안을 택하는 것이 보다 바람직하다고 판단된다. 다만, 이하에서의 제언은 첫 번째 방안을 전제로 하여 서술하며, 이러한 내용을 종합하여 독자적인 법제 방안으로 나아갈 경우에는 세 번째 방안에 해당하게 된다.

(2) 콘진법의 체계에 대한 개선방안

현행 콘진법의 범명을 개정하고, 동법에 공정거래질서의 확립에 관한 사항을 추가할 경우 그 법 체계는 어떠한 방식으로 구성하는 것이 바람직할 것인가의 문제가 제기된다. 즉, 현행 콘진법 역시 콘텐츠의 유통과정별로 그 내용을 구성하고 있다. 즉, 제작, 유통 및 이용단계로 구분하여 각 단계에 적합한 내용으로 콘진법을 구성하고 있다. 물론 그 내용의 대다수는 공정거래질서에 관한 사항이 아닌 사업자에 대한 지원으로 구성되어 있다. 그럼 이러한 체계를 그대로 유지하면서 각 단계별로 공정거래질서의 확립에 관한 사항을 추가적으로 규정하는 방안으로 법 체계를 구성할 것인가 아니면 지원 부분과 공정거래질서의 확립 부분으로 구분하고, 각 영역별로 다시 거래의 단계별로 구성하는 방안으로 법 체계를 구성할 것인가의 문제가 제기된다.

전자의 방안의 장점으로는 현행 콘진법의 체계를 그대로 유지한다는 점과 거래단계별로 지원과 공정거래에 관한 사항을 동시에 규정하기 때문에 수범자의 입장에서는 그 내용을 쉽게 파악할 수 있다는 장점이 있다. 반면에 단점으로는 지원과 규제에 관한 내용이 동시에 규정됨으로 인하여 이질적인 내용이 동일한 부분에서 규율된다는 문제점이 지적될 수 있다. 또한 공정거래질서는 각 단계별로 규율하는 것도 중요하지만, 궁극적인 것은 전체 시장질서에서의 공정거래질서이기 때문에 각 부분별로 독립적으로 규정하기 보다는 규정의 성격을 구분하여 각 영역별로 규정하는 것이 이러한 입법목적을 달성함에 있어서 더 효율적이라는 비판이 제기될 수 있다. 후자의 방안은 전자의 방안에 대한 장점이 단점으로 제적될 수 있으며, 전자의 단점이 후자의 장점으로 지적될 수 있다. 이와 같이 두 가지 방안 모두 장단점을 갖고 있기 때문에 어느 한 방안이 더 뛰어나다고 단언하기는 곤란하지만, 후자의 방안이 입법목적의 달성에 있어서 더 효과적일 것이라고 생각한다. 즉, 동일한 성격을 갖는 규정을 하나의 장에서 포괄적으로 규정하여 사업자에 대한 종합적 지원과 더불어 시장거래질서 전반에서 공정한 거래질서를 추구하는 것이 더 효과적이라고 판단하기 때문이다.

이와 같이 후자의 방식을 취하였을 경우 현행 콘진법의 체계는 근본적인 변화가 이루어져야 한다. 즉, 현행 체계는 총 9장의 체계로 구성되어 있으며, 그 핵심은 제2장부터 제6장까지이다. 제6장은 분쟁조정이기 때문에 여기에서 제2장부터 제5장까지의 내용만을 대상으로 한다. 따라서 후자의 입법체계를 취할 경우에는 제2장부터 제5장까지의 총 4개의 장은 두 개의 장으로 축소되어야 한다. 즉, 제2장은 가칭 ‘콘텐츠산업의 기반조성 및 콘텐츠 유통의 합리화’라는 표제하에 현행 제2장, 제3장, 제4장 및 제5장의 내용 중 콘텐츠산업의 기반조성 등 사업자에 대한 지원부분에 관한 사항을 포괄적으로 규정한다. 물론 제2장에는 다시 수개의 절을 신설하여 제작, 기반조성, 유통의 합리화에

1. 콘텐츠거래의 공정화를 위한 준거법의 선택 및 체계에 대한 개선방안

관한 사항을 규정한다. 그리고 제3장에서는 가칭 ‘콘텐츠거래에서의 공정거래질서 확립 및 이용자보호’라는 표제하에 현행 제2장 등에서 규정하고 있는 공정거래질서 및 이용자보호에 관한 내용을 규율함과 더불어 현행 콘진법에서 규정하고 있지 않는 공정거래질서의 확립에 관한 사항을 추가한다. 제3장 역시 세부적으로 절을 신설하여 각 거래단계별 공정거래질서 및 이용자보호에 관한 사항을 개별 절에서 규정한다. 마지막으로 제4장에서는 가칭 ‘손해배상 및 피해구제’라는 표제하에 제2장 및 제3장을 위반하여 상대방에게 피해가 발생할 경우 그 손해배상에 대한 특칙과 더불어 피해구제에 관한 절차를 규정한다. 그 내용으로 손해배상책임에 대한 특칙을 비롯하여 조정 이외에 집단적 피해를 구제할 수 있는 방안에 대하여 규정한다.

<표-14> 콘텐츠산업진흥법 체계 개선안

현행	개선안	비고
제1장 총칙 제2장 콘텐츠제작의 활성화 제3장 콘텐츠산업의 기반 조성 제3장의2 콘텐츠공제조합 제4장 콘텐츠의 유통 합리화 제5장 이용자의 권익 보호 제6장 분쟁조정 제7장 보칙 제8장 벌칙	제1장 총칙 제2장 콘텐츠산업의 기반조성 및 콘텐츠 유통의 합리화 제3장 콘텐츠거래에서의 공정거래질서 확립 및 이용자보호 제4장 손해배상 및 피해구제 제5장 보칙 제6장 벌칙	현행 제3장의2 콘텐츠공제조합은 제5장 보칙에 포함

2. 디지털콘텐츠 제작단계에서의 공정거래질서 확립을 위한 법제의 개선방향

(1) 하도급법의 준용

디지털콘텐츠제작단계에서의 공정거래질서의 확립을 위한 법제 개선의 중심은 하도급방식에 의하여 이루어지는 콘텐츠제작에 있어서 해당 하도급계약의 공정성을 확보하는 것이다. 물론 하도급거래에 있어서 공정화를 목적으로 제정된 법으로는 하도급법이 존재한다. 이와 관련하여 제작단계에서의 공정화를 추구하기 위한 법제 개선방안으로 두 가지 방안을 제시할 수 있다. 첫째는 콘진법에 별도의 규정을 신설하는 것 대신에 하도급법을 준용하고, 그 이외의 사항에 대하여만 신설하는 방식이다. 둘째는 하도급법을 준용하지 않고 독자적으로 콘진법에서 그 전체 내용에 대하여 새롭게 규정하는 것이다. 이 중 어느 방안을 채택할 것인지는 입법정책적인 문제이다. 다만, 여기에서 제안하고자 하는 방식은 전자의 방안이다. 즉, 이미 하도급 분야에서의 공정화를 추구하기 위해 하도급법이 존재함에도 불구하고 다시 별도로 이에 관한 내용을 규정하는 것은 법 내용의 중복성의 문제를 야기할 수 있다. 물론 콘진법에서 이를 전부 규정할 경우 수범자인 콘텐츠사업자가 하나의 법만으로 규율내용 전부를 파악할 수 있다는 장점은 있지만, 법 적용의 문제는 동일하기 때문에 독자적으로 규정하기 보다는 하도급법을 준용하는 것이 바람직할 것이다. 그러나 하도급법을 준용하다고 하더라도 그 내용 전부를 그대로 준용할 경우에는 콘텐츠산업의 특성을 반영하지 못하는 결과를 유발할 수 있다. 따라서 현행 하도급법의 내용 중 콘텐츠산업 분야에 적용될 수 있는 규정을 먼저 분석하고, 준용규정을 선정하는 작업이 선행되어야 할 것이다. 그럼 콘텐츠산업분야의 하도급계약에 적용될 수 있는 하도급법의

규정은 어떠한 것이 있는가? 먼저, 계약서의 발급 및 서류의 보존(제3조)에 관하여는 모든 하도급계약에 동등하게 적용되어야 하기 때문에 일응 반드시 포함될 사항이다. 둘째, 계약내용의 공정화를 위하여 표준계약서의 적성 및 사용에 관한 규정(제3조의2) 역시 준용할 필요가 있다고 할 수 있지만, 현행 콘진법에서 표준계약서에 관한 사항을 규정하고 있기 때문에 이는 배제하더라도 문제가 없다고 할 것이다. 셋째, 부당한 특약의 금지(제3조의4)는 수급사업자의 이익보호에 필수적인 사항이기 때문에 준용이 필요하다. 넷째, 부당한 하도급대금의 결정 금지(제4조), 물품 등의 구매강제 금지(제5조), 선지급금의 지급(제6조)에 관한 사항은 콘텐츠제작의 하도급계약에도 준용되어야 할 사항이다. 다섯째, 내국신용장의 개설(제7조)은 디지털콘텐츠제작에 있어서 적용가능성이 낮기 때문에 준용의 필요성은 적다고 할 것이다. 여섯째, 부당한 위탁취소의 금지 등(제8조), 검사의 기준·방법 및 시기(제9조), 부당반품의 금지(제10조), 감액금지(제11조), 물품구매대금 등의 부당결제청구의 금지(제12조), 경제적 이익의 부당요구 금지(제12조의2), 기술자료 제공요구금지 등(제12조의3), 하도급대금의 지급(제13조), 하도급대금의 직접 지급(제14조), 설계변경 등에 따른 하도급대금의 조정(제16조), 원자료의 가격 변동에 따른 하도급대금의 조정(제16조의2), 부당한 대물변제의 금지(제17조), 부당한 경영간섭의 금지(제18조), 보복조치의 금지(제19조)에 관한 규정은 콘텐츠산업부분에도 적용되어야 하는 내용이기 때문에 이에 관한 규정은 준용할 필요가 있다.

(2) 콘텐츠산업의 특수성에 따라 추가되어야 할 사항

하도급계약에서의 공정화를 추구하는 하도급법은 유체재화의 제작을 주된 규율대상으로 한다. 물론 용역에 대하여 포함하고 있지만, 그 역시 유체의 형태를 전제로 하기 때문에 무체형태의 콘텐츠를 제작하는

것을 목적으로 하는 콘텐츠제작의 하도급의 특성이 가미되지 않았다. 물론 하도급법은 하도급 전반에 있어서 공정화를 추구하기 때문에 상기에서 살펴본 바와 같이 대부분의 규정은 이 부분에도 적용될 필요가 있다. 그러나 콘텐츠 제작의 특수성은 고려되지 않았기 때문에 이 부분에 대해서는 콘진법에서 특칙으로 정할 필요가 있으며, 그 내용으로는 크게 지식재산권의 양도금지, 콘텐츠품질인증제도의 도입, 기술자료 등의 보관을 위한 공탁기관의 설립 등이 제시될 수 있다.

1) 지식재산권의 양도금지

콘텐츠 제작의 경우 다른 재화에 대한 제작과 달리 수급사업자의 지적 활동의 산물이며, 그 전부라고 하더라도 과언은 아닐 정도이다. 물론 수급사무의 처리 도중에 취득한 지식재산이기 때문에 원사업자는 당연히 그 지식재산까지 귀속되는 것을 주장할 수 있을 것이다. 그러나 수급사무의 주된 내용은 일의 완성이지 그 과정에서 수급사업자가 취득한 지식재산까지 포함된 것은 아니다. 따라서 일의 완성물인 콘텐츠와 이에 대한 권리는 구분하여야 할 것이다. 그러나 제작된 콘텐츠를 제공하는 것은 이에 따른 저작재산권의 양도를 전제로 한다. 이는 콘텐츠제작에 관한 도급계약의 본질적인 요소에 해당한다고 할 것이다. 그러나 당해 콘텐츠에 대한 저작재산권을 양도하더라도 이를 활용하여 2차적 저작물을 생성하거나 다른 상품으로 활용하는 것에 대해서는 원칙적으로 도급계약의 범주에 포함되지 않는다고 할 것이다. 따라서 이러한 권리는 원칙적으로 수급사업자가 보유하는 것으로 규정하는 것이 필요하다. 다만, 이러한 권리 역시 저작재산권이기 때문에 전혀 양도가 불가능한 것은 아니다. 따라서 이에 대해서는 별도의 합의를 요구함과 동시에 이에 대한 계약은 하도급계약 체결시점이 아닌 그 이후의 시점에 이루어진 합의만을 유효로 인정할 필요가 있다. 즉, 하도급계약과 동시에 체결하더라도 그 효력을 인정할 경우

사실상 원사업자는 하도급계약의 체결시 이에 관한 사항을 포함한 계약서로 계약을 체결할 것이며, 상대적 약자의 지위에 있는 수급사업자가 이를 거절하는 것은 사실상 기대하기 곤란하기 때문이다.

2) 콘텐츠품질인증제도의 도입

콘텐츠제작의 하도급계약의 종료는 수급사업자가 개발한 콘텐츠를 원사업자에게 납품하는 것이며, 최종적으로 종료하기 위해서는 검사 절차를 거쳐야 한다. 물론 이에 대해서는 하도급법에서 규정하고 있으며, 양 당사자가 협의하여 객관적이고, 공정, 타당하게 정하도록 규정하고 있다. 그러나 이러한 추상적 기준만으로 공정성 및 객관성을 담보하기란 그리 쉽지 않다. 그 결과 원사업자의 주관에 의하여 검사 결과가 결정될 수 있다는 문제점이 있다. 그렇다면 제작된 콘텐츠가 계약내용대로 개발되었는지, 그 자체에 하자가 없는지를 객관적으로 판단해 줄 수 있는 기관이 존재하고 그 기관에 의한 인증을 받았다고 한다면 검사를 통과한 것으로 보는 제도를 만들어갈 것이 요구된다. 그리고 만일 이러한 인증을 받았음에도 불구하고 원사업자가 검사에 불합격으로 평가할 경우에는 다시 인증기관의 평가를 통하여 불합격 사유의 정당성을 판단하여 그 불합격 사유가 타당하지 않을 경우 검사에 통과한 것으로 인정하는 것이 필요하다. 이를 위해서 필요한 것이 바로 콘텐츠품질인증제도²¹⁾와 이를 전담할 인증기관의 설립이다.

21) 콘텐츠품질인증제도에 대해서는 문화산업진흥기본법상 문화상품에 대한 품질인증제도(동법 제12조 제4항 내지 제6항)와 이러닝(전자학습)산업 발전 및 이러닝 활용 촉진에 관한 법률상 이러닝 품질인증제도(동법 제13조)가 있다. 그러나 문화상품 품질인증제도에 대해서는 불합리한 규제의 합리화를 위하여 2014년 12월까지 동법 시행령을 개정하여 동 제도를 폐지하기로 결정하였다(공정거래위원회, “보도자료 : 2013년 경쟁제한적 규제 개선방안 확정”, 2013.12.17, 9면). 즉, 문화상품에 대한 품질인증기관 지정제도를 두고 있으나, 법정기관인 한국콘텐츠진흥원 외 품질인증기관 지정 및 품질인증 시행 사례가 없다. 따라서 품질인증 제도가 사문화되어 정부 차원의 인위적인 지정제도가 불필요하므로 현행 제도를 폐지하기로 결정한 것이다. 그러나 문화산업진흥기본법상 문화상품에 대한 품질인증제도를 폐지하더라도

물론 콘진법에서도 인증제도를 도입하고 있지만, 콘텐츠 그 자체에 대한 품질인증이 아닌 콘텐츠제공서비스에 대한 품질인증이다. 따라서 여기에서 제안하는 내용과 다른 인증제도이다. 또한 이러한 콘텐츠품질인증제도는 후술하는 콘텐츠의 담보화를 위한 전제조건이기도 하다.²²⁾ 이에 대해서는 후술한다.

3) 기술자료 등의 공탁제도의 도입

콘텐츠는 단순한 기술정보로 구성된 경우와 매우 복잡한 기술정보의 결합으로 구성된 경우로 구분할 수 있다. 특히, 후자의 경우 납품 당시에는 하자가 없었지만, 추후 하자가 발생한 경우 원사업자는 수급사업자에게 하자담보책임을 주장하여 콘텐츠의 보수 등을 청구할 수 있다. 그러나 이는 수급사업자가 계속적으로 존재할 경우의 문제이다. 즉, 영세 수급사업자의 경우 그 사업의 지속 여부를 단정할 수 없으며, 추후 콘텐츠에 하자가 발생한 경우 원사업자는 그 하자를 치유할 수 없다는 문제점이 발생한다. 물론 콘텐츠의 납품시 기술정보를 제공하도록 요청하여 수급사업자가 그 기술정보를 제공하였다면 수급사업자가 존재하지 않더라도 간편하게 하자를 보수할 수 있게 된다. 그러나 하도급법에서는 기술자료의 제공을 원칙적으로 금지하고 있기 때문에 수급사업자에게 기술정보의 제공을 요구할 수 없다. 그럼 이 문제를 어떠한 방식으로 해결하여야 하는가?²³⁾ 물론 기술정보의

콘텐츠품질인증제도의 운영은 필요하다. 즉, 하도급계약에서의 원사무업자의 부당한 검수를 비롯하여 콘텐츠의 유통 및 이용에 있어서 콘텐츠의 하자문제를 객관적인 기준 또는 제3자가 확인할 수 있는 제도적 장치는 필요하다. 따라서 콘진법 차원에서 이를 규정할 필요가 있다고 할 것이다.

22) 이더닝법에서는 이더닝사업자 및 이더닝제품에 대한 인증을 규정하고 있으며, 정부는 인증받은 제품에 대하여 중소기업제품 구매촉진 및 판로지원에 관한 법률 제 13조에 따른 우선구매를 공공기관에 요청할 수 있다(동법 제13조).

23) 이에 대한 해결방안으로 저작권법에서 정하고 있는 프로그램코드역분석을 활용할 수 있을 것이다. 즉, 저작권법에서는 정당한 권한에 의하여 프로그램을 이용하는 자 또는 그의 허락을 받은 자는 호환에 필요한 정보를 쉽게 얻을 수 없고 그

제공을 금지한 취지는 원사업자가 수급사업자의 노하우 등 지식재산을 무단으로 활용하는 것을 방지하기 위함이기 때문에 콘진법에서 이에 대한 예외를 규정하는 것은 타당하지 않다. 따라서 이에 대한 해결방법으로 다음과 같은 방안을 제시할 수 있다. 즉, 수급사업자가 기술정보를 원사업자에게 제공할 경우 상기의 문제점이 발생할 수 있지만, 원사업자의 입장에서는 콘텐츠의 하자를 보수할 수 있는 여건이 조성될 필요가 있다. 따라서 양자의 입장을 고려하여 수급사업자가 원사업자에게 기술정보를 제공하는 것이 아닌 공신력있는 제3자에게 기술자료를 공탁하고, 추후 두 가지 요건이 충족될 경우에 한하여 원사업자는 공탁기관에게 기술자료의 제공을 요구하도록 하는 것이다. 그 조건으로는 콘텐츠에 대한 하자가 발생하였고, 그 하자를 치유하기 위하여 기술정보가 필요할 것이 첫 번째 조건이다. 다음 두 번째 조건으로 이러한 하자보수가 필요하다고 하더라도 수급사업자가 직접 하자보수를 할 수 있는 경우에는 기술자료의 제공이 인정되지 않아야 하며, 수급사업자가 직접 하자보수를 할 수 있는 경우에 한하여 이를 인정하여야 할 것이다. 물론 이를 위해서는 임치한 기술정보를 유출하거나 다른 용도로 사용하는 것을 절대적으로 금지하여야 할 것이며, 이를 뒷받침할 수 있는 공신력을 갖춘 기관으로 한정하여야 할 것이다. 이와 더불어 공탁기관의 요건으로는 수급사업자가 제공한 기술정보가 당해 콘텐츠에 관한 정보에 해당하는지의 여부 등을 판단할 수 있는 전문능력을 갖추는 것이 요구된다. 즉, 단순히 수급사업자가 제공한 정보를 검사없이 보관하는 경우 수급사업자의 악의적인 행위,

획득이 불가피한 경우에는 해당 프로그램의 호환에 필요한 부분에 한하여 프로그램의 저작권자의 허락을 받지 아니하고 프로그램코드역분석을 할 수 있도록 하고 있다. 다만, 프로그램코드역분석을 통하여 얻은 정보는 호환 목적 외의 다른 목적을 위하여 이용하거나 제3자에게 제공하는 경우, 프로그램코드역분석의 대상이 되는 프로그램과 표현이 실질적으로 유사한 프로그램을 개발·제작·판매하거나 그 밖에 프로그램의 저작권을 침해하는 행위에 이용하는 경우에는 이를 이용할 수 없다(동법 제101조의4).

즉 당해 콘텐츠와 무관하거나 일부의 기술정보만을 제공함으로써 사실상 공탁의 의미를 퇴색하게 하는 결과를 초래할 수 있기 때문에 수급사업자가 제공한 기술정보가 이에 합당한 정보인지를 판단할 수 있는 기관으로 한정하여야 함은 당연하다고 할 것이다.

3. 디지털콘텐츠 유통단계에서의 공정거래질서 확립을 위한 법제의 개선방향

(1) 디지털콘텐츠유통방식에 따른 법제 개선

콘텐츠의 유통은 콘텐츠개발자와 콘텐츠사업자간의 관계이지만, 그 유통방식은 단일의 방식에 의하여 이루어지는 것이 아니라 위탁매매 또는 중개방식에 의하여 이루어진다. 따라서 콘텐츠의 유통단계에서의 공정거래질서의 확립을 위해서는 이것 역시 각 유통방식에 따라 이에 적합한 법제 개선방안이 마련되어야 한다. 이 중 위탁매매의 방식에 대해서는 대규모유통업법의 준용문제에 해당하기 때문에 여기에서는 중개방식만을 언급한다. 중개방식에 의한 콘텐츠유통은 중개업자와 콘텐츠개발자간의 계약에 의하여 이루어지며, 주로 오픈마켓을 통한다. 이러한 오픈마켓은 앱(App) 기반의 모바일 오픈마켓과 웹(www) 기반의 오픈마켓으로 구분할 수 있다. 양자를 구분하는 이유는 접속 기기의 차이를 비롯하여 운영자의 지위 내지는 역할에 있어서 차이가 있기 때문이다. 전자의 경우 스마트 폰 등 이동통신기기로 접속하지만, 후자의 경우 pc를 통하여 접속한다. 또한 전자의 경우 운영자가 콘텐츠의 품질에 대한 검수 및 거래전반에 있어서 주도적 역할을 담당하지만, 후자의 경우 유체재화에 대한 오픈마켓과 같이 운영자의 역할은 그리 크지 않다. 특히, 전자의 경우 콘텐츠사업자가 각종 법령에서 요구하는 의무를 이행하기 위해서는 운영자의 조력이 필수적이라는 점에서 특징을 갖는다. 또한 최근의 디지털콘텐츠에 대한 거래가

주로 모바일 오픈마켓을 통하여 이루어지고 있으며, 이 시장은 소수의 글로벌 사업자에 의하여 운영되고 있다는 점은 콘텐츠유통단계에서의 공정거래질서의 확립이 매우 필요하다는 것을 보여준다. 그럼 중개방식의 유통단계에서 콘텐츠거래의 공정화를 위해서는 어떠한 법제 개선이 이루어져야 하는가? 이를 계약의 단계별로 제시하면 다음과 같다.

1) 중개계약의 체결단계에서의 공정거래질서 확립방안

오픈마켓을 통하여 콘텐츠를 판매하기 위해서는 기본적으로 운영자와 콘텐츠사업자간의 중개계약이 체결되어야 한다. 물론 이러한 계약에서는 계약자유 원칙에 따라 계약체결 여부는 운영자의 자유이며, 그 내용결정의 자유를 갖는다. 그러나 이 분야의 시장이 소수의 운영자에 의하여 지배되고 있으며, 이들의 지위는 공정거래법상 시장지배적 사업자²⁴⁾에 해당한다고 하더라도 과언은 아니다. 물론 이러한 운영자가 공정거래법상 시장지배적 사업자에 해당하는지의 여부를 판단하기 위해서는 해당 시장의 범위가 확정되어야 하며, 그 점유율 등이 산정되어야 한다. 그러나 현재 이에 대한 판단이 존재하지 않기 때문에 운영자가 시장지배적 사업자에 해당한다고 단언할 수 없지만, 현실적으로 모바일 오픈마켓의 경우 운영자의 지위는 시장지배적 사업자의 지위 그 이상이라고 할 수 있다. 따라서 사실상 시장을 지배하고 있는 운영자의 불공정행위를 방지하기 위하여 공정거래법상 시장

24) 공정거래법상 시장지배적 사업자는 일정한 거래분야의 공급자나 수요자로서 단독으로 또는 다른 사업자와 함께 상품이나 용역의 가격·수량·품질 기타의 거래조건을 결정·유지 또는 변경할 수 있는 시장지위를 가진 사업자를 말한다. 이러한 시장지배적 사업자를 판단함에 있어서는 시장점유율, 진입장벽의 존재 및 정도, 경쟁사업자의 상대적 규모등을 종합적으로 고려한다(동법 제2조 제7호). 또한 일정한 거래분야에서 1사업자의 시장점유율이 100분의 50 이상 또는 3 이하의 사업자의 시장점유율의 합계가 100분의 75 이상(시장점유율이 100분의 10 미만인 자를 제외)에 해당하는 사업자(일정한 거래분야에서 연간 매출액 또는 구매액이 40억원 미만인 사업자는 제외한다)는 시장지배적 사업자로 추정한다(동법 제4조).

지배적 사업자에 대한 금지행위²⁵⁾를 운영자에 대하여도 적용할 필요성이 있다. 그러나 공정거래법상 시장지배적 사업자에 대한 금지행위로 계약체결 그 자체와 관련하여서는 규정되어 있지 않다. 따라서 사업자의 계약체결의 자유에 대하여 일정부분 제한을 가할 필요가 있다. 그 금지행위를 제시하면 다음과 같다. 첫째, 운영자가 제시하는 요건을 충족하였음에도 불구하고 합리적인 이유없이 계약체결을 거부하는 행위이다. 즉, 모바일 오픈마켓에 디지털콘텐츠를 게시하기 위해서는 운영자가 설정한 기준요건을 충족하여야 한다. 콘텐츠개발자가 이러한 운영자의 요건을 충족하였음에도 불구하고 합리적 이유없이 중개계약의 체결을 거절할 경우 콘텐츠개발자의 판로는 사실상 막히게 된다. 따라서 운영자가 합리적 이유없이 중개계약의 체결을 거절하는 행위를 금지할 필요가 있다. 둘째는 구속조건부 계약의 체결을 강요하는 행위이다. 즉, 모바일 오픈마켓의 시장은 애플과 구글이 독점하고 있다고 하더라도 과언은 아니다. 따라서 콘텐츠개발자는 양사업자 중 어느 한 사업자와 중개계약을 체결하여야 하지만, 어느 한 사업자와 계약을 체결하였다고 하여 다른 사업자와의 중개계약체결을 절대적으로 금지하는 행위는 합리적인 제약이라고 할 수 없다. 물론 정보처리장치가 동일하다면 양사가 동일시장에서 경쟁관계에 있기 때문에 당해 콘텐츠에 대하여만 구속조건부 계약을 체결하는 것은 합리성이 인정될 수 있다. 그러나 각 사업자가 운영하는 모바일 앱은 그 접속을 위한 정보처리장치가 상이하기 때문에 해당 콘텐츠에 대한 구속조건부 계약 그 자체는 합리성이 없다. 또한 해당 콘텐츠뿐만 아니

25) 공정거래법에서는 그 금지행위로는 상품의 가격이나 용역의 대가(이하 “가격”이라 한다)를 부당하게 결정·유지 또는 변경하는 행위, 상품의 판매 또는 용역의 제공을 부당하게 조절하는 행위, 다른 사업자의 사업활동을 부당하게 방해하는 행위, 새로운 경쟁사업자의 참가를 부당하게 방해하는 행위 또는 부당하게 경쟁사업자를 배제하기 위하여 거래하거나 소비자의 이익을 현저히 저해할 우려가 있는 행위를 규정하고 있다(동법 제3조의2 제1항).

라 콘텐츠개발자가 개발하는 모든 콘텐츠에 대하여 자신의 앱에서만 판매하도록 하는 행위는 반드시 금지되어야 할 행위 중 하나이다. 셋째, 콘텐츠사업자가 중개업자와 중개계약을 체결한 것은 중개업자의 중개행위로 인하여 콘텐츠를 이용자에게 판매하기 위함이다. 그러나 현재 중개는 이중중개로 이루어지고 있다. 즉, 국내 중개업자가 다시 글로벌 중개업자에게 중개위탁을 하여 콘텐츠를 판매하고 있다. 물론 국내 중개업자의 중개수수료 중 일부가 글로벌 중개업자에게 지급된다고 한다면 콘텐츠사업자가 부담하는 중개수수료는 동일하기 때문에 문제는 없다고 할 것이다. 그러나 이러한 이중중개에 있어서 중개수수료는 콘텐츠사업자가 이중으로 부담하고 있다. 즉, 글로벌 사업자가 그 대금의 30%를 중개수수료로 징수하고, 다시 국내 중개업자가 대금의 70%에서 30%로 해당하는 금액을 중개수수료로 징수하고 있다. 그 결과 콘텐츠사업자가 중개수수료로 부담하는 금액은 전체 대금의 51%이며, 이는 콘텐츠판매로 인한 수익의 대부분이 콘텐츠사업자에게 귀속되는 것이 아니라 중개업자에게 귀속되는 결과가 발생하고 있다. 그러나 이중중개의 경우 국내 중개업자의 중개행위의 존재 여부가 문제될 수 있다. 즉, 글로벌 사업자의 앱을 통하여 판매하기 때문에 사실상 국내 중개업자의 중개행위는 사실상 존재하지 않는다고 할 수 있다. 그럼에도 불구하고 글로벌 중개업자와 동일한 중개비율을 징수하는 것은 합리적인 이유가 있다고 할 수 없다. 이러한 문제의 근본적인 이유는 이중중개에 있으므로 중개업자와 중개계약을 체결하였을 경우 중개업자가 직접 중개하지 않고 다시 중개계약을 체결하는 방식에 대해서는 중개의뢰자인 콘텐츠사업자의 명시적인 동의와 더불어 그 중개수수료에 대한 합리적 산정에 관한 기준을 규정할 필요가 있다.²⁶⁾

26) 유체재화에 대한 통신판매중개에 있어서도 이중중개가 존재한다. 즉, 오픈마켓에 상품판매에 관한 중개계약을 체결하고, 다시 오픈마켓에서 가격비교 사이트에 통신판매중개를 의뢰할 경우 동일한 상품판매에 대한 이중중개가 존재하게 된다.

2) 중개수수료의 결정 및 조정

중개수수료는 중개계약에 있어서 대금에 해당하며, 이에 대해서는 당사자간의 합의를 통하여 정하는 것이 원칙이다. 물론 공정거래법에서는 시장지배적 사업자의 상품의 가격이나 용역의 대가를 부당하게 결정·유지 또는 변경하는 행위, 부당한 공동행위를 통하여 가격을 결정·유지 또는 변경하는 행위를 금지하고 있다. 그러나 가격결정에 대한 통제를 하기 위해서는 중개업자가 시장지배적 사업자에 해당하거나 다른 사업자와의 담합이 존재하여야 한다. 그러나 모바일 오픈마켓의 경우 이에 해당한다고 보기 어렵기 때문에 사실상 중개수수료 결정문제에 대하여 접근하기란 그리 쉬운 문제가 아니다. 그러나 대가 결정의 자유가 인정된다고 하더라도 추후 시장환경 등의 변화가 존재할 경우에도 종전의 대가를 그대로 유지하는 것은 적절하지 않다. 즉, 콘텐츠를 처음 앱에 게시할 당시에는 상품성 등에 대하여 확정되지 않았기 때문에 일반적인 거래기준을 적용하였다고 하더라도 추후 상품성이 인정되어 다수의 이용자가 이를 구매하고 있다고 한다면 중개수수료에 대한 기준은 변경될 수 있어야 한다. 또한 중개수수료의 기준이 동종 업계의 관행수준으로 책정하였을 경우 동종 업계의 관행이 인하여졌을 경우 이에 대한 조정 역시 불가피하다. 그럼에도 불구하고 가격문제이기 때문에 전적으로 당사자의 합의에 의존하게 한다면 사실상 중개업자의 불공정한 가격결정을 인정하게 되는 결과를 유발하게 된다. 따라서 가격산정에 대한 자유를 인정하더라도 추후 경제환경 등의 변화에 따라 현행 가격 기준이 적당하지 않을 경우 이에 대한 변경신청권을 중개의뢰자인 콘텐츠사업자에게 부여하는 것이 필요하다.

3) 대금의 정산

콘텐츠사업자가 앱을 통하여 콘텐츠를 판매하고, 이용자로부터 그 대금을 직접 지급받는다고 한다면 정산의 문제는 크지 않다. 즉, 중개업자와 약정한 시기에 정산을 하지 않을 경우 더 이상 앱에서 콘텐츠 거래가 불가능하기 때문이다. 그러나 현재의 시스템은 중개업자가 이용자로부터 대금을 지급받고, 일정한 정산주기별로 수수료를 제외한 나머지 금액을 콘텐츠사업자에게 지급하는 방식이다. 따라서 콘텐츠를 판매하였음에도 불구하고 대금을 추후에 받게 되며, 그 정산시기 역시 합의를 통하여 정하는 구조로 되어 있다. 그러나 중개업자가 그 정산시기를 더 늦출 경우 이에 따른 이자수익이 부대수입으로 발생하게 되며, 콘텐츠사업자는 그 대금을 늦게 받음으로써 유동성 자금위기에 직면할 수 있다. 따라서 대금정산의 불공정성 문제는 이 분야에서의 주된 문제점 중의 하나이다. 그러므로 유통단계에서의 공정거래질서의 확립을 위해서는 반드시 대금정산시기에 대하여 규정할 필요가 있다. 그러나 이를 일률적으로 정할 경우 현실을 감안하지 못한 입법으로 비난에 직면할 수 있다. 즉, 정산의 대상인 대금은 이용자가 지급한 것이다. 물론 이용자가 동일한 결제수단으로 이를 지급한다면 그 정산시기에 대하여 일률적으로 정할 수 있다. 그러나 대부분의 중개업자가 다양한 결제수단을 통한 대금결제를 인정하고 있으며, 이에 따라 중개업자가 그 대금을 지급받는 시기 역시 상이하다. 예를 들어, 사이버 캐시 또는 상품권 등을 통하여 대금을 결제 받은 경우 그 발행자에게 즉시 현금지급을 청구할 수 있다. 그러나 신용카드 또는 통신과금서비스²⁷⁾로 대금을 결제할 경우 일정기간이 지난 후에 대금을

27) 통신과금서비스란 정보통신서비스로서 타인이 판매·제공하는 재화 또는 용역(이하 “재화등”이라 한다)의 대가를 자신이 제공하는 전기통신역무의 요금과 함께 청구·징수하는 업무 또는 타인이 판매제공하는 재화등의 대가가 이러한 업무를 제공하는 자의 전기통신역무의 요금과 함께 청구·징수되도록 거래정보를 전자적

지급받는다. 이와 같이 중개업자가 대금을 지급받는 시기가 상이하기 때문에 이러한 차이점을 감안하여 그 정산시기를 정할 필요가 있다.

4) 합리적 대금정산을 위한 거래사실인증제도의 이용청구권

콘텐츠사업자와 중개업자간의 가장 핵심적인 쟁점은 대금정산이다. 이 문제 중 정산시기에 대해서는 앞에서 언급하였기 때문에 생략하고 여기에서는 대금정산의 기초자료인 콘텐츠거래실적에 관한 사항만 언급하고자 한다. 즉, 중개업자가 정산할 대금은 이용자에게 판매한 금액 전체이다. 그러나 그 거래실적에 관한 자료에 대해서는 전적으로 중개업자가 가지고 있다. 따라서 중개업자가 제시한 거래실적을 기준으로 총 거래대금을 정하고, 그 중 중개수수료를 제외한 나머지 금액만을 지급받게 된다. 그러나 중개업자가 제시한 거래실적이 정확한 것인가를 콘텐츠사업자가 확인하는 것은 사실상 불가능하다. 따라서 그 거래실적이 정확한 것인가에 대하여 콘텐츠사업자는 의문을 가질 수밖에 없지만, 그 증명이 곤란하기 때문에 중개업자가 제시한 거래실적을 받아들일 수밖에 없다. 물론 이를 객관적으로 증명할 수 있는 방법이 없다고 한다면 이를 중개업자에게 요구하는 것은 부당하다. 그러나 이미 콘진법에서는 거래사실인증제도를 두고 있기 때문에 이를 통하여 거래실적으로 객관적으로 증명할 수 있다. 그러나 콘진법에서는 동 제도에 대하여만 규정하고 있을 뿐 그 이용에 대해서는 규정하고 있지 않다. 물론 동 제도의 이용을 의무화하는 것은 이를 필요하지 않는 사업자에게 비용부담의 증가로 작용할 수 있다. 다만, 그 이용의 방식에 있어서 콘텐츠사업자가 중개업자에 동 제도의 이용을 요구할 수 있도록 하고, 합리적인 이유가 있는 경우를 제외하고 이를 거절할 수 없도록 하는 것이 필요하다고 할 것이다.

으로 송수신하는 것 또는 그 대가의 정산을 대행하거나 매개하는 업무를 말한다 (“정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률” 제2조 제10호).

5) 콘텐츠사업자의 법령준수를 위한 조건 충족

중개업자를 통한 콘텐츠거래의 경우 당사자는 콘텐츠사업자와 이용자이다. 따라서 이용자보호를 위하여 부과된 법적 의무는 계약당사자인 콘텐츠사업자가 이행하여야 한다. 물론 콘텐츠사업자가 스스로 이를 이행할 수 있다면 문제는 없다고 할 것이다. 그러나 모바일 오픈마켓과 같이 콘텐츠사업자가 앱의 운영에 있어서 전혀 개입할 수 없는 경우까지 그 의무를 이행하도록 하는 것은 불가능한 의무의 이행을 요구하는 것이다. 그렇다고 하여 이용자보호를 위한 의무이행을 면제할 수도 없다. 따라서 콘텐츠사업자가 독자적으로 의무를 이행할 수 없지만, 이용자보호를 위하여 그 의무를 이행하여야 한다는 점을 고려하여 콘텐츠사업자가 운영자에게 그 의무 이행에 필요한 사항에 대한 협조를 요청하도록 하고, 이를 이행하지 않아 이용자에게 피해가 발생하여 손해를 배상한 경우 운영자에게 구상권을 행사할 수 있는 규정을 신설하는 것이 필요하다.²⁸⁾

(2) 대규모유통업법의 준용

1) 준용의 필요성

콘텐츠 유통에 있어서 중개방식 이외에 위탁매매의 방식에 있어서 콘진법에 공정거래질서의 확립에 관한 규정을 신설하는 것이 필요하다.

28) 전소법에서는 사이버몰 운영자와 사업자가 상이할 경우 사이버몰 운영자의 의무로 사업자의 신원 등에 관한 정보의 표시의무와 시정에 필요한 조치에 협력할 의무를 규정하고 있다. 즉, 전자상거래를 하는 사이버몰의 운영자는 소비자가 사업자의 신원 등을 쉽게 알 수 있도록 상호 및 대표자 성명, 영업소가 있는 곳의 주소(소비자의 불만을 처리할 수 있는 곳의 주소를 포함한다), 전화번호·전자우편주소, 사업자등록번호, 사이버몰의 이용약관, 그 밖에 소비자보호를 위하여 필요한 사항으로서 대통령령으로 정하는 사항을 표시하여야 한다. 또한 사이버몰의 운영자는 그 사이버몰에서 이 법을 위반한 행위가 이루어지는 경우 운영자가 조치하여야 할 부분이 있으면 시정에 필요한 조치에 협력하여야 한다(동법 제10조).

물론 현행 콘진법 역시 제24조에서 공정거래질서의 확립에 관한 일부 사항을 규정하고 있지만, 그 내용이 매우 포괄적이고 일반적이기 때문에 사실상 기준으로 말하기 곤란하다. 따라서 이를 구체적으로 규정할 필요가 있지만, 그 방식은 콘진법에 그 내용을 신설하는 방식과 현행 법 중 이에 관한 사항을 준용하는 방식으로 제시할 수 있다. 다만, 여기에서 제안하고자 하는 방식은 후자의 방식이다. 즉, 현행법에 유통분야의 공정거래질서의 확립을 위한 법령이 있음에도 불구하고 이를 신설하는 것은 입법의 효율성에 있어서 문제점으로 지적될 수 있다. 따라서 이에 관한 현행법의 내용을 준용하여 적용한다면 이법의 효율성의 문제뿐만 아니라 이 분야에서 공정거래질서의 확립에 보다 쉽게 접근할 수 있게 될 것이다. 그럼 이에 해당하는 법은 무엇인가? 앞에서 언급한 바와 같이 대규모유통업법이다. 즉, 동법은 유통단계에서의 공정한 거래질서의 확립에 필요한 사항을 규정하고 있으며, 이러한 사항은 콘텐츠의 유통분야에도 공통적으로 적용될 수 있는 내용이다. 물론 구체적인 내용에 대한 검토를 통하여 콘텐츠거래에 적합하지 않는 내용에 대해서는 배제하고, 적용할 수 있는 내용만을 준용하는 것은 당연하다. 그러나 동법을 준용하기 위해서는 가장 기본적인 사항을 적용대상사업자에 대하여 콘진법에서 별도로 규정할 필요가 있으며, 이에 대해서는 다음에서 언급한다.

2) 대규모유통업법의 준용을 위한 전제조건

중전 재화의 제작과 판매는 동일 사업자에 의하여 이루어져 왔지만, 근대에 들어오면서 제조업 전문 사업자와 판매 전문 사업자(유통사업자)로 세분화되었다. 또한 유통사업자는 제조업자 및 소비자간의 관계에서 중간역할을 하는 것이 아닌 실질적으로 시장을 지배하는 역할을 담당하고 있다. 이러한 점은 현대 시장의 특성 중 하나로 제시되고 있다. 따라서 유통사업자의 불공정한 행위가 존재할 경우 시장에서

공정거래질서의 확립은 요원한 것이 된다. 물론 전자상거래의 등장은 제조업자와 소비자간의 직거래를 활성화하는 계기가 되었지만, 그 신뢰성 문제로 인하여 전자상거래를 통한 직거래방식은 한계가 있다. 즉, 전자상거래는 중간 유통단계를 거치지 않고 재화 등에 대한 거래가 이루어지기 때문에 유통마진 내지는 영업점 설치 등에 따른 비용을 감소할 수 있으므로 재화 등의 가격이 하락될 수 있는 요인이다. 그러나 비대면거래의 특성으로 인하여 소비자가 판매자의 신원을 확인할 수 없다는 문제는 전자상거래의 발전에 커다란 장애요소이다. 물론 이러한 신뢰성 문제를 해결하기 위하여 인증제도 등이 도입되었지만, 소비자의 신뢰성 문제를 해결하지 못하고 있다. 그 결과 소비자의 신뢰성 문제를 해결하는 방안이 모색되었으며, 전술한 통신판매중개 또는 위탁판매방식이 더욱 활성화되었다. 즉, 기존 시장에서 소비자의 신뢰성을 확보한 유통사업자의 경우 온라인 시장에서도 그 신뢰성이 그대로 인정되기 때문에 소비자는 신뢰성이 확인되지 않은 사업자보다 신뢰성이 확인된 사업자를 통하여 거래를 하게 된다. 이러한 점은 현대 사회에서 유통사업자의 지위를 강화하는 계기가 되고 있다. 이에 유통사업자의 불공정한 행위를 규제함으로써 재화 등의 유통분야에서 공정한 거래질서를 확립하고 대규모유통업법이 제정되었음은 주지의 사실이다. 따라서 콘텐츠시장의 유통단계에서 공정거래질서를 확립하기 위해서도 대규모유통업법의 적용이 필요함은 앞에서 살펴보았다.

현행 대규모유통업법은 대규모유통사업자에 대하여 매출액과 매장면적을 기준으로 정하고 있다. 그러나 디지털콘텐츠시장의 경우 오프라인 매장이 존재하지 않는다는 점과 유체 재화에 대한 시장과 비교하여 매출액의 규모가 작다는 점을 감안할 때 동법의 적용가능성은 매우 낮다고 할 수 있다. 또한 모바일 오픈마켓의 경우 위탁판매방식이 아닌 중개방식이기 때문에 위탁판매를 중심으로 규정하고 있는 동

법은 중개시장에는 적용되지 않는다. 그 결과 유통단계에서 공정거래 질서의 확립을 위하여 제정된 대규모유통업법은 디지털콘텐츠시장에 적용되는 경우가 매우 적게 된다. 그러나 디지털콘텐츠 유통시장에서의 공정거래질서의 확립을 위하여 동법의 적용을 필요로 한다고 할 것이다. 따라서 디지털콘텐츠 유통시장에 대하여 동법이 적용될 수 있는 입법적 개선이 필요하다. 그 구체적인 내용으로 디지털콘텐츠시장에 있어서 대규모유통사업자의 개념정의에서 매출액 기준은 현행 1천 억원이 아닌 500만원 이하로 인하하고, 그 사업의 범주에 위탁판매뿐만 아니라 중개행위도 포함시킬 필요가 있다.

4. 디지털콘텐츠 이용단계에서의 공정거래질서 확립을 위한 법제의 개선방향

(1) 전소법의 준용 방식 또는 콘진법에 관련규정의 추가 방식

콘텐츠이용단계에서의 이용자보호는 사업자와 이용자간의 법률관계에서의 이용자보호와 이용자간의 법률관계에서의 이용자보호로 구분할 수 있다. 여기에서는 전자에 국한하여 서술하고, 후자에 대해서는 후술한다.

사업자와 이용자간의 법률관계 중 소비자거래에 해당하는 경우에 있어서 주로 적용되는 법은 콘진법 이외에 전소법이 있다. 이러한 법률관계를 콘진법에 정함에 있어서 전소법을 준용하고 그 이외의 사항에 대해서는 규정을 신설하는 방식과 콘진법에서 독자적으로 그 법률관계를 정하는 방식을 제안할 수 있다. 물론 전소법은 거래방식을 중심으로 규정한 법이기 때문에 급부의 목적물에 대해서는 제한을 두고 있지 않다. 따라서 온라인으로 이루어지는 콘텐츠거래에 대하여도 당연히 동법은 적용된다. 그 결과 콘진법에서 규정을 신설하기 보다는

전소법의 규정을 준용하고, 전소법에서 규정하지 않은 사항에 대하여만 특칙을 정하는 것이 바람직할 수 있다. 그러나 전소법은 정보통신기기를 통하여 계약을 체결하고, 그 이행은 오프라인으로 이루어지는 유체재화를 전제로 하고 있다. 그 결과 온라인으로 공급되는 무체재화에 대해서는 이를 그대로 적용할 경우 많은 문제점이 발생한다. 그 대표적인 예가 청약철회권에 관한 사항이다. 즉, 전소법에서는 청약철회권의 배제사유에 디지털콘텐츠거래를 포함하고 있지 않기 때문에 디지털콘텐츠를 구매한 소비자는 청약을 철회할 수 있으며, 다운로드한 디지털콘텐츠는 반환의 의미가 없다. 그럼에도 불구하고 디지털콘텐츠거래에 대하여 청약철회를 인정하는 것은 디지털콘텐츠의 특성을 감안하지 않은 것이다. 물론 전소법이 디지털콘텐츠거래를 전혀 염두에 두지 않았다고 할 수는 없다. 즉, 사업자가 소비자에게 제공하여야 할 정보 중 전자매체로 공급할 수 있는 재화등의 전송·설치 등을 할 때 필요한 기술적 사항을 비롯하여 결제대금예치제도의 배제사유 중 하나인 정보통신망으로 전송되거나 제13조 제2항 제10호에 따른 제3자가 배송을 확인할 수 없는 재화등을 구매하는 거래는 디지털콘텐츠거래를 의미한다(동법 제13조 제2항 제7호, 제24조 제3항 제3호). 그러나 이러한 규정은 디지털콘텐츠거래의 극히 일부에 한정된 사항이며, 현행 전소법의 규정만으로 디지털콘텐츠 및 그 거래의 특성을 감안하여 이 분야의 소비자를 보호하기에는 충분하지 않을 뿐 아니라 일부의 경우에는 과도한 보호가 이루어지고 있다. 물론 디지털콘텐츠거래를 충분하게 규율할 수 있도록 전소법을 개정하고, 이를 준용하는 방식 역시 고려할 수 있다. 그러나 전소법은 거래방식을 중심으로 소비자를 보호하는 법이지 급부목적물에 따른 소비자보호법이 아니다. 이러한 점은 특수한 목적물에 대하여 전자상거래 또는 통신판매로 거래가 이루어지더라도 동법을 적용하지 않음에서 알 수 있다(동법 제3조).

즉, 전소법의 적용배제 대상으로는 첫째, 사업자라 하더라도 사실상 소비자와 같은 지위에서 다른 소비자와 같은 거래조건으로 거래하는 경우를 제외하고, 사업자(방문판매 등에 관한 법률 제2조 제6호의 단계판매원은 제외한다. 이하 이 항에서 같다)가 상행위를 목적으로 구입하는 거래이다. 둘째, 제13조 제2항에 따른 계약내용에 관한 서면(전자문서를 포함한다. 이하 같다)의 교부의무에 관한 규정은 소비자가 이미 잘 알고 있는 약관 또는 정형화된 거래방법에 따라 수시로 거래하는 경우로서 총리령으로 정하는 거래 또는 다른 법률(민법 및 방문판매 등에 관한 법률은 제외한다)에 이 법의 규정과 다른 방법으로 하는 계약서 교부의무 등이 규정되어 있는 거래이지만, 전자의 경우에는 총리령으로 정하는 바에 따라 계약내용에 관한 서면의 내용이나 교부의 방법을 다르게 할 수 있다. 셋째, 통신판매업자가 아닌 자사이의 통신판매중개를 하는 통신판매업자에 대하여는 제13조부터 제15조까지, 제17조부터 제19조까지의 규정을 적용하지 아니한다. 넷째, 자본시장과 금융투자업에 관한 법률의 투자매매업자·투자중개업자가 하는 증권거래, 대통령령으로 정하는 금융회사 등이 하는 금융상품거래 및 일상 생활용품, 음식료 등을 인접지역에 판매하기 위한 거래에 대하여는 제12조부터 제15조까지, 제17조부터 제20조까지 및 제20조의2를 적용하지 아니한다. 만일 특수한 목적물까지 동법에서 규정한다면 그 내용의 과다는 물론이며, 특별법에 다시 다수의 특별한 규정을 두는 입법방식을 취하여야 하기 때문에 문제점이 발생할 수 있다. 그렇다고 한다면 전자의 방식보다는 후자의 방식을 취하는 것이 더 타당하다고 할 수 있다. 즉, 콘진법에서 디지털콘텐츠 및 그 거래의 특성을 감안하여 이 분야에서의 소비자를 보호하기 위한 규정을 신설하는 것이 더 효과적이라고 할 수 있다. 다만, 이러한 입법방식을 취할 경우에 있어서 고민하여야 할 것이 그 보호대상자의 범주이다. 즉,

모든 이용자를 보호할 것인가 아니면 해당 규정에 따라 소비자만을 보호하거나 모든 이용자를 보호할 것인가에 대하여 고민하여야 한다. 물론 입법의 편리성과 디지털콘텐츠거래라는 점만을 감안한다면 모든 이용자를 보호대상자로 정하는 것이 필요하다. 그러나 대등당사자임에도 불구하고 소비자와 동일하게 보호하는 것은 보호의 필요성을 비롯하여 과도한 보호의 문제가 발생할 수 있다. 따라서 일률적으로 보호대상을 결정하기 보다는 그 규정의 내용에 따라 보호대상을 달리 정하는 것이 필요하다고 할 것이다. 그럼 구체적으로 콘진법에서 이용자를 보호하기 위하여 추가되어야 할 내용은 무엇인가에 대한 검토가 필요하며, 이에 대해서는 각 부분별로 서술한다.

(2) 적용범위 : 콘텐츠거래와 디지털콘텐츠거래

콘진법상 거래의 목적물은 콘텐츠이다. 이는 구 온디콘법상 목적물인 디지털콘텐츠에 융복합 콘텐츠까지 보호대상으로 확장하기 위하여 콘진법에서는 그 적용대상을 콘텐츠로 정한 것이다. 그럼 이용단계에서의 거래의 목적물을 콘텐츠로 유지하여야 하는가? 그러나 유체물에 저장된 콘텐츠까지 보호대상으로 하는 것은 과보호의 문제가 발생할 수 있다. 물론 콘텐츠산업의 기반조성 및 콘텐츠제작 및 유통단계에서는 디지털콘텐츠로 한정하기 보다는 모든 콘텐츠로 확장하는 것이 필요하다. 그렇지만, 이용자와의 관계에서는 이미 전소법 등의 적용을 통하여 충분한 보호가 이루어질 수 있기 때문에 유체재화의 형태인 콘텐츠에 대해서는 배제할 필요가 있다. 따라서 이용단계에서 이용자 보호에 관해서는 모든 콘텐츠로 확정하기 보다는 정보통신망을 통하여 전송되는 디지털콘텐츠에 국한하는 것이 전소법 등 다른 법과의 관계를 해결함과 동시에 이 분야에서의 이용자보호에 관한 사항을 규율하고자 하는 콘진법 개정의 취지가 반영되는 방안일 것이다.

(3) 디지털콘텐츠거래에서의 정보제공의무

1) 적극적 정보제공의무

온라인을 통한 디지털콘텐츠거래의 경우 이용자가 대면하여 그 내용을 확인하고, 계약을 체결하는 것이 아니기 때문에 계약체결에 필요한 정보를 사업자가 이용자에게 제공할 필요가 있다. 물론 이에 대해서는 전소법 제13조에서 규정하고 있지만, 디지털콘텐츠의 특성을 반영하고 있지 않다. 따라서 디지털콘텐츠거래의 특성을 반영하여 이에 관한 정보를 추가로 콘진법에서 규정하여야 할 것이다. 이러한 정보로는 디지털콘텐츠를 이용할 수 있는 정보처리장치에 관한 정보(스마트 기기 또는 pc)가 가장 기본적으로 제공되어야 한다. 물론 스마트폰 등의 앱에서의 거래는 스마트기기에서만 사용가능하며, 스마트폰 등으로 접속하기 때문에 큰 문제가 없다고 할 수 있다. 그러나 pc를 통한 웹에서의 거래는 pc에서만 사용할 수 있는 디지털콘텐츠와 스마트 기기에서만 사용할 수 있는 디지털콘텐츠를 함께 제공하고 있기 때문에 이에 관한 정보의 제공은 이용자가 디지털콘텐츠에 관한 구매의사를 결정함에 있어서 중요하다. 또한 공급받은 디지털콘텐츠의 이용범주에 대한 정보 역시 중요한 사항이다. 즉, 다운로드한 스마트기기에서만 사용가능한 것인지 아니면 이용자의 다른 스마트기기에서도 이용할 수 있는지에 대한 정보를 제공하여야 한다. 그리고 디지털콘텐츠에 복제방지프로그램(DRM)이 설치되어 있는지에 대한 정보 역시 제공되어야 할 것이다. 특히, 디지털콘텐츠는 무체재화이기 때문에 그 내용을 확인하기가 곤란하며, 비대면거래의 특성은 이러한 점을 더욱 어렵게 한다. 그 결과 계약체결전 정보제공에 있어서 가장 필요한 요소는 이용자가 디지털콘텐츠의 내용을 확인할 수 있는 기회를 제공하는 것이다. 이에 대하여 전소법과 콘진법에서는 청약철회권의 배제사

유로 시용상품의 제공 내지는 한시적 이용을 규정하고 있다. 그러나 청약철회권을 배제하기 위하여 사업자가 시용상품 등을 제공하여야 하는 것은 아니며, 청약철회가 불가능하다는 사실의 표시만으로도 그 의무를 이행할 수 있다. 즉, 필수요건이 아닌 선택요건으로 규정한 결과 사업자는 표시의무로서 정보제공의무를 이행하고 있다. 그러나 이는 선택사항으로 규정할 것이 아니라 필수사항으로 규정하여야 할 것이다. 물론 그 의무에 관하여 규율하는 규정을 정보제공의무에 둘 것인가 아니면 청약철회권의 배제요건에 둘 것인가는 실질적인 차이가 없다. 다만, 이용자가 디지털콘텐츠의 내용을 확인한 후 계약을 체결할 수 있도록 하는 것이 바람직하다고 한다면 그 시용상품 등의 제공의무는 정보제공의무의 일환으로 규정하는 것이 바람직할 것이다. 이와 같이 정보제공의무의 일환으로 시용상품의 제공 등을 규정하더라도 이를 일률적으로 규정할 경우 과도한 이용자보호의 문제가 발생할 수 있다. 즉, 캐릭터 등의 경우와 같이 그 자체가 디지털콘텐츠의 내용 전부인 경우까지 시용상품을 제공하도록 하는 것은 타당하지 않다. 또한 영화 내지는 음악 콘텐츠의 경우 한시적 이용을 허락할 경우 이용자가 해당 영화를 다 볼 수 있게 된다. 따라서 디지털콘텐츠의 성질 또는 유형에 따라 시용상품을 제공할 것인지, 한시적 이용을 제공할 것인지 아니면 단순히 표시의무만을 부과할 것인지를 결정하여야 할 것이다.

2) 소극적 정보제공의무 및 거래강요금지

상기의 정보제공의무는 이용자가 계약을 체결하기 위하여 필요한 정보를 제공하도록 한 것이라고 한다면 여기에서의 소극적 정보제공의무는 상기의 정보를 제공함에 있어서 정확한 정보의 제공의무를 의미한다. 즉, 사업자가 콘텐츠 등에 관한 정보를 제공함에 있어서 부당한 정보를 제공할 경우 오류의 구매의사를 결정하게 되며, 이는 이용

자피해로 직결하게 된다. 따라서 사업자가 정보를 제공함에 있어 부당한 정보를 제공하지 않도록 이를 금지하는 내용을 추가하여야 할 것이며, 이는 표시광고공정화법상 부당한 표시광고의 내용을 참조하여 규정할 필요가 있다. 또한 표시광고공정화법은 부당한 표시광고행위²⁹⁾를 규율하지만, 이용자의 구매의사결정에의 부당한 개입에는 이뿐만 아니라 거래강요행위도 존재한다. 즉, 계속 반복적으로 상품에 관한 메일을 전송하거나 일방적으로 디지털콘텐츠를 제공한 후 대금을 청구하는 방식 등이다. 이는 전소법에서 사업자의 금지행위³⁰⁾로 정하고 있으며, 이러한 행위에 대한 규제가 필요하다.

(4) 착오방지절차마련

온라인을 통하여 이루어지는 디지털콘텐츠거래는 비대면, 자동화거래의 특성을 갖는다. 따라서 사업자는 간편하게 단시간내에 다수의

29) 표시광고공정화법에서는 소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 할 우려가 있는 표시·광고 행위로서 공정한 거래질서를 해칠 우려가 있는 거짓·과장의 표시·광고, 기만적인 표시·광고, 부당하게 비교하는 표시·광고, 비방적인 표시·광고를 하거나 다른 사업자등으로 하여금 하게 하는 것을 금지하고 있다(동법 제3조).

30) 전소법상 사업자의 금지행위로써 거짓 또는 과장된 사실을 알리거나 기만적 방법을 사용하여 소비자를 유인 또는 소비자와 거래하거나 청약철회등 또는 계약의 해지를 방해하는 행위, 청약철회등을 방해할 목적으로 주소, 전화번호, 인터넷도메인 이름 등을 변경하거나 폐지하는 행위, 분쟁이나 불만처리에 필요한 인력 또는 설비의 부족을 상당기간 방치하여 소비자에게 피해를 주는 행위, 소비자의 청약이 없음에도 불구하고 일방적으로 재화등을 공급하고 그 대금을 청구하거나 재화등의 공급 없이 대금을 청구하는 행위, 소비자가 재화를 구매하거나 용역을 제공받을 의사가 없음을 밝혔음에도 불구하고 전화, 팩스, 컴퓨터통신 또는 전자우편 등을 통하여 재화를 구매하거나 용역을 제공받도록 강요하는 행위, 재화등의 배송 등 소비자와의 계약을 이행하기 위하여 불가피한 경우로서 대통령령으로 정하는 경우·재화등의 거래에 따른 대금정산을 위하여 필요한 경우·도용방지를 위하여 본인 확인에 필요한 경우로서 대통령령으로 정하는 경우·법률의 규정 또는 법률에 따라 필요한 불가피한 사유가 있는 경우를 제외하고 본인의 허락을 받지 아니하거나 허락받은 범위를 넘어 소비자에 관한 정보를 이용하는 행위, 소비자의 동의를 받지 아니하거나 총리령으로 정하는 방법에 따라 쉽고 명확하게 소비자에게 설명·고지하지 아니하고 컴퓨터프로그램 등이 설치되게 하는 행위로 규정하고 있다(동법 제21조 제1항).

이용자와 계약을 체결할 수 있으며, 이용자 역시 언제 어디에서든지 간편하게 계약을 체결할 수 있게 되었다. 그러나 이러한 거래의 특성으로 인하여 이용자는 실수에 의하여 구매의사를 표시하는 경우가 발생하고 있다. 특히, 모바일에서의 거래는 입력 또는 클릭 후 입력 방식이 아닌 단순한 터치만으로 계약의 체결은 물론 대금결제까지 이루어지고 있다. 그 결과 이용자의 무의식적인 거래, 영유아에 의한 결제, 제3자의 무권한적인 결제 내지는 거래가 이루어지고 있으며, 그 피해가 증가하고 있는 실정이다. 물론 전소법에서도 이를 인식하고, 소비자의 착오에 의한 거래를 방지하고자 사업자에게 착오를 방지하기 위한 절차 마련의무를 부과하고 있다. 그러나 그 내용이 중복되며³¹⁾, 절차 마련의무만을 부과하고 있을 뿐 사업자가 착오방지절차를 마련하지 않아 소비자가 착오로 거래하였을 경우의 사법적 효과에 대하여 규정하고 있지 않다. 물론 민법상 착오를 이유로 취소할 수 있다고 할 수 있지만, 이를 위해서는 착오취소의 요건을 충족하여야 한다. 즉, 법률행위의 중요부분에 대한 착오가 존재하여야 하며, 이용자에게 중대한 과실이 없어야 한다(민법 제109조). 그러나 이 경우는 이용자의 착오를 방지하기 위하여 사업자가 상기의 조치를 위하여야 함에도 불구하고, 그 조치를 취하지 않음으로 인하여 발생한 착오이기 때문에 민법상 착오취소의 요건과 같이 엄격한 요건을 요구할 경우 취소할 수 없다는 문제점이 제기된다. 이러한 점을 감안하여 일본에

31) 전소법상 착오방지조치에 관한 규정은 제7조, 제8조 및 제14조이다. 즉, 사업자는 전자상거래에서 소비자의 조작 실수 등으로 인한 의사표시의 착오 등으로 발생하는 피해를 예방할 수 있도록 거래 대금이 부과되는 시점이나 청약 전에 그 내용을 확인하거나 바로잡는 데에 필요한 절차를 마련하여야 한다(동법 제7조). 사업자와 전자결제업자등은 전자적 대금지급이 이루어지는 경우 소비자의 청약의사가 진정한 의사 표시에 의한 것인지를 확인하기 위하여 재화등의 내용 및 종류, 재화등의 가격, 용역의 제공기간에 대하여 명확히 고지하고, 고지한 사항에 대한 소비자의 확인절차를 대통령령으로 정하는 바에 따라 마련하여야 한다(동법 제8조 제2항). 통신판매업자는 계약체결 전에 소비자가 청약내용을 확인하고, 정정하거나 취소할 수 있도록 적절한 절차를 갖추어야 한다(동법 제14조 제2항).

서는 전자소비자계약법을 제정하여 사업자가 착오를 방지하기 위한 절차를 마련하지 않아 소비자가 착오로 의사를 표시한 경우 중대한 과실이 있다고 하더라도 무효를 주장할 수 있도록 규정하고 있다. 이러한 일본 전자소비자계약법은 우리 법제의 개선방안을 마련함에 있어서 의미있는 시사점을 부여한다. 따라서 사업자가 착오방지조치를 강구하지 않아 이용자가 그 거래과정에서 착오로 의사를 표시한 경우 이를 취소할 수 있는 특칙을 마련할 필요가 있다.³²⁾

(5) 대금결제에 있어서 이용자보호

1) 본인에 의한 대금결제여부를 확인할 수 있는 절차의 마련

스마트 기기를 이용한 디지털콘텐츠거래에 있어서 이용자피해의 대다수는 대금결제와 관련된 피해라고 하더라도 과언은 아니다. 즉, 계약체결의 신속화 및 간소화를 추구한 결과 대금결제과정 역시 특별한 절차에 의하여 이루어지는 것이 아니라 단순한 터치만으로 대금결제

32) 전자상거래에서 사업자가 착오방지조치를 취하지 않아 소비자가 착오로 계약을 체결한 경우 그 법적 효과에 대하여 일본에서는 본문에서 살펴본 바와 같이 착오를 이유로 무효를 주장할 수 있도록 하고 있지만, 독일의 경우 철회기간이 기산되지 않음을 규정하고 있다(양창수 역, 독일민법전, 박영사, 2008, 165-167면). 이러한 독일의 입법방식에 대하여 찬성하는 입장으로는 김성천·이경아·김재영, 신기술·동향에 따른 전자상거래 소비자문제와 대응방안 연구, 한국소비자원, 2008, 105면이 있다. 반면에 DCFR에서는 민법상 착오의 문제와 동일하게 규정하고 있으며 (Christian von Bar·Eric Clive eds., Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference(Volume I), OXFORD, 2010, pp. 241-242), 이러한 입장에 찬성하는 견해도 있다(서희석, “전자거래에서의 착오의 문제 서설”, 재산법연구, 제24권 제2호, 2007, 32면). 또한 유엔전자계약협약유엔 (United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts)에서는 조작방지절차를 마련하지 않아 표의자가 착오로 의사표시를 하였을 경우 당해 의사표시를 철회할 수 있다고 규정하고 있다. 다만, 시간적 제한으로 착오의 사실을 안 때로부터 즉시 상대방에게 착오에 의하여 의사표시를 하였음을 통지하여야 하며, 재화 등이 공급된 경우 사용하지 않거나 그로부터 이익을 얻지 않아야 한다(동 협약 제14조)(UNCITRAL, United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts, UNITED NATIONS, 2007, pp. 73-80).

가 이루어지고 있다. 그 결과 이용자의 무의식적인 행위, 영유아의 행위 및 제3자의 무권한적 결제가 이루어지고 있으며, 스미싱이라는 신종사기피해의 원인으로 지적되고 있다. 물론 모든 스마트 기기에서 발생하는 것은 아니며, 특정 OS를 사용하는 스마트기기에서만 발생하고 있다. 이러한 OS를 사용하는 스마트기기의 경우 그러한 피해를 방지하기 위한 조치를 마련하였지만, 그 방식은 자동으로 프로그램이 설치되어 대금결제과정에서 본인여부를 확인할 수 있는 절차를 거쳐야 대금결제가 이루어지는 것이 아니라 이용자가 해당 스마트 기기에서 이를 설정해야만이 절차에 따라 대금결제가 이루어진다는 것이다. 그 결과 이러한 사실을 알지 못하는 대다수의 이용자의 경우 현실적인 피해를 경험하지 않았다고 하더라도 언제든지 피해를 입을 수 있는 잠재적 피해자이다. 또 이와 같은 피해를 예방하고자 도입된 제도 역시 제3자의 무권한적 거래를 방지할 수 없다는 단점을 가지고 있다. 즉, 그 방식은 SMS를 통한 인증번호입력 방식이다. 이러한 방식은 본인의 무의식적인 결제 또는 의사무능력자의 결제를 방지할 수 있지만, 스마트기기를 습득한 제3자의 무권한적 결제까지는 방지하지 못한다. 즉, 권한여부를 불문하고 스마트기기를 점유하고 있는 자는 SMS를 통하여 전송되는 인증번호를 쉽게 취득할 수 있으며, 이를 입력함으로써 쉽게 결제를 할 수 있다. 따라서 SMS를 통한 인증번호입력방식은 제3자의 무권한적인 결제를 방지할 수 없기 때문에 본인 여부를 확인할 수 있는 방안에 대한 모색이 필요하다. 물론 전소법에서는 전자적 대금지급에 있어서 소비자보호에 관한 사항을 규정하고 있지만, 이는 재화 등의 내용에 대한 확인절차이지, 대금결제가 본인에 의하여 이루어지는 것인가를 확인할 수 있는 절차에 관한 사항이 아니다.³³⁾

33) 전소법에서 규정하고 있는 전자적 대금지급절차에 있어서 사업자 등의 의무는 전자적 대금지급이 이루어지는 경우 소비자의 청약의사가 진정한 의사 표시에 의한 것인지를 확인하기 위하여 재화등의 내용 및 종류, 재화등의 가격, 용역의 제공 기간에 대하여 명확히 고지하고, 고지한 사항에 대한 소비자의 확인절차를 대통령

2) 법정추인제도에 대한 보완

디지털콘텐츠를 이용하는 주된 연령층은 미성년자 또는 청소년이다. 이는 미성년자는 단독으로 법률행위를 할 수 없으며, 만일 단독으로 하였을 경우 그 법률행위를 취소할 수 있다. 물론 처분이 허락된 재산의 처분행위 등의 경우에는 취소할 수 없지만, 고액의 디지털콘텐츠거래의 경우 이에 해당하지 않기 때문에 취소할 수 있다. 그러나 미성년자의 거래라 하더라도 취소권은 행사할 수 없게 된다. 즉, 미성년자가 스마트기기를 이용하여 고가의 디지털콘텐츠를 구매하고, 그 대금을 통신과금서비스로 결제한다. 이후 대금은 추심이체가 설정된 부모님 명의의 은행계좌에서 인출된다. 이러한 점은 법정대리인에 의한 법정추인(전부의 이행)에 해당하기 때문에 대금이 인출되는 즉시 취소권은 소멸하게 된다(민법 제144조, 145조). 이러한 점은 자동이체를 감안하지 않은 민법의 문제이지만, 대금의 인출 그 자체는 이행에 해당하며, 법정대리인의 이행이기 때문에 그 즉시 추인의 효력이 발생한다. 따라서 이러한 문제에 대한 해결방안의 모색이 필요하며, 법정추인의 요건에 대한 제한이 필요하다.

(6) 청약철회

1) 청약철회권자의 범주의 축소

전소법상 청약철회권자는 소비자이지만, 콘진법에서는 이용자이다. 그 결과 디지털콘텐츠를 구매한 자는 그 이용목적 내지는 그 지위에 관계없이 청약철회권을 행사할 수 있다. 그러나 청약철회권은 소비자라는 지위의 특성과 특수거래라는 두 가지 요소를 감안하여 인정할 권리가기 때문에 단순히 거래방식이 동일하다고 하여 모든 이용자에

령으로 정하는 바에 따라 마련하는 것이다(동법 제8조 제2항).

게까지 이를 인정하는 것은 타당하지 않다. 따라서 청약철회권의 범주에 대해서는 모든 이용자가 아닌 소비자로 한정하는 것이 바람직할 것이다. 물론 소비자로 한정할 경우 전소법상 소비자로 한정할 것인가 아니면 본질적 의미의 소비자로 국한할 것인가의 문제가 제기된다. 우리의 경우 다수의 외국과 달리 본질적 의미의 소비자 이외에 정책적 의미의 소비자를 인정하고 있으며³⁴⁾, 후자에 해당하는 자는 사업자이다. 또한 소비자를 보호하는 근본적인 취지는 사업자와 비교하여 상대적 약자라는 점에 기인한다. 그럼에도 불구하고 대등당사자인 사업자를 소비자로 인정하는 것은 타당하지 않다. 따라서 여기서의 소비자는 전소법상 소비자가 아닌 본질적 의미의 소비자만으로 국한하는 것이 바람직할 것이다.

2) 청약철회권의 제한

디지털콘텐츠거래에서 가장 논란이 되고 있는 부분은 바로 구매한 디지털콘텐츠의 반환을 인정하고, 그 대금을 환급하여야 하는가의 문제, 즉 청약철회권에 관한 사항이다.³⁵⁾ 물론 미 사용한 디지털콘텐츠에

34) 전소법상 본질적 의미의 소비자는 사업자가 제공하는 재화등을 소비생활을 위하여 사용(이용을 포함한다. 이하 같다)하는 자이다(동법 제2조 제5호 가목). 또한 정책적 의미의 소비자는 재화등을 원재료(중간재를 포함한다) 및 자본재로 사용하는 자는 제외하고 재화등을 최종적으로 사용하거나 이용하는 자, 법 제3조 제1항 단서에 해당하는 사업자로서 재화등을 구매하는 자(해당 재화등을 판매한 자에 대한 관계로 한정한다), 원양산업발전법 제6조 제1항에 따라 해양수산부장관의 허가를 받은 원양어업자는 제외하고 재화등을 농업(축산업을 포함한다) 또는 어업 활동을 위하여 구입한 자이다(동 시행령 제2조).

35) 전자상거래에 있어서 소비자의 청약철회권이 인정되어야 하는가에 대하여 긍정 하는 견해(Marco B. M. Loos, Rights of Withdrawal, Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series No. 2009/04, pp. 3-10; Jan M. Simits, The Right to change your mind? Rethinking the usefulness of mandatory rights of Withdrawal in Consumer Contract Law, FACULTY OF LAW MAASTRICHT UNIVERSITY, 2011, p. 6; ハネス・essler(中田邦博 譯), “ヨーロッパ私法および消費者法における弱者保護”, 民商法雑誌, 137(2), 2007·11, 145-146면)와 부정하는 견해(김진우, “소비자철회권의 정당화사유”, 소비자문제연구, 제40호, 2011·10, 151-153면; 백경일, “소비

대한 청약철회권의 인정문제 역시 어느 정도 논란은 있지만, 이를 허용하고 있는 실정이다. 그럼 소비자가 사용한 디지털콘텐츠에 대하여도 이를 인정하여야 하는가의 문제가 제기되지만, 전소법 및 콘진법의 규정상 사용하더라도 이를 인정할 수 밖에 없다. 물론 이러한 결과가 발생한 것은 양법 모두 유체재화에 대한 거래를 전제로 제정된 것이며, 이를 그대로 무체재화인 디지털콘텐츠거래에도 적용하였기 때문에 발생한 문제이다. 물론 디지털콘텐츠를 사용한 경우 소비자는 구매목적은 달성하였기 때문에 이를 인정하는 것은 타당하지 않다고 할 수 있다. 그러나 전소법 및 콘진법에서는 재화 등을 사용하였다고 하더라도 청약철회권을 인정하고 있기 때문에 디지털콘텐츠를 사용하였다고 하여 이를 부정하기는 곤란하다. 물론 권리의 행사는 권리자 마음대로 행사할 수 있는 것이 아니라 신의칙에 적합하게 행사하여야 하며, 이를 위반하였을 경우 그 권리의 행사로 인정되지 않는다(민법 제2조).³⁶⁾ 따라서 스트리밍 방식의 영화 콘텐츠를 이용한 후 소비자가

자보호법의 존재의의 및 효용성에 대한 비판적 고찰”, 법학연구, 제49권 제2호, 2009, 268-269면)로 대립하고 있다.

36) 국가가 ‘진실·화해를 위한 과거사정리 기본법’(이하 ‘과거사정리법’이라 한다)의 적용 대상인 피해자의 진실규명신청을 받아 국가 산하 ‘진실·화해를 위한 과거사정리위원회’(이하 ‘정리위원회’라 한다)에서 희생자로 확인 또는 추정하는 진실규명결정을 하였다면, 그 결정에 기초하여 피해자나 그 유족이 상당한 기간 내에 권리를 행사할 경우에, 국가가 적어도 소멸시효의 완성을 들어 권리소멸을 주장하지 않을 것이라는 데 대한 신뢰를 가질 만한 특별한 사정이 있다고 봄이 타당하고, 이에 불구하고 국가가 피해자 등에 대하여 소멸시효의 완성을 주장하는 것은 신의성실 원칙에 반하는 권리남용에 해당하여 허용될 수 없다. 그리고 비록 피해자 등으로부터 진실규명신청이 없었더라도 정리위원회가 “역사적으로 중요한 사건으로서 진실규명사건에 해당한다고 인정할 만한 상당한 근거가 있고 진실규명이 중대하다고 판단되는 때에는 이를 직권으로 조사할 수 있다.”는 과거사정리법 제22조 제3항에 따라 직권으로 조사를 개시하여 희생자로 확인 또는 추정하는 진실규명결정을 한 경우에는, 과거사정리법의 입법 목적 및 위 조항의 내용에 비추어 볼 때 당해 사건의 중대성을 감안하여 그 희생자의 피해 및 명예회복이 반드시 이루어져야 하며 이를 수용하겠다는 과거사정리법에 의한 국가의 의사가 담긴 것으로 보아야 하고, 피해자 등에 대한 신뢰부여라는 측면에서 진실규명신청에 의하여 진실규명결정이 이루어진 경우와 달리 취급할 이유가 없으므로, 그 희생자나 유족의 권리행사에 대하여 국가가 소멸시효를 주장하는 것은 마찬가지로 권리남용에 해당한다(대법원

청약철회권을 행사한다면 그 권리행사는 신의칙에 위반하였다고 판단할 수 있는 여지가 있다. 그러나 이를 디지털콘텐츠거래에 대하여 제한없이 적용할 경우 이 분야에서는 청약철회권이 부정되는 결과가 발생하게 되며, 이는 전소법에서 청약철회권을 인정하고자 하는 입법취지가 달성하지 못하게 되는 문제가 발생할 수 있다. 또한 유럽연합의 소비자권리지침에서도 원칙적으로 청약철회권을 인정하고, 사업자가 일정한 조치를 취한 경우에만 청약철회권을 배제하고 있다는 점을 감안할 때, 신의성실의 원칙을 적용함에 있어서 신중을 기하여야 함을 제시한다. 그렇다고 한다면 이 문제에 대해서는 해석론으로 해결할 것이 아니라 입법론으로 해결하여야 할 것이다. 그렇다고 한다면 그 방향은 어떻게 설정하여야 하는가? 이에 대해서는 온라인을 통한 디지털콘텐츠거래에 대하여 원칙적으로 청약철회권을 인정하고, 사업자가 일정한 조치를 취한 경우에 한하여 그 행사를 제한하는 방향으로 설정할 필요가 있다. 여기에서 사업자의 일정한 조치는 다음의 두 가지를 의미한다. 첫째는 소비자가 디지털콘텐츠의 내용을 확인할 수 있도록 일부 제공 또는 한시적 이용을 허락하는 것이다. 즉, 이러닝, 영화 또는 음악 콘텐츠 등에 대해서는 일부 이용을 허락하여 이용자가 그 내용을 확인할 수 있도록 한다. 또한 게임 등과 같이 디지털콘텐츠를 분리할 수 없는 경우 한시적 이용을 통하여 그 내용을 확인할 수 있도록 한다. 그러나 캐릭터 등과 같이 그 자체가 전부인 경우에는 이러한 조치의무가 불필요할 것이다. 둘째는 이러한 일부 이용 또는 한시적 이용을 제공한 후 소비자가 디지털콘텐츠를 이용하거나 다운로드한 경우 청약철회권의 행사가 제한된다는 사실의 고지이다. 즉, 상기의 조치를 취하였다고 하더라도 이러한 정보를 사전에 제공하여 이용자가 청약철회권을 행사할 수 없다는 사실을 인식하게 하는 것이다. 이러한 방식은 전소법 및 콘진법에서 상기의 조치의무에 대하여

2013.07.25. 선고 2013다16602 판결[손해배상] > 종합법률정보 판례).

선택적으로 규정한 것을 의무방식으로 전환한 것이다. 물론 이와 같이 개정을 하여 청약철회권을 제한하였다고 하더라도 사업자가 상기의 조치를 취하지 않은 경우 소비자는 청약철회권을 행사할 수 있다. 그럼 디지털콘텐츠를 다운로드하거나 이용한 경우 그 대금 전부를 반환하여야 하는가? 이에 대하여 전소법 및 콘진법에서는 청약철회의 효과로 그 사용에 따라 얻은 이익의 반환을 청구할 수 있음을 규정하고 있기 때문에 대금 전부가 아닌 일부를 반환하여야 할 것이다. 그럼 사용이익을 어떻게 산정할 것인가의 문제가 제기되며, 이는 후술하는 손해배상부분에서 언급한다.

(7) 계속적 거래에서의 유료전환 내지는 자동연장

디지털콘텐츠의 이용방식은 스트리밍 방식과 다운로드 방식으로 구분할 수 있으며, 다시 일회적 이용과 계속적 이용으로 구분할 수 있다. 특히 계속적 이용계약의 경우 그 기간이 장기간이기 때문에 사업자에게는 더 유리하다. 물론 이용자와의 계약을 체결함에 있어서 그 기간을 장기간으로 정하였으며, 그 이용기간 내라고 한다면 문제는 없다. 그러나 그 기간이 종료하거나 유료전환을 유인하기 위하여 일정기간 동안 무료로 제공한 경우 이용자의 갱신거절의 의사가 없거나 유료전환 거절의 의사가 없는 경우 자동갱신을 인정하거나 유료전환을 인정하고 있다. 즉, 사업자는 이용계약의 체결시 이러한 내용이 포함되어 있는 약관을 이용자에게 제시하며, 이용자는 이러한 사항이 포함되어 있는지도 모르고 약관에 동의한다. 추후 사업자는 약관을 근거로 유료로 전환하거나 자동으로 갱신하여 이용자가 인식하지 못한 상태에서 대금이 결제되는 피해사태가 발생하고 있다. 이에 공정거래위원회는 이러한 사업자의 약관에 대하여 불공정한 약관으로 인정하고, 이에 따라 유료전환 또는 자동갱신을 무효로 인정하고 있다.

따라서 이러한 내용을 반영하여야 할 것이며, 그 방식은 사업자의 금지행위로 규정하는 방식과 이에 대한 사법적 효과까지 규정하는 방식으로 구분할 수 있다. 그러나 단지 금지규정으로 구성할 경우 다시 해당 계약의 사법적 효과에 관한 문제가 제기될 수 있기 때문에 금지규정뿐만 아니라 사법적 효력규정까지 신설하는 것이 필요하다고 할 것이다.

(8) 해제 또는 해지와 손해배상의 범주

계약의 해제 또는 해지는 약정 또는 법정 사유가 발생하였을 경우 해제권자 등의 일방적 의사표시에 의하여 해당 계약의 효력을 소멸시키는 것이다. 물론 약정사유³⁷⁾는 당사자가 합의를 통하여 정하기 때문에 일률적으로 말할 수 없으며, 법정 사유로는 이행지체, 이행불능, 하자담보책임, 불완전이행, 사정변경³⁸⁾ 등이 있다. 또한 방문판매법에

37) 약정해제권이라고 하여 무조건 인정되는 것이 아니며, 이를 약관을 통하여 인정할 경우 약관규제법에 따라 제한을 받는다. 즉, 계약의 해제·해지에 관하여 정하고 있는 약관의 내용 중 법률에 따른 고객의 해제권 또는 해지권을 배제하거나 그 행사를 제한하는 조항, 사업자에게 법률에서 규정하고 있지 아니하는 해제권 또는 해지권을 부여하여 고객에게 부당하게 불이익을 줄 우려가 있는 조항, 법률에 따른 사업자의 해제권 또는 해지권의 행사 요건을 완화하여 고객에게 부당하게 불이익을 줄 우려가 있는 조항, 계약의 해제 또는 해지로 인한 원상회복의무를 상당한 이유 없이 고객에게 과중하게 부담시키거나 고객의 원상회복 청구권을 부당하게 포기하도록 하는 조항, 계약의 해제 또는 해지로 인한 사업자의 원상회복의무나 손해배상의무를 부당하게 경감하는 조항, 계속적인 채권관계의 발생을 목적으로 하는 계약에서 그 존속기간을 부당하게 단기 또는 장기로 하거나 묵시적인 기간의 연장 또는 갱신이 가능하도록 정하여 고객에게 부당하게 불이익을 줄 우려가 있는 조항에 해당되는 내용을 정하고 있는 조항은 무효로 한다(동법 제9조).

38) 사정변경을 이유로 한 계약 해제는 계약 성립 당시 당사자가 예견할 수 없었던 현저한 사정의 변경이 발생하였고 그러한 사정의 변경이 해제권을 취득하는 당사자에게 책임 없는 사유로 생긴 것으로서, 계약 내용대로의 구속력을 인정한다면 신의칙에 현저히 반하는 결과가 생기는 경우에 계약준수 원칙의 예외로서 인정된다. 그리고 여기서의 변경된 사정이라 함은 계약의 기초가 되었던 객관적인 사정으로서, 일방 당사자의 주관적 또는 개인적인 사정을 의미하는 것은 아니다. 따라서 계약의 성립에 기초가 되지 아니한 사정이 그 후 변경되어 일방 당사자가 계약 당시 의도한 계약 목적을 달성할 수 없게 됨으로써 손해를 입게 되었다 하더라도 특별

서는 계속거래에 대하여 소비자의 무조건적인 해지권을 규정하고 있다. 이는 해지권의 발생에 있어서 일정한 사유가 존재하여야 함을 규정하고 있는 민법에 대한 예외이다. 또한 발생요건에 있어서 제한을 두지 않음은 상기의 청약철회권과 동일하지만, 그 행사기간에 대하여 제한이 없다는 점, 해지권을 행사한 소비자가 그로 인하여 발생한 사업자의 손해에 대하여 배상하여야 한다는 점은 민법상 해지권 및 전소법상 청약철회권과의 차이점이라고 할 것이다. 이와 같이 이용자가 해제권 또는 해지권을 행사한 경우 원상회복의무와 손해배상 또는 손해배상을 청구하거나 그 책임을 부담한다. 그러나 디지털콘텐츠의 경우 원상회복은 의미가 없기 때문에 사실상 손해배상의 문제만이 남는다고 할 수 있다. 그렇다고 한다면 그 손해배상에 있어서 손해의 산정의 문제가 발생하게 되며, 일반 재화와 달리 그 손해를 산정하기가 쉽지 않다. 즉, 이용자가 아이템을 구입하여 사용하던 도중 사업자의 채무불이행으로 인하여 해당 계약을 해제한 경우 그 아이템의 사용이익을 공제하여야 하지만, 이를 산정하기가 매우 곤란하다. 물론 사용기간을 정하고 있다고 한다면 일할계산하는 방법이 있을 수 있지만, 일반적인 경우 그 사용기간을 정하고 있지 않기 때문에 이러한 문제가 발생하게 된다.

또한 계속적 계약에 있어서 해지권 행사에 따른 손해배상액을 산정함에 있어서 기준 가액의 문제와 더불어 할인을 하였을 경우 이용기간에 대한 대금산정 및 부가서비스를 제공하였을 경우 부가서비스의 공제가액의 산정문제가 발생한다. 예를 들어, 6개월 동안 음악서비스를 이용하기로 하고, 그 대금을 20%로 할인받고, 부가서비스까지 제공받은 후 2개월 이후 이용자가 해지한 경우 사업자는 얼마의 금액을

한 사정이 없는 한 그 계약 내용의 효력을 그대로 유지하는 것이 신의칙에 반한다고 볼 수 없다. 이러한 법리는 계속적 계약관계에서 사정변경을 이유로 계약의 해지를 주장하는 경우에도 마찬가지로 적용된다(대법원 2013.09.26. 선고 2012다13637 전원합의체 판결[부당이득금반환등] > 종합법률정보 판례).

이용자에게 환급하여야 하는가의 문제이다. 먼저, 사업자는 이용자의 일방적 해지로 인하여 발생한 손해에 대하여 청구할 수 있으며, 그 금액은 10%이다. 공정거래위원회는 여기에서 10%의 기준을 전체 대금(6개월분)으로 정하고 있다. 이와 관련해서는 2개월이라는 기간을 이용하였음에도 불구하고 6개월 전체 대금에서 손해배상액을 결정하는가에 대한 의문이 제기된다. 둘째, 2개월분의 대금을 산정함에 있어서 할인된 금액에서 1/3가격을 공제하는 것이 아닌 정상적인 1개월분의 요금에 대한 2개월분의 요금을 공제하는 것에 대한 타당성 문제이다. 물론 이를 조건부 계약으로 취급하여 6개월 이용이라는 조건을 성취하지 못하였기 때문에 2개월분에 대한 대금은 할인되지 않은 금액으로 결정하여야 한다고 주장할 수 있다. 그러나 20% 할인된 금액으로 전체대금을 산정하였다고 한다면 각 월의 대금은 할인된 전체 금액에서 이용기간에 해당하는 비율을 공제하는 것이 바람직할 것이다. 셋째, 부가서비스를 추가적으로 제공한 경우 그 가액을 산정함에 있어서는 사업자가 그 금액을 사전에 표시하였다면 특별한 사유가 없는 한 이를 기준으로 하여 공제하여야 할 것이다. 그러나 그 가액을 표시하지 않았거나 표시된 가액이 상당하지 않을 경우에는 시장에서 통용되는 동종의 부가서비스 가액으로 이를 결정하는 것이 필요하다. 그러나 이러한 방식은 디지털콘텐츠에 대해서는 적합하지 않다. 즉, 부가서비스는 해당 사업자만이 제공하는 것이 일반적이기 때문에 시장가격을 책정하는 문제가 그리 쉽지 않다. 따라서 이러한 문제를 해결할 수 있는 방안에 대한 모색이 필요하다.³⁹⁾

39) 고희석, “이러닝 계약의 해소에 따른 대금환급기준에 대한 연구”, 법학논총 제32집 제2호, 2012·8, 139-166면; 오병철, “전자학습 디지털콘텐츠의 이용자보호”, 정보법학 제13권 제1호, 2009, 243면 등.

(9) 디지털콘텐츠거래의 중개

스마트기기를 이용하여 이루어지는 디지털콘텐츠거래는 사업자와 이용자가 직접 계약을 체결하는 것이 아니라 모바일 오픈마켓 운영자의 오픈마켓에서 주로 이루어지고 있다. 물론 운영자는 전소법상 통신판매중개자에 해당한다. 그러나 전소법상 통신판매중개자의 책임을 중개자라는 점을 중시하여 간이하게 그 책임을 면할 수 있도록 규정하고 있다.⁴⁰⁾ 그러나 오픈마켓 운영자는 실질적으로 시장을 지배하고 있으며, 대금의 30%를 중개수수료로 얻고 있음에도 불구하고 그 책임을 면하고 있다는 점은 이용자피해구제에 있어서 적합하지 않다. 특히, 모바일 오픈마켓에서 디지털콘텐츠를 판매하는 사업자는 국내 사업자가 아닌 전 세계의 사업자이다. 이러한 점은 이용자에게 피해가 발생하였을 경우 그 피해구제가 용이하지 않다는 점을 나타낸다. 따라서 오픈마켓 운영자에게 일정한 책임을 부과함과 더불어 이용자의 피해를 용이하게 구제할 수 있는 방안에 대한 모색이 필요하다. 그렇다고 하여 중개자의 지위를 가지고 있는 오픈마켓 운영자에게 계약당사자인 사업자와 동일한 책임을 부과할 수는 없다. 따라서 이러한 점을 감안하여 운영자의 책임을 부과하여야 할 것이다.

그럼 구체적으로 운영자의 책임을 어떻게 구성할 것인가? 오픈마켓 운영자의 책임을 어떻게 구성하여야 하는가? 소비자보호라는 점만을

40) 전소법에서는 계약당사자가 아닌 통신판매중개자에게 일정한 의무와 책임을 부과하고 있지만, 표시 또는 합의와 고지만으로 그 책임을 간단하게 면할 수 있도록 규정하고 있기 때문에 실질적으로 동법 제20조와 제20조의2는 통신판매중개자에 책임을 부과하는 규정이 아닌 면책을 인정하는 규정이기 때문에 통신판매중개자에게 실질적으로 책임을 부과할 수 있는 방향으로 개정하여야 한다는 비판이 제기되고 있다. 이러한 비판적 견해로는 이병준, “전자상거래에 관한 법제의 현황과 과제”, 외법논집, 제32집, 2008·11, 281면; 오병철, “통신판매업자의 불법행위에 대한 통신판매중개자(오픈마켓)의 책임”, 재산법연구, 제26권 제1호, 2009·6, 187-191면; 고희석, “통신판매중개자의 책임에 관한 연구”, 법학논고, 제32집, 2010·2, 144-149면; 한국소비자연맹, 통신판매중개행위 실태 및 소비자보호방안연구, 공정거래위원회, 2005, 15-16면 등.

감안한다면 중개의뢰자인 사업자와 연대하여 책임을 지도록 하는 것이 바람직하다고 할 수 있다. 이는 중개자라는 점이 전혀 고려되지 않은 것이다. 다른 방안으로는 보증책임을 부과하는 것이다. 이 방안에 대해서는 보증채무의 보충성으로 인하여 소비자보호에 부족하다는 비판이 제기될 수 있다. 즉, 중개자에게 책임을 부과하기 위해서는 먼저 주 채무자인 사업자에게 청구하여야 하며, 주 채무자에게 책임재산이 없는 경우로 한정된다. 그 결과 중개자에게는 책임을 추궁할 수 없게 된다. 따라서 이러한 점을 감안하여 중개자의 보증책임을 구성할 필요가 있다. 즉, 소비자에게 발생한 손해에 대한 배상책임은 1차적으로 사업자가 부담한다. 이 점에 대해서는 일반 보증책임과 동일하다. 그러나 보증인이 중개자가 책임을 지는 경우는 주 채무자에게 재산이 없을 경우가 아니라 주 채무자가 일정기간 내에 이를 이행하지 않은 경우로 한정하는 것이다. 즉, 주 채무자의 책임재산의 존부에 따라 보증인의 책임 여부가 결정되는 방식이 아니라 주 채무자의 손해배상책임 이행시기에 따라 결정되는 방식이다. 다만, 이러한 방식의 보증책임이라고 하더라도 이는 중개자가 중개의뢰사업자의 정보를 정확하게 제공한 경우로 한정되어야 한다. 즉, 1차적 책임은 사업자가 부담하기 때문에 소비자가 사업자에게 직접 권리를 행사할 수 있는 여건을 중개자는 제공하여야 한다. 만일 중개자가 이러한 정보를 제공하지 않거나 허위로 제공하여 소비자가 사업자를 알 수 없거나 권리를 행사할 수 없는 경우에는 중개자가 직접 책임을 부담하는 것이 타당하다. 상법에서는 중개자가 상대방에게 중개의뢰자의 신원에 관한 정보를 제공하지 않은 경우 이행책임을 부과하고 있다(동법 제99조). 물론 상법상 중개인의 책임은 쌍방 상행위를 대상으로 하기 때문에 일방 상행위인 소비자계약에 적용되지 않는다고 할 수 있다(동법 제93조). 그러나 일방 상행위 내지는 사인간 거래에 대한 중개에 대한 중개인의 책임에 관한 규정이 없기 때문에 상법상 중개인의 책임에

관한 규정이 준용될 수 있다. 물론 전소법에서는 이 경우 소비자에게 발생한 손해에 대하여 중개자와 중개의뢰자가 연대하여 배상할 책임을 부과하고 있다(동법 제20조의2 제2항). 그러나 중개자에게 이행책임을 부과하지 않음으로 인하여 소비자의 경우 당해 계약을 체결한 진정한 목적은 달성할 수 없다. 물론 해당 계약의 목적달성은 중개의뢰자의 채무이행에 의하여만 달성할 수 있다고 본다면 중개자에게 이행책임을 부과하는 것은 타당하지 않다고 할 수 있다. 그러나 중개자가 이행하는 것이 전혀 불가능한 것이 아니기 때문에 이를 배제하고 손해배상책임만을 규정하는 것은 타당하지 않다. 따라서 중개자의 보증책임에 대해서는 단지 손해배상책임이 아닌 이행책임을 전제로 하여야 할 것이다.⁴¹⁾

(10) 사이버 머니

이용자가 디지털콘텐츠이용계약을 체결한 경우 그 대금을 지급하여야 한다. 물론 체결과정에서 대금을 지급하는 것이 일반적이기 때문에 계약을 체결한 후 대금을 지급하는 것은 아니다. 이와 같이 이용자가 대금을 지급함에 있어서는 매우 다양한 방식에 의하여 이루어지고 있으며, 그 중 하나가 바로 사이버 머니이다. 특히, 대결결제수단이 사이버 머니만으로 한정된 경우 현금 내지는 신용카드는 아무런 기능을 하지 못한다. 그러나 현재 가상공간을 비롯하여 현실공간에서 화폐대용으로 사용되고 있는 사이버 머니에 대해서는 이를 규율하고 있는 법이 사실상 존재하지 않는다고 하더라도 과언은 아니다. 물론 전자금융거래법 및 전소법에서 일부 규정을 하고 있지만, 그 적용대상이 매우 제한적일 뿐만 아니라 그 내용 역시 일부에 국한하고 있어 사실상 사이버 머니와 관련하여 발생하는 다양한 문제점을 해결하고

41) 모바일 오픈마켓에서 이용자보호에 관하여는 고흥석, “모바일 오픈마켓에서 공정거래 질서확립 및 이용자보호”, 스포츠와 법 제15권 제2호, 2012·5, 208-228면 참조.

있지 못한 실정이다.

전자금융거래법상 사이버 머니와 관련될 수 있는 것은 선불전자지급수단 또는 전자화폐이다. 선불전자지급수단이라 함은 전자화폐를 제외하고 이전 가능한 금전적 가치가 전자적 방법으로 저장되어 발행된 증표 또는 그 증표에 관한 정보로서 발행인(대통령령이 정하는 특수관계인을 포함한다) 외의 제3자로부터 재화 또는 용역을 구입하고 그 대가를 지급하는데 사용되고, 구입할 수 있는 재화 또는 용역의 범위가 2개 업종(통계법 제22조 제1항의 규정에 따라 통계청장이 고시하는 한국표준산업분류의 중분류상의 업종을 말한다)이상인 것을 말한다(동법 제2조 제14호). 전자화폐라 함은 이전 가능한 금전적 가치가 전자적 방법으로 저장되어 발행된 증표 또는 그 증표에 관한 정보로서 대통령이 정하는 기준 이상의 지역 및 가맹점에서 이용될 것, 발행인(대통령령이 정하는 특수관계인을 포함한다) 외의 제3자로부터 재화 또는 용역을 구입하고 그 대가를 지급하는데 사용될 것, 구입할 수 있는 재화 또는 용역의 범위가 5개 이상으로서 대통령이 정하는 업종 수 이상일 것, 현금 또는 예금과 동일한 가치로 교환되어 발행될 것, 발행자에 의하여 현금 또는 예금으로 교환이 보장될 것의 요건을 모두 갖춘 것을 말한다(동조 제15호). 또한 전소법에서는 사이버몰에서 사용되는 전자적 대금지급 방법으로서 재화등을 구입·이용하기 위하여 미리 대가를 지불하는 방식의 결제수단의 발행자는 총리령으로 정하는 바에 따라 그 결제수단의 신뢰도 확인과 관련된 사항, 사용상의 제한이나 그 밖의 주의 사항 등을 표시하거나 고지하여야 한다(동법 제8조 제4항). 그리고 결제수단의 발행자는 보험업법에 따른 보험계약, 소비자피해보상금의 지급을 확보하기 위한 금융위원회의 설치 등에 관한 법률 제38조에 따른 기관과의 채무지급보증계약, 공제조합과의 공제계약 중 어느 하나를 체결하여야 한다(동법 제24조 제2항 단서).

그러나 현행법의 규정은 사이버 머니의 기능을 감안한 것이 아니라 규제의 완화차원에서 접근하고 있다는 점에서 근본적인 문제가 있다. 즉, 사이버 머니는 가상공간에서 화폐의 기능을 하는 것이지, 다른 디지털콘텐츠와 같이 목적물 그 자체가 아니다. 그럼에도 불구하고 전자금융거래법 및 전소법에서는 단지 일반 재화와 동일하게 취급하고 있다는 점에서 타당하지 않다. 물론 전자화폐의 경우 이러한 사이버 머니의 특성을 가장 많이 반영하고 있다고 할 수 있지만, 범용성의 요건에 오프라인 요건을 요구하고 있으며⁴²⁾, 유상성을 요구하고 있기 때문에 전자금융거래법상 전자화폐에 해당하는 것은 거의 없을 정도이다. 이에 가장 유사한 것으로 충전식 교통카드가 있으며, 2개 이상의 광역자치단체에서 이용되고 있다. 그러나 교통카드에 충전하는 방식은 단지 유상인 경우에 한하는 것이 아니며 무상인 경우도 존재한다. 물론 그 비율을 따진다면 후자의 비율은 극히 일부에 한정된다고 볼 수 있다. 그러나 이러한 무상의 요소는 교통카드가 전자화폐에 해당하지 않게 한다. 즉, 전자화폐에 해당하기 위해서는 모두가 유상이어야 하기 때문이다. 이러한 점은 전자화폐를 규정하여 그 법률관계를 매우 엄격하게 정하고 하였지만, 이를 쉽게 회피할 수 있는 방안을 동시에 규정하고 있기 때문에 사실상 유명무실한 규정이라고 할 수 있다. 그렇다고 한다면 동법상 선불전자지급수단에 관한 규정을 적용하여 해결하면 될 수 있지만, 발행인 이외의 제3자로부터 재화 등을 구입할 수 있는 지급수단이어야 한다. 그 결과 발행인의 사이버 물에서만 사용할 수 있는 사이버 머니는 동법의 적용을 받지 않으며, 대다수의 사이버 머니가 이에 해당한다. 또한 선불전자지급수단에 해당하더라도 미사용액에 대한 환급은 천재지변 등의 사유로 가맹점이

42) 전자화폐는 개념 그 자체에서 가상공간을 전제로 하고 있다. 그럼에도 불구하고 오프라인 공간을 전제로 한 범용성을 요구하는 것은 전자화폐의 기본적 성질을 감안하지 못한 것이라고 할 수 있다.

재화 또는 용역을 제공하기 곤란하여 선불전자지급수단을 사용하지 못하게 된 경우, 선불전자지급수단의 결함으로 가맹점이 재화 또는 용역을 제공하지 못하는 경우, 선불전자지급수단에 기록된 잔액이 일정비율 이하인 경우(이 경우 일정비율은 100분의 20 미만으로 정할 수 없다)로 한정하고 있어 유상으로 구입한 경우에도 사업자가 액면가액의 80%를 사용한 경우에만 환급이 가능하다고 인정한 경우 환급을 위해서는 액면가액의 80%를 사용하여야 한다. 그러나 전자화폐의 경우 그 잔액의 규모에 관계없이 환급이 가능하다는 것과 비교할 때 타당하지 않다. 또한 전자화폐의 경우 환급이고, 선불전자지급수단의 경우 환급이라는 용어를 사용하는 그 자체도 문제이다. 즉, 전자화폐에서의 환급은 전자화폐 그 자체가 현금통화는 아니지만, 이를 화폐로 인정한 결과라 할 수 있다. 그러나 선불전자지급수단의 환급은 선불전자지급수단을 하나의 재화로 인정한 것이기 때문에 그 대금의 반환을 의미한다고 할 수 있다. 물론 유상성을 전제로 한 전자화폐와 이를 전제하지 않은 선불전자지급수단을 동일하게 취급하는 것은 옳지 않지만, 현금을 지급하고 사이버 머니를 구입한 경우 전자화폐인 가 아니면 선불전자지급수단인가에 따라 환급이 인정되는가 아니면 제한되는가를 구분한다는 것은 타당하지 않다. 물론 전소법상 전자결제수단은 이러한 범용성 제한이 없기 때문에 포괄적으로 적용할 수 있다. 그러나 그 내용은 결제수단의 신뢰도 확인과 관련된 사항, 사용상의 제한이나 그 밖의 주의 사항 등의 표시 또는 고지에 불과하다. 그 결과 사용이 가능한 범위 내지는 환급 등 중요한 사항은 누락되어 있어서 의미가 크다고 할 수 없다. 다만, 소비자피해보상보험계약 등의 체결의무는 그 의미가 크다고 할 것이다. 즉, 발행자의 파산 등으로 인하여 소비자가 이를 사용할 수 없는 경우 보험금의 지급청구를 통하여 어느 정도 보호를 받을 수 있다. 그러나 이는 사용이 불가하게 된 경우의 보호방법이며, 환급에 관한 문제는 아니다. 따라서 이러

한 사이버 머니의 특성을 감안한 법률관계를 규율할 수 있는 사항을 추가하여야 할 것이다.⁴³⁾

(11) 금지행위

앞에서 제시한 내용은 사업자와 이용자가 디지털콘텐츠거래에서의 사법적 법률관계를 중심으로 추가적으로 규정하여야 할 사항에 대한 방향을 제시하였다. 물론 이러한 사법적 규정 역시 필요하지만, 이와 더불어 사업자의 금지행위에 대한 규정 역시 필요하다. 전소법에서는 사업자의 금지행위로 거짓 또는 과장된 사실을 알리거나 기만적 방법을 사용하여 소비자를 유인 또는 소비자와 거래하거나 청약철회등 또는 계약의 해지를 방해하는 행위, 청약철회등을 방해할 목적으로 주소, 전화번호, 인터넷도메인 이름 등을 변경하거나 폐지하는 행위, 분쟁이나 불만처리에 필요한 인력 또는 설비의 부족을 상당기간 방치하여 소비자에게 피해를 주는 행위, 소비자의 청약이 없음에도 불구하고 일방적으로 재화등을 공급하고 그 대금을 청구하거나 재화등의 공급 없이 대금을 청구하는 행위, 소비자가 재화를 구매하거나 용역을 제공받을 의사가 없음을 밝혔음에도 불구하고 전화, 팩스, 컴퓨터통신 또는 전자우편 등을 통하여 재화를 구매하거나 용역을 제공받도록 강요하는 행위, 재화등의 배송 등 소비자와의 계약을 이행하기 위하여 불가피한 경우로서 대통령령으로 정하는 경우, 재화등의 거래에 따른 대금정산을 위하여 필요한 경우, 도용방지를 위하여 본인 확인에 필요한 경우로서 대통령령으로 정하는 경우, 법률의 규정 또는 법률에 따라 필요한 불가피한 사유가 있는 경우를 제외하고 본인의 허락을

43) 사이버 머니와 관련한 법제 개선방안에 대한 자세한 내용은 고희석, “사이버 머니의 환급에 관한 연구”, 선진상법법률연구 제63호, 2013·7, 125-141면; 정순섭, “금전의 법적 측면에 관한 연구”, 상사판례연구 제22집 제2권, 2009·6, 273면; 정석찬, “전자화폐 활성화 방안에 관한 고찰”, e-비즈니스연구 제6권 제1호, 2005·4, 167면; 김성천, 상품권거래와 법제개선방안 연구, 한국소비자원, 2012 등.

받지 아니하거나 허락받은 범위를 넘어 소비자에 관한 정보를 이용하는 행위, 소비자의 동의를 받지 아니하거나 총리령으로 정하는 방법에 따라 쉽고 명확하게 소비자에게 설명·고지하지 아니하고 컴퓨터 프로그램 등이 설치되게 하는 행위로 정하고 있다(동법 제21조 제1항). 이러한 행위 역시 콘텐츠거래에 있어서 사업자의 금지행위로 정할 필요가 있지만, 거짓 또는 과장의 권유행위는 정보제공의무에서 규정하고 있기 때문에 여기에서 반복적으로 규정할 필요는 없을 것이다.

(12) 개인간 디지털콘텐츠거래

앞에서 살펴본 디지털콘텐츠거래는 쌍방 상행위 또는 일방 상행위이다. 또한 공정한 거래질서의 확립을 말하면 그 대상거래는 이러한 상행위라는 점에 대하여 이견이 없는 것으로 보인다. 그러나 거래가 반드시 상행위에 의하여만 이루어지는 것은 아니며, 공정한 거래질서 역시 일반 개인간이라 해서 요구되지 않는 것은 아니다. 물론 공정한 거래질서의 확립에 대한 필요성이 주로 상행위에서 요구되고 있기 때문에 이를 주된 대상으로 한 것이다. 또한 상행위와 달리 일반 개인간 거래의 경우 누구에게 그 의무를 부담할 것인가의 문제가 발생하기 때문에 상행위와는 또 다른 문제가 제기된다. 물론 일반 개인간 거래를 상행위와 전적으로 동일시하여 공정거래질서의 확립방안 역시 동일하게 강구한다면 이는 개인의 창의를 존중하기 보다는 거래전반에 대한 통제로 전환되는 문제가 제기될 수 있다. 따라서 개인간 거래에 있어서 공정거래질서의 확립은 기본적으로 계약법인 민법을 통하여 추구하고, 최근에 발생하고 있는 개인간 거래의 문제점을 해결할 수 있는 방안에 대하여 모색할 필요가 있다. 최근 개인간 거래에서 발생하는 피해 중 대표적인 것이 바로 매도인의 채무불이행에 따른 매수인의 피해이다. 즉, 게시판 등을 통하여 아이템 판매에 관한

사항을 게시하고, 매수인으로부터 대금을 받은 후 아이টে을 제공하지 않는 사례이다. 이 경우 게시판 운영자에게 그 책임을 추궁할 수 없으며, 실질적인 피해구제가 매우 어렵다. 따라서 이러한 개인간 피해의 발생에 대한 원인을 규명하고, 이를 해결할 수 있는 방안 에 대한 모색이 필요하다. 그 방안 중 하나가 개인거래에서 당사자가 안심하고 거래할 수 있는 환경, 즉 장터를 개설하고, 여기에서 거래가 이루어지도록 함과 더불어 장터 운영자에게 그 관리 의무와 책임을 부과하는 것이다. 물론 이와 유사한 것이 전소법상 통신판매중개이다. 그러나 전소법상 통신판매중개자의 책임은 중개의뢰자가 사업자인 경우를 중심으로 구성하고 있기 때문에 일반 개인간 통신판매중개에 대해서는 그 적용이 매우 제한적이다. 따라서 일반 개인간 거래에 대한 중개의 내용을 규정함과 더불어 이에 대한 의무 및 책임을 규정할 필요가 있다.⁴⁴⁾

5. 손해배상 및 피해구제에 관한 법제의 개선방향

(1) 공정거래질서 위반행위에 대한 사법적 규제의 필요성

콘텐츠산업 및 거래분야에서 공정한 거래질서를 확립하기 위해서는 앞에서 제시한 바와 같이 각 단계별로 그 법률관계를 정하는 제반 규정의 신설이 필요하다. 그러나 이러한 규정을 신설하였다고 하여 법위반의 사례가 발생하지 않을 것이라고 판단할 수 없으며, 이를 위반한 행위가 발생하였을 경우 어떠한 제재를 부과하여 이로 인한 피해

44) 개인간 디지털콘텐츠거래에 대한 법제개선방안에 대한 자세한 내용은 고희석, “전자상거래 분야에서의 소비자보호에 관한 법률 상호간의 정합성에 관한 연구”, 가천법학 제6권 제3호, 2013·9, 185-186면 참조.

를 예방 또는 구제할 것인가에 대한 대책이 마련되어야 한다. 물론 그 방안에 대해서는 공법적 제재와 사법적 제재로 구분할 수 있으며, 공법적 제재로는 시정조치, 과징금, 과태료 및 벌칙 등을 예상할 수 있다. 다만, 이하에서는 사법적 규제를 중심으로 그 방안을 검토한다. 이러한 사법적 규제방안으로는 손해배상책임에 대한 특칙을 규정하는 방안과 소송법적인 측면에서 이를 실현하는 방안으로 구분할 수 있다. 또 전자의 방안은 다시 손해배상책임의 성립을 위한 요건에 있어서의 특칙과 손해의 범주 및 증명책임에 대한 특칙으로 구분할 수 있다. 그리고 후자는 다시 예방을 위한 절차와 구제를 위한 절차로 구분할 수 있다.⁴⁵⁾

(2) 손해배상책임의 특칙

1) 고의 또는 과실에 대한 증명책임

타인의 행위로 인하여 손해를 입은 자는 그 가해자에 대하여 배상을 청구할 수 있다. 물론 가해행위와 손해가 존재한다고 하여 바로 배상책임이 발생하는 것이 아니라 과실책임주의의 원칙에 따라 고의 또는 과실이란 주관적 요소가 존재하여야 한다. 다만, 손해배상책임의 발생원인에 따라 주관적 요소에 대한 증명책임을 부담하는 자가 상이하다. 즉, 채무불이행에 따른 손해배상책임의 경우 채무자가 자신에게 고의 또는 과실없음을 증명하여야 하기 때문에 채권자가 적극적으로 채무자의 고의 또는 과실을 증명할 필요는 없다(민법 제390조). 그러나 불법행위에 기한 손해배상책임의 경우 채권자가 채무자의 고의 또는 과실까지 증명하여야 한다(민법 제750조).

45) 콘진법에서는 피해구제에 관한 제도로 분쟁조정제도를 규정하고 있다. 또한 콘텐츠 분쟁조정제도의 개선방안의 모색에 대해서는 이미 연구(고형석·장재욱·남기연, 콘텐츠분쟁조정제도 활성화 방향 및 위원회 운영 로드맵 수립 연구, 한국콘텐츠진흥원, 2013)가 진행되었기 때문에 여기에서는 콘텐츠분쟁조정제도에 대해서는 생략한다.

이와 같이 민법상 손해배상책임에 있어서 고의 또는 과실에 대한 증명책임은 그 발생원인에 따라 상이하다. 그럼 콘텐츠거래에 있어서 불공정한 거래행위로 인하여 발생한 손해에 대한 배상책임은 어느 책임에 근거하여 발생하는가의 문제가 제기되며, 이는 채무자의 고의 또는 과실에 대한 증명책임과 관련된다. 물론 당사자간에 계약관계가 존재하고, 이에 기하여 손해가 발생한 경우 채무불이행책임에 따라 채무자가 그 책임을 면하기 위하여 고의 또는 과실이 없음을 증명하여야 할 것이다. 그러나 불공정한 행위로 인한 손해배상책임의 다수는 불법행위에 의하여 발생한다. 따라서 채무자의 고의 또는 과실은 채권자가 증명하여야 한다. 그러나 공정거래법에서는 이에 대한 특칙을 규정하여 채무자가 고의 또는 과실 없음을 증명할 책임을 부과하고 있다(동법 제56조 제1항 단서). 따라서 이러한 공정거래법상 고의 또는 과실에 대한 증명책임에 관한 규정 역시 콘진법에 도입할 필요가 있다. 즉, 공정거래법은 거래 전반에 있어서 공정한 거래질서의 확립을 목적으로 하며, 이를 위반하여 상대방에게 손해를 야기한 경우 그 책임을 인정함에 있어서 채권자가 아닌 채무자에게 증명책임을 부과하고 있다. 이러한 공정거래질서의 확립은 콘진법 개정에도 있어서도 동일하게 요구되는 사항이며, 이를 위하여 그 손해배상책임 역시 공정거래법과 동일한 체제로 구성하는 것이 이 분야의 공정거래질서의 확립에 요구되는 사항이라고 할 것이다.

2) 제조물의 범주에 디지털콘텐츠의 추가

앞에서 살펴본 바와 같이 손해배상책임을 규정함에 있어서 민법에 대한 특칙으로 고의 또는 과실에 대한 증명책임을 채무자에게 부과하는 방안을 제시하였다. 그러나 모든 손해배상책임이 과실책임에 기초한 것은 아니다. 즉, 과실책임주의가 원칙이기는 하지만, 모든 분야의 손해배상책임에 있어서 과실책임의 원칙에 기한 것은 아니며, 무과실

책임 역시 존재한다. 그 대표적인 예가 민법상 하자담보책임, 제조물 책임법상 손해배상책임 및 표시광고공정화법상 손해배상책임이다. 콘텐츠거래로 인하여 발생한 손해가 이러한 법들에서 규정하고 있는 요건을 충족하는 경우 무과실책임을 부과하여 효율적인 권리구제와 더불어 공정한 거래질서의 확립을 기할 수 있다. 그런데 제조물책임법상 무과실책임을 도입하기 위해서는 그 기본전제에 대한 개정이 요구된다. 즉, 제조물책임법은 제조물의 결함으로 인하여 발생한 손해에 대한 배상책임을 특칙이다. 따라서 동법상 손해배상을 청구하기 위해서는 가장 기본적으로 제조물의 결함이 존재하여야 한다. 그러나 디지털콘텐츠가 제조물에 해당하는가에 대해서는 의문이 제기된다. 즉, 동법상 제조물은 제조되거나 가공된 동산(다른 동산이나 부동산의 일부를 구성하는 경우를 포함한다)을 말한다(동법 제2조 제1호). 또한 동산은 민법상 부동산이 아닌 물건이다(민법 제98조, 제99조 참조). 따라서 무체형태인 디지털콘텐츠는 민법상 물건에 해당하지 않기 때문에 제조물책임법상 제조물에 해당하지 않는다. 그 결과 디지털콘텐츠에 결함이 존재하여 확대손해가 발생하더라도 피해자는 제조물책임법이 아닌 민법상 손해배상을 청구하여야 한다. 이는 디지털콘텐츠 역시 인간의 행위에 의하여 제작된 것(인공물)임에도 불구하고 동산에 포함되지 않음으로 인하여 발생한 문제이다. 따라서 디지털콘텐츠의 결함으로 인하여 발생한 확대손해 역시 제조물책임법에 따라 피해자가 무과실책임을 주장할 수 있도록 제조물의 범주에 디지털콘텐츠가 포함될 수 있는 법 개정이 필요하다고 할 것이다.⁴⁶⁾

46) 디지털콘텐츠의 결함으로 인한 피해구제만을 고려한다면 제조물책임법 또는 콘진법을 개정하여 디지털콘텐츠 역시 제조물에 포함됨을 규정할 필요가 있다. 그러나 이는 단편적인 법적 개선방안이며, 디지털콘텐츠에 관한 법 규율 전반을 감안한다면 민법상 물건에 대한 정의규정을 개정하여 이를 해결하는 것이 바람직하다. 즉, 민법상 물건에 대한 정의를 관리가능한 유체물 및 무체물로 개정한다고 한다면 관리가능한 무체물인 디지털콘텐츠는 민법상 물건의 범주에 포함되어 당연히 제조물책임법의 적용을 받게 된다. 또한 이러한 방식으로 민법을 개정한다면 디지털콘

3) 손해에 대한 증명책임의 완화

불공정한 거래행위로 인하여 피해가 발생한 경우 채권자가 손해배상을 청구하기 위한 요건으로는 주관적 요소를 요구할 것인가와 더불어 이를 요구할 경우 그 증명을 누가할 것인가의 문제는 매우 중요하다. 이와 더불어 중요한 것이 손해에 대한 증명이다. 즉, 채무자의 가해행위로 인하여 채권자에게 발생한 손해가 확정되어야 만이 그 책임을 확정할 수 있다. 그러나 디지털콘텐츠의 경우 그 손해를 산정하기란 그리 쉬운 문제가 아니다. 즉, 디지털콘텐츠산업은 지식기반형 산업이며, 그 시장 규모가 국제시장이라는 점을 비롯하여 그 시장이 초기단계이기 때문에 침해행위로 인하여 발생한 손해를 확정하기란 그리 쉬운 문제가 아니다. 그럼에도 불구하고 채권자에게 그 손해를 증명하라고 요구할 경우 손해산정의 곤란성으로 인하여 실질적인 피해구제가 이루어지지 않을 수 있다. 따라서 피해자가 용이하게 피해구제를 받을 수 있는 방안에 대한 모색이 필요하며, 그 방안으로는 법정손해배상액제도와 법원의 손해액 인정제도를 제시할 수 있다.

첫째, 법정손해배상액제도는 저작권법에서 규정하고 있는 제도로서 저작재산권자등은 고의 또는 과실로 권리를 침해한 자에 대하여 사실심의 변론이 종결되기 전에는 실제 손해액이나 제125조 또는 제126조에 따라 정하여지는 손해액을 갈음하여 침해된 각 저작물등마다 1천만원(영리를 목적으로 고의로 권리를 침해한 경우에는 5천만원) 이하의 범위에서 상당한 금액의 배상을 청구할 수 있다(동법 제125조의2 제1항). 따라서 침해를 받은 저작권자등은 구체적인 손해에 대한 증명 없이 저작권법에서 정한 손해배상액을 청구할 수 있다. 둘째, 법원의 손해액 인정제도는 저작권법을 비롯하여 표시광고공정화법 등에서 인정하고 있는 제도로서 피해자가 손해를 입었다는 사실을 증명하였지만,

텐츠 이외의 새로운 형태의 목적이 등장하더라도 추가적인 법 개정 없이 이를 포섭할 수 있는 장점이 있다.

그 구체적인 손해액을 산정하기 곤란한 경우 법원이 직권으로 손해액을 인정하는 제도이다. 즉, 법원은 손해가 발생한 사실은 인정되나 제 125조의 규정에 따른 손해액을 산정하기 어려운 때에는 변론의 취지 및 증거조사의 결과를 참작하여 상당한 손해액을 인정할 수 있다(저작권법 제126조).

이와 같이 법정손해배상액제도와 법원의 손해액 인정제도는 모두 피해자가 효율적으로 손해배상을 받을 수 있도록 그 손해액을 법으로 정하거나 법원이 직권으로 결정할 수 있도록 규정함으로써 디지털콘텐츠에 대한 침해와 같이 피해자가 그 손해액에 대한 증명의 곤란성으로 인하여 발생하는 피해구제의 어려움을 해결하기 위해 도입된 것이다. 디지털콘텐츠거래에서 발생하는 피해에 대한 효율적인 구제를 위해서 손해배상에 대한 특칙으로 이를 도입할 필요가 있다.

4) 징벌적 손해배상책임의 도입

손해배상은 가해자의 행위로 인하여 발생한 피해자의 손해에 대한 전보를 목적으로 한다. 따라서 손해배상의 범위는 피해자에게 발생한 손해액에 국한되는 것이 원칙이다. 물론 개별 피해자의 입장만을 고려한다면 자신에게 발생한 손해에 대한 전보가 이루어졌기 때문에 충분한 피해구제가 이루어졌다고 볼 수 있다. 그러나 이러한 전보배상이 과연 피해자의 진정한 피해구제에 충분한 것인지의 문제와 더불어 가해자의 행위가 지속적으로 이루어지고 있는 근본적인 원인에 대한 분석이 필요하다는 주장이 제기되고 있다. 즉, 피해자의 충분한 배상을 위하여 다양한 제도적 보완이 추진되고 있지만, 이 역시도 객관적인 평가를 통하여 이루어진 것이기 때문에 완전한 피해구제가 이루어졌다고 보기 어려운 점이 있다.⁴⁷⁾ 또한 개별 피해자에 대한 배상을

47) 사법제도개혁추진위원회, 사법 선진화를 위한 개혁, 2006, 759면. 반면에 손해배상액의 과소문제는 징벌적 손해배상제도의 도입보다는 위자료의 전반적 상향을 포

중심으로 구성된 결과 피해구제를 신청하지 않은 피해자의 규제는 이루어지지 않기 때문에 이에 해당하는 이익이 가해자로부터 박탈당하지 않게 되어 가해자가 위법행위를 지속적으로 행하는 원인으로 지적되고 있다. 따라서 피해자에 대한 충분한 보호와 더불어 가해자의 불법이익을 박탈할 수 있는 방안에 대한 모색이 요구되었으며, 그 방안 중 하나가 바로 징벌적 손해배상제도의 도입이다.⁴⁸⁾ 즉, 사업자의 악의적 행위로 인하여 피해가 발생한 경우 피해자에게 전보배상적 손해배상에 더하여 사적 제재금에 해당하는 징벌적 손해배상을 더하여 배상할 경우 현행 손해배상액을 보다 현실화할 수 있으며, 사업자의 위법행위로 인하여 취득한 이익을 박탈할 수 있다. 그 결과 사업자의 위법행위를 근본적으로 근절할 수 있는 계기를 마련할 수 있다. 물론 징벌적 손해배상제도의 도입에 대해서는 종전부터 많은 찬성과 반대의 논란이 제기되어 왔으며, 우리의 법체계가 대륙법체계를 취하고 있기 때문에 영미법계의 특수한 제도인 징벌적 손해배상제도의 도입을 주장하는 것은 많은 검토가 필요하다.⁴⁹⁾ 그러나 징벌적 손해배상제도의 취지는 우리법제에도 도입·운영되고 있다. 즉, 2011년 하도급법의 개정을 통하여 징벌적 손해배상제도가 도입되었으며, 2013년 동법 개정에서 그 적용범위가 확대되었다.⁵⁰⁾ 따라서 징벌적 손해배

함하여 전보배상의 기능을 강화하는 방안을 제시하는 견해도 있다(김태선, “징벌적 손해배상제도에 대한 고찰”, 민사법학 제50호, 2010·9, 251면); 위자료의 제재적 성질과 관련하여서는 장재욱, “위자료와 사적제재”, 중앙법학 창간호, 1999, 181-213면 참조.

48) 경쟁법 분야에서의 징벌적 손해배상제도의 도입을 전제로 동 제도의 도입시 고려할 사항으로 배상의 인적범위, 대상행위, 배상액의 산정, 배상액의 귀속 및 가해자의 자력 등을 제시하고 있다(신영수, “징벌적 손해배상제도와 공정거래법”, 기업법연구 제24권 제1호, 2010·3, 448-451면).

49) 징벌적 손해배상과 헌법합치의 문제에 대하여는 장재욱, “징벌적 손해배상과 법치국가의 원리”, 법학논문집(중앙대 법학연구소) 제20집, 1995·12, 215-250면; 우리나라에서의 승인집행과 관련하여서는 장재욱, “미국의 거액손해배상판결의 승인과 집행”, 비교사법 제1권 제1호, 1994, 311-345면 참조

50) 2011년 개정된 하도급법에서는 기술자료의 유용으로 인하여 수급사업자가 피해를 입은 경우 그 자에게 발생한 손해의 3배를 넘지 아니하는 범위에서 배상책임을 부과하였다(2011년 개정법 제35조 제2항). 2013년 개정된 하도급법에서는 부당한

상제도가 영미법에서 인정된 제도이기에 그 도입을 반대하는 근거는 더 이상 타당성을 상실하게 되었다. 다만, 동 제도를 운용하고 있는 영국과 미국 역시 동 제도의 확대에 대해서는 신중을 기하고 있다는 점을 감안할 때 우리 역시 이를 확대 적용함에 있어서는 신중을 기하여야 할 것이다. 그러나 손해배상액의 불충분성 및 위법행위의 억제·방지방안으로서의 징벌적 손해배상제도가 가지는 장점을 충분히 활용할 필요가 있으며, 특히 우월관계가 명확한 디지털콘텐츠거래분야에서 불공정한 거래행위를 근절하기 위한 방안으로 동 제도에 대한 도입을 적극적으로 검토하여야 할 것이다. 물론 이미 하도급법에 도입된 부분에 대해서는 콘진법 개정시 당연히 이를 인정하여야 할 것이며, 그 이외의 부분에 대하여도 이에 상응하는 불공정한 거래행위에 대한 제재방안으로 이를 적용할 필요가 있다. 다만, 징벌적 손해배상제도가 피해자의 효율적 피해구제를 위함이라는 도입목적은 퇴색하게 하여서는 아니 된다. 즉, 다수의 피해자에게 공통의 피해가 발생하였음에도 불구하고 징벌적 손해배상을 이유로 그 일부의 피해자만이 배상을 받을 수 있게 된다면 이는 제도의 도입의 긍정적 효과가 아닌 부정적 효과가 발생할 수 있기 때문에 동 제도의 도입시 운용의 묘를 살려야 한다. 따라서 다수의 피해자가 적절한 피해배상을 받을 수 있는 방안 역시 강구되어야 할 것이며, 이에 대해서는 소송절차의 특칙에서 언급한다.

(3) 피해예방 및 구제를 위한 소송상의 특칙

1) 위법행위의 금지 또는 중지를 위한 단체소송제도의 도입

콘진법 개정을 통하여 공정거래질서의 확립에 관한 제반 규정을 신설할 경우 그 효과가 실질적으로 발생하기 위해서는 시장 내에서 사

하도급대금의 결정 금지(제4조), 부당한 위탁취소의 금지(제8조 제1항), 부당반품의 금지(제10조), 감액금지(제11조 제1항, 제2항), 기술자료 제공 요구 금지(제12조의3 제3항)로 징벌적 손해배상의 인정범위를 확대하였다.

업자의 법 준수행위가 이루어져야 한다. 그러나 사업자의 위법행위가 발생할 우려가 있거나 이미 발생하여 확대될 우려가 있는 경우 이러한 위법행위로 인하여 손해가 현실적으로 발생하지 않도록 예방조치를 강구할 필요가 있다. 물론 이러한 피해를 입을 우려가 있는 자는 금지청구소송을 제기할 수 있지만, 실질적으로 소의 제기를 통하여 사업자의 위법행위의 금지 또는 중지를 청구하기란 쉽지 않다. 또한 단체 등이 이를 청구할 수 있다면 개인이 청구할 경우에 있어서 한계를 해결할 수 있다는 장점이 있지만, 당사자적격의 문제로 인하여 소를 제기할 수 없다. 그렇다고 하여 피해의 발생 내지는 확대가 명확함에도 불구하고 이를 예방할 수 없다고 한다면 콘진법 개정을 통하여 공정거래질서를 확립하고자 하는 궁극적인 목적은 달성할 수 없게 된다. 이러한 점을 감안할 때 일정한 단체에게 사업자의 위법행위에 대한 금지 또는 중지를 청구할 수 있는 소권을 부여할 필요가 있으며, 그 대표적인 예가 소비자기본법상 소비자단체소송이다(동법 제70조). 즉, 개별 소비자가 소를 제기하여 사업자의 위법행위를 금지 또는 중지하는 것이 사실상 불가능하기 때문에 일정한 자격요건을 갖춘 소비자단체 등에서 소권을 부여하여 사업자의 위법행위로 인하여 소비자피해가 현실적으로 발생하지 않도록 예방할 수 있는 제도적 방안을 마련한 것이다. 따라서 사업자의 공정거래질서 위반행위에 대한 금지 또는 중지를 청구할 수 있도록 일정한 단체에게 소권을 부여하여 방안 역시 콘진법 개정을 통하여 도입할 필요가 있다.⁵¹⁾

51) 콘텐츠사업자의 불공정행위에 대한 피해예방방안 중 하나로 금지청구소송제도의 도입에 관하여, 본 보고서는 콘진법 개선방향을 중심으로 하기 때문에 동법 개정을 통한 방안으로 제시하였다. 그러나 콘진법이 특별법이라고 하더라도 모든 내용을 하나의 법에서 규율하는 것은 바람직하지 않을 수 있다. 특히, 소송제도에 관한 내용이 이에 해당한다고 볼 수 있다. 따라서 단체소송제도에 대해서는 콘진법의 개정을 통하여 해결하기 보다는 이에 관한 특별법(가칭 ‘단체소송에 관한 법률’)을 제정하여 단체소송에 관한 기본적인 사항을 규정하고, 콘진법에서는 이에 대한 특칙만을 규정하는 것이 보다 바람직한 방안이라고 할 수 있다.

2) 집단소송제도의 도입

현대 사회에 있어서 피해발생의 특징 중 하나가 바로 공통 다수의 피해자가 발생한다는 것이다. 즉, 대량생산 대량소비의 시대에 있어서 피해는 피해자 개별적으로 발생하는 것이 아닌 다수의 피해자에게 동일하게 발생한다. 그러나 그 피해의 구제절차는 개별적으로 이루어지는 것이 원칙이다. 물론 다수의 피해자가 공통으로 구제를 받을 수 있는 절차가 소송법상 마련되어 있지만, 실질적으로 활용되고 있지 않는 것이 현실이다. 따라서 동일한 원인에 의하여 피해를 입은 다수의 자가 일괄적으로 피해구제를 받을 수 있는 방안에 대한 모색은 지속적으로 요구되어 왔다. 그 대표적인 예가 바로 2004년에 제정된 증권관련 집단소송법이며, 조정의 경우에는 2006년 소비자기본법 개정으로 도입된 집단소비자분쟁조정제도이다. 그러나 전자는 증권관련 분쟁에 국한되며, 후자는 소송이 아닌 조정이라는 점에서 집단적 피해를 구제하기 위한 제도로는 한계가 존재한다. 따라서 소송제도를 통하여 집단적으로 발생한 피해를 구제하기 위한 다수의 법안이 발의되어 현재 국회에 계류 중에 있다. 즉, 국회에 계류 중인 공정거래법 개정안 중 집단소송제 및 징벌적 손해배상제의 도입에 관한 개정안으로는 이종훈 의원 대표발의안(2013.5.28), 정호준 의원 대표발의안(2013.1.10) 및 이만우 의원 대표발의안(2012.8.27)이 있으며, 집단소송제의 도입을 내용으로 하는 개정안으로는 노회찬 의원 대표발의안(2012.9.13)이 있다. 또한 모든 분야에서의 집단소송제도의 도입을 내용으로 하는 집단소송법안(우윤근의원 대표발의 ; 2013.8.1)이 발의되어 현재 국회에 계류 중이다. 그리고 집단소비자분쟁에 대한 소송상의 해결을 내용으로 하는 소비자기본법 개정안(이상민의원 대표발의, 2012.12.6)이 현재 국회에 상정되어 있다. 동 개정안에서는 대표자소송으로 칭하고 있으며, 그 방식은 Opt-out 방식을 취하고 있다(동 개정안 제76조의2 내지 제76조의15).

V. 디지털콘텐츠 공정거래질서 확립을 위한 콘텐츠산업진흥법의 개선방향

이와 같이 집단적 피해를 구제하기 위한 법안이 현재 국회에 계류 중에 있으며, 집단소송법안이 제정된다고 한다면 콘진법에서 별도로 이에 관한 사항을 규정할 필요는 없을 것이다. 그러나 공정거래법 등 개별 법률에 대한 개정안이 통과된다면 이러한 내용을 콘진법에서 준용하는 방식이 필요할 것이다. 다만, 단체소송과 동일하게 모든 사항을 콘진법에서 규정하는 것은 사실상 한계가 있다는 점을 감안할 때, 동 제도의 도입이 필요하다고 하더라도 그 입법형식은 콘진법 개정이 아닌 특별법(가칭 ‘집단소송법’) 제정의 방식으로 해결하고, 해당 특별법에서 규율하지 못한 사항에 대하여만 콘진법에서 규정하는 방안이 보다 바람직할 것이다.

VI. 결 론

21세기는 스마트 시대, 즉 스마트폰을 비롯한 스마트 정보처리기가 일상생활에서 보편적으로 사용되는 시기라고 할 수 있다. 이는 단지 하드웨어의 변화만을 의미하는 것이 아니라 이를 통하여 활용할 수 있는 스마트콘텐츠의 중요성이 더욱 강조됨을 의미하기도 한다. 따라서 pc를 비롯하여 스마트폰 등의 다양한 정보처리장치에서 활용될 수 있는 디지털콘텐츠산업을 육성·발전시키는 것이 21세기 산업 정책에 있어서 가장 핵심적이라고 할 수 있다. 즉, 디지털콘텐츠산업은 지식기반형 산업이기 때문에 자원이 부족한 우리의 경우 가장 적합한 산업분야임과 동시에 환경오염의 문제를 유발시키지 않기 때문에 친환경산업에 해당한다. 또한 다른 산업분야와 달리 수익을 창출하기 위하여 계속적으로 재화를 생산하여야 하는 것이 아니라 한 번의 개발로 막대한 부가가치를 창출할 수 있기 때문에 고부가가치산업에 해당한다. 이러한 점을 감안하여 우리나라에서는 디지털콘텐츠산업을 21세기 중점 산업 중 하나로 선정하였으며, 이를 육성 및 발전시키기 위하여 다양한 노력을 경주하고 있다. 그 대표적인 예가 바로 사업자가 양질의 디지털콘텐츠를 개발할 수 있도록 각종 재정적 지원을 행하고 있는 점이다. 즉, 디지털콘텐츠시장은 국경 또는 지역을 단위로 하는 시장이 아니라 온라인을 통하여 구현되는 전 세계를 대상으로 하는 시장이다. 따라서 콘텐츠사업자는 국내 사업자와 경쟁을 하는 것이 아니라 전 세계의 콘텐츠사업자와 경쟁을 하여야 하며, 경쟁에서 생존하기 위해서는 가장 기본적으로 고품질의 디지털콘텐츠 또는 이용자의 요구에 적합한 디지털콘텐츠를 개발하여야 한다. 이러한 디지털콘텐츠를 개발하기 위해서는 많은 시간과 노력이 투자되어야 하며, 막대한 재원이 소요된다. 물론 사업자의 개인적 이익을 추구하기 위하여 투자되는 재원이기 때문에 국가의 지원이 부당하다고 할

VI. 결 론

수 있지만, 이 분야의 사업자의 규모가 영세하다는 점을 감안한다면 이를 사업자가 전적으로 부담하는 것은 비현실적이다. 또한 사업자에게만 맡겨두었을 경우 그 산업발전이 이루어지지 않게 되며, 그로 인하여 국제경쟁력을 상실하게 됨에 따라 우리 콘텐츠산업은 외국 콘텐츠사업자에게 종속될 수 밖에 없다. 따라서 콘텐츠사업자가 양질의 디지털콘텐츠를 개발하여 경쟁력을 갖추 수 있도록 재정적 지원이 필요하다고 할 것이다. 그러나 이러한 재정적 지원만으로 디지털콘텐츠 산업이 발전할 수는 없다. 즉, 양질의 디지털콘텐츠를 개발하였다고 하더라도 시장의 거래질서가 공정하지 않다고 한다면 이에 따른 과실은 콘텐츠개발자에게 돌아가는 것이 아니라 유통사업자에게 귀속된다. 그 결과 콘텐츠개발자는 이로 인한 수익을 얻지 못하게 되며, 재투자의 기반이 조성되지 않음으로 인하여 결국 시장에서 퇴출된다. 물론 국가가 지속적으로 재정적 지원을 한다면 문제가 없다고 할 수 있지만, 무제한적 지원은 사업자의 경쟁력을 약화시키는 결과를 유발한다. 따라서 국가의 지원은 사업자가 경쟁력을 갖추 수 있는 여건을 형성하는 것에 국한하여야 하며, 그 이후에는 사업자가 자발적으로 경쟁력을 갖추어야 한다. 이를 위해서는 사업자가 양질의 콘텐츠를 개발하고, 그 판매를 통하여 얻은 수익을 재투자하는 방식의 선순환 구조를 구축하여야 한다. 그러나 이를 저해하는 것이 바로 시장의 불공정성이며, 이는 콘텐츠개발자에게 그 이익이 돌아가는 것이 아니라 유통사업자 등이 수익의 다수를 얻게 함으로서 결국은 국내 콘텐츠사업자가 더 이상 양질의 디지털콘텐츠를 개발할 수 없게 한다. 따라서 건전한 디지털콘텐츠시장을 형성하기 위해서는 그 시장질서가 공정하게 형성되어야 할 것이다. 이는 디지털콘텐츠산업이 발전하기 위한 요건으로써 양질의 디지털콘텐츠 제작을 위한 재정적 지원 못지않게 중요한 요건이다.

디지털콘텐츠거래 또는 이 분야에서의 공정거래질서의 확립에 관하여 매우 다양한 법들이 존재한다. 그런데 현행 관련법은 디지털콘텐츠산업이 활성화되기 이전의 상황에서 제정된 법이기 때문에 디지털콘텐츠산업의 특성을 제대로 반영하여 이 분야의 공정거래질서의 확립에 적합하게 규율하고 있지 않다는 단점이 존재한다. 따라서 현행법을 이 분야에 그대로 적용하였을 경우 이 분야에서의 불공정한 거래관행은 계속적으로 유지될 수 밖에 없으며, 그 결과 이 분야의 산업에 대한 지속적인 발전을 도모할 수 없게 된다. 디지털콘텐츠산업 및 그 거래의 특성을 감안하여 이 분야에서의 공정한 거래질서를 확립할 수 있는 방안에 대한 모색이 요구되며, 이는 사업자들의 자율규제만으로 해결될 수 없기 때문에 관련 법제의 개선을 통하여 이를 추구할 필요가 있는 것이다.

그 대표적인 방안 중 하나로 콘진법의 개정을 통한 공정거래질서의 확립방안을 제시할 수 있다. 물론 콘진법은 산업진흥법이기 때문에 사업자에 대한 지원만을 규정하여야 한다고 주장할 수 있다. 그러나 산업진흥의 방식은 사업자에 대한 재정적, 행정적 지원과 같은 적극적 방식과 시장의 불공정성을 배제하여 공정한 거래환경을 조성하는 것과 같은 소극적 방식으로 구분할 수 있다. 현재 콘진법의 내용은 전자의 방식을 중심으로 하고 있지만, 후자의 방식 역시 규정하고 있다. 그러나 후자의 내용이 불충분하며, 타법의 내용 역시 이 분야의 특수성을 충분히 감안하고 있지 못한 실정이다. 따라서 콘진법의 개정을 통하여 이 분야에서의 공정한 거래질서의 확립을 추진할 수 있는 법적 기초를 형성하여야 할 것이다. 물론 입법적 개선은 콘진법만의 개선뿐만 아니라 특별법 제정을 통한 방식 역시 고려할 수 있다. 다만, 여기에서는 콘진법 개정을 통한 개선방안을 중심으로 서술하였다. 그럼 이를 위하여 콘진법은 어떠한 방향으로 개정되어야 할 것인가? 그 방안에 대하여 구체적으로 제시하기 위해서는 매우 많은

VI. 결 론

시간과 노력을 기울려 연구가 진행되어야 하겠지만, 여기에서는 그 방향성만을 제시하고자 한다. 먼저, 콘진법 그 명칭에서는 공정거래에 관한 사항이 제시되지 않기 때문에 이를 보다 명확하게 하기 위해서 법명에 공정거래에 관한 사항을 추가하는 것이 필요하다고 할 것이다. 둘째 콘진법의 내용 및 체계 면에 있어서는 다음과 같은 개정이 필요할 것이다. 즉, 현행 체계는 총 9장의 체계로 구성되어 있으며, 그 핵심은 제2장부터 제6장까지이다. 따라서 제2장부터 제5장까지의 총 4개의 장은 두 개의 장으로 축소되어야 한다. 즉, 제2장은 가칭 ‘콘텐츠산업의 기반조성 및 콘텐츠 유통의 합리화’라는 표제하에 현행 제2장, 제3장, 제4장 및 제5장의 내용 중 콘텐츠산업의 기반조성 등 사업자에 대한 지원부분에 관한 사항을 포괄적으로 규정한다. 제2장에는 다시 수개의 절을 신설하여 제작, 기반조성, 유통의 합리화에 관한 사항을 규정한다. 그리고 제3장에서는 가칭 ‘콘텐츠거래에서의 공정거래질서 확립 및 이용자보호’라는 표제하에 현행 제2장 등에서 규정하고 있는 공정거래질서 및 이용자보호에 관한 내용을 규율함과 더불어 현행 콘진법에서 규정하고 있지 않는 공정거래질서의 확립에 관한 사항을 추가한다. 제3장 역시 세부적으로 절을 신설하여 각 거래 단계별 공정거래질서 및 이용자보호에 관한 사항을 개별 절에서 규정한다. 제4장의 경우 단순히 분쟁조정에 관한 사항만을 규율하기 보다는 손해배상에 대한 특칙과 더불어 효율적 피해구제를 위한 소송상의 특칙을 함께 규율하는 것이 필요하다. 즉, 피해자의 효율적 피해구제를 위하여 고의 또는 과실에 대한 증명책임의 전환, 무과실책임 및 제조물책임법의 적용을 위한 제조물의 범주의 확대 및 법정손해배상액 인정 또는 법원에 의한 손해배상액의 인정에 관한 규정의 신설이 필요하다. 또한 피해의 예방 및 집단적 피해구제를 위하여 금지 또는 중지청구소송 및 집단소송제도의 도입 역시 고려되어야 할 사항이다.

이와 같이 콘진법의 범명 및 체계와 내용에 대한 개정을 통하여 콘
텐츠산업이 21세기형 사업으로 보다 발전할 수 있는 기반을 조성함과
더불어 공정한 거래질서가 확립될 수 있는 법적 기반을 조성할 필요
가 있다고 할 것이다.

참 고 문 헌

- 고형석·장재옥·남기연, 콘텐츠분쟁조정제도 활성화 방향 및 위원회 운영 로드맵 수립 연구, 한국콘텐츠진흥원, 2013.
- 김성천, 상품권거래와 법제개선방안 연구, 한국소비자원, 2012.
- 김성천·이경아·김재영, 신기술·동향에 따른 전자상거래 소비자문제와 대응방안 연구, 한국소비자원, 2008.
- 양창수 역, 독일민법전, 박영사, 2008.
- 한국소비자연맹, 통신판매중개행위 실태 및 소비자보호방안연구, 공정거래위원회, 2005.
- 한국콘텐츠진흥원, 2013년 1분기 및 상반기 콘텐츠산업 동향분석보고서, 2013.
- 한국콘텐츠진흥원, 디지털콘텐츠 불공정거래 실태조사 및 유통활성화 방안 연구, 2010.
- 한국콘텐츠진흥원, 2013 대한민국 게임백서, 2013.
- 고형석, “전자상거래 분야에서의 소비자보호에 관한 법률 상호간의 정합성에 관한 연구”, 가천법학 제6권 제3호, 2013·9.
- 고형석, “사이버 머니의 환급에 관한 연구”, 선진상법법률연구 제63호, 2013·7.
- 고형석, “유럽연합 소비자권리지침상 청약철회권에 관한 연구”, 법학논총 제29집 제4호, 2012·12.
- 고형석, “이러닝 계약의 해소에 따른 대금환급기준에 대한 연구”, 법학논총 제32집 제2호, 2012·8.

참고문헌

- 고형석, “모바일 오픈마켓에서 공정거래 질서확립 및 이용자보호”, 스포츠와 법 제15권 제2호, 2012 · 5.
- 고형석, “통신판매중개자의 책임에 관한 연구”, 법학논고, 제32집, 2010 · 2.
- 김진우, “소비자철회권의 정당화사유”, 소비자문제연구, 제40호, 2011 · 10.
- 김태선, “징벌적 손해배상제도에 대한 고찰”, 민사법학 제50호, 2010 · 9.
- 백경일, “소비자보호법의 존재의의 및 효용성에 대한 비판적 고찰”, 법학연구, 제49권 제2호, 2009.
- 서희석, “전자거래에서의 착오의 문제 서설”, 재산법연구, 제24권 제2호, 2007.
- 신영수, “징벌적 손해배상제도와 공정거래법”, 기업법연구 제24권 제1호, 2010 · 3.
- 오병철, “전자학습 디지털콘텐츠의 이용자보호”, 정보법학 제13권 제1호, 2009.
- 오병철, “통신판매업자의 불법행위에 대한 통신판매중개자(오픈마켓)의 책임”, 재산법연구, 제26권 제1호, 2009 · 6.
- 장재옥, “위자료와 사적제재”, 중앙법학 창간호, 1999
- 장재옥, “징벌적 손해배상과 법치국가의 원리”, 법학논문집(중앙대 법학연구소) 제20집, 1995 · 12
- 장재옥, “온라인게임 아이템 현금거래의 법률관계”, 중앙법학 제9집 제2호, 2007 · 8
- 장재옥, ‘K-POP 시대 엔터테인먼트법제의 정비방향’, 경영법률 제23집 제1호, 2012 · 10

장재옥/성낙인/장경원/남기연, “대중문화예술산업 발전 지원법률안 하위법령제정안 연구”, 문화체육관광부, 2012 · 2

정석찬, “전자화폐 활성화 방안에 관한 고찰”, e-비즈니스연구 제6권 제1호, 2005 · 4.

정순섭, “금전의 법적 측면에 관한 연구”, 상사판례연구 제22집 제2권, 2009 · 6.

이병준, “전자상거래에 관한 법제의 현황과 과제”, 외법논집, 제32집, 2008 · 11.

이재홍, “모바일 오픈마켓 콘텐츠 분쟁현황과 주요이슈”, 모바일 오픈마켓 환경과 콘텐츠 분쟁 이슈, 한국콘텐츠진흥원 · 콘텐츠분쟁조정위원회, 2012 · 11 · 20.

Christian von Bar · Eric Clive eds., Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference(Volume I), OXFORD, 2010.

UNCITRAL, United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts, UNITED NATIONS, 2007.

Jan M. Simits, The Right to change your mind? Rethinking the usefulness of mandatory rights of Withdrawal in Consumer Contract Law, FACULTY OF LAW MAASTRICHT UNIVERSITY, 2011.

Marco B. M. Loos, Rights of Withdrawal, Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series No. 2009/04.

ハネス・エスラー(中田邦博 譯), “ヨーロッパ私法および消費者法における弱者保護”, 民商法雑誌, 137(2), 2007 · 11.