

전자거래의 성립에 관한 연구

박종렬*

A Study On a point of conclusion time of Electronic Commerce

Jong-Ryeol Park *

요 약

현대사회 최근 정보통신기술의 비약적인 발전과 인터넷 이용의 폭발적인 증가에 따라, 인터넷을 이용한 전자상거래(Electronic Commerce)가 새로운 경제활동의 영역으로 정착되어 가고 있다. 시대의 흐름에 따른 전자거래는 새로운 형태의 거래라는 점에서 법률적인 문제도 많이 야기되고 있는 상황이다. 그러나 전자거래를 규율할 수 있는 법제도적인 정비의 구축과 전자거래의 이용관행이 아직 확립되지 못한 실정이다. 인터넷 전자거래에 있어서 구매계약의 체결은 전자문서교환(EDI)방식에 의하여 체결된다 할지라도 그 성질상 당사자간의 교환약정이 불특정 다수인을 상대로 하는 인터넷 전자거래에 그대로 적용될 수는 없을 것이다. 이러한 인터넷 전자거래계약의 주된 법적문제 중 하나가 계약의 성립을 들 수 있다.

전자거래기본법에서 송신시기와 수신시기를 논한다는 것은 이미 전자거래가 격지자간의 거래로 볼 필요성이 있음을 전제로 한 것이므로 격지자간의 계약으로 보아야 하기 때문이다. 우리민법은 대화자간의 계약과 격지자간의 계약으로 구분하여 계약의 성립시기를 달리 정하고 있는 민법의 규정은 불합리하다고 할 수 있기 때문에 양자 모두 동일하게 도달주의의 원칙으로 정하여야 할 것이다.

Abstract

It is settled in the economic arena that electronic commerce which used the Internet is new recently by explosive increase of the rapid development and Internet use of the information and communication technology.

The problem that is legitimate at a point called the business of the form that the electronic transactions to get together if I drift are new of the times is the situation caused a lot.

However, the use custom of construction and electronic transactions of the maintenance that is the legislation thief who can do rules of electronic transactions is the fact that it was not able to be still established. It may not be just applied to the Internet electronic transactions that an exchange promise between our characters does against unspecified number of the general public person in the property even if I say that the conclusion of the purchase agreement is concluded in Internet electronic transactions by EDI method. That can have the approval of contract in the main legal problem of such an Internet electronic transactions contract.

We civil law sorts it by a contract between the talks characters and a contract between the remote area people and all the adopted children are equal and must decide the formation of contract time in a principle of Empfangstheorie because it may be said that the rule of the civil law

• 제1저자 : 박종렬

• 접수일 : 2008. 5. 10, 심사일 : 2008. 6. 4, 심사완료일 : 2008. 7. 25.

* 광주여자대학교 경찰법학과 교수

that it be heated and decides to be able to be available is irrational.

▶ Keyword : 발신주의 (Absendungstheorie), 도달주의 (Empfangstheorie), 전자거래 (Electronic transactions), 전자상거래 (Electronic commerce)

I. 서론

최근 정보통신기술의 비약적인 발전과 인터넷 이용의 폭발적인 증가에 따라, 인터넷을 이용한 전자상거래(Electronic Commerce)가 새로운 경제활동의 영역으로 정착되어 가고 있다. 시대의 흐름에 따른 전자거래는 새로운 형태의 거래라는 점에서 법률적인 문제도 많이 야기되고 있는 상황이다. 그러나 전자거래를 규율할 수 있는 법제도적인 정비의 구축과 전자거래의 이용관행이 아직 확립되지 못한 실정이다.

EDI 제도는 한 상업에 속하는 여러 기업간의 거래체결 또는 한 대기업과 그에 대한 계열기업 또는 부품공급 기업간의 구매주문과 그에 대한 공급계약체결 등이 주된 발생형태였다. 계약이란 일정한 법률효과의 발생을 목적으로 하는 2인 이상의 당사자의 서로 대립하는 의사표시의 합치로 성립하는 법률행위이며, 계약이 성립하려면 청약과 그에 합치하는 승낙을 필요로 하게 된다. 인터넷 전자거래에 있어서 구매계약의 체결은 전자문서교환(EDI)방식에 의하여 체결된다 할지라도 그 실질상 당사자간의 교환약정이 불특정 다수인을 상대로 하는 인터넷 전자거래에 그대로 적용될 수는 없을 것이다. 이러한 인터넷 전자거래계약의 주된 법적문제 중 하나가 계약의 성립을 들 수 있다. 즉 기존의 민법이 대면거래나 격자자간의 거래에서 구두 또는 서면에 의한 의사표시에 의하여 이루어지는 계약이 인터넷이라는 이른바 '가상공간'에서 이루어지는 특수성으로 인하여 발생되고 있는 문제다. 이러한 전자계약상의 법률문제로는 전자계약의 성립상의 문제, 전자문서 및 전자서명과 관련한 문제, 전자대금결제와 관련한 문제, 개인정보보호문제, 보안문제 및 지적재산권관련 문제 등을 대표적으로 들 수 있다. 본 논문은 이처럼 다양한 전자계약상의 법률문제 중에서 전자계약의 성립문제를 집중적으로 검토해 보는데 그 의의를 찾고자 한다.

II. 전자거래의 개념과 특수성

2.1 전자거래의 개념

전자거래라 함은 일반적으로 "인터넷을 통하여 이루어지는

상품 또는 서비스의 판매 등의 거래"라고 한다. 이러한 전자거래의 개념정의에 대하여 몇 가지 견해가 있다. "EDI 등의 전자적 수단을 토대로 가상공간에서 전자적 방식에 따라 행하여지는 상거래"라고 하는 견해가 있고, "양당사자 모두 컴퓨터 및 쌍방의 컴퓨터를 연결하는 망을 통해 전자적인 방법으로 법률행위 또는 그에 따른 이행을 하는 거래"라고 포괄적으로 정의하기도 하고, "거래행위의 준비단계, 성사단계 그리고 이행단계에서 그 전부 또는 일부의 과장이 전자데이터의 전달방식으로 이루어지는 법 현실"이라고 정의하기도 한다[1].

여기서는 현재 다양하게 이용되고 있는 전자적 매체의 종류·범위를 기준으로 전자거래의 개념을 유형화하면 다음과 같다[2].

첫째, 광의의 전자거래를 정의하면 '상품과 서비스의 거래과정에서 모든 전자적 매체가 활용되고 있는 거래'라고 할 수 있다. UNCITRAL(UN국제거래법위원회)의 전자상거래모델법에서 정하는 바와 같이 데이터메시지 형태로 전달되는 모든 데이터의 교환, 즉 EDI, 전자우편, PC통신, 전보, 텔렉스, 텔레카피, 팩시밀리 등을 포함하는 전자적 방식에 의한 데이터 교환으로 행해지는 모든 거래형태라고 할 수 있다(동모델법 제2조 a호 참조).

둘째, 협의의 전자거래를 정의하면 '계약당사자가 데이터의 처리장치로서 컴퓨터를 이용하고, 이에 의하여 작성된 디지털데이터의 전달·교환 수단으로서 네트워크를 이용하는 거래형태'라고 할 수 있다. 즉 컴퓨터와 네트워크를 이용한 디지털데이터의 교환에 의하여 체결되는 거래를 말한다. 그러므로 광의의 개념 중에서 팩시밀리, 텔렉스, 텔레카피, 전보 등 아날로그(analogue) 형태의 문자가 교환됨으로써 성립되는 거래는 제외하게 된다.

셋째, 최협의의 전자거래를 정의하면 상기의 네트워크 중에서 '인터넷 등 개방형 네트워크를 통하여 디지털데이터가 교환되고 계약이 체결되는 인터넷 거래'만을 말한다. 인터넷상의 홈페이지 가상상점이나 가상쇼핑몰 등을 개설하여 불특정 다수를 상대로 마케팅과 판매활동을 하는 인터넷쇼핑이 대표적인 사례이다. 그러므로 협의의 개념 중에서 EDI, EFT, CALS, PC통신 등 폐쇄형 네트워크를 통한 전자거래가 제외된다.

위에서 보는 바와 같이 전자거래는 다양하게 정의할 수 있지만, 전자거래가 단지 새로운 거래방식을 하나 추가하는데

머물지 않고, 본격적으로 산업 및 일상생활에 영향을 미치게 된 것은 소위 컴퓨터 등 정보처리장치와 인터넷 등 네트워크를 결합에 있는 것임을 고려할 때, 기본적으로는 컴퓨터와 컴퓨터간의 네트워크를 이용하여 전자문서를 교환함으로써 체결되는 거래를 전자거래로 보는 협의의 전자거래 개념으로 정의하는 것이 상당하다고 생각된다.

2.2 전자거래의 특수성

인터넷을 통한 계약은 기존의 전통적인 거래방식과 비교할 때 여러 가지 면에서 다른 특징을 보여주고 있다. 계약이라는 법률행위가 효력을 발휘하기 위해서는 일정한 법률효과의 발생을 목적으로 하는 의사표시가 존재하여야 하는데 의사표시를 하는 메카니즘이 변화하였다. 또한 계약체결의 수단과 계약체결 유형에도 변화를 가져왔으며, 나아가 계약의 이행과정에도 변화를 가져온 것이 특징이다.

첫째, 계약이라는 법률요건을 구성하는 법률사실인 의사표시의 메카니즘이 전통적인 계약과는 다르다. 기존의 계약에서의 의사표시 메카니즘은 표의자가 먼저 일정한 효과의 발생을 의욕하고 이 의욕을 외부에 표시하려는 의사를 가지고 위 의욕을 외부에 표시함으로써 의사표시가 완성된다. 완성된 의사표시는 청약과 승낙이라는 대립된 의사표시의 합치로 양 당사자 간에 계약이 성립된다.

이에 대하여 인터넷을 통한 계약은 일방이 컴퓨터로 연산 기능에 대한 인식을 가지고 법적 거래를 체결하겠다는 의사로 컴퓨터에 입력함으로써 의사표시의 구성요소가 충족된다. 이때 인터넷을 통한 의사표시는 입력된 의사를 코드화하고 이를 전달할 수 있는 신호로 변환한 다음에 일정한 네트워크를 통하여 신호를 송신하고 수신된 신호는 다시 문자, 음성, 동영상으로 전화되어야 상대방이 인지할 수 있게 된다. 이러한 메카니즘은 인터넷을 통한 거래에는 의사표시과정에서 인간의 정신영역과 정보통신기술의 물리적인 영역이 서로 결부되어 있으며, 코드화된 무형의 형태로 컴퓨터를 통해 비대면적으로 체결된다는데 큰 특징이 있다. 이것은 결국 전통적인 계약에서는 의사표시 기관과 의사표시의 전달기관이 자연인이었으나 인터넷을 통한 계약에서는 구체적인 인간의 의사를 컴퓨터가 표시와 전달기능을 수행한다는데 차이가 있을 뿐 컴퓨터가 인간의 의사를 대체하는 것은 아니다(3).

둘째, 민법상의 계약체결 수단인 구두와 서면에 의한 방식이 인터넷을 통한 거래에서는 다른 면이 나타났는데 그것은 시간적·공간적 제약을 어느 정도 벗어나고 있다는 점이다. 구두에 의한 계약체결은 양당사자가 대면하여 의사표시를 확인하므로 시간적·공간적 만남이 전제되었다. 서면에 의한 계

약체결은 구두의 의한 의사의 보관이라는 한계와 시각적·공간적 제약도 극복하는데 도움이 되었다. 대리제도나 기술적인 의사교환의 수단(예컨대, 전화나 우편)의 활용을 들 수 있는데 이것도 구두에 의한 의사표시의 시간적 제약을 완전히 탈피한 것은 아니다. 또한 서면에 의한 계약체결 수단은 문서의 방식으로 의사의 내용을 보관할 수 있는 장점도 있지만 의사표시의 작성, 전달에 많은 시간과 비용을 요하며, 자료의 분석 및 새로운 형태로의 변경에 한계를 가지고 있다(4).

이에 대하여 인터넷을 통한 거래에서는 합의된 내용을 문서화하고 봉인하고 네트워크를 통하여 이를 전달하고 수신자가 개봉할 수 있게 함으로써 구두가 가지는 상호성과 서면이 가지는 증명성을 모두 수행하는 기능을 가지고 있다. 기존의 계약체결수단과는 다른 이러한 계약체결과정의 비문서화는 현대기술의 발전에 따른 거래수단의 변화로 인식할 수도 있지만, 기존의 사법체계 내에서 어떠한 의미를 가지는지 예의 주시하면서 대응할 필요가 있다.

셋째, 민법상의 계약체결 유형으로는 일방당사자의 청약과 상대방의 승낙이라는 개별계약과 보통거래약관에 의한 계약체결 및 교차청약에 의한 계약성립(민법제533조), 의사실현에 의한 계약성립(민법제532조)이 있으나 인터넷에 의한 계약체결에는 변화가 있다.

인터넷을 통한 계약체결 유형은 다양하지만 크게 두 가지로 나누어 보면 Off-line 시스템에 의한 계약체결과 On-line 시스템에 의한 계약체결이 있다. Off-line 시스템에 의한 계약체결은 "컴퓨터의 연산기능을 통해 계약체결에 대한 인간의 의사결정을 대체시키는 것이 아니라 결정된 인간의 의사를 컴퓨터와 네트워크를 통해 발송시키거나 수령시키는 것"을 말한다. 이때 컴퓨터는 인간의 의사결정을 단지 매개하는 수단이므로 의사표시의 효력발생시기, 계약의 체결시기를 정하는 문제가 법적인 문제로 될 수 있다(5).

On-line 시스템에 의한 계약체결은 "인간이 사전에 입력한 포괄적 의사를 수행하는 컴퓨터의 연산기능에 따라 인간의 의사표시를 전자적 코드로 정형화하여 생성·처리·출력시키는 시스템을 통한 계약"을 말한다. 이 경우에는 컴퓨터를 통하여 인간의 의사표시가 구체화되는 과정을 거치므로 계약의 체결과정 및 성립여부에 대하여 양당사자에게 구체적인 의사결정에 대한 인식이 바로 존재하지 않으므로 의사표시의 본질론 및 해석론에 문제가 제기된다.

넷째, 기존의 계약은 양당사자가 급부를 상호 이행하게 되지만 인터넷을 통한 계약에서는 계약이행과정에 제3자가 개입하게 되는 변화가 있다. 인터넷을 통하여 계약을 체결한 후 물품이나 서비스의 급부를 이행하기 위해서는 운송업자를, 대

금을 지불하기 위해서는 금융기관을, 인터넷을 이용하기 위해서 시스템제공자를 이용하는 등 제3자와 많은 연결고리가 생기므로 복잡한 법률관계가 발생하므로 이러한 법률관계에서 파생하게 되는 법적 안전장치도 필요하게 된다.

III. 전자거래의 효력발생시기

3.1. 각국의 입법례

3.1.1 영국법

영국에서는 최초로 발신주의를 인정한 판례로서 Adams v. Lindsell사건의 경우에, 9월 2일 피고는 특정수량에 대한 판매청약을 우편에 의하여 원고에게 하였고, 그 내용 중에는 회신은 반드시 우편으로 해야한다는 것이 포함되어 있었다. 9월 5일에 피고는 원고의 이름을 Worcestershire라고 써야 할 것을 Leicestershire라고 잘못 기재하였기 때문에, 편지가 2일정도 지연되어 원고에게 도착하였고, 동시에 원고는 승낙의 서신을 발송하였다.

피고가 원고의 이름만 정확하게 기재하였다더라면, 원고의 회신은 9월 7일에 도착하였을 것이다. 그러나 9월 7일이 되어도 원고의 회신이 도착하지 않았기 때문에 9월 8일에 피고는 양모(羊毛)를 제3자에게 판매하였다.

이 사건에서, 법원은 계약의 성립시기를 서신이 우편함에 투합된 시점으로 판시하므로써 우편 또는 전보에 의한 승낙의 효력발생에 관하여 발신주의의 입장을 취하였다(6). 이 사건에서 만약 승낙의 우편이 도중에 분실하여 청약자에게 도달되지 않았던 경우나, 도달이 지연된 경우에도 발신주의를 인정해야 하는가에 대해서는 법원은 명확한 판단을 내리지 않았다. 하지만 어쨌든 법원으로서서는 우편에 의한 승낙의 효력발생시기에 대해서 어떠한 결정적인 규칙을 정해야했으므로 편의의 관점에서 우편이 투합된 시점을 계약의 성립시기로 하는 것으로 결정한 것이다. 이 사건의 판결이유는 상당히 혼란스럽고 많은 비판이 있지만 발신주의를 인정했다는 점은 의심할 바 없다(7).

그런데 승낙우편의 지연 또는 분실의 위험을 청약자가 부담해야 한다는 우편승낙규칙의 명백한 결론이 1879년 Household Fire Carriage Accident Insurance Co. v. Grant사건에서 판결되었다. 이 사건에서 항소심은 승낙의 우편이 청약자에게 결국 도달되지 않았지만 우체국에 인도됨으로써 계약은 완전하고 최종적인 것으로 성립한다고 판시함으로써 발신주의를 확인했다. 이 사건으로 영국은 발신주의의 즉

승낙의 우편이 도달하지 않더라도 발신과 동시에 계약이 성립한다는 엄격한 발신주의가 성립되었다. 이 사건은 승낙의 발신주의에 관한 현재의 영국 판례법의 선례를 나타내는 것으로 알려지고 있다.

3.1.2 미국법

미국은 약속에 의한 승낙의 경우는 영국의 일반원칙과 같이 도달주의를 취하지만, 우편에 의한 승낙의 경우 역시 영국과 달리 도달주의로 시작하고 있다. 영국의 Adams v. Lindsell사건보다 4년 늦은 메사추세츠주의 M'Cullock v. The Eagle Insurance Co.사건은 보험계약에 관한 사건으로서 법원은 승낙의 우편은 상대방에게 도달되거나 또는 적어도 그것이 우편으로 도착하는데 요하는 통상의 시간이 경과하기까지는 승낙될 수 없다고 판시함으로써 우편에 의한 승낙통지는 발신주의가 아닌 도달주의를 취하고 있다. 그런데 이로부터 약 8년 후 뉴욕주법원이 Macyer's Adm'rs v. Frith 사건에서 이와 반대의 판결을 내렸다. 이 사건은 승낙의 우편을 발신한 후 그 승낙의 통지가 도달하기 전에 상대방이 사망한 사건으로서 법원은 앞의 M'Cullock v. The Eagle Insurance Co.사건을 배척하고 Adams Lindsell사건에 따라 승낙이 발신된 순간에 계약이 성립한다고 했다.

그로부터 17년 후 이 문제는 Hamilton v. Lycoming Mutual Insurance Co.사건에서 미국최고법원에 의해 받아들여지게 되었다. 이 사건도 보험계약에 관한 것으로 미국최고법원은 Adams v. Lindsell사건과 Mactier's v. Firth사건의 양자를 인용해서 승낙의 발신과 함께 계약이 성립한다고 판결했다. 이때부터 미국의 판례의 대세가 결정되었으며 또한 1850년에 연방최고법원이 Taylor v. Merchant Fire Insurance Co.사건에서 영국의 Adams v. Lindsell사건을 인용해서 발신주의를 인정함으로써 발신주의는 확고한 것으로 되었다(8).

이와 같이 영국법이나 미국법에서 우편에 의한 승낙에 대해서는 발신주의가 채용되어 있다. 그러나 발신주의를 채용해야 하는 이유는 그다지 명료하지는 않고 다양한 설명이 행해지고 있지만 결국 계약을 빨리 성립시키는 것이 상거래의 원할이라는 편의 때문이라고 생각된다.

3.1.3 일본법

승낙의 효력발생시기에 대해서 일본 민법 제97조 제1항에 격지자간에 대한 의사표시는 그 통지의 상대방에서 도달한 때에 그 효력을 발생한다고 규정함으로써 도달주의를 명시하고 있다.

일본 전자소비자계약법은 일본 민법 제526조 제1항 및 제

527조의 규정은 격지자간의 계약에서 전자승낙통지를 발하는 경우에 대해서는 적용하지 않는다고 규정하고 있다. 즉 격지자간 거래에 있어서 전자승낙통지가 있는 경우 대화자간으로 보고 발신주의 예외를 적용하지 않고 도달주의로 본다.

일본 민법 제97조 제1항에서는 격지자에 대한 의사표시는 그 통지가 상대방에게 도달한 때로부터 그 효력을 발생하는 것으로 하고 있다. 그런데 동법 제526조 제1항은 격지자간의 계약은 승낙의 통지를 발신한 때에 성립하는 것으로 하고 있다.

일본 민법 제527조는 승낙기간이 정해지지 않는 청약이 행해진 경우에 청약의 철회의 통지가 승낙의 통지의 발신 후에 승낙자에게 도달한 경우의 취급을 정한 규정이다. 동조 제1항은 승낙의 통지의 발신시점에 계약이 성립하는 것을 전제로 청약의 철회의 통지가 승낙의 통지의 발신 후에 도달한 경우에도 통상의 경우에는 그 전에 도달할 수 있을 때에 발송된 것임을 알 수 있을 때는 승낙자는 지체 없이 청약자에게 그 연착의 통지를 할 것을 요한다고 하여 승낙자의 통지의무를 규정하고 있고 동조 제2항은 승낙자가 당해 통지를 태만히 한 경우에는 계약은 성립하지 않았던 것으로 간주된다. 이것은 발신주의의 채용에 의해 청약의 철회의 통지가 연착한 경우에 발생하는 위험이 청약자에게 편재하는 것으로 되기 때문에 승낙자에게 당해 연착의 통지의무를 부과하는 것에 의해 양자의 위험배분을 조정하는 취지로 설정되어 있다(9).

그러나 민법 제526조는 제1항이 적용되지 않는 전자승낙통지가 행해지는 경우에는 계약이 성립하는지 여부는 승낙의 통지의 도달과 청약의 철회의 통지의 도달 중 어떤 것이 먼저 도달했느냐에 따라 결정되는 것으로 된다. 즉 쌍방당사자가 각각 알 수 없는 통지의 도달시기가 계약 성립의 판단기준으로 되고 청약자와 승낙자의 쌍방이 연착의 위험을 각각 부담하는 것으로 된다. 따라서 민법 제527조에 의한 통지의무를 승낙자에게 부과하는 의의는 없게 되는 것으로 평가되고 전자승낙통지에 있어서는 동조의 적용을 배제하는 것으로 했다.

그러나 일본 전자소비자계약법은 계약은 성립시기에 대해서 격지자간의 계약에 있어서 전자승낙통지에 한해 민법의 발신주의를 수정해서 도달주의로 하는 조치를 강구하는 것뿐이며, 전자승낙통지의 도달시점에 대해서 특단의 조치를 강구하는 것은 아니다. 따라서 구체적인 도달시점에 대해서는 민법 제97조 제1항의 원칙에 돌아가서 그 해석에 맡겨지는 것으로 된다(10).

3.1.4 비엔나협약 및 UNIDROIT

비엔나협약과 UNIDROIT에서는 청약의 승낙은 동의를 의사표시가 청약자에게 도달한 때에 그 효력을 발생한다. 승낙은 동의의 의사표시가 청약자가 정한 기간 내에 청약자에게

도달하지 않으면 또는 만약 이러한 기간의 정함이 없는 경우에는 청약자가 사용한 통신수단의 신속성을 포함해서, 거래의 상황에 상당한 고려를 해서 합리적인 기간 내에, 청약자에게 도달하지 않으면 그 효력을 발생하지 않는다고 규정하고 있다. 따라서 비엔나협약이나 UNIDROIT에서는 격지자간의 승낙도 의사표시의 효력발생시기에 관한 일반원칙에 따라 도달주의를 취하고 있다.

3.2 우리나라 민법

3.2.1 민법 제111조 제1항과 상법 제51조

EDI 메시지가 거래 상대방에게 효력을 발생하는 효력발생시점은 전자거래계약의 성립뿐만 아니라 손해의 산정시기 등을 결정하는데 매우 중요하다. 전자거래계약의 경우에는 당사자의 합의나 이용목적 등에 따라서 다양한 형태로 나타나며, 계약의 성립시기도 계약유형에 따라 다르다. 또한 전자사표시의 발신과 수신이 거의 동시에 일어나기 때문에 전통적인 방식의 계약에 적용되는 현행 법규정 및 법이론을 그대로 적용하기에는 어려움이 크다. 따라서 전통적인 계약성립에 관한 법이론을 전자적인 방식의 계약에 맞게 수정할 필요가 있을 것이다. 승낙은 청약과 합치됨으로써 계약이 성립되고 일반적으로 승낙의 효력발생시기는 계약의 성립시기가 된다.

즉 우리 민법 제111조 제1항은 "상대방 있는 의사표시는 그 통지가 상대방에 도달한 때로부터 그 효력이 생긴다"고 규정하고 있다. 이와 같이 승낙의 효력발생시기는 의사표시의 효력발생에 관한 일반원칙인 도달주의를 취하고 있다.

한편 격지자 간의 계약의 성립에 관하여는 승낙의 의사표시를 발송할 때에 성립한다고 하여 이른바 발신주의를 취하고 있다(민법 제531조). 그러나 격지자간에 있어서 승낙의 효력발생시기는 법제에 따라 차이가 있다.

인터넷 전자거래계약 성립시기를 승낙의 발신과 도달 가운데 무엇을 기준으로 정할 것인지 문제된다. 이 문제는 계약적인 의무의 위반에 의한 손해액 산정과 청약의 취소여부 판단에 있어 중요한 의미를 가지기 때문에, 하나는 해석학적 문제로 전자거래계약을 대화자간의 계약으로 보아 민법 제111조 제1항의 원칙에 따를 수 있을 것인가? 또 다른 하나는 입법론적 문제로 어느 입장이 타당할 것인가? 라는 측면에서 검토가 필요하다.

예외적인 발신주의를 인정한 민법 제531조의 입법 이유는, 거래의 신속 및 상업적 편의에 있고, 다만 이러한 예외는 승낙의 의사표시의 발신과 도달의 사이에 상당한 시간적인 간격이 있음을 전제로 하고 있다(11). 그러나 인터넷 전자거래에 있어서 승낙 통지의 발신과 도달 사이에는 실시간

(real-time) 메시지 시스템이 적용된다고 보아야 할 것이다 [12]. 따라서 민법 제531조가 예정한 상당한 시간차는 존재할 가능성이 거의 없다. 그러므로 우편, 전보 등에 의한 승낙의 통지의 경우에 적용되는 발신주의 원칙은 적용될 수 없기 때문에 도달주의가 타당하다 할 것이다.

미국 변호사회의 보고서에서 EDI 통신의 특질인 상호성(Mutuality), 신속성(Quickness), 신속한 도착확인기능(Prompt return of a functional acknowledgement)을 이유로 도달주의를 권고하고 있다는 측면에서 바라보면, 우리 상법 제51조의 대화자간의 상사계약의 성립에 관한 "대화자간의 계약의 청약은 상대방이 즉시 승낙하지 아니한 때에는 그 효력을 잃는다."는 규정은, 인터넷 전자거래계약에서 소비자의 청약행위에 대하여 소포물 운영자가 즉각적인 승낙의 표시를 하지 않을 경우 당해 상사거래계약은 성립하지 않는다고 해석해야 할 것이다.

3.2.2 무역업무자동화촉진에관한법률 제15조

우리나라의 무역업무자동화촉진에관한법률 제15조 제1항은 "무역업자 또는 무역유관기관이 무역자동화망을 이용하여 신청 등 또는 승인 등을 한 전자문서는 사업자 또는 지정사업자의 컴퓨터 화일에 기록된 후 상대방의 컴퓨터 화일에 기록된 때에 그 상대방에게 도달한 것으로 본다."라고 규정함으로써 전자문서의 도달 시기는 그 발신인이 보낸 메시지가 수신인의 컴퓨터 파일에 기록된 때에 그 상대방에게 도달한 것으로 보아 승낙의 의사표시의 경우도 도달주의를 취하고 있다. 그러나 실제에 있어서 의사표시의 도달에 일정한 시간이 소요될 수도 있을 것이고 그러한 시간차이가 일방 당사자에게 큰 손실로 작용할 수도 있으므로 도달주의에 대한 예외를 인정해야 할 필요가 있을 것이다.

무역업무자동화촉진에관한법률 제15조 제2항은 발신인의 메시지가 "사업자 또는 지정사업자"(이른바 Service Provider)의 컴퓨터 파일에 기록된 후 "통상 전송에 소요되는 시간"이 경과한 때에 발신인의 컴퓨터 파일에 기록된 것으로 추정한다고 규정하고 있다. 이 입장은 예외적인 발신주의가 요구하는 거래의 신속 및 원활의 목적을 달성하는 동시에 법적 안전성을 조화시킨 것이어서 타당하다고 보겠다. 여기에서의 Service Provider는 일종의 매개 통신서비스업자(Intermediary Communication Service Provider)라고 볼 것이고, 동법률 제16조에서는 "무역업자 또는 무역유관기관이 무역자동화망을 이용하여 신청 등 또는 승인 등을 한 당해 전자문서의 내용에 대하여 당사자 또는 이해관계자 사이에 다툼이 있는 때에는 사업자 또는 지정사업자의 컴퓨터화일에 기록된 전자문서의 내용대로 작성되어진 것으로 추정한다."라고

규정하여 당사자간의 분쟁시 Service Provider의 컴퓨터 파일에 기록된 전자문서의 내용대로 작성된 것으로 추정하고 있는 점에 비추어 당사자간의 분쟁가능성을 최소화하였기 때문이다.

따라서 발신인이 통신네트워크상에 메시지를 올려 보낸 시점과 Service Provider의 컴퓨터 파일에 기록되기 전까지의 시점간의 위험을 발신인의 부담으로 보게 되는 것이다. 다만 동법률 제16조의 적용과 관련하여 "통상 전송에 요구되는 시간"의 개념을 명확히 하는 것이 분쟁의 신속, 정확한 해결을 위해 필수적인 것이다.

3.2.3 전자거래기본법 제6조와 제9조

1) 송신시기

전자거래기본법에서는 전자문서의 송신시점을 '전자문서는 수신자 또는 그 대리인이 당해 전자문서를 수신할 수 있는 정보처리시스템에 입력된 때에 송신된 것으로 본다'고 규정하고 있다.(동법 제6조 제1항). 이는 전자적 의사표시 전달과정에는 필연적으로 보안 등에 관한 각종 위험적 요소가 상존하고 있으므로 전자적 의사표시의 발신에 대하여도 의사표시의 부도달과 같은 전달위험은 표의자에게 부담하게 하는 것이 타당하다는 점에서 전자문서의 송신시점을 상대방의 서버에 입력되는 순간으로 규정한 것이다[13].

2) 수신시기

전자거래기본법에서의 전자문서의 수신시기는, 먼저 수신자가 전자문서를 수신할 정보처리시스템을 지정한 경우에는 지정된 정보처리시스템에 입력된 시기이나 지정된 정보처리시스템이 아닌 다른 정보처리시스템에 입력된 경우에는 이를 출력한 때이다(동법 제6조 제2항 제1호). 반면에 수신자가 전자문서를 수신할 정보처리시스템을 지정하지 않은 경우에는 수신자가 관리하는 정보처리시스템에 입력된 때이다(동법 제6조 제2항 제2호) 여기에서 정보처리시스템은 단지 컴퓨터만을 의미하는 것이 아니라 전자우편주소 등도 포함된다.

3) 수신확인통지를 조건으로 부가한 경우

전자소비자계약에 있어서 소비자의 청약에 대하여 사업자가 승낙을 하면서 '수신확인을 통지한 경우에 승낙한 것으로 본다'라는 조건을 부가한 경우에 사업자의 승낙의 수신으로 계약의 성립을 인정할 수 있는가의 문제에 대하여, 전자거래기본법 제9조 제1항에서는 전자문서를 송신하면 수신확인통지를 받을 때까지 전자문서는 송신되지 않은 것으로 간주된다. 하지만 민법에서는 승낙의 의사표시에 조건이나 변경을 가한 경우에 청약의 거절과 더불어 새로운 청약으로 인정하기 때문에 수신확인통지의 조건이 부가된 승낙은 승낙이 아닌 새로운 청약이 되며, 이를 승낙한 소비자가 승낙하여야만 전자

소비계약이 성립된다. 이러한 문제점을 해결하기 위하여 전자거래기본법을 개정하여 전자문서에 수신확인통지를 조건으로 부가하여 송신한 후 수신자가 수신확인통지를 한 경우에 수신확인통지가 부가된 승낙은 조건을 붙인 승낙으로 인정되지 않게 된다(동법 제9조 제1항 후문). 이러한 경우 계약의 성립시기는 언제인가에 대하여 승낙의 전자문서에 수신확인통지의 조건을 부가하여 송신한 후 수신확인통지를 수신한 경우에 민법 제534조의 적용을 배제하였기 때문에 이는 새로운 청약이 아닌 승낙으로 인정되어 수신확인통지의 조건이 부가된 승낙의 수신만으로 계약은 성립하게 된다. 따라서 전자거래기본법 제9조 제1항의 전문과 후문에 있어 계약 성립시기가 상반되기 된다. 즉 전문상의 수신확인통지의 조건은 정지조건이기 때문에 수신확인통지라는 조건이 성취되어야 승낙이라는 전자문서가 송신된 것이기 때문에 동법 제9조의 통일성을 위하여 전문의 조건은 정지조건이 아닌 해제조건으로 변경하여 사업자의 승낙의 수신으로 계약은 성립하지만, 수신확인통지가 도달하지 않았을 경우에 승낙이 송신되지 않은 것으로 하여야 할 것이다. 따라서 전자거래기본법 제9조 제1항 “작성자가 수신확인을 조건으로 하여 전자문서를 송신한 경우 작성자가 수신확인통지를 받기 전까지는 그 전자문서는 송신되지 아니한 것으로 본다. 이 경우 「민법」 제534조의 규정은 적용하지 아니한다.”를, “작성자가 수신확인통지의 조건을 부가하여 전자문서를 송신한 후 수신자 또는 그의 대리인으로부터 수신확인통지를 받지 않은 경우에 그 전자문서는 송신되지 아니한 것으로 본다. 이 경우 「민법」 제534조의 규정은 적용하지 아니한다.”로 개정되어야 할 것이다.

3.3 전자상거래

계약일반에 관해 규정하고 있는 민법은 계약성립의 시기이므로 의사표시의 도달주의를 원칙으로 하고 원격지의 경우 발신주의를 예외적으로 채택하고 있다. 전자상거래계약의 성립시기에 대해 승낙의 의사표시를 발송할 때 또는 상대방 컴퓨터 파일에 도달하여 기록된 때, 또는 기록된 의사표시내용을 수신자가 확인한 때 중 어느 것으로 하느냐가 문제된다. 이는 인터넷 등 통신망을 통한 거래계약은 원격지계약으로 보아 발신주의를 취해야 하느냐, 아니면 real-time이 가능하기 때문에 도달주의를 취할 것인가 하는 문제이다. 이에 대한 학설은 원칙적으로 격지자간의 의사표시로 보아야 한다는 견해, 대화자간의 거래로 보아야 한다는 견해, 인터넷 폰과 화상회의의 경우는 대화자간의 거래로 보고 컴퓨터 팩스나 전자우편 등은 격지자간의 거래로 보아야 한다는 견해 등이 있다[14].

정보통신기술의 발달로 원격지자간의 상대방의 의사를 즉

시 확인할 수 있기 때문에 인터넷 등 통신망을 통한 거래계약은 실시간이 가능하기 때문에 도달주의에 의한다고 할 것이다.[15] 미국법상 mail box rule은 민법이나 상법을 구분하지 않고, 즉 도달주의나 발신주의를 구분하지 않고 승낙의 의사표시가 발송된 때 승낙의 효력이 발생한다는 원칙이 있을 뿐이므로, EDI가 통상의 우편처럼 시간이 소요된다면 모르지만 일반적으로 기술이 발달할수록 시간이 짧아지므로 도달주의를 취함이 타당하다고 생각한다.

IV. 결 론

일반적으로 민법상 도달이라 함은 상대방의 지배권내에 들어가 사회통념상 일반적으로 了知할 수 있는 상태를 말한다. 서신이 수신함에 투입된 때, 동거하는 친족 등이 수령한 때에는 비록 상대방이 여러 가지 사정으로 了知하지 않더라도 도달한 것으로 효력이 생긴다. 그리고 컴퓨터 등 정보처리장치를 통하여 전자적 의사표시를 할 경우, 了知할 수 있는 상태에 대하여는 상대방의 지배권내에 도달하여 이를 상대방이 알 수 있었을 때 의사표시가 도달한 것으로 인정할 수 있다. 그리고 정보통신의 발달로 전자적 의사표시는 전송방식의 실시간성으로 인해 대화자간의 거래와 유사한 상태에서 거래가 이루어지므로 장소적으로 떨어져 있다고 할지라도 이는 대화자간의 거래로 보아야 할 것이고, 민법 제531조의 격지자간의 거래계약은 임의규정이기 때문에 전자거래의 당사자 사이에서 이 규정을 배제하고 승낙의 도달시기에 계약을 성립시키겠다는 약정을 할 수 있다. 그리고UNCITRAL 모델법을 수용하면서 ‘dispatch’를 송신으로 ‘receipt’를 수신으로 번역한 전자거래기본법 제9조의 송·수신을 발송과 도달로 이해할 수도 있지만, 전자거래기본법도 송신시기와 수신시기를 논한다는 것은 이미 전자거래가 격지자간의 거래로 볼 필요성이 있음을 전제로 한 것이므로 격지자간의 계약으로 보아야 하기 때문이다.

일본민법은 우리민법과 같이 발신주의를 취하고 있지만 전자소비자계약 및 전자승낙통지에 관한 민법의 특례에 관한 법률을 제정하여 전자소비자계약의 성립시기를 도달주의로 정하고 있다(동법 제4조). 이와 더불어 2003년 10월 10일에 개정된 전자상거래 표준약관에서도 성립시기에 관하여 도달주의를 취하고 있다(표준약관 제10조 제2항). 대화자간의 계약과 격지자간의 계약으로 구분하여 계약의 성립시기를 달리 정하고 있는 민법의 규정은 불합리하다고 할 수 있기 때문에 양자 모두 동일하게 도달주의의 원칙으로 정하여야 할 것이다.

참고문헌

- [1] 정중휴, "전자거래의 등장에 따른 계약이론의 변용" 「인 권과 정의」, 제268호, 1998.12.
- [2] 박희주, "인터넷 이용상의 사법적 문제", 경희대학교 박사학위논문, 1998. 12.
- [3] 오병철, 「전자상거래」, 법원사, 1999.
- [4] 정진명, "가상공간에 있어서 범형성의 문제", 사법행정, 제449호, 1998.5.
- [5] 정진명, "인터넷을 통한 거래의 계약법적 문제", 비교사법, 제6권 1호, 1999.6.
- [6] Grant (1879) 4 Ex D 216.
- [7] J. Beatson, Anson's Law of Contract, 27th ed. QC, Oxford, 1998.
- [8] J.C. Smith and J.A.C. Thomas, A Casebook on Contract, 5th ed, 1973.
- [9] 經濟産業省, 電子消費者契約及び電子承諾通知に関する民法の特例に関する法律逐條解説. 2001.
- [10] 山本豊, "電子契約の法的諸問題消費者契約を中心に", 「ジュリト」, NO 1215, 2000.
- [11] 지원림, 「민법강의」 제6판, 홍문사, 2008.
- [12] I. Walden, EDI and the Law, London, 1989.
- [13] Benjamin Wright, "The Law of Electronic Commerce" Little and Company, 1991.
- [14] 오병철, "전자거래의 민사법적 규율방안", 정보사회에 대비한 일반법연구(II), 정보통신정책연구원, 1998.
- [15] 노태약, "전자거래에 있어 계약의 성립을 둘러싼 몇 가지 문제", 법조, 통권 제517호, 1999.9.

저자 소개



박 종 렬

2001년2월 조선대학교 일반대학원법학박사
 2001년8월 광주지방검찰청 시민검찰 모니터위원
 2005년5월 조선대학교 법과대학 법학연구소 객원연구원
 2005년~ 현재 광주여자대학교 경찰법학과 교수(입학부처장)
 <관심분야> 사이버범죄, 전자계약, 전자상거래