

國際商去來에 있어 電子文書에 의한 請約과 承諾의 基準*

沈 鍾 石**

目 次

I. 序 論

IV. 電子文書에 의한 承諾

II. 電子契約의 特質과 構成要件

V. 結 論

III. 電子文書에 의한 請約

I. 序 論

국제상거래에 있어 인터넷을 통한 상거래 활동은 일반적으로 상인 간 '閉鎖型 通信網'(closed networks)에 의한 활동과, 주체의 제한이 없는 '開放型 通信網'(open networks)에 의한 활동으로 구분할 수 있는데 양자 모두 가상공간을 통해 그 기여의 폭을 확장하고 있다.

전자상거래는 전통적 상거래에서는 고려할 수 없었던, 예컨대 電子文書(data messages), 電子契約(electronic contracts), 電子署名(electronic signatures), 電子認證(electronic authentication)¹⁾ 등 별도의 개념이 제시

* 본 연구는 沈鍾石, "國際商去來에 있어 電子契約의 成立에 관한 研究", 成均館大學校 經營學博士 學位論文, 2002 의 일부를 수정·보완하여 작성된 논문임.

** 남서울 대학교 국제통상학과 강의전담교원, 경영학박사.

1) 일반적으로 認證은 사용자 인증이나 메시지 인증과 관련한 시스템 보장요건의 의미로서 認證(authentication)과, 전송되는 전자문서의 無缺性(integrity) 보장을 위한 인증서비스 의미로서 認證(certification)으로 구분된다. 본 연구에서는 이를 구별하여

되고 있다.

한편 당해 개념들은 전자상거래에 있어 새로운 법규범을 제정하는 원인이 되었거나 또는 원인으로 작용하고 있다. 이는 종이문서를 바탕으로 한 전통적 국제상사규범이 전자상거래에 적용될 경우 인터넷 또는 전자적 통신수단의 사용으로 비롯되어진 법적 문제를 지속적으로 해결할 수 있느냐 하는 사안에 대한 입법적 결과라 할 수 있다.

국제상거래에 있어 전자문서가 전자계약체결의 수단으로 이용되기 위해서는 전자적 통신수단의 요건, 眞正性(authenticity) 보장, 당사자 신원 확인 및 정보제공 등의 과정에서 종이문서와 동등한 等機能性(functional-equivalence)을 확보하여야 한다. 그 결과로써 전자문서는 전통적 종이문서에 상당하는 법적 지위의 보장 및 안정적인 법적용에 따른 법적 효력이 보장될 수 있다.

본 논문에서는 전자계약의 성립요건으로써 전자문서에 의한 청약 및 승낙의 기준과 효력을 검토하고자 한다. 또한 전자계약의 법적 효력발생을 위한 문제점을 검토하고, 특별히 국제상사계약에 있어 국제매매계약에 관한 기존의 국제상사규범의 보완적 역할 및 최근 國際商去來法委員會(UNCITRAL)에서의 ‘電子契約協約豫備草案’(Preliminary Draft Convention on [International] Contracts Concluded or Evidenced by Data Message)²⁾에서의 입법적 대응을 비교하여 상호 보완가능성을 고찰하고자 한다. 그 주된 내용은 전자적 통신수단의 개입에 따른 시기, 장소, 방법 등에

사용한다(“UNCITRAL Model Law on Electronic Signatures with Guide to Enactment (2001)”, part 2, III, B. 2. (b) (ii) 참조).

- 2) 國際商去來法委員會(UNCITRAL) ‘데이터 메시지에 의하여 締結되거나 立證되는 [國際] 契約協約豫備草案’(Preliminary Draft Convention on [International] Contracts Concluded or Evidenced by Data Message : 이하 ‘電子契約協約豫備草案’)을 말한다. 동 전자계약협약예비초안은 電子商去來에 관한 UNCITRAL 모델과 電子署名에 관한 UNCITRAL 모델이 법적 구속력을 갖지 못한다는 문제점과 국제상거래에 있어 전자계약의 체결시 CISG를 적용할 경우 법적 장애요소 및 보충의 여지가 예견되어 이를 보완할 필요성에 따라 마련되었다. UNCITRAL에 의하여 주도된 동 예비초안은 CISG를 기초로 하여 상기 모델을 병합한 결과로 전자계약에 관한 새로운 국제협약으로써 의의를 제고하고 있다 (전자계약협약예비초안의 상세한 제정취지와 규정검토에 대해서는 沈鍾石, 前掲論文을 참조).

관련한 법적 사안으로 대별될 수 있다.

본 연구의 주된 분석대상은 상기 전자계약협약예비초안이다.³⁾ 이에 결부하고자 하는 국제상사규범은 동 예비초안의 입법적 배경이 되고 있는 ‘國際物品賣買契約에 관한 UN協約’(UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods : 이하 ‘CISG’), 보충적으로 연관될 수 있는 ‘國際商事契約에 관한 UNIDROIT 原則’(UNIDROIT Principle of International Commercial Contracts : 이하 ‘UNIDROIT 원칙’) 및 전자상거래에 있어 UNCITRAL의 先導的 입법례로써 평가받고 있는 ‘電子商去來에 관한 UNCITRAL 모델법’(UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce : 이하 ‘UNCITRAL 모델법’) 등이다.

한편 본 연구에서는 현재까지 발표된 국내·외 선행논문과 단행본, 학술연구자료, 국제기구 및 연구기관 등에 의해 발표된 기관지 등을 통한 문헌중심의 연구방법을 취하고자 한다.

II. 電子契約의 特質과 構成要件

1. 電子契約의 概念과 範圍

일반적으로 電子契約(electronic contracting)은 정보통신망을 통한 전자문서에 의한 계약으로 總稱하고 있는데⁴⁾ 전자계약협약예비초안은 이를 구체화하여 전자계약을 ‘어떠한 具體化 된 目的物’(any specialized subject

3) 전자계약협약예비초안 규정 원문은 UN General Assembly A/CN.9/WG.IV/WP.95, Annex I. 참조.

4) 北川善太郎, “시스템契約-情報社會における新しい契約類型”, NBL No. 393, p.6. ; 尹周端, “電子去來의 成立에 관한 研究 : 시스템 契約의 成立을 중심으로”, 「法制研究報告書」, 韓國法制研究院, 2000. 4, p.19 ; 劉宜基, “電子資金移動制度에 관한 法的研究 : 電子資金移替와 電子貨幣의 立法方案을 中心으로”, 成均館大學校 博士學位論文, 1996, pp.84-86. 등에서는 ‘시스템 契約’이라고 칭하고 있다. 電子契約(electronic contracting)은 그 의미상 전자적 방식 및 통신수단을 포함하는 개념, 즉 전자문서에 의한 계약으로 總稱할 수 있다. 따라서 ‘시스템 契約’을 포괄하고 있다고 이해하여야 함이 바람직할 것으로 보인다.

matter) 또는 ‘形式的 合意의 手段’(method for forming agreements)을 기초로 한 개념이 아니라, 다만 계약을 성립하기 위한 방법으로 ‘電子的 通信手段’(means of electronic communications), 즉 전자문서에 의해 이루어지는 것으로 그 개념을 확립하고 있다.⁵⁾

국제상거래에 있어 전자계약은 종이문서에 의한 계약과 기본적으로 다르지 않다. 다만 기존의 국제상사규범이 전자계약에 적용될 경우 발생할 수 있는 법적 문제점을 통해 그 차이를 구분할 수 있을 따름이다⁶⁾

기존의 상거래 과정에 있어 각각 분리되어 체결되었던 단계별 개별계약이 ‘情報通信網의 連繫’(networking)된 결과로부터 하나의 계약으로 체결되고 있음이 전자계약의 주요한 특성이라 할 수 있다. 즉, 국제상거래에서 물품의 매매계약과 관련하여 물품의 운송, 대금의 지급, 보험계약의 체결, 보관 및 통관 등에 연관된 계약이 하나의 행위에 의하여 동시에 체결되고 있음을 예로 들 수 있다.

전자계약은 일반적으로 사람과 컴퓨터 간에 체결된다. 따라서 일방의 請約(offer)에 대한 상대방의 承諾(acceptance)이라는 의사표시가 없을 수도 있다. 프로그램에 의해 자동처리가 지시되고 ‘데이터 베이스’(database : D/B)에 의한 프로그램의 설정조건 범위 내에서 계약이 성립되고 이행된다.

이러한 프로그램 운영 시점에서 이미 정지조건부의 승낙의사가 형성되고 청약에 의한 승낙의 표시는 컴퓨터에 의해 이루어지고 있는 것에 불과하다. 예를 들면 컴퓨터에서 ‘하이퍼텍스트 링크’(hypertext link)⁷⁾

5) UN General Assembly A/CN.9/WG.IV/WP.95, para. 10.

6) UN General Assembly A/CN.9/WG.IV/WP. 95, II, A, 1, paras. 10-12. ; ‘Directive 2000/31/EC of The european paliament and of the council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the internet market. : 이하 EU Directive’, Article 9. 1. 全文은 (www.spamlaws.com/docs/2000-31-ec.pdf) 참조. 본 연구에서 인용하고 있는 모든 웹 사이트명(즉, ‘Uniform Resource Locator : URL’)은 2003년 6월 1일 현재까지 웹상에 화면표시(display) 되고 있음을 참고로 한다. 다만 표기상에 있어 프로토콜명(http://)은 편의상 생략하였다.

7) 하이퍼텍스트(hypertext)는 문자정보를 서로 연관지워 찾아볼 수 있도록 만들어진 문서파일이나 형식을 말한다. 일반문서처럼 차례로 읽어 나가는 것이 아니라 색인

를 통해 계약조항을 참조하여 이를 삽입하고 동의의 의사를 표시할 수도 있다.⁸⁾ 또한 계약의 形式要件(form requirement)에 관한 認可申請에 있어 특별히 서면이 필요한 경우 이를 認證서버(certification server)에 등록해 둘 수도 있다.

전자계약은 종이문서에 의한 계약에서는 기대하지 못한 특수한 법적 문제점이 발생할 수 있다. 따라서 그 법적 효과를 명확히 하는 것이 향후 입법적 과제라 할 수 있다. 주된 내용은 전자문서의 문서성 확보, 전자적 통신수단에 의한 의사표시의 구속력, 계약성립의 장소, 청약과 청약의 유인의 구별, 계약의 성립시기 등을 예로 들 수 있다.

또한 당사자 합의에 의한 제도적 시스템에 의한 경우라도 상기의 개별사안을 포함하여 전자계약의 체결양식, 정보시스템의 법적 안정성, 제3자 대항요건 등에 관한 명확한 約定(agreements)을 확립하여야 한다. 약정의 효력이나 연관된 계약의 세부사항에 대해서도 마찬가지이다.

한편 전자상거래에 관한 통일규범이나 법령이 확립되어 있지 않은 상황에서는 모델법(model law)이나 指針(guidelines), 당사자의 합의에 의한 실용화된 시스템의 規約(Rules) 등은 전자계약에 있어 당해 법률관계를 명확히 하고 상거래의 불확실성을 없애는데 유용할 수 있다.

2. 電子文書의 機能과 要件

컴퓨터를 통한 전자문서의 전달과정은 전통적 의사표시의 전달과정과는 사뭇 다른 메커니즘이 구현된다. 이를테면 인간이 입력한 자료를 코드화(coding)하고 연산하여 송신할 수 있는 신호로 변환하고, 수신된 신호

이나 사전처럼 내용이 서로 유기적으로 연결되어 있어 어떤 부분을 보다가 그와 연관된 다른 부분을 임의로 참조할 수 있도록 만들어진 문서형식을 말한다. 따라서 '하이퍼텍스트 링크'(hypertext link)은 하나의 정보를 다른 정보와 연결시키는 연결 고리의 의미로 파악할 수 있다.

- 8) 'Guide to Enactment of the UNCITRAL the Model Law on Electronic Commerce (1998)', as amended by Article 5 bis ; UN General Assembly A/CN.9/WG.IV/ WP.95, para. 67 : "...incorporation by reference of contractual clauses accessible through hypertext link..."

는 인간이 인지할 수 있도록 문자, 음성, 동영상 등으로 재변환되는 일련의 과정을 거치게 된다.

이러한 과정에서 전자문서는 단순히 인간의 의사를 전달하는 매개에 불과한 것이 아니라, 나아가 인간이 기초적 정보만을 제시하면 操作된 연산에 따라 구체적 의사를 형성할 수도 있다.⁹⁾ 즉, 상거래 과정에서 컴퓨터에 의한 연산이 인간의 행위와 동시에 반드시 개입하게 된다. 이는 전통적 의사표시에 비하여 의사표시의 전달과정에 따른 실질적 변화를 의미하며 따라서 법적 접근방식이 달라지게 된다.

또한 계약체결 방식의 변화는 전통적 계약체결에 있어 보통 구두나 서면에 의한 경우가 대부분이었던 상황을 전자문서 의한 방법으로 대체할 수 있다고 하는 수단적 변화를 의미한다.

이 같은 의사표시 메커니즘의 변화는 전자문서의 형식요건, 효력 및 전자서명에 의한 정보보안 등 새로운 법적 규율을 필요로 하게 되는 원인이 되고 있다. 그 결과 전자문서는 각양의 법규범에서 전통적 계약체결의 수단에 상당하는 법적 효력이 부여되고 있다. 차례로 살펴보면 다음과 같다.

우선 국내 실정법의 경우 ‘電子去來基本法’에서는 전자문서를 “정보처리시스템에 의하여 전자적 형태로 작성, 송신, 수신 또는 저장된 정보를 말한다.”라고 규정하고 있다(제2조 제1항). ‘電子署名法’에서도 그 정의는 동일하다(제2조 제1항).

UNCITRAL 모델법 제2조의 (a)에서는 국내 실정법에서의 전자문서에 상응하는 용어인 ‘데이터 메시지’(data message)로써 즉, “특별한 제한없이 電子資料交換(EDI), 電子郵便(e-mail), 텔렉스 또는 팩시밀리 등을 포함한 전자적, 광학적 기타 유사한 수단으로 작성, 발신, 수령 또는 저장된

9) 전자계약협약예비조안 제2조 (e)에서는 이를 ‘自動化된 컴퓨터 시스템’(automated computer system)이라고 정의하고 있다 (UNCITRAL 모델법, 제13조의 (b) 및 미국의 국내법으로써 ‘統一 電子去來法(Uniform Electronic Transactions Act : 이하 UETA)’ Section 2, (2) ; ‘統一 컴퓨터 情報去來法’(Uniform Computer Information Transactions Act : 이하 ‘UCITA’), Section 102, (7) 등의 규정을 참조).

정보를 말한다.”고 정의하고 있다.

또한 동 규정내용은 UNCITRAL에서의 전자계약협약예비초안 제5조의 (a), ‘電子署名에 관한 모델법’(UNCITRAL Model Law on Electronic Signature) 제2조의 (c) 등에서도 동일하다. 당해 규정을 포함하여 제반 국제기구에 의한 법규범에서 정의되어진 바 ‘데이터 메시지’(data messages) 또는 이에 상당하는 용어의 정의를 살필 경우에도 UNCITRAL 모델법에서 정의되어진 내용과 같이 동일한 개념으로 수용할 수 있다.¹⁰⁾

한편 국경을 초월한 이용자들의 상호작용을 촉진하는 인터넷과 같은 통신망의 중요성이 증가함에 따라 보장에 관한 국제적 통일법규범의 개발을 위한 노력이 요청되고 있다. 즉, 정보통신망에서 信義則(good faith)¹¹⁾을 증진하기 위한 중요성이 높아지면서 정보의 안전성, 특히 전자문서의 保障¹²⁾ 및 인증에 관한 일관된 법적 규제의 필요성이 강조되고 있다.¹³⁾

예컨대 전자문서의 보장 및 인증에 관한 정보의 안전성 제고의 측면에서 전자서명에 의한 전자문서의 形式要件(form requirements)의 법적

10) 본 연구에서는 UNCITRAL 모델법, 전자계약협약예비초안 등 제반 국제상사규범에서 정의하고 있는 ‘데이터 메시지’(data messages)가 국내 실정법에서 정의하고 있는 바 電子文書의 의미와 相通하고 당해 규정취지에 부합할 뿐만 아니라 종이문서와의 상호 대비에 따른 실익을 고려하여 이하 電子文書(data messages)로 통일하여 사용한다. 제반 국제기구 및 각국 간 실정법에 의해 정의되어진 전자문서에 대한 용어의 정의는 다음의 법규범을 참고할 수 있다. ‘OECD Guidelines for Cryptography Policy (1997)’, Chapter III ; ‘ICC Supplement to UCP 500 for Electronic Presentation (eUCP)’, Article e3 ; ‘CMI Rules for Electronic Bills of Lading (1990)’, Article 11 ; UETA, Section 2, (7), (13) ; UCITA, Section 102, (28), (54) ; E-Sign, Section 106, (4) ; UECA, Article 1, (a) ; 日本의 ‘電子署名及び認証業務に關する法律’, 第2條 ; 말레이시아의 ‘Digital Signature Bill (1997)’, Article 2 등.

11) 본 연구의 범위내에서 信義則(good faith)에 관하여 규정하고 있는 입법례가 있다. 즉 UCITA, Section 102, (32)에서는 “사실상 정직함과 공정한 거래의 합리적 상 기준을 준수하는 것을 말한다(…honesty in fact and the observance of reasonable commercial standards of fair dealing.)”라고 규정하고 있는 바 그것이다.

12) 이 경우 ‘保障하다(ensure)’의 의미는 “자신을 메시지와 동일시하기 위한 실제적 의도로 메시지에 대한 전자적 標章 또는 상징을 기록하거나 채용하는 것”으로 정의된다 (‘ICC General Usage for International Digitally Ensured Commerce : 이하 GUIDEC’, Chapter VI, 1).

13) GUIDEC, *Ibid.*, para. 3.

현안이 영미법상의 사안과 대륙법상의 사안으로 각기 구별되고 있는데 비교하여 살펴보면 다음과 같다.¹⁴⁾

우선 공통적으로 전통적 국제상거래에 있어서 문서에 서명하는 형식을 요구하고 있는 이유는 謬誤나 詐欺 및 분쟁의 여지가 개입되기 쉬운 구두합의에 의존하지 않도록 하기 위한 것과 조세·관세 등과 같은 행정처리비용 및 수수료 등을 징수하기 위한 규제목적이 주된 것이었다.¹⁵⁾

영미법이 적용되는 지역에서 전자문서에 의한 통신상에 있어 발생될 수 있는 문제는 영국 '財産法'(Law of Property Act : 1989)¹⁶⁾ 제2조의 '署名에 의하여야 할 賣買契約 등'(contracts for sale etc. of land to be made by signed writing)에 있어서 문서에 서명을 부가해야 하는 규정과, 미국 '統一 商法典'(UCC) 제2-201조의 형식요건을 충족할 수 있는지의 여부이다.

UCC에서는 "署名(signed)이란 당사자가 기록된 서면을 인증할 의사로 여기에 표시하거나 채용한 어떠한 상징을 말한다."고 정의하고 있으며¹⁷⁾ 동 규정의 註釋에서는 서명을 요구하는 것은 당사자가 상징을 채용하는 방식보다도 '認證하려는 意圖'(intention to authenticate)에 초점을 맞추고 있다고 해제하고 있다.¹⁸⁾

법원에서도 이러한 입장을 반영하여 手記하지 않은 경우라도 인증하려는 의도가 있는 경우 서명과 기능적으로 동일할 수 있다고 밝히고는 있으나, 그 의도가 詐欺防止規定(statute of frauds)상 서명의 요건을 충족하였음을 示唆하더라도 특별히 羈束力있는 판례나 법령의 규정이 없이는

14) GUIDEC, Chapter IV, 2~5.

15) Randy V. Sabett, "International Harmonization in Electronic Commerce and Electronic Data Interchange", *American Univ. Law Review*, 1996. 12, 'Introduction'을 참조.

16) 동 법의 全文은 (www.hmsso.gov.uk/acts/acts1989/Ukpga_19890034_en_1.htm#end)에서 그리고 기타 영국의 제정법은 (www.hmsso.gov.uk/acts.htm#acts)를 참조.

17) UCC, §1-201, (39) : "Signed includes any symbol executed or adopted by a party with present intention to authenticate a writing."

18) UCC, *ibid.*, 'Official Comment' : "...emphasizes that the appropriate focus of the signature requirement is the 'intention to authenticate' rather than the manner of symbol adopted by the parties."

불확실한 실정이다.¹⁹⁾

대륙법이 적용되는 지역에서는 형식요건이 매우 다양하다. 예컨대 독일법에서는 당사자들이 구속의사를 표시하기만 하여도 계약이 성립될 수 있다. 다만 그러한 의사표시는 전자문서에 의할 수도 있으나 경우에 따라 실정법 조항에서 일정한 의사표시를 하기 위해서는 반드시 서면으로 할 것을 요구하는 경우가 많다.²⁰⁾

한편 UNCITRAL 모델법에서는 주요 국 법체제하에서 요구하는 이와 같은 서명에 의한 형식요건 및 형식의 유효성에 결부된 문제와 관련하여 전자문서의 경우 동일하게 전자서명에 의해 다루고 있다. 즉, 서명에 관한 형식요건으로 제7조의 (1)에서 “그 주체를 식별하고 전자문서의 내용에 대한 승인을 표시하는 방법으로 사용되는 경우 및 구체적 서명방법이 당해 상황에서 적합한 경우 전자문서에도 적용할 수 있다.”고 규정하고 있다.

전자문서의 형식요건에 대한 UNCITRAL 모델법의 위 규정은 전자문서의 형식요건으로써 서명을 요구하는 것이 제반 법체제하에서 주요한 문제라는 점을 명확히 인식하고 있는데, 다만 어떠한 상황에서 또는 어떠한 방식으로 전자문서에 서명하는 것이 적당한지는 규정하지 않고 있다.

그러나 ‘UNCITRAL 모델법 基礎指針’(The Draft Guide to the UNCITRAL Model Law)에서는 기존 서명요건의 다양한 형태와 수준에 비추어 그와 기능적으로 동일한 것을 개발하는 것이 전자문서와 관련하여 유용하다고 밝히고 있다.²¹⁾

전자계약협약예비초안은 UNCITRAL 모델법에서 전자서명에 의한 형식요건의 적용가능성에 관한 규정내용을 繼受하여 “당해 법에서 이 협약이 적용되는 계약에 서명을 요구하거나 또는 서명이 없는 경우 결과를 제공하는 경우 전자서명이 여타의 관련 함의를 포함한 모든 상황을 고려하여 전자문서가 생성되거나 또는 전달하기 위한 목적에 적합한 만큼 민

19) Deborah L. Wilkerson, “Legal Acceptance of Digital Signature”, *Univ. of North Carolina at Chapel Hill*, (www.unc.edu/~dvb/cyberlaw/digitalsignatures/legal.htm#Digital).

20) GUIDECE, IV, 4, para. 1.

21) ‘The Draft Guide to the UNCITRAL Model Law’, paras. 53-61. 참조.

을 수 있게 사용된다면 형식요건은 전자문서와 관련하여 충족된다.”고 규정하고 있다.²²⁾²³⁾

3. 電子署名의 役割

전자문서에 의한 의사표시의 교환과정에 있어서는 상거래에 관련한 정보가 당사자의 의사에 반하여 제3자에게 노출될 수 있고 당사자의 신원 및 상거래 정보가 盜用되어 불법적으로 사용될 수 있는 개연성이 있다.

또한 상거래 일방의 불법행위에 따른 침해를 예상할 수도 있다. 예를 들면 전자상거래의 匿名性(anonymity)을 이용하여 전자문서의 偽造, 變造, 盜用 등으로 상거래 당사자 일방의 신뢰를 眩惑하여 不當利得을 취할 수 있다.

전자서명은 이와 같은 불신 또는 위험성을 사전에 방지하고 상거래 정보 및 정보교환 당사자를 보호하기 위한 목적에서 필요성이 제기된다. 전자서명의 범위는 전자적 통신수단 및 자체의 시스템은 물론 전자문서에 의한 의사표시, 지급과 결제, 전자문서교환 등의 분야에 공히 해당된다.

‘電子署名에 관한 UNCITRAL 모델법’에서는 제2조의 (a)에서 電子署名을 “전자문서에 부가되거나 또는 전자문서에 논리적으로 결합된 전자적 형태의 데이터로서 전자문서에 관련된 서명자를 확인하고 전자문서에 포함된 정보에 대한 서명자의 승인을 표시하는데 사용되는 것을 말한다.”고 규정하고 있다. 이 경우 署名者(signatory)는 “서명의 생성자료를 보유하

22) 전자계약협약예비초안, 제13조의 Variant B, 3.

23) 전자계약협약예비초안은 2가지의 유형으로 대별되어 있다. CISG와 같이 즉, 국제협약의 적용범위와 같이 전통적 정의와 구별되는 ‘Variant A’와 그 전통적 정의를 그대로 반영하고 있는 ‘Variant B’로 각기 구분된다. 주요한 차이는 전자는 협약의 적용에 있어 국내와 국제계약을 구분하지 않고 적용되며 후자는 오로지 국제계약에만 적용된다는 차이가 있다. 아울러 일부조항은 사각괄호[square brackets]로 구별하여 두고 있는데 이는 국가가 국내계약과 국제계약의 이중체계를 보존하기 원할 경우를 고려하여 규정하고자 함이 그 목적이다 (UN General Assembly A/CN.9/WG.IV/WP.95, Annex I, n. 1, 2, 4 ; UN General Assembly A/CN.9/509, para. 29.).

고 그 자신 스스로 또는 그를 대신하여 서명을 표시하는 행위를 하는 자”로 정의하고 있다.²⁴⁾

우리나라의 ‘電子署名法’에서는 “전자서명이라 함은 서명자를 확인하고 서명자가 당해 전자문서에 서명을 하였음을 나타내는데 이용하기 위하여 당해 전자문서에 첨부되거나 논리적으로 결합된 전자적 형태의 정보를 말한다.”고 규정하고 있다(제2조 제2항). 또한 서명자를 “전자서명생성정보를 보유하고 자신이 직접 또는 타인을 대리하여 서명하는 자를 말한다.”고 규정하여(제2조 제12항), ‘電子署名에 관한 UNCITRAL 모델법’의 규정내용과 동일하다.

한편 전자적 방식에 의한 정보, 또는 문서의 교환은 종이문서를 바탕으로 형성된 법률체제하에서는 사안에 따라 거래의 효력이否認되거나 기대하지 않았던 문제에 당면할 가능성이 있다. 각국의 법령에 있어 ‘writing’, ‘signature requirement’, ‘to sign’ 등의 형식요건을 규정하고 있는 경우가 散在해 있기 때문이다.²⁵⁾

일례로 ‘EU Directive’에서는 계약성립과정에서 필요한 법적 요건이 전자문서의 유효한 이용을 阻害하거나 전자문서에 의해 계약이 체결되었다는 것을 이유로 법적 효과나 유효성을 부정할 수 없다고 규정하고 있다.²⁶⁾ 그러나 계약서 작성, 확인서 송부, 서류나 특정 서식의 제시, 계약서 원본의 존재, 印刷·製版의 형식, 계약의 교섭이나 체결 시 보증인의 立會를 요하는 사안 등과 관련되어서는 전자문서의 효력을 제한할 수 있다고 명시하고 있다.

국제상사규범 및 각국별 제반 실정법에서는 대개 전자문서와 전자서명을 동시에 규정하고 있고, 대부분 전자서명에 의한 전자문서에 그 법적 효력을 부가하고 있다. 참고로, 미국의 입법례로서 ‘國內·外 商去來에 있어 電子署名法’(Electronic Signatures in Global and National Commerce Act : 이하 ‘E-Sign’)에서는 전자서명과 전자문서를 동일한 의미로 간주

24) ‘UNCITRAL Model Law on Electronic Signature (2001)’, Article 2, (d).

25) Sabett, *op. cit.*, ‘introduction’ 참조.

26) EU Directive, Article 9. 1.

하고 있기도 하다.²⁷⁾

적합한 절차와 보장할 수 있는 과정을 통하여 생성된 전자서명은 전자문서의 법적 효력과 유효성 확보를 위한 취지에서 전자문서에 결부되어야 한다. 일정한 법률효과를 안정적으로 발생케 하기 위한 필수요건일 수 있다.

요약하면 전자문서에 결부된 전자서명은 전자상거래에 있어 전자문서의 활용에 따른 법적 안정성, 합목적성 및 예측가능성을 지향할 수 있다는 측면에서 전자문서와 분리할 수 없는 의미로 간주되어야 한다.

Ⅲ. 電子文書에 의한 請約

1. 請約의 要件

請約(offer)이란 일반적으로 請約者(offeror)가 被請約者(offeree)에게 계약을 체결하기 위하여 행하는 의사표시를 말한다. 즉, 청약은 계약의 체결을 의욕하고 있는 일방이 상대방의 承諾(acceptance)을 기대하고 행하는 의사표시이다. 이러한 청약은 승낙과 함께 계약을 성립시키는 효력을 갖는다.²⁸⁾ 따라서 청약과 승낙은 먼저 유효한 의사표시로서 그 효력이 인정되어야 서로 대립관계에서 구속력을 가지게 된다.

CISG 제14조 제1항에서는 유효한 청약의 기준으로써 그 의사표시가 '1인 또는 그 이상의 特定人'을 대상으로 하여야 하고, 상거래 제의가 '充分히 確定的'이어야 하며, 승낙이 있는 경우에 이에 구속된다는 '拘束意思를 表示'하고 있어야 함을 명시적으로 규정하고 있다. 이 경우 구속의

27) E-Sign, Section 301, (2), (D) (c) : "...the terms electronic record and electronic signature have the same meanings provided..."

28) Steven Emanuel, *Contracts*, Emanuel Law Outlines, 1993, C-2~3. ; Gordon D. Schaber · Claude D. Rohwer, *Contract*, 3rd ed., West Information Pub. Group, 1999, pp.2~4. ; Michael H. Whincup, *Contract Law and Practice : the English System and Continental Comparisons*, Kluwer Law International, 1996. 등을 참조.

사 표시가 없는 청약은 단지 ‘請約의 誘引’(invitation to make offer)으로 간주된다. 따라서 승낙과 함께 법적 효력이 있는 청약은 승낙이 존재하여도 계약을 성립시킬 수 없는 청약의 유인과 그 차이를 보인다.²⁹⁾

UNIDROIT 원칙 제2.2조에서는 CISG에서와 같이 청약의 기준에 관하여 규정하고는 있으나, 다만 상거래 제의의 대상, 즉 ‘1인 또는 그 이상의 특정인’이라는 요건을 규정하고 있지 않은 점과 또한 ‘충분히 확정적’이라고 하는 여부를 판단할 수 있는 요건의 제한이 없다고 하는 관점에서 CISG와 차이를 보이고 있다.

즉, CISG에서는 충분히 확정적이라는 요건을 만족하기 위해서는 물품을 표시하고 또한 그 수량과 대금을 정하고 있거나 이를 정하고 있는 규정을 두고 있는 경우로 규정하고 있고(제14조 제1항), UNIDROIT 원칙은 “청약은 충분히 확정적이어야 한다.”라고만 규정하고 있다(제2.2조).

결국 UNIDROIT 원칙은 계약당사자들의 당해 처지와 환경에 따라 청약의 기준으로써 그 확정성 요건을 정할 수 있는 여지를 남기고 있어 CISG에 비하여 보다 신축적이고 포괄적이라 할 수 있다.

또한 UNIDROIT 원칙은 청약의 유인에 대하여 언급하지 않고 있다. 결국 불특정 다수를 상대로 하는 公開請約(public offer)이라고 하더라도 동 원칙에서의 확정성 및 구속의사를 충족시킬 수 있다면 청약으로 인정될 수 있는 가능성을 남기고 있다.³⁰⁾ 그 취지는 곧 서로 다른 국가에 영업소를 둔 당사자들에게 계약의 성립을 보다 용이하게 도모할 수 있게 배려하기 위한 입법적 의도로 파악된다.³¹⁾

한편 전자문서에 의한 청약의 요건은 전자계약협약예비초안 제8조 ‘契

29) 계약성립의 요건으로써 請約은 계약체결의 준비 또는 교섭단계와는 구별된다. 예컨대 타인을 유인하여 청약을 유도하는 행위로서 ‘豫備의 交渉’(preliminary negotiation)이나 또는 계약을 체결해도 좋다는 의도가 있다는 ‘事實의 通知’와 같은 것은 청약으로 그 효력이 발생될 수 없다. 따라서 이로부터 유인된 상대방이 설령 의사표시를 하여도 계약은 성립되지 않고 다만 이는 ‘請約의 誘引’으로 간주된다. (Emanuel, *ibid.*, C-2, p.8 ; Whincup, *ibid.*, para. 2.13. 등을 참조).

30) 吳元爽, “UN 통일매매법하에서 ‘請約’과 ‘請約의 誘引’의 차이”, 「國際商學」第18卷 第1號, 韓國國際商學會, 2003, pp.6-7.

31) 裴俊逸, “國際賣買契約 成立에 관한 比較法的 研究”, 「貿易商務研究」第12卷, 韓國貿易商務學會, 1999, pp.92-93.

約의 成立時期'와 제9조 '請約의 誘引'에서 규정되고 있는데, 다만 CISG 에서와 같이 청약으로 간주되기 위하여 충족해야 하는 구체적인 내용은 다루고 있지는 않다.

따라서 계약의 당사자가 전자우편, EDI 등의 통신수단에 의하거나 또는 전통적인 방법에 의하여 교섭하는 경우에 그들의 통신에 대한 성격과 법적 효과는 그들의 의향에 의하여 결정될 수 있다.³²⁾

전자계약에서 특별한 규정이 필요한 경우는 CISG 제14조 제2항과 관련이 있다. 즉, CISG 제14조 제2항의 "1인 또는 그 이상의 특정인에 대한 제의 이외의 어떠한 제의는 그 제의를 행한 자가 반대의 의사를 명확히 표명하지 않는 한 단지 청약의 유인으로 본다."는 내용을 전자환경에 적용할 경우, 인터넷 또는 공개된 네트워크를 통한 물품 또는 용역의 광고는 청약을 기대하고 당해 네트워크에 접근하는 자를 단순히 유인하는 것으로 간주할 수 있다는 의미이다.³³⁾

전통적 환경에서 신문, 라디오, 텔레비전, 카타로그, 안내책자, 가격리스트에 있는 광고는 청약의 유인으로 간주된다. 왜냐하면 이 경우에 구속하기 위한 의향이 부족한 것으로 인식되기 때문이다. 마찬가지로 전시장에서 단순한 물품의 진열도 청약의 유인으로 간주된다.³⁴⁾

한편 전자환경에서 전자문서에 의해 청약하는 경우, 특정정보를 알든 모르든 가상의 무한대의 사람들을 수신인으로 하여 발송할 수 있고 이에 대한 수신인의 전자문서에 의한 동의표시로 계약이 즉시 체결되는 것이 가능할 수도 있다.

전자계약협약예비초안의 실무단(즉, working group on electronic commerce)은 이와 같은 상황을 인식하여 인터넷을 통한 상거래에 있어서는 전자문서에 의한 거래제외가 청약으로 간주될 수 있는 것과 청약의 유인으로 해석되어야만 하는 것과의 구별이 용이하지 않다는 견해를 피력하고 있다.³⁵⁾

32) UN General Assembly A/CN.9/WG.IV/WP.95, para. 51.

33) UN General Assembly A/CN.9/WG.IV/WP.95, para. 52.

34) 吳元爽, "UN 電子契約豫備草案에 관한 小考", 「國際商學」第17卷 第2號, 韓國國際商學會, pp.33~34.

동 예비초안 제9조의 제1항은 이러한 일반적 규칙을 반영하여 “1인 이상의 특정인 앞으로 되어 있지 않으나 인터넷을 통한 정보시스템을 이용하는 자에게 일반적으로 접근할 수 있는 계약체결의 제의는 단순히 청약이 아닌 청약의 유인으로 간주된다. 다만, 그것이 승낙의 경우에 청약자를 구속할 의향을 표시한 경우에는 제외한다.”고 규정하고 있다.³⁶⁾

한편 이 규정을 적용함에 있어 만일 구속의사가 표시된 경우라면 CISG 및 UNIDROIT 원칙에서와 같이 청약으로 볼 수 있는지에 대한 문제가 제기될 수 있다.

구속의 의사여부를 판단하는 기준으로 전자계약협약예비초안은 제9조 제2항에서 “...청약자에 의하여 달리 표시한 경우를 제외하고 자동적으로 인간의 개입없이 계약을 체결하도록 허용하는 자동화된 컴퓨터 시스템을 통한 물품과 용역에 대한 청약은 승낙의 경우에 청약자를 구속할 의향을 표시한 것으로 추정한다.”고 규정하고 있다.³⁷⁾ 따라서 구속의사 여부의 판단기준은 전자계약의 체결을 위한 정보시스템의 신청유형에 따라 구분할 수 있다. 즉, ‘兩方向 申請’(interactive application)을 통해 물건 또는 서비스를 제공하는 웹 사이트와 단지 ‘一方向 申請’(non-interactive application)을 도입하고 있는 웹 사이트 간의 구분을 제안하고 있다.³⁸⁾

제안내용의 핵심은 웹 사이트에 물품에 대한 충분한 정보를 제공하고 잠재적 매수인에 대한 교섭을 전자적 통신수단에 의해 교환하고 있는 양

35) UN General Assembly A/CN.9/WG.IV/WP.95, para. 53.

36) 전자계약협약예비초안 제9조 제1항 : “A proposal for concluding a contract which is not addressed to one or more specific persons, but is generally accessible to persons making use of information systems, such as the offer of goods and services through an internet web site, is to be considered merely as an invitation to make offers, unless it indicates the intention of the offeror to be bound in case of acceptance.”

37) 전자계약협약예비초안 제9조 제2항 : “In determining the intent of a party to be bound in case of acceptance, due consideration is to be given to all relevant circumstances of the case. Unless otherwise indicated by the offeror, the offer of goods or services through automated computer systems allowing the contract to be concluded automatically and without human intervention is presumed to indicate the intention of the offeror to be bound in case of acceptance.”

38) UN General Assembly A/CN.9/WG.IV/WP.95, para. 54.

방향의 신청과 그렇지 못한 일방향 신청의 구분에 있다. 따라서 양방향 신청은 계약당사자간의 협상과 즉각적인 계약체결을 가능하게 할 수도 있다. 이 경우는 청약의 유인이 아닌 청약으로 간주될 수 있다(제9조 (2) 항).

다만 일방향 신청의 경우 웹 사이트가 한 회사와 그 제품에 관한 정보만을 제공하고 잠재고객과의 접촉은 전자매체로 하지 않는다면 이는 전통적인 광고가 별 다른 차이가 없는 청약의 유인으로 볼 수 있다.

2. 請約의 效力發生時期

전자상거래는 전통적 상거래에 비해 ‘匿名的 商去來’(anonymous commerce)라고 하는 특수성 때문에 사후의 구제수단이 취약하고 그 회복 과정이 복잡다단하다는 특징이 있다. 따라서 전자상거래에서 가장 중요하게 고려되어야 하는 것은 ‘商去來 安全’과 ‘契約當事者 保護’라 할 수 있다.³⁹⁾

이와 같은 배경에서 청약의 효력발생시기를 구분하는 것은 전자상거래에 있어 계약당사자가 상대방에 대하여 법적 의무를 부담하는 시기의 확정이라는 시각에서 중요한 의미를 갖는다.

CISG 제15조 제1항과 UNIDROIT 원칙 제2.3조 제1항에서는 동일하게 청약의 효력발생시기에 관하여 “청약은 피청약자에게 到達(reaches)한 때 그 효력이 발생된다.”고 규정하고 있다. 따라서 청약이 도달한 때로부터 피청약자는 승낙에 의하여 계약을 성립시킬 수 있기 때문에 청약의 효력발생시기는 피청약자의 승낙권한이 開始되는 시기이며 또한 청약의 유효기간의 起算시점이 된다.

이 경우 도달은 CISG 제24조에서 “청약, 승낙의 선언 또는 기타의 의사표시는 그것이 수신인에게 구두로 전해지거나 또는 기타 다른 방법으로

39) Jan Grijpink, “New Rule for Anonymous Electronic Transaction? : An Exploration of the Private Law Implications of Digital Anonymity”, *Journal of Information Law and Technology(JILT)*, Univ. of Warwick and Univ. of Strathclyde, 2001. 7.

직접 수신인에게, 그의 영업소 또는 우편송부처에, 또는 수신인이 영업소나 우편송부처가 없는 경우에는 그 常時居所(habitual residence)에 전달되는 때에 수신인에게 도달한다.”고 정의한다.

한편 UNCITRAL 모델법에서는 제15조 전자문서의 발신 및 수령의 시기와 장소의 규정에서 이를 다루고 있다. 즉, 作成者(originator)와 受信者(addressee) 간 달리 합의한 바가 없을 경우 전자문서의 발신은 작성자 또는 작성자를 대신하여 전자문서를 송신한 자의 지배 밖에 있는 정보처리장치에 진입한(enters) 때로 규정하고 있다.⁴⁰⁾

전자문서의 수신시기는 수신자가 전자문서의 수신을 위하여 정보처리장치를 지정한 경우와 그렇지 않은 경우로 구분하고 있다.

전자의 경우 전자문서가 지정한 정보처리장치에 진입한 때와⁴¹⁾ 전자문서가 지정된 정보처리장치가 아닌 수신자의 다른 정보처리장치로 송신된 경우에는 그 전자문서를 수신자가 검색한(retrieved) 때로 규정하고 있다.⁴²⁾

후자의 경우에는 전자문서가 수신자의 정보처리장치에 진입한 때 수신한 것으로 규정한다.⁴³⁾

전자계약협약예비초안에서는 제8조 제2항에서 “청약은 피청약자(offeree)가 수령할(received) 때 유효하다.”고 규정하고 있고 전자문서의 송·수신에 대한 동 예비초안 제11조의 규정은 상기 UNCITRAL 모델법 제15조에서와 동일하다. 다만 CISG와 전자계약협약예비초안에서의 청약의 효력 발생시기를 규정함에 있어 도달의 정의는 그 용어상의 표현에 있어 상이함을 보이고 있다.

즉, CISG에서는 도달에 관하여 ‘reach’라고 표현하고 있고 전자계약협약예비초안은 ‘receive’라는 용어를 사용하고 있다. 특별히 UNCITRAL 모델법에서는 ‘retrieve’라고도 구분하고 있다.

결국 전자계약협약예비초안 제11조는 UNCITRAL 모델법 제15조의

40) UNCITRAL 모델법, 제15조의 (1).

41) UNCITRAL 모델법, 제15조의 (2), (a) (i).

42) UNCITRAL 모델법, 제15조의 (2), (a) (ii).

43) UNCITRAL 모델법, 제15조의 (2), (b).

규정을 그대로 반영하고 있는데 양 규정은 비록 전자문서의 전달이 즉시적인 경우를 의미하고는 있지만 전통적 통신수단에서의 도달의 의미를 실질적으로 변경하고 있지는 못하다.

따라서 CISG 제24조는 전자계약협약예비초안 제11조 및 UNCITRAL 모델법 제15조의 양 규정을 보충함으로써 전자환경에서 일반적인 모델로 제공될 수 있는 규칙을 제시하고 있다.⁴⁴⁾

3. 請約의 方法

계약의 형식과 관련하여 CISG 제11조에서는 매매계약은 書面(writing)에 의하여 체결 또는 입증될 필요가 없으며 또한 형식에 관하여 어떠한 다른 요건에도 구속되지 않을 뿐만 아니라 증인을 포함하여 여하한 방법에 의해서도 입증될 수 있다고 규정하고 있다.

UNIDROIT 원칙 제1. 2조에서도 동일하게 계약은 서면으로 체결되거나 입증됨을 필요로 하지 않고 증인을 포함하여 어떠한 수단으로도 입증될 수 있다고 그 불요식성을 규정하고 있다.

청약은 송낙과 같이 법률상 또는 당사자 간의 계약에 의하여 별도로 정한 바가 없는 한 그 의사표시에 특정한 방법을 필요로 하지 않는다. 따라서 청약은 구두, 서면 경우에 따라서는 行爲(act or conduct)에 의해서도 가능하다.

국제상거래에 있어서는 대개 청약은 우편, 전보, 전화, 팩시밀리, 텔렉스, 電子郵便(e-mail), 정보시스템 등을 통해 다양한 방법으로 이루어진다. 다만 전자문서에 의한 청약의 경우에는 그 방법이 전자문서의 범위에 의하여 제한될 수 있다. 즉, 전자계약협약예비초안 제5조의 (a)항과 UNCITRAL 모델법 제2조 (a)항에서는 전자문서를 電子資料交換(EDI), 전자우편, 전보, 텔렉스, 또는 텔레카피 등 전자적, 광학적 또는 이와 유사한 수단에 의하여 작성, 송신, 수령 또는 저장되는 정보로 규정하고 있다.

이 경우 전자계약협약예비초안이나 UNCITRAL 모델법을 적용하기

44) UN General Assembly A/CN.9/WG.IV/WP.95, para. 62.

위해서는 우편, 구두, 서면 등 전통적인 방법을 통한 의사표시의 전달은 이에 해당되지 않을 수 있다. 예를 들면 의사표시의 일부는 전통적 방법에 의하여 다른 일부는 전자문서에 의하여 송·수신 될 경우 적용범위에 해당할 수 있는지의 여부가 문제시 된다.

전자문서를 이용할 경우 불특정 다수가 접근가능할 수 있는 개방형 통신망을 통한 정보제공은 그 형식 또는 명칭과는 상관없이 '請約의 誘引'으로 간주된다. 따라서 이상의 청약의 방법에 관한 고려대상에는 해당되지 않는다.

4. 請約의 撤回 또는 取消

撤回(withdrawal)는 일방적 의사표시에 의하여 효력이 발생하는 形成權의 행사로서 일반적으로 의사표시에 의하여 당사자 간의 권리의무가 발생한 후에는 허용되지 않는 것이 원칙이다. 즉, 철회는 아직 종국적 법률효과가 발생하지 않은 의사표시를 임의로 저지하여 장래의 효과가 발생하기 않게 하거나, 일단 발생한 의사표시의 효력을 소급하여 소멸시키는 표의자의 일방적 의사표시를 의미한다.

取消(revocation)는 철회와 같이 일정한 원인에 따라 의사표시의 효력을 소급적으로 소멸시키는 것이 아니라, 다만 장래에 한해서 그 효과를 잃게 한다는 점에서 철회와 구별된다. 청약의 철회는 법계에 따라 접근시각이 상이한데 구분하면 다음과 같다.

우선 大陸法系(civil law)에서는 승낙기간이 정해져 있는 確定請約(firm offer)에 있어서는 일정한 기간까지는 청약을 철회할 수 없는 것이 원칙이다.⁴⁵⁾ 확정청약의 기간은 곧 承諾適格의 유효기간으로서 당해 기간 내에는 철회가 인정되지 않는다고 하는 취지로 설명 그 기간 내에 청약자가 철회의 의사표시를 하였다고 하더라도 피청약자가 이를 무시하고 승낙의 의사표시를 하게 되면 즉시 계약이 성립함을 의미한다.

반면에 승낙기간이 명시되어 있지 않은 청약은 相當期間(reasonable

45) 예컨대 독일 민법 제145조, 우리나라 민법 제527조 내지 제528조, 제531조 등.

time)이 경과되면 철회할 수 있음이 원칙이다. 이 경우에 청약의 철회는 상대방에게 이러한 사실의 통지가 도달한 때에 효력이 발생하므로 이를 위해서는 승낙의 의사표시의 발신 전에 피청약자에게 도달하여야 한다.

英美法系(common law)에서는 청약은 청약자가 승낙기간을 정한 확정 청약이라고 하더라도 원칙상 자유롭게 철회할 수 있다. 그 이유는 승낙자의 입장에서 승낙여부를 자유롭게 결정할 수 있는데 반하여 청약자의 경우 철회할 수 없다는 것은 형평의 원칙에 어긋난다는 논리에 기인한다. 다만, 청약이 捺印證書로 된 경우와 청약의 철회불능에 대한 約因(consideration)⁴⁶⁾이 제공된 경우에는 일반적으로 청약은 기간 내에는 철회할 수 없다.

그러나 이와 같이 폭 넓은 청약의 취소에 제한을 가하고 있는 영미법상의 원칙이 있는데 이를 소위 ‘郵便函 規則’(post-box rule 또는 mail-box rule)이라고 한다. 승낙의 발송시 이를테면 승낙서를 우편함에 투입하는 시점에서 청약자는 청약의 取消權을 상실하고 피청약자 또한 승낙의 撤回權을 상실한다는 원칙이다.

한편 CISG는 제15조 (2)항에서는 의사표시의 도달주의에 따라 “청약자의 청약이 상대방에게 도달 전 또는 도달과 동시에 청약의 철회의 의사를 표시한 경우 청약의 효력은 발생하지 않는다.”고 명시적으로 도달 전 청약의 철회에 대해서 규정하고 있다. 그리고 제16조에서 청약의 취소는 이미 청약의 효력이 발생된 후에 인정되는 것으로 규정한다.

UNIDROIT 원칙 제2.3조 청약의 철회에 관한 규정에서는 청약은 피청약자에게 도달한 때에 효력을 발생하나, 다만 청약이 取消不能

46) 約因(consideration)은 약속에 관하여 약속자에게 발생하는 이익 또는 수익자가 입는 불이익을 의미한다. 즉, 약인은 약속과 동등한 가치를 지닐 필요성은 없으나 법률상으로 가치가 있는 실제적인 것이어야 하고, 계약성립시를 기준으로 할 때 현재의 作爲 또는 不作爲이든 장래의 작위 또는 부작위의 약속이든 무관하나 과거의 것은 약인이 될 수 없다. 또한 약인은 적법하여야 한다. 약인은 受約者에 의해 제공되어야 하는 요건을 갖추어야 한다 (John O. Honnold, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 3rd ed., Kluwer Law International, 1999, pp.140~141; 吳元興 譯, UN 統一賣買法, 三英社, 1998, p.173; Schaber·Rohwer, *op. cit.*, pp.2~4; 梁明朝, 美國契約法, 法文社, 1996, pp.8~40. 등을 참조)

(irrevocable)한 것으로 되어 있더라도 철회가 청약의 도달 전 또는 그와 동시에 피청약자에게 도달하는 경우에는 철회할 수 있다고 규정하고 있다.

또한 UNIDROIT 원칙 제2.4조 청약의 취소규정에서는 계약이 체결되기까지는 청약은 취소될 수 있으나, 다만 취소의 의사표시가 피청약자가 승낙을 발송하기 전에 피청약자에게 도달하여야 한다고 규정하고 있다.

그러나 동 규정에서 청약이 승낙을 위한 지정된 기간을 명시하거나, 기타의 방법으로 그것이 취소불능임을 표시하고 있는 경우, 피청약자가 청약을 취소불능이라고 신뢰하는 것이 합리적이고, 피청약자가 그 청약을 신뢰하여 행동한 경우에 청약은 취소될 수 없다고 규정하고 있다. 동 규정내용은 CISG 제16조의 규정과 동일하다.

CISG와 UNIDROIT 원칙에서는 청약의 철회와 취소에 관하여 도달주의의 원칙을 취하고 있다. 종이문서에 적용되고 있는 도달주의의 원칙이 전자문서에 동일하게 적용되어도 문제점은 없을 것으로 보인다.

한편 청약자가 전자문서에 의하여 청약의 철회와 취소의 의사표시를 발신하게 될 경우 의사표시의 부도달과 같은 전달과정의 위험은 일반적으로 청약자가 부담하게 된다.

그런데 정보시스템 또는 자동화된 컴퓨터 시스템은 전자문서에 의한 의사표시를 즉시적으로 전달할 수 있다. 통신망의 운용 특성상 전자문서에 의한 의사표시는 전달과정에 있어 필연적으로 정보보안에 관한 각종 위험요소가 상존한다. 따라서 당해 시스템을 이용할 경우 위험에 대한 책임은 당사자 간에 별도의 합의가 있을 경우 그에 따르게 된다. 예를 들면 전자문서의 송·수신을 위한 상업적 통신망은 전자문서의 철회나 취소를 당사자 간의 約定(agreements) 또는 전자적 시스템의 規約(Rules) 등에 의해 인정하고 있다.

다만 UNCITRAL 모델법 제15조와 전자계약협약예비초안 제11조에서는 의사표시가 상대방의 정보시스템에 진입한 때를 효력발생의 시점으로 규정하고 있다. 결국 별도의 합의 또는 약정이 없는 경우 전달과정상의 책임은 청약자, 즉 청약의 철회 또는 취소의 의사표시를 발신하는 자가 그 위험을 부담하게 된다.

IV. 電子文書에 의한 承諾

1. 承諾의 要件

승낙이란 피청약자가 청약자의 청약을 그대로 수용하여 합의를 성립시키려는 의사를 가지고 행하는 ‘同意의 表示’(expression of consent)로서 곧 계약을 성립시키는 행위를 말한다.

승낙은 합의를 성립시키려는 의도가 그 목적이므로 청약의 내용과 다름이 없이 일치하여 無條件(unconditional), 絕對的(unqualified)으로 행하여져야 한다.⁴⁷⁾ 영미법에서는 이를 ‘鏡像의 法則’(mirror image rule) 또는 ‘完全一致의 法則’이라 한다.

이와 반대로 청약과 승낙으로 계약이 성립하였으나 추후에 청약자와 피청약자 간 계약조건의 불일치가 발견되는 경우를 ‘約款의 衝突’(battle of forms)⁴⁸⁾이라고 한다. 또한 청약에 ‘附加의 條件’(additional terms)이 결부된 승낙이라든가 청약의 내용을 변경시킨 승낙 등은 유효한 승낙으로써의 효력을 상실한다. 다만 이 경우는 對應請約(counter-offer)으로 간주될 뿐이다.⁴⁹⁾

CISG 제19조 제1항 및 UNIDROIT 원칙 제2.11조 제1항에서는 이와 같은 상황에 대하여 “승낙을 의도하고는 있으나 추가, 제한 또는 기타의 변경을 담고 있는 청약에 대한 응답은 청약의 거절이자 또한 대응청약이 된다.”고 규정하고 있다.

한편 鏡像의 法則은 경우에 따라 수 많은 상거래들을 좌절시킬 수 있는 여지를 남기고 있다. 즉, 피청약자가 청약의 내용에 대하여 실질적인 변경을 가하지 않고 있음에도 불구하고 무조건, 절대적 동의로 계약의 체결을 이룰 수 없는 상황을 초래할 수 있다고 하는 시각에서이다.⁵⁰⁾

47) Clive M. Schmitthoff, *Export Trade*, 10th ed., London : Sweet & Maxwell, 2000, p.54.

48) 경우에 따라 ‘書式的 交戰’이라고도 한다.

49) Whincup, *op. cit.*, paras. 2.13~2.14.

50) 윤남순, “美國統一商法典上 請約과 다른 承諾에 관한 法理 考察”, 「商事法研究」第

따라서 이 같은 엄격한 완전일치의 요건을 완화하여 계약의 성립을 보다 용이하게 하고, 또한 신속한 상거래를 지향하기 원하는 상거래제에 부합하는 취지에서, 청약의 내용을 실질적으로 변경하는 것이 아닌 사소한 변경의 경우에는 계약의 성립으로 간주하는 것이 보다 효율적일 수 있다.

이와 같은 취지를 반영하여 CISG 제19조 제2항 및 UNIDROIT 원칙 제2.11조 제2항에서는 “승낙을 의도하고 있고 청약의 조건을 실질적으로 변경하지 아니하는 추가적 또는 상이한 조건을 담고 있는 청약에 대한 응답은 승낙이 된다.”고 규정하고 있다. 다만 가격, 대금지급, 품질, 수량, 인도장소 및 시기, 당사자의 책임범위, 분쟁해결에 관한 조건 등은 실질적으로 변경하는 것이다.

한편 전자상거래에 있어 지속적인 거래에 전자문서가 이용되는 경우 전자계약협약예비초안은 제12조에서 이를 ‘自動化된 去來’(automated transaction)로 규정하고 있다. 즉, “당사자가 달리 합의한 경우를 제외하고 사람이 자동화된 컴퓨터 시스템에 의하여 또는 합의에 의하여 수행된 각각의 개별조치사항을 검토하지 못했다고 하더라도 자동화된 컴퓨터 시스템과 사람과의 상호작용에 의하여 또는 자동화된 컴퓨터 시스템 간의 상호작용에 의하여 계약은 성립될 수 있다.”고 규정하고 있다.⁵¹⁾

동 규정하에서는 전자문서에 의한 전자계약의 성립에 있어 CISG의 규칙 그대로를 적용하는 것은 불가능할 수 있다.

그러나 CISG가 청약과 승낙체계에 의함이 없는 계약의 성립을 확정할 수 있는 규정을 명확히 제시하지 않고 있다고 하더라도 이와 같은 사실이 오히려 CISG의 범주에서 제외되는 것이 아니라는 주장이 있다.⁵²⁾ 즉, CISG의 입안자들이 당시 시대적 상황에 기인하여 이러한 유형의 합

19卷 第2號, 韓國商事法學會, 2000, p.647.

51) 전자계약협약예비초안, 제12조 : “Unless otherwise agreed by the parties, a contract may be formed by the interaction of an automated computer system and a natural person or by the interaction of automated computer systems, even if no natural person reviewed each of the individual actions carried out by such systems or the resulting agreement.”

52) UN General Assembly A/CN.9/WG.IV/WP.95, para. 65.

의에 대한 적절한 표현을 고안하기 위한 추가작업을 굳이 고려할 필요가 없었다고 하는 논리가 그 배경이다.

결국 CISG에서 구체적으로 표현된 바는 없으나 청약과 승낙체계에 의하지 않고 합의가 존재하게 된 경우 이를 다룰 수 있는 규정은 CISG 제7조 제1항에 명시된 일반원칙이 될 것이다.⁵³⁾

전자계약협약예비초안의 실무단은 청약과 승낙 이외의 방법으로 ‘到達된 合意’(reached agreements)의 효과를 규정하고 있는 입법례가 없는 상황에서 전자문서의 교환과 관련하여 별도의 규정으로 입안할 수 있는지 고려하고 있다. 전자계약의 특수성이 반영된 실례라 할 수 있다.

고려의 대상은 전자문서에 의한 동의가 표현될 수 있는 방법, 웹상에 화면표시 되는 계약조건, 그러나 일방에 의해 반드시 기대되지 않는 계약조건의 승낙 및 구속효과, ‘契約條項을 参照’(incorporation by reference of contractual clauses)하여 ‘하이퍼텍스트 링크’(hypertext link)을 통한 계약조항의 삽입 등과 관련한 사안이다.⁵⁴⁾

‘参照에 의한 契約條項의 挿入’에 관련한 사안은 ‘UNCITRAL 모델법 修正規定’ 제5조에서 “정보는 법적 효력의 발생을 위하여 전자문서에 포함되어 있지는 않고 단지 연결되어 있다는 이유만으로 유효성, 강제집행력, 법적 효력이 부인되지 아니한다.”의 내용에 기초하고 있다.⁵⁵⁾

한편 CISG에서는 약관의 충돌에 관한 규정을 두고 있지 않다. 다만

53) “In the interpretation of this convention, regard is to be had to its international character and to the need to promote uniformity in its application and the observance of good faith in international trade.”

54) 계약조항은 대개 텍스트 형식으로 제공되는데 여기에 포함될 수 있는 내용은 참조 텍스트 보관함의 운용시간, 접속비용, 무결성 보장, 콘텐츠의 인증, 송신자의 신원 확인, 통신에 있어 실수를 바로잡기 위한 절차 등이다. (‘UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce with Guide to Enactment with additional article 5. bis as adopted in (1998)’, para. 46-5 ; UN General Assembly A/CN.9/WG.IV/WP.95, para. 65.).

55) ‘UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce with Guide to Enactment with additional article 5 bis as adopted in (1998)’, Article 5. bis. : “Information shall not be denied legal effect, validity or enforceability solely on the grounds that it is not contained in the data message purporting to give rise to such legal effect, but is merely referred to in that data message.”

이에 연관된 규정으로써 행위를 수행함으로써 동의를 표시할 수 있는 CISG 제18조 제3항과 완전일치를 규정하고 있는 제19조 제1항이 있다.

약관의 충돌에 따른 해결책으로써 제시될 수 있는 원칙으로 最後發砲理論(last shot theories)을 들 수 있다. 즉, 서로 모순되는 약관 가운데 어느 하나를 선택하는 방법을 제시하고 있는 원칙으로 이에 의할 경우 교환된 서식들 중에서 ‘最後의 約款’(last form)에 그 효력이 부여된다.⁵⁶⁾

UNIDROIT 원칙에서는 약관의 충돌과 관련한 규정으로 제2.22조를 포함, 제2.19조 ‘標準約款에 따른 契約締結’(contracting under standard terms), 제2.20조 ‘意外的 條件’(surprising terms), 제2.21조 ‘標準約款과 非標準約款의 衝突’(conflict between standard terms and non-standard terms) 등을 두고 있다.

일반적으로 標準約款(standard terms)은 계약의 당사자 간 지속적인 상거래를 위하여 사전에 마련하여 두고 상대방과의 협의없이 일방적으로 사용되는 것으로써 약관의 충돌 대부분은 당사자 간 교환된 표준약관상 일부조항이 서로 다르기 때문에 발생한다.⁵⁷⁾

UNIDROIT 원칙 제2.22조에서는 “양 당사자가 표준약관을 사용하고 또한 그러한 약관을 제외하고 합의에 도달할 경우에는 계약은 합의된 약관과 실질적으로 공통된 모든 조항에 기초하여 체결되어진다. 다만 이는 당사자 일방이 상대방에게 그러한 계약에 구속받지 않겠다는 의도를 사전에 명확히 표시하거나 또는 사후에 부당한 지체없이 통지하지 아니한 경우에만 그러하다.”고 규정하고 있다.

따라서 UNIDROIT 원칙은 약관의 충돌에 따른 규정을 보유하여 CISG를 제정할 때 여하의 이해관계에 따라 누락된 당해 부분을 ‘補充하는 役割’(gap-filling role)을 하고 있다.

UNCITRAL 모델법은 CISG에서와 같이 약관의 충돌에 대한 규정 및 해결책을 명백히 규정하고 있지는 않는데 이는 약관의 충돌 또는 기대하

56) Whincup, *op. cit.*, paras. 2.15~2.26. ; Schmitthoff, *op. cit.*, p.64. 등을 참조.

57) Larry A. DiMatteo, *The Law of International Contracting*, Kluwer Law Int'l, 2000, p.201. 참조.

지 못한 계약조건은 전자상거래에 있어서 심각한 문제가 될 수 있다고 하는 이유 때문이다.⁵⁸⁾ 즉, 자동화된 컴퓨터 시스템이 개입되고 있는 경우와 서로 상충되는 계약조건을 조정하기 위한 방법이不在한 경우에는 심각할 수 있다고 하는 배경에서이다.

이와 같은 UNCITRAL 모델법의 견해에 따라 전자계약협약예비초안 실무단은 약관의 충돌 또는 기대하지 않았던 계약조건과 같은 문제를 규정하는 것은 동 예비초안의 범주를 벗어날 수 있다고 하는 동일한 시각에서 이를 별도로 규정하지 않고, 다만 적절한 국내법에 일임하는 것을 최선의 방편으로 제시하여 두고 있다.

2. 承諾의 效力發生時期

승낙은 청약과 합치하여 계약을 성립시키는 효력을 갖는다.⁵⁹⁾ 승낙의 효력발생시기는 곧 계약의 성립시기이며 승낙의 도달장소는 계약의 성립장소가 된다. 이 경우 계약의 성립장소는 준거법의 적용이나 재판관할지의 결정에 기준이 될 수 있다.

CISG 제18조에서는 “청약에 대한 승낙은 그 승낙의 의사표시가 청약자에게 도달한 때에 그 효력을 발생한다.”고 규정하고 있다. 아울러 청약과 승낙에 관한 CISG 여타의 관련 조문에서도 의사표시는 상대방에게 도달하는 때에 그 효력을 발생한다고 규정하여 일괄적으로 도달주의를 따르고 있다.

UNIDROIT 원칙 제2.6조의 규정내용 또한 도달주의를 명시하여 CISG에서의 규정취지와 부합하고 있다.

전자계약협약예비초안은 제8조 제1항에서 계약의 성립시기를 규정하고 있는데, 즉 “계약은 이 협약의 규정에 따라 청약에 대한 승낙이 효력을 발생하는 때에 성립된다.”, 동 조 제3항에서 “청약에 대한 승낙은 승낙의 표시가 청약자에 의하여 수령되는 순간에 효력을 발생한다.”고 규정

58) UN General Assembly A/CN.9/WG.IV/WP.95, para. 69.

59) 소위 ‘2段階 公式’(two-step formula)이라고도 한다 (Honnold, *op. cit.*, p.144.).

하고 있다.⁶⁰⁾ 당해 규정에서의 승낙의 효력 또한 청약의 효력과 같이 전 통적 통신수단에서의 도달의 의미를 변경하고 있지는 못하다.

따라서 전자계약협약예비초안 제8조는 앞서 검토한 바와 같이 전자계약협약예비초안 제11조 및 UNCITRAL 모델법 제15조의 양 규정내용과 그 취지를 같이한다. CISG 제24조가 이에 보충할 수 있음은 물론이다.

한편 전자계약의 성립에 있어서 전자문서에 효력을 부가하고 있는 규정은 전자계약협약예비초안 제10조의 제1항과 제2항을 참고할 수 있다.

제1항은 “당사자에 의하여 달리 합의한 경우를 제외하고, 청약에 대한 승낙은 전자문서[또는 지정된 아이콘을 클릭(clicking)하거나 컴퓨터 스크린을 터치(touching)하는 등의 전자적으로 청약 또는 승낙을 표시하는 기 타의 방식]에 의하여 표시될 수 있다.”고 규정한다.⁶¹⁾

제2항은 “전자문서가 계약의 성립에 이용된 경우 동 계약은 전자문서가 당해 목적으로 이용되었다는 이유만으로 그 효력 및 강제집행력이 부 인되지 아니한다.”고 규정하고 있다.⁶²⁾ 이는 UNCITRAL 모델법 제11조 제1항에서 규정한 바와 동일하다.

다만 규정내용에 있어서 도달을 전자계약협약예비초안은 ‘receives’라는 용어를 사용하고 있고 CISG는 ‘reaches’라는 용어를 사용하고 있다.⁶³⁾

60) 전자계약협약예비초안, 제8조 제1항 : “A contract is concluded at the moment when the acceptance of an offer becomes effective in accordance with the provisions of this Convention”, 제3항 : “An acceptance of an offer becomes effective at the moment the indication of assent is received by the offeror.” 동 규정은 CISG, 제23조, 제15조 (1)항, 제18조 (2)항에 기초하고 있다. (UN General Assembly A/CN.9/ 509, para. 67. 참조).

61) “Unless otherwise agreed by the parties, an offer and the acceptance of an offer may be expressed by means of data message [or other actions communicated electronically in a manner that is intended to express the offer or acceptance, including, but not limited to, touching or clicking on a designated icon or place on computer screen]”

62) “Where data messages are used in the formation of a contract, that contract shall not be denied validity or enforceability on the sole ground that data messages were used for that purpose.”

63) UN General Assembly A/CN.9/509, para. 67. ; 吳元爽, “UN 電子契約豫備草案에 관한 小考”, 「國際商學」第17卷 第2號, 韓國國際商學會, 2002, p.33 참조.

시각에 따라서는 계약의 성립에 관한 시간적 차이가 존재할 수 있다.

이를테면 계약의 성립에 있어 전자는 전자적 통신수단을 통한 정보의 ‘技術的 到達’을 후자는 단순히 종이문서를 기초로 한 ‘物理的 到達’을 의미하고 있다고 해석할 수 있으나 명확한 용어의 통일 또는 해석이 요구된다.⁶⁴⁾

3. 承諾의 方法

승낙은 청약과 마찬가지로 그 방식에 있어 별도의 약정이 없는 한 구두, 서면, 행위 등의 어느 것에 의할 경우라도 유효하게 합의할 수 있다.

다만 CISG 제18조에서는 청약에 대한 동의를 표시하는 피청약자의 진술 또는 기타의 행위는 승낙이 되나 沈默(silence) 또는 無爲(inactivity)는 그 자체로는 승낙이 되지 않는다고 규정하고 있다. 승낙의 방법에 관한 UNIDROIT 원칙의 규정도 CISG와 동일하다(제2.6조 제1항).

전자상거래에 있어 상인 간 지속적 거래에 전자문서가 이용되는 경우 상거래 관행에 의하여 승낙의 의사표시가 없어도 유효한 계약의 성립으로 간주될 수 있는 경우가 있다. 예를 들면 당사자 간의 합의를 전제로 매수 정보를 전자문서로 전송함에 있어 혹은 상거래 관행이나 관습에 의해 침묵을 승낙으로 간주하는 경우, 전자문서에 의한 매수요청에 따라 별도의 통지 없이 목적물을 제공한 경우, 매수요청 사항에 미결정사항이 포함되어 있음에도 불구하고 이후에 매수정보를 데이터 전송하는 것으로 미결정사항을 충족하는 경우 등이다.⁶⁵⁾

이상과 같은 경우는 CISG 제18조 제3항에서 당사자 간에 확립한 관습 또는 관행의 결과로 청약자에게 아무런 통지없이 피청약자가 물품의 발송이나 대금의 지급과 같은 행위를 수행함으로써 동의를 표시할 수 있는 경우에는 승낙은 그 행위가 수행되는 순간에 효력을 발생한다고 규정

64) UN General Assembly A/CN.9/509, para. 67.

65) 賣買時點(point of sales : POS)관리가 이에 해당하는 대표적인 구현시스템이다. 이는 정보시스템과 연결하여 실시간으로 매매정보를 수집하여 물품관리, 재고관리 등의 업무를 자동으로 수행하는 방식의 시스템이다.

한 내용이 적용될 수 있다.

한편 전자문서에 의한 계약의 형식적 유효성은 UNCITRAL 모델법 제11조 제1항의 전자문서에 법적 효력을 부여하고 있는 규정과, 동일한 내용으로 전자계약협약예비초안 제8조 및 제10조의 규정을 참고할 수 있다. 다만 전자문서에 의한 승낙의 경우에도 청약과 같이 그 방법은 전자문서의 범위에 의하여 제한된다.

4. 承諾의 撤回 또는 取消

CISG 제22조 및 UNIDROIT 제2.10조에 의할 경우 승낙의 철회는 승낙의 통지가 청약자에게 도달하기 전에 또는 그와 동시에 피청약자의 철회의 의사표시가 청약자에게 도달한 경우에는 철회된다.

일반적으로 승낙은 청약자에게 동의의 의사표시를 행할 시점까지는 완전하지 않기 때문에 승낙의 의사가 도달되기 전에는 철회될 수 있다. 그러나 승낙은 그 의사표시가 청약자에게 도달하여 일단 승낙으로 효력이 발생한 이후에는 원칙적으로 이를 소멸시킬 수 없다. 승낙은 법률행위로써 승낙과 동시에 계약이 유효하게 성립되기 때문이다.

승낙의 효력이 발생하고 난 이후에 당해 효력을 소멸시키는 것은 계약자체의 取消(revocation) 또는 解除(termination)에 해당한다. 따라서 승낙의 효력소멸을 위한 철회는 청약에서와 같이 계약의 성립을 위한 승낙의 효력발생시기가 도달주의인 경우 승낙의 효력이 발생하기 이전에 또는 그와 동시에 취소의 통지가 청약자에게 도달하는 경우에 철회될 수 있다.

전자문서에 의한 계약의 성립에 있어 승낙의 철회는 사실상 당초 승낙의 의사표시에 우선할 수 있는 도달의 방법 또는 수단이 不在하다. 따라서 승낙에 의해 효력이 발생한 경우 계약의 취소 또는 해제의 사유는 당사자간 달리 합의하여야 할 문제이다. 즉, 정보시스템 또는 자동화된 컴퓨터 시스템을 이용하는 경우 전자문서의 송·수신에 따른 당사자의 합의, 이용자의 자격인증 및 이에 준하는 과정에서 달리 합의하여야 할 문제라고 판단된다.

V. 結 論

본 연구는 UNCITRAL 전자계약예비초안을 주된 분석대상으로 국제상사계약에 있어 특별히 국제매매계약에 관한 여타 국제상사규범과 비교법적 고찰을 통해 청약과 승낙의 기준에 관하여 고찰하였다. 그 결과를 다음과 같이 정리한다.

첫째, 전자계약협약초안은 전자계약의 성립에 있어 종이문서를 기초로 한 기존의 국제상관습 또는 국제상사규범을 적용할 경우 발생할 수 있는 법적 장애를 극복하기 위하여 마련되었다. 즉, 계약의 성립을 위한 수단이 전자문서에 의해 이루어지는 경우 발생될 수 있는 법적인 문제점을 제거하는데 목적을 두고 있다. 전자계약협약예비초안은 국제상거래에 있어 전자계약의 체결시 UNCITRAL 모델법 등이 법적인 구속력이 없다고 하는 문제점과 또한 CISG를 이에 적용할 경우 법적 장애요소 및 보충의 여지가 예견되어 이를 보완할 필요에 따라 마련되었다.

둘째, 전자계약협약예비초안에서 전자계약은 전통적 계약의 성립요건 또는 계약당사자 상호 간의 권리의무에 관한 법적 요소를 실질적으로 변경하고 있지는 않다. 다만 전자문서가 계약성립의 목적상 가질 수 있는 법적 규율만을 포함하고 있다. 결국 계약에 의거하여 발생하는 실질적인 법적 문제는 여전히 국제상사규범을 적용할 수 있다. 즉, CISG 또는 이를 보충하고 있는 UNIDROIT 원칙 및 UNCITRAL에 마련된 제반 모델법 등은 전자계약협약예비초안의 적용에 있어 입법적 배경 또는 상호 보완적 역할을 담당하고 있다.

셋째, CISG는 물품매매에 관한 국제계약을 대상으로 하고 있는데 전자계약협약예비초안 또한 다르지 않다. 다만 전자계약협약예비초안은 매매계약에만 한정하는 것이 아니라 전자문서에 의하여 체결되거나 입증될 수 있는 모든 계약을 포함하고 있고 또한 계약의 체결방식이 전자적으로 이루어진다는 점에서 차별성을 나타낼 수 있다.

넷째, 전자계약협약예비초안은 계약의 성립과 관련하여 국제상사규범이 포함하고 있지 못하는 법적 장애요소로서 새로운 개념 또는 국제상사

규범의 적용시에 발생할 수 있는 제반 상황 등을 충분히 고려하여 보충할 수 있는 최소한의 규정내용만을 예비하고 있다. 그 내용은 전자적 통신수단의 특수성, 예컨대 비대면 거래, 통신수단의 즉시성, 컴퓨터 시스템의 개입, 상거래 과정의 전자화 등이 반영된 결과로서 전통적 국제상사규범에서 계약의 성립을 위한 시기, 장소, 방법 등의 확정에 따른 문제점을 보충하고 있다.

다섯째, 전자계약(electronic contracting)은 전자문서를 수단으로 체결되거나 입증될 수 있는 모든 계약을 그 적용범위로 하고 있다. 그러나 국제전자상거래에 있어서는 전적으로 전자문서에 의해서 계약을 체결할 수 있는 경우보다도 구두 및 전통적 문서 등과 혼합되어 체결되는 것이 현재의 시점에서는 일반적인 현상이다. 나아가 전자문서는 그 특성상 계약의 성립에만 이용될 수 있는 성질의 것이 아니라 다양한 분야에서 그 활용도가 제고될 수 있다. 예컨대 물품의 수령통지, 클레임의 통지, 전자자금이체 등에서의 실무적 효용성을 거론할 수 있다.

여섯째, 전자계약에 있어 ‘自動化된 컴퓨터 시스템’(automated computer system)의 활용은 청약과 승낙의 효력발생에 있어 기대하지 않았던 문제점이 발생할 수 있는 개연성이 있다. 이는 앞서 고찰한 바와 같이 전자계약에 비초안에서 이를 별도로 규정하고 있다. 다만 ‘兩方向 申請’(interactive application)에 의할 경우 유효하게 계약이 성립됨을 규정하고 있어 일방의 당사자에게 이행지체의 책임이 발생할 수 있는 문제점을 남기고 있다. 당사자 자치에 의한 계약체결전의 합의 또는 일방의 계약당사자가 제시한 조건이 당해 계약의 체결시에 반영될 수 있는 규정내용의 보완이 요구된다.

여섯째, 전자계약에 있어 계약당사자 간 전자계약의 성립에 관련한 법적 문제에 관하여 분쟁의 여지를 사전에 방지하기 위해서는 계약의 체결 방법, 용어의 선정·삽입·통일, 전자문서의 즉시성에 따른 의사표시의 오류 및 착오, 상거래의 유형이 전자적인지 여부의 판단기준 등을 명확히 고려하여야 한다.

[참고문헌]

- 배준일, “국제매매계약 성립에 관한 비교법적 연구”, 「무역상무연구」 제 12권, 한 국무역상무학회, 1999.
- 심종석, “국제상거래에 있어 전자계약의 성립에 관한 연구”, 성균관대학교 박사 학위논문, 2002.
- _____, 「전자상거래 법률과 제도」, 청림출판, 2001.
- 오원석, “UN 전자계약협약예비초안에 관한 소고”, 「국제상학」 제17권 제 2호, 한국국제상학회, 2002.
- _____, “UN 통일매매법하에서 청약과 청약의 유인의 차이”, 「국제상학」 한국국제상학회, 2003.
- 유선기, “전자자금이동제도에 관한 법적 연구”, 성균관대학교 박사학위 논문, 1996.
- 윤남순, “미국 통일 상법전상 청약과 다른 승낙에 관한 법리 고찰”, 「상사법연구」 제19권 제2호, 한국상사법학회, 2000.
- 윤주희, “전자거래의 성립에 관한 연구 : 시스템 계약의 성립을 중심으로”, 「법제연구보고서」, 한국법제연구원, 2000. 4.
- Amelia, Boss H. · Winn, Jane K. “The emerging law of electronic commerce”, *Business Lawyer*, Vol. 52, 1997. 8.
- Amissah Ralph, “The autonomous contract reflecting the borderless electronic-commercial environment in contracting”, *Pace Law*, Pace Law School Institute of International Commercial Law, 1999. 11.
- Cameron, Donald M., “Electronic Contract Formation”, *Camerons's IT Law Review*, 1997. 6.
- Diedrich Frank, “A Law of the Internet? : Attempts to Regulate e-Commerce”, *Journal of Information Law and Technology (JILT)*, Univ. of Warwick and Univ. of Strathclyde, 2000. 10.
- DiMatteo, Larry A., *The Law of International Contracting*, Kluwer Law Int'l, 2000.

- Dodd, Jeff C.·Hernandez, James A., "Contracting In Cyberspace", *Computer Law Review and Technology Journal*, Southern Methodist Univ., 1998. 6.
- Eiselen Siegfried, "Electronic commerce and UN Convention on Contracts for the International Sales of Goods", *Pace Law*, Pace Law School Institute of International Commercial Law, 1999. 11.
- Emanuel Steven, *Contracts*, Emanuel Law Outlines, 1993.
- Greenwood, Daniel J. · Campbell, Ray A., "Electronic commerce legislation : from written on paper and sign in ink to electronic records and online authentication", *Business Lawyer*, Vol. 53, 1997. 11.
- Honnold, John O., *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 3rd ed., Kluwer Law International, 1999.
- Jan Grijpink, "New Rule for Anonymous Electronic Transaction? : An Exploration of the Private Law Implications of Digital Anonymity", *Journal of Information Law and Technology (JILT)*, Univ. of Warwick and Univ. of Strathclyde, 2001. 7.
- Sabett, Randy V., "International Harmonization in Electronic Commerce and Electronic Data Interchange", *American Univ. Law Review*, 1996. 12.
- Savage Nigel, "The Legal Problems of Paperless Transaction", *Journal of Business Law*, Summer 1999.
- Schaber, Gordon D. · Rohwer, Claude D., *Contract*, 3rd ed., West Information Pub., 1999.
- Schmitthoff, Clive M., *Export Trade*, 10th ed., London Sweet & Maxwell, 2000.
- Whincup, Michael H., *Contract Law and Practice : the English System and Continental Comparisons*, Kluwer Law International, 1996.
- Wilkerson, Deborah L., "Legal Acceptance of Digital Signature", *Univ. of North Carolina at Chapel Hill*, (www.unc.edu/~dvb/cyberlaw/)

[digitalsignatures/legal.htm#Digital](#)).

‘Directive 2000 /31/EC of The European Paliament and of the Council of 8 June 2000 on Certain Legal Aspects of Information Society Services, in Particular Electronic Commerce, in the Internet Market.’

‘Guide to Enactment of the UNCITRAL the Model Law on Electronic Commerce (1998)’

‘ICC General Usage for International Digitally Ensured Commerce : GUIDEC’

‘UNCITRAL Model Law on Electronic Signatures with Guide to Enactment (2001)’

UN General Assembly A/CN.9/509

UN General Assembly A/CN.9/WG.IV/WP.95

[Abstract]

The Bases of Offer and Acceptance by Data Messages under International Commercial Transactions

Chong-Seok, Shim

In comparison with traditional contracting, electronic contracting is different in its intermediary. Also some legal problems can happen in the process of contractual intermediaries. According to the fact, contractual principles of offer and acceptance by data message are reviewed. The methods of contract formation have been mainly paper documents and something that has the same effect as paper documents. A united view according to the traditional contract laws is to make an agreement to declaration of intention in each opposition. That is to say offer and acceptance embody the essential theory. Cyberspace is not only an exception for contractual principles and contract laws but legal problems caused by it can be controlled without question. They have been replaced with electronic means. It means that data messages can be said to be the intermediary in the cyberspace. Under the circumstances, several problems are derived and legal bases are analyzed by reviewing social mobility, requisites for contract formation by data messages, and legal effects in case of its utilization. Authenticity of electronic contracting is combined with it in order to ensure that during contract formation responsibilities of contract parties who exchange data messages and formation of contracts formation by electronic agent are reviewed. Problems caused by contract formation through the data messages are compared and analyzed according to every situation. The focus is on

legal effect which data messages have as the means of contract formation and practical validity. General problems in contract formation are stated above this study. The place of contractual parties, electronic declaration of intention, the time of contract formation, differentiation with invitation to makes offer, withdrawal and revise of electronic contract terms are in the center of the study. Several problems can be caused during exchanging data messages. They are functional-equivalence to paper documents, sending and receiving data messages, dangers division to be happening in the process of exchanging data messages, confirmation of receiving data messages. All of these subjects are reviewed in legal comparison with international trade laws and rules. Also possible problems are suggested in the writer's at that point of view. Finally solutions to the problems related with electronic contracting through data messages are suggested.

주제어 : 전자문서(data messages), 전자계약(electronic contracts), 전자계약협약예비초안(Preliminary Draft Convention on [International] Contracts Concluded or Evidenced by Data Message), 등기능성(functional- equivalence), 전자서명(electronic signatures), 전자인증(electronic authentication).