

전자상거래와 전자적 의사표시에 관한 고찰

- A Study on Electronic Will & Its Expression in Electronic
Commerce -

양 석 완*
(Yang, Seok-Wan)

목 차

- I. 머리에
- II. 전자상거래와 전자적 의사표시론
- III. 전자상거래에 있어서의 의사표시
- IV. 전자상거래에 있어서의 의사표시의 하자
- V. 무능력자에 의한 전자상거래와 무권한 거래
- VI. 맺으며

I. 머리에

전자상거래는 어디까지나 컴퓨터기술, 통신기술을 배경으로 하는 거래이다. 따라서 이 분야는 이른바 기술先行型으로 진전된 분야이고, 현재도 이 기본구조는 변하지 않고 있다. 전자상거래는 세 가지 유형으로 나눌 수 있는데, 첫째 특정기업간의 전자거래, 이른바 'B2B', 둘째 불특정 기업간의 전자상거래로서 개방적인 거래, 즉 'open B2B', 셋째 기업과 소비자간의 인터넷 상거래로서 개방형 전자상거래, 즉 'B2C' 가 그것이다. 첫째 B2B는 가장 초기의 전자거래 형태로 현재 기업간에 실시되는 전자문서 교환(EDI : Electronic Data Interchange)은 표준화된 거래 프로토콜에 따라서 부분적

* 제주대학교 법정대학 법학부 교수

으로 거래관행을 국제적 표준에 일치시켜 나가고 있다. 둘째 open B2B는 기업간의 거래에 있어서 완전한 자유경쟁의 원칙을 관철하는 것으로서 한 기업의 주문에 대하여 불특정 기업이 그 주문에 대하여 응답하고 그 중 가장 유리한 거래상대방과 계약을 체결하는 시스템이다. 셋째 B2C는 기업이 소비자들을 대상으로 그 주문에 따라 보다 값싸고 구미에 맞는 다양한 상품정보를 제공하는 컴퓨터 네트워크이다.

B2B의 전자상거래가 기본적인 거래 데이터가 표준화된 거래 프로토콜에 의하여 구조화된 EDI라고 한다면, B2C의 전자상거래는 소비자를 상대로 하여 일상적인 언어정보가 전자적으로 송신된다는 점에 차이가 있다.

이에 이 논문은 B2C 전자상거래에 있어서 기본 바탕이 되는 법률행위 이론, 특히 의사표시에 관하여 살펴봄으로써 당사자의 의사표시가 컴퓨터를 이용하여 전자식으로 표시된 경우의 해석론적 체계를 분석하고자 한다. 전자상거래는 이러한 컴퓨터네트워크를 이용하는 정보화사회의 중요한 부분을 구성한다. 포레스터 리서치가 조사한 2000년 전자상거래 규모는 우리나라 60억 달러, 미국 388억 달러이며, 전 세계적으로 6560억 달러로써, 이는 1997년 OECD의 전 세계 전자상거래 추정치보다 두 배나 많은 것으로 나타나고 있다.¹⁾ 이에 따라 기술분야에 있어서 검토된 사항은 많지만, 반면에 이에 관한 법적 측면에서의 검토는 그만큼 진전되었다고 할 수 없다. 여기에는 단지民商法 등의 사법분야·거래법분야로부터의 검토에 그치지 않고, 정보화사회 전반에 대한 정책적 인식이나 기술진전을 배경으로 하는 검토를 필요로 한다.

Ⅱ. 전자상거래와 전자적 의사표시론의 검토

2.1. 문제의 제기

중전의 기계장치와는 확연히 구별되는 컴퓨터의 등장으로 자동화된 법률관계가 빈번히 이루어짐에 따라, 당사자의 의사표시가 컴퓨터를 이용하여 전자식으로 표시된 경우에 이들 의사표시를 일반적 의사표시와 달리 보아야 할 필요가 있는가가 문제된

1) 「동아일보」(2001. 1. 12), A1쪽

다. 대화자간의 의사표시라든가 단순한 기계 즉 전화나 팩스 등을 이용한 의사표시에 적용되는 민법상의 의사표시론은 원칙적으로 전자적 의사표시에도 그대로 적용되어야 하겠지만, 컴퓨터 이용자의 의사와 컴퓨터에 의하여 표시되는 의사, 이른바 전자적 의사표시간에 상호 개별적인 대응관계에 있지 않을 수도 있고 이용자가 인식하지 못하는 상태에서 컴퓨터에 의하여 의사표시가 이루어질 수 있다는 점을 감안하면 이는 쉽게 결론을 내릴 수 있는 문제는 아니다.²⁾ 특히 컴퓨터의 작업이 직접적으로 의사표시의 내용과 성립에 영향을 미치는 경우에 이를 어떠한 이론 구성으로 기존의 의사표시론에 연계시킬 것인가는 '전자적 의사표시'라는 별도의 개념을 인정할 것인가의 문제와 아울러 논의되고 있다.

2.2. 전자적 의사표시 독자성 認定說

인정설에 따르면 자연적 의사표시와는 달리, 전자적 의사표시란 인간이 사전에 입력한 포괄적 의사를 전자적 자동화장치가 전자적 code로 전환하여 그 설비에 고유한 부호로 정형화한 후, 일정한 프로그램에 따라 표시내용을 구체화하여 이루어지는 의사표시를 말한다.³⁾ 전자적 의사표시는 언어와 문자 등 전통적 표시수단과는 달리 단순한 숫자·부호로 압축 변환된다. 따라서 그 의미가 자연적이고 상식적인 방법으로 모든 사람에게 인식될 수 있는 가능성은 무시되고 단순한 기계언어로 전화되는 특질을 갖는다.

이 견해는 자동데이터처리시스템의 경우에 컴퓨터 등은 그 이용자가 확정하지 않은 세부사항에 대하여도 프로그램에 따라 인간의 의사표시의 성립과 내용을 세부적으로 결정하는 것으로서 인간의 의사영역의 일정부분을 사실상 대신할 수 있다는 전제 아래, 컴퓨터 등에 의하여 이루어지는 법적 행위를 '전자적 의사표시'라고 하고, '자동화된 의사표시'⁴⁾는 전자적 의사표시의 상위개념으로 이해되고 있다. 왜냐하면, 종래 보

2) 정경영, "전자의사표시의 주체에 관한 연구", 「비교사법」 제5권 제2호, 1998, 398쪽

3) 오병철, 「전자적 의사표시에 관한 연구」, 박사학위논문, 연세대학교, 1996, 42쪽 이하 ; 오병철, 전게서, 111쪽

4) 우리나라에서 이 용어는 김상용, "자동화된 의사표시와 시스템계약", 「사법연구」 제1집, 청헌법률문화재단, 1992, 47쪽에서 최초로 사용하고 있다. 이 논문은 독일의 Köhler, "Die Problematik automatisierter Rechtsvorgänge, insbesondere von Willenserklärung", AcP 182 (1982), 126, 165ff의 견해를 단순히 소개함에 불과하다는 인상을 줄 수도 있지만, 이 분야에 관한 최초의 문헌으로서의 가치를 가진다고 한다(지원림, "자동화된 의사표시", 「저스티스」 제31권 제3호, 한국법학원, 1998, 43쪽).

편적으로 이용되던 '자동화된 의사표시'라는 개념은 통상적인 의사표시와는 다른 경로를 거쳐 표의자의 의사가 구체화된거나 그 의사가 다른 형태로 표시되는 것을 의미하고 이 명칭을 사용하면 기계적으로 자동화된 자동판매기 등의 표시와 구분하는 것이 어려워지며, 따라서 이 개념이 반드시 인간의 간섭 없이 컴퓨터가 「자동적」으로 의사표시를 행한다는 것을 의미하는 것은 아니고, 고립적·개체적인 존재로서의 컴퓨터의 작동만을 고려한 개념이라고 할 수 없기 때문이다.

이러한 입장에 따르면, 전자적 의사표시에서는 의사표시의 표시행위와 그 법률효과의 귀속이 분리되는데 컴퓨터의 기능을 프로그램, 데이터, 작업명령 등에 포함된 인간의 '구체화되지 않은 포괄적인 의사'에 따라, 인간의 의사를 구체화하는 것으로 파악한다. 즉 인간의 프로그램에 의하여 포괄적 의사는 형성되지만 그러한 의사의 구체화는 컴퓨터에 의하여 일어난다고 본다. 따라서 표시라는 것은 컴퓨터라는 점을 강조하여, 법률효과가 귀속되는 주체는 컴퓨터가 아니라 인격이 있는 그 이용자라는 점과 더하여 표시와 귀속이 분리되는 양상을 보인다. 그리하여, 컴퓨터가 인간의 의사형성을 전적으로 대체하는 것은 아니지만, 인간이 구체화하지 않은 세부적인 의사표시의 내용과 성립에 관여하였다고 보게 된다. 컴퓨터는 그 역할이 대리인과 같이 전적으로 독립적으로 의사를 형성하는 것은 아니지만, 使者와는 달리 이미 구체적으로 완성된 의사를 표시하거나 전달하는 수준 이상으로 컴퓨터 이용자의 의사영역에 개입하는 것으로 파악한다.

이 견해는 더 나아가, 전자대리인(electronic agent)이라는 개념을 인정하는 적극적인 태도를 보인다. 전자대리인은 인간의 개입 없이 전자메시지를 발신 또는 이에 응답하거나 이행행위를 개시 혹은 이에 응답하도록 당사자에 의하여 디자인, 프로그램되거나 선택된 컴퓨터 프로그램을 뜻한다.⁵⁾ 컴퓨터가 일반 도구와 같이 사용된 경우에는 팩스나 우편과 같이 단순한 도구로 보아도 무방하지만, 컴퓨터를 대리인처럼 이

5) 이는 UCC 2장 개정안에서 나타나는 개념으로서, UCC 2B장 및 미국 통일전자상거래법 제 1초안(First Draft of Uniform Electronic Transaction Act)에서 다소 수정이 가해져 사용되고 있다. 이에 따르면, 인간에 의하여 사용되는 컴퓨터 프로그램이라든가 기타 자동화된 수단과 같은 전자장치는 이용자의 도구이다. 일반적으로 도구가 스스로의 독립적인 의사가 없는 경우 심지어는 독립적인 의사의 주체라 하더라도 도구로서 기능한 경우에는 도구의 사용자는 도구 사용으로 얻어진 결과에 대하여 책임을 진다. 그러나 컴퓨터는 일단 당사자에 의하여 가동되기 시작하면 더 이상의 인간의 개입 없이 프로그램의 범위 내에서 다른 당사자 또는 컴퓨터와 의사표시를 주고받을 수 있다는 전제 아래, 인간의 개입 없이 전자장치에 의하여 이루어진 행위의 효과와 책임에 관하여 규정하고 있다(정경영, 전제논문, 412~414쪽).

용한 경우에는 컴퓨터는 인간인 대리인과 동일하게 취급해야 한다고 한다.⁶⁾ 컴퓨터가 전자대리인이 되기 위해서는 우선 일정한 기능을 수행하고 있어야 한다. 즉 사람에게 의하지 않고 작동될 수 있도록 디자인되어야 하고 이러한 기능 수행을 거래 당사자가 의욕하였어야 한다. 따라서 컴퓨터가 프로그램의 소유와 무관하고 거래를 위하여 컴퓨터 및 프로그램이 이용된 경우 컴퓨터는 이들을 이용한 자의 전자대리인이 된다. 컴퓨터에 의한 대리를 적극적으로 인정하는 것이 동일한 기능을 수행할 경우에는 동일한 원칙이 적용되게 되어, 새로운 이론을 도입하는 것보다 법 해석상 혼란을 초래할 염려가 적다고 본다. 특히 컴퓨터 의사표시에 대리 개념을 넓게 인정하는 쪽이 거래 당사자가 자신의 컴퓨터가 예기치 않은 무권한 행위를 하였다고 주장함으로써 계약상의 의무를 이행하지 않고자 할 때의 표현대리를 포함한 대리이론은 매우 유용하다고 본다.⁷⁾

2.3. 전자적 의사표시 독자성 否定說

부정설은 전자적 의사표시론에 반대하면서 전자적 의사표시를 자연적 의사표시와 동일시하여 기존의 의사표시의 하나의 유형으로 파악하고 전통적인 의사표시 이론 내에서 체계화하려고 한다.⁸⁾ 이에 따르면, 가장 복잡한 자동데이터처리시스템이라 하더라도 컴퓨터가 창조적인 자기결정을 할 수는 없고, 오히려 인간의 포괄적인 의사의 범주 안에서 先在된 프로그램에 의한 논리적 조작을 수행하는 의사결정의 수단에 불과할 뿐이어서 그 장치에 의한 표시는 인간의 의사에 환원된다.

전자적 의사표시론이 그 특질로 제시하는 '컴퓨터의 의사구체화'도 그 한도 내에서 컴퓨터가 이용자를 대신하는 것이 아니라 실은 이용자의 포괄적 의사의 구체화를 보조하는 것에 지나지 않는다. 또한 '표시없는 행위'와 '행위없는 표시'가 결합되어 하나의 전자적 의사표시가 이루어진다고 하지만, 무릇 의사표시란 인간의 의식적인 의사행동이고 이 때 표시는 원칙적으로 의사를 표현하는 보조적인 의미를 가질 뿐이므로 양자가 결합된다고 하더라도 '행위'에 압도적인 의미가 부여되어야 한다.⁹⁾ 이 점은 이

6) Fischer, "Computer as Agent : A Proposed Approach to Revised U.C.C. Article 2", Ind.Law J., Spring 1997, pp.569~570

7) Peritt, Jr., Law and the Information Superhighway, 1996, p.385

8) 박영규, "현대사회와 법률행위론", 「사법연구」 제2집, 212쪽 ; 지원립, 전계논문, 50쪽 이하 ; 김상용, 전계논문, 63쪽 이하

9) Eisenhardt, JZ 1986, 875 ; 지원립, 전계논문, 50쪽

른바 보조자를 통하여 의사표시를 한다고 하여 반드시 그 표시가 보조자에게 기속되는 것은 아니며, 당연히 그 보조자를 사용한 자에게 귀속되어야 한다는 점을 고려한다면 해결할 수 있다.

그러므로 컴퓨터에 의하여 작성·교부된 표시는 표시를 행하는 전 단계에서 기계를 이용하고 그것을 표시 목적으로 사용하는 인간의 의사에 기인한다. 따라서 자동화된 의사표시가 전통적 법률행위론을 변경시키지 않을 것이며, 자동화설비를 이용한 거래에 관해서도 행위능력 및 의사표시에 관한 일반원칙이 적용되어야 한다고 주장한다. 그러면서 달리 전통적 의사표시론으로 해결될 수 없는 문제가 아직 등장하지 않았고, 기존의 법규 및 해석론의 적절한 운용만으로도 정보사회의 법적 문제를 충분히 해결할 수 있으며, 따라서 별도의 전자적 의사표시라는 개념을 인정할 필요가 없다고 한다. 왜냐 하면, 전자적 의사표시론은 기존의 법률행위론을 표시주의적 입장에서 수정하여야 한다고 하지만, 가령 비서에게 포괄적으로 지시를 한 자가 비서에 의하여 완성된 문서를 읽지 않고 서명하여 송부시킨 경우, 표시는 비서가 한 것인가? 하는 물음에 대하여, 의사표시에 있어서 표의자가 자신의 구체적 의사를 반드시 인식하여야 하는 것은 아니라고 반박하면서, 이 경우 그 의사표시의 귀속은 자명한 것이고, 따라서 전자적 의사표시론이 제기하는 귀속문제는 불필요하다고 주장한다.¹⁰⁾ 그리하여 전자적 의사표시라는 용어에 관해서도 컴퓨터라는 전자적 자동화장치는 결국 인간의 의사표시를 구체화하는 수단에 불과하다는 점에서 공통되므로 오히려 자동화된 의사표시라는 개념이 더 적절하다고 한다. 그리고 미국통일전자상거래법 제1초안의 전자대리인이라는 개념을 놓고 우리 법에서 인정할 것인가 하는 문제와 이를 관련시키는 견해도 있다. 이 견해에 의하면 기술의 진보에 따라 컴퓨터가 수행하는 보조행위의 범위가 넓어지면 전자적 의사표시 이론이 유용할 시대가 올지 모르지만, 현시점에서는 전자적 대리인은 그것을 지배하는 인간의 도구라는 위치일 뿐이라고 한다.¹¹⁾ 즉 이 문제는 표의자의 포괄적인 명령에 의해 개개의 구체적인 사정에 따라 외적인 표시를 하는 보조자, 가령 피용자의 지위를 어떻게 볼 것인가와 직결되는 바 이 경우에 표시는 표의자의 내부의 영역에서 이루어지는 것으로서, 그 보조자의 지위를 대리인으로 볼 필요도 사자로 볼 필요도 없다고 본다. 오히려 민법 제319조를 유추하여 보조자의 표시행위는 표의자에게 귀속된다고 보는 것으로 풀이하고 있다.

10) 지원립, 전계논문, 51쪽, 주32 참조

11) 한웅길, “전자거래와 계약법”, 「비교사법」 제5권 제2호, 1998, 15~16쪽

2.4. 검토

자동화된 의사표시론에 따르면 컴퓨터는 인간이 만든 도구이므로 컴퓨터가 하는 행위는 인간의 행위의 결과로 보고 컴퓨터의 독자성이라든가 자율성을 부정하고 있다. 설사 자율적으로 보이는 행위가 있다고 하더라도 이는 결국 인간이 만든 프로그램이나 프로그램을 이용하는 자의 행위에 지나지 않는다고 본다.

지금까지 이용되던 대개의 컴퓨터는 컴퓨터 이용자의 의사를 그대로 표시하는데 지나지 않아 이는 방식만 달리 했지 자동판매기, 팩스, 심지어는 전화기와도 구별되어야 할 중요한 이유가 없다고 보는 점은 타당하다. 그러나 컴퓨터는 이런 단순한 기능만 수행하는 것이 아니고 스스로 일정한 판단을 수행하여 이를 외부로 표시하는 경우도 있다. 예를 들어 자동차제조회사의 컴퓨터가 부품제고 부족시 일정한 부품의 구입을 청약하고 이에 대하여 부품회사의 컴퓨터가 승낙하는 경우와 같이 컴퓨터의 자율성이 인정되는 예에서는 사람의 개입없이 의사표시가 이루어지고 구체적인 의사표시의 내용을 이용자가 알지 못하는 경우가 발생한다.

이러한 컴퓨터에 의한 의사표시를 팩스에 의한 의사표시나 자동판매기 거래와 같이 보는 것은 무리라고 본다. 다수의 행위 가능성 속에서 여러 가지 조건을 판단하여 하나의 행위를 결정하는 기능, 사람의 간섭 없이 행위를 하는 기능은 기존의 다른 기계와 컴퓨터를 구별짓는 특징이다. 따라서 컴퓨터는 이용자의 의사의 구체화에 보조하는 기능이 아니라, 의사를 결정하고 부분적으로 대체하는 기능까지 수행하고 있다고 볼 여지가 있다.

전자적 의사표시론도 장황하게 전자적 의사표시의 특징을 설명하면서도 결국 민법상의 조문 몇 개를 수정할 필요가 있다는 입법론에 그치고 있어, 전자적 의사표시의 본질을 외면하고 있다는 지적을 피하기 어렵다. 이용자의 컴퓨터 프로그램에 의하여 의사의 포괄적 형성은 이루어지고 컴퓨터에 의하여 의사의 구체화가 일어난다는 주장은 적절하나 여기서 논의가 더 발전되지 못하는 점은 아쉽다. 왜냐 하면, 정작 '컴퓨터 의사표시'에서 문제가 되는 것은 의사의 구체화가 이루어진 경우 이를 누구의 의사로 볼 것이며, 만일 이용자의 의사표시라 인정한다면 이용자가 의사표시의 내용을 알지 못하는 데도 이용자의 의사표시로 인정하는 법적 근거가 문제되기 때문이다.¹²⁾

전자적 의사표시의 실체에 관한 논의의 본질은 컴퓨터가 자율성을 가진다는 점에

12) 정경영, 전계논문, 400~401쪽

있으며 이에 관한 검토가 필요하다고 본다. 컴퓨터의 자율적 의사표시에 대해 컴퓨터는 의사능력이 없으므로 의사표시의 주체가 될 수 없고, 의사표시의 주체가 될 자격을 가지는 컴퓨터 이용자가 의사표시의 내용을 인식하지 못하였다면 의사표시의 원칙상 효력을 인정하기 어렵게 되어 결국 컴퓨터 의사표시를 요소로 하는 계약 역시 무효로 된다. 이와 같이 민법상의 원칙을 근거로 '컴퓨터 의사표시'의 효력을 부인하는 것은 물론 부당하므로 이러한 결과를 피할 수 있는 해석론이 요구된다.¹³⁾ 아울러 의사표시과정에서 컴퓨터가 전화와 같은 기존의 표시도구와 본질적인 차이를 갖지는 않지만, 컴퓨터를 통한 의사표시는 非對面性 등 그 특수성으로 인하여 對面 거래를 전제로 하는 기존의 전통적인 의사표시 이론에 의해 모든 것을 해결하기에는 문제가 있다고 본다. 따라서 전자적 의사표시라는 새로운 개념을 도입할 필요가 있는가에 대하여 아직 통설적인 견해는 없지만, 전자거래의 특성상 상대방의 주관적 의사를 판단하기 어려운 구조를 가지고 있으므로 표시의 중요성은 기존의 의사표시의 경우보다 중요한 의미를 가진다고 보아야 할 것이다.¹⁴⁾

그러나 1999년 법률 제5981호로 제정된 '전자거래기본법'은 이에 대하여 어떠한 규정도 두고 있지 않기 때문에, 전자문서에 의하여 계약을 체결하는 경우 그 유효성이 인정될 수 있는지에 대하여 불확실한 상태에 놓이게 된다. 특히 이러한 불확실성은 청약과 승낙을 표시한 전자문서가 사람의 직접적인 개입 없이 컴퓨터에 의하여 생성·처리되는 'on-line system에 의한 계약체결'¹⁵⁾, 즉 사람이 사전에 입력한 포괄적 의사를 수행하는 컴퓨터의 연산기능에 따라 의사표시를 전자적 코드로 정형화하여 생성·처리·출력시키는 체계를 통한 계약의 경우에 두드러지게 나타난다.¹⁶⁾ 그런데 UN전자상거래 모델법 제11조에서는 계약의 성립과 유효성에 대하여 규정하고 있다. 즉 계약의 성립과 관련하여 당사자간에 달리 정하지 않는 한 청약과 승낙은 데이터 메시지를 이용하여 표시할 수 있다. 데이터 메시지가 계약의 성립에 이용된 경우에 당해 계약은 그러한 목적으로 이용되었다는 이유만으로 그 효력 및 강제집행력이 부인되지 않는다고 한다.¹⁷⁾ 이는 계약체결 문제에 관해서 만이 아니라, 청약과 승낙이

13) Ibid., p.402

14) 노태약, "전자거래에 있어 계약의 성립을 둘러싼 몇 가지 문제", 「법조」 통권 517호(1999. 10), 61~62쪽

15) 정용상, "전자상거래 입법의 법적 문제", 「상사법연구」 제17권 제3호, 한국상사법학회, 79쪽

16) Allen/Widdson, "Can Computer Make Contracts?", 9 Harv. J. L. & Tech. 1 (1996), 26

17) UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce, Article 11. Formation and validity of contracts (1) In the context of contract formation, unless otherwise agreed by the

표시되는 형식에 대해서 다루고 있는 규정이다. 이로 인하여 전자문서에 의한 계약체결의 경우 법적 확실성을 보장받게 되고 있고,¹⁸⁾ 이러한 규정은 앞으로 전자거래기본법을 개정할 경우 참고삼아야 할 것이다.¹⁹⁾

Ⅲ. 전자상거래에 있어서의 '의사표시'

3.1. 청약의 의사표시와 '청약의 유인'

계약이란 일정한 법률효과의 발생을 목적으로 하는 쌍방 당사자의 서로 대립하는 의사표시의 합치로 성립하는 법률행위이고, 계약이 성립하려면 청약과 그에 합치하는 승낙을 필요로 한다. 청약은 승낙과 결부되어 일정한 계약을 성립시킬 것을 목적으로 하는 일방적이고 확정적인 의사표시를 말한다. 청약 자체는 단독으로 궁극적 목적을 달성할 만한 법률효과를 발생시키기에 부족하며, 따라서 법률행위가 아니라 법률행위를 구성하는 법률사실로서의 의사표시에 지나지 않는다. 다만 의사표시가 있는 경우에는 계약을 체결하겠다는 확정적 의사표시이기 때문에 계약 체결의 확정적 의사 없는 계약 체결의 준비행위나 청약의 유인과는 다르다. 청약에 대한 승낙이 있으면 계약은 바로 성립하며, 따라서 청약은 계약을 결정할 수 있을 정도의 사항을 표시하는 것이 필요하다.

전자적으로 송달된 청약에 대하여 구두 또는 서면에 의한 청약과 다른 법적 효과를 부여할 이유는 없다. 또 전자적 청약이 효력을 발생하기 위해서도 승낙자의 승낙에

parties, an offer and the acceptance of an offer may be expressed by means of data message. 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.

18) 미국통일상법전(UCC)에 있어서는 계약성립과 관련하여 사기방지법(statute of frauds ; § 2B-201(a)과 구술증거배제법칙(parol evidence rule ; § 2B-301)과의 관계에서 전통적인 서면이나 서명의 요건을 전자상거래 관계에서 어떻게 볼 것인가 하는 문제가 제기되었는데, 이러한 문제를 해결하기 위해 UCC 2B 초안은 '서면' 대신 '기록(record)'을, 아울러 '서명' 대신 '본인인증(authentication)'의 개념을 채택하고 있다(§ 2B-114(a)).

19) 맹수석, "전자상거래 관련법규의 법적 문제에 관한 연구", 「법학연구」 제10권 제1호, 충남대 법학연구소, 1999, 227쪽

의하여 계약이 성립하여야 한다. 다만 계약의 내용에 반드시 청약이 명시되어야 하는 것은 아니며, 당사자간의 거래관계, 관습, 의사표시의 해석에 의하여 확정할 수 있으면 충분하다. 청약의 의사표시는 상대방에게 도달한 때로부터 효력이 발생하며, 일단 효력이 발생한 후에는 청약자가 이를 철회(cooling-off)하지 못한다(민법 제527조). 이를 청약의 구속력이라 한다.

이에 앞서 청약의 유인은 상대방이 청약하도록 유인하기 위한 행위로서, 계약을 구성하는 의사표시가 되지 못한다. 따라서 유인받은 자가 의사표시를 하더라도 계약은 성립되지 아니하며, 유인받은 자의 청약의 의사표시에 있어서 유인자 측으로부터 승낙의 의사표시를 함으로써 계약이 성립된다. 청약의 유인으로는 구인광고, 물품판매광고, 상품목록의 배부, 정찰제 상품의 진열, 기차시간표의 게시 등을 들 수 있다. 청약의 유인은 확정적 의사표시의 존재여부에 의한다는 것이 다수 견해이다.²⁰⁾

전자상거래의 경우에는 가상공간에서 상품의 전시를 청약이라 볼 것인가, 청약의 유인으로 볼 것인가에 대하여 다툼이 있다.

첫째 청약의 유인으로 보는 견해는, 인터넷의 전자상거래에서 게시된 상품이나 용역에 관한 책자를 본 뒤에 소비자가 클릭하여 주문하는 행위는 신문광고나 우편에 의한 상품책자로 주문하거나 TV를 통하여 주문하는 경우와 비교한다. 통신판매에서 소비자의 주문행위는 청약으로 보기 때문에(방문판매법 제21조), 사업자가 상품책자를 보내거나 TV에 상품의 내용을 게시하는 것은 청약의 유인이 된다. 그리하여 인터넷상의 상품게시를 청약으로 보게 되면, 사업자가 판매량의 예측에 실패하여 충분한 재고를 가지지 못하고 광고할 때에 채무불이행이 될 가능성이 있으며, 불특정 다수인을 상대로 한다는 점에서 청약의 유인으로 보아야 한다는 것이다.²¹⁾

둘째 청약으로 보는 견해는, 인터넷상에서는 사업자가 확정된 상품의 내용, 가격, 거래 조건 등을 명시하고 신용카드상의 번호를 입력하면 즉시 계약체결이 완료되고, 이에 따라 상품을 송부하게 된다.²²⁾ 따라서 인터넷을 통한 전자상거래의 발전에 따른 소비자의 피해를 줄이고 인터넷상 광고의 오류에 따른 책임은 사업주가 짐으로써 신중하고 신뢰성 있는 상품광고를 유도하기 위해서 인터넷 홈페이지 및 쇼핑몰에 상품이나 용역을 게시하는 행위를 청약으로 보는 것이 합리적이라고 한다.²³⁾ 생각건대, 이

20) 김형배, 「채권각론(상)」, 1995, 121쪽 참조

21) 한용길, 전계논문, 32쪽

22) 최창열, “전자거래에서의 법률행위에 관한 연구”, 「성균관법학」 제11호, 1999, 15쪽

는 인터넷 사이트에서의 게시내용이나 거래관계 등을 고려하여 판단하여야 한다.

승낙은 청약과 합치됨으로써 계약이 성립되고 시간적으로 볼 때 승낙이 청약보다 나중에 이루어지므로 통상 승낙의 효력발생시기가 계약의 성립시기가 된다. 그런데 사실상은 전자데이터를 발신하는 순간에 계약은 성립하며, 계약의 구속력이 발생하게 된다. 사이버 숏과 홈페이지를 열어 소비자로부터 주문을 받을 준비가 갖추어진 것이 청약의 유인으로 이해한다면 소비자 쪽에서 구입할 자료의 발신은 계약의 청약이 될 것이고, 이 때에 사업자 측으로부터 별도의 승낙이 필요하다.

승낙에 해당하는 전자데이터의 발신이 네트워크의 장애에 따라 상대방에게 도달하지 못하는 경우에는 도달주의를 채택하는 것이 합리적이라고 판단되지만, 전자상거래에 있어서는 전자데이터의 발신시점과 도달시점 사이에 시간적 차이가 없기 때문에 사실상의 발신주의든 도달주의든 별다른 차이가 없다는 견해도 있다.²⁴⁾ 그런데, 사람의 개입 없이 컴퓨터에 의하여 계약이 성립할 수 있는가의 문제가 있다. 컴퓨터가 프로그램에 따라 자동으로 청약할 수 있도록 고안되어 있는 경우, 컴퓨터에 의한 자동화된 청약도 구속력 있는 청약이 된다고 보아야 할 것이다. 컴퓨터에 의한 승낙도 일반적으로 가능하다고 볼 수 있으나, 이러한 승낙은 사람에 의한 승낙과 동일한 분석에 의하여 그 유효성을 판단하여야 할 것이다. 이러한 관점에 선다면, 예컨대, 전자문서교환(EDI) 거래에 있어서 컴퓨터가 자동적으로 청약의 수신을 확인하는 것만으로는 승낙이 될 수 없고, 당사자가 청약에 대하여 효력을 부여하는 별도의 확인 행위가 필요하게 된다.²⁵⁾ 참고로, 유엔국제거래법위원회의 국제간의 지급이체에 관한 모델법(UNCITRAL Model Law on International Credit Transfers, 1992)에서는 수신확인을 조건으로 행해진 전자데이터 통신은 수신확인 도달시까지 송신되지 않는 것으로 본다고 규정하고 있다(동법 제14조).

3.2. 계약의 시기 - 발신주의와 도달주의

전자상거래 당사자 사이에 컴퓨터 등을 통한 계약이 이루어지는 경우, 이를 대화자간의 거래로 볼 것인가, 아니면 격지자간의 거래로 볼 것인가가 문제된다. 이에 대해

23) 최창열, 전계논문, 40쪽

24) 内田 貴, “電子商取引法(2)”, 「NBL」 No. 601 (1996. 9), 19면

25) 손진화, “전자상거래의 법적 제문제”, 「JURIS FORUM」 창간호, 1998, 17쪽

여도 현행 전자거래기본법은 별도의 규정을 두고 있지 아니하므로 민법에 의해 해결할 수밖에 없다. 우리나라 민법은 대화자간의 의사표시는 의사표시의 효력발생시기에 관한 일반원칙의 규정에 따라 도달주의에 따르고 있다(민법 제111조).

이에 대하여 격지자간의 의사표시라고 할 경우에는 격지자간의 계약성립시기에 관한 규정이 적용되고 발신주의에 따르게 된다(민법 제531조).

따라서 컴퓨터 등을 통하여 거래가 성립할 경우 대화자간의 거래로 보면 승낙의 의사가 도달하였을 때에 계약이 성립하고, 격지자간의 거래로 보게 되면 승낙의 의사를 발신하였을 때에 계약이 성립하게 될 것이다.

도달주의에 따르는 경우에는 전송내용이 상대방의 컴퓨터에 입력된 때이고, 당사자간에 수신확인을 위한 합의가 있으면 수신확인 메시지가 도달한 경우에 계약이 성립한다. 그리고 발신주의에 의하면, 발신인 컴퓨터가 구체적인 의사를 상대방 컴퓨터에 전송하는 순간에 발신이 존재한다고 본다. 이에 관하여 우리나라의 학설을 살펴보면, 다음의 세 가지로 나뉜다.

첫째 표의자와 수령자의 컴퓨터가 물리적으로 분리되어 있고 발신과 도달이 동시에 일어나지 않으며 전자적 의사표시가 전자사서함에 저장되는 경우도 있기 때문에 전자적 의사표시는 격지자간의 의사표시라는 견해,²⁶⁾

둘째 전자상거래에 있어서는 비록 격지자라고 하더라도 의사표시의 발신과 도달이 거의 동시적 또는 실시간(real-time)으로 이루어지고 발신자로서는 의사표시의 도달여부를 용이하게 알 수 있기 때문에 대화자간의 거래로 보아야 한다는 견해,²⁷⁾

셋째 전자상거래의 방법은 매우 다양하므로, 인터넷폰이나 화상회의의 경우에는 대화자 거래라고 하지 않을 수 없을 정도로 물리적 거리를 제외하고는 대면거래와의 차이가 존재하지 않으며, 채팅의 경우에도 형식적으로는 '극도로 빠른 서신 교환'에 가까울지라도 대화자간의 거래라고 하여야 하는데 반하여, 컴퓨터의 팩스방식의 전송이나 전자우편, 전자적 의사표시를 이용하는 경우에는 전자거래의 발신과 도달 사이에 의사표시의 소멸·왜곡·도달장애의 가능성을 고려하여 격지자간의 거래로 보아야 한다고 함으로써 전자거래의 방법에 따른 구체적인 형태에 따라 정해야 한다는 견해²⁸⁾

26) 김상용, "자동화된 의사표시와 시스템계약", 「사법연구」 제1집, 청헌법률문화재단, 1992, 51쪽 ; 지원림, 전계논문, 53쪽

27) 최성준·김영갑, "정보사회에 대비한 상사법 연구 서론", 「정보사회에 대비한 일반법 연구(I)」, 통신개발연구원, 1997, 155쪽

28) 오병철, 「전자거래법」, 1999, 222~223쪽

등이다.

전자거래기본법에 의하면, '전자문서'는 작성자 이외의 자 또는 작성자의 대리인 이외의 자가 관리하는 컴퓨터 등에 입력된 때에 송신된 것으로 보며(동법 제9조 제1항), 수신자가 이를 지정한 경우에는 수신된 것으로 본다. 다만 지정한 컴퓨터가 아닌 컴퓨터 등에 입력된 경우에는 수신자가 이를 출력한 때에 수신된 것으로 본다(동조 제2항 1호). 그리고 수신자가 전자문서를 수신할 컴퓨터 등을 지정하지 아니한 경우에는 수신자가 관여하는 컴퓨터 등에 입력된 때에 수신된 것으로 봄으로써(동조 동항 2호), 특정 당사자간의 고정된 전자상거래의 경우에 도달주의를 취하고 있음을 알 수 있다. 이에 반하여, 회원제를 전제로 하지 않는 오픈형 전자상거래의 경우에는 어떠한 시점에서 계약이 성립하는지가 명확하지 않다.

참고로, 국제물품매매계약에 관한 비엔나 협약(CISG)에서도 송낙의 도달시기에 계약이 성립한다고 규정하고 있으며, UNCITRAL Model법에서도 도달주의 원칙이 당연함을 전제로 별도로 조문화되지 않았다고 한다.²⁹⁾

생각건대, 전자적 의사표시에 의하여 계약을 체결하는 경우 보통은 대화자간의 계약으로 보아 도달주의에 의하는 것이 타당할 것이다.³⁰⁾ 따라서 이에 대한 논란을 방지하기 위한 입법조치를 검토할 필요가 있다. 왜냐 하면, 전자상거래에 있어서 격지자간의 의사표시는 인터넷을 통한 전자상거래의 주요한 수단으로 볼 수 있다.

즉 격지자와 대화자간의 구별기준은 직접적인 통화와 신호에 따라 이루어진다. 그러나 전자상거래의 의사표시에 있어서의 의사형성은 인간이 하고 구체적인 표시행위는 컴퓨터 등의 자동화 장치에 따라 이루어지는 경우가 많기 때문에 일반적인 의사표시와는 달리 의사표시의 외형이 매우 단순한 문자나 숫자 또는 기호 등을 디지털화한 정보로 존재하게 되어 상대방에게는 그 인적 특성이 무시되고 있다. 따라서 구체적인 법률행위의 해석에 있어서 상대방의 선의·무과실이라는 개념의 개입 여지가 축소되어 행위의 외형을 신뢰하는 상대방을 보호하고 거래의 안전을 도모할 필요성이 늘어나 표시주의적 입장이 강하게 부각될 가능성도 있다.³¹⁾

29) 池田眞郎 "情報化/デジタル化" 「ジュリスト」 1126號, 203面; 内田 貴, 前掲論文, 19面

30) 정용상, 전계논문, 80쪽; 노태약, 전계논문, 121쪽

31) 최창열, 전계논문, 34쪽

3.3. 청약의 철회

전자상거래에 있어서는 계약의 판단에 필요한 정보면에서 소비자가 얻을 수 있는 인식의 범위가 질적·양적으로 한정되어 있다는 점과 소비자의 반응과 판단이 경솔하기 쉽다는 것 등의 특질이 있어서 유형적으로 계약의 대상인 상품과 서비스의 내용 및 질의의 인식과 판단에 잘못이 생기기 쉽고, 그러한 상품과 서비스의 필요성과 효능 및 가치판단이 어긋나기 쉽다. 그리고 인식과 판단이 정당한 것이라 하더라도 키를 잘못 클릭하는 등의 조작상의 실수나 데이터 오류 등 네트워크상의 문제에서 소비자가 예기치 않는 법적 효과 내지 법적인 책임이 발생하지 않는다고 할 수 없고, 입력의 실수로 인한 것이라는 입증도 용이하지 않다.³²⁾ 따라서 소비자 보호의 관점에서부터 청약의 철회를 인정할 필요성과 합리성이 있다. 다만, 전자거래가 상대방의 표시를 신뢰하는 바탕 위에서 신속하게 이루어진다는 점에서 본다면, 이른바 '온라인(on-line)거래'에서처럼 소프트웨어나 MP3 같은 음악파일을 직접 다운로드(download) 받는 거래의 경우는 이러한 청약의 철회를 제한적으로 해석하여야 할 것이다.³³⁾ 한편, 현행 방문판매 등에 관한 법률에서 정하는 통신판매로서, 특히 인터넷을 통하여 물건을 구입하는 등의 일정한 경우 청약을 철회할 수 있다. 이 경우 청약의 철회는 통신판매업자가 상품 또는 용역 제공서에 포함되어 제공되는 서식을 작성하여 행하여야 하는 요식행위이고, 서식을 발송하는 날 효력이 발생하도록 하는 발신주의를 채택하고 있다(동법 제21조 제3항).

3.4. 계약의 이행과 그 책임

전자상거래의 계약의 이행이란 컴퓨터를 계약목적의 이행을 위한 수단으로 이용하는 경우와 그 밖의 수송수단을 이용하는 경우로 나눌 수 있으며, 전자적 이행을 이용하는 경우에는 대부분 계약체결과 계약의 이행 모두 전자적 방식으로 행하여지게 된다. 전자상거래에서 계약이 성립되면 일반계약처럼 계약당사자는 계약내용에 따라 채권을 취득하고 채무를 부담한다. 매도인은 급부이행의 의무를 부담하고, 매수인은 대금지급 의무를 진다. 이러한 대금결제 의무는 전자화폐에도 영향을 미친다. 전자상거

32) 정종휴, "전자거래의 등장에 따른 계약이론의 변용", 「인권과 정의」 통권 제268호(1998. 12), 83~84쪽

33) 노태악, 전제논문, 125쪽

래를 통한 계약의 급부이행은 매도인이 목적물을 우송하거나 택배를 이용 송달하게 되는데, 매수인에게 발송함으로써 이행을 완료하는 종래의 오프라인(off-line)형과, 컴퓨터를 이용하여 다운로드하는 디지털 데이터가 네트워크를 통하여 매수인에게 송신됨으로써 전자적 형태로 급부를 이행하는 온라인(on-line)형이 있다.

전자는 그 성질상 컴퓨터망을 통하여 이루어지는 것이 불가능한 有體物을 현실 상품으로 배달할 수 있다는 것으로 결과적으로는 전자거래의 안전성을 담보한다고 볼 수 있고, 후자는 전자거래에서 전자데이터화 할 수 있는 것을 거의 모든 온라인으로 소비자에게 전송할 수 있다. 그리고 이러한 소프트웨어 이외에 신문·잡지의 기사, 서적 속의 문장, 사진·영화·비디오 등의 동화상, CD와 레코드에 기록되어 있는 음악, 통계나 기상데이터, 유가증권과 외환 등의 정보제공은 온라인으로 이해할 수 있다. 재산상의 권리도 전자정보에 기록하여 권리표창이 가능하고 전자정보의 기록으로 통용력을 인정할 수 있다면 온라인으로 권리이전이 가능하다.³⁴⁾ 이러한 전자적 이행의 대부분의 경우에는 채무자가 이행을 위한 컴퓨터망을 운영하는 경우가 아니라 통신망을 운영하는 별도의 제3자를 이행보조자로 이용하여 이루어진다. 계약 이행과정에서 파생되는 책임을 채권자에게 부담하기 위해서는 그 오류의 원인을 인간에 의한 것과 기술적인 오류로 구분할 필요가 있다.³⁵⁾ 인간에 의한 오류의 경우는 기존의 과실책임 원칙으로 충분히 다룰 수 있으나, 기술적인 오류인 경우에는 인간의 부주의로 환원할 수 있는 것과 모든 주의를 다하여도 발생할 수밖에 없는 것으로 나눌 수 있다. 여기서 인간의 부주의로 되돌릴 수 있는 기계적인 오류는 과실의 인정 범위를 확대하여 기존의 과실책임에 의하되, 모든 주의를 다하여도 발생할 수밖에 없는 기계적 오류에 대해서까지 채권자에게 책임을 지우는 것은 가혹하다고 할 수 있다. 그리하여 컴퓨터 이용자에게 컴퓨터의 오류로 인하여 발생하는 손해를 부담시키는 것이 독일의 모험원칙(Risikoprinzip)에 따른 책임이라고 할 수 있다.³⁶⁾ 이는 컴퓨터와 정보통신의 도입을 통하여 이용자는 특별한 위험을 창출하므로 이러한 과학기술화의 결과에 대해 책임을 져야만 한다는 점에 기인한다. 송신된 디지털에 하자가 있는 경우로는 데이터의 내용에 하자가 있거나, 데이터 자체에는 하자가 없지만 표시된 전자데이터에 하자가 있거

34) 松本恒雄, “高度情報通信社會の契約法”, 「新版 注釋民法(13)」, 1996, 265面; 内田 貴, “電子去來と法(1)”, 「NBL」 No. 600, 1996, 38面 以下

35) Lieser, “Die zivilrechtliche Haftung im automatisierten Geschäftsverkehr”, JZ, 1971, S.759

36) Lieser, a.a.O., S.763

나 디지털 데이터에 컴퓨터 바이러스 등 유해 데이터가 부착되어 있거나,³⁷⁾ 또는 발신자 및 수신자 측의 시스템이 조화가 안되어 야기되는 하자 발생 또는 수신자의 데이터 조작 단계에서 일어나는 기술적인 하자발생 등을 들 수 있다.³⁸⁾

이 경우 외에는 매도인의 채무불이행책임과 하자담보책임이 야기되므로, 하자 있는 전자데이터를 수령한 소비자에게는 매도인에 대한 완전한 이행청구권, 손해배상청구권 및 계약해제권이 부여된다. 전자상거래에 있어서의 사고는 청약이나 승낙의 데이터 소실, 전송지체, 데이터 오류, 이중송신, 데이터의 잘못 입력, 매도인의 사기, 상품의 불도달, 목적물의 하자 등을 들 수 있다.³⁹⁾ 특히 청약이나 승낙 데이터의 소실, 전송지체, 데이터 버그 등은 시스템의 취약성에 따라 일어난다. 이것은 재해에 의하거나 고의·과실에 의하거나 오픈 네트워크에 의하여 확률적인 불운으로 발생한다.

그리고 데이터의 입력이 잘못되었을 경우에는 착오의 문제로 된다. 이중송신은 승낙이라는 동일한 의사표시를 두 번 하는 것이므로 데이터의 입력을 잘못된 것으로 본다. 인터넷을 이용한 거래는 손해발생의 형태와 발생하는 손해의 범위를 예측하기가 곤란하고, 손해발생의 원인을 밝히기 어렵다는 점에 단점이 있다. 그런데 매도인의 사기, 파산, 과대광고 등의 경우에 따라 소비자가 이의를 제기하지만, 매도인의 소재지가 분명하지 아니하거나, 설혹 주소가 판명되더라도 매도인의 책임을 받아들이는 경우가 드물고, 책임이 분명히 밝혀진 경우라 하더라도 배상능력을 갖지 못한 경우가 많다. 따라서 소비자의 손해배상청구권의 실효성을 확보하기 위해서 책임 또는 위험을 부담해야 할 자의 범위를 검토할 필요가 있다.

IV. 전자상거래에 있어서의 의사표시의 하자

그렇다면, 전자상거래에 있어서의 의사표시와 자연적 의사표시시간에 구조상, 현실적 규율의 필요성이 별도로 존재하지 않는가가 문제된다. 전자적 의사표시라고 하더라도

37) 藤原宏高 編, 「cyber spaceと法規制」, 日本經濟新聞社, 1997, 238面

38) 손경환, “한국 사이버법의 최근동향”, 제4회 KITAL 정기 국제심포지엄(사이버시대의 법적 환경) 자료, 1998. 7, 205쪽

39) 정종휴, 전계논문, 87쪽

단지 의사표시가 컴퓨터를 이용하였다는 것일 뿐 표의자가 사람임에는 변함이 없으므로 이를 별도로 취급할 필요는 없을 것이다. 그러나, 의사표시가 디지털화되어 전달되며 사람은 포괄적 의사를 결정하고 그 개별적 구체적인 의사는 컴퓨터에 의하여 표현된다는 점에서 기존의 의사표시 이론에 약간의 변용 가능성은 상존한다.

4.1. 진의 아닌 의사표시

진의 아닌 의사표시를 한 경우에는 민법 제107조 제1항에 의하여 그 효력이 인정된다. 그러나 상대방이 표의자의 진의 아님을 알았거나 이를 알 수 있었을 경우에는 무효로 한다(동조 제1항 후단). 이 진의 아닌 의사표시를 전자상거래의 의사표시에서는 컴퓨터 이용자가 의식적으로 자신의 포괄적 효과의사와는 다른 전자적 의사를 선택하여 입력행위를 함으로써, 그 입력행위대로 컴퓨터가 효과의사와 다른 표시를 한 경우라고 풀이한다. 즉 표의자의 내심의 의사와 입력되는 프로그램 등으로 전자화된 의사간에 불일치가 있음을 표의자가 스스로 알고 있는 경우이다. 따라서 이러한 전자상거래의 진의 아닌 의사표시는 민법 제107조를 적용하게 되면 원칙적으로 유효하며, 상대방이 전자상거래의 의사표시가 표의자의 진의 아님을 알았거나 알 수 있었을 경우에는 무효라고 하게 된다. 여기서 고의(악의)의 경우에는 차치하더라도, 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, 40) 표의자가 진의 아닌 표시라는 이유로 자신의 의사표시의 무효를 주장하는 데 대하여 반대하지 못할 사정이 없는 한, 상대방에게는 과실이 없다고 해석해야 할 것이다. 이에 관하여 입법론으로는, 전자상거래의 의사표시에 있어서는 상대방이 악의인 경우에만 무효로 할 필요가 있다고 하는 견해⁴¹⁾와 전자상거래의 자동화된 의사표시에 있어서 상대방이 악의인 경우에만 무효로 하는 입법론은 표의자와 그 상대방 수령자가 물리적으로 분리되어 있어서 실제로 이 규정이 적용될 여지는 거의 없으므로 불필요하다는 견해⁴²⁾로 갈리고 있다.

40) 오병철, 전계 학위논문, 136~137쪽

41) 오병철, 전계논문, 138~139쪽 ; 한웅길, 전계논문, 18쪽

42) 지원림, 전계논문, 55쪽

생각전대, 전자상거래의 비대면성, 즉시성, 공개성으로 인하여 상대방이 표의자의 진의 아님을 알게 될 가능성은 그만큼 희박하다고 할 것이고, 따라서 의사표시가 무효로 되는 경우는 드물 것으로 보인다.⁴³⁾

4.2. 통정허위표시

민법에 있어서는 상대방과 통정한 허위의 의사표시를 무효로 한다(제108조 제1항). 그러나 위의 의사표시의 무효는 선의의 제3자에게 대항하지 못한다(동조 제2항). 전자상거래에서의 통정허위표시에 의한 거래가 이루어지는 경우란 극히 드물다. 다만, 쌍방향 네트워크인 인터넷이나 전자메일 등을 통하여 전자적 방법으로 통정허위표시를 하는 경우가 있다. 이 경우에 있어서도 컴퓨터 사이의 통정은 있을 수 없으므로, 통정은 자연적 효과의사에 의한 방법으로 하고 이에 따라 전자적 의사표시를 하는 것을 말한다. 따라서 전자상거래의 경우를 민법 제108조 제1항의 통정허위표시의 특수성으로 고려할 필요는 없다고 보고 이를 그대로 적용할 수 있을 것이다. 통정허위표시는 전자상거래의 의사표시에 하자가 있는 경우 가운데, 유일하게 전자상거래상의 의사표시와 자연적 의사표시간에 구조상, 현실적 규율의 필요성이 별도로 존재하지 않는 셈이다. 왜냐 하면, 전자상거래에서 이루어지는 거래는 사전에 입력된 프로그램에 따라 정형적인 방식으로 이루어지는 경우가 대부분이며, 개별적·구체적으로 발생하는 거래에 대해서 프로그램한 당사자는 구체적으로 인식하고 있지 않고 프로그램시에 거래에 대한 포괄적인 의사만을 가지고 있을 뿐이기 때문이다.

4.3. 착오에 의한 의사표시

민법 제109조에 의하면, 의사표시는 법률행위의 내용의 중요부분에 착오가 있는 때에는 취소할 수 있다. 그러나 그 착오가 표의자의 중대한 과실로 인한 때에는 취소하지 못한다(동조 제1항). 이 의사표시의 취소는 선의의 제3자에게 대항하지 못한다고 규정하고 있다(동조 제2항).

이 규정은 전자상거래에 있어서의 법률행위에도 일반적인 의사표시론에서처럼 원칙적으로 의사표시의 흠결의 경우에 취소가 가능한가 하는 문제가 있다. 전자적 의사표

43) 최창열, 전계논문, 35쪽

시에 착오가 있으면, 민법 규정에 따라 그 착오가 표의자의 중대한 과실의 경우를 제외하고 취소할 수 있다. 전자적 의사표시에서는 이용자의 포괄적으로 형성된 의사를 효과의사로 인정하므로, 착오는 운영자의 포괄적 의사와 컴퓨터의 표시와의 인식 없는 불일치라고 볼 수 있다.⁴⁴⁾

전자상거래상 의사표시의 하자에 관한 문제를 하자가 발생한 대상을 기준으로 분류한다면, 입력된 자료 자체에 하자가 있는 경우, 프로그램 자체에 하자가 있는 경우, 기계 자체나 설비 이용에 하자가 있는 경우로 나누어 고찰할 수 있다.⁴⁵⁾

첫째, 표의자가 입력한 자료 자체에 하자가 있는 경우에는 동기의 착오라고 보는 견해, 표시상의 착오로 보는 견해, 구체적인 경우로 나누어 표시상의 착오로 보거나 내용의 착오로 보는 견해 등 세 가지로 나누어진다. 먼저, 동기의 착오로 보는 견해⁴⁶⁾는 입력된 자료가 잘못된 경우에 동기의 착오로서 취소가 고려되어야 할 것이며, 자동화설비의 운영자는 외관책임의 법리에 따라 상대방에게 책임을 지우도록 함이 타당하다고 한다. 다음으로, 표시상의 착오로 보는 견해⁴⁷⁾는 입력한 자료가 잘못된 경우에서면에 의한 주문서에 목적물, 단위, 가격 등을 잘못 표시한 경우와 컴퓨터에 잘못 입력하여 전송된 경우를 구별하여야 할 근거는 없다는 전제 아래, 외관법리에 의존하기에 앞서 통상의 표시상의 착오와 마찬가지로 민법 제109조에 의하여 다루면 충분하다고 한다. 마지막으로, 구체적인 경우를 나누어 입력된 내용이 입력행위의 잘못으로 하자가 발생한 경우에는 표시상의 착오로 보고, 표의자가 입력하는 내용의 의미를 잘못 이해하여 입력함으로써 입력된 내용에 하자가 발생한 경우에는 내용의 착오로 보자는 견해⁴⁸⁾로서, 이 때에도 취소가능성은 '법률행위의 내용의 중요부분'에 착오가 있는 것인지, 표의자에게 중대한 과실은 없는지 여부(민법 제109조 제1항)에 의하여 좌우될 것이다.

둘째, 프로그램 자체에 하자가 있는 경우에는 이를 동기의 착오로 보는 견해⁴⁹⁾와, 앞서 본 하자 있는 자료를 입력한 경우와 마찬가지로 프로그램의 하자로 표의자의 진의에 부합하지 아니한 표시가 이루어진 경우에는 표시상의 착오로 다루자는 견해⁵⁰⁾로

44) 손진화, 전계논문, 20쪽

45) 김상용, 전계논문, 51~52쪽 ; 지원림, 전계논문, 55~59쪽

46) 김상용, 전계논문, 51쪽

47) 지원림, 전계논문, 56쪽

48) 최경진, 「전자상거래와 법」, 1998, 115쪽

49) 김상용, 전계논문, 52쪽

50) 노태악, 전계논문, 128쪽 ; 지원림, 전계논문, 57쪽

같린다.

셋째, 기계 자체나 설비 이용에 하자가 있는 경우에는 대체로 표시상의 착오로 다루고 있다.⁵¹⁾ 그러므로 어떤 온라인 업무서비스에 장애가 발생하였을 때에는 취소가 가능하다.⁵²⁾ 다만, 표시상의 착오로 다루는 경우에도 사용법을 숙지하지 아니하고 이용한 데 중과실이 있다고 인정되면 취소권이 배제될 수 있을 것이다.

그런데, 의사표시의 착오에 관하여 전자적 의사표시론은 위와 달리 취급하여, 전자적 의사표시에 있어서의 착오의 문제는 원칙적으로 취소될 수 없다는 주장도 강하게 제기된다.⁵³⁾ 그것은 전자적 의사표시의 착오의 경우에는 상대방에게 전혀 책임이 없으므로, 상대방의 신뢰보호와 거래안전이 고려되어야 한다. 만약 소비자의 전자상거래상의 착오에 따른 취소를 제한 없이 허용하는 경우에는 전자상거래의 촉진을 저해하므로 이를 제한할 필요성이 있다. 따라서 전자적 의사표시에 착오가 있거나 발신인에게 중대한 과실이 있으면 취소를 제한할 수 있다.

생각건대, 신속한 대량거래와 전자상거래에서 이용되는 전자적 의사표시의 특질에서 보아 상대방의 신뢰보호와 거래안전이 크게 요구된다. 표의자에게 중대한 과실이 있는 경우에는 민법 제109조에 의하여 취소할 수 없도록 명시하고 있으므로, 전자적 의사표시의 상대방의 신뢰보호에 미흡한 것으로 보인다. 다만 표의자에게 경과실이 있으면 계약체결에 있어서의 과실책임이론에 따라 상대방을 보호하는 것이 가능하겠으나, 그보다는 취소를 제한하는 것이 바람직하다. 즉 표의자가 의사를 표시하였는데도 불구하고 네트워크에 하자가 발생하여 전자적 의사표시가 전달되지 못하고 유실되거나 전달이 잘 못되거나 하자 있는 전자적 의사표시가 전달되는 경우에는 무과실책임의 원칙에 따라 사업자에게 손해배상책임을 적용하여 소비자, 수신자, 가입자, 피해자 거래자 등에게 일방적 손실을 방지할 수 있는 제도가 필요하다.

따라서 착오에 의한 행위를 방지하기 위해서는 전자서명이나 전자인증 등의 제도를 통하여 표시된 의사대로 효과를 인정하여 표의자로 하여금 신중한 의사결정과 상대방으로 하여금 거래의 신속성과 안정성을 확보하는데 기여하도록 해야 할 것이다.⁵⁴⁾

51) 노태약, 전계논문, 128~129쪽 ; 지원립, 전계논문, 57쪽

52) Heinrichs, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 56. Aufl., 1997, § 120, Rz 2 ; 박헌목, "전자상거래의 법리와 법적 문제점", 「경성법학」 제9호, 2000, 116쪽

53) 오병철, 전계논문, 152쪽

54) 박헌목, 전계논문, 108, 115쪽

4.4. 사기·강박에 의한 의사표시

민법 제110조 제1항은 사기나 강박에 의한 의사표시는 취소할 수 있다고 규정하고 있다. 그러나, 전자상거래에 있어서 컴퓨터 자체는 독자적인 의사결정을 할 수 없다고 보는데, 그것은 欺罔의 주체가 컴퓨터가 아니고 인간이기 때문에 잘못된 정보를 주입하여 상대방을 기망하였다면 사기가 되고, 또한 이를 취소할 수 있다. 다만 전자적 의사표시의 구체화 과정에 상대방의 부당한 개입이 있으면 사기로 인정하기가 어려울 것이다.⁵⁵⁾

여기서 전자적 의사표시론에 있어서는 그 특성상 사기에 의한 의사표시는 기망행위의 대상을 두 가지로 구분하고 있다.

첫째는 표의자인 컴퓨터 이용자의 의사형성과정에서 기망행위가 이루어지는 경우, 즉 상대방이 컴퓨터 이용자를 기망하여 그릇된 의사형성을 하게 하고 그에 따라 컴퓨터 이용자가 프로그램이나 데이터를 입력시킨 경우와 반대로 컴퓨터 이용자가 상대방을 기망하기 위하여 고의로 그릇된 컴퓨터 표시를 하여 상대방이 기망당한 경우를 생각할 수 있으며, 이 경우에는 자연적 의사표시와 특별하게 달리 고려할 여지가 없다. 따라서 민법 제110조에 따라 전자상거래의 의사표시를 취소할 수 있다.

또한, 강박에 의하여 컴퓨터에 영향을 미치는 것은 불가능하므로, 전자적 의사표시에 있어서 상대방의 강박은 컴퓨터에 영향을 끼치는 것이 아니라 사실상의 방법으로 컴퓨터 이용자에게 행해지게 되고, 그러한 강박에 의한 전자적 의사표시는 자연적 의사표시와 구분될 여지가 없으므로 민법 제110조에 따라 취소할 수 있다.⁵⁶⁾

둘째는 상대방이 컴퓨터의 이른바 의사구체화를 기망하는 경우이다. 즉 상대방이 컴퓨터 이용자가 사전에 입력한 조건에 부합되도록 그릇된 정보를 입력시켜 컴퓨터가 그릇된 의사구체화를 하도록 하는 경우를 들 수 있다. 이 경우에 컴퓨터 이용자는 상대방에 대하여 직접적으로 기망을 당하지 않으며, 따라서 프로그래밍, 데이터 입력, 작업명령 등의 입력행위에는 전혀 영향을 받지 않게 된다. 그러므로 컴퓨터 이용자의 포괄적 의사형성과 기망행위 사이에는 인과관계가 존재하지 않으며, 오로지 인과관계는 상대방의 기망행위와 컴퓨터의 의사구체화 사이에 존재하게 된다. 이 경우에도 의사표시의 귀속 주체는 결국 인간이라는 점을 들어, 그릇된 정보의 입력은 상대방을

55) 오병철, 전제논문, 153쪽

56) Ibid., 153~154쪽

기망하는 것으로 볼 수 있으므로 기존의 의사표시론에 입각하여 사기에 해당한다고 본다.⁵⁷⁾ 전자적 의사표시에 있어서도 결국 기망의 대상은 컴퓨터이지만 그 기망의 효과귀속이 인간에게 이루어지므로 사기에 의한 의사표시에 관한 민법 제110조가 유추 적용되어야 하는 것은 아닌지 향후 연구과제로 남겨지고 있다.⁵⁸⁾

더 나아가, 상대방이 컴퓨터망을 통해 표의자의 컴퓨터에 일정한 조작을 몰래 하여, 예컨대 해킹을 통하여 컴퓨터의 프로그램이나 데이터를 변경시키는 등의 조작에 따라 표의자가 기망당하여 전자상거래의 의사표시를 하는 수도 있다. 이러한 경우에는 사기에 의한 전자상거래의 의사표시라기보다는 불법행위의 문제로 다루게 된다.

민법 제110조 제2항은 상대방이 있는 의사표시에 관하여 제3자가 사기나 강박을 행한 경우에는 상대방이 그 사실을 알았거나 알 수 있었을 경우에 한하여 그 의사표시를 취소할 수 있다. 여기서 강박에 의한 거래를 성사시키는 경우나 파기시키는 것은 전자상거래에서 발생할 가능성이 적으나, 일반적인 경우와 달리 취급할 수 있을 것이며, 다만 사기·강박을 모르고 거래한 선의의 제3자는 보호할 수 있을 것이다.

따라서 저항할 수 없는 불법침해가 입력행위에 의하여 이루어지고 아울러 컴퓨터의 표시가 이루어지면 절대적 폭력으로서 행위위사의 결여로 행위성이 상실된다. 여기서 제3자가 사기·강박을 행하였을 경우에는 민법 제110조 제2항에 의하여 상대방에게 약의 또는 과실이 있으면 취소할 수 있을 것이다.

전자상거래에서 행해지고 있는 네트워크상의 위와 같은 불법행위로부터 컴퓨터이용자 즉 소비자보호를 위한 현행법 체계는 매우 허술하다.

전자거래기본법에서는 소비자보호에 관한 추상적인 규정만을 두고 있을 뿐, 이에 관한 구체적인 규정이 없기 때문에 전자상거래에서 발생하는 법률문제를 '방문판매 등에 관한 법률' 등의 기존의 법규에 의해 해결할 수밖에 없는 실정이다.⁵⁹⁾ 그러나 개별법 형태의 법에 의해 규율할 것이 아니라, 궁극적으로는 전자상거래와 관련된 법률문제는 전자거래기본법에 의하여 一義적으로 규율해야 할 것이다.⁶⁰⁾ 또한 전자상거래에서 흔히 일어날 수 있는 문제로 소비자의 착오나 쇼핑몰 사업자에 의한 사기·강박에 의해 물품을 구입한 경우를 들 수 있는데, 이러한 경우 민법은 취소할 수 있도록

57) 지원림, 전계논문, 59쪽 ; 한용길, 전계논문, 21쪽

58) 오병철, 전계논문, 153~154쪽

59) 송오식, "전자거래와 소비자보호", 「민사법연구」 제7집, 대한민사법학회, 1999, 207~208쪽

60) 왕상한, 전계논문, 265쪽

함으로써(제109조, 110조) 하자있는 의사표시를 한 표의자를 보호해주고 있으므로 이를 적용하여 문제를 풀어나갈 수 있다.

그러나 인터넷 상거래의 특성상 소비자가 상대방의 사기 등을 입증하기란 용이하지 아니하다. 그리하여 예컨대, 대금을 결제한 경우 은행계좌를 추적하더라도 보통 타인 계좌로 개설되어 있거나 PC 통신 회원등록과 그 PC통신의 이용료 지급용 신용카드도 타인명으로 되어있을 개연성이 크므로 거래의 취소나 손해배상청구가 쉽지 않게 된다. 따라서 소비자보호를 위하여 전자거래기본법에 대한 입법적 보완책을 서두를 필요가 있다. 여기서 법제도의 방향이 지나치게 소비자보호에 치우치게 되면 전자상거래가 위축될 수 있으나, 거꾸로 전자상거래 관계에서 발생하는 법적 문제와 피해를 최소화시킨다면 많은 소비자들이 전자상거래를 마음놓고 이용할 것이고 이는 오히려 전자상거래를 활성화시키는 요인으로 작용할 수도 있다.

V. 무능력자에 의한 거래와 무권한거래

5.1. 무능력자에 의한 전자상거래

전자상거래가 무능력자에 의해 이루어진 경우에도 민법상의 무능력에 기한 취소 규정이 그대로 적용될 것인가가 문제된다.

전자데이터의 송수신에 의한 개별적인 거래의 경우에 쌍방향 데이터 통신의 특수성과 거래의 상대방의 보호를 강조하는 입장에서부터는 무능력자, 특히 미성년자의 거래에는 취소를 인정해서는 안 된다는 입장도 있을 수 있다. 그러나, 현행법상 무능력자의 보호는 거래안전에 우선하여 절대적이라 할 수 있으므로 전자상거래의 경우에만 특히 무능력에 의한 취소를 제한하기는 어렵고, 적어도 금치산자의 경우에는 이러한 견해를 취할 바 못된다. 또한 행위능력에 관한 민법의 규정은 강행규정으로 풀이되는 이상 우선 미성년자를 보호하여야 한다는 원칙은 관철되어야 할 것이며, 약관으로 미성년자 쪽의 취소를 제한하더라도 무효이다.⁶¹⁾ 따라서 그 범위 내에서 거래의 안전

61) 松本恒雄, 前掲論文, 262面

을 보호하기 위해 전자상거래에 관한 계약을 체결할 시점에서 거래 당사자가 능력자인 본인임을 확인하는 방법을 강구하면 될 것이다. 예컨대, 제3의 기관에서 발행한 디지털 서명을 이용하여 성년 및 본인임을 확인하게 하는 방법이나 전자상거래를 위한 회원가입계약을 먼저 체결하여 본인확인을 거친 후에 개별적인 전자상거래를 하는 방법도 가능하다. 이러한 조치에도 불구하고 미성년자가 허위의 사항을 회답하여 전자상거래를 하였다면 대부분의 경우에는 미성년자의 詐術에 해당하게 되어(민법 제17조) 거래의 상대방을 보호할 수 있다.⁶²⁾

그러나, 위와 같은 방법으로는 한정치산자나 금치산자 여부의 확인은 어렵다. 물론 전자상거래에 참여하기 위한 인증기관에의 등록이나 회원가입계약 체결시 무능력자라는 사실에 대한 고지의무를 명시하거나 보증인을 세우는 등의 방법을 모색할 수 있겠으나, 현재로서는 한정치산자나 금치산자를 구별해 낼 마땅한 방법이 없는 실정이다.⁶³⁾ 더욱이, 전자상거래의 경우에 일반적으로 발신인과 수신인은 원거리에 있는 것이 보통이므로 수신인이 컴퓨터를 사용하는 표의자의 행위능력 여부를 확인하는 것은 쉽지 않다. 수신인에게 행위능력 여부를 확인하기 위한 별도의 수단이 없다는 기술적 제약은 이 문제를 법률적으로 고안하여서 해결될 사안이 아니라는 데에 심각성이 있다.⁶⁴⁾

5.2. 무권한자에 의한 전자상거래

5.2.1. 무권대리·표현대리 법리의 적용

아무런 권한 없는 제3자가 타인의 정보를 이용하여 전자상거래를 하는 경우에 원칙적으로 명의를 도용당한 자의 부담으로 할 수 없다. 무권한자에 의한 거래는 무권대리로서, 대리에 관한 민법의 규정을 적용하여 대리권의 증명도 하지 못하고 본인의 추인도 받지 못할 경우에는 그 제3자는 상대방의 선택에 따라 이행을 하거나 손해배상을 하여야 한다(민법 제135조).

네트워크상에서 거래의 상대방 또는 제3자에게 타인에 대한 대리권수여의 표시를 한 경우 또는 네트워크상에서 타인에게 명의를 빌려 준 경우에는 민법 제125조에 의

62) 정종휴, 전계논문, 79~80쪽

63) 공순진·김태수, “전자상거래의 의의와 계약법상 문제점”, 「동의법정」 제16집(2000), 135쪽

64) 손진화, 전계논문, 22쪽

하여 그 대리권 범위 내에서 그 타인과 제3자가 행한 법률행위에 대하여 본인이 책임을 져야 한다. 또한 네트워크상에서 대리인이 그 권한 이외의 행위를 한 경우에는 제3자가 그 권한이 있다고 믿을 만한 정당한 사유가 있는 때에 한하여 본인은 책임을 져야 하며(민법 제126조), 대리권의 소멸을 알지 못한 선의·무과실의 제3자에게도 본인은 책임을 져야 한다(민법 제129조). 무권한자가 채무의 변제를 수령한 경우에는 채권의 준점유자에 대한 변제에 해당하고, 이 경우에는 변제자가 선의이며 과실 없는 때에 한하여 효력이 있게 되는데(민법 제470조), 본인의 허락 없는 무권한거래에 대하여 시스템제공자에게 과실이 없는 한 면책될 것이다.⁶⁵⁾ 시스템안전에 관하여는 시스템제공자가 상거래상 합리적인 보안절차를 취하고 있었다면 그에게 책임을 묻기 어려울 것이다.⁶⁶⁾

전자상거래에서는 ID번호와 패스워드 등이 일치하기만 하면 비록 제3자가 그 전자데이터의 명의인 본인으로 사칭하여 전자데이터를 작성, 발신한 경우에도 그 명의인 본인의 정당한 전자데이터로 여겨지고 명의인과의 사이에 매매 등의 거래가 성립해 버리게 된다. 전자상거래에서는 ID번호와 패스워드의 관리와 같은, 전자데이터 명의인의 진정성을 담보하기 위한 인증절차의 적절한 운용을 지키기 위한 관리는 소비자에게는 의외로 어렵고, 또 관리의 실효성을 담보하는 것이 힘든 일임을 고려하면 전자상거래에서 무권한자에 의하여 작성되고 발신된 전자데이터에 관해 민법의 表見代理 규정을 적용함에는 명의인 본인의 귀책사유를 그다지 따질 일이 아니다. 왜냐 하면, 누구나 명의인 본인의 이름을 무단 사용하려고 하면 할 수 있는 상황이 오히려 당연해지고 있기 때문이다.

그러나, 현재 행해지고 있는 전자상거래의 실제에서는 '약관'에 의해 무권한자에 의한 전자데이터의 작성과 발신을 발신명의인의 것으로 의제하거나 신용카드의 이용규약과 연관된 기계적 처리를 함으로써, 결제의 면으로부터 계약체결시의 하자를 보완한다는 방식으로 다루어진다. 이처럼 약관에 의해 소비자 측의 귀책사유의 유무를 묻지 않고 패스워드 등의 일치만으로 명의인 본인의 전자데이터로서 다루거나 소비자의 귀책사유가 명확하지 않음에도 불구하고 동일하게 다루어진다는 식의 처리는 문제가 있고, 사업자 측의 악의, 과실이 있는 경우에도 패스워드 등의 일치만으로 명의인 본인의 전자데이터로서 다루는 것은 공정하지 않다.⁶⁷⁾

65) 宋本桓雄, "인터넷 상에서의取引と法", 「法律時報」第69卷 7號(1997. 6), 22面

66) U.C.C. § 4A-202 ; 손진화, 전계논문, 23쪽

권한 없는 자의 거래를 방지하기 위한 개선방안으로 전자상거래에 관한 정보를 암호화하여 제3자가 쉽게 타인의 정보를 열람하지 못하도록 하는 방법과 제3자 신용기관에 의해 거래하려는 당사자가 진정한 권한을 가진 본인임을 확인하게 하는 방법 등이 현재 강구되고 있다.⁶⁸⁾ 이 경우에 상대방은 발신인이 권한 있는 자인가 여부를 확인하는 인증절차를 거치는 것이지만, 패스워드를 훔치거나 해킹 등의 방법에 의하여 발신이 행하여진 경우에는 인증절차만으로는 발신인의 진정 여부를 확인할 수 없다. 전자서명, 특히 디지털서명의 경우에는 본인이 공개키를 정지 또는 취소하기 전까지는 대응하는 비밀키로 서명된 메시지에 구속되어 공개키를 신뢰한 자에 대하여 책임을 져야 할 것이라는 주장도 있다.⁶⁹⁾ 이러한 보안 시스템은 신속한 거래의 구현에 있어서는 다소 번거로운 면이 있으나 안전한 전자거래를 구현하기 위하여 감수하여야 하는 필수적인 요건이라 할 것이다.

5.2.2 전자대리인(electronic agent)과 無權·표현대리

그런데, 컴퓨터를 전자대리인으로 보는 전자적 의사표시 긍정론에 있어서는 어떻게 풀이하는가?

컴퓨터 의사표시에 민법상의 대리규정을 유추적용한다고 하더라도 이는 일정한 범위의 규정에 국한될 수밖에 없다. 컴퓨터에 대리능력을 인정하더라도 컴퓨터는 자연인이 아니고 책임능력이 없기 때문이다. 따라서 대리인의 책임과 관련되는 규정은 유추적용의 여지가 없다. 예컨대, 타인의 대리인으로 계약을 한 자가 그 대리권을 증명하지 못하고 본인의 추인을 얻지 못하면 상대방의 선택에 좇아 계약의 이행 또는 손해배상책임을 지게 되는데(민법 제135조), 이 무권대리의 규정은 전자대리와 관련하여 거의 인정하기 어렵다. 왜냐 하면, 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 있다고 할 수 있다.⁷⁰⁾

67) 정종휴, 전계논문, 77~78쪽

68) 공순진·김태수 전계논문, 136쪽

69) 박찬우, "인터넷과 상거래", 「경제기술법연구」 제1집 제2권, 관동대, 1999. 12, 66쪽

70) 정경영, 전계논문, 417쪽

그런데 만일 이용자가 전자계약을 실행하는 컴퓨터를 잘못 프로그래밍한 경우 컴퓨터에 의한 행위는 유권대리로 보아야 한다. 그리고 컴퓨터 에러가 발생한 경우에는 이용자가 자신의 컴퓨터를 전자계약시스템에 연결함으로써 이미 대리권을 수여한 것으로 보아 표현대리의 법리로 설명할 수 있다.⁷¹⁾ 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 있다고 본다.⁷²⁾

컴퓨터를 단순히 도구로 본다면 이 경우 본인의 효과의사와 표시행위가 불일치한 착오로 보게 되어, 의사표시의 중요부분에 착오가 발생하였고 표의자에게 중대한 과실이 없는 이상 취소할 수 있으나 이를 선의의 제3자에게는 대항하지 못하게 된다(민법 제109조). 그러나 월권대리로 본다면 대리행위에 대하여 상대방이 권한이 있다고 믿을 만한 정당한 사유가 있으면 본인이 책임을 지게 된다(민법 제126조).

그런데 컴퓨터 에러의 대부분은 컴퓨터의 기계적 하자 또는 프로그램의 하자로 생기므로 컴퓨터 이용자에게 중대한 과실이 있다고 인정하기 어려운 점이 있고, 특히 문제가 되는 컴퓨터 에러는 대체로 상대방도 이를 발견하지 못하여, 이를 믿고 계약을 체결하는 경우가 많을 것이므로 대개의 경우 상대방의 신뢰가 인정된다.⁷³⁾

5.3. 사업자의 詐稱과 잠적

전자상거래에서는 이용자 즉 소비자에 의해서만 무권한 거래가 이루어지는 것이 아니라, 사업자에 의한 사칭과 잠적도 또한 더욱 용이하다. 실례로 회사원 김모씨는 지난해 A쇼핑몰에서 15만원어치의 구두상품권을 10만 9500원에 사기로 하고 B은행에 돈을 입금했다. 며칠을 기다려도 상품권은 도착하지 않았다. 이미 사이트는 폐쇄됐고 쇼핑몰 운영자는 종적을 감춘 상황이었다. 또 다른 예로서, 하모씨는 미국의 한 인터넷서점에서 지난해 책을 주문하고 신용카드로 결제했지만, 그 후 50일이 지났어도 물

71) Peritt, *op. cit.*, p.385 ; 박찬우, 전계논문, 52쪽

72) 정경영, 전계논문, 417쪽

73) 정경영, 전계논문, 418쪽 ; 박찬우, 전계논문, 52~53쪽 참조

건을 받지 못했다.

소비자보호원에 따르면, 2000년 1월부터 11월까지 접수된 전자상거래 피해는 1562건이고, 그 가운데 배송이 안되거나 늦는 경우가 25.3%로 가장 많았다. 반품이 되지 않는 경우 15.6%, 다른 물건이 오거나 파손된 경우 14.9%, 허위과장광고가 10.4%의 순이었다. 그밖에 애프터서비스를 제대로 해주지 않는 경우도 있었다.⁷⁴⁾

이에 대한 대응방법으로는 먼저 주문한 온라인쇼핑물에 다시 배달해 달라고 요구하거나 계약을 취소한다. 카드로 결제를 했다면 계약을 취소할 때 카드회사에도 알린다. 대부분의 쇼핑물은 배달받은 후 일정한 기간(통상 20일) 내에 교환이나 환불을 요구하면 별도 비용을 내지 않아도 처리해 준다. 계속 물품이 오지 않고 환불도 해주지 않으면 소비자보호원에 피해구제신청을 하거나 전자거래분쟁조정위원회에 분쟁조정신청을 한다. 사업자가 부도 등으로 도주해 사이트가 폐쇄된 경우에는 경찰청 사이버테러 대응센터에 신고한다.

따라서 온라인 쇼핑시에는 미리 믿을 만한 쇼핑물인지 확인해야 한다. 사이트에 기본적으로 전화번호, 주소, 대표자 성명이 명시돼 있어야 한다. 공정거래위원회의 전자상거래 표준약관 인증마크나 한국전자거래진흥원의 E트러스트 인증이 있는지 보는 것도 한 가지 방법이다.⁷⁵⁾ 아울러, 쇼핑물의 약관과 반품, 환불규정도 꼼꼼히 살펴봐야 한다. 대부분의 쇼핑물은 주문 체결 결과를 E메일로 통보해준다. 그렇지 않으면 쇼핑물에 문의해 확인해야 한다. 제품의 사양이나 쇼핑물에서 제시한 제품정보를 출력해 두고 입금영수증 등 증빙자료를 챙겨두면 문제가 생겼을 때 도움이 된다. 쇼핑도우미 사이트를 이용하는 것도 한 방법이다.⁷⁶⁾

소비자보호를 위한 근원적인 개선책으로서, 전자거래도 정형적·대량적으로 행해지는 경우가 대부분이므로 쇼핑물 운영자에 의하여 전자상거래 약관이 일방적으로 작성되는 불합리를 막고 공정한 「전자상거래 표준약관」의 제정을 유도하기 위하여 이에 대한 감독권을 전자거래정책협의회 등에게 부여하도록 하고, 표준약관에는 전자상거래업자와 통신사업자 및 소비자간의 책임관계를 보다 명확히 하는 규정을 둘 필요가 있다.⁷⁷⁾ 또한 청약철회권과 무조건적인 반품권 등의 도입을 추진하여야 하며, 온라

74) 「동아일보」(2001. 1 11), B6쪽

75) E트러스트 인증물은 'www.bestmall.kiec.or.kr'에서 확인할 수 있다.

76) 쇼핑도우미 빅트러스트 'www.bigtrust.com'는 추천상품에 인증마크를 붙이고 이에 대해 보상서비스를 실시하고 있다.

77) 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

인·네트워크상의 소비자 개인정보를 보다 적극적으로 보호하기 위한 규정을 두어야 할 것이다.⁷⁸⁾ 특히 인터넷에 의한 국제적 거래가 날로 증가하는 추세에 있고 거래과정에서 집단적으로 피해를 입을 수 있으므로 이와 관련된 국제적 법률분쟁시 국내 소비자를 보호하기 위한 구체적 방안을 강구하고,⁷⁹⁾ 전자상거래에서 발생하는 예측불가능한 피해에 대하여 전자상거래 관련 책임보험제도의 도입도 고려할 필요가 있다.⁸⁰⁾

VI. 맺으며

이상에서 살펴본 바와 같이, 신속한 대량거래와 전자상거래에서 이용되는 전자적 의사표시의 특질에서 보아 상대방의 신뢰보호와 거래안전이 크게 요구된다. 이번 연말 연시 대목을 지나면서 미국 인터넷 기업의 뚜렷한 현상은 온라인과 오프라인의 밀접한 결합이다. 해를 넘기면서 전자상거래의 새로운 법칙, 즉 온라인과 오프라인의 결합이 경쟁력이 있다는 사실을 분명히 보여줬다. 인터넷 방문자 조사기관인 닐센-네티레이팅스에 따르면 지난해 12월 셋째 주에 판매순위 10위안에 든 온라인 쇼핑업체 가운데 오프라인을 겸한 업체가 7개나 됐다. 수익성에 대한 의문으로 투자자들로부터 눈총을 샀던 아마존의 성공적인 이번 크리스마스 시즌은 오프라인 업체인 토이저러스와의 제휴가 결정적인 역할을 하였고 전통적인 소매업체인 월마트, 케이마트(블루라이트)의 온라인 매출도 급격히 신장되었다.

온라인과 오프라인 결합의 중요성은 지속적으로 논의되어 왔으나 구체적으로는 오프라인 중간상이 다시 살아나는 형태로 나타나고 있다. 온라인 업체가 상점을 차리거나 제휴하여 오프라인 중간상을 확보하든지 오프라인 업체의 기존 상점들이 중간상 역할을 하는 것이다.

修三先生古稀紀念圖書刊行委員會), 文眞堂, 1998, 349面

78) 송오식, 전계논문, 210쪽 이하 참조

79) UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce, Article 1. 각주 **에서는 "This Law does not override any rule of law intended for the protection of consumers"라고 함으로써 모델법이 소비자보호를 위한 어떠한 법 적용도 무효로 하지 않는다고 규정하고 있다. ; 福原紀彦, 前掲論文, 350面

80) 맹수석, 전계논문, 231쪽

온라인에 진출했다가 고전하고 있는 전통 서점인 반스 앤드 노블은 최근 온라인 오프라인의 완전통합 모델을 구축하였다. 앞으로 반스 앤드 노블 닷컴에서 서적을 주문하면 이 책이 인근 반스 앤드 노블 서점에 있는지 여부와 배달하지 않고 직접 픽업하겠는지 여부를 묻게 된다. 이의 장점은 동네 서점에서 귀가할 때 직접 들고 오면 되기 때문에 배송료도 줄이고 시간도 줄일 수 있으며 원하지 않거나 파손품인 경우 바로 반송할 수 있어 편리하다. 초기에 온라인의 장점으로 논의해온 것과는 달리 중간상을 없애는 것이 아니라 중간상들과의 협동체계를 잘 구축하면 오히려 비용도 줄이고 고객 서비스도 향상시킬 수 있게 된다.

이러한 비즈니스 모델은 이미 자동차 판매, 식품점, 증권회사, 편의점, 심지어 세탁업에까지 광범위하게 나타나고 있다. 이 때 인터넷 기업은 중간상과 거래하고 중간상이 최종고객과 거래하는 B2B와 B2C의 결합형태인 B2M(merchant) 모델이라고 할 수 있다. 결국 B2M 모델은 인터넷을 활용하여 현재의 전통적인 상거래 형태를 협동 시스템화하여 효율을 최대한 높이하고자 하는 것이다.

전자상거래의 경쟁에서 살아남기 위해서는 비즈니스 모델이 끊임없이 진화하여야 한다. 이 때 새로운 비즈니스 모델은 전체시스템의 효율성을 높이는 방향으로 움직인다. 그러나 반스 앤드 노블의 새 모델이 아직은 성공할지 아직은 알 수 없으며 우리나라의 알짜마트 실패의 경우를 보더라도 비즈니스 모델이 성공하기 위해서는 아이디어 외에 철저한 비즈니스 전략과 인터넷, 운송 등의 인프라와 함께 신뢰를 위한 비즈니스의 투명성이 중요하다. 비즈니스의 투명성은 곧 전자상거래의 의사표시가 하자 없이 명확하게 전달될 수 있어야 한다.

따라서 전자적 의사표시라는 새로운 개념을 도입할 필요가 있는가에 대하여 아직 통설적인 견해는 없지만, 전자거래의 특성상 상대방의 주관적 의사를 판단하기 어려운 구조를 가지고 있으므로 표시의 중요성은 기존의 의사표시의 경우보다 중요한 의미를 가진다고 보아야 할 것이다. 의사표시의 명확성이 담보되지 않고서는 전자상거래의 투명성은 한낱 공염불에 그치고, 전자상거래 비즈니스의 투명성이 전제되지 않고는 협동체계의 시너지 효과가 나오지 않을 것이기 때문이다.

참 고 문 헌

- 곽윤직(1996), 「채권각론」, 박영사
- 김형배(1995), 「채권각론(상)」, 박영사
- 오병철(1999), 「전자거래법」, 법원사
- _____ (1996), 「전자적 의사표시에 관한 연구」, 박사학위논문, 연세대학교
- 정상조(2000), 「인터넷과 법률」, 현암사
- 최경진(1998), 「전자상거래와 법」, 현실과 미래
- 공순진·김태수(2000), “전자상거래의 의의와 계약법상 문제점”, 「동의법정」 제16집
- 김상용(1992), “자동화된 의사표시와 시스템계약”, 「사법연구」 제1집, 청헌법률문화재단
- 노태악(1999. 10), “전자거래에 있어 계약의 성립을 둘러싼 몇 가지 문제”, 「법조」 통권 517호
- 박영규(1992), “현대사회와 법률행위론”, 「사법연구」 제2집, 청헌법률문화재단
- 박찬우(1999. 12), “인터넷과 상거래”, 「경제기술법연구」 제1집 제2권, 관동대
- 박현목(2000), “전자상거래의 법리와 법적 문제점”, 「경성법학」 제9호
- 맹수석(1999), “전자상거래 관련법규의 법적 문제에 관한 연구”, 「법학연구」 제10권 제1호, 충남대 법학연구소
- 손진화(1998), “전자상거래의 법적 제문제”, 「JURIS FORUM」 창간호
- 송오식(1999), “전자거래와 소비자보호”, 「민사법연구」 제7집, 대한민사법학회
- 정경영(1998), “전자의사표시의 주체에 관한 연구”, 「비교사법」 제5권 제2호
- 정용상(1998), “전자상거래 입법의 법적 문제”, 「상사법연구」 제17권 제3호, 한국상사법학회
- 정종휴(1998. 12), “전자거래의 등장에 따른 계약이론의 변용”, 「인권과 정의」 통권 제268호
- 지원림(1998), “자동화된 의사표시”, 「저스티스」 제31권 제3호, 한국법학원
- 최성준·김영갑(1997), “정보사회에 대비한 상사법 연구 서론”, 「정보사회에 대비한 일반법 연구(I)」, 통신개발연구원
- 최창열(1999), “전자거래에서의 법률행위에 관한 연구”, 「성균관법학」 제11호
- 한용길(1998), “전자거래와 계약법”, 「비교사법」 제5권 제2호
- 황승흠(2000), “인터넷과 전자정부”, 「국제법무연구」 제5호, 경희대 국제법무대학원

- 藤原宏高 編(1997), 「サイバースペースと法規制」, 日本経済新聞社
- 國生一彦(2000. 6), “インターネット上のライセンス契約に関する法律の概要(1)”,
「NBL」No. 691, 商事法務研究会
- 内田 貴(1996), “電子去來と法(1)”, 「NBL」No. 600, 商事法務研究会
- _____ (1996. 9), “電子商取引法(2)”, 「NBL」No. 601, 商事法務研究会
- 町村泰貴(2000. 5), “インターネット社會とADR”, 「NBL」No. 689, 商事法務研究会
- 福原紀彦(1998), “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」(戸田修三先生古稀紀念圖書刊行委員會), 文眞堂
- 宋本桓雄(1997. 6), “インターネット上での取引と法”, 「法律時報」第69卷 7號
- 松本桓雄(1996), “高度情報通信社會の契約法”, 「新版 注釋民法(13)」, 有斐閣
- 池田眞郎(1998. 1), “情報化/デジタル化” 「ジュリスト」 1126號
- Allen/Widdson(1996), “Can Computer Make Contracts?”, 9 *Harv. J. L. & Tech* 1
- Amelia Boss(1999), “Searching for Security in the Law of Electronic Commerce”,
23 *Nova Law Review* 2
- Eisenhardt(1986), *JZ*, 875
- Heinrichs(1997), in: *Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch*, 56. Aufl., C.H.Beck
- Henry H. Peritt, Jr.(1996), *Law and the Information Superhighway*, John Willy & Sons Inc.
- John P. Fischer(1997), “Computer as Agent : A Proposed Approach to Revised U.C.C. Article 2”, *Ind. Law J.*, Spring
- Joachim Lieser(1971), “Die zivilrechtliche Haftung im automatisierten Geschäftsverkehr”, *JZ*
- Köhler(1982), “Die Problematik automatisierter Rechtsvorgänge, insbesondere von Willenserklärung”, *AcP* 182
- UN(1996), *UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce with Guide to Enactment*