

■ 논 단

콘텐츠이용자보호지침에서의 이용자보호에 관한 연구

고 형 석
선문대학교 교수

요 약 문

콘텐츠이용자보호지침은 콘텐츠거래에서 이용자를 보호하기 위해 콘텐츠산업진흥법에 따라 제정되었으며, 2008년에 제정된 이후 4차례 개정되었다. 그러나 구체적인 내용에 있어서는 콘텐츠산업진흥법 및 전자상거래법 등의 내용과 다르게 규정하고 있으며, 이로 인해 지침의 효력 및 이용자권익침해의 문제를 야기하고 있다. 이를 요약하여 제시하면 다음과 같다. 첫째, 지침은 인적 적용범위를 소비자인 이용자로 한정하고 있다. 그러나 콘텐츠산업진흥법상 이용자는 소비자로 국한되지 않는다. 둘째, 콘텐츠사업자가 제공하여야 할 정보 중 결제대금예치제도에 관하여 개정된 전자상거래법의 내용을 반영하고 있지 않다. 셋째, 청약철회등의 배제조치에 대해 콘텐츠산업진흥법의 내용으로 규정하고 있지만, 이 경우에는 전자상거래법이 적용된다. 따라서 지침에서 규정하고 있는 내용은 전자상거래법 위반에 해당하며, 소비자의 청약철회등이 배제되지 않음에도 불구하고 청약철회등을 할 수 없게 되어 소비자권익이 침해되는 결과가 발생한다. 넷째, 청약철회등에 따른 효과 중 하나로 다운로드받은 온라인콘텐츠의 삭제를 규정하고 있으며, 대금환급기한에 대해 지침에서는 콘텐츠를 반환받거나 청약철회등을 한 날로부터 3영업일 이내에 환급하도록 규정하고 있다. 또한 대금환급을 지연한 경우에 지연이자율에 대해 연 12%로 규정하고 있다. 이러한 내용들은 전자상거래법 및 이를 준용하고 있는 콘텐츠산업진흥법의 내용과 상이하며, 이로 인해 지침은 상위법 위반의 문제와 소비자권익 침해의 문제를 야기한다. 다섯째, 지침에서는 콘텐츠거래의 해지와 관련하여 증명책임을 콘텐츠사업자에게 부과하고 있지만, 방문판매법상 계속거래를 제외하고, 민사소송법상 증명책임의 기본원칙과 상이하다. 마지막으로 콘텐츠거래와 관련하여 분쟁이 발생하였을 경우에 전속관할 등과 관계없이 이용자는 모든 법원 등에 소를 제기할 수 있는 것으로 규정하고 있지만, 이는 민사소송법 위반에 해당한다. 이와 같이 지침은 전자상거래법 및 콘텐츠산업진흥법 등 관련법령의 내용을 위반한 내용을 규정하고 있기 때문에 이용자권익을 보호하는 것이 아닌 침해하고 있으며, 합리적 근거없이 사업자에게 과도한 의무를 부과하고 있기 때문에 타당하지 않다. 따라서 지침은 관련법령의 내용에 합치하게 개정되어야 할 것이다.

주제어 : 콘텐츠거래, 이용자보호, 콘텐츠이용자보호지침, 청약철회, 증명책임, 관할

— <目 次> —

I. 서론	2. 대금의 지급 및 과오금의 환급
II. 콘텐츠이용자보호지침의 총칙	3. 청약철회등 및 효과
1. 정의	4. 해지의 효과 중 증명책임
2. 법령의 준수 및 적용범위	5. 관할
III. 콘텐츠이용자보호지침의 일반준수사항	IV. 결 론
1. 계약체결전 정보제공의무	

I. 서론

시장경제체제하에서 사유재산제는 필수요건이며, 유체재산뿐만 아니라 무체재산도 재산에 포함된다.¹⁾ 이러한 무체재산 중 하나가 콘텐츠이며, 시간이 경과할수록 콘텐츠의 재산적 가치는 높아지고 있다. 또한 콘텐츠의 이용이 광범위하게 확산됨에 따라서 콘텐츠를 이용하는 자에 대한 보호의 필요성도 높아졌다. 따라서 온라인디지털콘텐츠뿐만 아니라 모든 콘텐츠산업을 진흥하고, 이용자를 보호하기 위해 2010년에 舊 온라인디지털콘텐츠산업발전법(이하 ‘온디콘법’이라 한다)을 콘텐츠산업진흥법으로 전부개정하였다. 또한 舊 온디콘법과 동일하게 정부가 콘텐츠이용자보호에 관한 구체적인 내용을 지침으로 정할 수 있는 근거를 규정하였다(콘텐츠산업진흥법 제28조 제1항). 이에 따라 문화체육관광부장관은 디지털콘텐츠이용자보호지침을 2012년에 콘텐츠이용자보호지침(이하 ‘지침’이라 한다)으로 개정하였으며, 2015년 및 2021년에 개정하였다.²⁾

이러한 지침은 콘텐츠의 건전한 거래 및 유통질서 확립과 이용자 보호를 주된 목적으로 하며, 콘텐츠사업자가 자율적으로 준수할 수 있는 기준을 제시하기 위함을 목적으로 한다. 즉, 정부에 의한 자율적 규제보다는 콘텐츠사업자가 스스로 준수할 경우에 보다 효과적으로 그 목적을 달성할 수 있다. 이를 위해서는 지침의 내용은 관련법과 합치하여야 하며, 그 내용은 합리

1) 대법원은 범죄행위로 취득한 비트코인이 몰수대상임을 인정하여 암호화폐 또는 가상자산도 재산에 해당함을 인정하였다(대판 2018. 5. 30. 2018도3619).

2) 콘텐츠이용자보호지침은 舊 온디콘법 제16조의3에 따라 2008년에 제정된 디지털콘텐츠 이용자보호지침을 콘텐츠산업진흥법 제28조에 따라 개정된 것이다.

적으로 구성되어야 한다. 또한 지침은 콘텐츠사업자가 준수하여야 할 사항을 구체적으로 제시한 것이기 때문에 그 내용이 관련법을 위반할 경우에 콘텐츠사업자는 관련법을 준수하여야 하는가 아니면 지침을 준수하여야 하는가에 대해 혼란을 겪게 되며, 지침을 따랐다면 관련법을 준수한 것으로 오인하게 된다. 그러나 콘텐츠사업자가 관련법을 위반한 지침을 준수하였다고 하더라도 그 행위는 관련법을 위반한 것이며, 이로 인해 지침이 이용자를 보호하는 것이 아닌 이용자권익을 침해하는 결과를 초래한다. 반면에 지침의 내용이 이용자보호를 목적으로 하는 관련법의 내용보다 더 중한 의무를 콘텐츠사업자에게 부과할 경우에는 규제법정주의 원칙³⁾을 위반하게 되는 문제가 발생한다. 따라서 지침을 개정함에 있어서는 이러한 문제를 야기하지 않도록 그 내용은 관련법령과 합치되게 구성하여야 한다. 그렇다면 2021년에 개정된 지침은 콘텐츠이용자보호에 관한 법령과 합치되게 그 내용이 구성되어 있는가? 그 대다수의 내용은 콘텐츠산업진흥법, 전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률(이하 '전자상거래법'이라 한다) 등 콘텐츠거래와 관련된 법률의 내용에 합치하지만, 일부 내용에 있어서는 관련법률의 내용보다 이용자 또는 소비자에게 불리하게 규정하고 있으며, 그 내용 중 일부는 강행규정이기 때문에 지침의 효력문제를 발생시킨다. 또한 일부 내용에 있어서는 관련 법령에서 정하지 않은 사항을 규정함으로써 합리적 이유없이 콘텐츠사업자에게 불이익을 부과하고 있다. 이러한 문제점은 지침의 목적인 콘텐츠거래의 건전화 및 이용자보호와 일치하지 않으며, 상위법 위반에 따라 지침의 효력 문제도 야기한다. 따라서 지침의 내용이 그 목적에 적합하게 구성될 수 있도록 개선방안을 마련하는 것이 시급하다.

이 논문에서는 2021년에 개정된 지침의 내용 중 정의규정, 적용범위, 결제대금예치제도에 관한 정보, 청약철회등의 배제조치 및 효과, 증명책임, 관할에 대해 관련 법령과 적합한 것인지에 대해 검토한다. 이를 통해 지침의 내용이 건전한 콘텐츠거래의 정착 및 이용자보호에 적합한 것인가에 대해 살펴보고, 그 문제점을 지적함과 더불어 지침의 개정방안에 대해 연구하고자 한다.

3) 규제는 법률에 근거하여야 하며, 그 내용은 알기 쉬운 용어로 구체적이고 명확하게 규정되어야 한다. 또한 규제는 법률에 직접 규정하되, 규제의 세부적인 내용은 법률 또는 상위법령에서 구체적으로 범위를 정하여 위임한 바에 따라 대통령령·총리령·부령 또는 조례·규칙으로 정할 수 있다. 다만, 법령에서 전문적·기술적 사항이나 정미한 사항으로서 업무의 성질상 위임이 불가피한 사항에 관하여 구체적으로 범위를 정하여 위임한 경우에는 고시 등으로 정할 수 있다. 그리고 행정기관은 법률에 근거하지 아니한 규제로 국민의 권리를 제한하거나 의무를 부과할 수 없다(행정규제기본법 제4조).

II. 콘텐츠이용자보호지침의 총칙

1. 정의

가. 콘텐츠사업자

(1) 지침의 내용

"사업자"란 콘텐츠의 제작·유통 등과 관련된 경제활동을 영위하는 자를 말한다(지침 제2조 제2호).⁴⁾

(2) 분석 및 비판

사업자는 일정한 일을 업으로 하는 자를 말하며, 업은 계속반복적으로 한다는 것을 의미한다. 또한 콘텐츠사업자이기 때문에 그 일은 콘텐츠와 관련된 일로 한정된다. 따라서 콘텐츠사업자는 콘텐츠의 제작·유통 등과 관련된 경제활동을 업으로 하는 자라고 할 수 있다. 그러나 지침상 사업자에 대한 정의는 일만을 규정하고 있을 뿐 업을 규정하고 있지 않다.⁵⁾ 물론 이는 콘텐츠산업진흥법에서 규정하고 있는 사업자에 대한 정의를 그대로 차용하였기 때문이며, 상위법의 내용이기 때문에 지침에서 이를 그대로 수용한 것이다. 이에 대해서는 콘텐츠의 제작·유통 등과 관련된 경제활동을 업으로 하는 자로 축소해석할 필요가 있지만, 지침은 콘텐츠산업진흥법 등에 대한 해석을 포함하고 있다는 점을 감안한다면 콘텐츠산업진흥법의 오류를 반복할 필요는 없다. 다만, 이 문제는 지침의 문제이기 보다는 콘텐츠산업진흥법의 문제이기 때문에 콘텐츠산업진흥법을 개정한 후 지침까지 개정할 필요가 있다.

4) 지침의 밑줄은 필자가 지침의 내용 중 문제가 있다고 판단한 부분이며, 독자의 가독성을 위해 표시한 것이다. 이하 지침의 밑줄도 같다.

5) 이와 유사하게 사업자를 정의하고 있는 법으로는 소비자기본법 및 전자상거래법 등이 있다. 소비자기본법에서는 사업자에 대해 물품을 제조(가공 또는 포장)을 포함한다. 이하 같다)·수입·판매하거나 용역을 제공하는 자로 정의하고 있으며(동법 제2조 제2호), 전자상거래법 역시 동일하다(동법 제2조 제6호). 그 결과, 사업자와 사업자가 아닌 개인을 구분할 수 없지만, 그 취지 등을 고려할 때 그 일을 업으로 하는 자로 축소해석하여야 할 것이다(고형석, "전자상거래법 전부개정안에 대한 연구", 「소비자법연구」 제7권 특별호(2021), 149면; 서희석, 「소비자계약의 법리」, 부산대학교 출판부, 2018, 57면; 이병준, "SNS마켓에서의 소비자보호", 「유통법연구」 제7권 제2호(2020), 10면).

나. 표시

(1) 지침의 내용

"표시"란 사업자 또는 사업자단체가 콘텐츠에 관한 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 사항을 이용자에게 알리기 위하여 콘텐츠의 용기·포장(첨부물과 내용물을 포함한다), 사업장 등의 게시물 또는 상품권·회원권·분양권 등 콘텐츠에 관한 권리를 나타내는 증서에 쓰거나 붙인 문자·도형과 상품의 특성을 나타내는 용기·포장을 말한다(지침 제2조 제5호).

(2) 분석 및 비판

지침상 표시의 정의는 표시광고의 공정화에 관한 법률(이하 '표시광고법'이라 한다)상 표시에 대한 정의를 그대로 차용하고 있다. 물론 콘텐츠산업진흥법에서 별도로 표시에 대해 정의하고 있지 않기 때문에 표시광고법상 표시에 대한 정의를 차용하는 것은 당연하다. 다만, 표시광고법상 표시는 모든 상품 또는 용역에 대한 표시를 대상으로 하지만, 지침상 표시는 콘텐츠로 한정된다. 이러한 점을 고려하여 지침에서는 '상품등'을 '콘텐츠'로 수정하였지만, 분양권이라는 용어를 그대로 사용하고 있기 때문에 사소한 문제점이 발생하고 있다. 물론 분양권에 콘텐츠 또는 콘텐츠사업자를 표시할 수 있지만, '상품권·회원권·분양권 등 콘텐츠에 관한 권리를 나타내는 증서에 쓰거나 붙인 문자·도형'으로 규정하고 있기 때문에 오류가 있다. 즉, 분양권은 콘텐츠에 관한 권리가 아니다. 이 점은 2021년 개정에서 발생한 문제가 아닌 2012년 지침부터 존재하였던 문제점이며, 2021년 개정에서 이를 수정하지 않고 유지하였기 때문에 동일한 문제를 가지고 있다.

다. 계속거래

(1) 지침의 내용

"계속거래"란 「방문판매 등에 관한 법률」 제2조 제10호에 따라 1개월 이상에 걸쳐 계속적으로 또는 부정기적으로 재화 등을 공급하는 계약으로서 중도에 해지할 경우 대금 환급의 제한 또는 위약금에 관한 약정이 있는 거래를 말한다(지침 제2조 제7호).

(2) 분석 및 비판

지침에서는 계속거래에 대해 정의하면서 별도로 정의하는 것이 아닌 방문판매 등에 관한 법률(이하 '방문판매법'이라 한다)상 계속거래라는 점을 밝히고 있다. 그러나 지침의 정의규정은

동어반복적으로 계속거래를 정의하고 있기 때문에 적절하지 않다. 즉, 방문판매법 제2조 제10호는 계속거래에 대한 정의규정의 조문번호이다. 그리고 그 다음의 내용은 방문판매법 제2조 제10호에서 규정하고 있는 내용이다. 그 결과, 이 규정은 동일한 내용을 반복적으로 규정하고 있다. 이러한 중복을 피하기 위해서는 “계속거래란 「방문판매 등에 관한 법률」 제2조 제10호에 따른 계속거래를 말한다”고 규정하거나 “계속거래란 1개월 이상에 걸쳐 계속적으로 또는 부정기적으로 재화 등을 공급하는 계약으로서 중도에 해지할 경우 대금 환급의 제한 또는 위약금에 관한 약정이 있는 거래를 말한다”고 규정하였어야 했다. 그럼에도 불구하고, 양자를 함께 사용함으로써 동어반복적으로 계속거래를 정의하고 있다. 그리고 방문판매법상 계속거래는 급부의 목적물에 대해 제한이 거의 없다.⁶⁾ 그러나 지침은 콘텐츠로 한정된다. 따라서 다른 정의규정(표시 등)에서는 목적물을 콘텐츠로 변경하여 사용하고 있지만, 계속거래에서는 “재화 등”으로 규정하고 있어 적절하지 않다. 이 역시도 콘텐츠로 개정하는 것이 지침의 적용대상과 일치한다.

2. 법령의 준수 및 적용범위

가. 법령의 준수

(1) 지침의 내용

사업자는 이용자에게 콘텐츠를 제공함에 있어서 「전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률」, 「표시·광고 등의 공정화에 관한 법률」, 「약관의 규제에 관한 법률」, 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」, 「개인정보 보호법」, 「청소년 보호법」 등의 관련 법령을 준수하여야 한다(지침 제3조).

6) 방문판매법은 방문판매 등과 같이 특수거래의 방식으로 재화등을 구입한 소비자를 보호하기 위한 법이기 때문에 급부의 목적물에 대해서는 제한을 두지 않는다. 다만, 금융소비자 보호에 관한 법률상 금융상품(2022년 12월 8일 이후, 그 이전까지는 보험업법상 보험회사와 보험계약을 체결하기 위한 거래), 방문판매원을 두지 아니하는 방문판매업자가 가공되지 아니한 농산물·수산물·축산물·임산물 또는 방문판매자가 직접 생산한 재화등을 방문판매하는 거래에 대해서는 동법이 적용되지 않는다(동법 제3조 제2호, 제3호). 이는 금융소비자보호법 제정에 따라 그 법의 적용을 받는 금융상품등에 대해 방문판매법의 적용을 배제하기 위함이다. 그러나 금융소비자보호법의 규율대상에는 금융상품거래만이 아닌 금융상품자문계약도 있다. 그럼에도 불구하고, 방문판매법에서는 적용배제대상을 금융상품거래로 한정한 결과, 금융상품자문계약은 양법의 적용을 받게 되는 문제가 발생한다. 또한 금융상품거래에 대한 적용배제는 2021년 12월 7일에 개정된 방문판매법에 신설되었다. 그 개정취지에 대해 ‘방문판매법의 적용대상에서 금융투자상품 등의 거래를 제외하여 영업점 밖에서의 금융투자상품 판매의 활성화를 유도하려는 것’을 제시하고 있다. 그러나 방문판매법은 특수거래분야에서 소비자보호를 목적으로 하는 법이기 때문에 소비자보호가 아닌 사업자보호를 위해 개정한다는 것은 방문판매법의 목적과 상반된다.

(2) 분석 및 비판

지침 제3조에서는 콘텐츠사업자가 준수하여야 할 법률을 예시하고 있다. 이러한 법률은 대표적인 것에 불과하며, 그 외에 다양한 법률들이 존재한다. 따라서 콘텐츠사업자는 예시로 규정하고 있는 법률 외에도 콘텐츠거래와 관련된 법령을 준수할 의무를 부담한다. 이 규정은 콘텐츠사업자의 법령준수의무이기 때문에 당연한 내용이라고 할 수 있지만, 다음의 두 가지 문제점을 가지고 있다. 첫째, 사업자가 이용자에게 콘텐츠를 제공할 때 준수하여야 할 법령이다. 물론 완전한 콘텐츠를 제공하는 것도 이용자보호에 포함되지만, 보다 근본적인 내용은 계약의 체결과정과 계약내용이다. 즉, 지침은 콘텐츠의 건전한 거래 및 유통질서를 확립하고, 이용자를 보호하기 위함을 목적으로 한다(지침 제1조). 그렇다면 한다면 지침은 공정한 거래질서 확립에 관한 내용을 기초로 이용자보호에 관한 내용으로 구성되어야 하며, 그 법률관계뿐만 아니라 급부인 콘텐츠의 공급도 포함되어야 한다. 그러나 지침에서는 콘텐츠의 공급으로 한정하고 있기 때문에 콘텐츠산업진흥법에서 위임한 내용과 불일치할 뿐만 아니라 지침의 목적 및 내용과도 일치하지 않는다. 즉, 콘텐츠의 공급은 콘텐츠사업자의 급부의무에 불과하며, 콘텐츠거래의 일부에 국한된다. 또한 전자상거래법 및 방문판매법 등은 거래분야에서 소비자를 보호하는 법이며, 콘텐츠공급분야(하자 또는 결함, 불완전이행 등)에서 소비자를 보호하는 법이 아니다. 따라서 목적규정에서는 단지 콘텐츠의 제공뿐만 아니라 콘텐츠거래까지 포함하여야 규정할 것이다. 둘째, 관련법령을 예시하면서 다양한 법률을 제시하고 있지만, 근거법인 콘텐츠산업진흥법은 포함되어 있지 않다. 2012년 지침에서는 콘텐츠산업진흥법을 포함하고 있었지만, 2015년 개정 지침부터 이를 삭제하였다. 이에 대해서는 콘텐츠산업진흥법에 근거한 것이기 때문에 이를 명시하는 것이 적절하지 않거나 콘텐츠산업진흥법에서 규정하고 있는 내용을 모두 지침에서 규정하고 있기 때문에 이를 별도로 명시할 필요가 없다고 판단한 것으로 추정된다. 그러나 콘텐츠거래에 있어 적용되는 대표적인 법은 콘텐츠산업진흥법이며, 지침 역시 동법에 근거하여 제정된 것이다. 또한 관련법령의 제시는 콘텐츠사업자에게 콘텐츠거래와 관련하여 적용되는 대표적인 법을 알려주는 역할을 하는 것이기 때문에 콘텐츠산업진흥법도 명시될 필요가 있다. 물론 지침의 내용이 콘텐츠산업진흥법상 이용자보호에 관한 내용이 모두 포함되어 있다면 이를 명시하지 않더라도 콘텐츠산업진흥법을 준수하게 되기 때문에 문제가 없다고 할 수 있다. 그러나 지침에서는 콘텐츠산업진흥법의 내용 중 표시 또는 고지의무에 대해 규정하고 있지 않다. 이 역시 2012년 지침에서 규정한 내용을 2015년 개정 지침부터 삭제한 것이다. 그 결과, 지침은 콘텐츠산업진흥법의 내용을 전부 반영하고 있지 않으면서도 관련법령에 콘텐츠산업진흥법을 삭제하여 콘텐츠사업자에게 관련 법령에 대한 정보를 제대로 제공하지 못하고 있어 지침의 역할을 충분히 수행하고 있지 않다. 따라서 목적 규정상 관련 법령으로 제시된 법률에 콘텐츠산업진흥법을 추가할 필요가 있다.

나. 적용범위

(1) 지침의 내용

이 지침은 전자상거래 또는 통신판매(「전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률」 제2조 제1호 또는 제2호)를 통하여 이루어지는 사업자와 이용자[소비자(「전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률」 제2조 제5호)인 이용자에 한한다. 이하 같다]간의 콘텐츠거래에 적용된다. 다만, 그 이외의 거래방식에 의한 콘텐츠거래에 대하여는 그 성질에 반하지 않는 범위 내에서 이 지침을 적용하고, 다른 법률에 근거한 개별 콘텐츠 이용자보호 지침이 있는 경우 외에는 이 지침을 적용한다(지침 제4조).

(2) 분석 및 비판

지침에서는 지침의 인적 적용범위에 대해 모든 이용자가 아닌 전자상거래법상 소비자인 이용자로 한정하고 있다. 그 근거를 제시하고 있지 않지만, 관련 문헌에서는 그 이유에 대해 다음과 같이 제시하고 있다. 콘텐츠산업진흥법상 ‘이용자’는 ‘콘텐츠사업자가 제공하는 콘텐츠를 이용하는 자’이며, ‘콘텐츠사업자’는 ‘콘텐츠의 제작·유통 등과 관련된 경제활동을 영위하는 자’이기 때문에 양자를 조합하면 동법상 이용자는 적어도 콘텐츠사업자여서는 아니된다는 결론에 이르게 된다. 즉, 콘텐츠사업자가 제공하는 콘텐츠를 이용하여 콘텐츠사업을 영위하는 자라면 그는 콘텐츠사업자의 정의 속에 이미 포섭되기 때문이다. 그렇다면 여기에서의 이용자는 콘텐츠사업자가 제공하는 콘텐츠를 경제활동 영위의 목적(사업목적)이 아닌 목적으로 이용하는 자만을 의미하고, 법인이 콘텐츠사업을 영위하기 위한 목적(사업목적)으로 그 콘텐츠를 이용하는 경우(자본재나 중개재로 사용하는 경우)는 제외된다고 해석하여야 한다.⁷⁾

이러한 해석은 이용자 중 소비자에 한정하여 보호대상을 결정하는 것이지만, 다음과 같은 점에서 타당하지 않다. 첫째, 콘텐츠산업진흥법은 舊 온디콘법의 개정법이며, 舊 온디콘법에서는 소비자와 이용자를 구분하여 규정하고 있었다(舊 온디콘법 제16조부터 제16조의4까지). 즉, 舊 온디콘법에서는 이용자를 정의하고 있지 않지만, 전송 또는 표시에 관한 규정에서 사용하였던 이용자는 소비자에 국한되지 않았다. 따라서 이용자는 온라인디지털콘텐츠를 제공받는 자 또는 그 표시를 보는 자를 의미하며, 소비생활을 목적으로 이용하는 자로 국한되지 않는다. 그 결과, 舊 온디콘법상 이용자와 소비자는 다른 개념이다.⁸⁾ 이를 개정한 법인 콘텐츠산업진흥

7) 서희석, 앞의 책, 66면

8) 고형석, “법인의 소비자성에 대한 연구”, 「재산법연구」 제35권 제3호(2018), 37면; 고형석, “전자상거래를 통한 콘텐츠거래에 있어서 이용자보호에 관한 연구”, 「한양법학」 제34호(2011), 120면; 이병준, “사업자와 소상공인 사이에 체결된 온라인 광고계약에 대한 방문판매법의 적용 가능성”, 「선진상사법률연구」 제77호(2017), 278면; 구병문, “디지털콘텐츠 이용자의 청약철회와 그 제한규정의 문제점과 해결방안”, 「홍익법학」

법에서는 그 보호대상자를 이용자로 단일화하였다. 그리고 이용자의 정의에서 소비자개념의 핵심지표인 '소비생활 목적'이라는 요건을 규정하고 있지 않다. 그럼에도 불구하고, 이용자를 소비자로 한정하는 것은 법문의 의미, 개정전 법의 내용 및 입법자의 의도를 전혀 고려하지 않은 해석에 불과하다. 둘째, 이용자는 적어도 콘텐츠사업자가 아니어야 한다는 점에 대한 비판이다. 이를 주장하는 견해는 전자문서 및 전자거래기본법(이하 '전자거래기본법'이라 한다)상 전자거래이용자에 대한 정의를 기초로 해석하고 있다. 그러나 전자거래기본법의 내용을 이와 동일하게 규정하지 않은 다른 법에 확대적용하는 것은 타당하지 않다. 만일 이와 같이 해석한다면 약관의 규제에 관한 법률(이하 '약관규제법'이라 한다)상 고객에는 약관을 사용하는 자인 사업자는 포함되지 않아야 한다. 즉, 동법상 사업자는 약관을 제안하는 자이며, 고객은 사업자로 부터 약관을 계약의 내용으로 할 것을 제안받는 자이기 때문에 이 견해에 따르면 당연히 고객은 약관을 제안하는 자(사업자)가 아닌 자로 해석하여야 한다. 그러나 학설 및 판례⁹⁾ 그리고 약관규제법을 주관하는 공정거래위원회¹⁰⁾ 모두 사업자도 고객에 포함됨을 인정하고 있으며, 약관규제법에서는 이를 보다 명확히 규정하고 있다. 즉, 약관규제법에서는 약관분쟁조정협의회의 설치를 규정하고 있으며, 분쟁의 당사자인 고객 중 소비자기본법상 소비자를 제외하고 있다(동법 제25조 제5항). 따라서 동법상 약관분쟁조정을 신청할 수 있는 고객은 소비자를 제외한 자가 되기 때문에 사업자인 고객에 국한된다. 셋째, 이 견해는 2012년 지침의 경우에 이러한 한정이 없었지만, 이와 같이 제한하여 해석하여야 한다고 주장하면서 2015년 개정 지침은 그러한 해석론을 확인하는 것에 불과하고 지침의 내용을 바꾸는 것이 아니라고 한다.¹¹⁾ 그러나 2012년 지침에서는 이용자와 소비자를 구분하여 규정하고 있었다. 즉, 다른 규정에서는 이용자로 규정하면서 2012년 지침 제8조 제2항 제9호에서 전자상거래법상 소비자인 이용자로 제한하고 있었으며, 제20조 제3항에서는 방문판매법 제2조 제10호¹²⁾에 따른 소비자인 이용자로 제한하고 있었다. 그리고 전속관할 역시 전자상거래법상 소비자와 이용자로 구분하여 규정하고 있었다(2012년 지침 제21조). 그럼에도 불구하고, 2012년 지침에서 양자를 구분하지 않았다는 주장은 지침의 내용을 정확히 파악하지 못한 것이다.¹³⁾ 마지막으로 전자금융거래법상 이

제10권 제1호(2009), 443면. 또한 콘텐츠산업진흥법으로의 개정을 위한 기초연구에서도 콘텐츠 산업에 있어서의 이용자는 소비자와 다른 개념으로 이해되어야 한다고 설명하였다(황승훈 등, 「콘텐츠산업진흥법 제정방안에 관한 연구」, 문화체육관광부, 2008, 100면).

9) 하도급대금지급보증약관에서 건설공제조합의 면책사유로 '건설산업기본법령상 하도급을 금지하는 공사를 하도급받거나 무자격자가 하도급받은 공사인 때'를 정한 경우, 그 면책조항이 약관의 규제에 관한 법률 제6조 제2항 제1호에서 규정하는 '고객에 대하여 부당하게 불리한 조항'에 해당하는지 여부는 무엇보다도 그 계약의 당사자인 건설공제조합의 조합원들의 평균적이고 전형적인 이익을 기준으로 판단되어야 한다(대판 2009. 7. 9. 2008다88221 등).

10) 공정거래위원회, 「약관규제의 실제」, 공정거래위원회, 2008, 13면.

11) 서희석, 위의 책, 67면.

12) 서희석, 위의 책, 67면.

13) 2015년 지침에서는 그 적용범위를 전자상거래법상 소비자인 이용자로 제한하고 있으면서(2015년 지침 제4조),

용자에는 전자금융거래사업자인 금융회사등 이외의 법인이 포함된다는 점에 이론(異論)이 없다고 하지만, 이 역시 사실과 다르다.¹⁴⁾ 만일 이 주장이 옳다면 전자금융거래법 제3조에서 규정하고 있는 내용은 오류이다. 즉, 동법 제3조에서는 “이 법은 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고 모든 전자금융거래에 적용한다. 다만, 금융회사 및 전자금융업자간에 따로 정하는 계약에 따라 이루어지는 전자금융거래 가운데 대통령령이 정하는 경우에는 이 법을 적용하지 아니한다.”고 규정하고 있다. 이 견해에 따르면, 동법 제3조 제1항 본문의 내용 중 ‘모든 전자금융거래’에서 ‘금융회사 또는 전자금융업자간 거래’는 제외되어야 하지만, 단서에서 ‘금융회사 및 전자금융업자간에 따로 정하는 계약에 따라 이루어지는 전자금융거래 가운데 대통령령이 정하는 경우에는 이 법을 적용하지 아니한다’고 규정하고 있기 때문에 본문의 ‘모든 전자금융거래’는 ‘금융회사 또는 전자금융업자간 거래’를 포함한다. 그럼에도 불구하고, 이용자에 금융회사 또는 전자금융업자가 포함되지 않는다면 금융회사 또는 전자금융업자와 계약에 따라 전자금융거래를 이용하는 금융회사 또는 전자금융업자는 동법상 이용자가 아닌 어떠한 지위를 갖는지의 문제가 발생하게 된다. 또한 2020년에 제정된 금융소비자보호에 관한 법률상 금융소비자에는 금융회사도 포함되어 있다(동법 제2조 제8호, 제9호). 이 견해에 따르면 전자금융거래법상 이용자는 아니지만, 금융소비자보호법상 금융소비자에는 해당하게 되는 이상한 결과가 발생한다. 이는 이 견해가 전자거래기본법상 전자거래이용자에 대한 정의를 이와 다르게 규정하고 있는 모든 법상 이용자 등에 대해 무조건적으로 적용하여 해석하였기 때문에 발생한 것이며, 일반적인 해석과 상반되는 해석을 하고 있기 때문에 타당하지 않다. 따라서 이러한 해석을 기초로 개정된 2015년 지침 및 이를 그대로 유지하고 있는 2021년 지침 모두 콘텐츠산업진흥법의 위임내용과 상이하게 규정하고 있다는 점에서 근본적인 문제를 가지고 있다. 즉, 콘텐츠산업진흥법에서는 콘텐츠이용자 보호에 관한 지침을 제정하도록 규정하고 있기 때문에 소비자인 이용자에 국한하여 제정하였다면 이를 상위법의 내용을 합리적인 이유없이 축소하여 지침을 제정한 것이 된다. 물론 소비자인 이용자에 관한 사항으로 한정하여 지침을 제정할 필요가 있어 그 적용범위를 축소하였다면 이는 타당하다고 할 수 있지만, 지침에서는 그 이유를 제시하지 않고 이용자를 소비자로 축소하고 있다는 점에서 문제가 있다.

결제대금예치제도의 이용에 관한 정보제공에 있어서는 이용자가 전자상거래법상 소비자로 한정하고 있다(2015년 지침 제7조 제2항 제9호). 이러한 점은 2021년 지침도 동일하다. 이러한 점은 2012년 지침에서 모든 이용자와 소비자인 이용자를 구분하고 있지 않았다는 주장이 사실과 다르다는 것을 나타내며, 인적 적용범위에서 소비자인 이용자로 제한하였음에도 불구하고 개별 규정에서 이를 소비자인 이용자로 제한하고 있는 것은 지침의 적용대상이 누구인지에 대한 혼란을 야기하게 된다.

- 14) 전자금융거래의 이용자는 기업·소비자간 거래의 경우에는 소비자이지만, 기업간 거래의 경우에는 기업이다(손진화, 전자금융거래법, 법문사, 2008, 12면). 전자금융거래는 기업간 거래, 소비자간 거래 등 다양한 형태의 금융거래를 모두 포괄하고 있다고 할 수 있다(정경영, 전자금융거래와 법, 박영사, 2007, 685면).

III. 콘텐츠이용자보호지침의 일반준수사항

1. 계약체결전 정보제공의무

가. 지침의 내용

사업자는 이용자가 실수 또는 착오 없이 거래할 수 있도록 계약체결 전에 다음 각호에서 정하고 있는 거래조건 등에 관한 정보를 적절한 방법으로 표시·광고하거나 알려야 한다(지침 제7조 제2항).

1. ~ 8. 생략

9. 정보통신망을 통하여 전송되는 콘텐츠의 경우·이용자가 신용카드로 결제하는 경우·대금이 5만원 이하인 경우 또는 분할하여 콘텐츠를 제공하는 경우를 제외하고, 이용자가 콘텐츠를 제공받기 전에 대금을 지급하는 경우 결제대금예치의 이용을 선택할 수 있다는 사항(이용자가 「전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률」 제2조 제5호에서 규정하는 소비자인 경우에 한한다)

나. 분석 및 비판

지침 제7조에서 규정하고 있는 내용은 전자상거래법 제13조 제2항 및 제3항과 방문판매법 제30조에서 규정하고 있는 내용이며, 이를 사업자와 콘텐츠에 관한 정보 및 거래조건 등에 관한 정보로 구분하여 규정한 것이다. 그러나 지침 제7조 제2항 제9호에서 규정하고 있는 내용 중 ‘대금이 5만원 이하인 경우’는 오류이다. 즉, 전자상거래법상 결제대금예치제도¹⁵⁾가 적용되지 않는 선지급식 통신판매의 유형은 「여신전문금융업법」 제2조 제3호에 따른 신용카드로 재화등의 대금을 지급하는 거래, 정보통신망으로 전송되거나 제13조 제2항 제10호에 따른 제3자가 배송을 확인할 수 없는 재화등을 구매하는 거래, 일정기간에 걸쳐 분할되어 공급되는 재화등을 구매하는 거래 및 다른 법률에 따라 소비자의 구매안전이 충분히 갖추어진 경우 또는 제1호부터 제4호까지의 규정과 유사한 사유로 결제대금예치 또는 소비자피해보상보험계약등의 체결이 필요하지 아니하거나 곤란하다고 공정거래위원회가 정하여 고시하는 거래이다(전자상거래법 제24조 제3항). 따라서 대금이 5만원 이하인 경우에도 소비자는 결제대금예치제도를

15) 결제대금예치제도는 소비자가 재화등을 공급받기 전에 미리 대금을 사업자에게 지급하는 선지급식 통신판매에서 소비자사기 피해를 방지하고자 일정한 자격요건(금융위원회에의 등록 등)을 갖춘 자에게 그 대금을 지급하고, 소비자가 재화등을 공급받은 후 사업자에게 대금을 지급하는 것으로 내용으로 한 제도이며, 2005년 전자상거래법 개정에 따라 도입되었다(고형석, “결제대금예치제도에 관한 연구”, 「법과 정책연구」 제13권 제4호(2013), 1557면 이하; 손진화, 「전자상거래법」, 신조사, 2016, 237면).

이용할 수 있지만, 지침에서는 이를 제외하고 있기 때문에 사업자는 이에 해당하는 거래에 대해 결제대금예치제도의 이용에 관한 정보를 제공하지 않게 된다. 이에 따라 사업자는 5만원 이하의 콘텐츠거래에 대해 결제대금예치서비스를 제공하지 않기 때문에 소비자는 이를 이용할 수 없다. 물론 온라인으로 전송되는 디지털콘텐츠의 경우에 정보통신망으로 전송되는 경우에 해당하므로 결제대금예치제도가 적용되지 않지만, 오프라인으로 공급되는 콘텐츠의 경우에는 적용대상에 포함된다. 그 결과, 전자상거래법과 지침의 내용이 상이하다. 따라서 콘텐츠사업자가 지침을 신뢰하여 5만원 이하의 거래에 대해 결제대금예치에 관한 정보 및 이를 제공하지 않았다고 하더라도 전자상거래법 위반행위를 한 것이 되며, 이에 따라 공정거래위원회로부터 시정조치 및 1천만원 이하의 과태료를 부과받을 수 있다(전자상거래법 제32조, 제45조 제3항 제4호).¹⁶⁾ 이와 같이 전자상거래법과 지침의 내용이 불일치하게 된 이유는 일정금액 이하의 거래에 대해 결제대금예치제도의 적용을 면제하였던 전자상거래법 제24조 제3항 제1호가 2013년 개정에 따라 삭제되었기 때문이다. 따라서 2012년 지침 제정 당시에는 이러한 금액 제한이 존재하였기 때문에 지침에서 이를 규정하였지만, 전자상거래법이 개정된 2013년부터는 이 제한은 존재하지 않게 되었기 때문에 2015년 지침에서는 이 내용을 삭제하여야 했다. 그러나 이를 간과하고 그대로 유지하였기 때문에 전자상거래법과 지침의 내용간 불일치가 발생하게 된 것이다. 이러한 점은 단지 양자간 내용상 불일치 문제에 국한되는 것이 아닌 수범자인 콘텐츠사업자의 법 위반을 조장하는 결과를 초래하며, 지침에 대한 불신을 유발한다. 즉, 정부가 제정하여 준수를 요구하도록 한 지침이 상위법을 위반하고 있기 때문에 당연히 무효이며, 무효인 지침을 신뢰하여 소비자와 거래한 콘텐츠사업자는 과태료 등을 부과받게 되는 결과를 초래하기 때문이다. 또한 이에 따라 결제대금예치제도에 관한 정보의 미제공 또는 이용불가에 따라 소비자피해가 발생할 수 있다. 따라서 지침의 이 내용은 전자상거래법의 내용과 조속히 일치시켜야 할 것이다.

16) 형법 제16조에서 자기가 행한 행위가 법령에 의하여 죄가 되지 아니한 것으로 오인한 행위는 그 오인에 정당한 이유가 있는 때에 한하여 벌하지 아니한다고 규정하고 있는 것은 일반적으로 범죄가 되는 경우이지만 자기의 특수한 경우에는 법령에 의하여 허용된 행위로서 죄가 되지 아니한다고 그릇 인식하고 그와 같이 그릇 인식함에 정당한 이유가 있는 경우에는 벌하지 아니한다는 취지이다(대판 1992. 5. 22. 91도2525; 대판 2002. 1. 25. 2000도1696 등 참조). 그리고 이러한 정당한 이유가 있는지의 여부는 행위자에게 자기 행위의 위법의 가능성에 대해 심사숙고하거나 조회할 수 있는 계기가 있어 자신의 지적 능력을 다하여 이를 회피하기 위한 진지한 노력을 다하였더라면 스스로의 행위에 대하여 위법성을 인식할 수 있는 가능성이 있었음에도 이를 다하지 못한 결과 자기 행위의 위법성을 인식하지 못한 것인지의 여부에 따라 판단하여야 할 것이고, 이러한 위법성의 인식에 필요한 노력의 정도는 구체적인 행위정황과 행위자 개인의 인식능력 그리고 행위자가 속한 사회집단에 따라 달리 평가되어야 한다(대판 2006. 3. 24. 2005도3717; 대판 2009. 12. 24. 2007도1915 등 참조)(대판 2017. 11. 29. 2015도18253).

2. 대금의 지급 및 과오금의 환급

가. 지침의 내용

사업자의 책임있는 사유로 과오금이 발생한 경우 사업자는 계약비용·수수료 등에 관계없이 과오금 전액을 환급하여야 한다. 다만 이용자의 책임있는 사유로 과오금이 발생한 경우, 사업자는 과오금을 환급하는데 소요되는 비용을 합리적인 범위 내에서 공제하고 환급할 수 있다 (지침 제10조).

나. 분석 및 비판

과오금은 이용자가 지급하여야 할 콘텐츠 대금보다 많은 금액을 지급한 경우에 그 차액을 말한다. 따라서 이는 민법상 부당이득에 해당하며, 이를 수령한 콘텐츠사업자는 이용자에게 반환하여야 한다. 지침에서는 과오금 발생에 있어 책임이 누구에게 있는가에 따라 비용 공제 여부를 규정하고 있다. 즉, 과오금 발생원인이 이용자에게 있는 경우에 콘텐츠사업자는 과오금의 환급에 소요되는 비용을 공제한 후 환급할 수 있지만, 그 원인이 콘텐츠사업자에게 있는 경우에 그 비용을 공제하지 않고 과오금 전부를 환급하도록 규정하고 있다. 그러나 과오금 발생원인이 콘텐츠사업자에게 있는 경우에 과오금만을 환급하도록 규정하고 있는 점은 이용자에게 불리하다. 예를 들어, 콘텐츠사업자가 과금을 하면서 고의 또는 과실로 과오금을 포함한 대금을 이용자에게 청구하고, 이용자가 그 금액 전부를 지급하거나 그 금액이 자동결제된 경우에 그 과오금만을 환급하도록 한다면 그 기간 동안의 이자 손해는 배상받지 못하게 된다. 이는 역으로 이자에 대한 콘텐츠사업자의 불법(부당)이득을 허용하는 결과를 초래한다. 따라서 이 경우에는 과오금만이 아닌 과오금과 환급할 때까지의 기간에 대한 이자를 더하여 환급하도록 하는 것이 책임의 원칙에 부합하며, 이용자보호에 적합하다.

3. 청약철회등 및 효과

가. 지침의 내용

다음 각호의 어느 하나에 해당하는 경우에 이용자는 사업자의 의사에 반하여 제1항에서 정한 청약철회등을 할 수 없다. 다만, 제2호부터 제5호까지에 대하여 청약철회등이 불가능한 경우에 사업자가 그 사실을 콘텐츠 또는 그 포장 기타 이용자가 쉽게 알 수 있는 곳에 표시하거나 시용상품을 제공하거나 콘텐츠의 한시적 또는 일부 이용이 가능하게 하는 등의 방법으로 청약철회등의 권리 행사가 방해받지 아니하도록 조치를 취하지 아니하는 때에는 이용자는 청

약철회등을 할 수 있다(지침 제11조 제2항).

1. ~ 5. 생략

6. 이용자의 주문에 의하여 콘텐츠가 개별적으로 생산되는 경우 등 청약철회등을 인정하면 사업자에게 회복할 수 없는 중대한 피해가 예상되는 경우로서 사전에 당해 거래에 대하여 별도로 그 사실을 고지하고 이용자의 서면(전자문서를 포함한다)에 의한 동의를 얻은 경우

청약철회등을 한 경우 이용자는 제공받은 콘텐츠를 반환하여야 하며, 다운로드받은 온라인 콘텐츠의 경우에는 이를 삭제하여야 한다(지침 제12조 제1항).

사업자(이용자로부터 콘텐츠대금을 지급받은 자 또는 이용자와 콘텐츠 계약을 체결한 자를 포함한다)는 콘텐츠를 반환받거나 이용자가 청약철회 등을 한 날부터 3영업일 이내에 지급받은 콘텐츠대금을 환급하여야 한다. 이 경우 사업자가 이용자에게 콘텐츠대금의 환급을 지연한 때에는 그 지연기간에 대하여 연 12%를 곱하여 산정한 지연이자(이하 "지연배상금"이라 한다)를 지급하여야 한다(지침 제12조 제3항).

나. 분석 및 비판

(1) 청약철회등의 배제조치

청약철회등의 배제조치라 함은 소비자 또는 이용자의 단순구매의사변경에 따른 청약철회 등¹⁷⁾이 인정되지 않는 사유에 해당하는 경우 중 일부¹⁸⁾에 있어 그 청약철회등을 배제하기 위해 사업자가 취하여야 할 조치를 말한다.¹⁹⁾ 따라서 청약철회등의 배제사유에 해당하더라도 사업자가 배제조치를 취하지 않은 경우에 소비자 또는 이용자의 청약철회등은 배제되지 않는다(전자상거래법 제17조 제2항 단서, 콘텐츠산업진흥법 제27조 제1항).

17) 소비자 또는 이용자의 청약철회등은 그 이유를 불문하고, 행사할 수 있는 청약철회권등과 사업자의 채무불이행이 있을 경우에 청약철회권등으로 구분된다. 전자는 사업자의 완전한 채무이행이 있더라도 소비자 또는 이용자가 단순히 구매의사가 변경되었다는 것을 이유로도 행사할 수 있기 때문에 단순구매의사변경에 따른 청약철회등으로 불리고 있다. 후자의 발생요건은 재화등의 내용이 표시·광고의 내용과 다르거나 계약내용과 다르게 이행된 경우이며, 그 원인에 있어 사업자의 책임있는 사유의 존재여부는 요건이 아니다.

18) 청약철회 배제사유 중 재화등의 내용을 확인하기 위하여 포장 등을 훼손한 경우를 제외하고, 소비자에게 책임이 있는 사유로 재화등이 멸실되거나 훼손된 경우는 그 사유만으로 청약철회등이 배제된다(전자상거래법 제17조 제2항 제1호). 이 경우에 사업자는 소비자의 청약철회등을 배제하기 위해 별도의 조치를 취할 필요가 없다.

19) 청약철회등의 배제조치는 소비자 또는 이용자가 청약철회등을 할 수 없도록 하기 위해 사업자가 취하여야 할 조치이다. 그러나 전자상거래법 등에서는 배제조치의 목적에 대해 소비자 또는 이용자의 청약철회등을 방해하지 않기 위함으로 규정하고 있어 본래의 취지와 상반되게 규정하고 있다(고형석, 「전자상거래와 소비자보호법」, 우리시스템, 2019, 279면).

(가) 전자상거래법과 콘텐츠산업진흥법상 배제조치

지침에서 규정하고 있는 이용자의 청약철회등에 관한 내용 중 배제조치는 콘텐츠산업진흥법에서 규정하고 있는 내용이다. 즉, 콘텐츠산업진흥법에서는 이용자의 청약철회등에 관하여 독자적으로 그 내용을 규정하고 있는 것이 아닌 전자상거래법을 준용하고 있지만, 배제조치에 한해 전자상거래법과 다르게 규정하고 있다. 양법에서 규정하고 있는 배제조치의 내용은 다음과 같다. 전자상거래법상 배제조치는 목적물에 따라 상이하다. 재화 또는 용역의 경우에 배제조치는 청약철회등이 불가능하다는 그 사실을 재화등의 포장이나 그 밖에 소비자가 쉽게 알 수 있는 곳에 명확하게 표시하거나 시험 사용 상품을 제공하는 등의 방법이다. 반면에 디지털 콘텐츠의 경우에는 청약철회등이 불가능하다는 그 사실을 재화등의 포장이나 그 밖에 소비자가 쉽게 알 수 있는 곳에 명확하게 표시하고, 시용상품을 제공하는 방법이 배제조치에 해당한다. 따라서 디지털콘텐츠의 경우에 사업자가 단순히 청약철회등이 불가능하다는 그 사실을 재화등의 포장이나 그 밖에 소비자가 쉽게 알 수 있는 곳에 명확하게 표시하였다는 것만으로 청약철회등이 배제되는 것이 아닌 시용상품 등의 제공까지 이루어진 경우에 한해 청약철회등이 배제된다. 콘텐츠산업진흥법상 배제조치는 청약철회 및 계약의 해제가 불가능한 콘텐츠의 경우에는 그 사실을 콘텐츠 또는 그 포장에 표시하거나 시용(試用)상품을 제공하거나 콘텐츠의 한시적 또는 일부 이용이 가능하도록 하는 등의 방법이다. 따라서 사업자가 청약철회등이 불가능하다는 사실을 재화등의 포장이나 그 밖에 소비자가 쉽게 알 수 있는 곳에 명확하게 표시한 경우에도 배제조치를 취한 것이 되므로 시용상품 등을 제공하지 않았더라도 이용자의 청약철회등은 배제된다.

이와 같이 양법상 청약철회등의 배제조치의 내용이 상이하게 된 것은 2016년 전자상거래법 개정 이후부터이다. 즉, 2016년에 개정되기 전 전자상거래법상 청약철회 배제조치는 청약철회등이 불가능한 재화등의 경우에는 그 사실을 재화등의 포장이나 그 밖에 소비자가 쉽게 알 수 있는 곳에 명확하게 적거나 시험 사용 상품을 제공하는 등의 방법이었다. 따라서 콘텐츠산업진흥법상 배제조치의 내용과 거의 동일하였다. 그러나 2016년에 개정된 전자상거래법에서는 디지털콘텐츠에 한해 복수의 배제조치를 취하도록 규정하였기 때문에 그 이후부터 전자상거래법과 콘텐츠산업진흥법상 청약철회등의 배제조치가 상이하게 되었다. 그렇다면 한다면 2021년에 개정된 지침은 이러한 내용을 반영하여 이용자의 청약철회 배제조치를 규정하였어야 했다.²⁰⁾ 이에 대해 지침은 콘텐츠산업진흥법에 따라 제정된 것이며, 지침의 배제조치의 내용은 콘텐츠산업진흥법과 일치하기 때문에 문제가 없다고 말할 수 있다. 단편적으로 본다면 틀린

20) 2021년에 개정된 지침은 2016년에 개정된 전자상거래법의 내용을 반영하고 있다. 즉, 지침 제11조 제5항 제5호의 내용은 2016년에 개정된 전자상거래법에 신설된 내용을 반영한 것이다. 그러나 지침을 개정한 문화체육관광부는 이 내용만을 반영하였을 뿐 전자상거래법과 콘텐츠산업진흥법과의 관계를 간과하였기 때문에 오류의 지침이 제정되었다.

내용은 아니다. 그러나 지침상 이용자는 전자상거래법상 소비자이다. 그렇다면 한다면 콘텐츠 거래의 청약철회에 있어 전자상거래법과 콘텐츠산업진흥법 중 어느 법이 먼저 적용되는지에 대해 검토한 후 그 법에 적합하게 배제조치에 관한 내용을 지침에 반영하여야 한다.

(나) 전자상거래법과 콘텐츠산업진흥법간의 관계

콘텐츠거래에 대해 전자상거래법과 콘텐츠산업진흥법이 적용될 수 있는 경우²¹⁾에 양법 중 어느 법이 우선 적용되는가? 콘텐츠산업진흥법에서는 다른 법과의 관계에 대해 규정하고 있지만, 이용자보호에 관하여는 다른 법과의 관계를 규정하고 있지 않다(동법 제4조). 반면에 전자상거래법에서는 전자상거래 또는 통신판매에서의 소비자보호에 관하여 이 법과 다른 법률이 경합하는 경우에는 이 법을 우선 적용하지만, 다른 법률을 적용하는 것이 소비자에게 유리한 경우에는 그 법을 적용한다고 규정하고 있다(동법 제4조). 따라서 콘텐츠산업진흥법의 적용이 소비자에게 유리한 경우를 제외하고, 전자상거래법의 적용이 소비자에게 유리하거나 그 내용이 동일한 경우에는 전자상거래법이 우선 적용된다. 그렇다면 양법 중 어느 법이 소비자에게 유리한 것인가? 다른 내용은 모두 동일하지만, 배제조치의 내용만 상이하다. 이를 기준으로 본다면 디지털콘텐츠판매에 한해 전자상거래법이 콘텐츠사업진흥법보다 소비자에게 유리하다. 즉, 전자상거래법상 디지털콘텐츠판매에 있어 소비자의 청약철회등이 배제되기 위해서는 그 배제조치가 복수로 이루어져야만 배제조치를 완료한 것으로 인정되지만, 콘텐츠산업진흥법에서는 단순히 청약철회등을 행사할 수 없다는 사실의 표시만으로도 배제조치를 완료한 것으로 인정된다. 따라서 그 요건이 더 엄격한 전자상거래법이 소비자에게 더 유리하다. 그리고 아날로그 콘텐츠판매는 그 배제조치가 동일하지만, 이 경우에도 전자상거래법 제4조 본문에 따라 콘텐츠산업진흥법이 아닌 전자상거래법이 적용된다.²²⁾

(다) 콘텐츠이용자보호지침의 문제점

지침에서는 이용자를 전자상거래법상 소비자로 한정하고 있기 때문에 디지털콘텐츠판매에서의 청약철회등에 대해서는 전자상거래법이 적용된다. 그러나 지침은 적용되지 않는 콘텐츠산업진흥법을 기초로 이용자의 청약철회등을 규정하고 있기 때문에 콘텐츠사업자에게 오류의 정보를 제공하고 있으며, 이로 인해 콘텐츠사업자의 법 위반을 조장한다. 즉, 지침에 따라 이용자의 청약철회등의 배제사유를 정한 콘텐츠사업자는 법을 준수하였다고 생각한다. 그러나 지

21) 전자상거래법 및 콘텐츠산업진흥법이 적용될 수 있는 경우는 소비자가 통신판매의 방식으로 콘텐츠를 구입한 경우이다.

22) 고형석, 「디지털콘텐츠거래와 청약철회권」, 우리시스템, 2020, 40~42면. 반면에 소비자가 온라인으로 디지털 콘텐츠를 구입하였을 경우에 전자상거래법과 콘텐츠산업진흥법 모두가 적용된다는 견해도 있다(이원재, “콘텐츠산업진흥법 제27조 청약철회 조항에 대한 고찰”, 「법학논문집」 제38집 제3호(2014), 167~168면).

침은 전자상거래법의 내용보다 이용자에게 불리하기 때문에 무효이며, 콘텐츠사업자의 배제조치는 전자상거래법 위반이기 때문에 이용자의 청약철회등은 배제되지 않는다. 그럼에도 불구하고, 콘텐츠사업자는 지침에 따른 조치만으로 이용자의 청약철회등이 배제된다고 판단하여 이용자의 청약철회등을 부정할 것이며, 이는 단순히 이용자의 청약철회등을 부정하는 것에 국한되는 것이 아닌 거짓사실을 알려 이용자(소비자)의 청약철회등을 방해하는 행위에 해당할 수 있다(전자상거래법 제21조 제1항 제1호). 또한 이러한 지침의 내용은 그 목적인 이용자보호와 상반되는 것이다. 따라서 지침의 내용은 조속히 개정되어야 할 것이다. 즉, 소비자인 이용자와 소비자가 아닌 이용자로 구분하고, 디지털콘텐츠와 아날로그 콘텐츠 구매에 관한 계약으로 구분하여 각각에 따라 그 배제조치에 관한 내용을 달리 정하여 이용자에게는 관련법령에서 정한 보호를 부여하고, 콘텐츠사업자에게는 보다 정확한 정보를 제공하여야 할 것이다.

(2) 청약철회등의 효과

지침에서는 청약철회등의 효과에 대해 콘텐츠산업진흥법 제27조 제2항이 준용하고 있는 전자상거래법 제18조의 내용으로 구성하고 있지만, 다음의 세 가지에 대해 상이하게 규정하고 있다.

(가) 제공받은 디지털콘텐츠의 삭제 여부

이용자가 디지털콘텐츠를 제공받은 후 청약철회등을 하였을 경우에 그 디지털콘텐츠를 삭제하여야 하는지에 관한 사항이다. 콘텐츠산업진흥법에서는 이에 대해 별도로 규정한 것이 아닌 전자상거래법을 준용하고 있다. 전자상거래법에서는 ‘소비자가 청약철회등을 한 경우에 이미 공급받은 재화등을 반환하도록 규정하면서도 이미 공급받은 재화등이 용역 또는 디지털콘텐츠인 경우에는 그러하지 아니하다’고 규정하고 있다(동법 제18조 제1항). 이는 2016년 전자상거래법 개정에 따라 단서 규정이 신설된 것이며, 그 취지는 다음과 같다. 용역의 경우에 제공된 후 용역의 반환은 불가능하지만, 사업자가 소비자의 청약철회등을 배제하기 위해 제공한 용역 그대로의 반환을 청구할 수 있으므로 용역의 반환의무를 배제한 것이다.²³⁾ 디지털콘텐츠의 경우에 소비자의 저장장치에 저장되었다면 반환하더라도 동일한 디지털콘텐츠가 남아 있으므로 반환의무가 무의미하다는 점과 삭제의무로 규정하였을 경우에 사업자가 삭제 여부를 확인하여야 하지만, 이를 확인하는 것이 사실상 불가능하다는 점을 감안한 것이다.²⁴⁾ 예를 들

23) 원고가 2017. 12. 20. 피고에 대하여 전자상거래법 제17조 제3항에 따라 청약철회등을 하였으므로, 같은 법 제18조 제1항에 따라 원고는 피고에게 이미 공급받은 재화등을 반환하여야 하나, 원고가 피고로부터 공급받은 이 사건 광고 서비스는 용역에 해당되어 원고는 피고에게 이미 공급받은 재화등을 반환할 의무가 없다(서울중앙지판 2019. 6. 26. 2018나59450). 고흥석, “용역제공계약과 청약철회에 관한 연구”, 「인권과 정의」 제494호(2020), 206면.

어, 영화 파일을 구매하여 다운받은 후 소비자는 배제조치의 미장구를 이유로 청약을 철회한 경우에 그 파일을 반환하더라도 동일한 파일이 소비자의 저장장치에 그대로 남아 있게 된다. 또한 소비자가 이를 삭제하였다고 하더라도 사업자가 소비자의 저장장치에서 삭제 여부를 확인하는 것은 쉽지 않으며, 삭제 여부를 확인한 후 대금을 환급하도록 한다면 사실상 대금의 환급이 지연될 수 있다는 점 역시 고려된 것이다. 따라서 전자상거래법상 소비자는 청약을 철회하였다고 하더라도 디지털콘텐츠를 반환하거나 삭제할 필요가 없으며, 역으로 사업자가 소비자에게 제공된 디지털콘텐츠를 삭제할 수 없다.²⁵⁾ 이는 전자상거래법에 국한되는 것이 아닌 전자상거래법 제18조를 준용하고 있는 콘텐츠산업진흥법도 동일하다. 그러나 지침에서는 다운로드받은 온라인콘텐츠의 경우에 이를 삭제하여야 한다고 규정하고 있다. 원칙적으로 청약을 철회하여 대금을 환급받은 경우에 이용자(소비자)는 더 이상 디지털콘텐츠를 이용하지 않아야 하기 때문에 삭제하는 것이 타당하며, 유럽연합 소비자권리지침 및 디지털콘텐츠지침에서도 이와 같이 규정하고 있다.²⁶⁾ 그러나 콘텐츠산업진흥법 제27조 제2항에서는 전자상거래법 제18조를 준용하고 있으며, 전자상거래법 제18조 제1항 단서에서는 디지털콘텐츠의 반환을 부정하고 있다. 또한 이 규정은 편면적 강행규정이다(전자상거래법 제35조). 따라서 삭제하는 것이 타당하다고 하더라도 전자상거래법의 개정없이 지침에서 삭제의무를 규정하는 것은 상위법 위반이며, 이용자(소비자)에게 불리하다. 이로 인해 콘텐츠사업자가 지침에 따라 약관에서 이를 규정하거나 거래화면에서 표시한 경우에 전자상거래법 위반의 문제를 야기한다. 그러므로 전자상거래법 개정을 통해 이 문제를 해결하여야 하며, 하위법인 지침으로 이 문제를 해결할 수 없다.

(나) 대금환급의 시기

이용자(소비자)의 청약철회에 따른 콘텐츠사업자의 대금환급시기 역시 콘텐츠산업진흥법 제27조 제2항에 따라 준용되는 전자상거래법 제18조 제2항이 준용된다. 전자상거래법 제18조 제2항에서는 대금의 환급기간에 대해 재화, 용역 및 디지털콘텐츠로 구분하여 규정하고 있다. 즉, 사업자는 반환이 가능한 재화의 경우에 그 재화를 반환받은 날로부터 3영업일 이내에 대금을 환급하여야 하며, 용역 또는 디지털콘텐츠의 경우에는 소비자가 청약철회등을 한 날로부터 3영업일 이내에 대금을 환급하여야 한다. 다만, 재화등을 공급하지 않은 경우에는 소비자가 청

24) 고형석, “게임아이템거래와 청약철회권”, 「저스티스」 제168호(2018), 260면.

25) 고형석, “디지털콘텐츠계약에서 청약철회의 효과에 관한 연구”, 「IT와법연구」 제20집(2020), 60~62면. 반면에 공정거래위원회가 제정한 모바일 게임 표준약관에서는 소비자가 청약을 철회한 경우에 사업자가 게임아이템을 회수할 수 있다고 규정하고 있다(표준약관 제22조 제6항). 그러나 표준약관의 내용은 전자상거래법 제18조를 위반한 것이며, 소비자에게 불리하기 때문에 전자상거래법 제35조에 따라 무효이다.

26) 김진우/곽창렬, “디지털계약에서의 담보책임”, 「법학연구」 제61집(2019), 328면; 황원재, “디지털콘텐츠 공급 계약에 대한 철회권”, 「외법논집」 제44권 제1호(2020), 75면.

약철회등을 한 날로부터 3영업일 이내에 대금을 환급하여야 한다. 따라서 전자상거래법에서는 재화등의 공급 전과 후로 구분하여 대금의 환급시기를 달리 규정하고 있으며, 그 목적물에 따라 환급시기를 달리 규정하고 있다. 이는 전자상거래법 제18조를 준용하고 있는 콘텐츠산업진흥법도 동일하다. 그러나 지침에서는 반환시기에 대해 콘텐츠를 반환하거나 이용자가 청약철회등을 한 날로부터 3영업일 이내로 규정하고 있다. 즉, 법에서는 각 사유별로 그 환급기간에 대해 달리 규정하고 있지만, 지침에서는 사업자가 그 기간을 선택할 수 있도록 규정하고 있다. 그렇다면 양자는 어떠한 차이가 있는가? 예를 들어, 유체 콘텐츠(종이책, 영화 DVD 등)를 구입한 후 청약철회등을 하였을 경우에 지침의 내용은 문제가 되지 않는다. 즉, 양 기간 중 이용자가 청약철회등을 한 날로부터 3영업일 이내에 사업자가 대금을 환급하였다면 전자상거래법 및 콘텐츠산업진흥법보다 이용자에게 더 유리하며, 반환받은 날로부터 3영업일 이내에 환급하더라도 법의 내용과 일치하기 때문이다. 그러나 디지털콘텐츠의 경우에 이용자가 청약철회등을 한 날로부터 3영업일 이내에 사업자가 대금을 환급하였다면 전자상거래법 및 콘텐츠산업진흥법의 내용과 일치하지만, 반환받은 날(삭제된 날)로부터 3영업일 이내에 환급한다면 전자상거래법 및 콘텐츠산업진흥법보다 이용자에게 더 불리할 수 있다. 이에 대해 지침 제12조 제3항부터 제9항까지에서 콘텐츠로 규정하고 있기 때문에 온라인콘텐츠는 포함되지 않는다고 말할 수 있다. 그렇다면 지침은 온라인콘텐츠의 청약철회등에 따른 대금환급시기등을 규정하지 않은 것이기 때문에 더 큰 문제가 발생하게 되므로 제3항 이하의 규정에서의 콘텐츠는 온라인콘텐츠를 포함하는 것으로 해석하여야 한다. 그렇다면 지침의 내용은 이용자에게 불리하며, 상위법을 위반한 것이 된다. 이는 지침 제12조 제3항의 내용을 구성함에 있어 전자상거래법 제18조 제2항 각 호의 내용을 분리하여 규정하는 것이 아닌 통합하여 규정하면서 그 환급기간에 대해 사업자의 선택방식으로 규정하였기 때문에 발생한 문제이다. 따라서 이에 대해서는 전자상거래법과 같이 분리하여 규정하는 것이 필요하다. 다만, 이러한 점은 현행법의 내용을 기초로 한 것이지만, 전자상거래법상 대금환급기간의 기산점은 사업자가 소비자의 청약철회등을 알 수 없는 시점으로 정하고 있다는 점에서 타당하지 않다. 즉, 환급의무의 발생시점은 사업자가 최소 소비자의 청약철회등의 사실을 알 수 있는 시점이어야 하며, 이는 청약철회의 의사표시가 사업자에게 도달한 시점이다. 그러나 전자상거래법 제18조 제2항에서는 그 기산일을 청약철회등을 한 날(발신주의)로 정하고 있기 때문에 사업자는 그 사실을 알지 못한 상태에서 법을 위반할 수 있다. 물론 소비자가 청약철회등을 전자우편 또는 휴대전화 메시지로만 할 수 있다면 발신과 동시에 수신되기 때문에 문제가 없다고 할 수 있다. 그러나 소비자가 청약철회등을 하는 방식이 반드시 이에 한정되는 것이 아니며, 일반우편으로도 할 수 있다. 또한 전자우편으로 행사하였다고 하더라도 반드시 그 즉시 도달하는 것은 아니다. 그럼에도 불구하고, 대금환급기간의 기산일을 발신일로 규정한 것은 타당하지 않으며, 할부거래법²⁷⁾과 비교할 때 비합리적인 내용이기 때문에 조속한 개정이 필요하다.²⁸⁾

(다) 지연배상금의 이율

소비자가 청약을 철회한 경우에 사업자는 소비자로부터 지급받은 대금을 법정기간 내에 환급하여야 하며, 그 지급을 지연한 경우에 지연기간에 대해 지연이자를 더하여 환급하여야 한다. 그 지연이자를 계산할 때 적용하는 이자율은 연 15%이다(전자상거래법 제18조 제2항 후단, 동 시행령 제21조의3). 이러한 지연이자에 관한 전자상거래법의 규정은 콘텐츠산업진흥법에서도 준용하고 있다. 따라서 지침에서의 지연이자율은 연 15%이어야 하지만, 지침에서는 지연이자율을 연 12%로 규정하고 있다. 이와 같이 지침에서 12%로 정한 이유는 알 수 없지만, 소송촉진 등에 관한 특례법상 법정이자율을 적용한 것으로 추정된다. 즉, 2012년 지침의 경우에 지연이자율은 연 20%였으며, 2015년 지침은 연 15%로 규정하고 있었다. 이는 2012년 당시 전자상거래법상 지연배상금 산정요율이 연 20%였으며, 2015년에는 연 15%였기 때문이다. 또한 같은 시기에 소송촉진특례법상 법정이자율은 동일하다. 따라서 2021년 지침의 초안자는 2015년 지침에서의 연 15%에 대한 근거를 콘텐츠산업진흥법이 준용하고 있는 전자상거래법상 지연배상금 요율이 아닌 소송촉진특례법상 법정이자율로 착각하고, 2019년의 법정이자율을 적용한 것으로 보인다.

〈표-1〉 시기별 지연배상금 요율 및 법정이자율

	2012년	2015년	2021년
지침상 지연배상금 요율	20%	15%	12%
전자상거래법상 지연배상금 요율	20%	15%	15%
콘텐츠산업진흥법상 지연배상금 요율	20%	15%	15%
소송촉진특례법상 법정이자율	20%	15%	12%

그렇다면 상위법에 위배되는 지침의 효력은 무엇이며, 사업자가 이 지연배상금 요율을 약관 또는 이용자와의 법률관계에 적용하였을 경우에 그 효력은 무엇인가의 문제가 발생한다. 먼저, 지침 제12조 제3항의 내용 중 연 12% 부분은 상위법인 콘텐츠산업진흥법과 상이하며, 이용자에게 불리하기 때문에 무효이다. 그 다음으로 사업자가 약관 또는 이용자와의 법률관계에 연 12%를 적용하였을 경우에 그 효력 역시 무효이다. 그 무효인 근거는 소비자인 이용자와 소비

27) 할부거래법상 할부거래업자는 용역이 제공된 후 소비자가 청약을 철회한 경우에 청약철회서를 받은 날로부터 3영업일 이내에 소비자로부터 받은 대금을 환급해야 한다(동법 제10조 제2항 제2호). 따라서 할부거래법상 대금환급기간의 기산일은 발신주의가 아닌 도달주의를 적용하고 있다.

28) 고형석, “디지털콘텐츠거래와 청약철회권”, 「재산법연구」 제34권 제1호(2017), 253면; 김진우, “전자상거래법에 따른 철회 효과로서의 계약의 청산”, 「법학논고」 제55집(2016), 172면.

자가 아닌 이용자에 따라 상이하다. 첫째, 약관에서 이를 규정하였을 경우에 소비자인 이용자에게 적용되는 법은 전자상거래법과 약관규제법이 있지만, 전자상거래법 제35조에서 편면적 강행규정을 규정하고 있기 때문에 같은 법 제4조에 따라 약관규제법이 아닌 전자상거래법이 적용된다. 또한 연 12%는 전자상거래법상 연 15%보다 소비자에게 불리하기 때문에 전자상거래법 제35조에 따라 무효가 된다. 그 다음으로 소비자가 아닌 이용자의 경우에 콘텐츠산업진흥법과 약관규제법이 적용될 수 있으며, 콘텐츠산업진흥법에서는 제27조에 대해 강행규정성을 명시적으로 규정하고 있지 않다. 그러나 강행규정성을 판단하는 기준을 제시하고 있는 판례의 내용을 기초로 할 때 이 규정은 이용자를 보호하기 위한 것이므로 편면적 강행규정에 해당한다.²⁹⁾ 따라서 약관규제법이 아닌 콘텐츠산업진흥법이 적용되어 그 약관은 무효가 된다. 결국 이용자의 지위와 관계없이 지연배상금 요율을 12%로 정하고 있는 콘텐츠사업자의 약관은 전자상거래법 또는 콘텐츠산업진흥법에 따라 무효가 되며, 각 법이 적용되어 지연배상금 요율은 연 15%가 된다. 둘째, 이를 정하고 있는 것이 약관이 아닌 개별약정인 경우에 약관규제법은 적용되지 않으며, 이용자의 지위에 따라 전자상거래법 또는 콘텐츠산업진흥법이 적용된다. 이 경우에도 약관에서 규정한 경우와 동일하다. 즉, 전자상거래법 및 콘텐츠산업진흥법은 약관에 대해서만 규율하는 것이 아닌 약관을 비롯하여 개별 약정까지 규율하며, 법의 내용보다 당사자 간 합의가 소비자 또는 이용자에게 유리한 경우에만 유효이고 불리한 경우에는 무효이기 때문이다.

이러한 점은 사법적 효과이며, 지연배상금 요율을 연 12%로 정한 사업자는 전자상거래법 또는 콘텐츠산업진흥법을 위반한 것이기 때문에 시정조치 등을 부과받을 수 있다. 이로 인해 콘텐츠사업자는 정부가 제정한 지침에 따라 그 법률관계를 정하였음에도 불구하고 법을 위반하게 된다. 그 원인은 콘텐츠사업자에게 준수를 요구하기 위해 제정한 지침이 위법하기 때문이므로 조속히 지침의 내용을 개정하여 이러한 문제를 해결하여야 할 것이다.³⁰⁾

29) 계약 등 법률행위의 당사자에게 일정한 의무를 부과하거나 일정한 행위를 금지하는 법규에서 이를 위반한 법률행위의 효력을 명시적으로 정하고 있는 경우에는 그 규정에 따라 법률행위의 유효·무효를 판단하면 된다. 법률에서 해당 규정을 위반한 법률행위를 무효라고 정하고 있거나 해당 규정이 효력규정이나 강행규정이라고 명시하고 있으면 이러한 규정을 위반한 법률행위는 무효이다. 이와 달리 이러한 규정을 위반한 법률행위의 효력에 관하여 명확하게 정하지 않은 경우에는 규정의 입법 배경과 취지, 보호법익과 규율대상, 위반의 중대성, 당사자에게 법규정을 위반하려는 의도가 있었는지 여부, 규정 위반이 법률행위의 당사자나 제3자에게 미치는 영향, 위반행위에 대한 사회적·경제적·윤리적 가치평가, 이와 유사하거나 밀접한 관련이 있는 행위에 대한 법의 태도 등 여러 사정을 종합적으로 고려해서 효력을 판단해야 한다(대판 2021. 9. 30. 2016다252560 등)

30) 지침에서 규정하고 있는 지연배상금 요율 문제는 단지 청약철회의 효과(제12조)에만 국한되는 것이 아닌 계속거래의 해지 효과(제16조 제2항 제4호)에서도 발생한다. 즉, 지침 제16조 제2항 제4호에서의 지연배상금은 지침 제12조 제3항에서의 지연배상금이기 때문에 그 요율은 동일하게 연 12%이다. 그러나 방문판매법상 계속거래에서 대금환급지연시 적용되는 지연이자율은 연 15%이기 때문에 동일한 문제가 발생한다(방문판매법 시행령 제13조). 다만, 이 문제는 지침 제12조 제4항의 요율을 수정하면 자동적으로 해결된다.

4. 해지의 효과 중 증명책임

가. 지침의 내용

계약의 해지 또는 대금의 환급에 관하여 이용자의 책임이 있는지의 여부, 계약이 체결된 사실 및 그 시기, 콘텐츠의 제공사실 및 그 시기에 관하여 다툼이 있는 경우에는 사업자가 이를 증명하여야 한다(지침 제16조 제4항).

나. 분석 및 비판

지침에서는 콘텐츠이용계약의 해지 또는 그 효과 중 하나인 대금의 환급과 관련하여 분쟁이 발생한 경우에 그 해결을 위한 증명책임을 규정하고 있으며, 중요 사실에 대한 증명책임을 콘텐츠사업자에게 부과하고 있다. 물론 지침이 이용자보호를 목적으로 한다는 점을 고려한다면 사업자에 대한 증명책임을 부과하는 어느 정도 수긍할 수 있다. 그러나 증명책임을 배분은 분쟁 해결에 있어 매우 중요한 역할을 담당하기 때문에 어느 일방에게 증명책임을 전적으로 부과하는 것은 신중을 요하는 것이다. 그리고 그 취지가 정당하다고 할지라도 법률의 구체적인 위임 없이 하위법령인 지침에서 의무를 신설할 수도 없다. 그럼에도 불구하고, 콘텐츠분쟁과 관련하여 중요사실에 대한 증명책임을 콘텐츠사업자에게 부과하고 있는 증명책임은 다음과 같은 점에서 문제가 있다.

(1) 지침의 연혁

2012년 지침에서는 증명책임에 관한 규정을 적용범위를 방문판매법상 계속거래에 한정하였다(2012년 지침 제20조 제3항 제5호). 이는 방문판매법(2012년)에서 규정하고 있는 내용³¹⁾을 지침에 반영한 것이기 때문에 지침을 통해 증명책임을 콘텐츠사업자에게 부과한 것이 아닌 방문판매법에 있는 내용을 확인하는 것이므로 지침에서 새롭게 증명책임을 콘텐츠사업자에게 부과한 것은 아니다. 그러나 2015년 지침에서는 제3항 제5호를 제4항으로 개정하였으며, 그 적용대상에 대해 제한을 두지 않았다. 이후 2021년 지침에서는 이를 그대로 유지하였다. 그로 인해 계속거래에 한정하여 적용하였던 콘텐츠사업자의 증명책임이 모든 콘텐츠이용계약의 해지로 확대하여 적용하게 되었다. 즉, 2012년 지침에서는 계속거래에서의 해지³²⁾에 한해 적용하였

31) 재화등의 훼손에 대한 소비자의 책임 유무, 계약이 체결된 사실 및 그 시기, 재화등의 공급 사실 및 그 시기, 계약서의 발급 사실 및 그 시기, 입증책임에 관한 별도의 약정이 없는 그 밖의 거래 사실에 관하여 계약 상대방과 다툼이 있는 경우에는 특수판매업자가 이를 증명하여야 한다. 이 경우 특수판매업자는 증명에 필요한 통화 내용 등에 대한 거래기록을 대통령령으로 정하는 바에 따라 보관할 수 있다(2012년 방문판매법 제36조 제1항).

던 것을 2015년 지침부터는 계속거래뿐만 아니라 채무불이행에 따른 해지, 합의해지 등에 있어서 주요사실에 대한 증명책임을 콘텐츠사업자에게 부과하고 있다.

(2) 증명책임배분의 원칙과의 합치성

법률에서 다르게 정한 경우를 제외하고, 증명책임은 일반적으로 법률요건분류설에 따라 권리의 존재를 주장하는 자는 권리근거규정의 요건사실에 대해 증명책임을 부담하며, 권리의 존재를 다투는 상대방은 반대규정의 요건사실에 대한 증명책임을 부담한다.³³⁾ 다만, 법원은 특별한 사정이 있는 경우에 한해 그 증명책임을 완화하는 경우는 있지만³⁴⁾, 전면적으로 증명책임을 전환하고 있지는 않다. 그럼에도 불구하고, 지침에서는 일방적으로 그 증명책임을 콘텐츠사업자에게 부과하고 있기 때문에 증명책임배분의 일반원칙과 상반된다.

(3) 일반준수사항과 권고사항

지침은 일반준수사항과 권고사항으로 구분되며, 전자는 콘텐츠사업자가 반드시 지켜야 할 의무사항을 규정한 것이다. 증명책임을 규정하고 있는 지침 제16조는 일반준수사항에 포함되기 때문에 콘텐츠사업자의 의무사항이며, 그 규정의 내용 역시 의무로 규정하고 있다. 그러나 법률의 위임없이 지침에서 의무를 신설할 수 없다(행정규제기본법 제4조). 물론 그 취지는 일정 부분에 있어 공감할 수 있으며, 계속거래에서 해지의 경우를 제외하고 다른 해지에 대해서는 일반준수사항이 아닌 권고사항에서 규정하면서 그 내용도 의무가 아닌 콘텐츠사업자에게

32) 방문판매법상 계속거래의 경우에 소비자의 청약철회권을 규정하고 있지 않다. 따라서 청약철회권과 관련하여 금융소비자보호법과의 관계는 문제가 되지 않는다. 다만, 일본 특정상거래법(特定商取引に関する法律)에서는 특정계속적 역무제공계약(우리의 계속거래)에 대해 소비자의 위약금없는 해제(청약철회)와 위약금있는 해제를 규정하고 있다(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, 355면; 고형석, “금융상품거래와 청약철회에 관한 연구”, 「금융감독연구」 제8권 제2호(2021), 189면).

33) 김홍엽, 「민사소송법」, 박영사, 2018, 701면; 전병서, 「요건사실 민사법」, 법문사, 2011, 14면. 민사소송에서 증명책임을 분배에 관한 일반원칙에 따르면 권리관계의 요건사실을 주장하는 자에게 증명책임이 있다(대판 2019. 4. 23. 2015다60689 등).

34) 고도의 기술이 집약되어 대량으로 생산되는 제품에 성능 미달 등의 하자가 있어 피해를 입었다는 이유로 제조업자 측에게 민법상 일반 불법행위책임으로 손해배상을 청구하는 경우에, 일반 소비자로서는 제품에 구체적으로 어떠한 하자가 존재하였는지, 발생한 손해가 하자로 인한 것인지를 과학적·기술적으로 증명한다는 것은 지극히 어렵다. 따라서 소비자 측으로서는 제품이 통상적으로 지녀야 할 품질이나 요구되는 성능 또는 효능을 갖추지 못하였다는 등 일용 제품에 하자가 있었던 것으로 추단할 수 있는 사실과 제품이 정상적인 용법에 따라 사용되었음에도 손해가 발생하였다는 사실을 증명하면, 제조업자 측에서 손해가 제품의 하자가 아닌 다른 원인으로 발생한 것임을 증명하지 못하는 이상, 제품에 하자가 존재하고 하자로 말미암아 손해가 발생하였다고 추정하여 손해배상책임을 지울 수 있도록 증명책임을 완화하는 것이 손해의 공평·타당한 부담을 지도 원리로 하는 손해배상제도의 이상에 맞다(대판 2013. 9. 26. 2011다88870 등). 2018년에 개정된 제조물책임법에서는 결함 등의 추정제도를 신설하여 피해자의 증명책임을 완화하고 있다(동법 제3조의2).

권장하는 방식으로 규정하였다면 이와 같은 문제는 발생하지 않았을 것이다.

(4) 소결

이와 같이 지침 제16조 제4항은 2012년 지침의 내용을 오인하고, 제호를 달리 규정함으로써 인해 계속거래에서의 해지가 아닌 모든 해지에 적용됨으로 인해 증명책임 배분에 관한 기본원칙을 부정함과 더불어 합리적인 근거없이 하위법령인 지침에서 콘텐츠사업자에게 증명책임을 부과하고 있기 때문에 계속거래에서의 해지를 제외한 나머지 부분에 있어서는 무효가 되는 문제를 가지고 있다. 따라서 이에 대해서는 계속거래에 한정하고, 다른 부분의 해지에 대해서도 적용할 필요성이 있다면 일반준수사항이 아닌 권고사항에서 규정하는 것이 타당할 것이다.

5. 관할

가. 지침의 내용

사업자와 이용자간의 콘텐츠계약에 관한 소의 관할은 제소 당시의 이용자의 주소에 따라 정한다. 다만, 이용자의 주소가 없거나 알 수 없는 경우에는 거소에 따라 정하고, 이용자의 거소가 일정하지 아니하거나 거소도 알 수 없으면, 「민사소송법」에 따라 관할 법원을 정한다. 제1항의 규정에도 불구하고, 이용자는 콘텐츠계약으로 인한 분쟁에 관하여 사업자를 상대로 ○○○ 법원에 소를 제기할 수 있다(지침 제22조).

나. 분석 및 비판

(1) 관할의 정의 및 관할 위반 제소의 효과

관할이라 함은 어떤 사건에 대해 어느 법원이 재판권을 행사하는지에 관한 재판권의 분담관계를 말한다. 이에는 법정관할(직분관할·사물관할·토지관할), 재정관할(지정관할) 및 당사자의 거동에 의한 관할(합의관할·변론관할)이 있다.³⁵⁾ 따라서 소를 제기하는 자는 재판권을 갖는 법원에 소를 제기하여야 하며, 재판권이 없는 법원에 소를 제기한 경우에 그 소는 관할법원으로 이송된다(민사소송법 제34조). 다만, 전속관할을 제외하고, 임의관할의 경우에 변론관할에 따라 수소법원이 재판권을 갖는다(민사소송법 제30조, 제31조).

35) 김홍엽, 앞의 책, 63면.

(2) 지침의 관할 관련 문제점 및 개선방안

지침에서는 관할에 대해 두 가지로 규정하고 있다. 먼저, 지침 제22조 제1항에서 규정하고 있는 관할은 전자상거래법 제36조에서 규정하고 있는 내용이다. 즉, 사업자와 소비자간 소는 전자상거래법에 따라 소비자의 주소를 관할하는 지방법원의 전속관할로 하며, 주소가 없는 경우에는居所(居所)를 관할하는 지방법원의 전속관할이다. 다만, 소 제기 당시 소비자의 주소 또는 거소가 분명하지 아니한 경우에는 그러하지 않기 때문에 민사소송법에 따라 관할 법원이 결정된다(전자상거래법 제36조). 따라서 지침 제22조 제1항은 전자상거래법 제36조의 내용과 일치하기 때문에 문제가 없다. 그러나 제2항에서는 이용자가 제소하는 경우에 있어 제1항과 관계없이 ○○○ 법원에 소를 제기할 수 있음을 규정하고 있다. 이 규정은 2015년 지침에서 신설된 것이며, 2021년 지침에서도 그대로 규정하고 있다. 그렇다면 한다면 이용자가 소비자인 경우에 전속관할 등과 관계없이 ○○○ 법원에 소를 제기할 수 있으며, 그 법원이 재판권을 갖는가의 문제가 제기된다.

첫째, 지침에서는 관할법원에 대해 ○○○ 법원으로 규정하고 있다. 그러나 지침은 이용자 보호를 위해 콘텐츠사업자가 자율적으로 준수할 수 있는 사항을 규정한 것이므로 구체적인 기준을 제시하여야 한다. 그럼에도 불구하고, ○○○ 법원으로 규정함으로 인해 구체적인 기준의 제시가 없기 때문에 지침으로써의 기본적 요건을 갖추고 있지 않다.

둘째, ‘○○○ 법원’을 해석한다면 다음의 두 가지로 해석할 수 있다. 하나는 사업자와 소비자간 합의에 따라 법원을 결정하거나 소비자가 지정한 법원을 관할법원으로 인정하는 것으로 해석하는 것(합의 또는 지정방식)이다. 다른 하나는 법원을 특정하지 않았기 때문에 모든 1심 법원에 소를 제기할 수 있다고 해석하는 것(관할의 무제한 방식)이다. 전자(합의 또는 지정)는 민사소송법상 합의관할에 해당한다고 할 수 있다. 그러나 전속관할의 경우에는 합의를 통해 관할법원을 지정할 수 없다(민사소송법 제31조). 또한 합의관할에 있어 그 법원은 특정되어야 하기 때문에 원고가 일방적으로 지정하는 법원이 관할법원으로 지정하는 방식은 피고의 권리를 부당하게 침해하고, 공평의 원칙에 반하기 때문에 허용되지 않는다.³⁶⁾ 따라서 지침 제22조 제2항은 이 부분에 있어 무효이다. 또한 유효인 경우에 있어서도 지침 제22조에 제1항 단서 뒷부분에서 민사소송법에 따라 관할법원을 정한다고 규정하고 있으며, 합의관할 역시 민사소송법에 따른 관할법원 결정방식이다. 그 결과, 전자로 해석할 경우에 지침 제22조 제2항의 일부는 무효이고, 나머지 부분은 제1항 단서에서 규정하고 있는 내용이기 때문에 실질적인 의미가 없다. 후자(관할의 무제한 방식)로 해석할 경우에 전속관할 위반의 문제는 전자와 동일하다. 문제는 임의관할의 경우에 있어 이를 합의관할로 인정할 수 있는가이다. 그러나 합의로 관할법원을 지정하였을 경우에 그 법원은 특정되어야 한다. 따라서 관할을 전국의 모든 법원으로 하

36) 김홍엽, 앞의 책, 84면.

는 합의는 허용되지 않는다.³⁷⁾ 따라서 후자로 해석할 경우에 지침 제22조 제2항은 모두 무효이다.

이와 같이 관할을 규정하고 있는 제22조 제2항은 전속관할을 제외한 임의관할 중 합의를 통해 법원을 특정할 때에만 인정될 수 있지만, 이 역시 제1항 단서에서 규정하고 있는 내용이다. 따라서 제2항을 별도로 규정할 필요가 없으며, 이를 규정함으로 인해 이용자는 전국의 어느 법원에도 소를 제기할 수 있다고 오인할 수 있다. 그러나 수소법원은 재판권을 갖는 법원으로 이송하게 되며, 이에 따라 수소법원은 이송결정이라는 과정을 진행하여야 한다. 또한 이용자도 예상과 다른 법원에서 소송을 진행하여야 하는 불편 또는 피해를 입게 되는 문제를 유발한다. 이러한 문제가 발생한 근본적인 원인은 2015년 지침에서 이를 신설하였기 때문이며, 2021년 지침의 개정과정에서 이를 무비판적으로 그대로 유지하였기 때문에 발생한 것이다. 따라서 이 문제를 해결하기 위해 지침 제22조 제2항은 삭제되어야 할 것이다.

IV. 결 론

콘텐츠거래에서 이용자를 보호하기 위해 콘텐츠산업진흥법에서는 지침의 제정을 규정하고 있으며, 2008년에 제정된 이후 4차례 개정되었다. 이러한 지침은 콘텐츠거래에 대해 적용되는 관련법령의 내용을 구체적으로 제시함으로써 콘텐츠사업자가 자율적으로 준수할 수 있도록 조력하기 위함을 목적으로 하기 때문에 콘텐츠산업진흥법을 비롯하여 관련법령의 내용을 콘텐츠거래에 적용하여 규정하고 있다. 그러나 구체적인 내용에 있어서는 콘텐츠산업진흥법 및 전자상거래법 등의 내용과 다르게 규정하고 있으며, 이로 인해 지침의 효력 및 이용자권익침해의 문제를 야기하고 있다. 이를 요약하여 제시하면 다음과 같다. 첫째, 지침은 이용자보호에 관한 사항을 규정하고 있지만, 그 인적 적용범위를 소비자인 이용자로 한정하고 있다. 그러나 콘텐츠산업진흥법상 이용자와 전자상거래법상 소비자는 상이한 개념이기 때문에 소비자로 한정하는 것은 상위법인 콘텐츠산업진흥법의 내용을 제대로 반영하지 않은 것이며, 소비자가 아닌 이용자에 대한 지침은 존재하지 않는다는 문제를 야기한다. 둘째, 콘텐츠사업자가 제공하여야 할 정보 중 결제대금예치제도에 관하여 개정된 전자상거래법의 내용을 반영하고 있지 않다. 그 결과, 콘텐츠사업자는 전자상거래법을 위반하게 되며, 정보를 제공받지 못하여 결제대금예치제도를 이용하지 못하는 소비자의 권익을 침해하게 된다. 셋째, 청약철회등의 배제조치에 대해 콘텐츠산업진흥법의 내용으로 규정하고 있지만, 이 경우에는 전자상거래법이 적용된다. 따라서 지침에서 규정하고 있는 내용은 전자상거래법 위반에 해당하며, 소비자의 청약철회

37) 이시윤, 「신민사소송법」, 박영사, 2013, 110면; 송상현/박익환, 「민사소송법」, 박영사, 2011, 103면.

등이 배제되지 않음에도 불구하고 청약철회등을 할 수 없게 되어 소비자권익이 침해되는 결과가 발생한다. 넷째, 청약철회등에 따른 효과 중 하나로 다운로드받은 온라인콘텐츠의 삭제를 규정하고 있으며, 대금환급기한에 대해 지침에서는 콘텐츠를 반환받거나 청약철회등을 한 날로부터 3영업일 이내에 환급하도록 규정하고 있다. 또한 대금환급을 지연한 경우에 지연이자율에 대해 연 12%로 규정하고 있다. 이러한 내용들은 전자상거래법 및 이를 준용하고 있는 콘텐츠산업진흥법의 내용과 상이하며, 이로 인해 지침은 상위법 위반의 문제와 소비자권익 침해의 문제를 야기한다. 다섯째, 지침에서는 콘텐츠거래의 해지와 관련하여 증명책임을 콘텐츠사업자에게 부과하고 있지만, 방문판매법상 계속거래를 제외하고, 민사소송법상 증명책임의 기본원칙과 상이하다. 물론 이용자에게 유리하다고 할지라도 법률이 아닌 지침에서 사업자에게 불리한 의무를 부과할 수 없다. 마지막으로 콘텐츠거래와 관련하여 분쟁이 발생하였을 경우에 전속관할 등과 관계없이 이용자는 모든 법원 등에 소를 제기할 수 있는 것으로 규정하고 있지만, 이는 민사소송법 위반에 해당한다. 이와 같이 지침은 전자상거래법 및 콘텐츠산업진흥법 등 관련법령의 내용을 위반한 내용을 정하고 있기 때문에 이용자의 권익을 보호하는 것이 아닌 침해하고 있으며, 합리적 근거없이 사업자에게 과도한 의무를 부과하고 있기 때문에 타당하지 않다. 따라서 지침은 관련법령의 내용에 합치되게 개정되어야 할 것이다. ☐

(논문접수 : 2022. 9. 21. / 심사개시 : 2022. 10. 5. / 게재확정 : 2022. 10. 19.)

참 고 문 헌

[단행본]

- 고형석, 「전자상거래와 소비자보호법」, 우리시스템, 2019.
- 고형석, 「디지털콘텐츠거래와 청약철회권」, 우리시스템, 2020.
- 공정거래위원회, 「약관규제의 실제」, 공정거래위원회, 2008.
- 손진화, 「전자상거래법」, 신조사, 2016.
- 이시윤, 「신민사소송법」, 박영사, 2013.
- 서희석, 「소비자계약의 법리」, 부산대학교 출판부, 2018.
- 송상현/박익환, 「민사소송법」, 박영사, 2011.
- 황승흠 등, 「콘텐츠산업진흥법 제정방안에 관한 연구」, 문화체육관광부, 2008.
- 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, 「特定商取引に關する法律の解説」, 商事法務, 2018.

[논문]

- 고형석, “전자상거래법 전부개정안에 대한 연구”, 「소비자법연구」 제7권 특별호(2021).
- 고형석, “금융상품거래와 청약철회에 관한 연구”, 「금융감독연구」 제8권 제2호(2021).
- 고형석, “용역제공계약과 청약철회에 관한 연구”, 「인권과 정의」 제494호(2020).
- 고형석, “법인의 소비자성에 대한 연구”, 「재산법연구」 제35권 제3호(2018).
- 고형석, “디지털콘텐츠거래와 청약철회권”, 「재산법연구」 제34권 제1호(2017).
- 고형석, “결제대금예치제도에 관한 연구”, 「법과 정책연구」 제13권 제4호(2013).
- 고형석, “전자상거래를 통한 콘텐츠거래에 있어서 이용자보호에 관한 연구”, 「한양법학」 제34호(2011).
- 구병문, “디지털콘텐츠 이용자의 청약철회와 그 제한규정의 문제점과 해결방안”, 「홍익법학」 제10권 제1호(2009).
- 김진우, “전자상거래법에 따른 철회 효과로서의 계약의 청산”, 「법학논고」 제55집(2016).
- 김진우/곽창렬, “디지털계약에서의 담보책임”, 「법학연구」 제61집(2019).
- 이병준, “SNS마켓에서의 소비자보호”, 「유통법연구」 제7권 제2호(2020).
- 이병준, “사업자와 소상공인 사이에 체결된 온라인 광고계약에 대한 방문판매법의 적용 가능성”, 「선진상사법률연구」 제77호(2017).

- 이원재, “콘텐츠산업진흥법 제27조 청약철회 조항에 대한 고찰”, 「법학논문집」 제38집 제3호(2014).
- 황원재, “디지털콘텐츠 공급계약에 대한 철회권”, 「외법논문집」 제44권 제1호(2020).

Abstract

A Study on the Contents User Protection Guidelines and User Protection

Ko, Hyoung-Suk

The content user protection guidelines were enacted in accordance with the Content Industry Promotion Act to protect users in content transactions, and have been amended four times since they were enacted in 2008. But in terms of specific content, it is regulated differently from the contents of the Contents Industry Promotion Act and the Electronic Commerce Act, which causes the problem of the effectiveness of the guidelines and infringement of user rights. This is summarized and presented as follows. First, the guidelines limit the scope to users who are consumers. However, users are not limited to consumers under the Content Industry Promotion Act. Second, among the informations to be provided by content providers, the contents of the revised e-commerce law regarding the payment payment deposit system are not reflected. Second, information on the Escrow to be provided by content providers is different from the contents of the amended Electronic Commerce Act. Third, the Electronic Commerce Act, not the Content Industry Promotion Act, is applied to the exclusion measures such as withdrawal of an offer. Therefore, the content regulated in the guidelines is a violation of the Electronic Commerce Act. In addition, consumer rights and interests are violated as consumers are unable to withdraw their offers even though they are not excluded. Fourth, the guidelines regulates the deletion of online content downloaded as one of the effects of withdrawal of subscription and regulates that operators should refund within three business days from the date of withdrawal of an offer or the content should be returned. In addition, if the payment refund is delayed, the delayed interest rate is 12% per year. These contents are different from the contents of the Electronic Commerce Act and the Content Industry Promotion Act. Accordingly, the guidelines cause problems of violating higher laws and infringement of consumer rights. Fifth, the guidelines impose the burden of proof on

content providers in relation to the termination of content transactions. But except for continuous transactions under the Door-to-Door Sales Act, this contents are different from the basic principle of certification responsibility under the Civil Procedure Act. As such, the guidelines regulates violations of the contents of related laws such as the Electronic Commerce Act and the Content Industry Promotion Act, so they do not protect user rights but infringe on excessive business obligations without reasonable grounds. Therefore, the guidelines should be amended in accordance with the contents of related laws.

Key Words : Contents Transaction, User Protection, Contents User Protection Guidelines, Withdrawal of Offer, Burden of Proof, Jurisdiction

