

현안분석 2001-

디지털경제법제③

假想空間에서의 去來의 契約法的 規律에 관한 研究

池 元 林

한국법제연구원

假想空間에서의 去來의 契約法的 規律에 관한 研究

Legal Problems on Commerce in Cyberspace

研究者 : 池元林(한양대 법대 부교수)
Jee Won Lim

2001.10

한국법제연구원

목 차

제 1 장 問題의 提起.....	7
제 1 절 序 言	7
제 2 절 法律行爲論의 立場에서 本 電子去來基本法의 問題點	8
1. 基本法의 內容으로서 私法規定의 適格性	9
2. 法體系에 對한 考處의 缺如	9
3. 이른바 B to B 去來에 關한 規定의 欠缺?	10
4. 電子去來의 效力 및 履行에 關한 規定의 欠缺?	11
제 3 절 論議의 內容 및 順序	13
제 2 장 假想空間에서의 去來의 特性.....	17
제 1 절 序 言	17
제 2 절 지금까지의 代表的인 主張들	17
제 3 절 主張들의 整理	20
제 3 장 假想空間에서의 去來와 契約法의 基本原理.....	23
제 1 절 序 言	23
제 2 절 電子的 意思表示論?	23
제 3 절 方式主義 내지 表示主義의 傾向?	24
제 4 절 到達主義의 妥當性?	25
제 5 절 이른바 電子代理人에 關하여	27
제 6 절 기 타	28

1. 假想空間에서의 去來가 對話者間의 契約인가 아니면 隔地者間의 契約인가?	28
2. 去來條件의 提示가 請約인가 아니면 請約의 誘引인가?	29
제 4 장 假想空間에서의 去來의 成立에 관한 問題	31
제 1 절 序 言	31
제 2 절 電子去來基本法의 關聯規定 分析	31
1. 전자거래기본법 제9조	31
2. 전자거래기본법 제12조	36
제 3 절 意思表示의 瑕疵	39
1. 序	39
2. 錯誤의 경우	40
3. 無能力의 경우	43
제 4 절 約款의 明示·說明	44
제 5 절 保安節次	48
1. 保安節次의 必要性	48
2. 保安節次의 예와 그에 대한 評價	49
제 6 절 意思表示의 撤回	51
제 5 장 假想空間에서의 去來의 履行에 관한 問題	53
제 1 절 序 言	53
제 2 절 電子資金移替	53
1. 概念 및 種類	53
2. 電子資金移替의 構造 및 法的 性質	54
3. 電子資金移替의 法的 問題點	57

제 3 절 on-line으로 이루어지는 債務의 履行에 있어서 債務不履行	63
1. 序	63
2. 先決課題로서 債務의 構造에 관한 一般論	64
3. 假想空間에서의 去來에 있어서 債務의 具體的 內容	68
4. 假想空間에서의 義務의 不履行과 그 效果	70
제 6 장 結 語	73
參 考 文 獻	75

제 1 장 問題의 提起

제 1 절 序 言

(가) 컴퓨터 등 정보처리장치의 광범한 보급과 초고속통신망 등 정보통신기술의 비약적 발전에 따라 경제활동의 많은 부분이 인터넷을 기반으로 하는 on-line 거래로 급속도로 옮겨가고 있다(이른바 디지털혁명).¹⁾ 그에 따라 인터넷 등을 통한 이른바 假想空間²⁾에서의 去來에 관한 법적 규율의 문제는 이제 법학계의 피할 수 없는 화두로 되었다.

(나) 가상공간에서의 거래를 그 핵심적 현상으로 하는 電子去來는 이미 우리에게 전혀 새로운 현상이 아니며, 이에 관한 法源으로 종래 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률(1986년 법률 제3848호, 2000년 법률 제6360호로 전문개정 및 명칭변경), 산업기술기반조성에관한법률(1994년 법률 제4824호, 1999년 법률 제5725호로 명칭변경), 무역업무자동화촉진에관한법률(1991년 법률 제4479호), 화물유통촉진법(1991년 법률 제4433호), 유통산업발전법(1997년 법률 제5327호) 등이 있었고, 이에 덧붙여 1999년 電子去來基本法(법률 제5834호)과 電子署名法(법률 제5792호)이 제정되었다.³⁾

(다) 가상공간에서의 거래를 규율하는 제1차적 법원인 電子去來基本法(이하 “기본법”이라 한다)은 電子去來를 “재화나 용역의 거래에 있어서 그 전부 또는 일부가 전자문서에 의하여 처리되는 거래”(기본법 제2조 제4호)라고 정의하고, 다시 電子文書를 “컴퓨터 등 정보처리능력을 가진 장치에 의하여 전자적 형태로 작성되어, 송·수신 또는 저장되는 정보”(동조 제1호)라고 정의하고 있다.

1) 이러한 현상은 대표적인 지식정보산업인 금융업에서 두드러지게 나타난다. 가령 은행거래의 경우에는 on-line 거래를 위한 기본적 infra-structure가 제대로 구축되어 있고 전자금융이 가지는 장점이 적지 않기 때문에 이른바 인터넷뱅킹이 점차 일반화되고 있다.

2) 가상공간(cyberspace)이란 인간이 활동하는 3차원의 공간이 아니라 디지털 통신매체에 의하여 만들어진 컴퓨터에 구현된 공간을 말한다고 한다. 배대헌, 전자서명·인터넷 법, 6쪽.

3) 전자거래기본법과 전자서명법의 제정경과에 관해서는 우선 李鍾柱, “電子去來基本法 및 電子署名法の 制定經過와 法的 檢討”, 法曹 제516호, 72쪽 이하 참조.

따라서 넓은 의미의 전자거래는 거래당사자들이 가령 Modem 등을 통하여 의사표시를 직접 주고받는 경우나 Fax 등을 이용한 거래도 포함하는데, 이러한 유형의 거래는 기존의 전통적인 거래와 별다른 질적 차이를 보이지 않는다. 그러나 좁은 의미의 전자거래⁴⁾에 관해서는 이러한 유형의 거래가 가지는 특성을 강조하며 그에 관한 별도의 법적 규율을 요한다는 견해가 널리 퍼져있다.⁵⁾

이러한 견해에 대하여 필자는 기본적으로 현존하는 법체계, 특히 전통적인 법률행위론에 의하더라도 - 적어도 현재의 기술수준에 비추어보면 - 전자거래와 관련된 법적 문제의 거의 대부분이 해결될 수 있다는 입장을 이미 여러 번 밝힌 바 있다.⁶⁾ 이러한 입장은 전자거래 일반을 염두에 둔 것이었지만, 가상공간에서 이루어지는 거래에 관해서도 마찬가지이다.

제 2 절 法律行爲論의 입장에서 본 電子去來 基本法의 問題點⁷⁾

앞에서 본 바와 같이 가상공간에서의 거래를 규율하는 제1차적 법원은 전자거래기본법이다. 그런데 기본법은 적지 않은 문제점을 담고 있어서 현재 그 개정이 추진되고 있는바, 특히 법률행위론의 입장에서 지금까지 제기된 기본법의 문제점들을 검토하여 논의의 주제를 좁히는 것은 의미 있는 선행작업이라 할 것이다. 이하에서 이를 살펴본다.

4) 초고속통신망 등의 정보통신기술을 이용하여 가상공간에서 이루어지는 거래가 이에 속하며, 그 대표적인 경우임은 재론을 요하지 않는다. 이하에서 사용되는 전자거래는 대체로 이러한 의미의 것이다.

5) 많은 것들 대신에 가상공간의 등장으로 인간의 새로운 행동양식과 변화된 생활관계를 이끌어내므로 이에 적용될 수 있는 새로운 법체계가 모색되어야 한다는 배대헌, 앞의 책, 9~10쪽 참조.

6) 池元林, "自動化된 意思表示", 저스티스 제31권 3호, 43쪽 이하; 同, "電子去來와 契約法", 法學論叢(단국대 법학연구소) 제24집, 85쪽 이하; "가상공간에 있어서 거래의 특성과 법적 규율", 디지털경제시대에서의 전자거래와 법 II(한국법제연구원), 29쪽 이하.

7) 이하에서 살펴보는 문제점 외에 기본법의 적용범위, 특히 민·상법상의 서면요건(가령 이른바 전자주주총회의 가능성)과 관련된 문제에 관해서는 우선 李哲松, "전자거래기본법의 운영상의 제문제점", 租稅學術論叢 제16집, 109~114쪽 및 한용길, "전자거래와 계약법", 比較私法 제5권 2호, 26~9쪽 참조.

1. 基本法의 內容으로서 私法規定의 適格性

우선 기본법 자체에 대한 비판으로 기본법 안에 사법규정과 함께 전자 거래를 촉진하기 위한 공법적 규정이 혼재되어 있어서 그 체계성에 문제가 없지 않다는 점⁸⁾과 기본법의 성격, 즉 전자거래에 관한 말 그대로 “基本法”인가(또는 “기본법”이어야 하는가) 아니면 欠缺補充規範인가(또는 흠결보충규범이어야 하는가) 하는 의문을 들 수 있다. 이 비판은 결국 기본법의 내용으로서 사법규정이 필요하고도 적절한 것인가 하는 것과 관련된다.

생각전대 뒤에서 보는 바와 같이 가상공간에서의 거래의 대부분이 현존하는 사법규정들에 의하여 제대로 규율될 수 있으므로, 전자거래, 특히 가상공간에서의 거래를 규율하기 위한 별도의 사법체계가 과연 필요한가에 대하여 의문이 없지 않다. 따라서 전자거래기본법이 적어도 사법과 관련해서는 원칙적으로 흠결보충규범이어야 하고, 기존의 법체계에 의하여 도저히 해결될 수 없는 문제가 있다면(Zu-Ende-Denken!) 그를 위한 규정을 보충적으로 신설하는 것이 바람직할 것이지만, 법률행위와 관련해서는 가상공간에서의 거래가 기존의 법체계에 의하여 충분히 규율될 수 있다고 생각한다. 필자의 이러한 입장이 받아들여질 수 있다면 기본법이 담고 있는 사법규정을 배제하고 전자거래의 촉진을 위한 기반조성 등에 관한 규정만을 포함하는 방향으로 기본법을 일원화되는 것이 바람직할 것이다.

2. 法體系에 대한 考慮의 缺如

기본법이 UN 국제거래법위원회(United Nations Commission on International Trade Law: UNCITRAL)의 전자상거래모델법(UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce (1996), 이하 “모델법”이라 한다)을 기초로 하였음은 주지하는 바와 같다. 그런데 영미법

8) 기본법의 규정 중에서 사법적 규정은 -아무리 넓게 잡더라도- 제4조에서 제12조까지 9개 조문에 불과하고, 나머지는 전부가 행정조장법적 규정이다.

계의 계약법적 사고에 터잡은 모델법을 거의 그대로 번역한 수준의⁹⁾ 기본법이 대륙법계의 깊은 뿌리를 가진 민·상법 등 우리 실체법과 모순 없이 조화될 수 있는가 하는 것은 의문이 아닐 수 없다.¹⁰⁾ 이러한 법체계의 차이로 인한 대표적인 오류로 모델법 제14조를 옮긴, 수신확인에 관한 기본법 제12조 제2항을 들 수 있는바, 이에 관해서는 후술한다. 나아가 전자문서의 송·수신시기에 관한 기본법 제9조도, 모델법 제15조에 대한 Guide가 입법을 유보하고 있으며 국내에서는 그와 다른 해석론이 확립되어 있음에도 불구하고, 모델법을 그대로 옮김으로써 해석론상의 복잡한 문제를 야기하는바, 이에 관해서도 뒤에서 자세히 살펴보기로 하자.

3. 이른바 B to B 去來에 관한 規定의 欠缺?

전자거래는 그 주체에 따라 기본적으로 “기업과 기업간의”(B to B: Business to Business) 거래와 “기업과 소비자간의”(B to C: Business to Consumer) 거래로 분류되는데,¹¹⁾ 거래규모의 면에서 B to B 거래의 비중이 압도적으로 높다는 점은 재론을 요하지 않는다. 그럼에도 불구하고 기본법이 B to C 거래에 치중한 결과 B to B 거래에 대한 규율이 흠결되어 있음을 근거로 B to B 거래를 중심으로 입법(개정 내지 그에 관한 규정을 신설)하는 것이 바람직하지 않느냐 하는 비판이 제기된다.¹²⁾

9) 기본법이 그나마 모델법을 제대로 옮기거나 하였는지에 대해서도 의문이 없지 않다. 가령 모델법 제13조의 (1) 내지 (3)을 기초로 한 기본법 제10조는 원래의 취지를 전혀 살리지 못하고 있다. 기본법 제10조의 개정의견에 대해서는 電子去來基本法 改正을 위한 公聽會 자료집, 24~5쪽 참조.

10) 李哲松, 앞의 글, 106쪽 참조. 그러나 가령 崔坡瓚, “UNCITRAL 電子商去來 모델법과 우리 나라의 電子去來基本法(案) 比較”, 比較私法 제5권 2호, 79쪽은 모델법이 채택하고 있는 접근방법이 매우 실용적이고 현재의 상거래계의 수요를 적절하게 반영하고 있음을 전제로 기본법이 모델법의 구조를 크게 벗어나지 않은 점은 매우 바람직하다고 평가한다. 그런데 이러한 긍정적인 평가가 과연 가령 뒤에서 기본법 제12조와 관련하여 보는 바와 같은 법체계의 상위를 고려한 것인가?

11) 그 밖에 주지하는 바와 같이 기업과 정부간의(B to G: Business to Government) 거래, 소비자와 소비자간의(C to C: Consumer to Consumer) 거래, 정부와 정부간의(G to G: Government to Government) 거래 등도 있다.

12) 가령 기술과 법 연구소, 전자거래기본법 개정시안, 19쪽 및 28쪽 이하.

그런데 B to B 거래에 관한 규정을 신설하자고 하는 입장이 강조하는, 가령 다수의 대량거래성, 자동화된 컴퓨터시스템을 통하여 거래가 이루어진다는 점 및 정보입력이 없으면 시스템이 작동하지 않는다는 점 등과 같은 B to B 거래의 특성이 B to B 거래에 특유한 것이라고 보기 어려울 뿐만 아니라 오히려 B to B 거래에서는 발생할 수 있는 문제의 거의 대부분이 약관에 의하여 해결되는 법현실에 비추어, 적어도 법률행위론의 입장에서는¹³⁾ B to B 거래를 B to C 거래와 구별하여 이에 관한 별도의 규정을 들 실익이 크지 않다고 할 것이다. 나아가 B to B 거래와 B to C 거래가 과연 별도의 규율을 요할 만큼의 질적인 차이를 가지는지 하는 것도 의문이 아닐 수 없다.

4. 電子去來의 效力 및 履行에 관한 規定의 欠缺?

기본법이 기본적으로 전자거래와 관련된 사법적 법률관계 전반이 아니라 전자서명, 전자문서의 송·수신시기 등 몇몇의 사항만을 규정하고 있을 뿐(기본법 제4조 내지 제12조¹⁴⁾)임은 분명하다. 여기서 현재의 법규정만으로는 기본법이 전자거래, 특히 가상공간에서의 거래를 규율하기 위한 “기본법”으로서 충분하지 못하며, 이 점은 특히 전자거래의 효력 및 이행에 관한 규정이 흠결되었다는 점에서 나타난다는 비판이 있다.¹⁵⁾

생각전대 앞에서 본 바와 같이 기본법에 사법규정을 포함하는 것이 과연 타당한가에 대한 근본적인 의문이 없지 않으며, 나아가 기본법에 사법규정을 포함한다 하더라도 그것은 흠결보충규정이어야 한다. 따라서 법률행위와 관련된 전자거래의 문제점(현재의 상황에서는 기본법에 특별히 규정되지 아니한 사항)은 원칙적으로 민법, 상법 또는 방문판매등에관한법률(1995년 법률 제5086호로 전문개정)¹⁶⁾ 등 현행의 실체법에 의하여 규

13) 그러나 B to B 거래를 활성화하기 위한 행정조장법적 측면에서는 상황이 전혀 달라진다.

14) 이들 개별조문의 의미에 관해서는 우선 李哲松, 앞의 글, 107~9쪽 및 李鍾柱, 앞의 글, 79~86쪽 참조.

15) 가령 기술과 법 연구소, 앞의 책, 21쪽 및 34쪽 이하.

16) 방문판매등에관한법률 제2조 제6호가 통신판매의 매체에 “電氣通信”을 포함시킴으로써 전자거래가 동법에 의하여 규율될 수 있는 근거가 마련되었다.

술되어야 하는바, 그에 의하여 특수한 성질을 가지는 전자거래가 합목적적으로 규율될 수 있는지를 먼저 검토하는 것이 正道일 것이다.

이와 관련하여 뒤에서 보는 바와 같이 가상공간에서의 거래에 있어서의 이행은 on-line으로 이루어지는 경우와 off-line으로 이루어지는 경우로 나누어지는데, 이 중에서 후자는 기존의 전통적인 거래방식과 별다른 질적인 차이를 보이지 않으므로, 결국 별도의 법적 규율이 검토되어야 하는 것은 前者이다. 그런데 on-line으로 이루어지는 이행에 있어서 가령 전자화폐나 전자어음·전자수표와 같은 새로운 지급수단의 문제는 그 특수성 때문에 별도로 규율되어야 할 것이다.¹⁷⁾ 그러나 그 밖에 가령 일정한 정보(가령 주식시세)를 제공하기로 하는 거래나 가상공간에서의 게임에서 사용되는 무기의 거래와 같은 경우에 情報를 어떻게 파악할 것인가 하는 것 역시 문제되지만, 가상무기를 재물로 파악한 최근의 하급심 판결을 고려한다면 별도의 규율을 요하지 않는다고 판단된다.¹⁸⁾ 한편 on-line으로 이루어지는 이행의 전형적 모습이라 할 전자자금이체에 관해서도 기존의 실체법에 의하여 해결될 수 있는 영역이 적지 않으며, 그 대표적인 예로 phone-banking의 문제를 민법 제470조의 해석론적 조작을

17) 필자의 능력과 관심의 부족 때문에 이 문제를 논의하지 않기로 한다. 이 문제에 관해서는 우선 孫普華, “電子金融去來의 支裕手段에 관한 法的 問題”, 金融去來法講座, 653쪽 이하 및 정경영, “전자결제체도의 법적 문제”, 比較私法 제7권 2호, 63~9쪽 참조.

18) 情報의 개념은 정보화촉진법 제2조 제1호에 따라 “자연인 또는 법인이 특정목적을 위하여 광 또는 전자적 방식으로 처리하여 부호·문자·음성·음향 및 영상 등으로 표현한 모든 종류의 자료 또는 지식”이라고 파악하면 될 것이고, 그 처리 역시 최근 가상게임에서 사용되는 이른바 가상무기를 훔친 경우에 재산범죄로 처벌한 하급심 판결(동아일보 2000년 11월 10일자 참조)에서와 같이 보통의 재화에 준하여 다루더라도 특별히 문제될 것이 없을 것이다. 또한 정보이용계약에 관해서도 특별한 규율을 요하지 않는다고 할 것이다. 가령 미국의 통일컴퓨터정보거래법(Uniform Computer Information Transactions Act) 제2조 (1)호가 규정하고 있는 이른바 접속이용거래(Access Contract)는 민법상의 推尋價務에 준하여 정보제공자가 전자정보에 관한 권리를 확보하여 정보이용자가 원하는 때에 정보제공자의 컴퓨터 등에 접속하여 자유롭게 이용할 수 있도록 하여야 하며, 정보제공자는 제공되는 정보의 적정성을 유지하도록 노력하여야 한다는 정도가 거래당사자들의 권리·의무와 관련하여 의미를 가질 수 있는데, 과연 이러한 당연한 내용을 기본법에 규정하여야 하는가? 이에 대한 규정의 신설은 오히려 장래의 기술의 발전에 대한 유연한 대처에 장애요인으로 작용할 수 있을 것이다. 정보거래에 관한 미국 통일컴퓨터정보거래법의 규정에 관해서는 우선 윤주희, “전자거래에서 상품 및 용역제공자의 계약상 의무”, 디지털경제시대에서의 전자거래와 법 II, 121쪽 이하 참조.

통하여 해결한 대법원 1998.11.10. 선고 98다20059 판결(법원공보 1998, 2836)을 들 수 있다.¹⁹⁾ 끝으로 on-line으로 이루어지는 이행과 off-line으로 이루어지는 이행에 공히 관련되는 문제로 同時履行의 抗辯權이 있지만, 기본적으로 동시이행에 관한 민법 제536조가 임의규정이므로, 전자거래가 이루어지는 법현실이 동시이행의 항변권을 포기하는 형태²⁰⁾로 나타나는데, 전자거래가 가지는 여러 가지의 편의 때문에 소비자가 스스로 위험을 부담하는 이러한 법현실을 별도의 규정을 신설하여 그와 달리 규율할 필요는 없다고 할 것이다.

결국 현재의 상태에서 전자거래의 효력 및 이행에 관한 규정을 신설하는 것은 필요불급하지도 또한 적절하지도 않다고 판단된다.

제 3 절 論議의 內容 및 順序

(가) 이 글은 계약법적 관점에서 가상공간에서 이루어지는 거래에 대한 법적 규율의 문제를 다룬다. 구체적으로 이러한 거래에 대하여 전통적인 법률행위론이 그대로 적용될 수 있는지 아니면 그 특성을 고려한 별도의 법적 규율이 필요한지에 대하여 살펴보기로 한다.²¹⁾ 따라서 가상공간에서의 거래에 관한 공법적 규제의 문제(가령 인터넷뱅킹 또는 인터넷증권거래의 법적 규제)는 논의되지 않는다.²²⁾

19) 이 판결에 대한 평석으로 韓雄吉, “폰뱅킹(텔레뱅킹)에 관련한 법적 문제”, 民事法學 제18호, 325쪽 이하 참조.

20) 가령 가상공간에서 이루어지는 구매계약에 있어서는 일반적으로 약관에 의하여 소비자의 입금이 선행되어야 비로소 반대급부가 이루어진다.

21) 이하에서 논의되는 것 외에 가상공간에서의 거래에 있어서는 의사표시가 전자적 코드로 변환되어 전자문서의 형태로 통지되므로 그것의 안정성을 어떻게 확보할 것인가 하는 것이 문제되지만, 이 문제들을 해결하기 위한 방법이 전자서명 또는 디지털서명으로서 이에 관해서는 이미 電子署名法이 존재하므로 따로 검토하지 않기로 한다. 나아가 가상공간에서의 거래에 있어서 개인정보의 보호가 문제되지만, 이에 관해서도 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률이 존재할 뿐만 아니라 필자의 능력범위 밖에 있으므로 별도로 검토하지 않기로 한다.

22) 그 밖에 가상공간에서의 거래가 공간적 한계를 극복함으로써 국경을 초월한 거래가 이루어진다는 점에서 국제사법적 관점에서의 검토가 필요하지만, 이 글에서는 다루지 않기로 한다. 이에 관해서는 무엇보다도 곧 출간될 石光現, 國際私法과 國際訴訟 제2권의 제2장 國際電子去來法 부문 참조. 참고로 가상공간과 관련하여 논의되는 법적 문제 전반에 관해서는 우선 배대현, 앞의 책, 14쪽 이하 참조.

(나) 전자거래, 특히 가상공간에서의 거래의 특성을 강조하는 - 필자에게는 외견상의 것에 불과하다고 보이기 는 하지만 다수의²³⁾- 견해가 전통적인 법률행위론 전체가 무의미하다는 입장을 취하는 것은 아닐 것이며, 필자 역시 기존의 계약법이론이 가상공간에서의 거래에 관한 문제 전부를 완벽하게 해결할 수 있다고 고집하지 않는다. 따라서 문제는 가상공간에서의 거래가 가지는 어떤 특성이 구체적으로 어떤 특수한 법적 규율을 요하는지 하는 것이다. 그런데 가상공간에서의 거래에 있어서는 요컨대 기존의 거래방식에 새로운 수단이 도입되었을 뿐 적어도 아직까지는 새로운 거래유형이 등장한 것이 아니라는 점을 주목할 필요가 있다. 이처럼 가상공간에서의 거래가 새로운 “類型”의 거래가 아니라 기존의 거래가 인터넷이라는 새로운 “手段”을 통하여 가상공간에서 이루어지는 것에 불과하다면, 그에 대한 법적 대응 역시 현존하는 법체계를 존중하면서 그것을 새로운 현상에 適應(anpassen)시키는 것이 바람직하지 않을까?²⁴⁾ 따라서 가상공간에서의 거래의 법적 규율의 문제는 그 거래가 가지는 특성에 착안하여 그 특성을 규율하기에 적합한 규범을 찾는 것이어야 할 것이다. 특히 오랜 전통을 가지는 계약법의 영역에서는 가상공간에서의 거래와 현실세계에서의 거래의 실태를 정밀하게 비교·분석하여 필요불가결한 범위에서 새로운 법적 규율의 필요성 및 가능성이 고려되어야 한다.

(다) 이상에서의 상황에 비추어 이하에서는 먼저 지금까지 다양하게 주장된 가상공간에서의 거래의 특성²⁵⁾을 검토한 후(아래 제 2 장), 지금까지 주로 전통적인 법률행위론의 포섭능력 내지 그 범위와 관련하여 논의된²⁶⁾

23) 金載亨, “電子去來基本法의 改正方向”, 韓國에서의 法의 支配, 112쪽은 오히려 필자의 입장을 다수설이라고 한다.

24) 그에 대한 적절한 예로 앞에서 본 phone-banking에 관한 대법원 1998.11.10. 선고 98다20059 판결을 들 수 있다.

25) 그 중에는 종래 주로 전자거래의 특성이라는 형태로 주장된 것들도 있으나, 이들 역시 궁극적으로는 인터넷을 통한 가상공간에서의 거래에 관한 것이기도 하다.

26) 가령 김용직·지대운, “情報社會에 對備한 民事法 研究 序論”, 情報社會에 對備한 一般法 研究 I, 91쪽 이하; 盧泰巖, “電子去來에 있어 契約의 成立을 둘러싼 몇가지 問題”, 法曹 제516호, 44쪽 이하 및 제517호, 119쪽 이하; 방석호, “인터넷 활용에 따른 민사법적 문제”, 韓國 法學 50년 II-過去·現在·未來, 705쪽 이하; 吳炳誥, 電子去來法(全訂版); 同, “電子去來의 民事法的 規律方案”, 情報社會에 對備한 一般法

전자거래 일반에 관한 총론적 과제를 필자의 입장에서 요약·정리한다(아래 제 3 장). 이어서 이를 기초로 하여 가상공간에서의 거래의 성립에 관한 문제(아래 제 4 장)와 그 이행에 관한 문제(아래 제 5 장)를 차례로 검토하기로 한다.

研究 II, 43쪽 이하; 李銀榮, “전자상거래와 소비자법”, 比較私法 제5권 2호, 109쪽 이하; 李哲松, 앞의 글, 105쪽 이하; 鄭鍾休, “電子去來의 登場에 따른 契約理論의 變容”, 인권과 정의 제268호, 70쪽 이하; 鄭慶明, “인터넷을 통한 거래의 계약법적 문제”, 比較私法 제6권 1호, 291쪽 이하; 池元林, 앞의 글(저스틱스), 43쪽 이하; 池元林, 앞의 글(法學論叢), 85쪽 이하; 韓三寅·金相明, “電子商去來의 法理에 관한 研究”, 比較私法 제6권 2호, 697쪽 이하; 한용길, 앞의 글(比較私法), 7쪽 이하 등.

제 2 장 假想空間에서의 去來의 特性

제 1 절 序 言

가상공간에서 이루어지는 거래의 특성에 관해서는 다양한 견해가 주장되고 있다. 그런데 가상공간에서의 거래의 특성을 어떻게 파악하느냐 하는 것은 그러한 거래의 계약법적 규율에 관한 본격적 논의를 위한 전제를 마련하는 작업이다. 따라서 이하에서는 가상공간에서의 거래의 특성에 관한 지금까지의 대표적인 주장들을 법률행위론의 관점에서 요약·정리한 후, 그것을 기초로 하여 기존의 법리에 의하여 해결되지 않기 때문에 별도의 법적 규율을 요한다는 특성들을 추출하기로 한다.

제 2 절 지금까지의 代表的인 主張들

(가) 먼저 인터넷 법의 독자성을 강조하는 듯한 배대헌 교수는 가상공간에서의 거래가 “외관상 종래 법적 여건 하에서 형성된 법리를 좇는 것 같이 보이지만, 실제에 있어서는 전혀 다른 양상을 띠고 있다”고 전제한 후, 구체적으로 먼저 계약의 성립과 관련해서는 통상적인 계약체결이 가지는 대면계약, 전통적인 방법에 의한 의사표시의 전달, 청약과 청약의 유인의 구별 및 도달주의의 원칙 등의 성질과 달리, 가상공간에서의 거래는 비대면계약, 전자문서에 의한 의사표시의 전달, 청약과 청약의 유인의 구별이 모호한 점 및 전자문서의 전송 등의 특성을 가진다고 한다. 특히 청약과 청약의 유인의 준별에 관하여 -가상공간에서의 거래의 특성을 강조하는 입장에서 이를 일반적으로 인정하는 것²⁷⁾과 달리- “가상공간상 계약체결은 이를 구별할 수 있는지에 관하여 의문이 제기될 뿐만 아니라, 구별할 실익이 있는지도 의문이다”라고 하는데, 이에 관해서는 뒤에서 따로 살펴보기로 한다. 나아가 의사표시의 방식과 관련해서는 통상적인 계약이 방식을 불문하는 낙성계약에 의하고 증거보전을 위하여 날인·서명이 요구됨에 반하여, 가상공간에서의 거래에 있어서는 당사자

27) 많은 것들 대신에 吳炳喆, 앞의 책, 259쪽 이하 참조.

를 확인하고 문서의 진정성을 확보하며 의사표시의 부인을 방지하기 위하여 디지털 서명을 이용하는 점이 그 특성이라고 한다.²⁸⁾

(나) 정진명 교수는 인터넷을 통한 거래의 특성으로 ①의사표시 메카니즘의 변화, 즉 인터넷을 통한 거래에서는 의사표시과정에서 인간의 정신영역과 정보통신기술의 물리적 영역이 서로 결부되어 있으며 코드화된 무형의 형태로 컴퓨터를 통하여 비대면적으로 체결된다는 점, ②계약체결수단의 변화, 즉 인터넷이라는 거래를 위한 교섭기술수단의 동장은 합의된 내용을 문서화하고, 봉인하고, 네트워크를 통하여 이를 전달하고, 수신자가 개봉할 수 있게 함으로써 口頭가 가지는 상호성과 서면이 가지는 증명성을 모두 수행할 수 있는 기능을 가지고 있다는 점, ③계약체결 유형의 변화, 즉 off-line 시스템에 의한 계약체결 외에 인간이 사전에 입력한 포괄적 의사를 수행하는 컴퓨터의 연산기능에 따라 인간의 의사표시를 전자적 코드로 정형화하여 생성·처리·출력시키는 체계를 통한 계약을 의미하는 on-line 시스템에 의한 계약체결이 존재한다는 점 및 ④계약이행과정의 변화, 즉 분산적 거래에 속한다는 점 등을 들고 있다.²⁹⁾

(다) 정종휴 교수는 전자거래 일반의 특질로 ①디지털 네트워크, ②정보량, ③정보의 즉시 전송, ④광범한 정보전송, ⑤정보인식의 시간성, ⑥상당한 기본비용, ⑦관계자의 불특정 다수성 및 ⑧네트워크만으로 완결되는 거래의 동장 등을 들고,³⁰⁾ 특히 인터넷에 의한 여·수신계약에 특유한 성질로 위의 특질들 중 ①, ③, ⑤, ⑦, ⑧에 번호·암호에 의한 동일성 확인과 비용의 저가성 및 의사표시의 쌍방성을 추가한다.³¹⁾

(라) 김진환 변호사는 정면으로 인터넷을 통한 거래의 특질을 밝히고 있는데, 인터넷을 통한 거래가 기존의 전자적 의사전달수단을 이용하는 거래와 다른 점을 기능적인 면, 시간·장소적인 면, 대상적인 면 및 인식적인 면에서 파악한다. 구체적으로 먼저 ①기능적인 면에서 인터넷은 기존의 전자적 의사전달수단들과 달리 기본적으로 컴퓨터라는 자동연산장치를 이

28) 배대현, 앞의 책, 17~20쪽. 그 밖에 대금지급수단, 계약의 형태, 거래대상, 계약이행의 장애사유 및 분쟁해결방법 등에 관한 특성도 열거하지만 생략하기로 한다.

29) 鄭震明, 앞의 글, 293쪽 이하.

30) 자세한 내용은 鄭鍾休, 앞의 글, 72~3쪽 참조.

31) 정종휴, '인터넷에 의한 與·受信契約과 銀行去來約款', 比較私法 제7권 2호, 17~9쪽.

용하는데, 이 장치는 매우 복잡한 수리계산뿐만 아니라 수없이 많은 境遇의 數 중 입력한 데이터에 상응하는 정확한 결과치를 산정 혹은 표출하는 작용을 함으로써 마치 인간을 대신하여 일정한 결정을 하는 것으로 비추어질 정도의 고도의 자동화과정을 수행할 뿐만 아니라 그 수행결과는 전자적 형태의 기록으로만 남아 별도의 출력장치를 사용하지 않는다면 인간의 오감에 의하여 인식할 수 없다고 한다. 그리고 ②시간·장소적인 면에서 인터넷은 기존의 전자적 의사전달수단들이 이루어 놓은 장소적 차이의 극복을 순간적인 것이 아니라 항시적인 것으로 바꾸어 놓았고, 그 차이의 극복을 전세계적인 범위로 확장하였다고 한다. 나아가 ③대상적인 면에서 인터넷은 원칙적으로 그 참여가 자유롭고 활동에 아무런 제약이 없는 개방형 시스템을 그 전제로 하고 있다고 한다. 끝으로 ④인식적인 면에서 인터넷 이용자들 대부분은 인터넷을 단순한 정보전달수단으로만 보지 아니하고 공간적, 유기적인 개념으로 이해하고 있다고 한다.³²⁾

(마) 한웅길 교수는 의사표시의 형성과정의 즉시성과 관련당사자의 복수를 법적 문제의 특수성으로 드는데, 전자로부터 소비자 보호의 필요성이, 후자로부터 법률적 다툼의 복잡화 및 예방조치의 필요성이 나온다고 한다.³³⁾

(바) 노태악 판사는 전자거래의 특성을 법적 보호 및 규제의 측면에서 파악하여 ①불특정 다수인을 상대로 한 다수대량의 거래, ②비대면거래성, ③의사표시 형성과정의 즉시성, ④컴퓨터 등의 이용 및 ⑤국제계약성 등을 들고 있다.³⁴⁾

(사) 끝으로 이른바 「電子的 意思表示論」³⁵⁾을 주장하는 오병철 교수는 전자거래의 특성으로 ①의사전달의 호환성, ②의사표시의 기술화, ③의사결정의 자동화, ④전자적 이행방법의 도입 및 ⑤방식의 정형화를 들고 있다.³⁶⁾ 이러한 특성은 오 교수가 주장하는 전자적 의사표시의 독자성을 인정하기 위한 전제로서의 의미를 가진다.

32) 사법연수원, 전자거래법, 10~2쪽.

33) 한웅길, 앞의 글(比較私法), 12쪽 이하.

34) 盧泰樂, 앞의 글(法曹 제516호), 54쪽 이하.

35) 뒤에서 살펴보는 이른바 전자적 의사표시론의 대표적 견해인 오병철 교수의 주장내용과 그에 대한 필자의 비판에 관해서는 우선 池元林, 앞의 글(저스티스), 44~52쪽 참조.

36) 吳炳喆, 앞의 책, 82쪽 이하.

제 3 절 主張들의 整理

(가) 이상의 여러 주장들을 종합하면 가상공간에서의 거래가 가지는 특성을 다음과 같이 정리할 수 있을 것이다: ①의사표시가 기술화·자동화되었다는 점, ②불특정 다수인을 상대로 한 대량의 반복거래라는 점, ③비대면거래라는 점, ④시간적·장소적 제약이 극복될 수 있다는 점, ⑤개방형·분산형 시스템을 이용함에 따라 통신회선의 보유/운영주체, Cyber 물의 운영사업자, 전자화폐의 발행인, 인증기관 등 거래에 관여하는 자가 다수이고 그에 따라 손해의 귀책을 정하기 어렵다는 점, ⑥의사표시 형성 과정의 즉시성 및 그에 따라 일단 거래가 성사된 후에는 그 撤回이 어렵게 된다는 점, ⑦on-line으로 무형의 디지털제품이 이행되는 것과 같은 전자적 이행방법이 채용될 수 있다는 점, ⑧방식이 정형화된다는 점 등.

(나) 이상의 특성들 중에서 가령 ②와 ⑥의 특성은 가상공간에서의 거래에 한정되는 것이 아니지만, 그로 인하여 일반적으로 약관이 이용되는 바, 거래가 현실세계에서가 아니라 가상공간에서 이루어진다는 특성 때문에 약관의 규제에 관한 법률 제3조 소정의 약관의 明示·說明義務와 관련하여 특수한 법적 규율을 요한다.

한편 특히 ①, ②, ③ 및 ⑥의 특성은 계약법의 기본원리에 대한 변화를 요구한다는 주장의 근거로 제시되고 있는바, 과연 그러한가 하는 것을 우선 아래 제3장에서 살펴보기로 한다. 이 점은 그러한 주장이 입법론으로서가 아니라 해석론적인 입장변화를 요구하고 있다는 점에서 다른 특성과 별도로 검토되어야 할 것이기 때문이다.

나아가 위의 ① 내지 ⑥의 특성들 중에서 계약법적 규율의 변화를 요청하는 것으로 제시되는 것들을 가상공간에서의 거래의 성립과 이행의 문제로 나누어 살펴보기로 한다. 즉 ②, ③, ⑤, ⑥, ⑧ 등의 특징은 거래의 성립과 관련하여 아래 제 4장에서, ⑦의 특징, 즉 무형의 디지털제품이 이행된다는 점은 거래의 이행과 관련하여 아래 제 5 장에서 각 검토될 것이다.

(다) 주의할 것은 이상의 특성들은 각 거래유형의 특질에 맞게 파악되어야 한다는 점이다. 흔히 day trading이라 불리는 초단기매매(단타매

매)가 일반화되어 있어서 대량의 계약을 짧은 시간에 소화하여야 하는 인터넷 증권거래에서의 의사표시의 즉시성이라는 요청이 인터넷뱅킹에서 그대로 유지될 수 없는 것이다. 따라서 가상공간에서의 거래에 관한 논의도 각 거래유형의 특성을 고려하여 진행되어야 하지만, 이하에서는 일반적인 거래를 전제로 하여 각 특수한 거래유형에 공통된 점을 중심으로 논의를 진행하기로 한다.

제 3 장 假想空間에서의 去來와 契約法의 基本原理

제 1 절 序言

앞에서 본 전자거래, 특히 가상공간에서의 거래의 특성은 그러한 거래의 문제에 그치는 것이 아니라, 앞으로 그러한 거래가 일반화되면 일반거래법, 특히 계약법의 기본원리에도 영향을 미칠 것이라는 견해가 널리 퍼져있다. 이하에서 가상공간에서의 특성을 강조하는 입장을 요약하여 소개한 후, 필자의 입장에서 그 주장을 검토하기로 한다.

제 2 절 電子的 意思表示論?

(가) 전자거래, 특히 자동데이터처리시스템을 통한 거래에 있어서 의사표시의 특수성을 강조하며 이들 의사표시를 기존의 일반적 의사표시(자연적 의사표시)와 달리 보아야 한다는 견해가 널리 주장되고 있다. 즉 전자적 자동화설비(컴퓨터)가 인간의 행위와 의사를 전자적 코드로 전환하여 그 설비에 고유한 부호로 정형화한 후, 컴퓨터의 일정한 평가·판단기능에 의하여 사전에 입력된 인간의 의사를 구체화하여 외부로 표출하는 것을 「電子的 意思表示」라 하고, 전자적 의사표시에서는 의사표시의 표시행위와 그 법률효과의 귀속이 분리되는 양상을 보인다는 점에 착안하여, 컴퓨터가 인간의 의사형성을 전적으로 대체하는 것은 아니지만 인간이 구체화하지 않은 세부적인 의사표시의 내용과 성립에 관여한다고 한다. 즉 인간의 프로그램과 작업명령에 의하여 포괄적 의사가 형성되지만, 그러한 의사의 구체화는 컴퓨터를 통하여 일어난다고 한다.³⁷⁾ 그리고 자연적 의사표시와 구별되는 전자적 의사표시의 특질로 의사표시의

37) 吳炳喆, 앞의 책, 99쪽 이하 및 그의 원전이라고 할 「電子的 意思表示에 관한 研究」, 박사학위논문(연세대 대학원) 참조. 이러한 입장에 동조하는 견해로는 韓三寅·金相明, 앞의 글, 713쪽 이하. 나아가 崔明龍, 「전자의사표시의 법적 효력문제」, 比較私法 제5권 1호, 437쪽 이하도 전자적 의사표시의 법적 편입에 대하여 자연적 의사표시와 동일하게 다룰 수 있고, 자연적 의사표시의 관계규정을 「유추적용」할 수 있을 것이라고 하면서, 전자적 의사표시의 모든 법적 문제를 자연적 의사표시와 동일하게 다룰 수 없다고 하는바, 같은 입장으로 이해된다.

정형화, 의사의 포괄적 형성, 컴퓨터의 의사구체화 및 행위와 표시의 분리 등을 든다.³⁸⁾

(나) 그런데 아무리 복잡한 자동데이터처리시스템이라 하더라도 -적어도 현재의 기술수준에 비추어보면- 컴퓨터가 스스로 창조적인 自己決定 (Selbstbestimmung)을 행할 수 없고, 인간의 포괄적 의사의 범주 안에서 先在된 프로그램에 의한 논리적 조작을 수행하는, 의사결정의 수단 에 불과할 뿐이어서 그 장치에 의한 표시는 궁극적으로 그 장치를 이용하는 인간의 의사에 환원된다고 할 것이다. 결국 컴퓨터에 의하여 작성·교부된 표시는 표시를 행하는 모든 단계에 있어서 기계를 이용하고 그것을 표시목적으로 사용하는 인간의 의사에 기인한다. 따라서 전자거래가 전통적 법률행위론을 변경시키지 않을 것이며, 컴퓨터 등과 같은 자동화설비를 이용한 거래에 있어서도 의사표시에 관한 일반원칙이 적용되어야 한다.³⁹⁾ 다만 이러한 입장은 현재의 기술수준에 기한 판단일 뿐이고, 가령 인공지능에 관한 기술의 현저한 발전으로 인한 새로운 현상에 대해서는 결론을 유보하기로 한다.

제 3 절 方式主義 내지 表示主義的 傾向?

(가) 신속성, 대량의 반복거래, 외관신뢰의 요청 등 전자거래, 특히 가상공간에서의 거래의 특징에 따라 그러한 거래의 성립과정에서 법률행위 방식의 정형화가 이루어지고, 나아가 착오를 이유로 한 의사표시의 취소는 가급적 제한하는 것이 바람직하다는 주장이 있다. 그리고 앞으로 소비자의 착오를 막을 수 있는 적절한 방지조치가 제대로 갖추어지면 계약이 보다 형식화되며, 인증 등의 조치를 통하여 표시를 더욱 신뢰하게 될 것이고, 이러한 경향은 의사표시론에서도 일정한 "意思"를 표시하려는 자는 반드시 일정한 표시수단을 선택하여야 한다는 의미에서의 文言方式主義 및 의사표시의 외형이 무형적인, 코드라는 신호로 구성되어 있으므로

38) 吳炳喆, 앞의 책, 130쪽 이하; 同, 박사학위논문, 57쪽 이하.

39) 이에 관하여 자세한 것은 池元林, 앞의 글(저스티스), 50~2쪽 참조. 同旨의 것으로 가령 박석호, 앞의 글, 707쪽; 김용직·지대운, 앞의 글, 98쪽 등.

대면거래에 있어서보다 信賴保護가 더욱 강조되어야 한다는 의미에서의 表示主義를 지금보다 우세하게 할 가능성이 있다고 한다.⁴⁰⁾

(나) 물론 가상공간에서의 거래에 있어서 의사표시의 호환성을 위하여 또는 대량의 동종거래가 반복된다는 특성에 따라 법률행위의 방식을 정형화하고 외관에 대한 신뢰를 보호하고자 하는 경향이 있음을 부정할 수는 없다. 그러나 일정한 의사를 표시하기 위하여 일정한 표시수단을 선택하지 않으면 안 된다고 하여 문언방식주의가 그 필연적인 결과로 되는 것은 아니고,⁴¹⁾ 전자적 신호를 통한 상대방의 표시를 신뢰하는 바탕 위에 가상공간에서의 거래가 이루어진다 하더라도 법률행위론의 중요한 요소의 하나인 신뢰보호가 전자거래에 특유한 요청인 것은 아니며, 상대방의 성실한 신뢰가 있다고 하여 그 사실만에 의하여 표시주의가 정당화되는 것은 아니므로⁴²⁾ 표시주의적 경향이 반드시 타당하다고 단정하기 어렵다. 나아가 표시주의를 강조한다면, 대면거래에 비하여 즉각적인 결정이 요구되며 효과의사의 형성을 위한 자료가 적은 경우가 많다는 점에 따른 소비자 보호의 요청을 어떻게 고려하여야 하는가 하는 문제가 또 다른 숙제로 남는다.

제 4 절 到達主義의 妥當性?

(가) 전자거래가, 뒤에서 보는 바와 같이 격지자간의 계약임을 전제로, 계약의 성립시기에 관하여 發信主義를 채용한 민법 제531조에 대하여 비판적인 견해가 적지 않다. 즉 발신을 중시하는 법규 및 해석이 격지자간의 통신수단으로 우편 또는 전보만을 생각했던 시대에는 보다 빨리 계약의

40) 吳炳喆, 앞의 책, 197~200쪽; 韓三寅·金相明, 715쪽. 同旨 김용직·지대운, 110~111쪽; 盧泰嶽, 앞의 글(法曹 제516호), 62쪽. 나아가 崔明龍, 앞의 글, 454쪽도 전자의 의사표시의 취소와 관련하여 표의자의 중과실의 범위를 넓게 인정하고, 취소의 요건도 거래상 신뢰보호에 초점을 맞추어 일반적인 법률행위 내지 의사표시의 취소와 비교해서 더욱 엄격하게 해석·적용할 필요가 있다고 하는바, 같은 입장으로 보인다.

41) 가령 현재의 인터넷뱅킹에서와 같이 계약의 성립이 off-line으로 이루어지는 경우에도 문언방식주의가 타당한가?

42) 즉 표의자의 과실과 같은 별도의 귀책근거가 있어야 한다. 이에 관해서는 우선 池元林, “法律行爲의 效力根據에 관한 研究”, 박사학위논문(서울대 대학원), 180쪽 이하 참조. 그런데 컴퓨터 등을 이용하는 것 자체를 귀책근거로 볼 수 있을까?

성립 및 그 효력을 인정할 수 있었다는 점에서 합리성을 가졌으나, 전자거래에 있어서는 일반적으로 데이터가 아주 단시간 내에 상당히 확실하게 상대방의 了知領域에 도달하므로 전자거래의 세계에서 발신주의의 합리성은 적다고 한다. 또 민법의 계약법리는 청약에 의한 계약내용의 조건제시, 그 후의 교섭에 의한 조건변경 등을 거쳐 당사자가 어느 정도의 시간을 들여 계약내용을 확정해 가는 과정을 거칠 것을 전제하고 있으나, 전자거래에서 소비자는 사업자로부터 제시된 조건으로 계약을 체결할 수밖에 없으므로 민법의 계약법리를 그대로 적용하는 것이 합리적인지 의문이며, 특히 전자거래에 있어서는 데이터가 전송 도중 변경이나 소멸 등 도달장애가 발생할 수 있다는 점을 근거로 “到達”에 중점을 둔 풀이가 요청된다고 한다.⁴³⁾

(나) 물론 영미법처럼 철회를 인정함으로써 청약의 구속력을 인정하지 않는 법제 하에서는 發信主義가 의미를 가질 수 있다는 점에 비추어, 청약의 구속력을 명문으로 인정하는 우리 민법 하에서 발신주의가 입법론상 반드시 적절인가에 대하여 의문이 없지 않다.⁴⁴⁾ 그러나 그 합리성 유무는 차치하고 민법 제531조가 발신주의를 규정하고 있는 이상 해석론으로는 그 규정을 존중하여야 한다.⁴⁵⁾ 기본법은 전자거래의 경우에도 도달주의 원칙이 당연하다는 전제 아래 의사표시의 효력발생시기에 대하여 아무런 규정을 두지 않았다고 하지만,⁴⁶⁾ 이러한 고려가 민법 제531조의

43) 鄭鍾休, 앞의 글(인권과 정의), 82~3쪽; 한용길, 앞의 글(比較私法), 22~3쪽. 同旨 김영갑·최성준, “情報社會에 對備한 商事法 研究 序論”, 情報化社會에 對備한 一般法 研究 I, 155쪽; 방석호, 앞의 글, 714쪽. 그 밖에 정완용, “전자거래의 거래유형별 법률관계”, 디지털경제시대에서의 전자거래와 법 II, 74쪽은 기본법에 도달주의의 원칙을 명시하는 것도 한 방법이라고 한다. 한편 盧森嶽, 앞의 글(法曹 제517호), 121쪽은 전자거래가 대화자간의 계약임을 전제로 도달주의에 의하는 것이 타당하다고 하는바, 이에 대해서는 아래의 비판이 타당하지 않음은 물론이다.

44) 발신주의 자체의 입법론상의 문제점과 별개로, “전자거래”에서의 도달주의를 주장하는 전체가 타당한가, 즉 전자거래에 있어서 데이터가 과연 아주 단시간 내에 상당히 확실하게 상대방의 了知領域에 도달하는가에 대해서도 의문이 없지 않다.

45) 다만 민법 제531조는 임의규정이므로 거래당사자들이 이와 달리 승낙의 도달시에 계약이 성립한다고 약정할 수 있음은 물론이다. 한편 현재 진행중인 민법개정작업이 완료되면 민법 제531조가 삭제될 것으로 예상된다. 그에 관해서는 우선 池元林, “契約의 成立에 관한 立法論的 研究”, 法曹 제527호, 198~9쪽 참조.

46) 李鍾柱, 앞의 글, 83쪽 참조. 참고로 모델법의 심의 초기단계에서 도달주의를 명시한

적용을 배제할 수는 없는 것이다. 따라서 - 민법규정이 개정될 때까지 한 시적이거나 - 민법 제531조에 따른 해석을 고수하여야 한다. 이 때 송낙의 도달을 요구하는 민법 제528조, 제529조와의 관계를 민법의 다수설처럼⁴⁷⁾ 송낙의 부도달을 해제조건으로 하여 송낙의 의사표시를 발신한 때에 계약이 성립하므로, 송낙자는 발신사실을 입증하면 족하고, 부도달 사실은 청약자가 이를 입증하여야 한다고 새길 것이다. 이러한 민법의 태도와 달리 전자거래에 있어서 네트워크의 사정에 의하여 즉시 상대방에게 도달하지 않은 경우 또는 데이터가 전송 도중 변경이나 소멸 등 도달장애를 일으킨 경우에 부도달 또는 도달장애의 위험을, 민법의 규정과 달리, 발신자에게 지워야 할 합리적인 이유는 어디에 있는가?⁴⁸⁾

제 5 절 이른바 電子代理人에 관하여

(가) 미국의 통일전자거래법(Uniform Electronic Transactions Act) 최종안에 포함된 이른바 電子代理人(electronic agent)의 개념을 도입할 것을 주장하는 전해가 있다.⁴⁹⁾ 동 법안에서 전자대리인이라 함은 “당사자의 검토나 행위 없이 독립적으로 행위를 개시하거나 전자기록에 대하여 반응하거나 전부 또는 일부 이행하도록 하기 위하여 사용되는 컴퓨터 프로그램, 전자식 기타 자동화된 수단”을 말한다.⁵⁰⁾ 요컨대 전자대리인은 전자적 형태로 영업을 할 수 있도록 본인에 의하여 설치된 컴퓨터 프로그램을 말한다.⁵¹⁾ 그리고 계약당사자가 전자대리인의 행위나 그에 따른 내용과 함의에 관하여 알지 못하였거나 검토하지 않았더라도 원칙

것인가에 관한 논의가 있었으나 도달주의 원칙이 당연하다는 전제하에 규정을 두지 않기로 하였다고 한다. 김영갑·최성준, 앞의 글, 155쪽 참조.

47) 이에 관한 민법학에서의 학설대립에 관해서는 우선 民法注釋(XII)/池元林, 214쪽 이하 참조.

48) 결과에 있어서 同旨 李哲松, 앞의 글, 115쪽; 金載亨, 앞의 글, 124~5쪽.

49) 가령 정경영, “電子意思表示의 主體에 관한 研究”, 比較私法 제5권 2호, 413쪽. 한편 孫濤宇, “미국의 통일전자거래법(Uniform Electronic Transactions Act) 최종안의 내용과 의의”, 인터넷법률 제3호, 80쪽 註 42; 盧雲巖, 앞의 글(法曹 516호), 63쪽은 기본법 제10조를 이와 유사한 조항이라고 이해하지만, 동조의 원형인 모델법 제13조는 비대면거래인 전자거래의 특성을 고려한 전자데이터의 귀속에 관한 것이다.

50) UETA, Sec. 2(6).

51) 孫濤宇, 앞의 글, 80쪽 註 41.

적으로 각 당사자의 전자대리인에 의하여 계약이 성립할 수 있다고 한다.⁵²⁾ 이 규정은 계약의 성립에 있어서 당사자가 의사의 흠결을 이유로 계약의 효력을 부정하지 못하도록 하기 위하여 입법되었으며, 이 규정에 의하여 착오에 관한 규정이나 계약성립에 관한 규정의 효력에 영향을 주지 않으면서 계약성립에서의 장애요소를 제거할 수 있게 된다고 한다.⁵³⁾

(나) 그런데 전자대리인의 개념을 도입하고자 하는 견해는 기본적으로 “전자적 의사표시의 독자성”, 즉 컴퓨터가 자율성을 가진다는 점을 전제로 한다.⁵⁴⁾ 그러나 앞에서 본 바와 같이 현재의 기술수준에 비추어 전자적 의사표시의 독자성을 인정하기 어렵고, 따라서 컴퓨터의 행위를 인정하고 이를 표의자의 대리인으로 인정하는 것은 무리라고 보여지며,⁵⁵⁾ 자동화된 컴퓨터 프로그램을 이용하였다고 하여 그 오작동에 의한 결과 전부를 무조건 그 이용자에게 귀책시키는 것과 과연 타당한가 하는 점도 함께 고려되어야 한다.⁵⁶⁾ 결국 전자대리인을 도입한다면 결과적으로 귀책근거 없는 귀책이 발생하게 되어 기존의 법체계를 뒤흔들게 될 것이다. 반면 민법 제391조의 유추에 의해서도 필요한 경우에는 비슷한 결론에 도달할 수 있다. 따라서 이러한 개념을 도입함에 있어서는 아무리 신중하여도 지나치지 않을 것이다.

제 6 절 기 타

1. 假想空間에서의 去來가 對話者間の 契約인가 아니면 隔地者間の 契約인가?

전자거래에 의하여 체결되는 계약이 격지자간의 계약인가 아니면 대화자간의 계약인가? 이 문제는 현행법 하에서 청약의 구속력 및 계약의 성립시기(민법 제527조, 제531조 참조)와 관련하여 그 구별실익이 있다.

이에 관해서는 전자거래에 있어서 의사표시의 발신과 도달이 동시에 이

52) UETA, Sec. 14.

53) 정경영, “미국 통일전자거래법(Uniform Electronic Transaction Act: UETA)에 관한 연구”, 商事法研究 제19권 2호, 267쪽.

54) 가령 정경영, 앞의 글(比較私法 제5권 2호), 401~2쪽 참조.

55) 同旨 한웅길, 앞의 글(比較私法), 16쪽: “현시점에서는 전자적 대리인은 그것을 지배하는 인간의 도구라는 위치일 뿐(이다).”

56) 이에 관해서는 註 42 및 그 곳의 본문 참조.

루어지고 발신자로서는 의사표시의 부도달을 용이하게 알 수 있으므로 대화자간의 계약으로 보아야 한다는 견해, 57) 격지자나 대화자간의 구별기준은 거리적·장소적 관념이 아니라 시간적 관념이라는 점을 근거로 - 컴퓨터를 통한 채팅 등을 제외하고 - 단순한 Cyber 물이나 전자사서함 등과 같이 직접적인 접촉이 없는 경우에는 격지자간의 계약으로 보아야 한다는 견해⁵⁸⁾ 및 경우를 나누어 판단하는 견해⁵⁹⁾ 등이 주장되고 있다.

생각전대 가상공간에서의 거래에 있어서 표의자의 컴퓨터와 상대방의 컴퓨터가 물리적으로 분리되어 있고, 발신과 도달이 언제나 동시에 일어나는 것은 아니며, 발신된 의사표시가 도달하기 전에 전자사서함에 저장되는 경우도 있기 때문에, 원칙적으로 격지자간의 계약으로 보아야 할 것이다.⁶⁰⁾

2. 去來條件의 提示가 謫約인가 아니면 謫約의 誘引인가? 61)

가령 인터넷을 통한 거래에 있어서 판매자가 Cyber 물에 상품의 가격, 품질, 배달장소, 계약의 부수적 조건 등 확정적인 거래조건을 제시하는

57) 盧壽巖, 앞의 글(法曹 제517호), 121쪽. 김영갑·최성준, 앞의 글, 155쪽도 대화자간의 계약을 전제로 한 듯이 보이며, 정완용, 앞의 글, 73~4쪽도 원칙적으로 대화자간의 계약으로 본다.

58) 김용직·지대운, 앞의 글, 119~20쪽; 鄭鍾休, 앞의 글(인권과 정의), 73쪽(“(전자거래와 통신판매)는 격지자간의 거래인 점에서 공통하고, 격지자를 결부하는 수단에서 다르다”); 魏三寅·金相明, 앞의 글, 722쪽.

59) 吳炳喆, 앞의 책, 265쪽은 인터넷폰이나 화상회의 및 채팅의 경우는 대화자간의 거래로, 컴퓨터의 팩스전송이나 전자우편 등의 경우에는 격지자간의 거래로 파악한다. 한편 鄭慶明, 앞의 글, 303쪽은 on-line 시스템에서 있어서의 승낙표시에 대하여는 대화자 사이의 문서의 도달에 관한 원칙이 적용되며, off-line 시스템에 있어서의 승낙은 격지자 사이의 거래로 보아야 한다고 한다.

60) 池元林, 앞의 글(저스틱스), 53쪽. 同旨로 金載亨, 앞의 글, 124쪽. 물론 Modem을 통하여 양 당사자가 직접 연결되는 경우도 있으나, 이 경우는 전화를 이용하는 경우에 준하여 대화자간의 계약으로 해결하면 족하며 별도의 규율을 요하지 않는다. 同旨 李哲松, 앞의 글, 120~1. 참고로 독일에서는 전자매체에 의한 의사표시는 격지자에 대한 의사표시로서 독일민법 제130조가 적용된다고 한다.

61) 한편 배대헌, 앞의 책, 18쪽은 “가상공간상 계약체결은 이를 구별할 수 있는지에 관하여 의문이 제기될 뿐만 아니라, 구별할 실익이 있는지도 의문이다”라고 한다. 그러나 민법상 청약의 경우에는 승낙기간 내에 이를 철회할 수 없는 결과(민법 제527조) 상대방의 승낙이 있으면 계약이 성립하여 계약상의 의무가 발생하는 반면, 청약의 유인인 경우에는 상대방의 주문이 청약에 해당하고 이에 대하여 청약의 유인을 한 자는 승낙 여부를 결정할 수 있다. 따라서 청약이 구속력을 가지지 않은 영미에서의 논의를 주된 논거로 하여 양자의 구별을 부정하는 것은 바람직하지 못하다고 판단된다.

경우에 이를 講約으로 보아야 하는가 아니면 講約의 誘引으로 보아야 하는가?62) 이를 淸약으로 보면 상대방의 주문이 승낙으로 되고, 따라서 판매자가 물품을 송부하지 않으면 채무불이행이 성립하는 반면, 淸약의 유인으로 보면 상대방의 주문이 淸약으로 되고 이 淸약에 대하여 판매자가 승낙 여부를 결정할 수 있게 된다.

생각건대 방문판매등에관한법률 제2조 제6호가 -통신판매의 매체에 “電氣通信”을 포함시키면서 -통신판매에서 그러한 조건을 제시하는 경우를 淸약의 유인으로 보고 있는 점 및 당사자 사이의 이해관계(가령 재고량, 상대방의 변제자력에 대한 위협 등63))를 고려한다면, 비록 확정적인 거래조건이 제시되었다 하더라도, 이를 講約의 誘引으로 보는 것이 정당할 것이다.64)

62) 淸약으로 보는 견해로는 방석호, 앞의 글, 714쪽; 吳炳喆, 앞의 책, 261~2쪽. 淸약의 유인으로 보는 견해로는 韓三寅·金相明, 앞의 글, 722쪽; 한웅길, 앞의 글(比較私法), 21쪽 등. 그리고 鄭震明, 앞의 글, 301~2쪽은 원칙적으로 淸약의 유인으로 보는 듯 하지만, Cyber 물품 개설한 판매자가 고객에게 즉시 신용카드번호의 입력을 요구할 경우에는 자동판매기에 상응하는 불특정인에 대한 淸약이 고려된다고 한다.

63) 구체적인 사례로 Argos 사건의 개요에 관해서는 정완용, 앞의 글, 67쪽 참조.

64) 자세한 것은 池元林, 앞의 글(저스티스), 54쪽.

제 4 장 假想空間에서의 去來의 成立에 관한 問題

제 1 절 序 言

가상공간에서의 계약의 성립에 관한 문제로 우선 그러한 거래에 관한 제1차적 법원으로서 전자거래기본법의 관련규정을 분석하는 것이 필요할 것이다. 이어서 그러한 거래에 있어서 의사표시의 하자에 관한 문제가 법교의학적으로 검토되어야 한다. 나아가 가상공간에서의 거래가 보통 약관에 의하여 체결되므로 약관의규제에관한법률 제3조 소정의 약관의 명시·설명 의무를 어떻게 처리하여야 하는가 하는 것도 중요하게 다루어져야 한다. 그 밖에 -거래의 성립에만 관련된 것은 아니지만- 이른바 주체의 허위에 대응하기 위한 보안절차의 문제를 살펴보는 것이 필요하다. 마지막으로 소비자 보호를 위하여 가상공간에서의 거래에 있어서 의사표시의 철회문제가 언급되어야 한다. 이하에서는 이들의 문제를 차례로 살펴보기로 한다.

제 2 절 電子去來基本法の 關聯規定 分析

1. 전자거래기본법 제9조

(가) 전자거래에 관한 법원 중 산업기술기반조성에관한법률 제8조 제2항, 무역업무자동화촉진에관한법률 제15조 제1항, 정보통신망이용촉진에관한법률 제17조의3,⁶⁵⁾ 화물유통촉진법 제48조의5 제1항 등은 전자문서의 “到達”시기를 규정하는 반면, 기본법 제9조는 전자문서의 “送·受信時期”를 규정하고 있다.

(나) 기본법 제9조의 송·수신의 개념은, 모델법 제15조를 옮기면서 dispatch를 송신으로, receipt를 수신으로 번역한 것이다. 그리고 국내에서는 일반적으로 송신율 (의사표시의) 발신으로, 수신율 도달로 이해하고 있

65) 정보통신망이용촉진등에관한법률이 2001년 7월 1일부터 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률(2001년 법률 제6360호)로 대체되었는데, 동법 제19조는 기본법 제9조와 동일한 내용을 규정하고 있다.

다.⁶⁶⁾ 그러나 기본법 제9조 제1항이 -표시가 표의자로부터 상대방을 향하여 보내진다고 하는 意思表示의 發信에 대한 일반적 이해⁶⁷⁾와 달리 - "전자문서는 작성자 외의 자 또는 작성자의 대리인 외의 자가 관리하는 컴퓨터 등에 입력된 때에 송신된 것으로 본다"고 한 점에 비추어,⁶⁸⁾ 「電子文書」의 송·수신의 개념은 「意思表示」의 효력발생시기에 관한 발신·도달과 별개의 것으로 보아야 할 것이다.⁶⁹⁾ 왜냐하면 「意思表示」의 발신이나 도달은 의사표시에 있어서 위험분담에 관한 규범적 판단의 문제인바, 기본법 제9조가 그러한 점을 고려하였는지 의문이기 때문이다.⁷⁰⁾ 나아가 기본법 제12조가 기본법 제9조에서의 "受信"이라는 용어와 별도로 "到達"이라는 용어를 사용하고 있는 점⁷¹⁾과 앞서 본 바와 같이 기존의 법률, 가령 기본법이 제정된 때와 비슷한 시기에 개정된 산업기술기반조성에관한법률 등이 전자문서의 "도달"시기를 규정한 점⁷²⁾도 고려하여야

66) 가령 盧漢熙, 앞의 글(法曹 제516호), 66쪽; 金載亨, 앞의 글, 126쪽("발신과 수신은 보낸다는 것을 의미하고, 수신과 도달을 애써 구별하는 것은 별다른 의미가 없기 때문이다"). 나아가 李哲松, 앞의 글, 114쪽은 "逕信은 민·상법에서 말하는 의사표시의 發信을 가리키며, 受信은 의사표시의 到達을 가리키는 말로 이해하는 데에 별 異見이 없는 것으로 보인다"고 한다.

67) 가령 Brox, Allgemeiner Teil des BGB, 21. Aufl., Rn.146.

68) 참고로 모델법 제15조 제1항은 데이터 메시지의 송신에 관하여 다음과 같이 규정하고 있다: "데이터 메시지의 송신은, 작성자와 수신자 사이에 다른 합의가 없는 한, 데이터 메시지가 작성자 또는 그를 대신하여 데이터 메시지를 전송하는 자의 지배범위 밖에 있는 정보시스템에 입력된 때에 이루어진다."

69) 기술적인 도달과 법적인 도달을 나누는 견해로는 金相容, "自動化된 意思表示와 시스템契約", 私法研究 제1집, 54쪽; 김용직·지대운, 앞의 글, 121쪽.

70) 李鍾柱, 앞의 글, 83쪽에 의하면 기본법 제9조가 송·수신과 관련된 분쟁의 소지를 미연에 방지하였다고 하는데, 그렇다면 기본법상의 송·수신시기가 어떤 의미를 가지는가? 이를 기술적인 개념에 불과하다고 이해한다면 지나치게 자의적일까?

71) 기본법 제9조가 그 "송·수신시기"를 정한 것은 「電子文書」에 관한 것인데, 전자문서는 기본법 제2조 제1호가 밝히는 바와 같이 일정한 형태의 "情報"을 의미한다. 그러나 전자문서에 의한 계약의 성립을 따지기 위하여 필요한 것은 그러한 "정보"의 송·수신이 아니라 「意思表示」의 발신과 도달이다. 그렇다면 기본법 제12조가 "수신"과는 별도로 "도달"이라는 표현을 사용한 것은 수신확인에 있어서는 "정보"가 아니라 데이터를 수령하였음을 알리는 意思의 通知가 문제된다는 점을 고려하였다고 이해한다면, 지나친 억측일까?

72) 「電子文書」의 到達時期를 규정하는 산업기술기반조성에관한법률 제8조 제2항, 무역업무자동화촉진에관한법률 제15조 제1항, 정보통신망이용촉진에관한법률 제17조의3, 화물유통촉진법 제48조의5 제1항 등에서는 전자데이터(기본법 제2조 제1호 소정의 「電

한다. 요컨대 도달·발신, 특히 도달을 의미하는 “의사표시가 상대방의 지배권 내에 들어가 일반적으로 요지할 수 있는 상태에 놓임”⁷³⁾이라 함은 의사표시의 전달과정에서 발생할 수 있는 위험을 누가 부담하여야 하는가를 고려한 규범적 평가의 문제로 볼 것이므로, 기본법 제9조가 일의적으로 규정한 송·수신의 시기를 발신·도달의 시기로 파악하는 것은 정확하지도 또한 적절하지 않다고 할 것이다. 따라서 기본법 제9조가 우리 실정법체계에 맞게 개정되어야 할 것이다.⁷⁴⁾ 이 때 전자거래의 양 당사자의 컴퓨터 등이 Modem 등을 통하여 직접 연결된 경우⁷⁵⁾와 VAN 등의 통신망을 이용하는 경우를 구분하는 것이 필요할 것이다.

(다) VAN 등의 통신망을 이용한 의사표시에서 의사표시의 발신과 도달을 구체적으로 검토하면 다음과 같다⁷⁶⁾:

먼저 發信은 표의자의 의사가 컴퓨터 등에 의하여 digital 신호로 변환되어 상대방측(상대방 또는 그의 대리인)을 향하여 표의자측(표의자 또는 그의 대리인)의 지배범위, 즉 Mail-Server 등을 벗어나는 순간에 이루어진다고 하여야 할 것이며, 구체적으로 POP-Server가 표의자측의 지배영역에 속한다면 디지털신호가 표의자측의 POP-Server를 거쳐 상대방측의 SMTP-Server를 향하여 송신된 때, 그리고 POP-Server가 표의자측의 지배영역 밖에 있다면 디지털신호가 표의자측의 SMTP-Ser-

子文書”의 개념 참조)의 송·수신이 아니라 전자문서에 포함된 신청 등의 “意思表示(또는 意思의 通知)”의 송·수신이 문제되었고, 그 결과 “수신”이 아니라 “도달”이라는 용어가 사용된 것이 아닌가?

73) 民法注釋(II)/朴英植, 607쪽 참조.

74) 이 점과 관련하여 Guide to Enactment of the UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce, commentary to Article 15, para.101이, 발신(dispatch)이 이미 확립된 의미를 가지는 경우에는 송·수신시기에 관한 모델법 제15조가 그것을 보충하는 것이지 그것을 대체(displace)하려는 것이 아니라고 한 점 및 나아가 para.103도 도달(receipt)과 관련하여 모델법이, 의사표시가 상대방의 (지배)영역(the sphere of the addressee)에 들어가는 것으로 이해하는 개별국의 법(주로 대륙법계의 법)을 변경(overrule)하려는 것은 아니라고 한 점이 주목되어야 한다. 그런데 과연 기본법을 제정하면서 이미 확립된 “발신” 및 “도달”의 의미를 고려하였는가? 이러한 관점에서 가령 李哲松, 앞의 글, 115~6쪽이 기본법의 규정 때문에 발신에 관한 논의가 불필요하게 되었다고 한 것에 대해서는 의문이 없지 않다.

75) 이 경우에 기본법 제9조 제1항에 의하면 송신과 수신은 동시에 이루어진다.

76) 전자거래의 양 당사자의 컴퓨터 등이 Modem 등을 통하여 직접 연결된 경우에 관해서는 池元林, 앞의 글(法學論叢), 99~100쪽 참조.

ver에서 POP-Server를 향하여 송신된 때라고 하여야 할 것이다.⁷⁷⁾

한편 到達⁷⁸⁾은 표의자측에서 송신한 디지털신호가 상대방측의 지배영역, 즉 Mail-Server 등에 들어가는 순간에 이루어진다고 하여야 할 것이며, 구체적으로 POP-Server가 상대방측의 지배영역에 속한다면 디지털신호가 상대방측의 POP-Server에 입력된 때, POP-Server가 상대방측의 지배영역 밖에 있다면 디지털신호가 POP-Server에서 상대방측의 SMTP-Server에 입력된 때라고 하여야 할 것이다. 다만 의사표시의 전달을 위하여 통신사업자의 전자사서함을 이용하는 경우에는 상대방측이 그 사서함을 검색할 것을 기대할 수 있는 때에 비로소 도달이 있다고

77) 참고로 吳炳喆, 앞의 책, 207쪽은 전자사서함을 이용하는 경우에 의사표시의 발신 시점은 전자사서함에 입력되는 순간이라고 하며(同旨로 김용직·지대운, 앞의 글, 120쪽), 전자사서함을 향하여 구체적 의사가 전송되는 순간에 발신이 이루어진다는 필자의 견해(池元林, 앞의 글(저스틱스), 52쪽)에 대하여, "민법 제531조에서 취하고 있는 발신주의를 고려한다면, 전자사서함의 오류로 인한 위험까지 원칙적으로 수신자가 부담하도록 하는 것이 적절한가 의문"이라고 비판한다. 그러나 이러한 비판은 민법 제531조가 제528조와 제529조의 도달을 전제로 한 것(이에 관해서는 우선 註 47의 본문 참조)을 망각한 것으로서, 가령 이른바 자연적 의사표시에서 우편함에 투입된 편지가 상대방에게 제대로 도달하지 않은 경우와 아무런 자이가 없다는 점에서 오히려 의문이 아닐 수 없다. 한편 盧憲嶽, 앞의 글(法曹 제516호), 67~8쪽은, 표의자의 컴퓨터가 구체화된 의사를 상대방에게 전송할 수 있는 신호로 변환하여 작성자의 Mail-Server 등을 벗어나는 순간 작성자 외의 자 또는 작성자의 대리인 외의 자가 관리하는 컴퓨터 등에 입력된 때라고 하고, 이 경우 Mail-Server 등을 거쳐 나가기 전에 기술적인 장애가 발생하여 개인용 PC에서 화면상 전송된 것으로 보였다고 하더라도 여전히 발신자의 LAN 상의 Mail-Server에 머물러 있다면 발신이 이루어졌다고 보기는 어렵다고 하는바, 이 입장은 기본법 제9조 제1항에 충실한 해석이지만, 앞에서 본 것처럼 발신을 법적 평가에 의하여 판단하여야 한다면, 본문과 같이 이해되어야 할 것이고, 오히려 기본법의 동 조항이 개정되어야 하지 않을까?

78) 이와 관련하여 기본법 제9조 제2항은 해석상 논란의 여지가 있을 수 있다. 그런데 동 조항 소정의 "수신할 컴퓨터 등을 지정한"다는 것은, 수신받을 컴퓨터와 같은 물리적 장치들 의미하는 것이 아니라, E-mail 주소나 Fax 번호와 같이 전자문서가 도달될 수 있는 특정한 매체를 지정한다는 의미로 파악되어야 한다. 그리고 이 때 수신자가 지정하는 컴퓨터 등은 수신자가 소유하거나 관리하는 것에 한하지 않는다. 이에 관하여 자세한 것은 우선 李哲松, 앞의 글, 116~9쪽 참조. 기본법 제9조 제2항과 관련하여 덧붙일 것은 가령 같은 항 제1호 단서가 적용되는 경우에 그에 규정된 시기보다 먼저 표의자의 상대방이 의사표시가 도달한 사실을 인식하였다면 그 때 이미 도달이 있었다고 보아야 한다는 점이다. 상대방의 了知可能性을 기준으로 도달 여부가 판단되어야 하기 때문이다. 同旨 Franzen, Bürgerlich-rechtliche Aspektr des Informations- und Computerrechts aus deutscher Sicht, S.5.

할 것인바, 79)80) 가령 E-mail을 이용하는 경우를 상정한다면 사적 이용과 업무상 이용(private Nutzung und geschäftliche Nutzung)을 구별할 필요가 있을 것이다. 즉 업무목적으로 전자사서함을 개설한 경우에는 업무시간 중에 수시로 사서함을 열어볼 것이 기대되므로 업무시간 중에 도달한 것으로 볼 수 있을 것이지만, 업무시간이 종료된 후에 전자사서함에 의사표시가 입력되었다면 다음 업무일의 업무시간에 도달되었다고 하여야 한다. 반면 사적으로 전자사서함을 개설한 경우에는 업무용으로 개설한 경우와 달리 수시로 사서함을 열어볼 것을 기대하기 어렵기 때문에 실제로 사서함을 열어본 시간에, 그러나 의심스러운 경우에는 의사표시가 수신된 다음 날에 도달한 것으로 보아야 할 것이다.⁸¹⁾ 이 때 상대방의 개별적인 해독가능성⁸²⁾ 및 상대방이 그 의사표시를 자기의 컴퓨터로 가져왔는지 여부는 문제되지 않는다. 반면 의사표시가 Fax나 Telex 등을 통하여 전송되는 경우에는 메시지가 인쇄되는 순간에 도달이 이루어지며, 따라서 상대방측의 기계장치의 흠으로 인한 위험은 표의자가

79) 池元林, 앞의 글(저스티스), 52~3쪽.

80) 이와 관련하여 吳炳喆, 앞의 책, 213쪽은, 전자사서함을 이용하는 경우에는 전자사서함에 표의자의 의사표시가 저장된 사실을 상대방 또는 상대방 컴퓨터가 인식하고 그 의사표시를 자신의 컴퓨터로 전송하도록 명령하는 순간에 도달이 이루어졌다고 한다. 그러나 도달의 법적 의미가 사회관념상 일반적으로 상대방이 요지할 수 있는 상태라고 본다면 늦어도 상대방이 검색할 것이 기대되는 순간에 도달이 있다고 보아야 할 것이다. 그 근거에 관해서는 池元林, 앞의 글(저스티스), 53쪽 註 37. 同旨의 것으로 盧泰巖, 앞의 글(法曹 제516호), 70~1쪽.

81) Franzen, aaO, S.5f. 참고로 야간이나 일요일 또는 공휴일에 도달한 경우에는 아직 도달이 이루어지지 않았다는 필자의 주장(註 79)에 대하여 가령 李哲松, 앞의 글, 122쪽이 이는 도달시기에 관하여 일반적으로 제기되는 문제이지 전자거래에 관하여 특유하게 제기되거나 달리 해결되어야 하는 것은 아니라고 하는바, 적절한 지적이라고 생각한다. 나아가 전세계를 상대로 24시간 활동하는 것이 가능하고 또한 그렇게 할 것이 예상되는 Cyber 물에서의 거래와 관련하여 필자의 주장에 대한 의문이 제기되는바(가령 盧泰巖, 앞의 글(法曹 제516호), 71쪽 註 64), 수긍할 만한 비판이기는 하지만, 동 비판이 전자거래를 대화자간의 거래로 파악한다는 점에서 과연 정당한 결과를 도출할 수 있는지 검토를 요한다.

82) 가령 상대방이 문맹이어서 전자메이터를 해독할 수 없는 경우에도 도달은 증명된다. 그러나 적어도 평균적 일반인에게는 해독이 가능하여야 한다. 따라서 작성자의 전자문서가 범용성이 없는 특수한 프로그램으로 작성되었거나 평균적인 일반인으로서로는 解得할 수 없는 외국어로 작성되었다면, 특별한 사정이 없는 한, 도달되지 않은 것으로 보아야 할 것이다. 李哲松, 앞의 글, 118쪽 참조.

부담한다고 할 것이다. 따라서 가령 Fax에 의한 전송의 경우에 정보가 상대방측의 Fax에 입력되었으나, 송지가 영커서 인쇄가 되지 않았다면 표의자가 그에 대한 위험을 부담한다.⁸³⁾

(라) 이 상에서 본 전자거래에 있어서의 의사표시의 전달과정을 상세하게 입법화하는 것은 필요하지도 또한 적절하지도 않으며, 이에 관한 판단은 확실히 판례에 맡기는 것이 바람직할 것이다. 다만 기본법 제9조 제2항이 수신자의 시기를 규정하는 것은 - 전자거래가 가지는 기술적인 특성에 비추어 - 의사표시의 도달시기를 명확히 함으로써 분쟁을 예방한다는 점에서 의미를 가지므로, 기본법 제9조를 다음과 같이 개정하는 것이 바람직하다⁸⁴⁾:

제9조 (의사표시의 도달) 전자문서에 포함된 의사표시는 다음 각호의 1에 해당하는 때에 도달된 것으로 본다.

1. 수신자가 전자문서를 수신할 컴퓨터 등을 지정한 경우에는 지정된 컴퓨터 등에 전자문서가 입력된 때. 다만 지정된 컴퓨터 등이 아닌 컴퓨터 등에 입력된 경우에는 수신자가 그 입력되었음을 알았을 때를 말한다.
2. 수신자가 전자문서를 수신할 컴퓨터 등을 지정하지 아니한 경우에는 수신자가 관리하는 컴퓨터 등에 입력된 때

2. 전자거래기본법 제12조

(가) 전자거래에서는 수신확인을 요구하는 경우가 많다. 이는 데이터의 발신인이 상대방에 대하여 데이터를 수령하였음을 확인하여 발신인에 대

83) 池元林, 앞의 글(法學論叢), 101쪽.

84) 아래의 개정의견은 필자가 산업자원부의 전자거래기본법 개정 실무작업반의 일원으로서 제안한 것을 수정한 것으로서(실무작업반의 개정의견으로 채택되지는 않았다) 기본법 제2조 제1호 소정의 "전자문서" 및 "컴퓨터 등"의 용어가 적절한가에 대한 판단은 유보되었음을 미리 밝혀둔다. 위 실무작업반의 개정의견 및 그를 토대로 한 법무부의 개정안에 대해서는 산업자원부 주최로 2001년 7월 20일 무역회관에서 열린 電子去來基本法 改正을 위한 公聽會 자료집 19~23쪽을 참조하라. 그리고 기본법 제9조를 본문에 서와 같이 개정한다면 그에 따른 후속조치로서 기본법 제10조의 자구수정이 있어야 함은 물론이다. 참고로 법무부의 전자거래법제 개정실무위원회의 위원인 김재형 교수는 기본법 제9조가 송신과 수신을 "의제"하고 있는 점에 대하여 비판적인 입장을 취한다.

하여 통지할 것을 요구하는 것으로서 데이터의 전송상의 잘못 때문에 생길 수 있는 당사자 사이의 다툼을 예방하는 기능을 한다. 그런데 이러한 요구가 있는 경우에 그것이 계약의 성립에 어떤 영향을 미치는가 하는 것이 문제될 수 있다. 이하에서 이를 살펴본다.

(나) 기본법 제12조 제2항은 수신확인을 효력발생“조건”으로 하여 행하여진 데이터의 송신은 수신확인통지의 도달시까지 송신되지 아니한 것으로 본다. 그러면 이러한 수신확인을 민법규정들과 관련하여 어떻게 취급하여야 하는가? 이에 대해서는 승낙자가 수신확인을 요구하는 것을 계약의 성립시기에 관하여 본래의 의미의 조건을 붙인 것이라고 새긴다면 그것이 새로운 청약이 되므로(민법 제534조) 당초의 청약자가 그 새로운 청약에 대하여 승낙하여야 비로소 계약이 성립하게 된다는 견해가 있을 수 있고 이것이 민법의 규정에 충실한 해석일 것이다. 그러나 이와 달리 수신확인은 전자거래의 특성에 따른 것으로서 승낙의 내용에 조건을 붙인 새로운 청약으로 볼 것이 아니라 승낙의 효력발생시기만을 수신확인의 도달시까지 연기하려는 것이므로 승낙의 효력발생은 수신확인도달시가 되고, 계약의 성립시기는 승낙의 수신확인의 도달시라는 견해⁸⁵⁾와 기본법 제12조 제2항이 수신확인으로 유발되는 법률적 효과까지를 다루는 것이 아니라는 견해⁸⁶⁾ 등이 주장되고 있다.⁸⁷⁾

(다) 그런데 위 견해들의 당부는 차치하고, 기본법 제12조 제2항이 사용하는 “條件”을 특히 민법 제534조와 관련하여 어떤 의미로 새겨야 할 것

85) 盧泰巖, 앞의 글(法曹 제517호), 123쪽; 한용길, 앞의 글(比較私法), 24쪽. 同旨 吳炳喆, 앞의 책, 210쪽; 鄭鍾休, 앞의 글(인권과 정의), 83쪽. 이 견해에 의하면 기본법 제12조는 민법 제534조에 대한 특칙이라고 이해되어야 할 것이다.

86) 李鍾柱, 앞의 글, 85~6쪽. 그리고 李哲松, 앞의 글, 132쪽은, 수신확인제도는 계약법의 실질에 영향을 미칠 의도에서 마련된 것은 아니며, 수신확인은 단지 작성자의 문서가 수신자에 의하여 수신되었다는 사실을 증명하는 효력을 갖는 데에 지나지 않는다고 한다.

87) 이 문제에 관하여 '인터넷 사이버몰 이용표준약관'(2000년 1월 28일 공정거래위원회 고시) 제10조 제2항은 "'몰'의 승낙이 동 약관 제12조 제1항의 수신확인통지형태로 이용자에게 도달한 시점에 계약이 성립한 것으로 본다"고 하여 Cyber 몰에서의 계약의 성립시점은 몰의 승낙이 수신확인통지의 형태로 상대방(소비자)인 이용자에게 도달한 시점이라는 것을 밝히고 있다. 이 경우 구체적인 도달시점은 기본법 제9조에 의하여 판단되어야 할 것이지만, 정완용, 앞의 글, 65쪽 註 3은 이와 다른 입장을 취하는 듯하다.

인가 하는 것이 문제된다. 그런데 모델법 제14조를 옮긴 기본법 제12조가 모델법에서 사용된 “condition”을 條件으로 옮긴 것은 잘못이다. 왜냐하면 모델법 제14조는 국제물품매매에 관한 유엔협약(CISG) 제19조 제2항 단서에 나타난 바의 원칙, 즉 정약의 실질내용에 어긋나지 않은 경미한 부가조건의 경우에는 민법 제534조의 법리가 적용되지 않는다는 법리⁸⁸⁾를 전제로 한 것인데, 이러한 법리의 차이를 간과하고 기본법이 모델법 제14조를 그대로 효력발생“조건”으로 옮겼기 때문이다. 따라서 기본법 제12조의 수신확인이 우리 실정법체계 안에서 원래의 의미를 가지기 위해서는 민법 제534조의 적용을 배제하는 단서규정을 갖추어야 한다. 물론 현재의 해석론으로는 전자거래의 특수성을 고려한 모델법 제14조의 취지를 살리기 위하여 부득이하게 기본법 제12조 제2항 소정의 효력발생“조건”을 법률행위의 효력에 관한 본래의 의미의 조건으로 볼 것이 아니고, 의사표시의 전달에만 관련되는 것으로, 즉 수신확인으로 인한 법률효과에까지 영향을 미치지 않는 것으로 보아야 할 것이지만, 이러한 해석론은 민법 제534조에 정면으로 배치되는 것이어서 문제이다. 이는 기본법의 규정들이 우리 현행법과 조화될 수 있는가에 대한 입법과정에서의 검토가 미흡하였음을 단적으로 보여주는 대목이 아닐 수 없다.

(라) 이상의 논의를 기본법에 반영하기 위하여 기본법 제12조는 다음과 같이 개정되어야 한다⁸⁹⁾:

제12조 (수신확인) ①작성자가 수신확인을 조건으로 하여 전자문서를 발신한 경우에는 수신확인통지가 작성자에게 도달하기 전까지는 그 전자문서는 발신되지 아니한 것으로 본다. 이 경우 민법 제534조는 적용하지 않는다.

② (현행법 제3항과 같음)

88) 이에 관해서는 우선 池元林, 앞의 글(法曹), 199~201쪽 참조.

89) 이하의 개정시안은 필자가 산업자원부의 전자거래기본법 개정 실무작업반의 일원으로서 제안한 것을 수정한 것이다. 참고로 기본법 제12조 제1항은 너무나 당연한 규정 이어서 삭제되더라도 문제될 것이 없을 것이다. 위 실무작업반의 개정의견 및 그를 토대로 한 법무부의 개정안에 대해서는 電子去來基本法 改正을 위한 公聽會 자료집 26~8쪽을 참조하라.

제 3 절 意思表示의 瑕疵

1. 序

가상공간에서의 거래에 있어서 의사표시의 하자의 전형적인 예로는 가령 인터넷뱅킹에서 전자자금이체의 지급지시상에 하자가 있는 경우를 들 수 있다. 이러한 의사표시의 하자로는 구체적으로 지급지시가 부존재하는 경우,⁹⁰⁾ 지급인이 의도했던 수취인과 다른 수취인을 향하여 지급지시를 한 경우, 의도한 금액보다 많은 금액을 지시하였다든지 중복하여 지시하였다든지⁹¹⁾ 하는 경우(지급인의 착오에 의한 지급지시), 지급지시를 하는 지급인의 행위무능력 및 기타 의사표시상의 하자가 존재하는 경우 등이 문제될 수 있을 것이다.⁹²⁾

그런데 가령 인터넷뱅킹에서 자금이체에 오류가 있는 경우는 대부분 부담이득의 범리에 의하여⁹³⁾ 어느 일방당사자에게 크게 불리하지 않게 해결될 수 있지만, 이체금액이 수취인에 의하여 인출되었는데 수취인이 무자력인 경우 또는 수취은행에 의하여 상계처리됨으로써 이체금액을 회수할 수 없게 되어 부담이득반환청구권이 무의미하게 될 경우도 있을 수 있다. 이러한 경우에 누가 이체금액의 손실을 부담할 것인가 하는 문제는 결국 전자자금이체에서 필연적으로 발생하는 위험을 누가 부담할 것인가 하는 문제로 귀착되며 지급인, 지급은행, 수취은행, 수취인 그리고 이들간의 정보전달을 담당하는 통신사업자 등 다양한 당사자 중 누가 책임을 지느냐 하는 문제로 된다. 이를 결정함에 있어서 어떻게 하자 있는 지급지시로 인한 손실의 위험을 줄이면서도 신속하고 경제적인 결제수단이라는 성질을 해하지 않고 해결하느냐 하는 점이 중요한 고려요소로 된다.⁹⁴⁾

90) 가령 지급지시가 없었음에도 불구하고 권한 없는 제3자가 지급지시를 한 경우인 이른바 無權限移轉, 위조, 변조, 무권대리 등이 이에 포함된다.

91) 이 경우에는 기본법 제11조가 적용될 여지가 있으며, 가령 국민은행의 홈뱅킹업무지침 제10조(이에 관해서는 註 171 참조)도 같은 취지를 규정하고 있다.

92) 정경영, 앞의 글(比較私法 제7권 2호), 81쪽.

93) 그러나 그에 앞서 무권한자가 고객의 사용자번호, 암호, 계좌비밀번호 등을 제대로 입력한 경우에는, 은행이 선의·무과실이라 할 것이어서, 채권의 준점유자에 대한 변제(민법 제470조)로서 유효하게 될 수 있을 것이다. 이러한 경우에 관해서는 우선 韓雄吉, 앞의 글(民事法學), 335~7쪽 이하 참조.

94) 정경영, 앞의 글(比較私法 제7권 2호), 81~2쪽.

한편 의사표시의 흠에 관해서는 비대면거래인 전자거래의 특성을 고려할 때 진의 아니 의사표시(민법 제107조)나 통정한 허위의 의사표시(민법 제108조)가 문제되는 경우⁹⁵⁾란 거의 없으며, 가령 전자금융의 경우에는 금융기관과의 관계에서 사기·강박에 의한 의사표시(민법 제110조)의 경우를 상정하기란 어려울 뿐만 아니라⁹⁶⁾ 그 밖의 경우에도 특별한 검토를 요하지 않는다.⁹⁷⁾ 그러나 착오와 행위무능력에 문제에 관해서는 논의될 요한다.⁹⁸⁾ 이하에서 이를 살펴보기로 한다.

2. 錯誤의 경우⁹⁹⁾

가상공간에서의 거래에 있어서 각 당사자는 契約文言이 기술적으로 어떻게 작성되었느냐와 무관하게 그 내용을 원칙적으로 자기자신에 대하여 유효하게 하여야 한다. 또한 表示의 歸責은 흠 없는 經過에 있어서 통상 어려움을 주지 않는다. 그러나 컴퓨터의 개입과 결부된 위험원칙이 구체화되었을 때 意思表示가 取消될 수 있는지가 문제된다.¹⁰⁰⁾

그런데 가상공간에서 이루어지는 의사표시에 있어서는 매우 다양한 원인으로부터 흠이 발생할 수 있는바, 문제는 이와 같은 흠 있는 意思表示를 법적으로 어떻게 평가할 것이냐 하는 것이다.¹⁰¹⁾ 이와 관련하여 가상공간에서 이루어지는 意思表示에 있어서 흠의 類型化에 의하여 해결하고자 하는 전제가 일반적이다. 그러나 그것을 어떻게 유형화하느냐에 관해서

95) 이러한 하자가 문제되는 예외적인 경우의 해결책에 관해서는 우선 池元林, 앞의 글(저스티스), 54~5쪽 참조.

96) 정진명, "전자자금이체의 법적 문제", 인터넷법률 제3호, 47쪽.

97) 사기·강박에 의한 의사표시에 관해서는 우선 池元林, 앞의 글(저스티스), 59~60쪽 참조.

98) 착오나 행위무능력의 문제가 가상공간에서의 거래의 성립에만 관련되는 것이 아니라, 가령 뒤에서 보는 전자자금이체에서와 같이 거래의 이행과도 관련될 수 있음은 물론이다.

99) 아래의 서술은 註釋民法(제3판) 총칙(2)/池元林, 741쪽 이하를 요약·정리한 것이다. 이와 다른 견해로 이른바 전자적 의사표시라는 개념을 전제로 하는 吳炳喆, 앞의 책, 218쪽 이하도 참조.

100) Brehm, "Zur automatisierten Willenserklärung", FS Niederländer, S.234f.

101) 吳炳喆, 앞의 책, 224쪽은 이것이 전자적 의사표시의 법적 규율에서 가장 중요한 문제라고 한다.

는 견해가 갈라지는데, 인터넷 등을 통한 의사표시의 흠에 관한 문제들을 ①입력된 자료가 잘못된 경우, ②프로그램 자체에 흠이 있는 경우 및 ③시스템 자체나 설비의 이용에 잘못이 있는 경우로 나누어 살펴보는 것이 타당할 것으로 생각된다.¹⁰²⁾¹⁰³⁾

먼저 ①의 경우에 동기작오로서 취소가 고려되어야 할 것이며 자동화 설비의 운영자는 外觀責任의 法理에 따라 상대방에게 책임을 지우도록 할 것이 타당할 것이라는 견해¹⁰⁴⁾가 있다. 그러나 입력행위 자체가 잘못된 경우에 가령 서면에 의한 계약이체에서 상대방의 이름이나 계좌번호, 금액 등을 잘못 표시한 경우와 컴퓨터에 그것들을 잘못 입력한 경우를 구별하여야 할 합리적인 근거가 없으며, 따라서 통상의 표시상의 착오와 마찬가지로 민법 제109조에 의하여 다루어야 할 것이다. 즉 그 취소가능성은 - 당연히 착오의 존재가 증명됨을 전제로 하여 - 착오가 “法律行爲의 內容의 重要部分”에 관한 것인지 및 표의자에게 重大한 過失은 없는지에 좌우될 것이다(동조 제1항). 다만 가상공간에서의 거래에 있어서는 보통 신속한 거래가 요구되고 상대방으로서도 이를 개별적으로 다루지 않고 유사한 거래를 대량적으로 다룰 것이 예상되므로 - 여기서 비로소 外觀法理 내지 信賴保護의 原則이 개입하게 된다 - 잘못 입력되었는지 여부를 신중하게 검토할 표의자의 의무가 인정될 수 있을 것이고 이를 현저하게 해태하였다면 표의자의 중대한 과실이 인정될 것이어서 취소권이 배제될 수도 있을 것이다. 한편 가령 인터넷뱅킹에서 고객이 잘못된 자료를 올바른 것으로 착각하여 입력한 경우(가령 민법 제378조에 기한 금전의

102) 그 밖에 원하지 않은 機械的 表示라는 문제사례는 歸責된 意思表示의 예로 될 수 있을 것이다. 즉 어떤 자동화설비가 전혀 다른 맥락에 끼어 든 프로그래머 등의 프로그램상의 또는 조작상의 실수에 의하여 예기치 않게 “체멋대로” 意思表示를 작성하여 송부하기 시작하였다면, 민법 제391조를 유추하여 표의자의 과실을 인정할 수 있을 것이고, 따라서 그 의사표시는 표의자에게 귀책된다고 할 것이다.

103) 한편 吳炳喆, 앞의 책, 225쪽 이하는 전자적 의사표시의 진행과정에 따라 착오의 유형을 심리적 의사형성단계의 하자, 전자적 의사로의 전환의 하자, 입력행위의 하자, 의사구체화과정의 하자(이에는 소프트웨어의 하자, 하드웨어의 하자, 계산의 착오가 포함된다), 표시과정의 하자 그리고 전달의 하자로 분류하여 고찰한다. 이러한 분류에 대한 평가로는 池元林, 앞의 글(저스티스), 58~9쪽.

104) 金相答, 앞의 글, 51쪽 註 14.

이체에 있어서 환출의 착오)에는 인터넷상의 의사표시에서의 특수성이 전혀 없으므로 이를 따로 논할 실익이 없고, 일반적인 경우와 마찬가지로 동기의 착오로 다루면 족할 것이다.

②의 경우, 즉 프로그램 자체에 흠이 있는 경우에 독일의 이론은 이를 계산의 착오 또는 동기의 착오로 다루어 취소가능성을 배제하는 것이 일반적이다. 그러나 프로그램의 흠으로 표의자의 진의에 부합하지 아니한 표시가 이루어진 경우에는 위 ①에서와 마찬가지로 처리되어야 할 것이다(가령 誤記의 경우와 과연 무엇이 다른가?). 다만 프로그램 자체에 흠이 있는 경우에는 표의자가 이를 확인하는 것이 쉽지 않기 때문에, 특단의 사정이 없는 한, 표의자에게 프로그램에 흠이 있는지 여부를 조사해 보고 거래에 이용하여야 할 의무를 인정할 수는 없을 것이어서 중대한 과실이 인정되기 어려울 것이다.

이 점은 ③의 경우에도 마찬가지라 할 것이다. 이 경우에도 반대견해¹⁰⁵⁾가 있으나, 특히 시스템 자체에 흠이 있는 경우에는 ②의 경우와 마찬가지로 새겨야 한다. 다만 입력이나 조작이라는 手作業에서의 흠이 아니라 자동화장치가 표의자의 적절한 지시 없이 조작되었다면, 가령 資金移替委任命令(Überweisungsaufträge)을 담은 마그네틱밴드를 프로그래머가 故意로 다시 한번 컴퓨터에 삽입하여 表示의 내용을 바꾸었다면, 표의자의 行爲意思가 결여되었으므로 유효한 表示가 존재하지 않는다고 할 것이다.

결국 위의 ②나 ③의 경우에 프로그램의 흠을 포함하여 시스템 자체의 잘못이 무조건 표의자에게 귀책되어야 한다는 결론은 받아들이기 곤란하며, 그러한 의사표시가 표의자에게 귀책되기 위해서는 별도의 귀책사유가 있어야 한다. 물론 컴퓨터 등의 장치의 이용에 따른 편리함도 고려하여야 할 것이지만, 그것이 표의자에게만 주어지는 이익은 아니다. 따라서 그러한 장치의 이용 자체가 귀책요소로 작용할 수는 없다. 다만 이상의 논의는 논리적으로 그렇다는 것이지, 실제로 가상공간에서의 거래에 있어서 착오의 존재를 입증하기가 극히 어렵다는 것은 별개의 문제이다.

105) 가령 金相答, 앞의 글, 62쪽.

3. 無能力의 경우

미성년자, 한정치산자, 금치산자와 같은 행위무능력자가 가령 인터넷뱅킹을 이용한 경우에 은행측에서는 송신된 전자데이터 자체로부터 고객이 무능력자인지 판단할 수 없고, 따라서 이러한 경우를 어떻게 처리할 것인가 하는 것이 문제된다.

이에 관해서는 행위무능력자, 특히 미성년자의 거래에는 취소를 인정해서는 안 되지만 적어도 금치산자의 경우에는 이러한 결론을 취할 것이 아니라는 견해가 보인다.¹⁰⁶⁾ 이러한 주장의 배후에는 인터넷 등을 통한 가상공간에서의 거래의 특성과 거래상대방의 보호라는 입장이 있는 듯하다. 그러나 무능력자제도는 거래의 안전 내지 사회 일반의 이익을 희생하면서까지 무능력자 본인을 보호하려는 민법의 근본결단의 하나로서¹⁰⁷⁾ 거래상대방의 보호를 위하여 희생될 수 있는 것이 아니다.

따라서 원칙적으로 가상공간에서의 거래라 하더라도 무능력을 이유로 당해 거래를 취소할 수 있다고 할 것이다. 그러나 가령 미성년자가 주민등록번호 생성기 등을 이용하여 허위의 성년자의 주민등록번호를 입력하여 거래를 개시하였다면 민법 제17조를 적용(내지 유추)하여 그 취소권이 배제된다고 할 것이다. 다만 거래의 실제에 있어서 거래의 개시가 off-line으로 이루어지는 경우가 적지 않고, 이러한 경우에는 가상공간에서의 거래의 특수성이 인정되지 않는다. 가령 인터넷뱅킹에서는 거래당사자가 미성년자인 경우에 부모 중 어느 한 사람이 대신 신청하여야 하는바,¹⁰⁸⁾ 그러한 부모의 대리신청에 예금에 대한 처분의 허락(민법 제6조)이 묵시적으로 포함되어 있다고 새긴다면 무리 없는 결과를 도출할 수 있을 것이다.

한편 무능력자가 무권한거래를 한 경우에는 그에 따른 효과가 무능력자에게 귀속되지 않으므로 도대체 무능력을 이유로 하는 취소가 문제되

106) 가령 정종휴, 앞의 글(比較私法), 30쪽.

107) 많은 것들 대신 李英俊, 民法總則(全訂版), 799~800쪽 참조.

108) 국민은행의 홈뱅킹업무지침(2000.8.21. 개정) 제3조 (이용신청 접수)

②미성년자가 서비스를 이용하고자 할 때에는 본인 외에 부(父) 또는 모(母)가 대신 신청할 수 있으며, 이 경우에는 부 또는 모의 실명확인증표와 가족관계를 확인할 수 있는 서류를 받는다.

지 않으며, 뒤에서 보는 바와 같이 암호 등을 제대로 관리하지 않은 고객은 약관에 의하여 그로 인한 책임을 부담하게 된다.

제 4 절 約款의 明示·說明

현실세계에서의 전통적인 거래에서와 마찬가지로, 아니 그보다 훨씬 더 가상공간에서의 거래에서는 약관이 이용된다.¹⁰⁹⁾ 이는 다수의 대량거래가 반복된다는 가상공간에서의 거래의 특성에 따른 불가피한 결과라 할 것이다.¹¹⁰⁾ 그런데 문제는 약관이 계약내용으로 편입되기 위하여 요구되는 약관의 명시·설명 의무(약관의규제에관한법률 제3조 참조)를 어떻게 새길 것인가 하는 점이다.¹¹¹⁾

이에 대하여 약관의 명시 의무는 약관의 공정성이 확보된 후부터 약화되는 현상을 보이며, 판례(가령 대법원 1999.5.11. 선고 98다59842 판결)가 약관조항 중 법령에 정해진 사항이나 거래관행상 일반적인 사항은 설명할 필요가 없다고 하므로, 예외가 인정된다는 주장이 있다.¹¹²⁾ 그러나 은행이 인터넷 등과 같은 특별한 거래방식 내지 채널을 이용하는 경우에 약관의 교부·설명 의무가 당연히 면제된다고 새길 것은 아니다.¹¹³⁾

109) 전자거래에서 이용되는 전자적 형태의 약관은 흔히 電子約款이라고 하는데, 金晉煥, “約款의 契約輸入과 電子約款”, 法學 제537호, 116쪽은 보다 구체적으로 “일반당사자가 다수의 상대방과 계약을 체결하기 위하여, 인터넷과 같은 개방형 시스템 하에서 컴퓨터 등 연산작용에 의한 정보처리장치를 통해 일정한 형식에 따라 미리 마련한 계약의 내용이 되는 것”이라고 제한적으로 정의한다.

110) 이에 따라 공정거래위원회에서는 ‘전자거래 소비자보호지침’과 ‘인터넷 사이버몰 이용표준약관’을 마련하고 전자상거래업체가 위 표준약관을 채택할 경우 인증을 주는 전자상거래 표준약관 인증제도를 시행하고 있다. 위 표준약관에 관하여 자세한 것은 우선 張敬煥, “인터넷 사이버몰 이용표준약관의 검토”, 商事法研究 제19권 제2호, 21쪽 이하 참조.

111) 약관에 관한 기존의 논의가 주로 약관의 내용통제에 집중되어 왔는데, 이 점은 가상공간에서의 약관에 대해서도 그대로 적용되므로 특별히 언급할 필요가 없다고 할 것이다.

112) 정종휴, 앞의 글(比較私法), 24쪽.

113) 同旨 김성태, “인터넷 證券去來의 법적 문제와 證券去來約款”, 比較私法 제7권 2호, 143쪽. 대법원 1999.3.9. 선고 98다43342, 43359 판결(법원공보 1999, 634)도 동 신판매방식으로 체결된 상해보험계약에서 보험자가 약관내용의 개요를 소개한 것이라는 내용과 면책사고에 해당하는 경우를 확인하라는 내용이 기재된 안내문과 청약서를

즉 현실세계에서의 거래에서는 약관이 서면의 형식으로 작성되어 교부됨에 반하여, 가상공간에서의 거래에 이용되는 이른바 전자약관은 전자적 기록의 출력방식에 의하여 제시된다는 점에서 그 방식에 차이가 있을 뿐 성질이나 내용의 면에서 보통의 약관과 다를 바 없다.¹¹⁴⁾ 따라서 전자약관도 계약에 편입됨으로써 비로소 그 계약의 내용을 이루는 것으로서 약관의 명시·설명 의무(약관의규제에관한법률 제3조)가 그대로 적용된다고 하여야 한다.¹¹⁵⁾

이제 문제는 가상공간에서의 거래에 있어서 약관의 「明示」, 「交付」 및 「說明」을 어떻게 파악할 것인가 하는 점이다. 즉 기존의 거래에 이용되던 약관이 서면에 의한 고정적 형태를 통하여 可讀性과 交付可能性 등을 가졌던 반면, 가상공간에서의 약관은 視覺的인 可視性은 있으나 - 적어도 사이버공간이 아닌 현실세계에 있어서는 - 그 존재를 五感에 의하여 인지할 수 없는 비고정적인 형태로 존재함으로써 말미암아 기존의 약관에 관한 각종의 논의들이 그대로 적용될 수 있는지가 문제된다.¹¹⁶⁾ 따라서 이를 기존의 거래방식에서와 마찬가지로 새기면 새로운 거래수단의 발전을 막는 결과로 될 것이고,¹¹⁷⁾ 다른 한편 가상공간에서의 거래의 특성을 지나치게 강조한다면 약관의규제에관한법률의 입법취지를 몰각하게 될 것이기 때문이다. 따라서 이에 관하여 별도의 법적 규율을 요한다고 할 것이다.

그러면 이것을 어떻게 해결하여야 할 것인가?¹¹⁸⁾ 가상공간에서의 거래에서 이른바 전자약관이 제시되는 유형은 크게 ①약관의 전체 내용을 보여주지는 않고 일정한 크기의 박스 안에 이를 놓아두고 고객들로 하여금 스크롤 바를 이용하여 그 전체를 살펴볼 수 있도록 하는 방법, ②약관의 전체 내용을 한 페이지에 모두 수록하여 두는 방법 및 ③드물기는 하지만 개인정보의 입력란 맨 아래 "이용약관에 동의하며 회원 가입을 신

보협계약자에게 우송한 것만으로는 보험자의 면책약관에 관한 설명의무를 다한 것으로 볼 수 없다고 하였다.

114) 同旨 金晉煥, 앞의 글, 108쪽.

115) 지원림, 앞의 글(디지털경제시대에서의 전자거래와 법 II), 51쪽.

116) 金晉煥, 앞의 글, 108쪽. 이른바 전자약관의 특성에 관해서는 同, 117쪽 참조.

117) 김성태, 앞의 글, 143쪽.

118) 이 점에 관한 미국에서의 논의에 관해서는 우선 金晉煥, 앞의 글, 118쪽 이하 참조.

청합니다” 등의 문구와 함께 이송약관으로의 링크만을 설정해 두는 방법 등으로 나누어진다.¹¹⁹⁾ 이 중 ①과 ②의 유형의 경우에는 약관이 명시되어 계약내용으로 편입되었다고 보아도 무방할 것이다.¹²⁰⁾ 그러나 ③의 유형, 즉 이른바 Hyperlink의 형태로 제공되는 경우에 이것으로 약관의 명시·설명 의무를 이행한 것으로 볼 것인지 여부는 전자약관의 화면상 표시방법, 고객의 접근 및 인식의 수월성, 고객의 약관송인 의사표시의 방법, 약관송인과 전자계약 체결의 순서와 방법 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 하며,¹²¹⁾ 특히 약관의 「설명」의무는 가상공간에서의 거래가 비대면거래인 점을 고려하여 해석되어야 할 것이다.¹²²⁾ 따라서 현재로서는 평균적 고객에 의하여 연결약관이 비록 피상적으로나마 간과되지 않고 검토되었고 또한 그것이 약관의 중요한 내용을 분명하게 보여주는 것이라면 그 약관이 계약내용으로 편입될 수 있을 것이지만, 약관의 제시가 다른 수많은 Hyperlink에 파묻혀 쉽게 인식할 수 없을 뿐만 아니라 평균적 고객이 약관의 참조를 간과할 수 있는 것이라면, 나아가 약관의 제시가 불명확하거나 오해를 유발할 수 있다면(가령 생소한 외국어로 된 Hyperlink) 계약내용으로 편입되지 못한다고 할 것이다.¹²³⁾ 결국 고객이 전자약관의 내용을 확인하고 이를 인쇄하거나 다운로드받을 수 있는 상태로 제공하고 사업자의 홈페이지에 게시된 약관의 내용에 관하여 고객이 마우스의 클릭 등으로 동의 여부를 표시하게 한다면 약관의 「明示」 및 「交付」가 있는 것으로 볼 것이다. 나아가 전자약관의 중요한 내

119) 金晉煥, 앞의 글, 125쪽. 참고로 공정거래위원회의 '인터넷 사이버물 이용표준약관' 제3조 제1항은 약관의 내용과 상호, 영업소 소재지, 대표자의 성명 등을 이용자가 알 수 있도록 Cyber 물의 초기 서비스화면(전면)에 게시할 것을 규정하고 있다.

120) 金晉煥, 앞의 글, 127쪽.

121) 사법연수원, 앞의 책, 270쪽.

122) 張敬煥, 앞의 글, 37쪽; 정완용, 앞의 글, 69쪽 등은 약관의규제에관한법률 제3조 제2항 단서에 의하여 계약의 성질상 설명이 현저히 곤란한 경우에는 약관의 설명의무가 면제된다는 점을 근거로 전자거래에서는 Cyber 물을 통한 비대면거래로 이루어지기 때문에 약관의 「說明」의무는 면제된다고 한다.

123) Harting, Internetrecht, S.133f. 金晉煥, 앞의 글, 127쪽은 ③의 방법은 약관의 내용을 살펴볼 수 있는 링크만을 설정하여 두었을 뿐 현실적으로 이용자에게 그 내용을 제시하였다고 볼 수 없어 전자약관의 명시가 있었다고 평가하기에는 다소 미흡하다고 평가한다.

용(가령 사업자의 면책사유)에 관해서는 이를 유형별로 몇 가지 소항목으로 나누어 고객의 주의를 환기시킬 수 있도록 하는 방법(가령 글자체, 글자의 크기나 색깔 등을 달리 하거나 박스에 집어넣는 방법)을 갖추고 그에 덧붙여 개개의 소항목에 대하여 고객이 마우스의 클릭 등으로 동의 여부를 다시 한번 표시하게 하면 약관의 「說明」이 있었다고 볼 것이다. 아울러 전자약관의 중요한 내용을 제시하면서 담당자의 E-mail 주소를 병기함으로써 고객이 의문사항에 대하여 수시로 질문할 수 있도록 하거나 전자약관의 중요한 내용에 대하여 click하는 경우에 음성메시지를 들을 수 있도록 하는 것도 가능한 방법일 것이다. 그 밖에 고객이 입력한 E-mail 주소로 등록코드를 발송한 후 최초의 로그인 과정에서 고객이 그 코드를 입력하거나, 고객의 전자서명이 첨부된 회신이 도달하여야만 웹사이트의 서비스를 정상적으로 이용할 수 있게 하는 방안도 제시되고 있다.¹²⁴⁾

다만 거래의 실제에 있어서는 거래의 개시가 off-line으로 이루어지는 경우가 적지 않고, 이 경우에는 가상공간에서의 거래의 특수성이 인정되지 않는다. 가령 인터넷뱅킹에서는 아직까지 고객이 영업점 창구에서 서면에 의한 신청서를 접수함으로써 거래가 개시되므로,¹²⁵⁾ 약관의 명시·설명의 문제는 보통의 창구거래에서와 다르지 않을 것이어서 아직까지는 이 문제가 구체적으로 나타나지 않고 있다. 그러나 이러한 경우라도 약관을 개정하려고 하는 때에는 다시 문제가 발생할 수 있다. 이에 관하여

124) 金晉煥, 앞의 글, 136~7쪽. 참고로 同, 133쪽은 은 전자약관의 설명에 관하여, “이 제까지의 일반적인 형태의 계약체결방법인 대면거래와 점차 보편화될 것으로 예상되는 새로운 형태의 계약체결방법인 비대면거래의 차이는 약관의 설명의무의 ‘정도’에 있는 것이 아니라, 그 ‘방식’에 있다고 하여야 한다. 따라서 비대면거래 유형에서도 대면거래에서 행하는 설명과 동일한 정도의 효과를 얻을 수 있는 설명방식을 취하였다면 규범적으로 의당 약관법상의 설명의무를 이행한 것으로 평가하여야 할 것이다”라고 하고, 同, 134쪽 이하는 전자약관의 중요내용에 관한 설명의무 이행을 위한 추상적 판단 기준으로 ①전자약관의 ‘명시’와 그 ‘중요내용’에 관한 설명 단계의 명확한 구분, ②평이한 서술과 효과적인 시청각 수단의 활용, ③설명과정의 세분화와 상호작용(interaction) 기능의 이용, ④설명과정의 종료가 웹사이트 이용의 전체조건이 되는 시스템의 구성 등을 들고 있다.

125) 조회서비스는 대개 PC로 신청할 수 있지만, 이 경우 고객은 계좌이체를 할 수 없으며, 계좌이체를 위해서는 영업점에서 신청을 하여야 하므로, 크게 문제되지 않는다.

대체로 영업점 또는 이용매체의 화면에 변경된 약관을 일정기간 게시하고 이에 대한 서면이의가 없으면 변경된 약관을 승인한 것으로 보지만, 126) 약관의 일방적 변경금지의 원칙과 관련하여 사업자가 일방적으로 약관을 변경한 후 이에 대한 고객의 동의를 약관에 의하여 의제하는 것은 엄격히 금지되어야 하며, 특히 계속적 계약관계에서 약관의 변경은 양 당사자가 계약체결시 약관의 편입합의와 동일한 방법으로 약관변경의 합의를 하여야 하는 외에 변경된 약관의 명시는 약관의규제에관한법률소정의 명시방법(교부 및 설명의무를 포함한다)에 따라야 한다. 127) 따라서 보다 적극적으로 고객이 화면에 띄워진 변경약관에 동의하는 click을 하도록 하고 아울러 위의 설명의무의 이행에 필요한 조치를 강구할 필요가 있지 않을까? 128)

제 5 절 保安節次

1. 保安節次의 必要性

가상공간에서의 거래에서 발생하는 운영상의 위험이 네트워크와 운영시스템(OS: operating system)에 대한 접근의 통제와 관련하여 발생할 수 있다. 특히 열린 구조(open architecture)를 지향하는 가상공간에서는 당사자 및 정보의 진정성이 문제되므로, 거래당사자의 진정한 의사표시인지 여부를 확인하여 전달과정에 정보의 변경 등을 막기 위한 절차로서 보안절차가 필요하게 된다. 그런데 최근 해킹기술이 고도로 발전

126) 국민은행의 홈뱅킹서비스 이용약관 제16조 (약관변경)

①은행은 이 약관을 변경하는 경우 이를 영업점(하이터치서비스는 이용매체 화면에 동시)에 1개월간 게시하고 그 기간 안에 신청인의 서면에 의한 이의제기가 없으면 이를 승인한 것으로 본다.

127) 金晉煥, 앞의 글, 137쪽.

128) 참고로 공정거래위원회의 인터넷 사이버몰 이용표준약관 제3조에 의하면 “몰”이 약관을 개정할 경우에는 적용일자 및 개정사유를 명시하여 현행약관과 함께 “몰”의 초기 화면에 그 적용일자 7일 전부터 적용일자 전일까지 공지하여야 하며(제3항), 개정된 약관은 그 적용일자 이후에 체결되는 계약에만 적용되고 그 이전에 체결된 계약에 대해서는 개정 전의 약관조항이 적용되지만, 이미 계약을 체결한 이용자가 개정된 약관조항의 적용을 받기를 원하는 뜻을 개정약관의 공지기간 내에 “몰”에 송신하여 “몰”의 동의를 받은 경우에는 개정된 약관조항이 적용되도록(제4항) 정하고 있다.

하여 종래 관리자의 실수나 운영시스템의 오작동을 악용하던 초보적 수준에서 벗어나 전송되는 패킷을 엿보는 패킷 스니핑(packet sniffing)과 호스트의 IP 어드레스를 바꾸어 이를 통하여 해킹하는 IP 스푸핑(IP spoofing) 등 고난이도의 해킹방법들이 등장함에 따라 보안절차의 중요성이 더욱 강조되게 되었다.¹²⁹⁾

그런데 보안절차는 무권한자에 의한 정보의 전달, 정보의 위조, 정보의 오류를 예방할 뿐만 아니라 이러한 결과가 현실적으로 발생한 경우에 그로 인한 손실을 당사자 중 누가 부담하여야 하는가 하는 문제를 해결하는 데에 있어서도 중요한 판단기준으로 작용한다.¹³⁰⁾

2. 保安節次의 예와 그에 대한 評價

현재 가상공간에서의 거래에 관련된 업체들은 보안절차를 강화하기 위한 노력을 지속적으로 기울이고 있다. 이하에서는 그 예로 인터넷뱅킹에 관하여 국민은행이 행하고 있는 보안절차의 문제를 살펴보기로 한다.

(가) 국민은행에서는 인터넷뱅킹의 경우에 암호를 3회 연속하여 잘못 입력하면 당일 중 이용을 제한하고, 다음 날 최초 사용시 다시 오류입력하면 이후 이용을 제한한다.

(나) 국민은행은 인터넷뱅킹의 보안기능을 강화하기 위하여 미리 약속한 방법에 의하여 사용할 때마다 다른 암호를 생성하는 一回用 暗號(OTP: One Time Password)제도를 도입하였다. 즉 기존의 인터넷뱅킹에서는 한번 등록한 암호(사용자암호, 계좌이체승인암호 등)를 변경절차를 거치지 않는 한 계속 사용하였지만, 새로운 암호제도 하에서는 별도의 변경절차 없이 고객과 은행이 미리 약속한 장치를 이용하여 접속시 또는 계좌이체시마다 각각 다른 암호를 사용하며, 안전카드방식과 암호계산기방식을 병행적용하고 있다.

129) 심영, "전자금융에 있어서의 위험과 감독적 규제방안", 比較私法 제7권 1호, 78~9쪽. 그런데 보안절차의 필요성은 가상공간에서의 거래의 성립에만 관련되는 것이 아니라 가령 전자자금이체와 같은 이행의 측면에서도 요구된다.

130) 정경영, 앞의 글(比較私法 제7권 2호), 83쪽. 기본법 제10조 제2호도 이러한 고려에 기한 것이라 할 것이다.

이 중 안전카드는 신용카드 형태의 플라스틱 카드에 1부터 30까지의 일련번호를 인쇄하고 각 일련번호마다 암호(네 자리의 불규칙한 숫자)를 대응시켜 놓은 것으로, 각각의 고객에게 교부되는 카드마다 일련번호에 대응되는 암호가 서로 다르며, 은행 전산센터에서 카드별로 일련번호와 암호가 대응되는 내역을 관리하고 있어 어느 고객에게 어느 카드가 교부되었는지를 알고 있다. 그런데 카드를 수령한 고객이 인터넷뱅킹을 이용할 때마다 전산센터에서 카드 뒷면에 인쇄된 일련번호 중 특정번호의 암호를 입력하도록 요구하는데, 전산센터에서 지정하는 일련번호가 계속 바뀌므로 고객은 암호를 바꿔 쓸 수밖에 없다.

한편 암호계산기의 기본원리는 안전카드와 같으나 변경할 수 있는 암호의 수가 1백만개에 이르고 계산기에 내장된 암호함수를 이용하여 암호를 생성하는 것으로 전산센터에서 일련번호 대신 난수(Challenge: 여섯 자리 숫자)를 먼저 보내고, 고객은 그 숫자를 계산기에 입력한 후 "확인"키를 누르면 전혀 새로운 숫자(Response: 여섯 자리 숫자)가 계산기에 나타나며, 고객은 이를 암호로 입력하여야 한다. 포켓형 소형 전자계산기 형태의 암호계산기를 작동하기 위해서는 별도의 비밀번호가 필요하며, 암호계산기에 자체 비밀번호(4자리 숫자)를 설정한 후 비밀번호와 다른 비밀번호를 입력한 경우에 스스로 잠기게 되어 암호계산기의 정당한 소유자가 아닌 자가 부정하게 사용하는 것을 막을 수 있게 된다.

(다) 암호발생장치 또는 접속장치의 분실이나 도난, 비밀번호 또는 암호의 누설 등의 사고가 발생한 경우에 고객은 곧 영업점에 서면으로 신고하여야 하지만, 긴급하거나 부득이한 경우에는 전화 등으로 신고할 수 있으며, 이러한 경우 다음 영업일 중 서면으로 신고하여야 한다.¹³¹⁾ 그리고 고객에게 발생한 손해가 사용자번호, 암호, 비밀번호 등의 누설이나 암호발생장치, 접속장치 등의 분실 또는 도난으로 인한 경우에 은행은 면책된다.¹³²⁾ 그런데 앞에서 본 정도의 보안절차를 갖추었다면 적어도 현재의 기술수준에 비추어 볼 때 보안절차와 관련하여 요구되는 商業的

131) 국민은행의 홈뱅킹(국민하이터치·국민폰뱅킹·ARS공동망)서비스 이용약관(2001. 5.2. 개정) 제12조 제2항.

132) 국민은행의 홈뱅킹서비스 이용약관 제14조 제2호.

합理性¹³³⁾을 갖추었다고 평가될 수 있을 것이어서 면책조항이 약관의규제에관한법률에 위반되지 않을 것이다.

제 6 절 意思表示의 撤回

가상공간에서의 거래가 가지는 의사표시 형성과정의 즉시성이라는 특성 때문에 소비자 보호를 위하여 의사표시의 철회가능성이 검토되어야 한다. 즉 민법상 청약의 구속력이 인정되지만(민법 제527조 참조), 소비자 보호의 관점에서 講約의 撤回(Cooling Off)가 허용될 것인가 하는 것이 문제된다. 그런데 방문판매등에관한법률 제2조 제6호가 판매업자 또는 용역업자가 電氣通信 등의 매체를 이용하여 상품 또는 용역에 관하여 광고를 하고 전기통신의 방법에 의하여 소비자의 청약을 받아 상품을 판매하거나 용역을 제공하는 것도 “通信販賣”에 포함시키고 있으므로, 동법 제21조에 의한 철회가 가능하다.¹³⁴⁾ 그러나 이 철회는 통신판매업자의 귀책사유에 기한 것이다. 즉 소비자에게 인도될 당시 당해 상품이 훼손되었다거나 광고의 내용과 다른 상품이 인도되거나 용역이 제공되었다는 등 통신판매업자의 귀책사유가 인정되는 경우에만 철회가 허용된다.

이와 관련하여 가령 방문판매나 다단계판매에서와 같이 무조건적인 철회(방문판매등에관한법률 제10조, 제35조, 할부거래에관한법률 제5조 참조)를 인정할 것인가에 대하여 논란의 여지가 있지만, 이를 인정하여야 할 절박한 요청이 없는 것으로 보인다. 물론 가상공간에서의 거래에 있어서는 소비자가 불충분하거나 제한된 제품정보에 기하여 물품을 구매하거나 비대면거래의 특성상 실제 배달된 상품과 처음에 소비자가 생각하였던 상품이 성능이나 디자인, 색상 등에서 많은 차이가 있을 수 있고 또한 잘못된 판단과 주문을 할 가능성이 농후하기는 하다.¹³⁵⁾ 그러나 이를 근거로 자유로운 청약의 철회를 인정하는 것은 소비자가 자기책임 하

133) 이에 관해서는 우선 정경영, 앞의 글(比較私法 제7권 2호), 83~4쪽 참조.

134) 이 때 거래의 대상이 가령 소프트웨어나 음악파일과 같은 디지털상품이어서 on-line으로 다운로드받는 경우에 반품을 어떻게 할 것인가 하는 것은 약관으로 규정되어야 할 것이다.

135) 정완용, 앞의 글, 70쪽 참조.

에 가상공간에서의 거래를 체결하였으므로 그에 따른 이익과 함께 불이익도 소비자가 감수하여야 한다는 점¹³⁶⁾ 및 이행이 on-line으로 이루어지는 경우에 금부의 객체가 物性을 갖추지 않은 디지털제품이어서 자유로운 철회의 허용은 일방적으로 소비자에게 유리하게 될 수 있다는 점 등을 고려한다면 가상공간에서의 거래를 방문판매나 다단계판매와 동일하게 다루기는 어려울 것으로 생각된다.

136) 물론 가령 Spam mail에서 보는 바와 같이 소비자의 자의에 기한 것이 아니라 사업자가 일방적으로 상품의 정보를 강요함으로써 이익상황이 방문판매에서의 그것과 같은 경우도 있을 수 있지만, 이를 일반화하는 것이 과연 바람직한가?

제 5 장 假想空間에서의 去來의 履行에 관한 問題

제 1 절 序 言

가상공간에서의 거래가 이행되는 모습으로는 가령 매매목적물의 택배와 같은 전통적인 방식, 즉 off-line으로 이루어지는 경우와 가령 디지털제품을 다운로드받는 것과 같이 네트워크 상에서 직접 상대방에게 전송되는 방식, 즉 on-line으로 이루어지는 경우로 대별될 수 있다.

그런데 off-line으로 이루어지는 이행은 당해 거래의 성립이 가상공간에서 이루어진다는 점을 제외한다면 전통적인 통신판매상의 그것과 크게 다르지 않아서 기존의 법체계에 의하여 충분히 규율될 수 있다. 따라서 가상공간에서의 거래의 이행은 on-line으로 이루어지는 경우에 한하여 특별한 고려를 요하는데, 그 중에서도 특히 문제되는 것은 이른바 전자자금이체에 관한 것이다. 이러한 전자자금이체는 인터넷뱅킹에서 주로 문제되지만, 가령 가상공간을 이용한 물품의 매매에 있어서도 금부가 전통적인 방법(off-line)으로 이루어지는 반면 대금의 지급은 전자자금이체를 이용하는 경우가 적지 않다. 따라서 전자자금이체는 가상공간에서의 거래에 있어서 이행의 중심적인 문제에 해당하므로, 이하에서 이 문제를 먼저 살펴본 후, on-line으로 이루어지는 이행 일반에 있어서의 채무불이행에 대하여 언급하기로 한다.

제 2 절 電子資金移替¹³⁷⁾

1. 概念 및 種類

(가) 전자기술과 통신기술의 결합에 의한 새로운 결제수단의 하나로 등장한¹³⁸⁾ 電子資金移替란 종래 서면에 기초한 기술에 의하여 행하여지던

137) 현재 개인 대상의 홈뱅킹서비스의 경우에는 정보조회와 자금이체가 거래실적의 대부분을 차지하고 있으며 기업 대상의 펌뱅킹서비스의 경우에는 자금이체가 거래실적의 상당부분을 차지한다. 자세한 것은 심영, 앞의 글, 73쪽 참조. 참고로 인터넷을 이용한 은행거래에서는 증권거래에서의 같은 가령 Web-Site를 이용한 주가조작 등이 문제될 여지가 크지 않다.

138) 금융거래가 폭증하는 상황에서 사람에 의한 지급지시의 실행은 거의 한계에 도달

자금이체과정이 직접적인 현금의 수수 없이 전자적 방법에 의하여 금융기관에 설정되어 있는 계좌상의 이체를 통하여 현금수주의 효과를 발생하게 하는 지급 및 수령수단을 의미한다.¹³⁹⁾ 여기서 계좌상의 이체라 함은 지급인의 거래은행(지급은행)에 개설된 계좌에 소극적 기재(引出記帳)가 이루어지고 수취인의 거래은행(수취은행)에 개설된 계좌에 적극적 기재(入金記帳)가 이루어지는 것을 의미하고, 이로써 지급의 효과가 발생한다고 하는 점에서 자금이체제도의 특징이 나타난다.¹⁴⁰⁾

(나) 전자자금이체는 자금이체의뢰의 주체 및 자금이체지시의 방향에 따라¹⁴¹⁾ 支給移替(Credit Transfer)와 推尋移替(Debit Transfer)로 구별된다. 前者는 자금을 지급할 자(지급인)가 자기의 거래은행(지급은행)에 대하여 자금을 수취할 자(수취인)의 거래은행(수취은행)에 있는 수취인의 계좌에 이체자금을 입금기장할 것을 의뢰하는 유형의 자금이체(예: 현금자동지급기를 통한 자금의 이체, 급여이체)이다. 반면 후자는 수취인이 자기의 계좌가 개설되어 있는 추심은행에 대하여 지급은행에 있는 지급인의 계좌로부터 추심금액을 인출기장하여 자신의 계좌에 입금기장할 것을 위탁하는 자금이체(예: 자동계좌이체)이다.

2. 電子資金移替의 構造 및 法的 性質

(1) 支給移替의 경우

지금이체의 법적 구조는 보통 지급인과 지급은행간의 지급이체계약, 지급은행과 수취은행간의 금융결제원을 매개로 하는 환거래관계, 수취인과 수취은행간의 지급관계, 지급인과 수취인간의 관계로 구성된다.

하였다는 점과 지급지시를 실행하는 과정이 기계적이어서 사람에 의한 처리보다 컴퓨터에 의한 처리가 오류를 줄일 수 있다는 점 등이 이 분야의 전자화를 촉진시키고 있다. 정경영, 앞의 글(比較私法 제7권 2호), 70쪽.

139) 전자자금이체에 대한 다양한 이해에 관해서는 우선 정진명, 앞의 글(인터넷법률), 26~8쪽 참조.

140) 정경영, 앞의 글(比較私法 제7권 2호), 71쪽

141) 그 밖에 이용형태에 의한 구분에 관해서는 정진명, 앞의 글(인터넷법률), 29~30쪽 참조.

이 중 지급인과 지급은행간에 체결되는 지급이체계약의 법적 성질¹⁴²⁾에 관하여 다양한 견해가 주장되고 있으나,¹⁴³⁾ 지급은행이 지급인을 위하여 수취인의 계좌에 자금을 이체할 의무를 부담하는 것을 내용으로 하므로 제3자를 위한 委任契約(민법 제680조, 제539조)으로 볼 것이다. 따라서 위임인인 지급인은 수임인인 지급은행에 대하여 위임계약에 기하여 비용선급의무, 필요비상환의무, 보수지급의무를 부담하고(민법 제686조 내지 제688조 참조), 지급지시를 수령한 지급은행은 위임계약상의 위임사무처리의무를 진다(민법 제681조). 이 때 은행이 부담하는 위임사무처리의무는 위임사무의 내용을 구체화하는 지급인의 지급지시¹⁴⁴⁾를 실행할 의무라 할 것이다.¹⁴⁵⁾

그리고 지급인의 지급지시는 지급인이 지급은행에 대하여 정액 혹은 확정가능한 금액을 다른 은행(수취은행)을 통하여 수취인에게 지급하라는(보다 정확하게는 수취인의 계좌에 입금기장하라는) 취지의 의사표시로서, 지급은행에 의하여 수취은행에 전달되어 실행되며 그 결제자금은 환거래계약에 따라 지급은행이 수취은행에 상환한다.¹⁴⁶⁾

한편 수취은행에 대한 관계에서 수취인은 자기의 계좌에 이체자금이 입금되기 전에는 入金記帳請求權(Anspruch auf Gutschrift)을 가지고,

142) 참고로 독일민법 제676조의a 제1항은 지급이체계약(Überweisungsvertrag)의 내용에 관하여 다음과 같이 규정하고 있다: “지금이체계약에 기하여 금융기관(“지금이체기관”)은 지급이체를 위탁한 자(“이체자”)에 대하여 지급이체기관에 있는 수취자의 계좌에 입금기장을 함으로써 그로 하여금 일정한 금액을 처분할 수 있도록(“지금이체”) 할 의무를 지고 아울러 수취자에게 이체자의 신상 및 통상적인 한도에서 제시된 이체목적을 통지할 의무를 진다. 입금기장이 다른 금융기관을 통하여 행하여져야 하는 경우에 지급이체기관은 이체금액을 적시에 그리고 달리 정하지 않는 한 감액함이 없이 수취자의 금융기관에 직접 또는 중개금융기관의 참여 하에 동일한 목적으로 전달할 의무를 부담하고 아울러 제1문에 규정된 통지를 전송할 의무를 진다. 이체자는 다른 약정이 있는 경우에는 이체할 금액을 현금으로 금융기관에 제공할 수 있다.”

143) 그에 관해서는 우선 정진명, 앞의 글(인터넷법률), 31쪽 참조.

144) 지급지시의 법적 성질에 관해서도 다름이 있으나(이에 관해서는 우선 정진명, 앞의 글(인터넷법률), 31쪽 참조), 위임인의 사무처리의 지시로서 지급은행의 승낙을 요하지 않는 單獨行爲라 할 것이다.

145) 정경영, 앞의 글(比較私法 제7권 2호), 72쪽.

146) 이 설명은 지급은행과 수취은행이 다른 경우에 관한 것이다. 한편 지급은행과 수취은행이 동일한 경우에 지급지시는 수취인에게 지급하라는 취지의 의사표시이고, 지급은행과 수취은행간의 환거래관계가 필요하지 않고 직접 지급인의 계좌에서 비용을 인출하게 된다.

입금기장이 된 후부터는 入金記帳에 기한 權利(Anspruch aus Gutschrift)를 가진다. 이들 권리의 법적 성질에 관하여 확설이 대립하지만, 입금기장청구권은 消費任置契約¹⁴⁷⁾에 기하여 수취인(수취은행)이 가지는 취득물 등의 인도·이전의무(민법 제701조, 제684조)에 대응하는 임치인(수취인)의 권리로서 입금기장의 원인이 되는 권리의 취득(이체자금의 취득)과 유인적 관계에서는 반면, 입금기장에 기한 권리는 수취인과 수취은행간의 소비임치계약에 기한 권리로서 이체자금의 취득과 무인적 관계에 있다고 할 것이다.¹⁴⁸⁾ 이처럼 입금기장에 기한 권리를 무인적인 것으로 새긴다면, 그 권리가 발생하는 시점은 지급인과 수취인간의 원인채무의 결제시점과 일치하게 되며, 그 후 수취인의 수취은행에 대한 예금청구권은 자금이체의 효력에 영향을 받지 않는 추상적 성질을 가진다고 하여야 한다.¹⁴⁹⁾

그런데 이체자금이 수취은행의 수취인 계좌에 입금된 경우에 지급이체에 의한 결제를 변제에 갈음하는 이행이라고 보는 견해가 일반적이지만,¹⁵⁰⁾ 굳이 이를 代物辨濟로 보아 채권자의 승낙을 요한다고 하여야 할까?¹⁵¹⁾ 오히려 자신의 계좌번호를 알려준 채권자의 양해를 동반한 辨濟로 보는 것이 당사자의 의사와 합치될 것이다. 한편 이를 변제의 제공으로 새기는 입장¹⁵²⁾도 있는바, 수취인(채권자)이 지급인(채무자)에게 자기의 계좌번호를 알려준 경우에 지급인이 지급지시를 하여 금원이 이체되는 것을 금전채무의 적법한 이행의 제공으로 볼 수도 있지만,¹⁵³⁾ 수취인의 계

147) 주지하는 바와 같이 예금계약의 법적 성질에 관하여 견해의 대립이 있지만(이에 관해서는 우선 民法注釋(XV)/全孝淑(1997), 672쪽 참조), 압도적 다수설과 판례는 소비대차라고 한다.

148) 同旨 정경영, 앞의 글(比較私法 제7권 2호), 73쪽 註 34. 다만 同所는 수취인과 수취은행 사이의 관계를 위임관계로 본다.

149) 정경영, 앞의 글(比較私法 제7권 2호), 73쪽.

150) 이에 관해서는 우선 정진명, 앞의 글(인터넷법통), 32쪽 참조.

151) 대물변제에 대한 통설과 다른 이해로는 池元林, "代物辨濟約定의 效力", 民事判例研究 제21집, 186쪽 이하 참조.

152) 정진명, 앞의 글(인터넷법통), 32쪽. 다만 同, 34쪽은 채무자가 채권자의 계좌로 자금을 이체하는 것은 변제에 갈음하는 이행이 아니라 계약의 구속력에 의하여 이루어지는 금전채무의 이행으로 볼 수 있을 것이라고 한다.

153) 民法注釋(XI)/金大業, 41쪽.

좌에 입금기장됨으로써 給付結果가 발생하였다면 “辨濟의 提供”이 아니라 “辨濟” 자체가 있었다고 할 것이다.

(2) 推尋移替의 경우

추심이체의 법적 구조는 수취인과 추심은행간의 추심이체계약, 추심은행과 지급은행간의 환거래관계, 지급은행과 지급인간의 출금위탁관계,¹⁵⁴⁾ 지급인과 수취인간의 관계로 구성된다.

여기서는 추심이체계약의 법적 성질이 문제되는데, 반대설¹⁵⁵⁾이 없지 않지만, 출금위탁계약인 지급인의 자동납부신청을 전제로 하여 수취인이 추심은행에 대하여 추심이체사무의 처리를 위탁함을 내용으로 하므로 이를 委任契約으로 볼 것이다.

3. 電子資金移替의 法的 問題點¹⁵⁶⁾

(1) 受取人の 受取拒絶

수취인은 지급인이 사용하는 지급수단을 수령할 의무가 있는가 아니면 수취를 거절하고 현금에 의한 결제를 요구할 수 있는가?¹⁵⁷⁾

위에서 본 일반적인 견해와 같이 전자자금이체에서 채무소멸의 법적 성질을 대물변제로 이해한다면, 채무가 소멸하기 위하여 수취인의 승낙

154) 그 법적 성질은 委任契約이다.

155) 가령 정진명, 앞의 글(인터넷법률), 33쪽.

156) 이하의 법적 문제점은 앞에서 본 전자거래 일반에 관한 것들 이외의 것이다. 그 밖에 이체기간에 관한 규정이 없다는 점도 지적될 수 있을 것인바, 이 점에 관하여 독일 민법 제676조의a 제2항이 다음과 같이 규정하고 있다: “기간에 관하여 다른 약정이 없으면 자금이체는 가능한 한 빨리 실행되어야 한다. 자금이체는 1. (유럽연합 내의 국제자금이체에 관한 것으로 생략한다), 2. 내국통화로 행하여지는 국내자금이체는 늦어도 3 은행영업일 내에 수익자의 금융기관의 계좌에, 그리고 3. 금융기관의 본점 또는 지정간의 내국통화로 행하여지는 자금이체는 늦어도 1. 은행영업일 내에, 그 밖의 기관 내의 자금이체는 늦어도 2. 은행영업일 내에 수익자의 계좌에 실행되어야 한다(“처리 기간”). 그 기간은 달리 약정되지 않은 한 수익자의 이름, 계좌, 그의 금융기관 및 기타 자금이체의 실행을 위하여 필요한 사항이 자금이체기관에 제시되고 또한 자금이체의 실행에 충분한 자금이 있거나 충분한 신용이 제공되는 날로부터 기산한다.”

157) 이러한 문제가 실제로 발생할 가능성은 크지 않다. 전자자금이체 이외의 전자결제 수단에는 정경영, 앞의 글(比較私法 제7권 2호), 76~7쪽 참조.

이 요구되며, 예금채권이 압류되어 있는 동 수취인의 사정을 고려할 때 자금이체가 가능한 계좌가 개설되어 있다는 것만으로 승낙이 추정되지는 않는다고 할 것이다.¹⁵⁸⁾

그러나 변제의 대응으로서 대물변제를 별개의 채권소멸사유로 인정할 것인가에 대하여 의문이 없지 않으며,¹⁵⁹⁾ 나아가 채권소멸사유로서 대물 변제의 독자성을 인정하더라도 채권자인 수취인이 자기의 계좌번호를 지급인에게 알려준 점을 고려하면 채권자의 승낙이 없어서 변제의 효과가 발생하지 않는다는 결론은 어색하다. 그리고 가령 수취인의 예금채권이 압류되었다고 하여 승낙의 부존재를 근거로 유효한 변제를 부정함으로써 그러한 사실을 알지 못하는 지급인에게 자금이체에 따른 불이익¹⁶⁰⁾을 지우는 것이 과연 타당한가 하는 점도 문제이다. 결국 채권자인 수취인은 원칙적으로 전자자금이체에 의한 수취를 거절할 수 없고 수취인의 계좌로 자금을 이체한 지급인은 채무를 면한다고 할 것이다.

(2) 債務消滅¹⁶¹⁾의 時點과 支給指示의 撤回

1) 債務消滅의 時點¹⁶²⁾

지급지시가 실행됨으로써 채무면책의 효력이 발생하는 전자자금이체에서는 지급지시의 실행을 위하여 다수의 은행이 개입하여 그 실행과정의 비교적 복잡하고 최종적으로 수취은행에 대한 채권의 형태로 지급이 종결되므로 어느 시점에 지급인과 수취인간에 채무면책의 효력이 발생하는가 하는 점이 문제된다. 나아가 지급지시가 실행되는 도중에 지급인이 지급지시를 철회함으로써 지급지시를 중단시킬 수도 있는데 어느 시점까지 지급인이 지급지시를 철회할 권리를 가지는가 하는 점과 관련해서도

158) 정경영, 앞의 글(比較私法 제7권 2호), 77쪽 참조.

159) 자세한 것은 池元林, 앞의 글(民事判例研究), 194쪽 이하 참조.

160) 가령 지급인이 자기책임 하에 이체된 자금을 환수하여야 한다는 점을 생각하여 보라.

161) 전자자금이체에 의하여 지급인의 수취인에 대한 채무가 소멸하는 근거에 관하여 앞에서 본 바와 같이 대물변제로 보는 견해가 일반적이지만, 채무의 내용에 좇은 “辦濟”로 파악하는 것이 타당하다고 할 것이다.

162) 정진명, 앞의 글(인터넷법률), 34~5쪽은 그 밖에 지급완료장소도 논하는데, 임의규정인 민법 제467조 제2항에 앞서 당사자들의 의사에 의하여 수취인의 계좌가 있는 수취은행 거래영업점의 소재지에서 금부결과가 발생한다고 하면 족할 것이다.

채무면책시점은 당사자간에 중요한 문제로 된다.¹⁶³⁾

그런데 전자자금이체에 있어서 채무소멸의 시점으로 생각할 수 있는 것은 지급인의 지급지시가 지급은행에 송부된 시점 또는 그 지시가 도달한 시점, 지급인의 계좌에서 자금이 인출된 시점, 인출된 자금이 수취은행에 입금된 시점 또는 그 자금이 수취인의 계좌에 입금된 시점 등이 있지만,¹⁶⁴⁾ 채무자인 지급인의 채무는 자금이체가 완료됨으로써 소멸하므로 채무소멸시점은 자금이체의 완료시점과 일치한다. 즉 금부결과가 발생하는 것은 원칙적으로 수취인의 계좌에 입금시장이 이루어짐으로써 채권자인 수취인이 자금을 인출할 수 있게 되는 시점이고,¹⁶⁵⁾ 이 때부터 채권자는 수취은행에 대하여 무인적·추상적인 예금청구권을 가진다고 할 것이다.

2) 支給指示의 撤回

자금이체계약을 위임계약으로 보면 위임사무가 완료될 때까지 지급인은 지급지시를 철회하고 이체자금의 반환을 청구할 수 있다고 할 것이다. 그 근거에 관하여 위임계약의 당사자는 언제든지 자유롭게 위임계약을 철회할 수 있다고 하는 민법 제689조를 들기도 하지만 동조는 위임계약 전체의 해지에 관한 것으로서¹⁶⁶⁾ 지급지시"만"을 철회하고자 하는 지급인의 의사에 합치되지 않으므로, 지급지시의 철회는 委任人의 事務處理의 反對指示라 할 것이다.¹⁶⁷⁾

163) 정경영, 앞의 글(比較私法 제7권 2호), 79쪽. 그 밖에 지급인 또는 수취인의 파산 또는 사망의 경우에 이를 해결하기 위한 중요한 기준도 된다. 정진명, 앞의 글(인터넷법률), 35쪽.

164) 정진명, 앞의 글(인터넷법률), 35쪽 참조.

165) 同旨로 가령 정경영, 앞의 글(比較私法 제7권 2호), 80쪽.

166) 참고로 독일민법 제676조의a 제4항은 자금이체계약의 해지에 관하여 다음과 같이 규정하고 있다: "이체자는 처리기간 개시 전에 언제든지 자금이체계약을 해지할 수 있으며, 그 개시 후에는 수익자의 금융기관이 이체금액을 수익자의 계좌에의 입금기장을 위하여 종국적으로 처분할 수 있게 되는 때까지 그 해지가 수익자의 금융기관에 통지된 경우에 한하여 해지할 수 있다. 지급거래시스템의 범위 내에서 자금이체는 제1문과는 달리 이미 그 시스템의 규칙에서 정하여진 시기 이후로는 해지될 수 없게 될 수 있다. 자금이체기관은 수익자의 금융기관에 대하여 지체없이 해지에 관한 정보가 제공되도록 하여야 한다."

167) 同旨 정진명, 앞의 글(인터넷법률), 36쪽.

그런데 자금이체가 완료(수취인 계좌에의 입금기장)되어 수취인이 이 체자금의 인출할 수 있게 된 이후에는 그 자금을 대하여 수취인뿐만 아니라 수취인의 채권자도 이해관계를 가질 수 있으므로(가령 예금을 압류한 경우를 생각하여 보라), 이체자금의 인출가능시점 이후에는 지급인의 지급지시 철회가 영향을 미칠 수 없는 확정적 권리가 발생하였다고 보아야 한다.¹⁶⁸⁾ 나아가 앞에서 본 바와 같이 지급지시의 철회를 사무처리의 반대지시라고 한다면 지급지시가 이미 실행된 경우에 그 철회, 즉 반대지시가 무의미하게 된다.¹⁶⁹⁾ 따라서 늦어도¹⁷⁰⁾ 인출가능시점 이후에는 지급지시의 철회가 불가능하게 된다고 할 것이다.¹⁷¹⁾ 다만 인출가능시점

168) 정경영, 앞의 글(比較私法 제7권 2호), 80쪽.

169) 정진명, 앞의 글(인터넷법률), 36쪽.

170) 그 전이라도, 가령 지급은행과 수취은행이 상이한 경우에 지급인의 지급지시가 수취은행에 전달된 후에는 지급지시를 철회할 수 없다고 하여야 하지 않을까? 反對 정진명, 앞의 글(인터넷법률), 39쪽(“지급은행은 지급인이 자신에게 수취은행에 대하여 철회하는 경우 수취은행에 대하여 직접 철회할 의무가 있다. 이와 같은 수취은행에 대한 직접 철회의 가능성은 지급인에 대한 지급은행의 사무처리의 내용이 된다”).

171) 실제의 은행거래에서도 인터넷뱅킹 등을 이용하여 고객이 직접 처리한 계좌이체는 원칙적으로 이를 취소할 수 없으며, 다만 고객의 요청이 있는 때에는 계좌번호 한자리의 착오 또는 바꿈이나 동일금액의 동일계좌로의 이종입금 등의 경우에 한하여 계좌이체를 취소하거나 취소요청할 수 있다고 한다.

◆ 국민은행의 홈뱅킹업무지침 제10조 (계좌이체의 취소)

①서비스를 이용하여 고객이 직접 처리한 계좌이체는 이를 취소할 수 없다. 다만 고객이 취소를 요청할 때에는 다음 각호의 요건을 충족하는 경우에 한하여 해당 계좌이체를 취소하거나 관련부서로 취소요청할 수 있다.

1. 계좌번호의 단순착오인 경우
2. 고객의 착오로 동일계좌에 동일금액이 중복입금된 경우

②제1항에 의하여 영업점에서 계좌이체를 취소하거나 취소요청하는 경우에는 해당 고객으로부터 “홈뱅킹 계좌이체 취소의뢰서”를 받아 처리해야 하며, 타행이체거래를 취소요청하는 경우에는 해당은행에 입금된 자금의 지급정지요청 등 필요한 조치를 미리 취하여야 한다.

◆ 국민은행의 홈뱅킹서비스 이용약관 제9조 (처리된 서비스의 취소)

①계좌이체, 현금서비스 이체, 대출원리금 납입이체, 자동이체, 자동납부, 신규계좌개설, 빅맨오티스론 대출실행 등 자금의 이동이 이루어진 서비스가 종료된 후 고객은 이를 취소하거나 정정할 수 없다.

②예약이체서비스의 취소는 송금예정일 전일까지 이용매체를 통하여 신청하여야 한다.

③타행이체 의뢰한 자금이 이체처리되지 않고 은행에 남아있거나 타행으로부터 반환된 것을 확인한 경우에 은행은 그 사유를 파악하여 고객에게 연락하고 해당 자금을 출금계좌에 재입금처리한다.

천이라도 금융기관에 의하여 지급지시가 실행되어 가는 도중에 지급지시의 철회를 무한정 인정한다면 금융기관의 이익이 침해될 가능성이 많아 일정시점 이후에는 금융기관의 내부업무처리기준에 의하여 지급지시의 철회를 배제할 수 있다고 볼 것이다.¹⁷²⁾

한편 지급지시가 적법하게 철회되면 지급은행은 지급인의 계좌에서 인출된 자금을 다시 지급인의 계좌에 입금기장하여야 한다. 지급지시가 적법하게 철회되었음에도 불구하고 지급은행이 수취인에게 계좌이체를 실행하였다면 지급은행은 지급인의 계좌에 자금을 입금기장한 후 수취인에 대하여 부당이득반환청구권을 행사할 수 있다고 할 것이다.¹⁷³⁾

(3) 支給指示의 不履行

지급인의 지급지시가 불이행된 경우에 지급인은 수취인에 대하여 채무불이행책임을 지게 된다. 그런데 지급인의 수취인에 대한 채무는 金錢債務이므로, 약정이율이나 손해배상액의 예정이 없다면, 채권자인 수취인은 실제 발생한 손해가 법정이율에 의하여 산정된 지연이자보다 크다는 사실을 입증하더라도 그 실손해를 청구할 수 없다(민법 제397조 제1항).

그런데 지급은행이 그에게 책임 있는 사유로 지급인의 지급지시를 오 집행하거나 불이행한 경우에 지급인에 대한 위임계약상의 선관주의의무(민법 제681조 참조)를 위반한 지급은행이 지급인에 대하여 그로 인한 손해를 배상할 책임을 부담함은 당연하다. 그런데 가령 지급은행이 지급인의 지급지시를 수취은행에 제대로 전달하였는데 수취은행의 유책적인 지체 등으로 인하여 수취인의 계좌에 입금기장이 이루어지지 않아서 채무자인 지급인의 채권자인 수취인에 대한 채무불이행이 성립함으로써 지급인에게 손해가 발생한 경우가 문제될 수 있다. 이 때 수취은행은 지급은행에 대한 의무를 위반하였지만 그로 인한 손해는 환거래관계의 당사

172) 정경영, 앞의 글(比較私法 제7권 2호), 80쪽. 국민은행의 홈뱅킹서비스 이용약관 제9조 제2항(前註)도 참조. 한편 같은 이용약관 제13조 제3항에 따라 서비스가 해지되면 이미 등록된 예약이체도 취소된다.

173) 수취인의 철회에 대한 인식 유무를 기준으로 부당이득반환청구권의 인정 여부를 나누는 견해로 정진명, 앞의 글(인터넷법률), 40쪽. 그런데 이 견해는 부당이득의 성립 여부와 부당이득의 반환범위(민법 제748조 참조)를 혼동한 것이 아닐까?

자가 아닌 지급인에게 발생하였다. 이러한 경우에 책임법의 일반원칙에 따르면 수취은행은 손해배상을 할 필요가 없다는 결론이 나온다. 왜냐하면 지급은행은 손해를 입지 않아서 손해배상청구권이 인정되지 않는 반면, 손해를 입은 지급인에게는 청구권의 기초(즉 채무불이행)가 없어서 손해배상청구권이 인정되지 않기 때문이다. 이러한 결론은 형평에 반하는바,¹⁷⁴⁾ 이러한 경우에 지급인을 위하여 지급은행이 수취은행으로부터 손해배상을 받아줄 수 있도록 하는 제도로 제3자손해의 청산(Drittschadensliquidation)¹⁷⁵⁾을 고려할 수 있을 것이다.¹⁷⁶⁾

(4) 電子決濟시스템의 誤謬

전자자금이체에서 지급은행이 지급인의 지급지시와 달리 자금이 수취인의 지정계좌가 아닌 다른 계좌로 입금된 경우와 같이 전자결제시스템이 결제를 실행하는 과정에서 예기치 못한 오류가 발생할 수 있다. 시스템 자체의 기계적 하자나 시스템 관리자 또는 통신망 운영/보유자의 잘못으로 인하여 이러한 오류가 발생할 수 있으며, 이를 구체적으로 보면 결제를 실행하지 못하거나 결제가 잘못 실행되거나(誤執行)¹⁷⁷⁾ 지연되거나 주의의무를 위반하는 등 다양한 유형이 있을 수 있다. 이러한 오류를 방지하기 위하여 보안절차를 도입할 수 있지만 그럼에도 불구하고 발생한 오류에 대해서는 자금이체에 관여한 다수의 은행 중 어느 은행이 그 위험을 부담할 것인가 하는 점이 문제된다.¹⁷⁸⁾

174) 참고로 독일민법 제676조의b는 처리기간이 경과한 후의 실행에 대하여, 이체자 또는 수익자가 지연에 대하여 책임 있는 경우가 아니라면, 자금이체기관은 무과실책임을 부담하지만, 지체된 자금이체의 실행이 중개금융기관의 책임영역에 속하는 경우에는 동법 제676조의e 제1항에 의하여 중개금융기관이 자금이체기관의 손해를 전보하여야 한다.

175) 제3자손해의 청산에 관해서는 우선 民法注解(LX)/池元林, 485쪽 이하 참조.

176) 물론 이러한 경우에 수취은행의 불법행위에 기한 손해배상책임을 생각할 수 있지만, 불법행위가 성립하기 위해서는 채무불이행책임을 물을 때에는 크게 문제되지 않는다(民法注解(LX)/梁彰泰, 112~3쪽 참조) 違法性의 요건이 충족되어야 한다.

177) 특히 빈번하게 발생하는 지급지시의 誤執行의 유형으로 다액집행, 이중집행, 소액집행, 수취인의 상위, 수취계좌의 상위 등이 문제된다. 이러한 오집행이 있는 경우의 개괄적 효과에 관해서는 우선 정경영, 앞의 글(比較私法 제7권 2호), 82쪽 註 48 참조.

178) 정경영, 앞의 글(比較私法 제7권 2호), 82쪽.

그런데 결제수단이 전자화됨에 따라 지금인이 결제수단을 수취인에게 제공하면서 전송시스템을 이용하는 경우가 많다. 이와 같은 전송시스템의 결함이나 제3자의 행위로 정보의 흐름이 중단 또는 차단된 경우에 누가 어떠한 범위에서 그로 인한 손해에 대하여 책임을 지는가? 전통적인 책임법에 의하면 귀책사유가 없는 당사자에게 책임을 묻기 어렵다. 이러한 맥락에서 가상공간에서의 거래에는 다수의 거래관계자가 존재하는데, 각자에게 거래안전성을 배려할 주의의무를 부과하고 사고가 발생한 경우에 과실을 추정하고자 하는 이른바 '네트워크 책임론'¹⁷⁹⁾이 주장되고 있다. 이 이론이 네트워크 이용자를 보호하려는 것이기는 하지만, 가령 지금은행이 지배할 수 없는 영역의 위협에 대하여 책임을 지움으로써 결과적으로 무과실책임을 인정하게 된다는 점에서 문제가 없지 않다.¹⁸⁰⁾ 따라서 현재로서는 실제법인 전기통신사업법 제33조의2¹⁸¹⁾에 의하여 전기통신사업자에게 손해배상책임을 지우도록 하면 족하지 않을까?

제 3 절 on-line으로 이루어지는 債務의 履行에 있어서 債務不履行

1. 序

앞에서 본 바와 같이 가상공간에서의 거래의 이행과 관련하여 법적 검토를 요하는 것은 on-line으로 이루어지는 이행이다. 그런데 채권관계 일반에 있어서와 마찬가지로 on-line으로 이루어지는 이행에 있어서도 특히 문제되는 것은 채무불이행의 경우이다. 그런데 on-line으로 이루어

179) 이에 관해서는 우선 李銀榮, 앞의 글, 117~9쪽 참조. 네트워크 사고의 특성상 민법상의 과실책임과는 다른 법리가 적용되어야 한다는 이 이론의 내용으로는 ①피해자가 가해자의 고의, 과실을 입증하여야 하는 책임에서 벗어나야 한다는 점, ②거래관계자는 자신의 관여도에 상응하는 범위의 손해배상책임을 져야 한다는 점 및 ③선진국의 제조물책임법에서 채택하고 있는 무과실책임법리를 네트워크책임에 도입하는 것도 고려해 볼 수 있다는 점 등이다.

180) 정경영, 앞의 글(比較私法 제7권 2호), 85~6쪽 참조.

181) 제33조의2 (損害賠償) 電氣通信事業者는 電氣通信役務를 제공함에 있어 利用者에게 損害를 입힌 경우에는 賠償을 하여야 한다. 다만, 그 損害가 불가항력으로 인하여 발생한 경우 또는 그 損害의 발생이 利用者의 故意 또는 過失로 인한 경우에는 그 賠償責任이 輕減 또는 免除된다.

지는 채무의 이행에 있어서 그 불이행의 문제를 검토하기 위해서는 먼저 -채권관계에서 채무의 구조에 관한 견해가 매우 다양하게 나누어져 있기 때문에- 일반적인 채무구조를 살펴본 후 그것을 기초로 가상공간에서의 거래에 있어서의 채무의 구체적 내용을 고찰하여야 한다. 그리고 그 결과를 전제로 채무불이행의 유형과 그 효과를 검토하여야 한다. 이하에서 이러한 순서에 따라 on-line으로 이루어지는 이행에 관련된 문제 일반을 살펴보기로 한다.

2. 先決課題로서 債務의 構造에 관한 一般論

(1) 給付義務와 保護義務의 區別

(가) 債務는 그 내용 또는 목적이 무엇인가에 따라 給付義務(Leistungspflicht)와 保護義務(Schutzpflichten)로 구분될 수 있다.¹⁸²⁾ 즉 급부의무는 履行利益의 취득을 목적으로 하는 반면, 보호의무는 이행이익을 초과하는 또는 그와 별도의 附加的 損害로부터 채권자를 보호함¹⁸³⁾을 목적으로 한다. 이 중 급부의무에 대해서는 뒤에서 따로 살펴보기로 하고, 우선 계약상대방의 생명·신체·재산 등을 해치는 일이 없도록 필요한 조치를 강구하여야 할 의무로서 保護義務를 검토하기로 한다.

(나) 보호의무의 민법상 지위에 관해서는 논란이 많은바, 문제의 요체는 “契約上의” 의무로서 保護義務를 인정할 것인가 하는 것이다. 이에 관하여 다수설은 계약상의 부수적 주의의무의 한 유형으로 보호의무를 파악하는 반면,¹⁸⁴⁾ 보호의무를 계약상의 의무에서 제외하고자 하는 견해도 유력하다.¹⁸⁵⁾ 그런데 계약상의 의무로 보호의무를 인정하면 그 위반이

182) 주지하는 바와 같이 保護義務라는 용어는 각자의 입장에 따라 상이하게 사용된다. 즉 보호의무가 부수적 의무 일반을 지칭하기도 하고, 그보다 좁게 급부의무와 무관하게 채권자의 생명, 신체, 재산, 등을 해치는 일이 없도록 필요한 조치를 강구하여야 할 의무를 의미하기도 한다. 그런데 이 글에서는 뒤에서 보는 바와 같이 급부의무에 종된 의미를 가지는 부수적 의무를 별도로 상정하기 때문에 후자의 의미로 사용한다.

183) 이를 현상이익(Erhaltungsinteresse) 내지 완전성이익(Integritätsinteresse)이라고도 한다. 가령 金亨培, 債權總論(제2판), 35쪽.

184) 가령 郭濶直, 債權總論(新訂版), 125쪽; 金亨培, 앞의 책, 231쪽.

185) 가령 民法注解(IX)/梁彰泰, 219쪽; 李銀榮, 債權總論(改訂版), 192쪽.

채무불이행(민법 제390조)으로 되는 반면, 이를 부정하면 불법행위(민법 제750조)가 성립한다는 점에서 차이가 있다.¹⁸⁶⁾

생각전대 보호의무를 계약상의 채무로 인정하려는 입장은 원래 불법행위에 관해서도 또한 채무불이행에 관해서도 포괄적인 일반조항을 두고 있지 않는 독일민법에서 계약당사자가 아닌 피해자를 구제하고 아울러 계약당사자에게도 보호범위를 확대하기 위하여 주장된 특유한 해석론에 기인한다.¹⁸⁷⁾ 따라서 민법 제750조가 불법행위를 포괄적으로 규정하는 민법의 해석론으로는 -계약상의 의무로서- 보호의무를 인정할 필요가 없다고 하는 주장이 일응 타당성을 가진다. 요컨대 계약상의 보호의무를 넓게 인정하는 것은 필요하지도 바람직하지도 않다.

그러나 다른 한편 민법 제750조와 더불어 제390조 역시 채무불이행에 관한 일반조항으로 되어 있다는 점이 간과되어서는 아니 될 것이다. 여기서 우리는 민법 제390조와 제750조의 규정형식을 주목할 필요가 있다. 즉 歸責事由(故意 또는 過失)에 대한 양 조문의 규정형식의 차이에 따라 보호의무 위반으로 인하여 손해가 발생한 경우에 귀책사유의 存否가 不明하다면, 민법 제750조에 의할 때에는 피해자가 그로 인한 불이익을 감수하여야 하는 반면, 제390조에 의한다면 가해자(즉 채무자)가 그 손해를 배상하여야 한다. 이러한 규정형식의 차이는 이른바 "危險"¹⁸⁸⁾을 배분함에 있어서 중요한 기준을 제시한다. 즉 계약관계가 존재하는 경우

186) 판례도 최근 보호의무를 인정하고 있다. 가령 고용계약이나 노무도급계약상의 사용자(가령 대법원 2000.5.16. 선고 99다47129 판결(법원공보 2000, 1422)), 기획여행계약에 있어서의 여행업자(대법원 1998.11.24. 선고 98다25061 판결(법원공보 1999, 5)), 숙박업자(대법원 1997.10.10. 선고 96다47302 판결(법원공보 1997, 3406)) 등의 보호의무를 인정하고 있다. 그런데 그러한 보호의무가 계약상의 것인지 분명하지 않지만, 위 98다25061 판결은 여행업자가 내국인의 국외여행시에 그 인출을 위하여 두는 관광진흥법 제16조의3 소정의 국외여행인출자들 여행업자의 여행자에 대한 안전배려의무의 이행보조자로 보았으며, 가령 숙박업자의 보호의무에 관해서도 판례가 "불완전이행" 운운하여 채무불이행책임을 긍정하는 듯 하지만, 李銀榮, 앞의 책, 194쪽은 판례상의 보호의무를 종된 급부의무로 새긴다.

187) Staudinger/Löwisch, Rn.23 vor §275는 특히 독일민법상의 불완전한 不法行爲責任을 보충하기 위한 것이라고 한다.

188) 일반적으로 사용되는 給付危險 내지 反對給付危險이 아니라, 모든 법률행위에 내재하는, 당사자의 의도에 반하는 채권관계의 전개라고 이해하여 두기로 하자. 이러한 "위험"의 이해는 Henssler, Risiko als Vertragsgegenstand, S.3ff.에서 교시받은 것이다.

에는 원칙적으로 당사자들의 의사에 기한 자발적인 “위험”인수가 존중되어야 하며, 따라서 계약의 이행과 관련된 “危險”, 즉 채무가 적절하게 이행되지 않음에 따른 불이익 및/또는 그 이행과정에서 상대방에게 발생한 손해라는 불이익은 원칙적으로(귀책사유의存否가 불명한 경우에) 그 “위험”을 자발적으로 인수한 채무자가 부담하여야 한다.¹⁸⁹⁾ 이것이 민법 제 750조와 구별되는 제390조의 취지라 할 것이다. 즉 계약법의 주된 과제는 법률행위적 거래를 규율하기 위한 적절한 이익조정 의 지도상(Leitbilder)을 제시하여야 하는바,¹⁹⁰⁾ 민법 제390조에는 바로 이러한 점이 전제되어 있는 것이다.¹⁹¹⁾ 그렇다면 계약관계에 있는 또는 계약관계에 근접된¹⁹²⁾ 당사자 사이의 이해관계의 조절은 계약법리에 의하는 것이 옳지 않을까?¹⁹³⁾

요컨대 “계약상의” 보호의무를 넓게 일반적으로 인정해서도 안 되지만, 그렇다고 하여 보호의무를 계약상의 의무에서 전적으로 제외할 것은 아니다. 그런데 주의할 것은 “계약상의” 보호의무는 필요한 최소한의 범위에서 인정되어야 한다는 점이다. 즉 민법 제391조를 유추하여 적어도 채권의 발생 내지 이행과 內的·事物的 關聯性이 있는 경우에 한하여, 그것도 채무불이행의 유형과 관련해서는 履行加害를 성립시키기 위하여 필요한 범위 내에서¹⁹⁴⁾ 인정되어야 한다.

189) 이와 관련하여 법경제학적 관점에서는 최소의 비용으로 위험방지조치를 취할 수 있는 자에게 위험이 배분되어야 할 것이지만(이에 관해서는 무엇보다도 Schafer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 2.Aufl. S.325ff. 참조), 이것이 당사자의 자발적인 위험인수를 우선할 수는 없을 것이다.

190) Palandt/Heinrichs, Rn.4 vor §275.

191) 즉 채무불이행법은 모든 계약에 내재하는 “위험”이 현실화되었을 때 관계자들 사이의 이해관계의 적절한 조절을 주된 과제로 한다.

192) 가령 식료품을 사기 위하여 구입할 물품의 목록을 들고 슈퍼에 들어가다가 입구에 있는 바나나껍질을 밟아 넘어진 경우를 생각하여 보라.

193) 참고로 독일의 연방법무부가 2000년 9월 발표한 「채권법채신안(Schuldrechtsmodernisierungsgesetz)」의 토론용 초안(Diskussionsentwurf) 제241조 제2항은 “채권관계는 그 내용과 성질을 고려하여 각 당사자에게 상대방의 권리와 법익을 특별히 고려할 의무를 지을 수 있다”고 규정하는바, 이 역시 본문에서의 보호의무에 해당하는 것으로 평가된다. 위 토론용 초안에 관해서는 우선 梁彰濬, “독일의 새로운 민법개정제안”, 法學(서울대학교 법학연구소) 제41권 4호, 92쪽 이하 참조.

194) 이 의미에 관해서는 池元林, “債務不履行의 類型에 관한 研究”, 民事法學 제15호, 396쪽 참조.

(다) 계약상의 보호의무의 발생근거는 민법 제2조 제1항이 규정하고 있는 신의성실의 원칙에서 찾을 수 있다. 즉 채권관계의 당사자들은 거래관행을 고려하여 신의칙이 요구하는 바에 따라 성실하게 급부를 청구하거나 급부를 하여야 할 의무를 부담한다. 이와 같이 신의성실의 원칙으로부터 서로 상대방의 정당한 이익을 배려해야 할 의무가 발생하고,¹⁹⁵⁾ 이러한 相互配慮의 義務가 개별적인 채권관계에서 구체화된 것이 바로 보호의무인 것이다. 따라서 보호의무는 채무자뿐만 아니라 채권자도 부담하며(가령 노무공급계약에서 피용자의 생명, 신체, 재산 등에 대한 위해를 방지하여야 할 사용자의 의무), 그 범위는 채권관계의 종류에 따라 결정된다.

(라) 채무자가 보호의무를 위반하여 상대방(채권자)에게 손해가 발생한 경우에 이는 넓은 의미의 채무불이행에 해당하는데, 그 중 어느 유형에 해당하는지 하는 것이 문제된다. 그런데 이를 종래에는 불완전이행 또는 적극적 채권침해로 파악하였으나, 필자는 독일민법의 유형론을 답습함으로써 내적 통일성이 결여된 그러한 유형보다는 보호의무 위반으로 인한 손해의 전보만을 목적으로 하는 履行加害라는 유형으로 파악하고자 한다.¹⁹⁶⁾ 보호의무 위반을 이행가해로 파악하면 그 효과로 계약해제권이 발생하지는 않는다고 할 것이다. 왜냐하면 보호의무 위반의 경우에는 부가적 손해의 배상이 주로 문제되므로 원칙적으로 손해배상청구권을 인정함으로써 족하고, 그와 별도로 계약해제권을 인정할 필요가 없기 때문이다. 다만 가령 계속적 채권관계에서 보호의무 위반으로 당사자들 사이의 신뢰관계의 기초가 파괴된 경우에는 예외적으로 계약해제권이 인정될 수 있을 것이다.¹⁹⁷⁾

(2) 主된 給付義務와 附隨義務

채무자의 給付義務는 다시 그것이 채권관계에 대하여 가지는 의미에 따라 主된 給付義務와 附隨義務로 나누어진다. 그런데 主된 給付義務는 채권관계의 유형 및 성질을 결정하는데, 보통 명시적으로 합의되어야 하고,

195) 대법원 1991.12.10. 선고 91다3802 판결(법원공보 1992, 467) 참조.

196) 자세한 것은 池元林, 앞의 글(民事法學), 394쪽 이하 참조.

197) 池元林, 앞의 글(民事法學), 397~8쪽 참조.

쌍무계약에 있어서 원칙적으로 이 의무만이 상대방의 의무와 걸연관계에 서며, 원칙적으로 그 위반만이 계약해제권을 발생시킨다. 반면 附隨義務¹⁹⁸⁾은 계약의 목적을 달성하기 위하여 주된 급부의 준비, 확보 및 완전한 실현에 이바지하는 의무로서 주된 급부의무를 보충하는 의미를 가지는데, 쌍무계약에 있어서 이 의무는 “원칙적으로” 상대방의 의무와 걸연 관계에 서지 않으며, 그 위반이 계약해제권을 발생시키지 않는다.¹⁹⁹⁾ 반 대견해가 없지 않지만,²⁰⁰⁾ 가령 매매목적물인 기계의 사용설명서를 교부 할 의무와 같은 이른바 종된 급부의무도 이에 포함된다고 할 것이다.²⁰¹⁾ 주의할 것은 주된 급부의무와 부수의무가 미리 결정되어 있는 것이 아니라 계약당사자 사이의 구체적 상황에 따라 달라질 수 있다 점이다.²⁰²⁾

3. 假想空間에서의 去來에 있어서 債務의 具體的 內容

(가) 가상공간에서의 거래에 있어서 급부의 대상은 이른바 디지털제품 이다. 여기서 우선 디지털제품의 제공을 '주는 급부'로 볼 것인가 아니면 '하는 급부'로 볼 것인가 하는 것이 문제된다.²⁰³⁾ 생각전대 일반적으로

198) 「其他의 行動義務」, 즉 주된 급부의무 이외의 행동의무라고도 한다. 「保護義務」라고도 하지만, 앞에서 본 보호의무와 혼동될 수 있으므로 바람직한 용어법은 아니다.

199) 그러나 계약의 목적을 달성하기 위하여 필요하고 그 불이행이 계약의 목적을 위협하게 하는 경우라면 예외적으로 부수의무 위반도 계약 전체의 청산을 결과지을 수 있다. 同旨: Staudinger/Otto, Rn.3 vor 5323.

200) 가령 金亨培, 앞의 책, 33쪽.

201) 결과에 있어서 同旨: 民法注解(IX)/梁彰泰, 217쪽.

202) 가령 매매목적물의 설치 및 사용설명서의 교부의무는 일반적으로 부수의무에 속하지만, 명용성이 없는 복잡한 기계의 매매에 있어서 그러한 의무의 불이행은 주된 급부의무의 불이행을 결과지을 수 있을 것이다. 대법원 1997.4.7. 자 97마575 결정(법원공보 1997, 1525)도 “계약상의 의무 가운데 주된 채무와 부수적 채무를 구별함에 있어서는 급부의 독립된 가치와는 관계없이 계약을 체결할 때 표명되었거나 그 당시 상황으로 보아 분명하게 객관적으로 나타난 당사자의 합리적 의사에 의하여 결정하되, 계약의 내용·목적·불이행의 결과 등의 여러 사정을 고려하여야 한다”고 한다.

203) 한편 디지털제품을 상품으로 볼 것인가, 용역, 즉 서비스로 볼 것인가 아니면 양자가 혼합된 것으로 볼 것인가 하는 것도 문제되며, 국제적으로 이 점이 논의되고 있다 (이에 관해서는 우선 윤창인, “WTO의 전자상거래 논의현황과 우리의 과제”, 동상법률 제38호, 132쪽 참조). 그런데 디지털제품은 원칙적으로 용역(구체적으로는 利用權의 許與)으로 볼 것이지만(가령 전자서적을 송부하는 경우에 이를 상품으로 볼 여지도 없지 않지만, 이러한 경우에도 현실세계에서 “책”이라는 “물건”의 소유권이 이전되는 경

채무자의 착위가 “물건”의 인도인 경우를 ‘주는 급부’라 하지만, 204) 권리의 양도 역시 물건의 인도와 유사하게 다루어져야 하므로 그것도 ‘주는 급부’라고 한다면 205) 재산권 또는 이용권을 양도함을 내용으로 하는 디지털제품의 제공을 ‘주는 급부’로 볼 것이다.

그런데 가상공간에서의 거래에 있어서 채무자의 주된 급부의무는 당해 거래의 내용에 따라 ①소프트웨어를 다운로드받을 수 있도록 하는 것과 같이 전자적 정보를 소비자에게 송신하는 방법으로 이행이 완료되는 경우, ②네트워크 상에서 가령 전자채권 등의 재산권을 이전하는 것과 같이 권리이전의 방법으로 이행이 완료되는 경우 및 ③통신네트워크 자체를 이용할 수 있도록 함으로써 이행이 완료되는 경우 등으로 나누어질 수 있을 것이다. 206) 구체적으로 ①의 경우에는 소비자가 원하는 때에 그 소프트웨어를 이용할 수 있도록 하여야 한다. 가령 접속이용거래의 경우에는 민법상의 維護債務에 준하여 정보제공자가 전자정보에 관한 권리(가령 지적재산권)를 확보하여 정보이용자가 원하는 때에 자유롭게 시스템에 접속하여 이용할 수 있도록 207) 하여야 하며, 그 밖에 원래의 의미의 정보(정보화촉진법 제2조 제1호 참조), 즉 지식이나 자료를 제공하는 경우에는 제공되는 정보의 적정성을 유지하도록 노력하여야 한다. 반면 ②의 경우에는 권리의 하자가 없는 상태에서 가령 전자채권의 재산권을 채권자에게 제공함으로써 채권자가 완전한 권리를 취득하도록 하여야 한다. 한편 ③의 경우에 통신네트워크를 적절한 상태로 유지함으로써 이용자가 원하는 시기에 이를 이용할 수 있도록 하여야 한다.

(나) 한편 가상공간에서의 거래에 있어서 채무자의 부수의무는 통상의

우와는 달리 전자서적에 담긴 내용에 대한 이용권을 부여함에 불과하다고 할 것이다). 가령 전자채권이나 전자수표·전자어음의 인도와 같이 단순한 용역으로 보기 어려운 경우도 있을 수 있을 것이어서 이를 일률적으로 단정하기 어렵고, 구체적인 상황을 고려하여야 할 것이다.

204) 가령 박윤직, 앞의 책, 45쪽.

205) 民法注解(VII)/宋德濬, 86쪽.

206) 윤주희, 앞의 글, 118~9쪽 참조.

207) 한편 정보이용자가 정보제공자로부터 전자정보를 수령하여 이용하는 경우(이를 기술과 법 연구소, 앞의 책, 35쪽은 ‘수령이용거래’라 한다)에는 민법상의 송부채무에 준하여 채무자(정보제공자)가 당해 정보를 담은 전자문서를 채권자(정보이용자)에게 필요한 보안절차를 갖추어 송신하여야 한다.

거래에서의 그것과는 달리 그 거래가 가지는 특히 기술적인 특성 때문에 전통적 이행방법에서보다 빈번하게 발생할 가능성이 있을 뿐만 아니라 그 범위도 가변적이다. 그런데 가상공간에서의 거래에 있어서의 부수의무의 구체적 예로는 지식이나 경험 또는 정보의 축적량이나 수집력에 있어서 탁월한 상품 또는 용역의 제공자가 소비자에게 당해 상품 또는 용역과 관련된 일체의 정보를 제공하고 아울러 그 위험성도 고지하여야 할²⁰⁸⁾ 說明義務 및/또는 情報提供義務, 상품이나 용역의 거래당사자²⁰⁹⁾가 당해 거래에서 취득한 비밀을 제3자에게 누설하지 아니하여야 할 秘密維持義務 등을 들 수 있다.

(다) 일반적으로 보호의무는 계약상대방의 생명·신체·재산 등을 해치는 일이 없도록 필요한 조치를 강구하여야 할 의무를 의미한다. 그러나 가상공간에서의 거래, 특히 on-line으로 이루어지는 이행에 있어서는 보호의무의 위반으로 인하여 상대방의 생명이나 신체 등 비재산적 법익이 해쳐지는 경우를 상정하기 어렵다. 따라서 채무자는 상대방의 재산적 법익을 보호하기 위하여 필요한 조치를 강구하여야 하는바, 가령 바이러스에 감염된 컴퓨터 프로그램과 같은 디지털상품의 흠으로 인하여 채권자에게 재산적 손해(가령 정보처리시스템의 고장 또는 저장된 정보의 멸실)가 발생하지 않도록 조치할 의무를 부담한다.

4. 假想空間에서의 義務의 不履行과 그 效果

(가) on-line으로 이루어지는 이행에 있어서 디지털제품의 제공은 앞에서 본 바와 같이 '주는 급부'에 속한다고 할 것이다. 그런데 주는 급부 일반에 관한 채무자의 의무로는 민법 제374조의 特定物引渡債務와 제375조의 種類債務의 두 가지가 있지만, 당사자의 의사에 기한 個別的 標識에 의한 特定이 의미를 가지지 않는 디지털제품의 제공의무는 종류채무에 속하는 것으로 보아야 할 것이다. 이와 달리 주문형 소프트웨어의 경우에 특정물채권으로 보아야 한다는 견해도 있지만,²¹⁰⁾ 이 경우에도

208) 吳炳喆, 앞의 책, 326쪽.

209) 채무자에 한정되는 것이 아님에 주의할 것이다.

210) 가령 吳炳喆, 앞의 책, 282쪽. 다만 同所는 주문형 소프트웨어의 주문제작은 '주는

금부목적물의 특징이 무의미할 뿐만 아니라 특정물채권에 특유한 민법 제374조(善管注意義務) 및 제462조(現狀引渡義務)가 적용될 여지가 없으므로 본래의 의미의 특정물채권으로 볼 것은 아니다. 이처럼 디지털제품을 제공할 의무를 중류채무로 보더라도 중류채권에 관한 민법 제375조는 적용되지 않는다. 즉 디지털제품에 있어서 품질은 동질의 것으로 다루어지므로 동조 제1항이 적용되지 않으며, 그 결과 특정 역시 의미가 없으므로 동조 제2항도 적용되지 않는다. 결국 디지털제품을 on-line으로 제공할 의무의 履行不能은 -주문형 소프트웨어의 주문·제작이라는 예외적인 경우를 제외한다면- 문제되지 않는다고 할 것이어서, 이와 관련하여 성립할 수 있는 채무불이행의 유형으로는 履行遲滯와 흔히 不完全履行 또는 積極的 債權侵害라 불리는 제3의 유형(필자의 견해에 의하면 履行加害²¹¹⁾)이 있을 뿐이다. 그런데 이 중에서 이행지체는 특별한 검토를 요하지 않는다.²¹²⁾

결국 on-line으로 이루어지는 이행에 있어서의 채무불이행으로 실질적으로 문제되는 것은 적절하지 못한 이행이 채권자에게 이행이익을 초과하는 또는 그와는 별도의 附加的 損害를 야기한 경우인 履行加害뿐이라고 할 것이다. 그런데 이행가해는 가령 바이러스에 감염된 프로그램을 제공하는 것과 같이 보호의무를 위반함으로써 그 바이러스가 채권자의 시스템 및/또는 다른 프로그램에 감염되어 시스템이나 프로그램의 작동을 저지하거나 기능을 저하시킨 경우 또는 그로 인하여 저장된 자료가 삭제된 경우에만 성립하는 것이 아니다. 그 밖에 본래의 의미의 정보를 제공할 주된 금부의무를 유책적으로 위반함으로써 이행가해가 성립할 수 있다. 가령 주식시세에 관한 잘못된 정보를 제공함으로써 정보이용자가 주식거래와 관련하여 부가적 손해를 입은 경우에도 이행가해가 성립한다.

채무가 아니라 '하는 채무'로 이해하여 노무계약이나 도급계약으로 다루는 것이 일반적이라고 한다.

211) 이에 관하여 자세한 것은 池元林, 앞의 글(民事法學), 396쪽 참조.

212) 다만 가령 위 3. (가)에서의 ㉓의 경우에 시스템의 유지를 위한 합리적 필요성이 있는 경우 또는 제공자가 통제할 수 있는 합리적인 범위를 넘어서고 제공자가 그 상황에 따라 합리적인 노력을 다한 경우에는 일시적인 접근의 불능이 결과짓지 않는다는 점에 주의할 것이다.

한편 이행가해가 성립하는 경우에는 원칙적으로 채권자에게 발생한 손해의 배상만이 문제된다고 할 것이고,²¹³⁾ 배상되어야 할 손해의 범위는 민법 제393조에 의하여 확정된다. 따라서 부가적 손해는 그것이 당해 가해적 사태에 통상적인 경우에는 당연히 배상되어야 하지만(동조 제1항), 대개의 부가적 손해에서 문제되는 바의 특별손해(가령 바이러스의 감염으로 인한 저장자료의 삭제)인 경우에는 채무자인 정보제공자에게 예견 가능성이 있는 경우에만 배상범위에 속하게 될 것이다.

(나) 한편 on-line을 통하여 제공된 디지털제품 자체에 흠이 있는 경우에는 담보책임이 문제된다. 그런데 위 3. (가)에서의 ②의 경우에 채무자가 가령 전자채권에 대한 완전한 권리를 취득하지 못한 경우 또는 제공된 소프트웨어의 이용권이 흠결된 경우와 같이 이전되는 권리에 하자가 있다면 민법 제570조 이하의 擔保責任이 문제된다.²¹⁴⁾ 반면 물건의 하자가 있는 경우에는 앞에서 본 바와 같이 디지털제품의 제공의무를 중류 채무로 보아야 하므로 민법 제581조가 적용된다.²¹⁵⁾ 그런데 디지털제품의 하자로 인하여 그 제품 자체의 가치가 감소된 경우에는 동조 제2항 소정의 完全物給付請求權이 유용한 구제책이 될 것이고, 그 하자로 인하여 채권자에게 부가적인 손해가 발생하였다면 앞에서 본 이행가해가 성립하여 그 부가적 손해의 배상이 문제될 것이다.

(다) 지금까지 살펴본 바와 같이 가상공간에서 이루어지는 거래의 이행과 관련된 문제는 현존하는 법규에 의하여 충분히 해결될 수 있다. 즉 채무불이행의 요건은 민법 제390조에 포섭될 수 있으며, 그 효과 역시 민법 제393조에 의하여 해결될 수 있으므로 이를 위한 별도의 규율은 필요하지 않다.

213) 자세한 것은 池元林, 앞의 글(民事法學), 397~8쪽 참조.

214) 吳炳喆, 앞의 책, 355쪽은 이것이 실제로 문제되는 경우는 매우 드물 것이라고 한다.

215) 이와 관련하여 앞에서 본 바와 같이 디지털제품을 상품으로 볼 것인가 아니면 용역, 즉 서비스로 볼 것인가에 대한 논의가 있지만, 이를 상품이라고 하면 민법 제581조가 직접 적용되는 반면, 이를 용역으로 보더라도 동조가 민법 제567조에 의하여 준용되므로 결과에 있어서 차이가 없다. 다만 디지털제품이 무상으로 제공되는 경우가 문제될 수 있지만, 이러한 경우에는 민법 제559조를 유추하여 제공자에게 담보책임을 물을 수 있다고 할 것이다.

제 6 장 結 語

우리의 현행 법체계가 가상공간에서 이루어지는 거래를 영두에 두지 않았음은 자명하다. 따라서 가상공간에서의 거래를 현실세계에서의 거래와 동일한 기준에 의하여 규율하는 것이 적절하지 않을 수 있다. 그러나 지금까지 살펴본 바와 같이 적어도 필자의 판단에 의하면 현행의 법체계에 의하더라도 가상공간에서의 거래에서 발생하는 계약법적 문제 거의 전부가 제대로 규율될 수 있다. 다른 한편 가상공간에서의 거래의 특성과 우리 실정법에 대한 충분한 검토가 전제되지 않은 선부른 입법화는 적어도 계약법의 영역에서는 법“체계”를 뒤흔드는 결과를 초래할지도 모른다. 이러한 우려가 현실화된 예를 우리는 이미 전자거래기본법에서 경험한 바 있다. 따라서 앞에서 본 가상공간에서의 거래의 특성을 참작하여 필요한 최소한의 범위에서 법적 규율을 마련하는 신중한 태도가 요청된다고 할 것이다.

그리고 인터넷 등의 통신수단을 이용한 가상공간에서의 거래, 특히 금융거래가 은행과 고객 모두에게 엄청난 이점을 가져다주었지만, 그와 함께 적지 않은 위험 및 불이익도 초래하고 있다는 점을 영두에 두어 각 당사자는 그러한 위험 내지 불이익을 최소화하면서 거스를 수 없는 대세에 동참하고자 하는 현명한 자세를 가져야 할 것이다.

나아가 이상의 논의는 현재의 기술수준을 전제로 한 것이다. 따라서 앞으로 가령 인공지능기술의 비약적 발전에 의하여 그와 다른 결론이 도출될 수도 있을 것이다. 가령 전자금융이 CD/ATM기의 도입과 어음·수표업무의 자동화를 통한 業務自動化段階와 금융기관간의 네트워크와 금융기관과 고객간 네트워크의 구축 및 직불·신용카드의 도입을 통한 네트워크 構築段階를 거쳐 전자화폐의 보급, 금융업무의 가상공간 영위, 인터넷뱅킹 활성화를 통한 사이버뱅킹의 段階로 발전하고 있는바,²¹⁶⁾ 각 단계에서의 상황을 면밀하게 분석한 후에 그에 대한 법적 대응이 강구되어야 할 것이다.

216) 孫晉華, 앞의 글, 644~5쪽 참조.

끝으로 지금까지의 가상공간에서의 거래의 계약법적 규율에 대한 검토는 필자의 능력 내지 관심영역의 한계 때문에 가상공간에서의 거래에 관한 논의의 전부가 아니다. 이 연구를 계기로 하여 앞으로의 실질적인 진전이 있기를 기원한다.

參考文獻

- 郭潤直, 債權總論, 新訂版, 1994
- _____(편집대표), 民法注解(II), 1992; 民法注解(VIII), 1995; 民法注解(IX), 1995; 民法注解(XI), 1995; 民法注解(XII), 1997; 民法注解(XV), 1997
- 기술과 법 연구소, 전자거래기본법 개정시안, 2000
- 金相容, “自動化된 意思表示와 시스템契約”, 私法研究 제1집, 1992
- 김성태, “인터넷 證券去來의 법적 문제와 證券去來約款”, 比較私法 제7권 2호, 2000
- 김영감·최성준, “情報社會에 對備한 商事法 研究 序論”, 情報化社會에 對備한 一般法 研究 (I), 通信開發研究院, 1997
- 김용직·지대운, “情報社會에 對備한 民事法 研究 序論”, 情報社會에 對備한 一般法 研究(I), 通信開發研究院, 1997
- 金載亨, “電子去來基本法の 改正方向”, 韓國에서의 法の 支配 (2001년 8월 31일 서울대학교 법과대학에서 개최된 학술대회 자료집)
- 金晉煥, “約款의 契約編入과 電子約款”, 法曹 제537호, 2001.6.
- 金亨培, 債權總論, 제2판, 1998
- 盧泰嶽, “電子去來에 있어 契約의 成立을 둘러싼 몇가지 問題”, 法曹 제516호, 1999.9. 및 제517호, 1999.10.
- 朴駿籍(편집대표), 註釋民法 총칙(2), 제3판, 2001
- 방석호, “인터넷 활용에 따른 민사법적 문제”, 韓國 法學 50년(II)-過去·現在·未來, 韓國法學敎授會, 1998
- 배대현, 전자서명·인터넷 법, 2000
- 사법연수원, 전자거래법, 2000
- 孫晉華, “電子金融去來의 支給手段에 관한 法的 問題”, 金融去來法講座, 1999
- 孫泰宇, “미국의 통일전자거래법(Uniform Electronic Transactions Act) 최종안의 내용과 의의”, 인터넷법률 제3호, 2000
- 심 영, “전자금융에 있어서의 위험과 감독적 규제방안”, 比較私法 제7권 1호, 2000

參考文獻

- 梁彰洙, “독일의 새로운 민법개정제안”, 法學(서울대학교 법학연구소) 제41권 4호, 2001
- 吳炳喆, 電子去來法, 全訂版, 2000
- _____, “電子去來의 民事法的 規律方案”, 情報社會에 對備한 一般法 研究 (II), 情報通信政策研究院, 1998
- _____, “電子的 意思表示에 관한 研究”, 박사학위논문(연세대 대학원), 1996
- 윤주희, “전자거래에서 상품 및 용역제공자의 계약상 의무”, 디지털경제 시대에서의 전자거래와 법 (II), 한국법제연구원, 2001
- 윤창인, “WTO의 전자상거래 논의현황과 우리의 과제”, 통상법률 제38호, 2001.4.
- 李英俊, 民法總則, 全訂版, 1997
- 李銀榮, “전자상거래와 소비자법”, 比較私法 제5권 2호, 1998
- _____, 債權總論, 改訂版, 1999
- 李鍾柱, “전자거래기본법 및 전자서명법의 제정경과와 법적 검토”, 法曹 제526호, 1999.9.
- 이주홍, “銀行去來約款”, 金融去來法講座 II, 2001
- 李哲松, “전자거래기본법의 운영상의 제문제점”, 租稅學術論集 제16집, 2000
- 張敬煥, “인터넷 사이버몰이용 표준약관의 검토”, 商事法研究 제19권 2호, 2000
- 電子去來基本法 改正을 위한 公聽會(2001.7.20.) 자료집
- 정경영, “電子意思表示의 主體에 관한 研究”, 比較私法 제5권 2호, 1998
- _____, “미국 통일전자거래법(Uniform Electronic Transaction Act: UETA)에 관한 연구”, 商事法研究 제19권 2호, 2000
- _____, “전자결제제도의 법적 문제”, 比較私法 제7권 2호, 2000
- 정완송, “전자거래의 거래유형별 법률관계”, 디지털경제시대에서의 전자 거래와 법 (II), 한국법제연구원, 2001
- 鄭鍾休, “電子去來의 立場에 따른 契約理論의 變容”, 인권과 정의 제268호, 1998

- _____, “인터넷에 의한 與·受信契約과 銀行去來約款”, 比較私法 제7권 2호, 2000
- 鄭震明, “인터넷을 통한 거래의 계약법적 문제”, 比較私法 제6권 1호, 1999
- _____, “전자자금이체의 법적 문제”, 인터넷법률 제3호, 2000.11.
- 池元林, “債務不履行의 類型에 관한 研究”, 民事法學 제15호, 1997
- _____, “自動化된 意思表示”, 저스티스 제31권 3호, 1998
- _____, “代物辨濟約定의 效力”, 民事判例研究 제21집, 1999
- _____, “電子去來와 契約法”, 法學論叢(단국대 법학연구소) 제24집, 2000
- _____, “契約의 成立에 관한 立法論的 研究”, 法曹 제527호, 2000.8.
- _____, “가상공간에 있어서 거래의 특성과 법적 규율”, 디지털경제시대에서의 전자거래와 법 (II), 한국법제연구원, 2001
- _____, “法律行爲의 效力根據에 관한 研究”, 박사학위논문(서울대 대학원), 1993
- 崔明龜, “전자의사표시의 법적 효력문제”, 比較私法 제5권 1호, 1998
- 崔培璿, “UNCITRAL 電子商去來모델법과 우리나라의 電子去來基本法(案) 比較”, 比較私法 제5권 2호, 1998
- 韓三寅·金相明, “電子商去來의 法理에 관한 研究”, 比較私法 제6권 2호, 1999
- 한웅길, “전자거래와 계약법”, 比較私法 제5권 2호, 1998
- _____, “폰뱅킹(텔레뱅킹)에 관련한 법적 문제”, 民事法學 제18호, 2000
- Brehm, “Zur automatisierten Willenserklärung”, FS Niederländer, 1991
- Brox, Allgemeiner Teil des BGB, 21.Aufl., 1997
- Franzen, Bürgerlich-rechtliche Aspekte des Informations- und Computerrechts aus deutscher Sicht(2001년 7월 25일부터 27일까지 Friedrich-Naumann-Stiftung의 지원으로 독일 Konstanz에서 개최된 “Rechtssysteme im Vergleich: Korea und Deutschland am Beispiel des Informations-und Computerrechts”의 발표문)

参考文献

- Guide to Enactment of the UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce, 1996
Härting, Internetrecht, 1999
Henssler, Risiko als Vertragsgegenstand, 1994
Palandt, BGB, 60.Aufl., 2001
Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 2.Aufl. 1995
Staudinger, BGB, 13.Aufl., 1994ff.