

민사법의 이론과 실무학회
동아대학교 법학연구소
공동 하계 학술대회

제4차 산업혁명시대와 민사법의 변화

일시: 2021.06.18.(금)
장소: 온라인 Zoom

주최 : 민사법의 이론과 실무학회 · 동아대학교 법학연구소
후원 : 교육부, 한국연구재단

<p>제2주제 15:00~15:50</p>	<p style="text-align: center;">의료계약의 입법화와 추정규정 - 독일민법상 의료계약의 제정과 독일민법 제630조의h를 중심으로</p> <p style="text-align: right;">사회 : 배성호 교수 (영남대)</p> <p>발표 : 김 화 교수 (이화여대) 토론 : 황원재 교수 (계명대), 정다영 교수 (충남대)</p>
<p>15:50~16:10</p>	<p>coffee break</p>
<p>제3주제 16:10~17:00</p>	<p style="text-align: center;">전자상거래법 전부개정안에 대한 연구 - 전자상거래 및 우편·카탈로그 등 거래에서 소비자보호를 중심으로 -</p> <p style="text-align: right;">사회 : 김용의 교수 (동아대)</p> <p>발표 : 고흥석 교수 (선문대) 토론 : 장병주 교수 (대구대), 이재호 박사 (한국소비자원)</p>
<p>17:00</p>	<p>폐 회</p>

II. 2021년 연회비 납부안내

연회비 납부시 해당연도 학술대회 참가비는 면제되오니, 회원님들의 적극적인 연회비 납부를 부탁드립니다.

연회비 입금 계좌 : 대구은행 505-10-186893-2
(예금주) 민사법의 이론과 실무학회

회장 : 100만원
부회장 : 10만원
이사 및 감사 : 10만원
회원 : 3만원

※ 연회비 납부에 관한 자세한 사항은 학회 총무이사 이성진 교수(대구가톨릭대: gold4039@naver.com)에게 문의 부탁드립니다.

임원명단

顧問 :

강대성(경상대) · 강태성(경북대) · 공순진(동의대) · 곽동현(경북대) · 김용욱(부산대) · 윤대성(창원대) · 이기중(전부산지법원장) · 이명환(계명대) · 이상욱(영남대) · 이점인(동아대), 장재현(경북대) · 정권섭(전동서대총장) · 정상태(법무사) · 정조근(동아대) · 정충건(경남대) · 한웅길(동아대) · 황영선(변호사)

名譽會長 : 이우석(경성대)

會長 : 조동제(동아대)

副會長

권혁재(경북대) · 고명식(부경대) · 김막(변호사) · 김민규(동아대) · 김상영(부산대) · 김연(경북대) · 김원태(충북대) · 김진수(변호사) · 문성제(선문대) · 박규용(제주대) · 박용석(부산대) · 박정기(경북대) · 박종찬(강원대) · 배병일(영남대) · 배성호(영남대), 배종국(법무사) · 석왕기(변호사) · 성위석(경북대) · 염규석(한국편의점협회부회장) · 윤용석(부산대) · 이동형(영남대) · 이은정(경북대) · 이재목(충북대) · 이춘희(변호사) · 이혜진(동아대) · 임건면(성균관대) · 정진옥(동의대) · 조은래(부산외대) · 최광준(경희대) · 최상필(동아대) · 최명구(부경대) · 최문기(경성대) · 최상호(계명대) · 추신영(전북대) · 홍춘의(전북대)

常任理事

學術理事 : 강혁신(조선대), 김희찬(변호사)

研究理事 : 곽민희(숙명여대)

出版理事 : 변우주(동아대)

編輯理事 : 이민규(변호사)

財務理事 : 장병주(대구대)

企劃理事 : 김영민(변호사), 김중길(영남대)

國際理事 : 김현수(부산대)

涉外理事 : 김성수(경찰대)

弘報理事 : 진도왕(인천대)

總務理事 : 이성진(대구가톨릭대)

총무간사 : 김태형(박사수료), 재무간사 : 변민경(박사수료)

출판간사 : 김재욱(박사수료), 편집간사 : 전지윤(박사수료)

監事 : 장세훈(변호사), 김봉수(대구가톨릭대)

理事 : (가나다 순서)

가정준(한국외대), 강태원(대구대), 강혁신(조선대), 강혜림(동아대), 고상현(대구대), 곽민희(숙명여대), 구일서(경북대), 권대우(한양대), 김기수(변호사), 김미애(변호사), 김봉수(대구가톨릭대), 김상중(고려대), 김상화(변호사), 김성욱(제주대), 김성일(변호사), 김영민(변호사), 김영심(변호사), 김영주(경북대), 김유미(울산대), 김인유

(한국해양대), 김정태(부산경상대), 김종길(영남대), 김진우(한국외대), 김종현(한경대), 김철홍(변호사), 김태수(동의대), 김판기(충북대), 김현수(부산대), 김현영(변호사), 김형진(부산지법), 김희찬(변호사), 나태영(대구대), 남궁술(경상대), 명호인(변호사), 문일환(변호사), 박기원(변호사), 박상호(동의대), 박세민(경북대), 박운삼(판사), 박정구(변호사), 박주영(안동대), 박준규(변호사), 박진수(변호사), 배대현(경북대), 배현아(이화여대), 백승흠(청주대), 변우주(동아대), 성승현(전남대), 서정목(대구가톨릭대), 송영민(동아대), 송재우(부산대), 송호영(한양대), 신은주(한동대), 서봉석(영산대), 서희석(부산대), 여하운(중앙대), 오정렬(동의과학대), 오지용(충북대), 유지홍(충북대), 윤석찬(부산대), 윤태영(아주대), 이근영(세명대), 이민규(변호사), 이범수(부산경상대), 이병준(한국외대), 이성진(대구가톨릭대), 이성훈(한국산업인력공단), 이수영(법무사), 이용(대구고법), 이은영(전북대), 이재훈(변호사), 이정표(부산대), 이준형(한양대), 이태원(변호사), 이해일(경주대), 임상민(판사), 장병주(대구대), 장세훈(변호사), 장창민(영산대), 전해정(법제처), 정갑성(동의과학대), 정구태(조선대), 정길용(영남대), 정수경(부산경상대), 정순도(변호사), 정연환(법무사), 정진명(단국대), 정해상(단국대), 제정석(변호사), 주지홍(부산대), 진도왕(인천대), 진상욱(신라대), 진지(중국 서남정법대), 차경환(판사), 차선자(전남대), 최민수(안동대), 최병록(서원대), 최성진(변호사), 하성협(변호사), 하윤수(부산교대), 황석보(변호사)

목 차

인공지능과 법인격	곽민희 교수	1
의료계약의 입법화와 추정규정 -독일민법상 의료계약의 제정과 독일민법 제630조의h를 중심으로	김 화 교수	19
전자상거래법 전부개정안에 대한 연구 -전자상거래 및 우편·카탈로그 등 거래에서 소비자보호를 중심으로-	고형석 교수	35

민사법의 이론과 실무학회 · 동아대학교 법학연구소
공동 하계학술대회

인공지능과 법인격

사 회 : 권혁재 교수 (경북대학교)

발 표 : 곽민희 교수 (숙명여자대학교)

토 론 : 최민수 교수 (안동대학교)

황선영 교수 (동아대학교)

민사법의 이론과 실무학회 · 동아대학교 법학연구소



인공지능과 법인격

목차

- 서설
- 인공지능의 법적 지위
- 도구적 접근
- 법인격 없는 대리인
- 적극적인 법인격 부여
- 법인격 부여의 타당성 검토
- 결론

인공지능의 의의

- **인공지능(Artificial Intelligent, AI)의 의미**

- 사전적 의미

- 인간의 지능이 가지는 학습, 추리, 적용, 논증 따위의 기능을 갖춘 컴퓨터 시스템, 전문가 시스템, 자연 언어의 이해, 음성번역, 로봇공학, 인공시각, 문제해결, 학습과 지식획득, 인지 과학 따위에 응용되는 것
 - 인간의 지능으로 할 수 있는 사고, 학습, 자기개발 등을 컴퓨터가 할 수 있도록 하는 방법을 연구하는 컴퓨터 공학 및 정보기술의 한 분야로서 컴퓨터가 인간의 지능적인 행동을 모방할 수 있도록 하는 것

- 사회과학 분야에서의 정의

- 정의의 회피
 - 인간의 학습능력, 추론능력, 지각능력, 자연언어의 이해능력을 갖춘 기계나 프로그램(한희원(2018))
 - 인간의 지능, 인간의 능력에 준하거나 뛰어넘는 고도의 문제 해결 능력을 가진 인공적 지능(노영숙(2019))

- 학습능력-문제해결능력

- **인공지능의 분류**

- 기능적 분류

- 강한 인공지능(Strong AI), 약한 인공지능(Weak AI)

- James H. Moor

- 윤리적 영향자(ethical impact agent), 암묵적 윤리행위자(implicit ethical agent), 명시적 윤리행위자(explicit ethical agent), 완전윤리행위자(full ethical agent)

문제의식

- **자연인의 인격 근거=인간행위에 대한 재고**
 - 人(자연인)의 행위에 대한 법의 이해(종래)
 - “능력(의사능력, 행위능력, 책임능력)” 개념을 매개로 행위를 현실화하는 「의사」(행위의 創發)-행위의 「효력」-행위의 귀결로서의 「책임」에 이르는 일련의 프로세스
 - 자유의사에 의한 자율적인 행위
 - =주체를 모르는 자유의 몬스터화=귀책대상으로서의 인간화로 인한 책임의 남용(角田(2018))
- **도덕적 크럼플 존(Moral Crumple Zone)**
 - 고도의 정보기술과 인간의 협동으로 이루어지는 사회에서 제어(統御)와 책임의 불일치
 - 종래의 귀책 구조는 인간에게 과대한 책임 부과
 - 제조물 책임 등에서 기술적 인공물 소위 사물의 존재 및 태양 그 자체에 대한 책임 추급 불인정=인간의 책임으로 귀속
 - 사물도 도덕적 역할을 부담하고 인간과의 상호침투작용이 인간의 판단을 도출하는 현실 인정의 필요성 제창(기술철학 관점)
- **사물의 도덕성 고려한 사법체계 구축 필요성**
 - 인간의 의사결정과 인공지능 역할의 관계
 - 인간은 인공지능을 제어해서 의사결정을 내리는 것이 아니라 인공지능의 판단에 의해 의사가 형성되고 거래가 이루어지는 현실
 - 예컨대, 형사법상 기술의 도덕성 강조=형사법 규제의 형식 변화(형벌을 인간에게 부과하는 것이 아니라 형사절차를 통한 기업의 구조개혁절차를 응용해서 사물의 도덕성을 배려한 설계절차를 이행할 것을 요청)
 - **법인격 부여 논의의 등장**(Lawrence B. Solum, Legal Personhood for Artificial Intelligences, 70N.C.L.Rev.1231(1992))

도구적 접근

- 인공지능을 도구로 보는 관점

- 전자문서 및 전자거래 기본법
- 우리 대법원 판결의 취지[2017다257395]

제7조(작성자가 송신한 것으로 보는 경우)

- ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 전자문서에 포함된 의사표시는 작성자가 송신한 것으로 본다.
 1. 작성자의 대리인에 의하여 송신된 전자문서
 2. 자동으로 전자문서를 송신·수신하도록 구성된 컴퓨터프로그램이나 그 밖의 전자적 수단에 의하여 송신된 전자문서
- ② 전자문서의 수신자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 전자문서에 포함된 의사표시를 작성자의 것으로 보아 행위할 수 있다.
 1. 전자문서가 작성자의 것이었는지를 확인하기 위하여 수신자가 미리 작성자와 합의한 절차를 따른 경우
 2. 수신된 전자문서가 작성자 또는 그 대리인과의 관계에 의하여 수신자가 그것이 작성자 또는 그 대리인의 의사에 기한 것이라고 믿을 만한 정당한 이유가 있는 자에 의하여 송신된 경우

- [2017다257395] 【판결요지】 전자문서 및 전자거래 기본법(이하 '전자문서법'이라 한다) 제7조 제2항 제2호, 제11조, 전자서명법 제3조 제2항, 제18조의2의 내용과 전자문서 및 전자거래의 안전성과 신뢰성을 확보하고자 하는 입법 목적 등을 종합하여 보면, 전자문서에 의한 거래에서 공인인증기관이 발급한 공인인증서에 의하여 본인임이 확인된 자에 의하여 송신된 전자문서는, 설령 **본인의 의사에 반하여** 작성·송신되었다고 하더라도, 특별한 사정이 없는 한 전자문서법 제7조 제2항 제2호에 규정된 '수신된 전자문서가 작성자 또는 그 대리인과의 관계에 의하여 수신자가 그것이 작성자 또는 그 대리인의 의사에 기한 것이라고 믿을 만한 정당한 이유가 있는 자에 의하여 송신된 경우'에 해당한다고 봄이 타당하다. 따라서 이러한 경우 전자문서의 수신자는 전화 통화나 면담 등의 추가적인 본인확인절차 없이도 전자문서에 포함된 의사표시를 **작성자의 것으로 보아** 법률행위를 할 수 있다.

도구적 접근

- 미국 법제상 전자적 대리인(Electronic agent)

- 의사전달의 도구
- 당사자의 계약 의사의 근거
 - 프로그래밍 및 기계의 이용

- 통일전자상거래법(UETA)
- 통일전자서명법(E-Sign법)
- 통일상법전(UCC)

- UCC2-103.1(g) 전자적 대리인의 정의

개인에 의한 재확인 또는 행위 없이 전부나 일부에 있어서 독자적 작동을 개시하거나 전자적 기록이나 전자적 작용에 반응하기 위해 이용되는 컴퓨터·프로그램 또는 전자적이거나 기타 자동적 수단

※커먼로상의 대리인 개념(제3차 대리법 리스테이트먼트(2005))

- 어떤 자(본인)가 다른 자(대리인)에 대해서 본인의 지배, 감독 하에서 본인을 위해 행위하는 것의 용인 또는 어떠한 형태로든 동의를 표명하는 때에 생기는 신뢰관계(§1.01)
- 본인이나 대리인-자연인, 법률상 권리/의무 가능한 조직이나 단체, 정부 및 지자체나 정부에 의해 창설된 자(§1.04(5))=법적 권리와 의무의 대상이 되는 능력이 있는 人(person)-무생물, 사람이 아닌 동물은 커먼로상의 대리인 불가(코멘트e)

- 현행 미국법제상 인공지능(AI)을 단순한 의사전달의 도구인 전자적 대리인으로 보는 외에 커먼로상의 대리인으로 파악 불가

법적 인격이 없는 대리인

- 법적 인격이 없는 대리인
 - 주체의 유추=로마법상 **법적 매개자(intermediary)** 개념으로 설명(Chopra&White(2011); Fischer(1996))
 - 로마법상 **법적 매개자(intermediary)**
 - 커먼로상 대리인 개념과의 결합을 통해 본인을 법적으로 구속할 수 있는 능력이 있는 지적인 비인간 액터(Actor)의 인정
 - 로마법상의 노예
 - 미성년의 자녀(아동)
- 주체의 유추로 설명하는 궁극적 목적(이유)
 - 인공지능에게 법인격을 부여하는 것이 목적이 아님
 - 특정한 상황 하에서 법적 매개자를 통해 상호작용하는 자들의 면책 목적
 - 가장(家長)의 법적 책임은 노예가 보유하는 특유재산의 가치를 한도로 하고(본인 보호)
 - 상대방에 대해서는 법적 거래의 안정성을 보증할 의무 인정(상대방 보호)
 - 본인 책임의 한정(인공지능의 포트폴리오 가치 범위 내로 한정) = 대리인 책임 인정을 통한 상대방 보호

법적 인격이 없는 대리인-커먼로상의 대리인

• 관계성에 착목하는 견해

- 초기의 연구
- 이용자-지적 소프트웨어=본인(Principal)-대리인(agent)(Smed(1998))
- 커먼로상의 대리인으로 설명(E-Sign법, UETA는 관계성에 대한 설명 누락)(Middlebrook&Muller(2000))
 - 커먼로상의 대리법의 취지 근거
 - 사회가 혁신과 경제적 성장을 육성하기 위한 도구
 - 전자상거래에서 소프트웨어 로봇에 대한 설명으로 적합

• 의사형성에 착목하는 견해

- 관계성에 착목하는 관점의 발전형
- 계약체결에 수반하는 의사형성 및 의사표시를 함에 있어 인공지능의 역할의 비중을 강조하는 견해(Chopra&White(2011))
- =인간의 자유의지와 자율성에 대한 인공지능의 역할 강조
 - 이용자와 상호작용하는 특정한 계약에서 본인은 사전의 의사를 가지고 있지 않음.
 - 인공지능은 계약체결에 있어서 가장 방대하고 질 높은 정보를 보유
 - 인공지능은 위 정보에 근거하여 본인의 재확인 없이 자율적으로 계약조항을 변화시킬 수 있도록 프로그래밍
- 자율적인 인공지능은 단순한 커뮤니케이션이 아니라 그것 자체가 본인(인간)의 의사를 구성하는 수단임
- 이용자의 의사=전자적인 대리인에게 거래의 준비 및 실행에 필요한 인지과정을 실행하고 이용자의 이름 하에서 특정한 거래를 체결할 임무를 맡긴다는 의사(Sartor(2009))

법적 인격이 없는 대리인-커먼로상의 대리인

- 최근의 견해(관계형성에 착목하는 입장의 승계)(Scholz(2018))
 - 인공지능을 법적인 인격이 없는 대리인 또는 이와 유사한 대리인으로 상정
 - 인공지능의 행위에 대해 본인의 추인의 법리에 의한 대리관계의 원용
- 도구적 접근방식에 대한 비판
 - 관계형성에 착목하는 입장에서의 비판
 - 본인이 로봇에 대해서 계약체결을 위임하였다는 사실로부터 곧바로 법률효과가 본인에게 발생하는 것은 아님
 - 책임 및 리스크가 로봇 행위의 본인으로서의 관리자와 이용자 간에 분배될 수 있는 경우 대처 불가
 - 최저가(최소비용) 위험회피자(the least-cost avoider)의 관점에서의 비판(Chopra&White(2011))
 - 추론오류(induction error)의 경우 최저가 위험회피자가 책임 부담 원칙
 - 도구적 관점에서 모든 리스크를 이용자에게만 분배하는 것은 불합리
 - 인공지능 관리자, 인공지능 이용자, 인공지능가 행위 관련자로 등장
 - 이용자가 반드시 최저가 위험회피자라고 할 수는 없음
 - 시장거래 전체의 관점에서의 비판
 - 계약은 시장평가액에 얽매이지 않고 기호(嗜好)를 표현할 수 있는 장(場)
 - 도구적 접근에 따른 인공지능은 그 정의상, 규약, 문맥 및 인간인 프로그래머의 한계에 구
 - 자율성을 가진 인공지능은 가격차별을 가능하게 하고 힘을 가진 기업이 시장에서 많은 잉여를 취할 수 있게 하는 계약상황을 창출할 가능성

적극적인 법인격의 부여

• 인공지능에 대한 적극적인 법인격 부여의 필요성

- 법인격 없는 대리인(커먼로상의 대리인) 견해가 근거로 삼는 근대법상 노예의 법리 유추는 시대착오적
- 대리인은 권리능력 필요(김진우, 26면)
 - 대리인은 스스로 의사표시를 하는 자이기 때문에 원칙적으로 의사능력이 필요하고, 의사능력은 권리능력을 전제로 하는 개념이므로 대리인은 권리능력이 있어야 함.
- 무권대리인의 책임 불가
 - 법인격을 없는 대리인은 결론적으로 법적 사람(人)이 아니므로 대리인으로서의 책임 완수 불가(Elvy(2016))

• 법인격 부여의 방법

- 전자인(Electronic Person)의 인정(김진우)
 - 인공지능 이용시 계약책임, 불법행위책임에 있어서의 법적 안정성 담보 가능
 - 단, 존재론적 의미에서의 권리주체와 법적 의미에서의 권리주체의 구별(기계의 인간화에 대한 우려 불식)
- 법인의 활용(齋藤国史)-책임의 합리적 분배 강조
 - 거래관계자의 책임을 제한하기 위해 법적인 권리의무를 귀속시키는 투자매체로서의 법인격 부여
 - 민법상 재단법인
 - 민법상 사단법인
 - 합동회사(회사법)

적극적인 법인격의 부여

- **적극적인 법인격 부여에 대한 반론**
 - 도구적 접근방식에 대한 긍정적 인식(이상용(2009), 33면 이하)
 - 인공지능은 이용자의 이용 내지 설정에 기초한 추정적 의사에 부합하는 특정한 의사를 형성하여 표시하는 것에 불과
 - =이용자의 도구 내지 기관으로서 이용자의 의사표시를 보조하는 데 불과(이상용(2019))
 - 인공지능이 구체적 효과의사를 결정하는 현실을 인정할 수 있음에도 불구하고
 - 인공지능에게 법인격을 적극적으로 인정하는 해결 방식은 타당하지 않음
 - 당사자의 의사에 의한 계약 성립(효과) 인정하는 근대법 원리의 수정으로 해결
 - 계약의사의 객관이론(objective), 위험원칙(Risikoprinzip)
 - 계약의사의 객관이론(영미법)
 - 당사자의 주관적 동의는 계약성립에 필수적이지 않고 일방 당사자가 합의하려는 의사였다고 타방 당사자가 믿을 만한 사유가 있었다는 것으로 충분하다는 입장(Hotchkiss vs. National City Bank. 200 F. 287. 293(S.D.N.Y. 1911))
 - 의사표시의 본질에 관한 표시주의의 극단적 형태

문제의식

- 자연인의 인격 근거=인간행위에 대한 재고
 - 人(자연인)의 행위에 대한 법의 이해(종래)
 - “능력(의사능력, 행위능력, 책임능력)” 개념을 매개로 행위를 현실화하는 「의사」(행위의 創發)-행위의 「효력」-행위의 귀결로서의 「책임」에 이르는 일련의 프로세스
 - 자유의사에 의한 자율적인 행위
 - =주체를 모르는 자유의 몬스터화=귀책대상으로서의 인간화로 인한 책임의 남용(角田(2018))
- 도덕적 크럼플 존(Moral Crumple Zone)
 - 고도의 정보기술과 인간의 협동으로 이루어지는 사회에서 제어(統御)와 책임의 불일치
 - 종래의 귀책 구조는 인간에게 과대한 책임 부과
 - 제조물 책임 등에서 기술적 인공물 소위 사물의 존재 및 태양 그 자체에 대한 책임 추급 불인정=인간의 책임으로 귀속
 - 사물도 도덕적 역할을 부담하고 인간과의 상호침투작용이 인간의 판단을 도출하는 현실 인정의 필요성 제창(기술철학 관점)
- 사물의 도덕성 고려한 사법체계 구축 필요성
 - 인간의 의사결정과 인공지능 역할의 관계
 - 인간은 인공지능을 제어해서 의사결정을 내리는 것이 아니라 인공지능의 판단에 의해 의사가 형성되고 거래가 이루어지는 현실
 - 예컨대, 형사법상 기술의 도덕성 강조=형사법 규제의 형식 변화(형벌을 인간에게 부과하는 것이 아니라 형사절차를 통한 기업의 구조개혁절차를 응용해서 사물의 도덕성을 배려한 설계절차를 이행할 것을 요청)

도구적 접근의 한계와 문제점

- **관계 및 의사형성적 접근 필요성**

- 인간의 의사결정과 인공지능 역할의 관계

- 인공지능을 의사전달 도구로만 이해하기 어려운 현실

- 커먼로 상의 대리인으로 이해하는 견해의 근거의 타당성 고려

- 도구적 접근은 자율적인 로봇 등에게 의사결정을 좌우하는 지식의 획득과 같은 인지작업을 위임할 가능성이 존재함

- 본인이 인공지능에 대해 계약체결을 위임하였다는 사실에서 법률효과가 반드시 본인에게 발생한다는 근거가 되는 것은 아님

- **당사자들의 이해 조정의 어려움**

- **법인격 부여의 메리트**

- 사적자치와 계약체결에 관한 법원칙의 최소한의 수정

- 전자계약 대리인으로 인정시 인공지능은 문제 된 계약체결의 의사가 있는 人으로 이해되므로 인공지능의 법률행위 해석에는 의사표시의 일반이론(표시상의 효과의사-객관주의) 적용

- 본인, 상대방과의 관계에서의 이익 조정

- 본인의 잠재적인 도덕적/법적 책임 제한하는 동시에 대리인의 제3자에 대한 잠재적 책임 고려 가능

- 현실적 대리권이나 표현대리 법리 적용=본인 책임(상대방 보호)

- 무권대리(표현대리 불성립) 책임=대리인(인공지능) 책임(본인 보호 및 상대방 보호)

참고-비인간에 대한 법인격 부여와 근거

- 비인간에 대한 법인격 부여의 대표적 예

- 법인

- 법인 본질론(학설사적 발전 과정)-법인의제설, 법인실재설

- 법인에 대한 법인격 부여의 근거

- 법인실재설(유기체설, 조직체설)+사회적 가치설(我妻榮)

- 법인은 독자적인 사회적 작용을 하고 권리능력(법인격)을 부여 받기에 적합한 사회적 가치가 있다는 것 근거

- 법인격 인정의 근거(요소)

- 사회적 사실+법적 편의성(Allen/Widdison())

- 3계기론(四宮和夫)

- 실체적 계기-거래의 주체가 되는 데 적합한 실체의 존재

- 가치적 계기-거래의 주체가 될 수 있는 가치

- 기술적 계기-비인간에게 권리,의무의 통일적 귀속점을 인정할 수 있는 법기술적 가능성

- 현실적인 법인격 인정의 필요성-거래의 주체 필요성(사회적 가치)

- 법기술적 실현 가능성

- 인공지능의 실체적 존재

- 법적 편의성

법인격 부여의 타당성 검토

- **법인격 없는 대리인 개념의 도입 여부**
 - 우리법 체계에의 도입가능성(체계적합성) 검토 필요
 - 우리법과 미국법의 공통점과 차이
- **현행법상 법인격 부여의 가능성과 실현 방법**
 - 현실적인 법인격 인정의 필요성
 - 거래의 주체로서 인정할 필요성이나 사회적 가치
 - 책임 귀속의 주체로서의 필요성
 - 법기술적 실현 가능성
 - 인공지능의 실체의 법적 인정
 - 법인격 부여의 방법-대리인 제도, 법인의 활용 등
 - 책임법상의 이론적 해석-책임귀속의 방법

민사법의 이론과 실무학회 · 동아대학교 법학연구소
공동 하계학술대회

의료계약의 입법화와 추정규정

-독일민법상 의료계약의 제정과 독일민법
제630조의h를 중심으로-

사 회 : 배성호 교수 (영남대학교)

발 표 : 김 화 교수 (이화여자대학교)

토 론 : 황원재 교수 (계명대학교)

정다영 교수 (충남대학교)

민사법의 이론과 실무학회 · 동아대학교 법학연구소

의료계약의 입법화와 추정규정

- 독일민법에서 의료계약의 입법화와 추정규정을 중심으로 -

민사법의 이론과 실무학회 하계학술대회

발표자: 김화

I. 들어가며

1. 진료행위에 따른 책임의 특징

가. 침해발생 후 사후적인 원인의 탐색

- 결과발생, 즉 침해 이후에 사후적 원인의 탐색

나. 진료과오에 대한 증명의 어려움

- 진료행위는 결과채무가 아닌 수단채무임
- 개개의 상황에서 의료인이 요구되는 주의의무를 다하였는지 여부의 증명의 필요하나, 이러한 주의의무여부 판단을 위한 고도의 의학적 지식 필요함

다. 진료과오와 관련된 특수성

1) 의의

- 인간의 신체를 대상으로 하는 진료행위임

2) 인과관계의 지배의 어려움

- 일정한 의료행위가 있다고 하더라도 일정한 결과를 늘 담보할 수는 없다는 특성이 있음

- 인과관계 판단에 있어서 한계 = 불운과 책임의 구별이 어려움

3) 외부적 위험의 완전한 차단 불가능성

- 의료책임의 문제에서는 가정적이고 상상에 따른 경과의 추정 내지 조사를 통해서 일정한 가해원인을 탐색하게 됨
- 현대의학의 지식을 이용해서 일정한 사상경과를 재구성해 낼 수 있다고 하더라도, 이와 관련되어 존재할 수 있는 다른 위험요소들을 실험과 같이 완전히 배제해 내는 것은 사실상 불가능함

4) 결론 - 의료적 기술을 통한 인과관계 지배 내지 이를 통한 인과관계의 재구성의 한계

II. 독일민법에 있어서 진료계약의 입법화

1. 독일민법 제630조의a 내지 제630조의h의 제정

- 진료계약은 독일민법의 전형계약의 하나로서 2013년 2월에 독일민법전 내로 편입되었음

2. 의료계약 입법화의 목적

가. 입법목적 일반

- 입법화를 통한 법적 안정성 및 투명성의 확보를 목적으로 함
- 입법자들은 기존의 불법행위법을 통해서 주로 처리되고 있던 문제들을 입법으로 해결 및 정리하기 원하였음

나. 입법화의 방향 - 불법행위법과 관련하여서 판례를 통해서 정립된 법리의 입법화

Ⅲ. 진료계약의 규정체계 및 그 특징

1. 진료계약 자체의 책임규정 부존재

- 진료계약은 독일민법 제630조의a 이하에서 규정되어 있는데 손해배상에 관한 일반규정인 독일민법 제280조 이하, 즉 우리민법 제390조와 같은 일반규정에 따라 책임을 지도록 하고 있음

2. 독일민법 제630조의a - 진료계약에 있어서 전형적 의무 규정

- 독일민법 제630조의a 제2항은 진료는 달리 약정되지 아니한 한 진료시점에 존재하는 일반적으로 인정된 전문적 기준에 좇아 행하여져야 한다고 규정함

3. 독일민법 제630조의b - 고용관계에 관한 규정의 적용

- 독일민법 제630조의b 에서는 진료계약과 관련하여서는 당해 진료계약에 관한 규정에서 달리 정하여지지 않는 한에서는 고용계약(Dienstvertrag)에 관한 규정을 준용하도록 규정함
- 의사로서는 치료성공의 결과(Heilungserfolg)가 아니라 전문적 수준에 따른 최선의 노력(fachgerechte Bemühe)에 따른 의무를 지고 있다는 점을 명확하게 하는 것으로 평가됨

4. 독일민법 제630조의f – 진료에 관한 기록

가. 진료기록 일반

- 독일민법 제630조의f에서는 의료인의 진료기록의 의무를 부과하고 있음
- 진료기록은 매우 중요한 증거방법으로서 이러한 진료기록의 진실성을 담보하고자 함

나. 독일민법 제630조의f 제1항에 따른 진료기록의무

다. 독일민법 제630조의f 제2항에 따른 진료기록의무

라. 독일민법 제630조의f 제3항에 따른 진료기록보관의무

IV. 진료계약에 마련된 추정규정 – 독일민법 제630조의h

1. 서설

가. 의료행위에 있어서 의료인과 환자와의 관계

1) 정보의 불균형(Informationsasymmetrie)

- 의료인과 환자와의 관계에서 정보의 불균형이 발생하고 이러한 정보의 불균형 때문에 환자로서는 의료인의 의료과오의 입증이 매우 어려움
- 이러한 이유로 환자로서는 의료지식과 관련한 전문가의 도움을 받는 것이 반드시 필요해짐

2) 정보불균형을 심화시키는 요인으로서 진료기록의 부재

- 최소한 환자가 정보불균형에 따른 입증의 어려움을 덜기 위해서는 의료인이 어떠한 처치 및 의료행위를 하였는지가 자세하게 기록되어 남아 있을 것이 요구됨

3) 의료행위에 있어서 인과관계의 완전한 지배의 불가능성

가) 의료행위에 있어서 인과관계의 내재적 속성

- 의료행위와 관련해서는 완전한 결과의 지배가 불가능함
- 이는 결국 의료인의 의료과실이 당해 건강침해를 발생시켰다는 것에 대한 인과관계를 완전히 입증하는 것이 불가능

하다는 것을 의미함

나) 의료과실의 입증과 인과관계 입증의 차이

- 의료과오의 입증과 인과관계 입증은 모두 환자에게 극히 어려운 일이지만 그럼에도 불구하고 양자는 차이가 있을 수 있음
- 의료과오의 경우 환자 편에서 이에 대한 입증의 어려움은 정보의 불균형이 가장 큰 원인이 됨
- 그러나 인과관계의 영역은 이러한 정보의 불균형의 문제 때문만에 의해 발생하는 것이 아니라, 그 본질 자체에서 완전히 규명되기 어려운 한계가 있음

4) 더 약한 당사자로서의 환자 보호를 위한 규정인가 여부

- 독일민법 제630조의h와 같은 추정규정은 소비자계약과 같이 일방 당사자가 타방당사자에 비해서 더 약한 당사자이기 때문에 마련된 것은 아님
- 이러한 추정규정은 의료소송에 있어서 헌법상 보장된 양 당사자의 무기대등의 원칙(Waffengleichheit)를 보장하기 위하여 규정된 것으로 봄

나. 독일민법 제630조의h의 추정과 의미

1) 추정의 대상 - 의료과실, 인과관계, 당해 진료행위의 부존재

가) 개설

나) 입증의 대상과 입증상의 어려움

(1) 의료과실의 입증과 입증상의 어려움

(2) 인과관계의 입증과 입증상의 어려움

2. 독일민법 제630조의h 제1항에 따른 추정

가. 의의 및 발전과정

- 의료인이 충분히 지배할 수 있었던 일반적 진료위험을 통해서 환자의 건강침해가 발생한 경우에 의료인의 과실을 추정하는 규정임
- 진료계약의 내용 속에 일정한 결과채무로서의 성격을 갖는 요소가 있다는 점을 인정하는 것임

나. 충분히 지배할 수 있었던 일반적인 진료위험의 의미

다. 추정의 내용

- 독일민법 제630조의h 제1항을 통해서 추정되는 것은 의료인의 의료과실이며, 그 인과관계는 아님
- 일반적인 진료위험이 존재하고, 이러한 진료위험이 의료인이 충분히 지배할 수 있었던 것이며, 이러한 의료인이 충분히 지배할 수 있었던 진료위험이 건강침해를 일으켰다는 것이 의료과실 추정의 근거가 됨

3. 독일민법 제630조의h 제3항에 따른 추정

가. 의의

나. 추정의 내용

- 독일민법 제630조의h 제3항에 따르면 의료인이 의료적으로 요구되는 필수적인 조치 및 그 결과를 제630조의f 에 반하여서 진료기록부에 기록하지 않거나, 또는 정해진 진료기록부 보관기간이 있음에도 이를 보관하지 아니한 경우에는 진료기록부에 기록되지 않은 조치들을 의료인이 하지 않았다고 추정함

다. 독일민법 제630조의h 제3항의 추정과 진료과오와의 관계

- 본조 제3항에 따른 추정은 의료과실 그 자체를 추정하는 것이 아니라, 기록되지 않은 조치는 실제로도 이루어지지 않았다고 추정되는 것임

4. 독일민법 제630조의h 제4항에 따른 추정

가. 의의

- 기존의 독일연방대법원(BGH)가 발전시켜온 법리를 입법화한 것으로서 특히 의사로서 초심자가 수행한 수술 내지 침습행위에 대해서 발전시켜온 법리를 입법화한 것임

나. 추정의 내용

- 본조 제4항의 추정은 당해 의료인이 의료행위를 위한 교육은 받았지만, 사실상 당해 행위를 하기 위해 필요한 실제적인 경험이 부족한 경우에 인정될 수 있음

5. 독일민법 제630조의h 제5항에 따른 추정

가. 의의

- 제5항은 기중대한 진료과오의 존재와 실제로 일어난 건강침해 사이의 인과관계에 대한 추정을 규정하고 있음
- 위 규정의 입법취지에 대해서 입법이유서에서는 의료인의 중대한 의료과실을 통하여서 주의의무에 따른 조치의 경우에 발생할 사상경과(Verlauf)를 알 수 없게 만들었고, 따라서 입증위험을 더 높였다는 점에서 찾을

나. 추정의 기초

1) 개설

2) 중대한 진료과오의 존재

3) 당해 진료과오가 실제로 일어난 침해에 원칙적으로 적절한 것일 것

다. 진단소견상의 과오와 인과관계의 추정 - 독일민법 제630조의h 제5항 제2문의 추정

- 의료인이 진단을 하지 않았고, 이러한 의료인의 진단소견의 과오가 중대한 진료과오가 아닌 단순한 진료과오로 판단되는 경우에도 2단계 구조를 통해서 진단소견을 하지 않은 과오와 발생한 건강침해 사이의 인과관계가 추정될 수 있음을 규정함

V. 우리법에의 시사점

1. 추정규정의 마련 - 의료과오의 추정과 인과관계의 추정의 구별

- 우리법에서 의료계약과 관련하여서 이를 입법화한다면 여기서는 의료과오의 추정과 인과관계의 추정을 나누어 규정할 수 있다고 생각됨
- 특히 의료과오의 추정의 경우 의료계약에서 일정한 결과를 담보할 수 있는 위험의 영역들이 있을 수 있다는 점에

주목할 수 있음

- 그러나 인과관계의 추정의 문제는 이는 단순한 추정의 문제가 아니라 사실상 책임의 분배 내지 책임의 전환의 문제가 될 수 있다고 생각됨

2. 비율적 책임론 내지 인과관계 입증정도의 감소의 논의

- 의료행위의 경우 사실상 인과관계를 완전히 입증하는 것이 불가능하고 오히려 이는 확률의 문제로 귀결되며, 책임분배의 목적은 어느 일방 당사자에게 책임을 전가하는 것이 아니라, 오히려 책임의 적절한 분배가 목적이 될 수 있음
- 이러한 의미에서 발생개연성에 따른 비율적 책임론도 진지하게 생각해 볼 수 있다고 생각됨

3. 의료계약상 다양한 의무위반의 유형과 건강침해 사이의 인과관계의 추정

- 의료계약상 다양한 의무가 발생할 수 있고, 이는 꼭 그 인과관계의 완전한 입증이 불가능한 속성을 가지는 의료행위가 아닌 경우도 가능함
- 의료계약상의 의무위반의 경우에, 또한 이러한 의무위반이 의료행위로서의 속성을 완전히 가지지 않은 경우에, 어떠한 유형의 의무위반에 대해서 인과관계의 추정을 하게 해 줄 것인가에 대한 고민도 필요하다고 생각됨

4. 의료인의 내부적 구상관계에 있어서 이러한 추정규정을 적용할 것인가의 여부

- 다양한 추정규정은 의료인과 환자 사이에 있어서 환자의 입증곤란을 덜어주기 위해서 존재하는 것인데, 의료인이 다른 의료인에 대해서 구상을 행사하는 경우에도 이러한 규정들을 동일하게 적용할 것인가에 대한 논의가 필요하다고 생각됨

5. 환자의 중요한 정보원천으로서 진료기록의 중요성과 충실한 진료기록을 위한 예방적 목적의 필요성

- 환자와 의료인과의 정보불균형을 해소하고 진료과오를 입증하기 위해서는 당시 상황을 재구성해 내고, 이에 대한 의료인의 조치를 확인할 수 있는 진료기록이 반드시 필요함
- 따라서 이러한 진료기록을 충실하게 하기 위한 예방적 목적으로서 진료기록의 해태와 일정한 의료과오 등의 추정에 대한 규정이 필요하다고 생각됨

감사합니다

민사법의 이론과 실무학회 · 동아대학교 법학연구소
공동 하계학술대회

전자상거래법 전부개정안에 대한 연구

-전자상거래 및 우편·카탈로그 등 거래에서
소비자보호를 중심으로-

사 회 : 김용의 교수 (동아대학교)

발 표 : 고흥석 교수 (선문대학교)

토 론 : 장병주 교수 (대구대학교)

이재호 박사 (한국소비자원)

민사법의 이론과 실무학회 · 동아대학교 법학연구소

전자상거래법 전부개정안에 대한 연구

- 전자상거래 및 우편·카탈로그 등 거래에서 소비자보호를 중심으로 -

I. 서 론

재화등의 거래방식으로 자리잡은 전자상거래에서 소비자보호는 매우 중요한 문제이다. 또한 전자상거래는 시간의 경과에 따라 변화 및 발전하고 있기 때문에 소비자보호방안 역시 이에 적합한 형태로 변화하여야 한다. 이러한 소비자보호방안 중 대표적인 것이 법을 통한 보호이며, 2002년에 전자상거래 등에서 소비자보호에 관한 법률(이하 ‘전자상거래법’)을 제정하였다. 그러나 전자상거래법은 舊 방문판매법상 통신판매에 관한 규정을 분리하여 단일의 법으로 제정한 것이기 때문에 통신판매를 중심으로 구성되어 있다. 또한 전자상거래 분야에서의 소비자를 보호하기 위해 수 차례의 동법 개정이 이루어졌지만, 변화된 전자상거래에서 소비자를 보호하기에는 많은 한계점이 존재하였다. 따라서 2018년에 전자상거래법 전부개정안이 발의되었지만, 입법화되지는 못하였다.¹⁾ 이후 공정거래위원회는 2021년 3월에 전자상거래법 전부개정안(이하 ‘개정안’)을 입법예고하였다. 그 개정이유는 다음과 같다.²⁾

디지털 경제의 가속화, 코로나19 장기화에 따른 비대면 거래 활성화로 온라인 유통시장이 급성장하고, 온라인 플랫폼 중심으로 거래 구조도 재편되고 있다. 하지만 현행 「전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률」은 전통적 통신판매를 전제로 설계되어 시장변화에 따른 다양화된 거래패턴을 반영하지 못하고, 규율체계도 미흡한 측면이 있다. 또한, 플랫폼 중심의 전자상거래에 대한 별도 규율체계 수립은 전세계적인 추세로, 중국, 일본, EU 등에서는 이를 위한 입법도 본격화되고 있다. 이에 대폭 변화된 시장상황에 대응하는 규율체계를 마련하고, 소비자권익을 내실있게 보호할 수 있도록 전자상거래법을 전면 개정하려는 것이다.

1) 2018년에 공정거래위원회가 전재수의원을 통해 발의한 전자상거래법 전부개정에 대한 연구로는 고형석, “전자상거래소비자보호법 개정안에 대한 고찰”, 한양법학 제30권 제1집, 2019, 137~174면; 이병준 외, 전자상거래 소비자보호법 전면개정에 관한 EU사례 조사 및 개정 방안 연구, 한국법제연구원, 2019, 34~45면; 최경진, “바람직한 전자상거래소비자보호법 개선방향”, 전자상거래소비자보호법 전면개정 진단토론회 자료집, 한국소비자연맹, 2018, 1면 이하.

2) 전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률 전부개정법률안 제안이유(www.moleg.go.kr).

공정거래위원회가 개정이유에서 제시한 바와 같이 전자상거래법은 변화된 거래환경을 충분히 반영하고 있지 못하며, 이로 인해 소비자보호가 충분하지 않다. 따라서 전자상거래법의 전부개정은 소비자보호를 위해 시급하게 추진하여야 할 과제이다. 그렇다면 입법예고된 개정안은 이러한 개정의 필요성을 충분히 반영하고 있는가? 즉, 개정안의 내용이 개정이유에 적합하게 변화된 전자상거래 시장의 현황을 반영함과 더불어 충실한 소비자보호방안을 강구하고 있다면 법 개정은 조속히 추진되어야 한다. 반면에 개정안의 내용이 전자상거래법의 문제점을 해결하지 못하고, 변화된 시장환경을 반영하고 있지 못하고 있다면 그 개정취지에 적합하게 개정안의 내용을 수정할 필요가 있다. 이를 위해서는 개정안의 내용에 대한 검토가 필요하며, 이 논문의 주된 연구 목적이다. 다만, 이번 개정안은 전자상거래법 전부개정이기 때문에 그 개정 내용 전반에 대한 검토는 지면관계상 곤란하다. 따라서 이 논문에서는 전자상거래 또는 우편·카탈로그 등 거래(이하 ‘전자상거래등’)에서 소비자보호에 관한 개정안의 내용(안 제7조부터 제23조까지)에 대해서만 검토하고자 한다.

II. 정보제공 및 계약의 체결·이행에서의 소비자보호

1. 전자상거래 등에서의 정보제공의무

(1) 개정안의 내용

1) 신원정보의 제공

온라인판매사업자는 소비자에게 재화등의 거래에 관한 청약을 받을 목적으로 표시·광고를 할 때에는 그 표시·광고에 상호 및 대표자 성명, 주소·전화번호·전자우편주소, 제6조에 따라 공정거래위원회 또는 특별자치시장·특별자치도지사·시장·군수·구청장에게 한 신고의 신고번호와 그 신고를 받은 기관의 이름 등 신고를 확인할 수 있는 사항을 포함하여야 한다. 온라인판매사업자는 재화등의 거래와 관련하여 온라인몰을 운영하는 경우 사업자의 상호 및 대표자 성명, 영업소가 있는 곳의 주소(소비자의 불만을 처리할 수 있는 주소를 포함한다), 전화번호·전자우편주소, 사업자등록번호, 온라인몰의 이용약관, 그 밖에 소비자보호를 위하여 필요한 사항으로서 대통령령으로 정하는 사항을 총리령이 정하는 바에 따라 게시하여야 한다. 공정거래위원회는 제1항에 따른 온라인판매사업자의 상호 등 신원정보 제공과 관련한 표시·광고의 내용과 방법을 정하여 고시할 수 있다. 이 경우 거래방법이나 재화등의 특성을 고려하여 그 표시·광고의 내용과 방법을 다르게 정할 수 있다. 제1항 및 제2항에 따른 온라인판매사업자가 인접지역 거래를 하는 자인 경우 상호 등 신원정보 제공 및 게시에 관하여 필요한 사항은 따로 대통령령으로 정한다(개정안 제7조).

2) 거래조건에 대한 정보의 제공

온라인판매사업자는 소비자가 계약체결 전에 재화등에 대한 거래조건을 정확하게 이해하고 실수나 착오 없이 거래할 수 있도록 재화등의 공급자 및 판매자의 상호, 대표자의 성명·주소 및 전화번호 등, 재화등의 명칭·종류 및 내용, 재화등의 정보에 관한 사항(이 경우 제품에 표시된 기재로 계약내용에 관한 서면에서의 기재를 갈음할 수 있다), 재화등의 가격(가격이 결정되어 있지 아니한 경우에는 가격을 결정하는 구체적인 방법)과 그 지급방법 및 지급시기, 재화등의 공급방법 및 공급시기, 청약의 철회 및 계약의 해제(이하“청약철회등”이라 한다)의 기한·행사방법 및 효과에 관한 사항(청약철회등의 권리를 행사하는 데에 필요한 서식을 포함한다), 재화등의 교환·반품·보증과 그 대금 환불 및 환불의 지연에 따른 배상금 지급의 조건·절차, 전자매체로 공급할 수 있는 재화등의 전송·설치 등을 할 때 필요한 기술적 사항, 소비자피해보상의 처리, 재화등에 대한 불만 처리 및 소비자와 사업자 사이의 분쟁 처리에 관한 사항, 거래에 관한 약관(그 약관의 내용을 확인할 수 있는 방법을 포함한다), 소비자가 구매의 안전을 위하여 원하는 경우에는 재화등을 공급받을 때까지 대통령령으로 정하는 제3자에게 그 재화등의 결제대금을 예치하는 것(이하“결제대금예치”라 한다)의 이용을 선택할 수 있다는 사항 또는 온라인판매사업자의 제33조 제1항에 따른 소비자피해보상보험계약등의 체결을 선택할 수 있다는 사항(제11조 제1항에 따른 선지급식 전자상거래의 경우에만 해당하며, 제33조 제3항에 각 호의 어느 하나에 해당하는 거래를 하는 경우는 제외한다), 그 밖에 소비자의 구매 여부 판단에 영향을 주는 거래조건 또는 소비자피해의 구제에 필요한 사항으로서 대통령령으로 정하는 사항을 적절한 방법으로 표시·광고하거나 고지하여야 하며, 계약이 체결되면 계약자에게 다음 각 호의 사항이 기재된 계약내용에 관한 서면을 재화등을 공급할 때까지 교부하여야 한다. 다만, 계약자의 권리를 침해하지 아니하는 범위에서 대통령령으로 정하는 사유가 있는 경우에는 계약자를 갈음하여 재화등을 공급받는 자에게 계약내용에 관한 서면을 교부할 수 있다. 온라인판매사업자는 미성년자와 재화등의 거래에 관한 계약을 체결할 때에는 법정대리인이 그 계약에 동의하지 아니하면 미성년자 본인 또는 법정대리인이 그 계약을 취소할 수 있다는 내용을 미성년자에게 고지하여야 한다. 공정거래위원회는 제1항에 따른 재화등의 정보에 관한 사항과 거래조건에 대한 표시·광고 및 고지의 내용과 방법을 정하여 고시할 수 있다. 이 경우 거래방법이나 재화등의 특성을 고려하여 그 표시·광고 및 고지의 내용과 방법을 다르게 정할 수 있다. 온라인판매사업자는 제1항에 따라 소비자에게 표시·광고하거나 고지한 거래조건을 신의를 지켜 성실하게 이행하여야 한다(개정안 제8조).

(2) 개정안에 대한 검토

개정안은 전자상거래법 제10조 및 제13조에서 규정하고 있는 내용을 제7조와 제8조로 구분하여 규정하고 있을 뿐 그 내용에 있어 변화는 거의 없다. 차이점으로는 정보제공의무의 주체에 대해 통신판매업자를 온라인판매사업자로 수정하였으며, 일부 용어(사이버몰 → 온

라인몰, 선지급식 통신판매 → 선지급식 전자상거래)를 수정한 것이다. 또한 이 규정은 우편·카탈로그 등 거래를 하는 사업자에게도 적용된다(개정안 제23조).

1) 용어의 상이성 등

전자상거래법은 통신판매를 중심으로 규율하고 있는 반면에 개정안은 전자상거래를 중심으로 규율하고 있다. 따라서 그 용어의 변화는 필요하다. 그러나 개정안은 동일한 의미를 갖는 용어에 대해 동일한 용어가 아닌 상이한 용어를 사용하고 있다. 즉, 전자상거래법에서는 ‘사이버몰’에 대해 컴퓨터 등과 정보통신설비를 이용하여 재화등을 거래할 수 있도록 설정된 가상의 영업장으로 정의하고 있다(전자상거래법 제2조 제4호). 그러나 개정안에서는 ‘자체 인터넷 사이트’ 등(개정안 제2조 제8호) 또는 ‘온라인몰’(개정안 제2조 제11호 등) 등³⁾으로 규정하고 있으며, 전자상거래법상 사이버몰에 대한 정의를 그대로 사용하고 있다(개정안 제2조 제11호).⁴⁾ 그러나 법상 용어를 수정하기 위해서는 통신판매와 같이 그 용어가 부적합하거나 문제가 있어야 한다.⁵⁾ 그러나 입법이유 그 어디에서도 사이버몰의 용어에 대한 문제점이 제시되어 있지 않다. 또한 동일한 의미를 갖는 용어에 대해 다르게 표현하는 것은 수범자에게 혼란을 야기한다. 그리고 개정안 제7조는 표시광고시 표시할 사항과 온라인몰에 게시할 사항을 규정하고 있지만, 그 제목을 ‘신원정보의 제공’으로 규정하고 있다. 그러나 제공 또는 게시할 정보는 신원정보에 국한되지 않는다. 또한 개정안 제8조에서도 신원정보 제공의무를 규정하고 있다. 그 결과, 개정안 제7조는 그 제목과 내용이 일치하지 않는다.

2) 정보제공의 시기

전자상거래법 및 개정안 모두 정보의 제공 또는 게시에 대해 규정하고 있지만, 그 시기에 대해서는 상이하게 규정하고 있다. 먼저, 사이버몰(온라인몰)에서의 신원정보 등에 대한 게시는 사이버몰의 개설과 함께 표시하여야 할 사항이기 때문에 소비자의 청약전후와 무관하

3) 개정안에서는 가상공간의 영업장에 대해 ‘온라인몰’로 통일하여 사용하는 것이 아닌 ‘인터넷 등 가상의 영업장’, ‘자체 인터넷 사이트’와 같이 다른 용어들을 혼용하여 사용하고 있어 사업자, 소비자 및 법 집행자 모두에 혼란을 야기하고 있다(고형석, “전자상거래법 전부개정안에서 온라인 플랫폼 중개에 대한 연구”, 재산법연구 제38권 제1호, 2021, 201면).

4) 개정안에서는 온라인몰에 대해 정의하면서 별도로 규정한 것이 아닌 호스팅서비스를 정의하면서 그 내용에서 다시 정의규정을 두고 있다. 이러한 방식은 입법론적으로 타당하지 않다. 즉, 정의규정은 그 법에서 사용하는 용어에 대한 의미를 밝히는 것인데, 정의규정 내에 정의규정을 두는 것은 수범자 또는 법 집행자가 그 의미를 파악하기 곤란하게 한다. 물론 규정 내에서 용어정의를 하는 경우는 존재하지만, 정의규정 내에 다시 정의규정을 두는 것은 매우 이상하다.

5) 전자상거래법은 방문판매법상 전화권유판매를 제외하고, 통신수단을 이용하여 이루어지는 비대면 거래에서 소비자를 보호하기 위함을 입법목적으로 한다. 그러나 통신판매라는 용어 및 그 정의에 있어 판매는 재산권이전계약만을 대상으로 하며, 재산이용계약(임대차 등)을 포섭할 수 없다는 한계가 있었다(고형석, “공유경제산업과 소비자보호”, 재산법연구 제34권 제3호, 2017, 121면; 오병철, “전자상거래법상의 플랫폼 규제와 개선방안”, 외법논집 제421권 제4호, 2017, 162면). 따라서 개정안에서는 판매 대신에 거래라는 용어를 사용하여 이러한 문제를 해결하였다. 그러나 개정안에서는 거래와 판매를 아직도 혼용하고 있다는 점에서 완전하게 용어 문제를 해결하고 있지 않다.

다. 또한 통신판매업자(온라인판매사업자)가 소비자의 청약을 받기 위해 표시광고할 때의 정보 역시 소비자의 청약전에 제공하여야 한다. 그러나 비대면거래의 핵심이라고 할 수 있는 사전정보제공의 시기는 전자상거래법 및 개정안 모두 소비자가 계약을 체결하기 전까지이다. 이는 소비자의 주문에 대한 법적 성질이 승낙에 해당할 경우에 타당하다. 그러나 소비자의 주문이 청약인 경우에 이는 타당하지 않게 된다. 즉, 전자상거래는 소비자가 대면하여 사업자와 재화등에 관한 계약을 체결하는 것이 아닌 비대면으로 계약을 체결하며, 합리적인 계약체결의사를 결정하기 위해서는 이에 필요한 정보를 제공받아야 한다. 이러한 정보는 사업자가 가지고 있기 때문에 소비자의 합리적인 구매의사결정을 위해 이에 필요한 정보(재화등에 관한 정보 및 거래조건 등에 관한 정보 등)를 제공하여야 한다. 이는 신의칙에 의해 발생하는 의무이며, 판례도 이를 인정하고 있다.⁶⁾ 따라서 전자상거래법 및 개정안 모두 통신판매업자의 정보제공의무를 규정하고 있지만, 그 시기에 대해 소비자가 의사를 표시하기 전이 아닌 계약을 체결하기 전으로 규정하고 있다. 이러한 전자상거래법 및 개정안의 내용이 사전정보제공의무를 부과한 취지에 합치하기 위해서는 소비자의 의사표시가 청약이 아닌 승낙에 해당하여야 한다. 즉, 통신판매업자(온라인판매사업자)는 계약을 체결하기 전에 소비자에게 정보를 제공하여야 하며, 이는 소비자가 의사를 표시하기 전에 제공하여야 한다. 따라서 소비자의 의사표시에 따라 계약이 체결된다면 그 의사를 표시하기 전은 계약이 체결되기 전이기 때문에 그 입법취지와 전자상거래법(개정안)의 내용은 일치한다. 그러나 소비자의 의사표시가 승낙이 아닌 청약인 경우에 그 입법취지와 전자상거래법(개정안)의 내용은 일치하지 않는다. 즉, 전자상거래법 및 개정안 모두 소비자의 의사표시는 청약이기 때문에 통신판매업자(온라인판매사업자)의 승낙에 따라 계약은 성립한다. 따라서 통신판매업자(온라인판매사업자)는 그 정보를 소비자가 청약을 하기 전까지 제공하는 것이 아닌 자신이 승낙하기 전까지 제공하면 되기 때문에 소비자가 합리적인 의사를 결정할 수 있도록 정보를 제공할 의무를 부과한 취지와 상반된다. 이러한 점이 전자상거래법의 문제점이지만⁷⁾, 이와 동일하게 규정하고 있는 개정안 역시 전자상거래법과 같은 문제를 가지고 있다. 물론 개정안에서 정보제공시기에 대해 일괄적으로 계약의 체결시로 규정하고 있다면 표현의 통일성을 위해 이와 같이 규정하였다고 선해할 수 있다. 그러나 개정안 제24조 제3항 등에서 온라인 플랫폼 운영사업자의 사전정보제공 시기에 대해 청약 전으로 규정하고 있기

6) 의사는 의료행위에 앞서 환자나 그 법정대리인에게 질병의 증상, 치료방법의 내용 및 필요성, 발생이 예상되는 위험 등 당시의 의료 수준에 비추어 상당하다고 인정되는 사항을 설명하여 환자가 그 필요성이나 위험성을 충분히 비교해 보고 그 의료행위를 받을 것인지 여부를 선택할 수 있도록 할 의무가 있고, 특히 그러한 의료행위가 임상시험의 단계에서 이루어지는 것이라면 해당 의료행위의 안전성 및 유효성(치료효과)에 관하여 그 시행 당시 임상에서 실천되는 일반적·표준적 의료행위와 비교하여 설명할 의무가 있다. 또한 의약품 공급자는 임상시험 단계에 있는 의약품을 공급함에 있어 해당 의약품의 안전성 및 유효성(치료효과) 등 그 구입 여부의 의사결정에 영향을 줄 수 있는 중요한 사정을 수요자에게 고지할 신의칙상의 의무가 있다(대판 2010. 10. 14. 2007다3162 등).

7) 고희석, “소비자보호를 위한 전자상거래소비자보호법의 개정방안에 관한 연구”, 법학논총 제31권 제2호, 2018, 410면.

때문에 공정거래위원회는 청약전과 계약체결전을 구분하고 있다고 할 수 있다. 따라서 그 제공시기를 소비자가 청약을 하기 전으로 해석하기도 곤란하다.

3) 미성년자에 대한 취소권의 고지

전자상거래법 및 개정안 모두 소비자가 미성년자일 경우에 법정대리인의 동의를 받지 않으면 미성년자 또는 법정대리인이 취소할 수 있다는 내용을 미성년자에게 고지할 의무를 규정하고 있다. 이는 민법상 미성년자의 취소권에 관한 정보를 제공할 의무를 부과한 것이다. 그러나 전자상거래법 및 개정안에서 규정하고 있는 내용은 불명확하며, 통신판매업자(온라인판매사업자)가 이를 그대로 고지하였을 경우에 미성년소비자가 오인할 수 있다. 즉, 이 규정의 의미는 민법에 따라 미성년자가 취소할 수 있는 경우에 취소권에 관한 정보를 제공하여 미성년자가 취소권을 행사할 수 있도록 하기 위함이다. 따라서 이 규정에 따라 민법에서 부여되지 않은 취소권이 발생하는 것은 아니다. 그러나 통신판매업자(온라인판매사업자)가 이 내용을 그대로 표시하였을 경우에 미성년소비자는 민법에 따라 취소할 수 없는 경우에도 법정대리인의 동의를 얻지 않으면 취소할 수 있다고 오인할 수 있다. 예를 들어, 용돈이 30만원인 미성년자(만 18세인 대학생)가 재화(3만원)를 사이버몰에서 구입한 경우에 민법에 따르면 처분이 허락된 재산의 처분행위에 해당하여 취소할 수 없다. 그러나 그 사이버몰에서 법정대리인의 동의를 받지 않으면 취소할 수 있다고 표시하였으며, 그 표시를 본 미성년자는 법정대리인의 동의를 받지 않았기 때문에 취소할 수 있다고 오인하게 된다. 따라서 미성년자는 통신판매업자(온라인판매사업자)에게 취소권을 행사할 것이지만, 통신판매업자(온라인판매사업자)는 처분이 허락된 재산의 처분행위에 해당하기 때문에 취소할 수 없다고 주장할 것이다. 물론 이 경우에 미성년자는 취소권을 행사할 수 없지만, 이러한 논란이 발생한 원인은 취소권에 관한 표시와 이를 고지하도록 규정하고 있는 전자상거래법 때문이다. 더 근본적인 이유는 전자상거래법에서 규정하고 있는 고지내용이 불명확하기 때문이다.⁸⁾ 즉, 전자상거래법 및 개정안 모두 “그 계약을 취소할 수 있다”는 내용의 고지의무를 부과하고 있으며, 통신판매업자가 이 내용을 그대로 표시한 경우에 미성년소비자는 오인하게 된다. 따라서 이 문제를 해결할 필요가 있으며, “그 계약을 민법에 따라 취소할 수 있다”는 내용으로 수정한다면 이러한 논란을 해소할 수 있다. 그럼에도 불구하고, 전자상거래법의 내용을 그대로 반영하고 있는 개정안 역시 이러한 문제를 해결하고 있지 않다.

4) 표시광고와 계약의 내용

전자상거래법 및 개정안 모두 통신판매업자(온라인판매사업자)에게 표시광고하거나 고지한 거래조건을 신의를 지켜 성실하게 이행할 의무를 부과하고 있다. 이 규정은 일반적인 신의칙에 합치한 이행의무를 부과한 것으로 보이지만, 그 근본적인 내용에 있어 일반론과 차이가 있다. 즉, 신의칙에 합치한 이행의무는 계약에서 정한 의무를 전제로 한다. 이러한 내

8) 고희석, “미성년소비자의 계약해소권에 관한 연구”, 저스티스 제179호, 2020, 118~128면.

용이 전자상거래법 또는 개정안과 합치하기 위해서는 표시광고가 청약에 해당하거나 표시광고의 내용을 계약의 내용으로 인정할 수 있어야 한다. 그러나 판례는 표시광고를 청약이 아닌 청약의 유인으로 인정하고 있으면서도 사업자가 표시광고된 내용을 이행할 수 있고, 상대방도 이를 신뢰하였을 경우에 그 표시광고된 내용을 계약의 내용으로 인정하고 있다.⁹⁾ 이러한 판례에 따르면, 표시광고된 내용이라고 하여 무조건 계약의 내용이 되는 것은 아니다. 따라서 표시광고된 내용에 따라 이행하여야 한다는 전자상거래법 및 개정안의 내용은 타당하지 않다. 물론 전자상거래법 및 개정안 표시광고한 내용을 계약서에 기재하도록 규정하고 있기 때문에 이를 기초로 한 것으로 추정된다. 그렇다고 하더라도 신의칙에 합치하여 이행하여야 할 것은 표시광고된 내용이 아닌 계약서에 기재된 내용이다. 물론 통신판매업자(온라인판매사업자)가 표시광고한 내용 중 일부를 계약서에 미기재하였을 경우에 그 사항이 이행할 수 있는가의 여부에 따라 이행할 수 있다면 계약의 내용으로 편입되기 때문에 이를 준수하여야 하는 것은 당연하다. 다만, 문제가 되는 경우는 표시광고된 내용과 다르게 계약서를 작성한 경우이다. 이 경우에 계약의 내용은 표시광고된 내용이 아닌 계약서에 기재된 내용이다. 그러나 전자상거래법 및 개정안에서는 이 문제에 대해 규율하고 있지 않으며, 표시광고된 내용에 따라 이행하여야 한다는 규정으로 이 문제를 해결할 경우에는 계약 내용이 아닌 것을 계약의 내용으로 인정하는 문제를 유발한다.¹⁰⁾ 이러한 점이 전자상거래법의 한계점이지만, 개정안에서는 이를 해결하고 있지 않다는 점에서 개정안 역시 동일한 문제를 가지고 있다.

2. 청약확인 및 정정절차의 마련 등

(1) 개정안의 내용

온라인판매사업자는 계약체결 전에 소비자가 청약내용을 확인하고, 정정하거나 취소할 수 있도록 적절한 절차를 갖추어야 한다(개정안 제9조 제2항). 사업자와 전자결제업자등은 전자적 대금지급이 이루어지는 경우 소비자의 청약의사가 진정한 의사 표시에 의한 것인지를 확인하기 위하여 재화등의 내용 및 종류, 재화등의 가격, 용역의 제공기간에 대하여 명확

9) 아파트 분양광고의 내용 중 구체적인 거래조건, 즉 아파트의 외형·재질·구조 등에 관한 것으로서 사회통념에 비추어 수분양자가 분양자에게 계약의 내용으로 이행을 청구할 수 있다고 보이는 사항에 관한 것은 수분양자가 이를 신뢰하고 분양계약을 체결하는 것이고 분양자도 이를 알고 있었다고 보아야 할 것이므로, 분양계약을 체결할 때에 달리 이의를 유보하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한 이러한 사항은 분양자와 수분양자 사이의 묵시적 합의에 의하여 분양계약의 내용으로 된다고 할 것이지만, 이러한 사항이 아닌 아파트 분양광고의 내용은 일반적으로 청약의 유인으로서의 성질을 가지는 데 불과하므로 이를 이행하지 아니하였다고 하여 분양자에게 계약불이행의 책임을 물을 수는 없다(대판 2007. 6. 1. 2005다5812·5829·5836; 대판 2015. 5. 28. 2014다24327·24334·24341·24358·24365·24372 등). 학설도 승낙적격을 갖추지 않은 표시광고에 대해 청약의 유인으로 인정하고 있다(김상중, “상가분양계약의 법률관계”, 재산법연구 제24권 제3호, 2008, 146면 등).

10) 고희석, 전자상거래와 소비자보호법, 우리시스템, 2019, 223~224면.

히 고지하고, 고지한 사항에 대한 소비자의 확인절차를 대통령령으로 정하는 바에 따라 마련하여야 한다(개정안 제10조 제2항). 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(개정안 제69조).

(2) 개정안에 대한 검토

전자상거래 또는 통신판매는 비대면거래이면서도 자동화된 거래라고 할 수 있다. 따라서 소비자가 청약을 하면서 오류의 주문(입력실수 등)을 할 수 있다는 점을 감안하여 전자상거래법에서는 소비자가 청약을 확인하고, 정정할 수 있는 절차의 마련의무를 사업자에게 부과하고 있다. 이러한 점은 개정안 역시 동일하다. 즉, 개정안 제9조 제2항에서는 청약확인 및 정정취소절차의 마련의무, 개정안 제10조 제2항에서는 전자적 대금지급절차에서의 확인절차마련의무, 개정안 제69조에서는 조작실수방지의무를 부과하고 있다.

1) 규정의 중복성

전자상거래법에서는 소비자가 청약을 확인하고 정정할 수 있는 절차 마련의무에 대해 3개의 조문(제7조, 제8조 및 제14조)에서 규정하고 있다. 각 조문의 근본적인 취지는 소비자가 실수없이 청약을 할 수 있도록 함이다. 그렇다고 한다면 중복하여 각기 다른 조문에서 규정할 것이 아닌 통합하여 단일의 조문에서 규율하여야 한다.¹¹⁾ 그러나 개정안에서는 전자상거래법의 내용을 수정없이 조문의 위치만 변경하였다. 즉, 전자상거래법 제7조를 개정안 제69조로, 전자상거래법 제8조를 개정안 제10조로, 전자상거래법 제14조를 개정안 제9조로 이동하였다. 그러나 전자상거래법 제8조 제2항은 제7조와 내용상 중복이며, 제14조는 청약철회로 해결할 수 있다. 즉, 전자상거래법 제7조는 거래대금이 부과되는 시점이나 청약 전 확인 및 정정절차의 마련이기 때문에 제8조 제2항의 내용과 동일하다. 또한 청약 후에는 청약의 효력이 발생하였기 때문에 그 의사표시에 있어 착오가 있다면 민법상 착오를 이유로 취소하거나 전자상거래법상 청약철회를 통해 해결할 수 있다. 그 결과, 전자상거래법 제7조만으로도 충분히 입법목적은 달성할 수 있다. 그럼에도 불구하고, 전자상거래법과 동일하게 중복적으로 규정하고 있는 개정안 역시 동일한 문제점을 가지고 있다.

2) 청약확인

개정안 제9조 제1항은 전자상거래법 제14조 제1항과 동일하다. 즉, 소비자의 청약에 대해 수신 확인 및 판매가능 여부에 대해 정보를 제공할 의무를 규정하고 있다. 이는 소비자의 주문을 청약으로 인정하고 있기 때문이며, 비대면거래라는 전자상거래의 특성을 감안한 것

11) 고희석, “전자상거래에 있어서 조작실수방지의무와 소비자보호에 관한 연구”, IT와 법연구 제7집, 2013, 126면.

이다. 그러나 이 규정은 다음과 같은 한계를 가지고 있다. 즉, 전자상거래법 및 개정안 모두 소비자의 의사표시를 청약으로 규정하고 있다. 따라서 계약이 성립하기 위해서는 그 상대방인 사업자의 승낙이 필요하다. 이에 전자상거래법 및 개정안 모두 사업자에게 판매가능 여부에 관한 정보, 즉 청약에 대한 승낙 또는 거절의 의사표시를 하도록 규정한 것이다. 문제는 사업자가 이러한 의사표시를 하지 않았을 경우를 대비한 규정을 두고 있지 않다는 점이다. 물론 개정안 제11조(전자상거래법 제15조)에서 사업자에게 이행에 필요한 조치를 취할 의무를 부과하고 있기 때문에 개정안 제9조의 미비점은 개정안 제11조를 통해 해결할 수 있다고 할 수 있다. 그러나 개정안 제11조는 계약이 성립하였을 경우를 전제로 하기 때문에 사업자가 소비자의 청약에 대해 아무런 의사를 표시하지 않은 때에는 계약이 성립하지 않으므로 이 규정에 따라 이 문제를 해결할 수 없다. 이러한 점이 전자상거래법 및 개정안의 한계점 또는 문제점이라고 할 수 있다. 이를 해결하는 방안으로는 소비자의 의사표시를 청약이 아닌 승낙으로 보는 방안과 소비자의 청약에 대한 일정기간 내에 거절의 의사를 표시하지 않은 경우에 승낙으로 간주하는 방안¹²⁾이 있다. 전자의 방안은 보다 명확하게 해결하는 방안이지만, 사업자가 아닌 소비자의 의사에 따라 계약체결이 결정된다는 점과 표시광고의 법적 성질에 대해 일반적으로 청약이 아닌 청약의 유인으로 인정하고 있다는 점과 상반된다. 이러한 점을 감안할 때 후자의 방안이 보다 이 문제를 효과적으로 해결할 수 있는 방안이라고 할 수 있다.

3) 개정안 제69조의 위치

개정안 제69조는 전자상거래법 제7조의 내용이지만, 개정안에서는 제6장 보칙으로 그 위치를 이동하였다. 그 결과, 개정안의 체계는 더욱 복잡하다. 즉, 개정안 제69조는 조작실수 방지 절차마련의무를 규정하고 있기 때문에 계약체결절차에 관한 장인 제2장 제1절에서 규정할 사항이다. 물론 개정안 제9조 및 제10조가 있기 때문에 이를 보칙으로 이동한 것으로 보인다. 그러나 중복적인 규정들에 대해 통합하지 않은 것은 개정안이 체계문제를 해결하지 않은 대표적인 예이다. 그렇다고 하더라도 개정안 제69조는 소비자가 청약을 하기 직전 단계에서 사업자의 의무이기 때문에 제6장 보칙에서 규정할 사항은 아니다. 즉, 보칙규정은 법률의 본체를 이루는 실체적 규정에 부수하는 절차적인 사항, 그 밖에 부수적인 규정 등 총칙으로 규정하기에 적합하지 않은 절차적·기술적 사항에 관한 규정을 말한다.¹³⁾ 그러나 개정안 제69조를 포함하여 제6장 보칙에서 규정하고 있는 내용들은 법제상 보칙규정에 해당하지 않는 실체적 규정이기 때문에 개정안의 구성체계는 적절하지 않다. 따라서 개정안 보칙에서 규정하고 있는 제69조는 제2장으로 이동하여야 할 것이며, 중복적인 규정인 개정안 제9조와 제10조를 제69조와 통합하여 단일의 조문에서 규정할 필요가 있다.¹⁴⁾

12) 상인이 상시 거래관계에 있는 자로부터 그 영업부류에 속한 계약의 청약을 받은 때에는 지체없이 낙부의 통지를 발송하여야 한다. 이를 해태한 때에는 승낙한 것으로 본다(상법 제53조).

13) 국회 법제실, 법제실무, 세븐스가든, 2011, 395면.

14) 고희석, “전자상거래법 전부개정안에 대한 연구”, 소비자법연구 제7권 특별호, 2021, 133~134면.

3. 재화등의 공급

(1) 개정안의 내용

온라인판매사업자는 소비자가 청약을 한 날부터 7일 이내에 재화등의 공급에 필요한 조치를 하여야 하고, 선지급식 전자상거래의 경우에는 소비자가 그 대금을 전부 또는 일부 지급한 날부터 3영업일 이내에 재화등의 공급을 위하여 필요한 조치를 하여야 한다. 다만, 소비자와 온라인판매사업자 간에 재화등의 공급시기에 관하여 따로 약정한 것이 있는 경우에는 그러하지 아니하다. 온라인판매사업자는 청약을 받은 재화등을 공급하기 곤란하다는 것을 알았을 때에는 지체 없이 그 사유를 소비자에게 알려야 하고, 선지급식 전자상거래의 경우에는 소비자가 그 대금의 전부 또는 일부를 지급한 날부터 3영업일 이내에 환급하거나 환급에 필요한 조치를 하여야 한다. 온라인판매사업자는 소비자가 재화등의 공급 절차 및 진행 상황을 확인할 수 있도록 적절한 조치를 하여야 한다. 이 경우 공정거래위원회는 그 조치에 필요한 사항을 정하여 고시할 수 있다. 제2항에 따라 선지급식 전자상거래에서 재화등의 대금을 환급하거나 환급에 필요한 조치를 하여야 하는 경우에는 제13조 제1항부터 제5항까지의 규정을 준용한다(개정안 제11조).

(2) 개정안에 대한 검토

개정안 제11조는 전자상거래법 제15조와 동일하다. 그러나 전자상거래법 제15조는 다음과 같은 문제점이 있기 때문에 개정안 역시 동일한 문제점을 가지고 있다.

1) 공급의 곤란과 대금의 환급

개정안은 전자상거래를 중심으로 규율하면서 그 이외의 통신수단을 이용하여 체결하는 거래를 우편·카탈로그 등 거래로 칭하고, 전자상거래에 관한 규정을 준용하고 있다. 그러나 준용하는 규정은 제6조부터 제9조까지, 제11조부터 제15조까지, 제19조부터 제21조까지이다(개정안 제23조). 그 결과, 개정안 제10조는 준용되지 않으며, 제69조는 전자상거래에 국한하여 적용되기 때문에 우편·카탈로그 등 거래에는 적용되지 않는다. 물론 우편·카탈로그 등 거래에 있어서 조작실수방지 등은 제9조만으로 해결될 수 있다면 전자상거래 역시 제9조만 적용하는 것이 논리적으로 타당하다. 즉, 우편·카탈로그 등 거래라고 하더라도 조작실수 등이 발생할 수 있으며, 전자적 대금지급이 이루어지기 때문에 개정안에서 전자상거래법 제7조·제8조 및 제14조를 전자상거래에 그대로 적용한다면 우편·카탈로그 등 거래에 대해서도 그 전체를 적용하는 것이 당연하기 때문이다. 다만, 개정안 제10조를 준용하지 않은 이유에 대해서는 다른 규정과 달리 수범자를 온라인판매사업자가 아닌 사업자로 규정하고 있기 때문에 준용규정을 두지 않더라도 당연히 적용된다고 판단하였을 수도 있다. 그렇다고 한다면 개정안 제10조는 제2장 전자상거래와 일치하지 않게 된다. 즉, 제10조는 제2장의 내용이기 때문에 그 수범자는 온라인판매사업자이어야 한다. 만일 이를 전자적 대금지급을 하는 사업자에게 적용하고자 하였다면 보칙에서 규정하는 것이 체계적합성의 관점에서는 타당하다. 그러나 개정안에서는 제10조에서 규정하면서 제2장의 다른 규정과 달리 수범자를 사업자로 규정한 점은 개정안의 구성체계에 있어 문제점을 보여주는 예라고 할 수 있다.

전자상거래법에서는 온라인판매사업자가 소비자의 청약을 받은 재화등을 공급하기 곤란한 것을 알았을 경우에 지체없이 그 사유를 소비자에게 알리고, 대금을 받은 경우에 받은 날로부터 3영업일 이내에 환급하거나 환급에 필요한 조치를 취하도록 규정하고 있다(동법 제15조 제2항). 여기에서 재화등의 공급곤란은 재화등의 조달불가능으로 한정되지 않는다. 따라서 사업자가 재화등을 공급할 수 있지만, 가격폭등 또는 공급량 부족 등의 경우도 포함된다. 그렇다고 한다면 이러한 경우에 사업자는 이행을 거부할 수 있는가? 전자상거래법에서는 이를 인정하고 있으며, 이는 사업자에게 해제권을 부여한 것이다. 이는 해제권의 일반적인 발생요건을 규정하고 있는 민법과 비교하여 사업자에게 유리하며, 소비자에게 불리하다. 즉, 민법상 법정 해제권의 발생요건은 채무자의 채무불이행을 기본요건으로 한다. 그러나 전자상거래법에서는 소비자의 채무불이행과 관계없이 단지 공급의 곤란성을 이유로 사업자에게 해제권을 인정하고 있다. 물론 공급이 불가능하다면 그 시기에 따라 계약체결상 과실책임 또는 위험부담으로 해결할 수 있지만, 공급의 곤란성은 이에 해당하지 않는다. 그럼에도 불구하고 사업자가 그 계약을 해소하고자 한다면 소비자의 동의를 받아야 하며, 해제계약에 따라 소비자의 손해를 배상하여야 한다. 그러나 전자상거래법은 사업자가 공급곤란의 사실의 통지와 더불어 받은 대금의 반환만을 규정하고 있기 때문에 민법의 내용보다 소비자에게 불리하다. 이는 전자상거래법이 소비자보호를 목적으로 한다는 점과 상반되며, 사업자에게 유리하다. 그 결과, 전자상거래법 제15조 제2항은 민법보다 소비자에게 불리하기 때문에 전자상거래법 제4조에 따라 민법이 적용되어 사업자는 공급곤란성을 이유로 해제할 수 없다. 이러한 점이 전자상거래법의 문제이다.¹⁵⁾ 다만, 개정안 제4조는 전자상거래법 제4조 단서를 삭제하였기 때문에 민법의 적용문제는 발생하지 않는다. 그러나 이는 개정안이 소비자보호를 목적으로 한다는 점과 상반된다. 즉, 전자상거래법의 적용이 다른 법의 적용보다 소비자에게 불리함에도 불구하고, 전자상거래법을 적용한다는 점은 소비자보호라는 목적에 반하는 것이다. 따라서 개정안 제4조에서 전자상거래법 제4조 단서를 삭제한 것은 타당하지 않다.¹⁶⁾ 그렇다고 한다면 이 문제는 어떻게 해결하여야 하는가? 이 규정에서 사실상 사업자의 해제권 발생요건인 ‘공급의 곤란’을 ‘공급의 불가능’으로 개정한다면 쉽게 해결될 수 있다. 다만, 이자의 지급 문제가 발생하지만, 전자상거래법에서는 지연이자율에 대해 비교적 높게 설정하고 있기 때문에 이자의 문제는 어느 정도 해결될 수 있다.

2) 청약철회 효과규정의 일부 적용

전자상거래법 제15조 제4항에서는 사업자가 대금환급을 지연한 경우에 청약철회 효과에

15) 고희석, 앞의 책, 237~239면.

16) 고희석, 앞의 “전자상거래법 전부개정안에서 온라인 플랫폼 중개에 대한 연구”, 220면; 김세준, “전자상거래법 전부개정안에서의 온라인 플랫폼 운영사업자에 관한 몇 가지 쟁점”, 『변화하는 전자상거래와 전자상거래법의 발전방향』, 한국소비자법학회·공정거래위원회, 2021, 33면; 서종희, “전자상거래법 전부개정안에 대한 관견”, 『변화하는 전자상거래와 전자상거래법의 발전방향』, 한국소비자법학회·공정거래위원회, 2021, 49면.

관한 규정인 제18조 제1항부터 제5항까지를 준용하고 있으며, 개정안 역시 동일하다. 이는 통신판매업자(온라인판매사업자)의 환급 또는 환급에 필요한 조치에 관한 사항이기 때문에 제18조 제1항부터 제5항까지(개정안 제13조 제1항부터 제5항까지)로 규정한 것이다. 그러나 제18조 제3항부터 제5항까지는 소비자가 신용카드 등으로 결제한 경우이지만, 제6항 이하의 규정을 준용하지 않음으로 인해 통신판매업자가 결제업자에게 대금을 환급하지 않아 결제업자가 소비자에게 대금을 청구하였을 경우 소비자는 상계요청을 할 수 없다. 즉, 공급근란에 의한 계약해제와 청약철회에 따른 효과는 사실상 동일함에도 불구하고 전자에 대해서는 후자의 규정 중 일부만 준용하고 있기 때문에 준용하지 않은 규정은 적용되지 않는 문제가 발생한다.¹⁷⁾ 그 결과, 사업자의 공급근란에 의해 계약이 해소되었음에도 불구하고, 청약철회보다 소비자를 더 불리하게 규정하고 있는 점은 타당하지 않다. 이러한 점이 전자상거래법의 문제점이며, 이와 동일하게 규정하고 있는 개정안 역시 동일한 문제점을 가지고 있다.¹⁸⁾

Ⅲ. 청약철회

1. 청약철회권의 발생요건 및 행사기간 등

(1) 개정안의 내용

온라인판매사업자와 재화등의 구매에 관한 계약을 체결한 소비자는 다음 각 호의 기간(거래당사자가 다음 각 호의 기간보다 긴 기간으로 약정한 경우에는 그 기간을 말한다) 이내에 해당 계약에 관한 청약철회등을 할 수 있다. 첫째, 제8조 제1항에 따른 계약내용에 관한 서면을 받은 날부터 7일이지만, 그 서면을 받은 때보다 재화등의 공급이 늦게 이루어진 경우에는 재화등을 공급받거나 재화등의 공급이 시작된 날부터 7일이다. 둘째, 제8조 제1항에 따른 계약내용에 관한 서면을 받지 아니한 경우, 온라인판매사업자의 주소 등이 적혀 있지 아니한 서면을 받은 경우 또는 온라인판매사업자의 주소 변경 등의 사유로 제1호의 기간에 청약철회등을 할 수 없는 경우에는 온라인판매사업자의 주소를 안 날 또는 알 수 있었던 날부터 7일이다. 셋째, 제31조 제1항 제2호 또는 제3호의 청약철회등에 대한 방해 행위가 있는 경우에는 그 방해 행위가 종료한 날부터 7일이다. 소비자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 온라인판매사업자의 의사에 반하여 제1항에 따른 청약철회등을 할 수 없다. 다만, 온라인판매사업자가 제6항에 따른 조치를 하지 아니하는 경우에는 제2호부터

17) 청약철회의 효과에 대해 전자상거래법은 상계요청으로 규정하고 있어 많은 문제를 가지고 있으며, 이에 대해서는 후술한다.

18) 유럽연합 소비자신용지침에서는 철회에 따라 여신계약도 당연히 소멸하는 것으로 규정하고 있으며, 그 이외에는 항변의 접수를 인정하고 있다(성준호, “소비자계약과 경제적으로 결합된 계약관계에서 철회권과 항변권”, 소비자법연구 제5권 제1호, 2019, 314면).

제5호까지의 규정에 해당하는 경우에도 청약철회등을 할 수 있다. 첫째, 소비자에게 책임이 있는 사유로 재화등이 멸실되거나 훼손된 경우이지만, 재화등의 내용을 확인하기 위하여 포장 등을 훼손한 경우는 제외한다. 둘째, 소비자의 사용 또는 일부 소비로 재화등의 가치가 현저히 감소한 경우이다. 셋째, 시간이 지나 다시 판매하기 곤란할 정도로 재화등의 가치가 현저히 감소한 경우이다. 넷째, 복제가 가능한 재화등의 포장을 훼손한 경우이다. 다섯째, 용역 또는 「문화산업진흥 기본법」 제2조 제5호의 디지털콘텐츠의 제공이 개시된 경우이지만, 가분적 용역 또는 가분적 디지털콘텐츠로 구성된 계약의 경우에는 제공이 개시되지 아니한 부분에 대하여는 그러하지 아니하다. 여섯째, 소비자가 재화등을 개별적으로 주문하고 스스로 사용 또는 이용하는 것이 명백하여 다른 소비자에게 재판매하는 것이 객관적으로 불가능한 경우이다. 일곱째, 그 밖에 거래의 안전을 위하여 대통령령으로 정하는 경우이다. 소비자는 제1항 및 제2항에도 불구하고 재화등의 내용이 표시·광고의 내용과 다르거나 계약내용과 다르게 이행된 경우에는 소비자가 그 사실을 안 날 또는 알 수 있었던 날로부터 30일이 되는 날과 그 재화등을 공급받은 날로부터 3개월이 되는 날 중 먼저 도래하는 기간 내에 청약철회등을 할 수 있다. 제1항 또는 제3항에 따른 청약철회등을 서면으로 하는 경우에는 그 의사표시가 적힌 서면을 발송한 날에 그 효력이 발생한다. 제1항부터 제3항까지의 규정을 적용할 때 재화등의 훼손에 대하여 소비자의 책임이 있는지 여부, 재화등의 구매에 관한 계약이 체결된 사실 및 그 시기, 재화등의 공급사실 및 그 시기 등에 관하여 다툼이 있는 경우에는 온라인판매사업자가 이를 증명하여야 한다. 온라인판매사업자는 제2항 제2호부터 제5호까지의 규정에 따라 청약철회등이 불가능한 재화등의 경우에는 그 사실을 재화등의 포장이나 그 밖에 소비자가 쉽게 알 수 있는 곳에 명확하게 표시하거나 시험 사용 상품을 제공하는 등의 방법으로 청약철회등의 권리 행사가 방해받지 아니하도록 조치하여야 한다. 다만, 제2항제5호 중 디지털콘텐츠에 대하여 소비자가 청약철회등을 할 수 없는 경우에는 청약철회등이 불가능하다는 사실의 표시와 함께 대통령령으로 정하는 바에 따라 시험 사용 상품을 제공하는 등의 방법으로 청약철회등의 권리 행사가 방해받지 아니하도록 하여야 한다(개정안 제12조).

(2) 개정안에 대한 검토

청약철회권의 발생요건 및 행사기간 등을 규정하고 있는 개정안 제12조는 전자상거래법 제17조의 내용과 거의 동일하다. 차이점은 청약철회배제사유 중 “소비자가 재화등을 개별적으로 주문하고 스스로 사용 또는 이용하는 것이 명백하여 다른 소비자에게 재판매하는 것이 객관적으로 불가능한 경우”를 추가하였다는 점이다. 이 규정은 전자상거래법 시행령에서 규정한 내용¹⁹⁾ 중 일부를 수정한 것이다. 또한 사업자의 채무불이행에 따른 청약철회기간

19) 법 제17조 제2항제6호에서 “대통령령으로 정하는 경우”란 소비자의 주문에 따라 개별적으로 생산되는 재화등 또는 이와 유사한 재화등에 대하여 법 제13조 제2항제5호에 따른 청약철회등(이하 “청약철회등”이라 한다)을 인정하는 경우 통신판매업자에게 회복할 수 없는 중대한 피해가 예상되

에 대해 30일 또는 3개월 중 먼저 도래한 경우에 청약철회권은 소멸하는 것으로 보다 명확히 규정하였다.²⁰⁾

1) 청약철회기간의 기산일

전자상거래법 및 개정안 모두 소비자의 단순구매의사변경에 따른 청약철회권의 행사기간은 7일이며, 그 기산일은 기본적으로 계약서 및 재화등을 받은 날이다. 따라서 사업자가 그 의무를 제대로 이행하지 않은 경우에 그 행사기간을 연장하기 위해 그 기산일을 변경하고 있다. 그 중 하나의 사유가 개정안 제12조 제1항 제2호이며, “제8조 제1항에 따른 계약내용에 관한 서면을 받지 아니한 경우, 온라인판매사업자의 주소 등이 적혀 있지 아니한 서면을 받은 경우 또는 온라인판매사업자의 주소 변경 등의 사유로 제1호의 기간에 청약철회등을 할 수 없는 경우에는 온라인판매사업자의 주소를 안 날 또는 알 수 있었던 날부터 7일”로 규정하고 있다. 이는 전자상거래법의 내용과 동일하다(전자상거래법 제17조 제1항 제2호). 그러나 이 규정은 소비자의 청약철회기간을 연장하는 것이 아닌 단축시킨다. 예를 들어, 소비자가 온라인판매사업자의 온라인몰에서 재화를 구입하였지만, 계약서를 교부받지 않았을 경우에 개정안 제12조 제1항 제2호에 따르면 소비자는 온라인판매사업자의 주소를 안 날 또는 알 수 있었던 날로부터 7일 이내에 청약을 철회할 수 있다. 만일 그 온라인몰의 하단에 온라인판매사업자의 주소가 기재된 경우에 그 기산일은 계약을 체결한 날이 된다. 즉, 소비자는 온라인 몰 하단에 기재된 온라인판매사업자의 주소를 보았다면 그 주소를 안 날은 계약을 체결한 날이며, 설령 그 주소를 보지 못하였다고 하더라도 그 주소를 알 수 있었기 때문에 동일하다. 따라서 온라인판매사업자의 의무위반(계약서 미교부)이 있는 경우에 청약철회기간을 연장하고자 하는 입법의도와 달리 더 단축시키는 결과를 유발한다. 이러한 점은 전자상거래법의 문제점이며, 이미 지적되었다.²¹⁾ 그럼에도 불구하고, 개정안에서는 이를 그

는 경우로서 사전에 해당 거래에 대하여 별도로 그 사실을 고지하고 소비자의 서면(전자문서를 포함한다)에 의한 동의를 받은 경우를 말한다(전자상거래법 시행령 제21조).

20) 공정거래위원회는 사업자의 채무불이행에 따른 청약철회기간이 불명확하기 때문에 이를 명확히 하기 위해 개정하였다고 말하고 있다. 그러나 다른 법에서도 이와 동일한 규정이 있지만, 해석상 논란은 발생하지 않는다. 즉, 민법상 취소권의 행사기간은 취인할 수 있는 날로부터 3년, 법률행위를 한 날로부터 10년으로 규정하고 있다(민법 제146조). 또한 불법행위에 기한 손해배상청구권의 행사기간에 대해 피해자나 그 법정대리인이 그 손해 및 가해자를 안 날로부터 3년 또는 불법행위를 한 날로부터 20년으로 규정하고 있다(민법 제766조 제2항, 제3항). 이 경우에 학설 및 판례 모두 양자 중 어느 기간이 먼저 도래하면 취소권 또는 청구권은 소멸하는 것으로 해석하고 있으며, 논란은 없다. 다만, 재화등이 약정된 이행기보다 늦게 공급된 경우에 소비자는 전자상거래법 제17조 제1항에 따라 청약을 철회할 수 있는가 아니면 제3항에 따라 청약을 철회할 수 있는가의 문제가 제기되었다. 즉, 공급시기를 기준으로 한다면 제17조 제1항이 적용되어야 하지만, 지연공급이기 때문에 계약내용과 다르게 이행된 것이므로 제3항이 적용된다. 이에 대해서는 제1항은 약정된 이행기에 공급되었지만, 계약서의 교부보다 늦게 공급된 경우로 한정되기 때문에 지연공급의 경우는 제3항이 적용된다고 해석할 수 있다. 반면에 제3항은 표시광고된 내용과 다른 재화등이 공급된 경우 등으로 규정하고 있기 때문에 재화등의 내용상의 문제만을 대상으로 하며, 그 공급지연의 문제는 대상이 아니므로 제1항이 적용된다고 해석할 수 있다. 이와 같이 공급지연의 경우에 제1항 또는 제3항의 적용 여부에 대한 논란이 있지만, 개정안에서는 이를 명확히 해결하고 있지 않다.

대로 규정하고 있기 때문에 그 문제점을 동일하게 가지고 있다.

2) 신설된 청약철회 배제사유

개정안에서는 전자상거래법 시행령에서 규정하고 있는 내용을 법률로 상향 조정하였다. 그러나 그 내용은 다음과 같은 점에서 상이하다. 첫째, 실질적 요건에 대해 전자상거래법 시행령에서는 “소비자의 주문에 따라 개별적으로 생산되는 재화등 또는 이와 유사한 재화등에 대하여 법 제13조 제2항 제5호에 따른 청약철회등을 인정하는 경우 통신판매업자에게 회복할 수 없는 중대한 피해가 예상되는 경우”로 규정하고 있지만, 개정안에서는 “소비자가 재화등을 개별적으로 주문하고 스스로 사용 또는 이용하는 것이 명백하여 다른 소비자에게 재판매하는 것이 객관적으로 불가능한 경우”로 규정하고 있다. 그리고 “이와 유사한 재화”에 대해 개정안에서는 삭제하였으며, 불명확한 내용의 삭제는 바람직하다고 할 수 있다. 둘째, 전자상거래법 시행령에서는 “통신판매업자에게 회복할 수 없는 중대한 피해가 예상되는 경우”로 규정하고 있지만, 개정안은 “다른 소비자에게 재판매하는 것이 객관적으로 불가능한 경우”로 규정하고 있다. 셋째, 전자상거래법 시행령에서는 청약철회배제사유에 대해 실질적 요건과 형식(절차)적 요건을 동시에 규정하고 있다. 즉, 소비자의 개별주문제작 재화등에 해당하더라도 무조건적으로 청약철회가 배제되는 것이 아닌 “청약철회가 불가능하다는 사실의 고지와 소비자의 서면에 의한 동의를 받은 경우”에 한해 청약철회가 배제된다. 그러나 개정안은 실질적 요건만 충족하면 소비자의 청약철회는 배제된다.

이와 같이 개정안에서는 전자상거래법 시행령에서 정하고 있는 배제사유²²⁾를 법률에서 직접 규율하는 방식을 취하고 있지만, 다음과 같은 문제점을 가지고 있다. 첫째, 개정안에 따르면 소비자의 개별 주문에 따라 제작한 재화등에 해당하더라도 청약철회가 배제되는 경우는 거의 없다. 즉, 재판매가 객관적으로 불가능하여야 만이 청약철회가 배제될 뿐 매우 저가로 판매할 수 있다면 이 사유에 해당하지 않는다. 이러한 개정안은 소비자보호의 정도를 매우 높인 것이라고 할 수 있다. 그러나 소비자보호는 합리적인 수준에서 이루어져야 하며, 소비자보호를 위해 무조건적으로 사업자에게 희생을 요구할 수 없다. 또한 사업자의 희생을 요구하더라도 합리적인 범위내로 정해져야 하며, 그 이상을 요구할 경우에 역차별 또는 불평등의 문제를 유발한다. 그렇다고 한다면 개정안의 내용은 합리적 범위내에서 사업자의 희생을 요구하는 것인가? 그러나 개정안은 전자상거래법 시행령의 내용보다 사업자에게 매우 불리하며, 이를 정당화할 수 있는 사유도 없다. 또한 그 입법취지는 전혀 고려되지 않았다. 즉, 소비자의 개별적 주문에 따라 제작된 재화등의 경우에 청약철회를 인정한다면 사업자는

21) 고형석, “청약철회권의 행사기간 및 기산일에 관한 연구”, 홍익법학 제13권 제2호, 2012, 315면.
22) 법 제17조 제2항 제6호에서 “대통령령으로 정하는 경우”란 소비자의 주문에 따라 개별적으로 생산되는 재화등 또는 이와 유사한 재화등에 대하여 법 제13조 제2항 제5호에 따른 청약철회등(이하 “청약철회등”이라 한다)을 인정하는 경우 통신판매업자에게 회복할 수 없는 중대한 피해가 예상되는 경우로서 사전에 해당 거래에 대하여 별도로 그 사실을 고지하고 소비자의 서면(전자문서를 포함한다)에 의한 동의를 받은 경우를 말한다(동 시행령 제21조).

반환받은 재화등을 사실상 재판매하기 곤란하며, 그로 인해 중대한 손실을 입게 되기 때문에 이를 배제사유로 규정한 것이다.²³⁾ 그럼에도 불구하고, 개정안에서는 그 요건을 객관적으로 불가능한 경우로 규정하여 그 손실의 규모와 관계없이 그 재화등을 판매할 수 있다면 청약을 철회할 수 있도록 규정하고 있기 때문에 불합리한 소비자보호에 해당한다. 둘째, 전자상거래법 시행령에서는 그 재화등을 누가 사용하는가에 대해서는 제한이 없는 반면에 개정안에서는 주문한 소비자가 사용하는 것을 전제로 하고 있다. 그 결과, 소비자의 개별적인 주문에 의해 생산한 재화에 대하여 재판매가 곤란하지만, 그 재화의 사용자가 주문자가 아닌 다른 자인 경우에는 전자상거래법과 개정안간 차이가 있게 된다. 즉, 전자상거래법에 따르면 청약을 철회할 수 없지만, 개정안에 따르면 청약을 철회할 수 있게 된다. 그러나 개정안은 내용은 타당하지 않다. 즉, 개별 주문에 따른 제작된 재화등은 다른 소비자 등에게 판매할 수 없기 때문에 청약철회를 배제하는 것이며, 이를 누가 사용하기 위해 주문한 것인가의 문제와는 관계가 없다. 예를 들어, 甲이 乙에게 선물하기 위해 사업자 丙에게 A(옷 : 맞춤형) 제작을 의뢰하였을 경우에 계약을 체결한 소비자(주문한 자)는 甲이지만, A를 사용하는 자는 乙이다. 따라서 이 경우에 전자상거래법에 따르면 甲은 청약을 철회할 수 없지만, 개정안에 따르면 甲은 청약을 철회할 수 있게 된다. 이는 개정안이 전자상거래법 시행령의 내용을 규정하고 있지만, 공정거래위원회는 그 의미를 정확히 파악하지 못한 채 개정안을 마련하였기 때문에 발생한 문제이다. 셋째, 전자상거래법 시행령상 “소비자의 주문에 따라 개별적으로 생산되는 재화등”과 개정안상 “소비자가 재화등을 개별적으로 주문하고”라는 내용은 동일한 것이 아닌 상이하다. 즉, 전자는 재화등의 생산이 소비자의 주문에 따라 이루어지는 것을 의미하지만, 후자는 주문이 소비자에 의해 개별적으로 이루어진다는 의미이다. 따라서 전자상거래는 소비자의 개별적 주문에 따라 체결되는 것이 일반적이기 때문에 개정안에 따르면 모든 전자상거래는 이 요건을 충족한 것이 된다.²⁴⁾ 이는 입법의도와 개정안의 내용이 불일치함을 나타낸다. 즉, 입법의도는 시행령의 내용으로 법률로 상향 조정하기 위함이며, 그 요건은 주문의 개별성이 아닌 생산의 개별성이다. 그러나 개정안에서는 그 내용을 수정하면서 개별적으로 생산된다는 점을 삭제하였기 때문에 이러한 논란이 발생한 것이다. 따라서 개정안은 시행령의 내용을 그대로 반영하여 수정할 필요가 있다. 마지막으로, 개정안에서는 시행령에서 정하고 있는 배제조치를 모두 삭제하였다. 물론 소비자의 서면동의를 받도록 한 점은 다른 배제사유와 비교할 때 적합하지 않지만, 이러한 재화등은 청약철회할 수 없다는 사실의 고지까지 삭제하는 것은 타당하지 않다. 즉, 소비자의 청약철회를 배제하기 위해서는 최소한 소비자가 계약을 체결할 때에 그 재화등에 대해서는 청약을

23) 공정거래위원회는 이 규정에 대한 개정이유로 “청약철회를 인정하는 경우 회복할 수 없는 중대한 피해가 예상되는 경우” 등을 판단할 기준이 명확하지 않아 법 조항 해석과정에서 불필요한 분쟁이 지속적으로 발생하고 있음을 제시하였다(공정거래위원회, 전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률 전부개정안, 2021, 9면).

24) 소비자가 다른 소비자와 함께 구매하는 경우인 공동구매도 존재하지만, 대다수 소비자는 개별적으로 주문한다.

철회할 수 없다는 사실을 알 수 있어야 한다. 이러한 점은 다른 청약철회 배제사유에서 규정하고 있는 내용이다. 그럼에도 불구하고, 소비자의 개별주문제작 재화등이라고 하여 이를 인정하지 않음은 타당하지 않다. 따라서 이 배제사유에 대한 배제조치도 유지되어야 하지만, 그 배제조치는 전자상거래법 시행령에서 규정한 내용과 달리 ‘청약철회등이 불가능하다’는 사실의 고지로 규정하여야 할 것이다.²⁵⁾

3) 신설되어야 할 청약철회 배제사유

전자상거래법에서는 소비자에게 청약철회권을 부여하면서 동시에 사업자에게 중대한 손해가 발생할 우려가 있는 경우에는 이를 배제하고 있다. 다만, 그 배제사유에 대해서는 구체적으로 규정한 것이 아닌 일반적으로 규정하고 있다. 따라서 배제사유에 관한 규정의 해석을 통해 그 범주가 다양화될 수 있다. 그러나 현행 규정의 한계로 인해 청약철회가 배제되어야 함에도 불구하고 인정되는 경우가 있다. 대표적인 경우로는 특정기일의 여객운송계약(항공기, 열차 등) 또는 숙박시설 이용계약 등이다. 여객운송계약을 용역제공계약으로 볼 경우에 청약철회기간의 기산일은 용역이 제공된 시점이기 때문에 계약체결일과 관계없이 출발일 전까지 소비자는 언제든지 청약을 철회할 수 있다. 그 결과, 노쇼(no-show) 등의 문제가 발생하였으며²⁶⁾, 다른 소비자가 여객운송서비스를 이용하지 못하는 문제도 발생하였다. 반면에 권리(항권권)의 매매로 볼 경우에 항공권 등이 교부되면 소비자는 탑승일까지의 잔여기간과 관계없이 청약을 철회할 수 없으며, 이 문제에 대해서는 후술한다. 이러한 점(용역제공계약으로 볼 경우)은 숙박시설이용계약 역시 동일하다고 할 수 있지만, 이는 단기임대차 계약이기 때문에 전자상거래법상 통신판매에 해당하지 않으므로 여객운송계약과는 다르다. 다만, 개정안에서는 청약철회의 대상을 ‘판매’가 아닌 ‘거래’로 규정하고 있기 때문에 숙박시설이용계약 역시 청약철회의 대상이 포함된다. 따라서 이러한 계약에 대해서는 청약을 철회할 수 없도록 규정하여야 하지만, 개정안에서는 이를 포함하고 있지 않다. 다만, 개정안 제12조 제2항 제7호에서 ‘거래의 안전을 위하여 대통령령으로 정하는 경우’를 규정하고 있

25) 전자상거래법 및 개정안 모두 소비자의 책임없는 사유에 의한 재화등의 멸실 또는 훼손에 대해 청약철회를 인정하고 있다. 예를 들어, 공급받은 재화(접시)가 불가항력(지진)에 의해 멸실된 경우이며, 소비자는 청약을 철회하고, 그 가액을 반환한다. 그러나 이는 의미가 없으며, 그 절차 및 비용만 추가될 뿐이다. 위의 경우에 소비자는 청약을 철회한 후 접시 가액을 사업자에게 반환하고, 사업자는 소비자로부터 받은 대금을 반환한다. 그렇다고 한다면 소비자는 돌려준 돈을 돌려 받은 것이며, 그에 따라 송금에 따른 수수료가 추가된다. 또한 돌려받을 때까지 돈을 사용하지 못하는 손실만 입게 된다. 과연 이러한 점을 염두에 두고 전자상거래법에서는 이와 같이 규정하였으며, 개정안 역시 이와 동일하게 규정한 것인가에 대해 의문이 제기된다.

26) 2018년에 홍콩공항에서는 인천행 대한항공 여객기에 한류 아이돌그룹 극성팬 3명이 올라타 연예인을 본 뒤 이륙 직전 내리겠다고 떼를 쓰는 일이 벌어졌다. 이 때문에 탑승객 360여명이 모두 비행기에서 내려 보안점검을 다시 받느라 출발이 1시간 가까이 지연됐다. 대한항공은 어쩔 수 없이 말썽을 일으킨 아이돌 팬 3명 모두에게 항공요금을 환불해 줬고, 이륙 지연으로 인한 비용을 홍콩 국제공항에 지불하는 등 피해를 봤다. 그러나 이들이 물어낸 환불 수수료는 10만원에도 못 미쳤다 (<https://news.wowtv.co.kr/NewsCenter/News/Read?articleId=A201812180593&t=KO>).

기 때문에 하위법령에서 이를 규정할 수도 있다.

4) 용역에 대한 배제사유와 권리에 대한 배제사유

2016년에 개정된 전자상거래법은 용역 및 디지털콘텐츠에 대한 청약철회 배제사유를 신설하였다. 그 이유는 반환이 가능한 재화와 달리 용역 및 디지털콘텐츠는 반환이 불가능함에도 불구하고, 이러한 특성이 고려되지 않았다는 점을 감안하여 용역 및 디지털콘텐츠의 특성에 적합한 배제사유를 신설한 것이다. 이러한 점은 타당하지만, 용역에 권리가 포함되는 사실을 인식하지 못하였다. 즉, 전자상거래법 제2조 제2호에서 통신판매를 정의하면서 용역에 일정한 시설을 이용하거나 용역을 제공받을 수 있는 권리를 포함하고, 그 이하의 규정에 동일하게 적용하고 있다. 이러한 점은 개정안 역시 동일하다. 따라서 용역에 관한 규정은 권리에 대해서도 동일하게 적용된다. 이로 인해 소비자가 그 권리를 행사하였는가와 상관없이 권리가 제공되었다면 소비자는 권리매매에 대해 청약을 철회할 수 없다. 그러나 권리는 소비자가 이전받았다고 하더라도 아직 행사하기 전이라고 한다면 사업자에게 반환할 수 있다. 이러한 점이 용역과 권리의 차이점이다. 그럼에도 불구하고, 청약철회 배제사유에 있어 권리를 용역과 구분하지 않음으로 인해 이러한 문제가 발생하게 되었으며, 개정안 역시 전자상거래법과 동일하게 규정하고 있기 때문에 동일한 문제를 가지고 있다. 따라서 권리를 용역에 포함시켜 일률적으로 적용할 것이 아니라 양자를 구분하여 규율할 필요가 있다.²⁷⁾

5) 청약철회 배제조치의 목적

소비자가 청약을 철회할 수 없는 사유에 해당하더라도 사업자는 배제조치를 강구하여야 하며, 이는 전자상거래법 및 개정안 모두 동일하다. 또한 이러한 배제조치의 목적에 대해서는 동일하게 규정하고 있다. 즉, 배제조치를 강구하는 목적에 대해 “청약철회등의 권리 행사가 방해받지 아니하도록 조치하여야 한다”고 규정하고 있다(전자상거래법 제17조 제6항; 개정안 제12조 제6항). 이 문언에 따르면 배제조치를 취하는 이유는 소비자의 청약철회권 행사를 방해하지 않도록 하기 위함이다. 그러나 배제조치는 소비자의 청약철회권을 배제하기 위한 요건이며, 그 목적은 소비자의 청약철회권을 배제하기 위함이다. 그 결과, 전자상거래법은 그 목적을 정반대로 규정하고 있다. 이러한 모순을 개정안에서는 그대로 규정하고 있기 때문에 배제조치의 목적과 법상 목적은 상이하다는 문제를 가지고 있다.²⁸⁾

2. 청약철회의 효과

27) 고희석, “소비자보호법상 권리매매에서 청약철회에 관한 연구”, 서울법학 제27권 제4호, 2020, 216면. 전자상거래법과 동일하게 용역에 권리를 포함하여 규율하고 있는 할부거래법에서는 청약철회의 효과에 있어 양자를 구분하고 있다(동법 제10조 제3항).

28) 고희석, 앞의 책, 279면.

(1) 개정안의 내용

소비자는 제12조 제1항 또는 제3항에 따라 청약철회등을 한 경우에는 이미 공급받은 재화등을 반환하여야 한다. 다만, 이미 공급받은 재화등이 용역 또는 디지털콘텐츠인 경우에는 그러하지 아니하다. 온라인판매사업자(소비자로부터 재화등의 대금을 받은 자 또는 소비자와 전자상거래에 관한 계약을 체결한 자를 포함한다. 이하 제2항부터 제10항까지의 규정에서 같다)는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 날부터 3영업일 이내에 이미 지급받은 재화등의 대금을 환급하여야 한다. 이 경우 온라인판매사업자가 소비자에게 재화등의 대금 환급을 지연한 때에는 그 지연기간에 대하여 연 100분의 40 이내의 범위에서 「은행법」에 따른 은행이 적용하는 연체금리 등 경제사정을 고려하여 대통령령으로 정하는 이율을 곱하여 산정한 지연이자(이하 "지연배상금"이라 한다)를 지급하여야 한다. 첫째, 온라인판매사업자가 재화를 공급한 경우에는 제1항 본문에 따라 재화를 반환받은 날이다. 둘째, 온라인판매사업자가 용역 또는 디지털콘텐츠를 공급한 경우에는 제12조 제1항 또는 제3항에 따라 청약철회등을 한 날이다. 셋째, 온라인판매사업자가 재화등을 공급하지 아니한 경우에는 제12조 제1항 또는 제3항에 따라 청약철회등을 한 날이다. 온라인판매사업자는 제1항 및 제2항에 따라 재화등의 대금을 환급할 때 소비자가 「여성전문금융업법」 제2조 제3호에 따른 신용카드나 그 밖에 대통령령으로 정하는 결제수단으로 재화등의 대금을 지급한 경우에는 지체 없이 해당 결제수단을 제공한 사업자(이하 "결제업자"라 한다)에게 재화등의 대금 청구를 정지하거나 취소하도록 요청하여야 한다. 다만, 온라인판매사업자가 결제업자로부터 해당 재화등의 대금을 이미 받은 때에는 지체 없이 그 대금을 결제업자에게 환급하고, 그 사실을 소비자에게 알려야 한다. 제3항 단서에 따라 온라인판매사업자로부터 재화등의 대금을 환급받은 결제업자는 그 환급받은 금액을 지체 없이 소비자에게 환급하거나 환급에 필요한 조치를 하여야 한다. 제3항 단서에 해당하는 온라인판매사업자 중 환급을 지연하여 소비자가 대금을 결제하게 한 온라인판매사업자는 그 지연기간에 대한 지연배상금을 소비자에게 지급하여야 한다. 소비자는 온라인판매사업자가 제3항 단서에도 불구하고 정당한 사유 없이 결제업자에게 대금을 환급하지 아니하는 경우에는 결제업자에게 그 온라인판매사업자에 대한 다른 채무와 온라인판매사업자로부터 환급받을 금액을 상계(相計)할 것을 요청할 수 있다. 이 경우 결제업자는 대통령령으로 정하는 바에 따라 그 온라인판매사업자에 대한 다른 채무와 상계할 수 있다. 소비자는 결제업자가 제6항에 따른 상계를 정당한 사유 없이 게을리한 경우에는 결제업자에 대하여 대금의 결제를 거부할 수 있다. 이 경우 온라인판매사업자와 결제업자는 그 결제 거부를 이유로 그 소비자를 약정한 기일까지 채무를 변제하지 아니한 자로 처리하는 등 소비자에게 불이익을 주는 행위를 하여서는 아니 된다. 제1항의 경우 온라인판매사업자는 이미 재화등이 일부 사용되거나 일부 소비된 경우에는 그 재화등의 일부 사용 또는 일부 소비에 의하여 소비자가 얻은 이익 또는 그 재화등의 공급에 든 비용에 상당하는 금액으로서 대통령령으로 정하는 범위의 금액을 소비자에게 청구할 수 있다. 제12조 제1항에 따른 청약철회등의 경우 공급받은 재화등의 반환에 필요한 비용은 소비자

가 부담하며, 온라인판매사업자는 소비자에게 청약철회등을 이유로 위약금이나 손해배상을 청구할 수 없다. 제12조 제3항에 따른 청약철회등의 경우 재화등의 반환에 필요한 비용은 온라인판매사업자가 부담한다. 온라인판매사업자, 재화등의 대금을 받은 자 또는 소비자와 전자상거래에 관한 계약을 체결한 자가 동일인이 아닌 경우에 이들은 제12조 제1항 및 제3항에 따른 청약철회등에 의한 제1항부터 제7항까지의 규정에 따른 재화등의 대금 환급과 관련한 의무의 이행에 대하여 연대하여 책임을 진다(개정안 제13조).

(2) 개정안에 대한 검토

개정안의 내용은 전자상거래법의 내용을 그대로 유지하고 있다. 이와 같이 개정안이 전자상거래법의 내용을 그대로 유지하기 위해서는 전자상거래법의 내용이 타당하다는 것이 전제되어야 한다. 그러나 청약철회의 효과를 규정하고 있는 전자상거래법 제18조는 매우 다양한 문제를 가지고 있으며, 이는 소비자보호의 미흡성과 부당한 법률관계로 구분할 수 있다.

1) 용역(권리) 또는 디지털콘텐츠의 미반환

2016년 전자상거래법 개정에 따라 청약철회의 효과인 재화등의 반환관계를 규정하고 있는 제18조 제1항 단서(개정안 제13조 제1항 단서)가 신설되었다. 이는 용역 또는 디지털콘텐츠거래의 경우에 용역 또는 디지털콘텐츠가 제공된 후 반환이 불가능하거나 의미가 없다는 점을 고려한 것이다. 즉, 용역은 제공되면 반환이 불가능하다. 또한 디지털콘텐츠의 경우에 반환하더라도 동일한 디지털콘텐츠가 소비자의 저장장치에 남아 있기 때문에 물리적 점유의 이전을 내용으로 하는 반환은 의미가 없다. 이러한 점을 고려하여 단서를 신설하였다. 그러나 단서 규정은 다음과 같은 문제를 가지고 있다. 첫째, 전자상거래법상 용역은 단지 용역만이 아닌 권리까지 포함한다. 그 결과, 권리매매에 대해 청약을 철회한 경우에 그 권리가 소비자에게 이전되었다면 소비자는 그 권리를 반환할 필요가 없다. 물론 소비자가 그 권리를 행사하였다면 사업자는 그 권리의 행사에 따라 얻은 이익을 청구할 수 있지만, 아직 사용하기 전이라고 한다면 사용에 따라 얻은 이익을 청구할 수 없다. 그렇다고 한다면 소비자는 그 권리를 행사할 수 없는가? 일반적으로 대금을 환급받은 소비자는 당연히 그 권리를 행사할 수 없다고 할 것이다. 그러나 후술하는 디지털콘텐츠거래에 대한 청약철회의 내용을 감안한다면 이를 당연시 할 수 없다. 이러한 문제가 발생하는 근본적인 이유는 용역과 권리의 성격이 상이함에도 불구하고, 권리를 용역에 포함시키고, 용역에 관한 규정을 무차별적으로 권리에 적용하였기 때문이다. 둘째, 디지털콘텐츠의 경우, 동일한 디지털콘텐츠가 소비자의 저장장치에 남아 있기 때문에 소비자의 저장장치로 전송된 디지털콘텐츠에 대한 반환은 일반적으로 의미가 없다. 그러나 게임아이템과 같이 사업자가 공급한 게임아이템을 삭제하거나 소비자가 삭제하여 복구할 수 없는 디지털콘텐츠도 존재한다. 또한 소비자가 대금을 환급받았음에도 불구하고, 디지털콘텐츠를 계속 사용할 수 있도록 함은 타당하지 않다. 이러한 점은 2016년에 전자상거래법을 개정함에 있어 디지털콘텐츠의 다양한 형태를 전혀 고

려하지 않고, 소비자의 배타적 저장장치로 전송된 경우를 일반화시켜 규정하였기 때문이다.²⁹⁾ 이와 달리 유럽연합 소비자권리지침 및 디지털콘텐츠지침에서는 디지털콘텐츠거래가 해소된 경우에 제공받을 디지털콘텐츠를 삭제하고, 더 이상 이용하지 않을 의무를 소비자에게 부과하였다.³⁰⁾ 즉, 디지털콘텐츠는 유체재화와 달리 반환은 의미가 없기 때문에 반환의 무가 아닌 삭제 또는 더 이상 사용금지의무를 부과하여 반환과 동일한 효과를 규정한 것이다. 그럼에도 불구하고, 공정거래위원회는 전자상거래법과 동일한 내용으로 개정안을 마련하였기 때문에 개정안은 전자상거래법과 동일한 문제를 가지고 있다.³¹⁾

2) 대금환급의 기산일

소비자의 청약철회에 따라 사업자는 대금을 환급하여야 한다. 그 환급기한에 대해 전자상거래법은 재화등이 공급된 경우와 공급되지 않은 경우로 구분하고 있다. 재화등이 공급되지 않은 경우에 청약을 철회한 날로부터 3영업일 이내에 환급하여야 한다. 재화등이 공급된 경우에는 재화의 경우 재화를 반환받은 날로부터 3영업일 이내에 용역 또는 디지털콘텐츠의 경우 청약을 철회한 날로부터 3영업일 이내이다(전자상거래법 제18조 제2항). 이러한 내용은 개정안 역시 동일하다(개정안 제13조 제2항). 그러나 재화등이 공급되지 않은 경우와 용역 또는 디지털콘텐츠가 공급된 경우에 있어 환급기한의 기산일은 타당하지 않다. 이는 청약철회의 효과발생시기인 발신주의를 대금환급시기에 적용한 것이다. 물론 소비자가 전화 또는 전자우편 등을 통해 청약을 철회한 경우에 그 의사를 표시한 순간 상대방에게 도달하기 때문에 이와 같이 규정하였다고 할 수 있다. 그러나 소비자가 청약을 철회하는 방식은 이러한 방식만이 있는 것이 아닌 일반 서면(내용증명우편 등)으로도 행사할 수 있으며, 추후 분쟁발생을 대비하여 내용증명우편으로 보낸다. 그렇다고 한다면 발신에서부터 도달까

29) 고흥석, “디지털콘텐츠계약에서 청약철회의 효과에 관한 연구”, IT와 법연구 제20집, 2020, 60~61면.

30) 황원재, “디지털콘텐츠 공급계약에 대한 철회권”, 외법논집 제44권 제1호, 2020, 75면.

31) 공정거래위원회는 2017년 10월 27일에 모바일게임 표준약관을 제정하였다(공정거래위원회, 보도참고자료 : 모바일 게임 서비스 중단 시, 30일 전 개별 통지하고 유료 아이템은 환급해야, 2017년 11월 8일). 이 표준약관은 청약철회를 규정하고 있으며, “회원이 청약철회를 한 경우에 회사는 지체 없이 회원의 유료 콘텐츠를 회수하고, 3영업일 이내에 대금을 환급합니다”고 규정하고 있다(표준약관 제22조 제6항 전문). 그러나 표준약관의 이 내용은 전자상거래법보다 소비자에게 불리하며, 같은 법 제35조에 따라 무효이다. 즉, 전자상거래법 제18조 제1항 단서에서는 디지털콘텐츠의 반환을 부정하고 있으며, 반환은 소비자가 돌려주는 것뿐만 아니라 사업자가 회수하는 것도 포함된다. 그럼에도 불구하고, 표준약관에서 사업자의 회수를 규정하고 있기 때문에 이는 전자상거래법보다 소비자에게 불리하기 때문에 무효이다. 그러나 공정거래위원회는 전자상거래법의 내용이 아닌 일반론에 근거하면서 이 표준약관의 내용이 무효가 아니라고 판단하였다. 물론 전자상거래법의 내용은 문제가 있으며, 표준약관의 내용이 합리적이다. 따라서 법률을 개정하여 그 문제점을 해결하여야 한다. 그러나 법률을 개정하지 않고, 강행규정을 위반한 내용으로 표준약관을 마련한 후 그 표준약관이 합법이라고 주장하는 것은 행정부가 국회입법을 부정한 것이며, 법률보다 표준약관을 우선하여 적용하는 것이다. 또한 공정거래위원회가 사업자의 약관에 대해 불공정성을 판단함에 있어 법률을 기준으로 하면서도 표준약관에 한해 이를 부정하는 것은 자기모순이다. 이러한 표준약관의 법률위반 문제는 단지 모바일 게임 표준약관에 국한되지 않는다.

지 3영업일 이상이 소요될 수 있지만, 그 기산일은 발신일이기 때문에 사업자는 청약철회 사실을 알지 못한 상태에서 전자상거래법을 위반하게 된다. 이러한 점은 단지 일반우편의 경우에만 발생하는 것이 아닌 전자우편에서도 발생할 수 있다. 즉, 소비자가 청약철회의 의사표시를 전자우편으로 하였지만, 서버 이상 등의 사유로 그 전자메일이 사업자에게 수 일 후에 도달할 수 있다. 그럼에도 불구하고, 전자상거래법에서는 대금환급기한의 기산일을 청약철회라는 의사표시가 도달한 때가 아닌 발하였을 때로 정하고 있다는 점은 타당하지 않다.³²⁾ 또한 이러한 점은 할부거래법³³⁾의 내용과 상이할 뿐만 아니라 유럽연합 및 일본 등의 입법례와 상이하다.³⁴⁾ 물론 이와 같이 규정하여야 하는 특수성이 있다면 이러한 상이성은 정당화될 수 있지만, 이를 정당화할 수 있는 사유는 없다.

3) 결제업자에 대한 상계요청 방식

소비자가 그 대금을 신용카드 등으로 결제한 후 청약을 철회하였을 경우에 사업자는 신용카드사 등에게 결제취소 또는 받은 대금을 환급하여야 한다. 그러나 사업자가 받은 대금을 환급하지 않았을 경우에 결제업자는 소비자에게 대금을 청구할 수 있다. 이 경우에 소비자가 결제업자의 대금청구에 대해 거부하기 위해서는 사업자의 다른 채무와 상계할 것을 요청하고, 결제업자가 정당한 사유없이 상계하지 않은 경우에 한해 소비자는 대금결제청구에 대해 거부할 수 있다(전자상거래법 제18조 제7항). 이러한 전자상거래법의 내용은 개정안과 동일하다. 이는 재화등에 대한 계약과 여신계약이 경제적 일체성을 갖지만, 법적 일체성은 부정³⁵⁾되기 때문에 예외적으로 소비자의 항변권을 규정한 것이다. 그러나 동일한 청

32) 고희석, “디지털콘텐츠거래와 청약철회권”, 재산법연구 제34권 제1호, 2017, 253면; 김진우, “전자상거래법에 따른 철회 효과로서의 계약의 청산”, 법학논고 제55집, 2016, 172면.

33) 소비자가 제8조에 따라 청약을 철회한 경우 할부거래업자(소비자로부터 재화등의 계약금 또는 할부금을 지급받은 자 또는 소비자와 할부계약을 체결한 자를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)는 재화를 공급한 경우에는 제1항에 따라 재화를 반환받은 날부터 3영업일 또는 용역을 제공한 경우에는 제8조 제3항에 따른 청약을 철회하는 서면을 수령한 날부터 3영업일 이내에 이미 지급받은 계약금 및 할부금을 환급하여야 한다. 이 경우 할부거래업자가 소비자에게 재화등의 계약금 및 할부금의 환급을 지연한 때에는 그 지연기간에 따라 「이자제한법」에서 정한 이자의 최고한도의 범위에서 대통령령으로 정하는 이율을 곱하여 산정한 지연이자(이하 “지연배상금”이라 한다)를 함께 환급하여야 한다(할부거래법 제10조 제2항).

34) 유럽연합의 소비자신용지침(EU Consumer Credit Directive), 미국의 공정여신청구법(The Fair Credit Billing Act), 영국의 소비자신용법(Consumer Credit Act) 및 소비자계약규칙(consumer contracts regulations) 등에서는 양 계약의 법적 일체성을 인정하고 있다(정소민, “소비자신용법제에 관한 연구”, 법학연구 제12집 제2호, 2009, 157면; 한국법제연구원, EU의 경쟁/소비자법·제도 및 사건처리절차 연구, 공정거래위원회, 2015, 146면; 최난설현, “EU 소비자권리지침이 영국 소비자법제에 미친 영향”, 법학연구 제25권 제4호, 2015, 210면; Geoffrey Woodroffe · Robert Lowe, Consumer law and Practice, SWEET&MAXWELL, 2007, p. 358; F. D. Rose, Commercial & Consumer Law 2007-2008, OXFORD, 2007, pp. 166~168).

35) 김대규, “신용카드 대금 채무자의 항변”, 민사법연구 제10집 제2호, 2002, 200~204면 등. 판례도 양 계약의 경제적 일체성은 인정하면서도(대판 2006.7.28. 2004다54633), 법적 일체성은 부정한다(대판 2006.3.10. 2005다46363, 46370, 46387, 46394 등).

약철회권을 규정하면서 할부거래법과 다르게 그 효과를 규정한 점은 타당하지 않으며, 사업자 및 소비자에게 혼란을 유발한다.³⁶⁾ 즉, 할부거래법에 따르면 소비자가 할부거래업자에게 간접할부계약에 관한 청약을 철회한 경우 그 기간 이내에 신용제공자에게 청약을 철회하는 의사표시가 적힌 서면을 발송한 경우, 신용제공자가 청약철회 기간 이내에 할부거래업자에게 재화등의 대금을 지급한 경우 또는 신용제공자가 할부거래업자로부터 할부금청구의 중지 또는 취소를 요청받은 경우에 신용제공자의 대금결제청구에 대해 거부할 수 있다(할부거래법 제9조). 이와 달리 전자상거래법에서는 소비자의 상계요청과 결제업자의 정당한 사유없는 상계거부에 한해 소비자의 항변권을 인정하고 있다(전자상거래법 제18조). 그 결과, 청약철회권이라는 동일한 권리를 행사하였음에도 불구하고, 법에 따라 그 효과를 달리 정하고 있다는 점은 타당하지 않을 뿐만 아니라 사업자 및 소비자에게 혼란을 유발할 수 있다. 유럽연합 등의 경우, 양 계약의 법적 일체성을 인정하여 재화등에 관한 계약이 해소된 경우 여신계약 역시 자동적으로 소멸하도록 규정하여 이 문제를 해결하고 있다. 또한 전자상거래를 통해 재화를 구입하면서 소비자가 대금(30만원)을 3개월 할부로 지급한 후 청약을 철회하였으며, 사업자의 다른 채무와 상계하도록 요청하였지만, 다른 채무가 없어 상계하지 못한 경우에 소비자는 할부거래법 제16조 제2항에 따라 미지급한 할부금 전부에 대해 거부할 수 있다. 즉, 개정안 제4조³⁷⁾와 같이 전자상거래법만이 적용된다면 할부거래법 제16조 제2항은 적용되지 않지만, 할부거래법 제4조에 따라 같은 법 제16조 제2항은 이 경우에 적용된다. 이처럼 청약철회의 효과 중 여신계약과의 관계에 대해서는 매우 복잡한 문제가 발생하고 있으며, 그 원인은 청약철회를 규정하고 있는 법마다 상이하게 그 효과를 규정하고 있다는 점이 첫 번째 원인이다. 그 다음으로는 양 계약에 대해 법적 일체성을 인정하고 있지 않다는 점이며, 근본적인 문제라고 할 것이다. 이러한 점은 전자상거래법의 문제점이지만, 개정안은 이를 해결하는 것이 아닌 그대로 규정하고 있기 때문에 동일한 문제점을 가지고 있다.

4) 용역제공계약에 대한 청약철회의 효과

용역이 제공된 후 소비자는 용역제공계약에 대해 청약철회를 할 수 없다. 다만, 사업자가

36) 고형석, “청약철회에 따른 여신계약의 효력에 관한 연구”, *홍익법학* 제20권 제1호, 2019, 389~390면.

37) 개정안 제4조에서는 다른 법과의 관계에 대해 전자상거래법 제4조 단서를 삭제하고, 다른 내용은 동일하게 규정하였다. 이는 다른 법과의 관계를 규명하기 곤란하다는 점에 근거한 것이며, 전자상거래법이 다른 법과의 관계에서 특별법에 해당한다는 판단한 것이다. 그러나 전자상거래법과 할부거래법간 관계에서 어느 법이 특별법이라고 단정할 수 없다. 또한 할부거래법 제4조에서는 전자상거래법 제4조와 동일하게 다른 법과의 관계를 규정하고 있기 때문에 어느 법의 적용이 소비자에게 유리한 것인가에 따라 적용되는 법이 결정된다. 그럼에도 불구하고, 전자상거래법 제4조 단서를 삭제하면 전자상거래법이 당연히 다른 법보다 우선하여 적용된다는 공정거래위원회의 판단은 오류이다. 또한 전자상거래법은 소비자보호를 목적으로 하는 법이다. 그러나 다른 법의 적용이 소비자에게 유리함에도 불구하고, 공정거래위원회의 법 적용의 편의성을 위해 소비자에게 유리한 다른 법을 적용하지 않겠다는 것은 본말이 전도된 것이다.

배제조치를 강구하지 않거나 채무불이행의 경우에 소비자는 청약을 철회할 수 있다. 그러나 전자의 경우에 용역제공계약에 대한 청약철회는 무의미하다. 즉, 용역에 대한 반환(가액반환 포함)청구가 불가능하더라도 용역이 제공된 경우에 소비자는 이익을 얻는다. 따라서 사업자는 용역의 제공에 따라 얻은 이익 또는 그 제공에 따라 소요되는 비용을 청구할 수 있으며, 그 금액은 사실상 용역에 대한 대금과 거의 동일하다. 그 결과, 소비자가 청약을 철회하였다고 하더라도 환급받는 금액은 없다. 예를 들어, 甲(소비자)이 乙(사업자)과 온라인으로 대리운전계약을 체결하였지만, 청약철회 불가사실에 대한 정보를 제공하지 않았다. 이후 목적지에 도달한 甲은 청약을 철회할 수 있다. 이 경우에 乙은 甲에게 받은 대금을 환급하여야 하지만, 甲에게 용역의 제공으로 인해 얻은 이익을 청구할 수 있다. 여기에서 이익은 대리운전비이므로 사실상 청약철회는 무의미하다. 이러한 점을 고려하여 일본 특정상거래법(特定商取引に関する法律)에서는 용역제공계약에서 소비자가 청약을 철회한 경우에 사업자는 어떠한 이익도 청구할 수 없도록 규정하고 있으며, 용역의 제공으로 인해 부동산의 현상이 변화된 경우에 무상으로 원상회복을 청구할 수 있도록 규정하고 있다(일본 특정상거래법 제9조).³⁸⁾ 그러나 개정안에서는 이러한 점이 전혀 고려되지 않고 전자상거래법의 내용을 그대로 규정하고 있기 때문에 동일한 문제를 가지고 있다.

VI. 위해방지를 위한 조치의무 등

1. 개정안의 내용 및 취지

(1) 개정안의 내용

온라인판매사업자는 전자상거래에서 거래되는 재화등으로 인해 소비자에게 생명·신체에 대한 위해 또는 재산에 대한 중대한 손해가 발생하지 아니하도록 대통령령으로 정하는 법령에 따라 관련 사업자에게 개선, 시정계획 수립 및 시행 등의 조치의무가 발생한 경우 해당 사업자가 당해 의무를 이행함에 있어 회수·수거·폐기 또는 판매중지 등 온라인판매사업자에게 요구하는 조치 또는 기타 대통령령으로 정하는 조치를 취하여야 한다. 관계중앙행정기관의 장, 특별시장·광역시장·특별자치시장·도지사·특별자치도지사(이하 “시·도지사”라 한

38) 일본 특정상거래법에서는 용역제공계약에 대한 청약철회등의 효과에 대해 용역 또는 가액의 반환청구를 부정하고 있다. 이는 舊 특정상거래법(2008년에 개정되기 전)에서 부당이득반환청구가 인정되었기 때문에 소비자보호가 이루어지지 않았다는 점을 감안하여 이와 같이 개정한 것이다. 즉, 용역을 제공받은 후 소비자가 청약철회등을 한 경우에 제공된 용역 등은 부당이득이 되어 사업자는 부당이득반환을 청구하고, 소비자는 원상회복의무로써 제공된 용역의 대가 상당액을 지급하여야 하기 때문에 실질적으로 소비자보호가 이루어지지 않았다. 이러한 점을 감안하여 동법의 입법 목적인 소비자보호를 달성하기 위해 용역제공계약(용역을 제공받을 수 있는 권리의 매매 포함)에 따라 용역이 제공된 후 소비자가 청약을 철회하였을 경우에 사업자는 그 용역의 대가를 청구할 수 없도록 규정한 것이다(消費者廳 取引對策課/經濟産業省 商務・サービスグループ 消費者經濟企劃室, 特定商取引に関する法律の解説, 商事法務, 2018, 101~102면).

다) 또는 시장·군수·구청장은 전자상거래에서 거래되는 재화등으로 인해 소비자에게 생명·신체에 대한 위해 또는 재산에 대한 중대한 손해가 발생하거나 발생할 우려가 있어 대통령령으로 정하는 법령에 따라 개선, 시정 등을 명하거나 권고한 사항의 이행을 담보하기 위하여 온라인판매사업자에 대해 대통령령에서 정하는 바에 따라 당해 재화등의 판매를 즉시 차단하고 소비자에게 관련 정보를 제공하는 등 기술적 조치를 취하도록 명할 수 있다. 이 경우 기술적 조치 명령의 대상은 공정거래위원회가 정하여 고시한 온라인판매사업자에 한한다. 제1항 및 제2항에 따른 조치의무가 있는 사업자는 관계중앙행정기관의 장, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장에게 당해 조치의무에 대하여 의견을 제출할 수 있다. 제2항에 따른 관계중앙행정기관의 장, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 제2항에 따른 온라인판매사업자에 대해 명한 사실과 그 내용을 공정거래위원회에 통보하여야 한다. 공정거래위원회는 제1항부터 제3항까지에 관한 구체적인 내용과 절차 등을 정하여 고시할 수 있다. 온라인판매사업자는 제1항 및 제2항에 따른 조치를 취하지 않아 소비자에게 손해를 발생시킨 경우에는 그 손해를 배상할 책임이 있다. 다만, 온라인판매사업자가 고의 또는 과실이 없음을 증명하는 경우에는 그러하지 아니하다(개정안 제20조).

(2) 개정의 취지

핵심 유통채널로 부각된 전자상거래에서 소비자의 생명·신체·재산에 위해가 되는 상품에 대한 신속한 유통차단은 필요하다. 전자상거래법에는 금지규정이 없고, 개별법³⁹⁾에도 제조·판매자에 대한 리콜명령·권고 규정은 있으나 특히 중개업자에 대한 규정은 부재하다. 따라서 개정안에서는 전자상거래 분야에서도 리콜제도가 효과적으로 작동될 수 있도록 각종 위해방지 협력 및 조치의무를 규정하였다.⁴⁰⁾

2. 개정안에 대한 검토

(1) 소비자안전과 소비자거래법

전자상거래는 소비자뿐만 아니라 사업자 또는 일반 개인이 재화등을 구입하는 주된 거래 방식으로 정착하였으며, 지속적으로 발전하고 있다. 그러나 위해재화도 전자상거래를 통해 거래되고 있다. 따라서 전자상거래 시장에서 위해재화등의 유통을 방지하여 소비자안전을 확보하는 방안은 필요하다. 그러나 소비자안전을 확보함에 있어 필요한 사항을 규율함에 있어서는 어느 법에서 그 사항을 규율하는 것이 효과적인 방안인 것인가에 대한 고민은 필요하다. 즉, 공정거래위원회는 소비자안전을 확보하기 위해 거래법인 전자상거래법 개정안에

39) 리콜제도가 도입되어 있는 법으로 식품위생법, 제품안전기본법, 자동차관리법, 대기환경보전법, 먹는물관리법 등 18개 법률이 있다(공정거래위원회, 전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률 규제영향분석서, 2021, 66면).

40) 공정거래위원회, 위의 규제영향분석서, 2021, 66면.

이에 관한 규정을 신설하였다. 그러나 거래법은 거래관계에 있어서 공정한 거래질서 확립을 통해 소비자를 보호하는 것을 주된 목적으로 하며, 안전에 관한 사항은 개별 업법 또는 안전법에서 다루는 사항이다. 물론 거래법에서 이를 규율한다는 것 자체가 오류라고 할 수 없지만, 단순히 하나의 조문만으로 전자상거래 시장에서의 소비자안전을 확보한다는 것은 사실상 불가능하다. 또한 소비자안전 확보는 단지 전자상거래 시장만의 문제가 아닌 모든 시장에서 공통적으로 요구되는 사항이다. 그렇다고 한다면 전자상거래법을 개정하여 해결하는 것보다 소비자기본법을 개정하여 리콜대상 사업자에 중개업자를 포함시키거나 ‘소비자안전법(가칭)’을 제정하여 해결하는 것이 보다 효과적으로 소비자안전을 확보할 수 있는 방안이라고 할 것이다.⁴¹⁾

(2) 개정안 제20조의 적용대상 사업자

개정안의 입법취지에서는 리콜명령의 대상 사업자의 범주에 중개업자가 포함되어 있지 않기 때문에 이를 해결하기 위해 개정안 제20조를 신설하였다고 밝히고 있다. 그렇다고 한다면 개정안 제20조의 수범자는 중개사업자이어야 하지만, 제20조의 수범자는 온라인판매사업자이다. 물론 개정안 제30조에서 온라인 플랫폼 운영사업자에게도 제20조를 준용하고 있다. 그러나 이는 개정취지와 상반된다. 즉, 개정취지는 중개업자에게 리콜명령을 부과할 수 없기 때문에 이 규정을 신설한 것이지만, 이미 소비자기본법에 따라 리콜명령을 부과할 수 있는 판매업자에 대해 안전확보의무를 부과하는 규정을 신설하였기 때문이다. 또한 소비자기본법에 유사한 규정이 있으나 의무 불이행시 제재규정이 없어 자발적인 위해제품에 관한 적극적 조치를 기대하기 어렵다는 점을 개정이유로 제시하고 있다.⁴²⁾ 그러나 소비자기본법에서는 리콜명령제도를 규정하고 있으며(소비자기본법 제50조), 이를 위반한 경우에 3년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금(병과가능)을 부과하고 있다(소비자기본법 제84조 제1항 제1호). 또한 그 위반에 대해 범인 등에게도 벌금형이 부과될 수 있다(동법 제85조). 그럼에도 불구하고, 제재규정이 없다는 주장은 소관법률인 소비자기본법의 내용을 제대로 파악하지 않은 것이다. 이러한 점을 종합할 때, 개정취지와 개정안의 내용은 일치하지 않는다.

(3) 소비자안전의 강화 또는 소비자안전의 방치

개정안 제20조 제1항의 적용대상 사업자는 온라인판매사업자이며, 제2항의 적용대상사업자는 공정거래위원회가 고시한 온라인판매사업자로 국한된다. 이와 같이 대상 사업자(제2항)를 제한하는 이유에 대해 모든 전자상거래사업자(약 70만개)에 대해 명령을 발동하기 어려운 점을 고려한 것이라고 한다.⁴³⁾ 그러나 소비자기본법상 리콜명령의 대상 사업자⁴⁴⁾는

41) 고흥석, “소비자권리보장을 위한 소비자기본법의 과제에 관한 연구”, 소비자법연구 제6권 제3호, 2020, 50면.

42) 공정거래위원회, 앞의 규제영향분석서, 2021, 72면.

43) 공정거래위원회, 전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률 전부개정안, 2021, 13면.

그 규모에 대해 제한이 없다. 그 결과, 개정안 제20조를 신설하였다는 점은 전자상거래 시장에서 소비자안전을 확보하기 위한 것이 아닌 소비자안전을 약화시키는 것이다. 즉, 개정안 제4조에 따라 온라인판매사업자는 전자상거래법(개정안이 통과될 경우)만이 적용되며, 개정안 제20조 제2항은 공정거래위원회가 고시한 온라인판매사업자에게만 적용된다. 따라서 이에 해당하지 않은 온라인판매사업자는 개정안 제20조 제2항에 따른 판매차단 등의 조치를 취할 필요가 없다. 그 결과, 소비자기본법에 따라 판매차단 등의 조치를 하여야 하는 온라인 판매사업자는 개정안 제20조 제2항에 따라 판매차단 등의 조치하지 않아도 되며, 위해재화를 계속하여 판매할 수 있다. 또한 소비자기본법상 리콜명령 요건은 사업자가 제공한 물품 등의 결함으로 인하여 소비자의 생명·신체 또는 재산에 위해를 끼치거나 끼칠 우려가 있다고 인정되는 경우이지만, 개정안 제20조 제2항에서는 기술적 차단조치 등을 취하여야 하는 요건은 생명·신체에 대한 위해 또는 재산에 대한 중대한 손해이다. 따라서 위해재화등으로부터 재산상 손해가 발생하거나 발생할 우려가 있지만, 중대하지 않은 경우에 기술적 조치를 취하도록 명할 수 없다. 이로 인해 그 위해재화를 구입한 소비자가 생명 등의 피해를 입을 수 있는 여지를 개정안을 부여하고 있기 때문에 소비자안전 확보가 아닌 소비자안전을 방치하는 것이다. 이는 개정안의 중대한 문제점 중 하나이다.

(4) 개정안 제20조 제1항과 제2항의 모순

개정안 제20조 제1항이 적용되는 사업자는 모든 온라인판매사업자이지만, 제2항이 적용되는 사업자는 공정거래위원회가 정하여 고시한 온라인판매사업자이다. 양자의 차이점은 제1항의 경우에 온라인판매사업자는 자발적으로 그 조치를 취할 의무를 부담하지만, 제2항의 경우에 행정기관의 행정명령에 따라 그 조치를 취하여야 한다는 점이다. 그렇다면 개정안 제20조에 따르면 행정기관은 제2항의 적용대상이 아닌 온라인판매사업자에 대해 판매차단조치 등의 명령을 부과할 수 없어야 한다. 그러나 소비자기본법 등을 제외하고, 개정안의 내용만으로도 공정거래위원회는 개정안 제20조 제1항을 위반한 온라인판매사업자에게 시정조치를 명할 수 있다(개정안 제59조 제1항 제1호). 그 결과, 개정안 제20조 제1항과 제2항을 구별할 실익이 없으며, 온라인판매사업자 또는 온라인플랫폼 운영사업자에게 더 혼란만 야기한다. 즉, 개정안 제20조 제1항과 제2항의 내용이 상이할 경우에 그 수범자를 달리 정하는 것은 의미가 있지만, 개정안 제59조에 따라 개정안 제20조 제1항 위반에 대해서도 행정명령을 부과할 수 있다. 그리고 개정안 제20조 제1항과 제2항 위반에 대해 동일한 제재(2천만원

44) 중앙행정기관의 장은 사업자가 제공한 물품등의 결함으로 인하여 소비자의 생명·신체 또는 재산에 위해를 끼치거나 끼칠 우려가 있다고 인정되는 경우에는 대통령령이 정하는 절차에 따라 그 물품등의 수거·파기·수리·교환·환급을 명하거나 제조·수입·판매 또는 제공의 금지를 명할 수 있고, 그 물품등과 관련된 시설의 개수(改修) 그 밖의 필요한 조치를 명할 수 있다. 다만, 소비자의 생명·신체 또는 재산에 긴급하고 현저한 위해를 끼치거나 끼칠 우려가 있다고 인정되는 경우로서 그 위해의 발생 또는 확산을 방지하기 위하여 불가피하다고 인정되는 경우에는 그 절차를 생략할 수 있다(소비자기본법 제50조 제1항).

이하의 과태료)를 부과하고 있기 때문에 불법의 정도가 상이한 자에게 동일한 제재를 부과한다는 점에서 형벌의 균형성 원칙을 위반하고 있다(개정안 제80조 제3항). 특히, 소비자기본법에서는 3년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금(병과가능)을 부과하고 있음에도 불구하고(동법 제84조 제1항 제1호), 소비자기본법에 대한 특칙을 규정하고 있는 개정안에서 형벌이 아닌 과태료를 부과하고 있다는 점은 소비자안전강화가 아닌 온라인판매사업자 및 플랫폼 운영사업자의 형사책임을 면제하여 소비자보호가 아닌 사업자보호를 위해 개정안을 마련하였다고 볼 수 밖에 없다.

(5) 손해배상책임의 요건

개정안 제20조 제6항에서는 제1항 및 제2항의 조치를 취하지 않은 온라인판매사업자의 소비자에 대한 손해배상책임을 규정하고 있으며, 면책사유인 온라인판매사업자의 무과실에 대한 증명책임을 온라인판매사업자에게 부과하고 있다.⁴⁵⁾ 그 취지는 피해를 입은 소비자의 증명책임을 완화하여 용이하게 피해구제를 받을 수 있도록 하기 위함으로 추정된다. 그러나 이 규정은 소비자의 증명책임을 완화하는 것이 아닌 강화하는 것이며, 이로 인해 사업자의 손해배상책임을 경감시키는 결과를 유발한다. 그 근거에 대해서는 위해제화등 그 자체로 인해 발생한 손해와 확대손해로 구분하여 살펴본다. 첫째, 사업자는 소비자에게 하자없는 완전한 제화등을 제공하여야 한다. 만일 사업자가 위해제화등을 공급하였다면 소비자가 하자담보책임 또는 채무불이행책임(불완전이행)에 따라 사업자에게 손해배상을 청구할 수 있다. 전자는 무과실책임이며, 후자는 과실책임이다. 다만, 후자의 경우에 고의 또는 과실에 대한 증명책임을 채권자인 소비자가 부담하는 것이 아닌 채무자인 사업자가 무과실임을 증명하여야 한다(민법 제390조).⁴⁶⁾ 또한 소비자가 그 위해제화를 구입한 것이 표시광고법상 부당한 표시광고행위에 의한 것인 경우에 그에 따른 온라인판매사업자의 손해배상책임은 무과실책임이다(표시광고법 제10조). 그러나 개정안에 따르면 온라인판매사업자가 고의 또는 과실없음을 증명한 경우에 손해배상책임을 부담하지 않는다. 그 결과, 개정안은 민법 또는 표

45) 개정안 제20조 제6항에서의 손해가 확대손해 및 제화등 자체에 대해 발생한 손해까지 포함한 것인가 아니면 확대손해에 국한하는 것인가에 대해 해석상 논란이 제기될 수 있다. 먼저, 개정안 제20조 제1항 및 제2항은 확대손해를 전제로 하고 있다. 따라서 손해배상책임을 규정하고 있는 제6항 역시 제1항과 제2항을 요건으로 하기 때문에 제6항에서의 손해는 확대손해만을 대상으로 한다고 해석할 수 있다. 반면에 제6항에서는 “온라인판매사업자는 제1항 및 제2항의 조치를 취하지 않아 소비자에게 손해를 발생시킨 경우에는 그 손해를 배상할 책임이 있다”고 규정하고 있으며, 확대손해로 한정하고 있지 않기 때문에 공급받은 위해제화 그 자체에 대해 손해도 포함된다고 해석할 수 있다. 즉, 제1항 또는 제2항에 따라 온라인판매사업자는 위해제화등이 판매하지 않아야 함에도 불구하고, 이를 판매하였다면 이를 구입한 소비자는 불완전한 이행 그 자체로 인해 손해를 입은 것이다. 만일 이 규정을 그대로 존속시킨다면 이 내용 역시 명확히 규정할 필요가 있다. 즉, 확대손해에 대해 무과실책임을 규정하고 있는 제조물책임법에서는 그 제조물에 대해서만 발생한 손해는 제외한다고 규정하여 이 문제를 명확히 해결하고 있다(제조물책임법 제3조 제1항).

46) 제조물의 결함에서 발생한 손해라고 하더라도 제조물에 상품적합성이 없어 제조물 그 자체에 발생한 손해는 제조물책임의 적용 대상이 아니다(대판 2019. 1. 17. 2017다1448 등).

시광고법에서 정하고 있는 무과실책임보다 사업자에게 유리하게 규정하고 있기 때문에 입법목적인 소비자안전 확보 또는 소비자보호와 상반된다. 둘째, 위해재화등으로 인해 확대손해가 발생한 경우이다. 그 재화가 제조물책임법상 제조물에 해당한다면 소비자는 민법 제390조 또는 제750조에 따라 온라인판매사업자에게 손해배상을 청구하는 것이 아닌 제조물책임법에 따라 손해배상을 청구할 수 있으며⁴⁷⁾, 이 경우에 온라인판매사업자의 책임은 무과실책임이다. 반면에 디지털콘텐츠 또는 용역인 경우에 소비자는 민법 제390조에 따라 손해배상을 청구할 수 있으며⁴⁸⁾, 이 경우에 온라인판매사업자가 손해배상책임을 면하기 위해서는 고의 또는 과실없음을 증명하여야 한다. 그리고 하자담보책임 또는 표시광고법상 손해배상책임을 부담할 수 있으며, 이에 따른 책임은 무과실책임이다. 그럼에도 불구하고, 개정안 제20조 제6항에서는 온라인판매사업자가 고의 또는 과실없음을 증명한 경우에 책임을 면하도록 규정하고 있다. 이는 위해재화등에 대한 조치위반으로 인해 소비자가 피해를 입은 경우에 원활하게 손해배상을 청구할 수 있도록 민법 등에 대한 특칙을 규정한 것이 아닌 온라인판매사업자가 책임을 면할 수 있도록 규정함으로써 소비자의 손해배상청구권을 약화시키고 있다. 특히, 제조물책임법에서는 제조업자가 제조물의 결함을 알면서도 그 결함에 대하여 필요한 조치를 취하지 아니한 결과로 생명 또는 신체에 중대한 손해를 입은 자가 있는 경우에는 그 자에게 발생한 손해의 3배를 넘지 아니하는 범위에서 배상책임을 부과하고 있다(제조물책임법 제3조 제2항). 그러나 개정안 제20조 제6항에서는 이를 규정하고 있지 않으며, 개정안 제4조에 따라 제조물책임법이 적용되지 않기 때문에 온라인판매사업자의 손해배상책임을 경감시키고 있다. 만일 이 규정을 신설한 취지가 소비자보호 강화라고 한다면 공정거래위원회는 이로 인해 발생한 손해에 대한 배상청구권의 근거가 민법 제750조에 국한된다고 판단한 것이다. 즉, 민법 제750조에 따라 피해자인 소비자가 온라인판매사업자에게 손해배상을 청구하기 위해서는 온라인판매사업자의 고의 또는 과실까지 증명하여야 한

47) 제조물책임법은 제조업자의 책임에 대해 특칙을 규정한 것이다. 따라서 판매사업자는 제조물책임법상 제조업자에 해당하지 않으므로 판매한 제조물의 결함으로 인해 확대손해가 발생하더라도 민법상 손해배상책임을 부담하는 것을 별도로 하더라도 제조물책임법상 책임을 부담하지 않는다. 다만, 제조물책임법상 제조업자는 제조물을 제조한 자에 국한되지 않으며, 수입업자·제조업자로 표시한 자 또는 제조업자로 오인할 수 있는 표시를 한 자도 포함된다(제조물책임법 제2조 제3호). 또한 제조물책임법을 부담하는 자는 제조업자뿐만 아니라 비롯하여 피해자가 제조물의 제조업자를 알 수 없는 경우에 그 제조물을 영리 목적으로 판매·대여 등의 방법으로 공급한 자도 포함된다. 다만, 후자의 경우 피해자 또는 법정대리인의 요청을 받고 상당한 기간 내에 그 제조업자 또는 공급한 자를 그 피해자 또는 법정대리인에게 고지(告知)한 때에는 그러하지 아니하다(제조물책임법 제3조 제3항). 따라서 온라인판매사업자가 수입업자 등에 해당할 경우에 제조물책임을 부담하며, 여기에서는 이를 전제로 한다.

48) 소비자가 결함 또는 하자있는 디지털콘텐츠 또는 용역을 제공받아 확대손해가 발생한 경우에 채무불이행책임에 따라 손해배상을 청구할 수 있으며, 불법행위책임에 따라 손해배상을 청구할 수 있다. 이 경우에 소비자는 양 청구권 모두를 행사할 수 있으며, 반드시 어느 하나의 청구권만을 행사할 수 있는 것은 아니다. 판례 역시 이를 인정하고 있다(해상운송인이 고의나 과실로 운송화물을 멸실, 훼손시킨 때에는 그 원인이 상사과실이거나 항해과실이거나에 관계없이 운송계약상의 채무불이행 책임과 화물소유자에 대한 불법행위 책임이 경합하는 것이므로 권리자는 그 중의 어느 쪽의 손해배상청구권도 행사 할 수 있다[대판 1980. 11. 11, 80다1812]).

다. 반면에 개정안 제20조 제6항에서는 고의 또는 과실없음에 대한 증명책임은 온라인판매사업자에게 부과하고 있기 때문에 이 점에 있어서 민법 제750조에 대한 특칙이 되며, 소비자에게 유리하다. 그러나 개정안 제20조 제6항에서 규정하고 있는 소비자의 손해배상청구권은 단지 민법 제750조에서 규정하고 있는 불법행위책임에 국한되지 않고, 채무불이행 또는 무과실책임을 규정하고 있는 민법·표시광고법·제조물책임법 등에 의해서도 발생한다. 그러나 개정안에서는 무과실책임을 부담하는 경우에도 온라인판매사업자가 고의 또는 과실없음을 증명한 경우에 면책을 규정하고 있어 민법 등의 내용보다 소비자에게 불리하다. 따라서 개정안 제20조 제6항은 소비자보호를 위해 신설된 것이 아닌 온라인판매사업자의 책임을 면제 또는 경감시키기 위한 것이므로 사업자보호에 해당한다. 특히, 개정안에서는 다른 법과의 관계에 대해 소비자에게 유리 여부와 관계없이 무조건적으로 개정안을 적용하도록 규정하고 있기 때문에 소비자에게 더 유리한 제조물책임법 등이 적용되지 않는다는 점에서 근본적인 문제를 가지고 있다.

V. 결 론

전자상거래는 소비자가 재화등을 구입하는 주된 방식이며, 코로나 19로 인해 소비자거래에서 차지하는 비중은 더욱 커졌다. 이와 더불어 전자상거래 시장에서의 소비자문제 역시 증가하고 있기 때문에 전자상거래의 발전과 소비자보호를 추구하기 위해서는 전자상거래법 전부개정은 시급한 과제 중 하나이다. 따라서 공정거래위원회는 2021년 3월 5일에 전자상거래법 전부개정안을 입법예고하였다. 그러나 공정거래위원회가 제시한 입법취지와 개정안의 내용은 일치하지 않는다. 즉, 공정거래위원회는 전자상거래의 시장현황에 적합한 소비자보호방안을 마련하기 위해 개정안을 마련하였다고 하지만, 그 내용은 현행 전자상거래법이 가지고 있는 문제는 전혀 해결하지 못하고 있다. 또한 개정안은 소비자기본법 등에서 규정하고 있는 내용보다 소비자에게 더 불리한 내용을 담고 있기 때문에 소비자보호가 약화되었다. 특히, 공정거래위원회는 소관 법률인 소비자기본법, 제조물책임법 등과 다르게 개정안을 마련하여 소비자보호를 약화시켰다는 점은 중대한 문제라고 할 수 있다.

개정안의 구체적인 내용 및 문제점은 앞에서 설명하였으며, 이를 간략하게 정리하면 다음과 같다. 첫째, 개정안은 전자상거래법이 가지고 있는 문제를 그대로 규정하고 있다. 예를 들어, 전자상거래법은 권리와 용역의 미구분, 정보제공시기의 불일치, 미성년소비자의 취소권 등을 비롯하여 청약철회의 요건 및 효과에 있어서 다양한 문제점을 가지고 있다. 그러나 개정안에서는 주로 용어만을 변경하였기 때문에 전부개정이 아닌 무늬만 개정이다. 둘째, 조문의 구성체계 변화를 통해 더욱 혼란을 가중하고 있다. 즉, 전자상거래법 제7조, 제8조 및 제14조에서 규정하고 있는 소비자의 착오방지조치는 중복이기 때문에 이를 정리할 필요가 있지만, 조문의 위치만을 변경하여 수법자의 혼란을 유발하고 있다. 셋째, 신설된 피해방

지조치의무(개정안 제20조)는 소비자기본법 등에서 이미 규정하고 있는 내용이며, 소비자기본법에서 규정하고 있는 내용보다 더 축소하고 있다. 이러한 적용범위의 축소 및 형사처벌이 아닌 과태료부과는 소비자보호를 축소함과 더불어 사업자보호에 해당하며, 소비자보호를 강화하기 위한 것이 아닌 사업자를 보호하기 위해 개정안을 마련한 것이다. 그리고 손해배상책임 역시 하자담보책임 또는 제조물책임과 비교하여 소비자에게 더 불리하다. 특히, 개정에서는 제4조 단서를 삭제하고 있기 때문에 소비자는 무과실책임에 따라 손해배상을 청구할 수 있는 것이 아니며, 사업자가 과실없음을 증명한 경우에 손해배상을 청구할 수 없다. 이는 소비자보호가 아닌 사업자보호를 위해 개정안을 마련한 것이다. 마지막으로 청약철회 배제사유로 신설된 내용은 그 입법의도를 파악하기 곤란하며, 규정대로 해석한다면 소비자의 청약철회권이 배제되는 경우는 거의 없기 때문에 사업자의 과도한 손실 부담을 유발한다.

이처럼 이번 개정안은 2018년 개정안과 동일하게 전자상거래법의 문제점을 해결하기 위한 개정이 아닌 단지 용어 및 구성체계만을 변경한 개정이며, 신설된 내용도 소비자기본법 등의 내용보다 소비자에게 더 불리하여 입법목적과 상반된다. 따라서 이번 개정안에 대해서는 전면적인 수정이 불가피하며, 전자상거래법에 대한 문제 파악과 정확한 시장분석을 통해 전자상거래 시장에서 소비자를 효과적으로 보호할 수 있는 개정이 마련되기를 기대한다.