

제 23-3호

규제법제

리뷰

신산업편 2023. 6. 30.

권영준
서울대학교 법학전문대학원 교수

Focus

디지털계약에 관한 민법 개정안 분석

디지털계약에 관한 민법 개정안 분석

권영준 서울대학교 법학전문대학원 교수

FOCUS

I. 들어가며	41
II. 입법 추진 배경	43
III. 디지털계약 개정안의 주요 내용	47
IV. 마치며	60



요 약 문

법무부는 2022. 12. 1.자로 디지털계약 관련 민법 일부개정법률(안)을 입법예고하였다. 디지털 기술 발전과 IT 인프라 확산으로 디지털콘텐츠와 관련 서비스의 거래가 급증하지만, 이에 관한 계약을 규율하는 규범은 충분히 정립되어 있지 않다. 디지털콘텐츠나 데이터는 복제가 용이하고 배타성이 없어서 통상의 물건으로 취급되기 어렵기 때문에 주로 물건을 염두에 두는 민법의 관련 계약 규정들을 그대로 적용하는 데에도 한계가 있다. 이에 민법에 디지털계약을 규율하기 위한 조항들을 두어 관련 거래의 바람직한 모델을 제시하고, 이를 통해 이용자의 권익을 보호하고 거래의 편의와 효율을 높이려는 것이 이 개정안의 목적이다. 디지털계약 개정안은 입법예고 기간을 거쳤고, 부처 간 협의 과정과 법제처 심사를 거쳐 향후 국회에 제출될 것으로 기대된다.

디지털계약 개정안은 디지털계약을 민법의 새로운 전형계약의 하나로 상정하였다. 이에 따라 민법 제3편(채권편) - 제2장(계약) - 제16절(이는 마지막 전형계약인 화해를 규율하는 제15절 다음 절이다) 제733조의2부터 제733조의6까지 다섯 개 조항을 두어 디지털계약을 규율한다. 이는 디지털제품 제공계약의 의의(제733조의2), 제공자의 의무(제733조의3), 제공자의 하자담보책임(제733조의4), 계약 종료에 따른 법률관계(제733조의5), 계속적 제공계약에서 디지털제품의 변경(제733조의6)에 관한 내용이다.

디지털계약 개정안이 실제로 국회에 제출될지, 제출된다면 통과될지를 지금 예상하기는 어렵다. 또한 법무부 2023년 업무계획에 따르면 금년에 민법(재산법) 전면 개정작업이 다시 추진될 것으로 보이는데, 이때 이 개정안이 이러한 전면 개정작업과 어떤 관계에 있게 될지도 불명확하다. 이러한 불명확성에도 불구하고 민법이 실제 우리가 살아가는 사회에서 문제되는 현상을 규율함으로써 기본법으로서의 생명력과 실효성을 획득하려고 한 시도라는 점 자체에서 이번 디지

텔레약 개정안은 의미를 가진다. 이번 디지털텔레약 개정안을 계기로 향후 디지털텔레약을 둘러싼 논의가 더욱 풍성해지기를 기대한다.

I 들어가며

법무부는 2022. 12. 1.자로 디지털계약 관련 민법 일부개정법률(안)(이하 “디지털계약 개정안”이라고 한다)을 입법예고하였다. 디지털계약 개정안의 제안이유에 따르면 “IT 인프라의 확산으로 인하여 전 세계적으로 디지털콘텐츠와 관련 서비스의 제공과 소비가 급증”하는데도 “이를 대상으로 하는 제공자와 이용자 간 계약을 규율하는 규범은 충분히 마련되어 있지 않은 상황”이 개정안의 배경을 이룬다. 이에 디지털계약 개정안은 민법에 이러한 계약을 규율할 수 있는 여러 규정들을 “임의규정으로 신설하여 디지털콘텐츠계약의 전범을 제시”하는 것을 그 목적으로 한다. 디지털계약 개정안은 입법예고 기간을 거쳤고, 부처 간 협의 과정과 법제처 심사를 거쳐 향후 국회에 제출될 것으로 기대된다.

민법은 수많은 법률들 중 하나이지만 그 무게와 비중이 다른 법률들과 똑같지는 않다. 민법은 사법(私法)의 기본법으로 여겨진다. 수많은 민사 분야 특별법의 법리적, 이념적 토대를 선사한다. 따라서 민법은 오랫동안 그 기본적인 틀을 바꾸지 않은 채 그대로 유지하여 왔다. 민법은 재산법과 가족법 분야로 나뉘는데, 민법의 항구성이나 고정성은 특히 재산법 분야에서 두드러진다. 상대적으로 가족법 분야의 개정이 잦았던 이유는 가족을 둘러싼 법률관계와 사회적 상황은 급변하는데다가 가족관계에 대한 일반 국민 및 국회의 관심이 워낙 크기 때문이다. 최근에 제출되는 민법 개정법률안들도 다수가 가족법 분야에 관한 것이다. 한편 우리나라 민법은 1960년 시행되었는데, 그중 재산법 분야(즉 총칙편, 물권편, 채권편)는 여러 차례의 시도에도 불구하고 지금까지 단 한 차례도 전면 개정된 바가 없다.

이처럼 민법의 기본적인 틀 자체가 바뀌지 않는 상황에서 민법이 규율하는 내용과 사회가 존재하는 양상 사이에는 일정한 괴리가 발생할 수밖에 없다. 그러한 대표적인 괴리의 하나가 사회의 디지털화로 인한 괴리이다. 계약을 일반적으로 규율하는 민법의 기본 틀은 디지털을 알지 못하는 시대에 만들어졌다. 그러나 사회는 아날로그 사회에서 디지털 사회로 급

격히 이행하였다. 아날로그 사회에서 알지 못하던 법적 쟁점들도 등장하였다. 이를 규율하기 위해 수많은 특별법들이 제정되었다. 가령 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」, 「전자문서 및 전자거래 기본법」, 「전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률」 등이 그 대표적인 예이다. 그러나 계약이 디지털 형태의 목적물을 대상으로 삼아 이루어지는 경우에 관한 일반적이고 포괄적인 규율은 존재하지 않았다. 물론 이러한 규율은 기존 민법 조항의 유연한 해석을 통해 이루어질 수도 있다. 그러나 이러한 디지털계약의 특징을 반영한 민법 조항들이 마련될 수 있다면 더욱 바람직하다. 이번 디지털계약 개정안은 이러한 점을 염두에 둔 입법적인 시도이다. 이 글에서는 디지털계약 개정안의 입법 추진 배경과 주요 내용을 살펴보고자 한다.

II 입법 추진 배경

법무부가 디지털계약 개정안을 만들게 된 일반적인 배경은 서론 부분에서 이미 밝혔다. 그런데 새로운 규율의 도입은 이러한 일반적인 배경 외에도 구체적인 계기를 만날 때 이루어지는 경우가 많다. 가령 사회적으로 관심을 모으는 사건이나 사태가 발생할 때 국회의원들이나 정부는 이에 대응하기 위한 법제 마련을 고민하게 된다. 하지만 이러한 구체적인 사건이나 사태의 발생이 없더라도 새로운 외국 법제가 그 계기를 제공하기도 한다. 디지털계약 개정안은 후자의 경우에 가깝다. 물론 디지털계약은 주로 약관의 형태로 규율되는데, 약관은 사업자가 일방적으로 정하는 것이므로 중립적이고 공정한 계약 모델을 제시해야 한다는 필요성도 존재한다. 하지만 이러한 역할은 「약관의 규제에 관한 법률」에 의해 수행되고 있어 민법이 개정되어야 할 결정적 계기라고는 말할 수 없다. 디지털계약 개정안의 성안에 가장 큰 영향을 미친 외부의 규범은 2019년 EU의 「디지털콘텐츠 및 디지털서비스 공급의 계약법적 측면에 관한 입법지침」(이하 “EU 디지털지침”이라고 한다)이다.¹⁾ EU는 2015. 5. 6. 집행위원회 주도로 ‘디지털 단일 시장’(Digital Single Market) 계획을 발표하였다. 아울러 EU 내의 디지털 거래와 관련된 장벽을 제거함과 동시에 소비자 보호를 강화하기 위한 법제를 정비하기 시작하였다.²⁾ EU 집행위원회는 2015. 12. 9. 디지털지침 초안을 발표하였고, 그 후 수년 간 논의를 진행한 끝에³⁾⁴⁾ 2019. 5. 20. EU 디지털지침을 발표하였다. 이 지침은 총 27개

1) Directive (EU) 2019/770 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2019 on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and digital services.

2) European Commission, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions A Digital Single Market Strategy for Europe.

3) European Commission, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content.

4) 디지털지침 입법의 상세한 제정 과정은 Publications Office of the European Union, 〈https://eur-lex.europa.eu/procedure/EN/2015_287〉 (최종 접속일: 2023.05.07).

조항으로 규정되어 있고, 전문에서 87개 문단에 걸쳐 도입 취지 및 지침의 성격 등을 자세히 설명하고 있다.

이러한 외국의 입법적인 흐름은 국내 학계에도 영향을 미쳤다. EU 디지털지침에 대한 국내 학계의 관심도 제고되기 시작하였다. 이러한 입법은 이른바 민법의 현대화라는 기치와도 잘 부합하여 민법 개정 논의의 중요한 소재가 되었다. 또한 디지털계약은 대부분 개인이 소비자의 지위에서 체결하게 되는데, 이 경우 상대적으로 기업보다 정보나 협상력 면에서 뒤처지는 개인을 보호해야 할 정책적 필요성도 존재하였다. 이에 법무부는 법무자문위원회를 통하여 디지털계약 개정안을 마련하게 되었다. 필자는 법무부 법무자문위원장으로 이 과정에 관여하였다.⁵⁾ 초안 작성 과정에서는 EU 디지털지침에 있는 조항 중 우리 민법에 들어올 필요가 있는 조항들을 선별하고 이를 출발점으로 삼아 개정안의 내용을 구상하는 작업이 진행되었다. 다만 우리나라의 디지털계약 개정안과 EU 디지털 지침 사이에는 차이점도 많다. 가장 근본적인 차이점으로는 EU 디지털 지침은 사업자-소비자 간의 관계를 규율하는 소비자 보호규범의 성격을 가지는 반면, 디지털계약 개정안은 반드시 이러한 관계를 전제하지 않는다. 따라서 사업자-사업자 간의 관계도 규율 대상에 포함된다. 다만 이러한 근본적인 차이점에도 불구하고 소비자보호의 이념은 우리나라 디지털계약 개정안의 실제 내용에도 영향을 미쳤다.

이하에서는 2022. 12. 1. 입법예고된 디지털계약 개정안(〈표 1〉 참조)의 내용을 살펴보고자 한다. 서론에서 밝혔듯이 이 개정안은 향후 절차를 거치면서 일부 수정될 가능성이 있다. 다만 그 큰 틀이나 주요 내용은 변하지 않으리라 예상된다. 비교의 편의를 위해 이 글의 말미에는 개정안 각 조항과 이에 상응하는 EU 디지털지침의 해당 조항도 표 형태로 수록하였다.⁶⁾

5) 법무부 법무자문위원회는 1971년에 대통령령인 「법무자문위원회규정」을 근거로 설립된 위원회이다. 이 규정에 따르면 법무자문위원회는 ① 법무 관계 법령의 개선 및 운영에 관한 사항, ② 국내외의 법률·학설 및 판례의 조사·연구에 관한 사항, ③ 기타 법무부장관이 필요하다고 인정하는 사항을 심의한다(규정 제3조). 이 사항을 효율적으로 심의하기 위하여 위원회에 분과위원회를 둘 수 있다(제4조 제1항). 위원회에는 총 12명 이내의 전문위원 또는 연구위원을 둔다(규정 제7조 제1항). 법무자문위원회규정의 시행에 관한 상세한 사항은 법무부령인 「법무자문위원회 운영규칙」에서 규정하고 있다.

6) EU 디지털지침의 조항 번역은 박은경, “디지털 콘텐츠 및 디지털 서비스 거래와 소비자 보호 - EU의 디지털지침을 중심으로 -”, 서울대학교 법학전문석사학위논문, 2023에 의거하였다. 필자는 이 논문의 지도교수였다.

〈표 1〉 디지털계약 개정안(현행 민법과의 비교)

현행	개정안
〈신 설〉	제16절 디지털제품 제공계약
〈신 설〉	제733조의2(디지털제품 제공계약의 의의) 디지털제품 제공계약은 당사자 일방이 상대방에게 디지털 형태로 제작·공급되는 콘텐츠 또는 그 콘텐츠의 제작·처리·저장·접근·유통에 관한 서비스(이하 “디지털제품”이라고 한다)를 제공하고 상대방이 그 이용에 대해 대가를 지급하기로 약정함으로써 효력이 생긴다.
〈신 설〉	제733조의3(제공자의 의무) ① 제공자는 계약 또는 거래관념상 합리적으로 기대되는 기능과 품질을 갖춘 디지털제품을 이용자에게 제공하여야 한다. ② 제공자는 이용자에게 다음과 같은 방법으로 디지털제품을 제공한다. 1. 디지털콘텐츠의 제공자는 이용자에게 디지털콘텐츠의 저장매체를 인도하거나, 디지털콘텐츠에 접근하거나 이를 다운로드할 수 있도록 하여야 한다. 2. 디지털서비스의 제공자는 이용자에게 디지털서비스의 접속 내지 이용에 필요한 방법을 제공하여야 한다. ③ 제공자는 이용자에게 디지털제품을 제공한 후에도 다음 각호의 기간 동안 제1항의 기능과 품질을 유지하기 위하여 필요한 합리적인 보완조치를 취하여야 한다. 1. 디지털제품의 계속적 제공을 목적으로 하는 경우에는 그 제공기간 2. 일회적 제공의 경우에는 디지털제품의 성질과 용도 등을 고려한 상당한 기간
〈신 설〉	제733조의4(제공자의 하자담보 책임) ① 제공된 디지털제품에 하자가 있는 경우 이용자는 제공자에게 하자의 시정을 청구할 수 있다. ② 제공자가 정당한 이유 없이 하자의 시정을 거절하거나 하자의 시정에 지나치게 많은 비용이 들거나 그 밖에 시정을 합리적으로 기대할 수 없는 경우에는 이용자는 제공자에 대해 대금감액을 청구하거나 계약을 해제 또는 해지할 수 있다. 다만, 하자가 중대하지 않은 때에는 이용자는 대금감액만을 청구할 수 있다. ③ 제1항 및 제2항에 따른 권리는 다음 각 호의 때로부터 2년 내에 행사하여야 한다.

<p>〈신 설〉</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. 계속적 제공을 목적으로 하는 경우에는 그 제공기간이 종료한 때 2. 일회적 제공의 경우에는 디지털제품이 제공된 때 3. 제733조의3제3항에 따른 보완조치 의무를 위반하여 하자가 있는 경우에는 그 의무의 존속기간이 종료한 때 ④ 제3항의 기간은 디지털제품 제공에 관하여 민법상 다른 전형계약의 규정이 적용되는 경우에도 적용된다.
<p>〈신 설〉</p>	<p>제733조의5(계약 종료에 따른 법률관계) ① 이용자는 계약 종료 이후 디지털제품을 계속 이용하지 못한다.</p> <p>② 계약 종료 후에 제공자는 이용자가 디지털제품을 이용하는 과정에서 생성한 콘텐츠를 더 이상 이용할 수 없다. 다만, 제공자가 계약 종료 후에도 이용자가 생성한 콘텐츠를 사용하는 데 대해 이용자가 동의하거나 그 외 제공자 또는 제3자가 그 이용에 상당한 이익을 갖는 경우에는 그러하지 아니하다.</p>
<p>〈신 설〉</p>	<p>제733조의6(계속적 제공계약에서 디지털제품의 변경)</p> <p>① 디지털제품에 대한 계속적 제공계약의 경우 제공자는 다음 각 호의 요건을 갖추어 디지털제품을 변경하여 제공할 수 있다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 계약 당시에 제공자의 변경가능성을 유보하였을 것 2. 디지털제품을 변경하지 않으면 해당 제품의 목적 달성이 곤란해지거나 어느 한 당사자의 이익이 부당하게 침해되는 경우 등 제품의 변경에 합리적 이유가 있을 것 3. 변경에 앞서 상당한 기간 전에 이용자에게 변경의 취지와 내용을 통지할 것 <p>② 이용자는 제1항에 따른 제품의 변경으로 인하여 디지털제품의 이용이익을 침해받게 되는 경우에는 상당한 기간 내에 계약을 해지할 수 있다.</p>

III

디지털계약 개정안의 주요 내용

1. 체계적 위치

가. 민법인가, 특별법인가?

디지털계약 개정안에 담긴 내용을 민법에 둘 것인지, 아니면 별도로 특별법을 제정할 것인지가 하나의 쟁점이었다. 이는 민법과 특별법 각각의 역할과 비중을 바라보는 시선에 따라 결론이 달라질 수 있는 문제이다. 민법에는 가급적 기본적이고 항구적인 원리만을 담고, 새로운 사회현상에 따른 세부적 규율은 민사 특별법에 맡길 것인지, 아니면 민법의 생명력과 규범력을 높이기 위해 민법에도 새로운 사회현상에 따른 세부적 규율을 적극적으로 둘 것인지는 민법학자들 사이에도 논쟁의 대상이다. 어느 한쪽이 꼭 옳다고 할 수는 없다. 비교법적으로 보면 약관이나 전자상거래, 소비자보호 등 세부적인 분야들을 민법에 포함시켜 규율하는 나라(예컨대 독일 민법)가 있는가 하면, 이에 비해 상대적으로 이러한 세부적인 분야들을 민법에 포함시켜 규율하는 데에 신중한 입장을 보이는 나라(예컨대 일본 민법이나 우리나라 민법)도 있다. 한편 이러한 각각의 모델 뒤에는 그 배경이 있기 마련이다.

가령 독일 민법의 세밀화는 EU의 동향과 관련이 있다. 가령 EU는 그동안 방문판매지침(85/577/EEC), 불공정조항지침(93/13/EEC), 통신판매지침(97/7/EC), 소비자매매지침(1999/44/EC) 등 소비자보호를 위한 다양한 개별 법제를 마련해 왔고, 그 토대 위에 소비자권리지침(2011/83/EU)을 제정하는 등 소비자계약에 초점을 맞춘 관련 규범들을 마련하여 왔다. 이번 EU 디지털지침도 이러한 연장선상에 있다. 아울러 EU의 회원국들은 이러한 EU의 관련 규범들에 대한 이행입법의 의무를 부담한다. 이러한 배경 아래 독일은 이들을 민법에 아우르기로 하였다.⁷⁾ 그러므로 독일의 상황은 단순히 민법-특별법의 관계라는 관점뿐만

7) 이에 대한 상세한 내용은 박신욱, “디지털지침과 물품매매지침 그리고 독일민법의 변화”, 「민사법학」, 제99호, 2021 및 최성경, “EU디지털지침의 독일채권법으로의 포섭과 그 입법론적 시사점”, 「외법논집」, 제46권 제1호, 2022 참조.

아니라 EU법-독일법의 유기성이라는 관점에서 이해해야 한다. 또한 독일은 그 이전에도 이미 소비자에 관한 조항들을 민법에 두고 있었다는 점에서도 우리나라와 상황이 다르다.⁸⁾

반면 일본 민법의 단순화 또는 추상화 현상은 서구의 민법을 일본에 처음 받아들이는 과정에서 일본에 무리 없이 수용할 수 있는 차원의 기본적인 원리를 개괄적인 조항 형태로 두게 된 일본 민법의 제정사와 관련 있다. 우치다 교수의 저서 『법학의 탄생』에는 이 점에 대해 시사점을 주는 다음 내용이 실려 있다.⁹⁾

민법 중 재산법이라 불리는 영역은 시장 거래의 규칙을 정하는 성격이 있고, 일본이 서양적인 시장 경제를 도입하는 이상 그러한 시장에 필수적인 법적 인프라로서 서양식 민법 규칙을 도입하는 것은 현실적으로 불가피한 선택이었다. 일본의 역사를 바탕으로 한 관습을 반영한다 한들, 서양식 민법에 공통으로 보이는 원칙의 세척 부분에 한정될 수밖에 없다. 그래서 노부시게 등 기초위원은 브라운소가 기초한 구민법의 특수 프랑스 법적 측면을 배제하고 비교법적 시각에서 지지할 수 있는 원칙을 가능한 한 간단하게 정하는 조문으로 대응하려 했다. 당시 기초가 진행 중이던 독일 민법 초안으로부터도 강한 영향을 받았다고는 해도, 프랑스 민법, 독일 민법 모두가 2천 4백조 전후의 조문인데 비해 노부시게 등이 기초한 일본 민법은 그 절반에도 못 미치고(제정 시에는 1146조), 게다가 각 조문의 문자 수도 적다. 비교법적으로도 드물만큼 간단한 민법이 만들어졌다. 이것은 일본의 실정에 적합한 세부 규칙을 확정하기에는 주어진 시간이 너무 짧은 현실에 대한 현명한 대응이었다.

우리나라 민법도 이러한 ‘간단한 민법’으로 분류된다. 물론 우리나라 민법은 이 문제에 관하여 언제나 일관된 입장을 취한 것은 아니다. 우리나라 민법은 대체로 추상적이고 포괄적인 내용을 담는 기초를 유지하면서 사회의 수요에 따른 구체적이고 개별적인 입법은 특별법의 형식으로 행하는 경우가 많기는 하였다. 「주택임대차보호법」이나 「상가건물임대차보호법」이 그 대표적인 사례이다. 하지만 비교적 최근에는 여행계약과 보증에 관한 조항들이 개정되었는데 이는 양상을 달리한다. 2015. 2. 3. 법률 제13125호로 민법이 개정되면서 도입된 여행계약 조항들(제674조의2 내지 제674조의9)은 대체로 여행약관에서 통용되던 조항들을 민법에 반영한 것이다. 또한 같은 때 도입된 보증계약 조항들은 「보증인 보호를 위한 특별법」의 내용을 민법으로 옮긴 것이다. 이처럼 우리나라 민법도 그때 그때의 상황에 따라 그 포괄

8) 독일민법은 EU 디지털지침과 마찬가지로 디지털계약을 소비자계약의 일종으로 파악하는 것을 원칙으로 하나, 사업자 사이의 디지털계약에 관한 특별 규정도 두고 있다는 점에서 EU 디지털 지침과는 차이가 있다.

9) 우치다 타카시, 정종휴 옮김, 『법학의 탄생』, 박영사, 2021, 200-201면.

성과 기본성의 정도와 폭을 달리하여 왔다.

그러므로 디지털계약에 관한 조항들을 민법과 특별법 중 어디에 둘 것인가에 대한 정답은 존재하지 않는다. 다만 소비자보호에 관한 문제는 특별법으로 규율하여 온 입법적인 관행에 비추어 볼 때, 이 문제는 디지털계약에 관한 입법을 소비자보호법의 일환으로 행할 것인가에 주로 달려 있다. 또 다른 측면에서 보면 이는 얼마나 세밀한 조항들을 둘 것인지, 또한 해당 조항들에 임의규정과 강행규정 중 어떤 성격을 부여할 것인지, 향후 지속적인 개정 가능성이 있는지에 달려 있다. 이번 디지털계약 개정안은 소비자보호를 염두에 두면서도 적어도 일반론으로서는 소비자 아닌 자 간의 디지털계약도 규율하는 포괄적인 입법을 선택하였다. 그 결과 조항들도 대체로 일반적이고 포괄적인 내용으로 구성되었다. 이처럼 일반성과 포괄성이 높아질수록 특별법처럼 개정이 자주 이루어지지 않아도 된다. 아울러 다른 전형계약과 마찬가지로 이 조항들은 원칙적으로 임의조항의 성격을 띠게 되었다. 이러한 방향성은 자연스럽게 해당 조항을 민법에 두는 쪽으로 이어졌다. 논의 및 개정 추진 주체가 법무부인데, 민법이 법무부의 소관 법령인데 반해 특별법은 그러하지 않을 가능성도 있다는 현실적인 고려도 개정안을 민법에 마련하는 데 상당한 영향을 미쳤다.

나. 총론에 둘 것인가, 각론에 둘 것인가?

디지털계약에 관한 조항들을 민법에 둔다고 하더라도 여전히 남는 문제가 있다. 이를 모든 계약 유형을 아우르는 총론적 조항들로 보아 총론(예컨대 채권총론 또는 채권각론 중 계약총론)에 둘 것인지, 아니면 이 역시 매매, 임대차, 도급, 위임, 조합 등 전형계약과 같은 반열에 있는 또 다른 전형계약으로 보아 각론(계약각론)에 둘 것인지이다.

이러한 문제가 발생하는 이유는 대체로 현재의 전형계약은 계약의 목적물이 아니라 계약의 내용 - 즉 계약 당사자가 부담하는 권리와 의무의 내용 - 에 기초하여 분류되어 있기 때문이다. 예컨대 매매는 매도인이 매수인에게 매매의 목적이 된 권리를 이전하고, 매수인은 매도인에게 매매대금을 지급하는 것을 내용으로 하는 전형계약이다(민법 제568조). 임대차는 임대인이 임차인에게 목적물을 사용, 수익하게 하고, 임차인은 임대인에게 차임을 지급하는 것을 내용으로 하는 전형계약이다(민법 제618조). 하지만 매매와 임대차는 모두 부동산을 목적물로 삼을 수 있고, 이 점에서는 차이가 없다. 이러한 내용중심적 분류는 전형계약 전체를 관통하는 분류 기준이다. 그리고 이를 통해 한 전형계약과 다른 전형계약의 경계선은 적어도 관념적으로는 명확하게 설정될 수 있다.

한편 디지털계약은 후술하듯 계약에 의하여 제공되는 목적(물) - 즉 디지털콘텐츠 또는 디지털서비스 - 의 특성이라는 점에서 다른 전형계약과 차별화된다. 그런데 디지털콘텐츠계약은 디지털콘텐츠에 관한 권리를 이전한다는 점에서 매매계약의 범주에 포섭될 수 있고, 디지털서비스계약은 일정한 역무를 제공한다는 점에서 위임계약 또는 도급계약의 범주에 포섭될 수 있다. 이는 적어도 관념적으로는 전형계약 간의 경계선을 명확하게 그어주는 기존의 내용중심적 분류방식과는 어울리지 않는 측면이다. 또한 이 경우 디지털계약 조항들이 기존 전형계약 조항들과 어떤 관계에 있는가 하는 복잡한 문제가 발생한다. 물론 제작물공급계약의 경우처럼 하나의 계약에 도급과 매매라는 두 가지 이상의 전형계약적 요소가 존재하는 계약도 있을 수 있다. 하지만 이는 계약의 내용을 자유롭게 결정할 수 있는 계약자유의 원칙에 따른 결과일 뿐이다. 적어도 관념적으로는 도급과 매매는 그 내용상 명확하게 구별될 수 있다.

이러한 점에 착안한다면 디지털계약이라는 유형은 기존의 전형계약 유형과는 다른 차원에서 별도로 파악되어야 할 유형이라고 생각할 수도 있다. 실제로 독일은 민법 제2편 “채권관계법”, 제3장 “계약에서 발생하는 채권관계” 중 제2절의a “디지털제품에 관한 계약” 부분을 신설함으로써 디지털계약에 관한 조항들을 계약총칙에 위치시켰다.¹⁰⁾ 그러나 디지털계약에 관한 총론적 규정들을 두는 것은 입법기술상 쉽지 않다. 결국 해당 규정들을 통하여 규율하고자 하는 것은 디지털콘텐츠나 디지털서비스를 제공하는 계약에서 당사자가 어떠한 권리의무관계에 있게 되는가, 업데이트와 관련해서는 어떤 조치가 필요한가, 디지털제품에 하자가 있을 때 어떤 책임을 지게 되는가, 유동적인 속성을 가지는 디지털제품의 변경은 법적으로 어떻게 규율되는가 등의 문제이다. 그런데 이는 디지털계약에 국한되거나 디지털계약에서 특히 빈번하게 발생하는 문제이지 모든 계약 또는 모든 채권채무관계에 공통적으로 발생하는 문제가 아니다. 그 점에서는 계약각론에 계약유형의 일종으로서의 디지털계약에 관한 절을 신설하여 해당 조항들을 두는 것이 더 적합한 면도 있다. 아울러 계약자유의 원칙 아래 인정되는 각종 혼합계약이나 혼성계약을 떠올려 보면 전형계약의 분류에 너무도 그마틱한 의미를 부여할 필요는 없다는 점, 다른 전형계약 조항들과의 관계는 이를 조정하거나 해결하는 조항을 두면 충분하다는 점 등도 고려하였다. 이에 디지털계약에 관한 절은 제15절 화해 다음의 제16절로 하고, 조항은 화해의 마지막 조항인 제733조에 이어 가지번호를 붙여 제733조의2부터 제733조의6까지 다섯 개 조항을 두었다.

10) 이는 다시 제1관(디지털제품에 대한 소비자계약)과 제2관(사업자 사이의 디지털제품에 대한 계약을 위한 특별한 규정)으로 나누어진다.

2. 디지털제품 제공계약의 의의(개정안 제733조의2)

개정안은 ‘디지털제품 제공계약’(이 글에서는 “디지털계약”이라고 약칭하고 있다)을 규율 대상으로 삼는다. 개정안 제733조의2에 따르면 디지털제품 제공계약은 “당사자 일방이 상대방에게 디지털 형태로 제작·공급되는 콘텐츠 또는 그 콘텐츠의 제작·처리·저장·접근·유통에 관한 서비스(이하 “디지털제품”이라고 한다)를 제공하고 상대방이 그 이용에 대해 대가를 지급하기로 약정함으로써 효력이 생기는 계약”이다.

이 조항에 따르면, 디지털계약은 디지털콘텐츠를 제공하거나 디지털서비스를 제공하는 계약을 의미한다. 그리고 제공 대상으로서의 디지털콘텐츠와 디지털서비스를 합쳐서 ‘디지털제품’이라고 축약하여 칭하고 있다. 디지털콘텐츠와 디지털서비스를 아우르는 개념으로 ‘디지털제품’¹¹⁾ 선택한 데에는 같은 개념(digitale Produkte)을 사용한 독일민법 제327조 등이 영향을 미쳤다. 민법에서는 외래어를 사용하지 않고 있어 ‘디지털’, ‘콘텐츠’, ‘서비스’와 같은 외래어 사용에 대한 이질감이 있을 수 있으나, 이러한 용어들은 다른 법률이나¹²⁾ 일상생활에 자리 잡고 있어 큰 문제라고 생각하지는 않는다.

디지털계약의 개념을 정확히 이해하는 것은 디지털계약에 관한 규율의 적용 범위를 이해하는 데 필수적이다. 그러나 다른 법 개념이 그러하듯 디지털계약의 개념도 명확하지만은 않다. ‘디지털’이 무엇인지는 비교적 쉽게 이해할 수 있다. 하지만 ‘콘텐츠’나 ‘서비스’는 열려 있는 개념이다. 개정안은 ‘콘텐츠’나 ‘서비스’의 개념을 별도로 정의하고 있지 않다.¹³⁾ 사실 우리나라 민법은 개념 정의와는 친숙하지 않은 법이다. ‘콘텐츠’나 ‘서비스’ 개념의 정의는 여기에서도 판례나 학설의 몫으로 남겨져 있다.

다만 ‘콘텐츠’에 대한 개념은 다른 법률에서 정의되고 있다는 점에 주목할 필요가 있다. 「콘텐츠산업 진흥법」 제2조 제1항 제1호 및 「문화산업진흥 기본법」 제2조 제5호는 “콘텐츠”를 “부호·문자·도형·색채·음성·음향·이미지 및 영상 등(이들의 복합체를 포함한다)의 자

11) 제품이라는 표현이 유체물만을 포함하는 것으로 생각될 여지도 있다. 다만 금융상품, 서비스상품 등의 용례에서 알 수 있듯이 제품도 무체적인 콘텐츠나 서비스를 포함하는 용어로 사용하지 못할 이유가 없다. 그 점에서 ‘제품’과 ‘제조물’은 구별된다.

12) 예컨대 「디지털 기반의 원격교육 활성화 기본법」, 「산업 디지털 전환 촉진법」, 「콘텐츠산업 진흥법」, 「건축서비스 산업 진흥법」, 「사회서비스 이용 및 이용권 관리에 관한 법률」 등 참조.

13) 참고로 EU 디지털지침 제2조는 ‘디지털콘텐츠’를 ‘디지털 형태로 생산되고 공급되는 데이터’, ‘디지털서비스’는 ① 소비자가 디지털 형태로 데이터를 생산, 처리, 저장 또는 접근할 수 있도록 하는 서비스, 또는 ② 소비자나 해당 서비스의 다른 사용자에게 의해 업로드되거나 생성된 디지털 형태의 데이터의 공유나 기타 상호작용을 허용하는 서비스라고 정의하고 있다.

료 또는 정보”라고 동일하게 정의하고 있다. 그 외에도 「디지털 기반의 원격교육 활성화 기본법」 제2조 제4호는 “원격교육콘텐츠”를 “원격교육을 위하여 사용하는 부호·문자·도형·색채·음성·음향·이미지·영상 및 그 복합체와 관련된 자료 또는 정보”로, 「방송통신발전 기본법」 제2조 제2호는 “방송통신콘텐츠”를 “유선·무선·광선 또는 그 밖의 전자적 방식에 의하여 송신되거나 수신되는 부호·문자·음성·음향 및 영상”으로 각각 정의하고 있다. 이러한 정의 조항은 개정안의 ‘콘텐츠’의 개념 정의로도 원용될 수 있을 것이다.

디지털계약은 디지털제품의 제공에 대하여 대가를 지급하는 구조로 정의되어 있다. 이는 디지털계약이 유상·쌍무계약에 해당한다는 의미이다. 그러므로 대가의 지급이 약정되지 않는 계약은 설령 디지털제품을 대상으로 하는 계약이라도 개정안에서 상정하는 디지털계약이 아니다. 여기에서 ‘대가’는 대부분 금전의 형태를 띠게 될 것이나, 반드시 그래야 하는 것은 아니다. 따라서 권리나 현물 기타 이익도 여기에서의 ‘대가’에 포함된다. 개인정보가 여기의 ‘대가’에 포함되는가? 이는 이른바 개인정보의 반대급부성 또는 대가성 논의와 관련 있다.¹⁴⁾ 참고로 EU 디지털지침 제3조는 소비자가 사업자에게 개인정보를 제공하거나 그 제공을 약속하는 경우에도 이 지침이 적용될 수 있다고 규정한다.¹⁵⁾ 다만 이 규정은 EU 디지털지침의 적용 가능성에 대한 규정일 뿐 개인정보의 대가성 또는 반대급부성에 관한 명시적인 선언은 아니다. 결국 개인정보가 대가에 포함될 수 있는지는 여전히 해석론에 맡겨져 있다. 개인정보가 실제로는 거래의 대상이 되고 있다는 점에 착안한다면, 대가의 범주에 포함된다 고 볼 수 있는 경우도 있을 것이다.

3. 제공자의 의무(개정안 제733조의3)

개정안 제733조의3은 제공자의 의무를 규정하고 있다. 상대방인 이용자의 의무는 대가를 지급할 의무이고 이에 대해서는 별도로 설명할 필요가 크지 않기 때문에 제공자의 의무만 규정하고 있는 것이다. 제공자의 의무는 하자 없는 디지털제품의 제공의무(제1항, 제2항)와 이른바 업데이트 의무(제3항)로 구성된다. 이 조항에서 규정하는 의무는 가장 기본적인 전형적인 의무에 불과하고,¹⁶⁾ 계약의 내용에 따라 제공자에게 다른 의무가 추가될 수 있

14) 이 점에 관한 독일 등 외국의 논의 동향에 관하여는 김진우, “대가로서의 디지털 개인정보: 데이터의 개인정보보호법 및 계약법적 의의”, 「비교사법」, 제24권 제4호, 2017 참조.

15) 독일 민법 제312조도 이와 유사한 내용을 규정한다.

16) 이 점에 착안하여 초기 단계에서는 개정안 제733조의3의 표제를 ‘제공자의 기본의무’라고 하였으나, ‘기본의무’라는 개념이 생소하고 어색하다는 이유로 ‘제공자의 의무’로 변경하였다.

음은 물론이다.

제1항은 “계약 또는 거래관념상 합리적으로 기대되는 기능과 품질을 갖춘 디지털제품”을 제공할 의무를 규정한다. “합리적으로 기대되는 기능과 품질”의 기준은 “계약” 또는 “거래관념”이다. 제1항은 양자를 병행적으로 규정하고 있으나 우열관계가 있다고 보아야 한다. 1차적으로는 계약, 2차적으로는 거래관념에 따라 하자 여부가 판단된다. 계약에 부합하지 않는 하자는 주관적 하자, 거래관념에 부합하지 않는 하자는 객관적 하자이다. 계약에서 정한 바를 충족하더라도 계약에서 정하지 않은 영역에서 거래관념에 부합하지 않는 하자가 있다면, 그 하자로 인한 책임을 배제한다는 계약 당사자의 의사가 존재하지 않는 한 하자가 존재한다고 보아야 한다. 그러한 점에서 원칙적으로 제공자는 계약과 거래관념 양자에 모두 부합하는 디지털제품을 제공해야 한다.¹⁷⁾

개정안을 만들 초기 단계에서는 EU 디지털지침을 참조하여 ‘호환성’, ‘기능성’, ‘상호운용성’, ‘통합성’을 디지털제품이 갖추어야 할 속성으로 명시하는 초안을 마련하였다. 다만 각각의 속성이 구체적으로 무엇을 의미하는지, 그 속성 간의 상호관계는 무엇인지, 해당 속성이 넓게 확장되어 제공자에게 불명확하고 과도한 부담을 지우거나 그 속성의 결여 여부를 둘러싸고 불필요한 분쟁이 발생하지는 않을지 등 여러 가지 문제가 제기되었다. 아울러 해당 속성의 의미를 밝히려면 EU 디지털지침의 정의 조항(제2조)과 같이 해당 속성을 정의할 필요가 있는데, 그 정의 조항을 통하여 의미가 명확하게 밝혀질 수 있는지에 대한 의문이 제기되었다. 예컨대 EU 디지털지침 제2조는 ‘호환성’을 ‘디지털 콘텐츠나 디지털 서비스를 변환할 필요 없이 동종의 디지털 콘텐츠나 디지털 서비스가 일반적으로 사용되는 하드웨어나 소프트웨어에서 해당 디지털 콘텐츠나 디지털 서비스가 작동할 수 있는 능력’, ‘상호운용성’은 ‘동종의 디지털 콘텐츠나 디지털 서비스가 일반적으로 사용되는 것과 다른 하드웨어나 소프트웨어에서 해당 디지털 콘텐츠나 디지털 서비스가 작동할 수 있는 능력’으로 각각 정의하는데 그 정의 조항을 이해하기도 쉽지 않을 뿐만 아니라 양자가 구체적으로 어떻게 구별되는지도 명확하지 않다. 또 하자의 기준을 구체적으로 제시하지 않는 민법의 다른 조항들(민법 제580조, 제667조, 제674조의7 등)과 균형이 상실되는 것은 아닌지 등도 문제되었다. 결국 하자의 기준은 종래처럼 해석론에 맡겨졌다.

17) EU 디지털지침도 마찬가지로 입장을 취한다. 즉 이 지침은 제7조에서 적합성의 주관적 요건, 제8조에서 적합성의 객관적 요건에 대해 규정하면서, 제8조 제1항에서 “적합성의 주관적 요건을 모두 충족하는 것 외에, 디지털콘텐츠나 디지털서비스는 다음 요건을 충족하여야 한다.”라고 함으로써 양자의 요건이 모두 충족되어야 함을 밝히고 있다. 이에 대한 설명으로는 김진우 외, “디지털계약에서의 담보책임 - 유럽연합의 디지털지침 및 우리 계약법에 대한 시사점 -”, 『법학연구』, 통권 제61집, 2019, 308-309면.

제2항은 디지털콘텐츠 제공자의 의무(제1호)와 디지털서비스 제공자(제2호)의 의무를 나누어 규정하고 있다. 제1호에 규정된 디지털콘텐츠 제공자의 의무 중 “이용자에게 디지털콘텐츠의 저장매체를 인도”하도록 하는 부분은 유체물로서의 저장매체 사용 빈도가 점점 낮아지는 추세에 비추어 향후 그 활용성은 낮아지리라 예상된다. 제2호에 규정된 디지털서비스 제공자의 의무는 “이용자에게 디지털서비스의 접속 내지 이용에 필요한 방법을 제공”하는 것으로 규정되어 있으나, 이는 그야말로 최소한의 의무일 뿐이다. 현실적으로 더욱 중요한 것은 그 접속 내지 이용이 원활하게 이루어지도록 할 의무일 것이다. 가령 스트리밍 서비스를 제공하면서 통상적으로 용인되는 범위를 넘어서서 접속 속도가 현저히 느려지거나 접속이 중단되는 사태가 빈번하게 발생된다면 이 역시 채무불이행의 문제를 발생시키게 될 것이다.

제3항은 이른바 업데이트 의무에 관한 조항이다. 초안 논의 과정에서는 업데이트 또는 업그레이드와 같은 외래어를 직접 사용함으로써 수범자들의 직관적 이해를 돕는 방안도 고려되었으나, 해당 용어의 법률적인 의미가 충분히 명확하지 않는데다가 업데이트 또는 업그레이드는 종국적으로 이용자가 스스로 행하지 않으면 제공자가 이를 강제할 수 없다는 의미에서 엄밀히 말하면 이용자의 몫이라는 점을 고려하여 해당 용어는 사용하지 않기로 하였다. 제3항에 사용되는 “합리적인 보완조치”는 이용자가 아닌 제공자가 제1항 소정의 기능과 품질을 유지하기 위해 취할 수 있는 조치만을 의미하는 것이다. 디지털제품이 계속적으로 제공되어야 하는 경우와 1회적으로 제공되면 충분한 경우를 나누어 전자는 디지털제품의 제공기간 동안, 후자는 디지털제품의 성질과 용도 등을 고려한 상당한 기간 동안 이러한 합리적 보완조치를 취할 의무가 부과된다.

4. 제공자의 담보책임(개정안 제733조의4)

개정안 제733조의4는 제공자의 담보책임에 관한 규정이다. 매매의 담보책임에 관한 규정은 계약의 성질이 이를 허용하는 한 매매 이외의 유상계약에도 준용된다(민법 제567조). 하지만 개별 계약 유형에 대한 담보책임 조항들이 별도로 규정되어 있다면 그 담보책임 조항들이 특칙으로서 우선하여 적용된다. 이러한 특칙으로서 증여자의 담보책임(제559조), 수급인의 담보책임(제667조), 여행주최자의 담보책임(제674조의6) 조항들이 있다. 개정안 제733조의4는 이러한 담보책임 특칙과 마찬가지로 디지털계약에 관한 제공자의 담보책임 특칙을 담은 조항이다. 제공자의 담보책임은 제공된 디지털제품에 하자가 있는 경우에 인정된다.

“유엔국제물품매매협약”(United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, CISG)¹⁸⁾을 고려하여 하자 대신 계약 부적합이라는 표현을 사용하자는 의견도 있었으나, 매매, 도급, 여행계약 등 담보책임이 문제되는 민법의 다른 조항들에서 ‘하자’라는 개념을 사용하고 있으므로 이와 통일성을 기하기 위해 그 개념을 그대로 사용하기로 하였다.

하자에 대한 담보책임의 내용으로는 크게 하자시정청구권, 대금감액청구권, 계약의 해제/해지권이 있다. 그중 하자시정청구권이 1차적 구제수단이고, 대금감액청구권이나 계약의 해제/해지권은 2차적 구제수단이다. 제공된 디지털제품에 하자가 있는 경우 이용자가 1차적으로 취할 수 있는 조치는 제공자에게 하자시정을 청구하는 것이다(제1항). 한편 제공자가 정당한 이유 없이 하자의 시정을 거절하거나, 하자의 시정에 지나치게 많은 비용이 들거나, 그 밖에 시정을 합리적으로 기대할 수 없는 경우 이용자는 2차적 구제수단으로서 제공자에게 대금감액을 청구하거나, 해제·해지를 할 수 있다(제2항 본문). 시정을 합리적으로 기대할 수 없는 경우에 2차적 구제수단으로 넘어가는 것은 “기대할 수 없는 것은 법으로 관철시킬 수 없다”는 법의 일반 원리가 디지털 제품의 하자 시정에 관하여 구현된 결과이다. 이처럼 하자 시정의 합리적 기대 가능성이 없는 경우에는 하자시정청구는 할 수 없고 2차적 구제수단으로 대금감액청구나 해제·해지를 할 수 있을 뿐이다. 한편 하자가 중대하지 않는 때에는 이용자는 대금감액청구만 할 수 있을 뿐, 해제·해지를 할 수는 없다(제2항 단서). 이는 계약의 해제·해지는 계약 목적을 달성할 수 없는 정도에 이르는 채무불이행이 있을 때 비로소 허용된다는 우리 판례의 입장을¹⁹⁾ 반영한 것이다.

참고로 우리 민법상 도급계약이나 여행계약에도 유사한 사고방식이 반영된 규정이 있다. 즉 도급계약에 관한 제667조 제1항에 따르면, 완성된 목적물 또는 완성전 성취된 부분에 하자가 있으면 원칙적으로 그 하자의 보수를 청구할 수 있으나 하자가 중요하지 않고 보수에 과다한 비용이 소요되면 하자보수청구가 허용되지 않는다. 또한 여행계약에 관한 제674조의 6에 따르면, 여행에 하자가 있는 경우에는 여행자는 여행주최자에게 하자의 시정 또는 대금의 감액을 청구할 수 있다. 다만, 그 시정에 지나치게 많은 비용이 들거나 그 밖에 시정을 합리적으로 기대할 수 없는 경우에는 시정을 청구할 수 없다.

한편 매매에 관한 담보책임 조항들을 보면 손해배상청구가 허용되는 경우가 많은데, 개정

18) CISG 제35조는 하자라는 개념 대신 계약 부적합이라는 개념을 사용한다.

19) 대법원 1996. 7. 9. 선고 96다14364 판결; 대법원 2001. 11. 13. 선고 2001다20394 판결.

안에서는 이를 담보책임의 내용으로 규정하지 않았다. 우선 대금감액청구를 통하여 사실상 손해배상의 목적을 달성할 수 있을 뿐만 아니라, 담보책임과 채무불이행책임은 경합하는 책임이므로²⁰⁾ 이용자는 담보책임과는 별도로 채무불이행을 이유로 손해배상청구를 할 수도 있다.

개정안은 디지털제품에 적용되는 하자담보책임의 존속기간을 2년으로 설정하였다(제3항). EU 디지털 지침 제11조 제2항 등 외국 법제를 참고한 결과이다. 이 기간은 제척기간의 성격을 띤다. 권리행사의 기산점은 계속적 제공의 경우는 그 제공기간 종료 시, 일회적 제공의 경우는 제공 시, 사후 보완조치(업데이트)의 경우는 그 의무의 존속기간 종료 시이다. 사후 보완조치의 경우 그 의무의 존속기간 종료 시가 제척기간의 기산점이라고 하여 그 존속기간 중에 권리를 행사할 수 없는 것은 아니다.

다른 전형계약상 담보책임의 존속기간과의 중첩에 관한 규정을 두었다(안 제733조의4 제3항, 제4항). 개정안 제733조의4 제4항은 디지털제품 제공에 관하여 민법상 다른 전형계약의 규정이 병존적으로 적용될 수 있음을 고려하여 하자담보책임의 존속기간에 관한 적용 법조를 정한 조항이다. 가령 디지털콘텐츠가 유체물에 내장되어 매매의 대상이 되는 경우에는 디지털콘텐츠 제공이라는 측면에서는 디지털계약의 성격을 띠지만 유체물의 이전이라는 측면에서는 매매계약의 성격을 띤다. 또한 디지털콘텐츠의 제작을 목적으로 하는 서비스 제공 계약이 도급의 성격을 띠는 경우도 있다. 이 경우 매매 또는 도급의 담보책임 규정도 적용될 수 있는데 이용자는 어떤 구제수단에 의거하여 자신의 권리를 행사할지를 선택할 수 있다. 만약 매매 또는 도급의 담보책임에 관한 제척기간이 경과하였더라도 디지털계약의 담보책임에 관한 제척기간이 남아 있다면 디지털계약의 담보책임을 물을 수 있다.

5. 계약의 종료에 따른 법률관계(개정안 제733조의5)

개정안 제733조의5는 계약의 종료에 따른 법률관계를 규정하고 있다. 계약의 종료는 계약기간의 만료, 계약의 해제, 해지, 취소, 철회 등 계약관계가 해소되는 모든 사태를 의미한다. 계약관계에 따른 급부가 행해진 이후 계약관계가 해소되면 이미 행해진 급부를 사후적으로 어떻게 처리할 것인가가 문제된다. 계약관계의 청산 문제라고도 표현할 수 있다. 디지털계약에서도 계약에 따른 급부가 행해지나 일반적으로 그 급부는 무형적인 형태 또는 방법으로

20) 대법원 2003. 7. 22. 선고 2002다35676 판결; 대법원 2020. 6. 11. 선고 2020다201156 판결.

행해지므로 이에 따른 청산의 특수성이 존재한다. 특히 디지털콘텐츠의 경우 복제가 용이하고, 복제를 하더라도 본래의 원본의 사용이나 수익은 여전히 가능하여(비경합성, 비배제성) 유형물의 급부와는 판이하게 다른 차원의 반환 문제가 발생하게 된다. 또한 지속적인 디지털계약관계에서는 제공자가 이용자의 정보를 지속적으로 수집하는 경우도 많다. 예컨대 이용자의 개인정보는 물론이고, 이용자의 선호와 취향, 이용 이력 등을 수집하여 이용자에게 맞춤형 서비스를 제공하는 경우도 많다. 그러다가 계약이 종료되면 이처럼 제공자가 이용자로부터 수집하거나 이용자에 관하여 생성한 정보를 어떻게 처리할 것인가가 문제된다. EU 디지털지침은 이 문제에 대해 비교적 상세한 규정을 두고 있다(제16조, 제17조).

이에 비해 개정안 제733조의5는 매우 기본적이고 간단한 규정만을 두고 있다. 우선 제1항에 따르면, 이용자는 계약 종료 이후 디지털제품을 계속 이용하거나 제3자에게 제공할 수 없다. 이는 일반적인 계약 원리에 비추어 볼 때 당연한 내용이다. 따라서 제1항은 확인적인 의미를 가지는 조항이다. 한편 제2항에 따르면, 제공자는 이용자가 디지털제품을 이용하는 과정에서 생성한 콘텐츠를 더 이상 이용할 수 없지만, 이용자가 동의하는 경우 또는 제공자나 제3자가 그 이용에 정당한 이익을 가지는 경우에는 그 이용이 허용된다(제2항). EU 디지털지침에서 다루는 계약관계 중 수집한 개인정보 처리의 문제는 개인정보 보호법에 의하여 규율한다. 한편 이용자가 생성한 콘텐츠를 둘러싼 귀속관계에 대해서는 아직 명확한 법리가 정립되어 있지 않다. 우선 이에 대한 계약(약관) 조항이 있다면 원칙적으로 그에 따르면 충분하다. 그런데 그러한 조항이 없거나, 있더라도 불공정한 약관이라는 점 등을 이유로 효력이 인정되지 않는 경우에는 그 콘텐츠의 귀속관계를 어떻게 정할 것인가에 관한 기준이 필요하다. 콘텐츠는 민법상 물건(제98조 참조)이 아니므로 물권법에 따른 귀속질서의 적용 대상이 아니다. 다만 콘텐츠 자체가 저작권법 등 지식재산권법의 적용 대상이라면 그 법의 적용을 받게 된다. 만약 콘텐츠가 지식재산권법의 적용 대상을 받지 않는다면 그 외에 콘텐츠의 귀속관계에 관한 특별법이 있는 것이 아니므로 인격권, 불법행위 등 일반 민법의 법리에 따르는 수밖에 없다. 이처럼 콘텐츠의 귀속관계에 관하여는 법리적인 불명확성이 존재하므로 이를 고려하여 제2항 역시 “이용자가 동의하는 경우”, “제공자나 제3자가 그 이용에 정당한 이익을 가지는 경우” 등 추상적이고 일반적인 표현을 쓴 것이다.

개정안의 초기 논의 단계에서는 계약의 종료에 따른 디지털제품의 반환 및 삭제의무를 두어야 한다는 언급도 있었다. 그러나 디지털제품의 반환이나 삭제가 항상 필요하지 않을 뿐

만 아니라²¹⁾ 계약 자체의 해석 또는 계약해제에 따른 원상회복이나 계약취소 등에 따른 부당이득 반환 법리로 충분히 규율할 수 있고, 그러한 목적을 기술적 조치로 해결할 수도 있다는 점 등을 고려하여 반환이나 삭제에 대한 규정은 두지 않았다.

6. 디지털제품의 변경(개정안 제733조의6)

개정안 제733조의6은 디지털제품의 변경에 관한 조항이다. 이는 엄밀히 말하면 이른바 급부변경권에 관한 조항이라고도 말할 수 있다. 계속적 제공계약의 제공기간 중 디지털제품의 내용이나 조건이 변경되는 경우가 종종 발생하는데 그 변경의 요건과 한계를 정하기 위한 조항이다. 제1항은 그 변경의 요건으로 변경가능성 유보(제1항 제1호), 변경의 합리적 필요성(제1항 제2호), 사전 통지(제1항 제3호)를 제시한다.

첫째, 계약 당시에 제공자의 디지털제품 변경가능성이 유보되어 있어야 한다(제1호). 계약에 변경가능성이 유보되어 있다면 계약에 따라 디지털제품을 변경하면 충분하므로 굳이 변경에 대한 조항이 별도로 필요한가 하는 의문이 제기될 수도 있다. 하지만 EU 디지털지침 제19조는 디지털제품의 변경을 좀 더 신중하게 하고, 소비자 역시 디지털제품의 변경가능성을 고려하여 계약체결 여부를 결정하고 이를 예상할 수 있도록 이러한 요건을 규정하고 있다. 소비자 보호 차원의 규정이라고 할 수 있다. 또한 계약에 변경가능성이 유보되어 있는 경우에도 아래에서 살펴볼 제2호 및 제3호의 요건을 추가적으로 갖추어야 한다는 점에서도 이 조항의 규정 실익이 있다.

둘째, 디지털제품을 변경하지 않으면 해당 제품의 목적 달성이 곤란해지거나 어느 한 당사자의 이익이 부당하게 침해되는 경우 등 제품의 변경에 합리적 이유가 있어야 한다(제2호). 이는 변경의 실체적 요건이라고 할 수 있다. 우선 디지털제품을 변경해야 비로소 해당 제품의 목적을 달성할 수 있다면 오히려 이를 변경하는 것이 이용자의 입장에도 일반적으로 부합한다. 디지털제품을 변경하지 않으면 어느 한 당사자의 이익이 부당하게 침해되는 경우도 그러하다. 가령, 새로운 기술 환경에 따라 디지털제품의 제공 방식이나 포맷의 변경이 필요한 경우, 제품 목적 달성에 필요한 업데이트 과정에서 불가피하게 예상하지 못한 비용이 수반되어 그 비용을 반영한 새로운 대가를 책정해야 하는 경우 등을 상정할 수 있다. 다만 어떤 경우에 이익의 부당한 침해가 일어나는지는 미리 확일적으로 말하기 어려운 면이 있다.

21) 요즘 대세를 이루고 있는 스트리밍 방식의 디지털서비스계약에서는 디지털제품의 반환이나 삭제의 문제는 발생하지 않는다. 또한 이러한 문제는 대부분 기술적으로 해결할 수도 있다.

가령 디지털 음원 가격의 상승으로 인해 음원 서비스 제공가격을 높여야 하는 경우 그 가격 인상분을 제공자와 이용자 중 누가 부담해야 하는가 등의 문제는 쉽게 답하기 어렵다. 향후 재판례 축적을 통해 예측 가능성을 제고해 나가는 수밖에 없다.

셋째, 변경에 앞서 상당한 기간 전에 이용자에게 변경의 취지와 내용을 통지해야 한다(제3호). 이는 변경의 절차적 요건이라고 할 수 있다. 계약에 변경가능성이 유보되어 있고 제품의 변경에 합리적 이유가 있다면 이러한 사전 통지가 꼭 요구되는가 하는 의문이 제기될 수도 있다. 그러나 계약의 변경가능성 유보조항의 내용과 범위, 제품 변경의 합리적 이유 존부 등이 언제나 명확한 것은 아니다. 사전 통지는 이처럼 불명확한 사항에 관한 이용자의 의견 제시 기회를 부여하는 의미가 있다. 아울러 이러한 의견 수렴을 통해 제공자는 변경 여부와 내용에 관하여 재고할 기회를 부여받게 된다. 또한 이용자는 사전 통지를 받음으로써 계속적 계약을 유지할 것인지 여부를 판단하는데 필요한 정보를 취득할 수 있다. 제3호는 사전 통지의 방식에 관하여는 규정하고 있지 않다. 따라서 합리적으로 여겨지는 한 전체 이용자가 접근하여 인식할 수 있는 방식으로 통지하면 충분하고, 반드시 모든 이용자에게 각각 개별적인 통지를 해야 하는 것은 아니다.

이러한 요건들이 갖추어져 디지털 제품을 변경하는 경우 이용자가 이로 인해 디지털제품의 이용이익을 침해받게 되는 경우에는 상당한 기간 내에 계약을 해지할 수 있다. 여기에서의 “이용이익”은 제2호 소정의 “당사자의 이익”과 구별된다. 제2호 소정의 “당사자의 이익”은 디지털제품을 변경하지 않을 때 침해될 수 있는 제공자 또는 이용자의 이익을 의미하지만, 여기에서의 “이용이익”은 디지털제품을 변경할 때 침해될 수 있는 이용자의 이익을 의미한다. 이러한 이용이익이 침해되는지 여부는 너그럽게 해석되어야 한다.

개정안 제733조의6은 소비자 보호의 성격이 가장 강하게 드러나 있는 조항이다. 이와 관련하여 제733조의6을 강행규정으로 볼 것인가의 문제가 대두된다. 개정안은 이 점을 명확하게 규정하지 않았다. 민법의 전형계약에 관한 규정을 강행규정으로 할 때는 이를 명문으로 밝히고 있는 점(예컨대 임대차계약에 관한 제652조, 여행계약에 관한 제674조의9)에 비추어 보면, 이를 임의규정으로 해석할 가능성이 높다. 이를 강행규정으로 하는 것도 고려해 볼 필요가 있다. 한편 이를 임의규정으로 보면 제733조의6에 규정된 내용과 달리 이용자에게 불공정한 계약이 체결될 위험이 있다. 그런데 현실적으로 소비자가 거래 주체가 되는 대부분의 경우에는 약관의 형태로 계약이 체결될 것이다. 그러므로 약관규제법에 따라 해당 약관의 불공정성을 규제할 길은 열려 있다.

IV 마치며

디지털계약 개정안이 향후 실제로 국회에 제출될지, 제출된다면 통과될지를 지금 예상하기는 어렵다. 또한 법무부 2023년 업무계획에 따르면 금년에 민법(재산법) 전면 개정작업이 다시 추진될 것으로 보이는데, 이때 이 개정안이 이러한 전면 개정작업과 어떤 관계에 있게 될지도 불명확하다. 이러한 불명확성에도 불구하고 민법이 실제 우리가 살아가는 사회에서 문제되는 현상을 규율함으로써 기본법으로서의 생명력과 실효성을 획득하려고 한 시도라는 점 자체에서 이번 디지털계약 개정안은 의미를 가진다. 이번 디지털계약 개정안은 EU 디지털지침과 비교하면 그 추상성과 일반성, 포괄성의 정도가 높고, 내용도 단순하다. 이러한 차이는 디지털계약 개정안이 디지털계약을 민법의 다른 전형계약과 같은 반열에 놓으면서 ‘간단한 민법’의 스타일을 그대로 적용한 반면, EU 디지털지침이 기본적으로는 소비자보호를 위한 특별법의 성격을 가진다는 점과도 무관하지 않다. 세부적인 규정을 두는 것은 규율의 세밀성을 높인다는 점에서는 긍정적이나, 급변하는 환경에 대한 신속성을 낮춘다는 점에서는 부정적인 면도 있다. 그러한 점에서 디지털계약 개정안의 방향성에는 이해할 만한 측면이 있다. 이번 디지털계약 개정안을 계기로 향후 디지털계약을 둘러싼 논의가 더욱 풍성해지기를 기대한다.

※ 앞서 밝혔듯이 아래에는 디지털계약 개정안의 조항 및 이에 상응하는 EU 디지털지침의 조항을 비교하는 표를 추가하였다. 지면관계상 EU 디지털지침의 내용 중 관련성이 상대적으로 떨어지는 부분은 생략하였다.

〈표 2〉 디지털계약 개정안과 EU 디지털지침 비교

현행	개정안
<p>제733조의2(디지털제품 제공계약의 의의) 디지털제품 제공계약은 당사자 일방이 상대방에게 디지털 형태로 제작·공급되는 콘텐츠 또는 그 콘텐츠의 제작·처리·저장·접근·유통에 관한 서비스(이하 “디지털제품”이라고 한다)를 제공하고 상대방이 그 이용에 대해 대가를 지급하기로 약정함으로써 효력이 생긴다.</p>	<p style="text-align: center;">제2조 정의</p> <p>이 지침의 목적상, 다음의 정의가 적용된다.</p> <p>(1) ‘디지털 콘텐츠’는 디지털 형태로 생산되고 공급되는 데이터를 의미한다.</p> <p>(2) ‘디지털 서비스’는 다음을 의미한다.</p> <p>(a) 소비자가 디지털 형태로 데이터를 생산, 처리, 저장 또는 접근할 수 있도록 하는 서비스, 또는</p> <p>(b) 소비자나 해당 서비스의 다른 사용자에 의해 업로드되거나 생성된 디지털 형태의 데이터의 공유나 기타 상호작용을 허용하는 서비스</p> <p style="text-align: center;">(중략)</p> <p>(7) ‘대금’은 디지털 콘텐츠나 디지털 서비스의 공급에 대한 대가로 제공된 금전이나 가치의 디지털적 표현을 의미한다.</p> <p>(8) ‘개인정보’는 EU 규정 2016/679 제4조 제1항에서 정의된 개인정보를 의미한다.</p> <p style="text-align: center;">(이하 생략)</p> <p style="text-align: center;">제3조 적용 범위</p> <p>1. 이 지침은 사업자가 디지털 콘텐츠나 디지털 서비스를 소비자에게 공급하거나 공급을 약속하고 소비자가 대금을 지급하거나 지급할 것을 약속하는 계약에 적용된다.</p> <p>이 지침은 사업자가 디지털 콘텐츠나 디지털 서비스를 소비자에게 공급하거나 공급할 것을 약속하고, 소비자에 의해 제공된 개인정보가 사업자에 의해 이 지침에 따라 디지털 콘텐츠나 디지털 서비스를 공급하기 위한 용도로만 사용되거나 사업자가 준수하여야 하는 법적 요구사항의 준수를 위해서만 사용하고 사업자가 해당 정보를 다른 목적으로 사용하지 않는 경우를 제외하고 소비자가 사업자에게 개인정보를 제공하거나 제공할 것을 약속하는 경우에도 적용된다.</p> <p style="text-align: center;">(이하 생략)</p>

현행	개정안
<p>제733조의3(제공자의 의무) ① 제공자는 계약 또는 거래관념상 합리적으로 기대되는 기능과 품질을 갖춘 디지털제품을 이용자에게 제공하여야 한다.</p> <p>② 제공자는 이용자에게 다음과 같은 방법으로 디지털제품을 제공한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 디지털콘텐츠의 제공자는 이용자에게 디지털콘텐츠의 저장매체를 인도하거나, 디지털콘텐츠에 접근하거나 이를 다운로드할 수 있도록 하여야 한다. 2. 디지털서비스의 제공자는 이용자에게 디지털서비스의 접속 내지 이용에 필요한 방법을 제공하여야 한다. <p>③ 제공자는 이용자에게 디지털제품을 제공한 후에도 다음 각호의 기간 동안 제1항의 기능과 품질을 유지하기 위하여 필요한 합리적인 보완조치를 취하여야 한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 디지털제품의 계속적 제공을 목적으로 하는 경우에는 그 제공기간 2. 일회적 제공의 경우에는 디지털제품의 성질과 용도 등을 고려한 상당한 기간 	<p>제6조 디지털 콘텐츠나 디지털 서비스의 적합성</p> <p>사업자는 해당되는 경우 제10조를 침해함이 없이 제7조, 제8조 및 제9조에 규정된 요건을 충족하는 디지털 콘텐츠나 디지털 서비스를 소비자에게 공급하여야 한다.</p> <p>제7조 적합성의 주관적 요건</p> <p>계약에 합치하기 위해, 디지털 콘텐츠나 디지털 서비스는 특히 적용 가능한 경우 아래 요건을 갖추어야 한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> (a) 계약에 명시된 설명, 수량에 부합하고, 계약에 의해 요구되는 기능성, 호환성, 상호운용성과 기타 특징을 갖추는 것 (b) 늦어도 계약 체결시까지 소비자가 이를 사업자에게 알리고 사업자가 이를 수락한 경우 소비자가 요구한 특정 목적에 부합할 것 (c) 계약에 의해 요구되는 모든 부속품, 설치에 관한 내용을 포함한 지침 및 소비자 지원을 제공할 것 (d) 계약에 명시된 대로 업데이트 될 것 <p>제8조 적합성의 객관적 요건</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 적합성의 주관적 요건을 모두 충족하는 것 외에, 디지털 콘텐츠나 디지털 서비스는 다음 요건을 충족하여야 한다. <ol style="list-style-type: none"> (a) 동종의 디지털 콘텐츠나 디지털 서비스가 통상적으로 사용되는 목적에 부합하고, 적용 가능한 경우 유럽연합 및 회원국의 현행 국내법 및 기술 표준을 고려하고, 그러한 기술표준이 없는 경우 적용 가능한 해당 분야의 산업 규칙을 고려할 것 (b) 동종의 디지털 콘텐츠나 디지털 서비스에 있어 일반적이고, 디지털 콘텐츠나 디지털 서비스의 성질을 고려하고, 사업자가 다음 경우에 해당함을 증명하는 경우를 제외하고 사업자나 사업자를 대표하여 또는 연쇄적 거래에 있어 이전 단계의 사람이 특히 광고나 표시 등으로 보여준 모든 공적 발언을 고려할 때 소비자가 합리적으로 예상할 수 있는 수량 및 기능성, 호환성, 접근성, 지속성, 보안성을 포함한 이행 성능을 갖추는 것 (i) 사업자가 문제된 공적 발언을 알지 못했거나 합리적으로 알지 못한 경우

현행	개정안
	<ul style="list-style-type: none"> (ii) 계약 체결 시에 해당 공적 발언이 그 발언이 행해진 방법과 동일하게 또는 이에 준하는 방법으로 수정된 경우 (iii) 소비자가 디지털 콘텐츠나 디지털 서비스를 취득하기로 한 결정이 공적 발언에 영향받지 않았을 수 있는 경우 (c) 적용 가능한 경우, 소비자가 합리적으로 수량을 기대한 모든 부속품 및 지침과 함께 제공될 것 (d) 계약 체결 전 사업자에 의해 제공된 디지털 콘텐츠나 디지털 서비스의 체험판이나 미리보기와 일치할 것 <p>2. 사업자는 보안 업데이트를 포함해 디지털 콘텐츠나 디지털 서비스가 다음 기간 동안 적합성을 유지하는데 필요한 업데이트를 소비자에게 알리고 제공한다.</p> <ul style="list-style-type: none"> (a) 일정 기간 동안 지속적 공급을 규정하는 계약의 경우, 그 계약에 따라 디지털 콘텐츠나 디지털 서비스가 공급되는 동안 (b) 일회성 공급 또는 계속적으로 이루어지는 개별 공급 계약의 경우, 디지털 콘텐츠나 디지털 서비스의 종류와 목적 및 계약의 성질과 정황을 고려할 때 소비자가 합리적으로 예상 가능한 기간 동안 <p>3. 소비자가 합리적인 기간 내에 제2항에 따라 사업자가 제공한 업데이트 설치에 실패하는 경우, 사업자는 다음 조건을 만족하는 경우 오로지 관련 업데이트를 설치하지 않아 발생하는 적합성 결여에 대한 책임을 부담하지 않는다.</p> <ul style="list-style-type: none"> (a) 사업자가 소비자에게 업데이트 가능성 및 소비자가 설치에 실패할 경우의 결과에 대해 설명하였을 것, 그리고 (b) 소비자의 업데이트 설치 실패 또는 잘못된 업데이트 설치가 사업자에 의해 제공된 설치 지침의 흠결로 인한 것이 아닐 것 <p>4. 계약이 일정 기간 동안 디지털 콘텐츠나 디지털 서비스의 지속적 공급을 규정하고 있는 경우, 디지털 콘텐츠나 디지털 서비스는 그 기간 동안 적합성을 계속 유지하여야 한다.</p> <p>5. 계약 체결 시 소비자에게 디지털 콘텐츠나 디지털 서비스의 특정한 특징이 제1항이나 제2항에서 규정된 적합성의 객관적 요건과는 차이가 있다는 점에 대해 구체적인 설명이 제공되었고 소비자가 계약 체결 시 해당 차이에 대해 명시적으로 별도로 동의한 경우, 제1항 및 제2항에 규정된 의미에서의 계약 적합성 결여는 존재하지 않는 것으로 간주한다.</p>

현행	개정안
	<p>6. 당사자가 달리 합의하는 경우를 제외하고, 디지털 콘텐츠나 디지털 서비스는 계약 체결 시에 이용 가능한 가장 최신의 버전으로 제공되어야 한다.</p>
<p>제733조의4(제공자의 하자담보 책임) ① 제공된 디지털 제품에 하자가 있는 경우 이용자는 제공자에게 하자의 시정을 청구할 수 있다.</p> <p>② 제공자가 정당한 이유 없이 하자의 시정을 거절하거나 하자의 시정에 지나치게 많은 비용이 들거나 그 밖에 시정을 합리적으로 기대할 수 없는 경우에는 이용자는 제공자에 대해 대금감액을 청구하거나 계약을 해제 또는 해지할 수 있다. 다만, 하자가 중대하지 않은 때에는 이용자는 대금감액만을 청구할 수 있다.</p> <p>③ 제1항 및 제2항에 따른 권리는 다음 각 호의 때로부터 2년 내에 행사하여야 한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 계속적 제공을 목적으로 하는 경우에는 그 제공기간이 종료한 때 2. 일회적 제공의 경우에는 디지털제품이 제공된 때 3. 제733조의3제3항에 따른 보완조치 의무를 위반하여 하자가 있는 경우에는 그 의무의 존속기간이 종료한 때 ④ 제3항의 기간은 디지털제품 제공에 관하여 민법상 다른 전형계약의 규정이 적용되는 경우에도 적용된다. 	<p style="text-align: center;">제14조 적합성 결여에 따른 구제수단</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 디지털 콘텐츠나 디지털 서비스의 적합성이 결여된 경우, 소비자는 이 조에 규정된 조건에 따라 디지털 콘텐츠나 디지털 서비스가 계약에 적합하도록 추완을 요구하거나, 이에 비례해 대금을 감액받거나, 계약을 해제할 권리를 가진다. 2. 소비자는 다음의 경우를 포함한 모든 상황을 고려할 때 추완이 불가능하거나 사업자에게 과도한 비용을 부담시키는 경우를 제외하고 디지털 콘텐츠나 디지털 서비스가 계약에 적합하도록 추완을 요구할 권리를 가진다. <ol style="list-style-type: none"> (a) 디지털 콘텐츠나 디지털 서비스가 계약에 적합하였을 경우 가지게 되는 가치 (b) 적합성 결여의 중대성 3. 사업자는 소비자로부터 적합성 결여에 대한 통지를 받은 때로부터 합리적인 시일 내에 제2항에 따라 디지털 콘텐츠나 디지털 서비스가 계약에 적합하도록 추완하여야 하며, 추완은 무상으로 이루어져야 하며 디지털 콘텐츠나 디지털 서비스의 특성과 소비자가 디지털 콘텐츠나 디지털 서비스를 요구한 목적을 고려하여 소비자에게 현저한 불편을 주지 않아야 한다. 4. 소비자는 다음 중 하나에 해당하는 경우 제5항에 따라 디지털 콘텐츠나 디지털 서비스가 대금 지급의 대가로 공급된 경우 대금을 비례적으로 감액받거나 제6항에 따라 계약을 해제할 권리를 가진다. <ol style="list-style-type: none"> (a) 제2항에 따라 디지털 콘텐츠나 디지털 서비스가 계약에 적합하도록 추완하는 것이 불가능하거나 불합리한 경우 (b) 사업자가 디지털 콘텐츠나 디지털 서비스를 제3항에 따라 계약에 적합하도록 추완하지 않은 경우 (c) 디지털 콘텐츠나 디지털 서비스의 추완을 위한 사업자의 노력에도 불구하고 적합성 결여가 나타나는 경우 (d) 적합성 결여 상태가 즉각적 대금 감액 또는 계약 해제를 정당화할 정도로 심각한 경우, 또는 (e) 사업자가 합리적 기간 내 또는 소비자에게 중대한 불편을 초래하지 않으면서 디지털 콘텐츠나 디지털 서비스를 추완하지 않을 의사를 명시하였거나, 정황상 그러한 의사가 분명한 경우.

현행	개정안
	<p>5. 대금의 감액은 디지털 콘텐츠나 디지털 서비스가 계약에 적합했다면 가졌을 가치에 비교하여, 소비자에게 제공된 디지털 콘텐츠나 디지털 서비스의 가치 감소분에 비례하여 이루어진다.</p> <p>디지털 콘텐츠나 디지털 서비스의 공급이 일정한 기간 동안 대금의 지급과 대가적으로 이루어짐을 명시한 계약의 경우, 대금의 감액은 디지털 콘텐츠나 디지털 서비스의 적합성이 결여되었던 기간에 한정하여 이루어진다.</p> <p>6. 디지털 콘텐츠나 디지털 서비스의 공급이 대금의 지급과 대가적으로 이루어진 경우, 소비자는 적합성 결여가 경미하지 않은 경우에 한해 계약을 해제할 권리를 가진다. 적합성 결여가 경미한지에 대한 증명책임은 사업자에게 있다.</p>
<p>제733조의5(계약 종료에 따른 법률관계) ① 이용자는 계약 종료 이후 디지털제품을 계속 이용하지 못한다.</p> <p>② 계약 종료 후에 제공자는 이용자가 디지털제품을 이용하는 과정에서 생성한 콘텐츠를 더 이상 이용할 수 없다. 다만, 제공자가 계약 종료 후에도 이용자가 생성한 콘텐츠를 사용하는 데 대해 이용자가 동의하거나 그 외 제공자 또는 제3자가 그 이용에 상당한 이익을 갖는 경우에는 그러하지 아니하다.</p>	<p style="text-align: center;">제15조 계약 해제권의 행사</p> <p>소비자는 계약을 해제하는 의사를 사업자에게 서면으로 통지하여 계약의 해제권을 행사한다.</p> <p style="text-align: center;">제16조 계약 해제 시 사업자의 의무</p> <p>1. 계약 해제 시, 사업자는 계약에 따라 소비자가 지불한 모든 금액을 소비자에게 반환하여야 한다.</p> <p>그러나, 계약에서 디지털 콘텐츠나 디지털 서비스의 공급이 일정 기간 동안 대금 지급에 상응하여 이루어질 것을 규정하고 있고 해당 디지털 콘텐츠나 디지털 서비스가 계약의 해제 전 일정 기간에 적합성을 유지하고 있던 경우, 사업자는 소비자가 지급한 대금 중 디지털 콘텐츠나 디지털 서비스가 적합성을 유지하지 못한 기간에 상응하여 비례하는 부분 및 계약이 해제되지 않았더라면 남아 있었을 기간에 대해 소비자가 미리 지불한 대금 부분만을 소비자에게 배상한다.</p> <p>2. 소비자의 개인 정보에 관해, 사업자는 EU 규정 2016/679에 따라 적용 가능한 의무를 준수한다.</p> <p>3. 다음에 해당하는 경우를 제외하고, 사업자는 사업자에 의해 공급된 디지털 콘텐츠나 디지털 서비스를 사용하는 동안 소비자가 제공하거나 소비자가 생성한 개인 정보를 제외한 어떠한 콘텐츠도 사용하지 않는다.</p> <p>(a) 해당 콘텐츠가 사업자에 의해 공급된 디지털 콘텐츠나 디지털 서비스의 맥락을 벗어나서는 효용성이 없는 경우</p>

현행	개정안
	<p>(b) 해당 콘텐츠가 사업자에 의해 공급된 디지털 콘텐츠나 디지털 서비스를 사용할 때 소비자의 활동에만 관련이 있는 경우</p> <p>(c) 해당 콘텐츠가 사업자에 의해 다른 데이터와 결합되어 분리될 수 없거나 분리하는데 현저한 노력이 소요되는 경우</p> <p>(d) 해당 콘텐츠가 소비자 및 다른 사람들과 공동으로 생성되고, 다른 소비자는 해당 콘텐츠를 계속 이용할 수 있는 경우</p> <p>4. 제3항 (a), (b), (c)호에서 언급된 상황을 제외하고, 사업자는 소비자의 요청이 있으면 개인정보를 제외하고 사업자에 의해 공급된 디지털 콘텐츠나 디지털 서비스를 사용하는 동안 소비자가 제공하거나 소비자가 생성한 다른 콘텐츠를 소비자가 이용할 수 있도록 한다.</p> <p>소비자는 해당 디지털 콘텐츠를 사업자의 방해 없이 무상으로 합리적인 시일 내에 통상적으로 사용되며 기계에 의해 해독 가능한 형태로 획득할 권리가 있다.</p> <p>5. 사업자는 소비자가 더 이상 디지털 콘텐츠나 디지털 서비스에 접근할 수 없게 하거나, 제4항을 침해함이 없이 소비자의 사용자 계정을 비활성화하여 소비자가 디지털 콘텐츠나 디지털 서비스를 추가로 사용하는 것을 방지할 수 있다.</p> <p style="text-align: center;">제17조 계약 해제 시 소비자의 의무</p> <p>1. 계약 해제 후, 소비자는 디지털 콘텐츠나 디지털 서비스를 이용하거나 제3자가 이를 이용 가능하도록 하여서는 아니된다.</p> <p>2. 디지털 콘텐츠가 유형 매체에 의해 공급된 경우, 소비자는 사업자의 요청이 있으면 사업자의 부담으로 부당한 지체 없이 유형 매체를 사업자에게 반환한다. 사업자가 유형 매체의 반환을 요청하고자 하는 경우, 사업자가 소비자의 계약 해제 결정을 통지받은 날로부터 14일 내에 요청하여야 한다.</p> <p>3. 소비자는 디지털 콘텐츠나 디지털 서비스가 적합성을 갖추지 못하였던 기간에 대해서는 계약의 해제 전 기간에 대해서도 디지털 콘텐츠나 디지털 서비스의 사용으로 인한 비용을 부담하지 아니한다.</p>

현행	개정안
<p>제733조의6(계속적 제공계약에서 디지털제품의 변경)</p> <p>① 디지털제품에 대한 계속적 제공계약의 경우 제공자는 다음 각 호의 요건을 갖추어 디지털제품을 변경하여 제공할 수 있다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 계약 당시에 제공자의 변경가능성을 유보하였을 것 2. 디지털제품을 변경하지 않으면 해당 제품의 목적 달성이 곤란해지거나 어느 한 당사자의 이익이 부당하게 침해되는 경우 등 제품의 변경에 합리적 이유가 있을 것 3. 변경에 앞서 상당한 기간 전에 이용자에게 변경의 취지와 내용을 통지할 것 <p>② 이용자는 제1항에 따른 제품의 변경으로 인하여 디지털제품의 이용이익을 침해받게 되는 경우에는 상당한 기간 내에 계약을 해지할 수 있다.</p>	<p>제19조 디지털 콘텐츠나 디지털 서비스의 변경</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 계약에 의해 디지털 콘텐츠나 디지털 서비스가 일정한 기간 동안 소비자에게 공급되거나 소비자의 접근이 가능한 상태에 놓이는 경우, 사업자는 다음 조건이 만족되는 경우 제7조 및 제8조에 따른 디지털 콘텐츠나 디지털 서비스의 적합성을 유지하기 위해 필요한 정도 이상으로 디지털 콘텐츠나 디지털 서비스를 변경할 수 있다. <ol style="list-style-type: none"> (a) 계약이 그러한 변경을 허용하고, 변경에 대한 타당한 근거를 제시하는 경우 (b) 그러한 변경이 소비자에게 추가적 비용 부담 없이 행해지는 경우 (c) 소비자가 변경에 대해 명시적이고 알기 쉽게 설명을 받은 경우, 그리고 (d) 제2항에 해당하는 경우, 소비자가 변경 사항, 변경 시점 및 제2항에 따라 계약을 해제할 권리 또는 제4항에 따라 그러한 변경 없이 디지털 콘텐츠나 디지털 서비스를 유지할 수 있는 가능성에 대해 사전에 항구적 매체를 통해 합리적으로 통지 받은 경우 2. 소비자는 디지털 콘텐츠나 디지털 서비스의 변경이 소비자가 디지털 콘텐츠나 디지털 서비스를 사용하거나 이에 접근하는 데 부정적인 영향을 주는 경우, 그 부정적 영향이 경미한 경우를 제외하고 계약을 해제할 권리를 가진다. 이러한 경우, 소비자는 디지털 콘텐츠나 디지털 서비스가 사업자에 의해 변경된 때 또는 변경 사실을 통지받은 때 중 더 늦은 때로부터 30일 이내에 계약을 무상으로 해지할 권리를 가진다. 3. 소비자가 이 조 제2항에 따라 계약을 해제하는 경우, 제15조 내지 제18조가 적용된다. 4. 사업자가 소비자의 추가 비용 부담 없이 소비자가 디지털 콘텐츠나 디지털 서비스를 변경 없이 유지할 수 있도록 하고, 디지털 콘텐츠나 디지털 서비스가 적합성을 유지하는 경우 이 조 제2항 및 제3항은 적용되지 않는다.

참고문헌

[국내 문헌]

- 김진우, “대가로서의 디지털 개인정보: 데이터의 개인정보보호법 및 계약법적 의의”, 「비교사법」, 제24권 제4호, 2017.
- 김진우 외, “디지털계약에서의 담보책임 - 유럽연합의 디지털지침 및 우리 계약법에 대한 시사점 -”, 「법학연구」, 통권 제61집, 2019.
- 박신욱, “디지털지침과 물품매매지침 그리고 독일민법의 변화”, 「민사법학」, 제99호, 2021.
- 박은경, “디지털 콘텐츠 및 디지털 서비스 거래와 소비자 보호 - EU의 디지털지침을 중심으로 -”, 서울대학교 법학전문석사학위논문, 2023.
- 우치다 타카시, 정종휴 옮김, 『법학의 탄생』, 박영사, 2021.
- 최성경, “EU디지털지침의 독일채권법으로의 포섭과 그 입법론적 시사점”, 「외법논집」, 제46권 제1호, 2022.

[기타 문헌]

- Directive (EU) 2019/770 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2019 on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and digital services.
- European Commission, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions A Digital Single Market Strategy for Europe.
- European Commission, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content.
- Publications Office of the European Union, <https://eur-lex.europa.eu/procedure/EN/2015_287> (최종 접속일: 2023.05.07.).

PROFILE



권 영 준

서울대학교 법학전문대학원 교수

Email: youngjoon@snu.ac.kr / Tel: 02-880-4081

| 학 력 |

- 서울대학교 법학사/석사/박사
- Harvard Law School(LL.M)

| 주요경력 |

- 서울지방법원 등 판사
- 서울대학교 법학전문대학원 교수
- Harvard Law School, Duke Law School, Max Planck Institute, 동경대 방문교수
- 법무부 법무자문위원장
- 국가지식재산위원회
- 국가지식재산위원회 인공지능/지식재산 특위 위원장
- UNCITRAL 회의 정부대표

| 주요연구 |

- 저작권침해판단론, 2007.
- 민법 2 - 권리의 변동과 구제, 2011, (공저).
- 민법판례연구 1, 2019.
- 주석민법(총칙 1), 2019, (공저).
- 민법학의 기본원리, 2020.
- 민법판례연구 2, 2021.
- 주석민법(채권각칙 1), 2021, (공저).

- 민법주해 3, 2022, (공저).
- 미국사법의 이해, 2023, (공편저).

| 주요논문 |

- 민사재판에 있어서 이론, 법리, 실무, 서울대학교 법학 제48권 제3호, 2008. 9.
- 불법행위법의 사상적 기초와 그 시사점, 저스티스 통권 제109호, 2009. 2.
- 계약관계에 있어서 신뢰보호, 서울대학교 법학 제52권 제4호, 2011. 12.
- 개인정보 자기결정권과 동의 제도에 대한 고찰, 법학논총(전남대학교) 제36권 제1호 (2016. 3)데이터 귀속·보호·거래에 관한 법리 체계와 방향, 비교사법 제28권 제1호, 2021. 2.
- 게임저작물과 실질적 유사성 - 한국의 포레스트 매니아 판결과 미국의 테트리 스 판결을 중심으로 -, 지식재산연구 제17권 제3호, 2022. 9.

발간번호		제 목	저 자 명
제 21-1호 2021. 8. 31	Focus Review	기술혁신과 산업규제의 역사	정 상 조
	Focus Trend	배달 플랫폼노동자의 법적 지위 관련 논의 동향	이 상 현
		국내 ISP와 해외 CP 간 망 이용을 둘러싼 분쟁 동향	황 이 경
		승차공유 플랫폼 관련 판례의 검토와 시사점	진 성 만
제 21-2호 2021. 10. 29	Focus Review	메타버스와 규제	이 승 민
		NFT와 저작권 쟁점에 대한 검토	박 경 신
	Focus Trend	메타버스의 파급에 따른 입법 · 사회적 과제	강 준 모
제 21-3호 2021. 12. 31	Focus Review	데이터 기본법의 의미와 주요 내용의 분석 및 향후 과제	이 성 엽
		중국의 개인정보 보호법 제정의 의미와 시사점	이 창 범
	Focus Trend	SNS ‘친구추천’은 개인정보 침해인가? -중국의 틱톡(TikTok) 판례분석-	이 상 우
제 22-1호 2022. 2. 28	Focus Review	NFT 등 블록체인 플랫폼 제공자의 온라인서비스 제공자 책임	정 진 근
		디지털 경제의 발전을 위한 경쟁정책	홍 대 식
	Focus Trend	미국에서의 인공지능 발명 특허에 대한 논의 동향	김 형 건
제 22-2호 2022. 4. 29	Focus Review	메타버스 플랫폼과 규제의 탈(脫) 게임화	이 승 민
		대체불가토큰(NFT)과 법률적 쟁점	한 서 희
	Focus Trend	NFT의 가상자산성 및 증권성 관련 규제 가능성 검토	정 승 화
제 22-3호 2022. 6. 30	Focus	디지털 헬스케어 시대, 의료데이터의 연구목적 활용을 위한 법적 과제	김 재 선
		디지털 헬스케어 규제 현황과 법적 과제	김 기 영
	Trend	보건의료데이터 관련 법령 간 정합성 검토	최 미 연

발간번호	제 목	저 자 명	
제 22-4호 2022. 8. 31	Focus	국내의 UAM(도심항공교통) 인프라 현황 및 시사점	유 금 식
		UAM 법(안)의 주요내용과 시사점	김 진 욱
	Trend	국내의 UAM 산업 · 기술 동향 및 정책적 시사점	이 찬 수 외
제 22-5호 2022. 10. 31	Focus	디지털전환과 NFT, 선제적 규제 개선 사항에 관한 소고(小考)	최 정 규
		메타버스산업 진흥에 관한 법안들의 주요 내용과 향후 입법 과제	송 도 영
	Trend	최근 인공지능, 블록체인에 관한 국회입법동향과 시사점	강 명 원
제 22-6호 2022. 12. 31	Focus	최근 일본의 플랫폼 비즈니스 규제에 대한 동향과 시사점	강 영 기
		중국의 인터넷플랫폼에 대한 규제입법과 동향	김 여 선
	Trend	공유경제의 과거, 현재, 그리고 미래에 대한 시각	최 미 연
제 23-1호 2023. 2. 28	Focus	에너지신산업 규제의 방향에 대한 연구 - 분산에너지 활성화 특별법안을 중심으로	권 경 선
		전력생태계 디지털화를 위한 법제 연구	박 진 표
	Trend	데이터 관련 법률 간 정합성 검토와 입법적 과제 ChatGPT와 규제의 딜레마: - 대규모 언어모델의 이슈를 중심으로	손 승 우 김 윤 명
제 23-2호 2023. 4. 30	Focus	프랑스의 글로벌 OTT의 규제 동향	권 채 리
		일본의 재생가능에너지 규제법제 동향 및 시사점	박 미 경
	Trend	미국의 숙박공유 플랫폼에 대한 규제 동향	최 성 호
제 23-3호 2023. 6. 30	Focus	다크패턴 개념 및 유형과 규제에 관한 소고	정 혜 련
		디지털계약에 관한 민법 개정안 분석	권 영 준
	Trend	서비스의 안전성 확보를 위한 2023년 데이터센터법의 개정 내용과 법적 과제 ChatGPT 등 생성형 인공지능 모델이 제기하는 개인정보 보호 관련 쟁점	황 창 근 최 성 호

규제법제리뷰는 신산업 분야의 규제 정책과 법제도 이슈 전반을 다루는 전문지입니다.

본 간행물은 한국법제연구원의 연구진과 외부 전문가의 참여로 집필하고 격월로 발간됩니다.

본지에 게재된 내용은 연구원의 공식적인 견해가 아님을 밝힙니다.

문의 : 규제법제연구센터 박효진 연구원(wmfxka@klri.re.kr, 044-861-0467)

규제법제연구센터 이한송 연구원(hslee@klri.re.kr, 044-863-0466)

제 23-3호

규제법제

발행 | 2023년 6월 30일

인쇄 | 2023년 6월 30일

발행인 | 한영수

발행처 | 한국법제연구원

세종특별자치시 국책연구원로 15

(반곡동, 한국법제연구원)

전화: (044) 861-0300

homepage: <http://klri.re.kr>

인쇄 | 인성문화

ISSN | 2982-6454

리
뷰

신산업편