

國際去來에서 電子契約 成立의 障礙要因에 관한 研究

A Study on the Obstacles of International Contract in Electronic Commerce

서백현(Paik-hyun Suh)

한라대학교 경제통상학부 조교수

목 차

- | | |
|----------------------|-------------------|
| I. 서론 | IV. 전자계약 성립의 장애요인 |
| II. 전자계약의 범위와 특징 | V. 결론 |
| III. 전자계약의 성립에 관한 법리 | 참고문헌 |

Abstract

The purpose of this study is to examine the legal aspects on the formation of international contract in electronic commerce.

The findings could be summarized as follows. First, the contract doctrine on the contract formation by electronic data message, time of dispatch and receipt of data message, error in electronic communication, contract form and electronic signature could be supported or protected by the existing contract doctrine. Second, In relation to the contract formation arranged by electronic agents, the established contract doctrine provides no clear answer to the question whether changes provided by the interaction of electronic agents are enforceable. The enforceability question is left to future legislation. Finally, It is necessary that a significant level of formality together with the disclosure on the contract formality by certain act be conveyed to a potential buyer so that the buyer is impressed that the contract by the certain act could be valid.

Key Words: Electronic Contract, UNCITRAL, Electronic Agents

I. 序 論

전자무역을 증가하면서 전자계약에 관한 법제화 움직임이 국내외적으로 활발하다. UN국제상거래법위원회(이하 “UNCITRAL”이라 함)는 전자계약에 관한 국제 모델법을 제공하기 위하여 ‘전자계약에 관한 국제협약예비초안((Preliminary Draft Convention on International Contracts concluded or evidenced by data messages; 이하 “예비초안”이라 함)’을 만들었으며 현재는 초안에 대한 검토와 수정작업을 하고 있다.¹⁾ 1996년에는 「UNCITRAL 전자상거래모델법」(UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce; 이하 “UN 전자상거래모델법”이라 함), 2001년에는 「UNCITRAL 전자서명모델법」(UNCITRAL Model Law on Electronic Signatures ; 이하 “UN 전자서명모델법”이라 함)을 각각 제정한 바 있다. 국내에서도 「전자거래기본법」²⁾, 「전자서명법」³⁾, 「전자상거래등에서의소비자보호에관한법률」⁴⁾ 등등 상당한 정도의 법제화가 이루어지고 있다.

전자계약에 관한 입법활동이 UNCITRAL을 중심으로 이루어지고 있고 이러한 움직임은 각국의 입법으로 이어질 것으로 보인다. 전자계약에 대한 국제적 입법이 필요한 이유는 당연히 전자계약이라는 관행이 기존의 계약에 관한 법리로 해석하는데 여러 가지 논란이 있고 장애가 있기 때문이다.

전자계약이라는 새로운 관습을 국제무역에서 수용하는 과정에서 여러 가지 논점이 존재하고 있다. 이 것은 「예비초안」을 제정하는 과정에서도 나타나고 있다. 이러한 논점은 모두 전자계약이 갖는 특수성과 관련이 있다. 전자계약에 기초한 국제무역을 확산시키기 위해서는 이러한 논점에 대한 활발한 논의가 필요한 것이 사실이다.

본 논문은 전자계약의 성립에 관한 법적 논점을 고찰하고 본인의 의견을 제안함으로써 관련논의에 일조하고자하는 것이 연구목적이다. 논의를 위해 「비엔나협약」,⁵⁾ 「UN 전자상거래모델법」, 「예비초안」,⁶⁾ 「민법」, 「전자거래기본법」, 「전자서명법」 등 국제적 기준의 법규와 국내 법규 등을 포괄하여 참조하도록 한다. II장에서는 전자계약의 범위와 특징을 고찰하고 III장에서는 전자계약성립에 관한 법리를 IV장에서는 계약성립에 관한 쟁점을 고찰하도록 한다.

- 1) 2002년 3월 UN국제상거래법위원회(UNCITRAL)의 전자상거래 작업반 제39차 회의에서 ‘전자계약에 관한 국제협약예비초안(Preliminary Draft Convention on International Contracts concluded or evidenced by data messages; A/CN.9/WG.IV/WP.95 참조)’이 마련되었으며 이후 수정작업이 계속되고 있다. 현재는 제42차 회의까지 진행된 상태이다.
- 2) 전자거래기본법은 1999년 2월 8일 제정되고 1999년 7월 1일부터 시행되었으나, 2002년 1월 19일 전면 개정되어 2002년 7월 1일부터 시행되고 있다.
- 3) 1999년 2월 5일에 제정되었고, 2001년 12월 31일에 개정되어 2002년 4월 1일부터 시행되고 있다.
- 4) 2002년 3월 30일 제정
- 5) United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods; CISG, 1980년 제정
- 6) 제41차 회의에서 채택된 수정본(Legal aspects of electronic commerce,- Electronic contracting: provisions for a draft convention-, A/CN.9/WG.IV/WP.100, 2003.2.)을 기준으로 함

II. 電子契約의 範圍와 特徵

1. 전자계약의 범위

전자거래는 상품과 서비스의 거래과정에서 전자적 매체가 활용되는 거래이다. 「UN 전자상거래모델법」에서는 데이터 메시지 형태로 전달되는 모든 데이터의 교환, 즉 전자문서교환(Electronic Data Interchange; EDI), 전자우편, PC통신, 전보, 텔렉스, 텔레카피, 팩시밀리 등을 포함하는 전자적 방식에 의한 데이터 교환으로 행해지는 거래를 전자거래로 정의하고 있다.⁷⁾ 그런데 이 것은 전자거래의 광의의 개념으로 해석할 수 있다.⁸⁾ 협의의 전자거래는 팩시밀리, 텔레카피, 텔렉스, 전보 등 아날로그(analogic)형태의 문자가 교환되어 성립되는 경우는 제외하고 오로지 컴퓨터와 네트워크를 이용한 디지털 데이터의 교환에 의하여 체결하는 거래만을 의미한다.⁹⁾ 우리나라 「전자거래기본법」은 이중 협의의 정의를 채택하고 있어서 단순한 종이팩스 등에 의한 거래는 전자거래의 범주에서 제외하고 있다.¹⁰⁾

협의개념이 아날로그 데이터의 전송을 배제하고 있어서 전자거래를 정의하는데 더 적당한 것으로 보인다. 전자계약의 개념을 보면, 전자계약은 네트워크로 연결된 당사자들의 컴퓨터를 경유하거나 전자적 메시지를 통하여 계약이 체결되는 자동화된 과정에 의한 계약이라고 정의 할 수 있다.¹¹⁾ 전자계약은 당사자들이 오퍼나 인콰이어리, 승낙 같은 특정한 입력에 자동적으로 반응할 수 있도록 자신의 컴퓨터를 프로그램화할 수 있기 때문에 가능하다. 전자계약은 시간적, 공간적인 제약을 극복하고 계약을 성사시킨다는 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) 등등에 관련된 기존의 법규로 다루기에 부적합할 수 있다는 것이 문제이다. 더욱이 기존 무역은 신용장통일규칙이나 헤이그-비스비규칙과 같은 통일규칙으로 최선의 관행을 규율하고 있으나 새로운 영역인 전자계약에 관해서는 아직 이러한 최선의 관행을 규율할만한 국제적인 통일관습 내지 법규가 존재하지 않음으로서 국제거래의 불확실성이 높다고 할 수 있다.

7) 동모델법 제2조 a호

8) 정기웅, "전자거래계약의 성립과 이행상의 법률적 문제에 관한 연구", 「경대 논문집」, 제22집, 경향대학, 2002, p.95.

9) 정기웅, 전제논문, p.95.

10) 전자거래기본법 제2조 1호 "전자문서"라 함은 정보처리시스템에 의하여 전자적 형태로 작성, 송신·수신 또는 저장된 정보를 말한다.

2호 "정보처리시스템"이라 함은 전자문서의 작성, 송신·수신 또는 저장을 위하여 이용되는 정보처리능력을 가진 전자적 장치 또는 체계를 말한다.

5호 "전자거래"라 함은 재화나 용역을 거래함에 있어서 그 전부 또는 일부가 전자문서에 의하여 처리되는 거래를 말한다.

11) Uncitral, "GENERAL USAGE FOR INTERNATIONAL DIGITALLY ENSURED COMMERCE (GUIDEC)," Version II,

2. 전자계약의 특징

1) 불특정 다수를 상대로 거래조건제시

인터넷상에서 국내의 소비자를 상대로 물품을 판매할 때 많은 경우는 불특정 다수인을 상대로 한 거래이다. 이에 따라 인터넷상에서 제공된 가격이나 거래조건들에 대한 법적 성격에 대한 규정이 필요하다. 불특정 다수를 한 거래이기 때문에 가격 등 거래조건을 나타내는 정보에 대한 성격이 오픈과 같이 상대방을 특정하는 경우와 비교하여 다르게 정의될 필요성이 있다고 할 수 있다.

2) 컴퓨터 등의 이용

전통적인 거래가 텔레스나 서면, 대면을 통하여 청약과 승락의 절차를 거치는 반면에 전자계약에서는 청약이나 승락 등의 의사표시가 컴퓨터 등 정보처리장치와 네트워크를 통해서 이루어지는 특성이 있다. 이런 점 때문에 전자계약에서는 기존의 계약체결과 달리 사용자의 오류, 컴퓨터의 오작동, 소프트웨어의 결함, 네트워크의 장애 등등의 문제가 발생할 수 있다.¹²⁾ 따라서 전자계약을 다루는 법리에서는 이러한 문제를 어떻게 해석해야하는지를 규정하고 있어야 한다.

3) 비대면거래

전자계약의 가장 큰 특징의 하나는 거래상대방간에 직접적인 대면을 통해서 계약이 이루어지지 않고 컴퓨터를 통해서 계약이 이루어진다는 점이다. 예를 들어서 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 체결된다는데 큰 특징이 있다. 이러한 전자계약의 특성에 따라서 컴퓨터가 인간의 의사표시를 대체할 수 있는지? 계약상대방을 어떻게 확인할 것인가 하는 문제, 즉 거래상대방에 대한 진정성의 확인이 중요한 문제로 대두되며, 거래상대방의 진정성을 확인하기 위해서는 전자서명과 전자인증 등의 도입이 필요하게 된다.¹³⁾

4) 계약자보호

전자계약은 새로운 계약관행이다. 앞서 언급한 대로 비대면 계약의 특성과 비교적 신속한 의사결정에 따라 구매하게 된다.¹⁴⁾ 이 과정에서 구매자가 불충분하고 제한된 제품 및 용역에 관한 정보를 가지

12) 정기용, 전계논문, p.98.

13) 최병록, "인터넷을 통한 계약에서의 법률문제", 『사회과학연구』, 제14집, 서원대 사회과학연구소, p.358.

고 구매를 하게 되었을 때 구매의사의 철회를 요구할 수 있는지가 문제가 된다. 이 때 구매자는 법으로부터 보호를 받을 수 있어야 한다. 정보의 불충분한 제공이나 계약성립에 관한 사전고지, 계약조건을 사전에 검토할 수 있는 권리 등이 법적으로 뒷받침되어야만 전자계약을 둘러싼 분쟁을 줄여나갈 수 있을 것이다.

Ⅲ. 電子契約의 成立에 관한 法理

1. 청약과 승락

1) 전자적 의사표시의 유효성

계약이 성립되기 위해서는 반드시 청약과 승락의 과정을 거치게 되며 전자계약도 예외는 아니다. 단지 전자화된 청약의 의사표시가 자연인에 의해 이루어지는 청약을 다룬 전통적인 의사표시이론에 부합하여 법적으로 유효한지가 문제가 된다. 전자적 의사표시가 인간에 의한 의사표시와 의사결정능력의 차이로 인해 구별되어야 한다는 의견도 있다.¹⁵⁾ 그러나 전자적 의사표시의 작동은 운영자의 일정한 법률행위를 행할 의사에 기인하고 효력의 귀속주체가 운영자라는 면에서 사실상 법률행위나 의사결정의 주체는 운영자가 된다는 면에서 전자적 의사표시와 자연적 의사표시를 동일시 하는데 문제가 없다는 견해도 있다.¹⁶⁾

이러한 논란은 법리상의 논란이며 현실적으로 전자적 의사표시의 실효성을 인정하지 않고서는 늘어나는 전자상거래에서의 청약이나 승락의 효력을 다루기 어려운 실정이다.

이미 전자상거래를 규율하는 국내법이나 국제규칙은 전자적 의사표시에 의한 청약이나 승락이 유효하다는 것을 인정하고 있다. 「UN 전자상거래모델법」 제11조는 청약과 그에 대한 승락은 데이터 메시지를 수단으로 하여 표현될 수 있으며 계약의 성립에 있어서 데이터 메시지가 사용된 경우에 단지 데이터 메시지가 그러한 목적에 사용되었다는 이유만으로 유효성 혹은 강제성을 부인할 수 없도록 규정하고 있다.¹⁷⁾

「예비초안」 제8조는 청약이나 승락은 데이터 메시지를 이용하여 표현될 수 있으며¹⁸⁾ 계약체결에 데

14) 구재균, “전자거래에 있어서 계약의 성립에 관한 법적 검토”, 『법학논총』 제25집, 단국대 부설법학연구소, p.291.

15) 구재균, 전제논문, p.275.

16) 오병철, “전자적 의사표시에 관한 연구”, 연세대학교 박사학위논문, 1996.12, p.viii; 김선광, “전자적 의사표시에 의한 계약성립상의 법적 문제”, 『통상정보연구』, 제1권 제1호, 한국통상정보학회, 1997.07, p.5.

17) 우리나라의 경우 전자거래기본법 제4조 (전자문서의 효력)에 ‘전자문서는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 전자적 형태로 되어 있다는 이유로 문서로서의 효력이 부인되지 아니한다’고 규정하고 있다.

18) 예비초안 제8조 1. Unless otherwise agreed by the parties, an offer and the acceptance of an offer may be expressed by means of data messages [or other actions communicated electronically] in a manner that is intended to express the offer or

이러 메시지 이용되었다는 이유만으로는 계약의 효력을 부정할 수 없다고 명시함으로써 전자적 의사표시가 유효하다고 나타내고 있다.¹⁹⁾

이와 같이 전자적 의사표시의 유효성을 인정하고 있으나 컴퓨터가 단순히 인간의 의사표시만을 전달하는 것으로 한정되는 경우와 스스로 의사결정의 여러 단계를 수행하는 경우로 구분하여 살펴봐야 하는 문제가 남는다. 프로그램 자체가 대리인의 기능을 하여 계약이 체결된 경우 유효성에 대한 논란이 있다.²⁰⁾ 전자대리인에 의한 계약체결의 유효성에 대해서는 추후 검토하기로 한다.

2) 청약과 청약의 유인의 구분

청약은 상대방의 승락이 있는 경우에 계약이 성립되어 당사자를 구속할 수 있을 정도의 소위 확정성을 가져야 한다. 이런 점에서 상대방으로 하여금 본인에게 청약을 하도록 유인하는 청약의 유인과는 구별된다. 「비엔나협약」 제14조 1항 「1인 또는 그 이상의 특정인에 대한 계약체결의 제의는 그것이 충분히 명확하고 승락의 경우에, 이에 구속된다는 청약자의 의사를 표시하고 있는 경우에는 청약이 된다」고 규정하고 있으며 동협약 제14조 2항은 「반대의 의사표시를 명확히 하지 않는 한, 1인 또는 그 이상의 특정인에 대한 제의 이외의 어떠한 제의도 청약의 유인으로 본다」고 규정하고 있어서 청약과 청약의 유인을 제의의 명확성과 구속의사표시여부에 따라 구분하고 있다. 「UN 전자상거래모델법」은 특별히 청약의 효력에 관해 언급하고 있지 않다. 이것은 「비엔나협약」에 명시되어 있는 청약에 관한 원칙을 그대로 수용한다는 것을 의미한다.²¹⁾

전자상거래는 불특정 다수를 상대로 한 다수·다량의 거래형태를 띠고 있는 것이 일반적이다. 이를 위해서 웹사이트상에 물품을 전시하여 판매하는데, 이 경우에 웹사이트에서 불특정 다수를 상대로 제시된 거래조건을 검토하고 소비자가 상품을 선택하면 바로 구매가 이루어지는 경우가 많다. 이때의 상품소개는 청약으로 볼 것인가, 아니면 청약의 유인으로 봐야하느냐는 문제가 있게 된다. 만일 청약으로 본다면 계약은 소비자가 구매결정을 하고 이런 의사를 웹사이트에 입력함으로써 이루어진다. 이 경우 재고부족 등에 따른 운송지연 등등의 계약불이행의 상황이 발생하면 판매자는 계약불이행에 따라 구매자의 손해에 대해 배상을 하여야 한다. 반면에 청약의 유인으로만 간주한다면 판매자의 최종승락이 있어야 매매계약이 이루어진다.

인터넷 웹사이트상에서 상품을 판매하는 경우는 상대방을 특정하고 있지 않으며 불특정 다수를 상대로 하고 있다. 이 경우는 상대를 특정해야 하는 오퍼의 성격상 청약의 유인으로 간주할 수 밖에 없을 것이다. 그러므로 구매자의 구매결정 내지 의사표시가 청약의 성격을 가진다고 할 수 있다. 「예비초안」도

acceptance of the offer].

19) 예비초안 제8조 3. Where data messages are used in the formation of a contract, that contract shall not be denied validity or enforceability on the sole ground that data messages were used for that purpose.

20) Anthony J. Bellia Jr., "Contracting with electronic agents," *Emory Law Journal*, Vol. 50, Issue 4, Emory University School of Law, 2001, pp.1047-1048.

21) 오원석, "UN전자계약 예비초안에 관한 소고", 「국제상학」, 제17권, 한국국제상학회, 2002.08, p.33.

제9조에서 승락의 경우에 그에 구속된다는 의사표시없이 일인이상 특정인을 지정하지 않고 정보시스템을 이용하는 자연인이 일반적으로 접근할 수 있는 계약체결 제의는 청약의 유인으로 간주한다고 규정하고 있다.²²⁾

그러나 웹사이트상에 단순히 상품을 게시하는 방법에 의해 불특정다수에게 거래제의를 하는 것과는 달리 자동적으로 계약이 체결되도록 허용된 자동화된 컴퓨터 시스템이나 대화식 응용프로그램을 이용한 경우는 상품의 청약이 유효한 것으로 간주할 수 있느냐는 것이 논란이 된다. 「예비초안」도 이런 경우는 청약으로 간주해야 한다는 것과 그 자체로 청약으로 볼 수 없다는 의견으로 나뉘어 있다.²³⁾

2. 계약성립시기

1) 발신과 수신에의 시점

청약이나 승락 등에 관한 전자적 의사표시의 발신과 수신을 어떻게 규정하느냐는 것에 관해 논란이 있다. 먼저 발신과 관련하여 「UN 전자상거래모델법」 제15조는 「메시지의 발신은 발신인의 지배·관리 밖에 있는 정보시스템에 들어가는 것」으로 정의하고 있으며 우리나라 「전자거래기본법」 제15조도 이와 같은 취지로 규정하고 있다.²⁴⁾ 「예비초안」 제11조도 역시 「발신자의 통제 밖의 정보시스템에 입력된 때」를 발신시점으로 간주하고 있다.²⁵⁾

이에 따라 의사표시가 발신자의 컴퓨터를 벗어났어도 발신자측의 LAN에 남아있는 경우는 발신되지 않은 것으로 볼 수 있다.²⁶⁾

도달은 통상적으로 의사표시가 상대방의 지배권내에 들어가 사회통념상 일반적으로 인지할 수 있는

22) 예비초안 제9조 청약의 유인

1. A data message containing a proposal to conclude a contract that is not addressed to one or more specific persons, but is generally accessible to persons making use of information systems, such as the offer of goods and services through an Internet web site, is to be regarded merely as an invitation to make offers, unless it indicates the intention of the offeror to be bound in case of acceptance

23) 예비초안 제11조

2. Unless otherwise indicated by the offeror, the offer of goods or services through [automated computer systems] [using an interactive application that appears to allow for the contract to be concluded automatically]

Variant A

· is presumed to indicate the intention of the offeror to be bound in case of acceptance.³⁵

Variant B

· does not, in and of itself, constitute evidence of the offeror's intention to be bound in case of acceptance.

24) 전자거래기본법 제9조 1항 전자문서는 작성자 외의 자 또는 작성자의 대리인 외의 자가 관리하는 컴퓨터 등에 입력된 때에 송신된 것으로 본다.

25) 예비초안 제11조 데이터메시지의 송신 및 수신시점과 장소

Variant A

1. Unless otherwise agreed by the parties, the dispatch of a data message occurs when it enters an information system outside the control of the originator or of the person who sent the data message on behalf of the originator.

26) 박희주, "인터넷 이용상의 사법적 문제", 경북대학교 박사학위논문, 1998.12, p.60.

상태일 때를 의미한다.²⁷⁾ 「비엔나협약」은 제24조에 「청약과 승락의 선언 또는 기타의 의사표시는 수신인에게 구두로 전달되거나 기타 방법으로 수신인에게 직접 또는 영업지나 우편접수처 또는 거주지에 전달되는 때에 수신인에게 도달한 것으로 본다」고 규정하고 있어서 수신인의 지배권을 주소지 내지 영업지 개념으로 보고 있다.

전자거래에서 도달시기와 관련해서는 여러 가지 관점이 있을 수 있다.²⁸⁾ 수신자 측의 서버에 데이터가 입력되는 시점이 있을 수 있고, 서버에 입력된 데이터가 수신인의 컴퓨터에 입력되는 시점이 있을 수 있다. 더 나아가 수신인이 이 데이터를 불러서 확인하는 시점을 수신시점으로 볼 수도 있다. 기존의 도달에 관한 법리는 상대방의 지배권내 들어가는 시점을 도달시점으로 보고 있으며, 수신인의 인지까지를 요구하고 있지는 않다. 그런데 단순히 수신자측 서버만을 수신의 기준시점으로 한다면 서버 제공업자(ISP)의 지배권으로 들어가는 경우와 혼동이 있을 수가 있기 때문에 도달시점과 관련해 분쟁 발생의 소지가 있을 수 있다. 결국 데이터가 수신인의 컴퓨터 또는 수신인이 지정한 컴퓨터에 입력된 시점을 도달시점으로 보는 것이 타당하다고 할 수 있으며, 「UN 전자상거래모델법」도 같은 취지로 제15조에 도달은 수신자가 지정한 정보시스템이나 수신자 자신의 정보시스템에 메시지가 들어가는 시점에 달성되는 것으로 보고 있다.

「예비초안」도 도달시점에 관해서는 「UN 전자상거래모델법」과 대체적으로 같은 내용으로 도달시점을 규정하고 있으나 수신자의 정보시스템이 여러 개로 구성된 경우를 고려하여 좀 더 정밀하게 도달시점을 정의하려고 하고 있다. 「예비초안」은 두 가지 기준을 검토하고 있다. 첫 번째 안은 수신인이 데이터메시지를 수신하기 위하여 정보시스템을 지정한 경우와 지정하지 않은 경우로 나누고 있다. 정보시스템이 지정된 경우에는 정보시스템에 데이터가 입력되는 때를 도달시점으로 간주된다. 만일 지정된 정보시스템이 아닌 수신자의 다른 정보시스템으로 보내진 경우에는 수신인에 의해 그 데이터가 검색된 때를 도달시점으로 간주한다. 그리고 수신인이 정보시스템을 지정하지 않은 경우에는 데이터 메시지가 수신인의 정보시스템에 입력된 때를 도달시점으로 간주한다.²⁹⁾

두 번째 안은 수신인이 데이터를 검색하고 가공할 수 있도록 된 상태를 도달시점으로 간주하도록 되어 있다.³⁰⁾

두 번째 안은 도달시점을 단순화시키는 장점은 있으나 「비엔나협약」 제24조가 단순히 수신인의 우편 주소내로 전달되면 도달의 효력이 발생하는 것으로 규정한 것과 상치될 소지가 있어서 이에 관한

27) 최병록, 전계논문, p.361.

28) 전계논문, p.361.

29) 예비초안 제11조 Variant A. 2 Unless otherwise agreed by the parties, if the addressee has designated an information system for the purpose of receiving data messages, the data message is deemed to be received at the time when it enters the designated information system; if the data message is sent to an information system of the addressee that is not the designated information system, the data message is deemed to be received at the time when the data message is retrieved by the addressee. If the addressee has not designated an information system, receipt occurs when the data message enters an information system of the addressee.

30) 예비초안 제11조 Variant B. 2 2. Unless otherwise agreed by the parties, the data message is deemed to be received at the time when the message is capable of being retrieved and processed by the addressee.

추가적인 검토가 요구되며,³¹⁾ 앞서 언급한 바와 같이 도달이라는 것이 상대방의 지배권내로 들어간다는 개념과 상치될 소지가 있기 때문에 이에 관한 법리적 검토가 뒷받침되어야 한다.

2) 발신주의와 도달주의

계약성립시기를 청약에 대한 승락표시가 발신되는 시점이나 도달하는 시점으로 나누어 적용하는 것이 일반적이다. 「비엔나협약」은 대화자나 격지자를 구분하지 않고 도달주의를 채택하고 있으며, 「예비초안」은 전자계약은 청약의 승락이 「예비초안」의 규정에 따라 유효하게 이루어진 시점에 체결되며, 청약의 승락은 동의의 표시가 청약자에 의해 수신되는 시점에 유효한 것으로 규정하고 있어서 「비엔나 협약」 제23조와 마찬가지로 도달주의를 규정하고 있다.³²⁾ 우리나라는 대화자간에는 도달주의를 격지자간에는 발신주의를 채택하고 있으며,³³⁾ 영미법에서는 우편이나 전보에 관해서는 발송과 동시에 계약이 성립하는 것으로 간주하고 있는 등³⁴⁾ 국가별로 차이가 있다.

전자계약에 발신주의를 적용할 것인가 도달주의를 적용할 것인가는 법리면에서 논쟁이 있을 수 있다. 이것은 근본적으로 전자계약을 대화자간 계약으로 보느냐 아니면 격지자간의 계약으로 보느냐는 문제에 따라 달라질 수 있다. 또한 피청약자가 승락했는가를 기준으로 봐야하느냐 아니면 승락이 무사히 도착한 것을 더 중요하게 봐야하느냐에 따라 달라질 수 있는 문제라고 할 수 있다.³⁵⁾

국제무역의 경우에는 사업자의 영업장이 물리적으로는 격지자간 거래에 해당되지만 컴퓨터를 통해 이루어지는 의사표시의 송신과 수신은 거의 동시에 이루어지기 때문에 대화자간 거래로 볼 수 있는 소지도 있다.³⁶⁾ 실제 우리나라 「민법」은 계약은 대화자간에는 승락의 발신시점을 계약성립시점으로 보고 있다.³⁷⁾

전자계약의 성립시기는 발신시점과 도달시점간에 극히 짧은 시간이 소요되기 때문에 대화자간의 거래로 간주하여 발신주의를 채택해도 큰 문제는 없어 보인다. 다만, 앞서 언급한 바와 같이 국제협약에서 도달주의가 일반추세이고, 승락의 의사가 발신된 후 네트워크의 장애 등의 이유로 상대방에게 의사가 전달되지 못할 가능성등을 고려하면 도달주의를 채택하는 것이 전자계약의 성립에 따른 의무발생시점을 규정하는 것으로서 더욱 합리적이라는 판단이다.³⁸⁾

31) UNCITRAL, *Legal aspects of electronic commerce, Electronic contracting: provisions for a draft convention*(A/CN.9/WG.IV/WP.100), p.13f.

32) 예비초안 제8조 2항 When expressed in the form of a data message, an offer and the acceptance of an offer become effective when they are received by [the addressee] [the offeree or the offeror, as appropriate].

33) 민법 제111조 1항 상대방 있는 의사표시는 그 통지가 상대방에 도달한 때로부터 그 효력이 생긴다; 민법 제531조 (격지자간의 계약성립시기) 격지자간의 계약은 승락의 통지를 발송한 때에 성립한다

34) 오세창, “계약성립에 관한 UIDROIT원칙과 CISG의 비교”, 「국제상학」, 제17권 제2호, 한국국제상학회, 2002.08, p.14.

35) 오세창, 전계논문, p.14

36) 김선광, 전계논문, p.9.

37) 대화자간의 계약에서는 청약과 승락이 거의 동시에 이루어지므로, 의사의 합치와 구별하여 계약의 성립시기를 논하는 경우는 거의 없다; 최병록, 전계논문, p.364.

38) 현재 전자거래기본법은 송신과 수신만을 정의하고 있을 뿐 계약성립시기는 규정하고 있지 않다.

3. 자동화 시스템의 이용

컴퓨터의 발달은 인간으로 하여금 스스로 개입하지 않고 거래를 성사시킬 수 있는 자동화 시스템에 의한 계약을 증가시키게 되었다. 자동화 시스템중에서도 특히 전자대리인에 의한 계약은 인간이 전혀 개입하지 않고 전자대리인과 인간, 또는 전자대리인간 계약이 이루어지고 있어서 계약의 유효성과 관련하여 논란이 되고 있다. 전자대리인의 예로서, 사이버공간에서는 지정된 가격의 범위내에서 상품을 판매할 수 있도록 지시된 소프트웨어 대리인이 많이 사용되고 있다. 이 경우에 소프트웨어는 지정된 가격범위 내에서 최적의 조건으로 물품을 판매하는 거래를 성사시키게 된다.³⁹⁾ 실제 전자대리인을 쉽게 정의하는 것도 용이하지 않다. 전자대리인은 '만일 당신이 시간을 가졌다면 스스로 할 일을 알아서 하는 소프트웨어'⁴⁰⁾ 또는 '자연인의 까다로운 명령을 실행하도록 프로그램된 소프트웨어'⁴¹⁾라고 정의할 수 있다.⁴²⁾

'예비초안'은 제12조에 '만일 당사자간 별도의 합의가 없다면, 자동화된 정보시스템과 자연인 또는 정보시스템간의 상호작용에 의해 계약이 체결될 수 있다고 규정하고 있다. 이것은 비록 자연인이 이러한 시스템에 의해 수행된 개별적인 각각의 행동이나 그 행동에 따른 계약을 검토하지 않은 경우에도 마찬가지라고 규정함으로써 자동화된 정보시스템에 의한 계약을 수용하고 있다.⁴³⁾

4. 전자통신과정의 오류

전자거래에서 의사표시는 키보드와 같은 외부입력장치를 활용하여 입력되고, 웹사이트상의 프로그램의 작동으로 데이터 처리된다. 전자거래에서는 외부입력장치를 활용하는 과정이나 프로그램 오작동에 의한 의사표시의 오류내지 착오가 발생할 수 있다. 이와 같은 착오는 컴퓨터 사용자가 가진 의사와 컴퓨터에 표시된 의사와 불일치가 있을 수 있고 순수한 프로그램이나 설비의 문제로 나누어 볼 수 있다.⁴⁴⁾

39) Anthony J. Bellia Jr., op.cit., p.1047

40) 'a software thing that knows how to do things that you could probably do yourself if you had the time'; Anthony J. Bellia Jr., op.cit., p.1051.

41) 'an electronic agent is a software thing programmed to execute sophisticated commands of a human user'

42) 미국의 통일전자거래법(Uniform Electronic Transactions Act)은 제2조(6)에서 "electronic agents"란 자연인에 의한 검토(review) 또는 행위 없이 그 전부 또는 일부가 전자기록이나 전자적 작동에 대해 독립적으로 동작을 개시하거나 반응하도록 하는데 사용되는 컴퓨터프로그램이나 전자적 또는 기타 자동화된 방식을 말한다'라고 정의하고 있다

43) 제12조 자동화된 거래

Unless otherwise agreed by the parties, a contract may be formed by the interaction of an automated information system and a person or by the interaction of automated information systems, even if no person reviewed each of the individual actions carried out by such systems or the resulting agreement.

44) 정기웅, 전계논문, pp.113-114.

1) 입력 및 표시의 착오

입력 및 표시의 착오는 판매자나 구매자 모두에 의해서 발행하게 된다. 가격표시의 실수나 주문수량의 실수 등등 여러 가지 형태로 나타날 수 있다. 이 경우는 통상 표시상의 착오⁴⁵⁾로 다루어지는데, 표시상의 착오일 경우에는 취소가 가능하며, 표의자의 중대한 과실이 있는 경우에만 취소할 수 없다.⁴⁶⁾

다만 전자거래는 다수의 소비자에게 물품을 신속히 배달하는 시스템을 가지고 있으므로 구매자도 본인이 입력한 내용을 검토할 의무가 있고 이러한 의무를 현저히 해태한 경우에는 주문의 취소를 인정해서는 안된다는 견해가 있다.⁴⁷⁾ 그러나 이는 일반적인 견해로 받아들여지지 않고 있다.⁴⁸⁾

의사표시의 오류와 관련하여 최근 대두되는 문제는 자동화된 프로그램중 전자대리인에 의한 계약성립과정에서 소비자가 각 단계별로 오류를 식별하고 이를 수정할 수 있어야 한다는 것이다. 만일 프로그램이 이러한 기회를 제공하지 않는다면 궁극적으로 전자프로그램에 의한 계약성립의 유효성에 의문이 가해질 수 밖에 없다.

2) 프로그램 하자

프로그램의 하자에 의한 오작동의 경우에 그 책임을 누가 지어야하느냐에 관해서도 여러 가지 해석이 존재한다. 프로그램의 하자로 표의자의 의사와 다르게 표시된 경우에 단순히 표시상의 착오로 봐야 하며 이 경우에 의사표시에 관한 취소권리를 인정하여야 한다는 의견이 있으며,⁴⁹⁾ 반대로 동기의 착오로 다루어 유효한 의사표시로 봐야한다는 견해로 나뉘고 있다.⁵⁰⁾ 일반적으로 프로그램의 착오에 대한 위험을 상대방에게 이전하기보다는 본인 스스로 부담해야한다는 해석이 더 설득력을 가지고 있으며 이것은 동기의 착오로 간주되어 유효한 의사결정으로 볼 수 있게 된다.⁵¹⁾

3) 국제협약에서의 논의

「UN 전자상거래모델법」은 계약성립에서 발생하는 계약의 유효성과 같은 실질적이고 민감한 문제는 반영하고 있지 않기 때문에 전자계약에서 나타날 수 있는 오류나 착오의 문제를 다루고 있지 않다.⁵²⁾ 「예비초안」도 전자계약과정에서 발생가능한 오류나 착오의 문제를 포괄적으로 다루고 있지는 않다. 다만 자동화된 정보시스템의 경우 계약과정이 판매자의 개입없이 프로그램과의 상호작용에 의해서 이루

45) 민법 제109조 (착오로 인한 의사표시) ①의사표시는 법률행위의 내용의 중요부분에 착오가 있는 때에는 취소할 수 있다. 그러나 그 착오가 표의자의 중대한 과실로 인한 때에는 취소하지 못한다

46) 정기용, 전계논문, p.113; 구재균, 전계논문, p.279.

47) 지원림, "자동화된 의사표시", 「저스티스」, 제31권 3호, 한국법학원, 1998.09, p.56; 정기용, 전계논문, p.113.

48) 구재균, 전계논문, p.280.

49) 오병철, 전계논문, p.228.

50) 지원림, 전계논문, p.57.

51) 정기용, 전계논문, p.114.

52) 오원석, 전계논문, p.39.

어지는 점을 감안하여 자동화시스템이용시 소비자에 의한 의사표시의 오류나 착오를 수정할 수 있도록 제언하고 있다. 구체적으로 보면 첫째, 자동화된 정보시스템을 통하여 상품이나 서비스를 판매하는 당사자는 그 시스템을 이용하는 당사자가 계약체결전에 그 정보시스템을 통하여 교환된 데이터 메시지의 오류를 식별하고 수정할 수 있는 기술적 수단을 이용할 수 있도록 하여야 한다. 둘째, 자동화된 정보시스템에 접속하여 계약이 체결된 경우라 하더라도 자동화된 시스템이 그 오류를 수정하거나 예방할 기회를 제공하지 못한 경우, 데이터 메시지에 오류를 만든자가 오류가 있음을 알고 가능한 빠른 시간에 그 사실을 운영자에게 통보한 경우에 그 계약은 법적 효력을 갖지 못한다고 규정하고 있다.⁵³⁾

5. 계약명식

일반적으로 상품매매가 불요식계약에 기초하기 때문에 매매계약의 형식에 특별히 계약을 두는 것은 바람직하지 않다. 비엔나 협약도 계약의 성립에 관한 형식요건을 요구하고 있지 않으며 계약은 구두나 서면 등등 여러 가지 방법으로 체결될 수 있다.⁵⁴⁾

그러나 전자문서를 이용하여 의사표시가 이루어지고 계약이 체결되는 경우에는 전자문서가 계약을 증거하는 역할을 할 수 있는지 하는 문제와 함께 일반 계약에서 계약당사자의 진정성을 확인하는 근거가 되는 서명날인을 전자서명이 대체한다면 그러한 전자서명은 인증의 수단으로서 하자가 없는지 하는 것이 문제가 된다.

1) 전자문서를 이용한 계약의 유용성

계약과정에 전자문서를 이용하여 청약이나 승락의 의사표시를 하는 경우 그러한 전자문서에 의한 의사표시가 유효하다는 것은 이미 UNCITRAL이나 각국의 입법을 통해서 잘 뒷받침되고 있다고 할 수 있다. 「UN 전자상거래모델법」에서는 계약성립에 있어서 데이터 메시지가 사용된 경우에, 그 계약은

53) 제13조 전자적 의사소통에서의 착오

Variant A

1. Unless otherwise [expressly] agreed by the parties, a party offering goods or services through an automated information system shall make available to the parties that use the system technical means allowing the parties to identify and correct errors [in data messages exchanged through the information system] [prior to the conclusion of a contract]. [The technical means to be made available pursuant to this paragraph shall be appropriate, effective and accessible.]
2. A contract concluded by a person that accesses an automated information system of another person has no legal effect and is not enforceable if the person made an error in a data message and
 - (a) The automated information system did not provide the person with an opportunity to prevent or correct the error;
 - (b) The person notifies the other person of the error as soon as practicable when the person making the error learns of it and indicates that he or she made an error in the data message;

54) 비엔나협약 제11조

단지 데이터 메시지가 그러한 목적으로 사용되었다는 이유만으로 유효성 혹은 강제성이 부인되지 않는다고 규정하고 있다.⁵⁵⁾ 우리나라 전자거래기본법도 동일한 내용을 규정하고 있다.⁵⁶⁾

「예비초안」도 「UN 전자상거래모델법」의 취지를 그대로 계승하여 제14조 1항에 「본 협약은...거래(계약) 또는 기타 의사소통, 선언, 요구, 통지나 요청이 서면 형식을 포함한 (데이터 메시지, 서면, 또는 기타 형식으로) 특정한 형식으로 증거되거나, 체결되어야 한다거나 또는 형태와 관련된 기타 요구조건을 전제로 하는 어떠한 요구도 하지 않는다」고 규정함으로써 데이터 메시지를 포함한 어떤 형식에 의한 계약도 유효하다고 인정하고 있다.

데이터 메시지에 의한 계약체결이 유효한 경우에도 각국의 법이 서면으로 된 계약서나 기타 문서의 제출을 요구할 수 있다. 이 때 전자문서의 제출이 유효한가하는 점이 문제로 남는다. 이 경우에 계약서 등을 출력하여 서면으로 제출할 수 있으나 서면서류의 효력발생에 필요한 당사자의 서명날인 등이 누락되어 서면서류가 법적으로 유효하지 않을 수 있다. 이 점에 관해서는 「UN 전자상거래모델법」도 언급을 안하고 있지만 현실적으로는 중요한 문제가 아닐 수 없다. 「예비초안」은 제14조 2항에 「법이.....거래(계약) 또는 기타 의사소통, 선언, 요구, 통지나 요청이 서면으로 이루어져야 한다고 요구하고 있다면, 그 요구는 후에 참조용으로 이용할 수 있도록 하기 위하여 그 데이터메시지에 포함된 내용에 접근 가능하다면 데이터 메시지에 의해 충족되어진다」고 규정하고 있다. 이 것은 서면을 요구하는 경우라고 하더라도 데이터 메시지의 내용을 제3자가 접근하여 확인할 수 있다면 서면에 의한 제출요구도 데이터 메시지의 제출로 충족될 수 있다는 것을 의미한다. 이 것은 아직 정착된 관행이 아니기 때문에 추후 각국이 입법을 통해서 서면제출을 요구하는 경우도 전자문서의 제출로 갈음할 수 있도록 해야할 것이다.

2) 전자서명의 유효성

서명(sign)의 의미를 살펴보면 서명은 법적으로는 진정성을 확인하기 위한 목적이나 계약수행을 위하여 또는 어떤 자의 행동에 효력을 주기 위하여 육필(a writing)이나 도구(instrument)로 이름을 기입하는 것으로 정의된다. 서명상에 의무나 승인, 수락, 인지의 의미로 서류상에 어떤 표시를 만드는 것도 서명의 의미에 포함된다.⁵⁷⁾ 수권되지 않은 서명(unauthorised signature)이란 실제 또는 묵시적으로 명백한 수권없이 행한 서명을 의미하고 위조를 포함한다.⁵⁸⁾

전자계약에서는 통상적으로 일반 서면계약에서와 같이 육필이나 도장을 이용한 기명날인을 할 수

55) UN전자상거래모델법 제11조 (1)

56) 전자거래기본법 제4조 (전자문서의 효력) 전자문서는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 전자적 형태로 되어 있다는 이유로 문서로서의 효력이 부인되지 아니한다.

57) 이외에도 서명상에 이름을 표시하는 알려진 모든 수단으로 이름을 기재하는 것, 손이나 봉인으로 재가하는 것, 그리고 서명(signature)을 기재하는 것 등의 여러 뜻이 있다; *Black's Law Dictionary*, 6th ed., St. Paul, Minn. West Publishing Co., 1990, p.1380.

58) *ibid.*

없다. 이에 대한 대안으로 전자서명을 이용하게 되었다. 우리나라 전자서명법에서는 「전자서명이라 함은 서명자를 확인하고 서명자가 당해 전자문서에 서명을 하였음을 나타내는데 이용하기 위하여 당해 전자문서에 첨부되거나 논리적으로 결합된 형태의 정보를 말한다」⁵⁹⁾고 규정하고 있다. 이름이나 표시를 기재하여 그 서류에 법적 효력과 진정성을 갖도록 하는 행위인 서명의 수단이나 방법에는 제한이 없다. 즉 어떠한 표시나 상징, 도구도 자신을 대표하는 것으로 선택가능하며 충분하기 때문에⁶⁰⁾ 전자서명이 특별히 법적으로 문제될 것은 없다. 다만 육필이나 인감과 같은 증거력을 확보하기 위해서는 공인인증,⁶¹⁾ 전자서명과 같이 인증기관에 등록된 전자서명을 이용해야할 필요성은 크다고 하겠다. 실제 우리나라에서는 법령에서 문서 또는 서면에 서명, 서명날인 또는 기명날인을 요하는 경우 전자문서에 공인인증전자서명이 있는 때에는 이를 충족시키는 것으로 보고 있다.⁶²⁾

전자서명에 관해 「UN 전자상거래모델법」은 특별한 형식요건을 규정하고 있지 않다. 동법 제7조에서는 만일 자연인을 식별하고 데이터 메시지에 포함된 정보에 관한 해당인의 승인을 표시하는 데 이용된 방법이거나 관련 계약을 포함하여 모든 상황에 비추어 그 데이터메시지의 생성과 의사소통을 위한 목적에 신뢰할 수 있는 적절한 방법인 경우에 전자서명의 요건을 갖춘 것으로 규정하고 있다. 이것은 서명에 관한 법리에 부합되는 적절한 규정이라고 할 수 있다. 결국 부정한 서명은 어느 경우든 사기나 위조의 문제로 다를 밖에 없으며 서명에 관한 특수한 형식요건을 강화함으로써 서명에 관한 진정성을 확보하는 데는 한계가 있다고 할 수 있다. 「예비초안」도 「UN 전자상거래모델법」과 동일한 내용을 규정하고 있다.⁶³⁾ 다만 법이 서명을 요구하는 경우에 다음과 같은 경우에는 본인의 서명으로서 유효한 것으로 간주된다. 첫째, 서명생성데이터가 이용된 상황에서 동데이터가 다른 자가 아닌 서명자에게 링크된 경우, 둘째, 서명시점에 서명생성데이터가 다른자가 아닌 서명자의 통제하에 있는 경우, 셋째, 서명시점 이후에 만들어진 전자서명의 여하한 변경도 파악할 수 있는 경우, 넷째, 서명에 대한 법적 요구의 목적이 서명이 관계된 정보의 완전성에 관한 보증을 하기 위한 경우에 서명시점이후에 해당정보에 관해 이루어진 변경을 파악할 수 있는 경우이다.⁶⁴⁾ 이 내용은 공인인증서명을 나타내고 있는 것으로 우리나라 전자서명법 제2조 3호의 내용과 일치하고 있다. 즉 서명의 변경이나 전자문서의 변경 등을 파악할 수 있는 것은 공인인증서명일 경우에 가능하게 된다.

결국 서명행위에 대한 부인을 억제시키거나 무능력자나 무권한자에 의한 서명을 허용하지 않기 위해서는 국제무역에서 공인인증서명에 의한 서명체제를 갖추어 나가는 것이 중요하고 그러한 의미에서 「예비초안」에서 관련조항을 규정하려는 것은 바람직한 것으로 이해된다.

59) 전자서명법 제2조 2호

60) 육필이나 스탬프, 타이프, 음각 등 여러 다양한 수단의 이용이 가능하다; Henry Campbell Black, M. A., *Black's Law Dictionary*, 6th ed., St. Paul, Minn. West Publishing Co., 1990, pp.1381-1382; UCC 1-1201(39), 3-401(2)

61) 인증의 의미에 대하여 국제상업회의소(ICC)는 제4차 개정에 관한 설명에서 '물리적, 전자적 또는 기타 수단으로 수신자에게 기재된 원천으로부터 메시지가 왔다는 것을 확실하게끔 하는 것'으로 설명하고 있다; ICC, *Documentary Credits; UCP 1974/1983 Revisions, Compared and Explained*, Pub. No.411, p.41.

62) 전자서명법 제3조 1항

63) 예비초안 제13조 3항

64) 예비초안 제13조 4항

6. 당사자가 제공하여야하는 일반정보

「예비초안」에서는 전자상거래의 불확실성을 줄이기 위해 당사자가 제공하여야하는 최소한의 정보 제공에 대한 규정이 필요하다는 주장이 대두되어 이에 관한 규정을 포함시켰다.⁶⁵⁾ 초안에 따르면 상품이나 용역을 오피하거나 광고하기 위하여 데이터 메시지를 사용하는 당사자는 첫째, 당사자의 성명, 법인의 명칭, 위치, 둘째, 영업장소의 지리적 위치와 주소, 셋째, 전자우편주소를 포함한 계약세부내역 등을 제공해야 한다. 이러한 정보는 정보시스템에 접근하는 당사자가 쉽게, 직접적으로 그리고 영구히 접근가능하도록 제공되어야 한다.⁶⁶⁾

당사자가 제공하여야하는 일반정보와 관련하여 제재규정이 분명하지 않아서 그 효과가 의문이라는 주장이 있어서 정식으로 채택될지 여부는 알 수 없다.⁶⁷⁾

「예비초안」은 또한 계약조건을 상대방이 복사하거나 저장할 수 있도록 상품이나 용역을 청약하는 당사자는 계약조건을 포함하고 있는 데이터 메시지를 피청약자에게 제공할 것을 규정하고 있다.⁶⁸⁾

IV. 電子契約 성립의 장애요인

본 장에서는 국제거래를 전자계약에 의해 수행할 경우 발생가능한 계약성립의 장애요인을 고찰하고 이에 대한 합리적 개선방안을 모색하도록 한다.

1. 자동화 시스템을 이용한 계약의 유효성

계약이 성립되기 위해서는 기본적으로 인간에 의한 의사표시가 있어야 하고 양당사자의 의사표시의 합치가 있어야 한다.⁶⁹⁾ 이러한 계약의 일반원리의 적용에 제한을 받는 부분이 최근 논란이 되고 있는 자동화시스템 즉 전자대리인에 의한 계약체결이다. 컴퓨터가 의사소통의 수단으로만 이용되면 문제가 되지 않으나 최근 전자상거래에서 컴퓨터내 소프트웨어가 스스로 입력된 데이터에 대해 의사표시를 하거나 의사결정을 하는 형태로 발전됨으로서 계약의 유효성 여부가 논란이 되고있다.⁷⁰⁾

65) UNCITRAL, "Legal aspects of electronic commerce, Electronic contracting: provisions for a draft convention," A/CN.9/WG.IV/WP.100, p16f.

66) 예비초안 제15조

67) UNCITRAL, op.cit., p.16f

68) 예비초안 제16조

69) 최병록, 전제논문, p.359.

70) Anthony J. Bellia, Jr., op.cit., p.1047

판매자는 단지 전자대리인을 설치운영하고 있을 뿐이고, 계약체결에는 실제 아무런 개입을 하지 않게 된다. 즉 웹사이트 운영자는 계약체결과정에서 아무런 인식이나 의사표시를 하지 않으면서도 계약이 성립되는 것이다. 문제는 기존의 계약법리로는 그러한 전자대리인에 의한 계약의 법적 효력 여부가 명확하지 않다는 점이다. 즉 대리인 이론(*agency principles*)의 적용이 어렵다는 점이다. 대리인이론에 따르면 본인이 제3자에게 대리인이 계약을 체결할 권리를 가진다는 것을 명확히 하였다면 대리인은 본인을 대신하여 계약을 체결할 수 있는 법적인 권한을 가지게 된다.⁷¹⁾ 전자대리인도 본인이 계약체결을 위해 전자대리인을 이용하는 것에 동의하였다면 전자대리인에 의한 계약체결도 유효하다고 주장되기도 한다. 그러나 대리권이라는 것은 본인과 대리인간 동의에 의해서 성립되는 것으로 인간과 기계사이에는 이러한 동의가 성립될 수 없다는 데 대리인이론을 적용할 수 없는 한계가 있다. 대리인 역시 법적 권리를 가지는 이득이 있지만 법적 의무 또한 가지게 됨으로서 상호동의를 있어야 대리관계가 성립된다고 볼 수 있다. 즉 대리인 이론은 기본적으로 인간의 상호작용을 전제로 발전이 되었기 때문에 인간과 기계와의 관계에 적용되기 위해서는 새로운 법적 정당화작업이 필요하다.⁷²⁾ 우리나라 「민법」에서도 대리인이 되기 위해서는 행위능력은 없더라도 의사능력은 있어야 한다고 규정하고 있다.⁷³⁾

대리인에 관한 법리와 전자대리인을 이용한 거래의 현실적 성사간에 괴리가 발생함으로써 과연 그러한 거래를 해야하느냐는 일말의 불안과 회의가 현실적으로 발생할 수 있다. 더욱이 전자대리인을 이용한 거래가 국제거래일 때는 각국간 법리의 충돌로 말미암아 여러 가지 분쟁을 낳을 수 밖에 없고 현실적으로 전자계약에 의한 국제무역이 활성화되는데 장애요인이 될 수 밖에 없다.⁷⁴⁾

전자대리인을 둘러싸고 발생할 수 있는 계약의 불확실성을 없애는 방법은 이러한 거래가 유효하다는 것을 국제규칙이나 각국의 법이 규정해나가는 것과 함께 계약단계에서 계약조건이나 계약내용을 충분히 검토할 수 있는 기회를 제공하는 제도적 장치를 마련해나가는 것이다. 이러한 점에서 「예비초안」이 「자동화된 정보시스템을 통하여 상품이나 서비스를 판매하는 당사자는 그 시스템을 이용하는 당사자가 계약체결 전에 그 정보시스템을 통하여 교환된 데이터 메시지의 오류를 식별하고 수정할 수 있는 기술적 수단을 이용할 수 있도록 하여야 한다」⁷⁵⁾고 규정하려는 것은 매우 바람직하며 이러한 내용을 각국이 수용함으로써 국제적 조화를 이루어 나가야 할 것이다.

71) *ibid*

72) Anthony J. Bellia, Jr., *op.cit.*, p.1092.

73) 민법 제117조

74) *ibid* 및 국내 민법 제117조 참조

75) 예비초안 제13조

2. 계약자보호를 위한 정보제공의무와 계약성립의 관계

앞서 살펴본 바와 같이 「예비초안」에서는 전자상거래의 불확실성을 줄이기 위해 당사자가 제공하여야 하는 최소한의 정보제공에 대한 규정이 필요하다는 주장에 따라 운영자의 명칭이나 주소를 제공해야 한다는 내용을 입안하려고 하고 있다.⁷⁶⁾ 또한 당사자는 계약조건을 포함하고 있는 데이터 메시지를 제공할 것을 규정하고 있다.⁷⁷⁾ 이에 관해 EU를 중심으로 한 일부국가에서 제재규정이 없어서 그 조항의 실효성이 의문이라는 주장을 하고 있다.⁷⁸⁾ 이에 따라 본 조항이 실제 「예비초안」에 최종적으로 남게 될 지는 지켜봐야 할 것 같다. 그런데 「예비초안」이 국제거래를 다루고 있다는 점을 고려할 때 최소한의 운영자정보를 제공하는 것은 필요하다고 보인다. 사이트를 개설하고 운영하는 자에 관한 기초적인 정보를 제공하는 것은 상거래의 기초라고 생각되고 더군다나 비대면 거래인 전자거래에서 비대면성을 완화시키는 효과가 있다고 보여진다.

문제는 정보제공의 범위이다. 앞으로도 전자상거래의 운영자나 오피를 등록한 자 등이 계약과 관련하여 어느 정도 정보를 제공해야하는지는 쟁점이 될 소지가 충분하다.⁷⁹⁾ 국내에서는 이미 「전자상거래등에서의 소비자보호에 관한 법률」이 제정되었기 때문에 소비자보호문제에 관한 한 상당한 정도 수준으로 입법이 되어있다. 그런데 특별히 국제무역에서는 소비자보호에 대한 법이나 계약관련 법이 상이하기 때문에 분쟁이 발생할 소지가 크다고 하겠다.

예를 들어서 웹사이트에서 소비자가 전통적인 계약과 달리 서명을 통해 계약을 하기보다는 버튼을 클릭함으로써 계약이 성립되는 경우가 많다. 이 경우에 버튼을 클릭한다는 것은 일종의 전자서명을 하는 행위로 이해될 수 있다.⁸⁰⁾ 그런데 이것이 전통적인 계약행위와 다르기 때문에 이와 같은 방식으로 계약이 성립된다는 것을 인지 못하고 해당 버튼 클릭하는 경우도 있을 수 있다는 것이다. 이 경우에 구매자는 버튼을 클릭함으로써 계약에 구속된다는 것을 알아야 하며 이것은 소비자 보호차원에서 이해될 수 있다. 구매자를 보호하기 위한 방법은 그러한 행위가 계약에 이른다는 것에 관해 분명한 표현으로 공시를 하는 것이다. 이러한 공시는 두 가지 목적을 위해 필요하다.⁸¹⁾ 첫째는 구매자에게 구속력 있는 계약이 체결된다는 것을 공지함으로써, 예를 들면 클릭이 전자서명을 갈음할 수 없다는 구매자의 주장을 발생시키지 않을 수 있다. 둘째, 공시를 함으로써 구매자는 계약조건에 더욱 주의를 기울여서 계약조건을 세심하게 검토하게 될 것이다. 이 경우 계약 후 분쟁을 줄일 수 있다. 운영자에게도 이러한 공시가 특별한 부담을 주지는 않는다.

「예비초안」은 당사자 정보제공에 관한 최소한의 의무를 규정하려고 노력하고 있으나 전자상거래가

76) 예비초안 제15조

77) 예비초안 제16조

78) UNCITRAL, op.cit., p.16f

79) Anthony M. Ballon, "From wax seals to hypertext: electronic signatures, contractformation, and a new model for consumer protection in internet transactions," *Emory Law Journal*, Vol.50, Emory University School of Law, 2001, pp.934-935.

80) Anthony M. Ballon, op.cit., p.934.

81) *ibid.*, p.935.

국제적으로 그 외연을 확대해나갈 경우를 고려할 때 적어도 계약성립을 위한 최종행위를 하기전에 해당행위로 인해 구속력 있는 계약이 성립된다는 내용을 공시하도록 규정하는 것은 취약한 전자계약의 성립에 관한 법리를 보완하는 역할을 할 수 있을 것이다.

V. 결 론

본 논문은 최근 활발히 논의되는 전자계약의 성립에 관한 법리와 자ைய요인을 고찰하였다. 국제거래에서 전자계약체결과 관련하여 발생할 수 있는 독특한 논점을 고찰하고 개선방안에 대한 사전을 제안하였다.

「UN 전자상거래모델법」이 이미 존재함에 불구하고 국제거래에 있어서의 전자계약을 위한 「예비초안」이 준비되고 있다는 것은 전자계약에 관한 법리가 새로운 영역이고 국제적으로도 법리논쟁이 치열하기 때문에 법의 충돌문제가 발생하고, 결국 그러한 총체적인 불확실성은 국제거래의 장애요인이 될 것이기 때문이다

앞서 살펴본 바와 같이 전자적 의사표시에 관한 청약과 승락은 전자적 의사표시, 계약성립의 시점, 전자통신과정의 오류, 계약의 형식, 전자서명 등은 비교적 계약에 관한 기존의 법리를 적용할 수 있는 부분이다. 그러나 자동화된 시스템, 즉 전자대리인에 대한 계약성립의 문제는 계약에 관한 기존의 법리를 적용하여 재해석하기 어려운 부분이다. 이에 따라 국제거래에서 전자대리인을 통한 계약의 유효성과 관련된 불확실성이 존재할 수 있기 때문에, 전자대리인을 이용하는 부분에 관해서는 결국 국제적인 통일법의 제정과 이를 뒷받침하는 각국의 입법으로 그 유효성을 뒷받침해야지만 계약성립에 관한 당사자간의 분쟁을 예방할 수 있을 것이다. 또한 계약성립전에 특정행위가 계약에 대한 승락을 표시하는 행위가 된다는 내용을 구매자에게 분명하게 고시해야할 의무를 운영자에게 부여함으로써 계약성립에 관한 소비자 피해의 문제를 사전에 예방할 수 있을 것이다. 특별히 국제적인 전자거래를 규율하는 국제규칙에서 이러한 내용을 규정함으로써 전자계약에 대한 불확실성을 줄여나갈 수 있을 것이다.

참고문헌

- 공순진·김영철, “전자상거래의 민사법적 문제”, 「동의법정」, 제15집, 동의대학교, 단국대부설법학연구소, 1999.05.
- 구재균, “전자거래에 있어서 계약의 성립에 관한 법적 검토”, 「법학논총」, 제25집, 2001.12.
- 김선광, “전자적 의사표시에 의한 계약성립상의 법적 문제”, 「통상정보연구」, 제1권 제1호, 한국통상정

보학회, 1997.07.

김종철, “전자상거래계약의 성립·이행·종료에 있어서 법적 문제점에 관한 연구”, 「국제상학」, 14권 1호, 한국국제상학회, 1999.05.

노현수·김완호, “전자상거래 활성화를 위한 법적 제문제에 관한 연구”, 「동의논집」, 제36집, 동의대학교, 2002.02.

박희주, “인터넷 이용상의 사법적 문제”, 박사학위논문, 경북대학교, 1998.12.

오원석, “UN전자계약예비초안에 관한 소고”, 「국제상학」, 제17권, 한국국제상학회, 2002.08.

오병철, “전자적 의사표시에 관한 연구”, 박사학위논문, 연세대학교, 1997.02

오세창, “계약성립에 관한 UIDROIT원칙과 CISG의 비교”, 「국제상학」, 제17권 제2호, 한국국제상학회, 2002.08.

윤창술, “전자서명의 법적 개념”, 「기업법연구」, 제9집, 한국기업법학회, 2002.04.

정기용, “전자거래계약의 성립과 이행상의 법률적 문제에 관한 연구”, 「경대 논문집」, 제22집, 경찰대학, 2002.

지원림, “자동화된 의사표시”, 「저스티스」, 제31권 3호, 한국법학원, 1998.09.

최병록, “인터넷을 통한 계약에서의 법률문제”, 「서원대사회과학연구」, 제14집, 서원대학교 사회과학연구소, 2001.02.

최석범, “전자계약에 관한 국제협약 예비초안의 논점과 특징에 관한 고찰”, 「통상정보연구」, 제5권 제1호, 한국통상정보학회, 2003.06.

Bellia Jr., Anthony J., “Contracting with electronic agents,” *Emory Law Journal*, Vol.50, Issue.4, 2001.

Ballon, Anthony M., “From wax seals to hypertext: electronic signatures, contractformation, and a new model for consumer protection in internet transactions,” *Emory Law Journal*, Vol.50, 2001.

Paul. st., Mimm, *Black's Law Dictionary*, 6th ed., West Publishing Co., 1990.

ICC *Documentary Credits; UCP 1974/1983 Revisions, Compared and Explained*, Pub. No.411,

UNCITRAL, “Legal aspects of electronic commerce, Electronic contracting: provisions for a draft convention,” A/CN.9/WG.IV/WP.100.

_____, Report of the Working Group on Electronic Commerce on its fortieth session, A/CN.9/509, 2002.03.

_____, UNCITRAL Model law on electronic signatures with guide to enactment on 2001, Publication Sales No. E.02.V.8.

_____, Legal aspects of electronic commerce, -Electronic contracting: provisions for a draft convention-, A/CN.9/WG.IV/WP.95, 2001.09.

_____, Legal aspects of electronic commerce, -Electronic contracting: provisions for a draft convention-, A/CN.9/WG.IV/WP.100, 2003.02.