



저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

박사학위논문

전자계약의 법리에 관한 입법론적 연구

Investigation on Legal Principles of Electronic Contract
from the Legislative Perspective

제주대학교 대학원

법 학 과

정 창 보

2013년 8월

전자계약의 법리에 관한 입법론적 연구

지도교수 한 삼 인

정 창 보

이 논문을 법학 박사학위 논문으로 제출함

2013년 8월

정창보의 법학 박사학위 논문을 인준함

심사위원장 _____

위 원 _____

위 원 _____

위 원 _____

위 원 _____

제주대학교 대학원

2013년 8월

Investigation on Legal Principles of Electronic Contract from the Legislative Perspective

Jung, Chang Bo

(Supervised by Professor Dr. Han, Sam In)

A thesis submitted in partial fulfillment of the requirement for the
degree of Doctor of Law

2013. 8

Department of Law
GRADUATE SCHOOL
JEJU NATIONAL UNIVERSITY

목 차

제1장 서론	1
제1절 문제의 제기	1
제2절 연구의 목적	2
제3절 연구의 범위와 방법	3
제2장 전자계약의 기본적 법리	6
제1절 전통적 의미의 계약과 전자계약	6
1. 전통적 의미의 계약	6
2. 전자계약의 의의와 특수성	7
(1) 전자계약의 개념	7
(2) 개념의 구분	9
(3) 전자계약의 특수성	11
3. 전자계약의 유효성	18
제2절 전자적 의사표시	18
1. 전자적 의사표시의 개념	19
2. 전자적 의사표시의 특수성	20
3. 전자적 의사표시의 도입 여부	21
(1) 도입 긍정설	21
(2) 도입 부정설	22
(3) 소결	23
제3절 전자계약의 성립과 이행	23
1. 전자계약의 체결과 성립	23
(1) 청약과 승낙에 의한 계약의 성립	23
(2) 의사실현에 의한 계약의 성립	38

(3) 전자계약의 성립시기와 장소	40
(4) 도달주의 채택의 필요성	43
(5) 청약의 철회	44
2. 전자계약의 효력	46
(1) 전자적 의사표시의 효력	46
(2) 전자문서의 효력	55
(3) 전자서명의 효력	61
(4) 전자약관의 효력	68
3. 전자계약의 이행	73
(1) 전자적 이행의 개념 및 법적 성질	73
(2) 전자적 이행의 유형	75
(3) 전자적 이행의 시기와 장소	75
(4) 정보제공의무	76
제3장 전자계약에 관한 국제규범과 입법례	77
제1절 국제규범	77
1. 국제계약에서 전자적 의사표시 등의 이용에 관한 유엔협약	77
2. 전자상거래모델법	82
3. 전자서명모델법	85
4. 국제물품매매계약에 관한 UN협약	88
5. EU 전자상거래입법지침	91
6. EU 전자서명입법지침	93
제2절 주요 국가의 입법례	94
1. 미국	94
(1) 통일전자거래법	94
(2) 연방전자서명법	96
(3) 통일컴퓨터정보거래법	97
2. 독일	99

(1) 방식규정현실화법	99
(2) 채권법현대화법	100
(3) 디지털서명법	101
3. 프랑스	103
4. 일본	105
(1) 전자소비자계약 및 전자통지에 관한 민법의 특례에 관한 법률	105
(2) 전자서명 및 인증업무에 관한 법률	106
제3절 정리 및 시사점	107
1. 정리	107
2. 시사점	112
제4절 우리나라의 주요 법제 현황	114
1. 전자문서 및 전자거래기본법	114
2. 전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률	118
3. 전자서명법	119
4. 민사소송 등에서의 전자문서 이용 등에 관한 법률	121
5. 약관의 규제에 관한 법률	123
6. 전자정부법	125
제4장 전자계약의 법리상의 주요 문제점	126
제1절 전자적 의사표시상의 문제점	126
1. 용어상의 문제	126
2. 전자적 의사표시와 자연적 의사표시의 동질성 문제	127
(1) 전자적 의사표시의 독자성 인정여부	127
(2) 전자적 의사표시의 전개과정	128
3. 의사와 표시의 불일치의 문제	131
(1) 진의 아닌 의사표시	131
(2) 통정허위표시	133
(3) 착오에 의한 의사표시	133

4. 그 밖에 문제되는 의사표시	137
(1) 사기·강박에 의한 의사표시	137
(2) 제한능력자에 의한 의사표시	138
(3) 무권한자에 의한 의사표시	140
(4) 전자적 대리인	141
제2절 전자계약 성립상의 문제점	143
1. 전자적 의사표시 도달의 하자	143
(1) 의사표시의 부도달	143
(2) 의사표시의 지연도달	144
(3) 의사표시의 내용변경	145
2. 발신시기에 관한 하자	145
(1) 전달과정상의 위험부담 귀속	145
(2) 상대방의 컴퓨터에 직접 의사표시를 전달하게 되는 경우	146
(3) 통신사업자가 매개된 경우	146
3. 전자문서의 수신자 확인 문제	148
4. 보통거래약관의 유효성	148
제3절 전자계약 효력상의 문제점	150
1. 전자계약의 효력 문제	150
(1) 급부의무와 책임	151
(2) 대금지급의무와 전자결제	152
2. 전자계약의 관여자의 책임	153
(1) 이행보조자의 과실에 의한 매도인의 책임	154
(2) 네트워크 관여자의 책임	154
(3) 사이버몰과 사업자 인증기관의 책임	155
(4) 통신사업자의 책임	155
제4절 전자계약 이행상의 문제점	156
1. 전자결제의 문제	156
(1) 명의를 모용당한 자와 사이버 몰 사이의 법률관계	157

(2) 명의를 모용당한 자와 결제기관 사이버 법률관계	158
2. 전자지급의 문제	160
제5절 기타의 문제점	162
1. 민사소송상 전자문서의 증거력의 문제	162
(1) 전자문서의 증거조사	162
(2) 전자문서와 원본성의 문제	165
(3) 전자문서의 진정성립 문제	166
2. 전자서명·인증제도상의 문제	168
(1) 국제적 규범체계와의 조화의 문제	168
(2) 국가간 인증기관의 신뢰성 확보의 문제	169
(3) 전자서명·인증제도 관련법 체계적 정비의 문제	170
(4) 전자서명 사용을 권고 또는 의무화의 문제	172
제6절 소결	172

제5장 전자계약의 법리에 관한 입법론적 개선방안 174

제1절 민법전 개정 제안	174
1. 전자거래용어의 민법전 도입	175
2. 전자적 의사표시의 귀속	178
3. 전자적 의사표시의 성립 및 효력	179
(1) 의사표시의 격지성	179
(2) 발신과 도달의 시기	183
4. 전자적 방식의 배제조항	186
제2절 전자문서 및 전자거래기본법 개정 제안	187
1. 전자적 의사표시의 도입	188
2. 전자적 의사표시의 효력 명확화	189
3. 송신·수신 시기 보완	190
4. 전자문서의 형식 요건 명시	192
제3절 전자상거래 등에서의 소비자 보호에 관한 법률 개정 제안	194

1. 전자상거래개념의 수정	195
2. 청약철회기간의 통일	196
3. 손해배상책임의 제한	198
제4절 전자서명법 개정 제안	199
1. 전자서명의 개념수정	200
2. 서명자, 인증기관의 주의의무 규정 신설	201
제6장 결론	203
참고문헌	209
Abstract	229

국문초록

종래의 서면·언어의 형식으로 체결되는 계약을 보통의 계약(채권계약)이라 한다면, 전자적 의사표시를 통해 이뤄지는 계약을 전자계약(전자적 채권계약)이라 할 수 있다. 이러한 전자계약이 일상화되고 있는 지식·정보화 사회에서 보통의 계약에서 기초로 하여 형성된 법과 제도는 제대로 규율하지 못하거나 이전에는 전혀 예상하지 못한 문제들이 발생된다. 이러한 문제는 단순히 정보처리 및 통신수단의 영역에만 머물지 않고 기존의 일상적인 생활방식과 정치, 경제, 사회, 문화 등 모든 사회 구조에 새로운 법적과제를 남기고 있다. 심지어 종래의 전통적인 거래를 규율하는 법체계로 전자계약의 성부(成否) 등을 확인할 수 없는 어려운 난제들로 기인된 전자계약을 둘러싼 법적분쟁들이 발생되고 있다. 이러한 문제들에 대하여 현재 유럽연합, 미국, 독일, 프랑스, 일본 등을 중심으로 법적, 제도적으로 해결하기 위한 시도가 활발하게 전개되고 있지만 전자계약은 법이 대처할 수 있는 속도보다 늘 훨씬 빠르다는 점에서 실정법을 현실세계에 적용하기에 적지 않은 곤란한 법적 문제들이 지속적으로 대두되고 있다.

우리 민법의 경우에 있어서도 전자적 의사표시·전자계약 등을 예상하지 못함에 따라 이로 인한 새로운 법적 과제를 남기고 있고 이 문제들을 해결하는 다양한 법체계의 준비가 요망되고 있으나, 현재로는 전자문서 및 전자거래기본법, 전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률, 전자서명법, 민사소송 등에서의 전자문서 이용 등에 관한 법률, 약관의 규제에 관한 법률 등이 개별법으로 제정되어 운용되고 있을 뿐 통일적인 법원리가 정립되어 있지 않다.

따라서 본고는 이러한 인식의 출발점에서 전자계약의 법리상의 주요 문제점을 입법론적 관점에서 해결방안을 도출시켜 보려고 각별한 고민을 거듭해 보았다. 이를 위해 먼저 전자계약의 기본적 법리와 전자계약에 관한 국제규범과 입법례를 비교법적으로 고찰하여 시사점을 제시하였고 우리나라의 주요 법제 현황을 살펴 본 후 그 토대위에서 문제점을 표출시켜 보았다. 먼저, 전자계약에 관한 법적인 문제점으로 첫째, 전자적 의사표시상의 문제를 들 수 있다. 즉 용어상의 문제, 전자적 의사표시와 자연적 의사표시의 동질성 문제, 의사와 표시의 불일치의 문제에 관한 사항으로

서는 진의 아닌 의사표시, 통정허위 표시, 착오에 의한 의사표시를 비롯하여 사기·강박에 의한 의사표시, 제한능력자와 무권한자에 의한 의사표시, 전자적 대리인에서 문제점들을 지니고 있다. 둘째, 전자계약 성립상의 문제를 들 수 있다. 여기에는 전자적 의사표시 도달의 하자, 발신시기에 관한 하자, 전자문서의 수신자 확인 문제, 보통거래약관의 유효성에서 문제점들로 인한 법적 분쟁을 야기될 개연성도 있다. 셋째, 전자계약 효력상의 문제를 들 수 있다. 즉 전자계약의 효력 문제, 전자계약의 관여자의 문제 등이 발생하고 있어 보완책이 필요하다고 생각된다. 넷째, 전자계약 이행상의 문제를 들 수 있다. 여기에서는 전자결재의 문제 그리고 전자지급의 문제가 발생된다. 다섯째, 기타의 문제로서 민사소송상 전자문서의 증거력의 문제, 전자서명·인증제도상의 문제가 대두된다.

그러나 이러한 문제점들을 전자계약의 특수성이란 이유만으로 하여 현실세계의 법에 전면적으로든 부분적으로든 배제하여야 하는 것은 아니라고 본다. 그 반대로 오히려 전자계약의 특수성을 고려하여 외국의 입법동향을 수용하여 우리법제에의 편입을 고려하는 노력을 기울여야 할 것이고 다른 한편으로 기존의 전통적인 거래 법리를 개선하여 적용하는 계기를 만들어야 할 것이다. 이와 같은 인식의 바탕위에서 새롭게 정비되어야 할 법률들이 산적해 있지만 입법론적 관점에서 몇 가지 쟁점이 되고 있는 민법전 개정 제안과 전자문서 및 전자거래기본법, 전자상거래 등에서의 소비자 보호에 관한 법률 그리고 전자서명법에서 전자계약의 법리에 관한 입법론적 개선방안을 제시하였다.

첫째, 민법전 개정 작업이 필요하다고 본다. 즉 전자거래용어의 민법전 도입, 전자적 의사표시의 귀속, 전자적 의사표시의 성립 및 효력에 대한 개정 시안을 제시하여 해결책을 강구하려고 하였다. 둘째, 전자문서 및 전자거래기본법 개정을 제안하였다. 이를 뒷받침하기 위해 전자적 의사표시의 도입, 전자적 의사표시의 효력 명확화, 송신·수신 시기 보완, 전자문서의 형식 요건 명시에 대한 개정시안을 제안하였다. 셋째, 전자상거래 등에서의 소비자 보호에 관한 법률 개정을 제안하였다. 여기서는 전자상거래개념의 수정, 청약철회기간의 통일, 손해배상책임의 제한으로 하여 개정시안을 제안하였다. 넷째, 전자서명법 개정을 제안하였다. 즉 전자서명의 개념 수정과 서명자, 인증기관의 주의의무 규정 신설을 시안으로 제안하였다.

위에서 제시한 몇 가지의 입법론적 개선방안들이 컴퓨터와 통신망 등 자동화설비를 이용하여 이루어지고 있는 전자계약에 있어서 실질적인 도움이 되고 전자계약을 둘러싼 대두되는 문제들의 해결방안으로서 우리 법제 입법과정에 녹아들어 전자계약을 둘러싼 분쟁의 합리적인 해결에 일조할 수 있을 것으로 사료된다.

주제어 : 전자계약, 전자적 의사표시, 전자거래, 전자서명, 청약과 승낙

제1장 서론

제1절 문제의 제기

21세기를 지식·정보화 사회라 한다. 정보화 사회에서는 범람하는 정보의 수집·축적·처리를 위한 컴퓨터와 정보를 운반하는 통신 등 두 개의 축이 등장함으로써 그에 따른 법적 문제가 발생하게 된다.¹⁾ 이러한 문제는 단순히 정보처리 및 통신수단의 영역에만 머물지 않고 기존의 일상적인 생활방식과 정치, 경제, 사회, 문화 등 모든 사회구조에 새로운 법적과제를 남기고 있다. 또한 종래의 서면·언어의 형식으로 체결되는 계약을 보통의 계약(채권계약)이라 한다면, 전자적 의사표시를 통해 이뤄지는 계약을 전자계약(전자적 채권계약)이라 할 수 있다. 이러한 전자계약을 둘러싼 환경에 있어서도 종래의 전통적인 거래를 규율하는 법체계로 인하여 계약의 성부(成否) 등을 확인할 수 없는 난제들로 기인된 법적분쟁들이 발생되고 있다.

이러한 형태를 컴퓨터 등 자동화설비를 이용한 의사결정이라는 인식의 범주에서 서술해보면, 종래의 의사결정은 전적으로 표의자인 인간의 의사활동의 산물로 간주되었지만 컴퓨터 등 자동화설비는 인간이 사전에 입력한 프로그램에 따라 일정한 의사결정의 내용을 표시한다. 그런데 이러한 컴퓨터 등 자동화설비의 의사결정은 비인간적인 전자적 신호들의 작동과정이며, 인간은 그러한 컴퓨터 등 자동화설비의 구체적이며 개별적인 의사결정 과정을 알지 못한다. 또한 컴퓨터 등 자동화설비에 의한 의사결정은 인간의 의사영역의 일정부분을 사실상 대신하므로 인간의 자연적 의사표시를 요소로 하는 종래의 법률행위 개념과 충돌이 되는 상황이 발생하게 된다. 즉 전자계약에서 컴퓨터 등 자동화설비에 의한 전자적 법률행위가 종래의 법률행위 본질론에 어떠한 영향을 미치며 또한 이러한 충돌이 발생하는 경우 이를 어떤 해결방안으로 대응이 가능한가 하는 문제가 제기된다.

1) 한삼인, 「민법총칙」, 화산미디어, 2013. 282-283면 참조.

제2절 연구의 목적

2013년 산업통상자원부, 「2012 정보통신산업의 진흥에 관한 연차보고서」의 발표 자료에 의한 전자계약을 둘러싼 전자상거래의 국·내외 환경을 보더라도 2010년 미국 전자상거래 규모는 4조 1,290억 달러로 전년도 대비 16.5% 증가된 것으로 파악됐다. 이중 B2B 전자상거래가 3조 7,050억 달러로 전체 전자상거래의 89.7%를 차지하였고 B2C가 10.3%인 4,240억 달러가 거래된 것으로 집계되었다. 또한 2010년 기준으로 EU 27개 국가 중 평균 35%의 기업의 전자상거래에 의한 구매를, 15%의 기업이 전자 판매를 한 것으로 조사되었고 전체 매출대비 전자상거래 매출은 14%인 것으로 나타난 수치다. 더구나 우리나라의 2011년도 연간 전자상거래 총 거래액은 약 999조원으로 전년도(약 824조 원)에 비해 21.2% 증가하여 상승세를 지속적으로 유지되고 있다.

이렇게 컴퓨터 등 자동화설비를 기반으로 하는 전자상거래가 전 세계적으로 보편화되면서 다양한 전망과 예측이 등장하고 무한한 성장가능성에 대한 기대로 인하여 21세기는 기존의 전통적인 상거래가 갖고 있던 지역적, 공간적 한계를 극복하고 세계를 하나로 묶는 새로운 시장, 이른바 사이버 몰(Cyber mall)이 기본이 될 것이라는 가능성도 예견된다. 그렇지만 분명한 것은 전자상거래에 대한 여러 현상은 앞으로의 경제적, 사회적 생활에 필수 불가결한 요소로서 자리매김 할 것으로 생각된다. 그러나 우리 민법은 전자적 의사표시·전자계약 등을 예상하지 못함에 따라 이로 인한 새로운 법적 과제를 남기고 있고 이 문제들을 해결하는 다양한 법체계의 정비가 요망되고 있으나, 현재로는 전자문서 및 전자거래기본법, 전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률, 전자서명법, 민사소송 등에서의 전자문서 이용 등에 관한 법률, 약관의 규제에 관한 법률 등이 개별법으로 제정되어 운용되고 있을 뿐 통일적인 법원리가 정립되어 있지 않다. 더구나 전자계약에서 발생하는 문제들이 법이 대처할 수 있는 속도보다 늘 훨씬 빠르다는 점에서 실정법을 현실세계에 적용하기에 적지 않은 곤란한 법적 문제가 끊임없이 제기되고 있고 이런 문제를 해결하고자 유럽연합, 미국, 독일, 프랑스, 일본 뿐 만 아니라 우리나라에서도 전자계약에 대하

여 새로운 규범을 마련해야 한다는 논의가 이뤄지고 있다.

본고는 위와 같은 인식의 바탕위에서 전자계약의 기본적 법리와 전자계약 법제에 관한 논의가 활발한 유럽연합, 미국, 독일 프랑스, 일본의 입법례를 살펴보고 정리 및 시사점을 제시해 보기로 한다. 그리고 전자계약의 법리상의 주요 문제점을 파악·정리한 후 그 개선방안을 입법론적 관점에서 제시하려 한다. 이를 통하여 전자계약을 둘러싼 분쟁의 합리적인 해결 방안의 모색에 일조할 수 있을 것으로 사료된다.

제3절 연구의 범위와 방법

본고는 전자계약의 법리상 주요 문제점을 도출시키고 입법론적 개선방안을 마련하기 위하여 연구의 범위를 전자적 의사표시가 주로 행하여지는 민법뿐만 아니라 국제규범, 주요 국가의 입법례 및 소비자 관련 법률도 연구의 대상으로 삼았다.²⁾

2) 전자계약 관련 국내·외 입법례 연구와 논의는, 법무부, 「새로운 형태의 전자적 의사표시와 전자문서에 관한 연구」, 2011; 법무부, 「전자거래규정의 민법 편입」, 2009; 법무부 「전자계약의 현안과 과제 - UN전자계약협약을 중심으로-」, 2008; 법무부, 전자적 법률행위·의사표시론, 2007; 법무부, 「민법 개정 자료집」, 2004; 법무부, 「전자거래법제의 개정 착안점」, 2001; 법원행정처, 「국제규범의 현황과 전망 - 2008년 국제규범연구반 연구보고 및 국제회의의 참가보고 -」, 2008; 사법연수원, 「2011 전자거래법연구」, 2011; 사법연수원, 「전자거래법」, 2008; 왕상한, 「전자상거래와 국제규범」, 2001; 한국법제연구원, 「전자거래 입법의 문제점과 개선방안」, 2002; 한국법제연구원, 「전자거래 관련 법제 정비 방안」, 2001; 한삼인·정창보, 「전자서명·인증제도의 법제의 동향과 개선방안에 관한 연구」, 가천법학 제5권 제2호, 가천대학교법학연구소, 2012. 8. 379면 이하; 한삼인·정창보, 「ODR의 국내·외 동향과 활성화방안에 관한 연구」, 「강원법학」 제36권, 강원대학교비교법학연구소, 2012. 6. 409면 이하; 한삼인·정창보, 「전자문서에 있어서의 법제의 동향과 증거력에 관한 연구」, 「법학논총」 제19집 제1호, 조선대학교법학연구소, 2012. 4. 367면 이하; 한삼인·정창보, 「전자계약에 있어서의 법률문제에 관한 연구」, 「법학연구」 제15집 제1호, 인하대학교법학연구소, 2012. 3. 349면 이하; 정진명, 「전자거래 규정의 민법 편입」, 「민사법학」 제48호, 한국민사법학회, 2010. 3. 59면 이하; 오병철, 「전자거래규정의 민법예외의 편입」, 「민사법학」 제46집, 한국민사법학회, 2009. 9. 117면 이하; 왕상한, 「전자상거래 국제규범 논의 동향과 시사점」, 「상사법연구」 19권 제2호, 한국상사법학회, 2000. 10. 47면 이하; 김상찬, 「전자거래상 소비자분쟁의 국제재판관할에 관한 유럽의 동향」, 「민사소송」 제7권 제2호, 한국민사소송법학회, 2003. 8. 159면 이하 참조; 정완용, 「전자계약에 관한 국제협약 초안의 검토 - UNCITRAL 제39차 전자상거래작업반회의의 참가보고서 -」, 「한국해법학회지」 제24권 제1호, 한국해법학회, 2002. 4. 251면 이하; 정완용, 「제43차 유엔국제상거래법위원회(UNCITRAL)전자상거래작업반(W/G)참가보고서」, 「한국해법학회지」 제26권 제1호, 한국해법학회, 2004. 4. 405면 이하; 정완용, 「전자계약에 관한 국제협약(초안) 제정회의의 참가보고 -UNCITRAL 제44차 전자상거래실무그룹회의」, 「인터넷법률」 통권 제26호, 2004. 11. 118면이하; 정진명, 「UNCITRAL 전자계약협약의 국내법예외의 수용」, 「비교사법」 제16권 제2호, 한국비교사법학회, 2009. 6. 43면 이하; 오병철, 「UNCITRAL 전자계약협약에 관한 비교법적

이를 위해 전자계약의 법리와 관련하여 전통적 의미의 계약과 전자적 의사표시에 의하여 이루어지는 전자계약의 차별적 성격을 명확히 하기 위하여 전자적 의사표시의 도입여부를 검토하고, 전자계약의 성립과 효력 그리고 그 이행상의 기본적인 법리를 살펴보기로 한다.³⁾ 그리고 우리나라의 전자문서 및 전자거래기본법, 전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률, 전자서명법, 민사소송 등에서의 전자문서 이용 등에 관한 법률, 약관의 규제에 관한 법률, 전자정부법 등을 주로 고찰하고, 이외의 개별 특별법에 관해서도 필요한 경우에는 논술의 범위에 포함시켰다.

본고의 구체적인 논술의 범위는 다음과 같다.

제1장 서론에서는 문제의 제기를 통한 연구의 목적, 연구의 범위와 방법을 살펴본다.

제2장에서는 전자계약의 기본적 법리에 대하여 살펴본다. 전통적의미의 계약과 전자계약, 전자적 의사표시 도입여부와 함께 전자계약의 성립과 이행 등을 중심으로 살펴보기로 한다.

제3장에서는 전자계약에 관한 국제규범과 입법례에 대하여 살펴본다. 국제규범으로는 국제계약에서 전자적 의사표시 등의 이용에 관한 유엔협약, 전자상거래모델법, 전자서명모델법, 국제물품매매계약에 관한 UN협약, EU 전자상거래입법지침, EU 전자서명입법지침을 살펴보고, 전자계약 법제에 대한 논의가 활발하게 진행되고 있는 미국, 독일, 프랑스, 일본을 중심으로 입법례를 고찰하고 시사점을 도출시켜 보고자 한다. 그리고 우리나라의 주요 법제 현황을 살펴본다.

고찰과 전자거래기본법의 영향”, 「비교사법」 제13권 4호, 한국비교사법학회, 2006. 12. 83면 이하 참조.

3) 이와 관련한 연구는, 김용직·지대운, “정보사회에 대비한 민사법 연구 서론”, 「정보사회에 대비한 일반법 연구(I)」, 통신개발연구원, 1997. 6. 91면 이하; 방석호, “인터넷 활용에 따른 민사법적 문제”, 「한국 법학 50년 (II)」, 1998, 705면 이하; 송오식, “가상공간에서의 민사법적 대응과 전자적 의사표시”, 「법률행정논총」 제18집, 전남대학교법률행정연구소, 1998. 12. 155면 이하; 오병철, 「전자거래법」, 법원사, 2000, 81면 이하; 오병철, “전자거래의 민사법적 규율방안”, 「정보사회에 대비한 일반법 연구(II)」, 정보통신정책연구원, 1998. 2. 43면 이하; 장재욱, “인터넷상에서의 계약체결 - 의사표시와 관련한 몇 가지 기초적 검토”, 「법학논문집」, 중앙대학교, 1998, 213면; 최명규, “전자의사표시의 법적 효력문제”, 「비교사법」 제5권 1호, 1998. 6. 437면; 최병록, “전자계약에서의 법률문제 - 소비자보호측면에서 -”, 「비교사법」 제12권 2호, 한국비교사법학회, 2005. 6. 305면 이하; 한웅길, “전자상거래와 계약법”, 「비교사법」 제5권 2호, 한국비교사법학회, 1998. 12. 7면 이하; 한삼인·정창보, “전자적 의사표시에 대한 민법상 적용문제에 관한 연구”, 「법학연구」 제45집, 한국법학회, 2012. 2. 201면 이하; 김상찬·김상명, “전자거래의 법리에 관한 연구”, 「동아시아연구논총」 제9권, 제주대학교동아시아연구소, 1998. 12. 206면 이하; 이운선, “전자거래에 관한 연구”, 「민사법연구」 제11집 제2호, 대한민사법학회, 2003. 12. 26면 이하 등 참조.

제4장에서는 전자계약의 법리상의 주요 문제점에 관하여 살펴본다. 이에 대하여 분석의 틀을 전자적 의사표시, 전자계약 성립, 전자계약 효력, 전자계약 이행 등으로 나누어 문제점을 살펴보고자 한다.

제5장에서는 전자계약의 법리에 관한 입법론적 개선방안을 도출시켜 보고자 한다. 이에 대하여는 민법, 전자문서 및 전자거래기본법, 전자상거래 등에서의 소비자 보호에 관한 법률, 전자서명법에 한정하여 입법론적 개선방안을 제시하고자 한다.

제6장에서는 본 논문의 결론으로서, 전자계약을 둘러싼 법제의 현 상황에 대한 인식을 토대로 하여 전자계약의 법리상의 주요 문제점을 정리해보고, 전자계약의 법리에 관한 입법론적 개선방안으로 제시된 시안 등을 정리한다.

본고의 연구방법으로는, 논제와 관련한 국내·외의 단행본, 학술연구논문, 보고서와 판례 등을 바탕으로 학설을 조사·분석하는 문헌연구방법을 주로 사용하였다. 또한 부분적으로 그 시사점을 얻기 위하여 외국의 법제를 조사·분석하는 비교법적 연구방법을 보충적으로 취하였다.

제2장 전자계약의 기본적 법리

제1절 전통적 의미의 계약과 전자계약

1. 전통적 의미의 계약

법률행위는 일정한 법률효과의 발생을 목적으로 하는 하나 또는 수개의 의사표시를 불가결의 요소로 하는 법률요건이다.⁴⁾ 현실세계에서 이루어지는 법률행위는 그 기준에 따라 다양한 형태로 분류된다. 전통적 의미의 계약은 청약과 승낙에 의하여 성립하는 것이 보통이지만, 교차청약(민법 제533조) 또는 의사실현의 사실(민법 제532조)에 의해 성립하기도 하고 사실적 계약관계가 주장되기도 한다. 계약의 성립과정에서는 계약체결상의 과실책임(민법 제535조)이 문제되고, 계약의 효력으로서 동시이행의 항변권(민법 제536조)과 위험부담(민법 제537조, 제538조) 등이 문제된다. 그리고 계약은 채무불이행을 원인으로 하는 해제 또는 해지에 의하여 소멸한다.

국제거래를 위한 전통적인 계약은 다른 일반 계약과 마찬가지로 일방 당사자의 청약과 청약을 받은 상대방의 승낙에 의해 성립되지만, 그것이 법적 구속력을 확보하기 위해서는 추가로 몇 가지 요건을 충족시킬 것을 요구하는 것이 관행이다. 당사자간의 의사표시가 완벽하게 합치해야 하고 약인(約因, consideration)이 있어야 한다.⁵⁾ 거래의 목적물, 그리고 거래방법 및 그 수단이 합리적이어야 하고, 당사자에

4) 계약은 서로 대립하는 두개 이상의 의사표시의 합치로 성립하는 법률행위로 채권관계의 발생을 목적으로 한다(지원림, 「민법강의(제10판)」, 2012, 홍문사, 1277면; 김상용, 「채권각론」, 화산미디어, 2009, 3-5면 참조; 한국법제연구원, 「국가계약법 개선방안」, 2010, 18면); 이하 전통적 의미의 계약에 관하여는 법무부, 전계 「전자계약의 현안과 과제-UN 전자계약협을 중심으로-」, 9-12면 참조.

5) 약인은 영미법상 개념으로 당사자 간의 교섭(bargained for exchange value)을 전제로 한 법적가치(legal value)가 있는 대가(계약상 채무의 대가)로서 제공된 작위, 부작위, 법률관계의 설정, 변경, 소멸 또는 약속을 말한다. 보통 계약서에 “in consideration of the mutual covenants contained herein.....”으로 표시된다. 영미법상 원칙적으로 계약은 약인이 있어야 이를 강제할 수 있다. 1995년 초 영국의 베어링은행(Barings bank)의 싱가포르 현지법인 선물회사 Barings Futures의 젊은 선물거래인 니콜라스 릭슨이 싱가포르 국제통화거래소(SIMEX)를 거점으로 파생상품의 하나인 주가지

계 의사능력과 행위능력이 있어야 한다. 이러한 요건이 충족되었는지 여부를 판단하는 기준으로 거래의 안정 및 확정(security and certainty in business transaction)을 중요시하는 “객관적 계약이론(objective theory of contract)”에 의하면, 계약의 청약 및 승낙의 내용을 합리적인 사람(reasonable person)의 입장에서 객관적으로 파악하여 당사자 사이에 상호합의가 있었는지를 파악해야 한다. 이 경우 당사자가 실제로 의도하였던 주관적인 내부의사는 상호합의의 형성 여부에 아무런 영향을 미치지 않는 것을 원칙으로 한다. 다만 계약당사자의 주관적 내부의사가 일치하는 경우 그 주관적 내부의사를 따르게 된다.⁶⁾

2. 전자계약의 의의와 특수성

(1) 전자계약의 개념

전자계약이란 양 당사자(예를 들면 매도인과 매수인 등)의 그 의사표시를 전자적 방식으로 하여 성립하는 계약으로서 상호 교환된 계약당사자의 전자적 의사표시의 합치로 성립되는 법률행위이다.⁷⁾ 따라서 이 또한 일반적인 계약이론이 적용된다.⁸⁾ 다시 말하면 현실세계에서의 계약은 일정한 법률효과를 발생시키려고 하는 청약이

수선물에 투자하였으나, 닷케이 주가지수 ‘日經 225’가 1995년 1월 고베지진 등의 영향으로 폭락하여, Barings group이 사실상 파산하였다. 이에 네덜란드의 금융보험그룹인 Internationale Nederlanden Group(ING그룹)이 1995년 3월 5일 베어링은행을 인수하는 계약을 체결하였다. ING 그룹은 베어링은행의 인수대금은 영국 돈 1파운드를 지급한다는 계약조건을 제시하였다. 여기서 1 파운드는 바로 계약을 유효화시키기 위한 consideration 이다. 이와 같은 약인을 ‘one dollar consideration’이라 한다(최준선, 「국제거래법(제7판)」, 삼영사, 2012, 54면).

- 6) 이상운, 「영미법」, 박영사, 2009, 281-282면; 지원림, “계약정의에 관한 연구-계약자유와의 관계를 중심으로-” 「비교사법학회」 제9권 제2호, 한국비교사법학회, 2002. 8, 101-102면 참조.
- 7) 이와 유사한 견해는, 인터넷 전자상거래에서의 전자계약이란 전자상거래의 성립을 위하여 일정한 법률효과의 발생을 목적으로 전자적 수단(전자문서)에 의하여 인터넷 네트워크 등을 이용하여 2인 이상의 당사자간의 전자화된 의사표시의 합치에 의하여 성립하는 법률행위라 하고(정완용, 「전자상거래법(제3판)」, 법영사, 2005, 31면), 컴퓨터와 통신망의 연결에 의하여 이루어지는 계약을 시스템계약이라 한다(김상용, 「민법총칙(2판)」, 화산미디어, 2013, 352면).
- 8) 전자계약은 사업자와 소비자 사이의 계약뿐만 아니라 사업자와 사업자 사이의 전자계약이 가능하다. 독일민법 제312조의 e도 이러한 전자계약의 전제하에 계약체결 이전과 계약이행 이후의 광범위한 정보제공의무를 소비자(Verbraucher)가 아닌 고객(Kunden)을 효과적으로 보호하기 위한 내용으로서 고객이 사업자인 경우에도 그대로 적용된다는 점에서 방문판매나 통신판매에서의 사업자와 소비자 사이의 계약만을 적용대상으로 한 것과는 구별된다(김형배, 「독일 채권법의 현대화」, 법문사, 2003, 142면).

라는 의사표시와 그에 대한 승낙이라는 의사표시가 서로 합치됨으로써 성립되는 것임에 비해, 전자계약은 이러한 의사표시의 합치가 전자적 수단을 통해 이루어진다는 점에 그 차이가 있는 것에 불과하므로,⁹⁾ 특정한 유형의 계약(a special type of contract)이 아니라 계약체결 형태의 하나(a method of contracting)이다.¹⁰⁾ 그러므로 전자계약이 성립되기 위해서는 첫째, 전자거래의 성립을 목적으로 하여야 하며, 둘째 의사표시가 전자적인 형태로 이루어져야 한다. 셋째, 의사표시가 컴퓨터 등 전자적 방법으로 이루어져야 한다. 이러한 전자계약의 특징으로 인하여 서면(Writing)에 의한 계약에서는 예상하지 못한 특수한 법적 문제점이 발생하게 된다. 그 주된 내용은 전자문서의 문서성 확보, 전자적 통신수단에 의한 의사표시의 구속력, 계약 성립의 장소, 청약과 청약의 유인구별, 계약의 성립시기 등을 들 수 있다.

전자계약의 개념은 법적으로 아직 정의되어 있지 않다.¹¹⁾ 다만, 유럽연합의 격지자간계약에 있어서 소비자보호지침 제2조 제1항은 ‘격지자간 계약’(distant contract)이라 함은 공급자에 의하여 운영되는 조직화된 격지자간 매매 또는 서비스 계획에 따라 공급자와 소비자 사이에 체결되는 재화 또는 서비스계약을 말한다. 이 경우 공급자는 계약을 위하여 계약이 체결되는 시점까지 하나 이상의 원격지통신수단을 사용하여야 한다.”고 규정하고 있고, 일본의 「전자소비자계약및전자승낙통지에관한 민법의특례에관한법률(電子消費者契約及び電子承諾通知に關する民法の特例に關する法律)」 제2조 제1호는 ‘전자소비자계약’을 “소비자와 사업자 사이에 전자적 방법에 의한 전자계산기의 영상면을 매개하여 체결되는 계약으로서, 사업자 또는 그 위탁을 받은 자가 당해 영상면에 표시하는 절차에 따라 소비자가 그 사용하는 전자계산기를 이용하여 송신하는 것에 의하여 그 청약 또는 그 승낙의 의사표시를 행하는 것”이라고 한다. 결국 전자계약은 전자거래를 목적으로 하여 전자적 방법으로 행하여진 청약과 승낙의 의사표시의 합치에 의하여 성립한다. 즉 앞에서 서술한 바와

9) 그러나 전자계약을 전자적 의사표시가 폐쇄적 또는 개방적으로 연결된 통신회선을 통해 상대방에게 전달되어 성립된 계약으로 정의하면서 기존의 전화 팩스, 텔렉스를 이용한 계약은 의사표시가 전자화되지 않았다는 이유에서 이러한 유형은 전자계약에 포함될 수 없다는 견해도 있고(정경영, 「전자금융거래와 법」, 박영사, 2007, 29-30면), 전자계약이 갖고 있는 특성상 전통적인 일반적 계약이론을 그대로 적용하기에는 무리가 있다는 견해도 있다(법무부, 전계 「전자계약의 현안과 과제-UN전자계약협약을 중심으로-」, 12면).

10) 노태약, “전자거래와 계약”, 「재판자료」 제99집, 법원행정처, 2003. 6, 437면; 한국법제연구원, 전계 「전자거래 입법의 문제점과 개선방안」, 22면.

11) 법무부, 전계 「전자적 법률행위·의사표시론」, 38면.

같이 전자계약은 새로운 유형의 계약이 아니라 계약의 체결과 승낙이 전자적 형태로 이루어지는 계약체결의 한 형태라고 할 수 있다.¹²⁾

(2) 개념의 구분

1) 전자거래와의 구분

현행법에서는 전자계약이 아닌 전자거래(Electronic Transaction)라는 용어를 사용하고 있다.¹³⁾ 전자계약은 양당사자의 의사의 합치(meeting of minds)가 전자적 방식에 의하여 이루어지는 것을 의미한다.¹⁴⁾ 즉 인터넷 쇼핑몰에서,¹⁵⁾ 체결되는 계약

12) 같은 견해 : 법무부, 전계 「전자계약의 현안과 과제-UN전자계약협약을 중심으로-」, 12면 이하 참조.

13) 여기서 전자거래를, 기존의 전통적인 상거래와 비교해 볼 때 몇 가지 특징을 가지고 있다. 첫째, 전자거래는 시간과 공간의 제약이 없다. 물리적 한계가 있는 기존 상거래와 달리 전자거래는 시간과 공간의 제약이 없기 때문에 거래는 비용을 대폭 절감할 수 있다. 우선 고정비용 및 간접비용이 절감이다. 기존 상거래의 경우 상품전시, 영업, 고객접대 등을 위한 비용 지출이 불가피하였음에 비해 전자거래는 거래가 네트워크상에서 이루어지므로 이러한 비용을 대폭 줄일 수 있다. 전자거래는 또 도·소매상의 중간유통 단계를 배제할 수 있어 운송비, 유통마진 등을 제거할 수 있고, 따라서 시장에서 그만큼 가격경쟁력을 확보할 수 있다. 셋째, 전자거래는 인종이나 성별, 회사의 규모 등의 차이는 별로 문제가 되지 않는다. 아이디어만 있으면 작은 돈으로 얼마든지 거래의 주체로 시장에 참여할 수 있다. 적어도 사이버공간(Cyber space)에서만만큼은 기존 시장이 안고 있던 '참여의 제약'이라는 문제를 상당부분 해소함으로써 시장경제 원리가 전제로 하고 있는 완전경쟁이 실현될 수 있다. 넷째, 전자거래는 비대면 거래이다. 거래당사자들은 오직 네트워크로 연결된 컴퓨터를 통하여 거래에 입할 뿐 상대방과 직접 대면하지 않는다. 따라서 거래 당사자간의 인적 신뢰관계는 전혀 존재하지 않는다. 또 불특정 다수와의 거래를 전제로 하는 경우가 많기 때문에 대개 거래 일방이 미리 정해 놓은 약관에 의해 거래가 이루어지게 된다. 소비자 보호의 필요성에 제기되는 부분이다. 다섯째, 전자거래는 양방향 거래이다. 소비자와 기업간의 양방향 통신을 통해 소비자는 자신이 원하는 바를 기업에 바로 전달 할 수 있고 또 불만이 있으면 기업으로부터 즉각적인 조치를 받을 수도 있다. 기업도 소비자와의 양방향 통신을 통해 영업에 효율성을 기할 수 있게 되었다. 무엇보다 실시간 서비스가 가능해졌다. 고객 불만 및 문의사항에 즉각 대응할 수 있을 뿐만 아니라 고객들의 욕구변화를 신속히 파악할 수 있게 된 것이다(법무부, 전계 「전자계약의 현안과 과제-UN전자협약을 중심으로-」, 1면; 김재두, “전자상거래제도에 관한 법적 검토”, 「법학논총」 제36권 제1호, 단국대학교법학연구소, 2012. 6, 710면).

14) 전자적 의사소통 기술을 이용하면 당사자는 거대한 양의 데이터를 압축하여 수만 건의 문서를 순식간에 보내지기 때문에 청약을 이루는 것은 무슨 자료이며, 승낙을 구성하는 것은 무엇인지조차도 결정하는 것이 쉽지 않아 당사자의 의사가 합치되는 순간을 결정하는 것은 현실세계에서는 거의 의미없는 연습에 불과하다는 견해도 있다(이종근, “전자상거래 시대에 있어서의 계약의 성립시기-발신주의의 수정의 필요성을 중심으로-”, 「법학논고」 제37집, 경북대학교 법학연구원, 2011. 10, 323-324면).

15) 여기서 인터넷을, 흔히 '흐르는 매체(streaming media)'라 한다. 이는 인터넷 이용자들이 일반적으로 화면상에 나타나는 내용을 숙독(熟讀)하기 보다는 주로 그 대략만을 훑어보는 성향을 적절히 지적한 것이라 볼 수 있다. 이외에도 각종 링크 설정을 통해 다른 사이트 혹은 동일 사이트의 다른 페이지로 쉽게 이동할 수 있는 점도 인터넷 이용자들의 이 같은 성향을 부추기고 있다(김진환, “약관의 계약편입과 전자계약”, 「법조」 제50권 제6호, 법조협회, 2001. 6, 117면).

을 비롯하여 전자우편을 통한 계약이 대표적인 예라고 할 수 있다. 반면에 전자문서 및 전자거래기본법상 전자거래는 재화나 용역을 거래함에 있어서 그 전부 또는 일부가 전자문서에 의하여 처리되는 거래를 말한다(동법 제2조 5호). 따라서 전자거래는 단지 계약의 체결이 전자적으로 이루어지는 형태뿐만 아니라 이행이 전자적으로 이루어지는 경우도 역시 포함한다. 그 결과 전자거래는 체결상의 전자거래, 이행상의 전자거래 또는 체결과 이행상의 전자거래로 구분할 수 있으며, 이 중 전자계약과 일치하는 유형은 체결상의 전자거래이다. 그러므로 전자계약과 전자거래는 상호 일치하는 개념이 아니며, 전자계약은 전자거래의 하나의 유형에 해당한다.¹⁶⁾ 그러므로 전자거래에 적용되는 법 규정 역시 계약의 체결과 관련된 부분에 한하여서는 전자계약에 대하여도 동일하게 적용된다. 물론 전자계약에 따른 이행이 전자적 방식으로 이루어지는 경우에는 이행상 전자거래에 관한 법 규정 역시 동일하게 적용된다고 할 수 있다.¹⁷⁾

2) 일반계약과의 구분

전자계약은 양당사자의 의사의 합치를 요건으로 하기 때문에 이 점에 있어서 일반계약과 동일하다. 다만 당사자의 의사표시를 상대방에게 전달함에 있어서 일반계약은 제한이 없지만, 전자계약의 경우 전자적 방식을 요구한다는 점에서 차이가 있다. 따라서 전자계약은 계약의 일종에 해당하기 때문에 계약에 관한 규정이 적용되며, 특히 전자계약의 성립시기에 대하여 전자문서 및 전자거래기본법에서 별도의 규정을 두고 있지 않기 때문에 일반계약의 성립시기를 규정하고 있는 민법과 상법의 제 규정이 전자계약의 성립시기에도 동일하게 적용된다.¹⁸⁾

16) 전자거래란, “인터넷과 같은 개방형 시스템 하에서 계약을 비롯한 각종 법률행위 또는 그에 수반하는 부수적인 행위가 컴퓨터 등을 통하여 이루어지는 것”이라는 견해(김진환, “전자거래에 있어서의 문서성과 서명성에 관한 고찰”, 「법조」 제515권, 법조협회, 1999. 8, 119면) 그리고 “양당사자 모두 컴퓨터 및 쌍방의 컴퓨터를 연결하는 망(net)을 통해 전자적인 방법으로 법률행위 또는 그에 따른 이행을 하는 거래라고 보는 견해가 있다(오병철, 전제 「전자거래법」, 29-32면 참조). 그러나 이러한 견해들 사이에 의미 있는 차이는 없고 우리나라 법제 하에서의 전자계약은 전자거래보다 협의의 개념이라 한다(법무부, 전제 「전자계약의 현안과 과제 - UN전자계약협약을 중심으로」, 14-15면).

17) 같은 견해 : 고희석, “전자적 의사표시의 효력발생시기에 관한 연구-전자계약을 중심으로”, 「재산법연구」 제28권, 제3호, 한국재산법학회, 2011. 11, 100-101면.

18) 고희석, 상계논문, 101면.

(3) 전자계약의 특수성

1) 전자계약의 범위

UN전자상거래모델법(Model Law on Electronic Commerce)에서는 데이터 메시지 형태로 전달되는 모든 데이터의 교환, 즉 전자문서교환(Electronic Data Interchange; EDI),¹⁹⁾ 전자우편(Electronic mail), 전신(Telegram), 텔렉스(Telex), 또는 팩시밀리(Telecopy) 등을 포함하는 전자적 방식에 의한 데이터 교환으로 행해지는 거래를 전자거래로 보고 있다(UN 전자상거래모델법 제1조 및 제2조 (a)참조). 그런데 이것은 전자거래의 광의의 개념으로 해석할 수 있다.²⁰⁾ 그러나 우리나라 전자문서 및 전자거래기본법은 이중 협의의 정의를 채택하고 있어서 단순한 종이팩스 등에 의한 거래는 전자거래의 범주에서 제외하고 있다.²¹⁾

전자계약은 당사자들이 청약이나 승낙 같은 특정한 입력에 자동적으로 반응할 수 있도록 자신의 컴퓨터를 프로그램화 할 수 있기 때문에 가능하다. 전자계약은 시간적, 공간적인 제약을 극복하고 계약을 이행시킨다는 점에서 매우 효율적인 계약형태라고 할 수 있다. 그런데 이러한 전자계약을 체결하는데 있어서 컴퓨터에 의해 발생하는 실수는 자연인이 행하는 실수와 성격이 다를 수 있고, 실수나 불성실(bad faith) 등에 관련된 기존의 법규로 다루기에 부적합할 수 있다. 더구나 현재까지 국제적으로 전자계약에 관해서 국제적인 통일관습내지 법규가 존재하지 않음으로서 국제거래의 불확실성이 높다고 할 수 있다.²²⁾

2) 전자계약의 특징

컴퓨터 등 정보처리장치를 활용한 전자계약은 기존의 전통적 계약과 비교하여 다양한 특징을 가진다. 첫째, 인터넷상에서 불특정 다수를 상대로 거래조건을 제시한

19) EDI는, 이메일·팩스와 더불어 전자상거래의 한 형태이며 기업간 거래에 관한 데이터와 문서를 표준화하는 시스템이다. 이에 관해서는 제3절 전자계약의 성립과 이행 5)전자계약의 활용수단에서 자세히 다루기로 한다.

20) 정기웅, “전자거래계약의 성립과 이행상의 법률적 문제에 관한 연구”, 「경대논문집」 제22집, 경찰대학교, 2002. 12. 95면.

21) 서백현, “국제거래에서 전자계약 성립의 장애요인에 관한 연구”, 「통상정보연구」 제5권 제2호, 한국통상정보학회, 2003, 12. 209면.

22) 서백현, 상계논문, 209면.

다.²³⁾ 둘째, 서면위주의 전통적인 거래 방식과는 다르게 컴퓨터 등 자동화설비 등을 통해서 계약을 체결하거나 이행한다. 셋째, 비대면적 거래로 이루어진다는 특징이 있다.²⁴⁾ 이를 살펴보면 다음과 같다.

가. 불특정 다수를 상대로 거래조건 제시

인터넷상에서 국내·외 소비자를 상대로 물품을 판매할 때 많은 경우는 불특정 다수인을 상대로 한 거래이다. 이에 따라 인터넷상에서 제공된 가격이나 거래조건 등에 대한 법적 성격에 대한 규정이 필요하다. 불특정 다수를 한 거래이기 때문에 가격 등 거래조건을 나타내는 정보에 대한 성격이 상대방을 특정하는 경우와 비교하여 다르게 정의될 필요성이 있다.²⁵⁾

나. 컴퓨터 등 자동화설비의 이용

전통적인 거래가 텔렉스나 서면, 대면을 통하여 청약과 승낙의 절차를 거치는 반면에 전자계약에서는 청약이나 승낙 등의 의사표시가 컴퓨터 등 자동화설비를 통해서 이루어지는 특성이 있다. 이런 점 때문에 전자계약에서는 기존의 계약체결과 달리 사용자의 오류, 컴퓨터의 오작동, 소프트웨어의 결함,²⁶⁾ 네트워크의 장애 등의 문제가 발생할 수 있다.²⁷⁾ 따라서 전자계약을 다루는 법리에서는 이러한 문제를 어떻게 해석하는지 규정하고 있어야 한다.

다. 비대면 거래

23) 참고로, 현재 인터넷 이용자는, 약 3천만명에 달하고 있고 1천만 대의 컴퓨터, 24만 개의 네트워크를 연결하는 거대한 존재로서 세계 100여개 나라에 걸쳐 이용되고 있고 1개월에 약 100만 명의 인터넷 사용자가 증가하고 있는 추세라 한다(사법연수원, 전계 「전자거래법」, 1면).

24) 서백현, 전계논문, 210면 참조.

25) 여기서 정보(Information)란, 의도를 갖고 정리 또는 가공되어진 자료(Data)의 집합을 말한다(김상용, 전계 「민법총칙(2판)」, 352면).

26) 소프트웨어의 개념은, 폰 노이만이 주창한 프로그램 내장방식의 계산기가 1964년에 개발되면서 처음으로 등장하였다. 그전의 컴퓨터는 어떤 목적의 계산을 수행하기 위해 하드웨어 자체가 수정되는 단계를 거쳤다. 즉, 프로그래밍이 하드웨어 레벨에서 이뤄졌기 때문에 소프트웨어라고 보기는 힘들었다. 하지만 폰 노이만이 '프로그램과 데이터는 유사하게 표현될 수 있고 동일한 내부 장치에 저장될 수 있다.'고 제안하면서 하드웨어는 동일하지만 사용목적에 따라 프로그램만 달리하는 소프트웨어 개념이 나왔다(한국소프트웨어진흥원, 「소프트웨어 산업백서」, 2007, 27면).

27) 정기웅, 전계논문, 98면.

전자계약의 가장 큰 특징의 하나는 거래 상대방간에 직접적인 대면을 통해서 계약이 이루어지지 않고 컴퓨터를 통해서 계약이 이루어진다는 점이다. 예를 들어 인터넷을 통한 계약의 경우에 계약을 체결하겠다는 의사를 컴퓨터에 입력함으로써 의사표시의 구성요소가 충족되며, 이렇게 입력된 의사표시는 네트워크를 통해서 상대방의 컴퓨터 등 정보처리장치에 신호로 변환되어 송신되며, 상대방은 수신된 신호를 다시 문자, 음성, 동영상 등으로 전환하여 인지하게 된다. 이와 같이 전자계약은 컴퓨터를 통해서 비대면 상태에서 체결된다는 데 그 특징이 있다. 이러한 전자계약의 특성에 따라서 거래상대방의 진정성을 확인하기 위해서는 전자서명과 전자인증 등의 도입이 필요하게 된다.²⁸⁾

3) 전자계약의 유형과 기능

가. 전자계약의 유형

(가) 계약체결 수단에 의한 유형

전자계약에는 의사표시를 전자화하는 전자매체로 계약을 체결하는 수단에 따라 여러 가지 유형이 있다. 첫째, 정보처리시스템을 이용하여 전자계약을 체결할 수 있다. 이러한 전자계약은 일정한 법률효과의 발생을 목적으로 인터넷 네트워크 등에 연결된 정보처리시스템을 이용하여 전자화된 2인 이상의 당사자의 의사표시의 합치로 성립되는 법률행위를 의미하며 이는 다시 계약 당사자에 따라 ① 기업간 정보처리시스템 전자계약, ② 기업과 개인간의 정보처리시스템 전자계약, ③ 개인간의 정보처리시스템 전자계약으로 나눌 수 있다. 둘째, 팩스나 스캐너(scanner)와 같은 모사전송장치에 의하여 계약을 체결 할 수 도 있다. 스캐너의 경우에는 스캐너에 의해 계약서 등의 문서가 전자 이미지화된 후 컴퓨터 등의 정보처리장치와 정보통신망을 통해 전송되어진다. 즉 계약서 등을 디지털로 이미지화 한 후 전자서명을 이용하여 전자우편 등으로 전송하는 경우를 말한다. 셋째, 전화에 의하여 대화자간의 음성 등이 전자화되어 전달됨에 따라 성립할 수도 있다. 본래 계약의 성립을 위한 의사표시는 구두, 서면, 행위 등 일정한 요건을 필요로 하지 않는다. 그러므로 전화

28) 최병록, “인터넷을 통한 계약에서의 법률문제”, 「사회과학연구」 제14집, 서원대학교사회과학연구소, 2001, 2, 358면.

에 의한 계약에는 문제가 없으며, 특히 전화에 의한 계약의 경우에는 대화자간의 경우와 마찬가지로 당사자간에 상대방의 의사표시에 대하여 즉시 자신의 의사표시를 할 수 있으므로 별다른 문제가 발생하지 않는다. 그러나 문서성이 현저히 떨어지므로 계약상 증거력의 문제가 있다. 넷째, 인터넷 등을 활용한 자동화장치에 의한 전자계약이 있다. 자동화 장치 등에 의한 전자계약의 경우에는 계약을 성립시키는 양당사자의 의사의 합치는 피청약자의 침묵(Schweigen), 무행위 또는 행위가 승낙의 의사표시로 인정되어 계약이 성립되는 경우이다.²⁹⁾ 따라서 기존의 계약이론에 따라 자동화장치에 의한 계약의 경우에 묵시의 승낙이나 의사실현 또는 추단적(推斷的) 의사 등에 의한 계약의 성립을 인정할 수 있다.³⁰⁾

(나) 급부 이행의 특질에 의한 유형

전자계약은 인터넷 전자상거래에서 공급되는 상품과 서비스의 성질에 따라 분류할 수 있다.³¹⁾ 전자계약은 전자상거래뿐만 아니라 첫째, 일반적으로 유형적인 상품의 이행인 예를 들어 인터넷 서점이나 인터넷쇼핑몰 등에서 책이나 비디오테이프 등을 구매하는 전자계약, 둘째 호텔 예약이나 비행기, 극장의 표를 예약하는 서비스 즉, 법률정보를 제공하는 렉시스(LEXIS-NEXIS) 같은 인터넷 데이터베이스를 사용하기 위한 전자계약,³²⁾ 셋째 소비자가 공급자의 홈페이지에서 디지털콘텐츠를 다운로드하는 권리를 구매하는 전자계약 등으로 구분 할 수 있다.

나. 전자계약의 객체와 기능

(가) 전자계약의 객체

전자계약을 제공되는 재화나 용역의 성질에 따라 분류하면,³³⁾ 첫째 유형적인 재

29) 예를 들면, 자동판매기와 같이 당사자 간에 사전 양해가 있는 경우 동종의 거래가 계속적으로 행하여지는 경우 또는 거래 관행상 특히 일정한 적극적인 행위를 하는 것을 요구하는 경우 등을 말한다.

30) 송계의, “전자계약의 효력에 관한 연구”, 「통상정보연구」 제1권 제2호, 한국통상정보학회, 1999, 232-233면 참조.

31) P. A. Stone, The Treatment of Electronic Contracts and Torts in Private International Law under European Community Legislation, Information & Communication Technology Law, Vol 11, No.2, 2002, p. 122.

32) <http://www.lexisnexis.com/en-us/home.page> 참조.

33) 이러한 분류로는, 정진명, “인터넷을 통한 거래의 계약법적 문제-인터넷 통신 계약을 중심으로-”, 「비교사법」 제6권 제1호, 한국비교사법학회, 1999. 6, 305면.

화의 이행을 내용으로 하는 인터넷통신판매계약이 있다. 이러한 계약은 온라인상에서 체결되지만 계약상의 급부는 기존의 방식을 통하여 별도로 이루어진다.³⁴⁾ 둘째, 계약상의 급부가 온라인으로 완전히 이행될 수 있는 인터넷서비스이용계약이 있다. 예컨대, 호텔 예약이나 비행기 좌석을 예약하는 서비스 등의 이용이 있다. 이러한 계약은 온라인상으로 체결되는 점에서는 인터넷통신판매계약과 동일하지만, 급부가 유형적인 재화가 아니라 무형적인 서비스라는 점에서 구분된다. 셋째, 온라인정보의 제공이 계약의 대상으로 되는 인터넷 정보제공계약이 있다. 예컨대 법률정보를 제공하는 렉시스(LEXIS-NEXIS)같은 인터넷 데이터베이스 사용을 위한 전자계약이나 또는 소비자가 공급자의 홈페이지에서 디지털콘텐츠를 다운로드 하는 권리를 구매하는 전자계약 등이 이에 속한다. 이러한 계약은 급부가 무형의 디지털정보로 구성된다는 점에서 유형의 재화를 대상으로 하는 인터넷 통신판매계약과 구분되며,³⁵⁾ 디지털정보 자체가 계약의 대상인 점에서 기존의 서비스를 온라인으로 제공하는 인터넷 서비스제공계약과 구분된다. 예컨대, 전자는 급부를 스트리밍 또는 다운로드 받는 형식을 취하는 반면 후자는 기존의 서비스를 이용하는 방식에 불과하다.³⁶⁾

(나) 전자계약의 사회적 기능과 역기능

이른바 종이 없는 거래(Paperless commerce)로 불리우는 전자문서의 교환이나 전자약관 등을 활용한 전자계약에 의한 전자상거래의 확대는 다음과 같은 장점을 지니고 있다.³⁷⁾ 첫째, 종이서류의 작성 및 전달에 필요한 시간과 노력이 절약된다. 또한 기존 자료의 데이터베이스화가 용이해져 자료의 분석 및 새로운 형태로의 변환이 가능하게 된다. 둘째, 비용의 절감이 가능하다. 종이서류의 작성, 송달 및 보관에 소요되는 비용은 엄청난 규모로 알려지고 있다. 따라서 그 절감효과도 막대하다. 셋째,

34) 예컨대, 인터넷서점이나 인터넷쇼핑몰 등에서 책이나 비디오테이프를 구매하는 경우 계약은 온라인으로 체결되지만 급부의 이행은 오프라인으로 행하여진다.

35) 디지털 정보라는 개념을 직접적으로 정의하여 사용하고 있는 국내·외 법률은 존재하지 않으나, 유사 용어들은 사용되고 있다. 통일컴퓨터정보거래법(Uniform Computer Information Transaction)에서는 ‘컴퓨터정보’, 일본에서는 ‘정보재’라는 용어를 사용하고 있으며, 국내에서는 디지털콘텐츠, 온라인디지털콘텐츠, 컴퓨터프로그램, 데이터베이스 등의 용어가 사용되고 있다(손경한·박진아, “디지털정보거래의 유형-과세의 관점에서”, 『조세학술논집』 제21권 제2호, 한국국제조세협회, 2005, 145면).

36) 법무부, 전제 「전자적 법률행위·의사표시문」, 72면.

37) Ian Walden and Nigel Savage, "The legal Problems of Paperless Transactions", The Journal of Business Law, 1989. 3, p. 103-104.

업무진행과정이나 의사표시의 명확성을 기할 수 있다. 넷째, 정보의 순환속도를 빠르게 함으로써 그 동안 수작업에 의해서는 불가능한 새로운 사무처리 또는 경영방식의 도입이 가능하다. 다섯째, 업무능률의 향상은 기업 또는 조직의 경쟁력 강화를 가져온다. 특히 전자상거래에 있어서 거래 매출 실적이 현저히 증가할 수 있게 한다.³⁸⁾ 여섯째, 전자상거래의 확산은 유통망이나 홍보에 있어 열악한 우량 중소기업의 시장진입을 가능하게 한다. 이러한 많은 장점에 못지않게 전자계약에 의한 전자상거래의 도입과 확대는 많은 법적 문제점을 갖게 된다.³⁹⁾ 첫째, 전자계약의 경우에는 거래당사자가 거래내용을 유형적인 서면에 의하여 확인할 수 가 없다. 그러므로 전자계약문서의 증거능력, 안전성, 신뢰성 등이 문제가 된다. 둘째, 의사표시가 담겨 있는 전자계약문서의 경우 발신인이나 명의인의 서명이 제대로 이루어졌는지 여부를 명확히 식별할 수 없는 문제가 있다. 셋째, 전자계약문서의 위조나 변조가 있는 경우 식별이 거의 불가능할 뿐 아니라 그 방법도 용이하지 않은 문제가 있다. 넷째, 거래정보의 노출로 인한 문제가 생길 수 있다. 다섯째, 전자계약은 비대면적 계약이

38) 우리나라의 전자상거래 매출 2010년 대비 증가(21.2%) 요인을 살펴보면, 거래액 비중이 가장 높은 기업 간 거래가 22.1%, 기업·소비자간 거래는 15.7%, 기업·정부간 전자상거래는 10.6% 등 대부분이 증가하였다(산업통상자원부, 전계 보고서, 329면).

〈표 1〉 전자상거래 부문별 거래내역

(단위: 십억원, %)

구분	2010		2011p		거래액(전년대비)	
	금액	구성비	금액	구성비	증감액	증감율
기업간(B2B)	747,090	90.6	912,562	91.3	165,472	22.1
기업·정부간(B2G)	52,772	6.4	58,378	5.8	5,606	10.6
기업·소비자간(B2C)	16,005	1.9	18,522	1.9	2,517	15.7
소비자간(C2C)	8,524	1.0	9,788	1.0	1,264	14.8
합계	824,392	100.0	999,250	100.0	174,858	21.2

자료 : 통계청, 2011년 연간 및 4/4분기 전자상거래 및 사이버쇼핑 동향, 2012. 2.

39) 가령 2011전자거래분쟁상담건수를 보더라도, 2011년은 22,829건으로 전년 대비 26.9%가 증가하였고, 2000년 상담건수의 74배 규모로 증가하였다(산업통상자원부, 전계 보고서, 331면).

〈표 2〉 분쟁상담 및 조정처리현황

(단위 : 건)

구분	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
상담건수	308	1,310	2,987	3,362	7,774	12,034	11,054	11,666	10,666	13,583	17,983	22,829
분쟁조정 신청건수	83	457	854	1,151	1,032	1,750	1,991	2,668	3,631	3,307	4,521	4,546
분쟁해결 건수	62	349	582	445	438	898	1,210	1,442	2,124	2,086	2,610	2,447
분쟁해결 비율	87.3	95.9	93.7	81.1	72.4	82.7	84.6	84.7	84.5	84.8	82.9	84.8

므로 중간매체인 컴퓨터 등 기계의 고장이나 불법행위 기타 장애 등 정보사고가 발생하였을 경우 컴퓨터 기계에 책임을 물을 수도 없고 어느 누군가 책임을 질 것인가의 문제가 발생한다. 여섯째, 교섭력에 있어서의 차이가 심화되어 대기업 등의 불공정한 거래관행이 발생할 위험이 있다. 즉 전자계약은 그 속성상 많은 장점과 예상되는 문제점을 함께 지니고 있는 것이 사실이다. 또한 문제점의 많은 부분은 단순한 법규정만으로 해결될 수 있는 것이 아니라 기술의 진보를 통해 가능한 것도 사실이다.⁴⁰⁾

그러나 분명한 것은 국내의 사회적 거래의 현상은 전자상거래의 활성화로 이미 기울어져 있고,⁴¹⁾ 미국 및 유럽 등에서도 전자상거래에 의한 거래가 급속히 일반화되고 있다.⁴²⁾ 따라서 이를 대처하기 위한 국내법의 정비에 대한 인식은 물론 전자계약의 안전성·신뢰성 확보가 무엇보다 필요한 것이 현실이다.⁴³⁾

40) 단순히, 통신수단의 영역에서 보면 2009년 애플의 아이폰 출시를 계기로 전 세계에 걸쳐 스마트폰 가입자가 급속히 증가하고 있다. 국내 스마트폰 가입자는 2008년 전체 휴대폰 가입자의 0.5% 수준인 22.5만명에서 2011년 말 43% 비중인 2,258만명으로 급증하였고, 2012년 6월말에는 2,833만명으로 53.5%에 수치를 점유하고 있다(산업통상자원부, 전계 보고서, 2면).

41) 앞의 연구의 목적에서도 서술했듯이 2011년도의 연간 전자상거래 총 거래액은 약 999조원으로 2010년 약 824조원에 비해 21.2%증가하였고 5년간 전자상거래 규모는 아래의 <표3> 과 같다(한국 소비자원, “2011년도 전자상거래 소비자피해 동향 조사 연구”, 2012. 4. 3면 참조).

<표 3> 연도별 전자상거래 현황*

(단위 : 조원, %)

구분	2007	2008	2009	2010	2011
전자상거래 총거래액	517	630	672	824	999
전년대비 증가율	24.9	22.0	6.7	22.6	21.2

* 출처 : 통계청, 국가통계포털(KOSIS)

42) 산업통상자원부, 전계 보고서. 328면.

<표 4> 미국 전자상거래 규모

(단위: 십억 달러, %)

구분	2009	2020	전년대비 증가율	전년대비 비중
B2B	3,161	3,705	17.2	89.7
B2C	385	424	10.1	10.3
합계	3,546	4,129	16.5	100.0

자료 : US Census Bureau, E-stats 2012. 5.

<표 5> 유럽 전자상거래 현황

(단위: %)

구분	전자구매기업 비율			전자판매기업 비율			전자상거래 매출 비중		
	2008	2009	2010	2008	2009	2010	2008	2009	2010
대기업	50	55	56	32	35	37	17	19	19
중기업	40	44	43	19	22	23	10	11	10
소기업	31	35	33	11	13	13	4	5	4
합계	33	37	35	13	15	15	12	14	14

자료 : Eurostat, 2012. 8.

3. 전자계약의 유효성

계약은 청약의 의사표시와 승낙의 의사표시의 합치에 의해 성립된다. 계약에 있어서는 계약서가 작성될 경우가 많지만 계약서는 계약의 성립과 그 내용을 증명하는 것이고 계약의 성립 그 자체의 요건은 아니다. 민법은 원칙적으로 계약의 성립 및 의사표시의 방식에 대해 어떤 제한을 가하지 않기 때문에 인터넷을 이용하여 전자데이터의 송·수신에 의한 계약을 성립시키는 것도 가능하고 인터넷을 이용한 계약도 유효하다. 그러나 계약 성립의 방식에 제한이 있는 나라도 있으므로 국제 상거래에서는 인터넷을 이용한 계약이 반드시 유효하다고는 할 수 없다.⁴⁴⁾

그러나 UNCITRAL의 전자상거래모델법 제11조에는 “계약의 성립에 관하여 당사자간에 다른 합의가 없는 한, 청약과 그에 대한 승낙은 데이터 메시지의 수단에 의하여 표현될 수 있다. 계약의 성립에 있어서 데이터 메시지가 사용된 경우에 그 계약은 단지 데이터 메시지가 사용된 경우에 전자데이터를 이용한 점만을 이유로 그 계약의 유효성 혹은 강제성이 부인되지 않는다.”고 규정하고 있고,⁴⁵⁾ 계약자유 원칙 그리고 계약 성립은 낙성주의에 의하기 때문에 전자적 수단에 의하여 계약을 체결하는 것은 문제가 없다.⁴⁶⁾

제2절 전자적 의사표시

43) 송계희, 전제논문, 234면; 법무부, 전제 「전자계약의 현안과 과제-UN전자계약협약을 중심으로-」, 8면 참조.

44) 김재두, “전자상거래의 법률문제에 관한 연구-안전성 및 신뢰성 확보를 중심으로-”, 고려대학교 대학원 박사학위 논문, 47면.

45) Article 11. Formation and validity of contracts (1) In the context of contract formation, unless otherwise agreed by the parties, an offer and the acceptance of an offer may be expressed by means of data messages. where a data message is used in the formation of a contract, that contract shall not be denied validity or enforceability on the sole ground that a data message was used for that purpose.

46) 우리 민법은 계약자유에 관한 직접적인 규정은 없으나, 민법 제105조에서 강행법규에 반하지 않는 한 자유로이 법률행위를 할 수 있음을 규정하여 간접적으로 계약자유를 인정하고 있다. 그리고 민법 제103조 역시 계약자유 원칙을 전제로 하고 있다(김상용, 전제 「채권각론」, 9면; 지원립, “국제물품매매계약에 관한 국제연합협약과 한국의 매매법 - 계약의 성립에 관한 민법의 개정과 관련하여 -”, 「법학논총」 제13집 제1호, 전남대학교법학연구소, 2011. 4, 177면; 內田貴, “電子商取引と法(2)”, 「NBL」第601號, 商事法務研究會, 1996. 9, 18면 참조).

1. 전자적 의사표시의 개념

의사표시는 표시자의 의식과정에 의해 내부적으로 형성된 일정한 의사가 외부에 표출되는 행위이다.⁴⁷⁾ 이 의사표시가 단독으로 또는 다른 의사표시 기타의 법률사실과 결합하여 하나의 법률행위를 이루게 된다.⁴⁸⁾ 전자계약상의 의사표시에 관해서는 다양한 용어들이 사용되고 있다.⁴⁹⁾ 이 중에서 가장 대표적으로 사용되는 것은 우선 전자계약상 컴퓨터에 의하여 작성된 의사표시를 전자적 의사표시 또는 자동화된 의사표시이다.⁵⁰⁾⁵¹⁾ 그러나 최근에는 전자적 의사표시라는 용어가 보편적으로 사용되고 있다.⁵²⁾ 따라서 본고에서는 전자적 의사표시라는 용어를 사용하고자 한다. 전자적 의사표시란 “사람의 의사가 컴퓨터와 같은 정보처리장치와 일정한 프로그램에 의하여 전자적인 방식으로 구체화되어 직접 표시되거나 네트워크 등을 통하여 다른

-
- 47) 좀 더 구체화하면 내심의 의사를 결정하기 전에 먼저 그 결정을 하게 된 이유나 원인이 주어지고 그 결과로서 내심의 의사가 결정된다. 그렇게 형성된 내심의 의사가 외부로 표출되어 상대방으로 하여금 그것을 인식할 수 있는 상태로 만드는 것을 표시행위라고 보는 것이 다수의 견해이다(송덕수, “사기에 의한 의사표시와 착오의 관계”, 「법조」 제59권 제5호, 법조협회, 2010. 5, 322면 참조).
- 48) 곽윤직, 「민법총칙」, 박영사, 2007, 196면. 또한 법률행위에 의해 발생하는 법률효과는 표시자가 그 의사표시를 통하여 의욕한 효과의사에 의존한다는 점에서, 법률행위는 사적 자치를 실현시키는 법률상의 수단이 된다(한삼인, 「민법일반이론」, Books, 2009, 253면).
- 49) 공순진·김영철, “전자상거래의 민사법적 문제”, 「동의법정」 제15집, 동의대학교법정연구소, 1999. 5, 193면에 의하면 자동화된 의사표시, 전자적 의사표시, 프로그램된 표시, 컴퓨터 표시, 또는 그보다 더욱 좁고 구체적인 의미에서 Btx-표시 등 용어를 사용하는 견해가 있다.
- 50) “전자적 의사표시”라는 용어로는, 법무부, 전계 「전자적 법률행위·의사표시론」, 16면 이하; 한삼인, 전계 「민법일반이론」, 256면; 오병철, 전계 「전자거래법」, 114면 이하; 김용직·지대운, 전계 논문, 94면 이하; 송오식, 전계논문, 161면 이하; 정진명, “가상공간에 있어서 법률행위-전자적 의사표시를 중심으로-”, 「법이론과 실무」 제3권 제1호, 민사법의 이론과 실무학회, 1999. 12, 257-8면; 최명구, 전계논문, 439면 이하; Clemens, Rudolf, “Die elektronische Willenserklärung -Chancen und Gefahren-”, NJW 1985, 1999; Heun, “Die elektronische Willenserklärung”, CR 1994, 595; Melullis, “Zum Regelungsbedarf bei der elektronischen Willenserklärung”, MDR 1994, 109; Ultsch, “Zugangsprobleme bei elektronischen Willenserklärung”, NJW 1997, 3007.
- 51) “자동화된 의사표시”라는 용어로는, 지원림, “자동화된 의사표시”, 「저스티스」 제31권 제3호, 한국법학원, 1998. 9, 51면 이하; 김상용, “자동화된 의사표시와 시스템계약”, 「사법연구」 제1집, 청헌법률문화재단, 청림출판, 1992. 12, 452쪽 이하; Brem, “Zur automatisierten Willenserklärung”, FS für Niederländer, 1991, 233ff.; Kohler, “Die Problematik automatisierter Rechtsvorgänge, insbesondere von Willenserklärung”, AcP 182(1982), 126ff.; Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, 6. Aufl, 1994, Rdnr. 256; Paefgen, “Forum:Bildschirmtext -Herausforderung zum Wandel der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre?”, JuS 1988, 592ff.
- 52) 사법연수원, 전계 「전자거래법」, 2008, 53면; 나승성, 「전자거래법」, 한국학술정보(주) 2008, 114면; 정래영, 「최신 전자거래법」, 무역경영사, 2001, 45면; 권상로, “독일법상의 전자적 의사표시의 도달에 관한 연구”, 「기업법연구」 제22권 제1호, 소셜인슈런스·한국기업법학회, 2008. 3, 1-2면; 김재두, “전자상거래의 법률문제에 관한 연구-안전성 및 신뢰성 확보를 중심으로-”, 고려대학교대학원 박사학위 논문, 2004. 8, 43면 등 참조.

사람에게 전달되어 표시되어지는 의사표시”를 말한다.⁵³⁾ 현재 정보처리장치나 네트워크를 통해서 이루어지는 의사표시는 사람과 의사를 그대로 전달하는 경우나 입력된 프로그램에 따라 단순히 반응하는 의사표시의 경우가 대부분이다. 그러나 정보통신기술의 발달에 따른 인공지능의 응용으로 컴퓨터가 일정한 판단기준과 경험에 의한 학습 등에 의해 입력된 데이터를 검토한 후 스스로 반응하여 의사표시를 하는 경우가 예상되고 있으며, 의사표시에 반응하거나 직접 의사표시를 하는 경우가 있다. 우리 민법에는 의사표시의 개념이 규정되어 있지 않고 있으며, 전자적 의사표시의 개념도 법률에 규정되어 있지 않다.⁵⁴⁾

2. 전자적 의사표시의 특수성

전자적 의사표시의 경우에는 종래의 자연적 의사표시와는 달리 컴퓨터이용자가 구체적으로 모든 세부사항을 확정할 수 있는 결정기준만을 포괄적으로 제시하고 있을 뿐이며(의사의 포괄적 형성),⁵⁵⁾ 구체적인 의사표시의 성립에 관한 인식이 없이도 컴퓨터가 스스로 이미 입력된 프로그램에 따라서 이용자의 포괄적인 의사를 구체화하여 세부적으로 확정된 형태로 만든다(컴퓨터의 의사 구체화).⁵⁶⁾ 따라서 이용자의 행위와 표시가 분리되어 이용자는 컴퓨터를 이용하기 위한 입력행위만을 하고 그 이후의 표시과정은 전적으로 컴퓨터가 담당하게 된다(행위와 표시의 분리).⁵⁷⁾ 또한 전자적 의사표시는 인간의 자연적인 방법으로 인식될 수 없는 단순한 숫자 또는 부

53) 오병철, 전계논문, 109-110면.

54) 따라서 전자적 의사표시란, 전통적인 의사표시(이하에서는 “전자적 의사표시”의 상대적 개념으로 전통적인 의사표시를 “자연적 의사표시”라 함)의 개념을 전자적 의사표시에 적용시켜 표시자가 컴퓨터와 통신망 등 자동화설비를 이용하여 일정한 법률효과의 발생을 목적으로 하는 내적 의사를 외부에 표시하는 행위이다(최명구, 전계논문, 59면).

55) 이 경우에 컴퓨터 사용자의 구체적인 의사는 결여 되어 있고, 컴퓨터 사용자의 의사는 사전에 컴퓨터에 입력시켜 저장되어 있는 포괄적 의사라고 인정할 수밖에 없다. 그 이유는 전자적 의사표시가 프로그램을 작성한 프로그래머가 아니라 프로그램을 이용하는 컴퓨터 사용자의 일반적 또는 포괄적 의사에 기인하는 것이기 때문이다(Volker Viebcke, “Durch Datenverarbeitungsanlagen abgegebene” Willenserklärungen und ihre Anfechtung”, Dissertation, Marburg Universität, 1972, s.80).

56) 즉 인간의 포괄적인 의사가 표시로 나가기 위해 필수적으로 요구되는 과정이 컴퓨터의 의사구체화이다.

57) 결과적으로 인간은 행위만 할 뿐 표시는 하지 않으며, 표시없는 행위와 행위없는 표시가 결합되어 하나의 전자적 의사표시가 이루어지게 된다.

호로 압축·전환되어 해독이 불가능할 수 있으며(의사표시의 정형화),⁵⁸⁾ 전자적 의사표시가 표시되는 것과 거의 동시에 상대방에게 도달하고 도달되는 것과 거의 동시에 수신자에게 응답과 처리가 이루어진다(의사표시의 즉시성).⁵⁹⁾

전자적 의사표시의 특수성에 대하여 다음과 같이 4가지로 요약·정리하고 있다.⁶⁰⁾ 첫째, 전자적 의사표시는 언어와 문자와 같은 전통적 표시수단과 달리 극도로 단순한 숫자·부호로 압축변환 된다. 둘째, 전자적 의사표시에 있어서 컴퓨터 이용자의 의사는 기존의 자연적 의사표시처럼 표시행위시에 존재하는 것이 아니라 사전에 컴퓨터에 입력시킬 때 존재한다. 셋째, 전자적 의사표시에 있어서 컴퓨터 이용자는 포괄적이고 개략적인 의사를 가질 뿐이고, 그러한 포괄적인 의사는 전자적으로 전환되어 프로그램과 작업명령으로 컴퓨터에 입력될 뿐이며, 컴퓨터 이용자의 의사인 프로그램, 데이터, 작업명령을 처리하여 구체적인 의사표시로 발전시키게 된다. 마지막으로 전자적 의사표시의 특성 가운데 표시영역에 관한 것은 인간의 행위와 표시가 분리되어 일어난다.

3. 전자적 의사표시 도입 여부

컴퓨터 등의 정보처리장치에 의하여 행하여진 의사표시를 규율하기 위해서 별도의 전자적 의사표시의 개념이 도입을 긍정하는 견해도 있지만, 기존의 법률행위에 관한 일반규정의 해석으로 규율 할 수 있기 때문에 전자적 의사표시라는 새로운 개념을 도입할 필요가 없다고 주장하는 견해도 있다.

(1) 도입 긍정설

컴퓨터의 특성을 최대한 이용하여 컴퓨터가 인간의 의사결정영역에 개입하여 인간을 일정부분 대체하는 것을 자동화된 전자거래라고 할 수 있으며, 이러한 거래에

58) 이것은 계약을 위해 컴퓨터를 이용함에 따라 매우 복잡한 거래의 내용을 극도로 단순한 부호를 통하여 계약당사자의 의사표시를 실현시키는 것을 의미한다.

59) 김재두, 전제 “전자상거래의 법률문제에 관한 연구-안전성 및 신뢰성 확보를 중심으로-”, 45면.

60) 법무부, 전제 「새로운 형태의 전자적 의사표시와 전자문서에 관한 연구」, 13-14면.

서 이용되는 의사표시를 기존의 자연적 의사표시와 대비하여 전자적 의사표시라고 한다.⁶¹⁾ 즉 컴퓨터가 기계적으로 그 이용자의 의사를 구체화하는 기능은 엄밀한 법적 의미에서 인간의 자유로운 의사결정 과정과는 다르지만 컴퓨터는 그 이용자가 확정하지 않은 세부사항에 대해서도 프로그램이라는 포괄적 기준의 설정에 따라 인간의 의사표시의 성립과 내용을 세부적으로 결정하는 것으로서 인간의 의사영역에 개입하여 일정한 부분을 사실상 대신하는 것이라고 할 수 있다. 이러한 점을 근거로 기존의 자연적 의사표시와는 별도로 전자적 의사표시의 개념의 독자성을 인정하는 견해이다.⁶²⁾

(2) 도입 부정설

컴퓨터 등의 정보처리장치에 의하여 행하여지는 의사표시에 전자적 의사표시 개념을 부정하고 기존의 자동화된 의사표시의 유형으로 보는 견해이다. 즉 정보통신 기술의 발달로 종래의 의사표시이론이 다소간의 수정이 필요하게 된 점은 부인할 수 없지만 법적 의미에 있어서의 표의자는 컴퓨터를 이용하고 있는 인간이며 컴퓨터는 창조적인 자기결정을 행할 수 없고 오히려 인간의 포괄적인 의사의 범주 내에서 선제된 프로그램에 의한 논리적 조작을 수행하는 의사결정의 수단에 불과할 뿐이다.⁶³⁾ 따라서 컴퓨터가 의사의 구체화 과정을 거쳐 스스로 의사를 결정하고 표시하는 면이 있다고 하더라도 이는 단순히 입력행위에 반영된 인간의 포괄적인 의사의 구체화를 보조하는 것에 지나지 않으며 전자적 의사표시라는 새로운 개념을 도입할 필요가 없다는 견해이다.⁶⁴⁾

61) 노태악, “전자거래에 있어 계약의 성립을 둘러싼 몇 가지 문제점”, 「법조」 제48권 제9호, 법조협회, 1999. 10, 59면.

62) 권상로, 전계논문, 458면; 같은 견해로는 오병철, “전자적 의사표시에 관한 연구”, 연세대학교대학원 박사학위 논문, 1996, 27-28면; 공순진·김영철, 전계논문, 195면; 한삼인·정창보, 전계 “전자적 의사표시에 대한 민법상 적용문제에 관한 연구”, 206면.

63) 나승성, 「전자상거래법」, 청림출판, 2000, 153면.

64) 새로운 전자적 의사표시의 개념을 도입을 부정하는 견해로서 정완용, 전게서, 72면; 나승성, 전계 「전자상거래법」, 153면; 송오식, 「전자상거래와 법」, 금왕출판사, 2000, 83-84면; 지원립, 전계 “자동화된 의사표시”, 50-52면; 김재두, 전계 “전자상거래의 법률문제에 관한 연구-안전성 및 신뢰성 확보를 중심으로-” 37면 이하; 김용직·지대운, 전계논문, 97면.

(3) 소결

전자거래를 인간의 의사형성과정의 개입정도에 따라 컴퓨터가 인간의 의사표시를 위한 표시도구로 이용되는 경우와 컴퓨터가 의사결정단계에 개입하는 경우로 나누어 볼 수 있다.⁶⁵⁾ 전자의 경우는 기존의 전화나 팩스를 이용한 의사표시에서처럼 자신의 법률행위 의사를 확정적으로 결정한 후에 컴퓨터를 표시수단으로 이용한 것에 불과하므로 종래의 자연적 의사표시이론을 그대로 적용하면 될 것이다.⁶⁶⁾ 그러나 후자의 경우는 컴퓨터가 그 이용자가 확정하지 않은 세부사항에 대해서도 프로그램이라는 포괄적 기준의 설정에 따라 인간의 의사표시의 성립과 내용을 세부적으로 결정하는 것으로서 인간의 의사결정의 일부를 담당하는 것이라고 할 수 있다. 이처럼 전자적 의사표시는 의사표시의 포괄적 형성, 행위와 표시의 분리, 표현 언어의 상이성 및 컴퓨터의 의사구체화라는 특수성을 가진다. 결국 이러한 특수성으로 인하여,⁶⁷⁾ 기존의 의사표시 이론에 약간의 수정은 불가피하며 새로운 전자적 의사표시의 개념을 도입할 필요성이 있다.⁶⁸⁾

제3절 전자계약의 성립과 이행

1. 전자계약의 체결과 성립

(1) 청약과 승낙에 의한 계약의 성립

65) 오병철, “컴퓨터를 이용한 계약의 법적 규율”, 「법학논총」 제5권, 경원대학교사회과학연구소, 1998. 6, 136-137면.

66) 정완용, 전제서, 72면.

67) 전자적 의사표시는 컴퓨터의 연산 작용에 의하여 인간의 의사를 구체화하므로 전자거래에서 이용되는 전자적 의사표시는 기존의 거래방식의 다양성과 마찬가지로 매우 다양한 형태로 나타나게 된다(법무부, 전제 「전자적 법률행위·의사표시론」, 17면).

68) 같은 견해로는 공순진·김영철, 전제논문, 195면; 권상로, 전제논문, 460면; 그렇지만 전자적 의사표시라는 개념의 법규정화는 도입의 당위성보다는 현실거래 및 입법과정에서의 필요성이 성숙된 다음 고려하여 도입하는 것이 타당하다는 견해도 있다(법무부, 전제 「전자적 법률행위·의사표시론」, 17면).

1) 청약

전자계약에서 어떠한 의사표시를 청약(offer)으로 볼 것인지, 아니면 승낙(acceptance)으로 볼 것인지를 결정하는 것은 계약의 성립시기를 확정함에 있어서 매우 중요하다. 인터넷 쇼핑몰에서 이루어지는 전자계약의 경우에는 보통 인터넷쇼핑몰에 게시된 사진과 금액을 보고 여러 상품 중에 하나를 선택함으로써 계약은 성립한다. 이 경우에 인터넷쇼핑몰 사업자가 인터넷 쇼핑몰 상에 상품광고 및 선전을 하거나 상품목록 및 견본을 교부하는 행위는 소비자가 청약을 유도하는 것으로 청약과 구별하여 청약의 유인이라 한다.⁶⁹⁾ 그러므로 이러한 청약의 유인에 대하여 승낙의 의사표시를 하더라도 계약이 성립되는 것은 아니다. 소비자가 인터넷 쇼핑몰 상에서 구매 신청을 하는 경우 이 구매 신청이 청약에 해당되므로 이러한 청약에 대한 쇼핑몰 사업자의 승낙이 전자계약의 체결을 구성한다.

전자상거래에서 청약은 일반적으로 신청이라는 용어를 사용하며 소비자가 인터넷 쇼핑몰상의 상품 주문입력란에 필요한 사항을 입력하고 주문 버튼을 클릭하면 된다. 이처럼 전자상거래에서도 전자문서에 의한 청약에 의하여 계약이 체결되므로 청약은 전자계약 성립에 중요한 요소가 된다. 청약의 효력은 그 청약의 의사표시가 상대방에게 도달한 때에 생긴다.⁷⁰⁾ 청약이 있게 되면 이를 수령한 상대방이 승낙함으로써 계약이 성립된다. 따라서 상대방은 이 청약을 믿고 계약체결을 위한 준비행위를 하므로 상대방의 신뢰가 거래안전의 보호를 위하여 청약자가 함부로 철회하지 못한다. 또한 청약은 형식에 얽매이지 않고 의사표시로 족하고 구두에 의한 청약도 계약의 성립을 방해할 수 없다.⁷¹⁾

전자계약에 있어서 전자적 방법으로 행하여지는 청약은 기존의 청약의 유형과 동

69) 정완용, “전자거래기본법에 대한 검토-개정방향을 중심으로-”, 「경희법학」 제36권 제1호, 경희대학교법학연구소, 2001. 8, 271면.

70) 우리 민법은 독일민법과 마찬가지로 의사표시의 효력발생시기에 관하여 도달주의를 원칙으로 채용하고 있다. 그리하여 우리 민법 제111조 제1항은 “상대방 있는 의사표시는 그 통지가 상대방에 도달한 때로부터 그 효력이 생긴다.”고 규정하여 도달주의를 취한다고 규정하고 있다(김상용, 전제 「민법총칙(제2판)」, 514면 이하); 다만 도달의 개념은 기술적 도달과 법적 도달이라는 두 가지 관점에서 살필 필요가 있다. 전자는 송신자(발신자)의 입력자료가 수령자의 컴퓨터 등 자동화설비에 도달하면 도달이 있는 것으로 보게 된다. 후자는 송신자의 전자적 의사표시가 수령자의 지배영역에 들어오고, 수령자가 그 내용을 인지하였을 때 비로소 도달된 것으로 보게 된다(Helmut Köhler, Die Problematik automatisierter Rechtsvorgänge, insbesondere von Willenseklärungen, AcP. 182(1982), S.141).

71) 박정수, “인터넷 전자상거래계약에서의 전자계약에 관한 연구”, 「문화산업연구」 제4권 제1호, 한국문화산업학회, 2004. 6, 35면.

일하게 다양한 형태로 이루어진다. 첫째, 계약당사자가 정보처리시스템을 이용하여 자신의 의사표시를 전자문서로 만들어 상대방에게 전송하는 방법, 둘째 팩스나 스캐너와 같은 모사전송장치를 이용하여 문서를 전자적으로 이미지 처리한 이후 정보처리시스템을 통하여 전송하는 방법, 셋째 인터넷전화, 인터넷메신저, 인터넷채팅 등을 이용하여 전자계약을 체결하는 방법, 넷째 컴퓨터프로그램 등의 자동화 장치에 의하여 자동적으로 청약의 행하는 방법이 있을 수 있다. 그리고 상대방에게 전달된 전자문서가 청약의 의사표시로서 법적 가치를 가지는지의 여부는 청약의 의사표시의 전자적 형태가 아니라 그러한 전자문서의 내용이 청약으로서의 가치를 가지고 있는지에 따라 판단된다.⁷²⁾

2) 청약의 유인과의 구별

전통적인 거래에 있어서도 청약과 청약의 유인의 구별이 문제되는데 특히 인터넷 상 사이버몰(Cyber mall)에서 이루어지는 거래에 있어,⁷³⁾ 그 대칭적인 유인으로 인하여 종종 이와 관련 어려운 문제가 발생한다. 인터넷의 쇼핑웹사이트(사이버몰)에 상품, 가격, 품질, 배당방법 등 계약의 조건을 제시하고 있는 경우가 보통인데 이를 청약으로 보아야 하는가 아니면 청약의 유인으로 볼 것인가? 일반적으로 청약이란 합의라는 법률행위를 구성하는 하나의 의사표시로서 상대방에 대하여 그에 응하는 승낙이 있으면 바로 계약을 체결하겠다는 확정적 의사표시이며, 청약의 유인이란 계약체결을 위한 준비가 되어 있음을 알려서, 상대방으로 하여금 청약을 하도록 촉구하는 의사표시를 말한다.⁷⁴⁾ 기본적으로 청약과 청약의 유인의 구별은 표의자의 승낙이 있

72) 오병철, 전제 「전자거래법」, 259면.

73) 여기서 사이버몰이란, 상용서버에 관계되는 데이터베이스를 구축하고, 사업으로서 사용자에게 대하여 편리성을 제공하고, 통신판매업자가 제공하는 상품정보를 유포·전달을 하는 매체이고, 또한 그 상품을 발주하는 수단에 관계하는 정보를 전달하고, 경우에 따라서는 발주서 서식을 제시하고 계약 프로세스를 매개하는 것을 목적으로 하고, 온라인상에서 현실의 쇼핑몰이나 상점가와 같은 상업 집적지의 형성을 사업으로서 하는 것을 말한다(공정거래위원회, 「전자상거래 약관실태조사 및 개선방안연구」, 2002, 26면).

74) 박정수, 전제논문, 37면; 한삼인, 「계약법」, 화산미디어, 2011, 46면 참조; 곽윤직, 「채권각론」, 박영사, 2005, 63면에 의하면 상품광고, 카탈로그, 가격표시, 음식메뉴 등도 청약의 유인에 불과하다. 대법원 2007. 6. 1. 선고 2005다5812, 5836 판결에 의하면, “청약은 이에 대응하는 상대방의 승낙과 결합하여 일정한 내용의 계약을 성립시킬 것을 목적으로 하는 확정적인 의사표시인 반면 청약의 유인은 이와 달리 합의를 구성하는 의사표시가 되지 못하므로 피유인자가 그에 대응하여 의사표시를 하더라도 계약은 성립하지 않고 다시 유인한 자가 승낙의 의사표시를 함으로써 비로소 계약이 성립하는 것으로서 서로 구분되는 것”이라 한다.

면 계약을 성립시키겠다는 확정적 의사표시가 있는지 여부를 판단하여야 할 것이나 당사자 사이의 이해관계를 고려한다면,⁷⁵⁾ 비록 확정조건의 제시가 있었다 하더라도 이를 청약의 유인으로 보는 것이 일반적이다.⁷⁶⁾

그러나 청약자의 다른 표시가 없는 한 자동화된 컴퓨터프로그램을 통하여 사람의 개입 없이 자동적으로 계약의 성립과 이행이 이루어지도록 하였다면 이는 단순한 청약의 유인이라기보다는 구매자로부터 구입하겠다는 의사가 있는 경우 즉시 이에 구속되겠다는 의사가 있는 것으로 추정된다고 할 것이다.⁷⁷⁾ 웹사이트에서 단순한 거래조건의 제시에 그치는 것이 아니라 사이버 물에서 재화를 구입하겠다는 의사로서 아이콘을 클릭한 다음 사이버 물의 운영자가 제시하는 양식에 따라 인적 사항과 배송을 희망하는 주소지를 기재하고 즉시 결제를 요구하는 절차를 거치도록 되어 있는 경우에는,⁷⁸⁾ 특별한 사정이 없는 한 웹사이트의 게시는 이를 구속력 있는 청약이라고 볼 것이고 그 후의 대금결제까지의 절차를 마친 후 주문결제완료 아이콘을 클릭하였다면 특별한 사정이 없는 한 이를 승낙이 통지라고 보아야 할 것이다.⁷⁹⁾

3) 승낙

승낙이란 청약의 상대방이 청약에 대응하여 계약을 성립시킬 목적으로 특정의 청약자에게 행하는 의사표시이다.⁸⁰⁾ 계약은 청약에 의한 승낙을 통하여 성립한다. 예를 들어 소비자가 인터넷쇼핑몰에서 어떤 상품을 주문하면, 인터넷쇼핑몰사업자는 컴퓨터프로그램 등의 전자적 대리인이나 전자우편, 전화를 통한 주문확인에 의하여 계약을 승낙할 수 있다. 그러므로 주문 버튼의 클릭에 의한 고객의 상품주문이 계약의 청약으로 되고 상품 제공자의 확인이 청약에 대한 승낙으로서의 의미를 지니게 된다.

전자계약에 있어서는 화면의 일정한 부위에 대한 한 번의 클릭으로 계약이 체결되며 이러한 것은 고객이 마치 상점에 들어가 제품을 보면 거래의 다른 제반조건이

75) 가령 재고량, 상대방의 변제 자력에 대한 위험 등을 들 수 있다.

76) 지원립, “전자거래와 계약법-전자거래기본법 관련된 논의를 중심으로”, 「법학논총」 제24권 제1호, 단국대학교법학연구소, 2000. 12, 97면.

77) UNCITRAL 전자상거래모델법 초안 article 9에서도 같은 취지로 규정하고 있다.

78) 현재 인터넷 사이버 물에서 이루어지는 전자상거래 대부분의 실상이기도 하다.

79) 서울지법 2002. 5. 30. 선고 2001가단324872 판결 참조.

80) 한삼인, 전제 「계약법」, 51-52면 참조.

성립되는 것과 마찬가지로. 그리고 특정인에 대한 것이나 상대방의 개성을 묻지 않는 불특정인에 대한 것과 표시된 계약내용에 대한 유보 없이 명시되어 있는 경우에는 청약이다.⁸¹⁾ 인터넷 쇼핑몰사업자는 소비자의 청약에 대하여 수신확인 통지의 형태로 승낙의 의사표시를 하고 이 승낙의 의사표시가 이용자에게 도달한 때 전자계약이 성립한다.⁸²⁾ 판매자가 승낙을 할 때에는 민법 제528조 이하의 승낙기간에 관한 원칙을 준수하여야 한다. 당사자가 승낙기간을 정하지 아니한 때에는 민법 제529조에 의하여 고객이 상당 기간 내에 승낙의 통지를 받지 못한 때에는 청약으로서의 주문이 실효된다.⁸³⁾ 특히 전자상거래에서 소비자가 원칙적으로 전자우편에 의한 신속한 승낙의 통지를 기대 할 수 있는 결과, 상당한 기간에 해당하는 우편 등에 의한 전달 수단을 이용하는 경우 보다 단기로 측정할 수 있다. 또한 민법 제532조에 의하여 승낙의 의사표시가 거래 관념상 기대되지 아니하는 경우 혹은 청약자가 승낙의 의사표시의 도달을 원하지 아니할 경우에는 승낙의 의사표시가 필요 없고, 단지 승낙의 의사표시로 인정되는 사실이 있는 때에는 계약이 성립한다.⁸⁴⁾ 이와 관련하여 전자계약에서 계약의 성립시기를 확정하기 위해서는 전자거래가 과연 격지자간의 거래인지, 대화자 간의 거래인지 여부와 각각의 경우의 계약체결시점이 문제된다.⁸⁵⁾

가. 격지자 간의 거래로 보는 견해

의사표시의 발신자와 수신자의 컴퓨터가 물리적으로 분리되어 있으며, 발신과 도달이 동시에 일어나지 않고 의사표시가 상대방의 전자사서함에 저장되는 경우도 있으므로 원칙적으로 격지자 간의 거래로 파악하자는 견해이다.⁸⁶⁾ 이 견해에 따르면 전자거래는 격지자 간의 거래이므로 민법 제531조에 따라 승낙자가 승낙의 의사표시를 발송한 시점에 계약이 성립하게 된다.

81) 정완용, 전게서, 34면.

82) 정완용, 상게서, 63면.

83) 정진명, 전계 “인터넷을 통한 거래의 계약법적 문제-인터넷 통신계약을 중심으로-”, 306면.

84) 박정수, 전계논문, 35면.

85) 강두현, “계약의 성립에 관한 비교 고찰”, 「고황논집」 제37집, 경희대학교대학원, 2005. 12, 81-82면.

86) 지원림, 전계 “자동화된 의사표시”, 53면; 한삼인·김상명, “전자상거래의 법리에 관한 연구”, 「비교사법」 제6권 제2호, 한국비교사법학회, 1999. 2, 722면; 최창렬 “전자거래에서의 법률행위에 관한 연구”, 「성균관법학」 제11권 제1호, 성균관대학교법학연구소, 1999. 12, 42면; 이철송 “전자거래기본법의 개정방향-전자문서를 중심으로-”, 「인터넷법률」 제5호, 법무부, 2001. 3, 16면.

나. 대화자 간의 거래로 보는 견해

전자거래는 대화자 사이의 거래로 보아 도달주의에 의하여 계약의 성립시기를 정하여야 한다. 격지자와 대화자의 구분은 거리 또는 장소적 관념이 아니라 시간적 측면에서 보는 것이 합리적이고, 과학기술의 발달로 전자거래에서의 의사표시는 대부분 단시간 내에 확실하게 상대방의 요지 영역에 도달할 수 있으며, 전자적 의사표시의 전달과정의 다단계성과 복잡성으로 말미암아 그 도달 여부가 더욱 중요하게 고려되어야 하며, 또한 발신자로서는 의사표시의 부도달을 용이하게 알 수 있기 때문에 대화자간의 거래라고 보아야 한다는 것이다.⁸⁷⁾

다. 격지자·대화자 간의 거래로 보는 견해

일반적으로 전자거래를 컴퓨터의 자동화 프로그램을 이용하지 않는 계약체결과 컴퓨터의 자동화 프로그램에 의하여 계약이 체결되는 경우를 구별하여 이에 따라 전자의 경우는 격지자간의 계약체결로 이해하고, 후자의 경우는 대화자간의 거래로 본다. 또한 실시간으로 이루어지는 경우에는 전화에 준하여 대화자 간의 거래이지만, 그 밖의 인터넷상에서 사이버 물을 개설하여 상품이나 용역에 대한 정보를 제공하고 소비자가 클릭하여 주문하는 대부분의 전자거래에서는 시간적·장소적 격리가 있으므로 격지자간의 거래로 보아야 한다는 견해이다.⁸⁸⁾

라. 사건

격지자인가 대화자인가의 구별은 거리적·장소적 관념이 아니라 시간적 관념에서 보는 것이 합리적이고, 정보통신기술의 발달로 전자거래의 경우는 대개 단시간에 상당히 확실하게 상대방 측의 요지 영역 안에 도달 할 수 있고, 전자적 의사표시의 전달과정의 다단계성과 복잡함으로 말미암아 그 도달 여부가 더욱 중요하게 고려되어야 할 필요성이 있다는 점에 비추어 전자적 의사표시에 의하여 계약을 체결하는 경우에는 도달주의에 의하는 것이 타당하다고 보이나, 현행법의 해석상 전자거래를 대화자간의 계약으로 단정적으로 보는 것은 무리가 있다. 따라서 전자거래의 송·

87) 정용상, “전자상거래 입법의 법적 문제”, 「상사법연구」 제17권 제3호, 한국상사법학회, 1999. 2, 80면.

88) 김용직·지대운, 전계논문, 97면.

수신이 동시에 이루어진다고 하더라도 송신한 자가 그 즉시 상대방의 의사표시를 기대할 수 있는 것이 아니다. 그러므로 대화자간의 법리 즉 대화가 종료하면 청약의 구속력이 소멸한다는 원칙 그리고 계약의 성립은 대화중에 이루어진다는 원칙을 적용하는 것은 적절하지 않다고 보아 전자계약을 일반적으로 격지자간의 계약으로 보는 것이 타당하다.⁸⁹⁾ 이는 전자문서 및 전자거래기본법에서 송신의 시기와 수신 시기를 논하는 것은 이미 전자계약을 격지자간의 거래로 볼 필요성이 있음을 전제로 한 것이라고 보아야 하기 때문이다.⁹⁰⁾

4) 전자적 대리인에 의한 청약과 승낙

가. 전자적 대리인의 개념 및 인정여부

전자대리인(Electronic agent)은 인간인 이용자의 복잡한 명령을 수행하는 소프트웨어를 말하며 전자대리인은 “자동화된 대리인(Autonomous agents)”, “지능형 에이전트(Intelligent agents)”, 또는 “지능형 로봇(Intelligent bot)” 등이라 한다.⁹¹⁾ 국제적으로 통일된 정의는 존재하지 않지만 일부 국가에서는 이에 대한 정의를 법적으로 두고 있다. 예를 들어, 미국의 경우 전자적 대리인을 사람의 검토나 행위 없이 행위나 반응을 하도록 프로그램화된 컴퓨터로 정의하고 있다.⁹²⁾ 이와 관련 우리나라에서는 전자대리인이라는 용어는 법전용어로 채택한 예가 아직은 없다.⁹³⁾ 그러나 전자문서 및 전자거래기본법 제7조가 이와 유사한 규정을 두고 있다. 전자문서 및 전자거래기본법 제7조 제1항은 “자동으로 전자문서를 송신·수신하도록 구성된 컴퓨터프로그램

89) 가령, 전화를 사용하는 것과 같이 직접 교섭을 할 수 있는 전자계약은 전자거래의 당사자가 장소적으로 떨어져 있더라도 대화자 간의 계약이라고 할 수 있으나, 그렇지 않고 팩스나 이메일에 의한 거래에서는 즉각적인 교섭이 불가능하므로 격지자 계약으로 보아야 할 것이다. 따라서 대부분의 전자계약은 격지자 간의 계약에 해당한다고 보아 민법 제531조를 적용하여야 한다. 이 규정에 관한 다수설인 해제조건설에 따라 계약의 성립시기를 승낙의 발신을 기준으로 정하여야 하고, 승낙이 청약자에게 승낙기간에 도달하지 못한 경우에는 계약이 소급적으로 성립하지 않게 된다(강두현, 전제 “계약의 성립에 관한 비교 고찰”, 82면 참조).

90) 같은 견해 : 사법연수원, 전제 「전자거래법」, 60면.

91) 우광명·조현숙, “전자상거래에서 전자대리인의 법적문제점과 개선방안”, 「통상정보연구」 제13권 1호, 한국통상정보학회, 2011. 3, 199면; Tina Balke·Torsten Eymann, “The Conclusion of Contracts by Software Agents in the Eyes of the Law”, International Conference on Autonomous Agents Archive Proceedings of the 7th international joint conference on Autonomous agents and multiagent systems - Volume 2, 2008, p. 771.

92) Emily M. Weizenboeck, “Electronic Agents and the Formation of Contract”, International Journal of Law and Information Technology, vol. 9 No. 3, 2001, p. 204-234.

93) 오병철, 전제 “전자거래규정의 민법예외의 편입”, 140면.

그 밖의 전자적 수단”이라고 하여 전자적 대리인이라는 용어를 사용하고 있지는 않지만 사실상 이에 상당하는 효력을 인정하고 있다. 이에 대하여 우리 법제에서도 전자적 대리인의 개념을 인정함으로써 착오에 관한 규정이나 계약 성립에 관한 규정의 효력에 영향을 주지 않으면서 계약 성립에서의 장애요소를 제거할 수 있게 해준다는 긍정적인 견해가 있다.⁹⁴⁾ 이에 반하여 전자적 대리인은 ‘전자적 의사표시의 독자성’을 전제로 하지만 현재의 기술수준에 입각하여 판단한다면 전자적 의사표시의 독자성을 인정하기 어렵고, 따라서 컴퓨터를 표의자의 대리인으로 인정하는 것은 무리라고 하여 신중론 내지는 부정적인 견해도 있다.⁹⁵⁾

그러나 현재 클릭온이나 웹상의 클릭을 통해 체결되는 웹랩과 같은 특수한 형태의 청약과 승낙의 경우에는 전자적 대리인에 의한 계약체결과 동일한 결과가 발생하고 있으며, 법률적으로도 전자적 대리인이라는 개념을 인정하고 있지 않을 뿐 원칙적으로는 이를 인정하는 태도를 취하고 있다.⁹⁶⁾ 다만, 양자는 컴퓨터 작동의 결과를 어떤 경우에 표의자에게 귀속시키지 않을 것인가의 요건에 차이가 있으므로 이를 보완하여 전자적 대리인 개념의 도입을 검토할 필요가 있다.⁹⁷⁾

나. 청약과 승낙

전자계약은 개인과 전자적 대리인 사이의 상호작용에 의하여 성립할 수 있다. 인터넷 전자상거래에서 상품의 주문은 이러한 전자적 대리인 즉 자동화된 컴퓨터 프로그램을 통하여 실행된다. 전자계약은 전자적 대리인의 상호작용 즉, 전자적 대리인의 청약에 대한 승낙을 표시하는 경우 계약은 성립한다. 따라서 당사자들이 일정한 결과를 달성하기 위하여 전자적 대리인을 사용하여 계약이 존재한다는 것을 표시한 경우 계약은 성립된다. 이 경우 그 행위가 자동적인 것이었을 지라도 계약은 성립을 방지하기 위하여 기망이나 착오로부터 당사자를 보호하는 것이 필요하다.

한편 전자적 대리인이 정상적으로 작동되는 경우에는 전자적 대리인에 의하여 합

94) 정경영, “미국통일전자거래법에 관한 연구”, 「상사법연구」 제19권 제2호, 한국상사법학회, 2000. 10, 267면.

95) 지원림, “가상공간에 있어서 거래의 특성과 법적 규율”, 「디지털경제시대에서의 전자거래와 법(I)」, 한국법제연구원, 2001. 10, 40-41면.

96) 법무부, 전제 「전자적 법률행위·의사표시론」, 52면.

97) 같은 견해 : 오병철, 「디지털정보계약법」, 법문사, 2005, 310면.

의가 이루어졌다고 할 수 있다. 그렇지만 당사자나 전자적 대리인이 프로그램을 조작하거나 전자적 대리인의 대응이 기망으로 작동되는 경우 전자적 대리인의 작동은 착오나 기망 등에 의한 것이고 전자적 대리인에 위한 동의가 있었다고 볼 수 없다.⁹⁸⁾ 다시 말해서 전자계약이 성립하기 위해서는 계약에 대한 청약과 이에 대한 승낙의 합치가 필요하다. 이때 전자적 형태로 이루어지는 청약과 승낙도 의사표시의 법률행위로서 요건을 갖추어야 함은 물론이고 단순한 타격행위 등은 의사표시라고 할 수 없다.⁹⁹⁾

5) 전자계약의 활용수단

가. 전자문서교환방식(Electronic Data Interchange : EDI)

전통적인 전자문서교환방식은 전형적인 일대일(one-to-one) 거래이다. 기술적으로 EDI 용어는 ANZI X12 또는 UN/EDIFACT와 같은 전자적 비즈니스 언어의 일반 그룹으로 언급된다.¹⁰⁰⁾ 전통적으로 EDI는 부가가치통신망(Value Added Network : VAN)에 의해 접속된 두 통신의 최종점간에 온라인 데이터를 통신한다.¹⁰¹⁾ 전형적인 매매거래에서 매도인과 매수인은 EDI 통신을 위해 최종점 게이트웨이로 작동하는 서버를 배치한다. EDI는 전통적인 종이서류 거래에 대한 대체로서 컴퓨터가 구매주문서, 송장, 선적통지, 송금통지 등과 같은 표준화된 양식으로 전자적으로 모든 데이터를 전달한다.¹⁰²⁾ 1990년대 말 인터넷 전자거래가 발전하기 전의 전형적인 전

98) 현대호, “인터넷상의 라이선스 계약에 관한 법제 연구-미국의 통일정보거래법을 중심으로-”, 「한국법제연구원」, 2001. 12, 52면 참조.

99) 박정수, 전제논문, 36면.

100) ASC X12(<http://www.x12.org/x12org/index.cfm>(2013년 6월 7일 방문). ANSI X12(ANSI Accredited Standards Committee X12)는 공인표준위원회(Accredited Standard Committee X12 (ASC X12)에 의해서 생성되었다. 1979년 미국표준화협회(American National Standards Institute : ANSI)가 EDI에 대한 통일 표준을 개발하기 위해 공인표준위원회가 특허를 받았다. 한편 UN/EDI-FACT (United Nations Rules for Electronic Data Interchange for Administration, Commerce, and Transport)는 UN구조내에서 추천된 구조화된 데이터의 전자적 교환을 위한 가이드라인이면서 일련의 표준(standards), 디렉토리(directories)이다. UN/EDIFACT는 유엔무역자료항목집(United Nations Trade Data Interchange Directory : UNTDID)이 유엔/유럽경제위원회(United Nations Economic Commission of Europe : UN/ECE)에 의해 승인·출판되었고, 합의된 절차하에서 운영되고 있다(<http://www.unece.org/trade/untdid/welcome.html>).

101) 여기서 EDI는, 전자적인 통신방법의 가능성을 타진하기 위하여 미국의 운송업계 회사들이 1968년 TDCC : Transportation Data Coordination Committee(운송 데이터 조정위원회)를 구성함으로써 처음 도입된 전자문서교환은 표준화된 형태의 데이터를 PC와 PC간에 교환하여 재입력 과정 없이 즉시 업무에 활용할 수 있도록 하는 새로운 운송서류 전달방식이라고 할 수 있다. 전자문서교환은 표준화된 양식의 문서를 조직 내부의 업무의 효율성을 증대시키기 위해 사용되는 협의의 방식이다.

자상거래는 제한된 관련 당사자들간에 사용된 폐쇄된 네트워크의 EDI였다.¹⁰³⁾

EDI방식에 의한 당사자간 계약은 장기간의 거래관계를 가진 거래자들에 의해 가장 빈번히 이용되고 있었다. 상거래에서 EDI사용을 준거하는 결정적인 합의는 모델 EDI거래당사자 합의(Model EDI Agreement)로 이루어졌다. 이는 다수 거래자간의 낮은 거래자간의 계약은 예상할 수 없다. 가장 초기적인 형태의 기업간 거래인 전자문서 교환방식은 기존의 거래가 그대로 무서류화 되는 것이다. 이것만으로도 대단한 비용절감으로 연결되지만, 현재는 기업경영 합리화에 이용하여 비즈니스 프로세스 리엔지니어링의 핵심적 기술로서 활용되고 있어서 단지 종래의 거래에서 문서를 없애는 것이 아니라 조직내·조직간의 구조에도 변화를 주고 있다. 이러한 비즈니스 프로세스 리엔지니어링에 의해서 대폭적인 기업의 합리화와 비용절감은 물론 업종을 넘는 복수의 기업제휴에 의해서 개별기업만으로 불가능한 가치창조를 실현할 수 있다.¹⁰⁴⁾

현재 진행되고 있는 기업간 전자문서교환방식의 실증실험은 단순히 표준화된 비즈니스프로토콜의 채용에 의해 부분적으로 거래관행을 국제적 표준에 적용시켜 가고 있음에 그치지 않고 업계의 구조 그 자체를 근본적으로 재구축하고 있다.¹⁰⁵⁾ 이 유형에서는 각종의 기술 및 보안 등에 관한 사항, 거래의 내용과 전자문서화 할 경우의 구체적인 위험 등에 대하여는 양 당사자가 사전에 구체적으로 약정하게 된다. 인터넷 기술의 진보는 TCP/IP 네트워크를 개발로 개방된 EDI로 발전되었다. 따라서 모든 기업은 웹브라우저나 메일 소프트웨어를 사용함으로써 간단히 EDI에 참여할 수 있다. 이는 전통적인 VAN-EDI방식보다 기술비용과 통신비용을 상당히 낮추었다. 인터넷 EDI는 확장성 작성언어(Extensible Markup Language : XML)로 이루어 지는데,¹⁰⁶⁾ XML-EDI 거래는 계약을 전통적인 종이양식에서 온라인 양식으로

102) Electronic Messaging Services Task Force, "Model Electronic Data Interchange Trading Partner Agreement and Commentary," Business Lawyer, Vol.45, 1990, p. 171.

103) Jean Braucher, "Rent-Seeking and Risk-Fixing in the New Statutory Law of Electronic Commerce: Difficulties in Moving Consumer Protection Online," Wisconsin Law Review, 2001, p. 527-534.

104) 우광명, "전자계약 성립시기 결정을 위한 메일박스규칙", 「국제상학」 제22권 제1호, 한국국제상학회, 2007. 3, 11-12면.

105) 室町正實, "EDI契約の實務上の留意点(上)", 「NBL」第584號, 商事法務研究會, 1996, 42面.

106) XML에 대한 자세한 내용은, 윤종훈·김용민, 「글로벌시대의 전자상거래」, 학현사, 2011. 44면 참조.

변화시킬 것이다.¹⁰⁷⁾

나. 클릭온(Click-on) 계약체결 방식

인터넷을 이용하고 있는 대부분의 사업자들은 자신의 웹사이트를 이용하기 전에 이용자들로 하여금 사업자들이 스스로 작성한 일정한 이용조건을 웹사이트에 게시하고, 게시한 이용조건에 관하여 동의하는지 여부를 물은 후, 이에 동의의 표시를 행한 자에게만 자신의 웹사이트의 각종 콘텐츠와 서비스를 이용할 수 있도록 하고 있다. 이때 이용자들은 보통 “동의함”(I agree) 또는 “동의하지 않음”(I disagree)이라고 표시된 버튼 중에 어느 하나를 클릭함으로써 자신들의 의사를 표명할 수 있게 된다. 이를 ‘클릭온 라이선스’(click-on license)라고 하며,¹⁰⁸⁾ 이용자들이 인터넷상에서 특정한 정보를 사용하기 위하여 클릭을 통하여 동의하는 경우를 특별히 ‘웹랩’(Web-wrap)이라고 한다. 전자는 하드디스크와 같은 보조기억장치에 저장된 소프트웨어에 대한 클릭을 통하여 동의를 구하는 것이고, 후자는 웹상에서 이루어지는 클릭을 통하여 동의를 구하는 것으로 법률적으로 구별의 차이는 없다.¹⁰⁹⁾

일반적으로 클릭형 계약(Clickwrap contract)에 따라 게시한 이용조건이 유효하기 위해서는, 첫째 이용조건이 사업자의 웹사이트에 게시되어야 하고, 둘째 이용자는 “동의함” 또는 “동의하지 않음”이라고 표시된 버튼을 클릭함으로써 이용조건을 수용하거나 거절 할 수 있어야 하며, 셋째 이용자가 이용조건에 대하여 동의를 표명하지 않고서는 웹사이트의 콘텐츠나 서비스를 이용할 수 없어야 하고, 넷째 “동의함”이라고 표시된 버튼을 클릭하는 행위가 이용조건을 계약에 포함시키기로 하는 것이라는 취지의 설명이 이용조건에 포함되어 있어야 하며, 다섯째 게시된 이용조건이 전통적인 계약원칙들과 부합하여야 한다. 다만 여기서 주의할 점은 이용자가 이용조건에 클릭하여 당사자간에 계약내용으로 된다고 하더라도 그 내용을 불문하고 어떠한 클릭형 계약이든 무조건적으로 구속력을 갖는다는 것을 의미하는 것은

107) 그렇지만 XML-EDI가 국제적으로 이용되기까지는 상당한 시간이 요구될 것으로 생각된다.

108) 라이선스란, 일반적으로 사용허락 계약을 의미하며, 인터넷 전자상거래에서는 사용자가 포장을 개봉하는 물리적인 행위 대신에 홈페이지 상에 사용허락 조항에의 동의 또는 거절의 형식을 취한다(최민식, “인터넷 전자상거래에서의 전자계약에 관한 법적 고찰”, 「국제법무연구」 제7호, 국제법무대학원, 2003. 2, 217면).

109) 오병철, 전제 「디지털정보계약법」, 316면.

아니다.¹¹⁰⁾ 이 경우 이용 조건에 내포된 특정한 조항의 구속력은 별도로 일반적인 계약법상의 제원칙에 의하여 다시 검토되어야 한다. 왜냐하면 약관규제법은 약관에 관하여 편집통제와 아울러 내용통제를 실시하고 있기 때문이다.¹¹¹⁾ 전자거래에 있어서 컴퓨터 화면에 게시된 계약에 동의한다는 아이콘을 클릭하여 계약을 체결한 경우 계약상의 설명의무나 명시 의무 등의 특수한 요건을 충족시키는 구체적인 방법에 대하여만 논의가 있을 뿐 계약체결 방법의 유효성에 대하여는 의문이 없다. 이는 슈링크랩(Shrink-wrap) 계약의 경우에 있어서,¹¹²⁾ 포장 개봉 행위와 달리 클릭이라는 행위는 사실행위가 아니라 하나의 전자적 의사표시인 법률행위로 평가되기 때문이다. 즉 클릭은 방식의 계약체결은 컴퓨터 화면을 통하여 계약내용을 검토하는데 아무런 문제가 없으므로 계약의 유효성을 인정하는데 문제가 없다.¹¹³⁾ 다만 이러한 경우에도 정보이용계약의 동의를 구하는 화면구성과 아이콘이 프로그램의 설치과정에서 다른 화면의 구성과 외형적 차이가 없을 뿐만 아니라 이러한 계약에 동의한다는 확인화면이 없으면 그러한 계약의 성립은 부정될 가능성이 높다.¹¹⁴⁾

한편 클릭은 방식의 계약체결은 민법 제531조의 의사의 실현(Wilensbetätigung)이 아니라 청약과 승낙의 의사표시의 합치에 의한 계약이라고 할 수 있다. 왜냐하면 이용자의 이용요건에 대한 클릭은 ‘승낙의 표시로서 인정되는 사실’이 아니라 ‘그 자체로서 완전한 하나의 의사표시’로 되기 때문이다. 그러므로 클릭은 방식의 계약체결은 체결상의 문제는 발생하지 않고, 단지 클릭은 방식으로 제공되는 계약 내용이 법적 평가의 문제로 된다고 할 수 있을 것이다.¹¹⁵⁾

110) 김진환, 전제 “약관의 계약편집과 전자계약”, 121면.

111) 법무부, 전제 「전자적 법률행위·의사표시론」, 49면.

112) 슈링크랩(shrink-wrap) 계약이란, 좁게는 소프트웨어의 공급자가 소프트웨어의 패키지에 사용조건을 인쇄하여 두고 사용자가 당해 조건하에 사용허락계약이 성립한다는 취지의 계약을 말하며 (田村善之, “著作権侵害 12”, 「發明」, 1996. 6, 108-109면), 넓게는 소프트웨어의 공급자에 의하여 제시된 사용조건이 청약이 되고 사용자가 기명날인 또는 서명 등의 전통적 방식에 의하지 아니한 채 공급자가 지정한 방식인 소프트웨어의 shrink-wrap 포장이나 다른 형태의 포장을 개봉 또는 소프트웨어의 사용 등에 의하여 사용자가 사용조건을 승낙한 것으로 간주하는 형태의 소프트웨어의 사용허락계약이라 말한다(David L. Hayes, “The Enforceability of shrinkwrap Licenses Agreements On-line and Off-line” 1. introduction. 1997; David L. Hayes, “shrinkwrap Licenses Agreements New Light on a Vexing Problem” 1. introduction. 1992).

113) 오병철, 전제 「전자거래법」, 98면; 노태약, 전제 “전자거래와 계약”, 445면.

114) 미국에서 별도의 “동의함”이라고 표시된 버튼이 제시된 바 없었다는 이유로 계약의 효력을 인정할 수 없다고 본 판결례로는 Ticketmaster Corp., et al. v. Tickets.Com, Inc.(C.D. Cal., March 27, 2000)가 있다.

115) 법무부, 전제 「전자적 법률행위·의사표시론」, 51면.

다. 전자우편(Electronic mail)

전화, 서신 또는 팩스와 같은 전통적인 통신방법을 통해 이루어졌던 협상과 유사하게 계약 성립의 전자적 수단인 전자우편은 기존의 보통법과 메일박스규칙(mailbox rule or postal acceptance rule, dispatch rule)의 적용의 구조 안에서 해석이 수정될 수 있다.¹¹⁶⁾ 전자우편은 동시적이지 않고 발신자가 대체로 그 메시지의 전달에 대한 피드백을 즉각적 또는 계속적으로 받지 못한다. 피청약자는 송신버튼을 클릭했을 때 메시지의 통제를 잃게 된다. 그리고 전자우편은 인터넷으로 발송되고, 목적지에 도달하기까지 여러 컴퓨터를 거쳐 도달된다. 우편을 통한 메시지 전송에 따른 불확실성의 문제가 똑같이 전자우편에도 적용된다.¹¹⁷⁾ 만약 전자우편 승낙이 메일박스규칙 즉, 발신주의 원칙으로 분류되면 온라인 계약은 피청약자가 그 메시지를 발송한 순간에 성립된다. 결국 계약 성립의 영업장소나 주소지가 피청약자의 위치가 되는 것이고 피청약자의 메일 서버와 청약자의 위치가 되는 것은 아니다. 상인이 전자우편 승낙을 발신한 때 그 계약은 상인의 관할지내에서 성립된다.¹¹⁸⁾ 원래 메일박스 규칙은 우편이 상당히 신속하게 매우 신뢰할 수 있는 것을 기초로 형성된 것이다.¹¹⁹⁾ 그러나 인터넷 공간에서의 전자우편은 분실될 수 있고,¹²⁰⁾ 내용이 제멋대로 변경되거나 기업의 방화벽(fire walls)에 의해 수신되지 않기 때문에 우편만큼 확실하지 않다.¹²¹⁾ 이런 이유로 전자우편을 도달주의 원칙으로 분류하

116) 여기서 메일박스규칙은, 우편이 승낙의 매체로서 고려된 때 청약의 승낙시기를 결정하는 보통법(Common law)의 용어이다. 계약의 일반적 원칙은 승낙이 실질적으로 청약자에게 도달된 때 성립한다. 메일박스규칙은 이러한 일반원칙의 예외로서 계약은 승낙의 서신이 우편함에 투합되었을 때 성립한다(우광명, 전제논문, 5면); Valerie Watnick, "The Electronic Formation of Contracts and the Common Law Mailbox Rule," Baylor Law Review, Vol.56, 2004, p. 182.

117) M. Chissick & A. Kelman, Electronic Commerce: Law and Practice, 2nd ed., Sweet & Maxwell, 2000, p. 80-82.

118) 우광명, 상계논문, 12-13면 참조.

119) 메일박스 생성의 근거가 된 판례로는 Adams v. Lindsell사건(동 사건은 9월 2일 피고는 특정수량에 대한 매도청약을 우편에 의하여 원고에게 하였고 그 내용 중에는 회신은 반드시 우편으로 해야 한다는 것이 포함되어 있었다. 9월 5일에 피고는 원고의 이름을 "Worcestershire"라고 써야 할 것을 "Leicestershire"라고 잘못 기재하였기 때문에, 편지가 2일정도 지연되어 원고에게 도착하였고, 동시에 원고는 승낙의 서신을 발송하였다. 피고가 원고의 이름만 정확하게 기재하였더라면, 원고의 회신은 9월 7일에 도착하였을 것이다. 그러나 9월 7일이 되어도 원고의 회신이 도착하지 않았기 때문에 9월 8일에 피고는 양모(羊毛)를 제3자에게 판매하였다)이 있다.

120) 여기서 인터넷공간을, '사이버 공간(Cyberspace)'이라고 하며 '사이버 공간'을 '가상공간'이라는 개념으로 이해할 수 있고 그것은 '현실공간'과 대립되는 개념이 된다고 한다. 그러나 인터넷은 현실과 격리되어 현실이 반영되지 못하는 절대공간이 아니라 오히려 현실적인 필요와 문제들에 의하여 영향을 받는 공간이라고 한다(정연부, "전자문서의 관할 문제-비속지성에 따른 연결점 모색을 중심으로-" 「성균관법학」 제21권 제1호, 성균관대학교법학연구소, 2009. 4, 812면).

게 되면 계약은 청약자의 위치에서 성립된다.

그러나 전자우편에 대한 도달주의 원칙은 많은 곤란한 문제들이 발생된다. 예를 들면, 실제로 수령한 장소 즉, 승낙이 청약자의 메일 서버에 도달된 때인가, 컴퓨터에서 다운로드 된 때인가, 아니면 청약자가 그것을 읽었을 때인가? 도달의 정확한 시간을 결정함에 있어서 미국의 한 판례에 따르면,¹²²⁾ 도달은 청약자가 그 메시지를 다운로드 할 때 일어난다. 왜냐하면 서버로부터 메일을 다운로드한 후 그 메시지를 사용자가 읽을 것이라고 기대하기 때문이다. 실제로 청약자가 승낙을 읽었는지의 여부는 그다지 중요하지 않다. 청약자가 전자우편 승낙을 읽으려 하지 않는다면 청약자는 여전히 그의 책임이 된다. 그리고 청약자가 좀처럼 전자우편 확인을 하지 않는다면 피청약자의 통지를 위한 주의의무가 있고, 그렇지 않다면 승낙은 합리적인 시간 후에 효력이 발생하게 된다.

한편 승낙에 대한 대안으로 전자우편이 청약자의 통제하에 있는 컴퓨터에 도달한 때 도달이 이루어졌다는 견해이다. 만약 청약자가 인터넷 서비스 제공자를 사용하는 경우 승낙은 그 전자우편이 컴퓨터상에서 서버에 다운로드 된 후 효력이 발생된다. 미국 법원의 판례에 따르면,¹²³⁾ 인터넷 서비스 제공자를 공중통신 운영자로서 해석하고 있다. 전자우편이 인터넷 서비스 제공자의 메일 서버상에 있는 동안은 기술적으로 전송중(in transit)이고 발신자(피청약자)의 책임이 된다. 그러나 청약자 자신이 메일 서버를 운영한다면 승낙은 전자우편이 서버에 도달되어 전송이 완료된 때 효력이 발생한다.

121) 그러나 메일박스규칙하에서 만약 전자우편 승낙이 우송에서 분실된다면 계약은 여전히 구속된다; Household Fire Insurance Co. Ltd., v. Grant 4 Ex.D. 216. (1879).

122) Schelde Delta Shipping B. V. v. Astarte Shipping Ltd(The Pamela) 2 Lloyd's Rep. 249. 1995.

123) Zeran v. America Online No. 97-1523 FED App. 1523P (4th Cir.). (1997). 동 사건은 가입자가 명예훼손적인 내용을 게재한 것과 관련 아메리카 온라인(AOL)은 책임이 없다는 판결이다. 즉 원고는 오클라호마시 폭탄사고를 찬양하는 자료를 출판했다며 자신을 비난하는 글을 게재한 가입자에 대해 아메리카 온라인은 이같은 내용이 게재되는 것을 방관했다고 주장했다. 이러한 주장에 대해 항소법원은 인터넷 서비스 제공자는 정보제공자의 책임(distributor liability)을 면제하고 통신품위법 제230조 (c)(1)에 해당된다는 하급심의 판결을 확정했다. 항소법원은 정보제공자에 대한 이러한 책임은 잠재적으로 부적절한 자료를 검열하는 데 의욕을 저해할 수 있으며 따라서 통신품위법의 주요 목적의 일부를 상실시킬 수 있다고 판결했다. 만일 서비스 제공자들이 단지 적절하지 않은 자료를 고지하는 책임이 주어진다면 이는 전통적인 인쇄물 발행인에게 요구되는 것보다 더 힘든 심의와 판단의 부담을 지우게 될 것이며 이는 입법권자의 법률제정 취지와는 다르다고 판결했다.

라. 웹사이트(Web site)

오늘날 대부분의 소규모 사업자도 웹사이트를 가지고 있고,¹²⁴⁾ 그 웹사이트를 통해 고객들에게 정보를 제공해 주고 주문이 이루어지고 있다. 웹사이트 카탈로그 상에 상품 가격이 잘못된 경우 온라인 계약이 위험성이 있고 청약이라기 보다 청약의 유인 형식으로 웹사이트 디자인하여 상품을 광고하기도 한다. 그러나 단순히 광고 목적으로 고안된 사이트인 경우 이테일러(e-tailers)는 특히 용어 사용에 주의를 하여야 한다. 또한 이테일러는 웹사이트의 특성이 무엇이든 실제로 제공된 상품과 서비스를 잘못 전하지 않도록 주의해야 한다. 만약 부실표시가 이루어 졌다면 법원은 그 부실표시가 사기, 부주의 또는 무지로 이루어졌는지의 여부에 따라 원고가 손해 배상을 청구하든지 아니면 계약을 취소할 것인지의 여부에 따라 그 책임을 부과할 것이다.¹²⁵⁾ 그리고 고객과의 분쟁의 경우 이테일러가 계약적으로 보호를 받기 위해서는 웹사이트의 거래조건은 계약의 체결을 위한 정확한 절차를 상세히 구축해야 하고 적절한 권리포기조항을 두어 청약이라기보다 청약의 유인의 형태로 고안되어야 하며 자동화된 응답도 구매확인(purchase confirmation) 보다는 확인(acknowledgment)의 형식으로 되어야 할 것이다.¹²⁶⁾

EU전자상거래입법지침에서는,¹²⁷⁾ 이테일러가 고객의 주문에 응답하고 고객이 그 응답을 읽을 수 있을 때 승낙이 이루어진다는 점을 명확히 해두고 있다.¹²⁸⁾ 그러나 최종적인 전자우편이 전송 중에 분실되거나 원문이 훼손될 수 있다는 문제는 여전히 남아 있다. 게다가 동 지침에서 웹사이트는 청약의 유인이라기보다 청약의 형식으로 고안될 것을 전제하고 있다. 미국의 법원이 클릭랙(click-wrap)계약의 형식에 구속력을 부여하고 있기 때문에,¹²⁹⁾ 영국법원도 동일한 접근을 채택할 것으로 추정

124) 여기서 웹사이트는, WWW, W3 또는 web이라 부르기도 하며 인터넷의 가장 대표적인 서비스이다. 웹은 웹 브라우저(web Browser)라는 검색 프로그램을 통해 문자, 그림, 사운드, 동영상 등을 멀티미디어 데이터를 보고 읽고 들을 수 있으며, 이 프로그램을 이용하여 인터넷상의 각종 정보를 빠르게 검색할 수 있다(윤중훈·김용민, 전제서, 42면).

125) Guy Veysey & Michael Chissick, "The Perils of On-Line Contracting," Computer and Telecommunications Law Review, Vol.6, 2000, p. 121-122.

126) 우광명, 전제논문, 13면 참조.

127) EU전자상거래입법지침의 정식 명칭은 Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market 이다.

128) E-Commerce Directive Article 11, (2000) 참조.

129) 대표적인 판례는 Hotmail Corporation v. Van Money Pie Inc., C98-20064, N.D. Ca., April 20, 1998; 이외

된다. 따라서 효과적이기 위해서는 이테일러는 주문 페이지상 그들의 조건을 구체화해 두어 법적인 요구와 홈페이지를 균형있게 조화시킬 필요가 있다고 생각된다.

(2) 의사실현에 의한 계약의 성립

민법 제532조에서는 의사실현에 의한 계약의 성립을 인정하고 있다.¹³⁰⁾¹³¹⁾ 이때 의사표현의 의미를 자기결정에 의한 법률관계의 창조적인 형성행위라고 보아 묵시적 의사표시라고 하는 견해가 있으나,¹³²⁾ 의사실현이란 그 자체는 표시행위라고 할 수 없는 행위에 의하여 효과의사를 추단(推斷) 할 수 있는 경우에 있다고 보아 사실행위로 보는 견해가 타당하다.¹³³⁾ 사적자치의 확장기능에 비추어 보면, 이를 또 다른 의사표시로 좁게 해석할 것은 아니라고 생각된다.¹³⁴⁾ 의사실현에 의하여 계약이 성립하는 대표적인 형태로서 이른바 앞에서 기술한 바 있는 슈링크랩(shrink-wrap) 계약을 들 수 있다. 즉 정보가 담긴 유형매체를 구입하여 그 비닐포장을 개봉하는 행위가 승낙의 의사표시로 인정되는 사실에 해당한다. 이러한 형태로 성립되는 슈링크랩 계약이 유효성에 관하여 미국에서 논의가 있어 왔으나 1996년의 proCD사건의 항소심 이후, 그 유효성을 인정하여 가는 방향으로 가고 있다.¹³⁵⁾ 슈링크랩 계약을 구체적으로 살펴보면 정부가 담긴 유형매체의 매매계약과 정보자체의 이용계약을

Steven J. Caspi, et al. v. The Microsoft Network, L.L.C., et al., Groff v America Online, Inc 등이 있다 (김진환, 전제 “약관의 계약편입과 전자계약”, 49면).

130) 국제물품매매계약에 관한 UN협약(United Nations Conference on Contracts for the International Sale of Goods) 제18조 제3항에서도 청약, 관행 또는 당사자 간에 확립된 관행 또는 관습의 결과로서 피청약자가 청약자에 대한 물품의 발송에 관한 행위와 대금의 지불 등의 행위를 함으로써 동의를 표시할 수 있는 경우에는 그 행위가 이루어진 때 승낙이 있다고 보고 있다.

131) 참고로 대법원 판례에 의하면신탁금반환 예금계약은 예금자가 예금의 의사를 표시하면서 금융기관에 돈을 제공하고 기관이 그 의사에 따라 그 돈을 받아 확인을 하면 그로써 성립하며, 금융기관의 직원이 그 받은 돈을 금융기관에 입금하지 아니하고 이를 횡령하였다고 하더라도 예금계약의 성립에는 아무런 소장이 없다고 판시하고 있다(대법원, 1996. 1. 26. 선고 95다26919 판결).

132) 박윤직 외, 「민법주해 채권(5)」, 박영사, 1997, 219면.

133) 이은영, 「채권각론」, 박영사, 2007, 94면.

134) 박정수, 전제논문, 38면 참조.

135) proCD Inc. v. Zeidenberg 사건에서 슈링크랩 이용계약이 유효하게 성립한 것으로 판시한바 있다 (proCD, Inc. v. Matthew Zeidenberg and Silken Mountain Web Services, Inc, 86 F.3d 1447(7th Circuit, 6/20/1996). 이에 따르면 당해 CD-ROM 제품외면에 예고를 하고, 압축포장내부에 구체적인 조건을 상세히 기재해 놓고 당해 이용허락조건이 받아들여질 수 없는 경우에 환불과 소프트웨어를 반품할 권리를 설정하는 것은 제작업자와 소비자 모두에게 가치 있는 계약이 이루어지는 수단이 된다고 보고 있다. 보다 자세한 내용은 정상조, “인터넷 콘텐츠의 보호”, 「인터넷법률」 제2호, 법무부, 2000, 13-15면 참조.

으로 나눌 수 있다. 서로 성립과 존속에 불가분의 관계를 갖고 있다고 하더라도 어디까지나 별개의 독립된 계약이다. 즉 CD와 같은 유형매체에 대하여는 구입자와 컴퓨터프로그램 판매 대리점과 사이에 체결되는 매매계약이고, CD를 컴퓨터에 인스톨 한 후 CD에 담긴 정보를 이용하는 것은 정보이용자(licensee)와 CD에 담긴 정보재산권의 제공자(licenser) 사이에,¹³⁶⁾ 정보이용거래계약이 체결된 것이라고 볼 수 있다.¹³⁷⁾ 어쨌든 슈링크랩 계약의 체결과정을 두고 그 유효성에 의문을 가질 수는 없고, 다만 비닐포장지 등을 개봉하는 행위가 의사실현 행위에 해당하는지 여부는 매수인(또는 정보이용자)이 개봉 전에 계약의 내용을 인도하고 계약체결의 의사와 함께 개봉한 경우라도 볼 수 있을 정도로 평가되어야 정보이용거래 계약이 성립한다고 할 것이다. 따라서 바깥 포장지에 계약의 내용이 전혀 표시되어 있지 않거나 계약내용이 기재되어 있는 장소가 표시되어 있지 않고 또 계약내용을 용이하게 찾을 수 없는 경우는 개봉한다고 하더라도 정보이용거래 계약의 성립을 인정할 수는 없다. 이렇게 되면 유형매체 자체의 매매계약은 성립한다고 하더라도 정보이용거래가 성립하지 아니하였다면 유형매체를 구입한 당사자는 정보이용거래의 불성립을 이유로 해제할 수 있다고 하는 것이 당사자의 의사에 부합하는 해석이다.

미국의 통일컴퓨터정보법(Uniform Computer Information Transaction)에서는 슈링크랩 형식으로 이루어지는 정보이용거래의 경우, 일반시장거래(mass-market license)임을 전제로,¹³⁸⁾ 즉 소비자계약에 있어서 소비자에게 계약의 내용과 조건을

136) 전자정보거래에 있어서는 licenser와 licensee의 개념을 사용하는 것이 보통이다. 그 외에도 벤더와 유저, 프로바이더(제공자)와 이용자 등의 표현이 사용되고 있다.

137) 판매점과 구입자 사이의 계약은 원칙적으로 판매점이 구입자에 대하여 라이선스계약의 체결이 가능한 지위 및 유형매체·매뉴얼 등의 유체물을 인도하는 것을 내용으로 하는 계약(제공계약)이라고 볼 수 있다. 이는 판매점에서 구입자에 대하여 라이선스계약체결에 의하여 정보재를 사용할 수 있는 권리, 즉 라이선스 계약을 체결할 수 있는 지위의 이전과 동시에 매체와 매뉴얼 등의 유체물을 인도하는 것으로서 양자가 일체가 된 계약이라고 해석할 수 있다(일본산업구조 심의회를 정보경제분과 위원회, “日本電子商取引等に關する準則”, 2002. 6, 45面); 종래 이러한 CD를 판매 대리점에서 off-line으로 구입하는 행위는 전자문서 및 전자거래기본법 소정의 전자거래에 해당하지 아니함은 분명하나, 현재의 많은 제품들은 CD를 구입한 후 인터넷상의 on-line으로 연결하여 사용자 등록을 한다든지 update서비스를 받는 것을 전제로 하고 있으므로 결국 앞으로는 대부분의 경우 CD를 off-line으로 구입하더라도 그 인스톨 과정에서 네트워크를 전제로 하고 있는 전자거래의 양상을 띠게 된다.

138) 일반시장거래란, 소비자계약 또는 최종이용자로서의 정보이용자와의 거래로서 동일한 정보를 실질적으로 동일한 계약조건 하에서 소비자 등 전체로서의 일반 대중을 거래의 상대방으로 하는 정보 또는 정보재산권의 거래 또는 정보제공자가 소매시장에서의 통상적인 거래에 부합하는 계약조건과 수량으로 소매거래로서 정보와 정보재산권을 얻는 거래를 말한다. 따라서 저작물의 재배포나 공연 또는 전시를 위한 계약, 정보이용자를 위하여 정보제공자 주문에 따라 제작하거나

검토할 기회가 제시 되었는가 그리고 소비자가 이를 동의하였는지 여부를 요건으로 하여 그러한 요건이 충족되지 아니하였다면 대금의 반환 및 정보제공자의 지시에 따라 PC에 인스톨하는 과정에서 손해가 발생하였다면 그에 대한 합리적인 비용을 보상받을 권리를 가지며 일정한 경우 인스톨로 인하여 야기된 시스템의 변경을 원상회복하기 위해 정보이용자의 정보처리시스템을 복구하는데 소요된 합리적이고 또한 예견 가능한 비용을 보상받을 권리를 가진다(§209).

한편 인터넷 웹상에서 아이콘을 클릭랩(click-wrap) 또는 클릭온(click-on) 계약의 경우 화면상으로 계약에 동의한다는 아이콘을 클릭(click)하기 전에 계약의 내용을 인식하면서 계약을 체결한 의사를 가지고 클릭한 경우는 재화의 구입이나 정보이용에 관한 계약이 성립한다고 볼 것인데, 이때 슈링크랩 계약의 경우에서의 포장 개봉행위와 달리 이러한 클릭행위는 의사실현행위라는 사실행위가 아니라 하나의 전자적 의사표시인 법률행위라고 평가하는 것이 타당하다.¹³⁹⁾ 다만 이때에도 경우에 따라 정보이용계약의 동의를 구하는 화면 구성과 동의 아이콘(I agree)이 프로그램의 인스톨 진행과정에서 다른 화면의 구성과 아이콘과 외형적 차이가 없고 정보이용계약에 동의한다는 확인화면도 없다면, 그 정보이용계약의 성립이 부정될 가능성이 많다.

(3) 전자계약의 성립시기와 장소

1) 전자계약의 성립시기

우리 민법은 대화자간 계약의 성립시기에 대해서는 명문화되어 있지 않고 격지자간의 거래에 대해서는 민법 제531조에서 계약의 성립시기를 규정하고 있다.¹⁴⁰⁾ 이는 계약의 성립을 원하는 당사자 사이에 있어서 계약을 조속히 성립시키는 것이 거래계의 요구에 부합하고, 당사자에게는 어떤 불이익을 주지 않기 위한 규정이다. 그러나 민법 제528조 제1항에서는 “승낙기간을 정한 계약의 청약은 청약자가 그 기간

기타 특별하게 제작하는 정보의 거래, 사이트 라이선스, 접속계약은 일반시장거래가 아니다(박정수, 전제논문, 39면).

139) 노태약, 전제 “전자거래와 계약”, 445면.

140) 민법 제531조(격지자간의 계약 성립시기) “격지자간의 계약은 승낙의 통지를 발송한 때에 성립한다. 한삼인·정장보, 전제 “전자계약에 있어서의 법률문제에 관한 연구”, 357-359면 참조.

내에 승낙의 통지를 받지 않으면 효력을 잃는다.”라고 규정하고 있고, 민법 제529조에서는 “승낙기간을 정하지 않은 계약의 청약은 청약자가 상당한 기간 내에 승낙통지를 받지 않으면 효력을 잃는다.”라고 규정하고 있다. 여기서 발신주의를 규정하는 제531조와 동조에 대한 제한인 제528조 제1항 및 제529조를 어떻게 해석하여야 하는 지가 문제된다. 이 문제에 대하여서는 민법의 도달주의의 원칙을 중시하는 설이 있고,¹⁴¹⁾ 계약에 관한 발신주의의 특칙(민법 제531조)을 중시하는 설이 있다.¹⁴²⁾¹⁴³⁾

전자계약을 격지자간의 계약이라고 보면, 전자계약의 체결을 위한 승낙의 의사표시는 승낙적격기간 내에 청약자에게 도달한 때에 효력이 발생하지만, 전자계약의

- 141) 이 설은 수신주의·수령주의라고도 하며, 승낙도 하나의 의사표시이므로 의사표시의 효력발생시기에 관한 일반원칙(민법 제111조 제1항)에 의하여 도달한 때에 효력이 생긴다고 한다. 즉 민법 제531조는 계약의 성립시기를 정한 것이고 승낙의 효력발생시기를 정한 규정은 아니다. 따라서 승낙은 그 의사표시가 청약자에게 도달한 때에 효력을 발생하게 되나, 그 효력이 승낙통지를 발송한 때에 소급하여 청약과 결합해서 계약을 성립케 한다는 견해이다(공순진·김영철, 전계논문, 207면 참조). 여기서 도달이란, 상대방의 지배권 내에 들어가 사회통념상 일반적으로 요지할 수 있는 상태가 생겼다고 인정되는 것을 말하며(대법원 1997. 6. 27. 선고 95다40977, 40984 판결; 대법원 1994. 12. 27 선고 94다19242 판결), 또는 채무자가 통지내용을 알 수 있는 객관적 상태(대법원 2011. 1. 13 선고 2010다 77477 판결; 대법원 2010. 4. 15. 선고 2010다57 판결)에 놓여 있는 것이라고 판시하고 있다. 이러한 도달주의의 결과, 표의자는 발신 후라도 도달하기 전에는 그 의사표시를 철회할 수 있다. 그러나 철회의 의사표시는 늦어도 먼저 발신한 의사표시와 동시에 도달하여야 한다. 의사표시가 도달해 버리면 비록 상대방이 요지하기 전이라도 표의자가 이를 철회하지 못한다. 계약의 청약 의사표시에 관하여는 특별한 구속력이 인정되며(민법 제527조·제529조), 연착한 승낙에 관하여는 특별효력을 인정하고 있다(민법 제528조). 의사표시의 불착 또는 연착은 모두 표의자의 불이익으로 돌아간다. 최고기간 등의 계산도 도달한 때부터 산정하게 된다. 의사표시의 도달 후에는 발신 후 표의자가 사망하거나 행위능력을 상실하거나, 또는 대리권이 소멸하거나 하여도 그 의사표시의 효력에는 아무런 영향을 미치지 않는다(민법 제111조 제2항).
- 142) 이 설은 통지주의라고 하며, 민법 제531조에 따라서 격지자에 대한 승낙은 청약자에게 도달하는 것을 기다리지 않고서 그 발신으로 효력을 발생하는 것으로 해석하여야 한다는 견해이다(공순진·김영철, 전계논문, 207면). 의사표시가 외형적 존재를 가지고 표의자의 지배를 떠나서 상대방에게 발신된 때에 효력이 발생한다는 주의로 도달주의 내지 수취주의와는 대립된다. 의사표시의 효력발생시기를 서신을 우체통에 투입하거나 우체국의 청구에서 발송하는 때로 보는 것 등이 그 예이다. 발신주의는 신속을 필요로 하는 거래에 적합하며 다수인에게 동일한 내용의 의사표시를 하여야 할 경우에 그 의사표시의 효력발생이 표의자에 의하여 좌우될 뿐 만 아니라 상대방은 의사표시의 존재를 알지 못하면서도 의사표시의 효력에 구속을 받게 됨으로써 표의자에게 지나치게 유리하며 상대방에게는 현저하게 불리하다는 단점이 있다(법무부, 전계 「전자계약의 현안과 과제-UN 전자계약협약을 중심으로-」, 25면).
- 143) 그리고 일본에서 계약의 성립시기에 관해서는, 기본적으로 일본 민법 제526조 제1항이 그대로 전자거래에도 적용되어, 승낙에 해당하는 전자데이터가 발신된 시점에서 계약이 성립한다. 다만 컴퓨터시스템을 이용하여 전자데이터를 교환하는 경우에, 민법에서 정하는 의사표시의 발신의 시점이 어느 시점인가가 문제로 된다. 이 경우에는, 승낙의 발신시점은 아니고 도달시점으로 할 수도 있다. 승낙인 데이터가 발신되었음에도 불구하고, 통신회선의 고장 등 어떤 사정에 의하여 상대방에게 도달하지 않았던 경우에 도달주의를 취하면, 충분한 합리성이 있다. 다만, 전자거래에 있어서는 데이터의 발신시점과 도달시점 사이에는 그렇게 시간적 차이는 없고 발신주의를 취하는가 도달주의를 취하는가에 의한 차이는 그렇게 크지 않다고 한다(野村豊弘, “電子去來と消費者”, 「ジュリスト」, 第1139號, 有斐閣, 1998. 8, 86-87면).

성립은 승낙의 통지를 발송한 때로 소급하는 것으로 보는 것이 타당하다. 이렇게 해석함으로써 의사표시의 효력발생시기를 규정한 민법 제111조 제1항과 격지자간의 계약의 성립시기를 규정한 민법 제531조를 조화시킬 수 있다. 따라서 대화자간의 계약인 경우 의사표시의 효력발생시기에 관해 우리민법이 규정하고 있는 일반원칙에 따라 도달주의에 의해 승낙의 의사표시가 도달한 때 계약이 성립한다고 해석해야 할 것이나 격지자간의 계약은 민법 제531조에 규정된 발신주의에 따라 승낙의 통지를 발송한 때 계약이 성립한다.¹⁴⁴⁾ 그러나 정보통신기술의 발달로 청약과 승낙이 거의 동시에 이루어져서 실시간으로 계약이 체결되어지면 격지자간의 계약 성립시기에 관한 논의는 의미가 없어지고, 대화자간의 계약과 동일하게 취급하여 도달주의에 따라 성립시기가 결정될 것이다.¹⁴⁵⁾

2) 전자계약의 성립장소

계약의 성립장소가 문제가 되는 것은 주로 계약의 성립요소인 의사표시가 다른 법률이나 관습이 행하여지고 있는 지역에 걸쳐 행하여지는 경우 그 계약은 어떤 법률의 적용을 받아야 하며, 또한 어떤 관습에 따라 해석할 것인지 하는 점에 관여하기 때문이다. 가령 전자계약의 체결과 관련하여 재판관할권의 문제가 야기될 수도 있다.¹⁴⁶⁾ 이와 관련해서는 계약 당사자가 그 준거법규를 사전에 선택하여 놓는 것이

144) 김용호·최동운·권형남, 「E-비즈니스 시대의 전자상거래」, 형설출판사, 2011. 246-247면 참조. 그리고 민법상 상대방 있는 의사표시의 효력발생은 원칙적으로 도달주의에 의하면서(민법 제111조), 제한능력자와 거래한 상대방의 최고에 대한 확답(민법 제15조), 사단법인의 사원총회의 소집통지(민법 제71조), 무권대리인과 거래한 상대방의 최고에 대한 확답(민법 제131조), 채무인수에서 채권자의 승낙의 통지(민법 제455조) 등은 격지자간의 계약에서 청약에 대한 승낙의 통지(민법 제531조)의 경우와 함께 발신주의를 취하고 있다. 거래의 신속을 이념으로 하는 상법에서는 청약에 대한 낙부통지의무(상법 제53조), 매도인의 목적물의 공탁 또는 경매의 통지(상법 제67조), 대리상의 대리 또는 중개의 통지(상법 제88조), 주식회사의 주주총회의 소집통지(상법 제363조) 등에 대하여는 발신주의를 취하고 있다. 또 민사소송법은 소송서류의 송달을 발신주의에 의하는 경우를 인정하고 있다(민사소송법 제174조).

145) 최경진, 「전자상거래와 전자상거래법」, 현실과 미래사, 2000, 125면. 일본에서는 “의사표시의 성립시기에 대하여 원칙적으로 도달주의를 취하고 있지만(일본 민법 제97조 제1항), 승낙의 성립에 대하여 예외적으로 발신주의를 취하고 있다(일본 민법 제526조 제1항). 따라서 판매자가 승낙의 의사표시를 발신한 때에 계약이 성립하는 것으로 된다. 그러나 애초 일본 민법 제526조 제1항이 발신주의를 취한 것은, 계약의 승낙행위에 상당정도의 일수를 요하는 격지자간의 거래에 있어서는 조기에 계약의 이행에 착수하는 편이 거래계의 요망에 합치하기 때문이며, 의사표시가 발신 즉시 도달하는 인터넷상의 거래에서는, 구태여 도달주의의 원칙을 배제하고 청약자를 불리한 입장에 두면서까지 발신주의를 취할 필요성은 없다(内田貴, 前掲論文, 19面).

146) 가령, 지역적인 경계가 없는 전자계약에서, 온라인전자상인(online e-merchant)은 웹사이트상의 정보가 어디에서 접속되는지 정확하게 알지 못하므로 웹사이트에서 정보를 수집한 자가 웹사이트

최선의 방책이지만, 그 준거법규를 선택하지 않는 경우에는 승낙의 효력발생시기에 관한 도달주의의 원칙에 따라 계약 성립지의 법규에 의해 규율된다고 볼 수 있다. 이와 같이 격지자간에 체결되는 계약에서는 특히 그 준거법규의 문제와 더불어 계약의 성립장소는 중요한 의미를 가진다. 격지자간에 체결되는 계약에서는 확정적이고 무조건적인 승낙의 효력이 발생한 장소에서 계약이 성립하는 것으로 추정된다. 왜냐하면 그 장소에서의 승낙의 행위가 단순한 거래교섭을 구속력 있는 법률적 의무로 변모시키기 때문이다.¹⁴⁷⁾ 전자계약은 전자문서의 수신에 의한 승낙에 의하여 성립되므로 전자계약의 성립장소는 전자문서 및 전자거래기본법 제6조 제3항에 의하여 전자문서의 수신자의 영업소 소재지이며, 계약이 승낙의 수신에 의하여 성립되는 때에는 승낙을 수신한 청약자의 영업소 소재지이다. 이 경우 영업소가 2 이상인 경우에는 당해 전자문서의 주로 관리하는 영업소 소재지에서 송·수신된 것으로 본다. 다만, 작성자 또는 수신자가 영업소가 없는 경우 그의 상거소(常居所)가 된다.¹⁴⁸⁾ 전자계약의 성립장소는 거래 당사자 사이에 준거법 및 재판 관할에 관한 약정이 없는 경우에 이를 정하기 위하여 필요하다.¹⁴⁹⁾

(4) 도달주의 채택의 필요성

현행 해석론상 원칙적으로 전자거래는 격지자 간에 이루어지는 계약으로 그 계약의 성립시기를 승낙의 통지가 발송된 때로 볼 수밖에 없다. 그러나 전자적으로 이루어지는 의사표시의 전달과정의 다단계성과 복잡성으로 말미암아 그 도달 여부가 더욱 중요하게 고려되어야 할 필요성이 있고, 서신에 의하여 이루어지는 경우에 비하여 그 의사표시의 실체성을 확인하기 어렵고, 현재 기술발달의 정도로서도 통신

트에 접근할 때 관련 있는 모든 국가의 법률을 준수해야 하는지, 웹사이트에 접근했을 때 관련 있는 모든 국가의 법원이 웹사이트운영자와 정보제공자에 대해 대인재판관할을 행사할 수 있는지에 대한 재판관할 문제가 생긴다. 그러므로 전자계약에서 온라인 상인은 인터넷 사용자에게 의해 세계 어디에서나 법적 클레임 및 소 제기를 당할 위험에 노출될 수 있다(하충룡·김문희, “국제 전자상거래의 재판관할 기준에 관한 고찰”, 「국제상학」 제25권 제1호, 한국국제상학회, 2010. 3, 212면).

147) 김태수, “전자거래의 법리에 관한 연구”, 동의대학교대학원 박사학위논문, 2001. 2, 49면.

148) 상거소란, “habitual residence”로 번역되며 주된 주거지라고 해석될 수 있으며 일상적인 거주지와 사실상 동의어라 한다(법무부, 전계 「전자거래규정의 민법 편입」, 41면).

149) 최민석, 전계논문, 211면.

망을 통할 때 그 유실의 위험성에 대한 염려를 완전히 불식시키기 어렵다는 점에서 반드시 도달주의 원칙이 명문으로 규정되어야 할 것이다.¹⁵⁰⁾

국제물품매매계약에 관한 UN협약에서도 승낙의 도달시기에 계약이 성립한다고 규정하고 있으며,¹⁵¹⁾ UNCITRAL 전자상거래모델법에서도 도달주의가 당연함을 전제로 별도로 규정하지 않게 되었다.¹⁵²⁾ 그리고 일본 전자소비자계약 및 전자통지에 관한 민법의 특례에 관한 법률 제2조 제1항에서 전자소비자계약이란 “소비자와 사업자와의 사이에 전자적 방법으로 전자계산기의 영상 면을 통하여 체결되는 계약으로서 사업자 또는 그 위탁을 받은 자가 당해 영상 면에서 표시하는 절차에 따라 소비자가 자신의 전자계산기를 사용, 발신하는 방법으로 계약의 청약과 승낙의 의사 표시를 행하는 것” 이라고 정의한 후 법 제4조에서 격지자 간의 계약에 있어 그 승낙 의사표시(전자승낙통지)의 효력발생시기 즉 계약이 성립하는 시점을 일반 민법상의 발신주의가 아니라 도달주의를 채택하고 있다. 이와 같이 전자거래에 관하여 점차 도달주의를 취하는 입법례가 늘고 있는 추세를 감안하면 도달주의 채택하는 것이 필요하다.¹⁵³⁾

(5) 청약의 철회

청약은 그 의사표시가 상대방에게 도달한 때에는 철회하지 못한다. 전자거래에 있어서 청약은 일반적인 계약의 청약과는 달리 즉시 상대방의 서버에 도달되기 때문에 일단 발신한 청약을 철회할 수 있는가가 문제된다. 전자거래는 방문판매 등에 관한 법률상의 일종의 통신판매에 해당되기 때문에 방문판매 등에 관한 법률상 통신판매의 소비자에게 인정되는 청약의 철회권(Colling off right) 방문판매 등에 관한 법률 제8조에서는 소비자에게 책임이 있는 사유로 재화 등이 멸실되거나 훼손된

150) 박정수, 전계논문, 42면.

151) 국제물품매매계약에 관한 UN협약 제23조에서는 계약은 청약에 대한 승낙이 본 협약의 규정에 따라 효력을 발생하는 순간 성립하며, 본 협약 제18조 제2항에서는 청약에 대한 승낙 그 동의의 의사표시가 청약자에게 도달하는 순간에 그 효력이 발생한다고 규정하고 있다.

152) 이는 청약의 구속력을 인정하지 않고 있는 영미법계에서 청약의 철회 여부를 알 수 없는 상대방의 입장이 불안정해진다는 이유로 승낙의 의사를 발한 시점에서 계약의 성립을 확정시킬 필요성이 강하다는데서 고려된 것이다.

153) 강두헌, 전계 “계약의 성립에 관한 비교고찰” 82-83면 참조.

경우(다만, 재화 등의 내용을 확인하기 위하여 포장 등을 훼손한 경우는 제외),¹⁵⁴⁾ 소비자가 재화 등을 사용하거나 일부 소비하여 그 가치가 현저히 낮아진 경우, 시간이 지남으로써 다시 판매하기 어려울 정도로 재화 등의 가치가 현저히 낮아진 경우, 복제할 수 있는 재화 등의 포장을 훼손한 경우 등을 제외하고는 상품의 인도를 받은 날로부터 14일 이내에 소비자는 청약 철회할 수 있다고 규정하고 있다.¹⁵⁵⁾

민법 제527조에 의하면 청약은 그 의사표시가 상대방에 도달한 이후에는 청약자가 이를 마음대로 철회하지 못한다. 이는 청약자가 임의로 철회할 수 있는 경우, 청약을 신뢰한 상대방의 계약체결 기회를 박탈하고 철회로 인해 부당한 손해를 줄 수 있기 때문에 청약의 구속력을 인정한 것이다.¹⁵⁶⁾ 그러나 소비자를 보호하기 위하여 일정한 요건 하에 소비자가 행한 청약의 구속력에 대하여 예외를 인정하여, 경솔하게 구매를 결정한 소비자로 하여금 신중을 기할 수 있는 냉각기간 혹은 재고기간(Colling off period)을 소비자에게 부여하여 자신의 청약을 철회할 수 있는 기회를 부여하고 있다.¹⁵⁷⁾ 그러므로 전자계약에서 청약의 철회란 인터넷 전자상거래 등에서 소비자가 물품(서비스)을 비대면, 비서면(非書面)으로 구입할 때 사업자가 일방적인 정보를 이용하고 잘못 판단할 수 있으므로, 청약하여 물품(서비스)을 일정기간 이용해 본 후 소비자가 마음에 들지 않거나 구입시 제시한 상품정보와 일치하지 않을 경우 청약을 철회하여 그 거래가 없었던 것으로 돌리는 것을 말한다.¹⁵⁸⁾

생각건대 비대면 거래이면서 신속한 결정을 요구하는 전자거래의 특성을 고려하여 소비자에게 원칙적으로 청약의 철회권을 인정하되,¹⁵⁹⁾ 전자거래의 대상이 되는 소프트웨어나 영상, 음악파일 등 온라인으로 다운 받는 상품의 경우는 기존법규가 예측하지 못한 것이기 때문에 특별규정으로 해결할 내용이다.¹⁶⁰⁾ 기술이 발전 할수

154) 여기서 청약의 철회권은 민법 제527조를 법적기반으로 하고 있다.

155) 박정수, 전계논문, 46면.

156) 한국법제연구원, “전자거래의 사법상의 문제점”, 2001, 138면.

157) 김형배, 「채권각론」, 박영사, 2001, 98면 참조.

158) 한국소비자원, “디지털콘텐츠 소비자 보호방안에 관한 연구”, 「정책연구보고서」, 한국소프트웨어진흥원, 2002, 50면 참조.

159) 유럽 「원격지 계약에 관한 소비자보호에 관한 각료이사회 및 유럽의회 지침」 제6조 제1항에서는 전자상거래의 경우를 포함한 원격지 매매에 있어서 소비자에게 7거래일(seven working days) 이내 청약을 철회할 수 있는 권리를 부여하고 있다(Directive 97/7/Ec of the European Parliament and the Council of 20 May 1997 on the protection of consumers in respect of distance contracts).

160) 박정수, 전계논문, 46면.

록 전자거래의 유형이 다양화되고 지속적으로 발전하기 때문에 법적규율이 공백이 야기하는 동시에 수많은 법적문제가 발생할 수 있다. 이를 최소화하기 위해서는 특별 규정을 그때그때 만들거나 기존의 민법이론과 조문을 확장해석 내지는 예외를 인정 하는 방향으로 가야 할 것이다.¹⁶¹⁾

2. 전자계약의 효력

전자계약의 효력에 관해서는 본고의 원활한 논리의 전개를 위하여 전자적 의사표시의 효력, 전자문서의 효력, 전자서명의 효력, 전자약관의 효력에 대한 내용으로 한정하여 기술하고자 한다.

(1) 전자적 의사표시의 효력

1) 전자적 의사표지의 통지

의사표시가 효력을 발생하기 위해서는 우선 의사표시를 통지해야 한다(민법 제 111조). 여기서 ‘의사표시의 통지’라 함은 의사표시가 외형적 존재를 가지고 표의자의 지배범위를 떠나서 상대방에게 발신됨을 말한다. 그러므로 의사표시의 통지는 표의자가 자신의 의사를 수령자와의 거래를 위해 수령자를 향하여 최종적으로 발송한 경우에 인정된다.¹⁶²⁾ 그 결과 수령을 요하지 않는 의사표시는 통지에 의하여 효력이 생기며, 수령을 요하는 의사표시는 그러한 의사표시가 상대방에게 도달되어야 효력이 생긴다. 그런데 전자적 의사표시는 자연적 의사표시와 달리 입력행위와 컴퓨터의 의사구체화 과정이 개입되어 있으므로 어느 시점에 발신의 효력이 발생하게 되는지의 여부가 문제된다.¹⁶³⁾ 그러므로 전자적 의사표시의 통지는 법적인 측면 및 기술적인 측면을 반영하여 의사표시의 발신을 정하여야 하며, 이는 전자적 수단에 의한 의사표시의 통지와 전자적 수단이 한 의사표시의 통지로 구분할 수 있다.¹⁶⁴⁾

161) 최상희, “전자거래에 있어서 계약의 성립과 법적문제”, 「법학연구」 제11집, 한국법학회, 2003. 1, 71면.

162) 장재욱, 전제논문, 226면.

163) 오병철, 전제 「전자거래법」, 201면 참조.

164) 법무부, 전제 「전자적법률행위·의사표시론」, 19면 참조.

가. 전자적 수단을 통한 의사표시의 통지

전자적 수단을 통한 의사표시의 통지는 표의자가 구체적인 효과의사를 형성하여 표시를 내용적으로 확정된 다음 전자적 수단을 통하여 상대방에게 송신하는 방법으로, 표의자의 표시행위가 표시의 통지에 대한 표준이 된다. 이 경우 통지는 표의자가 자신의 영역에서 의사표시의 효력에 필요한 모든 것을 준비하여 최종적으로 송신한 때 완성된다. 예컨대, 인터넷을 통한 계약에 있어서 소비자의 통지는 그가 작성한 주문서에 확인 버튼을 눌러 상대방에게 송신한 때에 효력이 있다¹⁶⁵⁾. 그러므로 표의자가 송신을 위하여 자신의 컴퓨터에 의사표시를 임시 저장한 경우 그 표시는 통지로서 효력이 없다. 그러나 통지사자(通知使者)가 관여된 경우에는 표시가 사자(使者)에게 이미 위임된 때 또는 표의자가 이행보조자에게 확인 버튼을 눌러 의사표시를 전달할 것을 지시한 때 통지로서 효력이 있다.¹⁶⁶⁾

나. 전자적 수단이 한 의사표시의 통지

(가) 송신시점

컴퓨터에 미리 입력된 프로그램이 스스로 연산 작용을 수행하는 컴퓨터에서는 표시의 내용, 시점 및 수령자가 자동적으로 확정되어 송신된다. 그러므로 수령을 요하는 의사표시의 교부에 있어서는 항상 인간과 기계에 의한 의사표시의 분업화 과정이 고려되어야 한다. 즉 컴퓨터에 의한 전자적 의사표시는 컴퓨터 사용자의 포괄적인 의사가 컴퓨터의 연산 작용에 의하여 구체화되고, 이것이 외부에서 인식될 수 있는 방법으로 확정되어야 통지로 본다. 이는 기존의 통지의사와 비교하여 컴퓨터 사용자의 “포괄적 통지의사”, 컴퓨터에 의한 의사의 확정, 그리고 이러한 효력을 발생시킬 수 있도록 하는 이행보조자의 협력이 요구된다.¹⁶⁷⁾ 특히 수령을 요하는 의사표시에 있어서 수령자에 대한 표시는 표시의 확정과 임시저장에 의하여 효력이 생기지 않고 컴퓨터에 의하여 자동적으로 확정된 표시가 컴퓨터의 연산 작용 범위에서

165) 장재욱, 전계논문, 227면; Paefgen, “Forum: Bildschirmtext-Herausforderung zum Wandel der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre?”, JuS 1988, 18.

166) 정진명, 전계 “가상공간에 있어서 법률행위-전자적 의사표시를 중심으로-”, 267면; Kuhn, Rechts-handlungen mittels EDV und Telekommunikation, Diss. Regensburg, 1990, 86.

167) Clemens, Rudolf, “Die elektronische Willenserklärung -Chancen und Gefahren-”, NJW 1985, 1999.

벗어나 수령자에게 송신된 때, 즉 표시가 “수신자 또는 그 대리인이 해당 전자문서를 수신할 수 있는 정보처리시스템에 입력된 때” 효력이 생긴다(전자문서 및 전자거래법 제6조 제1항).¹⁶⁸⁾ 이와 같이 전자적 의사표시의 송신시점은 그 의사표시가 표의자의 지배범위를 벗어나서 수령자의 컴퓨터와 같은 정보처리시스템에 입력되어야 하기 때문에 기존의 통지시점보다 늦다.

그러나 전자적 의사표시는 발신과 동시에 수령인의 정보처리시스템에 입력되므로 실제로는 차이가 없으며, 일단 전송되었으나 컴퓨터의 오류로 수령자의 컴퓨터에 입력되지 않은 경우 송신되지 않은 것으로 다루어진다. 예컨대, 수령인의 정보처리시스템 자체나 서버에서 자신에게 이르는 컴퓨터망 또는 자신의 컴퓨터에 결함이 있어 표의자로부터 발신된 의사표시를 수령하지 못하는 경우 그러한 위험은 수령인이 부담한다. 이에 반하여 수령을 요하지 않는 의사표시는 컴퓨터가 명시적으로 법률행위 의사를 최종적으로 확정된 한도에서 이를 외부에서 인식할 수 있도록 저장한 경우에 통지으로써 효력이 있다.

(나) 송신의제

컴퓨터에 의한 전자적 의사표시는 컴퓨터 사용자가 의사표시를 확정하고, 자신의 선행적 준비(Vorbereitungsprozess)에 의하여 그러한 통지를 인과적으로 발생시킨 다음, 컴퓨터가 사용자를 위한 효력을 가진 상태에서 송신된 경우 의사표시의 통지는 컴퓨터 사용자에게 귀속된다. 그러므로 의사표시의 통지가 컴퓨터시스템의 하자, 컴퓨터 관리자 또는 그러한 일을 위임받아 처리하는 이행보조자의 착오에 의하여 잘못 전달된 경우 컴퓨터 사용자가 그 통지에 대하여 책임을 부담하는지의 여부가 문제된다. 일반적으로 의사표시의 통지는 표의자의 의사에 의하여 효력이 발생하므로 전자적 의사표시에 있어서도 컴퓨터 사용자와 그 이행보조자의 “포괄적 통지의사”에 기하여 효력이 발생한다고 할 수 있다. 그러나 통지의사가 완전히 흠결된 경우 수령을 요하는 의사표시는 표시수령자의 신뢰를 보호할 수 있는 한도에서 규범적으로 표의자에게 귀속되어야 한다.¹⁶⁹⁾ 그러나 전자적 의사표시는 전송과정에 컴퓨

168) 그러므로 표의자는 자신의 의사표시가 수령자의 정보처리시스템에 입력되기까지 송신위험을 부담하며, 수령인은 그러한 전자적 의사표시를 그 상태로 수령하여 처리할 위험을 부담하게 된다.

터가 이용되는 특성을 가지고 있으므로 일정한 경우 전자적 의사표시를 작성자가 송신하는 것으로 의제하는 규정을 두고 있다. 즉 전자문서 및 전자거래법에서는 “전자문서가 작성자의 것이었는지를 확인하기 위하여 수신자가 미리 작성자와 합의한 절차를 따른 경우”, “수신된 전자문서가 작성자 또는 그 대리인과의 관계에 의하여 수신자가 그것이 작성자 또는 그 대리인의 의사에 기한 것이라고 믿을 만한 정당한 이유가 있는 자에 의하여 송신된 경우”에는 전자문서의 수신자는 전자문서에 포함된 의사표시를 작성자의 것으로 본다고 규정하여 송신의 효력이 표의자에게 있음을 명백히 의제하고 있다(제7조 제2항). 이는 컴퓨터 사용자의 영역에서 이루어지고 있는 환경을 표시수령자가 파악할 수 없기 때문에 의사표시 수령자의 외적인 표시 구성요건에 관한 신뢰를 특별히 보호할 필요가 있기 때문이다. 그러나 이는 전자적 의사표시에 있어서 표시수령자 보호에 적합할지 모르지만 송신자 보호에는 미흡한 면이 없지 않다.¹⁶⁹⁾ 왜냐하면 전자적 의사표시에 있어서는 표의자도 컴퓨터가 작동하는 내용을 자연적인 방법으로 간단히 알 수 없기 때문이다. 그러므로 위 조문은 의사표시의 통지에 하자가 있는 경우 수령자의 신뢰보호와 표의자의 자기결정권을 고려하여 이익을 형량한 다음 위험에 관한 규범적 귀속원리에 따라 처리할 필요가 있다.¹⁷¹⁾

한편 전자문서 및 전자거래법 제7조 제3항은 “수신자가 작성자로부터 전자문서가 작성자의 것이 아님을 통지받고 그에 따라 필요한 조치를 취할 상당한 시간이 있었던 경우”, “전자문서가 작성자의 것이 아님을 수신자가 알았던 경우 또는 상당한 주의를 하였거나 작성자와 합의된 절차를 따랐으면 알 수 있었을 경우”에는 송신의제를 배제하여 송신의 효력을 인정하지 않고 있다. 이러한 예외는 의사표시의 철회와 관련하여 의미가 있다. 즉 민법상 철회의 의사표시는 통지한 의사표시보다 먼저 또는 동시에 도달하여야 효력이 있지만 전자적 의사표시는 의사표시의 통지와 동시에 상대방의 지배영역 내에 진입하는 것이 일반적이므로 표의자는 자신의 의사표시를 철회할 가능성이 없다.¹⁷²⁾ 이러한 전자적 의사표시의 특성을 감안하여 의사표시의 도달과

169) 즉 대리인의 착오 또는 컴퓨터의 결함 등으로 인하여 표의자의 의사와 관계없이 의사표시가 통지된 경우 표의자의 통지가 있는 것으로 의제하는 것은 민법의 일반이론과 차이가 없다.

170) 정진명, 전제 “가상공간에 있어서 법률행위-전자적 의사표시를 중심으로-”, 269면.

171) Kuhn, Rechtshandlungen mittels EDV und Telekommunikation, Diss. Regensburg, 1990, S. 90ff.

동시에 도달하지는 않았지만 상당한 기간 이후에 도착한 철회의 의사표시도 그 효력을 인정할 가능성을 규정한 것은 타당하다. 나아가 컴퓨터 오류 등으로 인하여 동일한 내용의 주문을 2번 이상 반복하여 전송한 경우 표의자는 자신의 잘못된 의사표시를 알 수 없으나 수령자는 이 가운데 하나의 의사표시는 표의자의 의사에 반하여 통지되었음을 알 수 있다. 이 경우 수령자는 인터넷의 신속성을 활용하여 의사표시의 부당성 여부를 신속하게 확인할 수 있으므로 수령자에게 이와 같은 책무를 부담지우는 것도 타당하다고 할 수 있다.

2) 전자적 의사표시의 도달

‘의사표시의 도달’이라 함은 통지가 상대방의 지배영역 내로 들어가 사회통념상 상대방이 인지할 수 있는 상태가 생겼다고 인정되는 것을 말한다.¹⁷³⁾ 이 경우 수령자의 요지는 그것이 가능할 뿐만 아니라 거래관념에 비추어 요지(지각, Vernehmung) 되었다고 기대되는 경우를 포함한다. 즉 수령자가 의사표시의 내용을 실제로 알 필요는 없으며, 알 수 있는 가능성만 있으면 된다. 우리 민법 제111조 제1항은 “상대방 있는 의사표시는 그 통지가 상대방에 도달한 때로부터 그 효력이 생긴다.”고 하여 도달주의를 원칙으로 하고 있다. 그러나 전자적 의사표시는 그 전달에 있어서 상당한 부분 기술적인 특성을 가지고 있으므로 의사표시의 전달방법에 따라 고찰할 필요가 있다.¹⁷⁴⁾

가. 전자적 수단을 통한 의사표시의 도달

전자적 수단을 통한 의사표시는 표현의 전달방식에 따라 저장된 형식으로 이루어지는 표시와 유형적 형식으로 이루어지는 표시가 있다. 먼저 일정기간 동안 저장된 형식으로 표시가 전달되는 경우에는 정보를 지닌 전달매체가 수령자에게 이전되거나 또는 다른 방식으로 수령자에 의하여 인지될 수 있는 범위에 놓이면 도달로서

172) 정진명, 전제 “가상공간에 있어서 법률행위 - 전자적 의사표시를 중심으로 -”, 229면.

173) 권윤직, 전제 「민법총칙」, 430면; 대법원 1983. 8. 23. 선고 82다카439 판결; Utsch, “Zugangsprobleme bei elektronischen Willenserklärung”, NJW 1997, 3007; 그러나 이은영, 「민법총칙(5판)」, 박영사, 2009, 557면에 의하면 의사표시의 도달은 객관적으로 판단하여야 하므로 상대방의 영역에 진입하였느냐의 여부만을 판단하고, 상대방의 요지여부는 기한 내에 도달하였는가의 문제로 보고 있다.

174) Kuhn, Rechtshandlungen mittels EDV und Telekommunikation, Diss. Regensburg, 1990, S. 96ff.

효력이 있다.¹⁷⁵⁾ 이러한 전달은 서면에 의한 전달과 마찬가지로 수령자의 요지범위 내에 있으면 수령자의 전자사서함에 있는 표시의 원안이 표시의 도달로서 효력을 가진다.¹⁷⁶⁾ 예컨대, 전자우편이 수령자의 컴퓨터에 저장되고 수령자가 이러한 전자우편을 검색 가능할 수 있는 상태에 있는 때에 지배영역 내로 진입한 것으로 인정할 수 있다.¹⁷⁷⁾ 따라서 표의자는 상대방이나 상대방의 컴퓨터가 자신에게 전송하도록 명령하기 이전에는 그 의사표시를 철회할 수 있다. 이에 대하여 인터넷전화, 인터넷채팅, 화상회의 장치와 같이 즉시 인지할 수 있는 유형적 형식으로 이루어지는 표시의 경우에는 그 표시가 수령자에 의하여 인지될 수 있으면 도달로서 효력이 있다. 왜냐하면 시각적, 청각적으로 정당한 표시에 대한 수령자의 요지는 의사표시의 도달로 볼 수 있기 때문이다. 또한 표의자가 이에 상응하는 반문을 하거나 또는 대화의 전체적 표현으로 보아서 수령자에게 정당한 요지가 있다고 간주되는 경우에도 이와 같다. 이와 같이 의사표시의 발신과 도달이 실시간으로 일어나는 경우 그 의사표시는 철회할 수 없다.¹⁷⁸⁾

나. 전자적 수단이 한 의사표시의 도달

전자적 의사표시에 있어서는 컴퓨터가 수령한 의사표시를 수령자의 구체적인 인식이 없음에도 불구하고 컴퓨터가 자체적으로 평가하고 가공하여 처리하는 경우에 문제가 된다. 예컨대, 자동판매장치의 경우 컴퓨터가 소비자로부터 접수한 주문을 독자적으로 검토하여 계약상의 급부를 표의자에게 직접 이행한다. 이 경우 수령자는 표시에 대한 추상적인 인지가능성을 전혀 가지지 못하거나 또는 표시에 대한 인지를 하려고 하지도 않는다. 그러므로 전자적 수단이 한 의사표시에 있어서는 표시의 유도가 인지가능성을 매개하는지의 여부가 아닌 수령자가 자신의 컴퓨터를 통하여 표시를 내용적으로 파악 하였는지의 여부만이 도달의 문제로 된다.¹⁷⁹⁾ 여기서 수

175) Kohler, "Die Problematik automatisierter Rechtsvorgänge, insbesondere von Willenserklärung", AcP 182(1982), 140; Ullsch, "Zugangsprobleme bei elektronischen Willenserklärung", NJW 1997, 3007.

176) 장재욱, 전계논문, 228면; 정진명, 전계 "가상공간에 있어서 법률행위 - 전자적 의사표시를 중심으로 -", 269면; 지원립, 전계 "자동화된 의사표시", 53면; Heun, "Die elektronische Willenserklärung", CR 1994, 597.

177) 장재욱, 상계논문, 228면.

178) Paefgen, "Forum: Bildschirmtext-Herausforderung zum Wandel der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre?", JuS 1988, 594.

179) Kuhn, Rechtshandlungen mittels EDV und Telekommunikation, Diss. Regensburg, 1990, S. 104.

령한 의사표시에 대한 자동적이며 내용적인 가공은 자동화된 표시의 작성에 있어서와 같다. 즉 자동화된 표시 내지 도달은 고유한 의사의 형성력을 결여하고 있음에도 불구하고 연산장치가 사자(使者)의 기능뿐만 아니라 수령대리인과 유사한 지위를 가진다. 그러므로 전자적 수단이 한 의사표시의 도달은 이에 상응하는 “포괄적 도달의사”를 가진 사실상의 요건이 설정되는 경우에, 즉 “수신자 또는 그 대리인이 당해 전자문서를 수신할 수 있는 정보처리시스템에 입력된 때” 도달의 효과가 수령자에게 귀속 된다.

전자문서 및 전자거래기본법 제6조는 전자문서의 송신·수신의 시기 및 장소에 관하여 규정하고 있다. 전자문서의 수신시점에 대하여 동법 제6조 제2항은,¹⁸⁰⁾ “수신자가 전자문서를 수신할 정보처리시스템을 지정한 경우에는 지정된 정보처리시스템에 입력된 때, 다만 전자문서가 지정된 정보처리시스템이 아닌 정보처리시스템에 입력된 경우에는 수신자가 이를 출력한 때”를, 또한 “수신자가 전자문서를 수신할 정보처리시스템을 지정하지 아니한 경우에는 수신자가 관리하는 정보처리시스템에 입력된 때” 전자적 의사표시가 도달된 것으로 간주한다. 이는 수신자가 전자문서를 수신할 특정한 정보처리시스템을 지정한 경우 그리고 그 전자문서가 지정된 정보처리시스템이 아닌 어떤 정보처리시스템에 도달한 경우를 규정한 것이다. 여기서 동법 제6조 제2항 제1호 단서는 전자문서를 출력하여 유지할 수 있는 상태에 있음에도 불구하고 도달하지 않은 것으로 간주하는 것은 부당하기 때문에 현실적으로 도달한 것으로 취급한 것이다.

180) 본 조항은 전자상거래모델법 제15조의 규정을 거의 그대로 반영한 것으로 그 내용은 아래와 같다.

제15조(데이터 메시지의 발신 및 수령의 시기와 장소) (1) 작성자와 수신자간에 달리 약정하지 아니한 때에는 데이터 메시지의 발신은 그것이 작성자 또는 작성자를 대신하여 데이터 메시지를 송신한 자의 감독밖에 있는 정보처리조직에 들어간 때에 이루어진다. (2) 작성자와 수신자간에 달리 약정하지 아니한 때에는 데이터 메시지의 수령 시기는 다음과 같이 정해진다. (a) 수신자가 데이터 메시지의 수령을 위하여 정보처리조직을 지정한 경우에는 수령이 다음에 정하는 때에 이루어진다. (i) 데이터 메시지가 지정된 정보처리조직에 도달한 때 (ii) 데이터 메시지가 지정된 정보처리조직이 아닌 수신자의 정보처리조직에 송신된 때에는 그 데이터 메시지를 수신자가 회수한 때 (b)수신자가 정보처리조직을 지정하지 아니한 때에는 그 데이터 메시지가 수신자의 정보처리조직에 도달한 때에 수령한 것으로 한다. (3) 제2항은 정보처리조직이 위치하는 장소가 그 데이터 메시지가 제4항에 의하여 수령한 것으로 보는 장소와 다른 경우에도 적용한다. (4) 작성자와 수신자간에 달리 약정하지 아니한 때에는 데이터 메시지는 작성자의 영업소가 있는 장소에서 발신한 것으로 보고, 수신자의 영업소가 있는 장소에서 수령한 것으로 본다. 이 항에서 (a) 작성자 또는 수신자가 수 개의 영업소를 가진 때에는 해당거래와 가장 밀접한 관계에 있는 곳 또는 해당거래가 없는 경우에는 주된 영업소로 한다. (b) 작성자 또는 수신자가 영업소를 가지지 아니한 때에는 그 주소를 영업소로 본다. (5) 이 조의 규정은 다음 각 호의 경우에는 이를 적용하지 아니한다.

전자문서의 수신 장소에 대하여 동법 제6조 제3항은 “전자문서는 작성자 또는 수신자의 영업소 소재지에서 각각 송신 또는 수신된 것으로 본다. 이 경우 영업소가 둘 이상인 때에는 해당 전자문서의 주로 관리하는 영업소 소재지에서 송신·수신된 것으로 본다. 다만, 작성자 또는 수신자가 영업소를 가지고 있지 아니한 경우에는 그의 상거소(常居所)에서 송신·수신된 것으로 본다.”고 규정하고 있다. 이는 전자문서를 수신하거나 또는 그로부터 전자문서를 취득한 수신자의 정보처리시스템은 종종 수신자가 위치한 곳이 아닌 다른 곳에 위치하는 경우가 많기 때문에 수신자와 수신 장소로 간주되는 것 사이의 어떤 합리적인 관계를 확보하고, 그리고 그 장소는 작성자에 의하여 쉽게 확인할 수 있음을 확보하기 위한 데 있다.¹⁸¹⁾

3) 전자적 의사표시의 효력발생 시기

전자적 의사표시는 일반적으로 입력(input), 저장(storing), 전송(transmission)교환(switching), 재전송(re-transmission) 그리고 출력(output, 의사표시의 확인)과 같은 매우 복잡한 다단계의 전자적 과정을 거쳐 완성되는데,¹⁸²⁾ 이 과정 중 언제 의사표시가 발신되었으며, 언제 도달되었다고 볼 것인가가 문제가 된다.¹⁸³⁾ 우리나라에서 의사표시 이론은 주로 의사표시의 흠결과 그 해결에 관하여 논의되고 있고, 우리 민법은 의사주의와 표시주의의 절충적 입장을 취하고 있는데,¹⁸⁴⁾ 이른바 표시주의에 가까운 절충주의라는 것이 통설로서 의사표시의 효력근거를 표시에서 찾고 있다.¹⁸⁵⁾ 민법은 의사표시의 효력발생시기에 관하여 제111조 제1항은 “상대방 있는 의사표시는 그 통지가 상대방에 도달한 때로부터 그 효력이 생긴다.”라고 규정하고 있다. 이는 도달주의의 원칙을 취하고 있는 것이다.¹⁸⁶⁾ 도달주의는 의사표시의 내용을 상대방이 객관적으로 인지할 수 있는 지배권 내에 들어간 것을 의미하며, 실제로 상대방이 그 내용을 인지하거나 의사표시가 담긴 문서를 점유할 필요는 없다고 해석하

181) 법무부, 전계 「전자적법률행위·의사표시론」, 28면.

182) 오병철, 전계 “컴퓨터를 이용한 계약의 법적 규율”, 156면.

183) 정태영, 전게서, 57면.

184) 광윤직, 전계 「민법총칙」, 327면; 김상용 전계 「민법총칙(제2판)」, 515면 이하.

185) 홍준철, “전자상거래상 소비자보호에 관한 연구”, 원광대학교대학원 박사학위논문, 2011. 8, 88면.

186) 영미법계에서는 소위 메일박스 룰(mail box rule)이라는 이론을 채택하여, 청약이 우편에 의하여 이루어 졌고 승낙도 우편에 의하여 행해진 경우와 같이 승낙의 의사표시가 청약과 동일한 방법으로 표시되면 발신에 의하여 효력이 발생한 것으로 보는 데, 이는 발신주의를 채택한 것이라 볼 수 있다.

는 것이 일반적이다. 예를 들면, A와 B의 계약에 있어서 A가 B에게 계약의 취소에 관한 사항의 우편이 B의 집 우편함에 정상적으로 도착함으로써 취소는 행하여지는 것이며, B가 이러한 내용을 알았는지 또는 점유하였는지와는 무관하다. 이를 전제로 전자적 의사표시를 본다면, 그 의사표시가 당사자 간에 네트워크로 연결되어 이루어지는 경우에는 상대방이 계약하고 있는 제공자의 서버에 해독 가능한 상태로 도달한 순간에 팩스나 텔렉스 등에 의하여 전송되는 경우에는 메시지가 인쇄되는 순간에 이루어진다고 할 것이다. 즉 상대방이 인지할 수 있는 상태가 된다면 효력이 발생한다.

하지만 전자적 의사표시는 전자매체를 통해 이루어지는 것으로서 이러한 전자매체인 컴퓨터 등의 정보처리장치나 메일서버(mail server)는 시간을 초월하는 특성을 가지고 있다. 이메일 등을 통해 야간에 전자적 의사표시가 상대방에게 전해진 경우도 도달로 보아야 할 것인가 하는 문제이다. 이는 통상적인 도달과는 달리 보아야 할 것이다. 즉 일반인들의 근무시간외에 전자적인 의사표시가 상대방의 전자매체에 보내진 경우와 같이 모든 경우의 기술적인 도달을 법적으로도 유효한 도달이라고 하기에는 무리가 있다.¹⁸⁷⁾ 가령, 근무시간 이외에 전자적 의사표시가 도달하였을 때 이를 인지할 수 있는 객관적인 상태가 되었다고 보기 어려울 것이다. 따라서 이와 같은 경우는 익일 근무 개시기간에 도달되었다고 보는 것이 합당할 것이다. 또한 전자적 의사표시는 수신자의 하드웨어의 고장 또는 소프트웨어상의 프로그램이 호환되지 않아 이를 인지할 수 없을 때 발신자가 보낸 전자적 의사표시를 법적인 면에서의 도달로 볼 수 있을까라는 문제가 있다. 기술적인 면으로 볼 때에는 발신자가 적법한 절차를 통해 수신자의 컴퓨터 또는 네트워크상의 공간에 발신하였기에 도달로 보아야 할 것이나 수신자의 컴퓨터나 소프트웨어상의 프로그램의 호환 불능으로 인하여 이를 인지할 수 없는 것은 도달로 볼 수 없다.

법률적 측면에서 볼 때 발신자의 전자적 의사표시가 수신자의 지배가능영역으로 들어오고 객관적으로 인지할 수 있는 상태가 되어야 도달로 볼 것이므로, 수령자의 컴퓨터 등의 하자 또는 소프트웨어상의 호환불능으로 인한 위험은 수신자가 부담하는 것이 아니라 의사표시를 발신한자가 부담하여야 한다.¹⁸⁸⁾ 따라서 발신자는 수신

187) 김상용, 전제 “자동화된 의사표시와 시스템계약”, 54면.

자에게 보내는 전자적 의사표시를 전자매체를 통해 가독 가능한 상태로 변화되어야만 도달의 효력이 발생할 수 있다. 하지만 이러한 경우에 전적으로 발신자에게 책임을 전가하는 것은 부적절하다고 본다. 그러므로 이와 같은 경우는 착오로 행한 의사표시로 보아 취소권을 부여하는 것이 타당할 것이다.¹⁸⁹⁾ 민법은 도달주의를 원칙으로 하고 있으나 예외적으로 발신주의를 따르고 있는데,¹⁹⁰⁾ 이는 발신주의가 민할·신속을 요하는 거래에 적합하고 다수의 자에게 동일한 통지를 하여야 할 경우에는 의사표시의 효력발생시기를 획일적으로 할 수 있기 때문이다.

전자적 의사표시를 발신주의를 적용하기에는 다소 무리가 있다. 현재 발신주의를 취하고 있는 법문의 문리적 해석상 전자적 의사표시 발신시기를 상대방의 컴퓨터를 향하여 보내어진 순간으로 보아야 하나, 발신주의의 취지가 신속성을 위한다는 측면으로 보았을 때 전자매체를 통해 전달되어지는 전자적 의사표시는 수초내외로 전달되어 진다. 따라서 전자적 의사표시의 발신주의는 상대방의 서버에 전자적 기록의 형태로 입력되는 때로 규정하는 것이 바람직하다고 생각된다.

(2) 전자문서의 효력

1) 전자문서의 개념 및 특성

가. 전자문서의 개념

전자문서에 대한 개념정의는 전자문서, 전자화문서, 공문서, 전자기록물 등 전자문서와 관련된 개념에 대하여 관련법에서 개별적 용어로 각각 다르게 정의하고 있고, 그 내용을 요약·정리하면 아래의 <표 6> 과 같다.¹⁹¹⁾

188) 최경진, 전게서, 112면.

189) 홍준철, 전게논문, 90면.

190) 제한능력자 상대방의 최고권(민법 제15조), 무권대리인 상대방의 최고권(민법 제131조), 채무자와의 계약에 의한 채무인수의 경우 채권자의 승낙여부의 최고에 대한 확답(민법 제455조), 격지자간의 계약 성립 시기(민법 제531조), 대화자간의 청약의 구속력(상법 제51조), 격지자간의 청약의 구속력(상법 제52조), 매도인의 목적물 공탁, 경매의 경우에 있어서의 통지(상법 제67조), 대리상의 대리 또는 중개사실의 통지(상법 제88조), 주식회사 주주총회의 소집통지(상법 제363조) 등에서 의사표시의 효력 발생 시기에 관하여 발신주의를 취하고 있다.

191) 한삼인·정창보, 전게 “전자문서에 있어서의 법제의 동향과 증거력에 관한 연구”, 369-372면 참조.

〈표 6〉 전자문서에 관한 현행법상 용어 정의

용어	개념정의
전자문서(전자정부법 제2조 7호)	컴퓨터 등 정보처리능력을 지닌 장치(정보시스템)에 의하여 전자적인 형태로 작성되어 송·수신되거나 저장되는 표준화된 정보
전자문서(전자문서 및 전자거래기본법 제2조 1항)	정보처리시스템에 의하여 전자적 형태로 작성, 송신·수신 또는 저장된 정보
전자문서(정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제2조 1항 5호)	컴퓨터 등 정보처리능력을 가진 장치에 의하여 전자적인 형태로 작성되어 송수신 되거나 저장된 문서형식의 자료로서 표준화된 것
전자문서(행정절차법 제2조 8호)	컴퓨터 등 정보처리능력을 가진 장치에 의하여 전자적인 형태로 작성되어 송신·수신 또는 저장된 정보
전자화문서(전자정부법 제2조 8호)	종이문서나 전자적 형태로 작성되지 아니한 문서를 정보시스템이 처리할 수 있는 형태로 변화한 문서
기록물(공공기록물관리에 관한 법률 제3조)	공공기관이 업무와 관련하여 생산 또는 접수한 문서·시청각물·전자문서 등 모든 형태의 기록정보 자료와 행정박물
전자기록물(공공기록물관리에 관한 법률 제20조)	컴퓨터 등의 정보처리장치에 의하여 생산·관리되는 기록 정보 자료
공문서(행정업무의 효율적 운영에 관한 규정 제3조 1호)	행정기관에서 공무상 작성 또는 시행되는 문서(도면·사진·디스크·테이프·필름·슬라이드·전자문서 등 특수매체기록 포함) 및 행정기관이 접수한 모든 문서

그리고 소송에 관한 법률에도 전자문서에 관한 규정을 아래의 〈표 7〉 과 같이 명시하고 있다.

〈표 7〉 소송관련 법률에서의 전자문서 규정

법령명	개념정의
민사소송 등에서의 전자문서 이용 등에 관한 법률 제2조(정의)	“전자문서”란 컴퓨터 등 정보처리능력을 가진 장치에 의하여 전자적인 형태로 작성되거나 변환되어 송신·수신 또는 저장되는 정보
독촉절차에서의 전자문서 이용 등에 관한 법률 제2조(정의)	“전자문서”라 함은 컴퓨터 등 정보처리능력을 갖춘 장치에 의하여 전자적인 형태로 작성되어 송·수신 또는 저장되는 정보
법원행정처 행정심판 규칙 제32조 2항(정의)	“전자문서”란 컴퓨터 등 정보처리능력을 가진 장치에 의하여 전자적인 형태로 작성되거나 변환되어 송신·수신 또는 저장되는 정보
약식절차에서의 전자문서 이용 등에 관한 법률 제2조(정의)	“전자문서”란 형사사법정보시스템에 의하여 전자적인 형태로 작성되어 송신·수신되거나 저장되는 정보로서 문서형식이 표준화된 것

대부분의 개념정의에서 전자문서는 “컴퓨터 등 정보처리능력을 가진 장치에 의해 전자적으로 작성되어 송·수신 또는 저장되는 것”을 의미하고 다만, 인정되는 범위에 있어서는 차이가 크지 않는 것으로 보여 진다. 문서형식으로 표준화된 것, 송·수신 또는 저장된 정보 등으로 요약할 수 있다. 이러한 범위의 차이는 개별법의 필요성과 상대성에 따른 필연적 결과라고 볼 수 있다.¹⁹²⁾ 이처럼 전자문서의 개념을 정확하게 정의하기는 어려우나, 민사소송의 증거와 관련하여 전자문서를 “컴퓨터 등 정보처리시스템에 의하여 사람의 감정이 전자적 형태로 기록된 정보를 담고 있는 유형물로서, 문서의 형태로 출력 또는 재현될 수 있는 물건”이라고 생각된다.¹⁹³⁾

나. 전자문서의 특성

(가) 일반적 성격

192) 같은 견해 : 김도훈 “전자증거에 대한 민사소송법상 취급에 관한 연구”, 연세대학교대학원 박사학위논문, 2008. 2, 45면. 현 시점에서 전자문서를 논함에 있어서도 견해의 차이가 발생하는 근본적인 원인은 서로 다른 대상을 놓고 전자문서라는 동일한 명칭을 사용하기 때문이라고 볼 수 있다.

193) 같은 견해 : 한규현, “민사소송에 있어서의 전자문서에 대한 증거조사”, 「안암법학」 통권 제15호, 안암법학회, 2002. 11, 144-146면.

통상 전자문서는 컴퓨터라는 하드웨어와 그에 탑재된 프로그램을 이용하여 작성되고, 수정이 자유로우며 쉽게 삭제 될 수 있다는 성질이 있다. 뿐 만 아니라, 동일한 내용을 가지는 복사본(duplicates)을 얼마든지 만들어 낼 수 있고, 이로 인하여 어떤 것이 원본(original copy)인지 알 수 없게 되는 경우가 많다. 물론 프로그램 여하에 따라서는 메타데이터(meta data)를 사용하여 파일의 생성에서부터 현재에 이르기까지 전 과정을 기록하게 할 수도 있으나,¹⁹⁴⁾ 이러한 것도 아직 일정하지 않기 때문에 많은 문제점이 있다.¹⁹⁵⁾ 이러한 특성은 민사소송에 있어서는 상당히 중요한 문제로 나타나며 법원에 증거로서 무엇을 제출할 것인가 하는 문제와 함께 그 문서가 작성자에 의해 작성된 것인가, 그 후에 위조나 변조된 것은 아닌지 등의 문제가 발생하게 된다.¹⁹⁶⁾

(나) 전자문서의 비가독성

전자문서의 특성 중의 하나로서 가독성의 문제가 있다. 이는 전자문서가 사람이 읽을 수 있는 문서인가 하는 것인데, 통상적으로 컴퓨터 모니터나 프린터 등의 기계장치를 이용하지 않으면 읽을 수 없으므로 가독성이 없다. 하지만 반대설에 의하면 배울 높은 현미경을 통하여 육안으로는 볼 수 없는 작은 글씨를 읽을 수 있게 된 것과 마찬가지로, 전자기록매체에 기록된 전자정보는 디버그(debug) 프로그램에 의할 경우,¹⁹⁷⁾ 그 내용에 관한 덤프리스트(dump list)를 출력하여 볼 수 있고,¹⁹⁸⁾ 그

194) 여기서 메타(meta)는, 보다 더 고차원적이고 근본적인 성질을 의미하는 그리스 단어에서 유래하였는데 옥스퍼드 사전에서는 “뒤에, 넘어서”의 뜻으로 정의한다. 이는 속성정보라고도 하는데 대량의 정보 가운데에서 찾고 있는 정보를 효율적으로 찾아내서 이용하기 위해 일정한 규칙에 따라 내용(Contents)에 대하여 부여되는 데이터이다. 여기에는 내용의 위치와 내용, 작성자에 관한 정보, 권리조건, 이용조건, 이용내력 등이 기록되어 있다. 컴퓨터에서는 보통 메타 데이터를 표현하기 위한 목적과 데이터를 빨리 찾기 위한 목적으로 사용하고 있다(김도훈, 전계논문, 23면); 예를 들어, 도서관의 카드 인덱스 카탈로그에서처럼 분류번호, 제목, 저자, 년도, 출판사 등과 같이 해당 자료에 대한 정보가 바로 그 자료에 대한 메타 데이터가 되는 것이며, 메타 데이터라는 용어가 비교적 최근에 관심을 받기 시작하기는 했지만, 이는 1980년대에 처음 등장하였고, 1988년에 NASA가 작성한 Directory Interchange Format Manual에서 처음으로 사용되었다.

195) 이러한 이유에서 도서에 관한 정보를 표시하는 표준으로 ONIX와 같은 메타데이터의 국제표준 확립이 시급한 실정이다(ONIX for Books: Developed and maintained by EDItEUR jointly with Book Industry Communication (UK) and the Book Industry Study Group (US), and with user groups in Australia, Canada, France, Germany, Italy, The Netherlands, Norway, Spain and the Republic of Korea).

196) 김연, “전자문서에 대한 증거조사”, 「IT와 법연구」 제3집, 경북대학교 IT와 법센터, 2009. 2, 255면.

덤프리스트를 해석하여 보면 그 정보의 내용을 추론할 수 있다. 더 나아가 그 정보의 내용을 사람이 인식할 수 있는 것으로 변환하는 프로그램이 있을 경우에는 그 내용을 인식할 수 있으므로, 현미경을 이용하는 것이나 프로그램이라는 도구를 이용하는 점은 기능적으로 동일하고 따라서 이들을 구별하여 광학적으로 내용을 인식하는 것은 문서라고 하고, 컴퓨터를 통한 변환작업으로 그 내용을 인식하는 것은 이론상 균형이 맞지 아니하므로, 이 경우에도 가독성이 있다고 한다.¹⁹⁹⁾ 그러나 바로 여기에서 지적된 이유로 전자문서를 기존의 문서와 다르고 또한 가독성이 없다고 하는 것이다. 현미경이나 돋보기는 단순히 크기를 키우는데 불과하므로 이는 그 모양 그 상태 그대로 읽는 것과 다를 바가 없다. 그러나 전자기록매체에 기록된 데이터는 그를 아무리 확대하더라도 이를 사람이 인식할 수 없고 반드시 이를 변환할 수 있는 기계나 프로그램의 도움을 받아 변환한 후에 읽을 수가 있다. 따라서 전자문서는 그 자체로는 가독성이 없다.²⁰⁰⁾

2) 전자문서의 법적 효력

전자문서를 통한 전자거래에서 발생하는 법적 문제점은 전자문서로 기존의 증서를 대체할 수 있는가의 문제이다. 이는 전자문서의 문서성을 인정하는 것으로 해결 가능한 것이 아니라 별도의 증서를 요구하는 경우 단순한 문서로서의 성격을 넘는 증서로서 인정될 수 있는가의 여부이다.²⁰¹⁾ 특히 우리 민법은 증서를 통한 거래를 규정하고 있는 경우가 많으며, 이 경우 전자문서가 증서를 대체할 수 있는가의 여부가 문제된다. 전자거래에 있어서 전자문서는, 첫째 계약체결, 특히 격지자간 계약체결에 있어서 핵심이 되며, 둘째 전자문서는 전자적 방법으로 내용을 전달하는 실질적인 방법이며, 셋째 전자문서는 계약 및 통신의 중요한 증빙서류로 기능을 하며, 넷째 전자문서는 기존의 종이문서가 수행하고 있는 기능을 갖추고 있어야 한다.²⁰²⁾

197) 디버그 프로그램이란, 프로그램의 개발 마지막 단계에서, 프로그램의 오류를 발견하고 그 원인을 밝히는 작업 또는 그 프로그램을 말한다.

198) 덤프리스트란, 프로그램의 디버깅이나 데이터의 검사를 위해 기억 장치나 파일 내용의 전체 또는 일부를 행 인쇄기에 출력하는 것, 자기코어의 내용을 추출하는 코어 덤프, 자기 테이프의 추출하는 테이프 덤프 등이 있다(네이버 지식백과사전 <http://terms.naver.com>)

199) 황찬현, “전자문서의 민사증거법상의 문제”, 「법조」 48권 9호, 법조협회, 1999. 9. 24면.

200) 김연, 전계논문, 256면.

201) 오병철, 전계 「전자거래법」, 89면; 범무법, 전계 「전자적 법률행위·의사표시론」, 44-48면 참조.

그러므로 전자문서는 첫째 그 정보가 문서로 기록되어 있어야 하고, 둘째 그 정보가 문서로 제시 또는 제출되어야 하며, 셋째 그 정보는 계속 유지되어야 하며, 넷째 전자정보를 제공한 사람에게 그 접속이 제시되어야 하며, 다섯째 원본과 비교할 수 있어야 한다. 이에 대하여 종이문서는 형식과 내용으로 구성되어 있으며, 형식이 중요한 역할을 하여 왔다.²⁰²⁾ 형식의 측면에서 종이문서는 작성자의 서명이 되어 있는가의 여부가 법률요건이 문서의 성질을 결정하는데 중요한 작용을 하고, 법률로서 요구하고 있는 요건이 있는 경우에는 요건의 완성이 중요한 결정요인이 된다. 내용의 측면에서 종이문서는 작성자의 의도가 중요한 역할을 한다. 문서의 내용은 작성자가 선택한 언어를 기초로 하여 그 작성자의 의도가 무엇인가에 따라 내용이 구성된다.

전자문서의 효력은 전자문서 및 전자거래기본법 제4조 제1항이 “전자문서는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 전자적 형태로 되어 있다는 이유로 문서로서의 효력이 부인되지 않는다.”고 하여 전자문서의 효력을 전면적으로 인정하고 있다. 이와 같이 전자문서에 ‘문서로서의 효력’을 인정하고 있으므로 문서에 담긴 법적 의미도 종이문서에 담긴 법적 의미로 수용될 수 있으며, 전자문서의 형태로 된 표시도 의사표시로서의 법적 효력을 가진다. 이 경우 전자문서에 의한 의사표시라고 하더라도 의사표시가 전자문서에 의하여 전달된다는 것일 뿐 표의자가 사람임에는 변함이 없으므로 이를 별도의 개념으로 인정할 필요는 없다.²⁰⁴⁾

UNCITRAL 전자상거래모델법 제5조에는 “정보는 그것이 데이터 메시지의 형태로 되어 있다는 이유만으로 그 법률효과, 적법성 및 이행가능성이 부인되지 않는다.”고 명시적 규정으로 되어 있어,²⁰⁵⁾ 데이터메시지와 종이문서 사이에 어떠한 차별취급도 하지 않고 있다. UNCITRAL 전자계약협약 제8조 제1항도 “의사표시 또는 계약은 그것이 전자적 의사표시의 형태로 되어 있다는 이유만으로 유효성 및 집행력이 부인되어서는 아니 된다.”고 차별금지의 원칙을 규정하고 있다.²⁰⁶⁾ 유럽연합

202) 최승열, “현행 법제에 규정된 전자문서의 의의에 관한 검토”, 「법제」 통권 제530호, 법제처, 2002. 2, 28면.

203) 최승열, 상계논문, 29면.

204) 정진명, 전제 “가상공간에 있어서 법률행위-전자적 의사표시를 중심으로-”, 274면.

205) Article 5. Legal recognition of data messages Information shall not be denied legal effect, validity or enforceability solely on the grounds that it is in the form of a data message.

206) Article 8. Legal recognition of electronic communications A communication or a contract shall

전자거래지침도 제9조 제1항에서 “회원국은 법제도가 계약이 전자적 수단에 의하여 체결되도록 허용할 것을 보장하여야 한다. 회원국은 특히 계약에 적용될 수 있는 법적 요건이 전자계약의 이용에 대한 장애를 만들거나 그 계약이 전자적 수단에 의하여 이루어졌다는 이유로 법적 효력 및 유효성이 박탈되는 결과를 초래하지 않도록 보장하여야 한다.”고 규정하여 전자문서의 계약적 효력을 규정하고 있다.

미국 통일전자거래법 제7조 (a)항은 “기록 또는 서명은 전자적 형태라는 이유만으로 법적 효력과 강제집행력이 부인되지 아니 한다.”고 규정하여 전자문서의 효력을 인정하고 있으며, (b)항은 “계약은 체결에 전자기록이 사용되었다는 이유만으로 법적 효력과 강제집행력이 부인되지 아니 한다.”고 하여 차별금지의 원칙을, (c)항은 “법률이 서면에 의한 기록을 요구할 경우 전자기록은 그 법률의 요구를 충족시킨다.”고 하여 전자문서가 종이서면과 동일한 효력을 가지고 있음을 규정하고 있다. 또한 미국 전자서명법 제101조 (a)항도 “다른 모든 법규와 무관하게 국내·외 통상에서의 또는 그것에 영향을 미치는 거래에 있어서, 그러한 거래와 관련된 서명, 계약서 또는 기타 문서는 단지 그것이 전자형태라는 점 때문에 법적 효력이나 정당성 또는 강제성이 부정될 수 없다. 그리고 그러한 거래와 관련된 계약서는 체결 당시 전자서명 또는 전자문서가 사용되었다는 점 때문에 법적 효력이나 정당성 또는 강제성이 부정될 수 없다.”고 하여 전자문서의 효력을 규정하고 있다.

결론적으로 전자거래의 경우 전자문서의 사용이 필수적이다. 이 경우 전자문서라는 이유로 법적 효력이 부인되어서는 안 된다는 원칙은 UNCITRAL 전자상거래모델법을 기반으로 대다수의 국가가 동일하게 규정하고 있으며, 우리나라 전자문서 및 전자거래기본법 제4조 제1항은 이러한 원칙을 규정하고 있는 것이다.²⁰⁷⁾

(3) 전자서명의 효력

1) 전자서명의 개념 및 기능

가. 전자서명의 개념

not be denied validity or enforceability on the sole ground that it is in the form of an electronic communication.

207) 법무부, 전제 「전자적 법률행위·의사표시문」, 44-46면.

전자서명법상 ‘전자서명’이란 서명자를 확인하고 서명자가 당해 전자문서에 서명을 하였음을 나타내는 데 이용하기 위하여 당해 전자문서에 첨부되거나 논리적으로 결합된 전자적 형태의 정보를 말한다(전자서명법 제2조 2호). 이러한 전자서명의 개념은 각국의 법률 및 문헌에서 일률적으로 규정하고 있지 않기 때문에 통일적인 개념 정의를 하기는 어려우나 UNCITRAL 전자서명모델법에 의하면 전자서명이란 데이터 메시지와 관련하여 서명자를 확인하고 당해 데이터메시지에 포함된 정보에 대한 서명자의 승인을 나타내는데 이용될 수 있는 데이터메시지에 포함, 첨부되거나 또는 논리적으로 결합된 전자적형태의 데이터를 말한다.²⁰⁸⁾ 이는 수기서명 또는 날인의 전자적인 대체물로서 펜 대신에 컴퓨터를 매개로 하여 생성되는 정보라 할 수 있다. 다시 말하면 전자서명은 기술중립적 입장에서 전자적 수단에 의한 서명 중 전자문서의 진정성(Authenticity)과 무결성(Integrity) 등을 확실하게 보장할 수 있는 추상적, 논리적 개념의 총칭에 불과하므로 그 자체로서 어떠한 기술적 구조를 내포하기보다는 향후 이를 충족시키는 새로운 기술이 나타날 경우 이를 전자서명의 범주에 포함시킬 수 있는가의 여부를 결정하는 기준으로 작용하는데 있다.²⁰⁹⁾

나. 전자서명의 기능

전자서명의 기본적 기능은 신원의 동일성 확인 기능(Identification, 진정성: Authenticity), 전자문서의 무결성(Integrity) 확보기능, 부인방지(봉쇄, Non-repudiation) 기능, 서면 및 서명요건의 충족기능이 있다.²¹⁰⁾

(가) 신원의 동일성 확인기능

이는 서명자의 신원을 확인하는 기능을 말한다.²¹¹⁾ 기존의 거래에서 사용하던 신원확인 수단인 기명날인(또는 인감증명), 주민등록번호의 확인, 수기서명 등의 방

208) UNCITRAL Model Law on Electronic Signatures(2001), Article 2(a) “Electronic signature” means data in electronic form in, affixed to or logically associated With, a data message, Which may be used to identify the signatory in relation to the data message and to indicate the signatory’s approval of the information contained in the data message.

209) 최영봉, “전자서명의 효력에 관한 연구”, 「국제무역연구」 제9권 제1호, 국제무역학회, 2003. 4, 354면.

210) 자세히는 이정현, “전자서명·인증제도에 관한 법적 연구”, 경희대학교대학원 박사학위논문, 2012. 2, 18-22면 참조.

211) 정완용, 전제서, 121면.

법은 사이버공간에서는 거래당사자를 확인하는 방법으로 부적절하다. 따라서 거래 당사자들이 상호간 직접 대면하지 않고 정보통신망을 이용하여 계약을 체결한 후에 제3자가 거래 당사자 본인인 것처럼 본인의 서명을 위조하여 진정한 거래가 있었던 것과 같은 행위를 막을 수 있는 방법으로 전자서명이 요구된다. 다시 말해서 서명자의 공개키를 가진 자가 정확히 판단할 수 있도록 하는 전자서명이 기능이다. 전자서명을 받은 사람은 보낸 사람의 공개키로 전자서명을 복호화(復號化)하여 원문의 메시지 요약본과 비교함으로써 그것이 같다면 그러한 전자서명을 만들 수 있는 사람은 보낸 사람뿐이라는 사실로부터 상대방의 신원을 확인할 수 있게 된다. 진정성은 전자문서의 근원에 관한 것, 즉 그 전자문서(메시지)가 누구로부터 전송되었으며 진정한 것인지가 문제된다.²¹²⁾ 진정성은 실제적인 거래요건임과 동시에 법적 요건이다. 수신자는 전자문서의 진정성을 믿을 수 있어야 거래를 진행할 수 있으며, 또 그 전자문서가 법원에서 증거로 채택되기 위해서는 진정성이 확보되어야 하기 때문이다.

전자서명은 전자문서의 진정성을 뒷받침할 수 있다. 전자문서의 수신자는 전자서명에 의하여 그 문서의 근원, 즉 송신자의 전자서명을 확인함으로써 그 전자문서가 자신이 거래하고자 했던 그 송신자로부터 왔고 이를 통해 해당 전자문서가 진정하다는 것을 알 수 있다. 공개키와 비밀키는 신원증명이 된 서명자와 연결되어 있고 각 서명자에게 유일한 것이기 때문에 그 키는 서명자의 문서를 유효하게 연결시키기 때문이다. 다시 말해 전자서명된 전자문서를 복호화 하였을 때,²¹³⁾ 그 내용이 되도록 암호화를 할 수 있는 사람은 오로지 공개키의 짝이 되는 비밀키를 갖고 있는 그 사람, 바로 서명자뿐이다. 그러므로 전자서명은 송신자의 공개키를 사용하여 확인될 수 있는 경우에는 이에 대응하는 비밀키에 의하여 생성되었다는 것이 추정될 수 있다. 또 전자서명은 송신자가 전자문서의 근원으로서 자기의 신원을 확인해 줄 의도로 첨부되었다는 것이 추정될 수 있다. 즉 송신자가 자신의 신원을 상대방이 확인하게 할 의도로 서명하였다는 추정을 할 수 있다.

212) 이를 인증(Authentication)이라고 부른다(정완용, 상계서, 121면).

213) 즉, 비밀키에 의해 암호화된 전자문서를 말한다.

(나) 전자문서의 무결성 확보기능

무결성(無缺性)은 전자서명 작성자가 작성한 내용이 송신과정에서 위·변조 되었는지 여부를 확인하는 기능을 말한다.²¹⁴⁾ 즉, 전자서명이 전자문서에 이루어진 후에 원래의 전자문서가 위·변조 되지 않았다는 사실을 말한다. 전자서명의 복호문과 원문의 메시지 요약본이 서로 같다면 원문이 전달과정에서 위·변조가 되지 않았음을 확인 할 수 있다. 중간에서 다른 사람이 그 내용을 변조하려 한다 해도 송신자의 공개키로 풀릴 수 있는 전자서명을 만들기 위해서는 송신자의 개인키를 알아야 하는데 이를 변조자가 알 수는 없으므로 전자서명의 무결성이 보장된다. 즉 원본과 복사본의 식별이 불가능하고 그 내용을 손쉽게 변조할 수 있는 전자문서의 특성상 기존의 인장이나 서명과는 다른 새로운 수단이 필요하게 되었는데, 전자서명 인증 제도는 이러한 필요를 충족시켜 준다.

전자서명된 문서는 서명자의 의도한 바로 그 문서로서 전자문서의 생성, 유통, 보관과정 등에서 발생할 수 있는 변조가 일어나지 않았음을 입증하는 증거적 효력을 갖는다. 무결성은 실제적인 거래요건임과 동시에 법적요건이다.²¹⁵⁾ 수신자가 전자문서(메시지)를 믿고 행동하기 위해서는 그 메시지의 무결성을 믿을 수 있어야 한다. 무결성은 특히 전자계약을 체결하거나 후에 그 거래를 증명하기 위하여 전자기록을 이용할 때 매우 중요하다.

(다) 부인방지(봉쇄) 기능

전자문서를 서명하여 보낸 사람이 나중에 그러한 내용을 보낸 바가 없다고 부인할 때 원문과 전자서명을 모두 제시하면 그러한 원문으로부터 그러한 전자서명을 만들 수 있는 사람은 그 사람 본인이라는 사실로부터 그 부인을 방지(봉쇄)할 수 있는 기능을 말한다.²¹⁶⁾ 송신자에게 전자메시지를 기속시키는 것, 즉 송신자가 그

214) 정완용, 전게서, 122면.

215) UNCITRAL 전자계약협약 제9조 제4항에서는 법률이 전자적 의사표시 또는 계약이 원본의 형태로 활용 가능하거나 보존될 것을 요건으로 정하거나 또는 원본 흠결의 효과를 정한 경우에는, 그러한 요건은 전자적 의사표시가 다음과 같은 경우라면 충족된 것으로 본다고 하고 있어 거래에서의 무결성을 요건으로 하고 있다. (a) 전자적 의사표시 또는 그 밖의 것으로 최종적인 형태로 처음 생성된 때부터 그 안에 포함되어 있는 정보의 무결성에 관하여 신뢰할 수 있는 보장이 존재하는 경우, 그리고 (b) 전자적 의사표시가 포함하고 있는 정보가 활용한 사람에게 현출될 수 있는 경우.

216) 예를 들면 A가 B에게 ‘물품대가를 10억원을 주고 지급 하겠다’는 의사를 전자문서로 송신한 후,

메시지의 전송을 부인하거나 수신된 메시지가 전송한 내용과 동일하지 않다고 주장할 수 없음을 말한다. 부인봉쇄는 보안서비스의 관점에서 보면 알지 못하는 공격자로부터가 아니라 다른 합법적인 다른 전자메시지 전송자로부터의 위협에 대한 보호이다.²¹⁷⁾ 그리고 당사자 사이에 전자문서를 서로 교환하여 계약을 체결하는 경우 일반적인 거래에 의하지 아니하였다는 점을 악용하여 거래를 부인할 경우가 발생할 수 있는데, 이러한 거래가 있었음에도 부인하는 경우에 이를 봉쇄할 수 있는 제도적 장치가 필요하다. 전자서명과 인증제도는 당사자간 거래를 위하여 표시된 전자적 의사표시의 전 내용을 인증기관에 남기게 되므로 이를 부인하는 것을 사전에 막을 수 있고 사후적으로 발생한 다툼에 대한 증거로서 활용이 가능하다.

전자서명에 의하여 메시지의 진정성과 무결성이 확립될 수 있는 경우, 송신자는 전자문서(메시지)의 내용과 그 메시지를 전송하였다는 것을 부인하는 것이 배척된다고 할 수 있다.²¹⁸⁾ 전자서명은 송신자가 비밀키의 지배를 상실하지 않는 한, 위조될 수 없기 때문이다. 수신자도 그 문서를 위조할 수 없다. 수신자가 송신자의 공개키를 사용하여 전자서명을 생성했다 할지라도 그 전자서명은 오로지 송신자의 비밀키로서만 해독될 수 있기 때문이다.

(라) 서면 및 서명요건의 충족 기능

계약자유 원칙에 따라, 계약은 아무런 요건 없이 당사자가 자유롭게 체결할 수 있다.²¹⁹⁾ 그러나 대부분 법률은 중요한 계약에 관하여 문서를 서명으로 작성할 것(writing)을 요구하고,²²⁰⁾ 또 계약상 구속력을 받을 자가 서명할 것(signature)(또는 기명날인 할 것)을 요구하는 것이 보통이다.²²¹⁾ 법률이 이와 같은 요구를 하는 경우

나중에 그런 메시지를 송신한 사실이 없으므로 B에게 10억원을 지급하지 못하겠다고 부인하는 경우 이를 부인방지를 할 수 있다.

217) 위의 주석과 같이 A와 B간 거래가 있었고 그 거래를 정당한 당사자인 A가 전자문서를 송신한 사실이 없음을 부인하지 못하도록 하는 것을 말한다.

218) 같은 견해 : 정완용, “개정 전자서명법의 비교법적 고찰-우리나라와 유럽의 전자서명법제를 중심으로-”, 「비교사법」 제10권 제4호, 한국비교사법학회, 2003, 12, 20면.

219) 김준호, 「민법강의(19판)」, 법문사, 2013, 1171-1172면 참조; 정완용 전제서, 119면; 한삼인, 전제 「민법총칙」, 14면.

220) 예를 들어, 민법상 증여계약(민법 제555조), 부동산 소유권이전등기 신청시 서명계약(부동산 등기 특별조치법 제3조), 건설공사의 도급계약 체결시 서명계약(건축업법 제21조) 등과 같은 특별한 계약의 경우에는 서명성을 요구하고 있고 법률 자체에서 문서 작성자의 서명이나 기명날인을 요구하고 있지는 않다(정완용, 상제서, 120면).

에 당사자가 온라인으로 전자 계약을 체결한다고 할지라도 역시 서면 및 서명 요건이 충족되어야 한다. 전자문서는 종이문서와 마찬가지로 특정한 문서가 “서면으로 서” 작성되거나, “서명될 것”을 요구하는 법률의 적용을 받는다. 전자서명의 사용이 서면 및 서명요건을 충족하는가에 관하여, 일반적으로 그 요건을 충족하는 것으로 보고 있다.²²²⁾

2) 전자서명의 법적 효력

전자서명이 첨부된 전자문서의 안전성과 신뢰성을 확보하여 주어 전자문서의 진정성을 강하게 인정하여 주는 전자서명제도는 전자계약의 활성화를 위하여 매우 중요한 의미를 가진다. 그러므로 전자서명의 법적 효력을 부여하여 주는 제도적인 장치의 마련이 중요하다. 전자서명의 법적 효력이 인정되기 위해서는 앞에서 기술했듯이 신원의 동일성 확인 기능(진정성), 전자문서의 무결성 확보기능, 부인방지(봉쇄) 기능, 서면 및 서명요건의 충족기능 등이 충족되어야 전자서명은 법적 효력을 부여 받을 수 있을 것이다.²²³⁾ 그러나 전자서명의 법적 효력을 부여하는 문제는 그리 간단하지만은 않다. 즉 법적인 요건을 합리적으로 갖추고 있는 전자서명의 경우라도 수신인의 신뢰의 합리성 여부를 결정함에 있어서는 수신인이 인증서에 등재된 사실을 포함하여 알고 있는 사실 또는 통지를 받은 사실, 디지털 서명된 전자문서의 가치, 신뢰자와 등록인 사이의 거래과정, 거래관습 등을 고려하여야 하기 때문이다.²²⁴⁾

221) 예를 들어 민법상 기명날인 또는 서명을 요구하는 경우로서, 법인 설립시의 정관작성(민법 제40조, 제43조), 채권의 배서시 배서인의 기명날인 또는 서명(민법 제510조) 등이 있고, 부동산 등기 신청시 신청인의 기명날인(부동산등기법 제41조), 민사소송법상 변론조서 등의 기명날인(민사소송법 제142조, 제150조, 제151조) 등이 있다. 상법에서도 기명날인 또는 서명을 요구하는 규정이 있는데, 대차대조표 작성시 작성자의 기명날인 또는 서명(상법 제30조), 중개인계약서(상법 제96조), 합자회사의 경우(상법 제270조), 주식회사 발기인 전원의 기명날인 또는 서명(상법 제289조), 유한회의 경우(상법 제543조), 전환주식의 전환청구(상법 제349조), 이사회 의사록에 출석이사 및 감사의 기명날인 또는 서명(상법 제391조의 3), 감사록에 감사의 기명 날인 또는 서명(상법 제413조의 2), 신주인수권증서에 이사의 기명날인 또는 서명(상법 제420조의 2), 사채청약서에 청약자의 기명날인 또는 서명(상법 제474조), 사채권자집회 의사록(상법 제373조, 제510조), 전환사채의 전환청구서에 청구자의 기명날인 또는 서명(상법 제515조), 보험증권에 보험자의 기명날인 또는 서명(상법 제666조), 선하증권에 운송인의 기명날인 또는 서명(상법 제814조) 등이 있다.

222) 정완용, 전계서, 119-120면.

223) 송계의, 전계논문, 243면 참조.

224) 송계의, 상계논문, 244면.

전자서명의 효력과 관련하여 전자서명법 제3조 제1항이 “다른 법령에서 문서 또는 서면에 서명, 서명날인 또는 기명날인을 요하는 경우 전자문서에 공인전자서명이 있는 때에는 이를 충족한 것으로 본다.”고 규정하고, 동법 제3조 제2항은 “공인전자서명이 있는 경우에는 당해 전자서명이 서명자의 서명, 서명날인 또는 기명날인이고, 당해 전자문서가 전자서명 된 후 그 내용이 변경되지 않았다고 추정한다.”고 하여 공인전자서명이 첨부된 전자문서에 대한 추정력을 인정하고 있다.

UNCITRAL 전자상거래모델법 제7조 제1항은 “법률이 특정인의 서명을 요구하는 경우에, (a) 그 사람의 신원을 확인하고 데이터 메시지에 포함된 정보에 대한 그 사람의 승인을 나타내기 위한 방법이 사용되고, (b) 그 방법이 관련 합의를 포함한 모든 경우에 비추어 그 데이터메시지가 생성 또는 통신된 목적을 위하여 적절하도록 신뢰성이 있을 요건을 갖춘 데이터메시지는 그 요건을 충족하는 것으로 본다.”고 전자서명의 효력을 규정하고 있다.²²⁵⁾

EU 전자서명입법지침 제5조 제1항은 “회원국은 자격인증서에 기초하고 고급전자서명장치에 의하여 생성된 고급전자서명이, (a) 수기서명이 서면에 기초한 데이터에 관한 요건을 충족하는 것과 동일한 방법으로 전자적 형태의 데이터에 관하여 서명의 법적 요건을 충족할 것, (b) 법적 절차에 있어서 증거로서 허용될 것의 요건을 충족하도록 보장하여야 한다.”고 규정하여 전자서명의 효력을 규정하고, 제2항은 “회원국은 전자서명이, (i) 전자적 형태로 되어 있다는 것, (ii) 적격인증서에 기초하고 있지 않다는 것, (iii) 인가된 인증서비스제공자가 발행한 적격인증서에 기초한 전자서명이 아니라는 것, 또는 (iv) 고급전자서명장치에 의하여 생성되지 않았다는 이유만으로 법적 절차에 있어서 법적 유효성 및 증거로서의 허용성이 부인되지 않도록 보장하여야 한다.”고 규정하여 전자서명이 없는 전자문서도 법적 효력이 있음을 규명하고 있다.

미국 통일전자거래법 제5조 (e)항은 “전자기록 또는 전자서명이 법적 효과를 가

225) Article 7. Signature (1) Where the law requires a signature of a person, that requirement is met in relation to a data message if: (a) a method is used to identify that person and to indicate that person's approval of the information contained in the data message; and (b) that method is as reliable as was appropriate for the purpose for which the data message was generated or communicated, in the light of all the circumstances, including any relevant agreement.

지는가 여부는 이 법과 적용할 수 있는 다른 법률에 의하여 판단 한다.”고 규정하여 전자서명의 효력을 유보하였다.

일본 전자서명및인증업무에관한법률 제3조도 “전자적 기록으로서 정보를 나타내기 위하여 작성된 것(공무원이 직무상 작성한 것을 제외한다)은, 당해 전자적 기록에 기록된 정보에 대하여 본인에 의한 전자서명(이것을 행하기 위하여 필요한 부호 및 물건을 적정하게 관리함으로써 본인만이 행할 수 있게 되어 있는 것에 한한다)이 행하여진 때에는, 진정하게 성립한 것으로 추정된다.”고 규정하여 전자서명이 된 전자적 기록은 진정성이 추정됨을 규정하고 있다. 결국 전자서명은 종이문서 환경에서 서명의 기능에 대한 인식을 토대로 하여 전자서명을 특별한 경우 종이문서서명을 대체하려는 것이라고 볼 수 있고,²²⁶⁾ 전자서명의 효력을 부분적으로 인정하고 있다.²²⁷⁾

(4) 전자약관의 효력

1) 전자약관의 의의 및 특성

가. 전자약관의 의의

전자약관이란 일방 당사자가 다수의 상대방과 계약을 체결하기 위하여 컴퓨터 등 정보처리장치를 통하여 컴퓨터 네트워크 등에서 일정형식에 따라 미리 마련한 계약의 내용이 되는 것을 말한다.²²⁸⁾ 전자약관은 약관을 전자적 기록의 형태로 작성되어 전자문서의 형태로 되어 있고 인터넷 또는 PC통신망을 통하여 게재된다는 점에서 기존의 다른 약관과 차이점이 있다.²²⁹⁾ 그러나 전자약관도 계약의 일방 당사자가 다수의 상대방과 계약을 체결하기 위하여 일정한 형식에 의하여 미리 마련한 계약의 내용에 해당하기 때문에 약관규제법(동법 제2조 제1항)에서 말하는 약관에 해당한다. 또한 전자약관은 전자문서 및 전자거래기본법상(동법 제2조 제1항) 전자문서에

226) 법무부, 전계 「전자적 법률행위·의사표시론」, 48면.

227) 송계익, 전계논문, 244면.

228) 법무부, 상계서, 74면.

229) 약관을 독일에서는 Allgemeine Geschäftsbedingungen이라고 부르는데 일치하지만, 영국과 미국에서는 일반적으로 Contract Terms, Contract Clauses라고 하여 용어상으로는 단순한 계약조항과 엄격하게 구분하지 않고 있다(조관행, “약관규제의 법리와 불공정한 면책약관의 효력”, 『법경제의 제문제』 재판자료 제87집, 법원도서관, 2000, 879면).

해당하고 약관규제법에 전자문서의 효력을 부정하는 특별한 규정이 없으므로 전자 약관을 기존의 다른 약관과 동일하게 취급해야 한다. 이에 대하여 전자약관을 합의 후에도 언제든지 변경할 수 있는 가능성이 존재하므로 약관을 전자적 방식으로 합의하는 것은 가능하지 않다는 견해도 있다.²³⁰⁾ 그러나 약관을 바꾸더라도 사업자가 바뀐 약관의 내용이 효력이 있음을 주장해야 할 때에는 약관이 계약의 내용으로 편입되었을 뿐만 아니라, 해당 약관이 계약체결 당시의 약관임을 입증해야 한다.²³¹⁾ 따라서 소비자에게는 큰 불이익이 없다.²³²⁾ 그러므로 전자약관도 계약에 편입됨으로써 계약의 내용을 이룰 수 있고 일반종이문서로 작성된 약관과 마찬가지로 약관규제법의 적용을 받게 된다.

나. 전자약관의 특성

일반적인 약관이 서면에 인쇄된 형식으로 작성되어 제시되는 경우가 대부분임에 반해 전자약관은 전자적 기록의 출력방식에 의하여 제시되는 것이 일반적이다. 즉, 전자약관은 사업자의 홈페이지 내에 전자적 기록물인 파일의 형태로 올려지고, 고객이 이를 다운로드받아 웹브라우저의 변환을 거쳐 출력장치의 하나인 모니터를 통해 이를 확인하는 것이 대부분이다.²³³⁾

물론 경우에 따라서는 사업자가 이를 고객에게 전자우편을 통하여 전달하면 고객은 이를 모니터나 프린터를 통하여 출력함으로써 이를 확인할 수도 있을 것이다. 전자약관은 그 성질과 내용에 있어서 일반적인 약관과 동일한 실질을 지니는 것이지만, 이에 더하여 그것이 전자적 기록의 형태로 존재함으로써 다음과 같은 특성을 가진다.²³⁴⁾ 첫째, 오감으로 인지할 수 있는 실물로 존재하지 않고 별도의 전자적 변환 과정을 거쳐야만 인지할 수 있으며, 둘째 다른 물건과 구별되는 독립적인 고정된 형태를 띠고 있지 않아 고객의 입장에서는 사업자의 배려가 없으면 그 존재를

230) Bultmann · Rahn, NJW 1988, 2434f.

231) Mehrings, “Verbraucherschutz im Cyberlaw: Zur Einbeziehung von AGB im Internet”, BB 1998, S.2379.

232) 다만 고객의 동의절차 없이 약관이 바뀌어 있거나 회원가입 당시에 고객이 동의한 약관을 웹상으로 쉽게 확인할 수 없다는 점은 문제점으로 지적될 수 있다.

233) 전자약관의 특성의 자세한 내용에 관해서는, 한국법제연구원, 전계 「전자거래 관련 법제정비 방안」, 56면-57면 참조.

234) 노태약, 전계 “전자거래와 계약”, 467면; 김진환, 전계 “약관의 계약편입과 전자계약”, 117면 참조.

인식하기가 어렵다. 셋째, 전자약관은 주로 비대면의 상황에서 제시되므로 고객에게 현실적인 교부 또는 설명을 행하기 어렵고, 넷째 전자서명 등과 같은 특별한 기술적 방안의 도움 없으면 약관의 명시 또는 설명의무의 이행에 관한 증거를 남기기가 쉽지 않으며, 다섯째 프린터를 통하여 종이의 형태로 출력하지 않는 한 내용의 숙지 정도가 서면약관에 비하여 상당히 떨어진다는 점이 있다.

2) 전자약관의 효력

약관으로 인정되기 위해서는 반드시 “약관”이라는 명칭 자체를 사용할 필요는 없다.²³⁵⁾ 약정서, 계약서, 규정, 규약, 회칙 등의 명칭이 사용되더라도 다수와의 계약체결을 위해 미리 마련된, 정형화된 계약 내용이 있으면 약관이다. 현실거래에서의 약관은 별도로 인쇄된 일정한 서면으로 작성된 경우가 일반적이지만, 수기로 작성한 것이더라도 상관없고, 거래조건이 입장권 뒷면에 기재되어 있거나 출입구 안내판에 간단한 문구로 적혀 있어도 무관하다.²³⁶⁾

약관의 범위에 있어서도 계약내용 전체가 약관이어야 하는 것은 아니며, 그 일부만 약관의 형태로 존재할 수 있다.²³⁷⁾ 약관과 관련하여 사업자에게 요구되는 주요 의무는 명시 의무, 교부 의무 그리고 설명 의무 등이다.²³⁸⁾ 만약 사업자가 명시 의무, 교부 의무 및 설명 의무를 위반하여 계약을 체결한 경우에는 당해 약관은 계약의 내용으로 주장할 수 없고 전자약관도 우리나라 약관의 규제에 관한 법률상의 약관에 해

235) 우리나라에서는 일반적으로 약관은 법원으로 인정되지 아니한다. 기업가가 일방적으로 작성한 규칙은 정부의 인가를 받았다고 하더라도 이것에 법률과 같은 강력한 지위를 부여할 수 없기 때문이다. 그러나 약관은 특정 거래계에서 관행적으로 이용되고, 계약서 내에 원용되어 계약의 내용을 구성하게 되면 사실상 법률과 같은 구속력을 갖게 된다(최준선, 전거서, 23면).

236) 법무부, 전거 「전자계약의 현안과 과제」, 29면.

237) 약관이기 위해서는, 사전준비성, 일방성, 다수 상대방 등 세 가지가 충족되어야 한다는 주장도 있다. 그 내용을 상술하면 다음과 같다. (1) 사전준비성 : 약관은 사업자가 사전에 준비한 것이어야 한다. 따라서 사업자가 계약체결과 동시에 또는 계약체결 후에 작성한 것은 약관이 아니다. 계약체결 전에 작성한 것인 한, 사업자가 직접 약관을 작성해야 하는 것은 아니다. 동종 업종의 약관을 이용하거나 사업자 단체의 약관을 이용해도 상관없다. (2) 일방성 : 약관은 사업자가 일방적으로 작성·통용하는 것이어야 한다. 따라서 내부적인 합의를 거쳐 그 내용을 수정할 수 있는 것과 약관과는 그 성격 자체가 다르다. (3) 다수 상대성 : 약관은 다수의 상대방을 대상으로 한 것이어야 한다. 다수의 상대방을 대상으로 하는 한 특정 다수이든 불특정 다수이든 불문한다. 이와 같이 약관으로 인정되기 위해 다수 상대방을 요하는 이유는 단일 또는 소수와의 특정계약과 달리 약관의 물개성적인 정형적 성격으로 인해 계약내용의 개별적 수정이 어렵고, 잘못된 약관에 따라 계약을 체결할 경우 다수 소비자의 피해발생이 우려되고 있기 때문이다(법무부, 상거서, 29면).

238) 약관의 규제에 관한 법률 제2조 제2호에 의하면, “사업자”란, 계약의 한쪽 당사자로서 상대 당사자에게 약관을 계약의 내용으로 할 것을 제안하는 자를 말한다.

당하는 것으로 전자적 형태로 이루어진 것을 말하므로,²³⁹⁾ 앞의 서술한 의무를 다하지 않았다면 이를 계약의 내용으로 주장할 수 없다.²⁴⁰⁾

전자약관의 명시적 의무와 관련하여 우리나라 공정거래위원회가 2010년 12월 17일 개정된 “전자상거래(인터넷 사이버쇼핑몰) 표준약관”은 제3조 제1항에서 정보제공자로 하여금 약관의 내용과 상호 및 대표자 성명, 영업소 소재지 주소(소비자의 불만을 처리할 수 있는 곳의 주소를 포함), 전화번호·모사전송번호·전자우편주소, 사업자등록번호, 통신판매업신고번호, 개인정보관리책임자등을 이용자가 쉽게 알 수 있도록 사이버몰의 초기 서비스화면(전면)에 게시하도록 하면서 다만, 약관의 내용은 이용자가 연결화면을 통하여 볼 수 있도록 하고 있다.²⁴¹⁾ 포털 등 사이트들은 그 서비스를 이용하고자 하는 일반인들이 회원등록 등 필요한 절차를 마무리 할 즈음 이용 약관을 제시하고 그 동의 여부를 묻는 경우가 대부분이다. 이때 약관 전체 내용을 화면에 띄우는 것은 거의 없고, 이용자가 스크롤바를 이용하여 그 내용을 살펴볼 수 있도록 하는 방법을 취하는 경우가 많다. 인터넷에서 흔히 발견할 수 있는 이러한 방식으로 전자거래에 임하는 사업자는 약관의 명시적 의무를 충족시킨 것으로 보아야 한다.²⁴²⁾

전자약관의 교부의무란 고객의 요구가 있는 경우 약관의 사본을 고객에게 교부하

239) 전자약관은 “일방 당사자가 다수의 상대방과 계약을 체결하기 위하여 인터넷과 같은 개방형 시스템하에서 컴퓨터 등 전산작용에 의한 정보처리장치를 통하여 일정한 형식에 따라 미리 마련된 계약의 내용”이라는 정의하는 견해가 있다. 그러나 전자약관을 이렇게 제한적으로 해석할 일은 아니라고 보며 반드시 “인터넷과 같은 개방형 시스템”을 전제로 하는 것이 아니라도, 예컨대 유행매체인 CD를 구입하여 인스톨하는 과정에서 나오는 계약처럼 그것이 “전자적 형태”로 이루어지는 것이라면 이 또한 전자약관으로 포함시켜 함께 규율하는 것이 타당하다.

240) 약관의 규제에 관한 법률 제3조 제1호 내지 제4호 참조; 참고로, 약관의 전부 또는 일부의 조항이 약관의 명시·설명의무에 위반되어 계약의 내용이 되지 못하는 경우이거나 실질적 성립요건을 충족하지 못하여 무효가 되는 경우, 계약은 나머지 부분만으로 유효하게 존속한다는 일부무효의 특칙이 적용된다. 다만, 유효한 부분만으로는 계약이 목적달성이 불가능하거나 일방당사자에게 부당하게 불리한 때에는 당해 계약 전부를 무효로 하는 것이 타당하다(김용호·최동운·권형남, 전거서, 288면).

241) 표준약관에는 전자상거래업자와 통신사업자 및 소비자간의 책임관계를 보다 명확히 하는 규정을 둘 필요가 있다(福原紀彦, “電子商取引法の生成と消費者保護の問題”, 「現代企業法學の課題と展開」(戸田修三先生古稀記念圖書刊行委員會), 文眞堂, 1998, 349面).

242) 약관의 명시는 계약의 종류에 따라 일반적으로 예상되는 방법으로 행해져야 한다. 이때 약관의 명시 및 게시는 ‘구체적이고 상세한’ 방법으로 이루어져서(대법원 1992. 3. 10. 선고 91다31853 판결) 고객이 인식가능 하도록 해야 한다(이은영, 「약관규제법」, 박영사, 1994, 116면). 따라서 평균적인 능력을 가진 고객이 쉽게 약관의 존재를 인식할 수 있도록 명시해야 하며(이은영, 상거서, 116면; BGH NJW-RR 1987, 113 참조), 또한 약관의 명시를 통하여 사업자가 해당 약관을 기초로 하여 계약을 체결하려는 의도가 드러나야 한다(Kohler, “Die Problematik automatisierter Rechtsvorgänge, insbesondere von Willenserklärung”, AcP 182(1982). 290).

도록 한 것으로 약관 설명의무의 한 내용으로 본다. 이는 약관 내용에 대한 상대방의 인지가능성을 더욱 보장하기 위한 입법적 배려라고 할 수 있다. 전자약관의 경우 사업자가 원하는 약관을 자신이 운영하는 웹사이트 어디엔가 링크로 설정해 놓고 누구나 그 내용을 볼 수 있도록 조치하였다면 이것으로 약관의 교부 의무를 다한 것으로 볼 수 있다.²⁴³⁾

약관의 설명의무는 주요 내용을 상대방이 충분히 이해할 수 있도록 설명해 주어야 할 의무를 말한다. 전자거래의 특성상 전자약관의 경우 현실거래에서의 설명의무를 면제해야 한다는 의견이 있을 수 있다.²⁴⁴⁾ 그러나 약관을 규제해야 한다는 당위론은 그것이 당사자 일방에게 지나치게 불리한 내용이 되기 쉽다는 데 있다. 약관은 다수와의 거래를 위해 일방 당사자가 사전에 만들어 놓은 정형화된 계약인데, 약관을 만든 당사자는 경제적 우위에 있는 사업자인 경우가 대부분이고, 따라서 그보다 열악한 위치에 있는 일반 소비자들은 심히 형평을 잃은 계약의 체결을 사실상 강요당하고 있다. 약관을 규제해야 한다는 주장을 바로 이 같은 근거에서 출발한다.²⁴⁵⁾ 당사자 일방이 심히 불공정한 계약을 사전에 만들어 놓고 그 우월적 지위를 이용하여 경제적 약자에게 그 체결을 강요하는 것은 용인될 수 없다. 이것이 오늘날 대부분의 나라가 약관 규제수단을 다각도로 강구하고 있는 이유이기도 하다.²⁴⁶⁾

전자거래가 전자적 수단을 이용하여 이루어지는 것인 만큼 그 어떤 거래보다 신

243) 왕상한, 전제서, 161면.

244) 무엇보다 신속을 요하는 전자거래의 경우 전자약관에 대한 규제는 명시 및 교부 의무로 족하고, 당사자에게 약관의 내용을 굳이 설명까지 하도록 해서 그 시간을 지연시키는 것을 합리적이지 않다는 것이 근거가 될 수 있다. 또 전자거래는 비대면 거래이므로, 당사자간 신뢰를 전제로 하지 않는 관계에 대해서까지 설명의무를 요구하는 것은 적절하지 않다는 주장도 가능하다(법무부, 전제 「전자계약의 현안과 과제」, 31면 참조).

245) 그런데 여기서 주의할 점은, 사업자의 명시 의무 및 설명의무는 약관을 계약에 편입하는 당사자간의 합의, 즉 편입계약과는 다르다는 것이다. 편입계약은 약관을 계약의 내용으로 한다는 당사자간의 합의로 이루어진다. 그러므로 사업자가 명시 의무 및 설명의무를 불이행하였다 하더라도 편입계약이 있으면 그 약관은 계약이 내용이 된다(최문기, “보통거래약관에 의한 계약에 관한 판례의 동향”, 「경성대학」 제14집 제1호, 경성대학교법학연구소, 2005. 7, 7면).

246) 약관에 대한 규제는 입법적 규제, 행정적 규제, 사법적 규제 등 세 가지로 나누어 볼 수 있다. 입법적 규제란 약관의 규제에 관한 법률에서처럼 입법을 통해 이를 규제하는 것이고, 행정적 규제는 소관청이 사업자로 하여금 약관의 내용을 사전에 심사받도록 하여 심히 불공정한 내용은 이를 규제할 수 있도록 하는 수단을 말한다. 또 사법적 심사는 일방당사자가 사전에 만들어 놓은 정형화된 계약에 다른 당사자가 서명을 했다 하더라도 법원에서 그 실질적 효력을 다룰 수 있게 함으로써 약관이 일방 당사자에게 지나치게 불리한 내용을 담고 있을 경우 이를 규제할 수 있도록 한 수단을 말한다(법무부, 전제 「전자계약의 현안과 과제 - UN전자계약협약을 중심으로」, 32면).

속히 이루어지는 것이 전자거래의 특징 가운데 하나이고 따라서 신속하여야 한다. 그러나 그렇다고 해서 거래의 신속이 약관의 규제 근거보다 앞 설 수는 없다. 이 같은 이유에서 전자약관의 경우 그 설명의무를 면제하자는 주장에 동의할 수 없다.²⁴⁷⁾ 이와 관련하여 전자상거래(인터넷 사이버쇼핑몰) 표준약관 제3조 제2항은 이용자가 약관에 동의하기에 앞서 약관에 정하여져 있는 내용 중 청약철회·배송책임·환불조건 등과 같은 중요한 내용을 이용자가 이해할 수 있도록 별도의 연결화면 또는 팝업화면 등을 제공하여 이용자의 확인을 구할 것을 의무화하고 있다. 동 조항에서 규정된 내용을 충실히 이행하였다면 전자계약에서 요구되는 약관의 설명 의무를 다 한 것으로 볼 수 있다.

3. 전자계약의 이행

(1) 전자적 이행의 개념 및 법적 성질

전자계약상의 급부의 ‘전자적 이행’이란 계약당사자가 인터넷 네트워크 등을 통하여 계약상의 급부를 이행하는 것을 말한다. 이 경우 급부가 디지털 형태로 변환될 수 있는 것이면 전자적 이행이 가능하며, 이는 주로 디지털콘텐츠의 제공을 의미하며, 제공되는 디지털 콘텐츠로는 소프트웨어, 신문·잡지의 기사, 신용정보, 통계자료, 기상정보, 주식정보, 사진이나 영화 등의 영상정보, 음악 파일(MP3), 인물 데이터베이스 등이 있다.²⁴⁸⁾

한편 전자적 이행의 대상이 디지털콘텐츠인 경우 이를 물건으로 파악하여 민법상의 물건의 개념을 적용하여야 할 것인가의 여부가 문제된다. 기존의 논의는 급부의 목적인 디지털콘텐츠는 우리 민법 제98조가 ‘물건’을 “유체물 및 전기, 기타 관리할 수 있는 자연력”으로 정의하고 있으므로 전기신호인 컴퓨터파일 자체를 물건으로 이해하고 있다. 그러나 디지털콘텐츠를 물건으로 이해하는 경우 기존의 물건과의 성질상의 차이, 이행과정에서의 특성, 그리고 컴퓨터 네트워크를 통하여 전자적 방

247) 법무부, 상계 「전자계약의 현안과 과제-UN전자계약협약을 중심으로-」, 32면.

248) 오병철, 전제 「전자거래법」, 278면 참조.

법으로 이행될 수 있다는 점에서 어떠한 법이론상의 변화가 수반되어야 하는지 고찰할 필요가 있다.²⁴⁹⁾ 먼저 디지털콘텐츠는 그 본질이 무형적인 것일 뿐만 아니라 나아가 기존의 정보 보다 더 무체성이 강하다. 그러므로 기존의 정보도 물건으로 다루어지지 않는 현실에서 이보다 더 무체성이 강한 디지털정보를 유체물이라는 물건의 요건에 포섭시키는 것은 타당하지 않다.²⁵⁰⁾ 그리고 민법 제98조의 물건의 개념 가운데 관리가능성은 배타적 지배가능성을 의미한다고 해석하는 것이 통설이다. 그러나 비경합성과 비배제성을 갖는 디지털콘텐츠에 대하여 배타적 지배성을 인정하기 어렵다. 따라서 디지털콘텐츠는 민법 제98조의 물건에 해당하지 않지만 계약상의 급부라는 목적을 위해서는 디지털콘텐츠를 물건으로 다룰 필요가 있다. 이 경우 디지털콘텐츠를 물건에 포함시킨다는 규정을 두어야만 예외적으로 물건으로 다루어질 수 있다.²⁵¹⁾

다른 한편 디지털콘텐츠 그 자체를 물건으로 볼 것인가의 여부는 디지털콘텐츠의 매매가 물건의 매매인가 아니면 권리의 매매인가의 차이를 가져온다. 이는 담보책임에 있어서 목적물 자체의 하자인지 아니면 권리의 하자인지의 구분에 실익이 있다. 만일 디지털콘텐츠 그 자체를 물건으로 보는 경우 디스켓과 같은 디지털 저장수단의 하자는 큰 의미가 없고 그에 내재된 콘텐츠의 사용가능성이 계약의 본질이 된다. 왜냐하면 디지털콘텐츠는 그 성질상 대량복제가 가능하고, 거래당사자도 그 자체의 개성이 아니라 그 내용이나 기능을 중요시하기 때문이다. 따라서 계약당사자는 급부의 목적을 특별히 특정하지 않는 한 디지털콘텐츠는 불특정의 대체물이며, 이를 목적으로 하는 채권은 종류채권이라 할 수 있다.²⁵²⁾ 주의할 사항은 인터넷 쇼핑물 사업자는 소비자에게 디지털콘텐츠의 소유권을 이전하는 것이 아니라 이용권한을 부여하는 경우가 대부분이라는 점이다. 즉 인터넷 네트워크 등을 통한 전자적 이행의 경우 소유권 자체가 이전되는 것이 아니라 단지 그 이용허락에 불과하므로 소비자는 통상의 매매와 달리 물건에 대한 배타적 권리를 이전받지 못한다.

249) 오병철, 전계 「디지털정보거래법」, 23면. 디지털 자체의 물성(物性)을 인정하지 아니하는 경우에도 디지털전송을 통해 표준적인 소프트웨어가 전송·인도되는 경우에도 물건의 매매에 관한 규정이 유추 적용 되어야 한다는 점에 대해서는 긍정하고 있다(Kuhn. Rechtshandlungen mittels EDV und Telekommunikation, Diss. Regensburg, 1990, S.276).

250) 오병철, 전계 「디지털정보거래법」, 23면.

251) 법무부, 전계 「전자적 법률행위·의사표시론」, 82면.

252) 오병철, 전계 「전자거래법」, 281-282면 참조.

(2) 전자적 이행의 유형

전자적 이행의 유형은 첫째 이용자가 서비스제공자의 컴퓨터에서 인터넷 네트워크 등을 통하여 자신의 컴퓨터로 다운로드(download) 받아서 이용하는 경우와, 둘째 사업자의 서버에 접속하여 일정기간 스트리밍(streaming)형태로 서비스를 제공받는 경우 등으로 분류할 수 있다.²⁵³⁾ 전자의 경우 기술적으로 타인의 복제 가능성이 크기 때문에 청약철회 등은 적용되기 어렵고, 다만 전송상의 장애 등 사업자의 책임으로 인하여 다운로드를 실패한 경우 등은 사업자가 이에 대한 책임을 져야 한다. 후자의 경우는 다시 1회성으로 제공되는 경우와 계속적으로 접속하는 경우로 나누어지며, 이는 디지털콘텐츠의 내용변경이나 이용자 지위의 변동 등에 구분의 실익이 있다. 디지털콘텐츠가 스트리밍 방식으로 제공되는 경우 디지털콘텐츠 제공자가 사전에 그 상품에 대한 내용, 이용방법과 청약철회가 되지 않음 등을 명시하고, 아울러 조금이라도 사전에 경험할 수 있도록 ‘미리보기’(preview) 등을 제시해야 한다. 그리고 전송장애 등 사업자의 책임으로 이용자가 소기의 목적을 달성하지 못한 경우에는 이용시간의 연장, 재전송 등의 조치를 취해야 한다.²⁵⁴⁾

(3) 전자적 이행의 시기와 장소

전자적 이행의 문제는 이행의 시기 및 장소와 밀접한 관계를 갖는다. 이에 따라 인터넷 네트워크 등을 통하여 전송되는 디지털콘텐츠 등 급부의 이행이 어느 시점에 이루어지는가, 디지털 콘텐츠에 대한 사용권한을 부여받는 자가 수령할 때 이행이 이루어지는가 아니면 권한을 부여하는 자의 영역을 벗어나는 때에 이행이 이루어지는가의 문제가 존재한다.²⁵⁵⁾ 전자계약의 전자적 이행에 있어서는 주소지나 영업소가 매수인(소비자)의 전자사서함이나 홈페이지 등으로 대체된다. 그러므로 이행에 있어서 급부의 목적인 디지털콘텐츠가 매수인의 전자사서함 또는 컴퓨터에 도달하여

253) 전자계약의 이행을 상품발송형, 정보제공형, 권리이전형, 접속형의 네 가지로 구분하는 견해도 있다(이은영, “전자상거래와 소비자법-계약의 이행을 중심으로-”, 「외법논집」 제5집, 한국외국어대학교법학연구소, 1998. 12, 112-117면).

254) 법무부, 전계 「전자적 법률행위·의사표시론」, 83면.

255) 한국법제연구원, 전계 「전자거래 관련 법제정비 방안」, 52-53면 참조.

매수인이 이를 검색하여 다운로드 받을 수 있거나 이용 가능할 때 변제가 되는 것이다. 따라서 급부의 목적이 전송되는 과정에서 인터넷 네트워크에 장애가 발생하거나 제3자의 행위로 말미암아 멸실되거나 훼손되는 등의 전송상의 위험도 매도인이 부담한다.²⁵⁶⁾

(4) 정보제공의무

디지털콘텐츠와 같은 정보재는 다른 재화와 달리 그 사용 환경에 의존도가 높고 이를 사용하는 기술적 환경이 다르다면 전혀 작동하지 않는 경우도 있다. 이와 같이 작동환경에 대한 정보를 제공받지 못하여 제공받은 디지털콘텐츠를 사용할 수 없는 경우 구입자는 계약을 해제하고 반품이 가능한가의 여부가 문제된다.

계약당사자 사이에 정보와 전문적 지식에 큰 격차가 있는 경우 그 계약체결 과정에 있어 신의칙상 계약에 필요한 중요사항의 정보를 제공할 의무가 있다. 여기서 정보의 내용은 작동환경에 필요하고 중요한 사항이며, 이는 매체형이라면 바깥포장지에, 온라인형이라면 계약화면에 표시하는 방법으로 제공하여야 한다. 이러한 소프트웨어에 대한 작동환경의 설명은 프로그램을 사용할 수 있는 것인지의 여부를 판단하는 중요한 정보가 되고, 신의칙상 제공계약 또는 전자정보계약 체결시 최소한의 작동환경이 명시될 필요가 있다. 이러한 작동환경에 대한 명확한 설명의무 등 정보제공이 계약체결 당시에 없어 프로그램을 사용할 수 없었다면 이용자는 사업자에게 계약을 해제하고 대금의 반환을 청구할 수 있다.²⁵⁷⁾

256) 정채영, 전제서, 123면.

257) 법무부, 전제 「전자적 법률행위·의사표시론」, 84면.

제3장 전자계약에 관한 국제규범과 입법례

제1절 국제규범

1. 국제계약에서 전자적 의사표시 등의 이용에 관한 유엔협약(United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts)

유엔국제상거래법위원회(United Nations Commission on International Trade Law: 이하 “UNCITRAL”로 칭한다)에서 전자상거래 분야에 관한 국제적인 법규범 통일 노력의 일환으로 1996년에 UNCITRAL 전자상거래 모델법, 2001년에 UNCITRAL 전자서명모델법이 채택되었고, 그 후속 의제를 논의하는 과정에서 전자계약협약에 대한 논의가 제기되었다.²⁵⁸⁾ 2001년 3월 미국 뉴욕에서 개최된 제38차 전자거래 실무작업반 회의에서 논의한 결과, 미국이 주장한 전자계약에서의 법적 장애 제거를 차기 의제로서 본회의에 권고하기로 결정하였다.²⁵⁹⁾ 2001년 6월 개최된 제34차 UNCITRAL 본회의에서는 위 실무작업반의 권고를 수용하여 전자계약의 성립 및 이행과 관련된 제반 문제를 합리적으로 해결할 수 있는 협약 제정을 전자거래 실무작업반 회의의 차기 의제로 확정하였다. 이에 전자거래 실무 작업반에서는 2002년 3월 뉴욕 회의에서부터 2004년 10월 비엔나 회의까지 6차례의 회의를 거쳐 마지막 실무 작업반 회의인 제44차 회의에서 “국제계약에서 전자적 의사표시 등의 이용에

258) 국제계약에서 전자적 의사표시 등의 이용에 관한 유엔협약의 제정과정 및 논의 내용에 대하여는 법무부, 전계 「전자계약의 현안과 과제-UN전자계약협약을 중심으로-」, 99-100면 이하 참조; 정완용, 전계 “전자계약에 관한 국제협약 초안의 검토-UNCITRAL 제39차 전자상거래작업반회의 참가보고서-”, 251면이하; 정완용, 전계 “제43차 유엔국제상거래법위원회(UNCITRAL) 전자상거래작업무(W/G)참가보고서”, 405면 이하; 정완용, 전계 “전자계약에 관한 국제협약(초안) 제정회의 참가보고 - UNCITRAL 제44차 전자상거래실무그룹회의”, 118면 이하; 오세창, “국제 전자계약에 관한 유엔 예비협약 초안의 제정현황과 과제”, 「국제상학」 제19권 제3호, 한국국제상학회, 2004. 9, 70면 이하.

259) 최경진, “UN전자계약협약에 관한 연구”, 「중앙법학」 제11집 제4호, 중앙법학회, 2009. 12, 132면.

관한 유엔협약(United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in international Contracts, 이하 UECIC 또는 전자계약협약이라고 한다)”을 마련하였다. 2005년 7월 개최된 제38차 UNCITRAL 본회의에서 본 협약안이 채택되었으며, 2005년 11월 23일 제60차(2005-2006년) 유엔총회에서 UECIC가 채택되었다.²⁶⁰⁾

전자계약협약이 가지는 가장 중요한 의의는 영업소가 다른 국가에 있는 당사자 사이의 계약의 성립 또는 이행에 관련한 전자적 의사표시의 이용에 대하여 적용되며(협약 제1조 1), 전자거래 분야에서의 구속력 있는 협약 형태로 제정되었다. 즉 전자계약협약에 각 국이 비준하게 되면 계약국으로서의 구속력이 인정되어 법적 규범으로서 적용될 수 있기 때문에 다음에 서술할 UNCITRAL 전자상거래모델법이나 UNCITRAL 전자서명 모델법과 다른 의미를 가진다.²⁶¹⁾ 전자계약협약은 총 제4장으로 구성되어 있고,²⁶²⁾ 조문의 수는 모두 25개이다. 본 협약 제4조에는 의사표시, 전자적 의사표시, 데이터 메시지, 송신자, 수신자, 정보시스템과 자동화된 메시지시스템, 영업소 등 전자계약협약에서 중요한 의미로 사용되는 용어에 대하여 다음과 같이 정의하고 있다. 첫째, 협약에서 사용하는 가장 기본적인 용어는 ‘의사표시(Communication)’이다. 협약의 정의에 따르면, “의사표시”란 청약과 승낙을 포함하여 계약의 성립 또는 이행과 관련하여 이루어지는 일체의 진술, 선언, 요구, 통지 또는 청구를 의미한다(협약 제4조 (a)).²⁶³⁾ 즉 계약을 체결하기 위한 협상 과정, 계약 체결시, 계약의 이행 등 계약 전 단계에서 당사자 사이에서 이루어지는 광범위한 정보의 교환을 의미한다. 결국 전자계약협약은 계약을 성립시키는 청약과 승낙의 의사표시에만 한정하지 않고, 그 이외에 다양한 방식의 의사소통에 대하여도 전자적으로 이루어지는 경우에 적용될 수 있도록 규정하고 있는 것이다. 이 때문에 ‘Communication’의 번역을 두고 “의사표시”,²⁶⁴⁾ “의사표현”,²⁶⁵⁾ “통지”로 번역하는

260) 법원행정처, 전계 「국제규범의 현황과 전망-2008년 국제규범연구반 연구보고 및 국제회의 참가보고-」, 28면; Gregory, J. D., "The Proposed UNICITRA Convention on Electronic Contracts", 「The Business Lawyer, Vol. 59, 2003, p. 317 등 참조.

261) 최경진, 전계논문, 133-134면 참조.

262) 제1장은 협약의 적용대상, 제2장은 일반규정, 제3장은 국제계약에서의 전자적 의사표시의 이용, 제4장은 최종조항이다.

263) Article 4. Definitions (a) "Communication" means any statement, declaration, demand, notice or request, including an offer and the acceptance of an offer, that the parties are required to make or choose to make in connection with the formation or performance of a contract.

264) 법무부, 전계 「전자계약의 현안과 과제-UN전자계약협약을 중심으로-」, 231-233면; 정완용, “국제 전자계약 협약안에 관한 고찰”, 「디지털재산법연구」 제4권 제1호, 세창, 2005. 12, 90면; 정진

견해가 있으나, 법률행위의 성립요건인 의사표시와 관념의 통지 등 준법률행위를 모두 포함하는 개념으로 보다 중요한 의사표시에 중점을 두어서 “의사표시”로 사용하는 것이 타당하다고 본다.²⁶⁶⁾ 둘째, “전자적 의사표시(Electronic Communication)”는 당사자가 데이터 메시지의 방법으로 행한 모든 의사표시를 의미하고(협약 제4조 (b)),²⁶⁷⁾ 데이터 메시지(Data message)란 전자, 자기, 광학적 또는 유사한 방법으로 작성, 전송, 수신 또는 저장되는 정보를 의미하며 여기에는 전자데이터 교환, 전자우편, 전보, 전신 또는 모사전송 등을 포함하지만 이에 한정되는 것은 아니다(협약 제4조 (c)).²⁶⁸⁾ 전통적 전자수단을 포함하여 장래의 새로운 전자적 기술수단을 모두 포섭하는 형태로 규정하였다.²⁶⁹⁾ 셋째, 전자적 의사표시의 “송신자(Originator)”란 직접 또는 대리인을 통하여 전자적 의사표시를 송신한 자 또는 저장되기 전에 전자적 의사표시를 작성한 자를 의미한다(협약 제4조 (d)).²⁷⁰⁾ 다만 전자적 의사표시와 관련한 중개자(Intermediary)는 제외된다. “수신자(Addressee)”란 송신자에 의하여 전자적 의사표시를 수신하는 자로 의도된 자를 말하며, 역시 중개자는 제외된다(협약 제4조 (e)).²⁷¹⁾ 넷째, “정보시스템(Information system)”은 데이터 메시지의 작성, 전송, 수신, 저장 기타 그 밖의 처리를 위한 시스템을 의미하고(협약 제4조(f)),²⁷²⁾ “자동화된 메시지 시스템(Automated message)”이란 전체적 또는 부분적으로 행위를 개시하거나 데이터 메시지 또는 그 실행에 응답하기 위하여 사용되는 컴퓨터 프

명, 전계 “UNCITRAL 전자계약협약의 국내법에의 수용”, 48면.

265) 최경진, 전계논문, 144면.

266) 법원행정처, 전계 「국제규범의 현황과 전망-2008년 국제규범연구반 연구보고 및 국제회의 참가보고-」, 37면 참조.

267) Article 4. Definitions (b) “Electronic communication” means any communication that the parties make by means of data messages.

268) Article 4. Definitions (c) “Data message” means information generated, sent, received or stored by electronic, magnetic, optical or similar means, including, but not limited to, electronic data interchange, electronic mail, telegram, telex or telecopy.

269) 법원행정처, 상계서, 40면.

270) Article 4. Definitions (d) “Originator” of an electronic communication means a party by whom, or on whose behalf, the electronic communication has been sent or generated prior to storage, if any, but it dose not include a party acting as an intermediary with respect to that electronic communication.

271) Article 4. Definitions (e) “Addressee” of an electronic communication means a party who is intended by the originator to receive the electronic communication, but does not include a party acting as an intermediary with respect to that electronic communication.

272) Article 4. Definitions (f) Information system” means a system for generating, sending, receiving, storing or otherwise processing data messages.

로그래, 전자화 또는 그 밖의 자동화된 수단으로서 시스템에 의하여 행위가 개시되거나 응답이 생성될 때 자연인에 의한 검토나 개입이 없는 것을 의미한다(협약 제4조 (g)).²⁷³⁾ 다섯째, “영업소(Place of business)”란 특정한 장소에서 재화 또는 서비스를 일시적으로 제공하는 것이 아닌 경제적 활동(행위)을 위해 상설적인(non-transitory) 설비를 유지하고 있는 장소를 의미한다(협약 제4조 (h)).²⁷⁴⁾ 영업소에 관한 정의 규정은 협약 제1조와 제6조의 적용을 보충하는 기능을 할 뿐이며, 영업소와 관련된 다른 실체법에 영향을 미칠 의도로 규정된 것은 아니다.²⁷⁵⁾

UECIC의 주요내용을 살펴보면, 전자계약협약은 전자계약으로 이루어지는 국제거래에 적용된다. 국제거래인지 여부는 계약 당사자의 국적이나 민사계약인지 상사계약인지와 같은 계약의 성격 등과는 무관하며, 거래 당사자의 영업소가 각각 다른 국가에 소재하고 있는지 여부를 기준으로 판단한다(협약 제1조 제1항, 제3항). 전자협약이 적용되는지 여부를 판단하기 위해 가장 중요한 것은 당사자의 영업소 소재지이므로, 이러한 영업소가 서로 다른 국가에 소재하고 있다는 사실이 계약 체결 전후 과정에서 공개되지 않는 경우에는 당사자의 신뢰를 보호하기 위하여 전자계약협약이 적용되지 않는다고 규정하고 있다(협약 제1조 제2항).²⁷⁶⁾ 일반적으로 전자거래(Electronic trade)의 개념은 전자계약(Electronic contract)보다 넓다고 할 것이므로,²⁷⁷⁾ 용어의 선택은 협약의 적용범위와 관련되어 있다. 그러나 전자계약협약에서는 ‘본 협약이 전자계약에 적용 된다.’고 규정한 것이 아니라 ‘계약의 성립이나 이행과 관련하여 전자적 의사표시 등이 사용된 경우’에 적용된다고 규정하고 있으므로,

273) Article 4. Definitions (g) “Automated message system” means a computer program or an electronic or other automated means used to initiate an action or respond to data messages or performances in whole or in part, without review or intervention by a natural person each time an action is initiated or a response is generated by the system.

274) Article 4. Definitions (h) “place of business” means any place where a party maintains non-transitory establishment to pursue an economic activity other than the temporary provision of goods or services out of a specific location

275) Official Records of the General Assembly, Sixtieth Session, Supplement No. 17 (A/60/17), para. 37.

276) Article 1. Scope of application 2. The fact that the parties have their places of business in different States is to be disregarded whenever this fact does not appear either from the contract or from any dealings between the parties or from information disclosed by the parties at any time before or at the conclusion of the contract.

277) 노태약, “전자문서 관련 국내 법제현황과 개선방향”, 「법학연구」 제11집, 경상대학교법학연구소, 2002. 11. 119면.

협약 명칭에서 계약이라는 용어를 사용하고 있더라도 결국 ‘전자계약’이 아니라 ‘전자거래’가 적용대상이라고 할 것이다. 즉 전자적 의사표시(청약, 승낙)에 의하여 계약이 체결된 경우 뿐 만 아니라 서면에 의해 계약이 체결된 후 전자적 형태로 채무의 이행이나 결제가 이루어진 경우에도 전자계약협약의 적용대상에 포함된다.²⁷⁸⁾ 또한 본 협약의 어떠한 규정도 전자적 의사표시 또는 계약이 어떠한 특별한 형식으로 작성되거나 증명되어야 한다는 것을 요구하지 않고 있고(협약 제9조 1), 법률이 의사표시 또는 계약이 서면으로 이루어질 것을 요건으로 정하거나 서면 흠결의 효과를 정한 경우에는 그러한 요건은 전자적 의사표시에 포함된 정보가 향후에 참조할 수 있도록 접근가능하다면(accessible so as to be usable for subsequent reference) 서면요건은 그러한 전자적 의사표시에 의하여 충족된 것으로 본다(협약 제9조 2). 전자계약협약 제19조에서는 가입국은 언제든지 제1조 제1항에 언급된 국가가 본 협약의 가입국인 경우 또는 당사자가 본 협약을 적용하기로 한 경우에만 적용된다고 선언할 수 있다고 규정하고,²⁷⁹⁾ 제21조에 따른 선언에 특정사항을 명시함으로써,²⁸⁰⁾ 이를 협약의 적용범위에서 배제할 수 있다고 규정하고 있다(협약 제19조 제2항).²⁸¹⁾ 본 협약은 중앙아프리카 공화국, 중국, 콜롬비아, 온두라스, 이란, 레바논, 마다가스카르, 몬테니그로, 파나마, 파라과이, 싱가포르, 필리핀, 러시아, 사우디아라비아 등 18개국의 서명을 하였고,²⁸²⁾ 그중 싱가포르의 경우는 2010년 7월 1일 국내법에 협약의 내용을 반영하여 개정된 법률이 시행중이며, 베트남과 파라과이는 내

278) 법원행정처, 전게 「국제규범의 현황과 전망-2008년 국제규범연구반 연구보고 및 국제회의 참가보고-」, 35면.

279) Article 19. Declarations on the scope of application 1. Any Contracting State may declare, in accordance with article 21, that it will apply this Convention only: (a) When the States referred to in article 1, paragraph 1, are Contracting States to this Convention; or (b) When the parties have agreed that it applies.

280) 협약 제21조에서 배제선언은 언제든지 할 수 있는데, 비준서 기탁시 배제선언을 한 경우에는 전자계약협약 발효와 동시에 효력이 발생되고, 협약 발효 이후 기탁처에 배제선언을 통지한 경우에는 그 통지서가 접수된 날로부터 6개월이 지난 다음달의 초일에 효력이 발생하며, 배제선언을 한 국가는 기탁처에 서면으로 언제든지 배제선언의 수정이나 철회를 할 수 있는데, 이 경우에도 역시 통지서가 접수된 날로부터 6개월이 지난 다음 달의 초일에 효력이 발생한다라고 명시되어 있다.

281) Article 19. Declarations on the scope of application 2. Any Contracting State may exclude from the scope of application of this Convention the matters it specifies in a declaration made in accordance with article 21.

282) 여기서 ‘서명’이란, 협약의 확정을 위한 의사표시 또는 국가의 기속적 동의를 표시하는 서명이 아니다. 이는 다자협약 문안의 채택에 대한 동의만을 표시하는 것으로 협약문안의 확정 또는 국가의 기속적 동의는 별도의 절차가 필요하다(외교부, 「알기쉬운 조약업무」, 2006. 31면).

부사정으로 비준은 하지 않았지만 협약의 내용을 국내법에 수용하였다. 그리고 미국의 경우는 본 협약의 서명과 비준 모두를 하지 않았지만 2010년 6월 3일 전미통일주법위원회회의의 유엔전자상거래협약이행위원회가 협약을 채택하는 경우 국제거래에 있어 국제전자계약의 불확실성을 줄일 수 있다는 지지의사를 표명하고 있다.²⁸³⁾ 또한 우리나라는 2008년 1월 15일 동 협약에 서명함으로써 향후 국회의 비준 동의를 필요 없이 협약비준 절차만이 남아 있다.²⁸⁴⁾

2. 전자상거래모델법(Model Law on Electronic Commerce)

UNCITRAL은 전자통신에 의한 국제거래가 점차 보편화됨에 따라 예상되는 법적 장애와 분쟁을 극복하기 위하여 1996년 6월에 미국 뉴욕에서 제29차 회의가 개최되어 EDI(Electronic Data Interchange) 및 관련통신 수단의 법적 측면에 관한 모델법 초안(Draft Model Law on Legal Aspects of Electronic Data Interchange and Related Means of Communication)을 심의한 끝에 전자상거래모델법(Model Law on Electronic Commerce: 이하 “MLEC”로 약칭한다)을 최종 채택하고, 12월 16일 제85차 유엔정기총회에서 이를 의결하였다.²⁸⁵⁾

MLEC는 모든 국가들이 서류에 기초한 통신문형식의 정보자료보관에 대한 대체수단으로써(법 제1조) 전자상거래에 관한 제도적 장애를 제거하여 전자문서의 사용을 규율하는 입법을 추진하는데 도움을 줄 목적으로 제정되었다.²⁸⁶⁾ MLEC 전체의 특징으로서는 다음의 세 가지를 요약할 수 있다.²⁸⁷⁾ 그 첫째, 비록 UNCITRAL에서 법조문 형식으로 제정되었지만, 여러 나라가 체결국으로서 참가하는 조약법(Convention)이 아니라 각국이 전자상거래법을 제정할 때 참고로 할 수 있는 모델법이라는 이른바 소프트법(Soft Law)의 형식을 취하고 있다. 따라서 그 자체로서는 구속력을 가지

283) 연방입법의 시행에 대한 법률제정을 통해 비자기집행적조약(non self-executing treaty)형식으로 권고하고 있다.

284) 박철우, “유엔국제전자계약협약(UN CUECIC) 수용을 위한 국내외 입법동향 및 시사점”, 한국은행금융경제국, 2011. 4, 4-5면 참조; 정연희, “소비자보호를 위한 UN전자계약협약의 검토”, 「경원법학」 제2권 제3호, 경원대학교법학연구소, 2009. 11, 179면 참조.

285) 노양재, “주요국의 전자상거래 관련 법규상 과제에 관한 우리나라의 대응전략”, 인하대학교 박사학위논문, 2003. 8, 27면 참조.

286) 김철호·윤광호, 「전자상거래(제3판)」, 삼영사, 2011, 244면.

287) 김철호·윤광호, 상계서, 245면.

는 것이 아니고, 각국에서 입법화 과정이 있어야 한다. 둘째, 모델법의 적용범위를 국제거래에 한정시키고 있지는 않다. 전자상거래는 전통적인 의미의 국경을 넘어 이루어지게 마련이므로 국제거래에 한정하여 이를 적용한다는 것은 오히려 전자상거래의 법적인 걸림돌을 늘리는 결과를 가져오기 때문이다. 셋째, MLEC는 원칙적으로 소비자보호 또는 정부기관의 관여가 문제되지 않는 순수한 상거래에 한하여 적용된다. 소비자거래 및 경매 등 공공거래절차를 적용범위에서 배제시켰으나, 통관절차를 고려하면 상거래와 공적 거래를 구별하는 것은 그다지 실용적이지 않다.

MLEC는 총 2편, 17개의 조문으로 구성되어 있으며,²⁸⁸⁾ 앞으로 예상되는 다양한 거래형태에 적용 가능성을 고려하고 있다. 본 모델법 제2조에는 데이터메시지, 전자문서교환, 작성자, 수신자, 매개자, 정보처리조직에 대한 용어를 다음과 같이 정의하고 있다. 첫째, “데이터 메시지(Data message)”란 전자문서교환(EDI), 전자우편(Electronic mail), 전신(Telegram), 텔렉스(Telex) 또는 팩시밀리(Telecopy)를 비롯한 전자적, 광학적(Optical) 기타 유사한 수단으로 작성(generate), 발신, 수령 또는 저장된 정보를 말한다(법 제2조(a)).²⁸⁹⁾ MLEC는 데이터 메시지라는 표현을 사용하고 있으나 법적으로 의미를 가지는 것은 그 안에 포함된 정보, 즉 의사표시라고 할 수 있다. 직접적으로 의사표시라는 개념은 사용하지 않지만 데이터 메시지 안에 포함된 정보는 의사표시라는 것을 알 수 있다. 이러한 의미로 본다면 데이터 메시지 안에 포함된 의사표시는 전자적 의사표시이며 그 의사표시는 작성자에게 귀속되는 바, 그 의사표시성도 인정된다. 특히 프로그램된 정보처리 장치에 의하여 자동적으로 발송되는 의사표시, 즉 컴퓨터 표시도 그 작성자에 귀속하는 것으로 규정하고 있으므로 그 의사표시성도 인정하고 있다.²⁹⁰⁾ 둘째, “전자문서교환(EDI)”이란 합의된 정보구성표준을 사용하여 하는 컴퓨터간의 정보의 전자적 이전을 말한다(법 제2조(b)).²⁹¹⁾ 셋째, 데이터 메시지의 “작성자(Originator)”란 데이터 메시지를 직접 발

288) 1편은 전자거래 일반(제1조-제15조), 제2편 특정분야의 전자거래(제16조-제17조)를 규정하고 있다.

289) Article 2. Definitions (a) “Data message” means information generated, sent, received or stored by electronic, optical or similar means including, but not limited to, electronic data interchange (EDI), electronic mail, telegram, telex or telecopy.

290) 장병주, “전자적 의사표시 개념의 입법적 검토”, 「동아법학」 제53호, 동아대학교법학연구소, 2011. 11, 267면.

291) Article 2. Definitions (b) “Electronic data interchange (EDI)” means the electronic transfer from computer to computer of information using an agreed standard to structure the

신하였거나 저장전에 생성시킨 자 또는 대리의 경우 그 본인을 말한다. 다만, 이 데이터 메시지와 관련하여 매개자로 활동하는 자는 포함하지 않는다(법 제2조(c)).²⁹²⁾ 넷째, 데이터 메시지의 “수신자(Addressee)”란 작성자가 데이터 메시지를 수령하기 바라는 자로서, 이 데이터 메시지와 관련하여 매개자로 활동하는 자를 포함하지 않는다(법 제2조(d)).²⁹³⁾ 다섯째, “매개자(Intermediary)”란 특정한 데이터 메시지와 관련하여 다른 사람을 대신하여 그 데이터 메시지를 발신, 수령 또는 저장하거나 그 데이터 메시지와 관련하여 다른 용역을 제공하는 자를 말한다(법 제2조(e)).²⁹⁴⁾ 여섯째, “정보처리조직(Information system)”이란 데이터 메시지를 생성, 발신, 수령, 저장 또는 다르게 처리하는 조직을 말한다(법 제2조(f)).²⁹⁵⁾

MLEC의 적용범위에 있어서는 모든 전자거래에 대하여 적용되지 않고 상업 활동과 관련하여 사용되는 데이터 메시지 형식의 모든 정보에 적용된다. 또한 전자상거래의 기초가 되는 데이터 메시지에 대하여 문서성을 인정하여 종이문서와 동일한 법적 효력을 부여하고 있으며(법 제5조, 제6조, 제12조), 소송절차에서 데이터 메시지의 증거능력과 증명력을 인정하고 있다(법 제9조).²⁹⁶⁾ 또한 계약은 데이터 메시지를 이용한 청약과 승낙을 통하여 체결될 수 있고, 당해 계약은 데이터 메시지로 체결되었다는 이유만으로 유효성 혹은 강제성이 부정되지 않는다(법 제11조 참조).²⁹⁷⁾ 기타의 의사표시나 표현도 데이터 메시지로 전달될 수 있다(법 제12조 참조). 이러

information.

292) Article 2. Definitions (c) "Originator" of a data message means a person by whom, or on whose behalf, the data message purports to have been sent or generated prior to storage, if any, but it does not include a person acting as an intermediary with respect to that data message.

293) Article 2. Definitions (d) "Addressee" of a data message means a person who is intended by the originator to receive the data message, but does not include a person acting as an intermediary with respect to that data message.

294) Article 2. Definitions (e) "Intermediary", with respect to a particular data message, means a person who, on behalf of another person, sends, receives or stores that data message or provides other services with respect to that data message.

295) Article 2. Definitions (f) "information system" means a system for generating, sending, receiving, storing or otherwise processing data messages.

296) 김철호·윤광호, 전게서, 245-246면 참조.

297) Article 11. Formation and validity of contracts (1) In the context of contract formation, unless otherwise agreed by the parties, an offer and the acceptance of an offer may be expressed by means of data messages. Where a data message is used in the formation of a contract, that contract shall not be denied validity or enforceability on the sole ground that a data message was used for that purpose. (2) The provisions of this article do not apply to the following: [...].

한 데이터 메시지의 작성자를 파악함에 있어서는 작성자 스스로가 송신한 경우, 작성자의 대리인에 의하여 송신된 경우, 작성자의 송신여부를 확인하기 위하여 합의된 방법에 의하여 수신자가 확인한 경우, 작성자와 관련이 있는 자 또는 대리인이 행위를 한 결과 수신자가 수신한 경우에 데이터 메시지는 작성자의 것으로 볼 수 있다(법 제13조 제1항 내지 제3항). 이 경우에 있어서 수신확인통지의 도달 전까지 송신자는 데이터 메시지의 송신을 부인할 수 있으며, 작성 수신한 것으로 추정한다(법 제14조 제4항, 제5항). 데이터 메시지의 송신시점은 작성자 또는 대리인의 지배를 벗어나 다른 정보시스템에 들어간 때이며, 수신시점은 수신자가 독자의 정보시스템을 지정한 경우와 지정하지 않은 경우로 나누어진다. 전자의 경우에 수신시점은 지정된 정보시스템에 들어오거나 다른 정보시스템에 들어간 경우에 수신자가 데이터 메시지를 취득한 시기가 되며, 후자의 경우에는 수신자의 정보시스템에 들어간 시점이 된다(법 제15조 제1항, 제2항). 현재 우리나라의 전자문서 및 전자거래기본법을 비롯하여 세계 각국에서 MLEC를 수용하여 전자상거래 관한 법률을 제정하여 시행하고 있으나 본 모델법을 그대로 수용하지 않고 자국의 실정을 감안한 법제를 마련하거나 이와는 별개로 독자적인 법제를 마련한 국가도 있다.²⁹⁸⁾

3. 전자서명모델법(Model Law on Electronic Signatures)

전자거래가 범세계적으로 확산됨에 따라 무엇보다 전자거래에 실제 활용되고 있는 전자서명 및 인증기관의 중요성이 증대되었다. 특히 전자서명과 인증기관은 나라마다 그 유형과 기술 수준 등에 차이가 있고, 이들의 역할과 책임을 규정함에 있어 각국의 법제가 서로 상이하여 국경 없는 거래를 기본 특징으로 하는 전자거래의 혼란이 우려됨에 따라 국제기구 등 다자 차원에서 해결해야 할 필요성이 시급한 과제로 대두되었다. 이에 UNCITRAL에서 1996년 5월 MLEC을 채택하면서 디지털서명(Digital Signature)과 인증기관(Certificate Authorities) 문제를 실무 작업반의 차

298) 자세한 사항에 대하여는 최준용, 「UNCITRAL 전자상거래모델법과 우리 나라의 전자거래기본법(안) 비교」, 「비교사법」 제5권 2호, 한국비교사법학회, 1998. 12, 47-48면 참조. 법무부, 「UNCITRAL 전자계약협약 비준 필요성 및 동 협약 비준시 국내법의 개정방향 연구」, 2007, 191면 이하 참조.

기의제로 결정하였다.²⁹⁹⁾ 그 후 UNCITRAL 전자상거래실무작업반에서 전자서명법 제의 통일을 위하여 전자서명통일규칙 초안(Draft Uniform Rules On Electronic Signature)을 마련하고,³⁰⁰⁾ 연구를 진행하다가 UNCITRAL MLEC에서 채택한 기술 중립성의 원칙에 따라 디지털 서명과 다른 전자서명기술의 이용을 억제하거나 제한하지 않는다는 기본 입장에서 2001년 7월 5일 UNCITRAL 전자서명모델법(UNCITRAL Model Law on Electronic Signatures)을 채택했다.³⁰¹⁾

본 모델법은 총 12개의 조문으로 구성되어 있으며 앞으로 예상되는 다양한 거래 형태에 적용 가능성을 고려하고 있다. 모델법 제1조에서는 전자서명이 상사 활동관계에서 사용되는 경우에 적용되며,³⁰²⁾ 소비자보호를 목적으로 하는 법규만을 우선하여 적용하지 않는다.³⁰³⁾ 본 모델법 제2조에는 전자서명, 인증서, 데이터메시지, 서명자, 인증서비스제공자, 신뢰하는 자에 대한 용어를 정의하고 있다. 첫째, “전자서명(Electronic signature)”이라 함은 데이터메시지와 관련하여 서명자를 확인하고 당해 데이터메시지에 포함된 정보에 대한 서명자의 승인을 나타내는 데 이용될 수 있는 데이터메시지에 포함, 첨부 혹은 논리적으로 결합된 전자적 형태의 데이터를 말한다(법 제2조(a)).³⁰⁴⁾ 둘째, “인증서(Certificate)”라 함은 서명자와 서명생성데이터 간의 관련성을 증명하는 데이터메시지 기타 기록을 말한다(법 제2조(b)).³⁰⁵⁾ 셋째, “데이터메시지(Data message)”라 함은 전자문서교환(EDI), 전자우편, 전신, 텔렉스

299) 법무부, 전계 「전자계약의 현안과 과제-UN전자계약협약을 중심으로-」, 269면 참조.

300) 이 초안에는 다양한 종류의 전자서명 모두를 포괄하는 규범을 제정하기가 어렵다는 판단에 따라 전자서명을 디지털서명(digital signature)으로 규정하여 비대칭 암호체계만을 전자서명을 정의하였다.

301) 법무부, 전계 「전자계약의 현안과 과제-UN전자계약협약을 중심으로-」, 269-270면 참조; 정철현, 「PKI 전자서명과 인증제도」, 다산출판사, 2003, 187면; 김재두, 전계 “전자상거래의 법률문제에 관한 연구-안전성 및 신뢰성 확보를 중심으로-”, 157면 참조.

302) 여기서 상사(commercial)라 함은, 계약관계 혹은 비계약 관계를 불문하고 상업적 성격의 모든 관계에서 발생하는 사항을 포괄할 수 있도록 해석하여야 한다(법무부, 전계 「전자계약의 현안과 과제-UN전자계약협약을 중심으로-」, 378면).

303) Article 1. Sphere of application This Law applies where electronic signatures are used in the context of commercial activities. It does not override any rule of law intended for the protection of consumers

304) Article 2. Definitions (a) "Electronic signature" means data in electronic form in, affixed to or logically associated with, a data message, which may be used to identify the signatory in relation to the data message and to indicate the signatory's approval of the information contained in the data message.

305) Article 2. Definitions (b) "Certificate" means a data message or other record confirming the link between a signatory and signature creation data.

또는 팩스를 포함하며 이에 한정하지 아니하고 전자적, 광학적 기타 유사한 수단에 의하여 생성, 전송, 수신 혹은 저장되는 정보를 말한다(법 제2조 (c)).³⁰⁶⁾ 넷째, “서명자(Signatory)”라 함은 서명생성데이터를 소유하고 직접 혹은 본인을 대신하여 행위하는 자를 말한다(법 제2조 (d)).³⁰⁷⁾ 다섯째, “인증서비스제공자(Certification service provider)”라 함은 인증서를 발행하는 자를 말하며, 전자서명과 관련한 기타 서비스를 제공할 수도 있다(법 제2조 (e)).³⁰⁸⁾ 여섯째, “신뢰하는 자(Relying party)”라 함은 인증서 혹은 전자서명에 의거하여 행위 할 수 있는 자를 말한다(법 제2조 (f)).³⁰⁹⁾

MLEC 제7조에서 규정하고 있는 “서명 요건”에서 정한 유연한 기준에 따른 운영의 불확실성을 기하기 위하여 수기서명의 기능적인 등가물로서 인정되기 위한 신뢰할 수 있는 기준을 제시하고 있다는 점이 특징이고,³¹⁰⁾ 기술중립주의의 원칙(Principle of media-neutrality)과 함께,³¹¹⁾ 기능적 등가물(functional Equivalents)방식에 입각하여 규정하고 있다.³¹²⁾ 본 모델법에서는 정보가 서면으로 된 것을 요구하는 경우에 데이터 메시지 안의 정보가 계속적인 열람에 이용할 수 있도록 접근 가능한 때에는 데이터 메시지는 그 요건을 충족한다고 명시하고 있다(제6조 (1)).

제10조에는 “인증서비스제공자가 활용하는 모든 시스템, 절차 및 인적 자원이 신뢰성에 있는지의 여부 또는 정도를 결정함에 있어서 (a) 자산현황을 포함한 재정

306) Article 2. Definitions (c) “Data message” means information generated, sent, received or stored by electronic, optical or similar means including, but not limited to, electronic data interchange (EDI), electronic mail, telegram, telex or telecopy.

307) Article 2. Definitions (d) “Signatory” means a person that holds signature creation data and acts either on its own behalf or on behalf of the person it represents.

308) Article 2. Definitions (e) “Certification service provider” means a person that issues certificates and may provide other services related to electronic signatures.

309) Article 2. Definitions (f) “Relying party” means a person that may act on the basis of a person that may act on the basis of a certificate or an electronic signature.

310) One of the main features of the new Model Law is to add certainty to the operation of the flexible criterion set forth in article 7 of the UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce for the recognition of an electronic signature as functionally equivalent to a handwritten signature(“UNCITRAL Model Law on Electronic Signatures with Guide to Enactment 2001”, p. 34.)<<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/ml-elecsig-e.pdf>> (2013. 6. 3방문)

311) 기술중립주의원칙(Principle of Media-neutrality)이란, 특정기술 중심이 아닌 다양한 기술을 수용(기술에 중립을 취함)하는 것을 의미하며 전자서명에서 기술중립주의는 공개키 암호화방법을 기반으로 하는 디지털서명(전자서명의 일종으로 공개키 암호방식을 이용한 방법:Michael L. Rustad·Cynus Daftary, E-Business Legal Handbook(2002 ed), New York: Aspen Law & Business A Division of Aspen Publishers, Inc. 2002. p. 165-166) 중심에서 향후 정보통신기술의 발전을 수용할 수 있도록 하기 위해 기술을 특정하지 않도록 한 1998년 10월 오타와 OECD 전자상거래 각료회의에서 “전자상거래 인증 선언”으로 채택하였다.

312) 정보통신산업진흥원, 「개정 전자서명법 해설서」, 2002, 4면.

및 인적 자원, (b) 하드웨어 및 소프트웨어 시스템의 성능, (c) 인증서 처리절차 및 인증서 신청서 및 기록 보존, (d) 인증서에 표시된 서명자와 잠재적 신뢰 당사자에 대한 정보의 제공” 등이 있다.³¹³⁾ 따라서 UNCITRAL 전자서명모델법의 경우 인증기관의 신뢰성을 판단할 수 있는 요소에 대해서만 규정하고 있을 뿐 세부적 기준에 대해서는 규정하고 있지 않다. 그리고 본 모델법은 외국에서 생성되거나 사용되는 전자서명 또는 외국에서 발행된 인증서라도 그것이 국내에서 생성 혹은 사용되는 전자서명 또는 국내에서 발행된 인증서와 실질적으로 동등 또는 그 이상의 신뢰성을 제공하는 경우에는 법률효과를 동등한 것으로 규정하고 있다. 또한 인증기관의 책임에 대해 침묵하고 있어 공인인증기관 제도를 채택하고 있는 나라가 외국 인증기관의 인증서를 국내에 수용함에 있어 어떤 절차를 거쳐 이를 받아들여야 하고, 또 그 효과는 공인인증기관의 인증서와 비교할 때 차이를 둘 수 있는지 여부에 대해 규정하고 있지 않다. 외국 인증기관의 설립 및 활동과 관련하여서도 이를 위해 정부의 공인을 받아야 하는지 여부에 대해 규정하는 바가 없다. 본 모델법의 성과는 합리적인 내용으로 각국에 관련 법의 입법 지침을 마련함으로써 불필요한 법적 장애를 제거하는데 기여했다고 할 수 있다.³¹⁴⁾ 우리나라도 본 모델법을 수용하여 기술중립주의에 입각한 전자서명법을 개정하기도 하였다.

4. 국제물품매매계약에 관한 UN협약(United Nations Conference on Contracts for the International Sale of Goods)

1930년대에 독일의 법학자인 에른스트라벨(Ernst Rabel) 등 유럽의 법률전문가들이 사법통일을 위한 국제회의(International Institute for the Unification of Private Law : UNIDROIT)의 후원아래 국제물품매매를 규율할 법률초안을 준비하였으며,

313) UNCITRAL Model Law on Electronic Signatures with Guide to Enactment 2001 Article 10. Trustworthiness For the purposes of article 9, paragraph 1 (f), of this Law in determining whether, or to what extent, any systems, procedures and human resources utilized by a certification service provider are trustworthy, regard may be had to the following factors: (a) Financial and human resources, including existence of assets; (b) Quality of hardware and software systems; (c) Procedures for processing of certificates and applications for certificates and retention of records; (d) Availability of information to signatories identified in certificates and to potential relying parties.

314) 법무부, 전제 「전자계약의 현안과 과제 - UN전자계약협약을 중심으로-」, 272면.

두 번째 단계는 1964년에 28개국이 참가한 네덜란드 헤이그 외교회의에서 국제물품 매매에 관한 통일법을 위한 협약(The Hague Convention Relating to a Uniform Law on the International Sales of Goods of 1964 : ULIS)과 국제물품매매의 성립에 관한 통일법을 위한 협약(The Hague Convention Relating to a Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods of 1964 : ULF)이 채택되었다.³¹⁵⁾ 그러나 이 두 협약은 1972년에 발효는 되었지만 국제적인 통일법으로 자리 잡지는 못하였다. 세 번째 단계는 1968년에 발족한 UNCITRAL가 ULIS와 ULF의 비준국이 많지 않은 원인을 검토하여 이를 기초로 실무위원회를 구성하여 새로운 법안 초안을 마련하였다.³¹⁶⁾ 이러한 국제사회의 각고의 노력에 힘입어 1980년 4월 10일에 개최된 비엔나 외교회의(Diplomatic Conference)에서 62개의 국가와 8개의 국제기구가 참석한 가운데 만장일치로 국제물품매매계약에 관한 UN협약(United Nations Conference on Contracts for the International Sale of Goods : 이하 CISG라 약칭한다)이 채택되었다.³¹⁷⁾

CISG는 (a) 해당국가가 모두 계약국인 경우, (b) 국제사법 규칙에 의하여 계약국법이 적용되는 경우에 영업소가 서로 다른 국가에 있는 당사자간의 물품매매계약에 적용되며(CISG 제1조 (1)) 다음과 같은 특징을 가진다.³¹⁸⁾ 첫째, 협약은 실용적 입장에서 계약중심적 접근방법을 취한다. 즉 매도인과 매수인의 의무를 정함에 있어서 당사자의 의사에 중심적 지위를 부여하고(CISG 제30조, 제53조), 계약위반에 대한 구제에 관해서도 계약위반(breach of contract)이라는 통일적 개념에서 출발하여 각 당사자가 의무를 이행하지 않는 경우의 책임을 규정한다(CISG 제45조, 제61조). 둘째, 협약은 물품의 매매라는 단일 주제를 대상으로 민·상사를 통합적으로 규율하며, 당사자의 권리·의무를 이해하기에 보다 쉬운 통일적인 규범체계를 갖고

315) 이들 협약은 독일에서는 1973년의 Einheitliches Gesetz über den internationalen Kauf beweglicher Sachen von 17. juli 1973: EKG(BGBI. I S.856; BGBI. III186-1)와 Einheitliches Gesetz über den Abschluss von internationalen Kaufverträgen über beweglicher Sachen von 17. juli 1973: EKG(BGBI. I S.868; BGBI. III187-1)로 국내법화하여 시행되었다. 1964년의 두 헤이그 협약에 관한 채택경위는 John O. Honnld, "ULIS: The Hague Convention of 1964", 30 Law & Contemp. Pr. 326, 1979 참조.

316) 오원석·하강현, 「국제물품매매법」, 박영사, 2004, 4면.

317) 이기섭, "국제물품매매계약의 해제권과 해제의 효과에 관한 연구", 성균관대학교대학원 박사학위논문, 2011. 8, 2면.

318) 지원립, 진계 "국제물품매매계약에 관한 국제연합협약과 한국의 매매법-계약의 성립에 관한 민법의 개정과 관련하여", 171-172면.

있다. 셋째, 협약은 계약의 성립과 효력을 규율할 뿐, 계약의 유효성과 물품의 소유권이전에는 적용되지 않는다(CISG 제4조). 나아가 협약은 동산의 매매에만 적용된다.³¹⁹⁾ 넷째, 계약의 해석에 관하여 1차적으로 자연적 해석에 의하되, 그에 의할 수 없는 경우에는 규범적 해석에 의할 것을 밝히고 있고(CISG 제8조), 보충적 해석은 규정하고 있지 않다. 다섯째, 협약은 관행과 관례에 대하여 개방적인 입장을 취하고 있다(CISG 제9조 참조). 여섯째, 협약은 당사자 자치의 원칙을 하고(CISG 제6조), 무방식주의(기술적중립성)를 규정하고 있다(CISG 제11조 참조). 격지자간의 국제매매의 특성을 고려하여 계약해제를 제한하고 추완을 허용하는 등 계약 유지적 입장을 취한다. CISG는 총 4편으로 구성되어 있고 총 전문의 수는 101개이다.³²⁰⁾

CISG는 상관습의 적용과 관련해서는 당사자는 합의한 관행과 당사자간에 확립된 관례에 구속되며, 별도의 합의가 없는 경우 당사자가 알았거나 알 수 있었던 관행으로서 국제거래에서 당해 거래와 동종의 계약을 하는 사람에게 널리 알려져 있는 관행은 당사자의 계약 또는 그 성립에 묵시적으로 적용되는 것으로 규정하고 있다(CISG 제9조). 계약의 성립과 관련하여서는 1인 또는 그 이상의 특정인에 대한 계약체결의 제안이 충분히 확정적이고, 승낙시 그에 구속된다는 의사가 표시되어 있는 경우 청약이라고 규정하면서, 이에 비해 불특정 다수인에 대한 제안은 제안자가 반대의사를 명확히 하지 아니하는 한 청약의 유인으로 본다고 규정하여 청약과 구별하고 있다(CISG 제14조).³²¹⁾ 계약의 해제에 대해서는 매수인은 계약 또는 동 협약상 매도인의 의무 불이행이 본질적 계약위반으로 되는 경우나 인도 불이행의 경우, 또 매도인이 매수인의 정한 부가기간 안에 물품을 인도하지 아니하거나 그 기간 내에 인도하지 않을 것을 선언한 경우 매수인은 그 계약을 해제할 수 있다

319) 국내에서 그 법적 성질이 논의되는 제작물공급계약에도 원칙적으로 협약이 적용되는 반면(CISG 제3조 제1항 참조), 소비재의 매매에는 적용되지 않는다(제2조 a호 참조). 한편 commodity, 소프트웨어 등의 매매에 적용되는지에 관하여는 논란이 있다(석광현, “국제물품매매협약 가입과 한국 법에의 수용”, 「상사법연구」 제21권 제2호, 한국상사법학회, 2002. 8, 41-42면 참조).

320) 제1편(제1조~13조)은 적용범위와 총칙, 제2편(제14조~24조)은 계약의 성립, 제3편(제25조~제88조) 물품의 매매, 제4편(제89조~제101조) 최종규정이다.

321) Article 14 (1) A proposal for concluding a contract addressed to one or more specific persons constitutes an offer if it is sufficiently definite and indicates the intention of the offeror to be bound in case of acceptance. A Proposal is sufficiently definite if it indicates the goods and expressly or implicitly fixes or makes provision for determining the quantity and the price. (2) A proposal other than one addressed to one or more specific persons is to be considered merely as an invitation to make offers, unless the contrary is clearly indicated by the person making the proposal.

(CISG 제49조 제1항).³²²⁾ 다만 매수인이 계약해제의 선언을 지체하는 경우 매도인의 위험과 비용이 불필요하게 증가하는 것을 방지하기 위하여 제49조 제2항은 매수인의 계약해제권 행사에 일정한 시간적 제약을 두고 있다. 계약의 해제는 당사자 쌍방을 계약상의 의무로부터 면하게 하며 이미 계약의 전부 또는 일부를 이행한 당사자는 상대방에게 자신의 계약상 공급 또는 지급한 것의 반환을 청구할 수 있다. 그러나 해제는 계약상의 분쟁해결조항 또는 해제의 결과 발생하는 당사자의 권리의무를 규율하는 그 밖의 조항에 영향을 미치지 못한다(CISG 제81조 제1항 참조). 본 협약의 체결국은 2013년 6월 현재 우리나라, 독일, 프랑스, 일본 등을 포함하여 79개국으로서 국제물품매매를 규율하는 국제적인 통일법으로서의 위상을 가지게 되었고 국제물품매매의 준거법으로서 법률상의 불확실성을 상당부분 해결해 줄 수 있게 되었다.³²³⁾

5. EU 전자상거래입법지침(Directive on Electronic Commerce)

유럽연합(EU)이 전자상거래에 관한 본격적 논의를 시작한 계기는 1995년에 개최된 국제정보사회 회의(Global Information Society Conference) 이후 부터이다.³²⁴⁾ 그리고 EU에 있어서 전자상거래 분야의 법적 기반을 확립하기 위한 보다 구체적인

322) Article 49 (1) The buyer may declare the contract avoided: (a) if the failure by the seller to perform any of his obligations under the contract or this Convention amounts to a fundamental breach of contract; or (b) in case of non-delivery, if the seller does not deliver the goods within the additional period of time fixed by the buyer in accordance with paragraph (1) of article 47 or declares that he will not deliver within the period so fixed.

323) 이기섭, 진계 “국제물품매매계약의 해제권과 해제의 효과에 관한 연구”, 3-4면 참조. 2013년 6월 현재 79개국의 체결국은 다음과 같다. Albania, Argentina, Armenia, Australia, Austria, Belarus, Belgium, Benin, Bosnia and Herzegovina, Brazil, Bulgaria, Burundi, Canada, Chile, China, Colombia, Croatia, Cuba, Cyprus, Czech Republic, Denmark, Dominican Republic, Ecuador, Egypt, El Salvador, Estonia, Finland, France, Gabon, Georgia, Germany, Greece, Guinea, Honduras, Hungary, Iceland, Iraq, Israel, Italy, Japan, Kyrgyzstan, Latvia, Lebanon, Lesotho, Liberia, Lithuania, Luxembourg, Mauritania, Mexico, Mongolia, Montenegro, Netherlands, New Zealand, Norway, Paraguay, Peru, Poland, Republic of Korea, Republic of Moldova, Romania, Russian Federation, Saint Vincent and the Grenadines, San Marino, Serbia, Singapore, Slovakia, Slovenia, Spain, Sweden, Switzerland, Syrian Arab Republic, The former Yugoslav Republic of Macedonia, Turkey, Uganda, Ukraine, United States of America, Uruguay, Uzbekistan, Zambia(가입순서가 아닌, Alphabet 순서다) 본 협약의 최근 가입국은 78번째 가입국이 산 마리노(2012.2.22), 79번째 가입국이 브라질(2013.3.4)이다(http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html).

324) 동회의에서 G7의 정부수반들은 중소기업(Small and Medium sized Enterprise: SMEs)을 위한 전자상거래(Global Marketplace for SMEs)를 포함한 11개 국제적 계획안을 발의하였다.

결과는 1999년 2월에 위원회에 의하여 행해진 역내시장에 있어서 전자상거래의 법적 측면에 관한 유럽의회를 위한 제안 및 이사회 입법지침의 제안(Proposal for a European Parliament and Council Directive on certain legal aspects of electronic commerce in the internal Market)이라고 할 수 있다.³²⁵⁾ 그 후 2000년 6월 8일자로 전자상거래입법지침(Directive on Electronic Commerce)이 마련되었고 주요내용은 다음과 같다.³²⁶⁾ 동 지침 제1조는 “회원국 사이 정보사회 서비스의 자유로운 이동을 보장함으로써 내부 시장의 적절한 작동에 공헌하는 것을 노력한다.”고 규정하고 있다. 또한 동 지침 제9조 제1항에는 “회원국은 그들의 법률 시스템이 계약이 전자적 방법으로 체결되는 것을 허용할 것을 보장하여야 한다. 회원국은 특히 계약상 과정에 적용 가능한 법적 요구가 전자 계약의 사용을 위한 장애를 창조하지 않으며 전자적 방법에 의해 만들어졌다는 이유 때문에 법적인 효과 및 타당성이 박탈되는 결과를 초래하지 않을 것을 보장하여야 한다.”고 명문화 되어 있다. 그러나 제9조 제2항에는 회원국은 (a) 임대 권리를 제외하고, 부동산에 있는 권리를 창조하거나 이전하는 계약, (b) 법률에 의한 법원, 공권력 또는 공권력을 행사하는 직업의 포함을 요구하는 계약, (c) 무역, 사업 또는 직업 이외의 목적을 위하여 활동하는 사람에 의해 제공되는 부여된 보증과 부수적 보장에 관한 계약, (d) 가족법 또는 상속법에 의하여 지배되는 계약은 계약의 전부 또는 특정계약에 적용되지 않을 것을 규정하고 있다.³²⁷⁾ 동 지침 제11조 제2항에서 소비자가 아닌 당사자에 의해 다르게 동의된 경우를 제외하고, 회원국은 서비스 제공자가 서비스의 수신자에게 주문의 발주 이전에 신분을 확인하고 입력 과실을 정정하는 것을 허용하는 것은 적합하고, 효과적이며, 접근 가능한 기술적 방법을 사용하도록 보장되어 있다. 그러나 제11조 제3항에서 전자우편이나 이용 또는 이와 동등한 개별통신의 교환에 의해서만 체결되는 계약의 경우에는 적용되지 않는다고 명시되어 있다.³²⁸⁾ 본 지침을 수용하여 영국, 아일랜드 등 많은 국가들이 관련 법률들을 제·개정하였다.

325) 진정기·채형복, “유럽전자상거래시장의 형성을 위한 법적 문제점의 해결: ‘EU 전자상거래 지침’의 채택”, 『무역학회지』 제25권 제3호, 한국무역학회, 2000. 9, 3-4면.

326) 조창현, 『EU규제지침』, 방송위원회, 2006, 3면 이하.

327) 조창현, 상계서, 33면.

328) 정완용, 전계서, 16면.

6. EU 전자서명입법지침(EU Electronic Signature)

EU는 1999년 12월 13일부로 전자서명입법지침(EU Electronic Signature)을 채택하였다.³²⁹⁾ 주된 내용을 간략히 살펴보면 사전적 인증서비스 인가 금지, 검열을 위한 고유한 시스템 창설 및 자발적 인정제도의 도입에 근거한 전자서명 제도의 구조적 변경에 대한 요구,³³⁰⁾ 공인 전자서명의 법적 효력 규정,³³¹⁾ 인증기관의 책임과 손해배상,³³²⁾ 국제적 인증서비스 규정, 개인정보보호 등으로 구성되어 있다.³³³⁾

한편 동 지침은 전자서명의 기술방식을 디지털서명방식 외에 여하의 전자서명기술을 공히 인정하고 있으며, 다른 전자적 데이터에 부착되거나 논리적으로 결합된 전자형식의 데이터로 규정하고 있다. 아울러 동 지침은 EU 역내 어느 회원국의 것인지를 묻지 않고 전자서명에 대한 법적효력을 인정하기 위한 통일적 기준을 제시하고 있어 전자문서에 대한 법적 효력 인정에 대한 법적 근거가 되고 있다.³³⁴⁾ 그러나 인증서비스제공자에 대한 요건에는 인증서비스를 제공하는 데 필요한 신뢰성을 증명하기 위해서 ① 인증기관이 운영에 적절한 주체인지 여부, ② 인증기관이 재정적으로 그 업무를 계속 수행할 수 있고, 그 의무를 충족할 수 있는지 여부, ③ 인증기관의 기술적 시스템이 충분한 질적 수준을 갖추고 있는지 및 적절하게 유지되고 있는지 그리고 업데이트 되고 있는지 여부를 언급하고 있다.³³⁵⁾ 이는 동 지침이 지

329) 이 지침은 2000년 1월 19일 발효되었으며, 유럽연합회원국들은 발효일로부터 18개월 이내, 즉 2001년 7월 19일까지 이 지침의 내용을 자국법으로 이행하여야 한다고 규정하고 있다(정완용, 전게서, 110면 참조).

330) 자발적 인정(voluntary accreditation) 이라 함은, 인증서비스의 제공에 특별한 권리의무를 정하고 그 준수를 감독할 임무를 맡은 공공 혹은 민간단체가 해당 인증서비스 제공자가 신청에 따라 허용되는 인증서비스의 제공에 특별한 권리와 의무를 정하는 허가를 말한다.

331) EU전자서명입법지침 제5조에서는 고급전자서명(Advanced Electronic Signatures: 인증기관이 발급하고 안전한 서명생성장치에 의하여 생성되는 공인인증서에 의하여 서명자의 신원의 동일성을 확인할 수 있는 전자서명)은 수기서명이 종이문서에서 서명요건을 충족하는 것과 같은 방식으로 전자문서와 관련하여 서명으로서의 법적요건을 충족하는 것을 회원국이 보장하여야 한다고 규정하고 있다(이정현, 전계논문, 69면 참조).

332) 인증서 소지인과 인증기관 사이에는 계약관계가 있기 때문에 양자간의 책임문제는 계약에 의하여 정하여 지게 된다. 유럽 및 영국법상 이러한 계약은 소비자보호관계법 또는 면책규정에 관한 적용을 받게 되어 소지인이 보호된다(유럽연합 ‘소비자계약에 있어서 불공정 계약조건에 관한 지침’(EC Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts Directive 93/13/EEC, OJ L 95, 21 April 1993).

333) 정완용, 전계 “개정 전자서명법의 비교법적 고찰 - 우리나라와 유럽의 전자서명법제를 중심으로 -”, 10-11면; 심종석·정희원, “전자서명 관련 법제의 개선과제에 관한 일고찰”, 「인터넷전자상거래연구」 제10권 제2호, 한국인터넷전자상거래학회, 2010. 6, 62면 참조.

334) 심종석·정희원, 상계논문, 62면.

침으로서 역할을 수행하기 위해서이며 또한 유럽의 역내시장 내에서 각국의 자발적 인정제도의 시행을 유도하기 위해서 각국의 전자서명관련 국내법에 자유롭게 명시하도록 유도하고 있다. 본 지침을 충실하게 반영한 입법례는 독일 전자서명법이며 자국 사정을 고려하여 이행한 입법례는 영국 전자통신법(The Electronic Communications Act 2000 UK) 및 전자서명규칙(The Electronic Signatures Regulations 2002 UK)), 그리고 정보기술에 대한 증거법 적용 및 전자서명에 관한 법률(Adaptation du droit de la preuve aux technologies l'information et signature lectronique), 오스트리아의 서명법, 아일랜드의 전자서명입법, 벨기에의 전자서명이용에 관한 법률, 네덜란드의 정보 Highway를 위한 입법, 룩셈부르크의 전자서명법에 관한 법률, 스페인의 전자서명법, 포르투갈의 디지털 서명법 등이 있다.³³⁶⁾

제2절 주요 국가의 입법례

1. 미국

(1) 통일전자거래법(Uniform Electronic Transactions Act)

통일전자거래법(Uniform Electronic Transactions Act, 이하 'UETA'라 한다)은 전자기록(electronic records)과 전자서명(electronic signature)을 일반적인 서면(document)과 수기에 의한 서명과 법적으로 동등한 것으로 취급하기 위한 것으로서 이들이 법적 효력을 가지도록 통일적인 표준을 제공하는 것을 목적으로 1999년 미국의 법률가 조직인 통일주법전국위원회(The National Conference of Commissioners

335) EU Directive for Electronic Signature, 부록(Annex)II, (적격 인증서를 발급하는 인증서비스제공자에 대한 요건(requirements for certification-service-providers issuing qualified certificates)).

336) 정완용, 전게 “개정 전자서명법의 비교법적 고찰-우리나라와 유럽의 전자서명법제를 중심으로-”, 5면; 강제성, “전자서명에 관한 각국의 입법동향”, 「법학논총」 제21집, 전남대학교법학연구소, 2001. 7, 443면 이하.

on Uniform State Laws : NCCUSL)에 의하여 입안하여 UETA를 제정하였다.³³⁷⁾ UETA의 적용범위는 영업행위, 상거래 또는 정부의 업무와 관련한 2인 이상의 당사자 간의 발생하는 하나 또는 일체의 행위로서 그 거래를 제한하고 있다. 즉, 모든 서면과 서명에 적용되는 것은 아니며 거래와 관련된 전자기록과 전자서명에만 적용된다.³³⁸⁾ UETA는 첫째, 기본적으로 그 매체나 수단에 따라 기록, 서명, 계약에 영향을 미치지 않도록 하는 입장을 취하고 있다. 이에 따라 UETA는 기록이나 서명이 전자적인 형태로 되어 있다는 것만을 이유로 하여 그 법적 효력이나 집행력이 부인되어서는 안 된다고 규정하고 있다(UETA, 제7조 (a)). 또한 계약의 체결에 있어서 전자기록이 사용되었다고 해서 계약의 법적 효과나 집행력이 부인되어서는 안 된다고 규정하고 있다(UETA, 제7조 (b)). 둘째, 전자기록이나 전자서명이 어떠한 경우에는 그 사람에게 귀속된다고 규정하여 발생된 효력의 귀속주체를 명시하고 있다(UETA, 제9조 (a)). 셋째, UETA 제10조에서는 전자기록의 변경이나 오류의 효과에 대해 규정하고 있다. 전자기록의 변경이나 오류의 발생에 대해서는 당사자의 약정이 있다면 우선적으로 그것이 적용된다. 그러나 약정이 없는 경우에는 주로 주의의무위반이라 과실판단에 따라 유책한 당사자가 변경과 오류발생에 따른 불이익을 부담하게 된다.³³⁹⁾ UETA, 제10조 1항에서는 “당사자쌍방이 변경이나 오류를 검색하는 보안절차의 사용에 합의하고, 일방당사자는 그 절차를 준수한 반면 타방당사자는 그러하지 않고, 만약 절차를 준수했다면 타방 당사자도 변화나 오류를 찾을 수 있었던 경우에는 변경되거나 오류가 발생된 전자기록의 효과는 그 검색 절차를 준수한 당사자에 의해 부인될 수 있다.”라고 규정함으로써 오류검색절차의 준수유무에 따라 과실을 판단하고, 오류검색 절차를 준수하지 않은 자에게 변경이나 오류에 따른 결과를 부인할 수 없도록 하고 있다. 넷째, 기록이나 서명이 전자적인 형태로 되어 있더라도 증거로서 배제될 수 없다(UETA, 제13조). 다섯째 수신자의 정보

337) 최문기·김형남, 「미국법강의」, 세종출판사, 2001. 24면; 이대회, 「미국의 인터넷 법제에 관한 고찰」, 한국법제연구원, 2001, 20면 참조.

338) UETA, Section 3 : Scope 참조.

339) 이대회, 전계서, 20-25면 참조; 김은영, “우리나라 전자상거래 관련법과 미국 통일전자거래의 비교 연구”, 「무역학회지」 제26권 제4호, 한국무역학회, 2001. 9, 110면 참조; “Electronic record” means a record created, generated, sent, communicated, received, or stored by means(Section 2.(7)), “Electronic signature” means an electronic sound, symbol, or process attached to or logically associated with a record and executed or adopted by a person with the intent to sign the record(Section 2.(8)).

처리시스템에 진입한 것만으로 수신한 것을 다루지 않고 수신후 ‘검색할 수 있을 때’ 수신한 것으로 다루고 있다(UETA, 제15조).³⁴⁰⁾

(2) 연방전자서명법(Electronic Signatures in Global and National Commerce Act)

미국의 클린턴 대통령은 2000년 6월 30일 연방 전자서명법(Electronic Signatures in Global and National Commerce Act : 이하 ‘E-Sign Act’라 한다.)에 서명함으로써 E-Sign Act은 2000년 10월 1일 발효하게 되었다. E-Sign Act은 “계약은 서명되어야 하거나 문서는 문자화 되어야 한다.”는 법률상 요건이 전자적으로 서명된 계약 또는 전자문서에 의하여도 충족될 수 있도록 한다는 법률적 기반을 마련하였다.³⁴¹⁾ 이 법은 지금까지 많은 주에서 전자서명 관련법을 제정하여 전자거래 및 전자서명을 개별적으로 규율해 오던 것을 연방정부 차원에서 입법적 통일을 도모하였고 국가간 통상을 위한 전자서명의 유효성 선언, 전자적으로 서명된 문서와 거래행위의 법적 효력 부인 금지, 전자기록의 문자화, 전자서명방식에 의한 재화 및 서비스를 교역함에 있어서의 국내·외적 방해요인 조사 요구 및 모든 기술체계를 포괄하고 있다는데 그 의의가 있다.³⁴²⁾ E-Sign Act은 주(州) 간의 또는 외국과의 거래에 있어서 서명, 계약과 관련하여 전자적 형태라는 이유만으로 그리고 전자서명 또는 전자기록물이 그 형식으로 사용되었다는 이유만으로 법적 효과, 유효성 또는 이행성이 부정될 수 없다(E-Sign, 101, (1) (2)).

한편 E-Sign Act는 “전자기록 또는 전자서명을 작성, 저장, 생성, 수령, 통신 또는 확인기능을 수행하기 위해 특정기술 또는 기술적 명세(明細)의 의행 또는 적용을 요구하거나 또는 이와 관련하여 법적 지위 또는 효과를 부여하지 않는다.”고 규

340) 그러므로 의사표시가 상대방이 검색할 수 있는 때가 되기 전의 위험부담에 대하여는 발신자가 부담한다.

341) 따라서 이 법은 미국내에서 디지털서명(digital signature)은 종이와 잉크 방식으로 행하여진 전통적 서명에 상응하는 법적 효력이 있다는 것을 명시하여 전자적 매체에 대하여 종이매체와 동일한 법적 효력 및 집행가능성이 부여 되었다(Marianne Menna, "From Jamestown to the Silicon Valley, Pioneering a Lawless Frontier: The Electronic Signatures in Global and National Commerce Act", 「Virginia Journal of Law and Technology」, Summer 2001, p. 1); 정철현, 전제서, 207면에 의하면 E-Sign Act는 크게 전자상거래의 전자기록과 전자서명, 전자기록의 이전, 국제적 전자상거래의 촉진, 온라인 어린이 보호위원회의 4부분으로 나누어진다.

342) 권태웅, “미국의 전자정부법제와 추진전략”, 「법제」, 통권 제554호, 법제처, 2004. 2, 16면 참조.

정하고 있다(E-Sign, 104, (2) (iii)). 즉 전자기록을 전자적 수단에 의하여 작성, 생성, 발송, 전달, 수령 또는 저장되는 계약서나 기타 기록물을 정의하고 있는데 전자 기록이나 전자서명에 관하여 정부의 규제보다는 시장경쟁원리와 민간자율에 의한 규제를 지원하기 위한 기술중립적 입장을 취한다(E-Sign, 106, (4)). E-Sign Act 제3편에서는 국제 전자상거래의 촉진을 위하여 국제거래에서 전자서명 사용의 규제 원칙을 정하고 있다. E-Sign Act는 국제 전자상거래의 촉진을 위하여 ‘국제거래에서 전자서명 사용의 규율을 정하고 있는데 그 내용은 첫째, UNCITRAL 모델법이 수용하고 있는 등기능적 접근방식(The functional - equivalent approach)에 기초하여 전자상거래에 있어 전자문서의 활용에 따른 법적 장애를 제거한다. 둘째, 상거래 당사자 간에 이러한 기술과 이행모델이 인정되고 또한 이행되어야 한다는 확신을 갖고 상거래 과정의 적절한 진정성 확인기술과 이행모델을 당사자 자치에 의하여 결정하도록 허용한다. 셋째, 상거래 당사자 간에 전자문서의 진정성 확인과 전자서명의 유효성이 적합한 절차와 정보시스템에 의하였다는 사실을 법원 또는 기타 절차에서 입증하기 위한 기회를 갖도록 허용한다는 등으로 요약된다(E-Sign, 301).³⁴³⁾

(3) 통일컴퓨터정보거래법(Uniform Computer Information Transaction Act)

통일 컴퓨터 정보거래법(Uniform Computer Information Transaction Act : UCITA)는 미국 변호사협회(American Bar Association : ABA) 산하의 한 소위원회의 연구로 시작되어 동 소위원회는 소프트웨어라이선스 전반을 취급하는 거래에 있어 명확성과 확실성이 시급히 요구된다는 결론을 내리고 NCCUSL에 통일법을 만들 것을 권고하였다. 그 후 NCCUSL은 1999년 7월 23일부터 30일까지 연차총회(덴버)에서 UCITA의 제정을 승인하였다.³⁴⁴⁾ UCITA는 정보의 거래라는 새로운 유

343) 심종석, “국제상거래에 있어 전자계약의 성립에 관한 연구”, 성균관대학교대학원 박사학위논문, 2003. 8, 46-47면.

344) UCITA의 제정초기에는 컴퓨터정보에 대한 거래에 관하여 UCC(Uniform Commercial Code)의 물품매매(제2편)와 리스거래(제2A편)에 이어 제2B편을 추가하는 형태로 논의가 시작되었으나, 컴퓨터정보와 라이선스로 특징지어지는 새로운 형태의 거래를 물품매매에 관한 UCC 제2편과 범주에 두기는 어렵다고 판단하여 현재와 같은 독립된 입법의 형태로 이루어지게 되었다(한병완, “미국통일컴퓨터정보거래법(UCITA)의 국제적 활용에 관한 연구”, 성균관대학교대학원 박사학위 논문, 2003. 8, 36면).

형의 거래를 규정하기 위한 법률로서 컴퓨터 소프트웨어 및 디지털 정보의 매매계약, 유지관리, 라이선싱, 판매·개발 등의 모든 계약에 연관될 수 있는 법률이다.

UCITA의 적용범위는 소프트웨어 라이선스 계약 뿐만 아니라 컴퓨터 정보 및 정보재산권(Information property right)의 거래를 포함하고 있다(UCITA, Section 103, (1)). 다만 거래의 종류 및 법적 성질은 유체물의 매매와는 다른 무체물의 라이선스(license)를 대상으로 한다(UCITA, Section 102, (40)). 동 법의 대상이 되는 정보의 범위에 대해서는 “데이터, 텍스트, 이미지, 음성, 마스크 작업(mask works),³⁴⁵⁾ 컴퓨터 프로그램 및 그 수집 및 집계”라고 규정(UCITA Section 102, (35))한 바에서와 같이 상당히 광범위한 종류의 정보와 소프트웨어 등의 정보재산권을 적용대상으로 하고 있다. UCITA에는 특별히 자동화된 거래(Automated transaction)와 전자적 대리인(Electronic agent)에 대한 개념을 정의하고 있다. 전자는 “통상적으로 개인이 사전에 검토하지 아니한 거래로 일방 또는 쌍방의 전자적 조치에 의하여 전부 또는 일부로 계약이 체결되는 거래”로 규정하고 있고,³⁴⁶⁾ 후자는 “메시지 또는 이행에 대하여 조치 또는 회신하는 시점에서 개인의 검토 또는 조치 없이 그 자를 대신하여 조치를 취하거나 또는 전자문서나 이행에 답변하기 위하여 개인이 사용하는 컴퓨터 프로그램 또는 전자적 또는 기타 자동화된 수단을 의미한다.”고 정의하고 있다.³⁴⁷⁾

UCITA는 인터넷 전자상거래에 있어서 전자적 대리인에 의한 계약체결이 증가하고 있고 계약의 성립여부가 확인되기도 전에 이행이 이루어지고 있어 이러한 전자상거래의 특징을 반영하여 제203조에서 중요부분의 합의만으로 계약이 성립하는 다층적 계약(Layered contracting) 개념을 인정하고 있다. 또한 E-Sign Act와의 관계에서 동법 제102조와 요건에 일치하면 E-Sign Act를 대체, 변경 또는 제한하고 있

345) 마스크 작업(mask works)이란, 컴퓨터 중앙처리장치(central processing unit : CPU)내에 들어 있는 레지스터(register)의 하나인 누산기(accumulator)에 저장된 자료의 일부를 특정의 기억장소나 레지스터에 있는 자료로 대치하는 것, 1개의 단어나 일련의 단어에서 몇 개의 문자를 추출해내는 과정, 끼어들기를 막기 위한 내부프로그램 제어과정 등의 다양한 정의가 있다. 일반적으로 마스크 작업은 화상을 어떤 목적(예컨대 화질의 향상 등)으로 수정하기 위하여 원래의 화상에 가하는 조작의 의미로 사용된다.

346) UCITA, Section 102, (7) : “Automated transaction means a transaction in which a contract is formed in whole or part by electronic actions of one or both parties which are not previously reviewed by an individual in the ordinary course.”

347) UCITA, Section 102, (27) : “Electronic agent means a computer program, or electronic or other automated means, used by a person to initiate an action, or to respond to electronic messages or performances, on the person’s behalf without review or action by an individual at the time of the action or response to the message or performance.”

으며, 거래수단의 측면에서는 전자적 방식에 의한 계약체결, 책임귀속 등을 규정한 UETA와 구별되고 있다.³⁴⁸⁾

2. 독일

(1) 방식규정현실화법(Das Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr)

전자적 의사표시는 원칙적으로 법질서 속에서 입증 가능하고 그리고 방식에 적합한 것으로 승인되어야 한다는 유럽연합 전자상거래입법지침을 수용하기 위하여 독일 연방정부는 인터넷에 의한 계약체결과 관련된 사법상의 규정을 두기 위한 방식규정현실화법을 입안하였다.³⁴⁹⁾ 우선 방식규정현실화법은 전자적 의사표시는 원칙적으로 법질서에 있어서 입증 가능하고 그리고 방식에 적합한 것으로 승인되어야 한다는 유럽연합 전자거래지침에 따라 독일 연방정부는 사법상 인터넷에 의한 계약체결과 관련된 규정을 두기 위하여 입안 하였다.³⁵⁰⁾ 이 법률안은 2000년 9월 6일 연방각료 회의에서 의결되어 연방의회에 제출되었으나,³⁵¹⁾ 전자적 방식은 전자서명법 및 전자서명법시행령과 밀접한 관련을 가지고 있어 계속 논쟁되었다.³⁵²⁾ 그러다 2001년 3월 11일 연방의회에서 “현대적 법률거래에서 사법의 방식규정 및 다른 규정의 현실화에 대한 법률”로 수정되어 의결되었고,³⁵³⁾ 2001년 8월 1일부터 시행되고 있다. 독일

348) Joseph A. Zavaletta & Edward B. Hymson, The “Webolution” of Commercial sales, Computer Law Review & Technology Journal, Southern Methodist University School of Law, Spring 2002, p 259; 정진명, 전계 “전자거래 규정의 민법 편입”, 61면.

349) Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr vom 6. September 2000.

350) 법무부, 전계 「전자거래 규정의 민법 편입」 4-5면 참조.

351) BT-Drs. 14/4987.

352) 이에 대하여는 정진명, 「가상공간법 연구(1)」, 법원사, 2003, 425면 이하; Roßnagel, “Das Neue Recht elektronischer Signaturen”, NJW 2001, 1818; Scheffler · Dressel, “Vorschläge zur Änderung zivilrechtlicher Formvorschriften und ihre Bedeutung für den Wirtschaftszweig E-Commerce”, CR 2000, 382; Vehslage, “Das geplante Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsverkehr”, DB 2000, 1803.

353) Das Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr (BGBl. 2001 I S. 1542).

은 이 법률을 통하여 전자적으로 체결된 계약의 유효성에 대한 요건을 해결하고 있다.³⁵⁴⁾ 이 법은 소위 “문서방식”(Textform)이라는 새로운 방식을 도입하였다. 이는 통상의 종이문서뿐만 아니라 전자문서를 통하여 서면방식을 완화한 것이다.³⁵⁵⁾ 즉 문서방식은 단지 읽을 수 있는 기호로 고정된 표시 또는 통지를 요구하고, 자필서명은 포기할 수 있다.³⁵⁶⁾ 이는 자필서명의 요구가 부적합하고 거래를 어렵게 하는 경우를 상정하였으며, 현저한 입증의 효과가 없어도 소급할 수 없는 법률효과를 부여한다.³⁵⁷⁾ 이러한 문서방식은 독일민법 제410조 제2항, 제416조 제2항 제2문, 제541조의b 제2항 제1문, 제552조의a, 제651조의g 제2항 제3문에 도입되었다. 또한 방식 규정현실화법은 소위 “전자적 방식”(Elektronischer Form)이라는 새로운 개념도 도입하였다. 전자적 방식은 법률행위의 당사자가 특정 방식으로 전자적 계약에 합의하는 경우 법적으로 준비된 행위의 선택에 기여한다.³⁵⁸⁾ 즉 전자적 방식은 유체성의 표시를 포기할 수 있으나 문서에 대한 디지털서명을 요구한다. 그러므로 법적으로 규정된 서면방식(Schriftform)을 전자적 서명으로 대체하는 경우 표의자는 문서에 자신의 이름을 추가하여야 하고, 전자서류를 전자서명법에 따른 디지털서명으로 처리하여야 한다. 따라서 디지털서명은 법률에 배제규정이 없는 한 자필서명의 대체물이며,³⁵⁹⁾ 이러한 규정에 반하면 방식이 요구되는 규정은 독일민법 제125조에 따라 무효이다. 여기서 방식규정의 적용을 배제하는 규정으로는 독일민법 제623조, 제630조, 제766조 제1항, 제780조, 제781조 제1항이 있다.

(2) 채권법현대화법(Das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts)

2000년 6월 8일 유럽연합 전자상거래입법지침 제10조, 제11조 및 제18조에 따라 채권법현대화법으로 새로이 제정되는 독일민법에 새로운 의무를 규정하였다.³⁶⁰⁾ 즉

354) 이에 관해서는 Hänchen, “Das Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr”, NJW 2001, 2831; Steinbeck, “Die neuen Formvorschriften”, DStR 2003, 644.

355) Entwurf-Begründung, S. 3.

356) Entwurf-Begründung, S. 5.

357) Entwurf-Begründung, S. 20ff.

358) Entwurf-Begründung, S. 3.

359) Entwurf-Begründung, S. 8.

360) 법무부, 전제 「전자거래 규정의 민법 편입」, 8면.

본 지침은 전자적으로 체결되는 계약에 있어서 서비스제공자의 정보제공의무(제10조), 이용자의 전자적 방법에 의한 주문에 대한 원칙(제11조), 소비자 이익 보호를 위한 부작위소송 가능성(제18조)을 내용으로 하고 있다. 그리하여 채권법현대화법 제305조의b는 전자적 주문에 있어서 서비스제공자의 정보제공의무를 규정하였다.³⁶¹⁾ 이 법은 2001년 10월 11일 연방의회에서 의결되어 2002년 1월1일부터 시행되고 있다.³⁶²⁾ 독일 채권법현대화법에 의거하여 독일민법 제312조의d 내지 제312조의f 규정과 제355조 내지 제359조의 규정이 신설되거나 개정되었다. 이 규정들은 과거 독일통신판매법(Gesetz für Fernabsatzverträge)에서 편입된 것이지만, 과거 독일통신판매법이나 현행 독일민법상 통신판매계약의 요건에 필수적인 “원격통신수단”(Fernkommunikationsmittel)에는 “정보통신 및 미디어서비스”(Tele- und mediendienste)가 포함되므로 당연히 전자거래도 규율의 대상이다. 그리고 독일민법에서 전자거래라는 용어를 사용하고 있는 제312조의e가 있다. 이는 유럽연합 전자거래지침을 수용한 것으로서 독일민법전에 전자거래라는 용어를 사용하고 있다. 즉 제312조의e 제1항은 “전자거래에 의한 계약”(Vertrag im elektronischen Geschäftsverkehr)을 “사업자가 물품의 인도 또는 노무급부의 실행에 관한 계약을 체결하기 위하여 사업자가 정보통신 및 미디어서비스를 이용한 경우”를 말한다고 규정한 동시에, 전자거래에 국한하여 사업자에게 다양한 의무를 부과하고 있다. 이는 실질적으로 전자거래만을 규율하기 위한 유일한 규정이라고 볼 수 있으며, 다만 이 규정은 독일민법 자체의 필요에 의해 신설된 것이라기보다는 유럽연합 회원국 차원의 국제적 의무를 이행한 결과라고 볼 수 있다.³⁶³⁾

(3) 디지털서명법(Gesetz zur digitalen Signatur)

1997년 6월에 정보서비스 및 통신서비스에 관한 조건 규제법(Gesetz zur Regelung

361) 이에 대한 자세한 내용은 Hoeren, “Der Vertragschluss im Internet und die digitale Signatur”, Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, 2001, 315ff.

362) Das Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts vom 11. Oktober 2001(BGBl. 2001 I S. 3138).

363) 오병철, 전계, “전자거래규정의 민법예외 편입”, 124면; 박규용, “독일채권법현대화법률에 있어서 급부장애법의 개관”, 「법학연구」 제13집, 한국법학회, 2003. 12, 164-165면.

der Rahmenbedingungen für Informationsund Kommunikationsdienste)의 일부로서 디지털 서명법(Gesetz zur digitalen Signatur)이 제정되어 같은 해 8월 1일부터 시행되었다. 이 법은 네트워크와 디지털콘텐츠에 대한 구체적인 법률을 제정하게 할 뿐만 아니라 디지털 경제에 적용중인 규칙의 적용을 보장하고, 특히 유럽연합 전자상거래입법지침을 수용하기 위하여 제정되었다. 그리고 적용범위는 공법 및 사법 영역 전부이며 소관부처는 연방 경제부 산하 통신·우편감독청으로 되어 있다. 이어서 전자서명법 시행을 위한 전자서명 시행령(Verordnung zur digitalen Signatur)을 발표하였다. 시행령에는 인증기관의 의무와 요구사항 뿐만 아니라 전자서명 인증서를 발급하기 위해 사용되는 최소한의 기술적 요구사항을 정의하였다. 또한 2007년 7월, 구성요소에 대한 기술적 요소들을 국제 공동 평가기준을 근간으로 재작성하여 개정하였으며, 2001년 5월 전면 개정된 전자서명법(Gesetz über Rahmenbedingungen für elektronische Signaturen)을 시행하였다. 그 후 2005년에는 2회의 개정이 있었으며, 2007년 다시 개정되었다. 그러나 독일의 디지털서명법은 전자서명의 효력에 대하여 규정하지 않음으로써 문제를 야기할 수도 있다는 단점이 있다. 이러한 불완전한 입법의 문제로 이후 민법을 비롯한 관련 법률의 개정이 필요하다.³⁶⁴⁾ 독일 전자서명법은 경제적 요청을 수용하여 전자서명법의 요구를 충족시킬 수 없는 다른 전자서명 절차도 인정하고 있다. 즉, 동법에 따르면 법률규정에 의하여 달리 규정되지 않는 한도에서 특정 전자서명은 그 사용이 자유롭다. 그리고 법률규정은 공법적 행정행위를 위하여 발전적인 전자서명의 배치를 추가적으로 요구할 수 있도록 하였다. 다만 이러한 요구는 객관적이고, 상당성이 있으며, 차등이 없어야 하고 당면한 적용의 특별한 표지에 대하여만 관련시킬 수 있도록 하는 요건을 부가하고 있다.³⁶⁵⁾ 독일 전자서명법상으로 인증기관이 수행하는 역할의 중요성을 고려하여 공인인증기관의 공인전자서명(qualifizierte elektronische Signaturen)만을 법적으로 인정한다. 즉 전자서명법은 인증서비스제공자가 법률에서 달리 규정하지 않는 한, 공인인증서 신청인에게 공인전자서명이 법률관계에서 자필서명과 동일한 효력을 가진다는 사실을 알려야 한다고 규정하고 있어 간접적으로 공인전자서명의 법적 효력이 자필서명과

364) 이정현, 전제논문, 75-76면 참조.

365) 독일 전자서명법 제1조 (2)항 및 (3)항.

동일하다는 것을 규정하고 있다.³⁶⁶⁾

3. 프랑스

프랑스는 유럽연합 전자거래지침을 수용하여,³⁶⁷⁾ 2004년 6월 21일 시행된 “전자경제에서의 신뢰에 관한 법률”(Law on Confidence in the E-economy)에 따라 전자거래를 규율하고 있다. 이 법률은 전자적 수단에 의해 계약이 체결되더라도 전통적인 수단에 의한 계약의 체결과 동일하게 다루도록 하여 전자거래의 법적 장애를 제거하였다. 이 법률의 시행에 의하여 프랑스 민법전에도 전자거래와 관련된 규정이 편입되게 되었는데, 그 특징은 전자거래에 관련된 사항을 적극적으로 승인하는 것뿐만 아니라 전자적 방법으로는 불가능한 배제조항을 일반적으로 신설한 것이다.

프랑스민법 제1108-1조에서는 서면이 요구되는 경우에 제1316-1조와 제1316-4조에 따른 전자문서에 의해서도 가능하다고 하여 일반적으로 전자문서의 효력을 인정하되, 다만 제1108-2조에서는 전자거래로 체결될 수 없는 두 가지 종류의 합의를 명시하고 있다. 여기에 해당되는 합의는 친족상속법상의 약정(유언을 포함)과 인적·물적 담보에 관한 합의로서 전자적 방식으로는 불가능 하도록 하였다. 또한 서증에 관한 프랑스민법 제1316-1조 내지 제1316-4조에서는 전자문서와 전자서명의 유효성을 인정하는 규정을 두고 있다. 이와 같이 프랑스 민법에서도 전자문서, 전자서명, 전자거래에 관한 규정을 민법전에 포섭시키고 있다. 뿐만 아니라 사회변화가 더욱 가속화됨에 따라 2005년 개정된 “전자경제에서의 신뢰에 관한 법률” 제27조에 따라, 프랑스민법도 2005년 6월 추가적인 개정이 본격적으로 이루어졌다.³⁶⁸⁾ 즉 프랑스민법 제3권 제3편에 제7장 전자적 방식의 계약에 관한 11개의 조문을 제1369-1조부터 제1369-11조까지 신설하게 되었다. 프랑스민법 제1369-1조는 재화나 용역에 관한 계약조건이나 정보를 전자적 방법으로 제공할 수 있음을 규정하고 있으며, 동법 제1369-2조는 계약의 체결이나 이행에 관해 필요한 정보는 상대방이 그 사용에

366) 독일 전자서명법 제6조 정보제공의무 (2)항.

367) 프랑스민법의 전자거래에 관한 규정의 수용에 관해서는 Dennis Campbell, *The Internet: Laws and Regulatory Regimes*, Yorkhill Law Publishing, 2006, p. 292.

368) 프랑스 민법 제2차 개정사항에 관해서는 오병철, 전제 “전자거래규정의 민법예외 편입”, 123면.

동의하는 경우에는 전자우편을 통해서도 가능하다고 밝히고 있으며, 동법 제1369-3조는 전문가를 상대로 해서는 원칙적으로 전자우편을 통해서 정보를 제공할 수 있음을 명시하고 있다.

프랑스민법 제1396-4조 내지 제1396-6조는 전자적 방식에 의한 계약의 체결에 관하여 규율하고 있다. 제1396-4조는 계약조건을 보존하고 재현할 수 있다면 재화의 공급이나 용역의 제공에 관한 계약을 전자적 방식으로 체결하는 것이 가능하다고 법적 승인을 하고 있다. 제1396-5조는 이 전자적 방식의 계약이 유효하기 위해서는 청약의 상대방이 청약의 세부적인 내용을 검토할 기회뿐만 아니라, 승낙의 표현을 확정하기 이전에 그 오류를 점검할 기회도 가지고 있어야 한다고 규정하고 있다. 제1396-6조는 상인과 같은 전문가간의 예외적인 적용배제를 명시하고 있다. 그리고 프랑스민법 제1396-7조 내지 제1396-9조는 전자문서의 송·수신에 관한 규정을 두고 있다. 제1396-7조는 전자문서로 계약체결이나 이행에 관한 문서를 송신할 수 있으며, 명백한 반증이 없는 한 그 날짜로써 법률에 의한 요건을 충족하는 것으로 추정하고 있다. 제1396-8조는 제3의 인증기관에 의한 전자문서의 인증의 효력을 규정하고 있다.

프랑스민법 제1396-10조 내지 제1396-11조는 문서의 방식요건에 관한 규정이다. 제1396-10조는 종이문서가 특별한 가독성 내지는 표현을 취하고 있다면, 전자적 방식의 승낙도 그에 상응하는 형태로 이루어져야 한다고 규율하고 있다. 제1396-11조는 문서의 견본을 송부하도록 되어 있는 경우에는 수신자가 그것을 출력할 수 있다면 전자적인 형태로 송부해도 요건이 충족되는 것으로 간주하고 있다.³⁶⁹⁾

정보기술에 대한 증거법 적용 및 전자서명에 관한 법률(Adaptation du droit de la preuve aux technologies L'information et signature lectronique)은 정보기술을 고려하여 전자문서 및 전자서명의 법적 효력을 인정하는 것으로 증거에 관한 프랑스 민법을 개정하는 법률로 제정된 특징이 있다. EU 전자서명입법지침을 수용하여 동법이 제정되었다. 이 법에 의하면 전자문서는 작성자가 적절하게 식별될 수 있고, 당해 문서가 무결성을 보장하는 조건 하에 작성되고 보존된다는 유보 하에서 종이문서와 같이 증거가 될 수 있고(제1조 제3항), 또한 전자문서는 종이문서와 동일한 증명력을 갖는다고 규정하고 있다(제3조). 전자서명에 관한 특별한 정의규정을 두고

369) 오병철, 전제 “전자거래규정의 민법예외 편입”, 124면.

있지 않은 대신에 전자서명의 법적 효력을 규정하고 있다. 곧 서명이 전자적 형식인 경우에는 당해 서명에 대해서는 관련 증서와의 연관성을 보증하는 신뢰할 수 있는 식별방법을 사용하는 것으로 하고 있다. 또한 관련 법령이 정하는 조건으로 전자서명이 이루어지고, 서명자의 동일성이 보장되고 문서의 진정성이 보장된 경우에는 반대의 입증이 없는 한 이 방법을 신뢰할 수 있는 것으로 추정한다(제4조)고 명시되어 있다.³⁷⁰⁾

4. 일본

(1) 전자소비자계약 및 전자통지에 관한 민법의 특례에 관한 법률(電子消費者契約及び電子承諾通知に関する民法の特例に関する法律)

일본의 경우에는 독일이나 프랑스와 달리 전자거래와 관련된 규정을 형식적 의미의 민법전에 편입하거나 신설하는 민법 개정을 하고 있지 않다.³⁷¹⁾ 다만, 2001년 “전자소비자계약 및 전자통지에 관한 민법의 특례에 관한 법률”(이하 “전자소비자계약법”이라 한다)이라는 민사특별법을 제정하여 민법의 특칙을 규정한 바 있다.³⁷²⁾ 이 법률은 1896년 제정된 민법 중 착오의 무효(제95조), 격지자간의 계약 성립시기(제526조 제1항, 제527조)에 관한 규정에 대한 특칙을 정하는 것이 주된 목적이다(제1조). 전자거래는 사업자와 소비자의 어느 일방이 전자적 장치를 사용하는 것이 전제되고 소비자는 어느 정도 입력실수가 예상되고 또한 현실적으로도 입력실수의 문제가 발생하고 있으며, 전자적 수단을 통해 이루어지는 계약의 성립시점은 그 시기에 관해 논란이 있기 때문에 이러한 경우에 민법의 일반원칙을 적용하면 소비자

370) 심종석·정희원, 전계논문, 65면.

371) 법무부, 「전자거래규정의 민법 편입」, 2009, 10-11면 참조.

372) 이에 관해서는 “法律·條約解説經濟産業電子消費者契約及び電子承諾通知に関する民法の特例に関する法律--平成13年6月29日号外法律第95号”, 「法令解説資料總覽」, 第237號, 2001, 100面以下; 河野太志, “電子消費者契約及び電子承諾通知に関する民法の特例に関する法律の概要”, 「NBL」 第718號, 2001, 28面以下; 小松岳志, “「電子消費者契約及び電子承諾通知に関する民法の特例に関する法律」と電子金融取引”, 「旬刊金融法務事情」, 第50卷 1號, 2002, 66面以下; 夏井高人, “電子消費者契約及び電子承諾通知に関する民法特例法とその問題点”, 「判例タイムズ」, 第52卷 第29號, 2001, 63面以下; 中山信弘 外編, “電子商取引に関する準則とその解説”, 「NBL」 第118號, 2006, 3面.

보호에 취약하므로 민법의 일반원칙에 관한 특칙을 세우는 것을 목적으로 하고 있다.³⁷³⁾ 일본에서 민법개정이 아닌 특별법 제정을 통해 민법의 일반원칙의 특례를 인정하게 된 배경에 대해서는 UNCITRAL 일본측 위원이었던 内田貴교수가 전자거래에서의 착오문제를 해결하기 위해서는 민법의 원칙을 수정하는 것이 아니라 특별법 제정을 통해 소비자 보호의 문제로 다루어야 한다는 주장이 어느 정도 영향을 미친 것으로 분석하는 견해가 있다.³⁷⁴⁾

일본의 경우에 전자거래와 관련된 규율의 특징은 독특하게 연성법(soft-law)인 “전자상거래등에 관한 준칙”이라는 통산산업성의 가이드라인을 통해 해석론을 공식적으로 제시한다는 점이다. 동 준칙의 서문에서, 인터넷의 등장이 새로운 경제행위를 만들고 있으나 민법은 이러한 새로운 기술을 전제로 하지 않고 제정되었기 때문에 전자상거래에 대하여 현행법이 어떻게 적용되는지 그 해석이 명확하다고 할 수 없으며, 현행법의 해석은 법원의 판례를 통해 확립될 수 있으나 사법적 판례의 축적이 신속히 진행되는 것을 기대하기 어려우므로 전자상거래 등에서 민법 등 관련 법률이 어떻게 적용되는지 해석을 제시하는 것이라는 점을 밝히고 있다.³⁷⁵⁾ 이 지침은 성문법은 아니지만 전자거래의 하나의 법적 기준으로서 중요한 의미를 갖는다고 할 수 있다.³⁷⁶⁾

(2) 전자서명 및 인증업무에 관한 법률(電子署名及び認證業務にする法律)

전자서명 및 인증업무에 관한 법률(電子署名及び認證業務にする法律)은 법무성, 통산성(현 경제산업성) 및 우정성(현 총무성 우정사업청)의 3개부처가 법안 작업을 거쳐 정보의 전자적 방식에 의한 유통촉진 등의 목적으로 제정하여 2001년 4월부터 시행하고 있다.³⁷⁷⁾ 이 법은 디지털서명법으로서의 성격을 지니고 있으며, 향후의 기술발전에 의해 새로운 기술이 실용화될 경우에도 전자서명으로 법률상 취급할 수

373) 강준모, “일본의 전자소비자계약 및 전자승락 통지 관련 법률안 상정”, 「정보통신정책」 제13권 6호, 정보통신정책연구원, 2001. 6, 60면.

374) 서희석, “전자거래에서의 착오의 문제 서설”, 「재산법연구」 제24권 제2호, 한국재산법학회, 2007. 6, 10-11면.

375) 中山信弘 外, 前掲論文, 3面.

376) 오병철, 전제 “전자거래규정의 민법예외의 편입”, 125면.

377) 최경진, 전제서, 154면.

있도록 공개키 암호기술로 한정하지 않는다는 입장을 갖고 있어, 기술적 중립성 (Technological neutrality)을 유지하고 있다.³⁷⁸⁾ 일본의 전자서명법의 주요내용은 크게 세 가지로 구분 할 수 있다. 그 첫째는 전자서명의 법적 지위의 명확화이다. 전자적기록에 기록된 정보에 본인에 의한 일정한 서명이 이루어진 때에는 그 전자적기록은 진정하게 성립된 것으로 추정한다는 규정을 두고 있다. 둘째, 인증업무에 있어 임의인증제도의 도입이다. 인증업무 중 일정한 기준을 갖춘 특정인증업무에 있어 이용자의 신뢰성을 기준으로 임의의 인증제도를 두도록 규정하고 있다. 셋째, 동 법률의 제반 규정 및 제도의 원활한 시행을 위하여 정부가 전자서명 및 인증업무에 관한 조사업무, 교육 홍보활동에 적극 노력해야 한다는 규정을 두고 있다.³⁷⁹⁾

제3절 정리 및 시사점

1. 정리

지금까지 전자계약을 둘러싼 국제규범에서 입법경위와 특징 등에 대하여 살펴보고 미국, 독일, 프랑스 등 주요국가의 입법례를 살펴보았다. 먼저 국제규범의 입법례의 주요내용에 대하여 비교법적으로 검토하여 정리해 보면 UECIC는 전자거래분야에서의 구속력 있는 협약 형태로 제정된 반면,³⁸⁰⁾ UNCITRAL MLEC과 전자서명모델법은 그 자체가 모델법에 불과하기 때문에 법적 구속력을 가지지 못하는 태생적 한계를 갖고 있다.³⁸¹⁾ 한편 1980년에 제정된 CISG는 국제적인 동산매매에 적용될 가장 중요한 국제법규로서 그 적용대상이 전자거래의 상당부분을 차지하고 있으나 지

378) 이재일·조규범·이정현, “일본전자서명법제”, 한국정보보호진흥원, 2004. 7, 88면 참조; 정철현, 전계서, 261면에 의하면 전자서명의 요건은 전자서명을 폭넓게 정의하기 위한 것으로서 서명목적 을 가진 어떠한 형태로든 암호화된 것이면 전자서명에 포함시킬 수 있다고 한다.

379) 강제성, 전계논문, 445면; 그러나 전자서명 및 인증업무에 관한 법률 제5조 및 제6조에서 결격사 항 및 공인의 기준으로 규정하고 있지만 인증기관의 신뢰성에 관하여 구체적이지 않다(電子署名 及び認證業務にする法律 第5條, 第6條 참조).

380) 국제협약은 회원국으로 하여금 이를 지킬 의무를 부과하는 법적 구속력이 있는 규범이다.

381) Amelia, H. Boss·Wolfgang Kilian, "The United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts", Kluwer Law International, 2008. p. 386.

리적으로 주영업소가 서로 다른 국가에 둔 매도인과 매수인간이 매매계약이 체결됨에 따라 복잡하고 다양한 문제가 발생할 수 있다.³⁸²⁾ 이러한 문제를 제거하고자 전자거래분야에서 구속력 있는 협약형태로 UECIC 제정되었다.

이들 국제규범의 비교 대상 마다 독특한 특징이 있기 때문에 일률적인 비교하기에는 힘들지만 첫째로 적용 범위에 관해서는 UECIC는 영업소의 소재지가 서로 다른 국가에 있는 당사자간의 계약의 성립 또는 이행에 관련한 전자적 의사표시의 이용에 적용되며, MLEC는 상거래 활동과 관련하여 사용된 데이터 메시지 형태의 정보에 적용된다고 규정하고 있어 널리 계약의 체결 및 이행과 관련한 전자적 통지를 대상으로 하는 UECIC이 범위보다는 좁고 특수한 영역을 대상으로 하고 있다. 또한 CISG는 계약 당사자 모두 계약국인 경우 또는 준거법 국가가 계약국인 경우에만 적용되어 UECIC 보다 적용범위가 훨씬 좁다. 전자서명모델법은 상사 활동관계에서 사용되는 경우에 적용된다. 국제규범의 적용범위는 아래 <표 8> 과 같다.

<표 8> 국제규범의 적용범위

UECIC 제1조	MLEC 제1조	CISG 제1조	전자서명모델법 제1조
1. 영업소의 소재지가 다른 국가에 있는 당사자간의 계약의 성립 또는 이행에 관련한 전자적 의사표시의 이용에 적용.	상거래활동과 관련하여 사용되는 데이터 메시지 형태의 정보에 적용.	(1)다음의 경우에 영업소가 다른 국가에 있는 당사자간의 물품매매계약에 적용 (a) 해당국가가 모두 계약국인 경우, 또는 (b) 국제사법 규칙에 의하여 계약국법이 적용되는 경우.	전자서명의 상사활동 관계에 사용되는 경우에 적용. 소비자 보호를 목적으로 하는 법규에 우선하지 않음.

둘째, 개념 정의에 관해서도 MLEC는 전자문서(data message)라는 용어를 사용하고 있으나 UECIC에서는 data message라는 용어를 사용하면서도 전자적 의사표시(electronic communication)이라는 새로운 용어를 도입하여 협약의 명칭에도 사용하는 등 전자협약의 가장 기본적인 개념으로 이용하고 있다.³⁸³⁾ 그리고 전자서명모

382) 이에 대한 자세한 내용은 법무부, 전계 「국제물품매매계약에 관한 유엔협약해설」, 1면 이하 참조.

델법에서도 데이터메시지(data message)라는 용어를 도입하여 사용하고 있어 기본 개념내지 용어상에는 크게 다른 점이 없다. 다만 communication에는 법률행위인 의사표시와 준법률행위인 관념의 통지 등이 모두 포함되는 바 이에 해당하는 적절한 용어가 없다는 이유로 전자적 의사표시 개념의 도입을 반대하는 견해가 있으나,³⁸⁴⁾ “의사표시”라고 번역한다면 기존의 의사표시, 준법률행위의 개념과도 혼동을 필할 수 있을 것이다.³⁸⁵⁾ 그 내용에 관해서는 아래의 <표 9> 와 같다.

<표 9> 국제규범의 정의규정

MLEC 제2조	UECIC 제4조	Model Law on Electronic signatures 2001 제2조
(a) “데이터 메시지”란 전자문서교환, 전자우편, 전신, 텔렉스 또는 팩시밀리를 비롯한 전자적, 광학적 기타 유사한 수단으로 작성, 발신, 수령 또는 저장된 정보.	(a) “의사표시”이라 함은 당사자가 계약의 체결 또는 이행과 관련하여 실행 또는 실행의 선택이 요구되는 청약 또는 청약의 승낙을 포함하여 기재, 선언, 요구, 통지 또는 요청을 말함. (b) “전자적 의사표시”이라 함은 당사자가 데이터메시지의 수단에 의하여 한 의사표시. (c) “데이터메시지”라 함은 전자, 자기, 광학적 또는 유사한 방법으로 작성, 전송, 수신 또는 저장되는 정보를 의미하며 여기에는 전자데이터 교환, 전자우편, 전보, 전신 또는 모사전송을 포함하지만 이에 한정되는 것은 아님.	(a) “전자서명”이란 데이터메시지와 관련하여 서명자를 확인하고 당해 데이터메시지에 포함된 정보에 대한 서명자의 승인을 나타내는 데 이용될 수 있는, 데이터메시지에 포함, 첨부 혹은 논리적으로 결합된 전자적 형태의 데이터.

383) 법원행정처, 전계 「국제규범의 현황과 전망-2008년 국제규범연구반 연구보고 및 국제회의 참가보고-」, 52면에 의하면 UECIC의 communication이란, 계약의 성립이나 이행과 관련하여 청약, 승낙을 포함하여 당사자에게 요구되거나 당사자의 선택에 따른 모든 진술·발표·요구·통지·요청을 의미하고, electronic communication은 데이터 메시지의 방법으로 행한 의사표시를 의미한다.

384) 오병철, 전계 “UNCITRAL 전자계약협약에 관한 비교법적 고찰과 전자거래기본법의 영향”, 97면.

385) 같은 견해 : 법원행정처, 전계 「국제규범의 현황과 전망-2008년 국제규범연구반 연구보고 및 국제회의 참가보고-」, 52면 참조.

셋째, UECIC에서 무방식주의(기술적중립성)를 규정한 제9조 제1항은 CISG 제11조를 그대로 수용하였다. 그 내용에 관해서는 아래 <표 10>과 같다.

<표 10> 국제규범의 무방식주의(기술적중립성)

UECIC 제9조	CISG 제11조
1. 어떠한 규정도 전자적 의사표시 또는 계약이 어떠한 특별한 형식으로 작성되거나 증명되어야 한다는 것을 요구하지 않음.	매매계약은 서면에 의하여 체결되거나 입증될 필요가 없고, 방식에 관한 그 밖의 어떠한 요건도 요구되지 아니함. 매매계약은 증인을 포함하여 어떠한 방법에 의하여도 입증될 수 있음.

넷째, 서면요건에 관한 UECIC 제9조 제2항은 MLEC 제6조를 그대로 수용한 것으로 보여지며, 서면문서와 전자문서의 기능적 등가의 원칙을 규정하면서 다만 향후 대조가능성을 요건으로 하고 있다.³⁸⁶⁾ 그 내용에 관해서는 아래 <표 11> 과 같다.

<표 11> 국제규범의 서면요건

UECIC 제9조	MLEC 제6조
2. 법률이 의사표시 또는 계약이 서면으로 이루어질 것을 요건으로 정하거나 서면 흠결의 효과를 정한 경우에는 그러한 요건은 전자적 의사표시에 포함된 정보가 이후의 참조를 위하여 사용할 수 있도록 접근가능하다면 그 전자적 의사표시에 의하여 충족된 것으로 봄.	(1) 법에서 정보가 서면으로 된 것을 요구하는 경우에 데이터 메시지 안의 정보가 지속적인 열람에 이용할 수 있도록 접근 가능한 때에는 데이터 메시지는 그 요건을 충족함.

앞에 언급한 바와 같이 국제협약, 모델법 등에서 특별한 요건 없이 서면성을 인정하거나 향후 대조가능성만을 요건으로 전자문서의 서명성, 서면 대체성을 폭넓게

386) 자세한 내용에 관해서는 법원행정처, 전계 「국제규범의 현황과 전망-2008년 국제규범연구반 연구보고 및 국제회의 참가보고-」, 57-60면 참조.

인정하고 있고 실제 기능적인 측면에서도 전자문서는 종이문서와 같이 정보적 기능, 보존적 기능, 증명적 기능 등을 모두 수행할 수 있다.³⁸⁷⁾ 그리고, EU 전자상거래입법지침인 경우는 전자적 방식에 의한 계약의 성립과 효력 인정은 우리 전자거래기본법과 전자서명법 등에 이미 반영되어 있으나, 정보사회서비스 계약의 경우에는 서비스제공자로 하여금 서비스이용자에 의한 승낙이 있기 전에 서비스 이용자가 입력의 오류를 확인하고 정정할 수 있는 기술적 수단 또는 방법과 계약체결에 제공된 용어 등을 명백하고 알기 쉽게 알려 주도록 요구한 점과 서비스 이용자에게 제공되는 계약약관과 보통약관은 이용자가 이를 정정하고 복제할 수 있는 방법으로 제공되도록 한 점은 전자계약에서 시사하는 바가 크다.³⁸⁸⁾ EU 전자서명지침은 유럽연합회원국들이 자국의 전자서명법제를 마련하거나 개정할 경우에 따라야 할 가이드라인을 담고 있었다.³⁸⁹⁾

다음은 주요국가의 입법례를 정리해 보면 첫째, 미국의 UETA는 전자기록 및 전자서명을 일반적인 서면과 수기에 의한 계약과 동등하다고 선언함으로써 전자상거래의 확장에 필요한 거의 모든 법적 도움을 기존 법규범으로부터 제공받고 있다. E-Sign Act는 연방정부 차원에서 입법적 통일을 도모하여 국가간 통상을 위한 전자서명의 유효성 선언, 전자적으로 서명된 문서와 거래행위의 법적효력 부인금지, 전자기록의 문자화, 전자서명 방식에 의한 재화 및 서비스를 교역함에 있어 국내·외적 방해요인 조사 요구 및 모든 기술체계를 포괄하는 데 있어서 그 의의가 있다. UCITA는 특별한 자동화된 거래와 전자적 대리인 개념을 정의하고 있고 우리 사법체계에서 인정되지 않고 있는 다층적 계약에 대한 개념을 인정하고 있다.

둘째, 독일의 경우는 전자거래와 관련된 규정들이 상대적으로 폭넓게 민법에 편입되어 있다. 독일에서 전자거래와 관련된 규정이 민법에 등장하는 것은 2001년 8월 1일부터 시행된 방식규정현실화법에 의해 법률거래에 현대적 방식을 수용하기 위해 민법개정이 이루어 졌고 2002년 1월 1일부터 시행된 채권법현대화법에 의해

387) 법원행정처, 전계 「국제규범의 현황과 전망-2008년 국제규범연구반 연구보고 및 국제회의 참가보고-」, 59면 참조.

388) 박노형, “전자상거래관련 국제규범의 제정 동향과 내용분석”, 고려대학교 통상교육 연구센터, 2000. 12, 51면에 의하며 거래 당사자의 신속·안전한 거래를 이룰 수 있다는 점에서 그 수용을 적극 검토해야 한다.

389) 이에 따라 독일, 프랑스, 영국 등 유럽연합 주요 국가들은 자국의 전자서명법제를 개정하였거나 새로 제정함으로써 정도의 차이는 있지만 EU 지침에서 정한 기준에 따르고 있다(정완용, 전계 “개정 전자서명법의 비교법적 고찰-우리나라와 유럽의 전자서명법제를 중심으로-”, 2면).

전자거래라는 용어가 독일 민법에서 사용되게 되었을 뿐 만 아니라 전자거래와 관련된 새로운 의무가 규정이 되었다. 또한 독일 전자서명법은 경제적 요청을 수용하여 전자서명법의 요구를 충족시킬 수 없는 다른 전자서명 절차도 인정하고 있다.

셋째, 프랑스의 경우는 유럽연합 전자상거래입법지침의 영향에 의해 전자거래와 관련된 규정을 상당부분 신설한 바 있으며 그 중에서도 프랑스 민법 제3권 제3편에 제7장 전자적 방식의 계약에 관한 11개의 조문을 제1369-1조부터 제1369-11조까지 신설하여 전자적 방식으로 계약이 체결될 수 있음을 규명하고 전자적 방식으로 계약체결이 유효하기 위한 요건, 전자적 형태의 방식주의의 적용 등을 규정하고 있다.³⁹⁰⁾ 또한 정보기술에 대한 증거법 적용 및 전자서명에 관한 법률은 전자서명의 특별한 정의규정을 두고 있지 않으나 전자서명의 법적 효력을 규정하고 있다는 데 그 의의가 있다.

넷째, 일본 민법의 경우에는 전자거래의 등장에 따른 민법규정의 한계를 극복하기 위해 민법전을 개정하여 편입하기 보다는 전자소비자계약법이라는 특별법을 제정하여 민법의 특칙을 간접적으로 규정하는 가장 보수적인 방식을 취하고 있다. 그리고 전자서명 및 인증업무에 관한 법률은 기술적 중립성을 유지하고 있다.

2. 시사점

이상에서 살펴 본 바와 같이 전자계약을 둘러싼 입법은 점차 증가할 것이고 더욱 다양해 질 것이다. 전자계약은 기존의 전통적인 계약과 그 체결방식이 상이하고, 그 기술도 비약적으로 발전하고 있다.³⁹¹⁾ 따라서 전자거래가 활성화됨에 따라 발생할 가능성이 있는 다양한 문제들에 대하여 민법을 중심으로 전자문서 및 전자거래기본법 등에서 어떻게 해결책을 찾을까 하는 의문이 제기된다.³⁹²⁾ 이러한 의문을 하나의

390) 오병철, 전제 “전자거래규정의 민법예의 편입”, 130면에 의하면 프랑스민법이 EU전자상거래입법지침의 규정을 넘어서는 개정을 실시한 것은 우리나라 민법에 시사하는 바가 매우 크다고 한다.

391) 특히 인터넷은 그 특성상 국내거래나 국제거래가 차별 없이 이루어지고 있으므로 계약당사자가 자신이 체결한 계약이 어느 나라의 법규범의 적용을 받는지 알 수 없는 문제가 발생할 가능성도 매우 높다(오병철, 전제 “UNCITRAL 전자계약협약에 관한 비교법적 고찰과 전자거래기본법의 영향”, 86-87면).

392) 그렇다면 해결을 요하는 문제의 어느 부분이 종래의 전통적인 규범으로 대처되고 어디부터가 대처할 수 없는지 확인하는 것도 현 시점에서 매우 중요하다.(백윤철·김상겸·이준복·고기복, 「인터넷과 전자상거래법」, 한국학술정보(주), 2012, 36-37면).

점으로 출발하여 두 가지의 시사점을 제시해 보면, 첫째 전자계약을 둘러싼 대두되는 법적 과제들을 검토할 시점이다. 검토의 가이드라인은 MLEC와 UECIC라고 생각된다. UNCITRAL은 국제간의 상거래에 관하여 모델법이나 지침의 형식으로 구성된 법 정책을 제안하는 국제연합 기관이다. 여기서 채택된 모델법(model law), 지침(guidelines) 및 원칙(principles)은 국제적으로 각국을 구속시키거나 동일한 내용으로 제·개정토록 강요할 수 없지만 각국이 이를 모델로 삼아 자국의 법을 정비한다면 국제간의 법 정책에 있어 조화를 도모할 수 있다고 생각되기 때문이다.³⁹³⁾

둘째, 국제적 수준에 맞게 전자계약의 법리를 반영한 우리법의 제·개정 검토가 필요한 시점이다. 이 경우 민법, 전자문서 및 전자거래기본법, 전자상거래소비자보호법, 전자서명법 그리고 민사소송 등에서의 전자문서 이용 등에 관한 법률에 관한 법률 등 다수가 해당될 수 있다. 그러나 필자는 전자계약의 문제점에 대한 논의가 활발히 이루어지는 법률들을 대상으로 선별하여 검토하는 것이 현실성이 높다고 생각된다. 앞에서 봤듯이 미국, EU국가 등 선진국들은 국제규범들을 자국의 실정에 맞게 반영시키고 있고 이 과정에서 대두되는 문제점들에 대한 논의 결과를 자국의 법제로의 포섭을 하고 있기 때문이다. 이처럼 우리나라도 국제규범과 국내법의 내용이 서로 상이할 경우 규범의 이중성(duality of regimes)과 해석상의 혼란 등이 발생할 수 있기 때문에 전자계약을 둘러싸고 있는 여러 주요 문제점 등을 검토하고,³⁹⁴⁾ 그 바탕 위에서 전자계약의 특성을 충분히 감안한 전자계약의 법리에 관한 입법론적 연구가 선행되어야 하며, 이에 따른 개선방안이 마련되어야 할 것이라고 생각된다.³⁹⁵⁾

393) 같은 견해 : 장병주, 전제 “전자적 의사표시 개념의 입법적 검토” 287면; 심종석, “국제상거래에 있어 전자계약의 특수성에 관한 연구”, 「국제회계연구」 제9집, 한국국제회계학회, 2003. 10, 146면.

394) 예를 들면 국내계약은 국내 전자계약 관련법이 적용되는 구조가 되기 때문에 협약 비준시 국내법을 일괄적으로 협약에 맞게 개정하는 문제(전자문서 및 전자거래기본법 상에 전자적 의사표시의 도입과 전자문서의 송신·수신 시기 보완) 등을 들 수 있다.

395) 국가 차원을 넘어서 세계가 공감하고 함께 해결해야 할 문제가 증대 되고 있어 이를 적극 감안하여 해결할 법제 마련이 시급하다(한국정보화진흥원, 「IT기반의 국가사회 선진화를 위한 법제도 정비 연구」 2010, 176-117면) 그리고 입법화는 전자거래 관련 규정의 민법전으로 편입과 전자문서 및 전자거래기본법의 개정은 법적인 통일성 확보차원에서 동시에 진행하거나 민법전의 내용이 확정된 후에 전자문서 및 전자거래기본법 등을 개정하는 것이 바람직하다(장병주, 상제 “전자적 의사표시 개념의 입법적 검토”, 43면).

제4절 우리나라의 주요 법제 현황

전자계약에 관한 우리나라의 주요 입법례는 전자문서 및 전자거래기본법 등 다수의 법률이 있으나 논리의 전개상 전자문서 및 전자거래기본법, 전자상거래 등에서 소비자보호에 관한 법률, 전자서명법, 민사소송 등에서의 전자문서 이용 등에 관한 법률, 약관의 규제에 관한 법률, 전자정부법으로만 한정하여 살펴보고자 한다.

1. 전자문서 및 전자거래기본법

전자문서 및 전자거래기본법은 전자거래의 법률관계를 명확히 하고 전자거래의 안정성과 신뢰성을 확보하며 전자거래의 촉진을 위한 기반을 조성함으로써 국민경제 발전에 이바지함을 목적으로 제정되었다.³⁹⁶⁾ 본 법은 8차례 주요 개정이 있었으며 그중에서 2005년 개정에서는 전자문서의 효력이 적용되는 대상 법률행위를 별표 신설을 통하여 구체화 하였고, 공인전자문서보관소 지정제도 도입 전자문서 이용의 신뢰성을 강화하였다. 2007년에는 종이문서의 전자적 보관을 촉진하기 위하여 스캐닝 문서라고 불리는 전자문서의 보관요건을 규정하고 공인전자문서보관소의 시설 및 장비에 대한 점검제도 도입 등이 이루어졌다.³⁹⁷⁾ 전자문서 및 전자거래 기본법은 일부 개정안의 형식으로 개정되었지만 상당한 변화가 있다.³⁹⁸⁾ 첫 번째는 「전자거래기본법」

396) 1999년 2월 8일 법률 제5834호.

397) 한삼인·정창보, 전기 “전자문서에 있어서의 법제의 동향과 증거력에 관한 연구”, 376면.

398) 전자거래기본법의 개정 법률인 전자문서 및 전자거래기본법은 최초 정부안으로 입법예고되었던 전자거래기본법 전부 개정 법률안은 그 정부 내부의 부처 협의 과정에서 그 내용이 축소되어 핵심 개정사항 중 제명과 적용범위의 변경, 법률 체계의 변경, 전자적 의사표시 개념의 도입, 전자문서의 형식요건 도입, 전자문서의 효력 개정, 전자화대상문서의 폐기 등의 규정이 제외되었다. 정부 부처내 협의과정에서 안전행정부는 제명과 적용범위의 확대에 인하여 공공부문의 전자문서에 대하여 본 개정 법률이 전자정부법과 충돌될 것을 우려하였고, 법무부는 전자문서 관련 규정은 문서에 관한 행위로서 국민의 기본적인 법률행위에 영향을 미치는 효과가 크므로 법무부의 심도 있는 검토가 추가적으로 필요하다는 이유로 관련 규정은 최종 정부안에서 제외되었다. 국회에 제출된 정부안은 당초 개정안의 절반 정도가 삭제된 채 ‘전자거래기본법 일부 개정 법률안’으로 변경되었다. 그러나 국회상임위원회 법안심사 과정에서 법률 제명을 원안으로 다시 변경하고 법률적용 범위도 다시 전자문서를 포함하게 되었다. 그 외에도 전담기관의 전자문서 유통증서의 보관 및 공인전자문서중계자 우선 지정제 등이 추가되었다(김현철, “전자문서 및 전자거래기본법의 쟁점과 과제”, 「법학연구」 제15집 제2호, 인하대학교법학연구소, 2012. 7. 298면).

에서 「전자문서 및 전자거래 기본법」으로 법률 제명을 변경하고, 전자거래뿐만 아니라 모든 전자문서로 적용범위가 확대되며, 법률의 목적에 전자문서의 법률관계 및 명확화, 전자문서의 안정성과 신뢰성 확보를 추가하였다. 두 번째는 공인전자주소 제도의 신설을 통하여 이메일이 전자문서의 송신과 수신여부를 보장하지 못한 점을 제도적으로 극복하고자 전자문서 유통증명서의 발급을 통하여 전자문서의 송·수신 및 열람사실을 제3자가 증명하고 증명서에 대한 추정력도 부여하였다. 또한 전자문서 유통의 신뢰성 확보를 위하여 공인전자주소를 영리목적이나 홍보목적의 대상으로 이용하는 것을 금지하고, 관련 벌칙규정을 신설하였다. 세 번째는 공인전자문서 중계자 제도를 신설하였다. 공인전자문서중계자는 타인을 위하여 전자문서의 송·수신 및 중계 업무를 하는 자로서, 업무수행에 필요한 인력과 시설·장비 등을 보유한 기관을 정부가 지정한다. 네 번째는 공인전자문서보관소의 명칭을 공인전자문서센터로 하고, 법인 이외에 국가기관, 지방자치단체, 공공기관 등이 참여할 수 있는 근거를 마련하였다.³⁹⁹⁾ 다섯 번째는 전자문서와 관련된 분쟁조정을 해결하기 위하여 전자거래분쟁조정위원회를 전자문서·전자거래분쟁조정위원회로 명칭을 변경하고 기능을 확대하였다.⁴⁰⁰⁾ 또한 분쟁조정에 따라, 성립된 조정조서는 재판상화해와 동일한 효력을 갖도록 강화하였다.⁴⁰¹⁾⁴⁰²⁾ 여섯 번째는 우수전자거래사업자에 대

399) 김현철, 전제논문, 298면 참조.

400) 특히, 전자거래분쟁조정위원회는 ‘분쟁조정위원회 실효성 강화’의 내용이 본법에 반영됨(2012. 5)에 따라 현행 민법상 당사자간 합의의 효력에 그치고 있는 조정의 효력이 재판상 화해효력으로 강화돼 좀 더 효율적인 분쟁조정을 수행할 예정이다(산업통상자원부, 전제 보고서, 331면).

401) 참고로 전자거래의 특성을 감안하여 능률적이면서도 분쟁의 신속한 해결을 할 수 있는 ADR(Alternative Dispute Resolution; 이하 ‘ADR’라 칭함)인 대체적 분쟁해결제도가 있다. 그 운용에 있어서 재판외의 형태로 이루어지는 분쟁이라는 점에서 ‘재판외 분쟁해결절차’ 또는 소송을 대체하는 분쟁해결이라는 점에서 ‘소송 대체적 분쟁해결절차’ 등으로 다양하게 쓰인다(ADR은 소송에 갈음하는 분쟁해결제도(이시윤, 「신민사소송법(제7판)」, 2013, 16면), 소송에 갈음하는 재판외 분쟁해결방식(송상현·박익환, 「민사소송법(신정6판)」, 박영사, 2011, 7면), 재판외 분쟁해결절차(호문혁, 「민사소송법원론」, 법문사, 2012, 4면), 재판외 대체적분쟁해결제도(김선광·김종락·홍성규, “국제상거래 분쟁해결을 위한 온라인 ADR모델구축방안”, 「중재연구」 제15권 제2호, 한국중재학회, 2005. 8, 7-8면; 양병희, 「민사소송법강의」, 삼지원, 2007, 17면), 소송대체적분쟁해결절차(정동윤·유병현, 「민사소송법(제3판)」, 법문사, 2010, 17면), 대체적분쟁해결처리제도(전병서, “대체적분쟁해결처리제도(ADR) 도입방안”, 「연구용역보고서」, 사법제도제도개혁추진위원회, 2005. 11), 혹은 대체적분쟁해결제도(함영주, “신속하고 효율적인 대체적분쟁해결제도의 활성화를 위한 연구”, 「연구용역보고서」, 법무부, 2008; 김경배, “한국 대체적 분쟁해결제도(ADR)의 제도화 및 발전방안에 관한 연구”, 「산업경제연구」 제18권 제1호, 한국산업경제학회, 2005. 2, 251면) 등으로 부른다).

402) 이외로 ODR(Online Dispute Resolution)이란 소송(Litigation), 심판(Tribunal), 소송외 분쟁해결방법인 ADR 등 다양한 분쟁해결절차의 모든 과정 또는 일부 과정을 컴퓨터 등의 매체를 통하여 온라인상에서 수행하는 것을 말한다. 즉 ODR은 인터넷과 같은 정보 기술과 원거리통신을 적용하는 것으로서 원 거리에 있는 분쟁의 당사자들 또는 조정인이나 중재인이 공간이나 시간적인 제약을 받지 않고 온라인

한 법정인증제를 도입하여 소비자보호를 강화하였다.⁴⁰³⁾ 일곱 번째, 정부가 전자문서 이용을 촉진하기 위한 표준지침을 보관 이외에 “작성·송신·수신·보관”으로 확대하였다. 이를 통해 전자문서의 진본성을 추정하는 시점이 공인전자문서보관소에 보관 이후로 한정되는 것을 보완할 수 있게 된다. 다양한 기술변화에 대한 가이드라인 제시를 통해 관련시장의 표준 유도 등 효율적 대응이 가능하다.

이를 정리해 보면 전자거래의 범주 안에서 전자거래(특히 전자문서)의 안전성과 신뢰성을 확보하기 위한 제도적 보완 정책에서 적극적으로 전자문서위주의 전자문서 이용 활성화 정책을 통하여 종이문서 사용 환경을 지양하고 정보사회라는 변화된 환경에 대응하고자 하려는 점이 반영되었다.⁴⁰⁴⁾ 현행 전자문서 및 전자거래 기본법은 전자문서를 “정보처리시스템에 의하여 전자적 형태에 의하여 전자적 형태로 작성, 송신·수신 또는 저장된 정보”라고 정의하고 있다(제2조 2호). 이러한 정의에 의할 때 컴퓨터를 이용한 정보처리시스템에 의하여 전자적 형태로 작성, 송신·수신 또는 저장된 정보인 전자우편(이메일)이나 연산 작용을 하는 정보처리장치에 의하여 생성된 디지털 메시지로 작성, 송신·수신 또는 저장된 정보인 휴대전화 문자 메시지(SMS, MMS)도 전자문서에 해당된다. 또한 동법은 전자문서 외에 “전자화문

의 웹사이트에 접속하여 다양한 전자적 수단으로 이메일, 문자채팅 게시판 등을 활용하여 광범위한 분쟁해결에 사용되며, 대개 ADR에서 이루어지는 당사자 협상 또는 조정 절차 등과 같은 방식이 많이 사용된다(손승우, “온라인 분쟁해결(ODR)에 관한 국제 규범 모델연구(1)”, 「비교법제연구」, 한국법제연구원, 2011. 6, 23면); 최승원, “EU의 온라인분쟁해결제도 연구”, 「공법연구」 제36집 제1호, 사단법인 한국공법학회, 2007. 10, 728-730면에 의하면 현재 세계적으로 대표적인 ODR은 약 30여개 정도가 되는데, 조정·중재·평가·모의재판·자동화해·의의신청보조제도 등이 대표적 유형들이며 그 중 온라인 조정은 Squaretrade (<http://www.squaretrade.com>), E-Mediator (<http://www.consensus.uk.com>), InternetNeutral (<http://www.internetneutral.com>), The Internet Ombudsmann (<http://www.ombudsmann.at>), MARS Fair & Square Program(<http://www.resolveydispute.com>), NovaForum(<http://www.novaforum.com>), ECODIR(<http://www.ecodir.org>)등, 중재 사이트는 NovaForum (<http://www.noaforum.com>), MARS (<http://www.resolveydispute.com>), The Internet Ombudsmann(<http://www.ombudsmann.at>), IntelliCOURT(<http://www.intellicourt.com>), WebAssured(<http://www.wedassured.com>)등, 평가 사이트는 ECODIR (<http://www.ecodir.org>), The virtual Magistrate (<http://www.vmag.org>) 등, 모의 재판 사이트는 iCourthouse (<http://www.icourthouse.com>), 자동화해 사이트는 ClickNsettle (<http://www.clicknsettle.com>), Cybersettle (<http://www.cybersettle.com>), MARS(<http://www.resolveydispute.com>), SettleOnline (<http://www.settleonline.com>), SettleSmart(<http://www.settlesmart.com>) 등에서 제공된다.

403) 예컨대, 산업통상자원부, 정보통신산업진흥원에서 웹사이트의 소비자 보호 및 개인정보보호정책 그리고 구매 전 과정을 공정하고 엄격하게 심사하여 소비자가 믿고 거래할 수 있는 우수전자거래사업자에게 eTrust 인증제도를 실시하고 있다(정보통신산업진흥원, 「2011 전자거래분쟁조정사례집」, 2011, 186면); 아울러 eTrust 인증제도 확산 및 대국민 인증제도를 활성화시키고, 국제 공동신뢰마크 및 ADR에 관한 국제협력을 위해 WTA(World Trustmark Alliance)와의 지속적인 관계를 유지하며 국가간 트러스트마크(Trustmark) 협력활동에도 적극 참여할 계획이라고 한다.(산업통상자원부, 전계 보고서, 332면).

404) 같은 견해 : 김현철, 전계논문, 299-300면 참조.

서”의 개념을 도입하였다.⁴⁰⁵⁾ 전자화문서라 함은 “종이문서 그 밖에 전자적 형태로 작성되지 아니한 문서를 정보처리시스템이 처리할 수 있는 형태로 변환한 문서를 의미한다.”(제5조 2항). 즉 처음부터 전자적으로 작성된 전자문서와 달리 원래는 종이문서로 작성되었으나 보관 등을 목적으로 전자화 된 문서를 의미한다. 전자문서의 개념에는 전자적으로 작성된 문서뿐만 아니라 저장된 정보도 포함하고 있으므로 전자화문서는 광의의 전자문서라고 볼 수 있으나 전자화문서는 원본으로 종이문서가 따로 존재한다는 특성상 분쟁발생시 원본 종이문서와의 동일성, 전자화문서의 생성과정에서의 무결성, 전자화문서 자체의 진정성 문제가 발생할 수 있다.⁴⁰⁶⁾ 그리고 전자문서 및 전자거래기본법에서는 “전자문서는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 전자적 형태로 되어 있다는 이유로 문서로서의 효력이 부인되지 아니 한다.”고 규정(제4조 1항)하여 전자문서 이용의 법적 안정성을 기하려고 하고 있으나, 동법(제4조 2항)에서는 “별표에서 정하고 있는 법률의 규정에 의한 기록·보고·보관·비치 또는 작성 등의 행위가 전자문서로 행하여진 경우 당해 법률에 의한 행위가 이루어진 것으로 본다.”라고 하고 있어 전자문서는 예외적인 경우를 제외하고 일반 종이문서와 동일한 법적효력이 인정됨을 의미하나, 전자문서의 법적 효력을 일선 행정기관과 국민들이 명확하게 알지 못하며, 명목상 규정으로 잘못 인식되는 경우가 많아서 별표에서 명시적으로 예시한 것이라고 볼 수 있다.⁴⁰⁷⁾ 전자문서 및 전자거래 기본법은 전자거래의 사법적 규율에 관하여 실체적 효력에 대하여는 기존의 법률에 의하고, 전자문서의 기술적 특성을 일부 반영한 기술적 규정들을 규율하고 있다.

그런데 전자문서 및 전자거래기본법에 명확히 실체적 효과를 부여한 규정을 둔 것도 아니고, 종래의 민사실체법이 전자문서에 대한 명확한 해석과 입장을 밝힌 것도 아니어서 사법적 규율에 있어서 불명확성이나 모호함이 여전히 존재한다고 볼

405) 전자화문서는, 소위 스캐닝(Scanning)문서라고도 하며 종이문서를 스캐너라는 장비에 고정시키면 스캐너에서 나오는 빛을 반사시켜 그 반사광을 이미지센서에서 받아들여 전자적 데이터인 이미지로 변환한 것이다. 이 과정에서 생성된 이미지는 ‘0’과 ‘1’이라는 디지털 신호로 구성되므로 일종의 전자문서에 해당된다. 다만 전자화문서는 기존의 스캐닝에 의한 이미지문서와는 달리 법에 따른 일정한 절차와 방법에 따라 작성된 문서를 의미한다(김현철, “전자문서 법제의 동향과 과제”, 「비교법연구」 제10권 제2호, 동국대학교비교법문화원, 2010. 4. 121면).

406) 사법연수원, 전계 「전자거래법」, 141-144면.

407) 한삼인·정창보, 전계 “전자문서에 있어서의 법제의 동향과 증거력에 관한 연구”, 377면.

수 있다.⁴⁰⁸⁾ 그리고 “전자거래사업자”와 “전자거래이용자”라는 개념정의와 관련하여 해석론상 약간의 문제를 가지고 있다. 현행법처럼 “전자거래사업자”를 “전자거래를 업으로 하는 자”라고 개념정의를 하면, 상법상의 상인이나 형법상의 업무의 개념과 혼란을 야기할 우려가 있다.⁴⁰⁹⁾ 즉 기업간 상거래(B2B) 전자거래에서 둘 다 상인임에도 불구하고 당해 전자거래사이트를 운영하는 자 만이 전자거래사업자가 될 뿐이며, 그 전자거래사이트에서 거래를 하는 자는 전자거래이용자에 불과할 뿐이다. 그러므로 “업으로”라고 하는 용어는 불충분한 것일 뿐만 아니라 해석론상 혼동을 야기할 우려가 있다.⁴¹⁰⁾ 또한 전자거래이용자도 현행법처럼 “전자거래를 이용하는 자로서 전자거래사업자 외의 자”라고 개념정의하면, 전자거래를 업으로 하지 않는 전자거래당사자이므로 ‘소비자’의 개념과는 논리적으로 구별된다. 실제로도 전자문서 및 전자거래기본법상으로도 소비자라는 용어와 전자거래이용자라는 용어를 구별하여 사용하고 있다. 즉 동법 제12조 및 제13조의 개인정보보호와 관련된 조문에서는 전자거래이용자라는 용어를 사용하고 있지만, 동법 제15조 내지 제17조에서는 ‘소비자’라는 용어를 사용하고 있는 것으로 보아 전자거래이용자는 소비자라는 용어와는 전혀 다른 관점에서 구별되는 것을 볼 수밖에 없다. 즉 전자거래이용자라는 용어는 오직 동법 제12조와 제13조에서만 사용하고 있으므로 실질적으로는 개인정보나 영업비밀보호의 대상이 되는 자료로서의 의미만이 부여될 수 있다.⁴¹¹⁾ 즉, 전자문서 및 전자거래기본법은 전자거래의 현실에 대한 진공상태 및 관련 법률 간의 부조화로 인한 모순을 치유함으로써 전자상거래를 규율하는 기본법으로서의 역할을 하게 되었다.⁴¹²⁾

2. 전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률

408) 김현경, “상업장부등의 전자적 보존 활성화를 위한 상법 제33조의 재검토”, 「비교사법」 제18권 제3호, 한국비교사법학회, 2011. 8, 829면 참조.

409) 법무부, 전제 「전자거래규정의 민법 편입」, 37면.

410) 오병철, “2001년 개정 전자거래기본법의 이론적 검토”, 「연세법학연구」 제8권 2호, 연세법학회, 2002. 2, 211면.

411) 오병철, 전제 “2001년 개정 전자거래기본법의 이론적 검토”, 202면.

412) 조인우, “전자상거래에서 본인확인제도의 문제점과 개선방안”, 한양대학교대학원 박사학위논문, 2011. 8, 16면.

전자거래가 등장하자 소비자보호를 위해 제정된 대표적 법률인 방문판매 등에 관한 법률이 전자거래에도 적용될 수 있는가의 여부에 대한 논의가 제기되었다. 당시 방문판매법 제25조는 통신판매에 관해서 “컴퓨터통신 등의 방법으로”라는 표현이 명시되어 있으므로 전자거래도 통신판매에 포함된다고 해석할 여지가 있었다. 그러나 방문판매법의 통신판매 규정은 종전의 TV홈쇼핑, 전화거래, 카탈로그를 통한 통신판매를 염두에 두고 제정된 것이므로 전자거래의 소비자보호를 규율하는 법규로서 적절하지 못하다는 비판이 제기되었다.⁴¹³⁾ 이러한 논란을 명확하게 해결하기 위해서는 입법적인 방법이 가장 효과적이었으므로, 2002년 3월 30일 법률 제6687호로 “전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률”(이하 5장 3절의 법령명만을 제외하고 “전자상거래소비자보호법”이라 칭함)을 제정하였다. 전자상거래소비자보호법은 과거의 방문판매 등에 관한 법률이 방문판매, 통신판매, 다단계판매의 3가지 특수한 판매방법에 따른 소비자보호만을 규정하고 있어서 전자상거래에도 적용되는가의 문제를 해결하기 위해 통신판매와 전자상거래만을 떼어내어 별도의 입법으로 마련한 것이다.⁴¹⁴⁾

전자상거래소비자보호법은 2012년 9월 현재까지 10번의 제·개정을 거쳤으나 대부분 관련 법령의 개정에 따른 자구 수정에 그쳤을 뿐이며, 실질적인 의미의 개정은 2005년 3월 31일의 개정에서 제정 당시의 미흡한 문제를 보완한 바 있다. 전자상거래소비자보호법은 거래기록 보존, 조작실수 방지절차 마련, 전자적 대금지급의 신뢰성 확보, 당사자 및 거래정보 제공, 재화공급기간 규정, 청약철회권, 통신판매중개자 책임, 소비자피해보상보험제도, 스팸광고 거부시스템, 각종 처벌규정 등 전자거래에서 발생할 가능성이 있는 소비자피해의 예방과 구제를 위한 다양한 법조문을 두고 있다.⁴¹⁵⁾

3. 전자서명법

413) 오병철, 전제 「전자거래법」, 471면.

414) 법무부, 전제 「전자거래규정의 민법 편입」, 43면.

415) 오병철, “전자상거래소비자보호법 제17조 제2항 제4호의 청약철회권 배제조항의 문제점”, 「민사법학」 제39권 제1호, 한국민사법학회, 2007. 12, 175-177면.

전자서명법은 종이문서에서 행하는 자필서명은 전자거래에서 사용되는 전자문서에서는 사용할 수 없다.⁴¹⁶⁾ 따라서 전자문서의 신뢰성, 부인봉쇄, 당사자 인증을 위해서는 전자적 형태의 서명이 필수적이므로 전자서명의 유효성을 인정하기 위한 법적 근거가 요청되었다.⁴¹⁷⁾ 본법은 총6장 33개조 및 부칙으로 구성되어 1999년 2월 5일 법률 제5792호로 제정되었고 1997년 7월 1일부터 시행되었다.⁴¹⁸⁾ 전자서명법 제정 이후 국제적으로도 여러 기구와 나라가 기술중립주의 원칙에 입각하여 전자서명법을 마련하였는데, 특히 UNCITRAL MLEC(2001년)과 전자서명모델법과 EU전자서명입법지침을 수용하여 개정되었다. 이에 따라 우리나라도 국제적인 동향을 반영하여 2001년 전자서명법을 일부 개정하여 2002년 4월부터 시행하고 있다. 그 이유는 국제적으로 기술중립주의원칙 하에 다양한 전자서명기술을 입법하거나 추진함으로써 전자서명의 개념을 확대하고, 이에 따른 인증업무의 안전성 및 신뢰성 확보를 위하여 기술적·절차적 내용을 보강, 신설하고 있는바, 이러한 국제적인 추세를 반영하여 우리나라에서도 비대칭 암호화 방법에 의하여 만든 디지털서명만을 전자서명의 개념으로 정의하고 있는 전자서명법에 대한 다양한 전자서명이 이용될 수 있도록 개정의 필요성이 증대되었기 때문이다.⁴¹⁹⁾

본 법은 전자문서의 안전성과 신뢰성을 확보하고 그 이용을 활성화하기 위하여 전자서명에 관한 기본적인 사항을 정함으로써 국가사회의 정보화를 촉진하고 국민생활의 편익을 증진함을 목적으로 한다(제1조). 전자문서가 종이서면과 기능적 동가성을 갖기 위해서는 서명요건이 필요하다. ‘서명요건’은 당사자의 의사를 표시하기 위한 방법이 이용되어야 한다. 그러한 방법은 UNCITRAL 전자계약협약 제9조 3항

416) 일반적으로 전자서명은 크게 두 가지 의미로 나뉘질 수 있다. 첫째, 광의의 전자서명으로서 Electronic Signature를 의미하는 것으로 가장 일반적인 예는 전자펜을 이용한 그래픽 기반의 서명방식이며 둘째, 협의의 전자서명으로서 Digital Signature를 의미하는 것으로 비대칭형 암호기술을 이용한 전자서명을 말한다(나승성, 전계 「전자거래법」, 156-157면 참조).

417) 법무부, 전계 「전자거래규정의 민법 편입」, 44면.

418) 전자서명법은 1997년 10월 15일 제3차 정보화추진확대보고회의에서 1998년 중 전자서명법을 제정하기로 결정하였고, 법안 제정을 위하여 1998년 2월부터 전문가 10여명으로 구성된 전자서명법 제정을 위한 연구 작업반에서 시안을 마련하고 1998년 6월에는 전자공청회 및 전자서명법을 제정을 위한 토론회를 개최하여 준비 시안의 내용을 설명하고 각계의 의견수렴, 수정, 보완 과정을 거쳐 1998년 7월 28일 입법 예고하여, 1998년 11월 26일에 국회에 제출 제198회 정기국회 제11차 과학기술정보통신위원회의 심사와 법률안 심사소위원회의 심사를 통과, 1998년 12월 15일 국회의 결을 거쳐 1999년 2월 5일 법률 제5792호로 공포되었고, 1999년 7월 1일부터 시행되어, 8차례의 개정을 거쳐 현재에 이르고 있다(홍준철, 전계논문, 72면).

419) 한삼인·정창보, 전계 “전자서명·인증제도의 법제의 동향과 개선방안에 관한 연구”, 395면.

에는 (i) 관련 합의내용을 포함한 모든 상황에 비추어 전자적 의사표시가 생성 또는 유통되는 목적에 적합할 정도로 신뢰가 있는 경우나, (ii) 당사자의 신원 확인 및 그 전자적 의사표시에 포함된 정보에 관한 당해 당사자의 의도를 표시하기 위한 어떤 수단이 사용된 경우에 기능을 충족하였다는 것이 그 자체 또는 다른 증거와 함께 사실상 증명된 경우에 충족된다.⁴²⁰⁾ 그리고 이 법은 공인전자서명과 기타의 전자서명에 대하여 규율하고 있으며 공인전자서명에 대하여는 전자문서의 서명성을 충족한 것으로 보고 있으며, 형식적 증거력도 인정된다. 즉 다른 법령에서 문서 또는 서면에 서명, 서명날인 또는 기명날인을 요하는 경우 전자문서에 공인전자서명이 있는 때에는 이를 충족한 것으로 보며, 공인전자서명이 있는 경우에는 당해 전자서명이 서명자의 서명, 서명날인 또는 기명날인이고, 당해 전자문서가 전자서명된 후 그 내용이 변경되지 아니하였다고 추정된다(제3조).⁴²¹⁾ 결론적으로 전자문서가 활용되는 경우에 그 작성자의 본인 확인 수단으로서 현재에는 전자서명법에 따른 공인전자서명이 활용될 수 있다.

4. 민사소송 등에서의 전자문서 이용 등에 관한 법률

본 법률은 전자통신·인터넷 분야 기술의 획기적인 발전, 전자문서 이용의 증가에 따라 형사소송을 제외한 민사소송 등 소송 전반에 있어 소송절차에서 전자문서를 제출할 수 있도록 하는 등 전자소송방식을 도입함으로써 당사자들의 편의를 증진하고 분쟁 해결의 효율성을 높이며 종이문서 제출·관리 비용과 부담을 감소시키고 전자소송 관련 산업의 발전 등 경제 발전에 이바지하려는 목적으로 법률 제10183

420) **Article 9. Form requirements** 3. Where the law requires that a communication or a contract should be signed by a party, or provides consequences for the absence of a signature, that requirement is met in relation to an electronic communication if: (a) A method is used to identify the party and to indicate that party's intention in respect of the information contained that part's intention in respect of the information contained in the electronic communication; and (b) The method used is either: (i) As reliable as appropriate for the purpose for which the electronic communication was generated or communicated, in the light of all the circumstances, including any relevant agreement; or (ii) Proven in fact to have fulfilled the functions described in subparagraph (a) above, by itself or together with further evidence.

421) 김용호·최동운·권형남, 전계서, 257면 참조.

호로 제정되어 2010년 3월 24일부터 시행되고 있다.⁴²²⁾ 동법 제2조에는 전자문서를 “컴퓨터 등 정보처리능력을 가진 장치에 의하여 전자적인 형태로 작성되거나 변환되어 송신·수신 또는 저장되는 정보”로 규정하여,⁴²³⁾ 그 범위를 매우 넓게 인정하고 있다. 이에 따를 경우 단순히 문자적 자료뿐 만 아니라 그림, 음성, 영상 파일까지 모두 포함하게 되며,⁴²⁴⁾ 당사자의 의사와 상관없이 자동으로 생성되는 자료까지,⁴²⁵⁾ 모두 포함하게 되어 전자적 자료(Electronically stored information)의 한 유형에 불과한,⁴²⁶⁾ 전자문서에 지나치게 많은 내용을 포함시키는 것 자체가 문제가 될 수 있다.⁴²⁷⁾ 물론 동법 제13조에서 증거조사의 특례를 규정하고 있음을 고려하여 전자문서의 범위를 넓게 규정하였다고 할 수 있지만, 증거로서의 전자문서에 관한 규율을 동법에서 이루어질 성질의 것이 아니라 민사소송법 내지 민사소송규칙의 개정을 통해 정비하는 것이 좀 더 체계적이고 합리적이다.⁴²⁸⁾ 뿐만 아니라 동법은 소송에 있어서 일정한 경우 전자문서의 유효성을 인정하고 있다. 즉 당사자, 소송대리인 등은 민사소송 등에서 법원에 제출할 서류를 전자문서로 제출할 수 있으며 이 법에 따라 작성·제출·송달·보존된 전자문서는 타법에 특별한 규정이 없으면 민사소송법 등이 정하는 요건과 절차에 따른 문서로 본다(제5조). 전자문서를 제출하려는 사람은 대법원규칙으로 정하는 바에 따라 사용자등록을 하여야 하고, 등록사용자로서 전자정보처리시스템을 이용한 민사소송 등의 진행에 동의한 자는 원칙적으로 전자

422) 법제처, 민사소송 등에서의 전자문서 이용 등에 관한 법률 제정이유 참조(<http://www.law.go.kr>).

423) 여기서 “변환되어”라는 표현을 사용함으로써 전자문서의 개념에 전자화문서까지 포함시켜 정의하고 있다.

424) 전자문서에는 음성 및 영상 등의 자료 역시 모두 포함되어야 한다는 견해로는 노태악, 전거 “전자문서 관련 국내 법제 현황과 개선방향”, 122면.

425) 로그데이터(log data), 메타 데이터(meta data) 등은 당사자의 의사와 관계없이 생성 및 저장될 수 있다.

426) 전자적 자료라는 표현은, 전자증거개시(E-Discovery)와 관련하여 개정된 미연방민사소송규칙(The Federal Rules of Civil Procedure)에서 사용하고 있는 표현으로 이는 과거 “데이터 또는 데이터 편집물(data or data compilation)”이라 표현하던 것을 “전자적 자료”라는 표현으로 모두 수정하였으며 문서(documents)와의 별개의 개념으로 사용되고 있다. 구체적인 내용은 김도훈, “전자증거개시에 관한 미연방 민사소송규칙 개정에 대한 소고”, 「인터넷법률」 통권 제40호, 법무부, 2007. 10, 132면 이하 참조.

427) 김도훈, “민사소송 등에서의 전자문서 이용 등에 관한 법률안에 대한 검토”, 「중앙법학」 제12집 제1호, 중앙법학회, 2010. 3, 190면에 의하면 일반적으로 문서란 “사상적 의미”를 표현하고 있는 것으로 칭하므로, 문서와는 전혀 다른 특성들을 가진 전자적 자료를 전자문서라는 이름으로 전부 포괄하는 것을 적절치 못하다.

428) 김도훈, 상계논문, 190면.

문서로 서류를 제출하도록 하고 있다(제6조, 제9조). 또한 법관 또는 법원사무관 등은 재판서, 조서 등의 서류를 전자문서로 작성하거나 변환하여 전자정보처리시스템에 등재하여야 하고, 법원사무관 등은 원칙적으로 전자문서가 아닌 형태로 제출된 서류를 전자문서로 변환하고 사법전자서명을 하여 등재하여야 하며, 이 경우 변환되어 등재된 전자문서는 원래의 서류와 동일한 것으로 봄으로써 사건기록을 전자문서로 관리·보관하도록 하고 있다(제10조). 그러나 여전히 전자문서의 증거능력 및 증명력 인정을 위한 요건 등이 불확실하다. 민사소송은 증거능력에 제한이 없고 서증의 사본도 증거능력이 부인되지 않으므로(민사소송규칙 제120조) 전자문서는 증거능력이 있다고 보는 것이 타당하나 증거력과 관련해서는 문서의 진정을 추정함에 있어 전자문서에도 현행 규정을 그대로 적용할 수 있는지는 불확실하다.⁴²⁹⁾

5. 약관의 규제에 관한 법률

약관의 규제에 관한 입법정책은 여러 법률에 반영되어 있다. 대표적인 법률이 약관의 규제에 관한 법률(1986. 12. 31 공포, 이하 “약관규제법”이라 함)이다. 이 법률은 불공정한 약관의 유효·무효를 정하는 사법규정과 공정거래위원회의 역할을 정한 공법규정을 동시에 가지고 있다.⁴³⁰⁾ 약관규제법 제3조는 약관의 작성 및 설명의무에 대하여, “사업자는 고객이 약관의 내용을 쉽게 알 수 있도록 한글로 작성하고, 표준화·체계화된 용어를 사용하며, 약관의 중요한 내용을 부호, 색채, 굵고 큰문자 등으로 명확히 표시하여 알아보기 쉽게 약관을 작성하여야 하며, 계약을 체결할 때에는 고객에게 약관의 내용을 계약의 종류에 따라 일반적으로 예상되는 방법으로 분명하게 밝히고, 고객이 요구할 경우, 그 약관의 사본을 고객에게 내주어 고객이 약관의 내용을 알 수 있게 하여야 한다. 그리고 사업자는 약관에 정하여져 있는 중요한 내용을 고객이 이해할 수 있도록 설명하여야 하며, 만약 사업자가 그 규정을 위반하여 계약을 체결한 경우에는 해당 약관을 계약의 내용으로 주장할 수 없다.”라고 규

429) 민사소송법 제356조 내지 제358조에는 공문서의 경우 진정성이 추정되나, 사문서의 경우 문서성립의 진정성을 증명하여야 하며 서명·날인·무인이 진정한 것임을 증명한 때에는 진정한 문서로 추정한다.

430) 정영진, “소비자계약상의 정보제공의무에 관한 연구” 제주대학교대학원 박사학위논문, 2012, 149면.

정하고 있다. 그리고 약관규제법 제6조 제1항에는 “신의성실의 원칙에 반하여 공정을 잃은 약관조항은 무효이다.”고 규정하여 신의성실의 원칙을 약관조항의 정당성을 판단하는 기본원칙으로 존중함을 선언하고 있다.⁴³¹⁾ 또한 약관규제법 제6조 제2항에는 고객에게 부당하게 불리한 조항⁴³²⁾, 고객이 계약의 거래형태 등 관련된 모든 사정에 비추어 예상하기 어려운 조항,⁴³³⁾ 계약의 목적을 달성할 수 없을 정도로 계약에 따르는 본질적 권리를 제한하는,⁴³⁴⁾ 조항 등의 내용이 약관내용에 포함되어 있는 경우에는 당해 약관조항은 공정을 잃은 것으로 추정하고 있다.

약관규제법 제7조는 면책조항의 통제에 관한 일반규정의 성격을 갖고 있으며, 포괄적인 내용을 담고 있다.⁴³⁵⁾ 약관규제법 제8조에서는 고객에 대하여 부당하게 과중한 지연손해금의 약정에 대하여 따로 불공정 심사를 하고 있다. 계약조항의 불상당성 역시 공서양속과 마찬가지로 불확정 개념이며 일반조항으로, 그 구체적인 의미 내용은 개별 사례에 관한 모든 사정 특히 쌍방의 정당한 이익을 충분히 고려하여 결정하여야 할 것이다.⁴³⁶⁾ 약관규제법 제9조에서 해제·해지제도가 민법에 규정된 기준을 넘어 일방적으로 사업자의 이익이나 고객의 불이익의 되는 형태로 이용되는

431) 우리민법에서도 신의성실의 원칙을 해석원칙으로 보고 있다. 독일에서는 시민들이 맺는 보통의 계약에 대한 내용규제는 대부분 신의칙에 의거하여 행해졌다. 독일 민법에는 계약을 신의성실에 적합하게 해석해야 한다는 규정이 있으며(§157 BGB), 또한 채무자에게 신의성실에 따른 급부를 할 의무를 부과하는 규정도 있다(§242 BGB). 독일 민법학은 채무이행과 관련한 신의칙규정(§242 BGB)의 범정신을 확장하여 신의성실의 원칙을 채권법의 으뜸 되는 법원칙으로 발전시켰다. 신의칙은 불공정한 계약내용을 그 부분만 일부무효로 할 수 있는 범리로 발전되었고, 나아가서는 법관에게 사인간의 계약을 신의칙이 허용하는 범위로 축소하거나 수정할 수 있는 권한을 부여하게 되었다. 제2차 세계대전 후 독일 연방대법원은 신의칙을 약관의 규제에 이용했다. 약관작성자가 약관을 작성할 때에 거래상대방의 이익을 고려할 의무를 진다는 약관규제의 범리가 신의칙에서 파생되었다. 독일 법원은 “약관작성자는 약관을 만들 때 신의성실에 따라 장래의 거래상대방의 정당한 이익을 적정한 수준까지 고려했어야 한다.”는 원칙을 승인하였다(BGHZ 54 106, 109; 65 364 등); 대법원 1991. 5. 14, 선고 91다6634 판결 참조.

432) 윤방현, “약관의 규제 및 개선방안”, 「법학논총」 제16권 제1호, 조선대학교법학연구소, 2009. 3, 307면에 의하면 고객에 대하여 부당하게 불리한 조항이란 어떤 약관조항에 의하여 이익을 얻는 대가로 고객에게 어떤 다른 이익이 부여되고 있는가를 비교 형량하여 고객에게 부당하게 불리한가를 제3자의 입장에서 객관적으로 판단하는 것을 말한다.

433) 고객의 입장에서는 표시된 계약유형에 따라 그에 상응하는 내용으로 약관이 구성되었다고 믿고 거래를 하는 경우가 대부분이므로 고객의 보호를 위하여 이러한 신뢰는 저버리는 약관조항은 불공정조항으로 추정한다(윤방현, 전제논문, 307면).

434) 임의법규나 거래관행이 계약의 전형적인 내용으로서 부여하는 고객의 권리는 실질적으로 남아 있어야 한다(윤방현, 상제논문, 307면).

435) 고의 또는 중대한 과실로 인한 책임의 배제(제7조 제1항), 손해배상범위의 제한과 위험의 이전(제7조 제2항), 담보책임의 배제 또는 품질이 보장에 대한 책임(제7조 제3항).

436) 이주홍, “계약의 현대적 의미와 내용통제”, 「민사재판의 제문제」 7권, 한국사법행정학회, 1993, 99-100면.

경우를 6가지 유형으로 구분하여 통제하고 있다. 실제로 모든 계약상의 분쟁은 최종적으로 계약해제로 이어지므로 해제제도 운용의 공정성이야말로 소비자의 최소한의 권익을 담보해내는 중요한 요소라고 할 수 있다.⁴³⁷⁾

6. 전자정부법

전자정부법은 2001년 3월 28일 행정업무의 전자적 처리를 위한 기본원칙·절차 및 추진방법 등을 규정함으로써 전자정부의 구현을 위한 사업을 촉진시키고, 행정기관의 생산성·투명성 및 민주성을 높여 지식정보화시대의 국민의 삶의 질을 향상시키려는 목적으로 전자정부구현을위한행정업무등의전자화촉진에관한법률로 제정된 후 2007년 1월 3일 전자정부법으로 변경하였다.⁴³⁸⁾

현행 전자정부법의 주요내용을 살펴보면 다음과 같다. 동법은 “행정기관이 작성하는 전자문서에는 행정전자서명을 사용한다. 다만, 행정기관은 전자거래를 효율적으로 운영하기 위하여 공인전자서명을 사용할 수 있다.”라고 명시되어 있다(제29조 1항). 그리고 “중앙사무관장기관의 장은 인증업무를 수행할 때 공인전자서명과의 호환성을 높이기 위하여 안전행정부장관과 협의하여 행정전자서명에 대한 기술표준을 마련하고, 행정전자서명과 공인전자서명이 서로 연계될 수 있는 방안을 마련하여야 한다.”고 규정하고 있다(제29조 3항). 아울러 “인증 받은 행정전자서명이 있는 경우에는 그 행정전자서명을 전자문서에 표시된 행정기관 및 공공기관의 관인·공인 또는 해당 기관에서 직접 업무를 담당하는 사람의 서명이 있는 것으로 보며, 그 전자문서는 행정전자서명이 된 후에 그 내용이 변경되지 아니하였다고 추정한다.”고 규정하고 있다(제29조 4항).

437) 윤방현, 전계논문, 310면 참조.

438) 처음의 법률 제명이 행정업무의 전자화 촉진에 중점을 두고 있어 법률이 담고 있는 다양한 내용을 포괄하지 못하고 있다는 점과 제명이 길어 동법을 전자정부법으로 명명되었다(배대현, “정부조직개편에 따른 전자서명의 통합 및 관련법의 개정논의”, 「정보화정책」 제15권 제4호, 한국정보사회진흥원, 2008년 겨울호, 92면).

제4장 전자계약의 법리상의 주요 문제점

제1절 전자적 의사표시상의 문제점

1. 용어상의 문제

기존의 ‘전자적 의사표시론’을 주장하는 학자들이 우리말로 옮기는 외국 원문은 주로 영어의 Electronic communications, 또는 프랑스어의 voie électronique이다.⁴³⁹⁾ 이는 이러한 용어를 어떤 맥락에서 사용하는지에 따라서 그 의미 내용이 달라질 수 있다. 그러나 적어도 문언적인 의미에서 전자적 통신수단(electronic communication)이나 전자적 방법(voie électronique)은 전자적 의사표시라는 포괄적인 내용을 뜻하지 않고, 통신의 방법·수단으로 ‘전자적’인 것을 사용한다는 것을 뜻한다. 그런 의미에서 ‘의사표시’를 ‘전자적인 방법’에 의해서 한다는 것이 좀 더 정확하다. 따라서 ‘전자적 의사표시’라는 본질적인 측면보다는 ‘의사표시’를 ‘전자적 방법’에 의해서 하는 ‘수단’ 측면을 강조해야 한다. 또한 전자적 의사표시론의 독자성을 부각시키는 ‘전자적 대리인’도 기술 발전에 따라, 독자적 영역을 구축할 가능성이 있지만, 현 기술의 측면에서는 의사표시를 하는 표의자의 의사표시를 행하는 수단에 지나지 않는다. 전자적 대리인은 인간이 프로그램하고 미리 설정한 값에 따라 반응하는 ‘인간의 도구’라는 속성을 가졌다. 도구의 사용자가 도구의 사용에 대해서 책임을 지는 것과 같이 전자적 대리인의 사용에 대해서도 책임을 진다는 측면에서 논의가 출발된다.⁴⁴⁰⁾

현재 기술에서는 전자적 대리인은 본인이 설정한 프로그램 값에 따라 다른 당사자나 다른 전자적 대리인과 더불어 어떤 행위를 시작하고, 반응하고, 상호작용한다. 앞으로 인공지능의 발달로 전자적 대리인이 “경험을 통해서 스스로 학습하고, 자신

439) UNCITRAL Model Law § 12 참조.

440) 법무부, 전계 「새로운 형태의 전자적 의사표시와 전자문서에 관한 연구」, 15면.

의 프로그램의 명령들을 수정하고, 새로운 명령들을 제안하는” 정도가 되면, 전자적 대리인의 개념 정의도 다시 수정할 필요가 있다고 생각된다.⁴⁴¹⁾

2. 전자적 의사표시와 자연적 의사표시의 동질성 문제

(1) 전자적 의사표시의 독자성 인정여부

전자적 의사표시라는 개념을 인정하는 경우 컴퓨터 등 자동화기계에 의하여 행하여진 전자적 의사표시를 그대로 사용자에게 귀속시킬 수 있는가의 여부가 문제된다.⁴⁴²⁾ 여기서 전자적 의사표시의 효력을 누구에게 귀속시킬 것인지의 여부는 결국 그러한 표시에 대한 인간의 행위관련성에 의하여 결정되며, 이는 다음과 같은 이론 구성이 가능하다. 첫째, 전자적 의사표시와 자연적 의사표시 사이의 구성상의 차이점을 인정하지 않고 컴퓨터 등 자동화기계에 의하여 행하여진 표시를 당연히 컴퓨터사용자의 의사표시로 인정하는 견해이다.⁴⁴³⁾ 이러한 견해는 컴퓨터 등 자동화기계를 인간의 의사를 표시하는 단순한 “표시도구”로 인정하는 데에서 출발하고 있으며, 이러한 견해에 따르면 별도의 전자적 의사표시라는 개념을 인정할 필요가 없고, 인간의 의사표시는 기존의 전화나 전보와 같은 표시도구와 동일하게 단순히 컴퓨터라는 기계에 의하여 전달되는데 불과하다. 그러나 컴퓨터 등 자동화기계는 기존의 표시도구와 달리 사용자가 입력한 프로그램에 따라 의사표시의 내용을 판단하고 구체화하는 특수성을 가지고 있으므로 이러한 견해의 근거는 받아들이기 어렵다. 둘째, 컴퓨터 등 자동화기계가 기존의 표시수단과 기능상 완전히 동일하지 않다는 전제하에서 전자적 의사표시와 자연적 의사표시의 차이를 인정하지만 이를 별도로 고려할 필요는 없으므로 전자적 의사표시를 사용자의 의사표시로 인정하는 견해이다. 이러

441) UETA Sec 2. Cmt. 5, “Electronic agent,” p. 8-9 참조. 기술적인 측면에서 컴퓨터 화면에 몇 번이고 이러한 의사를 하는 것이 맞는지에 대한 확인 문구가 재등장하는 것도 이러한 표시자의 ‘내심의 의사표시’를 ‘외부의 효과의사’로 표출하는 것(표시행위)에 대한 오류가 없도록 확인하는 것이다. 그리고 의사표시에 착오나 실수가 있어서, 주문한 내용을 취소하거나 배달된 물건을 반송하여 대금을 다시 돌려받을 수 있기 때문에, 적어도 대부분의 전자거래에서는 ‘전자적 의사표시’라는 본질적인 측면보다는 ‘전자적 방법’에 의한 ‘의사표시’라는 수단적 측면이 강조된다.

442) 오병철, 전제 「전자거래법」, 136면.

443) Heun, “Die elektronische Willenserklärung”, CR 1994, 595.

한 견해에 따르면 전자적 의사표시가 이루어지기 이전에 사용자의 주관적 구성요건이 존재하지만 객관적 구성요건은 컴퓨터 등 자동화기계에 의하여 존재한다는 외형상의 특징을 인정한다. 그러나 전자적 의사표시의 경우 인간의 의사영역의 일부와 표시영역에 개입하는 특수한 형태를 띤다. 즉 전자적 의사표시는 사용자의 고유한 의사표시를 인정한다고 하더라도 사용자가 입력을 하는 시점에는 어떠한 완성된 의사형성이 존재하지 않으며, 그것은 컴퓨터의 의사구체화 과정을 통해서 비로소 완성된다. 이와 같이 전자적 의사표시는 컴퓨터의 의사구체화 과정을 통하여 인간의 개입 없이 표시되는 특징을 고려하면 의사표시론의 변화가 필요하다고 할 수 있다. 셋째, 전자적 의사표시는 컴퓨터 등 자동화기계가 기존의 표시도구와 달리 사용자가 입력한 프로그램에 따라 의사표시의 내용을 판단하고 구체화 한다는 점에서 기존의 의사표시와 달리 이론구성 하는 견해이다. 이 견해는 전자적 의사표시는 인간이 완전한 형태의 의사를 컴퓨터 등에 입력시키는 것이 아니라 입력시점에는 어떠한 완성된 의사형성도 존재하지 않으며, 전자적 의사표시에는 컴퓨터 등에서 발생하는 모든 오류에 대하여 표시자가 위험을 부담하는 위험지배의 원칙 등 특수한 귀속원리가 마련되어야 한다는 것이다. 그러나 이 견해에 따르면 전자적 의사표시의 법적 구속력을 인정하기 위하여 특수한 귀속원리를 인정하는 것이 기존의 의사표시 이론과 부합하는지의 문제가 있다.⁴⁴⁴⁾

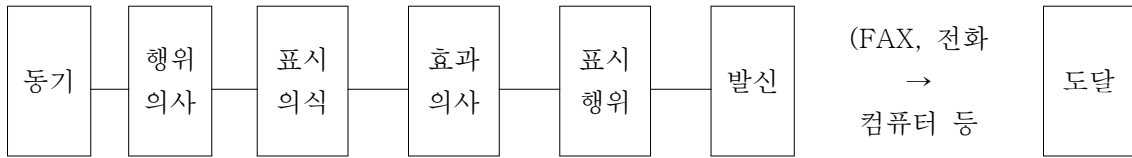
(2) 전자적 의사표시의 전개과정

전자적 의사표시의 독자성을 인정할 것인지의 여부를 판단하기 위해서는 전자적 의사표시가 이루어지는 과정 및 전자적 의사표시에 있어서 컴퓨터 등 자동화기계가 의사구체화 과정에 개입되는 영역에 대한 판단이 필요하다. 먼저 전자적 의사표시를 기존의 자연적 의사표시와 비교하면 다음과 같은 차이가 있다.⁴⁴⁵⁾

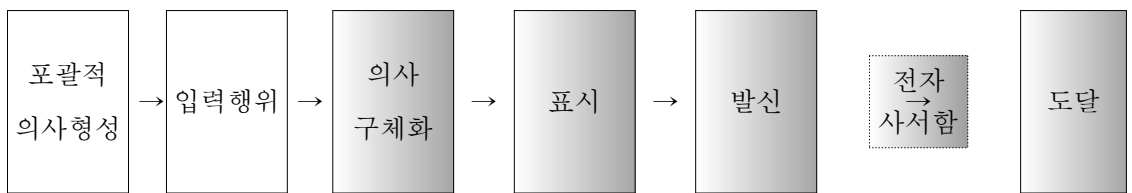
444) 법무부, 전계 「전자적 법률행위·의사표시론」, 10-13면 참조.

445) 오병철, 전계 「전자거래법」, 160면.

[그림 1] 자연적 의사표시의 전개과정

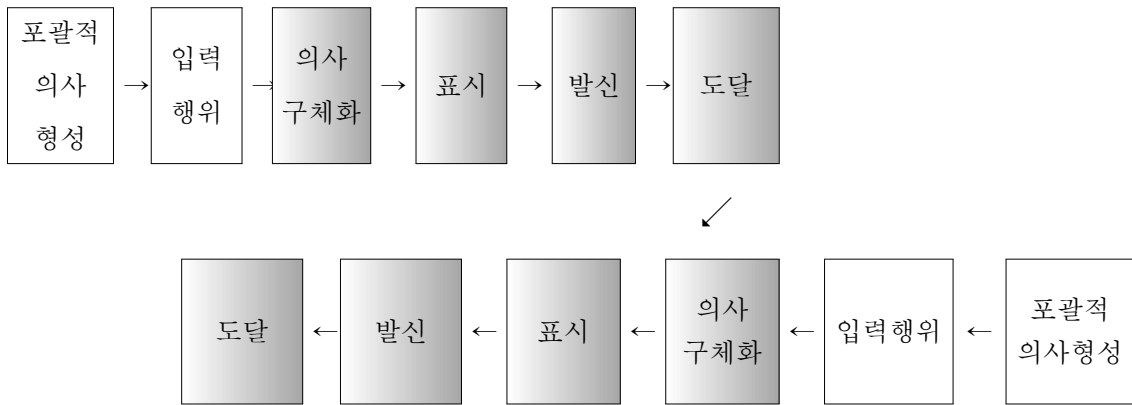


[그림 2] 일면적 전자적 의사표시의 전개과정



□ : 인간영역 ■ : 컴퓨터 영역

[그림 3] 쌍방적 전자적 의사표시의 전개과정



□ : 인간영역 ■ : 컴퓨터 영역

전자적 의사표시는 사용자가 포괄적 의사를 가지고 아직 구체화되지 않은 의사를 컴퓨터 등에 입력하며, 이러한 포괄적 의사는 컴퓨터의 의사구체화 과정을 통하여 구체적으로 완성된다. 따라서 사용자는 컴퓨터가 구체화한 의사가 어떠한 내용인지

를 정확히 인식할 수 없으며, 다만 컴퓨터의 표시를 보고 그 의사의 의미를 인식할 수 있을 뿐이다. 이러한 점에서 효과의사(Erfolgswille)가 확정적으로 결정된 이후에 표시수단으로 기계를 이용하거나 또는 완전한 자연적 의사표시를 하고 이를 전달하는 수단으로 기계를 이용하는 기존의 의사표시와 구분된다. 한편, 전자적 의사표시가 법적 효력을 가지는 인간의 의사표시로 간주되기 위해서는 컴퓨터 등 자동화기계에 의한 표시행위가 최종적으로 인간의 의사에 바탕을 두고 행하여져야 한다.

그런데 컴퓨터는 인간과 달리 스스로 독자적인 결정을 내리지 못하고 연산장치의 프로그램과 제공되는 자료에 의한 연산 작용의 결과로써 표시된다.⁴⁴⁶⁾ 여기서 전자적 의사표시는 컴퓨터의 연산 작용 기능에 따라 두 가지로 나누어진다. 첫째, 컴퓨터가 인간의 대용물(Substitution)로써 스스로 법적 효력(Legal effect)을 가지는 표시행위를 하는 것이 아니라 단지 인간의 지시에 따라 표시하는 경우 또는 사용자가 의사결정 과정에 대한 포괄적 인식에 터 잡아 컴퓨터를 사용하는 경우이다. 이는 Off-Line 시스템에 의한 계약체결에서 볼 수 있는데, 이 경우 사용자는 컴퓨터에 의하여 생성된 표시를 자신의 의사에 기한 표시로 간주하므로 정상적인 의사표시와 차이가 없다.⁴⁴⁷⁾ 둘째, 의사표시의 핵심부에 인간대신 컴퓨터가 위치하는 경우이다. 즉 컴퓨터가 사용자 또는 그 이행보조자에 의해 작동되는 것이 아니라 이미 입력된 프로그램에 따라 스스로 표시를 생성, 전달하는 경우로서, On-Line 시스템에 의한 계약체결이 이에 해당된다. 특히 이는 인간적인 표시행위가 아닐 뿐만 아니라 또한 구체적인 행위 의사 및 표시의사(Erklärungswille)도 결여되어 있어 인간의 의사로 보기 어렵다. 왜냐하면 이 경우 사용자는 각각의 표시가 언제 누구에게 어떤 내용으로 발송되었는지를 인식하지 못한 상태에서 단지 그러한 표시가 자신에게 법적 효력이 있는지 아니면 없는지에 대하여만 알 수 있기 때문이다. 이와 같이 전자적 의사표시는 컴퓨터에 있어서의 의사결정 가능성의 불충분함과 그에 대한 본질적인 지배불가능성을 이유로 사용자에게 귀속시킬 수 없다는 견해가 있다.⁴⁴⁸⁾ 이에 반하

446) Brauner, Das Erklärungsrisiko beim Einsatz von elektronischen Datenverarbeitungsanlagen, Bonn, 1988, S. 40. 이와 유사한 견해로 Kohler, "Die Problematik automatisierter Rechtsvorgänge, insbesondere von Willenserklärung", AcP 182(1982). 133.

447) Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, 6. Aufl, 1994, Rdnr. 256; Kuhn, Rechtshandlungen mittels EDV und Telekommunikation, Diss. Regensburg, 1990, S. 55.

448) Clemens, Rudolf, "Die elektronische Willenserklärung - Chancen und Gefahren-", NJW 1985, 2001f.

여 전자적 의사표시의 법적 효력을 부인하는 경우 각각의 전자적 의사표시는 표시의 수령자에 의한 확인을 요하게 되는데, 이는 현대의 대량거래에 적합하지 않으므로 “전자적 의사표시”도 “진정한 의사표시”로 인정하여야 한다는 견해가 우세하다.⁴⁴⁹⁾ 즉 컴퓨터 사용자는 “포괄적 행위 의사”와 “포괄적 표시 의사”에 기초하여 전자적 의사표시를 위한 사실적 요건들을 제공하고, 이에 더 잡아 법률적으로 구속되고자 하는 사용자의 “단축된, 일반화된 행위 의사”가 형성되었으므로⁴⁵⁰⁾ 컴퓨터 사용자의 의사표시로 볼 수 있다.⁴⁵¹⁾ 이와 같이 개별적 사례에서 의사형성이 가정적으로 이루어지고 그리고 상대방의 자료제공에 의하여 표시행위가 구체화되는 경우 이러한 표시는 결국 인간의 의사에 바탕을 두고 있다고 할 수 있으며,⁴⁵²⁾ 컴퓨터는 인간의 도구에 불과하다고 할 수 있다.⁴⁵³⁾ 즉 전자적 의사표시를 인간의 전자적 의사표시와 동일하게 인정함으로써, 전자적 의사표시는 기존의 법률사실의 범주에 포함되는 것으로 보아야 할 것이다. 다만 컴퓨터의 기능은 인간의 구체적으로 완성된 의사를 단순히 표시하거나 전달하는 수준 이상으로 컴퓨터 이용자의 의사영역에 개입하는 것으로 파악할 수 있다.⁴⁵⁴⁾

3. 의사와 표시의 불일치의 문제

(1) 진의 아닌 의사표시

전자계약에 있어서 진의 아닌 의사표시는 표의자의 내심의 의사와 입력되는 프로

449) Brauner, Das Erklärungsrisiko beim Einsatz von elektronischen Datenverarbeitungsanlagen, Bonn, 1988, S. 52f.

450) 미국에서는 컴퓨터를 단순한 도구로 보지 않고 전자적 대리인이라는 개념을 통하여 의사표시의 주체로 보고 있다. 이는 단순히 입력정보에만 반응하지 않고 더 나아가 “지능이 있는” 컴퓨터가 나오면 생각해 볼 문제이지만 미국의 입장이 진보적인 것은 확실하다.

451) 목적적 의사표시론에 의하면 이러한 일반화된 의사의 형성을 사용자의 의사표시로 간주할 수 있는지 의문이 있으며, 또한 규범적 의사표시론에 따르는 경우에도 시스템의 개방성(Offenheit)과 흠결된 결정가능성(die fehlende Determiniertheit) 때문에 사용자의 컴퓨터 사용에 대한 동기와 지배가능성에 더 잡아 표시행위를 귀속시키는 것은 의문이 있다(Kuhn, Rechtshandlungen mittels EDV und Telekommunikation, Diss. Regensburg, 1990, S. 58).

452) 정진명, 전제 “가상공간에 있어서 법률행위 - 전자적 의사표시를 중심으로-”, 260면.

453) 장재욱, 전제 논문, 215면.

454) 김선광, “전자적 의사표시에 의한 계약성립상의 법적 문제”, 「통상정보연구」 제1권 제1호, 한국통상정보학회, 1999. 7, 160-161면 참조.

그럼 등으로 전자화된 의사간에 불일치가 있음을 표의자가 스스로 알고 있는 경우이다.⁴⁵⁵⁾ 따라서 이러한 진의 아닌 의사표시는 민법 제107조를 적용하게 되면 원칙적으로 유효하며, 상대방이 전자상거래의 의사표시가 표의자가 진의 아님을 알았거나 알 수 있었을 경우에는 무효라고 하게 된다. 여기서 고의(악의)의 경우를 내버려 두더라도 문제는 과실의 경우, 즉 민법 제107조 제1항 단서와 같이 상대방이 ‘알 수 있었을 경우’에 전자상거래의 의사표시를 무효로 해서 상대방을 보호하지 않는 것이 타당한가 하는 점이다. 의사표시가 행하여질 때 상대방이 표의자의 진의를 조사할 의무는 없다고 할 것이므로 표의자가 진의 아닌 표시라는 이유로 자신의 의사표시의 무효를 주장하는데 대하여 반대하지 못할 사정이 없는 한, 상대방에게는 과실이 없다고 해석해야 할 것이다.⁴⁵⁶⁾

이에 관하여 입법론으로는 전자상거래의 의사표시에 있어서는 상대방이 악의인 경우에만 무효로 할 필요가 있다는 견해와,⁴⁵⁷⁾ 전자상거래의 자동화된 의사표시(automatisierte Wilenserklärung)에 있어서 상대방이 악의인 경우에만 무효로 하는 입법론은 표의자와 그 상대방 수령자가 물리적으로 분리되어 있어서 실제로 이 규정이 적용될 여지는 거의 없으므로 불필요하다는 견해가 있다.⁴⁵⁸⁾ 생각건대, 전자상거래의 비대면성, 즉시성, 공개성으로 인하여 상대방이 표의자의 진의 아님을 알게 될 가능성은 그만큼 희박하다고 할 것이고, 따라서 의사표시가 무효로 되는 경우는 드물 것이다.⁴⁵⁹⁾

455) 여기서 진의 아닌 의사표시란, 표의자가 진의가 아니라는 것을 알면서 한 의사표시 즉 표시행위가 표의자의 진의와 다른 의미로 이해된다는 것을 표의자 스스로 알면서 하는 의사표시를 말하며, 비진의 표시, 단독허위 표시 또는 심리유보(geheimer Vorhalten, Mentalreservation)라 한다(박찬주, “진의 아닌 의사표시에 대한 새로운 이해”, 「동아법학」 제42호, 동아대학교법학연구소, 2008. 8, 171면). 예를 들어 사직의사가 없는 근로자에게 역지로 사직서를 제출케 한 후 의원면직형식으로 사직서를 수리하는 것은 진의 아닌 의사표시에 해당한다(대법원 2005. 9. 9. 선고 2005다34407판결). 또한 의사표시를 행한 자가 상대방과 통정한 허위의 의사표시가 아니라는 점에서 통정허위표시와도 구분되는 개념이다(한삼인·정창보, 전제 “전자적 의사표시에 대한 민법상 적용문제에 관한 연구”, 215면). 한삼인, 「관례민법(제3판)」, 법률행정연구원, 2003. 136-145면 참조. 조독일 민법 제116조, 일본 민법 제93조 참조.

456) 양석완, “전자상거래와 전자적 의사표시에 관한 고찰”, 「경제논집」 제15권 제1호, 제주대학교관광산업연구소, 2001. 2, 339면.

457) 오병철, 전제 “전자적 의사표시에 관한 연구”, 1996, 138-139면; 한웅길, 전제논문, 18면.

458) 지원립, 전제 “자동화된 의사표시”, 55면.

459) 같은 견해 : 최창열, “전자거래에서의 법률행위에 관한 연구”, 「성균관법학」 제11권 제1호, 성균관대학교비교법연구소, 1999, 35면.

(2) 통정허위표시

전자거래에 있어서 통정허위표시와 유사한 의사표시의 형태는 당사자 사이에서 전자거래상의 의사표시를 무효로 하는 합의(통정)를 “기존의 자연적인” 방법으로 하고, 그 합의에 따라 전자거래상의 의사표시를 하는 경우로 자연적 의사표시 뿐 만 아니라 전자적 의사표시에 있어서도 특별한 문제를 발생시키지 않는다.⁴⁶⁰⁾ 즉 전자적 의사표시라도 컴퓨터간에 자동화된 통정은 상상할 수 없으므로 통정은 반드시 당사자 사이에서 자연적인 방법으로 행해지게 된다. 따라서 전자적 의사표시의 이러한 유형은 은닉행위가 전자적 의사표시라는 것 외에는 자연적 의사표시의 통정허위표시와 별다른 차이를 발견할 수 없다.⁴⁶¹⁾ 그러므로 전자상거래의 경우를 민법 제 108조 제1항의 통정허위표시의 특수성으로 고려할 필요는 없다고 보고 이를 그대로 적용할 수 있을 것이다.⁴⁶²⁾ 그러나 전자적 의사표시의 특성상 현실적으로 이러한 유형의 전자적 의사표시는 발생할 가능성이 적다.⁴⁶³⁾ 왜냐하면 컴퓨터가 입력행위에 반영된 인간의 포괄적 의사를 구체화하기 때문에, 컴퓨터가 하는 표시는 컴퓨터 이용자는 구체적·세부적으로 인식할 수 없고 표시과정만을 단순히 예상하기 때문이다.⁴⁶⁴⁾

(3) 착오에 의한 의사표시

전자적 의사표시에 있어서 자연적 의사표시보다 매우 다양한 원인에 의해 하자 있는 컴퓨터의 표시가 발생한다. 이러한 하자 있는 컴퓨터의 표시의 법적 효과를 어떻게 다루어야 하는가의 문제가 될 것이다. 이러한 문제의 해결의 출발점은 전자

460) 통정허위표시란, 상대방과 통정하여서 하는 진의 아닌 의사표시를 말한다. 진의 아닌 의사표시와는 달리 상대방과 통정에 의하여 의사를 표시하므로, 비진의 의사표시와 통정허위표시는 표시자의 내심의 의사와 그 표시행위 사이의 불일치를 상대방도 알고 있다는 점에서 구별된다. 예컨대 채권자로부터 강제집행을 면하기 위하여 부동산의 소유자가 타인과 매매를 가장하여 소유권 이전등기를 하는 경우 즉 가장매매가 전형적인 예이다(법무부, 전계 「전자계약의 현안과 과제 - UN전자계약협약을 중심으로-」, 37면). 한삼인, 전계 「판례 민법(제3판)」, 146-153면 참조.

461) 오병철, 전계 「전자거래법」, 218면.

462) 양석완, 전계논문, 340면.

463) 최경진, 전계서, 113-114면.

464) 오병철, 전계 「전자거래법」, 218면.

적 의사표시에 있어서 착오의 개념 정의이다.⁴⁶⁵⁾ 전자적 의사표시의 착오개념은 컴퓨터이용자의 포괄적으로 형성된 의사를 전자적 의사표시의 효과의사로 인정하므로 컴퓨터이용자가 포괄적으로 형성한 의사와 컴퓨터의 표시와의 인식 없는 불일치가 착오가 될 것이다.⁴⁶⁶⁾ 우리나라 민법 제109조에 의하면 “의사표시는 법률행위의 중요부분에 착오가 있는 때에는 취소 할 수 있다. 그러나 그 착오가 표의자의 중대한 과실로 인한 때에는 취소하지 못한다.”라고 규정하고 있다. 따라서 전자적 의사표시의 경우에도 중요부분에 하자가 있으면서 그 하자에 대하여 표의자의 중대한 과실이 없는 경우에는 표의자가 자신의 의사표시를 취소시킬 수 있게 된다.⁴⁶⁷⁾

전자적 의사표시의 경우에는 컴퓨터와 같은 정보처리장치나 네트워크 등의 하자로 인해 착오가 발생할 수 있는바, 전자적 의사표시의 하자에 대한 논의는 컴퓨터가 하자 있는 결과를 도출한 경우, 즉 입력결함, 하자있는 자료의 제공에 의한 결함, 시스템결함, 전송결함 등에 의한 비정상적 처리의 결과에 관한 경우로 나누어 볼 수 있다.⁴⁶⁸⁾

1) 입력의 하자

컴퓨터 사용자가 자신의 컴퓨터를 타자기와 같이 자신의 의사를 표현하는 수단으로 사용하던 중 자료를 잘못 입력하거나 또는 잘못 작동시킨 경우 표시하려던 의사가 실제로 표시된 내용과 불일치하므로 “표시의 착오”(Erklärungsirrtum)가 발생한다.⁴⁶⁹⁾ 이와 같이 컴퓨터에 대한 입력실수는 타자기의 오타나 단순한 오기와

465) 요컨대 전자계약은, 그 의사표시가 컴퓨터 등 전자적 수단을 통하여 이루어지므로 기존 거래 유형보다 더 많은 인간의 오류와 기계의 오작동 가능성이 존재한다. 그럼에도 불구하고 표의자는 컴퓨터의 처리과정과 표시, 그리고 인터넷 등을 통한 전달 과정에서 그 오류를 인식하기 어렵고 이를 확인하기도 쉽지 않다(법무부, 전계 「전자계약의 현안과 과제 - UN전자계약협약을 중심으로-」, 39면).

466) 오병철, 전계 「전자거래법」, 224면..

467) 김선광, 전계논문, 171면.

468) Kohler, “Die Problematik automatisierter Rechtsvorgänge, insbesondere von Willenserklärung”, AcP 182(1982). 132ff.

469) 오병철, 전계 「전자거래법」, 250면; 장재욱, 전계논문, 218면; 정진명, 전계 “가상공간에 있어서 법률행위 - 전자적 의사표시를 중심으로 -”, 275면; 최명구, 전계논문, 445면; Mehrings, “Verbraucherschutz im Cyberlaw: Zur Einbeziehung von AGB im Internet”, BB 1998, S. 31; Heun, “Die elektronische Willenserklärung”, CR 1994, 596; Kohl, “Telematikdienste im Zivilrecht”, in: Scherer(Hrsg), Telekommunikation und Wirtschaftsrecht, 1998, 102; Kuhn, Rechtshandlungen mittels EDV und Telekommunikation, Diss. Regensburg, 1990, S. 141; Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, 6. Aufl., 1994, 256.

다를 것이 없으며, 또한 작동과정 중 하자있는 의사표시가 컴퓨터 네트워크를 통하여 전달될 수도 있으므로 표의자의 의사표시는 법률행위 내용에 관한 착오로 보아 표시된 의사를 취소할 수 있다(민법 제109조 제1항 참조).⁴⁷⁰⁾ 다만, 우리 민법은 취소를 인정하기 위해서는 법률행위 내용의 중요부분에 착오가 있어야 하며, 또한 표의자에게 중대한 과실이 없어야 하므로 이러한 요건의 존재유무에 따라 취소여부가 결정될 것이다.

2) 하자있는 자료의 제공에 의한 하자

전자적 의사표시에 있어서는 하자있는 자료, 예컨대 컴퓨터에 입력된 데이터, 하드웨어 또는 소프트웨어의 결함에 의하여 컴퓨터 사용자의 포괄적 의사와 일치하지 않는 컴퓨터 표시가 발생할 수 있다. 이러한 하자에 있어서는 “동기의 착오”(Motivirrtum)와 “계산의 착오”(Kakulationsirrtum)의 문제가 발생한다. 먼저 동기의 착오는 의사형성 과정에 존재하는 착오로서, 표의자가 효과의사의 결정에 의미 있는 상황을 실제와 달리 인식할 경우에 존재하게 된다.⁴⁷¹⁾ 전자적 의사표시에 있어서 동기의 착오는 컴퓨터 사용자가 이미 입력된 데이터, 하드웨어 또는 소프트웨어의 정상적인 작동을 전제로 하여 의사를 표시하였으나 데이터, 하드웨어 또는 소프트웨어의 결함으로 인하여 의사와 표시가 불일치하는 경우에 발생된다. 그런데 컴퓨터 사용자가 신뢰한 데이터, 하드웨어 또는 소프트웨어는 표의자의 지배영역에 존재하면서 표의자의 의사를 외부에 표시하기 위한 보조시설에 불과하므로 원칙적으로 이러한 동기의 착오에 의한 의사표시는 취소할 수 없다.⁴⁷²⁾ 다만, 전자적 의사표시에 있어서 표의자는 자신의 의사를 컴퓨터에서 상대방에 표시하므로 동기의 착오가 법률행위의 내용을 다루고 있는지 알기 어렵다는 특징이 있다. 또한 컴퓨터의 데이터, 하드웨어 또는 소프트웨어 등 기술적 요소들은 인간의 작업에 의하여 만들어지는 만큼 항상 완벽할 수가 없다. 이러한 전자적 의사표시의 특징들을 고려하여

470) 다른 견해로는 김용직·지대운, 전계논문, 445면; 박영규, “현대사회와 법률행위론”, 「사법연구」 제2집, 청헌법률문화재단, 1994. 4, 213면.

471) 즉 법률행위로 도모하려는 경제적, 사회적 목적에 착오가 있는 경우이다. 철도가 부설된다고 믿고 근처 토지를 비싼 가격으로 매수하는 경우 등이 동기의 착오에 해당한다(법무부, 전계 「전자계약의 현안과 과제 - UN전자계약협약을 중심으로-」, 41면).

472) 같은 견해 : 최명규, 전계논문, 445면.

데이터, 하드웨어 또는 소프트웨어 결함에 의한 잘못된 표시가 발생한 경우 수령자의 신뢰를 해하지 않는 범위 내에서 동기의 착오보다 컴퓨터 사용자의 진정한 의사를 존중하는 “오표시 무해의 원칙”(falsa demonstratio non nocet)을 고려하는 것이 타당하다.⁴⁷³⁾ 계산의 착오는 표의자의 계산 내지 산출기초가 되는 사항에 관한 착오이다. 그런데 전자적 의사표시에 있어서 계산의 착오는 대부분 상대방에게 알리지 않은 표의자의 내면적인 계산의 착오이며, 또한 그에 선행되는 하자의 유형에 따라 해결이 가능하다. 그러므로 계산의 착오는 그 원인이 되는 하자에 포함하든지 또는 동기의 착오로 처리하여야 할 것이다.⁴⁷⁴⁾ 이와 달리 표의자가 계산의 기초를 명백히 잘못된 경우에는 표시된 대로 의사표시의 효력이 발생하게 된다.

3) 시스템의 하자

시스템의 하자에 있어서는 컴퓨터의 높은 신뢰성 때문에 하드웨어 자체보다 프로그램의 결함이 주로 문제된다. 이와 같이 프로그램의 하자로 인하여 표의자의 진의 아닌 의사가 외부에 표시되는 경우 “표시상의 착오”로 보아,⁴⁷⁵⁾ 취소를 인정할 것인지,⁴⁷⁶⁾ 아니면 “동기의 착오”로 보아 취소를 부인할 것인가의 문제가 있다.⁴⁷⁷⁾ 여기서 시스템의 하자에 근거한 결함은 그러한 착오가 의사형성 과정에 존재하기 때문에 동기의 착오로 보아 취소할 수 없다.⁴⁷⁸⁾ 즉 시스템 구축과 데이터 입력은 연산 작용을 통하여 그로부터 개별적인 전자적 의사표시를 발생시키려는 준비과정에 불과하다. 그러므로 시스템의 하자는 표의자가 자신의 의사의 형성을 개인적으로 교부한 표시에 근거를 두고 있는 동기에 해당된다고 할 수 있다.⁴⁷⁹⁾

473) Kohler, “Die Problematik automatisierter Rechtsvorgänge, insbesondere von Willenserklärung”, AcP 182(1982). 135.

474) 정진명, 전제 “가상공간에 있어서 법률행위 - 전자적 의사표시를 중심으로 -”, 276면.

475) 여기서 “표시상의 착오”란, 표시행위 자체를 잘못하여 내심적 효과의사와 표시상의 의사에 불일치가 생기는 경우를 말한다.

476) 지원립, 전제 “자동화된 의사표시”, 56면.

477) 오병철, 전제 「전자거래법」, 253면.

478) 같은 견해 : 장재욱, 전제논문, 221면; Heun, “Die elektronische Willenserklärung”, CR 1994, 596; Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, 6. Aufl, 1994, Rdnr. 256.

479) Kuhn, Rechtshandlungen mittels EDV und Telekommunikation, Diss. Regensburg, 1990, S. 151; Mehrings, “Verbraucherschutz im Cyberlaw: Zur Einbeziehung von AGB im Internet”, BB 1998, S. 32.

4) 전송의 하자

전자적 의사표시는 컴퓨터 네트워크를 통하여 이루어지는 특성으로 인하여 발신자와 수령자 사이의 전달과정 중에 결함이 발생할 수 있다. 즉 전자적 의사표시가 정상적으로 전달되기 위해서는 컴퓨터 네트워크의 정상적인 가동이 전제가 된다. 그러므로 컴퓨터 네트워크의 비정상적인 작동에 의하여 전자적 의사표시가 표의자가 의도하였던 표시와 달리 나타난 경우에 표현된 전자적 의사표시의 효력이 문제가 된다. 만일 표의자가 컴퓨터 네트워크를 자신의 지배영역 하에 두고 직접 운영하는 경우 컴퓨터 네트워크는 표의자의 전자적 의사표시를 전달하는 기관으로 볼 수 없다. 이 경우 컴퓨터 네트워크의 비정상적인 표시는 표의자의 표시기관이 아닌 표의자의 표시상의 착오가 되므로 제109조에 따라 취소할 수 있다.

한편 컴퓨터 네트워크는 대부분 통신사업자와 같은 제3자가 운영하는 시설을 통하여 구축되므로 통신사업자의 지배영역에 하자가 발생하여 표시가 잘못 전달되면 표시기관의 착오로 다룰 수 있다.⁴⁸⁰⁾ 그런데 우리 민법에는 표시기관에 의한 착오를 규정하고 있지 않으므로 민법 제109조를 유추적용 할 수 없다. 이러한 경우에는 표의자의 착오문제가 아니라 표시기관의 착오로서 의사표시의 부도달 문제가 제기된다.⁴⁸¹⁾

4. 그 밖에 문제되는 의사표시

(1) 사기·강박에 의한 의사표시

의사표시가 완전히 유효하기 위해서는 자유로운 의사에 의하여 결정된 것이어야 한다. 이와 같이 자유롭게 결정되어야 할 의사가 타인의 간섭으로 말미암아 방해된 상태에서 행하여진 의사표시를 하자있는 의사표시라고 한다. 이에는 사기에 의한 의사표시와 강박에 의한 의사표시가 있다.⁴⁸²⁾ 컴퓨터는 독자적으로 의사결정을 할

480) 여기서 제3자는, 당사자와 그의 포괄승계인을 제외한 모든자를 말한다.

481) 장재욱, 전제논문, 229면; 정진명, 전제 “가상공간에 있어서 법률행위 - 전자적 의사표시를 중심으로-”, 278면.

482) 최지현, “전자계약의 법적 제문제-소비자계약을 중심으로-”, 「법률행정논집」 제22권 제1호, 전남대학교법률행정연구소, 2002. 6, 193면 참조; 이시환, 「무역계약론」, 대왕사, 1997, 74면 참조; 대법원 1984.12.11. 선고 84다카1402 판결; 대법원 1997. 3. 11. 선고 96다49353 판결; 대법원 2000. 3. 23. 선고 99다64049 판결 참조; P.S. Atiyah, An Introduction to the Law or Contract, 4th ed, Oxford :

수 있는 능력을 아직 가지고 있지 않기 때문에, 컴퓨터에 대한 기망행위가 불가능하며,⁴⁸³⁾ 컴퓨터에 대한 강박도 불가능하다. 결국 이에 대하여 사기나 강박에 의해서 전자적 의사표시가 이루어지는 경우는 자연적인 방법으로 표의자에 대하여 사기가 고의로 위법한 기망행위를 행하여 표의자가 착오에 의해 전자적 의사표시를 하는 경우나 표의자에 대한 직접적인 강박으로 전자적 의사표시를 하는 경우뿐이라는 견해와 이런 유형 이외에 전자적 의사표시의 의사구체화 과정에 상대방의 부당한 개입이 있는 경우, 예컨대 외부로부터의 데이터의 입력이 필요한 경우에 상대방의 고의로 그릇된 데이터를 입력하여 컴퓨터 의사구체화에 부당한 개입을 한 경우를 또 하나의 유형으로 보는 견해가 있다.⁴⁸⁴⁾ 이러한 경우는 컴퓨터와 같은 정보처리장치를 이용한다는 것 이외에는 자연적인 사기·강박과 다르지 않기 때문에 민법 제110조에서 규정하고 있는 바대로 자연적 의사표시와 전자적 의사표시를 구분할 필요 없이 그 취소가 가능하다. 그리고 전자적 의사표시를 행함에 있어서 제3자에 의한 사기·강박은 컴퓨터에 영향을 미친다기보다는 실질적으로 컴퓨터를 이용하는 자에게 행해지게 되는 것이므로 이러한 경우 역시 민법 제110조에 의거 취소가 가능하고,⁴⁸⁵⁾ 선의·무과실인 상대방에 대하여 계약을 취소할 수 없다는 민법 제110조 제2항이 적용되어 피기망자·피강박자의 이익보호도 중요하므로 상대방의 무과실까지 요구하는 것은 타당하다고 할 수 있다.⁴⁸⁶⁾

(2) 제한능력자에 의한 의사표시

전자적 의사표시가 제한능력자에 의해 행해진 경우에 민법상의 제한능력자에 관

Clarendon Press, 1989, p. 236 참조

483) 기망행위란, 표의자(피기망자)로 하여금 사실과 다른 그릇된 관념을 가지게 하거나 이를 강화 또는 유지하려는 모든 행위를 말한다. 진실에 반하는 사실을 진실이라고 명시적·묵시적으로 주장하는 것을 말한다. 특히 일정한 침묵도 부작위에 의한 기망행위가 될 수 있다. 즉, 신의성실의 원칙 및 거래관념에 비추어 어떤 상황을 고지할 법률상 의무가 있음에도 불구하고 이를 고지하지 않으므로써 표의자에게 실제와 다른 관념을 야기하게 하는 경우에 침묵은 부작위에 의한 기망행위가 된다(대법원 1997. 11. 28. 선고 97다26098 판결; 대법원 2006. 10. 12. 선고 2004다48515 판결); 고지의 의무 대상이 되는 것은 직접적인 법령의 규정뿐 아니라 널리 계약상, 관습상 또는 조리상의 원칙에 의하여도 인정될 수 있다(대법원 2006. 10. 12. 선고 2004다48515 판결).

484) 오병철, 전제 “전자적 의사표시에 관한 연구”, 153면.

485) 김선광, 전제논문, 174면.

486) 오병철, 전제 “전자거래의 민사법적 규율방안”, 65면.

한 규정을 그대로 적용하여야 할 것인지가 문제된다. 전자계약은 그 특성상 당사자 간의 신뢰를 바탕으로 행해지기 때문에 거래의 안전을 보호하여야 할 필요가 있다. 그런데 현행 민법은 제한능력자를 강하게 보호하고 있고, 제한능력자와 거래한 상대방을 보호하기 위한 조치는 제한적으로 규정되어 있어 거래의 안전과 제한능력자의 보호라는 상충되는 두 가지의 목적을 조화롭게 해석할 필요가 있다.⁴⁸⁷⁾ 제한능력자를 강하게 보호하려는 민법의 취지에 따라 제한능력자의 보호에 관련한 규정을 적용하여 제한능력자에게 취소권을 주는 것이 민법의 해석상 부득이 할 것이며 다만 전자계약의 경우에 제한능력자와 거래한 상대방의 보호가 현행법상 매우 어렵기 때문에,⁴⁸⁸⁾ 전자계약의 당사자가 능력자인 본인임을 확인케 하는 방법이 강구되어야 한다. 예컨대 제3의 기관에서 발행한 디지털서명을 이용하여 성년,⁴⁸⁹⁾ 본인임을 확인케 하는 방법이나 전자계약의 체결을 위한 회원가입계약을 먼저 체결하여 본인확인을 거친 후에 개별적인 전자계약을 체결하는 방법 등이 있을 수 있다.⁴⁹⁰⁾ 이러한 조치에도 불구하고 미성년자가 허위의 사항을 회답하여 전자상거래를 하였다면 대부분의 경우에는 미성년자의 사술에 해당하게 되어 거래의 상대방을 보호할 수 있다.⁴⁹¹⁾ 미성년자가 법정대리인의 동의를 얻어 전자상거래상의 기본계약을 체결하는 경우에는, 법정대리인의 동의에 포괄적인 행위능력을 부여받게 되므로, 동意的 유효성에 의문을 제기하는 견해가 있고, 이 견해에 따르면, 미성년자와 전자상거래를 하는 경우, 그 기본계약에 법정대리인의 동의를 얻어도, 미성년자의 책임에 일정한 제한을 두기 때문에 주의를 요한다.⁴⁹²⁾ 따라서 기존의 상거래와는 달리 전자상거래에

487) 한삼인·정창보, 전제 “전자계약에 있어서의 법률문제에 관한 연구”, 363-367면 참조.

488) 제한능력자와 전자계약을 체결한 상대방을 보호하기 위한 현행법상 가장 강력한 방법은 제한능력자의 취소권의 배제(민법 제17조)이다. 그런데 실제로 제한능력자로부터 취소권을 배제하기 위해서는 제한능력자가 사술을 써서 제한능력자가 능력자로 믿게 하거나 법정대리인의 동의가 있는 것으로 믿게 하여야 하는데, 판례(대법원 1971. 12. 14. 선고 71다2045 판결)는 적극적인 기망수단이 있어야 사술이 된다는 입장을 취하고 있다. 따라서 전자계약에서와 같이 정형적인 양식에 상품구입의 내용을 기재하여 거래가 이루어지는 경우에는 제한능력자에게 적극적인 기망수단이 있다고 인정하기가 매우 어렵다(최경진, 전제서, 215면).

489) 연령의 확인을 구하는 경우에, 미성년자가 연령을 속여서 회답하면, 사술을 사용하여 거래를 한 것이 되고, 미성년자가 이를 취소할 수 없게 될 가능성이 있다(민법 제17조 제1항 참조).

490) 최경진, 전제서, 127면.

491) 정종휴, “전자거래의 등장에 따른 계약이론의 변용”, 「인권과 정의」 통권 제268호, 대한변호사협회, 1998. 12. 79-80면.

492) 横山経通·江口拓哉, “インターネット上の契約の成立”, 「インターネット法-ビジネス法務の指針-(内田晴康·横山 経通 編著)」, 商事法務研究会, 1997. 94-95면.

있어서는 제한능력자의 행위능력에 대한 입법취지를 제대로 반영할 수 없고, 전자상거래 발전에 장애가 된다는 점에서, 법정대리인의 동의를 유효성에 의문을 제기하는 견해도 있다.⁴⁹³⁾ 또한 제한능력자 보호정신의 취지에 비추어 볼 때, 기본계약 체결의 승인 또는 묵인을 곧 포괄적인 거래의 동의로 해석해서는 안 되고, 회원에 가입한 후에도, 각각의 거래마다 부모 등의 법정대리인의 동의를 얻어야 하는 것이 타당하다.

그러나 모든 거래에 있어서 법정대리인의 동의를 요구하는 것은 전자상거래의 발전을 위해 바람직하지 못하므로 일정 금액 이하의 거래는 부모의 동의를 면제하는 예외적인 방안도 검토되어야 할 필요가 있다.⁴⁹⁴⁾ 이와 함께 전자계약 체결시 제한능력자와 관련하여 일어나는 중요한 문제의 하나로서 전자거래의 특징 중의 하나인 국경 없는 거래로부터 야기되는 문제가 있다. 이는 바로 각국의 상이한 미성년의 연령 규정에서 비롯되는 것으로 우리나라의 경우는 만 19세로 성년이 이루게 되지만, 미성년의 한계연령이 만 18세인 국가의 상대방과 전자계약을 체결할 경우, 어느 나라의 법에 의해 규율해 나갈 것인가의 준거법 및 재판관할의 문제가 야기된다.⁴⁹⁵⁾

(3) 무권한자에 의한 의사표시

아무런 권한이 없는 제3자가 타인의 정보를 이용하여 전자상거래를 행하는 경우에는 무권대리로서, 대리에 관한 민법의 규정을 적용하여 대리권의 증명도 하지 못하고 본인의 추인도 받지 못하는 경우에는 그 제3자는 상대방의 선택에 따라 이행을 하거나 손해배상을 하여야 한다(민법 제135조). 또한 네트워크상에서 거래의 상대방 또는 제3자에게 타인에 대한 대리권수여의 표시를 한 경우 또는 네트워크상에서 타인에게 명의를 빌려 준 경우에는 민법 제125조에 의하여 그 대리권 범위내에서 그 타인과 제3자가 행한 법률행위에 대하여 본인이 책임을 져야 한다. 그리고 네트워크상에서 대리인이 그 권한 외의 행위를 한 경우에 대하여 제3자가 그 권한

493) 김은기, “전자상거래와 상사법의 법률문제”, 「정보사회에 대비한 일반법 연구(II)」, 정보통신정책연구원, 1998, 2. 188면.

494) 이창범, “전자상거래에 있어서 소비자보호의 법적 고찰”, 「소비자문제연구」 제20호, 한국소비자원, 1997, 12. 43면.

495) 왕상한, “전자거래 관련 국제분쟁과 재판 관할”, 「EC Magazine」, 제20호, 2000, 62면.

이 있다고 믿을만한 정당한 이유가 있는 때에 한하여 본인은 책임을 부담하여야 하며(민법 제126조), 대리권의 소멸을 알지 못한 선의·무과실의 제3자에게도 본인은 책임을 부담하여야 한다(민법 제129조). 타인의 것처럼 가장하여 전자계약을 하려는 경우에, 본인이 본인의 이름으로 행위 하는 것을 허락하고 있다는 것을 추측할 수 있는 정당한 사유가 있는 때에는 표현대리 내지 표시수권의 문제로 된다. 그러나 컴퓨터 상대방의 자동화된 거래에서는, 컴퓨터는 직접 접근을 하고 또는 전자서명의 확인만을 행하고 있다.

전자계약에서는 여러 가지 법률문제가 발생하지만 그 중에서도 가장 빈번히 발생하고 일반소비자들의 관심이 집중되는 문제는 무권한자에 의한 거래 내용의 위조와 변조를 어떻게 방지할 것인가에 있다. 무권한자에 의한 거래는 금융기관 직원 등 내부자에 의한 행위가 대부분을 차지하지만, 최근에는 제3자 즉, 해커에 의한 침해 행위가 빈번하게 발생하고 있다.⁴⁹⁶⁾ 특히 인터넷상에서, 타인이 자기의 카드번호나 ID번호를 악용하여 상거래를 한 경우에, 누구에게 어떤 책임이 발생하는가라는 문제가 현재 많이 논의되고 있고 이 문제는, 일반의 거래의 경우에도 발생하지만, 전자계약에서는 상대방과 직접 대화를 하지 않기 때문에, 특히 문제가 된다.⁴⁹⁷⁾ ID번호나 암호에 대해서는 본인의 보관의무가 있고 보관의무를 충분히 하지 않았기 때문에 타인이 부정하게 사용한 경우에는 본인이 책임져야 하지만 본인에게 그러한 의무위반이 없는 경우에는 본인에게 책임을 부담시킬 수가 없다.⁴⁹⁸⁾

(4) 전자적 대리인

앞에서 기술 했듯이 전자적 대리인이란 전자상거래에서 일정한 프로그램에 따라 사람을 대신하여 물품의 매매 내지 대금의 수령 등을 위한 전자적 의사표시를 하는 소프트웨어, 즉 지능형 에이전트를 말한다.⁴⁹⁹⁾ 컴퓨터에 대리능력을 인정하더라도

496) 차명진, “전자상거래의 특성과 법제정에서 고려할 사항”, 「소프트웨어 지적재산권」, 여름호, 한국 컴퓨터프로그램보호회, 1998. 87면.

497) 横山 経通·江口 拓哉, 前掲論文, 95面; 이와 같은 사례에서 예금의 지급의 유효성이 다툰이 된 유명한 일본의 판례(최3소판 1993(평성5)년 7월 19일 판례시보 1489호 111면)가 있으며, 결과적으로 도난당한 현금카드에 의한 무권한자로서의 지급이 유효하다고 판시하고 있다.

498) 野村豊弘, 前掲論文, 86面.

499) 지능형 에이전트는 여러 방면에서 이용되어지고 있고, 전자상거래에도 응용되어지고 있다. 전자

컴퓨터는 자연인이 아니고 책임능력이 없기 때문에 민법상의 대리규정을 유추적용한다고 하더라도 이는 일정한 범위의 규정에 국한 될 수밖에 없다. 따라서 대리인의 책임과 관련되는 규정은 유추적용의 여지가 없다. 예컨대 타인의 대리인으로 계약을 한 자가 그 대리권을 증명하지 못하고 본인의 추인을 얻지 못하면 상대방의 선택에 따라 계약의 이행 또는 손해배상책임을 지게 되는데(민법 제135조), 이 무권대리의 규정은 전자대리와 관련하여 거의 인정하기 어렵다. 왜냐하면, 컴퓨터 이용자 자신의 프로그램이 실행되는 범위에서 전자대리의 개념이 인정되므로 자신의 프로그램이 아닌 자신의 명의를 모용한 프로그램이 타인에 의하여 컴퓨터에 입력되어 작동되더라도 이는 명의를 모용당한 자의 전자대리로 보지 않는다. 이렇게 볼 때 전자대리는 개념적으로 무권대리를 배제하고 있다.⁵⁰⁰⁾

그런데 만일 이용자가 전자계약을 실행하는 컴퓨터를 잘못 프로그래밍한 경우 컴퓨터에 의한 행위는 유권대리로 보아야 하고 컴퓨터 에러가 발생한 경우에는 이용자가 자신의 컴퓨터를 전자계약시스템에 연결함으로써 이미 대리권을 수여한 것으로 보아 표현대리의 법리로 설명할 수 있다.⁵⁰¹⁾ 따라서 이용자가 입력한 프로그램을 실행하는 과정에서 컴퓨터 에러가 발생한 경우 자신의 도움 없이 전자계약을 성립시킬 수 있는 프로그램을 작동시킴으로써 일종의 수권행위가 성립하고, 만일 컴퓨터 에러로 인해 원하지 않는 결과가 발생하였다면 표현대리에 해당한다. 이는 민법상 이용자가 수권한 범위를 초과하여 대리행위가 실행된 것으로 볼 수 있어 민법 제126조에 의한 월권대리의 개념이 적용될 수 있다.⁵⁰²⁾ 컴퓨터를 단순히 도구로 본다면 이 경우 본인의 효과의사와 표시행위가 불일치한 착오로 보게 되어, 의사표시

상거래에서 지능형 에이전트는 고객 대신 쇼핑물을 찾아다니면서 가장 저렴한 가격으로 또는 가장 고객의 취향에 맞게 쇼핑을 할 수도 있고, 제품이나 서비스에 대한 조언도 해줄 수 있으며, 대금도 지불해줄 수도 있다. 지능형 에이전트는 현재 사람의 도구로서의 역할을 할 뿐이지만, 장래에는 일일이 사람의 의사를 통하지 않고 스스로의 사고 판단에 의거하여 유효한 거래행위를 할 수 있는 존재로 발전하는 과정에 있다. 아직까지 기술적으로나 법적으로 지능형 에이전트에 의한 전자상거래의 성립이 크게 문제된 사례는 없다(법무부, 전계 「전자계약의 현안과 과제 - UN전자계약협약을 중심으로-」, 45면 참조); 참고로, 전자대리인이라는 개념은 미국의 통일상법 전 제2B편 초안에서 처음으로 사용되었다(제102조(9)).

500) 정경영, “전자의사표시의 주체에 관한 연구”, 「비교사법」 제5권 제2호, 한국비교사법학회, 1998. 12, 417면.

501) 박찬우, “인터넷과 상거래-계약법상의 문제를 중심으로-”, 「경제기술법연구」 제1집 제2권, 관동대학교, 사헌경제기술법연구소, 1999. 12, 52면.

502) 정경영, 전계 “전자의사표시의 주체에 관한 연구”, 417면.

의 중요부분에 착오가 발생하였고 표의자에게 중대한 과실이 없는 이상 취소할 수 있으나 이를 선의의 제3자에게는 대항하지 못하게 된다(민법 제109조). 그러나 월권 대리로 본다면 대리행위에 대하여 상대방이 권한이 있다고 믿을 만한 정당한 사유가 있으면 본인이 책임을 지게 된다(민법 제126조).⁵⁰³⁾ 그런데 컴퓨터 에러의 대부분은 컴퓨터의 기계적 하자 또는 프로그램의 하자로 생기므로 컴퓨터 이용자에게 중대한 과실이 있다고 인정하기 어려운 점이 있다. 특히 문제가 되는 컴퓨터에는 대체로 상대방도 이를 발견하지 못하여, 이를 믿고 계약을 체결하는 경우가 많아 대개의 경우 상대방의 신뢰가 인정된다.⁵⁰⁴⁾

제2절 전자계약 성립상의 문제점

1. 전자적 의사표시 도달의 하자

전자적 의사표시는 전자적 수단에 의하여 전달되므로 그 전달과정에서 의사표시의 부도달, 의사표시의 지연, 의사표시 내용의 변경도달 등이 발생할 수 있다. 이와 같이 전자적 의사표시에 하자가 발생하여 상대방에게 도달되지 않거나 또는 비정상적인 의사가 도달되는 경우 그러한 하자로부터 발생하는 불이익을 누가 부담할 것인가의 문제가 발생한다.⁵⁰⁵⁾

(1) 의사표시의 부도달

의사표시의 효력발생 시기에 대하여 우리 민법은 도달주의를 채택하고 있기 때문에 의사표시 부도달의 위험은 발신자가 부담하는 것이 원칙이다. 그러므로 의사표

503) 김재두, “전자상거래에서의 계약성립상의 법적문제”, 「경영법률」 제15집 제2호, 한국경영법률학회, 2005. 4, 56면 참조.

504) 박찬우, 전제논문, 52-53면.

505) 법무부, 전제 「전자적 법률행위·의사표시론」, 31면.

시 부도달의 위험은 의사표시가 수령자에게 도달된 때에 수령자에게 이전된다. 그런데 전자적 의사표시에 있어서 도달은 종종 수령할 컴퓨터의 하자에 의하여 부도달이 발생할 수 있다. 예컨대, 통신망의 장애로 인하여 의사표시의 전송시에 전자우편이 파괴되거나 전자우편 주소를 잘못 적어서 수령자가 사용하는 컴퓨터 서버에 입력되지 않으면 도달이 되지 않게 된다. 이러한 경우에 수령자는 원칙적으로 의사 수령을 위하여 준비를 하여야 할 객관적 의무가 없으며, 각자는 자신의 통신매체를 자유로이 사용할 수 있으므로 의사표시가 상대방에게 도달하기 전에 발생하는 위험은 표의자가 부담해야 한다. 또한 이 경우 수령자가 전자우편 주소를 사전에 수령주소로 고지하거나 또는 상인과 같이 거래행위 장소에 구속되는 자는 수령의 장애를 객관적 의무위반으로 인정할 수 있는지의 여부가 문제된다. 이 경우 이러한 자에게는 언제든지 전자적 의사표시를 수령할 수 있는 상태를 유지하여야 할 의무가 있다고 볼 수 있으므로 수령의무 위반을 인정하는 견해가 있다.⁵⁰⁶⁾ 그러나 추정할 수 있는 도달가능성을 유지하여야 한다는 책무위반은 의사표시 부도달에 대한 비난가능성에도 불구하고 법적인 의무위반으로 보기 어렵다. 오히려 발신자의 의사표시 부도달에 의하여 자신의 의사결정 처분의 자유를 회복하게 되므로 발신자가 도달을 목적으로 하는 의사표시를 새롭게 할 것인가의 여부는 전적으로 발신자의 자유에 맡겨져 있다고 할 수 있다.⁵⁰⁷⁾ 다만 전자적 의사표시가 전달과정에서 손실된 경우에 수령자에게 도달이 있었는가의 여부를 기준으로 하여 도달 전의 손실은 표의자가 부담하고, 도달 후의 손실은 수령자가 부담하는 것이 타당하다.⁵⁰⁸⁾

(2) 의사표시의 지연도달

의사표시의 지연 도달의 효과는 우리 민법이 도달주의를 취하는 결과 발신자에게 귀속된다. 그러나 수령자의 책무위반으로 인하여 도달이 지연된 전자적 의사표시는 적기에 도달된 것으로 본다. 이는 의사표시가 수령자의 유책사유에 의해서 지연된 데 근거한 것이 아니라 지연의 원인이 수령자의 영역에서 기인하는 것으로 충분하

506) Ultsch, "Zugangsprobleme bei elektronischen Willenserklärung", NJW 1997, 3008.

507) Kuhn, Rechtshandlungen mittels EDV und Telekommunikation, Diss. Regensburg, 1990, S. 106.

508) 정진명, 전제 "가상공간에 있어서 법률행위-전자적 의사표시를 중심으로-", 273면.

기 때문이다. 다만 지속적인 거래관계에서 전자적 의사표시가 수령자의 컴퓨터에 의하여 파손된 것으로 밝혀지고, 발신자가 이를 표시내용으로부터 알았거나 또는 알 수 있었을 경우에는 수령자는 신의칙에 따라 자신의 상대방인 발신자에게 이를 통지할 의무를 부담한다. 그러므로 수령자가 자신이 사용하던 전자우편계정을 폐쇄하는 경우 법률행위를 목적으로 하는 전자우편이 올 것이 예상된다면 전자우편이 전달될 수 있도록 적절한 조치를 취하든지 아니면 그 상대방에게 전자우편계정을 더 이상 사용하지 않게 되었다는 통지를 해 주어야 한다. 이러한 책무(간접의무)를 위반한 자는 의사표시가 늦게 도착하였다는 항변을 신의칙상 하지 못하므로 이후에 지연되어 도달된 의사표시는 적기에 도달된 것으로 볼 수 있다.⁵⁰⁹⁾

(3) 의사표시의 내용변경

전자적 의사표시가 전달되는 과정에서 내용이 변경된 경우 도달을 기준으로 하여 내용변경을 판단해서는 안 된다. 예컨대, 전자적 의사표시가 전달설비의 잘못으로 인하여 전달과정에서 다른 문자로 변경된 경우 수령자에게는 착오의 법리가 적용될 수 있다. 다만 발신자가 선택된 메뉴에 근거하여 수신확인도 없이 자신의 의사표시를 통지하고 이의 도달을 신뢰한 경우 수령자에게는 신의칙에 따른 일정한 법률효과를 고려할 수 있다.⁵¹⁰⁾

2. 발신시기에 관한 문제

(1) 전달과정상의 위험부담 귀속

전자적 의사표시의 발신과 도달시기의 문제는 원칙적으로 전자적 의사표시의 전달과정에서 발생할 수 있는 위험을 누가 부담하여야 하는가 하는 문제로 귀결된다고 볼 수 있으며, 이 때 상대방의 '요지할 수 있는 상태'가 그 위험을 분배하는 규

509) 법무부, 전제 「전자적 법률행위·의사표시론」, 32면.

510) 법무부, 상계서, 32면.

법적인 요소가 될 것이다. 다만 전자매체와 컴퓨터 네트워크의 다양한 형태가 존재하고, 그 기술의 진보와 개발 등이 급속도로 이루어지기 때문에 이를 모든 경우에 적용할 수 있다고 보는 것은 극히 곤란하다고 할 것이나, 너무 기술적인 면에 치우치는 것도 타당하지 않으므로, 결국 법적 평가의 문제로 귀착된다고 보아야 할 것이다.⁵¹¹⁾

(2) 상대방의 컴퓨터에 직접 의사표시를 전달하게 되는 경우

전자계약의 당사자 중 일방이 의사표시를 하는 경우 어느 시점에 의사표시가 발신되었다고 볼 것인가의 문제는 당사자간의 컴퓨터가 어떻게 연결되어 있는가에 따라 발신의 시점을 다르게 보아야 한다는 견해와 양자의 경우를 나누어 살펴볼 필요는 없다는 견해로 나누어진다. 당사자간에 컴퓨터망으로 직접 연결되어 있는 경우에는 표의자의 컴퓨터는 상대방의 컴퓨터에 직접 의사표시를 전달하게 된다. 이 경우는 Fax의 경우와 비슷한 형태로 볼 수 있다. 이 경우 발신의 시점은 표의자의 컴퓨터가 구체화된 의사표시를 상대방에게 전송할 수 있는 신호로 전환하여 작성자의 모뎀이나 메일서버(mail-server) 등을 벗어나는 순간에 발신이 이루어졌다고 보아야 할 것이다. 왜냐하면 발신이란 의사표시가 외형적 형태를 가지고 방향을 정하여 표의자의 지배를 벗어나거나 더 이상 표의자가 의사표시에 영향을 미칠 수 없는 순간을 의미하므로, 모뎀이나 메일서버 등을 벗어나는 이 시점에 표의자의 지배영역을 벗어났다고 볼 수 있기 때문이다. 따라서 모뎀이나 메일 서버를 나가기 전에 기술적인 장애가 발생하여 개인용 PC에서 화면상 전송된 것으로 보였다 하더라도 발신인의 메일서버에 머물러 있다면 이는 발신이 이루어졌다고 볼 수 없게 된다.⁵¹²⁾

(3) 통신사업자가 매개된 경우

전자계약 당사자 사이에 통신사업자가 매개되어 전자사서함을 통하여 전자메일을

511) 사법연수원, 전계 「2011전자거래법연구」, 54면; 법무부, 전계 「새로운 형태의 전자적 의사표시와 전자문서에 관한 연구」 36-37면 참조.

512) 이충훈, “전자거래 관여자의 민사법적 지위”, 연세대학교대학원 박사학위논문, 2000. 8, 64면.

이용하는 경우에는 발신의 시점을 언제로 보아야 하는가에 관하여 견해의 대립이 있다. 즉 작성자의 모뎀을 벗어나 상대방의 전자사서함에 입력되는 순간 바로 그 시점에야 다른 사람들을 상대로 의사가 개진된 것으로 볼 수 있으므로 전자사서함에 입력되는 순간에 발신이 이루어졌다고 보는 견해와, 작성자의 모뎀이나 LAN을 벗어나는 순간에 발신이 이루어졌다고 보는 견해가 있다.⁵¹³⁾

그러나 인터넷을 이용하여 전자우편을 발송하는 경우에는 일방이 자신의 계정이 있는 인터넷 서버에 접속하여 자신과 다른 인터넷 서버를 가지고 있는 타방의 계정으로 전자우편을 전송하는 경우는 우선 일방이 자신의 컴퓨터에서 작성한 메시지는 인터넷 통신사업자의 e-mail 프로그램을 이용하여 작성한 메시지는, 일단 자신의 계정이 있는 인터넷 서버의 메일전송서버로 이송되게 된다. 이 메일전송서버는 타방의 인터넷 서버의 메일수신 서버를 자동으로 찾아 가상공간(인터넷 공간)으로 메시지를 보내게 된다. 예를 들어 甲이 A사에 자신의 인터넷 계정을 만들고, B사에 인터넷 계정이 있는 乙에게 e-mail을 보내는 경우, 甲은 모뎀이나 랜(LAN) 등을 사용하여 A사의 인터넷 서버로 접속하게 된다. 이 경우 PC통신의 경우와 마찬가지로 A사의 인터넷 서버에 접속이 되면 甲은 A사의 인터넷 서버 내의 e-mail 송·수신 프로그램을 사용하게 되며, 甲이 e-mail을 보내기 위해 A사의 인터넷 서버를 이용하여 메시지를 남기면 甲의 메시지는 A사의 메일전송서버로 이송된다. A사의 메일전송서버는 甲의 메시지를 乙의 계정이 있는 B사의 메일수신 서버를 찾아 甲의 메시지를 인터넷 공간으로 보내고 그 보낸 시점을 A사의 메일전송서버에 기록하게 된다. 여기에서 PC통신을 통한 전자우편과 e-mail의 차이점이 나타나게 되는데, PC통신을 통한 전자우편의 경우 PC통신 내의 동일서버 내에서 전달이 이루어지게 되나, e-mail의 경우 국내에서 e-mail을 보내는 경우에도 국내선로가 정체현상을 보이면 메일전송서버는 가장 빠르게 보낼 수 있는 선로를 찾게 되고, 만약 그 시점에 외국선로가 정체현상을 보이지 않는 경우 자동으로 외국의 선로를 이용하게 된다. 따라서 e-mail의 경우 송신의 시점은 바로 메일전송서버에 메일전송시간이 기록된 때로 보아야 할 것이다. 왜냐하면 사용자가 자신의 컴퓨터 등을 이용하여 자신의 인터넷 계정에 접속하여 메시지를 작성하고 편지 발송을 명령하였다 할지라도 사용

513) 이충훈, 전계논문, 64면.

자의 메시지는 메일전송서버로 이송되었을 뿐이고, 이 메일전송서버가 상대방의 메일수신서버로 가장 빨리 보낼 수 있는 선로를 찾아 메시지를 보내고 그 보낸 시간을 기록하여야, 비로소 표의자의 지배영역을 벗어났다고 할 수 있기 때문이다.⁵¹⁴⁾

3. 전자문서의 수신자 확인 문제

전자적 의사표시는 전자적 수단에 의하여 전달되므로 그 전달과정에서의 의사표시의 부도달 또는 의사표시 지연 등이 발생할 수 있다. 이와 같이 전자적 의사표시의 도달에 문제가 발생하는 경우 그 불이익을 누가 부담할 것인지가 문제된다. 특히 전자적 의사표시가 수신자에게 도달하였으나 수신자가 이를 의도적으로 확인하지 않거나 또는 스팸메일로 자동 처리되어 수신자가 이를 인식하지 못하는 경우가 종종 발생 한다. 이 경우 수신자가 의사표시의 부도달을 주장하는 경우 송신자는 이를 증명하기 어렵다. 따라서 전자적 의사표시가 수신자의 영역에 도달한 경우 다른 사정이 없으면 수신자에 의하여 수령될 수 있는 것으로 보는 규정이 필요하다.⁵¹⁵⁾ 우리나라 전자문서 및 전자거래기본법은 착오에 대해 별도로 규정하고 있는 바가 없다. 다만 동법 제8조(수신한 전자문서의 독립성)에서 “수신한 전자문서는 문서마다 독립된 것으로 본다. 다만, 수신자가 작성자와 합의된 확인절차를 따르거나 상당한 주의를 하였더라면 동일한 전자문서가 반복되어 송신된 것임을 알 수 있었을 경우에는 그러하지 아니하다.”라고 하여 상당한 주의를 하였더라면 동일한 전자문서가 반복되어 송신된 것임을 알 수 있었을 경우 송신자의 착오로 동일한 문서를 반복 송신한 것을 착오의 범리에 의해 해결한다는 내용을 담고 있다.⁵¹⁶⁾

4. 보통거래약관의 유효성

보통거래약관(allgemeine Geschäftsbedingungen)이란 계약체결 이전 계약의 일방 당사자가 일방적으로 결정하여 제안한 정형화·표준화되어 있는 계약내용 내지 계

514) 이충훈, 전제논문, 66면.

515) 법무부, 전제 「새로운 형태의 전자적 의사표시와 전자문서에 관한 연구」, 38면.

516) 법무부, 전제 「전자계약의 현안과 과제 - UN전자계약협약을 중심으로 -」, 46면.

약조건을 말한다. 이를 단순히 약관이라고 하며, 일반거래약관 또는 보통거래약관이라고 한다. 약관은 계약이 일방 당사자가 다수의 상대방과 계약을 체결하기 위하여 일정한 형식에 의하여 미리 마련해 놓은 계약의 내용이나 조건으로서 당사자를 구속하는 힘을 가지기 위해서는 당사자들이 그 약관을 계약에 편입시켜야 한다.⁵¹⁷⁾

그런데 약관의 내용 중에는 그 조항이 없으면 매도인이 부담해야 할 불이익을 매수인에게 전가하는 경우도 적지 않다. 그래서 약관규제법은 매수인 특히 소비자를 보호하기 위하여 매도인이 불공정한 내용의 약관을 작성·통용하는 것을 방지하여 적정한 거래를 목적으로 입법적 통제를 하고 있다. 약관규제법에 의할 때, 전자상거래의 판매자는 소비자에게 약관을 알려주고 그 중 중요한 사항은 쉬운 용어로 설명해 주어야 한다. 약관과 관련하여 전자상거래에서 부딪치는 특수한 문제로서는 계약체결시의 약관이 소비자에게 어떤 방법으로 명시·설명되어야 하는가에 관한 것이다.⁵¹⁸⁾ 일반 상거래에서는 소비자가 그 약관을 복사하여 저장할 수 있도록 배려해주는 것으로 대신할 수밖에 없다(약관규제법 제3조 참조).⁵¹⁹⁾ 다만 계약해제 등 중요한 계약내용에 관해서는 계약체결시의 별도의 설명 문구를 통해서 그 사항을 명확히 설명해 주는 것이 필요하다. 그러나 실제거래에서는 대부분 약관에 의한 동의만을 요구하고 있을 뿐 중요사항에 대한 설명이나 별도의 요약 등을 제공하고 있지는 않다. 따라서 약관규제법에 의한 설명의무를 다하였다고 볼 수 있는지, 나아가 계약의 내용으로 주장할 수 있다고 보기 어려운 면이 있다. 무엇이 중요한 내용인가는 계약의 유형이나 목적물의 종류에 따라 다르게 될 수 있다.

소비자가 계약내용에 관하여 질문을 한 경우에 사업자는 이에 관해 성실하고 쉬운 용어로 답변을 해주어야 할 것이다. 아예 약관을 갖고 있지 않은 전자상거래업

517) 최병록, 전제 “전자계약에서의 법률문제 - 소비자보호측면에서 -”, 325-327면.

518) 명시·설명 의무가 인정되는 것은 어디까지나, 계약자가 알지 못하는 가운데 약관의 중요한 사항이 계약내용으로 되어 계약자가 예측하지 못한 불이익을 받게 되는 것을 피하고자 하는 것 등에 그 근거가 있다(김동훈, “약관규제에 관한 최근 판례상의 쟁점”, 『법학논총』 제18집, 국민대학교출판부, 2006. 2, 116면; 대법원 2005. 10. 7 선고 2005다28808 판결) 그리고 보험약관에 정하여진 사항이라고 하더라도 거래상 일반적이고 공통된 것이어서 보험계약자가 별도의 설명 없이도 충분히 예상할 수 있었던 사항이거나 이미 법령에 의해 정하여진 것을 되풀이하거나 부연하는 정도에 불과한 사항에 대하여서는 보험자에게 명시·설명 의무가 인정된다고 할 수 없고, 또 보험계약자나 그 대리인이 이미 약관의 내용을 충분히 잘 알고 있는 경우에는 보험자로서는 보험계약자 또는 그 대리인에게 약관의 내용을 따로 설명할 필요가 없다고 판시하고 있다(대법원 2004. 11. 25. 선고 2004다28245 판결; 대법원 2004. 4. 27. 선고 2003다7302 판결; 대법원 2003. 8. 22. 선고 2003다27054 판결; 대법원 2003. 5. 30. 선고 2003다15556판결).

519) 이은영, “전자상거래에서 소비자의 권리”, 『인터넷 법률』 제1호, 법무부, 2000. 7, 53면.

자도 있는데, 이 경우에는 소비자와의 분쟁을 처리하는 데에 약관이 있는 경우보다 더 어려움이 많다. 특히 전자상거래에서 문제가 큰 경우는 외국의 사업자와 국내 소비자가 거래하는 경우이다. 이 경우에 영어 또는 기타 외국어로 계약체결이 되고 그 계약내용도 외국어로 명시되기도 하여 국내소비자가 그 내용을 정확히 알지 못한 채 계약을 체결하게 된다는 문제가 생긴다. 이러한 국제거래에 관해서 국내의 약관규제법이 적용될 여지가 없다. 그러나 한국어로 상품소개를 하는 사업자라면 그 계약내용도 한국어로 기재하고 설명해 주는 것이 타당하다고 여겨진다.⁵²⁰⁾ 매도인이 약관의 명시·설명의무를 지켰다고 하더라도 약관규제법에 비추어 불공정한 약관일 경우에는 공정거래위원회에 부당약관으로 무효를 청구하여 무효화시키거나 재판을 통해 무효화시키는 방법은 있다. 약관과 관련하여 전자거래에 있어서 문제가 되는 것은 매도인의 홈페이지에 게재된 주의서를 약관으로 볼 수 있느냐 하는 것이다. 주의서를 약관으로 보기 위해서는 그 홈페이지에 접속한 소비자가 주의서를 약관인 것으로 인지할 수 있도록 홈페이지를 구성할 필요가 있다.⁵²¹⁾

제3절 전자계약 효력상의 문제점

1. 전자계약의 효력 문제

전자거래에서 계약이 성립하면 통상의 계약이 성립한 경우와 똑같이 계약 당사자는 계약내용에 따라 채권을 취득하고 채무를 부담하게 된다. 따라서 매도인은 급부를 이행할 의무를 지고 채무를 부담하게 된다. 이에 대하여 매수인은 대금지급의 의무를 진다. 인터넷을 통한 거래는 기존의 거래방식과 다르므로 급부내용 및 그 이행 방법에 있어서도 다르다. 인터넷을 통한 계약에서 계약목적인 급부를 운송업자인 제3자에 의해 이행되기도 하고 반대급부인 대금의 지급도 금융기관과 같은 제

520) 이은영, 전제 “전자상거래에서 소비자의 권리”, 55면.

521) 법무부, 전제 「전자계약의 현안과 과제-UN전자계약협약을 중심으로-」, 30-31면 참조.

3자를 이용하게 되는 특징이 있다. 이러한 특징을 감안하여 인터넷 계약의 급부문제를 다루어야 할 것이다.⁵²²⁾

전자거래를 통한 계약의 급부의무의 이행에는 매도인이 목적물을 택배나 우송의 방법을 이용하여 매수인에게 발송함으로써 이행을 완료하는 오프라인형(off line)과 소프트웨어(software)를 내려받기(downloading)하는 것처럼 디지털데이터(digital data)가 네트워크를 통하여 매수인에게 송신됨으로써 이행을 완료하는 온라인 형이 있다.⁵²³⁾ 그런데 오프라인형에 대해서는 채무이행에 관한 민법 또는 특별법의 법리가 그대로 적용되므로 특별한 문제는 없지만, 온라인형의 채무이행의 경우에는 문제가 있다. 디지털화할 수 있는 것이라면, 거의 모든 것을 온라인으로 이행할 수 있을 것이다. 가령 신문·잡지의 기사나 논문 등의 문자정보나 주식시황·외환시세 등의 숫자정보는 물론, 그림·사진·설계도와 같이 화상정보, 음악 등의 음성정보, 나아가 영화·비디오 등의 영상정보, 컴퓨터 소프트웨어 등이 디지털화되어 온라인으로 이행될 수 있는 것들이다.

(1) 급부의무와 책임

인터넷을 통한 계약에서 판매자(매도인)는 구입자(매수인)에게 급부의 목적물을 인도하여야 한다. 목적물의 인도를 판매자 자신의 책임 있는 사유로 하지 못한 경우에는 구입자에게 채무불이행 책임을 진다(민법 제390조 참조). 거래목적물에 하자가 발생한 경우에는 판매자는 구입자에게 담보책임을 진다. 담보책임의 범위는 인터넷 계약의 특성상 권리의 하자보다 물건의 하자인 민법 제580조 이하의 하자담보책임이 주로 적용될 것이다. 그러므로 목적물에 하자가 있는 경우에는 손해배상청구권(종류물의 경우 완전물 급부 청구권)을 가지게 된다. 그리고 인터넷 계약의 특성상 하자담보책임의 단서 조항인 매수인이 하자를 알았거나 알 수 있었을 경우의 책임배제조항은 사실상 적용되는 경우가 거의 없을 것이다.⁵²⁴⁾ 온라인형의 채무이행

522) 최병록, 전제 “전자계약에서의 법률문제 - 소비자보호측면에서 -”, 330-333면 참조.

523) 한웅길, 전제논문, 38면; 박희주, “인터넷 이용상의 사법적 문제”, 경북대학교대학원 박사학위논문, 1999. 2, 107면 참조.

524) 오병철, 전제 “전자거래의 민사법적 규율방안”, 124면.

과 관련하여 발생할 수 있는 문제로서는 우선 채무이행으로서 송신된 디지털데이터가 부도달한 경우에 어떻게 도달을 확인할 것인지 등의 문제가 있다. 그러나 이러한 문제들은 내용적으로 오프라인형에 있어서의 문제와 기본적으로는 차이가 없다. 예컨대 오프라인형에서 택배업자가 매수인으로부터 영수인을 받는 조치에 상당하는 조치, 즉 송신의 확인을 받는 조치를 온라인형에서도 도입하면 이 문제는 해결할 수 있는 것이다.⁵²⁵⁾ 다음으로 디지털데이터의 하자에 대하여 현행 민법의 규정을 그대로 적용하면, 매도인 측에게 귀책사유가 있는 경우에는 채무불이행책임의 문제가 되며, 매도인 측에게 귀책사유가 없는 경우에는 하자담보책임의 문제가 된다.

그런데 하자 발생의 유형에 따라서는 매도인 측의 영역 이외에서 후발적으로 발생하는 경우가 있을 수 있다. 예컨대 앞에서 언급했듯이 디지털의 하자가 송신중에 통신시스템의 문제나 제3자의 행위에 의하여 하자가 발생한 경우, 컴퓨터 바이러스가 송신도중에 부가된 경우, 매도인 측의 시스템과 매수인측의 디지털데이터를 가져오는 단계에서의 기술적 문제로 하자가 발생하는 경우와 같이 하자의 발생에 매도인 측은 전혀 관련이 없는 때에도 무과실 책임을 이유로 하자담보책임의 소급을 인정하는 것은 문제가 있다. 그리고 소프트웨어의 경우에는 계속적으로 업그레이드(Up-Grade)되고 있으므로, 현재의 소프트웨어의 송신이 완전한 이행으로 될 것인지, 불완전이행으로서 보수청구나 대체물청구를 할 수 있는 경우인지, 하자담보책임의 대상인 하자가 있다고 할 수 있는 경우인지의 판단이 곤란한 경우가 많을 것이다. 한편 실제의 소프트웨어의 온라인형 거래에서는 당사자의 합의로 문제가 있는 소프트웨어에 대해서는 예컨대 24시간 이내라는 제한하에 재송신 받는 것을 인정하고 있는 경우도 있다.⁵²⁶⁾ 그밖에 온라인으로 이행함에 있어서 경유하는 매도인 측 또는 매수인 측 서버의 시스템다운(system down) 등으로 인하여 이행지체나 수령지체가 발생한 경우의 문제도 기존의 이행지체나 수령지체와 다른 요소가 있는지 여부를 검토 할 필요가 있다.⁵²⁷⁾

(2) 대금지급의무와 전자결제

525) 野村豊弘, 前掲論文, 205面.

526) 野村豊弘, 前掲論文, 206面.

527) 野村豊弘, 前掲論文, 206面.

인터넷을 통한 계약에 있어서도 매수인에게는 대금지급의무가 발생하게 되며, 매수인의 대금지급 방법으로는 기존의 현금지급대신에 대부분 신용카드나 핸드폰 등으로 지급하는 방법이 사용되고 있다. 이러한 새로운 대금지급방법은 신용카드사용계약이나 핸드폰 사용계약에서 발생하는 일반적인 법률문제와 인터넷 계약의 특성에 따른 법률문제가 발생하게 된다. 앞으로는 전자화폐에 의한 대금지급방법이 보편화될 수도 있을 것이며,⁵²⁸⁾ 이 경우에는 전자화폐의 발행, 이용의 문제 및 물건의 하자에 따른 환불문제 등이 발생하게 된다.⁵²⁹⁾ 전자화폐에 의한 지급의 완료시점은 전자화폐에 의한 지급이체의 결과 수취인이 그 입금된 예금의 지급을 청구할 수 있는 시점이 된다. 이는 수취인의 예금 계좌에 고객의 입금정보가 입력된 때 즉 파일이 갱신된 때를 가리킨다.⁵³⁰⁾ 인터넷을 통한 거래에서는 정보처리가 실시간에 이루어지므로 전자화폐의 사용자가 지급지시의 정보를 입력하면 즉시 수취인의 예금계좌에 돈이 입금된 것으로 정보처리가 이루어진다. 그러므로 입금처리가 완료된 후에는 기술적으로 지급지시를 철회할 수 없다.⁵³¹⁾

2. 전자계약의 관여자의 책임

전자거래에서는 매도인과 매수인 외에 사이버몰 사업자, 전자인증과 전자공증을 행하는 사업자와 기관, 전자거래의 결재를 중개하는 신용카드회사 및 금융기관, 통신사업자, 전기통신사업자, 호스팅사업자 등 다수의 당사자가 관여함으로써,⁵³²⁾ 전자

528) 전자화폐(Electronic money)란, 발행자에게 미리 대가를 지급하고 플라스틱카드에 내장된 IC칩 또는 개인컴퓨터에 일정한 화폐가치를 저장한 다음 이를 통신망을 통하여 사용할 수 있는 화폐 또는 발행자에게 미리 대가를 지급하고 플라스틱 카드에 내장된 IC칩 또는 컴퓨터통신망상에 일정한 화폐 가치를 전자기호(Photon)로 저장한 다음 이를 정보통신망에서 사용할 수 있는 화폐 혹은 이전이 가능하도록 일정한 매체에 입력된 전자정보로서 유통성과 발행자에 의한 환금성이 보장된 거래의 지급수단이라 한다(김재두, 전계 “전자상거래의 법률 문제에 관한 연구-안정성 및 신뢰성 확보를 중심으로-”, 91-92면). 그밖에 Electronic cash, Cyber cash, Digital money, Virtual money 등 다양한 용어들이 사용되고 있다. 더구나 전자화폐시스템이 완결되면, 그 가치를 수수하는 데에 지폐나 동전과 같이 금융기관을 경유하는 것이 아니라, 세계의 모든 사람들과 수평적으로 수수할 수 있는 구조로 되며, 그것은 전 인류에 있어서 아직 경험하지 못한 구조라 한다(백윤철·김상겸·이준복·고기복, 전계서, 25면).

529) 전자화폐의 법률문제에 대한 자세한 내용은 김재두, 상계논문, 99-105면 참조.

530) 손진화, “새로운 전자지급제도의 법률문제와 입법론”, 「정보사회에 대비한 일반법 연구(II)」, 정보통신정책연구원, 1998. 2, 269면.

531) 정진명, 전계 “인터넷을 통한 거래의 계약법적 문제-인터넷 통신 계약을 중심으로-”, 317면.

532) 여기서 호스팅이란, 사용자가 홈페이지를 운영하기 위해 호스팅서비스 제공하는 업체의 서버나 하드디스크의 일정공간을 임대받는 것을 말한다. 즉 개인이 서버를 운영해서 웹사이트를 운영하기에는 비용이 많이 들

거래에서의 채무불이행에 따른 손해가 발생했을 경우에는 손해배상책임의 분담문제가 발생하게 된다.⁵³³⁾

(1) 이행보조자의 과실에 의한 매도인의 책임

전자거래에 있어서 이행보조자 즉 네트워크 관여자, 배송업자의 과실 등에 의한 계약불이행이 발생한 경우에 매도인의 책임이 문제된다. 우리 민법 제467조 제2항에서 특정물채무가 아닌 경우에는 채무의 이행에 있어서 지참 채무를 원칙으로 하여 계약 완성에 관련되는 일련의 과정에 대하여 채무자는 책임을 져야 한다고 보고 있다. 한편 이행보조자 과실로 인한 채무자의 채무불이행책임과는 별도로 채권자는 이행보조자에게 별도의 책임을 물을 수 있는지도 문제가 된다. 이행보조자의 잘못이 민법 제750조의 불법행위에 해당되는 경우에는 불법행위책임을 물을 수 있으나 불법행위 책임이 인정되지 아니한다고 하더라도 완전물급부청구권, 즉 재전송청구권을 인정하여 그에 대하여 채무자와 이행보조자에게 연대책임을 부담시키는 것이 소비자보호에도 충실한 결과를 가져 올 것이라는 주장도 있다.⁵³⁴⁾

(2) 네트워크 관여자의 책임

민법상 과실책임의 원칙을 그대로 적용하면 네트워크 관여자의 고의 또는 과실로 인한 위법한 행위로 타인에게 손해를 가한 경우는 민법상 불법행위 책임에 의한 손해배상책임을 지게 된다. 그러나 네트워크상에서의 사고는 원인이 밝혀지지 않는 경우가 많을 뿐 만 아니라 원인이 밝혀지더라도 원인제공자 및 원인제공자의 과실 여부를 밝히는 것은 매우 곤란한 경우가 많고, 또한 불가항력적인 사유로 사고가 발생했다면 손해를 물을 수 없는 경우도 생길 수 있다. 네트워크상에서는 디지털데이터 자체 및 네트워크의 특성으로 인하여 거래 및 결재관련 데이터가 멸실, 훼손

기 때문에 홈페이지 운영에 필요한 서비스를 제공하는 업체에 일정 비용을 지불하고 서버의 일정공간이나 서버 자체를 빌리는 것을 말한다(윤주희, “전자상거래 관여자의 민사책임에 관한 고찰-호스팅사업자의 책임을 중심으로-”, 『법학연구』 제14집 제3호, 인하대학교법학연구소, 2011. 11, 162면).

533) 최병록, 전제 “전자계약의 법률문제 - 소비자보호측면에서 -”, 333-335면 참조.

534) 오병철, 전제 「전자거래법」, 347면.

또는 변조되어 사실관계를 특정할 수 없는 경우가 생길 수 있고, 또한 전자거래 사업자가 사기 등 부정한 행위를 하여 소비자에게 손해를 입혔을 경우에도 기록이나 증거 미비로 인하여 사기행위자를 찾아 책임을 물어 손해배상을 받는 것은 사실상 불가능한 경우도 많을 것이다.⁵³⁵⁾

(3) 사이버몰과 사업자 인증기관의 책임

사이버몰은 몰운영자가 직접 사이버숍을 운영하는 경우와 단지 사이버숍을 임대하여 주는 몰운영자가 있다. 소비자가 거래한 상인이 사이버숍의 점포주임에도 불구하고 마치 대규모 사이버몰을 경영하는 사업자인 것으로 오인하게 하는 외관을 준 경우에는 공동으로 계약책임을 지게 하는 것이 타당하다.⁵³⁶⁾ 사이버몰의 운영자는 자신의 몰에 점포를 가진 사이버숍의 사업자의 신용상태와 사업능력 등을 심사하여 건설한 점포주만을 입점시킬 수 있으므로 부실한 점포주의 거래행위에 대하여 책임을 지도록 하는 것은 부당하지 않다. 또한 사업자인증기관도 인증 받은 사업자가 소비자에게 손해를 준 경우에는 배상책임을 지도록 하여야 한다. 전자거래자체가 익명성을 가지는 특징을 고려할 때 소비자가 매도인을 잘 알지 못하는 상태에서 인증기관을 신뢰하여 거래하는 경우에는 다수의 거래관계자의 중복책임을 인정하여 거래안전을 보장하는 것이,⁵³⁷⁾ 타당할 것이다.⁵³⁸⁾

(4) 통신사업자의 책임

535) 이은영, 전제 “전자상거래와 소비자법 - 계약의 이행 중심으로 -”, 10면 참조.

536) 이은영, 상제 “전자상거래와 소비자법 - 계약의 이행 중심으로 -”, 12면.

537) 거래안전은, 계약상 발생하는 도로, 공공의 장소, 상품거래 등 다양한 위험으로부터 발생하는 손해에 대해 책임을 인정하는 것으로 타인에게 손해를 입힌 경우 그에 대한 책임을 부담토록 하는데 오늘 거의 모든 생활영역에서 거래안전을 인정하는 방향으로 되고 있다(윤주희, 전제논문, 182면).

538) 전자거래의 익명성을 악용하여 소비자에게 피해를 준 경우는, 집단적인 쇼핑몰사기사건이라고 볼 수 있는 이른바 하프플라자 사건(인터넷 쇼핑몰 운영자가 휴대폰을 싸게 판다는 광고로 회원을 모집한 뒤 돈만 챙겨 달아난 사건으로서 사기자들은 인터넷 쇼핑몰 ‘010핸드폰세일 닷컴’(www.010handphonesale.com)을 개설, 휴대폰을 시중가의 절반에 판매한다며 인터넷 사이트 게시판과 포털 사이트 등에 광고해 회원을 모은 뒤 몰품대금을 챙겨서 달아 났다는 피해 신고가 잇따라 접수돼 경찰수사가 이루어 졌다. 회원들에게 ‘몰품대금을 먼저 입금하면 몰품을 배송하겠다’고 속여 휴대폰 구입비를 입금 받고도 배달을 미뤄오다 쇼핑몰 사이트를 폐쇄하고 잠적한 것으로 드러났다)이 대표적이다.

전자거래에 있어서 계약불이행에 관한 책임은 매도인에게 있지만 전기통신사업자에게 과실이 있는 경우에는 자기책임의 원칙에 따라 책임을 지는 것은 이론이 없다. 그러나 현실적으로 전기통신사업자의 개념의 불명확성 및 전기통신사업자의 기술적 통제가능성 등을 고려하여 판단하여야 할 것이다.

그러나 대개 전기통신사업자는 통신사고와 관련한 손해에 대하여 면책조항을 약관에 두고 있다. 이 면책약관에 대하여 면책긍정설, 무과실책임설, 면책부정설 등이 있으나 통신사업자는 천재지변 등 불가항력적 사유, 자기관리 이외의 사유에 기인한 경우는 그 책임을 면하는 것이 합리적이라 생각하며, 자기관리 영역 내에서의 과실에 대한 책임은 부담하는 것이 타당할 것이다.⁵³⁹⁾

제4절 전자계약 이행상의 문제점

1. 전자결제 의 문제

전자상거래소비자보호법 제8조에서는 전자적 대금지급의 신뢰확보를 위하여 사업자가 대통령이 정하는 전자적 수단에 의한 거래대금의 지급(전자적 대금지급)방법을 이용하는 경우 사업자와 전자결제수단발행자, 전자결제서비스 제공자 등 대통령이 정하는 전자적 대금지급 관련자(전자결제업자)는 관련 정보의 보안유지에 필요한 조치를 취하여야 한다고 규정하고 있고(제1항), 사업자와 전자결제업자는 전자적 대금지급이 이루어지는 경우 소비자가 입력한 정보가 소비자의 진정한 의사표시에 의한 것인지를 확인함에 있어 주의를 다하여야 하고(제2항), 다수의 사이버 몰에서 사용되는 결제수단으로서 대통령이 정하는 결제수단의 발행자는 총리령이 정하는 바에 따라 당해 결제수단의 신뢰도의 확인과 관련된 사항, 사용상의 제한이나 그 밖의 주의사항 등을 표시 또는 고지하여야 한다(제4항)고 명시되어 있다.⁵⁴⁰⁾ 다

539) 이운영, 전제 “전자상거래와 소비자법-계약의 이행을 중심으로-”, 130면.

540) 박정수, 전제논문, 48-51면 참조.

른 사람의 명의를 모용하여 인터넷 사이버 물에서 재화를 구입하고 다른 사람의 신용카드를 이용하여 결제를 한 경우 명의를 모용당한 사람(본인)과 판매점 사이에 계약이 성립하였다고 볼 것인가 그리고 명의를 모용당한 본인과 결제기관(카드회사) 사이에 결제기관은 모용당한 본인에게 대금을 지불을 청구할 수 있을 것인가 (무권한자의 지시에 따른 대금지급의 유효성)등 전자거래의 비대면성으로 인하여 어느 누구에도 귀책사유로 돌릴 수 없는 사유로 다수 당사자 사이에 복잡한 법률 문제가 생긴다.⁵⁴¹⁾

(1) 명의를 모용당한 자와 사이버 물 사이의 법률관계

1) 표현대리의 적용 여부

전통적인 대면거래에서와 마찬가지로 원칙적으로 본인의 의사표시가 없는 한 계약이 성립하지 않는다. 그러나 민법상 표현대리의 규정이 적용되는 경우가 있을 수 있다. 표현대리제도는 거래의 상대방이 제3자에 대리권이 있다고 오인한 경우에 적용되는 것으로 성명모용과는 직접적인 관련이 있는 것은 아니지만 대리인이 직접 본인 명의로 권한 외의 행위를 한 경우에는 판례는 민법 제126조 표현대리 규정의 제한적인 유추 적용을 인정하고 있다.⁵⁴²⁾

2) 사전 합의가 있었던 경우

일반적으로 회원제 사이버 물의 경우 본인확인 방식 등 무권한자에 의한 의사표시의 효과귀속에 관하여 미리 기본계약을 정한 경우가 있다. 가령 특히 ID와 패스워드 사용에 의하여 본인확인을 행하는 것으로서 당해 방식에 따라 본인확인 절차를 행한다면 무권한자에 의한 행위라고 하더라도 본인에게 그 효과를 귀속시키

541) 노태약, 전제 “전자거래에 있어서 계약의 성립을 둘러싼 몇 가지 문제”, 481면.

542) 민법 제126조의 표현대리는 대리인이 본인을 위한다는 의사를 명시 혹은 묵시적으로 표시하거나 대리인으로서 가지는 권한 외의 행위를 하는 경우에 성립하고, 사술을 써서 위와 같은 대리행위를 표시를 하지 아니하고 단지 본인의 성명을 모용하여 자기가 마치 본인인 것처럼 기망하여 본인 명의로 직접 법률행위를 한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 소정의 표현대리는 성립될 수 없다(대법원 2009.2.26. 선고 2007다30331 판결; 대법원 2002. 6. 28. 선고 2001다49817 판결). 처가 제3자를 남편으로 가장시켜 관련 서류를 위조하여 남편 소유의 부동산을 담보로 금원을 대출받은 경우, 남편에 대한 민법 제126조 소정의 표현대리책임을 부정한 사례(대법원 2002. 6. 28. 선고 2001다49814 판결).

기로 하는 특약의 효력이 부정될 리는 없다. 그러나 사이버 물에서 제공하는 시스템의 안정성의 정도에 관하여 상대방이 인식하지 아니한 채 사전 합의가 이루어졌다면 그 상대방이 통상 합리적으로 기대하는 안정정보보다도 안전성의 수준이 상당한 정도로 낮은 경우라면 사전 합의의 효력이 무조건 유효하다고 볼 가능성이 없다.⁵⁴³⁾ 예를 들면 구체적인 시스템의 안전성에 관한 합의 없이 사이버 물 운영자가 설정한 방식에 대한 안전성이 결여 된 탓에 본인확인 정보가 누설될 가능성이 높은 경우라면 민법 제103조의 반사회질서행위로서 무효 내지는 민법 제109조에 의하여 착오로서 취소의 대상이 된다고 할 것이다.

한편 소비자 계약의 경우라면 선택된 방식의 합리성과 안전성에 충분한 판단 없이 이루어지고 방식에 관하여도 사업자가 일방적으로 지정함으로써 소비자로서는 선택의 가능성이 별로 없어 소비자의 귀책사유 유무를 불문하고 일률적으로 소비자 본인에게 효과귀속을 인정하는 것은 약관규제법 등에 의하여 그 효력을 인정받지 못할 것이다.

(2) 명의를 모용당한 자와 결제기관 사이버 법률관계

1) 신용카드 결제의 경우

명의를 모용당한 카드회원과 매도인(카드가맹점)사이의 매매계약과 카드회원과 카드회사의 대금결제계약은 별개의 계약이다. 따라서 매매계약의 유효 여부와 별개로 카드회사의 카드가맹점에 대한 대금결제의 효력 여부는 별개로 다루어져야 할 것이다. 통상 인터넷상에서 신용카드 결제의 경우 신용카드번호와 유효기간을 입력함으로써 이루어지는바 이러한 형태가 무권한자에 의하여 이루어진 경우 카드회사와 카드회원 사이에 체결된 회원규약상 카드회원에게 지불의무가 생기는지 여부가 결정될 것이다. 통상의 회원규약에는 민법상 표현대리가 적용되는 경우가 회원 규약상 의무위반에 본인의 귀책사유가 있는 경우 등을 제외하고는 지불 또는 배상의

543) 현재 기술 수준으로서 본인의 확인방법으로서 복수의 패스워드를 사용함과 함께 데이터는 SSL(Secure Sockets Layer, 정보를 받는 사람 이외에는 아무도 해독할 수 없는 전자서명 기술을 이용해 정보를 암호화, 송신함으로써 정보유출을 방지하는 역할을 하는 기술)로서 암호화하여 송신하는 경우 약관의 유효성을 인정될 가능성이 많다.

무를 부담시키지 않고 있다.

2) 인터넷뱅킹의 경우

대금결제에 있어 인터넷 뱅킹을 이용하는 경우,⁵⁴⁴⁾ 법적인 문제는 어떻게 달라지는가에 있다. 제3자는 은행에 대하여 본인임을 내세워 지급지시를 행한다. 통상 은행실무에서 본인의 확인방식에 관하여 사전에 합의된 방식에 따라 서비스가 이용되었다면 성명모용자의 지시에 따른 자금이동에 대하여 은행은 책임을 부담하지 않는다.⁵⁴⁵⁾

한편 이와 관련하여 도난당한 현금카드로 예금이 인출된 경우, 은행은 진정한 카드를 사용하여 현금자동인출기를 통하여 그 비밀번호가 일치하여 지급한 경우 은행으로서도 이중지불의 책임을 부담하지 않기 위하여 면책된다는 약관의 조항을 들어 진정한 예금자의 예금청구를 거절하였다. 즉 일본민법 제478조의 준점유자의 변제 문제가 있을 수 있으나, 현금자동인출기에 어떠한 선의, 악의 또는 과실과 무과실이 없다는 이유이다. 이에 대하여 원고인 진정한 예금자는 사건이 일어난 당시 은행 현금카드의 자기성(stripe)부분에는 비밀번호의 데이터가 기록되어 있고 기술력 있는 자라면 타인의 카드를 습득한 후에 비밀번호를 해독하는 것이 가능하기 때문에 이는 안전한 시스템을 제공할 의무를 흠결하였기 때문에 비밀번호가 일치한다면 은행은 면책된다는 약관의 조항은 공서양속에 반하여 무효라고 주장을 하였다.

일본 최고재판소는 ‘소론과 같은 방법으로 암호를 해독하기 위하여 컴퓨터에 관한 상당한 지식과 노력이 필요한 것은 분명하지만,⁵⁴⁶⁾ 은행이 당시 채택한 현금자동인출기의 지불시스템에 의한 면책조항의 효력을 부인하지 않을 수 없는 정도의 안

544) 인터넷 뱅킹이란, 인터넷을 통하여 금융소비자가 각종 금융 업무를 원격지에서 처리할 수 있도록 하는 서비스방법으로 주로 입·출금, 계좌이체 등 결제절차를 수반하는 금융 업무를 의미한다. 이러한 인터넷 뱅킹은 PC를 통하여 인터넷상에서 거래 금융기관의 자기계정에 접속하여 서비스를 제공받는데, 기존의 수단이 전자자금이체만이 수행가능한데 비하여 인터넷 뱅킹은 전자자금이체뿐 아니라 전자화폐거래 및 사이버금융거래도 가능하다(심영, “전자금융에 있어서의 위험과 감독적 규제방안-은행의 인터넷뱅킹을 중심으로-”, 「비교사법」 제7권 제1호, 한국비교사법학회, 2000. 6, 72면).

545) 금융EDI 있어서 미국의 UCC § 4A-202 “Authorized and verified Payment Orders”의 규정에 의하면, 은행에 대하여 수취인에게 자금이체를 할 것을 지시하는 전자메시지는 유효한 것으로 보며, 또 은행은 고객이 그 지시를 현실적으로 수권하거나 또는 그 지시가 고객에 의하여 현실적으로 수권되었는가 여부에 관계없이 그 지시의 진정성과 무결성이 상거래상 적절한 보안절차(commmercially reasonable security procedures)를 거친 경우에는 고객의 지시에 따라 자금이체를 할 권한을 부여받은 것으로 보고 있다.

546) 기록에 의하면 본건 지불이 이루어질 당시 암호해독기술은 알려지지 않고 있음을 엿볼 수 있다.

전성을 흠결하였다고 볼 수는 없다.’고 하여 면책약관의 효력을 인정하였다.⁵⁴⁷⁾

한편 우리나라의 이른바 폰뱅킹(phone-banking; telebanking)에 의한 자금이체 신청의 경우에는 은행의 창구직원이 직접 손으로 처리하는 경우와는 달리 그에 따른 자금이체가 기계에 의하여 순간적으로 이루어지지만, 그것이 채권의 준점유자에 대한 변제로서 은행에 대하여 요구되는 주의의무를 다하였는지 여부를 판단함에 있어서는, 자금 이체시의 사정만 고려할 것이 아니라 그 이전에 행하여진 폰뱅킹의 등록을 비롯한 제반사정을 총체적으로 고려하여야 하면, 한편 은행이 거래상대방의 본인 여부를 확인할 필요가 있는 경우에 담당직원으로 하여금 그 상대방이 거래명의인의 본인 여부를 확인할 필요가 있는 경우에 담당직원으로 하여금 그 상대방이 거래명의인의 주민등록증을 소지하고 있는지 여부를 확인하는 것만으로는 부족하고 그 직무 수행상 필요로 하는 충분한 주의를 다하여 주민등록증의 진정 여부 등을 확인하고 그에 부착된 사진과 실물을 대조하여야 할 것인바, 만일 실제로 거래행위를 한 상대방이 주민등록상의 본인과 다른 사람이었음이 사후에 밝혀졌다고 한다면, 특별한 사정이 없는 한, 은행으로서는 위와 같은 본인확인 의무를 다하지 못한 과실이 있는 것으로 사실상 추정된다고 하여 비대면 거래에 있어 하나의 기준을 제시한 바도 있다.⁵⁴⁸⁾

2. 전자지급의 문제

전자지급도 은행 등 지급의 매개자를 필요로 하므로 결제의 한 종류에 속한다고 볼 수 있으나 전자지급은 당사자간의 채권소멸의 직접적 효과를 중시하므로 전자결제와 구분하여야 한다.⁵⁴⁹⁾⁵⁵⁰⁾ 전자지급은 디지털정보로 생성, 이용, 저장되는 전자문

547) 일본최고재판소, 1993. 7. 19. 선고(판례시보, 1489호, 111면).

548) 노태약, 전제 “전자거래에 있어서 계약의 성립을 둘러싼 몇 가지 문제”, 485면; 대법원 1998. 11. 10. 선고 98다 20059판결.

549) 일반적으로 전자자금이체거래의 당사자는, 지급인, 지급은행, 수취은행(또는 추심은행) 및 수취인이며, 경우에 따라 지급은행과 수취은행(또는 추심은행) 사이에 중개기관이 개입하기도 한다(나승성, 전제 「전자거래법」, 214면). 그리고 전자결제란, “상품, 서비스에 대한 대가를 전자적 수단을 통하여 지급, 결제하는 것”을 말한다(정완용, “전자화폐에 의한 전자결제제도”, 「국제법무연구」 제1권 제1호, 경희대학교국제법무대학원, 1998. 12, 131면).

550) “전자지급”이라는 용어사용으로는 손진화, 전제논문, 228면 이하. 이에 대하여 “전자결제”라는 용어사용으로는 정완용, 전제 “전자화폐에 의한 전자결제제도”, 129면; 최경진, 전제서, 171면.

서에 기반을 둔 지급수단이므로 특히 지급의 완료시점 및 지급의뢰의 철회가 문제된다.⁵⁵¹⁾ 지급완료시점 채무자는 채권자에게 채무이행 과정에서 발생한 장애에 대하여 그리고 이체의뢰에 반하는 실행에 대하여 책임을 진다. 즉 채무자는 채권자가 자신의 수취은행에서 대체금을 자유로이 처분할 수 없는 경우 자신의 채무를 이행하지 않은 것으로 간주된다. 그러므로 채무자가 채권자의 은행계좌로 자금을 이체하여야 하는 경우 채무자의 급부이행과 관련하여 지급의 완료시점이 문제된다. 그 이유는 이와 같은 자금이체의 완료시점은 지급인의 이행지체의 경우뿐만 아니라 지급인 또는 수취인의 파산 또는 사망의 경우에 이를 해결하기 위한 중요한 수단이기 때문이다.⁵⁵²⁾ 그리하여 이에 대하여는 다른 합의가 없으면 지급인의 이체의뢰의 송부시점, 지급인의 지급은행에 대한 이체의뢰의 도착시점, 지급인의 계좌에서 대체금의 출금시점, 수취은행을 위한 이체의 지급시점, 수취인의 계좌에의 입금시점 등이 논의되고 있다. 생각건대 전자적 수단에 의한 자금이체는 전자문서에 기반을 둔 지급수단이며, 따라서 전자적 의사표시의 도달과 마찬가지로 수취은행의 법적 구속의사는 적어도 전자적수단인 전송파일 또는 전산매체가 자신의 정보처리시스템에 입력된 때에 도달된 것으로 보아야 할 것이다. 그러므로 이 시점부터 채권자는 수취은행에 대하여 무인적인 지급청구권을 가지며, 채무자는 이 시점에 채무를 이행한 것이 된다.

자금의 이체를 의뢰한 지급인은 일정한 요건 하에서는 지급은행이 이미 부여한 이체의뢰를 철회할 수 있다. 지급인이 이체의뢰를 철회하는 원인으로는 수취인에 대하여 착오가 있거나, 금전채무의 존재에 대하여 다툼이 있거나 또는 지급 대신에 상계를 원하는 경우 등이다.⁵⁵³⁾ 이 경우 지급이체계약을 위임계약으로 보면 지급인이 이체의뢰 한 자금을 수취은행이 수취인의 계좌에 입금기장한 때 수취인의 지급청구권이 발생하고, 지급은행의 지급이체계약상의 위임사무도 완료된다. 따라서 위임사무가 완료될 때까지 지급인은 이체의뢰를 철회하고 이체자금의 반환을 청구할 수 있다. 여기서 철회는 이체의뢰의 실행시점까지, 적어도 수취인의 계좌에 이체자금이 입금기장 될 때까지 가능하다.⁵⁵⁴⁾ 그러나 금융기관은 이체과정을 전자적 수단

551) 법무부, 전제 「전자적 법률행위·의사표시론」, 86면.

552) 전삼재, “전자자금이체거래”, 『법학논총』 제10권, 숭실대학교법학연구소, 1997, 171면.

553) Häuser, “Der Widerruf des ‘Überweisungsauftrags’ im Giroverhältnis”, NJW 1994, 3121.

에 의한 기재 이후에만 통제하며, 그 이전에는 수취인에 대하여 아무런 의무를 부담하지 않으므로 전자적 기재 이후에만 철회가 고려된다.⁵⁵⁵⁾ 그러나 수취은행의 수취인 계좌에 자금이체의 확인코드를 입력시킨 시점에는 이미 지급이 이루어졌으므로 원칙적으로 철회할 수 없다.⁵⁵⁶⁾ 즉 자금이체가 컴퓨터에 의하여 실행되고 금융기관의 금융망에 의하여 대변이체가 전달된 경우 부득이 철회가능성이 소멸되므로 이에 대한 법적인 해결책이 필요하다고 생각된다.

제5절 기타의 문제점

1. 민사소송상 전자문서의 증거력의 문제

(1) 전자문서의 증거조사

전자문서는 지금까지 우리의 통상의 관념으로는 문서라고 보기는 어렵다.⁵⁵⁷⁾ 민사소송법에서 말하는 문서는 문자나 그 밖의 기호의 조합에 의하여,⁵⁵⁸⁾ 사상적 의미를 표현한 종이 조각 그 밖의 유형물이다.⁵⁵⁹⁾ 이러한 이유로 종래 전자문서를 증거방법상 어떻게 취급하여야 할 것인지에 대해 논의가 있다.⁵⁶⁰⁾

554) 손진화, “전자자금이체거래의 법률 방안”, 「상사법연구」 제12권, 한국상사법학회, 1993. 12, 232면.

555) Häser, NJW 1994, 3121.

556) 최성준·김영갑, “정보사회에 대비한 상사법 연구 서설”, 「정보사회에 대비한 일반법 연구(I)」, 정보통신정책연구원, 1997. 6, 155면; Paefgen, “Forum: Bildschirmtext-Herausforderung zum Wandel der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre?”, JuS 1992, 594.

557) 그리고 법령에 전자문서를 문서로 보는 규정을 두고 있다 하더라도 전자문서에 대하여 문서에 관한 증거조사방법인 서증절차를 곧바로 적용하여 증거조사를 할 수 없다. 왜냐하면 전자문서는 그 자체로는 가시성·가독성이 없고 민사소송법에서의 서증조사절차는 원칙적으로 가시성·가독성이 있는 문서를 전제로 하고 있기 때문이다.

558) 기호란, 전신부호·암호·속기라도 상관없으며, 유형물이라면 종이쪽지에 한하지 않고 나무·돌·금속·가죽 등 어느 것이라도 무방하다. 약보는 기호를 사용한 것이나 음이 표현이고 사상의 표현이 아닌 점에서 문서라고 할 수 없다(이시운 전게서, 480면).

559) 이시운, 전게서, 480면. 그리고 편지, 계약서, 등기부, 영수증, 위임장 등이 전형적인 문서라 한다(호문혁, 「민사소송법(제9판)」, 법문사, 2011, 538면).

560) 한삼인·정장보, 전게 “전자문서에 있어서의 법제의 동향과 증거력에 관한 연구”, 380-386면 참조.

1) 학설

전자문서의 기능을 중시하여 법관이 전자문서에 내재하는 사상적 의미를 인식하는 바에 의미가 있다는 입장으로 서증절차에 의하여 증거조사를 하여야 한다는 서증설이 있다. 이와 관련 전자문서를 문서로 보는 문서설과,⁵⁶¹⁾ 문서에 준하는 것으로 보는 준문서설로 나뉘고 있다.⁵⁶²⁾ 서증설의 주장과 대립하여 검증설과,⁵⁶³⁾ 절충설이 있다. 절충설을 다시 세분화하여, 하나는 전자문서 그 자체로는 가독성이 없기 때문에 문서라고 할 수 없다고 하는 신서증설과,⁵⁶⁴⁾ 또 하나는 전자문서의 특성을 고려하면 이는 문서라고 할 수 없으므로 당연히 검증에 의하여야 할 것이 원칙이나, 출력된 문서자체를 독립된 원본으로 보고 이에 대해 서증의 방법으로 증거조사를 한다는 신검증설로 나뉘어 주장되고 있다.⁵⁶⁵⁾

2) 현행법과 실무의 태도

민사소송법 제374조는 “도면·사진·녹음테이프·비디오테이프·컴퓨터용 자기디스크,

-
- 561) 전자문서를 문서로 보는 문서설이란, 전자문서는 컴퓨터의 도움을 받아 내용을 인식할 수 있으므로 일반문서와 같이 가독성이 있는 것으로 보아 서증절차에 의하여 증거조사를 하여야 한다는 입장으로 이에 의하면 전자적 기록의 내용을 증거자료로 하는 것이라면 전자적 기록의 내용 자체도 사람의 사상을 내용으로 하고 다만 그것을 통상의 문자가 아니라 컴퓨터 특유의 기호에 의해서 표현되고 있음에 지나지 않는다고 보아 이도 문서라 할 수 있으므로 서증에 의하여야 한다는 견해이다(황찬현, 전계논문, 36면; 김진환, “전자거래에 있어서의 문서성과 서명성에 관한 고찰”, 「법조」 516권, 법조협회, 1999. 9, 157-158면).
- 562) 준문서설이란, 문서설과 입장을 함께하면서 다소 구별되는 학설로서 전자기록매체상의 데이터를 문서라고 할 수 없으나 문서에 준하는 것으로서 소위 준문서로 보고 그 증거조사는 서증절차에 의하여 한다는 입장이다(김연, 전계논문, 257면; 홍선의, “전자문서의 대체성과 증거능력에 관한 연구”, 「창업정보학회지」 제3권 제1호, 한국창업정보학회, 2000. 3, 157면).
- 563) 검증설에 의하면, 전자문서는 그 자체로는 읽을 수 없는 것이므로 문서로 볼 수 없고, 또 쉽게 변경이나 삭제 가능하기 때문에 그 형식적 증거력에 관한 민사소송법의 추정 규정을 적용하기 어려워 전자문서에 대한 증거조사는 검증에 의할 수밖에 없다(강현중, 「민사소송법강의」, 박영사, 2013, 337-339면). 민사소송규칙 제120조 제1항에는 “컴퓨터용 자기디스크·광디스크, 그 밖에 이와 비슷한 정보저장매체(이하 본 절에서는 이 모두를 “자기디스크 등”이라 한다)에 기억된 문자정보를 증거자료로 하는 경우에는 읽을 수 있도록 출력한 문서(이하 본 절에서는 “출력문서”라고 한다)를 제출할 수 있다.”고 한다. 이 견해도 결론에 있어서는 신검증설과 다르지 않다(강현중, 상계서, 338면 참조).
- 564) 신서증설은, 전자기록매체에 기록된 데이터를 가능문서로 보고, 프린터 등에 의해 출력된 문서를 생성문서로 하여, 증거조사는 생성문서를 원본으로 하여 전자문서의 성질에 반하지 않는 한 그 출력물을 제출함으로써 서증절차에 의하여 증거조사를 할 수 있다는 견해(정동운·유병현, 전계서, 564면; 유병현, “민사소송상 전자문서와 증거”, 「민사소송」 제5권, 한국민사소송법학회, 2002. 2 307면)로서 서증설에 비판을 기하여 발전된 학설로 생성문서설이라고도 한다.
- 565) 신검증설을, 개별기능설이라고 하는데 전자문서의 특성을 고려하면 이는 문서라고 할 수 없으므로 당연히 검증에 의하여 할 것이 원칙이나 출력된 문서자체를 독립된 원본으로 보고 이에 대해 서증의 방법으로 증거조사를 한다는 견해이다(김연, 전계논문, 259면 참조).

그 밖에 정보를 담기 위하여 만들어진 물건으로서 문서가 아닌 증거의 조사에 관한 사항은 제3절 내지 제5절의 규정에 준하여 대법원규칙으로 정한다.” 규정하고 있다. 개정법 제374조에는,⁵⁶⁶⁾ “그 밖에 정보를 담기 위하여 만들어진 물건으로서 문서가 아닌 증거조사에 관한 사항”이라고 함으로써 컴퓨터용 자기디스크는 문서가 아님을 분명히 하고 있다.⁵⁶⁷⁾ 그러나 현행법하의 실무는 분명하게 그 태도를 밝히고 있다고 할 수 없다. 이에 의하면 문자정보가 기억된 자기디스크 등에 대한 증거조사 방법으로서 그 출력문서를 제출하는 것은 출력문서 자체를 서증으로 제출하는 것과 구별되고 전자 즉 출력문서를 제출하는 것은 자기디스크 등에 대한 증거조사를 검증의 방법이 아니라 출력문서의 제출이라고 하는 간단한 방법으로 대신할 수 있도록 허용한 것이므로 증거방법은 ‘자기디스크 등’임에 반하여 출력문서 자체를 서증으로 제출하는 경우에는 출력문서 자체가 증거방법으로서 서증이 된다고 한다.⁵⁶⁸⁾ 또 구체적으로 자기디스크 등에 대한 증거신청이 있는 경우 신청인으로부터 출력문서뿐만 아니라 자기디스크 등도 함께 제출받아 일시 보관하여 두었다가, 증거조사 결과에 대하여 상대방이 이의가 없을 때 자기디스크 등을 신청인에게 반환하고, 이의가 있으면 상대방으로부터 검증·감정신청을 받아 별도의 증거조사를 실시한다.⁵⁶⁹⁾

3) 소견

현실에서는 전자문서의 특성과 증거조사에 관한 민사소송법 등의 규정이 서로 어울리지 않으면 안 될 것이다. 이러한 인식의 바탕위에서 서증설은 현재의 전자문서의 현상을 반영하지 못하고 있다고 할 수 밖에 없을 것이다. 현재의 전자문서 교환방식(EDI)이나 전자문서의 활동공간 등을 감안한다면,⁵⁷⁰⁾ 아무리 입증의 편의를 생각한다 하더라도 이를 단순히 서증으로 생각한다는 것은 현실성이 떨어지기 때문이다.⁵⁷¹⁾ 또한 검증설에 의하여 모든 전자문서가 검증의 방법으로 조사하여야 한다는

566) 시행 2015. 1. 1. 법률 제10859호.

567) 그 밖에 증거에 대한 자세한 내용은 전병서, 「기본강의 민사소송법」, 홍문사, 2013, 403면 참조.

568) 법원행정처, 「법원실무제요·민사소송(III)」, 2005, 228면.

569) 법원행정처, 상계서, 229면.

570) 전자문서는 인터넷공간을 주요 존재영역으로 삼는다. 이로 인하여 발생하는 법률문제의 대상 내지 유형은 매우 다양·다종한 것이 현실이다.

571) 더구나, 전자문서에 대한 입증의 필요가 단순히 그러한 내용의 문서가 존재하는가 하는 것보다 그러한 문서가 실제 작성자에 의해 작성된 것이고, 그 후에 변조 내지 변경된 적이 없이 교환 내지 보존되고 있는 것

것 자체도 현행법과 실무와도 거리가 있다.⁵⁷²⁾ 왜냐하면 오늘날 컴퓨터가 점차로 중이의 대응수단으로 이용되고 있고 컴퓨터데이터 자체를 직접 검증의 대상으로 하기에는 일일이 검증하는 것은 번잡하고 법관이 일일이 검증을 한다는 것 자체도 소송의 지연의 원인이 될 수가 있다.⁵⁷³⁾

그렇다면 기존의 학설 중에는 신서증설과 신검증설을 생각해 볼 수밖에 없게 되는 것이나, 전자문서를 가능문서, 출력문서를 생성문서로 보는 것은 굳이 서증조사를 하기 위한 방법으로 보이고 또 생성문서에 대해서는 어차피 감정을 해야 한다면 이것이 검증과 어떤 차이가 있는지 이해하기도 어렵다.⁵⁷⁴⁾ 따라서 전자문서의 신뢰성과 안정성 보장을 전제하는 검증을 원칙으로 하면서 출력한 서면을 원본으로 보고 이에 대해서증의 방법으로 증거조사를 하는 신검증설을 취하는 것이 타당하다고 생각된다.

(2) 전자문서와 원본성의 문제

민사소송법 제355조 제1항은 “법원에 문서를 제출하거나 보낼 때에는 원본, 정본 또는 인증이 있는 등본으로 하여야 한다.”고 규정하고 있다. 원본(original; Urschrift)은 작성자가 일정한 내용을 표시하기 위하여 확정적으로 작성한 최초의 문서이다. 이러한 원본이 아닌 단순한 사본에 의한 증거의 제출은 정확성의 보증이 없기 때문에 원칙적으로 부적합하다.⁵⁷⁵⁾ 그러나 원본의 존재와 원본이 성립이 다툼이 없고 그 정확성에 문제가 없어 사본을 원본으로 대응으로 하는데 상대방이 이의가 없는 경우에

인가가 더 중요하다고 본다면 단순히 출력물로서 보기는 어렵다.

572) 같은 견해 : 한규현, 전계논문, 170면.

573) 또한, 전자문서의 종류와 기능이 다양한 상황에서 무조건적으로 원래의 파일을 조사하려고 하는 것은 당해 문서가 보존되어 있는 전산시스템에 영향을 주어, 다른 사용자에게 불편을 줄 수도 있고 간단히 처리할 수 있는데도 검증설에 의한 방법만을 택하는 것은 비경제적이다.

574) 같은 견해 : 김연, 전계논문, 260-261면.

575) 문서의 제출은 원본으로 하여야 하는 것이고, 원본이 아니고 단순한 사본만에 의한 증거의 제출은 정확성의 보증이 없어 원칙적으로 부적법하므로, 원본의 존재 및 원본의 성립의 진정에 관하여 다툼이 있고 사본을 원본의 대응으로 하는 것에 대하여 상대방으로부터 이의가 있는 경우에는 사본으로써 원본을 대신할 수 없으며, 반면에 사본을 원본으로서 제출하는 경우에는 그 사본이 독립한 서증이 되는 것이나 그 대신 이에 의하여 원본이 제출된 것으로 되지는 아니하고, 이 때에는 증거에 의하여 사본과 같은 원본이 존재하고 또 그 원본이 진정하게 성립하였음이 인정되지 않는 한 그와 같은 내용의 사본이 존재한다는 것 이상의 증거가치는 없다(대법원 2002. 8. 23. 선고 2000다66133 판결; 대법원 2010.2.25. 선고 2009다96403 판결; 대법원 2004. 11. 12. 선고 2002다73319 판결; 대법원1997. 11. 14. 선고 97다30356 판결; 대법원 1992.4.28. 선고 91다45608 판결).

는 민사소송법 제355조 제1항의 위법에 대한 소송절차에 관한 이의권의 포기 또는 상실이 있다고 할 수 있으므로 사본의 제출에 의한 증거의 신청도 가능하다.⁵⁷⁶⁾

전자문서의 경우 전자적 정보 형태로 그 자체를 원본으로서 제출하여야 증거의 신청으로 인정되는 것이 원칙이다. 그러나 전자문서의 원본을 제출하는 것은 컴퓨터 하드디스크 등의 기록매체를 제출하게 되므로 이는 전자문서를 출력한 종이문서를 제출하는 것보다 더 많은 불편이 야기된다. 따라서 정보통신설비를 이용한 전자문서 전송의 방식으로 증거의 신청이 이루어져야 할 필요가 있는데 문제는 전자문서의 전송이 있는 경우에 전송된 전자문서는 원본이 아니라 복제물에 불과하기 때문에 현행 민사소송법상으로는 국가 또는 지방자치단체나 공증인의 인증이 없으면 증거신청이 어렵다. 이러한 문제를 해결하기 위해서는 복제물인 전자문서의 경우라도 원본과 동일한 것이 입증되는 경우에는 원본으로서 효력을 인정해주는 것이 필요하다.⁵⁷⁷⁾

(3) 전자문서의 진정성립 문제

1) 형식적 증거력

문서의 진정성립이란 거증자가 주장하는 문서작성자의 의사에 기하여 작성된 것, 즉 거증자가 작성자라고 주장하는 자가 진실로 작성한 것이고 그의 의사와 무관하게 다른 사람에 의해 위조·변조된 것이 아님을 뜻하며,⁵⁷⁸⁾ 그 문서의 기재내용이 객관적으로 진실하다는 것까지 말하는 것은 아니다.⁵⁷⁹⁾ 동시에 진정하게 성립된 문서는 곧 형식적 증거력이 있는 문서로 보아 문서의 진정 성립을 형식적 증거력과

576) 대법원 1996. 3. 8. 선고95다48667판결 참조. 이와 관련한 학설로는 전자기록매체에 기록되어 있는 전자문서를 원본으로 보고, 이로부터 출력된 문서에 작성자와 사용한 하드웨어와 소프트웨어(OS와 전자문서프로그램 등) 등을 기재하고 담당자나 변호사 등이 서명하여 제출하면 인증 없는 등본이 된다고 주장하는 전자문서원본설과 출력문서를 원본으로 보고, 전자문서로서 전자기록매체에 기록되어 있는 것은 출력문서를 작성하는 자료에 지나지 않는다는 출력문서원본설, 그리고 전자문서와 출력문서가 다 같이 원본이라는 전자문서원본2원설로 나뉘고 있다(김연, 전계논문, 263-264면 참조).

577) 이 점에서 전자문서의 출력본이 전자데이터를 정확히 출력하여 열람 가능한 상태로 한 것이므로 기능적으로 그것이 자기디스크의 기억내용과 등가치라면 자기디스크상의 데이터도 출력한 것도 원본으로 평가할 수 있다(홍기문, “전자상거래 분쟁과 증거”, 「민사소송」 제2집, 한국민사소송법학회, 1999. 1, 439면).

578) 김홍엽, 「민사소송법」, 박영사, 2010, 516면.

579) 이시운, 전계서, 483면. 참고로 문서의 진정성립과 형식적 증거력은 구별을 요한다는 견해는, 정신주, 법률신문 1999. 6. 24.자. 엄밀하게는 진정성립=의사에 의한 작성, 형식적 증거력=사상의 표현이라면, 연습용의 작성 문서이면 진정성립이나 형식적 증거력이 없는 예외적인 경우가 될 것이다.

동일시한다.⁵⁸⁰⁾ 따라서 문서의 진정 성립에 관하여, 공문서의 경우 문서의 작성방식과 취지에 의하여 공무원이 직무상 작성한 것으로 인정할 때에는 이를 진정한 공문서로 추정하는 규정(민사소송법 제356조 1항) 및 사문서의 경우 본인 또는 대리인의 서명이나 날인 또는 무인이 있는 때에는 진정한 것으로 추정하는 규정(동법 제358조)을 그대로 형식적 증거력을 추정하는 규정으로 본다.⁵⁸¹⁾

그러나 전자문서는 비교적 손쉽게 수정·변경이 가능하므로 법원에 제출된 증거가 작성자에 의해 최초로 작성된 본래의 문서라는 것을 어떻게 입증할 것인가가 문제된다. 물론 전자문서를 작성한 프로그램에 따라서 로그파일이 생성되거나 이 문서에 관한 수정일시 등의 정보까지도 포함하는 메타데이터를 내장하는 경우도 있으나, 메타데이터조차도 수정되지 않았다고 보장하지 못하는 것이며, 또 이것이 있다고 하더라도 구체적으로 어떤 부분이 어떻게 수정되었는지 알기는 매우 어렵다. 때문에 전자서명이라는 방법이 대두되게 되었는데, 이는 공인인증기관으로부터 전자서명생성정보가 가입자에게 유일하게 속한다는 사실을 확인하고 이를 증명하는 인증을 받은 자가 이를 통하여 전자문서를 작성하고, 후에 전자서명 검증정보를 통하여 그 문서가 작성자에 의해 작성되었음을 증명하는 것이다.⁵⁸²⁾ 현재의 기술력으로 본다면 공인전자서명이 있는 경우에는 당해 전자문서에 대해 형식적 증거력이 인정되는데 거의 지장이 없다.⁵⁸³⁾

2) 실질적 증거력

실질적 증거력의 문제는 그 문서가 문서작성자의 의사가 요증사실의 증거로서 얼마나 유용한가를 따지는 것이다.⁵⁸⁴⁾ 환언하면 다툼이 있는 사실을 입증하는 능력을

580) 우리나라의 다수설이다(김홍규·강태원, 「민사소송법」, 삼영사, 2008, 522면; 송상현, 전계서, 582면; 정영환, 「신민사소송법」, 세창출판사, 2009, 611면).

581) 김일룡, “문서의 진정성립-미국 연방증거규칙과의 비교법적 관점에서-”, 「원광법학」 제26권 제2호, 원광대학교법학연구소, 2010. 6, 54-56면.

582) 임상혁, “개정 민사소송법에서 전자문서의 개념과 증명력”, 「민사소송」 제8권 제1호, 한국민사소송법학회, 2004. 2, 297-298면. 이러한 공인전자서명이 있는 경우에는 당해 전자서명이 서명자의 서명, 서명날인 또는 기명날인이고 당해 전자문서가 전자서명된 후 내용이 변경되지 않았다는 추정을 받는다(전자서명법 제3조 2항).

583) 전자증거의 증거력 판단을 위한 기준으로 진정성, 무결성, 신뢰성, 원본성을 제시하는 입장으로 김도훈, 전계 “전자증거개시에 관한 미영방 민사소송규칙 개정에 대한 소고”, 121면 이하 참조.

584) 서증은 문서에 표현된 작성자의 의사를 증거자료로 하여 요증사실을 증명하려는 증거방법이므로 우선 그 문서가 증거신청당사자에 의하여 작성자로 주장되는 자의 의사에 기하여 작성된 것이 밝혀져야 하고, 이러

말한다. 전자문서라고 하더라도 달리 볼 것이 없다.⁵⁸⁵⁾ 그 외 문서작성자가 문서에 기재된 바와 같은 의사를 표시하였는지 여부,⁵⁸⁶⁾ 문서의 내용이 어떠한지 등에 대한 판단은,⁵⁸⁷⁾ 실질적 증거력의 문제로서 법관의 자유 심증에 일임되어 있다(민사소송법 제202조).⁵⁸⁸⁾ 이와 관련하여 법관의 자의적 판단은 사회정의와 형평의 이념에 입각하여 논리와 경험의 법칙에 따라 사실주장의 진실여부를 판단해야 한다.⁵⁸⁹⁾

2. 전자서명·인증제도상의 문제

(1) 국제적 규범체계와의 조화의 문제

사이버공간인 특성상 전자서명과 관련된 인증제도의 법체계에서 염두에 두어야 할 사항 중의 하나가 국제적인 규범체계와의 조화이다. 국제적인 기구 등에서 전자인증과 관련된 기술적인 부분에 유사성을 가지고 있으나,⁵⁹⁰⁾ 전자 인증기술이 급속히 발전하

한 형식적 증거력이 인정된 다음 비로소 작성자의 의사가 요증사실의 증거로서 얼마나 유용하느냐에 관한 실질적 증명력을 판단하여야 한다(대법원 2002. 8. 23. 선고 2000다66133판결; 대법원 2010. 1. 29. 2009다2050 결정; 대법원 1997. 4. 11. 96다50520)

585) 임상혁, 전계논문, 300면 참조.

586) 한편, 문서가 그 작성자가 주장된 특정인의 의사에 기하여 작성되었다는 것을 문서의 성립의 진정이라고 하고, 이것에 그 특정인의 사상의 표명이 더해져 형식적 증거력이 된다는 견해로는 高橋宏志, 「重点講義民事訴訟法(下)」, 有斐閣, 2007, 114면; 上田徹一郎, 「民事訴訟法(第5版)」, 法學書院, 2007, 402면; 藤田廣美, 「講義 民事訴訟」, 東京大學出版會, 2008, 240-241면 참조.

587) 다만 형식적 증거력이 있는 문서라도 그 기체가 진실이 아니거나 또는 증명사항과 무관한 것이면 증거가치가 있다고 할 수 없다(대법원 2002. 8. 23. 선고 2000다 66133 판결; 대법원 1997. 4. 11. 선고 96다 50520 판결).

588) 이 확설은 일본에서도 다수설이다(門口正人(編集代表), 「民事證據法大系(第4卷)·書証」, 青林書院, 2007, 20면 이하); 참고로 자유심증주의(freie Beweiswürdigung)의 상대개념인 법정증거주의(formelle Beweisregeln)란, 어떠한 증거에 의하여 어떠한 사실을 인정하여야 하는가에 대하여 미리 증거법칙을 정하여 두고 법관이 이것에 따라 사실인정을 하는 주의를 말한다(전병서, 전게서, 409면 참조).

589) 호문혁, 전계 「민사소송법(제9판)」, 507-508면에 의하면 법관의 자의적 판단을 방지하기 위하여 추상적인 한계를 더 구체화하여 법관에게 판결이유를 상세히 쓰라고 요구하면 자의적 판단을 방지할 수 있다고 한다. 그러나 이시윤, 전게서, 509면에 의하면 판결이유를 상세히 작성하는 것이 법관들에게는 큰 부담이 되므로 소송촉진만 저해시킨다는 점을 들어 반대하는 견해도 있다.

590) 전자인증은, 기술적으로 어떤 사람의 전자서명 검증키가 그 사람의 것이라는 것을 신뢰할 만 한 제3자(Trusted Third Parties)가 증명해 주는 것이며, 정보의 정당성·완전성을 확보하기 위한 기술로 암호는 정보의 은폐를 목적으로 하는 반면 전자인증은 정보가 변경되지 않는 것을 확인하는 것을 목적으로 한다. 다시 말하면 전자인증은 네트워크상에서 신뢰받는 제3자가 전자서명을 수단으로 하여 거래당사자의 존재나 진정성을 확보하는 행위라고 할 수 있다(한삼인·정창보, 전계 “전자서명·인증제도의 법제의 동향과 개선방안에 관한 연구”, 383-384면). 이에 비하여 전자공증은 네트워크상의 거래 등에서 ‘언제 누가 누구와 무엇을’의 구조를 지니는 전자적 교류를 행하였는가를 증명하는 것이라고 할 수 있다(엄정식, “전자거래에 있어서 서명과 인증에 관한 법률적 연구”, 건국대학교대학원 박사학위논문, 2001. 8, 96면). 전자공증의 정의에 대해서는 ‘전자적으로 작성된 계약서 등이 특정한 자에 의하여 진정하게 작성되었음을 공증하는 외에 이에 확정

여 현행 법률 및 지침들이 이에 따라가지 못하고 있고 전자인증 기술에 대한 각국의 국내법들이 다양한 접근방식을 취하는 데 있어서 법적신뢰성 등 여러 문제들이 발생하다.⁵⁹¹⁾ 또한 인증은 각국 법제에 따라 공인인증기관이 지정되고 거래내용이 지정되고 거래내용에 따라 인증서가 활용되고 있으나 전자적 거래 당사자가 전적으로 신뢰하고 인정할 것인가는 별개의 문제이다.⁵⁹²⁾ 이점과 관련하여 세계 각국의 법률의 조화가 필요하고, 이러한 현실적 필요성으로 인하여 현재 구속력이 없는 모델법의 형태를 취하고 있는 국제규범도 언젠가 국제협약형태로 발전되어 나아갈 가능성이 높다.⁵⁹³⁾

(2) 국가간 인증기관의 신뢰성 확보의 문제

인증기관(CA)은 전자인증서(Electronic Certificate)를 발행하고 관리하는 기관을 의미하며, 거래당사자가 아닌 신뢰할 수 있는 제3자가 인증기관의 역할을 수행하면서 공개키 암호화 방식을 통해 참가자 전원의 공개키를 공정한 입장에서 관리한다.⁵⁹⁴⁾ 그러나 전자인증서에 대한 법적효력의 문제와 관련하여 효력기준이 엄격한 국가의 법원은 당연히 효력기준이 낮은 국가의 인증기관에서 제공한 인증서를 인정하지 않을 수가 있다.⁵⁹⁵⁾ 이렇게 된다면 국가간 인증기관의 인증업무에 대한 신뢰성을 확보하지 못하게 되고 궁극적으로 어느 특정국가에 소속되어 있는지에 상관없이

일자를 붙이고, 또 전자적 기록의 형태로 공증증서를 작성하며, 또 이들 전자문서를 보존하고 그 존재, 내용 등을 증명하는 제도'라고 설명하는 견해(신일순·강준모·배대현·안효질, "전자문서 인증제도 시행에 따른 법제도 연구", 정보통신정책연구원, 2000. 12. 156면)와 '종이문서에 대하여 하는 종래의 공증에 대하여 전자문서 등의 전자적 기록에 대하여도 공증사무를 제공하는 것'으로 설명하는 견해(김상영, "전자공증제도의 도입에 대하여", 「법이론과 실무」 제5집, 영남민사법학회·영남민사소송법학회, 2001. 12, 263면)등이 있다. 그러나 이러한 견해들은 전자공증의 대상에 대하여 전자문서와 전자적 기록을 구별하지 않고 있어 전자문서 이외의 동영상, 음성데이터 등도 전자공증의 대상에 포함되는지가 불분명하다(유창호, "전자공증제도에 관한 연구 : 전자문서의 공증방안을 중심으로", 「법조」 제53권 제1호, 법조협회, 2004. 1, 149면).

591) Osty Michael J. Pulcanio Michael J. "The Liability of Certification Authority to Relying Third Parties", The John Marsahl Journal of Computer & Information Law, The John MarSahl Law School, Vol.17, No.3, 1999. p. 385-416.

592) 강원진, "전자신용장의 국제결제 인프라 구축 동향과 해결과제", 「국제상무학회지」 제19권 제1호, 한국국제상무학회, 2004. 3, 144면 참조.

593) UNCITRAL 전자서명모델법이 구속력을 가지는 국제 협약으로 변화를 시도하는 것은 법의 균형 또는 혼란을 피하는데 있어서 바람직하다고 한다(이창한, "전자거래에 관한 국제기구의 논의 현황과 한국의 법제화 동향", 「인터넷법률」 제10호, 법무부, 2002. 1, 181-182면).

594) Michael A. Froomkin, "The Essential Role Trusted Third Parties in Electronic Commerce", Oregon Law Review Vol. 79, University of Oregon, 1996, p. 55-56.

595) Philip M. Nichols, Electronic Uncertainty Within the International Trade Regime American University International Law Review Vol. 15, 2000, p. 13-83.

인증기관에서 인증서를 발행하였을 때 그 인증서의 신뢰성이 타국에서도 보호되어야 하지만 현실은 그렇게 되고 있지 않다. 이에 따른 국제 상호인증(Cross Certification)의 문제가 발생하게 된다.⁵⁹⁶⁾ 그리고 현재 아래의 <표 12>에서 보듯이 국가마다 인증기관에 대한 규제, 법적효력 및 업무범위는 각각 달리하고 있다.⁵⁹⁷⁾

<표 12> 전자서명 관련 주요국의 입법례의 비교

구분	인증기관에 대한 규제	법적효력 및 업무범위	비 고
미국	규정 없음(초기 주법에서 허가제를 규정하였으나 후발 주들은 등록제 등 완화 체도를 채택)	모든 전자서명에 대한 법적 효력인정(주법에서 제한)	
독일	법정 요건을 구비한 인증기관이 주무관청 확인 후 확인필증 수여(임의적 공인인증기관 인정 제도)	규정 없음(개정민법상 공인전자서명의 서명으로서 효력을 인정)	법으로 정하지 않은 전자서명인 경우 그 이용은 임의적임
일본	요건을 구비한 자를 특정인증업무를 수행할 수 있도록 인정(특정인증업무자격인정제도)	본인에 의한 전자서명이 있을 경우 전자적 기록이 진정하게 성립된 것으로 추정	
한국	요건을 구비한 인증기관을 공인인증기관으로 지정(공인인증기관 지정제도)	공인인증기관이 인증한 전자서명에 전자서명법상 효력 부여	

(3) 전자서명·인증제도 관련법 체계적 정비의 문제

우리나라의 전자서명·인증제도 관련법은 전자서명법 외에 전자거래기본법, 전자정부법 등이 산재되어 있어 상호간 중복되는 규정으로 인하여 오히려 혼란을 초래하는 경우가 있다. 예를 들면 정부와 정부, 정부 또는 정부기관간 전자문서를 교환

596) 김동윤·김성희·강원진, “전자서명과 전자인증의 국외승인에 관한 검토”, 「국제상학」 제25권 제4호, 한국국제상학회, 2010. 12, 225-226면. 국제상호인증이란, 외국의 인증기관의 인증서를 국내인증기관이 보증하여 사용하는 것을 말한다.

597) 양정현, “전자인증제도의 문제점과 개선방안에 관한 연구”, 「전자상거래학회지」 제8권 제4호, 한국전자상거래학회, 2007. 12, 91면.

하고 행정정보를 공동이용, 각종 인허가·신고·등록·증명·교부 등 민원업무와 행정정보공개 등의 서비스를 온라인으로 제공할 수 있어야 한다. 그러나 전자서명과 행정전자서명을 동시에 사용하게 되면 그 복잡성으로 오히려 행정업무의 능률을 저해할 우려의 문제가 있다. 아래의 <표 13> 전자인증 체계에서와 같이 전자서명법과 전자정부법에 규정한 공인전자서명체계와 행정전자서명체계의 최상위인증기관이 모두 안전행정부의 감독을 받고 있다.⁵⁹⁸⁾

598) 우리나라의 전자서명 인증체계는 정부부문의 행정전자서명(GPKI)과 민간 부분의 공인전자서명(NPKI) 인증 체계로 구분되고 있는데 세부사항은 행정전자서명 인증관리센터 홈페이지(<http://www.gpki.go.kr>)를 참조.
<표 13> 전자인증 체계

구 분	행정전자서명 인증체계	공인전자서명 인증체계
명 칭	GPKI(Government Public Key Infrastructure)	NPKI(National Public Key Infrastructure)
주관기관	안전행정부	안전행정부(한국인터넷진흥원)
근거법령	전자정부법	전자서명법
최상위 인증기관	안전행정부	한국인터넷진흥원
인증기관	안전행정부, 대검찰청, 병무청, 국방부, 대법원(법원행정처), 교육과학기술부 등 6개기관	한국정보인증(주), (주)코스콤, 금융결제원, 한국전자인증(주), (주)한국무역정보통신 등 5개기관
등록기관	28개 기관 : 대통령비서실 등 12개 중앙행정기관, 서울특별시 등 16개지방자치단체	은행, 증권회사 등 등록대행업체
원격등록기관	477개 기관 : 감사원 등 31개 중앙행정기관, 서울지방경찰청 등 130개 중앙행정기관의 소속기관, 시군구 등 316개 지방자치단체의 소속기관	없음
발급범위	행정기관, 행정기관의 보조기관 및 보좌기관. 행정기관과 전자문서를 유통하는 법인, 기관 및 단체, 행정기관과 행정정보를 공동 이용하는 법인·기관과 단체	자연인 또는 법인(대리인)
인증서종류	기관용(전자관인/컴퓨터/특수목적용/SSL)	기관용(법인/컴퓨터/SSL)·개인용
수수료	무료	유료 ※법인용 110,000원, 서버용 550,000원, 개인용 4,400원
용도	행정용	사적계약(전자상거래 등)

(4) 전자서명 사용을 권고 또는 의무화의 문제

현재 정부가 공공부문의 조달청 전자입찰 및 각 지방자치단체 공사의 입찰에 전자서명 인증서를 활용하고 있고 기업 또한 전자세금계산서 발행 및 계약서와 같은 전자문서 교환에도 전자서명 인증서를 사용하고 있다. 그러므로 인증기관과 정부 그리고 전자상거래를 하는 기업이 시급히 해결하여야 할 과제 중 하나는 전자서명 인증서의 활용범위 확대를 들 수 있다.⁵⁹⁹⁾ 그러나 현행법에서는 전자서명의 사용을 권고하거나 의무화하는 규정이 없어 전자서명의 이용활성화를 어렵게 하며 따라서 안전한 전자거래 환경을 구축하지 못하는 문제가 대두된다.⁶⁰⁰⁾

제6절 소결

앞에서 살펴본 바와 같이 전자적 의사표시상의 문제, 전자계약 성립상의 문제, 전자계약 효력상의 문제, 전자계약 이행상의 문제를 비롯하여 기타의 문제 등 전자계약을 둘러싼 많은 법적 문제점이 다양하게 대두되고 있다. 그러나 이러한 문제점들을 전자계약의 특수성이란 이유만으로 하여 현실세계의 법에 전면적으로든 부분적으로든 배제하여야 하는 것은 아니라고 본다. 그 반대로 오히려 전자계약의 특수성을 고려하여 외국의 입법동향을 수용하여 우리법제에의 편입을 고려하는 노력을 기울여야 할 것이고 다른 한편으로 기존의 전통적인 거래 법리를 개선하여 적용하는 계기를 만들어야 할 것이다. 전자의 경우는, 전자계약 관련 법제수용 방안으로 민법 또는 전자문서 및 전자거래기본법을 개정하여 전자계약의 주요개념을 여기에 포함시키는 방안이 있을 수 있다. 왜냐하면 전자계약은 그 장점이 소비자와 기업 모두에게 나타나기 때문에 점점 더 확대될 것이고 그러한 현상이 우리의 생활 형태를 급속히 변화시킬 수 있을 것이기 때문에 규범으로서 거래 법리를 민법에의 적극적

599) 윤종훈·김용민, 전계서, 275면.

600) 정철현, 전계서, 382면.

으로 수용하는 것도 생각할 수 있다. 그리고 전자계약에 관한 내용을 전자문서 및 전자거래기본법에 수용하여 통합 규정하는 하는 것도 필요할 것이다. 왜냐하면 전자문서 및 전자거래기본법은 전자거래를 규율하는 기본법으로서 충분하지 못하며, 또한 전자계약의 성립뿐만 아니라 효력 및 이행도 함께 규율하여야 한다는 논의가 지속되기 때문이다.⁶⁰¹⁾ 후자의 경우는, 전자계약의 특수성을 고려하여 기존의 거래 법리를 신축적으로 또는 정확하게 적용하기 위한 여건을 규정하는 입법 개정이 필요할 것이다. 예를 들면 전자문서 및 전자거래기본법상에 전자적 의사표시 도입에 관한 규정, 전자상거래 등에서의 소비자 보호에 관한 법률상에 전자상거래개념에 관한 규정, 전자서명법상에 전자서명에 관한 규정이 여기에 해당될 수 있을 것이라고 본다.⁶⁰²⁾

전자계약에 관한 입법은 장차 증가할 것이고 더욱 다양해질 것이다. 컴퓨터와 통신망 등 자동화설비를 이용하여 이루어지고 있는 전자계약에는 그 자체에 내재하는 특수성으로 인하여 기존의 거래형태에서는 발견되지 않던 문제가 새롭게 문제되는 경우가 많기 때문이다. 그렇다면 이것이 종래의 전통적인 거래에 적용되어오던 법리를 대신하여 수정하거나 만약 그렇지 않다면 기존의 거래 법리를 엄격히 적용하거나 신축적으로 적용하여야 할 것인가를 결정하여야 할 것이다. 다만 이 경우 전자계약의 특수성을 충분히 고려하되 기존의 거래 법리와 모순되지 않도록 신중하게 접근하는 것이 바람직하다고 생각한다. 이러한 인식하에 전자계약의 법리와 관련하여 민법, 전자문서 및 전자거래기본법 등 직·간접적으로 영향을 끼치는 법률들이 다수가 있으나, 민법, 전자문서 및 전자거래기본법, 전자상거래 등에서의 소비자 보호에 관한 법률, 전자서명법과 관련하여 제기되고 있는 주요 쟁점 사항을 중심으로 입법론적 개선방안에 대하여 이하 기술한다.

601) 같은 견해 : 법무부, 전계 「전자적 법률행위·의사표시론」, 95면 참조.

602) 같은 견해 : 이윤선, 전계논문, 56-57면 참조.

제5장 전자계약의 법리에 관한 입법론적 개선방안

제1절 민법전 개정 제안

우리 민법의 규정들, 특히 법률행위와 관련된 규정들은 매우 추상적이고 포괄적이어서 유연한 해석을 통해 사회의 변화에 대응하는데 매우 유용한 것이 사실이다. 그러한 장점으로 인하여 우리 민법은 1960년 이후 세계 어느 나라보다 빠르게 발전해 온 우리 사회의 사법상 거래 영역을 규율하는데 큰 어려움이 없었다. 그럼에도 불구하고 법률해석의 명확성 제고, 법적 통일성의 확보, 전자적 방식의 배제조항의 필요성, 향후 사회발전예의 대응력 강화, 소비자 보호에 있어서 전자거래의 상징성이라는 점 등을 고려하면,⁶⁰³⁾ 전자거래 관련 규정의 민법편입을 긍정적으로 검토할 필요가 있다고 생각된다.⁶⁰⁴⁾ 이 경우 독일과 프랑스는 유럽연합 회원국으로서 유럽연합 전자상거래입법지침을 이행하기 위하여 민법개정을 통하여 전자거래 관련 규정을 상대적으로 폭넓게 수용하였으며 일본은 전자거래 일반에 대하여 민법의 원칙을 수정하기 보다는 소비자 보호의 문제로 다루어 특별법을 제정하는 방식을 택하였다.⁶⁰⁵⁾ 즉 일본의 전자소비자계약법은 소비자에게만 적용되며 또한 사업자와 소비자간의 계약에 있어서는 사업자가 소비자의 조작실수에 대하여 확인조치를 하도록 규정하였고 계약의 성립시점도 전자소비자 계약에 대해서는 특례를 인정함으로써 전자상거래의 문제를 입법적으로 해결하였다.⁶⁰⁶⁾

한편 전자거래 관련 규정을 민법에 편입하기로 하는 경우 독일민법과 프랑스 민법을 모범으로 삼을 수 있을 것이다. 이 경우 주된 편입 대상은 우리 민법의 일반 원칙과 저촉되는 규정 및 민법이 가지는 일반사범으로서의 규범력이 요구되는 것이어야 한다. 또한 민법전 수용에 대한 필요성과 관련해서도, 무엇보다 현재는 물론이

603) 자세한 내용에 관해서는 법무부, 전계 「전자거래규정의 민법 편입」, 49-52면 참조.

604) 민법의 수범자는 법률전문가만이 아니라 일반 국민 모두임을 간과해서는 안 된다.

605) 内田貴, 前掲論文, 20面.

606) 정진명, 전계 “전자거래 규정의 민법 편입 제안”, 77면.

고 장래에도 전자거래와 관련한 법적 분쟁의 발생빈도가 민법상 전형계약의 분쟁 발생빈도를 상회할 정도로 증가할 것이 예측될 수 있다. 따라서 전자계약과 같은 현재적인 법률행위의 방식을 민법이 적극적으로 수용할 시기가 되었다는 점 등을 감안하여 전자거래에 관한 규정을 민법전에 편입할 필요성이 있다. 다만 민법전으로의 수용 과정에서 현행 법률과의 다소 상치(相馳)될 수 있는 다양한 법적문제가 발생할 가능성이 있기 때문에, 이를 고려하면서 몇 가지의 쟁점사항을 중심으로 개정방안을 제시해 보고자 한다.⁶⁰⁷⁾

1. 전자거래 용어의 민법전 도입

우리민법에 전자거래 관련 법전 용어를 도입하는 경우 무엇보다 용어법상 문제가 된다. 현재 이와 관련하여서는 두 가지 측면에서의 용어가 주로 사용되고 있다. 하나는 거래의 형식을 고려하여 ‘전자거래’, ‘전자계약’, ‘전자적 방식의 계약’이라는 용어와, 다른 하나는 거래의 본질을 고려하여 ‘전자적 의사표시’, ‘전자적 방식의 의사표시’, ‘자동화된 의사표시’, ‘컴퓨터 의사표시’ 등의 용어가 있다. 전자의 경우 거래 실무에서 널리 사용되고 있음으로 법전용어로 채택하는데 무리가 없지만 민법의 체계와 관련하여서는 어떠한 용어가 타당한지 검토가 필요하다. 후자의 경우 민법상의 의사표시는 표시방식의 차이에도 불구하고 모든 의사표시를 포함하는 기본개념이므로 전자적 의사표시를 별도로 구분하여 표시할 실익이 적지만 전자적으로 행하여지는 의사표시의 명확화를 위해서는 도입을 고려할 필요가 있다. 먼저 거래의 형식을 고려한 용어의 장단점을 검토해 보면 다음과 같다.⁶⁰⁸⁾

첫째, ‘전자거래’라는 용어는 전자문서 및 전자거래기본법에서 채택하고 있으며, 동법 제2조 제5호에 개념정의가 되어 있다. 그러므로 민법에 전자거래라는 용어를 법전용어로 채택하는 경우 개념정의가 필요하지 않으며, 독일민법 제312조의e처럼

607) 민법전으로의 편입 검토 대상으로는, 용어법, 전자적 의사표시의 귀속, 의사표시의 성립 및 효력, 전자적 방식의 배제조항을 민법전에 수용하는 견해로는 법무부, 「전자거래규정의 민법 편입」, 82-52면; 오병철, 전제 “전자거래 규정의 민법예의 편입”, 145-152면; 정진명 전제 “전자거래규정의 민법예의 편입”, 78-96면. 그리고 전자문서와 전자거래 등의 개념, 의사표시의 성립 및 효력, 전자적 방식의 배제 조항 등을 제시하는 장병주, 전제 “전자적 의사표시 개념의 입법적 검토”, 273면.

608) 정진명, 전제 “전자거래규정의 민법예의 편입”, 79-80면 참조.

전자거래의 개념을 풀어서 간접적인 방식으로 규정하는 방안을 고려해 볼 만 하다.⁶⁰⁹⁾ 이 경우 민법에 전자거래라는 용어가 채택되는 장점이 있지만, 첫째로 민법상 ‘거래’라는 용어가 사용되고 있지 않으며, 둘째로 계약의 체결부터 이행에 이르는 과정을 의미하는 ‘전자거래’라는 용어를 민법전의 어느 부문에 둘 것인지의 여부, 셋째로 이미 전자문서 및 전자거래기본법에 규정되어 있는 용어를 민법에서 다시 규정할 필요가 있는지의 여부, 넷째로 민법상의 개념과 전자문서 및 전자거래기본법상의 개념과의 관계 설정 등이 문제가 된다.

둘째, ‘전자계약’이라는 용어를 ‘전자적 의사표시’라는 법률사실을 요소로 하는 법률요건 중 계약의 형태를 취하는 것으로 도입할 수 있다. 이 경우 ‘전자계약’은 전통적인 계약의 도그마를 전혀 손상하지 않으며, 또한 별도의 개념정의를 두지 않고서도 그 의미를 명확하게 전달할 수 있다.⁶¹⁰⁾ 그러나 ‘전자계약’은 전자적 의사표시를 기본요소로 하므로 전자적 의사표시의 도입을 전제로 하며, 이 경우 ‘전자적’이라는 표현이 무엇을 의미하는지를 구체화 할 과제가 남는다.

셋째, ‘전자적 방식의 계약’이라는 용어를 채택하고 이를 계약체결과 관련된 조문에 추가하는 방안이다. 이 경우 ‘전자적 의사표시’라는 용어를 어느 정도 대체할 수 있을 뿐만 아니라 별도의 개념정의를 필요하지 않으며, 나아가 전자거래라는 용어의 사용에서 오는 부정적인 견해를 감소시킬 수 있다. 그러나 이러한 용어는 민법전의 용어법 및 내적 체계와 통일적 구성에 어려움이 있으며, 또한 이 경우 전자거래의 전면적인 도입을 의미하므로 법률을 어떻게 구성하고 그 내용을 어떻게 규정할 것인지에 대한 많은 검토가 필요하다. 다만 이 경우 프랑스민법과 같이 전자적 방식의 계약에 관한 장을 신설하여,⁶¹¹⁾ 필요한 내용을 규정하는 방안을 고려할 수 있다. 다음으로 거래의 본질을 고려한 용어의 장단점은 다음과 같다. 거래의 본질을 고려한 용어는 다시 ‘전자적 의사표시’, ‘전자적 방식의 의사 표시’와 같이 ‘의사표시’

609) 독일민법 제312조의e는 “전자거래”(elektronischer Geschäftsverkehr)라는 용어를 조문의 제목에서 사용하고 있으며, 본문에서는 “물품의 인도 또는 노무급부의 실행에 관한 계약을 체결하기 위하여 사업자가 정보 통신 및 미디어 서비스를 이용한 경우”를 “전자거래에 의한 계약”(Vertrag ımelektronischen Geschäftsverkehr), 즉 전자계약이라 표현하고 있다. 즉 전자계약의 성립을 인정함으로써 그 법률사실인 전자적 의사표시를 간접적으로 인정하고 있다. 이에 대한 자세한 사항은 오병철, 전제 “전자거래규정의 민법예외의 편입”, 145-147면.

610) 오병철, 상제 “전자거래규정의 민법예외의 편입”, 145면.

611) 프랑스민법은 전자거래라는 용어를 사용하지 아니하고 제7장에서 “전자적 방식의 계약”(contrat sous forme électronique)이라는 장 제목으로 사용하고 있다.

의 본질을 강조하는 용어와 ‘자동화된 의사표시’, ‘컴퓨터 의사표시’와 같이 의사표시의 수단적 특징을 강조하는 용어가 있다. 전자의 경우 전자적 방법으로 행하여지는 의사표시를 표현하는 방법의 차이에 불과하며, 또한 거래실무에 있어서도 ‘전자적 의사표시’라는 용어가 널리 사용되고 있으므로 ‘전자적 의사표시’라는 용어가 바람직하다. 나아가 ‘전자적 의사표시’라는 용어는 사람에 의해 구체적인 의사가 결정되고 표시되어 단지 전자적 방법으로 전달되는 의사표시와 컴퓨터에 의하여 의사가 구체화되어 표시되고 전달되는 학설상의 ‘전자적 의사표시’도 포괄할 수 있는 장점이 있다.⁶¹²⁾ 후자의 경우 컴퓨터라는 수단에 의하여 이루어지는 의사표시의 수단적 특성이 명확하게 드러나며, 또한 의사표시의 귀속을 표현하는데 적합한 장점이 있다. 그러나 이러한 용어는 전자거래에 사용되는 의사표시의 본질을 나타내는데 적합하지 않으며, 또한 그 개념도 모호하여 법해석상 논란의 소지가 있을 수 있다. 따라서 이러한 인식하에서 다음과 같이 개정을 제안하는 방안 등을 생각해 볼 수 있다.⁶¹³⁾

(개정방안)

제1안은 ‘전자계약’과 ‘전자적 의사표시’라는 용어를 채택하되 별도의 개념정의는 하지 않으며, 계약체결과 관련된 민법조문에서 추가로 규정하는 형식으로 도입하는 방안이다.

제2안은 민법에 ‘전자거래’라는 용어를 법전용어 채택하되 별도의 개념정의를 하지 않고 내용만을 풀어서 규정하고, 그 방식은 전자거래라는 조문 제목을 통해서 간접적으로 규정하는 방안이다.

논의 과정을 통해 이 중에서 선택하거나 더 좋은 방안을 찾을 수도 있을 것이지만 필자는 전자거래 관련 용어를 민법전에 도입하는 경우,⁶¹⁴⁾ 민법전에는 거의 개념정의 규정을 두고 있지 않고 있고 주소, 물건, 부동산 등 극히 기초적이고 필수적인 법전용어에 대해서만 개념정의를 하고 있다는 점과 민법의 내적 체계와의 정합성 등을 고려하면 제1안이 타당하다고 생각된다.

612) 오병철, 전제 “전자거래규정의 민법예의 편입”, 146면.

613) 정진명, 전제 “전자거래규정의 민법 편입 방안”, 81면.

614) 거래라는 용어는, 계약을 포함한 모든 형태의 법적 의미 있는 재산적 교류관계를 총칭하여 사용하고 있는바, 전자거래도 전자계약을 포함하는 모든 형태의 전자적 형태의 재산적 교류관계를 포괄하는 용어로 채택하는 것이 좋다는 견해로는 오병철, 전제 “전자거래규정의 민법예의 편입”, 146면.

2. 전자적 의사표시의 귀속

컴퓨터에 의해 이루어지는 표시는 어떤 견해에 따르더라도 기존의 의사표시의 범주에 포함되는 것으로 보는 점에는 차이가 없다고 할 수 있다. 다만 전자적 의사표시가 기존의 의사표시에 포함되는지에 대하여 규율의 특수성을 강조하는 차이가 있을 뿐이다.⁶¹⁵⁾ 그러나 전통적인 의사표시 이론에 의하면 컴퓨터가 행하는 표시를 귀속시킬 주체를 무엇이라고 하고, 그리고 실질적으로 그 주체를 어떻게 구체화 할 것인지에 대하여 설명하기가 어려운 것이 현실이다. 가령 인터넷 물품판매 사이트를 운영하는 사람이 낮 시간에 직장에서 근무하는 동안 그 사이트에서 상대방이 물품을 구입하는 클릭을 하는데 대해, 사이트를 구축한 프로그래머가 프로그래밍 해 준 대로 리스회사로부터 리스한 서버를 사용해 응답을 하는 경우에 그 귀속의 구체적인 연결점을 어디에서 찾으며 그 표현을 무엇으로 할 것인 가는 어려운 문제가 아닐 수 없다.⁶¹⁶⁾ 그러므로 자연인의 구체적 관여 없이 컴퓨터를 포함한 정보처리시스템에 의하여 행하여진 표시는 표의자의 의사표시로 간주하는 규정을 둘 필요가 있다.⁶¹⁷⁾

전자거래의 주체는 컴퓨터의 표시를 이용하여 거래주체로 등장하고자 의욕하는 자이다. 그러므로 전자거래에서 컴퓨터의 연산기능을 이용하여 인간의 구체적 관여 없이 이루어진 의사표시는 그러한 의사표시를 이용하여 거래주체로 등장하고자 의욕한 자에게 귀속되는 것이 타당하다.⁶¹⁸⁾ 현행 전자문서 및 전자거래기본법이 컴퓨터가 행하는 표시에 관한 규정을 두고 있으므로,⁶¹⁹⁾ 전자문서 및 전자거래기본법상의 작성자라는 용어와 개념정의를 수정하여 컴퓨터가 행한 표시의 귀속주체를 명확하게 민법전에 편입시키는 방안을 고려할 수 있다.⁶²⁰⁾ 그러나 이 경우 전자문서 및 전자거래기본법상의 작성자의 개념정의를 자연인에 의해 구체적인 의사가 모두 세

615) 오병철, 전제 “전자거래규정의 민법예의 편입”, 137면.

616) 법무부, 전제 「전자거래 규정의 민법 편입」, 82면 참조.

617) 정진명, 전제 “전자거래규정의 민법 편입 방안”, 84면.

618) 정진명, 상계논문, 84면.

619) 전자문서 및 전자거래기본법 제7조 “작성자의 대리인 또는 자동으로 전자문서를 송신·수신하도록 구성된 컴퓨터 프로그램 그 밖의 전자적 수단에 의하여 송신된 전자문서에 포함된 의사표시는 작성자가 송신한 것으로 본다.”

620) 오병철, 상계논문, 148면; 법무부, 전제 「전자거래 규정의 민법 편입」, 82면.

부적으로 결정되고 표시의 입력까지도 행해지는 ‘이메일’이나 ‘클릭’에는 유효하지만, 컴퓨터가 이른바 전자대리인으로서의 기능을 수행하는 경우에는 전자적 의사표시의 귀속주체를 명확하게 한정하지 못한다. 그러므로 전자적 의사표시는 “자신을 위하여” 컴퓨터가 표시하도록 의도한 자에게 귀속되며, 기술적으로는 컴퓨터를 포함한 모든 정보처리시스템을 통한 표시를 의미한다고 보아야 한다.⁶²¹⁾ 따라서 이러한 인식하에서 다음과 같이 개정을 제안하는 것이 타당하다고 생각된다.

(신설)

제안(전자적 의사표시의 귀속) 전자적 의사표시가 자연인의 구체적 관여없이 정보처리시스템에 의하여 행하여진 경우 다른 사정이 없는 한 자신을 위하여 정보처리시스템을 이용한 자에게 귀속되는 것으로 본다.

3. 전자적 의사표시의 성립 및 효력

(1) 의사표시의 격지성

앞에서도 기술했듯이 전자거래가 격지자간의 거래인지 아니면 대화자간의 거래인지 대해서는 그동안 많은 논의가 있어 왔다. 전자거래의 격지성은 일률적으로 판단할 것이 아니라 전자거래의 구체적인 유형에 따라 구별되어야 한다. 즉 전자거래는 그 방법이 매우 다양하므로 일률적으로 판단할 수 없다. 예를 들어 인터넷폰이나 화상회의를 통한 전자거래의 경우에는 대화자간의 거래로 볼 수 있으나, 전자우편이나 전자게시판을 통한 전자거래의 경우에는 격지성을 인정할 수밖에 없다.⁶²²⁾ 따라서 전자거래의 격지성 여부는 독일민법 제147조 1항 2문과 같이 기술적 설비를 이용하여 “사람에게서 사람에게로(von Person Zu Person) 행하여진” 청약은 대화자간의 거래로 본다고 규정하여 입법적으로 해결하는 것이 타당할 것이다.⁶²³⁾ 다만, 우리민법은 독일민법과 달리 승낙기간에 대하여 대화자간의 거래와 격지자간의 거

621) 정진명, 전제 “전자거래규정의 민법 편입 방안”, 84면.

622) 정진명, 상계논문, 86면.

623) 오병철, 전제 “전자거래규정의 민법예외 편입”, 149면.

대로 구분하여 규정하고 있지 않으므로 전자거래의 격지성 문제는 승낙기간에 대한 민법 개정시에 함께 고려하여야 할 것이다.⁶²⁴⁾

우리민법은 격지자간의 계약 성립시기에 대하여 “격지자간의 계약은 승낙의 통지를 발송한 때에 성립한다.”고 규정하고 있다(제531조). 그러나 의사표시의 효력발생시기에 대하여는 “상대방 있는 의사표시는 그 통지가 상대방에게 도달한 때로부터 그 효력이 생긴다.”고 규정하고 있다(제111조 제1항). 그 결과 격지자간의 계약 성립시기는 민법 제531조와 민법 제111조 제1항, 제528조 제1항 및 제529조의 도달주의 원칙과 관련하여 여러 가지의 논의가 제기되고 있다.⁶²⁵⁾ 그리하여 민법 개정위원회는 민법 제531조의 ‘격지자간의 계약 성립시기’에 관한 규정만을 개정대상에 포함시키고, 의사표시의 효력발생시기와 격지자간의 계약 성립시기를 동일하게 할 것을 세 가지 방안으로 제안한 바도 있다. 그 세 가지 방안중 제1안은 “격지자간의 계약은 승낙의 통지가(의사표시가) 상대방에게 도달한 때 성립한다.”고 개정하는 방안이며, 제2안은 현행 민법 제111조 제1항이 모든 의사표시의 효력발생시기를 도달주의로 규정하고 있으므로 현행 민법 제531조를 삭제하는 방안이다. 그리고 제3안은 “격지자간의 계약은 승낙의 통지가 상대방에게 도달한 때에 성립하고 효력이 발생한다.”고 개정하는 방안이다. 그 중 제1안을 시안으로 채택하였으며, 이를 제531조에서 전자계약에 관한 조항으로 신설하자는 제안이 있었지만 시기상조라는 이유로 개정안에서 제외 되었다.⁶²⁶⁾

전자거래는 매우 다양한 방식으로 행하여지기 때문에 일률적으로 어느 하나의 형태로 체결된다고 단정할 수 없다. 예를 들어 쇼핑몰 화면에서 클릭을 통해 계약을 체결하는 것과 전자우편을 발송하는 형태로 계약을 체결하는 것은 확연히 구별된다. 따라서 승낙의 통지가 상대방에게 즉시 도달하는 방식의 경우와 승낙의 통지가 상대방에게 도달하는데 시간적으로 어느 정도 간격이 있고, 전달과정에서 오류발생의 가능성이 높은 경우로 나누어 살펴보아야 한다.⁶²⁷⁾ 먼저 승낙의 통지가 상대방에게 즉시 도달하는 경우 민법 제111조에서 규정하고 있는 격지자간의 의사표시의 효력

624) 정진명, 전제 “전자거래규정의 민법 편입 방안”, 86면.

625) 이에 대한 자세한 내용에 관해서는 장병주, “격지자 간의 계약성립시기에 관한 검토”, 「재산법연구」 제25권 제3호, 한국재산법학회, 2009. 2. 273면 이하.

626) 법무부, 「민법개정 자료집」 2004. 758-759면.

627) 정진명, 상계논문, 87-88면.

발생 원칙을 수정한 제531조의 전제가 입법적으로 조화될 수가 없게 된다. 즉 민법의 기초자가 제531조의 원칙을 규정한 이유는 “격지자간에 있어서는 승낙의 통지가 도달까지 시간이 필요하다.”는 기술적인 제약을 전제로 하여 신속한 상거래의 실현에 가치를 둔 결과이다. 그러나 전자적 방식에 의한 계약이 상대방에게 즉시 도달하는 경우라면 발신주의를 채택할 필요가 없으며, 또한 국제적으로도 대부분의 국가는 도달주의를 취하고 있으므로 우리민법 제531조를 발신주의에서 도달주의로 개정하는 것이 바람직하다. 이 경우 대화자간의 거래로 인정되는 전자거래에도 별다른 문제가 없다. 민법 제531조의 격지성을 전제로 한 규정이 의미를 가진다. 즉 전자거래에 관한 규정을 민법전에 편입하는 경우 전자적 수단에 의한 의사표시의 발신과 도달의 시점을 어떻게 규율하느냐에 따라 승낙의 효력발생시기도 연계하여 함께 고려하여야 한다. 여기서 격지자간의 전자계약 성립시기를 개정하는 경우 세 가지 방안을 제안할 수 있다.⁶²⁸⁾

제1안은 현행 민법 제111조 제1항이 의사표시의 효력발생시기에 대하여 도달주의를 취하고 있으므로 이를 고려하여 제531조를 삭제하는 방안이다. 이 경우 전자계약과 관련하여 입법의 필요성이 제기된다. 즉 전자계약은 전통적인 계약에 비하여 그 발신과 도달의 단계가 다르므로 제531조를 삭제하는 대신 “전자적 수단에 의하여 체결되는 계약은 그 승낙의 의사표시가 상대방에게 도달한 때에 성립한다. 이 경우 그 의사표시는 상대방이 확인할 수 있을 때에 도달한 것으로 본다.”고 개정할 필요가 있다. 그 이유는 전자문서 및 전자거래기본법상의 수신시기에 관한 규정을 그대로 둔다면 민법의 도달시기를 보충하는 기술적 의미를 가질 것이지만, 전자문서 및 전자거래기본법상의 수신시기를 삭제하고 민법전에 전자계약상 승낙의 의사표시의 도달시기를 규율하는 것이 타당하다고 할 수 있기 때문이다. 다만, 제1안의 경우 계약의 성립과 관련하여 특별히 전자계약의 성립시기를 민법에 규정하는 것이 타당한지의 여부에 대한 검토가 필요하다.

제2안은 현행 민법 제531조를 “격지자간의 계약은 승낙의 통지가 도달한 때 성립한다.”고 개정하는 방안이다. 이 경우 제111조 제1항이 의사표시의 효력발생시기에 대하여 도달주의를 규정하는 것과 중복되지만 전자적 의사표시에 관한 문제는 더

628) 정진명, 전제 “전자거래규정의 민법 편입 방안”, 88-91면.

이상 발생하지 않는다. 즉 승낙의 의사표시는 전자문서 및 전자거래기본법에 의하지 않더라도 발신자가 당연히 그 위험을 부담하게 되므로 제531조는 전자계약에의 적용상의 어려움은 없어지게 된다. 다만, 제2안의 경우 제111조에서 의사표시의 도달주의를 규정하고 있음에도 불구하고 제531조에서 다시 도달주의 규정을 두는 것이 타당한지에 대한 문제가 여전히 남는다. 제3안은 현행 민법 제531조를 그대로 유지한 채 일본과 같이 “제531조의 규정은 격지자간의 계약에 있어서 전자승낙통지를 발한 경우에는 적용되지 아니 한다.”고 추가하는 방안이다. 즉 전자승낙통지에 대하여 발신주의가 아니라 의사표시의 효력발생 원칙인 도달주의를 채택하는 경우이다. 이 경우 민법 제111조는 도달주의 원칙을, 제531조는 격지자간의 계약 성립에 대하여 발신주의를, 그리고 전자승낙통지의 경우에는 다시 도달주의 원칙을 취하는 복잡한 체계를 가지게 된다. 그리고 이 경우 다시 예외 조항을 민법에 규정할 것인지 아니면 일본과 같이 특별법으로 규정할 것인지의 여부가 문제된다.

생각건대 우리민법 제531조를 도달주의로 개정하는 경우 이에 대한 다양한 방안들이 고려될 수 있다. 먼저 제1안과 같이 제531조를 삭제하고 제111조의 도달주의를 유지하는 경우 전자계약의 성립에 대하여 별도의 규정을 둘 필요가 있는지의 여부가 문제된다. 이 경우 민법의 일반원칙에는 변함이 없으므로 전자계약에 대한 규정의 필요성만 존재하는데, 인터넷 환경에서 전자적 의사표시의 발신과 도달시점도 민법전에서 명확하게 규정하는 것이 필요하다고 본다. 다음으로 제2안과 같이 제531조를 발신주의에서 도달주의로 개정하는 경우 결과에 있어서는 제1안과 동일하므로 전자계약에 대한 별도의 규정은 법률로 제정할 필요성이 있을지 의문이다. 이러한 이유로 제3안에 따른 개정안은 우리 현실에 적합하지 않다.⁶²⁹⁾ 따라서 이러한 인식하에서 다음과 같이 제1안 내지 제2안의 개정 방안이 있을 수 있으나 필자는 제2안의 경우는 청약자와 승낙자가 직접적으로 컴퓨터를 통해서 의사표시가 있을 수 있는 반면, 컴퓨터 서버에 저장하여 간접적으로 다시 접근(access)해야 하는 경우도 많이 발생할 수 있기 때문에 제1안의 개정방안이 현실적으로 타당하다고 생각된다.

629) 정진명, 전제 “전자거래규정의 민법 편입 방안”, 90면.

(개정방안)

제1안 : 제00조(전자계약의 체결)전자적 수단에 의하여 체결되는 계약은 그 승낙의 의사표시가 상대방에게 도달한 때에 성립한다. 이 경우 그 의사표시는 상대방이 확인할 수 있을 때에 도달한 것으로 본다.

제2안 : 제00조(전자계약의 성립)격지자간의 계약은 승낙의 통지가 도달한 때 성립한다.

(2) 발신과 도달의 시기

1) 발신의 시기

전자문서 및 전자거래기본법은 송신시기를 “수신자 또는 그 대리인이 당해 전자문서를 수신할 수 있는 정보처리시스템에 입력된 때” 송신된 것으로 간주하고 있다. 이러한 태도는 송신시기를 전통적인 민법 이론에 상당히 늦게 인정하는 것으로서, 수신자 또는 그 대리인이 전자문서를 수신할 수 있는 정보처리시스템에 입력되어야 하므로 전자문서의 전송과정의 모든 위험은 송신자가 부담하도록 하게 된다. 이와 같이 송신의 시기를 늦춰서 파악하게 되면, 수신자가 수신할 정보처리시스템을 지정하였으나 작성자가 다른 정보처리시스템으로 발신한 경우가 아니라면 수신과 같은 시점에 송신이 이루어진 것으로 보는 문제가 있다.⁶³⁰⁾ 즉 송신이 곧 수신인 문제가 있으며 이러한 결과는 전통적인 민법의 관점에서 수용하기 어려운 법적 판단이 아닐 수 없다.⁶³¹⁾ 그러므로 송신이라는 용어대신 발신이라는 용어를 채택하는 동시에 발신을 “표의자가 관리하는 정보처리시스템을 벗어나 제3자가 관리하는 정보처리시스템에 입력된 때”라고 규정하는 것이 민법상의 발신의 개념과 부합되는 것이며 MLEC(UNCITRAL 전자상거래모델법)의 규정과도 일치하는 것이다.⁶³²⁾

2) 도달의 시기

630) 오병철, 전제 “2001년 개정 전자거래기본법의 이론적 검토”, 203면.

631) 김재형, “전자거래기본법에 관한 개정논의-사법적 측면을 중심으로”, 「법학」 제42권 제4호, 서울대학교법학연구소, 2001. 2, 157면 참조.

632) 고희석, “전자상거래의 성립시기에 관한 연구-전자소비자계약을 중심으로”, 「비교사법」 제13권 3호, 한국비교사법학회, 2006. 9, 31면 참조.

전자문서 및 전자거래기본법은 수신시기에 대해 3가지 유형으로 나누어 규율하고 있다. 먼저 수신할 정보처리시스템을 지정한 경우와 지정하지 않은 경우로 나누어 지정한 경우에는 그 정보처리시스템에 입력된 때 그리고 지정하지 않은 경우에는 수신자가 관리하는 임의의 정보처리시스템에 입력된 때 수신이 이루어진 것으로 보고 있다. 그리고 수신할 정보처리시스템을 지정하였으나 다른 정보처리시스템에 입력된 경우에는 수신자가 그것을 출력하는 시점에 수신이 이루어진 것으로 다루고 있다. 이는 MLEC에 부합되는 규정이며 민법상의 도달에 대한 이해와 조화를 이루는 것으로 생각된다. 그러므로 전자거래기본법상의 수신시기에 관한 규정을 민법전에 전자거래에서의 도달이라는 용어로 바꾸어 그대로 편입하여도 무방하다.⁶³³⁾

3) 수신확인

전자문서 및 전자거래기본법상의 수신확인에 관한 규정을 편입시키는 것은 바람직하지만, 수신확인 규정을 그대로 수용하는 것은 적절하지 않다 왜냐하면 청약에 수신확인을 조건으로 붙이는 것이나 청약이 수신자의 정보처리시스템에 입력됨으로써 이미 도달까지 이루어진 시점에서 그 발신을 철회한다는 것은 전통적인 민법이론으로 설명하는 것은 어렵기 때문이다.⁶³⁴⁾ 특히 전자문서 및 전자거래기본법 제534조와의 충돌문제를 해결하기 위해서 단서조항을 두고 있다. 그러나 수신확인을 “조건”으로 하는 것은 실질적으로 민법상의 “조건”과 상이한 것이고, 거래현실에서도 수신확인을 요청하는 것에 불과하다고 할 수 있다. 즉 표의자가 수신확인통지를 조건으로 한 것은 청약의 내용이나 조건을 변경하려는 것이 아니라 계약의 효력발생여부와 그 시기를 명확히 하려는 것으로 볼 수 있다. 따라서 거래현실에 부합되도록 상대방의 수신확인을 명시적으로 요청한 경우에는 상당한 기간내에 수신확인을 받지 아니하면 철회할 수 있도록 단일하게 규율하는 것이 타당할 것이다.⁶³⁵⁾

4) 개정제안

633) 오병철, 전제 “전자거래규정의 민법예외 편입”, 150면.

634) 자세한 내용에 관하여는 오병철, 상제 “2001년 개정 전자거래기본법의 이론적 검토”, 218면.

635) 정진명, 전제 “전자거래 규정의 민법 편입 제안”, 94면; 법무부, 전제 「전자거래규정의 민법 편입」, 84-85면 참조

우리민법 제111조 제1항은 도달주의를 취하고 있으므로 도달의 의미를 명확하게 제시하는 것이 요구되며, 발신시점은 제111조 제2항(발신 후 사망 또는 행위능력 상실)과 제531조에 의미를 갖게 되므로 민법전에 인터넷 환경에서의 발신시점을 명확히 할 필요가 있다. 다만, 전자거래를 대화자간의 거래로 간주한다면 제111조 제2항은 전자거래에서는 적용의 여지가 없으며, 제531조를 2004년의 민법개정안처럼 도달주의로 변경하는 경우 전자거래에서 발신시점을 규정할 실익이 없어지므로 도달시점에 대한 규정만을 두는 것으로 충분할 것이다.⁶³⁶⁾

전자적 의사표시의 발신시기에 대한 규정을 민법전에 신설할 필요성은 민법 제531조를 그대로 유지하는 경우에만 존재한다. 이에 반하여 전자거래에서는 전자적 의사표시의 도달시기가 언제인지를 판단하기 곤란한 경우가 많으므로 전자문서 및 전자거래기본법상의 수신시기에 관한 규정을 민법전에 전자적 의사표시의 도달이라는 용어로 바꾸어 그대로 편입시켜도 무방하다. 전자적 의사표시의 수신확인 규정은 민법 제527조의 예외가 필요하다는 현실적 요구를 충족시킬 수 있으며, 민법 제534조와의 충돌문제도 해결할 수 있다. 또한 이는 승낙기간을 정한 경우의 민법 제528조와도 실질적으로 조화를 이루게 될 것이다. 따라서 이러한 인식하에서 다음과 같이 개정시안을 제안하는 것이 타당하다고 생각된다.

(신설)

제00조(전자적 의사표시의 발신과 도달시기)

① 전자적 의사표시는 표의자가 관리하는 정보처리시스템을 벗어난 때 발신한 것으로 추정한다.

② 전자적 의사표시는 다음 각 호의 1에 해당하는 때 도달한 것으로 추정한다.

1. 전자적 의사표시를 수신할 정보처리시스템이 지정된 경우에는 지정된정보처리시스템에 입력된 때

2. 지정된 정보처리시스템이 아닌 정보처리시스템에 입력된 경우에는 수신자가 이를 검색 또는 출력한 때

3. 전자적 의사표시를 수신할 정보처리시스템이 지정되지 아니한 경우에는 수신자

636) 정진명, 전제 “전자거래규정의 민법 편입 제안”, 94-95면.

가 관리하는 정보처리시스템에 입력된 때

제00조(전자적 의사표시의 수신확인) 표의자가 전자적 의사표시를 하면서 명시적으로 수신확인을 요청하였으나 상당한 기간 내에 수신확인통지를 받지 못한 때에는 그 전자적 의사표시를 철회할 수 있다.

4. 전자적 방식의 배제조항

우리민법은 서면방식을 필요로 하지 않지만 전자적 의사표시라는 개념이 채택되는 경우 전자적 방식에 대한 원칙 규정과 예외적으로 전자적 방식이 허용되지 않아 할 사항이 규정되어야 한다.⁶³⁷⁾ 그러나 민법전에서 서면 등 방식을 요하는 요식행위로서 전자적 방식으로는 허용되지 않아 할 사항을 정하는데 있어서는 상당한 시간을 요하는 검토사항이다. 이와 관련하여 전자적 의사표시에 의한 계약과 종이서면이나 구두로 체결된 계약이 법적으로 완전히 동가치 하다는 원칙을 명문화할 필요가 있다. 그리하여 현행 전자문서 및 전자거래기본법 제4조 제1항은 “전자문서는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 전자적 형태로 되어 있다는 이유로 문서로서의 효력이 부인되지 아니한다.”고 규정하여 전자적 형태로 행하여지는 의사표시가 종이문서와 동가치한 것임을 명시하고 있다. 그 이유는 전자문서의 법적 효력이 인정되지 않는다면 전자거래 당사자는 전자거래를 활용하지 않을 것이며, 이를 활용한다고 하더라도 기존의 종이문서를 병행해야 하는 문제가 발생한다. 또한 기존의 개별 법률에서 표준화된 전자문서의 효력을 인정하는 규정이 있지만 그 적용에는 한계가 있기 때문이다. 따라서 전자거래의 촉진을 위하여 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 전자문서를 일반 종이문서와 동일하게 취급하는 규정을 민법전에 규정할 필요가 있다.

우리민법에는 전자적 방식의 배제조항이 마련되어 있지 않다. 그러나 전자적 방식 규정이 민법전에 도입되는 경우 전자적 방식이 허용되지 아니하는 사항에 대하여는 그 유효성을 부정하는 개별적인 규정을 신설하여야 할 것이다. 왜냐하면 민법상의 방식은 개별적인 법률제도의 취지와 당사자의 의사를 고려하여 인정된 것임

637) 이하 전자적 방식의 배제조항에 관해서는 정진명, 전제 “전자거래규정의 민법 편입 제안”, 95-96면.

로 유형적인 형태의 방식이 가지는 고유한 법적 가치를 훼손하여서는 안 되기 때문이다. 따라서 우리 민법상 유언의 경우에는 전자적방식이 허용되지 않아야 하며, 제76조의 사단법인의 총회의 의사록 역시 전자적 방식으로는 불가능하다고 보아야 할 것이다. 또한 전자적 방식은 지시채권증서(제508조 이하), 무기명채권증서(제523조 이하) 그리고 지명채권양도의 제3자 대항요건으로서의 통지(제450조)와도 그 취지와 현실에 맞지 않는다고 생각된다. 따라서 이러한 규정에 대하여는 전자적 방식을 배제하는 조항을 신설하는 것이 필요하다.⁶³⁸⁾ 이러한 인식하에 다음과 같이 개정시안을 제안하는 것이 타당하다고 생각된다.

(신설)

제안: 제00조 (전자적 방식) ① 서면방식은 법률이 달리 규정하지 않는 한 전자적 방식으로 갈음할 수 있다.

② 전항의 규정은 제76조, 제450조, 제508조 내지 제526조, 제1065조에는 적용되지 아니한다.

제2절 전자문서 및 전자거래기본법 개정 제안

국제규범의 국내법 수용과 향후 발생될 국제거래의 규범의 통일성을 기하고 법률 관계를 명확히 확정할 필요성이 끊임없이 제기되고 있고,⁶³⁹⁾ 민법에 편입문제나 전자문서 및 전자거래기본법에서 주요 검토사항은 전자계약협약 제4조에서 정의하고 있는 전자적 의사표시, 송신자, 수신자의 일반 규정을 둘러싼 개념 및 관련규정의 도입을 기본적 논의의 출발점으로 하고 있다.⁶⁴⁰⁾ 이러한 인식하에 2011년 산업자원

638) 같은 견해 : 오병철, 전제 “전자거래규정의 민법예외의 편입”, 152면; 법무부, 전제 「전자거래규정의 민법 편입」, 84-85면 참조

639) 김현철, 전제 “전자문서 및 전자거래 기본법의 쟁점과 과제”, 312면; 법무부, 전제 「전자계약의 현안과 과제 -UN전자계약협약을 중심으로-」, 6면 이하 참조.

640) United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts Article 4. Definitions 참조

부의 전자문서 및 전자거래기본법 개정안 공청회 자료에서 몇 가지의 쟁점으로 다루었던 전자적 의사표시의 도입, 전자적 의사표시의 효력 명확화, 송신·수신 시기 보완, 전자문서의 형식 요건 명시를 중심으로 하여 개정시안을 제안해 보고자 한다.

1. 전자적 의사표시의 도입

전자문서 및 전자거래기본법 제2조에서는 전자문서와 전자거래에 대하여는 개념을 정의하고 있으나 전자적 의사표시에 대한 개념은 정의하고 있지 않다. 그러나 동법은 MLEC을 수용하여 제정되었고 UECIC(국제계약에서 전자적 의사표시 등의 이용에 관한 유엔협약)가 발효될 경우,⁶⁴¹⁾ 전자적 환경에서 적용되는데 발생하는 장애 제거 등 국제적인 정합성을 고려할 때 전자적 의사표시(Electronic Communication)의 개념의 수용이 요청된다.⁶⁴²⁾ 이 경우 전자문서는 전자적 의사표시를 매개하는 수단으로서의 역할을 하게 되므로 상위개념인 전자적 의사표시에 법적 효력을 인정할 필요성이 제기되고 있다. 또한 UECIC의 “전자적 의사표시”는 계약의 교섭, 체결, 이행 또는 이행 이후의 의사의 교환을 포함하는 넓은 개념이므로 민법상의 의사표시뿐만 아니라 일부 준법률행위도 포함한다. 그리고 “전자적 의사표시”는 “전자적”이라는 기술적 요소를 내포하고 있고 기존의 의사표시와 구분된다.⁶⁴³⁾ 그러므로 전자적 의사표시라는 개념은 우리 민법상의 의사표시라는 용어와는 달리 전자적 환경에 적합하게 도입된 법률개념으로 파악하여야 한다고 생각된다. 따라서 이를 전자문서 및 전자거래기본법에 개념정의를 함으로써 전자거래관련 국제법과 국내법의 해석상의 혼란을 방지할 필요성이 있다.⁶⁴⁴⁾ 이러한 인식하에 전자적 의사표시의 정의 규정을 동법 제2조 제1호에 다음과 같은 규정을 신설할 필요성

641) 이 경우 전자문서는 전자적 의사표시를 매개하는 수단으로서의 역할을 하게 되므로 전자적 의사표시에 법적 효력을 인정할 필요성이 제기된다.

642) 정보통신산업진흥원, 「전자거래기본법 개정방안 연구」, 2010, 20면. 그러나 전자적 의사표시의 도입은 전자문서 및 전자거래기본법 개정사항 중에서 가장 논란이 되는 부분이다. 그동안 학계에서 지속적인 연구가 진행되고 있음에도 불구하고 용어의 선택, 개념 및 관련 규정의 도입여부, 민법에 편입문제 등이 논란이 되고 있다(김현철, 전계 “전자문서 및 전자거래 기본법의 쟁점과 과제”, 310면).

643) 전자적이란, 전자메일 등 인터넷에 기초한 방법에 한정하지 않고 장래에 새로이 개발될 전자적 방법을 모두 포함 할 뿐 만 아니라 이전의 telegram과 telex와 같은 방법도 포함하는 매우 폭넓은 개념으로 규정하고 있다(법무부, 전계 「국제규범의 현황과 전망」, 37면).

644) 한국전자거래진흥원, 전자문서 및 공인전자문서 보관소 활성화를 위한 제도개편연구」 2008. 12, 41면.

이 있다고 생각된다.

(신설)

제2조 1. “전자적 의사표시”란 당사자가 전자문서의 방법으로 행한 의사표시를 말한다.

2. 전자적 의사표시의 효력 명확화

전자거래의 법적 장애를 제거하는 기본적 출발점은 기존의 유형적인 형태의 의사표시나 계약을 무형적인 전자적 의사표시로 대체한다고 하여 그 법적 가치가 훼손되지 않는다는 것이다. 위 ‘1. 전자적 의사표시의 도입’과 같은 이유로 전자적 의사표시라는 개념이 도입에 따라 전자거래의 전부 또는 일부가 전자적 의사표시에 의하여 이루어질 수 있다. 현행 전자거래에서 전자문서를 전자적 의사표시로 변경한다고 해서 기존의 전자거래와 의미가 변경되거나 하는 것은 아니다. 또한 현행법의 경우 전자문서라는 표현은 법해석상 전자문서를 좁은 의미의 전자적 형태로 이해할 소지를 내포하고 있기 때문이다. 다음으로 동법 제4조 제1항에서는 “전자문서는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 전자적 형태로 되어 있다는 이유로 문서로서의 효력이 부인되지 아니한다.”고 규정되어 있다. 이 규정은 전자문서의 효력이 종이문서와 동일하다는 것을 밝힌 것으로 전자문서에 의한 행위가 서면에 의한 행위와 동가치 하다는 것을 반영한 것이다.⁶⁴⁵⁾

그런데 이 규정은 전자문서의 문서로서의 효력에 대하여 다른 법률의 특별한 규정을 전제하고 보충적으로 문서성을 인정하는 것으로 해석되기 쉽고, 적용범위를 규정한 제3조의 “이 법은 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고 모든 전자문서 및 전자거래에 적용한다.”와 비교해도 불필요한 문구를 반복적으로 사용되고 있다. 따라서 법률관계의 명확성 측면과 법문구의 경제성 측면에서 “다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는”라는 문구를 삭제하고 앞에서 언급한 전자적 의사표시 규정의 도입이라는 인식의 연속선상에서 그 효력에 관한 규정으로

645) 정보통신산업진흥원, 전제 「전자거래기본법 개정방안 연구」, 29면 이하 참조.

개정하는 것이 입법론적으로는 바람직하다고 생각된다.⁶⁴⁶⁾ 이를 개정 시안으로 제시해 본다면 다음과 같다.

(현행)

제4조(전자문서의 효력) ① 전자문서는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 전자적 형태로 되어 있다는 이유로 문서로서의 효력이 부인되지 아니한다.

(개정시안)

제4조(전자적 의사표시의 효력) ① 전자적 의사표시는 전자문서에 의해서 이루어졌다는 이유만으로 의사표시로서의 효력이 부정되지 않는다.

3. 송신·수신 시기 보완

현행 전자문서 및 전자거래기본법 제6조 제1항은 전자문서의 송신·수신시기를 규정하고 있다. 그러나 동 조항은,⁶⁴⁷⁾ 첫째 민법상 ‘발신’은 의사표시가 표의자의 영역에서 벗어나는 것으로 이해하는 전통적인 민법이론과 부합하지 않는다. 그리고 오늘날 국제규범이나 주요국의 입법례는 송신시기를 수신자의 지배영역에 있는 정보처리시스템에 입력된 때로 보고 있지 않다. 둘째, 수신자가 전자적 의사표시를 수신할 정보처리시스템을 지정하였으나 작성자가 다른 정보처리시스템으로 송신한 경우가 아니라면 수신과 같은 시점에 송신이 이루어지는 문제가 있다. 셋째, 현재의 규정으로는 전자적 의사표시가 작성자의 지배하에 있는 정보처리시스템을 벗어나지 않은 경우의 문제를 해결할 수 없다.⁶⁴⁸⁾ 예컨대 당사자가 동일한 정보처리시스템 또는 네트워크를 통하여 전자적 의사표시를 교환한 경우 전자적 의사표시가 실제로 상대방의 지배하에 있는 정보처리시스템에 입력되었다고 할 수 없다. 이 경우 전자

646) 같은 견해 : 김현철, 전제 “전자문서 및 전자거래기본법의 쟁점과 과제”, 313면.

647) 위 ‘1. 전자적 의사표시의 도입’에 따라 문구를 수정할 필요가 있다는 의식의 연속선상에서 기술하고자 한다.

648) 예컨대 당사자가 동일한 정보처리시스템 또는 네트워크를 통하여 전자적 의사표시를 교환한 경우 전자적 의사표시가 실제로 상대방의 지배 하에 있는 정보처리시스템에 입력되었다고 할 수 없다. 이 경우 전자적 의사표시의 송신과 수신이 동시에 일어나게 된다.

적 의사표시의 송신과 수신이 동시에 일어나게 된다. 넷째, 전자거래가 전자적 의사표시의 유형과 기술적인 전달방법의 다양성을 고려하여 기술 중립성이라는 대전제를 유지한다면 전자거래에 있어서 전자적 의사표시의 성격을 획일적으로 대화자 성격으로 규정하는 태도도 문제가 된다. 끝으로 현행 규정은 전자적 의사표시의 송신을 수신자 중심으로 규정한 것으로써 전자적 의사표시의 전송과정상의 모든 위험을 송신자에게 부담시키고 있다.

그리고 전자적 의사표시의 송신시기가 현실적으로 문제되는 것은 우리 민법 제531조의 발신주의가 예외적으로 적용되는 경우이다. 즉 전자거래에서 승낙의 법적 가치를 갖는 전자적 의사표시에 의하여 계약이 성립되는 경우 발신시점에 계약이 성립된다고 보아야 하고, 결국 전자적 의사표시가 어느 시점에 발송되었는지가 중요한 문제로 된다. 현행 전자문서 및 전자거래기본법 제6조 제1항에 따르면 송신(발신)시점과 수신(도달)시점이 하나의 동일한 시점이 될 수 있으므로 전자거래에 있어서 민법 제531조는 사실상 그 적용이 배제된다. 왜냐하면 민법 제531조는 승낙의 통지를 발송한 때에 계약이 성립한다고 규정함으로써 승낙의 의사표시가 전달과정의 위험을 수신자에게 특별히 부담시키고 있는데, 전자거래에 있어서는 수신시점에 송신이 있는 것으로 간주함으로써 이러한 입법취지는 맞지 않기 때문이다. 그러므로 제1항은 ‘발신’은 의사표시가 표의자의 영역에서 벗어나는 것으로 이해하는 전통적인 민법이론과 부합하게 “작성자가 지배하는 정보처리시스템을 벗어난 때”로 개정하는 것이,⁶⁴⁹⁾ 바람직하고 전자적 의사표시는 이를 작성한 자와 송신한 자가 다를 수 있으므로 전자적 의사표시의 주체를 “작성자”로 규정하는 것이 타당하다고 생각된다. 이러한 모든 점들을 감안하여 개정 시안을 제시해 본다면 다음과 같다.⁶⁵⁰⁾

(현행)

제6조(송신·수신의 시기 및 장소) ① 전자문서(전자화문서를 포함한다. 이하 같다)는 수신자 또는 그 대리인이 해당 전자문서를 수신할 수 있는 정보처리시스템에

649) 이 경우하고 전자문서의 송·수신 책임에 기한 관계당사자의 법률관계를 명확히 특정하기 위한 때 또는 떠나지 않았다면 수신된 때로 규정하고 UECIC에 규정내용에 준한 개정이 요구된다고 한다(심종석, “현행 전자거래기본법의 법적 보완과제에 관한 고찰-UECIC 규정내용과의 비교를 중심으로-”, 「인터넷전자상거래연구」 제9권 제3호, 한국인터넷상거래학회, 2009. 9. 361면).

650) 정보통신산업진흥원, 전제 「전자거래기본법 개정방안 연구」, 44-48면 참조.

입력한 때에 송신된 것으로 본다.

(개정시안)

제6조(송신·수신의 시기 및 장소) ① 전자적 의사표시의 송신 시기는 작성자가 지배하는 정보처리시스템을 벗어난 때이다. 다만, 그 정보처리시스템을 벗어나지 않은 경우에는 전자적 의사표시의 송신 시기는 그 의사표시가 수신한 때이다.

4. 전자문서의 형식 요건 명시

전자문서의 형식요건은 두 가지 다른 관점에서 하나로 일치한다. 하나의 관점은 전자문서도 일종의 “문서”이기 때문에 일정한 형식을 반드시 갖추어야 할 것이고 또 다른 관점은 전자적 의사표시에 의한 계약체결이나 입증은 기술적 측면에서 서면과 차이가 발생하기 때문에 최소한의 형식을 갖추어야 한다는 것이다.⁶⁵¹⁾ 전자는 종이문서 기반의 전통적인 관점에 따라 전자문서도 “문서”이므로 서면과 같은 효과를 부여 받으려면 일정한 형식을 가져야 한다는 입장이다. 후자는 국제규범의 관점에 따라 전자적 의사 표시가 특별한 형식으로 작성되거나 증명될 것이 요구되지 않아 방식의 자유(freedom of form)가 인정되지만 전자적 방식이 서면과 기능적 동가성을 유지하려면 최소한의 기술적 형식요건이 필요하다는 입장이다. 양자가 관점의 차이는 있으나 결국 전자문서 또는 전자적 의사표시가 서면과 기능적 동가성을 유지하여 계약체결이나 입증에 필요한 유효한 수단이 되기 위해서는 일정한 형식을 구비해야 한다는 점에서 일치한다.⁶⁵²⁾

현행 전자문서 및 전자거래기본법은 전자문서의 형식요건에 대하여 명문의 규정을 두고 있지 않다.⁶⁵³⁾ 그러나 전자문서를 통한 전자거래에서 발생하는 법적 문제점은 전자문서로 기존의 종이문서를 대체할 수 있는가의 여부이다. 우리나라의 현행 법 중에는 “서면으로”, “문서로” 등의 개념을 요건으로 한 문서제도를 요구하는 경우가 많다. 그런데 전자문서는 종이문서와 달리 전자적 형태의 정보로 되어 있어

651) 김현철, 전제, “전자문서 및 전자거래기본법의 쟁점과 과제”, 314면.

652) 김현철, 상계논문, 314-315면.

653) 정보통신산업진흥원, 전제 「전자거래기본법 개정방안 연구」, 67면.

그러한 정보가 종이 또는 다른 물체에 나타나기 전에는 그러한 정보에 대한 문서성을 인정하기 어렵다. 그러므로 전자문서에 대하여 문서성을 인정하기 위해서는 구체적인 요건을 명문의 규정으로 둘 필요가 있다. 더구나 전자문서의 효력은 이를 법적으로 인정하는 것만으로 문제가 해결되는 것이 아니라 문서에 특별히 법적 효력을 부여하고자 하는 경우 전자문서의 신뢰성 및 안전성에 대한 엄격한 법적 규제가 필요하다. 그러므로 전자문서는 일반 종이문서가 가지는 기능, 즉 종이문서의 형식과 내용을 갖추고 있어야 한다. 먼저 형식의 측면에서 종이문서는 작성자의 서명이 있는가의 여부가 문서의 성질을 결정하는데 중요한 역할을 하고 있고, 법률이 요구하고 있는 일정한 요건이 있는 경우 그러한 요건의 충족이 중요한 결정요인이 된다. 내용적인 측면에서 종이문서는 작성자의 의도가 중요한 역할을 한다. 즉 전자문서의 내용은, 첫째 그 정보가 문서로 기록되어 있어야 하고, 둘째 그 정보가 문서로 제시 또는 재현될 수 있어야 하며 셋째 그 정보는 계속 유지되어야 하며, 넷째 전자정보를 제공한 사람에게 그 접속이 가능하여야 하며, 다섯째 정보를 원본과 비교할 수 있어야 한다. 이러한 요건이 충족되는 경우 전자문서는 종이문서와 동등한 효력을 인정받을 수 있다. 그러나 전자문서의 문서성을 인정하기 위한 기능적 등가의 원칙은 종이기반 환경보다 그것과 관련된 비용 및 보안의 측면에서 보다 엄격한 기준이 부과 되어서는 안 된다.⁶⁵⁴⁾

개정시안은 전자문서가 서면의 가능한 모든 기능을 이행하여야 한다는 요건을 설정하기 위한 것이 아니고 재현하고 가독할 수 있는 정보의 기본개념에 초점을 둘 필요가 있다. 따라서 이를 규율하기 위하여 제1호는 “전자문서의 내용을 열람할 수 있을 것”을 제안하였다. 여기서 “열람”은 전자문서로 정보를 “이용할 수 있는” 객관적 기준을 의미하는 것으로 보아야 한다. 이를 개정 시안으로 제시해 본다면 다음과 같이 신설하는 것이 필요하다고 생각된다.

(신설)

제00조(전자문서의 형식 요건) 문서 또는 서명이 법률행위의 요건으로 되어 있는 경우에 전자문서가 해당요건을 충족하기 위해서는 다음 각 호의 사항을 갖추어야 한다.

654) 정보통신산업진흥원, 전제 「전자거래기본법 개정방안 연구」, 67-68면 참조.

1. 전자문서의 내용을 열람할 수 있을 것
2. 전자문서가 작성, 변환 및 송신·수신된 때의 형태 또는 그와 같이 재현될 수 있는 형태로 보존되어 있을 것

제3절 전자상거래 등에서의 소비자 보호에 관한 법률 개정 제안

전자상거래에 있어 소비자의 피해를 방지하고 소비자의 권익을 보호하기 위하여 2002년 7월 1일부터 전자상거래 등에서의 소비자 보호에 관한 법률이 시행되고 있으나 인터넷쇼핑몰 등에 의한 전자상거래에서 소비자 피해가 지속적으로 증가하고 있다.⁶⁵⁵⁾ 이는 컴퓨터와 통신망 등 자동화설비를 이용하여 이루어지는 거래형태인 전자상거래의 특수성을 예상하지 못함으로써 용어사용의 혼란, 청약철회기간의 타법과의 통일성 미흡, 이에 따른 양 당사자간의 책임의 한계가 불분명하여 법 적용의 혼란에 기인한 결과가 아닐까? 이러한 인식하에 전자상거래 개념의 수정과 청약기간의 통일, 그리고 소비자도 자신의 행위로 인하여 타인에게 발생한 손해에 대하여 책임을 부담할 필요성이 대두됨에 따라 손해배상책임의 제한을 중심으로 하여 전자상

655) 참고로, 전자상거래 피해유형은 아래의 <표14> 같다(한국소비자보호원, 전계논문, 17면).

<표14> 전자상거래 피해 유형

(건, %)

피해유형	2009		2010		2011		전년대비	
	건수	비율	건수	비율	건수	비율	증감건	증감율
총계	3,799	100.0	4,076	100.0	4,291*	100.0	215	5.3
계약관련	2,000	52.6	1,593	39.1	1,754	40.9	161	10.1
품질·A/S	1,042	27.4	1,286	31.5	1,570	36.6	284	22.1
부당행위·약관	627	16.5	941	23.1	793	18.5	△148	△15.7
가격·요금	26	0.7	106	2.6	82	1.9	△ 24	△22.6
표시·광고	59	1.6	56	1.4	54	1.3	△ 2	△ 3.6
안전 관련	13	0.3	27	0.7	24	0.6	△ 3	△11.1
기타	32	0.8	67	1.6	14	0.3	△ 53	△79.1

* 이중 당사자 간 합의로 처리된 경우가 환급 1,298건, 계약해제 271건, 계약이행 102건, 배상 266건, 수리보수 136건, 교환 159건 부당행위시정 137건을 포함하여 55.2%(2,369건)로 집계되었고, 정보제공 및 조정요청 등이 44.8%(1,922건)임.

거래 등에서의 소비자 보호에 관한 법률 개정을 제안해 보고자 한다.

1. 전자상거래개념의 수정

전자상거래소비자보호법 제2조 제1호에서는 “전자상거래”란 “전자거래의 방법으로 상행위를 하는 것”이라고 정의하고 있다. 여기서 “전자거래”란 전자문서 및 전자거래기본법 제2조 제5호의 규정에 의한 전자거래를 말하며, 전자거래를 “재화나 용역을 거래함에 있어서 그 전부 또는 일부가 전자문서에 의하여 처리되는 거래”라고 정의하고 있다. 따라서 위와 같은 정의 규정에 의할 경우 전자상거래란 재화나 용역의 거래에 있어서 그 전부 또는 일부가 전자문서에 의하여 처리되는 상행위를 의미하게 된다.⁶⁵⁶⁾

그런데, 전자문서 및 전자거래기본법에서 전자거래의 정의를 따를 경우에는 판매에 관한 정보의 제공이나 청약은 오프라인에서 이루어지고 대금만 전자적으로 지급된 경우나 판매에 관한 정보의 제공만 온라인에서 이루어지고 청약은 오프라인에서 이루어진 경우도 전자상거래로 보게 됨으로써 전자상거래의 개념을 지나치게 확장시키고 있다.⁶⁵⁷⁾ 따라서 전자상거래를 정의함에 있어서는 거래의 일부만이라도 전자문서에 의하여 처리되는 거래로 볼 것이 아니라 적어도 재화 등의 판매에 관한 정보 제공 및 소비자의 청약이 전자문서에 의하여 처리되는 거래로 정의할 필요가 있다. 또한 어문 구조상, “전자거래의 방법으로”, “상행위”를 하는 것이므로 상행위가 중심개념이며 전자거래는 다만 하나의 수단적인 의미로서 사용되고 있다. 전자거래는 그 자체가 하나의 거래 내지 행위로서 다른 행위의 수단이 된다고는 볼 수 없으므로, 전자상거래의 정의규정으로 적절하다고는 할 수 없다.⁶⁵⁸⁾ 따라서 보다 실질적인 의미의 정의가 될 수 있도록 수정하는 방안의 모색이 필요하다.⁶⁵⁹⁾ 이러한 모든

656) 공정거래위원회, 「전자상거래등에서의 소비자보호에 관한 법률 개정방향에 관한 연구」, 2003, 23-24면 참조.

657) 맹수석, “전자상거래소비자보호법의 법적 문제와 개선방안”, 「기업법연구」 제12집, (사)한국기업법학회, 2003, 3, 361면.

658) 아울러, 전자상거래를 전자상거래소비자보호법에서처럼 전자거래의 방법으로 “상행위”를 하는 것이라고 정의하게 되면 상행위는 동법에서 별도로 정의하지 않는 한 상법상의 전형거래로서의 상행위로 해석하게 되므로 급변하는 현실세계에서 기본적 상행위에 포섭되지 않는 영업행위 유형이 나타날 경우에는 규제하기가 힘들어 진다.

659) 공정거래위원회, 「전자상거래소비자보호법 전면개정을 위한 연구」, 2012, 16-17면 참조.

점들을 감안하여 다음과 같이 개정시안을 제시하는 것이 타당하다고 생각된다.⁶⁶⁰⁾

(현행)

제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. "전자상거래"란 전자거래(「전자문서 및 전자거래 기본법」 제2조 제5호에 따른 전자거래를 말한다. 이하 같다)의 방법으로 상행위(商行爲)를 하는 것을 말한다.

(개정시안)

제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. "전자상거래"란 전자적 의사표시(「전자문서 및 전자거래 기본법」 제2조 제5호에 따른 전자거래를 말한다. 이하 같다)의 송수신의 방법으로 재화 등의 판매에 관한 정보제공 및 소비자의 청약이 전자문서에 의하여 처리되는 것을 말한다.

2. 청약철회기간의 통일

우리 민법 제527조에 의하면 청약을 수령한 상대방이 승낙을 하면 계약이 성립하므로 청약을 철회할 수 없다. 그러나 인터넷쇼핑몰에서는 사업자의 일방적이고 적극적인 상품에 대한 표시·광고에 대하여 소비자는 상품 구입여부에 대하여 선택만 할 수 있어 충동적이고 신중하지 못한 결정을 내릴 수 있다.⁶⁶¹⁾ 따라서 전자상거래 소비자보호법은 소비자가 계약을 체결한 후에도 소비자에게 진정한 구입의 필요가 있는가를 제고할 기간을 주고 일정기간 내에 그 의사를 철회한 경우에는 계약이 없었던 것으로 하는 청약철회권을 인정하고 있다.⁶⁶²⁾ 즉 통신판매업자와 재화 등의 구매에 관한 계약을 체결한 소비자는 계약내용에 관한 서면을 교부 받은 날로부터 7

660) 전자계약의 범리에 관한 입법론적 개선방안의 제1절과 제2절에서 제시된 전자적 의사표시 도입의 연속선상에서 시안을 제안하고자 한다.

661) 권상로, "전자상거래에서의 소비자보호에 관한 법·제도적 연구", 「한국콘텐츠학회논문지」 제9권 제12호, 한국콘텐츠학회, 2009. 12, 790면 참조.

662) 청약철회권(Cooling-Off)은, 노동쟁의의 평화적 해결을 위하여 처음 도입되었으며, 소비자거래에서 청약철회권의 최초도입은 1964년 영국 할부판매법(the Hire Purchase Act)이며, 이후 1967년 벨기에 할부판매법, 1969년 미국 소비자 신용보호법(Consumer Credit protection Act) 등에 도입되었다(清水 巖, "クーリング・オフ制度の37年と課題", 「月刊國民生活」, 2010. 2, 11面).

일 이내에 청약을 철회할 수 있으며, 그 서면을 교부 받은 때보다 재화 등의 공급이 늦게 이루어진 경우에는 재화 등의 공급을 받거나 공급이 개시된 날부터 7일 이내에 청약을 철회할 수 있다(동법 제17조 제1항). 그런데 전자상거래에 있어서 청약철회권 행사기간은 7일로 이것은 방문판매 등에 관한 법상 청약철회기간 14일보다 훨씬 짧다.⁶⁶³⁾

전자상거래의 경우 소비자는 직접 재화를 보고 청약여부를 결정하는 것이 아니라 광고 또는 E-mail 등을 통하여 청약을 하기 때문에 방문판매의 경우와 마찬가지로 충동에 의한 청약의 가능성이 있으며, 인터넷 사용에 익숙하지 못하여 소비자가 조작실수로 청약을 할 수 있다. 이러한 점과 주5일 근무가 보편화되고 있는 경제활동여건을 감안하고,⁶⁶⁴⁾ 소비자관련 기본법인 만큼 방문판매 등에 관한 법에서 인정하는 청약철회권 모두 동일한 취지의 권리라는 점을 고려할 때 달리 정할 필요가 없다.⁶⁶⁵⁾ 이러한 인식의 연속선상에서 출발하여 다음과 같이 개정 시안을 제시하는 것이 타당하다고 생각한다.

(현행)

제17조(청약철회 등) ① 통신판매업자와 재화 등의 구매에 관한 계약을 체결한 소비자는 다음 각 호의 기간(거래당사자가 다음 각 호의 기간보다 긴 기간으로 약정한 경우에는 그 기간을 말한다) 이내에 해당 계약에 관한 청약철회 등을 할 수 있다.

1. 제13조제2항에 따른 계약내용에 관한 서면을 받은 날부터 7일. 다만, 그 서면을 받은 때보다 재화등의 공급이 늦게 이루어진 경우에는 재화 등을 공급받거나 재화등의 공급이 시작된 날부터 7일

663) 방문판매 등에 관한 법률 제8조(청약철회 등) 참조.

664) 자세한 사항에 대하여는 나지원, “전자상거래등소비자보호법의 문제점과 개선방안”, 「경쟁법연구」 제13권, 법문사, 2006. 5, 352면 참조.

665) 구상찬 의원의 전자상거래소비자보호법 개정안(2009년 1월 9일)에서는 방문판매, 전화권유판매, 다단계판매에 대한 청약철회기간은 14일로 되어 있어 소비자를 두텁게 보호하고 있으나 전자상거래(통신판매)의 경우 청약철회기간이 7일로 되어 있어 소비자 보호에 미흡하고 타 상거래 관련 법률의 형평성을 확보할 필요성이 있기 때문에 14일로 연장하는 것이 타당하다고 한다(고형석, “특수거래법의 민법편입에 관한 연구-방문판매법과 전자상거래소비자보호법을 중심으로-”, 「법학연구」 제13집 제2호, 인하대학교법학연구소, 2010. 8, 400면의 주25). 그러나 7일이 타당하다는 견해로는 고형석, 전제 “특수거래법의 민법편입에 관한 연구-방문판매법과 전자상거래소비자보호법을 중심으로-”, 401면 참조.

2. 제13조제2항에 따른 계약내용에 관한 서면을 받지 아니한 경우, 통신판매업자의 주소 등이 적혀 있지 아니한 서면을 받은 경우 또는 통신판매업자의 주소 변경 등의 사유로 제1호의 기간에 청약철회 등을 할 수 없는 경우에는 통신판매업자의 주소를 안 날 또는 알 수 있었던 날부터 7일

(개정시안)

제17조(청약철회 등)---

1. ---- 공급받거나 재화등의 공급이 시작된 날부터 14일
2. --- 주소를 안날 또는 알 수 있었던 날부터 14일

3. 손해배상책임의 제한

소비자계약이 체결된 경우 소비자는 사업자에 대하여 대금지급의무를 부담한다. 따라서 이를 지연한 경우 사업자에게 손해가 발생하므로 이를 배상할 책임을 부담한다(민법 제393조). 또한 소비자가 대금지급의무를 이행하지 않아 계약이 해제된 경우 소비자는 원상회복의무와 더불어 손해배상책임을 지게 된다(민법 제548조, 제551조). 손해배상의 범위에 대하여는 통상손해와 특별손해로 구분되며, 특별손해의 경우 채무자인 소비자가 이를 알았거나 알 수 있었을 경우에 한하여 배상할 책임을 진다(민법 제393조). 이러한 민법상 손해배상의 범위에 대하여 방문판매법과 전자상거래소비자보호법에서는 특칙을 두어 계약 해제시 소비자의 손해배상책임의 범위에 대하여 제한을 두고 있다.⁶⁶⁶⁾ 이는 다시 재화가 반환되었는지의 여부에 따라 구분된다. 먼저, 반환된 경우 반환된 재화 등의 통상 사용료액 또는 그 사용에 의하여 통상 얻어지는 이익에 상당하는 금액 또는 반환된 재화 등의 판매가액에서 그 재화 등이 반환된 당시의 가액을 공제한 금액 중 큰 금액 및 대금미납에 따른 지연배상금을 더한 금액을 초과할 수 없다. 만일 재화가 반환되지 않은 경우에는 그 재화 등의 판매가액에 상당하는 금액과 대금미납에 따른 지연배상금을 더한 금액을 초과

666) 소비자의 채무불이행을 이유로 소비자계약을 사업자가 해제하기 위해서는, 단지 소비자의 대금지급만으로는 불가능하고, 상당한 기간을 정하여 최고한 후 최고기간 동안 이행이 없는 경우에 한하여 해제할 수 있다(민법 제544조). 즉, 소비자의 채무는 대금지급 의무이기 때문에 이행지체에 해당하기 때문이다.

할 수 없다(전자상거래소비자보호법 제19조 제1항, 방문판매 등에 관한 법 제10조 제1항).⁶⁶⁷⁾ 이와 같이 소비자의 채무불이행에 따른 손해배상책임을 제한하는 것은 일응 소비자보호를 위한 것으로 추정할 수 있다. 그러나 과연 이 경우까지 소비자를 보호할 필요가 있는가에 대하여는 재고가 필요하다. 즉, 계약을 체결한 경우 소비자는 자신의 의무, 즉 대금지급의무를 이행하여야 함에도 불구하고 이를 이행하지 않아 사업자에게 손해가 발생한 경우 이에 대하여는 책임을 부담하여야 함은 당연하다. 그러나 단지 소비자라는 이유만으로 이의 책임을 제한하는 것은 적당한 정당사유를 찾아보기 힘들다. 따라서 소비자의 채무불이행으로 인하여 발생한 사업자의 손해에 대하여는 책임을 부담하는 것이 소비자기본법상 소비자의 채무와 일치하는 것이다(동법 제5조). 또한 소비자 역시 자신의 행위로 인하여 타인에게 발생한 손해에 대하여는 책임을 부담하는 것이 현대적 의미의 소비자상에 더 적합할 것이다.⁶⁶⁸⁾

그러나 손해배상의 범위를 정하는 것은 매우 어렵다는 점을 고려하여 이의 기준을 제시하는 것은 필요하다고 할 것이지만, 이를 강행규정화 할 필요는 없다고 할 것이다.⁶⁶⁹⁾ 다만, 지연배상금을 산정하는 요율에 대하여는 이자제한법과 사업자의 대금반환 지연시 산정하는 이율을 감안하여 정할 필요가 있다.

제4절 전자서명법 개정 제안

전자거래는 컴퓨터와 통신망 등 자동화설비를 이용하여 당사자들이 서로 대면하지 아니한 채 이루어진다. 그리고 전자적 의사표시는 결국 전자문서라는 수단을 통하여 거래당사자들이 행하는 거래 내용을 송·수신하게 된다. 따라서 전자거래에서

667) 손해배상책임제한에 관한 소비자보호법들간의 차이를 지적하고 이의 통일화를 주장하는 견해로는 최명구, “소비자계약의 해제시 사업자의 통상의 손해”, 「민사법학」 제44호, 한국민사법학회, 2009. 3, 345면.

668) 고형석, 전제 “특수거래법의 민법편입에 관한 연구-방문판매법과 전자상거래소비자보호법을 중심으로-”, 404-406면.

669) 그러나 현재 전자상거래소비자보호법 제35조에서는 손해배상책임을 제한규정에 대하여 강행규정으로 정하고 있다.

는 안전성과 신뢰성이 확보되어야 한다는 전제로부터 출발할 수밖에 없게 된다. 이는 두 가지 방법을 통하여 접근할 수 있는 데 하나는 기술적인 접근이고, 다른 하나는 법·제도적인 접근이다. 전자는 정보화기술이 발전으로 전자거래 당사자 등에게 고지하고 신속하게 장애를 제거 할 수 있을 것이다.⁶⁷⁰⁾ 후자에 대하여 정부는 안정성과 신뢰성을 확보하기 위하여 법률로써 이를 구체화해야만 할 것이다. 이러한 인식의 출발선상에서 본다면 전자서명의 개념 정립과 서명자, 인증기관의 주의의무 규정의 신설은 매우 현실적으로 중요하다고 생각되므로 이를 한정하여 전자서명법 개정 시안을 제안해 보고자 한다.

1. 전자서명의 개념 수정

우리나라 전자서명법상에 전자서명이란---전자문서에 첨부되거나 논리적으로 결합된 전자적 형태의 정보---(동법 제2조 제2호)라고 규정하고 있다. 그러나 정보라는 개념은 포괄성과 불특정성이 있으며 평가적이고 다의적일 수 있는 개념이다. 그러나 전자서명은 전자문서의 진정 성립을 확인할 의도로 전자문서에 포함되거나 이에 부착된 것으로 서명자에게 유일하고 서명자의 신원을 객관적으로 확인할 수 있으며, 서명자의 배타적 지배하에 있는 수단을 이용하여 생성되고, 전자문서의 내용이 변경된 경우 이를 사후에 확인할 수 있는 방법으로 전자문서에 연결된 전자적 기록으로 규정하고 있다. 따라서 전자서명이라는 개념을 법적으로 명확히 하고 문언상의 표현에 충실을 기할 필요성이 있으므로 그 형식과 문언을 좀 더 다듬는 표현으로 “전자적 형태의 기록”이라는 가치중립적인 표현을 사용하는 것이 적당하다고 생각된다.⁶⁷¹⁾ 이러한 인식의 연속선상에서 출발해 보면 다음과 같이 개정 시안을 제시하고자 한다.

670) 이를테면 몸짓이나 음성인식을 기반으로 한 인터페이스(interface)나 전자서명의 방법으로 지문인식과 홍채 인식 등이 방법을 있을 수 있다(법무부, 전계 「새로운 형태의 전자적 의사표시와 전자문서에 관한 연구」, 61면).

671) 법무부, 전계 「전자거래법제의 개정 착안집」, 22-29면 참조. 또한, 일본 전자서명법 제2조에는 전자서명이란 전자적 기록에 기록될 수 있는 정보에 관하여 이루어 질 수 있는 조치로서 ① 당해 정보가 당해 조치를 하는 자가 작성한 것임을 표시하기 위한 것이고, ② 당해 정보에 관하여 개정이 이루어졌는지 여부를 확인할 수 있을 것 등의 요건을 갖춘 것이라고 규정하고 있다.

(현행)

제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

2. "전자서명"이라 함은 서명자를 확인하고 서명자가 당해 전자문서에 서명을 하였음을 나타내는데 이용하기 위하여 당해 전자문서에 첨부되거나 논리적으로 결합된 전자적 형태의 정보를 말한다.

(개정시안)

제2조(정의)---

2. ---전자적 형태의 기록을 말한다.

2. 서명자, 인증기관의 주의의무 규정 신설

서명자, 인증기관 등 전자서명의 법률문제의 당사자들간에 발생하는 분쟁에 관하여 각 당사자들이 어떠한 경우에 어떠한 책임을 부담하는지에 관하여 전자서명법에서 구체적으로 정할 수만 있다면 가장 간명할 것이다. 그러나 전자거래에 있어서 기술적 영업적인 부분에 영향을 미칠 수 있는 급격한 발전이 계속적으로 이루어지고 있다는 점과 전자거래에 있어서의 사적 자치의 측면을 고려한다면, 각 당사자들의 책임에 관하여 구체적으로 정한다는 것은 부적절하다. 따라서 차선책으로 서명자, 인증기관의 주의의무에 대하여 규정을 하고, 이에 위반한 경우 귀책사유를 인정하는 방법일 것이다. 주의의무의 위반(과실)은 손해배상청구권의 요건이 될 뿐 만 아니라, 상대방(피해자)의 과실이 경합되는 경우 이는 과실상계의 사유가 되는 것이므로 전자서명의 각 당사자가 어떠한 주의의무를 부담하는지에 관하여 구체화하여 규정한다면 전자서명을 둘러싼 각 당사자의 책임의 귀속 및 그 분담에 관하여 상당한 진전을 이룰 수 있다.⁶⁷²⁾ 또한 전자서명모델법 제8조에는 서명자가 취하여야 할 행위, 제9조에는 인증서비스 제공자가 취하여야 할 행위에 대한 주의의무를 규정하고 있는 것을 고려해 보면 전자서명의 서명자 및 인증기관의 주의의무를 최소한의 기

672) 이와 같이 전자서명법에서 서명자, 인증기관의 주의의무를 규정하는 의미를 고려한다면 규정되는 각각의 주의의무는 최소의 것이고 예외적인 것으로 해석되어야 할 것이다.

준으로 명문화함으로써 각 당사자자의 책임의 존부와 범위를 정하는데 있어서 중요한 기준이 될 수 있다고 본다.⁶⁷³⁾ 이러한 인식의 연속선상에서 출발해 보면 다음과 같이 개정 시안을 제시하는 것이 타당하다고 생각된다.

(신설)

제00조(서명자의 주의 의무)① 서명자는 자신이 전자서명생성데이터가 타인에 의해 권한없이 사용되는 것을 회피하기 위한 상당한 주의를 기울여야 한다.

② 서명자는 전자서명생성데이터가 훼손되었거나 전자서명생성데이터가 훼손될 수도 있는 실질적인 위험이 발생하였음을 알게 된 경우 이를 인증기관 및 신뢰자에게 지체없이 통지하여야 한다.

③ 인증서가 전자서명을 지원하는데 사용되는 경우 서명자는 인증서의 유효기간 동안 그 기재사항의 정확성 및 완전성을 보장하기 위하여 상당한 주의를 기울여야 한다.

제00조(인증기관의 주의의무)① 인증기관은 인증서의 유효기간 동안 그 기재내용의 정확성과 안정성을 보장하기 위하여 상당한 주의를 기울여야 한다.

② 인증기관은 다음의 사항을 확인할 수 있도록 용이한 수단을 제공하여야 한다.

1. 인증기관의 명칭 등 인증기관의 정보
2. 서명자가 당해 인증서가 발행된 당시에 전자서명 생성데이터를 소유 관리하고 있는 사실
3. 인증서의 발행 당시 및 그 이전에 전자서명생성데이터가 유효한 사실

③ 인증기관은 인증역무를 제공함에 있어 신뢰할 수 있는 인력과 시스템을 사용하여야 하며, 합리적인 수준의 인력과 시스템으로 개선 유지하여야 한다.

673) 같은 견해 : 법무부, 전제 「전자거래법제의 개정 착안집」, 67-76면.

제6장 결 론

컴퓨터와 인터넷이 등장하기 이전에도 이미 전신, 전화, 팩스 등 전자적 의사전달 수단 또는 매체들이 거래에 이용되었음은 주지의 사실이다. 그러나 인터넷을 이용한 거래는 기존의 단순하고 폐쇄적인 거래의 방식을 정치, 경제, 사회, 문화 등 인류의 모든 분야에 걸쳐 지금까지 상상할 수 없었던 급속히 변화하는 사회구조적 생활문화를 만들어 놓았다. 전형적인 거래의 유형의 상당부분 인터넷을 통한 전자거래로 이루어지고 있고 우리 삶의 영역 전반에 걸쳐 과거에 경험해보지 못했던 새로운 차원의 혁신이 일어나고 있다. 특히 최근 스마트폰 IT시대의 환경은 그러한 혁신의 가속도의 고삐를 늦추지 않을 전망이다. 따라서 전자계약에서 기존 법적 규율들이 사이버공간(cyberspace)에도 그대로 적용될 수 있는가는 매우 어려운 관건임은 분명하다. 또한 인터넷은 기존의 전자적 의사전달 수단들과는 달리 기본적으로 컴퓨터라는 자동화 설비를 이용하여 기존의 전자적 의사전달 수단들이 이루어 놓은 장소적 차이의 극복을 순간적이 아닌 항시적인 것으로 바꾸어 놓았다. 이러한 항시적 연결가능성은 경우에 따라서 그 개인이 어떤 자로부터 일정한 의사를 전달받았음을 인식하지 못할 경우에도 컴퓨터에 의하여 일정한 의사를 표명하도록 프로그램화함으로써 더욱 보장되게 만들었다. 그러나 컴퓨터 등 정보처리장치와 이의 연결인 인터넷의 발달로 기존의 보통의 계약(채권계약) 관련 법제를 그대로 적용하기에 곤란한 부분이 적지 않게 대두되고 있는 것이 현실이다.

따라서 본고는 이러한 인식의 출발점에서 전자계약의 법리상의 주요 문제점을 입법론적 시각에서 해결방안을 도출시켜 보려고 고민을 거듭해 보았다. 이를 위해 먼저 전자계약의 기본적 법리와 전자계약에 관한 국제규범과 입법례를 비교법적 관점에서 고찰하여 시사점을 제시하였고, 우리나라의 주요 법제 현황을 살펴 본 후 그 토대위에서 문제점을 표출시켜 보았다.

먼저, 전자계약의 법리상의 주요 문제점을 정리하여 제시해 보면 다음과 같다.

첫째, 전자적 의사표시상의 문제를 들 수 있다. 즉 용어상의 문제, 전자적 의사표시와 자연적 의사표시의 동질성 문제, 의사와 표시의 불일치의 문제에 관한 사항으

로서는 진의 아닌 의사표시, 통정허위표시, 착오에 의한 의사표시와 그 밖에 문제되는 의사표시로는 사기·강박에 의한 의사표시, 제한능력자와 무권한자에 의한 의사표시, 전자적 대리인 등에서 문제점이 있다.

둘째, 전자계약 성립상의 문제를 들 수 있다. 전자적 의사표시는 전자적 수단에 의하여 전달되므로 그 전달과정에서 의사표시의 부도달, 의사표시의 지연도달, 의사표시 내용변경의 문제가 발생하고 전자적 의사표시의 전달과정에서 발생할 수 있는 위험을 누가 부담하여야 하는 전달과정상의 위험부담 귀속과 전자계약의 당사자 중 일방이 의사표시를 하는 경우 어느 시점에 의사표시가 발신되었다고 볼 것인가의 문제, 전자계약 당사자 사이에 통신사업자가 매개되어 전자사서함을 통하여 전자메일을 이용하는 경우에는 발신의 시점을 언제로 보아야 하는가의 문제와 전자문서의 수신자 확인 문제, 보통거래약관의 유효성 문제들로 인한 법적 분쟁이 야기될 개연성도 있다.

셋째, 전자계약 효력상의 문제를 들 수 있다. 인터넷을 통한 거래는 기존의 거래방식과 다르므로 급부내용 및 그 이행방법이 상이하여 전자계약상 매도인의 급부를 제3자가 이행하기도 하고 반대급부도 제3자가 이용하는 특징이 있어 이로 인한 매도인의 급부의무와 책임, 매수인의 대금지급의무와 전자결제의 문제를 비롯한 전자계약의 관여자의 책임 등이 발생하고 있어 이에 대한 보완책을 마련할 필요가 있다.

넷째, 전자계약 이행상의 문제를 들 수 있다. 다른 사람의 명의를 모용하여 인터넷 사이버몰에서 재화를 구입하고 다른 사람의 신용카드를 이용하여 결제를 한 경우 명의를 모용당한 사람과 판매점 사이에 계약이 성립하였다고 볼 것인가 그리고 명의를 모용당한 본인과 결제기관 사이에 결제기관은 모용당한 본인에게 대금의 지불을 청구할 수 있는가 등 복잡한 문제 등이 발생할 수 있고, 전자지급은 디지털정보로 생성·이용·저장되는 전자문서에 기반을 둔 지급수단이므로 지급의 완료시점 및 지급의뢰의 철회가 문제된다.

다섯째, 기타의 문제를 들 수 있다. 여기서는 민사소송상 전자문서의 증거력의 문제로서 전자문서와 원본성의 문제, 전자문서의 진정성립 문제 등이 있고, 전자서명·인증제도상의 문제로는 국제적 규범체계와의 조화의 문제, 국가간 인증기관의 신뢰성 확보의 문제, 전자서명·인증제도 관련법 체계적 정비의 문제, 전자서명 사용을 권고 또는 의무화의 문제가 있다.

위와 같은 문제점으로 언급한 사항들에 대하여 새롭게 정비돼야 할 법률들이 산적해 있지만 입법론적 관점에서 몇 가지 쟁점이 되고 있는 민법전 개정 제안과 전자문서 및 전자거래기본법, 전자상거래 등에서의 소비자 보호에 관한 법률 그리고 전자서명법에서 전자계약의 법리에 관한 입법론적 개선방안을 제시하였다.

첫째, 민법전 개정 작업이 필요하다고 본다. 그러나 전자계약에 관한 규정의 민법 편입은 매우 신중하게 다루어야 할 민감한 문제이기도 하다 이와 관련하여 전자거래와 관련된 용어를 민법전에 도입시키는 방안의 제1안으로는 ‘전자계약’과 ‘전자적 의사표시’라는 용어를 채택하되 별도의 개념정의는 하지 않으며, 계약체결과 관련된 민법조문에서 추가로 규정하는 형식으로 도입하는 방안을 들 수 있다. 제2안으로 민법에 ‘전자거래’라는 용어를 채택하되 별도의 개념정의는 하지 않고 내용만을 풀어서 규정하여 계약체결과 관련된 민법조문에서 추가로 규정하는 형식으로 도입하는 방안이 있을 수 있다. 이 중에서 심도 있는 논의과정을 통해 선택하여 민법에 편입하거나 적용에 있어서 다소 논란의 소지가 있는 사항에 대하여는 각국의 법제의 동향을 면밀히 살펴가며 신중하게 개정을 고려하는 것이 바람직하며 필자의 견해는 제1안이 타당하다고 생각된다. 그리고 전자적 의사표시의 귀속과 관련하여 전자적 의사표시는 ‘자신을 위하여’ 컴퓨터가 표시하도록 의도한 자에게 귀속되며, 기술적으로는 컴퓨터를 포함한 정보처리시스템을 통한 표시를 의미한다고 보아 “전자적 의사표시가 자연인의 구체적 관여 없이 정보처리시스템에 의하여 행하여진 경우 다른 사정이 없는 한 자신을 위하여 정보처리시스템을 이용한 자에게 귀속되는 것으로 본다.”라는 규정을 민법전에 신설하여 전자적 의사표시의 귀속으로 취급할 필요가 있다고 본다. 또한 전자적 의사표시의 성립 및 효력과 관련한 의사표시의 격지성에 대해서는 우리 민법 제531조를 발신주의에서 도달주의로 개정하는 것도 바람직하다고 본다. 이를 감안하여 제1안으로 “전자적 수단에 의하여 체결되는 계약은 그 승낙의 의사표시가 상대방에게 도달한 때에 성립한다. 이 경우 그 의사표시는 상대방이 확인할 수 있을 때에 도달한 것으로 본다.”는 전자계약의 체결 시안과, 제2안으로 “격지자간의 계약은 승낙의 통지가 도달한 때 성립한다.”라는 전자계약의 성립 시안이 있을 수 있으나, 필자는 제1안의 개정방안이 현실적으로 타당하다고 생각한다. 또한 발신과 도달의 시기에 대해서는 인터넷 환경에서 도달의 의미를 명확하게 할 필요성이 제기됨에

따라 “제00조(전자적 의사표시의 발신과 도달시기) ① 전자적 의사표시는 표의자가 관리하는 정보처리시스템을 벗어난 때 발신한 것으로 추정한다. ② 전자적 의사표시는 다음 각 호의 1에 해당하는 때 도달한 것으로 추정한다. 1. 전자적 의사표시를 수신할 정보처리시스템이 지정된 경우에는 지정된 정보처리시스템에 입력된 때 2. 지정된 정보처리시스템이 아닌 정보처리시스템에 입력된 경우에는 수신자가 이를 검색 또는 출력한 때 3. 전자적 의사표시를 수신할 정보처리시스템이 지정되지 아니한 경우에는 수신자가 관리하는 정보처리시스템에 입력된 때”와 “제00조(전자적 의사표시의 수신확인) 표의자가 전자적 의사표시를 하면서 명시적으로 수신확인을 요청하였으나 상당한 기간 내에 수신확인 통지를 받지 못한 때에는 그 전자적 의사표시를 철회할 수 있다.”라는 시안을 제안하였다. 더불어 민법에서 전자적 의사표시라는 개념이 채택되는 경우 전자적 방식으로 허용되지 않아야 할 것을 찾는 데 상당한 시간이 요하므로 배제 조항이 신설이 필요하기 때문에 “제00조(전자적 방식) ① 서면방식은 법률이 규정하지 않는 한 전자적 방식으로 갈음할 수 있다. ② 전항의 규정은 제76조, 제450조, 제 508조 내지 제526조, 제1065조에는 적용되지 아니한다.”라는 시안을 제안하였다.

둘째, 전자문서 및 전자거래기본법 개정 작업이 필요하다고 본다. 이와 관련하여 전자적 환경에 적합한 전자적 의사표시라는 개념을 도입하여 국제법과 국내법의 해석상의 혼란을 방지할 필요성이 있는 바, 시안으로 “전자적 의사표시란 당사자가 전자문서의 방법으로 행한 의사표시를 말한다.”라는 정의 규정에 대한 신설을 제안하였다. 그리고 법률관계의 명확성 측면과 법문구의 경제성 측면과 전자적 의사표시 규정의 도입이라는 인식의 연속선상에서 전자문서 및 전자거래기본법 제4조(전자문서의 효력)을 제4조(전자적 의사표시의 효력)로 하고 “---다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고---”라는 문구를 삭제하는 개정시안을 제안하였다. 아울러 현재 국제규범 및 주요국가의 입법례의 송신 시기는 수신자의 지배영역에 있는 정보처리시스템에 입력된 때로 보고 있지 않은 점, 수신자가 전자적 의사표시를 수신할 정보처리시스템을 지정하였으나 작성자가 다른 정보처리시스템으로 송신한 경우가 아니라면 송·수신의 거의 같은 시점에 이루어진다는 문제가 있다는 점, 동법 제6조의 규정으로 작성자의 지배하에 있는 정보처리시스템을 벗어나지 않은 경우 문제를 해결할 수 없다는 점 등을 감안하여 “제6조(송신·수신의 시기 및 장소) ①

전자적 의사표시의 송신시기는 작성자가 지배하는 정보처리시스템을 벗어난 때이다. 다만, 그 정보처리시스템을 벗어나지 않는 경우에는 전자적 의사표시의 송신시기는 그 의사표시가 수신한 때이다.”라는 개정시안을 제안하였다. 특히 전자문서는 최소한의 형식 요건을 갖추어야 하기 때문에 “제00조(전자문서의 형식 요건) 문서 또는 서명이 법률행위의 요건으로 되어 있는 경우에 전자문서가 해당요건을 충족하기 위해서는 다음 각 호의 사항을 갖추어야 한다. 1. 전자문서의 내용을 열람할 수 있을 것, 2. 전자문서가 작성, 변환 및 송신·수신된 때의 형태 또는 그와 같이 재현될 수 있는 형태로 보존되어 있을 것”라는 신설하는 것을 시안으로 제안하였다.

셋째, 전자상거래 등에서의 소비자 보호에 관한 법률개정 작업이 필요하다고 본다. 이와 관련하여 현실세계에서 기본적 상행위에 포섭되지 않는 영업행위 유형이 나타날 경우 규제하기가 힘들고 전자거래는 그 자체가 하나의 거래 내지 행위로서 다른 행위의 수단이 된다고 볼 수 없다고 보면서 전자적 의사표시 도입을 전제로, 제2조(정의) 1. “전자상거래”란 전자적 의사표시(「전자문서 및 전자거래 기본법」 제2조 제5호에 따른 전자거래를 말한다. 이하 같다)의 송수신의 방법으로 재화 등의 판매에 관한 정보제공 및 소비자의 청약이 전자문서에 의하여 처리되는 것을 말한다.“라는 전자상거래개념의 수정 시안을 제안하였다. 그리고 청약철회기간의 통일을 제안하였다. 방문판매의 경우와 같이 소비자들이 충동에 의한 청약의 가능성이 있고, 인터넷 조작실수, 주 5일 근무 보편화의 사회여건과 동법은 소비자관련 기본법인 점 등 감안하여 청약철회기간의 통일을 기하는 것이 필요하다고 생각되어 현행 7일인 청약철회기간을 14일로 통일시키는 개정시안을 제안하였다. 또한 손해배상책임의 제한 규정을 강행규정으로 할 필요가 없다고 생각한다. 민법에서는 소비자가 대금지급의무를 이행하지 않을 시에는 계약이 해제된 경우 소비자는 원상회복의무과 손해배상책임을 지게 된다. 이러한 민법상 손해배상의 범위에 대하여 전자상거래소비자보호법에서는 특칙을 두어 계약 해제시 손해배상의 범위를 강행 규정으로 정하고 있는 것은 소비자 보호를 위한 것으로 추정할 수 있다. 이처럼 소비자의 채무불이행으로 인하여 발생한 사업자의 손해까지도 소비자라는 이유만으로 책임을 제한하는 것은 공정한 법적 논리의 범주를 벗어났다고 밖에 볼 수 없어 강행규정화할 필요가 없다고 생각된다.

넷째, 전자서명법 개정을 제안하였다. 이와 관련하여 전자서명법 제2조 제2호에 전

자서명이란“---전자적 형태의 정보”라고 규정되어있는데 정보는 포괄성과 불특정성이 있는 다의적인 개념임으로 법적으로 명확히 하고 문언상의 표현에 충실을 기할 필요성이 있으므로 그 형식을 좀 더 다듬는 표현으로 “--- 전자적 형태의 기록”이라는 가치중립적인 표현을 사용하는 것으로 개정시안을 제안하였다. 그리고 서명자, 인증기관 주의의무규정 신설을 제안하였다. 전자서명의 각 당사자가 어떠한 주의의무를 부담하는지에 관하여 구체화하여 규정한다면 전자서명을 둘러싼 각 당사자의 책임의 귀속 및 그 분담에 관하여 상당한 진전을 이룰 수 있고 전자서명모델법의 주의의무규정을 고려하여 전자서명의 서명자 및 인증기관의 주의의무를 최소한의 기준으로 명문화함으로써 각 당사자의 책임의 존부와 범위를 정하는 데 최소한의 기준이 될 것이라는 견지에서 서명자의 주의의무 시안으로 “제00조(서명자의 주의 의무)① 서명자는 자신이 전자서명생성데이터가 타인에 의해 권한 없이 사용되는 것을 회피하기 위한 상당한 주의를 기울여야 한다. ② 서명자는 전자서명생성데이터가 훼손되었거나 전자서명생성데이터가 훼손될 수도 있는 실질적인 위험이 발생하였음을 알게 된 경우 이를 인증기관 및 신뢰자에게 지체 없이 통지하여야 한다. ③ 인증서가 전자서명을 지원하는데 사용되는 경우 서명자는 인증서의 유효기간동안 그 기재사항의 정확성 및 완전성을 보장하기 위하여 상당한 주의를 기울여야 한다.”라고 제안하였고, 인증기관 주의의무규정으로 “제00조(인증기관의 주의의무) ① 인증기관은 인증서의 유효기간동안 그 기재내용의 정확성과 안정성을 보장하기 위하여 상당한 주의를 기울여야 한다. ② 인증기관은 다음의 사항을 확인할 수 있도록 용이한 수단을 제공하여야 한다. 1. 인증기관의 명칭 등 인증기관의 정보 2. 서명자가 당해 인증서가 발행된 당시에 전자서명 생성데이터를 소유 관리하고 있는 사실 3. 인증서의 발행 당시 및 그 이전에 전자서명생성데이터가 유효한 사실 ③ 인증기관은 인증역무를 제공함에 있어 신뢰할 수 있는 인력과 시스템을 사용하여야 하며, 합리적인 수준의 인력과 시스템으로 개선 유지하여야 한다.”라는 시안을 제안하였다. 위에서 제시한 몇 가지의 입법론적 개선방안들이 컴퓨터와 통신망 등 자동화설비를 이용하여 이루어지고 있는 전자계약을 둘러싼 분쟁해결에 실질적인 도움이 되고, 전자계약을 둘러싼 문제들의 해결방안으로서 우리 법제 입법과정에 녹아들어 가상공간에서의 룰 또는 규범 등이 현실세계에 안착시키는데 조금이나마 보탬이 될 수 있기를 기대해 본다.

참고문헌

I. 국내문헌

<단행본>

- 강현중, 「민사소송법강의」, 박영사, 2013.
- 곽윤직, 「민법총칙」, 박영사, 2007.
- _____, 「채권각론」, 박영사, 2005.
- 공정거래위원회, 「전자상거래소비자보호법 전면개정을 위한 연구」, 2012.
- _____, 「전자상거래등에서의 소비자보호에 관한 법률 개정방향에 관한 연구」, 2003.
- _____, 「전자상거래 약관실태조사 및 개선방안연구」, 2002.
- 김상용, 「민법총칙(2판)」, 화산미디어, 2013.
- _____, 「채권각론」, 화산미디어, 2009.
- 김용호·최동운·권형남, 「E-비즈니스 시대의 전자상거래」, 형설출판사, 2011.
- 김준호, 「민법강의(19판)」, 법문사, 2013.
- 김철호·윤광호, 「전자상거래(제3판)」, 삼영사, 2011.
- 김형배, 「민법학강의(제5판)」, 신조사, 2006.
- _____, 「독일 채권법의 현대화」, 법문사, 2003.
- 김홍규·강태원, 「민사소송법」, 삼영사, 2008.
- 김홍엽, 「민사소송법」, 박영사, 2010.
- 나승성, 「전자거래법」, 한국학술정보(주) 2008.
- _____, 「전자상거래법」, 청림출판, 2000.
- 백운철·김상겸·이준복·고기복, 「인터넷과 전자상거래법」, 한국학술정보(주), 2012.

법무부, 「새로운 형태의 전자적 의사표시와 전자문서에 관한 연구」, 2011.

_____, 「전자거래규정의 민법 편입」, 2009.

_____, 「전자계약의 현안과 과제 - UN전자계약협약을 중심으로 -」, 2008.

_____, 「전자적 법률행위 · 의사표시론」, 2007.

_____, 「UNCITRAL 전자계약협약 비준 필요성 및 동 협약 비준시 국내법의 개정 방향 연구」, 2007.

_____, 「국제물품매매계약에 관한 유엔협약해설」, 2005.

_____, 「민법 개정 자료집」, 2004.

_____, 「전자거래법제의 개정 착안점」, 2001.

법원행정처, 「국제규범의 현황과 전망 - 2008년 국제규범연구반 연구보고 및 국제 회의 참가보고 -」, 2008.

_____, 「법원실무제요 · 민사소송(Ⅲ)」, 2005.

사법연수원, 「2011전자거래법연구」, 2011.

_____, 「전자거래법」, 2008.

산업통상자원부, 「2012 정보통신산업의 진흥에 관한 연차보고서」, 2013.

송덕수, 「신민법강의(제5판)」, 박영사, 2012.

송상현 · 박익환, 「민사소송법(신정6판)」, 박영사, 2011.

송오식, 「전자상거래와 법」, 금왕출판사, 2000.

양병희, 「민사소송법강의」, 삼지원, 2007.

오병철, 「디지털정보계약법」, 법문사, 2005.

_____, 「전자거래법」, 법원사, 2000.

오원석 · 하강현, 「국제물품매매법」, 박영사, 2004.

왕상한, 「전자상거래와 국제규범」, 박영사, 2001.

외교부, 「알기쉬운 조약업무」, 2006.

윤종훈 · 김용민, 「글로벌시대의 전자상거래」, 학현사, 2011.

이대회, 「미국의 인터넷 법제에 관한 고찰」, 한국법제연구원, 2001.

이상윤, 「영미법」, 박영사, 2009.

이시윤, 「신민사소송법(제7판)」, 박영사, 2013.

이은영, 「민법총칙(제5판)」, 박영사, 2009.

_____, 「채권각론」, 박영사, 2007.

전병서, 「기본강의 민사소송법」, 홍문사, 2013.

정경영, 「전자금융거래와 법」, 박영사, 2007.

정동윤·유병현, 「민사소송법(제3판)」, 법문사, 2010.

정보통신산업진흥원, 「2011 전자거래분쟁조정사례집」, 2011.

_____, 「전자거래기본법 개정방안 연구」, 2010.

_____, 「개정 전자서명법 해설서」, 2002.

정영환, 「신민사소송법」, 세창출판사, 2009.

정완용, 「전자상거래법(제3판)」, 법영사, 2005.

정진명, 「가상공간법 연구(1)」, 법원사, 2003.

정철현, 「PKI 전자서명과 인증제도」, 다산출판사, 2003.

정쾌영, 「최신 전자거래법」, 무역경영사, 2001.

조창현, 「EU규제지침」, 방송위원회, 2006.

지원립, 「민법강의(제10판)」, 홍문사, 2012.

최경진, 「전자상거래와 전자상거래법」, 현실과 미래사, 2000.

최문기·김형남, 「미국법강의」, 세종출판사, 2001.

최준선, 「국제거래법(제7판)」, 삼영사, 2012.

한국법제연구원, 「국가계약법 개선방안」, 2010.

_____, 「전자거래 입법의 문제점과 개선방안」, 2002.

_____, 「전자거래 관련 법제정비 방안」, 2001.

_____, 「전자거래의 사법상의 문제점」, 2001.

한국소프트웨어진흥원, 「소프트웨어 산업백서」, 2007.

한국전자거래진흥원, 「전자문서 및 공인전자문서 보관소 활성화를 위한 제도개편연구」, 2008.

한국정보화진흥원, 「IT기반의 국가사회 선진화를 위한 법제도 정비 연구」 2010.

한삼인, 「민법총칙」, 화산미디어, 2013.

_____, 「계약법」, 화산미디어, 2011.

- _____, 「민법일반이론」, 보명 Books, 2009.
- _____, 「판례민법(제3판)」, 법률행정연구원, 2003.
- 호문혁, 「민사소송법원론」, 법문사, 2012.
- _____, 「민사소송법(제9판)」, 법문사, 2011.

< 논 문 >

- 강두현, “계약의 성립에 관한 비교 고찰”, 「고황논집」 제37집, 경희대학교대학원, 2005. 12.
- 강원진, “전자신용장의 국제결제 인프라 구축 동향과 해결과제”, 「국제상무학회지」 제19권 제1호, 한국국제상무학회, 2004. 3.
- 강재성, “전자서명에 관한 각국의 입법동향”, 「법학논총」 제21집, 전남대학교법학연구소, 2001. 7.
- 강준모, “일본의 전자소비자계약 및 전자승락 통지 관련 법률안 상정”, 「정보통신정책」 제13권 6호, 정보통신정책연구원, 2001. 6.
- 고형석, “전자적 의사표시의 효력발생시기에 관한 연구 - 전자계약을 중심으로”, 「재산법연구」 제28권 제3호, 한국재산법학회, 2011. 11.
- _____, “특수거래법의 민법편입에 관한 연구-방문판매법과 전자상거래소비자보호법을 중심으로-”, 「법학연구」 제13집 제2호, 인하대학교법학연구소, 2010. 8.
- _____, “전자상거래의 성립시기에 관한 연구-전자소비자계약을 중심으로”, 「비교사법」 제13권 3호, 한국비교사법학회, 2006. 9.
- 공순진·김영철, “전자상거래의 민사법적 문제”, 「동의법정」 제15집, 동의대학교법정연구소, 1999. 5.
- 권상로, “전자상거래에서의 소비자보호에 관한 법·제도적 연구”, 「한국콘텐츠학회논문지」 제9권 제12호, 한국콘텐츠학회, 2009. 12.
- _____, “독일법상의 전자적 의사표시의 도달에 관한 연구”, 「기업법연구」 제22권 제1호, 소셜인슈런스·한국기업법학회, 2008. 3.
- 권태웅, “미국의 전자정부법제와 추진전략”, 「법제」 통권 제554호, 법제처, 2004. 2.

- 김경배, “한국 대체적 분쟁해결제도(ADR)의 제도화 및 발전방안에 관한 연구”, 「산업경제연구」 제18권 제1호, 한국산업경제학회, 2005. 2.
- 김도훈, “민사소송 등에서의 전자문서 이용 등에 관한 법률안에 대한 검토”, 「중앙법학」 제12집 제1호, 중앙법학회, 2010. 3.
- _____, “전자증거에 대한 민사소송법상 취급에 관한 연구”, 연세대학교대학원 박사학위논문, 2008. 2.
- _____, “전자증거개시에 관한 미영방 민사소송규칙 개정에 대한 소고”, 「인터넷법률」 통권 제40호, 법무부, 2007. 10.
- 김동윤·김성희·강원진, “전자서명과 전자인증의 국외승인에 관한 검토”, 「국제상학」 제25권 제4호, 한국국제상학회, 2010. 12.
- 김동훈, “약관규제에 관한 최근 판례상의 쟁점”, 「법학논총」 제18집, 국민대학교출판부, 2006. 2.
- 김상영, “전자공증제도의 도입에 대하여”, 「법이론과 실무」 제5집, 영남민사법학회·영남민사소송법학회, 2001. 12.
- 김상찬, “전자거래상 소비자분쟁의 국제재판관할에 관한 유럽의 동향”, 「민사소송」 제7권 제2호, 한국민사소송법학회, 2003. 8.
- 김상찬·김상명, “전자거래의 법리에 관한 연구”, 「동아시아연구논총」 제9권, 제주대학교동아시아연구소, 1998. 12.
- 김선광, “전자적 의사표시에 의한 계약성립상의 법적 문제”, 「통상정보연구」 제1권 제1호, 한국통상정보학회, 1999. 7.
- 김선광·김종락·홍성규, “국제상거래 분쟁해결을 위한 온라인 ADR모델구축방안”, 「중재연구」 제15권 제2호, 한국중재학회, 2005. 8.
- 김 연, “전자문서에 대한 증거조사”, 「IT와 법연구」 제3집, 경북대학교 IT와 법센터, 2009. 2.
- 김용직·지대운, “정보사회에 대비한 민사법 연구 서론”, 「정보사회에 대비한 일반법 연구(I)」, 통신개발연구원, 1997. 6.
- 김은기, “전자상거래와 상사법의 법률문제”, 「정보사회에 대비한 일반법 연구(II)」, 정보통신정책연구원, 1998. 2.

- 김은영, “우리나라 전자상거래 관련법과 미국 통일전자거래의 비교 연구”, 「무역학회지」 제26권 제4호, 한국무역학회, 2001. 9.
- 김일룡, “문서의 진정성립 - 미국연방증거규칙과의 비교법적 관점에서 -”, 「원광법학」 제26권 제2호, 원광대학교법학연구소, 2010. 6.
- 김재두, “전자상거래제도에 관한 법적 검토”, 「법학논총」 제36권 제1호, 단국대학교법학연구소, 2012. 6.
- _____, “전자상거래에서의 계약성립상의 법적문제”, 「경영법률」 제15집 제2호, 한국경영법률학회, 2005. 4.
- _____, “전자상거래의 법률문제에 관한 연구 - 안정성 및 신뢰성 확보를 중심으로 -”, 고려대학교대학원 박사학위 논문, 2004. 8.
- 김재형, “전자거래기본법에 관한 개정논의-사법적 측면을 중심으로”, 「법학」 제42권 제4호, 서울대학교법학연구소, 2001. 2.
- 김진환, “약관의 계약편입과 전자계약”, 「법조」 제50권 제6호, 법조협회, 2001. 6.
- _____, “전자거래에 있어서의 문서성과 서명성에 관한 고찰”, 「법조」 516권, 법조협회, 1999. 9.
- _____, “전자거래에 있어서의 문서성과 서명성에 관한 고찰”, 「법조」 제515권, 법조협회, 1999. 8.
- 김태수, “전자거래의 법리에 관한 연구”, 동의대학교대학원 박사학위논문, 2001. 2.
- 김현경, “상업장부등의 전자적 보존 활성화를 위한 상법 제33조의 재검토”, 「비교사법」 제18권 제3호, 한국비교사법학회, 2011. 8.
- 김현철, “전자문서 및 전자거래기본법의 쟁점과 과제”, 「법학연구」 제15집 제2호, 인하대학교법학연구소, 2012. 7.
- _____, “전자문서 법제의 동향과 과제”, 「비교법연구」 제10권 제2호, 동국대학교비교법문화원, 2010. 4.
- 나지원, “전자상거래등소비자보호법의 문제점과 개선방안”, 「경쟁법연구」 제13권, 법문사, 2006. 5.
- 노양재, “주요국의 전자상거래 관련 법규상 과제에 관한 우리나라의 대응전략”, 인하대학교대학원 박사학위논문, 2003. 8.

- 노태악, “전자거래와 계약”, 「재판자료」 제99집, 법원행정처, 2003. 6.
- _____, “전자문서 관련 국내 법제현황과 개선방향”, 「법학연구」 제11집, 경상대학교법학연구소, 2002. 11.
- _____, “전자거래에 있어 계약의 성립을 둘러싼 몇 가지 문제점”, 「법조」 제48권 제9호, 법조협회, 1999. 10.
- 맹수석, “전자상거래소비자보호법의 법적 문제와 개선방안”, 「기업법연구」 제12집, (사)한국기업법학회, 2003. 3.
- 박규용, “독일채권법현대화법률에 있어서 급부장애법의 개관”, 「법학연구」 제13집, 한국법학회, 2003. 12.
- 박노형, “전자상거래관련 국제규범의 제정 동향과 내용분석”, 고려대학교 통상교육연수센터, 2000. 12.
- 박영규, “현대사회와 법률행위론”, 「사법연구」 제2집, 청헌법률문화재단, 1994. 4.
- 박정수, “인터넷 전자상거래계약에서의 전자계약에 관한 연구”, 「문화산업연구」 제4권 제1호, 한국문화산업학회, 2004. 6.
- 박찬우, “인터넷과 상거래 - 계약법상의 문제를 중심으로 -”, 「경제기술법연구」 제1집 제2권, 관동대학교, 사헌경제기술법연구소, 1999. 12.
- 박찬주, “진의 아닌 의사표시에 대한 새로운 이해”, 「동아법학」 제42호, 동아대학교 법학연구소, 2008. 8.
- 박철우, “유엔국제전자계약협약(UN CUECIC) 수용을 위한 국내외 입법동향 및 시사점”, 한국은행금융경제국, 2011. 4.
- 박희주, “인터넷 이용상의 사법적 문제”, 경북대학교대학원 박사학위논문, 1999. 2.
- 배대현, “정부조직개편에 따른 전자서명의 통합 및 관련법의 개정논의”, 「정보화정책」 제15권 제4호, 한국정보사회진흥원, 2008년 겨울호.
- 서백현, “국제거래에서 전자계약 성립의 장애요인에 관한 연구”, 「통상정보연구」 제5권 제2호, 한국통상정보학회, 2003. 12.
- 서희석, “전자거래에서의 착오의 문제 서설”, 「재산법연구」 제24권 제2호, 한국재산법학회, 2007. 6.
- 석광현, “국제물품매매협약 가입과 한국법에의 수용”, 「상사법연구」 제21권 제2호,

- 한국상사법학회, 2002. 8.
- 손경한·박진아, “디지털정보거래의 유형-과세의 관점에서”, 「조세학술논집」 제21권 제2호, 한국국제조세협회, 2005.
- 손승우, “온라인 분쟁해결(ODR)에 관한 국제 규범 모델연구(I)”, 「비교법제연구」, 한국법제연구원, 2011. 6.
- 손진화, “새로운 전자지급제도의 법률문제와 입법론”, 「정보사회에 대비한 일반법연구(II)」, 정보통신정책연구원, 1998. 2.
- 송계익, “전자계약의 효력에 관한 연구”, 「통상정보연구」 제1권 제2호, 한국통상정보학회, 1999. 12.
- 송덕수, “사기에 의한 의사표시와 착오의 관계”, 「법조」 제59권 제5호, 법조협회, 2010. 5.
- 송오식, “가상공간에서의 민사법적 대응과 전자적 의사표시”, 「법률행정논총」 제18권, 전남대학교법률행정연구소, 1998. 12.
- 신일순·강준모·배대현·안효질, “전자문서 인증제도 시행에 따른 법제도 연구”, 정보통신정책연구원, 2000. 12.
- 심영, “전자금융에 있어서의 위험과 감독적 규제방안 - 은행의 인터넷뱅킹을 중심으로-”, 「비교사법」 제7권 제1호, 한국비교사법학회, 2000. 6.
- 심종석, “현행 전자거래기본법의 법적 보완과제에 관한 고찰 - UECIC 규정내용과의 비교를 중심으로 -”, 「인터넷전자상거래연구」 제9권 제3호, 한국인터넷상거래학회, 2009. 9.
- _____, “국제상거래에 있어 전자계약의 특수성에 관한 연구”, 「국제회계연구」 제9집, 한국국제회계학회, 2003. 10.
- _____, “국제상거래에 있어 전자계약의 성립에 관한 연구”, 성균관대학교대학원 박사학위논문, 2003. 8.
- 심종석·정희원, “전자서명 관련 법제의 개선과제에 관한 일고찰”, 「인터넷전자상거래연구」 제10권 제2호, 한국인터넷전자상거래학회, 2010. 6.
- 양석완, “전자상거래와 전자적 의사표시에 관한 고찰”, 「경제논집」 제15권 제1호, 제주대학교관광산업연구소, 2001. 2.

- 양정현, “전자인증제도의 문제점과 개선방안에 관한 연구”, 「전자상거래학회지」 제 8권 제4호, 한국전자상거래학회, 2007. 12.
- 엄정식, “전자거래에 있어서 서명과 인증에 관한 법률적 연구”, 건국대학교대학원 박사학위논문, 2001. 8.
- 오병철, “전자거래규정의 민법에의 편입”, 「민사법학」 제46집, 한국민사법학회, 2009. 9.
- _____, “전자상거래소비자보호법 제17조 제2항 제4호의 청약철회권 배제조항의 문제점”, 「민사법학」 제39권 제1호, 한국민사법학회, 2007. 12.
- _____, “UNCITRAL 전자계약협약에 관한 비교법적 고찰과 전자거래기본법의 영향”, 「비교사법」 제13권 4호, 한국비교사법학회, 2006. 12.
- _____, “2001년 개정 전자거래기본법의 이론적 검토”, 「연세법학연구」 제8권 2호, 연세법학회, 2002. 2.
- _____, “전자거래의 민사법적 규율방안”, 「정보사회에 대비한 일반법 연구(Ⅱ)」, 정보통신정책연구원, 1998. 2.
- 오세창, “국제 전자계약에 관한 유엔 예비협약 초안의 제정현황과 과제”, 「국제상학」 제19권 제3호, 한국국제상학회, 2004. 9.
- 왕상한, “전자상거래 국제규범 논의 동향과 시사점”, 「상사법연구」 19권 제2호, 한국상사법학회, 2000. 10.
- _____, “전자거래 관련 국제분쟁과 재판 관할”, 「EC Magazine」 제20호, 2000.
- 우광명, “전자계약 성립시기 결정을 위한 메일박스규칙”, 「국제상학」 제22권 제1호, 한국국제상학회, 2007. 3.
- 우광명·조현숙, “전자상거래에서 전자대리인의 법적문제점과 개선방안”, 「통상정보연구」 제13권 1호, 한국통상정보학회, 2011. 3.
- 유병현, “민사소송상 전자문서와 증거”, 「민사소송」 제5권, 한국민사소송법학회, 2002. 2.
- 유창호, “전자공증제도에 관한 연구 : 전자문서의 공증방안을 중심으로”, 「법조」 제 53권 제1호, 법조협회, 2004. 1.
- 윤방현, “약관의 규제 및 개선방안”, 「법학논총」 제16권 제1호, 조선대학교법학연

- 구소, 2009. 3.
- 윤주희, “전자상거래 관여자의 민사책임에 관한 고찰 - 호스팅사업자의 책임을 중심으로 -”, 「법학연구」 제14집 제3호, 인하대학교법학연구소, 2011. 11.
- 이기섭, “국제물품매매계약의 해제권과 해제의 효과에 관한 연구”, 성균관대학교대학원 박사학위 논문, 2011. 8.
- 이윤선, “전자거래에 관한 연구”, 「민사법연구」 제11집 제2호, 대한민사법학회, 2003. 12.
- 이은영, “전자상거래에서 소비자의 권리”, 「인터넷법률」 제1호, 법무부, 2000. 7.
- _____, “전자상거래와 소비자법 - 계약의 이행을 중심으로 -”, 「외법논집」 제5집, 한국외국어대학교법학연구소, 1998. 12.
- 이재일·조규범·이정현, “일본전자서명법제”, 한국정보보호진흥원, 2004. 7.
- 이정현, “전자서명·인증제도에 관한 법적 연구”, 경희대학교대학원 박사학위 논문, 2012. 2.
- 이종근, “전자상거래 시대에 있어서의 계약의 성립시기-발신주의의 수정의 필요성을 중심으로-”, 「법학논고」 제37집, 경북대학교 법학연구원, 2011. 10.
- 이창범, “전자상거래에 있어서 소비자보호의 법적 고찰”, 「소비자문제연구」 제20호, 한국소비자원, 1997. 12.
- 이창한, “전자거래에 관한 국제기구의 논의 현황과 한국의 법제화 동향”, 「인터넷법률」 제10호, 법무부, 2002. 1.
- 이철송 “전자거래기본법의 개정방향 - 전자문서를 중심으로 -”, 「인터넷법률」 제5호, 법무부, 2001. 3.
- 이충훈, “전자거래 관여자의 민사법적 지위”, 연세대학교대학원 박사학위논문, 2000. 8.
- 임상혁, “개정 민사소송법에서 전자문서의 개념과 증명력”, 「민사소송」 제8권 제1호, 한국민사소송법학회, 2004. 2.
- 장병주, “전자적 의사표시 개념의 입법적 검토”, 「동아법학」 제53호, 동아대학교 법학연구소, 2011. 11.
- _____, “격지자 간의 계약성립시기에 관한 검토”, 「재산법연구」 제25권 제3호, 한국재산법학회, 2009. 2.

- 장재욱, “인터넷상에서의 계약체결 - 의사표시와 관련한 몇가지 기초적 검토 -”, 「법학논문집」 제23권 제1호, 중앙대학교법학연구소, 1998. 12.
- 전병서, “대체적분쟁해결처리제도(ADR) 도입방안”, 「연구용역보고서」, 사법제도제도개혁추진위원회, 2005. 11.
- 전삼재, “전자자금이체거래”, 「법학논총」 제10권, 송실대학교법학연구소, 1997.
- 전정기·채형복, “유럽전자상거래시장의 형성을 위한 법적 문제점의 해결: ‘EU 전자상거래 지침’의 채택”, 「무역학회지」 제25권 제3호, 한국무역학회, 2000. 9.
- 정경영, “미국통일전자거래법에 관한 연구”, 「상사법연구」 제19권 제2호, 한국상사법학회, 2000. 10.
- _____, “전자의사표시의 주체에 관한 연구”, 「비교사법」 제5권 제2호, 한국비교사법학회, 1998. 12.
- 정기웅, “전자거래계약의 성립과 이행상의 법률적 문제에 관한 연구”, 「경대논문집」 제22집, 경찰대학교, 2002. 12.
- 정연부, “전자문서의 관할 문제 - 비속지성에 따른 연결점 모색을 중심으로 -” 「성균관법학」 제21권 제1호, 성균관법학연구소, 2009. 4.
- 정연희, “소비자보호를 위한 UN전자계약협약의 검토”, 「경원법학」 제2권 제3호, 경원대학교법학연구소, 2009. 11.
- 정영진, “소비자계약상의 정보제공의무에 관한 연구” 제주대학교대학원 박사학위논문, 2012. 2.
- 정완용, “국제 전자계약 협약안에 관한 고찰”, 「디지털재산법연구」 제4권 제1호, 세창, 2005. 12.
- _____, “제43차유엔국제상거래법위원회(UNCITRAL)전자상거래작업무(W/G)참가보고서”, 「한국해법학회지」 제26권 제1호, 한국해법학회, 2004. 4.
- _____, “전자계약에 관한 국제협약 초안의 검토 - UNCITRAL 제39차 전자상거래 작업반회의 참가보고서 -”, 「한국해법학회지」 제24권 제1호, 한국해법학회, 2002. 4.
- _____, “개정 전자서명법의 비교법적 고찰 - 우리나라와 유럽의 전자서명법제를 중심으로 -”, 「비교사법」 제10권 제4호, 한국비교사법학회, 2003. 12.

- _____, “전자거래기본법에 대한 검토 : 개정방향을 중심으로”, 「경희법학」 제36권 제1호, 경희대학교법학연구소, 2001. 8.
- 정용상, “전자상거래 입법의 법적 문제”, 「상사법연구」 제17권 제3호, 한국상사법학회, 1999. 2.
- 정종휴, “전자거래의 등장에 따른 계약이론의 변용”, 「인권과 정의」 통권 제268호, 대한변호사협회, 1998. 12.
- 정진명, “전자거래 규정의 민법 편입 제안”, 「민사법학」 제48호, 한국민사법학회, 2010. 3.
- _____, “UNCITRAL 전자계약협약의 국내법에의 수용”, 「비교사법」, 제16권 제2호, 한국비교사법학회, 2009. 6.
- _____, “가상공간에 있어서 법률행위 -전자적 의사표시를 중심으로-”, 「법이론과 실무」 제3권 제1호, 민사법의 이론과 실무학회, 1999. 12.
- _____, “인터넷을 통한 거래의 계약법적 문제 - 인터넷 통신 계약을 중심으로 -”, 「비교사법」 제6권 제1호, 한국비교사법학회, 1999. 6.
- 조인우, “전자상거래에서 본인확인제도의 문제점과 개선방안”, 한양대학교대학원 박사학위논문, 2011. 8.
- 지원림, “국제물품매매계약에 관한 국제연합협약과 한국의 매매법-계약의 성립에 관한 민법의 개정과 관련하여”, 「법학논총」 제13집 제1호, 전남대학교법학연구소, 2011. 4.
- _____, “계약정의에 관한 연구 - 계약자유와의 관계를 중심으로 -” 「비교사법학회」 제9권 제2호, 한국비교사법학회, 2002. 8.
- _____, “가상공간에 있어서 거래의 특성과 법적 규율”, 「디지털경제시대에서의 전자거래와 법(II)」, 한국법제연구원, 2001. 10.
- _____, “전자거래와 계약법 - 전자거래기본법 관련된 논의를 중심으로 -”, 「법학논총」 제24권 제1호, 단국대학교법학연구소, 2000. 12.
- _____, “자동화된 의사표시”, 「저스티스」 제31권 제3호, 한국법학원, 1998. 9.
- 차맹진, “전자상거래의 특성과 법제정에서 고려할 사항”, 「소프트웨어 지적재산권」 여름호, 한국컴퓨터프로그램보호회, 1998.

- 최경진, “UN전자계약협약에 관한 연구”, 「중앙법학」 제11집 제4호, 중앙법학회, 2009. 12.
- 최명구, “소비자계약의 해제시 사업자의 통상의 손해”, 「민사법학」 제44호, 한국민사법학회, 2009. 3.
- _____, “전자적 의사표시의 법적 효력문제”, 「비교사법」 제5권 제1호, 한국비교사법학회, 1998. 8.
- 최문기, “보통거래약관에 의한 계약에 관한 판례의 동향”, 「경성대학」 제14집 제1호, 경성대학교법학연구소, 2005. 7.
- 최민식, “인터넷 전자상거래에서의 전자계약에 관한 법적 고찰”, 「국제법무연구」 제7호, 경희대학교 국제법무대학원, 2003. 2.
- 최병록, “전자계약에서의 법률문제 - 소비자보호측면에서 -”, 「비교사법」 제12권 제2호, 한국비교사법학회, 2005. 6.
- _____, “인터넷을 통한 계약에서의 법률문제”, 「사회과학연구」 제14집, 서원대학교사회과학연구소, 2001. 2.
- 최상희, “전자거래에 있어서 계약의 성립과 법적문제”, 「법학연구」 제11집, 한국법학회, 2003. 1.
- 최성준·김영갑, “정보사회에 대비한 상사법 연구 서설”, 「정보사회에 대비한 일반법 연구(I)」, 정보통신정책연구원, 1997. 6.
- 최승열, “현행 법제에 규정된 전자문서의 의의에 관한 검토”, 「법제」 통권 제530호, 법제처, 2002. 2.
- 최승원, “EU의 온라인분쟁해결제도 연구”, 「공법연구」 제36집 제1호, 사단법인 한국공법학회, 2007. 10.
- 최영봉, “전자서명의 효력에 관한 연구”, 「국제무역연구」 제9권 제1호, 국제무역학회, 2003. 4.
- 최지현, “전자계약의 법적 제문제 - 소비자계약을 중심으로”, 「법률행정논집」 제22권 제1호, 전남대학교법률행정연구소, 2002. 6.
- 최창렬 “전자거래에서의 법률행위에 관한 연구”, 「성균관법학」 제11권 제1호, 성균관대학교법학연구소, 1999. 12.

- 하충룡·김문희, “국제전자상거래의 재판관할 기준에 관한 고찰”, 「국제상학」 제25권 제1호, 한국국제상학회, 2010. 3.
- 한국소비자원, “2011년도 전자상거래 소비자피해 동향 조사 연구”, 2012. 4.
- _____, “디지털콘텐츠 소비자 보호방안에 관한 연구”, 「정책연구보고서」 한국소프트웨어진흥원, 2002. 10.
- 한규현, “민사소송에 있어서의 전자문서에 대한 증거조사”, 「안암법학」 제15호, 안암법학회, 2002. 11.
- 한병완, “미국통일컴퓨터정보거래법(UCITA)의 국제적 활용에 관한 연구”, 성균관대학교대학원 박사학위 논문, 2003. 8.
- 한삼인·김상명, “전자상거래의 법리에 관한 연구”, 「비교사법」 제6권 제2호, 한국비교사법학회, 1999. 2.
- 한삼인·정창보, “전자서명·인증제도의 법제의 동향과 개선방안에 관한 연구”, 가천법학 제5권 제2호, 가천대학교법학연구소, 2012. 8.
- _____, “ODR의 국내·외 동향과 활성화방안에 관한 연구”, 「강원법학」 제36권, 강원대학교 비교법학연구소, 2012. 6.
- _____, “전자문서에 있어서의 법제의 동향과 증거력에 관한 연구”, 「법학논총」 제19집 제1호, 조선대학교법학연구소, 2012. 4.
- _____, “전자계약에 있어서의 법률문제에 관한 연구”, 「법학연구」 제15집 제1호, 인하대학교법학연구소, 2012. 3.
- _____, “전자적 의사표시에 대한 민법상 적용문제에 관한 연구”, 「법학연구」 제45집, 한국법학회, 2012. 2.
- 한응길, “전자거래와 계약법”, 「비교사법」 제5권 제2호, 한국비교사법학회, 1998. 12.
- 함영주, “신속하고 효율적인 대체적분쟁해결제도의 활성화를 위한 연구”, 「연구용역보고서」, 법무부, 2008.
- 현대호, “인터넷상의 라이선스 계약에 관한 법제 연구 - 미국의 통일정보거래법을 중심으로 -”, 「한국법제연구원」, 2001. 12.
- 홍기문, “전자상거래 분쟁과 증거”, 「민사소송」 제2집, 한국민사소송법학회, 1999. 1.
- 홍선의, “전자문서의 대체성과 증거능력에 관한 연구”, 「창업정보학회지」 제3권 제

1호, 한국창업정보학회, 2000. 3.

홍준철, “전자상거래상 소비자보호에 관한 연구”, 원광대학교대학원 박사학위논문, 2011. 8.

황찬현, “전자문서의 민사증거법상의 문제”, 「법조」 48권 9호, 법조협회, 1999. 9.

II. 외국문헌

<일 본>

“法律·條約解説經濟産業電子消費者契約及び電子承諾通知に関する民法の特例に関する法律--平成13年6月29日号外法律第95号”, 「法令解説資料總覽」, 第237號, 2001.

高橋宏志, 「重点講義民事訴訟法(下)」, 有斐閣, 2007.

内田貴, “電子商取引と法(2)”, 「NBL」第601號, 商事法務研究會, 1996. 9.

藤田廣美, 「講義 民事訴訟」, 東京大學出版會, 2008.

福原紀彦, “電子商取引法の生成と消費者保護の問題”, 「現代企業法學の課題と展開」(戸田修三先生古稀記念圖書刊行委員會), 文眞堂, 1998.

上田澈一郎, 「民事訴訟法(第5版)」, 法學書院, 2007.

小松岳志, “「電子消費者契約及び電子承諾通知に関する民法の特例に関する法律」と電子金融取引”, 「旬刊金融法務事情」, 第50卷 1號, 2002.

室町正實, “EDI契約の實務上の留意点(上)”, 「NBL」第584號, 商事法務研究會, 1996.

野村豊弘, “電子去來と消費者”, 「ジュリスト」第11394號, 有斐閣, 1998. 8.

田村善之, “著作権侵害 12”, 「發明」, 1996. 6.

中山信弘 外 編, “電子商取引に関する準則とその解説”, 「NBL」第118號, 2006.

清水 巖, “クーリング・オフ制度の37年と課題”, 「月刊國民生活」, 2010. 2.

門口正人(編集代表), 「民事証據法大系(第4卷)・書証」, 青林書院, 2007.

- 河野太志, “電子消費者契約及び電子承諾通知に関する民法の特例に関する法律の概要”, 「NBL」第718號, 2001.
- 夏井高人, “電子消費者契約及び電子承諾通知に関する民法特例法とその問題点”, 「判例タイムズ」, 第52卷 第29號, 2001.
- 横山経通・江口拓哉, “インターネット上の契約の成立”, 「インターネット法-ビジネス法務の指針-(内田晴康・横山経通編著)」, 商事法務研究會, 1997.

<영·미>

- Amelia, H. Boss · Wolfgang Kilian, "The United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts", Kluwer Law International, 2008.
- David L. Hayes, "The Enforceability of shrinkwrap Licenses Agreements On-line and Off-line" 1. introduction. 1997
- _____, "shrinkwrap Licenses Agreements New Light on a Vexing Problem" 1. introduction. 1992.
- Dennis Campbell, The Internet: Laws and Regulatory Regimes, Yorkhill Law Publishing, 2006.
- Electronic Messaging Services Task Force, "Model Electronic Data Interchange Trading Partner Agreement and Commentary," Business Lawyer, Vol. 45, 1990.
- Emily M. Weizenboeck, "Electronic Agents and the Formation of Contract", 「International Journal of Law and Information Technology」, vol. 9 No. 3, 2001.
- Gregory, J. D., "The Proposed UNICITRA Convention on Electronic Contracts", 「The Business Lawyer, Vol. 59, 2003.
- Guy Veysey & Michael Chissick, "The Perils of On-Line Contracting," Computer and Telecommunications Law Review, Vol. 6, 2000.

- Ian Walden and Nigel Savage, "The legal Problems of Paperless Transactions",
The Journal of Business Law, 1989. 3.
- Jean Braucher, "Rent-Seeking and Risk-Fixing in the New Statutory Law of
Electronic Commerce: Difficulties in Moving Consumer Protection Online,"
Wisconsin Law Review, 2001.
- Joseph A. Zavaletta & Edward B. Hymson, The "Webolution" of Commercial
sales, Computer Law Review & Technology Journal, Southern Methodist
University School of Law, Spring 2002.
- M. Chissick & A. Kelman, Electronic Commerce: Law and Practice, 2nd ed.,
Sweet & Maxwell, 2000.
- Michael A. Fromkin, "The Essential Role Trusted Third Parties in Electronic
Commerce", Oregon Law Review Vol. 79, University of Oregon, 1996.
- Michael L. Rustad · Cynus Daftary, E-Business Legal Handbook(2002 ed), New
York: Aspen Law & Business A Division of Aspen Publishers, Inc. 2002.
- Osty Michael J. Pulcanio Michael J. "The Liability of Certification Authority to
Relying Third Parties", The John Marsahl Journal of Computer &
Information Law, The John MarSahl Law School, Vol.17, No.3, 1999.
- P. A. Stone, "The Treatment of Electronic Contracts and Torts in Private
International Law under European Community Legislation", Information
& Communication Technology Law, Vol 11, No.2, 2002.
- P.S. Atiyah, An Introduction to the Law or Contract, 4th ed, Oxford : Clarendon
Press, 1989.
- Philip M. Nichols, Electronic Uncertainty Within the International Trade Regime
American University International Law Review Vol. 15, 2000.
- Tina Balke · Torsten Eymann, "The Conclusion of Contracts by Software Agents
in the Eyes of the Law", International Conference on Autonomous
Agents Archive Proceedings of the 7th international joint conference
on Autonomous agents and multiagent systems - Volume 2, 2008.

Valerie Watnick, "The Electronic Formation of Contracts and the Common Law Mailbox Rule," Baylor Law Review, Vol. 56, 2004.

<독일>

Brem, "Zur automatisierten Willenserklärung", FS für Niederländer, 1991.

Das Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr, BGBl. 2001. I.

Das Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts vom 11. Oktober 2001.

Häuser, "Der Widerruf des 'Überweisungsauftrags' im Giroverhältnis", NJW 1994.

Hänchen, "Das Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr", NJW 2001.

Heun, "Die elektronische Willenserklärung", CR 1994.

Hoeren, "Der Vertragschluss im Internet und die digitale Signatur", Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, 2001.

Kohl, "Telematikdienste im Zivilrecht", in: Scherer(Hrsg), Telekommunikation und Wirtschaftsrecht, 1998.

Kohler, "Die Problematik automatisierter Rechtsvorgänge, insbesondere von Willenserklärung", AcP 182, 1982.

Kuhn, Rechtshandlungen mittels EDV und Telekommunikation, Diss. Regensburg, 1990.

Mehring, "Verbraucherschutz im Cyberlaw: Zur Einbeziehung von AGB im Internet", BB 1998.

Melullis, "Zum Regelungsbedarf bei der elektronischen Willenserklärung", MDR 1994.

Paefgen, "Forum: Bildschirmtext -Herausforderung zum Wandel der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre?", JuS 1992.

_____, "Forum: Bildschirmtext -Herausforderung zum Wandel der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre?", JuS 1988. 18.

Roßnagel, “Das Neue Recht elektronischer Signaturen”, NJW 2001.
Scheffler · Dressel, “Vorschläge zur Änderung zivilrechtlicher Formvorschriften und ihre Bedeutung für den Wirtschaftszweig E-Commerce”, CR 2000.
Steinbeck, “Die neuen Formvorschriften”, DStR 2003.
Ultsch, “Zugangsprobleme bei elektronischen Willenserklärung”, NJW 1997.
Vehslage, “Das geplante Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsverkehr”, DB 2000.
Witz · Kull, “Der französische Code Civil”, NJW 2004.

Ⅲ. 인터넷 사이트

국가법령정보센터(<http://www.law.go.kr>)
행정전자서명인증관리센터(<http://www.gpki.go.kr>)
ClickNsettle(<http://www.clicknsettle.com>)
Cybersettle(<http://www.cybersettle.com>)
ECODIR(<http://www.ecodir.org>)
ECODIR(<http://www.ecodir.org>)
E-Mediator(<http://www.consensus.uk.com>)
<http://ko.wikipedia.org/wiki/>
<http://www.lexisnexis.com/en-us/home.page>
<http://www.uncitral.org/uncitral/index.html>
<http://www.unece.org/trade/untddid/welcome.html>
iCourthouse(<http://www.icourthouse.com>)
IntelliCOURT(<http://www.intellicourt.com>)
InternetNeutral(<http://www.internetneutral.com>)

MARS(<http://www.resolveydispute.com>)
MARSFair&SquareProgram(<http://www.resolveydispute.com>)
MARS(<http://www.resolveydispute.com>)
NovaForum(<http://www.noaforum.com>)
NovaForum(<http://www.novaforum.com>)
SettleOnline(<http://www.settleonline.com>)
SettleSmart(<http://www.settlesmart.com>)
Squaretrade(<http://www.squaretrade.com>)
TheInternetOmbudsmann(<http://www.ombudsmann.at>)
TheInternetOmbudsmann(<http://www.ombudsmann.at>)
ThevirtualMagistrate(<http://www.vmag.org>)
WebAssured(<http://www.wedassured.com>)

-Abstract-

Investigation on Legal Principles of Electronic Contract from the Legislative Perspective

by Jung, Chang Bo
Department of Law,
Graduate school
Jeju National Univ.

Directed by Professor Han, Sam In

While contracts done face-to-face and verbally are general contracts (bond contracts), contracts that are done through electronic communications are electronic contracts (electronic bond contracts). As these electronic contracts are common in the society of knowledge and information, laws and regulations that are based on general contracts do not regulate the society properly and many unexpected issues arose. These issues not only stay in the area of information processing and means of communications but also raise legal issues in previous lifestyle along with politics, economics, society, culture and all that affects the structure of the society. There have been new legal disputes surrounding electronic contracts which the legal system regulating traditional transactions cannot determine whether the electronic contracts are legitimately done. Although the EU, the United States, Germany, France and Japan are actively working on solving these issues legally and institutionally, the fact that it is much quicker to process electronic contracts than for laws to deal with the issues have raised legal issues as it is difficult to apply the laws to reality.

Although the civil laws which do not expect electronic communications and contracts have left legal issues, and the legal system needs to be maintained in order to solve these issues, the reality is that laws such as the framework laws on electronic commerce and documents, laws protecting consumers in electronic transactions, laws on electronic signatures, laws dealing with the use of

electronic documents in court, and laws on regulating terms and conditions are applied individually without any unified legal principles.

Thus, this article investigates the major issues on legal principles of electronic contracts from the perspective of legislative principles in order to find solutions to these issues. The article compares basic legal principles, international laws, and lawmaking on electronic contracts, proposes suggestions, and reveals the problems that arise in this country based on the investigation on the current state of domestic legislation. To begin with, the legal issues of electronic contracts include, firstly, electronic communications. These issues include the problems of terms and vocabulary, the problems that arise as a result of the difference between natural communications and electronic communications, inconsistency of intentions and expressions, simulation, communications as a result of misunderstanding and fraud and compulsion, communications of individuals without sufficient skills or authorities, and electronic representatives. Second, there are problems involving establishing electronic contracts. Here, flaws in regards to the arrival of electronic communications, flaws of electronic devices, problems of confirmations of electronic documents, legitimacy of general terms and conditions can cause legal disputes. Third, there are problems regarding the effectiveness of electronic contracts. These problems include the problem of the legitimacy of electronic contracts, problems of participants of electronic contracts, problems of providing electronic document evidence in court, and problems involving electronic signature and certification system need solutions. Fourth, there are problems involving the implementation of electronic contracts. Here, there are problems of electronic transactions and payments. Fifth, other problems exist regarding proving power of electronic documents in civil suit, electronic signatures, and certificate system.

However, it is not right to ignore these issues in the legal system because of the distinctiveness of electronic contracts. Rather, with the distinctiveness, the domestic legislation should deal with the issues based on legislations of foreign

countries, improve legal principles on traditional transactions and apply the improved principles to reality. With this in mind, among many laws that need to be improved, the author of this article suggests improvement plans which reflect legal principles on civil laws, framework laws on electronic commerce and documents, laws protecting consumers in electronic transactions, laws on electronic signature, from the legislative perspective.

First, there is a need to revise civil laws. The author suggests solutions by providing revisions on the introduction of electronic transactions terms to civil laws, attributing electronic communications, establishment of electronic communications, and effectiveness of electronic communications. Second, the author proposes revisions on framework laws on electronic documents and transactions. In order to support the revisions, the author suggests revision plans on introduction of electronic communications, clarification of effectiveness of electronic communications, improvement of electronic devices, and specification of requirements on forms of electronic documents. Third, the author suggests revisions on laws protecting consumer rights in electronic transactions. Here, revisions include modification of the concept of electronic transitions, unification of subscription periods, and limits on compensation for damage. Fourth, the author suggests revisions of laws on electronic signature. The revisions include proposal of modifying the concept of electronic signatures and signers, establishment of duty of care and regulations of certified institutions.

Suggested revision plans will provide practical help in the area of electronic contracts which are done through automated equipments including computers and networks, serve as solution plans of issues of electronic transactions, and contribute to helping resolve legal disputes involving electronic contracts as the domestic legislation accepts these revisions.

Key Word: Electronic Contract, Electronic Communication, Electronic Transaction, Electronic Signature, Offer and Acceptance