총도교체

□ 행사목적

o 문화 콘텐츠 관련 사업자와 이용자에게 콘텐츠 산업의 불공정거래 실태를 알리고 이를 개선하기 위한 제도 마련에 있어 학계 및 법조계의 인식을 제고하고자 함

□ 행사개요

o 일시 : 2012년 4월 25일(수) 13:00~18:00
o 장소 : 코엑스 E1홀
o 주최 : 문화체육관광부
o 주관 : 한국콘텐츠진흥원, 한국스포츠엔터테인먼트법학회
o 참석 : 콘텐츠 유관기관, 소비자보호 기구, 대학 등 관련단체, 일반인 100명

ㅁ행사일정

시간	내용	세부내용	비고
12:30 ~13:00	등 록	등록 및 자료 배부	
사회: 유주선 (학회 총무이사, 강남대 교수)			
13:00 ~13:30	개회사	연기영 (한국스포츠엔터테인먼트법학회 회장)	
	축사	김한곤 (한국콘텐츠진흥원 부원장)	
		성낙인 (한국법학교수회 회장, 콘텐츠분쟁조정위원회 위원장)	
【제1부】 좌장: 장재옥 (중앙대 교수)			
13:30 ~14:20	"방송콘텐츠 공급제작계약의 계약법 및 경쟁법적 쟁점" - 독립제작사의 종합편성채널 불공정거래 비판 성명과 관련하여 - 발표 : 이재경 (건국대 교수) - 토론 : 윤석찬 (부산대 교수), 오현석 (대한상사중재원 팀장)		발표30분, 토론20분

14:20 ~15:10	"온라인게임에 관한 법제와 약관의 개선방안" - 이용자의 규제를 중심으로 - - 발표 : 정해상 (단국대 교수) - 토론 : 이재목 (충북대 교수), 김성곤 (한국게임산업협회 국장)		발표30분, 토론20분
15:10 ~15:20	Q & A		
15:20 ~15:40	휴식		
【제2부】		좌장: 홍춘의 (전북대 교수)	
15:40 ~16:30	제3부	"모바일 오픈마켓에서 공정거래 질서확립 및 이용자보호" - 발표 : 고형석 (선문대 교수) - 토론 : 오석웅 (청주대 교수), 박삼수(SK 플래닛 매니저)	발표30분, 토론20분
16:30 ~17:20	제4부	"온라인 겜블링의 규제와 경쟁" - Sports Betting을 중심으로 - - 발표 : 황태희 (성신여대 교수), - 토론 : 윤태영 (아주대 교수), 이권호 (법무법인 더펌 변호사)	발표30분, 토론20분
17:20 ~17:30	Q & A		
17:30	폐회		
18:00 ~	만찬		

방송콘텐츠 공급제작계약의 계약법 및 경쟁법적 쟁점

- 독립제작사의 종합편성채널 불공정거래 비판 성명과 관련하여 -

이 재 경(건국대 법학전문대학원 교수, 변호사)

방송콘텐츠 공급제작계약의 계약법 및 경쟁법적 쟁점[1)]

- 독립제작사의 종합편성채널 불공정거래 비판 성명과 관련하여

이 재 경(건국대 법학전문대학원 교수, 변호사)

〈차 례〉

Ⅰ. 서론
Ⅱ. 우리나라의 외주 정책 개관
Ⅲ. 방송콘텐츠 공급제작계약에 대한 법률적인 고찰
Ⅳ. 외국의 실례
Ⅴ. 개선 방안
Ⅵ. 결론

국문초록

독립제작사들이 최근 종합편성채널들의 외주제작프로그램 불공정 거래에 강력 반발하면서, 개선 촉구 성명을 발표하였다. 적절한 피해보상이 이뤄지지 않을 경우 집단 제작거부도 불사하겠다는 입장을 발표하면서, 제작사와 방송사 사이의 불공정거래 문제가 다시 수면위로 불거졌다. 방송 프로그램의 저작권은 제작 과정에서의 창작에 대한 기여도, 투자 비율, 계약 조건 등을 고려해 정하는 것이 저작권법의 원칙임에도 불구하고, 방송사가 프로그램에 대한 모든 권리를 양도받는 계약 관행을 고집해온 것을 비롯하여, 프로그램 제작계약상 많은 조항들이 방송사에게 일방적으로 유리하게 규정된 경우가 많았다. 종편사를 포함하여 지상파 등 방송사와의 관계에서 독립제작사가 직면하고 있는 불공정거래의 문제는 21세기 콘텐츠 강국을 표방하는 우리나라의 입장에서 반드시 해결하고 넘어가야 할 장벽임에 틀림없다.

방송사의 프로그램 판권 독식 및 불공정한 조건의 계약 관행은 외주 제작사가 성장하는 데 걸림돌이 된다. 한류 바람이 일어났을 때도 드라마 판권 기타 권리 대부분이 방송사에게 귀속되었기 때문에, 드라마를 직접 만든 외주 제작사는 이익을 보지 못하였으며, 아직도 불공정 관행은 고쳐지지 않고 있다. 여전히 외주제작사들은 안정적인 수익구조를 갖추지 못한 채, 방송사의 제작비 지원에 기대고 있는 열악한 실정이다. 방송사도 방송 콘텐츠 판매 저작권을 독점하는 등 외주 제작사와 불공정 계약을 맺고 있다. 결국 외주 제작사는 성장하지 못하는 악순환이 계속될 수 밖에 없기 때문에 이러한 악습과 폐해를 끊고, 독립제작사들이 독립적으로 운영되고 성장할 수 있는 기틀이 마련되어야 한다.

따라서, 더 늦기 전에 i) 계약금 등 선급금의 지급을 지체하는 악습, ii) 프로그램 제작 계약을 제작 이전이 아니라, 방영을 개시 또는 심지어 종료한 이후 체결하는 관행, iii) 당초 계약에서 약정한 횟수보다 조기 종영하는 횡포, iv) 방송권 외에 유통권까지 포함시키는 폐해 등을 포함한 불공정한 조항들이 반드시 개선되어야 하며, 이러한 개선 사항들을 관계부처의 표준계약서, 가이드라인, 행정지도 등을 통하여 방송업계의 계약 실무에 적극적으로 반영시켜야 할 것이다.

1) 이 논문은 2012. 4. 25. 콘텐츠진흥원 주관 학술대회의 주제 발표문으로서 학회지에 정식 논문으로 발간되기 전까지는 어떠한 형태의 인용을 불허합니다.

I. 서론

2012. 3. 13. 130여 개 프로그램 제작사가 소속된 사단법인 독립제작사협회가 보도자료를 통하여 종합편성채널(이하, “종편사”)이 제작과 방송 중인 외주 프로그램 공급을 갑자기 중단하거나 불공정한 계약을 일삼고 있다"고 비판하면서 대책마련을 촉구했다. 이들은 종편사의 횡포 사례로서 기본적인 계약도 없이 먼저 프로그램을 제작하게 유도한 후 제작비용을 지급하지 않는 행위, 제작비의 일방적 삭감과 편성 수시 변경, 협찬금의 불공정한 분배, 외주사 프로그램 포맷의 무단 사용 등을 꼽았다. 그리하여, "종편사가 자신들의 시행착오에 따른 피해를 떠넘기면서 제작에 참여한 독립제작사들이 존폐의 갈림길에 서게 됐다"고 주장했다. 이와 함께, 위 협회는 해결 대책으로 손해 보상과 공정 거래 질서 확립을 요구하며 "요구가 받아들여지지 않으면 집단 피해소송을 비롯해 제작거부까지 불사할 것"이라고 경고했다.[1)]

이는 단순히 종편사와 외주제작사만의 문제가 아니다. 프로그램 제작 관련 불공정 거래는 지상파 또는 케이블방송사와의 관계에서 더 고질적인 병폐 현상으로 자리잡고 있었으며, 아직도 고쳐지지 않고 있는 실정이다. 2007년 방송콘텐츠 외주제작단체들은 당시 방송사와 제작사 간 불공정한 제작 관행을 청산하자는 '방송콘텐츠 제작단체 저작권 독립선언'을 하기도 했으며, 2008년에는 (사)한국드라마제작협회 소속 25개 드라마 제작사들이 드라마 저작권에 대한 불공정거래 등을 내세우면서 지상파 방송 3사를 공정 거래법 위반 혐의로 공장거래위원회(이하, “공정위”)에 신고했으며, (사)독립제작사협회도 이를 절대적으로 지지하는 성명을 냈다. 비록, 공정위는 위 사건에 대하여, “통상적인 거래 관행이 없고, 드라마별로 저작권에 기여한 정도가 다르고, 저작권 양도의 대가가 달라 공정거래법에 위반된다고 볼 수 없다”라는 근거로[2)], 방송사에게 공정거래법 위반 혐의가 없다는 취지의 결정을 내렸다.[3)]

종편사를 포함하여 지상파 등 방송사와의 관계에서 독립제작사가 직면하고 있는 불공정거래의 문제는 21세기 콘텐츠 강국을 표방하는 우리나라의 입장에서 반드시 해결하고 넘어가야 할 장벽임에 틀림없다. 이하, 방송콘텐츠 관련 계약에 대한 계약법적, 경쟁법(공정거래법)적인 고찰을 통하여, 지상파, 종편사 등 방송사와의 관계에서 독립제작사가 처하고 있는 불공정거래 관련 문제점 및 개선책을 살펴본다.

---

1) 연합뉴스, 2012. 3. 14.자
2) 2008비경1579, 1580, 1581
3) 다만, 시청률이 낮을 경우, 방송사가 일방적으로 방영을 중단할 수 있다는 등 일부 불공정한 조항에 대하여는 삭제 또는 합리적으로 개선하도록 하는 시정명령을 내렸다. 머니투데이 2008. 8.21.자

II. 우리나라 외주정책 개관

1. 외주정책의 내용

우리나라는 1990년 8월 의결된 방송법에 의하여, 시장개방에 따른 OECD, 우루과이 라운드를 통하여 방송영상시장 개방에 대비하여 국내 영상산업을 육성하고 이에 적극적으로 대처하기 위한 방안으로 외주정책이 만들어졌다. 프로그램 제작, 유통에 대한 지상파 3사(KBS, MBC, SBS)의 수직적인 통합구조 하에서의 방송정책은 공익성에는 부합할 수 있어도, 산업적 측면과 소비자 권리가 강조되는 다매체 환경에는 적합하지 않았기 때문에, 지상파의 독점 지배력을 완화시켜 수요시장의 질적 균형을 도모하기 위하는 것이 주요한 목적이었다.[4)]

방송법 제72조의 "외주제작 방송프로그램의 편성" 규정에 따르면, 외주제작 방송프로그램이란, "당해 방송사업자가 아닌 자가 제작한 프로그램(영화 제외)"라고 정의하고 있으며, 방송사업자는 ii) 당해 채널의 전체 방송 프로그램 중 국내에서 방송사업자가 아닌 자가 제작한 방송프로그램을 대통령령이 정하는 바에 따라 일정한 비율 이상 편성해야 하며, ii) 방송사업자는 외주제작 방송 프로그램을 편성하는데 있어 특수관계자가 제작한 방송프로그램을 대통령령이 정하는 바에 따라 일정한 비율 이상을 초과하지 아니하도록 편성해야 하고, iii) 종합편성을 행하는 방송사업자는 외주제작 방송프로그램을 주시청시간대에 대통령령이 정하는 바에 따라 일정한 비율 이상을 편성해야 한다. 또한, 외주제작 방송프로그램의 편성비율은 방송매체와 방송분야별 특성을 고려하여 차등을 둘 수 있다고 규정하고 있다. 그렇기 때문에 현재 지상파방송사의 프로그램 편성에서 영화를 제외한 외주제작물을 매월 전체 방송시간의 40% 이내에서 방송통신위원회(이하, "방통위")가 고시하는 비율 이상을 편성해야 하며, 지상파의 특수관계자가 제작한 프로그램은 30% 범위 내에서 방통위가 고시하는 비율을 초과해서 방영할 수 없다. 종편사의 경우, 외주제작 프로그램을 매월 주시청시간대 방송시간의 15% 이내에서 방통위가 고시하는 비율 이상을 편성해야 한다.[5)]

---

4) 나낙균, "방송영상 저작권", 인제대학교 출판부, 2010년, 31면.
5) 방송법 시행령 제58조.

2. 외주제작의 방식

방송프로그램의 제작방식은 크게 프로그램을 제작하는 제작주체에 따라 자체제작과 외주제작으로 나뉜다. “자체제작”이란 방송사 자체의 인력.시설.장비를 이용하여 방송사가 직접 프로그램을 기획.제작하는 것을 가리키며 “외주제작”이란 일반적으로 해당 방송국이 아닌 외부의 방송 프로그램 제작사가 프로그램을 기획.제작하는 것을 말한다. 경우에 따라서는 방송사와 제작 업무를 나누기도 하고 지원을 받기도 하는데 특히 방송사 내에 전문 인력이나 기술, 장비 등을 지원받기도 한다.[6] 다시 외주제작의 형태는 그 제작방법에 따라 완전외주제작, 부분외주제작, 공동제작, 외주 제작물 구매 등으로 나눌 수 있는데, “완전외주제작”이란 방송사가 계약에 따라 제작비 전액을 지급하고 제작사가 자체의 인력.시설.장비를 직접 사용하거나 임대하여 프로그램을 제작, 납품하는 외주제작을 말한다. 방송사가 계약에 따라 제작사에 방송사의 인력.시설.장비의 일부를 이용케 하고, 제작비 중 관련항목 비용을 절감하는 형태의 외주제작은 “부분외주제작”이며, 방송사와 제작사가 일정 비율의 제작비를 분담하거나, 인력.시설.장비 또는 제작 업무를 분담하는 넓은 의미의 외주제작이 “공동제작”이다[7]. 그리고 ‘외주제작물 구매’란 제작사가 자체 기획하여, 제작이 완료된 프로그램을 일정한 금액과 조건으로 구입하는 방식을 말한다.[8]

이처럼 우리나라 방송프로그램의 외주제작은 일반적으로 “부분외주제작”으로, 작가와 계약한 외주제작사가 방송사의 연출과 방송사의 시스템을 이용해서 만드는 방식과 지상파 방송사 출신의 연출자와 계약한 외주제작사가 방송사의 시스템을 이용하여 만드는 방식이 대부분이다. 최근에는 외주제작사가 방송사의 편성을 확정하지 않은 채 사전 제작하여 방송사에 프로그램을 공급하는 완전외주제작도 나타나고 있는 상황이다. 즉, 외형적으로는 독립제작사가 프로그램의 기획과 제작을 맡고 있는 형식을 취하고 있으나, 실질적으로는 방송사가 대부분의 과정을 통제, 관리하는 경우가 많은 공동제작 또는 위탁제작 형태가 다수를 차지하는 것이다. 그리하여, 드리마 “비천무”, “태왕사신기” 등처럼 완전 외주형으로 제작된 경우보다 “내조의 여왕”, “자명고”, “선덕여왕”처럼 공동제작이나 위탁제작의 형태가 더 많았던 것이다.

이것은 대부분의 국내 독립제작사의 연한이 짧고, 규모가 영세하다는 점에서도 그 이유를 찾을 수 있는데, 자본이나 인력 조달이 용이하지 아니한 독립제작사는 시장실패의 가능성이 높은 드라마보다는 교양, 다큐멘터리, 애니메이션 분야에 집중할 수 밖에

6) 김진웅,「외주제작의 증가로 인한 방송사 드라마 제작 실태 변화연구」, 2006, 제15면
7) 정진명, “계약법과 저작권법의 충돌 - 방송물제작계약에 있어서 저작물에 대한 권리귀속을 중심으로”, 민사법학 제38호, 2007년, 제107면
8) 김성연. “스타시스템과 드라마 외주제작시장 변화에 관한 연구 : 방송사, 외주제작사, 기획사의 관계 변화를 중심으로”, 2006. 제28면

없기 때문이다. 2005년 기준 국내에 신고된 독립제작사 중에서 47.3%인 116개사들이 교양과 다큐멘터리 장르의 프로그램을 제작하고 있으며, 소수의 제작사만이 드라마 제작에도 참여하고 있는 실정이다.[9)]

이와 같이, 이러한 공동제작의 형태를 띠기 때문에, 방송사업자는 외주제작 계약서에 '권리양도' 조항을 포함시켜 관행적으로 저작권을 포괄적으로 양도받고 있으며, 또한 방송프로그램 제작에 발생하는 모든 책임을 독립제작사에게 부담시키고 있는 것이다. 외주제작 계약의 투명성과 공정성을 제고하기 위하여 구 방송위원회는 "외주제작 표준계약 가이드 라인"(2004. 12.)을 제정하여 시행하고 있었다[10)].

3. 외주제작 프로그램의 편성 및 독립제작사 현황

1991년부터 우리나라에 외주제작 의무편성비율제도가 도입된 이래, 현재 우리나라 지상파방송에 있어서 외주제작 의무 편성비율은 1991년 3%를 시작으로 2010년 기준으로 40%까지 고시할 수 있으며, 지상파3사의 의무편성비율은 평균34%에 이르고 있다. 종편사의 경우, 2011년 12월에 출범하였기 때문에 2012년 현재 아직도 통계 수치가 잡히지 않았으나, 지상파의 경우와 대동소이할 것으로 보인다.

2009년 기준으로 문화체육관광부에 사업자로 등록된 국내 독립제작사의 수는 1,333개이다. 그러나, 이 숫자는 1999년 "문화산업진흥기본법"에 따라 사업을 위하여 요구되는 최소한의 등록절차를 거친 사업자를 말하며, 방송영상산업에 종사하는 실제 독립제작사의 수는 약580여개에 불과하며, 이 중에서도 지속적으로 방송영상제작 매출을 달성하고 적정한 인력을 유지하고 있는 독립제작사는 약 200개 미만에 불과하다고 한다.또한, 2007년 독립제작사의 매출은 1조4,080억원으로 추정되며, 전체 매출규모를 12조원으로 볼 때, 독립제작사가 전체 방송영상시장에서 차지하는 비중은 약 12%로 보고 있다. 이것은 지상파방송사 32%, 종합유선방송사 18%, 방송채널사용사업자 33%와 비교해 볼 때도 상당히 높은 수치인 것이다.[11)]

2008년 독립제작사 실태조사에 참여한 100여개 독립제작사 중에서 자본 규모가 10억원이 넘는 12개 제작사들의 총 매출액은 1,573억원으로 1개 사업자당 평균매출액 약 157억원을 기록했다. 이에 반하여 자본금 5천만원 미만의 50여개 독립제작사들은 약 300억원의 매출을 올려서 1개 사업자당 평균 약 8억3천만원의 매출에 불과했다. 이러한 비교는 독립제작사 규모의 양극화를 보여주고 있다. 2007년 한해 동안 제작한

9) 정윤경, "저작권과 방송콘텐츠의 유통", 한국방송영상산업진흥원, 2005년. 118-119면.
10) 정진명, 상게논문, 제102면
11) 한국방송영상산업진흥원, "2008년 독립제작사 실태조사 보고서" 2008면 3-10면.

프로그램의 전체 시간은 1,066,867분이었는데, 이 중에서 교양물이 전체의 31.5%로서 가장 큰 비중을 차지하였으며, 다큐가 13.9%로 두 장르를 합치면, 45.4%로 거의 절반 수준에 달하고 있다. 이것은 독립제작사들이 상근자 20인 미만의 영세사업자로서 지상파 방송사 등에 교양, 다큐멘터리물을 제작하는 경우가 대부분인 것으로 분석되었다.[12] 이러한 사정은 교양물의 편성 비중이 높은 종편사의 경우에도 크게 다르지 않을 것으로 예상되고 있다.[13]

4. 외주정책에 대한 비판

외주정책은 독과점을 형성하고 있는 지상파방송사의 수직적 구조를 해소하기 위한 정책이었기 때문에, 적어도 외주정책이 i) 독립제작사의 양적 성장의 밑거름이 되었다는 점, ii) 방송프로그램 시장의 고질적인 수직적 구조를 완화시켰다는 점. iii) 드라마 장르의 경우, 비교적 대규모의 제작사가 형성되어 국제경쟁력을 가진 프로그램의 생산이 가능하다는 점, iv) 독립제작사의 양적 성장에 기초하여 다매체 다채널 시대가 요구하는 콘텐츠 수요의 주요한 공급원이 되었다는 점이다.[14]

그러나, 외주정책의 현실적인 한계와 정책이 지닌 왜곡되고 단선적인 목표, 외주의무비율 확대에 따른 부작용이 더 커다란 문제로 떠오르고 있다. 외주제작 활성화는 의무비율 등 의무적인 규정을 통해서만 달성되는 것이 아니라, 경직된 규제방식에서 벗어나 다양한 방안을 강구할 필요가 있는 것이다.[15] 외주정책이 당초의 방향에서 벗어나 기대에 못미친 원인에 대하여 i) 제작사의 양적인 팽창은 질적인 성장으로 이어지지 못한 점, ii) 드라마를 제외한 장르에서는 질적인 다양성을 확보하지 못한 점, iii) 지상파 등 방송사에게 여전히 저작권이 귀속된다는 점, iv) 외주제작이 일부 제작사에 집중되어 있다는 점이 꼽히고 있다.[16] 이와 함께, 방송사들은 방송시장에 대한 정부의 인위적인 개입 때문에 프로그램의 질적인 저하, 제작비용의 상승, 방송사의 편성권 침해 등의 부작용을 낳고 있으므로 프로그램의 공급은 시장의 기능에 맡겨야 한다는 취지로 주장하고 있기도 하다.[17]

---

12) 차상렬, "방송사와 독립제작사의 외주제작계약에 관한 연구", 연세대 법무대학원 석사학위논문, 2010. 6. 17-18면.
13) PD저널 2012. 3. 26. [PD의 눈] 목동개미와 진딧물
14) 임정수, “매체균형 발전정책과 방송계 현안 - 방송사 외주사 모두에게 이득없는 외주정책”, 방송문화, 2007, 10월호. 32면.
15) 김재영, “국내외주제작 정책에 대한 평가와 반성”, 방송문화연구 15권 2호, 2003, 172면.
16) 장하용, 조항제, 임정수, “외주정책 산정기준과 의무편성비율 종합개선방안 연구”, 방송통신위원회, 2008. 22-33면.
17) 송경희, "TV 프로그램 공급시장의 경쟁 촉진 연구 - 표준계약서 지침개발을 중심으로", 한국방송진흥원, 연구보고서, 2000. 23-24면

III. 방송콘텐츠 공급제작계약에 대한 법률적인 고찰

1. 계약법 및 저작권법적 접근

가. 도급 계약

방송사와 독립제작사 사이에 체결되는 외주제작 계약은 방송사가 자신의 네트워크를 통하여 방송할 것을 목적으로 하여, 독립제작사의 외주제작을 통해 완성된 프로그램을 구입하고 그 대가로 대금을 지급하는 조건으로 체결하므로 주로 도급계약의 성격을 띠고 있다. 그러나, 통상적으로 영상저작물의 제작계약은 이미 프로그램 제작 전에 저작권의 양도 내지 이용허락을 내용으로 체결되는 경우가 많기 때문에 도급계약과 저작물 양도계약 또는 이용허락 계약의 혼합 형태로 보아야 한다.[18] 외주제작 형태 중에서 방송사가 세부적인 기획을 담당하고 방송결과에 대한 위험을 부담할 경우, 방송사의 입장에서는 자신들이 저작자이며 또한 저작권을 갖는다고 주장할 여지가 있지만, 계약서상 단순 하도급이라고 하기에는 독립제작사에게 너무 많은 부분의 책임을 전가하고 있는 형편이다. 예를 들어, 제3자에 대한 면책 의무뿐만 아니라, 제작비 지급의 지연 지급이나 조기 종영에 대한 비용상 위험을 독립제작사가 부담하는 경우, 독립제작사는 단순히 이행보조자의 역할이 아니라, 실질적인 위험 부담 주체로서 그에 걸맞는 권리가 부여되어야 할 것으로 보인다.

나. 저작권 양도 또는 이용허락

일신전속적인 성격의 저작인격권을 제외하고, 저작재산권은 전부 또는 일부 양도[19]가 가능하며, 다른 사람에게 저작물의 이용을 허락[20]할 수 있기 때문에, 방송사는 방송콘텐츠제작계약에서 제작사가 방송사에게 저작권의 전부 또는 일부를 양도하는 내용 또는 저작물의 이용허락에 대한 조항을 포함시키고 있다. 우리 저작권법은 계약의 자유 원칙에 입각하여, 저작권의 양도나 이용허락에 대하여 별다른 방식을 요구하지 않고 당사자간의 합의만으로 효력이 발생한다. 그리하여, 방송업계의 실무관행을 살펴보면, "저작권 등 일체" 등의 용어로 기재하여 사실상 저작자에게 불리하게 작용하는 경우가 많다. 이용허락에 대한 범위가 명확하게 기재되어 있지 아니하여, 우리나라와 같이 합리적인 저작권 거래관행이 자리잡지 아니한 경우에는 저

18) 최필선, "독립제작사 방송영상저작물의 저작권 보호에 관한 연구", 홍익대 석사학위논문, 2003. 49면
19) 저작권법 제45조 제1항.
20) 저작권법 제46조 제1항.

작권자에게 불리하게 해석될 여지가 많다. 이에 반하여, 이탈리아, 스페인의 저작권법에서는 일정한 저작권에 대한 포기 불가 조항 및 저작권의 포괄적 양도 금지 규정을 통하여 저작권의 양도에 있어 일정한 제한을 가하고 있다.[21] 이에, 우리나라 저작권법에 규정된 저작재산권의 양도계약이나 저작물 이용허락 관련 계약을 해석함에 있어, i) 양 당사자 사이의 불균형 상황, ii) 저작물의 장래 이용 상황 및 수익성이 예측곤란하며, iii) 무체물이므로 양도나 허락의 범위가 포괄적이라는 이유로 계약법의 전형적인 해석론을 그대로 적용하기 어렵다는 견해가 있다.[22] 하지만, 우리나라 대법원의 견해는 아직도 저작권계약을 해석함에 있어 계약법의 일반 원칙에서 크게 벗어나고 있지 않고 있기 때문에, "법률행위의 해석은 당사자가 그 표시행위에 부여한 객관적인 의미를 명백하게 확정하는 것으로서 당사자가 표시한 문언에 의하여 그 객관적인 의미가 명확하게 드러나지 않는 경우에는 그 문언의 내용과 그 법률행위가 이루어진 동기 및 경위, 당사자가 그 법률행위에 의하여 달성하려고 하는 목적과 진정한 의사, 거래의 관행 등을 종합적으로 고찰하여 사회정의와 형평의 이념에 맞도록 논리와 경험의 법칙, 그리고 사회 일반의 상식과 거래의 통념에 따라 합리적으로 해석하여야 한다"는 취지의 원칙을 고수하고 있다. 그리하여, 저작권 양도계약인지 이용허락계약인지가 명백하지 아니한 사안에 대하여 "저작권 양도 또는 이용허락되었음이 외부적으로 표현되지 아니한 경우에는 저작자에게 권리가 유보된 것으로 유리하게 추정함이 상당하며, 계약내용이 불분명한 경우 구체적인 의미를 해석함에 있어 거래관행이나 당사자의 지식, 행동 등을 종합하여 해석함이 상당하다"고 판시하고 있다.[23]

2. 경쟁법적 접근

가. 민법

방송산업계에서 벌어지고 있는 불공정거래행위에 대하여 적용될 여지가 있는 민법 조항으로는 제103조 "반사회적 행위"를 기초로 하여, 그 예시행위로 볼 수 있는 제104조 "불공정행위"를 들 수 있다. 따라서, 위 조항들의 요건을 충족하는 경우, 해당 법률행위, 즉 방송콘텐츠공급제작계약의 체결행위는 무효이기 때문에, 부당이득 반환의 대상이 될 것이며, 현실적으로 사회적, 경제적 힘의 불균형 때문에 방송사에게 저작권의 포괄적으로 양도하는 경우 및 각종 위험을 제작자가 일방적으로 부담

21) 저작권심의조정위원회, "이탈리아, 스페인 저작권법", 저작권관계자료집 8, 1991.
22) 오승종, 저작권법, 박영사, 2007. 508-509면.
23) 대법원 1996. 7. 30. 선고 95다29130 판결

하는 내용의 계약을 체결하였다면, 1차적으로 민법의 해석에 의한 시정 가능성이 있는 것이다.[24]

나. 방송법

구 방송법 제20조에서는 방송위원회의 설치 목적으로 “방송의 공적 책임, 공정성, 공익성을 실현하고, 방송내용의 질적 향상 및 방송사업에서의 공정한 경쟁을 도모하기 위하여 방송위원회를 둔다”라는 조항이 있었으나, 2008년 개정 방송법에서는 이를 삭제하였으나, 현행 방송법 제8조에서는 특수관계자 주식 소유 제한 등의 경쟁법 관련 규정이 있으나, 방송사업자와 방송콘텐츠 제작자 사이의 불공정한 거래관계를 직접적으로 다루는 규정은 없다. 다만, 방송법 제76조 등에서 방송사업자가 스포츠 중계방송 등 국민관심행사를 포함하여 방송프로그램을 다른 방송사업자에게 공급할 때에는 공정하고 합리적인 시장가격으로 차별없이 제공해야 한다는 규정이 있으며, 또한 동법 시행령 제21조의 3 제1항 1호에서 방송분쟁조정위원회의 심의사항으로 “방송프로그램의 공급 및 수급과 관련된 분쟁 조정”을 규정하고 있다.[25]

다. 독점규제및공정거래에관한법률(이하, “공정거래법”)

공정거래법 및 그 하위법으로서 하도급거래의 공정화를 위하여 원사업자가 준수해야 할 기준을 정한 “하도급거래공정화에관한법률”(1984년 제정), 부당한 표시, 광고를 방자하고 공정한 거래질서를 확립하기 위한 “표시관고의공정화에관한법률”(1999년 제정)이 방송사업계의 불공정거래행위를 규제할 법률이다. 불공정거래행위에 대하여 공정거래법 제23조 제1항은 불공정거래행위를 “공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위”라고 정의하며, 그 구체적인 유형 또는 기준은 대통령령으로 정하고 있고, 공정위는 불공정거래행위의 유형 및 기준을 특정분야 또는 특정행위에 적용하기 위하여 세부기준을 정하여 고시하거나 예방을 위한 사업자의 지침을 제정, 고시할 수 있다(공정거래법 제23조 이하).

방송산업에 있어, 방송사업자와 제작사 사이의 불균형적 관계를 고려한다면, 공정거래법에서는 “거래상 지위의 남용행위”(동법 제23조 제1항 4호)의 해당가능성을 살펴볼 필요가 있다. 거래상 지위 남용행위의 유형으로는 구입강제, 이익제공 강요,

24) 지원림, 민법강의, 홍문사, 2012. 193-194면.
25) 차상렬, 전게논문 100면.

판매목표 강제, 불이익제공, 경영간섭의 5가지가 있는바, 거래상 지위의 남용행위가 성립하기 위해서는 행자의 거래상 지위가 우월해야 하고, 행위의 억압성이 있어야 한다. 그런데, 공정위 지침에서 “거래상 지위가 인정될 가능성이 있는 거래관계”를 예시함에 있어 독점적 공공사업자와 계약업체 등과 함께 ‘방송사와 방송프로그램 공급사업자 등간 거래관계’도 공정거래법상 거래상 지위가 인정될 가능성이 있는 거래관계도 포함되고 있다.[26)]

IV. 외국의 실례 - 드라마 저작권 귀속 사례를 중심으로

1. 미국

가. 미국 드라마 제작 및 유통 현황

2000년도까지 침체기에 놓여 있던 미국 드라마는 현재 전세계적으로 신드롬이라 할 만큼 전성기를 누리고 있다고 해도 과언이 아니다. 이제까지 만들어진 드라마 전체에서 최고의 시청률을 기록했던 상위 30위권의 TV시리즈 중의 23편이 2000년 이후에 만들어졌다는 점[27)]만 보더라도 최근 제작된 미국드라마가 얼마나 인기 있는지 알 수 있다[28)]. 이렇듯, 세계적으로 미국 드라마에 대한 수요가 늘어나자 미국의 TV드라마 제작사들은 더이상 방송사로부터 받는 라이센스 비용이나 광고비에 목숨을 걸지 않는다. 즉 제작사들은 보다 더 큰 수익을 올릴 수 있는 해외시장의 잠재력을 인지, 관심을 전환한 것이다. 제작사 입장에서 해외시장은 자신들이 투자한 엄청난 제작비를 회수하고 수익도 극대화할 수 있는 창구로서 역할을 한다. 즉 자신이 제작한 프로그램이 미국 방송사의 프로그램 편성표에서 언제 누락될 지 모르는 상황에서 시즌마다 4,500만-5,500만달러까지 쌓이게 되는 적자의 위험을 감수, 제작을 감행하는 것은 미국 내 재방송 판매와 해외 판매라는 황금어장 때문이다.[29)]

나. 저작권의 귀속

미국에서는 연방통신위원회(Federal Communications Commission)가 1970년에 3개의 지상파방송사업자가 시장 지배력을 갖는 것을 막고 다양한 프로그램을 증가시키

---

26) 공정거래위원회, “불공정거래행위 심사지침” V.6.가.(2).(나).①.(ii)
27) 상위 100편중의 81편이 2000년 이후에 제작되었다(www.tv.com 드라마 장르 랭킹 참조).
28) 장하용. 외주비율정책의 미래적 방안: 정책목표의 타당성과 대안의 검토. “외주정책 10년의 평가와 전망”, 한국언론학회 세미나 발표문. (2002) 9면
29) 이만제·김영덕, 국내드라마 제작시스템 개선방안 연구, 방송위원회, 2007년, 207면

기 위해 이른바 핀신룰(Fin-Syn Rule: Financial Interest and Sydication Rule)이라고 하는 것을 제정하였다. 이 규칙은 지상파방송사업자가 자신들이 프라임타임(prime time)대에 방송한 프로그램에 대한 소유권을 갖지 못하도록 하여 방송의 수직적 통합화를 막기 위한 것으로서, 지상파방송사업자가 프로그램의 첫 방영을 넘어서 경제적 이익을 가질 수 없다는 것과 국내 시장에서 지상파방송사업자의 자체적인 신디케이션(syndication) 조직을 창설할 수 없다는 것을 그 내용으로 한다. 비록 위 "핀신룰"은 1995년에 와서 폐지되기는 하였지만, 지상파방송사업자가 자신들이 방송한 프로그램에 대해 소유권을 갖지 못하도록 하는 위 기본 규칙은, 1974년 법무부의 독점금지국(Department of Justice's Antitrust Division) 이 3대 지상파방송사업자들이 독립제작사들이 제작한 프로그램의 저작권 및 소유권을 지상파방송사업자에게 양도하지 않는 프로그램에 대해서 시청률에 유리한 시간(prime time)에 배정을 하지 않은 것에 대해 미국 독점금지법을 위반한 것이라고 기소하면서, 결국 지상파방송사업자들이 독립제작사들의 프로그램 방송기회를 늘려줌으로써 결과적으로 독립제작사들의 수입증가와 함께 TV영상물 유통환경의 개선을 이루는데 큰 기여를 한 사실이 있다.[30]

2. 일본

가. 일본 외부프로덕션의 제작현황

일본에서 외주제작이 본격화된 것은 1970년대에 들어오면서부터이다. 1970년대에 들어서면서 종전의 제작사와는 달리 TV방송국의 직원이 독립해 TV프로그램 제작사를 운영하는 사례가 나타나기 시작했으며 1970년 2월에는 TBS로부터 독립해 설립된 '기노시타 프로덕션', '테레파크', '테레비만 유니온' 등의 제작프로덕션이 잇따라 설립되었다. 1980년대부터는 외부 프로그램 제작사가 대폭 늘어났다. 1979년에 82개에 불과하던 프로그램 제작사는 1984년에 435, 1989년에 755로 급격하게 늘어났다. 이때 1970년대에 설립된 대형 프로그램 제작사로부터 독립해 TV프로그램을 제작하는 제 2세대 제작사도 다수 등장했다. 이후 프로그램 제작사는 1994년에 1,065, 1999년에 1,371로 크게 늘어났으며 다만 2000년에 들어와서는 2003년에 1,378로 평행선을 유지하다가 2005년에 다시금 1,137로 큰 폭의 감소를 보였다.[31]

외부의 주요 프로그램프로덕션의 매출액을 살펴보면, NHK의 자회사인 NHK엔터프라이즈가 424억 엔을 기록해 가장 많았다. NHK엔터프라이즈는 NHK로부터 위탁

30) 이만제,김영덕, 전게서, 137면
31) 이만제·김영덕, 전게논문, 124면

제작을 받아 방송콘텐츠제작과 관련 사업 등을 실시하고 있다. 한편 민간의 외부프로덕션은 후지TV의 자회사인 교도텔레비전, 니혼TV의 자회사인 NTV영상센터, TV아사히의 자회사인 TV아사히 영상, TBS의 자회사인 TBS비전 등이 높은 매출을 기록했다. NHK를 비롯해 도쿄 키스테이션의 인하우스 프로덕션이 강세를 보였으며 독립계 프로덕션으로는 기술프로덕션인 도츠, 텔레비전만유니온 등이 포함되어 있다.[32)]

나. 저작권의 귀속

우리나라의 공정위에 해당하는 일본의 공정취인위원회(公正取人委員會)는 1998년 3월 발표한 역무의 위탁거래에서의 우월적 지위의 남용에 관한 독점금지법상의 지침에서 구체적으로 대금의 지불 지연, 대금의 감액 요청, 현저하게 낮은 가격의 거래 요구, 부당한 수정, 협찬금, 상품 등의 부당 요청 등의 사안에 대해 독점금지법상 위반에 해당한다고 명시하고 있고, 저작권의 일방적 귀속과 관련하여서는 위 지침 7. 역무의 성과물에 관계하는 권리 등의 일방적 취급 규정에서 거래상 우월적 지위에 있는 위탁자가 그 지위를 이용해 수탁자에 대해 역무의 성과물, 기술 등 위탁자와의 위탁거래 과정에서 얻은 것 또는 위탁자의 비용부담에 의해 제작된 것을 이유로 해서 일방적으로 해당 성과물 등에 관한 저작권, 특허권 등의 권리를 위탁자에게 귀속시키거나, 이의 2차적 이용을 제한하는 경우는 독점금지법상 위법이라고 명시하고 있다[33)].

3. 영국

가. 영국의 외주 제작 현황

1990년 이후, 영국의 외주 제작에 대한 정책적 쿼터는 1990년 방송법, 2003년 커뮤니케이션법 등에 의하여 계속 25%를 유지하고 있었다[34)]. 대표적인 상업방송인 ITV는 2002년 이후 외주 비율이 38.9%로서 외주제작에 적극적인 입장을 보여주고 있다. 또 다른 상업방송인 채널4는 70%에 이르는 외주비율을 기록하고 있는바, 이는 제작을 하지 않는 출판사형 방송사의 충실한 목적에 기인하는 것으로 본다. 이에 반하여, 공공방송인 BBC는 2000년대 초반부터 21-22% 수준의 외주 비율에 그쳐, 법적인 쿼터를 지키지 못하는 유일한 영국의 지상파 방송사이기도 하다[35)]. 하지만, BBC의 이러

32) 이만제·김영덕, 전게논문, 제125면
33) “일본, 방송사와 제작사의 공생 ”, KBI 포커스 통권 제7호, 한국방송영상산업진흥원, 2006. 5. 4.
34) 김대호, “영국 2003년 커뮤니케이션법 제정에 따른 외주정책평가”, 한국언론학보, 제49권 제2호, 2005년 4월호, 202면
35) BBC는 이에 대하여 독립제작사의 산정 방식 문제라고 치부하고 있다. 예컨대, 독립제작사 중 가장

한 단편적인 결함만을 가지고, 외주 제작의 비율을 지속적으로 높이고, 투명한 외주제작을 지향하는 영국 방송계의 큰 흐름에 맞설 수는 없을 것이다.

나. 저작권의 귀속

영국에서는[36], 드라마 제작사와 지상파방송사업자간의 위와 같은 힘의 불균형에 의해 영상저작권이 방송사에 전적으로 귀속되어, 정작 드라마를 창작한 드라마 제작사들은 지상파방송이라는 1회 유통으로 저작권의 생명을 끝내는 경우가 많아, 이를 시정하기 위해 2003년 커뮤니케이션법(Communications Act 2003)에서 영국 통신 산업에 있어 규제 및 경쟁 당국인 Ofcom(Office of Communications)이 드라마 제작사와 지상파 방송사업자간의 공정한 거래 관계를 시정하기 위해 방송사업자들에게 시행규칙(Code of Practice)을 마련하여 이를 강제하도록 하고 있다. 영국은 위와 같이 Ofcom이 강력하게 드라마 제작사를 지원하는 정책을 시행한 결과, 지상파방송사업자와 드라마 제작사 모두에게 긍정적인 평가를 받고 있고, 드라마 제작사들의 경우 공정한 거래환경과 저작권 확보로 인하여 더욱 양질의 드라마를 제작하여 지상파방송사업자에게 납품하고 있는 것으로 알려져 있다[37]. 특히, 기존의 방식으로는 방송사는 제작비를 댄 대가로 모든 단계의 권리를 확보할 수 있었으나, 이제는 5년 동안 2-3회에 걸쳐 방송채널을 통해 프로그램을 방송할 수 있는 1차적인 권리만을 가지게 되었다.[38] 즉, 제작비 전액을 드라마 제작사에게 지급한다고 하더라도, 그 프로그램의 저작권은 드라마 제작사에게 속하여야 한다는 입장이어서 저작권법의 원칙에 충실하고, 우리나라 공정위가 본 신고 사건을 처리하는 데 있어서도 시사하는 바가 매우 크다고 할 것이다[39].

규모가 큰 Endermol의 경우, 8개의 군소 독립제작사들을 통합하여 운영하고 있는 거대 독립제작사인데, 스페인 통신사업자가 소유하고 있고, 네델란드에 본부를 두고 있다는 이유로 외국기업으로 간주되어 독립제작사로 산정되지 않는다는 항변이다. 김대호, 전게서, 203면

36) 영국, 일본의 외주제작과 저작권 현황에 대해서는, “방송영상물 공정거래 확립방안 연구”, 한국방송광고공사, 2006년 12월. ,

37) 김대호, 전게논문, 205면

38) 차상렬, 전게논문, 140면

39) 이상훈. “디지털시대의 방송영상산업진흥 정책의 방향과 쟁점”. 한국방송학회 세미나 발표문.(2003), 8면

V. 개선 방안

1. 독립제작사의 열악한 환경

가. 불공정한 거래 관행 - “아이리스”사건(태원엔터테인먼트 v KBS)

가장 대표적인 사례로서 한 때 엄청나게 높은 시청률로 인기몰이했던 KBS 드라마 ‘아이리스’를 꼽는다. 그 인기만큼이나 이를 둘러싼 방송사와 외주 제작사 간의 갈등도 뜨거웠다. 아이리스의 경우, 방송을 개시하는 하루 전까지도 방송의 가능 여부가 불투명했다. 아이리스의 제작사 태원엔터테인먼트가 KBS와의 방송 계약에 불만을 토로해 정식 계약을 체결하지 못했기 때문이다. 제작비 200억 원이 넘는 대작 드라마가 방송 직전까지 정식 계약을 맺지 못했던 것은 이례적인 일이다. KBS는 태원엔터테인먼트에 총 200억 원의 제작비 중 30억 원만을 지급했으며, 아이리스의 일본 판권을 제외한 해외 판권 수익의 25%를 요구했다. KBS는 아이리스가 방영되기도 전, 1~6회까지의 광고를 모두 판매해 20억 원이 넘는 수익을 냈다. 외주 제작사의 콘텐츠로 방영도 전에 많은 수익을 낸 KBS가 제작비의 극히 일부만 지원하는 행태에 태원엔터테인먼트가 불만을 품을 수 밖에 없던 상황이었다. 그리하여, 당해연도 국정 감사에서도 아이리스와 관련해 외주 제작사 방송사 간 불공정 거래 문제는 뜨거운 감자였다. 당시 문광위 진성호 국회의원은 "지상파 방송사들이 방송 편성권으로 외주드라마 제작사를 압박하는 불합리한 제도나 관행을 이번 국정 감사를 통해 철저히 시정 조치해야 한다"고 주장하였다. 그러한 가운데, 태원엔터테인먼트는 케이블 영화채널 OCN에 방송 판권을 판매하는 등의 자구책을 냈고, 이러한 관행은 이후 지상파 드라마가 종영되지 아니한 상태에서도 계열사 채널이 아닌 다른 케이블 채널에 편성되는 경우가 생기기 시작했다. 결국, 지상파에 의존해 왔던 외주 제작사들에게 드라마 제작의 또 다른 해법으로 위와 같은 비상대책도 등장하였으나, 불공정 거래 문제의 직접적인 해결과 외주 제작사의 발전을 위해서는 방송사의 태도부터 바뀌어야 한다. 외주 제작사에게 가중한 부담을 주어 힘들게 하고, 방송사의 배만 채우는 행위는 결국 방송 콘텐츠 시장 전체를 해한다. 이것이 방송사에게 공정한 태도가 필요한 이유다.[40]

앞에서 살펴본 바와 같이, 독립제작자협회는 2012. 3. 13.자 성명서에서 “지난해 12월 개국 이후 3개월도 채 안 돼 종편사들은 약속과 달리 제작과 방송 중인 외주 프로그램 공급을 갑자기 중단하거나 불공정한 계약을 일삼는 등 ‘갑’의 월권과 횡포

40) 연합뉴스 2009.10.14.

는 도를 넘기고 있다"고 비판했다. 위 협회에 따르면, 2010년 TV조선, JTBC, 채널A 등 종합편성채널 3사의 준비팀은 독립제작사협회와 수차례 교류를 통해 외주사 콘텐츠공급과 관련해 지상파방송사와 같은 불공정거래를 일소하고 공정한 거래를 정착하자는 내용의 동반성장 양해각서(MOU)를 체결했다. 하지만 이 같은 합의내용이 무색하게 종편들은 계약도 없이 제작을 먼저 하게 하고 제작비용을 지급하지 않거나 계약을 하더라도 지상파보다 악랄한 계약조건을 추가했다는 게 독립제작사 측의 주장이다. 제작비를 일방적으로 삭감하거나 편성을 수시로 바꾸는 등 횡포도 이어졌으며, 최소한의 편성기간 보장도 없이 프로그램을 마음대로 종료하거나 외주사가 기획해 방송한 프로그램을 억지 종료시킨 후 해당 포맷으로 자체 제작한 사례도 고발되었다. 이에, 협회는 "신문언론 후광을 업은 종편은 '갑'이라는 우월적 상념에서 하루속히 벗어나 독립제작사와 동반성장 및 상생을 통해 대한민국의 방송산업 발전에 이바지할 수 있는 새로운 방송사로 거듭날 것을 촉구한다"고 밝혔다.[41)]

나. 저작권 관련

정부의 외주정책에 의해 지상파 방송의 외주편성비율은 계속적으로 높아지고 있고, 방송3사 드라마 등 콘텐츠의 외주제작의 경우 70-80% 수준에 이르고 있다. 하지만 방송콘텐츠의 제작에서 차지하는 외주제작의 비중이 크게 상승되었음에도 방송사와의 관계에서 제작사의 위상은 여전히 불안한 상태이다. 특히 드라마의 2차이용과 관련 방송사와 외주제작사의 불균형적인 저작권 분배는 심각한 문제로 인식되고 있다.[42)] 이하의 자료는 드라마제작사협회가 2007년 9월에 개최한 기자회견에서 공표한 방송3사의 저작권 관련 조항이다[43)].

KBS(갑)
제 7조(프로그램 권리관계)
① '을'이 제작하여 납품한 프로그램에 대한 다음 각 호의 국내•외 권리를 포함하는 저작권 일체를 '갑'이 소유한다.
② '갑'은 '을'의 프로그램 제작과정에서 발생한 촬영원본에 대해 ①항과 동일한 권리를 가지며 '을'은 '갑'의 동의 없이 이를 무단 사용할 수 없다.
④ '을'은 '갑'이 본 조의 권리를 행사하는데 지장이없도록 필요한 권리를 확보하여야 하며 제 3자로부터 권리의 주장이나 이의 제기시는 '을'의 비용과 책임으로 이를 신속히 처리하여야 한다.
'갑'의 명의로 방어를 하여야 할 경우에도 같다.

MBC(갑)
제 11조 (권리의 양도)

41) 한국일보 2012. 3. 7.
42) 이만제·김영덕, 상게논문, 63면
43) 한국드라마제작사협회 (http://www.codatv.or.kr)

‘을’과 ‘병’은 특약사항에 별도의 특약이 없는 경우 본 프로그램과 관련하여 다음 각 호에 권리를 포함하는 저작권 일체를 ‘갑’에게 양도한다.

1. 국내외에서 방송 (지상파, 케이블, 위성, 지상파DMB 및 위성DMB ,IP TV등포함) 하는 권리

2. 국내외 다른 방송사업자 (지상파, 케이블, 위성, 지상파DMB 및 위성DMBIP TV등 포함)에게 제공하는 권리

3. 국내외에서 판매용 비디오(VHS, DVD로 제작하여 복제, 배포하는 권리

4. 국내외에서 상영하는 권리

5. 프로그램을 구성하는 타이틀명, 써브, 등장 캐릭터의 형상 및 명칭 심볼 등을 출판물, CF, 행사, 공연물, LD제작, CD를 제작, DVD제작 인터넷 기타 새로이 등장하는 일체의 매체 및 상품에 사용하는 권리

6. 인터넷에 전송하는 권리

7. 2차적 저작물 작성권 등 저작권법 제 21조상의 권리

SBS(갑)

제 13조 (프로그램의 저작권)

1. “을”이 납품한 프로그램(촬영 원본 소재자료 포함)에 대하여 다음의 사항을 포함한 방송권, 복제권, 배포권, 전송권, 공연권, 전시권, 2차적저작물 및 편집저작물의 작성권 등 모든 저작재산권은 본 계약을 체결함으로써 “갑”에게 귀속된다.

가. 국내외에서 방송(지상파, 유선, 위성, 이동멀티미디어 방송등 포함)하는 권리

나. 국내외에서 다른 방송사업자(지상파, 유선, 위성, 이동멀티미디어 방송등 포함)에게 제공하는 권리

다. 국내에서 비디오, CD, DVD, CD-ROM, VCD, LD등으로 복제,배포하는 권리

라. 국내외에서 무선 또는 유선통신의 방법으로 전송하는 권리

마. 국내외에서 상영하는 권리

바. 프로그램의 2차적저작물 또는 편집저작물을 작성하여 이용할 권리

사. 프로그램을 구성하는 타이틀 명, 서보 타이틀 명, 등장 캐릭터의 형상 및 명칭, 심볼 등을 출판물, CF, 행사, 공연물, 인터넷 기타 새로이 등장하는 일체의 매체 및 상품에 사용하는 권리 단, OST음판 제작, 판매에 대한 권리는 “을”에게 양도한다.

OST음반수익을 제외한 드라마 아시아판매수입에 대해서는 SBS프로덕션에 판매대행료(20%)를 제외한 판매수익을 3년간 “갑”이 50%, “을”이 50%의 비율로 분배하며, “을”의 인터넷 홈페이지를 통해 전송하는 것은 “을”과 SBSi가 협의하여 시행한다.

2. “갑”은 전항에 따라 “갑”에게 귀속되는 저작재산권을 활용함에 있어 납품한 프로그램의 내용을 “갑”의 필요에 따라 수정, 변경, 삭제, 변형할 수 있으며 “을”은 이에 대하여 어떠한 이의도 제기하지 아니하기로 동의한다.

2. 해결책

가. 방송위원회의 외주제작 표준계약 가이드라인(2004년 12월)

1) 저작권 귀속에 대한 쟁점

방송위원회가 2004년 12월 발표한 외주제작 표준계약 가이드라인에 의하면, 독립제작사에 의해 사전에 전작된 외주제작 프로그램의 경우, 프로그램의 저작권은 원칙적

으로 이를 제작한 독립제작사에 있는 것으로 하고, 그 밖의 외주제작 프로그램에 대해서는 방송사업자와 독립제작사가 프로그램 제작과정상의 기여도나 계약조건 등에 따라 양 당사자간 합의로 그 귀속을 정하도록 되어 있다[44)]

그러나, 위 가이드라인과는 달리, 현실에서는 드라마 제작사들이 제작한 TV드라마는 그 기여도나 계약조건 등을 전혀 고려하거나 반영하지 않고, 일률적으로 지상파방송사업자가 TV드라마와 관련된 일체의 모든 권리를 갖는 것으로 약관화되어 있고, 양자간의 합의로 정한다는 것은 일종의 미사여구이지, 실제로는 방송사들의 시장지배적 지위때문에 TV드라마 제작사가 저작권 귀속에 관하여 합의를 한다거나 이의를 제기하는 것은 거의 불가능에 가깝다. 또한, 위 가이드라인은 저작권의 양도에 있어서도 미래에 발생할 수 있는 저작 관련 권한에 대한 포괄적인 양도는 포함하지 않도록 해야 한다고 권고하고 있으나, 실제에서는 새로이 등장하는 매체 및 상품에 사용하는 권리 등을 포함하여 위 각 호에 명시되지 않은 권리 일체가 지상파방송사업자에게 귀속되고 있는 실정이다. 현재 지상파 방송사업자가 드라마 제작사들의 드라마에 대한 일체의 권리를 아무런 대가도 없이 포괄적으로 양도받는 것은 불공정거래행위임이 명백하다고 할 것이다.[45)]

2) 기타 일반 불공정 거래 관행에 대한 시정 가이드 라인

위 가이드 라인에서 저작권 귀속 쟁점 외에 제작비 등 기타 일반 불공정 거래 관행의 시정에 대한 주요한 내용을 살펴 보면, 다음과 같다.

가) 제작비 산정

① 단가지침 개발

방송사업자는 외주제작 프로그램의 분량별(단편물, 시리즈물, 코너물 등), 장르별(교양, 오락, 다큐, 드라마, 버라이어티, 애니메이션 등), 저작재산권 소유 및 공동 활용 정도 등에 따른 프로그램 제작비 지급기준 또는 단가지침을 개발하여 예상 제작비의 범위를 제시하고 계약시 활용함으로써 독립제작사가 제작비 책정 방법 및 결과에 대해 이해할 수 있도록 도와야 하며, 인건비, 관리비 등 간접경비의 경우도 객관적으로

44) 한국방송통신위원회 (http://www.kbc.go.kr)

45) 일본의 공정취인위원회가 2005년 3월에 발간한 디지털콘텐츠와 경쟁정책에 관한 보고서에서도 방송콘텐츠 관련 저작권이 원시적으로 수탁자에게 귀속되는 경우, 수탁자의 저작권을 위탁자에게 양도할지, 양도할 시의 조건을 어떻게 할지에 대해서는 1차적으로 거래당사자간의 합의에 의해 결정하여야 한다고 하였으나, 위탁자가 수탁자에 대해 우월적인 지위에 있는 경우 저작권의 양도 및 기타 거래조건에 대해 수탁자에게 부당한 불이익을 주는 경우에는 우월적 지위의 남용에 해당한다

타당하고 적정한 제작비 책정을 위해 양자가 협의토록 한다는 지침이 있다.

② 제작비의 기본 Base

방송사업자는 외주개선협의회의 합의사항(아래참조) 이행을 위해 매년 외주제작 프로그램별 제작비의 기본Base를 정하여 계약시 활용하도록 하고, 이를 독립제작사협회 또는 개별 프로그램 제작사에게 공지하도록 해야 할 것이다. 특히, 매년 소매물가 상승률 이상을 제작비 산정에 반영하도록 적극 노력해야 할 것이다.

③ 제작비 책정, 지급의 차이

독립제작사의 제작역량에 따른 제작비 책정 및 지급의 차이는 있을 수 있지만, "동일한 조건"[46] 하에 계약을 체결한 특수관계자의 프로그램 또는 타 독립제작사의 프로그램과 차별을 두지 않도록 한다. 방송사업자는 독립제작사와의 저작재산권 등 권리 분할의 정도에 따라 적절한 범위 내에서 제작비 책정에 차이를 둘 수 있다. 프로그램 제작비는 계약당시 계약금액 내에서 집행하는 것이 원칙이나 당초 계획보다 설비투자나 인원보강 등 제작비용이 추가로 소요되는 경우, 명백하게 어느 한편의 과실에 의한 것이 아니라면 양자간 협의에 의해 제작비 부담 정도를 조율하도록 하고, 계약금액 조정에 따라 계약서를 갱신하도록 한다.

나) 제작비 지급

방송사업자는 전체 제작비 대비 프로그램 제작 단계별 제작비 지급사항(지급정도 및 시기)에 대해 독립제작사와 협의하여 계약서에 명기하도록 한다. 단, 선급금 지급여부에 따라 제작비 지급시기에 유연성(예를 들어, 선급금이 없는 경우, 방송종료 후 30일 이내, 각편의 방송완료 후 10일 이내)을 가질 수 있다. 독립제작사가 방송사업자의 구두 약속에 따라 프로그램을 제작, 납품을 하게 된 뒤에 정식 계약을 체결하고 정산하게 될 경우, 계약체결은 구두 약속시 이미 이루어진 것이기 때문에 정식계약 체결 전 독립제작사가 지출한 정당한 제작비용에 대해서도 지불하여야 한다.

다) 선급금 지급

초기 제작에 있어서 일정 비율 이상 제작비의 소요가 예상되는 프로그램의 경우, 계

46) 가. 기획 및 연출, 편성시간대, 편당 방송시간, 총 제작편수, 저작권 등 권리 분할 정도
나. 방송사업자 또는 특수관계자 소유 장비 및 시설, 인력의 이용 정도
다. 과거 동일한 시간대 유사한 프로그램에서의 시청률 기록 등

약사항 중에 선급관련 금액 및 지급일자를 명기(예, 계약체결일로부터 15일 이내에 제작비의 일부를 선금으로 지급)하여 지급하고, 이후 제작비의 지급은 프로그램 종료 후 일정기간(예, 60일 이내)에 신속히 지급하도록 함으로써 프로그램 제작이 원활하게 진행되도록 노력한다. 방송사업자는 선금을 지급하고자 하는 경우 계약 체결시에 채권확보조치, 선금의 사용, 정산 및 반환청구 등 기타 필요한 사항을 선금지급 조건으로 명시하도록 한다. 독립제작사는 선급금을 받기 위해 선급금에 대한 계약이행 보증서를 제출하도록 하고, 보증 또는 보험금액은 선급금에 대한 보증 또는 보험기간에 해당하는 약정이자상당액(지방은행을 제외한 일반은행의 어음대출금리 수준에 의하여 산출한 금액)을 가산한 금액 이상으로 하도록 한다.

라) 콘텐츠 제작 관련

① 경업 금지 관련

방송사업자는 자사 프로그램 제작에 피해를 입히지 않는 한 자사와의 프로그램 제작계약을 이유로 독립제작사의 타 방송사업자 프로그램 제작을 금지하거나 방해하지 않도록 한다. 독립제작사는 계약을 통해 제작 중인 또는 방송 중인 프로그램과 동일하거나 유사한 프로그램을 자기 또는 제3자(타 방송사업자)를 위해 제작하거나 제3자(타 방송사업자)로부터 제작의뢰 받지 않도록 한다.

② 이행보조

독립제작사는 양질의 프로그램 제작을 위해 다른 독립제작사와의 역할 분담이 필요한 경우, 방송사업자와의 합의하에 수행하도록 한다. 이때 독립제작사는 계약서 또는 별도의 특약을 통해 해당사항과 관련한 제작 과정중 제작사별 역할(제작비 분담, 공정상의 역할, 책임의 위임 등)을 명기하여, 방송사업자가 제작진행 과정에서의 제작사별 역할을 인지하고 향후 발생할 수 있는 문제에 대한 책임소재를 예측할 수 있도록 한다.

③ 협찬

방송사업자와 독립제작사는 방송위원회의 방송심의에관한규정에 위배되는 '간접광고'를 해서는 아니된다. 방송사업자는 제작비 책정시 직접적 혹은 간접적으로 제작비의 일부를 협찬으로 보전하도록 함으로써 독립제작사의 프로그램 제작에 지장을 주지 않도록 한다. 독립제작사는 제작비 보전을 사유로 무리한 협찬을 받아 프로그

램 제작에 부담을 안지 않도록 한다. 양자는 방송위원회의 심의규정에 의해 협찬을 중지해야 할 경우 신속히 조치하도록 하며 그에 따른 각각의 책임을 지도록 한다.

마) 비밀준수의무 등

① 정보 공개

방송사업자는 프로그램 제작기획안 공모를 통해 독립제작사의 프로그램을 선정하여 계약할 경우, 선정되지 않은 타 독립제작사가 이해할 수 있도록 수단을 강구하여 탈락사유를 알리도록 한다. 방송사업자와 독립제작사는 프로그램이 방송되기 전까지 프로그램의 기획, 줄거리, 플롯 등을 제3자에게 공개하지 않는다.

② 도용 금지

방송사업자는 채택되지 않은 독립제작사의 기획안을 특정 프로그램 제작에 반영하거나 자체기획안으로 도용해서는 아니된다. 프로그램의 제작과정에서 알게 된 상대방의 다른 프로그램에 대한 기획안, 줄거리, 플롯 등 정보를 부당하게 이용하지 않도록 한다.

바) 제작장비 및 시설의 이용

방송사업자는 프로그램의 품질 유지.개선 및 기타 정당한 사유가 있거나 제작사의 요청이 있는 경우, 독립제작사에게 자사 또는 그 특수관계자의 제작장비, 시설 등을 이용하게 할 수 있으나 계약을 조건으로 이를 강제해서는 안된다. 방송사업자는 독립제작사에 대한 제작비 지급기일에 앞서 제작장비 및 시설 등 사용대가의 전부 또는 일부를 지급하게 하거나 특수관계자 또는 타 독립제작사에게 공급하는 조건보다 현저하게 불리한 조건으로 이용하도록 해서는 아니된다.

사) 제작의 중지, 계약의 해지

① 중지, 해지의 요건

프로그램의 제작중지 또는 계약해지는 신의성실의 원칙에 입각해야 하며, 편성상 부득이한 사유인 경우를 제외하고 방송사업자 임의로 제작을 중지하거나 계약을 해지하지 않도록 한다. 다만, 독립제작사의 귀책사유로 인해 계약의 목적을 달성할 수 없을 정도로 중대한 하자가 발생할 경우는 예외로 한다.

② 절차

방송사업자는 ①의 예외사항을 제외한 프로그램 제작의 중지, 또는 계약의 해지 시 반드시 일정기간 전(예, 중지일, 해지일 2주전)에 이에 대한 충분한 설명과 함께 서면으로 해당사유를 통보하여야 한다. 이는 서면형식을 갖춘 정식계약 체결을 통해 제작중인 프로그램뿐만 아니라 서면계약서 작성 전 방송편성을 조건으로 한 구두계약을 통해 제작이 진행되는 경우에도 적용하는 것으로 한다.

아) 프로그램 및 기타 손해에 대한 보상

① 프로그램 제작의 중지, 계약의 해지의 경우

방송사업자의 사정으로 방송이 불가능하게 되는 경우를 대비하여 계약서상에 구체적인 제작비 지급일자(예, 제작의 중지 또는 계약의 해지 결정일로부터 1개월 이내)와 당초 계약서상의 제작비 전액을 지급할 것을 명기하도록 한다.

② 프로그램의 수정, 정산

방송사업자는 납품받은 프로그램의 형식이나 내용에 수정을 가할 경우, 기획제안서를 기준으로 양자간 협의 하에 수행하도록 하고, 임의로 하지 아니한다. 방송사업자와 독립제작사는 제작비의 증액 또는 감액의 경우, 해당사유와 비용지출 주체, 비용정산 등의 사항과 관련하여 계약서를 갱신하도록 한다.

나. 공정거래위원회의 방송업종 표준하도급계약서(2006년 8월)

하도급거래 공정화에 관한 법률(이하, “하도급법”)이 2005년 3월 31일 개정되면서 지식, 정보 성과물의 작성 또는 역무의 공급과 관련된 용역위탁도 하도급거래 대상으로 파악하고, 영화, 방송프로그램 그 밖에 영상 음성 또는 음향에 의하여 구성되어지는 성과물을 지식, 정보 성과물로 보게 되면서, 방송프로그램의 제작 또는 납품도 위법의 적용대상이 되었다. 그리하여, 방송업종에 표준하도급계약서가 보급되고 당사자 간의 사용이 활성화됨에 따라 해당업종에서의 분쟁발생요소를 예방하고자 하는 목적으로 표준 하도급 계약서를 제정하게 되었다. 뒤에서 살펴보는 바와 같이, 공정위의 방송업종 표준 하도급계약서는 문화관광부가 검토하고 있는 방송프로그램 제작 표준계약서의 기초가 되고 있다.

공정위 기업협력단이 2006년 8월 발표한 방송업종 표준하도급계약서(안)의 주요 내용[47]을 살펴보면, 부득이하게 계약변경이 필요한 경우 원사업자와 수급사업자는 상호 합의하여 기명.날인한 서면에 의해 변경하고 그에 따른 하도급대금을 합리적으로 조정하도록 하며(제3조), 원사업자가 수급사업자에게 용역위탁하는 방송 프로그램*은 원사업자가 기획하거나 플롯 작성을 하고 그에 따라 제작하여 납품하는 것으로 한정하며(제4조 제1항), 방송프로그램의 저작권이 원사업자와 수급사업자에게 공동으로 귀속할 경우 그 지분은 방송프로그램 제작과정상의 창작기여도에 따라 정하도록 한다(제4조 제3항). 또한, 원칙적으로 원사업자는 수급사업자로 하여금 자신 또는 자신의 계열회사 혹은 자회사의 경쟁사업자와 거래를 금지하지 못하도록 하되, 다만 방송 중인 프로그램과 동일하거나 매우 유사한 프로그램을 제작하는 경우에는 금지할 수 있게 하고(제9조), 수급사업자의 용역수행에 필요한 경우 원사업자는 자신의 방송자료, 시설, 장비, 인력 등을 사용하게 할 수 있으며, 수급사업자는 본 계약에 따른 프로그램 제작 이외의 목적으로 사용하지 못하게 한다(제10조). 이와 함께, 수급사업자가 납품을 한 방송 프로그램에 대한 검사의 기준 및 방법은 당사자간의 협의하여 정하도록 하고, 원사업자는 방송프로그램의 납품이 있는 때에는 검사전이라도 즉시 수령증명서를 수급사업자에게 교부하게 하였다(제13조).

이러한 조항을 통하여, i) 방송업종에 대해 표준하도급계약서를 제정하여 해당 업종에서 교섭력이 취약한 중소기업이 계약체결과정에서 받게 되는 불이익과 분쟁발생요소를 제거하고 하도급거래질서의 공정화 기반 구축하고, ii) 개별적인 거래과정에서의 정부 개입은 최소화하면서도 하도급법 위반행위의 발생가능성을 사전에 낮춤으로써, 대.중소기업간 합리적이고 공정한 거래관행 구축에 기여할 것으로 기대하는 것이다.

특히, 저작권의 경우, TV드라마 제작사들이 TV드라마 프로그램을 제작하여 지상파방송사업자에게 납품하는 것을 일종의 용역위탁 또는 하도급계약관계로 보고, 위와 같이 제작된 TV드라마에 대한 저작권이 드라마 제작사와 지상파방송사업자 사이에 공동으로 귀속할 경우에는 제작과정상의 창작기여도에 따라 정하고, 드라마 제작사가 지상파방송사업자에게 저작권을 양도하는 경우에도 원칙적으로 2차적 저작물 등의 작성권은 포함되지 않고(저작권법 제45조 참조 제2항) 양도를 위한 저작권을 세분화하고, 그 양도기간 및 양도에 따른, 수익배분을 명시하여 별도의 개별계약으로 정하도록 되어 있다. 그러나, 실제에 있어서는 위와 같은 창작기여도는 전혀 고려되지 않고, 양도를 위한 저작권이 계약서상 세분화되어 있더라도 그 일체의 권리가 모두 양도대가 없이 지상파방송사업자에게 양도되고 있기 때문에, 위 표준계약서안도 지상파방송사업자에게는 구속력이 없는 공염불에 지나지 않고 있다.[48]

47) 공정거래위원회 (http://www.ftc.go.kr)

또한, 공정위가 위와 같이 방송업종 표준하도급 계약서를 제정하여 2006년 9월 27일부터 시행하고 있고, 하도급법에 따르면, 공정위는 하도급법의 적용대상이 되는 사업자 또는 사업자단체에게 표준하도급계약서의 작성 및 사용을 권장할 수 있지만(제3조의2), 그 위반에 대해 적절한 제재조치가 없고, 그 동안 지상파방송 사업자에게 외주제작을 하여 드라마를 납품하는 드라마 제작사가 이제까지 단 한 건도 공정위에 지상파방송사업자를 불공정거래행위로 인한 신고를 하지 않고 있다는 것은, 그 왜곡된 거래관계나 지상파방송사업자들의 시장지배적 지위가 얼마나 심각한지 짐작할 수 있게 하는 대목이다[49)]

다. 문화관광부의 방송프로그램 제작 표준계약서(2012. 2.)

2012년 2월에 문화관광부가 콘텐츠진흥원과 공동으로 검토한 방송프로그램 제작 표준계약서(안)에 의하면, 기존 가이드라인이나 공정위의 하도급 표준계약서의 내용을 상당 부분 반영하고 있다. 이러한 표준계약서가 실무상 적극적으로 도입된다면, 방송산업의 불공정거래 관행은 눈에 띄게 개선될 것으로 기대된다.

위 표준계약서(안)의 주요 내용을 살펴보면, i) 우선, 계약의 목적에서 "공정한 계약"이 이루어지는 것을 목적으로 한다는 점을 명시하고 있으며(표준계약서 안 제1조, 이하 같음), ii) 납품시 방송사의 검수와 합리적인 범위에서의 수정 요구를 따를 의무를 부과하고 있으며(제3조), iii) 제작비에 비용 뿐만 아니라, "제작 지원"도 포함시키면서, 방송사가 제작사에게 제작시설을 사용하도록 강제하는 행위를 금지하고 있으며(제5조), iv) 방송프로그램에 대한 권리는 제작과정상의 창작 기여도를 참작하도록 규정하고 있으며(제8조), v) 편집, 수정에 있어 양 당사자의 합의를 전제로 함으로써 제작사의 권리를 최대한 보장하며(제9, 10조), vi) 협찬과 간접광고에 대하여 제작사의 권리를 인정하고 있다(제11, 12조) (별첨 자료 참고) 다만, 아직도 방송프로그램에 대한 권리가 원칙적으로 제작사에게 귀속된다는 명제를 천명하고 있지 않다는 점 및 제작사의 손해배상 책임을 강화하고(제13, 14조), 방송사의 제작비 지급 보류권과 상계권을 인정한 점(제13조 제4항)은 아쉬운 점이지만, 방송사 등 관계 기관과의 꾸준한 협의를 통하여 향후 개선될 여지가 많을 것이다.

48) 이재경, "우리나라 드라마의 저작권 귀속 문제- 공정거래위원회 2008. 8. 21. 결정과 관련하여, 법조 Vol626, 한국법조협회, 2008. 12. 38면.

49) 방송영상산업진흥원 (2000). 영국, 독립제작사의 외주제작 비율 논란, "동향과 분석", 2000. 10. 31 (통권 119호). 48면

VI. 결론

문화산업진흥기본법 제14조 제1항 및 시행령 제12조[50]는 독립제작사의 제작을 활성화에 대한 지원을 규정하고 있다. 그러나, 구속력을 가지는 수단을 통하여 드라마제작사의 저작권이 보장될 수 없고, 방송사와의 불공정한 거래가 지속될 수 밖에 없는 구조라면, 이러한 조항들은 그저 허울 좋은 겉치레에 불과하다. 그 동안, 정부가 문화정책의 일환으로 드라마를 비롯하여 다양한 컨텐츠 제작자들에게 물심양면으로 기술적 또는 시설적인 지원에 집중해왔지만, 방송계에서는 그러한 지엽적인 부분보다, 외주사의 저작권 보호를 위한 제도적 뒷받침, 그리고 그에 기초한 공정한 거래질서 확립이 더 절실하고 근본적으로 필요하다. 이는 저작권의 귀속 문제로부터 시작된다. 공정위도 이러한 거시적인 관점에서 적절한 시정명령을 내려야 했던 것이다. 이는 저작권의 일반원칙에 기초하였을 뿐만 아니라, 다른 나라의 입법례에 비추어 볼 때도, 결코 무리하지 아니한 행보이기 때문이다.[51] 방송 프로그램의 저작권은 제작 과정에서의 창작에 대한 기여도, 투자 비율, 계약 조건 등을 고려해 정하는 것이 저작권법의 원칙임에도 불구하고, 지상파 방송사가 프로그램에 대한 모든 권리를 양도받는 계약 관행을 고집해왔다는 사정을 고려할 때, 이러한 불공정한 거래관행의 시정작업을 더 이상 늦출 수 없다.

프로그램의 판권을 방송사가 독식하는 것은 외주 제작사가 성장하는 데 걸림돌이 된다. 한류 바람이 일어났을 때도 드라마 판권 대부분을 방송사가 가지는 바람에, 드라마를 직접 만든 외주 제작사는 이익을 보지 못한 경우가 많았다. 그러나 현재까지도 불공정 관행은 고쳐지지 않고 있다. 여전히 외주제작사들은 안정적인 수익구조를 갖추지 못해 방송사의 제작비 지원에 기대는 실정이다. 방송사도 방송 콘텐츠 판매 저작권을 독점하는 등 외주 제작사와 불공정 계약을 맺고 있다. 결국 외주 제작사는 성장하지 못하는 악순환이 계속된다.

실제로 국회 문화체육관방송통신위원회 소속 한나라당 안형환 의원이 제시한 국정 감사 자료에 따르면 우리나라의 코스닥 상장 독립제작사 중 2006년부터 2008년까지 꾸준한 흑자를 보인 곳은 한 곳도 없었다. 또 상장 독립제작사 7곳 중 6곳이 적자를 기록한 것으로 나타났다. 방송사가 콘텐츠 총 매출액의 80%를 차지하는 불공정한 수익 배분 구조 때문이다. 또한, 2011년 6월 기준으로 지상파 방송 3사와 계약한 드라마 외주

50) 1. 우수 방송영상 광고프로그램의 기획 제작 개발의 지원, 2. 제작관련 전문 인력의 양성지원, 3. 독립제작사간의 시설과 기자재의 공동사용 임대 등의 알선, 4. 독립제작사의 저작권 보호를 위하여 필요한 시책의 수립 시행, 5. 독립제작사가 참여하는 비영리법인 단체의 방송영상프로그램제작 관련사업의 지원

51) 이재경, 전게논문, 33면.

제작사들이 연기자들에게 미지급한 출연료가 15억2000여만원인 것으로 나타났다.[52)] 따라서, 더 늦기 전에 i) 방송사가 정당한 사유없이 제작사에게 계약금 등 선급금의 지급을 지체하는 악습, ii) 프로그램 제작 계약을 제작 이전이 아니라, 방영을 개시 또는 심지어 종료한 이후 방송콘텐츠 공급제작계약을 체결하는 관행, iii) 당초 계약에서 약정한 횟수보다 방송물을 조기 종영하는 횡포, iv) 방송사에게 방송권 외에 유통권까지 포함시켜서 양도하는 폐해 등을 포함한 불공정한 조항들이 반드시 개선되어야 하며, 이러한 개선 사항들을 관계부처의 표준계약서, 가이드라인, 행정지도 등을 통하여 방송업계의 계약 실무에 적극적으로 반영시켜야 할 것이다.

Key Word : 불공정거래, 방송프로그램, 방송사, 독립제작사, 외주제작, 공정거래법, 저작권, 조기 종영, 불공정거래행위, 공정거래위원회, 계약법, 경쟁법

52) 쿠키뉴스 2011. 8.17.자
외주제작사들이 출연료를 미지급한 드라마는 모두 16편으로 집계됐다. 방송사별로는 KBS가 5편 8억9700여만원, MBC가 7편 3억5300여만원, SBS가 4편 2억7000여만원 등이었다.출연료 미지급액이 가장 큰 드라마는 ㈜와이이지가 제작한 '그들이 사는 세상'(4억3900여만원)이었고, 이어 '국가가 부른다'(3억4000여만원、㈜JH프로덕션), '태양을 삼켜라'(1억7400여만원、㈜뉴포트픽처스) 등의 순이었다.

참 고 문 헌

[교과서]

1. 오승종, 저작권법, 박영사, 2007.
2. 지원림, 민법강의, 홍문사, 2012.

[논문]

1. 김대호, “영국 2003년 커뮤니케이션법 제정에 따른 외주정책 평가”, 한국언론학보, 49권2호, 2005년
2. 김대호. “독립제작사 활성화를 위한 채널형성에 대한 연구. 한국방송학보, 13호, 1999년
3. 김기복, "방송콘텐츠의 권리보호 연구", (사)한국방송실연자협회, 2009
4. 김재영, “국내외주제작 정책에 대한 평가와 반성”, 방송문화연구 15권 2호, 2003,
5. 김진웅, “외주제작의 증가로 인한 방송사 드라마 제작 실태 변화연구”, 방송위원회, 2006년
6. 송경희, "TV 프로그램 공급시장의 경쟁 촉진 연구 - 표준계약서 지침개발을 중심으로", 한국방송진흥원, 연구보고서, 2000
7. 유의선, “방송저작물의 소유 및 이용에 관한 법리 연구”, 언론과 사회, 1995년 여름호
8. 이만제·김영덕, 국내 드라마 제작 시스템 개선 방안 연구, 방송위원회, 2007년
9. 이재경, “우리나라 드라마의 저작권 귀속 문제- 공정거래위원회 2008. 8. 21. 결정과 관련하여, 법조 Vol626, 한국법조협회, 2008. 12.
10. 임정수, “매체균형 발전정책과 방송계 현안 - 방송사 외주사 모두에게 이득없는 외주정책”, 방송문화, 2007, 10월호.
11. 장하용, 조항제, 임정수, “외주정책 산정기준과 의무편성비율 종합개선방안 연구”, 방송통신위원회, 2008.
12. 장하용, “외주비율정책의 미래적 방안: 정책목표의 타당성과 대안의 검토”. 한국언론학회 세미나 ‘외주정책 10년의 평가와 전망’, 발표문, 2002년
13. 정윤경, “저작권과 방송콘텐츠의 유통”, 한국방송영상산업진흥원, 2005년
14. 정진명, “계약법과 저작권법의 충돌 - 방송물제작계약에 있어서 저작물에 대한

권리귀속을 중심으로", 민사법학 제38호, 2007년
15. 조항제. "외주정책의 공과: 쟁점과 대안", 한국방송학회 주최 '방송영상산업진흥과 외주정책' 세미나 발표문, 2003년
16. 차상렬, "방송사와 독립제작사의 외주제작계약에 관한 연구", 연세대 법무대학원 석사학위논문, 2010. 6.
17. 최필선, "독립제작사 방송영상저작물의 저작권 보호에 관한 연구", 홍익대 석사학위논문, 2003.
18. 방송영상산업진흥원. "영국, 독립제작사의 외주제작 비율 논란", 동향과 분석, 통권 119호, 2000년
19. 방송위원회, 방송산업실태조사보고서, 2008년, 2009년

20. 문화관광부 (http://www.mcst.go.kr)
21. 공정거래위원회 (http://www.ftc.go.kr)
22. 한국방송통신위원회 (http://www.kbc.go.kr)
23. 한국드라마제작사협회 (http://www.codatv.or.kr)

24. Werra, "Moving Beyond the Conflict Between Freedom of Contract and Copyright Policies", 25 Colum J L & Arts. 374, 2003
25. BBC. (2004). Code of Practice : BBC's dealing with independent producers for television programmers commissioned by the BBC.
26. BBC. (2003a). Independent productions transmitted by the BBC, Ninth report, March 2003.
27. BBC. (2003b). Annual report 2002/2003.

Abstract

A Fair Trading between Broadcasters and independent producers

- Regarding the statement from the independent producers' association 2012

Jaekyoung Lee,

Associate Professor at Konkuk Law School/Attorney

[To be fullfilled]

Key word : fair trading, broadcaster, independent producer, copyright, ownership, broadcasting products, contract, anti-trust, form agreement, fair trade commission, Monopoly Regulations and Fair Trade Act, outsourcing.

온라인게임에 관한 법제와 약관의 개선방안

- 이용자의 규제를 중심으로 -

정 해 상(단국대학교 교수)

온라인게임에 관한 법제와 약관의 개선방안
- 이용자의 규제를 중심으로 -

정 해 상(단국대학교)
Jung, Hae Sang

Ⅰ. 서론

인터넷의 발전과 확산은 불과 수년 만에 새로운 온라인 환경을 구축하였다. 통신이나 정보의 공유를 넘어서서 일상적인 생활조차 인터넷의 활용이 이루어지는 결과를 가져왔다. 최근에는 모바일에 의하여 새로운 혁신적 생활변화를 가져오고 있으며 태블릿PC 등은 단기간 내에 유비쿼터스화로 인하여 더욱 광범위하고도 다양한 변화를 초래할 것으로 추측한다.

현재 온라인상에서 운영되고 있는 사이트 숫자를 논의하는 것은 불가능하다. 끊임없이 생성되고 소멸되고 있을 뿐만 아니라 공간의 무한성은 사이트 속에 많은 콘텐츠를 제공할 수 있게 한다. 그리고 그 콘텐츠 속에 또 다양한 콘텐츠를 포함시켜 제공하거나 다른 콘텐츠를 연계하고 있다. 이러한 점은 무한한 우주에 은하수와 같은 것이 몇 개이고 은하수 속에 태양계 같은 것이 몇 개이며 서로 연계되어 있는가를 논의하는 것과 같다. 사실 우리가 상정하는 우주가 몇 개일 지도 모르는 것이다.

이러한 공간속에서 제공되고 이용되는 각종의 콘텐츠는 지식재산권으로서 강력한 보호가 이루어지고 있다.[53] 과거의 지식재산권이 그 유동성에 대하여 지식재산권의 이전, 라이센스 정도에 불과한 것과는 달리 인터넷복제, 앱 유통, 온라인개인출판, 다중접속 콘텐츠 등 지적산물의 무한한 복제와 유통, 편리하고도 지속적인 이용이 가능하게 된 온라인환경에서 지식재산권의 유동성에 관한 보호강도는 더 높아지고 있고 권리의식도 강해지고 있는 것이다.

한편, 온라인이라는 다양성과 무한성을 가진 환경속에서 어떠한 행위를 자유롭게 행할 수 있는가라는 문제와 관련하여 전통적 관점과 갈등을 일으키고 있다. 뿐만

53) 저작권법은 저작자에게 복제권, 공연권, 공중송신권, 전시권, 배포권, 대여권, 2차적 저작물작성권 등을 인정하고 있으며, 2013년 7월 2일부터 저작재산권의 보호기간을 20년을 늘여 시행하는 것으로 개정되어 있다(동법 39조 이하 참조). 살펴보면, 저작재산권은 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 저작자가 생존하는 동안과 사망한 후 70년간, 공동저작물의 저작재산권은 맨 마지막으로 사망한 저작자가 사망한 후 70년간, 무명 또는 널리 알려지지 아니한 이명이 표시된 저작물의 저작재산권은 공표된 때부터 70년간(기간 내에 저작자가 사망한지 70년이 지났다고 인정할만한 정당한 사유가 발생한 경우에는 저작자가 사망한 후 70년이 지났다고 인정되는 때까지), 업무상저작물의 저작재산권은 공표한 때부터 70년간(창작한 때부터 50년 이내에 공표되지 아니한 경우에는 창작한 때부터 70년간), 영상저작물의 저작재산권은 저작자의 생존 및 사망과 무관하게 공표한 때부터 70년간(창작한 때부터 50년 이내에 공표되지 아니한 경우에는 창작한 때부터 70년간) 존속한다. 저작재산권의 보호기간을 계산하는 경우에는 저작자가 사망하거나 저작물을 창작 또는 공표한 다음 해부터 기산한다.

아니라 법제도의 정비를 규범가치적 측면에서 합리화시킬 사회적 합의와 시간적 여유를 가지지 못하고 있는 것이다. 이러한 규범가치인식의 난맥상은 새로운 측면에서 사회적 갈등을 야기한다.

첫째는, 단기간의 급격한 온라인의 변화과정에서 기꺼이 일상의 생활환경으로 받아드린 세력과 그러하지 못한 세력간의 갈등, 예를 들면, 세대간 또는 업종간의 법규범적 가치갈등이 발생한다는 점이다. 이것은 갈등해결을 위한 입법의 과정에서 어려움을 초래하며 전통적 규범가치인식을 가진 사회주도세력에 의한 규제와 통제는 이미 변화된 생활환경속에 있는 세력의 입장에서는 도저히 이해할 수 없는 규제와 통제가 되는 것이다.

둘째는, 행위자 각각의 규범가치인식이 다르게 또는 혼란스럽게 되면서 대립되는 상태이기 때문에 강력한 규제와 통제는 실효성을 잃고 불법의 일반화를 초래하게 된다. 이러한 경향은 장기적으로 자율적인 준법의식이 무너지게 된다는 점에서 법문화적 측면에서 더욱 심각하다.

온라인상에서 개인은 오프라인보다 시공간적으로 확장되어 존재하면서도 사회적 관계인식은 현저하게 퇴색된다. 지금까지 사회가 제시하고 있는 규범적 가치수준과 문제의식은 새롭게 변화되고 있는 것이다. 예를 들면, 다중접속게임의 다중인격적 이용, 각종의 댓글이나 SNS의 경박함, 온라인 도박이나 음란물의 기준에 대한 인식에서도 볼 수 있다.

온라인게임에 관련한 법제의 규제와 게임약관의 이용제한의 경향도 서로 다른 규범가치의 인식을 대립과 갈등을 보이고 있다. 법제와 약관은 사회의 일반적 규범가치에 후행함으로써 비교적 안정적인 규범가치를 내재하는 규범일종이면서도 온라인의 비대면적 특성과 그 속에서 이루어지고 있는 온라인콘텐츠의 변화로 인하여 온라인게임에서 청소년의 보호, 이용자의 이용제한 등은 지속적이고 반복적인 갈등을 일으키고 있다. 이러한 현실은 근본적으로 그 현상을 법적 규제를 하거나 제한할 필요성이 있는가라는 의문에서부터 그것이 가능하기는 한가라는 의심까지 이르고 있다.

이하에서는 온라인게임 이용자의 이용규제에 관한 법제와 게임약관을 살펴보고 문제점과 대안을 알아보기로 한다.

Ⅱ. 온라인게임이용 관련법제와 문제점

1. 게임산업진흥에 관한 법률

게임산업진흥에 관한 법률(이하 게임법이라고 한다)에서 온라인게임의 이용에 관련한 주요 내용은 게임과몰입에 관련된 규정과 게임아이템 등의 거래와 관련된 규정, 게임사업자가 제공 또는 승인하지 아니한 프로그램이나 기기 또는 장치의 배포 또는 제작에 관련된 규정으로 살펴볼 수 있다.

(1) 게임 과몰입에 관련된 규정

게임법은 정보통신망을 통하여 공중이 게임물을 이용할 수 있도록 서비스하는 사업자는 게임물 이용자의 게임 과몰입과 중독을 예방하기 위하여 과도한 게임물 이용방지조치를 의무화하고 방법과 제한범위 등을 규정하고 있다.[54]

이용제한의 방법으로는, 게임물 이용자의 회원가입 시 실명·연령 확인 및 본인 인증, 청소년의 회원가입 시 친권자 등 법정대리인의 동의 확보,[55] 청소년 본인 또는 법정대리인의 요청 시 게임물 이용방법이나 게임물 이용시간 등 제한,[56] 제공되는 게임물의 특성·등급·유료화정책 등에 관한 기본적인 사항과 게임물 이용시간 및 결제정보 등 게임물 이용내역의 청소년 본인 및 법정대리인에 대한 고지,[57] 과도한 게임물 이용 방지를 위한 주의문구 게시,[58] 게임물 이용화면에 이용시간 경과내역

---

54) 게임산업진흥에 관한 법률 제12조의3(게임과몰입·중독 예방조치 등) 참조.

55) 법정대리인의 동의방법으로는, 정보통신망에 동의 내용을 게재하고 법정대리인이 동의 여부를 표시하도록 하는 방법, 동의 내용이 적힌 서면을 법정대리인에게 직접 발급하거나 우편 또는 팩스를 통하여 전달하고 법정대리인이 동의 내용에 대하여 서명하거나 날인한 후 제출하도록 하는 방법, 동의 내용이 적힌 전자우편을 발송하여 법정대리인으로부터 동의의 의사표시가 적힌 전자우편을 전송받는 방법, 전화를 통하여 동의 내용을 법정대리인에게 알리고 동의를 받거나 인터넷주소 등 동의 내용을 확인할 수 있는 방법을 안내하고 재차 전화를 통하여 동의를 받는 방법 등이다; 게임산업진흥에 관한 법률 제8조의3(게임과몰입ㆍ중독 예방조치 등) 참조.

56) 게임물 이용방법, 게임물 이용시간 등의 제한은 특정 시간이나 기간을 정하여 제한할 수 있는 서비스 또는 프로그램을 제공하는 방법으로 한다; 게임산업진흥에 관한 법률 제8조의3(게임과몰입ㆍ중독 예방조치 등) 참조. 청소년의 이용시간제한에 대하여는 청소년법에서 인터넷게임의 제공자는 16세 미만의 청소년에게 오전 0시부터 오전 6시까지 인터넷게임을 제공하지 못하도록 규정하고 있으며, 여성가족부장관은 인터넷게임 제공시간 제한대상 게임물의 범위가 적절한지를 평가할 때 문화체육관광부장관과의 협의를 거쳐야 한다; 청소년보호법 제26조(심야시간대의 인터넷게임 제공시간 제한) 제1항 참조.

57) 청소년 본인 및 법정대리인에 대하여 고지할 때에는 휴대전화에 의한 문자전송, 전자우편, 팩스, 전화 또는 문서 등의 방법으로 월 1회 이상 하여야 한다; 게임산업진흥에 관한 법률 제8조의3(게임과몰입ㆍ중독 예방조치 등) 참조.

58) "과도한 게임이용은 정상적인 일상생활에 지장을 줄 수 있습니다."라는 주의문구를 게임물 이용 1시간마다 3초 이상 게임물 이용화면에 게시하여야 한다; 게임산업진흥에 관한 법률 제8조의3(게임과몰입ㆍ중독 예방조치 등) 참조.

표시,[59] 그 밖에 게임물 이용자의 과도한 이용 방지를 위하여 대통령령으로 정하는 사항 등을 규정하고 있다.

예방조치 대상에서 제외되는 게임물은, 게임법 제21조제1항 제1호부터 제3호까지의 게임물,[60] 청소년보호법 제10659호 부칙 제1조 단서에 따라 심야시간대 제공시간이 제한되지 않는 게임물[61] 및 동법(청소년보호법 제10659호) 제23조제2항에 따른 평가 및 조치 결과 심야시간대 인터넷게임의 제공시간을 제한하지 않는 것으로 고시된 게임물[62], 중소기업기본법 제2조에 따른 중소기업으로서[63] 영상, 방송통신 및 정보서비스 업종의 중소기업이 제공하는 게임물(연 매출액이 50억원 이상인 중소기업이 제공하는 게임물의 경우에는 실명·연령 확인 및 본인 인증, 법정대리인의 동의의 제한의무 인정) 등으로 규정하고 있다.

(2) 게임머니 등 거래에 관한 규정

게임법 제32조(불법게임물 등의 유통금지 등)는 제1항에서 누구든지 게임물의 유통질서를 저해하는 유형의 행위를 열거하고 금지하고 있고 같은 규정 7호에서 '누구든지 게임물의 이용을 통하여 획득한 유·무형의 결과물(점수, 경품, 게임 내에서 사용되는 가상의 화폐로서 대통령령이 정하는 게임머니 및 대통령령이 정하는 이와

---

59) 게임물 이용에 장애를 주지 않는 범위에서 게임물 이용시간 경과 내역을 게임물 이용 1시간마다 3초 이상 게임물 이용화면에 알아보기 쉽게 표시하여야 한다; 게임산업진흥에 관한 법률 제8조의3(게임과몰입·중독 예방조치 등) 참조.

60) 1. 중앙행정기관의 장이 추천하는 게임대회 또는 전시회 등에 이용·전시할 목적으로 제작·배급하는 게임물, 2. 교육·학습·종교 또는 공익적 홍보활동 등의 용도로 제작·배급하는 게임물로서 대통령령이 정하는 것, 3. 게임물 개발과정에서 성능·안전성·이용자만족도 등을 평가하기 위한 시험용 게임물로서 대통령령이 정하는 대상·기준과 절차 등에 따른 게임물

61) 제23조의3제1항의 개정규정에 따른 인터넷게임 중 심각한 인터넷게임 중독의 우려가 없는 것으로서 대통령령으로 정하는 기기를 이용한 인터넷게임에 대한 심야시간대 제공시간 제한에 관한 부분은 공포 후 2년이 경과한 날부터 시행한다.

62) 각 심의기관은 청소년유해매체물 결정을 취소한 경우에는 청소년보호위원회에 그 사실을 통보하여야 한다. 이 경우 청소년보호위원회는 여성가족부장관에게 당해 매체물을 청소년유해매체물 목록표에서 삭제하도록 요청하여야 하며 여성가족부장관은 이를 삭제하여야 하고 그 사실을 관계기관 등에 통보하여야 한다.

63) 제2조(중소기업자의 범위) ① 중소기업을 육성하기 위한 시책(이하 "중소기업시책"이라 한다)의 대상이 되는 중소기업자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 기업(이하 "중소기업"이라 한다)을 영위하는 자로 한다.

1. 다음 각 목의 요건을 모두 갖추고 영리를 목적으로 사업을 하는 기업
 가. 업종별로 상시 근로자 수, 자본금, 매출액 또는 자산총액 등이 대통령령으로 정하는 기준에 맞을 것
 나. 지분 소유나 출자 관계 등 소유와 경영의 실질적인 독립성이 대통령령으로 정하는 기준에 맞을 것
2. 「사회적기업 육성법」 제2조제1호에 따른 사회적기업 중에서 대통령령으로 정하는 사회적기업

② 중소기업은 대통령령으로 정하는 구분기준에 따라 소기업(小企業)과 중기업(中企業)으로 구분한다.

③ 제1항을 적용할 때 중소기업이 그 규모의 확대 등으로 중소기업에 해당하지 아니하게 된 경우 그 사유가 발생한 연도의 다음 연도부터 3년간은 중소기업으로 본다. 다만, 중소기업 외의 기업과 합병하거나 그 밖에 대통령령으로 정하는 사유로 중소기업에 해당하지 아니하게 된 경우에는 그러하지 아니하다.

④ 중소기업시책별 특성에 따라 특히 필요하다고 인정하면 「중소기업협동조합법」이나 그 밖의 법률에서 정하는 바에 따라 중소기업협동조합이나 그 밖의 법인·단체 등을 중소기업자로 할 수 있다.

유사한 것을 말한다)을 환전 또는 환전 알선하거나 재매입을 업으로 하는 행위를 규정하고 있다.

이와 관련하여 대통령령 제18조의3(게임머니 등)에서, 게임머니 및 대통령령이 정하는 이와 유사한 것은, 게임물을 이용할 때 베팅 또는 배당의 수단이 되거나 우연적인 방법으로 획득된 게임머니, 그러한 게임머니의 대체 교환 대상이 된 게임머니 또는 게임아이템 등의 데이터, 게임제작업자의 컴퓨터프로그램을 복제, 개작, 해킹 등을 하거나 게임물의 비정상적인 이용을 통하여 생산·획득한 게임머니 또는 게임아이템 등의 데이터로 규정하고 있다.

이를 위반한 자는 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다(게임법 제44조 제1항 2호 참조).

.

(3) 오토프로그램에 관련된 규정

게임산업법 제32조(불법게임물 등의 유통금지 등) 제1항 8호에서는, 게임물의 정상적인 운영을 방해할 목적으로 게임물 관련사업자가 제공 또는 승인하지 아니한 컴퓨터프로그램이나 기기 또는 장치를 배포하거나 배포할 목적으로 제작하는 행위를 금지하고 있다.

이를 위반한 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다(게임법 제46조 3의2호 참조).

2. 청소년보호법

청소년보호법은 청소년(만19세 미만인 사람; 만19세가 되는 해의 1월 1일 기준)을 보호하기 위하여 유해한 매체물과 약물 등이 청소년에게 유통되는 것과 청소년이 유해한 업소에 출입하는 것 등을 규제하고 청소년을 유해한 환경으로부터 보호·구제함으로써 청소년이 건전한 인격체로 성장할 수 있도록 함을 목적으로 한다.

이 법에서 매체물은, 「영화 및 비디오물의 진흥에 관한 법률」에 따른 영화 및 비디오물, 「게임산업진흥에 관한 법률」에 따른 게임물, 「음악산업진흥에 관한 법률」에 따른 음반, 음악파일, 음악영상물 및 음악영상파일, 「공연법」에 따른 공연(국악공연 제외), 「전기통신사업법」에 따른 전기통신을 통한 부호·문언·음향 또는 영상정보, 「방송법」에 따른 방송프로그램(보도 방송프로그램 제외), 「신문 등의 진흥에 관한 법률」에 따른 일반일간신문(주로 정치·경제·사회에 관한 보도·논평 및 여론을 전파하는 신문 제외), 특수일간신문(경제·산업·과학·종교 분야 제외), 일반주간신문(정치·경제 분야 제외), 특수주간신문(경제·산업·과학·시사·종교 분야 제외), 인터넷신문(주로 정치·경제·사회에 관한 보도·논평 및 여론을 전파하는 신문 제외) 및 인터넷뉴스서비스, 「잡지 등 정기간행물의 진흥에 관한 법률」에 따른 잡지(정

치·경제·사회·시사·산업·과학·종교 분야 제외), 정보간행물, 전자간행물 및 그 밖의 간행물, 「출판문화산업 진흥법」에 따른 간행물, 전자출판물 및 외국간행물(신문 등의 진흥에 관한 법률」및「잡지 등 정기간행물의 진흥에 관한 법률」에 해당하는 매체물 제외), 「옥외광고물 등 관리법」에 따른 옥외광고물과 가목부터 자목까지의 매체물에 수록·게재·전시되거나 그 밖의 방법으로 포함된 상업적 광고선전물, 그 밖에 청소년의 정신적·신체적 건강을 해칠 우려가 있어 대통령령으로 정하는 매체물 등이다(동법 제2조 2호 참조).

이러한 매체물 중에서 청소년유해매체물이란, 청소년보호위원회가 청소년에게 유해한 것으로 결정하거나 확인하여 여성가족부장관이 고시한 매체물, 각 심의기관이 청소년에게 유해한 것으로 심의하거나 확인하여 여성가족부장관이 고시한 매체물을 말한다(동법 제2조 2호 참조).[64]

청소년유해매체물로서 방송을 이용하는 매체물은 대통령령으로 정하는 시간에는 방송하여서는 아니 된다. 청소년시청보호시간대는 평일 오전 7시부터 오전 9시까지, 오후 1시부터 오후 10시까지로 하며, 토요일과 공휴일 및 여성가족부장관이 정하여 고시하는 초등학교・중학교・고등학교의 방학기간동안에는 오전 7시부터 오후 10시까지로 규정하고 있다. 다만, 「방송법」에 의한 방송중 시청자와의 계약에 의하여 채널별로 대가를 받고 제공하는 방송의 경우에는 여성가족부장관이 정하여 고시하는 시간으로 한다.[65]

16세 미만의 청소년이 인터넷게임의 회원가입을 할 때에는 게임물의 제공자는 친권자 등의 동의를 받아야 한다. 인터넷게임의 제공자는 친권자 등에게 해당 청소년과 관련하여, 제공되는 게임의 특성·게임물등급·유료화정책 등에 관한 기본적인 사항, 인터넷게임 이용시간, 인터넷게임 이용 등에 따른 결제정보 등을 알려야 한다. 인터넷게임의 제공자는 16세 미만의 청소년에게 오전 0시부터 오전 6시까지 인터넷게임을 제공할 수 없으며, 여성가족부장관은 문화체육관광부장관과 협의하여 심야시간대 인터넷게임의 제공시간 제한대상 게임물의 범위가 적절한지를 대통령령으로 정하는 바에 따라 2년마다 평가하여 개선 등의 조치를 하여야 한다.[66]

---

64) 청소년유해매체물의 심의기준은, 청소년에게 성적인 욕구를 자극하는 선정적인 것이거나 음란한 것, 청소년에게 포악성이나 범죄의 충동을 일으킬 수 있는 것, 성폭력을 포함한 각종 형태의 폭력 행위와 약물의 남용을 자극하거나 미화하는 것, 도박과 사행심을 조장하는 등 청소년의 건전한 생활을 현저히 해칠 우려가 있는 것, 청소년의 건전한 인격과 시민의식의 형성을 저해(沮害)하는 반사회적·비윤리적인 것, 그 밖에 청소년의 정신적·신체적 건강에 명백히 해를 끼칠 우려가 있는 것으로열거하고 있고, 구체적으로 적용할 때에는 사회의 일반적인 통념에 따르며 그 매체물이 가지고 있는 문학적·예술적·교육적·의학적·과학적 측면과 그 매체물의 특성을 함께 고려하여야 한다고 규정하고 있다; 청소년보호법 제9조(청소년유해매체물의 심의 기준) 참조.

65) 동법 제18조(방송시간 제한) 및 시행령 제18조(청소년시청보호시간대) 참조.

66) 제24조(인터넷게임 이용자의 친권자등의 동의), 제25조(인터넷게임 제공자의 고지 의무), 제26조(심야시간대의 인터넷게임 제공시간 제한) 참조.

3. 약관규제에 관한 법률

약관규제에 관한 법률(이하 약관규제법이라 한다)은 사업자는 고객이 약관의 내용을 쉽게 알 수 있도록 한글로 작성하고, 표준화·체계화된 용어를 사용하며, 약관의 중요한 내용을 부호, 색채, 굵고 큰 문자 등으로 명확하게 표시하여 알아보기 쉽게 약관을 작성하여야 한다고 규정하고 있다. 그리고 약관의 해석은 신의성실의 원칙에 따라 공정하게 해석되어야 하며 고객에 따라 다르게 해석할 수 없고 약관의 뜻이 명백하지 아니한 경우에는 고객에게 유리하게 해석되어야 한다고 규정하고 있다. 나아가 약관에 적용되는 일반원칙을 선언하여, 신의성실의 원칙을 위반하여 공정성을 잃은 약관 조항은 무효이고, 고객에게 부당하게 불리한 조항, 고객이 계약의 거래형태 등 관련된 모든 사정에 비추어 예상하기 어려운 조항, 계약의 목적을 달성할 수 없을 정도로 계약에 따르는 본질적 권리를 제한하는 조항은 공정성을 잃은 것으로 추정하고 있다.[67]

그러나 약관규제법은 사업자가 법정된 불공정한 약관 조항을 계약의 내용으로 하여서는 아니 된다고 규정하면서도 위반에 대한 처벌규정을 두지 않고 있으며, 공정거래위원회가 위반한 사업자에게 해당 불공정약관조항의 삭제·수정 등 시정에 필요한 조치를 권고할 수 있을 뿐이다. 불공정한 약관조항을 계약내용으로 인하여 처벌할 수 있는 경우로는, 사업자가 시장지배적사업자[68]인 경우, 사업자가 자기의 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 계약을 체결하는 경우, 사업자가 일반 공중에게 물품·용역을 공급하는 계약으로서 계약 체결의 긴급성·신속성으로 인하여 고객이 계약을 체결할 때에 약관 조항의 내용을 변경하기 곤란한 경우, 사업자의 계약 당사자로서의 지위가 현저하게 우월하거나 고객이 다른 사업자를 선택할 범위가 제한되어 있어 약관을 계약의 내용으로 하는 것이 사실상 강제되는 경우, 계약의 성질상 또는 목적상 계약의 취소·해제 또는 해지가 불가능하거나 계약을 취소·해제 또는 해지하면 고객에게 현저한 재산상의 손해가 발생하는 경우, 사업자가 제1항에 따른 권고를 정당한 사유 없이 따르지 아니하여 여러 고객에게 피해가 발생하거나 발생할 우려가 현저한 경우에 공정거래위원회가 사업자에게 해당 불공정약관조항의 삭제·수정 등 약관을 시정하기 위하여 필요한 조치를 명하고 그 명령을 이행하지 아니한 자는 2년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금에 처하게 될 뿐이다.[69]

---

67) 약관규제에 관한 법률 제3조(약관의 작성 및 설명의무 등), 제5조(약관의 해석), 제6조(일반원칙), 제17조(불공정약관조항의 사용금지) 참조.

68) 일정한 거래분야의 공급자나 수요자로서 단독으로 또는 다른 사업자와 함께 상품이나 용역의 가격·수량·품질 기타의 거래조건을 결정·유지 또는 변경할 수 있는 시장지위를 가진 사업자로서 시장지배적사업자를 판단함에 있어서는 시장점유율, 진입장벽의 존재 및 정도, 경쟁사업자의 상대적 규모 등을 종합적으로 고려하여 판단한다; 독점규제 및 공정거래에 관한 법률제2조 제7호 참조.

69) 약관규제에 관한 법률 제17조의2(시정 조치), 제32조(벌칙) 참조.

4. 법제의 문제점

(1) 게임산업법 및 청소년보호법의 문제점

게임산업법 제32조 제1항 7호는, 누구든지 게임물의 이용을 통하여 획득한 유·무형의 결과물(점수, 경품, 게임 내에서 사용되는 가상의 화폐로서 대통령령이 정하는 게임머니 및 대통령령이 정하는 이와 유사한 것을 말한다)을 환전 또는 환전 알선하거나 재매입을 업으로 하는 행위를 금지하고 있다. 이를 위반한 경우에는 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다.

이 규정은 게임물이 도박 또는 사행행위에 변형되어 이용되는 것을 규제하고 처벌할 목적이라고 이해된다. 그럼에도 불구하고 다양한 게임물에 대하여 구체적인 법리를 분석하지 않고 단순한 목적으로 획일적인 규제와 처벌의 규정을 마련하려는 태도는 게임산업과 이용행위 자체에 대한 과도한 규제로 나타날 위험성은 매우 높아진다.[70]

온라인게임물에 대한 변화는 매우 다양하게 진행되고 있다. 이러한 새로운 사회적 현상에 대한 규제적 접근에서 우리가 심각하게 고려하여야 할 것은 그 현상이 얼마나 비도덕적인가에 근거하는 것이 아니라 범죄로 구성할 만큼 상당한 위법성을 내포하는가에 대한 판단이다. 부도덕이나 바람직하지 못한 행위와 범죄행위는 구분되어야 하는 것이다.

심야시간대의 인터넷게임 제공시간 제한대상 게임물의 범위가 적절한지를 평가함에 있어서 게임산업법 제8조의4(평가 방법 및 절차)는 여성가족부장관이 게임물 범위 평가계획을 문화체육관광부장관과 협의하여 수립하고 관보에 고시하여야 하고 있고, 그 계획에는 「청소년보호법 시행령」 제18조의2 제1항 제1호 및 제2호에 따른 평가 대상 게임물 및 평가 사항, 게임물 범위 평가 기준, 게임물 범위 평가 지표 및 척도, 그 밖에 여성가족부장관이 게임물 범위 평가에 필요하다고 문화체육관광부장관과 협의하여 정한 사항을 포함하도록 하고 있다.

게임산업 자체의 관리부처가 문화체육관광부임에도 불구하고 여성가족부를 게임물의 제한범위를 평가하고 결정하는 부서로 하는 것은 업무에 관한 기본적인 부서 적합성의 문제뿐만 아니라 청소년보호를 이유로 인터넷게임이용의 규제가 지나치게 보수화될 가능성이 크다. 게임산업은 근본적으로 산업으로서 관리되어야 할 주제라

70) 청소년보호라는 명분으로 동법 시행령 제18조의3(게임머니 등)에 '4. 청소년이용불가 등급 이외의 등급을 받은 게임물의 게임머니 또는 게임아이템'을 신설하는 논란의 경우에, '청소년이용불가 등급 이외의 등급을 받은 게임물'이라고 함은 청소년이용이 가능한 모든 게임물을 의미가 되어 게임법 제32조 7호에 따라 청소년이용이 가능한 모든 게임물의 이용을 통하여 획득한 유•무형의 결과물을 환전 또는 환전 알선하거나 재매입을 업으로 하는 행위가 금지되는 결과를 가져온다. 그러나 청소년이용이 가능한 모든 게임물은 청소년전용의 게임물이 아니라 성년도 당연히 이용이 가능한 게임물이기에 결국 시행령개정안 4호는, 청소년이용이 가능한 게임물을 성년이 이용한 경우에도 적용되어 엉뚱하게 성년의 정상적인 게임이용을 규제하는 문제를 야기한다.

는 점에서 오히려 문화체육관광부가 청소년의 보호를 위하여 필요한 기준을 여성가족부로부터 제시받고 협의하여 게임산업에 반영하여 결정하는 것이 바람직할 것으로 본다.

(2) 약관규제법의 문제점

약관은 알기 쉽고 알아보기 쉽게 작성되어야 한다. 한글로 작성되었다고 하여 약관의 내용을 쉽게 알 수 있도록 한 것은 아니다. 예를 들면, 거의 모든 온라인사이트가 16세 미만이 회원가입을 하는 경우에도 성년의 경우와 완전하게 동일한 내용과 표현을 그대로 보여주고 있다. 이러한 약관내용을 제시하고도 이에 동의하였다는 점만으로 약관의 유효성을 그대로 인정하여야 한다는 것은 법리적으로 매우 편파적인 것으로 이해된다.[71]

사업자가 불공정한 약관조항을 계약내용으로 한 경우에 사업자에 대한 규제와 처벌이 지나치게 형식적이며 온라인사업자의 경우에는 제도적으로 거의 의미를 가지지 못한다.

건전한 거래질서를 확립하고 이를 통하여 소비자를 보호하고 국민생활을 균형 있게 향상시키는 것이 약관규제법의 목적이고 법정된 약관내용이 무효라고 규정한다면 그러한 약관을 계약내용으로 한 약관은 당연히 무효이고 사업자는 처벌의 대상이 되어야만 한다. 그러나 동법은 공정거래위원회가 위반한 사업자에게 해당 불공정약관조항의 시정조치를 권고할 수 있을 뿐이고 처벌할 수 있는 경우라도 예외적이며 그것도 공정거래위원회가 시정조치를 명하고 그 명령을 이행하지 아니한 경우에 2년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금에 불과하다.

특히 온라인콘텐츠를 통한 사업의 경우에는 사업자가 약관에서 구체적인 약관내용을 운영정책에 유보하는 근거규정을 두고 운영정책을 통하여 세부적인 사항을 규정하는 경향이 확대되고 있다. 온라인콘텐츠사업의 환경은 이용자와의 관계가 계속적이고 반복적이고 시간의 경과에 따라 사업운영환경이 변화한다는 점에서 사업자는 좀 더 유리하게 세부적으로 약관의 변경을 할 수 있는 방법이 되고 있는 것이다.

이러한 점은 약관의 구체화라는 점에서 의미를 가지기도 하지만 이용자의 형식적 동의가 구체화된 운영정책의 특정한 내용에 해당되었다는 점에서 불공정한 약관(운영정책)이 이용자의 굴복을 현실적으로 유도한다는 점이다. 무엇보다도 다중과 소액의 거래관계를 가지는 사업자의 경우에는 매우 유리한 약관형성방식이 될 수 있다.

71) 은행거래약관에서 예금채권에 관한 양도금지의 특약을 정하고 있는 경우, 이러한 특약은 예금주의 이해관계와 밀접하게 관련되어 있는 중요한 내용에 해당하므로, 은행으로서는 고객과 예금계약을 체결함에 있어서 이러한 약관의 내용에 대하여 구체적이고 상세한 명시.설명의무를 지게 되고, 만일 은행이 그 명시.설명의무에 위반하여 예금계약을 체결하였다면, 은행거래약관에 포함된 양도금지의 특약을 예금계약의 내용으로 주장할 수 없다고 할 것이다 ; 대판 1998. 11. 10. 선고 98다20059 ; 대판 1996. 6. 25. 선고 96다12009 참조.

(3) 소결

입법은 목적성을 가지고 있는 것이며 개별규정들은 그 목적성에 부합하여야 한다. 특히 온라인에 관련한 법적 규제는 온라인상에서 발생하는 다양성과 변화현상을 정확하게 이해하여 규제의 틀을 마련하고 변경하여야만 실효성을 가지게 된다. 그러하지 아니하면 법적 규제는 온라인의 다양성과 변화로 인하여 사실상 탈법과 불법의 일반화를 초래하게 되는 것이다. 이러한 경향은 현실사회에서도 발생되는 것이지만 온라인의 경우에는 더욱 빠르고 심각하게 진행된다.

이러한 점에서 온라인사업자에게 규제의 의미가 약한 약관규제법의 규제강화도 필요하다. 청소년에 대한 약관의 제시내용과 방법은 공정한가, 운영정책도 약관이라고 한다면 그 내용과 동의과정도 공정한가, 온라인사업의 다양성과 변동성에 대응하는 운영정책의 불공정성을 구제하는 것은 현행 약관규제법으로 가능한가, 불공정성에 대한 이용자의 대응에서 보이는 현실적 한계를 도와줄 방법은 있는가, 사업자가 약관을 불공정하게 해석하여 대응하는 것을 처벌할 수는 없는 것인가 등은 온라인사업약관에서 심각하게 재고될 필요가 있다고 본다.

온라인게임과 관련한 최근 보이고 있는 청소년보호법이나 게임산업법의 개정과 논의의 경향은 상당한 문제점을 내포하고 있다. 개정의 방향성에 대한 사회적 가치에 매몰되어 사적 자치라는 더 큰 인간의 가치가 훼손되고 있음을 간과하고 있다. 더구나 이미 앞서 언급한 바와 같이 규제의 예외규정으로 인하여 법적 규제의 가치와 실효성조차도 현실적으로 상당히 훼손되고 있는 실정이다.

근본적으로는, 온라인상에서 다양하게 발생하고 있는 문제들을 직면하면서 당황하여 사적영역과 공법적 영역을 혼동하고 있는 것은 아닌가라는 반성이 필요하다. 청소년보호라는 사회적 가치가 심야에 게임을 하는 청소년의 개인적 행위를 본인 및 친권자 등의 의사와 무관하게 공법으로 획일적 규제를 할 수 있는 것인가는 고민스럽다.

만약 청소년보호라는 사회적 가치에 매몰되고자 한다면 청소년보호법 제3조(가정의 역할과 책임)의 위반에 대하여 처벌규정을 마련하는 것이 더 효율적이다. 동법 제3조는 청소년에 대하여 친권자 등은 청소년이 청소년유해환경에 접촉하거나 출입하지 못하도록 필요한 노력을 하여야 하고, 청소년이 유해한 매체물 또는 유해한 약물 등을 이용하고 있거나 유해한 업소에 출입하려고 하면 즉시 제지하여야 하며, 친권자등은 이러한 노력이나 제지를 할 때 필요한 경우에는 청소년 보호와 관련된 상담기관과 단체 등에 상담하여야 하고, 해당 청소년이 가출하거나 비행 등을 할 우려가 있다고 인정되면 청소년 보호와 관련된 지도·단속 기관에 협조를 요청하여야 한다고 규정하고 있다.

Ⅲ. 온라인게임사의 약관과 문제점

온라인게임이용과 관련하여 이용자의 약관위반이용에는 다양한 유형이 있다. 여기서는 이용자의 약관위반이용행위의 유형중에서 게임머니(게임아이템 포함)의 거래문제와 최근에 논란이 지속되고 있는 오토프로그램의 이용행위를 중심으로 논의하기로 한다.

1. 위반행위와 주요 온라인게임의 이용제한

(1) 거상(에이케이 인터렉티브)

거상은 이용약관 제13조 제10항에서 '회원은 다음 각 호에 해당하는 행위를 하여서는 안되며, 해당 행위를 하는 경우에 회사가 회원의 서비스 이용제한 등 회사의 불량회원처리규정에 의거하여 이용정지, ID삭제, 이용계약의 직권해지, 수사기관에 고발조치, 손해배상청구 등의 적법한 제재 및 조치를 취할 수 있습니다'라고 규정하다.

거상은 위반사항에 대하여 4단계로 나누어 이용을 제한하고 있다. 그러나 2-3회로 영구정지시키는 경우가 일반적이다. 매크로/스피드핵 등의 불법적인 프로그램 사용은 1차로 영구정지, 현금거래(아이템/게임머니/용병/생산시설/문화상품권 등의 매매나 대여)는 1차로 30일정지후 2차에서 영구정지를 시키고 있다. ID를 현금거래하거나 해킹 / ID도용의 경우에는 1차로 영구정지를 시킨다.

불법프로그램의 사용과 관련해서는, '거상운영팀에서 규정하는 불법프로그램을 사용하는 행위'로 정하여 운영정책으로 정하게 하고 있고 거상운영정책은 '불법프로그램사용 관련사항'에서, 거상 게임에는 다른 프로그램을 적용시키거나 같이 이용되어서는 안되며 이용제한의 대상이 되어 거상게임과 같이 이용되어서는 안되는 프로그램 중 대표적인 프로그램으로 스피드핵(게임의 속도를 조정할 수 있는 프로그램), 매크로(게임에서 행해지는 반복적인 행위를 사람이 아닌 컴퓨터가 대신하게 하는 프로그램), 메모리 변조(클라이언트에서 게임서버 쪽으로 보내는 정보를 변조하는 프로그램), 기타 운영팀에서 불필요하다고 판단되는 프로그램으로 예시하고 있다.

(2) 테라(한게임)

테라는 이용약관 제16조에서, 회사의 클라이언트 프로그램을 무단으로 변경하는 행위 및 회사의 서버를 해킹 하거나 웹사이트 또는 게시된 정보의 일부분 또는 전체를 임의로 변경하거나 서비스를 회사가 제공하지 않는 비정상적인 방법으로 사용하는 행위, 회사가 인정하지 않은 방법으로 게임머니 등 사이버 자산을 취득하는 행위 등 포괄적 표현으로 회원의 금지행위를 금지하고 있다.

테라의 운영정책에서는, 각종 핵 및 비공식 프로그램(자동사냥, 서버해킹, 스피드핵, 게임진행 시 실행되어 직접 또는 간접적으로 도움을 주는 프로그램 등)사용 시에는 확인 절차를 거쳐 게임내부행위로 인한 서비스 이용제한기준에 따라 계정 이용이 제한된다고 규정하고 '자동 사냥 프로그램, 서버 해킹 프로그램, 스피드 핵 프로그램, 오토 마우스 프로그램 등을 포함한 각종 핵 및 비공식 프로그램을 사용하는 행위'의 경우에는 경고없이 이용제한이 가능한 것으로 하고 있다.

(3) 리니지2(엔씨소프트)

리니지2는 위반사항에 대하여 3단계에서 최근(2012.2.)부터 4단계로 나누어 이용제한을 하고 있으나 그러나 2-3회로 영구정지하는 경우가 대부분이며 4회의 경우에는 게임진행방해, 불건전한 언어사용 등 경미한 경우에만 해당한다.

리니지2는 이용약관에서, '이용자는 회사에서 제공하는 서비스를 게임 또는 오락 등 서비스 본래의 이용목적 이외의 용도로 사용하거나 다음 각 호에 해당하는 행위를 해서는 안되며, 회사는 이용자가 아래 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하는 경우, 회사가 별도로 공지하는 각 게임별 운영정책에 의거하여 서비스의 이용정지/계정의 삭제 등 서비스 이용 제한, 수사기관에의 고발조치 등 합당한 조치를 취할 수 있습니다'라고 규정하고 '자기 또는 제3자가 개발하거나 배포한 소프트웨어 또는 하드웨어로서 서비스와 관련되거나 서비스 내에서 게임의 내용(게임내 사냥행위 등)에 권한없이 관여하는 소프트웨어 또는 하드웨어를 사용, 배포하거나 사용을 장려하거나 광고하는 행위'와 함께 16호에서는 '회사가 금지하는 불법적인 소프트웨어나 하드웨어를 사용하는 자들로부터 반복적으로 계정, 캐릭터, 아이템 등을 양도받는 행위'도 규정하고 있다.

자동사냥 프로그램 등 악성 불법 소프트웨어/하드웨어를 사용하여 게임 내용에 영향을 주는 행위 또는 위 사유의 환경을 조성, 제공 및 이를 이용하여 습득된 아이템을 획득하거나 이동에 관여한 행위로서 시스템에 의해 명백하게 인정되는 경우에는 1차로 통합계정이 영구정지된다. 그러나 같은 행위이더라도 BOT 행동으로 확인될 경우에는, 1차로 경고, 2차 통합계정 10일 정지, 3차 통합계정 영구정지로 이용제한의 강도를 완화시키고 있다. 특이한 것은 스피드핵, 스킨 변경 등 불법프로그램의 사용이더라도 경미한 사용은 1차로 10일 정지, 2차로 영구정지를 시키고 있지만 통합계정 영구정지의 이용제한은 하지 않고 있다.

작업장에 대하여는 1차로 통합계정 영구정지를 시킨다. "작업장"은, 영리 목적을 위하여 다수의 계정으로 또는 조직적, 집단적으로 게임을 이용하는 행위로 다수의 계정으로 "불법 프로그램 사용" 또는 "사행행위"를 통하여 부당하게 아이템을 획득

하거나 이동 및 현금화 하는 행위로 정의하고 있다.

현금거래는 1차로 30일 정지, 2차로 영구정지를 시키고 있다. “현금거래”는, 아이템을 현금이나 현실의 재화/용역과 거래하는 행위, 아이템을 다른 게임의 아이템과 거래하는 행위(리니지2 아데나를 아이온의 키나와 거래하는 행위 등), N코인, N포인트, N샵 아이템을 현금, 현실의 재화/용역과 거래하는 행위, N코인, N포인트, N샵 아이템을 아이템(타 게임 아이템 포함)과 거래하는 행위(리니지2 아데나를 대가로 부가서비스를 선물하는 행위 등), 현금이나 현실의 재화/용역을 대가로 다른 사람에게 캐릭터를 대리 육성하게 하는 행위로 정의하고 있다.
계정 거래의 경우에는 1차로 통합계정 영구정지를 시킨다. “계정 거래”는, 계정 또는 계정 내 캐릭터를 “현금거래”의 거래 대상과 거래하는 행위로 정의하고 있다.
현금거래시도에 대하여도, 1차로 7일 정지, 2차 30일 정지, 3차에 영구정지를 시킨다. “현금거래 시도”는, “현금거래”를 시도하거나 광고하는 행위(게임 내에서 아무런 의미 없이 지역명, 숫자를 반복적으로 올리거나 또는 전화번호를 올리는 행위, 거래의도가 있다고 판단되는 채팅이나 게시판메시지 등), “계정거래” 각 호의 거래를 시도하거나 광고하는 행위, “현금거래” 또는 “계정 거래”를 중개하는 사이트 등을 광고하는 행위 등으로 정의하고 있다.

이용자가 보유한 3개 이상의 계정에 대하여 약관에 정한 사유로 “게임 영구 이용제한” 또는 “통합계정 영구 이용제한” 제재가 적용될 경우 회사는 해당 이용자가 보유한 모든 계정에 대하여 동일 제재를 적용할 수 있도록 하고 있다.

(4) 데카론(게임하이)

데카론은 이용약관 제14조에서, ‘회원은 회사에서 제공하는 서비스를 게임 또는 오락 등 서비스 본래의 이용목적 이외의 용도로 사용하거나 다음 각 호에 해당하는 행위를 해서는 안되며, 회사는 회원이 아래 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하는 경우, 운영정책에 의거하여 서비스의 이용정지/계정의 삭제 등 서비스 이용 제한, 수사기관에의 고발 조치 등 합당한 조치를 취할 수 있습니다’라고 규정하고, ‘본인 또는 제3자가 개발하거나 배포한 소프트웨어 또는 하드웨어로서 서비스와 관련되거나 서비스내에서 게임의 내용(게임내 사냥행위 등)에 권한없이 관여하는 소프트웨어 또는 하드웨어를 사용, 배포하거나 사용을 장려하거나 광고하는 행위’뿐만 아니라 ‘회사가 금지하는 불법적인 소프트웨어나 하드웨어를 사용하여 취득한 아이템임을 알면서 취득하는 행위’, ‘회사가 금지하는 불법적인 소프트웨어나 하드웨어를 사용하는 자들로부터 반복적으로 계정, 캐릭터, 아이템 등을 양도 받는 행위’ 등에 관하여도 규정하고 있다.

데카론의 운영정책에서는 '부정행위 및 타인에게 피해를 주는 경우의 처벌'에서 불법프로그램의 이용에 관하여 4차에 걸쳐, 15일 계정정지, 30일 계정정지, 90일 계정정지, 영구 계정정지로 규정하고 있다. 여기서 의미하는 '불법프로그램의 이용'에 해당하는 행위는, '불법 프로그램을 직접 이용하여 부당이득을 취하는 행위'뿐만 아니라 '불법프로그램을 사용하는 캐릭터와 파티 플레이를 통해 부당이득을 취하는 행위', '불법 프로그램을 사용하는 캐릭터와 파티 플레이를 하지 않더라도 동일 위치에서 이득을 취하는 행위', '불법프로그램 사용으로 부당 습득한 아이템 및 딜(DIL)을 무상 습득하는 행위' 등으로 정하고 있으며 위 항목은 모두 가중 처벌 조치될 수 있도록 규정하고 있다.

2. 관련 대법원판례의 논의

(1) 오토프로그램 관련(대법원 2010.10.28. 선고 2010다9153 판결)

웹사이트에서 다중 이용자 온라인 롤플레잉 게임(MMORPG : Massively Multiplayer Online Role Playing Game)인 '리니지(Lineage) I' 인터넷 게임 서비스를 제공하는 사업자가 게임 약관 및 통합서비스 약관에서 게임의 운영정책을 약관 내용의 일부로 규정하고 따로 그 운영정책을 공지하고 있어 운영정책이 적법하게 약관의 일부가 되었으며, 사업자가 개별 이용자의 게임 이용시 화면에 이용자 동의서를 띄워 놓는 방법으로 운영정책의 내용을 개별적으로 고지한 후 게임을 이용하도록 하였으므로, 이용자들은 그 동의서의 내용에 동의한 사실을 추단할 수 있으므로 운영정책이 편입된 게임 약관에 동의한 것으로 보아야 한다.

그러므로 이용자가 자동사냥 프로그램 등 금지된 소프트웨어를 사용하여 3개 이상의 보유 계정에 대하여 영구이용중지 조치를 당한 경우 그 이용자가 보유한 모든 계정에 관하여 이용계약을 해지할 수 있도록 한 게임약관 및 운영정책의 조항은 게임 이용자의 정당한 이익과 합리적 기대에 부합되는 것이므로, 이 조항이 계약의 목적을 달성할 수 없을 정도로 계약에 따르는 본질적 권리를 제한하는 조항이라거나 상당한 이유 없이 사업자가 이행하여야 할 급부를 일방적으로 중지할 수 있게 하는 조항 또는 법률의 규정에 의한 해제권, 해지권의 행사요건을 완화하여 고객에 대하여 부당하게 불이익을 줄 우려가 있는 조항 등 약관의 규제에 관한 법률이 규정하고 있는 불공정한 약관이라고 볼 수 없고, 그 위반행위의 정도에 비하여 지나치게 가혹한 제재를 가하는 것으로서 비례의 원칙에 어긋난다고 볼 수도 없다.

(2) 게임머니 현금거래 관련(대법원 2011.8.25. 선고 2009다79644 판결)

약관의 내용은 개개 계약체결자의 의사나 구체적인 사정을 고려함이 없이 평균적

고객의 이해가능성을 기준으로 하여 객관적·획일적으로 해석하여야 하고, 고객보호의 측면에서 약관 내용이 명백하지 못하거나 의심스러운 때에는 고객에게 유리하게, 약관작성자에게는 불리하게 제한 해석하여야 한다.

다중 이용자 온라인 롤플레잉 게임(MMORPG: Massively Multiplayer Online Role Playing Game)인 '리니지(Lineage) Ⅰ' 인터넷 게임 서비스 이용자가 자신의 계정을 이용하여 3회에 걸쳐 게임 내에서 통용되는 아이템을 현금으로 구입하는 현금거래행위를 한 사실과 관련하여, 게임 이용약관 및 운영정책은 '아이템 현금거래행위에 대하여 최초 1회 적발이라고 하더라도 해당 계정으로 과거 현금거래를 한 사실이 추가 확인되는 경우 등에는 해당 계정에 대한 영구이용제한의 조치를 받을 수 있고, 2회 적발 시 적발된 계정의 영구이용정지가 가능하다'고 규정하고 있다.

그러나 3회에 걸쳐 이루어진 위 현금거래행위가 모두 한꺼번에 적발되었음에도 해당 계정에 대하여 영구이용정지조치를 하려면, 위 규정 전단을 적용하는 경우에는 '최초 1회 적발'이라는 요건과 '해당 계정으로 과거 현금거래행위를 한 사실의 추가 확인'이라는 요건이 모두 충족되어야 하는데, '최초 1회 적발'의 의미는 문언상 현금거래행위의 횟수와 상관없이 이용자의 현금거래행위에 대한 '첫 번째 적발'을 의미하고, '해당 계정으로 과거 현금거래행위를 한 사실의 추가 확인'의 의미는 이용자의 현금거래행위에 대하여 '첫 번째 적발' 후 그에 따른 제재조치를 하기 전에 다른 현금거래행위가 있는지 확인하는 과정에서 '추가로 새로운 현금거래행위를 확인하는 경우'를 의미한다고 해석될 여지가 충분히 있다. 또한 위 규정 후단을 적용하는 경우에는 이용자의 현금거래행위가 2회 '있는' 경우가 아니라 이용자의 현금거래행위가 2회 '적발'된 경우에 해당되어야 한다고 해석될 여지가 충분히 있다. 그러므로 약관 해석에서 작성자 불이익의 원칙상 위 규정에 근거하여 을의 해당 계정에 대한 영구이용정지조치를 취할 수 없다.

(3) 게임머니의 재화성 관련(대법원 2012.4.13. 선고 2011두30281 판결)

게임머니는 재화에 해당하고 게임머니의 매도거래는 재화의 공급에 해당하며 부가가치를 창출해 낼 수 있는 정도의 사업형태를 갖추고 계속적이고 반복적인 의사로 재화인 게임머니를 게임이용자에게 공급하였다고 봄이 상당하다는 원심의 판단은 정당하다.

소득세의 과세대상인 사업소득은 영리를 목적으로 독립된 지위에서 계속적, 반복적으로 행해지는 사회적 활동인 사업에서 발생하는 소득을 말한다(대법원 2010.9.9. 선고 2010두8430참조). 그러므로 게임머니 거래에서 발생한 소득을 사업소득에 해당한다고 보고, 업종을 전자상거래업으로 하여 종합소득금액을 산정한 다음 그 세액을 산출한 방식이 적법하다는 원심의 판단은 정당하다.

(4) 판례의 검토

오토프로그램의 경우와 게임머니의 현금거래에 관하여 대법원의 공통적 견해는 약관의 유효성을 전제로 하고 있다. 그러나 게임머니의 현금거래에 관한 판례는 약관해석의 작성자불이익의 원칙을 이유로 이용자에게 매우 유리한 약관해석을 하고 있다. '최초 1회 적발이라고 하더라도 해당 계정으로 과거 현금거래를 한 사실이 추가 확인되는 경우'는 2회 적발된 것으로 보고, 최초 1회적발로 과거 현금거래를 한 사실까지 즉각 확인된 경우는 1회 적발로 해석하고 있는 것이다.

한편, 게임머니가 재화하는 점은 게임머니는 이용자의 게임사에 대한 무기명채권성 이용권의 일종이라는 점에서 타당한 견해이고 이를 거래하면서 부가가치를 창출하는 경우에 당연히 사업자로서 사업소득이 발생하게 된다. 이 경우에 게임사의 입장은 게임콘텐츠이용의 제공만으로 충분하므로 법리적으로 달리되는 바는 없다고 볼 것이다.

아쉬운 것은 대법원이 게임사와 이용자간에 체결된 약관계약의 합의에 따른 유효성, 약관작성자불이익의 원칙이라는 단순한 법리만으로 사안을 접근한 점이다. 온라인의 특성과 콘텐츠의 내용을 살펴본다면 약관규제법에 따라 약관의 유효성 자체에 대한 의문이 충분히 제기될 수 있기 때문이다.

3. 자동사냥프로그램의 논의

(1) 자동사냥프로그램의 특징과 유형

자동사냥프로그램은 온라인게임에서 이용자의 시간과 노력없이 자동적으로 일정한 컴퓨터작업을 수행할 수 있는 프로그램을 말하며 일반적으로 오토프로그램 또는 봇(Bot)[72]이라고도 한다. 오토프로그램의 이용과정은 게임이용자 자신의 시간과 노력이 소모되지 않고 컴퓨터에 의하여 자동으로 온라인게임이 진행되어 사냥 등 설정된 내용대로 진행되는 것이지만 이용자의 케릭터가 이용자 스스로 게임을 할 때보다 이동이나 작업이 빨라진다거나 케릭터의 에너지가 소모되지 않는 것은 아니다.

오토프로그램은 핵(Hack)[73]이나 애드온(Addon)과 구별된다. 게임핵은 게임사가 제공하는 온라인게임의 프로그램 자체에 작용하여 이용자에게 유리하게 프로그램의

72) 봇(Bot)은 게임에서 인공지능에 의한 플레이어를 말한다; 위키백과 참조. 오토프로그램을 봇이라고도 하는 것은 오토프로그램에 의한 게임이용은 이용자에 의하여 설정된 내용대로 컴퓨터에 의하여 게임이 진행된다는 점에서 곧 인공지능에 의한 게임플레이와 유사하기 때문인 것으로 보인다.

73) 핵은 게임이용자들이 게임프로그램의 장애를 일으키는 프로그램을 총칭하는 용어이다. 해킹툴(Hacking Tool)이라고도 한다. 온라인게임 유형이나 기능에 따라 핵프로그램이 제작 유포되곤 한다. 예를 들면, 리니지핵, 서든어택핵, 던전앤파이터핵 등이 있고 이에 대하여도 스킬모션, 아이템수치조작, 스피드조작, 투명화 등 기능이 다양하다.

시스템을 변경하여 게임환경을 조작하는 프로그램이다. 이 경우에 이용자는 핵을 활성화하여 직접 수치 또는 스피드의 조작, 각종 기능의 조작 등을 행한다.[74] 그러므로 핵은 해킹프로그램으로 분류되어야 하며 핵의 사용자는 해커의 일종으로 이해될 수 있다. 애드온(Addon)은 게임클라이언트에서 서비스하지 않는 외부 유틸리티라는 점은 공통적이지만 게임진행과정에서 게임이용의 편의와 보조적 기능을 통하여 게임의 이해와 진행을 원활하게 할 목적으로 이용자가 여러 가지 애드온을 선택하여 활용할 수 있도록 게임사 자체가 제공하고 있다.[75]

오토프로그램은 형식적으로는, 하드웨어와 소프트웨어 유형으로 분류할 수 있으며 실질적으로는 녹화방식, 동작입력방식, 화면인식방식으로 분류할 수 있다.

소프트웨어에 의한 경우는 일반적으로 키보드 또는 마우스의 일정한 기능을 지속적으로 반복할 수 있도록 프로그래밍할 수 있는 프로그램으로 되어 있다. 하드웨어에 의한 유형은 오토의 기능을 컴퓨터 하드웨어 형태로 제작하여 수행할 수 있도록 한 경우를 말한다. 컴퓨터에 별도의 설치프로그램이 없어도 완전하게 별개로 작동하는 오토하드웨어[76]도 시판되고 있다. 키보드와 마우스의 신호를 오토하드웨어를 통하여 온라인게임에 전달되도록 하는 일종의 컨버터라는 점에서 정상적인 이용과 동일한 현상이 유지된다. 최근의 오토하드웨어는 상당히 발전하여 오토소프트웨어에 상당하는 오토기능이 가능하고 무엇보다도 게임가드 또는 게임사에 의한 확인이 어렵다는 점에서 소프트웨어방식보다 하드웨어방식이 선호되는 경향을 보이고 있다.

(2) 오토프로그램 이용규제에 관한 약관의 유효성 여부

대부분의 온라인게임은 약관과 운영정책에 의하여 오토프로그램의 이용을 금지하고 위반행위를 한 경우에 일정한 요건의 충족과 절차에 따라 그 게임계정 또는 통합계정에 대하여 영구이용정지를 시키고 있다. 그러나 대부분의 영구이용정지 등 제재조치는 약관에 정해져 있는 것이 아니라 게임운영정책에 구체화되어 있다는 점에서 운영정책에서 정한 기준에 의한 규제에 대하여 이용자의 반발이 빈발하고 있다.

약관에서 운영정책에 관한 근거규정을 두고 이를 포함한 약관에 대한 동의를 통

74) 핵과 오토프로그램의 차이로서 게임핵의 대부분이 게임내 캐릭터의 능력치를 변화시키는 것이라면 오토프로그램은 게임의 능력치 변화가 아닌 단순히 사람이 해야 할 일을 대신해서 해주는 매크로 기능을 수행하는 것이 다른 게임핵 프로그램과 차이가 있다고 구별하면서도 게임핵의 한 종류로 분류하는 견해도 있다; 이진태・임종인(2010), MMORPG게임의 오토프로그램과 저작권, 법학논문집 제34집 제3호, 중앙대학교법학연구원, 277-281면 참조.

75) 애드온과 오토프로그램의 차이는 게임사가 허용하는가의 여부일 뿐 게임사의 게임운용정책에 따라 사실상 오토프로그램과 다름없는 애드온의 경우도 얼마든지 가능하다고 한다; 최성욱・오덕신・방혜선・임명성(2010), MMORPG에서 봇(BOT)이 온라인게임에 미치는 영향에 관한 연구, 한국컴퓨터게임학회논문지 2권 23호, 한국컴퓨터게임학회, 116면 참조.

76) http://www.zizonauto.co.kr/; 게임의 리소스를 사용하거나 참조하지 않는 정상적인 키보드/마우스 컨버터형태의 특징을 가진다. 키보드/마우스의 전기신호를 저장할 수 있는 기능을 가지고 있어서 사실상 오토 키보드/마우스 기능이 가능하게 된다.

하여 별도의 동의없는 운영정책도 약관의 일부로 편입된 것으로 판단하는 판례의 관점은 원칙적으로는 법리적 정당성을 가진다. 그러나 다음과 같은 점이 논의될 필요가 있다.

첫째, 게임사에 의하여 일방적으로 제시되는 운영정책의 공정성을 확보할 수 있는 것인가에 대한 의문이다.

지속적이고 계속적으로 변화된 서비스를 다중에게 제공하는 온라인게임의 특성을 고려한다면 동의된 약관에 의하여 유보된 운영정책이 유효하게 약관의 일부로 편입되는 것은 이해될 수 있지만 구체적인 사례에서 공정한 약관운영을 확보하는 것은 또다른 문제이다.

온라인게임에서 이용자들이 다양한 오토프로그램을 사용함으로 인하여 많은 게임사들이 전문적인 보안회사를 통하여 게임가드[77]를 활용할 정도로 게임의 운용과 건전한 이용자의 보호에 어려움을 겪고 있는 것도 현실이지만 약관적용을 위한 실체적 판단과정에서 민사법적 법리의 기초에 의하면 약관위반의 입증은 당연히 게임사에서 하여야 한다. 오토프로그램의 이용여부가 객관적으로 불분명한 경우임에도 불구하고 이용정지를 시킨 후 게임사의 전문가가 모니터링을 하였다거나 회사의 검증시스템이 신뢰할만하다는 주장만으로 합리적이고 정당하다는 주장은 대등한 대응이 현실적으로 어려운 이용자의 입장에서는 매우 일방적이다.

둘째, 오토프로그램의 다양성으로 살펴볼 때 약관으로 규제하는 기준에 관한 의문이다.

핵과 같은 경우에는 이를 이용할 경우에 약관의 위반에서 나아가 법죄행위로서의 의미를 가진다는 점에서 이용제한은 당연한 것일 수 있지만 오토프로그램, 특히 게임사가 제공하는 콘텐츠의 프로그램에 전혀 장애를 발생시키지 않고 단순히 마우스 또는 키보드의 기계적 동작을 가져오는 오토프로그램을 이용하는 경우에 약관에 의한 이용제한이 가능한가의 법리적 문제이다. 오토프로그램의 이용을 제한하였다고 하여도 그 이용의 입증은 각종 오토프로그램의 다양성에 비추어 현실화되기 어렵다는 점에 직면한다.

4. 게임머니의 현금거래 논의

게임사와의 게임콘텐츠이용관계에 의한 이용권자로서의 이용행위는 게임행위를 포함하는 것이고 게임행위는 곧 게임업체에 대하여 MMORPG 프로그램의 이용권행사이다.

---

77) 게임가드는 온라인게임프로그램에서 게임이용자의 게임계정 등 개인정보보호, 게임환경 최적화를 위한 보안프로그램의 일종으로 일반적으로 전문보안프로그램업체가 제공한다. 대표적인 예로는 nProtect GGP3.0을 들 수 있다. 게임가드는 온라인게임에 따라 AutoHotKey 등 일정한 오토프로그램에 대하여 보안기능을 가지고 있는 경우도 있다.

이용자는 게임행위 중에 취득한 게임아이템은 게임사에 대하여 게임내용의 일부에 대한 채권적 이용관계의 취득이면서도 게임콘텐츠의 한 계정에서 타 계정으로 자유로운 이동을 게임사가 허용하고 있는 무기명채권성을 가진 독립된 이용권의 취득이다. 그러나 이러한 내용의 게임콘텐츠를 제공하는 대부분의 게임사는 게임프로그램을 제공하면서 약관에 의하여 계정뿐만 아니라 게임아이템의 현실거래를 금지하는 약관(운영정책)을 두고 있다.

그러나 게임콘텐츠에서 이미 교환창이 마련되어 아이템거래가 독립적으로 허용되는 기능이 제공된다는 점과 게임아이템도 이용권의 일부라는 점을 고려한다면 아이템거래금지약관이 콘텐츠의 기능과 관련하여 '현실의 매매는 금지'라는 선택조건 자체가 금반언의 원칙을 위배하고 있는 것이다.[78] 게임행위에서 게임아이템의 거래기능을 이용하는 것은 게임업체가 제공한 게임콘텐츠의 이용방법으로써 본질적 내용임에도 불구하고 이용자의 사적 자치영역에서 행하여지는 행위유형을 정하여 약관에서 제한할 수 있다는 계약내용은 계약의 신의성실의 원칙에 반한다.

계정거래를 하는 경우에는 이용자의 지위 전부를 거래하는 것으로 계속적 계약관계의 특성을 가지는 콘텐츠이용계약관계에서 사업자의 동의 없이 이용자의 지위를 양도할 수 있는가의 여부가 문제된다. 그러나 이용자의 변경이 당사자의 개인적 신뢰를 기초로 하는 계속적 법률관계를 더 이상 지속시키기 어려울 정도로 당사자간의 신뢰관계를 파괴하는 배신행위가 아니라면 계정양도의 유효성은 인정될 수 있는 것이라면,[79] 비록 이용계약관계에서 양도금지약관이 있더라도 현실적으로 사업자가 양도된 관계를 유지하려고 하는 의사가 다수의 양도행위 인정 등을 통하여 확인함으로써 계정양도행위는 유효하다고 보아야 할 것이다. 특히 플랫폼 형태의 경우에는 기능과 도구를 제공할 뿐 사업자와 이용자간에 개인적 신뢰관계가 없는 관계에 있어서는 계정양도가 허용되는 것이 타당하다.

계정양도 허용에 따른 명의도용문제에서 온라인사업자의 책임은 정보통신망에서 접근주체의 접근권한 존재여부(동일성 여부)에 관한 사업자의 판단은 원칙적으로 아이디 및 비밀번호, 주민등록번호 등 동일한 접근방법의 사용여부로 판단하는 것이다. 이러한 점은 정보통신망 운영주체는 이에 상당한 주의의무를 다하여 이용자에 대한 책임을 면한다는 판례[80]에서 살펴볼 수 있다.

---

78) 정해상, 인터넷 게임아이템 거래에 관한 법리, 171~172면 참조.

79) 대판 1993.4.13. 92다24950 참조.

80) 제3자가 타인의 명의를 도용하여 온라인게임 서비스에 회원가입을 한 사안에서, 명의도용 발생 당시 가입신청자의 실명정보를 실명자료 데이터베이스와 실시간 검색·비교하는 방법으로 확인절차를 거침으로써 실명정보 확인의무를 다하였고, 명의도용 발생 후에도 적절한 조치를 취하였다면 온라인서비스 제공자가 명의도용행위를 방치하여 불법행위에 도움을 주었다고 할 수 없다; 대법원 2009.5.14. 선고 2008다75676,75683 판결 참조.

5. 소결

온라인게임물은 게임사와 이용자가 비대면적 상황에서 게임물을 제공하고 이용하게 된다. 특히 MMORPG의 경우에는 다중의 이용자가 계속적이고 반복적일 뿐만 아니라 자신의 캐릭을 성장시키면서 이용자 상호간에 게임속의 사회를 형성하는 게임이므로, 게임사는 당연히 게임머니와 아이템을 제공하고 유통되도록 할 수밖에 없고, 필연적으로 이용자들은 그 게임사회에서 성장하기 위하여 게임머니와 아이템을 거래하면서 가능한한 게임머니와 게임아이템을 손쉽게 얻으려는 노력이 있게 된다. 좀더 빨리 게임머니와 아이템을 얻기 위하여 오토프로그램의 이용을 선호하게 되기도 한다.

MMORPG의 이러한 필연적 과정과 결과는 나아가 이용자들이 게임 자체를 즐기는 단순한 게임행위 속에서만 추구하는 것이 아니라 게임행위를 벗어나 게임머니 등의 현금거래를 하는 선택을 하게 되고 계정양도까지 이루어지게 되는 것이다.

게임사는 이미 사회성을 가진 게임, MMORPG를 제공하는 것이 곧 이용자들이 게임머니 등의 현금거래를 할 수 있도록 시스템과 거래목적을 제공하는 것이라는 점, 게임사가 게임을 제공하고 이용료를 받는 관계를 벗어나 이용자가 상호간에 사적으로 현금을 주고받는 행위까지 게임이용계약의 내용으로 포함시키는 것은 과도하게 이용자의 사적 영역을 제한하는 것이라는 점을 고려하여야 한다.

한편, 법제에 의한 불법화논의는 사회전반의 규범가치적 기준을 혼란수럽게 할 것이다. MMORPG에서 게임머니 등의 현금거래가 도박 등과는 달리 반사회적 범죄로서의 위법성을 가지지 않는다는 점을 고려하여야 한다.

Ⅳ. 결론

온라인게임에 대한 규범가치적 측면이 대립과 갈등의 확산으로 나아가는 것으로 보인다. 온라인의 비대면성은 콘텐츠의 지식재산권에 대한 지배의식을 높이면서 동시에 이용자의 지배의식으로 인하여 약관위반에 따른 이용제한의 수준에 대하여 갈등을 높이고 있고 온라인게임의 사회적 부작용은 과도한 법적 규제로 나타나고 있는 것이다.

온라인게임의 커다란 발전이 이루어진 10여년의 과정에서 대립과 갈등이 확산되어 온 원인은, 첫째, 온라인게임의 다양성에 대한 정부의 이해부족, 둘째, 온라인게임으로 인하여 발생되는 사회적 문제에 대한 대응방식의 단순성에 기인한다고 본다.

온라인게임은 도박성이 있는 게임부터 현금거래가 가능한 게임, 오프라인게임이 온라인화된 게임 나아가 교육용게임까지 매우 다양하게 개발되고 유통되어 왔다. 그러나 정부의 정책은 사회적 문제가 된 게임유형을 고려하지 않고 모든 게임에 대하여 희생양을 삼는 태도를 반복하였다.

지금도 청소년보호라는 측면에서, 청소년폭력에서 잠자는 시간까지 그 문제의 원인을 게임으로 지목하여 엉뚱하고도 실효성도 별로 없는 강력한 규제가 게임관련 법제에 현실화되어 있는 것이다. 게임산업은 청소년을 불건전하게 만들고 비생산적이며 시간을 낭비시키는 산업이라는 부도덕의 굴레에 침묵하고 청소년은 그러려니 하고 있다. 이러한 경향은 선비국가로의 규범가치로 보이기도 하지만 전체국가로의 규범가치로 보이기도 하는 것이다.

한편, 온라인게임산업은 10여년이라는 단기간에 발전과정에서 높은 수익창출과 성장을 한 새로운 미래성장산업이었음에도 불구하고 산업으로서의 관리와 문제점에 대한 대응을 체계화하지 못하였다. 특히 MMORPG를 제공하는 온라인게임사의 경우에도 자신들이 제공한 게임콘텐츠에 의도하지 못한 다중의 이용행태가 이루어지고 있는 경우에 고객으로서 이를 적절히 관리하고 스스로 대응하여 적합하게 콘텐츠를 변화시키는 노력을 하지 않았다는 점이다. 원인제공자면서도 실효성도 없는 약관규정으로 게임머니 등의 현금거래를 금지함으로써 이용자와의 갈등은 계속되고 사회적으로는 끊임없이 반복되어 이슈화되고 있다. 이렇게 야기된 사회적 문제가 법적 규제로 해결하려는 방법으로 진행되면서 사회의 규범가치의 갈등까지 초래하게 된 것이다.

갈등과 대립의 해소를 위해서는 공통되는 원칙에서 논의하여야 한다. 온라인게임산업의 발전과 이용자보호를 위해서는 문제에 직면했을 때 무엇을 어떻게 막을까를 고민하는 것이 아니라 어떻게 관리할 것인가를 고민하여야만 한다. 단순히 지금까지의 규범가치와 방법만으로 금지하거나 제한하는 것은 오히려 불법의 일반화로 인한 규범의식의 약화만을 초래하여 더 큰 갈등과 대립을 일으키는 원인이 될 수도 있는 것이다.

모바일 오픈마켓에서 공정거래 질서확립 및 이용자보호

고 형 석(선문대학교 교수)

모바일 오픈마켓에서 공정거래 질서확립 및 이용자보호

고형석 교수(선문대학교 법과대학)

I. 서론

2010년을 전후로 전세계적인 이슈 중 하나는 모바일 인터넷 접속기기(스마트폰, 태블릿 PC 등)의 등장이라고 하더라도 과언은 아니다. 즉, 20세기 후반 급속하게 발전하였던 온라인 환경은 고정된 인터넷 접속망을 전제로 하였다. 따라서 이용자가 가상공간(Cyber-Space)에 접속하기 위하여는 PC와 유선망이 필요하였다. 그러나 스마트폰 등의 등장은 가상공간으로의 접속방식을 변화하였으며, 이는 유선 인터넷에서 무선 인터넷으로, 고정된 PC에서 이동가능한 스마트폰 등으로의 변화를 의미한다.

이러한 변화는 단지 인터넷 접속환경의 변화에 국한하는 것이 아닌 새로운 시장을 창출하였으며, 이는 모바일 오픈마켓이다. 즉, 스마트폰 등의 등장에 따른 인터넷 접속환경의 변화에 따라 이에 적합한 모바일 전자상거래 시장이 등장하였으며, 기존의 오픈 마켓과 달리 급부의 목적물은 디지털 콘텐츠(Application)에 국한하고 있다. 물론 디지털 콘텐츠 시장은 전자상거래의 발전과 더불어 기하급수적으로 확대되고 있었지만, 모바일 환경의 등장은 이의 발전속도를 더욱 가속화하고 있다. 또한 모바일 전자상거래는 시장규모의 무제한적인 확대를 의미한다. 물론 전자상거래 그 자체가 시간과 공간을 초월한 거래방식이지만, 그 이행은 오프라인을 통하여 이루어지기 때문에 이의 한계는 존재한다. 그러나 모바일 전자상거래는 급부의 목적물이 디지털콘텐츠이기 때문에 계약체결에서부터 시작하여 그 이행까지 온라인을 통하여 이루어질 수 있으므로 기존 전자상거래가 가지고 있는 한계가 존재하지 않는다. 또한 이러한 특성은 시장범위를 단지 특정 지역이 아닌 전세계로 확대하고 있다. 즉, 기존 시장은 국경을 단위로 획정되는 것이 일반적이지만, 전자상거래의 등장으로 시장은 전세계로 확대되고 있다. 그러나 기존 전자상거래는 계약체결에 있어서 초국경이었지만, 이행의 문제로 인하여 사실상 국경을 초월한 형태로는 크게 진전하지 못하였다.[81] 반면에 디지털 콘텐츠 시장은 계약의 체결 및 이행이 모두 온라인으로 이루어지기 때문에 사실상 국경은 의미가 없다. 이러한 점은 사업자에게 무한의 시장을 제공하는 반면에 무한 경쟁의 시대에 진입하였음을 의미한다. 따라서 국가차원에서 이용자보호를 도외시한 사업자보호는 디지털콘텐츠 시장에서는 의미가 없게 되었으며, 사업자 스스로 보다 양질의 콘텐츠를 제작하고, 이

81) 이러한 한계를 이용하여 등장한 전자상거래의 형태가 해외구매대행서비스이다. 즉, 소비자를 대신하여 구입하고자 하는 재화를 판매하는 외국사이버몰과 계약체결 및 배송까지 완료해 주는 서비스를 제공하는 형태이다. 그러나 과도한 수수료 등의 문제는 또 다른 소비자문제로 제기되고 있다(공정거래위원회, 보도자료 : 해외구매대행 상품, 반품 쉬워진다!-해외구매대행 사업자의 부당 반품행위 등 전상법 위반행위 시정조치-, 2012、4、15). 물론 소비자가 직접 외국 사이버몰에 접속하여 재화를 구매할 수 있지만, 최근 외국 사이버몰에서는 국내배송을 거절하고 있는 사례가 발생하고 있기 때문에 유체재화에 대한 국제전자상거래는 일정한 한계가 있다.

를 이용하는 이용자를 보호하는 것이 시장에서의 성패를 좌우하게 되었다.

이와 같이 디지털 콘텐츠시장은 모바일 전자상거래의 등장과 더불어 확대되고 있으며, 이의 산업분야의 발전은 매우 중요하다. 그러나 이 분야의 산업발전은 단지 사업자에 대한 지원만으로 해결될 수 없으며, 이용자보호가 병행되어야 한다. 즉, 양질의 디지털콘텐츠를 제작할 수 있는 여건의 조성은 기본적인 산업발전을 위한 전제이지만, 이용자보호가 병행되지 않는 한 산업발전에는 한계가 존재하게 된다. 이러한 점은 이 분야의 시장이 전세계이며, 참여사업자 역시 전세계의 사업자가 자유롭게 진입할 수 있다는 점에서 쉽게 알 수 있다. 따라서 디지털콘텐츠사업자가 이 분야의 시장에서 성공하기 위하여는 양질의 콘텐츠를 제공함과 더불어 충분한 이용자보호가 이루어져야 한다.

그럼 디지털콘텐츠거래분야에 있어서 충분한 이용자보호가 이루어지고 있는가?[82] 특히, 최근 스마트폰 등의 확산에 따른 모바일 오픈마켓분야에서의 이용자보호가 충실하게 이루어지고 있는가의 문제가 이의 분야에서 핵심적인 사항이다. 즉, 디지털콘텐츠거래는 기존 전자상거래의 방식과 모바일 전자상거래의 방식으로 구분할 수 있지만, 스마트 폰 등의 확산으로 인하여 후자의 방식에 의한 거래가 일반화되고 있기 때문이다. 이러한 점을 분석하기 위하여는 매우 다각적인 측면에서의 검토가 이루어져야 하지만, 디지털콘텐츠거래에 있어서 법률관계는 주로 약관으로 통하여 이루어지고 있다. 따라서 디지털콘텐츠거래분야에서 사용되고 있는 약관을 중심으로 이용자보호에 관한 내용을 분석할 필요가 있다. 다만, 이의 전제로 약관이 계약의 내용으로 편입되기 위하여는 편입통제요건을 충족하여야 하기 때문에 이의 요건을 충족하고 있는지에 대한 검토를 진행한다. 이러한 거래현실속에서의 이용자보호가 이루어지고 있는지에 대한 판단 여부에 대한 기준은 매우 다양하지만, 여기에서는 디지털콘텐츠거래분야에서의 이용자 또는 소비자보호를 목적으로 하는 현행 법제와의 합치성을 중심으로 분석한다.

본 발표에서는 모바일 오픈마켓을 중심으로 디지털콘텐츠거래에서의 이용자보호에 관하여 고찰한다. 그 내용에 있어서는 현재 모바일 오픈마켓을 운영하고 있는 6개사의 약관[83]을 중심으로 관련법 및 콘텐츠이용자보호지침[84]에의 합치성 여부를 분석한다.[85] 이를 통하여 모

82) 2010년도 조사된 디지털콘텐츠이용자피해현황은 아래와 같다(한국콘텐츠진흥원, 디지털콘텐츠 이용피해현황 및 경제적 피해규모 조사분석, 한국콘텐츠진흥원, 2010, 30-38면).

유형	건수	비율
회원 가입 및 계약체결	58,861	47.2
기술 사양	4,840	3.9
콘텐츠이용	47,465	38.1
계약 해지(청약철회)	8,827	7.1
미성년자 무단이용	4,581	3.7
합계	124,574	100.0

83) 연구의 대상인 모바일 오픈마켓 운영자는 삼성(Samsung Apps 이용약관), 애플(Mac App Store, App Store 및 iBookstore 판매 조건: Mac App Store, App Store 및 iBookstore 계약서), 구글, SK(T store 서비스 이용약관), KT(olleh 마켓 약관) 및 LG(LG SmartWorld)를 대상으로 하며, 이하에서는 회사명(예 : 삼성 약관)만을 표기한다.

84) 콘텐츠이용자보호지침은 구 온라인디지털콘텐츠산업발전법이 2010년 콘텐츠산업진흥법으로 전면개정됨에 따라 동법 제28조에 근거하여 제정되었으며, 2012년 3월 26일에 고시되었다.

85) 모바일 오픈마켓 운영자의 약관 수집처는 다음과 같다.
SK 약관(http://www.tstore.co.kr/userpoc/footer/policy.omp), KT 약관 (http://market.olleh.com/agreeView), LG 약관 (http://family.lge.co.kr/member/SmartworldProvisionFormCmd.laf?brand=COKR), 삼성 약관 (http://www.samsungapps.com/), 애플 약관 (http://www.apple.com/legal/itunes/appstore/kr/terms.html), 구글 약관

바일 오픈마켓 약관의 불공정성을 검토하고, 이 분야에서의 이용자보호 및 공정거래질서의 확립을 위한 약관의 개선방안을 제시하고자 한다.

II. 모바일 오픈마켓에서의 사업자의 법적 지위 및 이용자보호법제의 현황

1. 모바일 오픈마켓에서의 사업자의 법적 지위

모바일 오픈마켓에서의 디지털콘텐츠거래의 구조는 다음과 같다. 먼저, 모바일 오픈마켓 운영자가 디지털콘텐츠거래가 이루어질 수 있는 사이버몰(모바일 오픈마켓)을 개설하고, 콘텐츠를 판매하고자 하는 자(판매회원)가 모바일 오픈마켓에 디지털콘텐츠를 게시하고, 이를 구입하고자 하는 자(구매회원, 이용자 또는 소비자)가 일정한 절차에 따라 계약을 체결하고 디지털콘텐츠를 다운로드하게 된다. 따라서 이 시장에서의 사업자는 모바일 오픈마켓을 개설하고 운영하는 자(이하 “모바일 오픈마켓 운영자”)와 이를 통하여 디지털콘텐츠를 거래하는 자(이하 “사업자”)로 구분된다.

(1) 사업자의 법적 지위

사업자는 모바일 오픈마켓 운영자가 개설한 모바일 오픈마켓에서 이용자에게 디지털콘텐츠를 판매하는 자이다. 따라서 민법상 매도인의 지위를 가지며, 상법상 상인의 지위를 갖는다. 또한 이러한 거래는 온라인을 통한 비대면거래이기 때문에 전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률(이하 “전자상거래소비자보호법”)상 전자상거래에 해당하며, 온라인 광고 등을 통하여 계약이 체결되기 때문에 동법상 통신판매에 해당한다.[86] 따라서 이를 행하는 사업자는 동법상 통신판매업자에 해당한다.

(http://play.google.com/intl/ko/about/terms.html)이다. 또한 애플을 제외한 약관은 조문형태로 구성되어 있지만, 애플 약관의 경우 조문으로 구성되어 있지 않기 때문에 이하에서 애플약관에 대하여는 구체적인 조문을 표기하지 않는다.

86) 전자상거래소비자보호법상 통신판매는 통신판매업자의 권매권유가 존재하고, 이에 따라 소비자의 청약에 따라 재화 등의 판매가 이루어지는 거래형태이다. 따라서 비대면거래가 이루어진다고 하여 무조건 동법상 통신판매에 해당하는 것이 아닌 사업자의 청약유인행위가 존재하여야 한다. 그러나 사이버몰에의 정보게시가 통신판매의 정의에서의 청약의 유인에 해당하는가에 대하여는 이를 긍정하는 입장((사) 기술과법연구소, 전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률 개정방향에 관한 연구, 공정거래위원회, 2003, 25면; 정준우, “전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률의 문제점 검토”, 한양법학 제16집, 한양법학회, 2004ㆍ12, 119면; 맹수석, “전자상거래소비자보호법의 법적 문제와 개선방안”, 기업법연구 제12권, 한국기업법학회, 2003ㆍ3, 362-363면; 송오식, “전자소비자계약”, 민사법학 제38호, 한국민사법학회, 2007ㆍ9, 450-451면; 사법연수원, 전자거래법, 성문인쇄사, 2007, 303면; 김성천, 전자상거래등에서의 소비자보호에 관한 법률 해설, 한국소비자보호원, 2003, 5면; 정완용, 전자상거래법, 법영사, 2005, 143면; 강창경ㆍ정순희ㆍ허경옥, 소비자법과 정책, 시그마프레스, 2003, 211면; 정남휘, “전자상거래소비자보호법”, 법무사 제438호, 대한법무사협회, 2003ㆍ12, 27면; 류창호, “전자상거래소비자법에 관한 연구”, 외법논집 제12집, 한국외국어대학교, 2002ㆍ8, 281면)과 부정하는 입장(고형석, “전자상거래소비자보호법상 전자상거래와 통신판매와의 관계에 관한 연구”, 인터넷법률, 제47호, 법무부, 2009ㆍ7, 18-21면; 오병철, “전자상거래소비자보호법 제17조 제2항 제4호의 청약철회권 배제조항의 문제점”, 민사법학 제39권 제1호, 한국민사법학회, 2007ㆍ12, 177-178면; 법무법인 케이씨엘, 전자상거래(특수판매)분야의 소비자보호지침등 소비자보호제도 정비방안에 관한 연구, 공정거래위원회, 2002, 47면; 현대호, 전자거래입법의 문제점과 개선방안, 한국법제연구원, 2002, 49면; 김두진, 전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률 개선방안 연구, 한국법제연구원, 2007, 36면; 이기욱, “현행 전자상거래소비자보호법의 문제점”, 인터넷법률 제18호, 법무부, 2003ㆍ7, 145면)으로 대립하고 있다.

(2) 모바일 오픈마켓 운영자의 법적 지위

모바일 오픈마켓 운영자는 디지털콘텐츠를 이용자에게 판매하는 자가 아니며, 사업자와 이용자간 디지털콘텐츠거래가 이루어질 수 있도록 조력하는 자에 해당한다.[87] 즉, 디지털콘텐츠거래의 직접 당사자는 아니면서 양자간 거래가 이루어질 수 있도록 알선 또는 중개하는 자에 해당한다. 따라서 이 경우 모바일 오픈마켓 운영자는 통신판매중개자에 해당한다.[88] 그러나 모든 모바일 오픈마켓 운영자가 단순히 알선만을 하는 것은 아니며, 자신이 직접 모바일 오픈마켓에서 디지털콘텐츠를 판매하기도 한다. 따라서 이 경우 모바일 오픈마켓 운영자는 이중적 지위를 갖는다. 즉, 당사자간의 거래를 알선하는 경우에는 통신판매중개자의 지위만을 갖지만, 직접 디지털콘텐츠를 판매하는 경우에는 통신판매업자의 지위와 더불어 다른 디지털콘텐츠거래를 알선하는 통신판매중개자의 지위를 동시에 갖는다.[89] 물론 민・상법에 따르면 양자의 지위를 동시에 갖는다고 하여 중개역할을 담당한 경우까지 통신판매업자의 책임을 부담하는 것은 아니다. 그러나 온라인거래의 특성에서 이러한 양자의 지위를 갖는 통신판매중개자의 책임을 엄격하게 하기 위하여 전자상거래소비자보호법에서는 단지 통신판매중개자의 책임뿐만 아니라 통신판매업자로서의 책임을 동시에 부과하고 있다.

이와 더불어 모바일 오픈마켓 운영자는 사업자와 이용자간 디지털콘텐츠거래에 있어서 대금결제와 관련하여 사업자를 위하여 대금결제를 대행하고 있다. 즉, 모바일 오픈마켓에서의 대금결제는 주로 통신과금서비스를 통하여 이루어지고 있으며, 모바일 오픈마켓 운영자가

---

87) 모바일 오픈마켓 운영자의 약관에서는 대리행위를 부정하고 있다(SK 약관 제8조, KT 약관 제6조, LG 약관 제10조). 이는 운영자가 당해 계약의 당사자가 아님을 나타낸 것이며, 디지털콘텐츠거래로 인하여 발생한 법적 문제에 대하여 책임을 지지 않겠다는 것이다. 그러나 약관의 내용에는 계약당사자들간의 법률관계에 대하여도 규정하고 있다. 이의 대표적인 예가 바로 청약철회(환불)이다. 청약철회는 원칙적으로 계약당사자에게 부과되는 권리이자 의무이다. 그럼에도 불구하고 이를 명시하고 있기 때문에 약관의 내용(대리행위의 부정)만으로 운영자가 중개인이라고 단언할 수 없지만, 실제 거래는 사업자와 이용자간에 이루어지기 때문에 디지털콘텐츠거래(사업자가 제공하는 경우에 한함)에 있어서 당사자는 아니라고 할 수 있다.

88) 당사자간 디지털콘텐츠거래의 중개만을 하는 운영자로는 KT와 LG가 있다. 물론 이는 약관을 통하여 판단한 것이며, 실제로 KT 또는 LG가 디지털콘텐츠를 판매할 경우에는 양자의 지위를 모두 갖는다. 그럼 통신판매업자의 지위 여부를 판단함에 있어서 단지 디지털콘텐츠거래만을 대상으로 하여야 하는가? 만일 전자상거래소비자보호법상 통신판매의 목적물이 재화에 한정된다면 이러한 판단은 타당하다. 그러나 통신판매의 목적물은 단지 재화에 한정되는 것이 아닌 용역 및 권리도 포함된다. 따라서 용역을 판단하는 경우에도 통신판매업자에 해당한다. 그럼 KT 또는 LG는 용역까지도 판매하지 않는가? KT 약관 제15조에서 **"KT는 전자상거래에 필요한 각종 서비스를 제공하고 이의 이용료를 부과할 수 있음"**을 규정하고 있으며, LG 약관 제2조 제6호에서 **"디지털콘텐츠판매서비스를 정의하면서 중개서비스 등 유료 및 무료로 이용이 가능한 서비스"**로 정의하고 있다. 따라서 KT 및 LG 역시 디지털콘텐츠를 판매하지 않더라도 용역을 판매하기 때문에 통신판매업자이며, 디지털콘텐츠거래를 중개하기 때문에 중개자의 지위를 동시에 갖는다.

89) 삼성 약관 제1조에서 **"스토어 내 대부분의 애플리케이션은 제3자에 의해 제작되지만 삼성에서도 일부 애플리케이션을 제공합니다."**고 규정하고 있다. 따라서 삼성은 자신이 애플리케이션을 제공할 경우 통신판매업자로서의 지위를 가지며, 제3자에 의해 제공되는 경우에는 통신판매중개자의 지위를 갖는다. 구글 약관 제1조 제2항에서도 역시 이와 동일하게 규정하고 있다. SK 약관 제8조 제1항 단서에서는 **"단, 회사가 판매하는 상품에 대해서 회사는 판매자로서의 책임을 다합니다."**고 규정하고 있기 때문에 양자의 지위를 갖는다. 애플 약관(추가적인 Mac App Store 및 App Store 계약조건 -Mac App Store 및 App Store 제품 라이센스)에서 "iTunes는 귀하에게 Mac App Store 및 App Store를 통해 제공되는 소프트웨어 제품(총칭하여 "App Store 제품")를 사용할 수 있는 라이센스를 귀하에게 판매하는 것입니다. App Store 제품으로는 다음과 같이 두 종류가 있습니다. (i) **Apple이 개발하여 iTunes가 귀하에게 라이센스해주는 상품들 ("Apple 제품"); 및 (ii) 제삼자인 개발자가 개발하여 귀하에게 라이센스해주는 상품들 ("제삼자 제품").** 특정 제품의 종류는 (즉, Apple 제품 또는 제삼자 제품 중 해당되는 것) Mac App Store 또는 App Store 신청서에 표시됩니다."고 규정하고 있다. 따라서 애플 역시 양자의 지위를 동시에 가지고 있다.

디지털콘텐츠의 대금을 통신요금과 합산하여 징수한 후 일정 수수료를 제외한 나머지 금액을 사업자에게 지급한다. 따라서 모바일 오픈마켓 운영자는 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률(이하 “정보통신망법”)상 통신과금서비스사업자에 해당한다.[90]

2. 모바일 오픈마켓에서의 이용자보호법제의 현황

(1) 상대방

상대방은 디지털콘텐츠구입 또는 이용목적에 따라 소비자인 이용자와 상인인 이용자로 구분할 수 있다. 전자의 이용자를 보호하기 위한 법제로는 전자상거래소비자보호법이 존재하며, 양자의 이용자를 보호하기 위한 법으로는 콘텐츠산업진흥법을 비롯하여 약관의 규제에 관한 법률(이하 “약관규제법), 표시광고의 공정화에 관한 법률 등이 존재한다. 그러나 보호대상자를 이와 같이 구분하는 것이 명확한 것은 아니다. 즉, 우리의 소비자보호법제는 다른 소비자보호법제와 달리 본질적 의미의 소비자만을 소비자로 인정하고 있는 것이 아니라 정책적 의미의 소비자까지 인정하고 있기 때문에 상행위를 목적으로 재화를 구매하는 자 중 일부는 소비자로 인정된다. 특히, 거래 상대방에 대하여 특별한 차별을 두고 있지 않은 온라인 거래의 경우에는 상행위를 목적으로 구입하는 상인 역시 본질적 의미의 소비자와 동일하게 계약을 체결하기 때문에 소비자로 인정된다.[91] 따라서 모바일 오픈마켓에서의 디지털콘텐츠거래에서 소비자와 이용자를 구분하는 것은 사실상 실익이 없다고 하더라도 과언은 아니다. 또한 상대방은 청소년과 성인으로 구분할 수 있다. 즉, 이용자가 청소년인 경우 당해 콘텐츠의 내용이 선정성, 폭력성 및 사행성을 포함하고 있어서 이를 청소년에게 제공하는 것이 적합하지 않은 경우 청소년에게 이를 제공하는 것은 금지된다. 이를 규정하고 있는 것이 청소년보호법이며, 모바일 오픈마켓에서의 디지털콘텐츠거래에도 적용된다.

(2) 디지털콘텐츠의 이용기간

디지털콘텐츠의 이용기간에 따른 구분으로 1회성 이용계약과 계속적 이용계약으로 구분할 수 있다. 즉, 전자는 이용자의 1회 이용만으로 종료하는 경우를 의미하며, 후자는 디지털콘

90) 당사자간의 통신판매에 대하여 전혀 관여하지 않더라도 소비자로부터 대금을 지급받은 사업자는 추후 소비자의 청약철회에 따른 대금환급과 관련하여 통신판매업자와 연대하여 대금환급에 관한 책임을 부담한다. 따라서 통신과금서비스사업자는 소비자로부터 대금을 받은 자에 해당하기 때문에 추후 소비자의 청약철회에 따라 통신판매업자가 대금을 환급하지 않을 경우 대금을 환급할 책임을 부담한다(전자상거래소비자보호법 제18조 제11항).

91) 전자상거래소비자보호법상 소비자에는 사업자가 제공하는 재화등을 소비생활을 위하여 사용(이용을 포함한다. 이하 같다)하는 자뿐만 아니라 재화등을 원재료(중간재를 포함한다) 및 자본재로 사용하는 자를 제외하고 재화등을 최종적으로 사용하거나 이용하는 자, 법 제3조 제1항 단서의 규정에 해당하는 사업자로서 재화등을 구매하는 자(당해 재화등을 판매한 자에 대한 관계에 한한다), 다단계판매원이 되고자 다단계판매업자로부터 재화등을 최초로 구매하는 자 및 재화등을 농업(축산업을 포함한다) 및 어업활동을 위하여 구입한 자로서「축산법」제21조 제1항의 규정에 의하여 농림수산식품부령이 정하는 사육규모 이상의 축산업을 영위하는 자외의 자 및「원양산업발전법」제6조 제1항에 따라 농림수산식품부장관의 허가를 받은 원양어업자외의 자도 포함된다(동법 제2조 제5호, 동 시행령 제2조). 다만, 동 시행령 개정안에서는 정책적 의미의 소비자의 범주를 재화등을 원재료(중간재를 포함한다) 및 자본재로 사용하는 자를 제외하고 재화등을 최종적으로 사용하거나 이용하는 자, 법 제3조 제1항 단서에 해당하는 사업자로서 재화등을 구매하는 자(해당 재화등을 판매한 자에 대한 관계에 한한다) 및「원양산업발전법」제6조제1항에 따라 농림수산식품부장관의 허가를 받은 원양어업자는 제외하고 재화등을 농업(축산업을 포함한다) 또는 어업활동을 위하여 구입한 자로 정하고 있다(동 시해령안 제2조).

텐츠의 공급이 1개월 이상 계속되는 것을 의미한다. 후자의 경우에 적용되는 대표적인 법이 방문판매 등에 관한 법률이며, 동법상 계속거래의 경우 소비자에게 임의적 해지권을 부여하고 있다(동법 제29조). 물론 임의적 해지권을 부여하고 있는 법으로는 학원의 설립·운영 및 과외교습에 관한 법률 역시 존재하며, 동법에서는 이용기간이 반드시 1개월 이상일 것을 전제로 하지 않는다(동법 제15조).

(3) 결제방식

디지털콘텐츠거래에 있어서 대금결제는 주로 신용카드 결제와 통신과금서비스 등의 방식으로 이루어지고 있다. 물론 전자화폐의 방식 역시 존재한다. 따라서 여신전문금융업법, 정보통신망법 및 전자금융거래법이 적용된다.

(4) 급부의 목적물

급부의 목적물인 디지털콘텐츠는 그 내용에 따라 게임, 이러닝, 음악, 영화 및 비디오물 등으로 구분할 수 있다. 따라서 각각의 콘텐츠의 내용에 따라 이용자보호법이 적용되며, 게임콘텐츠의 경우 게임산업진흥에 관한 법률, 영상콘텐츠의 경우 영화 및 비디오물의 진흥에 관한 법률, 음악콘텐츠의 경우 음악산업진흥에 관한 법률, 전자학습 콘텐츠의 경우 이러닝(전자학습)산업 발전 및 이러닝 활용 촉진에 관한 법률 등이 적용된다. 물론 이러한 법들은 기본적으로 산업발전법이다. 그러나 이러한 법의 내용에는 이용자보호에 관한 사항[92]이 포함되어 있기 때문에 상기의 법들 역시 이용자보호에 있어서 주된 법이라고 할 수 있다.

III. 모바일 오픈마켓에서의 이용자보호

1. 약관의 편입 및 변경

(1) 약관의 편입통제

1) 약관의 편입통제의 의의

약관이라 함은 계약의 일방 당사자가 추후 상대방의 동의를 얻어 계약의 내용으로 편입하기 위하여 사전에 마련한 것을 말한다. 따라서 약관이 되기 위하여는 사전성, 일방성 및 다수의 상대방성이라는 요건을 충족하여야 한다.[93] 물론 약관은 추후 계약의 내용으로 편입될 수 있지만, 약관을 작성하였다고 하여 바로 계약의 내용으로 편입되는 것은 아니며, 상대방의 동의가 필수적이다. 그럼 상대방의 동의가 있었다고 하여 바로 계약의 내용으로 편입되는가? 일반적인 계약의 내용이라면 이는 당연하다. 즉, 계약체결 당시 상대방과 합의하에 계약의 내용을 정하였다면 이는 계약의 내용으로 바로 편입된다. 그러나 약관은 일방이 사전에 그 내용을 정하였기에 단순히 상대방이 이를 동의하였다고 하여 이를 계약의 내용으로 편입시킨다면 상대방은 약관의 내용을 알지 못한 상태에서 기속되는 결과가 발생하게 된다. 따라서 약관의 작성과정에 참여하지 못한 상대방이 약관의 내용을 충분하게 인식하고, 이를 계약의 내용으로 편입할 것인지 여부를 판단할 수 있는 여건을 부여할 필요가 있다. 이러한

92) 게임산업진흥에 관한 법률 제14조, 음악산업진흥에 관한 법률 제15조, 이러닝(전자학습)산업 발전 및 이러닝 활용 촉진에 관한 법률 제26조 등이 이에 해당한다.
93) 공정거래위원회, 약관규제의 실제, 공정거래위원회, 2008, 30-31면.

측면에서 약관규제법에서는 약관의 편입통제요건으로 명시, 중요내용에 대한 설명 및 고객의 요청시 교부의무를 규정하고 있다(동법 제3조 제2항, 제3항). 따라서 약관을 사용하고자 하는 자가 약관의 내용을 계약의 내용으로 편입시키기 위하여는 상기의 요건을 충족하여야 하며, 이의 요건을 충족하지 못한 상태에서 상대방의 동의가 있었다는 것만으로 약관을 계약의 내용으로 편입시킬 수 없다.[94]

2) 약관의 편입통제요건

그럼 구체적으로 약관의 편입통제요건은 무엇인가? 약관규제법에서는 편입통제요건으로 명시, 설명 및 교부의무를 규정하고 있다.

먼저, 약관의 명시의무는 약관의 작성자가 아닌 상대방이 약관의 내용을 인식할 수 있도록 하는 것이다. 즉, 약관은 추후 상대방의 동의에 따라 계약의 내용이 되기 때문에 자신이 기속될 계약의 내용을 사전에 알 수 있도록 함이며, 또한 이의 내용이 자신에게 불리할 경우 이를 배제하거나 변경할 수 있는 기회를 주기 위함이다. 이러한 측면에서 약관의 명시의무는 상대방이 약관의 존재 및 그 내용을 파악할 수 있도록 하기 위함이다. 따라서 약관의 명시의무는 약관의 내용 전부에 대한 상대방의 인식가능성이 전제되어야 한다. 다만, 약관의 내용 전부를 제시하는 것이 곤란한 경우가 있다. 즉, 대면거래와 달리 비대면 및 자동화된 거래에 있어서 계약체결에 사용되는 화면이 이를 전부 제시하는 것이 곤란할 경우까지 이의 내용 전부를 제공하도록 하는 것은 사실상 불가능한 의무이행을 요구하는 것이다. 이러한 측면에서 전자상거래소비자보호법에서는 특칙을 정하여 약관의 내용을 확인할 수 있는 연결화면의 제시만으로 이의 의무이행을 인정하고 있다. 그럼 스마트폰 등을 통하여 이루어지는 모바일 오픈마켓은 이에 해당하는가? 물론 일반적인 전자상거래를 체결할 수 있는 PC는 약관의 내용전부를 제시함에 있어서 제한이 없다. 그러나 스마트폰 등의 화면은 PC 등과 비교하여 적은 화면을 제시하고 있기 때문에 이에 해당한다고 할 수 있지만, 실질적으로 약관의 내용을 화면상 제시함에 있어서는 PC와 크게 차이가 없다. 또한 이러한 연결화면의 제시는 출력에 제한이 있는 경우를 전제로 하며, 종전 인터넷이 가능한 휴대폰이 주된 대상이었다. 그러나 스마트폰 등은 화면출력에 있어서 제한이 없기 때문에 이에 해당하지 않는다.[95] 따라서 스마트폰 등을 통하여 이루어지는 모바일 오픈마켓에서의 약관은 단지 연결화면의 제시만이 아닌 약관의 내용 전부에 대한 명시가 이루어져야 하며, 현재 모바일 오픈마

---

94) 모바일 오픈마켓의 법률관계는 모바일 오픈마켓 운영자와 이용자간, 콘텐츠사업자와 이용자간, 모바일 오픈마켓 운영자와 콘텐츠사업자간의 법률관계로 구분할 수 있으며, 이용자와의 법률관계는 前 2개의 법률관계에 국한된다. 따라서 약관 역시 모바일 오픈마켓 운영자와 이용자간 약관과 콘텐츠사업자와 이용자간 약관으로 구분되어야 하지만, 현재 모바일 오픈마켓에서의 약관은 모바일 오픈마켓 운영자와 이용자간 약관만이 존재한다. 그러나 그 내용은 단지 모바일 오픈마켓 운영자와 이용자간의 법률관계만을 규율하고 있는 것이 아닌 콘텐츠사업자와 이용자간 법률관계 역시 규율하고 있다.

95) 사이버몰 운영자는 사업자의 신원 등을 표시하여야 하며, 사이버몰의 운영자로서 **이동통신단말기 등 출력에 제한이 있는 기기**를 이용하여 거래하는 사업자는 법 제10조 제1항 제1호 내지 제5호의 사항이 사이버몰의 화면에 순차적으로 나타나도록 할 수 있다. 이 경우 대표자성명·모사전송번호·사업자등록번호 및 사이버몰이용약관은 그 내용을 확인할 수 있는 방법을 화면에 나타나게 하는 것으로 대신할 수 있다(전자상거래소비자보호법 제10조, 동 시행규칙 제7조 제3항). 물론 현행 법제하에서 스마트폰 등은 이동통신기기에 해당하기 때문에 연결화면을 제시하는 것만으로 이의 의무를 이행한 것으로 볼 수 있다. 그러나 이는 스마트폰 등이 등장하기 이전의 상황을 전제로 한 것이며, 스마트폰 등은 출력에 제한이 없기 때문에 이를 그대로 적용하는 것은 문제가 있다. 따라서 이의 내용은 변경되어야 하며, 동 시행규칙 개정안에서는 **"이동통신단말기 등 출력에 제한이 있는 기기"의 내용을 "출력에 제한이 있는 이동통신단말기 등"**으로 개정하고 있으며, 2012년 3월 26일 고시된 콘텐츠이용자보호지침에서는 "출력에 제한이 있는 이동통신단말기 등"으로 규정하고 있다.

켓을 처음 이용시 이의 내용을 제시하고 있다.[96]

둘째, 약관의 내용 중 중요내용에 대한 설명의무이다.[97] 여기에서 설명의무의 대상은 약관의 모든 내용이 아닌 중요내용에 한정된다. 중요내용은 당해 고객의 이해관계에 중요한 영향을 미치기 때문에 계약체결시 반드시 알아두어야 할 사항으로서 사회통념상 당해 사항을 알거나 알지 못하는 것이 계약체결의 여부에 영향을 미칠 수 있는 사항을 말하며, 급부내용의 변경·계약해제 또는 해지 사유·사업자의 책임감면조건·고객의 책임가중조건 등이 이에 속한다.[98] 판례도 중요한 내용을 결정함의 기준을 그 내용에 대해 설명을 들었다면 계약을 체결하지 아니하였을 것을 제시하고 있다.[99] 그러나 중요내용이라고 할지라도 상대방이 그 내용을 충분히 잘 알고 있거나, 거래상 일반적이고 공통된 것이어서 상대방이 별도의 설명 없이도 충분히 예상할 수 있었거나, 이미 법령에 의하여 정하여진 것을 되풀이하거나 부연하는 정도에 불과한 사항이라면 그러한 사항에 대하여서까지 명시·설명의무가 인정된다고 할 수는 없다.[100] 그럼 설명의무의 이행방식은 어떻게 이루어져야 하는가? 이는 설명의무의 취지와 관련하여 해석하여야 한다. 즉, 약관의 내용에 대한 인식가능성을 부여하였음에도 불구하고 별도로 설명의무를 부과한 것은 약관의 내용 중 핵심사항에 대하여 상대방이 이해할 수 있도록 하기 위함이다. 구체적으로 약관의 중요내용이 어떠한 의미를 갖는 것인가를 상대방이 이해할 수 있도록 하여야 하며, 이의 방식에는 제한이 없다. 그러나 약관의 내용 중 중요사항에 대하여 그대로 다시 한 번 제시하는 것만으로는 설명의무의 이행으로 볼 수 없다. 그럼 모바일 오픈마켓상 약관에서의 중요내용은 무엇인가? 매우 어려운 문제이다. 이는 모바일 오픈마켓상 약관은 운영자가 제시하고 있지만, 그 내용은 단지 운영자와 이용자간의 법률관계뿐만 아니라 사업자와 이용자간의 법률관계도 규정하고 있기 때문이다. 그러나 그 내용의 중요성을 감안할 때, 모바일 오픈마켓 운영자의 책임제한, 대리행위의 부정, 청약철회의 배제, 이용자에 대한 제재규정 등은 중요사항에 해당한다고 할 수 있다. 그럼 이러한 중요사항에 대한 설명의무는 모바일 오픈마켓에서 이루어지고 있는가? 물론 이러한 사항을 약관에서 규정하고 있으며, 단지 법령에서 정한 사항의 반복 정도라면 앞에서 살펴본 바와 같이 설명의무는 부정된다고 할 수 있다. 그러나 이는 단지 법령에서 정한 사항만이 아니며, 전자상거래소비자보호법에서는 이러한 사항에 대하여 설명의무를 별도로 부과하고 있다(동법 제13조 제1항, 제2항). 따라서 이에 관한 사항에 대한 설명이 이루어져야 하며, 이는 단지 약관의 내용을 반복적으로 제시하는 수준이 아닌 이용자가 이해할 수 있는

---

96) 모바일 오픈마켓에서 본고의 연구대상인 약관은 초기에 명시하고 있다. 그러나 이용자와의 법률관계는 단지 이러한 약관만이 적용되는 것이 아닌 운영정책 등의 다양한 형태 역시 적용되며, 약관에서 이를 명시하고 있다. 그럼 이러한 운영정책 등은 이용자에게 명시되고, 동의를 받는가? 약관에서는 단지 공지만으로 이의 효력이 발생한다고 규정하고 있다(SK 약관 제3조, KT 약관 제22조, LG 약관 제4조). 그러나 이 역시도 이용자와의 법률관계를 규율하기 때문에 약관에 해당하며, 이의 편입통제 요건을 갖추어야 한다. 따라서 이러한 요건을 갖추지 않고, 단지 공지한 경우 오픈마켓 운영자는 운영정책 등을 계약의 내용으로 주장할 수 없다.

97) 전자상거래는 체결의 비대면성 및 신속성으로 인하여 설명의무가 면제되는 약관이라고 하는 견해가 있지만(장경환, "인터넷 사이버몰이용 표준약관의 검토", 상사법연구 제19권 제2호, 한국상사법학회, 2000、10, 37면), 설명의무가 면제되는 경우는 계약의 성질상 설명이 현저히 곤란한 경우에 한정되기 때문에 체결의 비대면성 및 신속성을 이유로 설명의무의 면제를 인정하기는 곤란하다(이병준, "모바일 전자상거래에서의 약관의 편입과 정보제공의무의 이행", 인터넷법률, 제23호, 법무부, 2004、5, 54면; 김윤명 외, 사이버스페이스법, 법률서원, 2001, 145면).

98) 권재열, "약관규제의 법리", 법제 제517호, 법제처, 2001、1, 55면; 김진환, "약관규제법과 전자약관의 계약편입", 법학연구 제10집, 경상대학교, 2001, 45면.

99) 대판 1996.6.25, 96다12726; 대판 1995.12.12, 95다11344.

100) 대판 2006.1.26. 2005다60017,60024; 대판 2003.1.10. 2002다32776 등.

형태로 제시되어야 한다. 그러나 현재 모바일 오픈마켓에서는 약관의 내용 중 중요내용에 대한 별도의 설명화면은 제시되고 있지 않다.

셋째, 고객의 요청시 약관의 교부의무이다. 여기에서의 교부의무는 약관의 사본교부이다. 즉, 약관은 계약의 내용으로 편입되기 때문에 추후 분쟁발생시 또는 이용자가 권리를 행사하기 위하여 그 내용을 파악할 수 있어야 하기 때문에 약관의 교부의무는 중요성을 갖는다. 문제는 고객의 요청이다. 즉, 상기의 명시 또는 설명의무와 달리 교부의무는 상대방인 이용자의 요청이 있을 경우에 한하여 발생한다. 그러나 이는 대면거래를 전제로 하고 있다. 즉, 대면거래에서 고객은 사업자에게 약관의 교부를 직접 요청할 수 있다. 그러나 비대면 및 자동화된 거래에서는 사업자에게 약관의 교부를 요청하기란 쉽지 않다. 물론 사업자가 사이버몰 등에 약관교부요청화면을 설치하였다면 이를 클릭함으로써 간편하게 교부요청을 할 수 있을 것이다. 그러나 현재 이의 화면을 설치하고 있는 사이버 몰은 거의 존재하지 않는다. 그 결과 상대방의 요청이 없었기 때문에 이의 의무를 이행할 필요가 없다는 결론이 나올 수 밖에 없게 된다. 그러나 약관규제법상 교부의무는 대면거래를 전제로 하고 있기 때문에 전자상거래와 같은 비대면 및 자동화 거래분야에 이를 그대로 적용하기에는 불가능하다. 따라서 전자상거래 등의 분야에 대하여는 상대방의 요청에 따라 약관의 교부의무를 인정하는 것이 아닌 무조건적인 교부의무가 인정되어야 할 것이다. 물론 전자상거래소비자보호법에서는 약관의 교부의무를 규정하고 있지만, 이의 위반시 효과에 대하여는 규정하고 있지 않기 때문에 동법을 가지고 이의 문제를 해결하기에는 한계가 있다. 그럼 교부의무의 이행방식은 어떠한가? 물론 대면거래를 대상으로 한 약관규제법에 따르면 사업자는 사본을 상대방에게 교부하여야 한다. 즉, 적극적 이행방식이다. 그러나 이를 비대면 및 자동화거래방식인 전자상거래 또는 모바일 오픈마켓에 그대로 적용하는 것이 반드시 타당하지만은 않다. 따라서 교부의무는 각 거래방식의 특성을 감안하여 그 이행방식을 정하여야 할 것이며, 비대면 및 자동화 거래분야에서는 적극적 이행방식과 소극적 이행방식 중 어느 하나를 선택할 수 있도록 하여야 할 것이다. 구체적으로 사업자가 약관은 이용자에게 전자우편 등을 통하여 교부하는 방식인 적극적 교부방식과 더불어 이용자가 약관을 다운로드하거나 인쇄할 수 있는 화면을 설치하는 소극적 교부방식 역시 교부의무의 이행으로 인정할 필요가 있다. 다만, 소극적 교부방식에 있어서는 단지 인터넷 도구창에서의 인쇄가 아닌 당해 약관 화면상 별도의 다운로드 또는 인쇄화면을 제공하였을 경우만으로 한정할 필요가 있다. 그럼 모바일 오픈마켓에서는 약관의 교부의무를 이행하고 있는가? 현행 모바일 오프마켓의 약관에 대하여 상기의 적극적 교부방식 또는 소극적 교부방식 어느 것도 인정되고 있지 않다. 또한 이용자가 한번 동의창에 표시하면 그 이후에는 모바일 오픈마켓에서 약관의 존재를 확인할 수 있는 방법이 없다.

3) 편입통제의무 위반의 효과

약관이 계약의 내용으로 편입되기 위하여는 상기의 제반의무를 모두 이행하여야 한다. 그럼 이의 의무를 이행하지 않았을 경우 그 효과는 무엇인가? 약관규제법에서는 이의 의무를 위반하였을 경우 사업자는 당해 약관을 계약의 내용으로 주장할 수 없다. 즉, 사업자가 명시의무 또는 교부의무를 이행하지 않았을 경우에는 당해 약관 전부를 계약의 내용으로 주장할 수 없지만, 중요내용에 대한 설명의무를 이행하지 않았을 경우 당해 중요내용만 계약의 내용으로 주장할 수 없을 뿐 다른 약관의 내용은 계약의 내용으로 주장할 수 있다.

그럼 모바일 오픈마켓상 약관은 상기의 편입통제요건을 갖추고 있는가? 물론 모바일 오픈

마켓을 처음 이용할 경우 해당 약관을 제시하고, 이의 동의여부를 확인한다.[101] 따라서 약관의 편입통제요건 중 하나인 명시의무의 이행은 이루어지고 있다. 그러나 명시의무의 이행과 이의 동의만으로 약관이 당해 계약의 내용으로 편입되지 않으며, 중요내용에 대한 설명 및 교부의무가 이루어져야 한다. 그러나 모바일 오픈마켓에서의 약관에 대한 중요내용에 대한 설명과 이의 교부는 이루어지고 있지 않다. 따라서 운영자 및 사업자는 해당 약관을 계약의 내용을 주장할 수 없다. 다만, 이용자가 약관의 내용을 주장하는 것은 가능하며, 이용자가 약관을 계약의 내용으로 주장할 경우에 한하여 사업자 등은 반사적으로 약관을 계약의 내용으로 주장할 수 있다.

(2) 약관의 변경

1) 약관 변경의 요건

콘텐츠거래가 1회성으로 종료하는 경우 약관의 변경은 의미가 없지만, 계속적 이용을 목적으로 하는 콘텐츠거래에 있어서 운영자 등은 약관의 내용을 변경할 필요가 있게 된다. 그럼 운영자 등이 약관을 변경하고, 변경된 약관을 이용자에게 적용하기 위한 요건은 무엇인가? 먼저, 변경된 약관은 기존 약관의 내용을 변경하거나 새롭게 추가한 것이다. 따라서 변경된 내용을 계약의 내용으로 편입하기 위하여는 당연히 상기의 편입통제요건을 갖추어야 한다. 그러나 신규회원가입 또는 콘텐츠의 구매에 있어서 약관의 편입방식과 변경약관의 편입에 있어서는 약간의 차이가 있다. 즉, 전자의 경우에는 개별 이용자별로 약관의 편입통제요건을 갖추기 때문에 이를 일률적으로 해결할 필요가 없다. 그러나 후자의 경우에는 기존 이용자 모두에게 일률적으로 변경된 약관을 적용할 필요가 있다. 따라서 운영자 등은 변경약관을 회원으로 가입한 모든 이용자에게 일률적으로 적용할 수 있는 방안을 모색하게 되었다. 이의 방식이 바로 동의의제방식이다. 즉, 운영자 등이 기존 약관을 변경할 필요가 있을 경우 변경할 약관의 내용을 일정기간 동안 공지 또는 개별 통지하고, 회원인 이용자가 이에 대하여 동의 또는 거절하였을 경우 이에 따라 변경약관을 적용하거나 적용하지 않는다. 문제는 동의기간 동안 이용자가 동의 또는 거절의 의사를 표시하지 않은 경우이며, 이에 운영자 등은 변경약관에 동의한 것으로 간주하여 간편하게 일률적으로 변경된 약관을 적용하고 있다. 그러나 이러한 필요성이 존재한다고 하여 이를 무제한적으로 인정할 경우 이용자의 입장에서는 고지받지 못한 변경약관 또는 이에 대한 숙고기간이 부여되지 않은 상태에서 변경된 약관이 적용될 수 있다. 따라서 약관의 변경에 대한 절차적 요건을 마련하여 약관의 변경에 있어서 이용자보호방안이 마련될 필요가 있다.

---

101) 운영자별 약관의 효력발생요건에 대하여 KT마켓약관의 경우 서비스를 이용하고자 본 약관에 동의한 모든 회원에 대하여 그 효력이 발생함을 규정하고 있으며(KT마켓약관 제2조 제1항), LG SmartWorld 구매자 이용약관에서는 서비스 초기화면에 이용자에게 본조 제1항과 같은 방법(서비스의 초기화면 또는 연결화면)으로 공지함으로써 효력이 발생한다고 규정하고 있다(LG 약관 제3조 제1항 제1호). SK T store 서비스 이용약관에서는 본 서비스의 인터넷 홈페이지 또는 본 서비스 화면에 게시하거나 기타의 방법으로 회사가 회원에게 공지하고, 회원이 이에 동의함으로써 효력이 발생한다고 규정하고 있다(SK 약관 제2조 제1항). 삼성 앱스(Apps) 이용약관에서는 약관에 대한 동의를 요건으로 하고 있다(삼성 약관 제2조 제1항). Apple사의 Mac App Store, App Store 및 iBookstore 판매조건에서는 동의 클릭을 요건으로 하고 있다. 마지막으로 구글 약관에서는 이 옵션이 표시된 곳에서 동의 또는 수락을 클릭하거나 실제로 Google Play 애플리케이션 또는 웹서비스를 사용함으로써 약관에 동의한 것으로 인정하고 있다(구글 약관 제1조 제3항).

2) 콘텐츠이용자보호지침상 약관의 변경절차

이러한 점은 이미 공정거래위원회의 심결례에서 제시되고 있으며[102], 콘텐츠이용자보호지침에서도 변경약관의 효력발생요건을 규정하고 있다. 즉, 지침상 변경약관이 계약의 내용으로 편입되기 위한 요건으로는 변경될 약관의 내용에 대한 고지, 충분한 동의기간의 부여 및 이 기간 내에 동의 또는 거절의 의사표시가 없는 경우 동의로 간주한다는 내용에 대한 고지를 제시하고 있다. 먼저, 운영자 등이 기존 약관을 변경하고자 할 경우에 기존 약관의 내용과 변경될 약관의 내용을 이용자에게 고지하도록 하고 있으며, 이의 방식은 공지의 방식과 개별고지의 방식이 있다. 즉, 운영자 등은 약관을 변경할 경우에는 적용일자 및 변경사유를 명시하여 현행약관과 함께 서비스초기화면에 그 적용일자 최소한 10일(이용자에게 불리하거나 중대한 사항의 변경은 30일) 이전부터 적용일 후 상당한 기간동안 공지하고, 기존이용자에게는 변경될 약관, 적용일자 및 변경사유(변경될 내용 중 중요사항에 대한 설명을 포함한다)를 전자우편주소로 발송한다(지침 제7조 제2항). 둘째, 이용자가 변경약관에 대하여 동의 여부를 결정할 수 있는 기간의 부여이며, 지침에서는 일반적 변경의 경우와 중대한 사항의 변경 등으로 구분하여 전자의 경우 10일 이상, 후자의 경우 30일 이상으로 정하고 있다(지침 제7조 제3항). 셋째, 이용자가 동의기간 내에 거절의 의사를 표시하지 않으면 동의한 것으로 본다는 내용을 별도로 고지하여야 한다. 즉, 이용자에게 동의 또는 거절의 의사를 표시할 수 있는 충분한 기회를 부여함과 더불어 이의 기간내 의사를 표시하지 않을 경우 동의한 것으로 간주한다는 취지를 명백하게 고지한 경우에 한하여 동의한 것으로 간주할 수 있으며, 이러한 요건을 갖추지 못한 경우에는 동의한 것으로 간주할 수 없게 한 것이다.

3) 모바일 오픈마켓 약관상 약관변경절차

현행 모바일 오픈마켓 약관에서는 약관의 변경절차를 규정하고 있지만, 이의 내용은 각 운영자별로 매우 상이하다. 이의 내용을 상기의 공지방법, 동의기간 및 동의간주사항의 명시를 기준으로 살펴보면 다음과 같다.

먼저, 통신사가 운영하고 있는 모바일 오픈마켓의 약관변경절차로 SK의 경우 고지방법, 동의기간 및 공의간주사항의 명시 등에 있어서 전반적으로 준수하고 있다(약관 제2조 제3항, 제4항). 다만, 일반사항의 경우에 있어서 고지방법으로 개별고지를 배제하고 있으며, 동의기간을 7일로 정하고 있다는 점은 지침의 내용과 일치하지 않는다. 물론 변경약관의 내용이 이용자에게 불리하지 않거나 사소한 사항이기 때문에 개별고지를 배제할 필요가 있다고 할 수 있지만, 변경약관 역시 계약의 내용이기 때문이 이를 일방인 운영자가 결정하는 것은 타당하지 않다. 따라서 이의 사항이 무엇인가에 따라 고지방법을 달리하는 것은 적합하지 않으므로 약관을 변경하고자 할 경우에는 공지방식과 더불어 개별고지가 병행하여 이루어져야 할 것이다. 또한 동의기간에 있어서 공정거래위원회는 일반적인 사항의 경우 7일 이상을 요구하고 있다는 점에는 해당약관에서도 7일로 정하고 있다. 그러나 이용자에게 충분한 숙고 시간을 부여함과 더불어 동의 또는 거절의 의사표시가 운영자 등에게 도달한 시점에 효력을 발생한다는 점을 감안하여 지침에서는 10일 이상으로 정하고 있다. 따라서 이러한 점 역시 지침의 내용에 상반되기 때문에 수정이 필요하다. 또한 약관 제2조 제5항에서는 변경약관에 대한 이용자의 확인의무를 규정하고 있다. 그럼 이의 확인의무는 약관의 변경과 어떠한 관계가 있는 것인가? 운영자의 개별고지없이 회원이 변경약관의 내용을 확인할 의무를 부과한 것인가의 문제이다. 그러나 이는 변경약관의 적용이 아닌 상기의 절차에 따라 변경

102) 공정거래위원회, 앞의 책, 218-219면.

된 약관을 숙지할 이용자의 의무를 부과한 것일 뿐 운영자의 고지의무를 면제한 것으로 해석할 수 없다. 둘째, KT 약관상 약관 변경절차는 상기의 SK와 대동소이하다. 다만, 고지방식에 있어서 일반 공지방식과 더불어 개별 고지를 포함하고 있다는 점에서 차이가 있으며, 변경약관의 내용과 관계없이 일률적으로 동의기간을 7일로 정하고 있다는 점은 지침의 내용과 상반된다. 즉, 지침에서는 변경약관의 중요성에 따라 이용자에게 불리하거나 중요내용에 대한 변경의 경우 동의기간을 30일 이상으로 정하고 있다. 따라서 이러한 구분없이 일률적으로 동의기간을 7일로 정하고 있는 것은 지침에 위반된다. 셋째, LG의 경우 일반변경사항과 회원에게 불리한 변경사항으로 구분하여 전자의 경우 전체공지 및 7일 이상의 공지(개별고지 제외)를 규정하고 있는 반면에 불리한 변경의 경우 전체공지와 더불어 개별공지를 규정하고 있으며, 동의기간을 30일 이상으로 정하고 있다. 그러나 동의간주사항에 대하여는 명시하고 있지 않다. 따라서 이의 기간내에 거절의 의사를 표시하지 않은 경우 당연히 동의한 것으로 간주되어 변경약관이 효력을 발생하는 것으로 규정하고 있다(약관 제3조). LG 약관에 있어서 일반 사항의 변경절차 및 동의기간의 문제는 SK 약관에서 지적한 내용과 동일하다. 그러나 동의간주사항에 대한 고지가 없다는 점은 다른 운영자의 약관과 비교하여 큰 문제점이라고 할 수 있다.

통신사가 아닌 모바일 오픈마켓 운영자인 삼성과 애플사의 약관변경절차는 다음과 같다. 삼성의 경우 약관의 변경절차에 대하여 지침의 내용에 따라 규정하고 있는 것이 아닌 삼성의 일방적 변경권을 규정하고 있다. 즉, 삼성은 수시로 약관을 변경할 수 있으며, 약관이 변경되는 경우 새로운 약관의 사본을 스토어 웹 사이트에 제공한다. 또한 이용자가 약관 변경일 이후에 서비스를 이용하는 경우 이러한 서비스 이용이 변경된 약관에 동의하는 것으로 삼성에서 취급하는 것을 이해하고 이에 동의한다고 규정하고 있다(약관 제21조). 따라서 삼성의 약관에 따르면 지침 등에서 규정하고 있는 약관의 변경절차요건을 전혀 충족하고 있지 않다. 또한 애플사의 경우 삼성과 동일하게 규정하고 있다. 즉, 약관의 변경권한에 대하여 애플사에 위임하고 있으며, 이용자가 스토어를 계속 사용하는 것은 변경약관에 동의한 것으로 간주하고 있다.[103]

이와 같이 현행 모바일 오프마켓 운영자의 약관상 약관의 변경절차는 지침의 내용과 완전하게 일치하지 않는다. 다만, 통신사의 약관변경절차는 대부분 지침의 내용과 일치하고 있지만, 일반사항에 대한 개별고지와 동의기간의 10일로의 연장이 요구되며, LG의 경우 동의간주사항에 대한 개별적 고지가 필요하다고 할 것이다. 그러나 삼성과 애플사의 약관상 약관 변경절차는 지침 등에 대한 중대한 위반을 규정하고 있다. 따라서 약관의 변경절차가 지침 등에서 제시한 기준에 적합하도록 이를 변경하여야 할 것이다.

2. 계약체결과정에서의 이용자 보호방안

(1) 계약체결과정에 있어서 이용자보호절차의 의의 및 내용

대면거래와 달리 모바일 오픈마켓에서의 디지털콘텐츠거래는 비대면 및 자동화거래의 특성을 갖는다. 이러한 특성으로 인하여 이용자가 디지털콘텐츠의 내용을 확인하고, 사업자와 구체적인 계약내용을 협의하여 정하는 것이 아닌 사업자가 설정한 계약체결절차에 따라 클릭 또는 기입함으로써 계약이 체결된다. 따라서 이용자가 합리적인 구매의사를 결정하고, 착오없이 계약을 체결하기 위하여는 디지털콘텐츠거래에 필요한 정보가 제공되어야 하며, 오

103) 구글 약관에서는 약관변경절차를 규정하고 있지 않기 때문에 이의 내용을 판단할 수 없다.

류의 구매신청을 방지하기 위한 절차의 마련이 필요하다. 이러한 점은 단지 이용자보호에 국한하는 것이 아닌 사업자보호방안이기도 한다. 즉, 이러한 정보제공 또는 절차가 마련되지 않아 이용자가 오류의 구매신청을 하였을 경우 착오를 이유로 취소할 수 있으며, 후술하는 청약철회권을 행사할 수 있다. 그럼 계약의 해소로 인하여 사업자는 이용자에게 대금을 환급하여야 하면 이는 사업자의 손실로 직결할 수 있다. 또한 이러한 점은 사업자에 대한 신뢰도의 저하로 직결되며, 이용자의 선택을 받지 못함으로 인하여 시장에서 퇴출될 수 있다. 이러한 점에서 전자상거래소비자보호법에서는 정보제공의무와 더불어 청약의 확인절차마련의무를 부과하고 있다.

(2) 정보제공의무

사업자는 이용자가 정확한 구매의사를 결정할 수 있도록 필요한 정보를 제공하여야 한다. 물론 전자상거래소비자보호법상 정보제공의무는 거래의 상대방이 소비자인 경우로 한정된다. 그럼 이에 해당하지 않은 이용자에게는 정보를 제공할 의무가 부과되지 않는가? 그러나 대등당사자라 할지라도 당사자간에 현저한 정보불균형적 상황이 존재하는 경우 이를 해소하기 위하여 정보보유자는 상대방에게 필요한 정보를 제공할 의무를 부과하고 있다.[104] 그럼 모바일 오픈마켓에서의 디지털콘텐츠거래는 이러한 정보불균형적 상황이라고 할 수 있는가? 먼저, 이러한 거래형태는 비대면거래이며, 급부의 목적물인 디지털콘텐츠는 외관상 그 내용을 쉽게 확인할 수 없다. 또한 이를 사용하기 위하여는 정보통신기기의 성능 등이 이에 적합하여야 한다. 따라서 이 분야의 특성상 양자간 정보불균형적 상황이 존재한다고 할 수 있으므로 이를 치유하기 위하여 사업자는 이용자에게 관련정보를 제공하여야 할 것이다. 그럼 이에 해당하는 정보는 무엇인가? 이는 전자상거래소비자보호법에서 규정하고 있는 내용을 기초로 제시한다면 사업자의 신원에 관한 정보, 디지털콘텐츠에 관한 정보 및 거래조건 등에 관한 정보라고 할 수 있다(동법 제13조 제2항, 지침 제8조).

(3) 조작실수 방지조치의무

모바일 오픈마켓에서의 디지털콘텐츠거래는 비대면 및 자동화된 거래방식이다. 따라서 이용자는 사업자가 설정한 체결절차에 따라 클릭함으로써 계약을 체결한다. 그 결과 이용자가 오류의 신청을 할 가능성이 높기 때문에 청약을 완료하는 최종단계에서 이의 내용을 재차 확인할 수 있는 절차를 마련하는 것이 필요하다. 이를 반영하여 전자상거래소비자보호법 및 콘텐츠이용자보호지침[105]에서는 조작실수 등의 방지절차마련의무와 청약의 내용을 정정 또는 취소할 수 있는 절차마련의무를 부과하고 있다. 즉, 전자의 의무는 이용자가 자신의 의사(청약)를 사업자에게 표시하기 전에 이의 내용을 확인 및 정정할 수 있는 절차의 마련이며, 후자의 의무는 청약의 의사를 표시한 후 계약이 체결되기 전(사업자의 승낙이 있기 전)에 청약의 내용을 확인하고 정정 또는 취소할 수 있는 절차의 마련의무이다. 그러나 모바일 오

104) DCFR(Draft Common Frame of Reference)에서는 정보제공의무에 대하여 사업자와 소비자간거래뿐만 아니라 사업자간 거래에 대하여도 인정하고 있다(Christian von Bar/Eric Cive, Principles Definitions and Model Rules of European Private Law - Draft Common Frame of Reference, Volume I, OXFORD, 2010, pp. 200-240).

105) 동 지침상 사업자는 이용자로부터 콘텐츠의 거래에 관한 청약을 받은 경우 그 수신 확인 및 판매가능 여부에 관한 정보를 이용자에게 신속하게 통지하여야 한다. 또한 사업자는 계약 체결 전에 이용자가 청약의 내용을 확인하고, 정정 또는 취소할 수 있도록 적절한 절차를 갖추어야 한다(동 지침 제11조).

픈마켓에서의 디지털콘텐츠거래는 청약과 동시에 승낙이 이루어지기 때문에 후자의 의무이행은 사실상 불가능하다고 할 수 있다.[106] 따라서 일반적으로는 전자의 의무이행만이 요구되지만, 모바일 오픈마켓에서의 디지털콘텐츠는 이용자의 다운로드를 전제로 한다. 즉, 계약이 체결된 경우 사업자가 디지털콘텐츠를 공급하는 것이 아닌 이용자가 이를 다운로드받는 방식이기 때문에 다운로드 받을 시점에 이의 내용을 확인하고 정정 또는 취소하는 절차의 마련으로 변경할 필요가 있다. 물론 이의 용어로서 취소는 맞지 않으며, 후술하는 철회에 해당한다.

그럼 현행 모바일 오픈마켓에서는 이러한 조작실수방지조치의무가 이루어지고 있는가? 그러나 모바일 오픈마켓의 어디에서도 이의 의무는 이행되고 있지 않다. 즉, 전자상거래소비자보호법상 조작실수방지절차마련의무는 이용자가 자신의 청약내용을 확인한 후 이의 정정 또는 취소할 수 있어야 한다. 그러나 모바일 오픈마켓에서는 단순히 대금만을 명시하고 있을 뿐 청약내용 전체를 제시하고 있지 않으며, 단지 확인 버튼만을 제시하고 있다. 물론 이용자가 휴대폰의 뒤로 돌아가기를 선택하여 청약을 취소하거나 정정할 수 있지만, 법상 조치의무는 당해 화면에서의 바로 취소 또는 정정할 수 있는 절차의 마련의무이기 때문에 이와 무관하다고 할 수 있다. 또한 2012년 2월 개정된 전자상거래소비자보호법에서는 전자적 대금지급의 신뢰확보를 위하여 전자적 대금지급이 이루어지는 경우 소비자의 청약이 진정한 의사인 것인가를 확인하기 위하여 재화 등의 내용 및 종류, 재화 등의 가격, 용역의 제공기간을 명확히 고지하고, 고지사항에 대한 소비자의 확인절차를 마련할 의무를 부과하고 있다. 또한 입법예고된 동 시행령 개정안에서는 상기의 사항을 소비자가 확인하고, 동의여부를 선택할 수 있는 절차의 마련을 규정하고 있다. 물론 개정법은 금년 8월 18일부터 시행되기 때문에 아직까지 이의 의무까지 이행할 필요는 없다고 할 것인지만, 그 시행시점이 조만간이기 때문에 이에 따른 조치의무를 이행할 필요가 있다. 그러나 상기의 방식만으로는 이용자의 정확한 구매의사를 판단하기에는 한계가 있다. 즉, 단순 클릭방식(모바일 오픈마켓에서는 버튼을 누르는 방식)은 이용자의 무의식적인 행위 또는 영유아 등에 의한 클릭만으로 충분히 거래가 이루어질 수 있다. 따라서 결제단계에서는 단순 확인방식이 아닌 비밀번호 입력방식 등이 도입되어야 할 것이다. 다만, 이에 대하여는 업계에서 자율적으로 수용하여 시행하기로 하였기에 법제화할 필요는 없다고 할 것이지만, 업계에서는 이를 수용함에 있어서 이용자가 프로그램을 설치하도록 하고 있다.[107] 그 결과 프로그램을 설치하지 않은 이용자의 경우 단순 클릭만으로 거래가 이루어질 수 있기 때문에 이용자에 의한 설치보다는 이러한 프로그램을 설치하지 않은 스마트폰 등에 의한 결제가 이루어지지 않도록 프로그램을 설정할 필요가 있다.

106) 전자상거래소비자보호법은 계약체결의 온라인화를 전제로 하지만, 이행은 오프라인상의 이행을 전제로 하고 있다. 따라서 사업자가 승낙을 하기 전 또는 계약성립 이후 배송이 개시되기 전까지 이의 정정 또는 취소가 가능하지만(법적 차원에서의 취소는 아님), 디지털콘텐츠의 경우 체결과 동시에 이행이 이루어지기 때문에 사실상 계약체결이후 취소 또는 정정하는 것은 불가능하다.

107) 방송통신위원회, “보도자료 : 스마트폰 무료 앱 이용 피해 주의”, 2012、3、6, 1-3면.

3. 청약철회

(1) 청약철회의 의의 및 법상 내용

1) 청약철회권의 의의 및 의미

청약철회권이라 함은 소비자가 계약을 체결한 이후 자신의 구매의사를 재찬 판단할 수 있는 기회를 부여하고, 추후 구매의사가 변경된 경우 아무런 부담없이 당해 계약을 해소할 수 있는 권리이다. 이러한 청약철회권은 계약의 구속력을 인정하는 대륙법에서는 인정되지 않았지만, 영미법에서 인정된 권리가 점차 대륙법계 국가에 수용되었다.[108] 우리의 경우 소비자보호법을 중심으로 도입되었다. 다만, 모든 소비자계약에 대하여 청약철회권이 인정되는 것은 아니며, 특수거래형태의 방식으로 체결된 소비자계약에 한정된다.

그럼 계약의 일반법인 민법에서 부정하고 있는 청약철회권을 특수소비자거래법에서 인정한 취지와 이의 의미는 무엇인가? 물론 민법에서는 계약체결과정에서 의사와 표시가 불일치하거나 하자있는 의사표시에 대하여 취소제도를 두고 있다. 그러나 민법상 인간은 합리적인 의사능력을 갖춘 자를 전제로 하기 때문에 충동적으로 구매의사를 결정하는 소비자는 그 대상이 아니다. 따라서 충동적으로 구매의사를 결정한 소비자를 보호할 수 있는 방안에 대하여 민법에서는 강구하고 있지 않다. 물론 충동적으로 의사를 결정한 것은 전적으로 소비자 스스로 부담하여야 할 몫이라고 할 수 있지만, 이의 여지를 사업자가 부여하였으며, 사업자는 이를 활용하여 거래활동을 수행하고 있다는 점을 감안할 때 소비자가 간편하게 계약관계를 해소할 수 있는 방안이 마련될 필요가 있으며, 이것이 바로 청약철회권이다. 이러한 청약철회권은 특수소비자계약에 있어서 가장 핵심적인 지위를 차지하고 있으며, 소비자가 간편하게 계약관계를 해소할 수 있는 방안이라는 점에서 그 중요성은 더욱 강조되고 있다.[109]

---

108) 유럽연합에서는 소비자를 보호하기 위하여 청약철회권(the right of withdrawal)을 부여하고 있지만, 청약철회권에 관한 일반지침이 아닌 개별 거래형태별 입법지침(directive)에서 규정하고 있다. 이에 관한 지침으로는 Directive 85/577/EEC of 20 December 1985 to protect the consumer in respect of contracts negotiated away from business premises, Directive 2008/122/EC of the European Parliament and of the Council of 14 January 2009 on the protection of consumers in respect of certain aspects of timeshare, long-term holiday product, resale and exchange contracts, Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council of 20 May 1997 on the protection of consumers in respect of distance contracts, Directive 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council of 23 September 2002 concerning the distance marketing of consumer financial services and amending Council Directive 90/619/EEC and Directives 97/7/EC and 98/27/EC, Directive 2008/19/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 2008 amending Directive 2002/83/EC concerning life assurance, Directive 2008/48/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2008 on credit agreements for consumers and repealing Council Directive 87/102/EEC이 있으며, 이러한 개별지침의 내용을 통일화하기 위하여 소비자권리에 관한 입법지침 초안(the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on consumer rights COM(2008) 614)을 2008년에 제안하였다(Reiner Schulze, The right of withdrawal, Perspectives for European Consumer Law, sellier. european law publishers, 2010, pp. 13-14). 이러한 소비자권리지침은 2011년 10월 25일에 제정되었다.

109) 특수소비자계약에 있어서 청약철회권을 부여하는 것이 과연 소비자보호에 합치하는 것인가에 대하여 비판적인 견해 역시 존재한다. 즉, 일부 소비자의 경우 사업자와 동등한 지위에 있거나 더 많은 정보를 가지고 있으며, 이를 악용하는 소비자가 등장하고 있기 때문에 청약철회권에 대하여 근본적으로 재검토하여야 한다는 것이다. 물론 거래의 실제에서는 사업자보다 더 우월적인 지위를 가지고 있는 소비자 역시 존재하며, 청약철회를 하기 위하여 재화를 구매하는 소비자 역시 존재한다. 그럼 이러한 소비자가 차지하는 비중은 과연 얼마일까? 물론 이의 존재 그 자체를 부정할 수는 없지만,

2) 모바일 오픈마켓상 디지털콘텐츠거래에 있어서 법상 청약철회권

모바일 오픈마켓에서의 디지털콘텐츠거래는 전자상거래소비자보호법의 적용대상이며, 동시에 콘텐츠산업진흥법의 적용대상이다. 양법 모두 청약철회권을 규정하고 있지만, 전자의 법은 소비자에게 국한하여 인정하고 있는 반면에 후자의 법은 모든 이용자에게 이를 인정하고 있다. 그러나 앞에서 살펴본 바와 같이 소비자의 범주가 매우 광범위하기 때문에 사실상 그 차이는 매우 적다고 할 수 있다. 또한 양법에서 청약철회권을 규정하고 있지만, 각기 별도로 규정하고 있는 것이 아닌 전자의 법의 규정을 후자의 법에서 준용하는 방식을 취하고 있기 때문에 그 내용은 대동소이하다. 다만, 청약철회를 배제하기 위한 조치의무자와 조치의무의 내용에 있어서 차이가 있다. 즉, 전자의 법에서는 조치의무자로 통신판매업자를 규정하고 있지만, 후자의 법에서는 콘텐츠제작자와 콘텐츠사업자를 규정하고 있다.[110] 또한 조치의무의 내용에 있어서 전자의 법은 청약철회불가사실의 표시 또는 시용상품 등의 제공으로 규정하고 있는 반면에 후자의 법에서는 이의 조치내용에 한시적 이용을 추가하고 있다.[111]

문제는 모바일 오픈마켓상 디지털콘텐츠거래가 양법상 청약철회권이 인정될 수 있는가이다. 물론 표시광고된 내용과 다른 디지털콘텐츠가 제공되거나 계약내용과 다르게 이행된 경우에 있어서 청약철회권(전자상거래소비자보호법 제17조 제3항)[112]은 당연히 인정된다고 할 수 있다.[113] 따라서 핵심은 이용자의 단순구매의사변경에 따른 청약철회권의 인정문제이다

전체에서 차지하는 비중은 그리 높다고 할 수 없다. 그럼 이러한 일부의 소비자가 존재한다고 하여 청약철회제도를 폐지하는 것이 과연 다수의 소비자에게 합당한 것일까? 이에 대하여는 다음의 질문으로 답을 하고자 한다. 즉, 민법에서는 상대적 약자보호제도로 행위무능력자제도를 규정하고 있으며, 이의 대표적인 자로 미성년자가 있다. 물론 미성년자 중에는 성년자보다 판단능력이 뛰어난 자가 존재하며, 또한 취소권을 행사할 목적으로 계약을 체결하는 자도 존재한다. 그럼 이러한 자가 존재한다고 하여 행위무능력자 제도를 폐지하여야 하는가?

110) 이와 같이 조치의무자를 콘텐츠사업자뿐만 아니라 콘텐츠제작자까지 추가하는 것은 타당하지 않으며, 콘텐츠사업자로 한정하는 것이 바람직하다(고형석, “디지털콘텐츠거래에 있어서 소비자의 청약철회권에 관한 연구”, 서강법학, 제12권 제1호, 서강대학교, 2010、6, 348-349면).

111) 콘텐츠산업진흥법 및 전자상거래소비자보호법에서는 사업자의 조치의무로 청약철회불가사실의 표시, 시용상품의 제공 및 한시적 이용 등 중에서 선택할 수 있도록 규정하고 있지만, 해당 디지털콘텐츠가 전자학습에 해당할 경우 사업자는 반드시 시범학습(시용상품)을 제공하여야 한다(이러닝산업법 제26조 제3항).

112) 애플 약관에서는 “상품을 구매했으나 다운로드 하기 이전에 상품이 제공될 수 없을 경우 귀하의 구제 수단은 오로지 환불을 받는 것입니다. 귀하의 상품이 기술적인 문제로 전송이 되지 않거나 불합리하게 지체될 경우, 귀하의 유일한 구제 수단은 오로지 iTunes의 결정에 의해 교체 또는 지불된 금액을 환불 받는 것입니다.”고 규정하여 사업자의 채무불이행에 따른 청약철회권을 간접적으로 규정하고 있다. 또한 삼성 약관에서도 “애플리케이션에 중대한 결함이 있는 경우 애플리케이션을 교체하거나 다시 다운로드 할 수 있으며 또는 구매 금액에 상응하는 가격의 쿠폰을 받을 수 있습니다.”고 규정하여 사업자의 채무불이행에 따른 청약철회를 규정하고 있다(약관 제12조). 그러나 그 효과에 대하여는 대금의 환급방식이 아닌 하자없는 애플리케이션으로 다운받거나 쿠폰으로의 환급을 규정하고 있다. 그러나 쿠폰으로의 환급은 청약철회의 효과를 규정하고 있는 전자상거래소비자보호법 제18조에 위반된다. 즉, 소비자가 청약철회권을 행사한 경우 사업자는 이의 대금을 환급하여야 하며, 이와 다른 합의는 소비자에게 불리할 경우 효력이 없다(동법 제35조). SK, KT 및 LG 약관 모두 사업자의 채무불이행에 따른 청약철회(약관에서는 환불)를 인정하고 있다. 그러나 디지털콘텐츠의 하자에 대한 입증은 이용자에게 부과하고 있다(SK 약관 제12조, KT 약관 제13조, LG 약관 제13조). 이는 사업자의 채무불이행에 대한 입증책임을 사업자에게 부과하고 있는 전자상거래소비자보호법 제17조 제5항 및 콘텐츠산업진흥법 제27조에 반하는 규정이며, 이러한 약관의 내용은 법상 내용보다 소비자에게 불리하기 때문에 전자상거래소비자보호법 제35조에 의하여 효력이 없다.

113) 현행 청약철회권의 발생요건은 이중적 구조로 되어 있지만, 소비자의 임의적 청약철회권으로 단일화하는 것이 바람직 할 것이다(고형석, “소비자계약에 있어서 청약철회권의 적정화에 관한 연구”, 소비자문제연구, 제38호, 한국소비자원, 2010、10, 81-82면). 즉, 청약철회제도는 소비자의 단순구

(동법 제17조 제1항). 청약철회권을 규정하고 있는 전자상거래소비자보호법 및 콘텐츠산업진흥법에서는 이를 명확하게 규정하고 있지 않다. 따라서 해석상의 문제라고 할 수 있다. 이의 문제는 궁극적으로 청약철회권의 배제사유에 해당하는가의 여부에 따라 결정된다고 할 것이다. 즉, 전자상거래 또는 통신판매를 통하여 디지털콘텐츠를 구매한 경우 이용자는 청약철회권을 행사할 수 있다(동법 제17조 제1항). 그러나 청약철회권을 행사할 수 없는 5가지 사유 중 하나에 해당하고, 사업자가 이를 배제하기 위한 조치의무를 이행한 경우에는 청약철회권을 행사할 수 없다.[114] 먼저, 청약철회권 배제사유로는 첫째 이용자의 고의 또는 과실에 의한 디지털콘텐츠의 멸실 또는 훼손, 둘째 이용자의 사용 또는 일부 소비에 의하여 콘텐츠의 가치가 현저히 감소한 경우, 셋째 시간의 경과에 의하여 재판매가 곤란할 정도로 콘텐츠의 가치가 현저히 감소한 경우, 넷째 복제가 가능한 콘텐츠의 포장을 훼손한 경우, 다섯째 이용자의 주문에 의하여 콘텐츠가 개별적으로 생산되는 경우 등 청약철회등을 인정하면 사업자에게 회복할 수 없는 중대한 피해가 예상되는 경우로서 사전에 당해 거래에 대하여 별도로 그 사실을 고지하고 이용자의 서면(전자문서를 포함한다)에 의한 동의를 얻은 경우이다(전자상거래소비자보호법 제17조 제2항, 콘텐츠산업진흥법 제27조, 콘텐츠이용자보호지침 제15조 제2항). 물론 이용자가 계약만 체결하고, 아직 디지털콘텐츠를 다운로드하지 않은 경우에는 다섯 번째 사유를 제외하고 상기의 배제사유에 해당하지 않는다. 그러나 모바일 오픈마켓에서 거래되는 디지털콘텐츠는 이용자의 개별 주문에 의하여 제작된 콘텐츠가 아니기 때문에 이의 해당사항이 없다. 그럼 이용자가 디지털콘텐츠를 다운로드한 경우에는 이의 사유에 해당하는가? 이는 디지털콘텐츠의 특성을 감안하여야 한다. 디지털콘텐츠는 무한 복제가 가능하며, 복제시 원본과 복제본의 구별이 불가능하다. 물론 사업자가 복제방지프로그램(DRM)을 설치하였다면 이는 별개의 문제이다. 또한 디지털 콘텐츠는 시간의 경과 또는 사용에 의하여 그 가치가 감소되지 않고 그대로 유지된다. 물론 이용자의 주관적 가치는 감소할 수 있지만, 동법에서의 가치는 객관적 가치를 의미한다. 마지막으로 이용자가 이를 삭제하더라도 언제든지 복구가 가능하다. 이러한 점은 디지털콘텐츠가 아날로그 방식의 콘텐츠와의 차이점이다. 이를 기초로 디지털콘텐츠에 대한 청약철회배제사유의 해당성 여부를 검토하면 다음과 같다. 먼저, 멸실 또는 훼손이 가능한 것인가의 문제이지만, 전술한 바와 같이 디지털콘텐츠를 삭제하더라도 복구가 가능하다.[115] 둘째, 디지털콘텐츠는 아무리 많이 사용하더라도 그 가치가 그대로 유지되기 때문에 이의 요건에도 해당하지 않는다. 셋째, 디지털콘텐츠는 시간이 경과하더라도 가치가 감소하는 것이 아닌 가치가 그대로 유지된다. 따라서 세 번째의 사유 역시 적용될 여지가 없다. 넷째, 복제가 가능한 재화에 대한 포장을 훼손한 경우이며, 가장 논란이 되고 있는 사유이다. 물론 복제방지장치를 설정하지 않았다면 다운로드받은 경우 복제가 이미 이루어졌다. 즉, 다운로드 그 자체가 복제이다. 또한 이러한 복제는 특별한 사유가 없는 한 삭제되었다고 하더라도 언제든지 복구가 가능하다. 이러한

매의사변경을 전제로 하기 때문에 사업자의 채무불이행의 문제는 청약철회의 문제가 아닌 계약의 해제문제로 해결하는 것이 바람직하기 때문이다. 또한 청약철회는 본질적으로 계약체결과정(의사표시)의 문제이지만, 채무불이행은 계약의 이행단계의 문제이기 때문에 각각의 영역이 상이하다. 물론 청약철회를 특수한 해제로 보는 견해(김도년, 소비자보호철회권의 민사법적 지위, 박사학위논문, 부산대학교, 2009, 45면 등)에서는 다른 입장일 수 있다.

114) 물론 이의 사유에 해당하고, 사업자가 배제조치의무를 강구하였다고 하더라도 사업자는 소비자의 임의적인 청약철회권을 허용할 수 있다(전자상거래소비자보호법 제17조 제2항 본문).

115) 물론 바이러스 감염 등으로 인하여 멸실 또는 훼손될 수 있다. 그러나 여기에서의 멸실 또는 훼손의 의미는 반환불가이며, 사업자가 재판매를 할 수 없기 때문에 배제사유로 규정한 것이다. 그러나 디지털콘텐츠의 경우 사업자가 복제품을 판매하는 것이기 때문에 재판매가 곤란한 것은 아니다.

점만을 본다면 청약철회 배제사유에 해당한다고 할 것이다. 그러나 이의 요건은 복제가능성과 포장의 훼손이라는 두 개로 구성된다. 따라서 청약철회가 배제되기 위하여는 이의 두 가지 요소 모두를 충족하여야 한다. 그러나 모바일 오픈마켓에서의 다운로드받은 디지털콘텐츠의 경우 포장 그 자체가 존재하지 않는다. 따라서 후자의 요건을 충족할 수 없다. 또한 스트리밍방식의 디지털콘텐츠의 경우에는 복제가 불가능하다. 따라서 복제가 가능한 디지털콘텐츠 요건에도 일치하지 않기 때문에 이의 사유에 해당하지 않는다.[116] 다섯째, 모바일 오픈마켓에서의 판매되는 디지털콘텐츠는 이용자의 개별주문에 의하여 제작되는 것이 아니기 때문에 다섯 번째 사유에 해당하지 않는다. 결과론적으로 모바일 오픈마켓에서 이루어지는 디지털콘텐츠거래는 전자상거래소비자보호법 제17조 제1항에 해당하지만, 제2항에는 해당하지 않는다. 물론 이를 준용하고 있는 콘텐츠산업진흥법에서도 동일하다. 따라서 이용자의 임의적 청약철회권은 부정되지 않는다. 그 결과 이용자는 디지털콘텐츠를 다운로드받아 이용하더라도 다운로드 받은 날로부터 7일이내에 청약을 철회할 수 있다. 물론 이의 내용이 전적으로 타당한 것은 아니다. 그럼 왜 이러한 문제가 발생한 것인가? 이의 첫번째의 문제는 전자상거래소비자보호법의 문제이며, 둘째는 이를 무비판적으로 수용한 콘텐츠산업진흥법의 문제이다. 즉, 전자상거래소비자보호법은 기본적으로 계약체결의 비대면방식을 전제로 한 것이지 그 이행까지 비대면으로 이루어지는 경우를 전제로 하지 않았으며, 급부의 목적물 역시 유체재화를 전재로 하였기에 디지털콘텐츠와 같은 무체재화를 전제로 하지 않았다. 따라서 이용자가 디지털콘텐츠를 다운로드받아 이용목적을 달성하였음에도 불구하고 이의 반환 및 대금의 환급을 인정하게 된 것이다. 물론 콘텐츠거래를 중심으로 이용자보호를 규정한 콘텐츠산업진흥법에서 디지털콘텐츠거래의 특성을 감안하여 적절한 규정을 두었다면 이를 어느 정도 해결할 수 있었을 것이다. 그러나 콘텐츠산업진흥법에서 이를 규정하였다고 하더라도 사실상 동법은 적용될 여지가 거의 없다. 즉, 전자상거래소비자보호법에서는 다른 법과의 관계에 대하여 동법의 적용을 우선하고, 다른 법의 적용이 소비자에게 유리한 경우에 한하여 다른 법의 적용을 인정하고 있다(동법 제4조). 그 결과 콘텐츠산업진흥법에서 디지털콘텐츠의 특성을 감안하여 청약철회를 배제하였다면 이는 전자상거래소비자보호법보다 소비자에게 불리한 것이므로 전자상거래소비자보호법이 우선하여 적용된다. 따라서 전자상거래소비자보호법과 콘텐츠산업진흥법이 중첩적으로 적용되는 분야에서는 콘텐츠산업진흥법이 적용되지 않으며, 콘텐츠산업진흥법만이 적용되는 경우[117]에만 의미가 있게 된다. 그러나 이의 분야는 매우 적다고 할 수 있기 때문에 근본적인 해결방안은 아니다. 그럼 전자상거래소비자보호법을 개정하여 해결하여야 하는가? 물론 이의 방안 역시 고려할 수 있다. 또한 전자

116) 온라인 디지털콘텐츠의 경우 포장 그 자체가 없기 때문에 개봉이 있을 수 없으므로 청약철회권이 배제되지 않는다는 견해(고형석, “전자상거래를 통한 콘텐츠거래에 있어서 이용자보호에 관한 연구”, 한양법학, 제22권 제2집, 한양법학회, 2011、5, 139면; 이병준, “온라인디지털콘텐츠 이용계약과 소비자보호”, 스포츠와 법, 제9권, 한국스포츠엔터테인먼트법학회, 2006、10, 150-151면; 구병문, “디지털콘텐츠 이용자의 청약철회와 그 제한규정의 문제점과 해결방안”, 홍익법학, 제10권 제1호, 홍익대학교, 2009、2, 437면)가 있는 반면에 이러한 경우 청약철회가 부정된다고 하는 견해도 있다(이기헌/장은경/이상정, 디지털콘텐츠 소비자보호방안 연구, 한국소프트웨어진흥원, 2002, 59면). 입법론적으로 사업자가 이의 표시 또는 시용상품 등의 제공 등의 청약철회제한조치와 더불어 “유형의 저장매체 없이 다운로드 되는 디지털상품의 경우에는 적당한 시용상품을 미리 제공한 때”를 제17조 제2항 각호에 추가할 필요가 있다고 한다(오병철, “전자상거래소비자보호법 제17조 제2항 제4호의 청약철회권 배제조항의 문제점”, 민사법학, 제39-1호, 한국민사법학회, 2007、12, 198면).

117) 이용자가 상행위를 목적으로 디지털콘텐츠를 구입하면서 다른 소비자와 다른 지위 또는 다른 거래조건으로 거래한 경우에 국한된다. 그러나 모바일 오픈마켓을 통한 디지털콘텐츠거래에 있어서 이러한 경우가 실제 존재하는 경우는 매우 많지 않을 것이다.

상거래소비자보호법상 청약철회권에 관한 규정은 제도의 근본적인 취지를 반영하고 있지 못하며, 다양한 모순점을 가지고 있기 때문에 당연히 전면적인 개정이 이루어져야 한다. 그러나 디지털콘텐츠거래에 대한 문제를 해결하기 위한 방안으로 동법을 개정하는 것에 대하여는 매우 심중한 검토가 이루어져야 한다. 즉, 동법은 거래방식을 중심으로 하여 소비자보호를 규정한 법이다. 따라서 급부의 목적물의 특수성을 감안하여 상대방보호를 규정하고 있지 않으며, 특수목적물에 대하여는 동법의 적용을 배제하고 있다.[118] 또한 동법은 소비자보호법이다. 그러나 디지털콘텐츠거래의 경우 소비자뿐만 아니라 거래의 상대방 전부를 보호할 필요가 있다. 다만, 이를 전면적으로 보호하는 것이 아닌 각 분야별로 보호의 상대방을 달리하여 보호하여야 할 것이다. 따라서 이러한 점을 감안하다면 전자상거래소비자보호법의 개정만으로 이를 충분하게 해결할 수 없다.

(2) 약관상 청약철회인정여부 및 약관의 효력

모바일 오픈마켓의 약관에서는 디지털콘텐츠거래에 대한 청약철회권을 거의 전면적으로 부정하고 있다. 즉, 5개 운영자의 약관에서는 청약철회 그 자체를 인정하고 있지 않으며[119], 구글 약관에서만 매우 제한적으로 청약철회를 인정하고 있다.[120] 그러나 이 역시도 다운로드 후 15분 이내만 청약철회가 가능하다. 그럼 이의 의미는 무엇인가? 이는 이용자에게 시험적 사용을 인정하지만, 시험적 사용 이후 즉시 철회하지 않으면 이를 부정하겠다는 것으로 해석된다.

그럼 이러한 약관의 내용이 공정한 것인가? 이의 여부를 판단하는 기초로는 전자상거래소비자보호법 및 콘텐츠산업진흥법의 내용과의 일치여부를 기준으로 하여야 할 것이다. 그러

---

118) 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」의 투자매매업자·투자중개업자가 하는 증권거래, 대통령령으로 정하는 금융회사 등이 하는 금융상품거래 및 일상 생활용품, 음식료 등을 인접지역에 판매하기 위한 거래에 대하여는 동법 제12조부터 제15조까지, 제17조부터 제20조까지 및 제20조의2를 적용하지 아니한다(동법 제3조 제4항).

119) 삼성 약관 제12조에서는 “성공적으로 구매한 애플리케이션은 환불하거나 취소할 수 없습니다. 다만, 귀하가 거주하는 지역의 관련 법률에 따라 회사가 환불할 의무가 있는 경우에는 그러하지 아니하며, 만 20세 미만의 미성년자가 법정대리인의 동의없이 유료 애플리케이션을 구매한 경우, 미성년자 본인 또는 법정대리인이 본 구매 건을 취소할 수 있습니다.”고 규정하고 있다. 따라서 원칙적으로 청약철회는 부정되지만, 예외적으로 이용자의 국가에서 청약철회권을 허용하는 경우에는 이를 인정한다는 것이다. 그러나 이의 내용은 매우 불명확하다. 즉 약관의 내용에서 청약철회의 가능여부가 명확하게 규정되어야 이용자는 청약철회권을 행사할 수 있는 것이다. 물론 이는 중요한 거래조건이기 때문에 계약체결이전에 제공되어야 할 정보이다. 따라서 이러한 요건에 적합하게 수정될 필요가 있다. 애플 약관에서는 이용자의 임의적 철회권의 인정여부에 대하여 명시적인 규정을 두고 있지 않지만, “모든 상품 판매는 최종적입니다”고 규정하고 있기에 실질적으로 이용자의 임의적 철회권은 인정되지 않는다. 또한 3개의 통신사 약관은 일률적으로 이용자의 임의적 철회권을 부정하고 있으며, 그 이유에 대하여 “디지털 상품은 구매 즉시 이용 가능한 상태가 되거나 이용하는 것으로 볼 수 있으므로 그 상품의 성격상 그리고 관계법령(전자상거래등에서의 소비자보호등에 관한 법률상의 청약철회 불가 사유 해당 등)상 구매후에는 환불이 불가합니다.”라고 규정하고 있다(SK 약관 제12조 제1항, KT 약관 제13조 제1항, LG 약관 제13조 제1항). 다만, 근거법령에 대하여 전자상거래소비자보호법을 제시하는 약관과 콘텐츠산업진흥법 및 디지털콘텐츠이용자보호지침을 제시하는 약관으로 구분될 뿐 근본적인 내용은 동일하다.

120) Google Play 비즈니스 및 프로그램 정책 제2조(Google Play 비즈니스 정책)에서는 “Google Play에서 구매한 애플리케이션 관련 대금 전액을 환불받으려면 다운로드 후 15분 이내에 애플리케이션을 반환해야 합니다. 제공된 애플리케이션은 한 번만 반환할 수 있습니다. 같은 애플리케이션을 그 이후에 다시 구매하는 경우 두 번째는 반환할 수 없습니다. 애플리케이션을 반환하는 옵션은 Google Play 사용자 인터페이스에서 사용할 수 있습니다. 애플리케이션 이외의 상품은 반환할 수 없습니다.”고 규정하고 있다. 이는 청약철회권에 관한 사항을 환불이라는 제목하에 규정한 것이다.

나 이미 앞에서 양법 모두 소비자 또는 이용자에게 임의적 철회권을 인정하고 있으며, 이의 배제사유에 해당하지 않음을 살펴보았다. 물론 이의 배제사유는 디지털콘텐츠와 같은 무체재화[121]를 전제로 하지 않았다고 하더라도 청약철회 그 자체를 전면적으로 부정하는 것은 양법 모두를 위반하는 것이며, 특히 이를 규정하고 있는 약관의 규정은 전자상거래소비자보호법 제35조에 따라 무효이다.[122] 따라서 모바일 오픈마켓 약관의 내용 중 청약철회권에 관한 내용은 전면적인 수정이 필요하다.[123]

4. 재판관할 및 준거법

(1) 국내분쟁에 있어서 재판관할

1) 재판관할의 일반기준

모바일 오픈마켓 운영자 중 통신 3사와 삼성은 국내사업자이기 때문에 디지털콘텐츠거래로 인한 분쟁의 해결에 있어서 준거법의 문제는 발생하지 않고, 단지 재판관할의 문제만 발생한다. 그럼 이러한 분쟁에 있어서 재판관할권은 어느 법원이 갖는가? 이는 다시 이용자의 유형에 따라 결정된다. 즉, 소비자인 이용자와 이에 해당하지 않은 이용자로 구분하여 살펴보아야 하며, 전자의 경우 전자상거래소비자보호법에서는 전속관할규정을 두고 있기 때문이다.

동법상 통신판매업자와의 거래에 관련된 소는 소 제기 당시 소비자의 주소를 관할하는 지방법원의 전속관할로 하고, 주소가 없는 경우에는 거소를 관할하는 지방법원의 전속관할로 한다. 다만, 소 제기 당시 소비자의 주소 또는 거소가 분명하지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다(동법 제36조). 그럼 소비자가 아닌 이용자와의 소는 어느 법원에 제기하여야 하는가? 이에 대하여는 민사소송법상 관할법원기준에 따라 결정될 것이지만, 약관에서 이미 재판관할규정을 두고 있는 경우 합의관할의 문제가 발생한다. 물론 당해 약관이 공정하다면 당연히 합의관할법원이 관할권을 갖는다고 할 것이다. 판례는 관할합의조항의 유효성에 대한 판단기준으로 "약관조항에 의하여 고객에게 생길 수 있는 불이익의 내용과 불이익 발생의 개연성, 당사자들 사이의 거래과정에 미치는 영향, 관계 법령의 규정 등 제반 사정을 종

121) 격지계약에서의 소비자보호에 관한 지침(Directive of the European Parliament and of the Council on the Protection of Consumers in Respect of Distance Contracts)에서도 음악 또는 영상기록물 및 컴퓨터 소프트웨어를 소비자가 개봉한 경우 청약철회의 배제사유로 인정하고 있다(Steve Hedley, *The Law of Electronic Commerce and the Internet in the UK and Ireland*, Cavendish Publishing, 2006, p.264). 동 지침은 2011년 제정된 소비자권리지침(DIRECTIVE 2011/83/EU OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council)으로 변경되었다. 소비자권리지침에서는 청약철회배제사유로 디지털콘텐츠를 포함하고 있지만, 이의 배제요건으로 디지털콘텐츠가 공급되고, 이에 따라 소비자가 청약철회권을 행사할 수 없다는 사실을 인식한 경우로 제한하고 있다(동 지침 제16조 제m호). 다만, 사업자가 소비자의 동의없이 일방적으로 제공한 경우에는 그러하지 않는다.

122) 공정위는 2009년 11월 아이템 또는 아비타를 구입한 이용자의 청약철회권을 인정하지 않은 10개의 온라인 게임업체의 약관에 대하여 불공정 약관으로 인정하고, 이의 시정을 요구하였다(공정거래위원회, "보도자료 : 온라인게임 상위 10개 사업자의 불공정약관 시정조치", 2009、11、20, 2-3면).

123) 모바일 오픈마켓 운영자의 약관에서 이용자의 임의적 청약철회권을 부정하고 있기 때문에 이의 요건 및 효과를 비롯하여 이의 행사방법 등에 대하여는 전혀 규정하고 있지 않기 때문에 이의 내용을 분석하는 것이 불가능하다. 따라서 이의 내용에 대하여는 생략한다.

합하여 볼 때, 당사자 중 일방이 지정하는 법원을 관할법원으로 한다는 것과 다를 바 없거나, 사업자가 그 거래상의 지위를 남용하여 사업자의 영업소를 관할하는 지방법원을 전속적 관할로 하는 약관조항을 작성하여 고객과 계약을 체결함으로써 건전한 거래질서를 훼손하는 등 고객에게 부당하게 불이익을 주었다고 인정되는 경우라면, 그 약관조항은 약관의 규제에 관한 법률 제14조에 위반되어 무효이고, 이에 이르지 아니하고 그 약관조항이 고객에게 다소 불이익한 것에 불과하다면 그 약관조항을 무효라고 할 수는 없을 것이나, 이 경우에도 그 약관은 신의성실의 원칙에 따라 공정하게 해석되어야 하며, 약관의 뜻이 명백하지 아니한 경우에는 고객에게 유리하게 해석되어야 한다."고 판시하고 있다.[124] 또한 콘텐츠이용자보호지침에서는 소비자인 이용자와 소비자가 아닌 이용자로 세분하여, 전자의 경우 전자상거래소비자보호법상 전속관할의 내용을 그대로 규정하고 있으며(지침 제21조), 후자의 경우에도 이용자의 주소 또는 거소에 우선적 관할권을 부여하고 있다(지침 제32조). 물론 후자의 경우는 권고사항이기 때문에 사업자의 약관이 지침의 내용보다 이용자에게 불리할 경우 사업자는 이의 내용을 표시할 의무가 발생한다(콘텐츠산업진흥법 제28조). 물론 지침의 내용(제32조)은 당해 합의관할약관이 유효하다는 것을 전제로 한다.

2) 약관에 있어서 재판관할 및 이의 효력

모바일 오픈마켓 약관상 재판관할은 특정 법원을 지정한 경우(SK 약관 제27조)와 단지 민사소송법상 관할법원으로 규정한 경우(KT 약관 제24조, LG 약관 제32조)로 구분된다. 전자의 경우 관할법원으로 서울중앙지방법원을 정하고 있다. 다만, 삼성의 경우 이용자의 주소지 관할 법원에 비독점적 관할권을 부여하면서, 삼성이 모든 관할지에서 금지적 구제수단(또는 이에 상응하는 종류의 긴급한 법률적 구제수단)을 구할 수 있음을 규정하고 있다(삼성 약관 제22조 제9항).

이와 같이 재판관할을 규정하고 있는 모바일 오픈마켓의 약관은 공정한 것인가? 물론 민사소송법에 의한다고 규정하고 있는 약관 그 자체가 불공정하다고 할 수 없지만, 약관의 내용이 구체적인 내용을 제시하고 있는 것이 아닌 일반적인 기준을 정하고 있기 때문에 문제의 소지가 있다. 따라서 이를 좀 더 명확하게 규정할 필요가 있으며, 소비자의 경우에는 전속관할규정이 존재한다는 점을 감안하여 이용자를 중심으로 약관의 규정을 구성할 필요가 있다. 반면에 특정법원을 지정하고 있는 약관은 전속관할규정에 위반한다. 물론 소비자가 아닌 이용자에 대하여는 합의관할의 성격을 갖는다고 할 수 있지만, 판례에서 제시한 제반 기준을 감안할 때 이 역시 불공정한 약관의 소지를 가지고 있다. 또한 디지털콘텐츠와 관련된 분쟁에 있어서 소송가액이 그리 높은 금액이 아니라는 점을 감안한다면 재판관할을 사업자를 중심으로 구성할 경우 소송비용 등을 이유로 이용자는 소제기를 하지 않을 것이다. 그 결과 사업자 중심의 재판관할규정은 이용자가 소송을 통한 권리구제를 사실상 저지하는 결과를 유발시킬 수 있다. 따라서 모바일 오픈마켓 약관에 있어서 재판관할 규정은 콘텐츠이용자보호지침에 따라 수정할 필요가 있다.

(2) 국제분쟁에 있어서 재판관할 및 준거법

1) 재판관할 및 준거법 결정의 일반기준

국제분쟁에 있어서 준거법 및 재판관할권을 규정하고 있는 법은 국제사법이다.[125] 물론 이

124) 대법원 2009.11.13. 자 2009마1482 결정.

역시 국내법이기 때문에 우리의 국제사법이 모든 국가에 일률적으로 적용되는 것은 아니지만, 이를 기초로 모바일 오픈마켓에서의 소비자인 이용자간의 분쟁에 대한 준거법 및 재판관할기준을 제시하면 다음과 같다. 먼저, 준거법에 있어서 소비자의 상대방이 계약체결에 앞서 그 국가에서 광고에 의한 거래의 권유 등 직업 또는 영업활동을 행하거나 그 국가 외의 지역에서 그 국가로 광고에 의한 거래의 권유 등 직업 또는 영업활동을 행하고, 소비자가 그 국가에서 계약체결에 필요한 행위를 한 경우, 소비자의 상대방이 그 국가에서 소비자의 주문을 받은 경우 또는 소비자의 상대방이 소비자로 하여금 외국에 가서 주문을 하도록 유도한 경우에 있어서 당사자가 준거법을 선택하더라도 소비자의 상거소가 있는 국가의 강행규정에 의하여 소비자에게 부여되는 보호를 박탈할 수 없다. 즉, 당사자가 선택한 준거법이 적용된다고 하더라도 소비자국가의 소비자보호법의 적용을 배제할 수 없다(국제사법 제27조 제1항). 만일 당사자가 준거법을 선택하지 않은 경우 준거법은 소비자의 상거소지법에 의하며, 상기의 세 가지 경우에 있어서 계약의 방식은 소비자의 상거소지법에 의한다(동조 제2항, 제3항). 둘째, 재판관할에 있어서 상기의 세가지에 해당하는 소비자분쟁에 있어서 소비자는 자신의 상거소가 있는 국가에서도 상대방에 대하여 소를 제기할 수 있지만, 소비자의 상대방이 소비자에 대하여 제기하는 소는 소비자의 상거소가 있는 국가에서만 제기할 수 있다(동조 제4항, 제5항). 물론 당사자간에 국제재판관할에 합의하여 이와 다른 국가의 법원에 관할권을 부여할 수 있지만, 이의 합의는 분쟁이 이미 발생한 경우 또는 소비자에게 이 조에 의한 관할법원에 추가하여 다른 법원에 제소하는 것을 허용하는 경우에 국한된다(동조 제6항).

2) 약관에 있어서 재판관할과 준거법 및 이의 효력

애플 및 구글의 약관상 준거법과 재판관할은 다음과 같이 규정하고 있다. 먼저, 애플 약관의 경우 Game Center 서비스 이용약관과 Mac App Store 등의 약관으로 구분된다. 전자의 경우에 있어서 준거법은 캘리포니아 주 법률로 정하고 있으며, 재판관할에 대하여 캘리포니아 주 소재 법원에 전속관할권을 부여하고 있다. 후자의 경우 다시 Mac App Store, App Store 및 iBookstore 계약서와 애플리케이션 최종 사용자 라이센스 계약으로 구분된다. 양자 모두 준거법에 대하여는 국제사법을 제외한 대한민국의 법이 적용됨을 명시하고 있지만, 다른 지역, 주, 국가 또는 국제법이 적용될 수 있음을 명시하고 있다(Mac App Store, App Store 및 iBookstore 계약서-기타, 애플리케이션 최종 사용자 라이센스 계약 i).[126] 다만, 재판관할에 대하여는 Mac App Store, App Store 및 iBookstore 계약서에서만 규정하고 있으며, 대한민국 법원에 배타적 관할권을 부여하고 있다. 구글의 경우 준거법에 대하여 캘리포니아 주법을 규정하고 있으며, 재판관할권에 대하여 산타클라라 카운티 내에 위치한 법원에 전속관할권을 부여하고 있다. 다만, 구글에 대하여는 모든 관할권에서 강제 구제책(또는 상응하는 종류의 긴급 법적 구제)을 신청할 수 있음으로 규정하고 있다(약관 제11조 제6항).

이와 같이 애플 및 구글의 약관에서는 준거법을 자신이 위치한 국가의 법으로 정하고 있으며, 재판관할권 역시 자신이 소재하는 국가의 법원에 부여하고 있다. 그럼 이러한 약관의 조항이 우리의 국제사법의 규정과 일치하는가? 먼저, 이를 살펴보기 위하여는 모바일 오픈마켓에서의 디지털콘텐츠거래가 국제사법 제27조 제1항 각호의 요건에 해당하는가를 살펴보아야

125) 국제사법상 재판관할결정의 일반원칙에 대하여는 오석웅, “인터넷에 의한 명예훼손의 국제재판관할권과 준거법”, 법학연구, 제18집, 한국법학회, 2005ㆍ6, 839면 이하 참조.

126) 애플 약관에서는 Game Center 서비스의 경우 애플 미국 사무소에서 제공된다고 규정하고 있으며, Mac App Store 등은 대한민국 내에서만 제공됨을 명시하고 있다.

한다. 먼저, 세 번째 요건인 소비자의 상대방이 소비자로 하여금 외국에 가서 주문을 하도록 유도한 경우에는 해당하지 않는다. 그럼 첫 번째와 두 번째의 요건 중 하나에 해당하는가? 물론 애플 및 구글의 경우 운영자가 소비자의 국가에서 주문을 받은 경우에 해당하지 않는다. 그러나 소비자의 상대방이 계약체결에 앞서 그 국가 외의 지역에서 그 국가로 광고에 의한 거래의 권유 등 직업 또는 영업활동을 행하고, 소비자가 그 국가에서 계약체결에 필요한 행위를 한 경우에는 해당한다. 즉, 애플 및 구글의 운영자가 온라인상 디지털콘텐츠를 게시하였으며, 이는 소비자 국가가 아닌 다른 국가에서 소비자 국가로 광고한 것이며, 이에 따라 소비자가 자신의 국가에서 계약체결에 필요한 행위, 즉 구매의사를 표시하였기 때문에 첫 번째의 요건에는 해당한다. 그 결과 소비자의 상거소가 있는 국가의 강행규정에 의하여 소비자에게 부여되는 보호를 박탈할 수 없으며, 계약체결의 방식은 소비자의 상거소지법에 의한다. 또한 재판관할에 있어서 소비자는 자신의 상거소가 있는 법원 또는 사업자의 상거소가 있는 법원에 소를 제기할 수 있지만, 애플 및 구글의 운영자는 소비자의 상거소가 있는 법원에만 소를 제기할 수 있다. 물론 이에 대한 반대의 합의를 할 수 있지만, 분쟁이 이미 발생하거나 소비자에게 이 조에 의한 관할법원에 추가하여 다른 법원에 제소하는 것을 허용하는 경우에만 인정된다. 따라서 현행 애플 및 구글의 약관은 국제사법의 내용과 다르게 규정하고 있으며, 이는 소비자인 이용자에게 불리하기 때문에 불공정한 약관이라고 할 수 있다.

5. 사업자의 책임과 운영자의 책임

(1) 사업자의 책임과 운영자의 책임의 구분

상기에서 살펴본 제반 내용은 계약의 당사자로서의 책임이다. 따라서 이는 모바일 오픈마켓 운영자가 부담하는 것이 아닌 이용자와 디지털콘텐츠계약을 체결하는 사업자가 부담하는 책임이다. 다만, 운영자는 중개자로서의 책임을 부담하게 됨은 당연하다고 할 것이다.

그럼 운영자는 단지 중개자로서의 책임만 부담하고, 계약관계속에서 발생하는 문제에 대하여 전혀 책임을 지지 않는가? 물론 계약의 일반법인 민법과 상법만을 적용한다면 이러하다고 할 수 있다. 그러나 이의 법률관계를 규율하는 대표적인 특별법인 전자상거래소비자보호법에서는 통신판매중개자의 책임을 규정하고 있다. 따라서 계약의 당사자인 사업자의 책임과 별도로 운영자는 통신판매중개자로서의 책임을 부담하며, 이의 내용은 다음과 같다.[127]

(2) 전자상거래소비자보호법상 통신판매중개자의 책임

개정된 전자상거래소비자보호법상 통신판매중개자와 관련된 규정은 개정전 법과 달리 의무규정과 책임규정으로 세분하고 있다. 즉, 동법 제20조에서는 통신판매중개자에 대하여 고지와 중개의뢰자의 정보제공의무를 규정하고 있으며, 제20조의2에서는 이의 의무 위반에 따른 통신판매중개자 및 통신판매의뢰자의 책임을 규정하고 있다.

먼저, 통신판매중개자는 당해 거래에서 계약의 당사자가 아닌 단순한 중개자임을 소비자에게 고지하여야 한다. 또한 통신판매업자인 통신판매중개자는 중개의뢰자의 정보를 소비자에게 제공하여야 하며, 제공할 정보는 의뢰자가 사업자인 경우와 일반 개인인 경우로 구분된다. 전자의 경우 중개의뢰사업자의 성명(사업자가 법인인 경우에는 그 명칭과 대표자의

127) 전자상거래소비자보호법상 통신판매중개자의 책임에 대하여는 2012년 2월 개정을 전후로 차이가 있다. 물론 개정법이 아직 시행되지 않았지만, 조만간 시행되기 때문에 이하에서는 개정법의 내용을 중심으로 살펴본다.

성명)·주소·전화번호 등을 확인하여 청약이 이루어지기 전까지 소비자에게 제공하여야 하고, 후자의 경우 중개의뢰자의 성명·전화번호 등을 확인하여 거래의 당사자들에게 상대방에 관한 정보를 열람할 수 있는 방법을 제공하여야 한다. 이와 더불어 통신판매중개자는 사이버몰 등을 이용함으로써 발생하는 불만이나 분쟁의 해결을 위하여 그 원인 및 피해의 파악 등 필요한 조치를 신속히 시행하여야 한다(동법 제20조).[128]

이러한 의무를 위반하였을 경우 통신판매중개자의 책임은 통신판매중개의뢰자와의 연대책임, 통신판매업자로서의 책임으로 구성된다. 첫째, 통신판매중개자가 상기의 고지(계약당사자가 아닌 중개자라는 사실)를 하지 아니한 경우 통신판매중개의뢰자의 고의 또는 과실로 소비자에게 발생한 재산상 손해에 대하여 통신판매중개의뢰자와 연대하여 배상할 책임을 진다. 둘째, 통신판매중개자는 소비자에게 중개의뢰자의 정보 또는 정보를 열람할 수 있는 방법을 제공하지 아니하거나 제공한 정보가 사실과 달라 소비자에게 발생한 재산상 손해에 대하여 통신판매중개의뢰자와 연대하여 배상할 책임을 진다. 다만, 소비자에게 피해가 가지 아니하도록 상당한 주의를 기울인 경우에는 그러하지 아니하다. 셋째, 계약당사자가 아닌 중개자라는 사실을 고지하더라도 통신판매업자인 통신판매중개자는 제12조부터 제15조까지, 제17조 및 제18조에 따른 통신판매업자의 책임을 면하지 못한다.[129] 다만, 통신판매업자의 의뢰를 받아 통신판매를 중개하는 경우 통신판매중개의뢰자가 책임을 지는 것으로 약정하여 소비자에게 고지한 부분에 대하여는 통신판매중개의뢰자가 책임을 진다(동법 제20조의2 제1

---

128) 통신판매중개의뢰자의 정보를 제공하여야 할 자로 동법에서는 통신판매업자인 통신판매중개자로 규정하고 있다. 따라서 통신판매업자가 아닌 단순 통신판매중개자는 중개의뢰자의 정보를 제공할 의무가 없다. 과연 이러한 것이 타당한 것인가? 중개는 당사자간 계약이 체결될 수 있도록 조력하는 자이다. 조력하는 방법은 다양하지만, 동조 제1항과의 관계를 고려한다면 자신은 중개자일 뿐 계약의 당사자가 아니며, 이의 당사자는 다음과 같다고 상대방에게 알려주는 것이다. 즉, 제1항과 제2항의 관계를 감안한다면 양 조항상 의무의 주체는 상이한 것이 아닌 동일하여야 한다. 특히, 비대면거래인 통신판매에 있어서 상대방의 신원에 관한 정보는 소비자의 입장에서 사기 피해 등을 예방하기 위한 중요정보이다. 그럼에도 불구하고 모든 통신판매중개자가 아닌 통신판매업자인 통신판매중개인에게만 이의 의무를 부과하는 것은 타당하지 않다. 또한 이의 위반에 대한 책임을 규정하고 있는 제20조의2 제2항에서는 통신판매중개자로 규정하고 있다. 본질적 의미로 본다면 제20조의2 제2항의 내용이 타당하지만, 이는 제20조 제2항을 위반한 경우에 따른 효과이기 때문에 이의 해석은 모든 통신판매중개자가 아닌 통신판매업자인 통신판매중개자로 해석하여야 한다. 조속한 개정이 필요한 부분이다.

129) 통신판매업자인 통신판매중개자의 책임을 규정하고 있는 동법 제20조의2 제3항은 동법 제3조 제3항과 모순이다. 즉, 동법 제3조 제3항에서는 통신판매업자가 아닌 자 사이의 통신판매중개를 하는 통신판매업자에 대하여는 제13조부터 제15조까지, 제17조부터 제19조까지의 규정을 적용하지 않는다. 이에 따르면 일반 사업자와 소비자간 또는 일반 개인간 통신판매중개에 대하여는 제13조 내지 제19조(제16조는 삭제된 규정임)가 적용되지 않지만, 제20조의2 제3항에서는 이의 적용을 긍정하고 있다. 그럼 통신판매중개의뢰자가 통신판매업자인 경우에는 어떠한가? 동법 제3조 제3항에서는 통신판매업자가 아닌 자간의 통신판매중개를 대상으로 하기 때문에 일방이 통신판매업자인 경우에는 적용대상이 아니므로 당연히 상기의 규정은 적용된다. 그러나 동법 제20조의2 제3항 단서에서는 이의 적용을 배제할 수 있도록 규정하고 있다. 따라서 동법 제3조 제3항과 제20조의2 제3항은 상호 모순이다(고형석, “전자상거래소비자보호법 제3조 제3항과 제20조 제2항의 관계에 대한 연구”, 법조, 제641호, 법조협회, 2010、2, 158-159면; 고형석, “통신판매중개에 관한 연구”, 인터넷법률, 제20호, 법무부, 2003、11, 52면; 나지원, “통신판매중개에 있어서 소비자보호”, 인터넷법률, 제29호, 법무부, 2005、5, 116-117면; 이충훈, “인터넷통신판매중개자의 법적 책임”, 인터넷법률, 제38호, 법무부, 2007、4, 43-44면; (사)기술과법 연구소, 전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률 개정방향에 관한 연구, 공정거래위원회, 2003, 21면). 따라서 개정이 필요하며, 제3조 제3항을 삭제하는 방향으로 개정되어야 할 것이다. 반면에 양조문간의 모순이 발생하지 않는다는 견해도 존재한다(이병준, “전자상거래에 관한 법제 현황과 과제”, 외법논집, 제32집, 한국외국어대학교, 2008、11, 281-282면; 한국소비자연맹, 통신판매중개행위 실태 및 소비자보호방안 연구, 공정거래위원회, 2005, 26-27면).

항 내지 제3항).

마지막으로 통신판매중개의뢰자(사업자의 경우에 한정한다)는 통신판매중개자의 고의 또는 과실로 소비자에게 발생한 재산상 손해에 대하여 통신판매중개자의 행위라는 이유로 면책되지 아니한다. 다만, 소비자에게 피해가 가지 아니하도록 상당한 주의를 기울인 경우에는 그러하지 아니하다(동조 제4항).

이러한 통신판매중개자의 책임은 크게 단순 통신판매중개자인 경우와 통신판매업자의 지위를 가지고 있는 자가 통신판매중개를 하는 경우로 구분되며, 후자에 대하여는 단지 중개자임에도 불구하고 계약당사자의 책임을 부과하고 있다. 그럼 중개자임에도 불구하고 통신판매업자로서의 책임을 부과하는 이유는 무엇인가? 이는 소비자의 신뢰에서 그 근거를 찾을 수 있다. 즉, 소비자가 통신판매중개자를 통하여 중개의뢰인과 거래를 하는 이유는 중개의뢰자보다 중개자를 신뢰하기 때문에 이를 통하여 거래를 하는 것이다. 또한 광고 등에 있어서 중개의뢰자의 정보는 나타나지 않으며, 중개자의 정보만 소비자에게 제공된다. 마지막으로 단순히 중개만 하는 자와 달리 통신판매를 하는 자가 중개를 하는 경우 소비자의 입장에서는 보다 높은 신뢰를 부여하며, 양자를 구분하기가 쉽지 않기 때문이다. 이러한 차원에서 통신판매업자인 통신판매중개자에 대하여 단지 중개자로서의 책임뿐만 아니라 계약당사자로서의 책임을 부과하고 있다. 다만, 중개의뢰자가 통신판매업자인 경우에 동일한 내용의 책임을 양자에게 부과하는 것은 적합하지 않다는 측면에서 통신판매중개자의 면책을 규정하고 있다. 그러나 과연 이러한 것이 타당한 것인가에 대하여는 의문이 제기된다. 즉, 중개자임에도 불구하고 계약당사자의 책임을 부과하는 취지는 상기와 같음에도 불구하고, 의뢰자의 지위에 따라 달리 정할 수 있도록 하는 것이 과연 입법의 취지와는 적합하지 않다. 따라서 이 역시도 입법의 본질적인 취지가 달성될 수 있도록 통신판매중개자의 면책이 아닌 보증책임으로 전환할 필요가 있다.[130]

(3) 모바일 오픈마켓에서의 운영자의 책임

전자상거래소비자보호법에서는 계약의 당사자가 아닌 중개자에 대하여도 상기와 같은 책임을 부과하고 있다. 그럼 모바일 오픈마켓의 운영자는 모바일 오픈마켓에서의 디지털콘텐츠거래에 대하여 어떠한 책임을 부담하는가? 물론 모바일 오픈마켓 운영자의 법적 지위는 앞에서 살펴본 바와 같이 통신판매업자와 중개자의 지위를 동시에 가지고 있다. 따라서 중개자로서의 책임을 비롯하여 통신판매업자로서의 책임을 부담한다.

먼저, 중개자로서 운영자는 중개의뢰자의 행위로 인하여 발생한 이용자의 재산상의 손해에 대하여 책임을 부담하지만, 자신은 통신판매의 당사자가 아니라는 사실을 고지한 경우에 면책된다. 그럼 이의 고지방법은 무엇인가? 입법예고된 시행규칙안에서는 통신판매중개자가 운영하는 사이버몰의 초기화면에 알리는 것으로 규정하고 있다. 다만, 통신판매중개자가 자신의 명의로 표시·광고를 하는 경우 그 첫 번째 면에 알려야 하며, 통신판매중개자가 청약의 방법을 제공하는 경우 청약확인 등의 절차에서 알리고, 통신판매중개자가 계약내용에 관한 서면을 제공하는 경우 해당 서면에 알려야 한다(시행규칙안 제12조 제1항). 또한 추가적인 고지방법 중 두 번째와 세 번째의 경우에는 그 글씨 크기는 계약 당사자를 고지하는 글

130) 이와 유사한 형태가 바로 방문판매법상 다단계판매이다. 즉, 다단계판매를 통하여 재화 등을 구입한 소비자는 청약철회권을 계약당사자인 다단계판매원에게 행사하여야 하지만, 다단계판매원의 주소·전화번호 또는 전자우편주소 등 연락처의 변경이나 불명 등의 사유로 청약철회등을 할 수 없는 경우 또는 당해 다단계판매원에게 청약철회등을 하더라도 대금환급 등의 효과를 기대하기 어려운 경우에는 다단계판매업자에게 이를 행사할 수 있다(동법 제17조 제1항, 동 시행령 제22조).

씨 크기와 같거나 그보다 더 크게 하여야 한다(동조 제2항). 따라서 단지 약관에 이를 명시하는 것만으로 고지한 것으로 인정되지 않는다. 또한 중개의뢰자의 정보를 제공하지 않거나 정보를 확인할 수 있는 방법을 제공하지 않은 경우 또는 제공한 정보가 사실과 달라 소비자에게 손해가 발생한 경우 책임을 부담한다.

둘째, 통신판매업자로서 운영자는 전자상거래소비자보호법 제12조 내지 제18조(제16조는 삭제됨)의 책임을 면하지 못한다. 물론 이의 책임은 통신판매업자(중개의뢰자)의 책임이지만, 동법에서는 양자의 지위를 겸하고 있는 중개자에게도 이의 책임을 부과하고 있다. 따라서 양자의 지위를 겸하고 있는 운영자 역시 이의 책임을 부담한다. 따라서 운영자는 계약체결전 정보(사업자의 신원정보, 디지털콘텐츠정보 및 거래조건 등에 관한 정보)를 소비자에게 제공하여야 하며, 계약체결시 이의 정보가 모두 기재된 계약서를 교부하여야 한다. 또한 소비자가 청약의 내용을 확인하고, 취소 또는 정정할 수 있는 절차를 마련하여야 하며, 대금의 전부 또는 일부를 지급한 날로부터 3영업일 이내에 디지털콘텐츠를 공급하여야 한다. 마지막으로 소비자의 청약철회에 따른 책임을 부담한다. 다만, 중개의뢰자가 통신판매업자인 경우에 통신판매중개의뢰자가 책임을 지는 것으로 약정하고 소비자에게 고지[131]한 경우에는 통신판매중개의뢰자만 책임을 진다.

이러한 내용은 전자상거래소비자보호법의 내용에 따른 것이다. 그럼 운영자와 이용자간의 합의를 통하여 이의 면책을 규정할 수 있는가? 현재 이용약관에서는 일률적으로 운영자의 책임을 면제하고 있다.[132] 그럼 이의 약관이 공정한 것인가의 문제이며, 이의 해결기준은 기본적으로 전자상거래소비자보호법 제20조 및 제20조의2가 강행규정에 해당하는가의 여부에 따라 결정된다고 할 수 있다.[133] 이의 판단은 동법 제35조이다. 즉, 동법 제35조에서는 편면적 강행규정성을 규정하고 있으며, 이의 대상규정은 제17조 내지 제19조이다. 따라서 제20조 및 제20조의2는 여기에 포함되어 있지 않다. 따라서 동법 제35조에서 제20조 및 제20조의2를 규정하고 있지 않기 때문에 임의규정이라고 주장할 수 있다. 그러나 동법 제20조 및 제20조의2가 강행규정인가 아니면 임의규정인가를 판단함에 있어서는 단지 동법 제35조만으로 해결할 수 없고, 제20조 및 제20조의2의 내용을 구체적으로 판단하여야 한다. 먼저, 동법 제20조 제1항은 중개자에 대하여 선택권을 부여하고 있다. 즉, 중개자는 통신판매의 당사자가 아니라는 사실을 반드시 고지할 필요가 없지만, 만일 이를 고지하지 않으면 중개의뢰자의 행위로 인하여 발생한 소비자의 피해에 대하여 연대책임을 부과한다. 그럼 이를 고지하지 않으면서도 이의 면책을 합의할 수 있으며, 이의 합의는 유효한 것인가? 이를 인정할 경우 동법 제20조의2 제1항은 의미가 없다. 따라서 동법 제20조 제1항은 임의규정이라고 하더라도 제20조의2 제1항은 강행규정이다. 둘째, 동법 제20조 제2항과 제20조의2 제2항 역시 이와 동일하다. 셋째, 동법 제20조 제3항은 사법적 효과규정의 측면보다는 공법적 규정의 성격이

131) 동법에서는 소비자에 대한 고지의 방법을 규정하고 있지 않다. 그러나 이의 방식 역시 통신판매의 당사자가 아니라는 사실의 고지방법과 동일하여야 할 것이다.

132) 구글의 경우 청약철회를 인정하고 있음에도 불구하고, 지불 거부 및 청구 분쟁에 대하여 면책을 규정하고 있다(Google Play 비즈니스 정책). 다른 운영자의 약관에서는 운영자의 면책과 이의 책임은 해당 회원이 부담함을 명시하고 있다(SK 약관 제8조, KT 약관 제6조, LG 약관 제10조). 삼성의 경우 면책을 규정하고 있으면서 소비자로서의 법적 권리에 영향을 주지 않음을 규정하고 있다(삼성 약관 제17조).

133) 물론 이의 불공정성은 단지 전자상거래소비자보호법만으로 결정되지 않고, 약관규제법 역시 적용된다. 그러나 전자상거래소비자보호법이 약관규제법보다 특별법이기 때문에 먼저 이를 통하여 해결하고, 이에 해당하지 않을 경우 약관규제법을 적용하여야 하기 때문에 여기에서는 전자상거래소비자보호법의 문제를 먼저 다룬다.

더 강하다. 따라서 임의규정성을 판단하는 것은 의미가 없다. 넷째, 이의 핵심인 동법 제20조의2 제3항이다. 동 조문의 구성은 본문에서 통신판매업자로서의 책임부과이며, 단서에서 이의 면책을 규정하고 있다. 따라서 양자의 지위를 가지고 있는 중개자는 원칙적으로 통신판매업자로서의 책임을 부담하지만, 의뢰자가 통신판매업자인 경우에 한하여 면책약정과 이의 고지시 면책된다. 즉, 합의를 통하여 면책이 가능한 경우는 단서에 한정되기 때문에 이에 해당하지 않은 경우까지 합의를 통한 면책은 인정될 수 없다. 따라서 이의 규정 역시 강행규정에 해당한다. 그럼에도 불구하고, 이의 면책을 규정하고 있는 운영자의 약관[134]은 동법 제20조 및 제20조의2에 위반하는 불공정약관으로써 그 효력이 없다고 할 것이다.

(4) 모바일 오픈마켓 운영자에 대한 동법 제20조의2 제3항의 한계와 개선방안

모바일 오픈마켓에서의 디지털콘텐츠거래에 있어서 이용자보호에 관하여 전자상거래소비자보호법 제20조의2 제3항은 매우 중요한 역할을 담당한다. 즉, 중개자임에도 불구하고 계약당사자의 책임을 부과하고 있기 때문이다. 그러나 동 규정은 단서규정 때문에 모바일 오픈마켓 운영자에 대하여 별다른 실효성을 갖지 못한다. 모바일 오픈마켓에서 디지털콘텐츠를 판매하는 자인 사업자는 처음 디지털콘텐츠를 오픈마켓에 게시할 당시에는 통신판매업자가 아니다. 즉, 이 시점에서 사업자는 통신판매를 업으로 하는 자가 아니기 때문에 통신판매업자가 아닌 일반 사업자에 해당한다(동법 제2조 제3호). 그러나 오픈마켓에서의 판매는 일시적이지 않고 계속적이기 때문에 추후 통신판매업자에 해당한다. 따라서 통신판매업자와 소비자간의 거래를 중개하는 것이기 때문에 오픈마켓 운영자는 통신판매업자가 책임을 지는 것으로 약정하여 소비자에게 고지함으로써 동법 제20조의2 제3항의 책임을 면할 수 있다. 그 결과 오픈마켓 운영자는 동법상의 책임을 사실상 부담하지 않게 되기 때문에 오픈마켓 운영자에 대한 책임부과를 통한 소비자보호는 사실상 달성할 수 없게 된다.

이러한 문제점의 해결방안은 앞에서 제시한 바와 같이 면책을 허용하는 것이 아닌 보증책임을 부과하는 것이다. 그러나 이의 방식은 일반적인 오픈마켓에서 적용될 수 있는 방안이며, 모바일 오픈마켓의 특성을 감안할 때 사실상 소비자는 동법에서 부여하고 있는 보호를 받지 못하게 되는 결과가 발생하게 된다. 즉, 모바일 오픈마켓에서 운영자는 단지 당사자가 디지털콘텐츠거래를 할 수 있도록 마켓(장소)만을 제공하는 것이 아니라 계약체결시스템 전반을 지배하고 있다. 따라서 사업자가 주도적으로 계약체결절차를 운영하는 것이 아닌 오픈마켓 운영자가 제공하는 시스템에 단지 자신이 판매하고자 하는 디지털콘텐츠만을 입력하고, 이용자의 구매신청에 따라 계약을 체결한다. 그 결과 사업자는 상기에서 살펴본 제반 법규 내용을 준수하고자 하더라도 운영자가 이를 시스템적으로 제공하지 않는 이상 사실상 이를 준수할 수 없는 상황이다. 이러한 점이 일반 오픈마켓과 모바일 오픈마켓의 차이점이다. 또한 일반 오픈마켓은 청약철회를 인정하고 있기 때문에 계약체결과정에서의 정정절차 등을 마련함과 더불어 청약철회등을 행사할 수 있는 시스템을 구축하고 있다. 그러나 앞에서 살펴본 바와 같이 모바일 오픈마켓에서는 청약철회를 전면적으로 부정하고 있기 때문에 이의 시스템은 전혀 구축되어 있지 않다. 이러한 모바일 오픈마켓의 특성을 감안할 때 운영자가 단지 중개자라는 이유만으로 동법상 의무(제13조 내지 제18조)를 면제할 수 있도록 하는 것은 바람직하지 않다. 따라서 모바일 오픈마켓 운영자와 같이 마켓을 지배하는 중개자에 대하여는 통신판매업자로서의 책임(청약정정 또는 취소 및 청약철회절차마련 등)을 부과하여

134) 모바일 오픈마켓 운영자의 약관에서는 동일하게 디지털콘텐츠거래로 인하여 발생한 이용자의 손해에 대하여 면책을 명시하고 있다.

야 할 것이지만[135], 청약철회에 대하여는 보증책임으로 규정하여 이를 이용하는 이용자가 실질적으로 보호를 받을 수 있는 방안을 모색하여야 할 것이다.

IV. 결론

20세기말 게임 및 음악시장을 중심으로 발전하였던 디지털콘텐츠산업은 21세기 이후 스마트폰 등의 등장으로 인하여 급속한 발전을 이루고 있다. 그러나 이러한 발전과 더불어 이를 이용하는 이용자피해 역시 급증하고 있으며, 이의 보호 역시 주된 이슈로 제기되고 있다. 특히, 모바일 환경의 구축으로 인하여 디지털콘텐츠거래방식 역시 기존의 전자상거래 방식이 아닌 모바일 전자상거래를 통하여 이루어지고 있으며, 그 중심은 모바일 오픈마켓이다. 물론 이용자 역시 간편하게 필요한 디지털콘텐츠를 구입할 수 있다는 점에서 이의 장점이 인정되고 있지만, 이용자보호측면에서는 미흡한 점이 많다. 이러한 점은 이의 시장이 발전단계이기 때문에 시스템적으로 이용자보호가 미흡하다고 주장할 수 있지만, 21세기형 산업발전에 있어서 소비자 또는 이용자보호를 도외시한 산업발전은 기대할 수 없다. 따라서 진정한 산업발전을 위하여는 양질의 디지털콘텐츠를 제작하는 것뿐만 아니라 이를 이용하는 이용자를 보호하는 것이 필요하다.

그러나 본문에서 살펴본 바와 같이 현행 모바일 오픈마켓 운영자의 약관에서는 운영자의 이익 중심으로 그 내용을 구성하고, 모든 책임을 이용자에게 전가하고 있다. 물론 이의 법제가 마련되어 있지 않다고 한다면 기준의 모호성을 이유로 제시할 수 있을 것이다. 그러나 이미 이에 관한 법제가 마련되어 있음에도 불구하고 약관에서 이의 내용을 전반적으로 부정하는 것은 타당하지 않다. 물론 운영자는 거래의 당사자가 아니기 때문에 이에 대한 책임은 거래당사자인 사업자가 부담할 몫이라고 전가할 수 있다. 그러나 운영자는 통신판매업자이자 동시에 중개자의 지위를 가지고 있기 때문에 이의 책임을 부정할 수 없다. 또한 모바일 오픈마켓은 일반 오픈마켓과 달리 사업자(중개의뢰자)가 주도적으로 이의 거래환경을 조성하는 것이 아닌 오픈마켓 운영자가 구축한 시스템을 단지 이용할 수 밖에 없다. 즉, 시장을 주도적으로 지배하고 있음에도 불구하고 중개자라는 이유만으로 면책을 주장하는 것은 타당하지 않다. 물론 현행 법제의 내용이 모바일 오픈마켓에서의 디지털콘텐츠거래를 적절하게 규율하기에는 곤란한 점은 존재한다. 이러한 점은 입법자 및 정부 당국이 책임지고 개정하여야 할 부분이다. 그러나 일부의 문제가 있다고 하여 전면적으로 법의 내용과 상반되게 그 내용을 구성하고 있는 모바일 오픈마켓 운영자의 약관은 이용자보호에 역행하는 것이므로 조속한 시일내에 관련 법제의 내용을 반영하여 개선되어야 할 것이다. 즉, 산업발전을 통한 국가경제의 향상은 단지 사업자이익의 극대화를 통하여만 달성될 수 없으며, 궁극적으로 이용자보호가 병행되어야 한다. 또한 이를 위하여는 수동적인 보호, 즉 법 또는 공적 규제의 의한 이용자보호가 아닌 능동적으로 사업자 스스로 이용자보호를 추구하는 것이 가장 바람

135) 개정된 전자상거래소비자보호법에서는 사업자에게 전자문서를 통하여 계약을 체결한 경우 이의 철회 등을 전자문서로 할 수 있게 하도록 하고 있으며, 사업자가 이러한 의무를 이행할 수 있도록 해당 사이버몰의 구축 및 운영과 관련된 사업자들은 그 의무 이행에 필요한 조치를 하는 등의 협력의무를 부과하고 있다(동법 제5조 제4항, 제7항). 물론 동 조항의 의미는 소비자가 온라인을 통하여 계약을 체결하였다면 이와 동일한 방법으로 청약철회 등을 할 수 있는 시스템을 구축하도록 하는 것이다. 그러나 이를 전자문서로 규정한 결과 계약체결은 사이버몰에서 하고, 청약철회등은 전자우편주소로만 할 수 있게 한 경우에도 이의 요건을 충족한 것이 된다. 물론 이 역시 어느 정도 의미가 있지만, 본질적인 입법목적인 계약체결과 동일한 방법으로 청약철회등의 행사를 인정하는 방향으로 개정되어야 할 것이다.

직하다. 이러한 사업자의 자율적인 이용자보호의 첫 걸음은 공정한 약관의 작성과 사용에 의하여 달성될 수 있으므로 작성자인 사업자의 입장이 아닌 상대방인 이용자의 입장에서 약관을 마련하여야 할 것이다. 이러한 측면에서 마련된 약관은 당연히 공정한 약관이 될 것이며, 기업의 사회적 책임을 다하는 것이다. 또한 국가 역시 이러한 사회적 책임을 수행한 사업자가 양질의 콘텐츠를 제작하여 시장에서 경쟁력을 확보할 수 있도록 적극적인 행·재정적 지원을 경주하여야 할 것이다.

참고문헌

강창경・정순희・허경옥, 소비자법과 정책, 시그마프레스, 2003.

김두진, 전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률 개선방안 연구, 한국법제연구원, 2007.

김성천, 전자상거래등에서의 소비자보호에 관한 법률 해설, 한국소비자보호원, 2003.

김윤명 외, 사이버스페이스법, 법률서원, 2001.

이기헌/장은경/이상정, 디지털콘텐츠 소비자보호방안 연구, 한국소프트웨어진흥원, 2002.

정완용, 전자상거래법, 법영사, 2005.

현대호, 전자거래입법의 문제점과 개선방안, 한국법제연구원, 2002.

공정거래위원회, 약관규제의 실제, 공정거래위원회, 2008.

법무법인 케이씨엘, 전자상거래(특수판매)분야의 소비자보호지침등 소비자보호제도 정비방안에 관한 연구, 공정거래위원회, 2002.

사법연수원, 전자거래법, 성문인쇄사, 2007.

(사) 기술과법연구소, 전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률 개정방향에 관한 연구, 공정거래위원회, 2003.

한국소비자연맹, 통신판매중개행위 실태 및 소비자보호방안 연구, 공정거래위원회, 2005.

한국콘텐츠진흥원, 디지털콘텐츠 이용피해현황 및 경제적 피해규모 조사분석, 한국콘텐츠진흥원, 2010.

고형석, “전자상거래소비자보호법상 전자상거래와 통신판매와의 관계에 관한 연구”, 인터넷법률, 제47호, 법무부, 2009・7.

고형석, “디지털콘텐츠거래에 있어서 소비자의 청약철회권에 관한 연구”, 서강법학, 제12권 제1호, 서강대학교, 2010・6.

고형석, “소비자계약에 있어서 청약철회권의 적정화에 관한 연구”, 소비자문제연구, 제38호, 한국소비자원, 2010・10.

고형석, “전자상거래를 통한 콘텐츠거래에 있어서 이용자보호에 관한 연구”, 한양법학, 제22권 제2집, 한양법학회, 2011・5.

고형석, “전자상거래소비자보호법 제3조 제3항과 제20조 제2항의 관계에 대한 연구”, 법조, 제641호, 법조협회, 2010・2.

고형석, “통신판매중개에 관한 연구”, 인터넷법률, 제20호, 법무부, 2003・11.

구병문, “디지털콘텐츠 이용자의 청약철회와 그 제한규정의 문제점과 해결방안”, 홍익법학, 제10권 제1호, 홍익대학교, 2009・2.

권재열, “약관규제의 법리”, 법제 제517호, 법제처, 2001・1, 55면; 김진환, “약관규제법과 전자약관의 계약편입”, 법학연구 제10집, 경상대학교, 2001.

나지원, “통신판매중개에 있어서 소비자보호”, 인터넷법률, 제29호, 법무부, 2005・5.

맹수석, “전자상거래소비자보호법의 법적 문제와 개선방안”, 기업법연구 제12권, 한국기업법학회, 2003・3.

류창호, “전자상거래소비자법에 관한 연구”, 외법논집 제12집, 한국외국어대학교, 2002・8.

송오식, “전자소비자계약”, 민사법학 제38호, 한국민사법학회, 2007・9.

오병철, “전자상거래소비자보호법 제17조 제2항 제4호의 청약철회권 배제조항의 문제점”, 민사법학 제39권 제1호, 한국민사법학회, 2007・12.

오석웅, “인터넷에 의한 명예훼손의 국제재판관할권과 준거법”, 법학연구, 제18집, 한국법학

회, 2005・6.
이기욱, “현행 전자상거래소비자보호법의 문제점”, 인터넷법률 제18호, 법무부, 2003・7.
이병준, “모바일 전자상거래에서의 약관의 편입과 정보제공의무의 이행”, 인터넷법률, 제23호, 법무부, 2004・5.
이병준, “온라인디지털콘텐츠 이용계약과 소비자보호”, 스포츠와 법, 제9권, 한국스포츠엔터테인먼트법학회, 2006・10.
이병준, “전자상거래에 관한 법제 현황과 과제”, 외법논집, 제32집, 한국외국어대학교, 2008・11.
이충훈, “인터넷통신판매중개자의 법적 책임”, 인터넷법률, 제38호, 법무부, 2007・4.
장경환, “인터넷 사이버몰이용 표준약관의 검토”, 상사법연구 제19권 제2호, 한국상사법학회, 2000・10.
정준우, “전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률의 문제점 검토”, 한양법학 제16집, 한양법학회, 2004・12.
정남휘, “전자상거래소비자보호법”, 법무사 제438호, 대한법무사협회, 2003・12.
Christian von Bar/Eric Cive, Principles Definitions and Model Rules of European Private Law - Draft Common Frame of Reference, Volume I, OXFORD, 2010.
Reiner Schulze, *The right of withdrawal*, Perspectives for European Consumer Law, sellier. european law publishers, 2010.
Steve Hedley, *The Law of Electronic Commerce and the Internet in the UK and Ireland*, Cavendish Publishing, 2006.
공정거래위원회, 보도자료 : 해외구매대행 상품, 반품 쉬워진다!-해외구매대행 사업자의 부당 반품행위 등 전상법 위반행위 시정조치-, 2012・4・15.
공정거래위원회, “보도자료 : 온라인게임 상위 10개 사업자의 불공정약관 시정조치”, 2009・11・20.
방송통신위원회, “보도자료 : 스마트폰 무료 앱 이용 피해 주의”, 2012・3・6.

온라인 겜블링의 규제와 경쟁

- Sports Betting을 중심으로 -

황 태 희(성신여자대학교 교수, 변호사)

온라인겜블링의 규제와 경쟁
-Sports Betting을 중심으로

2012. 4. 25 발표

성신여자대학교 법과대학
교수 황 태 희

성신여자대학교
SUNGSHIN WOMEN'S UNIVERSITY

목차

1 온라인겜블링의 의의
2 스포츠베팅의 의의
3 현행법상 스포츠베팅의 규율
4 현황과 문제점
5 해외사례
6 해결방안

#1. 온라인 겜블링의 의의

- 겜블링의 의의 (EU Greenpaper, 2011)
  - Sports betting(스포츠 베팅), Casino games(카지노), Poker, Bingo , Lottery(복권)과 같이 결과가 행위자의 기술에 의존하거나(games of skill), 결과가 우연에 의하여 좌우되거나(games of luck) 또는 복합적인 (mixed game) 방법을 통하여게임결과에 대한 베팅(Betting)과 그 대가를 금전으로 환산할 수 있는 배당(Prize)이 주가 되는 게임을 말함
- '온라인'의 의미
  - 정보통신망(인터넷, 모바일)을 이용하여 서비스를 제공하는 것을 말함

#2. 스포츠 베팅의 의의

- 스포츠 베팅(Sports betting)
  - 국민체육진흥법에는 체육진흥투표권으로 정의되고 있음
  - 운동경기 결과를 적중시킨 자에게 환급금을 내주는 '표권'으로서 투표 방법과 금액 및 대통령령에 정하는 사항이 적혀 있는 것
    - 대통령령에 규정 없음

#2. 스포츠 베팅의 의의

- 스포츠베팅의 유형(국민체육진흥법 시행령 제26조)
  - 투표방법에 따른 분류
    - 승부식 : 승/패/무승부
    - 점수식 : 득점/실점
    - 혼합식
    - 특별식 : 경기팀 또는 선수의 성적/기록을 예측하여 표시
  - 환급방법에 따른 분류
    - 고정환급률 (토토)
      - 결과를 적중시킨 사람 수에 따라 배당률과 개인이 받게 될 환급금을 등위별로 환급
    - 고정배당률(프로토)
      - 투표항목별로 정해진 배당률에 따라 환급금을 환급
      - 대상경기 각각의 결과에 대한 배당률이 미리 고지

#3. 현행법상 스포츠 베팅의 규율

- 체육진흥투표권 발행
  - 발행주체 : 서울올림픽기념국민체육공단
  - 수탁사업자에게 발행사업을 위탁하여 운영하도록 함
    - 수탁사업자의 요건
      - 체육진흥투표권 발행 사업 수행에 필요한 경제적 · 기술적 능력이 있을 것
      - 국내외에서 거짓이나 그 밖의 부정한 체육진흥투표권 발행 사업, 그 밖에 비슷한 사업 수행으로 처벌받은 사실이 없을 것
    - 수탁사업자에 대한 발행심사
      - 미리 발행 대상이 되는 운동경기와 투표 방법 등을 정하여 진흥공단에 심사를 신청하여야 함

#3. 현행법상 스포츠 베팅의 규율

- 위탁 승인 절차
  - 위탁 희망자는 수탁운영계획서, 신청인 인적사항, 정관 ,법인등기증명서, 수탁사업자 요건을 증명한 서류를 진흥공단에 제출
  - 진흥공단은 위탁운영계획서를 첨부하여 문화체육관광부장관에게 제출
  - 진흥공단은 수탁사업자의 선정 기준, 절차, 방법 등을 미리 공고하도록 의무하고 있음

#3. 현행법상 스포츠 베팅의 규율

- 위탁운영의 범위
  - 체육진흥투표권의 발매
  - 환급금의 지급
  - 체육진흥투표권 발매시스템(단말기 포함)의 운영, 유지 및 보수
    - 발매시스템의 감독업무 수행에 필요한 사항은 제외
  - 체육진흥투표권 발매 무효 시 반환금의 지급
  - 체육진흥투표 대상 운동경기의 홍보 등 운영 관련 업무
- 위탁운영비의 비율
  - 발매금액의 25% 범위 내
  - 문화체육관광부장관은 체육진흥투표권 발매금액의 액수에 따라 위탁 운영비의 비율을 달리 정할 수 있다(시행령 제34조 2항)
- 수익금의 배분비율

#3. 현행법상 스포츠 베팅의 규율

- 불법 스포츠베팅, 승부조작 등의 금지
  - 국민체육진흥법 제26조
    - 구체적인 집행방안의 결여
  - 사행행위 규제법의 적용 X
    - 사행행위 등 규제 및 처벌 특례법
      - "사행행위" : 여러 사람으로부터 재물이나 재산상의 이익을 모아 우연적 방법으로 득실을 결정하여 재산상의 이익이나 손실을 주는 행위
      - "사행행위 영업" : 복권발행, 현상, 회전판 돌리기, 추첨, 경품

#3. 현행법상 스포츠 베팅의 규율

- BUT "사행산업"으로 총괄하여 규제받음

→ 사행산업통합감독위원회법

- 카지노업 : 관광진흥법
- 경마 : 한국 마사회법
- 경륜과 경정 : 경륜,경정법
- 복권 : 복권 및 복권기금법
- **체육진흥투표권 : 국민체육진흥법**

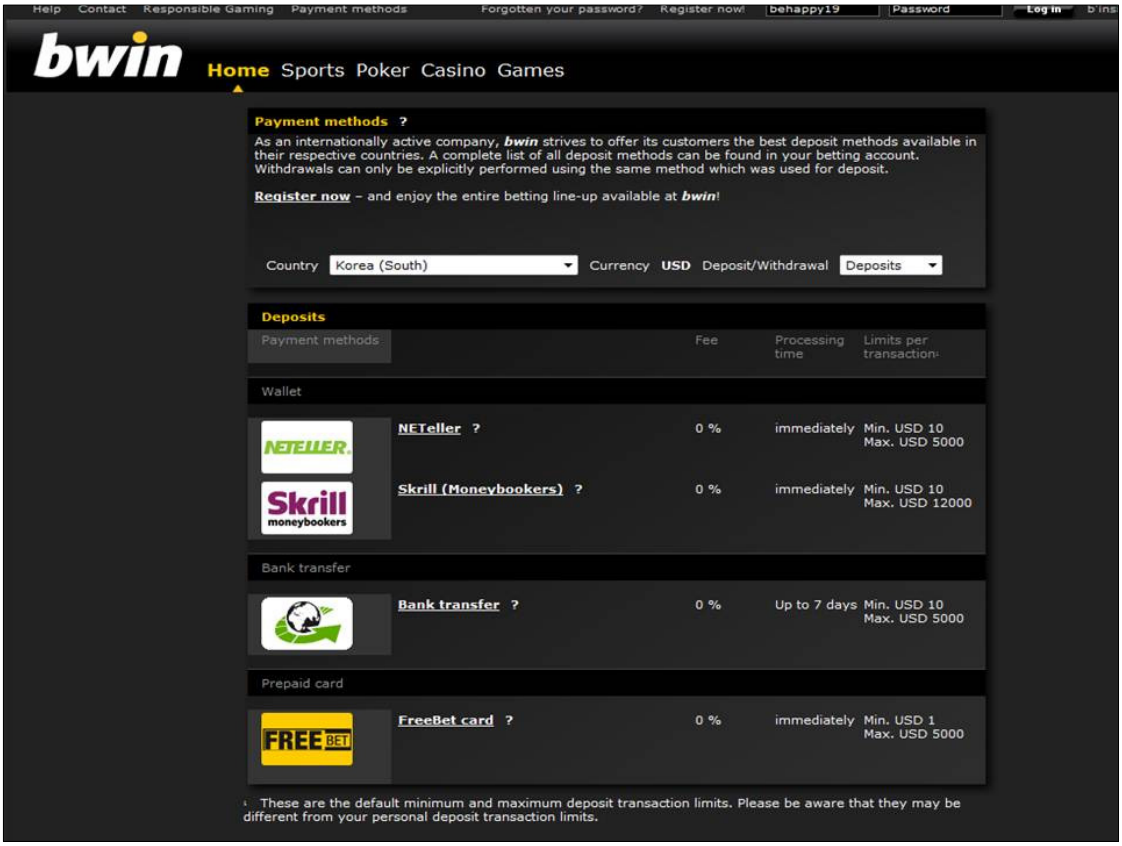
'사행산업'과 '사행행위'를 구별(사행산업통합감독위원회 보고서, 2009)

#3. 현행법상 스포츠 베팅의 규율

- 게임산업진흥법
  - 온라인 스포츠 베팅은 **사행성 게임물**로 취급받음
  - "사행성게임물" : 그 결과에 따라 재산상 이익 또는 손실을 주는 것
    - **베팅이나 배당을 내용으로 하는 게임물**
    - 우연적인 방법으로 결과가 결정되는 게임물
    - 경마와 이를 모사한 게임물
    - 경륜·경정과 이를 모사한 게임물
    - 카지노와 이를 모사한 게임물
    - 사행행위영업을 모사한 게임물
    - 복권을 모사한 게임물
    - 소싸움을 모사한 게임물

4. 현황과 문제점

- '온라인' 서비스의 일종
  - 전 세계 베팅사이트 사업자가 동일한 경기를 대상으로 상품을 구성하기 때문에 합법적 스포츠 베팅사이트와 '불법'인 스포츠베팅사이트들의 구별이 쉽지 않음
    - 외국에 계정을 두어 인터넷상으로 이뤄지는 온라인 서비스는 현행법 상으로는 불법 사행성 스포츠 베팅으로서 단속과 적발이 매우 어려움
  - 외국에서 온라인 겜블링을 점차 허용하는 추세
    - 외국에서 합법적인 사이트를 우리나라에서는 어떻게 규제할 것인지?


Help Contact Responsible Gaming Payment methods Forgotten your password? Register now! behappy19 Password Log in
bwin
Home Sports Poker Casino Games
Payment methods ?
As an internationally active company, bwin strives to offer its customers the best deposit methods available in their respective countries. A complete list of all deposit methods can be found in your betting account. Withdrawals can only be explicitly performed using the same method which was used for deposit.
Register now – and enjoy the entire betting line-up available at bwin!
Country Korea (South) Currency USD Deposit/Withdrawal Deposits
Deposits
Payment methods Fee Processing time Limits per transaction
Wallet
NETeller ? 0 % immediately Min. USD 10 Max. USD 5000
Skrill (Moneybookers) ? 0 % immediately Min. USD 10 Max. USD 12000
Bank transfer
Bank transfer ? 0 % Up to 7 days Min. USD 10 Max. USD 5000
Prepaid card
FreeBet card ? 0 % immediately Min. USD 1 Max. USD 5000
These are the default minimum and maximum deposit transaction limits. Please be aware that they may be different from your personal deposit transaction limits.

http://www.lead.me.hn/
스포츠배팅
MIR Bet
온라인배팅을 선도하는 미르벳은 고객의 안전과 만족을 보장합니다.
NOTICE
PM 02:49:29
승무패 핸디캡 하이로우(언더/오버) 스페셜베팅 경기결과 충전/환전 게시판 공지사항 배팅가이드
토토의 새로운 문화 새로운 재미
MEMBER LOGIN
아이디
비밀번호
확인
회원가입하기
고객센터 1:1문의하기 CUSTOMER CENTER
충전/환전
카트보기
배팅내역
오늘의 경기
리그 홈팀 원정팀
NPB 오릭스 소프트뱅크
NPB 주니치 요미우리
NPB 한신 야쿠르트
NPB 히로시마 요코하마
NPB 치바롯데 라쿠텐
KBO 넥센 KIA
EVENT
매일첫입금 5%
두번째입금 3%
VIP급 업계 최고한도 최고배당 유럽식배당
공지사항 NOTICE
◆◆ MIRBET 수요일10% 추가 이벤트 ◆◆
◆◆ MIRBET 일요일10% 추가 이벤트 ◆◆
◆◆ 4월4일 입금계좌변경 공지 ◆◆
◆ 2012년 3월26일 정기 서버 점검 안내◆
◆ 3월12일 게시판 점검 공지◆
게시판 BOARD
최근경기결과 GAME RESULT

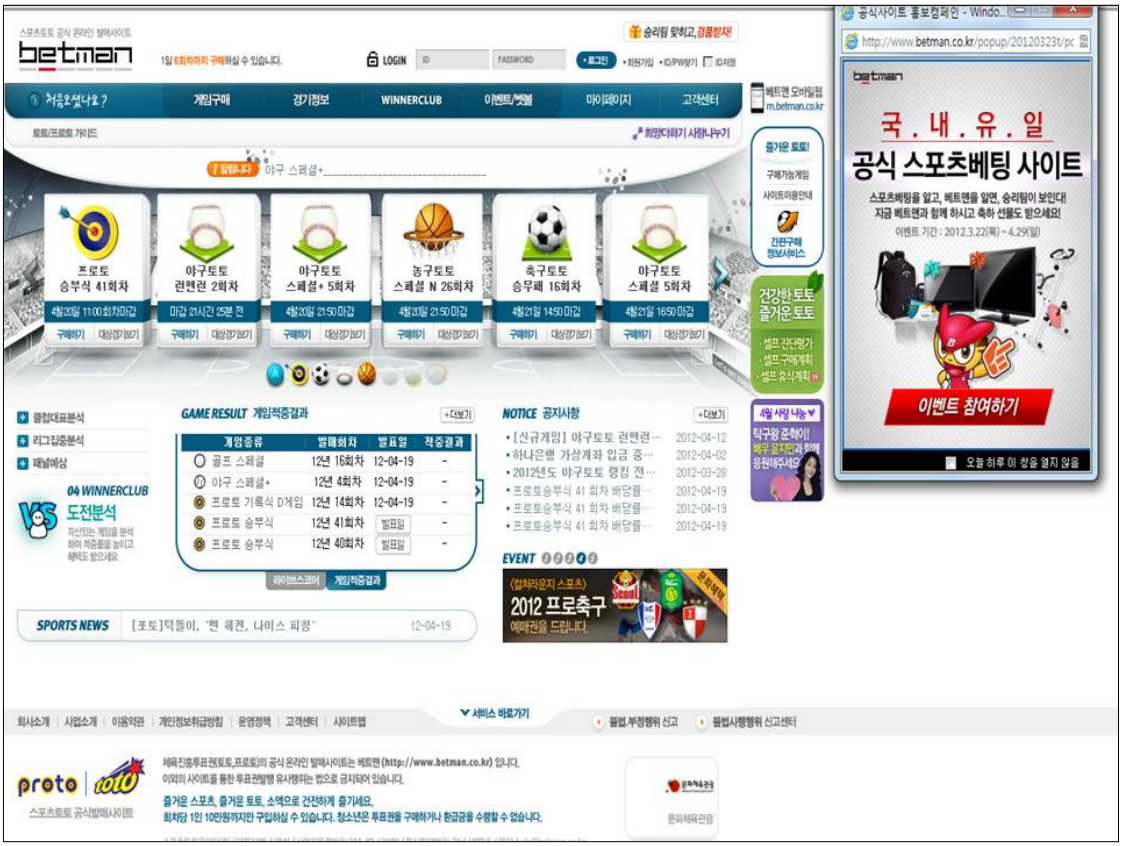
4. 현황과 문제점

- 스포츠 베팅의 독점
  - 국내 스포츠베팅을 독점하고 있는 스포츠토토/프로토
    - 주주구조 : **오리온 66.6%,** 신한은행 9.48%, 흥국생명 2.48%, ㈜ 드림네스트 2.14%
    - 2003년 타이거풀스(TPI)로 부터 사업권 인수
    - 2006.10~2012.9 계약기간
    - 당기순이익 490억원(2010), 374억원(2011)

★ 체육진흥투표권 = 스포츠토토로 인식

4. 현황과 문제점

- 독점에 따른 스포츠 베팅의 고수익구조
  - 온라인 복권의 경우 발매시스템의 운용에 관한 수수료의 최고한도를 현행 복권위원회가 4.9%로 정함(복권위원회 고시 제2004-2호)
  - 현재 스포츠 토토의 경우 순수 위탁운영비만 8.204%
  - 발행액에 따라 위탁운영비가 어느 정도 늘어나는지 불투명



4. 현황과 문제점

- 온라인 스포츠 베팅의 독점
  - 스포츠토토가 운영하는 betman.co.kr(2003.11~)
    - 메뉴구성 : 게임구매, 경기정보, winnerclub, 이벤트/벳볼
    - 축구 : K리그 + EPL, Bundesliga, J 리그, 프리메라리가 등
    - 야구 : 국내 프로야구 + 메이저리그
    - 농구 : KBL, WKBL, NBA
    - 배구
  - 스포츠토토㈜와 별개의 법인인 스포츠토토온라인㈜도 '수탁사업자'인지의 여부가 불분명

4. 현황과 문제점

- '발행'의 해석문제

국민체육진흥법
제24조(체육진흥투표권의 발행사업 등) ① 서울올림픽기념국민체육진흥공단은 국민의 여가 체육 육성 및 체육 진흥 등에 필요한 재원 조성을 위하여 체육진흥투표권 발행 사업을 할 수 있다.(중략)
제25조(체육진흥투표권 발행 사업의 위탁 등) ① 서울올림픽기념국민체육진흥공단은 체육진흥투표권 발행 사업을 효율적으로 수행하기 위하여 대통령령으로 정하는 바에 따라 문화체육관광부장관의 승인을 받아 단체나 개인에게 체육진흥투표권 발행사업을 위탁하여 운영하도록 한다.

제26조 (유사행위의 금지 등) ① 서울올림픽기념국민체육진흥공단과 수탁사업자가 아닌 자는 체육진흥투표권 또는 이와 비슷한 것을 발행(정보통신망에 의한 발행을 포함한다)하여 결과를 적중시킨 자에게 재물이나 재산상의 이익을 제공하는 행위(이하 "유사행위"라 한다)를 하여서는 아니 된다.

4. 현황과 문제점

- 사회적 규제이슈
  - 도박 / 중독성의 문제
    - 사행통합감독위원회 법 제14조 : 중독예방 치유센터의 운영
  - 청소년 및 소수자 보호
    - 청소년의 접속금지
    - 온라인 겜블링에 대한 광고에 대한 규제
    - 무경험, 궁박 등의 사유에 의한 취약계층의 보호
  - 소비자보호

4. 현황과 문제점

- 사기방지
  - 플레이어가 당첨금을 받지 못하는 행위
  - ID 도용과 개인정보의 침해에 의한 사기
  - 게임자체의 소프트웨어를 변용시키거나 게임관련자의 업무를 방해하여 결과를 조작
- 돈세탁 방지
  - 국가를 벗어나는 금전거래가 이루어질 수 있기 때문에 범죄자금의 세탁방법으로 이용
- 공익적 목적의 당위성
  - 각종 기금마련

5. 해외사례

- 미국
  - UIGEA(Unlawful Internet Gambling Enforcement Act, 31 U.S.C. § 5361)
    - 온라인 겜블링에 대한 통합된 법적 금지
    - 스포츠이벤트에 대한 베팅도 규율대상임
    - 그러한 온라인 겜블링이 허용되지 않는 주에 인터넷을 통하여 전송되어 겜블링을 실행하거나 수령하여 미국 국민이 신용카드, 수표, 전자식 자금이체 등을 하는 것을 금지함

5. 해외사례

- 미국
  - Wire Act(18 U.S.C. § 1084)
    - 통신망을 통하여 사행 정보를 전송하는 행위 금지
      - 인터넷 도박이 금지되고 있는 주에 대한 스포츠베팅도 금지 (2002.11, 항소법원 판결)
    - 최근 (2011.10.) 법무부의 유권해석
      - 다른 주에 있는 서버를 통하여 자기 주의 시민들에게 인터넷으로 복권을 판매하기로 한 New York과 Illinois주는 주간(interstate) 사행게임의 통신망을 통한 거래를 금지하고 있는 Wire Act를 위반하지 않는다고 하여 인터넷 겜블링의 합법화 논의를 촉발

5. 해외사례

- EU
  - 유럽 전체적으로 볼 때에는 32%가 온라인 경마를 포함한 스포츠 배팅이며, 23%가 casino 게임, 18%가 포커게임, 15%가 국가 복권 등으로 구성되어 있음
  - 상품의 자유로운 이동이라는 관점에서의 온라인 서비스의 자유 보장 움직임
  - EU기능조약 제56조는 한 회원국가에서 다른 회원국가로의 서비스의 자유로운 이동을 보장하도록 규정

5. 해외사례

- 사례
  - Schindler 사건에서 CJEU(유럽 최고법원)는 처음으로 겜블링 서비스도 '서비스'로서 조약에서 말하는 경제활동을 제공하는 것이라고 정의함
  - Gambelli사건에서는 이 규정에서 서비스라 함은 '전자적 방법'을 사용하는 것을 포함하며, 따라서 하나의 회원국에서 다른 회원국의 국민들에게 제공되는 온라인 겜블링을 방해하거나 그 국민이 받을 수 있는 혜택이나 이득의 획득을 정당한 이유없이 저해한다면 이는 서비스의 자유로운 이동을 침해할 수 있다고 판시함
  - France와 Sweden의 경우 국가가 스포츠베팅을 독점하고 있으나, 비영리적인 사업이 아니라는 것, 특히, 프랑스의 경우에는 다른 나라 사업자가 인터넷으로 프랑스 국민들에게 서비스를 제공하는 것을 불법으로 하고 있는 것이 서비스의 자유로운 이동을 방해하는 것으로 판단한 바 있음(2007.6, IP/07/909)

5. 해외사례

- 녹서(Greenpaper, 2011)
  - 녹서를 통하여 겜블링서비스 전반에 대한 시장개방과 역내 시장에서의 서비스 제공의 원활화 및 online gambling에 대한 사업자와 이해관계자들의 의견을 2011.7.31.까지 수렴

성장하고 있는 온라인 gambling 시장을 효과적으로 규제함과 동시에 부수적으로 중요한 수입원이 될 수 있다는 긍정적인 관점에서 이 시장에 대한 여론을 편견없이 수렴하여 정책을 수립할 것이다. 그리고 그것은 이러한 서비스의 허용이 약자를 보호함과 동시에 EU 내에서 유사한 서비스의 성공적인 규제 모델을 제공할 수 있을 것으로 전망한다." - Michel Barnier EU 집행위원

5. 해외사례

- 영국
  - 전면적 경쟁체제 및 license 시스템
    - 겜블링 위원회(Gambling Commission)가 제시한 조건을 충족하는 사업자에게 License 발급
    - 오프라인, 온라인 사업자 구별, 사업자, 중개인, 운영자의 면허를 구분하여 자세하게 허가요건을 제시
    - 온라인 경주 혹은 스포츠 배팅 면허를 받은 자는 현행 법 하에서 면허조건의 위반으로 나타나는 범죄 혹은 면허조건의 효력을 가질지 모르는 규정의 위반 혹은 위법한 수수료와 관련되어 알거나, 의심이 가는 정보를 Gambling Commission에 보고할 의무
  - 온라인 스포츠 베팅 시장의 매출액 7억 5천만 달러 (2009), 2013년에는 11억 8천만 달러 예상

5. 해외사례

- 이탈리아
  - 2006년 이전 상황
    - Italian Olympic Committee (CONI)와 National Horse Breeders Enhancement Society (UNIRE)가 온라인을 비롯한 스포츠베팅을 독점
  - 2006년 EU집행위원회에서 Italy의 이러한 독점은 서비스의 자유로운 이동에 반한다고 판단함 (2006.4, IP/06/436)
  - 국외의 민간사업자에 대하여 스포츠베팅과 포커 온라인 서비스 허용(2009)

5. 해외사례

- 프랑스
  - 기존에 스포츠베팅은 Français de Jeux의 독점체제였음
  - 법 개정으로 ARJEL(Autorite de Regulation des Jeux En Linge)의 감독하에 국외사업자에 대한 인가를 통한 사설 인터넷 겜블링 사업을 허용함
    - 인터넷의 경우 스포츠베팅과 경마만 허용
- 독일
  - 각 주의 통제하에서만 오프라인 겜블링 허용
  - 인터넷의 경우는 주 지사가 허용여부를 결정 (Glücksspielstaatsvertrag, GlüStV)

6. 해결방안

- 온라인 스포츠베팅의 경쟁도입
  - 목적 : 복수 사업자의 경쟁을 통한 세수 및 공익기금 수입의 확대
    - 스포츠토토의 간접세수 효과가 매우 큼(이충기, 2008)
    - 불법 사이트를 통한 특정인의 불법적 이익 취득을 방치하는 것은 정의관념에도 반함
  - 경쟁을 도입하여 발생하는 수입의 증가를 공익적 목적으로 사용하도록 하여야 함

6. 해결방안

- 발행대상 운동경기의 명확화 필요
  - 발행 대상이 되는 운동경기의 종목은 축구·농구·야구·배구·골프·씨름과 그 밖에 문화체육관광부장관이 정하는 종목(시행령 제29조)
    - 문화체육관광부장관이 주최단체를 고시하고 있으나, '국외' 단체를 주최단체로 정하지 않았기 때문에 해외 프로리그를 대상으로 하는 법적 근거 희박

→ 국내 스포츠 산업진흥이라는 목적에 맞게 재검토되어야 할 것

6. 해결방안

- 불법 온라인 스포츠베팅 사이트에 대한 규제의 지속적 추진
  - 사행산업통합감독위원회-국민체육진흥공단-경찰의 유기적 협조체제
  - 집행의 실효성 확보
    - DNS 필터링을 통한 접근의 차단, IP 차단을 통한 접근의 봉쇄 수단 보완
    - 관할권 및 집행의 실효성 확보를 위한 규정의 입법적 보완
    - 다양한 지불수단에 대한 자금추적의 법적 근거 마련
  - 불법사이트를 방지하기 위한 유통채널의 다양화 추진(김종/김성훈, 2009)

6. 해결방안

- 수탁사업자의 요건 강화
  - 수탁사업자 허가를 1년 또는 2년 단위로 주기적으로 갱신
  - 허가 요건을 경제적, 기술적인 부분으로 구체화하여 고시할 필요

→ 명확성, 예측가능성 담보

  - 신규 허가 내지 갱신시 심사요건 강화
    - 중독 예방을 위한 정기적인 교육, 중독자에 대한 개별 치료, 상담 강화 및 접속제한조치, 소비자보호 및 사기방지 대책을 포함

참고문헌

- 이재경, "스포츠토토에 관한 계약법적 고찰"
- 이충기, "스포츠토토사업의 경제적 파급효과 분석"
- 김종/김성훈, "스포츠토토 유통채널 현황분석 및 개선방안 탐색"
- 김혜선/이충기, "갬블링 열정척도를 통한 스포츠토토 이용객의 시장 세분화 연구"
- Hoernle/Zammit, Cross-border online gambling law and policy
- EU commission, Greenpaper
- 사행산업통합감독위원회, 사행산업의 효율적인 관리체제 구축방안 연구