

온라인방식에 의한 전자무역계약성립의 유효성

한상현*

요 약

본 연구는 최근 컴퓨터사용의 보편화와 정보통신기술의 발달로 급속히 진전되어 가고 있는 전자무역거래의 전 분야 중에서 컴퓨터 On-Line(E-mail과 WWW 등)을 통한 전자무역계약의 성립법리와 UCC를 중심으로 한 전자무역계약의 성립요건을 살펴보고 일본법과 UNCITRAL Law, 그리고 EU지령 등을 중심으로 전자무역계약의 성립시기와 그계약의 효요성을 구체적으로 제시함으로써 인터넷시대에 대응한 전자무역계약성립에 대한 명확한 이론정립에 도움을 주고자함을 목적으로 한다.

1. 서론

최근 컴퓨터 사용의 보편화와 정보통신기술의 발달로 무역업무에 있어서 종이서류에 의존하는 전통적 무역거래방식에서 벗어나 다양한 전자방식을 무역거래에 사용하고 있다. 그런데 전통적인 종이서류에 의한 거래이든 전자방식에 의한 무역거래이든 간을 막론하고 무역거래를 수행하기 위해서는 무역관계당사자로서는 가장 먼저 무역계약을 체결하는 것이 가장 중요한 문제이다. 왜냐하면 서로가 의도한 무역조건 및 내용에 관한 당사자간의 합의를 통하여 무역계약이 성립되어야만 부수적으로 무역거래에 관계하는 운송, 보험 및 대금결제등이 존재하기 때문이다. 따라서 전자방식의 본격적인 사용에 대비하여 일반계약리론에서의 무역계약의 성립방식나 시기 및 장소등을 EDI방식을 채용하였을 경우의 무역계약의 성립방식, 시기, 장소등과 명확히 비교분석하는 것이 필요하다. 그런데 전자방식에 의한 무역

거래는 전통적인 서류거래에서 노출되지 않는 새로운 기술적, 법률적인 문제들이 존재하고 있다. 특히 당사자간에 무역계약을 성립시키는데 있어 전통적인 서류교환방식이 아닌 전자식방식을 이용할 경우에 선결되어야 할 가장 중요한 문제는 무엇보다도 전자방식에 의한 무역계약의 성립과 그 유효성을 들 수 있다. 이러한 법률적인 문제가 완전하게 해결되지 않는다면 기업간 거래에 온라인 등의 전자거래방식의 적용은 사실상 불가능하다고 볼 수 있다.

이에 본 연구에서는 컴퓨터 On-Line을 통한 전자무역계약의 성립법리와 UCC를 중심으로 한 전자무역계약의 성립요건을 살펴보고 EDI, E-mail, WWW과 일본법과 UNCITRAL Law, 그리고 EU지령 등을 중심으로 전자무역계약의 성립시기와 그계약의 효요성을 구체적으로 제시함으로써 인터넷시대에 대응한 전자무역계약의 성립이론을 정립하는데 일조하고자 한다.

* 남서울대학교 국제경영학부 국제통상학전공 전임강사

II. 온라인방식에 의한 전자무역 계약의 성립법리

2.1. EFT 및 EDI에서 EC로의 이행

전자거래는 1990년대 초반부터 기업과 기업사이의 새로운 계약체결의 방법으로서 급속히 보급되기 시작하였다. 이 기업간 전자거래는 일반적으로 EDI(전자데이터교환)이라고 불리었다. 기업간의 이러한 EDI는 ① 당사자가 계속적 거래관계가 있는 특정의 기업과 기업일 것(Business to Business, 이하에서는 B to B, closed EDI), ② 데이터메시지의 전송이 전용회선(예를 들면 NTT의 회선)을 통하여 행하여 질 것(closed loop), 그리고 많은 경우, ③ 데이터메시지의 발신 및 수신이 통신사업자(제2종)가 개입하여 행하여 질 것(VAN시스템) 등과 같은 3가지의 특징을 가지고 있다.

그런데 최근 인터넷의 광범위한 보급을 계기로 하여 종래의 EDI에 추가하여 ① 계속적 거래관계가 없는 불특정의 사업자를 대상으로 하거나(Business to Business, open EDI), ② 전용회선 뿐만 아니라 인터넷을 개입시키고(open loop) ③ 전기통신사업자에 의한 VAN시스템을 통하지 않는 전자거래가 추진되고 있다. 또한 인터넷을 통한 사업자와 소비자(당연히 불특정다수) 사이(Business to Consumer, 이하에서는 B to C)에 이루어지는 통신판매의 거래량도 급속히 증대되어 가고 있다.¹⁾

2.2. 온라인 전자매매계약성립의 주 요형태

계약관계의 성립은 예전부터 사용되어온 서면이나 대면에 의해 성립되는 경우 이외에도 온라인상의 전자데이터의 커뮤니케이션(교환)에 의해서도 성립된다. 온라인상에서 계약관계가 성립되는 경우에는 크게 나누어 다음의 2가지로 구분된다.²⁾

인터넷(Internet)상의 홈페이지(WWW)나 전자메일(E-mail)을 이용하여 체결되는 계약관계는 기업과 불특정다수의 소비자와의 거래가 대부분이며 “전자적 자료교환”을 이용해서 체결되는 계약관계는 특정기업간의 계속적·장기적인 거래가 많다. 게다가 불특정기업과 교류를 할 수 없다는 전자자료교환의 폐쇄적인 특성을 극복하여 최근 등장한 “인터넷을 이용한 개방된 전자적 자료교환”이 있는데, 이는 EDI의 규약이 상이한 기업의 기업과 접속하여 전자거래를 행하는 것이지만, 기술적으로는 인터넷이나 전자메일을 이용한 첫째 거래형태에 포함되고 있다.³⁾ 이외에도 전화회선 등을 이용하여 불특정다수간에 계약관계가 성립되는 경우도 있다.

2.3. 온라인 무역관련 입법동향과 무역계약관련규정⁴⁾

2.3.1. UNCITRAL MODEL LAW

UN국제무역법위원회(UNCITRAL) 사무국은 EDI 및 관련통신수단의 법적 측면에 관한 모델법초안

1) 永田眞三郎, “電子去來における契約理論, 比較法研究”, 比較法學會, 유비각. 1999, pp.11-20.

2) 牧野和夫, “アメリカ統一商事法典(UCC)の大規模改訂作業の動き”, 「國際商事法務」, 제25권 제5호, 國際商事法研究所, 6, 8, 9, 10, 11 & 12. 1997, p.127.

3) 토마스·J·스미-게인즈호프編著, 오프라인·로, 七賢出版, 1998, p.125.

4) 남진우, “인터넷 무역거래시 계약 성립에 관한 법적문제”, 「통상정보연구」, 제1권 제2호. 1999. 12.

(Draft Model Law on Legal Aspects of Electronic Data Interchange and Related Means of Communication)의 작성을 위한 EDI에 관한 작업그룹을 구성하여 여러 차례 회의를 통하여 1995년 제28차 UNCITRAL 작업그룹회의에서 모델법 초안을 마련하였다.⁵⁾ 이후 1996년 5월 28일부터 6월 14일까지 뉴욕에서 UNCITRAL 제29차 위원회가 개최되어 이 초안이 심의되어 최종적으로 전자상거래에 관한 UNCITRAL 모델법⁶⁾(이하에서 모델법으로 약칭)으로 채택되었다. 모델법은 전체가 2부 17조로 구성되어 있으며, 이 모델법은 이후 각국의 전자상거래 관련법규의 제정에 커다란 영향을 미칠 것으로 전망된다. 모델법에 있어 계약관련 조항들로는 우선 모델법 제11조에서는 계약의 유효성 및 성립과 관련하여 “당사자들이 달리 합의하는 경우 외에는, 청약과 승낙은 데이터 메시지의 방법에 의해서 표시될 수 있다. 계약의 성립에 데이터 메시지가 사용된 경우, 그러한 계약은 계약 성립을 위하여 데이터 메시지가 사용되었다는 이유만으로 그 유효성과 구속력이 부인되지 않는다”라고 규정하여 계약의 유효성이 단지 데이터 메시지가 사용되었다는 이유만으로 부정될 수 없음을 명문화하고 있다. 또한 모델법 제12조에서는 “데이터 메시지의 작성자와 수신자 사이에서 의사의 표시나 다른 기재는 단지 데이터 메시지의 형태라는 이유만으로 그 법적 효력, 유효성, 구속력이 부인되지 않는다”라고 규정함으로써 데이터 메시지의 유효성 및 법적 효력을 명확히 하고 있다.

모델법 제15조에서는 송신과 관련하여 “작성자와 수신자간에 다른 약정이 없는 경우, 데이터 메시지의 송신(발송)시점은 송신된 데이터 메시지가 작성자 또는 그 작성자를 대리하여 그 데이

터 메시지를 발신한 대리인의 지배를 벗어나서 어떤 정보시스템에 들어간 때이다”라고 규정하고 있으며, 수신과 관련하여 “당사자간에 다른 약정이 없으면 수신시점은 다음에 의하여 결정된다. (a) 수신자가 데이터 메시지 수신을 위한 독자적 정보시스템을 지정한 경우, (i) 데이터 메시지가 지정된 정보시스템에 들어오거나, (ii) 지정된 정보시스템이 아닌 수신자의 다른 정보시스템으로 데이터 메시지가 송신된 경우에는 수신자에 의하여 데이터 메시지가 취득된 때가 데이터 메시지의 수신시점이다. (b) 수신자가 정보시스템을 지정하지 않은 경우에는 데이터가 수신자의 정보시스템에 들어간 때가 수신시점이다”라고 규정하고 있다.

2.3.2. 유럽의 입법동향

유럽의 각국들은 나름대로 전자상거래 법률 초안작성에 박차를 가하였는데, 몇몇 국가를 예를 들면 우선 영국은 민간차원에서 전자상거래협회(UK Electronic Commerce Association)를 설립하고 전자상거래의 효율적인 활용을 위한 지도와 해결책을 모색, 제시하고 있다. 또한 독일은 연방정부 차원에서 정보 및 통신서비스의 일반적 조건규제에 관한 법률의 초안을 마련하여 전송서비스, 자료보호, 전자서명 등에 관한 법률 등의 제정 및 개정을 포함하여 연구하고 있다. 최근 유럽연합의 위원회에서는 각 회원국들이 전자상거래에서 발생하는 법률문제를 서로 다르게 규정하고 있는 것이 유럽내부시장에서 장벽이 되고 있음을 인식하고, 각 법제도의 접근 및 통일화를 기하기 위해서 1998년 11월 18일에 전자상거래에 관한 입법지침초안을 발표하였다. 이 초안은 “유럽정보사회의 진흥”이라는 유럽연합정책의 핵심을 이루게 될 것으로 보인다. 입법지침초안의 제9조 1항에서는 전자계약의 유효성과 관련하여 계

5) 財經詳報社, 「金融情報システム白書」, 平成10年, p.25.

6) 유엔무역법위원회의 UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce

약이 전자적 방식으로 체결되었다고 하여 이를 무효로 보거나, 법적 효력을 부여하지 않아서는 안된다고 규정하고 있어 UNCITRAL 모델법과 마찬가지로 계약의 유효성을 인정하는 것으로 규정하고 있다.

2.3.3. 미국의 입법동향

미국의 경우는 기존의 통일상법전(UCC)에 전자상거래와 관련된 규정들을 추가 제정하여 이용하려는 추세에 있다. 미통일 주법위원회(NCCUSL)와 미국법협회(ALI)가 주축이 되어 UCC 제2B편 초안을 마련하였는 바, 이는 정보, 콘텐츠, 소프트웨어, 온라인 서비스, 데이터베이스, 전자출판, 디지털 영화, 디지털음악, 기타 유사저작권사업에 관한 거래대상으로 하고 있다. 그리고 특히 라이선스와 소프트웨어계약에 그 초점을 맞추고 있으며 전자자금이체와 관련하여 UCC제4A편에서 명문규정을 두고 있다. UCC 제2B편에서는 계약자 유원칙과 관련하여 UNCITRAL 전자상거래 모델법의 원칙을 그대로 이어서 당사자 자치의 원칙을 인정하고 있으며, 전자계약의 준거법과 관련하여 준거법이 계약에 의해 결정되는 것을 인정하여 계약법의 법리를 그대로 적용할 의사를 표명하고 있다. 최근 미국은 컴퓨터정보거래(Computer Information Transaction)를 UCC 제2B편으로 공표하지 않기로 발표하고 NCCUSL에서 컴퓨터정보거래에 관한 통일법(Uniform Computer Information Transaction)의 제정작업을 추진하고 있다.⁷⁾

2.3.4. 우리나라의 입법동향

우리 나라는 1998년 7월과 8월에 전자거래기본법과 전자서명법이 제정되어 전자서명법은 1999

년 2월 5일, 전자거래기본법은 동년 2월 8일에 각각 공포되어 1999년 7월 1일부터 시행되고 있다. 전자거래기본법은 UNCITRAL의 전자상거래 모델법을 초안으로 작성되어 있어 각 규정들이 모델법의 내용들을 거의 그대로 따르고 있다. 계약관련 법규들은 UNCITRAL 모델법의 규정과 동일하므로,⁸⁾ UNCITRAL 모델법을 분석하게 되면 우리나라 전자거래기본법의 적용과 해석에 대한 이해가 가능할 것으로 여겨진다.

III. 온라인방식에 의한 전자무역 계약의 성립요건

3.1. 유효한 청약의 존재

매매계약에서 청약(offer)은 청약을 받는 자(offeree)가 그것을 승낙함으로써 계약을 체결할 수 있는 권한을 부여받는 당사자간의 커뮤니케이션(communication)이라 할 수 있다.⁹⁾ 통상 온라인에 의한 청약은 전자데이터의 송신에 의해 이루어진다. 전자가상점포의 소유자인 매도인에 의한 “홈페이지(home page)”상의 선전은 청약이 아니라 단순히 거래를 맺기 위한 예비교섭상의 제의의 성격을 가지는 청약의 유인(invitation to treat : invitation to offer)에 불과하다. 전자가상점포의 소유자인 매도인이 매수인으로부터 행해진 주문(청약)에 대해 수주(승낙)하는 것에 의해 처음으로 당해 상품의 매매계약이 성립하게 된다. 그래서 예를 들면 점포의 소유자인 매도인이 매수인부터 행해진 주문(청약)에 대해 상품재고의 부족을 이유로 거절하여 상품매매계약을 성립

7) <http://www.ali.org/ali/pr040799.htm>; 박복재, “전자상거래 관련법 비교연구”, 『1999년도 학계학술발표대회 학술발표논문집』, 한국국제통상정보학회, 1999, pp.56-57.

8) 전자거래기본법 제5조-제12조. 참조.

9) Restatement, Second, Contracts.

시키지 않을 자유가 있다는 것이다.

종래의 청약은 청약자로부터 청약을 수령한 자에 대하여 청약자의 서명이 들어있는 서면에 의해 행해지는 경우가 많았으나, 서면에 의하지 않고 온라인상의 전자데이터의 송신에 의해 행한 청약에 대해서도 서명을 필한 서면에 의한 상인의 확정청약의 경우를 제외하고 원칙적으로 유효하다. 단 청약의 서면성은 원칙적으로 문제가 되지 않는지만, 청약발신자를 법적으로 귀속시킬 수 있는 가 하는 귀속성(attribution)은 당연히 문제가 된다.

따라서 온라인상의 전자데이터의 송신에 의해 행한 청약에 있어서 법적으로 문제가 되는 것은 첫째, 상인의 확정청약이 서명을 필한 서면에 의하지 않는 경우에 있어 그 법적인 유효성의 문제이다. 둘째는 온라인상의 전자데이터의 송신에 의한 청약에 관하여 그 법적 의무를 청약발신자에게 법적으로 귀속(attribution)시킬 수 있는 것인가 하는 문제이다. 이러한 문제들에 관해서는 UCC 제2장의 개정 Drafts에 의해 다음과 같이 해결될 수 있을 것이다.

즉, 첫째 문제에 관해서는 UCC 제2장 개정 Drafts 2-102와 2-204에서는 상인의 확정청약이 일정기간 취소불능으로 되기 위해서는 종래의 “서명된 서명(signed writing)” 대신에 서명된 기록(sign record)을 요구하고 있다. 게다가 UCC 제2장의 개정안에서는 “서면(writing)”의 개념 대신에 “기록”의 개념을 사용하고 있으며¹⁰⁾ 또한 개정안은 “서면을 전제로 한 서명”의 개념 대신에 기록식별의 방법으로서 “서명”을 정의하여, “서명(sign)”이란 “기록을 인증할 현재의 의도를 가지고 당사자가 채용한 상징(symbol)에 의해 기록을 식별하는 것”이라고 정의하고 있다.¹¹⁾

둘째 문제점은 온라인상에서 전자데이터로 송신된 청약(혹은 승낙)이 발신자를 귀속시킬 수 있는가 하는 문제이다. UCC 개정안 Sec. 2-212는 전자데이터에 의한 청약(혹은 승낙)의 발신자는 다음과 같은 3가지의 경우에 어느 것에 해당하면 그것에 구속된다. 즉, (i) 그 메시지가 그 당사자 혹은 그 대리인에 의해 발신된 것, (ii) 이전에 당사자간에 합의한 인증 절차가 적절하게 적용되어 메시지 수령당사자가 메시지 발신당사자에게 그 책임을 돌릴 수 있을 것이라고 판단되는 경우, (iii) 메시지 발신당사자와의 일정한 관계에 의해, 발신당사자가 채용하는 방식을 사용할 수 있는 자의 행위에 의해 발신된 메시지를 수신한 경우이다.

3.2. 청약(offer)과 승낙(acceptance)의 합치

EC계약이 성립되기 위해서는 청약을 받은 자(피청약자: offeree)가 청약을 승낙함으로써 상호의 합의(mutual assent)를 성립시킬 필요가 있다.¹²⁾ 각주 판례법(Common Law)의 원칙에서는 승낙은 청약의 내용에 어떠한 변경도 가하지 않고 그대로 승낙하는 것이 되어야 한다는 입장을 취하고 있다. 이에 대해 UCC 제2장이 적용되는 상품매매계약의 경우에는 Mirror Image Rule의 원칙이 적용되지 않으므로, 청약의 내용을 수정·변경한 승낙에 대해서도 계약의 성립이 부인되지 않는다. 성립된 계약의 내용에 대해서는 서식논쟁(battle of forms)의 규칙에 의거하여 내용의 확정을 행한 것이 된다. 게다가 UCC 개정안에서는 “당사자가 표준계약이나 표준조항을 교환한 경우의

10) Draft UCC Sec. 2-102(33) (ALI and NCCUSL July 12-July 19, 1996)

11) First Sentence, Draft UCC Sec. 2-102(36) (ALI and NCCUSL

July 12-July 19, 1996)

12) Gordon D. Schaber and Claude D. Rohwer, Contracts in a Nutshell, West, 1990, p.34.

매매계약의 효력"에 대한 규정을 두고 있다.

한편 전자거래에서는 당사자의 의사와는 무관하게 자동적으로 계약이 성립되는 경우가 있다. 예를 들면 EDI거래에서 상품재고가 부족하기 때문에 자동적으로 추가발주가 매수인측의 컴퓨터로부터 이루어지는 경우가 있다. 이 경우에는 매도인측의 컴퓨터도 발주데이터를 자동적으로 수령하여 상품의 발주를 행하게 된다. 이와 같이 전자데이터의 교환에 의해 성립된 매매계약의 경우는 통상 유효한 매매계약의 성립요건인 [검토·교섭·합의]의 과정이 엄밀하게는 존재하지 않는 경우가 있지만, 그러한 경우에도 매매계약은 성립하게 되는가 하는 문제가 있다. 이 점에 관해서는 UCC 개정안 2-208조가 이의 해결을 시도하고 있다. 즉, UCC 개정안 제2-208조 (a)항은 "발신자가 상대방으로부터 승낙을 표명하는 메시지를 수령한 때에 계약은 성립한다"고 규정하고 있다. 단, 계약이 성립되기 위하여 "당사자는 그 교환된 메시지를 실제로 인식 혹은 검토할 필요는 없다. 또한 교환된 전자기록은 당사자가 그 수령을 인식하지 못했을 지라도 기록의 처리 능력을 가지는 형태 또는 장소에서 수령된 때에 그 효력을 발생한다"고 규정하고 있다.¹³⁾ 또한 개정안 제2-208조 (c)항에서는 전자메시지의 수령시기에 관하여 "수령자가 수령을 위해 정보시스템을 지정한 경우에는 메시지가 그 정보시스템에 들어왔을 때이고, 정보시스템을 지정하지 않은 경우에는 메시지가 수령자의 어떠한 정보시스템에 들어왔을 때"에 전자메시지를 수령한 것으로 보고 있다. 여기에서 "상대방이 승낙을 표명한 때"란 상대방은 해당기록을 검토할 기회를 가진 후이므로 승낙을 구성하는 행위를 행한 경우에 그 행위를 거절할 기회를 가지고 있는 경우를 말한다. 게다가 상대방이 "해당기록을 검토

할 기회가 있다"의 경우란 해당기록이 상대방에게 주의를 끌만한 방법으로 작성되어 있거나, 혹은 통상의 물품의 사용 또는 사용의 준비에 의해 기록이 눈에 띄는(conspicuous) 경우를 말하며, 전자메시지의 경우에 "기록이 눈에 띄는 것"의 의미는 "수령자 혹은 그 컴퓨터가 그 기록에 관하여 고려나 반응할 수 있는 형태의 것"을 말한다.¹⁴⁾

결국 개정안은 당사자가 자기 컴퓨터에서 전자메시지를 수령한 경우에는 그 기록은 수령자의 눈에 띄게 되므로 수령자가 "해당기록을 검토할 기회가 있었다"는 것으로 간주된다. 그래서 수령자가 확인·검토하지 않고 수령자의 컴퓨터가 상대방으로부터 전자메시지를 수령하고 그 후 곧 수령자의 컴퓨터가 상대방에게 승낙 혹은 승낙을 구성하는 행위(물품의 발송을 지시하는 등)를 한 경우에는 수령자는 상대방에게 유효하게 "승낙을 표명"한 것으로 간주된다.

그런데 EC계약에서 합의의 성립시기에 관하여 서면을 교환할 것을 전제로 한 현행의 UCC 하에서는 원칙적으로 승낙의 발신시점이다. 즉, 발신주의를 채용하여¹⁵⁾ 예를 들면 우편(mail)에 의한 승낙의 발신을 행하는 경우에는 우편함에 투함하는 시점에서 그 승낙의 효력은 발생하게 되어 상호합의가 그 시점에서 성립되게 된다. 이것을 Mail Box Rule이라 부르고 있다. 이에 대해 네트워크상에서 전자데이터의 교환에 의해 이루어지는 EC계약의 하의가 성립되는 경우에는 청약과 거의 동시에 컴퓨터로 이루어져 Mail Box Rule은 적용되지 않게 된다. 이 점에 대해 UCC 개정안에서는 전자거래에 의한 매매계약의 성립은 "승낙의 메시지의 수령시"라고 규정하여 발신주의가 아니라 수령주의를 명확히 채용하고 있다.¹⁶⁾

14) Draft UCC Sec. 2-102(30), Draft UCC Sec. 2-208(9).

15) Gordon D. Schaber and Claude D. Rohwer, op. cit., p.163.

16) Thomas L. Lockhart and Patrick A. Miles, Jr., op. cit.,

13) Draft UCC Sec. 2-208(b).

3.3. 대가관계와 계약체결능력 (Capacity)의 존재

3.3.1. 대가관계(Consideration)의 존재

EC계약이 성립되기 위해서는 당사자간의 상호 합의의 존재 이외에도 대가관계의 존재가 필요하다. 즉, 법적 가치가 있는 것을 교섭의 거래로 하는 것이 필요하다. 따라서 단순한 증여계약은 그 대가관계가 없기 때문에 현실적인 인도가 완료되지 않는 한 구속력이 인정되지 아니한다. 따라서 EC계약이 네트워크상의 전자데이터의 교환에 의하여 성립되는 경우에도 대가관계의 요건은 영향을 받지 않는다.

3.3.2. 당사자의 계약체결능력(Capacity)의 존재

물품매매계약을 체결할 때는 계약의 각 당사자에게 계약체결능력이 갖추어 지는 것이 요구된다. 즉, 각 당사자는 성년이거나 심신에 이상이 없을 것을 요구한다. 계약이 서면을 대신하여 전자데이터의 교환에 의해 성립되는 경우, 당사자의 계약체결능력에 관하여 문제가 되는 것은 당사자의 의사결정과는 무관하게 계약이 컴퓨터에 의한 자동 지시에 의해 성립되어 버린다는 점이다. 따라서 컴퓨터를 전제로 한 매매계약에서는 이 규칙의 수정이 불가피하다.¹⁷⁾

또한 컴퓨터 사회에서는 전자메시지의 제3자 공급기관이 실제로 전자데이터의 교환을 행하기 때문에 그러한 전자메시지를 실제로 전달하는 중개업자(intermediary)를 개입시킨 경우의 계약관계의 성립이 논점이 된다. 이 점에 관해 UCC 개정안 2-213조에서는 당사자가 중개업자를 통하여 전자메시지를 발신한 경우에는 해당 당사자는

전자메시지의 문언(전달에 오류가 있는 경우도 포함)에 원칙적으로 구속된다. 단, 전자메시지의 수령당사자가 ① 합리적인 주의를 가지고 오류를 발견한 경우 ② 이미 합의된 본인확인 시스템을 사용하지 않은 경우에는 발신당사자는 전달오류에 대해 책임을 부담하지 않는다.¹⁸⁾ 그리고 전자메시지의 전달에 있어서 중개업자를 사용한 당사자는 중개업자가 그 의무를 이행하기 위하여 행한 행위, 오류, 부작위로부터 발생하는 손해의 배상책임이 있다고 규정하고 있다.

3.4. 항변권(Defense)의 부존재

항변권(Defense)이란 간단히 말하면 계약의 성립이나 내용에 하자가 있어 계약을 취소하거나 혹은 무효라는 것을 주장할 수 있는 권리를 말하며, 항변권의 부존재는 국제매매계약이 유효하게 성립되어 정상적인 법률적 효과를 발생시키기 위해서는 계약성립의 과정이나 내용에 결점이 있어 계약이 취소 혹은 무효가 되는 경우가 발생해서는 안 된다는 것을 말한다.

즉, 계약이 착오(mistake), 사기(fraud), 강박(duress), 불당위압(undue influence) 및 의사불실 표시(innocent misrepresentation) 등에 의해 성립된 경우, 계약의 이행이 불가능 혹은 현실적으로 불가능하게 된 경우, 계약의 내용이나 목적이 불법성을 띤 경우, 계약상의 의무에 부가된 조건의 미성취의 경우, 그리고 사기방지법에 의해 서면을 요구하는 계약이 서면에 의하지 않은 경우 등이 여기에 해당한다.¹⁹⁾

현재 UCC 제2장에서는 합계 금액 미화 500불 이상의 매매계약이나 계약체결 후 1년 이내에 계

p.516.

17) Gordon D. Schaber and Claude D. Rohwer, op. cit., p.189.

18) Draft UCC Sec. 2-213(b).

19) 한상현, "전자상거래하에서 On-line에 의한 매매계약성립의 전제조건", 「신회경영연구」, 제12권, 한국신회경영학회, 1999. 7. pp.310-317.

약이 이행될 수 없는 계약 등 일정한 종류의 계약에 관하여는 그것에 법적 구속력을 가지기 위하여 서명된 서면(a signed written instrument)을 요구하고 있다.²⁰⁾

온라인상의 EC계약에서 문제는 계약이 서명된 서면 대신에 전자적으로 서명된 전자데이터에 의해 성립된다는 점이다. 즉, 계약이 서명된 서면 대신에 컴퓨터의 전자메세지의 교환에 의해 성립됨으로써 현행 UCC 제2장(사기방지법)에 의한 “서명된 서면”의 요구가 충족될 수 없게 되어 온라인상의 전자메시지교환에 의해 체결된 계약의 성립이 인정될 수 없다는 점이다.

이러한 현행 UCC 규정과 현실의 전자상거래 간의 갭을 채우기 위해 각주에서는 전자데이터에 의해 성립된 계약에 해석상 일정한 법적 구속력을 부여하는 판례가 다수 나오고 있다. 또한 현행 UCC(사기방지법)하에서는 법적 구속력이 부여되지 않는 “서면에 의하지 않은 계약”에 대해서도 현재까지 여러 재판소에서는 가능한 한 계약성립을 인정함으로써 해석에 의한 구제를 도모하려는 노력을 보이고 있다.²¹⁾

IV. 온라인방식에 의한 전자무역 계약의 성립시기와 유효성

4.1. 온라인에 의한 전자계약성립 시기와 관련된 논쟁

4.1.1. 대화자간 또는 격지자간의 법리논쟁

전자거래에 의한 매매계약과 관련하여 가장 문제가 되는 계약의 성립시기에 관한 것이다. 계약의 성립시기에 대해서 현행 민법은 대화자간의 계약과 격지자간의 계약을 나누어 규정하고 있다. 따라서 먼저 이러한 계약을 대화자간의 계약으로 볼 것인지 격지자간의 계약으로 볼 것 인지하는 의사표시에 관한 논쟁이 규명되어야 한다. 대화자간이나 전화에 의하는 경우와 비교해서 보면 전자계약은 즉시로 당사자간의 의사소통이 이루어지지 않는다는 점에서 대화자간과 다르다. 물론 전자계약에도 무수한 계약유형이 등장할 수 있고, 현재도 많은 유형의 전자계약들이 이루어지고 있다. 따라서 전자거래에 있어서 컴퓨터 네트워크를 통한 의사표시를 일률적으로 대화자간의 의사표시나 격지자간의 의사표시라고 확정하기 어려운 상황이다. 즉 채팅과 같은 실시간 대화서비스의 경우에는 양 당사자가 비록 멀리 떨어져 있더라도 시간적으로 근접해서 의사표시를 할 수 있기 때문에 대화자간의 의사표시라고 해야 할 것이다. 그러나 예컨대 정보통신망내에서 직접 대화하듯이(예컨대 국제대화실(IRC)나 전자게시판(BBS)내의 대화방에서 대화하는 것처럼) 당사자들이 계약을 체결한다면, 격지자간의 계약이라고 하기에는 어려움이 많을 것이다.²²⁾

그런데 현재 대부분의 의사표시는 직접 네트워크상에 연결되어 메시지가 직접 전송되는 경우는 거의 없고 전자우편을 저장하는 중간매체를 거치는 경우가 대부분이다. 전자상거래에 있어서도 구입의사를 담은 메시지를 발송하면 곧바로 거래성립의 메시지가 확인되는 것이 아니라 시간을 두고 회신되어 지는 것이 일반적이며, 또한 전자상거래에서 채팅(Chatting)을 이용하여 대화식(Interactive)으로 계약을 체결하는 경우는 거의 없으며, 채팅을 이용하여 법적으로 의미있는

20) UCC Sec. 2-201(1).

21) Joseph Denunzio Fruit Co. v. Crane, 79 F. Supp. 117, 128(S.D. Cal. 1948), Ellis Canning Co. v. Bernstein, 348 F. Supp. 1212, 1228(D. Cal. 1972).

22) 윤광운 외, 「전자상거래론」, 삼영사, 1999, pp.310-311.

의사표시가 행해지는 경우는 드물다. 따라서 보편적으로 이루어지는 전자상거래에서의 전자적 의사표시는 격지자간에 이루어지는 의사표시라고 하는 것이 타당하겠다.

4.1.2. 발신주의와 도달주의의 이론적 근거

전자상거래에 있어 계약의 성립시기를 고찰함에 있어 문제는 승낙의 의사표시에 관하여 원칙대로 도달주의가 적용될 것인가 혹은 예외로서 발신주의를 적용할 것인가하는 점이다.

즉, 전자적 의사표시를 대화자간의 의사표시로 보면 의사표시의 효력발생시기에 관한 일반원칙을 규정한 민법 제11조에 따라 도달주의에 따르게 된다. 이에 대해 이를 격지자간의 의사표시로 보면 격지자간의 계약성립시기에 관한 민법 제531조가 적용되어 발신주의가 적용된다. 그러므로 전자계약의 특성상 전자적 의사표시의 발신과 수신은 거의 동시에 이루어지기 때문에 전통적 방식의 계약에 적용되는 현행법 규정 및 법이론을 그대로 적용하기에는 무리가 있게 된다. 따라서 전자계약이 격지자간의 계약인지 대화자간의 계약인지에 따라 계약의 성립시기가 달라지며 이를 어떻게 조화롭게 해석할 것인가가 문제로 된다.

도달주의에 따르는 경우에는 메시지가 상대방의 컴퓨터에 입력된 때라고 보아야 할 것이다. 그런데 당사자간에 수신확인에 관한 합의가 있는 경우, 도달주의에 의하면 수신확인 메시지가 도달한 때에 계약이 성립하게 된다. 이에 대해 발신주의에 따르는 경우는 발신인의 컴퓨터가 구체화한 의사를 상대방의 컴퓨터에 전송하는 순간에 데이터 메시지의 발신이 이루어지며, 따라서 이때 의사표시의 효력이 발생한다고 보아야 할 것이다.²³⁾ 그러나 전자상거래에 있어서 컴퓨터 네

트워크를 통한 의사표시는 일률적으로 확정하기 어렵지만, 전술한 바와 같이 보편적으로 이루어지는 전자적의사표시는 격지자간에 이루어지는 의사표시라고 하는 것이 타당하겠다.

4.1.3. 온라인에 의한 전자계약성립에서 승낙의 도달요건과 시기

계약의 성립시기가 특약에 의하여 “승낙의 데이터메시지가 도달한 때”로 규정되어 있을지라도 그 “도달한 때”의 의미가 문제가 된다. 일본 민법에서는 “의사표시는 도달한 때 그 효력이 발생한다”²⁴⁾라고 규정되어 있다. 이 규정의 “도달할 때”란 판례법에 의하면 상대방이 의사표시를 “了知한 때”가 아니라 “요지가능이 된 때”를 의미한다고 이해되고 있다. 데이터메시지의 도달에 관해서도 이 “요지가능한 때”로 하는 판례법에 의한 기준에서 문제를 처리하는 것도 불가능한 것은 아니다. 그러나 이 데이터의 도달의 의미 및 그 시기에 관해서는 보다 명료한 기준이 설정되는 것이 바람직하다고 판단된다.

예를 들어 UNCITRAL 모델법에서는 “수신자가 수령을 위한 정보시스템을 지정한 경우는 그의 시스템에 입력된 때, 그 경우 상대방의 여타 정보시스템에 입력될 때일지라도 그 정보를 상대방이 그것을 검색한 때, 지정하지 않은 경우는 상대방의 정보시스템에 입력된 때”에 도달한 것으로 간주한다²⁵⁾는 취지를 규정하고 있다.

중국통일계약법도 계약의 성립과정의 청약과 승낙에 대한 분쟁의 소지를 없애기 위해 계약의 성립과정에서 청약과 승낙의 개념을 새로 도입하여²⁶⁾ 이 UNCITRAL 모델법 제15조와 거의 동일

24) 일본민법 제97조.

25) UNCITRAL 모델법 제15조.

26) 청약과 청약유인, 효력발생, 철회와 취소, 청약의 무효 및 승낙의 의미, 승낙의 표시방법, 승낙기간, 승낙의 효력발생 및 승낙기간이 경과한 경우의 처리방법 등 20여개의 별도규정을 두고 있다.

23) 전자상거래 기본법 제91조 1항에서는 전자문서는 작성자 외의 자 또는 작성자의 대리인 외의 자가 관리하는 컴퓨터 등에 입력된 때에 송신된 것으로 본다 고 규정하고 있다.

한 취지를 규정하고 있다.²⁷⁾ 다만 신통일계약법에서는 계약의 효력과 관련하여 “계약의 성립”과 “계약의 효력발생”을 구분하고 있다. 즉 동 법(제44조)에서는 일반적인 계약은 성립한 때에 그 효력이 발생하나, 기타 법률이나 행정법규로 인가, 등기 등의 절차가 필요한 경우에는 그 수속을 필하여야 효력이 발생하도록 규정하고 있으며, 아울러 제45조에서는 정지 조건부 및 해제 조건부 계약의 개념을 도입하였고 제46조에서는 또한 당사자간에 계약의 발효기간을 임의로 약정할 수 있도록 하고 있다.

4.2. E-Mail에 의한 전자무역계약의 성립시기

4.2.1. E-Mail에서 발신주의와 도달주의 적용

전자메일의 경우 발신에서 수신까지에 소요되는 시간이 짧기 때문에 원칙대로 도달주의로 해석할 수 있으므로 발신주의를 인정할 특별한 이유는 없다고 생각한다. 또한 전자메일에서는 전송의 오류나 주소(address)가 존재하지 않는 등의 여러 가지 이유 때문에 전송이 제대로 이루어지지 않거나, 메일이 상대방에게 전달되지 않은 경우에는 메시지는 메일서버로부터 에러메시지에 의해 반송되므로 송신자로서는 수시간의 사이에 그 사실을 알 수 있다.²⁸⁾ 이 경우에는 송신자는 별도의 확실한 방법으로 메시지를 전송할 수 있기 때문에 도달주의를 채용했을 지라도 불이익을 당하지는 않게 된다.²⁹⁾

4.2.2. 도달주의 채용시 메일의 도달시기

E-Mail과 관련된 문제는 도달주의를 채용한 경우 언제 상대방에게 도달한 것으로 간주할 수 있을 가 하는 것이다. 이 점에 관해서는 ① 청약자의 메일서버에 도착한 때 ② 청약자의 컴퓨터에 다운로드된 때 ③ 청약자가 실제로 그것을 읽게 된 때 등의 경우가 고려될 수 있다.

실제로 전자메일의 경우에는 메일서버로부터 메시지를 다운로드한 때, 수신자는 메시지를 읽게 되는 것이 보통이므로 승낙의 전자메일은 그 때에 청약자에게 도착한 것이라고 생각할 수 있다. 청약자가 다운로드한 전자메일을 실제로 읽었는가 읽지 않았는가 중요하지 않다. 예로 청약자가 그 전자메일 읽는 것을 거절할 지라도 계약은 성립된다고 판단된다. 단 이 경우 청약자가 합리적으로 자주 메시지를 다운로드하는 것이 전제가 된다. 만일 청약자가 휴가 등의 이유로 장기에 걸쳐 다운로드를 하지 않은 경우에는 피청약자에 그 취지를 알려주지 않게 되면 메일서버에 도착한 승낙은 합리적인 기간경과 후 유효하게 된다고 해석하는 것은 논의의 여지가 있다. 이상은 메일서버가 수신자인 청약자와 Arms Leanth의 관계에 있는 것을 상정한 것이지만, 만일 메일서버가 수신자에 의해 운영되고 있는 등 수신자의 지배하에 있게 되면 얘기는 달라진다. 이 경우에는 청약자의 지배하에 있는 메일서버의 컴퓨터에 메시지가 도착한 후는 송신자인 피청약자에 책임을 부담시키는 것은 무리가 있기 때문에 메일서버에 도착한 시점에서 승낙의 효력이 발생하여 계약이 성립된다고 할 것이다.³⁰⁾

27) 중국계약법 제16조 2항 및 제26조 2항 참조.

28) 최근의 필자의 경험으로도 미국의 어느 출판사에 전자메일을 발송했는데, 1시간 가까이 지나서 상대방의 메일서버로부터 “did not reach the following recipient. The recipient name is not recognized”라는 연락이 왔다. 이에 나는 주소(address)에 문제가 있기 때문에 메일이 도착되지 않은 것을 알고 곧바로 올바른 주소를 찾아 다시 메일을 전송한 적이 있다.

29) Michael Chissick & Alistair Kelman, *Electronic connworce*:

law and practice, Aweet & Maxwell, London, 1999, p.74.

30) 현상현, “전자상거래하에서 물품매매계약의 성립시기”, 『산업과 경제』, 제9집 제2호, 강원대학교 산업경제연구소, 1999, 12, pp.106-108.

4.3. WWW에 의한 전자무역계약의 성립시기

4.3.1. WWW에 의한 전자무역계약에서 승낙의 효력발생

WWW(World Wide Web)의 사이트(site)를 이용한 계약의 경우에는 통신은 전적으로 동시적이므로 송신자로서는 어떠한 실수가 있게 되면 직접 알 수 있다. 따라서 WWW에 의한 계약에는 발신주의를 적용할 여지는 없다고 본다. 원칙대로 도달주의가 적용되어 피청약자의 승낙은 청약자에 도달한 때에 유효하게 된다고 할 수 있다.

4.3.2. WWW에서 전자무역계약의 성립지

WWW에 적용되는 승낙의 효력발생주의를 도달주의로 본다면 여기에서 문제가 되는 것은 계약성립지의 문제이다. 만일 WWW의 사이트를 사용하여 상품을 매매하고자 하는 업자가 계약의 승낙여부에 관하여 주도권을 가지고 있기 때문에 계약에 적용되는 법률이나 재판소의 관할권에 관하여 자기의 입장을 유리하도록 하기 위해 자기의 영업지를 계약의 성립지로 하는 것을 희망하는 경우에는 도달주의의 적용에 문제가 있다. 이렇게 말하는 것은 업자는 물품의 수량에 한도가 있기 때문에 계약의 성립여부를 자신이 결정하기 쉬운 경우에는³¹⁾ 계약조건에 관하여 의사표시를 분명히 해두어야 하지만 이 경우 고객의 청약은 승낙한다면 도달주의에 의하여 고객의 주소에서 계약이 성립되는 것이 되기 때문이다. 후일 분쟁이 제기된 경우 업자는 고객에 대해서 외국재판소에서 소송을 제기하는 것을 희망하지 않을 것이다.

31) 자기의 계약조건을 청약으로 제시하면 Web Site에서 승낙된 수량의 전부를 공급할 의무가 발생하므로 불가항력이나 기타 특별한 항변이 인정되지 않는 한, 계약위반이 된다.

이와 같은 결과를 회피하기 위한 방법으로서 업자가 제시하는 계약조건속에 이러한 조건은 청약의 유인이 되는 것을 명시함과 동시에 고객의 청약에 대한 업자의 승낙은 발신시 유효하게 되는 취지의 조항을 삽입하면 좋다. 또 적용되는 법률이나 관할재판소에 대해서도 업자에 사정에 유리한 규정을 설정해 두는 것이 좋다.³²⁾ 그러나 이와 같은 생각은 WWW를 통해서 상품을 팔아 판로를 넓히려고 하는 상인에게는 유리하며 고객인 소비자로서는 불리한 것이 되기 때문에 재판소가 직접적으로 용인할 수 있을 지는 의문이 있다.³³⁾

4.4. 온라인에 의한 전자무역계약 성립의 유효성과 효과귀속

4.4.1. 온라인 등 전자적수단에 의한 무역계약체결의 인정³⁴⁾

일본법에서 계약성립의 요건은 당사자의 합의(의사의 합치)가 있을 것을 요한다. 민법 및 기타의 어떠한 특별법에서도 그 계약의 성립 및 유효성을 위한 요건으로서 서면(계약서)이 존재할 것을 요구하고 있지 않다(낙성계약). 또한 예를 들어 프랑스 법률 중 민사소송법상도 “일정액 이상의 청구에 관해서는 서면을 요한다”라고 하는 취지의 규정도 존재하지 않는다. 게다가 민사소송법상의 증명수단에 관해서도 완전한 자유심증주의가 채용되고 있다.

따라서 UNCITRAL의 모델법과 같이 “데이터 메시지의 사용을 이유로 계약의 유효성이 부정되

32) Michael Chissick & Alistair Kelman, Supra note 4, at 76.

33) 소비자보호를 위하여 소비자 주소의 재판소에 전속관할권을 부여하는 취지를 규정하는 법률을 가지고 있는 국가도 많다. 그러나 업자에 이와 같은 규정을 표준약관에 삽입하는 것을 권장하고 있는 책들도 있다.

34) 永田眞三郎, “電子去來における契約理論”, 「比較法研究」, 比較法學會, 유비각, 1999, pp.11-20.

어서는 아니한다³⁵⁾”라든가 EU Directive(안)속에 “가맹국의 법령은 전자적 수단에 의한 계약체결을 인정하지 않으면 안 된다(제9조 1항)”이라는 취지의 규정을 설정한 것은 일본법에서는 전자거래의 법적 기초로서는 필수적의 요건은 아닌 것이다.

4.4.2. 온라인에 의한 전자무역계약과 서면계약과의 等價性

특정의 계약에 관하여, 서면에 의한 것을 계약의 성립 혹은 유효조건으로 법률이 요구하는 경우에는 그 “서면성(書面性)”이 문제가 된다. 부동산거래 등에 있어서 서면성을 요구하고 있는 중국의 통일계약법에서는 “서면의 형식이란 계약서, 우편 및 전자데이터문 등 기재내용을 유형적으로 표현하는 형식을 말한다”라고 규정되어 있다.³⁶⁾ 즉, 중국에 있어 기존의 “경제계약법”에서는 “즉시 결제할 수 있는 것”을 제외하고는 서면방식만을 인정했고, “섭외경제계약법”도 서면방식만을 인정하고 있다. 중국에서는 인민법원에서 심리중인 안건 중 구두계약이 35%를 점유할 정도인 현실을 감안하여 신통일계약법에서는 서면계약만을 계약으로 인정해온 규정을 고쳐 구두계약과 기타형식의 계약도 계약의 범주에 포함시켰다. 이에 따라 계약당사자가 구두로 한 약속도 계약당사자가 동의하면 계약으로 인정되게 되었다. 다만 서면 형식으로는 계약서뿐만 아니라 우편물 및 전보, 전신, 팩스, 전자문서교환(EDI), 전자우편물(E-mail) 등의 전자문서까지 포함시켜, 서면계약의 범주를 확대시켰다. 나아가 제36조에서는 서면형식을 취하지 아니하였으나 일방이 이미 주요 의무를 이행하고 상대방이 이를 수령하면 그 계약은 성립하는 것으로 규정하였고, 제37조에서는 서명 또는 날인 전에 당사자 일방이 이

미 주요 의무를 이행하고 상대방이 이를 수령하면 그 계약은 성립된 것으로 규정하고 있다. 다만 신통일계약법 제197조의 금전소비 대차계약, 제215조의 임대계약 중 임대기간이 6개월 이상인 경우, 제238조의 시설임대계약, 제270조의 건설공사계약, 제330조 및 제342조의 기술개발 및 양도계약 등은 서면계약으로 이루어져 한다고 규정하고 있다.

한편 EU指令(계약)안에서도 전자적 수단에 의한 계약과 서면에 의한 계약과의 等價(等值)성을 원칙으로 하고 예외규정으로써 공증인의 관계를 요구하는 계약, 공적기관에의 신고(제출)를 요건으로 하는 계약, 가족 및 상속에 관한 계약은 전자적 수단에 의한 계약의 성립 그 유효성에 관한 원칙을 적용하지 않는다 라고 할 수 있다”라는 범형식을 채용하고 있다.

4.4.3. 온라인 무역계약성립에서 의사표시 과정(Process)과의 유효성

1) 착오

착오에 관하여 일본민법은 다음과 같이 규정하고 있다.³⁷⁾ ① 착오에 의한 계약은 무효이다. 그러나 ② 그 착오가 계약요소에 관한 착오이거나 ③ 그 착오가 그 의사표시를 한 자(표의자)의 중대한 과실에 의한 착오가 아니면 무효로는 되지 아니한다.

전자거래에 있어 표의자의 생각과 다르거나 키보드의 조작실수에 의해서 발생하는 문체의 상당한 부분에 관해서는 그 착오의 규정에 의하여 대처할 수 있다. 그러나 그 일본법의 규정에서는 송신된 데이터메시지가 송신자의 착오에 의해 의도된 내용과 다른 경우, 그 착오가 계약요소의 착오가 되고 또 송신자에 중대한 과실이 없으면 그 송신자는 언제나 계약의 무효를 주장할 수 있

35) UNCITRAL Model Law 제5조.

36) 중국계약법 제11조.

37) 일본민법 제95조.

게 된다. 일본민법의 규칙을 엄격히 적용하면 데이터메시지의 상대방은 송신에 관하여 일정한 확인수속을 이행한 경우이라도 또 송신자가 착오에 의한 무효를 주장할지도 모르는 리스크(위험)를 부담하지 않으면 안 되는 결과가 된다.

많은 민법학자들은 계약일반에 관해 이 착오의 규정을 수정하여 예를 들면 그 표의자의 착오의 사실에 관하여, 상대방이 선의 및 무과실이면 표의자는 그 무효를 주장할 수 없다 라는 요건을 첨가한 것이 당연하다라고 주장하고 있다. 이와 같은 해석에 의하면 전자거래의 경우에도 착오의 위험을 상당부분 표의자가 부담하는 결과가 된다.

이 점에 관하여 UNCITRAL의 EDI모델법에서는 전자거래에 있어 착오의 경우의 위험부담을 일본법보다도 표의자측에 약간 기우는 내용으로 되어 있다. 즉, 여기에서는 “그의 데이터메시지가 송신자에 귀속한 것으로 되는 경우에는 수신자는 송신된 내용이 송신자의 의사에 의한 것이다로 간주할 수 있다. 단 합의된 확인수속을 수신자가 이행했으면 발견 가능한 오타에 관해서는 수신자가 그 유효성을 주장할 수 없다”³⁸⁾라고 규정되어 있다.

또 UCC 2B-117조에서는 데이터내용의 改變나 오류에 대해 합의된 절차없는 법정의 절차에 의해 그것들이 없었던 것으로 판단되는 경우에는 그 개변이나 오류는 없었던 것으로 간주된다. 이 경우 그 절차가 거래상 합리적인 것이 아니면 안 된다. 또 UCC 2B-118조에서는 소비자에 의한 오타에 관해서만, “사업자에 의해 오타회피의 합리적 조치가 채용되지 않은 경우는 귀속되지 않는다”라고 규정되어 있다. 게다가 EU지령에서는 User의 오타에 대해 계약의 유효성에 관련된 특별한 규정은 없지만 당사자가 개시(開示)해야 할 정보에 관하여 상세히 규정하고 있다.³⁹⁾

2) 사기 및 강박

사기 및 강박에 관하여는 전자거래에 고유의 규정을 두고 있는 법제는 존재하지 않는다. 단 일본과 같이 제3자 보호의 여지가 없는 강박의 의사표시⁴⁰⁾에 관하여는 데이터교환이 곧 가치의 이전을 의미하는 EFT와 같은 경우에는 문제가 존재한다.

4.4.4. 온라인 무역계약성립에서 무권한자에 의한 접근(access)과 효과귀속

일본민법에서는 무권한자에 의한 거래에 관해서는 원칙적으로 본인이 책임을 부담하는 것은 아니다. 그러나 예외적으로 다음의 세가지 경우 즉, ① 본인이 권한을 수여하고 있지 않는데도 수여한 취지를 표시한 경우(제119조) ② 본인이 일정한 대리권한을 수여한 대리인이 그 권한을 일탈하여 계약을 체결한 경우(제110조) ③ 대리인인 자가 대리권한이 소멸된 후에 무권한으로 계약을 체결한 경우(제112조)에는 본인이 계약당사자로서의 책임을 부담하는 것으로 되어 있다. 이 세 가지의 경우에 한하여 상대방이 무권한인 것에 대해 선의·무과실이면 본인이 책임을 부담(효과귀속을 감수하지 않으면 안됨)하게 된다.

이 점과 관련하여 무자격자에 의한 카드거래 등에 관해서는 재판실무에서는 상대방이 합리적인 본인확인 시스템에 의해 확인된 경우에는 본인측의 관여에 관한 요건을 약간 완화하여 판단하는 경향이 있다. 이것과 관련된 국제적인 법제에 의한 규정에서는 무권한 자에 의한 거래일지라도 넓은 범위에 있어 본인과의 계약관계의 성립을 인정하는 결과가 된다. 그러나 본인의 이른바 “귀책사유”를 필수적 요건으로 하는 현행 일본민법의 규정이 전자거래에 있어서도 그대로 타

38) UNCITRAL의 EDI모델법 제13조 5항.

39) EU지령(계약)안 제5조, 제6조.

40) 일본민법 제96조 3항 반대해석.

당한가 아닌가에 관해서는 의논이 있다.

그런데 무권한자에 의한 거래의 경우 일본법 규칙에서는 예를 들면 UNCITRAL 모델법과는 커다란 차이가 있다. UNCITRAL 모델법에 의하면 어떠한 본인의 관여가 없는 한 계약관계는 발생하지 않는다고 하는 일본법의 규칙에 의한 경우와 비교하여 훨씬 넓은 범위에 있어서 본인의 책임을 인정하는 결과가 된다. UNCITRAL 모델법에서는 본인 및 대리인에 의한 송신의 경우 외에, ① Originator(본인)용으로 프로그램된 정보 시스템에 의해 송신된 데이터 메시지 ② Originator(본인)확인절차가 수신인에 의해 이행된 데이터 메시지 ③ Originator(본인) 또는 기타 대리인과의 관계에 따라 access가능한 자에 의해 송신된 데이터메시지도 원칙적으로 본인에게 귀속한다고 간주된다고 규정되어 있다(제13조).

V. 결론

이상에서는 정보통신수단과 전자상거래의 발전을 개괄하면서 물품매매의 거래당사자들이 전자적인 온라인 통신수단 즉, E-Mail, 그리고 WWW 등에 의해 전자적으로 매매계약을 체결하고자 할 경우 계약의 성립요건과 시기에 대한 법리와 문제점들을 일본법과 UNCITRAL Law, 그리고 EU지령을 중심으로 구체적으로 분석하였다.

전술과 같이 최근 컴퓨터의 사용이 보편화되고 정보통신기술분야의 획기적인 발달로 인하여 무역업무처리에 있어서도 전통적인 무역거래 방식인 수작업 및 종이서류에 의한 무역거래가 전자방식으로 대체되어 무역계약에도 이를 이용하고 있는 실정이다. 그러나 전자방식을 무역계약에 이용하기로 약정하더라도 기술적인 문제들의

에도 국제적으로 통일화된 국제협약이나 규칙의 정비가 미비하기 때문에 전자거래시에 발생하게 되는 모든 문제점들을 완벽히 해결하기는 심히 어려운 실정이다. 특히, 무역계약을 성립시키는데 있어 전통적인 서류교환방식이 아닌 전자방식을 이용할 경우에 무엇보다도 선결되어야 할 가장 중요한 문제는 전자방식의 사용에 의해 초래될 수 있는 법적인 문제를 들 수 있다. 이러한 문제들을 극복하기 위해서는 먼저 EDI방식에 의하여 무역계약을 수행하고자 하는 관련실무당사자들의 전자거래의 원리와 이용시의 기술적, 법리적인 제문제들에 대한 올바른 인식과 이해가 선행되어야 한다. 또한 현존하는 법규 및 규칙들의 제도적·법규적 미비점의 완전한 보완이 요청되고 궁극적으로는 국제적으로 통일화된 무역전자거래 관련 무역법규를 제정하는 것이 무엇보다도 필요하다고 하겠다.

또한 전자적인 매체를 통한 무역계약성립시기와 관련하여 제기될 수 있는 문제점들에 대해 실무상의 대응책으로는 첫째, 계약의 확정적인 성립을 일반 소비자들이 알기는 매우 어려운 문제가 발생하므로 계약성립에 대한 신뢰와 신속한 확정을 위하여 계약성립의 내용을 담은 메시지를 고객에게 전송하여 주는 契約成立自動通知制나 도달확인제(Delivery Proof)의 도입이 고려되어야 할 것이다. 둘째, 온라인과 같이 서면에 의하지 않고 전자데이터에 의해 이루어진 매매계약이 법적 구속력을 가지기 위해서는, 전자상거래 본래의 취지에 상반되는 것이지만, 우선 송신된 데이터의 보존 및 가능하면 Printout하여 서면으로 기록을 보존해 두거나 데이터교환 후에 서면으로 계약성립을 확인해둠으로써 법적 구속력이 부여될 가능성을 높일 필요가 있으며, 동시에 EDI거래에서 전자데이터의 교환에 의한 계약에 법적 구속력을 부여하는 취지를 당사자간에 사전에 합

의해 둘 필요가 있다. 셋째, 현재로서는 전자무역 계약의 성립시기를 규율하거나 해석기준이 되는 통일법이나 국제규칙의 정비가 미비한 상황이므로 적용되는 법률이나 관할재판소에 대해서도 업자에 사정에 유리한 규정을 설정해 두는 것이 좋을 것이다.

참고문헌

- 남진우, “인터넷 무역거래시 계약 성립에 관한 법적문제”, 「통상정보연구」, 제1권 제2호, 1999. 12.
- 內藤順也, “コンピュータ・ネットワークの法律問題”(上), 「國際商事法務」, 제24권 제6호, 1996.
- 牧野和夫, “アメリカ統一商事法典(UCC)の大規模改訂作業の動き”, 「國際商事法務」, 제25권 제5호, 國際商事法研究所, 1997.
- 박복재, “전자상거래 관련법 비교연구”, 「1999년 하계학술발표논문집」, 한국국제통상정보학회, 1999.
- 永田眞三郎, “電子去來における契約理論”, 「比較法研究」, 比較法學會, 有斐閣, 1999.
- 原田保・寺本義也, 「インターネット時代の電子取引革命」, 東洋經濟新報社, 1996. 7.
- 윤광운, 「전자상거래론」, 삼영사, 1999.
- 財經詳報社, 「金融情報システム白書」, 1998.
- 한상현, “전자상거래하에서 물품매매계약의 성립 시기”, 「산업과 경제」, 제9집 제2호, 강원대학교 산업경제연구소, 1999. 12.
- 한상현, “전자상거래하에서 On-line에 의한 매매 계약성립의 전제조건”, 「산학경영연구」, 제12권, 한국산학경영학회, 1999. 7.
- トーマス・J・スミーゲイニングホフ編著, 「オンライン・ロー」, 七賢出版, 1998.
- Gordon D. Schaber and Claude D. Rohwer, *Contracts in a nutshell*, West, 1990.
- Michael Chissick & Alistair Kelman, *Electronic conneurce: Law and practice*, Aweet & Maxwell, London, 1999.
- Millstein・Neuburger・Weingart, *Doing business on the internet: Form and analysis*, NY: Journal Seminar Press, 1997.
- Wendy R. Leinbowitz, *Technology and the law meet online commerce*, The National Law Journal, Monday, The New York Publishing Co., August 5, 1996.
- <http://www.ali.org/ali/pr040799.html>

The efficiency on the formation of electronic contracts for the sale of goods by on-line

Sang-Hyun Han*

Abstract

What may be a problem, however, is determining the application to electronic methods of the various rules which the courts have developed for dealing with the consequence of different methods of communicating offers and acceptances. However, it was doubtful that in the law electronic documents may make part of the traditional documents based on paper. The purpose of this thesis, thus is to examine the effectiveness of electronic methods as a means of forming contracts and the some legal problems. Accordingly, The thesis is basically divided into two part. Part one considers a contract for trade is made how, when and where through compare with traditional contracts law and electronic methods. Part two considers and explores the efficiency on the formation of electronic contracts for the sale of goods by On-line.

Key words : On-line contracts, WWW, internet trade, the contract formation by internet trade.

* Professor, Dept. of International Business, Nam Seoul University