

博士學位論文

電子去來에 있어서 民事責任에 관한 研究

A Study on Civil Liability in Electronic Commerce



濟州大學校 大學院

法 學 科

金 相 明

2002年 12月

電子去來에 있어서 民事責任에 관한 研究

指導教授 韓 三 寅

金 相 明

이 論文을 法學 博士學位 論文으로 提出함.

2002年 12月

 제주대학교 중앙도서관
金相明의 法學 博士學位 論文을 認准함.

審査委員長_____ (인)

委 員_____ (인)

委 員_____ (인)

委 員_____ (인)

委 員_____ (인)

濟州大學校 大學院

2002年 12月

A Study on Civil Liability in Electronic Commerce

Kim, Sang Myeong

(Supervised by Professor Dr. Han, Sam In)

A thesis submitted in fulfillment of the requirement for the degree of



Doctor of Law

Department of Law

GRADUATE SCHOOL

CHEJU NATIONAL UNIVERSITY

2002. 12.

目 次

SUMMARY-----	i
--------------	---

第1章 序 論

第1節 研究의 目的-----	1
第2節 研究의 範圍-----	4
第3節 研究의 方法-----	7

第2章 電子去來의 特殊性



제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

第1節 電子去來의 意義-----	8
1. 概念-----	8
2. 類似概念과의 區別-----	10
第2節 電子去來의 特性-----	12
1. 特徵-----	12
2. 一般去來와의 比較-----	13
第3節 成立上의 特殊性-----	16
1. 電子去來上 意思表示의 本質-----	16
2. 電子의 意思表示의 特殊性-----	22
3. 非正常的인 意思表示의 特殊性-----	34
第4節 履行上의 特殊性-----	42
1. 電子去來上 給付履行-----	42
2. 履行에 있어서 電子決濟制度-----	47

第5節 民事責任에서의 特殊性	57
1. 電子去來上 危險의 特殊性	57
2. 電子去來上 紛爭解決의 特殊性	60
3. 우리나라 民事責任 構造의 特殊性	60

第3章 外國의 電子去來關聯 責任法制와 判例의 動向

第1節 國際機構의 責任法制	67
1. UNCITRAL	67
2. OECD	68
第2節 主要國家의 責任法制와 關聯判例	70
1. 미국	70
2. 독일	80
3. 일본	82
4. 관련판례	84
5. 정리	88
第3節 被害事例와 救濟制度의 現況	92
1. 被害事例	92
2. 紛爭救濟制度	99

第4章 우리나라 電子去來關聯 民事責任의 內容

第1節 電子去來關聯 民事責任의 基本構造	100
1. 電子去來의 當事者	100
2. 基本構造와 論議方向	100
3. 危險分配의 適正化	102
第2節 電子去來上 意思表示의 成立과 效力	105
1. 意思表示의 成立時期	105

2. 意思表示의 效力發生	111
3. 電子去來上 履行場所와 危險負擔	115
第3節 電子去來關聯 契約責任	118
1. 契約締結上의 過失責任	118
2. 債務不履行責任	124
3. 瑕疵擔保責任	138
4. 情報通信網運營者의 責任	140
5. 電子去來 關與者의 責任	150
第4節 電子去來關聯 不法行爲責任	162
1. 責任歸屬의 根據	164
2. 새로운 責任理論의 檢討	169
3. 第三者의 不法侵害 責任	172
4. 製造物責任의 適用問題	184
第5節 電子去來上 損害賠償	185
1. 損害賠償의 意義	185
2. 損害賠償의 範圍	186

第5章 우리나라 電子去來關聯 民事責任의 問題點과 課題

第1節 責任法制와 救濟制度	188
1. 責任法制	188
2. 被害者保險制度	196
3. 紛爭救濟制度	197
第2節 被害事例와 判例의 動向	202
1. 被害事例	202
2. 判例의 動向	211
第3節 問題點	218
1. 規制法制上의 問題	218

2. 責任歸屬 根據上的 問題-----	219
3. 責任分配上的 問題-----	220
4. 紛爭調停制度上的 問題-----	220
5. 被害者救濟制度上的 問題-----	221
第4節 立法的 課題-----	222
1. 規制法制上的 課題-----	222
2. 責任歸屬 根據上的 課題-----	224
3. 責任分配上的 課題-----	225
4. 紛爭調停制度上的 課題-----	226
5. 被害者救濟制度上的 課題-----	226
6. 立證責任 轉換의 課題-----	227

第6章 結 論

參考文獻-----	236
-----------	-----



SUMMARY

A Study on Civil Liability in Electronic Commerce

Kim, Sang Myeong

Department of Law

Graduate School

Cheju National University

Increasing electronic transactions caused by explosive and widespread use of the internet cause a variety of social and legal changes. The on-line transactions have been developing rapidly and powerfully as a key way to establish a world-wide information society, thus leading to direct B to C(business to customer) transactions and information exchanges which could not be expected in the past because of the physical distance. The transactions function as a critical factor, or as a new paradigm using the internet which includes that the transactions have a variety of strong points to use cyberspace as a marketing place for promotion of the world.

One major characteristic in electronic transactions is that transactions are done on the line, not face-to-face. Therefore, transactions should always run a certain amount of risk of the following doubts; if the opposite party of the transaction is a correct one, if the delivery road is a correct one, or if the transaction contract is executed normally. The risks of electronic transactions are caused by the process and contents of the transactions. But it is difficult to identify the agent clearly, If so, there may be some cases not to be able to suit reparation or identify the opposite party's intention or accident. The risks of electronic transactions include those of illegal practices and the opposite party's intentional or accidental failures in meeting the engagements.

Accordingly, as electronic transactions increase rapidly, there has been an argument in which newly happening problems can not be well coped with through the current theory of communication. Therefore, the rearrangements of legal systems following the current cyber society are pending in that electronic commerce requires applications of legal principles other than present law orders. Legal problems and their solution methods in the internet use should be referred to, so that law science can play its proper role as a practical science because electronic communication through electronic process units has spread,

If cases related to electronic transactions occur, basic codes of electronic transactions rather than civil laws provide for the codes, which only include declarative contents. Therefore when cases occur, no proper solution method can not be sought for at the present. Besides, considering characteristics of electronic transactions, there are some cases to attribute to intentional and accidental causes that bring about reparation. In order to cope with conflicts following prevalent electronic commerce, basic codes of electronic transactions should be revised to identify the transaction parties's risks.

As far as civil liability of legal relations in e-commerce is concerned, liability principles in the wake of risks in e-commerce refers to risk bearing, contract liability, and illegal act liability on the basis of the above-mentioned theory. Where liability to risks in e-commerce lies is clarified along with the understanding of new liability theories including network liability theory, liability boundary point theory, and system liability theory. Furthermore, default liability, liability to incomplete execution and liability to risk caused by creditor lag, problems connected with liability to the warranty and reparation liability, and the operator of information communication network's civil liability and proof liability are reviewed.

To conclude, this study gives a new diagnosis to legal problems occurring in e-commerce. However, it is impossible to cover all occurrences and legal problems in the area of private and public law occurring in e-commerce. Therefore, this study paves the way toward the future direction of revising Korea's electronic transaction law as to the forementioned problems which are reviewed on the basis of legislation theory and

interpretation theory respectively.

First, electronic transaction can be defined as transaction carried out electronically through electronic document in trade of goods and service in use of electronic methods. It is advisable that it also should electronic document exchange and light speed transaction. Electronic transaction can be made effective through multiple levels of transmission process, so electronic intention declaration is used for intention revelation. Non-truthfulness declaration of electronic intention declaration does not seem to be subject to Civil Law Clause 107 Article 2. It is also reasonable that intention declaration on error should not be able to cancelled regardless of the accident of the declarer.

Second, it is also wise that to suggest trading condition including auxiliary conditions on the internet cyberspace shopping mall should be regarded as a contributing cause of alluring contract. Except for direct trading between the caller and the opposite party through computer network, electronic intention revelation should be considered as intention declaration between those are far way. The time point of arrival is supposed to be the time at which the transaction message arrives at the opposite's computer modem when both the parties are on the line, and the time when the opposite's computer recognizes the message and orders it to be delivered to their computer in the case of users of BBS(bulletin board system). Therefore, risk before reaching the recipient is the caller's bearing and the defect afterward is the recipient's. However, when the computer user declares and transmits wrong intention on account of poor word processing skill, it is natural that the computer user should have the right for withdrawal.

Third, electronic documents should be regarded as the ones with fixed date and as the sub-documents with admissibility of evidence. The drafter of the electronic document should include the e-agent and the electronic signature should be interpreted as the concept including digital signature. For the effect of e-signature, the special agreement of both the parties to exclude or change the e-contract should be regarded as null. Electronic authentication excludes electronic notarization, and liability of authentication provider should be treated as absolute liability.

Fourth, as for electronic payment the computer file should be considered as an unspecified thing, or a kind of credit. Even in the case of computer sever the third party operates, if the creditor governs and maintain the server in terms of technology, the time of input should be the time of contract conclusion. So, the risk caused by computer server trouble should be owed fully to the creditor.

Fifth, when the responsible party for the risk occurring in e-commerce cannot be identified, it is appropriate to set up the change provision of proof liability showing absence of his or her own intention or fault, or to hold strict liability to the vendor with the most benefits through e-business. For damage done by leakage of personal information on the web which the on-line service giver builds and on which it gives information, the user can demand reparation to both the opposite party who causes damage and the on-line service provider.

Sixth, when the delivered goods have defects or the wrong goods is delivered in e-commerce, the liability to default and security liability can be demanded with claims of delivery of brand-new goods and claims of compensation. If damage is caused by offered information, claims of reparation should exclude extended damage, and if the buyer cannot afford to conclude the contract goal, the contract should be cancelled. In the case of defects including the computer network trouble, liability to manufacturing products can be approved of and it is suitable to recognize no fault liability with computer network company in principle. But it should be noted that when notice and safety duty is given in advance, the computer user can also be liable. In the case of damage caused by free software or information, the caused damage should also be liable to the contract liability after the application of principles of bilateral fault evaluation.

Key word: electronic transaction, electronic declaration of intention, electronic document, electronic signature, electronic authentication, electronic contract, electronic currency.

第1章 序論

第1節 研究의 目的

가상공간상에서 전자거래가 일반적으로 논의되기 시작한 시점은 1990년대 초반으로 당시 전자거래에 대한 논의는 부가가치통신망(VAN: Value Added Network)을 이용하여 기업간의 전자적인 자료교환을 위한 EDI(Electronic Data Interchange)가 주류였으나, 1990년도 중반기에 개발된 Web과 브라우저로 인하여 컴퓨터를 이용한 인터넷이 점차 기업의 제품 및 서비스의 판매와 마케팅을 위한 매체로 활용되기 시작하면서 인터넷을 기반으로 하는 새로운 문제가 대두되게 되었다. 오늘날 실제공간에서 일어난 것처럼 컴퓨터간의 상호작용이 일어나는 비현실적인 공간을 의미하는 가상현실을 우리는 가상공간(cyberspace)이라 하는데¹⁾ 최근에 들어 가상공간을 이용하는 인터넷 전자거래는 비약적인 증가를 보여왔다. 이러한 결과로 인터넷의 이용확산과 이를 통한 전자거래가 범세계적인 정보사회구축의 핵심수단으로 대두되고 있으므로 과거에는 예상하기 어려웠던 물리적 거리를 초월한 정보의 교류와 거래가 이루어지고 있다. 이러한 가상공간에서 이루어지는 전자거래는 기존의 거래와는 달리 기업과 소비자가 직접 거래를 할 수도 있고, 아울러 전세계를 대상으로 시간을 초월하는 거래가 가능하며, 판매거점으로 사이버공간을 이용할 수 있는 다양한 장점을 내포하고 있다. 이런 점에서 인터넷을 통한 전자거래는 새로운 패러다임으로 정착되어가고 있는 결정적인 요인으로 작용하고 있다.

전자거래에 있어서 법이 규율하고 있는 객체 가운데 무형의 재화인 '정보'에 대한 법적 문제의 다양성과 복잡성으로 인하여 많은 논란이 되고 있는데,²⁾ 특히 지적재산권 분야에서는 종전에는 보호되지 않았던 새로운 분야들이 보호받게 되었다. 그리고 전자적 의사표시에 따른 전자거래의 성립을 둘러싼 의사표시의 효력발생에 대한 문제, 무권한자에 의한 데이터의 송신에 의한 피해에 있어서 표현대리가 성립되는지의 문제, 전자적 데이터의 증거능력 인정여부,

1) William S. Byassee, *Jurisdiction of Cyberspace: Applying Real World Precedent to the Virtual Community*, Wake Forest L. Rev, 1995, p. 198 ; M. Ethan Katsh, *Law in a Digital World*, Oxford University Press, 1995, p. 19 ; Edward A. Cavazos, *Cyberspace and the Law*, The MIT Press, 1995, p. 1.

2) 대판 2002. 7. 12, 2002 도 745 ; 대판 1986. 9. 23, 86 도 1205 : 대법원은 “컴퓨터에 저장된 정보가 절도죄의 객체로서 재물에 해당하지 않고, 이를 복사하거나 출력해 간 경우에도 절도죄를 구성하지 않는다”고 판단한다.

전자적 의사표시의 흠결과 하자에 관한 책임문제 등이 논의되고 있다.³⁾ 과거에는 기업간에만 이용되는 전자거래가 이제는 기업과 소비자간에도 인터넷을 통한 직접 거래가 활발히 전개됨에 따라 새로운 결제수단인 전자화폐는 지폐상으로 개발된 안전성과 컴퓨터화된 편리성을 결합시킨 새로운 지급수단으로 인터넷상의 지급을 위한 중요한 대안이 되고 있다. 그리고 전자거래에 있어서 개인의 프라이버시의 보호와 소비자보호 등이 문제되고 있으며, 전자서명에 있어서 동일성의 확인문제, 메시지의 비밀유지 문제, 전자서명에 있어서否認의防止, 메시지의 완전성을 확보하기 위한 방법 등이 논의의 대상이 되었다.

이러한 노력의 일환으로 국제연합 국제상거래위원회(UNCITRAL)⁴⁾에서는 전자거래에 관한 규율의 국제적 통일을 위하여 1996년에 주로 EDI에 관한 법률문제를 중심으로 한 '전자상거래에 관한 모델법⁵⁾(UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce)'을 제정하고 전자거래에서 책임문제와 전자서명·인증기관 등에 관한 법률문제 등의 통일을 위하여 계속 노력하고 있다. 한편, 우리 정부는 전자거래기본법(1999. 2. 8 법률 제5834호, 2000. 7. 1 시행, 전문개정 2002. 1. 19 법률 제6614호, 2002. 7. 1시행)과 전자서명법⁶⁾(1999. 2. 5 법률 제5792호, 일부개정 2001. 1. 16 법률 제6360호, 2001. 7. 1시행), 전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률(2002. 3. 30 법률 제6687호, 2002. 7. 1시행)을 제정하여 시행하고 있다.

최근에 전자거래가 급속도로 증가하면서 가상공간에서 발생하는 전자거래로 인하여 항상 다양하고 복잡한 위험이 존재하게 되었다. 전자거래에서 발생하는 위험의 유형에 따른 책임은 일반적으로 계약체결과 이행과정에서 발생하는 위험책임, 시스템구축과 운영과정에서 발생하는 위험책임, 프로그램과 통신망에 관련된 위험책임, 제3자의 불법행위로 인한 위험 등을 검토함으로써 전자거래에서 발생하는 위험부담에 관한 책임범위의 한계를 정할 필요성이 있다. 이와 같이 전자거래에서 발생하는 위험에 대한 책임문제를 기존의 민사법이론으로 어떻게 해결하는 것이 타당한지에 대한 해석론과 아울러 전자거래법에 따른 합리적인 해석이 가능한지에 대하여 특별히 연구할 필요가 있다. 따라서 민법의 특별법인 전자거래관련법에서는 전자거래에서 발생하는 위험에 대한 책임문제를 확실히 규정하고 있지 않기 때문에 새로운 해석론을

3) 송오식, "가상공간에서의 민사법적 대응과 전자적 의사표시", 「법률행정논총」 제18집, 전남대학교 법률행정연구소, 1998, p. 158.

4) <http://www.law.upenn.edu/library/ulc/ueclcta/etaam99.htm>

5) <http://www.un.or.at/uncitral>

6) 전자서명법 일부개정 2001. 1. 16 법률 제6360호 개정이유는 정보통신망의 이용을 촉진하기 위하여 인터넷서비스 품질 개선 및 인터넷주소 자원의 확충을 위한 시책을 마련하고, 정보통신서비스이용자의 개인정보를 보호하기 위하여 정보통신부장관이 내용선별소프트웨어의 개발 및 보급 등의 시책을 마련하도록 하고 타인의 정보통신서비스제공을 위하여 집적된 정보통신시설의 안정적 운영을 위한 제도를 신설하는 등 현행 제도의 운영상 나타난 일부 미비점을 개정·보완하려는 것이다.

제기함으로써 전자거래관련법에 이러한 문제해결 조항을 담아 전자거래에서 발생하는 위험에 따른 새로운 책임에 대한 사이버시대와 걸맞은 책임분배문제를 해결할 수 있어야 한다. 최근에 컴퓨터 인터넷을 이용한 전자거래가 급속하게 늘어남에 따라 새롭게 발생하는 문제들을 현재의 의사표시의 이론과 책임주의로는 제대로 해결할 수 없다고 하는 문제가 있다. 컴퓨터를 이용한 정보의 교환·매개를 둘러싸고 종래에 예상하지 못했던 문제들 즉, 전송중인 메시지를 조작한다든가 타인의 명의를 도용하여 부정하게 거래하거나, 정당한 거래사실의 부인 등으로 인해 계약법·불법행위법에서 전통적으로 고수해 온 요건 및 효과들이 수정되어 현실에 맞는 법률체계의 정비가 우리의 현안과제로서 전자거래는 기존의 법질서와는 다른 법원리가 적용되어야 할 필요성이 있다⁷⁾.

전자거래에 의하여 이루어지는 계약의 성립 및 계약의 이행과정은 정보통신시스템을 이용한 전자거래사업자 및 전자거래이용자라는 거래당사자 사이의 전자거래행위, 전자거래 당사자와 인증기관과의 관계, 매도인의 물류업자를 통한 현실적 급부의무의 이행, 매수인의 자동정보처리시스템을 이용한 대금결제행위, 그리고 네트워크시스템제공자와 프로그램제작자 사이의 프로그램 이용행위와 네트워크시스템제공자와 통신수단을 제공하는 전기통신사업자 사이의 회선사용행위 등으로 이루어진다. 전자거래의 가장 큰 특징은 상대방을 직접 대면하지 않고 이루어지는 것으로 거래의 상대방이 진정한 당사자인지의 여부라든가, 전자거래 상대방에게까지 모든 전달경로가 진정한 경로인지의 여부와 전자거래의 이행이 정상적으로 이루어질 것인지 등에 대하여 어느 정도 위험에 따른 책임문제가 존재하는 것이 일반적인 현상이다. 전자거래에서 위험의 유형으로는 시스템구축과 운영과정에서 발생하는 위험, 계약체결 및 이행과정에서 발생하는 위험, 전자거래 당사자의 고의나 과실에 의한 채무불이행과 불법행위에 의한 위험 등이 존재할 수 있다. 그리고 전자거래에서 발생하는 위험은 전자거래의 진행과정과 거래의 내용에 따른 위험이면서도 그 주체를 명확하게 판별하는데 어렵다는 특징을 가지고 있으며,⁸⁾ 또한 전자거래에 있어서는 만일 당사자를 규명한다고 하더라도 손해배상을 청구하기 어렵거나 불가능하게 되는 경우가 생길 수 있을 뿐만 아니라 다수의 위험이 존재하는 경우가 많고, 상대방의 고의나 과실을 입증하기 곤란한 점이 많은 특징을 가지고 있다. 또한 전자거래의 분쟁의 특수성에 따라 손해배상책임을 발생시키는 고의나 과실주의로 해결할 수 없는 경우가 발생하기도 한다.

현재로서는 전자거래와 관련된 문제가 발생하는 경우에는 민법보다는 먼저 전자거래관계법

7) 손경환, “전자상거래 활성화를 위한 관련법제의 개정 방향”, 「저스티스」 제33권2호, 한국법학원, 2000. 6, p. 9.

8) 김민규, “전자거래와 관련한 민사책임법리”, 「외법논집」 제19집, 1999. 2, p. 310.

(전자거래기본법·전자서명법·전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률 등)에 의하여 규율되어지고 있으나, 그 규정내용이 선언적인 내용에만 그치고 있어 전자거래에 따른 손해가 발생하는 경우에 적절한 해결방안을 찾을 수 없는 것이 현실적인 문제이다.⁹⁾

따라서 전자거래가 계속하여 증가함으로 발생하는 분쟁을 해결하기 위하여 민사법의 올바른 해석을 통하여 민사법체계를 전자거래 당사자들간의 책임을 명확히 할 수 있도록 제도화할 필요성이 있다. 그러므로 전자거래에서 발생하는 손해에 대하여 전자거래와 직접 관련된 당사자간의 계약책임과 전자거래상 계약과 직접 관련되지 않은 불법행위책임에 중점을 두고 민사책임법리를 도출하여 해석론을 중심으로 분석함으로써 앞으로 전자거래에서 민사법 해석의 토대를 마련하고, 현재의 해석론으로 해결할 수 없는 부분에 대하여는 입법론을 제시하고자 한다. 그러므로 본 논문에서 논하고자 하는 전자거래에 있어서 민사책임에 대하여 볼 때, 일반거래와 전자거래가 달리 논할 특별한 것이 없거나 현재의 민법이론으로 전자거래의 경우에도 해결이 된다면 이 논문을 연구할 필요성이 없다고 보여지기 때문에 먼저 전자거래가 일반거래와 다른 특수성이 무엇인지, 전자적 의사표시론의 포섭에 있어서 전통적인 의사표시론과 다른 새로운 해석론이 필요한지에 대하여 검토하므로 이로 인한 전자거래에서 일반거래와 다른 책임법리가 존재하여야 하는지에 대하여 검토하여 새로운 해석론을 제시하고, 전자거래에 있어서 민사책임법제의 문제점을 도출하여 앞으로 전자거래의 민사책임에 관한 올바른 입법적 과제를 제시하고자 한다.

第2節 研究의 範圍

본 논문은 전자거래의 개념을 명확히 밝히고 전자거래에서의 법적 규율에 있어서 전통적인 의사표시와 구별되는 새로운 전자적 의사표시에 대하여 검토하여 전자적 의사표시의 법적 포섭여부를 이해하고, 전자거래에서 발생하는 여러 가지 의사표시의 특수성에 대하여 검토함으로써 전자거래의 성립과 이행상의 특수성을 찾아내어 우리나라 민사책임상의 특수성을 검토하고, 외국의 민사책임법제와 판례의 동향을 살펴 본 후 우리나라 민사책임법리의 내용에 대하여 검토한다. 그리고 전자거래에서 발생하는 위험에 따른 책임에 대해 계약책임과 불법행위책

9) 지원립, “가상공간에서의 거래의 계약법적 규율에 관한 연구”, 한국법제연구원, 2001. 10, p. 9. 에서는 전자거래기본법안에 사법규정과 공법규정이 함께 내포되어 있음을 지적하고, 가상공간에서의 거래를 규율하기 위하여 별도의 사법체계가 필요한지에 대하여 의문을 제기하고 있다.

임을 나누어 검토한다.¹⁰⁾ 이하 연구의 범위를 세분하여 보면 다음과 같다.

본 연구의 제1장 서론에서는 전자거래에 있어서 일반적인 특징과 그 위험에 따른 새로운 책임에 관한 문제와 전통적인 법률체계를 수정하여야 할 필요성에 대한 문제제기를 하면서 본 연구의 목적을 제시하고, 그 범위와 방법에 대하여 간략히 설명함으로써 본 연구의 방향을 밝히고 논문내용의 구성을 논하는 동시에 전자거래에서 위험발생에 따른 책임분배의 적정화문제를 제기한다.

본 연구의 제2장 전자거래의 특수성에 있어서는 전자거래의 특수성에 따른 민사책임을 고찰하기 위해서 전자거래의 개념을 명확히 하고, 전자거래의 개념과 유사개념을 구별하여 검토하며, 전자거래의 특징으로 일반거래와 다른 특수성에 대하여 살펴본다. 전자거래의 성립상의 특수성에 있어서는 전통적인 계약법체계로서는 여러 가지 문제들을 규율하기 어려운 측면을 검토하고, 전자적 의사표시에 대하여 살펴보기 위해서 전통적인 자연적 의사표시 및 자동화된 의사표시와 비교하여 전자거래에 따른 의사표시의 본질과 성립요건 등을 검토하여 전자적 의사표시이론의 합리성을 도출하여 비정상적인 의사표시의 특수성과 비교하여 현재의 민법 해석과의 차이점 등을 검토한다. 전자거래의 특수성에 비추어 전자적 의사표시는 원칙적으로 대화자간의 의사표시에 따라 해석한다. 그리고 전자거래의 이행상의 특수성에서는 본 연구의 방향을 이해하기 위하여 전자거래에서의 급부이행의 의의와 전자적 급부이행의 성질에 대하여 검토하고, 전자결제제도에 따른 전자화폐의 법적 성격과 법적 효과에 대한 특수문제를 검토한다. 또한 민사책임의 특수성으로 전자거래에서 발생하는 새로운 위험의 특징 즉, 주체의 불명확성·손해의 증명곤란·손해배상청구의 곤란·다수 혹은 다발성의 위험의 존재·상대방의 고의·과실의 입증곤란 등의 특수성에 따라 전자거래로 인하여 손해가 발생한 경우에 손해를 입은 피해자가 책임 있는 당사자에게 그 책임을 물을 수 있는 데, 당사자간의 책임 한계가 명확한 경우에는 당사자에게 책임을 물을 수 있지만, 당사자 중에서 누구의 책임인지가 명확하지 않은 경우에는 당사자 사이에 어떠한 내용의 전달과정에서 상대방에게 전달되기 전까지 발생되는 위험에 대하여 누구에게 책임을 부담시키는 것이 합리적인지가 문제가 된다. 따라서 전자거래에 따른 위험발생에 다수 당사자가 관여하게 되는 경우에 관하여 책임분배의 적정화에 대하여 검토를 한다.

본 연구의 제3장 외국의 전자거래관련 책임법제와 판례의 동향에서는 우리나라 책임법제의 문제점을 도출하기 위하여 국제기구인 UNCITRAL, OECD 등에서 제시하는 가이드라인과 미국, 유럽(독일), 일본 등을 중심으로 주요국가의 책임법제와 판례를 검토한다. 전자거래의 유형에 따른 피해사례와 구제제도의 현황을 검토하여 실증적인 연구의 참고자료로 삼아 뒤에 논

10) 김상용, 「불법행위법」, 법문사, 1997, pp. 20-21.

하게 되는 우리나라 전자거래관련 민사책임의 문제점을 도출한다.

본 연구의 제4장 우리나라 전자거래관련 민사책임의 내용에 있어서는 본 연구의 최종적인 결과물을 도출하기 위한 전자거래의 위험발생에 따른 책임에 대하여 앞에서 논하는 이론을 근거로 하여 전자거래상 민사책임의 기본구조에 따라 논의방향을 제시하고, 전자거래상 의사표시의 성립과 효력에 대하여 검토하여 전자거래상 계약책임(계약체결상의 과실책임·채무불이행책임·하자담보책임·정보통신망운영자의 책임·전자거래상 관여자의 책임 등)과 불법행위책임(책임의 귀속근거·제3자의 불법침해에 대한 책임·전자거래사업자 등의 불법책임 등)에 대하여 검토하며, 또한 새로 논의된 책임론인 네트워크책임론, 책임분계점이론, 시스템책임론 등을 이해하여 전자거래에서 발생하는 위험에 대한 책임의 기본방향을 설정한다. 그리고 입증책임의 문제에 대해서는 전통적인 과실책임주의로 해결할 수 없는 부분에 관해서는 과실의 추정에 따른 손해배상책임을 기존의 책임이론과 다른 해석론을 살펴본다. 전자거래사업자 등의 고의가 있는 것이 분명하지 않으나 이용자에게 피해가 발생한 경우에는 입증책임의 전환을 통하여, 피해를 입은 전자거래이용자가 가해자의 고의를 증명하는 것보다는 전자거래사업자 등이 자신의 고의 없음을 적극적으로 입증하는 방안을 검토한다. 또한 위험을 발생시켰거나 자신의 이익을 위하여 유지하거나 그 위험원인의 야기자로서 책임을 지게되는 위험책임주의 혹은 엄격책임주의로 컴퓨터를 하나의 이행보조자로 보아 컴퓨터운영자에게 이행보조자책임을 유추할 수 있는지에 대하여 검토한다.

본 연구의 제5장 우리나라 전자거래관련 민사책임의 문제점과 과제에서는 우리나라 민사책임법제와 재판의 구제제도와 피해자보험제도를 살펴보고 피해사례와 판례의 동향을 검토함으로써 전자거래의 규율에 있어서 문제점을 찾아내어 입법적 과제를 도출하고자 한다.

본 연구는 이처럼 전자거래에서 발생하는 법률 문제들에 대하여 새로운 진단을 시도하려고 한다. 그러나 전자거래에서 발생되어지는 사법 및 공법영역에서 발생하는 모든 현상과 법률적인 문제점들을 전부 검토한다는 것은 어려운 일이므로 이 논문에서는 사법영역 즉, 전자거래와 관련된 전자적 의사표시와 전자거래의 성립과 관련된 법률문제, 전자거래의 이행과 관련된 법률문제 등을 검토하여 전자거래에서 발생되는 계약책임론에 중점을 두고 민사책임의 법리를 도출하였으며, 전자거래 당사자와의 직접관계 없는 타인의 불법행위에 대하여는 불법행위책임론을 검토하고자 한다. 결론적으로, 본 논문은 전자거래에 있어서 민사책임에 관한 연구를 통하여 적절한 해석론을 모색하고, 현재의 해석론으로 규율할 수 없는 문제에 대하여는 몇 가지 입법적 과제를 제시하려 한다.

第3節 研究의 方法

본 논문은 전자거래에 있어서 민사책임을 검토하기 위하여 인터넷 이용에 따른 전자거래의 실무사례(한국소비자보호원의 전자거래 피해사례와 전자거래분쟁조정위원회의 분쟁실태)와 관련된 일반현상들을 수집·분석하여 전자거래에서 발생하고 있는 위험의 실증적인 문제점을 찾아내어 전자거래에서 발생하는 분쟁의 특수성에 따라 올바른 책임분배의 적정화를 제시하고 그에 따른 민사책임문제를 검토한다. 본 논문의 연구는 학위논문, 일반연구논문, 학술논문 등을 참조하는 문헌연구를 위주로 하고, 국제기구인 UNCITRAL, OECD 등에서 제시하는 가이드라인과 미국과 유럽(독일), 일본 등 주요국가의 입법례 등을 연구에 필요한 자료로 참고하여 전자거래와 관련된 문헌 등을 수집·분석하여 인용하고, 이에 따른 연구자의 개인적인 견해를 밝혀 결론을 이끌어 내기로 한다. 그리고 인터넷 웹사이트를 이용하여 자료를 수집하여 참고 자료로 활용하고, 전자거래에서 규율되는 우리 민법 및 전자거래관련법의 문제점 등을 찾아내어 법해석학적으로 검토·분석하며, 아울러 전자거래에서 발생할 수 있는 위험에 따른 민사책임론에 관하여 법해석학적으로 해결할 수 없는 경우에는 입법적 과제를 제시하고자 한다.



第2章 電子去來의 特殊性

이하 제1절에서는 전자거래의 개념과 EDI 및 CALS의 개념에 대하여 살펴보고, 제2절에서는 일반거래와 비교되는 전자거래의 특징에 대하여, 제3절에서는 전자거래상 의사표시의 본질과 전자거래상 의사표시의 특수성, 성립상의 특수성으로 비정상적인 의사표시의 특수성, 제4절에서는 이행상의 특수성으로 전자거래상 급부의 특징과 이행에 있어서 전자결제제도에 대하여 검토한다. 그리고 제5절에서는 민사책임의 특수성으로 전자거래상 위험의 특수성과 분쟁해결의 특수성, 우리나라 민사책임 구조의 특수성에 대하여 검토한다.

第1節 電子去來의 意義

1. 概念



컴퓨터를 이용하여 계약을 체결하는 법률행위에 대해 일반적으로 전자상거래 혹은 전자거래라는 용어를 사용하고 있으나, 전자거래에 이용되는 기법은 다양하고 범위가 불명확하기 때문에 전자거래의 개념정의도 다양하고 명확하지도 않다.¹¹⁾ 일반적으로 전자거래(electronic transaction, electronic commerce)란 “전자적 방식을 이용하여 가상공간상에서 이루어지는 거래행위”,¹²⁾ “두 개 이상의 기업간의 사업과정을 합리화하기 위한 일련의 통합적인 전자수단을 사용하여 이루어지는 거래행위”,¹³⁾ “EDI 등 전자적 수단을 토대로 가상공간(cyberspace)에서 전자적 방식에 따라 행해지는 상거래”,¹⁴⁾ “양 당사자 모두 컴퓨터 및 쌍방의 컴퓨터를 연결하는 망(net)을 통하여 전자적인 방법으로 법률행위 또는 그에 따른 이행을 하는 거래”,¹⁵⁾ “EDI

11) 이 논문에서는 전자상거래(Electronic Commerce) 혹은 전자거래(Electronic Transaction)라는 개념을 특별히 구분하여 사용하여야 할 실익이 없고, 우리의 전자거래기본법이라든가 전자서명법에서 전자거래라고 명명하고 있을 뿐만 아니라 상사거래만이 아니라 일반거래도 규율되어야 하므로 이하에서는 전자거래라는 개념으로 통일하여 사용하기로 한다.

12) <http://www.acq.osd.mil/ec/bdnk/chap03.html>

13) 홍준형, “인터넷 사회에 있어서의 EDI 및 전자거래의 기능”, 「전자거래 및 EDI관련법 제도 정비방향」, 한국전산원, 1996, p. 16.

14) 김영갑·최성준, “정보사회에 대비한 상사법 연구 서론”, 「정보사회에 대비한 일반법 연구(I)」, 통신개발연구원, 1997, p. 142.

를 비롯하여 internet, e-mail, fax, bar code, file transfer, 전자자금이체(EFT), 전자정보서비스(electronic information service), 음성사서함(voice mail), 이미지 시스템(image system), 비디오 메시징(video messaging) 등 컴퓨터 과학과 통신기술의 결합을 통하여 비지니스를 수행하는 것”,¹⁶⁾ “정보처리시스템을 바탕으로 인터넷 등의 네트워크상에서 상거래를 하는 새로운 마케팅 수법”,¹⁷⁾ “컴퓨터 등 정보통신설비를 통하여 전자적 형태로 작성된 전자문서에 의하여 이루어지는 법률행위 기타 부수적인 행위”,¹⁸⁾ “정보통신기술(IT: information technology)을 활용하여 전자적인 방식으로 거래행위의 종래 방식을 대체하는 것”,¹⁹⁾ “컴퓨터 등 정보통신설비를 통하여 전자정보에 의하여 이루어지는 법률행위 기타 부수적인 행위”²⁰⁾ 등으로 정의하고 있다. 이렇듯 전자거래라는 개념은 다양하고 복잡하여 그 개념을 명확하게 정의할 수는 없으나, 전자거래기본법에서는 전자거래를 “재화나 용역의 거래²¹⁾에 있어 그 전부 또는 일부가 전자문서²²⁾에 의하여 처리되는 거래를 말한다”고 규정하고 있는데(전자거래기본법 제2조 5호), 이와 같이 개념정의를 하는 것은 합리적이다.²³⁾ 다시 말하면 컴퓨터통신망을 이용하여 팩스(fax), 전자우편(e-mail), 전자문서교환(EDI), 전자자금이체(EFT)등 전자적 방법에 의하여 가상공간(cyberspace)상에서 이루어지는 거래행위를 말한다고 할 수 있다.²⁴⁾ 따라서 팩스카드를 내장하

15) 오병철, “전자거래의 민사법적 규율방안”, 「정보사회에 대비한 일반법 연구(II)」, 정보통신개발 연구원, 1997. 6, p. 51.

16) 김은상, 「전략경영 & EDI」, 1997, p. 104.

17) 原田 保・寺本義也, 「인터넷時代電子取引革命」, 東洋經濟, 1996, p. 12.

18) 이승우, “전자거래 관련법상 철회의 법적 지위에 대한 고찰”, 한국법제연구원, 2001. 9, p. 62.

19) 오병철, “컴퓨터를 이용한 계약의 법적 규율”, 경원대학교 사회과학연구소, 「법학논총」 제5호, 1998, p. 135.

20) 정완용, “전자거래의 거래유형별 법률관계”, 「디지털경제시대에서의 전자거래와 법(II)」, 한국법제연구원, 2001. 4. 18, p. 59.

21) 전자거래기본법상의 ‘재화와 용역’에 대하여서는 최승열, “거래대상의 분류와 사법상의 체계-재화, 용역, 그리고 권리-”, 「전자거래의 사법상의 문제점」, 한국법제연구원, 2001. 9, p. 35. 이하

22) 여기서 전자문서는 재화와 용역 외에 준법률행위로서 관념의 통지인 통지행위, 인터넷 중개업에 다양하게 사용되고 있고 그 이행의 목적물도 정보통신설비에 의하여 디지털형태로 이행되므로 전자문서에 포함하는 것이 가능하다고 한다(이승우, 전제논문, p. 62.).

23) 같은 견해 : 손진화, “전자상거래에 관한 입법의 현황과 과제”, 「비교사법」 제5권2호(통권9호), 1998. 12, p. 188 ; 박찬우, “인터넷과 상거래-계약법상의 문제를 중심으로-”, 「경제기술법연구」 제1집 제2권, 관동대학교 사헌경제기술법연구소, 1999, p. 43 : 여기서 ‘재화나 용역의 거래’를 좁게 해석하여 매매나 도급을 말하며, 민법상 여러 가지 전형계약 중 임치, 위임, 조합, 현상광고 등과 비전형계약의 혼합계약 중에서 전자문서에 의하여 이루어지는 경우에는 제외하고 있다. 이와 다른 견해 : 노태약, “전자거래에 있어서 계약의 성립을 둘러싼 몇 가지 문제”, 「법조」 제48권 제9호, 1999. 9, pp. 44-49 : 예서는 전자거래에서 말하는 ‘재화와 용역의 거래’를 매매와 도급에 있다고 보고 민법상의 전형계약 가운데 임치, 위임, 조합, 현상광고 등과 비전형계약 중 혼합계약 가운데서 전자문서에 의하여 이루어지는 경우는 제외되나, 해석가능성을 지적하고 물리적 형태뿐만 아니라 온라인형태로 이루어지는 디지털 상품과 서비스도 포함된다고 하고 있다.

고 있는 컴퓨터에 의하여 작성되고 부가가치통신망(VAN)을 통하여 전달되는 경우 팩시밀리는 이에 해당하나, 전화 또는 자동판매기 등의 경우에는 해당하지 않으므로 단순히 위 매체만을 이용하는 거래는 전자거래에 해당하지 않는다.²⁵⁾ 따라서 단순히 전기적 전달수단에 그칠 것이 아니라 적어도 일부의 과정에서라도 컴퓨터 등을 통하거나 전자적 정보를 프로그램화할 수 있는 기능을 가질 것이 요구된다.

2. 類似概念과의 區別

(1) 電子去來와 EDI

이와 같은 전자거래의 개념과 달리 종전부터 기업간 또는 기업내에서 어떤 컴퓨터로부터 다른 컴퓨터로의 전자적 사업통신문의 이동을 말하는 전자문서교환(EDI)이란 개념이 있다.²⁶⁾ 이러한 EDI는 기업간 거래서식 또는 기업과 행정기관의 서식을 표준전자문서로 정형화하여 컴퓨터와 컴퓨터간에 교환하는 정보통신수단을 말하며, 이는 여러 주체들이 전자거래에 참여하여 전자적인 데이터를 교환하는 것을 의미한다.²⁷⁾ 전자거래에 관한 UNCITRAL 모델법²⁸⁾은 전자문서교환을 “합의된 표준에 의하여 구조화된 정보의 컴퓨터간 전송”을 말한다(동법 제2조 (b)). 기술적으로 EDI통신문은 전자우편과 거의 같은 방법으로 전송되며, 컴퓨터매체에 기록되거나 서면으로 인쇄될 수 있다. EDI의 특징은 발신인과 수신인 사이에 합의된 표준에 따라 그 메시지가 일반적으로 영숫자로 부호화되어 서면·팩스·텔레кс 또는 전자우편상의 데이터와는

24) 정완용, “전자상거래의 법적 문제점에 관한 고찰”, 「경희법학」 제32권 제1호, 1997. 8, pp. 82-83 ; 김영갑·최성준, “정보사회에 대비한 상사법 연구 서론”, 「정보사회에 대비한 일반법 연구(I)」, 통신개발연구원, 1997, p. 142 ; 한삼인·김상명, 전제논문, p. 701.

25) 노태약, “전자거래에 있어서 계약의 성립을 둘러싼 몇 가지 문제”, 「법조」 제48권 제9호, 1999. 9, p. 46.

26) H. C. Hill & D. M. Fergusun, *Electronic Data Interchange : A Definition and Perspective, EDI FORUM*, Vol. 4: special ed., 1991, p. 13 ; Wright. Benjamin, *The Law of Electronic Commerce*, 2nd ed., Boston: Little , Brown & Co., 1996, p. 114.

27) 이재규외, 「전자상거래원론」, 법영사, 1999, p. 627.

28) UNCITRAL(The United Nations Commerce on International Trade Law) 즉, 유엔 국제거래법 위원회는 오스트리아 비엔나에 주사무소를 두고 있는 국제연합 산하기구로서, 활동의 목적은 국제상거래를 용이하게 하기 위한 모델법과 표준서류를 개발하는 데 있다. 지금까지의 활동을 보면 국제물품매매계약에 관한 비엔나협약(the Vienna Convention on Contracts for International Sales of Goods), 국제 신용 이전에 관한 모델(the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration), UNCITRAL 중재규칙(UNCITRAL Arbitration Rules) 등을 제정하여 실시하고 있다(이진우, “전자문서와 법률문제”, 한국정보법학회 세미나자료, 1998. 6. 26, p. 5-6) ; <http://bora.dacom.co.kr>

달리 수신컴퓨터가 그 데이터를 자동적으로 채고·관리하여 소프트웨어와 같은 다양한 응용프로그램으로 전환할 수 있다는 것이다. EDI데이터는 발신인과 수신인의 컴퓨터 사이에서 데이터를 포함하고 있는 컴퓨터테이프를 물리적으로 전달하거나 전화 기타의 원거리통신제도를 통한 연결에 의하여 직접 이동할 수 있다. 또 EDI데이터는 부가가치통신망(VAN) 또는 EDI서비스 제공자를 통해 이동할 수 있다. 일반적으로 전자문서교환에 관해서는 ‘수신자의 전자계산조직의 파일에 기록된 때에 그 수신자에게 도달된 것으로 보고 있다.’²⁹⁾ 또한 입법론으로 제기되는 견해를 소개하면, 전자적 의사표시는 다단계의 전달과정을 통하여 도달하기까지 진행이 복잡하게 이루어지게 되므로, 각 단계의 전달과정은 서로 각각 다른 특징을 지니고 있으며, 효력발생시기에 대한 정확한 인식이 필요하고, 전자문서가 효력을 발생하기 위하여 어느 정도의 상대방 認知가 필요한지에 대한 사회적인 합의가 선행되어야 한다고 하여, 상대방에 도달의 과정이 다단계를 거치기 때문에 의사를 표시한 측면에서도 자신의 의사표시가 상대방에 도달하였는지를 확신할 수 있는 방법과 이를 검증할 수 있는 기술적인 해결이 필요하게 된다. 이는 반드시 법률적인 효력발생요건의 고려에 반영되어야 하며, 의사표시의 수령능력을 판단함에 있어 정보통신의 습득능력을 어느 정도 고려할 것이냐는 문제도 반영되어야 할 것이라는 주장이 있다.³⁰⁾



(2) 電子去來와 CALS

CALS(commerce at light speed)라고 함은 “정보공유화 등에 의해 경영효율성을 증진시키는 세계공통의 새로운 비즈니스 시스템으로 표준화 및 정보통합화 기술을 이용하여 원재료의 조달에서 설계·개발·생산·조달·관리·유통·유지라는 제품의 전 라이프사이클(life-cycle)에 관한 정보를 전자화한 통합정보시스템으로의 전략적인 접근”이라는 매우 방대한 부문에 걸친 개념으로 점진적으로 발전해 온 것이다.³¹⁾ 다시 말하면 광속거래(CALS)란 제품의 설계, 개발, 생산에서 유통 및 폐기에 이르기까지 전수명주기와 관련된 데이터를 통합하거나 공유 및 교환함으로써 생산성향상을 추구하는 것을 의미한다. CALS와 EDI의 차이점을 보면, EDI는 ‘정보의 교환’을 목적으로 하는 것에 반하여 CALS는 ‘情報의 共有’를 목적으로 한다는 점에서 차이를 보인다. 따라서 EDI는 데이터작성법, 데이터전송방법을 표준화하면 달성되고, 서로간의 시스템내부에 관해서는 무관심해도 되지만 CALS는 적어도 서로간의 데이터 보유방법까지 표준

29) D. Kosieur, “*Understanding Electronic Commerce*”, Microsoft Press, 1997, pp. 57-60.

30) 강홍렬, “전자거래 확산을 위한 법·제도 개선방안”, 「초고속정보통신기반관련 '96년도 법·제도 정비연구」, 통신개발연구원, 1996. 12, pp. 21-22.

31) 최경진, 「전자상거래와 법」, 현실과 미래, 1998, p. 43 ; <http://www.eclaw.or.kr>

화할 필요가 있고, 서로간의 시스템 내부구조를 어느 정도 표준화하지 않으면 되지 않는다. 전자거래와 CALS의 관계를 보면, 광속거래는 전자거래에 비하여 특히 보안성에 있어 기존의 폐쇄된 기업전산망을 중심으로 한 안전한 교차적 네트워크(secure cross network)인데 반하여, 전자거래는 개인 및 기업, 기관에 공개된 개방된 네트워크인 경우가 주가 되고, 그 적용분야에 있어서도 CALS는 제조업이나 엔지니어링 등 특정기업간의 거래임에 비하여 전자거래는 유통업 또는 쇼핑 등의 분야로 확대되어 소비자의 일상거래를 포함하므로 전자거래는 CALS를 포함하는 개념으로 보아야 한다.³²⁾

第2節 電子去來의 特性

1. 特徵

전자거래는 기본적으로 컴퓨터와 컴퓨터를 연결하는 통신망을 매개로 하여 卽時的·非對面的으로 발생하며, 불특정 복수당사자가 관여하는 것이 일반적이다. 인간의 의사결정에 의하지 않고 단순히 숫자에 의한 프로그램화된 전자적 의사표시를 특징으로 한다. 전자거래이용자는 전자거래사업자 및 물품판매업자의 상품을 직접 확인할 수 없고 오직 물건이 이용자에게 도달하여야만 주문한 상품과 동일한지를 알 수 있는 특징이 있다. 또한 전자거래에 있어서 의사표시는 일반적 거래와 다른 포괄적 의사형성이 문제가 된다. 이행의 목적물이 無體物이거나 권리 이전인 경우에 일반거래와 다른 특징이 존재하게 되고, 電子給付에 있어서 이행의 특수성으로 전자화폐를 이용한다는 점이 있다. 그리고 전자거래에서 손해를 입은 자는 有責 當事者를 판명하기 어렵고, 만일 당사자를 규명한다고 하더라도 누구의 책임으로 처리할지가 명확하지 않는 것이 일반적인 현상이다. 그리고 주체를 규명한 경우에도 전자거래의 주체로서 참여하는 판매업자나 서비스제공자와 온라인서비스제공자 및 은행, 물류업자, 인증기관 등의 책임부분을 어떻게 분배하는 것이 합리적인지에 대한 특징이 존재한다. 그리고 전자거래에서 상대방의 감정을 알 수 없는 독특한 특징으로 인하여 입증책임의 부담이 문제가 된다. 이러한 전자거래는 일반거래와 비교하여 첫째, 불특정 다수와의 거래 둘째, 대량적 거래 셋째, 컴퓨터를 통한 비

32) 이에 반하여 김성희, “가상기업구현을 위한 전자상거래와 CALS”, 월간인터넷, 1996. 10, p. 325. 에서는 공학적·경영학적 측면에서 CALS는 디지털정보의 공유라는 기본전략이며, 이것이 조달 및 거래와 관련된 과정에서 나타나는 모습이 전자거래라고 한다. <http://www.eclaw.or.kr>

대면적 거래 넷째, 국경 없는 거래 다섯째, 관련된 분쟁은 순수한 법률적 요소 이외에 정보통신 등과 관련된 기술적인 요소가 포함되며 여섯째, 선례나 해결사례가 드물다는 특징이 존재한다. 이하에서 구체적으로 전자거래와 일반거래의 차이점을 검토한다.

2. 一般去來와의 比較

전자거래는 일반거래와 비교하여 여러 가지 특성을 가지고 있다. 이러한 특성으로 인하여 전자거래를 별도로 규율할 필요가 있다. 그렇다고 하더라도 일반거래와 전자거래가 본질적으로 다른 것인가 하는 부분에 대하여는 일반적으로 일반거래와 전자거래가 본질적으로 다르지 않고 거래의 형태 내지는 방식이 다르다는 점에 동의하고 있는 것 같다. 그럼에도 불구하고 일반거래와 전자거래가 어떤 형태로든 다른 특성을 가지기 때문에 달리 규율해야 할 필요가 있다는 것이다.³³⁾ 따라서 본 논문에서 논하고자 하는 전자거래 규율의 책임에 대하여 볼 때, 일반거래와 전자거래가 달리 논할 특별한 것이 없다면 이 논문을 연구할 필요성이 없다고 보여지기 때문에, 먼저 전자거래가 일반거래와 다른 점이 무엇인지, 이로 인하여 전자거래에서 일반거래와 다른 책임법리가 존재하여야 하는지에 대하여 검토하고 전자거래상의 규율하는 책임법제의 문제점을 지적하여 올바른 입법적 과제를 제시할 필요가 있다.

(1) 의사표시 과정에서 다르다.

전자거래는 기본적 설정이 이미 컴퓨터와 컴퓨터통신망이라는 매개를 통하여 당사자가 거래를 하게되는 특성을 가지고 있다.³⁴⁾ 전자거래에서도 단순히 우편이나 팩스 등을 이용한 거래의 경우로써 컴퓨터와 네트워크를 사용한 거래도 있을 수 있으나, 전자거래는 기본적으로 반드시 컴퓨터와 네트워크라는 매개수단이 사용되어야 한다. 즉, 거래의 전부 또는 일부를 컴퓨터와 네트워크를 통한 거래로 하지 않으면 전자거래가 될 수 없는 것이다(전자거래기본법 제2조 5호). 전자거래에 있어서도 종래와 같이 의사표시를 효과의사, 행위의사, 표시의사로 분류할 수 있다. 그러나 전자거래에 있어서는 종래의 대면거래와는 다른 즉시 포괄적 효과의사의 형성이 나타나게 되는 특성이 있으므로 소비자보호의 필요성이 있다. 즉 소비자는 컴퓨터 디스플레이에 표시된 화상이나 문자를 보고 거래과정(약관에 따라)에서 청약(클릭)을 하게

33) 윤주희, “전자거래의 적정화에 관한 법제연구”, 한국법제연구원, 2001. 11, p. 37.

34) Thomas J, Smedinghoff, Editor, Online Law : The SPA's Legal Guide to Doing Business on the Internet, Addison-Wesley, 2000, pp. 3-4.

되지만, 일단 클릭을 하면 그것과 동시에 전자데이터는 즉시 상대방 서버에 도달되게 된다. 전자거래와 일반거래를 비교하기 위해서는 컴퓨터와 네트워크를 이용한 거래의 특성을 이해해야 가능하다.

(2) 거래의 성립형태에서 다르다.

컴퓨터와 네트워크를 통하여 비대면의 불특정 다수인을 상대로 한 대량의 반복적 거래라는 특별한 형태가 가능하게 된 것이다. 첫번째는 직접 상대방을 대면하지 않고 컴퓨터를 통하여 상대방과 계약을 체결하게 되므로 상대방에 대한 신뢰성 확보의 문제가 있다. 전자거래에서는 상대방이 진정한 상대방인지, 진정한 상대방의 의사인지를 확인할 수 있는 별도의 장치가 필요하게 된다. 또한 작성자의 명의를 모용하여 거래한 상대방에 대해 이를 신뢰한 상대방을 어디까지 보호할 것인가 하는 점도 문제가 된다. 두번째는 거래상대방이 특정되지 않은 거래로써 거래형태가 정형화되거나 형식성을 갖게 된다(단순한 숫자·문자화된 프로그램에 따라서 전자적 의사표시가 형성되기 때문이다). 이는 당해 거래를 제공하는 제공자와 이를 이용하는 이용자 사이에 불균형을 초래할 가능성이 높다(컴퓨터서비스제공자가 제공하는 프로그램이 대부분이기 때문이다). 특히 제공자가 일방적으로 정한 거래조건이 약관의 형태로 제공되기 때문에 약관의 적절한 제시와 설명 및 교부가 이루어짐으로써 이용자를 보호해야 하는 측면이 고려되어야 한다. 세번째는 전자거래의 과정에서 이용자가 자유롭게 참여하여 자신의 의사를 표시하고 거래조건을 제시할 수 있는 장치가 필요하다. 프로그램화된 주문제작의 경우, 최근 컴퓨터회사나 자동차회사 등에서는 인터넷 사이트에 고객이 원하는 형태의 주문이 가능하도록 하는 프로그램을 제공하여 오히려 일반거래에서의 한계를 극복하는 마케팅전략을 사용하고 있다. 이와 같은 경우 고객의 입장에서 매우 편리하게 자신이 원하는 제품을 구매할 수 있는 장점이 있으나, 반면에 자신의 의사를 컴퓨터 화면을 통해 진행하게 되므로 결과물이 진정으로 원하는 것인지 알 수 없거나, 입력오류의 위험 내지는 결과물과 자신이 의도했던 것이 다를 수 있는 위험을 안고 있다. 이를 해결하기 위해 철회 내지는 반환제도를 두는 것이 필요하다. 네번째로 불특정 다수의 상대방과의 사이에 거래가 이루어지는 것은 주로 전자거래의 경우이다. 인터넷에 의한 전자거래에서는 소비자 및 판매자만 아니라 다수의 관계자가 관계한다. 즉, 전자거래이용자와 전자거래사업자, 컴퓨터운영자, 온라인서비스제공자, 통신회선의 보유주체, 전자화폐 발행인, 배송업자, 인증기관 등이 존재하게 된다. 이러한 경우 관계자가 다수인 경우에는 분쟁발생시 원인 규명이 곤란하고, 책임부담과 책임의 범위도 한정하기 곤란하다. 그리고 개인정보의 무단유출과 프라이버시 침해 및 지적재산권 등의 저작권을 침해할 위험이 크다.

(3) 의사전달의 호환성에서 다르다.

전자거래의 가장 큰 특징은 양 당사자간의 의사전달의 호환성의 문제이다. 전자거래의 경우에는 하드웨어와 소프트웨어의 호환성과 그것들의 기술적인 호환성에 따라 계약체결 여부가 달려있다. 계약체결과정의 의사전달과 전자적 이행에 있어서 양 컴퓨터간의 호환성이 존재하지 않으면 이행불능 혹은 불완전이행이 되고, 이에 따른 위험을 누가 부담해야 하는가의 문제가 남는다. 그리고 전자거래는 기존의 의사전달수단과 달리 기본적으로 컴퓨터라는 자동연산장치를 이용하기 때문에 모든 거래내용은 그것을 출력하여 별도의 보존절차를 취하지 않는 이상 전자적 형태의 기록으로만 남아 있게 된다.³⁵⁾ 또한 컴퓨터는 여러 가지 프로그램의 수행명령에 따라 자동화과정을 스스로 수행함으로써 간단한 조작만으로 다양한 결과를 나타내는 등 인간의 활동영역을 매우 넓혀주는 역할을 하는 반면, 이러한 과정속에서 데이터가 위조, 변조될 수 있는 문제점이 있다.³⁶⁾

(4) 거래의 국제성에서 다르다.

전자거래는 독자적으로 구축한 네트워크나 인터넷을 이용하기 때문에 거래당사자가 어디에 위치해 있던 컴퓨터를 통하여 네트워크에 접속하여 거래정보를 주고받을 수만 있으면 국경에 관계없이 거래가 이루어진다. 다만 이에 대한 국제사회에서 적용되어질 사법원칙이나 절차법원칙이 확립되어 있지 않으므로 준거법, 재판관할권, 서버의 감독권과 고비용 및 장기간의 국제소송에 갈음할 새로운 피해구제 제도가 필요하다.³⁷⁾ 이에 대하여는 앞으로도 논외로 한다.

(5) 기본거래비용의 존재가 다르다.

전자거래를 하기 위해서는 통신이 불가결한 요소이므로 통신비용이 들게 된다. 또한 컴퓨터를 이용함으로써 거래에 참여할 수 있기 때문에 컴퓨터구입에 따른 비용이 필요하다. 컴퓨터도 메모리나 통신속도 등에 따라서 가격의 차이가 있고, 통신비용도 이용 상황에 따라 차이가 있기 때문에 적절한 비용의 분담을 위한 경계선이 필요하게 된다. 특히 제공사이트들이 이용

35) 김진환, 「전자거래법」, 사법연수원, 2000, p. 10.

36) <http://www.W3.org/XML>

37) 손경한, “전자상거래 분쟁의 해결”, 「중재」, 대한상사중재원, 1999. 3, p. 70.

자수를 늘리기 위해 무료접속이 가능토록 하였으나 최근에는 이를 유료화시키는 경향이 늘고 있다. 반면 소비자의 입장에서는 거래를 위한 기본비용이 필요하다는 것이지만 사업자의 입장에서는 전자거래를 통한 비용의 절감이라는 측면이 장점으로 등장한다. 그러므로 제공자와 이용자 사이의 비용분담을 적절하게 하기 위한 조치도 필요하다고 보여진다. 또한 소비자를 보호하기 위한 조치의 일환으로 철회 내지는 반품제도가 실효성을 거두기 위하여 철회 또는 반품시의 적절한 비용분담이 이루어져야 한다.

(6) 전자적 의사표시의 유효성 여부가 문제된다.

전자거래에서 이용되고 있는 컴퓨터가 단순히 인간의 보조수단에 그치는 것이 아니라 가상 공간상에서 네트워크와 결합에 의하여 컴퓨터의 작업이 직접적으로 법률행위적 의사표시의 내용에 영향을 미친다. 즉 인간의 의사표시의 성립과 내용을 세부적으로 결정하는 전제하에 표시주의, 표시와 귀속의 분리, 종래의 전통적인 법률행위와 달리 전자적 의사표시에 따라 컴퓨터를 대리인처럼 이용하는 경우에는 컴퓨터는 인간의 대리인과 동일하게 취급하여 동일한 원칙이 적용되는지가 문제가 된다. 따라서 컴퓨터를 이용하는 전자거래의 경우에 컴퓨터를 이행 보조자로 보아 책임을 물을 수 있는지가 검토 대상이 된다. 전자적 의사표시의 유효성에 대하여 기존의 법률행위에 관한 일반규정의 해석으로 규율할 수 있기 때문에 별도의 전자적 의사표시라는 새로운 개념을 인정할 수 없다는 견해가 있으나,³⁸⁾ 앞에서 검토한 전자거래의 특수성으로 말미암아 전자적 장치를 이용하는 전자적 의사표시의 개념을 인정하는 것이 합리적이라 본다.

第3節 成立上의 特殊性

1. 電子去來上 意思表示의 本質

전통적인 의사표시를 자연적 의사표시라 하고 이에 대응하는 전자통신시설을 이용하여 일정한 법률효과를 발생시키는 것을 목적으로 하는 전자적 의사표시라는 개념이 있다. 자연적

38) 정완용, 전제 “전자거래의 거래유형별 법률관계”, p. 66.

의사표시가 표의자의 법률행위의 중심요소를 이루는 것과 같이 전자적 의사표시도 전자적 통신을 이용하는 것이 자연적 의사표시와 다를 뿐 법률행위의 중요한 중심요소를 이루고 있다고 볼 수 있다. 그러므로 전자적 의사표시는 정보통신시스템을 이용하는 법률행위의 구성요소로서 전자적 의사표시 없이는 정보통신시스템을 이용한 법률행위가 존재하지 않는다.³⁹⁾ 이러한 전자적 의사표시의 법적 편입과 관련하여 자연적 의사표시와 근본적인 차이점은 일반적으로 전자적 의사표시는 표의자 자신이 작성하여 정보처리시스템에 의하여 송·수신한다는 데 있다.

그리고 전자적 의사표시는 송·수신하는데 있어서 정보처리시스템을 통하여 자동적으로 처리·전달된다는 데 그 차이점이 발생한다. 자연적 의사표시와 달리 전자적 의사표시는 표의자의 의사형성을 필요로 하는 포괄적 의사형성의 입력과 그 후 사람의 개입 없이 자동적·순차적으로 작성된 전자적 의사표시가 처리·전달된다. 일반적으로 컴퓨터에 의한 경우에는 표의자의 의사형성을 위해 자판에서 문자·기호를 입력하고 컴퓨터는 입력된 문자·기호를 자체의 모뎀을 통하여 상대방의 컴퓨터 모뎀에 전달됨으로써 상대방의 컴퓨터에 저장되게 된다. 이러한 의사표시의 형성에 따른 컴퓨터간의 전달에 대한 법적 효과는 기존의 자연적 의사표시에 편입하는 문제에 대하여, 우리나라의 견해로는 전통적인 서면에 의한 의사표시로 인정함에는 별다른 차이가 존재하지 않는다고 보고 이러한 이유로 전자적 의사표시의 형성과정은 수신자의 입장에서 인정여부가 결정되기 때문이라는 견해가 있다.⁴⁰⁾ 그리고 독일의 견해로는 전자적 의사표시의 효력발생과 전달은 정보처리시스템 사용자가 그 시설을 통하여 표의자의 의사표시를 표시하고 그 의사표시를 받은 수신자는 전자적 의사표시를 수신함으로써 사용자를 표현하는 전자적 의사표시의 당사자로 신뢰하게 되는 것에 기초를 두고 있다. 그러므로 전자적 의사표시의 수신자는 자연적 의사표시와 특별한 구별을 하지 않고, 표의자에 의한 의사표시로 신뢰하기에 자연적 의사표시와 차별하여 적용할 필요성이 없다고 하는 견해가 있다.⁴¹⁾ 사건으로서, 전자적 의사표시도 자연적 의사표시의 관계규정을 유추 적용할 수는 있으나, 전자적 의사표시는 자연적 의사표시와 전자거래에서 표현방식과 전달방법의 차이점을 고려하여 법적 효력을 다루어야 하기 때문에 전자적 의사표시의 모든 법적 문제를 전부 자연적 의사표시와 동일하게 취급할 수는 없는 것이다.⁴²⁾ 그리고 전자적 의사표시가 자연적 의사표시와 다른 이

39) 최명구, “전자의사표시의 법적 효력문제”, 「비교사법」 제5권 제1호(통권8호), 한국비교사법학회, 1999, p. 439.

40) 오병철, 전제 “전자적 의사표시”, p. 121. ; 최명구, 상계 “전자의사표시의 법적 효력문제”, p. 440.

41) Helmut Köhler, “Die Problematik automatisierter Rechtsvorgänge, insbesondere von Willenserklärung”, AcP.182., 1982, S. 133.

42) Rudolf Clemens, “Die Elektronische Willenserklärung-Chancen und Gefahren”, NJW 1985., S. 1999. ; Melullis, “Zum Regelungsbedarf bei der elektronischen Willenserklärung”, MDR 1994,

유가 없다면 굳이 본 논문을 연구할 필요성도 없다고 할 것이다. 따라서 전자적 의사표시는 자연적 의사표시와 다른 일반거래와 전자거래가 어떤 형태로든 다른 특성을 가지기 때문에 달리 규율해야 할 필요가 있다는 것이다.⁴³⁾ 따라서 본 논문에서 논하고자 하는 전자거래 규율의 책임에 대하여 볼 때, 전자적 의사표시가 자연적 의사표시와 다른 점이 무엇인지, 이로 인하여 전자거래에서 일반거래와 다른 책임법리가 존재하여야 하는지에 대하여 검토하고 전자거래상의 규율하는 책임법제의 문제점을 지적하여 올바른 입법론을 제시할 필요가 있다.

전자적 의사표시가 법적 효력을 가지는 인간의 의사표시로 간주되기 위해서는 컴퓨터에 의한 표시행위가 최종적으로 인간의 의사에 바탕을 두고 행해져야 한다. 그런데 컴퓨터는 인간과 달리 스스로 독자적인 결정을 내리지 못하고 미리 정하여진 연산장치의 프로그램과 제공되는 자료에 의한 연산작용의 결과로만 표시된다.⁴⁴⁾ 전자적 의사표시는 컴퓨터 연산작용의 기능에 따라 두 가지로 나뉘어 진다. 하나는 컴퓨터가 인간의 대용물로서 스스로 법적 효력을 가지는 표시행위를 행하는 것이 아니라 단지 인간의 지시에 따라 표시하는 경우 또는 사용자가 의사결정 과정에 대한 포괄적 인식에 따라서 컴퓨터를 사용하는 경우이다. 이는 오프라인(off-line)시스템에 의한 계약체결에서 볼 수 있는데, 여기서 사용자는 컴퓨터에 의하여 생성된 표시를 자신의 의사에 기한 표시로 간주함으로써 정상적인 표시의사와 차이가 없다.⁴⁵⁾

다른 하나는 의사표시의 핵심부에 인간 대신 컴퓨터가 위치하는 경우이다. 즉 컴퓨터가 사용자 또는 그 이행보조자에 의해 작동되는 것이 아니라 이미 입력된 프로그램에 따라 스스로 표시를 생성, 전달하는 경우로 온라인시스템에 의한 계약체결이 이에 해당한다. 특히 이러한 표시는 인간적인 표시행위가 아닐 뿐만 아니라 또한 구체적인 행위 의사 및 표시의사도 결여되어 있어 인간의 의사로 보기는 어렵다.⁴⁶⁾ 왜냐하면 사용자는 각각의 표시가 언제 누구에게 어떤 내용으로 발송되었는지를 인식하지 못한 상태에서 단지 그러한 표시가 자신에게 법적 효력이 있는지 아니면 법적 효력이 없는지에 대해서만 알 수 있기 때문이다. 이와 같이 전자적 의사표시는 시스템에 있어서의 의사결정 가능성의 불충분한 점과 그에 대한 본질적인 지배불가능성을 이유로 사용자에게 귀속시킬 수 없다는 견해가 있다.⁴⁷⁾

이에 반하여 전자적 의사표시의 법적 효력을 부인하는 경우 각각의 전자적 의사표시는 표

S. 109.

43) 윤주희, 전제 “전자거래의 적정화에 관한 법제연구”, p. 37.

44) Brauner, “Das Erklärungsrisiko beim Einsatzvonelektronischen Datenverarbeitungsanlagen”, Bonn, 1988, S. 40.

45) Midicus, *Allgemeiner Teil des BGB*, 6. Aufl., 1994, Rdnr. S. 256.

46) Mattias Kuhn, *Rechtshandlungen mittels EDV und Telekommunikation*, Diss. Regensburg, 1999, SS. 55-57.

47) Clemens, NJW 1985, S. 2001.

시의 수령자에 의한 확인을 요하게 되는데, 이는 현대의 대량거래에 적합하지 않으므로, '전자적 의사표시'도 '진정한 의사표시'로 인정하여야 한다는 견해가 있다.⁴⁸⁾ 즉, 컴퓨터사용자는 '포괄적 행위의사'와 '포괄적 표시의사'에 기초하여 전자적 의사표시의 사실적 요건들을 제공하고, 이에 따라서 법률적으로 구속되고자 하는 사용자의 일반화된 행위의사가 형성되었으므로 컴퓨터사용자의 의사표시로 볼 수 있다고 한다.⁴⁹⁾ 이와 같이 표시의사의 의사형성이 가정적으로 이루어지고 상대방의 자료제공에 의하여 표시행위가 구체화되는 경우에 이러한 의사표시는 결국 인간의 의사에 의하여 행하여진다고 할 수 있다. 그러므로 전자적 의사표시를 법률효과의 발생을 목적으로 하는 고유한 의사표시로 볼 수 있는지의 여부는 결국 전자적 의사표시가 자연적 의사표시의 구성요건에 해당하는지의 여부에 따라서 판단할 수밖에 없다. 즉, 이를 위해서는 전자적 의사표시의 개별적 표시가 의사표시의 전체적 구성요건에 관여한 인간의 행동과 자동정보처리시스템의 통일성에 있어서 어느 정도로 배분되어 존재하고 있는지를 검토하여야 한다.

(1) 電子去來上 自然的 意思表示

일반적으로 의사표시란 일정한 법률효과의 발생을 목적으로 효과의사를 외부에 표시하는 행위를 말하며,⁵⁰⁾ 법률행위의 불가결의 요소가 되는 법률사실 혹은 법률효과의 발생을 목적으로 하는 의사의 표시행위를 말한다. 의사표시의 개념에 대하여서는 여러 가지 견해가 있으나,⁵¹⁾ 일정한 '법률효과를 목적'으로 하는 내심의 '효과 의사'를 외부에 '표시하는 행위'로 집약하여 볼 수 있다. 의사표시는 법률요건으로서의 법률행위 불가결하고도 본질적인 요소가 되므로 개인의 사적자치 또는 법률행위 형성자유의 핵심으로서 스스로의 결정에 법적인 효력을 부여하는 근간으로서의 기능을 수행한다. 이러한 의사표시의 개념에 대하여서는 민법체계상 일반적인 규정이 없으며, 다만, 의사표시에 있어서 의사와 표시가 불일치하거나 하자가 있는 경우의 법률효과와 의사표시의 효력발생에 대하여서만 규정하고 있을 뿐이다.

법률행위는 민사법에 있어서 가장 중요한 개념이지만, 우리 민법은 이에 대하여 개념정의 를 하고 있지 않다. 학설에 따르면 법률행위는 의사표시를 불가결로 하는 법률효과를 의욕하

48) Brauner, *Das Erklärungsrisiko beim Einsatz von elektronischen Datenverarbeitungsanlagen*, Bonn, 1988, S. 52f.

49) Mattias Kuhn, *a. a. O.*, S. 58.

50) 김상용, 「민법총칙」, 법문사, 2000, p. 334.

51) 이영준, 「민법총칙」, 박영사, 1994, pp. 95-96. : 여기에서는 의사표시의 개념적 요소에 대한 문제점을 지적하고 있다.

는 하나 또는 수개의 법률요건을 말한다.⁵²⁾ 그러나 최근에 들어와 컴퓨터라는 새로운 의사결정 수단의 등장은 인간의 의사결정 기능에 터잡아 구성된 법률행위론에 중대한 변화를 야기하고 있다.⁵³⁾ 그러므로 컴퓨터에 의한 전자적 의사표시가 종래의 법률행위에 어떠한 영향을 미치며, 그러한 충돌을 어떻게 해결할 것인가가 새로운 문제로 제기된다. 전자거래에 있어서 자연적 의사표시도 기존의 계약과 마찬가지로 양당사자의 의사표시의 합치에 의한 민법의 법률행위에 의하여 전자거래가 규율된다는 지적이 있다.⁵⁴⁾ 전자거래를 성립시키는 양당사자의 의사표시는 일반적으로 기존의 자연적 의사표시와 전자적 의사표시 혹은 자동화된 의사표시로 구분할 수 있다. 이러한 구분의 기준은 컴퓨터의 연산기능을 이용하여 인간의사의 구체적·세부적인 사항을 컴퓨터가 결정하도록 하고 그 표시의 기능까지도 컴퓨터 스스로에게 맡길 수 있는지가 문제가 된다. 그러나 전자거래에 있어서도 대부분은 정보처리시스템에 의하여 이루어지는 것만은 아니고, 오히려 대부분의 경우에는 기존의 자연적 의사표시에 의하여 컴퓨터네트워크를 이용하여 자동화 의사표시를 표시하고 전달한다고 할 수 있다.⁵⁵⁾ 따라서 자연적 의사표시에 관한 기존의 민법의 이론도 전자거래에 있어서 적용되며, 이러한 문제는 다만 전자거래의 발신과 도달 내지 착오에 관해서 중요한 문제점을 발생시킨다. 전자거래에서 자연적 의사표시의 이용은 기존의 음성이나 부호가 전자화된 코드로 바뀌어 비대면 상태로 컴퓨터네트워크를 통해 공간이동이 이루어진다는 점과 기존의 거래에서는 표시기관이나 전달기관이 대부분 사람에 의존하였으나 전자거래에서는 컴퓨터라는 정보처리시스템에 의하여 컴퓨터가 표시와 전달기능을 수행하고 있는 점에서는 기존의 자연적 의사표시와는 약간의 차이점이 있다.

(2) 自動化된 意思表示

컴퓨터와 통신망의 연결에 의하여 이루어지는 계약은 구두언어 혹은 서면에 의하지 않고 컴퓨터 카드 또는 암호화에 의하여 계약체결이 이루어지는 것이 오늘날 인터넷상의 전자거래의 일반적인 현상이다. 컴퓨터의 통신망을 이용하는 일련의 시스템을 컴퓨터시스템이라고 하고, 이 컴퓨터시스템에 의하여 종래에 서로 분리되어 행하여졌던 업무가 하나로 통합되어 이루어지는 컴퓨터와 통신망을 이용한 계약을 시스템계약이라 한다.⁵⁶⁾ 이와 같이 시스템계약은

52) 김상용, 전제 「민법총칙」, pp. 318-319 ; 박윤직, 「민법총칙」, 박영사, 2002, p. 276.

53) 정진명, “가상공간에 있어서 법률행위-전자적 의사표시를 중심으로-”, 「법이론과 실무」 제3호, 영남민사소송법학회, 1999. 12, p. 256.

54) Enneccerus/Nipperdey, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Recht*, 2.Halbband,(15.Aufl., 1960), S. 896.

55) 오병철, 전제 「전자거래법」, p. 96.

56) 김상용, “자동화된 의사표시와 시스템계약”, 「사법연구」 제1집, 청헌법률문화재단, 1992, p. 59 ;

컴퓨터시스템에 의하여 결합되어 있고 또한 여러 종류의 효과를 발생하는 계약으로, 일련의 계약관계를 포괄하고 있기 때문에 시스템계약은 한편으로는 이러한 일련의 계약관계의 총체를 의미한다. 그러나 다른 한편으로는 총체적 계약관계를 구성하고 있는 개별계약을 뜻하는 경우가 있다. 이러한 시스템계약도 인터넷을 통하는 전자거래의 범주에 포함된다.⁵⁷⁾

자동화된 의사표시론은 전자적 의사표시론이 자연적 의사표시와 동일시하고 있다고 보고, 자동정보처리시스템은 컴퓨터가 스스로 창조적인 자기결정을 할 수 없고 인간의 포괄적 의사에 대하여 내재된 프로그램에 의한 논리적인 조작을 통하여 인간의 의사로 전환된다고 한다.⁵⁸⁾ 전자적 의사표시론이 그 특질로 제시하는 ‘컴퓨터 의사구체화’도 그 한도 안에서 이용자의 포괄적 의사구체화를 보조하는 것에 지나지 않는다고 비판한다. 그리고 ‘표시없는 행위’와 ‘행위없는 표시’가 결합되어 하나의 전자적 의사표시가 이루어진다고 하지만, 의사표시란 인간의 의식적인 의사행동이고 이때 표시되는 의사는 원칙적으로 의사를 표현하는 보조적인 의미를 가질 뿐이므로, 양자가 결합된다고 하더라도 ‘행위’에 압도적인 의미가 부여되어야 한다고 한다.⁵⁹⁾ 그리고 자동화된 의사표시론은 컴퓨터에 의하여 작성된 표시를 행하는 전단계에 있어서 기계를 이용하고 그것을 표시목적으로 사용하는 인간의 의사에 기인한다고 보고, 자동정보처리시스템을 이용한 거래에 관해서도 행위능력 및 의사표시에 관한 일반원칙이 적용되어야 한다고 한다.⁶⁰⁾

또한, 전통적 의사표시론으로 해결될 수 없는 문제가 등장하지 않았고, 기존의 법규 및 해석론의 적절한 운용만으로 정보사회의 법적 문제를 충분히 해결될 수 있으므로, 별도의 전자적 의사표시라는 개념을 인정할 필요는 없다고 한다.⁶¹⁾ 그러므로 전자적 의사표시라는 용어에 관해서도 컴퓨터라는 전자적 자동정보처리시스템은 결국 인간의 의사표시를 구체화하는 수단에 불과하다는 점에서 공통된다고 보아 오히려 자동화된 의사표시라는 개념이 더 적절하다고 한다.⁶²⁾

윤주희, 전계 “시스템계약에 관한 연구”, p. 15.

57) 박영규, “현대사회와 법률행위론”, 「사법연구」 제2집, 청헌법률문화재단, 1992, p. 211.

58) 김상용, 전계 「민법총칙」, p. 345.

59) 지원림, “자동화된 의사표시”, 「저스티스」 제31권 3호, 1998. 9, p. 50.

60) 한웅길, “전자거래와 계약법”, 「비교사법」 제5권 2호, 1998, pp. 15-15: 기술의 진보에 따라 컴퓨터가 수행하는 보조행위의 범위가 넓어지면 전자적 의사표시이론이 유용할 시대가 올지 모르나, 현시점에서는 전자적 대리인은 그것을 지배하는 인간의 도구라는 위치일 뿐이라고 하여 전자적 의사표시이론을 도입하는 것은 시기상조라고 보고 있다.

61) 김상용, 전계 “자동화된 의사표시와 시스템계약”, p. 63. ; 박영규, 전계 “현대사회와 법률행위론”, p. 212. ; 김용직·지대운, “정보사회에 대비한 민사법 연구 서론”, 「정보사회에 대비한 일반법 연구(I)」, 통신개발연구원, pp. 97-99. ; 지원림, 전계 “자동화된 의사표시”, pp. 50-51. ; 정완용, “전자거래의 거래유형별 법률관계”, 「디지털경제시대에서의 전자거래와 법(II)」, 한국법제연구원, 2001. 4. 18, p. 66.

2. 電子的 意思表示의 特殊性

(1) 電子的 意思表示의 意義

일반적으로 전자적 의사표시란 “컴퓨터의 연산작용에 의하여 자동적으로 수령자에게 전자적으로 전달되는 표시”를 말한다.⁶²⁾ 다시 말하면 컴퓨터 등 전자적인 자동정보처리시스템에 의해 자동적으로 이루어지는 의사표시를 말한다.⁶⁴⁾ 이러한 전자적 의사표시는 다단계의 전달 과정을 통하여 도달하기까지 진행이 복잡하게 이루어지게 되므로, 각 단계의 전달과정은 서로 각각 다른 특징을 지니고 있어 효력발생시기에 대한 정확한 인식이 필요하고, 전자문서가 효력을 발생하기 위하여 어느 정도 상대방의 인지가 필요한지에 대한 사회적인 합의가 선행되어야 한다. 또한 도달의 과정이 다단계를 거치기 때문에 의사를 표시한 측면에서도 자신의 의사표시가 상대방에 도달하였는지를 확인할 수 있는 방법과 이를 검증할 수 있는 기술적인 해결이 필요하게 되며, 이는 반드시 법률적인 효력발생요건의 고려에 반영되어야 하고, 의사표시의 수령능력을 판단함에 있어 정보통신의 습득능력을 어느 정도 고려할 것이냐는 문제도 반영되어야 한다.⁶⁵⁾ 이러한 자동정보처리시스템에 의한 의사표시를 ‘자동화된 의사표시’⁶⁶⁾ 혹은 ‘전자적 의사표시’⁶⁷⁾라는 등의 명칭으로 쓰이고 있다.⁶⁸⁾ 즉, ‘자동화된 의사표시’는 컴퓨터가 일정

62) 지원림, 전제 “자동화된 의사표시”, pp. 50-51.

63) Meherings, “Vertragsabschluss im Internet”, MMR1. 1998, S. 31.

64) 정진명, “가상공간에 있어서 법률행위-전자적 의사표시를 중심으로-”, 「법이론과 실무」 제3집, 1999. 12, p. 258.

65) 강홍렬, “전자거래 확산을 위한 법·제도 개선방안”, 「초고속정보통신기반관련 '96년도 법·제도 정비연구」, 통신개발연구원, 1996. 12, pp. 21-22.

66) 김상용, “자동화된 의사표시와 시스템계약”, 「사법연구」 제1집, 청헌법률문화재단, 1992, p. 47. ; 김영규, “현대사회와 법률행위론”, 「사법연구」 제1집, 청헌법률문화재단, 1993, p. 166. ; 지원림, “자동화된 의사표시” 「저스티스」 제31권 제3호, 한국법학원, 1998. 9, p. 45. ; 김학동, “자동정보처리장비에 의한 의사표시에서의 법적 문제”, 「고시연구」, 1997. 3, p. 110.

67) 오병철, “전자적 의사표시에 관한 연구”, 연세대학교대학원 박사학위논문, 1996, pp. 28-29 ; 정진명, “가상공간에 있어서 법률행위-전자적 의사표시를 중심으로-”, 「법이론과 실무」 제3호, 영남민사소송법학회, 1999. 12, p. 255 이하 ; 송오식, “가상공간에서의 민사법적 대응과 전자적 의사표시”, 「법률행정논총」 제18집, 1998, pp. 160-164 ; 최명구, “전자의사표시의 법적 효력문제”, 「비교사법」 제5권 1호(통권 8호), 한국비교사법학회, 1998. 6, p. 439 이하 ; 박찬우, “인터넷과 상거래-계약법상의 문제를 중심으로-” 「경제기술법연구」 제1집 제2권, 관동대학교 사헌경제기술법연구소, 1999. 12, pp. 48-49.

68) 김상용교수와 지원림교수는 ‘자동화된 표시’ 또는 ‘자동화된 의사표시’를 주로 사용하고(김상용, 전제 “자동화된 의사표시와 시스템계약”, p. 452. ; 지원림, 전제 “자동화된 의사표시”, p. 51), 장재욱교수와 정경영교수는 ‘컴퓨터 의사표시’ 또는 ‘컴퓨터표시’라는 용어를 주로 사용한다(장재욱, “인터넷상에서의 계약체결-의사표시와 관련한 몇 가지 기초적 검토”, 「법학논문집」, 중앙대

한 정도의 자율성을 갖고 스스로 작동한다는 측면에 사용하게 되는 개념이다. 이 명칭을 사용하면 기계적으로 자동화된 자동판매기 등의 표시와 구분하는 것이 어려워지며, 현실적으로 컴퓨터 스스로가 어느 정도 자동적으로 의사구체화를 하는 동시에 그러한 의사구체화에 따른 표시를 지배한다고 하더라도 인간과 같이 의사결정과 그 의사에 기한 행위지배는 할 수 없고, 또 컴퓨터간 네트워크를 형성하여 의사표시를 주고받지 못하고 독립적·개체적인 존재로서의 컴퓨터의 작동만을 고려한 개념이므로 개념정의에 있어서 자동화된 의사표시라는 개념은 적합하지 않다고 할 수 있다.⁶⁹⁾

그리고 ‘전자적 의사표시’는 자동판매기와 같은 기계적 자동화장치와 구분을 명확히 할 수 있을 뿐만 아니라 컴퓨터간의 네트워크를 형성하여 의사표시의 교류를 위해서 반드시 기계언어로 변환되는 의사표시를 설명하는 데 합리적이라 할 수 있으며, 의사표시가 자연적인 것이 아니라 전자적인 것이라는 것을 분명히 하는 장점이 있고, 또한 자동화된 의사표시는 전자적 의사표시의 상위개념으로 이해할 수 있다.⁷⁰⁾ 전자적 의사표시는 자동화된 의사표시 중 컴퓨터가 인간의 행위와 의사를 전자적 코드로 전환하여 그 장치에 고유한 부호를 정형화한 후에 컴퓨터의 일정한 평가·판단기능에 의해서 사전에 입력된 인간의 의사를 구체화하여 외부로 표출한다. 그리고 대리제도나 사자제도에서 보면, 컴퓨터가 인간의 의사형성을 전적으로 대체하는 것은 아니지만, 인간이 구체화하지 않은 세부적인 의사표시의 내용과 성립에 관여하는 것이므로 컴퓨터는 그 역할이 대리인과 같이 전적으로 독립의사를 형성하는 것은 아니고, 사자와는 달리 이미 구체적으로 완성된 의사를 표시하거나 전달하는 수준 이상으로 컴퓨터이용자의 의사결정에 영향을 미치므로, 전자적 의사표시라는 용어를 사용하는 것이 합리적이다.⁷¹⁾

(2) 電子的 意思表示의 構成要件

1) 客觀的 構成要件(行爲的 要素)

전자적 의사표시의 객관적 구성요건으로는 일정한 컴퓨터의 기술적 이해와 더불어 일정한

학교, 1998. 12, p. 214. ; 정경영, “전자의사표시의 주체에 관한 연구”, 「비교사법」 제5권2호(통권 9호), 1998. 12, 한국비교사법학회, p. 397.)

69) 오병철, 전제 「전자거래법」, p. 103. ; 오병철, 전제 “전자적 의사표시에 관한 연구”, p. 40. 이하
70) 윤주희, “시스템계약의 개념과 의사표시”, 「승실대학교 논문집」 제17집, 1999, p. 120. ; 오병철, 상계 “전자적 의사표시에 관한 연구”, p. 43.

71) 다른 견해: 윤주희, 전제 “시스템계약과 의사표시”, p. 120. : 컴퓨터와 통신망의 연결에 의하여 이루어진 계약을 시스템계약으로 정의한다면, 전자적 의사표시론이 적합할 것으로 판단되지만, 시스템계약에서의 의사표시를 전자적 의사표시로 이해하는 것은 적절하지 않고 광의의 개념인 자동화된 의사표시론이 적절하다고 하면서 이에 대한 이유를 앞으로 시스템계약의 다양성에서 찾고 있다.

통제장치를 바탕으로 기계언어의 형태로 존재하는 입력행위, 즉, 전자적 의사표시에 특유한 구성요건으로 컴퓨터의 의사구체화를 표시하는 표시행위가 있다.⁷²⁾ 이러한 표시행위는 법적 의미에서 행위는 의사통제와 의사조정을 토대로 하고 그에 따라 지배되는 인간의 행위를 말한다.⁷³⁾ 이 중 의사구체화라는 요건은 입력프로그램, 데이터, 작업명령을 기초로 하여 이루어지는 컴퓨터의 의사구체화를 통해서 비로소 컴퓨터이용자의 구체화되지 않은 포괄적인 효과의사가 표시되어질 수 있게 구체화된다는 점에서 전자적 의사표시의 특유한 구성요건이 된다. 또한 컴퓨터의 표시는 인간이 인식할 수 있는 유일한 외적 표출이므로, 컴퓨터의 표시가 존재하지 않는다면 그것은 의사표시로서의 중요한 외형성을 상실하게 되며, 따라서 컴퓨터의 표시가 전자적 의사표시의 하나의 구성요건으로서의 의미를 갖게된다.⁷⁴⁾

이러한 표시행위는 효과의사를 외부에 표시하여 효과의사의 내용대로 법률효과를 발생시키려는 인간의 행위를 말한다. 그러나 전자적 의사표시는 인간의 능동적인 행위가 관여됨이 없이 자동적으로 생성되므로 표시모습만 존재하게 된다. 즉 인간의 행위는 단지 프로그램 및 자료의 입력에만 관여되어 있으므로 이러한 인간의 행위는 표시기능에 지나지 않게 된다. 그러므로 인간의 관여 없는 의사표시(erklärung ohne handlung)가 법적 구속력이 있는 표시로 이해될 수 있는지가 문제가 된다.⁷⁵⁾ 그런데 인간의 관여 없는 표시는 인간과 기계에 의하여 분업화된 작업과정의 산물로 인간의 입력행위와 시간적 간격을 두고 발생한다.⁷⁶⁾ 즉, 표시의 자동적 생성을 목적으로 하는 인간의 선행행위와 컴퓨터에 의하여 구체화된 사용자의 구체적 효과의사가 별도로 외부에서 인식하게 된다. 그러므로 전자적 의사표시는 인간의 행위가 관여하는 경우에 의사표시의 객관적 구성요건을 충족시키게 된다.

2) 主觀的 構成要件(意思的 要素)

(가) 行爲意思

의사표시의 주관적 구성요건으로서 행위의사는 행위자가 일정한 행위를 하려는 의사, 즉 어떠한 행위를 한다는 인식으로 행위의사가 결여된 행위는 여기서 말하는 행위가 아니다. 이러한 행위의사를 법률행위의 구성요건으로 인정해야 하는가에 대하여 논의가 있다.⁷⁷⁾ 학설로

72) 오병철, 전제 “전자적 의사표시에 관한 연구”, pp. 92-104.

73) 오병철, 전제 「전자거래법」, p. 164.

74) 정진명, 전제 “가상공간에 있어서 법률행위-전자적 의사표시를 중심으로-”, p. 261. ; 오병철, 전제 “전자적 의사표시에 관한 연구”, pp. 90-120.

75) Mattias Kuhn, *aa.O.*, S. 70.

76) 정진명, 전제 “가상공간에 있어서 법률행위-전자적 의사표시를 중심으로-”, p. 261.

77) 광윤직, 전제 「민법총칙」, p. 279 : 보통 우리나라에서는 표시행위·표시의사·효과적의사의 세 가지를 의사표시의 요소로서 들고 있다. 일반적으로 행위의사는 어떤 행위를 하려는 의

는 행위의사를 의사표시의 주관적 요건으로 인정하는 견해와 인정하지 않는 견해가 대립되어 있다. 행위의사를 의사표시의 주관적 구성요건으로 인정하지 않는 견해는, 행위의사를 독립적인 요소로 인정하지 않고 표시행위 전제조건으로 파악한다.⁷⁸⁾ 또한 전자적 의사표시에 있어서 행위의사를 별도의 주관적 구성요건으로 할 만한 가치보다는 사전의 입력행위의 전제조건이나 행위의사의 결여를 입력행위의 행위성 배제사유로 보아 입력행위영역에서 다루는 것이 타당하다고 하는 견해가 있다.⁷⁹⁾ 그렇다고 하더라도 행위의사를 전적으로 배제하는 것은 아니라고 한다.⁸⁰⁾ 그러나 전자적 의사표시에서도 자연적 의사표시에서와 같이 표의지는 외부적 용태를 지향하는 인식된 의사적 의사행위를 하여야 한다.⁸¹⁾ 전자적 의사표시는 시간적으로 간격을 가지고 발생하고 또한 분업화된 작업과정에 근거하여 이루어지므로 표시의 생성시점에 통상 사용자의 능동적이며 구체화된 행위의사가 결여되지만, 외부에서 인식 가능한 이러한 행위에 대한 의식적인 통제, 즉 컴퓨터사용자가 행위의사를 가지고 컴퓨터에 입력행위를 수행하므로 이러한 원인을 야기하는 행위에서 컴퓨터사용자의 행위의사를 이끌어낼 수 있다. 따라서 컴퓨터에 의한 전자거래의 특수성에 비추어 전자적 의사표시 중에서 인간의 행위는 입력행위에 존재하여 입력행위시에 존재하면 충분하고, 컴퓨터에의 입력으로 표시가 생성될 수 있으므로 컴퓨터사용자의 입력행위는 의사표시의 주관적 구성요건을 구성한다고 할 수 있다.⁸²⁾ 따라서 행위의사를 결여한 정보처리시스템에 의한 표시행위는 의사표시가 아니라고 할 수 있다.⁸³⁾

(나) 表示意思

표의사란 자기의 행위가 그 내용이 어떠한 법적으로 의미 있는 표시라는 행위자의 의식 또는 다른 사람들이 그 행위를 법적으로 의미 있다고 이해할 수 있는 의식으로 자기 행위가 어떠한 내용으로든 법률효과의 구체화로써 목적적으로 이해될 수 있는 인식을 말한다.⁸⁴⁾

식적 의사행위를 말하므로 표시행위에 포함하여 객관적 요소로 설명하는 것이 일반적이다.

78) 박윤직, 전계 「민법총칙」, p. 279.

79) 오병철, 전계 「전자거래법」, p. 171.

80) 예컨대, 의사표시라고 할 수 있기 위해서는 의식 있는 거동이 있어야 하고, 수면중의 행위나 절대적 폭력에 의한 거동은 의사표시의 주관적 구성요건의 문제가 아니라 의사표시의 객관적 구성요건인 표시행위로서의 표출을 말한다. 그러나 행위의사를 독립된 주관적 구성요건으로 인정할 필요가 없다고 해서 반드시 행위의사가 의사표시의 성립에서 고려되지 않는다는 것은 아니다(오병철, 전계 「전자거래법」, p. 169).

81) 대판 1980. 12. 23, 80 모 13.

82) 같은 견해 : 정진명, 전계 “가상공간에 있어서 법률행위-전자적 의사표시를 중심으로-”, pp. 261-262 ; 김용직·지대운, 전계 “정보사회에 대비한 민사법 연구 서론”, p. 113 ; 다른 견해 : 오병철, 상계 「전자거래법」, p. 171.

83) 이영준, 전계 「민법총칙」, p. 97.

84) 지원림, “법률행위의 효력근거에 관한 연구”, 서울대학교대학원 박사학위논문, 1993, p. 140 ; Ulrich Eisenhardt, *aa.O.*, S. 879 ; 이영준, 전계 「민법총칙」, pp. 98-99.

이와 같이 표시의사가 의사표시의 주관적 구성요건인지에 관해서는 4가지 견해가 있다. 첫째의 견해를 보면, 표시의사를 의사표시의 구성요건적인 요소로 인정하고 표시의사가 결여된 경우에는 어떠한 경우라도 법률행위적인 효력을 인정할 수 없다는 견해이다. 이 경우에 표시의사가 결여된 경우에 신의칙, 거래관행, 객관적 표시의미가 권리의관책임을 귀속시키기 위한 기준이 된다는 견해이다. 둘째의 견해를 보면, 표시의사를 의사표시의 구성요건으로 인정하지만 그것이 결정적인 것은 아니고 표시의사와 동가치한 대체적 요소로 표시과실이라는 귀책가능성을 인정하는 견해이다. 이 경우에 표시의사가 사적자치의 최소내용은 아니고 권리의관책임을 표시의 외관에의 중구적으로 취소할 수 없는 구속만이 발생될 수 있으며, 의사표시가 자기결정의 요청으로서만 근거하지 않으며 오히려 동일한 정도로 거래의 안전 및 표시수령자의 신뢰보호도 결정적인 역할을 한다고 한다. 셋째의 견해를 보면, 의사표시의 주관적 구성요건으로 다른 주관적 구성요건은 인정하지만 표시의사는 의사표시의 주관적 요건에 포함시키지 않는다는 견해이다. 즉, 의사표시의 주관적 요건으로 효과의사만을 인정하고 행위의사는 표시행위의 문제로 다루는 견해이다. 이 경우에 표시의사 없는 경우에도 의사표시는 유효하게 성립되게 되며, 착오에 관한 규정의 적용 및 유추적용에 의하여 취소할 수 있다고 보아야 한다는 견해이다. 따라서 표시의사가 결여된 경우에는 법률행위의 내용의 착오와 같이 해석하고, 민법 제109조의 요건하에 취소할 수 있다고 한다. 넷째의 견해를 보면, 의사표시의 모든 주관적 구성요건을 부인하는 견해이다. 이 경우에는 의사표시가 존재하기 위해서는 오직 객관적 구성요건인 표시행위만이 요구되며 그 표시의 의사표시로서의 규범적인 평가만으로 충분하다는 견해이다.

일반적으로 표시의사를 의사표시의 구성요소에 포함시키지 않고 있지만,⁸⁵⁾ 이를 의사표시의 구성요건으로 포함시키는 견해가 있다.⁸⁶⁾ 컴퓨터 사용자는 전자적 의사표시에 있어서 표시의사는 컴퓨터이용자의 포괄적인 표시의사가 존재하기 때문에 컴퓨터이용자는 구체적인 전자적 의사표시에 관한 인식 없이 개별적 표시와 관련하여 구체적인 표시의사를 갖지 않더라도 전자적 의사표시에 있어서는 수령자의 입장에서 법률행위적 의미가 있는 효과가 발생한다는 견해가 있다.⁸⁷⁾ 이러한 이유에 대하여 컴퓨터를 이용하는 전자적 의사표시는 사용자의 선행적 행위와 의도된 의사형성과정에 대한 포괄적 표시에 관해서만 관련을 가지고 있기 때문이라 한다.⁸⁸⁾

85) 박윤직, 전계 「민법총칙」, p. 343 ; 오병철, 전계서, p. 178 ; 지원림, 전계 “법률행위의 효력근거에 관한 연구”, p. 156 : 표시의사는 효과의사에 포함된다고 보고 만일 표시의사가 결여된 경우에는 효과의사의 결여문제에 포함시켜 고찰하면 충분하고, 만일 법률행위자가 어떤 효과의사를 가지고 있었다면 비록 개별행위시에 표시의사를 결여하였다고 하더라도 법률행위적 구속력을 인정하여야 한다고 한다.

86) 김상용, 전계 「민법총칙」, p. 336 ; 이영준, 전계 「민법총칙」, p. 99.

87) Mattias Kuhn, *aa.O.*, S. 71.

그러나 전자적 의사표시는 수령자측에서 사용자의 행위를 객관적으로 이해할 수 있는 의사표시로 간주될 수 있을 뿐만 아니라 이해된 표시는 행위자의 표시로 귀속시킬 수 있기 때문에 전자적 의사표시는 법적 표시로 인식될 수 있으나,⁸⁹⁾ 컴퓨터이용자의 포괄적·사전적인 컴퓨터에 대한 입력행위에 따라 컴퓨터가 직접 법적으로 의미 있는 표시를 하게되므로 전자적 의사표시에 있어서 표시의사를 주관적 구성요건에 포함시키지 않은 것이 옳다. 따라서 컴퓨터사용자의 구체적인 표시의사가 존재하지 않는다고 하더라도 표시가 존재하면 상대방의 신뢰보호를 위하여 표시된 대로 효력이 발생한다고 보아야 한다.⁹⁰⁾ 이와 같이 표시의사를 주관적 구성요건에 포함시키지 않는 자연적 의사표시에서와 같이 표시의사가 결여된 경우에 의사표시는 유효하게 성립되고 오로지 착오에 관한 규정을 유추하여 해결할 수 있으므로, 전자적 의사표시에서도 역시 표시의사를 주관적 구성요건에서 제외하는 것이 합리적이다.

(다) 效果意思

효과의사란 구체적인 일정한 법률효과의 발생을 의욕하는 의사로서 표의자의 내심의 의욕된 의사에 따른 법률효과가 발생하는 것을 말한다.⁹¹⁾ 효과의사는 구체적으로 법률효과를 인식하고 의욕한다는 점에서 자기결정적 효력에 있어서 정수가 되는 효력근거가 된다.⁹²⁾ 이러한 효과의사에 대하여 의사표시의 주관적 구성요건으로 인정하는데 다른 의견이 없다. 다만, 효과의사에 대한 이러한 개념정의에 대하여 두 가지의 견해가 있다. 첫째는 효과의사가 구체적으로 의욕하는 효과는 무엇인가에 대하여 검토하여 보면,⁹³⁾ 학설은 효과의사를 사실적 효과를 의욕하는 것으로 해석하는 것이 종래의 다수 견해⁹⁴⁾와 표의자가 의욕된 법률효과를 법률적으로 잘 알고 있어야 할 필요는 없고, 반드시 법에 맞게 표현되고 있어야만 하는 것도 아니며, 의사표시가 법률관계의 발생, 변경 또는 소멸에 향하여져 있으면 된다는 최근의 다수 견해⁹⁵⁾

88) 정진명, 전제 “가상공간에 있어서 법률행위-전자적 의사표시를 중심으로-”, p. 262.

89) 같은 견해 : 김윤직·지대운, 전제 “정보사회에 대비한 민사법 연구 서론”, p. 114 ; 다른 견해 : 오병철, 전제서, p. 112.

90) 박윤직, 전제 「민법총칙」, p. 279. ; 오병철, 전제서, p. 178. 예컨대, 컴퓨터이용자가 자신의 입력행위가 법적으로 의미 있는 컴퓨터의 표시로 인식하지 못하고 사교상의 행위 또는 연습이나 실험으로 컴퓨터에 입력행위를 하였으나 그것이 법적으로 의미 있는 청약으로 상대방에 인식되는 경우에 그 것은 착오 등의 해결방법으로 당사자간의 이익을 조절할 수 있다.

91) 김상용, 전제 「민법총칙」, p. 335 ; 이영준, 전제 「민법총칙」, p. 101.

92) 지원립, 전제 “법률행위의 효력근거에 관한 연구”, p. 159.

93) 이에 대하여 법률효과설, 기본적 효과설, 경제적 효과설이 있다. 자세한게는 박윤직대표/송덕수, 「민법주해[II]」, 박영사, 1992, pp. 140-142.

94) 기본적 효과설로, 박윤직, 상제 「민법총칙」, p. 280. ; 김주수, 「민법총칙」, 삼영사, 1991, p. 289.

95) 법률적 효과설로, 박윤직대표/송덕수, 전제 「민법주해[II]」, p. 139. ; 지원립, 전제 “법률행위의 효력근거에 관한 연구”, pp. 159-160. ; 이은영, 전제 「민법총칙」, p. 450. ; 김상용, 전제 「민법총칙」, p. 335.

가 있다. 둘째는 효과의사가 표시상의 효과의사인가 아니면 내심의 효과의사인가의 문제에 대하여 검토하여 보면, 종래의 다수 견해⁹⁶⁾에서는 표시주의 입장에서 표시로부터 추단되는 효과의사가 의사표시의 요소인 효과의사라고 하였으나(즉, 효과의사의 본체를 표시상의 효과의사로 파악한다), 최근의 다수 학자들⁹⁷⁾은 효과의사를 표시상의 효과의사가 아니라 표의자의 내심의 효과의사라고 한다. 이런 근거에 따라서 의사표시의 본체는 내심의 효과의사를 말한다.

컴퓨터에 의해 이루어지는 전자적 의사표시의 주관적 구성요건으로 컴퓨터이용자의 포괄적인 효과의사가 있다. 다시 말하면 전자적 의사표시의 법적 구속력은 컴퓨터를 특별한 통제 없이 실행할 수 있는 자신의 의사의 자유로운 처분에 관한 기술적 수단으로 간주하는 사용자의 효과의사에 기인하는 경우를 말한다.⁹⁸⁾ 그러므로 표의자가 표시한 효과의사에 대한 표시효과와의 결합은 효력주의에 의하여 나타나게 된다. 이와 같이 표의자에 의하여 직접 교부된 구체적인 효력표시에 의하여 법률효과가 발생한다고 할지라도 효력표시로써 의사표시 작성은 기계적으로 표현된 사용자의 효과의사의 연장선에서 볼 수 있다. 그러므로 전자적 의사표시의 효과의사는 자연적 의사표시보다 포괄적인 형태와 내용으로 존재한다고 볼 수 있다.⁹⁹⁾ 따라서 컴퓨터사용자의 구체적인 효과의사가 결여되어 있더라도 컴퓨터 연산작용에 대한 인식만 있으면 법적 구속력을 부여할 수 있다.¹⁰⁰⁾

전자거래에서 이용되고 있는 컴퓨터가 단순히 인간의 보조수단에 그치는 것이 아니라 가상공간상에서 네트워크와 결합에 의하여 컴퓨터의 작업이 직접적으로 법률행위적 의사표시의 내용에 영향을 미친다. 즉, 인간의 의사표시의 성립과 내용을 세부적으로 결정하는 전제하에 표시주의의 강조, 표시와 귀속의 분리, 종래의 전통적인 법률행위와 다른 전자적 의사표시에 있어서 컴퓨터를 대리인처럼 이용하는 경우에는 컴퓨터는 인간의 대리인과 동일하게 취급하여 동일한 원칙이 적용되어야 하는지가 의문이 간다.¹⁰¹⁾ 그러므로 전자적 의사표시에 있어서도 어떤 용태가 의사표시로 되는지 그리고 경우에 따라 이러한 용태가 일정한 내용을 의미하는지에 대하여 문제가 생기는 경우에 법적 해석에 의하여 규율하여야 한다. 특히 컴퓨터를 이용하여 이루어지는 계약 중 '컴퓨터를 통한 거래'의 경우에는 기존의 기계장치를 이용하여 이루어지는 계약형태와 특별한 차이는 없다고 볼 수는 있을 것이나,¹⁰²⁾ 전자적 의사표시는 의사표시

96) 박윤직, 전계 「민법총칙」, p. 280 ; 김주수, 전계 「민법총칙」, p. 299 ; 김상용, 상계서, p. 335.

97) 김상용, 전계 「민법총칙」, p. 336 ; 이은영, 전계 「민법총칙」, p. 450 ; 송덕수, 전계 「민법주해[II]」, p. 141 ; 이영준, 전계 「민법총칙」, p. 102.

98) 정진명, 전계 “가상공간에 있어서 법률행위-전자적 의사표시를 중심으로-”, p. 263.

99) 오병철, 전계 「전자거래법」, p. 112.

100) 정진명, 전계 “가상공간에 있어서 법률행위-전자적 의사표시를 중심으로-”, p. 263.

101) Henry H. Peritt, Jr., *Law and the Information Superhighway*, John & Sons Inc., 1996, S. 385.

수령자의 외적인 표시구성요건에 관한 신뢰를 특별히 보호할 필요가 있어 데이터 처리의 내부 과정이나 그것을 이루고 있는 환경을 표시수령자로서는 파악할 수 없는 특징이 존재한다.

그리고 소프트웨어가 작동하는 내용을 컴퓨터운영자도 자연적인 방법으로 간단히 파악할 수 없다는 점이 전자적 의사표시의 특징이므로, 전자적 의사표시의 상대방이 그러한 과정을 인식할 수 있다는 점은 기대할 수 없을 것이다. 인터넷을 이용한 거래방법은 현재로써는 기존의 매매계약을 체결하기 위한 방법과 매매목적물의 이행방법이 전자화·자동화되어 있지만 그것은 여전히 매매계약이며, 신종의 법적 내용을 갖는 계약은 아니고 기존의 매매계약에 관한 법률이론 즉, 매매의 의의, 해약금, 담보책임 등이 적용되어야 한다. 이러한 점에서 민법 전반에 걸친 총체적이고 본질적인 차원의 수정은 요하지 않는다는 견해가 있다.¹⁰³⁾ 그러나 여기서 주의를 요하는 것은 전자적 의사표시는 자연적 의사표시와 의사전달방법 및 의사표현 등이 다르기 때문에 모든 법적 문제들을 자연적 의사표시와 동일하게 적용할 수 없는 점이 있다는 것을 간과하지 말아야 한다.¹⁰⁴⁾ 그러므로 이 논문의 민사책임을 논하기 위하여 사전에 자연적 의사표시론과 전자적 의사표시론의 차이점을 검토하는 이유가 있다.

(3) 電子的 意思表示의 特性



전자적 의사표시의 특징을 검토하기 위해서는 기존의 자연적 의사표시와 비교하여 어떠한 차이가 나는지에 대하여 대비하여 보는 것이 합리적이다.

첫째로, 기존의 자연적 의사표시는 인간이 의사를 완전히 구체적으로 결정하는데 반하여, 전자적 의사표시에 있어서는 인간은 포괄적인 의사를 가지고 이 포괄적 의사를 자동화장치인 컴퓨터에 전자적인 전환을 통하여 비로소 의사표시를 표시하게 된다. 그러므로 컴퓨터이용자의 포괄적 의사는 컴퓨터가 구체화한 의사가 어떠한 내용인가를 정확히 인식할 수 없고 단순한 예측만 하거나 컴퓨터의 표시를 보고 그 의사의 의미를 인식할 수 있을 뿐이다. 따라서 일반적인 자동판매기, 자동동전교환기, 팩시밀리에 의한 의사표시 등과 같이 기계이용자의 효과 의사가 확정적으로 결정된 이후에 표시수단으로 기계를 이용하거나 기계이용자가 완전히 자연적 의사표시를 하고 단지 전달수단으로 기계를 이용하는 경우에는 전자적 의사표시가 아니라 자연적 의사표시의 기계적 전달에 불과하다고 보아야 한다.¹⁰⁵⁾ 둘째로, 자연적 의사표시에 있

102) 오병철, 전계 「전자거래법」, pp. 180-181.

103) 공순진·김영철, “전자상거래의 민사법적 문제”, 「동의법정」 제15집, 동의대학교 법정연구소, 1999, p. 186.

104) 최명구, 전계 “전자의사표시의 법적 효력문제”, pp. 440-441.

105) 김상용, 전계 “자동화된 의사표시와 시스템계약”, p. 48 ; 지원림, 전계 “컴퓨터와 관련된

어서는 인간이 직접 표시행위를 하거나 인간이 표시도구를 이용하는 경우에도 표시행위를 하기 전에 이미 효과의사를 갖고 표시도구를 이용함으로써 어느 정도 표시기능을 하는 반면에, 전자적 의사표시에 있어서는 인간의 행위는 컴퓨터에 입력행위만으로 표시기능을 하지 못하고 컴퓨터가 표시를 할 뿐이다. 그러므로 전자적 의사표시에 있어서는 ‘표시 없는 행위’ 또는 ‘행위 없는 표시’라는 특수성이 존재한다. 셋째로, 자연적 의사표시에 있어서는 인간의 행위가 표시기능을 하여 인간의 표시행위 또는 표시도구의 표시에 의하여 의사표시가 성립하고, 인간의 의사형성과 표시 모두를 인간을 기준으로 판단하는데 반하여, 전자적 의사표시에 있어서는 인간의 입력행위가 직접적인 표시기능을 하는 것이 아니고 컴퓨터에로의 입력행위와 컴퓨터의 표시에 있어서 시간적 간격이 존재한다. 따라서 컴퓨터의 표시가 전자적 의사표시에서 중요한 요소로 인정할 지가 문제가 된다.¹⁰⁶⁾ 넷째로, 자연적 의사표시에 있어서는 일반적으로 당사자간에 교섭과정이 필요하고 대화자간 혹은 격지자간에 자연적인 방법을 택하여 표시수령자의 입장에서 표의자의 의사형성과 표시과정의 정황을 인식할 가능성이 존재하는 반면에, 전자적 의사표시에 있어서는 상대방의 영역은 통찰할 가능성이 없고, 컴퓨터상의 모니터나 프린터에 나타난 표시만으로 상대방의 영역을 파악할 수밖에 없으며, 아울러 컴퓨터이용자가 컴퓨터가 구체적으로 어떠한 내용의 의사표시를 하였는지도 인식하지 못하는 경우가 있기 때문에 상대방의 보호가 중요하다고 할 것이다.

다섯째로, 자연적 의사표시에 있어서는 자연적 수단을 통해서 이루어지므로 대부분 표시를 유지할 수 있는 인간의 오감작용에 의하여 인식되는 반면에, 전자적 의사표시에 있어서는 표시가 전자적인 방법으로 이루어지므로 표의자와 동일시되는 전자적인 방법을 통하여 유지될 수 있다. 여섯째로, 자연적 의사표시에 있어서는 일반적으로 일회 혹은 단발적인 거래에 의사표시의 기능을 하게 되는 반면에, 전자적 의사표시에 있어서는 대부분 반복적이고 다량적인 거래에 전자거래가 유용하다. 그러므로 자연적 의사표시보다 전자적 의사표시에 있어서는 거래안전, 상대방의 신뢰보호가 더 중요한 요소가 된다.¹⁰⁷⁾ 이와 같이 전자적 의사표시에 있어서는 자연적 의사표시와 대비되는 다른 여러 가지의 특징을 검토할 수 있다. 따라서 이하에서는 전자적 의사표시의 독자적인 특징에 대하여 학자들의 논의점을 검토하기로 한다. 전자적 의사표시는 컴퓨터의 연산작용에 의하여 인간의 의사를 구체화하여 전자거래에서 이용되는 전자적 의사표시는 기존의 거래방식의 다양성과 마찬가지로 매우 다양하게 나타나는데, 이러한 전자적 의사표시는 비대면적인 컴퓨터네트워크를 통하여 이루어지므로 자연적 의사표시와 다른 특

민사법적 문제: 컴퓨터법의 정립을 위한 시론”, p. 148.

106) 오병철, 전제 「전자거래법」, p. 158.

107) 지원립, 전제 “컴퓨터와 관련된 민사법적 문제: 컴퓨터법의 정립을 위한 시론”, p. 1483 ; 오병철, 상제 「전자거래법」, p. 159.

징을 가지고 있다.¹⁰⁸⁾

첫째, 의사표시의 정형화의 특질로, 전자적 의사표시는 언어와 문자 등 전통적인 표시수단과는 달리 극도로 단순화된 숫자·부호로 정형화되므로 완전히 객관화된 상태로 표시된다. 즉 단순한 기계언어로 전환되는 것과 컴퓨터시스템에 동일한 사항의 데이터가 있는 한 동시 또는 같은 내용으로 기계적으로 일관되게 반응하고 기계적인 경직성이 있다. 이와 같이 의사표시가 정형화되면 기존의 사적 자치의 원칙에 의한 내심의 의사 존중보다는 객관화된 표시가 우선할 가능성이 높아 사적 자치의 원칙에 대한 수정의 필요성이 대두된다.¹⁰⁹⁾ 둘째, 의사표시의 포괄적 형성의 특질로, 전자적 의사표시에 있어서 자연적 의사표시의 행위위사, 표시위사와 효과의 사라고 할 만한 것은 완성된 표시의 내용이 아니라 이미 내용을 규정하는 모든 요소를 포함한 상태로 사전에 결정되어 컴퓨터에 저장되어 있는 특질이 있다. 이러한 특질의 전자적 의사표시는 구체적인 의사표시의 성립에 대한 인식이 없이 세부사항을 결정할 수 있는 결정기준만 제시한다. 이런 경우에 컴퓨터 연산작용에 의하여 자동적으로 표시가 생성되어 그 표시가 상대방에게 전달되므로 과연 전자적 의사표시를 인간의 정상적인 의사표시로 볼 수 있는지가 문제가 된다.¹¹⁰⁾ 셋째, 컴퓨터의사의 구체화의 특질로, 전자적 의사표시에 있어서는 컴퓨터이용자는 포괄적이고 개략적인 의사를 가질 뿐이고, 그러한 포괄적인 의사는 전적으로 전환되어 프로그램과 작업명령으로 컴퓨터에 입력될 뿐이며, 컴퓨터는 컴퓨터이용자의 의사인 프로그램, 데이터, 작업명령을 처리하여 구체적인 의사로 발전시킨다. 넷째, 행위와 표시의 분리로서의 특질로, 전자적 의사표시의 특질 중 표시영역에 관한 것은 인간의 행위와 표시가 분리되어 일어나는 점이다. 이러한 현상은 인간과 컴퓨터의 분업화에 따라 인간은 컴퓨터를 이용하기 위한 입력행위를 할 뿐이고, 그 이후의 표시과정은 전적으로 컴퓨터가 하게 된다. 그러므로 의사표시에 장애가 발생하게 되면 자연적 의사표시에 비하여 장애에 대한 책임을 누구에게 귀속시킬 것인가의 어려운 점이 있게 된다.

이와 같은 전자적 의사표시에 있어서의 특징에 대한 자동화된 의사표시론과 전자적 의사표시론의 견해를 상호 비교하여 보면, 자동화된 의사표시론에서 주장하는 측에서는, 전자적 의사표시론에 의하여 전자적 의사표시의 법적 평가는 결국 어떠한 이론구성으로 그 표시를 컴퓨터 배후에 있는 컴퓨터이용자에게 귀속시킬 수 있는가 하는 이론구성문제로 귀결된다는 점에서 그리고 컴퓨터가 기존의 표시도구와는 다른 이용자가 입력한 프로그램이나 데이터를 기초로 하여 의사표시의 내용을 판단하고 구체화한다는 전자적 의사표시의 특수성에 따라서 기존의

108) Rudolf. Clemens, "Die elektronische Willenserklärung - Chancen und Gefahren", NJW, Heft 34, 1985, S. 1999.

109) 김용직·지대운, 전게 "정보사회에 대비한 민사법 연구 서론", p. 100.

110) 최명구, 전게 "전자적의사표시의 법적 효력문제", p. 441.

표시도구와 완전히 동일하지는 않다는 점은 전자적 의사표시론과 같은 견해를 취하나, 전자적 의사표시의 성립과정에 있어서의 차이에 불과한 것으로 평가하여, 전자적 의사표시를 새로운 법률사실로 인정할 필요는 없으며 전자적 의사표시도 기존의 의사표시라는 법률사실에 포함된다고 한다.¹¹¹⁾

그러나 전자적 의사표시론에서 주장하는 견해에 따르면, 전자적 의사표시에 의해서 이루어지는 계약을 의사표시가 아닌 다른 법률사실에 의한 법률행위로 인정할 여지는 없으며, 따라서 컴퓨터의 등장으로 의사표시를 법률행위의 필수불가결한 요소로 한다는 이론은 수정될 필요가 없다고 한다.¹¹²⁾ 이는 현실적으로 전자적 의사표시를 어떻게 적절히 규율할 것인가의 문제가 더 중요하기 때문이다. 그리고 전자적 의사표시를 컴퓨터이용자에게 귀속시키는 근거는 무엇보다도 전자적 의사표시는 결국 인간의 의사, 즉 컴퓨터이용자의 포괄적인 의사에 귀속된다는 점에 있다. 컴퓨터이용자가 전자적 의사표시의 내용을 구체적으로 결정한 것은 아닐지라도 자신의 법률관계형성을 위해서 전자적 의사표시를 이용하고, 그러한 전자적 의사표시가 성립될 수 있도록 대강의 조건을 설정하는 의사로 전자적 의사표시로 환원되며, 컴퓨터는 인간의 프로그램이나 데이터 입력 없이는 어떠한 작동도 불가능하므로, 결국 컴퓨터이용자는 자신의 법률관계를 형성하는 컴퓨터의 표시를 의욕하는 포괄적 효과의사를 갖고 있으며, 그에 따라 법률행위적 효력에 구속된다고 볼 수 있다. 만일, 기존의 의사표시론으로 전자적 의사표시를 규율하는 것이 불가능하다고 하면은, 전자적 의사표시에 입법론이나 해석론이 제시되어야 할 것이다.

(4) 電子的 意思表示의 本質

자연적 의사표시에 있어서 의사표시의 의의 내지 본질과 법률행위와의 관계에서 중요한 문제가 된다. 의사표시는 기본적으로 의사(효과 의사·표시 의사·행위 의사)와 표시라는 요소로 되어 있는 것으로 종래에는 이해되어 왔다. 여기서 문제가 되는 것은 의사표시에 있어서의 의사적 요소가 존재하지 않거나 의사적 요소가 존재한다고 하더라도 어떤 하자가 있는 경우에 그 표시의 효력은 어떻게 되는가를 둘러싸고 주로 논의가 되었다. 즉 의사표시는 일정한 법률효과를 의욕하는 의사의 표시가 문제가 되는데, 이러한 의사와 표시는 서로 어떠한 관계에 있는가에 대하여 의사주의이론·표시주의이론·효력주의이론이 대립되어 있다. 의사표시가 정상적인 경우에는 의사와 표시의 관계는 별로 문제가 되지 않지만, 의사표시가 비정상적인 때, 즉

111) 지원림, “자동화된 의사표시”, 「저스티스」 제31권 제3호, 한국법학원, 1998. 9, p. 48.

112) 오병철, 전계 “전자적 의사표시에 관한 연구”, p. 62.

의사와 표시가 일치하지 않을 때에 이 표시에 대하여 어떠한 효력을 부여하는가가 문제가 된다.¹¹³⁾

의사주의이론은 의사표시의 본체를 표의자의 의사에 두고 있으므로 표시행위가 존재하고 있더라도 그것에 상응하는 효과의사가 존재하지 않은 경우에는 그 의사표시는 모두 무효 또는 불성립으로 다루어야 한다는 것이다. 표시주의이론은 표시행위에 대응하는 효과의사가 존재하지 않는 경우에도 표시행위로부터 추단되는 효과의사가 마치 존재하는 것처럼 의제하여 표시행위대로 법률효과를 발생케 하려는 이론이다. 효력주의이론은 법률효과를 객관적으로 표의자에게 귀속시킬 수 있게 하는 표의자의 모든 행위가 의사표시라고 하는 이론이다. 이와 같이 자연적 의사표시에 있어서는 법률행위의 효력근거에 있어서 자기결정적 효력근거로서의 당사자의 의사와 자기책임적 효력근거로서의 표시에 의한 신뢰보호, 즉 과책의 문제로 구분하여 법률행위의 효력을 2원적으로 구성하여 의사주의와 표시주의가 조화될 수 있도록 하여야 한다. 그리고 거래당사자의 의사표시는 명시적 내지 묵시적으로 이루어지게 되고, 표시에 의한 신뢰보호라는 문제에 있어서도 중요한 것은 표시문언 뿐만 아니라 의사표시의 성립과정에 있어서의 제반사정을 고려하여 판단하여야 한다. 의사표시의 상대방이 표의자의 표시에 따른 신뢰를 보호할만한 가치가 있는가는 대체로 표시수령자의 선의·무과실의 요건을 갖추어야 한다.¹¹⁴⁾ 전자적 의사표시에서의 본질론은 표시주의적 입장에서 파악하는 것이 보다 합리적이고 상대방의 신뢰가 보호된다. 그러한 근거는 다음과 같다.¹¹⁵⁾

첫째, 전자적 의사표시에 있어서 컴퓨터이용자의 구체적인 의사를 의제하지 않고는 이를 인정하기가 어렵기 때문이다. 이는 구체적인 세부사항은 컴퓨터이용자 조차 인식하지 못하는 경우가 대부분이고, 하자있는 의사표시에 있어서 표의자도 인식하지 못하는 구체적 세부사항에 관한 포괄적 의사와 표시와의 불일치를 상대방이 인식할 수 있을 것이라고 기대하는 것은 불합리하기 때문이다. 둘째, 일정한 의사를 표시하려고 하는 자는 반드시 일정한 표시수단을 선택하지 않으면 안된다는 점에서 일종의 문언방식주의라고 해야 한다. 셋째, 의사표시의 자체의 외형이 극도로 단순한 문자·숫자·기호로 변환되어 무형적으로 존재하게 되고,¹¹⁶⁾ 개별당사자간의 의사표시에 부가적으로 존재할 수 있는 부수적인 제반사항은 불필요한 것으로 된다. 넷째, 전자적 의사표시에 있어서 상대방의 인적 특성은 철저히 무시되어 구체적 거래상대방이

113) 이영준, 전계 「민법총칙」, p. 113.

114) 지원림, 전계 “법률행위의 효력근거”, p. 33 : 법률행위적 효력근거에 있어서 자기결정적 효력근거로서의 당사자의 의사와 자기책임적 효력근거로서의 표시에 의한 신뢰보호에 있어서는 명백히 자연적 의사표시와 전자적 의사표시에 차이가 존재한다.

115) 김용직·지대운, 전계 “정보사회에 대비한 민사법 연구 서론”, pp. 110-111. ; 오병철, 전계 「전자거래법」, pp. 198-199.

116) 정진명, 전계 “전자의사표시의 법적 효력문제”, p. 264.

아니라 추상적 행위대상으로 형식화되며, 나아가 전자적 의사표시에 있어서 상대방의 인적 특성을 확인할 방법이 극히 제한되어 있다는 점에서 대화자 거래보다 신뢰보호가 더욱 중요하기 때문이다.¹¹⁷⁾ 다섯째, 전자적 의사표시의 경우에 의사표시 수령자의 외적표시에 관한 성실한 신뢰를 특별히 보호할 필요가 있으며, 또한 그 외형이 무형적인 코드(code)라는 전기적 신호로 구성되어 있다는 특징으로 인하여 상대방의 주관적 요소를 판단하기 어려운 구조를 갖는데 있다. 여섯째, 전자적 의사표시에 있어서는 대부분 반복적이고 대량거래가 이루어지는 상거래영역에서 행하여지므로 자연적 의사표시보다 거래의 안전, 상대방의 신뢰보호가 중시되어야 하기 때문이다.

이와 같이 전자적 의사표시는 자연적 의사표시와 달리 여러 가지 특징이 존재하므로, 의사주의이론보다는 표시주의이론이 전자적 의사표시에 있어서 표의자 보호보다는 거래상대방을 두텁게 보호할 수 있을 뿐만 아니라 의사표시가 표시된 경우에 표시에 대한 신뢰보호가 중요하기 때문에 표시주의이론이 타당하다고 할 수 있다.

3. 非正常的인 意思表示의 特殊性

(1) 非正常的인 意思表示의 意義



의사표시는 동기·효과의사·표의의사·표시행위가 서로 일치하는 것이 보통이다. 이러한 것이 서로 일치하는 의사표시를 정상적 의사표시(mangelfreie willenserklärung)라고 하며, 이에 대하여 예외적으로 동기·효과의사·표의의사·표시행위가 상호 일치하지 않는 의사표시를 비정상적 의사표시(mangelhafte willenserklärung)라고 한다.¹¹⁸⁾ 이와 같은 비정상적 의사표시는 다음과 같은 유형이 존재한다. 첫째, 표의자가 그릇된 동기에 입각하고 있으므로 의사형성 과정에 흠이 있는 경우이다(우리 민법상 동기의 착오문제를 말한다). 둘째, 표시행위가 의사와 일치하지 아니하므로 표시행위에 흠이 있는 것으로 그 불일치를 표의자가 알지 못한 경우이다(우리 민법상 착오에 의한 의사표시를 말한다). 셋째, 표의자가 효과의사 없이 표시행위를 하는 것으로 표의자가 효과의사 없는 표시행위임을 알고 있는 경우이다. 이 경우에는 표의자는 흠 없이 표시행위를 하지만 표시된 대로 효력이 발생하는 것을 의욕하지 않는 것이다(우리 민법상 비진의표시이며, 상대방과 통정하여 하는 비진의표시를 허위표시라고 한다). 넷째, 효과의사와 이에 부응하는 표시행위가 있으나 효과의사가 사기 또는 강박에 의하여 자유롭지 못하

117) 오병철, 전거 「전자거래법」, p. 199.

118) 이영준, 전거 「민법총칙」, p. 326.

게 결정되는 경우이다(우리 민법상 사기·강박에 의한 의사표시를 말한다). 이와 같이 의사와 표시가 일치하지 않는 의사표시와 하자 있는 의사표시를 합쳐서 비정상적 의사표시라고 한다.¹¹⁹⁾ 이하에서는 의사와 표시가 일치하지 않는 의사표시인 진의 아닌 의사표시, 허위표시, 착오와 하자 있는 의사표시인 사기·강박에 의한 의사표시에 대하여 검토하기로 한다.

(2) 非眞意表示

표의자가 진의 아님을 알고 한 의사표시, 즉 표시행위가 표의자의 진의와 다른 의미로 이해된다는 것을 표의자 스스로 알면서 하는 의사표시를 비진의표시(진의 아닌 의사표시, 단독 허위표시) 또는 심리유보라고 한다. 이것은 표의자가 의사표시를 하면서 표시된 대로 효력을 갖지 아니 할 것을 혼자서 유보하는 경우에 성립한다. 우리 민법은 비진의표시를 유효로 하고, 다만 상대방이 표의자의 진의 아님을 알았거나 알 수 있었을 경우에는 이를 무효로 하고 있다(민법 제107조). 이와 같은 비진의표시의 민법규정이 전자적 의사표시에 있어서도 그대로 적용되어야 하는지가 문제가 된다. 전자적 의사표시에 있어서는 컴퓨터에 의해 자동화되어 이루어진다는 점에서 특수한 문제가 발생한다. 전자적 의사표시에 있어서는 컴퓨터 이용자가 의식적으로 자신의 포괄적 효과의사와는 다른 전자적 의사를 선택하여 입력행위를 함으로써 그 입력행위를 한대로 컴퓨터가 효과의사와 다른 표시를 한 경우로 표의자의 심리적 의사와 입력되는 프로그램 등으로 전자적 의사간에 불일치가 있음을 표의자가 스스로 인식하는 경우이다.¹²⁰⁾ 이러한 전자적 의사표시의 비진의표시는 우리 민법 제107조를 적용할 경우에 원칙적으로 표시하는 대로 효력이 발생하여 유효하고, 상대방이 전자적 의사표시가 표의자의 진의 아님을 알았거나 알 수 있었을 경우에는 무효로 보게 된다. 우리 민법 제107조를 전자적 의사표시에 적용하여 스스로 자신의 포괄적인 심리적 형성의 효과의사와 불일치하는 입력에 따라 발생하는 정보처리시스템에의 표시는 표의자에게 귀속시켜야 한다. 또한 심리적 의사와 입력행위에 포함되어 있는 전자적 의사와 동일한 가치가 존재하지 않는 것을 알고 있는 상대방에 대해서는 전통적인 의사표시에 있어서 비진의표시의 상대방과 동일하게 다루어야 한다. 따라서 상대방이 입력행위 불일치를 알고 있었던 경우에는 정보처리시스템에 의한 표시는 그 상대방에게 효력을 발생하지 않는다고 보아야 한다.

그러나 우리 민법 제107조 1항 단서와 같이 상대방이 '알 수 있었을 경우'에 전자적 의사

119) 이영준, 전계 「민법총칙」, p. 328. 이에 반하여 이 경우에 두 경우를 분리하여 검토하는 견해가 있다(곽윤직, 「민법총칙」, 박영사, 2002, pp. 330-331).

120) 김상용, 전계 「민법총칙」, p. 458 ; 오병철, 전계 「전자거래법」, p. 216.

표시를 무효로 해서 상대방을 보호하지 않는 것이 합리적인지가 의문이 된다. 전자적 의사표시에서는 자연적 의사표시보다 상대방의 신뢰보호가 더욱 요청되므로 민법 제107조 제1항 단서의 규정인 ‘알 수 있었을 경우에 무효로 한다’는 규정은 적용이 없다고 보아야 한다.¹²¹⁾ 그러므로 전자적 의사표시에 있어서는 상대방이 ‘진의 아님을 알았을 경우’에만 무효로 하는 것이 타당하다.¹²²⁾ 그러나 전자적 의사표시에 있어서 상대방이 악의인 경우에만 무효로 하는 해석론으로는 표의자와 의사표시 수령자가 물리적으로 분리되어 있어서 실제로 이 규정이 적용될 여지는 없으므로 불필요하다고 하는 반론이 있기도 하다.¹²³⁾

(3) 通情虛偽表示

상대방과 통정(通謀)하여서 하는 진의 아닌 허위표시의 의사표시를 허위표시 혹은 통정허위표시라 한다. 즉, 표의자가 진의 아니라는 것을 알면서 의사표시를 하는데 대하여 상대방과의 사이에 합의가 있는 경우이다.¹²⁴⁾ 비진의표시가 단독허위표시인데 반하여 허위표시는 상대방과 통하고 있는데서 통정허위표시라고 부른다. 그리고 허위표시를 요소로 하는 법률행위를 가리켜 가장행위라고 한다. 이러한 허위표시에 대하여 민법은 상대방과 통정한 의사표시는 무효로 하고 있다. 전자적 의사표시에서 정보처리시스템간에 자동화된 통정은 예측하기 어려우므로 통정은 당사자 사이에서 자연적인 방법으로 행해지게 되는 것이 일반적이고 컴퓨터와 컴퓨터 사이에서는 통정이란 있을 수 없으므로, 민법 제108조 제1항은 전자적 의사표시에서도 그대로 적용된다고 하는 견해가 있으나,¹²⁵⁾ 전자적 의사표시의 특성상 현실적으로 이러한 유형의 전자적 의사표시는 발생할 가능성이 거의 없으며,¹²⁶⁾ 컴퓨터가 입력행위에 반영된 인간의 포괄적 의사를 구체화하기 때문에 컴퓨터가 하는 표시를 컴퓨터이용자는 구체적·세부적으로 인식할 수 없고 표시과정만을 단순히 예상하기 때문이다.¹²⁷⁾ 자동정보처리시스템간의 통정

121) 오병철, 전계 “전자적 의사표시에 관한 연구”, pp. 137-138 ; 한웅길, 전계 “전자거래와 계약법”, p. 18.

122) 다만, 자연적 의사표시에 있어서도 통설에 따르면 회인표시도 비진의표시의 일종으로 포함시켜 상대방의 고의 또는 과실이 없는 한 유효한 것으로 인정할 필요가 있다. 우리 민법에는 별도의 규정이 없이 비진의표시에 포함시키는, 독일민법 제118조의 회인표시의 경우를 생각할 수 있다. 이 경우에 독일의 학설은 독일민법 제118조에 따라 무효이며, 또한 독일민법 제122조 1항에 따른 손해배상의무를 부담해야 한다고 한다(곽윤직대표/송덕수, 「민법주해[II]」, 박영사, 1992, p. 332).

123) 지원림, 전계 “자동화된 의사표시”, p. 55.

124) 대판 1973. 1. 30, 73 다 1703 ; 대판 1972. 12. 26, 72 다 1776.

125) 지원림, 상계 “자동화된 의사표시”, p. 55 ; 오병철, 전계 “전자적 의사표시에 관한 연구”, p. 137.

126) 송오식, “전자거래와 소비자보호”, 「민사법학」 제17호, 한국민사법학회, 1994, p. 174.

이란 있을 수 없는 현대의 과학기술에 의하면, 전자적 의사표시에 있어서 통정행위에 의한 의사표시는 민법 제108조 제1항의 적용을 배제하여야 한다.

(4) 錯誤에 의한 意思表示

1) 意義

착오에 의한 의사표시란 표시로부터 추단되는 의사(표시상의 효과의사)와 진의(내심적 효과의사)가 일치하지 않는 의사표시로서 그 불일치를 표의자 자신이 알지 못한 경우를 말한다. 의사표시에 착오가 법률행위 중요부분에 착오가 있는 경우에는 표의자가 이를 취소할 수 있도록 하고 있다(민법 제109조). 이것은 의사와 표시가 일치하지 않는 경우 표의자가 자기의사에 반하여 이러한 표시에 구속되어서는 아니 된다는 사적 자치의 원칙으로부터 연원하는 것이다.¹²⁸⁾ 의사표시는 법률행위의 내용의 중요부분에 착오가 있는 때에는 취소할 수 있다. 그러나 그 착오가 표의자의 중대한 과실로 인한 때에는 취소하지 못한다(민법 제109조 제1항 단서). 이러한 민법상의 규정이 전자적 의사표시의 착오에 있어서도 그대로 적용될 수 있는지에 대하여 의문이 된다. 전자적 의사표시에서 착오는 컴퓨터이용자의 포괄적으로 형성된 의사를 전자적 의사표시의 효과의사로 인정하여 컴퓨터이용자가 포괄적으로 형성한 효과의사와 컴퓨터의 표시와의 인식 없는 불일치가 전자적 의사표시에 있어서의 착오개념이다.

따라서 컴퓨터를 이용한 거래가 이루어지는 진행과정에서 하자 있는 컴퓨터 표시의 법적효과를 어떻게 다루어야 하는가의 착오의 중요한 문제가 된다. 전자적 의사표시는 인간이 포괄적 의사를 형성하고 프로그램, 데이터, 작업명령 등의 전자적 의사를 형성하여 그 전자적 형태의 의사를 컴퓨터에 입력하면 컴퓨터는 포괄적인 의사를 구체화하여 표시하게 된다. 그러므로 하자가 발생하는 진행과정은 의사형성단계의 하자, 전자적 의사로의 전환의 하자, 입력행위의 하자, 의사구체화과정의 하자, 표시과정의 하자, 전달의 하자로 구분하여 구체적으로 검토하기로 한다.¹²⁹⁾

127) 오병철, 전제 「전자적 의사표시에 관한 연구」, p. 138 ; 오병철, 전제 「전자거래법」, p. 218.

128) 이영준, 전제 「민법총칙」, p. 411 ; 김상용, 전제 「민법총칙」, p. 447.

129) 전자적 의사표시의 하자에 대하여 하자가 발생하는 대상을 기준으로 분류하면, 입력된 자료에 의한 하자, 프로그램 자체에 하자가 있는 경우, 기계나 설비이용에 잘못이 있는 경우로 분류하는 견해가 있다(지원림, 전제 “자동화된 의사표시”, p. 56 ; 김용직·지대운, 전제 “정보화사회에 대비한 민사법 연구”, p. 123 ; 한웅길, 전제 “전자상거래와 계약법”, p. 20). 이와는 달리 착오 유형을 분류하는 경우가 있다(송덕수, “민법상의 착오에 관한 연구”, 서울대학교 박사학위논문, 1989. p. 5. ; 김상용, 전제서, p. 479).

2) 錯誤의 類型

(가) 意思形成段階의 瑕疵

자동정보처리시스템의 이용자가 포괄적 의사형성을 하는 단계에서 발생하는 하자는 자연적 의사표시의 동기의 착오와 내용의 착오가 포함되는 것으로 이해하여야 한다.¹³⁰⁾ 따라서 정보처리시스템의 이용자가 컴퓨터를 이용한 계약을 체결하기 위해서 심리적 형태의 의사를 형성하는 것은 기존의 의사표시의 착오와 동일한 유형으로 볼 수 있으므로, 전자거래에서 착오의 문제가 되는 것은 정보처리시스템 이용자의 내심의 심리적 의사형성이후의 단계로 보아야 한다.

(나) 電子的 意思로의 轉換의 瑕疵

전자적 의사로의 전환의 하자란 입력조작에 하자가 있는 것이 아니라 이미 입력된 데이터의 의미에 대한 착오가 있는 경우를 말한다. 우리나라의 학설은 컴퓨터에 하자 있는 자료의 입력을 한 경우에는 독일의 다수학설과 같이 동기의 착오로 보아 취소할 수 있다는 견해,¹³¹⁾ 혹은 자동정보처리시스템의 운영자는 외관책임의 법리에 따라 상대방에게 책임을 지도록 함이 타당하다는 견해,¹³²⁾ 그와는 달리 통상의 표시상의 착오로 다루어 취소가능성을 민법 제109조의 규정에 따라 '법률행위의 내용의 중요부분에 착오'가 있는가에 따라서 취소여부를 결정할 수 있다고 하는 견해, 자동정보처리시스템을 통한 거래의 경우에는 신속한 거래가 요구되고, 상대방으로서도 이를 개별적으로 다룰 것이 예상되어 잘못 입력되는지의 여부를 신중하게 검토할 주의의무가 있으므로, 이를 현저하게 해태 하게되면 표의자의 중과실을 인정하여 취소권을 배제하자는 견해¹³³⁾가 있다.

그러나 컴퓨터에 이미 사전에 준비되어 입력된 데이터는 표의자에게 구체적으로 귀속시킬 수 있는 의사를 형성하는 장치의 구성부분이라고 할 수 있으므로, 입력된 데이터에 의하여 컴퓨터 이용자에게 불측의 손해를 줄 수 있는 우려가 있을 뿐만 아니라 컴퓨터 이용자의 신뢰를 보호하기 위해서 이미 입력된 데이터의 하자 또는 착오를 이유로 해서 표의자가 그 결과로 발생한 표시는 착오를 이유로 취소할 수 없도록 하여야 한다.¹³⁴⁾

130) 한삼인·김상명, 전제 “전자상거래의 법리에 관한 연구”, p. 726.

131) Sven-Erik Heun, “Die elektronische Willenserklärung”, CR, Heft 10, 1994, S. 135.

132) 김상용, 전제 “자동화된 의사표시와 시스템계약”, p. 51.

133) 박영규, 전제 “현대사회와 법률행위론”, p. 213 ; 김용직·지대운, 전제 “정보화사회에 대비한 민사법 연구”, p. 123.

134) 오병철, 전제 「전자거래법」, pp. 226-227. : 한편, 데이터 이외의 프로그램의 선택에 있어서도 데이터와 달리 다루어야 할 이유가 없으므로 컴퓨터이용자가 자신의 심리적 의사형성과 일치하지 않는 프로그램을 선택하여 발생하는 표시와의 불일치도 동일하게 취급하여 표의자의 취소권을 배제하자는 견해가 있다.

(다) 入力行爲의 瑕疵

컴퓨터를 이용하여 계약을 체결하기 위해서는 인간이 컴퓨터에 필요한 프로그램, 데이터 등을 입력해야 한다. 컴퓨터 통신망에 일정한 자판을 침으로써 곧바로 운영자의 컴퓨터에 입력되는 때를 중심으로 고찰하면, 입력행위가 준비행위로 되지 않고 표시기능을 하는 표시행위가 되겠지만, 자동화된 전자거래에 있어서는 준비행위가 될 것이며, 그러므로 곧바로 표시상의 착오로 다루는 것은 적절하지 않다. 다만, 입력행위의 하자를 표시상의 착오로 다루려는 견해가 있음을 지적한다.¹³⁵⁾ 따라서 입력행위자체가 전혀 표시기능을 하지 않는다는 점에서 오기·오타와는 구분되어야 할 것이며, 입력행위는 법적 거래에서 이용될 수 있을 정도로 컴퓨터이용자의 포괄적 효과의사를 구체화시키기 위한 전단계의 준비행위라는 점에서 동기의 착오로 다루어져야 한다.

(라) 意思具體化過程의 瑕疵

전자거래에 있어서 심리적 의사의 전자적 형태인 소프트웨어프로그램의 하자는 컴퓨터이용자와 프로그래머 사이의 불일치, 코드변환오류, 프로그램 작성에 있어서 컴퓨터언어의 하자 등 다양한 원인에 기인하여 빈번하게 발생된다. 프로그램의 결합으로 표의자의 진의에 부합하지 아니한 표시가 된 경우에도 표시상의 착오로 인정하고 있으나,¹³⁶⁾ 다만 프로그램자체에 하자가 있는지를 확인하는 것이 쉽지 않기 때문에 특단의 다른 사정이 없는 한 표의자에게 프로그램에 흠이 있는지 여부를 조사해 보고 거래에 이용하여야 할 의무를 인정할 수 없다고 하여 취소권을 인정하는 견해¹³⁷⁾와 동기의 착오로 다루는 견해¹³⁸⁾가 대립되고 있다. 사견으로는, 프로그램자체에 결합이 있는 경우는 컴퓨터이용자의 의사를 구체화시키는데 있어서 컴퓨터를 이용하는 과정에서 발생하는 하자이므로, 동기의 착오로 다루는 것이 타당하다고 생각한다.¹³⁹⁾

전자적 의사표시에 있어서 하드웨어의 하자는 소프트웨어의 하자와 마찬가지로 동일한 근거에서 동기의 착오 또는 동기의 착오에 포함시킬 수 있는 계산의 착오로 인정하는 독일의 견해가 있다.¹⁴⁰⁾ 또한 하드웨어의 결합에 의한 하자 있는 전자적 의사표시는 내용의 착오로 보아 표의자는 상대방에게 일정한 책임분배에 따라 발생한 신뢰이익을 배상할 책임이 있다는 견

135) 김상용, 전계 “자동화된 의사표시와 시스템계약”, p. 52 ; 지원림, 전계 “컴퓨터와 관련된 민사법적 문제: 컴퓨터법의 정립을 위한 시론”, p. 228.

136) 김학동, 전계 “자동정보처리장비에 의한 의사표시에의 법적 문제”, pp. 118-119 ; 지원림, 전계 “컴퓨터와 관련된 민사법적 문제: 컴퓨터법의 정립을 위한 시론”, p. 57.

137) 지원림, 전계 “자동화된 의사표시”, p. 57 ; 지원림, “컴퓨터와 관련된 민사법적 문제-컴퓨터법의 정립을 위한 시론-”, 「성곡논총」 제26집 상권, 1995, p. 21.

138) 박영규, 전계 “현대사회와 법률행위론”, p. 213 ; 이영준, 전계 「민법총칙」, p. 125 ; 김상용, 전계 “자동화된 의사표시와 시스템계약”, p. 52.

139) 다른 견해: 지원림, 전계 “자동화된 의사표시”, p. 57.

140) Sven-Erik Heun, *aaO.*, S. 596.

해가 있다.¹⁴¹⁾ 사견으로는, 하드웨어의 하자는 소프트웨어자체에 결함이 있는 것과 마찬가지로 컴퓨터이용자의 의사를 구체화시키는데 컴퓨터를 이용하는 과정에서 발생하는 하자이므로 의사표시 동기의 착오로 다루어야 한다.¹⁴²⁾

일반적으로 자연적 의사표시는 계산에 있어서 착오가 있는 경우를 계산의 착오라고 한다. 그것은 계산의 기초로 된 사정, 즉 원재료·인건비·광고비·양·크기·무게·단가와 같은 계산인자를 빠뜨리거나 잘못 결정하는 경우뿐만 아니라 이 인자들을 잘못 더하는 것과 같이 제시금액 자체에 있어서 착오하는 경우에도 포함된다.¹⁴³⁾ 전자적 의사표시에서의 계산의 착오는 하드웨어나 소프트웨어의 하자로 인하여 발생하는 경우와 입력조작의 착오로 인하여 계산인자가 잘못 입력된 경우, 데이터의 하자로 인하여 계산의 하자가 발생하는 경우가 있다. 계산의 착오는 대부분 그 원인이 되는 하자에 포함되고 다른 하자유형에 따라서 해결이 가능하므로 독자적인 지위는 없다. 전자적 의사표시에 있어서 계산의 착오의 모든 경우를 착오의 관점에서만 판단한다면 그것은 언제나 동기의 착오로 다룰 수 있다고 본다.

(마) 表示過程의 錯誤

일반적으로 표시행위의 착오는 표의자가 올바른 표시부호를 표명하였으나 표명함에 있어서 그에게 착오가 있는 경우이다. 표시행위의 착오는 표시의 착오 또는 표명의 착오라고도 한다. 이러한 착오에 있어서 표시행위의 착오의 존재여부는 의사표시의 외적인 방식과 의사와의 비교에 의하여 결정된다.¹⁴⁴⁾ 전자적 의사표시 과정의 하자가 문제가 되는 것은 하드웨어 중 프린터, 플로터 등의 출력장치에 결함이 있어 기술적 실수가 나타나면 표시착오가 발생하게 된다. 이러한 표시착오는 전자적 의사표시에 있어서는 내용의 착오보다 큰 의미가 있다. 표시과정에서의 하자는 대부분 인쇄과정으로 프린터를 사용하면서 표시의 인쇄에 있어서 하자가 비교적 빈번하게 발생하게 된다. 따라서 표시내용의 인쇄나 전달에 있어서 하자가 있으면 표시착오를 유추적용하여 취소할 수 있다고 하는 견해가 있다.¹⁴⁵⁾ 그러므로 이러한 컴퓨터 표시과정의 하자는 자연적 의사표시의 오타나 오기와 다르게 취급할 이유가 없으므로 표시상의 착오로 다루어져야 할 것이다.¹⁴⁶⁾

(바) 傳達過程의 錯誤

일반적으로 전달의 착오는 격지자 사이의 의사표시에 있어서 중개자가 표의자의 의사와 다

141) Reimer Schmidt, *aa.O.*, S. 22.

142) 오병철, 전계 「전자거래법」, pp. 230-231.

143) 광윤직대표/송덕수, 「민법주해[II]」, 박영사, 1992, p. 481.

144) 상계서, p. 438.

145) Volker Viebcke, “Durch Datenverarbeitungsanlagen abgegebene”, Willenserklärungenundihre Anfechtung, Marburg Univ., Dissertation, 1986, S. 106.

146) 한삼인·김상명, 전계 “전자상거래의 법리에 관한 연구”, p. 730.

른 표시를 상대방에게 전달한 경우이다. 전달의 착오는 행위내용의 착오인가에 대하여 전달의 착오(표시기관의 착오)의 경우는 표시행위의 착오로 다루어야 한다는 견해¹⁴⁷⁾와 민법 제109조를 유추하여야 한다는 견해¹⁴⁸⁾가 있다. 여기서의 중개자는 사자뿐만 아니라 우체국·전신전화국과 같은 공공시설도 포함된다. 전자적 의사표시에 있어서의 전달의 하자는 소프트웨어와 하드웨어에 의해 정상적으로 작동하는 컴퓨터에 정확한 정보가 입력되고, 그 데이터를 기초로 하여 전자적 의사표시를 하였으나 표의자와 상대방의 컴퓨터를 연결하는 통신망의 하자에 의해 정확한 전달이 이루어지지 않은 경우를 말한다. 전달의 하자로 인하여 표의자의 컴퓨터의 표시와 다른 표시가 상대방 컴퓨터에 전달되거나 혹은 중간에서 소멸된 경우는 입력행위와 표시간의 불일치는 아니므로 진정한 의미에서는 전자적 의사표시의 착오라고 할 수 없고, 다만 전달위험의 문제로 볼 수 있다. 전달위험에 대해 학설은 표시의 착오에 포함하여 규율하거나 혹은 표시착오를 유추하는 태도를 취하고 있으므로, 전자적 의사표시의 전달위험도 착오를 유추하여야 한다.

(5) 詐欺·強迫에 의한 意思表示

1) 相對方의 詐欺·強迫

전자적 의사표시에 있어서 상대방의 사기·강박에 대하여, 전자적 의사표시의 특성을 고려해도 사기로 인한 전자적 의사표시를 특별하게 생각할 여지가 없다는 점에서, 전자적 의사표시의 취소가능성을 다룬 기존의 연구에서 사기로 인한 취소가능성은 특별히 고려되지 않았다.¹⁴⁹⁾ 이러한 이유는 컴퓨터자체는 의사결정을 할 수 없으며 컴퓨터에 대한 기망행위는 존재할 수 없다는 입장을 취하기 때문이다.¹⁵⁰⁾ 전자적 의사표시의 의사구체화과정에 상대방의 부당한 개입이 있는 경우가 문제가 되는데, 전자적 의사표시가 성립되기 위해서는 외부로부터의 데이터 입력이 필요한 경우에 상대방이 고의로 그릇된 데이터를 입력하여 컴퓨터의 의사구체화에 부당한 개입을 한 경우를 생각해 볼 수 있다. 이 경우에 컴퓨터이용자는 상대방에 대해 직접적으로 프로그래밍, 데이터 입력, 작업명령 등의 입력행위에는 전혀 영향을 받지 않게 되고, 컴퓨터 이용자의 입력행위와 기망행위에는 인과관계가 존재하지 않고, 오로지 인과관계는 상대방의 기망행위와 컴퓨터의 의사구체화간에 존재하게 된다. 또한 상대방이 컴퓨터망을 통해 표의자의 컴퓨터에 일정한 조작을 몰래하여, 그 조작에 따라 표의자가 기망당하여 전자적

147) 광운직, 전계 「민법총칙」, p. 341.

148) 이영준, 전계 「민법총칙」, p. 373.

149) Volker Viebcke, *aa.O.*, S. 113.

150) 오병철, 전계 「전자거래법」, p. 237.

의사표시를 하는 경우도 있다. 이러한 경우는 사기에 의한 전자적 의사표시라기보다는 불법행위의 문제로 다루어야 한다. 컴퓨터에 대해 이루어진 협박을 통해 컴퓨터의 표시에 영향을 끼치는 것은 불가능하며 단지 사실상의 방법으로 컴퓨터 이용자에게만 행해질 수 있을 것이므로, 그러한 협박에 의한 전자적 의사표시는 기존의 의사표시와 구분될 여지가 없고, 우리 민법 제110조에 따라 취소 가능하다고 보아야 한다. 그와 달리 저항할 수 없는 불법한 침해가 입력행위에 이루어지고 그 입력행위에 따라서 컴퓨터의 표시가 이루어지면, 컴퓨터 이용자의 입력행위는 행위의사의 결여에 따라 행위성을 상실하게 되어 취소할 수 있다고 보아야 한다.

2) 第三者에 의한 詐欺·強迫

제3자의 사기·강박에 의해 전자적 의사표시가 이루어진 경우에 사기·강박을 받은 전자적 의사표시자가 사기·강박의 사실에 대해 선의·무과실인 상대방에 대하여는 계약을 취소할 수 없다는 우리 민법 제110조 2항이 적용되어 피기망자·피강박자의 상대방이 보호될 수 있으며, 그리고 피기망자·피강박자의 이익보호도 중요하므로 상대방의 무과실까지 요구하는 것으로 해석하여야 한다.¹⁵¹⁾ 이에 반하여 우리 민법 제110조의 규정과 같이 표시수령자가 제3자의 기망행위에 대해 악의뿐만 아니라 선의인데 과실이 있는 경우에도 표시자가 취소할 수 있도록 하는 것은 전자적 의사표시에 특히 요구되는 거래안전과 상대방의 신뢰보호에 충실한 것인지에 대하여 의문을 제기하는 견해가 있다.¹⁵²⁾

第4節 履行上の 特殊性

1. 電子去來上 給付履行

전자거래에서 전자적 이행은 계약목적의 이행을 위한 수단으로 컴퓨터를 이용하는 경우로 일반적으로 온라인 이행을 말한다.¹⁵³⁾ 전자계약이 유효하게 성립하면 그 계약의 내용에 따라 채권·채무가 발생하고 계약당사자는 급부를 이행하여야 한다. 당사자가 이행하여야 할 급부

151) 지원립, 전계 “컴퓨터와 관련된 민사법적 문제”, pp. 59-60 ; 오병철, 전계 “전자적 의사표시에 관한 연구”, pp. 169-170.

152) 오병철, 전계 「전자거래법」, p. 239.

153) 정중휴, 전계 “전자거래의 등장에 따른 계약이론의 변용”, p. 32 ; 오병철, 전계 「전자거래법」, p. 301 ; 한웅길, 전계 “전자거래와 계약법”, p. 38.

는 유체물인 경우와 무체물인 컴퓨터파일의 형태가 있으나, 급부가 유체물인 경우에는 성질상 컴퓨터망을 통해 이루어지는 것이 불가능하고 전통적인 급부의 이행방법으로 채무자는 보통 별도의 물류업자와 제휴하여 그 이행은 물류업자를 이행보조자로 하여 이루어지는 방법을 주로 하고 있다.

그러나 급부가 정보제공이나 목적물이 소프트웨어, 문자형태로 된 문서, 사진이나 동영상, 음악 등과 같은 컴퓨터파일의 형태로 되어 있는 전자적 형태의 급부는 당사자가 컴퓨터의 전산망을 통하여 이를 전송함으로써 채무를 이행하게 된다. 이러한 전자적 이행의 대부분의 경우에는 컴퓨터와 네트워크 등 상당한 기본시설비용이 요구되는 경제적 문제 등으로 인하여 채무자가 이행을 위한 컴퓨터망을 운영하지 아니하고 통신망을 운영하는 별도의 제3자를 이행보조자로 이용하여 이루어지는 것이 일반적이다.¹⁵⁴⁾ 따라서 전자거래에 있어서 채무이행은 유체물의 급부는 무체물의 급부들간에 이용보조자를 이용하는 경우가 대부분이고, 만일 채무불이행이 있는 경우에는 복합적인 책임문제가 발생하게 되고, 이행보조자의 과실에 대한 민법규정을 적용하게 된다. 이러한 경우에 대비하여 일본에는 전자거래에 관해 다중의 계약이 중첩되어 있는 시스템계약이론이 발전되어 왔다.¹⁵⁵⁾ 전자거래의 급부내용 및 이행방법에 대하여서는 상품발송형, 정보제공형, 권리이전형, 접속형의 네가지 유형으로 구분하여 상품발송형은 전통적인 자연적 이행방법에 따라 이행하는 경우이고, 정보제공형은 다운로드방식의 전자적 이행으로 이루어지는 경우이다. 그리고 권리이전형은 권리이전의 목적으로 하는 계약의 이행을 온라인상으로 행하는 경우이고, 접속형은 전자거래를 위한 통신네트워크를 제공하는 계약을 말한다.¹⁵⁶⁾ 이에 대하여 이행방법 뿐만 아니라 급부내용까지도 유형구분에 포함시키는 것이 타당한지에 대하여 의문을 제기하는 견해가 있다.

그러한 이유는 전자거래는 기존의 급부내용과 상이한 새로운 급부내용을 창출하기보다는 이행방법을 전자화하기 위해 목적물을 디지털화하는 것에 불과하기 때문이다. 따라서 전자거래를 위해 통신네트워크를 이용하는 계약을 체결하는 것까지 전자거래에 포함시키는 것은 지나치게 전자거래의 범위를 확대하는 것으로서 전자거래의 개념을 모호하게 할 위험이 있다.¹⁵⁷⁾ 그러므로 전자거래에서의 전자적 이행은 컴퓨터망을 통하여 이루어지므로 전통적인 이행과는 다른 여러 가지 법적인 문제가 제기된다. 컴퓨터통신망을 통한 이행과정에서의 하자,

154) 정중휴, 전제 “전자거래의 등장에 따른 계약이론의 변용”, p. 32.

155) 오병철, “시스템계약의 성립과정에 관한 연구”, 「정보통신정책연구」 제2권 1호, 정보통신정책학회, 1995 ; 윤주희, 전제 “시스템계약에 관한 연구”, p. 25.

156) 이은영, “전자거래와 소비자법”, 「비교사법」 제5권2호(통권9호), 한국비교사법학회, 1998, pp. 112-113.

157) 오병철, 전제 「전자거래법」, pp. 276-277.

위험부담, 채무불이행, 통신망을 운영하는 컴퓨터통신망의 운영자의 책임분배 등의 문제에 관하여 검토할 필요성이 있다.

(1) 傳統的 方法에 의한 給付履行

급부의 목적이 유체물인 경우에는 매도인은 계약의 내용에 좇아 급부의 목적을 제공하여야 한다. 매도인은 물류업자와 운송 내지 배달계약을 체결하고 물류업자를 통하여 급부의 목적인 상품을 배달하면 된다. 이 경우에 상품이 생산자로부터 소비자에게 직접 전달되거나 중간유통과정이 대폭 단축되므로 소비자후생의 사회경제적 효과가 크게 나타난다.¹⁵⁸⁾ 이렇듯 전자거래에 있어서의 채무자는 독립된 물류업자와 사전에 미리 운송 내지 배달에 관한 계약을 체결하여 물류업자를 통하여 채권자에게 이행하는 경우에 물류업자의 이행과정에 있어서의 과실에 의해 채무불이행이 발생하는 경우에는 채무자는 채무불이행책임을 면할 수 없게 된다.

우리 민법 제467조에 의하여 당사자의 의사표시로 특별히 정한 바가 없으면 특정물 이외의 채무는 지참채무로 한다는 원칙이 그 대로 적용될 것인가가 문제가 된다. 전자거래에 있어서도 변제장소에 대한 설명이 대부분 계약이전에 상대방에게 제공되고 그 설명에서도 배달을 통한 지참채무로 하는 것이 대부분이므로 특정물 여부를 불문하고 당사자 의사표시로 지참채무로 하고 있다. 급부의 이행은 물류업자가 대행하며, 물류업자는 매도인의 이행보조자로서 그 과실에 대해서는 매도인이 채무불이행책임을 부담한다.¹⁵⁹⁾ 급부의 목적이 발송된 후 채권자에게 도달하기 전에 그 물건이 멸실한 때에는 그 멸실이 불가항력에 의한 경우에도 채무자는 그의 이행의무를 면하지 못하며, 그 종류에 속하는 다른 물건으로 이행하여야 한다. 따라서 운송 중의 위험은 채무자 즉, 판매업자가 부담하게 된다.

(2) 電子的 方法에 의한 給付履行

1) 電子的 給付의 性質

전자적 이행은 정보처리시스템을 통하여 전송함으로써 급부를 이행하는 것을 말하므로 전통적인 유체물의 이행은 전자적 방법으로 행해질 수 없는 것이 사물의 본성이다. 전자적 이행이 가능하기 위해서는 급부가 반드시 전자적 신호로 디지털화될 수 있는 것이어야 한다. 따라서 주로 전자적 이행이 이루어질 수 있는 목적물은 컴퓨터파일 형태로 된 서비스나 데이터로 소

158) 정쾌영, 「전자거래법」, 무역경영사, 2001, p. 121.

159) 곽윤직, 「채권총론」, 박영사, 2002, p. 43.

프트웨어나 사진 또는 동영상파일, 음악파일, 문서파일 등을 컴퓨터망을 통해 전송하여 자신의 컴퓨터에 파일로 다운로드하거나 VOD(video on demand)¹⁶⁰와 같이 단순히 검색하는 서비스를 받는 경우 등을 들 수 있다. 주의를 요하는 것은 이러한 전자적 이행은 채무자 자신의 컴퓨터통신망을 통해서만 이행하는 것이 아니라 제3자(타인)가 운영하는 컴퓨터통신망을 통해 채무의 이행을 하는 경우가 대부분이라는 점에 있어서 이행보조자책임이 문제가 제기된다.

이러한 전자거래의 전자적 이행은 금전채무의 이행방법, 컴퓨터를 통한 자동이체, 크레디트 카드에 관한 정보를 입력하여 지불하는 방법, 전자적 자금이체 등에 의하여 이루어지고 있다. 그러므로 전자적 이행에 있어서 급부의 목적인 프로그램을 물건으로 볼 수 있는지가 의문이나, 컴퓨터파일 자체를 민법 제98조의 '유체물 및 전기, 기타 관리할 수 있는 자연력'이라는 물건의 정의에 컴퓨터파일도 지배 내지 관리가능성이 있는 것으로 보아 물건으로 보아야 한다. 이러한 물건의 성질은 컴퓨터프로그램이 종이에 인쇄되어 있거나 아니면 디스켓과 같은 데이터 기억장치에 저장되어 있는지를 묻지 않는다.

그러므로 무형적 프로그램 전송의 경우에도 물건의 성질을 인정하는 것이 타당하며, 디지털전송을 통하여 표준적인 소프트웨어가 전송·인도되는 경우에도 역시 물건의 매매에 관한 규정이 유추적용된다고 보아야 한다.¹⁶¹ 컴퓨터파일을 물건으로 보는 경우에 그 특정 여부도 문제가 된다. 따라서 당사자가 급부의 목적물을 특별히 특정하지 아니하는 한 컴퓨터파일은 불특정의 대체물이며 이를 목적으로 하는 채권은 종류채권이다. 따라서 컴퓨터통신망을 통해 소프트웨어가 기계간의 작동을 통해 이행되는 경우에 매수인은 소프트웨어를 담는 물건이 이행되지 않았음을 이유로 채무불이행을 주장할 수 없다. 그리고 소프트웨어를 담는 물건이 새 것인가 현 것인가는 계약의 내용을 이루지 못한다. 즉, 소프트웨어를 사용가능하기만 하면 현 디스켓이거나 외부에 굽힘이 있는 디스켓을 이행하는 경우에도 채무불이행이 되지 않지만, 새 디스켓이라도 소프트웨어가 사용이 불가능한 경우에는 채무불이행이 된다고 할 것이다.¹⁶²

160) VOD(video on demand)의 머릿글자를 딴 것으로 주문형 비디오라고도 한다. 개인이 가지고 있는 VOD 단말기를 가입자 선로를 통해 각 전화국으로 연결하고 여기서 다시 인공위성으로 연결함으로써 수신이 가능하다. TV나 케이블TV(유선방송)처럼 일방적으로 송출되는 프로그램만을 보는 것이 아니라 원하는 때에 원하는 프로그램을 선택할 수 있다는 점에서 대화형 TV의 원형으로도 볼 수 있다. 또 프로그램을 시청하는 도중에 일시 정지시키거나 느린 속도로, 혹은 반복해서 볼 수도 있다.

161) Mattias Kuhn, *aa.O.*, S. 276.

162) 이러한 이유는 컴퓨터프로그램 그 자체를 물건으로 보는 경우에 전자적 방법을 통한 이행이든, 자연적 방법을 통한 이행이든, 디스켓과 같은 디지털 저장 수단의 하자성은 큰 의미가 없고 단지 정보나 소프트웨어의 사용가능성에 계약의 본질이 존재하기 때문이다(오병철, 전제 「전자거래법」, p. 280).

2) 給付履行의 種類

채권의 목적인 작위급부를 그 내용에 따라 작위가 물건의 인도인 때에 이를 '주는 채무'라 하고, 물건의 인도 이외의 작위를 내용으로 하는 것을 '하는 채무'라고 한다. 물건에 인도에 있어서는 물건의 인도된 결과가 중요하고 채무자 자신의 인도행위 자체는 그다지 중요하지 않다. 이에 반하여 물건 이외의 행위에 있어서는 채무자 자신의 행위가 중요하다.¹⁶³⁾ 전통적인 이행방법과 비교하여 보면 주는 채무의 경우에는 급부의 목적인 목적물은 전기적 신호인 '디지털'이며 이 디지털을 컴퓨터통신망을 통해 전송하는 행위가 급부인 채권의 이행행위가 된다고 할 수 있다. 따라서 급부의 목적물이 유체물이 아니라 디지털이라는 전기적 신호로 대체되고 급부행위가 인간의 행위가 아니라 자동정보처리시스템간의 전송으로 이루어진다는 특수성이 존재할 뿐 주는 채무로서의 본질이 변화된 것은 아니다. 그러므로 주는 채무는 물건의 인도된 결과가 중요하고 채무자 자신의 인도행위 자체는 그다지 중요하지 않다고 보아야 한다.¹⁶⁴⁾ 물론 전자적 이행에 있어서 주는 채무는 디지털화된 목적물을 인도하여 채권자가 그것을 컴퓨터에 저장하여 두고, 이행이후에 지속적으로 독자적으로 사용하는데 그 특징이 있다. 이는 채무자의 권리하에 있는 디지털을 복제하여 채권자의 컴퓨터에 독립적으로 저장하여 활용함으로써 마치 유체물을 인도받아 채권자가 보유력을 확보하는 것과 같은 특징을 갖는다.

그러나 하는 채무에 있어서는 행위자 자신의 행위가 중요하다. 전자적 이행에 있어서 하는 채무는 주는 채무와 같이 목적물에 대한 지속적인 보유력이 존재하지 않으며, 채무자의 컴퓨터와 채권자의 컴퓨터가 상호 접속되어 있는 동안에만 이용하는 정보내용이 일시적 제공이라는 특징이 있다. 또한 채권자 컴퓨터의 보조기억장치에 저장하지 아니하므로 향후 일정기간 동안 독립적인 지속적 이용이 불가능하고 일시적인 급부이익의 향유가 채무의 목적이 된다. 이를테면, 오락이나 게임 등의 소프트웨어 판매, 동영상파일이나 음악파일을 다운로드하여 별도의 보조기억장치에 저장하여 두고 필요에 의하여 사용하는 경우에는 주는 채무이나, 실시간의 동영상으로 전송 받아 감상하거나 인터넷방송에 접속하여 시청하는 경우, 일기예보나 주식상황 등의 정보를 제공하는 경우에는 하는 채무로 볼 수 있다. 또한 주문형 소프트웨어를 주문 제작하여 납품 받는 경우에는 소프트웨어라는 목적물의 제공의 외형을 갖지만, 일반적으로 도급계약이나 노무계약으로 이해하여 하는 채무로 보아야 한다. 하는 채무도 역시 기술적으로 채무자의 디지털화된 목적물이 채권자의 컴퓨터로 전송된다는 점에서는 주는 채무와 같으나, 하드디스크나 플로피디스크에 다운로드하여 지속적인 이용이 주된 목적이 아니라 단지 메모리에 일시적으로 저장되어 모니터 화면이나 프린터로 출력하는 것이 주된 목적이므로 법이론상

163) 박윤직, 전계 「채권총론」, p. 34 ; 김상용, 「채권총론」, 법문사, 2002, p. 36.

164) 김상용, 전계 「채권총론」, p. 36 ; 박윤직, 전계 「채권총론」, p. 34.

으로 구별할 수 있다.

전자적 이행에 있어서 주는 채무는 급부인 컴퓨터파일을 특정물로 다루어야 하는지 아니면 종류물로 다루어야 하는지에 대하여 의문이 있다. 우리 민법이론에서는 특정물이라 함은 구체적인 거래에 있어서 당사자가 물건의 개성을 중요시하여 다른 물건으로 대체할 수 없게 하는 물건을 말한다. 즉, 특정물인지의 여부는 당사자의 의사에 의하여 주관적으로 결정된다.¹⁶⁵⁾ 일반적으로 컴퓨터파일을 전자적인 거래의 목적물로 하는 경우에는 컴퓨터프로그램을 대부분 불특정물로 보아 종류채권으로 보는 것이 합리적이다.

3) 特定の標準

컴퓨터파일을 언제 특정물로서의 특징이 이루어지는가의 문제는 채무자가 이행에 필요한 행위를 완료한 경우 혹은 채무자가 채권자의 동의를 얻어 이행할 물건을 지정하는 때에 특징이 있게 된다(민법 제375조 제2항). 여기에서 해석상 문제가 되는 것은 민법 제460조와 관련하여 특징이 되는 시점에 대하여 '채무자가 이행에 필요한 행위를 완료한 때'는 이행을 위하여 채무자가 하여야 할 필요한 모든 행위를 완료하는 것으로서 민법 제460조의 변제의 제공을 의미하는 것으로 새기는 것이 통설이다.¹⁶⁶⁾ 이러한 견해에 따르면, 지참채무의 경우에는 채무자가 채권자의 주소지에서 채무의 내용에 좇아 현실적으로 변제의 제공을 한 때에 비로소 특징이 있다고 보아야 한다. 따라서 전자거래에 있어서 이행의 문제는 민법 제460조와 관련하여 채무의 이행에 현실적 제공이 있어야 이행에 필요한 행위를 완료하는 것으로 보아야 한다.¹⁶⁷⁾

그러나 민법 제375조 제2항의 '이행에 필요한 행위를 완료한 때'는 민법 제460조의 변제의 제공과 대체로 일치하나 양자가 동일한 것은 아니라는 반대의 견해도 있다. 이러한 견해에 의하면, 채무자가 이행에 필요한 행위를 완료하는 것은 종류채권의 특징의 요건이고 거기에는 주로 위험부담이 문제가 되는데 비하여, 변제의 제공은 주로 채권자지체의 요건이므로 양자를 동일하게 파악하여야 하는 것은 아니며 또 그러할 이유도 없다고 한다.¹⁶⁸⁾

2. 履行에 있어서 電子決濟制度

(1) 電子去來에서 決裁의 本質

165) 광운직대표/송덕수, 전계 「민법주해[VIII]」, p. 106.

166) 광운직, 전계 「채권총론」, p. 41 ; 김상용, 전계 「채권총론」, p. 46 ; 김형배, 전계 「채권총론」, p. 71.

167) 김상용, 상계 「채권총론」, p. 47 ; 오병철, 전계 「전자거래법」, p. 284.

168) 광운직대표/송덕수, 전계 「민법주해[VIII]」, p. 152.

일반적으로 물품의 매매계약은 매도인과 매수인이 직접 같은 장소에서 계약을 체결하고, 그 매매대금은 현금 또는 수표 등으로 지급한다. 그러나 전자거래에서는 매도인과 매수인이 장소적으로 떨어져 있을 뿐만 아니라 네트워크라는 가상공간상에서 계약을 체결하는 특성이 있다. 그러므로 네트워크를 이용하여 대금을 송금하기에는 많은 위험이 존재하게 되므로 여러 가지 위험성을 제거하고 또한 거래의 신속성을 위해 새로운 방법이 개발되어 이용되고 있는데, 그 방법으로 논의가 되는 것은 기존에 이용되는 신용카드번호 또는 통장계좌번호 등의 개인신용정보를 전송해서 대금을 지급하는 방법과 전자자금이체¹⁶⁹⁾를 이용하여 지급하는 방법, 전자화폐를 이용하여 지급하는 방법이 있다. 이러한 새로운 대금지급방법 등을 '전자결제'라고 하고, 재화, 서비스의 대가를 지급하기 위해 기존의 서면에 의하지 않고 전자적 수단을 이용하여 지급인으로부터 수취인에게의 가치를 이동하는 제도를 '전자결제제도'라고 한다.¹⁷⁰⁾

이와 같이 새롭게 도입되는 전자결제수단은 일정 자산이 가치의 감소 없이 화폐와 교환될 수 있는 이용자가 결제수단을 선택함에 있어서 가장 기본이 되는 요소로서 유동성(liquidity)의 가능성이 있어야 하며, 결제가 완결되는 시점은 결제수단에 따라 채권자와 채무자의 입장을 반영하는 결제 종료성(finality)이 있어야 하고, 사기·위조 등 거래를 처리함에 있어서 발생하는 오류의 위험을 누가 부담하여야 하는가에 거래의 이전성(transaction)을 반영하는데 차이를 인정하여야 하며, 지불수단의 안전성과 건전성으로 시스템틀을 준수하는 정도와 시스템 참여자에 대한 의무불이행 가능성 등에 따라 판단되는 시스템위험성(system risk)을 제거하기 위한 입법이 추진되어야 한다는 등의 판단기준이 필요하다.¹⁷¹⁾ 인터넷 전자거래가 증가함에 따라 전자거래의 결제수단으로 현재 신용카드와 통장계좌이체가 주류를 이루고 있지만 국민의 대다수가 어느 정도 전자거래에 대하여 파급효과가 있는 경우에는 앞으로 전자화폐에 의해 결제수단의 이용이 급증할 것으로 전망된다.¹⁷²⁾ 전자자금이체와 전자화폐의 일반화는 전자거래 당사자에게 많은 편리함과 이익을 가져다 주는 반면에 종래에 적용되어지는 결제수단과는 전혀 다른 형태이므로 지금까지의 법제도를 해석하고 적용하여 해결할 수 없는 여러 가지 법적·제도적 문제점이 제기된다. 이하에서는 전자자금이체에 대하여서는 약하고 전자화폐를 중심으로

169) 전자자금이체(EFT : Electronic Fund Transfer)란 금융기관에 대한 계좌이체나 자동이체지시를 컴퓨터 단말기, 전화기 등 전자적 수단으로 하는 자금이동을 말한다.

170) <http://www.kftc.or.kr/kor/index.htm>

171) Jane Kaufman Winn, "CLASH OF THE TITANS: REGULATING THE COMPETITION BETWEEN ESTABLISHED AND EMERGING ELECTRONIC PAYMENT SYSTEMS", Berkeley Technology Law Journal Spring 1999 Symposium, pp. 679-681.

172) 정완용, "전자화폐에 의한 전자결제제도", 「경희법학」 제33권 제2호, 경희대학 경희법학연구소, 1998. 12, p. 130.

논하고자 한다.

(2) 電子貨幣의 意義

전자화폐(electronic money)는 1992년 덴마크의 Danmont사가 Naested에서 발생한 것을 필두로 하여 싱가포르·필란드·벨기에·포르투갈·영국·독일·미국 등이 전자화폐를 발행하여 사용되고 있다. 전자화폐는 우리나라에서 앞으로 소비자전자결제제도에서 현금을 대체하는 중요한 수단으로 될 것이다. 전자화폐의 개념정의는 사용되는 기술과 이용형태에 따라서 다양하고, 현재 각국이 여러 형태로 개발하여 시험운영단계에 있으므로 정확한 개념정의는 어려우나 전자화폐의 공동이용시스템 구축사업을 추진하는 금융결제원에서는 전자화폐를 전자지갑이라는 개념하에 '전자지갑이란 IC칩(integrated circuit chip)이 내장된 플라스틱 카드나 PC등의 전자기기에 은행예금을 근거로 일정액을 전자적인 방법으로 이전하여 저장한 후 단말기 등을 이용하여 현금처럼 지급하고, 가치의 재충전이 가능하도록 한 현금대체수단이라고 정의하고 있다.¹⁷³⁾ 따라서 전자화폐¹⁷⁴⁾라고 함은 발행자에게 미리 대가를 지급하고 플라스틱카드에 내장된 IC칩 또는 개인용 컴퓨터에 일정한 화폐가치를 저장한 다음 이를 네트워크 통신망을 통하여 사용할 수 있는 화폐를 말한다.¹⁷⁵⁾

전자화폐는 은행 기타 전자화폐 발행자가 카드 또는 컴퓨터 시스템을 통하여 일정한 화폐가치를 전자기호로 저장하고 그 지급을 보장하는 것으로 정보통신회선을 통하여 자금결제가 이루어지는 화폐를 말한다.¹⁷⁶⁾ 전자결제제도의 수단으로 되어 있는 전자화폐는 일반적으로 유통성, 양도가능성, 범용성, 익명성 등 현금의 기능을 갖추고 있을 뿐만 아니라 원금송금성, 수송상의 비용 절감성, 금액의 분할 및 통합의 유연성과 전자성 등의 특징을 갖고 있으며,¹⁷⁷⁾ 현금의 단점을 보완할 수 있는 기능이 있다. 전자거래에서 전자화폐는 다양한 특성을 내포하고 있으므로 신용카드 및 전자자금이체를 대체하는 중요한 전자결제수단으로 기능을 할 것이다.

173) 금융결제원, "IC 선불카드(전자지갑)업무 개요 및 추진현황", 1997. 10. 14, p. 1

174) 전자화폐라는 용어에 대하여 영어로는 electronic money, digital money, electronic cash, syber cash, virtual money, computer money 등으로 사용되고 있으나, 여기서는 전자화폐(electronic money)라는 용어를 사용한다.

175) 유선기, "전자자금이체제도에 관한 법적 연구", 성균관대학교대학원 박사학위논문, 1996, p. 88.

176) Janine S. Hiller/Don Lloyd Cook, "from clipper chips to clipper chips: The Evolution of Payment Systems for Electronic Commerce", Journal of Law and Commerce FALL 1997, pp. 53-54.

177) 정경영, "전자결제제도의 법적 문제", 「비교사법」 창립6주년기념 제25회 학술대회, 한국비교사법학회, 2000. 9. 30, pp. 23.

(3) 電子貨幣의 法的 效果

전자화폐의 법적 구성은 보통 중앙은행의 감독을 받는 결제수단 또는 일종의 통화로 간주할 수도 있지만, 제외국에서는 전자화폐를 통화로 간주하지 않고, 예금채권으로 인정하고 있다. 그러므로 예금보험제도를 인정하는 국가에서는 은행 기타 금융기관이 발행하는 전자화폐는 예금보험제도를 보호받을 수 있다.¹⁷⁸⁾ 전자화폐의 다양성과 법적 성격에 대하여 검토한 바와 같이 전자화폐가 발행·성립되어 사용되고 환금되어 소멸하는 일련의 과정 중에서 공법적 측면은 약하고 사법적으로 문제가 되는 점을 검토하려고 한다. 전자화폐의 발행에 관련하여 약관의 효력에 관한 검토와 함께 전자화폐의 성립에 관하여 살펴보고자 한다. 그리고 전자화폐에 대한 수표와의 관련성 및 전자화폐의 익명성에 대한 여러 가지 문제에 대하여도 검토하고, 전자화에 대한 거래 중 각종 무권리 취득 및 발행 등에 관련된 위조·변조·무권리의 발행·선의취득에 관련해서도 아울러 검토하고자 한다. 또한 전자화폐의 사용 중에 발생하는 문제에 대하여서 원인관계의 항변, 전자화폐상실자의 권리와 발행자의 환금거부에 대하여 살펴보고, 그리고 전자화폐의 사용효과로 발생하는 변제의 효력에 대하여 검토하고자 한다.

1) 電子貨幣의 成立問題

전자화폐의 가치는 컴퓨터 시스템, 스마트카드 등에 저장할 수 있어야 하고, 전자화폐소유자가 이를 상환 받을 수 있어야 하며, 전자화폐의 이용절차 내지 과정은 빠르고 효율적으로 접근할 수 있어야 할 뿐만 아니라 전자화폐이용자는 그 절차를 신뢰할 수 있어야 하며 적절히 작동할 수 있어야 전자화폐의 가치가 있게 되는 것이다.¹⁷⁹⁾ 이와 같은 전자화폐의 가치와 상응하는 경우에 미국에서는 현금과 전자화폐를 교환하는 때에 전자화폐가 성립된다고 한다. 전자화폐의 발행자인 은행이 예금자에게 전자화폐를 발행해주는 경우에 예금자의 계좌로부터 대금을 인출하여 전자화폐 발행자의 원장에 있는 예금자의 계좌에 기장한 시점에 전자화폐가 발생하고, 전자화폐의 자동발행기로부터 발행한 경우에 기계에 현금을 투입하고 같은 액수의 전자화폐 정보를 저장한 카드를 받은 시점에 전자화폐가 발생하는 시점으로 보고 있다. 그리고 독일에서는 전자화폐를 무기명채권에 유사한 법적 성격을 가지는 것으로 보아 전자화폐에 관한 발행은행의 지불의무의 발생은 전자화폐의 무기명채권이 은행고객에게 교부되는 시점으로 보고 있다(BGB 제793조, 제797조 참조). 한편 일본에서는 배타적인 관리와 지배가 가능한 화폐정보를 이전하는 계약이 발생하는 금전으로 환전하는 시점에서 화폐정보가 이전되는 시점으

178) 정완용, 전제 “전자화폐에 의한 전자결제제도”, p. 142.

179) Smedinghoff. Thomas J, *Online Law*, Addison-wesley developers press, 1996, p. 115.

로 보고 있다.¹⁸⁰⁾ 사건으로서는, 전자거래에서 전자화폐의 법적 성격을 전자화폐를 발행하는 발행자에 대한 금전채권 혹은 예금채권으로 이론구성을 하여야 하므로, 디지털서명을 하고 발행은행으로부터 화폐정보를 송부받은 때 혹은 전자화폐가 들어 있는 카드를 수령하는 때에 전자화폐가 성립한다.

2) 偽造·複製와 變造의 問題

전자화폐는 위조와 복제나 변조 등이 어렵도록 만들어져야 한다. 전자화폐사용자들은 그들이 소지하는 전자화폐가 쉽게 위조되거나 변조될 수 없는 것이라는 확신을 가지는 경우에만 전자화폐를 신뢰하고 이를 사용할 수 있기 때문이다. 만일 전자화폐가 위조되거나 변조되는 경우에는 그러한 사실이 즉시 밝혀질 수 있어야 하고 전자화폐의 수취인은 수령한 전자결제에 대하여 진정성을 확인할 수 있어야 한다. 전자화폐의 복제를 방지하기 위하여 디지털서명을 사용하므로 전자화폐의 복제나 이중사용을 방지할 수 있는 전자시스템을 고안하여야 한다.¹⁸¹⁾ 이러한 논의는 위조된 전자화폐와 정당하게 발행된 화폐의 구별이 곤란하고 피위조자인 발행자 자신이 정당한 전자화폐와 위조·복제된 전자화폐의 구별이 불가능하면은 위조 여부와 관계없이 결제해 주어야 하는 문제점 등이 있으므로 무권리자가 전자화폐를 발행하거나 피위조자가 발행대가를 수령하지 않고 있는 경우에는 피위조자는 전자화폐의 발행에 기한 책임을 지지 않는다. 사건으로서는, 발행된 전자화폐가 위조이든 변조이든 무권리발행이든 정당한 전자화폐와 구별하는 것이 어려운 경우에 발행자에게 책임을 전적으로 부담하도록 하는 것은 발행자에게 기술적·재정적인 부담을 주어 발행자의 도산을 일으키는 위험이 있어 이를 부정하자는 견해가 있으나,¹⁸²⁾ 발행자는 전자화폐의 위조·변조, 복제 및 무권리발행된 전자화폐의 유통을 방지할 의무가 있으므로, 위조·복제 등을 방지할 수 있는 기술적 개발과 함께 정당한 전자화폐의 구별을 위한 안전한 규약(security protocol)을 개발하여야 하며, 이러한 노력을 하지 않아 발생하는 발행된 전자화폐가 위조 또는 변조되어 유통되는 경우에는 발행자가 책임을 전적으로 부담하여야 한다고 본다.¹⁸³⁾ 왜냐하면 전자화폐의 위조·변조 및 복제 등의 경우에 원본과 구별하는 것은 사회 일반인에게는 심히 곤란할 뿐만 아니라 전자거래의 거래안전과 전자화폐의 선의취득자를 보호하기 위하여 발행자에게 선량한 관리자 의무를 부과하는 것이 타

180) 電子マネー實現研究會, “電子マネー實現に向けて法的検討”, 「NBL」第640号, 2000, p. 14.

181) 정완용, 전제 “전자화폐에 의한 전자결제제도”, p. 142.

182) Task Force on Stored Value Cards, *A Commercial Lawyer's Electronic Purse: An Analysis of Commercial Law Issues Associated with Stored Value Cards and Electronic Money*, 52 Bus. Law. 653, 1997. 2 at 710.

183) 손진화, “새로운 전자지급제도의 법률문제와 입법론”, 「정보사회에 대비한 일반법 연구(II)」, 정보통신정책연구원, 1998. 2, p. 17.

당하기 때문이다.

3) 讓渡의 問題

전자화폐의 양도에 관하여 살펴보면, 전자화폐는 지급 또는 송금의 수단으로 소유자로부터 수취인에게 양도되는데, 어느 시점에 전자화폐의 양도의 효력이 발생하는가가 문제가 된다. 지급자 또는 송금자가 일정한 전자화폐를 양도를 위한 전자화폐 정보발신의 절차를 행한 시점에 양도의 효력이 발생한다는 견해¹⁸⁴⁾와 수취인이 지급을 수취한 시점에 양도의 효력이 발생한다는 견해¹⁸⁵⁾가 있다. 前者는 의사표시의 발신주의에 따른 견해이고, 後者는 의사표시의 도달주의에 관한 견해로서 현금과 전자화폐의 송금에 있어서는 현금을 수취한 때 지불의 효력이 발생한다. 사건으로서는, 전자화폐에 대하여 법적 구성을 채권 혹은 유가증권으로 구성하는 견해에 따를 때 전자화폐의 정보가 양수인에게 수신되고 이에 대하여 양수인에 의하여 배타적으로 지배할 수 있도록 도달한 시점에 전자화폐의 양도가 성립한다.

그리고 전자화폐를 이중으로 양도하는 경우에 발생되어지는 법적 문제를 어떻게 처리하는지에 대하여, 먼저 양도한 전자화폐와 나중에 양도한 전자화폐간에 어느 경우에 유효하고 어느 경우에 유효하지 않은지에 대하여 무기명채권과 유사한 권리로 이론 구성을 하는 경우에는 전자화폐는 우선주의 원칙에 따라서 적용할 수 있으나, 외관이론에 의하여 이중양도가 되는 경우에 양수한 자의 과실이 없는 한 어느 쪽이든 유효한 전자화폐로 인정해야 하는 문제가 있을 수 있다. 이러한 문제에 대비하기 위하여 전자화폐의 발행자는 개발단계에서부터 이중양도가 가능하지 않도록 하여야 할 선관의무를 부담하고, 만일 그 후 이중양도의 문제가 발생하는 경우에는 전자화폐의 발행자는 무과실책임을 지도록 하여야 한다.

4) 善意 取得問題

전자화폐는 디지털 정보이므로 무권리자로부터 취득 가능성이 매우 높다고 할 수 있다. 전자화폐는 암호체제로 되어 있어도 이것이 만일 해독이 된다면 무권리 취득이 가능해질 수밖에 없다. 사용자의 전자화폐의 취득을 위한 은행계좌로부터 무권리자가 고객을 가장하여 전자화폐를 인출하는 경우에 은행은 이 전자화폐의 가치를 고객의 계좌로부터 인출해서 입금을 시켜 줄 것인가에 대하여 문제가 된다. 미국에서는 이러한 경우에 전자자금이체 카드의 부정사용에 관한 법리를 적용하여 해결을 하려고 시도하는 경향을 보이고 있으며,¹⁸⁶⁾ 독일에서는 영역책

184) Task Force on Stored Value Cards, op. cit., 2 at 690.

185) U.C.C. 제5-106조. Time and Effect of Establishment of Credit.

186) 미국에서는 Cash Card와 ATM Card가 무권리자에 의해 사용되는 경우에 원소유자의 사기적 행위 또는 중과실이 없는 한 미국 연방 자금이체법(EFTA: The Electronic Fund Transfer

임(sphärenhaftung)이라는 학설을 통하여 문제를 해결하려 하고 있다. 이와 달리 우리나라에서는 아직까지 이에 대한 준비가 부족한 상태이다. 이하에서는 현재 논의되고 있는 전자화폐의 무권리취득의 경우를 검토하고자 한다.

첫째, 전자화폐를 무권리자가 은행계좌로부터 취득한 경우에는 책임질 수 있는 전자화폐에 한하여 문제가 된다. 은행은 정당한 권리를 가진 자에 의한 전자화폐의 취득에만 대응할 의무를 가지며, 과실책임이나 영역책임 등 사법상 책임의 일반원칙에 따라서 소비자보호와 금융기관의 보호의 상충을 해결하도록 하여야 한다. 미국의 경우에는 50달러 룰이나 독일의 10%의 고객부담 등의 제도를 두고 해결하는 입장에 있다. 우리나라의 경우에는 아직 전자자금이체에 관한 법률이 제정되어 있지 않으므로 제정입법을 통하여 앞으로 발생되어질 문제들을 해결하려는 노력이 필요하다. 둘째, 이미 발행되어 있는 사용자의 장치에 저장되어 있는 전자화폐를 무권리자가 처분하는 경우의 Open Loop형 전자화폐¹⁸⁷⁾에 있어서는 은행을 거치지 않고 제3자에게 전자화폐를 이체할 수 있으므로 무권리자로부터 전자화폐를 양수 받은 자는 선의취득의 원칙에 따라서 보호되어야 한다. 전자화폐의 발행은행은 선의취득한 소지인으로부터 환급청구에 대하여 특별한 사유가 없는 한 반드시 응해야 한다. 또한 Closed Loop형 전자화폐¹⁸⁸⁾에 있어서는 양수인은 양도된 전자화폐를 발행은행에 확인하여 이중양도가 아닌지를 확인하고 양도의 효력이 발생할 수 있도록 함으로써 전자화폐의 무권리취득에 대하여 미국 및 독일과 같이 일정한 룰을 적용할 수 있도록 하여야 하고, 발행은행의 확인결과가 위조나 이중양도 등에 한하여 무권리취득에 미치지 않은 경우에는 발행은행은 지불이나 환급에 따라야 하며, 전자화폐의 이전은 전자화폐의 사용에 대한 위험을 양수인에게 이전되는 것으로 보아야 한다.¹⁸⁹⁾ 따라서 우리의 경우에 전자화폐에 관해서 무권리자로부터 취득하는 선의취득자를 보호하는 내용과 함께 전자화폐의 발행자에 대하여도 선관의무를 부담케 하는 입법이 필요하다.

무권리자로부터 전자화폐를 양수한 경우에 양수인은 정당한 권리를 취득할 수 없는 것이 사법이론의 일반원칙이나 선의취득자를 보호해야 하는 문제가 발생할 수 있다. 전자화폐의 취득에 있어서 Network형과 같이 양수인과 양도인간의 대면관계가 아닌 경우에 전자화폐의 디지털서명에 의해 양도인 본인의 지시인 것을 확인할 수 있어 어느 정도 안전성이 높다고 할 수 있으나 인증절차가 행하여진 이상 디지털서명이 가능하도록 된 것은 양도인 측에 과실이 있는 것으로 추정할 수 있다. 양수인을 보호하는 경우에 전자화폐의 법적 성질을 어떻게 보느냐

Act)상의 50달러 룰을 적용한다.

187) 예컨대, Mondex Card를 들 수 있다.

188) 예컨대, E-cash를 들 수 있다.

189) Markus Escher, "Bankrechtsfragen des Elektronischen Geldes im Internet", WM 1997, S. 1182.

냐에 따라서 차이가 있다. 즉, 전자화폐를 금권적으로 이론 구성하는 때에는 양수인의 선의·악의를 묻지 않고 전자화폐의 소지자는 부당이득이나 불법행위가 문제가 될 수 있어 선의취득의 문제는 발생할 여지가 없다. 전자화폐를 유가증권에 유사한 것으로 보는 견해는 선의취득의 문제가 발생할 수 있으나, 채권양도로 보는 경우에는 선의취득의 문제는 발생하지 않는다. 사견으로는, 금권적으로 이론 구성하여 양수인의 선의·악의를 불문하고 선의취득을 인정하는 견해는 타당하지 않고, 현재로서는 금전채권의 양도로 이론 구성하는 경우에는 양수인의 보호에 미흡하다는 비판이 있다.¹⁹⁰⁾ 따라서 유가증권적으로 이론 구성하여 양수인이 선의이고 중대한 과실이 없는 경우에는 발행자에게 선의취득으로 인한 환금청구를 인정하는 것이 보다 합리적이라 생각한다.

5) 意思表示上 瑕疵의 問題

전자화폐에 있어서 지급인의 의사표시에 하자가 있는 경우에 전자화폐를 제시하는 자에게 결제하여야 하는지에 대하여 의문이 된다. 전자화폐에 대한 변제행위를 준법률행위로 보아 변제사자가 필요하지 않으므로 의사표시상의 하자가 문제가 되지 않는다.¹⁹¹⁾ 전자화폐의 양도인에 의한 전자화폐의 양도행위 자체에 양도자의 무능력, 착오, 사기·강박 등의 의사표시에 흠결이 있는 경우에 민법의 일반원칙을 그대로 적용하기에는 전자화폐가 비대면 취득으로 사용되므로 문제가 있다.¹⁹²⁾ 사견으로서는, 이러한 경우에 전자화폐의 법적 구성을 유가증권에 준하여 취급하여 양수인이 선의 또는 중대한 과실이 없는 경우에는 선의취득에 의하여 유효하게 전자화폐를 양수인은 선의취득할 수 있다고 보아야 한다(어음법 제16조 제2항). 실제로 지급인의 의사표시에 하자가 있다고 하더라도 이를 이유로 유통의 효과를 부인하기는 어렵다.¹⁹³⁾ 지급인의 의사표시에 하자가 존재하는 경우 이를 민법의 일반원리에 따라 지급지시 등의 취소를 허용하는 경우에는 금융거래상 상당한 혼란이 발생할 여지가 있으므로, 민법의 일반원칙을 제한적으로 적용할 수 있도록 특별한 규정을 두거나 해석상 제한하는 방향으로 검토되어야 한다. 그리고 자금이체에 오류가 있는 경우에는 부당이득의 법리에 의하여 해결하여야 하며, 부당이득의 법리가 적용되지 않고 회수하기가 어려운 경우에는 발생하는 위험을 누가 부담하는가가 문제가 된다. 또한 원인관계의 하자에 대하여 항변권을 행사할 수 있는지에 대하여 전자화폐의 수취인은 전자화폐의 발행은행에 대하여 양도인과 양수인간에 특약이 없는

190) Siegfried Kümpel, "Rechtliche Aspekte des Elektronischen Netzgeldes", WM 1998, S. 373.

191) 박윤직, 전계 「채권총론」, p. 344.

192) 손진화, 전계 "새로운 전자지급제도의 법률문제와 입법론", p. 20.

193) 정경영, 전계 "전자결제제도의 법적 문제", pp. 38-39.

한 지급청구권이 인정되므로 원인관계에 있어서 항변권이 인정된다고 보아야 한다(어음법 제 17조 및 수표법 제23조 단서에서는 원인관계의 하자에 대하여 항변권을 행사할 수 없도록 하고 있다.)¹⁹⁴⁾

6) 電子貨幣 發行者的 換金拒否 및 免責

전자화폐의 소유자가 전자화폐를 분실(상실)하거나 도난당한 경우에 전자화폐의 공시최고를 청구할 수 있는지에 대하여 의문이 있다. 일정한 경우에 한하여 분실자는 발행자에 대한 지분을 청구할 수 있으나, 전자화폐의 상실 또는 도난당한 경우에 재발행을 발행자에게 청구할 수는 없도록 하고 있는 경우가 있다.¹⁹⁵⁾ 전자화폐의 상실자로부터 발행자에 대한 환금청구와 전자화폐 소지인에 대한 환금금지를 인정할 필요성은 없으나, 전자화폐의 발행자는 취득자가 환금청구하는 경우에는 원칙적으로 이에 따라야 하며, 환금청구자가 절취한 것이 명백한 경우에는 환금청구에 응하지 않도록 하여야 한다. 그리고 환금청구자가 무권리자인 경우에는 전자화폐의 상실자가 환금청구자가 무권리자인 것을 입증하여야 하며, 발행자의 악의 또는 중대한 과실이 의하여 환금청구에 응해야 하는 경우에는 발행자는 상실자에 대하여 책임을 진다.¹⁹⁶⁾

7) 電子貨幣 辨濟의 效力

전자화폐의 결제에 의한 변제의 효력이 문제가 되는 것은 금전채무의 채무자가 전자화폐에 의해 채무를 이행한 후에 전자화폐의 발행자가 파산하는 경우에 위험을 채권자가 부담하는지 아니면 채무자가 부담하는지에 대하여 문제가 된다. 결제수단으로서 전자화폐를 수취한 채권자는 채무자가 파산해서 변제의 효력이 발생하는 경우에는 채무자에 대해 다시 채무의 변제를 청구할 수 없으나, 변제의 효력이 발생하지 아니하는 경우에는 채무자에 대해서 다시 변제를 청구할 수 있다.¹⁹⁷⁾ 전자화폐에 의한 지불은 은행의 자기앞수표(casher's check)에 의한 지불과 마찬가지로 별도의 다른 약정이 없는 한 전자화폐가 사용되는 시점에 변제의 효력이 발행하고, 이후에 전자화폐의 발행자가 파산하는 경우에도 전자화폐를 수취하는 자는 다시 대가를 청구하거나 상품의 반환을 청구하는 것은 불가능하고, 전자화폐를 수취한 자는 발행자에게 직접 전자화폐의 환금화를 청구할 수 없다고 해야 한다.¹⁹⁸⁾ 다만, 발행자의 파산절차에 참여하여

194) Siegfried Kümpel, a.a.O. WM 1998, S. 375.

195) Task Force on Stored Value Cards, 2 at 718.

196) 이에 대하여 민사소송법 제446조 이하의 공시최고절차와 유사한 제도를 두어 제3취득자가 존재하지 않는다고 하는 사실을 입증하거나 보증증권 혹은 보증금제도를 입법적으로 도입하는 방안을 강구하는 면도 생각해 볼직하다.

197) 전자화폐의 결제 완결성의 문제가 된다.

198) Task Force on Stored Value Cards, 2 at 696.

파산채권자가 되는 경우에는 대금을 회수할 수 있다.¹⁹⁹⁾ 사건으로서는, 전자화폐의 양수인이 발행자로부터 전자화폐의 환금을 받은 시점이 전자화폐의 효력발생의 시기가 아니라 전자화폐의 이전시기에 채무변제의 효력이 발생한다고 보고, 또한 전자화폐 자체를 통화매체로 보게 되면 채권자가 전자화폐를 수취한 시기에 금전채무의 소멸 효력이 발생하나, 전자화폐의 지급을 자금이체의 수단으로 보게 되면 채권자가 전자화폐를 수취한 것만으로는 채무소멸의 효력이 발생하지 아니하고 상당한 금액채권이 채권자에게 이전되는 시기에 채무소멸의 효력이 발생하도록 하여야 한다.²⁰⁰⁾

8) 電子貨幣의 押留

전자화폐의 소유자가 파산하는 경우에 전자화폐에 압류할 수 있는가가 문제가 된다. 현행의 민사소송법상으로 정보 그 자체의 압류는 할 수 없다는 문제점이 있다. 그러나 전자화폐는 단말기 등 매체를 이용하여 거래를 하는 때에는 매체를 압류하여 전자화폐를 압류하는 효과를 얻을 수 있는지가 문제가 된다. 이 경우에 압류된 매체에 담겨있는 정보가 암호화되어 있으면 도산자의 의사에도 불구하고 이를 복호화하기 위하여 압류집행관이 도산자의 비밀키를 사용할 수 있으며, 이를 가능하도록 할 필요성이 있다.²⁰¹⁾ 현행 전자거래기본법 제4조에 의한 전자화폐의 효력은 전자적 형태로 되어 있다는 이유만으로 문서로서 효력이 부인되지 않으므로, 전자화폐의 정보는 전자문서로 볼 수 있다. 따라서 이를 동산으로 취급하여 압류를 할 수 있다고 보아야 한다.

199) U.C.C. 제3-310조 : effect of instrument on obligation for which taken(a) Unless otherwise agreed, if a certified check, cashier's check, or teller's check is taken for an obligation, the obligation is discharged to the same extent discharge would result if an amount of money equal to the amount of the instrument were taken in payment of the obligation. Discharge of the obligation does not affect any liability that the obliger may have as an indorser of the instrument.

200) 小澤撤夫, “電子マネーの取人當事者間の法律關係と損失の配分(1)”, 「NBL」第623号, 1997年, p. 10.

201) 정완용, 전제 “전자화폐에 의한 전자결제제도”, p. 148.

第5節 民事責任에서의 特殊性

1. 電子去來上 危險의 特殊性

(1) 새로운 위험의 등장

인터넷상에서 재화나 용역의 거래에 있어서 그 전부 또는 일부가 전자문서에 의하여 처리되는 거래를 전자거래라 한다(전자거래기본법 제2조 제5호). 이러한 전자거래라고 하는 것은 컴퓨터 등 정보처리시스템에 의하여 전자적 형태로 작성되어 송신·수신 또는 저장되는 정보를 전자문서화 하여 처리되는 거래를 말한다(전자거래기본법 제2조 제2호). 이러한 전자거래의 가장 큰 특징은 상대방을 직접 대면하지 않고 이루어지는 것으로 거래의 상대방이 진정한 당사자인지, 거래 상대방에게까지 모든 전달경로가 진정한 경로인지, 계약의 이행이 정상적으로 이루어질 것인지 등에 대하여 어느 정도 위험이 존재하는 것이 보통일 것이다. 그러므로 전자거래에서 위험이라고 하는 것은 전자거래에서 발생되어지는 위험으로 시스템구축과 운영과정에서 발생하는 위험과 계약체결과 이행과정에서 발생하는 위험, 전자거래 당사자의 고의나 과실에 의한 채무불이행과 불법행위에 의한 위험 등이 존재할 수 있다.

(2) 危險의 意義

일반적으로 위험이라고 할 때에는 생활이익에 대하여 어떠한 위해가 가해질 염려가 있는 상태를 의미하거나,²⁰²⁾ 채권의 목적이 양당사자의 책임 없는 사유로 이행할 수 없게 되는 경우에 그로 인한 불이익을 말한다.²⁰³⁾ 그러나 위험분담에 있어서 위험이란 쌍무계약에서 서로 대가적 의미를 가지고 대립하는 일방의 채무가 소멸함으로써 받는 재산상의 불이익을 말한다.²⁰⁴⁾ 다시 말하면, 쌍무·유상계약에서 계약목적인 물건의 멸실로 말미암아 반대급부를 못받게 되거나 또는 멸실에도 불구하고 상대방에게 손해배상청구도 못한 채 대가만을 지불해야

202) 김동훈, “계약법과 위험분배의 원칙”, 「고시연구」 1997. 11. p. 54 ; 광윤직, 전계 「채권각론」, p. 81 ; 최수경, “동산매매에 있어서의 위험분담에 관한 연구”, 서울대학교 박사학위논문, 2000. 2. p. 56.

203) 이은영, 전계 「채권각론」, p. 174.

204) 광윤직, 전계 「채권각론」, p. 81 ; 이은영, “위험의 분담과 이전”, 「대한변호사협회지」, 1987. 9, p. 61 ; 이은영, 상계 「채권각론」, p. 174.

되는 불이익을 말한다.²⁰⁵⁾ 보통 거래계약관계에서 발생하는 위험은 계약체결상의 과실책임, 계약내용의 이행과정에서 발생하는 불안전이행책임과 이행지체책임 및 이행불능책임과 같은 채무불이행책임을 부담하게 된다. 그러므로 전자거래에서 위험이라고 할 때에는 전자거래관계에 참여하는 당사자간의 거래뿐만 아니라 전자거래 전반에 걸쳐서 발생하는 위험으로 해석할 수 있다. 여기서 전자거래에서의 위험개념을 규정하고자 하는 것은 전자거래가 非對面的인 거래의 형태로 이루어짐으로써 전자거래에 참여하는 당사자는 일반적인 위험보다 훨씬 많은 위험으로부터 노출될 수 있기 때문이다. 예컨대, 자신의 의사표시가 제대로 전달되었는지, 자신의 정보가 타인에 의하여 부당하게 유출되는지, 상대방에게 전달되는 정보가 정확한 것인지, 스팸 메일과 같은 무작위성의 광고로 인한 정신적·신체적인 피해 등이 발생하였는지에 대하여 항상 위험으로부터 노출될 수 있기 때문이다.²⁰⁶⁾

또한 이러한 위험은 일반적으로 전통적인 계약관계에서 논하고 있는 해결방안으로 해결할 수 없는 경향이 있다. 예컨대, 컴퓨터통신망을 이용하여 어떠한 상품을 구매하겠다는 의사표시를 하였으나 여러 가지 사정으로 의사표시가 제대로 전달되지 못한 경우, 계약의 상대방은 의사표시의 데이터가 접수되지 않았기 때문에 계약이 성립한 것이 아니므로 이에 대한 책임을 지지 않게 되지만, 이미 대금을 결제한 경우를 믿고 어떠한 상품을 구매하겠다는 의사표시를 하였으나 상대방에게 전달되지 않아 손해가 발생하였다면 그 손해를 본인에게 부담시키는 것이 합리적인가에 대하여 검토하여야 할 필요가 있게 된다. 이때 전달되지 못한 원인을 알 수 있는 경우라면 그러한 원인을 제공한 당사자에게 책임을 물을 수 있겠으나, 기술적인 면에서 정확한 지식을 가지지 못한 당사자에게는 거의 불가능에 가까운 일이다. 그러므로 뜻하지 않은 사고가 발생할 가능성이 있는 전자거래에서 어느 당사자의 위험에도 속하지 않는 위험책임을 누구에게 부담시키는가가 중요한 문제라고 할 수 있다.

물론 전자거래에서는 이와 같은 위험만이 존재하는 것은 아니라 일반적인 위험의 문제도 언제든지 발생할 가능성이 있다. 당사자 사이에 계약관계가 성립된 후 그에 따른 이행을 하였으나, 상대방에게 도달되기 전 여러 가지 사정으로 도달되지 못할 위험이 존재할 뿐만 아니라, 계약의 체결과 이행과정에 참여하는 다수의 당사자 중 책임소재를 정확히 알 수 없는 위험도 존재한다. 또한 전자거래에서는 위험의 문제가 순간적으로 그리고 하나의 거래에 다량으로 발생하는 경우가 있다. 따라서 전자거래에서 발생하는 위험은 계약에 이르기 전에서부터 발생하는 위험뿐만 아니라 모든 계약관계에서의 위험, 더 나아가 통신망의 불안정으로 발생하는 위험 내지 타인에 의한 불법행위의 위험 등이 동시에 혹은 다발적으로 발생할 수 있다. 따라서

205) 이은영, 전계 「채권각론」, p. 175.

206) 윤주희, “전자거래에서 위험분배에 관한 법제연구”, 한국법제연구원, 2000. 11, p. 13.

전자거래에서의 위험이란 일반적인 의미에서의 위험의 범위보다는 좁지만, 계약체결과 이행과정에서 발생하는 위험의 범위보다는 넓은 의미로 전자적인 형태로 이루어지는 거래관계에서 발생하는 위험이라고 하여야 한다.²⁰⁷⁾

(3) 危險의 特徵

전자거래에서 발생하는 위험은 여러 가지 특징이 있다. 첫번째, 전자거래에서의 위험 발생에 대한 주체를 명확하게 판별하기가 어렵다는 특징을 가지고 있다. 예컨대 컴퓨터통신망을 이용하는 계약체결과정에서 어떠한 상품이나 정보의 구입데이터를 발신했으나 상대방에게 정상적으로 도달되지 않아 구입 의뢰인이 손해를 입은 경우, 계약의 이행과정에서 상품이 제대로 전달되지 않거나, 정확하지 않은 정보가 전달됨으로써 구입의뢰인에게 피해를 입힌 경우 등 계약에 참여하는 다수당사자인 구입의뢰인과 판매업자, 통신업자, 이행보조자로서 운송업자나 보험업자, 심지어 소프트웨어개발업자에게 손해를 발생시키는 경우에 누구의 귀책사유로 인해 손해가 발생했는지 규명하는 것이 쉽지 않다.²⁰⁸⁾ 두번째, 만일 당사자를 규명했다 하더라도 손해배상을 청구하기 어렵거나 불가능한 경우가 생길 수 있다. 전자거래에서의 위험은 거래의 진행과정과 거래의 내용에 따른 위험이면서도 그 주체를 명확하게 판별하는데 어렵다는 특징으로부터 연유된다고 할 수 있다. 그리고 전자거래에 있어서는 당사자를 규명한다고 하더라도 손해배상을 청구할 수 없는 경우가 생길 수 있을 뿐만 아니라 다수의 위험이 존재하는 경우가 많고 상대방의 고의나 과실을 입증하기에 곤란한 점이 많다고 할 수 있다.²⁰⁹⁾ 그러므로 전자거래와 관련된 문제가 발생하는 경우에는 민법보다는 먼저 전자거래기본법에 의하여 규율되어지고 있으나, 그 규정내용이 선언적인 내용에만 그치고 있어 이와 같은 위험이 발생하는 경우에 적절한 해결방안을 찾을 수 없는 것이 현실이다.²¹⁰⁾ 세번째, 전자거래에서는 다수 혹은 다발성의 위험이 혼재되어 있는 경우가 많다. 즉 컴퓨터시스템의 운영상위험과 더불어 컴퓨터통신망의 사용위험, 중요한 정보의 유출위험 및 개인의 사생활 침해위험과 같은 경우를 들 수 있다. 이러한 위험은 하나의 거래를 하는 과정에서 동시에 발생할 수도 있고, 어떠한 경우에는 이러한 위험이 순차적으로 발생함으로써 하나의 위험과 같은 모습으로 발생하기도 한다. 네번째, 전자거래에서 발생되는 위험에 대해서는 상대방의 고의나 과실을 입증하기가 어렵

207) 辻 正美, システムトラブルとリスク負擔, 「コンピュータシステムと取引法」, 三省堂, 1987, p. 150.

208) <http://www.netlaputa.ne.jp/~hioki/ronbun/tisiki5.htm>

209) 김민규, 전제 “전자거래와 관련한 민사책임법리”, p. 310.

210) 손경환, 전제 “전자상거래 활성화를 위한 관련법제의 개정방향”, p. 13.

다는 특징이 있다. 예컨대 통신회선이 일시적으로 중단되어 채무이행이 지연되거나 데이터가 소멸되어 버린 경우 중단된 사유가 누구의 고의 내지 과실인지 컴퓨터 이용자가 규명한다는 것은 거의 불가능하다는 등의 전자거래에서 발생하는 위험의 특징이 있다.

2. 電子去來上 紛爭解決의 特殊性

전자거래는 인터넷 혁명에 의하여 급속하게 확대되고 있으며, 급격한 변화를 겪고 있다. 또 전자거래의 환경은 급속하게 발전하면서 다양한 종류의 혁신적인 사업, 시장 및 교역 공동체를 생성하여 새로운 기능과 새로운 매출원을 창출하고 있다. 정보사회의 새로운 경제 패러다임에서 신뢰구축은 중요한 정책적 과제이다. 소비자들과 기업들은 자신들이 처리하는 거래가 변경되거나 누출되지 않고, 판매자와 구매자가 누구인지를 확인할 수 있고, 거래 수단이 가용하고, 법적이며, 안전성이 있다는 것에 대해서 자신감을 가질 수 있어야 한다. 이러한 신뢰와 확신을 구축하는 것은 기업과 소비자들이 전자상거래로부터 효과를 거두기 위해서 확보되어야 할 필수적인 사항이다. 특히 신뢰구축의 핵심은 온라인 환경하에서 거래와 관련해서 발생하는 분쟁에 대해 소비자나 이용자들이 효과적인 구제를 받을 수 있도록 안심시키는 것이라 할 수 있다.

전자거래는 불특정 다수와의 거래, 대량적인 거래, 컴퓨터를 통한 비대면적인 거래, 다국가적인 거래, 전자거래와 관련된 분쟁은 순수한 법률적인 요소 이외에 정보통신 등과 관련된 기술적인 요소가 포함되어 있으며, 선례나 해결사례가 드물다는 점이 일반거래와 다른 특징이다.²¹¹⁾ 전자거래에서 발생하는 분쟁은 위에서 언급한 전자거래의 특수성으로 인하여 특별한 연구검토가 요청되고 있으며, 더욱이 전자거래에 있어서 피해는 단기간에 광범위하게 발생하고, 경우에 따라서는 국경을 넘는 피해가 발생하기 때문에 재판제도를 대신하는 신속하고 그 절차가 간소하며 비용이 저렴한 분쟁해결방법을 강구할 필요가 있다고 할 것이다. 전자거래에 있어서 분쟁이 발생하는 경우에 대부분은 여러 가지 전자거래의 특성상 다수당사자가 참여한 경우가 많고, 손해의 발생액이 다액이거나 산발적으로 발생하는 경우가 많으므로 일반거래와 다른 분쟁해결의 방안이 필요하게 된다.

3. 우리나라 民事責任 構造의 特殊性

우리나라 전자거래에서 민사책임 구조상의 특수성을 살펴보기 위해서는 현행 민사법의 기본

211) <http://www.ecom.or.kr>

이념과 전자거래관련법의 이념과의 법률체계를 검토하여야 한다. 그러나 여기에서는 우리나라 현행 민사책임의 기본 구조를 이루고 있는 사적자치의 원칙과 과실책임주의 및 입증책임에 대하여 검토하여 우리나라 전자거래관련 민사책임의 문제점을 도출하고자 한다..

(1) 私的自治(契約自由)의 原則

1) 意義

근대 법은 각 개인에게 그의 생활관계를 自己責任하에 형성할 수 있도록 하는 사적자치를 기본원칙으로 삼고 있는데, 계약은 사적자치를 구현하는 중요한 법적 형태이다. 계약자유는 원칙은 다음과 같은 법적 의미를 갖는다. 첫째, 국가는 일정한 범위내에서 개인들의 법률관계의 형성에 개입하지 않고, 그들의 자유로운 판단에 맡겨 둔다는 것을 의미하고, 둘째, 국가는 당사자들의 자유로운 결정에 의하여 이루어진 합의에 법적 구속력을 인정하고, 여기에 법적인 보호를 부여할 용의가 있다는 것을 의미한다. 이와 같이 계약은 당사자의 자유로운 자기결정에 두고 있으며, 계약자유는 자유로이 선택한 당사자와 법률관계를 자유로이 합의하고 그 결과에 대해 당사자 스스로 및 상대방을 구속함을 일정한 범위내에서 법질서가 승인하고 보장함을 말한다. 이러한 사적자치 원칙이 전자거래에서도 그대로 적용될 수 있는 것인지가 문제가 된다.

2) 私的自治의 原則의 內容

계약자유는 내용은 계약체결의 자유·계약내용형성의 자유·방식의 자유·상대방선택의 자유로 설명되기도 하지만, 그의 본질적인 내용은 계약체결의 자유와 계약내용형성의 자유로 분류할 수 있으며, 계약내용형성의 자유는 계약체결의 자유가 보장될 때 비로소 그 의미를 갖게 되므로 양자는 불가분의 관계에 있다고 보아야 한다. 또한 계약방식의 자유는 계약체결의 자유의 한 내용으로도 파악될 수 있다. 보통은 계약자유는 원칙으로 계약체결의 자유, 상대방선택의 자유, 내용결정의 자유와 방식의 자유를 그 내용으로 하고 있다.

3) 特殊性

우리 민사법의 사적 자치의 원칙이 전자거래에서도 그대로 적용될 수 있는지에 대하여 많은 논란이 되고 있다. 현행 우리나라의 민사책임법제상 전자거래에 있어서 기존의 민사법체계와 같이 사적 자치의 원칙이 그대로 적용될 수 없는 특수성이 존재한다. 일반적으로 전자거래에서는 소비자보호에 중점을 두고 민법의 특별법적 성격을 갖는 공·사법의 교착성을 가지고 있

기 때문이다.

(2) 過失責任主義

기존의 민법이론에 의하면 책임구성요건으로서 고의와 과실을 근거로 하고 이와 같은 고의·과실, 즉 귀책사유에 의하여 타인에게 손해를 준 경우에만 가해자가 손해배상책임을 지는 과실책임주의를 택하고 있다.²¹²⁾ 그러므로 전자거래에서의 책임문제도 기본적으로는 과실책임주의의 원칙으로 해결할 수 있을 것이다.²¹³⁾ 그러나 어느 정도 컴퓨터에 의한 자동화 단계에서는 전자거래에서의 채무불이행책임은 프로그램에 따라 현실적인 인간의 개입 없이도 발생할 수 있는 점이나 컴퓨터의 작동 오류로 인해 손해가 발생할 수 있는 점이 문제가 된다. 따라서 전자적 의사표시에 있어서 인간의 행위성의 결여문제가 과실책임에 따른 채무불이행이나 불법행위의 전제조건이 문제가 되어 이론상으로는 귀결되지만, 컴퓨터의 작동이 인간의 조정범위가 아닌 완전한 오작동이라면 행위성을 인정하기 어렵고 행위성이 인정되지 않는다면 그 결과의 귀속근거는 무엇인가 하는 법이론상의 문제가 발생하게 된다. 인간의 행위간에 인정되어 온 기존의 과실개념만으로는 책임을 귀속시키는 것이 불합리 하는 것이 아닌가 하는 문제가 발생하는 데 이는 전자거래에 있어서 기계와 기계사이에서 일어나는 문제가 대두되기 때문이다.

컴퓨터운영자나 보조자는 컴퓨터 기능을 설정하는 단계에서 '사전의 행위'인 프로그래밍이라는 준비단계의 작업이 존재하므로 컴퓨터의 연산과정에 법적으로 인정되는 사전적 개입을 하지 않은 부작위 자체에 대한 비난을 전제로 한 책임이 문제가 된다. 이러한 종류의 사전적 책임성은 준비된 행위가 위법하고 고의·과실이 있다고 판단되어 손해발생의 원인인 경우에만 인정된다.²¹⁴⁾ 그러므로 과실책임의 적용을 위해서는 채무를 이행하지 않는데 대한 위법성 판단이 선행되고, 귀책사유와 인과관계의 존재가 인정되어야 하지만, 현행 민사책임법상으로는 이행기에 채무가 이행되지 않은 사실만으로 계약의 구속력과 규범력에 따라 위법성조각사유가 존재하지 않은 한 당연히 위법성이 존재하는 것으로 보게 된다. 그리고 전자거래의 과실책임을 인정하기 위해서는 진정한 기계의 하자가 문제가 되므로, 이 경우에는 손해결과의 귀속을 위한 직접적인 고의는 불가능하고 기술적인 결함의 발생은 인간의 악의적인 파괴의 특별한 경우를 제외하고는 인간의 의사에 기인하는 경우는 있을 수 없다.²¹⁵⁾

212) 김상용, 전제 「채권총론」 p. 101.

213) 윤주희, 전제 “전자거래에서 위험분배에 관한 법제연구”, p. 95.

214) Mattias Kuhn, *Rechtshandlungen mittle EDV und Telekommunikation : Zurechenbarkeit und Haftung*, Verlag C.H.Beck ; München, 1991, S. 264.

1) 過失

온라인서비스제공자가 가해자로부터 제공받은 잘못된 정보를 인식하지 못한 경우 고의가 없으므로 교사나 방조책임이 성립되지 않는다. 그러나 고의가 성립되기 위해서는 위법성의 인식이 필요한가에 대하여 논란이 있으나, 온라인서비스제공자의 위법성인식을 가지고 온라인서비스제공자가 가해자로부터 제공받은 잘못된 정보를 진정한 것을 믿고 그에 대한 위법성을 인식 없이 제3자에게 제공하였다면 고의가 성립되지 않는다고 보아야 한다. 그러나 전자거래의 특수성에 비추어 보면 상대방의 위법성 인식을 입증한다는 것은 어려운 일이다. 따라서 이하에 는 논외로 한다.

과실은 일정한 결과가 발생하리라는 것을 알고 있어야 함에도 불구하고 부주의로 그것을 알지 못하고 어떤 행위를 하는 심리상태를 말하는데,²¹⁶⁾ 전자거래에서 주로 문제가 되는 것은 컴퓨터시스템운영과정의 구축자가 주의의무를 다했음에도 불구하고 사고가 발생한 경우 과실 책임을 인정할 수 있는가의 문제로, 컴퓨터운영자나 프로그래머 또는 전산망운영자에게 의무 위반 없는 과실 책임을 인정할 수 있는가의 문제이다.²¹⁷⁾ 컴퓨터운영자나 프로그래머 또는 전산망운영자들이 주의의무를 다한다고 하더라도 프로그래밍이나 시스템설정에 있어서 하자의 발생을 완전히 막을 수 없으며, 기술적인 고장은 주로 구체적으로 예견할 수 없을 뿐만 아니라 회피할 수 없는 문제가 있기 때문에 하자발생의 가능성에도 불구하고 컴퓨터가 도입됨으로써 단지 고의적이지는 않지만 간접적인 침해를 야기하는 때에는 컴퓨터사용자가 객관적으로 의무위반적인 행위를 하지 않는 한 행위위법론에 따라 귀책사유가 결여된 것이 아니라 손해의 원인이 되는 행위의 위법성 자체가 결여되어 있다고 보는 견해가 있다.²¹⁸⁾

오늘날 대량거래가 이루어지기 위해서는 여러 분야에서 컴퓨터를 이용하지 않을 수 없으며, 컴퓨터의 도입은 '사회적으로 상당'한 것으로 인정되고, 컴퓨터에 의하여 발생하는 기계적 오류를 회피하기 위해 컴퓨터를 사용하지 아니하고 수작업을 통해 데이터를 처리한다고 하여 하자가 발생하지 않는다고 볼 수 없다. 그러므로 귀책사유의 문제에 있어서 컴퓨터시스템의 안정성 기준과 컴퓨터 도입에 필요한 안전성 요건을 규정하고 있지만, 컴퓨터운영자의 단순한 과실책임만으로는 불충분하다.²¹⁹⁾ 따라서 민법 제390조의 과실책임주의에 따라 전자거래이용

215) Manfred H. Brunner, *Zum Risiko von Computerfehleistungen bei der Abwicklung von Verträgen*, Kiel Univ., Dissertation, 1970, S. 41.

216) 김상용, 전계 「채권총론」, p. 104.

217) 오병철, 전계 「전자거래법」, p. 302.

218) 정진명, 상계논문, p. 210.

219) Mattias Kuhn, *aa.O.*, S. 265.

자는 고의적으로 행위하거나 전자거래에서 요구되는 주의의무를 이행하지 아니하는 경우에는 컴퓨터이용자 또는 정보통신이용자를 통해 발생하는 손해에 대하여 직접적 손해배상의무를 진다.²²⁰⁾

2) 因果關係

전자거래에서 여러 가지 사정으로 인하여 오류가 발생한 경우 그 오류로 인해 손해가 발생했다면 발생한 손해와 행위간에 원인관계가 존재해야 한다. 전자거래의 목적물 이행과정에 있어서 채무불이행의 문제가 발생하는 경우에 피해자에 의해 발생한 불이익과 손해배상을 할 자의 행위간에 원인관계가 있을 필요가 있다. 이러한 원인관계에 대하여 여러 가지 학설이 있으나, 이하에서는 통설과 판례에 따른 상당인과관계론에 따라 이론을 구성하고자 한다. 전자거래에서의 채무불이행이 발생하는 경우에 피해자가 받은 손해와 가해자가 행한 행위간에 상당한 인과관계가 존재하여야 하며, 이러한 요건은 과실책임원칙에 따른 귀속은 물론 위험원칙 내지 모험책임원칙과 같은 특수한 책임원리에 따른 귀속을 위해서도 인정된다. 그러나 담보책임의 경우에는 일정한 손해결과에 대해서 유보함이 없이 보증되어 있는 경우에는 예외적으로 인과관계가 없어도 책임을 지게되는 법정담보책임이며 무과실책임이다(민법 제570조 이하).²²¹⁾ 이러한 담보책임의 인과관계를 검토하는 것은 민법 제393조의 손해배상범위를 확정하기 위해서도 필요하다고 할 수 있다.

그런데 손해배상책임의 성립에 있어 인과관계와 손해배상범위의 확정에서 종래에는 상당인과관계가 있으면 그 범위내의 손해를 배상하여야 하는 것으로 이론 구성되었으나, 근래에는 손해배상책임의 성립요건으로서의 인과관계와 손해배상범위 확정에서의 인과관계로 구별하여 논하는 것이 타당하다는 주장이 강하게 제기되고 있다.²²²⁾ 이러한 주장의 논거는 상당인과관계설은 손해배상 범위결정의 일반적·추상적인 기준으로서 구체적·개별적 배상범위결정의 이론이 아니며, 가해자의 유책성·가해행위의 불법내용·가해행위의 위법성·침해된 법규범의 취지 등을 배상책임범위결정의 기준으로 고려하지 않는다고 비판하고 있다.²²³⁾ 그러므로 순수한 기계적 오류로 인한 사고의 발생에서 기술적 결함의 결과로 발생한 장애는 채무자 측에서 기술적인 도구를 이용한 결과이므로 이로 인해 발생한 손해와는 명백하게 인과관계가 존재한다고 할 수 있다. 즉 컴퓨터나 정보통신시스템을 이용함으로써 계약상의 의무이행을 하는 것

220) 오병철, 전계 「전자거래법」, pp. 303-304.

221) Mattias Kuhn, *aa.O.*, S. 266.

222) 김상용, 전계 「불법행위법」, p. 95 ; 김상용, 전계 「채권총론」, pp. 169-170.

223) 김상용, 상계 「채권총론」, p. 170.

이라면 그로 인해 일반적인 장애가 발생하여 컴퓨터의 하자위험이 고려할만한 차원에서 진행 된다면 인과관계가 있다고 볼 수 있다. 반면 자연재해와 같이 불가항력적인 장애로 인하여 손해가 발생한 경우에는, 정보통신시스템의 사용시에는 이러한 일이 발생할 수도 있게 되는데, 장애로 인한 손해의 발생이 있다 하더라도 인과관계의 성립은 부정될 것이다. 또 인과관계를 인정하기 위해서는 컴퓨터라는 도구의 이용이라는 측면의 인과관계 인정의 부분도 있지만, 채무자가 이러한 하자를 인식하고 있었는가에 따라, 즉 인간의 생활경험에 관한 지식으로 인식할 수 있다면 그것은 인과관계가 존재한다고 볼 수 있게 된다.

3) 特殊性

앞에서 살펴 본 바와 같이 우리나라의 현행 제도로는 전자거래에 있어서도 일반거래와 마찬가지로 손해를 입은 자는 상대방의 고의 또는 과실이 없는 경우에 손해배상을 청구할 수 없게 되는 문제가 있다. 전자거래에서 발생한 위험의 특수성에 대한 책임을 논하기 위하여 기존의 민사법체계상 과실책임주의로 논하기는 어려운 점이 있으므로, 외국의 입법례와 같이 무과실 책임이라 불리는 독일법상의 위험책임 및 영미법상의 엄격책임론을 검토할 필요성이 대두된다.



(3) 立證責任의 問題

전자거래상의 채무불이행에 있어서 소송법적인 문제는 과실책임주의를 취하는 경우에 채무자로서는 자신의 과실 없음을 입증하여야 하는데 특별히 입증할 방법이 부족하다는 점이 문제가 된다. 뿐만 아니라 채권자로서도 채무자가 인간에 의한 과실이 없고 오직 자동정보처리시스템에 의하여 문제가 된다. 그리고 보호조치를 하여야할 주의의무이행을 입증한 경우에 기계적 오류가 인간에 의한 과실로 전환될 수 있는가를 반증할 방법이 적절치 않게 되는 문제점이 있다. 따라서 전자거래의 입증책임에 대해서는 기존의 입증책임과 달리 채권자의 입증책임을 완화해야 할 필요가 있는지가 문제가 된다.

1) 立證責任 緩和·輕減의 問題

전자거래에서 피해를 입은 컴퓨터이용자인 소비자가 전자거래사업자 혹은 컴퓨터운영자의 고의·과실의 귀책사유와 인과관계를 입증하여 불법행위로 인한 책임을 물을 수 있다. 그러나 전자거래사업자 등의 과실이나 인과관계를 입증하기란 쉽지가 아니하므로 불법행위의 관점을 떠나 전자거래의 소송에서는 청구원인을 채무불이행으로 이론 구성할 수 있을 것이다. 채무불

이행의 일반론에 의하면 전자거래사업자가 채무내용에 맞는 이행을 하였다는 사실과 그 이행을 못한 경우에는 그 불이행에 과실이 없음을 입증할 수 있도록 하는 것이다. 따라서 채무불이행책임구조이론은 형식은 책임의 본질에 관한 것이지만 그 실제적 의의 내지 기능은 소비자측의 입증부담을 완화 또는 경감하는 것이다. 전자거래에서 입증책임의 완화·경감의 문제는 첫째, 채무불이행구조를 전제로 하여 전자거래의 불완전이행, 즉 선관주의의무위반에 관하여 이용자측이 입증책임을 부담하고, 그 이행불완전이 자신의 책임에 돌아가지 않은 사유, 즉 불가항력 또는 이와 동시할 사유에 의한다는 귀책사유부존재의 입증책임을 전자거래사업자측이 부담한다는 견해, 둘째, 채무불이행책임구조를 전제로 하여 전자거래의 채무이행의 불완전성과 전자거래사업자의 과실은 사실상 밀접한 관련이 되어 있으므로 증거와의 거리 및 입증의 난이도에 따라 채무자인 전자거래사업자 등의 귀책사유를 입증하여야 한다. 따라서 전자거래를 이용하는 소비자보다는 고도의 기술성과 전문성을 지니고 있는 전자거래사업자 또는 컴퓨터운영자 등의 책임이 더 크다고 할 수 있으므로 과실의 추정이 사업자에게 인정될 필요성이 있다.

2) 特殊性

컴퓨터를 이용한 전자거래에서 발생하는 손해는 주로 기계의 결함이 문제가 되는데 컴퓨터 사용 중에 발생하는 하자는 자동화장치에 의한 경우에도 결국은 인간의 부주의로 환원되게 되므로, 이러한 경우에 주의의무를 다하여도 발생될 수밖에 없는 기계적 오류에 대해서까지 채무불이행책임을 지우는 것은 정의관념에 반한다고 하면서 기존의 과실책임주의를 고수하는 견해가 있다.²²⁴⁾ 다만, 귀책사유를 인정하기 위해서 전제조건으로 주의의무의 수준을 높게 하는 것과 구체적으로 주의의무를 다하기 위한 조치의 확정이 요구된다고 한다. 그리고 주의의무의 수준을 높이거나 나아가 위험책임주의를 취하더라도 책임영역은 자신이 기술적으로 또는 계약 관계를 통해 지배할 수 있는 영역에서 발생한 오류에 대해서만 책임을 인정할 수 있을 뿐 기술적으로 지배할 수 없는 영역 내지 계약관계 없이 기계적 작동에 의해 이용되는 전산망에서 발생하는 모든 책임을 부담시킬 수 없다고 한다. 그러나 전자거래에서 발생되어지는 하자 등은 컴퓨터프로그램의 제조자가 제조과정에서 또는 운영과정에서 모든 주의의무를 다하였다고 하더라도 제조물의 결함에 의한 손해가 발생하는 경우에는 과실유무와 관계없이 책임을 부담하게 하는 독일의 위험책임론 및 영미법상의 엄격책임론을 수용하거나 정보시스템제공자가 적극적으로 자기에게 고의·과실이 없다는 것을 증명하지 못하는 한 정보제공자에게 불법행위책임을 물을 수 있게 하는 것이 전자거래이용자의 입증책임을 완화시킬 수 있으며, 컴퓨터이용자의 권리보호에 기여할 것으로 생각한다.

224) 오병철, 전제 「전자거래법」, p. 324.

第3章 外國의 電子去來關聯 責任法制와 判例의 動向

앞에서 살펴 본 바와 같이 제2장에서는 전자거래의 특수성으로 전자거래의 의의·전자거래의 특성에 대하여 검토하였으며, 이러한 전자거래의 특성에 따른 전자적 의사표시의 특수성을 검토하고 민법 제107조 내지 109조의 포섭여부도 검토하였다. 그리고 전자거래상 급부의 이행과 전자화폐의 법적 효력의 특수성, 전자거래상 위험의 특수성과 분쟁해결의 특수성 및 우리나라 민사책임 구조상의 특수성에 대하여 검토하였다. 이하 외국의 전자거래관련 책임법제와 판례의 동향에서는 국제기구 및 주요국가(미국, 유럽, 일본 등)의 전자거래관련 책임법제를 검토한다.

第1節 國際機構의 責任法制

1. UNCITRAL



(1) 概說

UN국제상거래법위원회에서 전자상거래모델법(UNCITRAL Model Law on Legal Aspects of Electronic Commerce)이 1996년 5월 본회의에서 정식 채택되었고, 2000년 9월 29일에는 전자서명에 관한 통일규칙 초안(Draft Uniform Rules on Electronic Signature)을 채택하였다. 이러한 발표가 있기 전에 이미 1987년에는 전자자금이체에 관한 법률지침(Legal Guide on Electronic Fund Transfer)과, 1992년 전자 자금이체에 관한 모델법(Model Law on Electronic Fund Transfer)이 제정되어 있다.

(2) UNCITRAL 전자상거래모델법

동 모델법에서 특히 당사자간의 위험에 관해 규율하고 있는 부분은 데이터 메시지의 송수신 시기 및 장소에 관한 것이다. 동 모델법 제15조에서는 데이터 메시지의 발신 및 수령의 시

기와 장소에 관해 자세히 규정하고 있다. 제15조 1항에서는 “작성자와 수신자간에 특약이 없는 경우에는 데이터 메시지의 발신은 그것이 작성자 또는 작성자를 대신하여 데이터 메시지를 송신한 자의 지배밖에 있는 정보처리장치에 들어간 때에 이루어진다”라고 규정한다. 또한 수신시기에 관하여 수신자가 데이터 메시지의 수령을 위하여 정보처리장치를 지정한 경우에는 첫째, 지정한 정보처리장치에 진입한 때 둘째, 다른 정보처리장치로 송신된 때에는 수신자가 이를 수령한 때에 수신이 이루어진 것으로 하고 있다. 그리고 수신자가 정보처리장치를 지정하지 아니한 때에는 수신자의 정보처리장치에 진입한 때를 수신의 시기로 하고 있다. 그러므로 수신자가 수신한 상태가 되기 전까지의 위험에 대해서는 발신자가 부담하고 수신된 이후부터는 수신자가 부담하는 것이 원칙이다.²²⁵⁾

(3) UNCITRAL 전자서명모델법

UNCITRAL 전자서명모델법은 전자서명과 인증기관의 법률문제에 관한 통일규칙을 제시하기 위하여 제정되었다. 이를 구체적으로 보면 전자상거래에서 공개키 암호의 우세에 따라 디지털서명 문제에 중점을 두되 전자상거래 모델법의 매체중립원칙을 따르기로 하였으며, 기타 다양한 보안수준의 수용, 서비스의 유형에 따른 상이한 법률효과와 책임의 인정 및 국제간 상호인증을 고려한 인증기관의 최소충족요건 제시를 언급하고 있다. UNCITRAL 전자서명모델법 제9조(1)(d)(iv)에서는 인증서비스 제공자가 부담하는 책임의 범위 내지는 내용에 대한 제한사항에 대하여는 이를 신뢰하는 자가 관련이 있는 경우 인증서 등으로부터 그 사실을 확인할 수 있는 상당히 접근하기 쉬운 수단을 제공하도록 규정하고 있다. 또한 동조 2항에서는 인증서비스가 1항의 조건을 충족하지 못하는 경우 이에 대한 책임을 진다고 규정하고 있다. 구체적인 인증기관의 책임에 관한 규정은 포함하고 있지 않다.²²⁶⁾

2. OECD

OECD에서는 구체적으로 책임에 관련된 내용을 규정하고 있지는 않다. 다만 1998년 소비자정책위원회에서 “전자상거래 소비자보호 선언”을 발표한 이래, 1999년 12월 “전자상거래 소비자보호 가이드라인(guideline for consumer protection in the context of electronic

225) 정완용, “유엔국제상거래법위원회(UNCITRAL)의 ‘전자상거래모델법(1996)’에 관한 고찰”, 「고황법학」 제2권, 고황법학교수회, 1997, p. 233 이하.

226) 상계논문, p. 241.

commerce)” 을 채택하였다. 전자거래에서 소비자보호의 문제는 조세, 개인정보보호, 인증 등과 더불어 OECD 논의의 주요 의제 가운데 하나이다. 가이드라인의 제2장에서는 소비자보호를 위한 일반원칙을 제시하고 있는데 그 내용을 보면 다음과 같다. 투명하고 효과적인 보호, 공정한 영업·광고 및 마케팅 관행, 온라인 정보제공, 확인절차, 대금지급, 분쟁해결 및 피해구제, 프라이버시의 보호, 교육 및 인식 등의 8개 부분으로 되어 있다.²²⁷⁾

책임에 관한 내용으로는 첫째, 가이드라인 제2장의 5에서는 소비자에게 대금지급과 관련한 보안 수준에 대해 정보를 제공해야 한다는 내용이 규정되어 있다. 이는 대금지급 시스템의詐欺的 사용에 따른 배상책임의 제한과 책임전가(charge back)제도의 사용을 장려하는 내용이다. charge back제도란 신용카드회원이 가맹점과 계약의 무효, 계약의 취소, 계약의 해제, 상품의 하자, 상품의 미배달 등이 있는 경우로 거래상의 분쟁이 발생했을 경우 신용카드회사에 대해 카드사용 대금의 지급을 거절하고, 카드회사를 통해서 거래에서 발생한 비용의 일부 또는 전부를 보상받는 제도이다.²²⁸⁾ 두 번째로는 가이드라인 제2장 6에서는 분쟁해결 및 피해구제의 강화를 위한 내용을 규정하고 있는데, 이에 준거법과 재판관할, 재판외의 대안적 분쟁해결 및 피해구제 등을 내용으로 하고 있다. 소비자와 사업자간에 분쟁이 발생했을 경우 분쟁의 최종적인 해결방안은 소송을 통한 해결이다. 그러나 소송을 통한 분쟁의 해결은 시간과 비용이 많이 들고, 특히 국제 전자거래의 경우 준거법과 재판관할의 문제가 제기되기 때문에 소비자들이 이용하기 쉽지 않다. 그러므로 사법적 절차를 통하지 않는 분쟁의 해결 방안이 곧 소송 외적 대안적 분쟁해결이다. OECD 가이드라인은 이와 같은 대안적 분쟁해결에 대해 다음과 같은 원칙들을 제시하고 있다. 소비자 분쟁의 해결과 불만의 처리는 먼저 공정하며, 신속하고, 부당한 비용과 부담이 없어야 한다. 분쟁해결을 위해 사업자, 소비자대표 및 정부는 다음과 같은 조치를 취할 것을 권하고 있다. 첫째, 사업자와 소비자 대표들은 소비자 불만에 대응하고 처리하기 위한 내부 절차를 마련하고, 소비자가 그러한 절차를 이용하도록 장려되어야 한다. 둘째, 사업자와 소비자 대표들은 소비자 불만을 처리하기 위한 협력적 자율규제 프로그램을 마련해야 하고, 분쟁을 해결함에 있어 소비자를 지원해야 한다. 셋째, 사업자와 소비자 대표 및 정부는 소비자가 대안적 분쟁해결제도를 이용할 수 있는 기회를 주기 위해 서로 협력해야 한다. 넷째, 상기 규정을 이행함에 있어 사업자, 소비자 대표, 정부는 정보기술을 혁신적으로 이용해야 하고, 그러한 기술을 활용하여 소비자의 인식을 제고시키고 선택의 자유를 확대하도록 해야 한다.

227) 국회사무처법제실편, “전자상거래에 관한 입법의 보완”, 「법제현안」 제2000-12(통권 제108호), 국회사무처, 2000. 10, p. 12 ; 강성진, “OECD”, 「전자상거래 소비자보호 가이드라인의 내용과 규제」, 한국소비자보호원, 1999. 8, p. 53.

228) 최선경·최장주, “Chargeback과 소비자보호”, 한국소비자보호원, 1997. 8, p. 7.

第2節 主要國家의 責任法制와 判例

1. 미국

(1) 통일상법전(UCC)

미국에서 계약법의 주요 법원은 판례법과 이를 조문화한 리스테인먼트, 그리고 통일상법전(Uniform Commercial Code: U.C.C.)이다.²²⁹⁾ 미국에서는 모든 주에서 UCC의 전부 또는 주요부분을 채택하고 있으며, 미국법원에서도 UCC의 법원칙을 존중하고 있다.²³⁰⁾ 다만 UCC의 규제 대상이던 종래의 물건거래와는 달리 인터넷에서 활발히 거래되는 것들 중에는 비행기표 예약이나, 음악곡 저장, 회계정보, 증권정보, 법률지원 등의 서비스가 매매의 대상이 되는 거래가 증가하면서 UCC를 개정함으로써 적용해 나갔다.²³¹⁾ 특히 1999년에 통일컴퓨터정보거래법(Uniform Computer Information Transaction Act: UCITA)이라는 모델법으로 제정하여 공포하였다. 그리고 이와는 별도로 전자거래의 일반적인 내용을 규정하고 있는 통일전자거래법(The Uniform Electronic Transactions Act: UETA)이 공포되었다. UETA나 UCITA가 공포되었다고 해서 모든 전자거래에 대하여 UCC의 적용을 배제하는 것은 아니다. 그러한 이유는 UETA에서는 UCC의 제3A편 제6-7조에서 규율하는 내용에 대하여는 적용하지 않는다고 규정하고 있기 때문이다.²³²⁾ 그리고 UCITA는 정보의 이용에 대한 내용을 규율하고 있기 때문에 물건에 대한 거래는 마찬가지로 UCC의 규정을 적용한다. 또한 UETA나 UCITA는 기본적으로 당사자가 이 법을 적용하기로 합의한 경우에만 적용되는 규정이므로, 당사자가 UCITA의 배제를 합의한 경우에는 UCC가 적용된다. 또한 지적재산권분야에 관해서 UCITA가 제정·공포됨으로써 일반적인 상거래는 UCC가, 전자상거래와 관련하여서는 UCITA가 규율하도록 하는 방향으로 진행되고 있다.²³³⁾ 따라서 지적재산권분야를 제외하고 통일전자거래법의 적용을 받지 않는

229) Smith, Mann, Roberts, Essentials of Business Law, 3rd, ed., West Publishing Co., 1989, pp. 149-150.

230) 김성탁, "전자상거래에 대한 미국통일상법전(U.C.C.)의 해법", 「사회과학연구」 제17집 제2권, 영남대학교 사회과학연구소, 1998. 2, p. 2.

231) 김형진, 「전자상거래와 통일상법전」, 경영법무, 1999. 8, p. 37.

232) SECTION 3. SCOPE. (b) This [Act] does not apply to a transaction to the extent it is governed by: (2) The Uniform Commercial Code other than Sections 1-107 and 1-206, Article 2, and Article 2A.

233) 최준선, "인터넷과 상사법상의 과제", 「법제연구」 통권 제18호, 2000. 6, p. 3.

부분에 대하여는 UCC가 적용된다.²³⁴⁾

1) 전자적인 의사소통의 오류에 대한 책임

전자적 방식으로 의사를 소통하는 경우 전산망 또는 의사전달 시스템의 물리적 결함, 프로그램상의 문제점 또는 사람의 실수 등에 의하여 의사소통상의 오류가 발생할 수 있다. 컴퓨터 프로그램의 문제점, 전산망 환경의 결함이 원인이 되어 발신자가 보낸 정보와는 다른 정보를 수신자가 받을 수도 있다. 또 정보를 입력하는 사람이 실수를 할 수도 있고, 무심코 잘못 클릭할 수도 있다. 전자적 의사소통의 경우는 속도가 빠르고 흔적을 남기지 않는 특성이 있기 때문에 종래의 서면에 의한 거래에 비하면 그 같은 오류를 파악하는 것이 용이하지 않다. 예를 들어 매수인이 물품을 100개 주문할 생각이었으나 전자우편을 보낼 때 1,000개를 구입하겠다는 것으로 잘못 입력한 경우 계약이 성립하는가, 또 이 같은 경우에 있어서의 오류는 누가 부담하는가의 문제이다. 이와 같은 의사소통상의 오류에 대하여 당사자의 거래기간, 오류를 범한 당사자로 하여금 계약에 따르도록 하는 것이 현저히 부당한지의 여부, 계약이 이행되지 않으면 상대방에게 부당한 손해를 주는 지의 여부 등을 고려하여 결정한다.²³⁵⁾ 즉 상대방이 그와 같은 오류를 알았다고 보는 것이 합리적인 경우가 아닌 경우에는 발신자에게 계약오류의 책임을 부담시키는 것이 미국 법원의 입장이다.

2) 매매에서의 책임

UCC에서는 책임관계에 대하여 두 가지 측면에서 규율하고 있다. 그 하나는 매매에서의 위험책임의 부분이고, 다른 하나는 전자자금이체에 관련한 책임부분으로 나눌 수 있다. 매매에 관한 책임의 문제는 이미 오랫동안 논의되어 오고 있는 주제로 제2편 매매편에서 자세하게 규정하고 있다. 전자거래에서 일어나는 물건거래에 관련하여서는 본 규정을 적용하게 된다.

(가) 계약에 위반하지 않는 경우

UCC 제2-509조는 계약에 위반하지 않는 경우의 손실의 부담에 관하여 규정하고 있다. 이를 보면 (a)항은 운송인에 의한 운송이 예정된 매매의 경우, (b)항은 수탁자가 보관중인 물건의 매매의 경우에 관하여, (c)항은 (a),(b)항에 의해 포섭되지 않는 경우에 관한 보충내용으로, 그리고 (d)항에서는 동 조문이 배제되는 특칙에 관하여 규정하고 있다.²³⁶⁾ UCC 제2-509조에서

234) 국회사무처법제실편, 전계 “전자상거래에 관한 입법의 보완”, p. 113.

235) 김성탁, 전계 “전자상거래에 대한 미국통일상법전(U.C.C.)의 해법”, p. 19.

236) SECTION 2-509. RISK OF LOSS IN THE ABSENCE OF BREACH.

(a) Where the contract requires or authorizes the seller to ship the goods by carrier:

(1) if the contract does not require the seller to deliver them at a particular destination,

는 (c)항에 매도인이 상인인 경우에는 매수인이 물품을 수령한 때에 책임이 매수인에게 이전 된다는 일반규정을 두고, (a)항과 (b)항에서 운송인에 의한 운송이 예정된 매매와 수탁자가 보 관중인 물건의 매매 등에 관하여 규정하고 있다.

(나) 계약에 위반하는 경우

UCC 제2-510조에서는 “손실위험에 있어서의 계약위반의 효과”라는 제목으로 계약위반이 있는 경우의 책임에 관하여 규정하고 있다. (a),(b)항에서는 매도인이 계약에 위반한 경우에 대하여 (3)항은 매수인이 계약에 위반한 경우에 대하여 규율하고 있다.²³⁷⁾ (a) 물품의 제공, 인도 가 계약에 합치되지 않아 매수인에게 수령거절의 권리가 있을 경우, 매도인에 의한 하자의 치 유 또는 매수인의 인수가 있을 때까지 매도인이 책임을 부담한다. (b) 매수인이 적법하게 인수 를 취소한 경우에 매수인은 그가 체결한 보험계약에 의해 실제로 전보되지 못하는 범위에 한 해서 처음부터 매도인에게 책임을 부담시킬 수 있다. (c) 목적물이 매수인에게 이전되기 전에 계약에 의해 이미 특정된 하자 없는 물품에 대하여 매수인이 이행을 거절하거나 기타 계약에 위반한 경우의 책임에 대하여 매도인은 상관행상 상당한 기간동안 자신의 보험계약에 의해 전 보되지 않는 범위내에서 매수인에게 책임을 물을 수 있다.

3) 전자자금이체에 있어서의 책임



the risk of loss passes to the buyer when the goods are delivered to the carrier even though the shipment is under reservation as provided in Section 2-505; but (2) if the contract does require the seller to deliver them at a particular destination and the goods are there tendered while in the possession of the carrier, the risk of loss passes to the buyer when the goods are there so tendered as to enable the buyer to take every. (b) Where the goods are held by a bailee to be delivered without being moved, the risk of loss passes to the buyer: (1) on the buyer's receipt of a negotiable document of title covering the goods; (2) on acknowledgment by the bailee to the buyer of the buyer's right to possession of the goods; or (3) after the buyer's receipt of a nonnegotiable document of title or other written direction to deliver, as provided in Section 2-503(d)(2). (c) In any case not within subsection (a) or (b), the risk of loss passes to the buyer on the buyer's receipt of the goods.(d) This section is subject to contrary agreement of the parties and to Sections 2-327 and 2-510.

237) SECTION 2-510. EFFECT OF BREACH ON RISK OF LOSS.

(a) Where a tender or delivery of goods so fails to conform to the contract as to give a right of rejection the risk of their loss remains on the seller until cure or acceptance.

(b) Where the buyer rightfully revokes acceptance the buyer may to the extent of any deficiency in its effective insurance coverage treat the risk of loss as having rested on the seller from the beginning.

(c) Where the buyer as to conforming goods already identified to the contract for sale repudiates or is otherwise in breach before risk of their loss has passed to the buyer, the seller may to the extent of any deficiency in its effective insurance coverage treat the risk of loss as resting on the buyer for a commercially reasonable time.

UCC 제4A편에서는 전자자금이체와 관련하여 오류로 인한 책임을 부담하는 내용을 규정하고 있다.²³⁸⁾ 제4A편은 당사자의 행동을 세 개의 기본적인 부분으로 자금이체하도록 분할하고 있다. 첫째로, 자금이체는 본인에 의하여 지시되어 지고 본인의 은행에 의하여 승인되어진다. UCC 4A편 제2조의 2는 권한이 부여된 “지급지시서의 발행과 승인”이 지급지시서의 발행자와 지급지시를 실행할 수취은행사이에 있어서 그 관계를 규율하고 있다. 송금인과 수취은행 사이에 착오가 있는 경우 손실의 부담에 관하여는 UCC 제4A편 제2조에서 이러한 문제를 해결한다. 착오의 내용은 권한이 부여되지 않은 지급지시서와 잘못된 지급지시서로 송금인과 수취은행사이의 착오에 관한 것이다. 권한이 없는 지급지시서에 대한 규정의 핵심은 송금인과 수취은행 사이에 존재하는 “안전절차”에 있다. 이것은 지급지시서의 확실성 또는 관련된 의사소통을 증명하는 합의된 절차이다. 자금이체 시스템에서 안전절차는 매우 중요한 요소이며, 이는 암호화 내지는 이와 유사한 것과 관련되어진다.

안전절차를 취하지 않은 권한 없는 지급지시서로 인한 손실에 대하여는, 만일 수취은행이 통상적인 안전절차를 취했다면, 송금인이 그 손실을 부담한다. 이와 반대로 송금인이 안전절차를 적절하게 따랐음에도 불구하고 제3자에 의하여 그 절차가 잘못되었다는 것을 증명하면 수취은행에서 그 손실을 부담한다. 잘못된 지급지시서에 대한 손실의 책임에 대하여는 반드시 오류를 발견하기 위하여 안전절차를 따르는 것을 조건으로 한다. 결국 UCC 제4A편에서는 송금인이 안전절차를 사용하는 것에 동의한 것을 증명한다면 수취은행에서 손실을 부담하고 그렇지 않으면 송금인이 부담하는 것으로 규정하고 있다. 일반적으로 수취은행은 지급지시서를 발행함에 있어 수용하게 되는 어떠한 오류에 대해서도 책임을 진다. 만일 수취은행이 지급지시서의 금액을 초과하여 수익자에게 지급하였다면, 송금인에 대하여가 아니라, 수익자에 대하여 초과분의 반환을 청구한다. 그리고 수취은행이 수익자가 아닌 제3자에게 자금을 지급하였다면, 마찬가지로 송금인에 대해서가 아니라 그 자금을 수령한 제3자에 대하여 반환을 청구해야 한다.

(2) 통일컴퓨터정보거래법(UCITA)

1) 개설

UCITA(Uniform Computer Information Transactions Act)는 각 주에서 인터넷상의 컴퓨터 정보에 대한 거래를 위해 중립적이고 예측할 수 있는 법적 구조를 제공하는 것이 가능하도록 하기 위하여 제정되었다. UCITA는 컴퓨터 소프트웨어나 컴퓨터 정보의 이용허락에 관한 내용

238) http://www.nccusl.org/uniformact_summaries/uniformacts-s-ucca4aft.htm.

을 포괄적으로 규정하고 있다. 1999년 7월 29일 통일주법위원회 전국회의에서 승인되고 공포된 UCITA는 본래 UCC 제2B 조항으로 개정하고자 하는 논의가 계속되어 오던 중 단일법률로 공포되어진 것이다.²³⁹⁾

2) 전자적인 오류에 대한 책임

UCITA 제214조 a항에서는 전자적인 오류의 경우에 대한 해결방안을 규율하고 있다(UCITA 제214조 a항). 자동화된 거래에서 소비자가 의도하지 않은 전자 메시지와 전자적인 오류가 발생한 경우에 이로 인한 전자 메시지에 구속되지 않기 위해서는 당해 오류에 대하여 소비자가 즉각적으로 조치를 취하도록 하고 있다. 즉 오류를 발견하는 즉시 다음과 같은 사항을 조치하도록 하고 있는 것이다. 첫째, 오류를 인식하고 지체없이 상대방에게 이를 통지하고, 수령된 정보의 모든 사본을 그 상대방에게 반송하거나 그 상대방의 합리적인 지시에 따라서 정보의 모든 사본을 폐기하거나 제3자에게 반송하였으며 둘째, 소비자가 그 시점까지 수령한 정보로부터 이익이나 가치를 얻지 않았거나 그 정보 또는 그로부터 발생한 이익을 제3자가 이용할 수 있도록 제공하지 않았어야 한다(UCITA 제214조 b항). 이러한 결과는 오류가 상대방에게 손해를 가하지 않고 착오를 하는 자에게 아무런 이익을 가져다주지 않은 경우에는 자신이 통제할 수 없는 착오로 인한 불리한 결과를 회피할 수 있도록 하고 있다. 그러므로 소비자나 정보나 정보에 대한 권리로부터 이익을 얻었거나 제3자로 하여금 이익을 얻게 한 경우에 제214조 b항이 적용되지 않는다.

3) 계약의 체결에서의 책임

계약의 체결에서의 책임에 관하여는 일반적인 규정에 의한 규율이 가능하나 UCITA에서는 특별히 전자대리인에 의한 청약과 승낙에 관하여 규정하고 있다. UCITA 제206조 a²⁴⁰⁾에서는 전자대리인의 작동이 기망, 전자적인 착오 등에 기인하는 경우에 법원이 적절한 구제수단을 제공할 수 있다. 본 규정은 전자대리인 그 자체가 기망당하거나 착오를 하기 때문에 이를 규율하기 위한 규정이라기 보다는 자동화된 환경에서 전자대리인을 이용한 남용이나 의도하지 않은 결과를 방지하기 위하여 기망이나 착오로부터 당사자를 보호하기 위하여 만들어진 것이

239) http://www.nccusl.org/uniformact_summaries/uniformacts-s-ucita.htm.

240) SECTION 206. OFFER AND ACCEPTANCE: ELECTRONIC AGENTS.

(a) A contract may be formed by the interaction of electronic agents. If the interaction results in the electronic agents' engaging in operations that under the circumstances indicate acceptance of an offer, a contract is formed, but a court may grant appropriate relief if the operations resulted from fraud, electronic mistake, or the like.

다.²⁴¹⁾ 전자대리인²⁴²⁾의 사용으로 인하여 정상적인 계약이 체결되었다면 문제가 없으나, 만일 당사자나 전자대리인이 프로그램을 조작하거나 전자대리인의 대응이 기망에 해당하는 방식으로 작동되는 경우에는 전자대리인의 착오나 기망 등에 의한 것으로 본다. 그러므로 이러한 경우에 전자대리인에 의한 동의가 있었다고 보기는 어렵다. 전자대리인의 기망이나 전자적인 착오의 경우에는 법원에서 소비자를 보호하기 위한 고려를 하는 것으로 하되 이에 대해서는 상대방이 책임을 지지 않는다.

4) 계약위반의 경우의 책임

전자거래의 위반과 관련하여 UCITA는 위반에 관한 일반적인 사항과 중대한 위반에 대한 정의를 하고 있다(제701조). 계약의 위반은 이행기를 위반한 경우, 계약을 부인하는 경우, 계약상의 이용조건을 초과한 경우, 기타 UCITA나 계약에 의하여 정하여진 의무에 일치하지 않는 경우에 위반이 된다. 계약이 위반된 경우, 그 위반이 경미하거나 중대한 것에 관계없이 상대방은 일정한 구제수단을 가지게 된다. 계약의 위반이 중대한 것이 되는 경우는, 계약이 중대한 위반이라고 규정한 경우, 계약의 필수적인 요건인 조건을 실질적으로 이행하지 못한 경우, 계약문언이나 당사자의 합리적인 기대, 거래 및 산업계의 표준이나 관행, 위반의 성격 등의 상황에 의하여 위반에 의하여 상대방에게 상당한 손해를 야기하였거나 야기할 것으로 예상되는 경우, 위반에 의하여 상대방이 계약에 따라 합리적으로 기대하였던 상당한 이익을 실질적으로 박탈하였거나 박탈할 가능성이 있는 경우, 경미한 위반이 중첩되면 중대한 것이 되는 경우이다(동법 제701조 b항).

5) 계약위반에 대한 치유

UCITA 제703조에서는 계약위반의 치유에 대하여 규정하고 있다. 이는 계약관계를 존속시키려는 목적과 위반 상대방에게 계약상 기대되는 완전한 이익을 제공하는 목적을 균형있게 한다는 데 그 목적이 있다. 동조는 치유가 즉각적이고 상대방에 대한 손해를 회피할 수 있다면 치유를 전반적으로 허용한다. 치유가 허용되는 경우에 대하여 UCITA 제703조(a)(2)는 위반당사자가 이행이 수령될 것으로 믿을 만한 합리적인 이유를 가지고 있었고, 위반상당방에게 치유하겠다는 의도를 시기 적절하게 통지하였고, 이행기가 경과한 후 합리적인 기간 이내에 계

241) http://www.law.upenn.edu/bll/ulc/ulc_frame.htm.

242) 전자대리인(electronic agent)란 컴퓨터에 일정한 프로그램과 필요한 몇 가지 데이터를 입력하면 사람이 일일이 개입하지 않더라도 컴퓨터가 자동적으로 일정한 의사표시를 하는 경우처럼 사람을 대신하여 일정한 전자적 의사표시를 하는 경우로 전자적 대리인이라고도 한다.

약에 일치하는 이행을 하였을 경우와 제703조(a)(3)에 위반 당사자가 계약에 일치하는 이행을 하겠다는 의도를 적절하게 통지하고 위반상대방이 즉시 취소하기 전에 계약에 일치하는 이행을 한 경우 치유가 허용된다. 치유할 수 있는 권리는 계약에 일치하지 않는 이행을 면제시키는 것이 아니라 손실을 회피하고 양 당사자가 계약에 대하여 가지는 이익을 가질 수 있도록 기회를 제공하는 것이다. UCITA 제703조(a)(1)는 이행을 하기 위한 시간이 종료하지 않고, 당사자가 시기 적절하게 치유하겠다는 의도를 위반상대방에게 통지하고, 이행을 위한 기간 이내에 계약에 일치하는 이행을 할 수 있게 함으로써 권리로서의 치유를 규정하고 있다. 그러나 즉각적이고 적절한 치유를 하였음에도 불구하고 위반상대방이 손해를 입었을 경우 위반상대방은 이에 대하여 손해배상을 받을 수 있다. 하지만 즉각적인 치유로 인하여 그 위반에 대하여 취소할 수 없게 된다. UCITA 제703조(b)에서는 대량시장의 실시허락을 제외하고 계약에 대하여 치유의 의무를 부과하고 있다. 복제물을 한번만에 인도하고 이러한 인도를 받는 당사자가 계약에 일치하지 않는 것이 계약의 중대한 위반이 아니라는 것을 이유로 하여 계약에 일치하지 않는 복제물을 수령할 것이 요구한다면 첫째, 계약위반당사자가 특정되어진 불일치를 시기 적절하게 통지를 받고 불일치하는 복제물에 대한 치유를 요구받았고 둘째, 이러한 치유를 하기 위한 노력의 비용이 불일치로 인하여 위반상대방이 받는 직접적인 손해에 지나칠 정도로 초과하지 않는다면 위반 당사자는 즉시 그리고 선의에 의하여 치유를 하여야 한다.

6) 이행의 하자에 대한 책임

하자 있는 이행이 된 경우 UCITA 제704조 (a)에서는 이행제공을 거절하거나, 제공을 수령하거나, 상업적으로 합리적인 단위를 수령하고 나머지는 거절할 수 있다. 제704조(b)에서는 단 한 번만에 의한 복제물의 제공을 요구하는 대량시장거래의 경우, 그 제공이 계약에 합치하지 않는다면 실권자는 복제물의 제공을 거절할 수 있다. 다만 복제물의 제공을 거절하는 당사자는 전체 계약에 대한 중대한 위반이 있었다거나 계약이 그렇게 규정하는 경우에만 계약을 취소할 수 있다(UCITA 제704조(d)). 과거에 허용된 권리에 관한 계약에 대하여는 위반이 전체계약에 대하여 중대하여지기 전에 계약에 일치하는 복제물을 시기 적절하게 제공함으로써 위반을 치유할 수 있다.²⁴³⁾

243) SECTION 705. COPY: CONTRACT WITH PREVIOUS VESTED GRANT OF RIGHTS. If an agreement grants a right in or permission to use informational rights which precedes or is otherwise independent of the delivery of a copy, the following rules apply:

- (1) A party may refuse a tender of a copy which is a material breach as to that copy, but refusal of that tender does not cancel the contract.
- (2) In a case governed by paragraph (1), the tendering party may cure the breach by seasonably providing a conforming copy before the breach becomes material as to the

6) 복제물의 멸실에 대한 책임

복제물이 인도되는 경우 전자적인 수단에 의하여 인도되는 것을 포함하여 이행허락자에게 인도되어야 하는 복제물의 멸실에 대한 책임은 이행허락자가 복제물을 수령하는 즉시 이행허락자에게 이전된다. 유형물에 있는 복제물을 운송인을 이용하여 송부하는 경우에는 첫째, 특정한 장소에서 복제할 것이 계약에 의하여 요구되지 않는다면 멸실에 대한 책임은 복제물이 운송인에게 인도하는 때에 이전한다. 둘째, 복제물을 특정한 장소에서 인도할 것이 요구되고 그 장소에서 복제물이 이행 제공되는 경우 그 장소에서 복제물이 이행 제공될 때 이행허락자에게 책임이 이전한다. 셋째, 복제물의 인도제공이나 선적서류가 계약에 일치하지 않는 경우 치유되거나 수령될 때까지의 위험은 이행허락자에게 있다.

복제물이나 정보를 제3자가 보유하고 있는 경우에는 복제물이 제3자에게 있고 이를 옮기지 않고서 전달되거나 복제되어야 할 경우, 또는 복제물을 보유하고 있는 제3자의 정보에 접근할 수 있도록 함으로써 복제물이 인도되는 경우에는 책임의 이전은 다음의 경우에 허락자에게 이전된다. 첫째, 실시권자가 복제물에 대한 유통가능한 권리증권이나 기타 접근자료를 수령한 때 둘째, 제3자가 실시권자에게 복제물의 소유에 대한 권리나 복제물에 대한 접근을 인정하는 때 셋째, 제3자에게 복제물을 인도하도록 하거나 제3자가 접근할 수 있도록 지시하는 기록을 실시권자가 수령하는 때이다.

(3) 통일전자거래법(UETA)

1) 개설

통일전자거래법(Uniform Electronic Transactions Acts : UETA)은 전자거래의 이용을 원활하게 하기 위하여 만들어진 것으로, 전자상거래를 함에 있어서 생기는 장벽을 없애고, 서면 내지는 서명과 전자문서 및 전자서명을 법적으로 동일하게 하기 위한 목적을 가지고 있다.²⁴⁴⁾ UETA는 1999년 7월에 개최된 연차회의에서 승인되어졌고 공포되었다. UETA에서는 책임의 분담에 관한 내용은 전자거래에서 계약의 성립시기에 관한 것과 전송도중 변경이나 오류에 대

whole contract.

(3) A breach that is material with respect to a copy allows cancellation of the contract only if the breach cannot be seasonably cured and is a material breach of the whole contract.

244) The National Conference of Commissioners on Uniform State Laws : NCCUSL;
http://www.nccusl.org/uniformact_factsheets/uniformacts-fs-ueta.htm.

한 것을 규정하고 있다.

2) 계약의 성립시

계약의 성립과 관련한 UETA의 규정은 의사표시의 성립시기에 관한 것을 그 내용으로 하고 있다. UETA 제15조에서는 수신자의 정보처리시스템에 진입한 것만으로는 수신한 것으로 다루지 않고 수신후 '검색할 수 있을 때' 수신한 것으로 다루고 있어 요지주의적인 입장을 취하고 있다. 그러므로 의사표시가 상대방이 검색할 수 있는 때가 되기 전의 위험부담에 대하여는 발신자가 부담한다. 반면, 검색할 수 있음에도 불구하고 검색하지 않아 수신사실을 알지 못하는 경우에도 수신이 인정되므로(제15조 (e)). 이 경우는 수신자가 위험을 부담한다.

3) 변경이나 오류시

UETA 제10조²⁴⁵⁾에서는 전자기록의 변경이나 오류의 효과에 대해 규정하고 있다. 전자기록의 변경이나 오류의 발생에 대해서는 당사자의 약정이 있다면 우선적으로 그것이 적용된다. 그러나 약정이 없는 경우에는 주로 주의의무위반이라는 과실판단에 따라 유책한 당사자가 변경과 오류발생에 따른 불이익을 부담하게 된다. UETA 제10조 1항에서는 “당사자 쌍방이 변경이나 오류를 검색하는 보안절차의 사용에 합의하고, 일방당사자는 그 절차를 준수한 반면 타방 당사자는 그러하지 않고, 만약 절차를 준수했다면 타방 당사자도 변화나 오류를 찾을 수 있었던 경우에는 변경되거나 오류가 발생된 전자기록의 효과는 그 검색절차를 준수한 당사자

245) SECTION 10. EFFECT OF CHANGE OR ERROR. If a change or error in an electronic record occurs in a transmission between parties to a transaction, the following rules apply: (1) If the parties have agreed to use a security procedure to detect changes or errors and one party has conformed to the procedure, but the other party has not, and the nonconforming party would have detected the change or error had that party also conformed, the conforming party may avoid the effect of the changed or erroneous electronic record.(2) In an automated transaction involving an individual, the individual may avoid the effect of an electronic record that resulted from an error made by the individual in dealing with the electronic agent of another person if the electronic agent did not provide an opportunity for the prevention or correction of the error and, at the time the individual learns of the error, the individual: (A) promptly notifies the other person of the error and that the individual did not intend to be bound by the electronic record received by the other person; (B) takes reasonable steps, including steps that conform to the other person's reasonable instructions, to return to the other person or, if instructed by the other person, to destroy the consideration received, if any, as a result of the erroneous electronic record; and (C) has not used or received any benefit or value from the consideration, if any, received from the other person. (3) If neither paragraph (1) nor paragraph (2) applies, the change or error has the effect provided by other law, including the law of mistake, and the parties' contract, if any. (4) Paragraphs (2) and (3) may not be varied by agreement.

에 의해 부인될 수 있다”라고 규정함으로써 오류검색절차의 준수유무에 따라 과실을 판단하고, 오류검색절차를 준수하지 않은 자에게 변경이나 오류에 따른 결과를 부인할 수 없도록 하고 있다.

(4) 전자서명법(E-Sign Act)

전자서명법은 서면과 서명에 대한 법적 효력을 부과하거나 법적인 의무를 부과하도록 요구하는 경우, 전자문서와 전자서명을 서면 및 서명과 법적인 효력 측면에서 동등하게 하려는데 그 목적이 있다. 전자서명법²⁴⁶⁾은 2000년 6월 30일 제정되었다. 전자서명법은 전자서명의 효력 및 사용원칙에 대한 내용을 규정하고 있으나 책임에 관한 내용은 구체적으로 규정하고 있지 않다. 특히 전자서명의 인증이나 인증기관을 규율하는 규정을 삽입하지 않았다. 따라서 전자서명법상에서는 당사자간의 책임에 관한 내용이나 인증기관의 책임에 관한 부분은 찾아볼 수 없다.

(5) 디지털 밀레니엄 저작권법

1995년 국가 정보기반 지원법(National Information Infrastructure: NII)의 “저작권보호법(NII Copyright Protection Act of 1995)”이 의회에 제출된 후, 온라인서비스제공자의 책임문제가 집중적으로 논의되기 시작했다. 이 법안은 후에 “온라인서비스 또는 인터넷 접속의 공급자들의 책임제한(limitations on liability of providers of on-line services or internet access)”이라는 명칭으로 다시 제안되었으나, 입법화되지 못하였다. 그 후 1997년 “온라인 저작권 책임제한법(The on-line Copyright Liability Limitation Act)”과, 상원의원 John Ashcroft가 제안한 “1997년 디지털 저작권 정화 및 기술교육법(The Digital Copyright Clarification and Technology Education Act of 1997)”으로 정리되면서 1998년 10월 28일 디지털 밀레니엄 저작권법(Digital Millennium Copyright Act)으로 제정되었다. 제정된 내용을 보면, 서비스제공자의 정의, 잠정적인 디지털 네트워크 커뮤니케이션의 책임제한, 시스템 케싱의 책임제한, 사용자의 지시에 따라 시스템 또는 네트워크상에 머무르는 정보에 대한 책임 제한, 정보의 사용에 대한 공급자의 책임 제한, 비영리 교육기관의 책임 제한, 자료의 침해를 알면서 자료를 허위표시하는 경우에 책임을 부과, 침해라고 주장하는 자료의 제거에 대한 책임 제한, 저작권 보유자를 위한 서비스 공급자로부터의 침해가 있었다고 주장하는 사람의 신원을 확보하는 수단 제

246) Electronic Signatures in Global and National Commerce Act.

공, 서비스 공급자가 저작권법 제512조에 의하여 확립된 책임제한의 자격을 얻기 위하여 반드시 충족해야 하는 조건의 설정을 내용으로 하고 있다.

2. 독일

(1) 개설

독일에서는 전자거래 전반을 규율하는 법제는 마련되어 있지 않다. 전자적 의사표시 자체는 의사표시로서 인정되고 있으나 이의 도달에 관한 독일민법전상의 규정이 없다. 그러므로 전자적 의사표시가 네트워크상의 결함으로 인하여 수신인에게 도달하지 못한 경우, 송신인이 그 위험책임을 부담한다.²⁴⁷⁾ 따라서 의사표시가 수신인에게 이미 도달한 경우, 송신인은 독일민법 제145조에 따른 철회를 할 수 없으며, 또한 네트워크상 결함은 착오가 아니기 때문에, 독일민법 제119조에 따른 착오에 기한 취소를 할 수 없다.

(2) 디지털서명법상의 인증기관의 책임

디지털서명법(Gesetz zur Digitalen Signatur)은 1997년 8월 1일 공포되어 같은 해 11월 1일부터 시행되고 있다. 디지털서명법에서는 디지털서명과 효력에 대하여 그리고 인증기관의 활동에 관하여 규정하고 있다. 특히 디지털서명법 제5조에서는 인증기관의 인증서 부여시 지켜야 할 의무를 규정하고 있다. 이에선 신청자의 확실한 본인 확인의무, 공개키 인증서를 네트워크상에서 액세스 가능하도록 하는 의무, 인증서에 데이터의 위조 또는 변조의 방지와 비밀보장의무, 인증기관의 비밀키 보존금지 및 신뢰성 있는 인증업무 수행을 위하여 직원배치의무가 있다. 또한 동법 제6조와 제10조, 제14조 등에서도 인증기관의 활동원칙 등을 규정하고 있다. 그러나 인증기관의 책임에 관해서는 특별한 규정을 두고 있지 않고 있다. 이는 독일의 책임법 체계에 따른 일반적인 민사책임과 공법상의 책임규정에 따라 필요할 때마다 사안별로 적용될 책임원칙이 명백히 정립되어 있으며, 그렇게 하는 것이 필요한 상황에 대응하여 그 때마다 적절한 해결이 가능하다고 보기 때문이다.²⁴⁸⁾ 따라서 인증기관의 과오 때문에 제3자에게 손해를 끼치는 경우 인증기관의 책임은 제3자에 대한 손해에 대하여는 독일형법 제263조와 독일민법

247) Ivo Geis, Rechtsfrangen des elektronischen Geschäftsverkehrs,
[http:// www.ivo-geis.de/documents/elektrgeschaeftsverkehr.php3](http://www.ivo-geis.de/documents/elektrgeschaeftsverkehr.php3).

248) 강휘원 · 이호용 · 이규정, “전자인증의 법적 과제”, 「정보화저널」 제5권 제3호, 1998. 12, p. 65.

제823조 제2항에 따라 또는 경우에 따라서는 민법 제831조에 따라 손해배상을 청구할 수 있다.

(3) 정보통신서비스법상 서비스제공자의 책임

정보통신서비스법(Teledienstgesetz) 제5조에서는 정보통신서비스에 대한 책임을 세 가지로 나누어 규율하고 있다. 첫째, 정보통신서비스법 제5조 제1항에서는 정보통신서비스제공자가 홈페이지상에 자기 고유의 내용을 마련한 경우 콘텐츠 제공자(content provider)로서 책임을 진다. 둘째, 타인에 관한 내용이 있는 경우에는 서비스 제공자(service provider)로서 동법 제5조 제2항에 의하여 책임을 지게 된다. 즉 가상의 통신판매전문점의 카탈로그 또는 가상상점의 형식으로 타인의 내용을 사용할 수 있도록 자기의 홈페이지를 개설한 경우, 동법 제5조 제1항에서 자기 고유의 내용에 대한 책임과 마찬가지로 책임을 진다는 것이다. 그러므로 서비스제공자 그의 설명의무를 위반한 경우에는 계약체결상의 과실에 기하여 책임을 지고, 제품관찰의무와 같은 거래안전의무를 위반한 때에는 불법행위법에 의하여 책임을 부담하게 된다. 셋째, 타인에 관한 내용의 접속을 중개하는 경우에는 서비스접속제공자로서 동법 제5조 3항에 의한 책임을 지게 된다.

또한 서비스제공자가 다른 개개의 서비스제공자를 위하여 단지 접속 및 가상의 화상만을 이용해 함으로써 마치 쇼핑센터의 사업자처럼 영업하는 경우라면 그는 타인의 내용을 이용할 수 있도록 마련한 것이고 서비스 제공자로서 동법 제5조 2항에 따른 책임을 진다. 다만, 이 경우 서비스 제공자는 그가 타인의 내용의 위법성을 지니고 있음을 알고 있고 또 그 이용의 방지를 기술적·경제적으로 기대 가능할 수 있는 경우에 한하여 책임이 있을 뿐 위법적인 내용을 찾아내야 할 의무까지는 부담하지 않는다.

서비스제공자가 단순히 접속을 중개한 경우에는 책임을 지지 않는다. 그러나 이 경우 접속의 중개, 타인의 내용개설 및 자기 자신의 내용의 개설 사이의 경계가 정확하지 않다. 다른 서비스제공자의 홈페이지로 부가설명 없이 연결되는 경우, 이는 동법 제5조 제3항에서 규정하는 중개이다. 그러나 만일 그 연결이 이용자에게 이미 타인의 내용임을 기본적으로 알려주는 경우는 타인의 내용에 대한 개설이 된다. 동법에서 규정하고 있는 서비스제공자의 책임에 대하여는 바이러스에 대한 보호, 부당한 침입으로부터 이용자의 프라이버시 보호 또는 통신활동적 자유의 방해에 대해서는 동법으로부터 손해를 청구할 수 없고 일반법에 따른 손해배상의무를 부담하게 된다. 정보통신서비스에 대한 제공자는 약정된 정보통신의무를 부담하고 특히 장애가 없는 중개가 이루어지도록 하는 의무를 진다. 이와 같은 의무를 위반한 경우에는 계약위반

에 따른 손해배상책임을 지지만, 거래안전의무의 위반이나 접속을 통한 명예훼손적 언급이 있는 경우에는 불법행위법을 통해 손해배상책임을 지게 된다.

3. 일본

(1) 개설

일본에서는 전자거래에 관련된 계약에 대하여 시스템 계약이라는 이론으로 논의하고 있다. 시스템 계약이란 컴퓨터와 컴퓨터가 연결된 VAN(value added network)을 이용하여 이루어지는 거래에서 한번의 계약체결 행위에 의해 미리 모아져 있는 관련된 다수의 계약이 하나의 형태로 체결되는 형태로 컴퓨터 시스템내에서 일괄적인 契約郡에 의해 성립되는 계약을 말한다.²⁴⁹⁾ 1998년 5월 31일 “전자서명 및 인증업무에 관한 법률”이 제정되었다. 그리고 채권법개정과 더불어 “전자거래법초안”이 제안되었다.²⁵⁰⁾

(2) 전자거래법초안에서의 책임

전자거래법초안에서는 제2장에 전자적 계약에 관한 내용을 규정하고 있다. 이에는 의사표시의 발신·도달(제2-A조), 계약의 성립(제2-B조), 약관(제2-C조), 당일철회권(제2-D조)에 관한 내용이 규정되어 있다. 전자거래법초안에서는 당사자간에 특약이 없는 한 데이터 메시지를 수령하기 위하여 정보처리장치를 지정한 경우에는 정보시스템 내에 진입한 때에, 그리고 지정된 정보시스템이 아닌 수신자의 다른 정보시스템에 송신된 경우에는, 그 데이터 메시지를 수신인이 출력한 때에 도달한 것으로 하고 있다. 또한 수신자가 데이터 메시지의 수신에 관하여 정보시스템을 지정하지 아니한 경우에는, 데이터 메시지가 수신자의 정보시스템에 진입한 때에 수령한 것으로 규정하고 있다. 따라서 어떠한 의사표시에 대하여 수신자에게 도달하기 전까지는 발신자가 모든 위험에 대하여 책임을 부담하고 있으며, 데이터 메시지가 수신자에게 도달했다고 보는 시점 이후에는 수신자가 책임을 부담하는 것으로 한다. 계약의 성립에 관하여 전자거래법초안에서는 전자적 수단에 의한 계약은 승낙의 데이터 메시지가 청약자에게 도달되는 때에 성립한다고 규정하고 있다. 그러므로 계약의 성립에 관하여도 마찬가지로 청약자에게 계

249) 北川善太郎, 「コンピコ-タシステムと取引法」, 三省堂, 1987, p. 35.

250) 内田貴, “電子商去來と民法”, 「債權法改正の課題と方向」, 商事法務研究會, NBL 第51號, 1998, p. 269.

약에 대한 승낙의 메시지가 도달하기 전까지는 계약이 성립한 것이 아니므로, 승낙자에게 계약책임을 물을 수 없게 된다.

(2) 전자서명 및 인증업무에 관한 법률상의 책임

전자서명 및 인증업무에 관한 법률은 전자서명에 관계되고, 전자적 기록의 진정한 성립의 추정, 특정인증업무에 관한 인정제도와 기타 필요한 사항을 정하고 있다. 동법 제4조 내지 제14조까지는 특정인증업무를 하고자 하는 자에 대한 내용과 제15조 내지 제16조까지는 외국에 있는 사무소에서 특정인증업무를 하고자 하는 자에 대해 규율하고 있다. 이러한 특정인증업무를 하고자 신청하는 자를 조사하는 기관에 관하여 제17조 내지 제32조까지 지정조사기관과 승인조사기관에 대하여 자세하게 규율하고 있으며, 정부가 이들 조사기관의 활동을 지원하기 위한 정책을 수립할 것을 규정하고 있다. 반면 인증기관에 대한 인증활동이나 책임 등에 대해서는 언급하고 있지 않고 당사자들의 합의에 맡겨두고 있다. 다만, 전자서명 및 인증업무에 관한 법률 제37조에서는 이용자에게 중대한 피해가 발생하는 것을 방지하기 위해 필요한 조치를 취하도록 인증기관에 요구할 수 있다고 선언적으로 규정하고 있을 따름이다. 그리고 동법 제41조에서는 벌칙으로 인증사업자나 외국의 인증사업자가 허위의 신청을 함으로써 이용자에 대하여 부실증명을 한 자에 대하여는 3년 이하의 징역 또는 2백만원 이하의 벌금에 처한다고 규정함으로써 형사적인 제재만을 규정하고 있을 뿐 당사자간의 책임에 대한 규정은 없다.

(3) 소비자와 사업자간의 매매에 있어서의 책임

일본에서는 OECD의 전자상거래 소비자보호 가이드라인에 대한 논의에 따라 1996년에 설립된 전자상거래실증추진협의회 산하 소비자거래작업반에서 1998년 “소비자와 사업자간의 매매에 관한 운용가이드라인”을 제정하였다. 동 가이드라인에서는 계약의 성립시기에 관한 내용 중 청약은 받았을 때는 전자메일로 수신확인메일 메시지를 송신하도록 권하고 있다. 이러한 내용을 규정한 이유는 원격지간 거래에서 계약의 승낙은 상품발송을 해도 좋다는 의미라고 해석한다.²⁵¹⁾ 네트워크상에서 사업자가 승낙의 의사표시를 하지 않을 수도 있기 때문에 소비자는 상품이 도착할 때까지 자신이 주문한대로 되었는지 알 수가 없다. 또한 네트워크상에서는 시스템 장애를 원인으로 하는 발주데이터의 소실, 변질, 배송 지연, 오인배달 및 입력 오류가 일어날 수 있다. 그러므로 전자메일로 수주확인 메시지를 소비자에게 송신한다면 소비자의 불

251) http://www.ecom.or.jp/qecom/about_wg/wg14/cr/consumer-report4.html

안감을 불식시킬 수 있으며 미래의 사고방지도 효과적이라고 한다. 반면 소비자의 위험이 거의 없는 경우에는 굳이 전자메일 수주확인을 송신할 필요는 없다. 또한 건전한 전자거래를 실현하기 위하여 전자거래 사업자에게 다음과 같은 책임을 부과하고 있다. 사업자는 스스로 작성한 전자적인 콘텐츠의 표시내용에 대하여 책임을 지고 또 그 내용에 따르는 하자가 없는 상품·서비스의 제공을 해야 한다. 소비자의 주문에 대해서는 신속하게 출하수속·배송 등을 실시하고 또 주문변경시에도 소비자에게 미리 고지한 계약 조항에 따라 신속하게 대응해야만 한다. 소비자의 불만·문의에 대한 창구를 설치하여 신속하게 적절한 대응을 해야만 한다. 전자거래에 의해 입수된 소비자의 개인정보는 엄중하게 관리하여 기밀을 보관해야만 한다. 또한 사업자에게 예상된 문제에 관하여 일방적으로 소비자가 불리해지지 않도록 합리적으로 위험을 분배하여 사업자가 책임을 지지 않는 범위에 대하여 소비자가 이해할 수 있도록 명시해야만 한다. 그 이유는 이용규약 등의 거래의 약관을 규정함으로써 사업자가 부담해야 할 위험을 모두 면책하여 소비자에게 부담시키지 않도록 하기 위함이다. 또한 자연재해를 원인으로 하는 시스템 장애는 사업자·소비자 모두 피해자의 입장이 될 수도 있으므로 이를 고려하여 적절한 규칙을 작성해야 한다. 반면 동 가이드라인에서는 소비자측의 관리 소홀로 손해가 발생한 경우에 사업자의 책임을 부인하고 있다.

동 가이드라인에서는 소비자와의 분쟁에 대하여 사업자는 상품의 품질불량, 하자, 수량 과부족, 상품차이, 운반중 파손에 따른 교환, 반품, 기타 판매한 상품에 관련된 소비자의 분쟁원인 등 구체적인 내용에 대하여 신속히 조사하여 지체 없이 해결하도록 하고 있다.

4. 관련판례

(1) 인터넷상의 상표권 침해

1) 판례요지

다른 사람이 소유하고 있는 상표를 인터넷상의 웹사이트에 무단으로 게시하여, 웹사이트 이용자 사이에 상품 또는 서비스의 출처 또는 제공자에 관하여 혼동을 발생시킬 소지가 있는 경우에, 상표권의 침해 내지 부정경쟁의 책임을 물을 수 있다고 판시하였다.²⁵²⁾

2) 판례평석

252) U.S. District Court for the Northern District of California 1994. 3. 28, Sega Enterprises Ltd. v. Maphia, 857 F. Supp. 679 (N.D.Cal.1994).

본 건은 웹사이트 운영자가 특정한 상표를 그 소유자로부터 사전에 허가를 받지 않고 웹사이트에 게재한 때에는, 상표의 게재에 의하여 동 웹사이트 상에 광고된 상품 또는 서비스를 그 상표의 소유자가 제공 또는 보증한다고 웹사이트 이용자에게 생각하도록 하는 경우에 발생할 수 있는 손해 또는 위험성에 관하여 책임을 지을 수 있다고 하는 예시로서의 의미를 가진다.

(2) 계약의 성립과 관련하여 포장된 라이선스 계약의 유효성

1) 판례요지

소프트웨어 제품의 판매에 있어서 「수축포장」된 승낙 또는 반환 라이선스도 유효하며 강제력을 가진다고 판시했다.²⁵³⁾ 이는 라이선스의 조건이 쌍방 당사자간에 체결된 계약의 일부에 포함되어진다는 것을 의미한다.

2) 판례평석

본 건은 소프트웨어제품의 판매에 관한 수축포장된 라이선스 계약의 유효성을 인정한 선례를 인정함으로써, 전자거래에서 클릭에 의한 계약서의 유효성을 인정하는 것이다.

(3) 약관 조항의 변경

1) 판례요지

상품과 함께 인도된 약관에 포함된 강제적 중재조항이 이미 구두로 합의한 조건을 실질적으로 변경하는 것은 아니며, 집행이 가능하다고 판시하고 있다.²⁵⁴⁾

2) 판례평석

약관의 집행가능성을 높이기 위하여, 이용자가 약관에 관하여 승낙하기 전에 약관에 관하여 명확하게 설명하고, 이용자가 완전히 검토할 기회를 부여하여야 함을 유의하여야 한다.

(4) 온라인 계약시 포함된 재판지 선택 조항의 효력

253) Washington Court of Appeals 1999. 2. 1, M.A.Mortenson Company, Inc. v. Timberline Software Corporation, et al.

254) NewYork Supreme Court 1998. 8. 13, Tony Brower, et al. v. Gateway 2000, Inc., et al.

1) 판례요지

"I agree"라는 아이콘/그림 등을 클릭하므로 성립되는 온라인 계약에 있어서, 계약체결화면 또는 링크된 페이지에 포함된 재판지 선택 조항은 불합리하다는 다른 증거가 없는 한 강제력을 가진다고 판시하였다.²⁵⁵⁾

2) 판례평석

본 건은 소프트웨어제품의 판매에 관한 수축포장된 라이선스 계약의 유효성을 인정한 선례와 같은 맥락에서, 클릭에 의하여 계약에 편입된 조항(약관)의 유효성을 인정하는 것이라고 할 수 있다. 하지만, 본 건에서 밝힌 것처럼 클릭에 의해 편입된 약관조항이라고 하더라도 항상 유효한 것은 아니며, 불공정성이 증명되면 강제력이 없다는 소비자 보호를 위한 측면도 명시하고 있다.

(5) 사이버스페이스에서의 관할

1) 판례요지

본 건은 오하이오주의 재판소가 인터넷을 통하여 주외(州外)로부터 같은 주(同州)의 거주자와 계약을 체결하고 소프트웨어를 공급한 비거주자에 대하여 인적 관할권을 가진다고 판시한 사안이다.²⁵⁶⁾

2) 판례평석

본 건에서 당사자들간의 웨어웨어 등록계약은 전속적 관할권의 합의를 명확하게 규정하였다. 본 건은 피고의 의도적인 이용을 요건으로 하기는 했지만, 준거법의 합의의 유효성을 인정하였다는 데 그 의의가 있다.

(6) 명예훼손과 관련된 판례

1) 판례요지

255) Superior Court of Rhode Island 1999. 5. 27, Groff v. America Online, Inc., 1999 WL 307001 (R.I.).

256) U.S. Court of Appeals, Sixth Circuit 1996. 7. 22, CompuServe, Inc. v. Patterson, 89 F. 3d 1257.

피고는 서비스의 일환으로 다양한 주체에 관한 토론방을 개설·운영하였다. 이 토론방에서는 자유롭게 토론이 진행되었고, 올려진 정보는 운영진을 위하여 내려 받을 수 있었다. 그러나 피고가 직접 다양한 토론방을 구성하지 않고 여러 지원자에게 위임하였다. 그런데 수인 중의 한 사람이 다시 다른 사람에게 소식을 만들도록 하였는데 그 가운데 타인의 명예를 훼손하는 내용이 들어 있었다. 법원은 피고가 소식지의 작성자와 직접적인 계약관계에 있지 않았고 소식지에 대하여 서점이나 공공도서관 이상의 편집상의 통제권을 갖지 않았다고 하여 사업자의 책임을 부인하였다.²⁵⁷⁾

2) 판례평석

본 건에서 법원은 올려진 정보에 대한 통제가능성 여부를 사업자의 책임에 대한 결정적 기준으로 삼았다. 그 이유는 그렇게 하지 않을 경우 사업자가 피고와 같은 사업을 멀리할 것이고 이는 헌법에서 보장하고 있는 표현의 자유와 충돌될 수 있기 때문이다.

(7) 상표권과 관련된 판례

1) 링크, 메타태그와 상표권의 침해

(가) 판례요지

웹사이트 운영자가 그 웹사이트의 이용을 촉진하기 위하여, 메타태그라고 하는 검색을 위한 키워드로서 특정 용어를 사용하는 경우에 발생하는 상표권의 침해 내지 희석화에 대한 책임이 쟁점화된 사건이다. 법원은 본건에서 문제되는 키워드는 원고의 플레이보이 엔터프라이즈(Playboy Enterprises)라는 상표이지만, 피고가 그러한 용어를 검색을 위한 키워드로 인터넷상의 웹사이트에서 사용하는 것은 영업상의 상표의 사용에 해당되지 않는다고 판시하였다. 결과적으로 법원은 인터넷상의 웹사이트와 관련된 키워드의 사용은 상표권의 침해 내지 희석화에 해당되지 않는다고 판시하였다.²⁵⁸⁾

(나) 판례평석

본 건에서는 실질적으로 인터넷상의 웹사이트에 있어서 타인의 상표를 검색을 위한 키워드 또는 메타태그로 사용하는 것은 상표권 침해 또는 희석화를 검토함에 있어서의 상표의 사용에는 해당되지 않는다고 판시하였다는 점에 의의가 있는 것이다. 그러나 이 부분에 대한 법

257) *Cuby v. Compuserve, Inc.* 776 F. Supp.135(S.D.N.Y.1991).

258) U.S.District Court for the Central District of California 1999. 6. 24, *Playboy Enterprises, Inc. v. Netscape Communications Corp.*

규는 명확하지 않으며 상반되는 판례도 존재하고 있음을 유의하여야 한다

2) 링크로 인한 상표권 침해²⁵⁹⁾

(가) 판례요지

다른 사람의 상표에 종속된 확고부동한 지명도 내지는 영업권을 이용하기 위하여, 허락을 받지 않고 자신의 홈페이지를 다른 사람의 홈페이지와 링크하는 자는, 상표권침해의 책임을 부담한다고 판시하고 있다.

(나) 판례평석

웹사이트에 허가 없이 링크하는 경우의 위험성을 나타내고 있다. 허가 없이 링크하는 것을 방지하는 것은 어렵지만, 웹사이트의 소유자는 다른 사람이 자신의 웹사이트로 링크하는 것을 허락하기 전에, 서면 혹은 온라인으로 허락을 받도록 하는 것이 가능하다. 이러한 웹사이트의 소유자는 자신의 명확한 방침에 위반하여 허락 받지 않은 링크가 설정되었다는 내용으로 청구할 수 있다. 영리를 목적으로 이용하는 경우가 아니면, 링크된 원사이트의 소유자로부터 소송이 제기되는 경우는 없겠지만, 링크를 할 때에는 원 사이트의 소유자에게 고지하여 허락을 받는 것이 현명하다고 할 수 있다.



5. 정리

먼저, 입법례를 검토하면 미국의 경우에는 의사소통의 오류에 대하여 당사자의 거래기간, 오류를 범한 당사자로 하여금 계약에 따르도록 하는 것이 현저히 부당한 지의 여부, 계약이 이행되지 않으면 상대방에게 부당한 손해를 주는지의 여부 등을 고려하여 상대방이 그와 같은 오류를 알았다고 보는 것이 합리적인 경우가 아닌 경우에는 발신자가 계약오류의 책임을 부담하도록 하고 있다. 판매업자의 물품의 제공·인도가 계약에 합치되지 않아 매수인에게 수령거절의 권리가 있는 경우, 매도인에 의한 하자 치유 또는 매수인의 인수가 있을 때까지 매도인이 책임을 부담하며, 매수인이 적법하게 인수를 취소하는 경우에 매수인은 그가 체결한 보험계약에 의해 실제로 전보되지 못하는 범위에 한하여 매도인에게 책임을 부담시킬 수 있다. 또한 목적물이 매수인에게 이전되기 전에 계약에 의해 이미 특정된 하자 없는 물품에 대하여 매수인이 이행을 거절하거나 기타 계약에 위반한 경우에 매도인은 상관행상 상당한 기간동안 자신의 보험계약에 의해 전보되지 않는 범위내에서 매수인에게 책임을 물을 수 있도록 하고

259) U.S. District Court for Eastern District of Pennsylvania 1998. 11 3, Playboy Enterprises, Inc. v. Universal Tel-A-Talk, Inc., 1998 WL767440.

있다. 그리고 당사자나 전자적 대리인이 프로그램을 조작하거나 전자적 대리인의 대응이 기망에 해당하는 방식으로 작동되는 경우에는 전자대리인의 착오나 기망으로 보아 상대방이 책임을 부담하지 않는다. 또한 계약의 위반에 관한 일반적인 사항과 중대한 위반에 대하여 정의하여 책임의 분배를 명확히 하고 있으며, 매도인이 일정한 경우에 계약위반에 대하여 치유가 즉각적이고 상대방에 대한 손해를 회피할 수 있으면 전반적으로 치유를 허용한다. 그러나 매도인이 즉각적인 치유를 하였으나 상대방이 손해를 입은 경우에는 손해를 배상하여야 한다.

UEFT 제15조는 수신자의 정보처리장치에 진입한 것만으로는 수신한 것으로 보지 않고 수신 후 '검색할 수 있을 때', 즉 요지할 수 있을 때에 도달로 보고 있으므로, 의사표시가 상대방이 검색할 수 있기 전에는 발신자가 위험을 부담하고, 검색이 가능함에도 불구하고 검색을 하지 않은 경우에는 수신자가 위험을 부담한다.

독일의 경우에는 원칙적으로 전자적 의사표시는 인정하고 있으나, 아직 법제가 충분하지 않다. 독일 민법에 따른 해석으로 전자적 의사표시가 네트워크상의 결합으로 인하여 수신인에게 도달하지 못하는 경우에 송신인이 위험을 부담하게 된다. 그러므로 의사표시가 이미 도달한 경우에는 송신인은 철회하지 못하게 된다(독일 민법 제145조). 이 경우에 착오로도 취소할 없게 된다(동법 제119조). 그리고 디지털서명법상 인증기관의 책임에 대하여는 인증기관의 과실로 인하여 제3자에게 손해를 준 경우에는 독일 민법 제831조에 따라서 과실책임을 물어 손해배상청구권을 행사할 수 있다. 서비스 제공자가 설명의무를 위반한 경우에는 계약체결상의 과실책임을 지고, 정보 서비스 제공자가 약정된 의무를 위반한 경우에는 계약위반에 대한 손해배상의 책임을 지며, 거래안전의무를 위반하거나 링크를 통한 타인의 명예를 훼손하는 경우에는 불법행위법상 손해배상책임을 부담한다.

일본의 경우 전자거래법초안에 따르면 당사자간에 특약이 없는 한 데이터 메시지를 수령하기 위하여 정보처리장치를 지정한 경우에는 정보시스템에 진입한 때에, 지정되지 않은 경우에는 수령인이 출력을 한 때에 도달한 것으로 보고 있으므로 수신자에게 도달하기 전까지 발신자가 위험을 부담하고, 데이터 메시지가 도달로 보는 경우이외는 수신인이 부담하게 된다. 계약이 성립에 있어서도 청약자에게 계약에 대한 승낙의 메시지가 도달하기 전까지 계약이 성립하지 않으므로, 승낙자에게 책임을 물을 수 없다. 한편, 일본에서는 OECD가이드라인에 따라 '소비자와 사업자간의 매매에 관한 운용가이드라인'을 제정하여 시행하고 있다. 동 가이드라인에서는 소비자와 사업자의 분쟁에 대해서 상품의 품질불량, 하자, 수량 과부족, 상품차이, 운반 중 파손에 따른 교환, 반품, 기타 판매한 상품에 관련된 소비자의 분쟁원인 등 신속히 조사하고 해결하도록 하고 있다.

유엔국제상거래법위원회의 전자상거래모델법은 수신자가 데이터메시지의 수령을 위하여 정

보처리장치를 지정한 경우에는 정보처리장치에 진입한 때, 다른 정보처리장치로 송신한 때에는 수령자가 이를 수령한 때에 이루어진 것으로 보게 되므로, 수신자가 수신한 상태가 되기 전까지의 위험에 대해서는 발신자가 부담하고 수신된 이후에는 수신자가 부담하게 된다. OECD 가이드라인은 대안적 분쟁해결로 소비자 분쟁의 해결과 불만의 처리는 공정하며, 신속하고, 부당한 비용과 부담이 없이 분쟁해결을 위해 사업자, 소비자 대표 및 정부는 다음과 같은 조치를 취할 것을 권하고 있다.

첫째, 사업자와 소비자 대표들은 소비자 불만에 대응하고 처리하기 위한 내부 절차를 마련하고, 소비자가 그러한 절차를 이용하도록 장려되어야 한다.

둘째, 사업자와 소비자 대표들은 소비자 불만을 처리하기 위한 협력적 자율규제 프로그램을 마련해야 하고, 분쟁을 해결함에 있어 소비자를 지원해야 한다.

셋째, 사업자와 소비자 대표 및 정부는 소비자가 대안적 분쟁해결제도를 이용할 수 있는 기회를 주기 위해 서로 협력해야 한다.

넷째, 상기 규정을 이행함에 있어 사업자, 소비자 대표, 정부는 정보기술을 혁신적으로 이용해야 하고, 그러한 기술을 활용하여 소비자의 인식을 제고시키고 선택의 자유를 확대하도록 해야 한다.

다음으로, 판례이론을 정리하면 전자거래사업자가 계약상 내용통제의무를 부담하는 경우에는 이에 위반하면 당연히 계약책임을 지게된다. 그러나 인터넷상에서 소통되는 정보의 양은 많은 반면 현재의 기술수준으로 보아 정보내용을 완전하게 확인하고 접근을 통제하기에는 부족한 점이 많기 때문에 접속보장이나 서비스제공에 사용된 시스템의 기술적 안전성 및 기능에 대한 보장의 경우와는 달리 사업자에게 내용통제의무를 부담하게 하여 사업자에게 무과실책임을 지게하는 것은 무리다. 인터넷상에서 도메인 네임과 같은 고유한 보호권으로 인터넷 도메인 네임은 이용자에게 도달할 수 있는 개별 인터넷 이용자의 주소로서 이용자의 이름이 도메인 네임의 본질적 내용으로 사용되므로 동일성 기능을 가진다. 그러므로 도메인 네임의 침해는 실체법에서는 상표법과 같은 지적재산권의 침해가 문제가 되며, 준거법과의 관계에 있어서는 보호권의 준거법 선택이 문제로 된다. 즉 잠재적인 침해로부터 보호하여야 할 권리가 존재하는지 그리고 어떠한 법이 존속을 판단할 수 있는지가 문제가 된다.

도메인 네임은 당해 기업이 그것을 당해 국가의 시장에서 자신의 영업을 목표하고 있음을 인식하고 사용하는 경우에만 준거법과 관계가 된다. 도메인 네임에 있어서 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률에 위반이 되기 위해서는 선등록을 기초로 한 도메인에 대한 권리가 배타적이지 않은 것으로 등록상표를 도메인 네임으로 사용하였더라도 상품을 나타내는 포장이나 그 판매를 위하여 사용한 것이 아니라 단순히 도메인 네임으로 등록한 것만으로는 상표권

을 침해한 것으로 보지 않았다. 현행 부정경쟁방지법이 '상품 주체 또는 영업 주체에 관하여 오인, 혼동을 야기할 위험이 있는 행위'만을 부정경쟁행위로 보고 있으므로 현행법 체계상 영미법상의 희석화이론을 인정하지 않고 있다. 따라서 영업 주체 혹은 상품 주체의 혼동이 있는 경우에 본 법의 적용을 인정하고 있다고 볼 수 있다. 즉, '주지하는 바 저명한 서비스표의 인지도와 명성에 편승하여 수요자를 유인할 정도로 서로 경업관계 내지 경제적 유연관계가 있다고 볼 수 있는 경우'에 도메인 네임 사용을 부정경쟁행위에 해당한다고 한다.

링크, 메타태그로 인하여 상표권을 침해 한 경우를 보면, 원칙적으로 영리를 목적으로 하는 것이 아니면 원사이트의 소유자로부터 고지하여 허락을 받은 것이 아니라 하더라도 링크하는 경우에는 상표권의 침해가 아니다. 그러나 웹사이트에 그 소유자의 동의를 얻지 않고 특정한 상품을 게재하여 동 웹사이트상에 광고된 상품 또는 서비스를 그 상표의 소유자가 제공 또는 보증한다고 이용자에게 생각할 수 있을 정도인 경우에 발생하는 손해 혹은 위험에 대하여 책임이 있다. 또한 온라인 계약시 재판지 선택 조항이 있는 경우에 클릭에 의하여 계약에 편입된 조항(약관)의 유효성을 인정하고 있다.

그리고 인터넷 서비스제공자가 제공하는 서비스에 대하여 이용자가 타인의 명예를 훼손하는 글 등을 게재했을 때 인터넷 서비스제공자와 이용자간에 체결한 정보서비스 이용약관을 위반한 이용자의 명예훼손적인 내용물에 대하여 약관을 근거로 하여 인터넷 이용자에게 사전에 통지하지 않고 하는 삭제 행위에 대하여 그의 행위는 정당하다고 하였으며, 인터넷상에서 행한 발언에 대해서도 명예훼손이 성립한다고 하였다. 따라서 타인의 명예가 훼손되는 경우에는 민법 제750조, 제751조에 의하여 손해배상을 청구할 수 있다. 손해의 범위는 재산상 손해 및 정신적 손해에 대한 위자료까지 포함한다.²⁶⁰⁾ 타인의 명예를 훼손한 자에 대하여 법원은 피해자의 청구에 의하여 손해배상에 갈음하거나 손해배상과 함께 명예회복에 필요한 적당한 처분을 명할 수 있다(민법 제764조). 그리고 인터넷 사이트에서 명예를 훼손당한 자는 상대방의 매체에 반론권 및 정정보도청구권을 가지며, 인격권 또는 기업권을 침해하는 표현행위가 있는 경우에는 금지청구권을 갖는다.

260) 다른 견해 : 이은영, 전제 「채권각론」, p. 984.

第3節 被害事例와 救濟制度의 現況

1. 被害事例

(1) 인터넷접속불량과 관련된 사례(일본)

일본의 우정성에서 국제통신사업자 7개사에 대해 인터넷에 의한 국제정보제공서비스에 관한 불만 및 상담건수에 대한 조사의 결과를 보게 되면, 이용자가 아닌 사업자에 대한 이용불만조사는 처음 이루어졌는데 2001년 9월부터 2002년 9월까지의 13개월 동안에 10만건이 넘는다는 것이 밝혀졌다. 이번 조사에서 가장 많은 불만으로 나타난 것은 '인터넷을 이용하면 모르는 사이에 국제전화로 연결되어 많은 요금이 청구된 경험이 있다'라는 부분이다. 이에 따라 우정성에서는 통신사업자 및 사업자 단체에 분쟁방지대책을 마련하도록 권고하였다. 이번 조사는 처음으로 사업자를 대상으로 이루어졌다. 조사를 시작한 2001년 9월에는 1751건이었던 불만건수가 2002년 3월부터는 급격한 증가를 보이기 시작 매달 만여건이 넘는 상담이 쇄도한 것으로 집계되었다. 우정성에서는 급증하는 분쟁방지를 위해, NTT커뮤니케이션즈, 일본텔레콤 등의 국제통신사업자와 텔레콤서비스협회, 일본 인터넷 공급자협회 등에 대해 첫째, 특정국에 대한 이용이 일정액 이상 되었을 경우에 수시 청구서를 발행한다. 둘째, 접속 전에 국제전화라는 사실을 고지하는 음성을 내보낸다. 셋째, 해외에 접속된 경우에 경고음을 발신하는 소프트 즉, 인터넷상에서 무료로 배포되고 있는 조치를 취해줄 것을 요청했다.²⁶¹⁾

(2) 名譽毀損과 관련된 事例(일본)

니프티내의 포럼에 '사실무근의 중상기사를 기재해 명예를 훼손당했다'고 여성회원이, 니프티와 시스템운영자, 그리고 이를 기재한 사람을 대상으로 총액 1,000만엔의 손해배상을 청구하는 소송이 제기되었다. 동경지방법원은 청구한 금액의 일부인 50만엔을 제3자인 사업자인 니프티에게 부과하는 판결을 하였다. 이는 니프티내의 사상포럼의 「페미니즘 회의」에서, 93년 11월경부터 원고 여성을 중상하는 내용이 반복해서 기재되었던 것으로 원고는 니프티와 시습에게 삭제를 요구했지만, 그 후에도 문제의 발언이 방치되어 왔던 것이 제소를 당한 것이다. 이

261) <http://www.netlaw.co.kr>. Japan News, 2002. 10. 21.

판결에서는 시스템 운영자에 대하여 '타인의 명예를 손상시키는 발언이 있으면 구체적으로 안 경우에는 삭제하는 등의 어떠한 조치를 취할 의무가 있다'라고 하고, 니프티에 대해서는 '시습에 대한 실질적인 지휘 감독관계에 있기 때문에, 사용자책임에 기초를 둔 배상책임이 있다'고 함으로써 제3자인 피고(니프티사)에 50만엔을 지불토록 판결하였다. 니프티에서는 '당사에서도 이러한 발언에 대하여 어디까지 삭제할 수 있는지에 대하여 과제로 생각해 왔다'고 밝혔다.²⁶²⁾

(3) 競賣와 관련된 事例(미국)

低價 낙찰된 경매 취소한 유비드 피소 사건으로 분노한 경매 고객들이 온라인 경매업체 유비드(uBid)가 고급형 컴퓨터에 대한 저가 경매를 취소, 고객을 기만했다고 주장하며 이 회사를 상대로 소송을 제기했다. 미국 일리노이주 쿡 카운티 법원에 제소된 이번 소송에서 일리노이주 엘크그로브 빌리지(ELK GROVE village)에 위치한 유비드는 경매 고객들과의 계약을 파기하고 속임수 거래를 했다는 혐의를 받고 있다. 이 소송의 발단은 지난 4월 펜티엄 III 733MHz 컴퓨터에 대한 경매 원고측의 소장에 따르면 유비드는 959대의 컴퓨터를 매물로 내놓고 306명으로부터 경매 신청을 받았고 낙찰가는 53달러에서 353달러까지의 가격대를 형성했다. 애초 유비드는 낙찰 여부를 확인하고 주문을 공급업체에 통보했다고 매수자들에게 전자우편으로 알리는 한편 이들의 신용카드를 통해 낙찰가와 발송비를 결제했다고 밝혔다. 그러나 며칠 후 유비드는 물건을 발송하는 대신 주문을 취소하고 다른 경매에 사용할 수 있는 50달러짜리 쿠폰을 제공하겠다는 전자우편을 보내 말썽을 빚기 시작했다. 원고측 변호사 브라이언 머피(Brian Murphy)는 '유비드가 낙찰가가 낮다는 이유로 경매를 취소했다'고 주장했다. 오하이오(Ohio)주 콜럼버스(Columbus) 소재의 법무법인 머레이 머피 모울 앤 바질(Murray Murphy Moul & Basil) 소속인 머피 변호사는 '유비드가 경매 참가자들이 경매를 취소할 수 없다고 명시된 약관을 준수할 의무가 있다'고 강조했다. 머피 변호사는 '만약 유비드가 해당 컴퓨터들에 대해 특정 가격을 원했다면 경매 최저가를 명시하거나 해당 가격 미만으로는 컴퓨터를 팔지 않겠다는 유보가격대를 정했어야 한다'고 말하고 '계약 파기가 정당화될 수 없으며 유비드는 이러한 행위를 할 아무런 권리가 없다'고 덧붙였다. 유비드의 대변인 네벤카 타더라빅(Nevenka Todorovic)은 '유비드가 아닌 별도의 업체들이 컴퓨터를 제공했을 뿐 유비드는 단지 중개 역할에 그쳤다고 밝혔다. 공급업체들이 경매 시작 때 제공된 컴퓨터들을 바꿔치기 했다는 것이다. 타더라빅은 자사가 고객들의 신용카드를 전혀 결제하지 않았으며 이 사건 이후 공급업체들의 회원사 자격을 박탈했다고 밝혔다. 그녀는 처음 유비드의 실수로 이런 일이 생겼을 때

262) <http://www.watch.impress.co.jp/internet/www/search/article/9705/2802.htm> 1997. 5. 28.

경매가격 오류를 인정했지만 공급업체들은 사이트에 제공된 물량을 맞출 만큼의 컴퓨터가 없었다고 말했다.²⁶³⁾

(4) 名譽毀損과 관련된 事例(미국)

미국 뉴욕주 최고법원은 2000년 5월 1일 알렉산더 루니가 인터넷서비스제공업자(ISP)인 프로디지서비스를 상대로 제기한 소송에서 불건전한 이메일이나 게시판 내용을 문제삼아 ISP에 법적 책임을 물을 수는 없다고 판결했다.²⁶⁴⁾ 법원은 프로디지는 전송수단만을 제공했기 때문에 책임이 없다고 설명했다. 이의 내용을 살펴보면, 누군가가 1994년 9월 9일 알렉스 또는 알렉산더 루니라는 이름으로 프로디지에 몇 개의 회원계정을 개설한 후에, 프로디지의 게시판에 루니의 이름으로 두 개의 매우 저속한 메시지를 보냈고, 제3자에게 협박의 내용과 불경스런 전자메일 보냈다. 1994년 9월 14일자로 된 편지로, 프로디지는 루니에게 '프로디지 서비스를 통하여 외설적이고, 욕설과 위협 그리고 성적인 내용을 전달하고 있는' 그의 이름으로 된 하나의 계정을 폐쇄하였다고 통지하였다. 이때 루니는 프로디지가 권한 없이 계정을 개설한 제3자가 그러한 메시지를 보냈다고 프로디지에게 알렸으며 이를 조사한 프로디지는 루니에게 사과하면서 다른 네 개의 알렉산더 루니의 계정을 2일 이내에 폐쇄하였다. 이에 루니는 프로디지가 그의 이름으로 된 계정을 허용하면서, 오명과 명예훼손을 당한 것에 대하여 책임을 부담해야 한다고 주장하면서 프로디지를 고소하였다. 이 소송에 대하여 최고법원은 첫째, 그 메시지는 루니와 관련이 없으므로 그를 명예훼손한 것이 아니고 둘째, 그 메시지가 극단적으로 보잘 것 없는 것으로 전체내용이 명예훼손이 되지 않으며 셋째, 프로디지는 메시지의 발행자가 아니므로 만일 발행자로 고려된다 하더라도 제한된 책임으로부터 보호된다고 판결하였다.²⁶⁵⁾

(5) 名譽毀損과 관련된 事例(영국)

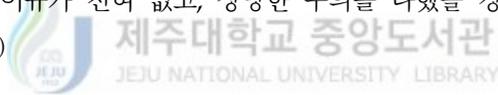
영국 런던 소재의 물리학, 수학, 컴퓨터공학 강사로 1997년 1월 13일경 자신의 이름을 사칭하고 있는 글이 인터넷 뉴스그룹에 올라와 있는 것을 보고 1997년 1월 17일 팩스로 데몬인터넷(Demon Internet)에 해당 게시물은 위조된 것으로서 원고의 명예를 훼손하는 것이므로 피고의 뉴스서버에서 이를 삭제해 줄 것을 요청하였으나 1997년 1월 27일까지 삭제되지 않고 방치

263) <http://korea.cnet.com/news/2000/05/10/20000510k.html> : Korea.CNET.com. 2000. 5. 10.

264) Alexander G. Lunney & C., v. Prodigy Services Company. & C., Respondent, ET Al
(http://www.law.cornell.edu/ny/ctap/199_0165.html)

265) <http://www.econsumer.or.kr>

되어 소송이 제기됐다. 이에 대하여 영국 법원은 피고가 그들의 뉴스서버로부터 당해 게시물을 전송할 때마다 피고는 그 뉴스그룹에 접근할 수 있는 사람들을 대상으로 당해 게시물을 출판한 것과 마찬가지로 전제 한 후, 피고는 해당 게시물을 삭제할 수 있었음에도 불구하고 고의로 이를 삭제하지 않았으므로 1996년 명예훼손법(Defamation Act 1996) 제1조 소정의 면책을 받을 수 없다고 판시하였다.²⁶⁶⁾ 한편 Godfrey가 게재한 다수의 게시물 역시 상당히 저속하고 공격적인 관계로 그에 상응하는 반응을 유발하고 있었으므로 손해배상액을 산정할 때 이를 참작해야 할 것이라고 하였다. 미국의 명예훼손에 관련한 판례에 대하여 이 사건을 심리한 Morland 판사는 '영국과 미국은 명예훼손에 관해 상이한 법적 접근방식을 채택하고 있으므로 단지 참고자료에 지나지 않는다'고 하면서 그 대표적인 차이로 선의의 명예훼손 사건에서 영국법은 피고인 '공표자'가 자신의 결백을 입증해야 하지만, 미국법하에서는 원고가 '공표자'의 악의를 입증해야 한다는 점을 밝히고 있다. 또한 '배포한 자가 그 사실을 몰랐다고 하여 항상 책임이 면제된다고 할 수는 없으며, 명예훼손의 내용이 포함되어 있음을 알았거나, 알 수 있었을 경우에는 책임이 있다고 보아야 한다. 즉 자신의 행위가 원고의 명예를 훼손하는데 기여하거나 관련되어 있다는 것을 알고 있는 자는 면책되지 않는다. 따라서 피고로서는 그와 같은 사실을 의심할 만한 이유가 전혀 없고, 상당한 주의를 다했을 경우에만 면책될 수 있는 것이다'라고 하고 있다.²⁶⁷⁾



(6) 정리

첫째, 사례에서 본 바와 같이 통신서비스회사의 과도한 요금징수로 인한 사례로 이 경우에 피해를 입은 자는 상대방의 고의나 과실을 입증하기 어렵고, 또한 피해를 입은 때에도 이용자가 통신서비스를 이용하는 과정에서 수인해야 할 정도로 판단될 여지가 많으므로, 계약내용에 따른 책임의 분담이라는 측면보다는 서비스제공자가 스스로 이러한 불편을 해결하기 위한 노력을 기울이도록 하는 측면으로 볼 수 있다. 둘째, 명예훼손과 관련된 책임은 온라인 서비스제공자의 책임부분이다. 명예를 훼손한 가해자에게 형사적·민사적 책임을 물을 수 있으므로 당연하나, 전자거래에서 명예를 훼손하는 일은 누군가의 웹사이트상에서 즉, 온라인 서비스제공자가 개설해 놓은 웹사이트상에서 발생되고, 그에 따라 온라인 서비스제공자가 공동불법행위 책임을 부담하는가에 관한 문제라고 볼 수 있다. 단순히 게시판에 정보를 제공하는 경우에는 온

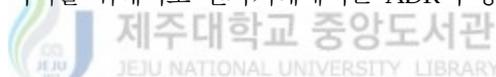
266) Laurence Godfrey v. Denom Internet Limited ;
http://www.lawnewsnetwork.com/stories/A20742-2000_Aptr.html

267) <http://www.econsumer.or.kr>

라인 서비스제공자에게 책임이 없다고 볼 수 있으나 이러한 게시판에 불법복제물이 등재되었을 때에는 온라인 서비스제공자가 이를 적절하게 삭제하여야 함에도 불구하고 그렇게 하지 않은 경우에는 책임을 부담하도록 하고 있다.

2. 紛爭救濟制度

전자거래에 관한 분쟁은 전자거래가 가지는 가장 큰 장점인 비용절감과 신속성을 저해할 수 있으며, 전자거래의 성격상 법률적인 부분 외에 기술적인 부분을 많이 포함하고 있기 때문에 통상의 재판절차보다도 분쟁당사자들이 많은 비용과 시간을 들이지 않고 전문기술, 법률적 사항, 거래 이익 등을 종합적으로 판단하여 합리적인 결론에 이를 수 있는 ADR을 활용하는 것이 분쟁 당사자의 이익에 부합할 것이다. 또한 이러한 임의적인 분쟁해결수단은 대부분 그 절차가 비공개이어서 당사자들에게 정보보호와 거래관계의 비밀유지라는 이익을 제공해 주기도 한다.²⁶⁸⁾ 한편 전자거래에 의한 상품과 서비스의 경제적 가치는 법적 분쟁 해결비용보다 저가인 경우가 많기 때문에, 소비자들이 인터넷에서 소액거래를 피하게 될 수 있는 우려가 있다. 그러므로 소액거래의 이익을 위해서도 전자거래에서는 ADR이 중요한 역할을 하게 된다.



(1) 온라인 ADR 분쟁해결제도

온라인 ADR(Alternative Dispute Resolution)은 인터넷을 매개체로 소송을 제외한 중재, 조정, 옵부즈만 등 다양한 전통적 ADR 기법을 구사하는 자동화 시스템을 말한다. 일반적으로 온라인 ADR 제공자인 제3자가 컴퓨터 네트워크 기술을 이용하여 분쟁당사자들을 대화하게 하여 분쟁을 해결한다. 온라인 ADR에서의 결정도 일반 ADR과 같이 구속력 유·무가 있으며, 구속력이 없는 온라인 ADR에 있어 ADR이 실패한 경우 당사자들은 법원에 소송을 제기할 수 있음은 물론이다. 전자거래에서는 국경의 의미가 불분명하기 때문에 재판관할권이나 섭외사법의 선택이 매우 복잡할 수 있다.²⁶⁹⁾ 온라인 ADR은 세계 각국의 사람들에게 분쟁을 해결할 장소를 제공하며, 전통적인 소송에서 가능하지 않는 메커니즘을 이용하여 이러한 문제점들을 해결할 수 있다. 또한 소액사건에 알맞도록 비용이 저렴하며 매우 신속하게 해결되는 특징을 갖고 있다. 그리고 당사자들이 신체적 대면을 하지 않고 ADR에 참여하므로 냉정하고 효과적인 협상이 진행될 수 있음은 물론이다. 가령 최근 유행하는 전자거래의 일 유형인 경매사이트의

268) <http://www.ecmc.or.kr>(전자거래분쟁조정위원회)

269) 정완용, 전제 “인터넷 전자거래의 법률관계에 관한 고찰”, p. 9 ; <http://www.bbbonline.com>

예를 들면 경매사이트에서는 구매에 참여하는 익명의 거래당사자들이 많으므로 소비자를 상대로 한 사기 및 많은 분쟁이 발생한다. 그러나 대다수의 거래참여자들은 이러한 분쟁을 소송으로 발전시킬 수 없기 때문에 온라인 ADR은 매우 효과적으로 이러한 분쟁을 해결할 수 있다. 그 온라인 ADR메커니즘을 보면 다음과 같다.

1) ClickNSettle의 분쟁해결 절차

ClickNSettle²⁷⁰⁾은 미국 전역에 서비스를 제공하고 있는 중재 및 조정서비스 제도의 NAM(National Arbitration and Mediation)의 산하조직이며, 모든 분야의 분쟁을 처리하고 있다. 처리절차로 조정절차는 일방 당사자가 불만을 제기하면서 개시되는데, 이 때 당사자는 분쟁에 대한 개괄적인 개요, 분쟁 상대방, 피해보상 요구액 등에 대한 정보를 제공하여야 한다. 이에 따라 타방 상대방은 협상에 응하도록 요청하게 된다. 다른 On-line ADR 사이트와는 달리 ClickNSettle은 분쟁해결을 위하여 완전한 상호 의견교환이 가능한 웹사이트를 사용하고, 일방 당사자가 분쟁을 제기하면서 피해보상 요구액을 제시하면, 상대방이 이에 응답하는 형태로 진행된다. 양 당사자는 60일 이내에 새로운 요구나 제안을 할 수 있으며, 모든 청구나 제안은 비공개가 원칙이기 때문에 상대방은 청구인의 요구나 제안의 내용을 알지 못한다. 양 당사자의 최종 청구와 제안이 30% 이내에 있게되면 해당 사건은 그 중간점에서 해결되게 된다. 양 당사자의 청구와 제안은 기 설정된 구조에 따라 조정되는데 새로운 제안은 최소 5%이상 증가하여야 하고 청구액은 최소 5%씩 감소해야 한다.

2) Cybersettle의 분쟁해결 절차

Cybersettle²⁷¹⁾은 상호 의견교환이 가능하면서 비공개 자동화된 온라인 분쟁해결 서비스를 제공한다. 이 시스템은 인터넷 기술을 이용하여 보다 생산적인 해결 방안을 제공하도록 설정되어 있다. Cybersettle은 재산권 및 손해보험 분쟁을 주로 처리한다. 일방 당사자가 Cybersettle의 콜센터에 분쟁을 제기하면, 상대방에게 이메일·팩스·전화 등을 통해서 온라인 분쟁해결 가능성을 타진하여 양 당사자는 Cybersettle 시스템을 통하여 자신의 해결 방안을 제시하고 청구인의 청구액과 피청구인의 제시액이 30% 이하로 차이가 나거나 차액이 \$5,000 이하인 경우 분쟁이 해결되며, 그 시점에서 양 당사자는 그 중간액수로 해결이 되었다는 통지를 받게 된다. Cybersettle에 의해 도출된 해결안은 양 당사자를 구속하게 되며 결정이 되기 전 양 당사자는 Cybersettle의 결정에 응한다는 동의를 하여야 한다.

270) <http://www.clicknsettle.com>

271) <http://www.cybersettle.com>

3) SquareTrade의 분쟁해결 절차

SquareTrade²⁷²⁾은 전자상거래 과정에서 발생하는 분쟁해결서비스를 제공하며, 최근 인증기관으로서의 업무를 개시하였다. 공정한 조정인을 이용하여 신속하고 공정한 해결책을 제시하고 있다. 일방 당사자가 통신을 이용해 분쟁을 제기하면 SquareTrade은 이메일을 통하여 상대방에게 통보한다. 분쟁은 SquareTrade 사이트의 보안 게시판 게재되며, 양 당사자는 SquareTrade의 독자적인 기술과 처리절차에 의해 스스로 문제를 해결하기 위해 노력하게 된다. 당사자간의 합의가 이루어지지 않으면 조정자인이 선임된다. 주로 eBay.com 고객에게만 접근될 수 있는 서비스였지만, 최근 다른 온라인 거래 참여자에게도 개방하고 있다. 분쟁 해결을 위하여 이메일 및 독자적인 기술을 활용, 일반적으로 10일에서 14일 이내에 분쟁을 해결한다. 그러나 처리절차의 장단은 당사자가 얼마나 빨리 응답 하는냐에 따라 차이가 있으며, 조정인은 당사자가 그들의 지위, 이해관계, 해결을 위한 선택사항을 찾을 수 있도록 하여 상호 수락할 수 있는 합의를 도출할 수 있도록 협력한다. 양 당사자가 조정안에 합의하지 않는 경우, 일방은 조정인에게 각 당사자의 위치와 공정성에 근거한 해결책을 추천하도록 요구할 수 있으며, 양 당사자는 합의된 조정안에 구속되지 않는다.

4) E-Mediation의 분쟁해결 절차

E-Mediation²⁷³⁾은 Consensus Mediation이라는 회사에 의해 설립된 영국 웹사이트이다. 서비스는 암호화된 이메일을 이용하여 이행되며, 온라인 거래상 발생하는 분쟁 혹은 10,000파운드 이하의 분쟁 혹은 소송의 분쟁해결을 원하는 당사자간의 분쟁해결을 주목적으로 한다. 서비스는 온라인 신청으로 절차가 진행된다는 점에서 다른 온라인 조정기관과 흡사하다.

5) Disputes.org/eResolution의 분쟁해결 절차

Disputes.org/eResolution²⁷⁴⁾은 도메인 네임과 관련한 분쟁해결 서비스를 제공하는데 "com", "org", 또는 "net" 등의 도메인 네임과 관련한 분쟁만을 처리한다. 2000년 1월에 CANN(internet corporation for assigned names and number)의 온라인 도메인 네임 분쟁해결기관의 하나로 지정되었다.²⁷⁵⁾ 도메인 등록시 서명한 합의에 따라 도메인 등록자는 반드시

272) <http://squaretrade.com>

273) <http://www.consensus.uk.com>

274) <http://www.dispute.org>

275) <http://www.arbitration.forum.com>

온라인 중재절차에 참가하여야 하며, 일방 당사자가 분쟁을 제기하면 조정절차가 개시되며, 이때 신청인은 패널을 구성할 3인의 중재인 중 1인으로 3인의 후보자명단을 제공한다.

(2) 온라인 ADR의 원칙

1) 미국 FTC workshop(2000. 6)

미국의 FTC workshop에서 제시하는 온라인 ADR의 원칙으로는 첫째, ADR을 제공하는 제3자는 중립적이고 공정하여야 한다(중립성). 둘째, ADR 서비스는 무료 또는 낮은 비용으로 이용이 가능해야 한다(비용성). 셋째, ADR은 소비자가 손쉽게 이용할 수 있어야 한다(접근성). 넷째, 소비자는 ADR 메커니즘에 대해 충분한 정보를 제공받아야 한다(투명성). 다섯째, ADR은 분쟁을 신속히 해결할 수 있어야 한다(신속성).

2) 범대서양 소비자회담(Trans Atlantic Consumer Dialogue, 2000. 2)

범대서양 소비자회담에서 제시한 ADR의 원칙으로는 첫째, ADR 시스템의 필요한 구조 및 기준은 반드시 법률로 정해져야 한다. 둘째, ADR 시스템은 쉽고 편리하게 이용할 수 있어야 한다. 이 시스템에 참여하고 있는 사업자는 자신의 웹사이트에 이 시스템을 링크시켜야 한다. 정부, 소비자단체, 사업자단체 등은 소비자가 쉽게 도움을 받을 수 있도록 이 시스템을 링크시켜야 하며, 양 당사자의 편의를 위한 실시간(real-time) 토의가 이루어질 수 있도록 해야 한다. 셋째, 분쟁의 유형, 처리과정, 비용, 사용 언어, 결정 기준(규칙 등), 결정내용의 집행력 등에 대한 정보는 명확하게 제공되어야 한다. 넷째, 소비자는 ADR 시스템을 법률적 또는 계약상의 의무사항이 아닌 소비자의 자발적인 선택에 의해 이용할 수 있어야 한다. 다섯째, ADR 시스템은 무료 또는 적은 비용으로 이용할 수 있어야 하며 만약 소비자가 이를 이용하는데 비용을 지불해야 한다면, 소비자가 이길 경우 사업자는 동 비용을 환급해 주어야 한다. 여섯째, ADR 시스템은 독립성을 확보해야 한다. 이를 위해서 ADR은 정부, 비영리단체 등 명망 있는 제3자에 의해 운영되어야 한다. 일곱째, ADR에 참여하는 인사는 기본적인 법률 및 중재 분야의 교육을 받은 사람이어야 한다. 여덟째, 불만을 신속하게 처리하여야 한다. 이를 위해서 분쟁내용의 검토, 결정, 결정의 이행에 합리적인 처리 시한을 설정할 필요가 있다. 아홉째, ADR 시스템은 양 당사자를 공정하게 대우하여야 한다. 열째, ADR을 통해서 불만을 제기한 소비자가 ADR의 결과에 만족하지 못하는 경우 다른 법적 조치를 취할 수 있는 권리를 방해받지 않아야 한다.

第4章 우리나라 電子去來關聯 民事責任의 內容

앞에서 전자거래의 특수성을 바탕으로 현행 우리의 민법 및 전자거래관련법에 대한 새로운 문제점을 제기하였다. 그리고 국제기구(UNCITRAL, OECD)와 주요국가(미국, 독일, 일본)의 전자거래관련 책임법제와 관련판례를 검토하고, 전자거래관련 피해사례와 재판외 분쟁구제제도에 대하여 검토함으로써 우리나라 전자거래관련 책임주의에 대한 새로운 해석론을 제기하였다. 이하에서는 우리나라 전자거래의 책임구조에 따른 민사책임은 계약책임과 불법행위책임으로 나누어 검토한다. 그리고 전자거래에서 제조물책임의 적용여부에 대하여 해석론을 검토한다.

第1節 電子去來關聯 民事責任의 基本構造

1. 電子去來의 當事者



인터넷의 쇼핑물을 통하여 쇼핑하거나 주식의 매매 등 각종 거래와 같이 컴퓨터를 통한 상품의 매매나 서비스에 대한 계약을 체결하는 과정은 보통 물품의 판매업자와 서비스제공자, 컴퓨터이용자인 소비자간 전자거래행위로 구성된다. 그리고 온라인 서비스제공자(네트워크운영자, 호스트 서비스제공자, 게시판이나 뉴스그룹 또는 토론실운영자, 콘텐츠제공자 등)인 온라인 사업자와 온라인 서비스제공자와의 통신망사용계약 내지는 전용회선설치계약 등을 하는 통신사업자, 전자거래 당사자와 인증기관, 판매업자의 현실적 급부의무를 이행하는 물류업자 등이 전자거래를 통한 당사자가 되는 것이 일반적이다.²⁷⁶⁾ 따라서 전자거래는 일반적으로 상품의 판매업자, 컴퓨터통신망 운영자, 소비자인 온라인 서비스이용자, 온라인 서비스제공자, 인증기관과 금융기관, 물류업자 등이 관여하게 된다.

2. 基本構造와 論議方向

전자거래에 관련된 민사책임을 논의하기 위해서는 먼저 전자거래의 기본구조를 이해하여야

276) 최경수, 전제 “온라인사업자의 책임”, 「정보법학」 제3호, 1999, p. 300.

한다. 전자거래에 의하여 이루어지는 계약의 성립 및 계약의 이행과정은 정보통신시스템을 이용한 전자거래사업자(매도인) 및 전자거래이용자(매수인)이라는 거래당사자 사이의 전자거래행위, 전자거래 당사자와 인증기관과의 관계, 매도인의 물류업자를 통한 현실적 급부의무이행(물품이전), 매수인의 자동정보처리시스템을 이용한 대금결제행위, 그리고 네트워크시스템제공자와 프로그램제작자 사이의 프로그램 이용행위와 전자거래사업자 혹은 정보통신망운영자와 물류업자 등과의 계약관계, 네트워크시스템제공자와 통신수단을 제공하는 전기통신사업자 사이의 회선사용행위 등으로 이루어지는 것이 일반적이다. 이와 같은 전자거래 기본구조를 전자거래 관여자를 중심으로 파악하면 네트워크시스템 이용자, 네트워크시스템 제공자, 프로그램제작자, 인증기관과 금융기관, 그리고 물류업자 등을 들 수 있다.

첫째, 전자거래당사자관계로 이는 청약자와 승낙자 사이에는 대면관계에 있어서와 마찬가지로 특별히 다루어야 할 부분은 없다. 다만, 의사표시의 효력발생에 있어서 승낙의 발신 도달주의에 따를 것인가에 문제가 된다. 앞에서 본 바와 같이 원칙적으로 대화자간으로 해석하여 상대방에게 도달 혹은 요지할 수 있을 때 성립하는 것으로 본다. 그러므로 계약의 성립에 관한 문제는 이행에 관한 문제와 직접적인 관련이 있기 때문에 계약성립시기에 관한 문제가 중요하다.

둘째, 네트워크이용관계로 네트워크제공자와 계약당사자 사이의 계약관계는 네트워크 이용 계약에 의하여 규율되어야 한다. 이와 같이 네트워크 이용관계는 일반적으로 약관에 따라서 정하여질 것이므로 이는 정형적인 내용의 형식을 갖는다. '약관의 규제에 관한 법률' 제4조에서 개별약관을 약관에 우선하여 효력을 인정하고 있으므로 당사자 사이에 특별한 개별적 약정도 유효하다고 새겨야 한다. 특히 책임문제가 발생할 수 있는 경우는 네트워크시스템의 다운으로 인한 손해가 발생하는 경우에, 시스템제공자의 책임과 회선상의 하자 또는 돌발적인 사고로 인한 손해가 주로 문제가 될 것이다.

셋째, 당사자와 인증기관과의 관계로 당사자와 인증기관과의 법률관계는 약관내용에 따라 달라지지만, 공인인증기관은 전자서명법 제15조에서는 가입자와 공인인증기관이 이용하는 전자서명 방식, 인증서의 일련번호, 인증성의 유효기간, 공인인증기관의 명칭, 인증서의 이용범위 또는 용도를 제한하는 경우에 이에 관한 사항, 가입자가 제3자를 위한 대리권 등을 갖는 경우 이에 관한 사항 등을 포함되도록 공인인증기관은 인증서를 발급 받고자 하는 자에게 인증서를 발급한다. 이 경우 공인인증기관은 인증서의 이용범위 및 용도 등을 고려하여 그 신원을 확인하여야 하며, 공인인증기관은 인증업무와 관련하여 가입자 또는 인증서를 신뢰한 이용자에게 손해를 입힌 때에는 그 손해를 배상하여야 한다(전자서명법 제26조 제1항), 다만, 그 손해가 불가항력이나 이용자의 고의 또는 과실로 인하여 발생한 경우에는 그 배상책임이 경감 또는

면제된다(동법 제26조 단서). 여기서 문제가 되는 것은 공인인증기관을 지정하는 국가에게 책임을 물을 수 있는지가 문제가 된다.

넷째, 거래당사자와 금융기관과의 관계로 이는 주로 전자자금이체와 전자화폐의 사용관계에 있어서 법률문제이다. 이는 앞의 전자인증부분에서 다루었으므로 여기서는 논외로 하기로 한다.

민법상 손해배상책임을 발생시키는 요인으로는 채무불이행과 불법행위가 있으며, 일반적으로 전자거래에 있어서도 마찬가지로 생각할 수 있다. 전자거래에서 급부이행에 장애가 발생하여 채무불이행의 문제가 생긴 경우와 제3자 등의 위법한 침입에 의하여 불법행위가 생긴 경우가 있다. 전통적인 계약이론에서는 과실책임주의의 원칙하에 채무자주의를 채택하고 있었으나, 전자거래에서는 계약의 문제뿐만 아니라 계약체결 전단계부터 계약과는 관계없는 제3자의 불법행위에 이르기까지 다양한 위험이 존재하므로 이에 따른 손해가 발생할 여지가 있다. 따라서 전자거래 당사자의 계약과 직접 관계있는 부분에 있어서는 원칙적으로 당사자간의 계약책임으로 다루며, 전자거래의 급부불이행에 있어서 채무불이행책임과 하자담보책임을 먼저 검토하고, 앞에서 살펴 본 전자거래 기본구조의 유형에 따른 계약책임을 체계적으로 분석한다. 그리고 전자거래의 계약관계와 직접적인 관계가 없는 부분에 대하여서는 전자거래에서 불법행위책임으로 나누어 책임귀속근거에 대하여 살펴보고, 전자거래 기본구조의 유형에 따른 불법행위책임에 대하여 검토한다. 또한 컴퓨터 프로그램 및 소프트웨어상의 결함으로 인한 소비자에게 피해를 준 경우에 제조물책임이 인정될 수 있는지에 대하여 알아보고, 전자거래관련 손해배상에 대하여 검토한다.

3. 危險分配의 適正化

일반적으로 위험부담(risk of loss)이란 법률관계에서 채권자·채무자의 어느 누구에게도 귀속시킬 수 없는 사유에 의해 이행불능이 되어 소멸하는 경우에 그 책임을 당사자인 채권자·채무자의 어느 쪽에 전가시킬 것인가에 대한 법적 문제를 말한다. 다시 말하면 쌍무계약에 있어서 일방 당사자의 채무가 이행불능으로 인하여 소멸한 경우에 상대방의 채무의 존속여부에 대하여 발생하는 대가위험을 부담하는 것을 말한다.²⁷⁷⁾ 이러한 개념정의에 의하여 전자거래를 하는 과정에서 어떠한 사고가 발생함으로써 손해가 발생하면 손해를 입은 피해자가 책임 있는 당사자에게 그 책임을 물을 수 있는데, 당사자간의 책임한계가 명확한 경우에는 책임 있는 당사자에게 책임을 물을 수 있지만, 당사자 중에서 누구의 책임인지가 명확하지 않은 경우에는

277) 박윤직, 전제 「채권각론」, p. 81. ; 김상용, 전제 「채권각론(상)」, p. 105.

당사자 사이에 어떠한 내용이 전달과정에서 상대방에게 전달되기 전까지 발생될지도 모를 위험에 대하여 누구에게 부담시키는 것이 합리적인지가 위험부담의 문제이다.

근대 민법의 기본이념은 가해자의 고의 또는 과실을 근거로 하여 타인에게 손해를 입힌 경우에 한하여 그 손해를 배상하도록 하고 있다. 이처럼 가해자의 고의 또는 과실과 같은 행위자의 귀책사유가 있어 상대방에게 손해를 끼친 경우에만 가해자가 손해배상책임을 지게되는 과실책임주의의 원칙이 당사자에게 적절히 위험의 분담을 시키고 있다고 볼 수 있다. 그러나 현대에 들어오면서 과학문명의 비약적인 발전으로 인해 새로운 위험성이라는 문제가 대두되게 되었다. 철도나 자동차·항공기 등의 운영과 관련하여 발생하는 위험, 원자력산업과 같은 첨단 산업에서 발생하는 위험이 일반인에게 주는 손해는 근대민법의 기본구조를 이루고 있었던 과실책임주의로는 해결할 수 없게 되었다.²⁷⁸⁾ 그리하여 그와 같은 위험에 대하여는 그 위험을 관리하는 자에게 책임을 물어야 한다는 위험책임주의가 주장되기에 이르렀다. 위험책임주의는 과실책임주의하에서 과실이 있는 때에 그 손해에 대한 배상을 하였던 것을 과실이 없는 경우에 대해서 책임을 지도록 하는 무과실책임주의를 말한다. 개인이 부담할 수 없는 위험에 대하여 소유자나 관리하는 사용자에게 위험부담을 지게하는 것이 정의와 공평의 원칙에 합치한다.²⁷⁹⁾

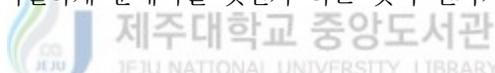
전자거래에서는 여러 가지 위험으로 인해 발생한 손해는 가해자의 고의·과실을 증명하기에 곤란한 경우가 대부분이고, 특히 인간의 신체사고에 있어서는 그 피해규모도 상당히 크게 나타날 수 있으므로 기존의 계약법이론으로 해결할 수 없는 문제가 있게 된다. 예를 들면, 원거리 환자와 의사간에 진료계약을 하는 경우에 의사의 오진으로 인해 손해가 발생하는 경우나, 일대일 혹은 다자간에 인터넷을 통한 채팅에 있어서 상대방에게 정신적인 손해를 주는 경우, 컴퓨터통신망을 이용하여 음란물의 제공으로 타인에게 정신적인 손해를 발생시킨 경우, 또는 통신회선상의 오류로 인해 이용자에게 손해가 발생한 경우, 무작위 광고로 인한 스팸메일의 경우에 피해자가 발생하는 경우, 판매업자나 서비스업자에게 통신사업자를 이행보조자로 이해하여 사용자책임을 부담시키는 것 등 컴퓨터 기기나 통신회선 자체가 위험물이 될 수 없으나, 이를 매개체로 하여 위험한 물건이 움직이게 된다면 위험책임의 이론을 확장하여 이용자를 보호할 필요성이 있으므로 전자거래 비대면적 다수당사자간에 어떻게 위험을 분배하는 것이 거래당사자와 이용자간의 적정성이 확보될 수 있는지가 문제가 된다.

전자거래에서 발생하는 위험에 따른 책임분배는 두 가지 측면에서 살펴 볼 필요성이 있다.

278) 김상용, 전제 「불법행위법」, p. 20.

279) 이시윤, 「신민사소송법」, 박영사, 2002, p. 451 : 물론 이와 같은 위험에 대하여 과거에도 과실의 추정 혹은 입증책임의 전환을 통하여 해결하기도 하였다.

먼저, 전자계약과 관련된 위험으로 채무불이행책임의 문제이고, 전자계약과 직접적인 관련이 없는 위험으로 위험책임과 불법행위책임의 문제가 있다. 전자계약과 관련된 위험의 경우에는 계약을 체결하는 과정에서부터 이행이 완료되기까지의 모든 위험의 문제를 포함한다. 그러므로 채무불이행책임의 범주로 당사자의 위험을 분담하는 방안이 검토되어야 한다. 이와는 달리 전자계약과 직접 관련되지 않은 위험의 문제는 채무불이행책임으로 해결할 수 없는 경우에 생기게 된다. 전자거래에 참여하는 당사자는 자신의 의도와는 달리 자신의 정보가 외부로 유출되거나 자신의 저작물이 허가 없이 사용되는 등의 위험을 부담하고 있다. 또한 자신의 정보를 통한 제3자의 거래행위로 손해를 볼 위험이 항상 내재하는 불법행위로 인한 위험의 문제가 매우 심각하게 대두되고 있다.²⁸⁰⁾ 또 컴퓨터 자체의 시스템오류로 인한 위험과 컴퓨터통신망의 장애로 인한 위험 등은 전자계약과 직접적인 관계없이 발생할 가능성이 있고, 이러한 경우에 단순히 불법행위책임이나 채무불이행책임을 물을 수 없는 경우가 발생한다. 당사자 관계에서는 위험을 적절하게 분담하도록 하는 것이 문제이지만 구체적으로 누구의 책임인가가 분명하지 않은 사고가 발생한 경우에 단순히 소비자 내지는 이용자에게 위험을 부담시키는 것은 형평에 맞지 않다. 따라서 전자거래와 관련하여 모든 법률행위 및 사실행위에 내재되어 있는 위험의 문제를 어떻게 적절하게 분배시킬 것인가 하는 것이 전자거래에서의 위험분배의 문제라고 할 수 있다.



따라서 전자거래의 계약과 관계되는 책임분배에 있어 가해자를 명확히 판명되는 경우에는 가해 상대방에게 책임을 물을 수 있으나, 만일 전자거래 관여자가 다수인 경우, 예컨대 전자거래사업자, 컴퓨터운영자, 판매자, 정보제공업자, 서비스제공자, 물류업자, 은행, 인증기관 등이 관여하는 경우에 누구의 귀책사유로 귀결시킬 수 없는 때에는 다수당사자에게 ‘부진정연대책임’을 물어 손해배상책임을 물어야 하지만, 이 경우에도 소비자인 전자거래이용자는 손해배상을 청구하는 것이 그리 쉽지가 않다. 따라서 이러한 경우에는 위험 원인야기자 혹은 신뢰한 당사자 즉, 판매업자나 컴퓨터운영자에게 1차적인 책임을 물을 수 있는 방안이 필요하다. 그리고 거래당사자와 제3자가 관여하는 경우, 즉 전자거래 계약과 직접적인 관련이 없는 경우에는 보통 일반불법행위책임에 따라서 고의 또는 과실이 있는 자에게 책임을 물을 수 있으나 여기에 다수자가 관여한 경우에 가해상대방을 알 수 있는 때에는 그 당사자에게 책임을 물을 수 있으나 전자거래의 특수성으로 말미암아 불법행위로 인한 손해배상을 청구하기란 어려운 일이다. 그러므로 다수 당사자가 전자거래에 관여하여 불법행위가 발생하는 때에는 다수 당사자에게 ‘공동불법행위책임’을 물어 손해배상을 청구할 수 있다.

280) 박창희, “온라인서비스제공자의 민사책임”, 전북대학교대학원 박사학위논문, 1999, p. 10.

第2節 電子去來上 意思表示의 成立과 效力

1. 意思表示의 成立時期

현행 우리 민법은 계약이론에 있어서 컴퓨터를 이용한 전자거래를 예상하지 못하고 입법을 한 것이므로 컴퓨터 등을 매개로 하는 전자거래계약에 있어서 발생하는 각종 문제점을 어떻게 규율하여야 하느냐가 중요한 문제가 되고, 전자거래법도 여러 가지 전자거래의 특수성을 감안하여 실증적인 연구를 통하지 않고 전자거래법을 제정함으로써 아직은 전자거래의 성립에 관하여 다양한 문제들을 해결할 수 있는 점이 미비하다는 지적이 있다.²⁸¹⁾ 즉, 전자계약의 경우에 있어서는 전자적 의사표시의 발신과 수신이 거의 실시간에 일어나는 경향이 주로 발생하므로 전통적인 계약이론에 의하여 해석하는 경우에는 무리가 따를 수 있다.²⁸²⁾ 그러므로 전자거래의 성립시기와 관련하여 당사자가 계약으로부터 발생하는 권리·의무를 어느 시점에 정하여야 하는가, 그리고 어떠한 데이터를 청약으로 보아야 하는지 아니면 청약의 유인으로 보아야 하는지가 문제가 되고, 어느 시점에 계약법상 승낙으로 보아야 하는지가 문제가 된다. 또한 발신된 승낙의 통지가 통신회선의 장애 등으로 인해 청약자에게 도달하지 않는 경우에 법률관계의 구성은 어떻게 하여야 하는지, 송신된 데이터를 철회 또는 변경할 수 있는지에 관하여 논의의 대상이 된다. 그러므로 전자계약이 성립하려면 당사자간의 '合意'가 있어야 한다. 이러한 합의는 법률효과의 발생을 목적으로 하는 당사자 사이의 의사표시의 합치를 말하는데, 이러한 합의가 성립하기 위해서는 수개의 의사표시가 내용적으로 일치하는 객관적 합치와 상대방에 대한 주관적 합치가 있어야 한다. 따라서 온라인상에서 상품의 매매계약은 청약과 승낙의 존재와 約因(consideration) 및 계약체결능력이 존재하여야 하며, 계약당사자간에 抗辯權이 존재

281) 이러한 문제점의 지적에 따라서 전자거래기본법(전문개정 2002. 1. 19 법률 제6614호, 시행일 2002. 7. 1)을 정비하여 제3장 전자거래의 안전성 확보 및 소비자보호에서 개인정보보호(제12조), 영업비밀보호(제13조), 암호제품의 사용(제14조), 소비자보호시책의 수립·시행(제15조), 소비자 피해의 예방과 구제(제16조), 전자거래사업자의 일반적 준수사항(제17조), 전자거래사업자에 대한 인증(제18조) 등의 제도를 새로 규정하고, 제6장 전자거래분쟁조정위원회에서 전자거래분쟁조정위원회의 설치 및 구성(제32조 이하)을 할 수 있도록 하고 있다.

282) 전자거래기본법 제6조 제1항의 송·수신의 개념과 의사표시에서의 발신과 도달의 개념을 같은 의미로 해석하는 견해가 있으나(노태약, “전자거래에 있어 계약의 성립을 둘러싼 몇가지 문제”, 「법조」 제516호, 2000, p. 66 ; 이철송, “전자거래기본법의 운영상의 제문제점”, 「조세학술논집」 제16집, 1999, p. 126), 전자문서는 작성자 외의 자 또는 작성자의 대리인 외의 자가 관리하는 컴퓨터 등에 입력된 때에 송신된 것으로 보는 점과 의사표시의 발신과 도달은 의사표시에 있어서 위험분담에 관한 규범적 판단의 문제로 보아야 하는 점에 있어서 전자문서의 송·수신의 개념은 의사표시의 효력발생시기에 관한 발신과 도달의 별개 개념으로 보는 것이 타당하다.

하지 않아야 전자계약은 유효하게 성립되고 법적인 구속력을 부여받을 수 있다.²⁸³⁾

(1) 請約

일반적으로 청약은 승낙과 결합하여 일정한 계약을 성립시킬 목적으로 하는 일방적 의사표시이다. 청약만으로는 계약은 성립하지 않고, 승낙이라는 법률사실과 합치하여야 계약이 성립한다.²⁸⁴⁾ 한편, 청약의 유인은 상대방으로 하여금 청약을 하도록 유인하기 위한 거래의 권유를 말한다. 청약의 유인은 법률상 아무런 구속력을 갖지 않는 행위로 피유인자가 의사표시를 하더라도 계약은 성립하지 않는다. 청약과 청약의 유인에 대한 일반적인 구별기준을 보게 되면, 특정인에 대한 것일 때, 상대방의 개성이 중시되지 않는 불특정인에 대한 것일 때, 표시된 계약의 내용에 유보가 없는 경우에는 청약으로 보며, 이와 반대로 상대방의 개성을 중시하여 선택의 여지가 있는 경우나 표시된 계약내용에 일정한 유보가 있는 경우에는 청약의 유인으로 보게된다는 것이 일반적인 견해이다. 그리고 이와 같은 구별은 거래관행이나 지역적인 관습도 함께 고려하여야 판단하여야 한다.²⁸⁵⁾

컴퓨터를 이용하여 물건 또는 서비스를 판매하는 대부분의 매도인은 컴퓨터상의 인터넷사 이터몰에서 검색하고 있는 불특정다수의 상대방(매수인)에게 찾고 있는 물건이나 각종의 서비스를 판매한다는 표시를 하게 되어 불특정 소비자가 검색할 수 있는 디스플레이 윈도우상 (display window)에 나타나게 되는데, 전자거래에 있어서 의사의 청약에 대하여 문제가 되는 것은 전자적 의사표시를 통하여 일방이(전자거래사업자) 컴퓨터에 가격, 품질, 배달장소, 계약의 부수적 조건 등 확정적인 거래조건을 제시하는 경우에 이를 청약으로 보아야 하는가 아니면 청약의 유인으로 보아야 하는가가 문제가 된다.²⁸⁶⁾ 이에 대하여 청약의 유인이라는 견해²⁸⁷⁾와 청약이라는 견해²⁸⁸⁾가 대립되어 있다.²⁸⁹⁾ 이를 청약으로 보게 되면 상대방(전자거래이

283) 牧野和夫, “電子商取引法(EC Law)の現状について (1)”, 「アメリカ法務最前線」, 國際商事法務, Vol.26, No.7, 1998, pp. 742-743.

284) 곽윤직, 전계 「채권총론」, p. 41.

285) 이은영, 전계 「채권각론」, p. 80 ; 곽윤직, 상계 「채권각론」, p. 42 ; 김상용, 전계 「채권각론 (상)」, p. 54.

286) 정진명, 전계 “인터넷을 통한 거래의 계약법적 문제”, p. 301 ; 한웅길, 전계 “전자거래와 계약법”, p. 21 ; 정태영, 전계 「전자거래법」, pp. 100-101 ; 한삼인·김상명, 전계 “전자상거래의 법리에 관한 연구”, p. 722.

287) 지원림, 전계 “가상공간에서의 거래의 계약법적 규율에 관한 연구”, p. 30 ; 지원림, 전계 “자동화된 의사표시”, p. 54 ; 한삼인·김상명, 전계 “전자상거래의 법리에 관한 연구”, p. 722 ; 김학동, 전계 “자동정보처리장비에 의한 의사표시에서의 법률문제”, p. 113 ; 한웅길, 전계 “전자거래와 계약법”, p. 21.

288) 오병철, 상계서, p. 287 ; 최경진, 전계 「전자상거래와 법」, p. 122.

용자)의 주문이 승낙이 되고, 따라서 판매자가 물품을 송부하지 못하면 채무불이행이 성립하게 되는 반면, 이를 청약의 유인으로 보게 되면 상대방의 주문이 청약이 되고, 이 청약에 대하여 판매자가 승낙 여부를 결정하게 된다. 청약의 유인으로 보는 경우에 이미 행하여진 소비자의 주문 및 소비자의 개인정보제공에 대하여 사업자의 사정에 따라 계약의 성사여부에 대한 판단을 맡기는 것이 되어 소비자의 이익을 해할 우려가 있다는 난점이 있다고 할 수 있다.²⁹⁰⁾

그러므로 청약으로 보는 입장에서는 전자거래의 일방이 컴퓨터사이버몰에서 그 가격과 품질, 배달장소, 계약의 부수적인 조건 등 확정적인 거래조건을 제시하고 상대방은 그 내용을 수용할 것인가의 판단만을 한다는 점에서 청약으로 보아야 한다는 견해이다. 그러므로 이런 경우에 청약으로 보게되면 사업자가 예측을 잘못하여 충분한 재고를 가지지 못하고 광고를 하는 경우에 채무불이행으로 될 가능성이 많다는 점과 이용자의 주문이 승낙이 되어 이용자의 승낙에 의하여 계약이 성립하게 되므로 판매자는 그 제시된 제품을 이전할 의무를 지고, 만일 이를 이행하지 않는 경우에는 채무불이행책임을 지게 되며, 이용자의 대금지급능력 유무에 따라 계약의 체결여부를 결정할 기회를 가지지 못하는 등 중대한 불이익을 초래하는 문제점이 있다.

따라서 전자상거래등에서의 소비자보호에 관한 법률 제14조에서 전자상거래 및 통신판매의 경우에 소비자의 주문행위를 청약으로 보고 있을 뿐만 아니라 당사자 사이의 이해관계(가령 재고량, 상대방의 변제자력에 대한 위험 등)를 고려하여 본다면, 비록 확정적인 거래조건이 제시되었다고 하더라도 이를 원칙적으로 청약의 유인으로 해석하는 것이 타당하다.²⁹¹⁾ 다만, 사이버몰에서 판매자가 제시하는 거래조건 등에서 그 게시를 확정적인 청약의 의사표시로 하는 경우에는 이를 청약으로 보아야 할 필요성이 있다는 견해가 있다.²⁹²⁾ 그러므로 웹사이트 등의 게시행위가 청약의 유인인가 청약인가는 컴퓨터화면의 계약체결메시지의 송출여부 등의 구체적인 사정도 함께 고려하여 개별적으로 판단하여야 한다. 따라서 컴퓨터네트워크상에 홈페이지를 개설하거나 사이버몰 속에 상품의 가격, 품질, 배달장소, 계약의 부수적 조건 등의 확정적인 조건을 제시하는 경우에 이용자로부터 주문을 받는 행위는 청약의 유인이고 이에 응하여 이용자가 하는 물건의 주문은 청약이 되며, 이에 이용자의 주문에 따라서 물건을 발송하

289) 배대현, 「전자서명·인터넷법」 2000, 법원사, p. 18. : 예서는 전자거래에서 청약과 청약의 유인을 구별하는 것에 대하여 이를 구별할 실익이 있는지에 대하여 의문을 제기하고 있다.

290) 한용길, 전제 “전자거래와 계약법”, p. 21.

291) 같은 견해: 김학동, 전제 “자동정보처리장비에 의한 의사표시의 법률문제”, p. 113 ; 지원림, 전제 “자동화된 의사표시”, p. 54 ; 다른 견해: 오병철, “전자거래의 민사법적 규율방안”, 「정보사회에 대비한 일반법 연구(II)」, 정보통신정책연구원, 1998, p. 78. 예서는 이러한 경우에 청약으로 해석하고 구속력을 인정하고 있다.

292) 지원림, 전제 “가상공간에서의 거래의 계약법적 규율에 관한 연구”, p. 30.

거나 발송하겠다는 의사표시에 의하여 계약이 성립하게 된다.

(2) 承諾

전자거래에서의 승낙이라고 함은 청약의 수령자가 청약자에 대하여 그 청약내용을 모두 승낙하고 계약을 체결하겠다는 의사표시를 말한다. 승낙은 청약의 수령자가 계약을 성립시킬 의사를 가지고 특정의 청약자에게 하여야 하는 '주관적 의사합치'와 승낙의 내용이 청약의 내용과 일치하여야 하는 '객관적 의사합치'가 있어야 한다. 일반적으로 승낙은 불특정 다수인에 대한 승낙은 있을 수 없다고 하는 것이 통설이다.²⁹³⁾ 전자거래에서 발생되어지는 전자거래계약의 경우에는 컴퓨터화면상에 나타나는 쇼핑물을 판매자가 제시하는 여러 상품들 중에서 소비자가 선택한 상품구입의 의사표시를 데이터 메시지를 발신하는 것을 승낙의 의사표시로 보는 견해가 있으나, 컴퓨터 쇼핑물에 가격, 품질, 배달장소, 그리고 계약의 부수적인 조건 등 확정적 거래조건을 제시하는 경우에 이에 대하여 컴퓨터 이용자가 주문을 하는 것은 전자거래의 청약으로 새기는 것이 타당하므로,²⁹⁴⁾ 인터넷 쇼핑물에서 상품판매자의 계약조건 등에 대하여 동의하여 클릭(click)하는 경우에는 의사의 청약이 되고, 전자거래사업자가 상품을 발송하겠다는 의사표시를 하거나 청약의 수신을 확인하여 통지하는 경우에는 승낙이 있는 것으로 보아 계약은 성립한다. 만일 청약에 대하여 판매업자가 새로운 조건을 붙이거나 청약의 내용을 변경하는 승낙이 있으면 소비자의 청약을 거절하고 새로운 청약이 있는 것으로 보게되는 지가 문제가 된다(민법 제534조). 그러나 이 경우에는 일반거래와 달리 전자거래에서는 소비자의 청약에 대하여 판매업자가 새로운 조건을 붙이거나 청약의 내용을 변경하는 승낙이 있으면 청약을 거절하는 것으로 보아야 하고(전자상거래등에서의 소비자보호등에 관한 법률 제14조 및 제17조 참조), 이를 새로운 청약으로 보는 것은 타당하지 않다.

(3) 成立時期

전자적으로 송달된 청약에 대하여 청약의 효력이 발생하기 위해서는 승낙자의 승낙이 있어야 계약이 성립한다. 이러한 전자거래에서 전자적 승낙은 전자우편 또는 전자적 통신문에 의하거나 버튼 클릭이나 내용물의 다운로드에 의하여야 한다.²⁹⁵⁾ 컴퓨터에 의한 청약의 수신은

293) 박윤직대표/지원립, 전계 「민법주해[XII]」, p. 183 ; 김상용, 전계 「채권총론」, p. 57.

294) 같은 견해: 지원립, 전계 “자동화된 의사표시”, 「저스투스」, p. 54 ; 다른 견해: 오병철, “전자거래의 민사법적 규율방안”, 「정보사회에 대비한 일반법 연구(II)」, 정보통신정책연구원, 1998, p. 78.

확인하는 것만으로는 승낙이라 볼 수 없고, 당사자가 청약에 대하여 효력을 부여하는 특단의 행위가 필요하다.²⁹⁶⁾ 전자거래에 있어서 작성자가 수신확인을 효력발생조건으로 하여 전자문서를 송신한 경우 작성자가 수신확인통지를 받기 전까지 그 전자문서는 송신되지 아니한 것으로 본다(전자거래기본법 제9조 1항). 작성자가 수신확인을 효력발생조건으로 명시하지 아니하고 수신확인통지를 요구하는 경우에는 상당한 기간(작성자가 지정한 기간 또는 작성자와 수신자간에 약정한 기간이 있는 경우에는 그 기간을 말한다)내에 작성자가 수신확인통지를 받지 못한 때에는 작성자는 그 전자문서의 송신을 철회할 수 있다(전자거래기본법 제9조 2항). 전자적 의사표시에 있어서 도달시기에 대하여 문제가 되는 것은, 팩스나 텔렉스를 이용해 의사표시를 전달하는 경우에 야간이나 상대방이 근무하지 않는 일요일 또는 공휴일에 전달된 경우에서 了知할 수 없는 때에 도달하였다고 보는 견해²⁹⁷⁾와 상대방의 요지여부와 관계없이 상대방의 지배영역범위에 도달하기만 하면 도달로 보는 견해²⁹⁸⁾가 있다.

전자적 의사표시에 있어서 당사자간에 실시간으로 직접 컴퓨터망으로 연결되어 의사표시가 행하여진 경우에는 상대방이 발신한 때에 도달로 볼 수 있다. 다만, 전자사서함을 이용하는 경우에 있어서는 표의자의 의사표시가 상대방의 전자사서함에 입력된 경우와 표의자가 발신한 후에 의사표시 수령자에 의하여 컴퓨터를 켜고 난 다음에 자신의 전자사서함에서 클릭하여 의사표시를 요지하여야 하는 등의 특단의 행위가 수반되어야 하고, 송신인이 수신확인을 할 수 있으므로, 상대방의 자동정보처리시스템에 의한 전송 명령이 된 시점에 성립한다고 보아야 한다.²⁹⁹⁾ 한편, 전자적 의사표시에 의한 계약의 성립의 경우 준거법 및 재판관할에 관한 약정이 없는 경우에는 그 준거법을 정하기 위하여 계약의 성립장소가 문제가 되는데, 이는 승낙의 의사표시가 효력을 발생하는 도달지를 계약의 성립장소로 보아야 한다.³⁰⁰⁾

(4) 請約의 撤回(cooling-off)

전자거래에 있어서 소비자는 인터넷 사이버물운영자간에 청약과 승낙의 의사표시에 의해서 성립된 전자거래를 철회할 수 있다. 일반 민사법상 이러한 철회는 의사표시나 법률행위의 법

295) 박찬우, “인터넷과 상거래-계약법상의 문제를 중심으로-”, 「경제기술법연구」 제1집 제2권, 관동대학교 사헌경제기술법연구소, 1999, pp. 57-58.

296) 손진화, 전계 “전자상거래에 관한 입법의 현황과 과제”, p. 17.

297) 김상용, 전계 「민법총칙」, p. 345 ; 김상용, 전계 “자동화된 의사표시와 시스템 계약”, pp. 46-63.

298) 이영준, 전계 「민법총칙」, p. 428.

299) 오병철, 전계 「전자거래법」, p. 214.

300) 지원림, 전계 “자동화된 의사표시”, p. 54.

적 효력이 발생하기 전에 소멸시키는 소비자의 일방적인 의사표시이다.³⁰¹⁾ 일반적으로 의사표시는 상대방에게 도달하는 즉시 효력을 발생하므로 도달 전에 소비자는 그의 의사표시를 철회할 수 있지만, 도달되는 경우에는 철회하지 못하는 것이 원칙이다. 전자거래의 특수성상 소비자보호의 관점에서 청약과 승낙의 전자적 의사표시를 철회할 필요성이 대두된다.³⁰²⁾ 전자거래에서 소비자는 거래에 필요한 질적·양적으로 제한되어 있어 합리적인 판단이 어려워 거래의 대상인 상품과 서비스의 내용 그리고 상품의 질에 관한 잘못 판단하기 쉽고, 비대면거래의 특수성상 실제 배송된 상품과 주문 당시의 상품이 성능이나 디자인·색상 등에서 많은 차이가 있을 수 있다. 그러므로 이러한 이유 때문에 소비자는 전자거래에서 철회를 위한 재고기간이 필요하게 된다.³⁰³⁾ 이에 대하여 전자상거래등에서의 소비자보호에 관한 법률 제17조에서는 다음과 같이 청약의 철회에 대하여 규정하고 있다. 동조 제1항에서 통신판매업자와 재화 등의 구매에 관한 계약을 체결한 소비자는 계약내용에 관한 서면을 교부받은 날부터 7일(다만, 그 서면을 교부받은 때보다 재화등의 공급이 늦게 이루어진 경우에는 재화 등의 공급을 받거나 공급이 개시된 날부터 7일), 계약내용에 관한 서면을 교부받지 아니한 경우에는 통신판매업자의 주소 등이 기재되지 아니한 서면을 교부받은 경우 또는 통신판매업자의 주소 변경 등의 사유로 7일 이내에 청약철회 등을 할 수 없는 경우에는 그 주소를 안 날 또는 알 수 있었던 날부터 7일 이내에 당해 계약에 관한 청약철회 등을 할 수 있다. 제2항에서는 소비자는 소비자에게 책임 있는 사유로 재화 등이 멸실 또는 훼손된 경우(다만, 재화 등의 내용을 확인하기 위하여 포장 등을 훼손한 경우를 제외한다), 소비자의 사용 또는 일부 소비에 의하여 재화 등의 가치가 현저히 감소한 경우, 시간의 경과에 의하여 재판매가 곤란할 정도로 재화 등의 가치가 현저히 감소한 경우, 복제가 가능한 재화 등의 포장을 훼손한 경우, 통신판매업자의 의사에 반하여 청약철회 등을 할 수 없다. 제3항에서는 소비자는 제1항 및 제2항의 규정에 불구하고 재화 등의 내용이 표시·광고 내용과 다르거나 계약내용과 다르게 이행된 경우에는 당해 재화 등을 공급받은 날부터 3월 이내, 그 사실을 안 날 또는 알 수 있었던 날부터 30일 이내에 청약철회 등을 할 수 있다. 제4항에서는 제1항 또는 제3항의 규정에 의한 청약철회 등을 서면으로 하는 경우에는 그 의사표시가 기재된 서면을 발송한 날에 그 효력이 발생한다. 제5항에서는 제1항 내지 제3항의 규정을 적용함에 있어서 재화 등의 훼손에 대하여 소비자의 책임이 있는지의 여부, 재화 등의 구매에 관한 계약이 체결된 사실 및 그 시기, 재화 등의 공급

301) 이승우, “전자거래 관련법상 철회의 법적 지위에 대한 고찰”, 「전자거래의 사법상의 문제점」, 한국법제연구원, 2001. 9. 25, p. 65.

302) 정종휴, “인터넷에 의한 여·수신계약과 은행거래약관”, 「전자상거래와 법률문제」, 전남대학교 출판부, 2001, p. 80.

303) 이승우, 상계논문, p. 66.

사실 및 그 시기, 공급서의 송부 사실 및 그 시기 등에 관하여 다툼이 있는 경우에는 통신판매업자가 이를 입증하여야 한다. 제6항에서는 통신판매업자는 제2항 제2호의 규정에 의하여 청약철회 등이 불가능한 재화 등의 경우에는 그 사실을 재화 등의 포장 기타 소비자가 쉽게 알 수 있는 곳에 명기하거나 시용상품(試用商品)을 제공하는 등의 방법으로 사용이나 일부 소비 등으로 인하여 청약철회 등의 권리 행사가 방해받지 아니하도록 조치하여야 한다.

2. 意思表示의 效力發生

(1) 發信

전자거래에서 발생하는 의사표시를 검토하기 위해서는 자연적 의사표시와 동일하게 의사표시의 유효시기를 결정하여야 하는지에 대하여 일반적으로 전자적 의사표시에 있어서는 전자거래의 특성을 감안하여 검토하여야 한다. 그러므로 전자거래에서 발신시점을 파악하기 위해서는 전자거래에서 의사표시가 갖는 법적 측면 이외에 기술적 측면을 충분히 감안하여 검토할 필요가 있다. 전자거래에서 의사표시의 유효시기의 문제는 컴퓨터 송·수신상의 돌발적인 문제에 대하여 그 위험을 누가 부담하여야 하는가가 문제가 된다. 이러한 위험부담에 문제는 전자거래의 독특한 특성을 감안하여 발신인의 영역과 수령인의 영역간에 사물에 적합한 위험분배에 관한 충분한 연구가 선행되어야 한다. 민법은 의사표시의 효력발생시기에 관하여 원칙적으로 대화자간의 의사표시는 도달주의를 취하고 있으나(민법 제111조 제1항), 예외적으로 격지자간의 의사표시 성립에 관해서는 승낙의 의사표시를 발송한 때에 성립한다고 규정하여 발신주의를 취하고 있다(민법 제531조).³⁰⁴⁾ 또 표의자가 의사표시의 통지를 발신한 후 사망하거나 행위능력을 상실하여도 의사표시의 효력에 영향을 미치지 아니한다(민법 제111조 제2항).

이러한 규정에 대하여 어느 시점에 전자거래에 있어서 의사표시의 발신 혹은 통지를 발한 시점인지를 확정하는 것이 문제가 될 것이다. 이런 문제점을 해결하기 위해서 해석론상으로는 전자거래에서 이용되는 의사표시를 대화자간의 의사표시로 볼 것인가 아니면 격지자간의 의사표시로 볼 것인가가 문제가 된다. 우리의 학설을 보면, 컴퓨터간에서 의사표시의 발신과 도달

304) 의사표시의 효력발생시기에 관해서는 우리 민법은 제111조 제1항에서 도달주의를 취하고 있으나, 격지자간의 계약성립에 관해서는 민법 제531조에서 승낙의 통지를 발송한 때 성립한다고 규정하여, 발신주의를 취하고 있는데, 컴퓨터를 이용한 전자적 의사표시의 효력발생시기를 어떻게 정하는가에 따라 위험부담을 누구에게 지울 것인가가 문제가 된다. 민법상 발신주의를 취하는 경우는 무능력자의 상대방의 최고권에 대한 무능력자 또는 그 법정대리인의 추인(민법 제15조), 무권대리인이 상대방의 최고권에 대한 본인의 추인(민법 제131조), 채무인수에 있어서 승낙여부의 확정(민법 제455조)의 경우에 발신주의를 취하고 있다.

은 사실상 동시에 발생하는 직접적 대화자 거래에서 일어난다고 하는 견해³⁰⁵⁾와 그와는 달리 전자거래에 의한 의사표시는 격지자간의 의사표시라고 하는 견해³⁰⁶⁾가 있다. 그러나 전자거래에 있어서의 의사표시는 기존의 방식에 의한 자연적 의사표시와 같은 대화자간의 의사표시로 볼 수 있는 경우가 있는 반면 전자적 의사표시의 특수성에 따른 격지자간의 의사표시로 볼 수 있는 경우가 있다.³⁰⁷⁾ 따라서 전자거래에서 의사표시를 일률적으로 대화자간 혹은 격지자간의 의사표시로 해석하는 것은 타당하지 않으나 컴퓨터기술의 발전에 따라서 인터넷상 전자거래는 실시간에 행해지므로 원칙적으로 대화자간의 의사표시로 보아야 한다. 그러므로 대화방식으로 이루어지는 전자화상회의, 인터넷폰, 채팅 등은 대화자간의 의사표시로 해석하여야 하고, 컴퓨터팩스와 같은 유사기능을 이용한 문서전달, 전자우편 및 제공된 화면에 클릭하는 행위 등은 격지자간의 의사표시로 다루어야 할 것이다.³⁰⁸⁾

전자거래에서의 의사표시가 컴퓨터망을 통해 직접 연결되어 이루어지는 경우에 표의자의 컴퓨터는 상대방의 컴퓨터와 연결되고 상대방 컴퓨터에게 일정한 의사표시를 직접 전달하게 된다. 전자적 의사표시에 있어서 당사자간에 실시간으로 직접 컴퓨터망으로 연결되어 의사표시가 행하여진 경우에는 상대방이 발신한 때에 도달로 볼 수 있다. 다만, 전자사서함을 이용하는 경우에 있어서는 표의자의 의사표시가 상대방의 전자사서함에 입력된 경우와 표의자가 발신한 후에 의사표시 수령자에 의하여 컴퓨터를 켜고 난 다음에 자신의 전자사서함에서 클릭하여 의사표시를 了解해야 하는 등의 특단의 행위가 수반되어야 하므로, 상대방의 자동정보처리 시스템에 의한 전송명령이 된 시점에 도달이 있다고 보아야 한다. 이 순간 이후에 발생하는 컴퓨터망의 하자로 인한 위험 등은 전적으로 의사표시 수령자의 부담으로 된다고 하여야 할 것이다. 그러므로 전자사서함에 있어서는 의사표시 표의자가 발신한 전자적 의사는 상대방의 사서함에 보관되어 있다가 상대방이 컴퓨터를 작동시켜서 의사표시 수령자의 사서함을 확인하여야만 의사표시의 도달을 알게되는 특성이 존재한다. 따라서 전자사서함을 이용하는 경우에는 상대방이 전자사서함의 검색을 가능한 시점 즉, 컴퓨터를 켜고 서버에 연결하는 순간에 도달이 있다고 볼 수 있으나, 컴퓨터를 작동시켰으나 전자사서함을 검색할 수 없거나 야간이나

305) 오병철, 전제 “전자적 의사표시에 관한 연구”, p. 135 ; 김용직·지대운, 전제 “정보사회에 대비한 민사법 연구 서론”, p. 120.

306) 지원림, 전제 “자동화된 의사표시”, p. 42.

307) 오병철, 전제 「전자거래법」, p. 203.

308) 상계서, pp. 203-204: 이러한 이원론에 대하여 오병철교수는 ‘전자거래에서 이루어지는 이러한 의사표시의 발신시점을 구체적으로 어떻게 다루어야 할 것인가의 문제에 대해서는 대화자방식으로 이루어지는가 아니면 격지자방식으로 이루어지는가를 기준으로 살펴볼 것이 아니라 의사표시의 전달과정이 직접적으로 연결되어 있는가 아니면 중간에 저장되어 수령되는가의 구분에 따라 살펴보아야 할 것이다.’고 한다. 이러한 견해는 전자거래의 특수성에 따른 신뢰자 보호에 있어서 중요한 판단이 될 것이다.

공휴일 등에는 아직 도달이 이루어지는 것으로 보지 않는 견해가 있다.³⁰⁹⁾ 그러나 이렇게 해석하는 경우에는 지나치게 의사표시 수령자만을 보호하고 의사표시의 표의자의 권리를 해할 우려가 있으므로, 전자사서함을 이용하는 경우에는 의사표시의 발신시점은 전자사서함에 입력하고 전송하여 정보처리시스템에 입력되는 순간에 발신이 있다고 보아야 할 것이다(전자거래기본법 제6조 제1항).³¹⁰⁾ 그러므로 기술적으로는 전자사서함에 전송이 이루어지고 그 전송과 거의 동시에 일어나는 입력이 이루어지는 때에 발신이 존재하게 되며, 상대방의 전자사서함에 그러한 의사표시가 저장되는 것은 발신 이후의 단계라고 할 수 있다.³¹¹⁾ 따라서 표의자의 컴퓨터가 구체화한 의사를 상대방에게 전송할 수 있게 만들어 상대방의 정보처리시스템에 보내지는 순간에 전자적 의사표시가 존재한다고 보아야 하고 이 시점 이후에 발생하는 컴퓨터망의 하자로 인한 위험은 전적으로 의사표시 수령자가 부담하여야 한다.

전자적 의사표시에 있어서 발신과 도달이 거의 동시에 이루어지기 때문에 시간적 간격을 전제로 한 발신과 도달의 시점을 구분하는 것은 무의미하다는 견해가 있으나, 발신과 도달은 시간적 간격을 전제로 하여 그 전달과정에서 생기는 위험을 발신인 영역과 수신인 영역간에 생기는 위험을 누가 부담할 것인가의 문제이기도 하기 때문에 여전히 법적 의미를 갖는다고 본다.³¹²⁾ 이러한 의미를 갖는 경우에 있어서 앞에서 본 바 있는, 전자적 의사표시에 있어서 대화자간의 의사표시로 볼 것인가 아니면 격지자간의 의사표시로 볼 것인가에 대해서 컴퓨터간에서 의사표시의 발신과 도달은 사실상 동시에 발생하는 직접적 대화자거래에서 일어난다고 하는 견해와 수신확인을 조건으로 하는 데이터의 송신확인은 승낙의 내용에 조건을 붙인 새로운 청약으로 보아야 하는지가 문제가 되나, 새로운 청약으로 볼 것이 아니라 승낙의 효력발생 시기만을 수신확인의 도달시까지 연기하려는 것으로 보아 승낙의 효력발생은 수신확인도달시가 되고 계약성립시기는 승낙의 수신확인의 도달시라고 하여야 한다(전자상거래등에서 소비자 보호에 관한 법률 제14조 참조).³¹³⁾

전자적 의사표시가 컴퓨터망을 통해 직접 연결되어 이루어지는 경우에는, 기존의 의사표시를 컴퓨터망이나 팩스, 텔렉스를 통해 전달하는 것과 다르게 다를 필요가 없고, 표의자의 컴퓨

309) 지원림, 전계 “자동화된 의사표시”, p. 53.

310) 이용길·김상명, “가상공간에서의 전자적 의사표시에 관한 법적 효력”, 「논문집」, 제주산업정보대학, 2001. 8, p. 477 : 전자사서함을 이용하는 경우에 의사표시의 발신시점을 전자사서함에 입력하는 순간에 발신이 이루어진다고 보아야 하고, 그 이후의 문제는 표시수령자의 위험으로 된다. 개정 전자거래기본법 제6조 제1항도 같은 취지의 규정이라고 할 수 있다.

311) 오병철, 전계 「전자거래법」, p. 205.

312) 최준선, “UNCITRAL 전자상거래모델법과 우리나라의 전자거래기본법(안) 비교”, 「비교사법」 제5권 2호, 1998, p. 51.

313) 한용길, 전계 “전자상거래와 계약법”, p. 14.

터가 구체화한 의사를 상대방에게 전송할 수 있게 만들어 상대방의 컴퓨터를 향하여 보내는 순간에 전자적 의사표시의 발신이 존재한다고 해야 한다. 이러한 발신주의에 의하면, 이 시점 이후에 발생하는 컴퓨터망의 하자로 인한 위험 등은 전적으로 표시수령자의 위험부담으로 된다.³¹⁴⁾ 그리고 전자적 의사표시에 있어서 대화자간인가 아니면 격지자간인가에 대하여 그 구별기준을 보면, 그 구별기준을 거리적·장소적 관념이 아니라 시간적 관념이라는 견해가 있으나,³¹⁵⁾ 대화자간인가 아니면 격지자간인가의 구별은 거리적·장소적·시간적 구별이 아니라 사람과 사람간의 직접적 통화나 신호에 의한 것인지를 구별기준으로 하여야 한다. 따라서 전자적 의사표시에 있어서는 일률적으로는 말할 수 없지만, 원칙적으로 대화자간의 의사표시라고 하는 것이 타당하다. 한편, 우리의 전자거래기본법 제6조 제1항에서는 전자문서의 송신시점에 대하여 “전자문서는 수신자 또는 그 대리인이 당해 전자문서를 수신할 수 있는 정보처리시스템에 입력된 때에 송신된 것으로 본다”고 규정함으로써 수신자 또는 그 대리인이 수신할 수 있는 때를 발신(송신)시점으로 보고 있다. 이러한 개정 전자거래기본법의 송신시점에 대한 규정은 합리적인 규정이라고 생각한다.

(2) 到達



의사표시의 도달은 통상의 경우에 의사표시가 수령인이 그것을 인식할 수 있다고 할만큼 수령인의 통제범위내에 존재해야만 한다. 따라서 도달은 수령인의 지배영역에 존재하는 것만으로 가능한 것은 아니고 수령인에게 그 내용이 인식될 수 있는 상태에 있어야 한다.³¹⁶⁾ 전자적 의사표시의 도달에 관한 문제 역시 발신과 동일하게 직접 정보처리시스템에 연결되어 이루어지는 경우와 전자사서함의 방식으로 이루어지는 경우를 구분할 필요가 있다는 견해에 의하면, 먼저 전자적 의사표시가 당사자간에 직접 컴퓨터망으로 연결되어 이루어지는 경우에 도달은 상대방의 컴퓨터의 모뎀에 입력되는 순간에 도달이 이루어진다고 하는 견해가 있다.³¹⁷⁾ 따라서 도달주의가 적용되는 경우에 통신망장애로 데이터 전송시에 데이터가 파괴되거나, 삭제되거나 변형되어 데이터 전달과정에서 장애가 발생한 경우에 전자적 의사표시는 불도달 되어 유효하지 않다고 할 것이며, 이러한 위험은 전부 표시자의 부담이 된다고 한다.³¹⁸⁾

314) 오병철, 전제 “전자적 의사표시에 관한 연구”, p. 132.

315) 곽윤직대표/박영식, 「민법주해[II]」, 박영사, 1992, p. 613.

316) 오병철, 전제 “전자적 의사표시에 관한 연구”, p. 134.

317) 지원림, 전제 “자동화된 의사표시”, pp. 52-53 : 예서는 자동화된 의사표시의 도달은 그 의사표시가 당사자간에 직접 컴퓨터망으로 연결되어 이루어지는 경우에는 상대방의 컴퓨터의 모뎀에 입력이 되는 순간에, Fax나 Telex 등에 의하여 전송되는 경우에는 메시지가 인쇄되는 순간에 도달이 이루어진 것으로 해석하고 있다.

그리고 전자사서함을 이용하는 경우에는 전자사서함에 표의자의 전자적 의사표시가 저장된 사실을 상대방 혹은 상대방 컴퓨터가 인식하고, 그 전자적 의사표시를 자신의 컴퓨터로 전송하도록 명령하는 순간에 도달이 이루어진다고 보는 견해와, 전자사서함을 이용하는 경우에는 상대방이 그 사서함의 검색을 기대할 수 있는 때에 도달이 있었다고 할 것이고, 야간이나 일요일 또는 공휴일 등에는 아직 도달이 이루어지지 않은 것으로 보아야 한다는 견해가 있으나,³¹⁹⁾ 상대방이 전자사서함을 검색가능한 시기에 도달이 있다고 보아야 한다. 이러한 경우에는 전자문서교환(electronic data interchange)의 경우에도 유효하다. 따라서 우리 민법 제111조 상 도달주의가 적용하면, 표의자는 상대방이나 상대방의 컴퓨터가 자신에게 전송하도록 명령하기 전까지(발신 후 도달 전)는 그 의사표시를 철회할 수 있다. 그러나 예외적으로 발신과 도달이 실시간에 일어나면, 철회가능성이 즉시 상실된다.³²⁰⁾ 그러나 격지자간의 계약성립에 관해서는 민법은 도달주의의 예외를 인정하여 승낙의 의사표시를 발한 때에 성립(민법 제531조)함으로써, 전자거래에서 역시 격지자간의 계약으로 보는 경우에는 전자문서를 상대방의 정보처리시스템에서 전송하는 때에 성립한다고 할 수 있게 된다.

3. 電子去來上 履行場所와 危險負擔



앞에서 검토한 바와 같이 전자적 이행에 있어서 이행의 목적물인 컴퓨터파일은 일정한 종류에 속하는 일정량의 물건을 인도할 것을 목적으로 하는 채권으로, 컴퓨터파일을 전자거래의 목적물로 하는 경우에는 컴퓨터프로그램은 대부분 종류채권(불특정물)으로 보아야 한다.³²¹⁾ 이와 같이 전자적 이행에 있어서 불특정물인 종류채권으로 보는 경우에 이 채권을 이행할 경우에 전송과정에서 발생하는 위험을 누가 부담하는가가 문제가 된다. 민법 제375조 제1항은 “채권의 목적을 종류로만 지정한 경우에 법률행위의 성질이나 당사자의 의사에 의하여 품질을 정할 수 없는 때에는 채무자는 중등품의 물건으로 이행하여야 한다”고 규정하고, 동조 제2항에서는 “채무의 이행에 필요한 행위를 완료하거나 채권자의 동의를 얻어 이행할 물건을 지정한 때에는 그 때부터 그 물건을 채권의 목적으로 한다”고 규정하고 있다. 여기서 ‘채무의 이행에 필요한 행위를 완료한 때’에 전자거래에서의 이행에 필요한 행위를 하는 특정이 이루어지는 것으로 새겨 이러한 의미를 채무의 내용에 좇은 채무자가 이행을 위하여 행위를 하는 것으로

318) 같은 견해: 지원립, 전계 “자동화된 의사표시”, pp. 52-53 ; 다른 견해: 오병철, 전계 “전자적 의사표시에 관한 연구”, p. 132.

319) 지원립, 상계 “자동화된 의사표시”, p. 53.

320) 오병철, 상계 “전자적 의사표시에 관한 연구”, p. 135.

321) 박윤직대표/송덕수, 전계 「민법주해[VIII]」, p. 138 ; 김상용, 전계 「채권총론」, p. 43.

해석하여야 하며, 민법 제460조의 변제제공의 방법에 대하여 “변제는 채무의 내용에 좇은 현실제공으로 이를 하여야 한다. 그러나 채권자가 미리 변제 받기를 거절하거나 채무의 이행에 채권자의 행위를 요하는 경우에는 변제준비의 완료를 통지하고 그 수령을 최고하여야 한다”고 규정하고 있다. 여기서 이행에 필요한 행위를 완료한다는 것은 이행을 위하여 채무자가 하여야 할 필요한 모든 행위를 완료하는 것으로서 변제의 제공을 의미한다고 새기는 것이 다수의 견해이다.³²²⁾

이에 반하여 ‘채무자가 이행에 필요한 행위’를 하는 것은 종류채권의 특성의 요건으로서 위험부담에 관한 것임에 대하여 ‘변제의 제공’은 채권자의 지체의 요건으로서 지체책임에 관한 것이라는 점에서 상이하다는 견해가 있다.³²³⁾ 그리고 민법 제467조의 변제의 이행장소에 대하여 특정물채무의 경우에는 채권성립 당시에 그 물건이 있었던 장소에서 특정물을 인도하도록 하여 推尋債務로, 불특정물채무인 경우에는 채권자의 주소지에서 이행하도록 하여 지참채무로 하도록 규정하고 있다. 또한 송부채무에 대하여서는 채무자가 목적물을 채권자의 주소지 또는 합의된 제3지에 송부하여야 하는 채무라는 소수설³²⁴⁾과 채권자 또는 채무자의 주소이외의 제3지에 목적물을 송부하여야 하는 채무라는 다수설의 견해가 있다. 이에 대하여 당사자를 제외한 제3지에 채무를 송부하는 경우만이 인정하는 견해가 타당하다. 이와 같은 학설에 대하여 전자거래에 있어서는 어떻게 해석하는 것이 타당한가에 대하여 검토할 필요가 있다.

전자적 이행에 있어서 데이터메시지를 불특정물로 파악하여 지참채무로 이론구성하고, 전자적 이행장소에 대하여서는 채권자의 현주소라고 하는 것이 합리적이다. 전자거래에서 채권자의 현주소라고 할 수 있는 것은 채권자의 소유의 컴퓨터망이나 채권자의 주소지에 있는 채권자의 컴퓨터망에 한하지 않고, 물리적으로 채권자의 지배·관리가 가능한 채권자의 통제영역 및 지배영역에 존재하지 않더라도 제3자 등이 운영하는 서버라도 채권자가 기술적으로 지배·관리가 가능한 경우에는 기술적인 관점에서의 변제장소가 될 수 있으며, 이러한 컴퓨터서버에 입력되는 순간에 이행이 있었다고 보아야 한다. 이에 대하여 전자거래기본법 제6조 2항 1호는 “수신자가 전자문서를 수신할 정보처리시스템을 지정한 경우에는 지정한 정보처리시스템에 입력된 때, 다만, 전자문서가 지정된 정보처리시스템이 아닌 정보처리시스템에 입력되는 경우에는 수신자가 이를 출력한 때에 수신하는 것으로 본다”고 규정함으로 전자거래에 있어서도 송부채무의 이행완료시점을 유추적용 하자는 견해가 있다. 따라서 채권자가 이행을 수령할 장소를 지정하는 경우에는 그 정보처리시스템의 서버에 입력되는 시기에 전자적 이행이 이루어

322) 곽윤직, 전계 「채권총론」, p. 59 ; 김상용, 전계 「채권총론」, p. 46 ; 김형배, 「채권총론」, 법문사, 1992, p. 71.

323) 김주수, 「채권총론」, 삼영사, 1998, p. 57 ; 곽윤직대표/송덕수, 전계 「민법주해[XI]」, p. 152.

324) 이은영, 전계 「채권총론」, p. 63.

어지는 것으로 보아야 한다. 그리고 동조 단서의 규정에 의하여 지정한 정보처리시스템이 아닌 다른 정보처리시스템에 입력된 경우에는 수신자가 이를 ‘출력’한 때에 이행이 이루어지는 것으로 보게 되므로 지정한 컴퓨터 이외의 컴퓨터에 입력되는 경우에도 채권자가 입력된 목적물을 수령하는 때에는 이행이 이루어지는 것으로 보아야 한다. 또한 전자거래기본법 제6조 2항 2호 “수신자가 전자문서를 수신할 정보처리시스템을 지정하지 아니한 경우에는 수신자가 관리하는 정보처리시스템에 입력된 때에 수신된 것으로 본다”고 규정함으로써 전자거래에 있어서 수신자가 수신할 컴퓨터 등을 지정하지 않는 경우에 전자적 이행은 지참채무로 이행완료시에 유추적용 하자는 견해가 있다.³²⁵⁾

따라서 전자거래에 있어서 이행 역시 채권자의 주소지나 현재지 등에 존재하는 정보처리시스템이나 물리적으로 채권자의 지배영역에 존재하고 있지 않더라도 기술적으로 타인의 정보처리시스템의 서버 등을 관리할 수 있는 경우에 정보처리시스템에 입력되는 때에 전자적 이행이 있다고 보아야 한다. 그러나 지정한 정보처리시스템이 아닌 정보처리시스템에 송부하는 경우에 그 송부된 데이터 메시지를 호의로 채권자가 수령한 때에 드리는 비용에 대하여 전자적 이행에 있어서도 손해배상을 청구하는 것은 불합리한 결과를 유발시킨다. 전자거래기본법 제6조 3항 “전자문서는 작성자 또는 수신자의 영업소 소재지에서 각각 송신 또는 수신된 것으로 본다. 이 경우 영업소가 2 이상인 때에는 당해 전자문서의 주된 관리가 이루어지는 영업소소재지에서 송신·수신된 것으로 본다. 다만, 작성자 또는 수신자가 영업소를 가지고 있지 아니한 경우에는 그의 상거래소에서 송신·수신된 것으로 본다”고 규정함으로써 전자거래에 있어서 정보통신시스템간의 이행장소의 문제를 어느 정도 입법적으로 해결하였다.

전자적 이행에 있어서 채권자의 지배·관리영역이 아닌 채권자가 관리하는 컴퓨터에 입력되어 수령 가능하게 되어 특정이 이루어지기 전까지는 채무자의 과실유무에 관계없이 데이터 메시지 전송과정에서 발생하는 위험은 채무자가 부담한다. 그러나 채권자의 지배·관리 영역 내에 있는 경우에 정보처리시스템에 장애가 있거나 망과 연결된 채권자의 컴퓨터 등에 장애가 있는 경우에, 채권자의 물리적 주소지에 있는 컴퓨터나 물리적으로 채권자의 지배영역에 존재하지 아니하고 타인이 운영하고 있더라도 채권자가 기술적으로 타인이 운영하는 컴퓨터망을 지배하거나 관리가 가능한 경우에 기술적인 면에서 변제의 장소가 되므로 컴퓨터에 입력되는 순간에 변제장소에 부합되는 이행이 있다고 보게되어 위와 같은 위험이 발생하는 경우에는 채권자의 부담으로 된다고 새겨야 한다.³²⁶⁾

325) 오병철, 전제 「전자거래법」, p. 289.

326) 상계서, pp. 291-292. : 전자거래가 쌍무계약이면서 유상계약인 경우에 채무자위험부담주의가 원칙적으로 적용되고, 채무자가 지배하지 않는 영역에서 발생하는 장애로 인해 이행할 수 없게 된 때에는 상대방의 이행을 청구할 수 없다. 다만, 전자적 데이터메시지의 경우에 복제가능성

第3節 電子去來關聯 契約責任

전자거래에서 계약책임이라고 하는 경우에는 계약내용에 따른 신의에 좇아 성실히 이행할 책임과 이에 부수하거나 파생하는 모든 책임을 말한다. 다만, 일반적으로 계약책임이라고 하는 경우에는 협의의 계약책임인 채무불이행책임(민법 제390조)만을 가르킨다. 따라서 이하에서는 계약준비단계에서부터 이행단계까지의 매도인의 책임 있는 사유로 원시적 불능인 경우에 계약체결상의 과실책임, 전자거래에 따른 채무이행지체·이행불능과 불완전이행 및 채권자지체 등의 채무불이행의 경우에 대한 책임문제와 전자거래에서 급부의 이행에 있어서 물건(상품)이나 권리에 하자가 있는 경우에 매도인의 하자담보책임의 의의와 내용에 한정하여 검토하고, 전자거래의 기본유형에 따른 전자거래계약 당사자간의 책임, 전자거래의 성립과 이행과 관련된 계약책임, 컴퓨터프로그램과 관련된 계약책임, 인증기관 및 금융기관과 관련된 계약책임, 시스템 구축 및 운영과정에서의 계약책임 등으로 전자거래의 특수성에 따른 전자거래기본구조에 의한 민사책임을 검토하기로 한다.

1. 契約締結上の 過失責任



(1) 契約締結上の 過失

계약체결상의 과실책임이란 계약체결을 위한 준비단계 또는 계약의 성립과정에서 당사자의 일방이 자기의 책임 있는 사유로 상대방에게 손해를 끼친 경우에 이를 배상해야 할 신뢰이익에 대한 배상책임을 말한다.³²⁷⁾ 민법 제535조에서는 원시적 불능으로 계약이 무효가 되는 경우에 계약체결상의 과실책임을 인정하고 있다. 그리고 학설은 긍정설과 부정설 및 제한적 긍정설이 있으나 다수의 학설은 제한적으로 원시적 불능을 계약체결상의 과실로 인정하고 있지만,³²⁸⁾ 판례는 계약체결상의 과실책임에 관하여 엄격히 제한하여 적용하고 있다.³²⁹⁾ 이에 대해

이 있으므로, 채무자가 기술적으로 지배할 수 없는 영역에서 발생한 오류에 대하여 채무불이행 책임을 지우는 것은 부당함으로 채무자에게 채전송의무만을 지도록 하는 것이 타당하다는 견해가 있다.

327) 김상용, 전제 「채권각론(상)」, p. 71 ; 윤철홍, 「요해채권법각론」, 법원사, 1995, p. 58.

328)곽윤직, 전제 「채권각론」, p. 62 ; 이은영, 전제 「채권각론」, pp. 114-116 ; 권오승, 「민법의 쟁점」, 법원사, 1992, p. 412.

329) 대판 1975. 2. 10, 74 다 584 : 당사자 일반의 채무가 원시적 이행불능이면 계약은 무효이므로 상대방은 계약체결에 있어서의 과실을 이유로 하는 신뢰이익 손해배상을 청구할 수 있을지언

여 학설은 원시적 불능으로 인한 계약체결상의 과실책임이 계약책임에 속하는가, 불법행위책임에 속하는가, 아니면 법정책임에 속하는가에 대하여 견해가 대립되어 있다. 이는 민법 제535조는 그 책임의 발생에 관해서만 규정할 뿐 그 책임의 성격에 관해서는 규정하지 않기 때문에 해석 여하에 따라 그 책임의 성격을 달리 볼 수 있는 여지가 있다.³³⁰⁾

첫째, 계약책임설은 계약이 체결되기 전이라도 계약교섭단계에서 이미 교섭당사자는 신의칙에 기초하여 주의의무, 보호의무, 성실의무, 기본의무 이외에 넓은 의미의 용태의무 등이 생기는데 계약체결상의 과실책임은 이러한 신의칙상 부수의무에 위반하여 계약교섭의 상대방에게 손해를 입힌 경우 그의 배상책임을 주요 내용으로 한다는 견해이다.³³¹⁾ 계약체결상의 과실책임을 인정하기 위한 실질적인 근거는 일방당사자가 계약상담을 개시하게 함으로써 타인에게 계약성립의 신뢰를 야기시켰다는 것에서 찾는다. 계약책임인가 불법행위책임인가를 구분 짓는 것은 당사자 사이에 강한 신뢰관계가 존재하느냐의 여부로 판단할 수 있는데, 계약체결을 위한 단계에서는 계약책임에서와 같은 채권관계는 성립하지 않지만 불법행위의 당사자 사이에서와는 다른 특별한 인적관계가 성립한다고 볼 수 있으므로 이와 같이 계약체결을 위한 어느 정도의 준비단계라 하더라도 채권관계에서 채무의 내용에 적극적인 급부의무 뿐만 아니라 상대방에게 손해배상책임을 부담시키는 효과를 발생시킬 수 있는 소극적인 의미의 의무라고 설명한다.³³²⁾

둘째, 불법행위책임설은 계약체결시에 특히 주의를 하여 무효인 계약에 의하여 상대방에게 불의의 손해를 주지 않도록 하는 것은 누구에게나 요구되는 신의칙상의 주의의무라고 하지 않으면 안 되므로, 이러한 주의의무를 위반하여 과실에 의하여 계약을 체결함하여 상대방에게 위법한 손해를 준 자는 그 손해를 배상하여야 할 일정의 불법행위책임을 부담한다는 견해이다.³³³⁾

셋째, 법정책임설은 계약체결상의 과실책임은 계약체결이 전단계에서 당사자간의 협의나 거래관계의 개시 또는 불법행위를 목적으로 하는 사회적 접촉에 기한 행위의무를 위반한 효과이므로 그 책임의 법적 성질은 계약책임도 불법행위책임도 아닌 민법 제535조와 제559조 1항 단서 및 제634조의 유추적용에 의한 독자적인 법정책임으로써 이러한 책임의 내용은 신의이익

정 이행에 대신하는 전보배상을 청구할 수는 없고 또 후발적이행불능의 경우에 이행에 대신하는 전보배상은 이행불능이 된 시기의 손해액이다.

330) 이은영, 전계 「채권각론」, p. 118.

331) 서민, “계약체결상의 과실에 관한 연구”, 「사법행정」, 1994. 10, p. 20. ; 광윤직, 전계 「채권각론」, p. 63. ; 윤철홍, 전계 「요해채권각론」, p. 59-60.

332) 권오승, 전계 「민법의 쟁점」, p. 416 ; 이은영, 상계 「채권각론」, p. 119.

333) 양창수, 「민법연구(I)」, 박영사, 1991, p. 381 ; 최홍섭, “계약이전단계에서의 책임과 민법 제 535조”, 배경숙교수화갑기념논문집, 1991, p. 555.

혹은 이행이익의 배상을 그 대상으로 한다는 견해이다.³³⁴⁾

계약책임인가 불법행위책임인가 법정책임인가를 구별한다 하더라도 기본적으로 계약체결상의 과실책임을 인정하고 있다는 점과 그 근거로는 불법행위책임설을 제외하고 우리 민법 제 535조를 유추적용하고 있다는 것을 알 수 있다. 계약에서의 채권채무관계가 어느 때부터 시작하는가를 생각해 볼 때 계약의 성립과정에서 이미 채권채무관계로부터 발생하는 권리와 의무가 생긴다고 할 것이다. 그러므로 계약체결상의 과실책임은 계약책임으로 보는 것이 타당하다.³³⁵⁾ 계약체결상의 과실은 과실이 있었지만 일단 계약자체는 유효하게 체결된 경우와 과실로 인하여 계약체결에 이르지 못한 경우로 나누어 살펴볼 수 있다.

첫째, 계약의 준비단계에서 과실이 있었으나 계약 자체는 유효하게 성립한 경우, 예를 들어 매매의 목적물에 관하여 그 사용방법을 잘못 알려준 것과 같은 경우 이로 인해 일방 당사자가 손해를 입은 때에는 배상을 청구할 수 있게 된다. 이러한 계약책임이 인정되기 위해서는 우선 계약이 유효하게 성립되어야 하며, 계약이 성립하기 전에 일방 당사자의 부수의무의 위반과 성립 후 일방당사자에게 손해가 발생하고 그 손해와는 인과관계가 있어야 한다. 또한 의무위반에 고의 또는 과실이 있어야 하며 상대방은 선의·무과실이어서야 한다.

둘째, 계약체결의 준비단계에서 과실이 있게 됨으로써 결국 계약이 유효하게 체결되지 못한 경우로 이에 민법이 명문으로 규정하고 있는 급부의 목적이 원시적으로 불능인 경우(민법 제535조)와 착오를 이유로 취소된 계약이나 무능력을 이유로 무효이거나 취소된 경우도 이에 속한다. 원시적 불능의 경우에는 급부의 목적이 원시적으로 불능이기 때문에 계약이 무효인 것으로 그 불능을 알았거나 알 수 있었던 자는 상대방이 그 계약의 유효를 믿음으로 인하여 받은 손해를 배상하여야 한다. 그런데 이처럼 원시적 불능의 경우에는 당연히 손해의 배상을 청구할 수 있지만 착오의 경우나 무능력자의 경우에는 문제가 된다. 착오의 경우 우리 민법 제109조 1항에서 법률행위의 중요부분에 착오가 있을 때에는 이를 취소할 수 있다고 하면서 그 착오가 표의자의 중대한 과실에 기인한 경우에는 취소하지 못한다고 규정하고 있다. 이에 대하여 계약체결상의 과실로 하여 손해배상을 청구할 수 있는지에 관한 명문 규정이 없지만, 민법 제535조의 규정을 유추적용하여 착오자에게 계약체결상의 과실책임을 인정하여 신뢰이익의 배상을 인정해야 한다고 한다.³³⁶⁾

334) 이영준, “계약체결상의 과실책임의 법적 성질에 관한 연구”, 현승중박사학위논문집, 1979, p. 322.

335) 다른 견해: 이은영, 전계, 「채권각론」, p. 121 : 원시적 불능으로 인한 계약체결상의 과실책임을 계약책임이나 불법행위책임이 아닌 제3의 법정책임이면서 계약책임에 가까운 법정책임이라고 하는 견해가 있다.

336) 윤철홍, 전계 「요해채권각론」, p. 62.

셋째, 계약체결상의 과실문제가 전자거래에서 가지는 의미는 정보통신시스템 자체의 취약성으로 인하여 발생하게 되는 계약체결상의 문제에 관해서 이다. 이용자가 상품이나 서비스를 구입하기 위하여 판매업자에게 접근하였지만 구입데이터를 발신하는 과정에서 어떠한 오류로 인하여 계약체결이 되지 못하거나, 판매업자와의 의사교환 과정에서 통신시스템의 오류로 데이터가 변질되어 전송되는 경우, 데이터가 전송 지연됨으로써 계약체결이 이루어지지 않은 경우 등 이러한 경우는 다양할 것으로 생각된다. 따라서 일단 제공자의 지배영역에서 계약을 체결하는 과정 속에 과실이 있어 손해가 발생한 경우라면 이용자는 계약체결상의 과실책임을 이유로 손해배상을 청구할 수 있을 것이다. 그런데 만일 정보통신시스템의 이용자가 정보통신시스템제공자의 지배영역으로 들어가려고 하는 시점에서 오류가 발생한 경우에는 계약의 상대방에게도 들어가지 않은 상태이므로 계약체결상의 과실책임을 물을 수는 없다고 하여야 한다.

(2) 부수의무의 위반으로 인한 책임

계약의 당사자들은 급부를 실행하여야 할 뿐만 아니라, 계약의 명시적인 내용이나 법률의 규정 또는 신의칙이 요구하는 바에 따라 상대방이 그 계약의 체결에 의하여 달성하고자 하는 목적의 실현에 필요한 일정한 행태 의무 또는 그 목적의 실현을 좌절시키는 행태를 하지 아니할 의무도 부담하는 것이다. 이러한 행태의무를 부수의무라고 한다.³³⁷⁾ 채권계약으로부터 발생하는 의무, 즉 채무자가 하여야 할 행위의 의무는 대별하여 주급부의무와 부수의무로 나눌 수 있다. 따라서 채무자가 자신의 급부를 실행하여야 할 의무를 주급부의무 또는 단순히 급부의무라고 부른다.³³⁸⁾ 그러나 채무자가 단순히 자신의 급부의무만을 이행하는 것으로 부족한 경우가 발생한다. 일반적으로 채무자는 자신의 급부를 이행함으로써 이를 취득한 채권자가 달성하고자 하는 경제적인 목적을 달성할 수 있도록 배려해야 하는 것이다. 이처럼 주급부의무를 전제로 계약이 진정한 목적을 달성할 수 있도록 채무자는 주의와 배려를 할 의무를 부담한다고 할 것이다. 예컨대 목적물의 용법이나 하자를 설명하여 줄 의무나 인도하는 물건에 대한 안전성을 갖추도록 할 의무 등을 말한다. 이러한 부수의무를 위반하였을 경우에는 계약책임 중 손해배상책임만을 발생시킨다. 그 이유는 부수의무 자체로는 계약의 법적성질을 정하는 중

337) 박윤직대표/양창수, “제390조”, 「민법주해[IX]」, 박영사, 1997, p. 343.

338) 상계서, p. 215 : 주급부의무에 대하여 양창수교수는 ‘주의무’라고 부를 수 있다고 지적하고, 다만 김형배교수가 ‘주채무’라는 용어를 사용하는 것에 대하여 보증채무와 짝을 이루는 의미로 관용되고 있으므로 ‘주채무’라는 용어를 사용하는 것은 적합하지 않다고 하며, 아울러 단순히 급부의무라는 용어를 혼용하여 사용하기보다는 채무의 내용을 의식적 또는 무의식적으로 단지 급부의무에만 한정하는 경향이 없지 않은데, 찬성할 수 없는 이러한 경향과 차이를 명확하게 하기 위하여 ‘주급부의무’라는 용어가 보다 적절하다고 한다.

표가 되지 못하기 때문이다.³³⁹⁾ 그러므로 쌍무계약에서 원칙적으로 대가적 견련관계의 내용을 이루는 것은 아니므로, 부수의무의 위반을 이유로 계약을 해제할 수는 없으며, 상대방이 의무를 이행할 때까지 자기 채무의 이행을 거절할 수도 없다.

또한 채권관계의 실현과정에서 채무자는 채권자의 생명이나 신체 또는 재산 기타 이행의의 과 무관한 일체의 다른 법익을 침해하지 아니할 의무, 즉 보호의무를 부담하며, 채무자가 이를 위반하여 그러한 법익을 침해한 경우에는 마찬가지로 채무불이행책임을 져야 한다는 견해가 있다.³⁴⁰⁾ 가령 인도목적물을 채권자의 집안으로 운반하다가 채권자 소유의 다른 물건을 파손시킨 경우나 하자있는 급부로 채권자의 다른 법익을 침해한 경우와 같이 이행과정에서 채권자의 다른 법익을 해한 경우가 이에 해당한다. 그러나 이에 대하여 그 기준이 애매하고 굳이 계약법리에 의하여 이를 처리할 이유도 없기 때문에 다른 많은 사고의 경우와 마찬가지로 불법행위법에 의하여 처리하는 것이 타당하다는 주장도 있다.³⁴⁰⁾ 전자거래에서 과실책임이 인정되기 위해서는 이용자의 주의의무 위반이라는 요건을 필요로 한다. 이는 거래안전의무의 문제이다. 거래안전의무는 초기에는 위험발생을 야기시켰거나 위험상황을 지속시킴으로 인하여 타인에게 손해가 발생한 경우에 그러한 결과발생을 방지할 조치를 취하지 않은 것에 대한 부작위로서 좁은 의미의 거래안전의무이었다. 그러나 그 범위가 점차 확대되어 오늘날에는 거의 모든 생활영역에 거래안전의무를 인정하는 방향으로 발전하고 있다. 그 후 거래안전의무를 더욱 더 폭넓게 인정하여 위험원으로부터 발생한 손해에 대해서는 일반적으로 거래안전의무를 인정하고자 하였다. 그리고 거래안전의무의 위반으로 인한 책임은 과실책임과 위험책임의 중간적 위치를 차지하는 것으로 위험책임과 같은 경우이다.³⁴¹⁾ 따라서 전자거래에서 제공자에게도 이러한 거래안전의무로서 사전적 책임을 부과함으로써 컴퓨터운영과 관련하여 발생한 손해에 대해 그 책임을 부담하도록 하여야 할 것이다. 컴퓨터운영자에게 부과되는 거래안전의무에는 조직의무, 신중한 설비선택의무, 적절한 인력배치의무, 안전한 소프트웨어설치의무, 오류점검과 충분한 예비시설 준비의무, 컴퓨터보안의무, 감독의무, 고지의무 등이 있다.

첫째, 전자거래에 있어서 컴퓨터운영자에게 부과되는 거래안전의무에 대하여 보면, 컴퓨터 운영자는 컴퓨터 또는 정보통신운영을 통해 전자거래에 가능한 한 장애가 없도록 인적·물적 운영설비를 구성해야 하는 조직의무가 있다.³⁴²⁾ 그러한 조직구성에서는 반드시 안전확보가능성을 고려하여야만 한다. 물론 전자거래를 하고자 하는 자가 타인의 정보통신망을 이용하는

339) 박운직대표/양창수, 전계 「민법주해[IX]」, p. 216.

340) 권오승, 전계 「민법특강」, p. 306.

341) 김상용, 전계 「불법행위법」, pp. 52-54.

342) 오병철, 전계 「전자거래법」, p. 335.

경우에는 정보통신망운영자가 조직의무에 충실한지 또는 안전확보가능성이 있는지를 확인하여 이용함으로써 이용자에게 손해가 발생되지 않도록 해야할 의무가 있다.

둘째, 컴퓨터운영자는 전자거래에 이용되는 컴퓨터의 하드웨어와 소프트웨어의 선택시 당연히 신중을 다해 선택하고 테스트해야 한다. 예컨대 소프트웨어의 선택을 하면서 어떠한 점검도 하지 않아 그 소프트웨어에 유해바이러스가 있었다면, 그 소프트웨어개발업자의 책임은 물론 이로 인해 발생한 손해에 대해서 컴퓨터운영자는 당연히 책임을 져야 한다.

셋째, 컴퓨터운영자는 잘 훈련되고 신뢰할 수 있는 피용자들을 고용해야만 하고 이 피용자들을 적절하게 업무를 배치하여 업무를 수행하도록 하여야 한다. 만일 기계적 오류가 이러한 피용자들의 업무태만 등의 과실에 기인하는 경우에 이행보조자책임을 지게 될 것이다.³⁴³⁾ 전자거래기본법 제13조 2항에서도 전자거래사업자(정보처리시스템의 운영을 위탁받은 자를 포함한다)는 이용자의 영업비밀을 보호하기 위하여 필요한 조치를 하도록 하고 있다.

넷째, 컴퓨터운영자는 복잡한 소프트웨어프로그램을 설치하여 제공하는 경우 기술적 지침에 따라 정확하고 완전하게 설치가 이루어져야만 한다. 만일 정상적으로 설치가 되지 않아 소프트웨어가 작동되지 않는다면 문제가 없겠지만, 일부의 작동이 되는 경우, 오히려 더 큰 손해가 발생할 여지가 있을 뿐만 아니라 이러한 손해는 그것을 발견하기까지 정기적 또는 부정기적으로 반복되기 때문이다.

다섯째, 컴퓨터운영자는 신뢰도검사나 연산오류 확인장치, 예비시설과 같은 장애방지장치를 준비하고 있어야 한다. 따라서 데이터 입력의 오류에 대한 신뢰도검사를 통해 정상적인 데이터가 운영되어야 하고, 연산오류를 자동적으로 찾아내 고칠 수 있는 기술적 방법을 마련함으로써 오류에 대비하는 것이 필요하다. 또한 시스템 다운로드의 경우에 대비해 예비시설이 준비되어 있어야 한다. 이러한 의무는 컴퓨터운영자의 과실유무를 객관화·표준화할 수 있는 기준이 되기도 한다.³⁴⁴⁾

여섯째, 정보통신시스템보안업무는 전자거래에서 가장 중요한 요소 중의 하나라고 할 수 있다. 즉 무권한자가 부정한 개입을 하는 경우, 예컨대 해킹 등과 같은 위협에 대비하여 이용자의 패스워드나 그 외의 사용자 확인절차를 통해 통신시스템으로의 접근을 제한하거나 통제할 수 있어야 한다. 이러한 보안시설과 안전확보장치의 설치는 전자거래를 이용하는 모든 당사자들에게 꼭 필요한 것이며 이를 신뢰하고 거래할 수 있는 안전장치가 반드시 마련되어야 한다. 특히 오픈 네트워크의 사용에서는 제3자의 개입이 용이하므로 이용자의 정보가 유출되는 경우 그 피해규모가 상당히 커질 수 있기 때문에 이미 발생한 손해를 보상하는 것 자체가

343) 김상용, 전계 「채권총론」, pp. 110-112.

344) 오병철, 전계 「전자거래법」, p. 336.

의미가 없을 수도 있게 된다. 따라서 컴퓨터운영자는 이러한 컴퓨터의 안정성을 확보하기 위한 모든 노력을 기울여야 하며 우리의 전자거래기본법에서도 이에 대한 의무를 부과하고 있다 (전자거래기본법 제13조 1항).

일곱째, 컴퓨터운영자는 기술설비와 고용된 종업원에 대한 감독의무가 있다. 이는 우리 민법 제756조의 사용자배상책임과 관련하여 타인을 사용하여 어떤 사무에 종사하게 한 자 및 사용자에게 갈음하여 그 사무를 감독하는 자는 피용자가 그 사무집행에 관해 제3자에게 손해를 준 때에는, 그 피용자의 선임 및 사무감독을 게을리 하지 않았음을 입증하지 못하는 한 손해를 배상할 책임이 있다고 규정하고 있으며 이로 인해 컴퓨터운영자가 종업원을 고용하여 컴퓨터 운영에 관련된 업무를 수행하는 경우에는 당연히 감독의무가 있다.

2. 債務不履行責任

(1) 電子去來에서 給付內容에 따른 責任

전자거래에서 컴퓨터통신망을 통한 목적물의 이행에 있어서 여러 가지 원인에 의해 상대방에게 손해를 야기하는 장애를 발생시키게 된다. 컴퓨터전산망을 통하여 전송하는 채무의 전자적 이행에 있어서 전자적 이행의 목적물인 '정보'가 조작상의 과실인자 전송컴퓨터시스템의 오류나 컴퓨터통신망의 오류 등으로 이행기에 이행하지 못한 경우나, 이행된 목적물이 불안정하게 이행되는 경우와 이행하는 목적물이 불가능 하게되는 경우, 컴퓨터의 결함으로 인해서 은행고객에게 자동이체가 이루어지지 않거나 잘못 이루어지는 경우가 발생되어 고객이 이행지체책임을 지는 경우, 보험료산정 등이 잘못되는 경우가 있을 수 있다.³⁴⁵⁾ 이러한 손해발생에 대하여는 일반적으로 소유자 부담주의 원칙에 따라 가해자는 과실책임의 원칙이나 위험책임의 원칙 등 특별한 귀속근거가 인정될 경우에만 그 손해를 보상하는 것을 원칙으로 한다. 전자거래에서 채무자에게 채무불이행책임을 인정하는데 그 급부장애를 발생시키는 오류의 원인이 문제가 되는 경우는, 인간에 의한 오류와 기술적인 오류의 두 경우를 구분하여 검토할 필요가 있다.³⁴⁶⁾ 인간의 오류에 의한 책임은 기존의 과실책임으로 다루는데 있어 입증책임의 전환의 필요성이 대두되는 외에는 인간의 오류에 의한 채무불이행의 문제는 기본의 민법이론에 따른 법적으로 규율하여야 한다. 그러나 기술적인 오류의 경우에 전자거래 계약의 성립과 이행과정

345) Helmut Köhler, "Die Problematik automatoeserter Rechtvorgänge, insbesondere von Willenserklärung", AcP. 1982, S. 156.

346) Joachim Lieser, "Die zivilrechtliche Haftung im automatisierten Geschäftsverkehr", JZ, 1971, S. 759.

에서 컴퓨터 하자에 의하여 발생하는 손해에 대하여서 문제가 된다.

컴퓨터 하자의 발생원인이 인간에게 존재하는가 아니면 기존의 법체계상의 과실에 포함될 수 없는 완전히 기계적인 오작동인가의 문제가 더 중요한 판단기준이 되고 이러한 것은 과실 책임주의를 관철하여 우연한 오작동은 기존의 위험분담논리에 맡길 것인가 아니면 기계적 오작동도 그 기계보유자 내지 기계의 이익을 향유하는 자에게 부담시킬 것인가의 판단의 기초가 되며, 이러한 경우에 무과실책임의 인정이라는 법체계상의 문제가 발생하는데, 결국 '과실책임주의'로 되는 것이다.³⁴⁷⁾ 이러한 새로운 견해들에 대하여 컴퓨터 도입에 따른 손해확장이 법적으로 정당화되어야 하는가 아니면 전자거래에서도 민법 제390조의 과실책임주의에 따른 책임 귀속구조가 원칙적으로 적용되어야 하는가 만일 과실책임주의가 적용된다고 하면 어느 정도까지 적용되어야 하는가가 검토의 필요성이 있는 것이다. 다시 말하면 책임법론상 컴퓨터운영자에게 과실이 있는 경우에만 채무자에게 책임을 지울 것이 아니라 더 나아가 위험책임 내지 모험책임의 귀속근거에 따라 무과실책임을 인정할 필요가 있다.

채무자가 채무의 내용에 좇은 이행을 하지 않는 채무불이행의 경우와 채무자의 귀책사유 없이도 채무의 내용에 좇은 이행이 없는 경우를 포괄하여 급부장애라 하는데, 이러한 급부장애에 대하여 전자거래에서도 민법 제390조가 타당하는지에 대하여 검토할 필요가 있다. 원칙적으로 채무자가 채무의 내용에 좇은 이행을 하지 아니하였을 때에는 채무자에 대하여 채무불이행책임을 물을 수 있으나, 채무자에게 고의나 과실이 없이 채무를 이행할 수 없는 때에는 채무자는 채무불이행책임을 지지 아니하도록 하는 민법 제390조의 규정은 전자거래에서도 타당하다고 보아야 한다.³⁴⁸⁾ 전자거래에서의 급부내용 및 이행방법과 관련하여 다음과 같이 분류될 수 있다. 첫째, 상품배달 등을 통해 소비자에게 상품을 발송함으로써 이행이 완료되는 경우이다. 종래의 통신판매와 유사한 방법으로 상품발송형이라 부른다. 둘째, 정보통신시스템상 전자적 정보를 소비자에게 송신하는 방법으로 이행을 완료하는 유형이다. 소프트웨어의 다운로드의 방법을 이용하는 경우를 말하며, 이 경우를 정보제공형이라 한다. 셋째, 네트워크상에서 채권 등의 재산권을 이전시키는 것이 가능하고 그 대항력이 인정되는 경우에 권리이전을 목적으로 하는 계약의 이행으로 온라인상으로 이행이 완료되는데 이 유형을 권리이전형이라 한다. 넷째, 통신네트워크를 제공하는 계약 자체로 이러한 유형을 접속형이라 한다.

1) 상품발송형에서 물건인도의무의 이행

전통적인 상거래는 생산자로부터 도매상과 소매상을 거쳐 소비자에게 상품을 전달하는 유

347) 오병철, 전계 「전자거래법」, p. 300.

348) 김상용, 전계 「채권총론」, p. 100.

통과정을 거쳤으나, 전자거래에서는 생산자와 소비자가 직접 거래하거나 중간도매상이 한 명만 개입함으로써 중간유통과정이 생략·단축되는 경우가 많다. 인터넷을 통하여 어떠한 상품을 구매하기로 하고 계약을 체결하였다면 이에 따라 매도인은 해당상품을 계약자에게 발송하게 되는데, 이는 기존의 통신판매와 크게 다르지 않게 이루어지는 거래이다. 전자거래와 통신판매의 다른 점은 첫째, 통신판매가 전화 등의 수단을 통하여 상품을 주문하는 대신에 전자거래는 컴퓨터통신망을 이용하여 전자적인 의사표시를 함으로써 계약이 이루어지는 것을 말하고 둘째, 통신판매가 카달로그를 통하여 제공되는 상품의 정보를 제공하는 대신에 전자거래에서는 컴퓨터상에 전자적인 정보를 제공함으로써 이루어진다. 셋째, 견본에 의한 거래일 경우 전자거래에서는 견본자체로 컴퓨터를 통해서 밖에 볼 수 없으므로 동일성을 주장하기가 어렵다는 것이다. 전자거래에서 상품이 하자가 있거나 다른 물건이 발송된 경우에는 매도인에게 채무불이행책임 및 담보책임 등을 물을 수 있고, 만일 상품에 결함이 있어 인체손해나 다른 재산상의 손해를 입은 경우에는 불법행위책임도 물을 수 있을 것이다.³⁴⁹⁾

2) 정보제공형에서 정보제공의무의 이행

소프트웨어나 자료, 음악파일, 증권정보 등 온라인상으로 제공이 이루어지는 경우이다. 정보제공의 급부는 통상의 매매에서와 같이 물건에 대한 배타적 권리를 매도인으로부터 매수인에게 이전시키는 것은 아니라 매수인이 매도인의 저작물 등을 컴퓨터에서 이용하는 데에 불과하다. 상품발송형과 마찬가지로 제공된 정보에 하자가 있거나 다른 정보가 전송된 경우에는 하자담보책임 등을 물을 수 있다. 하자있는 전자정보를 수령한 경우에 발생하는 하자담보책임으로는, 첫째, 하자있는 전자데이터를 수령한 매수인은 완전물인도청구권 및 보완청구권을 가지며, 전자정보의 하자는 데이터의 내용 그 자체에 하자가 있는 경우, 데이터 자체에는 하자가 없지만 그것을 표시하는 전자데이터에 하자가 있는 경우, 송부된 전자데이터에 컴퓨터 바이러스 같은 유해한 데이터가 부착되어 있는 경우가 있다. 둘째, 제공된 정보의 하자로 인한 손해배상청구권도 발생한다. 소프트웨어에 부착된 바이러스로 인하여 매수인의 다른 데이터가 손상을 입은 경우에 그 손해의 배상을 청구하는 것도 가능하다. 다만 판례에서는 하자담보책임에 기한 손해배상의 범위를 상품 자체와 직접 관련된 손해에 한정하고, 하자로 인하여 생긴 확대손해는 배상범위에서 제외하고 있다.³⁵⁰⁾ 셋째, 매수인이 전자정보의 불안전성으로 인하여

349) 이은영, 전제 “전자상거래와 소비자법”, p. 113.

350) 대판 1997. 5. 7, 96 다 3945 ; 대판 1995. 6. 30, 95 다 2616, 2623 : 매도인이 매수인에게 공급한 부품이 통상의 품질이나 성능을 갖추고 있는 경우, 나아가 내한성이라는 특수한 품질이나 성능을 갖추고 있지 못하여 하자가 있다고 인정할 수 있기 위하여는, 매수인이 매도인에게 완제품이 사용될 환경을 설명하면서 그 환경에 충분히 견딜 수 있는 내한성 있는 부품의 공급을

계약목적 달성을 수 없을 때에는 계약해제권을 갖는다. 일반거래와 달리 전자거래에서 매수인이 다운로드 받은 소프트웨어를 매도인에게 반환한다는 것은 별로 의미를 갖지 않는다. 또한 매수인이 그 소프트웨어를 삭제·폐기할 것이 요구되지만 이를 확인하는 일은 불가능하다. 그렇기 때문에 전자거래에서는 매수인의 계약목적 달성을 시키는 데에 무의미하게 되면은 매수인측의 원상회복의무를 인정할 필요가 없다. 정보제공의 불안전성 내지는 오류로 인한 피해에 대해서는 일반적인 채무불이행책임뿐만 아니라 무과실의 책임법리를 적용하는 것이 필요하다. 특히 정보의 송신과정에서 오류가 생기는 경우 매도인에게 귀책사유를 인정하기 어렵다.

3) 권리이전형에서 권리이전의무의 이행

전자거래를 통하여 재산상의 권리를 이전하는 경우를 생각해 볼 수 있다. 예컨대 주식이나 유가증권의 이전에 대한 거래나 등기가 온라인화된 부동산 등에 대하여 거래가 이루어지는 경우 매도인은 완전한 권리이전을 해줄 의무가 발생한다. 아직까지 부동산에 대한 거래가 온라인상으로 이루어지고 있지는 않지만 지속적인 전자거래의 발전은 필연적으로 이러한 거래도 가능하게 할 것임은 틀림없다. 매도인이 권리이전의무의 이행을 하지 않는 경우, 매수인은 권리이전청구권을 행사할 수 있다.



4) 접속형에서 통신서비스제공의무의 이행

통신서비스를 제공하는 자가 그 이행을 불완전하게 하는 경우이다. 예컨대 접속이 잘 안 되는 경우나 접속 중에 통화가 단절되는 경우, 또는 정보제공이 원활하지 못한 경우 등을 생각해 볼 수 있다. 이와 같은 경우 정보사업자에 대하여 채무불이행책임을 물을 수 있을 것이다. 다만, 이 경우 소비자가 정보사업자의 불안전한 이행을 입증해야 하는데 실질적으로 이와 같은 일은 거의 불가능하다고 볼 수 있다.

(2) 電子去來에서 履行遲滯

이행지체라 함은 채무가 이행기에 있고 또한 이행이 가능함에도 불구하고 채무자가 그의 책임 있는 사유로 채무내용에 좇은 이행을 하지 않는 것을 말한다. 이러한 이행지체를 후술하는

요구한 데 대하여, 매도인이 부품을 그러한 품질과 성능을 갖춘 제품이라는 점을 명시적으로나 묵시적으로 보증하고 공급하였다는 사실이 인정되어야만 할 것이고, 특히 매매목적물의 하자로 인하여 확대손해 내지 2차 손해가 발생하였다는 이유로 매도인에게 그 확대손해에 대한 배상 책임을 지우기 위하여는 채무의 내용으로 된 하자 없는 목적물을 인도하지 못한 의무위반사실 외에 그러한 의무위반에 대하여 매도인에게 귀책사유가 인정될 수 있어야만 한다.

채권자지체와 구별하기 위하여 채무자지체라고도 한다.³⁵¹⁾ 이행지체에서 특히 문제가 되는 경우로 상품발송형에서 물건인도의무를 이행지체한 경우를 보면, 인터넷 사이버몰에서 전자거래 이용자는 판매업자의 확정적인 가격제시 등을 보고 회원제에 가입 혹은 약관에 동의하여 물품(상품)을 주문하는 경우에 이러한 행위는 앞에서 본 바와 같이 청약으로 보게 됨으로, 판매업자는 이행이 가능한 경우에 보통 불특정물로 보아 중등품으로 인도하여야 할 의무가 있고, 이용자는 이에 따라 대금을 지급할 의무가 있다. 그러나 판매업자가 어떠한 이유로 이행을 지체를 하고 있다고 하더라도 본래의 급부의 이행이 가능하므로 채권자는 본래의 급부의 이행을 청구할 수 있다. 그러나 채권자가 본래의 급부의 이행을 청구함에도 불구하고 채무자가 이행하지 아니하면, 채권자는 채권의 강제력, 즉 청구력과 강제력에 의하여 현실적인 이행을 강제할 수 있는지가(민법 제389조).³⁵²⁾ 문제가 되나, 이행의 지체로 인한 손해의 배상, 즉 지연배상을 청구할 있다(민법 제390조 본문). 이행지체의 경우에도 이행은 가능하므로 채권자는 이행의 청구를 함과 동시에 지연손해의 배상을 청구할 수 있다. 이 경우에는 채권의 내용이 본래의 급부에 지연손해가 추가되어 확대된다.³⁵³⁾ 한편, 이행지체의 경우에 지연손해(민법 제460조)도 청구할 수 있으나, 인터넷상에서 판매업자의 상품의 가격·지급장소·지급방법 등의 확정적인 표시행위를 청약의 유인으로 보게 되고, 컴퓨터이용자의 주문행위를 청약으로 보게 됨으로 보통은 상품을 주문하고 물품을 확인한 후에 송금하는 것이 일반적이기 때문에 지연배상은 실제적으로 인터넷상에서는 청구하기가 어려운 점이 많다. 채권자는 계약을 해제할 수 있고(민법 제544조), 채무자가 채무의 이행을 지체한 경우에 채권자가 상당한 기간을 정하여 이행을 최고하여도 그 기간 내에 이행을 하지 아니하거나 지체 후의 이행이 채권자에게 이익이 없는 때(특히 정보제공형에서 정보제공의무이행의 경우)에는 채권자는 급부의 수령을 거절하고 이행에 갈음한 손해배상, 즉 전보배상을 청구할 수 있다(민법 제395조). 채무자는 자기의 귀책사유로 인한 이행지체책임을 지는 것이 원칙이지만, 이행지체 중에 발생한 손해에 관해서는 채무자에게 귀책사유가 없더라도 책임을 진다(민법 제392조). 그러므로 채무자는 지체 후에는 불가항력을 가지고서 항변하지 못한다. 그러나 이행기에 이행을 하였더라도 발생하였을 손해에 대하여는 채무자는 책임을 면한다(민법 제392조 단서). 이러한 것은 손해와 지체간에 인과관계가 존재하지 않기 때문이다.³⁵⁴⁾ 이 경우에 입증책임은 채무자에게 있다. 그리고 특약에 의하여 채무자는 고의 또는 중대한 과실로 인한 이행지체의 경우에만 책임을 진다고 하였더라도 이행

351) 김상용, 전계 「채권총론」, p. 117.

352) 박윤직, 전계 「채권총론」, p. 101.

353) 김상용, 상계서, p. 124.

354) 박윤직, 상계서, p. 102.

지체 후에는 경과실은 물론이고 불가항력에 의한 손해에 대하여도 책임이 있다.³⁵⁵⁾ 다만, 주문의 폭주 혹은 재고물품이 없어 이행을 지체하는 경우에 소비자인 컴퓨터이용자는 판매업자에게 이행지체책임을 물을 수 있는지가 문제가 되나 이 경우에도 책임을 물을 수 있으며, 운송업자(보통은 택배업자)의 지연으로 이행이 지체된 경우에 누가 이행지체책임을 물류업자를 이행보조자로 보아 판매업자에게 책임을 물을 수 있다. 그러나 보통거래에서와 같이 정보처리시스템을 이용한 전자거래에서는 이행지체는 대부분 인간의 의사형성에 의한 경우이고, 자동정보처리시스템이 스스로 이행지체를 발생시키는 일은 거의 없다. 따라서 전자거래에서의 이행지체책임을 대부분 기존의 민법이론에 의하여 해결될 수 있다고 생각한다.

정보제공형에 있어서, 이행지체 후의 이행이 채권자에게 이익이 없는 경우가 일반적이므로 채권자는 급부의 수령을 거절하고 이행에 갈음한 손해배상, 즉 전보배상을 청구할 수 있다(민법 제395조). 이행지체의 경우에 일정한 조건하에서 채권자는 계약을 해제할 수 있다. 즉 채권자는 상당한 기간을 정하여 이행을 최고하고 채무자가 그 기간 내에 이행을 하지 아니하면 계약을 해제할 수 있다(민법 제544조 본문). 그러나 채무자가 미리 이행하지 아니할 의사를 표시하였거나 정기행위인 경우에는 최고를 할 필요 없이 바로 계약을 해제할 수 있다(민법 제544조 단서, 제545조).



(3) 電子去來에서 履行不能

이행불능이라 함은 채권의 성립 후 채무자의 책임 있는 사유로 급부가 불능인 경우를 말한다. 채권성립 후 급부의 불능에는 채무자의 귀책사유로 인한 경우도 있고, 채무자에게 귀책사유가 없는 경우도 있다. 전자만이 이행불능이며, 후자는 위험부담의 문제이다. 그러므로 이행불능은 원시적 불능을 말하는 것은 아니고, 후발적 불능만을 말한다. 전자거래에서 이행불능이 생기는 경우는 인터넷 사이트에서 컴퓨터이용자(소비자)가 물품을 주문하는 경우에 판매업자의 책임 있는 사유로 물품을 공급할 수 없는 경우에 발생한다. 이행불능이 채무자의 귀책사유에 의하여 이행불능이 성립하게 되면 채권자는 본래의 급부에 갈음하는 손해배상, 즉 전보배상청구권을 갖는다(민법 제392조 단서). 이 전보배상청구권은 본래의 채권의 내용의 변경이며, 채권의 동일성이 그대로 유지된다. 그러므로 본래의 채권을 위한 담보권은 전보배상청구권을 담보하게 된다. 급부의 일부만이 불능으로 된 때에는 채권자는 가능한 부분의 급부청구와 아울러 불능부분의 전보배상을 청구할 수 있다. 그러나 가능한 나머지 부분이 채권자에게 아무런 이익이 되지 않거나 나머지 부분을 이행하는 것이 신의칙에 반하게 되거나, 또한 나머지

355) 김상용, 전제 「채권총론」, p. 103.

부분만으로써는 채권자가 채권의 목적을 달성할 수 없는 경우에는 채권자는 나머지 부분의 수령을 거절하고 전부의 이행에 갈음하는 전보배상을 청구할 수 있다(전자거래에 있어서 특히 정보제공형에서 볼 수 있다).³⁵⁶⁾ 또한 채무자의 유책사유에 의한 일시적인 불가능으로 이행이 지체된 대에는 이행불능이 아니라 이행지체의 문제가 된다.

채무자의 책임 있는 사유로 이행이 불가능으로 되는 경우에는 채권자는 계약을 해제할 수 있으며(민법 제546조), 해제하고도 손해가 있으면 채권자는 그 손해의 배상을 청구할 수 있다.³⁵⁷⁾ 이행불능을 발생케 하는 것과 동일한 원인에 의하여 채무자가 이행의 목적물의 대상이 되는 이익을 취득한 청구권의 양도를 청구할 수 있는 권리로, 이러한 대상청구권은 채무자의 귀책사유로 인한 이행불능의 경우에도 인정되고, 채무자의 귀책사유 없이 급부가 불능으로 되는 경우에도 인정된다. 그러므로 채무자의 귀책사유로 인한 이행불능의 경우에는 채권자는 전보배상청구권과 함께 대상청구권을 갖는다. 이 경우에 채권자는 이들 청구권 중 하나를 선택하여 행사하여야 한다는 견해가 있으나,³⁵⁸⁾ 이들 청구권을 경합적으로 청구할 수 있다고 새기는 것이 타당하다. 그러나 채권자가 대상청구권을 행사하여 받은 이익을 그 한도에서 손해배상청구권에서 공제하여야 하며 대상청구권으로 받은 이익이 전보배상액보다 클 때에는 채권자는 그 초과액을 채무자에게 반환할 필요가 없다는 것이 학설³⁵⁹⁾과 판례³⁶⁰⁾의 견해이다. 앞에서 본 바와 같이 전자거래에도 일반적으로 상품형에서는 기존의 민법으로 해결할 있다. 다만, 정보제공형이나 권리이전형, 접속형에 대하여는 이행불능인 경우에는 일부가 불능인 경우에 완전이행청구권 혹은 추완청구권은 의미가 없고, 계약을 해제하고 손해배상 즉, 전보배상만이 인정된다고 보아야 한다.

(4) 電子去來에서 不完全履行

1) 不完全履行의 意義

채무자가 채무의 이행으로서 일정한 급부를 하였으나 그것이 채무의 내용에 좇은 완전한 급부가 아니라 하자있는 불완전급부이거나 채무이행과 관련된 주의의무 및 설명의무를 위반하

356) 박윤직, 전계 「채권총론」, p. 109.

357) 김상용, 전계 「채권총론」, p. 129.

358) 김형배, 전계 「채권총론」, p. 217.

359) 박윤직, 상계서, p. 109 ; 김형배, 상계서, p. 217

360) 대판 1995. 12. 22, 95 다 38080 ; 대판 1995. 2. 3, 94 다 27113 대판 1994. 12. 9, 94 다 25025 ; 대판 1992. 5. 12, 92 다 4581, 4598 : 우리 민법에는 이행불능의 효과로서 채권자의 전보배상 청구권과 계약 해제권 외에 별도로 대상청구권을 규정하고 있지는 않으나 해석상 대상청구권을 부정할 이유가 없다.

여 채권자에게 손해를 발생케 하였거나 또는 보호의무에 위반하여 채권자에게 손해를 발생하게 하는 경우를 말한다.³⁶¹⁾ 전자거래에 있어서도 특별한 다른 문제는 없고 불완전이행이 문제가 되는 경우는 일반적으로 급부의 불완전성으로 인하여 채권자에게 이행이익을 넘어서 다른 손해를 야기하는 ‘확대손해’ 또는 ‘부가적 손해’, ‘결과 손해’를 발생시키는 경우에 불완전이행으로 다를 필요성이 있다. 이 경우에 확대손해를 어느 범위까지 배상하여야 하는가의 문제가 논의의 중점이 된다. 전자거래에 있어서 불완전이행의 구체적인 경우는 전송된 소프트웨어에 결함이 있어 그 소프트웨어를 이용한 상대방의 컴퓨터 전체가 작동불능상태에 빠지거나 다른 소프트웨어나 자료에 손상을 입혀 확대손해가 발생하는 경우가 있다.

이러한 경우에 있어서 기존의 민법이론으로는 보호의무위반에 해당하는 것으로 채권자로부터 각 당사자는 상대방의 인신 및 재산을 침해하지 않을 보호의무를 부담하게 되는데 이러한 보호의무를 위반하여 상대방에게 손해를 발생시키는 경우에 해당한다. 그렇지만 전자거래에서 발생하는 손해는 주로 재산상 손해가 문제가 되고, 상대방에게 미치는 인체상의 손해는 거의 발생여지는 없다고 보여지나 다만, 인격권에 침해를 줄 수 있는 명예훼손의 문제가 발생할 여지가 있다. 예를 들면, 전송되는 목적물에 컴퓨터 바이러스 등이 포함되어 있거나, 불완전한 상태로 개발된 소프트웨어를 전송하여 그것을 이용한 상대방이 소프트웨어에서 작동되는 데이터까지도 손상을 입은 경우 등을 들 수 있다. 그리고 데이터 송신 중에 데이터에러가 발생하여 처음부터 데이터 수신을 다시 하여야만 함으로써 소비자가 부담하여야 하는 전화요금이나 인터넷 접속요금을 과도하게 지불하게 되는 경우³⁶²⁾에 채무의 불완전이행으로 인한 부과손해로 원칙적으로 손해를 배상 받을 수 있으나, 현실적으로 어려운 점이 있다. 다만, 이러한 경우에는 전자거래분쟁조정위원회를 통한 해결이 문제가 될 것이다. 이러한 경우에도 무상으로 소프트웨어나 정보를 전송 받게 해주는 경우에 불법행위는 별론으로 하더라도 호의관계로 보아 계약책임은 부담하지 않는 것으로 하자는 견해가 있으나,³⁶³⁾ 전자거래의 특수성으로 인하여 소프트웨어나 정보가 비록 무상으로 전송 받을 수 있다고 하더라도 기술적으로 전문가인 컴퓨터시스템 운영자에게 고도의 주의의무를 부과하여 전자거래사업자가 호의관계로 무상으로 정보를 제공하였다더라도 컴퓨터이용자가 스스로 자초한 손해에 대하여 과실상계의 법리를 적용하여 운영자에게 계약책임을 인정하여야 한다.

그리고 주된 급부의무는 하자 없이 이행되었으나 정보제공자의 설명의무나 정보제공의무 및 비밀유지의무 등의 부수적 의무를 위반한 경우도 불완전이행의 한 유형으로 논의되는데,

361) 김상용, 전계 「채권총론」, p. 132.

362) 정중휴, 전계 “전자상거래와 계약이론의 변용”, p. 34.

363) 오병철, 전계서, p. 326.

이와 같은 부수적 의무를 위반하는 문제는 전자거래에 있어서는 단지 그 물품이나 용역을 인도하고 공급한다는 일차적 내용 외에도 특히 지식이나 경험 또는 정보의 축적량에 있어서 현저한 차이가 나는 당사자들 사이에서는 그러한 지식 등이 부족한 당사자에게 당해 물품이나 용역과 관련된 정보를 제공하고 그 위험성을 고지하는 등 필요한 설명의무를 부담하거나³⁶⁴⁾ 정보제공의무를 지는 등의 주된 급부의무와 밀접한 관련을 갖는다. 고지의무는 정보제공업자의 설명의무나 정보제공의무와는 성격이 달리 소비자보호 측면에서 실제 거래하는 자가 구체적으로 누구인가를 분명히 하여 소송을 통한 분쟁해결에 있어서 이용자가 상대방을 확정하는 데 곤란을 겪는 예방하는 측면이 강하다.³⁶⁵⁾ 또한 비밀유지의무라는 부수적 의무는 전자거래에 있어서 개인정보보호와 관련하여 전자거래를 통하여 알게 된 정보를 본인의 동의 없이 수집목적 이외의 용도로 이용하거나 제3자에게 제공하지 못하도록 하는 업무상 취득한 비밀을 유지할 의무가 있다. 그리고 전자거래를 하는 자와 정보통신설비 또는 컴퓨터의 이용에 관한 업무를 제공하는 정보통신망운영자는 개인정보를 수집함에 있어서 그 수집목적을 본인에게 명시하여야 하고, 정보의 처리, 전송, 보관되는 정보에 대한 부당한 접근과 이용 또는 훼손, 변조, 유출 등을 방지할 수 있는 안전대책을 강구하여야 한다. 전자거래를 하는 자, 즉 정보통신망운영자에게 정보를 제공한 본인에게 자신의 정보에 대한 자기결정권이 인정되어 열람권을 부여되는 결과 전자거래를 하는 자는 열람의무를 준수하여야 하고, 그 정보가 그릇된 경우에는 증빙서류를 제시하여 정정청구권이나 삭제청구권을 행사할 수 있고 전자거래를 하는 자는 이에 대해 신속하게 필요한 조치를 하여야 할 의무가 있다.

2) 不完全履行의 效果

(가) 完全履行請求權, 追完請求權

전자거래에 있어서 완전한 급부를 이행하여야 할 의무 있는 자가 불완전이행을 하는 경우에는 하자 있는 컴퓨터소프트웨어를 전송한 자에게 완전이행을 청구할 수 있으며, 컴퓨터소프트웨어의 사용에 대하여 설명의무나 정보제공의무를 충실히 이행하지 않은 자에게는 追完이 가능한 경우에 한하여 추완청구권이 인정된다.³⁶⁶⁾ 물론 경우에 불완전이행으로 인하여 상대방에게 손해를 발생시키는 경우에는 손해배상청구도 함께 청구할 수 있다. 전자거래에서 필요한 경우에는 설명의무·정보제공의무 등과 같은 부수적의무의 이행을 청구할 수 있으며, 보호의무 위반의 경우에는 안전을 위한 적절한 조치를 하여 줄 것을 청구할 수 있다.

364) 김상용, 전계 「채권총론」, pp. 140-141.

365) 오병철, 전계서, p. 326.

366) 김상용, 상계서, p. 143.

(나) 損害賠償請求權

불완전이행으로 인하여 채권자가 입은 손해에 대해서 채무자가 이를 배상하여야 하며, 특히 확대손해에 대해서도 손해배상을 하여야 하는가가 가장 중요한 문제가 된다. 확대손해의 배상문제의 핵심은 민법 제393조의 적용을 받아 특별손해는 채무자에게 그 사정에 대해 예견 가능성이 있는 경우에만 손해배상책임을 지울 것인가의 점이다. 이러한 문제에 대하여 확대손해의 배상에 관하여도 상당인과관계를 규정하는 민법 제393조의 적용이 있다는 견해가 있다. 그러나 이와 달리 불완전이행이라는 불이행유형의 설정은 확대손해를 채무불이행의 하나의 내용으로 파악하여 민법 제393조의 손해배상의 범위와 관련된 인과관계나 손해배상범위의 확정 문제를 넘은 확대손해의 배상책임을 긍정하는 결론으로 이어지는 사고상의 교량으로서의 역할을 하고 있다. 따라서 불완전이행이라는 유형을 설정하는 한 확대손해에 대해서는 민법 제393조의 통제 없이 곧바로 확대손해 전부를 배상해야 하는 것으로 이해하는 견해도 있다.³⁶⁷⁾ 이러한 견해에 의하면, 전송된 목적물에 컴퓨터바이러스 등이 포함되어 있거나 불완전한 상태로 개발된 소프트웨어를 전송하여 그것을 이용한 상대방이 소프트웨어에서 작동되는 데이터까지도 손상을 입은 때에는 채무자는 그 확대손해를 배상하여야 한다.

(다) 契約解除權, 解止權

전자거래에 있어서 계약을 하는 경우에도 불완전이행 행위가 불가능한 경우 뿐만 아니라 완전이행이 가능한 경우에도 채권자가 상당한 기간을 정하여 이행의 최고를 하였음에도 불구하고 채무자가 이행을 하지 않는 경우에는 채권자는 계약을 해제할 수 있다. 그리고 계속적 채권관계에서의 불완전이행의 경우에는 장래에 향해서 해지할 수 있다. 그러나 설명의무위반 및 보호의무위반에 의해 확대손해가 발생한 경우에 이러한 위반행위는 급부이익의 침해가 아니라는 이유를 들어 계약해제권은 인정되지 않는다는 견해가 있으나,³⁶⁸⁾ 확대손해의 경우에도 직접적인 급부이익의 침해는 아니라고 하더라도 채권자의 권리를 해하게 됨과 동시에 주의의무 위반이라든가 보호의무의 위반으로 인하여 계약의 목적을 달성할 수 없게 되는 경우에는 계약을 해제할 수 있으며,³⁶⁹⁾ 아울러 손해가 있으면 손해배상을 청구할 수 있다고 보아야 한다. 그렇지만 부수의무 또는 보호의무를 위반한 불완전이행의 경우에도, 계약의 목적을 달성할 수 있는 경우에는 손해배상만을 청구할 수 있다고 보는 것이 타당하다.

367) 김형배, 전제 「채권총론」, p. 250.

368) 김형배, 상계서, p. 253 ; 권오승, 전제 「민법특강」, p. 252.

369) 김상용, 전제 「불법행위법」, p. 329 ; 오병철, 전제서, p. 329 ; 김상용, 전제 「채권총론」, p. 143.

(5) 電子去來에서 債權者遲滯

1) 債權者遲滯의 內容

채권자지체(수령지체)란 채무의 이행에 있어서 채권자의 급부의 수령 기타의 채권자의 협력을 필요로 하는 경우에 채무자가 채무의 내용에 좇은 이행의 제공을 하였음에도 불구하고 채권자가 그것을 수령하지 않거나 수령할 수 없기 때문에 채무자의 채무이행이 지체되고 있는 상태를 말한다.³⁷⁰⁾ 전자거래에서 채권자지체가 나타나는 모습은 주로 채무자가 전자적 이행을 하고자 함에도 불구하고 채권자의 지배영역에 있는 컴퓨터나 네트워크의 장애로 인해 전자전송이 이루어지지 않는 경우로, 전자적 이행방법에 있어서는 채무자가 컴퓨터로 디지털화된 목적물을 전송하고자 하여도 채권자의 컴퓨터나 네트워크가 정상적으로 작동되지 않는 한 정상적인 이행이 불가능하고, 전자적으로 이행을 위해서는 채권자가 자신의 컴퓨터와 네트워크를 정상적으로 작동하여 채무자의 이행을 수령할 있는 '협력적인 행위'가 필요하게 된다.³⁷¹⁾

채무의 이행에 있어서 채권자의 수령 내지 협력이 필요한 경우에 채권자의 수령의무 내지 협력의무를 법적인 의무로 볼 것인가 아니면 채권자의 책무 내지 간접의무로 볼 것인가에 대하여 견해가 대립하나 후자로 해석하고자 한다. 전자거래에서 채권자지체의 본질론에 가장 중요한 문제는 채권자에게 고의·과실이라는 귀책사유가 요구되는데 채권자의 수령지체에 대하여 채무불이행설에 의할 경우에는, 채권자에게 귀책사유가 없는 때는 채권자지체가 성립되지 않고, 채권자의 수령 내지 협력의무의 불이행으로 인한 불이익은 채무자가 부담하게 되어 채무자에게 불합리하다는 비판이 있다.³⁷²⁾ 이에 대하여 법정책임설에 의할 경우에는, 채권자의 귀책사유를 채권자지체의 성립요건으로 다루지 아니하므로 그 효과에 있어도 채무불이행이라 할 수 없으므로 민법 제401조 내지 제403조의 효과만이 인정되고 계약해제권 및 손해배상청구권과 같은 채무불이행의 일반적 효과는 부인되어 타당하지 않다는 견해가 있다.³⁷³⁾ 한편, 법정책임설이 채권자의 수령 내지 협력의무를 책무로 보는 것은 타당하며, 채권자에게 귀책사유가 없는 경우에도 그에게 일정한 불이익을 부담시키는 것은 합리적이지 않고 채권자에게 귀책사유가 있는 경우도 귀책사유가 없는 경우와 마찬가지로 책임을 부과하는 것은 문제가 있다.³⁷⁴⁾

370) 김상용, 전제 「불법행위법」, p. 176 ; 김상용, 전제 「채권총론」, p. 216 ; 박윤직, 전제 「채권총론」, p. 122.

371) 다만, 전자사서함을 이용하는 경우에는 채권자가 컴퓨터나 네트워크의 정상적인 작동을 위한 일시적으로 준비가 되어 있지 않는다고 하더라도 나중에 컴퓨터나 네트워크를 정상적으로 작동할 수 있도록 하는 경우에는 수령이 가능하다고 할 수 있으나, 이 경우에도 역시 채권자는 채무자의 전자적 이행에 관하여 수령에 협력할 의무를 가진다고 보아야 한다.

372) 김상용, 상제 「채권총론」, p. 221.

373) 박윤직, 상제 「채권총론」, p. 122.

그러나 절충설에 따라 채권자에게 채권자지체의 귀책사유가 있느냐에 따라서 그 효과를 달리 정하는데 채권자에게 이행지체에 대한 귀책사유가 있는 경우에는 법률에 규정되는 효과가 발생하지만, 그러나 귀책사유가 없는 경우에는 일반적인 채무불이행책임을 진다고 보는 것이 타당하다.³⁷⁵⁾ 그리고 변제제공과 채권자지체와의 관계에 대하여는 채무불이행설을 취하는 견해에서는 변제의 제공은 소극적 효과인 채무불이행책임을 면하게 되는 효과에 그치지만 채권자지체는 적극적으로 손해배상의무와 계약해제권을 발생시키는 별개의 제도로 이해한다. 법정책임설에서는 채권자지체와 변제제공은 본질적으로 유사한 효과를 갖는 것으로 다만 변제제공과 채권자지체는 채무자의 측면에서 보는가 아니면 채권자측면에서 보는가의 관점의 차이라고 이해한다.³⁷⁶⁾

2) 債權者遲滯의 要件

일반적으로 채권자지체의 요건으로서는 채권자의 수령 및 협력의 필요성, 변제의 제공, 급부의 가능성, 채권자의 불수령, 채권자의 귀책사유 등을 들고 있다. 그러나 전자거래에서 논의가 되는 부분은 변제의 제공시점과 채권자에게 귀책사유를 요구한다면 어떠한 경우에 채권자는 자신의 컴퓨터의 기계적 오류에 과실이 있다고 할 것인가의 점이다.

(가) 辨濟提供時點

채권자지체에 관하여 민법은 '채권자가 이행을 받을 수 없거나 받지 아니한 때에는 이행의 제공이 있는 때로부터 지체책임이 있다(민법 제400조)'고 규정하고 있는데, 여기서 '이행의 제공이 있는 때'란 민법 제460조의 변제의 제공을 의미한다고 새겨야 한다.³⁷⁷⁾ 민법 제460조의 변제의 제공은 채권자지체의 요건일 뿐만 아니라 민법 제375조 제2항에서 종류채권의 특정시점으로서 명시되어 있는 '이행에 필요한 행위를 완료한 때'에 변제의 제공이며, 변제의 제공이 이루어지기 위해서는 민법 제467조의 변제의 장소에서 채무의 내용에 좇은 제공이 이루어져야 하므로 이행장소까지 목적물을 운반하는 과정에서 발생하는 책임은 채무자가 부담하여야 한다. 이러한 변제의 제공시점을 이용하여 종류물의 특정시점과 이행과정에서 발생하는 위험부담은 동시에 결정할 수 있고, 이것이 채권자의 영역에서는 채권자지체의 판단시점으로 작용하게 된다.³⁷⁸⁾

374) 김상용, 전계 「채권총론」, p. 222.

375) 이에 대한 비판으로 김상용, 상계서, p. 223.

376) 곽윤직대표/이은영, 「민법주해(IX)」, 박영사, 1995, p. 707.

377) 곽윤직, 전계 「채권총론」, p. 41 ; 김상용, 전계서, p. 46.

378) 김형배, 전계 「채권총론」, p. 71 ; 곽윤직, 상계 「채권총론」, p. 41 ; 김상용, 상계 「채권총론」, pp. 46-47 ; 이은영, 전계 「채권총론」, p. 717.

그러나 이와는 달리 민법 제375조 제2항의 '이행에 필요한 행위를 완료한 때'는 민법 제460조의 변제의 제공과 대체로 일치하거나 양자가 동일한 것은 아니라는 반대의 견해도 있다. 즉, 채무자가 이행에 필요한 행위를 완료하는 것은 종류채권의 특정의 요건이고 주로 위험부담이 문제되는 데 비하여 변제의 제공은 주로 채권자지체의 요건으로서 여기에서는 채무자가 어느 단계에서 지체책임을 면하는가가 문제되므로 양자를 동일하게 파악할 것이 아니라 언제 특정이 생기는 가는 종류채권의 본질과 거래관행을 고려하여 개별적으로 결정하여야 하므로 그 결과 특정의 시기가 때에 따라서 변제제공의 시기와 차이가 생길 수도 있다는 견해가 있다.³⁷⁹⁾ 물론 전자거래에 있어서 변제의 제공의 시점은 전자거래에서 발생하는 경우는 채무자(사업자)의 컴퓨터와 채권자(이용자)의 컴퓨터가 네트워크를 통해 연결되고 있으나 채무자의 네트워크를 통해 디지털화된 목적물을 전송하고자 시도하여도, 채권자의 컴퓨터네트워크에 장애가 있는 경우에는 이행할 수 없게 된다. 이 경우에 채권자가 자신의 컴퓨터네트워크에 장애가 발생하지 않도록 운영하여야 할 채무의 이행을 위한 행위가 요구된다고 할 것인가의 문제에 대하여 전자거래에 있어서 채무자는 언제나 채권자의 적극적인 행위를 요하는 것은 아니지만 채권자의 컴퓨터네트워크가 장애가 발생된 경우에만 채권자의 적극적인 행위가 요구되므로 채권자의 이행에 협력하는 행위는 경우에 따라서 일시적으로 존재한다고 보아야 한다. 따라서 민법 제460조의 본문에서 요구되는 현실제공이 있어야 '이행에 필요한 행위를 완료'한 것으로 보게 될 것이다. 그러나 채권자의 컴퓨터네트워크에 기계적 장애가 발생해 정상적으로 전자적 이행을 하려고 하여도 이행할 수 없다면 그 경우에는 민법 제460조 단서에 따라 '의무의 이행에 채권자의 행위를 요하는 경우'에 해당되고, 채무자는 구두의 제공만으로 이행에 필요한 행위를 완료한 것으로 보아야 한다.

전자거래에 있어서 구체적으로 채권자지체가 이루어지는 경우를 보면, 채권자의 컴퓨터네트워크가 정상적으로 작동되고 있는 경우에는 채무자가 현실제공을 하여야 변제의 제공이 있으므로, 컴퓨터파일 전송의 경우 컴퓨터파일이 채권자의 전자사서함이나 채권자의 컴퓨터에 입력되어 수령할 수 있는 상태에 놓여 있는 경우에 변제의 제공이 이루어졌다고 할 수 있다. 이와 같이 현실제공이 이루어지는 경우에는 전자거래의 특성상 '채권자가 이행을 받을 수 없거나 받지 아니한 때' 라는 것이 의미가 없으므로 채권자지체가 사실상 문제가 되지 않는다. 그러나 예외적으로 채권자의 네트워크에 장애가 발생하여 채무자로서는 전자적 이행을 할 수 없는 경우에는 '채무의 이행에 채권자의 행위를 요구하는 경우'라고 보아야 하므로 민법 제460조 단서에 따라 구두의 제공하는 경우에 변제의 제공이 이루어질 것이며, 따라서 구두의 제공이 있는 시점에 채권자지체가 성립될 것이다.

379) 박윤직대표/송덕수, 전제 「민법주해[VIII]」, p. 152.

그러므로 채권자의 컴퓨터네트워크에 장애가 발생하여 채무자가 전자적 이행을 할 수 없는 경우에는 민법 제460조 단서에 따라 채권자에게 변제준비의 완료를 통지하고 그 수령을 催告하는 것으로 변제의 제공이 이루어지고, 그 때부터 채권자는 채권자지체에 빠지게 된다. 구두의 제공을 위한 전자거래에 있어서의 변제준비의 완료의 통지는 반드시 전자적 방법에 의해서 이루어져야 하는 것은 아니며, 서면이나 대화, 전화 등 자연적 방법을 이용해도 무방하다 할 것이다.³⁸⁰⁾

(나) 債權者의 過失

채권자의 채권자지체가 성립하기 위해서는 채권자의 귀책사유를 요하는가의 문제는 전자거래에 있어서 채무불이행의 채무자의 귀책사유와 같다. 채권자가 지배하는 컴퓨터나 네트워크의 기계적 오류를 채권자의 귀책사유로 다루어야 하는가의 문제가 채무자의 영역에서와 마찬가지로 문제가 된다. 채무불이행설에 의하면, 컴퓨터 기계적 오류에 채권자에게 귀책사유가 있는가의 문제는 채무자의 귀책사유판단에서의 과실이론이 적용될 수 있을 것이므로 그러한 기준에 따라 판단하여야 한다. 법정책임설에 의하면, 채권자의 귀책사유를 채권자지체의 성립요건으로 다루지 않는다면 채권자는 자신의 컴퓨터에서 발생하는 모든 기계적 오류에 대해 채권자지체책임을 지게 되어 보다 명확한 결과로 나타난다. 절충설에 의하면, 채권자는 컴퓨터의 모든 기계적 오류로 인한 채권자지체에 대해 민법 제401조 내지 제403조의 책임을 부담하나, 귀책사유가 있는 경우에는 채무불이행책임도 면할 수 없다고 한다. 채권자지체가 발생하는 경우에 채권자의 컴퓨터네트워크의 작동오류는 채권자의 귀책사유에 의하는 것보다 오히려 채권자가 이용하는 컴퓨터네트워크의 운영자의 귀책사유에 의하는 것이 많이 발생하는데 이 경우에는 이행보조자의 책임을 유추하여 채권자의 귀책사유로 인정하여야 할 것이다.

3) 債權者遲滯의 效果

전자거래에 있어서 채권자지체의 효과는 채무자는 채권자지체 중에서는 고의 또는 중과실이 없으면 채무불이행을 면하며, 이러한 경우에 채무자의 주의의무는 경감된다고 볼 수 있다(민법 제401조). 그리고 이자는 정지되고(민법 제402조), 이 경우에 채무의 증가비용은 채권자가 부담하여야 한다(민법 제403조). 또한 손해배상청구권이나 계약해제권을 인정할 것인가의 문제는 채권자지체의 본질론에 따라 달리 해석은 할 수 있으며, 쌍무계약에 있어서의 채권자지체 중에 당사자 쌍방에게 책임 없는 사유로 급부가 불능으로 된 때에는 위험부담은 채권자에게로

380) 따라서 수령의 최고에 있어서도 반드시 전자적 방법이 아닌 배달, 우편을 통한 자연적인 방법으로 이행하겠다는 취지를 표시하여 자연적인 방법으로 수령을 최고하는 것도 무방하다 할 것이다.

이전된다(민법 제538조 1항 후단). 따라서 채무자는 급부의무를 면하고 채권자에 대한 반대급부의 청구권은 상실하지 않는다. 그리고 채권자지체에 있는 채권자라 하더라도 동시관계에 있는 채무에 있어서는 채권자의 동시이행항변권을 부정하는 견해가 있으나,³⁸¹⁾ 이 경우에도 인정하는 것이 옳다.

3. 瑕疵擔保責任

(1) 瑕疵擔保責任의 意義

매도인의 담보책임이란 매도인이 매매의 목적물에 하자가 있어서 재산권 전부 또는 일부를 매수인에게 이전할 수 없거나 재산권의 객체인 물건에 하자가 있는 경우에 매수인에 대해 부담하는 책임을 말한다.³⁸²⁾ 전자거래에 있어서 목적물에 하자가 발생하는 경우에 민법 제570조 이하의 매도인의 담보책임의 적용이 문제가 된다.³⁸³⁾ 이러한 매도인의 담보책임은 크게 세 가지로 나누어 볼 수 있다.³⁸⁴⁾ 첫째, 매매의 목적물인 권리 또는 목적물의 하자로 인하여 매매의 목적을 달성할 수 없는 경우에 한하여 매수인은 계약을 해제할 수 있다. 둘째, 하자가 경미하여 하자가 있음에도 불구하고 계약의 목적을 달성할 수 있을 때에는 매수인은 대금감액만을 청구할 수 있다. 셋째, 하자로 인하여 매수인에게 손해가 발생하고 그것이 매도인의 귀책사유로 인한 때에는 매도인은 손해배상책임을 지게 된다. 이와 같은 매도인의 하자담보책임에 대하여 전자거래 행위에서 보게 되면, 전자거래에서 디지털화된 목적물, 소프트웨어나 음악파일, 영상파일, 문서파일 등을 유상으로 전송 받은 경우에 컴퓨터나 컴퓨터망의 결함으로 인해 하자 있는 파일이 전송되면 채권자는 계약의 목적을 완전하게 달성할 수 없게 된다. 이러한 경우에 채권자의 보호수단으로서 담보책임이 인정되게 된다. 이와 달리 전자거래에서 음악파일, 영상파일, 문서파일 등을 무상으로 전송 받은 경우에 컴퓨터나 컴퓨터망의 결함으로 인해 하자 있는 파일이 전송되면 채권자는 계약의 목적을 완전히 달성할 수 없게 되는 경우에는 매도인의 하자담보책임을 물을 수 없다는 견해가 있으나,³⁸⁵⁾ 이러한 경우에도 매도인은 네트워크의 전문적인 운영자 혹은 관리자로서 인정되므로 소비자보호 측면에서 무상인 경우에도 인정하여야

381) 김상용, 전제 「채권총론」, p. 227.

382) 윤철홍, 전제 「요해채권각론」, p. 134 ; 박윤직대표/남효순, 「민법주해[XIV]」, 박영사, 1999, pp. 320-321.

383) 고영수, “전자거래상 민법상 하자담보책임제도와 방문판매법상 철회제도의 차별에 관한 체계적 고찰”, 「전자거래의 사법상의 문제점」, 한국법제연구원, 2001. 9. 25, p. 146.

384) 이은영, 전제 「채권총론」, p. 305 ; 김상용, 전제서, p. 219.

385) 오병철, 전제 「전자거래법」, p. 355.

한다.

매도인의 물건의 하자담보책임에 대하여 법적 성격을 어떻게 이해할 것인가에 대하여 민법이 채무불이행책임과 별도로 특별히 인정한 책임이라는 법정책임설과 책임의 성질상 채무불이행책임에 불과하다는 채무불이행책임설이 나뉘어져 있다.³⁸⁶⁾ 그러나 어느 설에 따르더라도 매도인에게 귀책사유를 요하지 않는 매도인의 담보책임은 무과실책임이며, 법정책임이라고 보는 것에 대하여 다른 의견은 없으나, 담보책임은 무과실책임이기는 하지만 채권자측의 과실로 인한 경우에 과실상계를 인정하여 손해배상액의 감액을 인정하여야 한다. 따라서 전자거래에 있어서 기계적 오류에 대해서 채무자에게 무과실책임을 지울 수 있게된다는 점에서 과실책임주의의 예외가 된다.³⁸⁷⁾ 전자거래에 있어서 목적물에 하자가 있는 경우에는 그 하자발생원인이 목적물 자체의 결함이건 전송과정에 있어서의 기술적인 오류로 인하여 목적물인 컴퓨터파일에 하자가 발생되었던 간에 담보책임이 적용되게 된다.

담보책임은 그 발생원인인 하자가 매매의 목적인 권리에 관한 것이냐 아니면 권리의 객체인 물건에 관한 것이냐에 따라 추탈담보책임과 하자담보책임으로 크게 구분된다. 전자는 매수인이 목적물을 제3자로부터 '추탈'당한 경우에 책임이라 하여, 이를 특히 '추탈담보'라 하고, 책임에 있어서는 '추탈담보책임'이라고 부른다.³⁸⁸⁾ 이러한 구별에도 불구하고 전자거래에 있어서는 소프트웨어나 각종 파일을 유상으로 전송하는 것이 매매계약과 같이 물건에 대한 소유권과 같은 배타적 권리자체를 이전하는 것은 아니므로, 대부분의 경우에는 민법 제580조 이하의 하자담보책임이 주로 적용될 것이다. 그러나 민법 제569조 내지 제572조의 추탈담보책임도 극히 예외적인 경우에만 문제가 될 것이다. 그러나 일반적으로 매도인의 하자담보책임이라 하면 물건의 하자에 대한 매도인의 담보책임만을 의미한다.

(2) 瑕疵擔保責任의 內容

전자거래에 있어서 특정물인 소프트웨어나 각종 파일에 하자가 발생한 경우에 하자담보책임의 내용은 민법 제580조에 따라 제565조 제1항의 규정이 준용되어 전자거래의 목적물에 하자가 있는 경우에 목적을 달성할 수 없는 경우에는 계약을 해제할 수 있으며, 기타의 경우에는 손해배상청구권만을 갖는다. 그리고 하자담보책임에 관한 민법 제580조의 단서조항인 매수인이 하자 있는 것을 알았거나 과실로 알지 못한 경우는 전자거래의 특성상 거의 존재할 수 없

386) 윤철홍, 전계 「요해 채권각론」, pp. 134-135 ; 김상용, 전계 「채권각론(상)」, pp. 223-224.

387) 오병철, 전계서, p. 354.

388) 김상용, 전계서, p. 220.

으며, 하자담보책임의 단서조항은 사실상 적용되는 경우가 거의 없을 것이다. 그리고 전자거래에 있어서의 목적물인 컴퓨터파일은 대부분 불특정물이므로 민법 제581조도 적용될 것이다. 따라서 컴퓨터파일이 매수인의 컴퓨터나 전자사서함에 도달하여 특정이 이루어진 목적물에 하자가 있는 경우에도 해제권이나 손해배상청구권이 주어지게 될 것이다. 또한 민법 제581조 제2항에 따라서 완전급부청구권도 인정될 것이다. 그리고 불특정물매매이든 특정물매매이든 매수인은 추완청구권을 행사할 수 있다는 견해가 있으나,³⁸⁹⁾ 하자담보책임의 그 본질은 채무불이행책임이지만, 민법에 규정된 법정책임이므로 민법에 규정하고 있지 아니한 대금감액청구권과 추완청구권은 인정되지 아니한다고 함이 타당하다.³⁹⁰⁾

하자담보책임에 따른 손해배상의 범위는 담보책임의 본질론에 관한 학설에 따라 법정책임설에 의하면 이행이익을 넘지 않는 신뢰이익의 배상으로 한정되며, 채무불이행설에 의하면 이행이익의 배상도 가능하다.³⁹¹⁾ 전자거래에 있어서 손해배상의 범위가 기존의 거래와 달리 이해되어야 할 특수성은 없다고 하여야 할 것이므로 이러한 학설대립은 여전히 전자거래에 있어서도 문제가 될 것이다. 판례는 기존의 거래에 있어서 이행이익의 배상을 인정하는 태도를 취하고 있다.³⁹²⁾ 또한 물건의 하자로 인하여 매수인의 다른 법익에 부가적인 확대손해가 발생한 경우에는 불완전이행의 문제로서 그에 따라 해결되어야 할 것이며, 담보책임의 문제는 아니라 할 것이다. 따라서 하자담보책임으로 인하여 매수인에게 귀책사유를 요하지 않고도 매수인에게 기계적 오류에 대한 법적 보호장치가 인정되며, 기계적 오류에 대한 귀책사유의 인정의 어려운 문제는 단순히 이행을 경과하여 이행한 이행지체에 대한 책임의 문제에 국한하여 검토하여야 한다.

4. 情報通信網運營者의 責任

(1) 概說

컴퓨터와 컴퓨터간의 네트워크를 구성하는 정보통신망은 단순한 정보전달의 수단을 넘어 이

389) 이은영, 전제 「채권각론」, p. 316 ; 고영수, 전제 “전자거래상 민법상 하자담보책임제도와 방문판매법상 철회제도의 차별에 관한 체계적 고찰”, pp. 145-146.

390) 김상용, 전제 「채권각론(상)」, p. 240.

391) 대판 1974. 5. 14, 73 다 1564 ; 대판 1974. 3. 26, 73 다 1442. 판례는 담보책임상의 해제권에 대하여 ‘매수인이 행사하는 해제권을 일종의 법정해제권이라 할 것이며, 그 행사의 효과로서 발생하는 원상회복의무의 범위에 관하여는 달리 특별한 규정이 없으니 민법 제548조 제2항의 규정에 의함이 상당하다’고 판단하였다.

392) 대판 1989. 1. 14, 89 다카 15298.

른바 가상공간을 형성하는데 이러한 전자공간이 형성·유지되기 위한 인적 구성은 전자공간을 형성하는 정보통신망을 운영하는 자와 그가 제공하는 정보통신망을 이용하는 자가 별도로 존재하는 것이 일반적이다. 정보통신망의 이용과 관련하여 정보통신망의 작동은 전적으로 기술적이고 기계에 대한 의존적인 구조를 갖게 되므로 정보통신망의 안전성 확보가 중요한 문제로 된다. 정보통신망을 이용하여 거래행위를 하는 경우에 정보통신망의 장애로 인해 발생하는 법적 문제를 체계적으로 고찰하기 위해서는 인터넷서비스의 기본구조를 구분할 것이 요구된다.³⁹³⁾ 첫째는, 정보통신망의 운영자와 개별이용자간에 정보통신망서비스 이용계약의 체결이란 관점에서 파악되는 정보통신망의 장애이다. 정보통신망의 불안정으로 인해 정보통신망운영자가 정보통신망서비스를 더 이상 이용자에게 제공하지 못하는 경우인 서비스 이용장애가 대표적인 경우가 된다. 예컨대, 정보통신망서비스 설비의 장애 또는 서비스이용의 폭주 등으로 서비스 이용을 할 수 없는 때에 정보통신망운영자는 어떠한 책임을 부담하는가의 문제가 있다. 둘째는, 정보통신망운영자와 이용자 사이에서 그 정보통신망을 이용하여 거래행위를 하는 경우에 정보통신망의 장애로 인하여 법적 문제가 발생하는 경우이다. 이 경우에는 정보통신망운영자가 해당계약에서 채무자로서의 지위를 차지하므로 전자거래에 있어서 채무불이행에 관한 이론이 적용될 수 있다. 셋째는, 정보통신망운영자의 정보통신망을 이용해 이용자와 이용자간의 거래행위가 이루어지는 경우에 있어서 정보통신망의 장애로 계약의 체결이나 이행과정에서 법적 문제가 발생하는 것이다. 이러한 경우에 정보통신망운영자는 締約補助者로서 내지는 履行補助者로서의 기능을 하는 것으로 이때에 이용자에게 대하여 어떠한 책임을 지는가가 문제가 된다.

(2) 情報通信網運營者의 義務와 免責事由

1) 情報通信網運營者의 義務

정보통신망운영자에 대한 규율에 있어서 민법에서는, 정보통신망의 불안정성으로 인한 결과가 정보통신망운영자에게 부담되어지기 위해서는 그에게 고의 내지 과실이 있어야 한다는 것이 민법의 일반 원칙이다(민법 제390조, 제750조). 민법이 책임귀속원리로 과실책임주의를 취하고 있음에도 불구하고 정보통신망의 안전성에 관련하여 문제가 되는 이유는 정보통신망은 컴퓨터 등 자동정보처리시스템을 이용하여 대부분의 기능이 인간이 직접적이고 개별적인 통제 없이 자동적으로 운영되도록 되어 있으므로, 정보통신망의 불안정성의 원인이 한결같이 인간의 행위에 기인하는 것으로 볼 수 없기 때문이다. 그러므로 정보통신망의 불안정성이 명확히

393) 이충훈, “전자거래 관여자의 민사법적 지위”, 연세대학교대학원 박사학위논문, 2000. 6, p. 115.

정보통신망운영자의 고의 내지 과실에 기인한 것이라면 기존의 책임귀속원리에 따라서 규율하여야 한다. 그리고 정보통신망의 오작동, 통신소프트웨어의 결함 등으로 인하여 정보이용자에게 손해를 발생시키는 경우, 비록 전기통신사업자에게 고의·과실이 있음이 밝혀지지 않았다 하더라도 천재지변과 같은 특수한 경우를 제외하고는 무과실책임을 부담시켜야 할 필요성이 대두된다.³⁹⁴⁾ 전자거래기본법 제14조에서는 “전자거래사업자는 전자거래의 안전성 및 신뢰성을 확보하기 위하여 암호제품을 사용할 수 있다. 정부는 국가안전보장을 위하여 필요하다고 인정하는 경우에 암호화제품의 사용을 제한하고, 암호화된 정보의 원문 또는 암호화기술에의 접근에 필요한 조치를 할 수 있다”고 규정함으로써 전자거래에 이용되는 정보통신망의 운영에 있어서 안정성에 관한 의무를 부과하고 있다. 전자거래사업자가 정보통신망을 자체적으로 운영하지 않고 타인의 정보통신망을 이용하는 경우에는 안전성을 충분히 확보할 수 있는 자로 선택하여야 할 주의의무가 부과되며, 컴퓨터 운영을 타인에게 위탁하는 자만이 아니라 타인의 컴퓨터나 정보통신망을 임대하여 운영하는 경우도 포함된다. 또한 수탁자의 과실로 인하여 장애가 발생한 때에는 전자거래당사자가 이를 거래 상대방에게 고지하고 신속하게 장애를 제거할 의무가 있다. 그러므로 정보통신망의 장애 발생시 그 해결에 대한 의무도 전자거래사업자가 부담하여야 한다.

정보통신망운영자에 대한 규율에 있어서 정보통신망 이용촉진에 관한 법률에서는, 전기통신사업자와 전기통신사업자의 전기통신역무를 이용하여 정보를 제공하거나 정보의 제공을 매개하는 자인 정보통신망서비스제공자는 정보통신망의 안정성 및 정보의 신뢰성을 확보하기 위한 보호조치를 강구하도록 하고 있다(정보통신망 이용촉진 등에 관한 법률 제19조). 정보통신망의 장애로 인한 손해에 대해 정보통신망운영자는 어떠한 민사책임을 져야 하는지에 대한 특별법규로서 전기통신사업법³⁹⁵⁾에 손해배상 규정만이 존재하지만 그 민사법적 의미가 명확하지 않으므로 민법상의 일반원칙이 문제가 되며, 이러한 손해를 정보통신망운영자에게 귀속시킬 경우, 그 근거로서 민법상의 원칙으로 되어 있는 ‘과실책임주의’를 적용하여야 하는가 아니면 ‘위험책임주의’ 등의 새로운 책임귀속근거를 모색해야 하는가에 대하여 문제가 된다. 그리고 민사책임의 원칙인 과실책임주의에 따를 경우에도 ‘순수한 기계적 오류’에 대해서도 정보통신망운영자에게 과실이 있다고 할 수 있는가, 또 과실유무를 판단할 수 있는 정보통신망운영자의 ‘주의의무’는 구체적으로 무엇인가 등의 문제가 논의될 필요가 있다.

394) 김영갑·최영준, 전제 “정보사회에 대비한 상사법 연구 서론”, p. 170.

395) 전기통신사업법 제33조의 2(손해배상) 전기통신사업자는 전기통신역무를 제공함에 있어 이용자에게 손해를 입힌 경우에는 배상을 하여야 한다. 다만, 그 손해가 불가항력으로 인하여 발생한 경우 또는 그 손해의 발생이 이용자의 고의 또는 과실로 인한 경우에는 그 배상책임이 경감 또는 면제된다.

2) 情報通信網運營者의 免責事由

(가) 不可抗力

컴퓨터 정보통신망운영자들의 지배영역 밖에서 발생한 사건으로서 통상의 예방수단을 다하여도 방지할 수 없었을 장애 등을 면책사유로서 불가항력이라 한다. 외부성과 회피가능성이 결합된 장애요소를 말한다. 정보통신망에서의 장애나 불안정이 불가항력에 포함되기 위해서는 '回避可能性'과 '外部性'이 존재하여야 하지만, 정보통신망에서 발생하는 기계적 장애에 대하여 그 원인을 알 수 없거나 정보통신망 운영자의 귀책사유에 의한 것이라고 확정할 수 없는 경우 에까지는 불가항력에 포함시킬 수 없다는 견해가 있다. 판례는 불가항력이 인정되기 위해서는 '당시의 예견불가능한 정도의 천재지변에 속하고 사전에 이로 인한 손해발생의 예방조치가 불가능하였음이 인정되어야 한다'고 판단하고 있다.³⁹⁶⁾

그러므로 불가항력이 인정되기 위해서는 회피가능성이 인정된다고 할지라도 외부성이 존재하지 않는 경우에는 역시 불가항력이 인정될 수 없는 것이다. 예를 들면, 지진으로 인한 정보통신망 케이블의 절단, 전쟁으로 인한 폭격, 대규모 홍수로 인한 정보통신망시스템의 침수, 비상상태로 인한 정보통신망의 전력공급중단 등의 경우에는 외부성이 인정되어 불가항력이 인정될 수 있으나, 정보통신망 자체에서 발생한 원인을 알 수 없는 장애나 장애의 원인이 외부에 있음이 명백하지 않은 모든 기계적 오류를 불가항력에 포함시키는 것은 합당하지 않다. 따라서 정보통신망운영자는 정보통신망에서 발생하는 대부분의 기계적 오류로 인한 불안정에 대해 책임을 부담하게 될 것이다.

(나) 利用者의 故意·過失

정보통신망운영자에게 인정되는 면책사유의 또 하나는 이용자에게 고의 또는 과실이 있는 경우이다. 상대방에게 귀책사유가 있는 경우까지 정보통신망운영자에게 책임을 지우는 것은 당연히 인정될 수 없는 것이지만, 이용자의 서비스이용의 폭주로 인해 정보통신망에 장애가 발생하는 것은 여기에 해당할 수 없다.³⁹⁷⁾ 정보통신망이용자가 정보통신망에 장애를 발생시키려는 의사를 갖고 정보통신망을 이용하는 경우에는 고의에 해당되지만, 정보통신이용자가 그러한 의사 없이 정상적으로 정보통신망을 이용하는 상황이 폭주하는 것에 대해 어떠한 주의의무를 부담시키는 것은 적절하지 않으므로 정보통신망의 정상적인 이용이 우연히 중첩되는 경우에 있어서는 과실을 인정할 수는 없다. 따라서 약관에 서비스의 설비의 장애 또는 서비스이용의 폭주에 대하여 면책된다고 하는 규정을 두는 경우에 대하여, 서비스 설비의 장애나 서

396) 대판 1983. 3. 22, 82 다카 1533 ; 대판 1980. 11. 11, 80 다 1812 ; 대판 1977. 12. 13, 75 다 107 ; 대판 1962. 6. 21, 62 다 102.

397) 이충훈, 전계 “전자거래 관여자의 민사법적 지위”, p. 149.

비스 이용의 폭주는 사업자의 책임영역에 해당하는 사유로 이 경우에는 약관규제법 제7조 2호의 '상당한 이유 없이 사업자가 부담하여야 할 위험을 고객에게 이전시키는 행위'에 해당하여 당연히 무효라고 하여야 한다.

(2) 情報通信網運營者의 責任

1) 契約法上의 責任

정보통신망운영자가 정보통신망을 이용하고자 하는 정보이용자에게 정보통신망서비스를 제공하기로 계약을 체결하는 경우에 정보통신망운영자는 정당한 사유 없이 전기통신역무의 제공을 거부하지 못한다(전기통신사업법 제3조 제1항). 그리고 정보통신망의 안정성과 정보의 신뢰성을 확보하기 위한 보호조치를 강구하여야 한다(정보통신망 이용촉진 등에 관한 법률 제22조). 모든 전기통신사업자는 보편적 역무의 제공(정보통신기술의 발전 정도, 전기통신 역무의 보급 정도, 공공의 이익과 안전, 사회복지 증진, 정보화촉진)에 기여할 의무가 있다(전기통신사업법 제3조의 2 제1항). 정보통신망운영자에게는 정보통신망서비스제공계약의 채무자로서 채무의 내용에 좇은 이행을 할 주된 급부의무가 발생한다(민법 제390조). 현실적으로는 전기통신사업법 제29조 제1항과 제5항에서 기간통신사업자 및 별정통신사업자 또는 부가통신사업자인 정보통신망운영자에게 요금 및 이용조건에 관해 약관을 정하고 인가를 받도록 하고 있다. 대부분의 정보통신망운영자는 이용약관을 정하고 이용자에게 서비스계약체결 이전에 그 약관에 대한 합의를 구하는 것이 보통이다. 이러한 약관에서는 정보통신망운영자의 의무로 계속적·안정적 서비스제공의무를 정하고 있다.³⁹⁸⁾ 그러나 공공질서·미풍양속에 반하는 이용행위, 명예훼손행위, 범죄행위, 지적재산권침해행위, 불법선거운동행위 등 대부분 이용자의 귀책사유가 있는 경우나 기간통신사업자의 전기통신서비스중단, 정전, 국가비상사태 등 중단사유에 외부성이 인정되는 경우와 정보통신서비스의 특성상 요구되는 설비보수 또는 공사 등 채무이행에 필요한 조치 등은 의무사항에서 예외를 두고 있다. 그러나 문제가 되는 것은 '서비스설비의 장애' 또는 '서비스이용의 폭주' 등의 경우에도 서비스제공의 중지나 제한이 가능하도록 하는 점에 있다.³⁹⁹⁾ 서비스설비의 장애는 서비스이용이라는 주된 급부의 채무불이행이 발생하는 대부분의 경우이며, 이러한 사유가 전기통신사업법 제3조 제1항에서 전기통신역무의 제공을 거부할 만한 정당한 사유로 하는 것은 부당하다고 하지 않을 수 없다. 따라서 서비스설비의 장애

398) 하이텔 이용약관 제19조 제1항, 나우누리 이용약관 제17조 제1항, 천리안 이용약관 제 29조 제 2항, 유니텔 이용약관 제18조.

399) 하이텔 이용약관 제18조 제2항, 천리안 이용약관 제34조 제6항, 나우누리 이용약관 제24조, 유니텔 이용약관, 제17조 제3항.

혹은 이용자의 이용 폭주로 인하여 정보통신망서비스제공을 하지 못하는 경우에는, 이용약관에 면책사유로 규정하는 것에도 불구하고 민법 제390조의 채무불이행책임이 성립된다. 이러한 해석은 약관규제에 관한 법률 제7조 제2호의 '상당한 이유 없이 사업자가 부담하여야 할 위험을 고객에게 이전시키는 조항'에 해당되어 무효이며, 동법 제10조의 '상당한 이유 없이 사업자가 이행하여야 할 급부를 일방적으로 중지할 수 있게 하는 조항'에 해당한다고 보아야 하기 때문이다.

정보통신망운영자가 서비스를 제공함에 있어서 이용자에게 손해를 입힌 경우에는 배상을 하여야 하며, 예외적으로 그 손해가 불가항력으로 인하여 발생하는 경우와 그 손해의 발생이 이용자의 고의 또는 과실로 인한 경우에는 그 배상책임이 경감 또는 면제된다는 전기통신사업법 제33조의 2의 손해배상에 관한 규정과는 보통약관의 내용이 상호 모순된다. 그러나 손해배상책임의 요건으로서 정보통신망운영자의 귀책사유를 요하는 것 그 자체가 약관규제에 관한 법률에서 정하고 있는 불공정조항이라 할 수 없으며, 정보통신망운영자와 이용자간의 당사자 관계에 있어서는 전기통신사업법의 손해배상조항의 특칙으로 정보통신망운영자의 이용약관이 적용되는 것으로 해석하는 것이 타당하다. 따라서 서비스의 장애로 인한 정보통신망 서비스 제공중단 자체가 다른 중단사유와 같이 그 자체로서 채무불이행의 위법성 자체가 조각되는 것은 아니고 단지 약관에 따라 일반적인 과실책임을 적용되어 정보통신망운영자에게 귀책사유가 있는 경우에는 채무불이행이 성립하고 손해배상책임도 인정되게 된다.

그런데, 정보통신망 서비스장비가 장애로 인한 경우에 정보통신망운영자에게 고의가 있는 때에는 문제가 되지 않지만, 정보통신망운영자에게 어떠한 경우에 장애가 있다고 볼 것인가가 문제가 된다. 정보통신망운영자에게 부과되는 주의의무로 정보통신망구성에 있어서 안전확보능력을 갖추어야 하며, 정보통신망 설비의 신중한 선택을 할 의무, 정보통신망운영인력의 적정성 확보의무, 소프트웨어의 기술적 지침에 따른 설치의무, 데이터입력오류의 검증장치의 확보의무, 시스템다운에 대비한 예비시설 확보의무, 제3자의 부정한 개입에 대한 방지장치 의무, 기술설비와 인력에 대한 감독의무, 상대방에 대한 위협의 고지의무 등을 들 수 있다. 이러한 손해발생에 대한 예견의무와 회피조치를 다하였음에도 불구하고 발생하는 정보통신망의 장애에 대해서는 정보통신망운영자에게 귀책사유가 없다고 할 수 있으나, 이러한 예견 및 회피조치를 다하였다는 점을 입증하지 못하는 경우에는, 비록 정보통신망에서 발생하는 장애의 원인을 규명할 수 없는 경우에도 인과관계와 관계없이 정보통신망운영자에게 귀책사유를 인정하고 손해배상책임을 부담시켜야 한다. 전자거래이용자는 컴퓨터운영자가 제공하는 서비스를 이용하지 않고서 인터넷에 참여할 수 없으므로 인터넷 서비스에서 가해자인 제3자가 가해행위를 한 경우에 컴퓨터운영자는 일반생활 위험과 사회적 상당성이 있는 위험이 존재하지 않고 자신

의 컴퓨터를 이용하여 제3자를 침해하는 가해행위를 방지할 의무도 부담하지 않기 때문에 일반적인 책임원칙에 따르지 않는다.⁴⁰⁰⁾

전기통신사업법에서는 정보통신망운영자에게 적용되는 전기통신사업법상의 손해배상규정은 전통적인 과실책임주의와는 달리 정보통신망 운영자의 고의·과실이라는 귀책사유를 요하지 않는 무과실책임주의를 취하여 정보통신망운영자의 책임을 강화하고 있다. 그러나 이용자의 귀책사유 내지는 불가항력으로 인한 항변을 인정하여 책임의 경감 또는 면제를 규정함으로써 무과실책임주의에서 발생하는 불합리성을 조정하고 있다. 다만 순수한 기계적 오류 내지 장애가 구체적으로 예견하고 회피하기 어렵다고 하여 원인규명이 불가능한 오류가 불가항력에 포함되도록 하는 것은 과실책임주의와 크게 다르지 않게 된다. 이러한 전기통신사업법의 손해배상규정을 근거로 한 책임귀속의 확장에 있어서 정보통신망운영자가 전기통신사업법에 의한 전기통신사업자가 아닌 경우에는 사실상의 무과실책임이 인정되지 않는 등의 적용상의 한계가 있다. 즉, 전기통신사업법 제2조 1항에서는 동법에 의한 허가를 받거나 신고를 하고 전기통신역무를 제공하는 자만을 적용대상으로 하므로 그에 해당되지 않는 즉, 무상으로 인터넷접속의 서버를 운영하여 불특정다수에게 제공하는 차원에서 정보통신망을 운영하는 자에 대해서는 과실책임의 원리에 따라서 책임귀속이 이루어져야 하는지 아니면 이용자와의 관계가 법적 관계가 아닌 호의관계로 보아야 할 것인가가 문제가 되는데, 무상으로 특별한 절차를 거치지 않고 정보통신망 이용을 공중에게 개방하는 경우에는 호의관계로 보아 이용자와의 관계에 대해 개인정보보호 등의 특별한 법규가 없는 한 법적 책임을 부담시킬 수 없다는 견해가 있으나,⁴⁰¹⁾ 정보통신망정보제공자가 무상으로 인터넷 접속서비스를 불특정다수에게 제공하였다도 전기통신사업법 제2조 1항을 유추하여 책임을 인정하는 것이 소비자 즉, 이용자를 보호할 수 있다.

2) 締約補助者の 責任

정보통신망운영자가 자신의 정보통신망을 이용자와 이용자간의 거래행위의 수단으로 이용하도록 하는 경우에 이용자와 이용자간의 상호관계에서 있어서 양당사자간의 계약체결에 일정한 정보통신망의 장애 내지 불안정으로 인해 이루어지지 못한 때에는 정보통신망운영자에게 '계약보조자'로서의 지위를 인정하여 그에 따른 책임을 상대방에 물을 수 있는지가 의문이 든다. 예를 들면, 甲이 정보통신망을 통해서 乙에게 상품을 판매하기로 청약하고, 乙이 정보통신망을 통하여 甲에게 상품을 사겠다는 승낙의 의사표시를 하였으나 어떠한 정보통신망의 장애로 인

400) 정진명, 전제 “가상공간상의 불법행위에 대한 법적 책임-저축법상 문제를 포함하여-”, p. 225.

401) 오병철, 전제서, p. 342.

하여 발송조차 이루어지지 않아 민법 제531조의 격지자간의 계약이 체결될 수 없었던 경우에 乙은 甲과의 상품매매계약을 체결함에 있어서 정보통신망운영자에게 계약보조자로서 인정하여 甲에 대해 민법 제535조의 계약체결상의 과실책임을 물을 수 있는지가 문제가 된다.

이러한 경우에 甲과 乙에 대해 정보통신망운영자는 계약체결을 위한 교섭과정사이에서 이용되는 보조자로 인정할 수 있으므로 계약보조자의 지위를 인정할 수 있다. 그러나 거래당사자 甲과 乙 양당사자 모두 정보통신망을 이용하여 계약을 체결하는 경우에 정보통신망운영자는 甲의 계약보조자인 동시에 乙의 계약보조자의 지위를 갖게되는 경우에 문제가 된다. 이러한 문제에 대하여 일부에서는 계약보조자의 과실에 기인한 것으로 인정하더라도 甲과 乙간의 일방만을 위한 것이 아니기 때문에 계약보조자의 과실에 대해 민법 제391조의 이행보조자책임을 적용하는 경우에는 甲과 乙의 양당사자의 과실로 인정하여 甲과 乙에게 책임을 물을 수 없다고 하나,⁴⁰²⁾ 정보통신망운영자의 과실 즉, 계약보조자로 인정되기 위해서는 정보통신망운영자와 이용자간에 기술적·시스템적으로 개방되어 있는 경우에는 앞의 예에서 甲과 乙은 상대방에 대하여 과실책임을 물을 수 없다고 하여야 하나, 기술적·시스템적으로 개방되어 있지 않은 정보통신망 운영자와 이용자간의 관계에 따라서 과실책임을 인정할 수 있다.

3) 履行補助者の 責任

이행보조자란 채무자가 채무의 이행을 위하여 사용하는 자를 널리 이행보조자라 한다. 이행보조자는 크게 세 가지로 나눌 수 있는데, 협의의 이행보조자 및 이행보조자의 이행보조자와 이행대행자로 분류할 수 있다. 전자의 협의의 이행보조자와 이행보조자의 보조자의 고의·과실로 인한 행위에 대해서는 채무자가 채무불이행책임을 지는데 이론이 없다. 그러나 이행대행자의 고의·과실 있는 이행행위에 대한 채무자의 책임이 문제가 된다.⁴⁰³⁾ 정보통신망이용자간의 계약이 체결된 후 정보통신망운영자의 정보통신망을 이용하여 그 계약을 이행하는 경우에 정보통신망의 장애 내지 불안정으로 인해 계약의 내용에 좇은 이행을 이루어지지 못한 때에 정보통신망운영자를 채무자의 '이행보조자'로 다루어 상대방에게 이행보조자 책임을 물을 수 있는가가 의문이 된다. 이에 대하여 민법 제467조 제2항에 따라 정보통신망운영자를 채무자로부터 물건의 운송을 위탁받은 자로 취급하여 물건의 수령, 적하, 인도, 보관 등에 관하여 과실이 있으면 정보통신망운영자를 채무자의 '이행보조자'로 다루어 과실책임을 물을 수 있다.

한편, 전자거래에서 채무의 이행을 위한 수단으로서 컴퓨터를 이용하는 경우에 컴퓨터를 기존의 이행보조자와 동일시하여 이행보조자책임을 컴퓨터운영자에게 인정할 수 있는가에 대

402) 윤주희, 전제 "시스템계약에 관한 연구", p. 155.

403) 박윤직, 전제 「채권총론」, p. 98 ; 김상용, 전제 「채권총론」, p. 110.

하여, 독일에서는 컴퓨터를 이용하여 전자거래에서 이행을 하는 경우에는 본인의 이행보조자에 대하여 본인의 보증의무를 유추하여 모험책임을 인정할 수 있다는 견해가 있다(독일 민법 제278조). 즉 상대방 채권자는 본인이 스스로 자신의 채무를 이행하는 경우와 같이 이행보조자 역시 채무자와 동일한 주의를 다할 것이라는 점을 신뢰하고 있으므로, 본인은 자신의 이익을 위하여 보조자에게 위임함으로써 자기의 업무영역을 확대한 경우에 업무와 연관이 있으며 자신에 의해 통제가 가능한 모험에 대해 스스로 책임을 부담해야만 한다. 독일 민법 제278조의 이행보조자책임을 컴퓨터를 행하여 이루어지는 전자거래까지 유추적용하기 위하여 주장하는 견해로서는 첫째, 독일 민법 제278조의 취지에 따라 채무자는 포괄적인 방법으로 자신의 업무영역에 대해 책임을 져야 하고, 사람인 이행보조자를 사용하는 대신에 이행보조자로서 컴퓨터를 이용하였다는 점을 들어 책임을 면할 수 없다는 점을 들고 있다. 둘째, 컴퓨터는 스스로의 자기조종이나 자기통제를 통하여 프로그램의 조종을 받지 않는 기계라고 특징지을 수 있으며, 사람인 이행보조자와 비교하여 동일시할 수 있는 점이 있다는 것이다. 그러므로 이행보조자의 기능도 이행을 함에 있어서 주로 매우 좁은 제한된 지시로서 제한되므로 컴퓨터의 실제적인 창조력의 기여는 고려할 필요가 없다고 한다.⁴⁰⁴⁾ 셋째, 무과실의 계약책임을 인정하기 위해서는 특히 소비자에 대한 전자거래업자의 책임을 무겁게 하고자 하는 현대적 소비자보호 측면에 따른 것이다. 이에 대하여 우리의 학설은 자연인인 이행보조자를 자동화시설이 대치한 데 불과하므로 자동화시설의 운영자에게 기계장치의 하자로 인한 결과에 대하여 무과실책임이 있다고 주장하는 견해가 있다.⁴⁰⁵⁾ 다만 무과실책임을 이행보조자의 행위에 대하여 인정하기 위해서는 과실책임으로는 불충하다는 한계점이 입증되어야 한다.⁴⁰⁶⁾

컴퓨터를 이용한 전자거래에 있어서 컴퓨터를 이행보조자로 다루어 이행보조자책임을 물을 수 있기 위해서는 법이념적 측면과 법이론적인 측면의 두 가지 점에서 지적된다. 첫째, 법이념적인 관점에서 본다면, 법적 주체인 인간과 단순한 권리객체인 기계를 동일한 관점에서 다루어야 한다는 점이다. 일반적으로 채무자는 이행보조자의 행위의 결과에 대해 이행보조자에게 귀책사유가 있는 일정한 범위에 대해서만 자기 자신의 행위와 같이 책임을 부담하는 것이 원칙이나 컴퓨터시스템은 어떠한 책임의식을 가진 것도 아니고 법적 주체가 아닌 단순한 권리객체에 불과하므로 컴퓨터시스템에 대해 어떠한 책임비난도 할 수 없는 것이다. 컴퓨터시스템은 암기능력이나 연산속도 등의 컴퓨터의 작업능력이 인간보다 우수하다는 점은 부인할 수 없고, 인간을 대체할 수 있는 여러 가지가 있다고 하더라도 컴퓨터 자체에게 어떠한 주체성을 인정

404) Mattias Kuhn, *aa.O.*, S. 282.

405) 김용직·지대운, 전제 “정보사회에 대비한 민사법 연구 서론”, p. 124.

406) Kähler Helmut, *aa.O.*, S. 158.

한다는 점은 인간의 존엄성이라는 측면에서 부정하는 것이 합리적이다. 둘째, 법이론적인 관점에서 보면, 이행보조자의 유책한 계약위반성이라는 요건을 포기하고 단지 원인제공만을 요건으로 하게 된다는 점에서 문제가 된다. 결국 과실책임에서 인과책임으로 나아가게 되는 것이다. 즉 컴퓨터 작동과정의 개별적인 부분이 일반적으로 컴퓨터운영자를 통해 컴퓨터시스템이 스스로 작동된다고 이해되지만, 돌발적이고 예견할 수 없는 작동오류가 발생하는 경우에 귀책사유가 있는 것으로 평가되어질 수 없다. 따라서 이행보조자책임이 이행보조자의 귀책사유나 책임능력을 요건으로 하여야 하는 가는 문제가 되나, 이행보조자의 책임은 침해결과에 대해 예견가능성과 회피가능성을 요건으로 하고 있으므로 컴퓨터운영자의 무과실적인 인과관계에 대한 책임에 대한 이론적 근거로 이행보조자책임 규정을 유추하는 것은 타당하지 않다⁴⁰⁷⁾고 하면서 업무보조자의 도입에 대한 법적 처리와 조화 있게 컴퓨터 도입을 통해 발생한 침해결과에 대해 단지 컴퓨터의 선정과 설치 또는 업무분배나 그 외의 특별한 설정에 관하여 귀책사유가 있는 경우에만 책임을 지도록 한하여야 한다고 한다.⁴⁰⁸⁾

(3) 情報通信網運營者의 責任內容

1) 損害賠償責任

정보통신망운영자가 정보통신망의 장애로 인해 이용자에게 손해배상책임을 지는 경우는, 정보통신망이용자가 정보통신망 장애로 인하여 이용하지 못한 것 그 자체에 대한 손해로써 이는 민법 제393조 제1항의 통상의 손해에 해당되어 정보통신망운영자는 이용자에 대해서 그 직접 손해를 배상할 책임이 있다. 그러나 문제가 되는 것은 정보통신망을 거래의 수단으로 이용함에 따라 정보통신망을 이용하지 못함으로써 얻을 수 있었던 이익을 얻지 못한데 대한 손해배상으로 이는 기대이익의 상실로 인한 손해로 민법 제393조 제2항의 '특별한 사정으로 인한 손해'에 해당된다고 볼 수 있다. 이러한 특별한 사정으로 인한 손해는 채무자가 그 사정을 알았거나 알 수 있었을 때에 한하여 배상할 책임이 있다. 이러한 특별한 사정으로 인한 손해에 대하여서는 정보통신망운영자의 예견가능성이 어느 정도 작용하고 있음을 알 수 있다. 그러므로 정보통신망운영자는 정보통신망이용자의 거래가 정보통신망의 장애로 이루어지지 못하여 기대이익을 갖지 못한 데 대하여 이익이 발생할 것이라는 사정을 알았거나 알 수 있었을 경우와 만일 이익이 발생하더라도 이익을 현실화할 것을 예견하거나 예견할 수 있었을 때에만 그에 대한 손해배상책임을 지게 된다.⁴⁰⁹⁾ 그리고 전매이익의 발생에 대한 예견 내지는 예견가능성

407) 오병철, 전거 「전자거래법」, p. 319.

408) Kuhn Mattias, *aa.O.*, S. 288.

이 있는 경우에만 정보통신망운영자가 손해배상책임을 부담하게 되고, 정보통신망운영자가 정보통신망이용자의 기대이익에 대하여 손해를 배상하는 경우에는 예외적인 경우에 한정된다고 볼 수 있다.

2) 契約解除

정보통신망이용자가 정보통신망의 장애로 인하여 정보통신망을 이용할 수 없는 경우에는 민법 제546조에 따라 채무불이행의 효과로서 정보통신망운영자에 대하여 정보통신망 서비스계약을 해지할 수 있다. 그리고 정보통신망이용자는 정보통신망의 장애로 인하여 정보통신망을 이용할 수 없는 경우에는 정보통신망운영자에게 통지하여 정보통신망 서비스계약을 해지할 수 있다고 보아야 한다.

3) 完全給付義務

정보통신망이용자는 정보통신망 서비스계약에 따라 정보통신망운영자가 완전한 급부를 이행하지 않는 경우에는 정보통신망이용자는 완전물급부청구권을 인정하여 그에 관하여 채무자와 정보통신망운영자에게 부진정연대책임을 지도록 하는 것이 타당하며, 원칙적으로는 이행보조자(정보통신망운영자)는 채권자(정보통신망이용자)에 대하여 계약상의 책임을 지지 않을 것이지만, 채무자가 이행보조자 책임을 부담한 후에 이행보조자에게 구상권을 행사할 수 있다.⁴¹⁰⁾ 따라서 정보통신망운영자는 채권자에 대하여 금전으로 손해배상을 하여야할 책임은 없으나 채무자와 연대하여 완전물을 급부할 책임이 있다.

5. 電子去來 關與者의 責任

(1) 電子去來當事者와 관련된 責任

1) 販賣業者의 責任

인터넷의 쇼핑물을 통하여 쇼핑을 하거나 주식의 매매 등 각종 거래를 하는 것과 같이 컴퓨터를 통한 상품의 매매나 서비스에 대한 계약을 체결하는 과정에서 어떠한 사정으로 이용자에게 손해가 발생하는 경우에 판매업자나 서비스제공업자의 책임을 어디까지 인정하여야 하는지가 문제가 된다. 전자거래에 참여하는 판매업자나 서비스제공자는 거래의 상대방에게 완전

409) 오병철, 전계 「전자거래법」, p. 349.

410) 박윤직집필대표/양창수, 전계 「민법주해(IX)」, p. 428.

한 이행을 해야하는 의무를 부담하지만, 계약에 따르는 완전한 이행을 하지 못하는 경우에는 계약상 책임에 따라 손해배상책임을 부담하게 된다. 예를 들면, 컴퓨터통신망을 통하여 소비자가 어떠한 상품을 구매하기로 하여 계약조건에 클릭하여 동의하는 경우에 판매업자는 완전한 이행이 되도록 하는 책임을 부담하게 된다. 그러나 인터넷을 통한 전자거래에서는 물품의 주문에서 도달까지 여러 단계를 거치게 되므로, 이로 인하여 다양한 하자가 발생하게 되고 이로써 소비자에게는 완전한 급부를 받을 수가 없는 경우가 발생하게 된다. 만일 컴퓨터를 통한 물품 구입과정에 있어서 통신의 장애 등으로 소비자의 구입의 의사표시가 상대방에게 도달하지 않았다고 하는 경우에는 판매업자는 책임을 부담하지 않는다. 그렇지만 정상적으로 소비자가 구입의 데이터를 전송은 하였으나 제3자의 개입행위로 인하여 데이터가 변경되었거나 지연되어 손해가 발생한 경우와 무권한자에 의한 계약이 체결되어 이행까지 지연되어 손해가 발생하는 경우, 컴퓨터통신망의 안전한 관리의무를 이행하지 못한 경우에 있어서는 판매업자에게 데이터전송에 있어서 보안시스템을 개발하여 컴퓨터이용자를 보호할 수 있도록 하는 고도의 주의의무가 있으므로 이를 위반하여 발생하는 경우에는 판매업자의 책임이 발생할 수 있다.

먼저, 계약체결과과정에서 발생하는 손해에 대하여서는, 계약체결상의 과실책임의 법리에 따라서 손해배상을 물어야 한다. 전자거래에서 택배업자나 운송업자 및 창고업자 등의 제3자를 이행보조자로 이용하는 경우에는 이들의 과실로 인하여 완전한 이행이 이루어지지 않는 경우에는 채무불이행책임을 물어야 할 것이다. 다음으로는, 판매업자나 서비스업자가 수집한 소비자의 개인정보에 대하여 타인에게 무단으로 유출하는 경우에 발생한 손해에 대하여 판매업자 등에게 손해배상책임을 물을 수 있으며, 전자거래에서 판매업자나 서비스제공업자는 컴퓨터 등의 안전성을 확보하기 위한 보호조치를 하여야 할 의무가 있다. 또 컴퓨터 등의 운영을 타인에게 위탁하는 경우에도 수탁자에게 컴퓨터 등의 안전성을 확보하기 위한 보호조치를 하여야 할 의무에 대하여 수탁자의 과실로 장애가 발생한 때에는 신속한 제거를 하여야 하고, 이러한 의무를 위반하는 경우에는 그 손해에 대하여 배상할 책임을 물을 수 있다.

2) 컴퓨터이용자의 책임

컴퓨터이용자인 소비자의 책임이 문제가 되는 경우는 전자적 의사표시에서 의사표시의 발신과정에서 의사표시가 제대로 전달되지 않은 경우, 지연되어 의사표시가 도달하는 경우, 수령인의 수령능력이 없어 반송되거나 의사표시의 내용이 변경되는 경우와 같이 인터넷에서 어떠한 상품이나 서비스를 구입하겠다는 구체적인 의사표시를 발신하는 과정에서 오류에 대하여 책임을 부담하게 된다. 앞에서 본바와 같이 전자거래에서는 의사표시의 효력발생시기에 대하여 수신자의 수신가능성이 있는 시점에 그 근거를 찾고 있으므로 수신자에게 도달되기 전까지

의 위험에 대한 책임은 발신자가 부담한다.⁴¹¹⁾ 의사표시에 변경 등의 하자가 발생하는 경우에도 도달하기 전에 변경이 생기는 경우에는 의사표시의 표의자가 위험부담을 지며, 도달 후에 발생하는 변경에 대하여는 수령자가 부담한다고 보아야 한다. 만일 컴퓨터이용자가 컴퓨터의 키보드를 잘못 사용하여 의도하지 않았던 의사표시가 전달되는 경우에는 표의자인 소비자에게 철회권을 부여하여야 한다.

(2) 電子去來의 成立 및 履行과 관련된 責任

1) 電子去來의 成立과 관련된 責任

전자거래의 성립에서의 위험은 종래의 계약체결상의 과실책임의 문제로 볼 수 있으나⁴¹²⁾ 전자거래의 경우 물품을 직접 확인하기 어렵고 거래의 대상이 되는 물품이 아닌 정보인 경우 그 정보의 공개로 인하여 일방 당사자가 손해를 입을 수 있다는 점을 감안하면 전자거래에서는 특수한 위험의 문제가 발생하게 된다. 그러므로 기존의 계약체결상의 과실책임 문제는 일반적으로 대면적 계약체결과정에서 발생하는 신체적인 손해를 그 대상으로 논하였으나, 전자거래에서는 신체적 손해보다 금전적으로 다액의 손해를 야기할 수 있는 정보라는 무형의 가치가 손해평가의 대상이 될 수 있다는 점과 손해의 모습이 다양화될 여지가 있다는 점에서 계약교섭 및 계약체결과정에서 예상치 않은 위험이 존재할 수 있다는 점을 주의하여야 한다. 전자거래에서 계약교섭 및 체결되기 전까지의 위험은 개인정보 유출의 위험, 대금의 선지급으로 인한 회수불가능에 대한 위험, 계약체결을 위해 미리 전달된 컴퓨터프로그램에 대한 복제위험 등이 있다.

컴퓨터를 이용하여 이루어지는 전자거래는 컴퓨터간의 정보통신네트워크를 통해 이루어지므로 기존의 전달과정과 다른 매우 복잡한 과정을 가지고 있으므로, 법적인 측면 이외의 기술적인 측면을 반영하여 전자적 의사표시의 발신과 도달을 정해야 할 것이다. 그러므로 발신과 도달사이에 발생하는 위험을 누가 부담하는 것이 타당한지에 대하여 검토할 필요성이 있다. 앞에서 본 바와 같이 우리의 다수 학설은 전자거래에서의 의사표시는 표의자와 수령자의 컴퓨터가 물리적으로 분리되어 있으며, 발신과 도달이 동시에 일어나지도 않고 전자적 의사표시가 주로 전자사서함에 저장되는 경우가 있으므로 원칙적으로 격지자간의 의사표시로 해석하고 있

411) 김기현, “전자화된 의사표시의 효력발생시기와 하자 있는 도달의 위험부담”, 「법학연구」 제 8권 제1호, 충남대학교 법학연구소, 1997, p. 273 ; 윤주희, 전계 “전자거래에서 위험분배의 법제연구”, pp. 113-114 ; 이용길·김상명, 전계 “가상공간상에서 전자적 의사표시에 관한 연구”, p. 237.

412) 김민규, 전계 “전자거래와 관련한 민사책임법리”, p. 298.

다.⁴¹³⁾ 이렇게 전자적 의사표시의 효력발생시기를 격지자간의 의사표시로 보는 경우에는 전자거래에서의 의사표시의 효력발생시점은 컴퓨터통신망을 통하여 상대방에게 입력하는 순간에 효력이 발생하는 것으로 보고 있다. 따라서 전자거래에서 발신주의로 해석하게 되면은 이에 따른 발신자의 위험은 없는가에 대하여 검토할 필요가 있다.

그러나 전자거래에서는 직접 상대방과 대화자간의 대화방식으로 의사소통이 이루어지는 경우가 대부분이며, 상대방의 컴퓨터네트워크에 도착하고 나서도 상대방이 실제 그러한 전자적 의사표시를 확인할 수 있는 수신확인의 통지의무라든가 전자사서함을 이용하는 경우에도 수신 확인 할 수 있으므로 도달주의를 취하여 이를 해결하여야 한다.⁴¹⁴⁾ 이와 같이 도달주의를 취하는 경우에는 전자거래에서 발신자가 의사표시를 발신한 이후 도달이 될 때까지 모든 위험에 대한 책임은 발신자가 부담하여야 한다. 그렇지만 발신이후 도달까지의 위험, 즉 컴퓨터통신망의 장애로 인하여 데이터가 도달하지 않거나 일부만 도달하는 경우와 의사표시를 발신은 하였으나 상대방이 상당한 기간이 지나도록 도착한 데이터를 확인하지 않아서 이로 인하여 상당한 손해를 입은 경우에 발신자가 모든 손해를 부담한다.

2) 電子去來의 履行과 관련된 責任

전자거래에서의 이행 중에서 우편이나 택배서비스 등에 의해 소비자에게 상품을 발송함으로써 이행을 완료하는 오프라인형의 경우에 있어서는 유체물의 인도의무로 배달시스템에 의할 수밖에 없고 전자거래의 특수한 문제는 아니다.⁴¹⁵⁾ 그러므로 문제가 되는 전자거래의 이행상의 문제는 소프트웨어, 신문과 잡지의 기사, 사진과 영화나 비디오 등의 동영상, CD와 레코드에 기록되어 있는 음악, 통계나 기상데이터, 유가증권, 상장상품 등의 가격정보 등은 온라인형으로 이행하는 경우가 있다. 오프라인의 이행은 통신판매와 유사하지만, 다음과 같은 점에서 차이가 있다. 첫째로, 통신판매에서는 전화나 편지를 통하여 상품을 주문하는 방법 대신 컴퓨터를 이용하여 구매의사를 표시하게 된다. 둘째로, 통신판매와 달리 전자거래는 상품에 대한 정보가 인쇄된 카탈로그에 의하지 않고 컴퓨터의 화면을 통해 제공된다. 셋째로, 소비자에게 견본 상품과 주문되어 발송되는 상품이 다르게 배달될 수 있고, 그 시점에는 가상공간 속의 견본이 존재하지 않거나 전과 다른 내용이 나타나는 경우도 생길 수 있다.⁴¹⁶⁾ 그러므로 전자거래의 이행에 대한 위험은 그것이 관여자의 행위에 기인한 경우의 계약당사자의 책임과 그것

413) 지원림, 전게 “자동화된 의사표시”, p. 53 ; 오병철, 전게 「전자거래법」, p. 226 ; 김상용, 전게 “자동화된 의사표시와 시스템계약”, p. 51.

414) 오병철, 상계서, p. 223.

415) 정종휴, 전게 “전자거래의 등장에 따른 계약이론의 변용”, p. 85.

416) 이은영, 전게 “위험분담과 이전”, p. 113.

이 계약당사자에 기인한 관여자의 책임이라고 하는 두 가지의 국면을 생각 할 수 있으므로, 전자거래에서 책임에 관한 문제는 복수의 관여자가 존재한다는 점을 유의할 필요가 있다.⁴¹⁷⁾ 따라서 이하에서는 유형별로 나누어 검토한다.

(가) 履行의 目的物이 有體物인 경우

전자거래의 경우에도 통신판매의 경우와 같이 완전물급부의무의 이행여부가 문제가 된다. 유체물의 인도의 경우에는 전자적 수단에 의한 채무의 이행이 가능한 경우도 있겠지만, 상품의 인도의무의 경우에는 대면적 거래와 마찬가지로 물품의 발송 및 도달이라는 채무이행과정 이 문제가 될 수 있다. 인도물건에 하자가 존재하는 경우에는 채무불이행책임 및 하자담보책임의 문제가 발생한다. 이 경우 담보책임을 채무불이행책임으로 다룰 것인지 아니면 법정책임으로 다룰 것인지에 대하여 해석상의 문제가 발생한다.⁴¹⁸⁾ 컴퓨터를 통해서 이루어지는 것 자체가 불가능하는 경우에, 유체물의 급부에 있어서 물류업자를 이행보조자로 이용하게 되고 그에 따른 채무불이행시 책임이 발생한다. 그리고 상품의 하자 또는 결함으로 인하여 소비자에게 손해를 야기하는 경우에는 계약책임법상의 적극적 채권침해의 문제나 제조물책임의 문제가 된다.

(나) 履行의 目的物이 無體物인 경우

목적물이 소프트웨어나 문자형태로 된 문서 또는 사진이나 동화상, 음악프로그램 등은 컴퓨터파일의 형태로 되어 급부가 일어나게 되는데 이러한 이행의 경우에는 컴퓨터 통신망을 운영하는 별도의 통신업자를 이행보조자로 이용하여 이루어지기 때문에 통신망의 장애로 채무불이행이 있는 경우 책임문제가 발생하게 된다.⁴¹⁹⁾ 네트워크상에서 소프트웨어를 다운받거나 신용정보 및 통계, 주식정보 등 각종 무형의 정보가 계약의 목적물인 경우 당해 정보에 하자가 있는 때에는 완전물급부청구권이 발생하게 되고, 계약의 목적물인 정보 그 자체가 하자는 없지만 정보내용에 하자가 있거나 정보가 불완전한 경우에는 보완청구권의 발생 여부가 문제가 된다. 또 당해 정보의 불완전성으로 인하여 계약의 목적을 달성할 수 없는 경우에는 계약의 해제권이 발생한다. 아울러 급부의무의 이행에 유해한 바이러스 등이 부착되어 채권자의 다른 프로그램에 손해를 야기한 경우에 적극적 채권침해로 인한 손해배상청구권이 발생하고, 정보내용이 불완전 및 오류로 당사자에게 손해를 야기한 경우에는 확대손해에 대한 배상책임이 발생한다.

417) 永田眞三郎, “시스템契約의 成立過程と 履行過程”, 「네트워크社會と法」, 有斐閣, 1988. 6, p. 50.

418) 이은영, “전자상거래와 소비자법”, 「법률신문」, 제2735호, 1998. 10. 22, p. 14.

419) 오병철, 전제 「전자거래법」, pp. 301-302.

(다) 履行의 目的物이 權利移轉인 경우

온라인상으로 재산상의 권리 즉, 동산 및 무체재산권도 이전할 수 있으므로,⁴²⁰⁾ 이행의 목적물이 권리이전인 경우에도 검토할 필요성이 있다. 증권의 경우는 전자거래의 주된 대상이 되고 있다. 주식 또는 유가증권의 경우 그 권리의 이전을 전자장부에 이기함으로써 전자거래가 행하여진다. 이 경우 전자장부는 하나의 공시방법적 기능을 수행한다. 이 경우 권리상에 하자가 발생하는 경우에는 하자담보책임이 발생하고, 그 효과로서 대금감액청구권이나 계약해제권 및 손해배상청구권이 발생할 수 있다. 그런데, 등기의 전산화가 이루어진다면 부동산에 관한 권리도 전자거래의 대상이 될 수 있을 것이다. 다만, 부동산의 경우에는 등기의 이전뿐만 아니라 목적물의 인도 또한 중요한 급부의 내용을 구성할 것이므로 주식 등의 권리의 이전과는 또 다른 측면이 있다. 따라서 부동산에 대한 권리를 거래의 목적으로 하는 경우에는 전자거래법을 개정할 필요성이 있다.⁴²¹⁾

(3) 컴퓨터프로그램과 통신망에 관련된 책임

전자거래에서는 기본적으로 네트워크시스템 및 통신망을 통하여 모든 거래가 이루어진다. 이러한 것의 이행행위 자체가 거래의 대상이 될 수 있을 뿐만 아니라⁴²²⁾ 이를 이용하고 있는 두 당사자 및 다수 당사자 사이에 거래가 이루어질 수 있다. 따라서 네트워크 이용계약은 일반적인 전자거래의 유형과는 구별하여 논하여야 한다.⁴²³⁾ 프로그램과 통신망에 관련된 책임은 다음과 같이 분류해 볼 수 있다. 첫째, 청약이나 승낙의 데이터를 발신했음에도 불구하고 소실되거나 통신망의 장애로 인해 전송이 지연되는 경우 둘째, 데이터의 오류와 같이 통신시스템 자체의 취약성으로 인하여 발생하는 사고 셋째, 이미 데이터가 전송되었음에도 불구하고 이용자 스스로의 착오에 기인하여 전송되었다는 사실을 알지 못하고 다시 전송하는 이중전송이나 데이터의 잘못입력과 같이 이용자측의 오류로 인한 사고 등으로 분류할 수 있다. 전자거래에서 청약이나 승낙데이터의 소실, 전송지연, 데이터 오류 등은 통신시스템 자체의 결함에 의한 경우이다. 계약을 성립시키기 위한 도구로써 통신시설을 이용하는 당사자들에게는 그러한 위험에 대비하여 여러 가지 안전대책을 세우기 마련이지만 이 경우 그 원인관계의 규명에 따라 책임의 부담부분이 달라질 것이다. 통신시스템의 하자의 원인으로는 기계적 오류로 인한 하자,

420) 内田貴, 「電子商去來と法(1)」, NBL, 第600號, 1996. 9, p. 38.

421) 김민규, 전제 “전자거래와 관련한 민사책임법리”, p. 15 ; 이은영, 전제 “전자상거래와 소비자법”, p. 14.

422) 이은영, 상계논문, p. 14.

423) 김민규, 전제논문, p. 301.

오픈 네트워크로 인한 제3자 개입의 하자, 프로그램자체의 오류로 인한 하자 등이 있다. 이러한 하자는 발생상황에 따라 당사자에게 중대한 영향을 미칠 수도 있는 문제이므로 적절한 해결방안이 강구되어야 한다. 결합에 대해 컴퓨터 제조자의 책임에 관한 논의에서 하자있는 부품, 부품의 조립상 하자, 설계의 하자, 프로그래밍 하자, 복구 불능한 사용하자, 전력공급의 장애로 분류하는 견해도 있다.⁴²⁴⁾

또, 일본에서는 통신사업자의 책임을 긍정하는 입장에서 전체 전자거래에 참여하는 당사자들을 기준으로 네트워크 책임론, 책임분계점이론, 시스템책임론의 이론을 바탕으로 논의가 되고 있다.⁴²⁵⁾ 이러한 통신망의 하자로 인해 사고가 발생한 경우 직접적인 원인야기자가 명확한 경우에는 그 자에 대하여 채무불이행 또는 불법행위책임 등의 책임을 물어 손해배상책임을 부담시킬 수 있다. 그러나 현실적으로 직접적인 원인 야기자를 밝혀내는 것이 쉬운 일이 아니므로 손해배상에 대한 책임을 묻는 것이 용이하지 않다. 더 나아가 통신망 오류에 대한 원인 야기자를 알 수 없는 경우에 가장 크게 문제가 되는 것은 통신회선상의 문제이다. 그런데 한국 전력공사의 전기공급규정 제49조 3호 내지 제51조 3호에서 한전의 전기공작물에 고장이 발생하거나 발생할 우려가 있는 경우에 전기의 공급을 중지하거나 그 사용을 제한할 수 있으며 그에 따른 손해배상책임을 지지 않는다는 면책약관이 있으며, 이러한 면책약관이 유효하다는 판례⁴²⁶⁾가 있기 때문에 실제 통신사업자에게 이러한 오류로 인하여 책임을 묻는 것이 용이하지 않다.

전자거래에서 하자는 기존의 계약이론에서의 하자보다 그 범위나 한계가 넓고, 그를 믿고 참여한 소비자에게 많은 책임을 부담시키는 것은 불공평할 것이므로 이 경우 일정한 부분에서 통신사업자의 책임부담도 뒤따르는 것이 필요하다. 전화 및 통신수단의 두절과 같은 통신장애가 발생한 경우 전기통신사업자의 책임을 물을 수 있을 것인가라는 문제는 새로운 책임범역으로 책임법리가 논의되어야 한다. 전기통신사업자의 손해배상책임에 대한 면책약관에 있어서는 그 유효성은 허용될 수 없다. 그리고 네트워크시스템의 오류로 인하여 이용자에게 손해를 야기하는 경우에, 이에 관여자가 복수인 경우 그 책임을 적절하게 분배하거나 추급하는 것이 어렵다. 예컨대 접속이 불가능하거나 접속불량인 경우 또는 사용 중 접속이 단절된 경우에 네트워크시스템 제공자 또는 온라인서비스제공자에게 책임을 물을 수 있을 것인가라는 문제가

424) M. Brunner, "Zum Risiko von Computerfehlleistungen bei der Abwicklung von Verträgen", Kiel Univ., Dissertation, 1970, SS. 25-29.

425) 정종휴, 전제 "전자상거래와 계약이론의 변용", p. 37 ; (財)日本情報處理開發協會/産業情報化促進センター, 「電子去來に係るの法的問題點の検討」, 電子取引調査研究報告書, 1992. 3, p. 53.

426) 대판 2002. 4. 12, 98 다 57099 ; 대판 1995. 12. 12, 95 다 11344 ; 대판 1989. 4. 25, 87 다카 2792.

발생하게 된다. 만일 이러한 네트워크시스템을 구축하는 과정에서 제공자가 고의로 네트워크 시스템의 운영을 방해한 경우라면 이를 증명하는 경우 그에게 책임을 물을 수 있을 것이나 그러한 것을 이용자가 알 수 있는 경우는 극히 어려운 상황이므로 이를 신뢰하고 거래한 당사자를 보호하는 방안이 필요하다.

우리의 전자거래기본법 제14조⁴²⁷⁾에서 전자거래사업자는 전자거래의 안전성 및 신뢰성을 확보하기 위하여 암호제품을 사용할 수 있으며, 정부는 국가안전보장을 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 암호제품의 사용을 제한할 수 있고, 암호화된 정보의 원문 또는 암호기술에의 접근에 필요한 조치를 할 수 있다고 규정만 있을 뿐 이에 대한 적절한 책임의 한계를 명시하고 있지 않다. 네트워크시스템의 오류로 발생한 이용자의 손해는 그것을 증명하거나 어느 정도까지를 손해라고 보아야 하는지도 명확하지 않으므로, 대개 이를 이용한 소비자가 불편을 감수하고 이용한다라는 정도로 인식되고 있을 뿐이다. 그러나 어떤 웹사이트를 개설해 놓은 후, 이를 계속적으로 이용하도록 소비자와 계약을 맺었으나, 구축해 놓은 시스템이 불완전하여 여러 오류가 발생함으로써 이를 이용하고 있는 소비자에게 어떠한 형태든 손해를 입혔다면, 이에 대한 배상의 문제가 될 수 있다. 반면, 네트워크시스템을 구축한 제공자 입장에서는 이러한 경우 대부분 약관으로 면책할 수 있는 방안을 취하고 있을 것이므로, 이용자를 보호하기 위하여 어떠한 책임범리 내지는 약관의 유효성 검토가 이루어져야 한다.

(4) 認證機關과 金融機關의 責任

1) 認證機關의 責任

전자인증기관의 배상책임에 관하여 전자서명법 제26조는 ‘공인인증기관은 인증업무수행과 관련하여 가입자 또는 인증서를 신뢰한 이용자에게 손해를 입힌 때에는 그 손해를 배상해야 한다. 다만, 그 손해가 불가항력이나 이용자의 고의 또는 과실로 인하여 발생한 경우에는 그 배상책임이 경감 또는 면제된다’고 규정하고 있는데, 이 규정이 민법 제390조의 채무불이행책임 및 민법 제750조의 불법행위책임과의 관계에서 그 적용이 해석상 문제가 되며, 인증기관의 책임이 과실책임인가 아니면 무과실책임인가가 전자서명법 제26조의 해석과 관련하여 문제가 된다. 먼저, 채무불이행책임인가 불법행위책임인가에 대하여 검토하여 보면, 전자서명법 제26조의 해석상 가입자 또는 인증기관의 이용자는 인증기관과 계약관계에 있다고 볼 수 있으므로

427) 제14조(암호제품의 사용) ① 전자거래사업자는 전자거래의 안전성 및 신뢰성을 확보하기 위하여 암호제품을 사용할 수 있다. ② 정부는 국가안전보장을 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 암호제품의 사용을 제한하고, 암호화된 정보의 원문 또는 암호기술에의 접근에 필요한 조치를 할 수 있다.

채무불이행책임으로 볼 수 있다. 다만, 가입자의 경우에는 인증기관과의 계약관계를 인정하는 데에 큰 문제가 없지만 인증서를 신뢰한 자는 당연히 인증기관과 계약관계가 발생한다고 보기는 다소 어렵다. 그러나 수신자에게 전송되는 인증서에는 연결되어 있는 문서를 보라는 지시가 있으며, 연결되는 문서에는 인증서를 신뢰한 당사자에 관한 약정이 있는 것이 일반적이다. 그리고 인증서에는 이러한 약정에 동의하지 않은 경우에는 인증기관의 서비스를 받을 수 없다는 내용과 함께 동의여부를 선택하도록 하고 있다. 따라서 수신자가 동의를 선택하면 인증기관의 서비스가 개시되고 수신자와 인증기관 사이에도 계약관계가 성립되는 것이다. 그러므로 동조는 가입자와 인증기관 사이에서만 아니라 인증서를 신뢰한 당사자와 인증기관 사이에서 발생하는 인증기관의 채무불이행으로 인한 손해배상책임도 규정한 것으로 해석된다.⁴²⁸⁾ 다만, 공인인증기관의 고의에 의하여 가입자에게 손해를 발생시킨 경우에는 불법행위책임도 성립될 수 있겠으나, 공인인증기관의 성립요건 뿐만 아니라 책임이 과중하여 이러한 경우는 거의 없을 것이므로 실익이 없다고 본다. 따라서 정보통신시스템의 가입자 또는 인증기관의 이용자는 인증기관과 계약관계로 보아 이를 위반하는 경우에는 채무불이행책임을 물을 수 있다고 보아야 한다.

다음으로, 과실책임인가 무과실책임인가에 대하여 검토하여 보면, 전자서명법 제26조 단서에서 ‘공인인증기관의 손해배상책임은 그 손해가 불가항력이나 이용자의 고의 또는 과실로 인하여 발생한 경우에는 그 배상책임은 경감 또는 면제된다’고 규정하고 있는데, 이는 공인인증기관의 손해배상책임을 과실책임으로 해석이 된다. 그러나 이러한 입법의 태도에 대해서 가입자의 입증의 곤란을 구제하기 위해서 인증기관의 책임을 무과실책임으로 하자는 견해에 대하여, 예를 들면 해킹 등에 의하여 인증서 등이 잘못된 경우에 인증기관이 손해를 입은 신뢰당사자에게 책임을 지게 하는 경우나 인증기관이 의무불이행에 대한 어떠한 귀책사유가 없음이 명백한 경우까지 책임을 지우는 것은 불합리하고, 또한 전자거래의 특수성상 전자거래의 활성화보다는 전자거래를 이용하는 소비자보호를 위하여 무과실책임주의를 원칙적으로 인정하는 것이 타당하다는 견해가 있으나, 전자거래의 활성화를 억제하는 기능이 될 수 있는 등의 이유로 공인인증기관에 전적으로 무과실책임을 인정하는 견해는 타당하지 않다.⁴²⁹⁾

2) 金融機關의 責任

전자자금이체를 하는 과정에서 사고나 장애로 인하여 송금의뢰인이나 수취인에게 손해를

428) 한삼인·김상명, 전제 “전자서명 및 전자인증에 관한 법률문제에 관한 고찰”, p. 1079.

429) UNCITRAL “DRAFT UNIFORM RULES ON ELECTRONIC SIGNATURES”, A/CN.9/WG.

IV/WP.76, 1998. 5. 25, p. 20 : 에서도 과실책임으로 할 것을 인정하고 있다.

주는 경우로 송금은행의 고의 또는 과실에 의한 경우에는 송금은행이 책임을 지는 것이나 수취인거래은행, 은행공동의 데이터통신시스템 운영주체, 통신회선제공자, 전자자금이체거래 관련자이외의 제3자의 고의 또는 과실에 의해 사고가 생긴 경우에는 각 당사자들이 부담하여야 하는지에 대한 책임이 문제가 된다. 은행과의 책임문제를 논하기 위해서는 각 주체가 누구인가를 먼저 검토해 볼 필요가 있다. 자금이체거래는 송금의뢰인과 송금은행간의 지급이체 계약 및 송금의뢰, 송금은행과 수취인거래은행간의 환거래관계, 수취인과 수취은행간의 지급관계가 있다. 또한 추심이체의 경우에는 수취인과 추심은행간의 추심이체계약 및 추심의뢰, 추심은행과 지급은행간의 환거래관계, 지급은행과 지급인간의 출금위탁관계, 지급인과 수취인간의 원인관계로 구성되어 있다.⁴³⁰⁾ 이와 같이 전자자금이체나 추심이체의 경우는 여러 관계자들이 참여하는 복잡한 관계로 되어 있다. 이와 같은 법률관계 속에서 지급의무가 이행되지 않은 경우, 그 책임을 누가 부담하는가 하는 문제가 발생한다. 전자자금이체의 불이행에 대하여 이체의뢰의 불이행이 송금은행의 잘못으로 인한 경우 송금은행은 송금인에 대한 선관의무위반으로 책임을 지게 된다. 이 경우는 송금인은 자신의 손해를 직접 송금은행에 청구할 수 있기 때문에 복잡한 법률문제는 생기지 않는다. 그런데 만일 수취은행의 지체 또는 컴퓨터 고장으로 지급인에게 손해가 발생한 경우의 문제이다. 이 경우 송금인이 자신의 손해에 대하여 송금은행을 상대로 의무위반에 따라 배상을 청구할 수 없고, 송금인이 수취은행과 계약관계가 없기 때문에 이체의무를 위반한 수취은행에 대하여 직접적인 손해배상을 청구할 수 없다. 이와는 반대로 송금은행은 수취은행에 대하여 손해배상청구권을 가지며, 적극적 채권침해의 책임을 물을 수도 있지만, 송금은행이 손해를 입지 않았기 때문에 청구를 할 수 있다 하더라도 의미가 없다.

따라서 이와 같은 경우의 문제를 해결하기 위한 방안으로 송금은행은 간접대리의 법리로 판단하여 자신의 이름으로 청구하되, 송금인의 계산으로 하여야 한다. 이 경우에도 지급은행의 지급인에 대한 책임이 명확히 규정되어 있지 않기 때문에 지급은행의 책임을 계약이나 약관으로 제한하는 것은 한정된 범위에서만 허용하여야 한다. 또한 송금인은 수취인 거래은행에 대해서 복위임을 수여한 관계로 해석하여 직접 그 책임을 물을 수도 있다는 견해가 있다.⁴³¹⁾ 한편으로 송금인이 송금은행에 한 이체의뢰와 송금은행이 수취은행에 한 이체지시의 연결고리라는 것에 근거하여 수취은행의 유책적인 의무위반을 이유로 지급인이 수취은행에 대하여 직접 손해배상을 청구할 수 있는 방법도 고려될 수 있다. 이때에 손해가 없는 청구권보유자인 송금은행도 원칙적으로 송금인에게 발생한 손해를 스스로 또는 수취은행에 대하여 배상 청구할 수

430) 정진명, “전자자금이체의 법적 문제”, 「인터넷법률」, 2000. 11, p. 26.

431) 김영갑·최성준, 전제 “정보사회에 대비한 상사법 연구 서론”, p. 228.

있다.

은행공동의 데이터통신시스템 운영주체로 인해 사고가 발생한 경우는 가맹은행의 공동책임으로 해석하여 발생한 손해에 대해 가맹은행이 공동 부담하는 것으로 해석하여야 한다고 한다.⁴³²⁾ 이러한 내용은 대개 가맹은행상호간 책임분담을 내용으로 하는 규약을 제정해 운영하고 있으며, 송금의뢰인이 이러한 규정의 내용대로 배상 받아야 되는 것은 아니다. 만일 송금의뢰인이 송금은행에게 손해배상의 소를 제기하더라도 가맹은행간 책임분담의 부분은 그대로 존속하게 된다.⁴³³⁾ 즉 일단 이용자의 피해를 보상해주고 은행과 네트워크 구성자간의 내부문제로 해결하는 것이 신속하고 이용자에게 유리하다. 거래에 당사자가 다수인 경우에 손해의 원인의 발원지를 알기 어려운 불편을 생각하면, 소비자가 접근방법의 사용에 있어서 요구되는 주의를 다한 경우에는, 적어도 입법론으로는 접근방법을 발행한 금융기관이 고객에 대한 관계에서는 일단 거래의 전과정에 대하여 책임을 지는 것이 옳다. 또한 은행실무자들은 송금은행의 송금인에 대한 위임계약상의 의무는 자금이체지시·환통지의 발송에 한정되어, 그 후에 다른 전자자금이체 거래당사자들에게 사고가 발생하더라도 송금은행은 일체 책임을 부담하지 않는다. 그러나 송금인으로서 수취은행 이외에는 어떤 당사자가 전자자금이체거래에 관여하는지 무관심하며, 전자자금이체거래계약의 창구인 송금은행이 수취인의 계좌에 입금하는 데까지 의무를 부담한다고 통상 기대하므로 송금인이 실질적으로 지정한 수취은행의 행위에 의하여 채무불이행이 발생한 경우를 제외하고는 그 이외의 전자자금이체 거래관계자들은 송금은행에게는 독립적 보조자인 경우에도 송금은행의 이행보조자들로서 이들의 고의나 과실에 대하여는 송금은행이 책임을 지며(민법 제391조), 지시인과 송금은행간의 계약의 법적 성질을 도급계약으로 송금은행은 이행불능으로 되지 않는 한 지시를 실현하는 무과실책임을 부담한다(민법 제664조).

제3자로 인한 사고에 대한 책임에 있어서는 통신회선제공자에 의하여 송금의뢰인과 송금은행사이에 사고가 발생하는 경우에는 송금위탁계약 자체가 성립하지 않으므로 책임을 지지 않지만, 송금은행과 수취인거래은행 사이에서 사고가 있는 경우에는 통신사업자의 책임을 물어 그에 따라서 책임을 지도록 하여야 한다. 이와는 달리 통신사업자가 메시지전송과 관련하여 당사자에게 손해를 발생하게 한 경우에는 소위 '네트워크책임론'에 따라서 책임을 분담시켜야 한다는 견해가 있다.⁴³⁴⁾ 제3자에 의한 사고의 발생이 정전이나 화재와 같이 예측불가능한 일로 인하여 사고가 발생하는 경우에는 통신사업자는 면책되지만, 그것이 통상 예측가능한 수준

432) 松本恒雄, “인터넷とこの取引と法”, 「法律時報」第69卷第7號, 日本評論社, 1997. 6, p. 165.

433) 上掲論文, p. 165.

434) 손진화, 전제 “새로운 전자지급제도의 법률문제와 입법론”, p. 22.

이고 은행이 일반적으로 타당하다고 인정하는 범위내에서 예방조치를 강구해 두면 방지할 수 있는 경우에는 은행의 면책은 인정되지 않는다. 패스워드 및 상대방 아이디를 훔치거나 해킹 등의 방법에 의한 부정거래의 경우에 있어서 발신인이 정보통신시스템 자체의 안전에 관하여 적절한 안전절차를 취했으나, 상대방이 진정한 당사자인지를 확인할 수 없게되는 때에는 그 책임을 발신인에게 물을 수 없다. 그리고 고객이 아닌 제3자가 고객으로부터 사실상의 권한을 부여받지 않은 상태에서 전자자금이체를 행하는 경우에 고객의 과실이 손실에 기여한 경우 고객의 책임을 인정하여야 한다는 견해와 신용카드사기의 경우에 부과되는 고객의 책임한도와 같이 일률적으로 일정액의 책임상한선을 설정하자는 견해가 있다.

이와는 달리 해커가 은행이나 서비스제공자의 관리하에 있는 접속카드번호 내지는 pin이 포함된 데이터베이스에 침입하여 자금이체행위를 하는 경우와 고객이 자신의 가정에서 은행으로 자금거래의 이전을 지시하였으나 제3자가 이러한 거래행위의 이익을 중간에서 가로채는 경우에는 은행이 전적으로 책임을 부담 한다. 다만, 컴퓨터프로그램, 통신방식, 제3자인 아웃소싱 업체 및 홈뱅킹시스템의 부속물 등의 선정이 은행의 주도하에 이루어지고 있으므로 컴퓨터이용자(고객)를 상대로 항변하는 것에 대한 한계를 명확히 하여 책임소재를 정하여야 한다.

(5) 시스템構築과 運營過程에서의 責任

시스템구축과 운영과정에서 발생하는 오류는 컴퓨터시스템 자체의 오류와 통신네트워크의 오류를 구분해서 책임을 논할 필요가 있다. 컴퓨터시스템의 오류에 대해서는 당해 컴퓨터시스템을 구축한 당사자에 대하여 채무불이행책임을 물을 수 있으며, 경우에 따라서는 제조물책임도 물을 수 있다(제조물법 제3조 참조). 만일 컴퓨터시스템을 구축한 자와 컴퓨터시스템제공자가 다른 경우에는 일차적인 책임은 컴퓨터시스템 제공자가 부담하여야 하며, 이차적인 책임은 컴퓨터시스템 구축자에게 물을 수 있고, 경우에 따라서는 연대책임을 물을 수 있다. 또한 통신사업자는 안전한 통신망을 제공토록 하는 의무를 부담하고, 컴퓨터시스템 구축자도 마찬가지로 컴퓨터시스템과 통신망이 안전하게 운영되도록 하여야 할 의무를 부담하며, 더 나아가 판매업자도 자신이 구축한 범위내에서 안전의무를 부담하기 때문에 통신네트워크의 오류로 인한 책임문제는 컴퓨터시스템 구축자와 통신서비스회사 및 판매업자가 공동으로 책임을 부담해야 할 경우가 있다. 이런 경우에 소비자가 다수당사자를 상대로 직접 손해배상을 청구할 수 있고, 일차적 거래상대방인 판매업자를 상대로 자신의 손해를 전부 청구할 수도 있다. 그리고 판매업자는 후에 자신의 부담부분을 제외한 나머지에 대하여 컴퓨터시스템 구축자와 통신서비스제공자에게 구상할 수 있도록 하여야 한다. 그러므로 다수당사자의 책임부분이 불명확한 경우에

는 연대하여 책임을 지도록 하는 것이 타당하다.

시스템구축과 운영과정에서 발생하는 책임문제 중 다른 하나는 이중전송이나 데이터의 입력오류와 같은 책임이 존재하고 있다. 이러한 책임은 이를 이용하는 당사자가 감수하고 참여하나 시스템자체가 취약하여 이미 데이터가 전송되었으나, 전송되었다는 메시지가 출력되지 않거나, 대화자간 거래가 아닌 컴퓨터의 모니터를 통하여 의사소통을 하게 됨으로써 문장의 해석을 잘못된 경우, 이용자가 잘못 입력한 경우에 모든 책임부담을 이용자에게 부담시키는 것은 타당하지 않다. 따라서 특히 이중전송의 경우에는 판매업자나 서비스제공자가 진정한 의사인지 확인토록 하는 의무를 부과하고, 이러한 확인절차를 거치지 않은 경우 발생하는 손해에 대하여는 판매업자나 서비스제공자가 부담토록 하여야 한다. 또한 자동정보처리시스템에 의한 입력오류 또는 해석오류가 발생하는 경우에는 민법 제109조의 착오의 법리를 이용하되, 전자거래에서는 단순히 이용자의 착오로 해결하기 보다 이용시스템을 구축하는 자에게 이용자의 착오를 방지할 수 있는 안전장치를 갖추도록 하는 의무를 부과하여야 하며, 이러한 안전장치를 제대로 갖추지 않음으로써 착오가 발생한 경우에는 판매업자나 서비스업자가 책임을 부담해야 한다.



第4節 電子去來關聯 不法行爲責任

불법행위라 함은 고의 또는 과실로 타인에게 손해를 가하는 법질서에 반하는 위법행위를 말하므로,⁴³⁵⁾ 행위자는 피해자에게 그 행위로 말미암아 생긴 손해를 배상하여야 한다(민법 제750조). 이때 손해의 배상은 금전배상을 원칙으로 하고 있지만, 당사자간에 특약이 있거나 법률의 규정이 있는 경우에는 원상회복청구도 가능하다.⁴³⁶⁾ 불법행위는 크게 세 가지로 구분하여 살펴볼 수 있는데 첫째는, 불법행위의 성립에 가해자의 고의·과실을 요하고, 그 가해자의 고의·과실을 피해자가 증명하여야 하는 일반 불법행위이다(민법 제750조). 둘째는, 불법행위의 성립에 가해자의 고의·과실을 요하지만, 일반 불법행위에서와는 달리 피해자가 가해자의 고의·과실을 증명하여야 하는 것이 아니라, 가해자가 스스로 피해자의 손해발생에 과실이 없었음을 적극적으로 입증하지 못하는 한 불법행위책임을 져야 하는 중간책임⁴³⁷⁾(민법 제755조,

435) 김상용, 전계 「불법행위법」, p. 1 ; 권용우, 전계 「불법행위론」, p. 1.

436) 윤철홍, 전계 「요해채권각론」, p. 301 ; 김상용, 전계 「채권각론(하)」, p. 101.

437) 김상용, 상계논문, p. 388.

제756조, 제758조 1항 본문, 제759조)으로 이는 법률의 규정에 의한 증명책임의 전환이며, 이와 같이 증명책임이 전환되는 경우에는 가해자의 과실은 추정된다. 셋째로는, 가해자의 고의·과실을 요하지 아니하고 피해자에게 발생한 손해를 배상케 하는 위험책임이 있다.⁴³⁸⁾ 불법행위의 성립요건은 가해자의 고의 또는 과실, 가해자의 책임능력, 가해행위의 위법성, 가해행위에 의한 손해의 발생이 가해행위와 손해간에 인과관계가 있어야 한다.

전자거래의 책임문제에서 가장 빈번하게 언급되어질 부분이 바로 불법행위책임인가 계약책임인가의 문제가 될 것이다. 물론 불법행위책임과 계약책임은 분리되어 발생할 수도 있으나 경우에 따라서는 동시에 발생하게 되는 경우도 생기고, 계약책임으로도 불법행위책임으로도 분류할 수 없는 그 중간적인 손해에 대해서 어떠한 책임을 물어야 하는지가 문제가 된다. 예컨대 판매업자가 통신사업자의 통신회선을 이용하기로 계약을 맺은 후, 그의 고의 내지 과실로 회선에 장애를 일으켜 통신사업자뿐만 아니라 그 외의 이용자에게까지 손해를 입었다면 계약책임과 함께 불법행위책임도 발생하게 될 것이다. 그런데 만일 제공자인 판매업자가 구축하고 있는 프로그램상 원인을 알 수 없는 사유로 장애가 생겨 통신사업자나 그 외의 이용자에게 손해를 입힌 경우, 원인을 알 수 없기 때문에 실질적으로 판매업자나 통신사업자나 프로그램 개발자나 심지어 이용자에게까지 그 귀책을 물을 수 없는 경우가 생기게 된다. 손해의 발생시 피해자가 어떠한 것을 근거로 손해배상을 청구할 수 있는지 검토할 필요가 있다. 앞의 사례에서 통신사업자는 판매업자를 상대로 계약책임을 이유로든 불법행위를 이유로 하든 손해에 대해 배상을 청구할 수도 있고, 이용자가 판매업자와 계약체결 및 이행의 과정에서 손해를 입은 경우라면 통신사업자와 같이 계약책임이 생기며 만일 그 외의 사유로 손해를 입은 경우라면 불법행위책임을 근거로 손해의 배상을 청구할 수 있다. 그러나 후자의 경우는 실제 장애의 원인 야기자를 알 수 없기 때문에 누구를 상대로 손해배상을 청구할 수 있는지 알 수 없게 된다. 전자거래에서 당사자의 고의나 과실이 있는 경우는 민법 제535조의 계약체결상의 과실책임이나 민법 750조의 불법행위책임을 물을 수 있을 것이다. 전자거래 당사자는 계약체결을 함에 있어 주의의무를 다하여야 하는데 이에 어떠한 결과의 예견가능성과 결과발생의 회피가능성도 포함된다.

전자거래에서 모든 권리와 법익의 침해가 문제되는 것이 아니라 컴퓨터를 통하여 전송될 수 있는 권리와 법익만이 침해의 대상이 된다.⁴³⁹⁾ 여기서 보호되는 권리와 법익에 따라서 분류하여 보면, 4개의 개별적인 책임유형으로 분류할 수 있다.⁴⁴⁰⁾ 첫째, 명예와 감정에 대한 불법행

438) 김상용, 전계 「불법행위법」, p. 33 ; 김상용, 전계 「채권각론(하)」, p. 381 ; 이은영, 전계 「채권각론」, p. 746.

439) 안춘수, “인터넷 내용에 대한 사업자의 책임과 자율규제”, 「법학연구」 제12권 제1호, 연세대학교 법학연구소, 2002. 3, p. 8.

위로서 가해행위는 명예훼손, 프라이버시 및 감정침해가 된다. 명예훼손은 공개행위 또는 배포행위에 의하여, 프라이버시는 침해는 공표행위 또는 이용행위에 의하여 행하여진다. 둘째, 지적재산권에 대한 불법행위로서 저작권과 상표권에 대한 침해가 있다. 저작권 침해는 주로 복제행위, 배포행위 또는 전시행위 등에 의하여 상표권 침해는 주로 이용행위 또는 도메인 네임의 등록행위에 의하여 행하여진다. 셋째, 개인정보에 대한 불법행위로서 이루어진다. 넷째, 경제적 이익에 대한 불법행위로서 가해행위로는 사기, 사칭, 영업간섭 등이 있으며, 사기는 기망행위에 의하여, 사칭은 모방행위에 의하고 영업간섭은 부당한 간섭행위로 이루어진다.

이하에서는 전자거래에서 불법행위책임으로 책임이론의 귀속근거를 검토하고, 전자거래기분구조의 유형에 따른 당사자간의 계약관계와 직접 관계되지 않은 개인의 정보를 무단으로 부정사용자에 대한 책임, 무권한자의 행위에 대한 책임, 명예훼손·성명권·초상권·프라이버시 침해에 대한 책임, 지적재산권(저작권·상표권)의 침해에 대한 책임, 온라인서비스제공자의 불법행위 책임, 제3자의 채권침해에 대한 책임 등 불법행위책임을 검토한다. 손해배상책임에 대하여 별도로 검토하기로 하고, 책임귀속의 근거에 대한 과실책임주의는 앞(제2장 제5절)에서 검토하였으므로 여기서는 논외로 한다.



1. 責任歸屬의 根據

(1) 無過失責任主義

일반적으로 행위자의 고의·과실을 요하지 아니하고, 위험원을 지배하고 있는 자가 그 위험원으로부터 발생한 손해를 배상케 하는 법리를 독일에서는 위험책임, 우리나라에서는 무과실책임, 영미에서는 엄격책임이라고 한다.⁴⁴¹⁾ 그러나 무과실책임은 위험책임과 달리 가해자의 행위로 인하여 타인에게 손해가 발생한 사실이 있는 경우에, 가해자에게 고의·과실이 없더라도 손해배상책임을 인정하는 책임법리라는 점만을 말하며, 위험책임보다는 그 적용영역이 훨씬 넓다. 즉 무과실책임이라는 것은 행위자의 고의·과실에 관계없이 인정되는 모든 손해배상 의무를 모두 포함하는 넓은 의미로 사용된다.⁴⁴²⁾ 전자거래에서 계약체결시에 계약의 목적이 불능한 사실을 알았거나 알 수 있었을 당사자는 상대방이 그 계약의 유효를 믿음으로 인하여 받은 손해를 배상하여야 하는 데(민법 제750조), 여기서 ‘손해’에 대하여 이행이익의 손해라는

440) 정진명, 전제 “가상공간상의 불법행위에 대한 책임”, pp. 212-213.

441) 김상용, 전제 「채권각론(하)」, p. 381.

442) 이은영, 전제 「채권각론」, p. 746.

견해와 신뢰이익의 손해라는 견해가 있으나,⁴⁴³⁾ 다수설은 신뢰이익의 배상이라고 한다.⁴⁴⁴⁾ 컴퓨터를 이용하는 전자거래에서 정보처리시스템의 결함으로 인하여 이용자가 손해를 입은 경우에 과실책임의 원칙에 의하여 컴퓨터운영자에게 과실이 있는 경우에만 책임을 지우는 것이 타당한가에 대하여 의문이 된다.⁴⁴⁵⁾

전자거래에서 무과실책임을 도입을 필요한 이유 혹은 컴퓨터운영자에게 무과실책임을 인정하는 근거를 들면, 첫째, 컴퓨터운영자인 기업가가 컴퓨터를 운영함으로써 인적비용의 절감과 거래량의 확대 등 많은 이익을 볼 수 있다. 둘째, 컴퓨터운영자는 기계장비의 위험을 보험 등을 통하여 분산하거나 적절하게 조절할 수 있다. 셋째, 오늘날 컴퓨터이용자는 자동정보처리시스템을 이용할 수밖에 없으므로 그의 장애로 인한 위험을 피할 수 없는 위치에 있으므로 이용자에게 위험을 부과시키는 것은 불합리하다. 넷째, 자동정보처리시스템의 이용자는 컴퓨터에 의해 이루어지는 결과를 검증할 수 없기 때문에 '심리적 강제상태'에 빠지게 되는 등의 문제점이 발생하게 된다.⁴⁴⁶⁾ 따라서 위험책임을 인정한 불법행위법의 규정을 유추적용하여 컴퓨터운영자의 무과실책임을 인정할 필요성이 있다.

그러나 기존의 과실책임주의로도 그 해결이 가능하다는 견해로, 위험책임은 신체, 생명, 건강 등에 대한 침해의 위험이 높은 경우에 인정되는데 반하여 컴퓨터 자동정보처리시스템에 의한 전자거래에서는 그러한 법익의 침해위험성이 없기 때문에 컴퓨터운영자의 과실유무에 관계 없이 책임을 인정하지는 견해는 적당하지 않다고 하는 견해가 있다.⁴⁴⁷⁾ 그런데 이행보조자에 대한 책임규정의 유추적용에 의하여 무과실책임을 인정하는 것이 타당한가의 문제에 대하여, 이행보조자에게 고의나 과실이 있는 경우에는 이를 채무자의 고의나 과실로 보아 채무자의 계약책임을 인정하지는 견해로 이행보조자의 고의나 과실이 있어야 성립한다고 한다. 전자거래에서의 전자적 이행행위를 보조하는 경우에는 예견가능성·회피가능성을 가진 인간의 행위임을 전제함으로써 컴퓨터 전자거래에서와 같이 컴퓨터운영자가 입력한 정보자료와 프로그램에 따라 작동할 뿐이고 스스로 사고하거나 행위를 할 수 없는 전자적 시스템이므로 이러한 자동처리장치의 결함을 무조건적으로 컴퓨터운영자의 잘못으로 귀속시키는 것은 문제가 있다.⁴⁴⁸⁾ 그렇다고 컴퓨터전산망이 불안정한 이유가 컴퓨터이용자의 '지배영역'내의 사유에 기인한 것이

443) 박윤직, 전계 「채권총론」, p. 139.에서는 손해를 이행이익의 손해와 신뢰이익의 손해로 구별하는 것은 부당하다고 한다.

444) 이호정, 「채권법총론」, 한국방송통신대학교, 1998, 70.

445) 김학동, “자동정보처리장치에 의한 의사표시에서의 법적 문제”, 「고시연구」, 1997. 3, p. 121.

446) Köhler Helmut, *aa.O.*, S. 157.

447) 오병철, 전계 「전자거래법」, p. 308.

448) 김학동, 전계 “자동정보처리장치에 의한 의사표시에서의 법적 문제”, p. 123.

라고 해서 반드시 그 컴퓨터이용자에게 책임을 부과시키는 것도 무리가 따른다. 왜냐하면 컴퓨터이용자의 지배영역 내에서 발생한 사유라고 해도 전혀 예견할 수 없거나 회피할 수 없는 경우에는 과실이 있다고 할 수 없기 때문이다. 또한 현실적으로 컴퓨터전산망을 구성하는 시스템은 매우 기술적이고 복잡하기 때문에 기술적 구성부분의 장애를 구체적으로 예견하고 회피한다는 것은 거의 불가능하고, 컴퓨터의 오작동 내지 작동불능이 대부분의 경우에 지속적인 것이 아니라 불규칙하게 단발적이거나 일회적으로 나타나며, 주로 원인조차 규명하기 어렵기도 하고, 다시 일정한 경우에 정상적으로 작동하는 등의 문제점 등이 항상 상존하기 때문이다.⁴⁴⁹⁾

사건으로서, 원칙적으로 현행의 법상으로는 컴퓨터운영자에게 과실책임을 인정하기 위한 과실의 추정의 법리에 따라 해석할 수 있으며, 컴퓨터이용자에게 사전에 주의의무 혹은 안전준수의무를 정하여 둔 경우에 이에 대한 주의의무 등을 위반하여 사용하는 경우의 피해에 대하여는 컴퓨터이용자가 스스로 주의의무 등을 다했다는 증명을 하지 못하는 한 이용자에게 책임을 물을 수 있다. 다만, 앞으로 전자거래가 활성화되므로 인하여 전자거래이용자의 피해가 확대될 뿐만 아니라 가해상대방을 알 수 없거나 피해를 입증하기 곤란하다는 전자거래의 특징이 존재하므로 입증책임의 전환을 제도적으로 보완할 필요가 있다.



(2) 危險責任主義

과학기술의 발달은 인간에게 많은 생활의 편리함을 주는 반면에 손해가 발생할 가능성이 증대되고 있으며 그 손해의 크기도 확대됨에 따라서 가해자에게 고의·과실이라는 귀책사유를 요하지 않고 그 손해를 부담시켜야 할 필요성이 생기게 되었다. 이러한 새로운 책임귀속원리를 독일에서는 ‘위험책임주의’라고 하고, 우리나라에서는 주로 ‘무과실책임주의’로, 영미에서는 ‘엄격책임주의’로 부르고 있다. 위험책임주의는 일정한 손해위험은 이 위험을 발생시켰거나 자신의 이익을 위하여 유지하고 있는 자가 부담하여야 한다는 원리로, 위험을 발생시켰거나 위험을 유지할 자가 우연히 발생하는 위험이 누구에게 현실화될 것인지 구체적으로 예견하거나 회피할 수 없다고 하더라도 그 위험에 의한 사고발생의 빈도에 따라 그러한 위험을 파악하여 산정할 수 있고, 위험을 가장 지배하고 자신의 이익을 위하여 발생시키는 수단이 그 위험 자체가 될 수 있다고 보는 데 있다.⁴⁵⁰⁾ 또한 이러한 위험책임의 법적 정당화의 근거는 피해자가 위험을 충분히 스스로 보호할 가능성이 없어 강제적인 방법으로 부담시켜야 한다는 점에 위험

449) 오병철, 전계 「전자거래법」, pp. 312-313.

450) 김민중, “위험책임의 새로운 체계”, 「사법행정」, 1991. 12, p. 47.

책임의 근거를 찾을 수 있다.⁴⁵¹⁾ 이러한 위험책임은 원자력산업, 핵무기 등의 위험한 설비를 갖춘 기업의 등장으로 위험산업이 점차 증대하여 일반인에게 주는 손해는 종래의 과실책임주의에 대한 비판에서부터 위험책임주의가 주장되게 되었다. 이러한 위험책임은 독일의 항공운항법(동법 제33조)과 원자력법(동법 제25조), 전자거래에서도 위험책임에 해당하는 것으로 해석된다.

우리나라와 같이 이에 대하여 입법이 없는 경우에 컴퓨터와 정보통신설비의 제조자에 대하여 그 제조물의 하자로 인해 발생하는 인적손해와 개인적으로 이용되는 물건의 손해에 대하여 위험책임을 인정할 수 있는냐에 대하여, 컴퓨터프로그램은 유체물이거나 관리할 수 있는 자연력이 아닌 정보에 불과하므로⁴⁵²⁾ 제조물책임법 제2조 제1호의 제조물책임의 대상범위에 포함되지 않는다는 견해도 있으나,⁴⁵³⁾ 컴퓨터프로그램이 대량으로 시판되고 있는 경우에 이를 구입하여 작동한 결과 그 소프트웨어의 결함, 즉 컴퓨터프로그램의 오작동이나 컴퓨터 바이러스의 감염 등으로 기존의 데이터나 하드웨어에 손상을 가한 경우에는 제조물책임을 인정하는 것이 타당하다. 그리고 손해발생원인이 불가항력에 기인하는 모든 손해에 대하여 배상책임을 인정하는 것이 아니라, 피해자의 기여과실이 있거나 피해자의 운영위험이 함께 있는 경우에는 손해배상범위를 결정할 수 있다. 그리고 전자거래의 분야에서 위험책임을 인정하기 위해서는 무엇보다도 소비자보호의 관점에서 논의가 될 수 있어야 한다. 컴퓨터 등의 정보처리시스템을 이용해 기존의 거래방식을 대체하는 자는 주로 기업적 형태를 갖게 되며, 전자거래에 이용되는 컴퓨터는 그 운영자가 배타적으로 운영·관리·사용하도록 되어 있다. 따라서 그러한 거래를 하는 상대방은 그 하자의 회피불가능성으로 인한 특별한 위험과 결합되어 있음에도 불구하고 그러한 전자거래방식이 법적으로 허용되고 있는데 있다.

451) Mattias Kuhn, *aa.O.*, S. 286.

452) 대판 2002. 7. 12, 2002 도 745 ; 대판 1986. 9. 23, 86 도 1205 ; 대판 1996. 8. 23, 95 도 192 : 대법원은 “절도죄의 객체는 관리가능한 동력을 포함한 ‘재물’에 한한다 할 것이고, 또 절도죄가 성립하기 위해서는 그 재물의 소유자 기타 점유자의 점유 내지 이용가능성을 배제하고 이를 자신의 점유하에 배타적으로 이전하는 행위가 있어야만 할 것인바, 컴퓨터에 저장되어 있는 ‘정보’ 그 자체는 유체물이라고 볼 수도 없고 물질성을 가진 동력도 아니므로 재물이 될 수 없다 할 것이며, 또 이를 복사하거나 출력하였다 할지라도 그 정보 자체가 감소하거나 피해자의 점유 및 이용가능성을 감소시키는 것이 아니므로 그 복사나 출력 행위를 가지고 절도죄를 구성한다고 볼 수도 없다. 피고인이 컴퓨터에 저장된 정보를 출력하여 생성한 문서는 피해 회사의 업무를 위하여 생성되어 피해 회사에 의하여 보관되고 있던 문서가 아니라, 피고인이 가지고 갈 목적으로 피해 회사의 업무와 관계없이 새로이 생성시킨 문서라 할 것이므로, 이는 피해 회사 소유의 문서라고 볼 수는 없다 할 것이어서, 이를 가지고 간 행위를 들어 피해 회사 소유의 문서를 절취한 것으로 볼 수는 없다”고 판단하므로 컴퓨터에 저장된 정보가 절도죄의 객체로서 재물에 해당하지 않고, 이를 복사하거나 출력해 간 경우에도 절도죄를 구성하지 않는다.

453) 이은영, “제조물책임법 제정의 필요성”, 「소비자」 제170호, 1997. 7-8, p. 31.

그러므로 전자거래업자는 컴퓨터 도입에 따른 위험을 상대방에 의해서 보다 더 적절하게 안전조치를 통해 통제할 수 있다고 할 수 있으므로 위험지배가 피해자보다 기술적 위험을 더 잘 통제하거나 보장할 수 있는 한, 발생된 손해를 위험지배자인 컴퓨터운영자에게 귀속시키는 것이 이론적으로는 타당하다. 그러나 이러한 위험책임을 귀속원리로 인정하기 위해서 제도적인 보완이 필요하다. 일반적으로 위험책임을 인정하거나 계약관계에서 무과실책임을 인정하는 것은 소비자보호에 그 근거를 두고 있어, 전통적인 위험책임이론에서는 인간의 人身損害에 대하여 위험책임을 인정하는 것이므로 컴퓨터운영상의 불안정 내지 컴퓨터 장애에 적용되는 것에 대하여 부정적인 시각이 있으나, 오늘날에 있어서는 컴퓨터시스템의 사회적·경제적 피해의 파급효과를 고려하여 경제적 위험도 함께 고려할 필요가 있으므로,⁴⁵⁴⁾ 전자거래관련법을 보완하여 제도적으로 위험책임론은 검토할 필요가 있다.

(3) 嚴格責任主義

영미법상의 엄격책임주의에 대하여 검토하여 보면,⁴⁵⁵⁾ 우선 전자거래에서 컴퓨터이용자의 고의 혹은 과실이 없는 경우에도 컴퓨터 운영자에게 일정한 책임을 귀속시키는 것은 컴퓨터시스템 운영자는 거래안전의무 등의 일정한 의무를 지는 전문가로서 인정되기 때문이다. 우리 민법 제390조의 과실책임주의에 따르면 컴퓨터나 정보통신이용자는 컴퓨터운영자가 고의적으로 행동하거나 또는 거래에서 요구되어지는 주의의무를 다하지 않는 경우에만, 컴퓨터나 정보통신을 통해 야기되는 손해에 대해서 손해배상의무를 물을 수 있었으나, 오늘날과 같이 컴퓨터 기술의 발전과 전자거래의 확대에 따른 위험이 날로 증가됨에 따라 손해의 발생빈도가 반복됨으로써 소비자보호의 측면에서 컴퓨터운영자를 보조하는 자의 가해행위에 대하여, 무과실 책임 귀속의 원리 중의 하나인 이행보조자책임을 대표하는 엄격책임으로 이행보조자가 업무를 수행함에 있어 제3자에게 가한 손해에 대해서 컴퓨터 운영자에게 책임을 지도록 하는 것이다.

엄격책임주의는 타인의 행위의 결과에 대한 보증의무를 전제로 하여, 이행보조자가 자신에게 맡겨진 업무를 수행함에 있어서 제3자에게 가한 손해에 대하여 배상책임을 진다는 것이다. 이는 자신이 행하여야 할 급부의 전부 또는 일부를 이행보조자를 이용하여 실행하는 경우에는 자신의 행위영역의 확장을 통해 이익범위를 확대한 것이므로, 그러한 이용관계에서 발생하는 손해라는 결과에 대해 일종의 보장을 해야 할 의무가 발생하게 된다. 따라서 자신의 채무이행

454) 松本恒雄, 前掲「コンピュータシステムと取引法」, p. 159.

455) 嚴格責任主義에 대하여 일부 학자들은 冒險責任主義로 부르는 경향이 있으나 본 논문에서는 통상적으로 사용되는 嚴格責任主義를 사용하기로 한다.

을 위해 타인을 이용하는 자는 그에 따른 위험을 인수하여야 한다. 전자거래에 있어서 컴퓨터 운영자는 특별한 위험을 창출하므로, 과학기술의 결과에 대해 일반적으로 위험책임을 부담한다고 볼 수 있다. 이러한 것은 장애에 대한 회피가능성이 없는 점과 인간에 의한 통제가 결여되면 하자가 확대되어 알 수 없는 영향을 미친다는 점에 있다. 그리고 특정인이나 그에게 요구되는 주의를 전제로 하여 어떠한 것이 그 특정인에게 기대할 수 있는 이상적인 행위인가의 판단이 고려되어야 한다.

그러나 엄격책임주의를 정보처리시스템의 운영과 결부시키는 데에는 상당한 어려움이 있는 점은 전자거래에서 이용되는 컴퓨터 통신설비와 인간을 동일시할 수 없다는 점이 있다. 만일 전산망의 컴퓨터와 통신설비가 개별적인 인간의 통제 없이 자동적으로 운영될 수 있다고 하더라도 그것과 인간을 동일시할 수는 없다. 그러므로 결과적으로 손해를 야기하는 점은 동일하다고 하더라도 전산망의 불안정과 이행보조자의 과실이 규범적으로 동일한 가치가 있는 것은 아니며, 전산망운영자는 전산망의 불안정에 대해 어떠한 보장의무를 부담한다고 할 수 없을 것이다. 물론 컴퓨터 운영자가 컴퓨터의 설정 및 관리에 대해 과실이 존재하여 타인간의 전자거래에 장애가 발생하는 경우에 이행보조자책임과 관련하여 컴퓨터운영자의 책임을 인정하는 것이 가능하다.



2. 새로운 責任理論의 檢討

(1) 네트워크책임론

전자거래의 계약체결과 이행과정에서 위험사고가 발생하는 경우에 해결방법으로써 증명책임의 문제로서 해결하려고 하는 새로운 책임이론이 네트워크책임론이다. 네트워크책임론에서 제시하는 것은 자금이체의뢰인이 자금이체에 대한 의뢰를 하는 경우 이를 직접적으로 위임받은 은행에서 당해 자금이체거래의 전체에 대한 책임을 부담한다는 것을 내용으로 한다.⁴⁵⁶⁾ 또한 네트워크책임론을 주장하는 견해에서는 네트워크 거래관계자에게 안전성 확보의무 내지 안전성 확보에 대한 배려의무를 인정하고 네트워크 위험사고가 발생하는 경우에 그 주의의무 해태에 따른 과실을 추정하여야 한다고 한다. 그러므로 네트워크운영의 관여도 등에 상응하여 책임을 분담하는 책임분담의 법리를 도입할 필요성을 제기하고 있다.⁴⁵⁷⁾ 이하에서 살펴볼 책임분계점이론은 은행이 책임을 부담하는 경우는 당해 은행의 프로그램사용소프트웨어, 건물내

456) 松本恒雄, 前掲 “시스템契約とシステム責任”, p. 169.

457) 이은영, 前掲 “전자상거래와 소비자법”, p. 118.

배선상의 문제로 인한 사고의 발생에 한하여 책임을 부담하는데 비하여, 네트워크책임론에 있어서는 고객의 자금이체의뢰를 받은 수취은행에서 자금조달까지 책임을 부담하고 그 후에 내부적으로 구상권행사에 의하여 초과 부담한 부분에 대하여서는 돌려 받을 수 있다고 한다.⁴⁵⁸⁾

따라서 네트워크책임론에서는 네트워크 위험사고에 대하여 그 특성상 민법상의 과실책임원칙과 네트워크상의 책임과는 달리 규율하여야 할 필요성이 있다고 한다. 그 이유로 들고 있는 것은 피해자가 가해자의 고의·과실의 증명책임을 부담하지 않는다는 것이다. 왜냐하면, 소비자가 전자거래를 통해 사고가 발생하는 경우에 대부분의 사업자는 컴퓨터 전문기술을 확보하고 있지만 소비자는 전문기술이 부족하기 때문에 위험사고의 원인규명과 증명이 곤란함으로 전자거래의 관여자는 누구라도 자기의 지위 및 관여정도에 따라 네트워크 전체의 안전성을 유지할 의무와 전자거래의 안정성확보에 대한 배려의무를 부담하며 네트워크의 사고가 발생하는 경우에 그 주의의무 해태에 따른 과실책임을 추정되어 그 책임을 물을 수 있으며, 전자거래관여자는 자신의 관여도에 상응하는 손해배상책임을 부담하여야 한다는 견해이다.⁴⁵⁹⁾ 또한 선진국의 제조물책임에서 규율하는 무과실책임의 법리를 네트워크책임에 도입하는 것도 고려해 볼 수 있다는 견해도 있다.⁴⁶⁰⁾ 결론적으로 네트워크책임법리는 네트워크관여자 사이에 네트워크 운영의 관여도, 전자거래의 안전성확보의무의 위반정도에 상응해서 책임을 분배하자는 견해이다.



(2) 책임분계점이론

책임분계점이론은 정보통신시스템상의 사고에 대하여 전기통신설비를 기술수준의 분계점에 따라서 책임의 분담을 정하자는 견해로, 정보통신사업자와 정보통신이용자의 보안책임을 분계점을 전기통신회사의 전선로가 진입하는 선과 통신이용자의 전기설비와의 접속점으로 하여 그곳까지의 보안책임을 전기통신회사가 부담해야 한다고 하는 견해이다.⁴⁶¹⁾ 이러한 견해는 전자거래의 소비자와 제공자의 책임의 분담을 정할 수 있는 기준이 있으며 통일적이고 유기적인 시스템으로 만들 수 있고 대외적으로 책임이 집중될 수 있다는 장점이 있으나, 데이터의 변질이 있어 사고발생장소가 명확하지 않는 경우에 보안책임을 분담을 미리 정하여 놓게 되면 피해자측에서 증명책임을 부담해야 하는 불합리한 결과가 생길 수 있다.⁴⁶²⁾ 따라서 원인행위자

458) 윤주희, 전계 “전자거래에서 위험분배에 관한 법제연구”, p. 107.

459) 손쾌영, 전계 「전자거래법」, p. 239.

460) 이은영, 전계 “전자상거래와 소비자법”, pp. 118-119 ; 정쾌영, 전계 「전자거래법」, p. 239.

461) 윤주희, 전계논문, p. 171.

462) 松本恒雄, 前掲 “システム契約とシステム責任”, p. 167.

가 명확하지 않거나 사고발생지점이 정확하지 않은 경우에는 피해자의 보호를 증시하는 입장으로 해석하여 정기통신회사나 이용자에게 공동불법행위책임을 부담하게 하여, 만일 자신의 분담부분에서 사고가 발생하지 않았다는 것을 증명하게 되면 배상책임을 면할 수 있다고 하여야 한다.

(3) 시스템책임론

시스템책임론은 시스템을 설계, 총괄, 운영하는 자인 시스템제공자에게 전책임을 부과하는 이론이다. 전자거래상의 계약이 기존계약과는 달리 고의나 과실의 증명이 되었을 때 책임을 부담하는 것으로 해결하기 어려울 뿐만 아니라 다수의 당사자가 각자의 분담부분을 정하기도 어려운 실정으므로 전자거래의 계약을 특수한 책임으로 구성하여 컴퓨터와 그 네트워크 및 시스템에서 구성된 거래관계에 관하여 계약시스템이 통일적, 유기적인 시스템으로서 유효하게 작동하도록 시스템을 적절하게 설계하고, 총괄하고, 운영하는 자인 시스템제공자에게 책임을 집중시키는 이론을 말한다.⁴⁶³⁾ 따라서 전통적인 위험책임론에 있어서 위험이라는 것은 대체로 인신손해의 위험을 가르키는 것이므로 전자거래에서 이 이론을 그대로 적용하는 것은 무리가 있지만은 경제사고나 사회사고의 발생시는 거대한 피해가 예상되므로 이러한 책임론을 고려하는 것도 바람직하다.

(4) 정리

네트워크책임법리는 네트워크관여자 사이에 네트워크 운영의 관여도, 전자거래의 안전성확보의무의 위반정도에 상응해서 책임을 분배하자는 견해이다. 책임분계점이론은 정보통신사업자와 정보통신이용자의 보안책임의 분계점을 전기통신회사의 전선로가 진입하는 선과 통신이용자의 전기설비와의 접속점으로 하여 그곳까지의 보안책임을 전기통신회사가 부담해야 한다고 하는 견해이다. 시스템책임론은 시스템을 설계, 총괄, 운영하는 자인 시스템제공자에게 전책임을 부과하는 이론이다. 이러한 이론에 대하여 사건으로서는, 전자거래의 결제에 있어서 대금의 지급과 관련된 문제에 대해서는 네트워크책임론으로, 전자거래사업자 및 전자거래이용자간의 통신사업자와 관계에서 발생하는 문제에 대해서는 책임분계점이론으로, 정보처리시스템제공자와 정보처리시스템이용자간의 책임문제에 대해서는 시스템책임론으로 접근하여 해결할 수 있다.

463) 宋本恒雄, 前掲“システム契約とシステム責任”, p. 168.

3. 第三者의 不法侵害 責任

(1) 온라인서비스제공자의 불법행위책임

전자거래에서 불법행위책임과 일반불법행위책임의 차이는 온라인서비스제공자의 책임에서 나타난다. 온라인서비스제공자는 어느 한 가지 기능만을 제공하는 경우도 있지만 대부분 다수의 기능을 동시에 제공하기 때문에 이들을 뚜렷이 구분하기는 어렵다. 제3자인 가해자가 제공한 잘못된 정보에 대한 온라인서비스제공자의 책임은 기본적으로 타인의 행위에 대한 책임이므로 온라인서비스제공자에게 어떠한 책임을 부과할 것인가가 문제가 된다.⁴⁶⁴⁾ 온라인서비스제공자가 전자거래에서 불법행위로 인한 책임이 특히 의미를 가지는 것은 온라인서비스제공자에게 공동불법행위책임을 물을 수 있는가에 있다. 온라인서비스제공자가 적극적으로 불법행위에 가담한 경우에는 이에 대한 손해를 청구할 수 있음은 당연하나, 만일 온라인서비스제공자가 구축하여 단순히 제공만 하고 있는 웹사이트상에서 지적재산권침해나 명예훼손의 불법행위가 발생한 경우에는 이에 대한 삭제요구가 가능토록 하되 손해배상은 제한하여야 한다. 또한 온라인서비스제공자가 관리하고 있는 웹사이트상에서 개인정보가 유출되어 이로 인한 피해를 입은 경우에, 이용자는 가해상대방과 온라인서비스제공자를 상대로 공동불법행위책임을 물을 수 있으며, 이 경우에 온라인서비스제공자에 대하여는 채무불이행책임과 불법행위책임으로 가해자에 대하여는 불법행위책임으로 손해배상을 청구할 수 있다. 이러한 경우에도 온라인서비스제공자에 대하여 무제한의 손해배상을 인정하는 것은 바람직하지 않으므로 어느 정도까지 그 책임을 제한토록 제도화가 필요하다. 그리고 온라인서비스제공자가 직접적으로 관여하여 개인정보를 유출한 경우에는 이에 대한 책임을 전적으로 부담토록 하되, 단순히 웹사이트를 제공하는 가운데 가해자가 피해자의 아이디나 이메일을 습득함으로써 불법행위가 이루어진 경우에는 손해배상청구를 제한토록 해야 할 것이다. 반면 온라인서비스제공자의 고의가 있는 것이 불분명한 경우에는 입증책임의 전환을 통하여, 피해를 입은 당사자가 온라인서비스제공자의 고의를 증명토록 하는 것보다는, 온라인서비스제공자가 자신의 고의 없음을 입증하는 경우에 책임을 면하도록 하는 것이 바람직하다.

온라인서비스제공자의 책임은 고도의 주의의무를 부과하여 이 의무에 위반하는 경우에는 과실에 의한 공동불법행위(민법 제760조 제1항)로 보는 견해⁴⁶⁵⁾와 제3자의 불법행위를 온라인

464) 정진명, 전제 “가상공간상의 불법행위에 대한 법적 책임”, p. 217.

465) 박인환, “저작물의 온라인 전송에 따른 법적 책임문제”, 「계간저작권」, 1996, pp. 64-65.

서비스제공자가 조력한 경우로 보아 교사 혹은 방조로 인한 불법행위가 성립한다고 하는 견해⁴⁶⁶⁾가 있다. 최근의 대법원 판례⁴⁶⁷⁾를 보면, '수인이 공동하여 타인에게 손해를 가하는 민법 제760조의 공동불법행위에 있어서 행위자 상호간의 공모는 물론 공동의 인식을 필요로 하지 아니하고, 객관적으로 그 공동행위가 공동되어 있으면 족하고 그 관련 공동성 있는 행위에 의하여 손해가 발생함으로써 이의 배상책임은 용이하게 하는 직접·간접의 모든 행위를 가리키는 것으로 형법과 달리 손해의 전보를 목적으로 하여 과실을 원칙적으로 고의와 동일시하는 민법의 해석으로는 과실에 의한 방조도 가능하다고 할 것이며, 이 경우의 과실의 내용은 불법행위에 도움을 주지 않아야 할 주의의무가 있음을 전제로 하여 이 의무에 위반하는 것을 말한다⁴⁶⁸⁾ 함으로써 책임기준을 제시하고 있다.

또 네트워크에 게재되는 사이버물에 대하여 온라인서비스제공자에게 감독의무를 부과하는 것이 타당 하는가에 대하여 통신상에 게시되는 사이버물에 대하여 감독의무를 부과하는 것은 오히려 합법성을 야기할 수 있으므로 부적절하다는 견해⁴⁶⁹⁾가 있으나, 스팸메일과 같이 불법 게시물에 대하여 수신거절 등의 기술적인 정보제공의무가 있으므로 온라인서비스제공자는 컴퓨터통신망을 이용하는 소비자를 보호하기 위하여 감독의무를 부과하여야 한다.⁴⁷⁰⁾ 또한 문제가 되는 경우로 네트워크상에서 일시적으로 저장하여 두는 경우에 있어서 복제로 간주하지 않거나 복제로 보더라도 권리의 제한을 통해 저작물이나 컴퓨터프로그램 이용자에게 면책을 해주어야 하지만,⁴⁷¹⁾ 네트워크의 효율성을 높이기 위한 목적인 복제의 개념으로 이해한다면 저작물의 침해로 볼 수도 있다. 따라서 온라인서비스제공자의 책임은 저작권 침해에 따른 책임, 유해한 불법정보, 사생활보호에 반하는 정보, 명예훼손에 관한 정보, 영업비밀 등의 침해에 관한 내용이 포함된다. 명예훼손이나 영업비밀에 관하여서는 민사상의 문제이며, 폭력물이나 음란물에 대하여서는 미성년자 보호에 관한 문제와 관계된 형사책임의 문제가 된다.

1) 콘텐츠제공자의 책임

콘텐츠제공자는 전체적 또는 부분적으로 인터넷이나 다른 어떤 대화식 컴퓨터서비스를 통하여 제공되는 정보의 제작이나 편집에 책임 있는 자를 말한다. 콘텐츠제공자는 정보에 대한

466) 최경수, “온라인사업자의 책임”, 「정보법학」 제3호, 1999, p. 300.

467) 대판 2000. 4. 11, 99 다 41749 ; 대판 1998. 12. 23, 98 다 31264 ; 대판 1998. 11. 10, 98 다 20059 ; 대판 1998. 6. 12, 96 다 55631 ; 대판 1997. 11. 28, 97 다 18448 ; 대판 1997. 4. 11, 97 다 3118.

468) 대판 2000. 4. 11, 99 다 41749.

469) 나승성, 「전자상거래법」, 청림출판사, 2000, p. 370.

470) 다른 견해: 최경수, 전제 “온라인 사업자의 책임”, p. 301.

471) <http://www.xtel.com/~saro/digital05.html>

독자적인 제작·편집권을 가지고 있으므로 엄밀한 의미에서는 온라인서비스제공자가 아니기 때문에 콘텐츠제공자는 자신의 정보제공과 관련하여 일반불법행위와 다른 책임법적 문제를 발생시키지 않는다. 그러나 자신의 정보의 제공과 타인의 정보의 중개 사이의 책임법적 문제가 되는 것은 콘텐츠제공자가 명예훼손적 행위 또는 부정경쟁정보의 제공과 같은 자신의 정보에 관한 불법행위를 행할 수 있으며, 이러한 경우에 그는 법익침해에 대한 모든 책임을 진다.⁴⁷²⁾ 그리고 콘텐츠제공자는 자신의 웹사이트에 타인의 정보의 복제, 전시 등에 의한 중개에 의하여 타인의 저작권 또는 상표권을 침해할 수 있으며, 이러한 경우에 콘텐츠제공자가 작위에 의하여 저작권을 침해하였으면 저작권법 제93조 1항에 의한 침해자 책임을 지고, 단순한 부작위에 의한 침해의 경우에는 민법 제750조의 불법행위책임을 진다.⁴⁷³⁾

2) 인터넷서비스제공자의 책임

(가) 타인의 정보의 제공에 대한 책임

인터넷서비스제공자가 제공하는 서비스를 이용하여 타인에게 가해행위를 행한 경우에는 인터넷서비스제공자에게 다양한 책임위험이 부과된다.⁴⁷⁴⁾ 타인의 정보제공에 대한 인터넷서비스제공자의 책임과 관련하여 제3자 보호를 위한 거래안전의무가 문제되는데 인터넷서비스제공자가 명예훼손적 행위 또는 부정경쟁 정보의 제공에 대하여 관리·통제의무를 이행하지 않은 경우에는 그는 방조자로서 책임을 부담한다. 예컨대, 뉴스그룹에서 명예훼손적 행위, 비방 또는 부진정한 언행이 행하여지면 명예와 감정에 대한 불법행위가 성립되어 피해자는 정신적 손해배상을 포함한 손해배상청구권과 명예회복에 필요한 적당한 처분을 법원에 청구할 수 있으며, 명예가 훼손될 가능성이 있거나 명예훼손이 진행되고 있는 경우에는 방해예방청구권 및 방해제거청구권과 같은 부작위청구권이 생긴다.

(나) 타인의 정보의 중개에 대한 책임

여기서 문제가 되는 것은 하이퍼링크(Hyperlink)와 프록시캐싱(Proxi-Caching)이 논의 대상이 된다. 먼저, 인터넷서비스제공자가 다른 서비스제공자의 정보에 하이퍼링크를 하는 경우 그는 원칙적으로 타인의 정보를 중개하는 것으로 간주된다. 인터넷서비스제공자가 타인의 정보에 대하여 인식하고 그러한 타인의 위법한 정보를 제공한 경우 불법행위책임을 물을 수 있다. 그러나 하이퍼링크가 타인의 가해행위와 결부되지 않거나 사회적 상당성이 있는 위험을

472) 정진명, 전제 “가상공간상의 불법행위에 대한 법적 책임”, p. 218.

473) 대판 1996. 6. 11, 95 다 49639.

474) 손영화, “온라인서비스제공자(OSP)의 저작권침해에 대한 책임”, 「상사법연구」 제21권 1호, 2002. 4, p. 690 ; 대판 1998. 2. 13, 97 다 37210.

가지고 있지 않은 경우에는 인터넷서비스제공자는 하이퍼링크에 대한 책임을 지지 않는다. 다음으로, 타인의 정보를 자신의 컴퓨터에 자동적으로 혹은 일시적으로 저장하는 프록시캐싱은 이용자가 개별적으로 실행한 하이퍼링크의 선택에 의해서만 발생하므로 인터넷서비스제공자는 타인의 정보의 중간저장에 대하여 책임을 지지 않는다.⁴⁷⁵⁾

(2) 個人情報 不正使用者의 責任

일반적으로 전자거래는 당사자간에 비대면적으로 이루어지고 간략한 숫자나 기호 등의 아이디나 비밀번호에 의해서 전자거래가 성립되거나 신용카드번호를 입력함으로써 이루어지는 것이 보통이므로 전자거래 당사자로서는 그 당사자의 진위여부를 숫자나 기호로 확인하게 된다. 그러므로 전자거래에서 당사자간에도 전혀 알 수 없게 발생하는 부정사용이 생기는 경우에 있어서 무조건적으로 정보제공자에게 그 책임을 부담시키는 것이 옳은가가 문제가 된다.⁴⁷⁶⁾ 따라서 정보제공자와 이용자 사이에 부정사용을 발견한 시점을 기준으로 하여 부정사용을 발견하여 통지하는 날 이전의 손해에 대해서는 이용자가 부담하고, 통지하는 날 이후의 손해에 대해서는 정보제공자에게 부담시키는 것이 타당하고, 이용자의 부담부분을 일정한도로 한정하는 것이 합리적이다. 그러므로 전자거래에서는 전통적인 과실책임주의가 그대로 적용되지 않은 점에서 전자거래피해자보험제도의 정비를 통하여 손해에 대한 책임을 분산하게 하여 전자거래 전체의 신뢰성과 안전성을 확보하여야 한다.⁴⁷⁷⁾ 이러한 문제제기에 대하여 검토하여 보면, 공급자의 과실로 인하여 손해가 발생한 경우에 이용자는 계약에 기하여 손해배상청구가 가능하다. 그러나 전자거래의 모든 이용자가 공급자와 계약관계에 있는 것은 아니다. 또한 하드웨어나 소프트웨어의 공급자에게 과실이 있는 경우에 사용자는 공급자와 직접적인 계약관계에 있지 아니하므로 불법행위책임을 물을 수밖에 없게 된다. 또한 천재지변이나 폭동 또는 화재의 경우 일반적으로 면책약관에 의하여 소비자 측의 손해는 전혀 배상을 받지 못하는 경우가 발생할 수도 있다. 해커 등 불법침입자에 의한 손해도 피해자가 아이디를 유출하였다고 항변하여 피해자의 과실로 전가시킴으로써 책임을 면할 가능성도 있다. 그러므로 이와 같은 문제를 보완하기 위하여 전자거래피해자보험을 가입하도록 의무화할 필요성이 있다.

475) 손영화, 전제 “온라인서비스제공자(OSP)의 저작권침해에 대한 책임”, p. 692.

476) 우리나라의 여신전문금융업법 제16조 1항에서 ‘신용카드업자는 회원으로부터 신용카드의 분실, 도난 등의 통지를 받은 때에 그 때로부터 신용카드회원에 대하여 신용카드의 사용으로 인한 책임을 진다’고 규정하여 부정사용이 있은 후 통지로 인해 회원은 책임을 면할 수 있지만 이미 부정사용된 부분만큼은 회원이 책임을 지도록 하고 있다.

477) 정종휴, 전제 “전자거래의 등장에 따른 계약이론의 변용”, p. 92.

(3) 無權限 行使者의 責任

컴퓨터시스템에 침입하여 정보를 무단으로 유출하거나 이를 이용하여 당사자의 의사와 관계없는 거래를 한 경우와 같이 불법침입자에 의해 온라인 정보가 공개되거나 변경·파괴된다면 피해의 규모가 광범위할 뿐만 아니라 전자거래에 대한 소비자의 신뢰가 훼손되어 전자거래의 존립이 위태로워지기 때문에 네트워크의 신뢰성 확보가 필요하다.⁴⁷⁸⁾ 우리의 전자거래기본법 제14조에서는 전자거래사업자는 전자거래의 안전성과 신뢰성을 확보하기 위하여 암호화제품을 사용할 수 있도록 하고 있을 뿐 이에 따른 구체적인 책임부분이 언급되어 있지 않으므로 네트워크운영자에게 이러한 책임을 물을 수 없는 경우가 많다. 무권한자의 침입을 막기 위한 보호조치에 대하여 정부가 시책을 수립·시행하도록 하고 있으나, 현재까지는 구체적인 제도를 시행하지 않아 책임을 물을 수 없게 되는 문제가 있다.⁴⁷⁹⁾ 당사자의 아이디나 비밀번호 등을 입수한 제3자가 이를 이용하여 거래를 한 경우 본인의 책임부분이 문제가 되나 이 부분에 대하여 원칙적으로 책임이 없으며, 제3자가 사용하는 것을 알았거나 알 수 있었을 경우에는 본인에게 책임이 있다. 전자거래는 성립자체가 당사자가 대면하는 상태에서 이루어지는 것이 아니라 아주 간략한 숫자나 기호와 같은 아이디 내지는 비밀번호에 의해 이루어지거나 신용카드의 번호를 입력함으로써 이루어지는 경우가 많다. 당사자의 진정성 여부나 당사자의 의사표시라는 것을 확인하기 위하여 공인인증기관에서 발급한 인증서에 전자서명 있는 경우에는 본인에게 표현대리책임을 물을 수 있으나, 그렇지 않은 경우에는 행위자의 책임으로 보아야 한다.

(4) 名譽毀損에 대한 責任

1) 意義와 成立要件

명예훼손이란 어떤 사람의 인격적 가치와 그의 도덕적·사회적 행위에 대한 사회적 평가인 명예라는 보호법익을 침해하는 것을 말한다.⁴⁸⁰⁾ 여기서 어떤 사람에 대한 사회적 평가는 그의 성품·명성·신용·능력·업적 등 세상으로부터 받는 객관적인 평가를 뜻하는 것이고 특히 법인인 경우에 그 사회적 명성 혹은 신용을 가르키는 것으로 명예를 훼손한다는 것은 그 사회적

478) 김성준, “인터넷 법률의 형성과 전망”, 「인터넷 법률」, 법무부, 2000. 7, p. 26.

479) 이종주, “전자거래기본법 및 전자서명법의 제정경위와 법적 검토”, 「법조」, 1999. 9, pp. 87-88.

480) 임병국, 「언론법제와 보도」, 나남출판사, 2002, p. 144.

평가를 침해하는 것을 말한다.⁴⁸¹⁾ 그런데 명예훼손은 주로 보도·출판물·제3자에 대한 정보 제공·고소나 고발·법정에서의 발언과 증언·부당한 권리의 행사 등에 의하여 일어난다.⁴⁸²⁾ 따라서 전자거래에서 발생하는 여러 가지 원인에 의하여서도 명예훼손이 일어나는 것은 당연하다고 할 것이다. 타인의 명예를 훼손한 자를 확인할 수 있는 때에는 당연히 그 자에게 불법행위로 인한 책임을 귀속시킬 수 있으나, 타인의 명예를 훼손한 발언을 게시한 발신자를 알 수 없는 경우에 책임 주급은 인터넷서비스제공자에게 귀속시킬 수 있는지가 문제가 된다.⁴⁸³⁾

영·미법에서는 명예훼손에 대하여 민·형사책임을 규정하고 그 사회의 변화에 따라서 수정하여 왔다. 독일은 주로 형사책임을 위주로 명예훼손을 규정하였고 제한적으로 민사책임에 관하여 허용하였다. 그러나 독일연방대법원은 사권으로서 명예에 대한 보호의 중요성을 인식하여 독자적인 민사책임을 다루고 있다. 우리나라에서는 형사적 명예훼손과 민사적 명예훼손을 규정하고 있다. 우리의 판례는 민사적 명예훼손의 개념과 요건을 대부분 형사적 명예훼손에 기초하여 적용하는 태도를 취하고 있다.⁴⁸⁴⁾ 전자거래의 특징은 아이디를 부여받은 회원은 원칙적으로 그 의견과 정보를 사전에 점검 당하지 않고 자유롭게 홈페이지, 게시판 등에 게재할 수 있고 컴퓨터자체의 하자가 있어 기술적으로 장애가 발생하는 경우를 제외하고는 전자거래에서는 이용자들이 임의로 자신의 표현을 제시할 수 있기 때문에 컴퓨터 인터넷상에서도 명예훼손이 발생하여 불법행위가 발생하기 쉽다. 명예훼손은 민법상의 불법행위에 해당하여 손해배상책임을 지게되는 데, 불법행위에서 손해배상을 받을 수 있는 손해는 신체·재산에 대한 유형적 손해외에 정신적 고통, 명예권의 훼손과 같은 무형의 손해도 포함된다.⁴⁸⁵⁾ 원칙적으로 명예훼손이 성립하기 위해서는 다음과 같은 요건이 갖추어져야 한다.

명예훼손은 민법상의 불법행위에 해당하여 손해배상책임을 부담하게 된다. 민법 제764조⁴⁸⁶⁾는 민법 제750조의 예시적인 조항으로 손해배상책임이 발생하기 위해서는 주관적으로는 적어도 행위자의 고의·과실이 있어야 하고, 객관적 요건으로는 가해행위에 대하여 위법성 및 가해행위에 의한 손해발생이 있어야 한다.⁴⁸⁷⁾ 이러한 규정만으로는 민사상의 책임을 확정하기

481) 대판 1988. 6. 14, 87 다카 1450 : 민법 제764조에서 말하는 명예란 사람의 품성, 덕행, 명예, 신용 등 세상으로부터 받는 객관적인 평가를 말하는 것이고 특히 법인의 경우 그 사회적 명예, 신용을 가리키는데 다름없는 것으로 명예를 훼손한다는 것은 그 사회적 평가를 침해하는 것을 말한다.

482) 이은영, 「민법학강의」, 박영사, 1995, p. 964.

483) 문성제, 전계 「인터넷 서비스 제공자의 불법행위책임-미국판례를 중심으로-」, p. 556.

484) 현대호, 「인터넷상의 명예훼손과 민사책임」, 「과학기술법연구」, 2000. 10, p. 138 ; 임병국, 전계 「언론법제와 보도」, p. 168.

485) 김상용, 전계 「불법행위법」, p. 120 ; 임병국, 상계 「언론법제와 보도」, p. 169.

486) 민법 제764조 타인의 명예를 훼손한 자에 대하여 법원은 피해자의 청구에 의하여 손해배상에 갈음하거나 손해배상과 함께 적당한 처분을 명할 수 있다.

어려움으로 형법상의 명예훼손에 관한 개념과 요건을 대부분 차용하여 민사상의 명예훼손에 적용하고 있다. 따라서 판례에 나타난 명예훼손의 성립요건을 보면 다음과 같다. 첫째, 제3자에게 명예훼손적인 주장이 있어야 한다. 어떠한 주장이 타인의 명예를 훼손하는 것에 해당하는지의 여부는 통상의 독자 또는 청취자를 기준으로 판단하여야 하며, 그 명예훼손적인 진술은 내용이 허위여야 한다. 그러한 명예훼손적인 진술은 특정인⁴⁸⁸⁾의 평판을 저하시키거나 제3자로 하여금 그와의 거래를 꺼리게 할 정도의 타인 명예를 훼손하여야 하고 이러한 판단기준은 일반인을 표준으로 삼고 있다.⁴⁸⁹⁾ 그리고 명예훼손적인 진술이 명예를 훼손했는지의 여부에 대한 입증책임은 원고에게 있다. 둘째, 명예훼손적인 진술이 진실적인 경우에도 명예훼손이 성립하지만 공익성이 존재하는 경우에는 위법성이 조각된다. 판례에 따르면 '형사상이나 민사상으로 타인의 명예를 훼손한 행위를 하는 경우에도, 그것이 진실한 사실로써 그 목적이 오로지 공공의 이익을 위한 것일 때에는 그 행위에 위법성이 없으며,⁴⁹⁰⁾ 또한 그 증거가 없더라도 행위자가 그것을 진실이라고 믿을 만한 상당한 이유가 있는 경우에는 위법성이 없다고 보아야 하는데, 여기서 공공의 이익에 관한 때라 함은 '적시된 사실이 객관적으로 볼 때 공공의 이익에 관한 것으로서 행위자도 공공의 이익을 위하여 그 사실을 적시한 것이어야 하며, 이 경우에 적시된 사실이 공공의 이익에 해당한지 여부는 당해 적시된 사실의 구체적 내용·당해 공표가 이루어진 상대방의 범위 그 표현의 방법 등 그 표현에 자체에 관한 제반 사정을 감안함과 동시에 그 표현에 의하여 훼손되거나 훼손될 수 있는 명예의 침해 정도 등을 비교·고려하여 결정하여야 하고, 행위자의 주요한 목적이나 동기가 공공의 이익을 위한 것이라면 부수적으로 다른 사익적 동기가 내포되어 있었다고 하더라도 공공의 이익을 위한 것으로 보아야 한다'고 판단한다.⁴⁹¹⁾ 셋째, 형법 제307조 제1항의 공연성은 민법 제764조의 민사상 명예훼손에는 적용되지 아니하고 제3자에게 공개하는 것으로 족하다. 이에 대하여 대법원 판례를 보면,

487) 임병국, 전계 「언론법제와 보도」, p. 170.

488) 명예훼손에 기하여 불법행위가 성립되기 위해서 피해자가 특정되어야 한다. 판례의 경우를 보면, '그 특정을 함에 있어서 반드시 사람의 성명을 밝혀야만 하는 것은 아니고, 사람의 성명을 명시하지 않았어도 그 표현의 내용을 주위사정과 종합해 볼 때에 그 표시가 지목하는가를 알아차릴 수 있을 정도이면 피해자가 특정되어 있는 것으로 보아야 한다'고 한다(대판 1994. 5. 10, 93 다 3662; 대판 1982. 11. 9, 82 도 1256).

489) 대판 1997. 10. 28, 96 다 38032: 명예훼손이란 명예주체에 대한 사회적 평가를 저하시키는 일체의 행위를 의미하고, 신문이나 잡지 등 언론매체가 특정인에 관한 기사를 게재한 경우 그 기사가 특정인의 명예를 훼손하는 내용인지의 여부는 기사의 객관적인 내용과 아울러 일반 독자가 기사를 접하는 통상의 방법을 전제로 기사의 전체적인 흐름, 사용된 어휘의 통상적인 의미, 문구의 연결 방법 등을 종합적으로 고려하여 그 기사가 독자에게 주는 전체적인 인상도 그 판단 기준으로 삼아야 한다.

490) 대판 1999. 2. 9, 98 다 31356; 대판 1998. 10. 11, 85 다카 29.

491) 대판 1999. 2. 9, 98 다 31356; 대판 1998. 7. 14, 96 다 17257; 대판 1996. 10. 11, 95 다 36329.

‘민법상 불법행위법에서 명예훼손은 형법상 명예훼손죄의 구성요건인 불특정인 또는 다수인 이 들을 수 있는 상태로 필요하지 아니하며 타인의 사회상 지위를 훼손하는 사실을 제3자에게 표 명하기만 하면 불특정 다수인에게 유포되지 않더라도 명예훼손죄가 성립된다’고⁴⁹²⁾ 함으로써 민사상 명예훼손과 형사상 명예훼손을 구별하여 민사상 명예훼손은 당사자 이외의 제3자에게 알려지는 것으로 족하고 공연성은 요구되지 않는다고 보아야 한다. 넷째, 피고의 고의·과실과 손해를 입증하여야 한다.⁴⁹³⁾ 명예는 배타적인 법익으로 침해와 동시에 위법성을 나타낸다고 할 수 있으므로 원고는 보호가치가 있는 명예가 침해되었음을 입증하여야 한다. 그리고 민법 제764조의 손해배상이 민법 제750조에 기초한 경우에는 실질적인 손해를 증명해야 하고, 민법 제751조에 기초한 위자료 청구의 경우에는 구체적인 상황을 적시하는 것으로 족하다.⁴⁹⁴⁾

2) 名譽毀損에 대한 責任의 內容

인터넷 통신에서 행위의 주체는 기본적으로 인터넷이용자와 서비스제공자로 나누어지고 이 들 행위자의 행위성에 따라서 책임의 기준이 달라진다. 인터넷이용자는 그 행위에 따라서 뉴스그룹이나 홈페이지에 명예훼손적인 내용물을 올리는 자(제공자), 전자우편을 이용하여 명예 훼손적인 내용물을 전달하는 자(전달자) 또는 명예훼손적 내용물이 있는 뉴스그룹이나 타인의 홈페이지와 자신의 홈페이지를 연결하는 자(촉진자)로 나누어 볼 수 있으며, 이들의 책임기준 도 차이가 있다.⁴⁹⁵⁾ 여기서 정보제공자와 정보전달자는 직접적인 침해자에 해당하지만, 링크에 의하여 불법행위를 촉진시키는 자는 직접적인 침해자가 아니므로 책임이 명확하지 않다. 인터넷서비스제공자의 경우에는 직접 내용물을 제공하는 경우에는 직접적인 행위자에 해당되어 그 책임을 물을 수 있지만, 대부분은 타인의 내용물이나 이용자들에 의하여 올려진 내용물로 구 성되어 있는 전자게시판을 운영하고 있는 경우에는 법적책임을 묻기에는 모호하다. 인터넷서 비스제공자에 대한 손해배상청구에 있어서는 행위자의 행위성에 따라서 작위성이 있으면 민법 제764조에 의한 명예훼손자로서의 책임을 물을 수 있으며, 부작위성이 있으면 민법 제750조의 ‘위해방지의무’라는 일반적 주의의무를 그 근거로 삼을 수 있다. 민법 제750조는 계약관계나 법률에 기초하지 아니한 경우에는 타인의 침해행위를 방지하거나 타인의 생명·신체·재산의 침해로부터 보호의무를 규정하지 않고 있다. 다만, 통상적인 범위를 벗어난 위험행위를 하거나 위험물의 제조 또는 관리하는 자는 일반인의 신체 및 재산에 대한 주의의무가 있는지가 문제

492) 대판 1964. 9. 22, 64 다 261.

493) 대판 1998. 5. 8, 97 다 34563.

494) 현대호, 전게 “인터넷상의 명예훼손과 민사책임”, p. 140.

495) Waldenberger, “Zur zivilrechtlichen Wverantwortlichkeit für Urheber rechtsverletzungen im Internet”, ZUM 1997, SS. 180-181

가 된다. 즉 비통상적인 위험행위 내지 위험물과 관련하여 위험방지라는 일반인에 대한 주의 의무를 고려할 수 있는지가 문제가 된다. 이에 대하여 대법원은 제한적으로 위험성 있는 물건을 제조한 자에 대하여 계약관계를 묻지 아니하고 일반인에 대한 주의의무를 부과하고 있다. 따라서 인터넷서비스제공자는 자신의 서비스를 통하여 명예훼손적인 내용물이 배포되는 경우 실질적으로 통제권한이 있고 기술적으로도 가능하다면 이를 알았거나 알 수 있었을 때에 한하여 불법행위책임을 물을 수 있다. 그리고 인터넷서비스제공자에 대한 명예훼손물의 제거청구는 민법 제214조(소유물의 방해제거 청구권)를 유추 적용하여 고의 또는 과실이 요구되지 않는다고 해석된다.

인터넷상에서는 자신의 생각과 주장을 불특정 다수인에게 익명으로 자유롭게 밝힐 수 있다. 이러한 이유로 현실에서보다 쉽게 타인의 명예를 훼손시키는 일이 발생하게 되고 이로 인해 손해를 입은 당사자는 일반적인 경우보다 더 많은 피해를 입을 수 있다. 반면 익명성이라는 전자거래의 특성상 가해의 상대방이 누구인지 알 수 없는 경우가 많다. 대부분 명예훼손은 온라인서비스제공자가 구축한 웹사이트에서 발생하기 때문에 피해자가 가해자를 상대로 책임을 물을 수 있지만, 가해자를 알 수 없는 경우가 대부분이고 가해자를 안다고 하더라도 손해 책임을 물을 수 있는 경우가 어려우므로 일반적으로 온라인서비스제공자에게 공동불법행위 책임을 물을 수 있도록 하여야 한다.⁴⁹⁶⁾ 불법행위법의 본래의 목적은 피해방지를 위한 '억제기능'과 이미 발생한 손해에 대한 '배상'이라는 2가지의 기능이 문제가 된다.⁴⁹⁷⁾ 그러므로 온라인서비스제공자가 운영하는 인터넷상에서 전자거래이용자가 타인의 명예를 훼손하거나 타인을 비방하는 내용의 전자게시물을 게재하는 경우에 온라인서비스제공자가 책임을 져야 한지에 대하여, 온라인서비스제공자에게 전자게시물에 대하여 일반적이고 상시적인 감시·감독의무를 부과하는 것은 인터넷상의 표현의 자유를 극히 제한하게 되는 냉각효과(chilling effect)를 초래할 위험이 있으므로 허용될 수 없다.⁴⁹⁸⁾ 대체적으로 명예훼손의 불법행위책임은 미국에서는 공표자의 책임과 배포자의 책임으로 나누어 다루고 있다.

(가) 공표자(publisher)의 책임

출판사 및 방송국 등과 같이 그 공표하는 정보내용(콘텐츠)에 대해서 '편집권'을 행사하는 자는 공표자로서 엄격책임을 과할 수 있다. 즉, 공표자는 비록 그 공표한 정보가 명예훼손에 해당되는 것을 몰랐다 하더라도 편집권을 행사하고 있는 이상 그 책임을 면할 수 없다. 그러나 미국에서 불법행위법은 비록 공표라 할지라도 완전히 귀책사유가 없는 경우에까지 책임을

496) 현대호, 전계 “인터넷의 명예훼손과 민사책임”, pp. 127-128.

497) 문성제, 전계 “인터넷 서비스 제공자의 불법행위책임-미국판례를 중심으로-”, p. 556.

498) 이해완, “사이버스페이스와 표현의 자유”, 「사이버공간에서의 기본권」, 한국헌법학회, 2000.

5. 27. p. 15 이하

과하는 것은 아니라는 의미에서 보면 이는 순수한 무과실책임이라 할 수 없다.

(나) 배포자(distributor)의 책임

배포자에게 책임을 과할 수 있는 경우는 배포자가 명예훼손 한 내용을 알았거나 합리적으로 알아야 할 경우에 한하여 편집권이 있는 한 출판자와 같은 책임이 있다. 전자거래에서 이용자가 송신해 온 메시지 내용을 편집하는 인터넷 서비스제공자에 무과실책임을 인정하고자 하는 것이다. 그렇지만 편집하지 않은 송신을 자유롭게 하는 인터넷 서비스제공자에게는 과실 책임을 물을 수 있다.

(5) 프라이버시침해의 책임

프라이버시침해의 경우는 개인정보보호의 차원에서 검토할 부분이다. 우리 전자거래기본법 제12조에서 정부는 전자거래의 안전성 및 신뢰성을 확보하기 위하여 전자거래이용자의 개인정보를 보호하기 위한 시책을 수립·시행할 의무를 부과하고 있다. 특히 전자거래에서는 소비자가 직접 입력한 정보뿐만 아니라, 단순히 검색만 한 경우에도 사업자는 자신의 사업에 필요한 많은 정보를 입수할 수 있게 되어 거래상대방에 관한 정보를 수집·관리하기가 쉽고 일단 수집된 정보는 다른 목적으로 사용하는 것이 용이하게 된다. 특히 최근에 논란이 일고 있는 스팸메일(Spam Mail),⁴⁹⁹⁾ 전자우편을 통한 바이러스유포의 경우를 보더라도 자신의 정보가 유출됨으로써 이용자에게 피해가 발생되고 프라이버시가 침해되는 경우에 가해의 상대방에게 침해에 따른 손해배상을 청구할 수 있다. 프라이버시 침해로 인하여 손해가 발생하는 경우에 손해배상청구권은 위자료를 말한다.⁵⁰⁰⁾ 그리고 법원은 피해자의 청구에 의하여 손해배상에 갈음하거나 손해배상과 함께 명예회복을 위한 처분을 명할 수 있는 원상회복청구권이 있다. 그리고

499) Spam Mail이란 무작위로 발송되는 광고성 전자우편을 말하는 것으로 쓰레기메일이라고도 한다. 일반적으로 광고성 메일이 수신자의 의사에 반하는 경우와 영리목적의 경우, 그리고 지속적으로 전송되는 경우가 이에 해당한다. 무작위로 발송되는 스팸메일의 폐해가 커지고 있는 가운데 스팸메일로 인해 개인이 입은 정신적 피해를 배상하라는 법원의 첫 판결이 나왔다. 조모씨는 지난해 11-12월 4개의 광고회사로부터 각각 5-8건 정도의 메일을 받아 각 회사에 수신거절의사를 표시하고 정보통신부에 신고를 했는데도 광고성 메일이 계속 들어오자 소송을 냈다. 이에 대하여 서울지법 동부지원 31단독 이혁판사는 20일 계속되는 스팸메일로 인해 정신적 피해를 입었다며 조모씨가 H사 등 광고메일 발송업체 4개회사를 상대로 낸 손해배상청구소송에서 '78만원을 배상하라'고 원고 일부승소판결을 내렸다. 이 판사는 '원고가 수신거절의 의사를 분명히 나타냈는데도 다시 메일을 보낸 것은 인격권 침해에 해당한다'며, '일부 업체는 발신 전용 메일주소를 사용하고 있어 원고가 수신거부 의사표시를 보낸 것을 수령하지 못했다고 주장하고 있으나 이에 대해서도 업체측이 책임을 져야한다'고 밝혔다. 그러나 '수신거부 의사표시 이전에 발송된 메일에 대해서는 피해를 인정할 수 없다'고 판시하였다(한국일보, 2002년 1월 20일); <http://news.yahoo.co.kr/headlines/ts/20020120/hanhook/2002012045>

500) 서울민사지법판결 1992. 12. 15, 91 가합 38193.

인격권의 침해에 대한 사전적 구제로써 금지청구권을 학설과 판례⁵⁰¹⁾는 인정한다.

(6) 知的財産權 侵害의 責任

지적재산권은 인간의 지적창작물에 관한 권리와 표시에 관한 권리로 문학예술 및 과학적 저작물, 실연자의 실연, 음반 및 방송, 인간 노력에 의한 모든 분야에서의 발명, 과학적 발견, 의장, 상표, 서비스표, 상호 및 기타의 명칭, 부정경쟁으로부터의 보호 등에 관련된 권리와 그 밖에 산업, 과학, 문학 또는 예술분야의 지적활동에서 발생하는 모든 권리를 지적재산권이라 총칭한다.⁵⁰²⁾ 이러한 지적재산권 중에서 전자거래와 관련하여 문제가 되는 것은, 디지털화된 저작물들은 별다른 노력이나 시간·비용을 추가하지 않고 원본과 같은 결과물을 무한정으로 복제본을 만들어 낼 수 있고, 인터넷 접속자의 컴퓨터에 순간적으로 전송함으로써 그 복제물의 수신자에 의하여도 무한정적으로 복사가 가능하기도 하는데 문제점이 있다. 즉 논문이나 문학작품은 텍스트 파일이나 워드파일로, 음악작품은 WAV, MP3, MOD 등의 음악 파일로, 그림이나 사진작품은 JPG, GIF 등의 이미지 파일로, 영상작품은 AVI, MOV 등의 동영상 파일로 만들어져 다이얼업 모뎀이나 전용선에 연결된 인터넷을 통해 유통되고 있다. 따라서 이와 같은 형태로 만들어진 디지털 저작물은 언제든지 그리고 순간적으로 제3자에 의하여 침해를 당할 수 있는 상태에 있다.⁵⁰³⁾

온라인상에서 타인의 저작물을 저작권자 동의 없이 다운로드하는 행위는 저작권의 침해행위가 된다. 이 경우에 온라인서비스제공자에게 법적 책임을 인정하기 위해서 저작권법에서 볼 때 그의 법적 지위를 출판업자로 볼 것인가 아니면 배포자로 볼 것인가, 제3의 영역으로 새로운 정립이 필요한 것인가에 대하여 논의가 있다.⁵⁰⁴⁾ 이러한 침해의 공간을 이용자에게 제공한 온라인서비스제공자는 어떠한 법적 책임을 부담하여야 하는가에 대하여 온라인서비스제공자는 온라인상에 게시되는 저작물을 판단할 지위에 있지 않음에도 불구하고 책임을 부과하는 것은 온라인서비스가 위축되어 정보통신의 발전을 저해할 우려가 있으므로 그 책임을 완화해 주거나 면책해 주어야 한다는 견해⁵⁰⁵⁾가 있으나 온라인서비스제공자가 저작권 침해물을 제거하거나 침해자를 배제하기 위한 적절한 지위와 능력을 가지고 있을 뿐만 아니라 경제적 이익을

501) 서울고법판결 1989. 11. 29, 89 나 8158.

502) 임병국, 전게 「언론법제와 보도」, p. 188.

503) John Rothchild, "Protecting the Digital Consumer: The Limits of Cyberspace Utopianism", Indiana Law Journal, Summer 1999, p. 910.

504) 최재원, "온라인서비스사업자의 법적 책임", 「월간마이크로소프트웨어」 1997. 5, p. 23.

505) 이용록, 전게 "서비스제공자의 저작권 침해책임", p. 40 ; 최경수, 전게 "온라인 사업자의 책임", p. 293.

누리고 있으므로 그에 따른 엄격한 책임을 인정하여야 한다.⁵⁰⁶⁾

지적재산권의 침해에 대한 책임은 첫째, 자신이 저작한 저작물이 온라인서비스제공자의 웹사이트상에서 침해된 경우 둘째, 저작물의 이용허락을 받은 자가 허락범위를 초과하여 이용함으로써 침해된 경우 셋째, 이미 인도된 저작물에 대하여 계약해제나 계약불성립 등으로 회수 또는 폐기되기 전 침해되는 경우가 있다. 이와 같은 경우 침해정도가 다르고 침해 상대방도 다르기 때문에 이로 인한 책임을 어떻게 분담할 것인가가 문제이다. 두번째와 세번째의 경우는 거래 상대방의 불법행위책임이 문제될 것이지만, 첫번째의 경우는 침해상대방 뿐만 아니라 명예훼손의 경우와 같이 온라인서비스제공자의 책임이 있다. 결국 명예훼손이나 프라이버시침해 또는 지적재산권의 침해 등은 거래와는 무관하게 이루어지는 일이지만, 전자거래가 가상의 공간안에서 전자거래라는 형태를 기반으로 하여 발생하는 일이므로, 그 각각의 침해의 위법성과 같은 법률상의 문제 외에 이에 따른 당사자의 민사책임 범위를 한정할 필요가 있다.⁵⁰⁷⁾

(7) 第三者의 債權侵害에 대한 責任

전자거래에서 문제가 되는 것 중 하나는 채무자의 귀책사유가 아닌 제3자의 행위로 인하여 채무가 정상적으로 이행되지 못하는 경우로 예컨대, 도로공사를 위해 굴착작업을 하던 중 매설되어 있던 정보통신망을 훼손하여 정상적인 컴퓨터네트워크가 이루어지지 못하여 채무자가 전송을 하지 못한 경우에 굴착작업자에게 어느 범위의 손해배상을 인정할 수 있는가 하는 문제이다. 이러한 경우에 제3자의 행위가 개입된 만큼 채무자에게는 어떠한 귀책사유를 인정하기 어려우며, 설령 채무자에게 무과실책임을 지우는 것도 적절치 않다. 또 그러한 제3자가 정보통신망을 통해 전자거래가 이루어지고 있는지 나아가 어떠한 거래가 이루어지고 있는지를 예상하는 것이 어려울 뿐 아니라 훼손한 것이 정보통신망인가 조차도 알기 어려우므로 모든 손해를 제3자에게 부담시키는 것도 적절하지 않다. 그리고 도로운행도중 전신주를 들이받아 전기의 공급이 중단된 경우에 운전자에게 전력공급 중단으로 인한 인근 공장의 가동이 중단됨에 따른 손해를 배상시킬 것인가의 문제를 들 수 있다. 이에 대하여 판례는 영업상 손실은 간접손해로 보아 예견할 수 없었다는 이유로 배상책임을 지우지 않았으며, 기계고장이나 작업중 자료가 못쓰게 되는 것과 같은 적극적 손해에 대해서만 배상책임을 지우는 태도를 취하고 있다.⁵⁰⁸⁾ 이러한 판례의 태도에 따르면 정보통신망을 훼손한 제3자에 대하여 전자거래의 채무불

506) Stetson University School of Law, "Computer Law Seminar", A Short Course on Sysop Liability, ; <http://www.cli.org/sysopl.htm>

507) 손화영, "지적재산권행사의 한계에 관한 연구-전자상거래에 있어서의 불공정거래법적용을 중심으로-", 「비교사법」 제8권 2호(통권15호), 한국비교사법학회, 2001. 12, p. 809.

이행으로 인한 모든 손해를 부담시키기는 어려울 것이고 제3자의 불법행위로 인한 손해배상책임은 물을 수 있다.

4. 製造物責任의 適用問題

제조물책임(Product Liability) 혹은 생산물책임⁵⁰⁹⁾이란 상품의 생산·유통·판매·소비의 일련의 과정을 통하여 관여한 자가 그 물건의 결함에 의하여 생명·신체 또는 재산 등에 생긴 제품사고에 의해 피해를 입은 피해자가 그 제품을 제조한 제조업자 등에게 손해배상을 청구할 수 있는 것을 말한다.⁵¹⁰⁾ 제조물책임의 법리구성은 과실책임의 법리에서 담보책임론 나아가 불법행위법상 엄격책임론으로 발전해 왔으나, 미국에서는 1970년대이래 제조물책임소송의 급증으로 손해배상액이 고액화되어 제조물책임의 위기·보험위기를 맞게 되었다. 현실적으로 제품의 제조상 결함과 구조상 결함에 대해서만 엄격책임을 적용하고 있으며, 설계상의 결함이라든가 경고상의 결함에 대해서는 과실책임의 법리를 인정하고 있다.⁵¹¹⁾ 이러한 제조물책임이론을 컴퓨터를 이용한 전자거래에서도 적용되는가에 대하여 컴퓨터가 전자거래의 이행행위로 되는 경우에, 그 컴퓨터의 제조자나 임대인이 컴퓨터에서 발생하는 하자에 대하여, 현재의 기술 수준과 법이론에 따라 컴퓨터는 아직 인간과 대등한 당사자로서 인정될 수 있는 것도 아니고 단지 서비스 등의 계약의 이행수단에 불과하고, 간접적으로 손해야기의 효과를 발생시킬 뿐이므로 제조물책임을 지는 것이 법적으로 인정되기는 어렵다는 견해가 있다.⁵¹²⁾ 그러나 컴퓨터

508) 대판 1996. 1. 12, 94 다 5472 ; 대판 1992. 4. 28, 91 다 2997 ; 대판 1991. 10. 11, 91 다 2536 : 대법원은 ‘불법행위의 직접적 대상에 대한 손해가 아닌 간접적 손해는 특별한 사정으로 인한 손해로서 가해자가 그 사정을 알았거나 알 수 있었을 것이라고 인정되는 경우에만 배상책임이 있다고 하고, 가해자가 공장지대에 위치한 전신주를 충격하여 전선이 절단된 경우, 그 전선을 통하여 전기를 공급받아 공장을 가동하던 피해자가 전력공급의 중단으로 공장의 가동이 상당한 기간 중지되어 영업상의 손실을 입게 될지는 불확실하며 또 이러한 손실은 가해행위와 너무 먼 손해라고 할 것이므로, 전주 충격사고 당시 가해자가 이와 같은 소극적인 영업상 손실이 발생할 것이라는 것을 알거나 알 수 있었다고 보기 어렵지만, 이 경우 그 전신주를 통하여 전력을 공급받고 있는 인근 피해자의 공장에서 예고 없는 불시의 전력공급의 중단으로 인하여 갑자기 공장의 가동이 중단되는 바람에 당시 공장 내 가동 중이던 기계에 고장이 발생한다든지, 작업 중인 자료가 못쓰게 되는 것과 같은 등의 적극적인 손해 발생할 수 있을 것이라는 사정은 가해자가 이를 알거나 알 수 있었을 것이라고 봄이 상당하다’고 판단한다.

509) 연기영, 「생산물손해배상책임법」, 육서당, 1999, . pp. 15-20.

510) 小林秀之, 「製造物責任法」新世社, 1995, p. 1 ; 植木哲, “製造物責任”, 「消費者保護の法律問題」, 勁草書房, 1994, p. 346.

511) 김상용, “제조물책임의 법리구성”, 「인권과 정의」 제217호, 1994. 9, p. 76 ; 김상명, “제조물책임의 입법화 방향에 관한 연구”, 제주대학교대학원 석사학위논문, 1997, pp. 25-26.

512) 오병철, 전제 “정보사회에 대비한 일반법 연구 서론”, p. 122 ; 오병철, 전제 「전자거래법」, p. 323.

시스템의 결합에 의한 민사법적 책임문제는 제조물책임과 관련지어 논의할 필요성 있다. 이러한 논의는 최근에 컴퓨터 과학기술이 발전에 따른 컴퓨터 이용자의 상당한 증가에 있어 컴퓨터 프로그램이 전문적이고 복잡한 성질을 가지고 있으므로, 이로 인하여 발생하는 결합손해에 대하여 제조업자 등에 대하여 책임체계상 계약책임과 불법행위책임의 양 책임체계 중 불법행위법상 무과실책임을 인정하는데 있다.⁵¹³⁾

우리나라 제조물책임법⁵¹⁴⁾ 제3조 1항은 제조업자는 제조물의 결함으로 인하여 생명·신체 또는 재산에 손해(당해 제조물에 대해서만 발생한 손해를 제외한다)를 입은 자에게 그 손해를 배상하여야 한다. 2항은 제조물의 제조업자를 알 수 없는 경우 제조물을 영리목적으로 판매·대여 등의 방법에 의하여 공급한 자는 제조물의 제조업자 또는 제조물을 자신에게 공급한 자를 알거나 알 수 있었음에도 불구하고 상당한 기간내에 그 제조업자 또는 공급한 자를 피해자 또는 그 법정대리인에게 고지하지 아니한 때에는 제1항의 규정에 의한 손해를 배상하도록 규정하고 있다. 컴퓨터프로그램의 하자가 원인이 되어 사고가 발생한 경우는 소프트웨어개발업자는 개발의뢰인에 대하여 제조물책임의 범위에 의하여 그 손해를 배상하여야 한다. 그리고 소프트웨어의 하자에 관한 개발업자의 법적문제는 컴퓨터를 통해 계약을 체결하거나 이행하는 수단으로 이용하는 전자거래에서 책임문제 뿐만 아니라 하드웨어나 소프트웨어를 매매하는 경우에도 발생하게 된다. 또한 컴퓨터하드웨어 및 소프트웨어의 취득이나 이용이 매매에 의하는 경우도 있지만 상당수는 리스에 의해서 이루어지게 되는 점에 있다.⁵¹⁵⁾

第5節 電子去來關聯 損害賠償

1. 損害賠償의 意義

보통 손해배상이라 함은 불법한 원인(채무불이행·불법행위)으로 생긴 손해를 피해자 이외의 사람이 전보함으로써 피해가 없었던 것과 같은 상태로 만드는 것을 '손해배상'이라 한다(민법 제390조·제750조). 어떤 원인에 의해 생긴 손해의 제거는 불가능하므로 손해의 배상은 그

513) Raymond T. Nimmer, *The Law of Computer Technology*, Warren, Gorham & Lamont INC, 1985, pp. 9-22.

514) 제조물책임법(제정 2000. 1. 12 법률 제6109호 재정경제부, 2002. 7. 1.부터 시행)

515) 지원림, 전게 “컴퓨터와 관련한 민사법적 문제 : 컴퓨터법 정립을 위한 시론”, p. 1481.

손해의 전보에 목적을 두게 된다. 그리하여 손해배상제도는 정신적 손해의 경우에는 인간의 존엄성과 생존권에 대한 보장의 기능을, 재산적 손해의 경우에는 사유재산제도의 2차적 보장 기능을 담당한다. 그런데 책임원인이 있는 자는 1차적으로 통상의 손해를 배상하여야 한다.⁵¹⁶⁾ 여기서 손해라 함은 법익침해로 인하여 법적 주체가 입은 불이익 혹은 법익에 관하여 받은 불이익으로서 가해행위가 없었다면 존재해 있을 이익상태와 가해행위가 있는 현재의 이익상태의 차이를 말한다.⁵¹⁷⁾ 전자거래에서 채무불이행의 구제방법으로는 현실적 완전물의 이행청구권과 손해배상청구권이 인정된다. 그리고 강제이행과 손해배상은 서로 독립적인 것으로서 강제이행과 동시에 손해배상청구권을 행사할 수도 있고 양자를 선택하여 구제를 받을 수도 있다.⁵¹⁸⁾ 손해배상청구권과 계약해제권도 동시에 청구할 수 있다. 전자거래의 채무불이행의 구제방법 중 손해배상청구권과 관련하여 채무불이행으로 인한 전매이익의 상실과 같은 소극적 손해에 관한 손해배상과 제3자의 고의·과실로 인해 정보통신망에 장애가 발생하여 채무불이행이 발생한 경우에 피해자가 부담할 손해배상의 범위가 중요한 문제가 된다. 그러나 여기에서는 채무불이행에 대한 구제방법으로 손해배상에 대하여만 검토하기로 한다.

2. 損害賠償의 範圍



일반적으로 채무불이행으로 인한 손해배상은 채무불이행에 의하여 기존의 재산이 줄어든 적극적 손해와 전매이익과 같은 얻을 수 있었던 이익의 상실인 소극적 손해로 구분된다. 이러한 구분의 실익은 적극적 손해는 민법 제393조에서 규정하고 있는 바 ‘통상손해’이나 소극적 손해는 ‘특별손해’로 되는 경우가 많다는 점에 있으나 소극적 손해가 언제나 특별손해가 되는 것은 아니다.⁵¹⁹⁾ 일반적으로 채무불이행으로 인한 손해배상청구권은 채무자가 채무에 좇은 이행을 하지 않았기 때문에 채무를 이행하였더라면 얻을 수 있었던 이행이익을 배상하는 것을 원칙으로 한다. 따라서 매매목적물의 가격상승이나 전매의 이익, 목적물을 이용하여 얻을 수 있었던 이익 등도 이에 포함되며, 이러한 이행이익의 손해를 배상하여야 한다. 그러나 소극적 이익이 이행이익에 포함된다고 하여 민법 제393조의 손해배상의 범위에 관한 규정의 적용을 받지 아니하고 모두 손해배상의 범위에 포함되는 것으로 이해될 수는 없는 것이다. 소극적 손해는 상당부분 특별손해에 해당되는 경우가 많지만 통상손해인가 특별손해인가는 구체적인 경

516) 한삼인, 「판례민법」, 법률행정연구원, 2000, p. 365.

517) 임건면, “민법상의 손해의 개념”, 「비교사법」 제8권 2호(통권15호), 한국비교사법학회, 2001. 12, p. 441.

518) 박윤직, 전제 「채권총론」, p. 127 ; 김상용, 전제 「채권총론」, p. 144.

519) 박윤직대표/지원림, 전제 「민법주해[IX]」, p. 471.

우에 따라 개별적으로 결정될 수 있을 것이며 일률적으로 단정할 수 없다. 전자거래에 있어서 채무불이행으로 인한 소프트웨어의 전매이익의 상실이나 정보를 필요로 하는 시점에 전송 받지 못하여 손해가 발생한 경우, 예를 들면 기상정보를 전송 받는 전자거래에서 적시에 기상정보를 전송 받지 못해 선박이 침몰된 경우나 증권정보를 실시간으로 전송 받는 전자거래에서 채무불이행으로 인해 매수 또는 매도시점을 놓쳐 손해가 발생한 경우에 대부분의 경우에는 특별손해로 되어 채무자가 그 특별한 사정에 관해 예견하였거나 예견가능한 경우에만 손해배상 범위에 포함된다고 볼 수 있으나, 이 경우에도 일률적으로 전자거래의 특성상 채무자에게 예견가능성이 없다고 할 수는 없고, 전자적인 방법만이 아니라 자연적인 방법으로도 예견가능하였는가를 판단하여 구체적이고 개별적으로 판단하여야 한다. 전자거래에서 채무자의 귀책사유가 없는 제3자의 행위로 인하여 채무자가 정상적으로 이행되지 못하는 경우가 있을 수 있다. 예컨대 도로공사를 하기 위하여 굴착공사를 하던 중에 매설되어 있던 전산망을 훼손시킴으로써 채무자가 데이터를 전송하지 못한 경우 소극적 손해로 볼 수 있는가? 또 채무자가 데이터를 전송하고자 하였으나 구축되어 있는 시스템에 이용자들의 접속이 폭주나 장애로 전송이 이루어지지 않거나 지연되는 경우에 컴퓨터 전산망을 이용중인 제3자에게 확대하여 책임을 물을 수 있는지가 문제가 된다. 그렇지만 이 경우까지 특별손해를 인정하는 것은 합리적이지 않다. 대법원 판례의 경우도 '도로은행중 전신주를 들이받아 전기의 공급이 중단된 경우에 운전자에게 전력공급 중단으로 인한 인근 공장의 가동이 중단됨에 따른 손해를 배상시킬 것인가에 대하여 영업상 손실은 간접손해로 보아 예견할 수 없었다는 이유로 배상책임을 인정하지 않고, 기계고장이나 작업중에 자료가 못쓰게 되는 것과 같은 적극적 손해에 대해서만 배상책임을 인정된다'고⁵²⁰⁾ 판단하고 있다. 따라서 전산망을 훼손한 제3자에 대하여 전자거래에서 채무불이행을 이유로 손해를 부담시키는 어려운 것으로 보인다. 다만, 해커 등의 침입으로 통신망이 중단됨으로 인하여 채무불이행이 발생하는 때에는 채무자가 컴퓨터 통신망의 안전의무를 다하지 않아 손해가 발생하는 경우에 해당하므로 채무자에 대하여 부수의무위반을 이유로 한 특별손해의 배상을 청구할 수 있고, 해커를 상대로 불법행위로 인한 책임으로 적극적 손해에 대하여 책임을 물을 수 있다.

520) 대판 1995. 26, 94 다 5472.

第5章 우리나라 電子去來關聯 民事責任의 問題點과 課題

앞에서 전자거래의 특수성, 외국의 전자거래관련 책임법제와 판례를 검토하였으며, 우리나라 전자거래관련 민사책임의 내용에 대하여 전자거래의 책임구조에 따라 검토하였다. 따라서 이하에서는 우리나라 전자거래관련 책임법제와 피해에 대한 구제제도, 전자거래관련 피해사례와 판례에 대하여 살펴봄으로써 우리나라 전자거래관련 책임법의 문제점을 도출하고, 앞으로의 입법적 과제를 제시하고자 한다.

第1節 責任法制와 救濟制度

우리나라의 전자거래에서 책임법제를 검토하기 위해서는 전자거래를 규율하는 대표적인 법률 즉, 전자거래기본법과 전자서명법 및 전자상거래등에서의 소비자보호에 관한 법률만의 주요내용을 검토하고, 민법이나 상법 등과 방문판매등에 관한 법률, 법제처에 입법안으로 되어 있는 전자금융거래기본법과 인터넷주소자원관리법 등에 관한 논의는 제외하기로 한다.

1. 責任法制

(1) 電子去來基本法

전자거래의 법률관계를 명확히 하고 전자거래의 안전성과 신뢰성을 확보하며, 전자거래의 촉진을 위한 기반을 조성함으로써 국민경제의 발전에 이바지함을 목적으로(동법 제1조)하는 본 법은 1999. 2. 8. 법률 제5834호로 제정되어 1999. 7. 1부터 시행되었었다. 그러나 전자거래의 활성화에 따라 전자거래를 규율하는 전자거래법 등이 미비하여 전문을 개정(2002. 1. 19 법률 제6614호, 2002. 7. 1부터 시행)하였다. 동 법에서는 전자거래의 안전성 확보 및 소비자를 보호하기 위하여 개인정보보호(동법 제12조), 영업비밀보호(동법 제13조), 암호제품의 사용(동법 제14조), 소비자보호정책의 수립·시행(동법 제15조), 소비자 피해의 예방과 구제(동법 제16조), 전자거래기본정책의 원칙과 정부의 책무(동법 제19조), 전자거래정책협의회(동법 제21조),

한국전자거래진흥원(동법 제22조) 등의 조치를 취할 정부의 의무를 규정하고 있으며, 제6장에 전자거래분쟁조정위원회의 설치 및 구성(동법 제32조 이하)을 하여 전자거래로 인한 소비자의 피해구제를 할 수 있도록 하고 있다. 전자거래기본법 시행령에서 이러한 분쟁을 해결하기 위한 방안으로 ADR과 전자거래 사이버지원센터에 설치된 온라인상으로 당사자가 분쟁을 해결할 수 있는 온라인 ADR을 시행하고 있었으나, 개정 전자거래기본법은 법률로 편입하였다. 따라서 전자거래기본법의 특징을 개관하면 다음과 같다.⁵²¹⁾

1) 전자거래 법률관계의 명확화

2002년 7월 1일부터는 전자문서를 받은 사람(수신자)이 전자문서가 작성자의 것이었는지를 확인하기 위하여 작성자와 합의한 절차를 따른 경우 또는 작성자의 의사에 기한 전자문서라고 믿을 만한 정당한 이유가 있는 자에 의하여 전자문서가 송신된 경우 그 전자문서에 포함된 의사표시는 작성자의 의사표시로 보게 되었다. 그러나 어떤 자가 함부로 타인을 사칭하여 전자문서에 의한 의사표시를 한 경우에도 수신자가 작성자의 전자문서가 아님을 작성자로부터 통지 받고 그에 따라 필요한 조치를 취할 상당한 시간이 있었던 경우나, 수신된 전자문서가 작성자의 것이 아님을 알았던 경우 또는 상당한 주의를 하였거나 작성자와 합의된 절차를 따랐으면 알 수 있었을 경우에는 그 전자문서에 포함된 의사표시는 작성자의 것으로 볼 수 없게 하였다. 전자문서 작성자가 전자문서를 송신하면서 수신자에게 전자문서를 받았다는 사실을 통지하여 줄 것을 요청한 경우에 수신자에게 새로운 청약을 한 것으로 보지는 않았다. 즉, 작성자가 의사표시가 포함된 전자문서를 송신하면서 수신자에 대하여 수신확인통지를 요구하는 것이 민법 제534조 소정의 조건을 붙인 것(즉 새로운 청약을 한 것)은 아니며, 수신자의 수신확인통지를 받기만 하면 승낙의 효력과 계약의 효력이 모두 발생하게 하였다.

2) 소비자 보호 등 전자거래의 안전성과 신뢰성 강화

전자거래사업자로 하여금 전자거래이용자의 영업비밀을 보호하기 위한 조치를 강구하도록 하였으며, 이용자의 동의 없이 영업비밀을 타인에게 제공하거나 누설하지 못하도록 하였다. 전자거래사업자 및 사업자단체의 자율규제를 장려하고, 피해구제에 선행하여 소비자의 능력개발을 통하여 소비자피해를 예방하고자 전자거래 소비자에 대한 정보의 제공과 교육의 확대를 정부책무로 새로이 규정하는 등 소비자보호를 강화하였다. 또한 전자거래사업자로 하여금 자신에 관한 정보 제공, 약관의 제공 및 보존, 주문의 취소·변경절차 마련, 청약의 철회, 교환 및 반품 절차 마련, 소비자 불만 처리절차 마련, 거래기록의 일정기간 보존 등 OECD 전자상거래

521) 산업자원부 보도자료, 2001. 12., <http://www.mocie.go.kr>.

소비자보호지침에 언급된 내용을 준수하도록 하였다.

3) 전자거래촉진시책 강화

전자거래 전문인력의 양성을 위하여 연구소·대학·민간교육기관 등에 대하여 인력양성에 필요한 경비를 지원하도록 하고, 국가기관, 지방자치단체, 정부투자기관 및 공공단체 등으로 하여금 재화나 용역의 조달이나 기관의 사업을 전자거래로 하기 위한 계획을 수립하여 추진하도록 함으로써 전자조달을 촉진시킬 수 있는 법적 토대를 마련하였다. 전자거래촉진정책의 효과적인 수립·시행을 위하여 전자거래통계 등 실태조사를 실시할 수 있도록 하며, 국가기관, 전자거래사업자 또는 전자거래관련 법인·단체에 대하여 자료의 제출이나 의견의 진술을 요구할 수 있도록 하고, 자료의 제출 등을 요구받은 공공기관, 전자거래사업자 또는 전자거래관련 법인·단체는 이에 협조하도록 하였다.

4) 전자거래분쟁조정위원회의 신설

현재 대통령령에 의거하여 설치된 전자거래분쟁조정위원회의 기능과 위상을 강화하기 위하여 동 위원회를 법률상의 위원회로 승격시키고, 조정의 신청, 조정부의 구성, 조정의 성립과 불성립, 조정조서의 효력 및 조정비용 등 분쟁조정 효과적 수행을 위한 사항을 새로이 규정하였다. 전자거래분쟁조정위원회는 「전자거래기본법시행령」에 의하여 2001년 4월부터 전자거래분쟁을 조정하여 왔으나, 소비자피해의 증가와 전자거래 관련 당사자간 분쟁이 급증하고 있어 이를 법률로 이관할 필요가 있었고 전자거래분쟁조정위원회는 준사법적 기관으로서 분쟁당사자의 법률적 쟁송에 관한 사항을 조정하므로 신청인과 피신청인의 권리 보호를 위해 시행령에서 법률상의 기구로 승격시켰다. 구체적으로는 전자거래분쟁조정위원회 위원은 50명까지 둘 수 있도록 하며, 45일 이내에 분쟁조정을 종결하도록 하고, 전자거래 관련 분쟁의 신속하고 공정한 조정을 위해 3인 이내의 위원으로 조정부를 구성하여 활용할 수 있도록 하였다. 조정조서에 대하여는 당사자간 합의와 동일한 효력을 부여하였다.

(2) 電子署名法

본 법은 전자문서의 안전성과 신뢰성을 확보하고 그 이용을 활성화하기 위하여 전자서명에 관한 기본적인 사항을 정함으로써 국가사회의 정보화를 촉진하고 국민생활의 편익을 증진할 것을 목적으로 하는 전자서명법(1999. 2. 5 법률 제5792호, 일부개정 2001. 1. 16 법률 제6360호 2001. 7. 1부터 시행)은 공인인증기관은 인증업무 수행에 필요한 최소한의 개인정보만을 수집

하고, 본인의 동의 없이 개인정보를 수집하여서는 아니 되며(동법 제24조), 공인인증기관은 인증업무 수행과 관련하여 가입자 또는 인증서를 신뢰한 이용자에게 손해를 입힌 때에는 그 손해를 배상해야 한다. 다만, 그 손해가 불가항력이나 이용자의 고의 또는 과실로 인하여 발생한 경우에는 그 배상책임이 경감 또는 면제된다(동법 제26조).

1) 전자서명의 의의

전자서명(electronic signature)에 대하여 전자거래기본법에서는 '전자문서를 작성한 작성자의 신원과 당해 전자문서가 그 작성자에 의하여 작성되었음을 나타내는 전자적 형태의 서명을 말한다'고 규정하나(전자거래기본법 제2조 5호), 전자서명법은 '전자문서를 작성한 자의 신원과 전자문서의 변경 여부를 확인할 수 있도록 비대칭암호화방식을 이용하여 전자서명생성기로 생성한 정보로서 당해 전자문서에 고유한 것을 말한다'고 정의하고 있다(전자서명법 제2조 2호). 이러한 개념은 수기서명(manual signature) 또는 날인의 전자적인 대체물로 연필대신 컴퓨터를 매개로 하여 생성되는 정보라고 할 수 있다. 전자서명은 디지털서명(digital signature)과는 다른 개념이 있다. 디지털서명은 공개키 암호화방식(비대칭적 암호체계)을 이용한 전자서명의 한 종류를 말하므로, 전자서명은 디지털서명을 포함하는 개념으로 보아야 한다. 그리고 전자서명은 전자문서의 암호화와 개념상 구별하여야 한다. 전자서명을 생성하는 과정에서 암호화방식이 일부 이용될 수 있다. 디지털서명은 공개키 암호방식을 이용하여 만들어진 전자서명이나, 전자서명은 송신자가 작성한 전자문서 자체를 암호화하는 것이 아니므로 제3자가 문서내용을 열람하는 데에는 아무런 문제가 없다. 전자서명은 전자서명의 작성자로 기재된 자가 그 전자문서를 작성하였다든 사실과 작성내용이 송신·수신과정에서 위조·변조되지 않았다는 사실을 증명하고 또한 작성자가 그 전자문서 작성사실을 나중에 부인할 수 없게 하는 역할을 할 뿐이다.⁵²²⁾ 문서내용 자체를 암호화하여 제3자가 그 내용을 알지 못하게 할 수도 있는데 이는 전자서명과 별개의 문제이다. 전자서명화된 전자문서는 그 문서 자체를 암호화하여 송신할 수도 있고, 암호화하지 않고 원문 그대로 송신할 수도 있다.

전자서명은 전자거래에서의 보안문제를 해결하기 위한 수단이라고 할 수 있으므로, 첫째, 전자문서의 사용자를 거래 상대방이 확인할 수 있게 하는 기능이 있어야 한다. 즉, 전자문서에서 전자서명이 붙여진 경우에는 전자서명의 명의인이 전자문서를 작성하였다든 사실을 확인할 수 있는 전자문서의 眞正性(authentication)이 요구된다. 둘째, 전자문서 작성자가 작성한 내용이 송신과정에서 변조되었는지 여부를 상대방이 확인할 수 있는 無缺性(integrity) 확보가 요구된다. 셋째, 전자문서의 송·수신자 측의 송·수신사실을 부인하는 경우 전자서명이 되어 있으

522) 남광, 전계 “UNCITRAL과 전자상거래: 전자서명과 인증기관을 중심으로”, p. 32.

면 특별한 사정이 없는 경우에는 송신자가 그 전자문서를 작성·송신하였다고 간주할 수 있는否認封鎖(non repudiation of send/receipt)의 기능이 중요하다.⁵²³⁾ 우리나라의 전자거래기본법 및 전자서명법에서는 디지털서명의 용어를 직접 규정하지 않고, 다만 비대칭 암호화방식의 개념을 규정하고 있을 뿐이다. 전자서명법 제2조 2호 및 제3조의 ‘전자서명’이라는 뜻은 모두 비대칭암호방식을 이용한 디지털서명을 의미한다고 해석하는 것이 합리적이라 본다. 그리고 전자거래기본법에 전자서명이 법적 효과를 가지기 위해서는 모든 전자서명이 이에 해당하는 것이 아니라 공인인증기관에 의하여 인증되는 전자서명에 한한다고 보아야 한다.

2) 전자서명의 법적 효과

전자서명이 서명 또는 기명날인으로 간주되는 요건이 문제가 되는데, 이에 대하여 전자서명법은 공인인증기관이 제15조의 규정에 의하여 발급한 인증서에 포함된 전자서명검증키에 합치하는 전자서명생성키로 생성한 전자서명은 법령이 정한 서명 또는 기명날인으로 보도록 하고 있으나(전자서명법 제3조 1항), 만일 전자서명이 붙은 수신자가 전자서명이 무권한자로부터 행하여진 사실 또는 서명자가 의무를 위반한 사실을 알았거나 알 수 있었던 경우에도 유효한 전자서명으로 보아야 하는가가 문제가 되며, 일반수기서명이나 날인과 같은 법적 효력을 인정하고 있다고 볼 수 있는가가 문제가 된다.

(가) 일반 전자서명(electronic signature)

안전한 전자서명 이외의 일반 전자서명에 의하여 인증된 데이터메시지에 관하여, 만일 그 전자서명이 당사자의 합의를 모든 상황에 비추어서 전자서명이 사용되는 목적에 적합하게 신뢰할 수 있다면, 그 전자서명은 법적 효력을 충족한다. 법률요건이 의무의 형태로 규정되어 있는지, 아니면 단지 서명이 흠결된 효과만을 규정하고 있는지에 관하여 상관없이 적용된다. 그리고 다른 법률에 명백히 규정되어 있지 않은 경우에는 안전한 전자서명이 아닌 일반 전자서명에는 締約國의 특정기관에 의하여 수립된 규제, 기준 또는 인가절차가 적용되지 않는다.⁵²⁴⁾ 한편, 우리나라에서 문제가 되는 것은 법령이 정한 서명 또는 기명날인으로 간주되는 전자서명을 공인인증기관이 발급한 인증서에 포함되는 전자서명검증키에 합치하는 전자서명생성키에 생성한 전자서명일 것만 요구하고 있어 수신자가 전자서명이 무권한자로부터 행해진 사실 또는 서명자가 의무를 위반한 사실을 알았거나 알 수 있었을 경우에는 효력을 부인하여야 한다.⁵²⁵⁾

523) 法務省, 「電子取引法制に關する研究會報告書」, 1998. 3, p. 53.

524) UNCITRAL Working Group on Electronic Commerce(Thirty-third session) “DRAFT UNIFORM RULES ON ELECTRONIC SIGNATURES”, A/CN.9/WG.IV/WP.76,1998. 5. 25, p. 21.

(나) 안전한 電子署名(enhanced=secure electronic signature)

안전한(고급화된) 전자서명이란 하나 또는 일련의 보안절차의 적용을 통해 진실성이 입증될 수 있는 전자서명으로서, 그것이 전자서명자에게 유리한 것이고, 자료메시지의 서명자의 신원을 객관적으로 확인하는데 사용될 수 있고, 서명자에 의하거나 서명자의 유일한 통제하에 있는 수단을 사용함으로써 만들어진 자료 메시지에 붙여진 것이며, 자료메시지에 있어서 어떠한 변화도 탐지될 수 있는 방법으로 만들어지고 관련된 자료메시지에 연결된 것을 말한다.⁵²⁶⁾

(다) 歸屬推定(presumption of attribution)과 無缺性的 推定(presumption of integrity)

전자서명법 제3조 2항은 '제1항의 규정에 의하여 전자서명이 있는 경우에는 당해 전자서명이 당해 전자문서의 명의자의 서명 또는 기명날인이고, 당해 전자문서가 전자서명된 후 그 내용이 변경되지 아니하였다고 추정된다'고 규정하고 있는데, 제3조 2항 전단은 공인인증기관의 인증을 받은 전자서명이 있는 경우에는 당해 전자서명이 당해 전자문서의 명의자의 서명 또는 기명날인이라는 사실을 추정하는 귀속의 추정을 의미하고, 제3조 2항 후단은 이러한 전자서명이 있는 경우에는 당해 전자문서가 전자서명된 후 그 내용이 변경되지 아니하였다고 추정하는 無缺性的 推定에 관한 규정이다. 이러한 규정에 대하여 일반문서의 서명·날인과는 달리 전자문서상의 전자서명에 대해서만 귀속의 추정 규정을 두는 것에 대하여 전자서명의 경우에만 이러한 효력을 인정하는 것은 일반문서와의 균형성을 잃어 필요하지 않다는 견해도 있으나,⁵²⁷⁾ 고도의 암호기술을 응용한 전자서명에 있어서는 전문지식이 없는 전자문서 명의인이 당해 전자서명이 자신의 것이라고 하는 것을 입증하기도 곤란하고, 공인인증기관과 같은 공적 기관이 법에 정한 절차에 따라 인증하는 경우에는 어느 정도 신뢰를 하는 것이 합리적이므로, 인감증명서에 의하여 인영(印影)의 동일성이 입증된 것과 유사한 효과를 부여하는 것도 합리적이라 본다.⁵²⁸⁾

3) 電子的 代理人의 電子署名

전자적 대리인(electronic agent) 혹은 지능적 대리인(intelligent agent)라고 함은 인간을 대신하여 일정한 작업을 할 수 있는 일정한 인공지능을 가진 소프트웨어를 말한다. 이러한 전자적 대리인은 전자거래 등에서 응용되고 있으며, 고객 대신에 쇼핑물을 찾아다니며 물건을 구입하기도 하고 대금을 지불할 수도 있다.⁵²⁹⁾ 전자적 대리인은 미국 통일 상법전 제2B편 초안에서

525) 정국용, “전자서명법제의 개선방안”, 「한국통신경영연구소 보고서」, 1998. 5, p. 2.

526) UNCITRAL “DRAFT UNIFORM RULES ON ELECTRONIC SIGNATURES”, A/CN.9/WG. IV/WP.76, p. 7.

527) 法務省, 前掲「電子取引法制に關する研究會 報告書」, p. 55.

528) 한삼인·김상명, 전제 “전자서명 및 전자인증의 법률문제에 관한 고찰”, p. 1073.

사용되듯이 전자대행수단이라고도 한다(제102조 (9)). 지능대리인은 일반 소프트웨어 프로그램과는 달리 자율성, 상호통신, 협동, 추론의 기능을 할 수 있는 특징이 있다.⁵³⁰⁾ 컴퓨터가 사람 이상의 기능을 수행하고 있으며 이를 이용하는 자가 컴퓨터 능력을 활용하려는 의사가 명백한 경우에도 전자적 대리인은 행위능력을 요하지 않지만, 적어도 의사능력은 있어야 하는지에 관하여 문제가 될 수는 있으나(민법 제11조 참조), 일반 대리제도와는 달리 전자적 대리인이 본인을 위하여 행위하려는 효과의사는 자율성을 가진 컴퓨터에 의하여 이용됨으로 의사능력도 인정된다고 보는 것이 옳다.⁵³¹⁾ 전자적 대리인은 인간이 아닌 하나의 소프트웨어에 불과하기 때문에 전자적 대리인 혹은 지능적 대리인의 전자서명도 유효한 것으로 인정할 수 있는가가 문제가 된다. 이에 대하여 전자거래기본법과 전자서명법은 명확한 규정을 두고 있지 않으나, 오늘날 전자거래가 활발히 진행됨에 따라 전자적 대리인을 설치하거나 아니면 운영중인 당사자에게 그 법률효과가 귀속되어야 할 필요성이 크게 대두되고 있으므로, 우리 법체계에서도 전자적 대리인에 의한 전자서명의 유효성을 인정하여야 한다. 전자거래기본법 제2조 3호 전자문서의 '작성자라 함은 전자문서를 작성하여 송신하는 자'로 규정하고 있으므로, 여기서 대리인도 작성자에 포함되는지가 문제가 되나, 전자적 대리인도 포함된다고 해석하여야 한다.⁵³²⁾ 이에 대한 외국의 입법례는 통일 상법전 제2B편(동법 제204조, 제402조)과 UNCITRAL전자서명규칙 초안(제8조 (b))도 전자적 대리인의 전자서명이 유효하게 작성되고 계약이 유효하게 성립할 수 있다는 규정을 두고 있다.

4) 전자서명 특약의 유효성

전자거래의 당사자간들이 전자서명의 효력에 대해서 전자거래기본법 및 전자서명법의 규정에 반하는 특약을 할 수 있는지가 문제가 될 수 있다. 전자서명 관련 법률의 입법 및 해석원칙인 당사자자치의 원칙에 의하면 전자거래의 당사자들은 약정에 의하여 전자거래에서 발생하는 제반 문제들을 해결할 수 있는 것이 원칙이나, 무제한적으로 인정되는 것이 아니므로 예외적으로 최소한의 공공정책적 조항은 강행규정으로써 당사자간의 약정에 의하여 변경할 수 없다고 보아야 한다. 그러므로 전자거래기본법 제4조의 전자문서의 효력, 전자서명법 제3조의 전자서명의 효력 등의 규정들은 당사자의 특약에 의하여 배제하거나 변경이 불가능하다고 해석하여야 한다.⁵³³⁾

529) 최경진, 전계 「전자상거래와 법」, p. 109. 이하

530) 주재훈, 「인터넷 비즈니스」, 비봉출판사, 1998, p. 197.

531) 정경영, 전계 “전자의사표시의 주체에 관한 연구”, p. 51.

532) 한용길, 전계 “전자상거래법의 입법을 위한 참고자료”, p. 577.

533) 한삼인·김상명, 전계 “전자서명 및 전자인증의 법률문제에 관한 고찰”, p. 1075.

(3) 電子商去來등에서의 消費者保護에 관한 法律

전자상거래등에서의 소비자보호에 관한 법률(2002. 3. 30 법률 제6687호)은 전자상거래 및 통신판매 등에 의한 재화 또는 용역의 공정한 거래에 관한 사항을 규정함으로써 소비자의 권익을 보호하고, 시장의 신뢰도 제고를 통하여 국민경제의 건전한 발전에 이바지함을 목적으로 한다(동법 제1조). 이 법은 사업자는 전자상거래에서 소비자의 조작실수 등으로 인한 의사표시 착오 등으로 발생하는 피해를 예방할 수 있도록 거래 대금이 부과되는 시점 또는 청약에 앞서 그 내용의 확인 및 정정에 필요한 절차를 마련하여야 한다(동법 제7조). 또한 배송업자의 협력 의무를 규정하고, 통신판매업자의 경우 소규모 통신판매업자 등 대통령이 정하는 경우를 제외 하고는 원칙적으로 공정거래위원회나 특별시·광역시·도지사에게 신고하여야 한다(동법 제 12조). 통신판매업자(전자거래사업자 포함)는 소비자로부터 재화 등의 거래에 관한 청약을 받은 경우 청약의 의사표시의 수신 확인 및 판매 가능 여부에 관한 정보를 소비자에게 신속하게 통지하여야 한다(동법 제14조). 그리고 일정한 경우에 소비자는 청약을 7일 이내에 철회할 수 있도록 하고 있다(동법 제17조). 만일 청약의 철회가 법령상 정당한 경우에는 지연배상금을 부담하지 않는다(동법 제18조). 소비자에게 책임 있는 사유로 인하여 재화 등의 판매에 관한 계약이 해제된 경우 통신판매업자가 소비자에게 청구하는 손해배상액은 첫째, 공급받은 재화 등이 반환된 경우에 반환된 재화 등의 통상사용료액 또는 그 사용에 의하여 얻어지는 이익에 상당하는 금액과 반환된 재화 등의 판매가격에서 그 재화 등이 반환된 당시의 가액을 공제한 금액 중에서 큰 금액에 대금미납에 따른 지연배상금을 더한 금액을 초과할 수 없도록 하고 있다(동법 제19조)

그리고 통신판매중개자가 재화 등을 판매함에 있어서 책임이 없다는 사실을 약정하지 아니 하거나 미리 고지하지 아니하고 통신판매의 중개를 한 경우에는 당해 통신판매와 관련하여 통신판매를 의뢰한 자의 고의 또는 과실로 소비자에게 발생한 재산상의 손해에 대하여 그 통신 판매중개자는 중개를 의뢰한 자와 연대하여 배상할 책임이 있다(동법 제20조 1항). 그리고 미리 고지하는 경우에도 통신판매업자는 통신판매중개자는 통신판매업자의 책임을 면하지 못한다(동법 제20조 2항 전단). 다만, 통신판매업자의 의뢰를 받아 통신판매의 중개를 함에 있어서 의뢰자가 책임을 지는 것으로 약정하여 소비자에게 고지한 부분에 대하여는 의뢰자가 책임을 진다(동법 제20조 2항 후단).

(4) 整理

우리나라 전자거래기본법과 전자서명법 및 전자상거래등에서의 소비자보호에 관한 법률은 대부분 유엔전자상거래모범법과 OECD가이드라인이나 일본의 소비자와 사업자간의 매매에 관한 운용가이드라인에 따라 제정된 법률이다. 따라서 앞에서 본 바와 같이 배송업자 등의 협력 의무와 통신판매업자는 소비자로부터 재화 등의 거래에 관한 청약을 받은 경우에는 청약의 의사표시의 수신 확인 및 판매 가능 여부에 관한 정보를 소비자에게 통지하도록 하고 있으며, 소비자는 일정한 경우에 7일 이내에 청약을 철회할 수 있도록 함으로써 소비자를 보호하고 있다. 그리고 청약철회의 효과와 소비자에게 책임 있는 사유로 해제를 하는 경우에는 일정금액의 범위내에서 판매업자 등에게 손해배상청구금액의 제한을 규정하고 있다. 통신판매중개업자에게도 일정한 경우에는 통신판매업자와 연대책임을 부담하도록 하고 있다.

2. 被害者保險制度

전자거래에서 소비자피해보상보험제도는 전자거래사업자 등의 판매업자가 법률의 규정 또는 계약에 의하여 피해자 등에 대하여 일정한 금전적 급부를 할 법률상 배상책임을 부담하는 경우에 그로 인하여 입게 될 손해의 전보를 목적으로 하는 보험을 말한다.⁵³⁴⁾ 전자거래의 피해자를 보호하기 위한 수단으로 전자거래의 보험제도는 전자상거래등에서의 소비자보호에 관한 법률에 의하면, 공정거래위원회는 전자상거래 또는 통신판매에서의 소비자 보호를 위하여 관련 사업자에게 보험업법에 의한 보험계약, 소비자피해보상금의 지급을 확보하기 위한 금융기관의 채무지급보증계약 등을 체결하도록 권고할 수 있도록 하고 있으며, 다만 동법 제8조 4항에 해당하는 전자결제수단의 발행자는 소비자피해보상보험계약 등을 체결할 의무를 규정하고 있다(동법 제24조). 전자거래에서 보험제도는 기술적인 면을 제외하더라도 전자거래관련법을 제도적으로 보완하여, 전자거래를 이용하는 소비자를 보호하기 위해서는 전자거래사업자 등에게 의무적으로 사이버공간에서 소비자피해보상보험에 가입하도록 의무화할 필요가 있다. 그러나 이러한 소비자피해보상보험계약은 임의규정으로써 실효성이 없는 선언적인 규정에 불과하다.

현재 전자거래상 소비자피해보상보험제도는, 전자거래로 구입한 물건이나 서비스에 문제가 발생하면 돈을 돌려 받을 수 있는 환불보험서비스를 말한다. 인터넷대출서비스 업체인 이티즌(데이콤 제휴회사)은 천리안을 운영하는 데이콤과 이 전자거래 환불서비스에 필요한 시스템을

534) 김상찬, “의료사고의 민사적 책임과 분쟁해결의 법리”, 건국대학교 대학원 박사학위논문, 1994, p. 201.

이용하면 판매자는 판매금액의 0.5~5%를 보험수수료로 지급하는 대신 판매상품에 대한 신뢰감을 확보할 수 있으며, 구입자도 제품에 문제가 발생하면 환불받을 수 있기 때문에 쉽게 전자거래를 할 수 있다. 구매자가 물품을 배달 받고 마음에 들지 않거나 하자가 있을 경우에는 이티즌 측이 곧바로 물품대금을 환불해주도록 하고 있다. 이 서비스를 이용하려면 판매자는 이티즌에 보험수수료를 지급한 뒤 판매상품이 환불서비스에 가입한 사실을 고지할 의무가 있다. 구매자는 구입할 때 환불서비스 가입여부를 확인하고 이티즌이 개설한 거래보증코너에 구매의사를 표시하도록 하고, 이티즌은 거래내용을 확인하고 이상이 없으면 곧바로 구매자에게 인증해 주어야 한다. 이티즌은 인증 후 거래사실을 판매자에게 알리고 구매자가 입금한 제품값을 받아 7일 동안 보관하고, 구매자가 물건을 받은 뒤 이상이 없는 것으로 판단되면 판매자에게 대금을 전달하도록 한다. 따라서 전자거래에서 피해자보험도 이와 같이 의무화할 필요가 있다.

3. 紛爭救濟制度

(1) 裁判外 紛爭解決方案



1) 傳統的인 紛爭解決 方法

전통적인 분쟁해결방법으로는, 민간소비자단체에 의한 해결방법으로 소비자들이 스스로의 권익보호를 위해 자주적으로 단체를 결성하여 행정기관에 등록된 민간소비자단체가 소비자보호법 제18조 1항 5호에 의하여 소비자피해 및 불만처리를 위한 상담정보제공 및 당사자간의 합의권고를 행함으로써 소비자피해를 구제하는 방법이다. 행정기관에 의한 해결방법으로는 환경분쟁조정법, 저작권법, 소비자보호법, 건설산업기본법, 건축법, 금융감독기구의 설치등에 관한 법률, 남녀고용평등법, 노동조합 및 노동관계조정법, 발명진흥법, 방송법, 보험업법, 수산업법, 의료법 등은 관련 행정부처가 관장하는 강제적 또는 임의적 조정제도를 규정하고 있다. 법원에 의한 해결방법으로 민사소송에 의하여 분쟁을 해결하는 방법은 다른 방법에 의한 분쟁해결의 기준이 되는 최종적인 해결방법이라고 할 수 있으나, 그 절차가 까다롭고 복잡하며 시간과 비용이 많이 들기 때문에 일반인들이 외면하는 경우가 많다.⁵³⁵⁾ 현재 민사조정제도와 소액사건심판제도 등은 시간과 비용을 단축하는 사법적 절차로서 인정되고 있으나, 일반인들의 적극적인 이용은 아직 눈에 크게 띄고 있지 않다.

535) 정완용, “인터넷 전자거래의 법률관계에 관한 고찰”, 한국법제연구원, 2001. 11, p. 67.

2) ADR

ADR(Alternative Dispute Resolution)이라 함은 분쟁을 해결하는데 있어 당사자들을 도와 주는 광범위한 절차와 메커니즘을 말한다. 이러한 대체적 해결방식은 법정 소송을 대체할 의도가 아니라, 그것을 분쟁해결을 수행하는 하나의 메커니즘이라고 말할 수 있다. 이러한 가장 일반적인 분쟁해결방식은 협상, 알선, 조정, 중재이며, 구속력 여부, 조정인 혹은 중재인의 역할 등에 따라 그 형태가 매우 다양하다. 현재 ADR 메커니즘은 온라인 환경에서 다양한 분쟁(도메인 분쟁, 보험, 프라이버시, 가사, 고용, 상사 등)을 해결하기 위해 기법이 발달되고 있으며, 이러한 온라인 메커니즘은 온라인 상에서 발생한 분쟁뿐만 아니라 오프라인에서 발생한 분쟁도 해결할 수 있다. 전자거래 분쟁이 발생할 경우 그 분쟁해결을 위해 법원의 소송에 의존한 경우 분쟁 당사자는 엄청난 비용을 감수해야하고, 또한 법원의 결정이 나기까지는 많은 시간이 걸린다. 따라서 이러한 고비용과 시간낭비 때문에, 법원의 승소가 있다하여도 그로 인해 얻는 결과물의 의미와 가치는 퇴색된다. 한편 국제거래의 관점에서 B2C 전자상거래의 경우 금액이 작은 경우가 대부분인데, 이 경우에 다른 국가의 법원에서 소송을 하기란 거의 불가능하고 그 실효성도 미미하다고 할 수 있다.⁵³⁶⁾ 이처럼 전자상거래 분쟁해결을 위한 법체계의 불확실성은 소비자나 물품구매를 원하는 기업으로 하여금 인터넷상에서의 상품 및 서비스의 구매를 꺼리게 하고, 물품을 판매하고자 하는 기업들에게는 전자거래시장으로의 진출을 망설이게 하기 때문에 인터넷을 통해 거래를 하는 소비자와 기업들은 분쟁을 엄청난 시간과 비용을 들여가면서 불확실한 결과를 창출해내는 소송으로 해결하기보다는, ADR에 의한 분쟁해결을 택함으로써 이익을 얻을 수 있다.그 裁判外 紛爭解決 方法의 類型을 보면 다음과 같다.⁵³⁷⁾

536) <http://www.clicknsettle.com> ; 재판외 분쟁해결제도의 유형에 대하여는 정완용, 전계 “인터넷 전자거래의 법률관계에 관한 고찰”, p. 69 이하

537) OECD 소비자보호지침(1999. 12. 9) 분쟁의 대안적 해결방안

소비자들은 부적절한 비용 등 부담없이 공정하고 시기적절한 분쟁해결방식에 충분히 접근할 수 있어야 한다. 기업과 소비자대표 그리고 정부는 공정하고 효율적인 그리고 투명한 자율규제 등, 분쟁의 대안적 해결방안을 포함한, 기타 절차나 정책을 개발하고 지속시키는 데 협력해야 한다. 또한 소비자의 불평을 해소하고 전자상거래, 특히 국경간 거래에서 기업대 소비자간에 일어나는 소비자분쟁을 해결하기 위해 협력해야 한다.

(i) 기업과 소비자대표는 소비자의 불평과 문제점들을 소비자에게 불필요한 부담없이 공정하고 시기적절한 방안으로 해결할 수 있는 공정하고 효율적이고 투명한 내부적인 메커니즘을 계속해서 만들어야 한다. (ii) 기업과 소비자대표는 기업대 소비자간 전자상거래에서 발생하는 분쟁을 해결하는데 있어서 소비자를 지원하고 그들의 불만을 말할 수 있는 자율적인 프로그램을 협력하여 만들어 나가야 한다.(iii) 기업과 소비자대표 및 정부는 소비자에게 부적절한 비용 등 부담없이 공정하고 시기적절한 분쟁의 효과적인 해결을 위해서 대안적 분쟁해결방안을 선택할 수 있도록 지속적으로 협력해야 한다. (iv) 기업과 소비자대표 및 정부는 위와 같은 사항을 실행하는데 있어서 정보기술을 혁신적으로 이용해야 하며

(가) 협상(Unassisted Negotiation) : 협상은 소송 전단계 또는 소송과는 관계없이 당사자간의 분쟁을 스스로 해결하는 방식이다.

(나) 알선(conciliation) : 알선이라 함은 제3자 기관이 당사자들의 교섭에 의하여 합의를 형성하도록 조력하는 것을 말한다. 다만 알선은 조정에서와 같이 조정안을 제시할 정도로 강하게 중개(仲介)하지 못하고 절차도 조정보다 덜 정비되어 있다. 환경분쟁조정법은 알선제도를 택하고 있다.

(다) 조정(Mediation, Assisted Negotiation) : 당사자간에 협상에 의하여 스스로 분쟁을 해결할 수 없는 경우 제3자의 조력을 받아 모든 결정은 당사자들이 행하지만 협상의 각 과정에서 조정인이 개입하여 당사자들로 하여금 스스로 해결하도록 돕는 것이다. 즉 조정이란 양 당사자가 합의점에 도달하는 것을 촉진해 주는 것으로써 조정인의 역할은 양 당사자들이 그들 자신의 합의를 도출하도록 돕는 것이지 분쟁에 대한 결정을 하는 것이 아니다. 실제로 조정인의 목적은 소비자와 업체의 이해관계가 오버랩(overlap) 되는 부분을 찾는 것에 있다. 특히 조정은 중립적인 제3자가 분쟁해결 과정에서 당사자를 구속하는 결정을 내리는 중재나 소송 등에 비해 분쟁 당사자간에 일방은 이기고 타방은 진다는 대립적 관계가 아니라 당사자들이 분쟁해결 과정에 직접 참여하여 거래관계도 손상 받지 않고 객관적인 기준 적용에 있어서 융통성 있고 창의적으로 문제를 해결할 수 있다는 점이 그 장점으로 인정된다. 조정의 공정성은 조정인에게 달려 있으며, 조정인의 문화적 차이도 배제할 수 없다. 반면 조정은 당사자들에 의해 분쟁에 대한 결정을 내려야 하므로 조정인의 의견은 권고안이나 추천사항에 불과하고, 조정에 의하여 당사자가 분쟁해결에 결정을 내리지 못할 경우 중재나 소송에 비해 그 결과의 실효성이 약하다. 그러나 중재와 조정을 개념상 비교하는 것은 적절하지 않다. 중재는 어떠한 판정을 얻을 수 있지만, 조정은 실패하거나 진행될 뿐이기 때문이다. 하지만 그 결과면에서 비교해 볼 때 조정이 성공한 경우에는 당사자의 win-win 이라고 할 수 있다면, 중재는 win-lose라고 할 수 있다. 한편, 조정안에 법적 효력이 없고, 강제 이행성이 결여된다는 조정의 결점은 기술의 변화속도가 매우 빠른 온라인에서 오히려 큰 장점이 될 수도 있다.

(라) 중재(Arbitration) : 분쟁협상의 가능성이 전혀 없으므로 제3자에게 판정을 의뢰하는 것으로 소송과 달리 당사자가 제3중립적인 중재인을 선정할 뿐 아니라 중재절차, 장소, 언어, 중재기관 등을 정할 수 있어 분쟁해결에 당사자의 의사가 많이 반영될 수 있으나, 조정과 달리 제3중립인이 내린 판정에 당사자들이 구속된다. 이런 당사자합의에 의한 중재판정이 국제적으로 법적 구속력을 가지며 최종적인 판단이 될 수 있는 법적 근거는 「외국 중재판정의 승인 및 집행에 관한 UN협약, 1958 뉴욕협약」이며, 이러한 국제협약에 근거한 각국의 중재법이 중재판

소비자의 지식과 선택의 폭을 넓혀 주는데 이를 사용해야 한다.

정의 법적 효력을 뒷받침해 주는 것이라고 볼 수 있다. 법원의 판결은 3심제이지만, 중재인의 판정은 최종적이고 법적 구속력이 있으므로 단심제이며 중재판정문의 작성이 사기, 수뇌, 협박 등의 절차로 무효나 취소 사유가 없는 한 법원이 다시 이를 심사할 수 없다. 한편 중재는 소비자들에게 재판 받을 수 있는 권리를 빼앗을 우려가 있다.

(2) 電子去來紛爭調停委員會의 紛爭調停

1) 조정위원회의 설치

전자상거래가 급속히 확대됨에 따라 전자거래로 인한 소비자의 피해와 전자거래 관련 당사자간 분쟁의 발생이 급증하고 있으며, 이 같은 전자거래분쟁의 확대는 전자거래가 가지는 가장 큰 장점인 비용절감과 신속성을 저해할 우려가 있다. 또한 전자거래분쟁은 법률적인 부분 외에 전자거래 특유의 기술적인 부분을 많이 포함하고 있어 통상의 재판절차나 기존의 조정제도 보다 전문가에 의한 간이 조정제도 필요하여 본 위원회가 설치되었다.⁵³⁸⁾ 전자거래기본법 제32조 및 동법시행령 제15조에 그 법적근거를 두고 있으며, 2000년 4월 12일에 설립되었다(한국전자거래진흥원 안에 사무국 설치). 분쟁조정대상은 소비자와 전자상거래업체간, 전자상거래관련업체(결제, 배송, 정보통신업체 등)간 분쟁 등 전자거래에 관한 분쟁이다. 대통령령에 의거하여 설치된 전자거래분쟁조정위원회의 기능과 위상을 강화하기 위하여 동 위원회를 법률상의 위원회로 승격시키고, 조정의 신청, 조정부의 구성, 조정의 성립과 불성립, 조정조서의 효력 및 조정비용 등 분쟁조정 효과적 수행을 위한 사항을 새로이 규정하였다.

전자거래분쟁조정위원회는 「전자거래기본법시행령」에 의하여 지난해 4월부터 전자거래분쟁을 조정하여 왔으나, 소비자피해의 증가와 전자거래 관련 당사자간 분쟁이 급증하고 있어 이를 법률로 이관할 필요가 있었고 전자거래분쟁조정위원회는 준사법적 기관이고, 분쟁당사자의 법률적 쟁송에 관한 사항을 조정하므로 신청인과 피신청인의 권리 보호를 위해 시행령에서 법률상의 기구로 승격시켰다. 구체적으로는 전자거래분쟁조정위원회 위원은 50명까지 둘 수 있도록 하며, 45일 이내에 분쟁조정을 종결하도록 하고, 전자거래 관련 분쟁의 신속하고 공정한 조정을 위해 3인 이내의 위원으로 조정부를 구성하여 활용할 수 있도록 하였다. 조정조서에 대

538) 전자거래기본법 제28조(전자거래에 관한 분쟁의 조정) 정부는 전자거래로 인한 피해를 구제하고 공정한 전자거래의 관행을 정착시키기 위하여 분쟁조정기구의 설치·운영 기타 전자거래에 관한 분쟁의 조정에 필요한 시책을 강구하여야 한다. 동법 시행령 제15조(전자거래분쟁조정위원회) ① 정부는 법 제28조의 규정에 의한 전자거래의 분쟁에 관한 사항을 심의·조정하기 위하여 진흥원에 전자거래분쟁조정위원회를 둘 수 있다. ② 제1항의 규정에 의한 전자거래분쟁조정위원회는 전자거래에 관한 분쟁이 있는 경우에는 조정안을 작성하여 당사자에게 이를 수락할 것을 권고할 수 있다.

하여는 당사자간 합의와 동일한 효력을 부여하였다.⁵³⁹⁾

2) 본 위원회 조정특징

(가) 신속한 기한과 조정업무의 효율적인 처리

조정 전 과정을 가능한 한 45일 이내에 처리하며, 사안별 전문적 지식을 갖춘 조정인이 담당조정부를 구성한다. 또한 재판에 비해 신청절차를 간편하게 하여 쟁송능력이 부족한 소비자, 전자거래 관련업체 등도 용이하게 이용할 수 있게 하였다.

(나) 조정신청 및 조정비용 무료

전자거래 활성화를 위한 행정서비스차원에서 소비자, 전자거래업체 등이 무료로 분쟁조정 제도를 이용하게 하였다. 그러므로 중소 사이버몰이나 전자거래 소비자들이 아무런 부담 없이 조정서비스를 이용할 수 있다.

(다) 사이버분쟁조정센터를 이용한 조정

전자거래분쟁조정위원회 운영규정(산업자원부고시 제2000-37호)에 의한 사이버분쟁조정센터 등 정보통신망을 이용하여 조정절차의 전부 또는 일부를 진행함으로써 조정기간 단축이 가능하며, 조정에 따르는 제반 비용을 절감할 수 있다. 또한 동 조정센터 운영으로 시간과 장소에 구애받지 않는 자유로운 조정관계인들의 의견 교환이 가능하다. 동 운영규정 제30조의 '정보통신망을 이용한 조정진행'에 따라 조정진행의 전부 또는 일부절차를 원격영상 및 전자우편 등 정보통신망을 이용할 수 있으며, 이는 전자문서이용요령에 의한다.

(라) 비공개 원칙

조정에 관여한 자에게 비밀누설금지 의무를 부여하여 사업자의 영업비밀이나 소비자의 개인정보를 보호한다.

3) 조정절차

분쟁조정신청을 받을 경우 분쟁당사자를 연결하여 당사자간 합의를 우선 권고하며 당사자간 합의가 10일 내에 이루어지지 않고 당사자가 위원회의 조정을 필요로 할 경우에 1~3인의 담당조정부가 구성되어 20일 이내에 합리적인 조정안을 마련하여 당사자에 수락을 권고한다.

539) 산업자원부 보도자료, 2001. 12., <http://www.mocie.go.kr>

第2節 被害事例와 判例의 動向

1. 被害事例

(1) 契約의 取消 및 變更, 不履行 關聯事例

1) 최초 계약 조건에 의한 재화의 인도 청구

신청인은 피신청인에게 유선과 인터넷을 통해 핸드폰(PCS)가격을 확인한 후, 구매할 것을 결정한 후 송금을 완료하고, 결제 완료 사실을 판매자에게 확인하고자 다시 연락을 취하니 판매자 측에서 핸드폰의 가격이 인상되었다는 사유로 인상분에 해당하는 금액을 추가로 송금할 시에만 물품을 인도하겠다고 주장하여, 신청인은 이를 정당한 사유로 받아들일 수 없으며, 확인한 결과 동일 상품에 대한 판매가격이 예전 가격으로 확인됨에 따라 계약 조건을 이행할 것을 청구하였다.⁵⁴⁰⁾

2) 계약 불이행에 따른 이행 청구

신청인은 한 인터넷 쇼핑몰에서 일정기간동안 행사하는 특판 행사에서 PC를 구매하였다. 판매당시에는 당해 행사를 통해 PC 구매시 S카드사에 대해 10개월 무이자 할부를 실시한다는 공지사항도 있었으며, 이에 구매신청을 하고 카드 결제를 하였으나, 구매 후에 카드 대금 청구서를 확인한 결과 수수료가 부과되어 청구되었다. 이를 확인하고자 해당 쇼핑몰사로 문의해보니 카드결제시 무이자 할부로 할 것 인지의 여부에 대한 선택사항이 있었으며 신청인이 그 선택사항을 택하지 않았기 때문에 무이자 할부가 아닌 일반 결제로 처리가 되었다고 주장하나 신청인은 선택사항을 본 기억이 없으며, 이에 구매대금의 카드 결제 수수료를 환불 해줄 것을 청구하고자 조정 신청한 사례이다.⁵⁴¹⁾

3) 계약 조건 변경에 따른 이행 청구

신청인 L씨는 W사의 인터넷 쇼핑몰에서 핸드폰을 구매하였으나 구입 당시에는 물품 정보

540) <http://www.cpb.or.kr> ; http://www.ecmc.or.kr/case/sub_001_02.htm : 사이버소비자센터 사이버정보운영팀편, “2002년 전자상거래 상담 및 피해구제 동향분석”, 「사이버소비자정보 제 4호」, 2002, 8, p. 3.

541) http://www.ecmc.or.kr/case/sub_001_03.htm : 사이버소비자센터 사이버정보운영팀편, 전계 “2002년 전자상거래 상담 및 피해구제 동향분석”, p. 3.

란에 할부폰이라는 것이 명시되어 있지 않았지만 핸드폰 이용 대금 청구에는 할부금이 포함되어 청구되어 있어 확인한 결과 대리점에서 그 할부금액을 지불하기로 되어 있었으나 사용 중에 대리점에서의 지불 연체로 인해 핸드폰이 정지되어 사용이 불가능한 상태였으므로 이에 해당 쇼핑몰 측에 해결해 줄 것을 요청하고자 전화를 수 차례 하였으나 이를 이행하지 않아 조정 신청한 사례이다.⁵⁴²⁾

4) 가격오기에 따른 계약의 취소 청구

신청인 L씨는 C인터넷 쇼핑몰에서 컴퓨터 부품을 현금 할인가 57,000원에 구입 신청하고 해당 쇼핑몰로부터 구매 확인 메일을 받고 송금 완료하였으나 당일 C쇼핑몰에서 가격에 오류가 있었다는 메일을 보내오며 따라 신청인은 계약이 유효하므로 물건을 배송할 것을 요청하는 메일을 다시 보냈다. 다음날, 해당 쇼핑몰의 사장으로부터 직원의 실수로 인해 가격이 잘못 입력되었으니 계약을 취소하거나 원래 구입가에 구매해달라는 요청의 전화를 받았으며, 쇼핑몰측에서 실수에 의한 문제에 대해 사과하여 계약을 취소하고 송금액을 환불하기로 한 후에 확인해보니 환불액이 입금되어 있지 않았고, 계좌번호를 문의하는 메시지를 받고 담당자에게 우선으로 관련 정보를 알려주었으나 일정 기간동안 환불 처리가 지연되고 있을 뿐만 아니라, 어떠한 연락도 없는 것에 대해 불만을 갖게된 신청인이 물품 인도를 청구한 사례이다.⁵⁴³⁾

5) 가격 오기에 따른 계약 취소의 철회 청구

신청인은 O사에서 운영하는 인터넷 쇼핑몰 사이트 내 LCD모니터에 대한 구매 계약을 체결하였다. 신청인은 해당 쇼핑몰 규정에 따라 해당 날짜에 제품 구매를 마치고 익일에 대금 입금을 완료하였으며, 구매 내역까지 확인하였으나 물건을 인도하기로 한 약정일까지 물건이 인도되지 않았다. 피신청인 측에서는 제품의 가격이 오기되었다는 사유로 일방적으로 계약 내용을 파기하였으며 제품 인도를 거부하였다. 계약 파기에 대한 사과 공지를 명확히 하지 않았고 신청인은 단순한 가격할인 판매로 인식하고 구매하였으며 이를 악용하여 영리를 목적으로 두지 않았음을 주장하였으며, 피신청인 측에서 본 계약 취소건과 관련하여 사이버머니를 제공하는 것으로 사건을 마무리하려는 것은 충분한 보상을 이행하지 않는 것이므로 수락할 수 없으며, 이에 계약을 유지하고 구매 대상을 인도하거나 법적인 한도 내에서 보상을 할 것을 청구한 사례이다.⁵⁴⁴⁾

542) http://www.ecmc.or.kr/case/sub_001_04.htm : 사이버소비자센터 사이버정보운영팀편, 전개 “2002년 전자상거래 상담 및 피해구제 동향분석”, p. 4.

543) http://www.ecmc.or.kr/case/sub_001_05.htm

544) http://www.ecmc.or.kr/case/sub_001_07.htm

(2) 返品 및 還拂 關聯事例

1) 반품에 따른 환불 청구

인터넷 경매사이트를 통해 게임 시디(CD)를 구매하였으나 시디키가 실행되지 않는 CD였으므로 이에 판매자인 피신청인에게 메일을 통해 문의하였으나 환불 거부 및 좋지 않은 태도를 보였으며, 메일과 전화를 통해 여러 차례 연락을 하였으나 회신이 없어 피신청인에게 다시 반송 처리하였다. 며칠 후에 피신청인 측에서 CD가 누락된 것이 있다며 마저 보내달라는 메일을 받았으나 신청인은 물건을 모두 확인하고 보냈으므로 더 보낼 CD를 갖고 있지 않았다. 해당 경매사이트 측으로 문의를 해보았지만 판매자와 합의를 해야 한다는 대답만 주고 해결방법을 제시하지 않았다. 하지만 피신청인의 연락처가 불분명하고 이메일도 회신이 없으므로 협의할 방법을 찾지 못해 조정신청을 한 사례이다.⁵⁴⁵⁾

2) 취소에 따른 환불 청구

신청인 L씨가 G인터넷 쇼핑몰에서 신발을 구매하고 카드로 결제하였으나 해당 물건이 없다고 하여 다른 물건을 보내줄 것을 요청하였고 배송해 주기로 약속하였다. 그러나 물건이 도착하지 않아 다시 확인해보니 물품 변경 신청전화를 받은 적이 없으며 쇼핑몰 측에서 사실을 인정하지 않아 구매를 취소하고 계좌번호를 남기며 환불해줄 것을 요청하였으나 환불처리가 이루어지지 않아 조정 신청을 하게 된 사례이다.⁵⁴⁶⁾

3) 물품 하자에 의한 반품 및 환불 청구

피신청인이 경매사이트를 통해 판매한 RAM을 신청인이 구매하여, 신청인의 PC에 장착하여 작동여부를 확인하던 중, 작동이 되지 않아 피신청인에게 상의하였으나 피신청인은 판매당시 RAM에 대해서 반품이 불가하다는 내용과 작동이 제대로 이루어지지 않을 수 있다는 내용을 명시하였던 것을 근거로 하여 신청인의 반품 요청을 거부하였으며, 이미 중고품에 되어버린 물건에 대해서 반품 및 환불을 할 수 없음을 표명하여 이에 구매자가 조정 신청한 사례이다.⁵⁴⁷⁾

545) http://www.ecmc.or.kr/case/sub_001_08.htm : 사이버소비자센터 사이버정보운영팀편, 전계 “2002년 전자상거래 상담 및 피해구제 동향분석”, p. 7.

546) http://www.ecmc.or.kr/case/sub_001_09.htm ; <http://www.cpb.or.kr>

547) <http://www.cpb.or.kr> : 사이버소비자센터 사이버정보운영팀편, 전계 “2002년 전자상거래 상담 및 피해구제 동향분석”, p. 9.

4) 물품 하자에 따른 반품 청구

경매사이트를 통해 마그나스코프를 구매하였으나 판매 당시 설명에는 원하는 각도에서 보는 것이 가능하며, 모든 종류의 모니터에 공용으로 사용할 수 있다고 하였으나 수령하여 확인해 보니 이와 다른 부분이 있으며, 작동되지 않는 것이 있어 반품을 청구하게 되었다. 피신청인에게 연락하였으나 응답을 주지 않고 반품해 줄 것을 지연시킨 사례이다.⁵⁴⁸⁾

(3) 個人情報 關聯事例

1) 해킹 아이템 보유에 의한 계정 압류 해지 청구

W사의 게임사이트에서 게임을 하는 신청인이 아이디 도용 제재 중이라는 사유로 신청인의 캐릭터가 영구 계정 압수된 것에 대한 이의를 제기하였다. 해당 사이트 측에서는 신청인이 소지하고 있던 아이템이 해킹 아이템이므로 계정을 압류한다고 하지만 신청인으로서 해킹아이템을 확인할 방법도 알지 못하며, 정당한 게임머니를 주고 거래한 것일 뿐만 아니라 어떠한 분명한 증거도 없이 일방적으로 계정 압류하는 것은 정당한 운영방침이 아니므로 이에 계정을 복구시켜줄 것을 청구한 사례이다.

2) 개인정보 유출에 의해 가입된 회원 탈퇴 청구

인터넷을 통해 영어시험접수를 접수 대행사를 통해 접수하였는데 당해 대행사 측으로부터 카드를 발급해준다는 연락을 받았으나 신청인은 회원으로 가입한 바 없으며, 토익 접수시에 가입했던 개인정보가 그대로 대행업체 측으로 제공된 것이 아닌가 하는 우려가 들어 회원탈퇴를 청구한 사례이다.⁵⁴⁹⁾

(4) 서비스 關聯事例

불충분한 서비스에 따른 배상 청구 사례로 신청인 C씨가 핸드폰을 구매하고자 웹 서핑을 하던 중 B사이트에서 판매하는 핸드폰이 타 사이트보다 저렴하여 구매를 결정하고 구매 신청 및 결제 처리를 완료하였으나, 사이트몰측에서 가격이 인상되었다는 이유로 판매를 거부하여 이를 승낙하고 환불받았다. 그러나 사이트 운영사 측에서 업무태만으로 인해 구매처리가 지연

548) http://www.ecmc.or.kr/case/sub_001_10.htm

549) <http://www.cpb.or.kr>

되었음에도 불구하고 이를 충분히 인정하지 않는 듯 하여 관련 글을 게시판에 올리자 담당자로부터 전화가 왔고 실수한 것에 대해 인정하고 양해해줄 것을 정중히 요청하였다. 더불어 핸드폰 공급업체와 문제가 있어 공급이 불가능하며 향후 핸드폰 판매 행사를 실시할 경우 신청인에게 우선 지급 및 약간의 우대 서비스를 제공하기로 약속하였으나, 이후 핸드폰 판매를 하는데도 불구하고 전화가 없었으며 신청인의 전화에도 적극적으로 응대하지 않았다. 뿐만 아니라 신청인과 관련된 상기 사항을 게시판에 올렸으나 동의 없이 삭제하는 등의 소비자 서비스가 충분히 이루어지지 않고 있으므로 이에 대해 이의를 제기하고자 조정신청한 사례이다.⁵⁵⁰⁾

(5) 配送關聯事例

1) 배송 지연에 따른 반품 및 환불 청구

신청인 H씨는 8월 28일 한 경매사이트에서 자전거를 구입하였다. 9월 1일까지 물품이 도착할 예정이라는 관계직원의 전화를 받았으며, 다른 곳에 거주하는 사람에게 배송 하는 것이므로 이를 수취인에게 알리고 확인했으나 물건이 도착하지 않았다. 확인한 결과 지역적인 문제로 인해 9월 3일까지 도착할 것이라고 다시 통지 받았으나 역시 이행되지 않았으며, 재차 판매자와 통화하여 9월 4일 12시까지 배송이 완료되지 않으면 반품처리 하겠다는 뜻을 밝혔다. 그러나 역시 예정 시간에 물건은 도착하지 않았으며, 반품처리 요청을 했으나 판매자 측에서 왕복택배비를 부담하고 반품처리 할 것을 요청하였고, 신청인 측에서는 구매품의 배송으로 인해 입은 시간적인 손해분이 크므로 택배비를 요구하는 것은 정당하지 못한 요구이므로 이에 조정을 신청한 사례이다⁵⁵¹⁾

2) 배송비 지연에 따른 배송비 전가

경매사이트에서 피신청인으로부터 물건을 구입한 L씨는 판매당시 판매조건으로 운송비는 판매자 부담이었으며, 피신청인은 우체국등기로 물건을 보냈으나 신청인은 물건을 받지 못하였고 우체국에서 물건을 배달한다는 연락도 받지 못하였다. 우체국에서는 물건을 찾아가라는 엽서를 편지함에 넣었다고 하나 이틀 후에 발견하였으며 늦은 시간이라 우체국에 가지 못하였는데 보관기간이 6일이던 관계로 물건은 다시 피신청인에게 발송되었다. 본 사안에 대해 피신청인은 신청인에게 운송비의 반을 부담해야한다고 주장하여 다시 물건을 보내주면 다시 보내

550) http://www.ecmc.or.kr/case/sub_001_11.htm : 사이버소비자센터 사이버정보운영팀편, 전계 “2002년 전자상거래 상담 및 피해구제 동향분석”, p. 11.

551) <http://www.cpb.or.kr> : 사이버소비자센터 사이버정보운영팀편, 전계 “2002년 전자상거래 상담 및 피해구제 동향분석”, p. 15.

는 운송비는 신청인이 부담할 것을 자청하였으나 피신청인이 이를 거부하고 판매자가 부담한 운송비의 절반을 부담할 것을 요구, 신청인이 이를 수락할 수 없으므로 조정신청한 사례이다.⁵⁵²⁾

(6) 第三者의 不法行爲로 인한 被害事例

1) 인터넷 사기 피해

평소 일본 문화에 관심이 많았던 회사원 J모씨(35)는 인터넷동호회인 뉴스그룹에서 말로만 듣던 인터넷 사기를 당했다. 뉴스그룹에서 '일본문화 CD를 장당 8000원에 판다'는 글을 읽은 J씨는 혹시 돈을 떼이는 것은 아닌지 우려하기도 했으나 CD판매자의 평이 좋은데다 워낙 갖고 싶던 CD라 5장을 구입하기 위해 모두 4만원을 온라인 송금했다. 그러나 입금확인 후 이틀이면 도착할 것이라는 CD는 일주일도 지나도록 아무런 소식도 없었다. 2000년말 '매직골드유통'이란 이름의 인터넷 쇼핑몰을 개점한 H씨는 개점행사로 '10만원만 내면 50만원어치의 상품권을 준다'고 대대적으로 광고한 후 300여명의 돈을 받아 챙긴 뒤 미국으로 달아났다. H씨는 사이트의 신뢰성을 높이기 위해 국내 유명 회사의 광고를 가짜로 올려놓는 등 지능적인 수법으로 방문자들을 끌어들이는 것으로 밝혀졌다. 인터넷 공모기업들은 10억원 미만 공모의 경우 유가증권 신고서 제출을 하지 않아도 된다는 허점을 이용해 대부분 9억9000만원으로 공모하고 있다. 이들은 특히 인터넷 공모에 실패하더라도 공모기간을 연장하거나 사업계획을 다시 작성해 몇 달 후 재공모하는 등 법망을 피해가고 있는 실정이다. 인터넷 주식사이트와 뉴스사이트가 검증되지 않은 '사이비 특종'을 경쟁적으로 퍼뜨리고 있다. 이들은 사이트의 인지도를 조기에 높이고 가입자를 가능한 많이 확보하기 위해 '루머 추적'이라는 이름으로 실제 회사이름까지 거명하며 허위정보를 유포하고 있다. 문제가 발생할 경우 바로 해당 정보를 삭제하지만 그때는 이미 상당수 투자자들과 관련사가 피해를 입은 다음이다. 일부 인터넷 쇼핑몰은 소비자가 직접 방문할 수 없다는 점을 악용해 인터넷상에서는 그럴듯한 상품을 보여주고 실제로는 질 낮은 상품을 배달, 소비자를 우롱하고 있다.⁵⁵³⁾

2) 스팸메일의 피해

최근 들어 도메인공모나 스팸메일, 그리고 이벤트사기 등을 둘러싼 인터넷업체들의 분쟁이

552) http://www.ecmc.or.kr/case/sub_001_12.htm

553) http://www.ecmc.or.kr/case/sub_001_14.htm : 사이버소비자센터 사이버정보운영팀편, 전례 "2002년 전자상거래 상담 및 피해구제 동향분석", p. 19.

사이버 공간에서 잇따르고 있다. 올 들어 갑자기 늘어난 인터넷업체들이 사업확장을 위해 무리수를 두면서 발생하기 시작한 여러 가지 성격의 분쟁은 자칫 사회문제로 확산될 가능성이 짙어 심각성을 더해주고 있다. 특히 이 같은 분쟁사태는 인터넷산업의 경우 브랜드마케팅이 최우선이라는 점을 감안할 때 각 업체의 초기 사업 정착에 오히려 역효과를 초래할 수도 있다는 점에서 업계의 우려를 사고 있다. 결국 신뢰성 하락으로 개별업체는 물론 인터넷업계 전체의 이미지 추락으로 확대돼 악영향을 가져올 수 있다는 해석이다. 닉스는 최근 3억원을 내걸고 공모한 인터넷 도메인 시상식이 연기됨에 따라 이 회사의 행사가 자작극이라는 네티즌의 주장에 휘말려 곤욕을 치르고 있다. 닉스가 3억원을 내걸고 추진한 도메인 공모의 당첨자는 「ifree.com」을 접수한 아이네트의 한 관계자였는데 이를 두고 다른 응모자들이 아이네트가 닉스의 웹호스팅 업체라는 점을 들어 당첨 무효 및 자격에 문제가 있다고 주장, 시비에 휘말리고 있다. 이에 따라 닉스 도메인 공모에 참여한 네티즌을 중심으로 「닉스 도메인사건 해결을 위한 네티즌 행동(www. ihateifree.com)」이라는 반닉스 단체를 결성하게 됐고 이 단체는 닉스 측에 최후통첩까지 보내는 등 현재까지 시비논쟁중이다. 네티즌은 도덕적으로 있을 수 없는 일을 자행했다며 즉각적인 사과와 시정을 하지 않을 경우 법정소송도 불사하겠다는 강경한 입장을 취하고 있다. 웹진업체인 emag21은 스팸메일과 관련한 분쟁에 휘말려 있다. 이 회사는 웹진업체 이지홈(www.ezhome.co.kr)이 emag21 사이트를 통해 전자우편을 발송하면서 네티즌으로부터 거센 항의를 받았다. 이러한 사실을 보도한 「뉴스보이(www.newsboy.co.kr)」는 ‘항의를 받은 이후에도 스팸메일이 줄지 않고 네티즌의 항의가 계속되자 emag21은 이지홈에서 탈퇴했으며 진상과약을 위해 자체 조사중’이라고 밝혔다. 이 사건은 커뮤니티를 목적으로 회원을 공유하는 사례가 늘고 있는 가운데 나온 스팸메일 논쟁이라는 점에서 언제든지 인터넷업체와 네티즌 사이의 분쟁으로 비화될 여지를 남겨 놓고 있다.

매직골드(www.oktele.com, www.magicgold.co.kr)는 이벤트 사기로 대표는 경찰의 수배를 받고 있는 등 잇따른 인터넷업체의 불신사태가 발생, 대책이 시급한 것으로 나타났다. 이 경우는 오픈이벤트로 최근 10만원을 입금하면 50만원짜리 상품권을 주겠다는 수법으로 회원 900여 명의 가입비를 챙긴 후 지방으로 도주, 경찰이 행방을 찾고 있다. 이 회사 관계자들은 즉각 홈페이지를 폐쇄하고 타 사이트를 통해 해명을 하는 한편, 전 네티즌에게 대표를 체포하는 데 동참을 촉구하고 나섰다.⁵⁵⁴⁾

3) 해킹으로 인한 피해

PC 뱅킹 계좌의 비밀번호 유출로 인해 금융사고가 발생한 경우 유출경로에 대한 입증 책

554) http://www.ecmc.or.kr/case/sub_001_14.htm

임은 은행에 있다는 판결이 나왔다. 그 동안 은행직원과 직접 대면을 통해 이뤄지던 은행거래에서는 필요한 서류와 비밀번호를 알고 있는 사람에게 인출한 경우 은행은 책임을 면한다는 이른바 '채권의 준점유자에 대한 채무변제'가 직접대면이 이뤄지지 않는 온라인에서의 거래에서는 적용되지 않는다는 취지의 판결로 상급심의 판결을 기다리고 있다. 서울지법 민사합의 19부는 17일 홍콩의 에이비엔 암로 아시아증권사가 모은행을 상대로 'PC뱅킹으로 은행과 거래하던 중 비밀번호가 새 1억5천여만원의 예금을 인출 당했다'며 낸 당좌계금지급 청구소송(98 가합 10668)에서 원고승소 판결을 내렸다. 재판부는 판결문에서 '채권의 준점유자에 대한 변제를 판단하는 데 있어서는 입력된 이용자 아이디, 비밀번호 등의 일치여부 뿐만 아니라 비밀번호 누출책임이 누구에게 있는지 까지도 함께 고려해야 한다'며 '예금주가 예금 사실에 대한 입증이 있고 그 예금을 청구하는 경우 은행은 면책사유가 있다는 등의 특별한 사정이 없는 한 반환의무가 있고 면책사유에 대한 입증책임은 은행이 부담'한다고 밝혔다. 재판부는 또 '특히 PC뱅킹과 같은 전자자금 이체제도는 은행이 비용절감 및 고객 편의 등의 목적을 가지고 자체적으로 도입한 것인 만큼 그 시스템의 안전성을 확보할 의무는 은행에 있다'고 밝혔다. 에이비엔 암로증권사는 지난 95년 신한은행 무교동 지점에 당좌계좌를 개설한 뒤 PC뱅킹을 이용해 거래를 하다 강모씨와 공범 박모씨가 98년6월 계좌이체를 통해 1억6천여만원을 빼돌리자 증권사에서 비밀번호가 유출된 것이 아니라며 이 사건 소송을 냈었다.⁵⁵⁵⁾

4) 인터넷 보안에 대한 주의의무 위반

지난 6개월간 인터넷 보안 문제는 끊임없이 뉴스거리였기 때문에 사람들은 최근 나이키 웹 사이트에 대한 공격을 마음에 두지 않았을 것이다. 결국은 웹사이트들이 매일같이 공격을 당하고 있다. 나이키는 수준 높은 회사지만 이번 사건 앞에서는 특별히 비범할 것도 없었다. 유사한 피해를 입은 한 기업은 우리가 인터넷 보안에 대해 생각하고 있는 방식을 변화시킬 수도 있는 독특한 대처방안을 준비중이다. 스코틀랜드 ISP인 퍼스트넷온라인(FirstNet Online)은 해킹 당하도록 만든 혐의로 나이키를 고소할 준비를 하고 있다.

지난 6월 21일경 미지의 침입자가 나이키닷컴(nike.com)으로 가는 웹과 이메일 트래픽을 호주의 나이키 반대주의자 사이트로 돌리기 위해 퍼스트넷 서버에 침입했다. 퍼스트넷의 소유주인 그레그 로이드 스미스에 따르면, 나이키는 'nike.com'이라는 도메인명에 대한 통제력을 회복하려는 한편, 긴급수단으로 트래픽을 퍼스트넷 자체 서버로 돌아오도록 요청했다. 사건이 해결되고 나서 퍼스트넷은 나이키에게 서비스료 지불을 요청했으나 나이키는 이를 거부했다. 퍼스트넷은 현재 스코틀랜드 법원에 나이키를 제소하기 위한 절차를 밟고 있다. 이번 소송의 주

555) 법률신문 2000. 10. 23(http://www.lawtimes.co.kr/gisa/main.asp?news_serial=3214&news=n)

안점은 계약법상으로는 아주 단순한 논점이다. 즉 퍼스트넷은 서비스를 제공했기 때문에 그에 대한 대가를 받을 자격이 있다는 것이다. 하지만 퍼스트넷의 청구서에는 정상요금뿐 아니라 'nike.com'이 발생시킨 막대한 양의 트래픽 때문에 생긴 서비스 중단에 대한 보상도 포함되어 있다. 스미스는 나이키의 태만한 보안상태가 이번 사건의 원인이며, 따라서 나이키는 이에 대해 재정적인 책임도 져야 한다고 주장하고 나섰다.⁵⁵⁶⁾

5) 저작권침해

멀티미디어 저작도구인 '카테일 98'을 개발한 카테일사는 1998년 11월 J대학교 홈페이지의 자료실에 카테일 98 정품 버전이 올라 한달 이상 방치된 상황에 대하여 J대학교를 상대로 손해배상을 청구하였다. 구체적으로 카테일사에서는 'J대학교가 고의로 공개자료실에 올려놓았지는 않았겠지만, 자료실에 대한 관리를 철저히 하지 못한 만큼 업무상 과실 책임이 있다'고 지적하며, '지금까지 인터넷상의 불법복제로 피해를 입은 업체들이 보상을 요구하지 않았다. 하지만 더 이상 방치할 수 없는 일이지 않는가?'라고 주장하고 있다. 이에 대하여 J대학교측에서는 'J대학교 인터넷 홈페이지를 운용하는 전산 정보처측이 카테일 98의 업로드 사실을 전혀 알지 못했다고 하며, 해당 자료실이 J대 홈페이지에 개설된 200여개 이상의 게시판 중 하나이므로 모든 것을 관리할 수 없는 상황이라고 하였다. 또한 확인과 동시에 자료실을 폐쇄했으며, 문제의 정품 소프트웨어를 올린 사용자가 J대학이 아닌 국내 J대학의 IP 주소를 이용한 것임을 밝혀 냈다'고 덧붙였다.

이에 대하여 서울지방법원 민사12부는 '컴퓨터를 사용한 PC통신이나 인터넷 등 온라인을 통하여 다수의 이용자로 하여금 자료의 전송 등을 수행할 수 있도록 이른바 사이버공간이라는 장소와 시설을 제공하고 이용자의 요구에 의하여 이용자의 행위를 매개하여 주는 과정에서 타인의 저작권 기타 권리를 침해하는 자료의 전송 등이 이루어진 경우에 있어서도 그와 같은 자료의 전송 등을 통한 타인의 권리침해에 관한 1차적인 책임은 여전히 이를 직접적으로 수행한 이용자에게 있다 할 것이고, 인터넷 등 온라인의 속성상 컴퓨터 사용의 보편화로 불특정다수의 이용자에게 의한 침해행위가 비교적 간단한 조작으로 용이하게 수행될 수 있는 반면 그 침해행위로 인한 파급효과는 순식간에 걸쳐 광범위하게 확대될 수 있다는 점을 감안하더라도 그와 같은 전송 등이 가능하도록 장소나 시설을 제공한 것에 불과한 자는 이를 통하여 발생하는 불법행위에 관하여 자신이 직접적인 고의를 가지고 있지 아니한 이상 원칙적으로 그러한 장소나 시설의 제공사실만을 가지고 곧바로 침해에 대한 직접적인 책임을 부담하는 것으로 보아야 할 아무런 근거가 없는 것이며, 다만 예외적으로 이들이 이용자의 침해행위를 적극적으로 야

556) IT News 2000. 7. 6(<http://techpress.joins.com/article.asp?tonky=20000706171527351111>)

기하였다거나 우연한 기회나 권리자로부터의 고지를 통하여 이용자의 침해물 또는 침해행위의 존재를 인식하고도 이를 방치한 경우 또는 이들이 침해행위를 통제할 권리와 능력이 있고 그 침해행위로부터 직접적인 재산상 이익을 얻는 경우 등과 같이 이용자의 직접적인 침해행위와 동일하게 평가할 수 있을 만한 특별한 사정이 있는 경우에는 그 책임을 인정하여야 할 경우가 있을 수 있으며 그러한 경우에 해당하는지 여부는 결국 당해 사건에서 제공되는 서비스의 구조나 형태, 범위, 침해행위의 정도 및 태양 등 제반 사정들을 종합하여 구체적으로 판단될 수밖에 없는 것이라 하겠다고 하는 내용과 더불어 각테일사의 청구를 기각하였다.⁵⁵⁷⁾

6) 불법복제

소프트웨어 불법복제가 사회적인 문제로 부각되고 있는 가운데 통신망을 통한 불법복제가 법적 분쟁으로 비화될 조짐이다. 소프트웨어 저작권대변단체인 소프트웨어재산권보호위원회(SPC)는 6일 인터넷통신 사업자인 SK텔레콤 넷츠고의 일부 동호회 자료실에 회원사 정품 소프트웨어가 게시돼 불법 복제되고 있는 사실을 적발하고 법적 조치를 진행 중에 있다고 밝혔다. 넷츠고 동호회 자료실엔 올초부터 SPC 회원사인 나모인터랙티브의 홈페이지 저작도구인 웹에디터가 올려져 지금까지 수백명이 무료로 이를 다운로드받아 사용하고 있는 것으로 파악됐으며 이로 인한 나모측의 피해액이 수천만원에 달한다고 SPC 관계자는 밝혔다. SPC는 이에 따라 나모로부터 문제해결을 위임받아 1차로 지난 8월 서울지방검찰청에 관리감독상의 불법복제를 방치한 책임을 물어 넷츠고를 고소했으며 이후 한동안 삭제됐던 나모 제품이 최근 또 다시 게시돼 불법 유통되고 있는 데 대해서도 5일부로 해당 동호회 화면을 갈무리한 자료 등을 첨부한 내용증명을 발송했다. 넷츠고 측은 이에 대해 '현재 동호회가 400여개에 이르고 있어 일일이 내용을 파악하기 어렵지만 문제가 있을 경우 해당 동호회에 즉시 경고하고 문제가 재발하지 않도록 조치를 취하고 있다'고 밝혔다.⁵⁵⁸⁾

2. 判例의 動向

(1) 도메인 네임과 관련된 判例

1) 부정경쟁방지법 위반(Chanel사건)

(가) 판례요지

557) 서울지법판결 1999. 12. 3, 98 가합 111554.

558) http://www.econsumer.or.kr/cgi-bin/news/new/news_detail.cgi?av_no=

샤넬(Chanel) 유한회사는 "부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률"에 기초하여 상품주체 혼동행위 및 영업주체 혼동행위에 해당한다고 하여 이러한 행위의 중지 또는 그 예방을 청구하는 소를 제기하였다. 법원은 피고의 행위로부터 영업표지의 주지성, 주지된 영업표지와 동일 또는 유사한 것을 사용하는 행위 및 이로 인하여 영업주체의 혼동을 일으킬 것의 요건이 충족되었다고 판단하여 원고의 청구를 인용하였다.⁵⁵⁹⁾

(나) 판례평석

이 판결에서 주된 쟁점이었던 선등록원칙에 대하여, 법원은 한국인터넷정보센터에서 정한 선등록원칙은 KRNIC의 방침 또는 지침에 불과한 것이며, 그에 따른 도메인 이름의 등록이 "부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률"의 내용을 위반한 대상에 대하여도 적법하게 허용된다고 볼 수 없다고 하여, 선등록을 기초로 한 도메인에 대한 권리가 배타적이며 완전하지는 않은 것으로 판시하였다.

2) 부정경쟁방지법 위반(Master Card사건)

(가) 판례요지

마스터카드(Master Card)는 국내에 널리 인식된 원고의 상표 또는 서비스표이고, 원고가 mastercard.com이라는 인터넷 도메인 네임을 이용한 홈페이지에서 홈쇼핑업을 영위하고 있는 점, 신용카드업체가 인터넷 홈쇼핑업을 함께 영위하는 것이 일반적인 추세인 점등에 비추어 볼 때, 피고가 이 사건 mastercard.co.kr 도메인네임으로 접속되는 홈페이지에서 홈쇼핑업 또는 이와 유사한 영업을 하게 된다면 이는 부정경쟁방지법 제2조 제1호 나목의 '타인의 영업상의 시설 또는 활동과 혼동을 일으키게 하는 행위'에 해당한다고 할 것이라고 판시하였다. 여기에 더하여, 피고가 이 사건 도메인 네임을 등록하고 웹메일카드서비스 업무를 준비한 행위는 원고의 영업상의 시설 또는 활동과 혼동을 일으키는 부정경쟁행위의 준비행위라고 할 것이고, 비록 피고가 이 사건 소송이 제기된 후에 홈쇼핑사업을 영위하고 있는 것으로 오인될 만한 내용을 삭제하였다고 하더라도, 인터넷 전문가들에게는 그 홈페이지의 접속방법 및 내용의 변경이 크게 어려운 일이 아니고, 더구나 피고 자신이 홈페이지 개설 및 관리 프로그램을 개발하는 전문가로서 언제든지 이 사건 도메인 네임으로 접속되는 홈페이지에서 웹메일카드서비스를 제공할 수 있는 점에 비추어 원고의 영업상의 이익이 침해될 구체적인 우려가 있다고 할 것이므로, 원고는 부정경쟁행위를 하고자 하는 피고에게 그 행위의 금지 또는 예방을 청구할 수 있다고 판시하였다. 결과적으로 피고가 mastercard.co.kr 도메인 네임의 등록말소절차를 이행하도록 판시하였다.⁵⁶⁰⁾

559) 서울지법판결, 1999. 10. 8, 99 가합 41812.

(나) 판례평석

Chanel사건에서부터 Himart사건, 그리고 이번 Master Card사건에 이르면서, 하급심법원에서는 도메인 네임 관련 사건을 부정경쟁방지법을 중심으로 처리하고 있음을 알 수 있다. 물론 청구 판단 부분에서 상표관련 문제를 부분적으로 다루고는 있지만, 영업주체 혼동 또는 상품주체 혼동 문제로 다루고 있다. 마스터카드 사건에서도 부정경쟁위반문제로 도메인등록말소를 인정하였다.

3) 도메인 네임 등록 말소 청구(Viagra사건)

(가) 판례요지

외국 또는 외국계의 제약회사들이 'viagra.co.kr'를 운영하는 원고들과 같은 생츠피 등 재래의 건강식품은 좀처럼 취급하지 않고, 의약품과 건강식품은 그 기능이 전혀 달라 일반인들이 널리 그 차이를 인식하고 있는 점, 원고들의 의약품인 비아그라는 의사의 처방을 받은 자에 한하여 약국에서만 구입하게 되어 있고 인터넷 통신망을 통해서도 구입할 수 없게 되어 있는 점, 원고들의 상표 중 "비아그라", "Viagra"는 원고들이 개발 판매하는 발기기능 장애 치료제를 지칭하는 기능이 다른 상표들에 비하여 무척 강하여 다른 상품과 혼동하기 쉽지 아니한 점, 일반적으로 외국의 또는 외국계의 제약회사가 생츠피, 칩수 등의 재래의 건강식품을 판매한다고는 쉽사리 생각되지 않는 점 등을 종합하여 볼 때 원고 약제와의 혼동이나 원고와의 특수관계에 있는 자의 행위로 혼동할 위험이 있다고 보기 어렵다고 판시하며, viagra.co.kr 도메인 네임의 말소청구를 기각하였다.⁵⁶¹⁾

(나) 판례평석

이 사건에서 법원은 상표의 고급 이미지 및 주지, 저명성에 무상으로 편승하고 그 상표들의 고객흡입력을 희석화시키는 것으로 상품 주체 또는 영업 주체의 혼동과 무관하게 부정경쟁행위로 보아야 한다는 주장에 대하여 현행 부정경쟁방지법이 '상품 주체 또는 영업 주체에 관하여 오인, 혼동을 야기할 위험이 있는 행위'만을 부정경쟁행위로 보고 있으므로 현행법 체계상 받아들일 수 없다고 판시하며, 이른바 영미법상의 희석화이론을 배척하고 있다는 것이 특이할 만한 점이다.

4) 도메인이름등 사용금지 가처분 신청(HI-MART사건)

(가) 판례요지

560) 서울지법판결, 2000. 9. 8, 2000 가합 6471.

561) 서울지법판결 1999. 11. 18, 99 가합 8863.

서울지방법원은 'himart'는 신청인의 상호인 하이마트(HI-MART)와 거의 동일한 점, 영업 내용이 가전제품 판매업으로 동일한 점, 피신청인의 홈페이지와 하위 사이트의 좌측 상단에 "Himart"라는 표시가 계속 나타나는 점등에 비추어 소비자들은 피신청인의 웹사이트에서 이루어지는 가전제품 판매가 신청인에 의하여 이루어지는 것이거나 최소한 신청인과 어떠한 관련이 있는 것이 아닌가 하는 혼동을 초래할 것으로 보여지므로 도메인 네임 사용 금지 가처분 신청을 인용하였다.⁵⁶²⁾

(나) 판례평석

이 사건은 법원이 부정경쟁행위를 근거로 도메인 네임 사용 금지 가처분 신청을 인용한 최초의 결정이라는 데에 의미가 있다.

5) 도메인 네임 등록 말소 청구(ROLLS-ROYCE사건)

(가) 판례요지

도메인 등록규정 제12조 제1항은 대한민국에 사무소를 두지 아니한 외국법인 또는 단체와 대한민국에 주소를 두지 아니한 외국인은 도메인 이름의 등록을 신청할 수 없다고 규정하고 있으므로, 대한민국 내에 사무소를 두지 아니한 원고의 주장은 더 나아가 살필 필요 없이 이유 없다고 하여 원고인 ROLLS-ROYCE PLC의 패소판결을 내렸다.⁵⁶³⁾

(나) 판례평석

이 사건에서 법원은 첫째, 상표권의 침해행위에 대하여, 원고의 등록상표를 도메인 네임으로 사용하였더라도 상품을 나타내는 포장이나 그 판매를 위하여 사용한 것이 아니라 단순히 이 사건 도메인 네임으로 등록한 것만으로는 피고 등이 원고의 등록상표권을 침해하였다고 보기 어렵다고 판시하였다. 둘째, 부정경쟁행위 해당 여부에 대하여도, 단순히 도메인 네임으로 원고들의 등록상표를 사용하였다는 것만으로는 부정경쟁방지법에서 말하는 영업주체혼동 위험이 있다고 보기 어렵다고 판시하였다. 셋째, 상호권의 침해에 관하여는, 자기의 영업을 타인의 상호에 의하여 표시해 타인의 영업으로 오인시킴으로써 타인이 가지고 있는 사회적 신용을 자신의 영업에 유리하게 이용하려는 목적으로 상호를 이용할 경우에 상호에 대한 침해라고 볼 것이라고 판시하였다.

6) 도메인 네임 등록 말소 청구(Federal Express사건)

(가) 판례요지

562) 서울지법판결 1999. 11. 24, 99 카합 2819.

563) 창원지법판결 2000, 5. 18, 99 가합 9363.

이 판례에서는 상표권침해행위에 대하여, "fedex.co.kr" 도메인 이름의 'fedex' 는 페더럴 익스프레스의 등록서비스표인 "fedex"와 동일하며 피고의 "Federal Export Trading Co."라는 표장은 외관 및 호칭에 있어서 페더럴 익스프레스의 각 등록서비스표인 "federal express"표장과 그 요부에 있어서 유사한 표장이라고 볼 여지가 있으나, 상표법상 상표권 침해행위가 되기 위하여는 상표 사용자가 타인의 등록상표와 동일한 상표를 그 지정상품과 유사한 상품에 사용하거나 타인의 등록상표와 동일 또는 유사한 상표를 그 지정상품과 동일 또는 유사한 상품에 사용하여야 하므로, 상표사용자가 타인의 등록상표를 사용하였더라도 그것이 타인의 등록상표의 지정상품과 유사하지 않은 상품의 판매를 위하여 사용된 것이라면 이를 상표권 침해행위로 볼 수 없다고 함과 동시에, 피고가 "fedex.co.kr" 인터넷 도메인 이름등록을 마치고, 인터넷 웹사이트를 개설한 후, 그 인터넷 웹사이트에서 자동차 부품의 수출, 중개업에 대한 광고 및 자동차 부품을 판매하면서, "Federal Export Trading Co." 등의 문자를 사용하였으나, 이는 자신의 영업을 표시, 광고하기 위하여 피고의 상호로서 사용한 것일 뿐, 자신이 판매하는 제품의 상표로서 사용한 것은 아닌 점을 인정할 수 있다고 하면서, 상표권침해행위는 인정하지 않았다.

부정경쟁행위에 대하여는, 피고가 영위하는 자동차 부속품 수출, 판매 업무는 원고 페더럴 익스프레스의 영업 표시인 '페더럴 익스프레스(federal express)' 또는 '페덱스(FedEx)'표장의 지정 서비스업인 화물 운송업, 긴급 택배업과 전혀 관련이 없을 뿐 아니라 세계적인 화물 운송 및 택배 회사가 자동차 부품(주로 한국산)의 수출, 판매업을 영위한다는 것은 극히 이례에 속하는 일로서 원고들이 그러한 업무를 영위하여 왔다고 볼 자료가 없으며, 수요자로 하여금 원고들의 영업과 오인, 혼동을 일으킨 우려는 없다고 하여 부정경쟁행위를 인정하지 않았다. 한편, 손해배상에 대하여 이상의 권리침해가 인정되지 않음을 이유로 손해배상을 인정하지 않았다.⁵⁶⁴⁾

(나) 판례평석

종래의 국내 1심판결과 흐름을 같이 하는 판결이지만, 이 판결에서는 상표권 침해에 대한 판단을 구체적으로 하였다는데 의의가 있으며, 부정경쟁행위와 관련해서도 '주지저명한 서비스표의 인지도와 명성에 편승하여 수요자를 유인할 정도로 서로 영업관계 내지 경제적 유연 관계가 있다고 볼 수 있는 경우'에 도메인네임 사용을 부정경쟁행위에 해당한다고 하여 종래의 판결과 동일한 입장을 유지하고 있다.

7) 도메인 네임 등록 말소 청구(Jooyon & Jooyontech사건)

564) 서울지법판결 2000. 12. 8, 2000 가합 37185.

(가) 판례요지

상호권을 침해한 행위라고 하기 위해서는 어느 명칭을 자기의 상호로 사용함으로써 일반인으로 하여금 자기의 영업을 그 명칭에 의하여 표시된 타인의 영업으로 오인시키려고 하는 의도가 있어야 한다. 도메인네임을 등록한 것만으로는 피고에게 원고의 명칭과 동일 유사한 명칭을 사용하여 일반인으로 하여금 자기의 영업을 원고의 영업으로 오인시키려고 하는 의도가 있었다고 볼 수는 없다고 하여, 상호권 침해를 부인하였다. 그리고 피고의 홈페이지를 개설, 운영하면서 어떤 상품을 판매하거나 영업을 한 사실에 관한 아무런 주장, 입증이 없는 이상, 피고가 이 사건 각 도메인네임을 등록한 것만으로는 일반인이 원고나 그와 특수한 관계에 있는 자의 상품주체 또는 영업주체에 관하여 혼동을 일으킬 위험이 있다고 할 수 없다고 하여, 부정경쟁방지법 위반에 대한 점도 부인하였다.⁵⁶⁵⁾

(나) 판례평석

현재까지의 지방법원 판결의 견해와 흐름을 같이하는 판결로서, 일반인이 단순히 유명 상호를 도메인네임으로 등록한 것만으로는 상호권의 침해나 부정경쟁방지법의 위반에 해당되지 않는다고 한다. 또한 원고측이 도메인네임의 말소를 청구하기 위해서 "피고가 그 홈페이지를 개설, 운영하면서 어떤 영업을 한 사실에 관한 주장 및 입증"을 하여야 함을 판시하고 있다.



(2) 명예훼손과 관련된 판례

1) 판례요지

컴퓨터통신에 게시된 게시물의 내용이 약관에 정한 삭제 사유에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서는 게시물의 문구만으로 판단할 것은 아니고 그 게시물이 게재될 당시의 상황, 게재자의 지위, 게시물을 게재하게 된 동기와 목적, 게시물의 표현 방법과 내용 등 여러 가지 사정을 종합하여 이를 판단하여야 한다. 그리고 대체로 타인을 비방하고 중상 모략하거나 명예를 훼손하며 불법적인 노조활동을 선동하거나 교사하는 등 사회질서를 해하는 내용과 건전한 미풍양속을 해할 염려가 많은 상스럽고 저질스러운 표현을 담고 있는, 노조활동과 관련된 컴퓨터통신 게시물을 삭제하거나 그 전용게시판 서비스를 일시 중지시킨 컴퓨터통신 사업자의 행위가 채무불이행 또는 불법행위가 되지 않는다(전기통신사업법 제53조, 전기통신사업법시행령 제16조, 약관의 규제에 관한 법률 제6조, 제10조 및 민법 제393조, 제750조).⁵⁶⁶⁾

565) 인천지법판결 2000. 6. 2, 2000 가합 1637.
566) 대판 1998. 2. 13, 97 다 37210.

2) 판례평석

본 사안은 미국의 경우와 같이 인터넷 서비스제공자가 제공하는 서비스에 대하여 이용자가 타인의 명예를 훼손하는 글 등을 게재했을 때 인터넷 서비스제공자의 법적 책임을 다룬 사건으로 볼 수 없다. 그러나 인터넷 서비스제공자와 이용자간에 체결한 정보서비스 이용약관을 위반한 이용자의 명예훼손한 내용물을 약관을 근거로 하여 삭제한 것에 대한 내용이라 할 수 있다. 그러나 이 사건이 갖고 있는 의미 또한 매우 중요하다. 즉, 대법원은 인터넷상에서 행한 발언에 대해서도 명예훼손이 성립한다는 것과 이용자 약관에 위반하는 통신계재물을 이용자에게 사전 통지하지 않고 삭제한 행위에 대하여 그의 행위는 정당하다고 한 법원의 판결은 중요한 의미를 갖는다.

(3) 정보가 물건인지의 여부에 대한 판례

1) 판례요지

대법원은 절도죄의 객체는 관리가능한 동력을 포함한 '재물'에 한한다 할 것이고, 또 절도죄가 성립하기 위해서는 그 재물의 소유자 기타 점유자의 점유 내지 이용가능성을 배제하고 이를 자신의 점유하에 배타적으로 이전하는 행위가 있어야만 할 것인바, 컴퓨터에 저장되어 있는 '정보' 그 자체는 유체물이라고 볼 수도 없고 물질성을 가진 동력도 아니므로 재물이 될 수 없다 할 것이며, 또 이를 복사하거나 출력하였다 할지라도 그 정보 자체가 감소하거나 피해자의 점유 및 이용가능성을 감소시키는 것이 아니므로 그 복사나 출력 행위를 가지고 절도죄를 구성한다고 볼 수도 없다. 피고인이 컴퓨터에 저장된 정보를 출력하여 생성한 문서는 피해 회사의 업무를 위하여 생성되어 피해 회사에 의하여 보관되고 있던 문서가 아니라, 피고인이 가지고 갈 목적으로 피해 회사의 업무와 관계없이 새로이 생성시킨 문서라 할 것이므로, 이는 피해 회사 소유의 문서라고 볼 수는 없다 할 것이어서, 이를 가지고 간 행위를 들어 피해 회사 소유의 문서를 절취한 것으로 볼 수는 없다.⁵⁶⁷⁾

2) 판례평석

컴퓨터에 저장된 정보가 절도죄의 객체로서 재물에 해당하는지 않고, 이를 복사하거나 출력해 간 경우에도 절도죄를 구성하는지 않는다고 보았으며, 컴퓨터 속의 정보를 빼내갈 목적으로 종이에 출력하여 가져간 경우에도 그 정보가 기재된 그 문서에 대한 절도죄가 성립하는

567) 대판 2002. 7. 12, 2002 도 745 ; 대판 1986. 9. 23, 86 도 1205 ; 대판 1996. 8. 23, 95 도 192.

지 않는다고 한다.

第3節 問題點

앞에서 검토하여 본 바와 같이 우리나라와 달리 외국의 책임법제는 소비자보호에 중점을 두고 상세하게 규정하고 있으며, 책임분배의 적정화에 노력하고 있는 것이 그 특징이다. 그러나 우리나라 현행 법제는 외국법제와 비교할 때 미비한 점이 많다고 할 수 있다.

1. 規制法制上の 問題

현재로서는 전자거래와 관련된 문제가 발생하는 경우에는 민법보다는 먼저 전자거래관계법에 의하여 규율되어지고 있으나, 그 규정내용이 선언적인 내용에만 그치고 있어 전자거래에 따른 손해가 발생하는 경우에 적절한 해결방안을 찾을 수 없는 것이 현실적인 문제이다. 전자거래법이 적어도 사법과 관련해서는 원칙적으로 흠결에 대한 보충규범으로, 기존의 법체계에 의하여 해결할 수 없는 문제가 있다면 그를 위한 규정을 보충적으로 신설해야 하고 법률행위와 관련해서는 전자거래가 기존의 법체계에 의하여 충분히 규율될 수 있어 전자거래관련법은 사법규정을 배제하고 전자거래의 촉진을 위한 기반조성 등에 관한 규정만을 포함하는 방향으로 기본법을 일원화하는 것이 타당하다는 견해가 있으나, 가상공간상에서 발생하는 전자거래의 특성상 민법의 특별법적 성격을 가지면서도 공법적인 측면의 규정을 배제할 수 없는 것은 무엇보다도 전자거래는 불특정 다수인을 상대로 한 대량의 거래와 非對面 거래성, 포괄적 의사표시형성에 의한 전자적 의사표시의 卽時性, 컴퓨터 등의 전자정보장치의 이용, 국제성 등의 전자거래의 특성으로 인하여 전자거래관련법은 민법의 특별법적 성격을 가지면서 사법영역과 공법영역을 포괄하는 교차성을 지니고 있다고 볼 수 있다.⁵⁶⁸⁾ 이러한 전자거래관련법은 각 단행법의 목적상의 차이로 말미암아 용어의 정의에 있어서 상호간에 통일성이 없다는 지적이 있다. 전자거래기본법은 전자거래의 법률관계를 명확히 하고 전자거래의 안전성과 신뢰성을 확보하며 전자거래 촉진을 위한 기반을 조성하는 것이 목적으로 산업자원부에 의하여 입법안을

568) 앞에서 본 바와 같이 지원립 교수는 현재의 민법이론으로도 전자거래상 발생하는 위험에 대한 책임을 적절히 규율될 수 있음을 지적하고 만일 새로운 전자거래법이 필요하다면 사법규정만을 보충 적용하도록 규정하는 것이 바람직하다고 한다.

내게 되었고, 전자서명법은 전자문서의 안전성과 신뢰성을 확보하고 그 이용을 활성화하기 위하여 전자서명에 관한 기본적인 사항을 정함으로써 국가사회의 정보화를 촉진함을 그 목적으로 하여 법무부에서 입법안을 내었다. 한편 전자상거래등에서의 소비자보호에 관한 법률은 기존의 통신판매등에 관한 법률을 폐지하는 대신 전자상거래 및 통신판매 등에 의한 재화 또는 용역의 공정한 거래에 관한 사항을 규정함으로써 소비자의 권익을 보호하고 시장의 신뢰도 제고를 위함을 목적으로 하여 행정자치부에서 전자거래의 규율상 필요에 의하여 제정되는 등의 이유로 각 법률상호관계가 체계화되지 못하다. 예를 들면 전자거래와 전자상거래라는 개념을 혼용하여 사용하게 되고, 전자문서의 개념의 정의에 있어서도 전자거래기본법과 전자서명법상의 개념에 약간의 차이가 있다(전자거래기본법 제2조 1호 및 전자서명법 제2조 1호). 그리고 전자거래기본법상 전자거래사업자와 전자상거래등에서의 소비자보호에 관한 법률상의 통신판매업자 및 통신판매중개자는 같은 개념인지 아니면 다른 의미의 개념인지가 모호하다고 할 수 있다(전자거래기본법 제2조 6호 및 전자상거래등에서의 소비자보호에 관한 법률 제2조 3호, 4호). 또한 전자거래기본법상 전자거래이용자와 전자상거래등에서의 소비자보호에 관한 법률상의 소비자의 개념과 같은 것인지가 명확하지 않다.

그리고 전자거래에서 개인정보가 침해되는 경우에 현행 법제상으로는 공공부분과 민간부분으로 나누어 개인에 의한 개인의 침해는 '형법'으로, 손해배상은 '민법'으로 해결할 수밖에 없다는 문제점이 있다. 그리고 전자거래금융약관이 성립되어 시행되고 있지만 기본약관은 은행권을 중심으로 하는 지급에 한정되어 있고, 최근에 등장한 전자화폐·전자채권 등 새로운 전자지급수단은 전통적인 전자자금이체의 법리만을 가지고 전자거래를 규율할 수 없다는 문제점이 있다. 또한 스팸메일의 규제를 위하여 기존의 옵트아웃방식에서 옵트인 방식으로 전환하도록 하여 원하는 사람만 광고메일을 받도록 해 기업의 마케팅 효과를 극대화시켜야 한다. 그렇지만 옵트인방식이 '정보의 자유로운 흐름을 막고 표현의 자유를 침해하며 마케팅산업을 저해하고 대기업에게만 유리하다'는 비판이 있다. 따라서 본인이 원하지 않는 무작위성 광고(스팸메일)를 막는 방안이 필요하다. 그리고 인터넷주소자원관리에 있어서도 현재 민간 차원에서 '도메인이름체제(DNS)'에 기반한 인터넷주소서비스가 실시되고 있으나 인터넷 주소자원 관리, 분쟁해결 및 예방, 인터넷주소의 등록 및 거래에 따른 소비자 보호대책 등이 모호하므로 정부 차원의 제도적 장치가 필요하다.

2. 責任歸屬 根據上的 問題

일반적으로 전자적 의사표시는 단순한 숫자나 부호로 정형화되어 표시되거나 행위의사·표

시의사·효과의사라고 할만한 포괄적 의사표시가 형성되고, 행위와 표시가 상호 분리되어 진행된다는 점에서 전자거래는 특수성을 가지고 있다. 전자거래에서 채무불이행이 있는 경우에 주체를 명확히 알 수 있는 경우는 거의 없다. 만일 그 가해 주체를 명확히 판명한다고 하더라도 손해배상을 청구하기 위하여 상대방의 과실을 입증하기가 어렵다는 특수성이 상존하게 된다. 따라서 피해를 입은 전자거래이용자는 전자거래사업자 등을 상대로 상대방의 고의 또는 과실이 있음을 적극적으로 증명한다는 것은 전자거래의 특수성에 비추어 어렵다. 그러므로 전통적으로 민사법체계의 근간을 이루고 있는 과실책임주의는 전자거래의 특수성·전자적 의사표시의 특수성·전자거래에서 위험의 특수성·전자거래의 분쟁의 특수성으로 말미암아 전자거래로 인한 분쟁을 적절히 해결할 수 없으므로 종합적으로 검토하여 새로운 책임의 귀속근거를 찾아 제도적인 보완이 있어야 한다.

3. 責任分配上의 問題

전자거래에서 발생하는 손해는 다수 혹은 다발성으로 발생하므로 전자거래에서 발생하는 손해의 경우에 주체를 명확히 판별할 수 없거나 당사자를 판명한다고 하더라도 손해배상을 청구하기 위한 상대방의 고의나 과실을 입증하기 어렵다는 특성이 있다. 그리고 전자거래는 전자거래사업자, 전자거래이용자, 온라인통신망운영자, 인증기관, 은행, 물류업자, 이행보조자 등의 다수 당사자가 관여하는 것이 일반적이다. 이러한 경우에 손해가 발생하면 피해자인 전자거래이용자는 누구에게 손해배상을 청구할 것인가가 어렵게 된다. 그리고 어떠한 경로로 그 손해를 배상 받을 수 있는지가 문제된다. 따라서 전자거래상 발생하는 위험에 대하여 전자거래에 다수 당사자가 관여하게 되는 경우에 거래당사자간의 분쟁의 주체 중 누구에게 1차적 책임이 있는지에 대한 적절한 책임분배의 적정화에 대한 제도적인 장치가 필요하다.

4. 紛爭調停制度上의 問題

전자거래에서 발생하는 분쟁주체의 유형에 따라서 다르지만 전통적인 분쟁해결방법으로는 민간단체에 의해 해결하는 방법으로 소비자보호법 제18조 1항 5호에 의하여 소비자피해 및 불만처리를 위한 상담정보제공 및 당사자간의 합의권고를 행함으로써 소비자를 구제하는 방법이 있다. 또 행정기관을 이용하는 임의적 조정방법이 있으며, 법원에 의한 해결방법으로 민사소송에 의하여 분쟁을 해결하는 방법은 다른 분쟁해결방법의 최종적인 해결방법이지만, 이러한 경우는 절차가 까다롭고 복잡하며 시간과 비용이 많이 들기 때문에 일반인들은 기피하는 현상이

나타나는 데 문제점이 있다. 현재로서 전자거래의 분쟁해결제도는 전자거래기본법 제32조 내지 제38조에 전자거래분쟁조정위원회를 두어 전자거래로 인한 전자거래이용자인 소비자를 보호하기 위한 제도적 장치를 마련하고 있다. 이런 분쟁조정은 보통은 대면적 거래의 경우에 볼 수 있다. 그러나 사이버공간에서 양 당사자와 조정위원이 조정한다는 것은 상대방의 감정을 알 수 없게 되는 등의 문제점이 있게 된다.

이러한 문제점들을 극복하기 위하여 전자거래상 분쟁이 발생하는 경우에 전자거래기본법 시행령에서 전자거래분쟁조정위원회 운영규정⁵⁶⁹⁾을 두어 사이버분쟁조정센터를 개설하여 운영하도록 하고 있으나⁵⁷⁰⁾ 이 또한 앞에서 본 바와 같은 여러 가지 문제점⁵⁷¹⁾을 노출시키고 있을 뿐만 아니라 만일 조정이 성립되면 화해와 같은 효력을 부여하고는 있으나 당사자 일방이 거부하는 경우에는 다른 대안이 없어 민사소송으로 해결할 수밖에 없다는 문제점이 있다. 따라서 다액 혹은 다수 당사자에게 산발적으로 손해가 발생하여 분쟁이 생기는 경우에 대비한 분쟁해결 방안이 제도적으로 보완될 필요가 있다.

5. 被害者救濟制度上の 問題

전자거래에서 발생하는 위험은 다수 혹은 다발적으로 발생할 가능성이 무엇보다도 크다고 할 수 있다. 전자거래의 피해자를 보호하기 위한 수단으로 전자거래의 보험제도에 대하여 전자상거래등에서의 소비자보호에 관한 법률에 의하면, 공정거래위원회는 전자상거래 또는 통신판매에서의 소비자 보호를 위하여 관련 사업자에게 보험업법에 의한 보험계약, 소비자피해보상금의 지급을 확보하기 위한 금융기관의 채무지급보증계약 등을 체결하도록 권장할 수 있도록 하고 있다. 그러나 이러한 소비자피해보상보험계약은 임의규정으로써 실효성이 없는 선언적인 규정에 불과하다. 다만 전자결제수단의 발행자는 소비자피해보상보험계약 등을 체결할 의무를 규정하고(동법 제24조)있을 뿐이다. 따라서 전자거래의 특수성으로 인하여 피해에 대한 손해발생액이 다액 또는 산발적으로 다수 지역에 발생하는 위험에 대한 책임을 보장하기 위하여 전자거래피해손해배상액을 확보할 수 있는 방안과 사이버공간을 이용한 피해자보험이 제도적으로 보완될 필요성이 있다.

569) 산업자원부고시 제2000-37호

570) 전자거래분쟁조정위원회 운영규정(산업자원부고시 제2000-37호) 제30조 '정보통신망을 이용한 조정진행'에 따라 조정진행의 전부 또는 일부절차를 원격영상 및 전자우편 등 정보통신망을 이용할 수 있으며, 이는 전자문서이용요령에 의하도록 하고 있다.

571) 전자거래분쟁조정위원회 운영규정-산업자원부고시 제2000-37호에 의하도록 하므로 권한면에서나 기능면에서 미약하다.

第4節 立法的 課題

앞에서 검토 한 바 있는 우리나라 전자거래관련 책임법상의 문제점에 따른 해결방안을 찾기 위하여 이하에서는 전자거래에 있어서 책임법상의 과제로, 현재의 해석론으로 해결할 수 없는 문제에 대하여 입법적 과제를 모색하고자 한다.

1. 規制法制上の 課題

전자거래의 법적 특수성 즉, 의사표시 과정의 비대면성과 의사결정이 컴퓨터를 통하여 즉시로 이루어지게 되고, 전자거래의 당사자는 일반적으로 복수가 존재하여 거래하는 것이 보통이며, 양 당사자간의 의사전달의 호환성에 따라 계약체결 여부가 달라지게 된다. 그리고 전자거래는 다자간 혹은 국제적인 성격을 갖는 등의 특수성이 존재하므로 용어 정의의 통일성이 무엇보다 필요하다고 할 수 있다. 각 법률상에서 전자거래와 전자상거래라는 개념을 혼용하여 사용하게 되고, 전자문서의 개념의 정의에 있어서도 전자거래기본법과 전자서명법상의 개념에 약간의 차이가 있다(전자거래기본법 제2조 1호 및 전자서명법 제2조 1호). 그리고 전자거래기본법상 전자거래사업자의 개념과 전자상거래등에서의 소비자보호에 관한 법률상의 통신판매업자 및 통신판매중개자라는 개념의 정의가 같은 개념인지 아니면 다른 의미의 개념인지가 모호하다(전자거래기본법 제2조 6호 및 전자상거래등에서의 소비자보호에 관한 법률 제2조 3호, 4호). 또한 전자거래기본법상 전자거래이용자의 개념과 전자상거래등에서의 소비자보호에 관한 법률상의 소비자의 개념과 같은 것인지가 명확하지 않다. 따라서 전자거래기본법과 전자서명법 및 전자상거래등에서의 소비자보호에 관한 법률을 통일성 있게 정비할 필요가 있다. 여기에는 전자거래상 개인정보보호에 관한 법률, 스팸메일의 규제에 관한 법률, 인터넷주소자원관리법, 전자금융거래기본법 등의 입법의견된 법안 등을 총망라한 검토가 있어야 한다. 사전으로는 전자거래관련법을 통합하여 제정하는 경우에는 민법의 특별법적 성격을 갖는 형식을 취하는 독립된 입법으로 하는 것이 합리적이라 본다. 그러나 전자거래관련법을 민법의 특별법적 성격을 갖는 독립된 법체계로 할 수 없는 경우에는 민법전상 전형계약의 종류에 전자계약도 포함하도록 하여 민법에 포섭시키는 방안도 검토할 수 있을 것이다.⁵⁷²⁾ 이하에서는 최근 논의되고 있는 전자거래관련 입법주장과 사건을 제시하고자 한다.

572) 법무부, 민법개정시안, 2002. 11. 14. 여행계약(제674조의2 이하)과 중개계약(제692조의2 이하) 분 시안에서는 여행계약과 중개계약을 민법의 전형계약의 종류로 포함시키고 있다.

(1) 개인정보 보호법제 관련 입법주장

개인정보보호에 관한 현행 법제는 공공부분과 민간부분으로 나뉘어 있고, 개인에 의한 개인정보 침해시 처벌은 '형법'으로, 손해배상은 '민법'으로 해결할 수밖에 없는 바, 인터넷상의 개인정보를 체계적으로 보호하고 침해를 구제하기 위해서는 형사처벌과 손해배상을 동시에 규율하는 단일법을 만들어야 할 필요가 있다.⁵⁷³⁾ 개인정보에 대한 침해가 있을 경우 피해구제에 대한 객관적인 기준을 마련해 입법에 반영해야 하고, 법률의 해석과 판례에 의해 명예회복과 같은 경우에 제한적으로 사전금지청구가 인정되고 있으나 개인정보침해 우려가 있는 경우에도 명문으로 금지청구권을 인정할 필요가 있다.⁵⁷⁴⁾ 전자금융거래기본약관이 성립되어 시행되고 있으나 기본약관은 은행권을 중심으로 하는 지급에 한정하고, 최근에 등장한 전자화폐·전자채권 등 새로운 전자지급수단은 전통적인 전자자금체계의 법리만을 가지고는 규율할 수 없다. 약관은 사업자가 작성하는 것으로서 업무기준, 정부의 지원정책·감독 등에 관해서는 성질상 규정할 수 없는 바, 통합형식의 민사특별법을 제정할 수 없는 경우에는 '전자금융거래법(안)'과 같은 법률의 제정이 필요하다.



(2) 스팸메일규제입법관련 입법주장

스팸메일의 규제를 위하여 기존의 옵트아웃 방식⁵⁷⁵⁾에서 옵트인 방식⁵⁷⁶⁾으로 전환하도록 하여 원하는 사람만 광고메일을 받도록 해 기업의 마케팅 효과를 극대화시켜야 한다. 옵트인 방식이 '정보의 자유로운 흐름을 막고 표현의 자유를 침해하며 마케팅산업을 저해하고 대기업에게만 유리하다'는 비판의 가능성에 대해 수신자의 의사표명이 제대로 되지 않는 일반적인 시스템에서 정보의 흐름이나 표현의 자유를 논할 수 없으며, 개인이 요청한 정보에 대해서만 메일발송이 된다면 마케팅산업 발전에도 도움이 될 것이고, 중소기업이 입을 수 있는 피해를

573) 손진화, “전자지급거래에 있어서 소비자보호”, 「한국인터넷법학회」 학술대회 주제발표문, 2001. 12. 21.

574) 정완용, “전자거래에 있어서 개인정보 도용에 대한 법적구제”, 「한국인터넷법학회」 학술대회 주제발표문, 2001. 12. 21.

575) 옵트아웃(opt-out) 방식이란 광고메일에 대해 일일이 수신거부를 요청해야 광고메일이 차단되는 방식을 말한다.

576) 옵트인(opt-in)방식이란 사전에 명시적인 동의를 받은 사람에게만 광고메일을 허용하는 방식을 말한다.

이유로 피해를 감수하라고 할 수는 없다.⁵⁷⁷⁾ 현행 법률이 옵트아웃과 과태료제도(500만원)를 채택하고 있어 사실상 스팸메일을 합법화한 면이 있으므로 새로운 입법안은 옵트인 방식을 요구하는 한편 강력한 형사처벌규정도 포함시켜야 한다.

(3) 인터넷주소자원관리법의 입법주장

현재 민간 차원에서 '도메인이름체제(DNS)'에 기반한 인터넷주소서비스가 실시되고 있으나 인터넷 주소자원 관리, 분쟁해결 및 예방, 인터넷주소의 등록 및 거래에 따른 소비자 보호대책 등이 모호하여 정부 차원의 관리가 필요한 상황이며, 이에 따라 국내 인터넷 주소자원에 관한 국내법과 관련 제도의 미비점을 보완하고 주소자원 관리의 효율성 제고를 위하여 가칭 '인터넷주소자원관리법(가칭)'의 제정을 추진하여야 할 필요성이 있다. 이를 통하여 인터넷 주소의 등록 및 거래에 관한 법·제도적 원칙 등을 명시하고 인터넷주소 자원의 효율적 관리를 위하여 정부, 민간기구, 인터넷 이용자 대표 등이 참여하는 분쟁조정위원회의 설치도 필요하다. 인터넷주소자원의 연구개발 및 진흥을 위하여 정부의 책임을 규정하고 인터넷이용자 보호를 위하여 인터넷 주소 기반의 비즈니스에 대한 심사절차를 도입할 필요가 있다.

(4) 전자금융거래기본법의 입법주장

전자금융거래에 참여하는 거래당사자, 금융기관 및 전자금융업자의 권리·의무를 규정하고, 전자금융업을 영위하고자 하는 자에 대한 규제 및 감독에 대한 근거를 마련하기 위하여 전자금융거래법(안)을 제정할 필요성이 대두된다.⁵⁷⁸⁾

2. 責任歸屬根據上的 課題

일반적으로 전자거래의 전자적 의사표시는 단순한 숫자나 부호로 정형화되어 표시되거나 행위 의사·표시 의사·효과의사라고 할만한 포괄적 의사표시가 형성되며, 행위와 표시가 상호 분리되어 진행된다는 점에서 전자거래는 특수성을 가지고 있다. 전자거래에서 채무불이행이 있

577) 민주화를 위한 변호사모임, 지문날인 반대연대, 한국소비자연맹, 함께 하는 시민행동 등 시민·사회 단체 간담회, 2002. 4. 26.

578) 법제처 법제실, 2002년도 정부입법계획안, 2002. 3. 5 ; <http://www.moleg.go.kr>

는 경우에 주체를 명확히 알 수 없거나 알 수 있다고 하더라도 손해배상을 청구하기 위하여 상대방의 과실을 입증하기가 어렵다는 특수성이 상존하게 된다. 따라서 피해를 입은 전자거래 이용자는 전자거래사업자 등을 상대로 상대방의 고의 또는 과실이 있음을 증명한다는 것은 전자거래의 특수성에 비추어 어렵다고 할 것이다. 이와 같이 전자거래에서 다수 혹은 다발성의 손해가 발생하는 경우에 전자거래이용자는 상대방의 고의 또는 과실을 입증하기란 어려운 일이다. 그러므로 전자거래에서 발생한 손해에 대하여 전통적인 과실책임주의에 따라 해결할 수 없는 여러 가지 특수성이 존재하므로 의료과오 또는 도로교통법규상 판례로 인정되는 과실의 추정이론으로 해결하는 방안이 필요하고, 이 경우에도 해결하기 어려울 경우에 대비하여 궁극적으로는 입증책임의 전환에 관한 규정을 두거나 아니면 무과실책임으로 불리는 위협의 원인 야기자에게 인정하는 독일의 위협책임론 혹은 이행보조자책임으로 확대할 수 있는 영미법상의 엄격책임론을 제도적으로 도입할 필요가 있다. 그리고 전자거래의 이행상 대금의 지급과 관련해서는 네트워크책임론으로, 전기통신망사업자와 관계에 있어서는 책임분계점론으로, 자동정보처리시스템제공자와 이용자사이의 법률관계는 시스템책임론으로 접근하는 방안도 입법적으로 검토할 필요가 있다.

3. 責任分配上의 課題



전자거래의 손해는 다수 혹은 다발성으로 발생하므로 전자거래에서 발생하는 손해의 경우에 주체를 명확히 판별할 수 없거나 당사자를 판명한다고 하더라도 손해배상을 청구하기 어렵다. 또한 상대방의 고의나 과실을 입증하기 어렵다는 특성이 있다. 그리고 전자거래에 전자거래사업자, 전자거래이용자, 온라인통신망운영자, 인증기관, 은행, 물류업자 등의 다수 당사자가 관여하게 된다. 이러한 경우에 손해가 발생하면 피해자인 전자거래이용자는 누구에게 손해배상을 청구할 것인지가 어렵게 된다. 이와 같이 전자거래는 보통 전자거래사업자, 컴퓨터운영자, 판매업자와 온라인정보제공자와 은행, 물류업자 등의 다수 당사자가 존재하는 경우에 명확히 누구의 과실로 밝혀지지 않은 경우에는 원칙적으로 '부진정연대책임'을 묻거나 아니면, 전자거래에서 전적으로 수혜를 받는 전자거래사업자 혹은 판매업자에게 1차적인 책임을 물을 수 있도록 하는 '네트워크 관여자의 책임분담 법리'를 제도적으로 도입하여 책임분배를 명확히 할 수 있어야 한다. 그리고 1차적인 책임자는 다른 당사자에게 위협의 관여 정도에 따라서 구상권을 행사할 수 있도록 하여야 한다. 또한 불법행위로 인하여 전자거래이용자에게 손해가 발생하는 경우에 다수 당사자가 관여한 때에는 '공동불법행위책임'을 물을 수 있도록 하여야 하며, 제도적으로 전자거래사업자 혹은 컴퓨터운영자에게 1차적 책임을 물을 수 있는 방안이

검토되어야 한다.

4. 紛爭調停制度上の課題

전자거래의 분쟁에 있어서 전통적인 분쟁해결방법으로는 민간단체에 의한 해결하는 방법으로 소비자피해에 대한 불만처리를 위한 상담정보제공 및 당사자간의 합의권고를 행함으로써 소비자를 구제하는 방법이 있다. 또 행정기관을 이용하는 임의적 조정방법이 있으며, 법원에 의한 해결방법으로 민사소송에 의하여 분쟁을 해결하는 방법은 다른 분쟁해결방법의 최종적인 해결방법이지만, 이러한 경우는 절차가 까다롭고 복잡하며 시간과 비용이 많이 들기 때문에 일반인들은 기피하게 된다. 현재로 전자거래의 분쟁해결제도는 전자거래기본법 제32조 내지 제38조에 전자거래분쟁조정위원회를 두어 전자거래로 인한 전자거래이용자인 소비자를 보호하기 위한 제도적 장치를 마련하고 있다. 이런 분쟁조정은 보통은 대면적 거래의 경우에 볼 수 있다. 그러나 사이버공간에서 양 당사자와 조정위원이 조정한다는 것은 상대방의 감정을 알 수 없게 되는 등의 문제점이 있게 된다. 이러한 문제점들을 극복하기 위하여 전자거래기본법 시행령에 전자거래 온라인 사이버 분쟁해결 센터를 개설하여 운영하도록 하고 있으나 이 또한 앞에서 본 바와 같은 여러 가지 문제점을 노출시키고 있을 뿐만 아니라 만일 조정이 성립되면 화해와 같은 효력을 부여하지만, 당사자 일방이 거부하는 경우에는 다른 대안이 없어 민사소송으로 해결할 수밖에 없다는 문제점이 있다. 따라서 전자거래에서 분쟁은 다수 당사자간의 관여가 일반적이다. 그러므로 전자거래분쟁조정위원회의 조정력을 강화하여 전자거래분쟁위원회에 강제적으로 중재를 할 수 있는 제도적인 방안을 고려해 볼 필요가 있다. 또한 재판외 분쟁해결방안으로 다자간의 온라인 분쟁해결방법을 적극적으로 활용할 수 있도록 기술적·제도적인 뒷받침이 되어야 한다. 특히, 미국의 온라인 옴브즈만(The Online Ombuds Office) 사이버 분쟁해결 센터와 같이 대학이나 비영리단체에서 운영하고 있는 사적분쟁해결기구로 분쟁당사자는 이메일이나 웹을 통해서 분쟁해결을 요청하고 센터의 조정인과 분쟁당사자들은 이메일을 통해서 의견을 주고받는 제도를 검토할 필요가 있다. 이 경우에 분쟁당사자는 조정인이 제시한 조정안에 복종할 의무는 없다고 하더라도 현실적으로 조정인의 조정은 분쟁당사자와 충분한 의사소통을 가지게 될 수 있도록 하여야 한다.

5. 被害者救濟制度上の課題

전자거래에서 발생하는 위험은 다수 혹은 다발적으로 발생할 가능성이 무엇보다도 크다고

할 수 있다. 전자거래의 피해자를 보호하기 위한 수단으로 전자거래상의 보험제도로 공정거래위원회는 전자상거래 또는 통신판매에서의 소비자 보호를 위하여 관련 사업자에게 보험업법에 의한 보험계약, 소비자피해보상보험금의 지급을 확보하기 위한 금융기관의 채무지급보증계약 등을 체결하도록 권고할 수 있도록 하고 있다. 그러나 이러한 소비자피해보상보험계약은 임의규정으로서 실효성이 없는 선언적인 규정에 불과하다. 따라서 전자거래에서 보험제도는 기술적인 면을 제외하더라도 전자거래관련법을 제도적으로 보완하여, 전자거래를 이용하는 소비자를 보호하기 위해서는 전자거래사업자 등에게 의무적으로 사이버공간에서 소비자피해보상보험에 의무적으로 가입하도록 제도화할 필요가 있다. 그리고 전자거래로 인한 피해자보험에 가입하지 않은 전자거래사업자 등에게 물품을 환불할 수 있는 제도적인 보완이 필요하다.

6. 立證責任 轉換의 課題

입증책임은 소송상 일정한 사실의 존재여부가 확정되지 않는 경우에 그 사실이 존재하지 않는 것으로 다루어져 불리한 법률판단을 받도록 되어 있는 당사자 일방의 위험 내지 불이익을 뜻한다. 그런데 전자거래와 같이 전문적인 내용을 포함하고 있는 소송의 경우에는 피해자인 소비자가 상대방의 고의·과실이나 인과관계를 입증해야 한다. 그러나 전자거래에 있어서 전자거래사업자 등에게 고의·과실이나 인과관계가 없음을 적극적으로 입증하도록 요구하는 것을 '입증책임의 전환'이라 한다. 현행 민사법이론에 의하면 전자거래로 인한 피해자는 가해자의 고의·과실을 입증하여야 채무불이행으로 인한 손해를 배상 받을 수 있으나, 앞으로 전자거래의 활성화와 더불어 전자거래에서 발생한 위험의 특징인 주체의 불명확성, 손해의 증명곤란, 손해배상청구의 곤란, 다수 혹은 다발성의 위험 존재, 상대방의 고의·과실을 입증하기 곤란한 점등으로 인하여, 전자거래로 인하여 발생하는 피해자를 보호하기 위하여 불법행위책임을 져야 할 자가 자기에게 고의·과실이 없음을 입증하지 못하는 한 가해자는 불법행위책임을 면할 수 없다는 입증책임 전환이론을 도입하여 해결할 필요가 있다. 이러한 입증책임의 전환은 피해자가 가해자의 고의·과실을 적극적으로 입증할 필요 없이, 불법행위책임을 져야 할 자가 자기에게 고의, 과실이 없음을 적극적으로 입증하지 못하는 한 가해자는 불법행위책임을 면할 수 없도록 할 필요가 있다. 따라서 이용자에게 기계적 오류가 인간에 의한 과실로 전환될 수 있는가를 입증하게 할 것이 아니라 사업자에게 전환불가능까지 입증시키도록 하는 방안을 고려해 볼 필요가 있다. 입증책임의 전환을 통해 사실상 채무자에게 무과실책임을 지우는 것과 같은 효과를 얻는 동시에 전적으로 무과실책임을 지움으로써 발생하는 채무자에 대한 불이익을 해소할 수 있는 방법도 동시에 얻게 될 수 있다.

근대 민사법은 가해자가 고의 또는 과실로 타인에게 손해를 가한 경우에 한하여 그 손해를 배상할 것을 규정하였다. 즉, 고의 내지 과실과 같은 귀책사유로 타인에게 손해를 준 경우에만 가해자가 손해배상의 책임을 지는 과실책임주의가 있다. 그런데 19세기말에서 20세기 초에 걸쳐 일어난 과학문명의 비약적인 발전은 종래에 없었던 위험성이라는 문제가 대두되게 되었다. 이 위험성은 주로 기업에서 발생하게 되었는데 항공기·핵 등의 전기통신사업, 원자력산업 등의 위험한 설비를 갖춘 기업의 발달 등으로 위험산업이 점차 증대하였다. 이러한 위험이 일반인에게 주는 손해는 종래의 과실책임주의로는 청구할 수 없는 경우가 생기게 되어 과실책임주의에 대한 비판과 함께 위험책임주의라는 것이 주장되었다. 즉 이전에 손해의 배상과 관련하여서는 과실이 있는 때에 그 손해에 대한 배상을 하였던 것이 과실이 없는 경우에도 일정한 경우에 책임을 지도록 하는 무과실책임주의가 대두된 것이다. 결국 기계화로 인한 위험발생에 대해 기업으로 하여금 대내적·대외적으로 과실책임주의를 극복하고 위험책임을 지우는 것이 정의와 공평의 원칙에 합치된다는 것이다. 위험책임은 손해의 발생이 행위자의 과실에 의하여 위법하게 일어났느냐를 관계하지 않고, 위험한 시설이나 활동에 관련하여 특별한 이익을 얻는 자에게 책임을 지우는 손해배상의 원칙이다. 그러므로 위험책임은 고의·과실을 요건으로 하지 않으며 객관적인 위법성을 요건으로 하지도 않는다. 위험책임의 이론적 근거는 보상책임설, 위험책임설, 원인책임설, 구체적 공평설 등의 견해가 있다. 보상책임설은 기업이 이익을 얻는 과정에서 타인에게 손해를 주는 경우 그 이익에서 배상케 하는 것이 공평하다는 견해이며, 위험책임설은 위험한 시설의 관리자에게 위험물에 대한 절대적인 주의의무를 부과하여 그 것으로부터 생긴 손해에 대하여 책임을 져야 한다는 견해이다. 또한 손해의 원인을 만들어 낸 자는 그 것에서 생긴 손해를 배상하여야 한다는 견해가 원인책임설이며, 손해를 가해자 또는 피해자의 어느 일방에만 부담시키지 않고 구체적인 사정에 따라 양자 사이에 공평하게 부담시키자는 견해가 구체적 공평설이다. 위험책임이 불법행위책임은 아니지만 불법행위책임이 과실책임의 원칙에서 무과실책임을 가미하는 방향으로 나아가고 있는 과정속에 필연적으로 나타난 이론으로 그 이유는 앞서 살펴본 바와 같이 기업이 활동을 하는데 있어 기업의 위험한 설비가 일반인에게 손해를 주는 경우 일반인이 이를 상대로 손해배상을 청구하기에 사실상 어렵다는 것 때문이다.

전자거래에서 위험책임의 이론을 적용할 여지는 없는가? 계약체결과 이행과정에서 그 원인을 알 수 없는 손해가 발생했을 때 위험책임을 제공자에게 부담하게 할 필요가 있다. 컴퓨터 시스템을 하나의 위험물로 인정하여 위험책임을 부담시킬 수 있는 부분도 존재한다. 다만, 전자거래는 기본원리가 계약이론에서 출발하기 때문에 기존의 계약이론에서 고의나 과실의 유책성을 기준으로 책임을 부담하므로 위험책임의 이론을 지나치게 확장하는 것이 아닌지 의문시

되는 점도 없지 않다. 그러나 전자거래상 존재하는 위협으로 인해 발생한 손해는 이러한 고의, 과실을 입증하기에 어려움이 많고, 더구나 인체사고의 경우 그 피해규모도 상당히 클 수 있으므로 무과실책임 또는 입증책임의 전환방법으로 접근하여 해결하는 것이 더 바람직한 경우가 있다. 예컨대 통신회선상의 오류로 인하여 손해가 발생한 경우에 판매업자나 서비스업자에게 통신사업자를 이행보조자로 이해하여 사용자책임을 부담하게 하는 것이나, 격지자간 진료계약 시 오진으로 인해 손해가 발생한 경우, 컴퓨터통신망을 이용한 음란물의 제공으로 인해 정신적인 피해를 입은 경우 등 컴퓨터 기기나 통신회선 자체가 위험물이 될 수는 없지만, 이를 매개체로 하여 위험한 물건이 움직이게 된다면 위험책임의 이론을 확장하여 무과실책임 또는 입증책임의 전환으로 이용자인 소비자를 보호하는 것도 필요하다.



第6章 結 論

가상공간을 이용한 인터넷상 전자거래의 비약적인 증가에 따라 법률적 변화현상이 나타나고 있다. 가상공간에서 일어나는 전자거래는 앞으로도 상당한 진전이 있을 것으로 보여진다. 인터넷을 이용한 전자거래는 새로운 법적 규율과 민사법이론의 정립을 위한 여러 가지 문제점을 앞에서 지적하였다. 컴퓨터를 이용한 전자거래는 시스템 및 이용환경의 구축, 전자계약의 체결, 전자인증, 전자결제, 운송이라는 다단계의 전달과정을 통하여 도달하기까지 진행이 복잡하게 이루어지게 되므로 전자거래에서 발생하는 위험에 따른 분쟁도 특수성을 가지게 된다. 일반적으로 전자거래에서 발생하는 분쟁은 시스템구축과 운영과정에서 발생하는 위험에 따른 분쟁과 계약체결 및 이행과정에서 발생하는 위험에 대한 분쟁, 전자거래 당사자의 의무불이행에 따른 채무불이행과 전자거래 계약과 직접 관계되지 않은 제3자 등의 불법행위에 의한 위험에 관한 분쟁 등이 항상 존재할 수 있다. 따라서 전자거래가 급속하게 늘어남에 따라 새롭게 발생하는 문제들을 현재의 의사표시론과 전자거래의 계약책임론에 의한 채무불이행책임과 불법행위책임에 따른 손해배상책임으로 전자거래에서 발생하는 위험에 대한 책임을 제대로 해결할 수 없다는 점을 앞에서 보았다. 그러므로 앞으로 우리의 현안과제로 사이버사회와 걸맞은 민사법체계의 정비가 필요하다. 컴퓨터를 이용하는 인터넷의 활용에 따라 법적인 문제들과 그 해결방안에 대한 논의는 정보처리시스템에 의한 의사표시를 이용한 전자적 의사표시가 늘어남에 따른 실천과학으로서 법학의 사명을 다할 수 있도록 연구하여야 할 필요성이 있다.

먼저, 전자거래에 있어서 민사책임에 관한 연구를 통한 해석론에 대하여 사건을 제시하면 다음과 같다.

첫째, 원칙적으로 사적자치의 영역에 있어서 전자거래관련법은 일반사법과의 관계에 있어서는 흠결 보충규범 즉, 기존의 사법체계로 규율할 수 없는 경우에 한하여 보충적으로 해결할 수 있는 대안적 입법이 필요하나 현재의 전자거래관련법이 전자거래의 특수성과 전자거래상 분쟁의 특수성에 비추어 민법의 특별법적 성격을 가지면서도 공법적인 측면을 배제할 수 없는 것은 무엇보다도 전자거래는 불특정 다수인을 상대로 하는 대량거래에 이용될 뿐만 아니라, 상대방과 직접대면하지 않는 비대면 거래행위에 의하여 법률행위가 성립하는 경우가 대부분이며, 의사표시형성에 있어서의 즉시성을 요구하게 되고 컴퓨터라는 전자적 장치를 이용하게 되어 효과의사와 표시행위가 분리되어 발생하기 때문이다. 또한 컴퓨터 등의 정보처리시스템의 이용으로 인한 국제거래 행위에 이용되는 등의 전자거래의 특수성으로 말미암아 전자거래관련법을 공법적인 측면을 완전히 배제하여 사법규정만으로 개정입법을 하자는 견해는 합리적이지

않다고 생각한다.

둘째, 전자거래의 개념은 자동정보처리시스템을 이용하여 재화나 용역의 거래에서 전자문서에 의하여 전자적으로 처리되는 거래로 정의할 수 있으며, 이는 전자문서교환과 광속거래를 포함하는 것으로 새겨야 한다. 전자적 거래는 단단계의 전달과정을 거쳐 효력이 발생하므로 의사표시에 있어서는 전자적 의사표시라는 용어를 사용하는 것이 합리적이다. 전자적 의사표시의 비진의표시에 있어서는 자연적 의사표시와 달리 상대방이 악의인 경우 무효로 하는 것이 전자적 의사표시의 특수성상 민법 제107조 제2항은 수정하여 적용할 필요가 있으며, 전자적 의사표시가 통정허위표시인 때에는 민법 제108조 제1항의 적용을 배제하여야 한다. 또 착오에 의한 전자적 의사표시는 표의자의 과실 여부와 관계없이 취소할 수 없도록 해석하여야 한다. 또한 표의자가 자기의 컴퓨터에 일정한 조작을 몰래하여 그 조작에 따라 표의자가 기망당하여 전자적 의사표시를 하는 경우에는 사기에 의한 의사표시로 다룰 것이 아니라 불법행위로 다루어야 한다.

셋째, 인터넷 사이버물에서 부수적인 조건 등의 거래조건을 제시하는 경우에는 전자거래이용자를 보호하기 위하여 청약의 유인으로 보아야 한다. 또 컴퓨터통신망을 이용한 전자거래는 상대방과 실시간에 이루어지는 것이 보통이므로 원칙적으로 전자적 의사표시는 대화자간의 의사표시로 보아야 하고, 도달의 시점은 당사자간에 직접 컴퓨터망이 연결되어 있는 경우에는 상대방의 모뎀에 입력되는 순간에, 전자사서함을 이용하는 경우에는 상대방의 컴퓨터가 인식하여 자신의 컴퓨터로 전송되도록 명령하는 순간에 도달이 있다고 보아야 한다. 그러므로 수신자에게 발신 후 도달하기 전까지의 위험은 표의자가 부담하며, 그 이후의 하자에 대하여서는 표시수령자가 부담하도록 하여야 한다. 다만, 컴퓨터이용자가 키보드를 잘못하여 의도하지 않았던 의사표시가 전달되는 경우에는 표의자에게 철회권을 부여하여야 한다.

넷째, 전자문서에 있어서는 일반적으로 확정일자 있는 문서로 하여야 하고, 전자문서는 준문서로 보아 증거능력이 있음을 인정하여야 한다. 전자문서의 작성자의 개념 속에 전자적 대리인도 포함시키는 것이 타당하고, 전자서명은 디지털서명을 포함하는 개념으로 이해하여야 한다. 전자서명의 효력에 대하여 당사자간에 이를 배제하거나 변경하는 특약을 하는 것은 무효라고 보아야 한다. 전자인증에는 원칙적으로 전자공증은 포함되지 않는다고 보아야 하며, 인증기관의 책임에 있어서는 원칙적으로 무과실책임으로 다루어야 하고, 민법 제390조에 의한 채무불이행책임을 물을 수 있다고 보아야 한다.

다섯째, 전자적 급부의 이행에 있어 컴퓨터파일을 불특정물로 보아 종류채권으로 보아야 하고, 제3자가 운영하는 컴퓨터서버인 경우에도 전자거래의 상대방이 기술적으로 지배와 관리가 가능한 경우에는 이러한 컴퓨터서버에 입력이 되는 순간에 이행이 있다고 보게 되므로 제3

자가 운영하는 컴퓨터서버의 장애로 인한 위험은 전자거래의 상대방이 부담한다고 새겨야 한다.

여섯째, 전자거래상 분쟁발생에 있어서는 위험분배의 적정화에 대하여 새롭게 접근할 필요가 있고, 위험발생에 대하여 새로운 책임법리의 접근이 필요하다고 할 수 있다. 전자거래에서 발생하는 위험에 대하여는 서비스시설의 장애나 폭주 등의 경우에 서비스제공의 중지나 제한이 가능하도록 하는 약관이 통신서비스제공자의 면책사유로 규정하는 경우에 유효한가에 대하여 최소한의 시간내에 컴퓨터시스템을 복구하여 정상적으로 가동할 수 있도록 하는 일정시간의 면책약관의 경우에는 유효하다고 하여야 하지만, 상당한 시간 복구를 요하는 경우에는 컴퓨터이용자에게 불측의 손해를 줄 수 있으므로 이러한 통신서비스제공자에게 면책약관을 규정하는 것은 무효라고 보아야 한다. 그리고 전자거래에서 발생하는 위험에 대한 전자거래의 특수성에 비추어 전자거래사업자 등에게 과실을 추정하여 입증책임의 완화·경감할 수 있어야 하며, 유책 상대방을 알 수 없는 경우에는 전자거래사업자에게 적극적으로 자신의 고의나 과실이 없음을 입증하도록 하는 입증책임의 전환규정을 두거나, 전자거래에서 가장 큰 이익을 얻게 되는 컴퓨터운영자에게 위험책임을 묻도록 하는 제도적 장치가 필요하다. 또한 온라인서비스제공자가 구축하여 단순히 제공만 하고 있는 경우를 제외하고 웹사이트상에서 개인정보가 유출되어 이로 인하여 피해를 입은 경우에 이용자는 가해상대방과 온라인서비스제공자를 상대로 공동불법행위책임을 물을 수 있도록 하여야 한다. 만일 가해상대방을 알 수 없는 때에는 전자거래사업자 및 판매업자에게 1차적인 책임을 물을 수 있도록 하는 제도적인 보완이 필요하다.

일곱째, 전자거래에서 상품이 하자가 있거나 다른 물건이 발송된 경우에는 매도인에게 채무불이행책임 및 하자담보책임을 물을 수 있다. 하자 있는 전자데이터를 수령한 매수인은 완전물인도청구 및 보완청구권을 행사할 수 있고, 제공된 정보로 인한 손해가 발생하는 경우에 있어서 손해배상청구권은 상품자체와 관련된 손해와 이로 인한 확대손해에도 미친다고 보아야 한다. 또 매수인은 계약목적은 달성할 수 없는 경우에는 계약해제권을 갖는다. 그리고 전자거래에서 당사자의 고의 또는 과실이 있는 경우에는 민법 제535조의 계약체결상의 과실책임이나 민법 제750조의 불법행위책임을 물을 수 있다. 정보통신망의 오작동, 통신소프트웨어의 결함으로 인하여 전자거래이용자에게 손해를 발생시키는 경우에 비록 전기통신사업자에게 고의·과실이 있음이 밝혀지지 않았다 하더라도 천재지변과 같은 불가항력에 의한 경우와 전기통신사업자가 책임 없음을 입증하는 경우를 제외하고는 원칙적으로 책임을 물을 수 있다. 컴퓨터운영자가 고의적으로 행한 경우에는 컴퓨터운영자에게 민법 제750조에 의한 손해배상책임을 지도록 하여야 하며, 컴퓨터이용자에게 사전에 주의의무 또는 안전 준수 의무를 정하여 둔 경우

에 이에 대한 주의의무 등을 위반하여 발생한 손해에 대하여는 컴퓨터이용자에게 책임을 물을 수 있도록 할 필요가 있다.

여덟째, 컴퓨터프로그램을 구입하여 컴퓨터를 작동한 결과 그 소프트웨어의 결함, 즉 컴퓨터바이러스의 감염 등으로 기존의 데이터나 하드웨어를 손상하는 경우에는 제조물책임을 물을 수 있다. 전자거래의 특수성으로 인하여 소프트웨어나 정보가 비록 무상으로 전송 받을 수 있다고 하더라도 전문가인 컴퓨터 시스템운영자에게 고도의 안전조치에 대한 주의의무가 요구되어지므로, 이러한 호의관계인 경우라도 전자거래이용자가 스스로 자초한 손해에 대하여 과실상계의 법리를 적용하여 컴퓨터운영자에게 계약책임을 부담하도록 하여야 한다.

다음으로, 전자거래관련 민사책임에 관한 연구에 있어서 앞서 논하였던 해석론으로 분쟁을 해결할 수 없는 경우에 입법적 과제를 제시하면 다음과 같다.

첫째, 전자거래에 있어서 규율법제상의 과제로 앞에서 검토한 바 와 같이 전자거래는 의사표시 과정의 비대면성과 의사결정이 전자정보처리시스템에 의한 즉시성, 당사자의 복수성, 의사전달의 호환성에 따라서 계약체결 여부가 달라지게 되며, 다자간 혹은 국제적인 성격을 갖는 등의 전자거래의 특수성이 존재하므로 용어 정의의 통일성이 필요하다고 할 수 있다. 이러한 전자거래관련법은 각 단행법의 목적상의 차이로 말미암아 용어의 정의에 있어서 상호간에 통일성이 결여되어 있다.⁵⁷⁹⁾ 전자거래기본법과 전자서명법 및 전자상거래등에서의 소비자보호에 관한 법률을 통일성 있게 정비할 필요가 있다.

둘째, 전자거래에서 채무불이행이 있는 경우에는 주체를 명확히 알 수 없거나 알 수 있다고 하더라도 손해배상을 청구하기 위하여 상대방의 과실을 입증하기가 어렵다는 특수성이 존재하게 된다. 따라서 피해를 입은 전자거래이용자는 전자거래사업자 등을 상대로 상대방의 고의 또는 과실이 있음을 증명한다는 것은 전자거래의 특수성에 비추어 어렵다고 할 것이다. 이와 같이 전자거래에서 다수 혹은 다발성의 손해가 발생하는 경우에 전자거래이용자는 상대방의 고의 또는 과실을 입증하기란 어려운 일이다. 전자거래에서 발생한 손해에 대하여 전통적인 과실책임주의에 따라 해결할 수 없는 여러 가지 특수성이 존재하게 되므로 의료과오 또는 도로교통법규상 판례로 인정되는 과실의 추정이론으로 해결하는 방안이 필요하고, 이 경우에도 해결하기 어려울 경우에 대비하여 궁극적으로는 입증책임의 전환에 관한 규정을 두거나 무과실책임으로 불리는 위험의 원인 야기자에게 인정하는 독일법상의 위험책임론 혹은 이행보조자책임으로 확대할 수 있는 영미법상의 엄격책임론을 제도적으로 도입할 필요가 있다. 그리고

579) 여기서 각 단행법의 목적상 차이점이라고 하는 것은 전자거래의 규율상 발생하는 분쟁에 따른 책임문제와 관련지어 보면, 각 단행법의 목적은 전자거래의 규율에 있다고 보여지기 때문에 결국 전자거래의 올바른 규율에 있는 것이다.

전자거래의 이행상 대금의 지급과 관련하여서는 네트워크책임론으로, 전기통신망사업자와 관계에 있어서는 책임분계점이론으로, 자동정보처리시스템제공자와 이용자사이의 법률관계는 시스템책임론으로 접근하는 방안도 입법적으로 검토할 필요가 있다.

셋째, 전자거래상 손해는 다수 혹은 다발성으로 발생하므로 전자거래에서 발생하는 손해의 경우에 주체를 명확히 판별할 수 없거나 당사자를 판명한다고 하더라도 손해배상을 청구하기가 어렵다. 또한 상대방의 고의나 과실을 입증하기 어렵다는 특수성이 있다. 전자거래는 보통 전자거래사업자, 컴퓨터운영자, 판매업자와 온라인정보제공자와 은행, 물류업자 등의 다수 당사자가 존재하는 경우에 명확히 누구의 과실로 밝혀지지 않은 경우에는 원칙적으로 '부진정연대책임'을 물을 수 있도록 하거나 전자거래에서 전적으로 수혜를 받는 전자거래사업자 혹은 판매업자에게 1차적인 책임을 물을 수 있도록 하는 '네트워크 관여자의 책임분담 법리'를 제도적으로 도입하여 책임분배를 명확히 할 수 있는 입법화가 필요하다. 여기서 1차적인 책임자는 다른 당사자에게 위협의 관여 정도에 따라서 구상권을 행사할 수 있도록 하여야 한다. 그리고 불법행위로 인하여 전자거래이용자에게 손해가 발생하는 경우에 다수 당사자가 관여한 때에는 '공동불법행위책임'을 물을 수 있도록 하여야 하며, 제도적으로 전자거래사업자 혹은 컴퓨터운영자에게 1차적 책임을 물을 수 있는 방안이 강구되어야 한다.

넷째, 현재로 전자거래의 분쟁해결제도는 전자거래기본법 제32조 내지 제38조에 전자거래 분쟁조정위원회를 두어 전자거래로 인한 전자거래이용자인 소비자를 보호하기 위한 제도적 장치를 마련하고 있다. 이런 분쟁조정은 보통은 대면적 거래의 경우에 볼 수 있다. 그러나 사이버공간에서 양 당사자와 조정위원이 조정한다는 것은 상대방의 감정을 알 수 없게되는 등의 문제점이 있게 된다. 이러한 문제점들을 극복하기 위하여 전자거래기본법 시행령에 전자거래 온라인 사이버 분쟁해결 센터를 개설하여 운영하도록 하고 있으나 이 또한 앞에서 본 바와 같은 여러 가지 문제점을 노출시키고 있을 뿐만 아니라 만일 조정이 성립되면 화해와 같은 효력을 부여하지만, 당사자 일방이 거부하는 경우에는 다른 대안이 없이 민사소송으로 해결할 수밖에 없다는 문제점이 있다. 따라서 전자거래에서 분쟁은 다수 당사자간의 관여가 일반적이므로 전자거래분쟁조정위원회의 조정력을 강화할 필요가 있으며, 전자거래분쟁위원회에 강제적으로 중재를 할 수 있는 제도적인 방안을 고려해 볼 필요가 있다. 또한 대안적 분쟁해결방안으로 다자간의 온라인 대안적 분쟁해결방법을 적극적으로 활용할 수 있도록 기술적·제도적인 뒷받침이 되어야 한다.

다섯째, 전자거래에서 발생하는 위협은 다수 혹은 다발적으로 발생할 가능성이 무엇보다도 크다고 할 수 있다. 전자거래의 피해자를 보호하기 위한 수단으로 전자거래의 보험제도를 보면, 공정거래위원회는 전자상거래 또는 통신판매에서의 소비자 보호를 위하여 관련 사업자에

게 보험업법에 의한 보험계약, 소비자피해보상보험금의 지급을 확보하기 위한 금융기관의 채무지급보증계약 등을 체결하도록 권고할 수 있다. 그러나 이러한 소비자피해보상보험계약은 임의규정으로 실효성이 없는 선언적인 규정에 불과하다. 이와 같이 전자거래에서 발생하는 위험에 따른 책임을 분담하기 위하여 전자거래사업자 등에게 사이버공간을 통한 전자거래피해자 보험에 의무적으로 가입하게 하는 등의 제도적인 장치가 필요하고, 전자거래로 인한 피해자보험에 가입하지 않은 전자거래사업자 등에게 물품을 환불할 수 있는 제도적인 보완이 필요하다. 따라서 전자거래에서 보험제도는 기술적인 면을 제외하더라도 전자거래관련법을 제도적으로 보완하여, 전자거래를 이용하는 소비자를 보호하기 위해서는 전자거래사업자 등에게 의무적으로 사이버공간에서 소비자피해보상보험에 가입하도록 제도화할 필요가 있다.

본 논문을 연구하면서 조금 아쉬운 부분은 첫째, 전자거래의 활성화에 따른 전자거래이용자의 법의식에 대한 조사·분석을 통한 실증적인 연구가 부족하였음을 밝혀둔다. 둘째, 전자거래에 대한 외국의 책임법제를 검토함에 있어서 국제기구(UNCITRAL, OECD)와 주요국가(미국, 독일, 일본)에 한정하여 검토함으로써 기타 유럽국가, 남미, 중국 등의 법제를 탐구하지 못한 점과 우리나라 법제와의 비교법적 고찰이 미비한 점을 밝혀둔다.



參 考 文 獻

【國內文獻】

〈單行本〉

- 강현중, 「민사소송법」, 박영사, 2002.
- 고상용, 「민법총칙」, 법문사, 1990.
- 곽윤직, 「민법총칙」, 박영사, 2002.
- _____, 「채권총론」, 박영사, 2002.
- _____, 「채권각론」, 박영사, 2002.
- 곽윤직, 「민법주해[II]」, 박영사, 1992.
- _____, 「민법주해[VIII]」, 박영사, 1995.
- _____, 「민법주해[IX]」, 박영사, 1995.
- _____, 「민법주해[XI]」, 박영사, 1995.
- _____, 「민법주해[XIII]」, 박영사, 1995.
- 권오승, 「민법의 쟁점」, 법원사, 1992.
- _____, 「민법특강」, 법원사, 1994.
- 권용우, 「불법행위법」, 신양사, 1998.
- 김상용, 「민법총칙」, 법문사, 2000.
- _____, 「채권총론」, 법문사, 2002.
- _____, 「채권각론(상)」, 법문사, 1999.
- _____, 「채권각론(하)」, 법문사, 2000.
- _____, 「불법행위법」, 법문사, 1997.
- 김진환, 「전자거래법」, 사법연수원, 2000.
- 김형배, 「채권총론」, 법문사, 1998.
- _____, 「채권각론(상)」, 법문사, 1995.
- 배대현, 「전자서명·인터넷법」, 세창출판사, 2000.
- 송상현, 「민사소송법」, 박영사, 2002.

- 양창수, 「민법연구(I)」, 박영사, 1991.
- 연기영, 「생산물손해배상책임법」, 육서당, 1999.
- 오병철, 「전자거래법」, 법원사, 2000.
- 윤철홍, 「요해채권법각론」, 법원사, 1995.
- 이시운, 「민사소송법」, 박영사, 2002.
- 이영준, 「민법총칙」, 박영사, 1995.
- 이은영, 「민법총칙」, 박영사, 1996.
- _____, 「채권총론」, 박영사, 2002.
- _____, 「채권각론」, 박영사, 2002.
- _____, 「민법학강의」, 박영사, 1995.
- 정쾌영, 「전자거래법」, 무역경영사, 2001.
- 주재훈, 「인터넷 비즈니스」, 비봉출판사, 1998.
- 최경진, 「전자상거래와 법」, 현실과 미래, 1998.
- 한삼인, 「판례민법」, 법률행정연구원, 2000.

〈論文〉



- 강경근, “전자서명법 초안의 개요”, 「전자서명법 제정을 위한 토론회」, 1998. 6.
- 강남일, “컴퓨터 범죄의 최근 동향과 문제점”, 「전자법학연구」 창간호, 인제대학교 전자법학연구소, 2001.
- 강성은, “전자상거래와 국제조세”, 「전자상거래와 법적 대응방안」, 전남대학교 법률행정연구소 심포지엄 자료, 1998. 9.
- 강홍렬, “전자거래 확산을 위한 법·제도 개선방안”, 「초고속정보통신기반 관련 '96년도 법·제도정비연구」, 통신개발연구원, 1996. 12.
- 고수영, “정보통신기술의 발달이 금융제도에 미치는 영향”, 「한국은행 조사월보」, 1996. 10.
- 고영수, “전자거래상 민법상 하자담보책임제도와 방문판매법상 철회제도의 차별에 관한 체계적 고찰”, 「전자거래의 사법상의 문제점」, 한국법제연구원, 2001. 9.
- 공순진·김영철, “전자상거래의 민사법적 문제”, 「동의법정」 제15집, 동의대학교 법정연구소, 1999.
- 김기현, “전자화된 의사표시의 효력발생시기와 하자있는 도달의 위험부담”,

- 「법학연구」 제8권 제1호, 충남대학교대학원 법학연구소, 1997.
- 김동훈, “계약법과 위험분배의 원칙”, 「고시연구」, 1997. 11.
- _____, “계약의 성립에 관한 비교법 및 국제계약법적 고찰”, 「법학논총」 제10집, 국민대학교 법학연구소, 1998.10.
- _____, “전자거래와 관련한 약관규제법의 정비방안”, 「전자거래 관련 법제정비방안」, 한국법제연구원, 2001. 6.
- 김민규, “전자거래와 관련한 민사책임법리”, 「외법논총」 제19집, 1999. 2.
- 김상용, “자동화된 의사표시와 시스템계약”, 「사법연구」 제1집, 청헌법률문화재단, 1992.
- 김상찬, “의료사고의 민사적 책임과 분쟁해결의 법리”, 건국대학교 대학원 박사학위논문, 1994.
- 김성준, “인터넷 법률의 형성과 전망”, 「인터넷과 법률」, 법무부, 2000. 7.
- 김성탁, “제조물책임에 관한 비교법적 연구”, 연세대학교대학원 박사학위논문, 1992.
- 김영갑·최성준, “정보사회에 대비한 상사법 연구 서론”, 「정보사회에 대비한일반법연구(I)」, 통신개발연구원, 1997.
- 김영철, “인터넷서비스제공자의 저작권침해에 대한 민사책임에 관한 연구”, 동의대대학원 박사학위논문, 2001. 2.
- 김용직·지대운, “정보사회에 대비한 민사법 연구 서론”, 「정보사회에 대비한 일반법 연구 (I)」, 통신개발연구원, 1997.
- 김윤명, “인터넷을 통한 전자상거래 구현의 제반과제”, 「사이버스페이스 포럼」, 1997. 9. 22.
- 김은기, “전자화폐의 법적 문제”, 「상사법 연구」 제16권 제2호, 1997.
- _____, “전자문서의 법적 효력”, 「기업법연구」, 2000. 4.
- _____, “전자서명법 및 전자거래기본의 입법취지 및 주요내용”, 「인권과 정의」 통권272호, 1999. 4.
- 김응규, “사이버공간에서의 상업적 언론의 문제”, 「전자법학연구」 창간호, 인제대학교 전자법학연구소, 2001.
- 김진환, “약관규제법과 전자약관의 계약편입”, 「법학연구」 제10집, 경상대학교 법학연구, 2001.
- 김철호, “전자상거래계약의 성립에 따른 법적 제문제”, 「경제학논집」 제8권 1호, 한국국민경제학회, 1999.
- 김태수, “전자거래의 법리에 관한 연구」 동의대학교대학원 박사학위논문, 2000. 12.
- 김학동, “자동정보처리장비에 의한 의사표시에서의 법률문제”, 「고시연구」, 1997. 3.
- 남 광, “UNCITRAL과 전자상거래: 전자서명과 인증기관을 중심으로”, 「통상법률」, 1997.
- 노태악, “전자거래 관련 법률용어의 개념정립에 관한 비교법적인 검토”, 「전자거래 관련 법제

- 정비방안」, 한국법제연구원, 2001. 6.
- _____, “디지털경제 발전과 법제개정 방향”, 「저스티스」 제33권 제2호, 2000. 6.
- 문성제, “인터넷 서비스 제공자의 불법행위책임-미국 판례를 중심으로-” 「비교사법」 제8권2호 (통권15호), 한국비교사법학회, 2001. 12.
- 박영규, “현대사회와 법률행위론”, 「사법연구」 제2집, 청헌법률문화재단, 1993.
- 박인환, “저작물의 온라인 전송에 따른 법적 책임문제”, 「계간저작권」, 1996.
- 박찬우, “인터넷과 상거래-계약법상의 문제를 중심으로-”, 「경제기술법연구」 제1집 제2권, 관동대학교 사헌경제기술법연구소, 1999. 12.
- 박창희, “온라인서비스제공자의 민사책임”, 전북대학교대학원 박사학위논문, 1999.
- 방석호, “전자상거래에서의 프라이버시와 소비자 보호”, 한국법학회 세미나자료, 1999.
- 배대현, “전자거래와 전자서명법상의 법리”, 「소비자문제」 제22호, 1999.
- _____, “전자거래 관련 법률의 상호관계분석 및 체계화방안”, 「전자거래관련 법제정비방안」, 한국법제연구원, 2001. 6.
- 서봉석, “전자거래상 법적분류에 적용되는 법률의 체계” 「전자거래의 사법상의 문제점」, 한국법제연구원, 2001. 9.
- 성정엽, “사이버공간에서의 법과 정치”, 「전자법학연구」 창간호, 인제대학교 전자법학연구소, 2001.
- 소재선, “전자서명 및 전자인증의 법적과제”, 「전자상거래와 법적 대응방안」, 전남대학교 법률행정연구소 심포지엄 자료, 1998. 9.
- 손경한, “전자상거래 활성화를 위한 관련법제의 개정 방향”, 「저스티스」 제33권 2호, 2000.
- 손진화, “전자상거래의 법적 제문제”, 「Juris Forum」 창간호, 충북대학교 법학연구소, 1998.
- _____, “새로운 전자지급제도의 법률문제와 입법론”, 「정보사회에 대비한 일반법 연구(II)」, 정보통신정책연구원, 1998. 2.
- 송오식, “전자상거래와 소비자보호”, 「전자상거래와 법적 대응방안」, 전남대학교 법률행정연구소 심포지엄 자료, 1998. 9.
- _____, “가상공간에서의 민사법적 대응과 전자적 의사표시”, 「법률행정논총」 제18집, 전남대학교 법률행정연구소, 1998.
- _____, “전자상거래에 관한 입법의 현황과 과제”, 「비교사법」 제5권2호(통권9호), 한국비교사법학회, 1998. 12.
- 안춘수, “인터넷 내용에 대한 사업자의 책임과 자율규제”, 「법학연구」 제12권 제1호, 연세대학교 법학연구소, 2002. 3.

- , "인터넷 콘텐츠에 대한 사업자의 민사책임", 「비교사법」 제9권 3호(통권18호), 한국비교사법학회, 2002. 10.
- _____, "전자상거래에 관한 입법의 현황과 과제", 「비교사법」 제5권2호(통권9호), 한국비교사법학회, 1998. 12.
- 엄동섭, "법률행위의 해석에 관한 연구", 서울대학교대학원 박사학위논문, 1992. 8.
- 오병철, "전자적 의사표시에 관한 연구", 연세대학교대학원, 박사학위논문, 1996.
- _____, "컴퓨터를 이용한 계약의 법적 규율", 경원대학교 법학연구소 제6회 학술세미나자료집, 1997. 6.
- _____, "전자거래의 민사법적 규율방안", 「정보사회에 대비한 일반법 연구(I)」 통신개발연구원, 1997.
- _____, "디지털 정보거래의 의의 및 규율방안", 「전자거래 관련 법제정비방안」, 한국법제연구원, 2001. 6.
- 유선기, "전자자금이체제도에 관한 법적 연구", 성균관대학교대학원 박사학위논문, 1996.
- 윤주희, "전자거래에서 위험분배에 관한 법제연구", 한국법제연구원, 2000. 11.
- _____, "전자거래 관련 방문판매법의 적용과 한계", 「전자거래 관련 법제정비방안」, 한국법제연구원, 2001. 6.
- _____, "시스템계약에 관한 연구", 숭실대학교대학원 박사학위논문, 2000. 2.
- _____, "전자거래에서 상품 및 용역제공자의 계약상 의무", 「디지털경제시대에서의 전자 거래와 법(2)」, 한국법제연구원, 2001.
- 윤형렬, "전자거래에서 나타나는 청약과 청약의 유인의 개념에 관한 고찰-청약과 승낙에 의한 계약체결에 대한 비판을 중심으로-", 「전자거래의 사법상의 문제점」, 한국법제연구원, 2001. 9.
- 이상정, "인터넷과 지적재산권", 「전자법학연구」 창간호, 인제대학교 전자법학연구소, 2001.
- 이승우, "전자거래 관련법상 철회의 법적 지위에 대한 고찰", 「전자거래의 사법상의 문제점」, 한국법제연구원, 2001. 9.
- 이영준, "계약체결상의 과실책임의 법적 성질에 관한 연구", 현승종박사화갑기념논문집, 1979.
- 이용길·김상명, "가상공간에서의 전자적 의사표시에 관한 법적 효력", 「논문집」 제22집, 제주산업정보대학, 2001. 8.
- 이은영, "위험의 분담과 이진", 「대한변호사협회지」, 1987. 9.
- _____, "전자상거래와 소비자법", 「비교사법」 제5권2호(통권9호), 한국비교사법학회, 1998. 12.
- _____, "전자상거래와 소비자법-계약의 이행을 중심으로-", 「외법논집」 제5집, 한국외국어대학

- 교 법학연구소, 1998.
- _____, “전자상거래와 소비자법”, 「법률신문」 제2735호, 1998. 10.
- 이종주, “전자거래기본법 및 전자서명법의 제정경과와 법적 검토”, 「법조」 제516호 법조협회, 1999. 9.
- 이진우, “전자문서교환에 관한 법적 문제”, 「변호사」 제24권, 1994.
- _____, “전자거래의 법적 검토”, 「정보법학」 창간호, 한국정보법학회, 1997.
- 이창법, “전자상거래의 법적 과제”, 「새울법학」 제2호, 대전대학교 법문화연구소, 1998.
- 이충훈, “전자거래 관여자의 민사법적 지위”, 연세대학교대학원 박사학위논문, 2000. 6.
- 장재욱, “인터넷상에서의 계약체결-의사표시와 관련된 몇가지 기초적 검토-”, 「법학논문집」 제23집, 중앙대학교 법학논문집, 1998. 12.
- 장호익, “전자서명법”, 「법제」 통권 제495호, 법제처, 1993. 3.
- 정국용, “전자서명법제의 개선방안”, 「한국통신경영연구소 보고서」, 1998. 5.
- 정경영, “전자의사표시의 주체에 관한 연구”, 「비교사법」 제5권 제2호, 한국비교사법학회, 1998. 12.
- _____, “전자화폐의 법적 구조”, 「21세기 상사법의 전개」, 정동윤교수화갑기념논문집, 법문사, 1999.
- 정경영 · 박형근 · 김동욱, “전자계약 성립에 관한 법률적 검토”, 「전자법학연구」 창간호, 인제대학교 전자법학연구소, 2001.
- 정상조, “자금이체제도의 법적 연구”, 서울대학교 대학원 박사학위논문, 1997.
- _____, “전자상거래와 지적재산권법”, 한국비교사법학회 창립4주년 기념학술대회, 1998. 10.
- 정완용, “전자상거래의 법적 문제점에 관한 고찰”, 「전자거래 및 EDI관련 법제도 정비 방향 연구」, 한국전산원, 1996.
- _____, “EDI 및 전자거래에 관한 해외의 법제 동향과 입법례”, 「전자거래 및 관련 법제도 정비 방향」, 한국전산원, 1996.
- _____, “전자상거래와 관련된 법제의 검토와 입법방향”, 「전자상거래를 위한 정책토론회」, 국회가상정보가치연구회, 1997. 4. 22.
- _____, “전자화폐에 의한 전자결제제도의 법적 문제점에 관한 고찰”, 「경희법학」, 경희법학연구소 국제법무세미나자료, 1998. 10. 27.
- _____, “전자상거래와 전자서명법”, 한국비교사법학회 창립4주년 기념학술대회, 1998. 10.
- _____, “전자거래의 거래유형별 법률관계”, 「디지털경제시대에서의 전자거래와 법(2)」, 한국법제연구원, 2001.

- 정종휴, “전자상거래의 등장에 따른 계약이론의 변용”, 「전자상거래와 법적 대응방안」, 전남대학교 법률행정연구소 심포지엄 자료, 1998. 9.
- 정진명, “인터넷을 통한 거래의 계약법적 문제”, 「비교사법」 제6권1호, 1999.
- _____, “가상공간상의 불법행위에 대한 법적 책임-저축법상의 문제를 포함하여-”, 「비교사법」 제9권 3호(통권18호), 한국비교사법학회, 2002. 10.
- 지원림, “컴퓨터와 관련된 민사법적 문제: 컴퓨터법의 정립을 위한 시론”, 「성곡논총」 제26집 상권, 1995.
- _____, “자동화된 의사표시”, 「저스티스」 제31권3호, 한국법학원, 1998. 9.
- _____, “가상공간에서의 거래의 계약법적 규율에 관한 연구”, 한국법제연구원, 2001. 10.
- 최경수, “온라인사업자의 책임”, 「정보법학」 제3호, 1999.
- 최명구, “전자 의사표시의 법적 효력 문제”, 「비교사법」 제5권1호(통권8호), 한국비교사법학회, 1998.
- 최상호, “전자거래에 있어서 소비자보호”, 「비교사법」 제8권1호(통권14호), 한국비교사법학회, 2001. 6.
- 최준선, “UNCITRAL모델법과 우리나라의 전자기본법(안)의 비교연구”, 「비교사법」 제5권1호(통권9호), 1998. 12.
- 최창열, “전자거래에서의 소비자보호에 관한 고찰”, 「비교사법」 제6권2호(통권11호), 한국비교사법학회, 1999.
- 최홍섭, “계약이전단계에서의 책임과 민법 제535조”, 배경숙교수화갑기념논문집, 1991.
- 한국전산원, “전자문서 이용활성화의 법적 장애요인 분석”, 한국전산원, 1998.
- 한봉조, “정보사회의 법률문제와 정보보호”, 정보법학회 세미나 자료, 1996. 9. 17.
- 한삼인·김상명, “전자거래의 법리에 관한 연구”, 「비교사법」 제6권2호(통권11호), 한국비교사법학회, 1999.
- _____, “전자서명 및 전자인증의 법률문제에 관한 고찰”, 「비교사법」 제8권1호(하) (통권14호), 한국비교사법학회, 2001. 6.
- 한승철, “전자서명 및 인증기관의 법적 문제”, 「저스티스」 제31권 제1호, 1998. 3.
- 한응길, “전자거래와 계약법”, 「비교사법」, 제5권2호(통권9호), 한국비교사법학회, 1998.
- _____, “전자상거래의 입법을 위한 참고자료”, 「동아법학」 제23호, 동아대학교 법학연구소, 1997.
- _____, 역 内田貴 執筆, “전자거래와 법”, 「동아법학」 제23호, 동아대학교 법학연구소, 1998.
- 현대호, “인터넷상의 명예훼손과 민사책임”, 「과학기술법연구」 제5집, 2000. 10.

_____, “전자거래와 소비자보호에 관한 법적 고찰”, 「법제연구」 제20호, 한국법제연구원, 2001.

홍준형, “인터넷 사회에 있어서 EDI 및 전자거래의 기능”, 「전자거래 및 관련 법제도정비 방향」, 한국전산원, 1996.

황찬현, “전자문서의 민사증거법상의 문제”, 「법조」 통권 516호, 1999. 9.

황희철, “전자서명과 법률문제”, 한국정보법학회 세미나자료, 1998.

【外國文獻】

〈日本〉

高橋秀雄, 「電子商取人の動向と展望」, 稅務經理協會, 2001.

夏井高人, 「裁判實務とコンピュータ」, 日本評論社, 1993.

高度情報通信社會推進本部, 電子商取引等檢討部會報告書, “電子商取引等の推進に向けた日本の取組み”, 「NBL」, 商事法務研究會, 1998. 7. 15.

內田 貴, “電子商取引と法(1)”, 「NBL」, 第601號, 商事法務研究會, 1996. 9.

-----, “電子商取引と法(2)”, 「NBL」, 第602號, 商事法務研究會, 1996. 10.

-----, “電子商去來と民法”, 「債權法改正の課題と方向」, 商事法務研究會, NBL 第51號, 1998.

牧野和夫, “電子商取引法(EC Law)の現狀について (1)”, 「アメリカ法務最前線」, 國際事法務, Vol.26, 第7號, 1998.

北川善太郎, 「コンピュータシステムと取引法」, 三省堂, 1987.

法務省, 「電子取引法制に關する研究會報告書」, 1998. 3.

植木哲, “製造物責任”, 「消費者保護の法律問題」, 勁草書房, 1994.

小林秀之, 「製造物責任法」, 新世社, 1995.

小澤撤夫, “電子マネーの取人當事者間の法律關係と損失の配分(1)”, 「NBL」 第623號, 1997.

松本恒雄, 「新版注釋民法(13)」, 有斐閣, 1996.

野村豊弘, “電子去來と消費者”, 「ジュリスト」, NO. 1139, 有斐閣, 1998. 8.

永田眞三郎, “システム契約の成立過程と履行過程”, 「ネットワーク社會と法」, 有斐閣, 1988. 6.

原田 保・寺本義也, 「インタネット時代電子取引革命」, 東洋經濟, 1996.

電子取引法制に關する研究會中間報告書, 「NBL」 第615號, 1996.

電子マネーに関する勉強會, “電子マネーの私法的側面に關する考察”, 「金融研究」第16卷2號,
1997.

電子マネー實現研究會, “電子マネー實現に向けて法的検討”, 「NBL」第640號, 2000.

竹田省, “金額券について”, 「法律新報」第29卷 4號, 1995.

平田健治, 「電子取人と法」, 大阪大學出版會, 2001.

辻 正美, システムトラブルとリスク負擔, 「コンピュータシステムと取引法」, 三省堂, 1987.

後藤紀一 “EFT取人の法的問題點と最近のイギリスおよびドイツ事情について”,
「金融法務情」, No. 1219.

〈英・美〉

American Bar Association(ABA): Task Force on Stored-Value, “A Commercial Lawyer’s
Take on the Electronic Purse: An Analysis of Commercial Law Issues Associated
with Stored-Value Cards And Electronic Money”, Business Lawyer. Feb., 1997.

Bell. Daniel, *The Coming of Post-Industrial Society*, New York, Basic Books, Inc., 1973.

Benesko. Gary G., *Electronic Commerce*, New York, Basic Books, Inc., 1994.

Benjamin. Wright, *The Law of Electronic Commerce*, Little Brown and Company, 1995.

_____, *The Law of Electronic Commerce*, 2nd ed, Boston: Little, Brown & Co., 1996.

Byassee William S., *Jurisdiction of Cyberspace: Applying Real World Precedent to the Virtual
Community*, Wake Forest L. Rev. 198., 1995.

Cavazos. Edward A, *Cyberspace and the Law*, The MIT Press, 1995.

Electronic Messaging Service Task Force, *The Commercial Use of Electronic Data Interchange
A Report*, 45 Business Law 1647-1673, 1990.

Hiller/Don Lloyd Cook. Janine S., “From clipper chips to clipper chips: The Evolution of
Payment Systems for Electronic Commerce”, *Journal of Law and Commerce* FALL
1997.

Hill. H. C & Ferguson D. M., *Electronic Data Interchange: A Definition and Perspective*,
EDI FORUM, Vol.4: Special ed., 1991.

Ian Walden and N. Savage, *The Legal Problem of Paperless Transactions*, *The Journal of
Business Law*, 1989.

Katsh. M. Ethan, *Law in a Digital World*, Oxford University Press, 1995.

- Keller. *One Bin for Voice Mail, Electronic Mail and Faxes*, Wall Street Journal, 1990. 9. 18.
- Kosieur. D., *"Understanding Electronic Commerce"*, Washington: Microsoft Press, 1997.
- Lilian Edwards & Charlotte Waelde, *Law & the Internet*, Oxford-Portland Oregon, 2000.
- Perritt. Heny H., Jr., *Legal and Technological Infrastructures for Electronic Payment Systems*,
22 RUTGERS COMPUTER & TECH. L.J.I, 39. 1996.
- Raymond T. Nimmer, *The Law of Computer Technology*, Warren, Gorham & Lamont INC,
1985.
- Sifer. Randall W., "Regulating Electronic Money in Small-Value Payment System:
Telecommunication Law as a Regulatory Model", Federal Communication Law
Journal, April, 1997.
- Smendinghoff. Thomas J., "Online Law : The SPA Legal Guide to Doing Business on
the internet", (New Work, Addison-Wesley Developers Press), 1996.
- Task Force on Stored Value Cards, *A Commercial Lawyer's Electronic Purse: An Analysis of
Commercial Law Issues Associated with Stored Value Cards and Electronic Money*, 52
Bus. Law. 653, 1997.
- Warwick. Ford, Michael S. Baum, *Secure Electronic Commerce*, Prentice Hall PTR 2001.
- Walden. Ian, *Information Technology & The Law*, 1990.

〈獨逸〉

- Brauner, *Das Erklärungsrisiko beim Einsatz von elektronischen Datenverarbeitungsanlagen*, Bonn,
1988.
- Brunner M., "Zum Risiko von Computerfehlleistungen bei der Abwicklung von Verträgen", Kiel
Univ., Dissertation, 1970.
- Clemens. Rudolf, "Die elektronische Willenserklärung - Chancen und Gefahren", NJW, Heft 34,
1985.
- Deutsch E., *Gefährdung, Gefährhöhung, Festschrift für Karl Larenz zum 70*, 1973.
- Erzbach M., *Gefährdungshaftung und Gefährhaftung*, Archiv für civilistische Praxis, 1911.
- Heun. Sven-Erik, "Die elektronische Willenserklärung", CR, Heft 10, 1994.
- Köhler. Helmut, "Die Problematik automatisierter Rechtvorgänge, insbesondere von
Willenserklärungen", AcP. 1982.

- _____, *“Die Problematik automatisierter RechtsVorgänge, insbesondere von Willenserklärungen”*, AcP. 1996.
- Kuhn Mattias, *Rechtshandlungen mittels EDV und Telekommunikation*, Diss. Regensburg, 1999.
- Markus Escher, *Bankrechtsfragen des Electronischen Geldes im Internet*, WM 1997.
- Medicus, *Allgemeiner Teil des BGB*, 6. Aufl., 1994.
- Melullis, *“Zum Regelungsbedarf bei der elektronischen Willenserklärung”*, MDR 1994.
- Siegfried. Kümpel, *Rechtliche Aspekte der neuen Geldbörse*, WM 1997.
- _____, *“Rechtliche Aspekte des Electronischen Netzgeldes”*, WM 1998.
- Viebecke Volker, *“Durch Datenverarbeitungsanlagen abgegebene”*, Willenserklärungen und ihre Anfechtung, Marburg Univ., Dissertation, 1986.

