

약관규제법상 불공정약관 조항 개정에 관한 연구*

Study on Amendment of Unfair Terms and Conditions Principles in the 「Act on The Regulation of Terms and Conditions」

이 금 노**
Lee, Kum-Noh

목 차

- I. 서론
- II. 우리나라와 주요국의 약관규제 현황
- III. 약관규제법상 불공정약관 조항 개정 필요성
- IV. 불공정약관 조항 개정 방향
- V. 결론

국문초록

정보통신 기술의 발달과 함께 이를 활용한 온라인 기반의 생활환경이 보편화 되면서 전자상거래 등에서 약관을 활용한 계약이 활발하게 이루어지고 있다. 약관계약 당사자 간 분쟁을 사전에 예방하고 불공정의 판단 및 분쟁 해결에 소요 되는 거래비용을 줄이기 위해서는 약관의 불공정성을 판단하는 기준에 계약환경의 변화와 축적된 심결례 등이 반영되는 것이 필요하다. 그러나 우리나라가 약관규제법을 적용한지 30년이 되었지만 불공정성을 판단하는 개별 기준의 개정

논문접수일 : 2017. 01. 03.

심사완료일 : 2017. 02. 13.

게재확정일 : 2017. 02. 13.

* 본 논문은 저자의 개인적인 견해이며 한국소비자원의 공식 입장과는 무관함.

** 한국소비자원 연구위원

필요성 논의를 통해 법 개정이 이루어진 사례는 많지 않다. 계약의 당사자인 소비자가 약관의 내용을 면밀히 읽고 계약 여부를 판단하는 것이 중요함에도 많은 소비자들이 약관을 읽어보지 않고 계약을 체결하는 현실을 고려하면 약관 계약에 의한 분쟁을 예방하기 위해 불공정약관의 기준을 명확하게 하고 구체적으로 제시하는 것이 필요하다.

이에 본 논문은 약관계약 환경의 변화를 고찰하고 현 우리나라 약관규제법상의 불공정약관 판단 기준과 호주소비자법이나 독일민법, 유럽연합입법지침(Directives) 및 유럽민법전초안(DCFR), 보통유럽매매법안(CESL) 등의 해외 사례와의 불공정약관 조항 판단기준을 비교하여 우리나라 약관규제법의 개별금지 조항 보완 필요성을 제시하였다. 약관규제법은 제6조부터 제14조까지 불공정한 약관의 기준을 제시하고 있으며 제6조는 일반금지 조항을 그 이후는 개별금지 조항으로 구성되어 있다. 약관계약에서 중요한 의미를 갖거나 사업자의 사용빈도가 높은 불공정한 조항임에도 적용 가능한 구체적인 금지유형이 명시되어 있지 않아 제6조의 ‘부당하게 불리’라는 일반금지 조항을 적용하는 사례가 있다. ‘경과실 면책조항’, ‘개별교섭을 인정하지 않는 조항’, ‘계약이행 여부의 일방적 판단 조항’, ‘배타적 계약해석권 부여 조항’, ‘위약금 형평성 관련 조항’ 등이 그 예이다. 이러한 사례를 유형화하여 개별금지 조항으로 추가 및 구체화하는 법 개정이 검토되어야 한다. 이는 약관 계약의 당사자 간 균형과 투명성을 제고할 뿐만 아니라 불공정약관 판단의 불확실성을 감소시켜 약관을 작성하는 사업자와 관련 법을 집행 및 적용하는 행정당국이나 법원에게도 긍정적인 것으로 기대된다.

주제어 : 약관의규제에관한법률, 약관규제, 불공정약관, 유럽연합 불공정계약조항 입법지침, 독일민법, 호주소비자법, 유럽민법전초안, 보통유럽매매법(안)

1. 서론

2017년은 사업자의 약관에 의한 계약을 규제하는 법률인 「약관의 규제에 관한 법률(이하 ‘약관규제법’이라 함)」 제정 30년이 되는 해이다. 1987년 7월 시

행 이후 약관규제법은 제1조의 목적과 같이 사업자가 거래상의 지위 남용으로 불공정한 내용의 약관을 작성하지 못하도록 방지하고 건전한 거래질서의 도모와 이를 통한 소비자의 보호 등에 기여해 왔다.

우리나라는 법원이 약관 조항 자체의 불공정성 다툼이나 불공정약관에 따른 손해배상 등의 권익침해 주장과 관련된 소를 심리하는 가운데 약관조항의 불공정성을 판단하고 있다. 뿐만 아니라 약관 규제제도를 운영하는 다른 국가와는 차별되게 합의제 행정부인 공정거래위원회가 약관의 불공정성을 추상적으로 심사하고 이를 시정하고 있으며 표준약관을 비롯한 약관제도 전반을 관할하고 있다. 이때 사업자가 작성한 약관조항이 불공정한지 여부를 판단하는 기준이 약관규제법 제6조부터 제14조까지 조항으로 규정되어 있다.

조사에 의하면 약관을 읽는 것이 계약의 전제조건으로 강제되지 않는 한, 90% 이상의 소비자들은 약관을 읽어보지 않고 계약을 체결한다고 한다.¹⁾ 이는 일차적으로 사업자가 제시하는 약관의 내용을 읽고 이해한 후 동의 의사를 표현하는 행위의 중요성을 간과하는 소비자의 문제이기도 하지만, 사업자의 의도성 여부와는 별개로 작성한 약관의 내용 자체나 약관을 소비자에게 제공하는 형식 및 방법 측면에서도 살펴볼 필요가 있다. 이처럼 소비자가 내용을 충분히 인지하지 않고 약관계약을 체결하거나 사업자의 공정성이 결여된 사업자의 약관 사용은 다양한 소비자문제를 야기하고 있으며 대표적인 것이 불공정약관 심사청구나 소송 등으로 표현되고 있다.

불공정약관의 심사청구나 소송을 통해 소비자가 권리구제를 받기 위해서는 약관의 불공정성에 대한 판단이 전제되어야 한다. 이를 위해서는 불공정성의 판단 기준이 명확해야 할 뿐만 아니라 계약 문화 및 사회적 환경을 반영하여 구체적인 수준으로 제시되어야 한다. 온라인 등의 비대면 대량 계약이 일반화되면서 약관을 사용하는 거래 환경이 복잡해지는 등, 약관계약이 사업자와 소비자의 권리·의무에 미치는 범위와 영향력이 증대되고 있다. 따라서 사업자의 약관을 규제하는 기준 및 방법의 중요성도 커졌다. 그러나 약관규제법에서 불공정약관의 기준을 정하고 있는 조항은 1987년 법 제정 이래 일부 조항의 추가 외에는

1) Elshout, M., M. Elsen, J. Leenheer, M. Loos, J. Luzak, "Study on consumers' attitudes towards Terms and Conditions", European Commission, 2016, p. 68.

큰 개정 없이 30년 동안 유지되고 있다. 이에 거래 환경의 변화와 축적된 약관 규제 제도 운영 경험 및 관련 판례, 해외 동향 등을 고려하여 불공정약관에 해당하는 내용 또는 조건의 기준에 대한 보완이 필요하다.

이러한 보완 과정을 통해 사업자의 약관 작성과 당사자들의 약관을 사용한 계약 체결 과정, 그리고 공정거래위원회, 분쟁조정기관, 법원 등이 법을 집행하거나 적용하는 과정 중에 약관의 불공정성 판단에 대한 불확실성을 줄이고 예측 가능성을 높일 필요가 있다. 물론, 불공정약관에 해당하는 약관조항의 범위나 기준을 과도하게 넓히거나 세세한 영역에 이르기까지 구체화는 자칫 시장경제의 근간이 되는 당사자 간 계약자유의 원칙을 제한할 수 있는 우려가 있다. 따라서 그 구체화의 실익과 그 범위 및 방법에 대해서는 심도 있는 연구가 필요하다. 이러한 약관의 사용 및 규제 배경 하에서 우리나라와 같이 약관을 규제하고 있는 유럽 등에서는 어떻게 불공정약관의 기준을 정의하고 있는지를 우리나라 약관규제법과 비교하여 살펴보고 그 개정 필요성을 고찰하는 본 연구는 향후 약관규제법의 개정 방향성을 살펴볼 수 있는 첫걸음으로서의 의미가 있다.

본 연구의 제2장에서는 우리나라의 약관규제 제도 현황과 최근 법조 적용 등의 규제 내용을 분석하고 이어서 EU를 비롯한 주요국의 약관규제 현황을 개괄한다. 제3장에서는 소비자의 약관계약 실태와 불공정약관과 관련된 약관규제법 조항의 개정 필요성을 계약환경의 변화와 법적용의 한계점 등을 통해 검토한다. 제4장에서는 해외의 관련 사례를 참고하여 현행 약관규제법의 개정 등을 통해 불공정약관의 판단 기준의 구체화가 필요한 유형을 제시하고 제5장은 이를 종합한다.

II. 우리나라와 주요국의 약관규제 현황²⁾

1. 우리나라의 약관규제 제도

2) 우리나라를 비롯한 주요국의 약관규제 현황은 이금노, 「소비자권익관점의 약관규제 개선방안 연구」, 한국소비자원, 2014, 29-40면의 일부를 인용 또는 요약(1-다 제외).

가. 약관규제법

약관규제법은 실무적으로는 공정거래위원회가 관장하는 소비자법제의 하나로 분류되어 있지만 소비자기본법이나 기타 전자상거래법 및 방문판매법 등과는 차이가 있다. 곧, 약관규제를 통해 보호받는 대상은 소비자에 국한되지 않고 약관규제법은 사업자의 특별한 행위 여부 및 그 위법성을 판단하는 것이 아니라 약관의 불공정성만을 판단한다. 또한 기타 소비자법제와 달리 과징금부과 제도가 없다.

제6장 제41개 조항으로 구성된 약관규제법은 크게 약관 통제조항과 기타조항으로 나뉜다. 통제조항은 사업자와 고객이 체결한 약관 계약의 특정 조항이 계약에 편입되는가를 규정한 ‘편입통제’, 약관조항을 어떻게 해석해야 하는가에 대한 원칙을 제시하는 ‘해석통제’, 불공정하여 무효인 약관조항으로 판단하는 기준이 제시된 ‘내용통제’ 조항으로 구분할 수 있다.

1987년 법 시행 이후 총 10회의 약관규제법 개정이 이루어 졌다. 1992년 개정에서는 약관심사 기능을 공정거래위원회에 부여하고 시정명령 및 표준약관제도를 도입했으며, 2007년 및 2011년에는 약관의 내용을 소비자에게 쉽고 명확하게 제시하도록 사업자에게 의무를 부과했고, 2011년에는 추가로 약관분쟁조정협의회 설치 등이 포함되었다. 불공정약관의 기준을 정한 제6조부터 제14조 중 자구 수정 정도가 아니라 그 내용이 개정된 것으로는 2010년에 면책조항과 계약의 해지·해제 관련 호가 추가로 신설된 바 있다.

나. 약관규제 체계 및 내용

우리나라는 약관규제법에 근거하여 공정거래위원회가 약관규제 제도 일반의 운영과 추상적인 불공정약관의 심사를 담당하고 있다. 이때 추상적인 약관심사라 함은 계약관계에서 당사자의 구체적인 권리와 의무의 확정과는 상관없이 약관조항의 유·무효 여부만을 심사하여 결정하는 것을 의미한다. 따라서 공정거래위원회의 심사결과 자체만으로는 계약 당사자에 대해 권리와 의무 관계에 대해 사법적인 구속력을 가지지는 않는다.

이에 비해 법원은 약관규제법에 근거하여 약관에 대하여 구체적인 내용통제를 한다. 곧, 통상 개별 계약관계에서 당사자의 권리·의무를 확정하기 위한 선결문제로서 약관조항의 효력 유무를 심사하는 것이다. 법원은 약관에 대한 단계적 통제과정, 즉 약관이 사업자와 고객 사이에 체결한 계약에 편입되었는지의 여부를 심사하는 편입통제와 편입된 약관의 객관적 의미를 확정하는 해석통제 및 이러한 약관의 내용이 고객에게 부당하게 불이익을 주는 불공정한 것인지를 살펴보는 불공정성 통제의 과정에서 개별사안에 따른 당사자들의 구체적인 사정을 고려하여 위법성 여부를 판단하게 된다.

다. 약관심사 현황

공정거래위원회의 약관심사 현황은 <표 1>과 같다. 2010년 이후 약관규제법을 적용한 고발이나 시정명령에까지 이른 사건은 없었으며 사업자의 자진시정에 의한 심의절차종료가 60% 이상이었고 심사요건을 충족하지 않는 등의 이유에 의한 심사불개시가 20% 정도였다.

<표 1> 공정거래위원회 약관심사 현황

(단위: 건)

연도 조치유형	2010	2011	2012	2013	2014	2015	계
고발	-	-	-	-	-	-	-
시정명령	-	1	-	-	-	-	1
시정요청	-	-	-	1	-	2	3
시정권고	31	46	8	8	4	15	112
자진시정*	134	147	107	220	258	268	1,134
경고	-	-	-	-	1	1	2
과태료	-	-	-	-	2	2	4
무혐의	27	20	13	15	40	58	173
심사불개시	49	39	45	92	79	84	388
사건병합	6	3	1	8	11	-	29
계	247	256	174	344	395	430	1,846

* 약관규제법 위반 관련 자진시정은 심의절차종료를 의미

자료: 2016년 공정거래백서(공정거래위원회)

약관심사의 결과에 자진시정, 곧 사업자가 스스로 불공정약관의 수정으로 불공정성 문제를 해소하여 사건이 종결된 비중이 높은 것은 사업자가 쟁점이 된 약관조항을 사용하여 소비자에게 불이익을 끼쳤는지 등의 구체적 행위를 조사 및 심사하는 것이 아니라 약관 조항이 불공정한지 여부만을 추상적으로 심사하는 공정거래위원회의 약관규제 특성에 기인한다. 곧 사업자는 심사대상 약관조항이 약관규제법 상 공정성에 문제가 있다고 판단될 경우 스스로 인정하고 이를 수정하여 장래의 계약에 수정된 약관을 사용한다면 추가적인 불이익이 없고 공정거래위원회도 불공정약관 조항의 사업자 시정으로 계속 심사의 실익이 존재하는 않으므로 통상 사건의 심의절차가 종결된다.

이어, 2015년 및 2016년 공정거래위원회의 약관심사와 관련된 보도자료에서 공정거래위원회가 약관의 불공정성의 심사에 적용한 법조항을 종합하고 분석하였다.³⁾ 전체 31건의 보도자료에서 총 172가지 사안(조항)의 약관 불공정성을 판단하였으며 이를 적용 법조항에 따라 분류하면 <표 2>와 같다.⁴⁾ 개별 조항으로는 ‘부당하게 불리하다’라는 일반조항 제6조 제2항 제1호가 57건(약 27%)으로 가장 많이 적용되었고 제7조, 제8조, 제9조, 제11조 등이 유사한 빈도로 적용되었다.

<표 2> 약관심사 중 약관규제법 법조항 적용 현황

(단위: 건)

조	6조				7조					8조	9조						10조				
	1항	2항			소계	1	2	3	4		소계	1	2	3	4	5	6	소계	1	2	소계
건	-	57	-	-						57											
조	11조					12조					13조	14조			총계						
호	1	2	3	4	소계	1	2	3	4	소계		1	2	소계							
건	21	7	1	-	29	3	2	-	-	5	0	11	1	12	188						

자료: 공정거래위원회 2015~2016년 약관관련 보도자료

- 3) 공정거래위원회는 심사한 약관 중 중요성이나 필요에 따라 보도자료 형식으로 그 결과를 공표하고 있다. 공정거래위원회는 시정명령한 불공정약관에 대해 공표를 명할 수 있고(약관규제법 제17조의2), 약관규제법에 위반된다고 심의·의결한 목록을 홈페이지에 공개해야 하나(약관규제법 제23조) <표 1>과 같이 위원회의 의결을 통한 시정 보다는 자진시정으로 심의절차가 종료됨에 따라 개별 건의 구체적인 법 적용 내용은 보도자료 외에는 확인이 어렵다.
- 4) 법조항을 명시하지 않은 경우 그 판단 사유를 근거로 추정하였으며, 일부 조항에 대해서는 복수의 법조항을 적용하여 총계가 188건이다.

2. 주요국의 약관규제 제도

계약주체 간 체결하는 계약의 내용과 형식에 국가가 관여하는 약관 규제는 민주주의 국가 체제가 지향하는 민법의 근간인 계약자유 원칙에 반한다. 그럼에도 불구하고 유럽을 비롯한 여러 국가에서 약관규제 제도를 운영하고 있는 것은 약관이라는 특수한 형식의 계약에서는 당사자 간 지위의 차이나 계약 체결 방식의 특수성으로 인해 상대적으로 열위의 위치에 있는 계약 당사자 특히 소비자를 보호하기 위해서 적정 수준으로 계약자유 원칙 수정이 필요하다는 사회적 공감대가 반영된 것이다.

가. 유럽연합 입법지침

유럽연합이 제정하는 입법지침은 그 자체로서 법규적 효력을 갖는 것이 아니라 각 회원국은 지침의 내용을 국내법에 반영해야 한다. 따라서 이는 전 회원국에 적용되는 각 영역별 최소한의 통일 기준이 된다.

유럽연합은 1993년 「소비자계약에서의 불공정계약조항에 대한 입법지침(Council Directive 93/13/EEC, Unfair Terms in Consumer Contracts)」을 통해 회원국이 계약법에 반영해야 할 내용을 정하였다. 이 지침은 매도인 또는 공급자가 소비자와 체결하는 계약의 불공정조항에 관련된 회원국의 법률, 규칙 및 행정규칙을 통일하는데 목적이 있고 회원국의 강행법규 또는 국제협약은 이 지침의 규율 대상이 아니다. 지침은 교섭이 불가능한 약관계약에서 당사자의 권리 및 의무에 현저한 불균형으로 소비자에게 불이익을 발생할 때는 불공정한 것으로 간주하고 17가지를 그 개별 조건으로 예시하였다. 또한 약관은 평이해야하고 명료히 작성되어야 하고 그 의미가 불분명하면 소비자에게 유리하게 해석해야 하는 것으로 규정하고 있다.

나. 독일

독일은 1976년 ‘보통거래약관법’을 제정하여 운영해왔으나 2002년 민법(Bürgerliches Gesetzbuch)에 그 내용을 편입시키고 법령은 폐지하였다. 곧, 약관이 사용되는

계약을 민법에서 정한 계약의 한 형태로 분류하고 ‘보통거래약관법’의 내용을 대부분 민법의 채권관련 장에 편입하였다.

약관의 계약편입이나 해석통제 등과 관련하여 사업자의 명시 의무와 개별약정 우선원칙, 이례적 조항의 배제, 의미가 불분명한 약관은 소비자 중심 해석, 약관의 일부 조항이 무효이면 나머지는 유효 등의 일반규정이 명시되어 있다. 신의성실의 일반규정에 근거하여 약관의 무효 유무를 판단하며 개별금지 조항으로는 약관 조항의 내용 평가에 따라 무효가 될 수 있는 8가지, 내용에 대한 평가 없이 약관에 반영되면 즉시 무효가 되는 13가지가 제시되어 있다. 특이한 점으로 독일은 약관 계약의 상대방이 일반 소비자나 소상공인이 아닌 경영자인 경우 개별금지 조항의 적용을 배제하고 있어 계약의 주체로서 소비자에 비해 사업자의 계약책임을 무겁게 적용하고 있다. 경영자 또는 일반 사업자는 소비자나 소상공인과 달리 자신의 이익을 관철할 수 있는 능력이 있으므로 개별금지 조항까지는 경영자에게 적용할 필요가 없다는 논지이다.⁵⁾

다. 미국

미국의 약관규제는 법원에 의한 사법규제 중심이다. 그러나 통일상법전에 약관에 관한 규정이 일부 포함되어 있고 특히 리스테이트먼트⁶⁾ 제2판에서는 약관 내용이 비양심적인 것으로 판단되면 법원은 해당 조항의 효력 강제를 거부하거나 비양심적 조항의 배제 또는 해당 조항과 관련된 결과를 회피할 수 있게 하는 등, 법원에 의한 실질적인 내용통제가 가능하도록 규정하고 있다.

라. 일본

일본은 약관 형태의 계약을 특정하여 규율하기 보다는 2000년에 시행된 소비

5) 장경환, “상인에 대한 약관의 규제에 관한 독일약관법규정의 고찰과 우리 약관법의 개정문제”, 『경희법학』 제43권 제3호, 경희대학교 법학연구소, 2008, 403-405면.

6) 주법(州法)의 통일화를 위한 노력의 일환으로 선례로 정착된 판례 요점을 정리한 것이며 판례법이 발달한 미국에서 법조문 형식의 리스테이트먼트는 법적 구속력은 없으나 법원들은 리스테이트먼트에 명시되어 있는 내용을 인용하는 사례가 많다.

자계약법에서 소비자계약이 갖는 특수성을 감안하여 약관의 편입 및 그 내용을 간접적으로 통제하고 있다. 곧 약관계약을 포함하여 소비자와 사업자 사이의 전반적인 계약 관계를 규율하는 소비자계약법에서는 정보의 양과 질, 교섭력의 격차 등을 고려하여 일정한 특수판매의 청약 또는 그 승낙의 의사표시 취소가 가능하게 하고 사업자 면책 및 소비자이익의 부당한 침해 조항 등을 전부 또는 일부가 무효로 규정하고 있다.

마. 호주

호주는 2010년에 개별법으로 산재해 있던 소비자 관련법을 통합하여 호주 소비자법(Australian Consumer Law) 시행을 공포하였으며 여기에는 불공정약관을 규율하는 내용도 포함되어 있다.⁷⁾ 소비자계약에서 불공정한 약관은 무효로 하되 ‘불공정’의 의미를 당사자 간 권리와 의무에 심각한 불균형이 있고, 불공정 조항으로 사업자가 누리는 이익이 특별히 보호되어야 할 이유를 사업자가 입증하지 못하며, 소비자는 해당 조항의 적용으로 인해 경제적 또는 다른 형태의 손상이 발생하는 때로 정의했다. 특히 법원이 특정 약관의 불공정성을 구체적으로 심사할 때 해당 약관의 투명성(transparent)과 전반적인 계약 내용이 함께 고려되어야 함을 제시하고 있다. 이때 투명성이란 합리적 수준의 평이한 문장(reasonably plain language)과 가독성(legible), 명확성(presented clearly), 접근성(readily available)을 의미하는 것으로 명시하였다.

3. 유럽의 새로운 약관규제 논의

유럽연합은 경제적 통합을 넘어 법령 통일화를 위해 노력하고 있다. 아래에서는 아직 법제로 구체화되진 않은 학문적 논의의 산물이긴 하나 향후 유럽의 약관규제 관련 방향성을 가늠해 볼 수 있는 두 가지 사례를 살펴본다.

7) 2010년 법 제정 시에는 사업자의 불공정약관으로부터 보호하는 대상을 소비자로 한정하였으나 2016년 말부터 작성 또는 갱신되는 약관계약에서는 그 보호 대상을 소상공인까지로 확대하였다(www.accc.gov.au/business/business-rights-protections/unfair-contract-terms).

가. 유럽민법전 초안(DCFR)

유럽연합을 중심으로 민법전의 통합 노력의 결과가 2009년에 발표된 「유럽민사법의 원칙, 정의와 참조규정, 공통참조기준 초안(Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference, DCFR(이하 ‘DCFR’라 함))이다. DCER은 전문가 집단에 의한 연구물로 회원국을 구속하는 강행법규성은 없다.⁸⁾ 총 4권으로 구성되었고 제2권 제3장에서 정보제공의무에 대하여, 제5장에서 철회권, 제8장에서는 계약의 해석, 제9장에서는 불공정계약에 관한 규정을 두고 있다.

주요 내용으로 먼저 DCFR에서는 약관작성자에게 계약체결 과정 중 투명성의무를 부여 하고 있다. 약관계약의 해석기준으로는 당사자의 진의를 기본으로 하여 작성자 불이익 원칙과 개별약정 우선의 원칙을 제시하고 있다. 또한 계약 내용 전체를 고려하여 특정 조항을 해석해야 하며 약관의 내용이 불분명하게 또는 법률상 유·무효로 동시에 해석 가능한 경우 명확(무효 또는 유효)한 해석을 선택하도록 한다. 동일한 계약서가 둘 이상의 언어로 작성되고 그 중 공식 문서가 어떤 것인지 표시되어 있지 않았으며 상호 간 그 내용이 일치하지 않을 때는 처음 계약서의 번역에 따른 해석을 우선으로 한다.

DCFR상 불공정약관에 대한 내용통제는 강행규정이다. 계약관계의 불공정성 판단 기준으로 신의칙과 공정거래, 차별금지, 투명성의무 등의 일반규정과 구체적인 개별규정이 제시되었다. 특이한 것은 불공정성의 의미를 사업자와 소비자 간의 계약(BtoC), 사업자가 아닌 당사자들 간의 계약(CtoC), 사업자들 간의 계약(BtoB)으로 각각 구별하여 정의하고 있다. 사업자와 소비자 사이의 계약체결에 사용되는 약관의 불공정성이 가장 엄격하게 규정되었고 불공정 계약내용으

8) 2008년 발표된 DCFR은 유럽재산법의 통일화를 위한 연구성과로서 회원국을 구속할 수 있는 규범성은 없고 학술적 제안과 모델로서 제공된 것이다. 그러나 DCFR은 EU회원국의 입법례와 해석론을 참조하고 반영한 것으로 유럽재산법의 동향을 조망할 수 있고 DCER은 향후 구속력있는 법규정으로 전환될 것을 전제로 하여 제정되었으므로 큰 의미가 있다. 또한 DCFR은 소비자계약법을 통합함으로써 약관규제를 포함한 소비자법 전반에 관한 통합된 정보를 제공한다(노종천, “DCFR에서의 약관규제”, 「법학연구」 제15권 제3호, 인하대학교 법학연구소, 2012, 409면).

로 추정되는 17가지 구체적인 유형이 제시되었다.

나. 보통유럽매매법(안)(CESL)

DCFR이 학문적 성격이 강한 유럽민법전 초안의 성격이라면 2011년 발표된 「보통유럽매매법(Common European Sales Law, CESL(이하 ‘CESL’이라 함))」은 새로운 입법형식으로 중간단계 통일을 도모하려는 시도의 결과물이다. 기존의 각국 계약법을 침해하지 않되 유럽연합 차원의 별도 계약법을 제정하여 만일 계약의 당사자가 CESL의 적용을 선택할 경우 국내법의 적용이 배제되고 CESL이 강행법규로서의 효력을 갖게 된다. 곧 국내법 외에 당사자의 선택에 의해 적용이 가능한 유럽연합 공통의 계약법 성격이다.⁹⁾

2014년 2월 26일 유럽연합 의회는 집행위원회가 마련한 안을 본회의(the plenary session)에서 표결을 통해 승인하였다. 그러나 의회를 통과한 CESL(안)이 이사회의 채택을 받기 전인 2014년 12월 16일에 집행위원회는 2015년도 사업프로그램을 발표하면서 이를 철회하였다. 다만 이는 CESL안의 폐기 보다는 EU가 추진하고 있는 디지털단일시장(digital single market)에 대한 적용을 고려한 의도적인 철회로 이해된다.¹⁰⁾

CESL은 집행위원회 안 기준으로 총 8편 18장 186조로 구성되어 있고 제3편 제8장에서 불공정한 계약내용 규정하고 있다. 약관규제에 있어 CESL의 특징으로는 DCFR과 같이 거래의 주체에 따라 불공정성 판단의 기준을 달리 정하되 소비자 사이의 거래는 규율하고 있지 않고 있고 사업자 간 거래는 일반규정 외에 개별금지규정을 별도로 마련하고 있지 않다. 또한 개별금지 규정도 ‘불공정한 조항’과 ‘불공정한 것으로 추정되는 조항’으로 구분한다. 사업자와 소비자 사이의 계약 중 약관에 의한 계약은 투명성의 원칙이 지켜져야 함을 적시하고, 신의성실과 공정거래 원칙에 반하여 권리와 의무 관계가 소비자에게 현저히 불리한 경우를 불공정성 판단의 일반기준으로 규정하고 있다. 계약내용의 불공정

9) 하경효 외 공역, 「보통유럽매매법」, 세창출판사, 2014, 2-6면.

10) 김중길, “유럽공통매매법(안)에서 ‘관련 서비스계약’에 관한 연구”, 「법학연구」 제26권 제1호, 연세대학교 법학연구원, 2016, 274-276면.

성을 판단할 때는 투명성의 원칙, 계약의 본질적 권리 제한 여부, 전반적인 내용 등을 고려하도록 하고 있고 항상 불공정한 조건이 11개, 불공정한 것으로 추정되는 조건이 23개 제시되어 있다.

Ⅲ. 약관규제법상 불공정약관 조항 개정 필요성

1. 소비자의 약관계약 실태

소비자가 약관을 활용하여 계약을 체결하는 빈도가 증가함에 따라 실제 소비자의 약관계약 행태를 살펴보고 분석하여 정책 대안을 찾는 행동경제학적인 접근은 소비자문제의 정책 비효율을 완화하는 효과적인 접근법이다. 아래에서는 EU의 사례를 소개한다. 온라인기반의 약관 사용이 일반화되고 국경이 낮아지면서 약관 계약의 환경은 국가간 차이가 크지 않을 것으로 추정된다.

EU 집행위원회는 소비자 관련 계약환경의 점검 차원에서 행동경제학적인 방법을 활용하여 조사하여 2016년 10월에 그 결과를 발표하였다.¹¹⁾ 주요 문제점으로 제기된 것은 대부분의 소비자가 약관상의 권리와 의무를 읽지 않거나 충분히 이해하지 않은 상태에서 계약을 체결한다는 점이다.¹²⁾ 소비자 측면에서는 약관을 읽는 것 자체가 비용이 수반되는 활동이므로 약관 조항이 길거나 내용이 불명확하며 가독성이 떨어지면 비용이 상승하지만 약관 계약 특성상 협상 여지가 없어 꼼꼼히 약관을 읽을 실익이 없을 수 있다. 또한 관련 경험이나 법률 지식이 부족하여 약관을 읽더라도 불공정성을 인지하기 어려운 경우도 있다.

보고서는 이러한 소비자들의 약관 사용을 고려하여 약관의 투명성을 제고

11) Elshout et al. op. cit., pp. 68-95.

12) 소비자가 약관에 동의하고 계약을 체결하는 비율은 90%~95%이나 약관에 대한 공식적인 인증이 없고 소비자가 약관 조항을 확인하는 것이 의무가 아닌 상황에서는 소비자의 9.4%만이 약관을 읽어 보는 것으로 조사되었다. 그러나 스크롤 등의 방법으로 소비자의 약관 확인이 의무화 될 경우 77.9%가 최소한의 수준으로는 약관을 살펴(scan)보았다. 조사 인터뷰 시점 최근 1년 사이에 약관의 내용을 충분히 인지하지 못하고 구매계약을 체결하여 문제 발생을 경험한 소비자 전체의 26.6%로 조사되었다.

(increasing transparency)하고 소비자들이 큰 노력(또는 비용) 없이도 약관 자체의 신뢰성을 높이는 방법(creating effortless awareness)이 필요함을 주장하고 있다. 전자를 위해서는 소비자가 약관을 확인하도록 하는 것을 기본값(default)으로 설정하고 단순하고 간단한 약관 사용(shortening and simplifying the Terms and Conditions)을 장려하며 약관을 읽는 데 소요되는 시간을 사전에 예상할 수 있도록 하는 정책 방향을 제시하였다. 후자 측면에서는 소비자가 계약관련 기본적인 소비자의 권리나 해당 계약의 중요 계약 조건을 사전에 인지할 수 있는 방안을 강구하고, 나아가 사업자의 약관이 공정하게 작성되었음을 소비자 관련 기관이 보증하는 절차로 소비자가 해당 약관을 읽지 않고도 품질의 담보 여부가 확인될 수 있는 방안(quality que)을 제시하고 있다.

EU는 약관규제를 포함하여 EU가 시행중인 소비자 관련 주요 규정의 합목적성이나 정합성에 대하여 논의 중이며¹³⁾, 소비자의 약관사용 현실 및 문제점을 반영한 규정 개정의 필요성 검토가 예상된다.

2. 불공정약관 관련 조항 개정 필요성

앞서 살펴본 EU의 조사 결과에서와 같이, 대부분의 소비자는 약관 조항을 읽어보지 않고 약관에 동의하여 계약을 체결하고 있고 그 결과 많은 소비자들은 사후적으로 문제를 경험한다. 이러한 문제를 예방하고 공정한 계약환경을 만들기 위해서는 먼저 소비자가 약관의 내용을 바로 알고 계약을 체결할 수 있는 소비자의 역량이 필요하다. 또한 사업자 또는 사업자 단체가 사업자의 투명한 약관 사용을 스스로 감시하는 자율규제, 마지막으로 이러한 소비자의 역량과 사업자의 자율규제를 유인할 수 있는 제도적인 보완이 필요하다.

이때 개별소비자의 계약 관련 역량의 제고는 이상적인 방안이기는 하나 현대와 같은 대량거래 하에서 계약의 조건 변경이 불가능한 약관 계약의 특성상 이는 효과적이지 못하고 매우 많은 사회적 비용이 필요하다. 결국 현실적인 방법은 제도적인 보완을 통해서 사업자가 소비자와의 계약에서 공정한 약관을 투

13) http://ec.europa.eu/consumers/consumer_rights/review/index_en.htm.

명하게 사용하도록 유도하는 것이며 그 중 하나가 이러한 불공정약관의 기준을 보완하여 소비자문제 발생 여지를 줄이는 것이다. 아래에서는 불공정약관 관련 조항의 개정 필요성을 온라인 중심으로의 계약환경 변화와 약관규제법상 현 조항이 가진 한계를 중심으로 제시한다.

가. 온라인 중심으로의 계약 환경 변화

인터넷의 등장과 상용화는 경제 주체들의 계약방식과 그 내용에 많은 변화를 주고 있다. 일례로 우리나라 온라인소매 거래는 통계를 작성하기 시작한 2001년에는 3.4조 원 수준이었으나 2016년은 64.9조 원으로 증가하였고,¹⁴⁾ 이는 전체 소매판매액 385.0조 원¹⁵⁾의 약 16.9%에 해당하는 수치이고 계속 증가하는 추세이다.¹⁶⁾ 이처럼 인터넷이라는 가상공간을 통해 정보를 수집하고 교환하며 재화나 서비스를 거래하기 위해서는 상호간의 계약 관계가 온라인상에서 이루어져야 한다. 이때 온라인 기반의 계약은 비대면·대량거래라는 특성으로 약관에 포함된 권리 및 의무 관계의 중요 내용을 사업자가 소비자에게 개별 설명하는 것이 어려울 뿐만 아니라 약관의 가독성이나 약관에 대한 접근성이 등이 오프라인 계약에 비해 제한된다. 특히 휴대폰을 활용한 모바일 거래가 활성화되고 있으나 약관의 투명성 측면에서는 소비자에게 더 불리한 환경이다.

또한 온라인 기반의 새로운 서비스의 등장으로 소비자의 계약환경이 크게 변하고 있다. 국민소득의 증가로 과거 극히 일부의 전유물로 여겨졌던 재화나 서비스가 대중화되었고 정보통신 등의 신기술의 등장은 계약관계를 매우 복잡하게 만들고 있다. 전자의 대표적인 것이 여행계약이다. 1980년대 후반 이후 해외여행이 자유화되었지만 여행업을 직접 규율하는 법령이 없어 여행자 보호에 취약했다. ‘관광진흥법’이나 표준약관으로는 한계가 있어 제도화 대안으로 2016년부터 민법의 전형 계약 중 하나로 여행계약이 편입되었다. 개정 민법에는 여

14) 통계청 국가통계(<http://kosis.kr/>)의 온라인쇼핑동향조사 중 거래액으로 2016년은 잠정치(p)(2017.2.15. 조회 기준).

15) 통계청 국가통계(<http://kosis.kr/>)의 소매판매통계로 2016년 잠정치(p)(2017.2.15. 조회 기준).

16) 통계청이 소매판매액을 최초 수록하고 있는 2010년과 비교해보면 소매판매액 대비 온라인쇼핑액의 비중은 8.2%에서 16.9%로 8.7%p 증가.

행계약의 의의, 해제·해지, 담보책임에 관한 사항 등이 반영되어 있다.

정보통신 기술의 발전으로 계약 관계가 복잡해진 신유형의 서비스 중 하나가 배달앱과 같은 O2O(Online to Offline) 서비스이다. 모바일 인터넷이라는 실시간 정보제공 서비스를 활용하여 소비자는 온라인상에서 O2O서비스 플랫폼을 통해 서비스 공급자와 계약을 체결하고 오프라인에서 서비스를 받게 된다. 이러한 서비스 구조와 같이 온라인상에서 다양한 이해관계자가 상호작용할 수 있도록 플랫폼을 제공하는 사업자의 계약상 위치와 이에 따른 책임범위 등이 문제가 된다. 특히 상호간의 권리·의무를 담은 약관에서 통상 플랫폼 서비스 제공자는 자신의 위치를 소위 ‘전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률’에서 규정하고 있는 통신판매중개사업자로 정하고 책임을 회피한다. 이러한 거래 및 계약 환경에서 약관의 불공정성을 어떻게 판단할 것인가는 서비스에 대한 이해가 선행되어야 하며 약관심사의 새로운 과제이다.¹⁷⁾

O2O와 같이 정보통신 기반의 신유형 서비스에서는 거래 구조에 대한 충분한 이해가 부족할 경우 소비자가 약관으로 제시되는 계약의 내용을 이해하기 쉽지 않을 수 있다. 이는 공정거래위원회의 약관심사에서도 나타난다. 2016년 공정거래위원회의 약관시정 관련 보도자료 중 ‘온라인강의(‘16.9.9)’나 ‘에어비앤비(‘16.11.18)’, ‘소셜네트워크서비스(SNS)(‘16.6.24.)’, ‘신유형상품권(‘16.1.7)’ 등에서 규율한 내용은 약관규제법 제정 시점에는 존재하지 않았던 재화나 서비스이고 이들은 공통적으로 온라인을 기반으로 제공된다. 확장과 응용이 용이한 온라인 서비스는 기존에 없던 새로운 서비스의 출현이 가능하게 했고 재화나 용역이 공급자로부터 최종 소비자에 이르기까지는 다양한 이해관계자가 참여하며 거래 단계도 복잡해 졌다. 이는 새로운 유형의 불공정 사례의 출현과 함께 약관 조항의 불공정성에 대한 판단 자체도 어렵게 한다.

나. 현행 법제 및 법적용의 한계

형사법의 대원칙인 ‘죄형법정주의’는 범죄의 성립 요건과 형벌의 내용을 미리 법

17) 정영훈·이금노, 「O2O 서비스에서의 소비자문제와 개선방안 연구」, 한국소비자원, 2016, 158-164면.

틀로써 규정하여 법집행과 관련된 국가권력을 스스로 제한하도록 하는 것으로 사법체계의 안정성을 위해서는 법규가 불명확하여 그 해석이나 운영이 자의적으로 적용될 소지가 있거나 법규의 적용에 과도한 재량을 부여하는 것은 지양되어야 한다는 대전제이다. 법영역은 다르지만 약관규제에도 필요한 원칙이다.

제2장 <표 2>에 의하면 2015년과 2016년에 공정거래위원회가 발표한 약관심사 관련 보도자료에서 188건 중 57건이 약관규제법 제6조의 일반금지 조항을 적용하고 있다. 물론 개연성 있는 모든 불공정약관 조건을 개별금지 조항으로 규정한다는 것은 비용의 문제를 떠나서 기술적으로나 물리적으로도 불가능하다. 그러나 약관의 불공정성 판단 기준이 법제에 개별 건으로 나열되거나 구체화 되어있지 않을수록 약관을 작성하는 사업자나 해당 약관으로 계약을 체결해야 하는 소비자, 약관의 불공정성 여부를 판단해야 하는 공정거래위원회나 분쟁조정 기관, 법원 등이 직면하는 불확실성은 높아진다. 또한 공정거래위원회나 분쟁조정 기관, 법원이 약관규제법의 일반금지 기준을 적용하여 불공정 여부를 판단한다면 그 결과의 수용도도 현저히 떨어질 수 있다. 따라서 일반금지 조항을 적용한 불공정약관 판례 및 심결례 중 약관계약의 특수성에 비추어 볼 때 상징성이 크거나 자주 불공정약관의 사례로 등장하는 건에서 유형화가 가능한 사례는 개별금지 조항으로 분류하여 일반금지 조항의 적용을 최소화할 필요가 있다.¹⁸⁾

다. 사업자의 불공정약관 사용 및 약관규제 회피 시도

사업자의 약관 사용에 대한 규제가 법제화 되고 행정 및 사법 영역에서 해당 법제의 적용이 활발해 지고 있는가 하면 약관 규제를 우회 및 회피하거나 소비자가 약관을 자세히 읽지 않고 일반 소비자가 불공정성 여부의 법적 판단이 쉽지 않는다는 점을 이용하여 불공정한 조항을 의도적으로 약관에 반영하는 등의

18) 공정거래위원회는 불공정약관 조항에 대한 위법성 심사기준을 구체적으로 제시하여 업무의 효율성을 제고하고 법에 대한 사업자와 고객의 인식 개선 등을 위해 ‘약관심사지침’(공정거래위원회 예규, 최초 제정 2008.1.1.)을 운용중이다. 일반금지규정을 포함하여 조항별 위법성의 심사기준과 함께 법 위반에 해당할 수 있는 조항을 예시하고 있다.

사업자의 행태도 다양하게 나타나고 있다.

계약 조건을 자신에게 유리하게 반영하여 이윤을 극대화 하는 것은 사업자의 기본적인 전략이며 특히 불공정성이 명시적으로 노출되지 않은 유형의 계약조건은 계약상대방인 소비자 및 규제기관의 주목이나 불공정 여부 판단이 쉽지 않아 사업자로서는 적극적으로 자신의 약관에 사용할 유인이 크다.

약관계약의 투명성 측면에서 사업자는 작은 글씨를 사용하여 가독성을 떨어뜨리거나 필요성을 충분히 고려하지 않고 많은 내용을 약관에 반영하여 소비자의 약관 정독을 포기하도록 유도하기도 하고 전문적인 단어 사용 등으로 소비자의 내용 이해를 어렵게 한다. 특히 '제조물책임법'과 같이 사업자 책임이 강화된 법령이나 분쟁에 대응하기 위해 권리와 의무 관계를 약관에 자세히 반영하는 것은 사업자 측면에서 위험회피를 위한 당연한 선택일 수 있으나 소비자 관점에서는 약관에 대한 접근성이나 집중도를 저하시킬 수 있는 원인이 될 수 있다. 약관 내용의 불공정성의 문제는 아니지만, 사업자가 약관 작성 시 소비자의 책임은 자세히 규정하면서 소비자의 계약상 또는 법상의 권리는 약관에 반영하지 않거나 형평에 맞지 않게 규정하는 것도 사례가 될 수 있다. 이러한 형태의 약관 조항 설계는 휴대폰과 같은 모바일 기기를 사용한 계약으로 소비자의 가독성이 떨어지는 환경과 결합되어 소비자문제의 원인이 되기도 한다.

위와 같이 정보의 비대칭이나 우월적 지위를 이용하여 자신에게 유리한 계약 조항을 반영하려 하고 소비자의 약관조항에 대한 물리적 접근이나 이해를 어렵게 하는 사업자의 행위는 적절히 규제되어야 한다. 따라서 개별금지 조항을 구체화 하고 사업자에게 약관계약의 투명성 의무를 적절히 부과하는 것이 필요하다. 구체적인 내용은 다음 장에서 살펴본다.

IV. 불공정약관 조항 개정 방향

아래에서는 불공정약관 조항의 기준을 정하고 있는 약관규제법 제6조부터 제14조의 개정이나 보완이 필요한 내용을 외국 사례와 비교하여 서술한다.

1. 일반금지 조항

가. 투명성 조항

약관계약의 투명성원칙은 소비자가 약관의 내용을 충분히 이해하고 계약을 체결할 수 있도록 약관을 작성하는 사업자가 그 여건을 보장해야 함을 의미한다. 약관규제법에서는 명시·설명 의무를 규정한 약관규제법 제3조에서 투명성 원칙이 규정되어 있다. 사업자는 고객이 약관 내용을 쉽게 알 수 있도록 작성하고 일반적으로 예상되는 방법으로 분명하게 설명해야 한다. 투명성의 원칙을 위배할 경우 사업자가 해당 계약조건을 계약의 내용으로 주장하지 못하게 하여 약관의 편입통제 측면에서 이 문제를 규율하고 있다.

또한 소비자의 가독성을 보장하기 위해 사업자의 투명한 약관 작성과 중요 내용 설명 등의 의무를 부여하고 있으며 후자에 대해서는 위반시 과태료 처분을 규정하고 있다. 실제, 약관 관련 분쟁에서는 내용의 불공정성 문제뿐만 아니라 약관의 체결 과정에 투명성과 관련된 분쟁이 많다. 따라서 앞서 소개된 EU 집행위원회 보고서에서의 제안 및 개정 필요성에서 제시된 바와 같이 약관계약의 투명성을 어떻게 제고할 것인가는 중요한 과제이다.

투명성 조항은 공정거래위원회가 특정 사업자의 법 위반 여부에 따른 과태료라는 행정처분을 위해서 행위를 판단할 때는 의미가 있으나 약관의 내용 심사 측면에서는 공정거래위원회의 약관심사는 추상적 심사로 사업자의 약관 명시·설명·교부 등의 사실관계는 약관의 불공정성 판단에 영향을 미치지 않는다. 그러나 손해배상이나 부당이득 여부 등을 구체적으로 판단해야 하는 한국비자원 등의 분쟁조정기관이나 법원은 약관계약 체결 과정 중 분쟁이 발생한 약관조항의 계약 편입 여부를 판단해야 한다. 특히 약관에 의한 계약 중 당사자간 분쟁의 많은 비중은 약관을 작성한 사업자가 투명성의 원칙을 준수하여 소비자와 계약을 체결했는지를 다투는 분쟁이다.

현재는 소비자가 사업자의 투명성 원칙 위반을 입증할 경우 해당 조항과 관련된 사업자와의 계약 관계에서 이탈할 수 있다. 그러나 좀 더 적극적으로 사업자의 위법행위를 확증하고 이와 관련된 소비자문제의 예방과 원활한 해결을

위해 투명성원칙을 계약 편입 여부를 판단하는 소극적 측면이 아니라 계약의 불공정을 판단하는 근거로 사용하는 방안을 검토할 수 있다. 호주는 이미 이를 법제에 반영하여 계약 조항이 불공정한지 여부를 결정할 때 법원이 해당 조항의 투명성 정도를 고려하도록 하고 있다(Part2-3, 제24조).¹⁹⁾ 유럽에서는 법제화의 연구 및 초기 단계로 이러한 계약 환경을 고려한 규정화가 검토되고 있다. DCFR²⁰⁾은 약관 제공자가 그 내용이 쉽고 계약 상대방이 이해할 수 있도록 약관을 작성하여 이를 전달할 의무가 있으며 이를 위반할 경우 불공정한 것으로 간주될 수 있음을 명시하고 있다(DCFR 2권Ⅱ-9402). CESL²¹⁾도 계약의 불공정 여부를 심사할 때 사업자가 약관계약의 투명성 의무를 이행했는지를 고려하도록 하고 있다(CESL 제82조 7호 및 제83조 2호).

그러나 금융상품의 판매에서 논의되고 있는 바와 같이 약관에 대한 설명 미흡 등의 불완전판매에 대한 입증책임을 전환하는 입법이 이루어지지 않는다면,²²⁾ 소비자가 사업자와의 약관계약 중에 사업자의 투명성원칙 위반을 입증하기가 현실적으로 쉽지 않은 문제는 여전히 남는다. 또한 약관내용의 불공정성만을 추상적으로 심사하는 공정거래위원회의 약관심사와 주로 권리 구제 과정에서 분쟁조정 기관이나 법원의 구체적 약관심사로 구분되는 현 약관규제법에 투명성원칙을 어떤 형태로 반영하고 특히 공정거래위원회의 기능에 어떻게 연

19) 법원의 약관 불공정성에 대한 구체적인 판단에 약관의 투명성을 명시한 것은 절차적 공정성을 내용의 공정성의 판단과 연계시킨 것으로, 이는 소비자의 인지적 특성과 한계에 대한 행동경제학(Behavior Economics)적인 관점에서 법원이 약관의 불공정성을 판단할 때 사업자가 계약단계에서 약관의 내용을 소비자에게 정확하게 전달하는 절차적 투명성을 지켰는지를 고려해야 한다는 것을 반영한 것이다(Jeannie, P., "The Austrian Unfair Contract Terms Law: The Rise of Substantive Unfairness as a Ground for Review of Standard Form Consumer Contracts", *Melbourne University Law Review*, Vol.33. No.2, 2009, pp. 951-956).

20) 본문에 사용되는 법안의 번역문은 '안태용 역, 『유럽민사법의 공통기준안』, 법무부, 2012' 을 주로 인용하되 필요시 원문을 고려 일부 수정. 이하 동일함(원저:Christian von Bar 외 10인 편저(2010)).

21) 본문에 사용되는 법안의 번역문은 '하경효 외 공역, 전개서(주 9)'를 주로 인용하되 필요시 원문을 고려 일부 수정. 이하 동일함.

22) 제18대 국회부터 금융소비자 보호를 목적으로 금융상품의 불완전판매에 금융상품 판매업자 등의 고의 또는 과실이 없었음을 해당 사업자가 입증하지 못하면 소비자의 손해를 배상할 책임을 부과하는 법률 제정안이 제안되어 왔으며, 20대 국회에서도 이러한 내용이 포함된 '금융소비자보호기본법'이 의원 입법으로 계류 중에 있다(의안번호 2895, 2016.10.25.).

계할 수 있을지에 대한 과제가 발생한다. 그러나 이러한 현실적인 문제에도 불구하고 약관계약의 투명성을 계약의 무효에 이르게 하는 수준의 불공정 판단 근거로 활용할 수 있게 된다면 약관계약의 전반적인 투명성을 높여 관련 분쟁의 발생을 예방할 수 있을 것으로 기대된다.

나. 부당하게 불리한 약관 조항

앞서 제시한 바와 같이 해외사례나 약관규제법상 개별금지 조항이 아닌 일반금지 조항으로 규율되던 내용이 판례나 심결로 불공정성이 확정되어 축적된 경우 유형화를 통해 개별금지 조항으로의 반영할 필요가 있다. 특히 약관규제법 제6조 제2항 제1호에서 불공정성 약관의 기준으로 제시된 ‘부당하게 불리’는 다소 추상적 개념으로 그 기준이 분명하지 않아 판단결과의 일관성 측면에서 분쟁의 소지가 있다. 따라서 위 법조항에 의해 판단된 약관조항 중 불공정성이 명확한 것은 유형화하여 개별금지 조항으로 분류하는 방안을 검토해 보아야 한다. 구체적인 사례는 아래에서 기술한다.

2. 개별금지 조항

아래는 개별금지 조항의 개정 및 보완이나 일반금지 조항으로 규율하고 있는 내용 중 개별금지 조항으로 구체화가 필요한 불공정약관 조항 유형이다.

가. 경과실 면책 조항

약관규제법 제7조 제1호는 사업자의 고의 또는 중과실 면책 조항을 금하고 있다. 이때 법문에서는 면책의 범위를 별도로 정의하고 있지 않아 계약법상의 책임뿐만 아니라 불법행위로 발생하는 책임도 포함되는지가 명백하지 않다. 만약 불법행위에 의해 발생하는 손해까지 포함하는 것이라면 사업자의 모든 경과실의 불법행위가 면책되는 문제가 발생한다. 물론 중과실 면책 조항에도 불구하고 사업자가 신의성실에 위반한 경우에는 제6조(일반원칙)를 적용하여 불공정약관

관에 해당한다. 그럼에도 불구하고 신의성실에 위반하는 수준의 경과실이 아니라면 계약의 안전성과 연속성을 위해 면책을 인정한다는 법의 취지를 이해하지 못하고 사업자가 이 조항을 남용하여 약관을 작성하는 문제가 발생할 수 있다. 따라서 이러한 문제를 방지하기 위해 당사자 간 신의성실에 영향을 미치는 중요한 사항은 과실의 경중과 상관없이 사업자 책임을 배제하지 못하도록 명시할 필요가 있다. 약관심사지침에서도 약관규제법 제7와 관련된 위법성 심사기준에서 신의성실의 원칙에 위반되는 경우에는 법 제6조의 일반원칙에 의해 무효가 됨을 규정하고 있다(약관심사지침 IV-3.-가-(1)-(나)).

유럽의 입법에서는 경과실 면책을 금하는 신의성실의 영역을 주로 생명권에 국한시키고 있다. 유럽연합 입법지침에서는 사업자의 작위 또는 부작위로 인해 발생한 소비자의 사망 또는 신체적 상해에 대한 사업자의 책임을 배제하는 조항은 불공정한 것으로 규정하고 있고(지침 별표 제1항 (a)호), DCFR에서도 매도인 또는 공급자의 작위 혹은 부작위로 인하여 소비자가 사망 또는 부상을 당한 경우 매도인 또는 공급자의 법적 책임을 배제 또는 제한하는 조항을 불공정한 것으로 규정하고 있다(DCFR 2권 9410조 제1항 (a)호). 독일민법²³⁾도 생명·신체·건강의 침해에 대해 경과실 면책을 인정하지 않고 있다(독일민법 제309조 제7호). 특히 CESL은 이를 명확히 구분하고 있다. 곧 사업자나 사업자의 고용인 등에 의한 사망 또는 부상에 대해 면책하거나(CESL 제84조 (a)호) 고의 또는 중과실에 의한 소비자의 손실이나 손해에 대해 면책하는 조항(CESL 제84조 (b)호)은 항상 불공정한 것으로 규정한다.

나. 계약이행 여부 등의 일방적 판단 조항

당사자 약관 계약에 의한 채무의 이행과 권리 행사가 완성되었는지, 그리고 일방 또는 쌍방의 계약위반 여부의 판단은 잔존 채권과 채무의 확정에 중요한 영향을 미친다. 따라서 이를 결정할 수 있는 배타적 권리를 계약의 일방에게만 부여하는 약관 조항은 불공정하다. 약관규제법 제10조에서 상당한 이유 없이

23) 양창수, 「2008년판 독일민법전」, 박영사, 2008 번역을 인용. 이하 동일함.

급부(給付)의 내용을 사업자가 일방적으로 결정하거나 변경하는 약관 조항을 무효로 정하고 있는 것에 더하여 급부의 이행 여부 등에 대한 판단 그 자체나 계약 위반 여부의 판단 권한을 사업자에게 일방적으로 부여하는 조항도 불공정 약관으로 판단할 수 있도록 근거를 구체화할 필요가 있다.

호주는 계약위반에 대한 판단 일방에게 부여하는 조항을 불공정 개별금지 조항의 예시로 명시하고 있다(호주 소비자법 제25조 제1항 h호). 유럽연합지침은 제공된 상품 혹은 서비스가 계약에 적합한지 여부의 판단을 매도인 또는 공급자에게 부여하는 규정은 불공정한 것으로 간주될 수 있음을(지침 별표 제1항 (m)호), DCFR은 공급된 물품, 기타 자산 또는 역무가 계약과 합치하는지 여부의 결정을 사업자에게 부여하는 것은 불공정한 것으로 규정하고 있다(DCFR 2권 9:410조 제1항 (l)호).

다. 일방적 급부 변경 조항

약관규제법 제10조 제1호는 상당한 이유 없이 급부의 내용을 사업자가 일방적으로 결정하거나 변경할 수 있도록 권한을 부여하는 조항은 무효로 하되 상당한 이유나 특별한 업종 등의 예외를 명시하고 있지 않다. 그러나 금융상품의 경우 일반적으로 상품의 본질적 특성으로 급부의 변동성이 인정되는 경우가 있다. 이에 유럽연합지침이나 DCFR에서는 급부변경의 일방적 변경을 인정하지 않되 금융사업자가 정당한 사유가 있는 경우 소비자가 지급해야 하거나 금융사업자가 지급될 이자율이나 수수료의 변경권리를 유보하는 것은 가능한 것으로 규정하고 있다. 다만, 사업자는 이를 신속히 소비자에게 알려야 하고 소비자는 계약해지권을 가진다.(지침 별표 제1항 (j)호 및 제2항 (b)호, DCFR 2권 9:410조 제1항 (i)호).²⁴⁾

더불어 가격 관련 조항도 급부변경의 연장선상에서 검토할 수 있다. 공정거

24) 공정거래위원회가 공시한 ‘은행여신거래기본약관(가계용, 표준약관 제10006호)’에서도 이와 유사하게 고객이 고정금리상품을 선택한 경우는 국가경제·금융사정의 급격한 변동 등으로 계약 당시에 예상할 수 없는 현저한 사정변경이 생긴 때에, 변동금리상품을 선택한 경우 건전한 금융관행에 따라 합리적인 범위 내에서 이자 등의 율에 관한 인상·인하는 이루어져야 함을 명시하고 있다(제3조).

래위원회 예규인 약관심사지침에서 가격조항은 약관이 아닌 것으로 규정하고 있어 약관심사의 대상이 되지 않는 것으로 규정하고 있다(약관심사지침 Ⅲ-3-가). 그러나 가격조항 자체는 약관이 아니더라도 가격의 설정 방법 및 그 변동성은 약관통제의 대상이 될 수 있다.²⁵⁾

독일민법에서는 계속된 채권관계에 의한 급부가 아닌 경우 단기의 가격인상 조항(계약체결 후 4개월 내에 인도되거나 실행되어야 할 물품 또는 급부에 대하여 대가의 인상을 정한 조항)은 무효로 하고 있다(독일민법 제309조 제1호). 또한 DCFR이나 CESL에서는 물품이나 기타 자산의 가격을 인도(공급) 시점에 결정 하거나, 소비자에게 철회권을 부여하지 않고 사업자가 계약체결 시 합의된 가격보다 지나치게 높은 가격을 적용할 수 있도록 하는 조항은 무효로 하되 사전에 그 물가연동 등 그 변동방법을 구체적으로 기술한 조항은 제외하고 있다(DCFR 2권 9:410조 제1항 (k)호, CLSE 제85조 (k)호). 호주의 소비자법에도 상대방의 해지권을 부여하지 않고 가격을 변동할 수 있도록 한 조항을 불공정한 것으로 예시하고 있다(호주 소비자법 제25조 제1항 (f)호).

서비스의 고유 특성상 금융상품과 같이 급부변경의 필요성이 어느 정도 인정되는 영역이 있는지 여부와 함께 가격 관련 조항일지라도 그 급부에 대한 소비자의 해지나 철회권을 인정하지 않고 가격 변동이 가능하도록 하는 조항도 구체적으로 명시하는 것의 필요성이 검토되어야 한다.

라. 개별교섭을 인정하지 않는 조항

약관조항과는 다르게 개별교섭에 의해 체결된 계약의 내용은 약관조항보다 우선되어야 하고(약관규제법 제4조) 이를 배제하는 조항은 불공정한 것으로 판단될 수 있다.²⁶⁾ CESL에서는 개별 교섭되지 않은 계약 내용이 개별 교섭된 내

25) 하급심이기는 하나, 한전의 전기공급약관에 의해 시행중인 전기요금누진제의 불공정성을 다루는 1심 판결에서 법원은 전기요금누진제가 불공정하지 않은 것으로 판시하여 가격에 영향을 미치는 결정 구조에 대해 약관의 불공정성 심사대상으로 판단한 바 있다(2016. 10. 6. 선고 2014가단5221992 판결).

26) 공정거래위원회는 즉석 가공식품류 등을 공급하는 회사가 무점포 총판점 개설에 사용하는 약관 중 회사와 총판점 상호 간에 계약서와는 별도로 합의한 계약 내용은 무효로 정한 조항

용보다 우선 또는 선호 되는 것으로 정하는 경우 당연 불공정한 것으로 규정하고 있다(CESL 제84조 k호). 우리 약관규제법에서도 이처럼 개별교섭을 약관에 의한 계약에 우선하여 인정하지 않는 약관조항은 불공정한 것으로 명시하여 약관의 작성 단계에서부터 이를 명확히 하고 불공정 사유의 판단에 적극 적용할 필요가 있다.

마. 과도한 선금금이나 보증을 요구하는 조항

사업자는 계약 체결 시 이행의 착수를 담보하기 위해 선금금이나 계약금, 보증금 등을 요구하기도 하고 계약의 이행 중 발생할 수 있는 위험을 회피하기 위해 보증을 요구하기도 한다. 우리 민법은 계약금에 해약금의 성질을 두어 이행을 착수하지 않은 경우 계약금을 교부한 자(B2C 약관계약에서는 소비자)는 그것을 포기함으로써 계약을 해제할 수 있도록 하고 있다(민법 제565조). 이때 계약금을 위약금으로 약정한 경우 이는 손해배상액의 예정(민법 제398조)이며 사업자가 계약금을 해약에 대한 위약금으로 하는 해제조건을 부여하되 그 위약금의 수준이 과도하면 약관규제법 제8조에 해당하여 무효가 된다.

선금금이나 보증금, 보증보험 등에 해약금의 성격이 부여되지 않은 경우는 다른 측면에서 살펴볼 수 있다. 곧 도급계약과 같이 어느 일의 완성을 약정하는 계약에서 일정한 급부의 이행착수에 소요되는 비용이나 전체 계약금액에 비해 과도한 선금금을 요구하거나 사업자가 계약이행과정 중 노출되는 위험을 초과하여 이행보증을 요구하는 경우 등이 있을 수 있다. 이러한 사례가 종종 발생하고 있는 바, 이를 불공정 유형으로 별도 구체화하는 것이 필요하다.

CESL은 소비자에게 과도한 선금금 또는 채무이행의 과도한 보증을 요구하는 경우 불공정한 것으로 추정하고 있다(CESL 제85조 s호).

바. 중재 강제 조항

약관규제법 제14조 제1호는 부당하게 소송제기를 금지(부제소)하거나 재판관

을 지정시킨 바 있다(공정거래위원회 보도자료, 2014.5.27.).

할을 합의하는 것은 불공정하여 무효로 하고 있다. 우리나라보다 중재제도가 발전한 유럽은 분쟁해결의 방법으로 배타적 중재선택을 합의하도록 정한 조항은 별도로 구분하여 불공정약관에 의한 무효 사유가 될 수 있음을 규정하고 있다. 유럽연합지침은 소비자로서 하여금 법규정이 적용되지 않는 중재에만 따르도록 요구하여 소비자의 권리를 배제하는 경우 불공정한 것으로 간주될 수 있음을(지침 별표 제1항 (q)호), DCFR은 소비자로서 하여금 법률 규정의 적용을 받지 아니하는 중재절차에 의하게 함으로써 다른 구제수단을 행사할 권리를 배제하거나 제한하는 경우 불공정한 것으로 추정하고 있다(DCFR 2권 9:410조 제1항 (p)호). CESL은 사업자와 소비자 사이의 계약에 적용할 법률규정을 일반적으로는 예정하지 않고 있는 중재절차에 의해서만 배타적으로 분쟁을 해결하도록 소비자에게 요구하는 경우 언제나 불공정한 것으로 정하고 있다(CESL 제84조 (d)호).

사업자와 소비자의 약관 계약에 의한 분쟁을 중재를 통한 해결하는 것으로 강제하는 조항을 약관규제법 제14조의 부제소에 해당하는 것으로 보고 불공정 약관 조항으로 심사할 수 있으나, 인터넷 등을 통해 국경간 계약에 의한 거래가 증가하는 현실을 고려하면 중재 강제 조항이 불공정약관에 해당함을 명시적으로 반영하는 것을 고려해 볼 수 있다.²⁷⁾

사. 임의 양도 조항

당사자 간 계약이 체결된 후 일방이 상대방의 동의절차 없이 계약을 양도할 경우 상대방은 계약의 이행 담보나 채권확보에 어려움이 있을 수 있다. 이에 이미 체결된 계약을 양도하기 위해서는 상대방의 동의가 전제되어야 한다. 따라서 호주의 소비자법에서는 계약상대방에 손해를 끼칠 수 있음에도 불구하고 상대방의 동의 없이 계약을 양도할 수 있도록 하는 조항을 불공정약관으로 예시하고 있다(호주 소비자법 제25조 제1항 j호).

온라인플랫폼과 같이 최근 그 사업영역이 확대되고 있는 온라인기반 사업의

27) 공정거래위원회는 구글코리아(유)의 광고약관인 '구글코리아 Advertising 조건' 중 모든 분쟁을 미국 중재협회의 상사중재 규칙에 따라 해결되도록 한 조항을 불공정약관으로 판단, 이를 시정시킨 바 있다(공정거래위원회 보도자료, 2014.4.2.).

경우 양도 및 양수가 활발하게 발생하면서 계약의 주요 내용인 양도와 관련 된 내용에 대한 회원의 동의를 약관을 통해 사전에 동의하도록 하는 사례가 발생하고 있다.²⁸⁾ 이에 이를 별도로 불공정약관의 한 유형으로 규정하는 방안을 검토할 수 있다.

아. 배타적 계약해석권 부여 조항

약관규제법에 의거하여 약관은 신의성실의 원칙에 의해 해석되고 불분명할 경우 소비자에게 유리하게 해석해야 한다(약관규제법 제5조). 따라서 사업자가 자신에게 유리한 방향으로 배타적인 해석이 가능하도록 하는 것은 불공정약관 조항이다. 이에 공정거래위원회 예규인 약관심사지침에서는 지금까지의 심결례 등을 참고하여 사업자가 이러한 내용의 약관 조항을 사용할 경우 일반원칙인 약관규제법 제6조 제2항을 위반한 예시로 규정하고 있다(약관심사지침 VI-2-나-(1)-(나)-5).

외국의 사례에서는 이를 별도의 개별금지 조항으로 명시하고 있어 약관사용의 투명성을 높이기 위해 개별금지 조항으로 명시하는 방안을 검토해 볼 필요가 있다. 호주는 계약의 내용에 대한 해석권을 일방에게 부여하는 조항을 불공정 개별금지 조항의 예시로 명시하고 있다(호주 소비자법 제25조 제1항 h호). 유럽연합지침은 계약조항의 독점적인 해석권을 매도인 또는 공급자에게 부여하는 규정은 불공정한 것으로 간주될 수 있음을(지침 별표 제1항 (m)호), DCFR은 계약 조항을 해석할 배타적 권리를 사업자에게 부여하는 것은 불공정한 것으로 규정하고 있다(DCFR 2권 9:410조 제1항 (l)호).

자. 위약금 형평성 조항

손해배상 조항과 관련하여 약관규제법에서는 과중한 손해배의 예정은 불공정 약관으로 규정하고 있다(약관규제법 제8조). 이와는 다소 다른 차원으로 위약금 책정의 신의성실 관점에서 약관심사지침에서는 고객의 귀책사유로 인하여 계약

²⁸⁾ 이금노, 「온라인플랫폼 기반 소비자거래에서의 소비자문제연구」, 한국소비자원, 2016, 238면.

을 해제할 시 사업자의 귀책사유로 인한 경우보다 위약금을 과다하게 책정하는 조항을 약관법 제6조의 일반금지 조항을 위반하는 것으로 예시하고 있다(IV-2-나-(1)-(나)-(3)). 이를 개별금지 조항으로 규정하는 방안에 대한 검토이다.

유럽의 법제나 지침 등에서는 이를 개별불공정조항의 불공정 판단 기준으로 별도의 조항에서 명시하고 있다. 유럽연합지침은 공급자가 계약을 취소하는 경우 소비자에게 배액을 상환할 것을 규정하지 않는 반면, 소비자가 계약을 이행하지 않는 경우 소비자가 지불한 금액을 매도인 또는 공급자에게 귀속시키도록 허용하는 규정을 불공정한 것으로 간주한다(지침 별표 제1항 (d)호). DCFR은 반대의 상황에서 소비자가 사업자로부터 동등한 액수의 보상을 받도록 규정함이 없이, 소비자가 계약을 체결하지 않거나 계약상 채무를 이행하지 않기로 결정한 경우 소비자가 지급한 금전을 사업자가 반환하지 않아도 되도록 허용하는 경우를 불공정한 것으로 간주하고 있고(DCFR 제2권 9:410조 제1항 (d)호), CESL도 이와 유사한 규정이 명시되어 있다(CESL 제85조 (d)호).

3. 기타

약관조항의 불공정 여부를 판단하는 직접적인 기준은 아니나, 이익균형과 효율성 측면의 불공정약관 조항 규율을 위한 제언이다.

가. B2C와 B2B 약관규제의 구별

우리나라 약관규제법에서의 불공정약관 조항은 사업자와 소비자와의 약관계 약(B2C)와 사업자와 사업자 간의 약관계약(B2B)를 구별하지 않고 있다. 그러나 앞서 예시한 독일이나 호주의 사례는 소상공인까지만 포함하고 있고, 미국이나 영국, 캐나다 등은 B2B 약관계약은 규율의 대상으로 포함하고 있지 않다.²⁹⁾ DCFR이나 CESL은 계약주체에 따라 불공정의 기준을 달리 정하고 있다.

29) Coronas, S., S. Christensen, J. Malbon, A. Allan, J. M. Paterson, "Comparative analysis of overseas consumer policy frameworks", The Australian Government the Treasury and Queensland University of Technology, 2016, pp. 2-4.

약관규제법이 사업자 간 약관 거래에서 약관의 작성자가 제시하는 계약서로 계약을 체결해야 하는 사업자를 보호해야하는가는 본 논문의 논의 범위를 넘어가는 주제이다. 다만, 현재의 법제는 약관을 마련한 사업자와 계약을 체결하는 상대방이 사업자와 소비자라는 차이를 고려하지 않고 동일한 불공정약관 기준을 적용하고 있으며 이는 소비자가 가진 계약주체로서의 특수성을 반영하지 못하는 문제를 야기할 수 있다. 이런 관점에서는 B2C와 B2B 계약의 불공정약관 기준을 달리 정한 DCFR이나 CESL 사례는 참고할 만하다.

나. 개별교섭 우선조항

약관의 편입통제 측면의 투명성과 연계하여 약관을 사용하는 계약에서 분쟁을 줄이고 책임소재를 확실하게하기 위하여 개별교섭 우선 조항을 분명히 할 필요가 있다. 약관규제법은 약관에서 정하고 있는 사항을 사업자와 고객이 약관의 내용과 다르게 합의한 사항이 있을 때에는 그 합의 사항은 약관보다 우선한 것으로 정하고 있다(법 제4조). 이때 개별교섭이 이루어졌는지 여부를 판단하는 기준이나 개별교섭이 있었는지의 입증 주체가 문제될 수 있다. 약관규제법에서는 개별교섭을 판단하는 기준을 명확히 제시하지 않고 있고,³⁰⁾ 특히 그 입증 책임도 별다른 특례를 부여하지 않아 결국 주장하는 자가 이를 입증해야 한다. 이는 사업자가 위 조항을 악용 또는 회피하여 약관조항 외에 특약이라는 형식으로 소비자와의 개별협상에 의한 동의 절차는 거쳤지만 소비자에게 실질적인 선택권을 부여하지 않는 문제가 발생할 수 있다.

이에 반하여 CESL은 개별교섭을 판단할 수 있는 기준을 별도로 두고 있다. 곧, 약관계약과 같이 상대방이 제시한 계약내용에 일방이 영향을 미칠 수 없었으면 이는 개별 합의조항으로 보지 않는다. 또한 계약조항에 관한 선택안을 제시하여 그 중 하나를 선택하였다는 사실만으로 개별교섭이 이루어졌다고 보지

30) 이와 관련하여 대법원은 그 교섭의 결과가 반드시 특정 조항의 내용을 변경하는 형태로 나타나야 하는 것은 아니고, 계약 상대방이 그 특정 조항을 미리 마련한 당사자와 대등한 지위에서 당해 조항에 대하여 충분한 검토와 고려를 한 뒤 그 내용을 변경할 가능성이 있었다고 인정되면 개별 교섭이 거친 것으로 판단하고 있다(대법원 2000. 12. 8. 선고 2000다30905 판결 등).

않고 개별교섭이 되었다고 주장하는 일방에게 입증책임을 부여하되, 사업자와 소비자 사이의 계약에서는 사업자가 이를 입증하도록 하고 있다(CESL 제7조). 우리 법제에서도 약관계약의 특성을 고려하여 개별교섭의 기준을 명확히 하는 것과 입증책임을 전환을 검토해볼 필요가 있다.

V. 결 론

약관규제법 시행 30년에 즈음하여 불공정약관 조항을 판단하는 기준을 정한 조항의 개정 필요성과 더불어 그 방향을 비교법적인 관점으로 제시하였다. 물론 국가별 법체계 및 약관규제 관련 법령의 운영 목적과 환경에 차이가 있어 이를 단순 비교하기에는 한계가 있다. 이러한 한계에도 불구하고 약관을 통한 계약이 더욱 일반화되고 그 사용 범위가 확대되는 현실을 고려하면 계약환경의 변화와 지금까지 약관규제법의 적용 경험 및 관련 심결이나 판례를 참고하여 불공정약관을 판단하는 기준의 개정 필요성이 검토되어야 한다.

약관규제법이 추구하는 목적은 건전한 거래질서의 확립과 이를 통한 소비자 보호 및 국민생활의 균형 있는 향상에 있다(법 제1조). 약관의 불공정성을 판단하는 기준을 보완하는 개정은 법의 목적을 충실히 하는데 기여할 것이다. 곧, 소비자의 불공정 약관 판단이 용이해져 약관을 작성하는 주체인 사업자에 대한 감시 강화로 소비자 피해를 예방할 수 있을 뿐만 아니라 법률 기반이 부족한 소규모 중소기업에게는 약관 작성의 구체적인 기준이 제시되어 실질적인 편익 증대가 기대된다. 또한 법제를 적용하는 공정거래위원회나 법원 등에게는 불공정약관 여부의 판단에 소요되는 시간을 줄여주고 법의 집행 및 적용의 일관성도 개선될 것이며 이는 불공정성 문제를 제기하는 주체나 약관을 작성한 주체 등의 이해관계자가 공정거래위원회나 법원의 판단 결과를 수궁하는 수용성 측면에서도 긍정적이다.

본 연구는 상대적으로 해외 법제와 국내 심결례 중심의 단편적인 분석인 바, 제시된 해외 사례와 논거를 참고하여 향후 심결례 및 판례의 심층 분석, 다양한 이해관계자의 참여를 통해 약관규제법상 불공정약관을 판단하는 기준 개정

의 구체적인 논의가 이루어지기를 기대한다.

참고문헌

- 김중길, “유럽공통매매법(안)에서 ‘관련 서비스계약’에 관한 연구”, 「법학연구」, 제26권 제1호, 연세대학교 법학연구원, 2016.
- 노종천, “DCFR에서의 약관규제”, 「법학연구」, 제15권 제3호, 인하대학교 법학연구소, 2012.
- 양창수, 「2008년판 독일민법전」, 박영사, 2008.
- 이금노, 「소비자권익관점의 약관규제 개선방안 연구」, 한국소비자원, 2014.
- _____, 「온라인플랫폼 기반 소비자거래에서의 소비자문제연구」, 한국소비자원, 2016.
- 장경환, “상인에 대한 약관의 규제에 관한 독일약관법규정의 고찰과 우리 약관법의 개정문제”, 「경희법학」, 제43권 제3호, 경희대학교 법학연구소, 2008.
- 정영훈·이금노, 「O2O 서비스에서의 소비자문제와 개선방안 연구」, 한국소비자원, 2016.
- 하경호·고세일·김규완·김삼중·백경일·이병준·이준현·이진기 역, 「보통유럽매매법」, 세창출판사, 2014.
- 공정거래위원회, 공정거래백서, 2016.
- von Bar, Christian(Eds.), 「유럽민사법의 공통기준안」, 안태용 역, 법무부, 2012.
- Corones, S., S. Christensen, J. Malbon, A. Allan, J. M. Paterson, “Comparative analysis of overseas consumer policy frameworks”, The Australian Government the Treasury and Queensland University of Technology, 2016.
- Paterson, J., “The Austrian Unfair Contract Terms Law: The Rise of Substantive Unfairness as a Ground for Review of Standard Form Consumer Contracts”, *Melbourne University Law Review*, Vol.33. No.2, 2009.
- Elshout, M., M. Elsen, J. Leenheer, M. Loos, J. Luzak, “Study on consumers’

attitudes towards Terms and Conditions”, European Commission, 2016.
Australian Competition and Consumer Commission, “Competition and Consumer Act 2010”, <https://www.legislation.gov.au/Details/C2013C00004>.
EU Commission, Council Directive 93/13/EEC, “Unfair Terms in Consumer Contracts”, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:31993L0013>.

[Abstract]

Study on Amendment of Unfair Terms and Conditions Principles in the 「Act on The Regulation of Terms and Conditions」

Lee, Kum-Noh

Research Fellow, Korea Consumer Agency

Contracts environments have changed dramatically with developing of ICT. ‘Terms and Conditions’, specified contract form which prepared by business in advance, are widely used between consumers and business, especially in E-Commerce. To come up with this changes, the regulation principles and standards that judge the terms and conditions whether it is fair or unfair, should be updated. ‘Act on The Regulation of Terms and Conditions’ was enacted 30 years ago, but judging principles and standards almost have not changed.

This study suggest the necessities of unfair terms and conditions principles amendment and also the amendment directions with comparison of foreign cases like Australian Consumer Law, German BGB, EU Unfair Terms in

Consumer Contracts Directive, DCFR, CESL.

‘Act on The Regulation of Terms and Conditions’ Article 6 state general principles of unfair terms and conditions and Article 7 to 14 state concrete principles. Some important or frequent cases have judged as unfair clauses by applying Article 6(general principles) because concrete regulation provisions in Act have not been enacted. For example, ‘slight negligence exemption’, ‘altering the terms of the contract’, ‘exclusive right to interpret contract’, ‘exclusive right to judge the performance of obligations’, etc. But in the light of law purpose achievement and law enforcement, it’s not desirable. So ‘Act on The Regulation of Terms and Conditions’ amendment should be considered.

This try will promote transparent of terms and conditions based contracts. So it may be helpful to consumers with more fair and balanced principles and also businesses’ preparing of terms and conditions and law enforcement sides by reducing uncertainty.

Key words : Act on The Regulation of Terms and Conditions, Regulation of Terms and Conditions, Unfair Terms and Conditions, EU Council Directive 93/13/EEC, Bürgerliches Gesetzbuch, Australian Consumer Law, DCFR, CESL