

인터넷을 통한 電子商去來 契約上の 法的 論點

Legal issues of the Contract of Electronic Commerce by Internet

洪性奎(Hong, Sung-Kyu)*

요 약 (ABSTRACT)

인터넷은 단순히 통신수단의 변화에 그치지 않고 문화·사회·정치적의 각 방면에서 커다란 변혁을 불러일으키고 있으며, 물품매매계약이 전자적으로 이루어지는 경우 전자상거래계약의 성립시기, 방식 및 전자문서의 효력, 준거법(applicable law, governing law), 재판관할(jurisdiction)등에 관하여 복잡·다양한 문제점들을 야기하게 된다.

전자상거래 계약상에서 청약의 기준에 관해서는 매도인의 행위를 청약으로 보는 것이 다수설이다. 따라서 매수인이 선택한 상품에 대하여 구입의사를 표시, 즉 승낙하면 바로 전자상거래 계약이 성립한다고 할 수 있다. 그리고 인터넷을 이용한 전자상거래의 경우에는 국경을 초월하여 세계의 모든 소비자들을 그 대상으로 함으로써 준거법의 문제와 재판관할권의 문제가 상당히 중요한 문제로 부각되고 있는 바, 준거법의 결정은 일반적으로 당사자의 자유로운 의사에 따라 결정된다. 재판관할권에 대해서는 재판관할에 대한 합의가 있는 경우에 우리 나라는 이를 유효한 것으로 인정하고 있으나, 일반 소비자들을 대상으로 하고 있는 전자상거래의 특성을 고려할 때 이는 다소 무리가 따른다고 생각된다. 또한 재판관할에 대한 합의가 없는 경우에는 피고의 주소지국이 재판관할권을 부여받는바, 격지자간의 소액거래에서는 그 실익을 기대할 수 없는 것이 현실이다.

Key Word : 인터넷, 전자상거래, 전자문서, 청약, 준거법, 재판관할권

<목	차>
I. 序論	3. 無權限者에 의한 不法行爲
II. 電子商去來 契約의 意義	4. 契約의 撤回
1. 電子商去來의 定義	IV. 國際 電子商去來 契約上の 法的 問題
2. EDI와 電子商去來의 相互關係	1. 契約上の 準據法
3. 電子商去來 契約의 類型	2. 國際裁判管轄權의 問題
4. 電子文書의 契約上 法的 效力	V. 結論
III. 電子商去來 契約締結上の 法的 問題	※ 참고문헌
1. 契約의 成立에 관한 問題	
2. 契約의 有效性에 관한 問題	

** 國立 淸州科學大學 秘書情報科 助教授, 經營學博士.
 이 논문은 1999년 7월 2일 본 학회 세미나에서 발표한 논문을 수정·보완한 것입니다. 세미나에 사회자 및 토론자로 참석하여 유익한 논평을 해 주신 김선광(경남대), 배정환(영남대), 이은재(동해대)교수님께 감사 드립니다.

I. 序論

일반적으로 전자상거래 계약이란 일정한 법률효과 발생을 목적으로 전자화된 수단에 의하여 당사자간의 서로 대립하는 의사표시의 합치로 성립하는 법률행위라고 할 수 있다. 이러한 거래방법은 컴퓨터와 네트워크상에 의하여 취하여지는 매매계약으로 여러 가지가 있는데, 그 중에서도 의사표시를 전자화하는 전자매체에 따라 매매계약을 여러 유형으로 분류할 수 있다. 이러한 분류는 기본적으로 FAX, E-Mail, EDI, CALS, 인터넷 등을 활용한 매매계약의 형태를 취하게 된다.

특히 인터넷은 간단하고 새로운 커뮤니케이션의 수단으로서의 역할을 초월하여 정치적·문화적·사회적으로 큰 변화를 야기시키고 있다. 인터넷은 기업 뿐만 아니라 개인도 쉽게 접근할 수 있는 컴퓨터 네트워크이므로 인터넷을 이용한 상거래가 날로 증가하고 있다. 또한 인터넷은 국경을 초월한 글로벌한 네트워크이기 때문에 지금까지 국제거래의 주체가 되지 않았던 개인도 국제상거래의 주체로 등장할 것으로 예상된다. 따라서 향후 인터넷은 전자상거래의 중심적 역할을 할 것이며 상대방과 거래를 하거나 전자서신을 송수신하기 위한 경제적이고 유연하면서도 효율적인 수단이 될 것이다.

그러나 인터넷을 이용한 전자상거래는 지금까지의 대면거래나 전화에 의한 대화자간의 거래에 비하면 개인과 개인이 직접 커뮤니케이션을 취하지 않고 거래가 행하여지기 때문에 종래에는 볼 수 없었던 새로운 법률문제가 발생할 것으로 예상된다.

즉 인터넷을 이용한 전자상거래의 경우에는 기존의 서류방식과는 상이한 통신수단의 사용으로 말미암아 매매계약체결 방법이 다르며, 매매계약의 이행에 있어서도 종래와는 달리 여러 가지 법적인 측면의 문제점들이 노출된다. 따라서 물품매매계약이 전자적으로 이루어지는 매매계약의 형태를 띠는 경우 전자상거래 계약의 성립시기, 방식 및 전자문서의 효력, 준거법(applicable law, governing law), 재판관할(jurisdiction)등에 관하여 복잡·다양한 문제점들을 야기하게 된다.

이상과 같은 전자상거래상의 특성을 고려하여 본 논문에서는 전자상거래 계약체결에 따른 주요 이슈들을 계약법적인 측면에서 검토하고자 한다. 따라서 전자상거래 계약체결상에 나타날 수 있는 제반 법적 검토사항은 향후 날로 증가추세에 있는 전자상거래시에 발생가능한 분쟁을 사전에 예방하고 해결하는데 이론적·실무적 지침을 줄 것으로 판단된다.

II. 電子商去來 契約의 意義

1. 電子商去來의 定義

전자상거래(EC: Electronic Commerce)는 기존의 서면·대면거래와는 달리 쌍방향적이고 다수·대량으로 이루어진다는 점에서 복잡다양하며, 한마디로 그 정의를 내리기는 아직도

어렵다고 할 수 있다. 그럼에도 불구하고 기존의 연구결과를 토대로 전자상거래에 관한 개념을 정리하면 다음과 같다.¹⁾

즉, EC의 개념을 'EDI 등의 전자적인 수단을 토대로 가상공간(cyber space)에서 전자적인 방식에 따라 이루어지는 상거래', '비즈니스 상 모든 프로세스의 정보교환을 개방적인 네트워크로 전자화해서 행하는 것', '비즈니스에 관련된 거래당사자들을 전자적인 방식으로 통합하여 업무를 처리하는 것', '기업, 정부기관과 같은 독립된 조직간 혹은 조직과 개인간에 다양한 전자적인 매체를 이용하여 상품이나 서비스를 교환하는 방식', '정보시스템을 바탕으로 인터넷 등의 네트워크상에서 상거래를 행하는 새로운 마케팅 수법' 등으로 정의되고 있다.

전자상거래라는 용어는 일본에서 Electronic Commerce를 번역하여 사용하면서 유래한 것으로 전자거래가 대부분 상거래, 즉 영리를 목적으로 하는 거래일 것이나 반드시 상거래에 한하지 않고 공공부문에서의 거래나 순수한 민사거래에 있어서도 이루어 질 수 있는 것이므로 전자거래가 보다 더 정확한 표현이라고 할 수 있다. 미국에서도 법률상으로는 Electronic Transaction이라는 용어를 사용하고 있다.²⁾ 그럼에도 불구하고 본 논문에서는 우리나라에서 일반적으로 통용되고 있는 전자상거래라는 개념을 포괄적으로 사용하고자 한다. 따라서 본 논문에서 사용되고 있는 전자상거래라는 개념은 "당사자가 인터넷 등의 컴퓨터 네트워크를 이용하여 상품 및 서비스의 홍보, 카탈로그의 비치 및 열람, 청약, 계약의 체결, 계약의 이행 등 기업과 개인간에 이루어지는 모든 전자적 거래형태"로 정의하고자 한다.

2. EDI와 電子商去來의 相互關係

EDI와 전자상거래는 양자 모두 컴퓨터 네트워크를 이용하는 새로운 상거래 형식이라는 면에서 그 차이를 구별하기는 그리 쉽지 않다. 즉 EDI나 전자상거래는 모두 컴퓨터 네트워크를 그 매개수단으로 사용하며, 인간의 노동력을 대체하기 위한 수단으로 전자적인 방법으로 의사소통을 한다는 점에서는 큰 차이가 없다. 또한 전자상거래의 초보적인 형태가 EDI라는 점을 감안하면 EDI와 전자상거래는 상호 보완적인 역할을 하고 있음을 알 수 있다.

그러나 EDI와 전자상거래는 몇 가지 점에서 그 차이를 찾을 수 있다.³⁾ 첫째, EDI는 문서성이 요구되는데 반하여, 전자상거래에서는 모든 표시행위가 포함되는 포괄적인 표시행위를 그 대상으로 하고 있다. 즉 EDI는 본래 문서라는 유형적 대상을 디지털화된 전자문서로 대체하는데 반하여, 전자상거래는 이와는 달리 문서가 아닌 클릭과 같은 표시행위의

1) 최경진, 「전자상거래와 법」, 현실과 미래, 1998, p. 54.

2) 孫京漢, "電子商去來의 法的 課題", 「貿易商務研究」, 第11卷(1998.2), p. 418. ; 손경한, "電子商去來 紛爭의 解決", 「仲裁」, 제291호(1999.봄호), p. 70.

3) 吳炳喆, 「電子去來法」, 法元社, 1999, pp. 33-35.

전달이나 심지어는 묵시적인 의사표시도 가능하다는 점에서 차이가 난다.

둘째, EDI와 전자상거래는 그 활용영역에서 차이가 존재한다. 즉 전자상거래는 인터넷 등의 매개를 통하여 상품의 광고 또는 전시, 판매 등 상업적 용도로 활용되는 것이 일반적이거나, EDI에서는 이러한 상업적 용도 외에도 단순히 조직내부에서 업무지침의 하달, 공지사항의 통보, 중요사항의 전자적 결재 등을 할 수 있다는 점에서 그 차이가 존재한다고 할 수 있다.

셋째, EDI와 전자상거래는 그 형식면에서 차이가 존재한다. EDI가 일반적으로 통용되기 위해서는 정형화된 표준양식을 필요로 하는데 반하여, 전자상거래는 특정한 거래형식을 필요로 하지 않는다점에 그 차이가 있다. 따라서 EDI를 구조화된 전자거래(Structured EC)라고 본다면, 인터넷 등의 전자상거래는 이를 구조화되지 않은 전자거래(Unstructured EC)라고 할 수 있다. 그리고 EDI는 거래협정(IA: Interchange Agreement)과 같이 사전에 거래조건이나 거래표준 등에 관한 별도의 약정을 필요로 하지만, 전자상거래의 경우에는 기업이 정해 놓은 거래조건과 형식을 소비자들이 무조건적으로 받아들임으로써 계약관계가 성립하게 된다. 일반적으로 상거래계약이 양당사자간의 합의를 중요시하는 불요식계약임을 반영하면 전자상거래의 불요식성이 존중되는 것은 당연한 결과라고 할 수 있다.

넷째, EDI는 일반적으로 그 거래대상이 특정기업 또는 특정인으로 지정되는데 반하여 전자상거래는 불특정 다수의 일반 소비자를 그 거래대상으로 하며, 대상지역도 특정국이 아닌 전세계를 동시에 포괄한다는 점에서 그 차이가 존재한다. 따라서 계약에 관련된 내용에 관하여 양당사자간의 사전합의가 불가능하다고 할 수 있다. 또한 기업간에 주로 사용되고 있는 EDI에서는 거래거래가 이루어지는 것이 일반적이거나, 인터넷 등의 전자상거래에서는 소액거래가 주종을 이루고 있다는 점에 그 차이가 있다.

3. 電子商去來 契約의 類型

전자상거래는 계약당사자의 주체에 따라 3가지 형태로 분류할 수 있다.⁴⁾ 첫째는 특정기업간의 전자상거래로서 흔히 폐쇄형 EDI(closed EDI)거래 라고도 한다. 종래부터 거래관계를 맺고 있는 기업간의 계약방법으로서 통상 상대방의 신용 등의 문제는 없고 권리·의무의 내용도 계약내용의 문제로 되기 때문에 특별한 법적조치를 강구할 필요가 없다. 본래 특정기업간에는 전용선을 사용해 왔던 것을 인터넷을 이용하는 것이 비용이 상당히 저렴하기 때문에 보안상의 문제만 극복된다면 향후 상당히 기대되는 전자상거래 유형이라고 할 수 있다.⁵⁾

둘째는 불특정기업간의 전자상거래로서 개방형 EDI(open EDI)거래 라고도 한다. 이것은

4) 藤原宏高, 「サイバースペースと法規制」, 日本經濟新聞社, 1997, pp. 203-204.; 개인과 개인간의 상거래를 이 범주에 넣어 4가지의 형태로 분류하는 견해도 있다.(内田晴康·横山經通, 「インタ-ネット法」, 商事法務研究會, 1997, p. 91.)

5) 内田晴康·横山經通, 前掲書, p. 90.

인터넷이 글로벌 또는 개방형이기 때문에 가능한 것이지만 아직까지는 시험단계이며 실용화되지는 않고 있다. 전형적인 예로서는, 조립회사가 개방형 네트워크(open network)상에 필요한 부품의 명세서(specs)를 제시하고 이에 응답할 수 있는 부품회사와 계약을 체결하는 경우를 들 수 있다. 이 경우에 거래에 참여하는 상대방과는 처음부터 거래관계가 존재하지 않았었기 때문에 신용 등을 어떠한 방법으로든지 보증할 수 있는 제도가 필요하게 된다.

셋째는 기업과 소비자간의 전자상거래이다. 사업자는 큰 설비투자를 하지 않고 상당히 적은 초기비용으로 사업을 전개해 나갈 수 있다. 그러나 이것이 소비자에게 있어서 진실로 유익한 것이 되는지의 여부는 검토해 볼 문제이다.

소비자보호 측면에서 제기되는 문제로는 사기나 기망거래의 방지, 개인정보의 보호, 국제전자상거래에 있어서 소비자의 피해 및 분쟁의 효과적 처리 등이 제시되거나, 의사표시의 하자, 무능력자보호, 의사표시의 취소·철회 및 변경, 청약철회(cooling off), 위조·변조된 계약의 효력, 불공정거래행위의 규제, 개인정보의 보호, 분쟁처리 및 피해구제시스템, 국제거래의 준거법과 재판관할권 문제 등을 들 수 있다.⁶⁾

4. 電子文書의 契約上 法的 效力

일반적으로 문서란 문자 또는 이를 대신할 부호에 의하여 일정한 사상 또는 관념을 표시한 물체를 말한다고 정의되고 있다. 특히 문서의 개념이 가장 문제시되고 있는 형법 영역에 있어서의 문서의 개념을 살펴보면, 먼저 문서에 관한 죄에 있어서 문서위조죄의 객체가 되는 문서는 위조 또는 변조에 의하여 공공의 신용을 침해할 것을 요함으로 그것은 일정한 법률관계 또는 거래상 중요한 사실에 대한 증거가 될 것을 요한다. 이러한 의미에서 문서는 법적으로 중요한 사항을 증명할 수 있고 명의인을 표시하는 내용의 문자 또는 부호에 의하여 화체된 사람의 의사를 의미한다.⁷⁾

따라서 전통적 개념의 문서는 정보전달의 기능(Informative Function), 입증의 기능(Evidential Function), 상징적 기능(Symbolic Function)을 가지고 있다고 할 수 있다.⁸⁾

그러나 종래의 종이문서와는 달리 컴퓨터통신망을 통하여 결재가 이루어지는 전자문서의 경우 이에 대한 문서성을 인정할 것인가 문제가 될 수 있다. 최근에는 컴퓨터통신망의 발달로 인하여 전자문서가 종이 등에 출력되지 않은 상태로 작성, 결재, 보관까지 가능하게 됨에 따라 만일 전자문서의 문서성을 부인하게 되면 「법의 사각지대」가 발생할 수도 있을 것이다.⁹⁾ 이에 대하여 우리나라의 무역업무자동화 촉진에 관한 법률에서는 전자문서

6) 이창범, “전자상거래에 있어서 소비자보호의 법적 고찰”, 『소비자문제연구』, 제20호, 1997.12., p. 132.

7) 이재상, 『刑法各論』, 博英社, 1993, p. 527.

8) Ian Walden and N. Savage, "The Legal Problem of Paperless Transactions," *The Journal of Business Law*, 1989.3., p. 103.

9) 鄭陳燮, “『電子文書』의 出現과 'EDI'의 法的 問題”, 『法曹』(通卷 430號), 1994.9. ;

를 “컴퓨터간에 전송 등이 되거나 출력된 전자서명을 포함한 전자자료”라고 정의¹⁰⁾하여 전자서명을 전자문서의 구성요건으로 하여 전자서명이 포함되지 않은 전자적 기록이나 자료는 동법상의 전자문서 개념에서 제외하고 있다.

한편, UNCITRAL의 「전자상거래 모델법」에서는 “데이터 메시지가 계약의 성립에 이용된 경우에 당해 계약은 데이터 메시지가 사용되었다는 이유만으로 유효성 및 집행력을 부인하지 않고,¹¹⁾ 데이터 메시지의 작성자와 수신자간에 있어서는 의사표시 또는 기타 표현이 데이터 메시지의 형태라는 이유로 그 법률효과, 유용성 또는 집행력이 부인되지 않는다”고 규정¹²⁾하고 있다. 또한 이를 바탕으로 제정된 우리나라의 전자거래기본법에서도 이와 유사한 취지의 내용을 규정¹³⁾하고 있다.

Ⅲ. 電子商去來에 있어서 契約締結上의 法的 問題

1. 契約의 成立에 관한 問題

(1) 契約 成立의 有效性

일반적으로 계약은 청약의 의사표시와 승낙의 의사표시가 합치되어 성립한다. 물론 교차청약이나 의사실현에 의한 계약의 성립도 상정할 수 있으나 이는 일반적인 예라고 할 수 없다. 이러한 계약에 있어서는 계약서가 작성되는 경우가 대부분이지만 계약서는 계약의 성립과 그 내용을 증거할 뿐이며 계약성립의 요건이라고는 할 수 없다.

우리나라의 민법에서도 원칙적으로 계약의 성립 및 의사표시의 방식에 대하여 어떠한 제한도 두고 있지 않으므로 인터넷을 이용한 전자문서의 송·수신에 의하여 계약을 체결하는 것도 가능하며 인터넷을 이용한 전자계약도 유효하다고 할 수 있다. 다만 여기서 인터넷을 통한 전자적 의사표시가 인간의 자연적 의사표시와 동일하다고 간주할 수 있는지가 문제로 될 수 있다. 비록 전자적 의사표시가 전자매체인 컴퓨터를 통해서 행하여지지만 그 효력의 귀속주체가 인간이고, 본질적인 의사결정은 인간에 의해 이루어진다는 점을 감안하면 전자적 의사표시도 인간의 자연적 의사표시와 동일시 하는 것이 법리상 보다 합리적이라고 할 수 있다. 따라서 전자적 의사표시에 의한 매매계약에서도 자연적 의사표시에 의한 매매계약에서와 마찬가지로 계약이행상의 묵시적 조건들이 충족되어야 할 것이다.¹⁴⁾ 한편 계약성립의 방식에 제한을 두고 있는 국가도 있어서 국제상거래에 있어서는

<http://members.iWorld.net/jpicnic/article/edi-bup.htm>

10) 무역업무자동화 촉진에 관한 법률 제2조 7항.

11) UNCITRAL 전자상거래 모델법 제11조.

12) UNCITRAL 전자상거래 모델법 제12조.

13) 전자문서는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 그것이 전자적 형태로 되어 있다는 이유만으로 문서로서의 효력이 부인되지 아니하고(전자거래기본법 제5조), 전자문서는 재판 절차 기타의 법적 절차에서 그것이 전자적 형태로 되어 있다는 이유만으로 그 증거능력이 부인되지 아니한다. (전자거래기본법 제7조)

인터넷을 이용한 계약도 반드시 유효하다고도 할 수 없다.

UNCITRAL이 채택한 「전자상거래 모델법」은 “계약의 성립과 관련하여 당사자간에 달리 정하지 않는 한 청약과 승낙은 데이터 메시지를 이용하여 표시할 수 있다”고 규정¹⁵⁾하고 있는 바, 앞으로 「전자상거래 모델법」에 따라 각국의 법제정비가 이루어질 것으로 기대된다.

(2) 請約의 誘引과 請約의 基準

전자상거래에 있어서는 계약체결에 앞서 선전·광고 등의 형태로 상품정보나 계약조건 등을 공개하여 계약의 청약으로 불리는 「계약의 유인」,이나 개별 고객에 대하여 직접 계약체결을 하는 것과 같은 「권유행위」가 행하여 진다. 계약의 유인이나 권유는 판매하는 상품, 서비스나 계약조건 등에 관한 정보제공 등을 하고 계약의 청약이나 승낙의 의사표시를 하도록 상대방을 움직이는 행위로서 구입자의 계약의사의 형성이나 그 의사표시의 내용에도 영향을 미치고 있다. 특히 전자상거래 계약에서는 어느 시점을 청약으로 볼 것인가에 대하여 논란이 많아 그 귀결에 의하여 준거법의 선택이 완전히 반대로 되는 것은 합리적이라고 말할 수 없다.¹⁶⁾

따라서 여기서는 이러한 행위가 「구속력 있는 청약」에 해당하는가 아니면 단순히 청약을 받기 위한 「청약의 유인」에 해당하는지가 문제로 될 수 있다. 이들에 대한 일반적인 구별기준은 특정인에 대한 것이나, 상대방의 개성을 묻지 않는 불특정인에 대한 것과 표시된 계약의 내용에 대한 유보가 없이 명시되어 있는 경우에는 청약에 해당하고, 상대방의 개성을 중시하여 선택의 여지가 있는 경우나 표시된 계약내용에 대한 유보가 있는 경우에는 청약의 유인으로 보고 있으며, 종전의 거래 관행이나 지역적인 관습도 고려의 대상이 되고 있다.¹⁷⁾

이에 대하여 우리나라의 학설은 두가지로 양분되어 있다. 우선, 홈페이지를 개설하거나 가상공간에 상점을 열어 상대방으로부터 주문을 받는 행위에 대하여 방문판매 등에 관한 법률¹⁸⁾의 통신판매에서는 소비자의 주문행위를 청약으로 보고 있으므로 사업자가 주문을 받는 것은 청약의 유인으로 보는 것이 법률행위해석의 형평상 타당하며, 청약으로 볼 경우 사업자가 판매량의 예측을 잘못하여 충분한 재고를 가지지 못하고 광고하는 경우 채무불이행으로 될 가능성이 있다고 한다.¹⁹⁾

또한 확정적인 거래조건을 제시한 소프트웨어의 판매라고 하더라도, 가령 성인용프로그램이어서 구매자의 연령을 고려해야 하는 경우에 확정조건의 제시를 일률적으로 구속력있

14) Vienna협약 제35조 (2)항 (b)호.

15) UNCITRAL 전자상거래 모델법 제11조.

16) 内田晴康·横山經通, 前掲書, p. 166.

17) 郭潤直, 「債權各論」, 博英社, 1995, p. 63.

18) 제2조 6항, 제19조 1항, 제22조, 제25조 1항 등.

19) 한용길, 「전자상거래와 계약법」, 「전자상거래와 법적대응」, 한국비교사법학회 학술대회는문집, 1998, p. 12.

는 청약으로 보는 것은 문제라고 하여 오히려 확정조건의 제시를 청약의 유인으로 보고 상대방의 신청(매수인의 의사표시)을 청약으로 보아야 한다는 견해²⁰⁾가 있다. 그러나 이 경우 청약의 유인으로 본다면 소비자의 청약에 대하여 승낙의 여지를 남겨두게 되어 소비자의 법적지위가 불안정해질 수 있다는 문제점을 안고 있다.

한편, 인터넷 등을 이용한 전자상거래 계약은 상품판매자에게 계약성립에 대한 선택의 여지가 남아 있지 않고, 매우 구체적인 상품정보를 제공한다는 점에서 가상공간에 상품정보와 가격 등을 제시하는 행위를 청약으로 보는 견해가 있다.²¹⁾ 또한 거래조건의 제시와 계약체결과의 근접한 정도도 청약의 유인과 청약을 구별하는 기준으로 채택될 수 있는 바, 인터넷 등의 전자상거래는 기존의 통신판매에서의 거래조건의 제시와는 달리 마치 거래상대방과 대면하고 있는 정도로 계약체결과 근접해 있으므로 이를 청약의 유인이 아닌 청약으로 보아야 한다는 견해도 있다. 예를 들면, TV화면으로 통신판매선전을 보는 것이나 가정으로 배달된 광고전단과는 달리 전자상거래상에서는 화면의 일정한 부위에 대한 한번의 클릭으로 계약이 성립되며 이러한 것은 마치 상점에 들어가 상품을 보고 거래에 따른 모든 조건을 상대방으로부터 고지받은 상태에 있는 것과 다름없다고 한다.²²⁾ 특정인에 대한 것이나 상대방의 개성을 묻지 않는 불특정인에 대한 것과 표시된 계약의 내용에 대한 유보가 없이 명시되어 있는 경우에는 일반적으로 청약으로 보는 것이 통설임을 감안할 때, 인터넷상의 가상공간에 상점을 개설하는 것을 구속력 있는 청약으로 간주하고, 이에 대하여 선택한 상품의 구입의사를 표시하는 행위를 승낙으로 보고 승낙의 효력이 발생하면 계약이 성립된다고 보는 것이 보다 합리적이라고 할 수 있다.

(3) 契約의 成立時期

일반적으로 계약은 청약의 의사표시와 승낙의 의사표시의 합치에 의하여 성립하지만, 실제 거래에서는 단순히 청약과 승낙뿐만 아니라 수차례의 협상을 통하여 계약이 성립되는 경우가 많으므로 어떤 행위가 취하여진 시점에서 계약이 성립되었다고 할 수 있는지가 문제로 될 수 있다. 또한 인터넷 등을 이용한 전자상거래가 대화자간의 거래인지 아니면 격지자간의 거래인지에 따라 계약상의 법적 효과가 달리 나타나는 바, 그 판단도 중요한 문제로 될 수 있다. 일반적으로 이에 대한 학설은 양분되어 있으나, 인터넷 등을 이용한 전자상거래의 경우에는 전자거래의 발신과 도달사이의 의사표시의 소멸·왜곡·도달장애 등의 가능성을 고려하여 격지자간의 거래로 보는 것이 보다 합리적이라고 할 수 있다.²³⁾

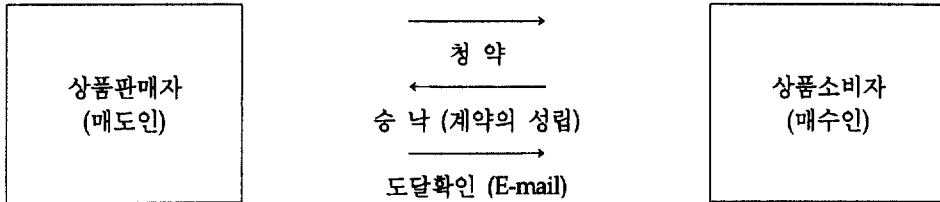
20) 池元林, "自動化된 意思表示", 「저스티스」, 제31권 제3호(통권 제49호), 한국법학원, 1998. 9., p. 54; 이외에도 청약의 유인으로 보는 견해는 內田晴康·橫山經通, 前掲書, p. 92 등이 있다.

21) 崔경진, 前掲書, p. 122.

22) 吳炳喆, 前掲書, p. 287.

23) 吳炳喆, 前掲書, p. 291.

<표 - 1> 전자상거래 계약의 성립과정



우리나라 민법에서는 의사표시의 성립에 대하여 원칙적으로 도달주의를 취하고 있지 만,²⁴⁾ 승낙의 성립에 대하여는 격자자간의 거래에 한하여 승낙의 의사표시를 발송한 때에 성립한다고 하여 예외적으로 발신주의가 취하여지고 있다.²⁵⁾ 따라서 소비자가 승낙의 의사표시를 발신한 시점에서 계약이 성립하는 것으로 된다. 그러나 민법 제531조가 발신주의를 취하고 있는 것은 계약의 승낙행위에 상당정도의 시일을 요하는 격자자간의 상거래에 있어서는 조기에 계약의 이행에 착수할 수 있는 쪽이 상거래업계의 요망에 합치하는 것으로 되기 때문이며, 의사표시가 발신과 동시에 도달되는 전자상거래에 있어서는 굳이 도달주의의 원칙을 변경하여 청약자를 불리한 입장에 있게 하는 발신주의를 취할 필요성이 없다.²⁶⁾ 예를 들면, 컴퓨터망(LAN)을 통해 직접 전자문서를 송·수신하는 경우에는 송신자의 컴퓨터가 구체화된 의사를 수신자의 컴퓨터로 전송하는 순간을 전자문서의 발신시점으로 간주해야 한다. 따라서 발신주의를 취할 경우 송신자의 발신시점 이후에 발생하는 컴퓨터망의 하자로 인한 책임을 수신자가 부담해야만 한다. 또한 송·수신자간에 전자사서함(VAN)이 존재하는 경우에는 전자문서가 전자사서함에 입력되는 순간 발신이 이루어진 것으로 보게 됨에 따라 수신자는 컴퓨터를 작동하고 나서야 전자문서의 도래를 인지하게 된다. 이 결과 송신자는 전자문서가 전자사서함에 입력되기까지의 위험을 감수해야 하며, 반대로 수신자는 당해 전자문서를 입수하여 처리하는 과정까지의 위험을 부담해야만 하는 불리한 결과를 가져온다.²⁷⁾

의사표시의 도달시기에 대하여는 상대방에 의하여 요지가능한 상태에 있게 된 때라고 할 수 있다. 따라서 전자문서가 자신의 단말기에서 벗어나더라도 자신의 회사의 컴퓨터망(LAN)내에 있다면 아직 발신이라고 할 수 없다. 다만 상대방과의 사이에 전자사서함(VAN)이 존재하는 경우 등과 같이 판단이 용이하지 않을 경우에는 당사자간에 송·수신에 관한 별도의 약정을 두는 것이 확실하게 분쟁의 소지를 제거할 수 있을 것이다. 실제로 영국의 R.vs. Pontypridd Juvenile Magistrates Court사건에서는 이 도달시기에 대하여 수신인의 현실적인 요지를 필요로 하지 않는다고 판결하고 있다.²⁸⁾

24) 민법 제111조 1항.

25) 민법 제531조.

26) 内田貴, "電子商取引と法", 『NBL』No.601号, 1996, p. 19.

27) 김선광, "전자적 의사표시에 의한 계약성립상의 법적 문제", 『學術發表論文集』, 韓國國際通商情報學會, 1998. 12., p. 21.

UNCITRAL의 「전자상거래 모델법」에서는 전자문서의 도달은 수신인이 지정한 정보시스템에 들어간 때, 또는 정보시스템을 지정하지 않은 경우에는 수신인 자신의 정보시스템에 들어온 때라고 규정하고 있다.²⁸⁾

우리나라의 관세법에서는 전산 정보처리 조직에 의하여 통지 등이 컴퓨터 파일에 등록된 후 통상 출력에 소요되는 시간이 경과된 때에 당해 통지 등이 송달된 것으로 본다고 규정³⁰⁾하고 있다. 그리고 무역업무자동화 촉진에 관한 법률에서는 상대방의 컴퓨터파일에 기록된 때를 도달시점으로 보고 있어 관세법의 도달시기보다 약간 빠르게 규정하고 있다.³¹⁾ 화물유통촉진에 관한 법률에서도 전자문서는 전담사업자의 전자계산조직의 파일에 기록된 후 상대방의 전자계산조직의 파일에 기록된 때에 상대방에게 도달된 것으로 보며, 전담사업자의 전자계산조직의 파일에 기록된 후 통상 전송에 소요되는 시간이 경과된 때에 상대방의 전자계산조직의 파일에 기록된 것으로 추정한다고 규정하고 있다. 다만 전자문서의 도달시기에 관하여 다른 법률에서 다르게 규정하고 있는 경우에는 그 법률이 정하는 바에 따르도록 규정³²⁾하고 있다. 또한 전자거래기본법에서는 전자문서는 작성자 또는 그 대리인의 지배 밖의 정보처리장치에 입력된 때에 송신한 것으로 보며, 전자문서가 수신자가 지정한 컴퓨터에 입력되었을 때 또는 지정한 컴퓨터가 아니더라도 수신자가 이를 출력하거나 수신자가 관리하는 컴퓨터의 하나에 입력된 때를 수신한 것으로 보고 있다.³³⁾

이상의 내용을 검토해 볼 때, 전자상거래상에서 계약의 성립은 비록 격지자간의 거래일 지라도 도달주의 원칙이 존중되어야 하는 것이 당연하다고 할 수 있으며, 인터넷 등 전자문에서의 전송속도가 사실상 동시적인(virtually instantaneous)점을 고려하고 향후 실시간(real-time)메시지 시스템이 보편화될 것을 감안할 때 합당한 결과라고 할 수 있다.

(4) 電子文書의 不到着 또는 破損

전자상거래에서 계약의 성립은 도달주의의 원칙이 적용됨은 이미 살펴보았다. 따라서 전자문서가 수신자에게 도달되지 않았다면 송신자는 청약이건 승낙이건 관계없이 자신이 발송한 전자문서를 철회할 수 있다. 예를 들면, 전자사서함을 이용하는 경우 야간이나 또는 상대방이 근무하지 않는 일요일이나 공휴일에 전자문서가 전자사서함에 입력된 경우 송신자는 수신자가 당해 전자문서를 수령해 가기 전까지 전자문서의 철회권을 갖는다.

인터넷을 이용한 통신은 보안성이 낮고 전자문서가 도착되지 않거나 제3자에 의하여 전자문서가 변조될 가능성이 있다. 인터넷상의 통신장애로 인하여 전자문서가 상대방에게 도달되지 않는 경우에는 계약이 성립하지 않는다. 또한 전자문서가 파손되어 전자문서의

28) The London Times, 1988. 7. 28., p. 27.

29) UNCITRAL 전자상거래 모델법 제15조 2항.

30) 관세법 제242조의 6.

31) 무역업무자동화 촉진에 관한 법률 제15조 1항.

32) 화물유통촉진에 관한 법률 제48조의 5 ①, ②, ③항.

33) 전자거래기본법 제9조.

내용을 해독할 수 없는 경우에도 효과의사가 불명하기 때문에 계약은 성립하지 않는다. 전자문서가 파손되거나 변질되어 본래의 의도와는 달리 전달된 경우에는 착오의 문제로 된다. 전자상거래에서는 이러한 통신장애를 피하기 위하여 계약의 성립에 관하여 확인을 위한 전자메일(E-Mail)을 발송하도록 약정하는 경우가 많다. 이 경우 만일 송신자가 발송한 전자문서에 대하여 수신확인통지를 요구했거나 양당사자가 합의에 의해 수신확인통지를 약정하였다면 약정기간내에 또는 약정기간이 없는 경우에는 상당한 기간내에 이러한 확인통지를 받지 못한 때에 송신자는 자신이 발신한 전자문서를 철회할 수 있을 것이다.³⁴⁾

특히 인터넷 등을 이용한 전자상거래의 경우 계약의 준거법 및 재판관할에 관하여 당사자간의 합의가 없는 경우에는 그 준거법 등을 지정하기 위해 계약의 성립장소 문제가 발생하게 된다. 이 경우 통상 승낙의 효력발생지를 계약성립지로 보게 됨으로 승낙의사표시의 도달지를 계약의 성립장소로 보게 되는 것이 일반적이다.

2. 契約의 有效性에 관한 問題

(1) 錯誤

의사표시는 법률행위의 중요 부분에 착오가 있는 경우 취소할 수 있다. 그러나 그 착오가 표의자의 중대한 과실로 인한 때에는 취소하지 못한다.³⁵⁾

전자상거래에서는 컴퓨터단말기의 조작이 불가피하기 때문에 오타에 의한 의사표시(표시행위의 착오)가 많을 것으로 예상된다. 따라서 전자적 의사표시의 경우에도 중요 부분에 하자가 있으면서 그 하자에 대하여 표의자의 중대한 과실에 없는 경우에는 표의자가 자신의 의사표시를 취소할 수 있다고 할 수 있다.

그러나 의사표시에 착오가 있었는지 또는 컴퓨터 단말기 조작의 잘못으로 인하여 「중대한 과실」이 있었는지의 판단은 상당히 어려우며, 의사표시의 발신전에 확인을 거치는 과정이 없는 경우가 많아 이러한 경우 확인과정을 거치지 않고 의사표시를 하는 「중대한 과실」이 발생할 가능성이 있다. 예를 들면, 표의자가 사용법을 충분히 숙지하지 못한 상태에서 복잡한 정보처리를 이용함으로써 실수하게 된 경우, 이는 중대한 과실로 인정되어 표의자는 자신의 의사표시를 취소할 수 없게 된다. 특히 착오의 입증에 성공한 경우, 이를 모두 착오로 인한 취소로 구체화하는 것은 전자상거래의 발전을 저해할 가능성이 크기 때문에 문제로 된다.

이를 구체적으로 살펴보면, 우선 입력된 자료에 하자가 있는 경우에는 입력조작과정상에서 발생하는 표시상의 착오와는 달리 동기의 착오로 간주되어 법적으로 이러한 의사표시는 그 취소가 불가능하다.³⁶⁾ 예를 들면, 입력된 자료상의 가격이나 단위표시 등에 하자

34) UNCITRA 전자상거래 모델법 제14조 ; 전자거래기본법 제12조 2항.

35) 민법 제109조.

36) 최경진, 前掲書, p. 115.

가 있는 경우, 이러한 전자적 의사표시는 동기의 착오로 간주됨으로써 원칙적으로 표의자는 취소할 수 없게 된다. 또한 정확하지 못한 보고가 컴퓨터에 입력된 경우 데이터는 표의자로 하여금 이를 근거로 어떤 특정의 의사를 형성하도록 하는 장치의 구성부분이라고 할 수 있으므로, 표의자는 이 구성부분에서 발생한 하자 또는 착오의 결과로 발생한 의사표시에 대하여 착오를 근거로 취소시킬 수 없게 된다.

또한 정보처리장치와 같은 하드웨어 또는 프로그램과 같은 소프트웨어상의 하자로 인하여 하자있는 의사표시를 행한 경우에는 동기의 착오로 간주해야 한다는 주장과 표시상의 착오로 간주해야 한다는 주장이 대두되고 있다. 만일 이를 동기상의 착오로 간주하게 되면 이러한 표의자의 의사표시는 취소할 수 없음에 반하여, 표시상의 착오로 간주되면 주요부분에 착오가 있었는지의 여부와 중대한 과실이 있었는지의 여부에 따라 취소권행사를 할 수 있게 된다는 법률상의 큰 차이가 있다. 일반적으로 컴퓨터를 취급하는 표의자가 프로그램상에 하자가 있는지의 여부를 일일이 확인한다는 것은 그리 쉽지 않고, 표의자에게 프로그램상의 이상유무를 확인한 후 송신하도록 한다면 전자상거래의 발전을 저해하는 일이 되므로 표의자가 통상적인 주의를 기울여서도 발견할 수 없는 하자로 인한 의사표시의 경우에는 우리나라 민법 제109조에 규정하고 있는 표시상의 착오로 간주하여 표의자를 보호하는 것이 보다 합리적이라고 판단된다.

(2) 詐欺·強迫

사기 또는 강박에 의한 의사표시는 취소할 수 있다.³⁷⁾ 인터넷상의 전자상거래계약에 있어서도 사기 또는 강박에 의한 의사표시가 취소된다는 것은 일반 계약에 있어서와 동일하다고 할 수 있다. 전자상거래의 경우 상대방에 의한 사기·강박은 컴퓨터의 작동에 직접 영향을 미친다기 보다는 실질적으로 컴퓨터를 이용하는 자에게 영향을 미치기 때문에 우리나라 민법상의 사기·강박에 관한 규정이 전자상거래상에서도 그대로 준용될 수 있다는 것은 당연한 귀결이라고 할 수 있다.

(3) 行爲無能力者

미성년자가 법률행위를 할 때에는 법정대리인의 동의가 필요하며,³⁸⁾ 미성년자가 법정대리인의 동의없이 한 법률행위는 취소가능하다.³⁹⁾ 금치산자, 한정치산자의 경우도 이와 동일하다.⁴⁰⁾ 인터넷상의 전자상거래를 행하는 경우에는 상대방과 직접 커뮤니케이션이 행하여지지 않기 때문에 대면거래와는 달리 상대방이 행위무능력자인지를 알 수 없다. 따라서 상대방이 아직 미성년자이면 당해 계약을 취소할 수 있다. 이러한 상황을 피하기 위해서는 인터넷상의 전자상거래를 행하는 경우, 상대방의 연령을 반드시 확인할 필요가 있다.

37) 민법 제110조.

38) 민법 제5조 1항.

39) 민법 제5조 2항.

40) 민법 제10조, 제13조.

따라서 상대방이 미성년자라고 판명되면 거래를 중단하던가 취소위험을 감수하고 거래를 하여야 한다. 연령을 확인한 경우, 미성년자가 연령을 속이고 회답하면 詐術을 사용한 거래가 되어 취소할 수 없는 상태로 될 가능성이 있다.⁴¹⁾

인터넷상에서 전자상거래가 행하여지는 경우 인터넷상의 상거래에 관한 기본계약이 체결되는 경우가 많고, 미성년자도 그 때 법정대리인의 동의를 얻는 경우가 일반적이다. 그러나 미성년자가 당사자로서 인터넷상의 상거래에 관한 기본계약을 체결하는 경우 법정대리인의 동의를 얻은 경우에도 이 경우에는 법정대리인의 허가에 따라 포괄적인 행위능력이 부여된 것과 마찬가지로의 결과가 되기 때문에 동意的 유효성에 의문이 생긴다. 이 견해에 따르면 미성년자가 거래하는 경우 인터넷상의 상거래에 관한 기본계약에 법정대리인의 동의를 얻은 경우에도 미성년자의 책임에 일정한 제한이 가해지는 것으로 되기 때문에 주의가 필요하다고 할 수 있다.⁴²⁾

따라서 계약체결의 당사자가 무능력자인지를 확인하는 방법, 예를 들면 신용카드 거래의 경우에는 카드번호 등에 미성년자인지의 여부를 확인할 수 있는 식별번호를 넣음으로써 기업측에서 행위능력을 확인하게 하거나, 사전에 정보통신망내에 계약할 사람들의 행위능력여부에 관한 정보를 축적해 놓고 신규 계약체결시에 기업측에서 이를 통하여 확인하는 방안 등을 강구하여야 할 것이다.

3. 無權限者에 의한 不法行爲

전자상거래에 있어서는 타인에게 자신의 카드번호나 ID번호를 악용시켜 상거래를 행하는 경우에도 계약이 성립될 가능성이 있다. 이 경우 누구에게 어느 정도의 책임이 부여되는가에 대하여는 현재 많은 논의가 이루어지고 있다. 이러한 문제는 일반적인 상거래에서도 물론 발생하지만, 전자상거래의 경우에는 상대방과 직접 커뮤니케이션을 행하지 않기 때문에 특히 문제가 된다. 예를 들면, 상대방이 제3자로 하여금 컴퓨터망을 통하여 표의자의 컴퓨터에 일정한 조작을 몰래함으로써 표의자가 기망당하여 의사표시를 하게 하는 경우, 이 때는 상대방의 사기문제로 간주하기보다는 무권한자에 의한 불법행위로 간주되어야 할 것이다.

UNCITRAL의 「전자상거래 모델법」에서는 전자문서(데이터 메시지)가 작성자를 대표할 대리권을 가진 사람에 의해 송신되었거나, 작성자에 의해 프로그래밍되었거나 작성자를 대신하여 자동으로 실행되는 자료시스템에 의해 송신된 경우에는 전자문서를 작성자의 것으로 본다. 그리고 전자문서가 작성자가 송신한 것인지의 확인을 위하여 수신자가 미리 합의된 방법으로 적절한 수단을 사용하거나, 작성자와 관련이 있는 자 또는 작성자의 대리인이 행위한 결과 수신자가 그 전자문서를 수취한 경우는 수신자는 당해 전자문서를 작성

41) 민법 제17조.

42) 内田晴康·横山經通, 前掲書, p. 95.

자의 것으로 보고 이에 기초하여 행동할 권한을 갖는다. 그러나 수신자가 수신된 메시지가 작성자가 송신한 것이 아니라는 통지를 본래의 전자문서와 동시 또는 상당한 기간내에 받은 경우, 또는 수신자가 전자문서의 송신자가 작성한 전자문서가 아니라는 것을 상당한 주의 또는 약정된 절차에 의해서 알았거나 알 수 있었을 경우에는 적용되지 않는다고 규정⁴³⁾하고 있다.

4. 契約의 撤回

소비자가 가상공간을 통하여 전세계의 재화 및 용역을 구매하는 것이 가능해짐에 따라 계약의 취소·파기·보증·청약철회(cooling off) 및 환불 등의 소비자보호를 위한 제반 장치도 전자상거래의 확대를 위한 전제조건이 되고 있다.⁴⁴⁾ 개인과 기업간의 전자상거래 계약은 소비자가 약자인 경우가 대부분이므로 약자를 보호할 필요성이 있는 것이다. 우리나라의 방문판매 등에 관한 법률에서는 일정한 범위내에서 청약의 철회를 인정하고 있다. 즉, ① 인도 당시 상품이 훼손된 경우, ② 광고의 내용과 다른 상품이 인도된 경우, ③ 광고에 표시된 인도시기보다 상품의 인도시기가 늦어진 경우, ④ 광고에 표시하여야 할 사항을 표시하지 아니한 상태에서 청약이 이루어진 경우, ⑤ 기타 소비자보호를 위하여 대통령령이 정하는 경우에는 상품을 인도받거나 제공받은 날로부터 20일 이내(통신판매업자의 주소가 변경되는 등의 사유로 이 기간내에 청약의 철회를 할 수 없는 경우에는 그 주소를 안 날 또는 알 수 있었던 날로부터 20일 이내)에 청약을 철회할 수 있다.⁴⁵⁾ 그런데 동법 제21조에서는 “청약의 철회”로 규정하고 있으나 이는 영미법상의 소비자보호제도인 cooling-off period를 명문으로 규정한 것으로 청약이나 승낙에 관계없이 경제적 약자인 소비자를 보호하기 위한 규정으로 보아 “계약의 철회”를 인정한 것으로 해석된다.⁴⁶⁾ 따라서 개인과 기업간의 전자상거래 계약상에서도 동법을 준용⁴⁷⁾하여 일정조건하에서 전자상거래 계약을 취소할 수 있다. 그리고 이러한 청약의 철회는 통신소비자가 상품 또는 용역제공서에 포함되어 있는 서식을 작성하여 행하여야 하므로 요식행위에 해당⁴⁸⁾하며, 철회의 효력은 그 서식을 발송한 날에 발생⁴⁹⁾하므로 민법상의 효력발생시기에 관하여 도달주의를 규정한 민법 제111조 1항과는 달리 발신주의를 취하는 것으로 해석된다.

소비자보호는 ① 광고의 정직성 및 신뢰성, ② 상품의 보증·증명 및 제품표준과 관련

43) UNCITRAL 전자상거래 모델법 제13조 2, 3, 4항.

44) 李鍾華·李晟鳳, 「電子商去來의 國際的 論議動向과 對應課題」, 對外經濟政策研究院, 1997, pp. 46-47.

45) 방문판매 등에 관한 법률 제21조 1항.

46) 최경진, “電子化된 意思表示와 電子契約”, <http://www.ecrc.or.kr/jaro.html>

47) 전자거래법 제15조 3항 : 가상물에 입점하여 재화 또는 용역을 판매하는 자에 대하여는 방문판매 등에 관한 법률중 통신판매에 관한 규정을 준용한다.

48) 방문판매 등에 관한 법률 제20조 2항의 1.

49) 방문판매 등에 관한 법률 제21조 3항.

한 레이블 부착 및 공개성, ③ 계약취소 및 청약철회(cooling off)의 조건, ④ 주문취소·상품하자·미배달 동일 경우의 환불제도, ⑤ 이상의 조건을 충족할 수 있는 상인의 적격성 판별을 위한 제도적 절차 등의 문제로 구분할 수 있다.

IV. 國際 電子商去來上의 法的 問題

1. 契約上의 準據法

(1) 當事者自治의 原則

우리나라의涉外사법에서는 “법률행위의 성립 및 효력에 대하여 당사자의 의사에 따라 적용할 법을 정한다”는 당사자자치의 원칙(principle of party autonomy)을 취하고 있다.⁵⁰⁾ 계약의 준거법 선택에 있어서 당사자자치의 원칙을 인정하지 않고 객관적으로 결정된 계약이행지(lex loci solutions)나 계약체결지(lex loci contractus)의 법을 준거법으로 한다는 원칙을 채택하고 있는 국가도 있지만, 국제적으로는 계약의 준거법 선택의 자유를 원칙적으로 인정하고 있다. 계약자유 원칙을 국제사법의 수준에도 어느정도 영향을 미치도록 하는 것도 있고, 또는 당사자의 선택의 자유를 인정함으로써 국제거래상 당사자의 예측가능성이나 법적안정성을 도모할 수 있다.

전통적인 국제사법에 있어서는 준거법으로 특정국의 법을 지정한다고 하는 것은 당해국이 강행법규·임의법규를 포함한 의미에서 법을 적용한다는 것이고, 지정된 국가 이외국의 강행법규의 적용이 원칙적으로 배제된다는 것을 의미한다. 이러한 점에서 준거법 결정에 있어서의 당사자자치의 원칙은 민법상의 계약자유 원칙과 구별된다. 즉 계약자유 원칙에서는 우리나라의 강행법규나 공서양속에 반하지 않는 범위내에서 당사자간에 자유롭게 계약을 체결하는 것을 인정하는데 반하여, 준거법으로서 외국법을 지정하는 경우에는 우리나라 강행법규의 적용을 배제한다는 것을 의미하기 때문이다. 이렇게 되면 계약당사자가 국내관계에서는 자기들의 의사와는 관계없이 일정한 국내 강행법규의 구속을 받게 되나 국제계약에 있어서는 당사자들의 자유로운 준거법선택으로 얼마든지 국내 강행법규의 구속을 회피할 수 있을 것이다.⁵¹⁾

국제사법에 의하여 외국법의 적용을 인정한다고 하는 것은 처음부터 다른 법의 적용을 받아들인다는 것이고, 외국법에 대하여 일정한 관용성이 전제가 되고 있다고 할 수 있다. 즉 계약자유 원칙으로는 구체적인 계약의 내용으로서 타국의 법률을 인용하는 것도 가능(실질법적 지정)하지만, 이 경우에는 어디까지나 자국의 임의법규 범위내에서 타국의 법률을 계약내용에 포함시킨다는 것에 지나지 않기 때문에 준거법으로의 지정과는 다르다고 할 수 있다. 계약에 특정국의 법률이 인용되는 경우 이것이 실질법적 지정으로 되는가 또

50)涉外사법 제9조.

51)徐希源, 「國際私法講義」, 一潮閣, 1998, p. 206.

는 준거법으로의 지정에 해당하는 가는 당사자간의 의사해석의 문제로 되고 있다.⁵²⁾

이상의 내용을 고려해 볼 때, 당사자자치의 원칙인 주관주의(subjectivism)가 적용되기 위해서는 당사자간에 명시적·묵시적인 지정이 필요하다. 여기서 명시적 지정의 경우에는 별 문제가 없으나 양당사자간에 묵시적 합의가 있었는지의 여부는 상황으로 판단하여야 하며, 이때 당해 계약의 기초가 되는 사실과 법적용에 관련된 당사자간의 합의를 추정하게 하는 모든 요소들이 고려되어야 한다. 따라서 묵시적 합의가 적용되기 위해서는 이러한 제요소들이 선의적이고 하자없는 유효한 것이어야 하며, 당사자가 선택한 준거법이 공서양속에 반하지 않아야 한다.⁵³⁾

(2) 當事者 合意가 없는 경우(추정자치)의 準據法 指定

당사자들간에 준거법에 관한 합의가 없는 경우에는 법정지의 섭외사법의 규정에 의하여 준거법을 지정하게 된다. 우리나라 섭외사법 제9조 단서에서는 “당사자의 의사가 분명하지 아니한 때에는 행위지법에 의한다”고 규정하고 있으며, 제11조 2항에서는 “계약의 성립 및 효력에 관하여는 그 청약의 통지를 한 곳을 행위지로 본다. 그 청약을 받은자가 승낙을 한 때에 그 청약의 발신지를 알지 못한 때에는 청약자의 주소지를 행위지로 본다”고 규정하고 있다. 따라서 현행법상 계약상에 준거법을 지정하는 조항이 없고 당사자의 의사가 불명한 경우에는 섭외사법의 규정⁵⁴⁾에 따라 청약발신지의 법률이 적용된다. 승낙시에 청약발신지를 몰랐던 경우에는 청약자의 주소지법이 적용된다.

인터넷을 통한 전자상거래 계약의 경우에도 판매자측에서 청약을 하고 있다고 해석되므로 판매자의 주소지법이 준거법이 된다고 할 수 있다.

한편, 미국통일상법전 2 B편 제107조 (b)항에서도 준거법에 대한 합의가 없는 경우 “억세스계약과 복제물의 전자적 송신을 정하는 계약에 대해서는 계약이 체결된 때의 라이선스의 소재지의 법률에 따른다”고 규정하고 있으며, 특히 (c)항에서는 (b)항에 의하여 미국 이외의 법이 준거법으로 지정되는 경우, 그 법역에 소재하지 않는 당사자의 권리에 대하여 통일상법전과 동등한 정도의 보호를 하는 경우에만 그 법을 적용하고, 그렇지 아니한 경우에는 그 거래와 가장 중요한 관련(the most significant relationship)이 있는 주의 법률을 준거법으로 채택하도록 규정하고 있다. 또한 EC협약 제4조 1항에서도 “당사자간에 명시적 또는 묵시적 준거법이 합의되지 않은 경우, 계약의 준거법은 당해 계약과 가장 밀접한 관련을 갖고 있는 법률 가진 국가의 법이 된다”고 규정하고 있다. 이러한 준거법 결정 방식은 법원에서 경직된 사고를 갖지 않고 법원으로 하여금 구체적인 사항을 고려하여 연결점을 찾도록 유연한 접근방식을 부여한 것으로 해석된다.

이상의 내용을 검토해 볼 때, 인터넷이 국제적으로 즉시적인 정보교환을 가능하게 한다

52) 内田晴康·横山經通, 前掲書, pp. 159-160.

53) Clive M. Schmitthoff, *Export Trade : The Law and Practice of International Trade*, Stevens & Sons, 9th ed., 1990, p. 212.

54) 섭외사법 제9조 및 제11조 2항.

는 점을 감안하면 기업측으로는 계약당사자에 따라 준거법을 달리 적용하여야 한다. 따라서 전자상거래의 매도인측은 계약체결시 준거법조항을 반드시 명기하여야만 이에 따른 분쟁을 사전에 방지할 수 있을 것이다.

(3) 不法行爲에 따른 準據法 指定

인터넷의 발전은 신문, TV등의 매스미디어를 통하지 않고도 개인이 쉽게 전세계적으로 정보를 발신하는 것이 가능하도록 하고 있으나, 일단 발신되면 정보의 유통을 통제하기가 상당히 어렵다. 또한 디지털 정보이기 때문에 정보의 복제·이용·변형이 쉬운 반면, 세계 속에 유통되고 있는 대량의 정보로부터 자기의 이름이나 상표 또는 키워드를 검색하여 권리보호를 행하기 위한 모니터를 행할 능력도 상당히 높아지고 있다. 이 결과 개인이용자가 인터넷을 통하여 발신한 정보가 국경을 초월하여 명예훼손이나 지적재산권 등의 권리를 침해했을 때 외국적인 요소가 포함된 분쟁으로 발전할 가능성이 높다.

그러나 계약에 관한 분쟁과는 달리 불법행위에 관한 분쟁의 경우에는 처음부터 준거법을 합의하는 것을 생각하기 어렵기 때문에 외국적인 요소가 포함된 불법행위책임에 대하여 어느나라 법을 적용할 것인가는 국제사법상의 규칙이 중요한 의미를 갖는다.

우리나라의涉外사법에서는 “사무관리, 부당이득 또는 불법행위로 인하여 생긴 채권의 성립 및 효력은 그 원인된 사실이 발생한 곳의 법에 의한다”고 규정⁵⁵⁾하고 있다. 따라서 전자상거래와 관련하여 명예훼손, 프라이버시 침해, 업무방해와 해커에 의한 침해 또는 제조물의 결함에 의한 침해 등의 불법행위가 있는 경우에는涉外사법상의 “불법행위지법주의”가 적용된다고 할 수 있다. 이것은 법정채권이라는 것이 그 행해진 곳의 공익과 깊이 연결되어 있는 것을 이유로 하고 있다. 그러나 가해행위와 손해행위가 별개의 국가에서 행하여진 경우에는 손해발생지가 “원인사실발생지”로 된다.⁵⁶⁾ 이것은 일반적으로 실질법상의 불법행위의 성립요건으로서 손해의 발생이 필요하다는 점에서涉外사법상의 불법행위를 구성하는 최후의 사실의 발생지를 불법행위지로 간주하는 것으로 설명할 수 있다. 생각컨대, 불법행위에 관한 법은 행위자에게 형벌을 과하는 것을 목적으로 하는 형법과는 달리 발생한 손해의 전보라는 것이 근본목적이므로 손해발생지에 중점을 두어야 할 것으로 생각된다.⁵⁷⁾

따라서 명예훼손과 프라이버시 침해에 대해서는 그것이 사이버스페이스상의 전자게시판에의 기입이라는 방법으로 행하여졌다 해도, 손해가 발생한 것은 현실의 세계이므로 피해자의 명예·프라이버시의 이익이 존재하는 장소이고 그 전자게시판의 정보가 제공된 모든 장소가 손해발생지이고 그 장소의 법이 불법행위의 준거법으로 된다. 이것은 한 국가에서의 하나의 행위로 동시에 다수의 국가에서 손해를 발생시킨 이상, 각국의 법이 각 국에서

55)涉外사법 제13조 제1항.

56) 손경한, “電子商去來 紛爭의 解決”, 前掲論文, p. 76. ; 道垣内正人, “サイバースペースと國際私法”, 「ジュリスト」第117号, 有斐閣, 1997, p. 63.

57) 徐希源, 前掲書, p. 239.

의 불법행위에 대한 준거법이 되고, 따라서 각 소멸시효기간과 손해배상액이 다를수 있다는 것을 의미한다.⁵⁸⁾ 또한 해커에 의한 피해는 피해자의 컴퓨터 소재지에서 발생하고 있으므로 그 법률이 준거법으로 적용된다고 할 수 있다.

2. 國際裁判管轄權의 問題

(1) 契約上의 裁判管轄權 問題

인터넷에 의하여 자기의 권리를 침해당한 경우 어느 국가의 어느 법원에서 자기의 권리를 침해한자를 제소하는가는 자기의 권리실현에 상당한 영향을 끼친다. 법정지를 어디로 정하는가에 따라서 재판에 필요한 노력과 시간, 비용 등에 큰 차이가 발생하기 때문이다. 이러한 재판관할문제는 비록 인터넷에 관련된 분쟁의 특유의 문제라고까지는 할 수 없으나, 인터넷을 통한 전자상거래과정에서 분쟁이 발생한 경우 재판을 받기 위한 법정지 선택의 문제는 인터넷상에서 발신된 정보가 전세계적으로 접근가능한 상태에 놓인다는 점에서 선택가능한 법정지가 무수히 많아지게 된다.

일반적으로 재판관할권 문제는 크게 재판관할에 관한 합의성립여부에 따라 합의가 있는 경우와 없는 경우로 구분하여 살펴볼 수가 있다.

우선 재판관할권에 대한 합의가 있는 경우, 우리나라에서의 통설과 판례는 유효한 것으로 인정하고 있다.⁵⁹⁾ 그리고 그 유효성으로 당해 사건이 타국의 전속관할에 속하지 않고, 관할법원이 당해 사건에 대하여 법정지법상의 관할권을 가져야 하며, 일방적 전속관할 합의가 현저히 불합리·불공정한 경우에는 그 관할합의는 공서양속에 반하는 법률행위에 해당하므로 무효라는 요건을 추가하고 있다. 그리고 관할합의의 형식으로 서면주의를 취하고 있다.⁶⁰⁾

인터넷을 통한 전자상거래의 경우에는 일방 기업측이 일정한 거래조건을 약관으로 작성하고 이에 대하여 상대방에게 네트워크상에서 합의를 구하는 경우가 대부분이다. 그러나 전자상거래에서 화면에 표시된 거래조건에 재판관할합의(중재합의)조항이 포함되었다 할지라도 소비자가 그 내용을 이해하여 합의하였음을 입증할 수 없는 한, 재판관할합의조항은 그 효력을 발휘할 수 없을 것이다. 약관을 화면상에 표시하여 그것을 전문 스크롤하여 바로 밑의 버튼을 누르지 않으면 거래가 성립되지 않는다는 견해도 있으나, 상품의 종류와 양, 금액 등 상대방이 당연히 확인할 것이라고 생각되는 사항에 대해서라면 별 무리가 없으나 중재조항과 재판관할조항에 대해서도 이를 그대로 적용한다는 것은 다소 무리가 있을 것이다.⁶¹⁾

58) 손경한, 前揭論文, p. 77.

59) 우리나라 협의사법규정에는 국제재판관할에 관하여 직접적으로 규정한 성문규정은 없고, 다만 일정사항에 관하여 예외적으로 재판관할을 정한 규정을 두고 있을 뿐이다. (제7조 2항, 제8조, 제25조 2항)

60) 민사소송법 제26조. ; 전자거래기본법 제5조. ; 중재법 제2조 2항.

61) 손경한, 前揭論文, pp 78-79.

미국통일상법전(UCC) 제2B편 제106조에서는 라이선스 계약에 대하여 법정관할 이외의 합의관할이 소비자에게 불공정하게 불이익을 미치는 경우에는 이를 강제할 수 없다고 규정하고 있으며, 우리나라의 약관의 규제에 관한 법률에서도 신의성실의 원칙에 반하여 공정을 잃은 약관조항은 무효이며 (i) 고객에 대하여 부당하게 불리한 조항, (ii) 고객이 계약의 거래형태 등 제반 사정에 비추어 예상하기 어려운 조항, (iii) 계약의 목적을 달성할 수 없을 정도로 계약에 따르는 본질적 권리를 제한하는 조항은 공정을 잃은 것으로 추정하고,⁶²⁾ 나아가 “고객에 대하여 부당하게 불리한 소재지의 금지조항 또는 재판관할의 합의조항이나 상당한 이유없이 고객에게 입증책임을 부담시키는 약관조항은 이를 무효로 한다”고 규정하고 있다.⁶³⁾ 따라서 이러한 무효의 효과는 반드시 소송상 또는 약관심사절차를 거쳐야만 주장될 수 있는 것이 아니라, 아무런 특별한 절차를 거치지 않아도 무효가 되는 것이다.

그 다음으로 재판관할권에 대한 합의가 없는 경우에는 피고의 주소지국이 국제재판관할권을 부여 받는다. 따라서 사이버스페이스의 분쟁과 관련된 소비자가 피고의 주소지국에 인접하고 있다면 피고의 주소지국에 제소하는 것이 가능하다고 할 수 있으나, 재판에 소요되는 시간과 비용이 제정금액과 큰 차이가 없다면 그 실익은 상대적으로 적다고 할 수 있을 것이다. 또한 재판관할권에 대한 합의가 없는 경우, 이행지의 관할이 인정되는 경우도 있다. 이 이론에 따르면, 인터넷을 통한 전자상거래에서 상품에 관한 분쟁에 대해서는 소비자의 관할이 인정되게 되고, 대금에 관한 분쟁에 관해서는 판매자의 영업소에 재판관할권이 있게 된다. 이 중 제한설에 따르면, 본래의 급부가 변한 손해배상채무의 이행지를 제외하던가 금전채무의 이행지는 모두 제외하여야 한다는 주장이 있다.

따라서 사이버스페이스에서 계약의 이행지국은 매매계약에 관한 상품이 도착되지 않은 경우라면 해당 소비자의 常居所地國이 의무이행지국이 되며, 그 관할이 인정된다. 그러나 제한설을 취하지 않는 한, 반대로 매도인측의 대금청구소송에 대해서는 대금지급의무의 이행지인 매도인의 영업소 소재지국에도 관할이 인정되고 소비자는 부득이하게 매도인의 영업소 소재지국에서 응소하게 될 것이다.

(2) 不法行爲의 裁判管轄權 問題

일반적으로 불법행위와 관련한 재판관할문제는 피고주소지국 관할과 함께 불법행위지국의 관할이 인정되고, 가해행위지국과 손해발생지국이 다른 경우에는 준거법의 결정과는 달리 그 쌍방에 관할을 인정하는 것이 일반적이다. 그러므로 전통적인 관할이론에 의하면 국내법과 국제법이 함께 적용될 수 있는 소지가 있다. 다만 불법행위지의 결정이 곤란한 경우에 대해서는 그 견해가 달리 적용되고 있다.

우선 명예훼손과 프라이버시 침해에 대해서는 준거법 선택의 경우와 같이 피해자의 명

62) 약관의 규제에 관한 법률 제6조.

63) 약관의 규제에 관한 법률 제14조.

예· 프라이버시의 이익이 존재하는 장소이고, 그러한 정보가 네트워크를 통하여 제공된 모든 장소가 손해발생지국으로서 관할을 가지게 된다. 물론 이 경우에 가해행위지국의 관할도 긍정되어야 할 것이다. 여기에서 문제된 행위에 대한 기준으로는 그 행위가 목적으로 행하여졌고, 그리고 제소에 중요한 관련을 가진 경우에는 외국의 재판권이 적용될 수 있을 것이지만 단순한 네트워크의 사용에 불과한 경우⁶⁴⁾에는 발신자의 주소에 관할은 발생하지 않을 것이다.

그리고 해커에 의한 침해에 대해서도 가해행위지국 이외에 그 정보가 기록되어 있던 컴퓨터의 소재지국이 불법행위지국으로 될 것이다. 그러나 그 외에 그 정보가 있는 회사에 경제적 손해를 준 경우에 컴퓨터 소재국과는 달리 그 회사의 본점소재지국에도 불법행위지국으로서의 관할이 존재하는가에 대해서는 이차적·파생적인 경제적 손해의 발생지는 불법행위지에 포함되지 않는다고 보아야 할 것이다.

이상의 내용을 고려해 볼 때, 불법행위에 관한 재판관할권 문제에 있어서는 국내법과 국제법간에 법충돌(conflict of law)의 문제도 야기될 수 있을 것이다. 예를 들면, 어떤 특정국에서는 불법행위에 해당되지 않는 특정행위가 어떤 국가에서는 불법행위로 간주되는 경우 어느 국가에서 관할권이 발생하는지의 문제가 발생할 수 있다. 따라서 인터넷 등의 가상공간에 있어서의 불법행위에 대한 재판관할권은 국가간의 협약이나 국제법규에 의하여 해결되어야 할 것이다.

V. 結論

인터넷은 단순히 통신수단의 변화에 그치지 않고 문화·사회·정치·경제의 각 방면에서 커다란 변혁을 불러 일으키고 있으며, 이에 따라 인터넷이 제기하는 법률문제도 복잡·다양하게 제기되고 있다. 따라서 인터넷의 등장에 의하여 전자상거래활동에 부여된 과제는 이미 앞에서 살펴본 인터넷의 특성에 따라 법적인점을 정리·검토하고 이에 따른 대응책을 강구하는 것이 무엇보다 중요하다고 할 수 있다.

우선, 컴퓨터통신망을 통하여 이루어지는 전자문서도 일반 서류문서와 동일한 법적효과가 있는 것으로 간주되므로 전자문서의 문서성에 관해서는 의문의 여지가 없다. 다만 각 법률마다 전자서명을 요구하는 등의 전제조건이 부여되고 있는 것도 있으므로 이에 유의하여야 할 것이다. 그리고 통상의 상거래계약이 갖는 불요식성이라는 특성을 감안할 때, 인터넷을 통한 전자상거래계약도 그 유효성은 대부분의 국가에서 그대로 인정받을 수 있을 것이다.

전자상거래 계약상에서 청약의 기준에 관해서는 전자상거래 도입초기에 일부 학자들은 인터넷상의 광고 또는 상품계재행위를 청약의 유인으로 보고 매수인인 소비자가 이에 응

64) 이에 대한 미국의 판결로는 *Compuserve v. Patterson*, U.S. Dist. Lexis 20352 (S.D. Ohio 1994) ; <http://www.eff.org/pub/Legal/Cases/cis-v-patterson>

하는 행위를 청약으로 보았으나, 최근에는 이러한 매도인의 행위를 청약으로 보는 것이 다수설이다. 따라서 매수인이 선택한 상품에 대하여 구입의사를 표시, 즉 승낙하면 바로 전자상거래 계약이 성립한다고 할 수 있다. 또한 전자상거래 계약은 비록 격지자간의 거래라 할지라도 모두 도달주의의 원칙을 취하게 됨에 따라 전자문서가 상대방에게 도달되지 않거나 전송중에 파손된 경우에는 계약이 불성립한다. 다만 전송문서가 전송중에 파손되어 본래의 의도를 벗어나 잘못 전달된 경우에는 착오의 문제로 귀착된다. 그리고 전자적 의사표시의 행위에 있어서 동기의 착오를 제외한 표시상의 착오와 사기·강박 또는 행위무능력자(미성년자·한정치산자·금치산자)가 한 법률적 행위는 대부분 취소할 수 있다. 그리고 인터넷을 이용한 전자상거래의 경우에는 국경을 초월하여 세계의 모든 소비자들을 그 대상으로 함으로써 준거법의 문제와 재판관할권의 문제가 상당히 중요한 문제로 부각되고 있는 바, 준거법의 결정은 일반적으로 당사자의 자유로운 의사에 따라 결정된다. 그러나 양당사자간에 명시적·묵시적 합의가 없는 경우에 우리나라涉外사법 제9조에서는 청약자의 주소지법이 준거법으로 채택되도록 하고 있으나, 미국이나 EU국가들은 당해국 이외의 법률이 준거법으로 지정되는 경우 많은 제한을 가하고 있으므로 이에 유의하여야 할 것이다. 또한 불법행위에 따른 준거법의 지정은 불법행위지법을 따르게 됨으로써 인터넷의 특성상 준거법의 지정은 각 국가마다 다르게 나타난다.

다음으로 재판관할권에 대해서는 재판관할에 대한 합의가 있는 경우에 우리나라는 이를 유효한 것으로 인정하고 있으나, 일반 소비자들을 대상으로 하고 있는 전자상거래의 특성을 고려할 때 이는 다소 무리가 따른다고 생각된다. 또한 재판관할에 대한 합의가 없는 경우에는 피고의 주소지국이 재판관할권을 부여받는바, 격지자간의 소액거래에서는 그 실익을 기대할 수 없는 것이 현실이다. 특히 불법행위와 관련된 재판관할의 문제는 더욱 더 복잡성을 띠게 됨에 따라 국가간의 협약이나 국제적인 통일법규의 제정없이 이에 합당하게 대처할 수 없게 된다.

향후 인터넷이 네트워크사회의 일면을 담당하는 중요한 통신인프라로써 성장하고, 본격적으로 여러가지 정보발신이나 전자상거래, 전자결제 등이 행하여지게 되면 인터넷의 사용자도 대학, 기업 등의 일부 소수층으로부터 일반 이용자들에게까지 크게 확산될 것이다. 그러나 이러한 법률적 제문제점들을 극복하지 않는 한 일반 이용자가 안심하고 사용할 수 있는 네트워크로는 발전될 수 없을 것이다.

參考文獻

- 郭潤直, 「債權各論」, 博英社, 1995.
 김선광, “전자적 의사표시에 의한 계약성립상의 법적 문제”, 「學術發表論文集」, 韓國國際通商情報學會, 1998.12.
 徐希源, 「國際私法講義」, 一潮閣, 1998.

- 손경환, “電子商去來 紛爭의 解決”, 「仲裁」, 제291호, 1999.봄호.
- 孫京漢, “電子商去來의 法的 課題”, 「貿易商務研究」, 第11卷, 1998.2.
- 吳炳喆, 「電子去來法」, 法元社, 1999.
- 李鍾華·李晟鳳, 「電子商去來의 國際的 論議動向과 對應課題」, 對外經濟政策研究院, 1997.
- 이창범, “전자상거래에 있어서 소비자보호의 법적 고찰”, 「소비자문제연구」, 제20호, 1997.12.
- 鄭陳燮, ““電子文書”의 出現과 ‘EDI’의 法的 問題”, 「法曹」(通卷 430號), 1994.9.
- 池元林, “自動化된 意思表示”, 「저스티스」, 제31권 제3호(통권 제49호), 한국법학원, 1998.9.
- 최경진, 「전자상거래와 법」, 현실과 미래, 1998.
- 한웅길, “전자상거래와 계약법”, 「전자상거래와 법적대응」, 한국비교사법학회 학술대회논문집, 1998.
- 藤原宏高, 「サイバースペースと法規制」, 日本經濟新聞社, 1997.
- 內田貴, “電子商取引と法”, 「NBL」No.601号, 1996.
- 內田晴康·橫山經通, 「インタ-ネット法」, 商事法務研究會, 1997.
- 道垣内正人, “サイバースペースと國際私法”, 「ジュリスト」第117号, 有斐閣, 1997.
- Clive M. Schmitthoff, *Export Trade: The Law and Practice of International Trade*, Stevens & Sons, 9th ed., 1990.
- Ian Walden and N. Savage, "The Legal Problem of Paperless Transactions," *The Journal of Business Law*, 1989.3.
- <http://members.iWorld.net/jpicnic/article/edi-bup.htm>
- <http://www.ecrc.or.kr/jaro.html>
- <http://www.eff.org/pub/Legal/Cases/cis-v-patterson>