

전자상거래소비자보호법의 입법평가에 관한 연구

-제3자를 위한 디지털콘텐츠거래와 청약철회권을 중심으로-

고형석*

Contents

- I. 서론
 - II. 제3자를 위한 디지털콘텐츠거래에서 소비자 및 청약철회권자
 - III. 디지털콘텐츠거래의 청약철회 및 배제
 - IV. 주요국의 입법례에서 소비자와 디지털콘텐츠거래의 청약철회
 - V. 제3자를 위한 디지털콘텐츠거래에 대한 전자상거래소비자보호법의
문제점과 개선방안
 - VI. 결론
-

* 선문대학교 법경찰학과 교수.

I. 서론

종전 소비자거래는 대면거래가 주를 이루었으며, 급부의 목적물 역시 유체 재화 또는 용역이었다. 그러나 정보통신기술의 발달은 비대면거래를 활성화시켰으며, 유체재화 중 일부를 무체재화인 디지털콘텐츠로 전환하였다. 따라서 소비자거래는 대면거래 및 오프라인 이행에서 비대면거래 및 오프라인 또는 온라인이행으로 전환하고 있다. 또한 디지털기술의 발전은 기존 아날로그 형태의 콘텐츠를 디지털형태의 콘텐츠로 전환하고 있으며, 기존에 없던 콘텐츠를 창조하여 새로운 소비시장을 개척하고 있다. 즉, 종이책 형태의 도서가 전자책(e-book)으로 그 발행형태가 변경된 경우는 전자에 해당하지만, 이모티콘 등은 후자에 해당한다. 이러한 정보통신기술의 발달은 그 이행에 있어서 소비자에게 편의성을 부여하고 있다. 예를 들어, 소비자가 제3자에게 선물하기 위해 재화를 구입하는 경우에 그 재화를 공급받은 후 제3자에게 다시 배송하거나 매도인에게 제3자에게 이행할 것을 요청하여야 했다. 그러나 전자상거래의 경우에 소비자가 그 배송지를 제3자의 주소로 입력함으로써 그 절차를 간소화시키고 있다. 특히, 소비자가 동일한 사업자의 서비스를 이용하는 다른 소비자에게 디지털콘텐츠를 선물할 경우에 간단하게 이를 진행할 수 있다. 이러한 계약은 민법에서 규정하고 있는 제3자를 위한 계약의 일 형태이며, 그 계약의 체결방식 및 목적물에 있어서 약간의 차이가 있을 뿐이다. 따라서 이 계약의 법률관계에 대해서는 민법상 제3자를 위한 계약에 관한 규정이 적용된다. 또한 이러한 거래가 사업 또는 상행위를 목적으로 하는 것이 아니라고 한다면 소비자거래에 해당하며, 전자상거래 또는 통신판매에 해당하기 때문에 전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률(이하 '전자상거래소비자보호법')의 적용대상이다.

그럼 이러한 거래에서 누가 전자상거래소비자보호법상 청약 철회할 수 있는가의 문제가 제기된다. 이와 관련하여 최근 소비자분쟁이 발생하였으며, 그 사건(이하 '분쟁조정사건')의 개요는 다음과 같다. 딸(甲)이 어머니(乙)에게 선물

하기 위해 이모티콘 회사(丙)으로부터 이모티콘을 구입하였다. 이후 丙은 乙이 이모티콘을 다운받을 수 있도록 안내를 하였지만, 乙은 다운받지 않았다. 그러나 甲은 이모티콘을 잘못 구입한 것을 알고 丙에게 철회권을 행사한 후 대금의 환급을 요구하였다. 이에 丙은 乙이 환급을 요구한 경우에는 돌려줄 수 있지만, 甲이 환불을 요구하였기에 대금을 환급할 수 없다고 하였다. 이 사건에 대해 조정을 하였던 소비자분쟁조정위원회(이하 ‘소분위’)는 “이 계약은 민법상 제3자를 위한 계약에 해당하며, 甲이 계약의 당사자로서 전자상거래소비자보호법상 청약철회권을 행사할 수 있다”고 판단하였다.¹⁾ 또한 공정거래위원회는 아이템 선물시 계약 당사자의 청약철회권을 제한하는 게임사의 약관에 대해 다음과 같은 이유로 불공정한 약관으로 판단하였다. 즉, 선물하기는 선물 구매자와 게임사간 제3자에게 이행할 것을 약정한 계약으로 제3자인 상대방이 게임사에게 수령의 의사표시를 하기 전까지 취소가 가능하다(민법 제539조 및 제541조). 선물은 대가 지급이 완료된 정당한 콘텐츠이므로 선물을 받았다고 하여 직접 구매한 것과 보장범위가 달라져서는 안된다. 따라서 해당 약관 조항은 법률에 따른 고객의 해제권을 제한하거나 상당한 이유 없이 사업자의 손해배상범위를 제한함으로써 고객에게 부당하게 불리하므로 무효이다(약관법 제6조, 제7조 및 제9조).²⁾ 이처럼 공정거래위원회 및 소분위 모두 제3자를 위한 디지털콘텐츠거래에서 요약자를 청약철회권자로 인정하고 있다.

이 분쟁조정사건 및 공정거래위원회가 불공정하다고 판단한 약관과 같이 전자상거래 또는 통신판매는 2자간 계약에서만 활용되는 것이 아닌 제3자를 위한 계약에서도 활용되고 있다. 그러나 이를 규율하는 전자상거래소비자보호법은 기본적으로 2자간 계약을 전제로 하고 있으며, 계약서 교부와 관련하여서만 제3자를 위한 계약을 규율하고 있다(동법 제13조제2항). 물론 직접적인 규율과 관계없이 동법의 내용은 제3자를 위한 계약에도 적용할 수 있으며, 동법의 핵심내용인 청약철회의 문제도 해결할 수 있다면 이는 해석 또는 적용

1) 한국소비자원, 보도자료 : 소비자분쟁조정위원회, “온라인에서 구입해 선물한 이모티콘, 다운로드 하지 않았다면 구매자가 청약철회 가능”결정, 2019년 5월 3일.

2) 공정거래위원회, 보도자료 : 게임이용자에게 청약철회·환불·손해배상 청구 등의 권리를 제한한 약관은 불공정!, 2019년 6월 26일.

의 문제일 뿐이다. 반면에 제3자를 위한 계약에 대해 동법을 적용할 수 없다고 한다면 입법적 개선이 필요하다. 이를 판단하기 위해서는 동법상 소비자의 개념 및 청약철회권자에 대한 분석이 필요하다. 즉, 동법의 가장 핵심적인 내용은 청약철회권이며, 이 사건에서도 동일하다. 따라서 동법에 따라 청약을 철회하기 위해서는 그 거래방식이 통신판매이며, 계약의 상대방이 소비자이어야 한다. 그렇다고 한다면 제3자를 위한 계약에서 소비자는 누구이며, 그 소비자가 청약을 철회할 수 있는지에 대한 검토가 필요하다. 그 다음으로 디지털콘텐츠거래에서 청약철회의 배제사유에 대한 검토이다. 2016년에 개정된 동법에서는 배제조치가 취해지고, 제공이 개시된 디지털콘텐츠거래에 대해 청약철회권의 행사를 배제하고 있다(동법 제17조제2항제5호). 따라서 배제조치가 취해진 디지털콘텐츠거래에서 소비자가 청약을 철회할 수 있는가의 문제는 제공의 개시 여부에 따라 결정된다.

이 논문에서는 제3자를 위한 디지털콘텐츠거래를 대상으로 소비자 및 청약철회권자가 누구인지에 대해 전자상거래소비자보호법의 내용을 기초로 분석하고, 그 한계점 내지는 문제점을 제시한 후 그 입법적 개선방안에 대해 연구한다. 또한 동법이 디지털콘텐츠거래의 특성을 반영하여 청약철회의 배제사유를 규정하고 있는지를 분석하고, 그 문제점 및 개선방안에 대해 연구하고자 한다.

Ⅱ. 제3자를 위한 디지털콘텐츠거래에서 소비자 및 청약철회권자

1. 전자상거래소비자보호법상 소비자의 정의 내지 범주

(1) 본질적 의미의 소비자

동법에서 규정하고 있는 소비자의 정의는 유럽연합 등과 다르며, 소비자기본법과 동일하게 이원적(본질적 의미의 소비자와 정책적 의미의 소비자)으로

구성되어 있다. 이 중 본질적 의미의 소비자는 사업자가 제공하는 재화등을 소비생활을 위하여 사용 또는 이용하는 자이다(동법 제2조제5호 가목). 그 요건을 분석하면 다음과 같다. 첫째, 재화등을 제공하는 자는 사업자이어야 하며, 사업자가 아닌 개인인 경우에는 그 재화등의 사용목적이 소비생활에 해당하더라도 소비자가 되지 못한다.³⁾ 둘째, 그 사용 등의 목적이 소비생활에 해당하여야 한다. 소비생활은 개인적 또는 가정적인 용도로 사용하는 것을 의미한다.⁴⁾ 셋째, 재화등을 사용 또는 이용하여야 한다. 이는 소비자에 있어서 ‘소비’라는 점을 감안한 것이다. 그러나 동법은 재화등을 사용 또는 이용하는 자를 보호하기 위한 법이 아닌 특수거래분야에서 거래상대방인 소비자를 보호하기 위한 법이다. 따라서 그 보호대상자를 결정함에 있어서는 계약의 상대방이라는 점을 고려하여야 함에도 불구하고 소비자기본법상 소비자의 정의⁵⁾를 그대로 사용하고 있다. 물론 계약의 당사자가 그 재화를 사용한다면 이와 같은 정의에도 불구하고 큰 문제는 발생하지 않는다. 즉, 2자간 계약에서 계약당사자와 그 재화등을 사용하는 자는 동일하기 때문이다. 그러나 제3자를 위한 계약과 같이 계약의 당사자와 그 목적물을 사용 또는 이용하는 자가 상이할 경우에 누구를 소비자로 보아야 하는가의 문제가 발생한다. 이에 대해서는 후술한다.

3) 소비자거래에 대해 사업자와 소비자(B to C)간 거래 또는 소비자간 거래(C to C)라고 표현하는 문헌이 있다(김성천 등, 「신기술·동향에 따른 전자상거래 소비자문제와 대응방안 연구」, 한국소비자원, 2008, 11면; 이기현, 「인터넷상 개인간 거래의 문제점 및 개선방안 연구」, 한국소비자보호원, 2005, 10면). 그러나 매수인 등이 소비자가 되기 위해서 그 상대방은 사업자이어야 한다. 따라서 일반개인인 경우에는 개인간 거래에 해당할 뿐 소비자거래에 해당하지 않는다. 그 결과, 사업자와 소비자간 매매계약에서 소비자는 매수인의 지위를 함께 갖는다. 반면에 개인간 거래에서는 매수인의 지위만을 가지며, 소비자의 지위는 갖지 못한다. 또한 전자의 경우에는 민법 등의 계약법과 소비자보호법이 적용되지만, 후자의 경우에 소비자보호법은 적용되지 않는다(고형석, 「법인의 소비자성에 대한 연구」, 「재산법연구」 제35권 제3호, 한국재산법학회, 2018, 29면).

4) 이호용, 「소비자보호법」, 홍문사, 2010, 3~4면.

5) 소비자기본법상 소비자는 기본적으로 소비하는 자이며, 이는 2자간 계약을 전제로 하였다. 따라서 제3자를 위한 계약에서 요약자 또는 수익자 중 누가 소비자인가의 문제가 동일하게 발생한다. 다만, 전자상거래소비자보호법과 달리 소비자기본법은 거래상대방으로서의 소비자만을 보호하는 것이 아닌 재화등을 사용하는 자로서의 소비자도 보호한다는 점에서 차이가 있다.

(2) 정책적 의미의 소비자

동법은 본질적 의미의 소비자 이외에 사업자도 일정한 요건을 갖춘 경우에는 소비자로 인정하고 있다. 그 방식은 거래의 상대방을 소비자로 인정하는 경우와 재화등을 사용하는 자를 소비자로 인정하는 경우로 구분되며, 공통점은 소비생활을 목적으로 하는 것이 아닌 사업등을 목적으로 한다는 점이다. 첫째, 재화등을 최종적으로 사용하거나 이용하는 자이다. 다만, 재화등을 원재료(중간재를 포함한다) 및 자본재로 사용하는 자는 제외한다(동 시행령 제2조 제1호). 이는 목적에 관계없이 재화등을 최종적으로 사용한다면 소비자로 인정한다는 것이다. 따라서 사업자가 사업 또는 직업을 목적으로 항공서비스를 이용하거나 광고서비스를 이용한 경우에 그 용역은 원재료·중간재 또는 자본재에 해당하지 않기 때문에 소비자에 해당한다.⁶⁾ 둘째, 동법 제3조제1항 단서에 해당하는 사업자로서 재화등을 구매하는 자이며, 해당 재화등을 판매한 자에 대한 관계로 한정한다(동 시행령 제2조제2호). 이는 소비자와 동일한 지위 및 조건으로 거래한 사업자도 소비자로 인정한다는 의미이다. 그러나 이러한 사업자를 소비자로 인정하는 것은 상대적 약자인 소비자보호라는 동법 및 다른 소비자보호법의 입법취지와 상반된다. 즉, 사업자의 선택에 따라 다른 조건 등을 포기하였음에도 불구하고 거래조건 및 지위가 소비자와 같다고 하여 소비자로 인정하는 것은 타당하다고 볼 수 없다. 특히, 동법에서는 그 비교대상을 본질적 의미의 소비자로 한정하고 있음에도 불구하고 시행령에서는 이를 제한하지 않고 있기 때문에 정책적 의미의 소비자까지 비교대상이 된다. 그 결과, 사업자를 기준으로 사업자의 소비자성을 판단하고 있다. 예를 들어, 사업자(甲)가 최종사용을 목적으로 거래하고, 다른 사업자(乙)가 원재료 등을 사용하기 위해 甲과 동일한 지위 및 조건으로 거래한 경우에 乙 역시 소비자가 된다. 셋째, 재화등을 농업(축산업을 포함한다) 또는 어업 활동을 위하여

6) 고흥석, 전계논문, 44면. 반면에 소비자에 해당하지 않는다는 견해로는 이병준, “사업자와 소상공인 사이에 체결된 온라인 광고계약에 대한 방문판매법의 적용 가능성”, 「선진상사법률연구」 제77호, 법무부, 2017, 276면; 이병준·박미영, “온라인 검색광고 플랫폼과 소상공인의 보호”, 「유통법연구」 제5권 제1호, 한국유통법학회, 2018, 116면.

구입한 자이다. 다만, 원양산업발전법 제6조제1항에 따라 해양수산부장관의 허가를 받은 원양어업자는 제외한다(동 시행령 제2조제3호). 이는 1차산업의 사업자를 보호하기 위해 소비자로 인정한 것이다. 물론 1차산업의 사업자를 보호하고자 하는 취지는 공감하지만, 그 사업규모와 관계없이 1차산업을 영위한다는 것만으로 소비자로 인정한 점 및 소비자로 인정하지 않더라도 동법을 적용하여 보호할 수 있음에도 소비자로 인정함으로써 소비자개념의 정체성에 대해 혼란을 야기하고 있다는 점에서 비판이 제기된다.⁷⁾

2. 소비자는 아니지만, 동법의 적용을 받는 자

(1) 다단계판매원

동법은 전자상거래 등에서 소비자를 보호하기 위한 법이지만, 소비자가 아닌 자 중 일부에 대해 동법이 적용되도록 규정하고 있다. 그 중 한 사업자가 다단계판매원이다. 다단계판매원은 다단계판매업자의 다단계판매조직에 판매원으로 가입한 자이다(방문판매법 제2조제6호). 만일 다단계판매원이 다단계판매업자 등으로부터 재화등을 구입하였지만, 판매목적이 아닌 소비생활목적이라고 한다면 본질적 의미의 소비자에 해당하기 때문에 문제가 되지 않는다. 따라서 이 규정에 의해 동법의 적용을 받는 다단계판매원은 재판매하기 위해 재화등을 구입한 경우 등과 같이 소비생활 이외의 목적으로 구입한 경우로 한정된다. 그러나 다단계판매의 법률관계를 규율하는 방문판매법에서도 소비자로 인정하지 않은 다단계판매원에 대해 동법에서 소비자와 동일하게 보호하는 것을 정당화할 수 있는 근거는 없다. 이에 대해 다단계판매원, 후원방문판매원 또는 사업권유거래의 상대방에게 방문판매법을 적용한다는 점을 고려한 것으로 주장할 수 있다(방문판매법 제3조제1항). 그러나 이는 입법자가 방문판매법의 내용을 잘못 이해한 것이다. 즉, 방문판매법은 소비자에게만 적용되는 것이 아닌 다단계판매원, 후원방문판매원 및 사업권유거래의 상대

7) 고희석, “소비자의 개념에 관한 연구”, 「법학논문집」 제40집 제1호, 중앙대학교, 2016, 111~112면.

방 등에게도 적용된다.⁸⁾ 따라서 그 적용배제규정에서 이러한 사업자에 대해서도 적용됨을 규정한 것이다. 이와 달리 전자상거래소비자보호법은 통신판매 또는 전자상거래 등에서 소비자를 보호하기 위한 법이며, 다단계판매 등에 대해 규율하고 있지 않다. 또한 방문판매법에서는 다단계판매원을 소비자로 인정하고 있지 않으며, 다단계판매원이 되기 위해 다단계판매업자로부터 재화등을 최초로 구입하는 자로 한정하여 소비자로 인정하고 있다(동 시행령 제4조제3호). 그 결과, 다단계판매를 규율하고 있는 방문판매법에서도 소비자로 인정하지 않은 자에 대해 전자상거래소비자보호법에서 소비자와 동일하게 보호한다는 것은 타당하지 않다.

(2) 소비자와 동일한 지위 및 조건으로 거래한 사업자

전자상거래소비자보호법은 소비자보호를 목적으로 하기 때문에 사업자의 상행위에 대해서는 적용되지 않으며, 동법의 규율대상인 통신판매의 정의에서 사업자와 소비자간 판매로 한정하고 있다. 다만, 전자상거래에 대해서는 그 주체를 한정하고 있지 않다. 따라서 전자상거래에 한해 그 적용대상인 거래당사자를 제한하는 것은 동법의 입법목적에 합치하는 것이기 때문에 타당하다고 할 수 있다.⁹⁾ 그러나 사업자가 사업을 목적으로 전자상거래 또는 통신

8) 방문판매법상 다단계판매 및 후원방문판매는 3단계 이상의 판매조직을 통한 판매를 의미하며, 후원수당의 지급방식에 있어서 차이가 있다(동법 제2조제5호, 제7호). 따라서 판매원이 2단계 이하의 판매조직을 통해 방문판매 또는 전화권유판매의 방식으로 재화등을 판매할 경우에는 다단계판매 또는 후원방문판매에 해당하지 않고, 방문판매 또는 전화권유판매에만 해당한다. 특히, 그 판매원이 사업자의 지위를 가지고 판매한 경우에도 동일하다. 즉, 방문판매원 또는 전화권유판매원에 대한 정의에서 방문판매업자 등을 대신하여 방문판매업무 등을 수행하는 자로 규정하고 있기 때문에 종업원만이 판매원으로 한정된다고 볼 수 없다. 그렇다고 한다면 방문판매원 또는 전화권유판매원에 대해서도 동법이 적용됨을 명시하여야 했지만, 이를 규정하고 있지 않다.

9) 동법에서는 사업자의 상행위에 대한 적용배제의 대상을 전자상거래로 한정하고 있지 않다. 그럼 통신판매는 그 정의에서 사업자와 소비자간 판매로 국한하고 있기 때문에 그 해석상 동법 제3조 제1항 본문의 적용대상은 전자상거래로 한정할 수 있는가? 통신판매에 대한 정의규정만을 고려한다면 이와 같이 해석할 수 있지만, 동법 제3조제3항 및 제20조 이하의 규정에서는 통신판매의 당사자를 사업자와 소비자로 한정하고 있지 않다. 즉, 매도인이 일반 개인인 경우를 비롯하여 통신판매업자가 아닌 사업자가 통신판매로 재화 등을 판매하는 경우를 포함하고 있다. 따라서 이와 같이 해석하기 곤란하다.

판매를 하는 경우라고 하더라도 소비자와 동일한 지위 및 조건으로 거래한 경우에도 동법이 적용된다는 점은 타당하지 않다. 즉, 동법은 상대적 약자인 소비자를 보호하는 것을 목적으로 함에도 불구하고 상대적 약자가 아닌 사업자까지 동법을 적용하여 보호한다는 것은 동법의 입법목적과 상반될 뿐만 아니라 불평등을 조장하기 때문이다. 특히, 통신판매의 경우에 그 개념정의에서 소비자거래로 한정하고 있음에도 불구하고 소비자가 아닌 사업자의 거래에 대해 적용될 수 있다는 점은 그 입법모델인 일본 특정상거래법상 통신판매의 정의를 잘못 파악한 것이다.¹⁰⁾ 그리고 소비자와 같은 지위 및 거래조건으로 거래하였다는 것만을 이유로 그 사업자에 대해 동법을 적용하는 것은 그 타당성을 비롯하여 동법의 적용범위를 결정할 수 없게 한다. 즉, 소비자를 보호한다는 것은 거래상대방인 사업자보다 열위의 지위에 있기 때문에 약자보호의 원칙을 실현하는 것이다. 그러나 이러한 지위에 있지 않은 자에 대해 소비자와 동일하게 보호한다는 점은 법률로써 불평등을 조장하는 것이다. 특히, 비교대상인 소비자는 본질적 의미의 소비자에 국한되지 않고, 동법상 소비자로 인정되는 모든 소비자이다. 그 결과, 소비자로 인정되는 사업자와 동일한 지위 및 조건으로 거래한 사업자는 소비자와 동일하게 동법을 적용받는다. 과연 이러한 자가 약자이며, 보호의 필요성이 있는가에 대해서는 의문이다. 또한 비교대상자인 소비자는 동법 제2조제5호에서 규정한 소비자이며, 동 시행령 제2조제2호에서는 동법 제3조제1항 단서에 해당하는 사업자를 소비자로 인정하고 있다. 그 결과, 동법 제2조제5호에 따라 소비자를 결정함에 있어 동법 제3조제1항 단서가 적용되며, 동법 제3조제1항 단서에 따라 동법의 적용범위를 결정함에 있어 동법 제2조제5호가 적용된다. 이는 소비자 및 동법의 적용범위를 결정하는 방식에 대해 순환구조로 구성되어 있기 때문에 사실상 소비

10) 특정상거래법상 통신판매는 판매업자 또는 용역제공사업자가 우편 기타 시행규칙에서 정하는 방법으로 매매계약 또는 용역제공계약의 청약을 받아 행하는 상품 또는 특정권리의 판매 또는 용역의 제공으로써 전화권유판매에 해당하지 않은 것으로 정의하고 있다(동법 제2조제2항). 따라서 그 정의에서 상대방을 소비자로 한정하고 있지 않다. 다만, 영업으로 또는 영업을 위해 체결하는 계약을 동법의 적용대상에서 배제하고 있다(동법 제26조제1항제1호)(고형석, “국제전자소비자계약과 청약철회권에 관한 비교 연구”, 「동북아법연구」 제12권 제2호, 전북대학교, 2018, 17면).

자의 범주 및 적용범위를 결정할 수 없다. 즉, 복수의 규정이 상호 연계되어 있는 경우에 어느 하나의 규정의 내용이 결정되었을 때에 비로소 다른 규정의 내용이 결정될 수 있지만, 양 규정은 상호 다른 규정을 전제로 하고 있다. 예를 들어, A법은 B법이 적용되는 사안에 대해 적용된다고 규정하고 있고, B법은 A법이 적용되는 사안에 대해 적용된다고 규정하고 있는 경우에 A법과 B법의 적용대상을 결정할 수 없는 것과 같다. 따라서 동법의 적용범위에 관한 규정은 전면적인 개정이 필요하다.¹¹⁾

3. 제3자를 위한 디지털콘텐츠거래에서의 소비자

(1) 제3자를 위한 계약의 구조

제3자를 위한 계약은 계약당사자가 급부이익을 얻는 것이 아닌 제3자가 그 이익을 받는 계약이다. 물론 계약당사자가 제3자에게 변제하여야 할 채무 등이 있는 경우에 간접적으로 이익을 얻을 수 있지만, 그 계약에 따른 급부이익을 얻는 것은 아니다. 따라서 제3자를 위한 계약은 계약당사자와 수익자가 상이하다는 점에서 2자간 계약과 차이가 있다. 즉, 계약은 요약자와 낙약자가 체결하며, 채무자는 계약의 상대방이 아닌 제3자(수익자)에게 직접 이행한다는 점에서 특징이 있다. 이러한 제3자를 위한 계약은 그 이행상의 특징으로 인해 전자상거래 등에서도 활용되고 있다. 즉, 당사자가 이행을 받고, 이를 다시 제3자에게 제공하는 방식을 취할 경우에 그 이행에 있어 2배 이상의 시간과 비용이 소요되지만, 사업자가 제3자에게 직접 이행할 경우에는 이러한 시간과 비용을 절감할 수 있다.¹²⁾ 또한 이러한 이행이 불가능한 경우도 가능하게 한다. 예를 들어, 이모티콘과 같은 디지털콘텐츠 중 일부는 다운받은 사람만이 이용할 수 있는 경우가 있다. 이 경우에 다운받은 자가 이모티콘을 제3자에게 양도할 수 없다. 그러나 '선물하기'의 방식으로 제3자를 위한 계약을

11) 고흥석, 전계 “법인의 소비자성에 대한 연구”, 47~49면

12) 박윤직, 「채권각론」, 박영사, 2007, 71~72면; 송덕수, 「채권법각론」, 박영사, 2014, 92~94면.

체결한 경우에 이모티콘을 제3자에게 제공할 수 있다.

(2) 제3자를 위한 디지털콘텐츠거래에서 소비자

제3자를 위한 계약이 성립되기 위해서는 계약이 체결되어야 하며, 청약을 하는 자는 요약자이며, 승낙을 하는 자는 낙약자이다. 이러한 점은 제3자를 위한 소비자계약에도 동일하며, 그 목적물이 디지털콘텐츠라고 하여 다르지 않다. 그럼 제3자를 위한 소비자계약에서 누가 소비자인가? 즉, 동법을 비롯하여 특수거래에서 소비자를 보호하기 위한 법의 핵심은 청약철회권이라고 할 수 있으며, 이를 행사할 수 있는 자는 기본적으로 소비자에 해당하여야 한다. 다만, 소비자라고 하여 모두 청약을 철회할 수 있는 것이 아니라는 점에서 후술하는 유럽연합 등의 법제와 차이가 있다. 제3자를 위한 소비자계약은 요약자와 낙약자가 체결하며, 제3자는 수익자에 해당한다. 그럼 이 경우에 요약자 또는 수익자 중 누가 소비자인가? 앞에서 살펴보았듯이 소비자는 ‘재화등을 사용하는 소비자’와 ‘사업자와 거래하는 소비자’로 구분된다. 요약자는 계약을 체결하는 자이다. 따라서 전자에 해당하는 소비자는 요약자가 될 수 없지만, 후자에 해당하는 경우에는 요약자가 소비자이다.¹³⁾ 그렇다고 한다면, 사업등의 목적 외에 소비생활을 목적으로 제3자를 위한 소비자계약을 체결하였을 경우에 누가 소비자에 해당하는가? 이는 본질적 의미의 소비자에 국한한 것이며, 본질적 의미의 소비자는 소비생활을 목적으로 사업자가 제공하는 재화등을 사용 또는 이용하는 자이다. 따라서 제3자를 위한 소비자계약에서 요약자가 아닌 수익자가 소비자에 해당한다.

13) 고형석, “제3자를 위한 전자소비자계약에 있어서 청약철회권에 관한 연구”, 『소비자문제연구』 제47권 제2호, 한국소비자원, 2016, 38면.

4. 제3자를 위한 디지털콘텐츠거래에서 청약철회권자

(1) 전자상거래소비자보호법상 청약철회권자

동법에서는 소비자를 보호하기 위해 민법에서 부여하지 않은 청약철회권을 소비자에게 부여하고 있다. 그러나 2자간 계약과 제3자를 위한 계약 모두 동일하게 소비자에게 청약철회권을 부여한 것은 아니다. 즉, 동법상 청약을 철회할 수 있는 자는 통신판매업자와 재화등의 구매에 관한 계약을 체결한 소비자이다(동법 제17조제1항). 따라서 청약을 철회할 수 있는 자는 모든 소비자가 아닌 통신판매업자와 계약을 체결한 소비자에 국한된다. 그 결과, 계약을 체결한 자가 소비자가 아닐 경우 또는 소비자에 해당하더라도 계약을 체결하지 않은 경우에는 동법상 청약철회권을 행사할 수 없다. 물론 2자간 계약에서는 계약을 체결하는 자와 재화등을 사용하는 자가 동일하기 때문에 이러한 문제가 발생하지 않는다.

(2) 제3자를 위한 디지털콘텐츠거래에서 청약철회권자에 대한 공정거래위원회 및 소분위의 판단과 문제점

1) 제3자를 위한 디지털콘텐츠거래에서 청약철회권자

2자간 계약과 달리 제3자를 위한 계약에서는 계약을 체결하는 자와 재화를 사용하는 자가 상이하다. 이러한 계약에서의 소비자는 그 유형에 따라 요약자가 소비자일 수 있으며, 수익자가 소비자일 수 있다. 본질적 의미의 소비자는 재화등을 사용하는 자이기 때문에 요약자는 소비자가 될 수 없으며, 수익자만이 소비자이다. 이러한 점은 사업등을 목적으로 재화등을 최종적으로 사용하는 사업자 역시 동일하다. 반면에 1차산업을 위해 재화등을 구입한 사업자 또는 소비자와 동일한 지위 및 조건으로 거래한 사업자는 요약자이면서 소비자에 해당한다. 이를 동법에서 정하고 있는 청약철회권자와 비교하면, 사업등

의의 목적으로 통신판매업자와 거래한 자는 요약자에 해당하지만, 재회등을 사용하는 자가 아니기 때문에 소비자에 해당하지 않는다. 따라서 이를 사용하는 수익자가 소비자이지만, 통신판매업자와 계약을 체결하지 않았기 때문에 청약철회를 철회할 수 없다. 그 결과, 요약자 및 수익자도 동법에 따라 청약철회를 철회할 수 없다. 물론 통신판매업자가 요약자 또는 수익자 중 어느 한 사람 또는 양자 모두에게 청약철회권 또는 해제권을 부여할 수 있다. 그러나 이는 동법상 청약철회권이 아닌 민법상 청약철회권 또는 약정해제권에 해당한다. 즉, 민법상 청약자는 상대방의 의사에 반하여 청약을 철회할 수 없으므로 반대해석상 상대방이 이를 허용한 경우에 청약을 철회할 수 있다(민법 제527조). 또한 계약해제권은 법정 또는 약정에 의해서도 발생하기 때문에 일방이 법률에서 정하지 않은 해제권을 상대방 또는 제3자에게 부여할 수 있다(민법 제543조). 다만, 제3자를 위한 디지털콘텐츠거래에서 요약자가 1차산업의 사업자 또는 다른 소비자와 동일한 지위 및 조건으로 거래한 사업자였다고 한다면 청약을 철회할 수 있는 자는 요약자이다. 그러나 이 분쟁조정사건에서 요약자는 사업을 목적으로 계약을 체결한 자가 아니기 때문에 동법상 소비자에 해당하지 않는다.

2) 요약자를 청약철회권자로 볼 수 있는지의 여부

공정거래위원회 및 소분위는 제3자를 위한 디지털콘텐츠거래에서 요약자를 소비자로 인정하고, 동법상 청약철회권자로 판단하였다.¹⁴⁾ 그 근거로 이 계약

14) 2015년에 공정거래위원회가 보급한 신유형 상품권 표준약관에서 “고객은 신유형 상품권의 구매 일로부터 7일 이내에 구매액 전부를 환불받을 수 있다. 환불을 요청할 수 있는 권리는 신유형 상품권의 최종 소지자가 가진다. 다만, 최종 소지자가 환불을 요청할 수 없는 경우에 한하여, 구매자가 환불을 요청할 수 있다. 이때 구매자에게 환불한 경우에 발행자는 환불에 관한 책임을 면한다.”고 규정하고 있다(동 표준약관 제7조제1항, 제5항). 여기에서 7일 이내에 구매액 전부에 대한 환불을 청구할 수 있는 근거에 대해 전자상거래소비자보호법상 청약철회권의 행사라고 한다(김인숙·윤민섭·정영훈·정연희·김재성, 「신유형 상품권의 약관운영 실태조사 및 상품권 표준약관 개선 방안 연구-공정거래위원회 용역보고서」, 한국소비자원, 2014. 137면). 또한 권리의 발생, 이전, 행사 등에 그것을 소지하고 있을 것을 요건으로 하는 상품권의 성질상舊 상품권 소비자인 구매자가 아닌 최종 소지자가 환불에 관한 권리를 갖는 것이 타당하다는 앞의 견해에 찬동하는 견해도 있다(김진우, “신유형 상품권의 소비자계약적 법률관계”, 「재산법연구」 제34권

은 민법상 제3자를 위한 계약에 해당하고, 이용자인 수익자가 이모티콘을 다운로드하지 않았고, 수령의 의사도 표시하지 않았기 때문에 요약자가 계약의 당사자로서 전자상거래소비자보호법상 청약철회권을 행사할 수 있다고 판단하였다. 또한 공정거래위원회도 선물하기는 선물 구매자와 게임사간 제3자에게 이행할 것을 약정한 계약으로서, 제3자인 상대방이 게임사에게 수령의 의사표시를 하기 전까지 취소가 가능하며(민법 제539조 및 제541조), 선물은 대가 지급이 완료된 정당한 콘텐츠이므로, 선물을 받았다고 하여 직접 구매한 것과 보장범위가 달라져서는 안된다는 점에서 요약자를 소비자로 인정하였다.

그러나 제3자를 위한 계약에서 요약자를 소비자로 인정하고, 청약철회권자로 인정하는 것은 다음과 같은 점에서 타당하지 않다. 첫째, 동법상 소비자는 계약의 상대방이 아닌 재화등을 사용하는 자이다. 물론 소비자에 대한 정의가 없다고 한다면 이와 같이 해석하는 것은 가능하다. 그러나 계약의 당사자와 재화를 사용하는 자는 명확하게 다른 개념이며, 동법을 비롯한 다른 소비자보호법에서도 이를 구분하여 정의하고 있다. 둘째, 이와 유사한 개념인 이용자에 대해서도 이용하는 자와 계약의 상대방으로 구분하여 정의하고 있다. 즉,

제3호, 한국제산법학회, 2017, 24면). 이러한 견해에 따르면, 제3자를 위한 계약에서 청약철회권자는 수익자가 된다. 그러나 청약철회권은 기본적으로 계약을 체결한 자(소비자)에게 부여되는 권리이며, 제3자에게 부여되는 권리가 아니다(고형석, “신유형 상품권 표준약관에 관한 연구”, 「입법과 정책」 제7권 제1호, 국회입법조사처, 2015, 487면). 또한 소지자에게 청약철회권을 인정하는 견해는 상품권상에 표창된 권리와 상품권을 구입하기 위한 계약에서의 권리를 구분하고 있지 못하고 있다. 즉, 일정 비율 이상을 사용하고, 잔액에 대해 환불을 청구하거나 유효기간이 도과한 후 소멸시효가 경과하기 전에 90%에 해당하는 금액의 환불을 청구하는 것은 상품권상 권리를 행사하는 것이기 때문에 소지자가 행사하는 것은 상품권이 유가증권(무기명채권)이라는 점에서 타당하다. 그러나 청약철회권은 상품권상의 권리가 아닌 특수거래방식으로 계약을 체결한 소비자에게 부여되는 권리이다. 그럼에도 불구하고 소지자에게 청약철회권을 인정하는 것은 “통신판매업자와 재화등의 구매에 관한 계약을 체결한 소비자”에게 청약철회권을 인정하고 있는 전자상거래소비자보호법과도 일치하지 않으며, 제3자를 위한 계약에서 해제권자에 관한 내용과도 일치하지 않는다. 특히, 소지자가 환불을 요청할 수 없는 경우에 구매자가 환불을 청구할 수 있다는 점(표준약관 제7조제6항)은 법리적으로는 맞지 않으며, 상품권이기 때문에 소지자가 환불을 청구할 수 있다는 주장과는 상반된다. 물론 상품권 발행자의 낙전수입을 방지하지는 취지는 이해할 수 있다. 그러나 상품권은 무기명채권이며, 유가증권이기 때문에 그 행사(환불청구)를 위해서는 상품권의 제시가 필수적이다. 그러나 구매자가 소지자에게 상품권을 양도하였기 때문에 구매자는 상품권상의 권리를 행사할 수 없다. 그럼에도 불구하고 표준약관에서 소지자가 아닌 구매자에게 환불을 청구할 수 있는 권리를 부여하고 있는 점은 소지자가 환불을 청구할 수 있다고 보는 것이 타당하다는 앞의 주장으로는 설명할 수 없다. 또한 이 규정은 무권리자의 권리행사를 인정하는 것이기 때문에 더욱 타당하지 않다.

콘텐츠산업진흥법상 이용자는 콘텐츠사업자가 제공하는 콘텐츠를 이용하는 자이지만(동법 제2조제6호), 체육시설의 설치·이용에 관한 법률상 일반이용자는 1년 미만의 일정 기간을 정하여 체육시설의 이용료를 지불하고 그 시설을 이용하기로 체육시설업자와 약정한 자이다(동법 제2조제5호). 셋째, 공정거래위원회의 근거 중 선물하기는 선물 구매자와 게임사간 제3자에게 이행할 것을 약정한 계약으로서 제3자인 상대방이 게임사에게 수령의 의사표시를 하기 전까지 취소가 가능하다(민법 제539조 및 제541조)는 점은 민법상 제3자를 위한 계약의 내용을 잘못 파악한 것이다. 즉, 민법 제539조는 제3자를 위한 계약의 내용과 제3자의 권리발생시기를 규정하고 있으며, 제541조는 제3자의 권리에 대해 당사자가 이를 변경 또는 소멸시키지 못함에 관한 규정이다. 따라서 민법의 어느 규정에서도 제3자가 낙약자에게 수령의 의사를 표시하기 전까지 취소할 수 있음을 규정하고 있지 않다. 그럼에도 불구하고, 민법을 근거로 취소할 수 있다는 공정거래위원회의 주장은 타당하지 않다. 또한 선물은 대가 지급이 완료된 정당한 콘텐츠이므로 선물을 받았다고 하여 직접 구매한 것과 보장범위가 달라져서는 안된다는 점은 충분히 공감할 수 있는 내용이다. 그러나 이러한 점이 바람직한 것과 이와 다르게 규정하고 있는 법조문을 이에 맞추어 해석하는 것은 분명히 구분하여야 한다. 즉, 청약철회권은 민법에서 원칙적으로 부정하고 있기 때문에 특별법인 동법에서 소비자보호차원에서 이를 규정한 것이다. 또한 동법 및 약관규제법은 민사특별법만이 아닌 공법적 규제를 병행하고 있다. 따라서 이를 해석함에 있어서는 민사법적 해석이 아닌 죄형법정주의의 원칙에 따라 해석하여야 한다. 판례 역시 약관규제법상 고객과 방문판매법상 다단계판매를 해석함에 있어 유추해석을 금지하고, 엄격해석하고 있다. 즉, 약관에서 거래상대방뿐만 아니라 제3자에 관한 내용을 규정하고 있다고 하더라도 약관규제법상 고객의 범주에 제3자를 포함시킬 수 없다고 판시하였다.¹⁵⁾ 또한 舊 방문판매법상 다단계판매에 대한 해석에 있어 문

15) 舊 약관의 규제에 관한 법률에서 '고객'이란 계약의 일방 당사자로서 사업자에게서 약관을 계약 내용으로 할 것을 제안받은 자를 말하고, 주택분양보증계약은 조건부 제3자를 위한 계약이므로 주택분양보증계약의 당사자는 사업주체와 대한주택보증 주식회사이고, 수분양자들은 위와 같은 조건이 성취되면 대한주택보증 주식회사에 수익의 의사표시(보증채무의 이행

언을 넘어 해석하는 것은 유추해석이며, 공법적 규제까지 병행하기 때문에 죄형법정주의가 적용되므로 유추해석은 금지된다고 판시하였다.¹⁶⁾ 따라서 본질적 의미의 소비자에 대해 ‘재화등을 사용하는 자’로 규정하고 있음에도 불구하고 계약의 당사자(요약자)로 해석하는 것은 유추해석에 해당한다.

3) 요약자를 청약철회권자로 인정할 경우에 발생하는 문제점

공정거래위원회 및 소분위는 온라인을 통해 사업등 이외의 목적으로 구입하였으며, 수익자가 의사를 표시하기 전이기 때문에 요약자가 소비자이므로 청약철회권을 행사할 수 있다고 판단하였다. 그러나 동법은 사법적 규율만을 하는 것이 아닌 공법적 규율(행정규제 및 형사규제)까지 병행하기 때문에 유추해석은 금지된다. 따라서 본질적 의미의 소비자에 대해 사용하는 자로 규정하고 있음에도 불구하고 계약의 당사자로 해석하는 것은 유추해석에 해당한

청구)를 하여 급부를 수령하는 수익자에 불과할 뿐 舊 약관규제법 제2조제3항에 규정된 ‘고객’에 해당한다고 할 수 없다(대판 2011. 4. 28. 2010다106337).

16) 舊 방문판매법 제2조제5호는 “다단계판매라 함은 판매업자가 특정인에게 다음 각 목의 활동을 하면 일정한 이익을 얻을 수 있다고 권유하여 판매원의 가입이 단계적으로 이루어지는 다단계판매조직을 통하여 재화등을 판매하는 것을 말한다.”고 하면서, 가목에서 “당해 판매업자가 공급하는 재화등을 소비자에게 판매할 것”을, 나목에서 “가목의 규정에 의한 소비자의 전부 또는 일부를 당해 특정인의 하위판매원으로 가입하도록 하여 그 하위판매원이 당해 특정인의 활동과 같은 활동을 할 것”을 규정하고 있다. 이와 같은 방문판매법 및 그 시행령의 규정 내용과 아울러, 위 법률이 제13조에서 다단계판매업자로 하여금 관할 관청에 등록하도록 하면서 이에 위반한 경우 제42조에 따라 피고로부터 시정조치를 받게 될 뿐 아니라 제51조에 따라 형사처벌까지 받도록 규정함으로써 다단계판매행위를 하였는지 여부를 침해적 행정처분과 형사처벌의 전제로 삼고 있어, 위 법률에 규정된 다단계판매의 의미를 해석함에 있어서 규정의 문언에 따라 엄격하게 해석하여야 하고 이를 넘어서는 확장해석을 할 수는 없는 점, 위 법률 제2조제10호가 “소비자라 함은 사업자가 제공하는 재화등을 소비생활을 위하여 사용하거나 이용하는 자 또는 대통령령이 정하는 자를 말한다.”고 하고, 이에 따른 위 법률 시행령 제4조는 “재화등을 최종적으로 사용하거나 이용하는 자”뿐 아니라 “다단계판매원이 되고자 다단계판매업자로부터 재화등을 최초로 구매하는 자”도 소비자의 범위에 포함시키고 있는 점에 비추어 보면, 위 법률 제2조제5호가 정하는 다단계판매에 해당하기 위하여는 당해 판매업자가 공급하는 재화등을 구매한 소비자의 전부 또는 일부가 판매원으로 가입할 것을 필요로 한다고 보아야 한다. 같은 취지에서 원심이 원고의 판매원으로 가입하려는 사람은 기존 판매원의 모집추천을 통하여 판매원이 되었을 뿐 원고의 화장품 등을 구매한 소비자의 전부 또는 일부가 원고의 판매원으로 가입한 것이 아니어서 원고의 이 사건 판매는 위 법률 제2조제5호에 규정된 다단계판매에 해당하지 않는다는 이유로 그와 다른 전제에서 한 이 사건 처분이 위법하다고 판단한 것은 정당하고, 거기에 주장하는 바와 같은 다단계판매와 소비자의 개념에 관한 법리오해, 채증법칙 위반, 심리미진 등의 위법이 없다(대판 2009. 4. 9. 2008두17424).

다. 그럼에도 불구하고 이와 같이 해석할 경우에 이모티콘을 판매하는 사업자는 전자상거래소비자보호법에서 금지하는 거짓의 사실을 알려 청약철회권의 행사를 방해한 것이며(동법 제21조제1항제1호), 이를 광고 또는 표시하였다면 표시광고법상 부당한 표시광고행위에 해당하게 된다(동법 제3조제1항제1호). 따라서 사업자는 전자상거래소비자보호법에 따라 공정거래위원회의 시정조치 및 1천만원 이하의 과태료 처분을 받게 되며(동법 제32조, 제45조제3항제1호), 표시광고법에 따라 시정조치·과징금 및 2년 이하의 징역 또는 1억5천만원 이하의 벌금을 부과받게 된다(동법 제7조, 제9조, 제17조제1호). 또한 공정거래위원회는 계약사업자의 약관에 대해 불공정한 약관으로 판단하고, 사용금지 및 시정명령을 부과하였다(약관규제법 제17조, 제17조의2 등). 즉, 단순히 사법적 분쟁의 해결에 한정되는 것이 아닌 공법적 규제의 대상이 된다. 따라서 공정거래위원회 및 소분위의 해석과 같이 제3자를 위한 디지털콘텐츠거래에서 청약철회권자를 요약자로 파악할 수 없으며, 이와 같이 해석하는 것은 금지되는 유추해석에 해당한다. 물론 동법상 소비자의 정의 및 청약철회권자에 관한 규정이 가지고 있는 문제점을 해석으로 해결하고자 하는 공정거래위원회 및 소분위의 입장은 충분히 감안할 수 있지만, 잘못 입법된 법을 해석으로 해결할 경우에는 죄형법정주의를 위반하는 문제를 야기한다. 따라서 잘못된 입법에 대해서는 우선 해석으로 해결하여야 하겠지만, 이로 인해 사업자에게 예측하지 못한 규제 또는 형벌을 부과할 수 있는 경우에는 해석으로 해결하는 것은 허용되지 않는다. 그러므로 이는 법 해석이 아닌 법 개정을 통해 해결할 문제이다.

Ⅲ. 디지털콘텐츠거래의 청약철회 및 배제¹⁷⁾

1. 채무의 성격에 따른 이행의 방식 및 이행의 개시시점

(1) 채무의 성격에 따른 이행의 방식

채무자는 계약등을 통해 발생한 채무를 이행하여야 하지만, 그 성격에 따라 그 이행방식은 상이하다. 지참채무는 채무자가 목적물을 채권자의 주소(영업에 관한 채무의 경우에는 채권자의 현영업소) 또는 합의된 제3의 장소에서 급부하여야 하는 채무를 말한다(민법 제467조제2항). 다만, 채무의 성질 또는 당사자의 의사표시로 달리 정하지 않는 한 특정물의 인도는 채권성립 당시에 그 물건이 있었던 장소에서 하여야 한다(민법 제467조제1항). 추심채무는 채권자가 채무자의 주소에 와서 목적물을 추심하여 변제를 받아야 하는 채무이다. 이 경우에 채무자가 채권자에게 변제의 준비를 완료하였음을 통지하고, 그 수령을 최고하는 것으로 변제의 제공은 이루어진 것이다.¹⁸⁾

(2) 변제제공의 방법

채무의 이행, 즉 변제는 채권자의 협력없이 이루어질 수 있는 경우도 있지만, 대다수의 경우는 채권자의 수령행위 등이 필요하다. 후자의 경우에 채무자가 급부의 실현에 필요한 모든 준비를 다해서 채권자의 협력을 요구하는 것이 변제의 제공이다. 변제제공의 방법은 현실의 제공과 구두의 제공으로 구분된다. 현실의 제공은 채무자가 자신의 급부행위를 채무의 내용에 좇아 현실적으로 하는 것을 말하며, 구두의 제공은 현실적으로 변제를 제공하는 것이 아닌 변제의 준비

17) 앞에서 살펴본 바와 같이 사업등 외의 목적으로 제3자를 위한 디지털콘텐츠거래를 체결한 경우에 요약자 및 수익자 모두 청약철회권을 행사할 수 없다. 그러나 정책적 의미의 소비자 중 계약당사자에 해당하는 소비자는 청약을 철회할 수 있다. 따라서 이러한 소비자가 제3자를 위한 디지털콘텐츠거래를 체결한 것을 전제로 한다.

18) 박윤직, 「채권총론」, 박영사, 2009, 30면; 송덕수, 「채권법총론」, 박영사, 2015, 72면.

가 되어 있다는 통지와 협력을 최고하는 것이다. 다만, 이는 변제를 위한 행위를 완료하였다는 것을 의미할 뿐 변제 그 자체가 완료된 것은 아니다. 따라서 채무자가 변제제공을 하였지만, 채권자가 수령하지 않거나 추심하지 않은 경우에 채무자는 채무불이행 책임을 지지 않지만, 채무를 면하지는 못한다.¹⁹⁾

2. 디지털콘텐츠거래와 청약철회

(1) 디지털콘텐츠거래의 유형과 전자상거래소비자보호법의 적용대상

1) 디지털콘텐츠거래의 유형

디지털콘텐츠거래는 이용방식 및 제공방식에 따라 다음과 같이 구분할 수 있다. 첫째는 이용방식에 따른 구분이며, 다운로드방식과 스트리밍방식으로 구분된다. 이는 디지털콘텐츠가 소비자의 지배영역 내로 전송되었는지의 여부에 따른 구분이다. 다운로드방식은 소비자가 관리하는 영역에 디지털콘텐츠를 저장한 후 이용하는 방식이며, 그 저장공간은 소비자만이 관리하는 경우와 사업자도 관리할 수 있는 경우로 구분된다. 예를 들어, 영화 또는 음악 파일을 전송받아 소비자의 저장매체(하드, USB 등)에 저장한 경우는 전자에 해당하지만, 게임아이템을 구입하여 게임사이트 내 소비자의 계정등에 저장한 경우는 후자에 해당한다. 따라서 전자의 경우에 사업자가 이를 삭제할 수 없지만, 후자의 경우에 사업자도 삭제할 수 있다. 스트리밍방식은 디지털콘텐츠를 저장하는 방식이 아닌 그 사이트내에서 이용하는 것이다. 따라서 스트리밍방식은 디지털콘텐츠의 이용에 불과하며, 매매 등과 달리 재산권이 이전되지 않는다. 둘째, 다운로드방식은 제공방식에 따라 상대방이 전송하는 경우와 이용자가 직접 저장하는 방식으로 구분된다. 전자의 방식은 상대방이 이용자의 전자우편주소 또는 계정 등으로 전송하는 방식이다. 후자는 이용자가 다운받을 수 있는 조치를 상대방이 취하면 이용자가 클릭 등을 통해 저장장치 등에

19) 박윤직, 상계서, 259~262면; 송덕수, 상계서, 419~425면.

저장하는 방식이다.²⁰⁾

2) 전자상거래소비자보호법의 적용대상

전자상거래소비자보호법은 특정 재화등의 거래 또는 업 분야에서 소비자보호를 추구하는 법이 아닌 거래방식(전자상거래 또는 통신판매 등)에서 소비자를 보호하는 법이다. 따라서 디지털콘텐츠거래가 전자상거래 또는 통신판매의 방식으로 이루어진다면 동법의 적용대상이다. 다만, 동법에서는 전자상거래와 통신판매를 구분하고 있으며, 양자의 가장 큰 차이점은 상행위와 판매이다. 즉, 상행위는 재산권이전형태의 계약으로 한정되지 않는다.²¹⁾ 반면에 판매는 재산권이전형태의 유상계약을 의미한다. 따라서 임대차계약과 같이 재산권이전이 아닌 재산이용계약은 전자상거래에 해당할 수 있지만, 통신판매에 해당하지 않는다.²²⁾ 물론 동법은 전자상거래와 통신판매를 함께 규율하고 있지만, 청약철회가 인정되는 거래형태는 통신판매에 국한된다. 따라서 다운로드방식의 디지털콘텐츠거래는 통신판매에 해당하지만, 스트리밍방식의 디지털콘텐츠는 전자상거래에만 해당할 뿐 통신판매에는 해당하지 않는다. 즉, 양 방식 모두 동법의 적용대상이지만, 스트리밍방식의 디지털콘텐츠거래는 동법 중 통신판매에 대해서만 적용되는 규정(청약철회에 관한 규정 등)은 적용되지 않는다.

(2) 디지털콘텐츠거래와 청약철회 및 배제

1) 디지털콘텐츠거래와 청약철회

전자상거래소비자보호법은 전자상거래 또는 통신판매에서의 소비자를 보

20) 고흥석, “디지털콘텐츠거래와 청약철회권”, 「재산법연구」 제34권 제1호, 한국재산법학회, 2017, 250~251면.

21) 동법상 전자상거래는 전자거래 중 상행위에 해당하는 것이 아닌 전자거래의 방법으로 상행위를 하는 것이며, 상행위에는 반드시 유상계약으로 한정되지 않는다. 따라서 무상의 상행위도 전자거래의 방법으로 행하여졌다면 전자상거래에 포함된다(고형석, 「전자상거래와 소비자보호법」, 우리시스템, 2019, 18면).

22) 고흥석, “공유경제산업과 소비자보호”, 「재산법연구」 제34권 제3호, 한국재산법학회, 2017, 124면.

호하며, 비대면거래라는 점을 감안하여 소비자가 간편하게 그 계약을 해소할 수 있는 권리인 청약철회권을 부여하고 있다. 이러한 청약철회권은 디지털콘텐츠거래에도 동일하게 적용된다. 그러나 유체재화와 달리 디지털콘텐츠는 다운받은 후 청약철회를 할 경우에 반환은 의미가 없다. 즉, 청약철회는 계약을 해소하기 때문에 제공받은 재화등을 사업자에게 반환하고, 그 대가를 환급 받는 것이다. 따라서 소비자는 더 이상 그 재화를 점유하지 않는다. 그러나 디지털콘텐츠는 반환하거나 삭제하더라도 동일한 디지털콘텐츠가 소비자의 저장장치에 그대로 남아 있기 때문에 반환은 의미가 없다. 그럼에도 불구하고 2016년에 개정되기 전 법에서는 이를 배제사유로 규정하지 않았기 때문에 소비자는 다운받았다고 하더라도 청약을 철회할 수 있었다. 따라서 이러한 디지털콘텐츠의 특성을 감안하여 2016년에 개정된 전자상거래소비자보호법에서는 디지털콘텐츠거래에 대한 청약철회권 배제사유와 배제조치에 관한 규정을 신설하였다.

2) 디지털콘텐츠거래와 청약철회배제사유

소비자와 사업자간 디지털콘텐츠거래가 체결된 경우에 소비자는 원칙적으로 청약을 철회할 수 있다. 즉, 배제사유가 신설되었다고 하여 청약철회를 할 수 없는 것이 아니라 배제사유에 해당하고, 사업자가 배제조치를 취한 경우에만 소비자는 청약철회를 할 수 없다. 그 배제사유는 디지털콘텐츠 제공의 개시이다. 따라서 제공이 개시되지 않은 경우에 소비자는 청약을 철회할 수 있다(동법 제17조제2항제5호 본문). 또한 가분적 디지털콘텐츠로 구성된 계약의 경우에는 제공이 개시되지 않은 부분에 대해 청약을 철회할 수 있다(제5호 단서). 따라서 디지털콘텐츠거래는 불가분계약과 가분계약으로 구분되며, 불가분의 디지털콘텐츠와 가분이라고 하더라도 모든 디지털콘텐츠에 대한 제공이 개시된 경우에는 사업자가 배제조치를 취하였다고 한다면 소비자는 청약을 철회할 수 없다. 그 결과, 사업자가 배제조치를 취하였다는 것을 전제로 소비자가 디지털콘텐츠거래에서 청약을 철회할 수 있는지의 여부는 제공이

개시되었는지에 따라 결정된다. 여기에서 제공이 개시되었다는 의미는 디지털콘텐츠의 공급이 완료되어 소비자의 점유로 이전되었거나 소비자가 사용하였다는 것을 의미하지 않는다. 또한 제공의 개시는 다운로드의 방식에 따라 다른 의미를 갖는다. 즉, 사업자가 직접 전송하는 경우에는 소비자의 전자우편주소 또는 계정으로 전송(송신)한 것을 의미하며, 수신된 것을 의미하지 않는다. 따라서 사업자가 디지털콘텐츠를 소비자의 전자우편주소로 전송하였지만, 서버 등의 지연으로 인해 아직 수신되지 않은 상태라고 하더라도 소비자는 청약을 철회할 수 없다. 반면에 소비자가 직접 다운로드하여 디지털콘텐츠를 저장하는 경우에 사업자가 그 디지털콘텐츠를 다운로드할 수 있는 조치를 취한 것이 제공의 개시이다. 즉, 소비자가 클릭하여 다운로드를 하지 않았지만, 언제든지 저장할 수 있도록 사업자가 조치를 취하였다고 한다면 제공은 개시된 것이다.²³⁾ 이러한 점은 민법상 변제제공과 동일하다.²⁴⁾ 즉, 소비자가 직접 다운받아야 하는 경우는 추심채무에 해당하며, 변제제공의 방식은 현실의 제공이 아닌 구두의 제공이다. 따라서 사업자는 소비자가 언제든지 그 디지털콘텐츠를 다운받을 수 있는 조치를 취한 것만으로 변제제공은 완료된 것이며, 전자상거래소비자보호법상 제공의 개시에 해당한다. 다만, 이와 같이 디지털콘텐츠의 제공이 개시되었다고 하여 소비자가 청약을 철회할 수 없는 경우는 다음에서 설명하는 바와 같이 사업자가 동법에 따른 배제조치를 취한 경우로 한정된다. 만일 사업자가 배제조치를 취하지 않은 경우에 소비자는 청약을 철회할 수 있다(동법 제17조제2항 단서).

3) 배제조치

다른 재화 또는 용역과 달리 디지털콘텐츠거래에 대한 배제조치는 ‘제공이 개시되면 청약을 철회할 수 없다’는 사실의 표시와 함께 시용상품 등의 제공

23) 고형석, “게임아이템거래와 청약철회권”, 「저스티스」 제168호, 한국법학원, 2018, 263면.

24) 사업자가 소비자의 전자우편주소 등으로 디지털콘텐츠를 전송하는 경우에는 소비자의 협력(수령행위)이 필요하지 않다. 이러한 점이 오프라인이행과 온라인이행의 차이점이다.

이다. 이는 소비자가 디지털콘텐츠의 제공이 개시되면 더 이상 청약 철회할 수 없다는 사실을 인식할 수 있도록 한 것이며, 사전에 그 내용을 확인할 수 있도록 하기 위함이다.²⁵⁾ 예를 들어, 영화 또는 음악콘텐츠의 경우에 미리보기 또는 미리듣기를 제공하여 소비자가 원하는 콘텐츠에 해당하는가를 알 수 있도록 하기 위함이다. 다만, 디지털콘텐츠거래의 경우에는 두 가지의 배제조치를 취하여야 하기 때문에 사업자가 둘 중 어느 하나의 배제조치만을 취한 경우에 소비자는 청약을 철회할 수 있다.

4) 분쟁조정사건에서 청약철회배제사유에의 해당성 여부

분쟁조정사건²⁶⁾에서 제3자는 수익의 의사를 표시하지 않았으며, 이모티콘을 다운받지도 않았다.²⁷⁾ 그렇다고 한다면 이 사건에서 사업자는 이모티콘의 제공을 개시한 것인가의 문제를 규명하여야 한다. 즉, 요약자를 청약철회권자로 인정하더라도 배제사유에 해당하지 않아야 한다. 디지털콘텐츠거래의 배제사유는 제공의 개시이다. 그 방식은 앞에서 설명한 바와 같이 사업자가 소비자에게 전송하는 방식과 소비자가 다운로드할 수 있는 조치를 취하는 방식으로 구분된다. 이 중 이모티콘은 후자의 방식이다. 즉, 요약자와 사업자가 이모티콘에 관한 계약을 체결하면 사업자는 수익자에게 그 사실을 통지하고, 수익자가 이모티콘을 다운받을 수 있는 화면을 제공한다. 이후 수익자가 이모티콘을 클릭하면 수익자의 계정으로 이모티콘이 저장된다. 따라서 이모티콘계약에서 제공의 개시는 사업자가 수익자에게 그 사실을 통지하고, 다운받을 수 있는 조

25) 전자상거래소비자보호법에서는 청약철회 배제조치의 의미에 대해 '청약철회등의 권리 행사가 방해받지 않기 위함'으로 규정하고 있다(동법 제17조제6항). 또한 할부거래법, 방문판매법, 콘텐츠산업진흥법, 정보보호산업진흥법 모두 동일하게 규정하고 있다. 그러나 배제조치는 소비자의 청약철회를 배제하기 위한 것이며, 청약철회권을 행사할 수 있도록 취하는 조치가 아니다. 따라서 이 내용은 청약철회의 배제조치와 정반대로 규정하고 있기 때문에 이를 삭제하는 것이 타당하다.

26) 한국소비자원 보도자료에서는 배제조치에 대해 전혀 언급이 없기 때문에 이 부분을 제외하고, 디지털콘텐츠의 제공이 개시되었는지에 대해서만 분석한다.

27) 공정거래위원회가 개인사업자의 약관에 대해 불공정성을 판단할 때에도 이와 동일한 이유를 제시하였다.

치를 취한 시점이다. 그 결과, 분쟁조정사건에서 요약자를 청약철회권자로 인정하였다고 하더라도 이모티콘에 대한 제공의 개시가 이루어졌기 때문에 동법에 따라 청약을 철회할 수 없다. 그럼에도 불구하고 요약자가 전자상거래소비자보호법에 따라 청약철회를 할 수 있다고 판단한 소분위의 결정은 동법의 내용에 대한 정확한 이해없이 이루어진 것이기 때문에 타당하지 않다. 다만, 사업자가 배제조치를 취하지 않거나 배제조치를 취하였다고 하더라도 임의적으로 청약철회를 인정한 경우에는 이와 다른 결론에 도달하게 되지만, 한국소비자원의 보도자료에서는 이에 관한 언급이 없기 때문에 생략한다.

(3) 청약철회에 따른 효과

1) 디지털콘텐츠의 보유

2016년에 개정된 동법에 따라 제공이 개시된 디지털콘텐츠거래에 대해 소비자는 단순구매의사변경을 이유로 청약철회권을 행사할 수 없다. 다만, 통신판매업자가 배제조치를 강구하지 않거나 다른 디지털콘텐츠를 제공하는 경우 등에는 청약을 철회할 수 있다. 이 경우에 소비자는 유체재화와 달리 디지털콘텐츠를 반환할 필요가 없다(동법 제18조제1항 단서). 이러한 점은 청약철회권의 일반적인 효과와 상이하다. 즉, 청약철회권은 소비자가 계약을 체결한 후 일정기간 동안 구매의사를 재고할 수 있는 기회를 부여하고, 구매의사가 변경된 경우에 그 계약을 해소할 수 있는 권리이다. 그렇다고 하더라도 제공받은 재화에 대해 증여한 것은 아니다. 또한 사업자는 청약철회로 인해 손실이 발생하였다고 하더라도 반환받은 재화를 재판매함으로써 그 손실을 최소화할 수 있어야 한다. 따라서 소비자는 청약을 철회한 후 제공받은 재화를 반환하여야 한다. 그러나 제공받은 디지털콘텐츠의 대다수는 반환이라는 것이 의미가 없다. 예를 들어, 영화 콘텐츠를 다운받아 저장장치에 저장한 경우에 이를 반환하더라도 동일한 영화 콘텐츠가 그 저장장치에 존재하며, 설령 이를 삭제하였다고 하더라도 복구가 가능하기 때문에 디지털콘텐츠의 반환은 의미

가 없다. 또한 사업자의 입장에서 그 반환받은 디지털콘텐츠를 재판매하는 것이 아니기 때문에 유체재화와 달리 반환은 사업자의 측면에서도 의미가 없다. 이러한 점을 고려하여 2016년에 개정된 동법에서는 디지털콘텐츠의 반환을 부정하고 있다.²⁸⁾

2) 대금의 환급

청약철회권을 행사한 경우에 그 계약은 소멸한다. 따라서 소비자는 제공받은 재화를 반환하여야 하며, 사업자는 대금을 환급하여야 한다. 동법에서는 소비자의 반환시기에 대해 규정하고 있지 않지만, 사업자의 환급시기에 대해서는 다음과 같이 규정하고 있다. 먼저, 재화를 반환받은 경우에는 반환일로부터 3영업일 이내에 대금을 환급하여야 한다. 그 다음으로 재화를 공급하지 않은 경우와 용역 및 디지털콘텐츠거래의 경우에는 소비자가 청약철회를 한 날로부터 3영업일 이내에 반환하여야 한다. 만일 이를 지연한 경우에는 지연이자를 더하여 환급하여야 한다(동법 제18조제2항). 또한 대금을 환급함에 있어서는 통신판매업자뿐만 아니라 재화등의 대금을 받은 자 또는 소비자와 통신판매에 관한 계약을 체결한 자가 연대하여 책임을 진다(동법 제18조제11항). 다만, 소비자가 이를 사용한 경우에 그 사용에 따라 얻은 이익의 반환을 청구할 수 있다(동법 제18조제8항).

28) 2017년에 마련된 모바일 게임 표준약관에서는 소비자가 청약철회 등을 한 경우에 사업자가 지체없이 유료 콘텐츠를 회수하고, 3영업일 이내에 대금을 환급한다고 규정하고 있다(표준약관 제22조제6항). 그러나 동법에서 소비자의 반환의무를 배제한 것은 소비자의 점유를 인정하는 것이기 때문에 사업자의 회수 역시 부정되어야 한다. 그럼에도 불구하고 모바일 게임 표준약관에서는 사업자의 회수를 인정하고 있다. 그러나 디지털콘텐츠의 반환을 배제하고 있는 동법 제18조제1항은 강행규정이기 때문에 이와 다른 함의 중 소비자에게 불리한 것은 무효이다(동법 제35조). 따라서 사업자의 회수를 인정하고 있는 모바일 게임 표준약관은 동법 제18조제1항에 반하며, 소비자에게 불리하기 때문에 무효이다(고형석, 전제 “게임아이템거래와 청약철회권”, 271면).

IV. 주요국의 입법례에서 소비자와 디지털콘텐츠거래의 청약철회

1. 유럽연합 소비자권리지침

(1) 소비자의 정의

소비자권리지침²⁹⁾은 통신수단을 이용하여 체결한 격지계약과 영업장 이외의 장소에서 체결한 계약에서의 소비자보호를 목적으로 한다. 따라서 동 지침의 규율대상은 소비자계약이며, 소비자에 대해 다음과 같이 정의하고 있다. 소비자는 거래, 영업, 수공업 또는 직업 외의 목적으로 거래하는 자연인이다(지침 제2조제1호). 첫째, 지침상 소비자는 자연인에 한정되기 때문에 법인은 소비자가 될 수 없다. 둘째, 개념요소를 구성함에 있어 적극적 방식이 아닌 소극적 방식을 취하고 있다. 즉, 소비생활이라는 한정적 목적이 아닌 사업 등의 목적 외로 정의함으로 인해 소비생활의 목적과 사업 등의 목적에 포함되지 않은 목적을 위해 거래하는 자도 소비자가 된다. 셋째, 소비생활과 사업이라는 이중목적으로 계약을 체결하는 경우에 있어 전자의 목적이 후자의 목적보다 그 비중이 크다면 소비자로 인정된다.³⁰⁾ 마지막으로 소비자에 대해 사용하는 자가 아닌 계약의 상대방으로 정의하고 있다.

(2) 디지털콘텐츠거래와 철회권의 배제

지침에서는 소비자가 격지계약을 통해 물품등에 관한 계약을 체결하였을 경우에 철회권(Right of withdrawal)을 인정하고 있다. 디지털콘텐츠³¹⁾계약에

29) 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.

30) recital (17).

서 철회기간은 14일이며, 그 기산일은 계약의 체결일이다(지침 제9조 1, 2 (c)). 다만, 사업자가 철회권에 관한 정보를 소비자에게 제공하지 않은 경우에는 최초 철회기간의 종료일로부터 1년이다.³²⁾ 그렇지만, 그 기간내에 사업자가 그 정보를 제공한 경우에는 그 제공일로부터 14일 이내에 행사할 수 있다(지침 제10조). 또한 소비자가 철회기간의 종료일 전에 그 이행의 개시에 대해 사전에 동의하지 않았거나 그가 동의한 경우에 철회권을 상실한다는 사실을 알지 못하였거나 사업자가 지침 제8조 (7)에 따른 계약서를 교부하지 않은 경우에 사업자는 철회한 소비자에게 어떠한 비용도 청구할 수 없다(지침 제14조 4. (b)). 다만, 이행에 대한 소비자의 사전 명시적 동의와 이로 인해 철회권을 상실한다고 인식함에 따라 디지털콘텐츠가 공급된 경우에 철회권은 소멸한다(지침 제16조 (m)).³³⁾

-
- 31) 소비자권리지침상 디지털콘텐츠는 물품(goods)에 해당하지 않는다(recital (19)). 따라서 디지털콘텐츠를 동 지침의 규율대상으로 포함할 것인지에 대해서는 논란이 있었지만, 이를 포함하였다(European Union Committee of the House of Lords, EU Consumer Rights Directive: getting it right(Volume I: Report) (HL Paper 126-I), The Stationery Office Limited, 2009, pp.25-26).
- 32) 격지매매지침 및 콘도회원권지침(Directive 94/47/EC of the European Parliament and the Council of 26 October 1994 on the protection of purchasers in respect of certain aspects of contracts relating to the purchase of the right to use immovable properties on a timeshare basis)에서는 계약서가 교부되지 않은 경우에 있어서 철회권의 최장기간을 3개월로 정하고 있었지만, 다른 지침들(Directive 85/577/EEC, Directive 2002/65/EC, Directive 2002/83/EC)에서는 최장기간을 규정하지 않았다. 따라서 이론적으로 무한의 철회권이 인정될 수 있으며, 일반시효의 원칙·신의칙 또는 공정거래원칙에 의하여만 제한될 수 있었다(Christian von Bar·Eric Clive eds., Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference(Volume I), OXFORD, 2010, p. 357). 이러한 문제점을 해결하고자 소비자권리지침에서는 최장기간을 설정하였다. 또한 소비자권리지침 제정초안에서는 사업자가 철회권에 관한 정보를 제공하지 않았을 경우에 최장기간을 황 격지매매지침과 같이 3개월로 제시하였다. 그러나 초안에 대한 검토보고서에서는 1년으로 연장할 것을 제안하였으며, 이러한 제안이 수용되어 최장기간은 1년으로 결정되었다(Andreas Schwab, REPORT on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on consumer rights(COM(2008)0614-C7-0349/2008 - 2008/0196(COD))(A7-0038/2011), EUROPEAN PARLIAMENT, 2011, p.66).
- 33) 소비자권리지침에서는 사용상품 등의 제공을 철회권의 배제요건으로 규정하고 있지 않다(EUROPEAN COMMISSION, DG JUSTICE GUIDANCE DOCUMENT, EUROPEAN COMMISSION, 2014, p. 65).

2. 중국 소비자권익보호법

(1) 소비자의 정의

소비자권익보호법(中华人民共和国消费者权益保护法)³⁴⁾에서는 소비자에 대해 직접적으로 정의하고 있지 않지만, 동법의 적용범위를 규정하면서 간접적으로 정의하고 있다. 즉, 소비자가 생활소비를 위하여 상품을 구매·사용하거나 서비스를 받는 경우, 그에 대한 권익은 이 법의 보호를 받는다. 이 법에서 규정하지 아니하는 것은 기타 관련 법률·법규의 보호를 받는다(동법 제2조). 이를 분석하면 다음과 같다. 첫째, 법 적용대상자를 규정함으로써 소비자를 간접적으로 정의하고 있다. 즉, 소비자가 누구인가를 정의하는 방식이 아닌 동법의 적용을 받는 경우를 규정함으로써 소비자를 정의하고 있다. 둘째, 목적에 있어서 소극적이 아닌 적극적 방식을 취하고 있다. 이러한 점은 유럽연합 등과 다르며, 우리와 동일하다. 셋째, 구입 또는 사용 중 어느 하나만을 개념요소로 규정한 것이 아닌 양자 모두를 개념요소로 포함하고 있다. 따라서 계약의 당사자뿐만 아니라 사용하는 자도 소비자에 포함된다. 넷째, 개인에 한정되는가 아니면 법인도 포함되는가에 대해 명시적으로 규정하고 있지 않지만, 생활소비라는 점에서 법인은 포함되지 않는다. 마지막으로 동법은 소비자 보호를 목적으로 하지만, 농민에 대해서는 동법을 적용하고 있다. 즉, 농민은 소비자가 아니지만, 동법의 적용을 받는다. 이는 우리 전자상거래소비자보호법상 다단계판매원 또는 소비자와 동일한 지위 및 조건으로 거래하는 사업자에 대해 전자상거래소비자보호법을 적용하는 것과 유사하다.

(2) 디지털콘텐츠거래와 철회권의 배제

소비자권익보호법에서는 소비자가 그 계약을 해소할 수 있는 권리에 대해 우리와 달리 상품을 반품할 수 있는 권리(이하 '반품권')로 규정하고 있다.³⁵⁾

34) 중국 소비자권익보호법은 1993년에 제정되었으며, 2009년과 2013년에 개정되었다.

다만, 그 의미 및 효과 등에 있어서는 우리의 청약철회권과 동일하다. 동법상 반품권은 소비자의 단순구매의사변경에 따른 반품권과 사업자의 채무불이행에 따른 반품권으로 구분된다. 소비자가 전자의 반품권을 행사하기 위해서는 그 상품을 인터넷, 텔레비전, 전화, 통신구매 등의 방식으로 구매하여야 한다. 즉, 사업자와 소비자가 대면하지 않고, 전기통신수단을 이용하여 상품에 관한 계약을 체결하여야 한다(동법 제25조). 다만, 비대면으로 계약을 체결하더라도 반품권이 인정되는 경우는 급부의 목적이 상품인 경우로 한정되기 때문에 용역의 제공에 관한 계약에 대해서는 인정되지 않는다. 그리고 소비자가 상품을 반품함에 있어서 그 이유를 설명할 필요가 없기 때문에 후술하는 배제사유에 해당하지 않는 한 소비자는 무조건 반품할 수 있다. 후자의 반품권은 사업자가 공급한 상품 또는 용역이 품질보중에 부합하지 않은 경우이다. 물론 이 경우에 소비자는 국가의 규정 또는 당사자의 약정에 따라 교환·수리 등을 요구할 수 있으며, 7일 이내에는 반품할 수 있다. 다만, 7일이 경과한 경우에는 법정 계약해제 조건에 부합할 경우에 한해 반품할 수 있으며, 이 조건에 부합하지 않더라도 사업자에게 교환·수리 등을 요구할 수 있다(동법 제24조). 그러나 인터넷 등을 통해 소비자가 상품에 관한 계약을 체결하였다고 하더라도 다음 중 어느 하나에 해당하는 경우에는 단순구매의사 변경에 따른 반품권을 행사할 수 없다. 첫째, 그 상품이 소비자의 주문에 의해 제작된 경우이다. 둘째, 신선하여 부패하기 쉬운 상품이다. 셋째, 온라인으로 다운로드하거나 소비자가 개봉한 음향영상제품, 컴퓨터 소프트웨어 등 디지털 상품이다. 넷째, 소비자에게 공급된 신문 또는 정기간행물이다. 다섯째, 그 이외에 상품의 성질상 반품하기 적절하지 않고 소비자가 구매 시 이에 해당하는 상품임을 확인하였을 경우이다. 마지막으로 이에 해당하지 않은 상품이라고 하더라도 반품 당시에 완전하지 않은 상품이다.³⁵⁾

35) 2011년 유럽연합 소비자권리지침의 제정에 따라 독일은 이를 민법적으로 규정하였으며, 소비자의 권리를 철회권과 반품권으로 규정하였다. 그러나 소비자가 반품하였을 경우에 철회권의 행사에 따른 반품인지 아니면 교환의 의미에서의 반품인지에 대한 논란이 발생하였으며, 이를 해결하기 위해 개정 민법에서는 반품권을 삭제하였다(고형석, “방문판매에 있어서 고령소비자 보호에 관한 연구”, 『중앙법학』 제20집 제2호, 중앙법학회, 2018, 142면).

36) 중국 소비자권익보호법에서는 우리와 달리 일부 사용 또는 소비에 관한 규정이 없기 때문에 해석상 상품을 사용한 경우에 소비자는 반품권을 행사할 수 없다는 견해도 있다(전북대학교,

3. 일본 소비자계약법 및 특정상거래법

(1) 소비자계약법상 소비자

소비자계약법(消費者契約法)상 소비자는 사업 또는 사업을 위한 계약의 당사자인 경우를 제외한 개인이다(동법 제2조제1항). 첫째, 소비자는 개인에 국한되기 때문에 법인은 포함되지 않는다. 둘째, 그 목적에 있어서 적극적으로 규정한 것이 아닌 소극적으로 규정하고 있다. 즉, 사업목적은 제외되기 때문에 소비생활 이외의 목적이라고 하더라도 사업목적에 해당하지 않으면 소비자에 해당한다. 셋째, 재화등을 사용하는 자가 아닌 계약의 당사자이다. 이는 동법이 소비자계약을 규율하기 때문에 소비자에 대한 정의를 계약의 일방 당사자로 정의한 것이다.³⁷⁾

(2) 특정상거래법상 통신판매에서의 청약철회

일본의 특정상거래법(特定商取引に関する法律)상 통신판매는 우리 전자상거래소비자보호법상 통신판매와 동일하지만, 청약철회³⁸⁾에 대해서는 정반대로 규정하고 있다. 즉, 우리는 강행규정화하여 동법의 내용보다 소비자에게 불리한 경우에는 무효로 규정한 반면에 일본은 임의규정화하여 사업자가 이를 부정하거나 동법의 내용과 다르게 정할 수 있도록 규정하고 있다. 이처럼 일본에서 통신판매에 대해 청약철회권을 강행규정화하지 않은 이유에 대해 방문판매 등과 달리 통신판매의 경우는 사업자의 적극적인 구매권유가 없다는 점

「중국의 경쟁/소비자법·제도 및 사건처리절차 연구」, 공정거래위원회 연구보고서, 2015, 126면).

37) 일본 소비자안전법(消費者安全法)에서도 소비자를 정의하고 있으며, 상업·공업·금융업 기타 사업을 행하는 경우를 제외한 개인으로 정의하고 있다(동법 제2조제1항). 이러한 정의는 소비자 계약법과 유사하지만, 계약의 당사자라는 요소가 없다는 점에서 차이가 있다. 즉, 안전에 있어서 소비자는 계약당사자에 국한되지 않기 때문이다.

38) 일본 특정상거래법상 소비자의 권리는 청약철회권 또는 계약해제권이다. 따라서 계약이 체결되기 전에는 청약철회권이, 계약이 체결된 후에는 계약해제권이 적용된다고 해석하고 있다(大村敦志, 「消費者法」, 有斐閣, 2007, 84면). 반면에 우리는 청약철회권 및 계약해제권이다. 즉, 일본은 양자 중 어느 하나이지만, 우리는 양자 모두를 소비자에게 부여하고 있다.

을 제시하고 있다.³⁹⁾ 따라서 통신판매업자가 광고 등에서 청약철회를 허용하지 않는다는 내용을 표시하지 않은 경우에 한해 소비자는 청약철회를 할 수 있다. 또한 그 행사기간 역시 사업자가 자율적으로 정할 수 있지만, 이를 정하지 않은 경우에 소비자는 물건을 받은 날로부터 8일 이내에 청약을 철회할 수 있다. 이 경우에 반환비용은 소비자가 부담한다(동법 제15조의3).

4. 소결

(1) 소비자의 정의

첫째, 유럽연합등의 입법례에서는 소비자를 자연인에 국한하고 있다. 따라서 법인은 그 목적(비영리)과 관계없이 소비자로 인정되지 않는다. 그러나 우리는 법인도 소비자로 인정하고 있다는 점에서 차이가 있다.⁴⁰⁾ 둘째, 유럽연합과 일본은 소비자계약에서의 소비자를 정의함에 있어 계약당사자로 정의하고 있다. 중국은 계약당사자와 사용하는 자를 소비자로 인정하고 있다. 그러나 우리는 본질적 의미의 소비자에 대해 그 법이 규율하는 대상과 관계없이 사용하는 자로 정의하고 있다. 셋째, 목적에 있어서 유럽연합과 일본은 소극적 방식을 취하고 있는 반면에 중국과 우리는 적극적으로 규정하고 있다. 이 점만을 본다면 우리 법상 소비자범주는 유럽연합 및 일본보다 좁다고 할 수 있지만, 정책적 의미의 소비자까지 포함한다면 더 광범위하게 인정하고 있다.

(2) 디지털콘텐츠거래에서의 청약철회

일본은 통신판매에서의 청약철회에 관한 규정을 임의규정으로 정하고 있기 때문에 우리와 비교하는 것은 사실상 불가능하다. 반면에 유럽연합과 중국은 철회권을 인정하고 있으면서도 디지털콘텐츠거래에 대해서는 철회를 부정하

39) 小林英明, 「インターネットの法律問題」, 中央経済社, 2008, 245면.

40) 소비자를 개인으로 한정하고, 법인을 소비자로 인정함에 있어서는 개별 법률의 입법취지에 따라 판단할 것을 제안하는 견해로는 서희석, 「소비자계약의 범리」, 부산대학교, 2018, 70면.

고 있다. 다만, 그 배제요건에 있어서는 차이가 있다. 즉, 중국은 다운로드한 경우에 부정하고 있으며, 배제조치에 관한 내용이 없다. 반면에 유럽연합의 경우에는 소비자의 명시적인 이행요구와 이로 인해 청약철회권이 배제된다는 고지에 따라 이행된 경우에는 청약철회권이 배제된다. 그러나 유럽연합의 경우에 그 규정만을 본다면 소비자의 명시적인 이행요구, 사업자의 고지 및 이행 중 어느 하나라도 없는 경우에도 시간의 경과에 따라 소비자의 청약철회권은 소멸한다. 즉, 철회기간의 기산일은 다운받은 시점이 아닌 계약을 체결한 때이며, 이 날로부터 14일이 경과하면 철회권은 소멸한다. 따라서 계약을 체결한 날로부터 14일 이후에 사업자가 디지털콘텐츠를 전송한 경우에 소비자의 명시적인 이행요구 및 사업자의 고지가 없더라도 소비자는 철회할 수 없다. 반면에 우리의 경우는 디지털콘텐츠의 제공이 개시된 시점에 소멸한다. 따라서 계약의 체결시점과 관계없이 사업자가 이를 전송하지 않거나 소비자가 다운받을 수 있는 조치를 취하지 않았다고 한다면 소비자는 청약을 철회할 수 있다. 또한 우리의 경우에 배제조치로 시용상품 등을 제공하도록 규정하고 있기 때문에 사전에 디지털콘텐츠의 내용을 확인할 수 있다는 점에서 외국의 입법례와 차이가 있다. 다만, 가장 큰 차이점은 제3자를 위한 계약에 있어서 유럽연합, 중국 및 일본의 경우에 계약당사자와 청약철회권자가 동일하다는 점이다. 즉, 2자간 계약 또는 제3자를 위한 계약과 관계없이 소비자는 계약의 상대방이며, 청약철회권자는 계약을 체결한 소비자이다. 따라서 우리와 달리 제3자를 위한 계약에서 누가 소비자이며, 청약철회권자인가의 문제는 발생하지 않는다.

V. 제3자를 위한 디지털콘텐츠거래에 대한 전자상거래소비자보호법의 문제점과 개선방안

1. 전자상거래소비자보호법의 문제점

(1) 소비 중심형 소비자의 정의

소비자문제의 시초는 산업혁명 이후 대량생산시대로 접어든 이후라고 할 수 있다. 즉, 수공업 시대에 있어서 매도인(제조자)과 매수인간 지위적 격차는 크지 않았지만, 대량생산 및 대량판매의 시대로 진입하면서 사업자와 소비자간 지위의 격차가 발생하게 되었다. 따라서 상대적 약자인 소비자보호의 필요성이 20세기 중반이후부터 제기되었으며, 우리의 경우에는 1980년 이후 舊 소비자보호법(현 소비자기본법)의 제정부터 소비자보호법시대가 개막되었다. 이 당시는 사업자가 제공하는 재화등을 소비자가 안전하게 사용하는 것이 핵심이었기 때문에 소비자의 정의 역시 제조의 대립개념인 소비를 중심으로 규정하였다. 그러나 이는 소비자의 상대방인 사업자가 제조업자만이 존재하는 것이 아닌 판매사업자가 존재한다는 사실을 인식하지 못하였다. 물론 2자간 계약에서는 소비를 중심으로 소비자의 개념을 정의하더라도 문제가 없다. 그러나 현대사회에서 소비자문제는 재화등의 사용에 있어서 안전문제와 거래에서의 불공정성 문제로 구분할 수 있으며, 각 영역에서 소비자의 지위는 상이하 다. 즉, 전자의 경우에는 재화를 사용하는 자이지만, 후자의 경우에는 계약의 당사자이다. 물론 소비자기본법과 같이 안전과 거래를 모두 규율하는 법에서 는 양자를 포섭할 수 있는 형태로 소비자를 정의하여야 한다. 그러나 양자 중 어느 하나만을 규율하는 법(예를 들어, 전자상거래소비자보호법)은 그 규율사 향을 고려하여 소비자를 정의하여야 한다. 그럼에도 불구하고, 거래분야에서 의 소비자를 보호하는 법에서 소비자를 정의하면서 안전분야에 적합한 소비 자정의를 그대로 규정하고 있기 때문에 법의 규율내용과 소비자의 정의가 불

일치하는 문제가 발생한 것이다. 물론 이러한 불일치가 존재하더라도 법 적용에 있어서 문제가 없다고 한다면 개정의 필요성은 존재하지 않는다. 그러나 제3자를 위한 계약에서는 누가 소비자인가의 문제와 누가 청약을 철회할 수 있는가의 문제가 발생하게 되며, 현행법상 소비자의 개념으로는 이 문제를 해결할 수 없다. 따라서 소비자의 정의는 그 법의 규율사항에 적합하게 개정되어야 한다.⁴¹⁾

(2) 2자간 계약을 대상으로 한 법 체계

동법은 전자상거래 또는 통신판매등에서 소비자를 보호하기 위해 제정되었으며, 그 전신은 舊 방문판매법이다. 다만, 舊 방문판매법 및 전자상거래소비자보호법을 비롯하여 할부거래법과 방문판매법 모두 2자간 계약을 전제로 그 법률관계를 규율하고 있다. 물론 2자간 소비자계약은 계약의 당사자와 그 계약에 따른 채화등을 사용하는 자가 동일하기 때문에 소비자를 거래상대방으로 정의하거나 사용하는 자로 정의하더라도 큰 문제가 없다. 그러나 소비자계약이 반드시 2자간 계약만으로 존재하는 것이 아닌 제3자를 위한 계약도 존재한다. 물론 이와 관계없이 동일하게 규율할 수 있다면 문제가 없다. 그러나 2자간 계약과 제3자를 위한 계약은 상이하며, 민법에서도 제3자를 위한 계약을 별도로 규율하고 있다. 따라서 전자상거래소비자보호법을 비롯한 특수거래에서의 소비자를 보호하는 것을 목적으로 하는 법에서도 이를 분리하여 규율하여야 함에도 불구하고 계약서 교부에 한정하여 이를 규율하고 있다는 점은 동법뿐만 아니라 특수거래분야의 소비자보호법의 근본적인 한계라고 할 수 있다. 그 대표적인 문제가 바로 제3자를 위한 계약에서 청약철회권자이다. 그러나 앞에서 살펴본 바와 같이 요약자 및 수익자는 동법에 따라 청약을 철회할 수 없다. 그렇다면 한다면 제3자를 위한 계약은 2자간 계약과 상이하기 때문에 청약철회권이 인정되지 않은 것이 당연한 것인가? 그러나 제3자를 위한 계약이 통신판매의 방식으로 체결되었다고 한다면 2자간 계약과 동일하게

41) 고흥석, 전제 “소비자의 개념에 관한 연구”, 104면.

청약철회권이 인정되어야 한다. 그럼에도 불구하고 청약철회권이 인정되지 않음은 동법이 가지고 있는 근본적인 문제이다.⁴²⁾

(3) 디지털콘텐츠거래의 특성을 고려하지 않은 청약철회

콘텐츠계약은 종전부터 존재하였지만, 그 형태는 유체재화에 결합된 형태(아날로그 콘텐츠)였다. 그러나 온라인 환경의 등장과 발달로 인해 콘텐츠 그 자체에 대해 계약이 이루어질 수 있게 되었다(디지털콘텐츠). 이러한 디지털 콘텐츠거래는 크게 디지털콘텐츠이용계약과 디지털콘텐츠매매계약⁴³⁾으로 구분된다. 즉, 소비자 또는 이용자가 사업자의 사이트 등에 접속하여 게시된 콘텐츠를 이용하는 방식(스트리밍방식)과 그 콘텐츠를 자신의 저장장치 등에 저장하여 이용하는 방식(다운로드방식)이다. 또한 다운로드방식은 사업자가 소비자의 전자우편주소 등으로 전송하는 방식(지참채무)과 소비자가 직접 다운로드 받는 방식(추심채무)으로 구분할 수 있으며, 사업자가 관리할 수 없는 경우와 관리할 수 있는 경우로 구분할 수 있다. 그럼 전자상거래소비자보호법은 다양한 디지털콘텐츠거래를 고려하여 그 법률관계를 규율하고 있는가? 그러나 동법의 입법자는 디지털콘텐츠거래의 유형 중 사업자가 관리할 수 없는 다운로드형만을 전제로 하였다. 즉, 2016년에 개정된 전자상거래소비자보호법은 위원장 대안이 통과된 것이며, 디지털콘텐츠의 청약철회에 관한 내용은 김용태 의원이 대표발의한 개정안에서 규정하고 있었다. 동 법안의 입법취지인 “디지털콘텐츠의 경우 소비자가 몇 일간 이용한 후 청약철회를 하면 개발자의 이익이 과도하게 침해될 우려가 있고”, “재화의 성질상 반환이 불필요·불가능한 경우가 있으나 이러한 측면이 반영되지 않은 문제점, 청약철회 시 사업자의

42) 고형석, 전제 “제3자를 위한 전자소비자계약에 있어서 청약철회권에 관한 연구”, 62면.

43) 디지털콘텐츠거래에 대해 매매를 부정하고 그 모든 계약을 이용계약이라고 주장하는 견해(정해상, “인터넷 게임아이템거래에 관한 법리”, 『중앙법학』 제5집 제3호, 중앙법학회, 2003, 263면)도 있다. 그러나 지식재산권의 양도 또는 이용허락과 지식재산의 성과물에 대한 계약이 상이하다는 점을 감안할 때 디지털콘텐츠에 대한 매매가 부정된다고 할 수 없다(동지; 임건면, “온라인게임 이용약관의 법적 문제”, 『법학논문집』 제29집 제2호, 중앙대학교, 2005, 17면).

대금환급 기간을 재화등 반환일로부터 3영업일 이내로 규정하고 있어 사업자가 재화등을 배송하기 전에 청약철회를 한 경우나 반환대신 삭제가 필요한 디지털콘텐츠”라는 내용은 이를 나타낸다.⁴⁴⁾ 그러나 2016년 개정된 법은 다양한 디지털콘텐츠거래를 고려한 것이 아닌 일부만을 고려한 것이다. 그 결과, 이에 해당하지 않은 디지털콘텐츠거래도 디지털콘텐츠거래에 해당하기 때문에 동법이 적용되며, 그로 인해 다양한 문제점이 발생하고 있다. 즉, 소비자가 다운받는 경우에 있어서 소비자가 다운받을 수 있도록 조치를 취한 것으로 제공의 개시가 있는 것이 되며, 다운받은 것이라고 하더라도 이를 삭제할 수 있는 경우가 존재함에도 불구하고 반환 내지는 삭제를 부정한 점 그리고 청약철회라는 의사표시가 도달하지 않았음에도 불구하고 지연배상금을 지급하여야 하는 문제가 그 대표적이라고 할 것이다.⁴⁵⁾

구체적인 예를 들어 이러한 문제점들을 설명하면 다음과 같다. 게임아이템을 구입한 경우에 소비자의 계정으로 게임아이템이 전송되며, 소비자가 청약을 철회한 경우에 사업자는 이를 삭제할 수 있다. 또한 배제조치를 취하지 않은 것 그 자체로 인해 유상계약이 무상계약으로 전환되는 결과를 유발한다. 예를 들어, 영화 콘텐츠에 대해 시용상품까지 제공하였지만, 청약철회가 불가능하다는 사실을 표시하지 않은 경우에 소비자는 청약을 철회할 수 있으며, 다운받은 영화 콘텐츠를 삭제하지 않고 계속 이용할 수 있다. 물론 사업자가 배제조치를 강구하지 않았기 때문에 소비자가 청약을 철회할 수 있는 것은 타당하다. 그러나 대금을 환급받았음에도 불구하고 영화콘텐츠를 계속 이용할 수 있다는 점은 과도한 소비자보호에 해당한다. 이에 대해 개정취지와 같이 디지털콘텐츠의 반환 또는 삭제가 무의미하기 때문에 이와 같이 규정하였다고 할 수 있다. 그러나 게임아이템, 이모티콘 등의 경우에 사업자가 삭제 또는 회수할 수 있으며, 소비자에게 삭제 및 사용금지의무를 부과함으로써 이 문제를 해결할 수 있다. 또한 삭제하고 더 이상 이용을 금지할 것인가 아니면 그 이용을 허용할 것인가의 문제는 사업자가 결정할 사항이며, 법에서 그 이

44) 전자상거래소비자보호법 일부개정법률안(김용태의원 대표발의) 2014년 3월 21일.

45) 고흥석, 전계 “게임아이템거래와 청약철회권”, 266~271면.

용을 허용하도록 규정한 것은 타당하지 않다. 만일 이러한 점이 타당하다고 한다면 CD 등을 판매할 때 청약철회가 불가능하다는 사실을 표시하지 않아 소비자가 청약을 철회한 경우에 그 CD 등의 반환 역시 부정하여야 하며, 복제된 콘텐츠 역시 삭제하지 않아야 한다. 즉, 이 역시 청약철회를 부정한 이유는 개봉으로 인해 복제할 수 있다는 점을 감안한 것이기 때문이다. 그러나 CD 등에 대해서는 반환하여야 한다. 또한 동법에서는 명시적으로 규정하지 않았지만, 복제된 콘텐츠는 삭제하여야 한다. 만일 이를 사용한 경우에 사업자는 부당이득반환 또는 불법행위를 이유로 손해배상을 청구할 수 있다. 그럼에도 불구하고 디지털콘텐츠라는 이유만으로 이를 부정한 것은 타당하지 않다.

2. 전자상거래소비자보호법의 개선방안

(1) 소비자에 대한 정의규정

전자상거래소비자보호법은 통신판매 또는 전자상거래 등에서 소비자를 보호하기 위한 법이며, 이는 특수거래분야에서의 소비자보호법이다. 따라서 그 보호대상자인 소비자는 계약의 당사자로 정의되어야 한다. 즉, 동법이 안전분야에서의 소비자보호법이라고 한다면 재화등을 사용하는 자로 정의하는 것이 맞다. 그러나 거래분야에서의 소비자보호법이기 때문에 동법상 소비자는 계약의 상대방으로 정의되어야 한다. 이와 같이 소비자를 계약의 상대방으로 정의한다면 2자간 계약 및 제3자를 위한 계약에서 소비자가 누구인가의 문제와 청약철회권자가 누구인가의 문제는 발생하지 않는다. 즉, 청약철회권은 계약을 체결한 소비자가 일정기간 동안 구매의사를 재고하고, 간편하게 계약을 해소할 수 있는 권리이기 때문에 당연히 계약당사자에게 인정되어야 한다. 따라서 동법상 소비자의 개념이 계약의 상대방으로 개정된다면 계약을 체결한 소비자가 청약을 철회할 수 있기 때문에 이러한 문제가 발생하지 않을 뿐만 아니라 제3자를 위한 계약에서도 2자간 계약과 동일하게 청약철회가 인정될 수 있다.

(2) 디지털콘텐츠거래에서의 청약철회

첫째, 동법은 다양한 디지털콘텐츠거래 중 일부(다운로드형)를 전제로 하고 있다. 따라서 전자상거래 또는 통신판매를 통해 체결되는 모든 디지털콘텐츠거래(스트리밍 및 다운로드형)를 규율할 수 있도록 개정되어야 하며, 이를 위해서는 동법상 통신판매의 정의부터 개정되어야 한다. 즉, 통신판매의 정의를 판매라고 하고 있기 때문에 스트리밍방식의 디지털콘텐츠거래는 전자상거래 등의 방식으로 체결되었다고 하더라도 적용대상이 되지 않는다. 이러한 점은 일본 특정상거래법상 통신판매의 정의를 무비관적으로 수용하였기 때문에 발생한 문제이며, 유럽연합은 격지계약으로 규정하여 판매로 한정하고 있지 않다. 따라서 동법상 통신판매의 정의는 온라인 또는 통신수단을 이용하여 체결되는 모든 소비자계약에 적용될 수 있도록 개정되어야 한다.⁴⁶⁾ 둘째, 다운로드형 디지털콘텐츠거래에서 청약철회의 배제사유에 대해 ‘제공의 개시’가 아닌 ‘사업자가 소비자의 전자우편주소 등으로 전송하거나 소비자가 저장한 경우’로 개정하고, 저장된 경우라고 하더라도 사업자가 이를 회수할 수 있는 경우에는 배제사유에서 제외하여야 할 것이다. 즉, 디지털콘텐츠에 대해 배제사유로 신설한 이유는 저장된 경우에 반환이 의미가 없다는 점을 감안한 것이다. 그러나 게임아이템 또는 이모티콘 등과 같이 사업자가 이를 회수할 수 있는 경우에는 이를 배제할 필요가 없기 때문이다. 또한 소비자가 직접 다운받은 방식의 경우에는 소비자가 이를 다운받을 수 있다고 하더라도 다운받을 때까지는 이를 허용할 필요가 있다. 즉, 아직 제공되지 않았기 때문에 청약철회를 허용하더라도 소비자가 얻은 이익이 없기 때문이다. 이러한 점은 스트리밍방식의 경우에도 동일하다. 셋째, 소비자가 청약을 철회한 경우에 저장된 디지털콘텐츠에 대해서는 사업자가 삭제(회수)하거나 소비자가 삭제하도록

46) 통신판매에 임대차가 포함된다는 견해도 있으며, 이를 용역의 판매로 본다(이병준, “숙박공용과 그 법적 규제”, 「소비자문제연구」 제49권 제1호, 한국소비자원, 2018, 90면; 이병준, “전자상거래 플랫폼과 거래관계에 대한 책임”, 「소비자법연구」 제5권 제1호, 한국소비자법학회, 2019, 27면). 일본의 경우에 임대차를 용역의 제공으로 보고 있다(消費者廳 去來物價對策課-經濟産業省 商務情報政策局 消費經濟政策課, 「特定商取引に関する法律の解説」, 商事法務, 2010, 46면).

한다.⁴⁷⁾ 즉, 게임사이트 내 소비자의 계정에 있는 게임아이템은 사업자가 삭제할 수 있기 때문에 사업자가 이를 삭제하도록 하고, 일정기간 내에 삭제하지 않았을 경우에는 이를 무상으로 제공한 것으로 인정할 필요가 있다. 반면에 사업자가 관리할 수 없는 소비자의 저장장치에 저장된 경우에는 소비자의 삭제 및 복구금지의무를 부과한다. 또한 사업자의 동의없이 이를 복구하거나 사용할 경우에는 배상책임 또는 부당이득반환책임을 부과한다. 즉, 청약철회에 따라 대금을 환급받았다고 한다면 소비자는 그 디지털콘텐츠를 사용할 수 없다. 그럼에도 불구하고, 이를 계속 사용하는 것은 사업자의 재산권을 침해하는 행위에 해당하기 때문에 이러한 의무를 부과할 필요가 있다. 다만, 소비자가 이 사실을 알지 못하고 사용할 수 있다는 점을 감안한다면 소비자가 청약철회할 경우에 삭제 및 복구금지에 관한 내용을 사업자가 통지할 의무를 부과하고, 이러한 통지의무를 위반한 경우에는 소비자의 사용에 대해 책임을 지지 않도록 할 필요가 있다. 마지막으로 소비자의 청약철회 시 대금환급의무의 기산일에 대해서는 청약철회시점이 아닌 청약철회의 의사표시가 사업자에게 도달한 시점으로 전환한다. 즉, 소비자의 청약철회시점으로 정할 경우에 사업자는 그 사실을 알지 못하였음에도 불구하고 지연배상금을 지급할 의무를 부담하기 때문이다. 물론 청약철회권은 단기간 내에 행사하여야 하기 때문에 효력발생시점은 도달주의가 아닌 발신주의를 취하여야 한다. 그러나 대금환급의 기산일은 사업자가 청약철회의 사실을 안 날 또는 알 수 있었던 날로 정하여야 하기 때문에 발신주의가 아닌 도달주의를 취하여야 한다.⁴⁸⁾

47) 2014년에 김용태 의원이 대표발의하였던 전자상거래소비자보호법 일부개정법률안에서는 “청약철회의 효과로 이미 공급받은 재화등이 디지털콘텐츠로서 이를 삭제하고 통신판매업자에게 그 사실을 통지한 경우”로 규정하였다(개정안 제18조제1항제2호).

48) 고희석, 전거 “게임아이템거래와 청약철회권”, 272~273면; 고희석, 전거서, 299/305면; 김진우, “디지털콘텐츠거래의 철회”, 『IT와 법』 제14집, 경북대학교, 2017, 283면.

VI. 결 론

전자상거래 또는 통신판매는 소비자가 재화등을 구입하는 주된 방식 중 하나로 자리잡고 있지만, 다양한 소비자문제가 발생하고 있는 것이 현실이다. 따라서 이 분야에서 소비자를 보호하기 위해 2002년에 전자상거래소비자보호법이 제정되었으며, 수 차례 개정되었다. 그러나 전자상거래 등에서 발생하는 소비자문제를 충분히 규율함에 있어 동법은 현재도 많은 문제점을 가지고 있다. 그 중 하나가 제3자를 위한 디지털콘텐츠거래에서의 소비자문제이다. 즉, 동법은 기본적으로 2자간 소비자계약을 전제로 하고 있다. 그러나 제3자를 위한 계약 역시 전자상거래 또는 통신판매로 이루어질 수 있으며, 청약철회의 문제 역시 동일하게 발생한다. 이 경우에 누가 소비자인지의 문제와 누가 청약을 철회할 수 있는지의 문제가 발생한다. 제3자를 위한 계약에서 수익자가 소비자이지만, 수익자는 계약의 당사자가 아니다. 또한 요약자는 계약의 당사자이지만, 소비자가 아니다. 따라서 요약자 및 제3자는 동법에 따른 청약철회권을 행사할 수 없다. 이는 동법이 거래분야에서의 소비자를 보호하기 위한 법임에도 불구하고, 보호대상자를 사용하는 자로 규정하고 있기 때문이다. 이에 대해 공정거래위원회 및 소분위는 요약자를 청약철회권자로 인정하였다. 물론 동법이 사법적 규율만을 한다면 유추해석을 통해 요약자를 청약철회권자로 인정하는 것은 큰 문제가 없다고 할 것이다. 그러나 동법은 사법적 규율뿐만 아니라 공법적 규율까지 병행하기 때문에 죄형법정주의에 따라 유추해석은 금지된다. 그리고 2016년에 동법을 개정하여 디지털콘텐츠거래에서의 청약철회배제규정을 신설하였다. 그러나 다양한 디지털콘텐츠거래의 유형이 존재함에도 불구하고, 사업자가 관리할 수 없는 다운로드형 디지털콘텐츠거래만을 전제로 하여 그 내용을 규정하였다. 그 결과, 이에 해당하지 않은 디지털콘텐츠거래도 단지 디지털콘텐츠거래라는 이유만으로 동법이 적용되기 때문에 근본적인 문제를 가지고 있다. 따라서 다양한 디지털콘텐츠거래의 특성을 고려하여 이에 적합하게 규율할 수 있도록 동법을 개정할 필요가 있다. 이

를 간략하게 제시하면 다음과 같다. 첫째, 소비자의 정의는 계약의 당사자로 개정한다. 둘째, 통신판매의 정의는 판매만이 아닌 모든 계약이 포함될 수 있도록 개정한다. 셋째, 청약철회배제사유는 스트리밍방식과 다운로드방식을 구분하여 규정하고, 후자의 경우에는 사업자가 관리할 수 있는지의 여부에 따라 달리 규정한다. 즉, 스트리밍방식과 다운로드방식 모두 소비자가 이용하거나 다운로드한 경우에 한해 청약철회를 배제한다. 다만, 다운로드방식 중 사업자가 관리할 수 있는 경우에는 이를 배제하지 않는다. 넷째, 청약을 철회한 경우에 소비자에게 다운받은 디지털콘텐츠를 삭제하고, 복구하지 않을 의무를 부과한다. 다만, 사업자가 직접 삭제 또는 회수할 수 있는 경우에는 사업자가 이를 삭제한다. 마지막으로 대금환급에 있어 기산일은 청약철회시점이 아닌 도달시점으로 개정한다.

참고문헌

- 고형석, 「전자상거래와 소비자보호법」, 우리시스템, 2019.
- 곽윤직, 「채권각론」, 박영사, 2007.
- 곽윤직, 「채권총론」, 박영사, 2009.
- 김성천 등, 「신기술·동향에 따른 전자상거래 소비자문제와 대응방안 연구」, 한국소비자원, 2008.
- 김인숙·윤민섭·정영훈·정연희·김재성, 「신유형 상품권의 약관운영 실태조사 및 상품권 표준약관 개선 방안 연구-공정거래위원회 용역보고서」, 한국소비자원, 2014.
- 서희석, 「소비자계약의 법리」, 부산대학교, 2018
- 송덕수, 「채권법총론」, 박영사, 2015.
- 송덕수, 「채권법각론」, 박영사, 2014.
- 이기현, 「인터넷상 개인간 거래의 문제점 및 개선방안 연구」, 한국소비자보호원, 2005.
- 이호용, 「소비자보호법」, 홍문사, 2010.
- 전북대학교, 「중국의 경쟁/소비자법·제도 및 사건처리절차 연구」, 공정거래위원회 연구보고서, 2015.
- 고형석, “법인의 소비자성에 대한 연구”, 「재산법연구」 제35권 제3호, 한국재산법학회, 2018.
- 고형석, “국제전자소비자계약과 청약철회권에 관한 비교 연구”, 「동북아법연구」 제12권 제2호, 전북대학교, 2018.
- 고형석, “게임아이템거래와 청약철회권”, 「저스티스」 제168호, 한국법학원, 2018.
- 고형석, “방문판매에 있어서 고령소비자 보호에 관한 연구”, 「중앙법학」 제20집 제2호, 중앙법학회, 2018.

- 고형석, “디지털콘텐츠거래와 청약철회권”, 「재산법연구」 제34권 제1호, 한국재산법학회, 2017.
- 고형석, “공유경제산업과 소비자보호”, 「재산법연구」 제34권 제3호, 한국재산법학회, 2017.
- 고형석, “소비자의 개념에 관한 연구”, 「법학논문집」 제40집 제1호, 중앙대학교, 2016.
- 고형석, “제3자를 위한 전자소비자계약에 있어서 청약철회권에 관한 연구”, 「소비자문제연구」 제47권 제2호, 한국소비자원, 2016.
- 고형석, “신유형 상품권 표준약관에 관한 연구”, 「입법과 정책」 제7권 제1호, 국회입법조사처, 2015.
- 김진우, “신유형 상품권의 소비자계약적 법률관계”, 「재산법연구」 제34권 제3호, 한국재산법학회, 2017.
- 김진우, “디지털콘텐츠거래의 철회”, 「IT와 법」 제14집, 경북대학교, 2017.
- 이병준, “숙박공용과 그 법적 규제”, 「소비자문제연구」 제49권 제1호, 한국소비자원, 2018.
- 이병준, “전자상거래 플랫폼과 거래관계에 대한 책임”, 「소비자법연구」 제5권 제1호, 한국소비자법학회, 2019.
- 임건면, “온라인게임 이용약관의 법적 문제”, 「법학논문집」 제29집 제2호, 중앙대학교, 2005.
- 정해상, “인터넷 게임아이템거래에 관한 법리”, 「중앙법학」 제5집 제3호, 중앙법학회, 2003.
- 이병준, “사업자와 소상공인 사이에 체결된 온라인 광고계약에 대한 방문판매법의 적용 가능성”, 「선진상사법률연구」 제77호, 법무부, 2017.
- 이병준·박미영, “온라인 검색광고 플랫폼과 소상공인의 보호”, 「유통법연구」 제5권 제1호, 한국유통법학회, 2018.
- Andreas Schwab, *REPORT on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on consumer rights*(COM(2008)0614-C7-0349)/2008 - 2008/0196(COD))(A7-0038/2011), EUROPEAN PARLIAMENT, 2011.

Christian von Bar·Eric Clive eds., *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference*(Volume I), OXFORD, 2010.
EUROPEAN COMMISSION, *DG JUSTICE GUIDANCE DOCUMENT*, EUROPEAN COMMISSION, 2014.

European Union Committee of the House of Lords, *EU Consumer Rights Directive: getting it right*(Volume I: Report) (HL Paper 126-I), The Stationery Office Limited, 2009.

大村敦志, 「消費者法」, 有斐閣, 2007.

小林英明, 「インターネットの法律問題」, 中央経済社, 2008.

消費者廳 去來物價對策課經濟産業省 商務情報政策局 消費經濟政策課, 「特定商取引に關する法律の解説」, 商事法務, 2010.

공정거래위원회, 보도자료 : 게임이용자에게 청약철회·환불·손해배상 청구 등의 권리를 제한한 약관은 불공정!, 2019년 6월 26일.

한국소비자원, 보도자료 : 소비자분쟁조정위원회, “온라인에서 구입해 선물한 이모티콘, 다운로드 하지 않았다면 구매자가 청약철회 가능”결정, 2019년 5월 3일.

국문초록

전자상거래 또는 통신판매는 소비자가 재화등을 구입하는 주된 방식 중 하나로 자리잡고 있지만, 다양한 소비자문제가 발생하고 있는 것이 현실이다. 따라서 이 분야에서 소비자를 보호하기 위해 2002년에 전자상거래소비자보호법이 제정되었으며, 수 차례 개정되었다. 그러나 전자상거래 등에서 발생하는 소비자문제를 충분히 규율함에 있어 동법은 현재도 많은 문제점을 가지고 있다. 그 중 하나가 제3자를 위한 디지털콘텐츠거래에서의 소비자문제이다. 즉, 동법은 기본적으로 2자간 소비자계약을 전제로 하고 있다. 그러나 제3자를 위한 계약 역시 전자상거래 또는 통신판매로 이루어질 수 있으며, 청약철회의 문제 역시 동일하게 발생한다. 이 경우에 소비자가 누구인지의 문제와 누가 청약을 철회할 수 있는지의 문제가 발생한다. 제3자를 위한 계약에서 수익자가 소비자이지만, 수익자는 계약의 당사자가 아니다. 또한 요약자는 계약의 당사자이지만, 소비자가 아니다. 따라서 요약자 및 제3자는 동법에 따른 청약철회권을 행사할 수 없다. 이는 동법이 거래분야에서의 소비자를 보호하기 위한 법임에도 불구하고, 보호대상자인 소비자를 사용하는 자로 규정하고 있기 때문이다. 이에 대해 공정거래위원회 및 소분위는 요약자를 청약철회권자로 인정하였다. 물론 동법이 사법적 규율만을 한다면 유추해석을 통해 요약자를 청약철회권자로 인정하는 것은 큰 문제가 없다고 할 것이다. 그러나 동법은 사법적 규율뿐만 아니라 공법적 규율까지 병행하기 때문에 죄형법정주의에 따라 유추해석은 금지된다. 그리고 2016년에 동법을 개정하여 디지털콘텐츠거래에서의 청약철회배제규정을 신설하였다. 그러나 다양한 디지털콘텐츠거래의 유형이 존재함에도 불구하고, 사업자가 관리할 수 없는 다운로드형 디지털콘텐츠거래만을 전제로 하여 그 내용을 규정하였다. 그 결과, 이에 해당하지 않은 디지털콘텐츠거래도 단지 디지털콘텐츠거래라는 이유만으로 동법이 적용되기 때문에 근본적인 문제를 가지고 있다. 따라서 다양한 디지털콘텐츠거래의 특성에 따라 이를 적절하게 규율할 수 있도록 동법을 개정할 필요가

있다. 이를 간략하게 제시하면 다음과 같다. 첫째, 소비자의 정의는 계약의 당사자로 개정한다. 둘째, 통신판매의 정의는 판매만이 아닌 모든 계약이 포함될 수 있도록 개정한다. 셋째, 청약철회배제사유는 스트리밍방식과 다운로드방식을 구분하여 규정하고, 후자의 경우에는 사업자가 관리할 수 있는지의 여부에 따라 달리 규정한다. 즉, 스트리밍방식과 다운로드방식 모두 소비자가 이용하거나 다운로드한 경우에 한해 청약철회를 배제한다. 다만, 다운로드방식 중 사업자가 관리할 수 있는 경우에는 이를 배제하지 않는다. 넷째, 청약을 철회한 경우에 소비자에게 다운받은 디지털콘텐츠를 삭제하고, 복구하지 않을 의무를 부과한다. 다만, 사업자가 직접 삭제 또는 회수할 수 있는 경우에는 사업자가 이를 삭제한다. 마지막으로 대금환급에 있어 기산일은 청약철회시점이 아닌 도달시점으로 개정한다.

주제어

전자상거래, 제3자를 위한 계약, 청약철회권, 디지털콘텐츠거래, 소비자보호

Abstract

A Study on the legislative evaluation of
Electronic Commerce Consumer Protection Act

Ko, Hyoung-suk*

The E-commerce Consumer Protection Act was enacted in 2002 to protect consumers in the field of e-commerce or telecommunication sales, but there are still many problems. One of them is the consumer problem in the digital contents contract for the third party. In this case, there is a problem of who the consumer is and who can withdraw an offer. In a contract for a third party, the beneficiary is a consumer, but the beneficiary is not a party to the contract. Therefore, a party and a third party can not exercise the right to withdraw an offer under the Act. In 2016, the law was amended to exclude a withdrawal right in digital contents contracts. However, contents of the Act do not match the characteristics of digital contents contracts. Therefore, contents of the Act should be amended to suit the characteristics of digital contents contracts. First, the concept of consumers should be amended as a party to the contract. Second, the definition of telecommunication sales should be amended so that all contracts are included. Third, exclusion reasons of the withdrawal are divided into streaming and downloading methods and in the latter case, it is provided differently depending on whether the operator can manage it. Fourth, a consumer who withdrew an offer will not delete and recover digital contents. Finally,

* Professor, Sunmoon University.

the starting point of a refund day will be amended to the point of arrival, not the day for consumer to withdraw.

Key Words

Electronic Commerce, Contract for the Third Party, Right to Withdraw an Offer, Digital Contents Contract, Consumer Protection