

消費者被害救濟의 事前 豫防法理

- 留止請求權(Injunction)에 대하여 -

문 진 규*

I. 序

불법행위제도는 당사자간의 계약존부와 관계없이 위법한 행위에 의하여 이미 발생한 損害의 填補를 목적으로 하는 제도이므로 현재 이루어지고 있는 違法行爲의 排除·停止내지 장래에 있을 違法行爲의 예방청구 등을 불법행위로부터 생각할 수 없다는 것이 종래의 견해이었다. 따라서 지금까지 소비자 피해의 구제는 缺陷商品에 의한 피해구제나 방문판매 등에 의한 계약피해의 구제 등 사후적 구제에 그 중점을 두었다. 그러나 소비자 피해의 경우에는 製造物責任처럼 피해가 사망에 까지 미치는 것처럼 사고가 발생하면 도리킬 수 없는 심각한 경우가 있는가 하면, 去來損害의 경우와 같이 다수의 소비자가 피해를 받았지만 1건의 손해액이 미미한 반면에 소송비용은 크서 不當利得返還請求나 損害賠償請求를 단념하지 않을 수 없는 등의 특징을 가지고 있다. 이와 같은 특징을 가지고 있는 소비자 피해는 損害賠償에 의한 사후적 해결로는 진정한 해결이 되지 않을 뿐만 아니라 사후적 구제조차 충분하지 못한 것이 현실이다¹⁾.

이와같은 사정에 의하여 소비자 보호의 영역에서는 사후적 구제를 중심으로 한 사법적인 해결 외에 피해의 사전예방을 위하여 사업자에 대한 행정규제법이 불가결하게 발달되어 왔다.

행정규제법을 통한 소비자 피해의 사전방지 제도는 소비자 피해를 예방하는데 큰 역할을 하여 왔고 앞으로도 그 역할이 기대된다. 그러나 행정규제에 의한 소비자 피해의 사전예방도 다음과 같은 이유에서 완전하지 않다. 첫째, 새로운 소비자 피해가 발생한 후 그것에 대응하는 규제법이 제정되기까지는 상당한 시간을 필요로 하고 그 사이에 피해가 확대될 우려가 있다. 둘째, 우리나라에서는 종합적인 소비자보호행정을 담당하는 충분한 권한을 가진 행정기관이 존재하지 않아 縱의인 행정폐해가 나타나고, 또 소비자 보호에 대한 시각이 주무관청에 따라 상당한 차이를 보이고 있어, 규제법간의 整合性을 결하는 면이 많은 것이 현실이다. 따라서 주무관청이 다른 행정법규에 걸친 사건이 발생하는 경우에는 행정규제에 신속성을 결하게 되어 피해를 사전에 방지할 수 없는 경우도 많다²⁾.

소비자 피해의 이와같은 특징에 의하여 違法行爲로 인한 손해가 발생하기 전에 피해를 입을 우려가 있는 자가 사업자에 대하여 缺陷商品의 출하·판매의 정지나 제품의 회수조치 등의 留止請求³⁾를 인정하는 법리를 확립하는 것이 당

* 법학박사, 국방과학연구소

- 1) 소비자는 사후적 구제를 받기 위해서는 사업자의 과실·손해·인과관계 등을 입증하여야 하는데 그것이 언제나 가능한 것은 아니다.
- 2) 식품사고는 일시에 확산되어 즉각적으로 행정규제에 나서도 피해가 늘 수 밖에 없는데 1998년 6월 광주지방식품의약품안전청이 모대학 학교매점에서 파는 햄버거가 O-157에 감염된 사실을 알고 문제의 햄버거를 수거하였으나 햄버거의 고기원료를 공급한 축산물가공업체에 대한 조사단계에서는 농림부로 조사의뢰하여 고기원료에 대한 즉각적인 대처를 하지 못한 경우가 한 좋은 사례이다(조선일보, 1999.10.29, 29면 참조). 우리나라의 경우 식품관리에 있어서 축산물가공식품/밀가루는 농림부(축산물처리법/양곡관리법), 먹는물은 환경부(먹는물관리법), 주류는 국세청(주세법), 전상수산물제품은 해양수산부(수산업법), 소금(가공소금제외)은 산림자원부(염관리법), 기타식품은 식품의약품안전청(식품위생법)등과 같이 식품별로 관리소관부처를 달리하고 있다.
- 3) 본고에서는 留止請求의 의미를 장래에 손해가 발생하지 않도록 일정한 행위의 禁止 또는 예방을 법원에 請求할 수 있는 권리」라고 하는 의미로 사용하였다. 이 점에서

면한 과제로 되었다. 본고에서는 소비자 피해에 대한 사법적인 사전구제법리를 확립해야 할 필요성 및 소비자의 권리와 사업자의 의무에 대하여 살펴본 후 缺陷商品·서비스의 공급이나 부적절한 판매방법에 대한 소비자의 留止請求에 대한 법률구성에 대하여 살펴보기로 한다.

II. 사법적인 사전구제법리의 필요성

소비자의 피해가 새로이 발생하면서부터 행정규제가 제정될 때까지나 행정규제가 실제로 이루어질 때까지 다수의 소비자 불만이나 피해가 보고되는 것이 통상적이다. 이 경우에 행정은 그와같은 정보를 분석·검토하거나 조사를 통하여 사업자를 규제하게 되지만, 소비자로서는 행정상의 구제조치가 강구될 때까지 기다릴 수 밖에 다른 방법이 없다.

그러나 소비자로서도 행정규제의 발동을 기다릴 뿐만 아니라 스스로의 권리를 지키기 위하여 자신의 권리에 기하여 피해의 사전방지를 청구할 수 있는 것이 바람직함은 의심할 여지가 없다. 그리고 소비자의 自主의인 行爲⁴⁾가 요구되고 있는 오늘날에는 소비자가 스스로의 권리에 기하여 피해의 사전방지를 청구할 수 있도록 하는 사법상의 법리를 확립하는 것이 요청된다고 할 수 있다.

과거에는 사법적 구제라고 하면 사후적 구제에 중점을 두었지만, 우리나라 민법에 있어서도 損害賠償뿐만 아니고 物權侵害를 중심으로 하여 留止請求를 명문으로 규정하고 있다⁵⁾. 특히 物權侵害와 반대되는 관계에 있는 財産의 利益의 침해에 관하여도 민법의 특별법으로서의 성격을 가지는 不正競争防止 및

留止請求와 과거의 손해제거에 관한 「原狀回復」과는 일용 구별된다. 그러나 留止의 방법이 原狀回復의 결과를 발생시키는 경우에는 양자를 포함하여 사용하기로 한다.

4) 소비자보호법 제4조는 「소비자는 스스로 안전과 권익을 향상시키기 위하여 필요한 지식을 습득하는 동시에 自主의이고 성실한 행동을 함으로써 소비생활의 향상과 합리화에 적극적으로 역활하여야 한다」고 규정하고 있다.

5) 민법 제206조 이하(占有訴權), 민법 제214조(所有物妨害除去, 妨害豫防請求權), 민법 제223조(공작물에 대한 工事請求權), 민법 제242조(境界線附近的 建築制限).

營業秘密 保護에 관한 법 제4조에서 「(1) 不正競爭行爲로 자신의 영업상의 이익이 침해되거나 침해될 우려가 있다고 인정하는 자는 不正競爭行爲를 하거나 하고자 하는 자에 대하여 법원에 그 행위의 금지 또는 예방을 청구할 수 있다. (2) 제1항의 규정에 의한 청구를 할 때에는 그 不正競爭行爲를 조성한 물건의 폐기, 不正競爭行爲에 제공된 설비의 제거 기타 不正競爭行爲의 금지 또는 예방을 위하여 필요한 조치를 함께 할 것을 청구할 수 있다.」고 규정하고, 또 동법 제10조에서는 「(1) 영업비밀의 보유자는 영업비밀침해행위를 하거나 하고자 하는 자에 대하여 그 행위에 의하여 영업상의 이익이 침해되거나 침해될 우려가 있는 때에는 법원에 그 행위의 금지 또는 예방을 청구할 수 있다. (2) 영업비밀보유자가 제1항의 규정에 의한 청구를 할 때에는 침해행위를 조성한 물건의 폐기, 침해행위에 제공된 설비의 제거 기타 침해행위의 금지 또는 예방을 위하여 필요한 조치를 함께 청구할 수 있다」고 규정하여 營業上 利益이 침해될 우려가 있다는 이유로 留止請求를 인정하고 있음에 주목할 필요가 있다. 소비자는 항상 缺陷商品의 제조·판매에 의하여 생명·신체가 위험에 노출될 뿐만 아니라 惡德商人에 의한 공격적이고 불공정한 거래방법이나 부적정한 계약체결에 의하여 재산적 손해를 입을 위험에 노출되고, 이들 피해를 사전에 방지하기 위해서는 소비자의 권리에 의하여 留止請求를 인정하는 것이 요청된다고 할 수 있다. 소비자에 대한 留止請求權의 인정과 관련하여는 아래의 세 가지 점이 고려되어야 할 것이다.

(1) 消費者 被害防止를 위한 留止請求의 必要性

지금까지 소비자의 留止請求權이 논의되지 않은 이유의 하나는 소비자 피해의 발생위험을 가장 빨리 안 소비자는 피해의 원인으로 되는 상품·서비스를 구입하지 아니 함으로서 자신의 피해는 사전에 방지할 수 있으므로 留止請求의 필요성이 없었고, 또 피해의 희생자는 피해가 발생할 때까지 상품·서비스에 위험이 있음을 모르는 사람이므로 사실상 留止請求를 할 수 없었기 때문이라고 본다. 그러나 당뇨병 환자가 매일 복용해야만 하는 의약품에 대하여 일정시기에 특정공장에서 제조된 것에 한하여 결함이 있다고 하는 경우와 같이 소비자

가 어떤 종류의 특정한 상품·서비스에 위험이 있음을 설령 알았다고 하여도 소비자 정보가 기업비밀 등의 장해에 의하여 충분하고도 널리 전파되지 않는 현실에 있어서는 유통중인 상품·서비스 중에서 구체적으로 어떤 상품·서비스에 위험이 있는가를 특정하는 것은 곤란할 뿐만 아니라, 그 상품·서비스를 구입하지 않으면 생활자체가 불가능한 경우가 있다. 이와 같은 경우에 소비자에게 구체적인 위험을 회피하기 위하여 결함이 있는 상품·서비스의 유통에 대한 留止請求를 인정하는 것은 이론상뿐만 아니라 실제에도 큰 의미가 있다고 하겠다.

(2) 留止請求의 權利主體의 擴大 必要性

상품·서비스의 결함을 알고 있는 소비자는 그 제품이나 서비스를 구입하지 않도록 주의하면 되지만, 위험성에 대하여 충분한 인식이 없는 소비자의 가족이 缺陷商品이나 결함서비스에 의하여 생명·신체에 중대한 위험이 발생하는 경우가 있을 수 있다. 이 경우에 소비자는 실제로 가족의 사망이라는 결과가 발생될 때까지 기다린 후 민법752조에 근거하여 近親者로서 사업자에 대하여 損害賠償을 청구하는 방법밖에 없는가 하는 문제가 있다.

특히 재산적 손해의 우려가 있는 경우에 대해서도 피해를 사전에 방지하기 위해서는 악덕상인에 대한 가족, 소비자단체 등의 留止를 인정할 필요성이 있다고 본다. 이 경우는 해석론으로서 한계가 있다면 입법론으로 권리주체를 확대해야 할 필요성이 있다고 본다.

(3) 財産的 損害에 대한 留止請求의 必要性

지금까지 우리나라에서는 인격권을 포함한 기타 절대권 침해에 대해서만 물권법에서의 留止請求權을 유추하는 형식으로 인정하고 있으나⁶⁾, 재산적 손해의 우려가 있음에 지나지 않는 경우에는 留止請求權에 대한 논의조차 되지 않았다. 그러나 詐欺의인 방법으로 소비자에게 회복 불가능한 피해를 다발시킬

6) 金相容, 債權各論(下), 1998, 97면: 필자는 인격권을 포함한 기타 절대권의 침해에 대해 留止請求權을 인정하는 것에는 찬성하지만 그 이론구성에 대하여는 이 견해에 반대한다.(상세한 것은 본고 IV.2 참조)

악질적인 거래행위에 대하여는 留止請求를 인정할 필요성이 있다고 보아야 할 것이다. 사업자들이 카르텔을 형성함에 따라 소비자의 재산적 손실의 우려가 있으나, 공정거래위원회는 좀체로 배제명령을 내리지 않고 있고, 소비자단체는 독자적인 조사를 통하여 카르텔의 존재를 파악하고 있는 경우에는 不正競爭防止 및 營業秘密保護에 관한 법에 의하여 사업자에게 인정되고 있는 재산적 손해의 우려를 이유로 한 留止請求와 동등한 권리를 소비자에게도 인정되면 안 되는가 하는 의문이 있다. 이와같은 경우에 대하여는 불법행위법상의 留止請求를 인정하는 학설⁷⁾에 의할 경우에도 被侵害利益이 재산적인 손해에 지나지 않고 행위자에게 고의는 있지만 아직 손해가 발생하지 않았고, 특별법으로서 공정거래위원회에 의한 留止를 규정한 독점규제 및 공정거래에 관한 법이 소비자에게는 소권을 인정하지 않고 있기 때문에 留止가 인정되는가 어떤가는 미묘한 문제이다.

III. 消費者의 權利와 事業者의 義務

소비자의 留止請求를 논함에 있어서는 소비자가 어떠한 권리에 기하여 留止를 청구할 수 있는가 하는 점을 명백히 할 필요가 있다.

소비자의 권리로서 유명한 것은 1962년에 케네디가 일반교서⁸⁾에서 제안한

7) 平井宜雄에 의하면 不法行爲의 효과로서 被侵害利益이 중대할 경우에는 物權의請求權 또는 人格權에 기하여 留止를 인정해야 하고, 被侵害利益의 중대하지 않아도 특별법에 기하여 留止請求의 취지를 확장하여 보호하여야 할 경우에는 그 해석문제로서 留止請求가 인정되어야 한다. 그 이외에 留止請求를 인정해야 하는 경우로는 현재에 있어서 損害가 생기고 그것이 장래에 있어서 損害發生의 고도한 蓋然性이 기초로 되어야 할 경우, 과거의 損害發生에 대해 행위자에게 고의가 있는 경우 및 기타 留止를 명하지 않으면 회복될 수 없는 성질의 被侵害利益인 경우등에 留止請求權을 인정해야 한다고 하고 있다(平井宜雄, 債權各論Ⅱ 不法行爲, 1993, 107 - 108면).

8) Message from the President of the United States relative to Consumer's Protection and Interest Program, House documents, 87th Congress 2d Session, Document No.364, p2.

소비자의 4가지 권리로서 (1) 안전을 구할 권리 (2) 알 권리 (3) 선택할 권리 (4) 의견을 반영할 권리가 그것이다. 그후 국제소비자기구에 의하여 보상을 받을 권리, 소비자교육을 받을 권리, 환경과 기본적인 욕구를 만족할 권리가 추가되어 8대 권리로 확대되었다. 이는 소비자의 권리가 「돈 중시」에서 「인간 중시」로 발전하였음을 볼 수 있다. 이러한 시각은 「전 세계의 모든 소비자를 위한 사회적,경제적 정의」를 포함하는 것으로 그 범위가 확대되어 왔다. 이와 같은 소비자의 권리는 매우 이해하기 쉽고, 소비자보호에 있어서 큰 영향력을 주었다고 할 수 있지만, 알 권리는 안전을 구할 권리 및 선택할 권리와도 불가분의 권리이기 때문에 각각의 권리관계가 애매할 뿐만 아니라 지나치게 일반적으로 선언되었다고 본다.

우리나라 소비자보호법은 소비자의 기본권리로서 ① 모든 물품 및 용역으로 인한 생명·신체 및 재산상의 危害로부터 보호받을 권리 ② 물품 및 용역을 선택함에 있어서 필요한 지식 및 정보를 제공받을 권리 ③ 물품 및 용역을 사용 또는 이용함에 있어서 거래의 상대방·구입장소·가격·거래조건을 자유로이 선택할 권리, ④ 소비생활에 영향을 주는 국가 및 지방자치단체의 정책과 사업자의 사업활동에 대하여 의견을 반영시킬 권리, ⑤ 물품 및 용역의 사용 또는 이용으로 인하여 입은 손해에 대하여 신속·공정한 절차에 의하여 적절한 보상을 받을 권리, ⑥ 합리적인 소비생활을 영위하기 위하여 필요한 교육을 받을 권리, ⑦ 소비자 스스로의 권익을 옹호하기 위하여 단체를 구성하고 이를 통하여 활동할 수 있는 권리 등 7가지를 규정하고 있다(소비자보호법 제5조). 이 중 ②④⑥⑦의 권리는 순수한 소비자의 作爲請求에 관한 권리이고, ⑤의 권리는 절차규정이고, ①과 ③의 권리는 不作爲請求와 관련한 권리이다.

소비자보호법은 소비자의 권리에 대응하여 사업자의 의무로서 사업자는 물품 또는 용역을 공급함에 있어서 소비자의 합리적인 선택이나 이익을 침해할 우려가 있는 거래조건이나 방법을 사용하여서는 안될 의무(소비자보호법 제15조 1항)와 소비자의 생명·신체 및 재산상의 危害를 미칠 수 있는 물품을 제조·수입·판매하거나 용역을 제공하여서는 안될 의무(소비자보호법 제16조)를 규정하고 있다.

소비자보호법에서 규정하고 있는 소비자의 기본권리중 ②④⑥⑦의 권리는 순수한 作爲請求에 관한 권리이고, ⑤의 권리는 절차규정이므로 논의에서 제외하고, 여기서는 不作爲請求와 관련한 ①과 ③의 권리와 이에 대응하는 사업자의 의무에 대하여 보기로 한다.

첫째, 소비자에게는 「생명·신체 및 재산상의 危害로부터 보호받을 권리」가 있다. 소비자의 권리중 생명·신체에 대한 권리는 절대권으로서의 인격권으로 이것에 대한 침해의 우려가 있는 경우에 통상 영리기업인 사업자에 대하여 留止請求를 포함한 법적 구제가 인정된다고 하는 점에 대하여는 민법이론에 있어서도 이미 다툼이 없게 되었다⁹⁾. 문제는 재산상의 危害에 대하여 소비자가 留止請求를 할 수 있는가 하는 점이다. 이점에 대하여는 留止請求權의 법률구성에서 보기로 한다.

둘째, 소비자에게는 「물품 및 용역을 사용 또는 이용함에 있어서 거래의 상대방·구입장소·가격·거래조건 등을 자유로이 선택할 권리」가 있다. 이것은 바꾸어 말하면 부당한 거래조건을 강제받지 않을 권리라고 할 수 있다. 예컨대 사업자가 카르텔을 통하여 법외적으로 가치를 결정하고 소비자가 그 가격으로 구입하지 않을 수 없는 경우에 소비자는 「부당한 거래조건을 강제받지 않을 권리」에 기하여 자신의 권리침해를 근거로 법적 구제를 구할 수 있는가 하는 문제가 생긴다. 이점과 관련하여 일본판례는 「석유회사의 카르텔에 의한 소비자소송에서 소비자는 공정한 자유경쟁에 의하여 형성된 가격으로 상품을 구입할 이익을 가지고 있고 그 이익의 침해는 불법행위법상 보호된 생활이익이다」고 하여 이 권리를 실질적으로 승인하고 있는 점¹⁰⁾은 참고할 만하다.

거래조건 등을 자유로이 선택할 권리는 원래 카르텔의 경우처럼 상품·서비스 가격의 문제만 아니고, 惡德商人에 의한 계약권유 등과 같이 불공정한 거래를 강요받지 않을 문제가 포함된 것이므로 소비자는 「사업자의 부당한 거래제한 또는 불공정한 거래방법에 의하여 재산적 손해를 받지 않을 권리」가 있다

9) 金相容, 앞의 책, 221면; 郭潤直, 債權各論, 1996, 801면; 大判 1996.4.12. 93다 40614.

10) 山形地鶴岡支判 1981. 3. 31, 判時997號, 18면; 仙臺高秋田支判 1985. 3. 26, 判時1147號, 19면.

고 보아야 할 것이다.

IV. 消費者留止請求權의 法律構成

1. 消費者留止請求權 認定規定의 否存在

(1) 消費者留止請求權에 관한 從來의 見解

종래의 견해에 의하면 민법에는 물권이나 인격권 등의 절대권을 침해할 우려가 있는 경우를 제외하고는 단순히 금전손해의 우려가 있는 경우에 대하여 일반적으로 留止를 인정하는 명문규정은 존재하지 않는다고 하였다. 물론 違法行爲로 인하여 권리가 침해된 경우에는 민법 제750조에 의하여 가해자에 대한 피해자의 損害賠償請求權이 인정되었다. 그러나 손해가 아직 발생하지 않고 단순한 違法行爲로 인하여 권리가 침해될 우려가 있는 단계에서는 견해의 대립이 있다. 불법행위제도는 違法行爲로부터 이미 발생한 손해를 전보시키는 것이므로 현재 계속중인 違法行爲의 중지나 장차 행하여질 염려가 있는 違法行爲의 예방을 청구하는 것은 불법행위로부터 직접 생길 수 없다고 하는 견해¹¹⁾와 불법행위를 이유로 損害賠償을 인정하면서 그 손해를 발생케 하는 근원인 違法行爲의 배제, 예방을 청구할 수 없다면 이는 불법행위제도의 취지에 어긋나므로 그러한 침해의 배제, 예방을 청구할 수 있다고 하는 견해¹²⁾ 및 일반적인 留止를 인정하지 않고 인격권이나 물권에 대한 침해 등과 같이 침해이익이 중대한 경우에 한하여 해석상 개별적으로 留止請求를 인정하는 견해¹³⁾ 등이 있다.

(2) 消費者留止請求權의 否定事由

11) 金曾漢·安二濬, 新債權各論(下), 1965, 514면.

12) 金基善, 韓國債權法各論, 1988, 456면; 金鑄洙, 債權各論, 1992, 752면.

13) 金相容, 앞의 책, 97면; 澤井裕, 公害差止の法理, 1976, 4면 이하 참조; 大判 1996.4.12, 93다 40614; 大判 1997.7.22, 96다56153; 大判 1999.7.27. 98다47528.

지금까지 단순한 재산적 손해를 침해할 우려가 있는 행위에 대하여 일반적인 留止請求를 부정하는 이유는 다음의 3가지 이유를 들 수 있다.

먼저 침해우려의 불확실성을 들 수 있다. 권리침해나 손해발생의 요건은 그 개념이 명확하지만 권리침해의 우려가 있는 행위라고 하는 개념은 매우 불확실하다. 따라서 그와같은 불확실한 개념에 의거하여 행위를 규제하게 되면 자유로운 경제활동은 성립할 수 없고, 또 권리침해의 우려가 있다고 하는 것만으로 留止를 인정하게 되면 濫訴의 위험성이 크고 자유로운 경제활동이 저해되게 될 지도 모른다는 이유이다.

둘째 손해발생전의 행위자유의 원칙이다. 위법한 행위는 규제되어야 하지만 위법여부가 분명하지 않는 행위에 대하여는 일반적인 금지를 하지 않는 것이 오히려 인간의 자유로운 행위를 존중하고, 違法行爲에 의하여 손해가 발생한 경우에 한하여 피해자에게 損害賠償請求權을 인정하도록 함으로써 유익한 사회활동을 촉진할 수 있게 된다. 손해의 발생여부가 분명하지 않는 단계에서 留止請求를 인정하여 자유로운 행위를 금지하면 유익한 사회활동이 저해되고 국민 경제에도 좋지 않는 결과를 가져온다는 이유이다.

셋째 자유로운 행위와 被侵害利益과의 이익형량의 문제이다. 자유로운 행위의 존중과 침해의 우려가 있는 이익을 비교형량하여 자유로운 행위에 의하여 침해될 위험이 있는 이익이 물권이나 인격권과 같이 중대한 경우나 침해의 위험이 명백한 경우에 한하여 留止請求를 인정하는 것이 정당하다는 이유이다.

(3) 消費者留止請求權의 肯定事由

민법의 해석상 재산적 손해의 우려가 있음을 이유로 하여 留止請求를 인정하지 않는 이유는 민법 제750조가 損害賠償請求를 인정하는 것밖에 명시하지 않은 것만을 논거로 하고 있다. 그러나 이는 설득력이 없다¹⁴⁾고 본다. 비록 불법행위의 효과에 관한 민법 제750조의 규정은 留止請求에 대하여 아무런 언급이 없지만, 그것을 부정하는 취지를 포함하고 있는 의미도 없다¹⁵⁾. 앞에서 본

14) 伊藤高義, 差止請求權, 損害賠償法講座, 1973, 398면.

15) 이태재박사님은 留止請求權이 불법행위의 효과로서 생기는 것이 아니라 권리의 불

바와같이 불법행위의 특별법인 不正競争防止 및 營業秘密 保護에 관한 법이 財産의 利益에 지나지 않는 營業上 利益에 대한 침해우려를 근거로 留止請求를 인정하고 있음에 비추어 볼 때 留止請求가 물권적 권리에 한정되어야 한다고 하는 근거를 한층 박약하게 만들고 있다. 留止請求를 인정하는 민법 제206조의 占有保全의 訴는 물권 중에서도 物權性이 가장 박약한 점유권에 대하여 인정하고 있고, 채권에서 조차 準占有(민법 제470조)가 존재하는 점을 감안하면, 留止請求를 인격권이나 無體財産權 등의 물권적인 권리에 한정하여 인정한다고 하는 것은 제고를 요한다고 할 것이다.

다음은 권리침해에 대한 留止請求를 부정하는 소극적 이유에 대하여 반증함으로써 留止請求權이 인정되어야 함을 보기로 한다.

첫째, 사전예방의 유리성을 들 수 있다. 불법행위제도는 손해의 공평한 배분과 피해의 배상이 주기능이자 목표이지만, 때로는 금전에 의한 損害賠償과 아울러 또는 금전배상과 별도로 原狀回復을 가능케 함으로써 피해자를 피해발생 이전의 상태로 회복시키는 기능과 불법행위의 가능성에 대비하여 사전에 留止請求를 인정함으로써 방어의 기능도 아울러 수행하고 있다¹⁶⁾. 이런 의미에서 피해가 예상되는 경우에는 피해를 사전에 방지하는 것이 불법행위제도의 기능에도 맞고¹⁷⁾, 또 피해가 실제로 발생한 후에 損害賠償請求가 인정된다고 하여도 생명침해 등의 경우에는 실제로 도리킬 수 없게 된다. 민법은 제750조에서 피해가 발생한 경우에 피해자의 가해자에 대한 損害賠償請求權을 인정하지만, 위험이 임박한 경우에 손해가 발생할 때까지 기다리지 않으면 침해행위를 정지시킬 수 없다고 하는 것은 불합리하다. 어떤 사람의 행위에 의하여 권리가 침해될 우려가 명백한 경우에는 그 행위를 사전에 억제하는 것이 바람직하다. 그리고 그 경우 행위를 하는 측에서 危險回避措置를 취하여 그 행위가 위험하지 않음을 명확히 한 후 경제활동을 행하도록 하는 것이 국민의 지지를 얻을 수 있을 뿐만 아니라 국가 경제적으로도 손실이 적다고 할 수 있다.

둘째, 權利의 不可侵性을 들 수 있다. 타인의 생활을 방해하거나 위협하는

가침에서 발생한다고 하고 있다(李太載, 債權各論, 1990, 511면).

16) 金相容, 앞의 책, 101면.

17) 玄勝鍾, 債權各論, 1982, 103면.

행위에 대해서는 사회공동생활을 위하여 필요한 규제가 당연히 가하여져야 한다. 이런 의미에서 볼 때 영업의 자유나 자유경쟁도 타인의 권리를 침해하는 경우까지 인정된다고 볼 수 없다고 본다.

프랑스 「인간 및 시민의 권리선언」(1789년)에 있어서도 「자유는 타인을 해하지 아니하는 모든 것을 행할 수 있다(4조)고 하여, 타인의 존재에 의한 자유의 한계를 명시하고 있다. 독일 헌법에 있어서도 「권리의 행사가 타인의 권리를 침해하는 것이지는 아니되고, 헌법질서에 위배되는 것이지는 아니 되고, 도덕율에 위배되는 것이지는 아니된다(2조)고 규정하고 있다. 한편 우리나라 헌법은 프랑스나 독일의 헌법과 같이 명확하게 규정하지 않았지만, 타인의 권리의 불가침·도덕율의 준수·헌법질서의 존중 등에 관한 명문규정이 없다고 하여도 국가적·사회적 공동생활을 위하여 기본권에 불가피하게 내재하는 제한요소이다. 이런 헌법정신을 근거로 하여 우리민법은 권리의 행사를 신의에 좇아 성실하게 하도록 하는 한편 타인의 권리를 침해하는 권리행사는 권리의 남용행위로서 제한하고 있다. 이와같이 타인의 권리를 침해하면서까지 권리를 주장하는 것이 허용되지 않는다고 하여야 할 것이다.

「타인의 권리를 침해할 권리는 존재하지 않는다」고 하는 명제는 개인주의·자유주의를 기초로 하여 권리본위로 구성된 「자기의 권리를 행사하는 자는 그 누구를 해하는 것도 아니다(Neminem laedit qui jure suo utitur)」고 하는 근대사법의 원칙과 일견 대립한다. 즉 「사업자의 영업상 권리」와 「소비자의 권리」를 대비하여 보면, 우선 영업자유의 기초가 되는 「사업자의 영업상 권리」는 對事業者에 대하여는 최대한의 자유가 보장되고, 사업자의 행위가 부당한 경쟁제한이나 불공정한 경쟁이 되지 않는 한 「자기의 권리를 행사하는 자는 타인을 해하는 것은 아니다」고 하는 명제가 성립한다. 그러나 對消費者와의 관계에 있어서 사업자는 상품·서비스를 공급함에 있어서 소비자의 생명·신체를 해하지 않도록 최대한의 주의를 행할 의무가 있고, 소비자의 생명·신체를 해하는 범위에서는 「영업상의 권리」로 인정되지 않게 되어 사업자에게는 소비자의 생명·신체를 해할 자유는 존재하지 않는다. 다시 말하면 이 경우 「타인의 권리를 해할 자유는 존재하지 않는다」고 하는 명제가 우선

하고, 최대한의 주의를 행하는 조건에서만 「자기의 권리를 행사하는 자는 타인을 해하는 것은 아니다」고 하는 명제가 겨우 그 기능을 하게 된다.

반대로 소비자의 「생명·신체를 침해받지 않을 권리」는 權利濫用이 되는 경우를 제외하고 최대한 보호가 되지 않으면 안되지만, 소위 「선택할 권리」는 「사업자의 부당한 거래제한이나 불공정한 거래방법에 의하여 재산적 손해를 받지 않을 권리」로서 권리자체가 사업자의 부당한 경쟁제한이나 불공정한 경쟁방법에서만 보호되고 있음을 명확히 할 필요가 있다. 소비자의 소위 「선택할 권리」는 이와같은 과정을 거쳐야만 사업자는 불공정한 경쟁방법에 의하여 「타인의 권리를 해할 자유는 존재하지 않는다」고 하는 명제와 공정·자유로운 경쟁에 의하여 「자기의 권리를 행사하는 자는 타인을 해하는 것은 아니다」고 하는 명제를 서로 양립시킬 수 있게 된다.

따라서 권리개념을 유지하면서 이 두가지의 명제를 동시에 양립시키기 위해서는 문제로 되는 권리의 범위를 종래보다 더욱 명확하게 한계지을 필요가 있다고 본다.

셋째, 違法行爲와 被侵害利益의 이익형량을 하여도 일반적 유지청구를 인정하는 것이 타당하다. 종래의 견해에 의하면 사고로 인하여 손해가 발생할 경우에 損害賠償을 인정하는 것은 당연하지만, 사고가 발생하기 전에 영업행위를 留止하는 것은 용이하게 인정되어서는 안된다고 하고 있다. 불법행위법상의 留止請求權을 인정하는 학설도 留止가 인정되기 위해서는 損害賠償과 비교하여 보다 강한 위법성이 필요하다고 하는 견해¹⁸⁾와 「사전에 활동을 저지하는 것에 대하여는 사후에 손해를 배상시키는 것보다도 신중하지 않으면 안된다」고 하는 견해¹⁹⁾가 있다.

그러나 留止請求는 위법한 행위에 의하여 손해발생의 우려가 있는가 어떤가를 분명히 하기 위하여 이루어지고 있다. 그리고 대부분의 留止는 영구적인 것은 아니고 위법행위의 잠정적인 정지를 청구하는 것이다²⁰⁾. 더구나 권리를 침해할 우려가 있는 행위당사자가 사전에 안전성 여부를 확인한 경우에는 안전의

18) 伊藤高義, 앞의 책, 415면.

19) 四宮和夫, 不法行爲, 1990, 478면.

20) 金相容, 앞의 책, 197면.

증명은 용이하여 留止請求가 인정되지 않거나 인정된다고 하여도 짧은 기간에 한정될 것이다²¹⁾.

한편 留止의 범위는 반드시 행위의 전면적 정지가 아니고 부분적인 정지로 한정되는 경우가 대부분이다. 판례도 日照妨害를 이유로 하는 건축의 留止請求事件에서도 건축의 전면금지가 아니라 고도를 저하시키는 방법으로 처리하고 있다²²⁾. 이런 의미에서 留止의 효과로서 「장래를 위한 적당한 처분」은 상당히 유연한 개념이고, 留止를 인정한 경우에도 당사자의 이해를 적절히 조정할 수 있다고 본다.

피해가 발생하기 전에 예방하는 것은 실제로는 손해가 발생하지 않고 끝나는 행위를 억제할 위험성이 있지만, 피해예방을 위해서는 그 판단기준이 불확실하게 되는 것은 부득이 하다고 할 수 있다. 또 어떤 경우에 어떤 결과가 예상되는가 하는 것은 지금까지의 경험축적이나 과학기술의 발달에 의지하게 되고, 危險의 예견도가 현저히 향상되고 있는 것이 오늘날의 현실이다. 이와같은 사정을 고려하면 피해가 발생하기 전에 위험을 제소하는 사람에게 귀를 기울이게 되고 안전이 확보되어 있음을 명확히 한 후 행동하는 쪽이 무작정 행동하는 것보다도 좋다고 하는 것이 일반적이라고 할 수 있다.

不正競爭防止 및 營業秘密 保護에 관한 법에서는 被侵害利益이 營業上 利益이라고 하는 단순한 財産的 利益의 경우에도 명문으로 留止請求를 인정하고 있다. 이 경우 침해의 우려가 있는 행위를 하는 사업자의 이익이나 침해의 우려가 있는 이익도 함께 財産的 利益의 추구를 목적으로 한 營業上 利益이고 대립하는 이해와는 대등한 관계에 있다. 불법행위의 특별법으로서의 성격을 가지는 不正競爭防止 및 營業秘密 保護에 관한 법이 이와같은 財産的 利益을 被侵害利益으로 하여 留止請求를 인정하는 이상 被侵害利益이 물권이나 인격권의 경우에만 留止請求가 인정되어야 한다는 근거는 박약하다고 생각된다.

소비자 피해를 사전에 방지하기 위해서는 物權侵害나 재산적 침해등이 발생

21) 안전확인을 위한 조사·설명의무와 留止請求의 요건과의 관계에 대하여는 澤井裕, 앞의 책, 36면 이하 참조.

22) 大判 1997.7.22, 96다56153.

한 후 그 損害賠償을 하려는 것은 아니고 권리침해를 사전에 방지하는 것이 당면한 과제로 되어 있는 점을 감안 할 때 불법행위의 효과로서 留止請求權을 인정하는 것이 法官에 의한 法創造로서도 결코 불가능하지 않다²³⁾고 본다. 뿐만 아니라 損害賠償이 넓은 의미에서의 原狀回復이라고 생각한다면, 현재의 방해의 배제, 정지 내지 장래의 틀속에 포함하여 생각할 수 있다고 본다.²⁴⁾

2. 消費者留止請求權의 根據規定과 法律構成

(1) 인격권이나 물권뿐만 아니라 違法行爲에 의한 권리침해가 재산적 손해밖에 야기하지 않는 경우라도 권리침해의 우려가 사전에 명백한 경우에는 留止請求를 인정해야 할 이유가 명백히 되었다고 생각되지만, 그 법률구성에 대하여는 다툼이 있다²⁵⁾.

인격권이나 물권 등 절대권 이외의 권리에 대한 침해우려가 있는 행위에 대하여 留止請求權을 인정할 경우에 어떠한 형태로 불법행위를 규정한 민법 제 750조를 근거로 해야 하는가 하는 문제가 있다. 일부학설은 법은 위법한 행위에 의한 위험이 계속적이고 반복되거나 임박한 때에 손해가 발생할 때까지 기다리기보다는 일정한 요건하에서 법이 바라지 않는 행위나 결과의 발생을 저지하는 수단(留止請求權)을 피해자에게 부여함으로써 피해자의 보호측면에서 뿐만 아니라 사회경제적으로도 유용하고, 또 법질서의 통일성·일관성을 유지할 수 있다고 하면서 留止請求權을 불법행위에서 도출할 수 있다고 한다²⁶⁾. 이 견해는 기본적으로는 정당하지만 留止請求를 불법행위의 직접적인 효과로서 도출하는 점에서 문제가 있다.

민법 제750조의 직접적인 효과로서 일반적인 留止請求를 인정하려는 시도에 대하여는 민법 제750조는 민법 제206조와는 달리 損害賠償請求만 인정하고, 原狀回復請求나 留止請求를 인정하지 않는다고 하는 점을 근거로 하여 반대하

23) 伊藤高義, 앞의 책, 398면; 四宮和夫, 앞의 책, 477 - 478면.

24) 金顯泰, 신고채권각론, 1986, 404면.

25) 澤井裕, 앞의 책, 42면 이하 참조.

26) 金鑄洙, 앞의 책, 752면; 四宮和夫, 앞의 책, 479면.

는 것이 통설이다. 이 비판은 타당하다고 본다. 민법 제750조를 직접적인 근거 규정으로 하여 留止請求의 법률구성을 하기에는 다소 무리가 있다. 절대권침해 이외의 경우에도 留止請求를 인정하기 위해서는 명문의 근거를 제시하는 것이 보다 설득적인데, 不作爲義務가 존재하는 경우에 대해 명문으로 留止를 인정하는 민법 제389조 제3항에서 그 법률근거를 구할 수 있다고 본다. 그리고 민법 제389조 제3항을 적용하기 위한 不作爲義務는 민법 제750조에서 간접적으로 도출된다고 본다.

(2) 物權의 留止請求權과 민법제389조 제3항

민법 제206조가 物權侵害의 일종인 점유권침해에 대하여 침해우려가 있는 행위에 대하여 留止請求를 인정하는 것에는 다툼이 없다. 민법 제206조에서 규정하고 있는 占有保全의 訴는 물권특유의 권리라고 종래에는 인정되었지만, 점유로 인정된 권리를 물권특유의 권리라고 하는 것은 채권에도 준점유가 인정되는 이상 무리가 있다. 민법 제206조의 존재이유는 오히려 물권의 본질에서 유래한다고 생각된다.

물권은 채권과는 달리 對物的인 權利이고, 명문의 규정없이 청구권을 인정하는 것이 곤란하다. 따라서 物權의 請求權은 留止請求를 포함하여 명문규정을 필요로 한다. 그러나 계약·사무관리·부당이득·불법행위에 기한 채권은 사람과 사람과의 관계이기 때문에 청구권을 명문으로 인정할 필요가 없다. 뒤에서 보는 바와 같이 불법행위상 不作爲義務는 당연히 존재하기 때문에 不作爲義務에 대한 강제이행의 방법로서의 留止請求權도 민법 제389조 제3항으로 충분하고, 物權의 請求權의 경우와 달리 특별한 명문규정을 필요로 하지 않는다고 할 수 있다.

(3) 留止請求權의 근거규정으로서의 민법 제389조 제3항

민법 제389조 제3항은 계약상 不作爲義務를 부담하는 자에 대한 강제이행의 방법으로 「그 채무가 不作爲를 목적으로 한 경우에 채무자가 이에 위반한 때는 채무자의 비용으로써 그 위반한 것을 제거하고, 장래에 대한 적당한 처분

을 법원에 청구할 수 있다」고 규정하고 있다. 이 규정은 장래에 대한 적당한 留止請求를 인정하는 규정임에는 의심이 없다. 이은영교수는 비록 환경오염방지 책임을 논하는 중에서 이지만 不作爲義務違反의 유형적 시설이나 유형적 상태가 계속 존재하는 경우에는 그 위반시설이나 위반상태를 대체집행에 의해 제거하고 장래에 대한 적당한 처분을 청구할 수 있는 근거로서 민법 제389조 제3항을 들고 있는 것²⁷⁾은 아마도 이러한 이유에 따른 것으로 추측할 수 있다. 우리민법상 강제집행에 있어서 不作爲義務에 대하여 채권법상의 것이건 물권법상의 것이건 동일한 절차에 의하여 집행되고 있으며 실체법규정으로는 민법 제389조 제3항 밖에 존재하지 않기 때문이다²⁸⁾고 본다.

민법 제389조 제3항에 의한 不作爲義務에 대한 강제집행의 방법로서의 留止請求는 不作爲義務가 있는 모든 경우에 인정되고²⁸⁾, 不作爲義務가 계약에 한하여 생긴다는 것은 체계상으로도 요구되지 않는다. 이것은 민법 제389조가 채권총론에서 규정되어 있는 점에서도 명확하다. 즉 채권발생원인의 하나인 계약에서 생기는 不作爲義務뿐만 아니라, 다른 채권발생원인으로서의 사무관리, 부당이득, 불법행위에서 생기는 不作爲義務에 대하여도 민법 제389조 제3항의 적용이 가능하다.

(4) 不作爲義務의 근거규정으로서의 민법 제750조

不作爲義務는 계약이나 법률규정에 의하여 발생할 수 있다. 민법 제389조 제3항의 적용요건인 不作爲義務의 근거는 민법 제750조에서도 구할 수 있다고 해석해야 할 것이다. 민법 제750조는 손해가 발생한 경우에 대한 구제밖에 규정하고 있지 않지만, 그 전제로서 손해를 발생시키는 違法行爲를 일반적으로 금지하는 규정이라고 해석해야 한다²⁹⁾.

형법의 경우에도 「살인을 하지 말라」고 하는 식으로 직접적으로는 규정하지 않는다. 형법 제250조는 단순히 「사람을 살해한 자는 사형, 무기 또는 5년

27) 李銀榮, 債權各論, 1989, 725면.

28) 浜田稔, 不法行爲の效果に關する一考察, 私法 15號, 1956, 100 - 101면.

29) 岡村玄治, 債權法各論, 1929, 736 - 737면 참조.

이상의 정역에 처한다」고 규정하여 살인이 행하여진 경우의 사후처리에 대하여 규정한 것에 지나지 않는다. 이와같이 형법에 살인을 금지하는 명문규정이 없다고 하여 사람이 살인을 하지 않을 不作爲義務를 지지 않고 살인을 함으로서 비로소 형벌에 처하여질 뿐이라고 하는 것은 불합리하다. 그와 같이 불법행위 규정은 違法行爲에 의한 권리침해를 한 때의 사후처리만 명문으로 규정하고 타인의 권리를 침해하여서는 안된다는 不作爲義務를 명문으로 규정하지 않았다고 하여 사람은 타인의 권리를 침해하지 않을 不作爲義務를 부담하지 않는다고 하는 생각도 불합리하다. 오히려 민법 제750조에 의하여 손해발생의 위험이 있는 권리침해는 違法行爲로서 일반적으로 금지되고 모든 사람에게는 그것을 회피해야 할 不作爲義務가 과하여진다고 이해하여야 한다. 즉 민법 제750조에 의하여 모든 사람은 손해발생의 우려가 있는 違法行爲를 하여서는 안될 不作爲義務를 지게 되고, 권리침해를 받을 우려가 있는 자는 違法行爲를 하는 자에 대하여 민법 제389조 제3항을 근거로 하여 不作爲義務의 履行請求를 할 수 있다고 본다.

이와같이 생각하면 민법 제750조의 不作爲義務에 위반하는 행위가 다른 한편으로 민법 제390조의 채무불이행으로 되어 민법체계가 유지될 수 없게 되는 것은 아닌가하는 지적이 있을지도 모른다. 그러나 통상적인 의미의 계약상의 무위반은 作爲義務違反이고, 계약상의 不作爲義務違反은 競業避止義務 등의 예외적인 경우에 한정된다. 따라서 作爲義務違反의 경우는 민법 제390조가 적용되고, 不作爲義務違反의 경우는 競業避止義務違反 등의 예외적인 경우를 제외하고 민법 제750조가 적용되어 채무불이행과 불법행위를 구별할 실익이 없게 된다. 이론적으로도 契約締結上の 過失責任이나 安全配慮義務違反의 행위를 불법행위책임으로 보는가 계약책임으로 보는가에 대하여는 이론적으로 다툼이 있지만³⁰⁾, 채무불이행과 불법행위의 요건을 동시에 충족할 경우에 양자의 경합을 인정하여도 새로운 문제가 생기는 것은 아니다.

문제의 본질은 민법 제389조 제3항에서 정한 구제방법을 계약상의 不作爲義務違反에 한정하여 인정할 것인가 아니면 불법행위상의 不作爲義務違反의 경

30) 李銀榮, 앞의 책, 106-107면.

우에도 인정할 것인가 하는 점에 있다. 이 문제는 민법 제750조의 損害賠償에 있어서도 민법 제393조의 損害賠償範圍의 규정을 준용함을 인정하는가 어떤가 하는 논의와 본질적인 차이가 없다고 본다.

모든 권리에 대하여 留止請求를 인정하면 濫訴의 우려가 있을지도 모르지만 그것은 개별적인 권리자체에 내재하는 보호범위의 문제나 침해우려의 증명의 문제에서 해결되어야 할 문제라고 본다. 특히 留止請求라고 하면 영구적인 留止를 생각하는 경향이 있지만, 留止도 그 기간·지역을 한정하거나, 적절한 해제조건을 부여함에 따라 留止를 받는 측의 권리제한을 최소한으로 억제할 수도 있다. 이런 점에서 留止는 분할가능한 금전배상과 같이 유연한 해결이 가능하고, 일반적으로 생각하는 것과는 달리 경직적인 제도가 아니라고 할 수 있다³¹⁾.

3. 消費者留止請求의 要件과 效果

(1) 留止請求의 權利主體

留止請求의 권리주체는 자기의 권리가 침해될 우려가 있는 자이다. 실제로 권리침해가 발생하지 않아도 권리침해의 우려가 있으면 留止請求를 할 수 있기 때문에 損害賠償請求의 경우보다도 권리주체의 범위는 확대된다고 본다. 특히 생명침해로 인한 損害賠償請求에 있어서는 피해자 본인 뿐만이 아니라 피해자의 직계존속, 배우자, 직계비속이 권리주체로 되어 있기 때문에(민법 제752조), 留止請求에 있어서도 권리침해에 따라 생명침해나 그것과 유사한 침해가 발생할 우려가 있는 경우에는 침해를 받을 우려가 있는 자 뿐만 아니라, 그의 직계존속, 배우자, 직계비속도 민법 제752조의 유추에 의하여 留止를 청구할 수 있다고 보아야 할 것이다. 이는 近親者에 대한 생명의 위험이 급박함에도 불구하고 본인이 그것을 알지 못하거나 그 위험회피를 태만히 하고 있는 경우에 近親者가 留止請求를 할 수 없고 본인이 사망하여야만 損害賠償을 청구할 수 있다고 하는 것은 불합리하기 때문이다.

한편 소비자에게는 거래조건 등을 자유로이 선택할 권리가 있다. 이 권리는

31) 澤井裕, 앞의 책, 47-48면.

그 일부가 不正競爭防止 및 營業秘密 保護에 관한 법에 의하여 사업자에게는 이미 인정되어 있다. 그리고 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법 제2조에 열거된 개별적인 不正競爭行爲 유형에 한정되는 것이 아니고, 모든 불공정한 소비자거래에 대하여 소비자의 「부당한 거래조건을 강제하지 않을 권리」 혹은 「부당한 거래제한 또는 불공정한 거래방법에 의하여 재산적 손해를 받지 않을 권리」에 기하여 그것에 대응하는 사업자의 구체적인 不作爲義務를 근거로 하여 민법 제389조 제3항에 의하여 不作爲義務에 대한 강제이행의 방법으로 소비자는 留止請求를 할 수 있다고 본다. 또 독일에서는 정관으로 소비자의 권리 옹호를 목적으로 하는 것이 규정되어 있는 법인격이 있는 소비자단체는 사업자가 不正競爭防止 및 營業秘密 保護에 관한 법의 요건에 해당하는 부정경쟁이 있는 경우에는 소비자단체는 不正競爭防止 및 營業秘密 保護에 관한 법에 기하여 留止를 청구하는 것이 인정³²⁾하고 있음을 참고할 만하다.

(2) 留止請求의 要件

留止請求의 근거규정의 하나가 민법 제750조이라고 하면 留止請求의 요건으로서 고의·과실이 필요하게 되는 것은 아닌가 하는 점이 문제로 된다. 留止請求의 법률구성에 있어서 민법 제750조의 규정은 不作爲義務를 도출하기 위하여 사용된 것에 지나지 않으므로 違法行爲에 의한 손해가 발생한 후의 損害賠償義務을 인정하는 요건 모두가 충족되어야 할 필요는 없다고 본다. 타인의 권리를 침해하여서는 안된다고 하는 不作爲義務에 있어서는 일반적인 違法性만 문제로 하면 충분하고 행위자의 有責性은 문제로 할 필요는 없기 때문이다³³⁾. 또 留止請求는 不作爲義務에 관한 강제이행의 방법으로 구성되어 있으므로 일

32) 松本恒雄, 消費者私法ないし消費者契約という觀念は可能かつ有用か, 講座・現代契約と現代債權の展望(第6卷), 1991, 32-33면 참조.

33) 불법행위의 직접적인 효과로서 留止請求를 인정하는 四宮和夫는 留止請求의 요건으로 有責性을 문제로 하지 않는 이유에 대해 「留止請求權은 法秩序의 防衛線을 不法行爲에 의하여 발생한 損害보다 더 전방으로 이동시켜 違法行爲를 事前에 阻止하려고 하는 것이고, 따라서 여기서 본질적인 것은 법질서의 命令에 따라야 함에도 따르지 않는 一般的非難可能性에 있고, 행위자에 있어서 人的 非難可能性은 문제되지 않기 때문이다.」고 하고 있다(四宮和夫, 앞의 책, 479면).

단 不作爲義務가 존재하면 損害賠償請求와는 달리 고의·과실은 필요하지 않게 되는 것도 명백하다³⁴⁾.

그리고 不作爲義務의 발생요건으로 고의·과실이 요구된다고 하더라도 留止의 근거규정이 강제이행에 관한 제389조 제3항임을 고려하면 고의·과실의 요건은 무시할 수 있다고 본다. 왜냐하면 권리를 침해받을 우려가 있는 자가 留止請求를 한 순간에 권리를 침해할 우려가 있는 행위를 하는 자는 침해우려에 대하여 고의·과실을 가지는 것으로 되기 때문이다. 그리고 소송에 있어서 사실의 판단시기는 구두변론 종결사이므로 不作爲義務에 대한 강제이행의 방법로서의 留止請求에 있어서는 고의·과실의 요건은 상당히 충족된 것으로 되기 때문이다.

앞에서 본 바에서도 명백하듯이 민법 제750조와 민법 제389조 제3항에 의한 留止請求의 요건은 留止의 상대방의 고의·과실을 문제로 할 필요가 없고, 「권리침해의 우려가 있는」 것으로 족하다. 다만, 인격권·물권 등의 절대권침해의 경우와 달리, 단순히 재산적 손해밖에 생기지 않는 권리의 경우에는 자유경쟁이나 계약자유가 널리 인정되기 때문에 권리침해의 요건자체가 절대권의 경우보다도 상대적으로 엄격하게 되는 것은 피할 수 없다³⁵⁾. 소비자의 권리 중 금전손해만 문제로 되는 소위 「선택할 권리」의 경우에 있어서 소비자의 권리는 「공정·자유로운 경쟁에 의하여 형성된 가격」으로 상품·서비스를 구입할 권리 등이 법적으로 구성되어 있다. 따라서 그 권리가 침해된다고 하기 위해서는 「부당한 거래제한이나 불공정한 경쟁에 의하여」그와같은 권리가 침해된 경우에 한정되어야 할 것이다.

(3) 留止請求의 效果

留止의 일반적인 효과는 민법 제389조 제3항에서 규정된 것처럼 「장래에 대한 적당한 처분」의 청구로서, 침해행위의 사전의 정지, 예방에 필요한 행위

34) 澤井裕, 앞의 책, 1976, 2-3면.

35) 예를 들면 독일 민법이 재산침해시의 損害賠償責任에 대해 「善良한 風俗에 반하는 방법으로 고의로 타인에게 損害를 가한」(독일민법 제826조) 것을 요건으로 하고 있다.

의 청구를 의미한다. 물론 이미 이루어진 침해의 제거를 포함하는 것은 민법 제389조 제3항에서 명문으로 규정되어 있다.

소비자의 留止請求는 缺陷商品이나 결함서비스에 의하여 생활의 안전을 위협받는 소비자 및 약덕상인의 부적정한 판매방법에 의하여 재산적 손해의 위험에 노출된 소비자에 대하여 缺陷商品이나 결함서비스의 유통정지나 부당한 거래제한 또는 불공정한 거래행위를 정지시킬 수 있는 권한을 소비자 개인에게 주기 위한 제도이다. 소비자의 留止請求制度는 不正競爭防止 및 營業秘密保護에 관한 법이 영업이익과 영업이익이 충돌하는 경우에 사업자에게 다른 사업자의 불공정한 영업활동을 정지하는 留止請求를 인정하고 있는 것과 비교하여 보아도, 소비자의 생활이익과 사업자의 營業上 利益이 충돌하는 경우에 소비자에게 오히려 더 용이하게 사업자의 불공정한 영업활동에 대한 留止請求가 인정되어야 한다고 본다.

특히 消費者留止請求의 효과에 있어서는 소비자 피해의 예방을 위하여는 상품의 회수조치가 무엇보다 중요한 역할을 한다. 缺陷商品에 의하여 소비자의 생명·신체가 침해될 우려가 있는 경우, 예를 들면 소비자가 어떤 일정한 시기에 제조되고 현재 시판되는 약품에 결함이 있다고 하는 정보를 확보한 경우, 종래의 견해에 의하면 소비자가 留止請求할 직접적인 상대방은 결함약품의 재고를 가지고 있는 판매점이지만, 소비자로서는 그 약품의 판매가능성이 있는 판매점을 모두 留止의 상대방으로 할려고 하여도 유통경로가 복잡하여 상대방의 특징이 곤란하다. 이 경우 제조업자에 대하여 留止의 일환으로 缺陷商品의 공표와 결함약품의 회수를 청구할 수 있으면 판매점을 제소할 필요도 없이 문제는 해결된다. 이것은 제조업자는 제조한 약품이 어디에서 유통되고 있는가를 특정할 수 있으므로 결함약품의 회수를 용이하게 행할 수 있기 때문이다. 이때 회수책임자는 원칙적으로 물품의 제조자가 되며, 제조자를 알 수 없거나 보관 또는 운반과정에서 결함이 발생하는 경우에는 유통업자가 된다고 해야 할 것이다. 그리고 회수 대상은 소비자보호법 제6조 제1항의 규정에 의한 危害를 계속·반복적으로 끼치거나 끼칠 우려가 있는 결함물품이나 용역이다. 이와같은 상품회수제도는 엄밀히 말하면 留止의 효과만 아니라 이미 권리침해가 생긴 후

의 원상회복조치도 포함된 제도이지만 상품회수제도의 이점은 留止의 운용에 있어서 충분히 고려되어야 할 것이다.

V. 결론

소비자는 사업자가 제공하는 缺陷商品이나 결함서비스에 의하여 생명·신체 및 재산상의 危害에 노출될 뿐만 아니라 카르텔 등에 의한 부당한 경쟁제한이나 악덕상인에 의한 공격적이고 부적절한 거래방법에 의하여 재산적 손해를 받을 위험에 노출되고 있다. 이와같은 소비자 피해를 사전에 방지하는데 행정규제가 큰 역할을 함에는 의심할 여지가 없지만, 행정규제가 만능이 아니고 소비자 자신의 주도하에서 缺陷商品·결함서비스의 유통의 留止나 공격적이고 부적절한 거래방법을 留止할 수 있게 하기 위하여 법이론을 확립하는 것이 필요·불가결하게 되었다.

이러한 관점에서 필자는 소비자 피해를 예방하기 위한 방안의 하나로 해석론으로서 소비자의 留止請求權을 인정하기 위한 이론구성을 시도하였다.

첫째, 소비자의 留止請求權을 도출하기 위한 전제로서 모든 사람은 권리를 침해받을 우려가 있는 경우에는 불법행위법상의 不作爲義務(민법 제750조)에 근거하여 민법 제389조 제3항에 의한 不作爲義務의 강제이행의 방법으로 留止請求를 할 수 있음을 보았다.

둘째, 소비자의 「생명·신체를 침해받지 않을」 권리 및 「부당한 거래제한 또는 불공정한 거래방법에 의하여 재산적 손해를 받지 않을」 권리와 그것에 대응한 사업자의 不作爲義務(소비자보호법 제15조·제16조 및 불법행위법 제750조)를 근거로 하여 사업자의 不作爲義務에 대한 강제이행의 방법으로 민법 제389조 제3항에 의하여 사업자의 행위에 대한 留止請求의 권리가 소비자에게 있음을 보았다.

셋째, 소비자에 의한 留止請求는 자기 자신 뿐만 아니라 피해의 우려를 안

사람이나 이미 피해를 입은 사람이 자기 가족 뿐만 아니라 타인을 위하여 留止를 청구할 수 있는 성격을 가지고 있고, 이는 개인의 권리를 원칙으로 하는 사법적 권리로서 이론구성하는 것이 곤란한 것은 부정할 수 없다. 따라서 본고에서는 생명침해의 경우에 대하여 피해자의 近親者에게 損害賠償請求를 인정하는 민법 제752조의 입법취지를 유추하여 생명침해의 우려가 있는 경우에 近親者에 의한 留止請求에 대하여 해석론을 전개하여 권리주체의 확장을 시도하였다.

소비자 피해를 사전에 방지하기 위하여는 이것만으로는 충분하다고는 할 수 없다. 소비자의 留止請求權을 입법적으로 해결함에 따라 지금까지의 주장과 논리구조를 보다 명확히 하고자 다음과 같이 소비자의 留止請求權에 대한 소비자보호법 개정 사안을 제시한다.

소비자보호법 제3조의 2(소비자의 留止請求權)

- ① 상품의 구입 및 용역을 제공받음에 있어서 그 제공받는 상품 및 용역의 결함·부당한 거래제한 및 불공정한 거래에 의하여 생명·신체 및 재산상의 이익을 침해받거나 침해받을 우려가 있는 자는 그의 생명·신체 및 재산상의 이익을 침해하는 자 또는 침해할 우려가 있는 자에 대하여 침해의 정지 또는 예방을 청구할 수 있다.
- ② 상품의 구입 또는 용역의 제공을 받음에 있어 그 제공받는 상품 및 용역의 결함·부당한 거래제한 및 불공정한 거래에 의하여 생명·신체 및 재산상의 이익을 침해받거나 침해받을 우려가 있는 자는 제1항의 규정에 의한 청구를 함에 있어서 침해의 행위를 조성한 물건(침해의 행위에 의하여 생긴 물건을 포함한다)의 회수 및 폐기, 침해의 행위에 제공된 설비의 제거 기타의 침해의 정지 또는 예방에 필요한 조치를 함께 청구할 수 있다.
- ③ 제1항 및 제2항의 권리를 청구할 수 있는 자와 세대를 같이 하는 자, 소비자보호법 제19조의 규정에 의하여 재정경제부 또는 지방자치단체에 등록된 소비자단체는 본인을 위하여 또는 본인에 대신하여 제1항 및 제2항의 청구를 할 수 있다.