

(사)한국유통법학회
2016년 춘계공동학술대회

유통규제와 소비자보호

- 일 시 : 2016년 2월 26일(금) 13:30 ~ 18:00
- 장 소 : 한국외국어대학교 법학관 101호



주최 : (사) 한국유통법학회 · 한국외국어대학교 법학연구소

[사]한국유통법학회 2016년 춘계공동학술대회 및 정기총회 일정

13:30~14:00 ■ 등 록

14:00~14:20 ■ 개회식 사회 안 수 현 교수(한국외대, 총무이사)

- ▶ 개 회 사 : 최 영 홍 교수 (고려대학교 법학전문대학원, (사)한국유통법학회 회장)
- ▶ 축 사 : 최 완 진 교수 (한국외국어대학교 법학전문대학원, 상사법학회 전 회장)
- ▶ 환 영 사 : 김 학 태 교수 (한국외국어대학교 법학연구소 소장)

★ 학술대회 사회 이 병 준 교수(한국외대, 편집이사)

14:20~15:50

● 제1부 사회: 이 문 지 교수(배재대학교 법학과)

제1주제 : “대리점법에 대한 법리적 검토”

발표 : 최 영 홍 교수 (고려대학교 법전원)

토론 : 이 봉 의 교수 (서울대학교 법전원)

제2주제 : “신종 불법피라미드 영업행위 관련 법제 개선방안”

발표 : 문 상 일 교수 (인천대학교 법학과)

토론 : 안 수 현 교수 (한국외대 법전원)

15:50~16:10 ■ Coffee Break

16:10~17:40

● 제2부 사회: 최 완 진 교수(한국외대 법전원)

제3주제 : “소비자계약에서의 철회 효과에 관한 입법론; 전자상거래법, 콘텐츠산업진흥법 및 방문판매법을 중심으로”

발표 : 김 진 우 교수 (한국외대 법전원)

토론 : 김 중 길 박사 (영남대학교 연구교수)

제4주제 : “소비자 보호의 관점에서의 화물상환증(선하증권)의 효력”

발표 : 김 인 현 교수 (고려대학교 법전원)

토론 : 문 광 명 변호사 (법무법인 선율)

17:40~18:00 ■ 정기총회 및 제1회 우수논문상 시상식

18:00 ■ 폐회식 최 영 홍 교수 (고려대, (사)한국유통법학회 회장)

18:30~20:00 ■ 만찬

* 참가비 안내

- 비회원 및 회비 미납 회원 : 1인당 2만원 (당일 학회회비 납입시 면제)
- 회비 납입 회원: 면제 (법인회원 소속 참가인원 5인까지 면제)

* 현지 사정에 따라 세미나 일정이 일부 조정될 수 있음.

* 문의처: 학회총무 부간사 김 은 주(고려대 대학원)/연락처: 010-4999-2699

목 차

2016년 춘계공동학술대회 및 정기총회 일정	i
제1주제 대리점법에 대한 법리적 검토	최 영 홍 / 1
제2주제 신종 불법피라미드 영업행위 관련 법제 개선방안	문 상 일 / 27
제3주제 소비자계약의 철회 효과에 관한 입법론 - 전자상거래법, 콘텐츠산업진흥법 및 방문판매법을 중심으로 -	김 진 우 / 45
제4주제 소비자(화주)보호의 관점에서 화물상환증(선하증권)의 효력	김 인 현 / 71
 부 록	
■ 사단법인 한국유통법학회 정관	87
■ 사단법인 한국유통법학회 회원 가입 안내	93

대리점법에 대한 법리적 검토

최영홍*

목 차

I. 서론	3
II. 대리점법의 구성체계 개관	4
1. 대리점법의 구성	4
2. “공정화법”의 기본전제와 대리점법의 체계적 유사성	6
3. 소결	7
III. 대리점법의 적용범위 및 대상에 관련된 문제	7
1. 서언	7
2. 대리점법의 적용 범위	8
3. 대리점법의 적용 대상 - 용역이 재판매나 위탁판매의 대상이 되는가?	14
IV. 대리점법 개별 조항의 문제점	16
1. 대리점의 정의의 문제점	17
2. “반품” 정의의 문제점	18
3. 제5조(대리점거래계약서의 작성의무)의 문제점	19
4. 제8조(판매목표 강제행위의 금지)의 문제점	19
5. 중재관련 규정의 보완 필요성	20
6. 제3장 분쟁의 조정과 관련한 조항의 보완 필요성	20
7. 불공정거래행위 규정의 문제점	22
8. 과징금 산정 규정의 문제점	22
V. 결론	23
참고문헌	25

* 고려대학교 법학전문대학원 교수, 변호사, 법학박사

I. 서론

「대리점거래의 공정화에 관한 법률」(이하 “대리점법”)이 지난 해 12월 22일 법률 제13614호로 제정되었다. 대리점거래 분야의 공정화를 위한 입법적 움직임은 경제민주화 바람이 불던 지난 대선 이전부터 잉태되었고, 2013년 소위 “남양유업사태”를 기점으로 급격히 사회적 공감대를 넓혀갔다. 당시 우리 사회를 압도하던 경제민주화의 열기는 대리점거래 분야의 공정화를 위한 강력한 입법적 동인이 되었다. 우월적 지위에 있는 대기업이 경제적 의존관계에 있는 대리점사업자에게 불공정한 계약의 체결을 강요하고, 심지어 계약내용에도 없는 부당한 요구까지 일삼는 행태가 사회적 공분을 초래하였기 때문이다. 이러한 관행을 시정하기 위한 법안이 앞 다투어 국회에 제출되었다. 그 중 한 유형은 주로 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」(이하 “공정거래법”)의 벌칙을 강화하여 불공정거래관행을 시정하려는 「공정거래법 개정(안)」이었고,¹⁾ 다른 유형은 「가맹사업거래의 공정화에 관한 법률」(이하 “가맹사업법”)과 유사하게 새로운 법률을 제정하려는 「대리점거래의 공정화에 관한 법률(안)」이었다.²⁾ 전자의 개정(안)들은 여당 의원들이 제출한 것인데, 이들 법안의 주된 내용은 굳이 공정거래법을 개정하지 않고도 단지 법집행을 강화하기만 하면 해결될 수 있는 것이었다. 후자의 법(안)들은 야당의원들이 제출한 것인데, 이들 법(안) 중 일부는 정보공개제도를 도입하는 등 가맹사업법 체계를 거의 그대로 답습하면서 가맹사업법과의 차별성을 제시하지 못했다. 심지어 동법(안)이 통과될 경우 적용될 거래의 범위조차 제대로 정의하지 못했다. 이러한 제·개정(안) 모두에 대하여 정무위원회 공청회과정에서 문제점이 제기되자,³⁾ 대리점거래를 규제하려는 입법적 움직임은 한동안 잠복상태에 들어갔다.

그러나 그 후에도 야권은 경제민주화를 기치로 대리점거래 분야의 공정화를 위한 법제정을 계속 추진하면서 문제점을 대폭 수정한 새로운 법(안)을 제시하였다. 새로운 제정(안)은 법률의 명칭만 그대로 유지하고 있을 뿐, 그 내용은 완전히 다르게 바뀌었다고 해도 과언이 아니다. 그런데 그마저도 정부·여당의 반대에 부딪혀 대리점법은 제정되기 어려울 것이라는 전망이 우세하였다.⁴⁾ 그러나 지난 연말 여야 대치정국에서 정치적 흥정의 대상이 되어 대리점의 단체교섭권만 삭제된 채,⁵⁾ 갑작스럽게 국회를 통과하였다. 결국 현재의 대리점법은 제대로 된 공청회 한 번 거치지 않은

1) 의안번호 5084, 이노근 의원 대표발의, “독점규제 및 공정거래에 관한 법률 일부 개정안”, 2013. 5. 23. 발의; 의안번호 5162, 이종훈 의원 대표발의, “독점규제 및 공정거래에 관한 법률 일부 개정안”, 2013. 5. 28. 발의.
2) 의안번호 5018, 이종걸 의원 대표발의, “대리점거래의 공정화에 관한 법률안”, 2013. 5. 21. 발의; 의안번호 5059, 심상정 의원 대표발의, “대리점거래의 공정화에 관한 법률안”, 2013. 5. 23. 발의; 의안번호 5357, 이언주 의원 대표발의, “대리점거래의 공정화에 관한 법률안”, 2013. 6. 5. 발의; 이상직 의원 대표발의, “대리점거래의 공정화에 관한 법률안”, 2013. 6. 12. 발의.
3) 제316회 국회 정무위원회 회의록(2013. 6. 18), 48~71면
4) 제337회-정무위원회 회의록 정무소위 제33차(2015년 11월 19일), 39~48면.
5) 대리점의 단체교섭권은 전체 법체계상 당연히 빠져야 하는 것이었다. 노동자가 아닌 사업자들이 단체로 교섭권을 행사하도록 하는 법제는 세계적으로 그 유례를 찾아 볼 수 없다.

체 제정된 것이다. “악법도 법이다”는 말은 법으로 성립된 이상 규범력이 인정되어야 한다는 의미 일 것이다. 그러나 그렇다고 하여 오류가 내포된 법의 문제점까지 정당화될 수는 없다. 개선이 필요한 “악법은 여전히 악법이다.” 법률은 그 고유의 경직성으로 인하여 한번 제정되면 쉽게 개정되기 어렵다. 더구나 강제성을 갖는 규범이라는 점에서 법률로서 합당한 기본 체계와 정합성을 갖춰야 한다. 아무리 좋은 명분에서 추진된 법률이라도 법제적 정합성이나 체계에 어긋나는 것은 문제가 있다. 대리점법은 공포 후 1년이 지나는 2016년 12월 23일부터 시행에 들어간다(동법 부칙 제1조). 마침 아직 시행령을 준비하는 단계에 있으므로, 가능하면 부작용을 최소화하는 방안이 모색되어야 한다. 그러한 방안의 모색은 모법에 내포된 문제점을 제대로 파악하는 일로부터 시작되어야 할 것이다. 이는 유통법학계에 주어진 과제이기도 하다.

II. 대리점법의 구성체계 개관

1. 대리점법의 구성

대리점법은 총 5장, 34개조와 부칙 2개조로 구성되어 있다. 구체적 내용은 다음과 같다.

제1장 [총칙]에서는 제1조에서 동법의 “목적”을, 제2조에서 동법에 사용되는 용어의 “정의”를, 제3조에서 동법의 “적용이 제외되는 경우”를, 그리고 제4조에서 “다른 법률과의 관계”를 규정하고 있다.

제2장 [대리점거래의 공정화]에서는 제5조에서 “대리점거래 계약서 작성의무”를, 제6조에서 “구입강제행위의 금지”를, 제7조에서 “경제상 이익제공 강요행위의 금지”를, 제8조에서 “판매목표 강제행위의 금지”를, 제9조에서 “불이익제공행위의 금지”를, 제10조에서 “경영활동 간섭 금지”를, 제11조에서 “주문내역의 확인요청 거부”를, 제12조에서 “보복행위의 금지”를 규정하고 있다.

제3장 [분쟁의 조정]에서는 제13조의 “대리점 분쟁조정협의회의 설치”에서부터 제22조 “협의회의 조직 등에 관한 규정”에 이르기까지 대리점 거래 관련 분쟁의 조정을 위한 기구와 운영 및 조정의 효력 등을 규정하고 있다.

제4장 [공정거래위원회의 사건처리절차]에서는 제23조의 “시정조치”부터 제24조 “시정권고”, 제25조 “과징금”, 제26조 “관계 행정기관의 장의 협조”, 제27조 “「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」의 준용”, 제28조 “권한의 위임과 위탁”, 제29조 “보고”에 관한 내용을 규정하고 있다.

제5장 [벌칙]에서는 제30조 “벌칙”, 제31조 “양벌규정”, 제32조 “과태료”, 제33조 “고발”, 제34조 “손해배상 책임”을 규정하고 있다.

그리고 부칙에서는 제1조 (시행일)에서 이 법이 공포 후 1년이 경과한 날부터 시행한다는 내용과 제2조 (적용례)에서 이 법이 소급 적용되지 않고 이 법 시행 후 공급업자와 대리점 사이에 최초로 체결되거나 갱신한 계약부터 적용됨을 규정하고 있다.

이상과 같은 형식적 체계에도 불구하고 대리점법의 실질적 내용을 보면 과연 독자적인 법률로 제정할 필요성 내지 실익이 있는지 의문이다. 이는 무엇보다도 대리점법의 핵심 내용이라 할 수 있는 제2장 [대리점거래의 공정화]에 규정된 각종 금지행위가 이미 공정거래법 제23조(불공정거래행위의 금지) 제3항 및 동법시행령 [별표1의2]6) 그리고 공정거래법 제23조의3(보복조치의 금지)에 의해 금지되고 있는 것을 그대로 반복하고 있는 것에 불과하고7) 그 처벌도 공정거래법과 동일하거나 오히려 약화되어 있기 때문이다.8) 굳이 의미를 찾는다면 대리점법 제5조(대리점거래 계약서 작성의무)와 제11조(주문내역의 확인요청 거부 또는 회피 금지) 및 제25조(과징금)가 규정된 점을 들 수 있겠으나, 그나마도 이들 조항은 다음에 보는 바와 같이 상당한 문제점을 내포하고 있다.

<불공정행위의 유형 및 제재 비교표>

금지행위	공정거래법 시행령 [별표1의2] 불공정거래행위의 유형 및 기준 제6호 거래상 지위남용	대리점법	제재(처벌)
계약서 작성의무	X	제5조	32조 1항 과태료병과 4호: 5천만원 이하 5호: 1천만원 이하
구입강제행위	가. 구입강제	제6조	2년 이하 징역 또는 1억5천만원 이하 벌금
경제상 이익제공강요	나. 이익제공 강요	제7조	상동
판매목표강제행위	다. 판매목표 강제	제8조	상동
불이익제공행위	라. 불이익 제공	제9조	상동
경영활동간섭	마. 경영간섭	제10조	상동
주문내역확인요청 거부 또는 회피	X	제11조	상동
보복조치 금지	보복조치의 금지(법제23조의3)	제12조	공정거래법: 처벌: 3년 이하 징역, 2억원 이하 벌금 과징금: 매출액 5%, 산출 곤란시 20억 이하

6) [별표1의2] 불공정거래행위의 유형 및 기준 6. 거래상 지위의 남용에 이미 가-마에 동일한 내용이 금지유형으로 규정되어 있다.

7) 제337회-정무위원회 회의록 정무소위 제3차(2015년 11월 19일) 44면. 공정거래위원회에서는 이러한 점을 들어 굳이 입법을 서두를 일이 아니라는 입장을 표명하고 있다. 분쟁조정제도도 어차피 공정거래법에 규정되어 있어서 별도로 법제화할 실익이 없다는 점도 밝히고 있다.

8) 대리점법 제12조 (보복조치의 금지)는 그 처벌이 2년 이하의 징역 또는 1억5천만원 이하의 벌금으로 되어 있다 (동법 제30조 제1항 제8호). 이는 같은 행위에 대하여 3년 이하의 징역 또는 2억원 이하의 벌금을 규정하고 있는 공정거래법보다도 오히려 약화되어 있다(공정거래법 제66조 제1항 제9의3호). 다만, 다음에 보는 과징금 규정이 위헌이 아니라면 그 점에 있어서는 규제가 강화되었다고 할 수 있다.

2. “공정화법”의 기본전제와 대리점법의 체계적 유사성

(1) 공정화법의 기본전제

대리점법은 거래상 지위남용의 우려가 있는 분야에서의 불공정성을 시정하려는 법률이다. 따라서 이는 「하도급거래의 공정화에 관한 법률」(이하 “하도급법”), 가맹사업법, 「대규모유통업에서의 거래 공정화에 관한 법률」(이하 “대규모유통업법”) 등과 같이 소위 “공정화법”의 범주에 속한다. 즉, 대리점법은 기본적으로 사업자간의 거래공정화를 위한 법이다. 이 경우 사업자는 상법상 기업의 주체인 상인이다. 상인은 민법이 상정하는 평균인보다 자기의 이익에 더욱 영민한 자(sophisticated person)라는 행위주체로서의 특성이 있다. 그러므로 상인간의 거래를 규율하는 법은 <기업 대 소비자>의 관계처럼 국가가 소비자의 보호를 위해 개입하는 법과는 기본적으로 법리를 달리한다. 법제원리상, 사업자간의 거래를 규율하는 법은 <사업자와 비사업자간> 또는 <비사업자 상호간>의 거래를 규율하는 법과는 구별되기 때문이다.⁹⁾ 이러한 점에 대한 인식이 결여되면 사인간의 거래에 불공정한 내용이 내포되거나 내포될 가능성만 있어도 민사적 무효화나 손해배상 등의 구제를 넘어 공권력의 개입을 통해 해결하려는 유혹에 빠지게 된다.¹⁰⁾ 그리고 그 결과는 「상인간의 거래는 그 어느 사인간의 거래보다도 사적자치의 원칙이 강하게 작용한다」는 상거래의 기본적 속성을 훼손하고 나아가 법체계를 왜곡시키게 된다. 요컨대, “공정화법”은 공권력의 개입 필요성이 매우 높은 경우에 한하여 최대한 제한적으로 기능하도록 설계되어야 한다.

(2) 대리점법의 체계적 유사성

대리점법은 일정기간 계속적 거래관계를 유지하는 당사자 사이의 거래상 지위 남용행위를 규제하는 점에서 기본적으로 “자기의 거래상 지위를 부당하게 이용하여 상대방과 거래하는 행위”를 금지하는 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 제23조(불공정거래행위의 금지) 제1항 제4호에 대한 특별법적 성격을 갖는다. 대리점법 제4조(다른 법률과의 관계)에서 “이 법은 공급업자와 대리점 간의 대리점 거래에 관하여 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 제23조 제1항 제4호에 우선하여 적용한다”고 밝힌 것도 바로 이 점 때문일 것이다. 그렇다면 대리점법의 체계는 각종 “공정화법” 중에서 어느 법제와 가장 유사할까? 이에 관하여 ‘이 법 제정의 시사점이 하도급거래에 있어서의 수급사업자에 준하여 보호하고 있다’는 견해가 있다.¹¹⁾ 공급자로부터 공급받는 자를 보호한다는 면에서 대리점법은 하도급

9) 사업자는 규모의 대소를 불문하고 상법상 상인으로서, 평균인보다 영민하여 기업운영에 필요한 상인정신을 당연히 구비한 것으로 취급되는데, 이러한 사업자를 평균인 이하의 거래주체를 보호하듯이 국가가 개입하여 보호하려는 것은 민법의 상법에 대한 독자성 및 상거래법의 기본원리에 반하고, 사법의 공법화를 초래하여 공사법 체계의 근간을 저해할 수 있다.

선진국에서 당사자 사이의 거래공정화를 위한 법에 형벌제도를 도입하지 않는 것도 이 때문일 것이다. www.ftc.gov/bcp/menus/resources/enforcement.shtm.

10) 제337회-정무위원회 회의록 정무소위 제3차(2015년 11월 19일), 45~46면.

법과 다르다. 대리점법은 기본적으로 특정한 계속적 거래관계에 있어서 일방이 타방에 비하여 거래상 우월관계에 있다는 점이 존립근거라 할 수 있다. 따라서 대리점법이 체계상 어느 “공정화법”과 유사한지를 파악하기 위해서는 개별적 비교검토를 통해 확인하는 수밖에 없다. 이러한 관점에서 대리점법의 규정을 보면, 동법 제3조에서 거래상 우월적 지위가 인정되지 않는 거래에는 그 적용을 배제하고(동조 제1항), 구체적인 우월적 지위의 여부를 판단함에 있어서 고려할 사항을 개별적으로 열거하며(동조 제2항), 제4조의 “다른 법률과의 관계” 와 동법 제2장 “대리점거래의 공정화”에 규정된 조항들은 대규모유통업법과 같은 구조에 놓여있다. 제3장에서 5장까지도 마찬가지다. 이러한 점을 보면, 대리점법의 구성체계는 적어도 외관상으로는 대규모유통업법의 체계를 답습하고 있다고 할 수 있다.

3. 소결

이상 살펴 본 바와 같이 대리점법은 큰 틀에서 기존의 “공정화법”과 유사한 체계를 유지하고 있다. 그 중에서도 특히 대규모유통업법과 유사하다. 실제로 대리점법은 각 장별로 대규모유통업법을 답습하는 체계를 유지하고 있고 상당수 세부 조항도 매우 유사한 문언으로 구성되어 있다. 그런데 대리점법과 대규모유통업법은 규율하는 거래관계에 있어서 차이가 있다. 대규모유통업법은 ‘납품하는 자(=납품업자)’를 보호하지만, 대리점법은 ‘납품받는 자(=대리점)’를 보호한다. 이러한 차이에 따라 대리점법은, 굳이 법제화한다면, 대규모유통업법과는 규율내용을 달리해야 한다. 보다 구체적으로 말하면, 적용되는 거래범위의 설정, 법조문의 문구나 용어의 사용에 이르기까지 여러 면에서 차별화시켜야 한다. 또한 대리점법은 다른 공정화법처럼 별도의 법률로 기능할만한 독자적 내용을 담고 있어야 한다. 단지 공정거래법에 규정된 규제사항을 반복하는 차원에 머물러 있어서는 아니 된다. 통상 별도의 입법이 필요하지 않은 사안을 무리하게 법제화하는 과정에서 베끼기 현상이 발생한다. 나아가, 새로 제정된 법이므로 대리점법은 개별 법조문에도 오류가 없어야 한다. 앞서 제정된 공정거래법이나 공정화법에 오류가 있다면, 이를 피해야 한다. 이러한 점에 관하여 비판적 관점에서 좀 더 세밀히 검토하기로 한다.

Ⅲ. 대리점법의 적용범위 및 대상에 관련된 문제

1. 서언

대리점법을 제정한 목적은 우리 거래계에서 행해지는 유통방법의 하나인 대리점거래상의 불공정을 시정하려는 데 있다(대리점법 제1조 참조). 그러기 위해서는 불공정행위가 빈발하는 거래유형

11) 법무법인(유) 율촌, 공정거래 News Alert 2015. 12. 3면.

을 파악하고 그에 합당한 규율내용이 법문에 표시되어 법률이 실효적으로 기능할 수 있도록 구성 되었어야 한다. 그런데, 대리점법은 시장의 실태조사도 없이 그리고 전문가의 깊이 있는 검토 절차도 없이 제정되다 보니, 체계의 정합성이 떨어진다. 대리점법 전반에 걸친 문제로는, 대리점법이 재판매 외에 위탁판매거래까지를 규율하도록 한 것과 거래대상에 상품 외에 서비스까지 포함하도록 한 데서 유래하는 문제로 나누어 볼 수 있다. 대리점법이 위탁판매거래까지를 규율하려 하였다면, 실제 법문에서도 그에 부합하게 금지행위를 적시하여 제1장[총칙]과 제2장[대리점거래의 공정화] 사이에 논리적 연관성이 유지되도록 조문이 성안되었어야 한다. 그리고 후자의 경우에도 상품과 서비스의 유통을 모두 규율하려 하였다면 구체적 법조문에서 별다른 이유 없이 서비스를 제외하고 상품에 대해서만 조문을 두는 오류를 피했어야 한다.

2. 대리점법의 적용 범위

(1) 용어의 적정성

우리 실무상 대리점거래란 용어는 원래 ‘전속판매상’관계 즉 유통의 흐름상 상위단계에 있는 공급자인 특정 상인으로부터 물건의 전부 또는 상당부분을 계속적으로 공급받아, 이를 재판매하는 거래관계를 지칭한다. 그리고 예외적이기는 하지만 위탁판매나 대리상 내지 중개상에 대해서까지도 이를 대리점이라고 칭하며 거래계약을 체결하는 경우도 없지 않다. 법 제정이 처음 시도되던 단계에서 제출된 법안 중에는 “대리점사업자”라 함은 대리점본사를 위하여 상업사용인이 아니면서 상시 그 영업부류에 속하는 거래의 대리 또는 중개를 영업으로 하는 자를 말하며, 계약대리권의 보유 여부나 도매점인지 위탁판매점인지 여부를 가리지 않고 모두를 포함한다.”라고 정의한 것도 있었다.¹²⁾ 물론 이는 실무거래상 주된 대리점거래와 상법상 개념인 대리상관계를 혼동한 데서 비롯된 오류이다. 대리인을 통하여 체결하는 계약방식과 당사자가 직접 계약을 체결하는 방식은 논리적으로 상호 배척적이다(exclusive). 그런데도 위 정의는 전반부에서 대리점을 상법상 대리상으로 규정 하면서,¹³⁾ 그 후반부에서는 “계약대리권의 보유 여부나 도매점, 위탁판매점인지의 여부를 가리지 않고 모두를 포함한다”고 규정함으로써, 법적으로 양립할 수 없는 개념을 동일하게 규정하였다. 즉 동법(안)은 대리점이 “대리상”이라고 하면서 동시에 도매점이나 위탁판매점도 포함한다고 규정함으로써 법리적, 논리적 범주오류(category mistake)를 범하였다. 이처럼 기초적 법리에 어긋나는 문언이 법률규정으로 제안된 것을 보면 당시 그 법안이 얼마나 성찰 없이 제안되었는지 짐작할 수 있다.¹⁴⁾ 이러한 문제점은 정부위원회의 전문가진출과정에서 직설적으로 지적된 바 있다.¹⁵⁾

12) 각주2)의 이종걸 의원 대표발의안 제2조 제3호 참조.

13) 대리상은 상법상 “일정한 상인을 위하여 상업사용인이 아니면서 상시 그 영업부류에 속하는 거래의 대리 또는 중개를 영업으로 하는 자”라고 규정되어 있다(상법 제87조). 이를 감안하면 위 법안은 대리점을 대리상으로 잘못 이해된 상태에서 wording이 이루어졌다고 할 수 밖에 없다.

14) 남양유업사태를 계기로 촉발된 당시의 사회적 분위기 즉 대기업의 소위 ‘갑질행태’에 대한 비난여론을 계기로

아무튼 법제화된 지금의 대리점법은 “대리점거래란 공급업자와 대리점 사이에 상품 또는 용역의 재판매 또는 위탁판매를 위하여 행하여지는 거래로서 일정 기간 지속되는 계약을 체결하여 반복적으로 행하여지는 거래를 말한다”고 규정하고 있다(대리점법 제2조 제1호). 또한 대리점법은 “대리점이란 공급업자로부터 상품 또는 용역을 공급받아 불특정다수의 소매업자¹⁶⁾ 또는 소비자에게 재판매 또는 위탁판매하는 사업자를 말한다”고 규정하고 있다(동조 제3호). 여기의 재판매나 위탁판매는 대리상과는 다르므로 대리점법은 상법상 대리상관계(代理商關係)에 적용될 수 없다. 대리상은 일정한 상인을 위하여 상업사용인이 아니면서 상시 그 영업부류에 속하는 거래의 대리 또는 중개를 영업으로 하는 자이다(상법 제87조). 대리상은 본인상(principal)과 독립된 별도의 상인이란 점에서 재판매자나 위탁판매자와 같지만, 타인의 거래의 대리 또는 중개를 영업으로 한다는 점에서 해당 거래의 당사자가 될 수는 없다. 대리상은 거래당사자로서의 지위를 갖지 못하기 때문에 대리점법의 적용대상에서 배제되는 것이다.

또한 대리점법은 “---일정 기간 지속되는 계약을 체결하여 반복적으로 행해지는 거래---”라고 하고 있다. 즉, 일회적, 즉시적 거래를 적용대상에서 제외시키고 있다. 상법상 위탁판매인은 ‘자기의 명의로, 타인의 계산으로’ 매매행위를 한다. 상법상 위탁매매나 대리점법상 위탁판매는 양자 모두 ‘주선행위’라는 점에서는 동일하다. 전자의 경우에는 위탁자가 불특정 다수인이지만 후자의 경우에는 특정한 계속적 공급업자라는 점에서 차이가 있다. 그러한 차이로 인하여 상법이 규정하는 위탁매매거래는 대리점법의 적용대상이 아니다. 이처럼 대리점법상 대리점의 개념에서 상법상 대리상과 위탁매매인을 배제한 점은 대리점거래의 실상이나 규제목적에 비추어 볼 때 종전의 법안보다 진일보한 것이다.

그러나 이로써 동법의 적용범위가 합리적으로 설정되었다고 할 수 있을지는 여전히 의문이다. 대리점법은 딜러나 디스트리뷰터 등 재판매업자 외에 ‘주선행위자’인 위탁판매인까지를 그 적용대상으로 하고 있기 때문이다. 즉 법리상 엄연히 구별되는 위탁판매를 재판매와 동일시하는 대리점법의 정의규정이 문제가 있어 보이기 때문이다. 특별한 사유가 없는 한, “같은 것은 같게, 그리고 다른 것은 다르게” 취급해야 한다. 그러지 않고 ‘다른 것을 같게’ 취급하는 것은 ‘같은 것을 다르게’ 취급하는 것만큼이나 부당하다. 실제로 구체적 조문의 상관관계를 보면, 대리점법상 대리점거래의 정의규정과 대리점법 제2장 [대리점거래의 공정화]의 구체적 규정이 맥락상 서로 조화를 이루지 못

“경제민주화 입법”으로 포장된 규제법을 만들기 위해 얼마나 조급하게 법안을 마련하였는지 가늠할 수 있다.

- 15) 이러한 문제점에 대해 필자는 ‘위와 같은 정의는 상법상 대리상을 기본으로 하는데, 이렇게 되면 거래계에서 실제상 “대리점”이라고 칭하는 매매관계를 오히려 배제하게 는 문제점이 있고, 만일 위 정의의 후반부까지를 종합적으로 해석할 때는 상법상 대리상, 중개인, 위탁판매인, 가맹상(가맹점사업자) 외에도 계약자유의 원칙상 거래당사자가 체결할 수 있는 전속판매상, 전속위탁판매인, 배급상 등 다양한 거래형태가 있는데 이들과까지도 모두 포괄하겠다는 것이어서, 대리의 법리와 주선의 법리 및 완전한 매매관계인 전속판매상을 동일시하는 논리적 모순을 내포하는 문제가 있음을 지적한 바 있다. 제316회 국회 정무위원회 회의록 제3호 (2013년 6월 18일) 48-51쪽 참조.
- 16) ‘불특정 다수’의 소매업자에게 재판매 또는 위탁판매한다고 규정된 점에서 다음에 보는 바와 같이 상위단계의 배급상 중에서 소위 전속적 도매상인 distributor에 해당하는 유통상이 하위단계의 전속적 소매상인 (특정한) 딜러에게 판매하는 경우는 적용범위에서 배제된다.

하고 있다. 이하 항을 바꾸어 재판매와 위탁판매의 법리적 차이를 좀 더 살펴보고, 이들 양자를 똑 같이 적용대상으로 하는 대리점거래의 정의규정이 대리점법의 개별 규제조항과 어떻게 어긋나는지 본다.

(2) 재판매와 위탁판매의 법리적 차이

생산자나 공급자가 상품을 유통시키는 방법은 매우 다양하다.¹⁷⁾ 대표적인 예로는 상법에 규정된 대리상, 중개인, 위탁매매인(consignee), 가맹상(franchisee)을 이용하는 방법이 있고, 현찰거래라고도 하는 직접판매(cash-and-carry), 인터넷판매나 TV홈쇼핑, 카탈로그판매 기타 소위 「딜러(dealer)」라고 하는 전속판매상, 소규모도매상인 「자버(jobber)」 및 「디스트리뷰터(distributor)」라고 하는 배급상을 이용하는 방법이 있고 그밖에 전속위탁판매인(commission agent)을 이용하는 방법도 있다.¹⁸⁾ 이러한 유통방법은 각각 고유한 장단점이 있어서 생산자나 공급자는 자신의 사업에 가장 적합한 방법을 선택하기 위해 고심한다.

우리 거래계에서 사용되는 대리점은 위 유통방법 중 어떤 것에 해당할까? 거래계에서 사용되는 대리점이란 용어에 ‘대리(agency)’라는 단어가 들어있지만 실제로 ‘대리’와는 무관한 유통상(流通商)이다. 즉 실무상 대리점은 「자기의 이름으로」, 「자기의 계산으로」 상품을 구매하여 이를 하위 유통단계에 재판매하는 딜러나 디스트리뷰터를 지칭하는 것이 일반적이다.¹⁹⁾ 그밖에 예외적이기는 하지만, 생산자나 공급자가 위탁판매계약을 체결하면서 계약상대방을 대리점이라고 지칭하는 경우도 없지 않다.²⁰⁾ 대리점법이 동법의 적용대상과 관련하여 “대리점거래란 공급업자와 대리점 사이에 상품 또는 용역의 <재판매> 또는 <위탁판매>를 위하여 행해지는 거래로서 일정 기간 지속되는 계약을 체결하여 반복적으로 행해지는 거래를 말한다(동법 제2조 제1호)”고 정의한 것도 이러한 예외적 현실까지를 고려하려 한 것이 아닌가 한다. 아무튼 대리점법은 다양한 유통방법 중에서 재판매와 위탁판매를, 그리고 그 두 가지에 한정하여, 적용대상으로 삼고 있다.

재판매와 위탁판매는 어떠한 차이가 있는가? 재판매는 하위유통단계에 있는 상인이 상위유통단계에 있는 공급자로부터 상품을 「자기의 이름으로」, 그리고 「자기의 계산으로」 매수하여 자기보다 하위에 있는 유통상이나 소비자에게 판매하는 것을 말한다. 유통단계는 통상 제조자(또는 생산자) ⇒ 도매상 ⇒ (중간도매상) ⇒ 소매상 ⇒ 소비자의 5단계로 구성된다. 물론 이보다 훨씬 더 복잡한 단계를 거칠 수도 있고, 이보다 단축될 수도 있다. 전자의 예로는 해외에서 수입하는 경우를 그리고 후자의 경우에는 인터넷을 통한 구매 등을 대표적으로 상정할 수 있다.²¹⁾ 아무튼 재판매

17) David Gurnick, “Distribution Law in the United States of America”, 2d ed. 2015, p. 9.

18) 대리점법이 적용대상으로 삼는 위탁판매는 바로 여기의 전속위탁판매판매계를 지칭한다.

19) 삼성전자의 전속대리점이 이러한 예에 속한다.

20) 현대자동차 대리점이 이러한 예에 속한다.

21) 최영홍, 유통법의 의의와 지도원리, 유통법연구 창간호, 2014, 6~7면.

구조에 있어서는 상품에 대하여 <이중의 매매단계>가 존재한다. 즉 상품의 소유권이 공급자로부터 유통상에게 이전하는 매매와 다시 유통상으로부터 하위 유통상이나 소비자에게 이전하는 2차 매매가 그것이다.²²⁾ 이러한 유통상에는 앞서 본 바와 같이 통상 배급상과 딜러가 있다.²³⁾

배급상은 전형적으로 상품을 공급자로부터 자기 자신의 계산으로 구매한다. 배급상은 그러한 상품의 재고를 유지하고 그 재고에 관하여 손실위험을 부담한다. 배급상은 자기가 보유하는 재고에서 주문을 이행한다. 배급상은 전형적으로 상품을 도매물량으로 판매한다. 배급상은 다른 배급상이나 딜러에게 판매하기도 한다. 딜러도 전형적으로 특정 공급자로부터 재고를 구입한다. 그 경우 공급자는 배급상인 경우가 많다. 딜러도 자기의 계산으로 재고를 구매하고 보유한다. 딜러도 자기의 재고를 보유하므로 그 재고에 관하여 손실위험을 부담한다. 딜러는 자기가 보유하는 재고로 주문을 이행하며 최종 소비자에게 판매한다. 딜러가 도매로 판매하는 경우도 있다. 이 경우 딜러는 유통체인 상위단계에서 멀리 있기 때문에, 취급 물량이 배급상보다 적은 경우가 많다. 딜러는 더 작은 물량을 최종 소비자들에게 판매하기도 한다.

아무튼 재판매구조에 있어서 <이중의 매매단계>가 존재하는 점에서 위탁판매와 구별된다. 위탁판매의 경우에 공급자는 소유권을 유보한 채 물건을 위탁판매상에게 제공하고 그 물건을 위탁판매상이 판매한다. 공급자는 물건이 위탁판매상에 의해 판매되어 구매자가 대금을 지급하는 경우에만 물건대금을 지급받는다. 물건을 판매한 위탁판매상은 수수료를 받거나 약정에 따라 판매가의 일부를 받는다.²⁴⁾ 위탁판매상에게 점유가 이전된 뒤에도 물건의 소유권은 여전히 공급자에게 있다. 위탁판매상의 의무는 물건가격을 지불하는 것이 아니라 그 물건이 판매되었을 때 그 대가에 관하여 책임지는 것이다. 통상 공급자는 물건이 판매되면 곧바로 대금을 받으려 한다. 즉 물건을 넘기고 대금을 곧바로 받지 못하는 위험을 싫어한다. 위탁판매는 이러한 공급자의 요구에 부합하지 않는다. 그럼에도 불구하고 공급자들이 위탁판매방법을 이용하는 이유는 이 방법을 통하여 위탁판매인이 선뜻 구매하려 하지 않거나 자금사정상 구매할 수 없는 물건을 취급·판매하도록 유인할 수 있기 때문이다.

위탁매매는 공급자의 입장에서 보면 단점도 있다. 공급자는 위탁판매인에게 물건을 판매하고 대금을 받는 것이 아니라 위탁판매인이 보고하는 판매상황에 의존하게 된다. 공급자는 물건대금을 위

22) 이처럼 구매하여 다시 판매한다는 점에서 재판매라는 용어가 나왔고 그 점이 바로 다른 유통방식과 차별화되는 속성이 되고 있다.

23) 그밖에도 자버(jobber)라고 불리는 소규모 도매상도 있으나 재판매상(reseller)이라는 점에서 동일하므로 자세한 논의를 생략한다. Gurnick, Id. pp. 28-29.

24) UCC는 위탁판매에 대하여 더 구체적으로, “형식에 관계없이 어떤 사람이 판매를 목적으로 어떤 상인에게 물건을 인도하고 (A) 그 상인은 (i) 인도자 이외의 자의 이름으로 해당 물건을 취급하고 (ii) 경매인이 아니며 (iii) 그의 체권자에게 실질적으로 타인의 물건을 판매하는 일에 종사하는 것으로 일반적으로 알려져 있지 않으며 (B) 각 인도와 관련하여, 인도되는 물건가격이 인도 당시 1,000달러 이상이고 (C) 그 물건이 인도되기 전까지는 소비자용이 아니며 (D) 그 거래가 의무를 담보하기 위해 담보권을 설정하는 것이 아니라는 요건을 모두 구비하는 거래”라고 규정하고 있다. Uniform Commercial Code Sec. 9-102(20).

탁판매인에게 인도시가 아닌 제3자에게 매도된 뒤에 받는다. 위탁판매인은 위탁물의 대금을 지급하지 않기 때문에, 상품을 파는 일에 그다지 큰 압박을 느끼지 않을 수도 있다. 위탁된 물건이 수탁자의 소유물인 것처럼 오인될 수 있다. 해당 물건의 점유가 위탁판매인에게 이전되어도 소유권은 여전히 공급자에게 유보되기 때문에 그 물건과 관련하여 여러 사람이 위험과 책임을 부담할 수 있다.

이상 살펴 본 바와 같이, 재판매와 위탁판매는 법리적 차이가 있다. 핵심적 차이는 공급자와 배급상 사이에서 물건의 소유권자가 누구인가 하는 점이다. 재판매의 경우에는 재판매자가 공급자에게 대금을 지급하고 물건의 소유권을 완전히 취득하는 반면에, 위탁판매의 경우에는 공급자와 배급상(위탁판매상) 사이에서는 소유권이 공급자에게 유보된다. 다만, 배급상(위탁판매상)과 그로부터 물건을 구매하는 제3자(하위 유통상이나 소비자)와의 관계에서는 배급상이 판매물건의 완전한 소유자로서 인정된다. 이 점에 한하여 재판매자와 위탁판매자는 대외적으로 동일한 외관을 보일 뿐이다. 위탁판매관계에서는 그러한 외관과는 달리 대내적으로는 대상물건의 소유권이 공급자에게 있으므로 공급자가 물건의 판매가격을 지정해도 재판매가격유지행위(resale price maintenance)에 해당하지 아니한다. 또한 위탁판매자는 해당 물건을 제3자에게 매도한 경우에는, 그리고 그 경우에 한하여, 공급자에게 판매대금을 지급할 의무를 부담한다. 그러므로 위탁판매자는 해당 물건의 판매에 대하여 별다른 위험부담이 없다.

(3) 대리점법상 구체적 규제조항과의 부조화 문제

앞서 본 바와 같이 재판매와 위탁판매는 법리적 구조가 다른데도 대리점법은 양자를 동일한 적용대상으로 취급하고 있다(대리점법 제2조 제1호, 제3호). 상이한 두 거래를 동일한 적용대상으로 삼으면서 법체계상 상당한 부조화를 초래한다. 실제로 대리점법 제2장[대리점거래의 공정화]에 규정된 내용은 재판매만을 상정하는 경우가 대부분이다. 이하 관련 조문을 구체적으로 살펴보자.

1) 대리점법 제5조 제1항

대리점법 제5조(대리점거래 계약서의 작성의무) 제1항에서는 공급업자에게 대리점 계약을 체결하면 즉시 동항 각호에 규정된 사항이 명시된 대리점계약서를 대리점에게 제공하도록 규정하고 있다. 이 중 제3호에서는 “상품대금의 지급수단 및 지급시기에 관한 사항”이 규정되어 있다. 재판매라면 공급자와 유통상 사이에 상품대금에 관한 규정이 의미가 있겠지만, 위탁판매의 경우에는 위탁판매자가 상품을 구입하지 않으므로 상품대금이 문제될 여지가 없다. 판매하지 않은 상품의 대금을 요구하는 일이란 있을 수 없기 때문이다. 위탁판매계약에서 굳이 상품대금의 지급수단 및 지급시기가 문제된다면 이는 위탁상품이 제3자에게 판매되고 난 뒤의 문제인데, 제5조 제3호를 이에 대비한 규정으로 보는 것은 앞뒤가 맞지 않는다. 대금을 얼마로 하느냐 하는 것이나 언제 어떻게 지급

하느냐 하는 것은 모두가 상품의 점유권을 넘긴 위탁자가 안게 될 위험부담이지 위탁판매자가 위험부담을 안을 일은 없다. 위험이 없는데 보호할 이유도 없다. 대리점법 제5조 제3호는 대규모유통업법상의 납품업자를 보호하려는 조항을 그대로 답습하다 생긴 입법적 오류라 할 것이다. 요컨대, 이 조항은 위탁판매를 상정한 규정이라고 보기 어렵고, 가사 위탁판매까지를 포함하는 규정이라 하더라도 계약서상 표시될 구체적인 내용은 재판매의 경우와는 확연히 다르게 돼야 할 것이다.

또한 동조 제4호에서는 “상품의 반품조건에 관한 사항”이 규정되어 있다. 본시 “반품”은 대규모유통업법 제10조에 규정된 바와 같이 계속적 거래관계에 있는 당사자 중 ‘거래상 우월적 지위에 있는 자’가 일방적으로 납품받은 상품을 납품한 자에게 되돌려 주는 행태를 규제하기 위해 동원된 개념이다. 그런데 대리점법에서의 반품은 동법 제2조(정의) 제4호에도 규정된 바와 같이 그 주체가 대리점이다. 즉 대리점관계에서의 반품이란 ‘거래상 약자의 지위에 있는 자’인 대리점이 행사하는 구제수단인 것이다. 이런 점에서 대리점법에 반품조건에 관한 규정이 도입된 것이 합당한지 의문이다. 가사, 그러한 규정이 대리점을 보호하는 면이 있다 하더라도 상품의 소유권이 대리점에게 이전되는 재판매 상황에서나 의미가 있을 뿐, 위탁판매의 경우에는 의미가 별로 없다. 위탁판매에서는 상품에 대한 소유권이 공급자에게 유보되고 위탁판매자에게 이전되지 않으므로 반품이 특별히 논의될 여지가 거의 없기 때문이다. 위탁판매의 경우에 굳이 반품이란 용어가 기능하기 위해서는 소유권이 아니라 단순히 점유의 반환에 국한될 것이다. 요컨대, 대리점법상 반품관련 사항은 대규모유통업법과 달리 위탁판매에서는 별로 의미가 없고, 굳이 위탁판매에도 적용되도록 한 규정이라 하더라도 위탁판매계약서의 반품조건은 재판매계약서와는 크게 다른 내용이 되어야 한다.

2) 대리점법 제6조

대리점법 제6조(구입강제 행위의 금지)에서는 “공급업자는 자기의 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 대리점이 구입할 의사가 없는 상품 또는 용역을 구입하도록 강제하는 행위를 --- 하여서는 아니 된다”고 규정한다. 구입이라는 용어 자체에 알 수 있듯이 이는 위탁매매가 아니라 매매에 한정되는 의미이다. 따라서 이 조항은 재판매에서만 문제될 수 있을 뿐 애당초 대리점이 구입하지 않는 위탁매매에는 적용될 여지가 없다. 대리점법을 제정하게 된 가장 큰 동인이 구입강제 때문이므로, 이 조항은 위탁매매와는 아무런 관련도 없는 규정이다.

3) 대리점법 제10조

대리점법 제10조(경영활동 간섭 금지) 제1항에서는 “공급업자는 자기의 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 대리점의 경영활동을 간섭하는 행위를 하거나, 계열회사 또는 다른 사업자로 하여금 이를 행하도록 하여서는 아니 된다”고 규정한다. 그리고 동조 제2항에서는 “제1항의 행위의 유형 또는 기준은 대통령령으로 정한다”고 규정한다. 이는 대상 물건에 대한 소유권이 완전히 배급상에

게 이전된 상황에서 하위 유통상에 대한 간섭을 제한하려는 것이 기본취지라 할 것이다. 따라서 재판매관계에 한정적으로 적용되지 않고 위탁판매관계까지 대리점법이 적용된다고 할 경우에는 예컨대, 공급자가 위탁판매자에게 판매가격을 지정하는 것과 같이 법상 허용되는 사항에 대해서는 시행령에서 차별화가 필요하다.

4) 대리점법 제11조

대리점법 제11조(주문내역의 확인요청 거부 또는 회피의 금지)에서는 “공급자는 자기의 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 대리점이 청약 또는 구입의사를 표시한 제품, 수량 등 주문내역의 정당한 확인요청에 대하여 이를 거부 또는 회피하는 행위를 하-----여서는 아니 된다”고 규정한다. ‘주문내역의 확인요청권’은 본시 대규모유통업법상 우월적 지위에 있는 대규모유통업자가 구두 발주 등으로 물적 증거를 남기지 않고 발주한 후 이를 무단으로 부인 또는 변경하는 행위를 방지하기 위해 동원된 개념이다.²⁵⁾ 따라서 이러한 맥락이 약하거나 오히려 ‘납품받는 자’인 대리점의 지위가 대규모유통업자와 달리 열위에 있는 대리점 관계에 이러한 규정을 두는 것이 합리적인지는 의문이다. 물건의 소유권을 대리점에 넘기는 재판매의 경우에도 발주내역의 확인을 요청할 필요가 있는 자는 공급업자이다. 향차, 물건의 소유권을 유보하며 그 점유만을 대리점에 넘김으로써 대리점이 소유권자인 듯한 권리외관이 형성되는 위탁판매의 경우에는 더더욱 ‘발주내역 요청권’은 공급업자에게 필요한 조항일 수는 있어도 대리점업자에게는 별 의미가 없다.

3. 대리점법의 적용 대상 - 용역이 재판매나 위탁판매의 대상이 되는가?

대리점법은 대리점거래에 관하여 “대리점거래란 공급업자와 대리점 사이에 상품 또는 용역의 재판매 또는 위탁판매를 위하여 행해지는 거래로서 일정 기간 지속되는 계약을 체결하여 반복적으로 행하여지는 거래를 말한다(제2조 제1호)”고 정의한다. 즉 대리점법은 상품 외에 용역(서비스)까지를 재판매 또는 위탁판매의 대상으로 삼고 있다. 상품은 물론이고 서비스도 널리 유통의 대상이 된다고 보는 것이 일반적이기는 하다.²⁶⁾ 그러나 서비스의 유통방법이 상품의 유통방법과 엄밀히 일치하지는 않는다. 상품과 서비스는 여러 면에서 차이가 있기 때문이다. 대리점법은 그 법이 적용되는 거래방식 즉 규제대상인 유통방식을 재판매와 위탁판매로 한정하고 있다. 따라서 상품과 속성을 달리하는 서비스가 과연 이들 두 유통방법에서도 당연히 거래의 대상이 되는지에 대하여는 의문이 제기될 수 있다.

25) 실제로 이 경우 납품업자는 그러한 구두 발주라도 이행을 위해서 원재료를 구입하고 인적·물적 설비를 확충하는 등 많은 준비를 하게 되기 때문에, 사후에 그러한 발주가 무단 변경 또는 철회되는 경우 많은 경제적 피해를 입게 된다.

26) Chapman v. AI Transport (11th Cir. 2000) 229 F.3d 1012, 1033-34. David Gurnick, “Distribution Law of the United States, 2d ed. p. 3.

서비스가 재판매되기 위해서는 재판매상이 먼저 공급자로부터 서비스를 구매하여야 한다. 즉, 서비스 공급자가 해당 서비스를 하위 유통상에게 대가를 받고 판매하여야 한다. 그런데 서비스는 판매되는 순간 구매자가 이를 유체물인 상품처럼 소유하는 것이 아니라 수익·향수하게 되고 그럼으로써 판매된 서비스는 그 효용을 다하고 더 이상 남아 있지 않게 되는 것이 일반적이다. 컨설팅 서비스나 미용 서비스를 생각해 보면 이를 쉽게 이해할 수 있을 것이다. 따라서 자기에게 남아 있지 않은 서비스를 재판매한다는 것은 통상 있을 수 없다. 아마도 이러한 이유로 대리점법도 제2조 제4호에서 “반품”을 정의하면서 그 대상을 상품으로 한정하고 있는 것이 아닌가 한다. 요컨대, 서비스는 중개상이나 대리상을 통하여 공급자가 당사자로서 직접 이용자에게 제공하는 방식으로 유통될 수는 있지만 유체물인 상품과는 여러 면에서 차이가 있기 때문에 재판매의 대상이 될 수 있는지 의문인 것이다.

서비스가 위탁판매된다고 할 경우에도 위와 같은 의문은 계속된다. 서비스의 위탁판매가 가능하기 위해서는 일단 서비스가 위탁판매상에게 대외적으로 귀속해야 한다. 서비스가 이전되고 난 후에 위탁판매자가 그 서비스를 「자기의 이름으로」, 「위탁자의 계산으로」 판매하는 구조가 되기 때문이다.²⁷⁾ 따라서 이 경우에도 서비스는 그 특유의 속성상 공급자에서 위탁판매자에게로 이전된 후 다시 제3자에게 이전될 수 있는가 하는 문제가 남는다. 더구나 우리 상법은 서비스를 위탁매매의 대상으로 삼고 있지도 않다(상법 제101조).²⁸⁾ 물론 위 상법조항이 서비스가 (위탁)매매의 대상이 된다는 점에 대한 인식이 미흡한 시절에 법제화된 데 따른 우연한 결과일 수도 있다. 그러나 아무튼 현행 상법상 위탁매매의 개념²⁹⁾에서 서비스는 매매의 목적물에서 제외되고 있다.³⁰⁾ 또한 대리점법은 제3조(적용제외) 제2항 제2호에서 “「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」 제6조 제1항에서 정하는 금융투자업에 해당하는 거래”를 적용대상에서 제외시키고 있다.³¹⁾ 이는 기본적으로 유가증권의 위탁매매를 대리점법의 규제대상에서 제외하려는 것이겠지만, 서비스이용권이 유가증권화하는 것까지를 배제시키는 결과를 초래할 수 있다. 아무튼 이 경우에도 서비스 자체의 이전과 증권화된 서비스 이용권의 이전은 다르므로, 위 배제조항이 곧바로 서비스의 재판매나 위탁매매가 당연히 가능하다는 논거가 되기는 어렵다.

한편, 오늘날 거래실무나 일반인의 인식상, 보험이나 통신 서비스와 같이 불특정 다수인이 이용

27) 판매는 매매 중 매도의 측면만을 지칭하는 개념이다. 아무튼 매매는 민법상 재산권의 이전과 대금의 지급이라는 이행이 있어야 완결된다.

28) 우리 상법은 물건 또는 유가증권만을 위탁매매의 목적물로 인정한다.

29) 위탁매매는 위탁매도와 위탁매수를 포섭하는 개념이다. 따라서 대리점법상 사용되는 “위탁판매”라는 용어는 주선행 위로서의 상법상 위탁매매 중 위탁매수를 제외한 나머지 위탁판매 부분만을 지칭하는 용어라 새겨야 할 것이다.

30) 위탁매매인의 의의에 관한 상법 제101는 “자기명의로써 타인의 계산으로 물건 또는 유가증권의 매매를 영업으로 하는 자를 위탁매매인이라 한다”고 규정하고 있다. 따라서 서비스는 물건 또는 유가증권이 아니기 때문에 상법상 위탁매매의 대상이 될 수 없다.

31) 그러므로 대리점법은 상법상 위탁매매의 대상인 유가증권의 매매거래 중에서 금융투자업에 해당하는 거래를 적용대상에서 제외시킨다.

할 수 있고, 일정한 시간이나 기간 단위, 일정한 금액 또는 크기의 단위로 나눌 수 있는 서비스는 상품처럼 인식되는 경향이 있음도 부정할 수 없다. 이러한 현실이 반영되어 일부 특별법에서는 서비스의 재판매에 관한 규정을 명시적으로 두고 있기도 하다. 예컨대, 전기통신사업법은 전기통신서비스의 “도매제공” 내지 “재판매”에 관하여 규정하고 있다(전기통신사업법 제38조). 통신서비스의 재판매에 대한 법령상 정의는 미국이나³²⁾ 유럽에서도³³⁾ 찾아 볼 수 있다.

이상의 논의를 종합하면 대리점법에서 대리점거래를 재판매와 위탁판매로 규정하면서 그 거래 대상에 서비스를 포함시킨 것이 어떤 인식의 기초에서 결정된 것인지 명확하지 않다. 다만, 분명한 것은 상품과 차별화되는 서비스의 본원적 특성에³⁴⁾ 대한 명확한 인식 없이 “불공정이 있는 곳에 규제가 있다”는 식의 목적의식에서 비롯된 것이라면, 적어도 동법 제2조(정의) 제4호(반품) 및 제5호(판매장려금), 제3조(적용제외) 제1항 제3호 가목, 제5조(대리점거래 계약서의 작성의무) 제1항 제3호 및 제4호에서 각기 상품만을 언급하고 용역을 빠뜨린 것은 입법상 중대한 실수라 할 것이다.

IV. 대리점법 개별 조항의 문제점

대리점법은 여야 정치권의 갑작스런 타협의 산물로 법제화되었다. 그 과정에 전문기관이나³⁵⁾ 학

32) MOBILE TELECOMMUNICATIONS SOURCING ACT

<https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-106publ252/pdf/PLAW-106publ252.pdf>

§ 124. Definitions

In sections 116 through 126 of this title:

(10) RESELLER. – The term ‘reseller’ –

(A) means a provider who purchases telecommunications services from another telecommunications service provider and then resells, uses as a component part of, or integrates the purchased services into a mobile telecommunications service; and

(B) does not include a serving carrier with which a home service provider arranges for the services to its customers outside the home service provider’s licensed service area.

TELECOMMUNICATIONS ACT OF 1996

TXT: <http://transition.fcc.gov/Reports/tcom1996.txt>

PDF: <https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-104publ104/pdf/PLAW-104publ104.pdf>

(10) Reseller. – The term “reseller” –

(A) means a provider who purchases telecommunications services from another telecommunications service provider and then resells, uses as a component part of, or integrates the purchased services into a mobile telecommunications service; and

(B) does not include a serving carrier with which a home service provider arranges for the services to its customers outside the home service provider’s licensed service area.

33) REGULATION (EC) No 717/2007 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 27 June 2007

on roaming on public mobile telephone networks within the Community and amending Directive 2002/21/EC (*) as amended by Regulation (EC) No 544/2009

Article 2 Definitions

(b) ‘home provider’ means an undertaking that provides a roaming customer with terrestrial public mobile communications services either via its own network or as a mobile virtual network operator or reseller.

34) 유통물품이 아니라는 점 외에도 서비스는 보관, 배송, 운반 및 이행 등에 있어서 상품과 다르다.

계전문가가 참여하여 법조문의 내용과 체계를 다듬을 기회가 없었고, 그 결과, 앞서 본 동법의 적용범위와 적용대상의 문제점 외에도 법리적으로나 국어 문법적으로 문제가 있는 단어나 문구가 다수 포함되어 있다. 이하 순차로 살펴본다.

1. 대리점의 정의의 문제점

대리점법은 “대리점이란 공급업자로부터 상품 또는 용역을 공급받아 불특정다수의 소매업자 또는 소비자에게 재판매 또는 위탁판매하는 사업자를 말한다(제2조 제3호)”고 정의한다. 이러한 정의는 두 가지 면에서 문제가 있다.

(1) 대리점이란 용어의 적정성 여부

우선 대리점이란 용어 자체가 문제이다. 소비자 보호를 위한 법제와 달리, 사업자간의 거래를 규율하는 “공정화법”에서는 양당사자가 ‘사업자’로서 거래의 주체라는 의미를 함축하는 용어를 사용한다. 예컨대, 하도급법에서는 ‘수급사업자’라고 칭하고(하도급법 제2조 제3항), 가맹사업법에서는 ‘가맹점사업자’라 칭하며(가맹사업법 제2조 제3호), 대규모유통업법에서는 ‘납품업자’라고 칭한다(대규모유통업법 제2조 제2호). 이처럼 “--사업자” 또는 “--업자”라고 함으로써 적어도 “공정화법”에서 보호되는 자가 거래의 주체이자 권리능력자라는 의미로서 “---자”라는 용어를 공통적으로 사용하고 있다. 대리점법 역시 대리점거래의 공정화를 위한 법이라는 점에서 다른 “공정화법”에서와 마찬가지로 공급자와 거래하는 상대방의 거래주체성이 드러나도록 용어를 정하는 것이 바람직하다. “대리점”이란 용어는 법률용어로서는 “---자” 또는 “---인”이라고 하는 기업의 주체(人)를 나타내는 용어라기보다는 오히려 기업의 물적 설비를 지칭하는 어감이 강하기 때문이다. 이러한 점에서 “대리점”이란 용어는 “대리점계약자”나 “대리점업자” 또는 “대리점사업자”라고 칭하는 것이 적절할 것이다. 대리점법에서 ‘대리점(포)의 운영주체인 사람’을 “대리점”이라고 칭한 것은 공정화법 상호간의 조화 내지 체계적 균형성에 어긋난다.³⁵⁾

(2) ‘특정’ 다수인에게 판매하는 사업자는 대리점이 아니게 되는 문제점

유통 체인상 상품의 유통단계는 다양하게 이루어질 수 있다. 예컨대, (1)생산자 -> (2)전국적 도매상 -> (3)지방적 도매상 -> (4)지역적 도매상-> (5)지역적 소매상-> (6)소비자의 구조로 된 유통

35) 국회법 제37조 제1항 제2호 사.에 규정된 법제사법위원회의 “법률안의 체계·형식과 자구의 심사기능을 들 수 있다.

36) 대리점이란 용어는 일반적으로 ‘---점’이라고 하는 점포의 물적 설비를 가리키는 경우가 많다. 이러한 기업의 물적 설비를 이용하여 영업활동을 하는 상인이 곧 “---(사)업자”로 차별화되기 때문이다.

체인을 보자. 이러한 유통단계의 경우 (1) ~ (4)까지는 모두 대리점법상 “공급업자”에 해당할 수 있다. 그리고 (2) ~ (4) 또는 (5)까지의 중간상인은 모두 대리점이 될 수 있다. 문제는 이 경우 (2) ~ (4)의 중간유통업자가 하위 유통단계에 있는 유통상인과 계속적·반복적으로 거래하더라도, 그들 하위유통상이 ‘특정한’ 도매업자나 소매업자에게 재판매 또는 위탁판매하는 경우에는 대리점법상 대리점에 해당하지 않게 된다는 점이다. 왜냐하면 대리점법상 “대리점”이란 공급업자로부터 상품 또는 ---을 공급받아 ‘불특정다수’의 소매업자 또는 소비자에게 재판매 또는 --- 하는 사업자를 말한다고 규정하고 있기 때문이다. 이러한 정의조항은 대리점법 제30조(벌칙)에서 형벌에 의한 제재를 가하고 있다는 점에서, 죄형법정주의원칙과 긴밀한 관련성이 있다. 따라서 유추해석이나 합리적 해석임을 내세워 “대리점”의 정의를 확대해석할 수는 없다. 이렇게 볼 때, 공급업자가 다른 유통상에게 상품을 공급하더라도 그 유통상이 다시 회원제 등 거래상대방을 특정하여 재판매하는 경우에는 대리점법이 적용될 수 없다.³⁷⁾ 이러한 문제점이 있음을 법제정 당시부터 인식하면서도 의도적으로 조문화한 것인지, 아니면 졸속으로 법안을 처리하다 빚어진 실수인지는 알 수 없다. 그러나 아무튼 현재의 해석으로는 위와 같은 결론에 이를 수밖에 없다.

2. “반품” 정의의 문제점

대리점법은 반품에 관하여 “반품이란 대리점이 공급받은 상품을 되돌려 주거나 대리점의 다른 상품과 바꾸는 등 형식에 상관없이 공급받은 상품을 공급업자에게 실질적으로 되돌려주는 모든 행위를 말한다”고 정의한다(제2조 제4호). 참고로, 대규모유통업법상 ‘반품의 정의’는 “반품이란 대규모유통업자가 납품받은 상품을 되돌려 주거나 납품업자의 다른 상품과 바꾸는 등 형식에 상관없이 납품받은 상품을 납품업자에게 실질적으로 되돌려 주는 모든 행위를 말한다(제2조 제7호)”고 한다. 이들 두 법 조항을 비교해 보면, 대리점법상 “반품”의 정의는 대규모유통업법상 “반품”의 정의에서 납품의 주체(=대규모유통업자)와 그 상대방(=납품업자)의 명칭을 각각 대리점과 공급업자로 바꾸었을 뿐, 다른 차이가 없다. 그런데 대규모유통업법상의 대규모유통업자와 대리점법상의 대리점은 반품의 주체라는 점에서 동일할 뿐, 실제 거래관계에서는 정반대의 지위에 있다. 즉 전자에서는 대규모유통업자가 반품제도를 남용할 우월적 지위에 있지만, 후자에서는 대리점이 열위적 지위에 있으므로 반품제도를 남용할 여지가 거의 없다. 그러므로 대리점법이 대규모유통업법상 ‘반품의 정의’를 거의 그대로 답습·차용한 것은 문제가 있다. 이러한 문제의식에 기초하여 시행령에서는 대리점 거래계약서에 반품조건에 관한 사항이 합리적으로 기재되도록 하여야 할 것이다.

이러한 실질관계의 차이를 차치하고도, 대리점법상 “반품”의 정의는 국어 문법적으로 부적절한 측면이 있다. 대리점법상의 반품의 정의를 다시 보면, “반품이란 대리점이 공급받은 상품을 (1)되돌

37) 공급업자로부터 공급받은 자가 다수의 소매상이나 소비자에게 재판매하더라도 그들 소매상이나 소비자가 (불특정인이 아니고) 특정인이면 대리점법상의 대리점이 아니게 된다.

려 주거나 (2)대리점의 다른 상품과 바꾸는 등 (3)형식에 상관없이 공급받은 상품을 공급업자에게 실질적으로 되돌려주는 모든 행위를 말한다”고 정의한다(제2조 제4호).³⁸⁾ 따라서 (3)의 내용은 (1)의 내용을 당연히 포섭하는 관계에 있다. 이러한 상태에서 ‘되돌려준다’는 점에 관하여 동어반복적인 표현을 써가며 (1)을 새삼스럽게 열거할 필요가 없다. 또한 (2)의 개념도 문제가 있다. 대리점이 공급자의 상품을 마음대로 자기의 다른 상품과 바꾼다는 것도 상정하기 어렵고, 또 위탁판매상인 경우에는 위탁된 물품 외에 다른 상품이 따로 존재할 수도 없으므로 ‘바꾼다’는 개념이 성립할 수도 없다. 이처럼 대리점법상 “반품”의 정의는 동어반복적일 뿐만 아니라 개념적으로도 성립할 수 없는 관계에 있다. 따라서 굳이 “반품”을 정의하고자 한다면 예컨대, “반품이란 대리점이 공급받은 상품을 방식이나 형식에 관계없이 공급업자에게 실질적으로 되돌려주는 행위를 말한다”고 하는 것이 간결하면서도 문법에 어긋나지 않게 될 것이다.

3. 제5조(대리점거래계약서의 작성의무)의 문제점

대리점법 제5조 제1항 각호 외 본문은 “공급업자는 대리점과 계약을 체결한 즉시 다음 각 호의 사항이 명시된 계약서(이하 ‘대리점거래 계약서’라 한다)를 대리점에게 서면(「전자문서 및 전자거래 기본법」 제2조 제1호에 따른 전자문서를 포함한다. 이하 같다)으로 제공하여야 한다”고 규정하고 있다. 이를 주요부분만 갖추려면 “---계약서를 서면으로 제공하여야 한다”는 것이 된다. 계약서라는 용어에 이미 서면이라는 용어가 포함되어 있어 문법적 오류가 존재한다. 생각건대, 이는 “공급업자는 대리점과 계약을 체결한 즉시 다음 각 호의 사항이 명시된 계약서(이하 ‘대리점거래 계약서’라 하며, 「전자문서 및 전자거래 기본법」 제2조 제1호에 따른 전자문서를 포함한다)를 대리점(업자)에게 제공하여야 한다”로 수정하는 것이 좋을 것이다.

더불어, 앞서 본 바와 같이 동조 제1항 제3호(상품대금의 지급수단 및 지급시기에 관한 사항)에서 ‘용역’에 관한 사항이 빠진 것은, 만일 용역이 대리점거래의 대상에 포함되는 것이 맞다면, 중대한 입법적 실수라 할 것이다. 이러한 실수는 동항 제8호에 규정된 대통령령으로 보완할 수밖에 없겠지만 아무튼 상품과 서비스를 나란히 열거한 대리점법의 다른 조항과 조화를 이루지 못하는 점은 분명하다.

4. 제8조(판매목표 강제행위의 금지)의 문제점

대리점법 제8조 제1항은 “공급업자는 자기의 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 자기가 공급하는 상품 또는 용역과 관련하여 대리점에게 거래에 관한 목표를 제시하고 이를 달성하도록 강제

38) 여기의 (1), (2)는 법조문에 없는 것이다. 필자가 논리 전개상의 편의를 위해 붙인 것에 불과하다.

하는 행위를 하거나 계열회사 또는 다른 사업자로 하여금 이를 행하도록 하여서는 아니 된다”고 규정하고 있다. 이 조항의 정당성은 “거래상의 지위를 부당하게 이용하여”라는 부분이 법집행상 어떻게 구체화되느냐에 따라 좌우될 것이다. 유통과 관련하여 유사한 기능을 하는 라이선스계약(licensing agreement)이나 국제적 주가맹계약(international master franchising agreement)에서는 실제로 하위 유통상의 판매목표를 설정하는 것이 일반적이다.³⁹⁾ 하위 유통상이 지역적 권리(territorial right)만 확보하고 판매활동을 소홀히 하는 불합리가 지속되는 것을 방지하기 위함이다. 대리점 운영희망자는 적어도 개업준비행위의 일환으로 대리점계약을 체결하므로 상법의 적용대상이 되며, 당연히 대리점사업에 따르는 위험을 알면서 대리점계약에 임하는 것으로 상정된다. 즉 대리점은 평균인보다 더 영민한 자로 상정되는 상인인 것이다. 상인은 영리를 목적으로 거래활동을 하는 자로서 개념상 영리활동을 전제로 하지 않는 평균인과 차별화된다. 따라서 경제적 약자를 보호한다는 명분이 일응 타당함에도 불구하고 그러한 보호가 상인과 비상인의 차별성을 몰각할 정도가 되어서는 아니 된다. 그렇지 않으면, 대리점업자는 대리점운영권만 취득한 채 판매활동에 노력하지 않거나 심지어 대리점을 방기하더라도 계약기간 내에 마땅히 제재할 방법이 없게 되고 이러한 상황은 공급업자의 계약상 합리적 기대를 저버리는 것이 되기 때문이다. 요컨대, 대리점거래가 기본적으로 상인간의 거래라는 점을 고려할 때 이 조항은 가능한 한 제한적으로 적용되어야 한다. 마침, 동조 제2항에서 “제1항의 행위의 유형 또는 기준은 대통령령으로 정한다”고 규정하고 있으므로, 대통령령에 이러한 점이 충분히 반영되어야 할 것이다.

5. 중재관련 규정의 보완 필요성

대리점법 제12조(보복조치의 금지)는 “공급업자는 제5조부터 제11조까지와 관련하여 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 한 대리점에게 그 행위를 한 것을 이유로 거래의 정지 또는 물량의 축소, 그 밖에 불이익을 주는 행위를 하-----여서는 아니 된다.”고 하면서 그 제1호에 법 제19조에 따른 분쟁조정 신청을 들고 있다. 그러나 분쟁조정보다 더 강력한 소송의 제기나 중재신청은 언급되지 않았다. 이에 대한 보완이 필요하다. 이는 대리점법 제20조(조정 등) 제4항 제2호에서 중재신청을 언급한 것과의 균형을 위해서도 그러하다. 그리고 이러한 맥락에서 제19조(조정 신청 등) 제5항의 “---재판상의 청구” 다음에 “중재의 신청”을 포함시키는 것도 필요하다.

6. 제3장 분쟁의 조정과 관련한 조항의 보완 필요성

분쟁조정과 관련하여 앞서 본 중재관련 규정의 보완 외에도 몇 가지 보완이 추가로 필요하다.

39) UNIDROIT, Guide to International Master Franchise Arrangements, 2nd ed., 2007, pp. 78-81.

첫째, 대리점법 제14조(협회의 구성) 제3항에서 “협회의 위원은 조정원의 장이 추천한 사람과 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람 중 공정거래위원회 위원장이 임명 또는 위촉하는 사람이 된다.”고 규정하면서 각 호에서 교직경력자, 판검사 경력자나 변호사 자격자 및 4급 이상 공정거래업무 경력 공무원 기타 대리점거래 및 분쟁조정에 관한 학식과 경험이 풍부한 자를 열거하고 있다. 이들 각 호에 위원이 될 만한 자격요건을 가진 사람은 모두 망라되어 있는 셈이다. 문제는 각 호 외 본문의 문언에 의하면 위 각 호에 해당하지 않는 부자격자라도 조정원의 장이 추천하면 분쟁조정협회의 위원이 될 가능성을 열어두고 있다는 점이다. 이러한 문제를 해소하기 위해서는 위 본문을 “협회의 위원은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람 중에서 공정거래위원회 위원장이 임명 또는 위촉한다. 조정원의 장은 위원후보자를 추천할 수 있다.”고 하는 것이 어떻까 한다.

둘째, 대리점법 제20조(조정 등) 제5항은 조정절차의 강제종료사유를 규정하고 있다. 그 중 제3호는 조정절차 개시일로부터 원칙적으로 60일이 지나면 의무적으로 조정절차를 종료하도록 하고 있다. 그러나 기간 도과는 당사자의 특별한 사정이나 조정원측의 인력 사정 등 여러 사유에 기인할 수도 있다. 따라서 이러한 사정을 감안하지 않고 강제종료사유로 하기보다는 이를 임의적 종료사유로 규정한 동조 제4항으로 옮기는 것이 적절해 보인다.

셋째, 대리점법 제20조(조정 등) 제7호에서는 “공정거래위원회는 조정사항에 관하여 조정절차가 종료될 때까지 해당 분쟁당사자에게 제23조에 따른 시정조치 및 제24조 제1항에 따른 시정권고를 하여서는 아니 된다. 다만, 분쟁조정 신청이 있기 전에 공정거래위원회가 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 제49조에 따라 조사 중인 사건에 대하여는 그러하지 아니하다.”고 규정한다. 문제는 위 단서조항이다. 분쟁당사자는 대리점법 제19조 제1항 단서 규정에 따라 어차피 공정거래위원회가 조사 중인 사건에 대해서는 분쟁조정을 신청할 수 없다. 그러므로 공정거래위원회가 조사 중인 사건이 조정절차에 들어가는 경우란 대리점법 제19조 제2항에 따라 공정거래위원회가 분쟁조정협회의 조정을 의뢰한 경우뿐이다. 그런데 공정거래위원회가 분쟁조정을 의뢰해 놓고 그 조정절차가 종료되기도 전에 제23조에 따른 시정조치나 제24조 제1항에 따른 시정권고를 한다는 것은 이율배반적이다. 이렇게 볼 때, 대리점법 제20조 제7의 단서 조항은 삭제되어야 마땅할 것이다.

넷째, 대리점법 제21조(조정조서의 작성과 그 효력) 제2항에서는 “협회는 분쟁당사자가 ‘조정절차를 개시하기 전에’ 조정사항을 스스로 조정하고 조정조서의 작성을 요구하는 경우에는 그 조정조서를 작성하여야 한다”고 규정한다. 여기서 조정절차의 “개시”라는 문구에 문제가 있다. 조정절차는 조정이 신청되는 시점 즉 분쟁조정신청서가 대리점분쟁조정협회에 제출되는 시점이나 공정거래위원회로부터 협회에 의뢰되는 시점부터 개시된다. 그리고 그 후 조정원 소속 직원인 조사관의 조사과정이나 상담과정에서 당사자는 언제든지 자율적으로 타협점을 찾을 수 있다. 즉 조정절차가 개시되기 전에는 통상 조정에 이를 수 없는 것이고, 오히려 조정절차가 개시된 후부터 그 종료

전에 당사자가 합의에 이를 수 있게 되는 것이다. 이렇게 볼 때 위 “조정절차를 개시하기 전에”란 문구는 “조정절차를 종료하기 전에”라는 표현으로 수정되어야 할 것이다. 이 조항은 사건 진행과정의 전후 맥락상 조정절차가 개시된 것을 전제로 하여 그 절차가 종료되기 전에 당사자가 스스로 자율합의를 하는 경우를 위해 둔 규정으로 보아야 하기 때문이다. 조정조서가 재판상화해와 동일한 효력이 인정된다는 점까지를 고려하면 이러한 문제는 좀 더 심각해진다. 조정절차가 개시되지도 않은 사안에 대해서까지 재판상화해의 효력이 인정되는 일이 발생할 수 있기 때문이다(대리점법 제 21조 제1항 후반).

7. 불공정거래행위 규정의 문제점

대리점법상 규제되는 각 불공정행위 조항이 공정거래법 시행령 [별표1의2] 불공정거래행위의 유형 및 기준 6. 거래상 지위의 남용 각호의 규정과 내용상 중복되고 있어, 대리점법에서 새로 규정한 것이 별로 없다. 심지어 제12조 (보복조치의 금지)에 위반할 경우에는 오히려 공정거래법보다도 처벌이 더 약화되어 있다. 앞서 II. 1.에서 제시된 <불공정행위의 유형 및 제재 비교표>를 보면 이러한 점이 확연히 드러난다. 무익하게 반복되는 내용의 대리점법을 굳이 별도의 법률로 제정한 정치권의 실제 의도가 무엇인지 의아하다.

8. 과징금 산정 규정의 문제점

대리점법 제25조(과징금) 제1항 본문에서는 “공정거래위원회는 제6조부터 제12조까지를 위반하는 행위가 있을 때에는 해당 사업자에 대하여 ‘대통령령으로 정하는 법 위반 금액’을 초과하지 아니하는 범위에서 과징금을 부과할 수 있다”고 규정한다. 우리 헌법 제75조는 “대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다.”고 규정함으로써 위임입법의 근거를 마련함과 동시에, 위임은 ‘구체적으로 범위를 정하여’ 하도록 하여 포괄위임입법을 금지하고 있다. 이와 같이 법률이 어떤 사항에 관하여 대통령령에 위임할 경우에는 대통령령 등 하위법규에 규정될 내용 및 범위의 기본사항을 가능한 한 구체적이고 명확하게 법률에 규정함으로써 누구라도 당해 법률 그 자체로부터 대통령령 등에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 한다.⁴⁰⁾ 이 사건 법률조항처럼 기본권침해 영역에 속하는 법규는 위임입법의 구체성, 명확성의 요구정도가 일반적인 급부행정법규보다 더욱 엄격하게 제한되어야 한다. 그런데도 위 과징금 조항 자체는 물론이고 대리점법의 전반적 체계와 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 검토하여 보아도 위 위임조항의 내재적 위임의 범위나 한계를 객관적으로 분명히 확정할 수 없다. 무엇보다도 과징금의 크기의 범위에 관하여 법률에 아무런 기준을 두지 않은 채 이를 모두 하위 법규에 위임하고

40) 헌법재판소 2011. 12. 29일 선고 2010헌바 130.

있어 대통령으로 규정될 내용의 대강에 대한 예측가능성 없다. 비록 대리점법 제25조 제2항에서 공정거래법 제55조의3(과징금 부과)의 규정을 준용한다고 하고 있어, 공정거래위원회가 과징금을 부과함에 있어서 위반행위의 내용 및 정도, 기간 및 횟수, 위반행위로 인해 취득한 이익의 규모 등을 참작하겠지만, 이로써 위임입법으로서의 합헌성을 확보하였다고 보기는 어렵다. 공정거래법에서는 “주식취득가액”(공정거래법 제17조)이나 “매출액”의 10%(공정거래법 제22조) 또는 2%(공정거래법 제24조)를 초과하지 않는 범위 안에서 과징금을 부과할 수 있다고 밝힘으로써 대리점법 제25조 제1항처럼 막연히 “대통령령으로 정하는 범위반금액”이라는 추상적 용어를 사용하고 있지 않다. 대리점법의 과징금 규정은 여타의 공정화법보다도 훨씬 더 추상적이다.⁴¹⁾ 이러한 점들을 종합할 때, 대리점법 제25조 제1항 본문의 조항은 포괄위임입법을 금지하는 헌법 제75조에 위반하여 무효라는 주장이 가능할 것이다.⁴²⁾

V. 결론

법률은 헌법 다음으로 국가의 근간을 이루는 법규범이다. 일단 제정되고 나면 국민의 권리와 의무에 중대한 영향을 미친다. 그러기에 법률은 절차적 정당성과 내용상 적합성을 갖춰야 한다. 결코 정치적 구호나 시류에 부박하게 흔들리거나 요식적 절차만으로⁴³⁾ 부실하게 제정되어서는 아니 된다.

대리점법(안)은 소관부처의 논리적 반대에도 불구하고 정치적 이유에서 급작스럽게 제정되었다. 별다른 내용도 없는 법 하나가 경제민주화입법으로 포장되어 대한민국의 실정법체계에 편입된 것이다. 대리점법은 명칭과 뼈대는 법률의 형태를 갖췄지만, 부실입법의 온갖 요소가 망라되어 있다 해도 과언이 아니다. 우선, 사업자간 거래규제법의 한계를 전제로 법제정의 필요성과 실효성이 충분히 검토되지 못했다. 법적용범위에 위탁판매를 그리고 거래대상에 서비스를 포함시키면서도 법률 조문은 그에 관한 일관성이 없다. 기존 공정화법을 차용하면서 문제되는 문구를 무비판적으로 답습하고 있을 뿐만 아니라, 위헌문제를 야기할 수 있는 문구를 사용하고 있다.

대리점거래분야의 불공정관행은 공정거래법의 집행을 강화하면 충분히 해결될 수 있는 문제이다. 그런데도 굳이 성과주의에 빠져 허랑한 법률을 생산함으로써 나라의 국격과 법체계의 완결성을

41) 대규모유통업법은 제35조(과징금)에서 “납품대금”이나 “연간 임대료”로 구체화하고 있고, 가맹사업법도 제35조(과징금)에서 불공정거래행위 위반에 대한 과징금을 “매출액”의 2%를 넘지 않는 금액을 초과하지 않는 범위로 한정하고 있다. 또한 하도급법도 제25조의3(과징금)에서 “하도급대금”이라는 구체적 용어를 사용하고 있다.

42) 헌법재판소 1994. 7. 29. 선고 93헌가12; 헌법재판소 2002. 8. 29. 선고 2000헌바50; 헌법재판소 2002. 6. 27. 선고 2000헌가10 결정.

43) 이러한 일은 주로 청부입법이나, 의원입법의 경우 명분을 앞세워 법사위의 체계나 자구 검토절차까지 무력화시키는 경우에 입법절차는 형해화한다.

해하고, 나아가 소관부서와 유통기업에 집행 및 준수상 혼선을 야기하고 있다. 기업의 역량이 생산된 상품의 품질과 성능에 의해 평가되듯이 한 나라의 법제역량 역시 완성된 법률의 체계성과 완결성으로 평가된다. 법제수준과 관련된 나라의 국격을 위해서라도 결자해지차원에서 최대한 신속하게 근원적 해결책을 마련해야 할 것이다.

참고문헌

<국내문헌>

김정호, 상법강의(상) 제2판, 법문사, 2014.

송옥렬, 상법강의 제6판, 홍문사, 2016.

윤남순, “Commission Agent의 법리 - Mavrana & OE v. Delta Etaireia Symmetochon AE, formerly Delta Protypos Viomichania Galaktos AE -”, 상사판례연구 제19집 제2권, 2006.

_____, “상인자격의 흠결과 대리상계약”, 상사판례연구, 제20집 제3권, 2007.

이기수, 최병규, 「상법총칙·상행위」, 제7판, 세창출판사, 2010.

이철송, 「상법총칙·상행위」, 제13판, 박영사, 2014.

최영홍, 딜러계약의 법리, 경영법률 제22집 제2호, (2012).

_____, 대규모유통업법의 제정과 운용상 쟁점, 경쟁법연구 25권, (2012).

_____, 대리상의 보상청구권 규정의 법적 성질과 다른 중간상에의 확대적용 여부, 안암법학 36권, (2011).

_____, 대리상의 보상청구권의 유추적용 여부 - 대법원 2013. 3. 24. 선고 2011다28342 판결에 대한 평석 -, 상사법연구 제32권 2호, (2013)

_____, 유통법의 의의와 지도원리, 유통법연구 창간호 (2014)

<외국문헌>

American Law Institute, 「Restatement of The Law Third, Agency」, American Law Institute Publishers, 2007.

Catherine Mitchell, 「Interpretation of Contracts」 Routledge · Cavendish, 2007.

Daniel S. Kleinberger, 「Agency, Partnership, and LLCs」 Third Ed., Wolters Kluwer, 2008.

David Gurnick, “Distribution Law in the United States of America”, 2d ed. Juris Publishing, Inc. (2015).

E. Allan Farnsworth, Contracts, Aspen, 2004.

Fabio Bortolotti, 「Drafting and Negotiating International Commercial Contracts」, ICC Service Publications, 2008.

Francis Rose, 「Commercial & Consumer Law 2009-2010」, Oxford University Press, 2009.
Gerald McMeel, 「The Construction of Contracts」, 2nd ed. Oxford, 2011.
ICC Model Commercial Agency Contract, Publication No.644, 2011.
ICC Model Distributorship Contract, Publication No. 646, 2002.
Joanna Goyder, 「EU Distribution Law」, 5th ed., Hart Publishing, 2011.
LS Sealy and RJA Hooley, 「Commercial Law」 4th ed., Oxford University Press, 2009.
Study Group on A European Civil Code, 「Principles of European Law Commercial Agency,
Franchise and Distribution Contracts (PEL CAFDC)」, Oxford University Press. 2006.
UNIDROIT, Guide to International Master Franchise Arrangements, 2nd ed., 2007.

<참고자료>

<https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-106publ252/pdf/PLAW-106publ252.pdf>

<https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-104publ104/pdf/PLAW-104publ104.pdf>

www.ftc.gov/bcp/menus/resources/enforcement.shtm

제316회 국회 정무위원회 회의록(2013. 6. 18).

제337회-정무위원회 회의록 정무소위 제33차(2015년 11월 19일).

신종 불법피라미드 영업행위 관련 법제 개선방안

문 상 일*

목 차

I. 들어가는 글	29
II. 신종 불법피라미드 영업행위의 유형	29
1. 외환차익거래(FX 마진거래)를 이용하는 유형	31
2. 가상화폐(Virtual Currency) 코인을 이용하는 유형	32
3. 모바일게임투자를 이용하는 유형	33
4. 선진금융기법을 빙자한 유형	33
5. 기타 유형	34
III. 불법피라미드 영업행위에 대한 규제현황과 문제점 분석	35
1. 규제의 필요성	35
2. 국내법제 현황	36
(1) 사행적 판매원 확장행위 등의 금지규정 및 형사처벌 규정((방문판매법 제24조, 제58조)	36
(2) 유사수신행위의 금지(유사수신행위의 규제에 관한 법률)	37
(3) 사기죄(형법, 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률)	37
3. 해외법제 현황	38
(1) 미국	38
(2) 일본	39
(3) 유럽연합(EU)	39
4. 규제적 문제점	39
IV. 불법피라미드 영업행위 규제 개선방안	40
V. 나가는 글	42
[참고문헌]	44

* 인천대학교 법과대학 부교수, 법학박사(S.J.D)

I. 들어가는 글

도매와 소매과정의 일반적 유통경로를 거치지 않음으로써 유통비용을 절감하고 그 이익을 소비자에게 환원시키는 무점포 판매방식으로 고안된 다단계판매방식은 상품을 구입하여 다른 소비자에게 판매하는 과정이 순차적·단계적으로 이루어지는 특수판매 영업형태로 20세기 초반부터 꾸준히 발전해 오고 있다.¹⁾ 국내에서도 1970년 후반 화장품이나 도서 등의 판매를 중심으로 도입되면서 다양한 상품으로 확대되어 현재까지 성업 중에 있다. 하지만, 1980년 이후부터 외형상 다단계 판매 형식을 갖추면서 불법행위를 하는 업체들이 등장하면서 많은 피해자들이 양산되면서 사회적 문제로까지 대두되자, 1991년 방문판매등에관한법률(이하 ‘방문판매법’)을 제정하였고, 이후 2000년에는 유사수신행위의규제에관한법률(이하 ‘유사수신행위규제법’)을 제정해 피라미드식 불법 수신행위를 규제하고 있다. 그럼에도 불구하고 아직까지도 다단계판매, 특히 불법피라미드판매에 따른 피해는 지속적으로 발생하고 있을 뿐 아니라, 최근 진화된 인터넷, 모바일 기술과 발전된 정보통신기술(ICT)과 결합하여 새로운 유형의 금융피라미드의 등장과 그 피해가 나날이 증가하고 있어 큰 사회 문제로 대두되어 이에 대한 대책이 시급한 실정이다.

이러한 취지에서 이 논문에서는 과거와는 다른 형태로 변형되어 진화하고 있는 신종 불법피라미드 영업행위의 구체적인 유형과 피해사례 등을 분석하고, 이에 대한 현행 국내법제의 규제현황과 문제점들을 해외 법제와 비교해 검토해 보기로 한다. 마지막으로 신종 불법피라미드식 영업행위를 예방하기 위한 법제 개선방안을 제시하기로 한다.

II. 신종 불법피라미드 영업행위의 유형

합법적으로 허용되는 다단계판매(Multi-level Marketing)이란 제조업자, 판매업자, 그리고 소비자와 같은 일반적 유통경로를 거치지 아니하고, 다단계판매업자가 공급하는 재화 등을 사용해 본 소비자가 스스로 다단계판매원으로 가입하여 판매활동을 하는 동시에 순차적·단계적으로 다른 소비자를 다단계판매조직에 가입시키는 방식으로 판매조직을 점진적으로 확대시키면서 행하여지는 판매를 의미한다.²⁾ 이러한 다단계판매방식은 재화 등에 대한 유리한 정보만을 제공하고 재화의 사용 가치나 판매수익보다는 하위판매원의 모집에 따른 고가의 후원수당 등 고수익보장 약속을 통해 고

1) 신현윤, 「경제법」 제6판 (법문사, 2014), 759면; 김창옥, ‘다단계판매에 관한 법적 규제’, 「기업법연구」 제8집 (한국기업법학회, 2001), 856면.

2) 신현윤, 앞의 책, 759면. 현행 방문판매법상 다단계판매의 정의는 판매업자에 속한 판매원이 특정인에게 판매 및 판매원 가입유치 활동을 하면 소매이익과 후원수당 등 경제적 이익을 얻을 수 있다고 권유하여 판매원의 가입이 3단계 이상 단계적으로 이루어지는 판매조직을 통하여 재화등을 판매하는 영업을 의미한다(방문판매법 제2조 5호 참조).

객을 유인함으로써 사행거래가 될 위험성이 높아 공정거래법상 불공정거래행위, 다시 말해 부당한 고객유인행위에 해당할 가능성이 크다. 특히 다단계판매는 연고판매방식의 의존도가 높아 분쟁발생이 표면화되기 어려울 뿐 아니라, 일정 시점에 이르러서는 신규가입자의 확보나 판로개척의 한계가 있어 최하위 판매원은 반품거절 및 가입비 반환거부에 따른 피해를 입을 우려가 있어³⁾ 방문판매법에서는 건전한 거래질서를 확립할 목적으로 소비자 피해가 발생할 우려가 있는 다단계판매행위에 대해 엄격히 규제하고 있다.

이처럼 방문판매법에 따른 다단계판매 규제를 회피하기 위해 형식적으로는 방문판매업으로 신고하고 실제로는 다단계방식으로 영업하는 사례가 속출하여 실제 상품판매 거래가 없는 사기성 피라미드 형태의 유사수신행위를 규제하기 위해 2012년 방문판매법 제11차 개정을 통해 직하위 판매원 실적에 따라서 후원수당을 지급하는 조직형 방문판매를 ‘후원방문판매’로 규정하여 그간 규제 사각지대에 있던 신종·변종형태의 유사다단계 영업행위를 규제대상에 포섭시킴으로써⁴⁾ 방문판매법에 의한 다단계판매 및 후원방문판매행위에 대한 규제가 가능하게 되었다.

더불어 순차적·단계적 판매조직을 통한 판매방식이라는 공통점을 가지고는 있으나, 판매원이 자신의 판매실적에 따른 수익보다는 하위판매원의 신규가입에 따른 수익을 주로 하며, 사행성이 강해 사회적으로 대규모 피해를 양산할 위험성이 있는 각종 피라미드판매행위에 대해서는 ‘사행적 판매원 확장행위 금지’규정을 신설⁵⁾하고 처벌을 강화⁶⁾하는 등 법률상의 규제를 회피하기 위한 다양한

3) 신현윤, 위의 책, 759면.

4) 그로 인해 후원방문판매의 경우에도 다단계판매와 같이 영업개시시 등록의무를 부과하고, 다단계판매에서와 동일한 금지행위규정, 후원수당 총액제한규정, 취급제품 가격상한 및 소비자피해보상보험 가입의무 규정을 적용하고 있다.

5) 방문판매법 제24조(사행적 판매원 확장행위 등의 금지) ① 누구든지 다단계판매조직 또는 이와 비슷하게 단계적으로 가입한 자로 구성된 조직을 이용하여 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하여서는 아니 된다.

1. 재화등의 거래 없이 금전거래를 하거나 재화등의 거래를 가장하여 사실상 금전거래만을 하는 행위로서 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위
 - 가. 판매원에게 재화등을 그 취득가격이나 시장가격보다 10배 이상과 같이 현저히 높은 가격으로 판매하면서 후원수당을 지급하는 행위
 - 나. 판매원과 재화등의 판매계약을 체결한 후 그에 상당하는 재화등을 정당한 사유 없이 공급하지 아니하면서 후원수당을 지급하는 행위
 - 다. 그 밖에 판매업자의 재화등의 공급능력, 소비자에 대한 재화등의 공급실적, 판매업자와 소비자 사이의 재화등의 공급계약이나 판매계약, 후원수당의 지급조건 등에 비추어 그 거래의 실질이 사실상 금전거래인 행위
2. 판매원 또는 판매원이 되려는 자에게 하위판매원 모집 자체에 대하여 경제적 이익을 지급하거나 정당한 사유 없이 후원수당 외의 경제적 이익을 지급하는 행위
3. 제20조제3항(제29조제3항에 따라 준용되는 경우를 포함한다)에 위반되는 후원수당의 지급을 약속하여 판매원을 모집하거나 가입을 권유하는 행위
4. 판매원 또는 판매원이 되려는 자에게 가입비, 판매 보조 물품, 개인 할당 판매액, 교육비 등 그 명칭이나 형태와 상관없이 10만원 이하로서 대통령령으로 정하는 수준을 초과한 비용 또는 그 밖의 금품을 징수하는 등 의무를 부과하는 행위
5. 판매원에 대하여 상품권[그 명칭이나 형태와 상관없이 발행자가 일정한 금액이나 재화등의 수량이 기재된 무기명증표를 발행하고 그 소지자가 발행자 또는 발행자가 지정한 자(이하 이 조에서 “발행자등”이라 한다)에게 이를 제시 또는 교부하거나 그 밖의 방법으로 사용함으로써 그 증표에 기재된 내용에 따라 발행자등으로부터 재화등을 제공받을 수 있는 유가증권을 말한다. 이하 이 조에서 같다]을 판매하는 행위로서 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위

변종 영업형태를 금지유형에 포섭시키고 있다.

하지만 후술 하는 바와 같이 현행 방문판매법상 금지규정 및 처벌규정을 비롯한 국내 법령만으로는 다양한 유형의 신종 피라미드영업행위를 충분히 규제하기 어려워 이로 인한 피해규모가 나날이 증가하고 있는 실정이다. 이하에서는 최근 사회적으로 문제되고 있는 신종 불법피라미드 영업행위의 유형들을 사례별로 살펴보기로 한다.

1. 외환차익거래(FX 마진거래)를 이용하는 유형

2014년 최상위 모집책 A는 실제 투자금이 FX마진거래를 위해 해외로 송금되지 않는데도 불구하고 투자자들에게 “M이라는 회사는 뉴질랜드에 본사를 둔 FX마진거래 전문 회사로, M에 투자하면 FX마진거래 수익을 배당받을 수 있으며, 투자금에 따라 매월 3~8%의 배당금을 18개월 동안 지급받게 되고, 이후에는 원금을 그대로 돌려 받을 수 있다.”고 설명하여 2개월 간 547 억원을 유치하였다. 이후 전자금융결제대행업체 H의 대표 B는 수수료를 받고 H 명의의 계좌를 4개 제공하여 M 투자금 294억원을 관리하면서, 허위의 자문계약서를 이용해 270 억원을 불법으로 해외로 송금하였다. A는 투자자들을 속이기 위해 M회사 홈페이지를 통해 투자원금과 배당금을 실시간으로 확인 가능한 것처럼 전산을 조작하는 수법을 사용하였다. 이 과정에서 A는 해외 조직원들로부터 무상으로 공급받은 e-money를 국내 투자자 회원계정에 적립해 주고 마치 투자금이 해외 FX 마진거래에 투자된 것처럼 조작하였다. 가상 화폐로 사용한 e-money는 M회사 회원 간에만 통용되는 것으로 각종 수당이나 배당금 지급을 위해 사용되었고, 후순위 투자자들의 투자금으로 선순위 투자자들이 배당받은 e-money에 상응하는 금전을 실제 지급하는 교환기준에 불과하였다.⁷⁾

FX마진거래는 투자 위험이 높아 안정적으로 고수익과 원금을 보장하기 어려운 금융상품으로 자

-
- 가. 판매업자가 소비자에게 판매한 상품권을 다시 매입하거나 다른 자로 하여금 매입하도록 하는 행위
나. 발행자등의 재화등의 공급능력, 소비자에 대한 재화등의 공급실적, 상품권의 발행규모 등에 비추어 그 실질이 재화등의 거래를 위한 것으로 볼 수 없는 수준의 후원수당을 지급하는 행위
6. 사회적인 관계 등을 이용하여 다른 사람에게 자신의 하위판매원으로 등록하도록 강요하거나 그 하위판매원에게 재화등을 구매하도록 강요하는 행위
 7. 판매원 또는 판매원이 되려는 사람에게 본인의 의사에 반하여 교육·합숙 등을 강요하는 행위
 8. 판매원을 모집하기 위한 것이라는 목적을 명확하게 밝히지 아니하고 취업·부업 알선, 설명회, 교육회 등을 거짓 명목으로 내세워 유인하는 행위
- ② 다단계판매업자는 다단계판매원으로 하여금 제1항의 금지행위를 하도록 교사하거나 방조하여서는 아니 된다.
- 6) 방문판매법 제52조(벌칙) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자(제29조제3항에 따라 준용되는 경우를 포함한다)는 7년 이하의 징역 또는 2억원 이하의 벌금에 처한다. 이 경우 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자가 이 법 위반행위와 관련하여 판매하거나 거래한 대금 총액의 3배에 해당하는 금액이 2억원을 초과할 때에는 7년 이하의 징역 또는 판매하거나 거래한 대금 총액의 3배에 해당하는 금액 이하의 벌금에 처한다.
 4. 제24조제1항 또는 제2항에 따른 금지행위를 한 자
 - 7) 보도자료, ‘FX마진거래 투자 빙자한 수백억대 유사수신 사기조직 적발’, 서울중앙지방검찰청 (2015. 7. 17).

본시장법상 국내 금융투자중개기관을 통한 거래가 이루어져야 함은 물론 해외 투자를 위한 해외 송금도 허용되지 않고 있다. 국내 투자중개기관에서는 FX마진거래는 매우 위험한 거래로 투자권유 준칙상 ‘초고위험 투자자’에게만 투자를 권유할 수 있는 상품으로 분류하고 있는데, 수사기관의 계좌추적 결과, A는 투자금의 대부분을 펀드 투자, 아파트 구입 등 개인적 용도로 소비하였고, FX 마진거래에 투자한 사실은 전혀 없었음이 밝혀졌다.

과거 부동산투자, 안마기기 렌탈 등 국내 사업 아이템으로 투자자들을 유혹하던 금융사기조직들은 2007년 이후 카지노나 금광개발 등 해외투자사업을 명목으로 활동해 오다 최근 저금리 및 경기 불황 추세를 이용해 온라인 등을 통해 FX 마진거래와 같은 해외금융상품을 투자자 유치수단으로 악용하고 있는 추세이다. 이러한 행위는 불특정다수인으로부터 장래 출자금 전액 또는 이를 초과하는 금액을 지급할 것을 약정하고 투자금을 유치하는 행위로서 유사수신행위에 해당함은 물론 FX 마진거래를 통해서도 투자자들의 원금 상환조차 불가능한 사실상 돌려막기식 폰지사기행위로 취급해야 한다.

2. 가상화폐(Virtual Currency) 코인을 이용하는 유형

불법 금융피라미드 영업행위유형 가운데 최근 급속히 확산되고 있는 것이 최신 핀테크(Fintech) 기술을 이용하여 가상화폐인 코인을 악용한 불법적 유사수신행위이다. 전세계 어디서든 사용이 가능하며 현금으로 교환이 가능하다고 광고하는 가상화폐는 금전적 가치가 전자적 정보로 저장 및 거래되고 교환수단, 회계단위, 가치저장수단으로만 사용할 수 있는 민간화폐로서 실제 법정통화와는 교환이 되지 않는다.

최근 적발된 금융사기조직인 C업체는 120만원을 투자할 경우 1,000코인을 지급하면서 향후 1코인 가격이 140만원까지 상승된다고 선전하며 코인구입으로 부자가 된 서민들이 속출하고 있다고 현혹하면서 투자를 권유했던 것으로 밝혀졌다. 또한 C업체는 코인가격 급등으로 투자금 이상의 고수익이 보장되며 현금으로 100% 환전도 가능함은 물론 대형마트 사용, 교통카드 충전, 온라인 상품권 구입 및 휴대폰요금 결제, 공과금 납부도 가능하다고 설명하였으나 사실상 이러한 거래는 불가능한 것으로 밝혀졌다.⁸⁾

이처럼 최근 급속히 확산되고 있는 가상화폐를 악용한 불법 유사수신행위는 지인, 인터넷 및 모바일, 광고전단지 등을 통한 피라미드방식으로 투자자를 모집하고 있는데, 실제 가상화폐는 법정 통화가 아닌 실험적 지급수단에 불과하며 중앙발행기관이 존재하지 않고 거래기록 보관이나 최종 승인 등 공인절차를 거치지 않아 그 발행규모 및 투명성 확보가 곤란함에도 불구하고 전 세계적으로 통용 가능한 유망한 투자자산인 것처럼 과장·허위광고 함으로써 많은 피해자가 발생

8) 보도자료, ‘가상화폐인 코인을 악용한 불법 자금모집 주의-원금 또는 그 이상의 수익을 보장하는 행위는 불법!-’, 금융감독원 (2015. 11. 6).

하고 있다. 이와 같은 가상화폐 판매행위는 현행법상 그 자체로 불법은 아니지만, 원금 이상의 수익을 약속하고 판매하는 경우에서 유사수신행위에 해당하므로 감독당국의 허가를 받아야 한다.

3. 모바일게임투자를 이용하는 유형

모바일게임 업체에 투자하면 단기간에 고수익을 창출할 수 있다고 기망하는 신종 피라미드식 불법 유사수신행위도 최근 들어 급증하고 있다. 주로 외국의 유명 모바일게임업체의 한국지사라고 사칭하면서 외국의 모바일게임 업체에 투자하면 15주 안에 원금의 150%를 지급한다는 허위광고를 하지만 확인 결과 해당 외국업체는 실체가 없는 유령회사인 경우가 대부분이다. 특히 투자자를 모집하는 방식이 다단계형식이며, 국내·외에서의 모바일게임 산업 급성장이라는 최근의 추세를 이용해 자금을 모집한다는 특징이 있다. 더불어 투자자 모집과정에서 해외 본사임원이라고 사칭하는 외국인들을 설명회에 동원해서 투자자들을 유인하고, 일정금액 이상 투자하는 경우에는 무료 해외여행 등을 약속하며 대규모 해외투자사업인 것처럼 투자자들을 기망하지만, 사실상은 하위 투자자들로부터 수신한 자금으로 상위 투자자들에게 수익금 명목으로 지급하는 전형적인 돌려막기식 폰지사기행위에 해당한다.

4. 선진금융기법을 빙자한 유형

선진 금융시스템 정보에 취약한 노년층을 상대로 고수익을 보장한다고 기망하여 다단계 방식으로 유사수신행위를 하는 유형도 급증하고 있다. 주로 인터넷 쇼핑몰, 대부업체, 물류업체 등 여러 계열회사를 설립하고 마치 체계적이고 안정적인 영업활동을 영위하는 대규모 회사인 것처럼 가장하여 60대 이상 노년층을 상대로 투자설명회 등을 통해 ‘선진금융기법’, ‘발명·특허출원’등의 용어를 구사하며 기존 체크카드에 신용카드 기능을 부가함으로써 계좌 잔고와 무관하게 사용할 수 있다는 ‘선순환 체크카드’에 투자하면 고수익을 창출할 수 있다고 현혹하여 투자금 명목으로 유사수신행위를 하는 것이 대표적이다.⁹⁾ 특히 수당지급 방식이 5단계의 직급구조와 같은 피라미드 방식을 취하고 있지만, 사실상 선진금융기법이라는 ‘선순환 체크카드’와 관련해서는 금융권과 전혀 협의된 바가 없음은 물론 그 실용화 가능성도 거의 없었다는 점에서 단지 유사수신을 위한 유인수단으로 이러한 선진금융기법을 이용하는 것에 불과하다. 이러한 유형 역시 불법 피라미드식 유사수신행위에 해당한다.

9) 보도자료, ‘선진금융기법을 빙자한 불법 다단계 조직 적발’, 수원지방검찰청 (2014. 7. 10).

5. 기타 유형

앞서 설명한 유형 외에도 경기침체 및 저금리구조에 편성하여 고수익을 약속하며 특히 노령층이나 은퇴 후 이자생활자의 노후자금 등을 노리고 대박심리를 자극하여 투자자를 모집하는 불법 피라미드식 유사수신행위는 갈수록 지능화되어 가고 있는 실정이다. 최근에는 더욱 다양한 사업형태를 가장하면서 투자금을 모집하고 있는데, 주로 가격 변동성이 매우 커서 지속적으로 안정적인 수익을 창출하기 어려운 고위험 금융상품이나 수익성과 안정성이 담보된 중국과 같은 외국 거대 공기업 투자,¹⁰⁾ 또는 레저문화 확산 추세를 이용해 호텔식 별장 임대사업 투자¹¹⁾나 창업컨설팅 전문회사를 가장하여 창업 준비 중인 자들에게 비타민나무 식재사업 투자 등¹²⁾의 명목으로 투자자를 기망하여 불법적으로 자금을 모집하고 있다. 그 외에도 사이버계(契),¹³⁾ 골드바 유통,¹⁴⁾ 납골당 분양, 보석광산 개발, 수목장, 쇼핑몰 등을 이용하는 경우도 다수이다.

더욱이 최근 유사수신행위들은 인터넷이나 모바일 등 온라인을 이용하여 소액투자를 유도하거나, 밴드(band) 및 블로그(blog) 등 SNS를 통한 피라미드 방식으로 회원을 모집하고 있어 피해확산 규모가 점차 증가하고 있는 추세에 있는데, 이와 같은 신종 불법피라미드식 영업행위의 모집유형을 정리해 보면 아래와 같다.

-
- 10) 실제 사례로 D회사는 대기업이 운영하는 일반 펀드상품과 달리 수익성과 안전성이 보장되는 중국 거대 공기업 투자를 빙자하여 인터넷사이트를 통해 펀드 투자시 투자규모(110달러~11,000달러)에 따라 수익금을 매월 3%~3.5%씩 총 150~600%가 될 때까지 지급한다고 투자자들을 기망하여 불법적으로 투자금을 모집하였다. 연합뉴스, “중국 투자로 하루 3% 수익”...유사수신행위 업체 기승(2015. 6. 22), <http://www.yonhapnews.co.kr/bulletin/2015/06/22/0200000000AKR20150622047900002.HTML>.
 - 11) E회사는 호텔식 주말 별장(수익형)의 임대 회원을 모집하기 위하여 2천만원대의 저렴한 보증금(2,400만원)을 내면 자신만의 별장을 사용하면서 본인이 사용하지 않는 시기에는 국내 유명 여행사나 기업체 등에 임대함으로써 은행금리의 2배에 해당하는 연7%~7%의 확정 임대수익을 3년 동안 지급해 주고, 3년후에는 보증금 전액을 반환해 준다는 식으로 투자금을 모집한 사례이다. 머니투데이, “대박유혹’불법 유사수신행위 서울 강남에 집중’(2015. 6. 22), <http://news.mt.co.kr/newsPrint.html?no=2015062208412294730&type=1&gubn=undefined>.
 - 12) F비타민나무영농조합을 설립하여 동 조합에 3,300만원(2구좌)을 투자해 임야 500평을 구입하면, 해당 임야에 비타민나무를 식재해 고 영농위탁계약을 체결하면 4년 후부터 비타민나무의 열매 판매 수익을 통해 매년 2,000만원(월 160만원정도)씩 10년간 지급한다고 기망하여 조합원들의 자금을 모집하였다. 중앙일보, ‘비타민나무에 투자해 큰 돈 버세요...불법 유사수신행위 기승’(2015. 6. 22), <http://news.joins.com/article/18079746>.
 - 13) G회사는 인터넷상 사이버 대동계(契) 사이트(33만원방, 66만원방)를 개설하고, 은행의 가상계좌를 자금모집 창구로 활용하여 회원이 33만원방에 가입 후 33만원을 입금하고 6명의 하위 계원을 모집하게 되면, 피라미드식으로 56만원 등 최종적으로 총672만원의 수당을 받게 된다고 현혹하여 불법적 유사수신행위를 한 사례도 있다. 헤럴드경제, ‘사이버 대동계 요주의..알고보니 은행 가상계좌 악용한 피라미드’(2014. 7. 2), <http://biz.heraldcorp.com/view.php?ud=20140702000486>.
 - 14) H회사는 현재 두바이에서 골드바 유통사업을 하는 세계적인 회사라고 투자자들을 기망하여 골드바에 1050유로(한화 약 150만원)을 투자하고 2명의 투자자를 추천하면 고수익 보상프로그램에 의해 5,950유로(약 800만원)을 지급하기로 하고 만약 투자자 2명을 추천하지 못할 경우에는 원금을 반환해 주기로 하면서 불법적으로 유사수신행위를 한 사례이다. 디지털타임스, “골드바-보석광산에 투자해 큰 수익” 유사수신행위 업체 140개 적발(2015. 6. 22), http://www.dt.co.kr/contents.html?article_no=2015062202109958785001.

[표 1] 신종 불법피라미드 영업행위 유형¹⁵⁾

투자자 모집유형	비중 (2014년, 2015년 1월~3월 기준)
부동산 경매사업, 임야 공동구매, 펜션·고급빌라 개발, 명품매장, 해외카지노, 상가 등 부동산 관련 사업 가장	24.3%
비상장주식, 중국 거대기업 펀드, 종합금융권성팅, FX마진거래, 핀테크 등 비상장주식 및 증권투자 매매사업 가장	22.9%
크루즈 여행, 전기 특허품, 스크린골프, 바이오제품, 의료기기, 외국완구, 게임기 등 제조·조립·판매사업 가장	14.3%
양계, 생수, 비타민나무, 블루베리 등 요식업 및 특수작물 재배사업 가장	5.7%
영농조합 및 협동조합, 진통계조직 등 투자사업 가장	5.7%
골드바 유통, 납골당 분양, 보석광산 개발, 전자화폐, 수목장, 쇼핑몰, 고대 골동품 거래, 로봇승마, 스크린 경마장, 자동차 대여, 국산담배 매집, 특허기술 개방 등 사업운영	27.1%

Ⅲ. 불법피라미드 영업행위에 대한 규제현황과 문제점 분석

1. 규제의 필요성

불법 피라미드식 영업방식의 가장 큰 문제점은 모든 국민들을 판매원이나 투자자로 모집하는 것이 이론상 불가능하여 하위 판매단계의 조직 확장에 한계가 있어서 지속적이고 안정적인 수익창출이 어려울 뿐 아니라 상위 판매원에 대한 수당 지급액이 증가하면서 결국 하위 판매원이나 신규 투자자의 투자자금으로 충당함에 따라 결국 수당감소 또는 지급불능 상황에 도달하게 된다는 점이다. 이로 인해 결과적으로 모든 회원, 즉 투자자 전원이 피해자가 되는 상황이 발생해 피해규모가 천문학적으로 증대될 위험성이 상존한다는 것이다.

또한 이러한 영업방식은 다양한 투자기법을 활용해 소액투자로 고수익을 창출할 수 있다고 투자자들을 현혹함에 따라 사기적 성격이 농후하며 사회적으로 사행심을 조장할 뿐 아니라 개인 인간관계를 파괴시킴에 따라 전체 사회의 공서양속과 기본질서를 파괴할 위험성이 크다.

그럼에도 불구하고, 앞서 살펴 본 다양한 유형의 신종 불법피라미드 영업행위에 대한 현행 법제

15) 보도자료, ‘140개 유사수신 혐의업체, 수사기관 통보!-점점 교묘해지는 유사수신 수법에 주의하세요!’, 금융감독원 (2015. 6. 23), 3면.

의 규제효과는 미흡한 것이 사실이다. 이는 공정거래위원회, 금융감독원 및 법무부의 지속적인 규제노력에도 불구하고 이러한 유형의 불법피라미드 영업행위는 나날이 확대되고 있으며, 그로 인한 피해자들의 금전적 피해규모도 증가하고 있다는 사실에서 알 수 있다.¹⁶⁾

2. 국내법제 현황

(1) 사행적 판매원 확장행위 등의 금지규정 및 형사처벌 규정((방문판매법 제24조, 제58조)

2012년 방문판매법 개정시 과거 다단계판매 금지행위와 사실상 금전거래행위 등으로 분산되어 있던 불법피라미드 판매유형을 별도의 금지행위로 규율함과 동시에 벌칙수위를 대폭 강화하였다. 이러한 개정의 배경에는 당시 사회적으로 문제되었던 대학생 다단계 등과 같이 취업명목 등 온갖 수단을 동원하여 하위판매원 확장에 치중함으로써 거래 자체가 사행화 될 위험성이 있는 행위를 규제하기 위해 다단계나 후원방문판매 및 이와 유사한 다단계 조직의 탈법적 운영을 원천적으로 금지시키기 위함이었다.¹⁷⁾ 동법 제24조에서는 다단계판매 또는 후원방문판매업자는 다단계판매조직 또는 이와 비슷하게 단계적으로 가입한 자로 구성된 유사 다단계조직을 이용하여 재화 등의 거래 없이 금전거래만을 하거나 거래를 가장한 금전거래 행위 등과 같은 소위 금융피라미드 영업행위를 금지시키고, 더불어 취업명목 등 온갖 수단을 동원하여 하위판매원 확장에 치중하는 사행적 판매원 확장행위까지 엄격히 금지하고 있다. 동조의 신설로 인해 법률상 규제를 회피하기 위한 다양한 변종 영업형태를 금지시키고 현실에서 빈번하게 발생하는 행위 유형들을 포괄적으로 금지행위에 추가하였다는 점에서 입법적 의의를 찾을 수 있지만, 최근 사회적으로 문제되고 있는 미등록 불법피라미드 영업행위에는 그 적용상 한계가 있다는 문제가 있는데, 이에 관해서는 후술하기로 한다.

더불어 동법 제24조 위반행위자에 대해서는 7년 이하의 징역 또는 2억원 이하의 벌금형을 부과할 수 있게 되었으며, 판매 또는 거래대금 총액의 3배에 해당하는 수익금액이 2억원을 초과할 경우에는 해당 수익금액 이하의 벌금이 부과될 수 있도록 하였다.¹⁸⁾

16) 2015년 11월 기준 검찰 수사 자료에 의하면 불법 금융피라미드식 영업행위를 한 것으로 수사를 받은 주요 업체들의 투자금 모집 규모는 아래와 같다.

유형	주요 업체 및 모집 규모(단위: 원)
FX 마진거래	맥신타레이더(1조5천억), IDS홀딩스(1조), 티엠인텍스(1천억)
가상화폐	웹코인(3천억~5천억), 유토큰(3천억~4천억), 히스코인(2천억~3천억)
해외부동산개발	망고9(1천억)
의료기 등 실물투자	해피소닉글로벌(8천억~1조), JS멤버스(2천억~3천억)
SNS 광고권 투자	엠페이스(2천억)
사모투자	밸류인베스트코리아(7천억)
파생상품	이슈투자자문(1천3백억)

※ 괄호 안은 업계추정 모집규모. 한국경제, ‘1000만원이면 글로벌기업 웹사이트‘뚝딱’ (2015. 11. 26)

17) 이종구, ‘개정 방문판매법에 관한 소고’, 『법과 정책』 제18집 제2호, 539면 (제주대학교 법과정책연구소, 2012. 8).

(2) 유사수신행위의 금지(유사수신행위의 규제에 관한 법률)

2000년 제정된 유사수신행위규제법에서는 금융관계법령에 의한 인·허가를 받거나 등록·신고를 하지 않고 불특정 다수인으로부터 자금을 조달하는 행위를 유사수신행위로 정의하고, 제도권 금융기관이 아닌 일반회사가 투자명목으로 투자금을 수취하는 소위 금융피라미드 영업행위를 금지하고 있다. 이러한 유사수신행위를 영업으로 하는 회사는 금융기관이 아니므로 금융당국의 감독대상이 아닐 뿐 아니라, 투자자는 예금자보호법 등 금융관련 법률에 의한 보호를 받을 수 없어 투자금을 회수하지 못하는 등의 큰 피해를 입을 위험성이 높아 유사수신행위에 대해서는 특별법을 제정하여 엄격히 규제하고 있는데, 최근 문제되고 있는 불법 금융피라미드 영업행위는 대부분 유사수신행위에 해당하여 동법의 적용대상이 된다. 동법에 따른 금지행위 유형에는 (1) 장래에 출자금의 전액 또는 이를 초과하는 금액을 지급할 것을 약정하고 출자금을 받는 행위, (2) 장래에 원금의 전액 또는 이를 초과하는 금액을 지급할 것을 약정하고 예금·적금·부금·예탁금 등의 명목으로 금전을 받는 행위, (3) 장래에 발행가액 또는 매출가액 이상으로 재매입 할 것을 약정하고 사채를 발행하거나 매출하는 행위, 그리고 (4) 장래에 경제적 손실을 금전이나 유가증권으로 보전하여 줄 것을 약정하고 회비 등의 명목으로 금전을 받는 행위가 포함되는데,¹⁹⁾ FX마진거래나 가상화폐를 이용한 금융피라미드의 경우에는 두 번째 행위유형에 해당하는 경우가 대부분이다.

동법에서는 이러한 유사수신행위뿐 아니라 유사수신행위를 위한 표시나 광고행위도 금지²⁰⁾할 뿐 아니라 영업을 위해 금융업 유사상호의 사용도 금지²¹⁾하고 있다. 동법이 금지하고 있는 유사수신행위를 한 자에 대해서는 5년 이하의 징역이나 5천만원 이하의 벌금을 부과하도록 형사처벌 규정까지 마련해 두고 있다.²²⁾

(3) 사기죄(형법, 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률)

유사수신행위를 영위하는 불법피라미드 금융조직에 대해서는 사실관계에 따라서 형법 및 특정경제범죄 가중처벌법상 사기죄, 배임죄, 공갈죄, 횡령죄, 문서위조죄 등의 적용이 가능하다. 이 경우 형법상 사기죄 구성요건에 해당할 경우에는 10년 이하의 징역이나 2천만원 이하의 벌금형이 부과되며, 특정경제범죄 가중처벌법에서는 금융기관과 유사한 업무를 영위하는 기관의 사기 등 특정재산범죄에 대해서는 행위주체에 대해 가중처벌하고 있는데, 구체적으로 범죄행위로 취득하거나 제3자로 하여금 취득하게 한 재산상 이득액이 5억원 이상 50억원 미만인 경우에는 3년 이상의 유기징

18) 방문판매법 제58조 제1항 4호 참조.

19) 유사수신행위규제에관한법률 제2조 각 호 참조.

20) 유사수신행위규제에관한법률 제4조.

21) 유사수신행위규제에관한법률 제5조.

22) 유사수신행위규제에관한법률 제6조.

역에 처하고, 이득액이 50억원 이상인 경우에는 무기 또는 5년 이상의 징역형을 부과할 수 있게 하는 가중처벌 조항을 두고 있다.

3. 해외법제 현황

(1) 미국

불법피라미드식 영업행위가 가장 먼저 시작된 미국에서의 다단계판매에 대한 법적 규율은 연방과 각주 입법체가 상이한 규율방식을 채택하고 있는 것이 특징이다. 우선 연방차원에서 다단계판매나 불법피라미드 판매(Pyramid Scheme)에 대한 직접적 규율입법은 존재하지 않으며, 다만 연방거래위원회(Federal Trade Commission; 이하 'FTC')가 상거래에 영향을 미치거나 상거래에서 불공정한 경쟁수단과 불공정 또는 기만적인 행위나 거래관행을 금지하고 있는 공정거래규정²³⁾에 의해 불법피라미드 영업행위를 규율하고 있으며, 그동안 축적된 판례이론을 기준으로 불법성 여부를 판단하고 있다. FTC는 불법피라미드 판단 기준에 대해 일반 대중에게 물품의 판매 또는 현실적 투자에 의한 수익을 기초로 하지 않고, 주로 자신의 판매프로그램에 타인을 가입시키는 것에 기초하여 투자자에게 거액을 지급하기로 약속하는 것으로 정하고 있으며, 대표적인 징표로서 재고적재(inventory loading)과 소매의 부존재(lack of retail sale) 두 가지를 제시하고 있다.²⁴⁾

그 외 각 주별로 입법을 통해 불법피라미드 판매행위를 규율하고 있는데, 크게 다단계판매 전반을 규율하는 방식과 불법피라미드만을 규율하는 방식으로 구분할 수 있다. 전자의 규율방식을 채택하고 있는 주로서는 Georgia, Maryland, Massachusetts, Montana, Puerto Rico, Wyoming 주가 대표적이다. 이와 달리 대다수 주에서는 불법피라미드판매만을 규율하는 입법을 마련하고 있는데, 대체로 불법피라미드 판매행위를 불법적 거래유형의 하나로 규정하고 위반행위자에 대해서는 형사법적 제재를 가하고 있다. 주에 따라 불법피라미드의 정의는 조금씩 상이하게 정하고 있지만²⁵⁾ 공통적으로 위반행위자에 대해서는 민사손해배상책임과 형사처벌규정에 따라 규율²⁶⁾하고 있다.

23) 15 U.C. Code §45(a)(1) Unfair methods of competition in affecting commerce, and unfair or deceptive acts or practices in or affecting commerce, are hereby declared unlawful.

24) 고희석, '다단계판매에 관한 미국법제 및 정의규정에 대한 연구', 「법학논총」 제34권 제2호 (단국대학교, 2010), 4~6면. FTC는 1975년 *In the Matter of Koscot Interplanetary, Inc.* 결정을 통해 피라미드영업을 '최종 소비자에 대한 재화 판매와 무관하게 다른 판매원 유치에 따른 수당을 받을 권리를 취득하는 대가로 투자자들이 회사에 대한 금전을 지급하는 프로그램'으로 정의하고 있다. See 86 F.T.C. 1106, 1180 (1975).

25) North Carolina 주법에서는 'any program utilizing a pyramid or chain process by which a participant gives a valuable consideration for the opportunity to receive compensation or things of value in return for inducing other persons to become participants in the program'을 'Pyramid'라고 정의하고 있으며(N.C.St. 14-291.2(b)), New York 주법은 'a sale device whereby a person, upon condition that he make an investment, is granted a license or right to solicit or recruit for profit or economic gain one or more additional persons who are also granted such license or right upon condition of making an investment...'를 'chain distributor scheme'이라 정의하고 있다(N.Y. Gen. Bus. 359-fff). 특히 Texas 주법에서는 유사한 개념으로 형법에서 'Endless chain'으로 개념 정의를 하고 있다(V.T.C.A., Penal Code 32.48).

(2) 일본

일본에서는 피라미드식 판매행위를 무한연쇄강이라는 용어로 사용하고 있는데, 2배 이상의 배율로 증가하는 후속 가입자가 지급하는 금전으로부터 자신이 투자한 금액을 초과하는 금전을 수령하는 내용의 금전배당조직이라고 정의하고, 무한연쇄강방지법 제3조에서 이러한 무한연쇄강을 개설·운영하거나 조직에 가입, 가입권유하거나 그러한 행위를 조장하는 행위를 금지함으로써 무한연쇄강에 관련된 일체의 행위를 금지시키고 있다.²⁷⁾

(3) 유럽연합(EU)²⁸⁾

EU에서는 금전적 가치가 있는 대가를 지급하거나 수령함으로써 상품이나 서비스를 판매할 권리를 취득하거나 또는 판매 체계에 가입할 권리를 취득하는 시스템을 불법피라미드로 정의하고, 이러한 권리를 취득한 자가 프로그램에 가입하기 위해 상품판매와 관계 없는 자를 모집함으로써 일정한 이익을 얻는 판매체계를 금지하고 있다. 구체적 유형으로는 (1) 신규 투자자를 가입시킴으로써 수당(bonus)형태의 금전적 대가를 지급 받는 시스템, (2) 기존 판매자가 가입 권유를 하여 신규 판매원이 부담하는 최초 투자비용과 관련해 기존 판매원이 수수료(commission)형태의 대가를 수령하는 시스템 및 (3) 기존 판매원이 하위 판매원을 가입시키고 하위 판매원의 계속적 구매와 관련해 기존 판매원이 수수료를 받는 판매 시스템을 포함하는 개념으로 본다. EU회원국들은 입법에 의해 불법피라미드 문제를 해결하는 대신, 행정부나 법원의 해석에 의해 규율하고 있다는 점이 특징적이다.

4. 규제적 문제점

방문판매법 제24조의 신설로 인해 과거 동법상 규제를 회피하기 위한 다양한 변종 영업행위를 금지대상에 포섭시키고 현실에서 빈번하게 발생하는 행위 유형들을 포괄적으로 금지하였다는 점에서는 진일보한 것으로 평가할 수 있다. 하지만 동조는 방문판매법상 등록된 다단계판매업자나 후원 방문판매업자에 대해서만 적용되는 금전다단계거래행위 개설 및 사행적 판매원 확장 금지규정으로 애초부터 미등록 상태로 운영되는 불법피라미드 영업행위 주체에 대해서는 동조 규정을 적용할 수 없다는 적용상 한계가 있다.

26) New Mexico 주에서는 불법피라미드 판매행위자에 대해 4단계의 중죄를 적용하여, 징역형과 1,000달러 이하의 벌금형을 부과하고 있다. 그 외 California 주법에서는 위반자에 대해 징역형을 부과하고, Delaware 주에서는 5,000달러 이하의 벌금형 또는 3년 미만의 징역형을 부과하고 있다. Louisiana 주법에서는 위반자에 대해 1만 달러 이하의 벌금형이나 10년 이하의 징역형을 부과할 수 있도록 하고 있다. 고흥석, 위의 논문, 23면 참조.

27) 김홍석, '직접판매시장의 발전을 위한 피라미드판매금지규정 신설의 필요성과 법개정방안', 「기업소송연구」 (기업소송연구회, 2008), 54면.

28) 김홍석, 위의 논문, 55~56면 참조.

또한 형법이나 특정경제범죄 가중처벌법에서 간접적으로 신종 불법피라미드 범죄행위에 대해 강력한 형사처벌 규정을 마련해 두고 있지만, 주지하는 바와 같이 형사법상 죄형법정주의 원칙에 따른 무죄추정원칙 및 엄격한 구성요건 입증책임 등으로 인해 범죄행위시, 다시 말해 투자자 피해 발생시점으로부터 범죄행위 적발시점까지 장기간이 소요되며, 그 사이 투자자의 피해규모가 급속히 확산되는 신종 불법피라미드 범죄행위의 특성상 시의성 있는 적절한 규제수단으로서 기능하는데 한계가 있는 것이 사실이다.

신종 불법피라미드 영업행위에 대한 유사수신행위법에 따른 규제효과 역시 그리 만족스럽지는 못하다. 이는 동법의 입법취지가 직접적으로 불법피라미드식 금전수신행위를 규제하기 위함에 있는 것은 인정하지만 피해규모, 다시 말해 영업행위에 따른 이득액에 비해 형사처벌 수위가 5년 이하의 징역이나 5천만원 이하의 벌금형으로 낮게 정해져 있어 사전 위하력이 떨어지는 것이 사실이며, 대부분 신종 불법피라미드 영업행위에 있어서는 피해규모가 수천억에서 수조원에 달하는 경우가 많아 사전적·사후적 규제효과는 크지 않은 것으로 보여 진다.

덧붙여, 신종 불법피라미드 범죄의 경우 구조상 여러 단계의 판매원들이 존재하고 있어 최하위 단계 투자자인 판매원을 제외한 중간 판매단계의 투자자들은 피해자의 지위에 있음과 동시에 하위 판매원들에 대해서는 가해자의 입장에 있기 때문에 범죄 구성요건 입증을 위한 증거확보가 어렵다는 특성이 있다. 또한 최근의 신종 불법피라미드에서의 개인 피해금액(즉, 투자금액)이 수십만원(예, 사이버계의 경우)에서 수백만원(FX마진거래나 가상화폐 등의 경우)에 불과한 소액에 그치고 있어 개인 피해자들이 형사사건화를 꺼리는 경향이 있고, 금융피라미드 특성상 돌려막기식으로 운영함에 따라 초기 범죄탐지에 어려움이 있음은 물론 기소가 된 후에는 재판과정에서 피해자들에게 투자손실액을 지급하고 합의를 하게 되는 경우에는 형사처벌에 한계가 있다.²⁹⁾ 더욱 심각한 문제점은 방문판매법의 규제대상이 아닌 대다수의 불법피라미드 영업주체들은 미등록 일반회사의 형태를 취하고 있기 때문에 일반 금융회사와 달리 금융감독기관에 의한 진입단계 및 영업단계에서의 감독을 전혀 받지 않고 있어 이로 인한 대규모 투자자 피해 발생 위험성이 매우 높다는 점이다.

IV. 불법피라미드 영업행위 규제 개선방안

최근 들어 등록된 금융기관과 유사한 업체들이 경기불황 및 취업난, 저금리 기조를 틈타 높은 수당지급이나 고수익을 보장한다는 광고를 내세워 피라미드식 영업방식으로 최신 금융상품에의 투자 등의 명목으로 많은 투자자들을 모집하는 새로운 유형의 피라미드 영업행위가 급속히 증가하고 있으며,³⁰⁾ 그로 인한 피해규모도 점차 증가하고 있어 국가 경제질서에 심각한 악영향을 끼치고 있

29) 한국경제, '1천억 사기 쳐도 원금 갚으면 집행유예...숨방망이 처벌에 '옥중범죄'도 활개' (2015. 12. 1).

으나 앞서 살펴본 바와 같이 이에 대한 현행법제의 충분한 규제가 이루어지지 않아 그에 대한 개선논의가 필요하다. 여기서는 향후 불법적 피라미드식 영업행위에 대한 법개정 방안을 제시하고자 한다.

우선 효율적인 규제방안 마련을 위해서는 최근의 신종 불법피라미드 영업에 따른 피해가 본질적으로 금융범죄의 성격을 가지고 있다는 점을 주지할 필요가 있다. 이는 이러한 영업행위가 일반 회사가 사전 등록이나 인가를 받지 않고 실질적으로 금융투자(권유)업이나 금융중개업을 영위하고 있으며, 그로 인한 투자자 피해의 위험성 역시 합법적인 금융기관의 영업행위에 따른 그것과 동일한 것으로 취급해야 한다는 점이다. 동일한 취지에서 금융사기의 성격을 가지는 피라미드영업행위자에 대해서는 금융관련법령 위반자에 대한 규제수준으로 규율할 필요가 있다.

가장 대표적인 금융투자자 보호법제의 하나인 자본시장과금융투자업에 관한 법률(이하 ‘자본시장법’)에서는 자본시장의 공정성을 해치고 투자자에게 대규모 손해를 야기할 수 있는 불공정거래행위, 특히 내부자거래행위에 대해 엄격한 규제장치를 마련해 두고 있다. 이러한 내부자거래행위에 대해서는 물론 민법상 불법행위책임이나 형법상 사기규정의 적용이 가능하지만, 해당 행위가 금융사기범죄로서 그로 인한 투자자 피해의 심각성 및 국가 경제질서에 미치는 악영향 등의 특수성을 고려하여 자본시장법에서는 일반사법규정의 특별법적 성격을 가지는 손해배상조항과 형사처벌 조항을 별도로 마련해 강하게 규제하고 있다. 내부정보에 기인한 주식거래 등과 같은 사법적 거래관계에 일반 형법상 사기죄 등이 아닌 별도의 구성요건에 따른 형사처벌 규정을 적용하는 취지는 위법행위에 따른 피해의 심각성을 고려할 때 규제필요성이 강하게 요구되기 때문이며, 이에 따라 자본시장법에서는 위반자에 대해 10년 이하의 징역 또는 5억원 이하의 벌금형 부과를 기본으로 하고, 해당 위법행위에 따른 이득액 규모에 따라 형사처벌의 강도를 달리 정하는 방식을 채택하고 있다. 따라서 이득액의 3배에 해당하는 금액이 5억원 이상인 경우에는 그 금액의 3배까지 벌금형을 부과할 수 있음과 별도로 이득액이 5억원 이상 50억원 미만인 경우에는 3년 이상의 유기징역, 그리고 50억원 이상인 때에는 무기 또는 5년 이상의 징역형으로 가중처벌하도록 하고 있다.³¹⁾ 그 외에도 해당 규제의 실효성을 강화할 목적으로 피해를 입은 투자자에게 민법상 손해배상책임의 특별규정에 해당하는 별도의 손해배상청구권을 인정함으로써,³²⁾ 민법보다 완화된 요건의 금전손해배상책임을 인정하고 있다.

하지만 금융조직을 이용한 금융사기행위인 신종 피라미드식 영업행위에 대해서는 앞서 살펴본 바와 같이 방문판매법을 적용하기에는 적용상 한계가 있다. 반면 형법이나 특정경제범죄 가중처벌법에서는 위의 자본시장법과 유사한 수준의 형사처벌규정을 두고 있지만 형사법규의 특성상 유죄

30) 매일경제, ‘‘月 2~3% 이자’로 유혹…금융다단계 주의보’ (2015. 7. 10); 공정거래위원회 보도자료, ‘온라인 외국 불법 다단계판매 소비자 피해주의보 발령’ (2013. 12. 24), http://www.ftc.go.kr/news/ftc/reportView.jsp?report_data_no=5462.

31) 자본시장과금융투자업에관한법률 제443조 제2항.

32) 자본시장과금융투자업에관한법률 제175조 제1항.

입증에 어려움이 있어 실효성 있는 제재수단으로 기능하는데 한계가 있다. 다만, 직접적 규제입법인 유사수신행위규제법의 적용은 상대적으로 용이하지만 본 법 위반자에 대한 형사처벌 강도가 기타 금융관련법령과 비교해 상대적으로 경미한 수준에 머물러 이 역시 충분한 규제효과를 기대하기 어려운 실정이다.

이런 점을 고려해 볼 때, 여러 가지 대안이 제시될 수 있으나 추가적으로 신종 불법피라미드식 영업행위 규제를 위한 특별법을 제정하는 것 보다는 현행 유사수신행위규제법의 위반자에 대한 형사처벌 조항을 특정경제범죄 가중처벌법상 형사처벌 규정에 상응하는 수준으로 상향해서 개정하는 방법을 고려해 볼 수 있다. 더불어 위 자본시장법과 유사한 민사 손해배상책임조항을 별도로 마련함으로써 피해자들의 금전적 손실을 보다 수월하게 보전할 수 있는 방법도 강구될 필요가 있다.

V. 나가는 글

유통비용 절감에 따른 소비자 편익 제고라는 취지에서 발전된 다단계판매방식이 최근 들어 불법피라미드식 운영을 통해 투자자들의 금전적 피해가 천문학적으로 증가하고 있는 실정이다. 이로 인해 합법적 다단계판매업체들이 정상적인 영업행위를 영위함에도 불구하고 불법피라미드조직적으로 오해를 받아 예상치 못한 피해를 받음에 따라 결과적으로 소비자편익이 감소될 뿐 아니라 전체 국민경제에도 심각한 악영향을 미치고 있다. 특히, 최근의 경기불황과 취업난, 저금리기조 등을 틈타서 최신 정보통신기술과 인터넷·모바일 기술을 결합하여 해외 금융투자상품에의 투자 등을 명목으로 많은 투자자들의 자금을 모집하여 폰지사기 형태로 운영되는 신종 불법피라미드 영업행위가 급증하고 있으며 그로 인한 투자자들의 피해규모도 나날이 증가하고 있어 심각한 사회적 문제로까지 대두되고 있다.

이와 같은 불법피라미드 영업행위에 대해서는 국내법상 방문판매법, 유사수신행위 규제법 및 특정경제범죄 가중처벌법 등의 적용을 통해 규제가 이루어지고 있지만 나날이 진화되고 있는 새로운 유형의 사기적 피라미드 영업행위를 경직된 성문법규로써 충분히 규율하기에는 한계가 있는 것이 사실이다. 이는 FX마진거래, 가상화폐인 코인, 모바일게임투자 기타 선진금융기법을 빙자한 다양한 유형의 피라미드식 금융사기행위들이 나날이 증가하고 있음을 보아도 알 수 있다. 이러한 신종 불법피라미드 영업행위들은 공통적으로 투자자들의 투자금액이 소액이며 돌려막기식으로 장기간 운영됨에 따라 총 피해규모가 공개되기 전까지는 범피탐지에 어려움이 있고, 실제 기소가 이루어지더라도 피해자들에 대한 손실액보상을 통해 합의가 이루어지는 경우에는 사실상 형사처벌에 한계가 있다는 특징이 있다. 더욱 심각한 문제점은 금전다단계 영업행위를 하는 경우에는 실질적으로 금융업을 영위함에도 불구하고 금융관련 법령에 따른 등록이 이루어지지 않은 관계로 금융당국의 감독

권이 미치지 못하여 대규모 금융피해사건으로 확산될 위험성이 매우 높다는 점이다.

이러한 문제점을 해결하기 위해서, 이 논문에서는 특별법 제정에 의한 규제방식보다는 현행 유사수신행위 규제법상 형사처벌 규정을 개정하여 금융관련 법령, 특히 자본시장법상 내부자거래 위반자에 대한 형사처벌규정에 준하는 수준으로 형사처벌 조항의 개정을 제안하고 있다. 이를 통해 국가경제의 건전성과 국민 경제생활의 안정 및 국가 금융시스템의 신뢰성을 회복하고 궁극적으로 경제소비자인 국민의 편익을 제고할 수 있다고 믿는다.

[참고문헌]

- 신현윤, 「경제법」 제6판 (법문사, 2014)
- 고형석, ‘다단계판매에 관한 미국법제 및 정의규정에 대한 연구’, 「법학논총」 제34권 제2호 (단국대학교, 2010).
- 김창옥, ‘다단계판매에 관한 법적 규제’, 「기업법연구」 제8집 (한국기업법학회, 2001).
- 김홍석, ‘직접판매시장의 발전을 위한 피라미드판매금지규정 신설의 필요성과 법개정방안’, 「기업소송연구」 (기업소송연구회, 2008).
- 이종구, ‘개정 방문판매법에 관한 소고’, 「법과 정책」 제18집 제2호, 539면 (제주대학교 법과정제연구소, 2012. 8).
- 공정거래위원회 보도자료, ‘온라인 외국 불법 다단계판매 소비자 피해주의보 발령’ (2013. 12. 24).
- 보도자료, ‘FX마진거래 투자 빙자한 수백억대 유사수신 사기조직 적발’, 서울중앙지방검찰청 (2015. 7. 17).
- 보도자료, ‘가상화폐인 코인을 악용한 불법 자금모집 주의-원금 또는 그 이상의 수익을 보장하는 행위는 불법!-’, 금융감독원 (2015. 11. 6).
- 보도자료, ‘140개 유사수신 혐의업체, 수사기관 통보!-점점 교묘해지는 유사수신 수법에 주의하세요!’, 금융감독원 (2015. 6. 23)
- 보도자료, ‘선진금융기법을 빙자한 불법 다단계 조직 적발’, 수원지방검찰청 (2014. 7. 10).
- 연합뉴스, “‘중국 투자로 하루 3% 수익’…유사수신 업체 기승’(2015. 6. 22).
- 머니투데이, “‘대박유혹’불법 유사수신업체 서울 강남에 집중’ (2015. 6. 22).
- 중앙일보, ‘비타민나무에 투자해 큰 돈 버세요...불법 유사수신업체 기승’(2015. 6. 22).
- 헤럴드경제, ‘사이버 대동계 요주의..알고보니 은행 가상계좌 악용한 피라미드’(2014. 7. 2).
- 디지털타임스, “‘골드바-보석광산에 투자해 큰 수익’ 유사수신 혐의업체 140개 적발’(2015. 6. 22).
- 한국경제, ‘1천억 사기 쳐도 원금 갚으면 집행유예…숨방망이 처벌에 ‘옥중범죄’도 활개’ (2015. 12. 1).
- 매일경제, “‘月 2~3% 이자’로 유혹…금융다단계 주의보’ (2015. 7. 10).

소비자계약의 철회 효과에 관한 입법론

— 전자상거래법, 콘텐츠산업진흥법 및 방문판매법을 중심으로 —

김진우*

목 차

I. 들어가며	47
II. 사업자의 대금환급의무	48
1. 현행법	48
2. 입법론	50
(1) 물 품	50
(2) 용 역	51
(3) 디지털콘텐츠	52
III. 소비자의 물품반환의무	54
1. 현행법	54
2. 입법론	56
(1) 반환대상	56
(2) 물품의 반환기간	57
(3) 반송비용의 부담	58
IV. 소비자의 가액배상의무	59
1. 현행법	59
2. 입법론	60
(1) 물 품	60
(2) 용 역	64
(3) 온라인 디지털콘텐츠	64
V. 철회권은 법정해제권인가?	65
VI. 나오며	66
참고문헌	68

* 한국외국어대학교 법학전문대학원 교수

I. 들어가며

소비자는 일정 유형의 계약에서 법률상의 철회권을 행사하여 계약적 구속력으로부터 자유롭게 벗어날 수 있다. 즉, 소비자는 몇몇 거래유형에서 물건에 하자가 있는지 또는 취소사유가 있는지를 불문하고 철회를 통해 체결된 계약 또는 계약을 체결할 의무로부터 해방될 수 있다. 소비자보호를 목적으로 하는 이와 같은 법정철회권(소비자철회권)은 사적 자치에 기한 소비자와 사업자 사이의 계약(이하 “소비자계약”이라 한다) 또는 계약체결에 관한 의사표시를 소비자가 후발적·일방적으로 파기할 수 있도록 하므로 계약법의 핵심인 「계약준수의 원칙」(pacta sunt servanda)과 첨예한 긴장 관계에 놓이게 된다. 그래서 이 철회권은 소비자보호를 요하는 특수한 거래형태(통신판매, 방문판매 등)에 한하여 인정되지만, 그에 못지않게 중요한 점은 이 제도의 개념·요건 및 효과를 정제(精製)하는 일이다.

현행 「전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률」(이하 “전자상거래법”이라 한다) 및 「방문판매 등에 관한 법률」(이하 “방문판매법”이라 한다)은 소비자의 철회를 “청약철회 및 계약의 해제(청약철회 등)”라는 명칭아래 규율하고 있으며, 「콘텐츠산업 진흥법」(이하 “콘텐츠산업진흥법”이라 한다)은 철회에 관하여 전자상거래법을 준용하도록 하고 있다(제27조).¹⁾ 이들 법률에서의 “청약철회 등”에 대하여는 개념·요건 및 효과와 관련하여 검토를 요하는 허다한 법률문제가 있으나, 본 연구는 논의의 집중을 위하여 철회의 주요 효과를 중심으로 살펴보려고 한다.

소비자계약이 철회되면 당사자가 더 이상 그 계약에 구속되지 않게 되지만, 그들 사이에 이미 급부가 행하여진 경우에는 청산문제가 남게 된다. 즉, 소비자는 수령한 급부를 반환해야 하고, 사업자는 지급받은 대금을 환급해야 한다. 그런데 이에 관하여는 재검토나 논의를 요하는 일련의 입법론적 문제들이 있다. 즉, (1) 철회에 따른 “재화 등의 반환”이라는 자귀는 용역 또는 온라인 디지털콘텐츠에 대하여도 적절한가? (2) 소비자의 물품반환기간을 향후 법률로 명시할 필요가 있는가? (3) 전자상거래법 및 방문판매법은 물품반환비용 부담자를 상이하게 규율하고 있는바, 이러한 취급은 정책적 관점에서 옳은가? (4) 소비자는 어떤 경우에 어느 범위에서 사업자에 대하여 가액배상을 해야 하는가? 이때 물품·용역 및 온라인 디지털콘텐츠는 동일하게 취급되어야 하는가? (5) 소비자철회권은 법정해제권인가? 등이 그들이다.

1) 콘텐츠산업진흥법은 콘텐츠를 이용하는 자를 “이용자”로 정의하고(제2조 제1항 제6호), 이용자가 소비자철회권을 행사할 수 있는 것으로 규정하고 있으나(제27조), 이 철회권을 행사할 수 있는 이용자는 소비자(그의 대리인 포함)로 제한되어야 한다. 소비자 아닌 자(가령 사업자)가 소비자계약법상의 제도를 이용케 하는 것은 체계의 파괴를 의미하기 때문이다. 같은 취지로 고형석, “전자상거래를 통한 콘텐츠거래에 있어서 이용자보호에 관한 연구”, 이은영 편, 『전자상거래의 다변화와 소비자보호』, 2015, 77-78면. 구병문, “디지털콘텐츠 이용자의 청약철회와 그 제한규정의 문제점과 해결방안”, 『홍익법학』 제10권 제1호(2009), 433면은 “이용자” 개념이 “소비자” 개념보다 한정적이라고 하나, 이용자 개념에는 사업자가 포함될 수 있으므로 수궁하기 어렵다.

이에 본 연구는 우리 전자상거래법·콘텐츠산업진흥법 및 방문판매법에 따른 철회의 효과를 살펴본 후 2011년의 EU(유럽연합) “소비자권리지침”²⁾ 및 그것을 모델로 개정된 “독일민법”(2014. 6. 13. 시행)을 착안점으로 하여 개정방향을 생각해 보려고 한다.

II. 사업자의 대금환급의무

1. 현행법

소비자의 철회 의사표시가 있는 경우, 사업자는 재화 등을 「반환받은 날」부터 3영업일 이내에 이미 지급받은 대금을 환급해야 한다(전자상거래법 제18조 제2항 제1문; 콘텐츠산업진흥법 제27조 제2항; 방문판매법 제9조 제2항 제1문). 본래 사업자의 대금환급의무와 소비자의 물품반환의무는 쌍무적 관련관계가 있어 동시에 이행되어야 하나, 전자상거래법·콘텐츠산업진흥법 및 방문판매법은 이 원칙에 대한 특칙을 두어 소비자에게 선이행의무를 부담시킨 것이다.³⁾ 이것은 사업자가 예컨대 계좌이체를 통해 대금을 환급하였음에도 물품을 반환받지 못하는 사태로부터 사업자를 보호하려는 취지이다. 따라서 소비자가 그의 선이행의무를 이행하지 아니한 채 대금환급을 청구해오는 때에는 사업자는 원칙적으로⁴⁾ 대금환급을 거절할 수 있다. 그에 반하여 스스로 물품을 수거하겠다는 사업자의 제안을 소비자가 수락하였다면, 소비자는 수령한 물품의 반환에 대한 적극적 의무 및 선이행의무를 면하게 되어,⁵⁾ 소비자의 물품반환과 사업자의 대금환급은 동시이행관계에 놓이게 된다.

사업자가 재화 등을 「반환받은 날」부터 3영업일이 경과하면, 사업자의 대금환급채무는 확정기한부 채무에 해당하므로 소비자의 이행최고 또는 사업자의 귀책사유가 없더라도 사업자는 민법에 따른 이행지체에 빠지게 된다. 그런데 전자상거래법 및 방문판매법은 사업자가 대금환급을 지연한 때를 위한 특칙을 두었다. 즉, 철회 후 사업자가 대금환급을 지연한 때에는 그 지연기간에 대하여 연 100분의 40 이내의 범위에서 「은행법」에 따른 은행이 적용하는 연체금리 등 경제사정을 고려하여 대통령령으로 정하는 이율을 곱하여 산정한 지연이자를 지급하도록 하였다(전자상거래법 제18조 제2항 제2문; 콘텐츠산업진흥법 제27조 제2항; 방문판매법 제9조 제2항 제2문).

2) Directive 2011/83/EU. 소비자권리지침의 입안과정, 의의 및 연구의 필요성 등에 관하여는 김진우, “최근 유럽민사법의 발전동향”, (부산대) 「법학연구」 제62호(2009), 345-345면, 361-364면; 김종길, “유럽연합(EU) 소비자권리지침의 핵심적 규정내용”, (경상대) 「법학연구」 제22권 제2호(2014), 43-47면; 김진우, “소비자권리지침의 주요개념 및 적용범위에 관한 고찰”, 「서울법학」 제23권 제2호(2015), 106-109면 참조.

3) 소비자권리지침(제13조 제3항) 및 독일민법(제357조 제1항)도 이와 같다. 김진우, “EU 소비자권리지침에서의 소비자의 권리와 사업자의 의무”, 「아주법학」 제9권 제3호(2015), 673면.

4) 불안의 항변권(민법 제536조 제2항)이 인정되는 경우에는 달리 판단되어야 한다.

5) 소비자권리지침 제14조 제1항; 독일민법 제357조 제4항 제2문, 제5항은 이를 명시하였다.

사업자는 대금을 환급할 때 소비자가 신용카드나 그 밖에 대통령령으로 정하는 결제수단으로 대금을 지급한 경우에는 지체 없이 해당 결제수단을 제공한 사업자(이하 “결제업자”라 한다)에게 대금 청구를 정지하거나 취소하도록 요청해야 한다. 다만, 사업자가 결제업자로부터 대금을 이미 받은 때에는 지체 없이 그 대금을 결제업자에게 환급하고, 그 사실을 소비자에게 알려야 한다(전자상거래법 제18조 제3항; 콘텐츠산업진흥법 제27조 제2항; 방문판매법 제9조 제3항). 사업자로부터 대금을 환급받은 결제업자는 그 환급받은 금액을 지체 없이 소비자에게 환급하거나 환급에 필요한 조치를 해야 한다(전자상거래법 제18조 제4항; 콘텐츠산업진흥법 제27조 제2항; 방문판매법 제9조 제4항). 사업자가 결제업자로부터 대금을 이미 받은 때에는 지체 없이 그 대금을 결제업자에게 환급하고, 그 사실을 소비자에게 알려야 하는데, 사업자가 환급을 지연하여 소비자가 대금을 결제하게 한 때에는 그 지연기간에 대한 지연배상금을 소비자에게 지급해야 한다(전자상거래법 제18조 제5항; 콘텐츠산업진흥법 제27조 제2항; 방문판매법 제9조 제5항). 소비자는 사업자가 정당한 사유 없이 결제업자에게 대금을 환급하지 아니하는 경우에는 결제업자에게 그 사업자에 대한 다른 채무와 사업자로부터 환급받은 금액을 상계할 것을 요청할 수 있다. 이 경우 결제업자는 대통령령으로 정하는 바에 따라 그 사업자에 대한 다른 채무와 상계할 수 있다(전자상거래법 제18조 제6항; 콘텐츠산업진흥법 제27조 제2항; 방문판매법 제9조 제6항). 소비자는 결제업자가 앞의 상계를 정당한 사유 없이 게을리 한 경우에는 결제업자에 대하여 대금의 결제를 거부할 수 있다. 이 경우 사업자와 결제업자는 그 결제 거부를 이유로 그 소비자를 약정한 기일까지 채무를 변제하지 아니한 자로 처리하는 등 소비자에게 불이익을 주는 행위를 하여서는 안 된다(전자상거래법 제18조 제7항; 콘텐츠산업진흥법 제27조 제2항; 방문판매법 제9조 제7항).

계약이 철회되면 사업자는 물품을 반환받은 날부터 3영업일 이내에 수령한 대금을 환급해야 하는데,⁶⁾ 이때 소비자보호를 위하여 사업자는 소비자가 사용하였던 지급수단과 동일한 종류 및 금액으로 환급할 의무가 있다고 할 것이다.⁷⁾ 다만, 사업자와 소비자가 명시적으로 달리 정하였고⁸⁾ 또 환급으로 인하여 소비자에게 비용을 발생시키지 않을 것을 전제로 하는 경우에는 예외를 인정할 수 있다. 여기서 “비용”은 사업자의 다른 지급수단의 사용으로 인한 환전수수료 또는 금융기관에 대한 그 밖의 수수료 등을 의미한다. 결국 사업자는 소비자가 본래 지급하였던 수단과 다른 수단으로 대금을 환급하는 것에 대하여 소비자가 이를 명시적으로 동의하고 또 사업자가 다른 지급수단의 사용으로 인한 추가적인 수수료를 부담하는 것을 조건으로 소비자가 애초 투입하였던 지급수단과 다른 수단으로 대금을 환급할 수 있다.

6) 소비자의 대금환급청구권에 대하여는 일반채권에 관한 소멸시효(민법 제162조 제1항)가 적용된다.

7) 금전급부에서는 원물로의 반환이 통상 불가능하므로, 사업자는 동일한 금전가치를 반환하면 된다.

8) 이 약정은 소비자보호를 위하여 명시적으로 이루어져야 하므로 약관조항에 의한 합의, 추단적 합의 또는 침묵에 의한 동의로는 충분하지 않다고 할 것이다.

2. 입법론

사업자의 대금환급에 관한 현행 법률규정은 거의 전적으로 물품매매를 염두에 둔 것이나, 향후에는 용역 및 디지털콘텐츠에 대하여도 명시적으로 규정한다.

(1) 물 품

매매계약의 철회에 따른 사업자의 대금환급의무와 관련하여 현행법 외에 다음의 사항을 추가한다. 본래 사업자가 부담해야 할 물품배송료를 소비자가 지급한 경우, 사업자는 그 비용도 환급하도록 하는 규정을 신설한다. 현행 전자상거래법 및 방문판매법은 “대금의 환급”을 명시하고 있어 물품배송료는 여기에 포함시킬 수 없기 때문이다. 사업자가 표준배송방법을 제시하였음에도 소비자가 고가의 특수한 배송방법(예컨대 당일특급배송)을 이용한 경우, 사업자는 가장 저렴한 표준배송료만 환급하면 되므로, 추가적 비용은 소비자가 부담해야 한다.⁹⁾ 결국 본래 사업자가 부담했어야 할 물품배송료를 소비자가 지급하였다면, 철회 후 사업자는 그가 제시한 표준배송방법에 따른 배송료만 부담하면 된다.

나아가 물품반환 및 대금환급은 이론상 견련관계에 놓여 있으므로 동시이행이 이상적이라는 점을 감안하면, 소비자에 대하여 사업자의 파산위험을 어느 정도 상쇄할 수 있는 방안이 강구되어야 할 것이다. 이를 위하여 소비자의 「물품반송증명」이 있는 경우에도 사업자가 대금을 환급하도록 하는 규정을 신설한다. 즉, 사업자가 반송증명서를 수령한 경우 소비자에 대하여 3영업일 이내에 대금을 환급하도록 규정한다.¹⁰⁾ 소비자의 물품반송증명은 일반적으로 발송인과 수신인이 기재된, 운송인 또는 우편서비스 제공자가 발행한 서면(영수증 등)에 의하게 될 것이다. 이때 운송인 또는 우편서비스 제공자의 반송물품의 확인은 별도로 요구되지 않아야 한다. 이와 같은 부가적 급부는 비용을 발생시키게 되어 소비자의 철회권 행사를 가로막는 요소가 될 수 있기 때문이다. 한편 물품이 반송 도중에 분실되는 경우가 발생할 수 있다. 이 경우 사업자가 반송위험을 부담하는 것으로 하면,¹¹⁾ 소비자의 물품반송증명이 있는 때에는 물품이 분실되더라도 사업자가 대금환급을 거절하지 못한다. 바로 이 점이 반송위험의 사업자 부담과 결부된 물품반송증명의 유용성이라 할 수 있다.¹²⁾ 물론 소비자가 물품이 들어 있지 아니한 소포를 사업자에게 발송하고 등기우편서류를 제시하여 대금환급을 요구하는 부작용이 발생할 수 있으나,¹³⁾ 소비자는 물품반환에 관한 선이행의무로 인하여 사업자의 파산위험을 부담한다는 점을 감안하면 위와 같은 규정이 실제적으로 부당하다고 할 수 없다. 사업자는 철회기간 동안의 소비자

9) 소비자권리지침 제13조 제2항; 소비자권리지침의 고려이유 46; 독일민법 제357조 제2항 참조.

10) 지침 제13조 제1항, 제3항 및 독일민법 제357조 제1항도 같은 취지이나 거기서는 최장 14일의 환급기간을 허용한다.

11) 독일민법 제355조 제3항 제4문.

12) 김종길, “개정 독일민법상 철회에 의한 소비자계약의 청산”, 「민사법학」 제71호(2015), 102면은 물품반송증명의 효용성에 대하여 의문을 표하고 있다.

13) Unger, ZEuP 2012, 291; 김종길, (경상대) 「법학연구」 제22권 제2호, 60면.

의 과도한 물품사용으로 인한 물품의 가치감소에 대하여 소비자에게 가액배상을 청구할 수 있으나, 이 경우에도 소비자의 물품반송증명이 있는 때에는 사업자가 대금을 환급해야 한다.

(2) 용역

전자상거래법 및 방문판매법의 입법자는 용역계약¹⁴⁾의 철회에 대하여 명확히 의식하지 못했던 것으로 보인다.¹⁵⁾ 그러나 법정책적·법리적 관점에서 볼 때 용역계약의 철회를 부정할 아무런 실체적 이유가 없다. 용역은 그 성질상 철회 후에 반환이 불가능하지만, 이는 용역계약의 철회를 부정할 수 있는 결정적 사유가 될 수 없다. 소비자철회권을 보장하는 근본취지는 소비자로서 하여금 일정 기간 내에 추가적 정보를 바탕으로 문제된 계약을 진정으로 속행할 것인지를 재고할 수 있도록 함으로써 소비자의 실질적 자기결정의 자유를 보호하여 계약의 실행을 저지하려는 데에 있기 때문이다.¹⁶⁾ 따라서 용역계약도 -소비자권리지침¹⁷⁾ 또는 독일민법¹⁸⁾처럼- 철회할 수 있어야 한다. 다만, ① 소비자가 철회기간 경과 전에 용역의 실행에 명시적으로 동의하였고, ② 사업자의 완전한 용역실행이 있을 경우 철회권을 상실한다는 인식 아래 용역이 철회기간 내에 완전히 이행된 경우에는 철회권을 배제해야 한다.¹⁹⁾ 이 경우에도 철회가 허용될 경우에는 계약의 청산이 복잡해질 뿐만 아니라 「모순행위금지의 원칙」에 비추어 볼 때에도 부당하기 때문이다. 물론 현행법의 해석론으로도 용역계약의 철회가 불가능하다고 할 수는 없으나, 위와 같이 요건을 명시하는 것이 용역계약의 철회를 둘러싼 법률관계의 명료성 확보에 한층 바람직할 것이다.

여기서 “소비자의 사전의 명시적 동의”라는 요건을 충족하기 위해서는 가령 소비자가 사업자의 웹사이트 입력창에서 급부의 제공을 요구하는 등의 적극적 행위가 있어야 한다. 따라서 사업자의 용역실행의 개시 전에 소비자가 사업자의 급부를 단순히 용인하는 것만으로는 부족하다. 또한 사업자가 미리 체크한 입력창(예컨대 “본인은 귀사가 용역을 제공하는 것에 동의합니다.”라고 기재된 문구에 사업자가 미리 “√”나 “○”표시를 해두는 것)의 사용 또는 이를 위한 약관조항(동의를제조항)도 위 요건을 충족하지 못한다. 반면 예컨대 “본인은 용역계약의 즉각적인 실행을 구하며 또 용

14) 매매계약이 아니면서 사업자가 소비자에게 서비스(용역)를 제공하거나 그 제공을 약속하고 소비자는 이에 대하여 대금을 지급하거나 그 지급을 약속하는 계약을 말한다. 물품과 용역을 공히 대상으로 하는 계약을 포함하여 사업자가 물품에 대한 소유권을 소비자에게 이전하거나 그 이전을 약속하고 소비자가 이에 대하여 대금을 지급하거나 그 지급을 약속하는 계약은 매매계약이며, 이 계약의 핵심적 징표는 대금지급에 의한 소비자로서의 「소유권 이전」이다.

15) 같은 취지로 고흥석, “소비자계약에 있어서 청약철회권의 적정화에 관한 연구”, 「소비자문제연구」 제38호(2010), 92면; 이병준, “한국 전자상거래소비자보호법상 규율대상의 현황과 과제”, 「외법논집」 제39권 제4호(2015), 164면.

16) 김진우, “소비자철회권의 정당화사유”, 「소비자문제연구」 제40호(2011), 148면.

17) 제16조 a.

18) 제356조 제4항 제1문.

19) 반면 고흥석, “유럽연합 소비자권리지침상 청약철회권에 관한 연구”, (한양대) 「법학논총」 제29집 제4호, 278면은 사업자의 이행개시시점부터 철회권을 행사할 수 없도록 하자고 한다.

역계약의 완전한 이행과 함께 철회권을 상실한다는 점을 알고 있습니다.”와 같은 문구가 담겨 있는 웹사이트 입력창에 소비자 스스로 “√”나 “○”표시를 하였다면, 소비자의 동의 및 인식이 있었다고 할 것이다.²⁰⁾

용역이 완전히 이행되지 아니한 경우, 소비자가 철회기간 내에 즉각적인 용역의 실행을 명시적으로 요구하여 그 제공을 받은 후에도 철회기간 내에는 계약을 철회할 수 있도록 한다. 그런데 용역은 그 성질상 반환이 있을 수 없기 때문에 어느 시점을 대금환급의 기산점으로 할 것인지 문제된다. 용역이 (완전히) 이행되지 아니하여 용역계약의 철회가 가능한 경우, 대금환급은 철회의 의사표시가 사업자에게 도달한 때부터²¹⁾ 3영업일 이내에 이루어지도록 한다. 다만, 이 경우에는 소비자가 용역을 이미 일부 제공받았으므로, 소비자는 그 이행부분에 대하여 「약정된 전체대금의 비율」에 상응하는 금액을 지급하도록 한다. 이 경우 사업자는 이미 지급받은 대금 중에서 이 금액을 공제한 나머지 금액을 환급하면 될 것이다. 약정된 전체대금이 과도하게 많은 때에는 이미 제공된 용역의 「시장가격」(市價)을 기초로 이를 산정하도록 한다. 이러한 대금환급은 사업자가 전체대금을 지급받은 경우에 한하여 문제됨은 물론이다.

(3) 디지털콘텐츠

구 「온라인 디지털콘텐츠산업 발전법」(법률 제9932호) 제2조 제1호는 디지털콘텐츠를 “부호·문자·도형·색채·음성·음향·이미지 또는 영상 등으로 표현된 자료 또는 정보로서 그 보존 및 이용에 효율을 높일 수 있도록 전자적 형태로 제작 또는 처리된 것”이라고 정의하고 있었다. 그런데 변화된 콘텐츠산업 환경에 따라 같은 법은 그 명칭이 「콘텐츠산업진흥법」(법률 제12844호)으로 변경되는 한편, 디지털콘텐츠를 포괄하는 콘텐츠 개념²²⁾도 “부호·문자·도형·색채·음성·음향·이미지 및 영상 등(이들의 복합체를 포함한다)의 자료 또는 정보”로 보다 광범위하게 정의되었다. 디지털콘텐츠는 콘텐츠산업진흥법 아래서도 소비자권리지침²³⁾과 마찬가지로 “디지털 형태로 제작되고 제공되는 자료”로 보다 간략히 정의할 수 있을 것이다. 이러한 디지털콘텐츠를 둘러싼 법률문제의 관건은 디지털콘텐츠를 유체물, 그로써 물품으로 다룰 것인지 아니면 용역급부의 일종으로 다룰 것인지 하는 점이다.

디지털콘텐츠는 유형을 두 갈래로 나누어 취급을 달리할 수 있다. 우선 CD·DVD·USB와 같은 「유체적 저장장치에 담겨 있는 디지털콘텐츠」(이하 “오프라인 디지털콘텐츠”라 한다)는 물품으

20) European Commission, DG Justice Guidance Document, 2014, p. 66.

21) 고희석, (한양대) 「법학논총」 제29집 제4호, 291면은 소비자권리지침이 철회의 의사를 표시한 날을 대금환급의 기산점으로 하고 있다고 설명하고 있으나, 소비자권리지침 제13조 제1항 및 독일민법 제355조 제3항 제2문은 대금환급의 기산점을 “사업자에게 철회의 의사표시가 도달한 때”로 명시하였다.

22) 정진명, “디지털콘텐츠 이용과 소비자보호”, 이은영 편, 『전자상거래의 다변화와 소비자보호』, 2015, 43면.

23) 제2조 제11호; 독일민법 제312조의f 제3항 참조.

로 취급할 수 있다.²⁴⁾ 이들 디지털콘텐츠에 대하여 오프라인으로 계약이 체결되고 인도되는 경우 전자상거래법은 처음부터 적용될 수 없으므로, 방문판매법에 따른 철회만이 문제된다. 반면 「유체적 저장장치에 담겨 있지 아니한 디지털콘텐츠」(이하 “온라인 디지털콘텐츠”라 한다)를 공급하기로 하는 디지털콘텐츠계약은 용역계약의 아종으로 이해할 수 있으며, 이에 대해서는 전자상거래법²⁵⁾ 또는 콘텐츠산업진흥법이 경합할 수 있다.²⁶⁾ 다만, 온라인상의 디지털콘텐츠거래는 본질이 통신판매라고 할 것이므로, 이를 굳이 거래법으로서의 성격이 희박한 콘텐츠산업진흥법에서 규율할 필요가 있는지 의문이다.²⁷⁾

디지털콘텐츠계약도 철회가능하나,²⁸⁾ ① 소비자의 사전의 명시적 동의 및 ② 이에 의해 철회권을 상실한다는 소비자의 인식 아래 소비자에게 온라인 디지털콘텐츠의 공급이 개시된 경우에는 철회가 배제되는 것으로 규정한다.²⁹⁾ 순수한 용역과 달리 온라인 디지털콘텐츠에서는 철회권의 소멸을 위하여 계약의 완전한 이행이 아닌 사업자의 계약의 「이행개시」로 족한 것으로 한다. 이것은 온라인 디지털콘텐츠의 특성을 고려한 것이다. 즉, 온라인으로 공급되는 디지털콘텐츠는 복제본과 원본의 구별이 어렵고 아무리 복제하여도 그 품질이 유지되며, 불특정 다수인에게 신속하게 전송이 가능할 뿐만 아니라 여러 형태로 재생할 수 있는 성질을 가지고 있어 일정한 기술적 요건만 갖추어지면 무한복제가 가능하다.³⁰⁾ 그리고 디지털콘텐츠가 다운로드 되어 복제본이 만들어진 이후에 그것을 이용해 다시 복제가 이루어졌는지를 객관적으로 판단하기도 쉽지 않다.³¹⁾ 따라서 온라인 디지털콘텐츠의 이행이 개시된 이상 소비자가 디지털콘텐츠계약을 철회할 수 없도록 하는 것이 철회는 허용하되 가액배상을 하는 경우보다 철회 후의 청산관계를 간명하게 처리할 수 있는 방법이라 할 것이다.

사업자는 소비자가 온라인 디지털콘텐츠를 제공받기 전에 반드시 클릭해야 하는 웹사이트 입력창에 위 요건을 명시하여(예컨대 “본인은 귀사로부터 디지털콘텐츠를 제공받고자 하며 또 그에 의

24) 황태희, 「온라인 디지털 콘텐츠 거래에 있어서의 소비자 보호방안」, 『법학평론』 제4권(2013), 189면; 이병준, “보통유통매매법에서 디지털콘텐츠에 대한 규율과 그 시사점”, 이은영 편, 『전자상거래의 다변화와 소비자보호』, 2015, 124면; 소비자권리지침의 고려이유 19의 제3문.

25) 전자상거래법 제13조 제2항 제7호는 “전자매체로 공급할 수 있는 재화”를 그리고 제24조 제3항은 “정보통신망으로 전송”되는 재화를 각 언급하고 있는바, 이들 재화는 온라인 디지털콘텐츠를 포섭할 수 있다.

26) 소비자에 해당하는 이용자가 전자상거래 또는 통신판매의 방식으로 콘텐츠를 구입하는 경우 전자상거래법의 적용대상이 되고, 급부의 목적이 콘텐츠이기 때문에 아울러 콘텐츠산업진흥법도 적용될 여지가 있는데, 이들 사이의 우열관계는 전자상거래법 제4조(“전자상거래 또는 통신판매에서의 소비자보호에 관하여 이 법과 다른 법률이 경합하는 경우에는 이 법을 우선 적용한다. 다만, 다른 법률을 적용하는 것이 소비자에게 유리한 경우에는 그 법을 적용한다.”)에 의해 가려진다. 고형석, 『전자상거래의 다변화와 소비자보호』, 80-81면.

27) 유사한 취지로 구병문, 『홍익법학』 제10권 제1호, 438면.

28) 소비자권리지침 제9조 제2항 c 참조.

29) 소비자권리지침 제16조 m; 독일민법 제356조 제5항 참조.

30) 구병문, 『홍익법학』 제10권 제1호, 436면; 황태희, 『법학평론』 제4권, 189-190면.

31) 오병철, “전자상거래소비자보호법 제17조 제2항 제4호의 청약철회권 배제조항의 문제점”, 『민사법학』 제39-1호(2007), 193면.

해 철회권을 상실한다는 점을 알고 있습니다.”) 소비자가 스스로 여기에 체크하도록 함으로써 철회 배제에 필요한 요건을 충족시킬 수 있다.

디지털콘텐츠가 온라인으로 전부 또는 일부 제공되었다도 소비자는 다음의 경우에는 철회권을 행사할 수 있어야 한다. 즉, ① 소비자가 철회기간 경과 전에 디지털콘텐츠의 제공을 개시하는 것에 관하여 사전에 명시적으로 동의하지 아니한 경우, ② 소비자가 그의 동의로 철회권을 상실한다는 것을 확인하지 않았던 경우³²⁾에 그러하다. 이들 요건은 사업자가 신속히 디지털콘텐츠를 제공함으로써 소비자가 자신의 의사와 무관하게 철회권을 상실하는 것을 방지하려는 취지를 가진다.

그 밖에 우리의 경우 -소비자권리지침이나 독일민법과 달리- 디지털콘텐츠계약에 대한 철회권이 배제되기 위해서는 소비자가 디지털콘텐츠의 내용을 확인할 수 있는 기회를 부여받았어야 한다. 콘텐츠산업진흥법 제27조 제1항이 “콘텐츠제작자는 전자상거래법 제17조 제2항(같은 항 각 호 외의 부분 단서를 제외한다)에 따라 철회가 불가능한 콘텐츠의 경우에는 그 사실을 콘텐츠 또는 그 포장에 표시하거나 시용 상품을 제공하거나 콘텐츠의 한시적 또는 일부 이용이 가능하도록 하는 등의 방법으로 철회권 행사가 방해받지 아니하도록 조치하여야 한다. 다만, 그 조치를 하지 아니한 경우에는 이용자의 청약철회 및 계약의 해제는 제한되지 아니한다.”고 규정하고 있고, 「콘텐츠이용자 보호지침」 제12조 [예시 9]가 콘텐츠의 내용을 알 수 있는 시용프로그램을 제공할 것을 규정하면서 영화콘텐츠는 전체 분량의 1/40, 음악콘텐츠는 전체분량의 1/6, 이러닝콘텐츠는 20회 기준 1회에 대하여 미리보기나 미리듣기를 제공할 것, 소프트웨어콘텐츠는 일정한 사용기간을 설정한 상태에서 콘텐츠를 다운받아서 사용할 수 있도록 제공할 것, 그 밖의 경우에는 홈페이지 스킨, 아바타 등을 임시적으로 사용할 수 있도록 제공할 것을 요구하고 있기 때문이다. 다만, 이러한 내용은 통신판매를 규율하는 전자상거래법 또는 그 시행령으로 얼마든지 포섭할 수 있다.

디지털콘텐츠는 그 성질상 반환이 있을 수 없으므로, 디지털콘텐츠계약이 철회되면 대금환급은 철회의 의사표시가 사업자에게 도달한 때부터 3영업일 이내에 이루어져야 한다.

Ⅲ. 소비자의 물품반환의무

1. 현행법

철회의 의사표시를 한 소비자는 공급받은 재화 등을 사업자에게 반환할 의무가 있다(전자상거래법 제18조 제1항; 콘텐츠산업진흥법 제27조 제2항; 방문판매법 제8조 제1항).³³⁾ 즉, 계약이 철회되

32) 소비자권리지침 제14조 제4항 b; 독일민법 제312조의f 제3항, 제357조 제9항 참조.

33) 사업자의 물품반환청구권에 대하여는 일반채권에 관한 소멸시효(민법 제162조 제1항)가 적용되나, 사업자가 소유권에 기한 물권적 반환청구권을 행사하는 취지라면 그 청구권은 소멸시효에 걸리지 않는다. 대법원 1982. 7. 27.

면 계약은 곧바로 소멸하는 것이 아니라 반환채권관계 내지 청산관계로 전환되는데, 이때 소비자는 적극적으로 재화 등을 사업자에게 반환할 의무를 부담한다. 물론 이것은 소비자가 재화 등을 수령한 경우에 한하여 문제된다. 소비자의 이 의무는 특단의 사정이 없는 한 송부채무(Schickschuld)라고 할 것이다. 송부채무는 채무자가 채권자에게 목적물을 송부(운송)해야 할 채무로서, 급부장소는 채무자의 주소 또는 상거소이지만 급부결과발생지는 이와는 다른 장소(예컨대 채권자의 주소)라는 특징을 가진다. 이 채무에서는 채무자가 목적물을 급부결과발생지로 「발송」한 때에 특징이 있게 되어, 발송시점부터 송부채무는 특정물채무로 전환된다.³⁴⁾ 비록 명문규정은 없지만, 사업자가 물품을 자신의 비용으로 스스로 수거하겠다고 제안한 경우에는³⁵⁾ 상황이 달라진다. 이 경우에는 사업자가 수거기간 내에 물품을 수거하지 않게 되면, 사업자에게 채권자지체로 인한 불이익(채권자지체 중의 채무자의 책임경감[민법 제401조], 채권자의 책임가중[민법 제402조] 및 위험부담에 관한 채권자주의[민법 제538조 제1항 제2문])이 귀속된다.

그리고 앞의 “재화 등”은 재화 또는 용역(일정한 시설을 이용하거나 용역을 제공받을 수 있는 권리를 포함)을 가리킨다(전자상거래법 제2조 제2호; 방문판매법 제2조 제1호). 콘텐츠산업진흥법 제27조 제2항은 철회에 관하여 전자상거래법 제18조를 준용하면서 “재화 등”은 “콘텐츠”로 보고 있다.

반환의 상대방은 사업자 또는 그에 의하여 재화 등의 수취권한을 부여받은 자이다. 그러나 전자상거래법 및 방문판매법은 재화 등의 반환기간 및 소비자가 반환의무를 이행하지 아니한 경우의 법률효과에 대하여는 침묵하고 있다. 나아가 물품 외에 「용역」이나 「디지털콘텐츠」의 “반환”이 가능한지도 문제된다. 이에 관하여는 아래의 입법론에서 검토한다.

소비자의 철회 후에 누가 반송비용을 부담하는지에 관하여는 취급이 상이하다. 먼저 전자상거래법 및 이를 준용토록 하고 있는 콘텐츠산업진흥법은 반환비용을 ① 소비자의 단순 변심에 의한 철회의 경우에는 소비자가(전자상거래법 제18조 제9항; 콘텐츠산업진흥법 제27조 제2항), ② 재화 등의 내용이 표시·광고의 내용과 다르거나 계약내용과 다르게 이행된 경우와 같은 사업자의 의무위반에 따른 철회의 경우에는 사업자가 부담하도록 하였다(전자상거래법 제18조 제10항; 콘텐츠산업진흥법 제27조 제2항). 후자의 경우 사업자가 그의 비용으로 물품을 수거하거나 소비자가 사업자의 비용으로 물품을 반송하면 될 것이다. 사업자가 계약체결 후 그의 사업장을 다른 곳으로 이전함으로써 발생할 수 있는 추가적 반송비용도 사업자의 부담이라고 할 것이다. 반면 방문판매법은 일률적으로 사업자에게 반환비용을 부담시키고 있다(제9조 제9항).

선고 80다2968 판결.

34) 양형우, 『민법의 세계』(제7판), 2015, 905면; 지원림, 『민법강의』(제11판), 2013, 902면.

35) 사업자의 제안이 있었는지에 관하여 다툼이 있을 경우 소비자가 이를 입증해야 한다.

<표 1> 전자상거래법 및 방문판매법에서의 재화 등의 반환비용의 부담자

법률	철회 원인	비용부담자
전자상거래법	단순 변심	소비자
	사업자의 의무위반	사업자
방문판매법	단순 변심	사업자
	사업자의 의무위반	사업자

이와 같은 반환비용 부담자에 대한 상이한 취급이 정책적으로 타당한 것인지는 아래의 입법론에서 검토한다.

2. 입법론

(1) 반환대상

철회에 따른 반환대상에 관하여 전자상거래법 및 방문판매법은 “재화 등”으로, 콘텐츠산업진흥법은 “콘텐츠”로 규정하고 있으나, 용역 또는 온라인 디지털콘텐츠 등과 같은 무체적 급부는 개념상 반환이 불가능하다. 철회 후에 소비자가 반환할 수 있는 것은 사업자로부터 공급받은 유체적 급부에 한정되고, 그 반환은 철회 당시의 원물로 이루어져야 하므로,³⁶⁾ 용역을 포함하는 개념인 “재화 등”의 반환이라는 용어는 부정확하다. 같은 맥락에서 콘텐츠산업진흥법에 따라 반환대상이 되는 디지털콘텐츠는 오프라인 디지털콘텐츠에 한한다.

그런가 하면 부동산에 대한 소유권 기타 권리의 설정, 취득 또는 양도에 관한 계약 또는 건물의 신축, 기존건물의 현저한 개축, 주택임대에 관한 계약 등을 소비자계약법의 규율대상으로 할 필요성은 크지 않다. 부동산에 관한 계약은 대개 경제적 가치가 대단히 커서 당사자들이 신중한 의사결정을 하게 된다. 따라서 이들 사항에 관하여는 비대면 거래에 의한 충동구매 또는 사업자의 방문에 따른 기습상황을 상정하기 어렵다. 나아가 주택임대차에 관하여는 임차인이 주택임대차보호법에 의해 특별히 보호되고 있을 뿐더러 임대인이 사업자가 아닌 경우에는 소비자계약에 해당하지도 않는다. 더욱이 경제적 가치가 큰 부동산 거래를 소비자가 임의로 철회할 수 있도록 할 것 같으면, 사업자는 새로운 수요자를 찾는 데 경우에 따라서는 상당한 시간과 노력을 들여야 하는 등 커다란 손실을 입게 될 가능성이 있어 부동산거래의 안전성을 심히 해하게 된다. 따라서 부동산거래에 대하여는 -소비자권리지침³⁷⁾ 및 독일민법³⁸⁾처럼 - 전자상거래법 및 방문판매법의 적용대상에서 명시적으로 배제한다.³⁹⁾

36) 그 점에서 소비자의 반환의무는 -애초 사업자가 종류채무로 이행하였다 하더라도- 특정물채무에 해당한다.

37) 제3조 제3항 e.

38) 제312조 제2항 제2호.

39) 김진우, 「서울법학」 제23권 제2호, 139-140면.

위와 같은 전제 아래 전자상거래법 제18조 제1항 및 방문판매법 제8조 제1항의 “재화 등”은 향후 “물품”이란 용어로 대체한다.⁴⁰⁾ 그 경우 물품은 “강제집행 또는 법원의 다른 처분에 의하지 아니하고 매도되는 유체적 동산”으로 정의한다.⁴¹⁾ 강제집행 또는 법원의 다른 처분에 의해 매도되는 물품을 소비자계약법의 적용대상에서 배제해야 하는 것은 이들 물품에 대해서는 소비자가 법원의 판단을 사후에 뒤집는 결과를 인정해서는 안 되기 때문이다.

(2) 물품의 반환기간

현행 전자상거래법 및 방문판매법은 철회의 경우에 소비자의 물품반환기간에 관하여 명시하지 않았다. 반면 소비자권리지침 및 독일민법은 소비자가 사업자에게 철회의 의사표시를 한 날부터 지체 없이 그리고 늦어도 그 날부터 14일 내에는 물품을 사업자 또는 그에 의해 물품의 수취권한을 부여받은 자에게 반송하거나 인도할 것을 규정하였다(다만, 사업자가 물품을 스스로 수거하겠다고 제안한 경우에는 그러하지 아니하다). 이 기간은 소비자가 물품을 위 14일 내에 발송함으로써 준수된다.⁴²⁾ 소비자가 법정반환기간 내에 물품을 반송하였다면, 그 도달은 그 기간이 도과한 후에 이루어지더라도 소비자가 지체책임을 부담하지 않게 된다.

그러면 전자상거래법 및 방문판매법에 향후 소비자의 물품반환기간을 명시할 필요가 있는가? 이에 관한 명문규정의 신설로 소비자의 이행지체시점이 명확해지게 되어 소비자의 반송의무의 이행지체를 둘러싼 법률문제의 해결이 간명해질 수 있다. 나아가 법정반송기간이 경과하면 사업자의 이행최고가 없더라도 지체책임을 발생하게 된다. 이와 관련하여 일시적인 사용에 의해 가치가 현저히 감소되지 않는 물품의 경우 소비자가 먼저 철회권을 행사한 후 여유 있게 물품을 사용함으로써 실제 구매한 것과 동일한 만족을 얻으면서도 추후 물품의 반환과 함께 대금을 환급받는 문제가 발생할 수 있다는 점을 들어 물품반환기간을 명시적으로 규정할 필요가 있다는 견해⁴³⁾가 있다. 생각건대 소비자는 물품의 사용 등에 대하여 일정한 경우 가액배상의 형태로 책임을 져야 하고(전자상거래법 제18조 제8항 및 동 시행령 제24조; 콘텐츠산업진흥법 제27조 제2항; 방문판매법 제9조 제8항 및 동 시행령 제16조) 또 물품을 반환해야 비로소 사업자로부터 대금을 환급받을 수 있다(전자상거래법 제18조 제2항; 콘텐츠산업진흥법 제27조 제2항; 방문판매법 제9조 제2항). 더욱이 현행법에서는 소비자에게 책임 있는 사유로 재화 등이 멸실 또는 훼손된 경우(다만, 재화 등의 내용을 확인하기 위하여 포장 등을 훼손한 경우는 제외)에는 소비자가 사업자의 의사에 반하여 계약을 철회할 수 없다(전자상거

40) 다만, 이하의 서술에서 전자상거래법 및 방문판매법의 규정을 소비자권리지침 및 독일민법과 비교해야 하는 경우에는 이들 법률의 용어를 그대로 사용한다.

41) 소비자권리지침 제2조 제3호; 독일민법 제241조의a 제1항 참조.

42) 소비자권리지침 제14조 제1항 제2문; 독일민법 제355조 제3항 제3문.

43) 고희석, 「소비자문제연구」 제38호, 92-93면; 오병철 외 5인, 『전자상거래 환경 변화에 대응하기 위한 청약철회제도 개선에 관한 연구』, 공정거래위원회 연구용역보고서, 2011, 58-59면.

래법 제17조 제2항 제1호; 콘텐츠산업진흥법 제27조 제2항; 방문판매법 제8조 제2항 제1호). 이러한 청산구조 아래서는 철회하기로 의사를 결정한 소비자가 물품을 철회기간 만료 시까지 보유하면서 사용하기 보다는 사업자에게 가급적 신속히 반환할 것이다. 그렇다면 향후에도 소비자의 물품반송기간을 법률에 명시할 필요성은 크지 않다고 하겠으나, 이에 관한 명문규정의 신설이 해로울 것은 없다.⁴⁴⁾

(3) 반송비용의 부담

전자상거래법은 소비자철회권의 발생사유에 따라 반환비용 부담자를 달리 정하고 있으나,⁴⁵⁾ 방문판매법은 일률적으로 사업자의 부담으로 하였다. 이것은 방문판매의 경우에는 사업자의 기습에 의해 계약체결이 사실상 강요되었던 상황이지만, 통신판매의 경우에는 전형적으로 그러한 압력상황이 존재하지 않는다는 점을 감안한 결과로 보인다.

그런데 소비자철회권은 궁극적으로 「계약준수의 원칙」에 대한 중대한 예외를 인정하여 소비자가 단순 변심에 기해서도 계약적 구속력으로부터 벗어날 수 있게 하는 제도이다. 다시 말해 소비자철회권은 소비자가 그의 일방적 의사표시로 이미 유효하게 체결된 계약으로부터 자유롭게 해방될 수 있는 가능성을 부여한다. 따라서 사업자가 물품반송비용의 소비자부담을 포함한 철회권에 관한 정보를 제공한 때에는 실험적 쇼핑을 한 소비자가 직접적 반송비용을 부담하도록 법률을 개정하는 것⁴⁶⁾이 부당하다고 할 수 없다. 소비자의 반송비용부담에 관한 적법한 고지가 있었다는 점에 대한 입증책임은 사업자가 부담한다. 반면 일회성 행사를 위하여 물품을 구입한 소비자가 그 행사가 끝나자 철회권을 행사하여 물품을 반환하는 등의 행태를 보이는 경우마저 사업자가 반송비용을 부담토록 하는 것은 명백히 부당하다. 결국 단순 변심에 따른 철회에 의한 물품반송비용을 소비자에게 부담시키는 것은 소비자가 철회의 수혜자로서 자신의 비용으로 자신의 이익을 관철해야 한다는 점 및 후술할 물품의 가치감소에 대한 가액배상과 함께 소비자의 기회주의적 행태를 일부나마 통제할 필요가 있다는 점으로부터 정당화될 수 있다. 궁극적으로 단순 변심에 의한 철회의 경우에는 반송비용에 관한 정보가 제공된 이상 항상 소비자가 직접적 반송비용을 부담하는 것으로 한다. 여기의 “직접적 반송비용”은 물품의 포장 및 운송에 드는 비용을 말한다. 반면 물품반송과 관련하여 본래 사업자가 부담할 관리비용, 제반업무 처리비용 또는 재입고비용 등은 직접적 반송비용에 해당하지 않는다. 소비자가 물품을 조립한

44) 이러한 입법에 있어 사업자의 경우처럼 반환기간을 3영업일로 일원화할 것인지 아니면 사업자의 경우와 달리 7(영업)일 정도로 하는 것이 적절한지(가령, 오병철 외 5인, 공정거래위원회 연구용역보고서, 59면) 문제되는데, 이원적 해결책은 다소 혼란스러울 수 있을 뿐만 아니라 사업자와 소비자의 경우를 이원화해야 할 정당화사유를 찾기가 쉽지 않다(지침 및 독일민법에서는 사업자의 대금환급기간과 소비자의 물품반환기간이 공히 14일이다).

45) 남효순, “전자상거래등에서의 소비자보호에 관한 법률에 관한 몇 가지 쟁점”, 『서민 교수 정년기념논문집』, 2006, 414면은 단순 변심에 의한 철회의 경우에 소비자가 물품반환비용을 부담해야 하는 것은 사업자의 책임이 없기 때문에 당연한 것이며, 반대로 사업자의 의무위반의 경우에는 그 원인이 사업자 측의 사정에 의해 또는 사업자의 영역에서 발생한 것인 이상 사업자가 이를 부담하는 것이 공평하기 때문이라고 한다.

46) 소비자권리지침 제14조 제1항 제1하부항; 독일민법 제357조 제6항 제1문, 제2문 참조.

경우 그것을 해체하는데 드는 노력과 시간은 본래의 반송비용에 포함되지 않는다고 할 것이나, 이 비용도 궁극적으로 소비자가 부담해야 한다.

사업자와 소비자 사이에 달리 특약⁴⁷⁾이 있거나, 물품의 내용이 표시·광고의 내용과 다르거나 계약내용과 다르게 이행된 경우 등과 같은 계약내용에 관한 사업자의 의무위반이 있는 경우에는 사업자가 직접적 반송비용을 부담하도록 한다.⁴⁸⁾ 가령 주문한 물품이 아닌 이종물이 인도된 때에는 소비자가 직접적 반송비용을 부담하지 않아야 한다.

<표 2> 전자상거래법 및 방문판매법에서의 물품반환비용의 부담자(개정시안)

법률	철회 원인	비용부담자
전자상거래법	단순 변심	소비자
	사업자의 의무위반	사업자
방문판매법	단순 변심	소비자
	사업자의 의무위반	사업자

IV. 소비자의 가액배상의무

소비자의 철회가 있는 경우 사업자가 어떤 요건 아래 어느 범위에서 소비자에 대하여 책임을 물을 수 있는지의 문제는 철회권 행사의 효과에 관한 가장 예민한 문제에 해당한다. 즉, 소비자가 인도된 물품의 성능을 검사한 후 계약을 철회하게 되면, 물품을 인도 당시의 상태로 반환할 수 없게 되어 사업자의 이익보호가 문제된다. 그 밖에 용역이나 온라인 디지털콘텐츠가 공급된 경우 사업자 이익보호의 차원에서 이미 제공된 급부에 대한 가액배상이 문제된다.

1. 현행법

소비자가 재화 등을 사용하거나 일부 소비한 후 철회권을 행사한 경우, 사업자는 그 재화 등의 일부 사용 또는 일부 소비에 의해 소비자가 얻은 이익 또는 그 재화 등의 공급에 든 비용에 상당하는 금액으로서 대통령령으로 정하는 범위의 금액을 소비자에게 청구할 수 있다(전자상거래법 제18조 제8항; 콘텐츠산업진흥법 제27조 제2항; 방문판매법 제9조 제8항). 그리고 대통령령은 재화 등의 사용으로 인하여 소모성 부품의 재판매가 곤란하거나 재판매가격이 현저히 하락하는 경우에 그 소모성 부품

47) 사업자가 반송비용을 부담하기로 약정한 경우. 소비자권리지침 제14조 제1항 제1문; 독일민법 제357조 제6항 제2문.

48) 김진우, 「아주법학」 제9권 제3호, 673면.

의 공급에 든 비용 또는 여러 개의 동일한 가분물로 구성된 재화 등의 경우에 사업자가 소비자의 일부 소비로 인하여 소비된 부분의 공급에 든 비용을 소비자에게 청구할 수 있도록 하고 있다(전자상거래법 시행령 제24조; 콘텐츠산업진흥법 제27조 제2항; 방문판매법 시행령 제16조).

전자상거래법 및 방문판매법과 이들 시행령에서의 “청구할 수 있다.”는 법문의 의미에 대하여 견해가 갈릴 수 있다. 즉, 이를 위하여 사업자가 소비자에 대하여 반드시 재판절차를 밟아야 하는지 아니면 소비자에게 일방적으로 가액배상을 청구할 수 있는지 또는 물품의 가치감소에 대한 조정방법으로서 소비자에 대한 환급금액을 일방적으로 감액할 수 있는지 등이 문제된다. 이에 대하여는 소비자가 재화를 사용하였을 경우에는 사업자가 사용이익 등을 공제할 수 있다는 견해가 있을 뿐,⁴⁹⁾ 관련 문헌에서 더 이상의 언급은 찾아볼 수 없다. 생각건대 현행 전자상거래법·콘텐츠산업진흥법 및 방문판매법에서의 가액배상청구권은 표현 그대로 청구권으로 보는 것이 자연스럽고,⁵⁰⁾ 재판상으로는 물론 재판 외에서도 행사할 수 있다고 할 것이다. 다만, 사업자는 가액배상청구가 가능한 금액을 자동채권으로 소비자가 환급받을 대금액을 수동채권으로 하여 상계할 수 있다. 사업자는 이를 통해 가치감소분을 공제한 금액을 환급함으로써 가액배상을 사실상 담보할 수 있게 된다.

한편 이미 제공된 용역 또는 온라인 디지털콘텐츠에 대한 가액배상문제에 관하여 전자상거래법·콘텐츠산업진흥법 및 방문판매법은 정면으로 다루지 않았고, 관련 문헌에서의 논의도 찾아보기 어렵다.

2. 입법론

전자상거래법·콘텐츠산업진흥법 및 방문판매법은 철회의 경우에 소비자의 사용이익 등의 배상을 통해 사업자의 이익과 소비자의 이익을 적절히 조정하고자 한다. 그러나 현행법으로 그러한 목표를 달성할 수 있는지는 의문이다. 철회의 효과로 사용이익의 배상 등이 아닌 가액배상을 지향하고, 그것도 물품·용역 및 디지털콘텐츠로 나누어 그 요건과 효과를 보다 명확히 규정할 필요가 있다.

(1) 물 품

현행법상 물품이 일부 사용되거나 일부 소비된 경우 사업자는 그 물품의 일부 사용 또는 일부 소비에 의해 소비자가 얻은 이익 또는 그 물품의 공급에 든 비용에 상당하는 금액으로서 대통령령으로 정하는 범위의 금액을 지급할 것을 소비자에게 청구할 수 있다. 여기의 물품의 “일부 사용 또는 일부 소비에 의해 소비자가 얻은 이익”은 부당이득으로 입혀질 수 있다.⁵¹⁾ 그런데 위 조항에서

49) 고흥석, (한양대) 「법학논총」 제29집 제4호, 291면.

50) 이에 대하여는 일반채권에 관한 소멸시효(민법 제162조 제1항)가 적용된다.

51) 가령 남효순, 『서민 교수 정년기념논문집』, 414-415면; 오병철 외 5인, 공정거래위원회 연구용역보고서, 63면; 김

말하는 “대통령령”에서는 ① 재화 등의 사용으로 소모성 부품의 재판매가 곤란하거나 재판매가격이 현저히 하락하는 경우에 해당 소모성 부품의 공급에 든 비용, ② 다수의 동일한 가분물로 구성된 재화 등의 경우에는 소비자의 일부 소비로 인하여 소비된 부분의 공급에 든 비용을 소비자에게 청구할 수 있는 것으로 규정하였다. ①과 ②의 비용이 “그 재화 등의 일부 사용 또는 일부 소비에 의해 소비자가 얻은 이익”에 해당한다고 해석하기는 어려우므로, 이들은 “그 재화 등의 공급에 든 비용”에 해당하는 것으로 볼 것이다. 결국 법률과 그 시행령의 내용이 완전히 일치하는 것은 아니다.

문제는 철회의 경우에 사용이익 등 사업자의 부당이득반환청구 등을 허용하게 되면, 소비자가 계약의 속행 여부를 자유롭게 결정하는데 방해받을 수 있다는 점이다. 따라서 부당이득반환청구⁵²⁾는 물론 채권관계상의 의무위반, 계약체결상의 과실 또는 불법행위를 이유로 한 사업자의 손해배상 청구는 배제되어야 한다.⁵³⁾ 전자상거래법 및 방문판매법은 향후 물품의 가치감소가 물품의 성상, 특성 또는 작동방법을 검사하기 위하여 필요한 것이 아니었던 물품 취급에 그 원인이 있는 경우에 한하여 소비자가 사업자에 대하여 가액배상을 하도록 개정됨이 바람직하다. 아래에서는 이를 보다 상세히 논한다.

소비자철회권이 일정 기간 내에 추가적 정보를 바탕으로 그 계약을 진정으로 속행할 것인지를 재고할 수 있도록 함으로써 소비자의 실질적 자기결정의 자유를 보장한다는 취지를 가진 제도인 이상 소비자는 원칙적으로 물품의 사용 여부를 묻지 않고 철회기간 내에 계약을 철회할 수 있어야 한다. 그런데 일부 소비자는 물품을 그 성상, 특성 또는 작동방법의 확인에 필요한 범위를 넘어서 사용한 후에 철회권을 행사하기도 한다. 이 경우에도 철회를 허용하되, 소비자가 물품의 가치감소에 대한 책임을 지도록 한다. 사업자는 철회권의 남용으로부터 보호되어야 하기 때문이다. 이를 위하여 다음의 두 가지 요건이 충족되어야 한다. 즉, ① 실체적 요건으로서, 물품의 가치감소가 물품의 성상, 특성 또는 작동방법을 검사하기 위하여 필요한 것이 아니었던 물품 취급으로 발생해야 한다. 따라서 가치감소가 물품의 성상, 특성 또는 작동방법의 검사에 필요한 취급에서 비롯되었다면 소비자는 가액배상책임을 지지 않는다. 예컨대 인터넷을 통해 옷을 구입한 소비자가 포장을 뜯고 그것을 착용했는데 자신에게 어울리지 않는다고 판단하여 철회기간 내에 철회의 명시적 의사표시와 함께 반송하였다면, 포장을 뜯고 옷을 착용하는 과정에서 발생한 손해는 배상할 필요가 없다.

도년, “청약철회권의 입법형태의 일고찰”, 『소비자문제연구』 제39호(2011), 58면; 고희석, (한양대) 「법학논총」 제29집 제4호, 288면 등.

52) 본래 사용이익도 점유에 준하는 이득이어서 부당이득반환청구의 대상이 된다. 그러나 사업자의 부당이득반환청구가 소비자의 철회 여부를 결정하는데 장애가 되어서는 안 된다. 따라서 물품의 가치감소를 가져오지 않는 단순한 사용이익에 대한 사업자의 부당이득반환청구는 배제되어야 한다. 이러한 이유로 소비자권리지침과 독일민법은 사업자의 부당이득반환청구권을 배제하였다. *Leier, VuR* 2013, 459; *Spindler/Schuster/Schirmbacher, Recht der elektronischen Medien*, 3. Aufl., 2015, § 357 Rn. 29, 42; *MüKo/Fritsche, BGB*, 7. Aufl., 2016, § 355 Rn. 50; 김종길, 『민사법학』 제71호(2015), 106-107면.

53) 위약금 또는 손해배상에 대해서는 이를 청구할 수 없다는 명문규정이 있다(전자상거래법 제18조 제9항; 콘텐츠산업진흥법 제27조 제2항; 방문판매법 제9조 제9항).

② 형식적 요건으로서, 소비자가 사업자로부터 철회권에 관한 정보를 제공받았어야 한다.⁵⁴⁾

사업자는 물품훼손으로 인한 가치감소에 대하여 대개 수리비 형태로 가액배상을 청구하게 될 것이다. 그러나 물품이 더 이상 신상품으로 판매될 수 없거나 상품으로서의 가치를 상실하였다면, 사업자는 객관적 소득상실에 대하여 가액배상을 청구할 수 있다.⁵⁵⁾ 나아가 물품의 멸실도 가치감소에 해당한다.⁵⁶⁾ 가치감소가 물품의 성상, 특성 또는 작동방법을 검사하기 위하여 필요한 것이 아니었던 물품 취급으로 인한 것이어야 가액배상이 문제되므로, 소비자는 물품의 우연한 훼손 또는 멸실에 대하여는 가액배상을 면하면서 철회권을 행사할 수 있다.⁵⁷⁾ 이와 유사한 결과는 현행법의 해석론으로도 인정된다. 전자상거래법 및 방문판매법은 소비자에게 책임 있는 사유로 재화 등이 멸실 또는 훼손된 경우(다만, 재화 등의 내용을 확인하기 위하여 포장 등을 훼손한 경우는 제외)(전자상거래법 제17조 제2항 제1호; 방문판매법 제8조 제2항 제1호)에는 소비자가 사업자의 의사에 반하여 계약을 철회할 수 없다고 규정하고 있으므로(콘텐츠산업진흥법 제27조 제2항에 의한 전자상거래법 제17조 준용), 그 반대해석상 우연한 훼손 또는 멸실의 경우에는 철회할 수 있다. 예컨대 인터넷을 통해 구입한 카메라가 소비자에게 인도된 날 소비자의 주택이 벼락을 맞아 전소되고 카메라도 멸실된 경우, 소비자가 매매계약을 철회하면 매도인은 카메라를 반환받지 못함에도 대금을 환급해야 한다.⁵⁸⁾

소비자에 의한 물품의 검사가 물품의 성상, 특성 또는 작동방법의 확인을 위하여 필요한 바를 넘은 것인지는 구체적 사안의 제반 사정을 기초로 판단할 문제이다. 이때 소비자가 일반 상점에서 물품의 검사를 위하여 할 수 있는 바와의 비교는 유용한 착안점을 제공할 수 있다. 가령 소비자는 일반 옷가게에서 어떤 옷이 자신에게 잘 어울리는지 시험 삼아 입어볼 수는 있겠지만 그것을 입고 다닐 수는 없으며, 옷을 착용하면서 제품의 태그를 뗄 수는 없다. 물품의 작동방법의 확인은 물품이 여하한 점에서도 하자가 없는지를 검사할 수 있도록 허용하는 것이 아니다. 물품의 사용 중 하

54) 소비자권리지침 제14조 제2항; 독일민법 제357조 제7항 참조.

55) European Commission, DG Justice Guidance Document, p. 47.

56) BeckOK/Müller-Christmann, BGB, Stand: 01.11.2015, Edition: 37, § 357 Rn. 13; MüKo/Fritsche, § 357 Rn. 30; Spindler/Schuster/Schirmbacher, § 357 Rn. 38.

57) 소비자권리지침 제14조 제2항, 제5항; BeckOK/Müller-Christmann, § 357 Rn. 15; MüKo/Fritsche, § 356 Rn. 32, § 357 Rn. 28; Palandt/Grüneberg, BGB, 75. Aufl., 2016, § 357 Rn. 9; Unger, ZEuP 2012, 293.

58) von Bar/Clive (eds.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full Edition, Vol. I, 2009, p. 375의 Illustration 2. 반면 고희석, (한양대) 「법학논총」 제29집 제4호, 272면은 이 경우에 민법의 위험부담에 관한 원칙(채무자부담주의)이 적용되어 사업자의 대금환급의무도 소멸된다고 한다. 나아가 고희석, “정보보호제품거래와 청약철회권에 관한 연구”, 「저스티스」 제151호(2015), 144-145면은 물품의 우연한 멸실 또는 훼손의 경우에 철회를 인정하는 것은 과도한 소비자보호라고 한다. 소비자에게 철회권이 인정되기 위해서는 사업자가 반환받은 재화를 재판매할 수 있어야 하는데 멸실 또는 훼손의 경우에는 이것이 불가능하므로 철회를 배제해야 한다는 것이다. 또한 철회에 따른 사업자의 대금환급의무는 물품을 반환받은 때부터 3영업일 이내인데, 물품이 멸실 또는 훼손되었다면 반환이 있을 수 없기 때문에 사업자는 대금환급의무를 부담하지 않는다고 한다. 그러나 물품의 가치감소가 물품의 성상, 특성 또는 작동방법을 검사하기 위하여 필요한 것이 아니었던 물품 취급으로 인한 것이어야 소비자에게 가액배상책임이 발생하는 것으로 규정하게 되면, 이는 위험부담에 관한 특칙에 해당하여 민법의 관련 법리가 적용되지 않게 된다.

자가 있는 것으로 밝혀지면, 소비자는 우선 품질보증이나 담보책임에 의해 보호되기 때문이다. 소비자는 용법에 따르지 아니한 사용으로 인한 물품의 훼손 또는 멸실에 대하여 가액배상을 해야 한다. 이러한 사용은 물품의 성상, 특성 또는 작동방법의 확인을 위하여 필요한 바에 해당하지 않기 때문이다. 결국 소비자는 철회기간 동안 물품을 합리적인 주의로 다루면서 검사해야 한다.

소비자는 물품의 성상, 특성 또는 작동방법의 확인을 위하여 원칙적으로 포장을 개봉할 수 있다. 따라서 포장의 단순 개봉에 의한 포장재의 훼손은 가치감소에 따른 가액배상을 청구할 수 있는 원인이 될 수 없다.⁵⁹⁾

철회권에 관한 정보를 제공하지 아니한 사업자는 물품의 가치감소에 따른 가액배상을 청구할 수 없도록 한다. 더욱이 이 경우에는 철회기간이 12개월로 연장되는 것으로 규정한다.⁶⁰⁾ 이것은 철회권에 관하여 고지 받지 못한 소비자는 물품을 상당기간 사용하였다도 아무런 책임을 지지 않고 계약적 구속력으로부터 해방될 수 있음을 의미한다. 철회권에 관한 정보를 제공하지 아니한 사업자를 12개월 동안 불안정한 지위에 놓이게 함으로써 정보제공의무의 이행을 간접적으로 강제하는 효과를 기하기 위함이다. 철회권에 관한 정보제공의무는 소비자가 철회 여부에 관하여 자유로우며 「알고 하는 결정」을 내릴 수 있는 가능성을 보장하기 위하여 불가결하다. 즉, 정보제공의무와 철회권은 선택적이 아니라 병존해야 하는 것이다. 철회권에 관한 정보에는 철회의 효과가 포함되므로 가액배상의무에 대한 정보도 제공되어야 한다.

위와 같은 청산구조 아래서는 소비자가 그의 책임 있는 사유에 의한 물품의 멸실 또는 훼손의 경우에도 현행법과 달리 계약을 철회할 수 있고, 다만 가액배상책임을 지게 된다. 소비자철회권은 무슨 이유로 계약을 철회하는 것인지를 묻지 않고 소비자를 계약적 구속력으로부터 벗어나게 하는 제도이므로, 비록 소비자의 책임 있는 사유로 물품이 멸실 또는 훼손되었다 하더라도 철회권을 행사할 수 있도록 하되, 가액배상을 하도록 하는 것이 논리적으로 일관되기 때문이다. 물품의 가치감소가 철회의 의사표시 전에 발생했는지 아니면 그 의사표시와 물품의 반송 또는 수거 도중에 발생했는지는 묻지 않는다.

가치감소가 물품의 성상, 특성 또는 작동방법을 검사하기 위하여 필요한 것이 아니었던 물품 취급에 그 원인이 있었다는 점과 철회권에 관한 적법한 정보제공이 있었다는 점에 대한 입증책임은 사업자가 부담해야 한다.

59) 전자상거래법 제17조 제2항 제1호 단서(콘텐츠산업진흥법 제27조 제2항은 이를 준용한다); 방문판매법 제8조 제2항 제1호 단서는 재화 등의 내용을 확인하기 위한 포장 등의 훼손은 철회배제사유가 될 수 없다고 하고 있으나, 포장의 개봉 없이는 물품의 검사가 불가능하므로 가액배상청구원인도 될 수 없다. 오병철 외 5인, 공정거래위원회 연구용역보고서, 44면은 원칙적으로 본고의 입장과 같으나, “포장 자체에 판매업자가 일정 이상의 비용이나 노력을 들이는 경우, 그 포장이 훼손된 것에 대해 소비자가 판매업자에게 어느 정도의 책임을 부담해야 할 필요성이 있을 수 있다.”고 한다.

60) 소비자권리지침 제10조; 독일민법 제356조 제3항 참조.

(2) 용역

소비자의 사전의 명시적 동의 및 사업자에 의한 완전한 계약이행이 있을 경우 소비자가 철회권을 상실한다는 인식 아래 용역이 완전히 이행된 경우에는 철회권을 배제한다.⁶¹⁾ 반면 용역이 완전히 이행되지 아니한 경우에는 소비자가 용역계약을 철회기간 내에 즉각적인 실행을 명시적으로 요구하여 그 제공을 받은 후에도 그 기간 내에 계약을 철회할 수 있어야 한다. 다만, 이 경우 소비자는 사업자에 대하여 「약정된 전체대금의 비율」에 상응하는 금액을 지급하도록 규정한다.⁶²⁾ 예컨대 소비자가 휴대폰통신서비스를 7일간 이용한 후 통신서비스계약을 철회한 경우, 약정된 월 통신서비스대금의 약 1/4과 그 기간 동안 제공받은 부가적 서비스에 대한 대금을 사업자에게 지급해야 한다. 약정된 전체대금이 과도하게 많은 때에는 가액배상은 이미 행하여진 서비스의 「시장가격」을 기초로 산정한다. 약정된 전체대금이 과도하게 많은지 여부는 구체적 사안의 제반 사정을 종합적으로 고려하여 판단한다. 그 시가(市價)는 다른 사업자가 행한 등가적 서비스와의 비교를 통해 계약체결 시점의 대금으로 정한다. 물품에서는 객관적 가치감소가 문제되지만, 용역에 대하여는 이를 상정하기 어렵기 때문에 가액배상과 관련하여 이처럼 특칙을 두는 것이다.

만일 ① 사업자가 철회권에 관한 정보를 소비자에게 제공하지 않았거나, ② 소비자가 철회기간 내에 즉각적인 서비스 실행을 명시적으로 요구하지 않았음에도 용역이 제공되었다면, 소비자는 가액배상책임을 지지 않아야 한다.

가액배상의무에 관한 요건, 즉 계약체결 전에 소비자에게 철회권에 관한 정보를 제공한 사실 및 소비자가 용역의 실행에 명시적으로 동의한 사실은 사업자가 입증해야 한다.

(3) 온라인 디지털콘텐츠

디지털콘텐츠계약의 철회에 따른 가액배상은 용역계약의 그것에 준하여 취급한다. 다만, 소비자가 사전에 명시적 동의를 하지 않거나 명시적 동의에 의해 철회권을 상실한다는 점을 인식하지 못한 상태에서 온라인 디지털콘텐츠의 공급이 개시되었다면, 이미 공급된 온라인 디지털콘텐츠에 대해서도 가액배상의무를 부담하지 않아야 한다.⁶³⁾ 이 점은 용역계약의 경우와 크게 다른 점이다. 결국 ① 소비자의 사전의 명시적 동의 및 이에 의해 철회권을 상실한다는 소비자의 인식 아래 소비자에게 온라인 디지털콘텐츠의 공급이 개시된 경우에는 철회가 배제되지만, ② 그 밖의 경우에는 온라인 디지털콘텐츠의 공급이 개시되었다도 소비자는 철회권을 행사할 수 있고 또 이미 공급된

61) 앞의 IV. 2. 나. 참조.

62) 소비자권리지침 제14조 제3항; 독일민법 제357조 제8항. 반면 고형석, 「소비자문제연구」 제38호, 92면은 용역거래에 대하여 철회권을 행사한 경우 사업자가 소비자에게 현존이익의 범위 내에서 반환을 청구할 수 있도록 하고 한다.

63) 소비자권리지침 제14조 제4항 b; 독일민법 제312조의f 제3항, 제357조 제9항 참조.

온라인 디지털콘텐츠에 대한 가액배상책임도 지지 않는다. 사업자는 그의 웹사이트 입력창을 통해 소비자의 철회권을 배제할 수 있으므로, 이러한 취급이 불합리하다고 할 수 없다.

V. 철회권은 법정해제권인가?

일부 문헌은 소비자철회권이 행사효과에서는 해제권에 가까운 원상회복관계라고 할 수 있으므로 철회권에 관한 규정이 미흡한 경우 민법규정을 유추 적용할 수 있다고 한다.⁶⁴⁾ 대개의 소비자계약에서 소비자가 청약의 의사표시를 하면 바로 사업자의 승낙에 따라 계약이 성립하고, 그래서 철회권은 계약을 해소하는 효과를 발생시키므로 민법상 법정해제권에 가깝다고 한다.⁶⁵⁾ 그리고 문헌 중에는 심지어 철회권은 “계약해제와 동일한 효과가 있으므로 법적 성질을 세밀하게 논의할 실익은 없다.”고까지 언급한다.⁶⁶⁾ 아래에서는 이러한 언급들의 타당성 여부를 검토한다.

소비자가 철회권을 행사한 경우, 계약체결에 관한 소비자의 의사표시나 이미 유효하게 체결된 계약이 해소된다. 이때 계약체결에 관한 소비자의 의사표시가 반드시 청약일 필요는 없다. 다시 말해 계약체결에 관한 소비자의 의사표시가 반드시 청약인 것은 아닐 뿐만 아니라 철회와 관련하여 누가 청약자이고 승낙자인지를 가려야 할 실익도 크지 않다. 또한 소비자철회권은 반드시 유효한 계약이 체결되었을 것을 요하지 않는다. 오히려 그 권리는 소비자가 계약체결을 위한 의사표시를 한 때에 이미 발생한다. 계약체결 그 자체는 철회기간의 기산을 위하여 중요한 의미를 갖지만, 철회기간의 기산과 철회권의 발생은 별개의 것이다. 철회기간의 기산 및 진행은 철회가 가능한 최종적인 시점을 확정하기 위한 의미를 가질 뿐이다. 그리고 이와 같이 새겨야 소비자가 조기(즉, 철회기간의 기산 전)에 계약체결을 저지할 수 있게 된다. 이와 달리 소비자로 하여금 계약이 체결될 때까지 기다려 비로소 철회할 수 있도록 하는 것은 소비자보호에 역행할 뿐만 아니라 실용적이지도 않다. 나아가 해제는 계약에 특유한 것이어서, 계약체결에 관한 의사표시의 해제라는 것은 인정되지 않는다. 따라서 계약체결에 관한 의사표시를 무의미하게 만드는 것은 해제에 의해서는 할 수 없고 철회에 의해서만 가능하다. 더욱이 매매계약이 철회되면, 소비자는 물품반환에 관한 선이행의무를 지고 그로써 사업자의 파산위험을 부담하게 되며, 사업자는 물품을 반환받은 날부터 3영업일 이내에 대금을 환급해야 하는데(전자상거래법 제18조 제1항, 제2항; 방문판매법 제9조 제1항, 제2항), 이는 계약의 해제에서는 찾아볼 수 없는⁶⁷⁾ 소비자철회권 특유의 효과이다. 이러한 점들을 고려할 때 소비자철회권을 법정해제권의 일종으로 새겨야 할 필요성이나 실익이 없다. 오히려 소비자철회

64) 김성천, 『소비자철회권 비교법 연구』, 한국소비자원, 2010, 22면.

65) 김성천, 『소비자철회권 비교법 연구』, 29면.

66) 이원재, “「콘텐츠산업 진흥법」 제27조 청약철회 조항에 대한 고찰”, (중앙대) 「법학논문집」 제38집 제3호(2014), 155면

67) 계약이 해제되면 당사자의 원상회복의무에 대하여 동시이행의 항변권 규정(민법 제536조)이 준용된다(민법 제549조).

권은 법정해제권과 유사하기는 하지만 구별되어야 할 소비자계약법 특유의 제도이다. 결국 전자상거래법 및 방문판매법상의 청약철회 등은 순수하게 강학상의 소비자철회에 해당하는 것이어서 굳이 “청약의 철회 및 계약의 해제(청약철회 등)”(전자상거래법 제13조; 콘텐츠산업진흥법제27조; 방문판매법 제7조)라고 해야 할 이유가 없으므로 전자상거래법·콘텐츠산업진흥법 및 방문판매법의 “청약철회 등”이라는 용어는 단순히 “철회”로 개정되어야 한다.

VI. 나오며

앞의 “들어가며”에서 제기하였던 문제들에 대한 해결책을 정리하면서 논의를 마무리한다.

(1) 철회에 따른 “재화 등의 반환”이라는 자귀는 물품 외에 용역이나 온라인 디지털콘텐츠에 대하여도 적절한가? 철회 후에 소비자가 반환할 수 있는 것은 사업자로부터 공급받은 유체적 급부에 한정되고 부동산거래는 소비자계약법의 적용대상에서 배제하는 것이 바람직하므로, 전자상거래법 및 방문판매법의 철회와 관련된 “재화 등”을 유체적 동산인 “물품”으로 대체한다.

(2) 소비자의 물품반환기간을 향후 법률로 명시할 필요가 있는가? 소비자는 물품의 가치감소에 대하여 가액배상의 형태로 책임을 져야 하고 또 물품을 반환해야 비로소 대금을 환급받을 수 있다. 따라서 소비자는 철회를 결정한 이상 물품을 사업자에게 가급적 신속히 반환할 것이다. 그렇다면 향후에도 소비자의 물품반환기간을 법률에 명시할 필요성이 크지 않다고 하겠으나, 그 명시로 소비자의 이행지체를 둘러싼 법률문제의 해결이 보다 간명해질 수는 있다.

(3) 전자상거래법 및 방문판매법은 물품반환비용 부담자를 상이하게 규율하고 있는바, 이러한 취급은 정책적 관점에서 옳은가? 소비자철회권은 「계약준수의 원칙」에 대한 예외로서 소비자가 단순 변심에 기해서도 계약적 구속력으로부터 벗어날 수 있게 하는 제도이므로, 단순 변심에 기한 철회의 경우에는 그러한 혜택을 누리는 소비자가 직접적 반환비용을 부담하도록 법률을 개정한다.

(4) 소비자는 어떤 경우에 어느 범위에서 가액배상을 해야 하는가? 이때 물품·용역 및 온라인 디지털콘텐츠는 동일하게 취급해야 하는가? ① 물품: 소비자가 물품을 그 성상, 특성 또는 작동방법의 확인에 필요한 범위를 넘어서 사용한 후에 철회함으로써 물품에 가치감소가 발생한 경우에 가액배상을 하도록 한다. ② 용역: 철회기간 내에 완전히 이행되지 아니하였다면, 소비자가 철회기간 내에 즉각적인 실행을 명시적으로 요구하여 그 제공을 받은 후에도 철회기간 내에는 계약을 철회할 수 있지만, 소비자는 이행부분에 대하여 원칙적으로 「약정된 전체대금의 비율」에 상응하는 금액을 지급하도록 한다. ③ 온라인 디지털콘텐츠: 용역에 준하여 취급하되, 철회가 가능한 경우 소비자는 가액배상의무를 부담하지 않도록 한다.

(5) 소비자철회권은 법정해제권인가? 소비자철회권을 법정해제권으로 새겨야 할 필요성이나 실

익이 없으므로, 전자상거래법·콘텐츠산업진흥법 및 방문판매법의 “청약철회 등”이라는 용어는 단순히 “철회”로 개정되어야 한다.

주제어: 소비자, 통신판매계약, 방문판매계약, 철회기간, 철회의 효과, 용역, 디지털콘텐츠

참고문헌

<국내 단행본>

- 고형석, “전자상거래를 통한 콘텐츠거래에 있어서 이용자보호에 관한 연구”, 이은영 편, 『전자상거래의 다변화와 소비자보호』, 2015.
- 김성천, 『소비자철회권 비교법 연구』, 한국소비자원, 2010.
- 남효순, “전자상거래등에서의 소비자보호에 관한 법률에 관한 몇 가지 쟁점”, 『서민 교수 정년기념논문집』, 법문사, 2006.
- 양형우, 『민법의 세계』, 제7판, 진원사, 2015.
- 이병준, “보통유럽매매법에서 디지털콘텐츠에 대한 규율과 그 시사점”, 이은영 편, 『전자상거래의 다변화와 소비자보호』, 세창출판사, 2015.
- 정진명, “디지털콘텐츠 이용과 소비자보호”, 이은영 편, 『전자상거래의 다변화와 소비자보호』, 세창출판사, 2015.
- 지원림, 『민법강의』, 제11판, 홍문사, 2013.

<국내 학술지>

- 고형석, “소비자계약에 있어서 청약철회권의 적정화에 관한 연구”, 『소비자문제연구』 제38호, 한국소비자원, 2010.
- 고형석, “유럽연합 소비자권리지침상 청약철회권에 관한 연구: 우리 법과의 비교법적 고찰을 중심으로”, 『법학논총』 제29집 제4호, 한양대학교 법학연구소, 2012.
- 고형석, “정보보호제품거래와 청약철회권에 관한 연구”, 『저스티스』 제151호, 한국법학원, 2015.
- 구병문, “디지털콘텐츠 이용자의 청약철회와 그 제한규정의 문제점과 해결방안”, 『홍익법학』 제10권 제1호, 홍익대학교 법학연구소, 2009
- 김도년, “청약철회권의 입법형태의 일고찰: 일본과 독일의 청약철회권 입법형태 비교를 중심으로”, 『소비자문제연구』 제39호, 한국소비자원, 2011.
- 김중길, “개정 독일민법상 철회에 의한 소비자계약의 청산”, 『민사법학』 제71호, 한국민사법학회, 2015.
- 김중길, “유럽연합(EU) 소비자권리지침의 핵심적 규정내용: 독일에서의 논의를 중심으로”, 『법학연구』 제22권 제2호, 경상대학교 법학연구소, 2014.

- 김진우, “소비자권리지침의 주요개념 및 적용범위에 관한 고찰: 우리 소비자계약법의 개정방향을 덧붙여”, 『서울법학』 제23권 제2호, 서울시립대학교 법학연구소, 2015.
- 김진우, “소비자철회권의 정당화사유: 방문판매와 통신판매를 중심으로”, 『소비자문제연구』 제40호, 한국소비자원, 2011.
- 김진우, “최근 유럽민사법의 발전동향: 공통참조기준초안과 소비자권리지침초안을 계기로 하여”, 『법학연구』 제62호, 부산대학교 법학연구소, 2009.
- 김진우, “EU 소비자권리지침에서의 소비자의 권리와 사업자의 의무: 우리 소비자계약법의 개정방향을 모색하며”, 『아주법학』 제9권 제3호, 아주대학교 법학연구소, 2015.
- 오병철, “전자상거래소비자보호법 제17조 제2항 제4호의 청약철회권 배제조항의 문제점”, 『민사법학』 제39-1호, 한국민사법학회, 2007.
- 이병준, “한국 전자상거래소비자보호법상 규율대상의 현황과 과제”, 『외법논집』 제39권 제4호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2015.
- 이원재, “「콘텐츠산업 진흥법」 제27조 청약철회 조항에 대한 고찰”, 『법학논문집』 제38집 제3호, 중앙대학교 법학연구원, 2014.
- 황태희, “온라인 디지털 콘텐츠 거래에 있어서의 소비자 보호방안”, 『법학평론』 제4권, 서울대학교 법학평론 편집위원회, 2013.

<외국 단행본>

- Beck'scher Online-Kommentar BGB, Buch 2, C.H. Beck, Stand: 01.11.2015, Edition: 37 (“BeckOK/집필자”로 인용).
- Münchener Kommentar zum BGB, Band 2, 7. Aufl., C.H. Beck, 2016 (“MüKo/집필자”로 인용).
- Palandt, BGB, 75. Aufl., C.H. Beck, 2016 (“Palandt/집필자”로 인용).
- Spindler/Schuster (Hrsg.), Recht der elektronischen Medien, 3. Aufl., C.H. Beck, 2015 (“Spindler/Schuster/집필자”로 인용).
- von Bar/Clive (eds.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full Edition, Volume I, Oxford, 2009.

<외국 학술지>

- Leier, Die Rückabwicklung des widerrufenen Vertrags: Neuerungen durch das Gesetz zur

Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie, VuR 2013, 457.

Unger, Die Richtlinie über die Rechte der Verbraucher: Eine systematische Einführung, ZEuP 2012, 270.

<기 타>

오병철 외 5인, 전자상거래 환경 변화에 대응하기 위한 청약철회제도 개선에 관한 연구, 공정거래위원회 연구용역보고서, 연세대학교 산학협력단, 2011.

European Commission, DG Justice Guidance Document, 2014.

소비자(화주)보호의 관점에서 화물상환증(선하증권)의 효력

김 인 현*

목 차

I. 서론	73
II. 선하증권의 기능	74
III. 선하증권의 물권적 효력과 소비자 보호	75
1. 동산에 대한 물권변동과 지명채권양도 방식	75
2. 선하증권이 발행되지 않은 경우	75
3. 선하증권이 발행된 경우	75
4. 소결	76
IV. 선하증권의 채권적 효력과 소비자 보호	76
1. 일반 서면이 작성된 경우	76
2. 선하증권이 발행된 경우	77
3. 소결	77
V. 선하증권의 요인성과 문언성의 충돌	78
1. 선하증권의 요인성과 문언성	78
2. 공권이 발행된 경우 법률 효과	78
VI. 선하증권의 상환성	80
VII. 운송인특정약관, 선장의 서명, 반환후 발행된 선하증권	81
1. 선하증권의 운송인특정약관과 선장의 서명	81
2. 반환된 후 발행된 선하증권	82
VIII. 강행규정 및 약관규제법의 적용	83
1. 다양한 서면	83
2. 선하증권과 약관규제법	83
3. 상법의 강행규정의 적용	84
IX. 법원의 입장과 기타 소송절차적인 문제	84
1. 소비자를 보호하는 판결의 예	84
2. 전속적 합의관할	85
3. 보전처분 등 강제집행	85
X. 결론	86

* 고려대학교 법학전문대학원 교수

I. 서론

상법은 상행위를 적용대상으로 한다. 상법 제46조의 기본적 상행위의 1호는 매매이다. 고유의 의미의 상이란 상품을 싸게 사서 비싸게 파는 상인들의 행위를 규율하기 위하여 탄생되었다는 것이 정설이다.¹⁾ 우리 상법이 기본적 상행위의 1호로서 매매를 들고 있는 것도 이러한 상법의 역사와 깊은 관련이 있다. 인류의 경제생활이 발달함으로써 상품의 매매가 거리간의 이동을 통하여 이루어지게 되었다. 상품의 장소적 이동은 운송이라는 이름으로 불린다. 우리 상법의 상행위의 일부로서 “운송의 인수”가 포함된 것은 이러한 “상”개념의 확대와 연결된다.

오늘날 상품의 이동은 육상, 해상, 항공, 그리고 복합운송을 통하여 이루어진다. 국제간의 무역은 해상운송을 통하여 95% 이상이 이루어진다. 국제간의 무역의 대금지불이 신용장을 통하여 이루어질 때 선하증권을 활용하게 된다. 선하증권의 유가증권성과 상환성이 상품대금 지불의 확보를 담보한다.

우리 상법은 화물상환증을 상법 상행위편에서 규정하면서 이를 해상운송편에서 준용하는 형식을 취한다.²⁾ 그렇지만, 화물상환증이 실무에서 발행되는 예는 없고, 해상운송에서 선하증권이 발행되면서 상행위편의 규정들이 준용되는 형식을 취하고 있어서 상행위편의 화물상환증의 존재의 이유는 바로 선하증권 때문이라고 할 수도 있다.

상법의 이념은 (i) 기업의 생성 유지와 보호, (ii) 상거래의 원활화, 그리고 (iii) 기업의 상대방 보호로 대별될 수 있다.³⁾ 상법은 기본적으로 상인을 보호하는 성격을 가진다. 상법 해상편의 운송인의 책임제한제도는 상인을 보호하는 제도이다. 그리고 상행위편의 운송인의 정액배상주의도 상인을 보호하는 제도이다.⁴⁾ 상법은 상대방을 보호하는 규정을 둬으로써 관련 당사자를 보호하려고 한다. 상법에서 운송인의 상대방으로서 소비자를 보호하는 제도는 선하증권에서 찾아볼 수 있다.⁵⁾

상법 운송법과 해상법에서 소비자는 화주로 총칭되고 송하인, 수하인 그리고 선하증권 소지인으로 불리운다. 개품운송에서 운송인은 약관을 발행하는 사업주로서 약관규제법의 규제의 대상이기도 하다. 송하인은 운송인이 작성한 약관에 수동적으로 따라와야 하는 자이므로 경제법에서 소비자에 해당한다.

본 발표에서는 선하증권의 소비자 보호기능에 대하여 살펴보고 더 바람직한 상법의 모습에 대

1) 이철송, 상법총칙상행위법(박영사, 2015), 4-5면.

2) 이러한 입법태도는 일본법의 영향이 크다.

3) 정찬형, 상법강의(상); 이철송, 전게서, 17-20면.

4) 이외에도 총체적 책임제한제도가 대표적이다.

5) 김인현, 해상법(법문사, 2015), 33면.

6) 해상법에서 운송인/선박소유자와 그 상대방인 화주를 보호하는 제도에 대하여는 김인현, 전게 해상법, 25-35면을 참고바람.

하여 논하고자 한다.

II. 선하증권의 기능

선하증권은 세가지 기능을 가지고 있다. (i) 운송물 수령증으로서의 기능(상법 제854, 855조), (ii) 운송계약 성립과 내용에 대한 증거로서의 기능(상법 제854조) 그리고 (iii) 인도청구권을 표창하는 기능이다.⁷⁾⁸⁾

선하증권은 운송물을 수령 혹은 선적 후에 운송인이 발행하는 것으로 운송물 수령증으로서의 기능을 한다.

개품운송에서는 특별히 운송계약서가 발행되지 않고, 선하증권으로서 이를 대신한다.⁹⁾ 그러므로, 선하증권은 운송계약서 자체는 아니지만, 운송계약을 증명하는 하나의 서류로서 기능한다. 운송계약의 내용은 구도의 약정을 포함하고 또 선하증권의 약정내용도 이에 포함된다.

선하증권은 인도청구권을 표창하고 있다. 선하증권은 운송물의 장소적 이동을 수반하는 격지간의 운송에 사용된다. 송하인은 격지에 있는 수하인에게 운송물을 보내야한다. 운송물에 대한 소유권을 가지고 있으면서 운송계약의 당사자로서 운송물 인도청구권을 가지고 있는 송하인 자신이 직접 양륙지에 가서 운송물을 찾는 경우도 있지만, 수하인은 매수인으로서 운송물을 직접 수령하여야 한다. 이 때 송하인이 가지던 인도청구권을 수하인에게 넘겨주어야 한다. 선하증권에 이러한 인도청구권을 담아서 우편 등으로 보내게 되면 수하인은 편리하게 운송물을 수령할 수 있다.

이외에도 선하증권은 상환성, 지시증권성을 갖는다. 상환성은 인도청구권을 표창하고 있으므로 선하증권과 상환하여서만 운송물을 인도하여야 한다는 선하증권의 성질을 말한다.¹⁰⁾ 운송인은 선하증권과 상환하지 않고 운송물을 인도하면 손해배상책임을 정당한 소지인에게 부담하게 된다.¹¹⁾

선하증권은 당연한 지시증권이라고 한다. 배서금지의 표시가 없는 한 지시식으로 발행된 선하증권도 양도가 가능하다(상법 제861조, 130조).

7) 인도청구권을 표창하는 기능은 영미에서는 document of title이라고 하여 소유권을 표창하는 증서라고 번역되기도 하지만, 우리 법하에서는 이는 단순히 운송물인도청구권이라고 보아야 한다. 김인현, 전계서, 280면; 최종현, 해상법상론(박영사, 2015), 405면.

8) 해상화물운송장은 위 세가지 기능중 운송물 수령증의 기능과 운송계약서를 대신하는 기능을 할 뿐이다.

9) 江頭憲治郎, 商取引法(弘文堂, 2010), 295面; 최종현, 전계서, 405면; 김인현, 전계서, 211면.

10) 최종현, 전계서, 417면. 배서가 금지된 기명식 선하증권의 경우에도 동일하다(대법원 1989.10.24.선고 88다카 20774판결).

11) 김인현, 전계 해상법, 324면; 대법원 1999.4.23.선고 98다13211판결.

Ⅲ. 선하증권의 물권적 효력과 소비자 보호

1. 동산에 대한 물권변동과 지명채권양도 방식

동산의 물권변동에는 물권적 합의이외에 점유의 이전이 필요하다(민법 제188조 제1항). 그런데, 바다위에 있는 물건에 대하여 현실적 점유의 이전을 하는 것은 불가능하다. 이러한 경우에 대비하여 우리 민법은 목적물반환청구권의 양도도 점유의 이전의 하나의 방법으로 정하고 있다(민법 제190조).

운송계약하에서 송하인(매도인)은 양도인, 수하인(매수인)은 양수인에 해당하고 운송물은 현재 운송인이 점유하고 있다. 송하인은 자신이 소유하는 운송물에 대한 소유권을 가지고 목적물 반환청구권을 가진다. 송하인이 지정된 경우이기 때문에 이 청구권은 지명채권이고 지명채권의 경우 채권을 양도할 경우에는 지명채권양도에 관한 민법의 규정의 적용을 받는다(민법 제450조). 양도인이 채무자인 운송인에게 운송물에 대한 양도의 사실을 통지하거나 채무자인 운송인이 승낙하지 않으면, 그 양도는 채무자 기타 제3자에게 대항하지 못한다. 그러므로, 운송중인 운송물에 대한 양도가 제대로 이루어지기 위하여는 채권양도의 절차를 반드시 밟아야하는 불편함이 따른다.¹²⁾

2. 선하증권이 발행되지 않은 경우

선하증권이 발행되지 않은 경우에는 우리 상법은 운송물이 목적지에 도착한 경우에는 송하인과 수하인의 권리는 동시에 존재하는 것으로 한다(상법 제140조 제1항). 한편, 목적지에서 운송물의 인도청구를 수하인이 한 경우에는 수하인이 송하인보다 그 권리를 우선한다고 정한다(제140조 제2항). 목적물 청구권의 양도를 하지 않아도 법률의 규정에 의하여 권리를 행사할 수 있다.

그렇지만, 이 규정은 목적물이 일단 목적지에 도착함을 전제로 한다. 따라서 바다에서 운송중이거나 선적항의 경우에는 여전히 민법의 채권양도의 규정의 적용을 받게 된다.

3. 선하증권이 발행된 경우

우리 상법은 화물 상환증에 의하여 운송물을 받을 수 있는 자에게 화물상환증을 교부한 때에는 운송물 위에 행사하는 권리의 취득에 관하여 운송물을 인도한 것과 동일한 효력이 있다고 정한다(상법 제133조). 선하증권을 소지하고 있던 송하인(양도인)이 운송물을 매도하고 선하증권을 수하인에게 넘기게 되면 이를 소지한 수하인은 현실적으로 운송물에 대한 점유의 이전을 받지 못하지만,

12) 김인현, 전계 해상법, 308면.

법률의 규정에 의하여 바로 점유의 이전을 의제받아서 유효하게 운송물의 소유권이나 질권을 취득하게 된다.¹³⁾

상법 제133조에 의하여 더 이상 민법 제450조의 채권양도의 방법을 취하지않아도 된다.¹⁴⁾ 선하증권을 소지하게 되면 양도인인 송하인은 운송인에게 양도사실을 통지하지 않아도 선하증권만을 넘김으로써 유효하게 점유의 이전이 일어나고 결국 유효한 매도가 간편하게 이루어지게 된다.¹⁵⁾

4. 소결

이와 같이 선하증권은 매도인과 매수인 사이의 법률관계를 간편하게 하면서 한편으로는 매도인을 보호하는 기능을 하게 되는 것이다.

종류	법률의 규정	양도 통지	사용되는 경우
지명채권양도	민법 제450조	필요	모든 경우
선하증권 발행(x)	상법 제140조	불필요	항해중에서는 사용(x)
선하증권 발행(o)	상법 제133조/861조	불필요	모든 경우

IV. 선하증권의 채권적 효력과 소비자 보호

1. 일반 서면이 작성된 경우

격지간의 거래에 있어서 선적지에서 보냈다는 운송물을 제대로 정확하게 수령하는 것은 대단히 중요하다. 양륙지에서 수하인은 그 운송물을 보지 못한 상태로 계약이 체결되기 때문이다.

선적지에서 10개를 보냈다고 하는데 양륙지에서 9개 밖에 수령하지 못한 수하인으로서는 손해배상청구를 하게 될 터인데, 운송인에게 선적지에서 10개가 실렸음을 입증하여야 한다.¹⁶⁾ 수하인으

13) 이철송, 전게서, 548면.

14) 절대설, 상대설중 대표설이 취하는 입장이다. 자세한 내용은 이철송, 전게서, 548-549면.

15) 다만, 엄정상대설에 의하면 증권의 교부를 인도의 특수한 방법으로 보지않고, 민법상의 목적물 반환청구권의 양도의 하나의 방법으로 본다. 즉, 상법 제133조는 민법 제190조의 특칙이 아니고 하나의 예시라고 하므로 민법 제450조의 지명채권양도가 여전히 필요하다. 김인현, 전게서, 306면.

16) 대법원은 2008.6.26.선고 2008다10105판결에서 “운송인에 대하여 운송물에 관한 손해배상청구를 하려면 운송계약에 따른 운송중에 손해가 발생한 사실을 증명하여야 하고, 이러한 운송 중에 손해가 발생한 점을 증명하는 방

로서는 쉽지 않은 일이다.

2. 선하증권이 발행된 경우

상법은 선하증권의 채권적 효력에 대하여 두가지 경우로 나누어서 규정한다. 송하인 자신이 운송인에게 청구하는 경우에는 선하증권의 기재사항은 추정적 효력에 지나지 않는다고 한다.¹⁷⁾ 선의의 제3자가 청구하는 경우에는 그 기재사항은 대항할 수 없는 효력(간주적 효력)을 가진다고 한다(상법 제854조).¹⁸⁾

위의 예에서 송하인이 청구하는 경우라면 운송인은 10개가 실리지 않았고 송하인이 실제로 9개만 넘겨주었음을 입증하면 된다. 제3자인 수하인이 청구하는 경우라면 운송인은 다른 반증이 허용되지 않는다.¹⁹⁾

이것을 일반적인 경우와 비교하면 수하인은 선적지의 운송물의 선적 상태에 대하여 입증할 필요가 없기 때문에 입증책임의 분배에서 대단히 유리한 입장에 서는 것이다.

3. 소결

이와 같이 선하증권의 채권적 효력에 의하여 수하인은 운송인에 대하여 유리하게 소송을 진행하여 승소할 수 있다.

종류	선적 상태	양륙상태	소비자
일반	수하인 입증	수하인 입증	-
선하증권 발행(x)	상동	상동	-
선하증권 발행(o)	운송인 입증	수하인 입증(선하증권제시)	유리

법으로서 운송인의 책임 운송구간 중 손해발생의 원인사실을 직접적으로 증명하는 것 외에도 ..”라고 판시한 바 있다.

17) 기재사항은 상법 제853조의 운송물의 종류, 중량, 개수, 운송물의 외관상태 등이다.

18) 김인현, 전게서, 295면; 최종현, 전게서, 437면.

19) 대법원은 2001.2.9.선고 98다49074판결에서 “법률의 규정에 의하면, 운송인은 운송물이 외관상 양호한 상태로 선적되었다는 기재가 있는 무고장 선하증권이 발행된 경우에는 특별한 사정이 없는 한 운송인은 그 운송물을 양호한 상태로 수령 또는 선적한 것으로 추정된다고 할 것이고, 따라서 무고장선하증권의 소지인이 운송물의 훼손으로 인한 손해를 입증함에 있어서는 운송인으로부터 운송물을 수령할 당시의 화물의 손괴사실만 입증하면 된다.”고 판시하였다.

V. 선하증권의 요인성과 문언성의 충돌

1. 선하증권의 요인성과 문언성

어음, 수표가 무인증권성인 것과 달리 선하증권은 요인증권성을 요구한다.²⁰⁾ 선하증권은 운송인이 운송물을 인도받은 다음 발행될 것을 요구한다. 운송인이 운송물을 받지도 않은 상태에서 선하증권을 발행하면 이는 무효가 된다. 이와 마찬가지로 운송물을 이미 인도한 다음에 발행된 선하증권도 무효가 된다.²¹⁾

선하증권은 기재된 대로 운송인과 소지인 사이에도 효력이 미친다. 이러한 선하증권의 효력을 선하증권의 문언증권성이라고 한다.²²⁾ ²³⁾

기재의 효력을 극대화하면 요인성은 최소화된다. 극단적으로는 운송물없이 허위로 발급한 선하증권도 운송물의 수량이 기재되어있으므로, 이를 발행한 운송인은 문언에 따라 채무불이행책임을 부담하게 된다.

2. 공권이 발행된 경우 법률 효과

이와 같은 공권(空券)이 발행된 경우의 법률적 처리에 대하여 견해가 나뉜다.²⁴⁾ 과거에는 선하증권의 요인증권성과 문언증권성을 모두 고려하는 입장을 취하는 경우가 많았다.²⁵⁾ 그런데, 1991년 상법해상편이 문언성을 도입한 이후 의견대립이 심하게 되었다. 공권이 발행되어 이를 소지하게 된 수하인은 이를 발행한 운송인에 대하여 여전히 불법행위책임을 물을 수 있다고 하거나,²⁶⁾ 선하증권

20) 선하증권은 운송물의 구체적인 인도청구권을 표창하는 증권이므로, 현실로 운송계약이 존재하고 이에 기초하여 운송물의 교부가 있다는 원인관계의 존부가 증권의 효력에 영향을 미치는 요인증권이다. 中村·箱井, 海商法(成文堂, 2010), 157면.

21) 김인현, 전게서, 301면; 최종현, 전게서, 441면.

22) 김정호, 상법총칙상행위법(법문사, 2014), 348면.

23) <1991년 상법 개정진>

제131조, 제820조(선하증권의 문언증권성) 선하증권을 작성한 경우에는 운송에 관한 사항은 운송인과 소지인 간에 있어서는 선하증권에 기재된 바에 의한다.

<1991년 개정상법>

제814조의2(선하증권의 기재의 효력)

제814조 제1항의 규정에 따라서 선하증권이 발행된 경우에는 운송인이 그 증권에 기재된 대로 운송물을 수령 또는 선적한 것으로 추정한다. 그러나 운송인은 선하증권을 선의로 취득한 제3자에게 대항하지 못한다.

<2007년 개정상법>

24) 운송물이 선적한 것과 수령한 것이 다른 경우는 수량자체가 조금 다른 경우와 아예 운송물이 없는 경우가 있다. 전자는 운송물의 상위의 문제이고, 후자는 공선하증권의 문제이다. 운송물 상위의 경우에는 상법 제853조에 따라 기재된 사항에 대하여 추정적 효력 또는 간주적 효력에 의하여 채무불이행책임을 운송인이 부담하게 된다. 정완용, “운송물 수령없이 발행된 선하증권의 효력”, 상사판례연구II, 박영사, 1996, 414면.

25) 김정호, 전게서, 351면.

의 운송물에 대한 기재사항은 추정적 효력과 간주적 효력을 가지므로 소지인은 운송인에게 채무불 이행책임을 물을 수 있다는 견해도 있었다.²⁷⁾

이와 관련하여 대법원의 입장은 199년 및 2007년 해상편 개정전이나 개정 후나 동일한 입장이다.²⁸⁾ 즉, 계약이 존재하지 않거나 운송물자체를 바탕으로 하지 않는 선하증권의 발행이므로 운송인이 부담하는 책임도 불법행위를 청구원인으로 하여야 한다는 것이다(대법원 2005.3.24. 선고 2003다5535판결).²⁹⁾³⁰⁾

이에 반하여 채무불이행 책임설은 우리 상법이 선의의 소지인에 대하여는 간주적인 효력을 부여한 것이기 때문에 문언에 따른 책임만을 부담한다고 한다.³¹⁾ 1991년 상법개정시 우리 상법이 이러한 입장을 취하였다고 한다. 나아가 우리 상법의 상행위편이 개정될 때에도 해상편의 내용과 일치시켰기 때문에 이러한 입장은 화물상환증에서도 동일하게 적용되어야 한다고 주장한다.³²⁾³³⁾

그런데, 불법행위 책임설을 취하는가 아니면 채무불이행 책임설을 취하는가에 따라 법률효과가 달라진다. 채무불이행설에 따르면 운송계약이 존재하고 상법 해상편이 적용되므로 운송인은 포장당 책임제한의 주장이 가능하다. 그런데, 운송인은 고의 혹은 무모한 행위가 있었으므로, 책임제한배제 사유에 해당할 수 있다. 이러한 배제사유는 화주가 입증하여야 한다.³⁴⁾ 즉, 화주가 운송인에게 책

26) 채이식, 상법 IV(박영사, 2001), 334면; 정완용, “운송물의 수령없이 발행된 선하증권의 효력”, 상사판례연구 보험 해상 제2권9박영사, 1996), 414면.

27) 최종현, “공선하증권의 효력”, 한국해법학회지 제29권 제1호(2007.4.), 157면; 김교창, 주석상법(VIII), 485면

28) 이에 대하여 “제정상법 아래에서 발생하였던 확설의 대립은 1991년 상법 아래에서는 불필요하게 되었으며 요인 증권성설을 취한 앞서 살펴본 대법원 판례도 선례로서의 구속력을 상실한 것으로 생각된다” 고 하면서 대법원 1982.9.14. 선고 80다1325판결을 언급하는 견해가 있다. 최종현, 전게서, 434면. 그러나, 대법원은 2008.2.14. 선고 2006다47585판결에서도 동일한 요인증권설을 취하여 선하증권을 무효로 하고 불법행위책임을 운송인에게 묻고 있다.

29) 이러한 판례의 입장을 지지하는 견해는 정완용, 전게 논문, 414면.

30) 이 판결에서 대법원은 “선하증권은 운송물의 인도청구권을 표창하는 유가증권인 바, 이는 운송계약에 기하여 작성되는 유인증권으로 상법은 운송인으로부터 실제로 운송물을 수령 또는 선적하고있는 것을 유효한 선하증권 성립의 전제조건으로 삼고 있으므로 운송물을 수령 또는 선적하지 않고 발행된 선하증권은 원인과 요건을 구비하지 못하여 목적물의 흠결이 있으므로 무효라고 봄이 상당하고, 이러한 경우 선하증권의 소지인은 운송물을 수령하지 않고 선하증권을 발행한 운송인에 대하여 불법행위로 인한 손해배상청구를 할 수 있다”고 판시하였다. 대법원 2008.2.14. 선고 2006다47585판결에서도 동일한 입장을 취하였다.

31) 최종현, “공선하증권의 효력”, 법률신문(2007.7.9.); 최종현, 전게서,

32) 우리 상법은 2010년 개정시 화물상환증의 효력(제133조)를 상법 제854조의 해상편의 내용과 동일하게 수용하여 개정하였다.

33) 이철송, 전게서, 547면. 이철송 교수님은 아래와 같이 설명하신다. “2010년 개정전 상법 제131조는 ‘화물상환증을 작성한 경우에는 운송에 관한 사항은 운송인과 소지인간에 있어서는 화물상환증에 기재된 바에 의한다’라고 규정하였다. 그리하여 화물상환증에 기재되어있는 운송물과 실제 인도하였다고 주장하는 물건이 상위한 경우에는 화물상환증에 기재되어있는 물건을 인도해야한다는 설(문언성설), 실제의 운송인이 인도받은 물건을 인도하면 된다는 설(요인성설)이 대립하였다. 선하증권에 대하여도 같은 문제가 생기는데, 판례는 요인성설을 취했다(대법원 2008.2.14. 선고 2006다47585판결). 그러나, 2007년 해상편이 개정되면서 제854조가 현행과 같이 신설되었고, 이어 2010년에 화물상환증에 관해서도 제131조가 제854조와 동일한 내용으로 개정되면서 문언성설을 해결기준으로 채택하였다. 그런데, 이 설명은 공권에는 해당하지 않고 운송물의 상위의 경우에 대한 설명으로 보아야 한다. 김정호 교수님도 이제는 채무불이행책임을 부담한다고 한다. 전게서, 353면.

임제한을 인정하지 않기 위하여 화주는 운송인에게 고의 혹은 무모한 행위가 있었음을 입증하여야 한다. 한편, 불법행위책임으로 이론 구성을 하게 되면, 상법 해상편의 규정이 적용이 없게 되고 민법의 일반법리가 적용된다. 따라서 운송인은 책임제한을 아예 원용할 수 없다.

이 점에서 필자는 불법행위책임설을 지지한다.³⁵⁾ 일반 상법교수님들도 화물상환증과 관련하여서도 이제는 상법 해상편의 규정을 상행위편에 가져왔기 때문에 채무불이행책임을 부담한다고 견해를 변경하시는 경향이다. 1991년 상법개정시 헤이그 비스비규칙 제3조 제4항을 참조하여 현재의 추정적 효력과 간주적 효력을 도입한 것은 맞다.³⁶⁾ 그렇지만 공권이 발행된 경우에도 동 조항의 문언증권성을 이용해서 처리한다는 합의가 개정당시에 없었다.³⁷⁾ 여기서 말하는 기재의 효력은 운송물의 상위의 경우와 운송계약이 존재하는 경우에 적용되어야 하고 공권의 경우에는 적용이 없다고 보아야한다.³⁸⁾ 그런데, 또한 1991년 상법개정 후 2007년 상법 개정시 공권에 대하여도 상법 제814조의2(2007년 개정상법 제854조)가 적용된다는 논의를 한 바도 없다. 또한 대법원의 판례는 변화 없이 공권에 대하여 요인증권성을 강조하고 있고 여러 학자들도 공권의 경우에는 불법행위책임을 부담한다고 한다.³⁹⁾⁴⁰⁾

이러한 해석은 소비자에게 책임제한배제사유에 대하여 입증책임을 부담시키지 않기 때문에 화주에게 유리하다고 할 수 있다.⁴¹⁾

VI. 선하증권의 상환성

선하증권은 상환성을 가진다. 운송인은 선하증권과 상환하여서만 운송물을 인도할 의무가 있고, 선하증권의 제시되지 않는 경우에는 운송물의 인도를 거절할 수 있다.⁴²⁾ 이러한 의무에 위반하여

34) 최종현, 전게서, 163면; 김인현, 전게서, 81면.

35) 자세한 내용은 김인현, 해상법연구 II(삼우사, 2008),

36) 최종현, 전게서, 434면.

37) 상법 개정 특별분과위원회 회의록 (III)(법무부, 1990.12)에 따르면 송정관 배병태위원과 송상현 위원 of 다툼이 있다. 271-277면.

38) 동지 Treitel & Reynolds, Carver on Bill of Lading(Thomson Sweet & Maxwell, 2005), p. 33.

39) 여기에 대한 자세한 내용은 김인현, “공선하증권과 손해배상책임(대법원 2005.3.24. 선고 2003다5535판결), 해상법연구 II(삼우사, 2008), 485면 이하를 참고바람.

40) 나카무라 교수도 선하증권의 기재는 동일성을 식별하는 기능도 해야하는 바 공권에는 아예 운송물이 없으므로 (인도청구의 내용을 확정할 수 없음), 기재의 효력을 인정할 수 없고, 일반법에 따른 책임을 부담한다고 한다. 불법행위책임설로 이해된다. 中村·箱井, 海商法(成文堂, 2010), 189면.

41) 김정호 교수님은 요인증권성에 따르면 불법행위책임을 부담하게 되므로 증권의 소지인이 운송인의 고의 과실로 인한 손해발생을 입증하여야하고, 문언증권성을 취할 경우에 제135조를 적용하면 운송인 자신이 무과실의 입증 책임을 부담하게 된다고 한다.

42) 우리 상법의 문장의 구조가 운송인에게 의무를 부과하고 있다고 보기에 무리인 상황도 있다.

운송물을 인도한 운송인은 채무불이행책임 및 불법행위책임을 부담하게된다. 43)

선하증권의 상환성은 선하증권의 소지인을 보호하는 큰 기능을 한다. 선하증권을 소지하고 있기만 하면 이는 인도청구권을 표창하고 있으므로 소지인은 권리를 가지는 것이 된다.44) 배서금지가 있는 기명식 선하증권도 마찬가지로 상환성이 있다.

해상화물운송장(Sea waybill)이 발행된 경우에는 상환성이 없다.

Ⅶ. 운송인특정약관, 선장의 서명, 반환후 발행된 선하증권

1. 선하증권의 운송인특정약관과 선장의 서명

정기용선된 선박의 선하증권의 이면에는 비록 정기용선된 경우라고 하더라도 선박소유자가 운송인이라는 취지의 약관이 들어있다. 이를 운송인 특정약관(identity of carrier)이라고 부른다. 이 약관은 정기용선자가 자신이 운송인이면서도 책임을 선박소유자에게 회피하기 위한 수단으로 보아 이를 무효로 하는 국가도 있다.45) 46)

정기용선자가 운송인임에도 국내에 존재하지 않는 경우에는 선박소유자를 피고로 하는 것이 채권자 보호에 유리한 경우도 있다. 이러한 한도에서 이 약관은 수요자(화주)를 보호하는 선하증권의 내용이라고 볼 수 있다.

선박이 정기용선된 경우에 선장은 선박소유자가 선임 관리 감독하는 자이다. 정기용선계약은 정기용선자의 영업에 동 선박을 활용하기 위한 목적을 가진다(상법 제842조).47) 비록 정기용선자가 운항을 하는 경우에도 실제 선박을 운항하는 현장의 선원은 선박소유자의 피용자들이다. 선장을 대리하여 대리점이 서명한 경우 그 서명은 선박소유자의 대리인으로서 선장이 서명한 것이 되어 선박소유자가 운송인이 되는 경우도 있다.48) 이 규정도 마찬가지로 선박소유자를 직접 피고로 삼는 경우에 활용될 수 있는 내용이다.

이러한 내용은 책임의 주체를 다양화하게 하여 소비자인 화주를 보호하는 기능도 하지만, 법률

43) 운송물 불법인도의 경우에 운송인이 선취보증장을 발급하고 운송물인도를 창고업자나 선장에게 지시한 경우에 운송인의 행위는 고의성이 있기 때문에 포장당 책임제한도 할 수 없다.

44) 신용장 개설은행이 질권자로서 선하증권을 소지하는 것이 가장 좋은 예이다.

45) 미국이 대표적이다. 헤이그규칙 제3조 제8항의 위반으로 무효라고 본다.

46) 우리나라의 고등법원은 1991년 폴사도스 사건에서 이를 당사자사이의 약정으로 보아 제3자인 송하인등 화주에게는 무효라고 판시한 바있다.

47) 정기용선계약은 선박소유자가 용선자에게 선원이 승선한 상태의 선박을 임대하여주는 것이다(상법 제842조).

48) 우리 법에서는 정기용선자를 상법 제850조의 선채용선자(나용선자)와 유사한 지위에 있다고 보아 법률의 규정에 의하여 계약책임의 주체가 된다. 그렇지만, 누가 실제로 운송계약의 주체인 운송인이 되는지는 운임의 수령자, 선하증권의 발행자, 사용된 선하증권의 서식 등을 종합적으로 고려하여야 정하여야 한다.

관계를 불안정하게 하고 예측가능성을 제공하지 못하는 문제점도 동시에 안고 있다.

2. 반환된 후 발행된 선하증권

선하증권의 상환성은 무역거래에서 담보로서 선하증권이 활용될 수 있도록 하고 소지인을 보호하는 중요한 기능을 한다. 그렇지만 운송거리가 가까운 경우(일본, 중국) 선하증권보다 선박이 먼저 도착하는 경우도 있다. 이러한 경우 상환성은 오히려 신속한 거래에 부담이 되기도 한다. 우리 법은 이러한 경우 해상화물운송장의 사용을 예정하고 있다.

그런데, 한국과 일본에서는 실무에서 송하인의 요청에 의하여 운송인이 통상의 선하증권의 전면에서 **Surrendered** 라는 스탬프를 찍은 다음 전면만 수하인에게 팩스로 송부하고 이를 양륙항에서 운송인에게 제시하고 운송물을 수령하는 관행이 생겨났다.

제대로 된 선하증권이 아니고 송하인의 희망사항이 선하증권의 상환성을 배제하는 것이므로 상환성이 없다는 점에는 의문의 여지가 없다.⁴⁹⁾

선하증권의 운송물수령증으로서의 기능은 한다. 왜냐하면 전면의 운송물의 수량 등은 그대로 적힌 상태이기 때문이다.

운송계약서로서의 기능은 일부만 있고 이면에 적힌 내용은 모두 효력이 있는 지가 문제된다. 이면은 수하인에게 팩스로 보내어지는 것이 아니기 때문에 특별한 사정이 없는 한 이면 약관의 내용은 적용이 없다고 보아야 할 것이다(대법원 2006.10.26.선고 2004다27082판결).⁵⁰⁾ 그렇지만, 실제 선하증권이 먼저 발행되었다가 이를 수령한 송하인이 운송인에게 요청하여 **Surrender**로 한 경우이거나 오랜 거래관계에서 동일한 선하증권 서식을 사용한 경우에는 이면의 내용(예컨대, 포장당 책임제한등)을 적용하기로 하는 합의가 있었다고 볼 수 있을 것이다.

이와 같이 **Surrendered** 선하증권은 해상화물운송장과 흡사한 기능을 가진다. 해상화물운송장의 법률관계와 효과는 상법이 규율하고 있으므로 명확하다. 기재사항은 송하인과 운송인 사이에만 추정적인 효력이 있다.

상환성이 없다는 점에서 소비자인 화주들에게 편리성을 제공하기는 하지만 법률관계가 복잡하고 예측가능성을 부여하지 못하기 때문에 처음부터 해상화물운송장을 사용하는 것이 낫다.

49) 상환성이 없기 때문에 소지인에게 운송물을 인도하여야 하는 것이 아니라 선하증권에 수하인으로 표시된 자에게 인도하여야 한다(서울 고등법원 2006.6.13.선고 2005나54366판결).

50) 일본의 동경고등법원 2008.8.27.판결에서 법원은 원선하증권이 발행되지 않았지만, “본건 화물운송은 전면과 이면의 조건에 따른다는 문구가 전면에 있었다”는 점을 근거로 이면약관의 중재약정의 효력을 인정하였다.

VIII. 강행규정 및 약관규제법의 적용

1. 다양한 서면

운송계약에 사용되는 서면은 크게 보아 3가지이다. 일반 계약서, 표준계약서 그리고 약관이다. 운송계약의 당사자들은 계약체결시 운송계약에 합의하고 그 내용을 계약서에 담게 될 것이다.⁵¹⁾⁵²⁾

한편, 당사자들의 거래가 반복되는 경우에는 동일한 서식을 필요로 하게 되므로 정형화를 시도하게 된다. 반복되는 다량의 거래를 위하여 계약내용을 표준화시킨 것을 표준계약서라고 한다. 이것은 관련 당사자들이 모두 모여서 만든 것이기 때문에 계약자유의 원칙이 적용된다고 보아야 한다. 정기용선계약서(NYPE), 선박관리계약서, 항해용선계약서(GENCON) 등이 대표적이다.⁵³⁾

이와 달리 일방당사자인 사업주가 일방적으로 작성하여 사용되는 약관이 있다. 선하증권은 대표적인 약관의 일종이다. 운송계약에 이어서 발행되는 선하증권은 운송인이 일방적으로 작성한 것으로서 운송인만이 서명하고, 선하증권 이면에는 부동산자로 내용이 적혀있어서 송하인이 이를 수정할 길이 없다.

소비자를 보호하기 위한 약관의 규제에 관한 법률(이하 약관규제법)은 약관에만 적용되지 표준계약서에는 적용되지 않는다.⁵⁴⁾

2. 선하증권과 약관규제법

선하증권은 운송인이 일방적으로 작성하여 운송물을 선적한 다음 운송물의 종류와 숫자 등을 적은 다음 운송인이 발행하는 대표적인 부합계약의 일종이다. 그러므로, 소비자인 송하인을 보호할 필요가 있다. 송하인등 화주 보호를 위한 법제도로는 약관규제법이 있다.

약관규제법 제15조에 의하면 몇가지 사항에 대하여는 선하증권에는 적용이 없다.⁵⁵⁾ 이는 우리

51) 2015년 대법원의 설봉호 사건에서 이러한 예가 나타난다. 운송인과 송하인은 구체적인 내용의 운송계약을 체결하고 있다(대법원 2015.11.17.선고 2013다61343판결).

52) 최근 종합물류회사들이 화주와 물류계약을 체결하고 그 실행의 일환으로 운송계약이 개별로 이루어지는 경우가 많이 있다. 이 경우에 일반계약서가 발행된다.

53) 한국해법학회에서 만든 한국표준해사계약서도 이와 같은 성격을 갖는다.

54) 약관인지여부는 대단히 중요한 의미를 갖는다. 설명의무를 사업주가 부담하고 이를 위반한 사업주는 약관의 내용을 주장할 수 없다.

55) 제15조(적용의 제한) 국제적으로 통용되는 약관이나 그 밖에 특별한 사정이 있는 약관으로서 대통령령으로 정하는 경우에는 제7조부터 제14조까지의 규정을 적용하는 것을 조항별 업종별로 제한 할 수 있다.

대통령령 제3조 (적용의 제한)는 아래와 같다.

법 제15조에 따라 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 업종의 약관에 대해서는 법 제7조 부터 제14조까지의 규정을 적용하지 아니한다.

1. 국제적으로 통용되는 운송업

상법에서 특별히 보호받기 때문에 적용을 배제한 것이다. 그러나, 적용이 배제되지 않은 규정(제6조, 고객에게 부당하게 불리한 조항은 무효가 된다)은 여전히 선하증권의 법률관계에 적용된다.

3. 상법의 강행규정의 적용

우리 상법은 운송인의 의무와 책임을 일정하고 정한 다음 이것보다 운송인을 불리하게 하는 당사자의 약정은 무효가 되도록 한다(상법 제799조). 이는 개품운송은 부합계약의 일종이라는 관점의 결과물이다.

따라서, 운송인은 무한대로 책임을 제한하는 약정을 일방적으로 체결하여 송하인등 소비자를 불리하게 할 수 없다. 예컨대, 포장당 책임제한액수를 포장당 666.67SDR보다 낮게 정하는 경우, 손해배상청구에 대한 제척기간을 1년보다 짧게 한 경우는 모두 무효처리가 된다.⁵⁶⁾

IX. 법원의 입장과 기타 소송절차적인 문제

1. 소비자를 보호하는 판결의 예

해상법은 해상기업을 보호하는 많은 제도를 가지고 있다. 대표적인 제도가 운송인의 포장당 책임제한(상법 제797조),⁵⁷⁾ 선박소유자의 책임제한(상법 제769조),⁵⁸⁾ 운송인에게 인정되는 화재면책 및 항해과실면책(상법 제795조 제2항)⁵⁹⁾ 등이다. 우리 상법상 화주를 보호하는 제도는 운송인을 보호하는 제도와 같은 정도가 아니고, 위 운송인 제도들이 그 강도와 빈도에서 높은 편이기 때문에 운송인에게 유리한 입법이라고 볼 수 있다.

이러한 불균형을 바로 잡기 위하여 우리나라 법원은 소비자를 보호하는 관점에서 화주에게 유리한 판결을 많이 만들어왔다.

대표적인 판결로는 (i) 운송인의 포장당 책임제한에서 운송인에게 고의 혹은 무모한 행위가 있었다고 인정한 판결(대법원 2006.10.26. 선고 2004다27082판결), (ii) 포장당 책임제한사건에서 책임

-
- 2. 국제적으로 통용되는 금융업 및 보험업
 - 3. 「무역보험법」에 따른 무역보험

56) 그러나, 최근에는 화주의 협상력이 증대하면서 오히려 운송인이 경제적인 약자에 놓이는 경우도 있기 때문에 새로운 로테르담 규칙에서는 송하인의 의무와 책임도 규정하여 이보다 경감하는 약정은 무효가 되도록 하여 운송인을 보호한다. 결국 운송인과 송하인을 동시에 강행규정으로 보호하게 되었다. 로테르담 규칙 제79조.

57) 국제조약인 헤이그 비스비규칙에서 온 것이다.

58) 국제조약인 선박소유자책임제한조약에서 온 것이다.

59) 국제조약인 헤이그 비스비규칙에서 온 것이다.

제한액수의 계산은 선하증권의 어느 란에 적히든 가장 많은 숫자로 인정한 판결(대법원2004.7.2.선고 2002다44267판결), (iii) 예인선과 피예인선이 결합된 상태에서 선박소유자 책임제한을 구하는 경우 책임제한액수의 산정채택(대법원 1998.3.25.자 97마2758결정), (iv) 창고에서의 운송물불법인도로 인한 손해배상채권은 선박소유자책임제한의 대상이 아니라는 판결(대법원 2014.5.9.자 2014223결정)은 예인선과 피예인선을 각각 산정한 다음 합하는 판결이 대표적이다.

2. 전속적 합의관할

선하증권에는 운송과 관련하여 분쟁이 발생한 경우 운송인의 본점이있는 곳의 법원에 소송이 전속적으로 제기되어야 한다는 약정이 있다.⁶⁰⁾ 통상의 소는 피고의 주소지에서 제기되고 보통재판적은 피고의 주소지를 관할하는 법원이 가지는 것(민사소송법 제2조)과 비교하여 화주에게 불리한 점이 있다.

예컨대, 일본 동경지방법원을 전속적 관할지로 합의한 경우에 우리나라 화주가 서울중앙지방법원에 소를 제기한 경우 우리나라 법원이 이를 관할합의위반으로 인정하여 각하할 것인가가 문제된다.⁶¹⁾ 영국과 같은 경우에는 영국법원과 아무런 관련이 없는 경우에도 전속적 합의관할의 효력을 인정한다. 우리나라는 관할을 가지는 국가의 법원이 본 사건과 일정한 관련성이 있을 경우에만 관할 항변을 인정하는 국가이다.⁶²⁾ 영국은 일반적으로 관할 합의에 대하여 계약자유의 원칙을 인정하고, 심지어 계약의 내용이 선택된 법정과 관련이 없는 경우에도 이를 인정한다.⁶³⁾

3. 보전처분 등 강제집행

우리나라는 영국, 싱가포르, 중국, 홍콩 등에 비하여 채권자인 화주가 자신의 채권을 확보하기 위한 보전처분을 아주 쉽게 인정하는 국가이다. 해사채권이 아닌 일반 채권에 의하여도 채무자의 선박에 대하여도 가압류가 가능하다.⁶⁴⁾ 영국법계의 국가에서는 해사채권에 기하여만 압류가 가능하

60) 예컨대, 일본 운송인이 동경지방법원을 전속적 합의관할지로 선택하는 경우에 한국의 화주는 일본에서 소송을 제기하여야 하는 불리함이 있다.

61) 국제사법 제2조에서 법원은 당사자 또는 분쟁이 된 사안이 대한민국과 실질적 관련이 있는 경우에 국제재판관할권을 가진다(제1항). 이 경우 법원은 실질적 관련성의 유무를 판단함에 있어 국제재판관할 배분의 이념에 부합하는 합리적인 원칙에 따라야 한다.

62) 대법원은 외국법원이 재판관할권을 가지기 위하여는 (i) 당해 사건이 대한민국법원의 전속관할에 속하지 아니할 것 (ii) 지정된 외국법원이 그 외국법상 당해사건에 대하여 관할권을 가질 것 (iii) 당해 사건이 그 외국법원에 대하여 합리적인 관련성을 가질 것 (iv) 전속적인 관할 합의가 현저하게 불합리하고 불공정하여 공서양속에 반하지 아니할 것을 요구하고 있다(대법원 2004.3.25.서고 2001다53349판결).

63) J. Wilson, *Carriage of Goods by Sea*(2004), p. 305.

64) 이에 대한 자세한 내용은 김인현, 선박압류/가압류에 대한 비교법적 연구, 한국해법학회지 제36권 제2호(2014. 11), 77면 이하를 참고바람.

다. 이러한 점에서는 화주에게 유리하다.

우리나라에서 외국적 요소가 있는 선박우선평권은 선적국법에 의한다(국제사법 제60조). 편의적하에서 그 선적국의 선박우선평권법이 어떠한지 모르는 경우도 많다. 이에 비하여 중국과 일본은 법정지법을 적용하여 내용을 알기 쉬운 장점이 있다. 우리 법원은 선박우선평권의 행사가 가능한 경우에는 선박가압류가 허용되지 않는다고 판시한 바있다(대법원 1976.6.24.자 76마195결정;1988.11.22선고87다카1671판결.⁶⁵) 이와 같은 내용은 선하증권을 소지한 화주가 손해배상청구를 할 경우 예측가능성을 부여하지 못하고 권리구제에 불리하다. 수정이 필요한 부분이다.⁶⁶

X. 결론

이상에서 살펴본 바와 같이 선하증권은 소비자인 화주를 보호하고 예측가능성을 부여하여 상거래를 활성화시키기 위하여 사용된다. 선하증권의 물권적 효력은 양도인이 지명채권의 양도방식을 취하지 않아도 되도록 한다. 채권적 효력은 선하증권 소지인에게 기재사항에 대하여 증명책임을 완하하도록 하여 보호된다. 선하증권의 부합계약성도 상법의 강행규정에 의하여 소비자인 화주는 보호된다.

법원도 상법 해상편이 운송인에게 유리한 법체제라는 기본적인 인식하에서 화주에게 유리한 판결을 내어놓고 있다.

선하증권이면의 운송인특정약관, 전속적 합의관할, 선박우선평권제도의 불확실성은 운송계약당사자들에게 예측가능성을 부여하지 못하기 때문에 법제도의 수정이 필요하다.

상행위법의 이념에서 가장 중요한 것은 예측가능성이라고 본다. 상법에는 운송인을 보호하고 송하인을 보호하는 제도들이 공존한다. 이러한 보호제도들의 균형잡인 발전도 중요하지만, 상거래의 당사자들에게 예측가능성을 부여하여 상거래가 더 많이 편리하게 이루어지도록 하는 방향으로 법제도가 운영되어야 할 것이다.

65) 자세한 내용은 정해덕, 선박집행에 관한 연구(경희대학교 법학박사학위논문, 200), 95-97면을 참고바람.

66) 동지, 정해덕 전계 학위논문, 97면.

사단법인 한국유통법학회 정관

제정 2013. 9. 14.

제 1 장 총 칙

제1조(명칭) 본회의 명칭은 사단법인 한국유통법학회(Korea Distribution Law Association : KDLA)라 한다.

제2조(사무소) 본회의 주된 사무소는 서울특별시에 두며, 필요시 지부를 둘 수 있다.

제 2 장 목적 및 사업

제3조(목적) 본회는 유통에 관한 국내외 법제를 연구하고 관련 산학간의 교류를 강화함으로써 유통 법제의 합리화와 회원 상호간의 친목을 도모하고 유통인력의 계발 및 유통산업의 발전에 기여함을 목적으로 한다.

제4조(사업) 본회는 그 목적을 달성하기 위하여 다음 각 호의 사업을 수행한다.

1. 연구발표회 및 학술강연회의 개최
2. 학회지 기타 도서의 간행, 출판
3. 유통관련 법제와 정책에 관한 관계기관과의 정보교류와 협조 및 의견 제시
4. 회원 상호간 및 유관기관이나 단체와의 친목 도모
5. 그밖에 이사회에서 필요하다고 인정하는 사업

제 3 장 회 원

제5조(회원의 자격) 본회의 회원은 유통관련 법제와 정책을 연구·교육하거나 관련 법률실무에 종사하는 자, 유통기업 및 그 임직원 또는 본회의 목적과 사업에 찬동하는 개인 및 법인으로서의 요건을 갖추어야 한다.

제6조(회원의 구분) 회원은 일반회원, 특별회원 및 법인회원으로 구분한다.

- ① 일반회원은 유통법 및 유통관련 법령의 연구에 종사하는 자로서 이사회에 가입승인을 받은 자로 한다.
- ② 특별회원은 유통기업에 종사하거나 유통에 관한 법률사무에 종사하는 자로서 이사회에 가입승인을 받은 자로 한다.
- ③ 법인회원은 본회의 목적에 찬동하는 법인 또는 단체나 기업으로서 이사회에 승인을 얻은 사회적 실체(entity)로 한다.

제7조(회원의 권리와 의무) 회원은 권리와 의무는 다음과 같다.

- ① 회원은 본회의 운영에 참여할 권리가 있다.
- ② 회원은 회비를 납입하고 본회의 사업에 협력할 의무를 부담한다.
- ③ 회원은 건전한 상식과 예절 및 원만한 품성을 유지하여야 한다.

제8조(회원의 제명) 회원의 제명 사유와 절차는 다음과 같다.

- ① 회원이 제7조 제2항의 의무를 위반하거나 부적절한 언행으로 본회의 명예를 손상하거나 손상할 우려가 있는 경우에는 이사회와 총회의 결의를 거쳐 제명할 수 있다.
- ② 회장은 전항의 이사회 의결일로부터 1월 이내에 총회를 소집하기 어려울 경우에는 곧바로 제명되었음을 선언할 수 있다. 다만, 이 경우 제명된 자는 차기 총회에 제명 안을 상정하여 표결할 것을 요구할 수 있다.

제 4 장 임 원

제9조(임원)

- ① 본회의 운영을 위하여 회장 1인과 약간 명의 부회장, 이사 및 감사를 둔다.
- ② 회장, 부회장, 등기이사 및 감사는 총회에서 선출한다. 다만, 총회는 부회장의 선임에 회장에 게 위임할 수 있다.
- ③ 상임이사는 이사 중에서 회장이 임명한다. 회장은 (상임)이사의 임면에 관하여 부회장과 감사에게 의견을 구할 수 있다. 감사는 부회장이나 이사의 비행을 확인한 경우에는 회장에게 그 해임을 건의할 수 있다.
- ④ 직전 회장은 후임 회장의 재직기간 동안 명예회장으로 봉사하며, 회장단 회의나 (상임)이사회에 참석하여 의견을 개진할 수 있다.

제10조(회장) 회장의 업무에 관한 사항은 다음과 같다.

- ① 회장은 본회를 대표하며, 회무를 총괄한다.
- ② 회장은 (상임)이사를 임면하고 (상임)이사회 및 총회의 의장이 된다.
- ③ 회장은 특정한 부회장이나 상임이사에게 업무의 일부를 위임할 수 있다.
- ④ 회장의 유고시에는 등기이사가 직무대행자를 선임한다. 유고사태가 장기화될 경우에는 제9조의 규정에 따라 새로 회장을 선임한다. 이 경우 선임된 회장은 전임자의 잔여 임기 동안 재직한다.

제11조(고문) 본회는 약간 명의 고문을 둘 수 있다.

- ① 회장은 본회발전에 기여할 수 있는 능력과 명망을 갖춘 분을 이사회의 의결을 거쳐 고문으로 위촉한다.
- ② 고문은 위촉한 회장과 동일한 기간 동안 재직한다.
- ③ 제2항의 규정에 불구하고 후임 회장은 해당 인사를 고문으로 재위촉할 수 있다.

제12조(임원의 임기) 임원의 임기는 다음과 같다.

- ① 회장, 부회장, 상임이사 및 등기이사의 임기는 2년으로 하며, 연임할 수 있다.
- ② 감사의 임기는 2년으로 하며, 1회에 한하여 연임할 수 있다.

제13조(감사) 감사의 업무와 권한은 다음과 같다.

- ① 감사는 이사회 및 상임이사회에 참석할 수 있고 본회의 업무와 회계를 감사한다.
- ② 감사는 감사 결과를 총회에 보고한다.
- ③ 감사는 본회의 운영에 중대한 문제가 있는 경우에는 회장에게 총회의 소집을 요구할 수 있다. 이 경우 회장이 1월내에 총회를 소집하지 아니하면 직접 총회를 소집할 수 있다.

제 5 장 총 회

제14조(총회의 구성) 총회의 구분은 다음과 같다.

- ① 총회는 정기총회와 임시총회로 구분하며 회장이 이를 소집한다.
- ② 정기총회는 매년 1회 개최한다.
- ③ 임시총회는 이사회, 정회원 3분의 1이상 또는 감사의 요구가 있을 때에 회장이 소집한다.

- ④ 총회의 소집은 회장이 회의 안건, 개최일시 및 장소를 명기하여 개최 7일 전까지 문서 기타 이에 준하는 방법으로 각 회원에게 통지하여야 한다.

제15조(총회의 정족수)

- ① 총회는 출석회원 과반수의 찬성으로 의결한다. 다만, 가부동수인 경우에는 의장이 결정한다.
- ② 제1항의 규정에 의한 의결권은 총회에 참석하는 다른 회원에게 서면으로 위임할 수 있다. 이 경우 위임장을 회의 개시 전까지 회장에게 제출하여야 한다.

제16조(총회의 의결사항) 총회의 의결사항은 다음과 같다.

- 1. 임원선출에 관한 사항
- 2. 본회의 해산 및 정관변경에 관한 사항
- 3. 재산의 처분, 매도, 증여, 담보, 대여, 취득, 기채 등
- 4. 예산 및 결산의 승인
- 5. 사업계획의 승인
- 6. 기타 본회의 운영에 필요한 중요사항

제17조(총회의결 제척사항) 회원이 다음 각 호의 1에 해당된 때에는 그 의결에 참여하지 못한다.

- 1. 임원의 취임 및 해임에 있어서 그 자신에 관한 사항을 의결할 때
- 2. 금전이나 재산의 수수를 수반하는 사항으로 회원 자신과 본회의 이해가 상반될 때

제 6 장 이사회

제18조(이사회) 이사회의 구성 및 운영은 다음과 같다.

- ① 이사회는 회장, 부회장, 이사로 구성되며, 본회의 주요 업무를 결정한다.
- ② 회장은 긴급한 경우를 제외하고는 회의 개시 3일전에 통지하고 이사회를 소집한다. 회장의 유고시에는 부회장 중 1인이 위와 같은 절차에 따라 소집할 수 있다.
- ③ 이사회는 재적이사 과반수의 출석(중요사항은 3분의 2 출석)으로 개의하고, 출석이사 과반수의 찬성으로 의결한다. 다만, 가부동수인 경우에는 의장이 결정한다.
- ④ 회장은 업무처리의 간이 신속을 위하여 제1항의 이사회 소관사항을 상임이사회에서 결정하게 할 수 있다.

제19조(상임이사회) 상임이사회의 구성 및 운영은 다음과 같다.

- ① 상임이사회는 회장, 부회장 및 상임이사로 구성되며 본회의 상무를 수행한다.
- ② 상임이사회는 필요한 경우 그 업무를 특정한 이사에게 위임할 수 있다.
- ③ 상임이사회는 출석한 자 과반수의 찬성으로 의결한다.
- ④ 회장이 제18조 제4항에 의해 상임위원회를 소집할 경우, 해당 상임위원회의 소집과 의결방법 및 의결사항에 관하여는 전조의 규정을 준용한다. 이 경우 상임이사회에서 결정한 사항은 이사회에서 결정한 것으로 본다.

제 7 장 재 정

제20조(회계년도) 본회의 사업연도는 매년 1월 1일부터 12월 31일까지로 한다.

제21조(수입) 본회의 수입에 관한 사항은 다음과 같다.

- ① 본회의 운영을 위한 재원은 회원의 입회금, 회비, 찬조금, 기타의 수입으로 한다.
- ② 입회비 및 회비는 이사회에서 정하며, 이 경우 회원별로 차등을 둘 수 있다.

제 8 장 보 칙

제22조(이사회규칙) 이사회는 본 정관규정에 반하지 않는 범위에서 본 회의 운영에 관하여 필요한 규칙을 제정할 수 있다.

제23조(정관변경)

- ① 회장 또는 이사회는 정관의 변경을 발의할 수 있다.
- ② 발의된 정관은 출석회원 3분의 2이상의 찬성으로 변경할 수 있다.
- ③ 정관의 변경은 주무관청에 신고하여 허가를 얻지 아니하면 효력이 없다.

제24조(해산, 잔여재산의 처분) 본 학회의 해산과 잔여재산의 처분은 다음과 같다.

- ① 본 학회는 민법 제77조 및 제78조의 규정에 의하여 해산한다.
- ② 이사 또는 청산인은 본 학회가 해산한 때에는 잔여재산을 총회의 결의와 주무관청의 허가를 얻어 본 학회의 목적에 유사한 목적을 위하여 처분할 수 있다.

③ 제2항의 규정에 의하여 처분되지 아니한 재산은 국고에 귀속한다.

제25조(회의록 등)

- ① 총회에 참석한 사원은 각자 의결권을 행사한다.
- ② 위 제1항과 관련된 총회의사록이나 결의서에 관한 공증업무의 효율성을 제고시키기 위하여 회의에 출석한 의결권자 전원은 회의록 공증업무에 관한 권리를 등기이사 전원에게 위임한다.
- ③ 등기이사는 위 제2항에 따른 공증업무를 수행함에 있어서 제1항의 결의사항을 변경 할 수 없다.

제26조(통지) 본회의 운영과 관련된 통지는 그 내용의 진정성과 도달 여부를 확인할 수 있는 한 우편통지 외에 전화나 전송, 기타 전자적 방법으로 할 수 있다.

제27조(산하조직) 본회는 연구분야의 전문화 필요성 등에 따라 산하조직을 둘 수 있다.

제28조(사업보고) 익년도 사업계획서 및 예산서와 당해 연도 사업실적서 및 수지결산서는 회계연도 종료 후 2월 이내에 주무관청에게 보고하여야 한다. 이 경우에 재산목록과 업무현황 및 감사결과보고서도 함께 제출하여야 한다.

부 칙

- 1. 이 정관은 주무관청의 승인일로부터 시행한다.

◎ 사단법인 한국유통법학회 회원 가입 안내 ◎

1. 본 학회에 가입을 희망하시는 분은 첨부한 <가입신청서>를 작성하여 저희 학회로 송부해 주시기 바랍니다.
2. 본 학회는 정관에 의거 다음과 같은 3종류의 회원제도를 두고 있습니다.
 - ① 일반회원 : 유통법, 공정거래법 및 상거래법의 연구에 종사하는 자로서 이사회의 가입승인을 받은 자
 - ② 특별회원 : 유통기업에 종사하거나 유통에 관한 법률사무에 종사하는 자로서 이사회의 가입승인을 받은 자
 - ③ 법인회원 : 본회의 목적에 찬동하는 법인 또는 단체나 기업으로서 이사회의 승인을 받은 사회적 실체(entity)
3. 가입이 승인된 회원은 다음에 해당하는 연회비를 납부하셔야 합니다.
 - ① 일반회원 : 5만원
 - ② 특별회원 : 10만원
 - ③ 법인회원 : ㉠ 대기업(매출 1조 이상) 300만원, ㉡ 대기업이 회원인 협회 300만원
㉢ 기타 법인회원 200만원
 - ④ 회장, 부회장, 감사 및 이사는 이사회에서 별도로 정하는 금액

▣ 아 래 ▣

- ◎ 입금계좌 : (사)한국유통법학회
하나은행 391-910012-34204
- ◎ 학회사무실 : 서울시 성북구 안암로 145 고려대학교 법학전문대학원 신법학관 414호(회 장)
인천시 연수구 아카데미로 119 인천대학교 법과대학 522호 문상일교수연구실(총무이사)
- ◎ 전 화 : (총무이사 문상일) Mobile 010-5460-9732/ TEL 032-835-8329
(총무간사 이혁 : Mobile 010-9634-0506, 김은주 : Mobile 010-4999-2699)
TEL 02-3290-1904
- ◎ Fax : 02-523-0600
- ◎ E-mail : kdla2013@daum.net
- ◎ 홈페이지 : www.distributionlaw.or.kr
- ※ 가입신청서 송부처 : 학회사무실, Fax 또는 E-mail 중 편하신 방법.

(사)한국유통법학회 회장 최영홍

일반회원 가입신청서

성 명	국 문		생년월일	
	영 문		성 별	
근무처	직장명			
	직 위			
	주 소			
	연락처	휴대폰 :	직장	
	E-Mail			
학 력	학 사	취득연도 :	대학교 :	
	석 사	취득연도 :	대학교 :	
	박 사	취득연도 :	대학교 :	
박사학위 논문제목				
주요경력				
관심분야				
기부자 인적사항	※기부금 영수증 필요 여부	필요()		불필요()
	주 소			
<p>본인은 (사)한국유통법학회의 설립취지와 목적에 동의하여 일반회원으로 가입하고자 신청합니다.</p> <p style="text-align: right;">년 월 일</p> <p style="text-align: center; font-size: 1.2em;">(사)한국유통법 학회장 귀하</p>				

※ 「기부금 영수증」 상 주민번호를 본인이 직접 기입하시기 바랍니다.

특별회원 가입신청서

성 명	한 글		생년월일	
	영 문		성 별	
근무처	직장명			
	직 위			
	주 소			
	연락처	휴대폰 :	직장 :	
	E-Mail			
학 력	학 사	취득연도 :	대학교 :	
	석 사	취득연도 :	대학교 :	
	박 사	취득연도 :	대학교 :	
박사학위 논문제목				
주요경력				
관심분야				
※기부자 인적사항	※기부금 영수증 필요 여부	필요()		불필요()
	주 소			
<p>본인은 (사)한국유통법학회의 설립취지와 목적에 동의하여 특별회원으로 가입하고자 신청합니다.</p> <p style="text-align: right;">년 월 일</p> <p style="text-align: center; font-size: 1.2em;">(사)한국유통법 학회장 귀하</p>				

※ 「기부금 영수증」 상 주민번호를 본인이 직접 기입하시기 바랍니다.

법인회원 가입신청서

법 인 명	한 글		
	영 문		
사업자 등록번호			
업 종			
주소(소재지)			
대 표 자	성 명		
	연락처		(Fax)
	E-Mail		
대 표 참여회원 (복수기재 가능)	성 명		
	직 위		
	연락처	(핸드폰)	(핸드폰)
		(직장)	(직장)
E-Mail			
법인연혁 및 관심분야			

본 _____ 은(는)
 (사)한국유통법학회의 설립취지와 목적에 동의하여
 법인회원으로 가입하고자 신청합니다.

년 월 일

(사)한국유통법학회장 귀하

