

전자 계약과 전자 문서

1. 용어 및 개념

(가) “전자 거래”

법 2 조 5 호: “그 전부 또는 일부가 전자문서에 의하여 처리되는 거래”

“전자 계약”이라는 용어에 특별한 법기술적 의미를 부여할 이유는 없음. 계약 체결이나 이행의 전부나 일부가 전자문서를 이용하여 이루어지는 계약을 전자 계약이라고 이해하면 충분.

(나) “전자 문서” (“전자 정보”라는 표현이 더 적절했을 것)

법 2 조 1 호: “전자적 형태로 작성, 송신·수신 또는 저장된 정보”

UN Convention 2005, Art. 4(c): “Data message” means information generated, sent, received or stored by electronic, magnetic, optical or similar means, including, but not limited to, electronic data interchange, electronic mail, telegram, telex or telecopy;

UN Convention 2005, Art. 4(b): “Electronic communication” means any communication that the parties make by means of data messages;

UN Convention 2005, Art. 4(a): “Communication” means any statement, declaration, demand, notice or request, including an offer and the acceptance of an offer, that the parties are required to make or choose to make in connection with the formation or performance of a contract

“전자 문서”는 “data message”와 같음. 핵심은 ‘정보’이지, ‘문서’가 아님. 민법은 ‘문서’를 특별히 정의하거나 ‘문서’의 요건을 정해 둔바 없음. 의사 표시의 수단으로서 그 내용을 인식할 수 있는 “정보 표시 매체”를 문서로 해석할 여지 있음. 전자적 정보가 표시/저장/접근 되는 수단이나 매체가 민법상 ‘문서’가 아니라고 볼 뚜렷한 근거도 없음. 문서는 증거자료에 불과함. 문서가 없더라도 당사자의 의사를 다른 방법으로 입증할 수 있으면 계약이나 거래는 유효.

UNCITRAL Model Law 1996 Article 9. Admissibility and evidential weight of data messages 참조.

유언, 서면 증여, 판결서, 어음, 수표 등 ‘요식성’이 문제되는 경우, ‘문서’는 단순한 증거 자료이상의 민사법적 의미를 가짐

반면에 형법상 문서에 관한 죄에서 말하는 ‘문서’는 “문자 또는 이에 대신할 수 있는 가독적 부호로 계속적으로 물체 상에 기재된 의사 또는 관념의 표시인 원본 또는 이와 사회적 기능, 신용성 등을 동일시할 수 있는 기계적 방법에 의한 복사본으로서 그 내용이 법률상, 사회생활상 주요 사항에 관한 증거로 될 수 있는 것”을 의미하므로 전자문서는 형법상 문서에 관한 죄에서 말하는 문서는 아님(죄형법정주의에 대한 고려) 대법원 2006. 1. 26. 선고 2004 도 788 판결

최호진, “대법원 판례에 나타난 컴퓨터 이미지 파일과 형법상 문서”, 단국대 법학논총 제 36 권 제 2 호 (2013) 307-334

영국 Interpretation Act 상 “writing”의 정의:

“Writing” includes typing, printing, lithography, photography and other modes of representing or reproducing words in a visible form, and expressions referring to writing are construed accordingly.

“Communication” 을 ‘의사표시’, ‘의사표현’, ‘통지’ 등으로 번역하기 보다는 ‘교신’이라고 번역함이 적절. ‘의사표시’는 추상적, 이론적 개념. ‘교신’은 구체적 증거를 지칭하는 것. ‘교신’을 해석하여 그 내용을 확정지음으로써 의사표시의 내용이 결정될 것임. cf. 최경진, “UN 전자계약협약에 관한 비교법적 고찰”, 국제거래법 연구, 제 19 집 제 1 호(2010), 87; 오병철, “UNCITRAL 전자계약협약에 관한 비교법적 고찰과 전자거래기본법에의 영향”, 「비교사법」, 제 13 권 4 호(2006), 97; 정진명, “UNCITRAL 전자계약협약의 국내법에의 수용”, 「비교사법」, 제 16 권 2 호(2009), 52-53

2. 전자 문서의 ‘서면’ 요건

법 4 조의 2

- 열람 가능성
- 보존성

이 확보될 경우에 한하여 ‘서면’으로 본다.

3. 전자 문서의 ‘효력’

[2020.6.9 개정] 법 4 조 ① 전자문서는 전자적 형태로 되어 있다는 이유만으로 법적 효력이 부인되지 아니한다.

② 보증인이 자기의 영업 또는 사업으로 작성한 보증의 의사가 표시된 전자문서는 「민법」 제 428 조의 2 제 1 항 단서에도 불구하고 같은 항 본문에 따른 서면으로 본다.

민법 제 428 조의 2 제 1 항

보증은 그 의사가 보증인의 기명날인 또는 서명이 있는 서면으로 표시되어야 효력이 발생한다. 다만, 보증의 의사가 전자적 형태로 표시된 경우에는 효력이 없다.

UNCITRAL Model Law 1996, Art 11(1)

In the context of contract formation, unless otherwise agreed by the parties, an offer and the acceptance of an offer may be expressed by means of data messages. Where a data message is used in the formation of a contract, that contract shall not be denied validity or enforceability on the sole ground that a data message was used for that purpose.

E-Commerce Directive 2000 Art 9(1)

Member States shall ensure that their legal system allows contracts to be concluded by electronic means. Member States shall in particular ensure that the legal requirements applicable to the

contractual process neither create obstacles for the use of electronic contracts nor result in such contracts being deprived of legal effectiveness and validity on account of their having been made by electronic means.

UN Convention 2005, Art. 8(1) A communication or a contract shall not be denied validity or enforceability on the sole ground that it is in the form of an electronic communication.

전자 문서의 “법적 효력” 문제는 전자 문서의 “서면성” 여부와는 구분되어야 함.

4. 전자 문서의 송신

법 제 6 조 1 항: “전자문서는 작성자 또는 그 대리인이 해당 전자문서를 송신할 수 있는 정보처리시스템에 입력한 후 해당 전자문서를 수신할 수 있는 정보처리시스템으로 전송한 때 송신된 것으로 본다.” (2020.6.9 개정)

[2002.1.19 개정: 수신자 또는 그 대리인이 해당 전자문서를 수신할 수 있는 정보처리시스템에 입력한 때에 송신된 것으로 본다.]

[개정전(1999년 제정) 전자문서는 작성자 외의 자 또는 작성자의 대리인 외의 자가 관리하는 컴퓨터등에 입력된 때에 송신된 것으로 본다.]

송신과 수신을 시간적, 기술적, 개념적으로 구분하지 않으려는 입장. 이철송, “전자거래기본법의 개정방향”, 인터넷법률 2001년 3월호 13면 (잘못된 주소로 발송된 전자문서는 아예 ‘발송’이 아니라는 생각; 하지만 종래부터 addressee가 아닌 자에게 발송한 것은 발송이 아니라는 점은 이미 전제된 것 아니었는지? 제대로 도달하지 못할 것이 분명한 ‘발송’의 문제...)

네트워크 failure, 수신자측 정보처리시스템의 오류는 모두 ‘송신자’의 위험으로. But why? 지원림, “전자거래와 계약법” 95는 회의적.

아마도, 격지자 간 계약의 ‘설립 시기’에 관한 민법 제 531조를 ‘송신’ 시점 판단에 잘못 적용한 것이 아닐까?

김욱곤, “승낙의 효력발생과 계약의 성립시기” 민사법학 제 19권; 지원림, “계약의 성립에 관한 입법론적 연구” 법조(2000) 참조.

고형석, 전자상거래 성립시기에 관한 연구, 비교사법 제 13권 제 3호, 32 개정필요 의견

UNCITRAL Model Law 1996 Article 15(1)

Unless otherwise agreed between the originator and the addressee, the dispatch of a data message occurs when it enters an information system outside the control of the originator or of the person who sent the data message on behalf of the originator.

UN Convention 2005, Art. 10(1)

The time of dispatch of an electronic communication is the time when it leaves an information system under the control of the originator or of the party who sent it on behalf of the originator or, if the electronic communication has not left an information system under the control of the originator or of the party who sent it on behalf of the originator, the time when the electronic communication is received.

5. 전자 문서의 수신

법 제 6 조 2 항

1. 수신자가 전자문서를 수신할 정보처리시스템을 지정한 경우: 지정된 정보처리시스템에 입력된 때. 다만, 전자문서가 지정된 정보처리시스템이 아닌 정보처리시스템에 입력된 경우에는 수신자가 이를 검색 또는 출력한 때를 말한다.

2. 수신자가 전자문서를 수신할 정보처리시스템을 지정하지 아니한 경우: 수신자가 관리하는 정보처리시스템에 입력된 때

민법상 ‘도달’과 전자문서의 ‘수신’ 간의 관계: 수신되었는지를 먼저 판단하고, 수신되었을 경우 이를 도달이라고 볼 수 있는지를 규범적으로 판단.

수신할 정보처리시스템을 지정했음에도 이와는 다른 정보처리시스템으로 보내온 전자문서는 언제 ‘수신’된 것으로 볼 것인지...

여러개의 우편 주소를 사용할 경우, 이 중 한 우편 주소에 도착한 의사표시의 경우와는 다르게 볼 이유.

UNCITRAL Model Law 1996 Art. 15(2)

- 지정한 수신 주소에 도착한 경우: when the data message enters the designated information system
- 수신주소를 지정했음에도 다른 수신주소에 도착한 경우: when the data message is retrieved by the addressee.
- 수신주소를 지정하지 않았을 경우: when the data message enters an information system of the addressee

UN Convention 2005 Art. 10(2)

- designated address에 도착된 경우: when it becomes capable of being retrieved by the addressee at an electronic address designated by the addressee.
- 다른 address에 도착된 경우: when it becomes capable of being retrieved by the addressee at that address and the addressee becomes aware that the electronic communication has been sent to that address.

전자 문서가 주소에 도착하면, 인식 가능 상태라고 추정 (An electronic communication is presumed to be capable of being retrieved by the addressee when it reaches the addressee's electronic address.)

6. 송신 철회

법 제 9 조

작성자가 전자문서를 송신하면서 명시적으로 수신 확인을 요구하였으나 상당한 기간(작성자가 지정한 기간 또는 작성자와 수신자 간에 약정한 기간이 있는 경우에는 그 기간을 말한다) 내에 수신 확인 통지를 받지 못하였을 때에는 작성자는 그 전자문서의 송신을 철회할 수 있다.

UNCITRAL Model Law 1996 Art. 14(3)

Where the originator has stated that the data message is conditional on receipt of the acknowledgement, the data message is treated as though it has never been sent, until the acknowledgement is received.

UNCITRAL Model Law 1996 Art. 14(4)(b)

if the acknowledgement is not received within the time specified in subparagraph (a), [the originator] may, upon notice to the addressee, treat the data message as though it had never been sent, or exercise any other rights it may have.

7. Attribution (작성자가 송신한 것으로 보는 경우)

법 제 7 조 제 1 항 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 전자문서에 포함된 의사표시는 작성자가 송신한 것으로 본다.

1. 작성자의 대리인에 의하여 송신된 전자문서

2. 자동으로 전자문서를 송신·수신하도록 구성된 컴퓨터프로그램이나 그 밖의 전자적 수단에 의하여 송신된 전자문서

문제점:

- presumption에 불과한 것임에도 마치 irrebuttable presumption인 것처럼 규정
- 작성자 또는 그 대리인이 프로그램한 자동처리시스템에 의하여 송신된 경우를 말하는 것인데, 이 언급이 누락됨.

UNCITRAL Model Law 1996 Art. 13

data message to be deemed to be that of the originator

1. if it was sent by the originator itself.
2. if it was sent by a person who has the authority to do so
3. if it was sent by an information system programmed by, or on behalf of, the originator to operate automatically.

법 제 7 조 제 2 항 수신자는 다음 경우 해당 전자문서를 작성자의 것으로 취급할 수 있다.

1. 전자문서가 작성자의 것이었는지를 확인하기 위하여 수신자가 미리 작성자와 합의한 절차를 따른 경우

2. 수신된 전자문서가 작성자 또는 그 대리인과의 관계에 의하여 수신자가 그것이 작성자 또는 그 대리인의 의사에 기한 것이라고 믿을 만한 정당한 이유가 있는 자에 의하여 송신된 경우

“합의된 절차”를 따르면 되도록 규정하는데, 그 절차가 당시의 기술 수준에 비추어 unreasonable 한 경우에는? 제 7 조 제 2 항 제 2 호의 문제로 될 것.

UNCITRAL Model Law 1996 Art. 13(3)

(a) (if) the addressee properly applied a procedure previously agreed to by the originator for that purpose (= to ascertain whether the data message was that of the originator)

(b) (if the received data message) resulted from the actions of a person whose relationship with the originator or with any agent of the originator enabled that person to gain access to a method used by the originator to identify data messages as its own.

UN Convention 2005 Art. 12

A contract formed by the interaction of an automated message system and a natural person, or by the interaction of automated message systems, shall not be denied validity or enforceability on the sole ground that no natural person reviewed or intervened in each of the individual actions carried out by the automated message systems or the resulting contract.

8. 서명

법 제 11 조

전자거래 중에서 전자서명에 관한 사항은 「전자서명법」에서 정하는 바에 따른다.

UNCITRAL Model Law 1996 Art. 7

Where the law requires a signature of a person, that requirement is met in relation to a data message if:

- (a) a method is used to identify that person and to indicate that person's approval of the information contained in the data message; and
- (b) that method is as reliable as was appropriate for the purpose for which the data message was generated or communicated, in the light of all the circumstances, including any relevant agreement.

“the risk of tying the legal framework provided by the Model Law to a given state of technical development.” 해설서 p. 38

appropriate 한지를 판단함에 고려할 요소들:

- (1) the sophistication of the equipment used by each of the parties;
- (2) the nature of their trade activity;
- (3) the frequency at which commercial transactions take place between the parties;
- (4) the kind and size of the transaction;
- (5) the function of signature requirements in a given statutory and regulatory environment;
- (6) the capability of communication systems;
- (7) compliance with authentication procedures set forth by intermediaries;
- (8) the range of authentication procedures made available by any intermediary;

- (9) compliance with trade customs and practice;
- (10) the existence of insurance coverage mechanisms against unauthorized messages;
- (11) the importance and the value of the information contained in the data message;
- (12) the availability of alternative methods of identification and the cost of implementation;
- (13) the degree of acceptance or non-acceptance of the method of identification in the relevant industry or field both at the time the method was agreed upon and the time when the data message was communicated; and
- (14) any other relevant factor.

참고 자료

김기창, “전자문서 및 전자거래 기본법의 재평가”, 정보법학 제 20 권 제 2 호(2016)

김기창, “전자문서법 제 7 조와 표현대리”, 정보법학 제 22 권 제 2 호(2018)

이철송, “전자거래기본법의 개정방향”, 인터넷법률 2001 년 3 월호

최경진, “UN 전자계약협약에 관한 비교법적 고찰”, 국제거래법 연구, 제 19 집 제 1 호(2010)

오병철, “UNCITRAL 전자계약협약에 관한 비교법적 고찰과 전자거래기본법에의 영향”, 「비교사법」, 제 13 권 4 호(2006)

정진명, “UNCITRAL 전자계약협약의 국내법에의 수용”, 「비교사법」, 제 16 권 2 호(2009)

고형석, “전자적 의사표시의 효력발생시기에 관한 연구”, 재산법연구 제 28 권 제 3 호(2011)

정진명, “전자거래 규정의 민법 편입 제안” 민사법학 제 48 권(2010)

김재형, “전자거래에서 계약의 성립에 관한 개정방안”, 법무부, 전자거래 법제의 개정 착안점 (2001)

The Electronic Communications Act 2000

Law Commission, Electronic Commerce: Formal Requirements in Commercial Transactions (2001)
http://www.lawcom.gov.uk/wp-content/uploads/2015/09/electronic_commerce_advice.pdf