

電子去來의 法理에 관한 研究

김상찬* · 김상명**

목 차

- | | |
|--------------------|-------------------------|
| I. 序 論 | 3. 電子的 意思表示의 本質과 構成要件 |
| II. 電子去來의 概念과 規律法律 | IV. 電子去來의 規律 法理論 |
| 1. 전자거래의 개념 | 1. 意思表示의 效力發生 |
| 2. 전자거래의 모습 | 2. 非眞意 意思表示 |
| 3. 전자거래에 관한 규율법률 | 3. 通情虛偽表示 |
| 4. 전자거래의 규율상 문제점 | 4. 錯誤에 의한 意思表示 |
| III. 電子的 意思表示論 | 5. 詐欺·強迫에 의한 意思表示 |
| 1. 電子的 意思表示의 概念 | 6. 行爲無能力者·無資格者에 의한 意思表示 |
| 2. 電子的 意思表示의 特質 | V. 結 論 |

I. 序 論

21세기의 문턱에 서있는 이 시점에서 날로 눈부시게 발전해 가는 컴퓨터 테크놀로지는 단순한 과학기술의 차원을 넘어 정치, 사회, 문화, 군사 등 모든 분야에 걸쳐 엄청난 영향을 미치고 있다. 1991년과 1998년 걸프전에서 보여준 첨단 컴퓨터 테크놀로지는 국제 정치적, 경제적 변화를 촉발하는 매개역할로서의 기능을 보여주었다. 컴퓨터를 이용한 정보처리기술의 획기적인 발달은 개인용 컴퓨터의 일반대중의 급속한 보급으로 일반생활환경에서도 전자우편과 전자결제를 보편화시키고, 대부분의 기업의 영업활동은 컴퓨터로 처리되어 종이 없는 사무실환경을 일반화시키고 있으며 개인의 주민등록정보, 의료정보, 세무정보, 금융정보, 부동산정보 등 중요한 정보들이 컴퓨터에 수록되어 사회적으로 이러한 정보가 공동재산으로 인식되어 민간과 공공분야에서 이들 정보가 널리 이용되고 있는 실정이다. 우리 나라에서도 1986년 한국데이터통신이 전자문서(Electronic Data Interchange : EDI) 제도를 도입한 이래 철강, 자

* 제주대학교 법정대학 법학과 조교수

** 제주대학교 대학원 법학과 박사과정, 제주산업정보대학 강사

동차, 금융, 유통 등의 부문에서 그 이용이 확산되고 있는데, 특히 은행들은 1992년 3월부터 SWIFT시스템상에서 신용장 및 대금결제업무를 컴퓨터로 처리하기 시작함으로써 금융EDI의 실행 및 국제금융EDI망 이용의 계기를 마련하였으며, 1994년 1월 한국무역정보통신과 금융결제원간의 컴퓨터망 접속을 통해 무역거래 및 관련 결제업무가 자동화되고 있다. 기업간에만 이용되던 전자거래가 이제는 기업과 소비자간에도 특히 인터넷을 통하여 상당히 많이 이용되고 있으며, 전자거래의 발전에 따라 새로운 결제수단이 등장하고 있다. 특히 전자화폐는 지폐상으로 개발된 안전성 및 비밀성과 컴퓨터화된 편리성을 결합시킨 새로운 지급수단으로서, 인터넷상의 지급을 위한 매력적인 대안이 될 것으로 보인다. 전자금융거래는 이미 우리 일상생활에 깊숙이 파고들고 있다. 전자금융이라 함은 정보통신기술을 적용하여 금융업무의 자동화, 전화 및 통신망화를 구현하는 제도를 말한다. 전자금융의 발달은 지급결제업무의 신속·정확한 처리를 가능하게 하고, 금융산업의 생산성과 국민경제 전체의 효율을 제고하는데 기여하고 있다.

우리 나라에서도 각 분야에서 전자금융거래에 많은 관심을 가지게 되었고, 법학의 관점에서 이와 관련된 법리문제의 연구가 진전되고 있다. 전자거래에 관하여는 전산망보급확장과 이용촉진에 관한 법률, 무역업무자동화촉진에 관한 법률, 공업 및 에너지기술 기반조성에 관한 법률 등 일부 특별법에 전자문서의 정의 및 효력과 전자거래의 정의에 관한 규정을 두고 있으나, 각 분야에 특유한 법률로 전자거래에 관한 일반적 기준으로 삼기에는 부족한 실정이 있다. 또 전자자금이체에 관하여는 여신전문금융업법에 직불카드에 관한 규정 등 일부 규정이 있을 뿐 주로 약관에 의하여 규율되고 있었으나, 1999년 1월에 전자거래기본법과 전자서명법이 국회에서 통과되어 동년 7월 1일부터 시행되게 되었다.

본 논문은 전자거래의 개념을 명확히 한 다음, 전자적 의사표시에 관한 여러 학설들을 정리함으로써 전자거래의 법리를 구성하여, 향후 전자거래에서 발생하는 사법적 문제를 해결하는데 필요한 기초이론을 제공하려 한다.

II. 電子去來의 概念과 規律法律

1. 電子去來의 概念

1) 電子去來의 개념정의의 다양성

전자거래에 이용되는 기법은 다양하며 그 범위가 불명확하기 때문에 전자거래의 개념 역시 다양하다. 제한된 범위내에서 컴퓨터는 어떤 기법에서 다른 기법으로 메시지를 변환할 수 있기 때문이다. 그러나 일반적으로 컴퓨터를 이용하여 계약을 체결하는 등의 법률행위에 대해 전자거래(Electronic Commerce)¹⁾라는 용어를 사용하고 있다. 전자거래라는 개념정의에 관해

1) 본고에서는 흔히 사용되는 '전자상거래' 대신 '전자거래'라는 용어를 사용하려 한다. 왜냐하면 전자거래는 상거래에서 뿐만 아니라 민법상의 법률행위 일반에 관하여 이루어지고 있고, 최근에 제정된 "전

많은 정의가 나와 있다. 예컨대 전자거래란 “두 개 이상의 기업간의 사업과정을 합리화하기 위한 일련의 통합적인 전자수단을 사용하여 이루어지는 거래 행위”,²⁾ “EDI 등 전자적 수단을 토대로 가상공간에서 전자적 방식에 따라 행해지는 상거래”,³⁾ “양 당사자 모두 컴퓨터 및 쌍방의 컴퓨터를 연결하는 망(net)을 통하여 전자적인 방법으로 법률행위 또는 그에 따른 이행을 하는 거래”,⁴⁾ “EDI를 비롯하여 Internet, 전자우편(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”,⁵⁾ “광고, 주문을 포함하는 계약체결, 대금지급, 상품의 인도나 서비스의 공급 등 제반 경제활동이 네트워크상에서 이루어지는 것”⁶⁾ 이라고 하고 있다. 그러므로 전자거래란 “정보통신기술(IT:information technology)을 활용하여 전자적인 방식으로 거래행위의 종래방식을 대체하는 것을 말한다”고 할 수 있다.⁷⁾

이와 같이 전자거래라는 개념은 다양하고 복잡하여 그 개념정의를 명확하게 정의할 수 없으나, 최근에 제정된 우리나라의 전자거래기본법에서는 “전자거래라 함은 재화나 용역의 거래에 있어 그 전부 또는 일부가 전자문서에 의하여 처리되는 거래를 말한다”고 규정하고 있다(전자거래기본법 제2조 5호). 다시 말하면 컴퓨터통신망을 이용 하여 팩스(Fax), 전자우편(E-mail), 전자문서교환(EDI), 전자자금이체(EFT) 등 전자적 방법에 의하여 가상공간에서 이루어지는 거래행위를 말한다고 할 수 있을 것이다.

2) 電子文書交換(EDI)

전자문서교환(EDI)은 기업간 또는 기업내에서 어떤 컴퓨터로부터 다른 컴퓨터로의 전자적 사업통신문의 이동을 일컫는다. 전자거래에 관한 UNCITRAL모범법⁸⁾은 전자문서교환을 “합의된 표준에 의하여 구조화된 정보의 컴퓨터간 전송”을 말한다고 정의하고 있다(동법 제2조(b)).

기술적으로 EDI통신문은 전자우편과 거의 같은 방법으로 전송되며, 컴퓨터매체에 기록되기

자거래 기본법”에서도 전자거래라는 용어를 쓰고 있기 때문이다.

- 2) 홍준형, “인터넷 사회에 있어서의 EDI 및 전자거래의 기능”, 「전자거래 및 EDI관련법 제도 정비방향」(한국전산원, 1996), p. 16.
- 3) 김영갑·최성준, “정보사회에 대비한 상사법 연구 서론”, 「정보사회에 대비한 일반법 연구(I)」(통신개발연구원, 1997), p. 142.
- 4) 오병철, “전자거래의 민사법적 규율방안”, 「정보사회에 대비한 일반법 연구(II)」(정보통신개발연구원, 1997. 6), p. 51.
- 5) 김은상, 「전략경영 & EDI」, 1997, p. 104.
- 6) 정재훈, “미국의 지구촌 전자상거래 기본계획”, 통상법률, 1997. 10, p. 165.
- 7) 오병철, “컴퓨터를 이용한 계약의 법적 규율”, 경원대학교 사회과학연구소, 「법학논총」 제5호(1998. 6), p. 135.
- 8) UNCITRAL(the United Nations Commission on International Trade Law) 즉, 유엔국제거래법위원회는 국제연합 산하기구로서, 활동의 목적은 국제상거래를 용이하게 하기 위한 모델법과 표준서류를 개발하는데 있다. 지금까지의 활동을 보면 국제물품매매계약에 관한 비엔나협약(the Vienna Convention on Contracts for International Sales of Goods), 국제신용이전에 관한 모델(the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration), UNCITRAL 중재규칙(UNCITRAL Arbitration Rules) 등을 제정하여 실시하고 있다.

나 서면으로 인쇄될 수 있다. EDI의 특징은 발신인과 수신인 사이에 합의된 표준에 따라 그 메시지가 일반적으로 영숫자문자로 부호화되어 서면·팩스·텔레텍 또는 전자우편상의 데이터와는 달리 수신컴퓨터가 그 데이터를 자동적으로 재고관리 소프트웨어와 같은 다양한 응용 프로그램으로 전환할 수 있다는 것이다. EDI데이터는 발신인과 수신인의 컴퓨터 사이에서 데이터를 포함하고 있는 컴퓨터데이터를 물리적으로 전달하거나 전화 기타의 원거리통신제도를 통한 연결에 의하여 직접 이동할 수 있다. 또 EDI데이터는 부가기치 통신망(VAN) 또는 EDI서비스 제공자를 통해 이동할 수 있다. 그리고 전자문서교환에 관한 현행 법규에는 “수신자의 전자계산조직의 파일에 기록된 때에 그 수신자에게 도달”된 것으로 규정하고 있다. 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 상대방인지가 필요한지에 대한 사회적인 합의가 선행되어야 한다고 하여, 상대방에 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 하며, 의사표시의 수령능력을 판단함에 있어 정보통신의 습득능력을 어느 정도 고려할 것이냐는 문제도 반영되어야 할 것이라는 주장이 있다.⁹⁾

다만, 전자자금이체와 전자문서교환의 관계가 문제되는 것은, 특히 금융EDI(financial EDI)에 대한 것인데, 금융EDI는 전자자금이체를 행하기 위한 지시를 포함하는 EDI를 말하나, 이 용어 역시 사용하는 사람에 따라 그 의미가 다르다. 어떤 사람은 데이터가 금융기관을 통과하는지 여부에 상관없이 송금통지와 대변기장 및 차변기장을 포함하는 정보로 사용하기도 하지만 일반적으로 은행과 그 고객인 회사간에 교환되는 통신문에 관한 것으로 보고 있다.¹⁰⁾

앞으로 EDI에 있어서는 거래대금이 전자적으로 지급될 것으로 전망되고 있으며, 그 결과 거래대금 지급은 자금이체과 송금통지라는 두 가지 메시지의 이동을 포함하게 될 것이다. EDI에 의한 사람의 개입없이 거래의 자동처리에 EFT를 결합함으로써 자료기장, 서면처리 및 오류정정에 필요한 시간을 절약할 수 있다.¹¹⁾

2. 전자거래의 모습

1) 컴퓨터를 통한 거래

컴퓨터를 통해 거래를 하는 경우에는 컴퓨터 운영자가 자신의 법률행위적 의사를 확정적으로 결정한 후에 표시수단으로 컴퓨터를 이용하는 것으로, 기존의 전화나 팩스 등을 통해 자신의 의사표시를 전달하는 대신 복합적 장치인 컴퓨터를 이용한다는 측면에서 과학 기술적인

9) 강홍렬, “전자거래 확산을 위한 법·제도 개선방안”, 「초고속정보통신기반관련'96년도 법·제도 정비 연구」(통신개발연구원, 1996. 12), pp. 21~22.

10) D. Kosieur, *Understanding Electronic Commerce*(Washington: Microsoft Press, 1997), pp. 57~59.

11) 손진화, “전자상거래의 법적 문제”, 경원대학교 사회과학연구소, 「법학논총」 제5호(1998. 6), p. 74.

차이점은 존재하지만 법적 규율에 있어서 본질적인 차이를 갖지 않는다.¹²⁾ 이는 인간이 스스로 구체적이고 확정적인 의사를 형성하였다는 점에서 동일하며, 의사의 표시도구나 전달도구로 타인이나 기계장치를 사용하는 것은 기존의 법이론에서도 거의 무제한적으로 인정된다. 컴퓨터를 통한 거래의 대표적인 예는 컴퓨터 통신망에 접속하여 컴퓨터 운영자(매도인)가 마련한 판매주문양식에 주문자 이름 또는 ID와 수령장소, 비밀번호, 매수할 물품의 선택과 수량, 결제방식 등을 일일이 컴퓨터 이용자(매수인)가 키보드나 마우스 등 입력장치를 통해 표시하고 상대방에게 전송하는 자판을 조작하는 경우를 들 수 있다. 그러나 이들이 본질적으로는 동일하다고 하더라도 그 과정이나 절차에 있어서의 특수성으로 인해 구체적인 경우에 법적으로 달리 다루어야 할 필요성은 존재한다.

예를 들면, 모사된 서명 또는 인가를 실인과 동일하게 다루어야 할 것이나, 또는 컴퓨터망의 전자사서함을 통해 전달하는 경우에 기존의 우편 등의 전달수단과 발신과 도달의 문제에 있어서 동일하게 다루어야 하는가의 문제와 무자격자의 접속, 행위능력의 필요성 등의 경우에는 기존의 법률행위이론으로서는 미처 예상하지 못한 문제가 발생하므로 그 법적 규율을 새롭게 연구할 필요가 있다. 물론 그 법적 규율은 기존의 이론의 틀 내에서 예외를 인정하던가 기존의 법규와 이론의 확대적용, 유추적용 등의 법기술을 이용하여 해결 가능할 것이다.

현재 우리 나라에서는 「방문판매 등에 관한 법률」(1995. 12. 29. 제정, 법률 제5086호)을 제정하여, 통신판매의 개념에 “전자통신” 등의 매체를 이용하여 상품 또는 용역에 관한 광고를 하고 “전자통신” 등의 방법으로 소비자의 청약을 받아 상품을 판매하는 것을 포함한다.

2) 自動化된 電子去來

컴퓨터를 통해서 전자거래가 이루어지는 형태 중 컴퓨터의 특성을 최대한 이용하여 컴퓨터가 인간의 의사결정영역에 관여하여 인간을 일정부분 대체하는 것을 “자동화된 전자거래”라고 할 수 있으며, 이러한 거래에서 이용되는 의사표시를 기존의 자연적 의사표시와 대비하여 전자적 의사표시,¹³⁾ 자동화된 의사표시,¹⁴⁾ 컴퓨터 의사표시, Btx-의사표시(Bildschirmtxt),¹⁵⁾ 프로그램화된 의사표시 등으로 쓰이고 있다.

이러한 자동화된 전자거래가 이루어지는 과정은 먼저 컴퓨터 운영자가 기존의 의사표시와 동일하게 법률효과 발생을 의욕하는 의사를 포괄적으로 형성하고, 그러한 심리적 의사와 동가치한 전자적 의사, 즉 프로그램, 데이터 등의 소프트웨어를 선정하여 컴퓨터에 입력하게 된다. 이 과정이 자동화된 전자거래에 있어서 인간이 행하는 전부이며, 그 이후의 과정은 컴퓨터가 담당하게 된다. 따라서 컴퓨터는 컴퓨터 운영자의 전자적 의사에 따라 그 포괄적 의사를 ‘구체화’하는 연산을 한 후, 그 결과를 표시하여 상대방에게 자동적으로 전달하게 된다. 물론 상대방은 그에 대해 스스로 판단하고 표시할 수 있을 뿐만 아니라, 상대방도 컴퓨터에게 그러한

12) 오병철, 전계, “컴퓨터를 이용한 계약의 법적 규율”, p. 137.

13) 오병철, “전자적 의사표시에 관한 연구”, 연세대학교 대학원 박사학위논문, 1996, p. 28.

14) 김상용, “자동화된 의사표시와 시스템계약”, 「사법연구」, 제1집(청간법률문화재단, 1992), p. 45; 지원림, “자동화된 의사표시”, 「저스티스」, 제31권 제3호(한국법학원, 1998. 9), p. 43 이하

15) 컴퓨터 의사표시보다 좁은 의미로 컴퓨터가 특정한 용도로 사용되는 영역인 스크린(Bildschirmtxt)에서 사용되는 용어이다.

전자적 의사표시에 대해 자동적으로 반응하도록 하여 전자적 의사표시를 쌍방간에도 이용할 수 있게 된다.

3. 電子去來에 관한 規律法律

현재 전자거래 자체를 규율하는 법규는 전자거래가 상용화됨에 따라 전자거래에 관한 특별법으로서 이른바 '전자거래기본법'이 제정되어 시행되기에 이르렀으므로 전자거래와 관련된 사법규정들은 새로운 거래에 대비하기 위하여 수정이 불가피하게 되었다. 특히 상법은 '전자거래기본법'과의 조화를 위하여 자기수정을 하지 않으면 안될 것이다.

그 외에 전자거래와 밀접한 관련이 있는 법률들을 살펴보면 다음과 같다.

1) 訪問販賣 등에 관한 法律

「방문판매 등에 관한 법률」(이하 '방문판매법'이라 함)에서는 통신판매의 개념에 '전자통신' 등의 매체를 이용하여 상품 또는 용역에 관한 광고를 하고 '전기통신' 등의 방법으로 소비자의 청약을 받아 상품을 판매하는 것을 포함시키고 있다. 또한 방문판매법 제25조에서 '컴퓨터 통신 등의 방법으로'라는 표현을 하여 '전자거래'를 규율하는 법률이라고 할 수 있다.

그러나, 방문판매법은 방문판매·통신판매·다단계판매에 의한 상품의 판매 및 용역의 제공에 관한 거래를 공정하게 하여 소비자의 이익을 보호하고 상품의 유통 및 용역의 제공을 원활히 함으로써 국민경제의 건전한 발전에 이바지함을 목적으로 하고 있으므로(법 제1조), 전자거래의 일반을 사법적으로 규율하기 위한 법은 아니라고 할 것이다.

방문판매법이 규정하는 통신판매라 함은 판매업자 또는 용역업자가 광고물·우편·전기통신·신문·잡지 등의 매체를 이용하여 상품 또는 용역에 관하여 광고를 하고 우편, 전기통신 기타 통신산업부령이 정하는 방법에 의하여 소비자의 청약을 받아 상품을 판매하거나 용역을 제공하는 것을 말한다(법 제2조, 제6호). 따라서 방문판매법 제2조 6호의 '전기통신' 매체의 개념에 컴퓨터 통신망 등의 전기통신망을 포함하는 것으로 보게되어 일단은 전자거래도 방문판매법의 적용을 받는 것으로 보게 될 것이다.¹⁶⁾ 또 통신판매에 관하여 소비자가 상품을 판매하거나 용역을 제공받을 의사가 없음을 밝혔음에도 불구하고 소비자의 정상적인 생활을 저해할 정도로 '팩시밀리, 컴퓨터통신' 등의 방법으로 상품을 구매하거나 용역을 제공받도록 강요하는 행위를 금지하고 있다(법 제25조 2호). 방문판매법이 규정하는 '전기통신'의 매체에는 컴퓨터 통신망 등의 정보통신망을 포함하는 것으로 해석되므로, EDI 등에 의한 전자상거래도 일용 방문판매법의 적용을 받는 것으로 해석된다.

그러나, 이러한 방문판매법은 전자거래를 규율하기에는 부족한 부분이 많다. 그 이유는 첫째로, 광고물·우편·신문·잡지 등의 일반 매체와 전자거래에 이용되는 전기통신 등의 매체를 구별하고 있지 않다. 이는 전자거래 중 '컴퓨터를 통한 거래'만을 예상하고 규율하는 태도이며,

16) 조선일보, 1997. 5. 19. p. 15.: 1996년 우리나라 통신판매시장은 총 6,490억원 정도의 규모이며, 그 중 통신판매 수단별 이용현황을 보면, 카탈로그가 51%, 신문광고 29%, 전화 6.5%, 전단 6.3%, PC등 및 인터넷 3.2%, 라디오 및 케이블 TV 3.1%, 생활정보지 0.9% 등이다.

'자동화된 전자거래'를 규율하기에는 역부족이다. 둘째로, 방문판매법은 소비자보호와 국민경제의 건전한 발전을 도모하는 것을 목적으로 하는 사회경제법규이므로, 주로 공법적 규정이 대부분을 차지하고 있고 사법적 규정으로는 청약의 철회 등에 관한 규정만을 두고 있을 뿐이다.¹⁷⁾

2) 割賦去來에 관한 法律

「할부거래에 관한 법률」(이하 '할부거래법'이라 함)(1991. 12. 31. 제정, 법률 제3922호)에서는 전자거래의 서비스를 통하여 비교적 고가의 상품을 구입할 경우에 2개월이상에 걸쳐서 분할하여 대금을 지급하는 경우가 있다. 이렇게 분할하여 대금을 결제하는 전자계약의 경우에는 바로 할부거래법이 적용된다. 그러나 동법 제2조는 "대금을 2월 이상의 기간에 걸쳐 3회 이상 분할하여 지급하고 대금의 완납전에 목적물의 인도를 받는" 할부계약이나 기타 장기간의 계약에 적용하도록 구체적으로 규정되어 있기 때문에 전자거래 자체가 이러한 기간과 대금 지불방법 요건을 충족시키지 않는 한 적용이 어렵게 되는 난점이 있다. 또한 동법 제4조는 할부계약에 대해 서면주의를 규정하고 있어서 전자거래의 계약체결이 전자적으로 이루어지는 경우 제한을 받을 수 밖에 없다.¹⁸⁾ 한편 전자거래서비스를 이용하여 전자계약을 체결한 경우에 방문판매법과 할부거래법의 적용이 경합하는 때에는 방문판매법을 우선 적용한다. 그러나 할부거래법을 적용하는 것이 소비자에게 유리한 경우에는 할부거래법을 적용한다(방문판매법 제52조 참조).

3) 電子文書에 관한 法律

전자거래에 있어서는 서면의 문서가 아니라 전자문서가 이용되고 있는데, 현행법규는 주로 공법적 영역에서 전자문서의 사용이나 전자문서교환에 관하여 규정하고 있다. '전산망 보급확장과 이용촉진에 관한 법률'은 전자문서를 정의하고(동법 제2조 3호), 전자문서 및 그 문서상의 명의인을 표시한 문자와 전자서명을 기존의 일반문서 및 서명날인과 동일하게 보고 있다(동법 제17조의 23항). 또한 '무역업무자동화 촉진에 관한 법률'은 전자문서를 정의하고(동법 제2조 7호), 전자문서 및 전자서명을 일반문서 및 서명날인과 동일하게 보며(동법 제13조, 14조), 전자문서의 도달시기를 규정하고 있다(동법 제15조). '화물유통촉진법'은 전자문서를 정의하고(동법 제2조 11호, 12호), 전자문서 및 전자서명의 효력과 전자문서의 도달시기에 관하여 무역자동화촉진에 관한 법률과 동일하게 규정하고 있다(동법 제48조의 4호, 5호). '공업 및 에너지 기술기반조성에 관한 법률'은 전자문서 및 전자서명을 정의하고(동법 제2조 3호), 전자문서와 전자서명의 효력에 관하여 규정하고 있다(동법 제8조 1항). '의료보험법 시행규칙'은 전자문서의 교환방식에 의한 진료비청구를 인정하고 있다. 사무관리규정은 행정사무에 이용되는 전자문서에 대하여 전산망을 활용하여 작성·시행 또는 접수·처리되는 문서로 정의하고(동 규정 제3조 7호), 전자문서상에 표시한 서명을 전자서명으로 보고 있다. 형법은 문서에 관한 범죄와는 별도로 전자기록위작·변작죄를 두고 있는데(형법 제227조의 2, 제232조

17) 손진화, 전계논문, p. 76.

18) 이은영, "전자상거래와 소비자보호", 「전자상거래와 법적 대응방안」, 전남대학교 법률행정연구소, 1998. 9, p. 112.

의 2), 이는 전자기록이 문서가 아니라는 것을 전제로 하고 있다고 볼 수 있다.

한편 사법영역에서는 전자문서와 관련하여 상법이 '전산정보처리 조직'에 의한 상업장부 등의 보존을 규정하고 있을 뿐이다(상법 제33조 3항). 이러한 전자문서에 관한 공법적 규정은 당해 법률이 적용되는 공법적 영역에만 적용되고 그나마 통일적 규율이 이루어지고 있지 않으므로, 이를 사법적 거래에 그대로 적용하거나 그 원칙을 유추하여 사법적 거래를 규율할 수도 없다. 또 전자문서는 공법적 행위를 위하여 이용되기도 하지만, 사법적 거래, 특히 상거래를 위하여 이용되고 있고 앞으로 더욱 그 이용도가 늘어날 전망이다. 민법·상법 등의 일반사법은 전자지급거래를 예정하지 않았기 때문에 이를 규율하기에는 그 내용이 불명확하고 불충분하였다. 이를 해결하기 위하여 전자문서에 관한 통일적 규정을 시도하는 전자서명법이 입법되어 시행단계에 있다.

4) UNCITRAL 電子商去來에 관한 模範法

"UNCITRAL 전자상거래에 관한 모범법"(UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce)은 1996.6.14. UNCITRAL의 제29차 회기에서 채택되고, UN총회 제51차 회기에서 통과되어 성립하였다. 모범법은 전문17개조로 제1부(전자상거래 일반)와 제2부(특정분야에서의 전자상거래)로 구성되어 있다. 모범법은 그 적용범위에 관하여 다음과 같이 규정하고 있다. 첫째로, 동법은 원칙적으로 "이 법은 상거래활동과 관련하여 사용되는 데이터 형식의 정보에 대하여 적용한다."고 규정하면서, 일정한 분야를 제외하고 상사적 성질을 가진 관계에 대한 확장을 인정하고 있다. 둘째로, 동법은 국내거래에 대하여도 적용되지만 국제거래에 대하여만 적용할 국가는 "데이터메시지가 국제적 거래에 관한 것일 경우"에만 적용할 수 있다. 셋째로, 동법은 "소비자보호를 목적으로 하는 법의 규율을 무효로 하지 아니한다"고 명시하여 소비자 관련 거래에 관한 법에 우선하지 아니한다는 취지를 밝히고 있다. 나아가 모범법은 EDI의 정의에 관하여 "정보를 구성하는 합의된 기준을 사용하는, 컴퓨터로부터 컴퓨터로의 정보의 전자적 전송으로서 정보를 구성하기 위하여 합의된 기준을 사용하는 것을 말한다".(제2조 (b))고 규정하고 있다. 또 모범법은 특수영역에서의 전자상거래로 물품운송에 관한 규정을 두고 있다(제16조, 제17조).

4. 電子去來의 規律上 問題點

1) 物品賣買去來의 規律問題

전자거래의 핵심적 측면 중의 하나는 재화 및 용역의 매매를 위하여 계약을 체결하고 지적 소유권의 특허를 얻는 것이다. 이것은 많은 경우에 온라인계약과 전자적 방식의 지급을 포함한다.

(1) 온라인(one-line)契約

전자거래에 있어서 계약상의 첫 번째 과제는 매도인은 어떠한 방법으로 강제력 있는 온라인 계약을 체결할 수 있는가 하는 점이다. 온라인 환경 아래에서 소위 압축포장 방식의 계약이 유효한가? 각 당사자는 어떠한 방법으로 다른 당사자가 부인할 수 없는, 유효하고 구속력 있는 계약을 보장받을 수 있는가? 대부분의 서면계약에서는 양당사자가 당해 계약에 구속을 받

을 의사를 표시하고 서명을 한다. 전자계약에서는 어떻게 서명을 하며, 서면에 기초한 법적 요건을 충족시킬 수 있는가가 문제이다(전자거래기본법(안) 제2조 및 제5조 내지 제7조 참조).

(2) 電子支給

전자거래에서는 계약체결과 상품인도는 물론, 지급에 관한 사항도 포함하고 있는데, 온라인 지급을 위하여 다양한 장치가 고안되어 있다. 전자거래에 있어서는 능률적이고 신뢰성이 있으며 안전한 방법으로 전자지급을 하는 방법이 매우 중요하다(전자거래기본법 제13조 내지 제14조 참조). 서면거래에 있어서 지급은 현금, 수표, 신용카드 및 데빗카드 기타의 장치에 의하여 행하여지지만, 온라인거래에 있어서는 이들 지급장치의 전자적 대응물이 이용될 수 있다(전자거래기본법 제6조 참조).

(3) 情報의 安全性

구속력 및 집행력 있는 전자계약을 체결함에 있어서 핵심은 계약체결에 이용되는 메시지의 진정성과 무결성을 확보하는 것이다. 수신인은 그 메시지가 예정된 발신인으로부터 왔다는 것과 변경되지 않았다는 것을 알 수 있어야 한다(전자거래기본법 제16조 참조). 또한 지급관련 메시지의 진정성과 무결성도 중요하다. 은행은 이를 증명할 수단을 가지고 있어야 하고, 분쟁이 발생한 경우에 송신자가 그 지급메시지의 내용을 부인할 수 없게 할 수 있어야 한다(전자거래기본법 제30조 참조). 또 어떤 상황에서는 지급관련 메시지의 기밀성이 매우 중요하다. 예컨대, 신용카드번호를 포함하는 메시지는 그 번호가 부당하게 취득되어 무권한 사용되지 않도록 기밀성이 확보되어야 한다(전자거래기본법 제13조 및 제14조 참조).

그리고 전자상거래에 있어서는 대개의 경우 통신문의 기밀성을 확보하기 위하여 암호화기법이 필요하다(전자거래기본법 제18조 참조).

(4) 行爲規制의 問題

행위규제의 문제와 관련하여 특히 세금의 문제가 중요하다.¹⁹⁾ 과세가 고려되는 행위에 대하여 어떠한 종류의 세금이 부과될 것인가. 매도인은 매수인으로부터 언제 세금을 추심하여 과세권자에게 납부해야 하는가. 언제 어떠한 상황에서 어느 한 관할권에 있는 매도인은 다른 관할권에 있는 고객과의 사이에 발생한 거래에 대하여 과세될 것인가 등의 문제가 제기될 수 있다.

2) 인터넷거래의 規律問題

오늘날 많은 사람들이 웹 사이트를 만들어 사업을 하기 위하여 인터넷을 활용하고 있다. 즉 www(world wide web)는 사실상 거래 및 산업의 모든 측면을 지니고 있다. 따라서 인터넷거래의 법적 과제는 매우 다양하지만, 여기에서는 기본적 과제만을 살펴보기로 한다.

(1) 온라인 출판과 광고

웹 사이트는 모두 온라인 출판의 형태를 띤다. 따라서 누가 정보를 소유하고, 웹 사이트 출판업자는 정보에 있어서의 법적 권리를 어떠한 방법으로 설정하며, 타인의 권리 침해를 피할 수 있는가가 문제이다. 또 웹 사이트상의 행위는 정부의 어떠한 규제를 받는가도 문제이다. 웹 사이트는 자기 자신을 위하여 또는 상품·용역을 위하여 웹 사이트를 이용하는 자들에 대

19) 강성은, “전자상거래와 국제조세”, 「전자상거래와 법적 대응방안」, 전남대학교 법률행정연구소, 1998. 9. pp. 62~68.

한 광고를 구성한다. 따라서 이러한 광고자료가 정부규제를 준수하는가가 문제된다.

(2) 매매거래

웹 사이트는 상품 및 용역의 매매거래를 위하여 이용된다. 따라서 디지털상품(소프트웨어, 음악, 일용품, 사진, 비디오 등)이 매매되거나, 사용허가되거나, 또는 전자적으로 배달된다. 이를 위하여 웹 사이트는 타인과 계약을 체결하거나 어떤 지급방법(신용카드, 디지털화폐 등)을 수락하기 위하여 이용된다. 이에 따라 계약의 성립과 강제력, 온라인 지급장치, 통신문 및 전송내용의 보안이 중요한 과제로 등장한다.

(3) 行爲規制의 問題

웹 사이트상의 거래의 성질에 따라 행위규제의 문제가 제기된다. 이는 웹 사이트를 통한 거래에 대한 과세의 문제, 웹 사이트로부터의 데이터 수출의 규제, 웹 사이트를 통하여 발생할 수 있는 사기적 거래에 관한 규제, 관할권 등이 문제된다.

3) 法律問題의 具體化

먼저 사법상으로는 전자적 의사표시에 관한 법리(발신과 도달, 특히 거래의 성립 및 종료시점의 문제, 의사표시의 흠결·하자 등), 전자문서의 문서성,²⁰⁾ 전자서명의 문제²¹⁾, 전자거래 당사자의 책임(접근장치의 도난·분실이나 위조·변조에 대한 책임, 오류해결의 문제), 제도상의 기능장애에 관한 법률문제 등을 해결하여야 한다.

또한 공법상으로는 인터넷을 통한 거래와 관련된 과세, 프라이버시보호²²⁾와 컴퓨터범죄(전자문서의 위조·변조죄 등) 등의 문제²³⁾를 해결하여야 한다. 그 외에 공정거래법 및 소비자보호법과의 관계, 관할권 및 분쟁처리 절차도 해결하여야 할 과제이다.

Ⅲ. 電子의 意思表示論

1. 電子의 意思表示의 概念

컴퓨터를 통한 거래에서의 계약당사자의 의사표시는 그 컴퓨터 시스템의 고유한 디지털부

- 20) 전자기본법 제5조에서는 “전자문서는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 전자적 형태로 되어 있다는 이유만으로 문서로서의 효력이 부인되지 않는다”고 규정하고 있다.
- 21) 전자거래기본법 제6조에서는 “공인인증기관이 확인한 전자서명은 다른 법률에 그 효력을 부인하는 규정이 있는 경우를 제외하고는 법률이 정하는 기명날인 또는 서명으로 본다”고 규정하고 있다.
- 22) 전자거래기본법 제13조 2항 “전자거래를 하는 자는 전자거래를 통하여 알게된 정보를 본인의 동의 없이 수집목적 이외의 용도로 이용하거나 제3자에게 제공하여서는 아니된다. 다만, 재화 또는 용역의 배달을 의뢰하는 자에게 배달에 필요한 정보를 제공하는 정보를 요구하는 경우에는 그러하지 아니한다”고 규정하여 개인정보를 보호하고 있다.
- 23) 전자거래기본법 제13조 3항에서는 “전자거래를 하는 자는 처리, 전송, 보관되는 정보에 대한 부당한 접근과 이용 또는 훼손, 변조, 유출, 등을 방지할 수 있는 안전대책을 강구하여야 한다”. 또한 제14조 2항에서는 “누구든지 불법 또는 부당한 방법으로 컴퓨터의 안전성을 위한 보호조치를 침해하거나 훼손하여서는 아니된다”고 규정하여 불법 또는 부당한 침해를 방지하고 있다.

호(symbol)로 한정되고 정형화되어 있으므로, 컴퓨터 등 전자적 기계장치는 일정한 프로그램을 사전에 설치시키고 이용자가 행하는 기계적 표시는 감정이나 정신적 교류가 없이 형식적으로 이루어지고, 네트워크화된 경우에는 그 표시를 수령하는 것도 인간이 아니라 동일한 기계장치이며, 인간으로는 그 기계장치가 나타내 주는 대로 인식하게 된다. 이러한 컴퓨터 등 전자적인 기계장치에 의해 자동적으로 이루어지는 의사표시에 대해서, '자동화된 의사표시'라는 명칭²⁴⁾과 '전자적 의사표시'라는 명칭²⁵⁾을 주로 사용해 왔다. '자동화된 의사표시'는 컴퓨터가 일정한 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 주고 받지 못하고 독립적·개체적인 존재로서의 컴퓨터의 작동만을 고려한 개념이므로 개념정의에 있어서 자동화된 의사표시라는 개념은 불합리하다. 이에 반하여 '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 합리적이며, 의사표시가 자연적인 것이 아니라 전자적인 것이라는 분명히 하는 장점이 있기 때문이다. 그리고 자동화된 의사표시는 전자적 의사표시의 상위개념이며, 전자적 의사표시는 자동화된 의사표시 중 전자적 자동화(컴퓨터)가 인간의 행위와 의사를 전자적 코드로 전화하여 그 장치에 고유한 부호를 정형화한 후에 컴퓨터의 일정한 평가·판단기능에 의해서 사전에 입력된 인간의 의사를 구체화하여 외부로 표출하는 것이기 때문이다.²⁶⁾ 그리고 전자적 의사표시에 있어서는 컴퓨터라는 기계인점 및 행위의 법률효과가 귀속되는 주체는 컴퓨터가 아니라 인격이 있는 그 이용자라는 점에서 보면 표시와 귀속이 분리되는 양상을 보이기 때문이다. 또 대리제도에 있어서도, 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 의사영역에 개입하고 있기 때문이다.

2. 電子的 意思表示의 特質

1) 전자적 의사표시의 특징은 통상의 의사표시와 다른 특징을 갖는데 있다.

의사표시의 전형화의 특징로, 전자적 의사표시는 언어와 문자 등 전통적인 표시수단과는 달리 극도로 단순화된 숫자·부호로 압축변환 된다. 즉 단순한 기계언어로 전환되는 것과 컴퓨

24) 김상용, "자동화된 의사표시와 시스템계약", 「사법연구」, 제1집(청간법률문화재단, 1992), p. 47; 김영규, "현대사회와 법률행위론", 「사법연구」, 제1집(청간법률문화재단, 1993), p. 166; 지원림, "자동화된 의사표시" 「저스티스」 제31권 제3호(한국법학원, 1998. 9), p. 45.

25) 오병철, 전제, "전자적 의사표시에 관한 연구", pp. 28~29.

26) 오병철, 상개논문, pp. 43~44.

터시스템에 동일한 사항의 데이터가 있는 한 동시 또는 같은 내용으로 기계적으로 일관되게 반응하고 기계적인 경직성이 있다. 의사표시의 포괄적 형성의 특질로, 전자적 의사표시에 있어서 자연적 의사표시의 행위 의사, 표시의식과 효과의사라고 할 만한 것은 완성된 표시의 내용이 아니라 이미 내용을 규정하는 모든 요소를 포함한 상태로 사전에 결정되어 컴퓨터에 저장되어 있다는 점이다.

컴퓨터의사의 구체화의 특질로서, 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. 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 담당하므로 표시는 컴퓨터가 하게 된다.

2) 전자적 의사표시의 법적 평가는 결국 어떠한 이론구성으로 그 표시를 컴퓨터 배후에 있는 컴퓨터이용자에게 귀속시킬 수 있는가가 이론구성문제로 귀결된다고 한다. 자동화된 의사표시론에서는 컴퓨터가 기존의 표시도구와는 다른 이용자가 입력한 프로그램이나 데이터를 기초로 하여 의사표시의 내용을 판단하고 구체화한다는 전자적 의사표시의 특수성에 따라서 기존의 표시도구와 완전히 동일하지는 않다는 점은 인정되지만 그러한 점은 전자적 의사표시의 성립과정에 있어서 차이에 불과한 것으로 평가하여, 전자적 의사표시를 새로운 법률사실로 인정할 필요는 없으며, 전자적 의사표시도 기존의 의사표시라는 법률사실에 포함된다고 본다.²⁷⁾ 그러나 전자적 의사표시론에 있어서 전자적 의사표시에 의해서 이루어지는 계약을 의사표시가 아닌 다른 법률사실에 의한 법률행위로 인정할 여지는 없고, 따라서 컴퓨터의 등장으로 의사표시를 법률행위의 필수불가결한 요소로 한다는 이론은 수정될 필요가 없다.

그리고 전자적 의사표시를 컴퓨터이용자에게 귀속시키는 근거는 무엇보다도 전자적 의사표시는 결국 인간의 의사, 즉 컴퓨터이용자의 포괄적인 의사에 환원된다는 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 컴퓨터 이용자는 자신의 법률관계를 형성하는 컴퓨터의 표시를 의욕하는 포괄적 효과의사를 갖고 있으며, 그에 따라 법률행위적 효력에 구속된다.²⁸⁾ 또한 현실적으로 전자적 의사표시를 어떻게 규율하는가가 더 중요하다. 그리고 기존의 의사표시론으로 전자적 의사표시를 규율한 것이 불가능하다고 하려면, 전자적 의사표시에 고유한 입법론이나 해석론이 제시되어야 할 것이며, 전자적 의사표시의 구성요건론이나 본질론에 대한 고찰로 맡겨져야 할 것이다.

27) 지원립, 전계논문, “자동화된 의사표시”, p. 48.

28) 오병철, 전계논문, pp. 77~80.

3. 電子的 意思表示의 本質과 構成要件

1) 電子的 意思表示의 本質

전자적 의사표시의 본질은 표시주의적 입장에서 파악하는 것이 보다 합리적이다. 그러한 근거는 다음과 같다.²⁹⁾ 첫째, 전자적 의사표시에 있어서의 컴퓨터이용자의 구체적인 의사는 의제하지 않고는 이를 인정하기가 어렵기 때문이다. 둘째, 일정한 의사를 표시하려고하는 자는 반드시 일정한 표시수단을 선택하지 않으면 안된다는 점에서 일종의 문언방식주의라고 해야 한다. 셋째, 의사표시의 자체의 외형이 극도로 단순한 문자·숫자, 기호로 압축되어 존재하게 되고, 개별당사자간의 의사표시에 부가적으로 존재할 수 있는 부수적인 제반사항은 불필요한 것으로 제거된다. 넷째, 전자적 의사표시에 있어서 상대방의 인적 특성은 철저히捨象되어 구체적 거래상대방이 아니라 추상적 행위대상으로 형식화되며, 나아가 전자적 의사표시에 있어서 상대방의 인적 특성을 확인할 방법이 극히 제한되어 있다는 점에서 대화거래보다 신뢰보호의 강조가 더욱 절실해진다. 다섯째, 전자적 의사표시의 경우에 의사표시 수령자의 외적 표시에 관한 성실한 신뢰를 특별히 보호할 필요가 있으며, 또한 그 외형이 무형적인, code라는 전기적 신호로 구성되어 있다는 특징으로 인하여 상대방의 주관적 요소를 판단하기 어려운 구조를 갖는다.

2) 電子的 意思表示의 構成要件

전자적 의사표시의 주관적 구성요건으로 컴퓨터이용자의 포괄적인 효과의사와 객관적으로는 일정한 기술적 이해와 일정한 통제장치를 바탕으로 기계언어의 형태로 존재하는 입력행위, 전자적 의사표시에 특유한 구성요건으로 컴퓨터의 의사구체화 및 표시이다. 이중 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 구성요건이다.³⁰⁾ 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.

IV. 電子去來의 規律 法理論

컴퓨터를 이용하여 이루어지는 계약중 '컴퓨터를 통한 거래'의 경우에는 기존의 기계장치를 이용하여 이루어지는 계약형태와 특별한 차이는 존재하지 않는다. 그러나 '자동화된 전자거래'

29) 김용직·지대운, "정보사회에 대비한 민사법연구 서론", 「정보사회에 대비한 일반법 연구(Ⅰ)」, 통신개발연구원, 1997, pp. 110~111.

30) 오병철, 전제논문, pp. 92~104.

의 경우에는 전술한 바와 같은 규율상의 문제점에 따라 적절한 법적 규율을 위한 이론구성이 요청된다고 할 것이다. 즉 자동화된 전자거래를 구성하는 전자적 의사표시는 의사표시 수령자의 외적인 표시구성요건에 관한 신뢰를 특별히 보호할 필요가 있으며, 그 이유는 컴퓨터 운영자의 영역, 즉 데이터 처리의 내부과정이나 그것을 이루고 있는 환경을 표시수령자로서는 파악할 수 없기 때문이다. 나아가 소프트웨어가 작동하는 내용을 컴퓨터 운영자도 자연적인 방법으로 간단히 파악할 수 없다는 점이 전자적 의사표시의 특징이므로, 전자적 의사표시의 상대방이 그러한 과정을 인식할 수 있다는 점은 기대할 수 없을 것이다. 따라서 기존의 민법규정이 전자적 의사표시에 있어서 요구되는 이익조정을 위해 적절한 것인가를 구체적인 의사표시규정에 따라 살펴보기로 한다.

1. 意思表示의 效力發生

컴퓨터를 이용하여 이루어지는 계약을 구성하는 전자적 의사표시는 컴퓨터간의 정보통신 네트워크를 통해 이루어지므로 기존의 전달과정보다 매우 복잡한 과정을 갖는다. 즉, 도달을 충족시키기 위해서는 입력, 저장, 전송, 교환, 재전송, 데이터의 확인 등과 같이 다단계의 전달 과정을 거쳐야 한다. 기존의 음성 문자화된 문서에 비해 복잡한 전달과정을 거칠 것이다. 그러므로 법적인 측면이외의 기술적 측면을 반영하여 발신과 도달을 정해야 할 것이다. 또한 이러한 문제는 송수신상의 돌발적인 문제발생에 어떻게 대처할 것인가 그리고 그 위험을 누가 부담하는 것이 타당한가의 문제이므로, 발신인의 영역과 수신인의 영역간의 사물에 적합한 위험부담에 관한 진지한 논의에 따라 올바른 방법으로 해결되어져야 한다.

먼저 전자거래의 전자적 의사표시가 대화자간의 의사표시인가 아니면 격지자간의 의사표시인가에 대해서는, 격지자간의 의사표시라고 하는 견해가 있다.³¹⁾ 왜냐하면 제공자와 참여자의 컴퓨터는 물리적으로 분리되어 있기 때문이다. 그러나 그와 달리 컴퓨터간에서 의사표시의 발신과 도달은 사실상 동시에 발생하는 직접적 대화자거래에서 일어난다고 하는 견해도 있으며 그 근거는 사람과 사람간의 전화로 하는 의사표시를 독일민법 제147조 제1항에서 명시적으로 대화자간의 의사표시로 규정하고 있다는 것과 상대방의 의사표시에 대해 즉시 반응할 수 있고 즉각적으로 전달된다는 것이다. 이러한 견해에 따르면 전자적 의사표시 또한 대화자거래이므로 유효시기를 결정하게 될 것이다. 우리의 학설로는 전자적 의사표시를 격지자간의 의사표시로 인정하며, 나아가 자연적 의사표시의 컴퓨터, Fax, 텔레스를 통한 전달의 경우에도 격지자간의 의사표시로 본다.³²⁾

31) 의사표시의 효력발생시기에 관해서는 우리 민법은 제111조 제1항에서 도달주의를 취하고 있으나, 격지자간의 계약성립에 관해서는 민법 제531조에서 승낙의 의사표시를 발송한 때 성립한다고 규정하여, 발신주의를 취하고 있는데, 컴퓨터를 이용한 전자적 의사표시의 효력발생시기를 어떻게 정하는가가 문제가 된다.

32) 그러나 Helmut Köhler의 견해와 같이 대화자거래방식으로 이루어진 경우와 전자사서함을 이용하는 경우로 나누어 고찰할 필요가 있다. 이러한 구분은 전자적 의사표시가 대화자방식과 유사한 방식으로 이루어지는 경우에는 저장이라는 과정이 생략되지만 전자사서함 등에 있어서는 저장이 전달과 수령의 중간점으로 역할한다는 점을 잘 나타내고 있다고 할 수 있다. : Helmut Köhler, "Die Problematik

전자적 의사표시가 컴퓨터망을 통해 직접 연결되어 이루어지는 경우에는, 기존의 의사표시를 컴퓨터망이나 Fax, 텔렉스를 통해 전달하는 것과 다르게 다를 필요가 없다고 해야 할 것이다. 따라서 표의자의 컴퓨터가 구체화한 의사를 상대방에게 전송할 수 있게 만들어 상대방의 컴퓨터를 향하여 보내는 순간에 전자적 의사표시의 발신이 존재한다고 해야 할 것이다. 그러므로 발신주의에 의하면, 이 시점 이후에 발생하는 컴퓨터망의 하자로 인한 위험 등은 전적으로 표시수령자의 부담으로 된다.³³⁾ 이른바 '전자사서함'을 사용하여 이루어지는 경우를 살펴보면, 전자사서함에 입력된 전자적 의사표시는 표시수령자의 요구가 있을 때까지 보관된다. 즉 표시 상대방이 컴퓨터를 켜올 때 자신을 위해 보관된 정보가 전자사서함에 있음을 알게 되고, 그 후 표시수령자는 그 전자적 의사표시의 수령을 요구할 수 있다. 따라서 발신시점은 전자사서함에 입력되는 순간에 발신이 이루어진다고 보아야 할 것이다.³⁴⁾ 그러므로 기술적으로 전자사서함으로 전송이 이루어지고 그 전송과 거의 동시에 일어나는 입력이 이루어지는 때에 발신이 존재하게 되며, 전자사서함에 그러한 전자적 의사표시가 저장되는 것은 발신이후의 단계라고 하는 것이 타당하다.³⁵⁾

한편, 전자적 의사표시의 도달을 보면, 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. 전자적 의사표시의 도달에 관한 문제 역시 발신과 동일하게 직접 컴퓨터망으로 연결되어 이루어지는 경우와 전자사서함의 방식으로 이루어지는 경우를 구분할 필요가 있다. 먼저 전자적 의사표시가 당사자간에 직접 컴퓨터망으로 연결되어 이루어지는 경우에 도달은 상대방의 컴퓨터의 모델에 입력되는 순간에 도달이 이루어진다고 하는 것이 타당할 것이다.³⁶⁾ 따라서 도달주의가 적용되는 경우에 통신망장애로 데이터 전송시에 데이터가 파괴되거나, 삭제되거나 변형되면 데이터 전달과정에서 장애가 발생된 경우에 전자적 의사표시는 불도달되어 유효하지 않다고 할 것이며, 이러한 위험은 전부 표의자의 부담이 될 것이다.³⁷⁾ 전자사서함을 이용하는 경우에는 전자사서함에 표의자의 전자적 의사표시가 저장된 사실을 상대방 혹은 상대방 컴퓨터가 인식하고, 그 전자적 의사표시를 자신의 컴퓨터로 전송하도록 명령하는 순간에 도달이 이루어졌다고 할 것이다.³⁸⁾ 이러한 경우에는 전자문서교환(Electronic

automatisierter Rechts - Vorgänge, insbesondere Von Willenser Klärungen", AcP 182, S. 134.

33) 오병철, 전계논문, 1996, p. 132.

34) 지원림, 전계논문, p. 52: 컴퓨터를 이용한 전자적 의사표시의 발신은 표의자의 컴퓨터가 구체화된 의사를 상대방에게 전송할 수 있는 신호로 변환하여 상대방의 컴퓨터를 향하여 보내는 순간에 이루어지며, 그 의사표시가 컴퓨터망을 통해서 직접연결되어 전달이 이루어지는 경우 뿐만 아니라, 전자사서함을 향하여 구체화된 의사가 전송되는 순간에 발신이 이루어진다고 하고 있다.

35) 오병철, 전계논문, p. 133. 이와는 달리 해석하는 견해는 지원림, 상계논문, p. 52.

36) 오병철, 상계논문, p. 134: 이와 달리 지원림, 상계논문, pp. 52~53에서는 자동화된 의사표시의 도달은 그 의사표시가 당사자간에 직접 컴퓨터망으로 연결되어 이루어지는 경우에는 상대방의 컴퓨터에 모델에 입력이 되는 순간에, Fax나 Telex 등에 의하여 전송되는 경우에는 메시지가 인쇄되는 순간에 도달이 이루어진 것으로 해석하고 있다.

37) 지원림, 상계논문, pp. 52-53: 반대의 견해: 오병철, 상계논문, p. 132.

38) 다른 견해: 지원림, 상계논문, p. 53: 전자사서함을 이용하는 경우에는 상대방이 그 사서함의 검색을 기대할 수 있는 때에 도달이 있었다고 할 것이고, 야간이나 일요일 또는 공휴일 등에는 아직 도달이

Data Interchange)의 경우에도 타당하다 할 것이다.³⁹⁾ 따라서 우리 민법 제111조상 도달주의가 적용하면, 표의자는 상대방이나 상대방의 컴퓨터가 자신에게 전송하도록 명령하기 전까지(발신후 도달전)는 그 의사표시를 철회할 수 있다. 그러나 예외적으로 발신과 도달이 실시간에 일어나면, 철회가능성이 즉시 상실된다고 이해할 수 있다.⁴⁰⁾ 그러나 격지자간의 계약성립에 관해서는 법은 도달주의의 예외를 인정하여 승낙의 의사표시를 발한 때에 성립한다고 한다(민법 제531조). 여기서 컴퓨터망을 이용한 전자적 의사표시가 대화자간의 의사표시이나 아니면 격지자간의 의사표시이나가 문제가 되는 데, 이러한 의사표시는 표의자와 수령자의 컴퓨터가 물리적으로 분리되어 있으며, 발신과 도달이 동시에 일어나지 않고 전자적 의사표시가 상대방의 '전자사서함'에 저장되는 경우도 있기 때문에 원칙적으로 격지자간의 의사표시로 보아야 한다고 해석하고 있다.⁴¹⁾

그리고 전자적 의사표시를 통하여 일방이 컴퓨터에 가격, 품질, 배달장소, 계약의 부수적 조건 등 확정적인 거래조건을 제시하는 경우에 이를 청약으로 보아야 하는가 아니면 청약의 유인으로 보아야 하는가가 문제가 된다. 만약 이를 청약으로 보는 입장에 의하면 이용자의 주문이 승낙이 되고 따라서 이에 의하여 계약이 성립하게 되므로 이용자는 그 제시된 제품을 이 전할 의무를 지고, 만일 이를 이행하지 않는 경우에는 채무불이행책임을 지게 되며, 이용자의 대금지급능력 유무에 따라 계약의 체결여부를 결정할 기회를 가지지 못하는 등 증대한 불이익을 받는 난점이 있다. 이러한 점에서 이를 청약의 유인으로 해석하는 것이 타당하다.⁴²⁾

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 보는 것이 타당하다.⁴³⁾ 또한 여기서 문제가 되는 것은 전자적 의사표시에 의한 거래에 있어서 전송과정상의 기계적 오류 또는 전력공급의 장애 등으로 인하여 발생하는 계약의 불성립에 관해서 발생하는 손해 내지 위험을 누가 부담하는가가 앞으로 검토되어야 하겠다.

2. 非眞意 意思表示

전자적 의사표시에 있어서는 컴퓨터 운영자가 의식적으로 자신의 포괄적 효과의사와는 다른 전자적 의사를 선택하여 입력행위를 함으로써, 그 입력행위대로 컴퓨터가 효과의사와 다른 표시를 한 경우가 비진의 의사표시라고 할 것이다. 즉 표의자의 심리적의사와 입력되는 프로그램 등으로 전자화된 의사간에 불일치가 있음을 표의자가 스스로 인식하는 경우이다. 이러한

이루어지지 않았다고 하여야 한다고 해석한다.

39) 지원림, 상계논문, p. 53.

40) 오병철, 전계논문, p. 135.

41) 지원림, 전계논문, p. 53.

42) 김학동, "자동정보처리장비에 의한 의사표시에서의 법적문제", 「고시연구」, 1997. 3, p. 113; 지원림, 상계논문, p. 54; 이와 다른 반대의 견해: 오병철, 전계, "전자거래의 민사법적 규율방안", p. 78 에서는 이러한 경우에 청약으로 해석하고 구속력을 인정하고 있다.

43) 동지 : 지원림, 상계논문, p. 54.

전자적 의사표시의 비진의 의사표시는 우리 민법 제107조를 적용하면, 원칙적으로 유효하고, 상대방이 전자적 의사표시가 표의자의 진의아님을 알았거나 알 수 있었을 경우에는 무효하고 할 것이다.

사건으로는, 우리 민법 제107조를 전자적 의사표시에 적용하여 스스로 자신의 포괄적인 심리적 형태의 효과의사와 불일치하는 입력에 따라 발생하는 컴퓨터의 표시는 표의자에게 귀속시켜야 할 것이다. 또한 심리적 의사와 입력행위에 포함되어 있는 전자적 의사의 동가치성이 존재하지 않는 것을 알고 있는 상대방에 대해서는 자연적 의사표시에 있어서 비진의 의사표시의 상대방과 동일하게 다루지 않을 이유가 없다고 할 것이다. 따라서 상대방이 입력행위 불일치를 알고 있었던 경우에는 컴퓨터의 표시는 그 상대방에게 효력을 발생하지 않는다고 해야 할 것이다. 그러나 우리 민법 제107조 1항 단서와 같이 상대방이 “알 수 있었을 경우”에 전자적 의사표시를 무효로 해서 상대방을 보호하지 않는 것이 타당한가는 의문이다. 물론 자연적 의사표시에 있어서도, 의사표시가 행하여짐에 있어서 표의자의 진의를 조사할 의무가 없다고 할 것이므로, 표의자가 진의 아닌 표시라는 이유로 자신의 의사표시의 무효를 주장하는데 대하여 반대하지 못할 사정이 없는 한, 상대방에게는 과실이 없다고 해석하여야 할 것이라는 견해⁴⁴⁾가 존재한다. 그러므로, 자연적 의사표시 보다 상대방의 신뢰보호가 더욱 요청되는 전자적 의사표시에서는 위와 같은 해석론이 타당하다고 할 것이다. 나아가 입법론으로는 전자적 의사표시에 있어서는 상대방이 악의인 경우에만 무효로 하는 것을 고려할 필요가 있다고 생각된다.⁴⁵⁾ 다만, 우리 민법에는 독일민법 제118조에서 규정하고 있는 허언표시에 관한 규정이 없으므로, 자연적 의사표시에 있어서도 통설에 따르면 허언표시도 비진의 의사표시의 일종으로 포함시켜 전술한 표시상대방의 고의 또는 과실이 없는 한 유효한 것으로 인정할 수 있다.⁴⁶⁾ 그러나 전자적 의사표시에 있어서 상대방이 악의인 경우에만 무효로 하는 입법론은 표의자와 수령자가 물리적으로 분리되어 있어서 실제로 이 규정이 적용될 여지는 없으므로 불필요하다고 하는 반론⁴⁷⁾이 있기도 하다.

3. 通情虛偽表示

전자적 의사표시도 컴퓨터간에 자동화된 통정은 예측할 수 없으므로, 통정은 반드시 당사자 사이에서 자연적인 방법으로 행해지게 된다. 따라서 우리 민법 제108조 1항은 전자적 의사표시에서도 그대로 적용될 수 있을 것이다. 그러나 전자적 의사표시의 특성상 현실적으로 이러한 유형의 전자적 의사표시는 발생할 가능성이 거의 없다. 왜냐하면 컴퓨터가 입력행위에 반영된 인간의 포괄적 의사를 구체화하기 때문에, 컴퓨터가 하는 표시를 컴퓨터 운영자는 구체적·세부적으로 인식할 수 없고 표시과정만을 단순히 예상하기 때문이다.⁴⁸⁾

44) 송덕수, 「민법주해〔II〕」, 박영사, 1992, p. 312.

45) 우리 민법에는 별도의 규정이 없이 비진의 의사표시에 포함시키는, 독일민법 제118조의 허언표시의 경우를 생각할 수 있다. 이 경우에 독일의 학설은 독일민법 제118조에 따라 무효이며, 또한 독일민법 제122조 1항에 따른 손해배상의무를 부담해야 한다고 한다.

46) 오병철, 전계, “전자적 의사표시에 관한 연구”, pp. 137~138.

47) 지원림, 전계논문, p. 55.

4. 錯誤에 의한 意思表示

컴퓨터를 이용한 거래가 이루어지는 과정에서 하자 있는 컴퓨터 표시의 법적효과를 어떻게 다루어야 하는가의 착오론이 중요한 문제가 된다.

전자적 의사표시의 착오개념은 전자적 의사표시의 구성요건에서 본 바와 같이 컴퓨터 운영자의 포괄적으로 형성된 의사를 전자적 의사표시의 효과의사로 인정하므로, 컴퓨터 운영자가 포괄적으로 형성한 의사와 컴퓨터의 표시와의 인식없는 불일치가 착오가 될 것이다.

전자적 의사표시는 기존의 의사표시와 상이한 진행과정에 따라 이루어지므로 하자의 유형화를 어떻게 할 것인가의 문제가 존재한다. 전자적 의사표시는 우선 컴퓨터 운영자가 포괄적 의사를 형성하고, 그것과 동가치한 프로그램, 데이터, 작업명령 등의 전자적 의사를 선정하고, 그 전자적 형태의 의사를 컴퓨터에 입력하면 컴퓨터는 그 포괄적인 의사를 구체화하여 표시를 하게 된다. 따라서 하자가 개입되는 진행과정에 따라 '심리적 의사형성의 하자', '전자적 의사(프로그램, 데이터 등)선정의 하자', '전자적 의사(프로그램, 데이터 등)자체의 하자', '입력행위의 하자', '의사 구체화과정의 하자(하드웨어의 하자)', '표시과정의 하자', '전달과정의 하자'로 구분할 수 있다.⁴⁹⁾ 이러한 유형화가 기존의 착오유형에 어떻게 포섭되는가의 문제에 관해서는, 아직 충분한 논의가 이루어지지 않았으므로 향후 더욱 발전되어야 할 과제이다.

1) 心理的 意思形成의 瑕疵

컴퓨터 운영자가 포괄적 의사형성을 하는 단계에서 발생하는 하자는 자연적 의사표시의 동기의 착오와 내용의 착오가 모두 포함되어 있다. 즉 컴퓨터 운영자는 그의 결심에 대하여 중요한 어떤 사정에 관하여 옳지 못한 관념을 가질 경우, 이와 같은 관념은 일반적으로 의사표시를 하게 된 동기로 평가되기 때문에, 옳지 못한 관념을 가지는 경우에 동기의 착오로 다루어지게 될 것이다. 또한 의사를 표시하기 위한 부호의 결정에 있어서의 착오가 발생할 수도 있으며, 이 경우에는 내용의 착오에 포함될 것이라고 할 수 있다.

따라서 컴퓨터 운영자가 컴퓨터를 이용한 계약을 체결하기 위해서 심리적 형태의 의사를 형성하는 것은 기존의 의사표시의 착오와 완전히 동일한 유형이며, 그 내용에 따라 동기의 착오에 포섭되든지, 내용의 착오에 포섭되므로 기존의 착오론에 의해 해결될 수 있을 것이다. 그러므로 전자거래에서 특별히 문제가 되는 착오유형은 심리적 의사형성이후의 단계라고 할 것이다.

2) 電子的 意思 選擇의 瑕疵

전자거래를 위해서는 컴퓨터 운영자의 심리적 의사를 실현시킬 수 있는 컴퓨터에 특유한 기계언어를 이용하여 명령을 하여야 한다. 예를 들면 프로그램 데이터와 같은 이러한 소프트

48) 오병철, 전계논문, p. 138.

49) 지원림, 전계논문, p. 56; 김상용, 전계서, p. 51; 전자적 의사표시의 흠에 관해서는 ① 입력된 자료(가령 가격이나 단위표시 등)가 잘못된 경우 ② 프로그램 자체에 흠이 있는 경우 ③ 기계자체나 설비비용에 잘못이 있는 경우로 나누어 보는 것이 타당하다고 한다. 그리고 지원림 교수는 전자적 의사표시실에서 주장하는 분류유형을 비판하고 있다. 지원림, 전계, "자동화된 의사표시", pp. 58~59.

웨어는 결국 컴퓨터 운영자의 심리적 의사의 전자적 형태이라고 할 수 있으며, 단지 그 형태에만 차이가 있으며 가치측면에 있어서는 완전히 동가치한 것이라고 할 수 있다. “전자적 의사 선택의 하자”란 심리적 의사형성에는 하자가 존재하지 않으나, 컴퓨터를 통해 의사를 실현하기 위한 소프트웨어를 선택하는 과정에 하자가 발생하는 것이며, 즉 입력될 프로그램, 데이터 등의 의미에 대한 착오가 존재하는 것이다. 그러나 전자적 의사선택에는 하자가 없으나 소프트웨어 자체에 결함이 있는 경우나, 입력행위에 하자가 있는 경우는 후술하는 전자적 의사 자체의 하자나 입력행위의 하자에 해당될 것이다. 이러한 전자적 의사 선택의 하자에 대해 독일의 학설은 대체로 동기의 착오라고 파악하고 있다.⁵⁰⁾

이에 대해 우리 나라에서는 하자있는 자료의 입력의 경우에는 동기의 착오로서 취소가 문제될 수 있으며, “자동화설비의 운영자는 외관책임의 법리에 따라 상대방에게 책임을 지도록함이 타당하다”는 견해⁵¹⁾가 있다. 그와 달리 통상의 표시상의 착오로 다루어 취소가능성은 민법 제109조의 규정에 따라 “법률행위의 내용의 중요부분에 착오”가 있는가에 의해 좌우될 것이나, 다만 자동화설비를 통한 거래의 경우에는 신속한 거래가 요구되고, 상대방으로서도 이를 개별적으로 다룰 것이 예상되므로 잘못 입력되었는지의 여부를 신중하게 검토할 의무가 인정될 수 있다. 그리고 이를 현저하게 해태하였다면 표의자의 증과실이 인정될 것이고, 따라서 취소권은 배제되는 수가 있을 것이라는 견해⁵²⁾도 있다.

따라서 여기서 발생된 하자 또는 착오를 이유로 해서 표의자가 그 결과로 발생된 표시를 착오를 이유로 취소할 수 없다고 할 것이다. 또한 데이터 이외의 프로그램의 선택에 있어서도 데이터와 달리 다루어야 할 이유가 없으므로 컴퓨터 운영자가 자신의 심리적 의사형성과 일치하지 않는 프로그램을 선택하여 발생하는 표시와의 불일치도 일반적인 경우와 마찬가지로 동기의 착오로 다루면 충분할 것이다.⁵³⁾

3) 소프트웨어의 瑕疵

전자거래에 있어서 심리적 의사의 전자적 형태인 소프트웨어 프로그램의 하자는 컴퓨터 운영자와 프로그래머 사이의 불일치, 코드변환오류, 프로그램 작성에 있어서 컴퓨터언어의 하자 등 다양한 원인에 기인하여 빈번하게 발생될 여지가 있다. 하자있는 소프트웨어에 기인한 하자있는 전자적 의사표시를 취소할 수 있는가에 대해 독일의 학설은 일치하여 동기의 착오 또

50) 우선 Sven-Erik Heun은 컴퓨터에 미리 입력된 데이터는 사전에 준비되는 소프트-하드웨어와 마찬가지로, 그것을 근거로 표의자에게 구체적으로 귀속될 수 있는 의사를 형성하는 장치의 구성부분이라고 하며, 여기서 발생된 하자 또는 착오를 이유로 해서 표의자가 그 결과로 발생된 표시를 독일 민법 제119조에 따라 취소할 수 없다고 한다. Helmut Köhler도 입력된 자료, 예를 들면 가격이나 단위표시 등에 하자가 있는 경우에 전자적 의사표시를 원칙적으로 취소할 수 없다고 한다. 또한 Stefan Friedmann도 컴퓨터 통신거래에 있어서 재고상태에 관한 정확하지 않은 보고가 컴퓨터에 입력된 경우에 취소가능성을 부인하고 있다. ; Sven-Erik Heun, “Die elektronische Willenserklärung”, CR, Heft 10, 1994, S.135.

51) 김상용, 전계, “자동화된 의사표시와 시스템계약”, p. 51.

52) 박영규, “현대사회와 법률행위론”, 「사법연구」 (제2집, 청간법률문화재단, 1993), p. 213; 지원림, 전계논문, p. 56; 김용직·지대운, 전계논문, p. 123.

53) Sven-Erik Heun, a.a.O., S.135; 지원림, 전계논문, p. 56.

는 동기의 착오에 포함시킬 수 있는 계산의 착오로 인정하고 있다. 따라서 소프트웨어의 하자에 기인한 하자있는 전자적 의사표시는 취소할 수 없게 된다.⁵⁴⁾

우리의 학설로는 프로그램의 흠으로 표의자의 진의에 부합하지 아니한 표시가 된 경우에도 표시상의 착오로 인정하고 있으나⁵⁵⁾, 다만 프로그램 자체에 흠이 있는지를 확인하는 것이 쉽지 않기 때문에 특단의 다른 사정이 없는 한 표의자에게 프로그램에 흠이 있는지 여부를 조사해 보고 거래에 이용하여야 할 의무를 인정할 수 없을 것이라고 하여 취소권을 인정하는 견해⁵⁶⁾와 동기의 착오로 다루는 견해⁵⁷⁾가 대립되고 있다. 사건으로는 소프트웨어 자체에 결함이 있는 경우는 컴퓨터 운영자의 의사를 구체화시키는데 컴퓨터를 이용하는 과정에서 발생되는 하자이므로, 독일의 이론과 마찬가지로 동기의 착오로 다루는 것이 타당할 것이다.⁵⁸⁾

4) 하드웨어의 瑕疵

전자적 의사표시의 경우에 소프트웨어뿐만 아니라 하드웨어의 하자에 기인해서도 전자적 의사표시에 하자가 발생한다. 하드웨어의 하자에 기인하는 하자있는 전자적 의사표시의 경우에 독일의 학설은 학자에 따라 견해를 달리하고 있다. 즉 소프트웨어의 하자와 하드웨어의 하자에 기인한 전자적 의사표시를 구분할 필요없이 동일한 근거에서 동기의 착오 또는 동기의 착오에 포함시킬 수 있는 계산의 착오로 인정하는 견해가 있음은 앞에서 보았다. 그러나 그와 달리 컴퓨터가 과열되거나 전기회로가 단락되어 발생하는 하자는 기계하자로 인정하는 주장이 있으며, 이러한 견해에 따르면 결과적으로 하드웨어의 결함에 기인하는 하자있는 전자적 의사표시는 하자있는 하자표시처럼 내용의 착오로 독일민법 제119조 제1항에 따라 취소가능하고, 표의자는 상대방에게 일정한 책임배분에 따라 발생한 신뢰이익을 배상할 책임이 인정된다. 또한 기계의 하자발생빈도가 사람에 의하여 그와 같은 진행이 이루어지는 경우보다 훨씬 적게 발생하기 때문에 기계하자는 이익지향적으로 해결되어야 하므로, 기계의 하자는 항상 의사와 표시가 일치하지 않기 때문에, 기계하자는 독일민법 제119조 1항 후단의 표시착오에 해당된다는 주장도 있다.⁵⁹⁾ 사건으로는, 소프트웨어 자체에 결함이 있는 경우와 마찬가지로 컴퓨

54) Sven-Erik Heun, a.a.O., S.596: 지원림, 전계논문, p. 57: 이렇게 해석하는 논거는 독일민법 제119조의 법률적 가치판단에 따르면 의사형성의 과정에서 착오를 일으킨 자는 의사구체화와 공표의 착오자와는 반대로 인식할 수 없기 때문이라는 견해와 프로그램이 거래의 본질적인 특성에 관한 하자있는 정보를 갖고 있는 것이 아니기 때문이라는 견해도 있으며, 또한 프로그래밍의 하자는 의사형성과정에 발생하는 하자이므로 당연히 숨겨진 계산착오로 다루어야 한다는 견해도 있다. 그러나 소프트웨어의 하자에 있어서 착오를 이유로 한 취소권이 인정되지 않는 경우에도, 컴퓨터 운영자의 진정한 의사는 誤表示無害의 原則, 행위기초론, 확장된 취소 등 다른 원칙에 의해 고려되어질 수 있다고 한다.

55) 김학동, “자동정보처리장치에 의한 의사표시에서의 법적문제”, 「고시연구」(1997. 3), pp. 118~119: 지원림, 전계논문, p. 57.

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

57) 박영규, 전계논문, p. 213: 이영준, 민법총칙, 박영사, 1997, p. 125: 김상용, 전계논문, p. 52.

58) 반대의 견해: 지원림, 전계논문, p. 57.

59) Volker Viebcke는 하드웨어중 중앙처리장치에 하자가 존재하면 컴퓨터에 의해 확정된 객관적 표시내용에 하자가 존재한다고 하여 독일민법 제119조 1항 전단에 해당되는 내용의 착오에 해당된다고 주장한다. 그러나 중앙처리장치가 일정한 표시내용이 중지되도록 “명령”을 한 경우에는, 예외적으로

터 운영자의 의사를 구체화시키는데 컴퓨터를 이용하는 과정에서 발생하는 하자이므로 동기의 착오로 다루는 것이 타당할 것이다.⁶⁰⁾

5) 入力行爲의 瑕疵

컴퓨터를 이용하여 계약을 체결하기 위해서는 반드시 인간이 컴퓨터에 필요한 프로그램, 데이터 등을 입력해야만 한다. 따라서 입력과정에 조작실수가 빈번하게 이루어지게 된다. 이 경우에 어떻게 규율해야 할 것인가에 대해 독일의 학설은 그것을 표시착오로 분류하고, 따라서 독일민법 제119조 1항 제2문의 표시착오규정에 의해 전자적 의사표시는 취소될 수 있으며, 데이터 입력시에 보조자의 조작실수의 경우에도 취소할 수 있다고 한다. 그 논거로는 컴퓨터에 잘못 입력한 것을 타자의 오타나 단순한 오기와 달리 다를 어떠한 근거도 없으며, 두 가지 경우 모두 입력 내지 조작의 하자는 표시와 곧바로 연결된다고 한다.⁶¹⁾

우리 나라의 학설로는 다른 대부분의 자동화된 의사표시의 착오는 동기의 착오에 포함되는 것으로 보지만, 이 경우는 표시상의 착오로 다루는 견해⁶²⁾를 비롯하여 대체로 입력행위의 하자를 표시상의 착오로 다루고 있다.⁶³⁾ 그러나 컴퓨터 단말기상에 일정한 자판을 침으로써 곧바로 운영자의 컴퓨터에 입력되는 때를 중심으로 고찰하면, 입력행위가 준비행위로 되지 않고 표시기능을 하는 표시행위가 되겠지만, 자동화된 전자거래에 있어서는 준비행위가 될 것이며, 따라서 곧바로 표시상의 착오로 다루는 것은 적절하지 않다. 따라서 입력행위자체가 전혀 표시기능을 하지 않는다는 점에서 오기, 오타와는 구분되어야 할 것이며, 입력행위는 법적 거래에서 이용될 수 있을 정도로 컴퓨터 운영자의 포괄적 효과의사를 구체화시키기 위한 전단계의 준비행위라는 점에서 동기의 착오로 다루어져야 할 것이다.⁶⁴⁾

6) 表示過程의 瑕疵

하드웨어중 보통 출력장치에 결함이 있으면 기술적 실수가 나타날 수 있다. 이 경우 출력장치에 결함이 있으면 표시착오가 일어나며, 표시착오는 전자적 의사표시에 있어서 내용의 착오보다 중대한 큰 의미가 있다. 왜냐하면 단지 표시의 기록을 위해 대부분 매우 빠른 속도로 문자 및 그림을 인쇄하는 프린터를 사용하기 때문이다. 일반적으로 이 출력의 과정에서 결함이 존재할 가능성이 높기 때문에, 표시의 인쇄에 있어서 하자가 비교적 빈번하게 발생한다. 따라서 표시내용의 인쇄나 전달에 있어서 하자가 존재하면, 하자있는 표시는 독일민법 제119조 1항 제2문의 표시착오를 유추적용하여 취소할 수 있다.⁶⁵⁾ 개인적인 견해로서는, 이러한 컴퓨터

표시착오로 인정된다고 한다. : Volker Viebcko, "Durch Datenverarbeitungsanlagen abgegebene". Willenserklärungen und ihre Marburg Univ., Dissertation, 1986, S.105ff.

60) 동지 : 오병철, 전계논문, p. 145.

61) Helmut Köhler, a.a.o., S.136ff.

62) 이영준, 전계서, p. 125.

63) 김학동, 전계논문, p. 119; 김상용, 전계논문, p. 52; 지원림, 전계, "컴퓨터와 관련된 민사법적 문제-컴퓨터법의 정립을 위한 한 시론-", p. 22.

64) 오병철, 전계논문, pp. 142~143.

65) Volker Viebcke, a.a.O., S.106.

표시의 하자는 자연적 의사표시의 오타나 오기와 다를 바가 없으므로 표시상의 착오로 다루어져야 할 것이다.⁶⁶⁾

7) 傳達過程의 瑕疵

전자적 의사표시의 전달의 하자는 소프트웨어적으로나 하드웨어적으로나 정상적으로 작동하는 컴퓨터에 정확한 정보가 입력되고 그 데이터를 기초로 하여 전자적 의사표시를 하였으나 표의자와 상대방의 컴퓨터를 연결하는 전달망의 하자에 의해 정확한 전달이 이루어지지 않은 경우이다. 이러한 전달의 하자는 대부분 전화선, 컴퓨터 전용선로 등 유형적인 전달망에 하자가 존재할 수도 있으나, 기술의 발전으로 무선전달경로가 전달망을 대체하는 경우에도 발생할 수 있다.

전달의 하자에 있어서 그것을 법적으로 고찰하기 위한 우리 민법조문과 독일민법조문 간에는 차이가 존재한다. 즉 우리 민법은 제109조에서 착오를 규정하면서, 독일민법 제 120조와 같은 부진정한 전달을 이유로 하는 취소에 관한 규정을 두지 않고 있다. 우선 전달의 하자에 관한 독일의 학설을 살펴보면, 중앙처리장치에 의해 올바르게 이루어진 결과에 전달과정의 하자로 인해 오류가 발생하는 경우에, 표시내용의 전달에 있어서 하자가 존재하면, 하자있는 표시는 독일민법 제119조 1항의 표시착오를 유추적용하여 취소할 수 있다고 하는 견해가 있다.⁶⁷⁾ 또한 전달의 하자를 독일민법 제120조의 사자를 통한 잘못된 전달에 따라 표시의 취소가능성을 인정하는 견해도 있다.⁶⁸⁾ 즉 표시가 표의자의 지배영역을 떠났다는 점을 전제로 하는 독일민법 제120조가 표시의 전달위험을 규정하고 있으므로, 그에 따라 취소가능성을 판단하면 된다고 한다. 이러한 전달의 착오를 우리 민법상으로는 어떻게 파악하여야 하는가에 대하여, 자연적 의사표시의 전달의 착오를 표시행위의 착오로 인정하는 것이 통설이나,⁶⁹⁾ 표시상의 착오는 표의자가 잘못된 표시를 하지만 전달의 착오는 표시의 부정확함에 대해 책임을 져야하는 표시기관에 의하여 잘못 전달되었다는 점에 차이를 인정하면서도 결과적으로는 민법 제109조를 유추적용하는 견해도 있다.⁷⁰⁾ 또한 표시기관으로서의 사자의 경우에만 표시상의 착오로 인정하고, 이른바 전달기관으로서의 사자의 경우에는 의사표시의 불도달의 문제로 될 뿐이라고 한다.

그러나 사건으로는 전달의 하자로 인하여 표의자의 컴퓨터의 표시와 다른 표시가 상대방 컴퓨터에게 전달되거나 혹은 중간에서 소멸된 경우는 입력행위와 표시간의 불일치는 아니므로 진정한 의미의 전자적 의사표시의 착오는 아니며, 전달위험의 문제라고 할 것이다. 그러나 우리 민법은 독일민법과 달리 전달위험을 별도로 규정하지 않으므로, 전달위험에 대해 학설은 표시의 착오에 포함하여 규율하거나 혹은 표시착오를 유추적용하는 태도를 취하고 있으므로, 전자적 의사표시의 전달위험도 착오를 유추적용하는 것이 타당할 것으로 생각된다.

66) 오병철, 전계, "전자적 의사표시에 관한 연구", p. 148.

67) Volker Viebcke, a.a., S.106.

68) Sven-Erik Heun, a.a.O., S.596.

69) 송덕수, 전계서, p. 439; 김상용, 전계서, p. 543.

70) 이영준, 전계서, p. 367.

8) 錯誤에 의한 意思表示의 法律 效果

전자적 의사표시의 착오에 대해 우리 민법 제109조에서 정하고 있는 법적 효과를 그대로 적용하는 것이 타당한가는 연구과제라고 할 것이다. 특히 전자적 의사표시에 있어서 착오는 원칙적으로 취소될 수 없다는 Volker Viebcke의 주장과 같이 착오를 이유로 한 취소는 가급적 제한하는 것이 바람직하다고 생각된다. 그 이유는 비진의 의사표시나 통정허위표시, 사기·강박에 의한 의사표시와 달리 유독 착오의 경우에만 상대방의 신뢰보호가 고려되어야 한다. 왜냐 하면 착오에 있어서는 상대방은 그에게 전혀 책임이 없는 때에도 착오자의 취소로 법률행위가 무효화됨으로써 법률행위의 유효에 대한 그의 신뢰가 배반당하고 아울러 뜻하지 않은 손해를 입을 수도 있기 때문이다.⁷¹⁾ 또한 전술한 바와 같이 신속한 대량거래와 주로 전자거래에서 이용되는 전자적 의사표시의 특질을 고려하면, 상대방의 신뢰보호와 거래안전이 특히 요구된다고 할 것이다. 그리고 컴퓨터를 운영자의 영역에 있는 컴퓨터의 이용에 따른 위험을 상대방에게 결과적으로 부담시키는 것은 타당하지 않을 것이다. 따라서 우리민법 제109조와 같이 표의자에게 중과실이 있는 경우에만 취소할 수 없도록 한 점은 전자적 의사표시의 상대방의 신뢰보호에 미흡하다고 할 것이다. 물론 표의자에게 경과실이 있는 경우에는 계약체결상의 과실책임이론에 의해 상대방을 보호하는 것이 가능하겠지만, 그 보다는 취소를 제한하는 방법이 바람직할 것이다.⁷²⁾

이러한 취소제한을 위한 해석론의 이론구성으로는 착오가 고려되는 모든 요건을 갖추더라도 취소권이 배제되는 사유로 인정되는 '모험적인 행위'에 포함시키는 것을 고려해 볼 수 있다. 즉 표의자가 위험을 의식적으로 인수하면서 표시를 행하였고 후에 이 위험이 현실로 나타나는 경우인 모험적인 행위에 있어서는 착오의 주관적 현저성이 결여되고, 따라서 행위내용의 중요부분의 착오라고 할 수 없거나 동기의 착오로 될 것이다. 이렇게 하면, 컴퓨터에서 발생되는 대부분의 하자는 취소할 수 없게 되고 상대방의 신뢰를 두텁게 보호하게 될 것이다.⁷³⁾

5. 詐欺·強迫에 의한 意思表示

전자적 의사표시의 취소가능성을 다룬 기존의 연구에서 사기로 인한 취소가능성은 특별히 고려되지 않았다. 그러한 이유는 전자적 의사표시의 특성을 고려해도 사기에 의한 전자적 의사표시를 특별하게 생각할 여지가 없다는 점에 원인이 있다.⁷⁴⁾ 그것은 컴퓨터는 의사결정을 할 능력이 없고, 따라서 컴퓨터에 대한 기망행위는 존재할 수 없다는 입장을 취하기 때문이다. 그러나 전자적 의사표시에 있어서 기망행위는 두 가지 유형이 존재한다고 파악해야 할 것이다. 하나는 기존의 의사표시에 있어서 의사의 형성과정에 부당한 개입이 있는 것을 사기로 인한 의사표시로 다루는 경우에는 전자적 의사표시의 포괄적 의사형성 과정에 부당한 개입을 하는 경우이다. 이러한 경우는 자연적 의사표시와 전자적 의사표시를 구분할 필요없이 우리

71) 송덕수, 「착오론」, 고시원, 1991, p. 237.

72) 송덕수, 상계서, p. 100.

73) 오병철, 전계논문, p. 152.

74) Volker Viebcke, a.a.O., S.113.

민법의 제110조의 사기에 의한 의사표시가 그대로 적용될 수 있을 것이다.

그러나 전자적 의사표시의 의사구체화과정에 상대방의 부당한 개입이 있는 경우가 문제가 된다. 즉 전자적 의사표시가 성립되기 위해서는 외부로부터의 데이터 입력이 필요한 경우에 상대방이 고의로 그릇된 데이터를 입력하여 컴퓨터의 의사구체화에 부당한 개입을 한 경우를 생각해 볼 수 있다.⁷⁵⁾ 사전으로는, 이 경우에 컴퓨터 운영자는 상대방에 대해 직접적으로 프로그래밍, 데이터 입력, 작업명령 등의 입력행위에는 전혀 영향을 받지 않게 된다. 따라서 컴퓨터 운영자의 입력행위와 기망행위에는 인과관계가 존재하지 않고, 오로지 인과관계는 상대방의 기망행위와 컴퓨터의 의사구체화간에 존재하게 된다. 따라서 이것을 사기에 의한 전자적 의사표시로 인정할 것인지는 문제가 될 것이다. 또한 상대방이 컴퓨터망을 통해 표의자의 컴퓨터에 일정한 조작을 몰래하여, 그 조작에 따라 표의자가 기망당하여 전자적 의사표시를 하는 경우도 있을 수 있다. 이러한 경우는 사기에 의한 전자적 의사표시라기보다는 불법행위의 문제로 다루는 것이 타당하다고 생각된다. 그러나 컴퓨터에 대해 이루어진 협박을 통해 컴퓨터의 표시에 영향을 끼치는 것을 불가능하며 단지 사실상의 방법으로 컴퓨터 운영자에게만 행해질 수 있을 것이므로, 그러한 협박에 의한 전자적 의사표시는 기존의 의사표시와 구분될 여지가 없고, 우리 민법 제110조에 따라 취소 가능하다고 인정할 수 있다. 그와 달리 저항할 수 없는 불법한 침해가 입력행위에 이루어지고 그 입력행위에 따라서 컴퓨터의 표시가 이루어지면, 컴퓨터 운영자의 입력행위는 행위의사의 결여에 따라 행위성을 상실할 것이다. 왜냐하면 이것은 '절대적 폭력'으로서, 컴퓨터는 더 이상 이용자의 도구가 아니라 침해자의 도구가 기 때문이다.⁷⁶⁾

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 제2항이 적용되어 피기망자·피강박자의 상대방이 보호될 수 있으며, 그리고 피기망자·피강박자의 이익보호도 중요하므로 상대방의 무과실까지 요구하는 것은 타당하다.⁷⁷⁾

6. 行爲無能力者·無資格者에 의한 意思表示

1) 행위무능력자에 의한 의사표시

미성년자(민법 제5조), 한정치산자(민법 제9조), 금치산자(제12조) 등 행위무능력자가 전자적 의사표시를 한 경우에도 데이터를 받는 쪽에서는 송신된 전자거래로부터 이들이 행위무능력자인지 판단할 수 없다. 그러하므로 행위무능력자의 의사표시는 무자격자(무권한자)의 거래행위와 동일한 문제가 발생한다. 전자거래가 회원제로 운영되는 쇼핑몰에서는 회원으로 가입

75) Volker Viebcke, a.a.O., S.114: 이에 관하여는 고의적으로 준 그릇된 정보가 전자적 의사표시의 기초로서 사용된 경우에는 컴퓨터의 표시가 그 때문에 왜곡되었다고 하여, 이러한 종류의 "부당한 경향"이 있는 경우에는 독일민법 제123조를 적용하면 전자적 의사표시를 취소할 수 있다고 한다.

76) 동지 : 오병철, 전계논문, p. 154.

77) 지원립, 전계논문, "자동화된 의사표시", pp. 59~60; 오병철, 상계논문, pp. 169~170.

을 위한 가맹계약과 개별적인 거래를 위한 개별계약으로 두 단계의 법률행위가 요구된다. 미성년자는 통상은 가맹계약의 시점에서 연령에 대한 조치가 있으므로 이 경우에는 미성년자는 법정대리인의 동의가 요구되어지나, 한정치산자 및 금치산자의 경우에는 이를 확인할 특별한 절차가 없다. 그 이유는 전자거래는 일반적으로 국제거래까지를 포함하므로 소위 글로벌스탠다드에 따라 하는데, 국가에 따라 한정치산자, 금치산자에 관하여 문제로 되는 사례가 적기 때문일 것이다. 만일 한정치산자, 금치산자의 확인절차가 마련되면 이 때에도 법정대리인의 동의가 필요하다. 그리고 회원가입에 법정대리인의 동의를 얻지 못하면, 종래의 거래에서와 같이 취소할 수 있으나, 개방형네트워크에서 행위능력자의 여부에 관한 확인없이 계약이 체결된 경우에 쌍방향데이터 통신의 특수성과 거래 상대방의 보호를 강조하는 입장에서부터 행위 무능력자, 특히 미성년자의 거래에는 취소를 인정해서는 안된다는 입장도 있을 수 있으나, 적어도 금치산자의 경우에는 이러한 견해는 타당하지 않겠으며, 행위능력에 관한 민법의 규정은 강행규정으로 보아 '약관'에 의해서 미성년자의 취소권을 제한하더라도 무효이다.⁷⁸⁾

행위무능력자가 능력자로 믿게 하기위하여 '사술'을 쓴 경우에는 무능력자의 법률행위를 취소할 수 없다(민법 제17조). 따라서 전자거래의 당사자는 상대방이 무능력자임을 주장할 때를 대비하여 적어도 계약의 청약과 계약의사와 계약내용의 확인에 있어서 상대방의 행위능력을 확인할 수 있는 사항의 입력을 요구해 둘 필요가 있을 것이다. 민법은 대리인에게는 행위능력을 요구하지 않으므로(제117조), 만일 미성년자가 부모 등의 법정대리인의 명의로 전자거래를 한 경우에는 법정대리인이 그 행위를 허락한 한 유효하게 법률효과가 법정대리인에게 귀속된다. 만약 법정대리인이 허락치 않은 경우에는 무권리자에 의한 거래의 문제로 다루어 진다.⁷⁹⁾

2) 무자격자에 의한 의사표시

전자적 의사표시론에 있어서는 컴퓨터시스템의 이용을 위한 접근수단으로서 부여된 카드나 비밀번호 등이 마치 인격화하여 그것을 통해 이루어진 거래의 효과는 행위자나 때로는 그의 명의인에 귀속되는 것이 원칙으로 인식되어 왔다. 따라서 무자격자에 의하여 컴퓨터시스템에 접속한 경우에는 이러한 것이 본인의 부주의에 기인한 경우라도 불법행위에 기인한 손해배상은 문제로 되지만, 그 계약의 효과 자체는 본인에게 미치지않는 것이 민법의 원리이다. 무자격자에게 명의를 모용당한 본인에게 그 계약의 효과가 귀속되는 결과로 되는 것은 표현대리의 규정이 유추적용될 수 있는 경우가 있다. 즉 본인이 그 자에게 일정한 범위에서 컴퓨터시스템이용을 용인하였던 경우라도, 본인에게 그 접속에 관계되는 일정한 귀책사유가 있는 경우에 한정된다. 카드의 분실이나 도난의 경우에 실령 그것에 대해 본인에게 과실이 있더라도 본인이 그 습득자나 도취자에 의해 이루어진 매매계약의 매수인이 되어 대금지급의무를 부담하는 것으로 되지는 않는다. 단, 변제의 수령에 있어서는 본인의 귀책사유를 문제로 하는 것이 아니라 변제자의 선의·무과실이라는 보호요건만 충족되면 그 변제는 유효하게 되기 때문에 무자격자에 의한 예금채권의 인출 등에 있어서는 그 효과를 본인이 감수하지 않을 수 없는

78) 松本恒雄, 新版注釋民法(13), 有斐閣, 1996, p. 262.

79) 한용길, "전자거래와 계약법", 「전자상거래와 법적 대응」(한국비교사법학회, 1998. 10. 10), p. 19; 오병철, 전개논문, pp. 156~157.

경우가 있다.

V. 結 論

법학 분야에서 전자거래에 관하여 관심을 가져야 하는 이유는 전자거래의 장점이 기업 및 소비자에게 모두 나타나고 전자거래의 활성화를 통하여 우리사회가 얻을 수 있는 기대효과가 많으며, 이러한 거래형태가 점점 확대되는 점과 아울러 이러한 확대를 통하여 필연적으로 생길 법률문제도 상당히 증가할 것이 예견되기 때문이다. 그리고 장래에 생길 법률문제에 관하여 해결방안을 제시하는 것이 필요하기 때문이다. 또, 전자거래가 확대되면, 우리 민법 혹은 민법학에 어떠한 영향을 미칠 것인가에 관해서는 전자거래가 확산되면 거기에서 형성된 법리가 일반거래법에 영향을 주는 것도 생각할 수 있다.

이에 대하여, 먼저 전자적 의사표시의 효력발생에 있어서는 낙성주의가 더욱 강조되고, 계약법에서의 형식주의는 재평가를 받게 되거나, 전자적 의사표시론에서도 표시주의적이 경향이 강하게 평가될 수가 있다. 이러한 이유는 전자거래에 있어서 컴퓨터데이터 입력의 상대방을 확인하기 위하여 어떠한 절차를 따라야 하는가, 착오를 회피하기 위해서 어떠한 절차를 준비하여야 하는가라는 것이 전자거래에서는 극히 중요하기 때문이다.

다음으로, 전자적 의사표시에 있어서의 격지자간의 계약성립시기를 정하는 문제와 표현대리에 관하여 적용될 이론 등이다. 따라서 종래의 자동화된 의사표시이론이 수정되어 앞으로는 전자적 의사표시이론이 필요한 시기인 것 같다. 또한 전자거래의 활성화를 위하여 필요한 기반은 전자적 의사표시의 발신자를 확인하기 위하여 인정제도가 필요하며, 전자적 의사표시의 발신자 본인의 의사에 기한 결정임을 확인하기 위하여는 전자서명이 요구된다. 그리고 전자적 의사표시의 내용의 진정성확보, 확정일자 등을 위하여는 전자공증제도가 기반이 되어야 한다. 아울러 전자거래에 있어서의 대금결제의 수단으로 전자화폐가 문제가 될 것이다.

전자거래는 기존의 법체제로서는 대처하기 어려운 측면이 많아서 이에 관한 기본법을 제정하여야 할 필요성이 제기되어 있는데, 산업자원부와 정보통신부가 주관하여 각각 전자거래기본법과 전자서명법을 제정하여 시행되기에 이르렀다. 비록 이 전자거래기본법 등이 앞으로 상당히 빈번하게 행해질 전자거래에 관한 기본적인 사항을 규정하고 있기는 하나 아직 상당히 미비한 부분이 많아서, 전자거래가 확대되면서 많은 법률문제가 발생될 것으로 예상되는 바, 사법적인 측면에서 전자거래에 관한 기초이론의 발전에 상당한 관심을 기울여야 할 것이라고 생각한다.

참 고 문 헌

- 김상용, 민법통칙, 법문사, 1994.
- 다니엘 벨, 서규환 역, 「정보화사회와 문화의 미래」, 1992.
- 송덕수, 착오론, 고시원, 1991.
- _____, 민법주해〔Ⅱ〕, 박영사, 1992.
- 이은영, 채권각론, 박영사, 1989.
- 이시윤, 민사소송법, 박영사, 1993.
- 이영준, 민법총칙, 박영사, 1997.
- 김문환, “데이터베이스의 법률문제”, 「법학논총」, 제9집 박재윤 교수화갑기념, 국민대학교 법학연구소, 1997. 11.
- 김동훈, “계약의 성립에 관한 비교법 및 국제계약법적 고찰”, 제10집, 국민대학교 법학연구소, 1998. 10.
- 김상용, “자동화된 의사표시와 시스템계약”, 「사법연구」 제1집, 청간법률문화재단, 1992.
- 고수영, “정보통신기술의 발달이 금융제도에 미치는 영향”, 「한국은행 조사월보」, 1996. 10.
- 강성은, “전자상거래와 국제조세”, 「전자상거래와 법적 대응방안」, 전남대학교 법률행정연구소 심포지엄 자료, 1998. 9.
- 김영갑·최성준, “정보사회에 대비한 상사법 연구 서론”, 「정보사회에 대비한 일반법 연구 (Ⅰ)」, 통신개발연구원, 1997.
- 김용직·지대운, “정보사회에 대비한 민사법 연구 서론”, 「정보사회에 대비한 일반법 연구 (Ⅰ)」, 통신개발연구원, 1997.
- 김학동, “자동정보처리장비에 의한 의사표시에서의 법률문제”, 「고시연구」, 1997. 3.
- 강홍렬, “전자거래 확산을 위한 법·제도 개선방안”, 「초고속정보통신기반 관련 '96년도 법·제도정비연구」, 통신개발연구원, 1996. 12.
- 남 광, UNCITRAL과 전자상거래:전자서명과 인증기관을 중심으로”, 「통상법률」, 1997. 8.
- 박영규, “현대사회와 법률행위론”, 「사법연구」 제2집, 청간법률문화재단, 1993.
- 소재선, “전자서명 및 전자인증의 법적과제”, 「전자상거래와 법적 대응방안」, 전남대학교 법률행정연구소 심포지엄 자료, 1998. 9.
- 송오식, “전자상거래와 소비자보호”, 「전자상거래와 법적 대응방안」, 전남대학교 법률행정연구소 심포지엄 자료, 1998. 9.
- 이은영, “전자상거래와 소비자법”, 한국비교사법학회 창립4주년 기념학술대회 발표자료, 1998. 10. 10.
- 이원호, “독일법에서 전자매체에 의한 계약체결”, 「법학논총」, 제10집, 국민대학교 법학연구소, 1998. 10.
- 손진화, “국제간의 대변이체에 관한 모범법”, 석영 안동섭교수 화갑논문집 「상거래법의 이론과 실제」, 세창출판사, 1995.
- _____, “전자상거래에 관한 입법의 현황과 과제”, 한국비교사법학회 창립4주년 기념 학술대

- 회 발표자료, 1998. 10. 10.
- 오병철, “전자적 의사표시에 관한 연구”, 연세대학교 대학원, 박사학위논문, 1996.
- _____, “컴퓨터를 이용한 계약의 법적 규율”, 경원대학교 법학연구소 제6회 학술세미나 자료집, 1997. 6.
- 정상조, “전자상거래와 지적재산권법”, 한국비교사법학회 창립4주년 기념학술대회 발표자료, 1998. 10. 10.
- _____, “데이터베이스의 법적 보호(I)”, 「서울대학교법학」, 제37권 3·4호(통권102호), 서울대학교 법학연구소, 1996. 12.
- 전삼현, “은행거래상 전자자금이체의 법적 문제”, 「법학논총」, 제10집, 숭실대학교 법학연구소, 1997.
- 정완용, “전자상거래의 법적 문제점에 관한 고찰”, 「전자거래 및 EDI관련 법제도 정비방향 연구」, 한국전산원, 1996.
- _____, “전자상거래와 전자서명법”, 한국비교사법학회 창립4주년 기념학술대회 발표자료, 1998. 10. 10.
- 정종휴, “전자상거래의 등장에 따른 계약이론의 변용”, 「전자상거래와 법적 대응방안」, 전남대학교 법률행정연구소 심포지엄 자료, 1998. 9.
- 지원림, “컴퓨터와 관련된 민사법적 문제:컴퓨터법의 정립을 위한 시론”, 「성곡논총」, 제26집 상권, 1995.
- _____, “자동화된 의사표시”, 「저스티스」, 제31권3호, 한국법학원, 1998. 9.
- 이진우, “전자문서교환에 관한 법적 문제”, 변호사 24권, 1994.
- _____, “전자거래의 법적 검토”, 「정보법학」, 창간호, 한국정보법학회, 1997.
- 정완용, “EDI 및 전자거래에 관한 해외의 법제 동향과 입법례”, 전자거래 및 관련법 제도 정비 방향, 한국전산원, 1996.
- 한용길, “전자거래와 계약법”, 「전자거래와 법적 대응」, 한국비교사법학회 창립4주년 기념학술대회 발표자료, 1998. 10. 10.
- 한봉조, “정보사회의 법률문제와 정보보호”, 정보법학회 세미나 자료, 1996. 9. 17.
- 홍기문, “전자거래분쟁에 있어서 증거에 관한 문제”, 「고시연구」, 1998. 12.
- 최준선, “UNCITRAL모델법과 우리 나라의 전자기본법(안)의 비교연구”, 한국비교사법학회 창립4주년 기념학술대회 발표자료, 1998. 10. 10.
- 홍준형, “인터넷 사회에 있어서 EDI 및 전자거래의 기능”, 전자거래 및 관련법 제도 정비 방향, 한국전산원, 1996.

電子取引法制に關する研究會中間報告書, NBL No.615.

松本恒雄, 新版注釋民法(13), 有斐閣, 1996.

Benjamin Wright, *The Law of Electronic Commerce*, Little Brown and Company, 1995.

EDPAA. *The EDP Auditor Journal* Vol. 1, 1990.

D.Kosieur, *Understaning Eletronic Commerce*, Washington:Microsoft Press, 1997.

Electronic Messaging Service Task Force, *The Commercial Use of Electronic Data Interchange-A Report*, 45 Business Law 1647-1673, 1990.

Gary G. Benesko, *Electronic Commerce*, 1994.

Ian Walden, *Information Technology & The Law*, 1990.

Ian Walden and N. Savage, *The Legal Problem of Paperless Transactions*, The Journal of Business Law, 1989.

Helmut Köhler, "Die Problematik automatisierter Rechts-Vorgänge, insbesondere von Willenserklärungen", Acp, 1996.

Keller, *One Bin for Voice Mail, Electronic Mail and Faxes*, Wall Street Journal, 1990. 9.18.

Report of the Secretary General A/CN, *Legal Value of Computer*, 1985.

Sokol, *EDI: The Competitive Edge*, 1989.