

電子去來에서 危險分配에 관한 法制研究

2000. 11

研究者：尹周嬉（招請研究員）

한국법제연구원

目 次

제 1 장 서 론	7
제 1 절 문제제기	7
1. 전자거래에서 새로운 위협의 등장	7
2. 기존법제 포섭의 어려움	9
제 2 절 연구의 범위 및 방법	10
제 2 장 전자거래에서의 발생하는 위협의 특수성	13
제 1 절 전자거래에서의 위협	13
1. 위협의 의의	13
2. 전자거래에서 위협의 특징	16
3. 전자거래에서 위협의 유형	17
제 2 절 전자거래에서의 위협분배의 특수성	29
1. 위협분배의 의의	29
2. 위협분배의 필요성	30
제 3 장 전자거래에서의 위협분배에 관한 각국의 동향	33
제 1 절 미 국	33
1. 통일상법전(UCC)	33
2. 통일컴퓨터정보거래법(UCITA)	38
3. 통일전자거래법(UETA)	43
4. 전자서명법(E-Sign Act)	45
5. 디지털 밀레니엄 저작권법	45
제 2 절 독 일	47
1. 디지털서명법상의 인증기관의 위협부담	47
2. 정보통신서비스법(멀티미디어법)상 서비스제공자의 위협부담	48

제 3 절 일 본	49
1. 전자거래법초안에서의 위험분배	50
2. 전자서명 및 인증업무에 관한 법률에서의 위험분배	50
3. 소비자-사업자간의 매매에 관한 운용가이드라인상 위험분배	51
제 4 절 국제기구	53
1. UNCITRAL	53
2. OECD	54
제 4 장 전자거래에서의 위험에 대한 사례	57
제 1 절 계약체결과 이행과정에서 발생하는 위험	57
1. 판매업자와 소비자간 사고	57
2. 계속적 거래관계에 있는 사업자와 이용자간 사고	61
3. 검 토	63
제 2 절 시스템구축과 운영과정에서 발생하는 위험	65
1. 통신서비스회사의 통신망에러에 대한 사고	65
2. 컴퓨터시스템 운영상의 오류로 인한 사고	66
3. 이용자의 착오로 인한 사고	67
4. 검 토	68
제 3 절 당사자외 제3자의 불법행위로 인한 위험	70
1. 인터넷 사기 사고	70
2. 해 킹	73
3. 저작권침해	75
4. 명예훼손	77
5. 검 토	80
제 5 장 전자거래에서의 위험분배방안	83
제 1 절 전자거래에서 위험분배의 기본방향	83
1. 계약관계에 따른 위험분배	83
2. 계약이외의 문제에 대한 위험분배	84

제 2 절 위험부담에 관한 책임법리	85
1. 서 설	85
2. 계약책임	86
3. 불법행위책임	94
제 3 절 새로운 위험분배이론의 등장	108
1. 네트워크 책임론	108
2. 책임분계점의 이론	109
3. 시스템책임론	110
4. 검 토	110
제 4 절 전자거래에서의 위험분배방안	113
1. 위험분배를 위한 당사자의 책임검토	113
2. 계약체결과 이행과정에서의 분배방안	136
3. 시스템구축과 운영과정에서의 분배방안	139
4. 불법행위에 대한 분배방안	140
제 5 절 위험부담에 관련된 우리의 전자거래본법과 전자서명법	141
1. 전자거래기본법	141
2. 전자서명법	145
제 6 장 결 론	147
[참고문헌]	153

제 1 장 서 론

제 1 절 문제제기

1. 전자거래에서 새로운 위협의 등장

2000년에 들어서면서 인터넷 이용인구가 급속히 증가하고 그에 따라 전자거래의 규모 또한 빠른 속도로 증가하고 있다. 지식정보화사회의 견인차 역할을 하고 있는 전자거래는 무엇보다도 사람들의 활동범위를 넓혀주는데 기여한다. 특히 무제한의 계약활동을 통한 전세계 시장의 단일화를 가능케 하며, E-mail을 통하여 즉시로 상대와 우편을 주고받을 수 있는 등 대단한 변화를 맞고 있는 것이다. 이러한 변화와 함께 법학계에서는 이와 같은 전자거래에 대하여 기존의 법적 체계로 모든 것을 규율할 수 있는가에 의문을 제기하면서 새로운 법률질서를 만들어야 한다는 주장이 계속되고 있다.

전자거래기본법 제2조 제4호에서는 전자거래에 대하여 “재화나 용역의 거래에 있어서 그 전부 또는 일부가 전자문서에 의하여 처리되는 거래를 말한다”고 규정하고 있다.¹⁾ 그러므로 전자거래라고 하는 경우는 컴퓨터 등 정보처리능력을 가진 장치에 의하여 전자적 형태로 작성되어 송·수신 또는 저장되는 정보를 처리함으로써 이루어지는 거래라고 말할 수 있다.²⁾ 전

1) 최경진, 전자상거래와 법, 현실과 미래, 1998, 27면. 이에 의하면 전자거래란 정보통신기술을 바탕으로 컴퓨터와 같은 정보처리장치와 네트워크를 통하여 전자적인 방식으로 이루어지는 거래를 말하는데 전자계약(Electronic Contract)이라고도 한다.

2) 이에 비하여 미국의 통일전자거래법(Uniform Electronic Transactions Act) section 2 [정의]에서는 전자거래라는 개념을 세분화하여 “(2)자동화된 거래”, “(3)컴퓨터 프로그램”, “(4)계약”, “(5)전자”등으로 규정하고 있다. 각각의 규정내용은 다음과 같다.

SECTION 2. DEFINITIONS. In this [Act]:

(1) "Agreement" means the bargain of the parties in fact, as found in their language or inferred from other circumstances and from rules, regulations, and procedures given the effect of agreements under laws otherwise applicable to a particular transaction.

(2) "Automated transaction" means a transaction conducted or performed, in whole or in part, by electronic means or electronic records,

자적으로 이루어지는 거래에는 광의로는 법률행위와 사실행위가 모두 포함될 수 있으나 협의로 보자면 전자적인 형태로 이루어진 계약활동의 일부 또는 전부라고 볼 수 있다. 전자거래가 일반거래에서와 다른 가장 큰 특징은 상대방을 직접적으로 대면하지 않고 이루어지는 거래라는 점을 들 수 있다. 따라서 거래의 상대방이 진정한 당사자인지, 혹은 거래 상대방까지의 모든 전달경로가 진정한 경로인지, 더 나아가 계약이행이 정상적으로 이루어질 것인지 등에 대하여 어느 정도 위험을 무릅쓰고 거래에 참여하고 있는 것이다. 다시 말해서 전자거래가 생활에 막대한 영향을 미치며 좀더 편리한 삶을 영위하게 해 주는 좋은 도구가 되는 반면 그에 따른 위험도 존재한다는 것이다.

일반적으로 위험이란 생활이익에 대하여 가해질 염려가 있는 상태³⁾라고 하고 있으나, 거래상 위험이라고 할 때에는 이와 같은 일반적인 위험보다는 좁은 의미로 이해하고 있다. 즉 쌍무계약에서 서로 대가적 의미를 가지고 대립하는 일방의 채무가 소멸함으로써 받는 재산상의 불이익을 말하고 있다.⁴⁾ 그러므로 계약관계에서 위험이란 계약의 체결과 이행과정에서 발생하는 위험을 말하는 것이고, 위험부담이라고 할 때에는 당사자의 책임 없는 사유로 불이행이 된 경우에 누가 이러한 위험을 부담하는가의 문제이다. 이에 비하여 전자거래에서의 위험을 논할 때는 일반적인 위험보다는 좁은 의미이지만, 계약상의 위험보다는 넓은 의미로 이해해야 할 필요가 있

in which the acts or records of one or both parties are not reviewed by an individual in the ordinary course in forming a contract, performing under an existing contract, or fulfilling an obligation required by the transaction.

- (3) "Computer program" means a set of statements or instructions to be used directly or indirectly in an information processing system in order to bring about a certain result.
 - (4) "Contract" means the total legal obligation resulting from the parties' agreement as affected by this [Act] and other applicable law.
 - (5) "Electronic" means relating to technology having electrical, digital, magnetic, wireless, optical, electromagnetic, or similar capabilities.
- 3) 곽윤직, 신정관 채권각론, 박영사, 1997, 113면.
4) 이은영, 위험의 분담과 이전, 대한변호사협회지, 1987.9, 61면.

다. 왜냐하면 전자거래에서의 위험은 전자거래에 존재하는 모든 위험 즉, 시스템구축과 운영과정에서 발생하는 위험, 계약의 체결과 이행과정에서 발생하는 위험, 전자거래 당사자의 고의나 과실에 의한 채무불이행과 불법행위의 위험 등이 병존하고 있기 때문이다. 결국 전자거래에서의 위험은 계약상 위험과 계약외적인 위험을 포함한다. 더 나아가 전자거래에서의 위험분배는 위험부담과 위험책임의 문제를 모두 포섭한 것으로 판단해야 할 필요성이 있다.

2. 기존법제 포섭의 어려움

물론 기존의 계약관계 내지는 거래관계에서도 위에서와 같은 위험은 존재한다고 할 수 있다. 또한 존재하는 위험에 대한 해결방법을 다각적인 면에서 모색하고 있다는 것도 주지의 사실이다. 그럼에도 불구하고 전자거래에서의 위험을 그와는 달리 검토해야 하는 이유는 전자거래의 특징에서 비롯된다고 할 수 있다. 즉 전자거래에서의 위험은 거래의 진행과정 또는 거래의 내용에 따른 위험이면서도 그 주체를 명확하게 판별하는데 어렵다는 특징을 가지고 있다.⁵⁾ 또한 당사자를 규명했다 하더라도 손해배상을 청구할 수 없는 경우가 생길 뿐만 아니라 다수의 위험이 혼재되어 있는 경우가 많고 상대방의 고의나 과실을 입증하기에 어려움이 많다.

현행 전자거래와 관련하여서는 전자거래기본법이 먼저 규율되고 있으나, 그 규정내용이 선언적인 내용에만 그치고 있어, 이와 같은 위험이 발생했을 경우 적절한 해결 방안으로 제시되지 못하고 있는 실정이다. 더 나아가 전자거래의 특성상 손해배상책임을 발생시키는 고의나 과실주의로도 해결할 수 없는 영역이 발생하기도 한다. 이와 같은 이유로 이러한 위험의 책임을 누가 부담해야 적절한지 또는 책임의 부담시 그 근거가 무엇인지 살펴보는 것도 큰 의미가 있으리라 생각된다.

5) 김민규, 전자거래와 관련한 민사책임법리, 외대논총 제19집, 1999.2, 310면.

특히 현재까지 이러한 위험에 대하여 일부의 논문에서 약간 언급되고⁶⁾ 있으나 전자거래가 계속적으로 증가함으로써 분쟁 또한 증가하리라는 것은 자명한 일이고 이러한 분쟁을 조속히 해결할 수 있는 노력이 요구된다. 또한 전자거래기본법이 전자거래에 좀더 실효성을 거둘 수 있는 법이 되기 위해서는 거래당사자의 위험을 명확히 할 수 있는 규정의 신설이 절실하다.⁷⁾ 특히 전자거래에서의 위험은 예견가능성을 뛰어넘어 막대한 손해를 줄 수 있는 여지도 다분하므로 분쟁의 조속한 해결뿐만 아니라 참여당사자가 스스로 이러한 위험을 인식하고 위험을 회피하고자 하는 노력을 기울 수 있도록 하는 것이 필요하다. 따라서 본 연구보고서에서는 전자거래에서의 위험에 대한 적절한 분배방안을 검토해 봄으로써 전자거래의 활성화에 기여하고자 한다.

제2절 연구의 범위 및 방법

본 보고서는 전자거래에서 발생하는 위험에 대하여 계약상의 위험과 계약외적인 위험으로 나누어서 고찰하였다. 전통적인 계약이론에서는 위험에 대하여 과실책임주의라는 원칙아래 채무자주의로 하였다. 따라서 계약목적물이 채권자에게 도달되기 전까지의 모든 위험에 대하여는 채무자가 부담하였다. 그러나 과학문명이 급속도로 발전하면서 채무자주의로 이러한 위험을 부담하는 것이 채무자에게 부당하다는 의견과 함께 위험성이라는 문

6) 노태약, 심포지엄 『디지털경제 발전과 법제개정 방향』에 대한 지정토론 요지, 저스티스 제33권 제2호, 2000.6, 71면. 이에 의하면 거래관련 당사자간의 공평한 위험 분담을 인터넷 상거래에 대한 제약요인으로 포함해야 할 것이라고 하고 있다.

7) 손경한, 전자상거래 활성화를 위한 관련법제의 개정 방향, 저스티스 제33권 제2호, 2000.6, 13면이하. 전자거래는 사기적 거래, 기술적 설비의 오작동 또는 기능상실, 제3자에 의한 전자문서의 수정·변경 등 다양한 위험에 대한 책임의 당사자가 달라지고, 책임의 근거 또한 계약책임, 불법행위책임 등으로 달라지기 때문에 거래관계자의 책임문제를 규율하는 것이 필요하다고 한다. 또한 소비자, 인터넷망 운영자, 사이버몰 운영자, 사이버몰 입점업체, 배송회사, 카드회사 등 여러 사람이 관여하고 있는 인터넷 거래에는 담보책임의 주체, 불이행시 지급된 대금회수의 상대방 등이 문제될 수 있고, 경우에 따라서는 배송업자의 지위 등도 문제될 수 있다고 한다. 그렇기 때문에 전자거래기본법 안에 전자거래관련자의 책임에 대하여 규정하는 방식을 취하거나 필요하다면 별도 입법을 하는 방안이 마련되어야 하며, 온라인 서비스 제공자의 법적 책임에 관하여는 별도의 입법을 통해야 한다고 하고 있다.

제가 제기되었다.⁸⁾ 따라서 본 보고서에서는 이러한 위험의 문제를 기존 계약이론에서의 위험부담의 개념을 전제로 하되 책임소재가 불분명한 위험에 대하여는 위험책임의 이론으로 접근하는 방법을 시도해 보았다.

본 보고서의 연구범위는 전자거래에 참여하는 당사자의 민사책임에 관한 것으로 한정되었다. 따라서 제2장에서는 전자거래에서의 위험의 개념과 그 특징 및 위험분배가 필요한 이유를 검토하여 본 보고서에서 다루는 위험의 부담부분에 대한 이해를 돕고자 한다. 특히 전자거래에서 발생하는 위험의 유형을 계약체결과 이행과정에서 발생하는 위험과 시스템구축과 운영과정에서 발생하는 프로그램과 통신망에 관련된 위험 및 제3자의 불법행위로 인한 위험의 세가지로 분류하고 이에 따른 위험의 발생형태를 각각 논의하며 제4장에서는 구체적으로 위험에 관하여 발생하는 분쟁의 사례를 수집하여 발생원인에 따른 분류 및 사례분석을 함으로써 전자거래에서 발생하는 실제 사례를 검토해 보고자 한다.

제3장에서는 전자거래에서의 위험분배에 관한 각국의 입법적 동향을 살펴봄으로써 우리의 입법방향에 대한 어느 정도의 틀을 제시하고 제5장에서는 전자거래에서의 위험분배방안에 대하여 상세하게 연구함으로써 전자거래에 참여하는 판매업자 내지는 소비자, 온라인사업자, 인증기관 및 은행 등의 책임에 관한 적절할 분배방법을 고찰해 보고 제6장에서는 이상의 검토를 토대로 우리의 입법과제와 법제방향을 도출함으로써 결론에 대신하고자 한다.

본 보고서는 문헌연구를 위주로 연구하되, 미국과 독일, 일본 등 각국의 입법내용과 UNCITRAL, OECD 등 국제기구에서 제시하는 가이드라인 등을 연구수행에 필요한 내용에 참고하며, 전자거래와 관련된 실제 사례를 수집하고 분석하여 결론을 내리는 것으로 하고자 한다. 특히 실제 사례는 특별한 여과 없이 바로 보고서에 소개하는 방식을 취하되 연구내용과 관련이 없는 부분은 삭제하는 것으로 하고자 한다.

8) 김상용, 불법행위법, 법원사, 1997, 20-21면.

제 2 장 전자거래에서의 발생하는 위험의 특수성

제 1 절 전자거래에서의 위험

1. 위험의 의의

일반적인 의미에서 위험이라고 할 때에는 생활이익에 대하여 어떠한 위해가 가해질 염려가 있는 상태¹⁾를 말하지만, 危險負擔이나 危險移轉에서의 위험은 그러한 의미로서가 아니라 쌍무계약에서 서로 대가적 의미를 가지고 대립하는 일방의 채무가 소멸함으로써 받는 재산상의 불이익을 말한다.²⁾ 또한 법률상으로 위험이라는 용어를 사용하고 있지는 않지만, 일반적인 거래관계에서 발생하는 위험도 존재하고 있다. 특히 계약관계에서는 계약의 상담과정에 발생하는 계약체결상의 과실위험, 계약내용의 이행과정에서 발행하는 불완전이행이나 이행지체, 이행불능과 같은 채무불이행위험이 있다. 이처럼 위험은 개념 자체의 고유한 특성과 이를 처리하는 방식에 의해서 효과가 다양하게 나타나고 있다. 다시 말해서 일반적이고 포괄적인 개념으로서 위험이라고 할 때는 법률관계가 계획했던 바와는 다르게 전개될지도 모른다는 것으로 개별적인 판단오류의 위험이라는 의미에서 불확실성을 뜻한다고 한다.³⁾

1) 곽윤직, 신정관 채권각론, 박영사, 1997, 113면.

2) 이은영, 위험의 분담과 이전, 대한변호사협회지, 1987. 9, 61면; Roth, The Passing of risk, American Journal of Comparative Law. Vol. 27, 1979, 291면에서는 "Risk as a legal concept refers to accidental injury to the goods. It therefore covers theft, seizure, destruction, damage and deterioration." 이라고 기술하고 있다. 이에 비하여 Hans Giger는 Berber Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht VI/2: Obligationenrecht(2. Aufl., 1980) Art.185 N.7에서 "위험이란 물건이 우연히 멸실 또는 훼손됨으로써 발생하는 불이익을 종속적으로 누가 부담해야 하는 불이익한 법적 상태를 말한다"고 함으로써 위험과 위험분배의 개념을 하나의 범주로 해석하고 있다.

3) Henssler Martin, Risiko als Vertragsgegenstand, Tubingen: Mohr. 1994 (Jus Privatum, 6), S.12. 이에 의하면 특히 계약위험에 있어서 이러한 불확실성은 법률행위를 통해 추구한 목적의 도달 여부와 관련된다. 그래서 계약상 위험을 인수한다는 것은 계획하였거나 희망하였던 것과 달리 계약이 자신에게 불리하게 전개되고 따라서 주관적인 계약목적 달성을 수 없는 때에도 체결한 계약을 이행하여야 하는 의무를 부담한다는 것을 의미한다고 한다.

전자거래에서의 위험이라고 할 때는 전자거래에 참여한 당사자가 거래를 포함하여, 거래는 아니지만 전자거래 전반에 걸쳐서 발생하는 위험이라고 이해할 수 있다. 특별히 전자거래에서의 위험에 관하여 별도로 그 개념을 정리하는 것은 전자거래가 비대면거래의 형태로 이루어짐으로써 전자거래에 참여하는 당사자는 일반적인 위험보다 더 많은 위험에 노출되어 있기 때문이다. 예컨대 자신의 의사표시가 제대로 전달되는지, 자신의 정보가 타인에 의하여 부당하게 유출되는지, 전달되는 정보가 정확한 것인지, 심지어 유해한 정보로 인한 정신적·신체적인 피해의 위험 등 그 종류는 매우 다양하다. 그러므로 이러한 위험은 계약관계에서 논하고 있는 해결방법으로 해결될 수 없는 경우가 종종 발생한다. 예컨대 어떠한 상품을 구매하겠다는 의사표시를 하였으나 여러 가지 사정으로 의사표시가 제대로 전달되지 못한 경우, 계약의 상대방은 의사표시의 데이터가 접수되지 않았기 때문에 계약이 성립한 것이 아니므로 이에 대한 책임을 지지 않는다. 그런데 이미 대금도 결제 한 상태에서 이를 믿고 또 다른 행동을 하였다면 그로 인한 손해를 본인이 부담하도록 하는 것, 즉 본인의 위험으로 하는 것이 합리적이라고 할 수 있는가 하는 것이다. 이때 전달되지 못한 원인을 알 수 있는 경우라면 그러한 원인을 제공한 당사자에게 책임을 물을 수 있겠으나, 기술적인 면에서 정확한 지식을 가지지 못한 당사자에게는 거의 불가능에 가까운 일이다. 그러므로 뜻하지 않은 사고가 발생할 가능성이 있는 전자거래에서 어느 당사자의 위험에도 속하지 않는 위험을 어떻게 분배하는가가 중요한 문제라고 할 수 있다.

물론 전자거래에서는 이와 같은 위험만이 존재하는 것은 아니다. 거래에서 발생하는 일반적인 위험의 문제도 언제든지 발생할 가능성이 있다. 예컨대 당사자 사이에 계약관계가 성립된 후 그에 따른 이행을 하였으나, 상대방에게 도달되기 전 여러 가지 사정으로 도달되지 못할 위험이 존재할 뿐만 아니라, 계약의 체결과 이행과정에 참여하는 다수의 당사자 중 책임 소재를 정확히 알 수 없는 위험도 존재한다.⁴⁾ 결국 전자거래를 단순히 현

4) 공정거래위원회는 26일 시민단체인 녹색소비자연대에 의뢰해 98년 1월부터 올해 4월까지 소비자보호단체에 접수된 통신판매 관련 상담이나 피해구제 사례 5천1백84건

실거래와 동일한 현상으로 볼 수 없는 이유는 대개가 이러한 위험은 전자거래에 단순히 참여한 당사자에게 손해를 야기시킬 수 있는 것이라는 점 때문이다. 또한 전자거래에서는 위험의 문제가 순간적으로 그리고 하나의 거래에 다량으로 발생한다는 것에 기인한다. 따라서 전자거래에서 발생하는 위험은 계약에 이르기 전에서부터 발생하는 위험뿐만 아니라 모든 계약관계에서의 위험, 더 나아가 통신망의 불안정으로 발생하는 위험 내지 타인에 의한 불법행위의 위험 등이 동시에 혹은 다발적으로 발생할 수 있는 상태라고 보는 것이 타당하다고 생각된다. 즉, 전자거래에서의 위험은 계약상위험과 계약외적인 위험을 모두 포함하는 개념으로 이해해야 할 것이다. 왜냐하면 앞서도 검토한 것처럼 전자거래가 계약에만 국한된다면 계약상의 위험으로 이해할 수 있으나, 전자거래라는 그 자체가 이미 계약의 범위를 넘어서는 의미⁵⁾로 이해하고 있는 한 계약상의 위험으로만 한정할 수 없기

을 분석한 결과, 소비자 피해가 가장 많이 발생하는 품목은 서적·음반 학습교재 화장품 등이라고 밝혔다. 또 계약해지나 반품 교환이 제대로 이루어지지 않는데 다른 불만이 높았다. 이번 조사결과에 따르면 전체 피해사례 가운데 서적·음반·인쇄물이 23.7%로 가장 많았다. 학습교재가 23.4%, 화장품과 이·미용품이 23.2%로 나타났다. 또 생활용품이 7.0%, 회원카드가 3.5%, 식품·건강식품이 3.4%를 각각 차지했다. 피해유형은 계약해지나 반품 교환이 제대로 이루어지지 않은 사례가 66.3%나 됐다. 품질이나 성능·효능에 대한 불만이 6.8%, 배달 날짜를 지키지 않거나 야에 배달하지 않는 경우가 6.3% 등이었다. 또 미성년자가 구매했다가 철회한 경우와 사고 싶지 않은 물건을 배달한 경우도 각각 4.7%가 됐다. 통신판매수단은 신문·잡지가 43.2%로 가장 많았고 케이블TV가 25.5%, 전자상거래가 17.2%, 신용카드나 백화점의 카탈로그가 12.0% 등을 차지했다. 한편 통신판매를 이용했던 사람 1백60명을 상대로 설문조사를 한 결과에 따르면 이용자의 23.1%가 각종 피해를 입은 것으로 나타났다(한국경제신문 1999.11.26.).

- 5) 이종주, 전자거래기본법 및 전자서명법의 제정경위와 법적 검토, 법조, 1999.9, 72면. 이에 의하면 일반적으로 기업, 정부기관과 같은 독립된 조직간 또는 조직과 개인간에 다양한 전자적 매체를 이용하여 상품이나 용역을 교환하는 방식을 전자거래라고 하며, 이는 돈의 흐름이 수반되는 일상적인 상거래뿐만 아니라, 행정서비스, 대고객 마케팅, 광고, 조달, 서비스 까지도 포함하는 개념이라고 한다. 또한 전자거래의 범주에는 인터넷과는 무관하게 폐쇄적인 통신망을 이용하여 주로 기업간 상거래에 활용하는 EDI(Electronic Data Interchange)와 제품의 설계, 개발, 생산에서 유통, 폐기에 이르기까지 전수명주기와 관련된 데이터를 통합, 공유, 교환함으로써 생산성 향상을 추구하는 CALS(Commerce At Light Speed) 및 인터넷 홈페이지, 가상상점 등을 개설하여 일반소비자를 대상으로 마케팅 및 판매활동을 수행하는 Cyber Business 등이 포함된다고 한다. 일반적으로 Cyber Business를 협의의 Electronic Commerce라고 한다고 한다.

때문이다. 따라서 전자거래에서의 위험이란 일반적인 의미에서의 위험의 범위보다는 좁지만, 계약체결과 이행과정에서 발생하는 위험의 범위보다는 넓은 의미로 전자적인 형태로 이루어지는 거래관계에서 발생하는 위험이라고 하는 것이 타당하다고 보여진다.⁶⁾

2. 전자거래에서 위험의 특징

전자거래에서 위험은 다음과 같은 특징을 가지고 있다.

첫째 전자거래에서의 위험은 그 주체를 명확하게 판별하는데 어렵다는 특징을 가지고 있다. 예컨대 계약체결과정에서 어떠한 상품이나 정보의 구입데이터를 발신했으나 상대방에게 정상적으로 도달되지 않아 구입 의뢰인이 손해를 입은 경우, 또는 계약의 이행과정에서 상품이 제대로 전달되지 않거나, 정확하지 않은 정보가 전달됨으로써 구입의뢰인에게 피해를 입힌 경우 등, 계약에 참여하는 다수당사자인 구입의뢰인과 판매업자, 통신업자, 이행보조자로서 운송업자나 보험업자, 심지어 소프트웨어개발업자 중 어떤 당사자의 귀책사유로 인해 손해가 발생했는지 규명하는 것이 쉽지 않다.⁷⁾

두 번째, 당사자는 규명했다 하더라도 손해배상을 청구할 수 없는 경우가 생긴다. 앞의 예에서처럼 구입데이터가 판매업자에게 도달되지 않았다면 계약이 체결되지 않았으므로 두 당사자 사이에 위험의 문제가 생길 여지가 없다. 그런데 구입의뢰인이나 판매업자나 모두 통신사업자와 계약을 맺어 통신회선을 계약의 범위 내에서 사용할 수 있는 권리와 함께 통신사업자는 정상적으로 통신회선을 사용하도록 회선을 관리할 의무를 부담한다. 반면 통신사업자는 구입의뢰인의 이행보조자로서 의뢰인의 의사를 정확하게 전달할 의무도 포함한다. 그런데 통신망의 장애가 생긴 경우 그것이 자연재해와 같은 것이라면 통신사업자는 계약상 면책조항에 의해 면책

6) 辻 正美, システムトラブルとリスク負擔, コンピュータシステムと取引法, 三省堂, 1987, 150면. 여기에서도 위험부담이라는 용어를 민법상의 위험부담의 개념과 같은 엄격한 의미에서의 위험부담의 문제로 볼 수는 없다고 한다.

7) 日置雅晴, ネットワーク 通信利用に伴うトラブル, パドマガ Vol 5, 1996년 掲載 [http://www.netlaputa.ne.jp/~hioki/ronbun/tisiki5.htm]

을 받게 되고, 판매업자는 계약이 이루어지지 않았으므로 계약상 의무를 부담하지 않게 된다. 따라서 구입의뢰인은 통신사업자를 상대로도, 판매업자를 상대로도 계약상의 책임을 물을 수 없게 된다.

세 번째, 전자거래에서는 다수의 위험이 혼재되어 있는 경우가 많다. 즉 컴퓨터자체의 운영상위험, 통신망의 사용위험, 중요한 정보의 유출위험, 개인의 사생활 침해위험과 같은 경우를 들 수 있다. 이러한 위험은 하나의 거래를 하는 과정에서 동시에 발생할 수도 있다. 또 어떠한 경우에는 이러한 위험이 순차적으로 발생함으로써 하나의 위험처럼 보이기도 한다.

네 번째는 상대방의 고의나 과실을 입증하기에 어려움이 많다. 예컨대 통신회선이 일시적으로 중단되어 채무의 이행이 지연되거나 데이터가 소멸되어 버린 경우 중단된 사유가 누구의 고의 내지 과실인지 소비자가 규명한다는 것은 거의 불가능에 가깝다.

3. 전자거래에서 위험의 유형

(1) 계약의 체결과 이행과정에서 발생하는 위험

1) 계약체결단계에서의 위험의 문제

(가) 의사표시의 효력발생시기에 관한 위험

계약의 체결단계에서 발생하는 위험의 문제는 의사표시의 성립시기에 관한 위험의 문제와 계약체결상의 과실책임에 관한 문제로 살펴볼 수 있다. 의사표시의 성립시기가 위험의 문제와 결부되기 위해서는 먼저 의사표시 효력발생시기를 언제로 보는가가 중요하다 할 것이다. 의사표시의 성립시기에 관한 위험의 문제를 살펴보면, 전자거래에서 의사표시를 함에 있어 효력발생시기를 결정함에는 대화자간의 의사표시로 볼 것인가 아니면 격지자간의 의사표시로 볼 것인가에 대하여 다수의 견해가 격지자간의 의사표시로 인정하고 있다.⁸⁾ 또한 비록 격지자간의 의사표시라 하더라도 전자거

8) 김상용, 자동화된 의사표시와 시스템계약, 사법연구 제1집, 1992, 51면 ; 오병철, 전자거래법, 법원사, 1999, 226면 ; 지원립, 자동화된 의사표시, 저스티스, 1998.9, 53면. 이에 의하면 그 근거로 이러한 의사표시는 표의자와 수령자의 컴퓨터가 물리적

래에서의 의사표시의 효력발생시점은 도달의 시점을 기준으로 하고 있다. 우리의 전자거래기본법 제9조 1항⁹⁾ 및 2항 1호, 2호에서 전자문서의 도달 시기를 수신자가 수신할 수 있는 때로 규정하고 있으며 UNCITRAL모델법에서도 도달주의를 취하는 것으로 보여진다.¹⁰⁾ 그런데 우리 민법 제111조 1항에서는 의사표시의 통지가 상대방에게 도달한 때로부터 효력이 생긴다고 하여 도달주의의 원칙을 취하면서 예외적으로 제531조에서 “격지자간의 계약은 승낙의 통지를 발송한 때에 성립한다”고 함으로써 계약 성립에 관한 발신주의를 취하고 있다. 다만 발신주의를 취한다 해도 “승낙의 의사표시의 불도달을 해제조건으로 하여 발신시부터 효력이 발생한다”는 것으로 해석하고 있다.¹¹⁾ 따라서 전자거래에서의 도달주의가 타당하다면 이에 따른 발신자의 위험은 없는 가에 대하여 검토할 필요가 생긴다. 전자거래에서는 직접 대화자간의 대화방식으로서 의사소통이 이루어지는 경우도 있으나 대부분의 경우는 상대방의 컴퓨터사용영역¹²⁾에 도착하고 나서도 상대방

으로 분리되어 있으며, 발신과 도달이 동시에 일어나지 않고 자동화된 의사표시가 상대방의 전자사서함에 저장되는 경우도 있으므로 원칙적으로 격지자간의 의사표시로 보아야 한다는 것이다.

9) 第9條(送·受信時期 및 場所) ①電子文書는 작성자외의 者 또는 작성자의 代理人의 의 者가 관리하는 컴퓨터등에 入力된 때에 送信된 것으로 본다.

②電子文書는 다음 各號의 1에 해당하는 때에 受信된 것으로 본다.

1. 受信者가 電子文書를 受信할 컴퓨터등을 지정한 경우에는 지정한 컴퓨터등에 入力된 때. 다만, 지정한 컴퓨터등이 아닌 컴퓨터등에 入力된 경우에는 受信者가 이를 出力한 때를 말한다.

2. 受信者가 電子文書를 受信할 컴퓨터등을 지정하지 아니한 경우에는 受信者가 관리하는 컴퓨터등에 入力된 때

10) 內田 貴, 電子去來法(2) NBL No.601, 1996.9, 19면. 이에 의하면 UNCITRAL 모델법에서 도달주의 원칙은 당연한 것이므로 조문화되지 않았다고 하면서, 인터넷상의 상거래에서는 도달주의의 특약이 받아 들여져야 한다고 주장하고 있다. 더 나아가 이진우, 전자문서교환에 관한 법적 문제, 변호사 제24집, 서울지방변호사회, 1994, 27면에서도 민법 제531조가 예외적으로 발신주의를 인정한 이유는 거래의 신속 및 상업적 편의라고 할 수 있고 다만 이러한 예외는 승낙의 의사표시의 발신과 도달 사이에 상당한 시간적 간격이 존재할 것을 전제로 하는 것이므로 향후 real-time 메시지 시스템이 보편화될 것을 고려한다면 도달주의가 타당하다고 한다. 또한 미국 변호사회의 보고에서도 EDI통신의 특징인 相好性(mutuality)·迅速性(quickness)·신속한 도착확인기능(prompt return of a functional acknowledgement)을 이유로 도달주의를 권고하고 있다고 한다.

11) 곽윤직 (주1), 74면.

12) 예컨대 전자사서함 같은 경우를 들 수 있다.

이 실제 그러한 의사표시를 확인하기 전까지는 이를 알 수 없는 경우가 종종 있다. 그렇기 때문에 도달주의를 취함으로써 이러한 부분을 해결하는 것이 필요하다고 생각된다.¹³⁾

이와 같이 계약의 효력발생시기를 도달주의로 보는 경우 발신자가 의사를 발신한 이후 도달이 될 때까지의 모든 위험에 대해서는 발신자가 부담해야 한다. 발신이후 도달까지의 위험은 첫째 통신망의 장애로 인하여 데이터가 도달되지 않거나 일부가 도달되는 경우¹⁴⁾ 둘째 발신하였으나 상대방이 상당한 기간이 지나도록 도착한 데이터를 확인하지 않는 경우¹⁵⁾가 있다. 이러한 경우에 발신자가 상당한 손해를 입은 경우, 발신자가 모든 손해를 부담하는 것이 적절한가, 또 통신회선제공자나 온라인서비스제공자에게 손해를 청구할 수 있는지 여부를 검토할 필요가 있다.

(나) 계약의 성립과정에서의 위험의 문제

계약의 성립과정에서의 위험은 기존 계약이론의 계약체결상의 과실책임의 문제로 볼 수 있으나 전자거래의 경우 물품을 직접 확인하기 어렵고 거래의 대상이 물품이 아닌 정보인 경우 그 정보의 공개로 인하여 일방 당사자가 손해를 입을 수 있다는 것을 감안할 때 특수한 위험의 문제가 발생하게 된다. 그러므로 종래의 계약체결상의 과실책임 문제는 일반적으로 대면

13) 同旨, 오병철 (주8), 223면 이하. 이에 의하면 전자거래에서의 의사표시가 컴퓨터망을 통해 직접 연결되어 이루어지는 경우에, 표의자의 컴퓨터는 우선 상대방의 컴퓨터와 연결되고 상대방 컴퓨터에게 일정한 의사표시를 직접 전달하기 때문에 이러한 방식의 의사표시는 기존의 의사표시를 컴퓨터망이나 Fax, 텔렉스를 통해 전달하는 것과 다르게 다를 필요가 없다고 한다. 그렇기 때문에 이러한 경우에 발신주의에 의하면, 이 시점 이후에 발생하는 컴퓨터망의 하자로 인한 위험 등은 전적으로 표시수령자의 부담으로 된다는 것이다. 그러나 이른바 “전자사서함(elektronische Briefkasten)”을 사용하여 이루어지는 경우 도달이 바로 일어나지 않는다고 한다.

14) 예를 들어 발신인이 통신네트워크상에 메시지를 올려 보낸 시점과 서비스 프로바이더(Service Provider)의 컴퓨터 파일에 기록되기 전까지의 시점간의 위험을 발신인의 부담으로 본다는 것이다.

15) Benjamin Wright, The Law of Electronic Commerce, Little Brown and Company, 1991, 265면. 이에 의하면 이와 같은 점을 고려하여 통신에 소요되는 시간이 시간단위인 경우, 도달주의에 대한 예외적 발신주의와 같은 효과를 나타내게 되는 영미법상의 Mail Box Rule(송낙의 의사표시가 발송될 때 송낙의 효력이 발생된다고 보는 법원칙)을 적용해야 할 것이라고 하고 있다.

계약체결 과정에서 발생하는 신체적 손해를 그 대상으로 논하였으나, 전자거래에서는 정보라는 무형의 가치가 손해의 대상이 될 여지가 많으며 이러한 손해는 현재까지와는 달리 매우 다양한 모습으로 나타나기 때문에 계약교섭 및 계약체결 단계에서도 예상치 않은 위험의 문제가 발생할 수 있다는 것에 주목할 필요가 있다. 전자거래에서는 계약이 체결되기 전에 이미 접근을 위해 개인정보를 요구하고 있는 경우가 많기 때문에, 계약교섭 및 체결되기 전까지의 위험을 구체적으로 살펴보면 개인정보 유출의 위험과, 대금의 선지급으로 인한 미회수위험, 계약체결을 위해 미리 전달된 프로그램 등의 복제위험 등이 있다.

2) 계약의 이행단계에서의 위험

계약의 이행과정에 관한 위험은 성립과정에서의 위험과 같은 면에서 검토할 부분도 있지만, 기존 계약이론과 다르게 검토해야 할 부분이 온라인상 이행에 관한 것이다. 전자거래에서는 오프라인상의 이행과 온라인상의 이행을 할 수 있다¹⁶⁾. 소프트웨어, 신문과 잡지의 기사, 사진과 영화나 비디오 등의 동화상, CD와 레코드에 기록되어 있는 음악, 통계나 기상데이터, 유가증권과 외환, 상장상품 등의 가격정보 등은 온라인 상으로 이행이 가능한 것이다. 소프트웨어나 정보제공과 같은 급부는 매수인이 매도인 저작물 등을 이용하는데 불과할 뿐이며, 통상의 매매에서 물건에 대한 배타적 권리를 매도인으로부터 매수인에게 이전시키는 것과는 다르다. 또한 온라인상으로 재산상의 권리도 이전할 수 있다.¹⁷⁾¹⁸⁾ 이에 비하여 오프라인의 이행은 통신판매와 유사하다. 다만 양자가 다른 점은 첫째로 통신판매

16) 정종휴, 전자거래의 등장에 따른 계약이론의 변용, 인권과 정의, 1998.12, 85면.

17) 内田 貴, 電子商去來と法(1), NBL, No.600, 1996.9, 38. 이에 의하면 재산상의 권리도 본래 관념적인 것이기 때문에 전자정보로 기록함으로써도 권리의 표창이 가능하고 전자정보의 기록으로도 권리의 표창으로서의 통용력이 인정되는 것은 온라인으로 권리의 이전을 할 수 있다고 한다.

18) 이은영, 전자상거래와 소비자법-계약의 이행을 중심으로, 비교사법, 제5권 2호, 1998.12, 112-113면. 이에 의하면 재산상의 권리를 이전하기 위하여 네트워크를 통해 양도의 합의를 하고, 네트워크 상에 그 권리상황을 기재함으로써 외부에 대한 공시가 가능하게 되어 대항력을 취득하게 되는 경우가 있으며 이 경우 온라인 상에서 재산권에 대한 매매계약을 체결하고 매매대금도 온라인을 통해서 이루어지며 그에 따른 재산권도 이전된다는 것이다.

에서는 전화나 편지를 통하여 상품을 주문하는 방법 대신 컴퓨터를 이용하여 구매의사를 표시한다는 점, 둘째로 상품에 대한 정보가 인쇄된 카탈로그에 의하지 않고 컴퓨터의 화면을 통해 제공된다는 점, 셋째로 소비자가 견본과 상품이 다르다는 것을 주장하려 하여도 그 시점에는 가상공간 속의 견본이 존재하지 않거나 전과 다른 내용이 나타나는 경우도 생길 수 있다는 점이다.¹⁹⁾

이와 같이 분류하는 이유는 컴퓨터를 이용한 계약이 이루어지는 경우라도 계약의 이행목적물의 성격상 컴퓨터를 이용할 수 없는 경우가 상당히 많기 때문이다. 다시 말해서 유체물의 급부이행은 컴퓨터를 통해서 이루어지는 것 자체가 불가능하므로 유체물의 급부를 위해 물류업자를 이행보조자로 이용하게 되며 그에 따른 채무불이행시 책임문제를 어떻게 분담할 것인가 하는 문제를 규명하는 것이 필요하다. 목적물이 소프트웨어나 문자형태로 된 문서 또는 사진이나 동화상, 음악프로그램 등은 컴퓨터파일의 형태로 되어서 급부가 일어나게 되는데 이러한 이행의 경우에는 컴퓨터 통신망을 운영하는 별도의 제3자(통신업자)를 이행보조자로 이용하여 이루어지기 때문에 통신망의 장애로 채무불이행이 있는 경우 책임문제를 어떻게 분담하느냐 하는 것을 검토할 필요가 생기게 된다.²⁰⁾ 결국 계약의 이행에 대하여는 그것이 관여자의 행위에 기인한 경우의 계약당사자의 책임과 그것이 계약당사자에 기인한 관여자의 책임이라고 하는 두 가지의 국면을 생각할 수 있으므로, 전자거래에서 책임에 관한 문제는 복수의 관여자가 존재한다는 점을 유의하지 않으면 안된다.²¹⁾

(2) 시스템구축과 운영과정에서 발생하는 프로그램과 통신망에 관련된 위험

1) 전자거래에서는 기본적으로 네트워크 시스템 및 통신망을 통하여 모든 거래가 이루어진다. 이러한 것의 이행행위 자체가 거래의 대상이 될 수

19) 이은영 (주18), 113면.

20) 오병철 (주13), 301-302면.

21) 永田眞三郎, システム契約の成立過程と履行過程, ネットワーク社會と法, ジュリスト増刊, 1988.6, 50면.

있을 뿐만 아니라²²⁾ 이를 이용하고 있는 두 당사자 및 다수당사자 사이에 거래가 이루어질 수 있다. 따라서 네트워크 이용계약은 일반적인 전자거래의 유형과는 구별하여 논하는 것이 타당하다고 한다.²³⁾ 시스템구축과 운영 과정에 발생하는 프로그램과 통신망에 관련된 위험은 다음과 같이 분류해 볼 수 있다.

첫째, 청약이나 승낙의 데이터를 발신했음에도 불구하고 소실되거나 통신망의 장애로 인해 전송이 지연되는 경우

둘째, 데이터의 오류와 같이 통신시스템자체의 취약성으로 인하여 발생하는 사고

셋째, 이미 데이터가 전송되었음에도 불구하고 이용자 스스로의 착오에 기인하든 네트워크의 병목현상에 기인하든 전송되었다는 사실을 알지 못하고 다시 전송하는 이중전송이나 데이터의 잘못입력과 같이 이용자측의 오류로 인한 사고

전자거래에서 청약이나 승낙데이터의 소실, 전송지연, 데이터 오류 등은 통신시스템 자체의 취약성에 의해서 일어나는 사고의 대표적인 예이다. 계약을 성립시키기 위한 도구로써 통신시설을 이용하는 당사자들에게는 그러한 위험에 대비하여 여러 가지 안전대책을 세우기 마련이지만 이 경우 그 원인관계의 규명에 따라 위험의 분담부분이 달라질 것이다. 통신시스템의 취약성의 원인으로는 기계적 오류로 인한 취약성, 오픈 네트워크로 인한 제3자 개입의 취약성, 프로그램자체의 오류로 인한 취약성 등을 살펴 볼 수 있다. 이러한 오류는 발생상황에 따라 당사자에게 중대한 영향을 미칠 수도 있는 문제이므로 적절한 해결방안이 시급한 실정이다. 오류의 원인이 되는 하자에 대해 컴퓨터 제조자의 책임에 관한 논의에서 하자있는 부품, 개별적 부품의 조립상 하자, 설계(구조)하자, 프로그래밍하자, 복구불능한 사용자, 전력공급의 장애로 분류하는 견해도 있다.²⁴⁾ 또 일본에서는 통

22) 이은영, 전자상거래와 소비자법, 법률신문 제2735호, 1998.10, 14면.

23) 김민규, 전자거래와 관련한 민사책임법리, 외대논총 제19집, 1999.2, 301면.

24) M. Brunner, Zum Risiko von Computerfehleistungen bei der Abwicklung

신사업자의 책임을 긍정하는 입장에서 전체 전자거래에 참여하는 당사자들을 기준으로 네트워크 책임론, 책임분계점의 이론, 시스템 책임론의 이론을 바탕으로 논의가 되고 있다.²⁵⁾

2) 이러한 통신망의 취약성으로 인해 사고가 발생한 경우 직접적인 원인야기자가 명확한 경우에는 그 자에 대하여 채무불이행 또는 불법행위책임 등의 책임을 물어 손해배상책임을 부담시킬 수 있음은 당연하다. 그러나 현실적으로 직접적인 원인야기자를 밝혀내는 것이 쉬운 일이 아니므로 손해배상에 대한 책임을 묻는 것이 용이하지 않다. 더 나아가 통신망 오류에 대한 원인야기자를 알 수 없는 경우에 가장 크게 문제가 되는 것은 통신회선상의 문제라고 할 수 있다. 그런데 한국전력공사의 전기공급규정 제49조 3호 내지 제51조 3호에서 한전의 전기공작물에 고장이 발생하거나 발생할 우려가 있는 경우에 전기의 공급을 중지하거나 그 사용을 제한할 수 있으

won Verträgen, Kiel Univ., Dissertation, 1970, S.25-29. 이에 의하면 1) 하자있는 부품은 기계적 오류의 대부분을 차지하고 있다고 하며, 이러한 하자 있는 부품에 대한 컴퓨터의 기계적 오류를 현실적으로 회피하기 어렵다고 하고 있다. 2) 개별적 부품의 조립상 하자는 컴퓨터 하나를 구성하는 10,000개이상의 부품이 적절하지 못한 경우 충격이나 온도변화에 의해서 뿐만 아니라 원인을 알 수 없는 하자를 발생시키게 된다고 하며 하자 있는 부품과 같이 하자에 대한 예견가능성과 회피가능성을 인정하기 어렵다고 한다. 3) 설계하자의 경우 컴퓨터 제작자의 영역에서 발생하는 하자원인이나 다른 기계장치와 별다른 차이점이 존재하지 않으므로 예견가능성이나 회피가능성이 있다고 한다. 4) 프로그래밍하자는 컴퓨터제작자 뿐만 아니라 컴퓨터사용자에 의해서도 발생할 수 있다. 프로그래밍의 하자는 기술적 결함이라기 보다는 인간의 실수에 기인하나 프로그램에 참여하는 자가 다수에 속하므로 실제 누구의 오류였지는 밝혀내는데 어려움이 있다. 5) 복구불능한 사용자자는 컴퓨터 자판으로 최종적인 입력을 함에 있어 잘못조작을 하는 경우 또는 은행카드의 마그네틱선을 실수로 훼손시킨 경우와 같은 경우로 이러한 사용자자는 주로 이용자 스스로에 의해서 인식될 수 없으며, 행위자에 의해 그 오작동의 진행이 회복될 수 없다는 점에서 “진정한 기계하자”와 특별한 차이가 없다고 하며, 6) 전력공급의 장애는 극히 짧은 순간적인 정전일지라도 컴퓨터를 정지상태에 빠지게 하며, 진행한 작업과정을 반복해야만 한다. 뿐만 아니라 전력이 계속 공급되더라도 회복불가능한 하자를 발생시키는 순간적인 전압불안정이 생기는 경우도 발생한다. 그러나 전력공급의 장애는 기계적 오류와 밀접하게 결합되어 있으므로 컴퓨터의 오류가 전력공급의 장애에서 기인한다는 점을 밝혀내는 것이 사실상 어려운 일이 될 수 있다. 그러므로 전력공급의 장애도 전송과정의 기계적 오류에 포함시키는 것으로 하는 것이 적절하다는 것이다.

25) (財)日本情報處理開發協會/産業情報化促進センター, 電子去來に係るの法的問題點の検討, 電子取引調査研究報告書, 1992.3, 53면.

며 그에 따른 손해배상책임을 지지 않는다는 면책약관이 있으며, 이러한 면책약관이 유효하다는 판례²⁶⁾가 있기 때문에 실제 통신사업자에게 이러한 오류로 인하여 책임을 묻는 것이 용이하지 않다. 그러나 전자거래가 컴퓨터와 통신이라는 문명의 이기를 대상으로 하고 있는 것이므로 이를 이용하는 모든 당사자가 어느 정도는 위험에 대한 책임을 분담해야 할 것이다. 다만 그러한 위험의 분담을 얼마만큼 적절하게 하느냐가 가장 중요한 부분이라 할 것이다. 계속적으로 논의되는 바이지만 전자거래상 위험은 기존의 계약이론에서의 위험보다 그 범위나 한계가 넓고, 그를 믿고 참여한 소비자에게 많은 위험을 부담시키는 것은 불공평할 것이므로 이 경우 일정한 부분에서 통신사업자의 책임부담도 뒤따르는 것이 필요하다고 할 것이다.

전화 및 통신수단의 두절과 같은 통신장애가 발생한 경우 전기통신사업자의 책임을 물을 수 있을 것인가 라는 문제는 새로운 책임범영역으로서의 책임법리가 논의되어야 할 것으로 보인다. 전기통신사업자의 손해배상책임에 대하여는 면책약관의 유효성여부가 문제될 것이지만, 면책약관에 대한 완전한 유효성은 허용될 수 없다고 할 것이다.

3) 더 나아가 네트워크 시스템의 오류로 인하여 이용자에게 손해를 야기하는 경우가 있다. 이 때 관여자가 복수인 경우 그 책임을 분간하거나 追及하는 것이 어려운 일이다. 예컨대 접속이 불가능하거나 접속불량인 경우 또는 사용중 접속이 단절된 경우에 네트워크 시스템제공자 또는 온라인서비스제공자에게 책임을 물을 수 있을 것인가 라는 문제가 발생하게 되는 것이다. 만일 이러한 네트워크 시스템을 구축하는 과정에서 제공자가 고의로 네트워크 시스템의 운영을 방해한 경우라면 이를 증명하는 경우 그에게

26) 대판 1995.12.12. 95다1134. 이에 의하면 한국전력공사의 전기공작물에 고장이 발생하거나 발생할 우려가 있는 때 한국전력공사는 부득이 전기공급을 중지하거나 그 사용을 제한할 수 있는데 이 경우 수용자가 받은 손해에 대하여 그 배상책임을 지지 않는다는 내용의 전기공급규정은 면책약관의 성질을 가지는 것으로서, 한국전력공사의 고의, 중대한 과실로 인한 경우까지 적용된다고 보는 경우에는 약관의 규제에 관한 법률 제7조 1호에 위반되어 무효라고 볼 수밖에 없다고 할 것이나, 그 외의 경우에 한하여 한국전력공사의 면책을 정한 규정이라고 해석하는 한도내에서는 유효하다고 판시하고 있다.

책임을 물을 수 있을 것이나 그러한 것을 이용자가 알 수 있는 경우는 극히 어려운 상황이므로 이를 신뢰하고 거래한 당사자를 보호하는 방법을 강구하는 것이 필요하게 된다. 우리의 전자거래기본법 제14조²⁷⁾에서 전자거래당사자가 전자거래에 사용되는 컴퓨터 등의 안전성을 확보하기 위하여 보호조치를 해야하며 장애가 발생한 때에는 신속하게 제거해야 한다는 선언적인 규정만 있을 뿐 이에 대한 적절한 책임의 한계를 명시하고 있지 않다.

네트워크 시스템의 오류로 발생한 이용자의 손해는 그것을 증명하거나 어느 정도까지를 손해라고 보아야 하는지도 명확하지 않으므로, 대개 이를 이용한 소비자가 불편을 감수하고 이용한다라는 정도로 인식되고 있을 뿐이다. 그러나 어떤 웹사이트를 개설해 놓은 후, 이를 계속적으로 이용하도록 소비자와 계약을 맺었으나, 구축해 놓은 시스템이 불완전하여 여러 오류가 발생함으로써 이를 이용하고 있는 소비자에게 어떠한 형태든 손해를 입혔다면, 이에 대한 배상의 문제가 대두될 수 있다. 반면, 네트워크 시스템을 구축한 제공자입장에서는 이러한 경우 대부분 약관으로 면책할 수 있는 방안을 취하고 있을 것이므로, 이용자를 보호하기 위하여 어떠한 책임 법리 내지는 약관의 유효성검토가 이루어져야 할 것이다.

(3) 당사자와 제3자의 불법행위로 인한 위험

1) 무권한자에 의한 거래상 위험

당사자와 제3자의 불법행위로 인한 위험은 네트워크 시스템을 운영하는 과정에서의 위험과는 다른 문제가 발생한다. 특히 소위 해커와 같이 구축되어 있는 시스템에 침입하여 정보를 무단으로 유출하거나 이를 이용하여

27) 第14條 (컴퓨터등의 安全性) ①電子去來當事者등은 電子去來에 사용되는 컴퓨터등의 安全性을 확보하기 위한 保護措置를 하여야 한다.

②電子去來當事者등은 컴퓨터등의 운영을 他人에게 委託하는 경우에는 安全性을 충분히 확보할 수 있는 者를 受託者로 하여야 한다. 이 경우 受託者의 過失로 인하여 障礙가 발생한 때에는 電子去來當事者등은 이를 상대방에게 告知하고 신속하게 障礙를 제거하여야 한다.〔施行日 99·7·1〕

당사자의 의사와 관계없는 거래를 한 경우처럼 오픈 네트워크상에는 보안의 문제가 항상 뒤따르게 된다. 불법침입자에 의해 온라인 정보가 공개되거나 변경·파괴된다면 피해의 규모가 광범위할 뿐만 아니라 전자거래에 대한 소비자의 신뢰가 훼손되어 전자거래의 존립이 위태로워지기 때문에 네트워크의 신뢰성 확보가 필요하다.²⁸⁾ 우리의 전자거래기본법에서 컴퓨터 등의 안전성을 위한 보호조치의무를 전자거래당사자에게 부과하고 있으나, 이에 따른 구체적인 책임부분이 언급되어 있지 않으므로 네트워크 운영자에게 이러한 책임을 물을 수 없는 경우가 많다. 또한 본 규정이 단지 전자거래를 원활하게 하기 위한 보호조치 정도의 규정으로 해석된다면, 무권한자의 침입을 막기 위한 보호조치를 하지 않은 경우 마찬가지로 책임을 물을 수 없게 된다.²⁹⁾ 이러한 손해는 그 규모가 상대적으로 다대할 것으로 예상되므로 이에 대한 손해를 어떻게 분배할 것인가가 커다란 과제라 아니할 수 없다.

더욱이 당사자의 ID번호나 비밀번호 등을 입수한 제3자가 이를 이용하여 거래를 한 경우 본인의 책임부분이 어떻게 되는가도 살펴보아야 할 것이다. 왜냐하면 전자거래는 성립자체가 당사자가 대면하는 상태에서 이루어지는 것이 아니라 아주 간략한 숫자나 기호와 같은 ID번호 내지는 비밀번호에 의해 이루어지거나 신용카드의 번호를 입력함으로써 이루어지는 경우가 많다. 그렇기 때문에 당사자의 진위여부를 오직 이러한 숫자나 기호 외에는 확인할 도리가 없어진다. 당사자의 진정성 여부나 당사자의 의사표시라는 것을 확인하기 위하여 제3자가 인증한 전자서명이라는 방식을 이용하고 있다. 그러므로 만일 유효한 전자서명이 첨부된 경우와 그렇지 않은

28) 김성준, 인터넷 법률의 형성과 전망, 인터넷 법률, 법무부, 2000.7, 26면.

29) 이종주 (주5), 87-88면. 여기에서도 전자거래에 이용되는 컴퓨터와 정보통신설비의 안전성 유지 책임을 1차적으로 전자거래를 하는 자에게 부과하여 소비자, 판매자, 정보통신설비 역무 제공업체 등은 자기가(또는 위탁하여) 운영·관리하는 시스템에 대한 안전성 조치의무를 강구하여야 한다고 하고 있을 뿐 구체적으로, 단순한 이용의 안전인지 아니면 불법적인 침입까지도 포함한 안전인지 구별이 모호하다. 개별 소비자는 단순히 자신의 컴퓨터단말기를 이용하여 정보통신 네트워크에 접속하고 상품 또는 용역을 판매하는 자가 운용하는 사이버물에서 구매행위를 수행하므로 동 조항은 역무제공자, 판매자 등에 주로 적용된다고 한다.

경우의 책임부분을 달리 검토해야 할 필요가 생긴다. 또한 금융거래 등에서 사용되는 전자서명이 실질적으로 물품이나 서비스의 구입에서까지 사용되지 않는 실정이므로 전자서명 자체를 사용하지 않고 이루어지는 거래에서 발생하는 타인에 의한 도용의 문제도 서명관계와는 달리 검토해야 할 부분이 생긴다. 그렇기 때문에 이러한 위험이 발생했을 경우 일률적으로 해결하기보다는 적절한 분배를 하는 것이 필요하다.

2) 명예훼손·프라이버시 침해의 위험

인터넷상에서는 자신의 생각과 주장을 불특정 다수인에게 자유롭게 밝힐 수가 있다. 이러한 이유로 현실에서보다 쉽게 타인의 명예를 훼손시키는 일이 발생하게 되고 이로 인해 손해를 입은 당사자는 일반적인 경우보다 더 많은, 심지어 치명적인 피해를 입을 위험이 있다. 반면 익명성이라는 전자거래의 특성상 가해의 상대방이 누구인지 알 수 없는 상황에 처하게도 된다. 대부분 명예훼손은 온라인서비스제공자가 구축한 웹사이트에서 발생하기 때문에, 피해자가 가해자를 상대로 책임을 물을 수 있는 경우는 별론하고, 온라인서비스제공자에게 공동불법행위책임을 물을 수 있는가 하는 점이 검토의 대상이다.

또한 프라이버시침해의 경우는 개인정보보호의 차원에서 검토할 부분이다. 우리의 전자거래기본법 제13조에서 전자거래의 당사자에게 개인정보보호를 위한 의무를 부과하고 있다. 특히 전자거래에서는 거래상대방에 관한 정보를 수집·관리하기가 쉽고 일단 수집된 정보는 다른 목적으로 사용하는 것이 용이하다. 심지어는 소비자가 직접 입력한 정보뿐만 아니라, 단순히 검색만 한 경우에도 사업자는 자신의 사업에 필요한 많은 정보를 입수할 수 있게 된다. 특히 최근에 논란이 일고 있는 스팸메일³⁰⁾, 폭탄메일 또는 전자우편을 통한 바이러스 유포의 경우를 보더라도, 자신의 정보가 유출됨으로써 이용자에게 피해가 발생되고 프라이버시가 침해되는 것이다.

30) 스팸메일이란, 광고성전자우편을 말하는 것으로 (1) 수신자의 의사에 반하는 경우, (2) 영리목적인 경우, (3) 지속적으로 전송되는 경우가 이에 해당한다(오병철, 『정보통신망 이용촉진 등에 관한 법률』의 의의와 문제점, 한남대학교 과학기술법연구소 제 4집, 1998.12, 273-274면).

명예훼손이나 프라이버시침해의 경우는 거래상 위험과는 다른 부분이다. 이와 같은 경우 가해의 상대방에게 침해에 따른 배상을 청구하는 형태가 일반적이고 이러한 것은 일반생활에서도 발생하게 되는 현상이다. 다만 전자거래상에 발생하는 위험의 범주로서 명예훼손이나 프라이버시침해가 전자거래의 연장선상에서 발생된다는 것이기 때문이다.

3) 지적재산권의 침해위험

디지털화된 저작물들은 별다른 노력이나 시간, 비용을 추가하지 않고도 원본과 같은 결과물을 무한대로 복제본을 만들어 낼 수 있으며, 인터넷 접속자의 컴퓨터에 순간적으로 전송함으로써 그 복제물의 수신자에 의하여도 무한대로 복사가 가능하기도 하다. 즉 논문이나 문학작품은 텍스트 파일이나 워드파일로, 음악작품은 MIDE, WAV, MP3, MOD, RA 등의 음악 파일로, 그림이나 사진작품은 JPG, GIF 등의 이미지 파일로, 영상작품은 AVI, MOV, MPEG 등의 동영상 파일로 만들어져 다이얼업 모뎀이나 전용선에 연결된 인터넷을 통해 유통되고 있다. 따라서 이와 같은 형태로 만들어진 디지털 저작물은 언제든지 그리고 순간적으로 침해를 당할 수 있는 상태에 놓이게 된다.

지적재산권의 침해와 전자거래상의 위험이 같은 선상에서 논의되는 경우는 첫째, 자신이 저작한 저작물이 온라인서비스제공자의 웹사이트상에서 침해된 경우, 둘째, 저작물의 이용허락을 받은 자가 허락범위를 초과하여 이용함으로써 침해된 경우, 세 번째는 이미 인도된 저작물에 대하여 계약해제나 계약불성립 등으로 회수 또는 폐기되기 전 침해되는 경우를 들 수 있다. 이와 같은 경우 침해정도가 다르고, 침해상대방도 다르기 때문에 이로 인한 책임을 어떻게 분담할 것인가가 문제된다. 두 번째와 세 번째의 경우는 거래 상대방의 불법행위책임이 문제될 것이지만 첫 번째의 경우는 침해상대방 뿐만 아니라 명예훼손의 경우와 같이 온라인서비스제공자의 책임문제가 발생한다.

결국 명예훼손이나 프라이버시침해 또는 지적재산권의 침해 등은 거래와는 무관하게 이루어지는 일이지만, 전자거래가 가상의 공간안에서 전자거

래라는 형태를 기반으로 하여 발생하는 일이므로, 그 각각의 침해의 위법성과 같은 법률상의 문제는 별론하고, 이에 따른 당사자의 민사책임 영역을 검토하는 것이 본 보고서의 목적이다.

제 2 절 전자거래에서의 위험분배의 특수성

1. 위험분배의 의의

거래를 하는 과정에서 어떠한 사고가 발생함으로써 손해가 생겼다면, 손해를 입은 피해자가 책임 있는 당사자에게 그 책임을 물을 수 있다. 이처럼 당사자사이에 발생하는 손해에 대하여 유책당사자에게 그 책임을 물을 수 있는 명확한 경우가 있지만, 누구의 책임인가가 분명하지 않은 경우, 혹은 당사자 사이의 어떠한 내용이 전달과정 속에서 상대방에게 전달되기 전까지 발생될지도 모를 위험에 대하여는 누구에게 부담시키는 것이 적절한지에 관한 문제가 위험부담의 문제이다.

전자거래에서의 위험은 두 가지 측면으로 나누어진다. 첫 번째는 계약상 위험의 문제이고 다른 하나는 계약외적인 면에서의 위험이다. 이를 구체적으로 살펴보면 계약상의 위험의 문제는 채무불이행책임의 문제이고, 계약외적인 면에서의 위험의 문제는 위험책임과 불법행위책임의 문제이다. 계약상 위험의 경우는 계약을 체결하는 과정에서부터 이행이 완료되기까지의 모든 위험의 문제를 포함한다. 따라서 채무불이행책임의 범주로 당사자의 위험을 분배하는 방안이 강구되어야 한다. 반면, 계약외적인 면에서의 위험의 문제는 채무불이행책임으로 해결할 수 없는 경우에 생기게 된다. 전자거래에 참여하는 당사자는 자신의 의도와는 달리 자신의 정보가 외부로 유출되거나 자신의 저작물이 허가 없이 사용되는 등의 위험을 부담하고 있다. 더구나 자신의 정보를 통한 제3자의 거래 행위로 손해를 볼 위험이 항상 도사리고 있는 것이다. 이와 같이 계약외적인 위험으로서 불법행위로 인한 위험의 문제가 매우 심각하다고 할 것이다.³¹⁾ 또한 컴퓨터 자체의 시

31) 박창희, 온라인서비스제공자의 민사책임, 전북대학교대학원 박사학위논문, 1999, 10면. 이에 의하면 인터넷 상거래상의 제문제로서 전자거래나 전자서명제도를 비롯하

시스템오류로 인한 위험이나, 통신망에 관련된 위험은 계약과 관계없이 발생할 가능성이 있고, 이러한 경우 단순히 불법행위책임이나 채무불이행책임을 물을 수 없는 경우가 발생한다.

따라서 전자거래와 관련하여 모든 법률행위 및 사실행위에 내재되어 있는 위험의 문제를 어떻게 적절하게 분배할 것인가 하는 것이 전자거래에서의 위험분배라고 할 수 있다. 특히 앞서도 살펴본 바와 같이 당사자 관계에서는 위험을 적절하게 분배하도록 하는 것이 관건이라고 할 수 있지만, 구체적으로 누구의 책임인가가 분명하지 않은 사고가 발생한 경우, 단순히 소비자 내지는 이용자가 이러한 위험을 모두 부담한다는 것은 형평에 맞지 않는다.

2. 위험분배의 필요성

(1) 전자거래라는 용어의 개념은 ① 과거부터 인터넷과 무관하게 추진되어 온 전자문서 교환을 통한 기업간 상거래 활동 ② 제품의 설계·개발·생산에서 물류·폐기에 이르기까지 라이프 싸이클 전반에 관련된 데이터의 복수기업이 공유·공유함으로써 비용절감 및 리드타임(Lead Time) 단축을 꾀하는 CALS ③ 인터넷 홈페이지에 일반소비자를 대상으로 마케팅과 판매 활동을 수행하는 사이버 비즈니스(Cyber Business) 등을 포함하는 다의적 개념으로 인식되고 있다.³²⁾ 또한 전자거래가 이루어지는 유형으로는 ①특정기업간의 거래행위-전자적 정보교환(Electronic Data Interchange :

여 네트워크를 통한 외설표현, 폭력적 표현, 명예훼손(비방중상)에 법적 책임문제, 네트워크상에서의 지적재산권의 침해, 개인의 프라이버시의 침해, 통신비밀의 침해, 컴퓨터해킹문제, 컴퓨터 통신망을 통한 사기행위 등의 범죄행위, 통신이용자와 통신사업자의 책임한계, 분쟁처리기구·분쟁처리방안 등에 관한 제도적·법률적 대응방안 등이 모색되고 있다고 한다.

32) XIWT Cross Industry Working Team, Electronic Commerce in the NII, 1995 (http://xiwt.org/documents/EComm_doc/ECommPaper.html). 이에 의하면 전자거래의 중요한 활동과 기능에는 advertising and shopping, negotiating, ordering, billing, payment and settlement, distribution and receipt, accounting, customer service, information and knowledge processing이 있다고 한다.

EDI-closed EDI) ②기업과 개인(소비자)간의 거래행위-cyber mall(가상점포)에 의한 판매 ③불특정기업간의 거래행위(open EDI)로 나누어진 다.³³⁾ 반면 계약관계로서의 전자거래는 ①전자거래행위(계약) ②전자거래 당사자와 인증기관과의 관계 ③매도인의 물류업자를 통한 현실적 급부의무 이행 즉 물품이동 ④매수인의 네트워크 시스템을 이용한 대금결제행위 ⑤ 네트워크 시스템 제공자와 프로그램제작자 사이의 프로그램 이용행위 ⑥ 네트워크 시스템 제공자와 통신수단을 제공하는 전기통신사업자 사이의 회선사용행위 등으로 나누어 볼 수 있다.³⁴⁾

이렇듯 전자거래라는 의미 자체가 하나의 거래행위라는 것으로 정의하기가 어렵고 여러 가지의 거래형태를 단일한 구조로 혹은 복합적인 구조로 이루고 있기 때문에 이에 대한 위험의 문제도 단순히 계약상의 위험으로 해결하기에는 어려움이 따르게 된다. 더 나아가 계약이 성립한 후 당사자의 책임 없는 사유로 불능이 되는 경우만이라도 기존 위험분배의 이론을 적용한다는 것이 당사자 사이에 불합리한 결과를 만들게 되는 경우도 있게 된다. 따라서 전자거래에서의 위험분배의 정의를 명확하게 하는 것이 필요하게 된다.

(2) 근대민법의 기본 이념은 가해자의 고의 또는 과실을 근거로 타인에게 손해를 입힌 경우에 한하여 그 손해를 배상하도록 하고 있다. 이처럼 고의 내지 과실과 같은 귀책사유로 타인에게 손해를 준 경우에만 가해자가 손해배상의 책임을 진다는 커다란 과실책임주의 원칙아래 당사자에게 적절한 위험분배를 하고 있어 왔다. 그러나 현대에 들어서면서 다양한 과학문명의 비약적인 발전으로 인해 위험성이라는 문제가 대두되게 되었다. 철도나 자동차·항공기 등의 운영과 관련하여 발생하는 위험, 또는 원자력산업과 같은 첨단산업에서 발생하는 위험이 일반인에게 주는 손해는 근대민법

33) 牧野和夫, 電子商去來法(EC Law)現狀について(1) - 總論および電子去來法(上)-, 國際商事法務, Vol.26, No.7, 1998. 738면; 정완용, 유엔국제상거래법위원회(UNCITRAL)의 “전자상거래모델법(1996)”에 관한 고찰, 고향법학 제2권, 고향법학교수회, 1997, 234면 이하.

34) 김민규 (주23), 295면. 김민규교수는 계속해서 전자거래에서 각 관여자와의 상호관계를 중심으로 ① 전자거래당사자관계 ②네트워크 이용관계 ③ 당사자와 인증기관과의 관계 ④ 거래당사자와 금융기관과의 관계로 법률관계를 나누어 볼 수 있다고 한다.

의 기본 기초를 이루고 있었던 과실책임주의로 해결할 수 없게 된 것이다. 이로 말미암아 이와 같은 위험에 대하여는 그 위험을 관리하는 자에게 책임을 물어야 한다는 위험책임주의가 주장되었다. 위험책임주의는 과실책임주의 원칙아래에서는 과실이 있는 때에 그 손해에 대한 배상을 하였던 것을 무과실에 대해서 책임을 지도록 하는 무과실책임주의라고 할 수 있다.³⁵⁾ 개인이 부담할 수 없는 위험에 대하여 이를 소유하거나 관리하는 자로 하여금 부담케 함으로써 이것이 정의와 공평의 원칙에 합치된다는 것이다.

물론 위험책임을 무과실책임이라고 단순히 이해하는 것은 바람직하지 않다. 이와 같은 위험에 관하여는 입증책임의 전환이라는 문제로 해결하기도 한다. 앞서 살펴본 위험성의 무과실책임으로 전환되기 전단계인 입증책임의 전환은 피해자가 가해자의 고의, 과실을 적극적으로 입증할 필요 없이, 불법행위책임을 저야 할 자가 자기에게 고의, 과실이 없음을 적극적으로 입증하지 못하는 한 가해자는 불법행위책임을 면할 수 없게 하는 것을 말한다. 더 나아가 과실의 추정을 통하여 사실상 입증책임을 전환하는 방법도 있다.

전자거래에서 컴퓨터시스템을 위와 같은 논의의 선상에서 하나의 위험으로 인정하여 위험책임을 부담시킬 수 있는 부분도 존재한다고 보여진다. 전자거래에서 이러한 위험으로 인해 발생한 손해는 고의, 과실을 입증하기에 어려움이 많고, 더구나 인체사고의 경우 그 피해규모도 상당히 클 수 있으므로 계약이론으로 접근하여 해결하기에는 어려운 경우가 생긴다. 예컨대 통신회선상의 오류로 인하여 손해가 발생한 경우 판매업자나 서비스업자에게 통신사업자를 이행보조자로 이해하여 사용자책임을 부담하게 하는 것이나, 격지자간 진료계약시 오진으로 인해 손해가 발생한 경우, 컴퓨터통신망을 이용한 음란물의 제공으로 인해 정신적인 피해를 입은 경우 등 컴퓨터 기기나 통신회선 자체가 위험물이 될 수는 없지만, 이를 매개체로 하여 위험한 물건이 움직이게 된다면 위험책임의 이론을 확장하여 이용자를 보호하는 것도 필요하다 생각된다.

35) 물론 모든 위험한 물건으로부터 발생하는 손해에 대해 그 소유자나 관리하는 자가 무과실책임을 부담하는 것은 아니다.

제 3 장 전자거래에서의 위험분배에 관한 각국의 동향

제 1 절 미 국

1. 통일상법전(UCC)

(1) 전자거래에서 통일상법전의 적용

미국에서 계약법의 주요 法源은 판례법과 이를 조문화한 리스테인먼트, 그리고 통일상법전(Uniform Commercial Code: U.C.C.)¹⁾이다.²⁾ 미국에서는 모든 주에서 UCC의 전부 또는 주요부분을 채택하고 있으며, 미국법원에서도 UCC의 법원칙을 존중하고 있다.³⁾ 다만 UCC의 규제 대상이던 종래의 물건거래와는 달리 인터넷에서 활발히 거래되는 것들 중에는 비행기표 예약이나, 음악곡 저장, 회계정보, 증권정보, 법률지원 등의 서비스가 매매의 대상이 되는 거래가 증가하면서 UCC를 개정함으로써 적용해 나가려는 노력이 있어 왔다.⁴⁾ 특히 라이선스계약에 대한 내용을 UCC내에 편입시킴으로써 이를 규율하고자 하는 논의가 있어 오던 중 1999년에 통일 컴퓨터정보거래법(Uniform Computer Information Transaction Act: UCITA)이라는 모델법으로 제정하여 공포하기에 이르렀다. 그리고 이와는 별도로 전자거래의 일반적인 내용을 규정하고 있는 통일전자거래법(The Uniform Electronic Transactions Act: UETA)이 공포되었다. UETA나 UCITA가 공포되었다고 해서 모든 전자거래에 대하여 UCC의 적용을 배제하는 것은 물론 아니다. 왜냐하면 UETA에서는 UCC의 Article 3, 3A, 6 또는 7에서 규율하는 내용에 대하여는 적용하지 않

1) UCC는 통일주법위원전국회의(The National Conference of Commissioners on Uniform State Law)와 미국법률협회(The American Law Institute)에 의하여 1953년에 제정되었고, 총12개의 편(Article)으로 구성되어 있다.

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

3) 김성탁, 전자상거래에 대한 미국통일상법전(U.C.C.)의 해법, 사회과학연구 제17집 제2권, 영남대학교 사회과학연구소, 1998.2, 2면.

4) 김형진, 전자상거래와 통일상법전, 경영법무, 1999.8, 37면.

는다고 명백하게 규정되어 있기 때문이다.⁵⁾ 그리고 UCITA는 정보의 이용에 대한 내용을 규율하고 있기 때문에 물건에 대한 거래는 마찬가지로 UCC의 규정을 적용한다. 또한 UETA나 UCITA는 기본적으로 당사자가 이 법을 적용하기로 합의한 경우에만 적용되는 규정이므로, 당사자가 UCITA의 배제를 합의한 경우에는 UCC가 적용된다. 더 나아가 지적재산권분야에 관해서 UCITA가 제정·공포됨으로써 일반적인 상거래는 UCC가, 전자상거래와 관련하여서는 UCITA가 규율하도록 하는 방향으로 진행되고 있을 뿐이다.⁶⁾ 따라서 지적재산권분야를 제외하고 통일전자거래법(UETA)의 적용을 받지 않는 부분에 대하여는 UCC가 적용된다.

(2) 전자적인 의사소통의 오류에 대한 위험부담

전자적 방식으로 의사를 소통하는 경우 전산망 또는 의사전달시스템의 물리적 결함, 프로그램상의 문제점 또는 사람의 실수 등에 의하여 의사소통상의 오류가 발생할 수 있다. 컴퓨터 프로그램의 문제점, 전산망 환경의 결함이 원인이 되어 발신자가 보낸 정보와는 다른 정보를 수신자가 받을 수도 있다. 또 정보를 입력하는 사람이 실수를 할 수도 있고, 무심코 버튼을 잘못 클릭할 수도 있다. 전자적 의사소통의 경우는 속도가 빠르고 흔적을 남기지 않는 특성이 있기 때문에 종래의 서면에 의한 거래에 비하면 그 같은 오류를 파악하는 것이 용이하지 않다. 예를 들어 매수인이 물품을 1,000개 주문할 생각이었으나 전자우편을 보낼 때 10,000개를 구입하겠다는 것으로 잘못 입력한 경우 계약이 성립하는가, 또 이 같은 경우에 있어서의 오류는 누가 부담하는가의 문제이다. 이와 같은 의사소통상의 오류에 대하여 ①당사자의 거래기간, ②오류를 범한 당사자로 하여금 계약에 따르도록 하는 것이 현저히 부당한지의 여부, ③계약이 이행되지 않으면 상대방에게 부당한 손해를 주는지의 여부 등을 고려하여 결정한다.⁷⁾ 즉

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

6) 최준선, 인터넷과 상사법상의 과제, 법제연구 통권 제18호, 2000.6, 3면.

7) 김성탁 (주3), 19면.

상대방이 그와 같은 오류를 알았다고 보는 것이 합리적인 경우가 아닌 경우에는 발신자에게 계약오류의 위험을 부담시키는 것이 대다수 미국 법원의 입장이다.⁸⁾ UCC도 이에 따르고 있다.

(3) 매매에서의 위험부담

UCC에서는 위험분배에 대하여 두가지 측면에서 규율하고 있다. 그 하나는 매매에서의 위험분담의 부분이고, 다른 하나는 전자자금이체에 관련된 부분으로 볼 수 있다. 매매에 관한 위험부담의 문제는 이미 오랫동안 논의되어 오고 있는 주제로 제2편 매매편에서 자세하게 규정하고 있다. 전자거래에서 일어나는 물건거래에 관련하여서는 본 규정을 적용하게 될 것이다.

1) 계약위반이 없는 경우

UCC 2-509조는 계약위반이 없는 경우의 손실의 부담에 관하여 규정하고 있다. 이를 보면 (a)항은 운송인에 의한 운송이 예정된 매매의 경우, (b)항은 수탁자가 보관중인 물건의 매매의 경우에 관하여, (c)항은 (a),(b)항에 의해 포섭되지 않는 경우에 관한 보충내용으로, 그리고 (d)항에서는 동 조문이 배제되는 특칙에 관하여 규정하고 있다.⁹⁾ 이를 구체적으

8) 그러나 이에 대하여 *Germain Fruit Co. v. Western Union Telegraph Co.*, 137 Cal. 598, 70 P.658(1902) 사건에서는 전보통신회사의 실수로 숫자를 누락하여 잘못된 가격조건을 보낸 경우 상대방이 그 같은 오류를 알았다고 보는 것이 합리적이라는 이유를 들어 주문자가 원래 제시한 가격에 의하여 계약이 성립된다고 보았다.

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

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

(1) if the contract does not require the seller to deliver them at a particular destination, the risk of loss passes to the buyer when the goods are delivered to the carrier even though the shipment is under reservation as provided in Section 2-505; but

(2) if the contract does require the seller to deliver them at a particular destination and the goods are there tendered while in the possession of the carrier, the risk of loss passes to the buyer when the goods are there so tendered as to enable the

로 살펴보면 다음과 같다. UCC 2-509조에서는 (c)항에 매도인이 상인인 경우에는 매수인이 물품을 수령한 때에 위험이 매수인에게 이전된다는 일반규정을 두고, (a)항과 (b)항에서 운송인에 의한 운송이 예정된 매매와 수탁자가 보관중인 물건의 매매 등에 관하여 규정하고 있다.

2) 계약위반이 있는 경우

UCC 제2-510

0조에서는 “손실위험에 있어서의 계약위반의 효과”라는 제목으로 계약위반이 있는 경우의 위험부담에 관하여 규정하고 있다. (a),(b)항에서는 매도인이 계약위반한 경우에 대하여 (3)항은 매수인이 계약위반한 경우에 대하여 규율하고 있다.¹⁰⁾ 이를 구체적으로 살펴보면 다음과 같다. (a) 물품

buyer to take delivery.

- (b) Where the goods are held by a bailee to be delivered without being moved, the risk of loss passes to the buyer:
 - (1) on the buyer's receipt of a negotiable document of title covering the goods;
 - (2) on acknowledgment by the bailee to the buyer of the buyer's right to possession of the goods; or
 - (3) after the buyer's receipt of a nonnegotiable document of title or other written direction to deliver, as provided in Section 2-503(d)(2).
- (c) In any case not within subsection (a) or (b), the risk of loss passes to the buyer on the buyer's receipt of the goods.
- (d) This section is subject to contrary agreement of the parties and to Sections 2-327 and 2-510.

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

- (a) Where a tender or delivery of goods so fails to conform to the contract as to give a right of rejection the risk of their loss remains on the seller until cure or acceptance.
- (b) Where the buyer rightfully revokes acceptance the buyer may to the extent of any deficiency in its effective insurance coverage treat the risk of loss as having rested on the seller from the beginning.
- (c) Where the buyer as to conforming goods already identified to the contract for sale repudiates or is otherwise in breach before risk of their loss has passed to the buyer, the seller may to the extent of any deficiency in its effective insurance coverage treat the risk of loss as resting on the buyer for a commercially reasonable time.

의 제공, 인도가 계약에 합치되지 않아 매수인에게 수령거절의 권리가 있을 경우, 매도인에 의한 하자의 치유 또는 매수인의 인수가 있을 때까지 매도인이 위험을 부담한다. (b) 매수인이 적법하게 인수를 취소한 경우에 매수인은 그가 체결한 보험계약에 의해 실제로 전보되지 못하는 범위에 한해서 처음부터 매도인에게 위험을 부담시킬 수 있다. (c) 위험이 매수인에게 이전되기 전에 계약에 의해 이미 특정된 흠없는 물품에 대하여 매수인이 이행을 거절하거나 기타 계약위반의 책임을 지는 경우 매도인은 상관행상 상당한 기간동안 자신의 보험계약에 의해 전보되지 않는 범위내에서 매수인에게 위험을 부담시킬 수 있다.

(4) 전자자금이체에 있어서의 위험부담

UCC 제4A조에서는 전자자금이체와 관련하여 오류로 인한 위험을 분배하는 방안에 대하여 규정하고 있다.¹¹⁾ 제4A조는 당사자의 행동을 세 개의 기본적인 부분으로 자금이체하도록 분할하고 있다. 첫째로, 자금이체는 본인에 의하여 지시되어지고 본인의 은행에 의하여 승인되어진다. UCC 4A편 제2조의 2는 권한이 부여된 “지급지시서의 발행과 승인”이 지급지시서의 발행자와 지급지시를 실행할 수취은행사이에 있어서 그 관계를 규율하고 있다. 송금인과 수취은행 사이에 착오가 있는 경우 손실의 부담에 관하여는 UCC 4A편 제2조에서 이러한 문제를 해결한다. 착오의 내용은 권한이 부여되지 않은 지급지시서와 잘못된 지급지시서로 송금인과 수취은행사이의 착오에 관한 것이다. 권한이 없는 지급지시서에 대한 규정의 핵심은 송금인과 수취은행 사이에 존재하는 “안전절차”에 있다. 이것은 지급지시서의 확실성 또는 관련된 의사소통을 증명하는 합의된 절차이다. 자금이체시스템에서 안전절차는 매우 중요한 요소이며, 이는 암호, 암호화 내지는 이와 유사한 것과 관련되어진다.

안전절차를 취하지 않은 권한 없는 지급지시서로 인한 손실에 대하여는, 만일 수취은행이 통상적인 안전절차를 취했다면, 송금인이 그 손실을 부담

11) 자금이체에 관한 자세한 내용은 http://www.nccusl.org/uniformact_summaries/uniformacts-s-ucca4aft.htm 참조.

한다. 이와 반대로 송금인이 안전절차를 적절하게 따랐음에도 불구하고 제 3자에 의하여 그 절차가 잘못되었다는 것을 증명하면 수취은행에서 그 손실을 부담한다. 잘못된 지급지시서에 대한 손실의 위험에 대하여는 반드시 오류를 발견하기 위하여 안전절차를 따르는 것을 조건으로 한다. 결국 UCC 제4A편에서는 송금인이 안전절차를 사용하는 것에 동의한 것을 증명한다면 수취은행에서 손실을 부담하고 그렇지 않으면 송금인이 부담하는 것으로 규정하고 있다. 일반적으로 수취은행은 지급지시서를 발행함에 있어 수용하게 되는 어떠한 오류에 대해서도 책임을 진다. 만일 수취은행이 지급지시서의 금액을 초과하여 수익자에게 지급하였다면, 송금인에 대하여가 아니라, 수익자에 대하여 초과분의 반환을 청구한다. 그리고 수취은행이 수익자가 아닌 제3자에게 자금을 지급하였다면, 마찬가지로 송금인에 대해서가 아니라 그 자금을 수령한 제3자에 대하여 반환을 청구해야 한다.

2. 통일컴퓨터정보거래법(UCITA)

UCITA(Uniform Computer Information Transactions Act)는 각 州에서 인터넷상의 컴퓨터 정보에 대한 거래를 위해 중립적이고 예측할 수 있는 법적 구조를 제공하는 것이 가능하도록 하기 위하여 제정되었다. UCITA는 컴퓨터 소프트웨어나 컴퓨터 정보의 이용허락에 관한 내용을 포괄적으로 규정하고 있다. 1999년 7월 29일 통일주법위원회 전국회의에서 승인되고 공포된 UCITA는 본래 UCC Article 2B로 개정하고자 하는 논의가 계속되어 오던 중 단일법률로 공포되어진 것이다.¹²⁾

(1) 전자적인 오류에 대한 위험부담

UCITA 제214조 에서는 전자적인 오류¹³⁾의 경우에 대한 해결방안을 규율하고 있다(UCITA 제214조 a). 자동화된 거래에서 소비자가 의도하지

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

13) 전자적 오류란 소비자가 컴퓨터시스템을 사용하는 과정에서 그 오류를 회피하거나 정정하거나 또는 인식할 수 있는 합리적인 수단이 존재하지 않는 경우에 저지르는 것을 말한다고 한다(안효질, 정보거래와 계약의 해석, 대한법률가대회 지적재산권분야 2000.10.27. 발표논문, 49면).

않은 전자 메시지와 전자적인 오류가 발생한 경우에 이로 인한 전자 메시지에 구속되지 않기 위해서는 당해 오류에 대하여 소비자가 즉각적으로 조치를 취하도록 하고 있다. 다시 말해서 오류를 발견하는 즉시 다음과 같은 사항을 조치하도록 하고 있는 것이다. (1) 오류를 인식하고 지체없이 (a) 상대방에게 이를 통지하고, (b) 수령된 정보의 모든 사본을 그 상대방에게 반송하거나 그 상대방의 합리적인 지시에 따라서 정보의 모든 사본을 폐기하거나 제3자에게 반송하였으며, (2) 소비자가 그 시점까지 수령한 정보로부터 이익이나 가치를 얻지 않았거나 그 정보 또는 그로부터 발생한 이익을 제3자가 이용할 수 있도록 제공하지 않았어야 한다(UCITA 제214조 b).¹⁴⁾

(2) 계약의 체결과 이행과정에서의 위험부담

1) 계약의 성립시

계약의 성립과정에서의 위험에 관하여는 일반적인 규정에 의한 규율이 가능하나 UCITA에서는 특별히 전자대리인에 의한 청약과 승낙에 관하여 규정하고 있다. UCITA 제206조 a¹⁵⁾에서는 전자대리인의 작동이 기망, 전자적인 착오 등에 기인하는 경우에 법원이 적절한 구제수단을 제공할 수 있도록 하고 있다. 본 규정은 전자대리인 그 자체가 기망된다거나 착오를 하기 때문에 이를 규율하기 위한 규정이라기 보다는 자동화된 환경에서 전자대리인을 이용한 남용이나 의도하지 않은 결과를 방지하기 위하여 기망이나 착오로부터 당사자를 보호하기 위하여 만들어진 것이라고 볼 수 있

14) 이러한 결과는 오류가 상대방에게 손해를 가하지 않고 착오를 하는 자에게 아무런 이익을 가져다주지 않은 경우, 자신이 통제할 수 없는 착오로 인한 불리한 결과를 회피할 수 있도록 하고 있다. 그러므로 소비자나 정보나 정보에 대한 권리로부터 이익을 얻었거나 제3자로 하여금 이익을 얻게 한 경우에 제214조의 b가 적용되지 않는다.

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

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

다.¹⁶⁾ 전자대리인의 사용으로 인하여 정상적인 계약이 체결되었다면 문제가 없으나, 만일 당사자나 전자대리인이 프로그램을 조작하거나 전자대리인의 대응이 기망에 해당하는 방식으로 작동되는 경우에는 전자대리인의 착오나 기망 등에 의한 것으로 본다. 그러므로 이러한 경우에 전자대리인에 의한 동의가 있었다고 보기는 어렵다고 할 수 있다. 결국 이와 같이 전자대리인의 기망이나 전자적인 착오의 경우에는 법원에서 소비자를 보호하기 위한 고려를 하는 것으로 하되 이에 대해서는 상대방이 위험부담을 지지는 않는다.

2) 계약의 위반시

전자거래에서 위반과 관련하여 UCITA는 위반에 관한 일반적인 사항과 중대한 위반에 대한 정의를 하고 있다(제701조). 계약의 위반은 이행을 위반한 경우, 계약을 부인하는 경우, 계약상의 이용조건을 초과한 경우, 기타 UCITA나 계약에 의하여 정하여진 의무에 일치하지 않는 경우에 위반이 된다. 계약이 위반된 경우, 그 위반이 경미하거나 중대한 것에 관계없이, 상대방은 일정한 구제수단을 가지게 된다. 계약의 위반이 중대한 것이 되는 경우는 (a) 계약이 중대한 위반이라고 규정한 경우, (b) 계약의 필수적인 요건인 조건을 실질적으로 이행하지 못한 경우, (c) 계약문언, 당사자의 합리적인 기대, 거래 및 산업계의 표준이나 관행, 위반의 성격 등의 상황에 의하여 (i) 위반에 의하여 상대방에게 상당한 손해를 야기하였거나 야기할 것으로 예상되는 경우, (ii) 위반에 의하여 상대방이 계약에 따라 합리적으로 기대하였던 상당한 이익을 실질적으로 박탈하였거나 박탈할 가능성이 있는 경우, (iii) 경미한 위반이 중첩되면 중대한 것이 되는 경우이다(제701조b).

3) 계약위반의 치유

UCITA 제703조에서는 계약위반의 치유에 대하여 규정하고 있다. 이는 계약관계를 존속시키려는 목적과 위반 상대방에게 계약상 기대되는 완전한

16) UCITA Official Comments, Section 206 a (http://www.law.upenn.edu/bll/ulc/ulc_frame.htm) 참조.

이익을 제공하는 목적을 균형 있게 한다는데 그 목적이 있다. 동조는 치유가 즉각적이고 상대방에 대한 손해를 회피할 수 있다면 치유를 전반적으로 허용하고 있다.¹⁷⁾ 치유할 수 있는 권리는 계약에 일치하지 않는 이행을 면제시키는 것이 아니라 손실을 회피하고 양 당사자가 계약에 대하여 가지는 이익을 가질 수 있도록 기회를 제공하는 것이다. 곧 UCITA 제703조(a)(1)은 이행을 하기 위한 시간이 종료하지 않고, 당사자가 시의적절하게 치유하겠다는 의도를 위반상대방에게 통지하고, 이행을 위한 기간 이내에 계약에 일치하는 이행을 할 수 있게 함으로써 권리로서의 치료를 규정하고 있다. 그러나 즉각적이고 적절한 치유를 하였음에도 불구하고 위반상대방이 손해를 입었을 경우, 위반상대방은 이에 대하여 손해배상을 받을 수 있다. 하지만 즉각적인 치유로 인하여 그 위반에 대하여 취소할 수 없게 된다. UCITA 제703조(b)에서는 대량시장의 실시허락을 제외하고, 계약에 대하여 치유의 의무를 부과하고 있다.¹⁸⁾

4) 이행의 하자

하자있는 이행이 된 경우 UCITA 제704조(a)에서는 이행제공을 거절하거나, 제공을 수령하거나, 상업적으로 합리적인 단위를 수령하고 나머지는 거절할 수 있다고 규정하고 있다. 또한 제704조(b)에서는 단 한 번만에 의한 복제물의 제공을 요구하는 대량시장거래의 경우, 그 제공이 계약에 일치하지 않는다면 실시권자는 복제물의 제공을 거절할 수 있다고 하고 있

17) 치유가 허용되는 경우에 대하여 UCITA 제703조(a)(2)는 위반당사자가 (1) 이행이 수령될 것으로 믿을 만한 합리적인 이유를 가지고 있었고, (2) 위반상대방에게 치유하겠다는 의도를 시의적절하게 통지하였고, (3) 이행기가 경과한 후 합리적인 기간 이내에 계약에 일치하는 이행을 하였을 경우와 제703조(a)(3)에 위반 당사자가 계약에 일치하는 이행을 하겠다는 의도를 적절하게 통지하고 위반상대방이 즉시 취소하기 전에 계약에 일치하는 이행을 한 경우 치유가 허용된다고 규정하고 있다.

18) 이를 구체적으로 보면 복제물을 한 번만에 인도하고, 이러한 인도를 받는 당사자가 계약에 일치하지 않는 것이 계약의 중대한 위반이 아니라는 것을 이유로 하여, 계약에 일치하지 않는 복제물을 수령할 것이 요구된다면 (1) 계약위반당사자가 특정되어진 불일치를 시의적절하게 통지를 받고 불일치하는 복제물에 대한 치유를 요구받았고, (2) 그러한 치유를 하기 위한 노력의 비용이 불일치로 인하여 위반상대방이 받는 직접적인 손해에 지나칠 정도로 초과하지 않는다면, 위반 당사자는 즉시 그리고 선의에 의하여 치유를 하여야 한다.

다. 다만 복제물의 제공을 거절하는 당사자는 전체 계약에 대한 중대한 위반이 있었다거나 계약이 그렇게 규정하는 경우에만 계약을 취소할 수 있다(UCITA 제704조(d). 과거에 허용된 권리에 관한 계약에 대하여는 위반이 전체계약에 대하여 중대하여지기 전에 계약에 일치하는 복제물을 시의 적절하게 제공함으로써 위반을 치유할 수 있다¹⁹⁾).

(3) 불제물에 대한 멸실위험

복제물이 인도되는 경우 전자적인 수단에 의하여 인도되는 것을 포함하여 실시허락자에게 인도되어야 하는 복제물의 멸실에 대한 위험(risk of loss)은 실시허락자가 복제물을 수령하는 즉시 실시허락자에게 이전된다. 유형물에 있는 복제물을 운송인을 이용하여 송부하는 경우에는 (1)특정한 장소에서 복제할 것이 계약에 의하여 요구되지 않는다면, 멸실위험은 복제물이 운송인에게 인도하는 때에 이전한다. (2)복제물을 특정한 장소에서 인도할 것이 요구되고 그 장소에서 복제물이 이행제공되는 경우 그 장소에서 복제물이 이행제공될 때 실시허락자에게 위험이 이전한다. (3)복제물의 인도제공이나 선적서류가 계약에 일치하지 않는 경우, 이것이 치유되거나 수령될 때까지의 위험은 실시허락자에게 있다.

복제물이나 정보를 제3자가 보유하고 있는 경우에는 복제물이 제3자에게 있고 이를 옮기지 않고서 전달되거나 복제되어야 할 경우, 또는 복제물을 보유하고 있는 제3자의 정보에 접근할 수 있도록 함으로써 복제물이 인도

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

- (1) A party may refuse a tender of a copy which is a material breach as to that copy, but refusal of that tender does not cancel the contract.
- (2) In a case governed by paragraph (1), the tendering party may cure the breach by seasonably providing a conforming copy before the breach becomes material as to the whole contract.
- (3) A breach that is material with respect to a copy allows cancellation of the contract only if the breach cannot be seasonably cured and is a material breach of the whole contract.

되는 경우에는 위험의 이전은 다음의 경우에 실시허락자에게 이전된다.
 (1) 실시권자가 복제물에 대한 유통가능한 권리증권이나 기타 접근자료를 수령한 때 (2) 제3자가 실시권자에게 복제물의 소유에 대한 권리나 복제물에 대한 접근을 인정하는 때 (3) 제3자에게 복제물을 인도하도록 하거나 제3자가 접근할 수 있도록 지시하는 기록을 실시권자가 수령하는 때이다.

3. 통일전자거래법(UETA)

통일전자거래법(Uniform Electronic Transactions Acts : UETA)은 전자거래의 이용을 원활하게 하기 위하여 만들어진 것으로, 전자상거래를 함에 있어서 생기는 장벽을 없애고, 서면 내지는 서명과 전자문서 및 전자서명을 법적으로 동일하게 하기 위한 목적을 가지고 있다.²⁰⁾ UETA는 1999년 7월에 개최된 연차회의에서 승인되어졌고 공포되었다.²¹⁾ UETA에서는 위험분배에 관한 내용은 전자거래에서 계약의 성립시기에 관한 것과 전송도중 변경이나 오류에 대한 것을 규정하고 있다.

(1) 계약의 성립시

계약의 성립과 관련한 UETA의 규정은 의사표시의 성립시기에 관한 것을 그 내용으로 하고 있다. UETA 제15조에서는 수신자의 정보처리시스템에 진입한 것만으로는 수신한 것으로 다루지 않고 수신후 ‘검색할 수 있을 때’ 수신한 것으로 다루고 있어 요지주의적인 입장을 취하고 있다. 그러므로 의사표시가 상대방이 검색할 수 있는 때가 되기 전의 위험에 대하여는 발신자가 부담한다. 반면, 검색할 수 있음에도 불구하고 검색하지 않아

20) 통일주법위원회 전국회의(The National Conference of Commissioners on Uniform State Laws : NCCUSL)에서 통일전자거래법에 대한 법률제정의 목적을 위와 같이 밝히고 있다(http://www.nccusl.org/uniformact_factsheets/uniformacts-fs-ueta.htm).

21) UETA의 최초의 안으로 파악되는 것은 1997년 4월 10일자로 이때는 “Electronic Communications in Contractual Transactions Act : ECCT”)로 되어 있었다. 그러나 1997년 10월 15일자 안에서부터는 현재와 같이 통일전자거래법으로 바꾸고 작업주체도 통일주법 전국회의 위원으로 변경된 후 계속되는 논의를 거처다 1999년 7월에 공포된 것이다.

수신사실을 알지 못하는 경우에도 수신이 인정되므로(제15조e)므로 이 경우는 수신자가 위험을 부담한다.

(2) 변경이나 오류시

UETA 제10조²²⁾에서는 전자기록의 변경이나 오류의 효과에 대해 규정하고 있다. 이는 전자거래의 가장 큰 현실적 어려움인 기계적 오류발생으로 인한 내용훼손을 어떻게 다룰 것인가에 대한 입법적 대응이라고 볼 수 있다. 전자기록의 변경이나 오류의 발생에 대해서는 당사자의 약정이 있다면 우선적으로 그것이 적용된다. 그러나 약정이 없는 경우에는 주로 주의

22) SECTION 10. EFFECT OF CHANGE OR ERROR. If a change or error in an electronic record occurs in a transmission between parties to a transaction, the following rules apply:

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

의무위반(default)이라는 과실판단에 따라 유책한 당사자가 변경과 오류 발생에 따른 불이익을 부담하게 된다. UETA 제10조 1항에서는 “당사자 쌍방이 변경이나 오류를 검색하는 보안절차의 사용에 합의하고, 일방당사자는 그 절차를 준수한 반면 타방 당사자는 그러하지 않고, 만약 절차를 준수했다면 타방 당사자도 변화나 오류를 찾을 수 있었던 경우에는 변경되거나 오류가 발생한 전자기록의 효과는 그 검색절차를 준수한 당사자에 의해 부인될 수 있다”라고 규정함으로써 오류검색절차의 준수유무에 따라 과실을 판단하고, 오류검색절차를 준수하지 않은 자에게 변경이나 오류에 따른 결과를 부인할 수 없도록 하고 있다.

4. 전자서명법(E-Sign Act)

전자서명법은 서면과 서명에 대한 법적 효력을 부과하거나 법적인 의무를 부과하도록 요구하는 경우, 전자문서와 전자서명을 서면 및 서명과 법적인 효력 측면에서 동등하게 하려는데 그 목적이 있다. 전자서명법²³⁾은 2000년 6월 30일 클린턴 대통령이 서명함으로써 법률로 제정되었다.

전자서명법은 전자서명의 효력 및 사용원칙에 대한 내용을 규정하고 있으나 책임에 관한 내용은 구체적으로 규정하고 있지 않다. 특히 전자서명의 인증이나 인증기관을 규율하는 규정을 삽입하지 않았다. 따라서 전자서명법상에서는 당사자간의 위험분배에 관한 내용이나 인증기관의 책임에 관한 부분은 찾아볼 수 없다.

5. 디지털 밀레니엄 저작권법

1995년 정보 인프라스트럭처 지원법(National Information Infrastructure : NII)의 “저작권보호법(NII Copyright Protection Act of 1995)”이 상하 양원에 제출된 후, 온라인서비스제공자의 책임문제가 집중적으로 논의되기 시작했다.²⁴⁾ 이 법안은 후에 “온라인서비스 또는 인터넷

23) 본 법의 공식명칭은 “국내외 통상에 있어서 전자문서 및 전자서명의 사용을 촉진하기 위한 법(Electronic Signatures in Global and National Commerce Act)”이다.

24) Steven J. Davidson, Jerry S. Podkopcac and Laurie J. Dechery, 사이버스페이스 법 : ISP책임, 인터넷법률 창간호, 2000.7, 168면.

접속의 공급자들의 책임제한(Limitations on Liability of Providers of On-line Services or Internet Access)”이라는 명칭으로 다시 제안되었으나, 입법화되지 못하였다. 그 후 1997년 “온라인 저작권 책임제한법(The On-Line Copyright Liability Limitation Act)”²⁵⁾과, 상원의원 John Ashcroft가 제안한 “1997년 디지털 저작권 정화 및 기술교육법(The Digital Copyright Clarification and Technology Education Act of 1997)”²⁶⁾으로 정리되면서 1998년 10월 28일 디지털 밀레니엄 저작권법(Digital Millennium Copyright Act : DMCA) 로 제정되었다.

제정된 내용을 보면, (k)서비스제공자의 정의, (a)잠정적인 디지털 네트워크 커뮤니케이션의 책임제한, (b)시스템 케싱의 책임제한, (c)사용자의 지시에 따라 시스템 또는 네트워크 상에 머무르는 정보에 대한 책임 제한, (d)정보 로케이션 툴의 사용에 대한 공급자의 책임 제한, (e)비영리 교육 기관의 책임 제한, (f)자료의 침해적 성격에 관하여 이를 알면서 자료를 허위표시하는 사람에게 책임을 부과, (g) 침해가 주장되는 자료의 제거에 대한 책임 제한, (h)저작권 보유자를 위하여 서비스 공급자로부터 침해자로 주장되는 사람의 신원을 확보하는 수단을 제공, (i)서비스 공급자가 저작권법 제512조에 의하여 확립된 책임제한의 자격을 얻기 위하여 반드시 충족해야 하는 조건의 설정을 내용으로 하고 있다.

25) 본 법안은 공화당 Howard Coble씨가 제안한 것으로 일정한 환경하에서 정보서비스제공자가 다음의 요건을 갖춘 상태에서는 저작권침해에 대해 직접적인 책임이나 대리책임을 예외적으로 인정한다는 것이다.

1. 해당 자료를 온라인 상에 놓지 않음
2. 내용을 선별하거나 변경하지 않음
3. 해당 자료의 수령인을 정하지 않음
4. 침해행위로부터 금전상 이익을 얻지 않음
5. 해당 자료를 추천하거나 광고하지 않음
6. 해당자료가 침해되고 있음을 알지 못함.

26) 본 법안에서는 서비스제공자들을 좀더 보호하는 내용이 포함되어 있다. 즉,

1. 이용자를 위하여 단순히 전송하거나, 루트가 되거나 또는 자료를 위한 접속을 제공하는 e-mail, 음성메세지 및 기타 실시간 대화 포맷 등의 서비스에 대한 책임으로부터의 보호
2. 하이퍼링크, 인덱스 및 검색엔진 등과 같은 정보 툴 서비스를 공급하는 것에 대한 책임으로부터의 보호
3. 내용에 대해 편집상의 규제권을 행사하지 않는 당사자에 대한 보호.

제2절 독일

독일에서는 다음절에서 살펴 보게될 일본에서와 마찬가지로 전자거래 전 반을 규율하는 법제는 마련되어 있지 않다. 더욱이 전자적 의사표시 자체는 의사표시로서 인정되고 있으나 이의 도달에 관한 독일민법전상의 규정이 없다. 그러므로 전자적 의사표시가 네트워크상의 결함으로 인하여 수신인에게 도달하지 못한 경우, 송신인이 그 위험을 부담한다.²⁷⁾

1. 디지털서명법상의 인증기관의 위험부담

디지털서명법(Gesetz zur digitalen Signatur)은 1997년 8월 1일 공포되어 같은 해 11월 1일부터 시행되고 있다. 디지털서명법에서는 디지털서명과 효력에 대하여 그리고 인증기관의 활동에 관하여 규정하고 있다. 특히 디지털서명법 제5조에서는 인증기관의 인증서부여시 지켜야할 의무를 규정하고 있다. 이에는 (1)신청자의 확실한 본인 확인의무, (2)공개키 인증서를 네트워크상에서 액세스 가능하도록 하는 의무, (3)인증서에 데이터의 위조 또는 변조의 방지와 비밀보장의무 (4)인증기관의 비밀키 보존금지 및 신뢰성 있는 인증업무 수행을 위하여 직원배치의무가 있다. 또한 제6조와 제10조, 제14조 등에서도 인증기관의 활동원칙 등을 규정하고 있다. 그러나 인증기관의 책임에 관해서는 특별한 규정을 두고 있지 않다. 이는 독일의 책임법체계에 따른 일반적인 민사책임과 공법상의 책임규정에 따라 필요할 때마다 사안별로 적용될 책임원칙이 명백히 정립되어 있으며, 그렇게 하는 것이 필요한 상황에 대응하여 그 때마다 적절한 해결이 가능하다고 보기 때문이다.²⁸⁾ 따라서 인증기관의 과오 때문에 제3자에게 손해를 끼

27) Ivo Geis, Rechtsfragen des elektronischen Geschäftsverkehrs, <<http://www.ivo-geis.de/documents/elektargeschaeftsverkehr.php3>>. 그렇기 때문에 의사표시가 수신인에게 이미 도달한 경우, 송신인은 독일민법 제145조에 따른 철회를 할 수 없으며, 또한 네트워크상 결함은 착오가 아니기 때문에, 독일민법 제119조에 따른 착오에 기한 취소를 할 수 없다고 한다.

28) 강휘원·이효용·이규정, 전자인증의 법적 과제, 정보화저널 제5권 제3호, 1998.12, 65면.

치는 경우 인증기관의 책임은 제3자에 대한 손해에 대하여는 독일형법 제 263조와 독일민법 제823조 제2항에 따라, 경우에 따라서는 민법 제831조에 따라 손해배상을 청구해야 한다.

2. 정보통신서비스법(멀티미디어법)상 서비스제공자의 위험부담

정보통신서비스법(Telemediengesetz : TDG) 제5조에서는 정보통신서비스에 대한 책임을 세가지로 나누어 규율하고 있다. 이를 보면 첫째, 정보통신서비스법 제5조 제1항에서는 정보통신서비스제공자가 홈페이지상에 자기 고유의 내용을 마련한 경우 콘텐츠 프로바이더(Content Provider)로서 책임을 진다. 또한 둘째로 타인에 관한 내용이 있는 경우에는 서비스 프로바이더(Service Provider)로서 동법 제5조 제2항에 의하여 책임을 지게 된다. 즉 가상의 통신판매전문점의 카탈로그 또는 가상상점의 형식으로 타인의 내용을 사용할 수 있도록 자기의 홈페이지를 개설한 경우, 동법 제5조 제1항에서 자기 고유의 내용에 대한 책임과 마찬가지로의 책임을 진다는 것이다. 그러므로 서비스 프로바이더가 그의 설명의무를 위반한 경우에는 계약체결상의 과실에 기하여 책임을 지고, 제품관찰의무와 같은 거래안전의무를 위반한 때에는 불법행위법에 의하여 책임을 부담하게 된다. 셋째 타인에 관한 내용의 접속을 중개하는 경우에는 액세스 프로바이더로(Access Provider)서 동법 제5조 제3항에 의한 책임을 지게 된다.²⁹⁾

마찬가지로 서비스제공자가 다른 개개의 프로바이더를 위하여 단지 접속 및 가상의 쇼윈도우를 이용케 함으로써 마치 쇼핑센터의 사업자처럼 영업하는 경우라면, 그는 타인의 내용을 이용할 수 있도록 마련한 것이고 서비스 프로바이더로서 동법 제5조 제2항에 따른 책임을 진다. 다만 이 경우 서비스 제공자는 그가 타인의 내용의 위법성을 지니고 있음을 알고 있고 또 그 이용의 방지를 기술적·경제적으로 기대가능할 수 있는 경우에 한하여 책임이 있을 뿐 위법적인 내용을 찾아내야 할 의무까지는 부담하지 않는다.³⁰⁾

29) Ivo Geis (주27) 참조.

30) Ivo Geis (주27) 참조.

서비스제공자가 단순히 접속을 중개한 경우에는 책임을 지지 않는다. 그러나 이 경우 접속의 중개, 타인의 내용개설 및 자기자신의 내용의 개설 사이의 경계가 정확하지 않다. 다른 서비스제공자의 홈페이지로 코멘트없이 링크 되는 경우, 이는 동법 제5조 제3항에서 규정하는 중개이다. 그러나 만일 그 링크가 이용자에게 이미 타인의 내용임을 기본적으로 알려주는 경우는 타인의 내용에 대한 개설이 된다. 동법에서 규정하고 있는 서비스제공자의 책임에 대하여는 바이러스에 대한 보호, 염탐의 시도로부터 이용자의 프라이버시 보호 또는 통신활동적 자유의 방해에 대해서는 동법으로부터 손해를 청구할 수 없고 일반법에 따른 손해배상 의무를 부담하게 된다. 정보통신서비스에 대한 제공자는 약정된 정보통신의무를 부담하고 특히 장애가 없는 중개가 이루어지도록 하는 의무를 진다. 이와 같은 의무를 위반한 경우에는 계약위반에 따른 손해배상 책임을 지지만, 거래안전의무의 위반이나 링크를 통한 명예훼손적 언급이 있는 경우에는 불법행위법을 통해 손해배상 책임을 지게 된다.

제3절 일본

일본에서도 전자거래에 관련된 논의가 오래 전부터 진행되어 왔다. 특히 일본에서는 전자거래에 관련된 계약에 대하여 北川善太郎교수를 중심으로 시스템계약³¹⁾이라는 이론으로 논의하고 있다. 시스템계약이란 컴퓨터와 컴퓨터가 연결된 VAN(Value Added Network)을 이용하여 이루어지는 거래에서 한번의 계약체결 행위에 의해 미리 모아져 있는 관련된 다수의 계약이 하나의 형태로 체결되는 형태를 취하고 있는 것에 착안하여, 컴퓨터시스템내에서 일괄적인 계약군에 의해 성립되는 계약을 말하고 있다.³²⁾ 이러한 논의를 바탕으로 채권법개정과 더불어 “전자거래법초안”이 제안되어 있다.³³⁾ 그리고 이와는 별도로 1998.5.31일 “전자서명및인증업무에관한법률”이 제정되어 있다.

31) 시스템계약에 관한 자세한 내용은, 北川善太郎, コンピュータシステムと取引法, 三省堂, 1987, 참조.

32) 北川善太郎, (주31), 40면.

33) 内田 貴, 電子商去來と民法, 債權法改正の課題と方向, 商事法務研究會, NBL no.51, 1998, 269면이하 참조.

1. 전자거래법초안에서의 위험분배

전자거래법초안에서는 제2장에 전자적계약에 관한 내용을 규정하고 있다. 이에는 제2-A조 의사표시의 발신·도달, 2-B조 계약의 성립, 2-C조 약관, 2-D조 일일철회권에 관한 내용이 규정되어 있다. 전자거래법초안 제 2-A조(a)에서는 당사자간에 특약이 없는 한 데이터메시지를 수령하기 위하여 정보처리장치를 지정한 경우에는 정보시스템내에 진입한 때에, 그리고 지정된 정보시스템이 아닌 수신자의 다른 정보시스템에 송신된 경우에는, 그 데이터메시지를 수신인이 출력한 때에 도달한 것으로 하고 있다. 또한 제2-A조(b)에서는 수신자가 데이터메시지의 수신에 관하여 정보시스템을 지정하지 아니한 경우에는, 데이터메시지가 수신자의 정보시스템에 진입한 때에 수령한 것으로 규정하고 있다. 따라서 어떠한 의사표시에 대하여 수신자에게 도달하기 전까지는 발신자가 모든 위험에 대하여 부담하고 있으며, 데이터메시지가 수신자에게 도달했다고 보는 시점 이후에는 수신자가 이를 부담하는 것으로 한다고 볼 수 있다.

계약의 성립에 관하여 전자거래법초안 제2-B조에서는 전자적수단에 의한 계약은 승낙의 데이터메시지가 청약자에게 도달되는 때에 성립한다고 규정하고 있다. 그러므로 계약의 성립에 관하여도 마찬가지로 청약자에게 계약에 대한 승낙의 메시지가 도달하기 전까지는 계약이 성립한 것이 아니므로, 승낙자에게 계약책임을 물을 수 없게 된다.

2. 전자서명 및 인증업무에 관한 법률에서의 위험분배

전자서명및인증업무에관한법률은 전자서명에 관계되고, 전자적기록의 진정한 성립의 추정, 특정인증업무에 관한 인정제도와 기타 필요한 사항을 정하고 있다. 동법에서는 특히 인증업무를 하는 기관에 관한 내용을 자세하게 규정하고 있다. 이에는 제4조~제14조까지는 특정인증업무를 하고자 하는 자에 대한 내용과 제15조~제16조까지는 외국에 있는 사무소에서 특정인증업무를 하고자 하는 자에 대해 규율하고 있다. 더 나아가 이러한 특정인증업무를 하고자 신청하는 자를 조사하는 기관에 관하여 제17조~제

32조까지 지정조사기관과 승인조사기관에 대하여 자세하고 규율하고 있으며, 정부가 이들 조사기관의 활동을 지원하기 위한 정책을 수립할 것을 규정하고 있다. 반면 인증기관에 대한 인증활동이나 책임 등에 대해서는 언급하고 있지 않고 당사자들의 합의에 맡겨두고 있다.

다만 전자서명및인증업무에관한법률 제37조³⁴⁾에서는 이용자에게 중대한 피해가 발생하는 것을 방지하기 위해 필요한 조치를 취하도록 인증기관에 요구할 수 있다고 선언적으로 규정하고 있을 따름이다. 그리고 동법 제41조³⁵⁾에서는 벌칙으로 인증사업자나 외국의 인증사업자가 허위의 신청을 함으로써 이용자에 대하여 부실증명을 한 자에 대하여는 3년 이하의 징역 또는 이백만엔 이하의 벌금에 처한다고 규정함으로써 형사적인 제재만을 규정하고 있을 뿐, 당사자간의 위협의 분배에 대한 규정을 여전히 찾아볼 수 없다.

3. 소비자-사업자간의 매매에 관한 운용가이드라인상 위험분배

일본에서는 OECD 전자상거래 소비자보호 가이드라인에 대한 논의에 자극 받아 1996년에 설립된 전자상거래실증추진협의회 산하 소비자거래작업반에서 1998년 “소비자-사업자간의 매매에 관한 운용가이드라인(「消費者-出店者」間の?買に?する運用ガイドライン)³⁶⁾을 제정하였다.

동 가이드라인에서는 계약의 성립시기에 관한 내용중 청약을 받았을 때는 전자메일로 수주확인메일 메시지를 송신하도록 권하고 있다. 이러한 내

34) 第三十七條 國家公安委員會は、認定認證事業者又は認定外國認證事業者の認定に係る業務に關し、その利用者についての證明に係る重大な被害が生ずることを防止するため必要があると認めるときは、主務大臣に對し、必要な措置をとるべきことを要請することができる。

35) 第四十一條 認定認證事業者又は認定外國認證事業者に對し、その認定に係る認證業務に關し、虚偽の申入みをして、利用者について不實の證明をさせた者は、三年以下の懲役又は二百万円以下の罰金に處する。

36) 동 가이드라인은 소비자를 상대로 전자상거래를 하는 사업자의 지침을 표시한 것으로 거래의 공정성 및 소비자의 이익보호를 도모하고 전자상거래에 대한 소비자의 신뢰를 얻어 전자상거래의 건전한 발전에 기여할 것을 목적으로 하고 있다(동 가이드라인 1) 여기에서 소비자란 자연인을 지칭한다고 한다.

용을 규정한 이유는 원격지간 거래에서 계약의 승낙은 상품발송을 해도 좋다는 의미라고 한다.³⁷⁾ 또한 건전한 전자상거래를 실현하기 위하여 전자상거래 사업자에게 다음과 같은 책임을 부과하고 있다. ①사업자는 스스로 작성한 전자적인 콘텐츠의 표시내용에 대하여 책임을 지고 또 그 내용에 따르는 하자가 없는 상품·서비스의 제공을 해야만 한다. ②소비자의 주문에 대해서는 신속하게 출하수속·배송 등을 실시하고 또 주문변경시에도 소비자에게 미리 고지한 계약 조항에 따라 신속하게 대응해야만 한다. ③소비자의 불만·문의에 대한 창구를 설치하여 신속하게 적절한 대응을 해야만 한다. ④전자상거래에 의해 입수된 소비자의 개인정보는 엄중하게 관리하여 기밀을 보관해야만 한다. 또한 사업자에게 예상된 트러블에 관하여 일방적으로 소비자가 불리해지지 않도록 합리적으로 리스크를 분배하여 사업자가 책임을 지지 않는 범위에 대하여 소비자가 이해할 수 있도록 명시해야만 한다. 그 이유는 이용규약 등의 거래를 규정함으로써 사업자가 부담해야 할 위험을 모두 면책하여, 소비자에게 부담시키지 않도록 하기 위함이다. 또한 자연재해를 원인으로 하는 시스템 장애는 사업자·소비자 모두 피해자의 입장이 될 수도 있으므로 이를 고려하여 적절한 규칙을 작성해야 한다. 반면 동 가이드라인에서는 소비자측의 관리소홀로 손해가 발생한 경우에 사업자의 책임을 부인하고 있다.

더 나아가 동 가이드라인에서는 소비자와의 분쟁에 대한 명확한 예시 즉, 사업자는 상품의 품질불량, 하자, 수량 과부족, 상품차이, 운반중 파손에 따른 교환, 반품, 기타 판매한 상품에 관련된 소비자의 분쟁원인 등 구체적인 내용에 대하여 신속히 조사하여 지체없이 해결하도록 권하고 있다.

37) 동 가이드라인 해설. 이에 의하면, 전자네트워크상에서 사업자가 승낙의 의사표시를 하지 않을 수도 있기 때문에 소비자는 상품이 도착할 때까지 자신이 주문한대로 되었는지 알 수가 없다. 또한 전자네트워크상에서는 시스템 장애를 원인으로 하는 발주데이터의 소실, 변질, 배송 지연, 오인배달 및 입력 미스가 일어날 수 있다. 그러므로 전자메일로 수주확인 메시지를 소비자에게 송신한다면 소비자의 불안감을 불식시킬 수 있으며 미래의 트러블 방지도 효과적이라고 한다. 반면 소비자의 리스크가 거의 없는 경우에는 굳이 전자메일 수주확인을 송신할 필요는 없다고 한다(http://www.ecom.or.jp/qecom/about_wg/wg14/cr/consumer-report4.html).

제 4 절 국제기구

1. UNCITRAL

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

(1) UNCITRAL 전자상거래 모델법

동 모델법에서 특히 당사자간의 위험에 관해 규율하고 있는 부분은 데이터메시지의 송수신 시기 및 장소에 관한 것이다. 동 모델법 제15조에서는 데이터 메시지의 발신 및 수령의 시기와 장소에 관해 자세히 규정하고 있다. 이를 보면 제15조 제1항에서는 “작성자와 수신자간에 특약이 없는 경우에는 데이터 메시지의 발신은 그것이 작성자 또는 작성자를 대신하여 데이터 메시지를 송신한 자의 지배밖에 있는 정보처리장치에 들어간 때에 이루어진다”라고 규정한다. 또한 수신시기에 관하여 수신자가 데이터 메시지의 수령을 위하여 정보처리장치를 지정한 경우에는 (i) 지정한 정보처리장치에 진입한때, (ii) 다른 정보처리장치로 송신된 때에는 수신자가 이를 수령한 때에 수신이 이루어진 것으로 하고 있다. 그리고 수신자가 정보처리장치를 지정하지 아니한 때에는 수신자의 정보처리장치에 진입한 때를 수신의 시기로 하고 있다(제3항). 그러므로 수신자가 수신한 상태가 되기 전까지의 위험에 대해서는 발신자가 부담하고 수신된 이후부터는 수신자가 부담하는 것이 원칙이다.

(2) UNCITRAL 전자서명모델법

UNCITRAL 전자서명모델법은 전자서명과 인증기관의 법률문제에 관한 통일규칙을 제시하기 위하여 제정되었다. 이를 구체적으로 보면 전자상거래에서 공개키 암호의 우세에 따라 디지털서명 문제에 중점을 두되 전자상거래모델법의 매체중립원칙을 따르기로 하였으며, 기타 다양한 보안수준의 수용, 서비스의 유형에 따른 상이한 법률효과와 책임의 인정 및 국제간 상호인증을 고려한 인증기관의 최소충족요건 제시를 언급하고 있다.

UNCITRAL 전자서명모델법 제9조(1)(d)(iv)에서는 인증서비스 제공자가 부담하는 책임의 범위 내지는 내용에 대한 제한사항에 대하여는 이를 신뢰하는 자가 관련이 있는 경우 인증서 등으로부터 그 사실을 확인할 수 있는 상당히 접근하기 쉬운 수단을 제공하도록 규정하고 있다. 또한 동조 제2항에서는 인증서비스가 제1항의 조건을 충족하지 못하는 경우 이에 대한 책임을 진다고 규정하고 있다. 구체적인 인증기관의 책임에 관한 규정은 포함하고 있지 않다.

2. OECD

OECD에서는 구체적으로 위험분배에 관련된 내용을 규정하고 있지는 않다. 다만 1998년 소비자정책위원회에서 “전자상거래 소비자보호 선언”을 발표한 이래, 1999년 12월 “전자상거래 소비자보호 가이드라인(Guideline for Consumer Protection in the Context of Electronic Commerce)”³⁸⁾을 채택하였다. 전자거래에서 소비자보호의 문제는 조

38) OECD 전자상거래 소비자보호 가이드라인의 제정목적은 다음과 같다.

- 첫째, 정부가 전자상거래 환경 하에서 효과적인 소비자보호를 위해 필요하다면 소비자정책, 법규, 관행, 규제 등을 점검하고, 수립하며, 이행하는데 도움을 준다.
- 둘째, 전자상거래 환경하에서 자율규제 조치들을 점검하고, 수립하며, 이행하는데 있어 고려되어야 할 것들을 규정함으로써, 효과적인 소비자보호를 위해 필요한 핵심적인 사항에 대해 사업자단체, 소비자단체 및 자율규제기관 등에게 지침을 제공한다.
- 셋째, 전자상거래에 있어서 정보의 공시와 공정한 영업행위 등과 관련하여, 사업자는 반드시 제공하고 소비자는 제공받을 것을 기대할 핵심적인 사항들에 대해 개별적인 전자상거래 사업자 및 소비자들에게 분명한 길잡이를 제시한다.

세, 개인정보보호, 인증 등과 더불어 OECD 논의의 주요 의제 가운데 하나이다. 가이드라인의 제2장에서는 소비자보호를 위한 일반원칙을 제시하고 있다. 이를 살펴보면 ①투명하고 효과적인 보호, ②공정한 영업, 광고 및 마케팅 관행, ③온라인 정보제공, ④확인절차, ⑤대금지급, ⑥분쟁해결 및 피해구제, ⑦프라이버시, ⑧교육 및 인식 등의 8개 부분으로 되어 있다.³⁹⁾

위험의 부담에 관한 내용으로는 첫째, 가이드라인 제2장의 V에서는 소비자에게 대금지급과 관련한 보안 수준에 대해 정보를 제공해야 한다는 내용이 규정되어 있다. 이는 대금지급 시스템의 사기적 사용에 따른 배상책임의 제한과 Chargeback제도의 사용을 장려하는 내용이다. Chargeback제도란 신용카드회원이 가맹점과 여러 가지 요인⁴⁰⁾으로 거래상의 분쟁이 발생했을 경우 신용카드회사에 대해 카드사용 대금의 지급을 거절하고, 카드회사를 통해서 거래에서 발생한 비용의 일부 또는 전부를 보상받는 제도이다.⁴¹⁾

두 번째로는 가이드라인 제2장 VI에서는 분쟁해결 및 피해구제의 강화를 위한 내용을 규정하고 있는데, 이에 ①준거법과 재판관할, ②대안적 분쟁해결 및 피해구제 등을 내용으로 하고 있다. 소비자와 사업자간에 분쟁이 발생했을 경우 분쟁의 최종적인 해결방안은 소송을 통한 해결이다. 그러나 소송을 통한 분쟁의 해결은 시간과 비용이 많이 들고, 특히 국제 전자거래의 경우 준거법과 재판관할의 문제가 제기되기 때문에 소비자들이 이용하기 결코 용이하지 않다. 그러므로 사법적 절차를 통하지 않는 분쟁의 해결 방안이 곧 소송외적 대안적 분쟁해결이다. OECD 가이드라인은 이와 같은 대안적 분쟁해결에 대해 다음과 같은 원칙들을 제시하고 있다. 소비자 분쟁의 해결과 불만의 처리는 먼저 ①공정하며, ②

39) 자세한 내용은, 강성진, OECD, 전자상거래 소비자보호 가이드라인의 내용과 규제, 한국소비자보호원, 1999.8, 참조.

40) 예컨대, 계약의 무효, 계약의 취소, 계약의 해제, 상품의 하자, 상품의 미배달 등이 있는 경우.

41) 최선경·최장주, Chargeback과 소비자보호, 한국소비자보호원, 1997.8, 7면.

신속하고, ③부당한 비용과 부담이 없어야 함을 분명히 밝히고 있다.⁴²⁾

42) 분쟁해결을 위해 사업자, 소비자대표 및 정부는 다음과 같은 조치를 취할 것을 권하고 있다.

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

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

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

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

제 4 장 전자거래에서의 위험에 대한 사례

전자거래의 위험에 대하여는 아직까지 구체적인 판결은 많지 않다. 이에 는 소송으로 진행중인 것과 소비자보호원 내지는 전자거래분쟁조정위원회 에 제기된 것이 있다. 전자거래가 가일층 확대일로에 있는 점을 감안한다면 향후 다음과 같은 분쟁사례는 계속 증가할 것으로 예상된다. 또한 전자 거래에서는 무엇보다도 온라인서비스제공자와 관련된 위험의 문제가 많이 발생하고 있는 듯하다. 온라인서비스제공자와 관련한 문제는 주로 명예훼손과 프라이버시침해, 저작권 침해에 관하여 발생하고 있다. 특히 온라인서 비스제공자와 관련하여 이미 미국 등에서는 많은 판례가 축적되어 있고, 우리 나라의 경우에도 이미 이와 관련한 판례가 나온바 있다. 따라서 여기 에서는 전자거래의 위험에 관한 실제적인 사례를 판례와 신고 및 조정신청 의 내용 등을 포함하여 살펴보고자 한다.

제 1 절 계약체결과 이행과정에서 발생하는 위험

1. 판매업자와 소비자간 사고

【사례1】 인터넷 쇼핑몰약관 주의...소비자에 책임전가 많아¹⁾

인터넷 쇼핑몰에서 노트북PC를 주문한 대학생 김모씨는 제품을 받아보 고 깜짝 놀랐다. 새로 구입한 노트북PC의 액정화면이 깨진 상태로 배달된 것. 김씨는 택배회사에 배상을 요구했지만 택배회사는 ‘소비자가 운송을 의 퇴할 때 파손 면책란에 서명했다’며 거부했다. 소비자보호원이 지난해 접수 한 택배 피해 사례 가운데 김씨의 경우처럼 택배회사가 교묘하게 책임에서 빠져나가려 한 경우가 무려 70%에 이른 것으로 조사됐다.

가정 주부 박모씨는 인터넷 쇼핑몰에서 주문한 물건이 도착하기로 되어 있는 날 하루종일 집에서 기다렸다. 박씨는 여러 차례 택배회사에 전화를

1) 동아일보 2000.4.26 일자

(<http://www.donga.com/fbin/searchview?n=200004260291>).

걸었지만 예정일을 닷새나 넘기고 나서야 물건이 배달됐다. 그 바람에 5일 동안 외출도 제대로 하지 못하고 금쪽같은 시간을 허비했다.²⁾

회사원 이모씨는 오디오를 주문했는데 배달 도중 제품이 사라져 버렸다. 택배회사는 ‘내부 규정에 보상한도가 20만원까지로 되어 있어 나머지 물건 값은 줄 수 없다’고 오리발을 내밀었다.

【사례 2】 우후죽순 인터넷쇼핑 소비자 피해 속출한다³⁾

주부 김모(32)씨는 지난 5월 초 한 인터넷 상품권 할인판매 사이트에 37만원이 넘는 돈을 떼었다. 10만원권 백화점 상품권을 9만6000원씩에 할인판매 한다는 말만 믿고 4장 값인 37만6000원을 은행 계좌로 먼저 보냈으나 며칠 후 사이트는 폐쇄돼 버렸고 주문한 상품권은 한달이 넘도록 오지 않아 급기야 소비자보호원에 피해신고를 했다. 소비자보호원은 즉시 경찰청에 자료를 보냈으나 사라진 사업자는 아직 오리무중이다. 인터넷쇼핑몰을 이용하는 ‘사이버 쇼핑객’들이 최근 크게 늘어남에 따라 이처럼 물품 대금만 챙기고 사이트를 폐쇄해 버리거나 약속한 배달 기일 내에 상품을 보내지 않는 사례가 속출하는 등 소비자 피해가 급증하고 있다.⁴⁾

‘인터넷을 통해 구입한 유명 브랜드 핸드백이 이미 백화점에선 품절된 구형 제품인 걸 나중에 알았는데 반품 기간이 지났다고 교환을 거절당했다’, ‘인터넷 경매로 구입한 CD플레이어가 당초 주문했던 제품과 다른 상품이 배달돼 왔다’는 등의 소비자 하소연이 소비자보호원 소비자상담실에 줄을 잇고 있다.⁵⁾

2) 배달이 늦어진 경우 해당 물건이 부패 또는 변질된 경우에만 피해보상을 받을 수 있다.

3) 조선일보 2000.6.1일자

(<http://www.chosun.com/w21data/html/news/200006/200006280344.html>).

4) YMCA 조사에 따르면 사업체 대표자 이름을 밝히지 않은 사이트 비율이 56%를 넘었으며 사업자등록번호 미표시 업체도 58.6%에 달한다고 한다(조선일보 2000.6.1일자).

5) 소비자보호원에 따르면 99년 한 해 동안 접수된 인터넷쇼핑몰 피해 건수는 306건이다. 그러나 올 들어서는 5월까지 이미 448건을 기록, 작년 한 해 치를 훨씬 넘어섰다. 전년 동기와 비교해보면 올해는 피해 사례가 월 평균 7배 이상 늘고 있는 추세다.

【사례 3】 일본 인터넷의 [상거래]에 이용자불만급증; 국민생활센터 조사⁶⁾

인터넷의 급격한 보급으로 이제 클릭만으로 쇼핑도 정보검색도 가능한 시대가 열렸지만, 이용자들의 불만의 소리도 함께 높아지고 있다. 특히, 쇼핑이나 네트옥션(경매)등 인터넷을 통한 거래와 관련된 불만이 뚜렷한 증가세를 보이고 있다는 것이 국민생활센터의 조사에서 밝혀졌다.

전국의 소비생활센터 등에 접수된 상담건수는 작년에 비해 크게 늘어났으며, 이 중에는 인터넷관련 건수도 10월 10일 현재 6천여건을 넘어섰다. 인터넷관련 상담이 시작된 95년이 63건에 불과했다는 것을 생각하면 급격한 증가다. 인터넷관련 상담내용도 많은 변화가 있었다. 초창기에는 접속하거나 필요한 파일을 전송 받았는데 국제전화회사에서 많은 정보료를 청구당했다는 등의 내용 등 인터넷접속으로 인한 상담이 많았던 반면, 요즘에는 통신판매의 피해가 대부분을 차지하고 있다. [컴퓨터를 사기로 하고 입금했으나 물건이 오지 않았다], [농구시합의 티켓을 주문하고 입금했지만, 표는 오지 않고 업자와도 연락이 되지 않는다] 등등 피해사례가 많다.

【사례 4】 저가 낙찰된 경매 취소한 유비드 피소⁷⁾

분노한 경매 고객들이 온라인 경매업체 유비드(uBid)가 고급형 컴퓨터에 대한 저가 경매를 취소, 고객을 기만했다고 주장하며 이 회사를 상대로 소송을 제기했다. 지난 금요일(5일) 미국 일리노이주 쿡 카운티 법원에 제소된 이번 소송에서 일리노이주 엘크그로브 빌리지(Elk Grove Village)에 위치한 유비드는 경매 고객들과의 계약을 파기하고 속임수 거래를 했다는 혐의를 받고 있다. 이번 소송의 발단은 지난 4월 펜티엄 III 733MHz 컴퓨터에 대한 경매. 원고측의 소장에 따르면 유비드는 959대의 컴퓨터를 매물로 내놓고 306명으로부터 경매 신청을 받았고 낙찰가는 53달러에서 353달러까지의 가격대를 형성했다. 애초 유비드는 낙찰 여부를 확인하고 주문을 공급업체에 통보했다고 매수자들에게 전자우편으로 알리는 한편 이

6) <http://www.netlaw.co.kr>. Japan News, 2000.10.27일자.

7) Korea.CNET.com. 2000.5.10일자

(<http://korea.cnet.com/news/2000/05/10/20000510k.html>).

들의 신용카드를 통해 낙찰가와 발송비를 결제했다고 밝혔다. 그러나 며칠 후 유비드는 물건을 발송하는 대신 주문을 취소하고 다른 경매에 사용할 수 있는 50달러짜리 쿠폰을 제공하겠다는 전자우편을 보내 말썽을 빚기 시작했다.

원고측 변호사 브라이언 머피(Brian Murphy)는 ‘유비드가 낙찰가가 낮다는 이유로 경매를 취소했다’고 주장했다. 오하이오(Ohio)주 콜럼버스(Columbus) 소재의 법무법인 머레이 머피 모울 앤 바질(Murray Murphy Moul & Basil) 소속인 머피 변호사는 ‘유비드가 경매 참가자들이 경매를 취소할 수 없다고 명시된 약관을 준수할 의무가 있다’고 강조했다. 머피 변호사는 ‘만약 유비드가 해당 컴퓨터들에 대해 특정 가격을 원했다면 경매 최저가를 명시하거나 해당 가격 미만으로는 컴퓨터를 팔지 않겠다는 유보가격대를 정했어야 한다’고 말하고 ‘계약 파기가 정당화될 수 없으며 유비드는 이러한 행위를 할 아무런 권리가 없다’고 덧붙였다. 유비드의 대변인 너벤카 타더라빅(Nevenka Todorovic)은 ‘유비드가 아닌 별도의 업체들이 컴퓨터를 제공했을뿐 유비드는 단지 중개 역할에 그쳤다’고 밝혔다. 공급업체들이 경매 시작때 제공된 컴퓨터들을 바꿔치기 했다는 것이다.

타더라빅은 자사가 고객들의 신용카드를 전혀 결제하지 않았으며 이 사건 이후 공급업체들의 회원사 자격을 박탈했다고 밝혔다. 그녀는 처음 유비드의 실수로 이런 일이 생겼을 때 경매가격 오류를 인정했지만 공급업체들은 사이트에 제공된 물량을 맞출 만큼의 컴퓨터가 없었다고 말했다. 타더라빅은 ‘이번 사태는 사람이 저지른 실수이며 경매가 종료될 때까지 이를 발견하지 못했다’고 말했다.⁸⁾

8) 캘리포니아(California)주 팰로알토(Palo Alto)의 변호사 대니얼 해리스(Daniel Harris)는 사용자 약관에서 고객들에게 무엇을 약속했는지에 따라 유비드가 패소할 수도 있다고 말했다. 그는 그러나 유비드가 수익을 남길 수 없을 때 경매를 취소할 수 있는 권리를 아마 사용자 약관에 넣었을 거라고 말했다. 해리스는 유비드가 이러한 조항 없이 경매를 일방적으로 취소했다면 놀라운 일이라고 말했다(Korea.CNET.com. 2000.5.10일자).

지난달에는 스포츠용품 수집가들이 온라인 경매 선두업체 이베이(eBay)가 사기 경매를 근절하기 위해 노력하지 않았다는 이유로 소송을 제기했다. 지난 3월에는 3개의 비디오 게임업체들이 야후(Yahoo)가 불법복제 게임을 경매 사이트에서 팔았다는 혐의로 제소했다. 유비드의 가격 분쟁은 지난해 인터넷 소매업체인 언세일(Onsale)과 바이.컴(Buy.com)이 겪었던 것과 비슷하다.

2. 계속적 거래관계에 있는 사업자와 이용자간 사고

【사례 1】 오르시오 메일 잇따른 사고⁹⁾

(주)NEXEN이 운영하는 오르시오 메일(www.orgio.net)의 시스템 문제로 5월 30일 데이터 보존에 장애가 발생, 일부 사용자들의 수신된 편지가 모두 날라가 버렸다. 뿐만 아니라 오르시오 메일이 특허출원 중이라는 ‘수신확인 기능’도 마비돼 사용자들로부터 빈축을 샀다. ‘오르시오 메일’은 지난 4월에도 사용자들의 저장 데이터를 유실, 사과하기도 했다. 오르시오 메일의 한 사용자는 지난 4월 26일 미국의 도메인 등록업체인 ‘network solutions’사에 도메인 이름을 등록해 놓고 오르시오 메일로 받아야 할 인증이 늦어져 곤혹을 겪어야 했다. 또한 5월 30일에는 정확한 시각을 표기하지 않은 채, 31일 ‘새벽’에 사용이 정지된다는 안내문을 게재해 사용자들을 당황하게 만들었다. 이와 같은 내용을 항의하려던 사용자는 오르시오 메일에게서 되레 핀잔만 들어야 했다. 한편 다음 커뮤니케이션의 한메일(www.hanmail.net)도 지난 10일, 3천여 명의 사용자들에게 불편을 초래해 거센 항의에 부딪히고 있다.¹⁰⁾

9) 오마이뉴스 2000.6.1일자

(http://www.ohmynews.co.kr/article_view.asp?menu=find&no=9285&rel%5Fno=1&StrSearch=word%3D%BF%00%B8%A3%01%F6%BF%00%26page%3D1%26outsort%3Dtime%5Finput+desc).

10) 오르시오 메일의 약관 제1조 (라)항은 ‘회사는 무료로 제공되는 서비스 이용에 관련하여 회원에게 발생한 어떠한 손해에 관하여도 책임을 지지 않습니다’라고 규정돼 있어 약관의 유효성에 관한 검토가 필요하다.

【사례 2】 다음, 메일사고로 법정소송 갈 듯¹¹⁾

인터넷 무료 e메일 사고로 인해 유실된 데이터에 대해 메일이용자가 인터넷업체에 손해배상청구 소송을 제기해 앞으로의 판결에 관심이 집중되고 있다. 다음커뮤니케이션 한메일의 사용자 2명은 「한메일에 보관중이던 e메일 자료가 다음측의 과실로 유실됐다」며 다음을 상대로 각각 1000만원 씩 2000만원의 손해배상금을 청구하는 소송을 8일 서울민사법원에 제기했다. 고소인인 윤모씨(ID: Cyberlaw)의 1인은 손해배상 청구에서 1998년 5월께부터 한메일넷을 애용해 왔는데 지난 5월 11일 다음측의 서버 교체중에 발생한 장애로 메일과 주소록, 기타 자료를 모두 잃어 버리게 됐다며 이 같은 소송을 제기하게 됐다고 밝혔다.

그러나 다음측은 데이터 유실사고는 서버교체중 일어난 사고가 아닌 하드웨어 자체의 결함으로 발생한 사고라며 다음측의 잘못에 대해서 인정할 수 없다는 입장이다. 다음측의 한 관계자는 ‘법원의 소환이 있어야 정확한 사건설명을 할 수 있겠지만 고소인이 아는 바 대로 서버교체로 인해 발생한 사고가 아니라 새로 들여온 S사의 하드웨어 장비의 결함으로 인해 발생한 문제인 만큼 시간을 갖고 대처해 나갈 것’이라고 말했다.

이에 대해 손해배상을 청구한 고소인들은 ‘회원수의 양적 증가가 인터넷 기업의 가치를 결정짓는 잣대로 작용하는 만큼 이로 인해 벌어들인 수익을 웹서비스의 질적 향상에 쏟아야 하는 것은 당연하다’고 주장했다. 또 고소인의 변호를 맡은 법무법인 아람의 김형준 담당변호사는 ‘회원들로부터 무형의 가치인 개인정보를 획득하면서도 무료 서비스만을 내세워 지나치게 포괄적이고 회원들에게 불리하게 돼 있는 약관의 공정성을 바로 잡고 개인 웹메일이 온라인상 중요한 정보로서의 재산가치임을 확인시켜줘야 한다’고 말했다.

11) 전자신문 2000.8.10 일자

(<http://www.etimesi.com/news/detail.html?id=200008100126>).

3. 검 토

(1) 판매업자와 소비자간 사고

【사례1】은 판매업자와 소비자간의 채무불이행에 관련된 것으로 판매업자의 이행보조자인 택배회사의 실수에 대하여 판매업자에게 그 손해를 청구할 수 있는가 하는 문제이다. 첫 번째 사례에서는 두 가지 쟁점이 있다. 첫 번째는 쇼핑물운영자의 책임과, 쇼핑물에 입점한 판매업자의 책임 그리고 택배회사의 책임으로 판매인과 관련된 당사자의 책임부분이고, 두 번째는 면책란의 서명이 유효한가에 대한 것이다. 두 번째 사례는 판매업자의 이행보조자인 택배업자의 이행지체와 관련된 내용으로 지체기간중에 있었던 손실에 대하여 청구할 수 있는가에 관한 것이다. 그리고 세 번째 사례는 이행보조자의 이행도중 물품이 분실되는 경우의 문제로 이행보조자의 실수로 인한 사고시 누구에게 그 책임을 물을 수 있는가에 관한 것이다.

이러한 사례는 통신판매의 전형적인 사례라고 할 수 있다. 즉 소비자는 쇼핑물을 통하여 판매업자와 계약을 맺은 후, 대금을 지급하고, 계약내용에 따른 완전한 이행을 기대하나 판매업자의 이행보조자인 택배회사의 실수로 채무불이행이 된 경우이다. 다만 그러한 거래가 인터넷의 쇼핑물을 통해서 이루어진 것이라는 점이 전자거래내에서 발생하는 사고의 유형으로 분류하는 의미를 가질 뿐이다.

【사례2】와 【사례3】도 마찬가지로 판매업자와 소비자간의 채무불이행으로 인한 사고를 다루고 있다. 두 사례들이 【사례1】과 다른 점은 사기적인 거래로 인한 피해를 다루고 있다는 점이다. 인터넷에서는 웹사이트를 개설하거나 폐쇄하는 일이 용이함으로 악의를 가진 자로 인한 피해를 간과할 수 없고, 이로 인해 피해를 입는 사례가 계속적으로 발생할 것으로 예상된다. 따라서 소비자도 피해를 입은 후 구제책을 찾기보다, 먼저 계약하기 전에 전화를 걸어본다거나, 신뢰할 만한 업자를 선별해서 거래를 하도록 하는 것이 필요하다.

【사례4】는 경매거래에서의 경매주최자와 경매고객간에 발생한 낙찰내용 불이행에 따른 사고이다. 경매주최자측에서는 제공자와 고객간에 연결을 해 줌으로써 이익을 보게되는 것으로, 이와 같은 경우에 경매로 인해 피해를 입은 고객이 경매주최자를 상대로 그 손해배상을 청구한 것이고, 경매주최자가 이에 대한 책임을 전적으로 부담하는가의 문제이다.

(2) 계속적 거래관계에 있는 사업자와 이용자간 사고

전자거래는 한번으로 그 거래가 종료되는 경우도 있지만, 대개는 인터넷에 개설된 웹사이트에 회원으로 가입해서 계속적으로 당해 사이트를 거래하는 경우가 많다. 예컨대 하이텔이나 야후, 천리안, 라이코스 등은 자신이 구축해 놓은 웹사이트에 많은 회원을 모집한 후, 이들에게 거래를 할 수 있는 장을 만들어 주거나, 직접 정보를 만들어서 제공하는 역할을 한다. 이처럼 【사례1】과 【사례2】는 계속적인 거래관계가 있는 당사자사이에서 이용자가 원활하게 이용하지 못하는 경우에 제공자가 지게되는 책임에 관한 것이다.

물론 계속적 거래관계에서 제공자와 이용자간에 이용계약을 맺은 경우, 제공자는 이용자가 본 계약을 해지하기 전까지는 원활하게 이용하도록 하여야 할 의무를 부담한다. 그러나 전자거래는 제공자가 예상하지 못한 오류로 그와 같은 의무를 이행할 수 없는 경우가 발생할 가능성이 많으므로, 대부분 제공자는 약관에 이러한 경우에 면책된다는 내용을 삽입하고 있다. 그러므로 피해를 입은 이용자입장에서 보면 이와 같은 약관이 유효한지, 두 번째로 그러한 피해에 대한 적절한 구체방안은 없는지 고려해 보게 된다. 본 두 개의 사례에서도 마찬가지로 (주)빅센과 다음에서 제공하는 메일시스템의 오류로 이를 이용하던 이용자의 개별적인 정보가 삭제되거나, 일정한 기간동안 이용할 수 없게 된 경우, 제공자가 책임을 부담하는가가 본 사례의 쟁점이다.

제 2 절 시스템구축과 운영과정에서 발생하는 위험

1. 통신서비스회사의 통신망에러에 대한 사고

【사례 1】 인터넷 공모중 홈페이지 증발 손해소¹²⁾

부동산 전문사이트를 운영하는 D사는 19일 ‘홈페이지를 관리하는 업체의 실수로 홈페이지가 사라지는 바람에 피해를 봤다’며 S사를 상대로 3억원의 손해배상 청구소송을 서울지법에 냈다. 원고는 소장에서 ‘피고회사가 전용선 교체작업 과정에서 실수하는 바람에 인터넷 접속이 안돼 본사 홈페이지가 10시간 동안 사라졌다’며 ‘이로 인해 사고 전날부터 인터넷을 통한 주식공모를 하고 있던 본사가 원래의 계획대로 공모를 못해 피해를 봤다’고 주장했다. D사는 지난 3월27일부터 8일 동안 인터넷을 통해 9억9천만원의 주식공모를 계획했으나 그 다음날인 28일 S사의 실수로 홈페이지 접속이 안돼 주식공모가 급감하자 소송을 냈다.

【사례 2】 일본 인터넷접속불량 잦아, 우정성에서 NTT시설점검¹³⁾

NTT東日本 및 西日本에서는 인터넷이용자를 대상으로 매달 일정요금을 지불하면 인터넷을 무제한 사용할 수 있는 서비스인 [플랫 ISDN]을 실시하고 있는데, 이용자들로부터의 이용불편신고가 잦아 우정성에서 NTT의 시설에 대한 점검에 나서기로 했다.

이번 조사는 11월초부터 시작될 예정이며, 설비의 운용상황, 사고시의 연락절차, 이용자에 대한 불편사항 처리, 관리체제 등을 종합적으로 점검하여 대책을 마련할 것을 NTT에 요청할 방침이다. 우정성에서는 NTT의 잦은 고장이 접속자를 판별하거나 접속수를 제어하는 장치에 문제가 있어서 생기는 것으로 보고 있다. 이용자에게서 접속하려 해도 접속할 수 없었다는 불편신고가 전국적으로 급증하고 있으며, 지금까지 영향을 받은 이용자수만 해도 20만명이 넘을 것이라는 것이 우정성의 추산이다.

12) 중앙일보 2000. 5. 20.

13) <http://www.netlaw.co.kr>. Japan News, 2000.10.25일자.

【사례 3】 일본 인터넷이용의 불만, 상담건수가 10만건 넘어서; 우정성 조사¹⁴⁾

우정성에서 이번에 국제통신사업자 7사에 대해 인터넷에 의한 국제정보 제공서비스에 관한 불만 및 상담건수에 대한 조사를 벌였다. 이용자가 아닌 사업자에 대한 이용불만조사는 처음 이루어졌는데, 결과에 따르면, 작년 9월부터 올 9월까지의 13개월 동안에 10만건이 넘는다는 것이 밝혀졌다. 이번 조사에서 가장 많은 불만으로 나타난 것은 [인터넷을 이용하면, 모르는 사이에 국제전화로 연결되어, 많은 요금이 청구된 경험이 있다]라는 부분이다. 이에 따라 우정성에서는 통신사업자 및 사업자 단체에 트러블방지 대책을 마련하도록 권고할 방침이다.

이번 조사는 처음으로 사업자를 대상으로 이루어졌다. 조사를 시작한 작년 9월에는 1751건이었던 불만건수가 올해 3월부터는 급격한 증가를 보이기 시작, 매달 만여건이 넘는 상담이 쇄도한 것으로 집계되었다. 우정성에서는 급증하는 트러블방지를 위해, NTT커뮤니케이션즈, 일본텔레콤 등의 국제통신사업자와 텔레콤서비스협회, 일본인터넷프로바이더협회 등에 대해, (1)특정국에 대한 이용이 일정액 이상 되었을 경우, 수시 청구서를 발행한다 (2)접속 전에 국제전화라는 사실을 고지하는 음성을 내보낸다 (3)해외에 접속된 경우에 경고음을 발신하는 소프트(인터넷상에서 무료로 배포되고 있음)의 이용을 장려한다 등의 조치를 취해줄 것을 요청했다.

2. 컴퓨터시스템 운영상의 오류로 인한 사고

【사례 1】 전자거래 분쟁도 업그레이드¹⁵⁾

회사원 S 씨는 최근 온라인 게임업체인 B사가 운영하는 컴퓨터 머드게임을 해오다 회사측의 운영 잘못으로 에러가 자주 발생하자 정신적인 피해

14) <http://www.netlaw.co.kr>. Japan News, 2000.10.16일자.

15) 중앙일보 2000.5.18일자 기사

(http://search.joins.com/asp/snews_content.asp?id=20000517173040&keyword=%C0%FC%C0%DA%B0%C5%B7%A1&tablename=NEWS2000&srcode=).

를 봤다며 전자거래분쟁조정위원회에 보상 신청을 제기했다. S씨는 'B사가 새로운 버전 출시를 앞두고 구버전 게임 운영을 소홀히 해 사이버 게임 공간에서 주고받는 돈의 액수가 틀려지는 버그가 발생했다'며 위자료 (10만원) 지급을 요구했다.¹⁶⁾ B사를 상대로 분쟁해결을 신청한 S씨도 조정 과정에서 B사가 영상 불만을 지적하는 게시 내용을 임의로 삭제하지 않고, 향후 시스템 운영 에러에 대해서는 책임을 지는 조건으로 합의했다. S씨는 '돈이 문제가 아니라 시스템 운영도 서비스라는 생각에 분쟁조정 신청을 냈다'고 말했다.

E쇼핑몰에서 컴퓨터 CPU 9백개를 대량 구매한 A씨도 대금을 신용카드로 결제한 뒤 제품이 배달되기를 기다렸으나 제품이 오지 않고 일방적으로 거래가 취소됐다고 분정조정신청을 냈다. 가격이 너무 싸게 잘못 표시된 것을 뒤늦게 안 쇼핑몰측에서 일방적으로 거래를 취소하자 보상을 요구, 현재 조정이 진행 중이다.

3. 이용자의 착오로 인한 사고

【사례 1】 빈발하는 사이버 거래분쟁¹⁷⁾

서울 강남의 이 모씨는 지난해 9월 핸드폰 크기의 무선 주식거래 전용 단말기인 에어포스트를 이용해 주식거래를 하다가 착오로 매매주문을 내 2000만원의 손해를 입었으나 피해를 보상받지 못했다. 이 단말기는 화면이 작아 종목명을 한글 4자만 보여주기 때문에 대우전자와 대우전자부품이 모두 대우전자로 표시되나 이 씨는 이를 알지 못하고 대우전자 매수주문을 냈으나 정작 대우전자부품 주식을 구입했던 것이다. 해당증권사인 S증권은 고객의 착오를 방지하기 위해 종목명앞에 종목코드를 함께 표시했고 설명서에도 충분히 주의를 줬다고 설명했다.¹⁸⁾

16) 산업자원부에 따르면 전자거래 분쟁을 해결하기 위해 설립한 전자거래분쟁조정위원회에 최근 이같은 신종 민원이 속속 접수되고 있다. 지난달 12일 출범한 조정위원회에는 그동안 38건의 상담과 16건의 분쟁해결신청이 접수돼 현재 합의가 이뤄지지 않은 3건은 조정이 진행 중이다.

17) 매일경제 2000. 3. 17.

18) 금융감독원은 '통신매체를 통한 거래는 현재 서비스가 잘 구축되지 않은 상황에서

서울 강서구의 박 씨는 99년 9월 A증권사의 홈트레이딩시스템을 이용해 거래를 하다 시황란에 B사의 우선주 무상증자 비율이 100%라는 공시내용을 보고 400주를 매수했으나 나중에 무상증자 비율이 10%인 것을 알게됐다. 이에 박씨는 A증권사에 주가하락에 따른 손해를 요구하면서 분쟁조정 신청을 냈다.¹⁹⁾

4. 검토

(1) 통신서비스회사의 통신망에러에 대한 사고

【사례1】은 전자거래에서 발생하는 사고 중 통신망에 관련된 사고이다. 전자거래에서 어떠한 시스템을 구축한 자와 이를 이용하는 이용자간에 통신망이용에 관한 계약을 맺고, 이에 따라 이용자²⁰⁾에 대하여 적절하고 원활하게 통신망을 이용하도록 할 의무를 통신서비스회사는 부담한다. 그러나 어떠한 사고로 인하여 이와 같은 의무를 이행하지 못했고, 이로 인해 이용자에게 손해를 입힌 경우 계약내용에 따른 이행을 하지 못했기 때문에 채무불이행책임을 지게 되나, 본 사례에서의 쟁점은 이용자가 손해를 입었다고 주장하는 것과 통신서비스회사의 채무불이행책임을 어떻게 할 것인가 하는 것으로 판단된다. 이러한 사례는 향후 전자거래가 증가됨으로써 계속적으로 늘어날 것으로 예상되므로, 이에 대한 법리가 확립되어 있는 것이 필요하다고 보여진다.

거래자가 주의를 기울일 수밖에 없다'며 '신청인이 주의를 기울였다면 이 종목에 대한 구분을 할 수 있었다고 판단됨에 따라 당해 증권회사에 손해배상책임을 묻기는 곤란하다'고 하고 있다(매일경제 2000. 3. 17).

19) 금융감독원은 증자내용 공시가 지난해 8월 23일 증권거래소와 다음날 일부 신문에 난 내용이므로 투자자가 충분한 주의를 기울여야 했다고 지적했다. 사이버 거래가 활발한 증권분야에서는 주문시스템 장애발생이나 주문이 이뤄지지 않은 것으로 알고 이 증매수를 내는 등 피해사례가 잇따르고 있으나 증권사에 책임을 묻는 경우는 없다고 한다.

20) 여기에서의 이용자는 단순한 소비자를 말하는 것이 아니라, 소비자에게 제공하기 위해 이를 이용하는 전자거래의 제공자라고 파악해야 한다.

【사례2】는 통신서비스회사와 서비스이용에 관한 계약을 맺었으나, 어떠한 사유로든 접속이 불량하게 됨으로써 이용자가 피해를 입은 사례²¹⁾이며, 【사례3】은 통신서비스회사의 과다한 요금징수로 인한 피해사례이다. 두 사례는 【사례1】과 내용이 상이하다. 실제 【사례2】와 【사례3】은 이의 피해를 입증하기에도 어려움이 있고, 피해를 입었다고 하더라도 이용자가 통신서비스를 이용하는 과정에서 수인하는 정도의 위험으로 판단될 여지가 많으므로, 계약내용에 따른 책임의 분담이라는 측면보다는 서비스제공자가 스스로 이러한 불편을 해결하기 위한 노력을 기울이도록 하는 측면으로 보아야 할 것이다.

(2) 컴퓨터시스템 운영상의 오류로 인한 사고

전자거래를 계속적으로 지원해주는 것이 바로 컴퓨터시스템이라고 할 수 있다. 컴퓨터시스템은 수많은 프로그램으로 구성되어 있다. 이들 프로그램은 독자적으로 혹은 서로 유기적으로 관계를 가지고 움직이고 있으며, 매우 정교한 내용이 들어 있다. 그렇기 때문에 상황에 따라서, 혹은 프로그램에 예상치 않았던 오류가 발생할 가능성도 많게 된다. 컴퓨터시스템 운영상의 오류로 인한 사고는 채무불이행책임 및 제조물책임과 관련된다고 볼 수 있다. 컴퓨터프로그램의 하자뿐만 아니라, 컴퓨터시스템을 운영하는 과정에 발생하는 오류에 대해서도 제공자는 책임을 부담하게 된다.

(3) 이용자의 착오로 인한 사고

전자거래에서는 컴퓨터 자판기를 입력하거나 마우스를 이용하여 클릭하는 방법으로 의사표시를 하게 된다. 사람이 구두로 표시를 하는 것에 비하여 이러한 방법은 자칫 잘못하면 다른 표시를 하게 되기도 한다. 이용자의 착오는 자신이 이러한 사실을 깨닫지 못한 상태에서 표시를 함으로서 손해가 발생하는 경우이다. 특히 컴퓨터를 이용하여 표시를 하는 경우 표시자가 세심한 주의를 기울임으로써 착오를 발생하지 않도록 하는 것이 필요한 반면, 표시시스템을 구축하는 입장에서도 이용자가 착오로 표시를 하지 않

21) 우리나라에서는 하나로통신, 두루넷 등이 바로 이러한 서비스를 제공하고 있다.

도록 추가적인 확인절차를 거치는 것이 필요하다고 보인다.

【사례1】에서는 단말기 화면이 작아 주식거래에 관련되는 종목명이 정확하게 입력되어 있지 않음으로써 피해를 입었는 것과, 증권사의 시황란에 기재되어 있는 내용을 신뢰하고 주식을 매입했으나 그 내용이 잘못되었다는 것이다. 이러한 경우 신청인이 특히 주의를 기울여 거래를 하지 않은 것이기 때문에 그에 대한 손해를 감수하는 것이 타당하다고 볼 수도 있으나, 전자거래가 단순히 의사표시를 하는 것과는 다르다는 점을 감안해 본다면, 이러한 것이 타당하다고 만은 할 수 없다.²²⁾

제 3 절 당사자의 제3자의 불법행위로 인한 위험

1. 인터넷 사기 사고

【사례 1】 인터넷공모 거액모아 출행량²³⁾

평소 일본 문화에 관심이 많았던 회사원 J 모씨(35)는 얼마전 인터넷동호회인 뉴스그룹에서 말로만 들던 인터넷 사기를 당하고 기가 찼다. 뉴스그룹에서 ‘일본문화 CD를 장당 8000원에 판다’는 글을 읽은 J 씨는 흑시돈을 떼이는 것은 아닌지 우려하기도 했으나 CD판매자의 평이 좋은데다 워낙 갖고 싶던 CD라 5장을 구입하기 위해 모두 4만원을 온라인 송금했다. 그러나 입금확인 후 이틀이면 도착할 것이라는 CD는 일주일도 지나

22) 이와 유사한 사례로 텔레뱅킹이나 현금자동인출기 등 거래에서 발생하는 고객피해 사례를 들 수 있다. 【사례1】 경기 성남의 김 모씨는 지난달 텔레뱅킹을 이용해 계좌이체를 하다 엉뚱한 계좌로 잘못 송금한 일이 있어 급히 해당은행에 통보했다. 그러나 김 씨에게 돌아온 답변은 은행규정을 들어 정정이 불가능하고 ‘실명거래에 관한 법률’에 따라 송금을 받은 사람의 신원을 알려줄 수도 없다는 설명이었다. 김 씨는 자신의 사소한 실수를 인정하고 있었지만 책임을 회피하는 듯한 은행의 일 처리에 분통을 터뜨리고 지난달 금융감독원에 분쟁조정을 신청했다. 【사례2】 또한 서울 강서구의 송 모씨는 지난해 11월 현금인출기로 현금서비스 20만원을 받기 위해 기기를 조작했으나 카드와 영수증만 나오고 현금이 나오지 않았다. 그러나 그 다음달 카드사는 50만원의 이용대금을 청구했다. 【사례3】 경기 안양의 김 모 씨도 지난해 6월 50만원의 현금서비스를 받으려고 했으나 현금인출기에서 거래가 취소됐지만 카드사에서 요금이 청구돼 금융감독원에 구제를 신청했었다. 이에 대하여 현재까지는 어떠한 구제를 받을 수 있는 법적 근거도 마련되어 있지 않다(매일경제 2000. 3. 17).

23) 매일경제신문 2000. 1. 20.

도록 아무런 소식도 없다. J 씨는 ‘큰 돈이 아니라 굳이 추적할 생각은 없지만 나 같은 사람이 한 두사람이 아닐 것’이라며 불쾌해 했다.

작년말 ‘매직골드유통’이란 이름의 인터넷 쇼핑몰을 개점한 黃모씨는 개점행사로 ‘10만원만 내면 50만원어치의 상품권을 준다’고 대대적으로 광고한 후 300여명의 돈을 받아 챙긴 뒤 미국으로 달아났다. 黃씨는 사이트의 신뢰성을 높이기 위해 국내 유명 회사의 광고를 가짜로 올려놓는 등 지능적인 수법으로 방문자들을 끌어들이는 것으로 밝혀졌다.

인터넷 공모기업들은 10억원 미만 공모의 경우 유가증권 신고서 제출을 하지 않아도 된다는 허점을 이용해 대부분 9억9000만원으로 공모하고 있다. 이들은 특히 인터넷 공모에 실패하더라도 공모기간을 연장하거나 사업계획을 다시 작성해 몇 달 후 재공모하는 등 범망을 피해가고 있는 실정이다. 재정부 관계자는 ‘최근 상당수 인터넷 주식거래 중개사이트들이 수수료를 챙기고 있다는 정보를 입수, 금융감독원을 통해 집중 단속을 벌이고 있다’면서 ‘이런 사이트들은 건전한 자본시장의 발전을 막는 것은 물론, 불충분한 정보로 투자자들에게 피해를 줄 수 있다’고 설명했다.

인터넷 주식사이트와 뉴스사이트가 검증되지 않은 ‘사이버 특종’을 경쟁적으로 퍼뜨리고 있다. 이들은 사이트의 인지도를 조기에 높이고 가입자를 가능한 많이 확보하기 위해 ‘루머 추적’이라는 이름으로 실제 회사이름까지 거명하며 허위정보를 유포하고 있다. 문제가 발생할 경우 바로 해당 정보를 삭제하지만 그 때는 이미 상당수 투자자들과 관련사가 피해를 입은 다음이다. 일부 인터넷 쇼핑몰은 소비자가 직접 방문할 수 없다는 점을 악용해 인터넷상에서는 그럴듯한 상품을 보여주고 실체는 질 낮은 상품을 배달, 소비자를 우롱하고 있다.

【사례 2】 인터넷업체 분쟁 잇따라²⁴⁾

최근 들어 도메인공모나 스팸메일, 그리고 이벤트사기 등을 둘러싼 인터넷업체들의 분쟁이 사이버 공간에서 잇따르고 있다. 올 들어 갑자기 늘어

24) 전자신문 1999. 11. 30.

난 인터넷업체들이 사업확장을 위해 무리수를 두면서 발생하기 시작한 여러 가지 성격의 분쟁은 자칫 사회문제로 확산될 가능성이 짙어 심각성을 더해주고 있다. 특히 이 같은 분쟁사태는 인터넷산업의 경우 브랜드마케팅이 최우선이라는 점을 감안할 때 각 업체의 초기 사업 정착에 오히려 역효과를 초래할 수도 있다는 점에서 업계의 우려를 사고 있다. 결국 신뢰성 하락으로 개별업체는 물론 인터넷업계 전체의 이미지 추락으로 확대돼 악영향을 가져올 수 있다는 해석이다.

닉스는 최근 3억원을 내걸고 공모한 인터넷 도메인 시상식이 연기됨에 따라 이 회사의 행사가 자작극이라는 네티즌의 주장에 휘말려 곤욕을 치르고 있다. 닉스가 3억원을 내걸고 추진한 도메인 공모의 당첨자는 『ifree.com』을 접수한 아이네트의 한 관계자였는데 이를 두고 다른 응모자들이 아이네트가 닉스의 웹호스팅 업체라는 점을 들어 당첨 무효 및 자격에 문제가 있다고 주장, 시비에 휘말리고 있다. 이에 따라 닉스 도메인 공모에 참여한 네티즌을 중심으로 『닉스 도메인사건 해결을 위한 네티즌 행동(www.ihateifree.com)』이라는 반닉스 단체를 결성하게 됐고 이 단체는 닉스측에 최후통첩까지 보내는 등 현재까지 시비논쟁중이다. 네티즌은 도덕적으로 있을 수 없는 일을 자행했다며 즉각적인 사과와 시정을 하지 않을 경우 법정소송도 불사하겠다는 강경한 입장을 취하고 있다.

웹진업체인 emag21은 스팸메일과 관련한 분쟁에 휘말려 있다. 이 회사는 웹진업체 이지홈(www.ezhome.co.kr)이 emag21 사이트를 통해 전자우편을 발송하면서 네티즌으로부터 거센 항의를 받았다. 이러한 사실을 보도한 「뉴스보이(www.newsboy.co.kr)」는 ‘항의를 받은 이후에도 스팸메일이 줄지 않고 네티즌의 항의가 계속되자 emag21은 이지홈에서 탈퇴했으며 진상과약을 위해 자체 조사중’이라고 밝혔다. 결국 emag21이 공식사과를 함으로써 사건은 일단락됐다. 하지만 이 사건은 커뮤니티를 목적으로 회원을 공유하는 사례가 늘고 있는 가운데 나온 스팸메일 논쟁이라는 점에서 언제든지 인터넷업체와 네티즌 사이의 분쟁으로 비화될 여지를 남겨 놓고 있다.

또 매직골드(www.oktele.com, www.magicgold.co.kr)는 이벤트 사기로 황주상 사장이 경찰의 수배를 받고 있는 등 잇따른 인터넷업체의 불신사례가 발생, 대책이 시급한 것으로 나타났다. 황 사장은 오픈이벤트로 최근 10만원을 입금하면 50만원짜리 상품권을 주겠다는 수법으로 회원 900여명의 가입비를 챙긴후 지방으로 도주, 경찰이 행방을 찾고 있다. 네티즌은 황 사장의 수법으로 보아 이벤트 사기외에 공모주 등 각종 명목으로 돈을 거둬 피해사례가 더 늘어날 것이라고 주장하고 있다. 이 회사 관계자들은 즉각 홈페이지를 폐쇄하고 타 사이트를 통해 해명을 하는 한편, 전 네티즌에게 황 사장 체포 동참을 촉구하고 나섰다.

2. 해 킹

【사례 1】 PC banking 비밀번호 유출사고 은행 책임²⁵⁾

PC banking 계좌의 비밀번호 유출로 인해 금융사고가 발생한 경우 유출경로에 대한 입증 책임은 은행에 있다는 판결이 나왔다. 그 동안 은행직원과 직접 대면을 통해 이뤄지던 은행거래에서는 필요한 서류와 비밀번호를 알고 있는 사람에게 인출한 경우 은행은 책임을 면한다는 이른바 ‘채권의 준점유자에 대한 채무변제’가 직접대면이 이뤄지지 않는 온라인에서의 거래에서는 적용되지 않는다는 취지의 판결로 상급심의 판결을 기다리고 있다.

서울지법 민사합의19부(재판장 金敬鍾 부장판사)는 17일 홍콩의 에이비엔 암로 아시아증권사가 신한은행을 상대로 ‘PC뱅킹으로 은행과 거래하던 중 비밀번호가 새 1억5천여만원의 예금을 인출 당했다’며 낸 당좌계금지급 청구소송(98가합106668)에서 원고승소 판결을 내렸다. 재판부는 판결문에서 ‘채권의 준점유자에 대한 변제를 판단하는 데 있어서는 입력된 이용자 ID, 비밀번호 등의 일치여부 뿐만 아니라 비밀번호 누출책임이 누구에게 있는지 까지도 함께 고려해야 한다’며 ‘예금주가 예금 사실에 대한 입증이 있고 그 예금을 청구하는 경우 은행은 면책사유가 있다는 등의 특별한 사

25) 법률신문 2000.10.23일자

(http://www.lawtimes.co.kr/gisa/main.asp?NEWS_SERIAL=3214&news=N).

정이 없는 한 반환의무가 있고 면책사유에 대한 입증책임은 은행이 부담'한다고 밝혔다. 재판부는 또 '특히 PC뱅킹과 같은 전자자금 이체제도는 은행이 비용절감 및 고객 편의 등의 목적을 가지고 자체적으로 도입한 것인 만큼 그 시스템의 안전성을 확보할 의무는 은행에 있다'고 밝혔다.

에이비엔 암로증권사는 지난 95년 신한은행 무교동 지점에 당좌계좌를 개설한 뒤 PC뱅킹을 이용해 거래를 하다 강모씨와 공범 박모씨가 98년6월 계좌이체를 통해 1억6천여만원을 빼돌리자 증권사에서 비밀번호가 유출된 것이 아니라며 이 사건 소송을 냈었다.

【사례 2】 인터넷 보안 소홀하면 법정으로 간다²⁶⁾

지난 6개월간 인터넷 보안 문제는 끊임없이 뉴스거리였기 때문에 사람들은 최근 나이키 웹사이트에 대한 공격을 마음에 두지 않았을 것이다. 결국은 웹사이트들이 매일같이 공격을 당하고 있다. 나이키는 수준 높은 회사지만 이번 사건 앞에서는 특별히 비범할 것도 없었다. 유사한 피해를 입은 한 기업은 우리가 인터넷 보안에 대해 생각하고 있는 방식을 변화시킬 수도 있는 독특한 대처방안을 준비중이다. 스코틀랜드 ISP인 퍼스트넷 온라인(FirstNet Online)은 해킹 당하도록 만든 혐의로 나이키를 고소할 준비를 하고 있다.

지난 6월 21일경 미지의 침입자가 나이키닷컴(nike.com)으로 가는 웹과 e메일 트래픽을 호주의 나이키 반대주의자 사이트로 돌리기 위해 퍼스트넷 서버에 침입했다. 퍼스트넷의 소유주인 그레그 로이드 스미스에 따르면, 나이키는 'nike.com'이라는 도메인명에 대한 통제력을 회복하려는 한편, 긴급수단으로 트래픽을 퍼스트넷 자체 서버로 돌아오도록 요청했다고 한다. 사건이 해결되고 나서 퍼스트넷은 나이키에게 서비스료 지불을 요청했으나 나이키는 이를 거부했다.

퍼스트넷은 현재 스코틀랜드 법원에 나이키를 제소하기 위한 절차를 밟고 있다. 이번 소송의 주안점은 계약법상으로는 아주 단순한 논점이다. 즉

26) IT News 2000.7.6일자

(<http://techpress.joins.com/article.asp?tonkey=20000706171527351111>).

퍼스트넷은 서비스를 제공했기 때문에 그에 대한 대가를 받을 자격이 있다는 것이다. 하지만 퍼스트넷의 청구서에는 정상요금뿐 아니라 ‘nike.com’ 이 발생시킨 막대한 양의 트래픽 때문에 생긴 서비스 중단에 대한 보상도 포함되어 있다. 스미스는 나이키의 태만한 보안상태가 이번 사건의 원인이며, 따라서 나이키는 이에 대해 재정적인 책임도 져야 한다고 주장하고 나섰다.

3. 저작권침해

【사례 1】 각테일 판결

멀티미디어 저작도구인 ‘각테일 98’을 개발한 각테일사는 1998년 11월 중앙대학교 홈페이지의 자료실에 각테일 98 정품 버전이 올라 한달 이상 방치된 상황에 대하여 중앙대학교를 상대로 손해배상을 청구하였다. 구체적으로 각테일사에서는 ‘중앙대학교가 고의로 공개자료실에 올려 놓았지는 않았겠지만, 자료실에 대한 관리를 철저히 하지 못한 만큼 업무상 과실 책임이 있다’고 지적하며, ‘지금까지 인터넷상의 불법복제로 피해를 입은 업체들이 보상을 요구하지 않았다. 하지만 더 이상 방치할 수 없는 일이지 않는가?’라고 주장하고 있다. 이에 대하여 중앙대학교측에서는 ‘중앙대학교 인터넷 홈페이지를 운용하는 전산 정보처측이 각테일 98의 업로드 사실을 전혀 알지 못했다고 하며, 해당 자료실이 중앙대 홈페이지에 개설된 200여 개 이상의 게시판 중 하나이므로 모든 것을 관리할 수 없는 상황이라고 하였다. 또한 확인과 동시에 자료실을 폐쇄했으며, 문제의 정품 소프트웨어를 올린 사용자가 중앙대학이 아닌 국내 J대학의 IP 주소를 이용한 것임을 밝혀 냈다’고 덧붙였다.

이에 대하여 서울지방법원 민사12부는 ‘컴퓨터를 사용한 PC통신이나 인터넷 등 온라인을 통하여 다수의 이용자로 하여금 자료의 전송 등을 수행할 수 있도록 이른바 사이버공간이라는 장소와 시설을 제공하고 이용자의 요구에 의하여 이용자의 행위를 매개하여 주는 과정에서 타인의 저작권 기타 권리를 침해하는 자료의 전송 등이 이루어진 경우에 있어서도 그와 같

은 자료의 전송 등을 통한 타인의 권리침해에 관한 1차적인 책임은 여전히 이를 직접적으로 수행한 이용자에게 있다 할 것이고, 인터넷 등 온라인의 속성상 컴퓨터 사용의 보편화로 불특정다수의 이용자에게 의한 침해행위가 비교적 간단한 조작으로 용이하게 수행될 수 있는 반면 그 침해행위로 인한 파급효과는 순식간에 걸쳐 광범위하게 확대될 수 있다는 점을 감안하더라도 그와 같은 전송 등이 가능하도록 장소나 시설을 제공한 것에 불과한 자는 이를 통하여 발생하는 불법행위에 관하여 자신이 직접적인 고의를 가지고 있지 아니한 이상 원칙적으로 그러한 장소나 시설의 제공사실만을 가지고 곧바로 침해에 대한 직접적인 책임을 부담하는 것으로 보아야 할 아무런 근거가 없는 것이며, 다만 예외적으로 이들이 이용자의 침해행위를 적극적으로 야기하였다거나 우연한 기회나 권리자로부터의 고지를 통하여 이용자의 침해물 또는 침해행위의 존재를 인식하고도 이를 방치한 경우 또는 이들이 침해행위를 통제할 권리와 능력이 있고 그 침해행위로부터 직접적인 재산상 이익을 얻는 경우 등과 같이 이용자의 직접적인 침해행위와 동일하게 평가할 수 있을 만한 특별한 사정이 있는 경우에는 그 책임을 인정하여야 할 경우가 있을 수 있으며 그러한 경우에 해당하는지 여부는 결국 당해 사건에서 제공되는 서비스의 구조나 형태, 범위, 침해행위의 정도 및 태양 등 제반사정들을 종합하여 구체적으로 판단될 수밖에 없는 것이라 하겠다'고 하는 내용과 더불어 각테일사의 청구를 기각하였다.²⁷⁾

【사례 2】 SPC, 통신망 통해 나모웹에디터 불법복제.. 넷츠고 제소 밝혀²⁸⁾

소프트웨어 불법복제가 사회적인 문제로 부각되고 있는 가운데 통신망을 통한 불법복제가 법적 분쟁으로 비화될 조짐이다. 소프트웨어 저작권대변단체인 소프트웨어재산권보호위원회(SPC)는 6일 인터넷통신 사업자인 SK텔레콤 넷츠고의 일부 동호회 자료실에 회원사 정품 소프트웨어가 게시돼 불법복제되고 있는 사실을 적발하고 법적 조치를 진행 중에 있다고 밝혔다. 넷츠고 동호회 자료실엔 올초부터 SPC 회원사인 나모인터랙티브의 홈페이지 저작도구인 웹에디터가 올려져 지금까지 수백명이 무료로 이를

27) 서울지방법원 98가합111554, 1999.12.3일자 판결.

28) 전자신문 1999. 10. 7.

다운로드 받아 사용하고 있는 것으로 파악됐으며 이로 인한 나모 측의 피해액이 수천만원에 달한다고 SPC 관계자는 밝혔다.

SPC는 이에 따라 나모로부터 문제해결을 위임받아 1차로 지난 8월 서울지방검찰청에 관리감독상의 불법복제를 방치한 책임을 물어 넷츠고를 고소했으며 이후 한동안 삭제됐던 나모 제품이 최근 또 다시 게시돼 불법유통되고 있는 데 대해서도 5일부로 해당 동호회 화면을 갈무리한 자료 등을 첨부한 내용증명을 발송했다. 넷츠고 측은 이에 대해 '현재 동호회가 400여개에 이르고 있어 일일이 내용을 파악하기 어렵지만 문제가 있을 경우 해당 동호회에 즉시 경고하고 문제가 재발하지 않도록 조치를 취하고 있다'고 밝혔다.

4. 명예훼손

【사례 1】 Alexander G. Lunney & C., v. Prodigy Services Company. & C., Respondent, ET Al 사례²⁹⁾

미국 뉴욕주 최고법원은 2000년 5월 1일 알렉산더 루니가 인터넷서비스 제공업자(ISP)인 프로디지서비스를 상대로 제기한 소송에서 불건전한 e메일이나 게시판 내용을 문제삼아 ISP에 법적 책임을 물을 수는 없다고 판결했다. 법원은 프로디지는 전송수단만을 제공했기 때문에 책임이 없다고 설명했다.

이의 내용을 살펴보면, 누군가가 1994년 9월 9일 알렉스 또는 알렉산더 루니라는 이름으로 프로디지에 몇 개의 회원계정을 개설한 후에, 프로디지의 게시판에 루니의 이름으로 두 개의 매우 저속한 메시지를 보냈고, 제3자에게 협박의 내용과 불경스런 전자메일 보냈다. 1994년 9월 14일자로 된 편지로, 프로디지는 루니에게 '프로디지 서비스를 통하여 외설적이고, 욕설과 위협 그리고 성적인 내용을 전달하고 있는' 그의 이름으로 된 하나의 계정을 폐쇄하였다고 통지하였다. 이때 루니는 프로디지가 권한 없이 계정을 개설한 제3자가 그러한 메시지를 보냈다고 프로디지에게 알렸으며

29) 자세한 내용은 http://www.law.cornell.edu/ny/ctap/I99_0165.htm 참조.

이를 조사한 프로디지는 루니에게 사과하면서 다른 네 개의 알렉산더 루니의 계정을 2일 이내에 폐쇄하였다. 이에 루니는 프로디지가 그의 이름으로 된 계정을 허용하면서, 오명과 명예훼손을 당한 것에 대하여 책임을 부담해야 한다고 주장하면서 프로디지를 고소하였다.

이 소송에 대하여 최고법원은 i) 그 메시지는 루니와 관련이 없으므로 그를 명예훼손하는 것이 아니고, ii) 그 메시지가 극단적으로 보잘 것 없는 것으로, 전체내용이 명예훼손이 되지 않으며 iii) 프로디지는 메시지의 발행자가 아니므로, 만일 발행자로 고려된다 하더라도, 제한된 책임으로부터 보호된다고 판결하였다.

【사례 2】 Laurence Godfrey v. Denom Internet Limited 사례³⁰⁾

Laurence Godfrey는 영국 런던 소재의 물리학, 수학, 컴퓨터공학 강사로 1997년 1월 13일경 자신의 이름을 사칭하고 있는 글이 인터넷 뉴스그룹에 올라와 있는 것을 보고 1997년 1월 17일 팩스로 Demon Internet에 해당 게시물은 위조된 것으로서 원고의 명예를 훼손하는 것이므로 피고의 뉴스서버에서 이를 삭제해 줄 것을 요청하였으나 1997년 1월 27일까지 삭제되지 않고 방치되어 소송이 제기됐다.

이에 대하여 영국 법원은 피고가 그들의 뉴스서버로부터 당해 게시물을 전송할 때마다 피고는 그 뉴스그룹에 접근할 수 있는 사람들을 대상으로 당해 게시물을 출판한 것과 마찬가지로 전제한 후, 피고는 해당 게시물을 삭제할 수 있었음에도 불구하고 고의로 이를 삭제하지 않았으므로 1996년 명예훼손법(Defamation Act 1996) 제1조 소정의 면책을 받을 수 없다고 판시하였다. 한편 Godfrey가 게재한 다수의 게시물 역시 상당히 저속하고 공격적인 관계로 그에 상응하는 반응을 유발하고 있었으므로 손해배상액을 산정할 때 이를 참작해야 할 것이라고 하였다. 미국의 명예훼손에 관련한 판례에 대하여 이 사건을 심리한 Morland 판사는 ‘영국과 미국은 명예훼손에 관해 상이한 법적 접근방식을 채택하고 있으므로 단지 참고자

30) 자세한 내용은 <http://www.lawnewsnetwork.com/stories/A20742-2000Apr6.html> 참조.

료에 지나지 않는다'고 하면서 그 대표적인 차이로 선의의 명예훼손 사건에서 영국법은 피고인 'publisher'가 자신의 결백을 입증해야 하지만, 미국법 하에서는 원고가 'publisher'의 악의를 입증해야 한다는 점을 밝히고 있다.

또한 '배포한 자가 그 사실을 몰랐다고 하여 항상 책임이 면제된다고 할 수는 없으며, 명예훼손의 내용이 포함되어 있음을 알았거나, 알 수 있었을 경우에는 책임이 있다고 보아야 한다. 즉 자신의 행위가 원고의 명예를 훼손하는데 기여하거나 관련되어 있다는 것을 알고 있는 자는 면책되지 않는다. 따라서 피고로서는 그와 같은 사실을 의심할 만한 이유가 전혀 없고, 상당한 주의를 다했을 경우에만 면책될 수 있는 것이다'라고 하고 있다.

【사례 3】 일본 니프티(nifty)의 명예훼손사건³¹⁾

니프티내의 포럼(전자회의실)에 '사실무근의 중상 기사를 게재해 명예를 훼손당했다'고 여성회원이, 니프티와 시스템운영자(관리자), 그리고 이를 게재한 사람을 대상으로 총액 1,000만엔의 손해배상을 청구하는 소송이 제기되었다. 동경지방법원은 청구한 금액의 일부인 50만엔을 제3자인 사업자인 니프티에게 부과하는 판결을 하였다. 이는 니프티내의 현대사상포럼의 『페미니즘 회의』에서, 93년 11월경부터 원고 여성을 중상하는 내용이 반복해서 게재되었던 것으로 원고는 니프티와 시습에게 삭제를 요구했지만, 그 후에도 문제의 발언이 방치되어 왔던 것이 제소를 당한 것이다.

판결에서는 시스템운영자에 대하여 '타인의 명예를 손상시키는 발언이 있으면 구체적으로 안 경우에는 삭제하는 등의 어떠한 조치를 취할 의무가 있다'라고 하고, 니프티에 대해서는 '시습에 대한 실질적인 지휘 감독관계에 있기 때문에, 사용자책임에 기초를 둔 배상책임이 있다'고 함으로써 제3자인 피고(니프티사)에 50만엔을 지불토록 판결하였다.

니프티에서는 '당사에서도 이러한 발언에 대하여 어디까지 삭제할 수 있는지에 대하여 과제로 생각해 왔다. 이번 판결은 네트워크의 권리·운용에

31) <http://www.watch.impress.co.jp/internet/www/search/article/9705/2802.htm> 97.5.28일자.

관계된 중요한 판단으로 생각된다. 판결문을 자세히 읽고 난 후 향후의 대응을 생각하겠다'고 하고 있다.

5. 검 토

(1) 인터넷사기

전자거래에서 발생하는 위험 중 가장 빈번하고, 큰 사고가 바로 사기사고라고 할 수 있다. 전자거래의 익명성 내지는 인터넷 사이트 개·폐의 용이성 등이 바로 쉬운 사기의 장이 될 수도 있는 것이다. 인터넷사기의 대표적 사례가 공모를 이용한 것이다. 【사례1】 과 【사례2】 가 바로 인터넷 상에서 공모를 한 후, 공모주최자가 잠적하거나, 공모내용을 실질적으로 운영하지 않음으로 인한 사고이다. 인터넷 공모가 손쉬운 자금확보 수단으로 인식되면서 이를 악용하는 사례가 빈발하고 있는 것이다. 인터넷사기의 경우 가해자를 찾기가 쉽지 않고, 찾았다 하더라도 손해를 물을 수 없는 무자력자일 가능성이 크므로, 소비자가 공모에 참여함에 있어서는 특별한 주의를 필요로 한다. 또한 제품가격이 소액인 것을 판매한다고 하여 많은 소비자들로부터 그 대금을 받은 후, 이행을 하지 않는 경우도 있게 된다. 이와 같은 경우 소비자들이 소액을 배상 받기 위해 굳이 법적인 절차를 취하지 않게 되는 것을 악용하는 사례이다.

(2) 해 킹

전자거래에서는 이용자의 신뢰성 확보를 위해 보안문제를 해결해야 한다. 이에 대해서는 누구도 이견이 없다. 그렇다면 과연 어느 정도가 '적절한'보안이라고 생각해야 하는가 하는 의문이 생긴다. 그리고 이런 기준은 사업별로 달라져야 하는 것인가? 서버를 유지하는 개인에 대해서는 어떤 책임을 물어야 하는가? 사법적인 문제는 어떤가? 오마하에 있는 닷컴사들은 스리랑카와 카메룬으로부터 제소당할 것인가? 법원이 이런 문제를 다룬다면 '태만한 인터넷 보안'이라는 주장 뒤에 숨어있는 중요한 사업 논리가 중요한 것으로 부각될 수 있다.

컴퓨터 범치는 중대한 문제이며 온라인 회사는 막대한 비용을 물어야 한다. 금전적인 손실을 입게 되면, 대부분의 기업은 소송 대상을 찾게 되며, 컴퓨터 범죄자들을 민사법원에 제소하는 것은 선택이 아닌 필수가 된다. 대부분의 컴퓨터 침입은 서로 다른 많은 기업이 소유하고 있는 다수의 네트워크에서 이루어져 수많은 잠재적 피고인들을 만들어내고 그 중 일부는 많은 돈을 챙기게 된다. ‘태만한 보안’ 소송의 잠재적 효과는 아무리 강조해도 지나치지 않다. 예를 들어 온라인서비스책임자가 막대한 채무액과 소송 비용을 물게 되면 인터넷 접속 요금이 급격히 인상될 수 있다. 이러한 생각은 기존업체들에게는 상당한 법적 자료들과 함께 추가의 이점을 제공하는 반면, 소규모 기업과 신생기업들에게는 족쇄가 될 가능성이 높다.

다른 한편으로 보안 관련 소송이 순기능을 담당할 수도 있다. 대부분의 기업은 네트워크 보안 문제를 중대한 것으로 인식하지 않는다. 하지만 소송 가능성은 최고경영자의 주의를 기울이게 만들 수 있다. 소프트웨어 개발에 대한 의문점들을 놓고 법적 공방이 벌어지게 되면 개발자들이 제품 보안에 대해 보다 많은 책임을 지게 된다는 것이다.

【사례1】에서는 이용자 ID와 비밀번호를 절취한 가해자가 PC뱅킹을 통해서 자금을 이체한 사례로, 이와 같은 경우 은행의 책임을 논하고 있다. 이 사례는 향후 해킹과 관련 법적 공방에 중요한 이정표가 될 것으로 판단된다. 특히 해커의 침입은 전자거래를 함에 있어 가장 머리 아픈 것이어서, 수많은 보안절차를 취하고 있지만, 어떻게든 그 보안망이 침범되고 그로 인해 누군가가 피해를 입게 되는 것이다. 다만 이러한 경우에, 피해를 입은 당사자가 자신의 피해사실에 대한 제공자의 주의의무 소홀을 입증하는 것 자체가 불가능하다고 보여지므로 입증책임의 전환이라는 해결방안을 모색해 보는 것도 필요하다고 보여진다. 반면 【사례2】는 전형적인 해킹사례이다. 이 경우 해커에게 그 책임을 묻는다는 것이 불가능하므로 해커에 대한 형사적인 책임은 별론하고, 침범을 당함으로써 피해를 입은 당사자를 구제하기 위한 법적 장치의 마련이 시급하다고 보여진다. 다만 해킹이라는 것이 극도의 기술적인 부분으로 이를 규율한다고 하더라도 더욱 치밀한 방

법으로 발생할 수도 있다는 점을 감안한다면, 이에 대한 책임을 일방 당사자에게 무조건적으로 부담시키는 것은 타당하지 못하다고 생각된다.

(3) 저작권침해 · 명예훼손

저작권침해나 명예훼손과 관련되는 책임은 온라인서비스제공자의 책임부분이다. 저작권을 침해한 자나 명예를 훼손한 가해자에게 형사적 · 민사적 책임을 물을 수 있음은 당연하나, 전자거래에서 저작권을 침해하거나 명예를 훼손하는 일은 누군가의 웹사이트상, 즉 온라인서비스제공자가 개설해 놓은 웹사이트상에서 발생되고, 그에 따라 온라인서비스제공자가 공동불법행위책임을 부담하는가에 관한 문제라고 볼 수 있다. 이러한 경우는 그 사례마다 책임의 적용이 다를 수 있다고 보여진다. 특히 카테고리 판결에서와 같이 단순히 게시판을 제공하는 경우에는 온라인서비스제공자에게 책임이 없다고 할 수 있으나, 이러한 게시판에 불법물이 등재되었을 경우 온라인서비스제공자가 이를 적절하게 삭제하도록 하여야 함에도 불구하고 그렇게 하지 않은 경우에는 책임을 부담하도록 하고 있다. 온라인서비스제공자의 책임에 관하여는 좀더 깊은 연구가 이루어져야 할 것이다.

제 5 장 전자거래에서의 위험분배방안

제 1 절 전자거래에서 위험분배의 기본방향

1. 계약관계에 따른 위험분배

전자거래에서 발생하는 위험에 대하여 어떻게 분배하는 것이 바람직한 것인가. 일반적으로 계약관계에 관련된 위험의 문제는 당사간의 합의내용에 따라 규율되는 것이 일반적이다. 근대민법 이후로 사적자치의 이념은 계약의 기본적인 원리가 되어 왔으므로, 전자거래에서도 이러한 원칙은 존중되어야 한다. 다만 전자거래에서의 계약이 비대면방식으로 이루어지기 때문에, 단순히 당사자의 합의 내용으로 전개되는 것이 바람직하지 않은 경우가 생기게 된다. 앞의 사례에서 살펴본 바와 같이 인터넷을 통해 물품을 구입한 후, 이행을 받는 과정에서 발생한 사고에 대하여 당사자간 적절한 해결이 이루어지지 않고 소비자가 실질적인 피해를 입게 된다. 특히 순차적이든 일시적이든 다수의 계약이 하나의 계약군의 형태로 되어 있는 거래에서 매도인과 물품의 인도사이에 존재하는 누군가의 잘못으로 이행이 제대로 이루어지지 않는 경우, 매수인인 소비자가 모든 손실을 부담하게 되는 경우가 종종 있다. 더 나아가 계약관계에 참여한 매도인은 자신의 책임을 부인하거나 일정한 조건을 부가한 약관으로 소비자와 계약을 맺는 경우가 적지 않다. 이는 단순참여자인 소비자에게 지나친 부담을 지우는 것이 된다고 보여진다.

따라서 계약관계에 따른 위험분배는 기본적으로는 당사자간의 합의내용에 따르는 것을 원칙으로 하되, 유책당사자가 누구인지 판별되지 않는 경우처럼 사고가 발생했으나 누구의 위험부담으로 해야할지가 명확하지 않은 경우에는 다음과 같이 처리하는 것이 바람직하다고 보여진다. 우선 전자거래의 주체로서 참여하는 자인 판매업자나 서비스제공자, 온라인서비스제공자(OSP), 은행 등의 일차적인 당사자와 전기통신사업자와 프로그램구축자 등 소비자와의 관계에서 2차적인 당사자에 대하여는 그 책임을 강화하고,

단순참여자인 소비자에게는 일정한 한계까지 책임을 부담하도록 하는 것이 타당하다고 생각된다. 왜냐하면 전자거래에서는 전자거래 자체를 대상으로 상업적인 목적에서 참여하는 매도인이나 온라인서비스제공자(OSP) 등은 수익창출의 목적으로 참여하는 만큼 그에 따른 위험의 부담을 좀더 무겁게 지우는 것이 바람직하다고 할 수 있다. 또한 이를 신뢰하고 이용하고자 하는 소비자에게 너무 많은 위험의 부담을 지우게 된다면 전자거래 자체가 활성화되기 어렵다.

결국 계약관계에서의 위험분배의 방향은 경제적 우위의 주체에게는 좀더 무거운 부담을, 단순참여자인 소비자에게는 책임한계를 설정하여 그 부담을 줄이는 방향으로 나아가야 할 것이다.

2. 계약이외의 문제에 대한 위험분배

전자거래에서 계약이외의 문제에 관련한 위험은 불법행위로 인한 위험의 문제로 볼 수 있다. 예컨대 무권한자에 의한 거래에서 위험분담의 문제나, 해커의 침입으로 발생한 손해의 분담문제를 어떻게 할 것인가. 다른 측면으로 보자면 저작권침해나 명예훼손 및 프라이버시침해로 발생한 손해배상의 청구시 침해가 일어나는 웹사이트상 공간을 제공한 온라인서비스제공자에게 책임을 요구할 수 있는가.

첫 번째 경우에는 당사자 사이의 실질적인 의사와는 관계없이 타인이 이용자 또는 소비자의 ID번호와 비밀번호 등을 도용하여 거래를 하게 되는 것으로 이러한 경우 일방적으로 판매업자나 서비스제공자에게 그 책임을 부담토록 하는 것은 바람직하지 않다. 반면, 이용자나 소비자에게 전적으로 책임을 부담토록 하는 것도 바람직하지 않다. 따라서 이러한 위험에 대하여는 관련당사자가 모두 어느 정도까지는 손해를 감수토록 하는 것이 필요하다고 보여진다.

두 번째 경우는 첫 번째의 경우와 달리 검토해야 할 것이다. 즉, 명예훼손이나 저작권침해 또는 프라이버시침해의 경우, 가해자를 상대로 민사상 그리고 형사상책임을 물을 수 있음은 주지의 사실이다. 그러나 전자거래의

특성상 가해상대방이 누구인지 알 수 없는 경우나, 가해상대방이 누구인지 알 수 있다 하더라도 무자력자인 경우 이에 대한 배상을 받을 수 없다. 그러므로 이러한 피해당사자를 구제할 수 있는 대안으로서, 온라인서비스제공자에게 불법행위책임이나 계약책임을 물을 수 있는가 하는 문제로써 검토되어야 할 것이다. 다만 온라인서비스제공자가 인터넷상에서 웹사이트를 구축하여 많은 이용자들로 하여금 이를 이용토록 함으로써 이익을 얻고 있다는 이유로 무조건적인 책임을 부과하는 것은 바람직하지 않다고 보여진다. 건전한 전자거래의 장을 제공하고 이를 통해 전자거래가 더욱 활성화되기 위해서는 온라인서비스제공자의 책임부분을 어느 정도까지는 제한하는 것이 타당하다고 생각된다.

제 2 절 위험부담에 관한 책임법리

1. 서 설

전통적인 계약에서는 위험부담의 원칙을 과실책임주의라는 원칙아래 채무자주의를 택하고 있었다. 그런데 전자거래에서는 계약의 문제뿐만 아니라 계약체결 전단계에서부터 계약과는 관계없는 불법행위에 이르기까지 다양한 위험이 상존하고 있다. 그리고 이러한 위험은 전자거래에 참여한 당사자에게 예상치 못한 손해를 입힐 여지가 많다. 지금까지 살펴본 바와 같이 위험이라고 할 때는 일반적인 생활상의 이익이라는 매우 넓은 범위로 사용되지만 계약상 위험이라고 할 때는 이행상의 불이행의 문제라는 좁은 의미로 이해하고, 계약외적이면서도 일반 거래상의 위험이라고 할 때는 위험성의 문제로 인식하고 있다.

따라서 과학문명의 비약적인 발전으로 단순히 계약상 위험이라는 범주로 부담의 문제를 해결할 수 없는 상태에 이르고 이에 따라 위험성이라는 문제가 대두되게 되었다. 이 위험성은 철도, 자동차, 항공기 등의 고속교통기관의 발달과 광업, 전기산업, 원자력산업 등의 위험한 설비를 갖춘 기업의 발달 등으로 점차 증대하고 있는 실정이다. 일반적으로 손해에 대한 청구는 과실책임주의를 원칙으로 하고 있었으나, 이와 같은 위험이 일반인에게

주는 손해는 종래의 과실책임주의로는 청구할 수 없는 경우가 생기고, 이로 말미암아 위험책임주의라는 것이 주장되었다. 즉 위험한 물건을 소유하거나 운영함으로써 이익을 보는 자는 그로 인하여 타인에게 손해를 끼친 경우에는 자신의 과실이 없다 하더라도 책임을 지자는 이론이다. 종래의 전통적인 법체계로서 전자거래에서 발생하는 위험의 문제를 모두 해결하기에는 어려움이 있으므로, 계약법체계 안에서 해결할 수 없는 부분에 대하여는 위험책임의 문제로서 다루는 것이 타당하다고 할 것이다.

2. 계약책임

우리 민법상 손해배상책임을 발생시키는 요인으로는 채무불이행과 불법행위가 있다. 또한 계약책임이라고 할 때는 계약내용을 신의에 좇아 성실히 이행할 책임과 이에 부수하거나 파생하는 모든 책임을 말하고 있다. 다만 일반적으로 계약책임이라고 할 때는 협의의 계약책임인 채무불이행책임(민법 제390조)만을 가리킨다.¹⁾ 여기에서는 협의의 채무불이행책임 뿐만 아니라 계약상 전체적으로 파생되는 책임을 살펴보기로 한다.

(1) 계약체결상의 과실

계약체결상의 과실이란 계약체결을 위한 준비단계 또는 계약의 성립과정에서 당사자의 일방이 자기의 책임 있는 사유로 상대방에게 손해를 끼친 경우에 이를 배상해야 할 신뢰이익에 대한 배상책임을 말한다.²⁾ 이 계약체결상의 과실은 1861년 Jhering의 계약체결상의 과실책임 또는 무효인 계약 혹은 완성될 수 없는 계약에서의 손해배상에서 유래하였다. 본 논문에서는 계약책임과 불법행위책임 사이의 공백을 메우기 위해서, 계약상의 과실 이외에 계약체결상의 과실도 인정하여야 한다고 주장하고 있으며 그후 그의 견해를 받아 들여 독일 민법전에서 명문으로 채택하였다.³⁾ 우리 민법

1) 이은영, 채권총론, 박영사, 1992, 165면.

2) 윤철홍, 요해채권각론, 법원사, 1995, 58면.

3) 이에선 원시적 불능 또는 금지규정위반으로 계약이 무효로된 경우에 과실자에게 신뢰이익에 대한 배상책임을 인정하는 독일 민법 제306조와 제307조 내지 제309조와 계약이 유효하게 성립한 경우에도 일정한 경우에는 계약체결상의 책임을 인정하는 동법 제523조, 제524조가 있다.

도 원시적 불능으로 계약이 무효가 되는 경우에 계약체결상의 과실책임을 인정하고 있으며(민법 제535조), 학설과 판례 모두 이를 인정하고 있지만 판례⁴⁾의 경우 ‘계약체결상의 과실’의 규정자체를 제도적 의미에 한정시켜 엄격히 적용하고 있는데 반해, 학설⁵⁾은 상당히 포괄적인 사안을 계약체결상의 과실로 포섭하고 있다. 또한 학설의 경우 후술하는 바와 같이 계약체결상의 과실책임을 계약책임에 속하는지 아니면 불법행위책임에 속하는지 그것도 아니면 법정책임에 속하는지에 대해 견해가 대립되고 있다.

계약책임설은 계약이 체결되기 전이라도 계약교섭단계에서 이미 교섭당사자는 신의칙에 기초하여 주의의무, 보호의무, 성실의무, 기본의무 이외에 넓은 의미의 용태의무 등이 생기는데 계약체결상의 과실책임을 이러한 신의칙상 부주의의무에 위반하여 계약교섭의 상대방에게 손해를 입힌 경우 그의 배상책임을 주요 내용으로 한다는 견해이다.⁶⁾ 계약체결상의 과실책임을 인정하기 위한 실질적인 근거는 일방당사자가 계약상담을 개시하게 함으로써 타인에게 계약이 성립할 것이라는 신뢰를 야기시켰다는 것이다. 계약책임인가 불법행위책임인가를 구분 짓는 것은 당사자 사이에 강한 신뢰관계가 존재하느냐의 여부로 판단할 수 있는데, 계약체결을 위한 단계에서는 계약책임에서와 같은 채권관계는 성립하지 않지만 불법행위의 당사자 사이에서와는 다른 특별한 인적관계가 성립한다고 볼 수 있으므로 이와 같이 계약체결을 위한 어느 정도의 준비단계라 하더라도 채권관계에서 채무의 내용에 적극적인 급부의무 뿐만 아니라 상대방에게 손해배상책임을 부담시키는 효과를 발생시킬 수 있는 소극적인 의미의 의무라고 한다.⁷⁾

4) 대판 72.5.9, 72다384판결에서는 “원고는 이미 소외인에게 분배된 이 사건 토지를 피고로부터 매수할 때에 이에 관하여 소송이 계속중임을 알고서 매수하였으므로 이 사건 매매계약이 이행불능의 것이라는 사정을 알았거나 알 수 있었을 경우라 할 것이니 피고에게 신뢰이익의 손해배상을 청구할 수 없다”고 판시하고 있으며, 大判 75.2.10, 74다584판결에서는 “공사비의 지급에 갈음한 임야사용권 부여가 원시적으로 이행불능이라면 그 공사계약은 유효하게 성립할 수 없다 할 것이니 계약체결상의 과실을 이유로 하는 신뢰이익을 구할 수 있을지언정 그 계약의 후발적 이행불능을 이유로 이행에 대신하는 전보배상을 구할 수 없다”고 판시하고 있다.

5) 박윤직, 신정판 채권각론, 박영사, 1997, 81면 ; 윤철홍 (주2), 61면 ; 권오승, 민법의 쟁점, 법원사, 1992, 412면.

6) 박윤직 (주5), 83면 ; 윤철홍 (주2), 59-60면.

7) 권오승 (주5), 416면이하.

불법행위책임설은 계약체결에 직면하고 있는 당사자들은 그 계약이 무효가 됨으로써 상대방에게 불측의 손해를 주지 않도록 배려하여야 할 신의칙상 의무를 부담하기 때문에 이러한 주의의무를 위반하여 과실에 의하여 계약을 체결함으로써 상대방에게 위법한 손해를 가한 자는 그 손해를 배상하여야 할 일정의 불법행위책임을 부담한다는 견해이다.⁸⁾

법정책임설은 계약체결상의 과실책임은 계약체결이 전단계에서 당사자간의 협의나 거래관계의 개시 또는 불법행위를 목적으로 하는 사회적 접촉에 기한 행위의무를 위반한 효과이므로 그 책임의 법적 성질은 계약책임도 불법행위책임도 아닌 민법 제535조와 제559조 1항 단서 및 제634조의 유추적용에 의한 독자적인 법정책임으로써 이러한 책임의 내용은 신뢰이익, 혹은 보유이익, 혹은 이행이익의 배상을 그 대상으로 한다는 견해이다.⁹⁾

이상의 견해들을 종합해 보면 계약책임인가 불법행위책임인가 아니면 법정책임인가를 구별한다 하더라도 기본적으로 계약체결상의 과실책임을 인정하고 있다는 것, 그리고 그 근거로는 불법행위책임설을 제외하고 우리 민법 제535조를 유추적용하고 있다는 것을 알 수 있다. 계약에서의 채권채무관계가 어느 때부터 시작하는가를 생각해 볼 때 계약의 성립과정에서 이미 채권채무관계로부터 발생하는 권리와 의무가 생긴다고 할 것이다. 그러므로 계약체결상의 과실책임은 계약책임으로 보는 것이 타당하다고 생각한다. 계약체결상의 과실은 과실이 있었지만 일단 계약자체는 유효하게 체결된 경우와 과실로 인하여 계약체결에 이르지 못한 경우로 나누어 살펴볼 수 있다.

8) 최식, 채권법각론, 박영사, 1961, 52면; 양창수, 민법연구(I), 박영사, 1991, 381면 ; 최홍섭, 계약이전단계에서의 책임과 민법 제535조, 배경숙교수화갑기념논문집, 1991, 555면이하. 일반적인 계약체결상의 과실은 독일민법에 특유한 채무불이행체계와 불법행위체계의 협소성에 기인한 불완전성 때문에 발전해 온 것인데, 우리 민법은 독일 민법과 달리 채무불이행법과 불법행위법에 포괄적인 일반조항을 두고 있기 때문에 그에 의해 충분히 해결할 수 있다고 한다.

9) 이영준, 계약체결상의 과실책임의 법적 성질에 관한 연구, 현승중박사화갑기념논문집, 1979, 322면.

1) 계약을 유효하게 체결한 경우

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

2) 계약체결에 이르지 못한 경우

계약체결의 준비단계에서 과실이 있게 됨으로써 결국 계약이 유효하게 체결되지 못한 경우로 이에 민법이 명문으로 규정하고 있는 급부의 목적이 원시적으로 불능인 경우(민법 제535조)와 착오를 이유로 취소된 계약이나 무능력을 이유로 무효이거나 취소된 경우도 이에 속한다. 원시적 불능의 경우에는 급부의 목적이 원시적으로 불능이기 때문에 계약이 무효인 것으로 그 불능을 알았거나 알 수 있었던 자는 상대방이 그 계약의 유효를 믿음으로 인하여 받은 손해를 배상하여야 한다. 그런데 이처럼 원시적 불능의 경우에는 당연히 손해의 배상을 청구할 수 있지만 착오의 경우나 무능력자의 경우에는 문제가 된다. 착오의 경우 우리 민법 제109조 1항에서 법률행위의 중요부분에 착오가 있을 때에는 이를 취소할 수 있다고 하면서 그 착오가 표의자의 중대한 과실에 기인한 경우에는 취소하지 못한다고 규정하고 있다. 이에 대하여 계약체결상의 과실로 하여 손해배상을 청구할 수 있는지에 관한 명문 규정이 없지만, 민법 제535조의 규정을 유추적용하여 착오자에게 계약체결상의 과실책임을 인정하여 신뢰이익의 배상을 인정해야 한다고 한다.¹⁰⁾ 그러나 무능력자의 경우에는 민법에서 보호규정을 두고 있으므로 계약체결상의 과실을 인정할 여지가 없다.

10) 윤철홍 (주2), 62면.

3) 계약체결상의 과실

지금까지 살펴본 계약체결상의 과실문제가 전자거래에서는 어떤 의미를 가지는가. 전자거래의 구성부분 중 이미 하나의 계약군으로 성립되어 있는 계약에서는 이를 논할 실익이 없으므로 굳이 검토할 필요는 없을 것이다. 그러나 통신시스템 자체의 취약성으로 인하여 발생하게 되는 계약체결상의 문제는 그 의미가 상당하다고 생각한다. 이용자가 상품이나 서비스를 구입하기 위하여 판매업자에게 접근하였지만 구입데이터를 발신하는 과정에서 어떠한 오류로 인하여 계약체결이 되지 못하거나, 판매업자와의 의사교환 과정에서 통신시스템의 오류로 데이터가 변질되어 전송되는 경우, 데이터가 전송 지연됨으로써 계약체결이 이루어지지 않은 경우 등 그 경우는 다양할 것으로 생각된다. 따라서 일단 제공자의 지배영역에서 계약을 체결하는 과정 속에 과실이 있어 손해가 발생한 경우라면 이용자는 계약체결상의 과실책임을 이유로 손해배상을 청구할 수 있을 것이다. 그런데 만일 이용자가 제공자의 지배영역으로 들어가려고 하는 시점에서 오류가 발생한 경우에는 어떻게 되는가. 이 때에는 계약의 상담단계에조차 들어가지 않은 때이므로 계약체결상의 과실책임을 물을 수는 없게 된다.

(2) 부수의무의 위반으로 인한 책임

채권계약으로부터 발생하는 의무는 주급부의무와 부수의무로 나눌 수 있다. 예를 들어 당사자들이 물건에 대한 매매계약을 하는 경우, 당해 계약의 목적은 목적물에 대하여 매도인이 소유권 및 점유의 이전행위를 해야 하는 것과 매수인이 대금지급행위를 하는 것에 있다. 따라서 채무자가 자신의 급부를 실현하여야 할 의무를 주급부의무 또는 단순히 급부의무라고 부른다.¹¹⁾ 그러나 채무자가 단순히 자신의 급부의무만을 이행하는 것으로 부족한 경우가 발생한다. 즉 채무자는 자신의 급부를 이행함으로써 이를 취득한 채권자가 달성하고자 하는 경제적인 목적을 달성할 수 있도록 배려해야 하는 것이다. 이처럼 주급부의무를 전제로 계약이 진정한 목적을 달성할 수 있도록 채무자는 주의와 배려를 할 의무를 부담한다.¹²⁾ 예컨대 목적물

11) 양창수, 제390조, 민법주해[IX]-편집대표 곽윤직, 박영사, 1992, 215면.

12) 이러한 부수의무는 법률에서 명시적으로 정하여져 있는 경우도 있다. 그러나 그러

의 용법이나 하자를 설명하여 줄 의무나 인도하는 물건에 대한 안전성을 갖추도록 할 의무 등을 말한다.

이러한 부수의무를 위반하였을 경우에는 계약책임 중 손해배상책임만을 발생시킨다.¹³⁾ 그 이유는 부수의무 자체로는 계약의 법적성질을 정하는 것이 되지 못하기 때문이다. 그러므로 쌍무계약에서 원칙적으로 대가적 건련관계의 내용을 이루는 것은 아니므로, 부수의무의 위반을 이유로 계약을 해제할 수는 없으며, 상대방이 의무를 이행할 때까지 자기 채무의 이행을 거절할 수도 없다.

또한 채권관계의 실현과정에서 채무자는 채권자의 생명이나 신체 또는 재산 기타 이행이익과 무관한 일체의 다른 법익을 침해하지 아니할 의무를 부담하다. 이와 같은 의무를 보호의무라고 하며 만일 채무자가 이를 위반하여 그러한 법익을 침해한 경우에는 마찬가지로 채무불이행책임을 진다고 한다.¹⁴⁾ 예컨대 인도목적물을 채권자의 집안으로 운반하다가 채권자 소유의 다른 물건을 파손시킨 경우나 하자있는 급부로 채권자의 다른 법익을 침해한 경우도 마찬가지이다. 그러나 이에 대하여 그 기준이 애매하고 굳이 계약법리에 의하여 이를 처리할 이유도 없기 때문에 다른 많은 사고의 경우와 마찬가지로 불법행위법에 의하여 처리하는 것이 타당하다는 주장도 있다.¹⁵⁾ 전자거래에서의 보호의무에 대하여는 다음 불법행위책임에 관련하여 좀더 자세히 논의하고자 한다.

(3) 채무불이행책임

전자거래에서 급부내용 및 이행방법은 세 가지로 나누어 살펴볼 수 있다.¹⁶⁾ 첫째, 상품배달 등을 통해 소비자에게 상품을 발송함으로써 이행이

한 규정이 없더라도 그 급부의 성질이나 계약의 목적 등에 따라서 다른 내용과 범위로 이러한 부수의무가 성립되기도 한다.

13) 양창수 (주11), 216면.

14) 권오승 (주5), 306면.

15) 양창수 (주11), 219-220면.

16) 채무불이행책임에 관하여는 “이은영, 전자상거래와 소비자법, 전자상거래와 법적대응, 한국비교사법학회 창립4주년 기념학술대회, 1998.10”을 요약하였음.

완료되는 경우(상품발송형)와 둘째, 소프트웨어의 다운로드와 같이 통신네트워크상 전자적 정보를 소비자에게 송신하는 방법으로 이행을 완료하는 경우(정보제공형), 셋째, 네트워크상에서 채권 등의 재산권을 이전시키는 것이 가능하고 그 대항력이 인정되는 경우에 권리이전을 목적으로 하는 계약의 이행으로 온라인상으로 이행이 완료되는 경우(권리이전형) 및 넷째, 통신네트워크를 제공하는 계약 자체(접속형)가 있다.

1) 상품발송형에서 물건인도의무의 이행

인터넷을 통하여 어떠한 상품을 구매하기로 하고 계약을 체결하였다면 이에 따라 매도인은 해당상품을 계약자에게 발송하게 된다. 이는 기존의 통신판매와 크게 다르지 않게 이루어지는 거래이다. 전자거래와 통신판매의 다른 점은 첫째, 통신판매가 전화 등의 수단을 통하여 상품을 주문하는 대신에 전자거래는 컴퓨터통신망을 이용하여 전자적인 의사표시를 함으로써 계약이 이루어지는 것을 말하고 둘째, 통신판매가 카달로그를 통하여 제공되는 상품의 정보를 제공하는 대신에 전자거래는 마찬가지로 컴퓨터상에 전자적인 정보를 제공함으로써 이루어진다. 그리고 셋째로는 견본에 의한 거래일 경우 전자거래에서는 견본자체로 컴퓨터를 통해서 밖에 볼 수 없으므로 동일성을 주장하기가 어렵다는 것이다.

전자거래에서 상품이 하자가 있거나 다른 물건이 발송된 경우에는 매도인에게 채무불이행책임 및 담보책임 등을 물을 수 있고, 만일 상품에 결함이 있어 인체손해나 다른 재산상의 손해를 입은 경우에는 불법행위책임도 물을 수 있을 것이다.

2) 정보제공형에서 정보제공의무의 이행

소프트웨어나 자료, 음악파일, 증권정보 등 온라인 상으로 제공이 이루어지는 경우이다. 정보제공의 급부는 매수인이 매도인의 저작물 등을 이용하는 데에 불과할 뿐이며, 통상의 매매에서 물건에 대한 배타적 권리를 매도인으로부터 매수인에게 이전시키는 것은 아니다. 상품발송형과 마찬가지로 제공된 정보에 하자가 있거나 다른 정보가 전송된 경우에는 하자담보책임 등을 물을 수 있다.

하자있는 전자정보를 수령한 경우에 발생하는 하자담보책임의 구체적 유형을 살펴보면 다음과 같다. 첫째, 하자있는 전자데이터를 수령한 매수인은 완전물인도청구권 및 보완청구권을 갖는다.¹⁷⁾ 둘째, 제공된 정보의 하자로 인한 손해배상청구권도 실행할 수 있다.¹⁸⁾ 셋째, 매수인이 전자정보의 불완전성으로 인하여 계약목적은 달성할 수 없을 때에는 계약해제권을 갖는다.¹⁹⁾

정보제공의 불완전성 내지는 오류로 인한 피해에 대해서는 일반적인 채무불이행책임뿐만 아니라 무과실의 책임법리를 적용하는 것이 필요하다. 특히 정보의 송신과정에서 오류가 생기는 경우 매도인에게 귀책사유가 인정되기 어렵다. 또한 컴퓨터 프로그램에 결함이 있어 생기는 피해에 관하여는 소프트웨어의 제작 등 전자데이터화된 상품을 제조한 자에 대하여 제조물책임법을 확대해서 적용하는 방안도 필요하다고 할 것이다.

3) 권리이전형에서 권리이전이무의 이행

전자거래를 통하여 재산상의 권리를 이전하는 경우를 생각해 볼 수 있다. 예컨대 주식이나 유가증권의 이전에 대한 거래나 등기가 온라인화된 부동산 등에 대하여 거래가 이루어지는 경우 매도인은 완전한 권리이전을 해줄 의무가 발생한다. 아직까지 부동산에 대한 거래가 온라인상으로 이루어지고 있지는 않지만 계속적인 전자거래의 발전은 필연적으로 이러한 거

17) 전자정보의 하자는 ① 데이터의 내용 그 자체에 하자가 있는 경우, ② 데이터 자체에는 하자가 없지만 그것을 표시하는 전자데이터에 하자가 있는 경우(데이터에라), ③ 송부된 전자데이터에 컴퓨터 바이러스 같은 유해한 데이터가 부착되어 있는 경우가 있다.

18) 소프트웨어에 부착된 바이러스로 인하여 매수인의 다른 데이터가 손상을 입은 경우에 그 손해의 배상을 청구하는 것도 가능하다. 다만 판례에서는 하자담보책임에 기한 손해배상의 범위를 상품 자체와 직접 관련된 손해에 한정하고, 하자로 인하여 생긴 확대손해는 배상범위에서 제외하고 있다(대판 1997.5.7 96다39455).

19) 전자거래에서 매수인이 다운로드 받은 소프트웨어를 매도인에게 반환한다는 것은 별로 의미를 갖지 않는다. 또한 매수인이 그 소프트웨어를 삭제·폐기할 것이 요구되지만 이를 확인하는 일은 불가능하다. 그렇기 때문에 전자거래에서는 매수인의 계약 목적을 달성시키는 데에 방해가 된다면, 매수인측의 원상회복의무를 면제시키는 것이 타당하다고 한다(이은영).

래도 가능하게 할 것임은 틀림없다. 매도인이 권리이전의무의 이행을 하지 않는 경우, 매수인은 권리이전청구권을 행사할 수 있을 것이다.

4) 접속형에서 통신서비스제공의무의 이행

통신서비스를 제공하는 자가 그 이행을 불완전하게 하는 경우이다. 예컨대 접속이 잘 안되는 경우나 접속 중에 통화가 단절되는 경우, 또는 정보 제공이 원활하지 못한 경우 등을 생각해 볼 수 있다. 이와 같은 경우 정보사업자에 대하여 채무불이행책임을 물을 수 있을 것이다.²⁰⁾

3. 불법행위책임

불법행위라 함은 고의 또는 과실로 타인에게 손해를 가하는 범질서에 반하는 위법행위이다.²¹⁾ 불법행위가 성립하면 피해자는 가해자에 대하여 손해배상을 청구할 수 있는 권리가 발생한다(민법 제750조). 이때 손해의 배상은 금전배상을 원칙으로 삼고 있지만, 당사자간에 특약이 있거나 법률의 규정이 있는 경우에는 원상회복청구도 가능하다.²²⁾ 불법행위는 크게 세 가지로 구분하여 살펴볼 수 있는데 첫째는 불법행위의 성립에 가해자의 고의, 과실을 요하고, 그 가해자의 고의, 과실을 피해자가 입증하여야 하는 일반 불법행위이며(민법 제750조), 둘째는 불법행위의 성립에 가해자의 고의, 과실을 요하지만, 일반 불법행위에서와는 달리 가해자가 가해자의 고의, 과실을 입증하여야 하는 것이 아니라, 가해자가 스스로 피해자의 손해 발생에 과실이 없었음을 적극적으로 입증하지 못하는 한 불법행위책임을 져야 하는 중간책임(민법 제755조, 제756조, 제758조 1항 본문, 제759

20) 다만 이 경우, 소비자가 정보사업자의 불완전한 이행을 입증해야 하는데 실질적으로 이와 같은 일은 불가능하다고 보여진다. 따라서 과도한 손해가 발생한 경우 위험분배의 원칙을 적용하여 적절한 분배가 이루어지도록 하는 것이 필요하다.

21) 김상용, 불법행위법, 법원사, 1997, 1면에 의하면 불법행위(tort)라는 개념은 로마법의 tortus에서 유래하고, tortus는 ‘꼬인’, ‘뒤틀린’(twisted or crooked)이라는 뜻을 갖고 있으며 영어의 wrong과 동의어라고 한다.

22) 윤철홍 (주2), 301면 이하. 불법행위의 효과로서 특히 중요한 것은 손해액을 어떻게 산정해야 하며, 또한 어디까지 배상해야 하는가 하는 손해배상의 범위와 관련된 것이라고 한다.

조), 셋째로는 가해자의 고의, 과실을 요하지 아니하고 피해자에게 발생한 손해를 배상케 하는 위험책임이 있다.²³⁾

불법행위의 성립요건은 가해자의 고의 또는 과실, 가해자의 책임능력, 가해행위의 위법성 및 가해행위에 의한 손해의 발생이며, 손해의 발생이 가해행위와 손해간에 인과관계가 있어야 한다.

전자거래의 위험문제에서 가장 빈번하게 언급되어질 부분이 바로 불법행위책임인가 계약책임인가의 문제가 될 것이다. 물론 불법행위책임과 계약책임은 분리되어 발생할 수도 있으나 경우에 따라서는 동시에 발생하게 되는 경우도 생기고, 계약책임으로도 불법행위책임으로도 분류할 수 없는 그 중간적인 손해에 대해서 어떻게 판단할 것인가가 문제된다. 예컨대 전자거래상 이용자로서 제공자인 판매업자가 통신사업자의 통신회선을 이용하기로 계약을 맺은 후, 그의 고의 내지 과실로 회선에 장애를 일으켜 통신사업자뿐만 아니라 그 외의 이용자에게까지 손해를 입었다면 계약책임과 함께 불법행위책임도 발생하게 될 것이다. 그런데 만일 이용자인 판매업자가 구축하고 있는 프로그램상 원인을 알 수 없는 사유로 장애가 생겨 통신사업자나 그 외의 이용자에게 손해를 입힌 경우, 원인을 알 수 없기 때문에 실질적으로 판매업자나 통신사업자나 프로그램개발자나 심지어 이용자에게까지 그 귀책을 물을 수 없는 지경에 이르고 만다. 따라서 전자거래상 당사자의 책임의 범위를 정확하게 하는 것이 필요하다. 만일 위에서 언급한 경우와 같은 손해의 발생시 피해자가 어떠한 것을 근거로 손해배상을 청구할 수 있는지 검토할 필요가 생긴다. 전자의 사례에서 통신사업자는 판매업자를 상대로 계약책임을 이유로든 불법행위를 이유로 하든 손해에 대해 배상을 청구할 수 있고, 이용자인 경우 이용자가 판매업자와 계약체결 및 이행의 과정에서 손해를 입은 경우라면 통신사업자와 같은 권리가 생기며 만일 그 외의 사유로 손해를 입은 경우라면 불법행위책임을 근거로 손해의

23) 김상용 (주21), 33면. 근대민법은 불법행위에서 과실책임을 원칙으로 하므로, 일반 불법행위가 불법행위의 기본유형이며 이에 대해 입증책임이 전환되는 중간책임을 특수한 불법행위라 하고, 위험책임은 가해자의 불법에 대한 책임이 아니므로 불법행위는 아니나, 강학상 특수한 불법행위의 유형으로 한다.

배상을 청구할 수 있을 것이다. 그러나 후자의 경우는 실제 장애의 원인제 기자를 알 수 없기 때문에 누구를 상대로 손해배상을 청구할 수 있는지 알 수 없게 된다. 이 경우에는 후에 살펴볼 시스템책임론이나 네트워크책임론을 근거로 손해배상 청구를 할 수 있게 될 것이다.

(1) 책임귀속의 근거

전자거래에서 당사자의 고의나 과실이 있는 경우는 민법 제535조의 계약 체결상의 과실책임이나 민법 750조의 불법행위책임을 물을 수 있을 것이다. 전자거래 당사자는 계약체결을 함에 있어 주의의무를 다하여야 하는데 이에어는 어떠한 결과의 예견가능성과 결과발생의 회피가능성도 포함된다고 할 수 있다. 따라서 이러한 것을 흠결했을 경우에는 과실을 근거로 그 책임을 물을 수 있을 것이다.

또한 위험책임의 이론을 들 수 있다. 다만 전술한 바와 같이 전통적 위험책임론의 이론에 따라 위험의 의미 등을 전자거래상의 위험에 그대로 적용하기에는 무리가 따를 수 있다. 그러나 고도정보화사회에서 위험물의 개념을 확대 재구성하여 '경제적 위험물'로써 고려해 보는 것도 필요하다고 한다.²⁴⁾ 과실이나 위험을 근거로 하여 책임귀속의 근거를 정하자는 견해에 대하여 신뢰책임의 이론을 도입하자는 견해²⁵⁾도 있다.

1) 과실책임주의

기존의 민법이론에 의하면 책임구성요건으로서 고의와 과실을 근거로 하고 있으며, 이와 같은 고의 또는 과실, 즉 과책사유에 의해서 타인에게 손해를 준 경우에만 가해자가 손해배상의 책임을 지는 과실책임주의를 택하고 있다. 그러므로 전자거래에서의 책임의 문제도 기본적으로는 이러한 과실책임주의의 원칙 하에 해결할 수 있다. 그런데 이러한 과실책임은 당연히 인간의 행위로 말미암아 발생되게 되는데, 전자거래 내에서는 인간의

24) 松本恒雄, システム契約とシステム責任, コンピコ-タシステムスと取引法-北川善太郎編集, 三省堂, 1987, 159면.

25) 磯村保, ドイツにおける法律行為解釋論について-信賴責任論への序章的考察(1)~(4), 神戸法學雜誌 27권-30권, 1977~1981(松本恒雄 (주24), 159면 재인용).

개입이 없이 컴퓨터의 작동만으로 계약이 이루어지거나 컴퓨터의 작동의 오류로 인해 손해가 생길 우려가 있게 된다. 물론 컴퓨터의 모든 운영에 대한 책임을 그 컴퓨터를 지배하는 인간이 지는 것은 당연하므로 관리자로서의 주의의무를 위반한 것으로 그 책임을 물을 수 있는 것은 논의의 여지가 없다. 그러나 현대정보사회에서 사람과 사람사이의 관계가 아니라 기계와 기계사이 또는 사람과 기계사이의 교섭이 증대되고 있어 기존의 과실개념만으로 책임을 귀속시키는 것은 불합리하다는 의문이 제기되고 있다.²⁶⁾ 컴퓨터운영자나 그 보조자는 컴퓨터 기능을 설정하는 단계에서 ‘事前의 行爲’인 프로그래밍이라는 준비작업을 하므로, 사전에 컴퓨터에 프로그램 되어 입력된 기능이 제대로 운영될 수 있도록 유지해야 하는 사전적 책임성이 있으며, 이 사전적 책임성은 사전에 준비된 행위가 위법하고, 고의나 과실에 의해서 손해가 발생한 경우는 책임을 부담한다. 따라서 인간의 행위에 의해서 발생하는 손해는 그것이 고의이든 과실이든 인간의 책임으로 인정할 수 있으나 기계 자체의 하자로 인한 경우, 특히 기술적 결함의 발생은 특별한 경우를 제외하고는 인간의 의사에 기인하는 경우는 없다.²⁷⁾

(가) 고의·과실

전자거래에서 고의나 과실이 주로 문제가 되는 것은 구축자가 주의의무를 다했음에도 불구하고 사고가 발생한 경우 과실책임을 인정할 것인가 하는 것이다. 이는 스스로 최대한의 주의를 다하여도 컴퓨터상 프로그래밍이나 시스템설정에 있어 하자의 발생을 완전히 막을 수 없고, 그것을 예견하거나 회피할 수도 없는 경우가 있기 때문이다. 그럼에도 불구하고 현대의 수많은 활동들을 컴퓨터가 대신해 주고 있는 실정이고, 앞으로 더욱 이러한 추세는 가속화될 것이 예상되므로 이러한 주의의무를 다했음에도 발생하는 손해에 대하여 단순히 과실책임만으로는 불충분하다고 생각된다.

(나) 전자거래상 거래안전의무

전자거래에서 과실책임을 인정되기 위해서는 이용자의 주의의무 위반이라는 요건을 필요로 한다. 그렇다면 전자거래상 주의의무는 무엇인가. 이는

26) 松本恒雄 (주24), 158면.

27) M. Brunner, Zum Risiko von Computerfehlleistungen bei der Abwicklung von Verträgen, Kiel Univ., Dissertation, 1970, 41-42면.

거래안전의무의 문제이다. 거래안전의무는 독일에서 보통법상 부작위불법행위로서 부작위에 의한 법익침해의 결과발생 예방조치의무를 인정하였으며, Windscheid는 더 나아가 부작위로 인한 불법행위책임은 법률 또는 계약에 의하여 작위의무가 요청될 때뿐만 아니라 선행행위, 혹은 동반행위에 의하여 행위가 요청될 때에도 인정된다고 하였다. 그런데 이러한 부작위불법행위에서 작위의무발생을 제한하는 법리는 제국법원에 의해 깨어지게 되었다. 제국법원은 새로운 사상에 기초하여, 위험발생 방지의무를 정립하여 부작위불법행위는 법률, 계약, 선행행위에 의하여 작위의무가 요청되지 아니하는 경우에도 성립할 수 있다고 하였다. 즉 거래안전의무를 인정하여 부작위불법행위의 성립폭을 확대 인정하게 되었다. 이와 같은 거래안전의무는 초기에는 위험발생을 야기시켰거나 위험상황을 지속시킴으로 인하여 타인에게 손해가 발생한 경우에 그러한 결과발생을 방지할 조치를 취하지 않은 것에 대한 부작위로서 좁은 의미의 거래안전의무이었다. 그러나 그 범위가 점차 확대되어 오늘날에는 거의 모든 생활영역에 거래안전의무를 인정하는 방향으로 발전하고 있다. 이처럼 거래안전의무는 주로 판례를 통해서 형성되어 왔는데 판례는 그후 거래안전의무를 더욱 더 폭넓게 인정하여 위험원으로부터 발생한 손해에 대해서는 일반적으로 거래안전의무, 즉 안전배려의무를 인정하였다. 그리고 거래안전의무의 위반으로 인한 책임은 과실책임과 위험책임의 중간적 위치를 차지하는 것으로 위험책임과 그 맥을 같이한다.²⁸⁾ 따라서 전자거래에서 제공자에게도 이러한 거래안전의무로서 사전적 책임을 부과함으로써 컴퓨터운영과 관련하여 발생한 손해에 대해 그 책임을 부담하도록 하여야 할 것이다. 컴퓨터운영자에게 부과되는 거래안전의무에는 조직의무, 신중한 설비선택의무, 적절한 인력배치의무, 안전한 소프트웨어설치의무, 오류점검과 충분한 예비시설 준비의무, 컴퓨터보안의무, 감독의무, 고지의무 등이 있다.

28) Christian von Bar, Verkehrspflichten : Richterliche Gefahrsteuerungsgebote im deutschen Deliktsrecht, München, 1980, S.7-26(김상용 (주58), 52-54면 이하 재인용).

① 조직의무

제공자인 컴퓨터운영자는 컴퓨터 또는 정보통신운영을 통해 전자거래에 가능한 한 장애가 없도록 인적·물적 운영설비를 구성해야 하는 조직의무가 있다. 그러한 조직구성에서는 반드시 안전확보가능성을 고려하여야만 한다. 만일 타인의 정보통신망을 이용하는 경우에는 정보통신망 운영자가 조직의무에 충실한지 또는 안전확보가능성이 있는지를 확인하여 이용함으로써 이용자에게 손해가 발생되지 않도록 해야할 의무가 있다.²⁹⁾

② 신중한 설비선택의무

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

③ 적절한 인력배치의무

컴퓨터운영자는 잘 훈련되고 신뢰할 수 있는 피용자들을 고용해야만 하고 이 피용자들을 적절하게 업무배치하여 업무를 수행하도록 하여야 한다. 만일 기계적 오류가 이러한 피용자들의 업무태만 등의 과실에 기인하는 경우에 이행보조자책임을 지게 될 것이다.³⁰⁾ 전자거래기본법 제14조 3항에서도 전자거래를 하는 자가 컴퓨터운영을 타인에게 위탁하는 경우 충분한 안정성을 확보할 수 있는 수탁자를 선정하도록 의무를 부과하고 있다.

④ 안전한 소프트웨어설치의무

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

29) 오병철, 전자거래법, 법원사, 1999, 335면.

30) 오병철 (주29), 335면.

⑤ 오류점검과 충분한 예비시설 준비의무

컴퓨터운영자는 신뢰도검사나 연산오류 확인장치, 예비시설과 같은 장애 방지장치를 준비하고 있어야 한다. 따라서 데이터 입력의 오류에 대한 신뢰도검사를 통해 정상적인 데이터가 운영되어야 하고, 연산오류를 자동적으로 찾아내 고칠 수 있는 기술적 방법을 마련함으로써 오류에 대비하는 것이 필요하다. 또한 시스템 다운의 경우에 대비해 예비시설이 준비되어 있어야 한다. 이러한 의무는 컴퓨터운영자의 과실유무를 객관화·표준화할 수 있는 기준이 되기도 한다.³¹⁾

⑥ 통신시스템보안의무

통신시스템보안의무는 전자거래에서 가장 중요한 요소 중의 하나라고 할 수 있다. 즉 제3자, 즉 무권한자가 부정한 개입을 하는 경우, 예컨대 해킹 등과 같은 위험에 대비하여 이용자의 패스워드나 그 외의 사용자 확인절차를 통해 통신시스템으로의 접근을 제한하거나 통제할 수 있어야 한다. 이러한 보안시설과 안전확보장치의 설치는 전자거래를 이용하는 모든 당사자들에게 꼭 필요한 것이며 이를 신뢰하고 거래할 수 있는 안전장치가 반드시 마련되어야 한다. 특히 오픈 네트워크의 사용에서는 제3자의 개입이 용이하므로 이용자의 정보가 유출되는 경우 그 피해규모가 상당히 커질 수 있기 때문에 이미 발생된 손해를 보상하는 것 자체가 의미가 없을 수도 있게 된다. 따라서 컴퓨터운영자는 이러한 컴퓨터의 안정성을 확보하기 위한 모든 노력을 기울여야 하며 우리의 전자거래기본법에서도 이에 대한 의무를 부과하고 있다(동법 제14조 1항).

⑦ 감독의무

컴퓨터운영자는 기술설비와 고용된 종업원에 대한 감독의무가 있다. 이는 우리 민법 제756조의 사용자배상책임과 관련하여 타인을 사용하여 어떤 사무에 종사하게 한 자 및 사용자에 갈음하여 그 사무를 감독하는 자는 피용자가 그 사무집행에 관해 제3자에게 손해를 준 때에는, 그 피용자의 선임 및 사무감독을 게을리 하지 않았음을 입증하지 못하는 한 손해를 배상

31) 오병철 (주29), 336면.

할 책임이 있다고 규정하고 있으며 이로 인해 컴퓨터운영자가 종업원을 고용하여 컴퓨터운영에 관련된 업무를 수행하는 경우에는 당연히 감독의무가 있다할 것이다.

⑧ 고지의무

우리의 전자거래기본법 제14조 3항에서는 컴퓨터운영자는 수탁자의 과실로 인하여 장애가 발생한 경우 전자거래를 하는 자는 이를 상대방에게 고지하고 신속하게 장애를 제거할 의무가 있음을 규정하고 있다. 따라서 컴퓨터운영자는 급부수령자에게 전자거래와 관련된 위험에 대해 알려주어야 하며, 손해를 가능한 한 회피하기 위해 상대방이 취할 수 있는 방법이 있다면 그것을 고지해야만 한다.

다) 인과관계

전자거래에서 여러 가지 사정으로 인하여 오류가 발생한 경우 그 오류로 인해 손해가 발생했다면 발생한 손해와 행위간에 원인관계가 존재해야 한다. 그러나 담보책임의 경우에는 일정한 손해결과에 대해서 유보함이 없이 보증되어 있는 경우에는 예외적으로 인과관계가 없어도 책임을 진다. 인과관계의 문제는 책임귀속요건으로서의 의미도 있지만 우리 민법 제393조의 손해배상의 범위를 확정하기 위해서도 논의가 필요하게 된다. 그런데 손해배상책임의 성립에 있어 인과관계와 손해배상범위의 확정에서 종래에는 상당인과관계가 있으면 그 범위내의 손해를 배상하여야 하는 것으로 이론 구성되었으나, 근래에는 손해배상책임의 성립요건으로서의 인과관계와 손해배상범위 확정에서의 인과관계로 구별하여 논하는 것이 타당하다는 주장이 강하게 제기되고 있다.³²⁾

순수한 기계적 오류로 인한 사고의 발생에서 기술적 결함의 결과로 발생한 장애는 채무자 측에서 기술적인 도구를 이용한 결과이므로 이로 인해 발생한 손해와는 명백하게 인과관계가 존재한다고 할 수 있다. 즉 컴퓨터

32) 김상용 (주21), 95면. 이는 우리 민법이 불법행위책임의 성립에 관하여는 제750조가 이를 규정하고, 불법행위로 인하여 발생한 손해배상의 범위에 관하여는 제763조가 이를 규정하여 양자를 별도로 규정하고 있기 때문이라고 한다.

나 통신망을 이용함으로써 계약상의 의무이행을 하는 것이라면 그로 인해 일반적인 장애가 발생했다면 컴퓨터의 하자위험이 고려할만한 차원에서 진행된다면 인과관계가 있다고 볼 수 있다. 반면 자연재해와 같이 불가항력적인 장애로 인하여 손해가 발생한 경우, 통신망의 사용시에는 이러한 일이 발생할 수도 있게 되는데, 장애로 인한 손해의 발생이 있다 하더라도 인과관계의 성립은 부정될 것이다. 또 인과관계를 인정하기 위해서는 컴퓨터라는 도구의 이용이라는 측면의 인과관계 인정의 부분도 있지만, 채무자가 이러한 하자위험을 인식하고 있었는가에 따라, 즉 인간의 생활경험에 관한 지식으로 인식할 수 있다면 그것은 인과관계가 존재한다고 볼 수 있게 된다.³³⁾ 그러나 정보통신분야의 책임귀속은 장애에 의한 지나친 확장을 부분적으로 고려하여 적절하게 제한해야 한다는 주장도 있다.³⁴⁾

2) 위험책임주의

과학기술의 발달은 많은 생활의 편리함을 주는 반면, 손해가 발생할 가능성이 크게 증대되고 있으며 그 크기도 점점 확대되고 있는 추세이다. 더욱이 손해의 발생에 대해 상대방의 고의나 과실을 입증하기에 어려움이 따르며, 그럼으로 말미암아 이용자를 보호할 수 없게 되는 일이 빈번해 진다. 따라서 가해자에게 고의, 과실이라는 귀책사유를 요하지 않고 손해를 부담시켜야 할 필요가 생기게 되었고 이러한 책임귀속원리를 위험책임주의라고 한다. 전술한 바와 같이 위험책임은 철도, 자동차, 항공기 등의 고속교통기관의 발달과 광업, 전기사업, 원자력산업 등의 위험한 설비를 갖춘 기업의 발달 등으로 위험산업이 점차 증대하여, 이러한 위험이 일반인에게 주는

33) 독일 BGH VersR 1956, 410. 이에 의하면 독일연방대법원은 “생활경험이 가리키는 것처럼 가끔 발생하는 기술적인 결함은 생산과정에서 배제할 수 없고, 절대적으로 안전성을 갖출 수도 없지만, 적어도 복잡한 생산과정이 문제가 되고 제작자의 공개되지 않은 부분을 조사하는 것이 문제가 되는 한, 그 하자의 감소가 불가능한 것은 아니다” 라고 판시하고 있어 숨은 제조상의 하자의 결과에 대한 손해배상청구가 될 수 있음을 밝히고 있다.

34) Mattias Kuhn, *Rechtshandlungen mittels EDV und Telekommunikation: Zurechenbarkeit und Haftung*, München, 1991, 272면 ; 이에 의하면 일반적으로 상당성에 의한 귀속의 제한을 통하지만, 무엇보다도 규범목적관련성(Normzusammenhang)을 통해 컴퓨터와 정보통신도입의 기술적 위험을 적절하게 분배할 수 있는 사회적 위험규율을 형성하게 된다고 한다.

손해는 종래의 과실책임주의로는 청구할 수 없는 경우가 생기고, 이로 말미암아 과실책임주의에 대한 비판과 함께 위험책임주의라는 것이 주장되게 된 것이다.

그렇다면 컴퓨터를 위험물이라고 볼 수 있는가. 독일 항공운항법 제33조 내지 독일 원자력법 제25조에는 컴퓨터 위험이 위험책임에 해당되는 것으로 규정되어 있다. 또한 컴퓨터를 위험책임이론에 그대로 적용하는 것은 무리가 있지만 현대사회에서 컴퓨터나 정보통신시스템의 사회적, 경제적 중요성, 피해의 파급효과를 고려하여 정보화사회에서의 위험물로 개념을 재구성하여 경제적 위험물로 생각해 볼 필요도 있다는 견해도 있고,³⁵⁾ 채무자가 기술적 설비의 오류에 대해 계약법의 영역에서 일반적으로 책임을 져야 한다는 주장도 제기되며³⁶⁾, 컴퓨터프로그램이 제조자를 통해서 또는 원격전송에 의해 고객을 통해 데이터저장체(디스켓, CD-ROM)속에 物化되는 한 제조물책임이 적용되어야 한다는 견해도 있다.³⁷⁾

전자거래상 위험책임을 도입하기 위한 또 다른 근거로는 소비자보호를 중심으로 하는 법적 고려라고 할 수 있다. 컴퓨터 등의 전산장치를 이용해 이익을 보려고 하는 자는 주로 기업이라고 할 수 있고 컴퓨터는 자체가 배타적으로 운영, 관리, 사용하도록 되어 있으므로 이에 참여하는 소비자는 안전에 대한 신뢰를 통하여 거래를 하게 된다. 그럼에도 불구하고 이를 신뢰한 소비자에게 손해가 발생한 경우 그러한 손해가 상대방의 고의 내지 과실이 있음을 이유로 발생했다는 것을 입증한다는 것이 거의 불가능에 가깝다. 그렇다고 이러한 손해의 위험을 소비자가 부담한다는 사실을 알고 계약에 참여하지 않을 것이므로, 소비자의 고의 내지 과실이 아닌 사유로 손해가 발생했다면 제공자에게 일차적으로 무과실책임을 부과하여 손해배상책임을 부담하도록 하는 것이 타당하다고 생각한다.

35) 松本恒雄 (주24), 159면.

36) H. Köhler, Die Problematik automatisierter Rechtsvorgänge insbesondere von Willenserklärungen in: AcP, 182, 169면.

37) 오병철 (주29), 347-348면.

3) 모험책임주의

전술한 위험책임과는 다른 의미로 모험책임이라는 이론이 있다. 모험책임원리(Risikohaftungsprinzip)는 이행보조자에 대한 책임으로써 이행보조자가 자신의 업무를 수행함에 있어 제3자에게 가한 손해에 대해서 배상책임을 진다는 이론이다. 모험책임주의에서는 자신이 행하여야 할 급부의 일부 또는 전부를 타인을 이용하여 실행한 경우 자신의 행동영역을 보조자의 행동영역까지 확대함으로써 갖게되는 이익이 있는 반면, 이에 따라 발생하는 손해에 대하여는 배상을 하여야 한다는 것으로, 결국 타인을 사용함으로써 발생할 수 있는 손해를 용인하는 모험을 인수한다는 것이다.³⁸⁾ 이는 컴퓨터와 정보통신의 도입을 통해 컴퓨터운영자는 특별한 위험을 창출하므로 과학기술화의 결과로써 모험원칙에 따라 책임을 져야 한다는 것으로, 특별한 위험은 그것의 회피가능성이 없다는 점과 인간에 의한 통제가 결여되면 하자가 확대된다는 점에 기인하고 있다. 이러한 위험상태의 창출은 과실책임의 원칙과 모험책임의 원칙에 따라서도 발생하는 침해결과의 귀속을 위한 법적 근거가 된다고 한다.³⁹⁾ 그렇지만 모험책임원리를 곧바로 적용시키기에는 어려움이 있다. 그것은 컴퓨터와 통신망을 이행보조자로 보기는 하지만 컴퓨터설비자체가 인간과 동일하지는 않으므로 전산망의 불안정과 이행보조자의 과실이 동가치한 문제가 아니므로 만일 컴퓨터의 관리 및 운영의 과정에서 손해가 발생한 경우 이행보조자책임과 관련하여 컴퓨터운영자에게 그 책임을 귀속시키는 것은 과실책임주의의 관철이라고 한다.⁴⁰⁾

(2) 입증책임의 전환

입증책임의 전환의 문제는 감독자의 책임(민법 제755조), 사용자 책임(민법 제756조), 공작물 등의 점유자의 책임(민법 제758조 1항 본문), 동

38) 오병철 (주29), 349-350면.

39) E. Deutsch, Gefahr, Gefährdung, Gefahrerhöhung, Festschrift für Karl Larenz zum 70, 1973, 885면이하 참조.

40) 오병철 (주29), 351-352면.

물점유자의 책임(민법 제759조), 자동차운행자의 책임(자동차손해배상보장법 제3조) 등에서 인정하고 있다. 이러한 입증책임의 전환은 피해자가 가해자의 고의, 과실을 적극적으로 입증할 필요 없이, 불법행위책임을 져야 할 자가 자기에게 고의, 과실이 없음을 적극적으로 입증하지 못하는 한 가해자는 불법행위책임을 면할 수 없다. 더 나아가 과실의 추정이라는 사실상의 입증책임을 전환하는 방법이 있는데 이는 가해자가 스스로 자기에게 고의, 과실이 없었다는 것을 증명할 경우, 혹은 그의 불법행위책임을 면하게 하는 것이 공평하다는 할 수 있는 특별한 사정이 있는 때에 判例에 의해 인정되고 있다.⁴¹⁾

근대민법은 가해자가 고의 또는 과실로 타인에게 손해를 가한 경우에 한하여 그 손해를 배상할 것을 규정하였다. 이처럼 고의 내지 과실과 같은 귀책사유로 타인에게 손해를 준 경우에만 가해자가 손해배상의 책임을 지는 원칙을 과실책임주의라 한다.⁴²⁾ 그런데 19세기말에서 20세기초에 걸쳐 일어난 과학문명의 비약적인 발전은 종래에 없었던 위험성이라는 문제가 대두되게 되었다. 이 위험성은 주로 기업에서 발생하게 되었는데 철도, 자동차, 항공기 등의 고속교통기관의 발달과 광업, 전기사업, 원자력산업 등

41) 대판 1962.1.18, 4294민상507 ; 대판 1965.9.11, 65다1385 ; 대판 1980.2.26, 79다2138, 2139. 이들 판결에서는 채권자라고 칭하는 자가 채권이 없음에도 불구하고, 가압류 또는 가처분신청을 하고 법원의 가압류 또는 가처분결정에 따라 집행관이 이러한 결정을 집행하였으나, 실제로는 채권이 존재하지 않음이 확정된 때에는 그 채권자라고 칭하는 자의 고의, 과실이 추정되고, 반증이 없는 한 채권자는 불법행위책임을 면하지 못한다고 판결하였다. 그리고 대판 1959.10.29, 4292민상67 판결에서는 자동차운전수가 운전 도중에 자동차가 전복되는 등 사고가 발생하였다면 일운 운전수의 고의 또는 과실에 기인한 것이라고 추정함이 상당하다고 판결하였으며, 대판 1989.2.22, 87가합400 판결에서는 의학지식에 있어 의사와 환자사이에는 격차가 있고 증거자료의 거의 모두를 의사 측이 갖고 있기 때문에 의료소송에 있어 환자 측이 의사의 과실 및 그 결과 사이의 인과관계를 입증하기는 매우 어려우므로 환자 측의 입증부담을 경감하여 준다는 취지에서 수술방법선택의 危險性 내지 불합리성을 상당한 정도로 추정케 하는 자료가 제출되면 의사 측에게 이에 대한 반증을 하게 하고, 그러한 반증이 없을 경우 의사 측의 과실을 인정하는 것이 손해의 공평한 분담이라는 손해배상제도의 이념에 비추어 타당하다고 판결하였다.

42) 김상용 (주21), 997, 15면. 과실책임주의는 역사적으로 볼 때 근대 자연법의 영향을 받아 확립된 원칙이며, 근대 이전에는 과실이 없더라도 손해발생에 대한 사실만 있으면 책임을 지도록 하는 원인주의(Verursachung-oder Veranlassungsprinzip) 또는 결과책임주의(Prinzip der Erfolgshaftung)였다고 한다.

의 위험한 설비를 갖춘 기업의 발달 등으로 위험산업이 점차 증대하였다. 이러한 위험이 일반인에게 주는 손해는 종래의 과실책임주의로는 청구할 수 없는 경우가 생기고, 이로 말미암아 과실책임주의에 대한 비판과 함께 위험책임주의라는 것이 주장되었다. 즉 이전에 손해의 배상과 관련하여서는 과실이 있는 때에 그 손해에 대한 배상을 하였던 것이 무과실에 대해서 책임을 지도록 하는 무과실책임주의가 대두된 것이다. 결국 기계화로 인한 위험발생에 대해 기업으로 하여금 대내적, 대외적으로 과실책임주의를 극복하고 위험책임을 지우는 것이 정의와 공평의 원칙에 합치된다는 것이다. 위험책임은 손해의 발생이 행위자의 과실에 의하여 위법하게 일어났느냐를 관계하지 않고, 위험한 시설이나 활동에 관련하여 특별한 이익을 얻는 자에게 책임을 지우는 손해배상의 원칙이다. 그러므로 위험책임은 고의, 과실을 요건으로 하지 않으며 객관적인 위법성을 요건으로 하지도 않는다.⁴³⁾

위험책임의 이론적 근거는 보상책임설, 위험책임설, 원인책임설, 구체적 공평설 등의 견해가 있다.⁴⁴⁾ 보상책임설은 기업이 이익을 얻는 과정에서 타인에게 손해를 주는 경우 그 이익에서 배상케 하는 것이 공평하다는 견해⁴⁵⁾이며, 위험책임설은 위험한 시설의 관리자에게 위험물에 대한 절대적인 주의의무를 부과하여 그것으로부터 생긴 손해에 대하여 책임을 져야 한다는 견해이다⁴⁶⁾. 또한 손해의 원인을 만들어 낸 자는 그것에서 생긴 손해를 배상하여야 한다는 견해가 원인책임설이며⁴⁷⁾, 손해를 가해자 또는 피해자의 어느 일방에만 부담시키지 않고 구체적인 사정에 따라 양자 사이에 공평하게 부담시키자는 견해가 구체적 공평설⁴⁸⁾이다.

43) 김상용 (주21), 20-21면이하.

44) 이에 대해 자세한 것은 김상용 (주21), 361면 이하 참조.

45) 독일의 R. Merkel, "Die Kollision rechtmäßiger Interessen und die Schadensersatzpflicht bei rechtmäßigen Handlung"(1895)라는 저서에서 이 익설에 대하여 구체적으로 언급하였으며 이 이론이 우리 나라에서는 보상책임설로 소개되고 있다(이은영 (주1), 549면).

46) von Caemmerer, Haftung für besondere Gefahr, Archiv für civilistische Praxis, 1970, 1면이하 ; 광윤직 (주5), 690면 ; 이은영 (주1), 642면.

47) M. Erzbach, Gefährdungshaftung und Gefährhaftung, Archiv Für civilistische Praxis, 1911, 347면. 413면이하.

48) 김상용 (주21), 361면. 이에 의하면 구체적 공평설이 손해배상의 일반 원칙이라고 한다.

위험책임이 불법행위책임은 아니지만 불법행위책임이 과실책임의 원칙에서 무과실책임을 가미하는 방향으로 나아가고 있는 과정 속에 필연적으로 나타난 이론으로 그 이유는 앞서 살펴본 바와 같이 기업이 활동을 하는데 있어 기업의 위험한 설비가 일반인에게 손해를 주는 경우 일반인이 이를 상대로 손해배상을 청구하기에 사실상 어렵다는 것 때문이다.

또한 위험책임을 인정한 규정은 광업법에서의 광해배상(광업법 제91조 이하)에서, 노동재해의 보상에 관해서는 근로기준법 제78조 이하 및 산업재해보상보험법에서, 그리고 환경침해로 인한 손해배상책임을 환경정책기본법 제31조에서 규정하고 있다.

전자거래에서 위험책임의 이론을 적용할 여지는 없는가. 계약체결과 이행과정에서 그 원인을 알 수 없는 손해가 발생했을 때 위험책임을 제공자에게 부담하게 할 필요가 있는 경우가 있다. 뒤에 살펴보게 될 책임귀속의 근거로 위험책임을 들고 있는 견해에 의한다면 컴퓨터시스템을 하나의 위험물로 인정하여 위험책임을 부담시킬 수 있는 부분도 존재한다. 다만 전자거래는 기본원리가 계약이론에서 출발하기 때문에 기존의 계약이론에서 고의나 과실의 유책성을 기준으로 책임을 부담하므로 위험책임의 이론을 지나치게 확장하는 것이 아닌지 의문시되는 점도 없지 않다. 그러나 전자거래상 존재하는 위험으로 인해 발생한 손해는 이러한 고의, 과실을 입증하기에 어려움이 많고, 더구나 인체사고의 경우 그 피해규모도 상당히 클 수 있으므로 무과실책임 또는 입증책임의 전환방법으로 접근하여 해결하는 것이 더 바람직한 경우도 생기게 될 것이다. 예컨대 통신회선상의 오류로 인하여 손해가 발생한 경우 판매업자나 서비스업자에게 통신사업자를 이행보조자로 이해하여 사용자책임을 부담하게 하는 것이나, 격지자간 진료계약시 오진으로 인해 손해가 발생한 경우, 컴퓨터통신망을 이용한 음란물의 제공으로 인해 정신적인 피해를 입은 경우 등 컴퓨터 기기나 통신회선 자체가 위험물이 될 수는 없지만, 이를 매개체로 하여 위험한 물건이 움직이게 된다면 위험책임의 이론을 확장하여 무과실책임 또는 입증책임의 전환으로 이용자인 소비자를 보호하는 것도 필요하다고 생각된다.

제 3 절 새로운 위험분배이론의 등장

1. 네트워크 책임론

네트워크책임론이란 계약의 체결과 이행과정에서 사고가 발생한 경우의 해결방법으로써 입증책임의 문제로써 해결하자는 견해이다. UNCITRAL 과 EFT(전자자금이체)와 관련하여서 네트워크책임론이 제기되고 있다.⁴⁹⁾ 네트워크책임론에서 제시하는 것은 자금이체의뢰인이 자금이체에 대한 의뢰를 하는 경우 이를 직접적으로 위임받은 은행에서 당해 자금이체거래의 전체에 대한 책임을 부담한다는 것이다.⁵⁰⁾ 물론 그 후에 사고에 관여된 관계자에게 구상할 수 있음은 당연하다. 다음에 살펴볼 책임분계점의 이론에서는 은행이 책임을 부담하는 경우는 당해 은행의 프로그램사용소프트웨어, 건물내 배선상의 문제로 인한 사고의 발생에 한해서 부담하는데 비해 네트워크책임론은 고객의 자금이체의뢰를 받은 수입은행에서 자금도달시까지 책임을 부담하고 그 후에 내부적으로 구상에 의해서 초과 부담한 부분에 대해 돌려 받는 식으로 한다.

네트워크책임론에서는 네트워크 사고의 특성상 민법상의 과실책임원칙과 네트워크상의 책임과는 달리 규율해야 할 필요가 있다는 것이다. 그 이유는 첫째, 피해자가 가해자의 고의, 과실을 입증해야 하는 책임에서 벗어나야 한다는 점이다. 소비자가 전자거래를 통해 사고가 발생한 경우 대부분의 사업자는 컴퓨터 전문기술을 확보하고 있지만 소비자는 그와 같은 전문기술이 부족하기 때문에 사고의 원인규명과 입증이 곤란하므로 전자거래의 관여자는 누구라도 자기의 지위 및 관여의 정도에 따라 네트워크 전체의 안전성을 유지할 의무와 전자거래의 안전성확보에 대한 배려의무를 부담하여, 네트워크사고가 발생한 경우에 그 주의의무 해태에 따른 과실책임이

49) United Nations Commission on International Trade Law, Draft Legal Guide on Electronic funds Transfers, Report of the Secretary-General, Chapter on Fraud, Errors, Improper Handling of Transfer Instruction and Related Liability, A/CN.9/250/Add.4, 18 April 1984, Page 17.

50) 松本恒雄 (주24), 169면.

추정되어야 한다는 것이다. 두 번째로 전자거래의 관여자는 자신의 관여도에 상응하는 손해배상책임을 부담해야 한다. 결국 네트워크관여자 사이에서 네트워크 운영의 관여도, 전자거래의 안전성확보의무의 위반정도에 상응해서 책임을 분담하자는 것이다. 셋째, 선진국의 제조물책임법에서 채택하고 있는 무과실책임법리를 네트워크책임에 도입하는 것을 고려해 보자는 것이다.⁵¹⁾

2. 책임분계점의 이론

책임분계점의 이론은 통신시스템상의 사고에 대하여 전기통신설비를 기술수준에 적합시키기는 책임의 갈림길에 의해 민사책임을 나누어 가자는 이론이다. 통신사업자와 통신이용자의 보안책임의 분계점을 전기통신회사의 전선로가 진입하는 선과 통신이용자의 전기설비와의 접속점으로 하여 그곳까지의 보안책임을 전기통신회사가 부담해야 한다는 것이다. 따라서 기술수준적합책임에 의한 보안책임의 소재를 사고에 대한 민사책임의 갈림길로써 정하자는 것이다.⁵²⁾

책임분계점의 이론을 적용하면 먼저 전자거래의 소비자와 제공자의 책임의 분담을 정할 수 있는 기준이 되며, 통일적·유기적인 시스템으로 만들 수 있고, 대외적으로 책임의 집중이 된다는 점에서 유리한 면이 있다. 그러나 데이터의 변질이 있는 경우 사고발생장소가 불명확한 경우에 보안책임의 분담을 정해 놓게 되면 피해자 측에서 입증책임을 부담해야 하는 불합리한 점이 생긴다. 이에 대하여 원인행위자가 불명확하거나 사고발생지점이 정확하지 않은 상태에서 사고가 생겼을 때, 피해자보호를 중시하는 입장에서 공동불법행위로 전기통신회사나 이용자가 책임을 부담하며 만일 자신의 분담부분에서 사고가 생기지 않았다는 것을 입증하면 배상책임을 면할 수 있다고 한다.⁵³⁾

51) 이은영 (주16), 117-119면.

52) 이 이론은 일본에서 새롭게 논의되고 있는 이론으로 1985년 日本 金融法務事情編集部에서 발간한 “エレクトロニック・バンキングに関する法的一考察”에서 제기된 것으로 關西電力의 電氣供給規定 제53조, 제80조에 그러한 내용으로 규정되어 있다.

53) 松本恒雄 (주24), 167면.

3. 시스템책임론

시스템책임론은 시스템을 설계, 통괄, 운영하는 자인 시스템제공자에게 전책임을 부과하는 이론이다. 그것은 전자거래상의 계약이 기존계약과는 달리 고의나 과실의 입증이 되었을 때 책임을 부담하는 것으로는 해결하기 어려울 뿐만 아니라, 다수의 당사자가 각자의 분담부분을 정하기도 어려운 실정이므로 전자거래의 계약을 특수한 책임으로 구성하여 컴퓨터와 그 네트워크 및 시스템에서 구성된 거래관계에 관하여 계약시스템이 통일적, 유기적인 시스템으로서 유효하게 작동하도록 시스템을 적절하게 설계하고, 총괄하고, 운영하는 자 즉 시스템제공자에게 책임을 집중시키는 것이다.⁵⁴⁾ 따라서 전통적인 위험책임론에 있어 위험이라는 것은 대체로 인신손해의 위험을 가리키는 것이므로 전자거래에서 이 이론을 그대로 적용하는 것은 무리가 있지만, 경제사고나 사회사고의 발생시는 거대한 피해가 예상되므로 이러한 책임론을 고려하는 것도 바람직하다고 한다.⁵⁵⁾ 반면 이러한 시스템책임론을 주장하기는 하지만 실제 시스템제공자의 범위를 어디까지 할 것인가가 명확하지 않고, 시스템을 어떻게 활용할 것인가라는 측면에서 소프트웨어 차원의 시스템책임이라는 범위를 정립하고 그에 따라 책임을 집중시키자는 시스템책임론도 제기되고 있다.⁵⁶⁾

4. 검 토

전자거래는 먼저 컴퓨터와 컴퓨터를 연결하는 통신망을 사이에 두고 대립하는 다수 당사자가 각자의 이해관계에 따라 계약관계를 맺고 있으므로 체결과정에서부터 기존의 계약이론에서 검토하지 않았던 문제들이 발생할 소지가 다분하다. 예컨대 계약성립시의 의사표시의 전달과정에서의 문제를

54) 近藤次郎, 巨大システムの安全性, 164면이하. 시스템은 일부의 고장이 전체에 미치는 효과는 지대하므로 시스템을 설계하고 운영하는 자는 전체의 안전에 대한 책임을 부담하는 타당하다는 생각에 기반을 두고 있다(松本恒雄 (주24), 168면 재인용).

55) 松本恒雄 (주24), 168면.

56) 山本隆司 コンピューター・ネットワークと契約にシステム化, 法律時報, 제62권 2호, 1992.2, 18면.

생각해 보면, 분명 소비자가 구입의 의사표시를 하였다 하더라도 여러 가지 오류로 인하여 구입의사 데이터가 잘못되는 경우가 생길 수 있으며, 통신시스템의 보안설비 미흡으로 적절한 계약체결과 이행이 이루어졌다 하더라도 개인의 정보가 유출되어 소비자가 피해를 볼 수 있는 경우도 생길 수 있게 된다. 따라서 단순히 채무의 이행불능이라는 차원만을 떠나, 전자거래에서의 위험부담은 계약전체에서 발생할 수 있는 모든 위험에 대하여 그 책임을 누가 부담하는가의 문제로 해석하여야 할 것이다. 물론 이 경우 판매업자와 소비자 사이의 계약체결에 따라 어떠한 상품이나 서비스를 제공하고 대금의 지급이 이루어지는 등의 사안에서 계약의 체결과정이나 인도 과정에서 제품자체나 서비스자체의 문제로 인한 위험의 부담부분도 있을 것이고 통신의 보안문제에 기인하는 위험부담의 문제도 발생할 수 있다. 그런데 이러한 위험은 다수의 당사자가 참여해 누군가의 고의나 과실에 의해 위험이 발생했는지, 또 어느 시점에서 위험이 발생했는지를 가려내기가 쉽지 않다는 특성이 있기 때문에 실제 이런 경우에는 어떤 당사자가 위험을 부담한다는 식의 해석을 하기에 어려움이 따른다. 그러므로 지금까지 살펴본 네트워크 책임의 이론이나 책임분계점의 이론, 더 나아가 시스템 책임론까지도 이러한 위험분담의 부분을 어떻게 하면 적절하게 할 수 있을 것인가를 기준으로 논의되고 있는 것으로 볼 수 있다.

먼저 소비자의 위험부담의 부분을 살펴보고자 한다. 전자거래 당사자중 정보력이나 기술력에서 가장 부족한 상태에 있는 당사자로서 실제 소비자는 영리적인 목적으로 전자거래의 당사자로 참여하는 것이 아니라 필요한 제품이나 서비스를 구입하고자 하는 목적으로 참여하는 것이므로 소비자에게 과중한 책임을 부담시키는 것은 바람직하지 않다. 더욱이 통신시스템 구축에 참여하여 독자적인 영역을 형성하는 것이 아니므로 관련 시스템 운영상의 문제로 소비자에게 책임을 부담시킬 수는 없을 것이다. 따라서 소비자는 자신이 필요한 제품이나 서비스를 여러 가지 지급방식에 의해 구입하는 한에서 자신의 위험을 부담하면 족할 것이다. 만일 관련 시스템운영상의 문제로 인해 손해가 발생한 경우 소비자에게는 판매업자나 통신서비스제공자 모두에게 계약불이행책임이나 불법행위책임을 청구할 수 있는 권한이 있다. 다만 프로그램 등 운영시스템의 개발자에게 직접적으로 청구하

기에는 법이론상 청구할 근거를 마련하기가 쉽지 않으므로 소비자와 직접 연결을 맺은 판매업자나 서비스업자에게 책임을 물은 후 판매업자나 서비스업자가 이들 통신업자나 소프트웨어개발자에게 구상하는 형태를 가져야 할 것이다.

두 번째, 판매업자나 서비스업자의 경우로, 이들은 전자거래에서 가장 많은 위험부담의 책임을 지는 당사자가 되어야 할 것이다. 그것은 전자거래에 존재하게 되는 많은 계약군을 대표하여 소비자와 계약을 맺는 당사자가 되므로 순차적으로 존재하는 계약에 대해서도 일차적으로 소비자에게 책임을 지게 되며, 전자거래 자체의 원활한 운영을 위하여 모든 설비시스템을 정상적으로 가동시키도록 해야 할 의무를 부담하기 때문이다. 따라서 전자거래에서 운영상의 사고가 발생하는 경우 판매업자나 서비스업자의 책임이 우선되어야 할 것이고, 판매업자나 서비스업자가 자신들의 과실이나 고의로 사고가 일어나지 않았다는 것을 입증하는 경우에만 책임을 면하게 할 수 있을 것이다. 또한 제품이나 서비스의 제공에서도 순차적으로 연결된 다른 제조업자, 혹은 서비스업자로부터의 채무불이행이 있다 하더라도 계약당사자로서 후에 구상의 문제가 생기는 것은 別論하고라도 우선적으로 소비자에게 책임을 지는 당사자가 된다고 할 것이다.

셋 째, 통신사업자에 관련된 위험부담의 부분이다. 통신사업자는 통신회선상의 원활한 운영을 도모할 의무를 지고 있으므로 통신사업자가 고의나 과실로 통신회선에 장애가 일어나 사고가 발생한 경우에는 당연히 책임을 부담해야 할 것이다. 그러나 실제 통신사업자의 고의나 과실에 의한 경우를 들어 책임을 부담시키는 것은 거의 불가능에 가깝고 특히 면책약관에 의해 스스로 면책을 받을 수 있도록 해 놓을 가능성이 크므로, 단순히 고의나 과실에 의한 경우로 제한하여서는 그 책임을 물을 수 없게 된다. 이 경우에는 고의나 과실이 아니더라도 통신망 운영상에 장애로 인하여 손해가 발생한 경우에 자신들이 정상적으로 주의의무를 다하여 통신망이 운영되도록 하였다는 것을 입증하는 경우에만 그 책임을 면하도록 하는 것이 타당하다고 생각한다.⁵⁷⁾ 그러나 이 경우에도 여전히 이용자가 그 책임을

57) 같은 견해로, 김영갑·최영준, 정보사회에 대비한 상사법연구, 정보사회에 대비한

청구하는 것은 사실상 어려움이 있으므로 판매업자나 서비스업자가 그에 대한 청구를 할 수 있을 뿐이다.

이상을 종합하여 보면 결국 위험부담의 주체는 판매업자나 서비스업자가 된다는 것을 알 수 있다. 따라서 새롭게 주장되는 시스템책임론의 입장처럼 기본적으로 거래시스템을 설계하고 운영하며 유지하는 제공자가 전자거래에서 발생하는 위험을 전적으로 책임지는 것으로 하되, 만일 제공자가 자신의 잘못이 없음을 입증하면 그 책임을 면할 수 있게 하는 것이 타당하다고 생각한다. 또한 제공자가 다수일 경우에는 그중 소비자와 일차적으로 계약을 맺은 제공자가 위험을 부담하고 후에 나머지 당사자들에게 그들의 위험부담 부분만큼 구상하게 하는 것이 적절할 것이다.

제 4 절 전자거래에서의 위험분배방안

1. 위험분배를 위한 당사자의 책임검토

(1) 계약당사자의 책임

1) 판매업자 또는 서비스제공자

인터넷상으로는 상품이나 서비스의 제공이 자유롭고, 소비자는 손쉽게 이를 제공받을 수 있다. 반면 이러한 자유스러운 진입으로 소비자가 피해를 입을 수 있는 경우도 더욱 많다고 할 수 있다. 인터넷의 쇼핑몰을 통하여 쇼핑을 하거나 주식의 매매 등 각종 거래를 하는 것과 같이 컴퓨터를 통한 상품의 매매나 서비스에 대한 계약을 체결하는 과정에서 어떠한 사정으로 이용자에게 손해가 발생한 경우 판매업자나 서비스업자의 책임을 어디까지 인정할 것인가.

일반법연구(I), 통신개발연구원, 1997, 170면. 이에 의하면 통신망의 오작동, 통신 소프트웨어의 결함 등으로 인하여 정보이용자에게 손해가 발생한 경우 비록 전기통신사업자에게 고의·과실이 있음이 밝혀지지 않았다 하더라도 천재지변과 같은 특수한 경우를 제외하고는 무과실책임을 부담시켜야 한다고 한다.

전자거래에 참여하는 판매업자나 서비스업자는 거래의 상대방에게 완전한 이행을 해야하는 의무를 부담한다. 계약에 따른 완전한 이행을 하지 못한 경우에는 계약상 책임에 따라 손해배상책임을 져야 한다. 예컨대 소비자가 인터넷을 통하여 어떠한 상품을 구매하기로 계약을 하였다면 이에 대한 완전한 이행이 이루어지도록 하는 것이 판매업자의 책임이라고 할 수 있다. 그런데 앞의 사례분석에서 살펴본 바와 같이 인터넷을 통한 물품구입시 가장 큰 불만사항이 완전한 이행이 이루어지지 않은 데에서 오는 것이다. 계약은 제대로 이루어졌으나 여러 경로를 통해 소비자에게까지 오는 동안 오류가 발생하게 되고 이렇게 됨으로써 소비자는 완전한 이행을 받지 못하게 되는 것이다. 또한 인터넷을 통한 물품의 구입과정에서 통신의 장애 등으로 인하여 구입의 의사표시가 도달되지 않았다면 당연히 판매업자가 책임을 부담할 부분은 없을 것이다. 그런데 만일 정상적으로 구입의 데이터를 전송했으나 제3자의 개입으로 데이터가 변경되거나 지연되어 손해가 발생한 경우나 무권한자에 의해 계약이 체결되어 이행까지 일어난 경우, 통신망의 안전한 관리의무를 이행하지 못한 판매업자의 책임문제가 발생할 수 있는 가능성이 생긴다. 왜냐하면 전자거래에서는 정상적인 데이터가 전송되기 위한 보안시스템의 개발이 무엇보다도 필수적이며 이용자로서는 그러한 보안시스템을 신뢰하여 계약을 체결하려고 하기 때문에 판매업자가 구축하고 있는 안전시스템의 흠결로 손해가 발생한 경우라면 책임을 면하기 어려울 것이다.

판매업자나 서비스제공자가 부담하는 위험은 다음과 같다.

첫째, 계약의 체결과정에서 발생하는 손해에 대하여 책임을 진다. 계약의 체결과정은 계약의 성립과는 달리 판단해야 하므로, 반드시 계약이 성립했는가 아닌가하는 문제는 아니다. 그러므로 계약의 성립과정에서 발생하는 손해에 대하여는 계약체결상의 과실책임을 근거로 손해배상을 청구할 수 있다.

두 번째, 계약상 이행보조자의 의무위반에 대하여도 일차적인 책임을 진다. 전자거래에서 정보제공과 같은 경우는 대부분 제공자와 이용자간에 일대일 거래가 이루어지지만 상품의 제공과 같은 경우에는 제3자를 이행보조

자로 하여 이루어지는 경우가 일반적이다. 이와 같은 경우 이행보조자인 택배업자, 운송업자 및 창고업자 등의 잘못으로 완전한 이행이 이루어지지 않는다면, 마찬가지로 채무불이행을 근거로 그 책임을 물을 수 있게 된다.

세 번째, 소비자와의 거래에서 발생하는 컴퓨터 등의 안전성에 대하여 위험을 부담한다. 우리의 전자거래기본법 제14조 1항에 의하면, 전자거래 당사자 등은 전자거래에 사용되는 컴퓨터 등의 안전성을 확보하기 위한 보호조치를 하여야 한다고 규정하고 있으며, 동조 제2항에서는 컴퓨터 등의 운영을 타인에게 위탁하는 경우에는 안전성을 충분히 확보할 수 있는 자를 수탁자로 하여야 하고, 만일 수탁자의 과실로 장애가 발생한 때에는 신속한 제거를 하여야 한다고 하고 있다. 따라서 컴퓨터 등의 안전성의 소홀로 손해가 발생한 경우 그 책임을 물을 수 있게 된다.

마지막으로 네 번째, 수집된 소비자의 정보의 유출로 인한 책임을 진다. 판매업자나 서비스업자는 거래와 관련하여 수집된 정보가 타인에게 유출된 경우 이에 대한 손해를 배상해야 하는 의무를 진다(전자거래기본법 제13조).

2) 소비자

전자거래에 참여하는 소비자는 앞에서 살펴본 판매업자나 서비스제공자가 부담하는 정도의 위험을 부담하지는 않지만 어느 정도 위험의 부담을 하고 있다. 이를 구체적으로 살펴보면 인터넷에서 어떠한 상품이나 서비스를 구입하겠다는 의사표시의 발신과정에 발생하는 오류에 대한 책임을 부담한다. 즉 의사표시의 전달과정에 의사표시가 전달되지 않거나, 지연해서 도달하는 경우, 또는 수령인의 수령능력이 없어 반송되는 경우 및 의사표시의 내용이 변경되는 경우 등이다.

전자거래에서는 의사표시의 효력발생시기를 수신자가 수신 가능한 때로 하기 때문에 수신자에게 도달되기 전까지의 위험에 대해서는 발신자가 부담한다.⁵⁸⁾ 또한 의사표시에 변경 등의 오류가 발생한 경우 마찬가지로

58) 김기현, 전자화된 의사표시의 효력발생시기와 하자 있는 도달의 위험부담, 충남대학교 법학연구 제8권 제1호, 1997, 273면. 이에 의하면, 불도달의 위험을 수령자에

도달을 기준으로 판단하게 된다. 즉 도달전의 변경에 대하여는 표의자가, 도달후의 변경에 대하여는 수령자가 부담하게 된다. 그러므로 소비자의 구입의사가 어떠한 사정으로 변경되는 경우 그러한 의사표시가 도달되기 전에 변경된 경우라면 소비자가, 도달된 후에 변경된 것이라면 판매업자나 서비스제공자가 부담하게 된다. 더 나아가 구입의 의사표시를 정상적으로 하지 못한 경우도 있을 수 있다. 예를 들어 컴퓨터 키보드를 잘못 조작하여 본래 의도하지 않았던 내용이 전달된 경우 기본적으로는 의사표시의 당사자가 그 책임을 부담한다. 다만 전자거래는 이와 같은 오류가 발생할 가능성이 일반적인 거래에서보다 많아, 소비자에게 철회권을 인정함으로써 이러한 위험을 경감시키고 있다.

(2) 온라인사업자의 책임

온라인 사업자인 망운영자(network operator)⁵⁹⁾, 접근 제공자(access provider)⁶⁰⁾, 호스트 서비스 제공자(host service provider)⁶¹⁾, 게시판이나 뉴스그룹 또는 토론실 운영자 등을 말하며, 엄밀한 의미에서는 아니지만 대부분의 온라인 사업자가 자신이 콘텐츠를 제공하기도 하기 때문에 콘텐츠 제공자(content provider)도 포함하고 있다.⁶²⁾⁶³⁾ 온라인 사

계 귀속시키기 위해서는 수령자의 객관적 의무위반이 있어야 한다고 한다. 예를 들면 전자우편함이 가득 차서 전자우편이 도달하지 못하거나, 장기간 전자우편을 삭제하지 않아서 새로운 전자우편이 도달하지 못한 경우에 원칙적으로 이러한 경우를 대비할 의무가 없다는 것이다. 다만 사전에 고지를 받은 자나 상인과 같이 거래행위에 구속되는 자는 이러한 상황에 대비할 의무가 있다고 한다.

59) 정보 송신을 위한 시설, 즉 케이블이나 라우터, 스위치 등을 제공하는 사업자를 말한다.

60) 자신의 서버를 통해서 인터넷 접속을 가능하게 하는 사업자를 말한다.

61) 서버의 일정 부분을 이용자에게 제공해 주어 웹페이지를 만들 수 있도록 하는 사업자를 말한다.

62) Mark Haftke, Net Liability : Is an Exemption from Liability for On-Line Service Providers Required?, Ent. LR 47, 1996, 47면.

63) 이에 대하여 독일의 정보통신서비스법(IuKDG : 일명 멀티미디어법)에서는 제2절 제1항과 제2항에서 적용범위를 다음과 같이 규정하고 있다.

(1) 다음의 범규정은 문자와 그림 혹은 음성과 같은 조합된 데이터의 개인적인 사용을 위해 제정된 것으로, 전자커뮤니케이션을 수단으로 하여 전달이 이루어지는(텔레서비스) 모든 전자 정보통신 서비스에 적용한다.

업자를 다른 용어로 온라인서비스제공자라고 부르기도 한다.⁶⁴⁾ 온라인서비스제공자의 책임문제가 거론될 수 있는 분야는 저작권 침해 문제, 유해한 불법정보, 사생활 보호에 반하는 정보, 명예훼손 정보, 영업 비밀 등이 있다. 우리나라의 경우 온라인서비스제공자의 책임에 관한 일반법은 아직 제정되지 않고 있으며, 그 중 일부가 전자거래기본법상에 포함되어 있을 뿐이다.

1) 통신서비스 제공자

전자거래에서의 전기통신사업자의 경우는 단순히 통신망의 구축을 지원해 주는 역할을 하는 면에서 온라인서비스제공자와는 다르다. 그러므로 통신서비스제공자는 온라인 서비스 제공자와의 통신망사용계약 내지는 전용회선설치계약 등을 하고 적절하게 통신망을 이용할 수 있는 시설을 제공하는 것에 그칠 것이다.⁶⁵⁾ 통신사업자의 경우는 자연재해로 인한 통신시설의 장애가 발생했을 때에는 그 책임을 물을 수 없을 것이다. 다만 통신망의 장애가 발생했음에도 복구를 뚜렷한 사유 없이 지연하거나 과실로 인해 회선에 장애가 발생했다면 우리 민법 제390조에 의해 채무불이행책임을 물을 수 있을 것이다. 또한 통신사업자가 고의로 통신망에 장애를 일으키거나 정보의 전달을 지연시키는 경우에는 우리 민법 제750조의 불법행위에 따른

(2) 텔레서비스는 (1)의 의미에서 특별히

- ① 개인커뮤니케이션 범위 내에서 행해지는 제공(예를 들어 텔레뱅킹, 데이터 교환)
- ② 편집 의도가 국민 일반의 의견 형성을 목적으로 하지 않는 정보 혹은 커뮤니케이션에 대한 제공(데이터 서비스, 예를 들어 교통-, 날씨-, 환경-, 증권데이터, 상품과 서비스 제공에 관한 정보의 확산)
- ③ 인터넷 혹은 기타의 통신망 사용에 관한 제공
- ④ 원격 게임의 사용을 위한 제공
- ⑤ 상호 교류적인 접속과 직접적인 주문 가능성을 포함하는 전자화된 데이터베이스를 통한 상품과 서비스의 제공을 한다.

64) 서비스제공자에 대하여 인터넷서비스제공자(ISP), 온라인서비스제공자(OSP), 네트워크책임자 등 여러 용어로 사용하고 있다. 이에 대하여 본 보고서에서는 온라인서비스제공자로 사용하고자 한다.

65) 우리의 전기통신사업법 제4조에서 전기통신사업을 하는 자를 기간통신사업자와 부가통신사업자로 분류하고 있으므로, 기간통신사업자와 부가통신사업자 모두가 이에 해당한다.

손해배상책임을 물을 수 있게 된다. 따라서 통신사업자가 온라인 서비스 제공자와 통신회선 사용의 계약을 체결했다면 모든 주의의무로써 통신회선의 사용을 원활하게 할 수 있게 해야 할 의무가 있고, 이를 위반한 경우는 채무불이행책임이나 불법행위책임을 물어 손해에 대한 배상을 청구할 수 있다. 이 경우 서비스시설의 장애나 서비스이용의 폭주 등의 경우에 서비스제공의 중지나 제한이 가능하도록 하는 약관이 과연 통신사업자의 면책 사유가 될 수 있는가. 전기통신설비의 운영을 위하여 관리하는 것 자체가 채무의 이행이고 통신시스템의 장애로 이용자에게 불측의 손해를 줄 수 있으므로 이와 같은 약관은 무효로 봄이 타당하다고 생각된다. 다만 컴퓨터와 통신망을 이용한 상황에서는 이용자의 접속이 폭주하거나 예상치 못한 위협으로 인해 여러 가지 장애가 발생할 가능성은 언제나 도사리고 있으므로, 최소한의 시간을 정하여 해당 시간내에 복구함으로써 컴퓨터시스템을 정상적으로 사용할 수 있도록 하는 것과 같이, 복구를 위한 일정시간의 면책약관⁶⁶⁾은 유효한 것으로 보아야 할 것이다.⁶⁷⁾

66) 천리안 이용약관 제33조(손해배상)

① 회사는 회사의 귀책사유로 이용자가 서비스를 이용하지 못하는 경우에는 이용자가 그 사실을 회사에 통보한 시점 또는 회사가 그 사실을 알았거나 알 수 있었을 시점으로부터 계속 4시간 이상의 서비스제공 중지시간에 대하여 최근 3개월(이용자의 이용기간이 3개월 미만인 경우에는 해당기간 적용)의 1일 평균 기본이용요금에 서비스제공 중지 시간을 24로 나눈 수를 곱하여 산출한 금액의 3배를 배상합니다. 이 경우 단수가 1시간 미만인 경우에는 1시간으로 산정합니다.

② 회사는 이용자로부터 서비스를 이용하지 못한 사실을 통지받은 경우 서비스재개를 위해 가능한 조치를 취하며, 서비스를 다시 이용할 수 있게 된 경우 이 사실을 이용자에게 통지합니다.

③ 회사는 그 손해가 다음 각호 1에 해당하는 경우에는 손해배상을 아니합니다.

1. 전시·사변·천재지변 또는 이에 준하는 국가비상사태등 불가항력적인 경우
2. 이용자의 고의 또는 과실로 인하여 발생한 경우
3. 전기통신사업법에 의한 타 기간통신사업자가 제공하는 전기통신서비스장애로 인한 경우
4. 전면적인 서비스의 중단이 아닌 부분적인 서비스장애의 경우
5. 전기통신서비스의 특성상 불가피한 사유로 서비스제공이 불가능한 경우

④ 회사는 이용자가 서비스를 이용할 수 없다고 통지한 일자 및 시간, 서비스 재개를 위한 회사의 조치내역과 서비스 재개시점에 관한 사실을 기록할 수 있도록 시스템을 구축하거나 별도의 이용자불만 접수 및 처리대장을 비치,관리한다.

67) 통신사업자의 책임범위에 관한 일본의 판례를 보면, 1984.11.16일 동경의 세타가야 전화국의 지하통신 케이블 전용구내에서 화재가 발생하여 전화케이블이 소손됨에

2) 온라인서비스 제공자

인터넷상 가장 논란이 되고 있는 부분이 도메인네임문제와 더불어 온라인서비스제공자의 책임에 관련된 내용이라고 해도 과언이 아니다. 앞의 사례분석에서도 살펴보았듯이 실질적으로 소송이 일어나고 있는 대다수의 분야가 바로 온라인서비스제공자와 관련하여 저작권침해 내지는 명예훼손을 다투고 있다.

온라인서비스제공자의 책임의 본질에 관하여는 주의의무 위반이라는 사실에 의한 공동불법행위(민법 제760조 제1항)로 보자는 주장이 있다.⁶⁸⁾ 또한 온라인서비스제공자가 정보제공자 등 제3자의 불법행위를 조력한 데 불법행위가 있다고 보아, 교사나 방조로 인한 공동불법행위를 구성할 수도 있다(민법 제760조 제3항). 다만 온라인서비스제공자의 책임을 일률적으로 공동불법행위라고 적용하는 것은 무리이다.⁶⁹⁾ 최근의 대법원 판결이 온라인서비스제공자의 책임유무에 대한 어느 정도의 기준을 제시할 것으로 보인다.⁷⁰⁾

따라 일반 가입전화 약 8만9천회선, 데이터 통신회선, 전용회선 등 약 3천회선이 불통되었고 일반전화회선은 20일날 복구되었으며, 24일 모든 회선이 전면 회복되었다. 이 사고에 대하여 전화가 불통되었기 때문에 배달이나 주문 등이 불가능했으므로 음식점 주인등이 법원에 채무불이행 책임, 국가배상법, 사용자책임, 공작물책임, 영조물책임 등을 들어 소송으로 다투었지만 법원은 이것을 긍정하기에 족한 충분한 증거가 없다고 하여 기각하였다. 여기서의 실제 보상액은 요금반환액과 손해배상액을 합계한 것이 아니라고 하고, 단지 1월분의 전화요금과 상쇄하여 청산되었다<<http://www.ecom.or.jp/miti/960423/all.html>>.

68) 박익환, 저작물의 온라인 전송에 따른 법적 책임 문제, 계간 저작권, 1996 겨울호, 63-67면.

69) 최경수, 온라인 사업자의 책임, 정보법학 제3호, 1999, 300면. 왜냐하면 온라인 사업자의 책임은 기본적으로 가해행위에 대한 책임이기 때문에 피해자의 입장에서 온라인 사업자도 책임의 주체로 두어 선택적으로 손해배상 등을 청구할 수 있는 장점이 있지만, 사업자의 고의나 과실에 대한 입증을 하여야 하기 때문에 부담으로 작용할 수도 있다고 한다.

70) 대판 2000. 4. 11. 선고 99다41749 판결. <공동불법행위에 있어서 과실에 의한 방조에 관한 법리> 수인이 공동하여 타인에게 손해를 가하는 민법 제760조의 공동불법행위에 있어서 행위자 상호간의 공모는 물론 공동의 인식을 필요로 하지 아니하고, 다만 객관적으로 그 공동행위가 관련 공동되어 있으면 족하고, 그 관련 공동성 있는 행위에 의하여 손해가 발생함으로써 이의 배상책임을 지는 공동불법행위가 성립하는

온라인서비스제공자에 대한 책임을 논함에 있어 검토되어야 할 부분은 다음과 같다.

첫째, 온라인서비스제공자의 책임은 저작권 침해뿐만 아니라, 유해한 불법정보, 사생활 보호에 반하는 정보, 명예훼손 정보, 영업 비밀 등의 침해에 관한 내용을 구체적인 내용에 따라 판단하여야 한다. 음란물이나 폭력물은 미성년자 보호의 문제이고, 명예훼손이나 영업 비밀 침해는 민사상의 문제이다. 따라서 온라인서비스제공자의 책임에 관하여 법적 정비를 위해서는 이와 같은 문제를 어떻게 다룰 것인지 신중히 검토해야 한다.⁷¹⁾

둘째, 온라인서비스제공자의 감독의무, 즉 모니터링의무에 관한 문제이다. 온라인서비스제공자에게 감독의무를 부과하는 것은 통신상에 게시되는 게재물량을 감안할 때 지나친 것이라고 보인다. 또한 이러한 감독의무는 오히려 합법성의 문제를 야기할 수도 있다.⁷²⁾ 이에 대하여는 불법게시물에 대한 통지를 받은 후 이를 확인하고 삭제하는 방안이 타당할 것으로 생각된다. 이때 불법게시물의 통지가 진정한 것인지, 불법게시물로 판단될 수 있는지 여부, 진정한 권리자가 누구인지에 대한 판단을 어떻게 할 것인가 하는 문제가 제기되어질 것이다.⁷³⁾

것이며, 공동불법행위에 있어 방조라 함은 불법행위를 용이하게 하는 직접, 간접의 모든 행위를 가리키는 것으로서 형법과 달리 손해의 전보를 목적으로 하여 과실을 원칙적으로 고의와 동일시하는 민법의 해석으로서는 과실에 의한 방조도 가능하다고 할 것이며, 이 경우의 과실의 내용은 불법행위에 도움을 주지 않아야 할 주의의무가 있음을 전제로 하여 이 의무에 위반하는 것을 말한다.

71) 1988년 스웨덴의 전자게시판에 관한 책임법에서는 저작권 침해와 어린이 음란물, 명예훼손 등에 관해서 다루고 사생활 보호 문제는 대상에서 제외하였다.

72) 同旨, 나승성, 전자상거래법, 청림출판, 2000, 370면.

73) 최경수 (주69), 301면. 온라인 사업자에게 감독의무를 지우는 것은 무과실 책임의 성격을 강조하는 것이라고 한다. 엄격책임에 의하면 고의나 과실이 있는지 또는 감독할 능력이 있는지 여부는 책임의 성립요건이 아니기 때문에, 모니터링 의무는 엄격 책임을 위주로 한 책임 법제를 가지고 있는 나라에서 주로 논의하는 문제라는 것이다. 특히 채팅은 전화처럼 실시간으로 컴퓨터를 통한 대화로서 이를 모니터링 한다는 것은 기술적으로나 물리적으로 불가능하고 모니터링을 하는 사람이 주관적으로 불법성 여부를 판단하기도 어렵다는 것이다.

셋째, 일시적 저장(system caching)의 문제이다. 일시적 저장은 네트워크의 효율성을 높이기 위한 목적으로 사용되고 있으나, 이를 복제의 개념을 본다면 마찬가지로 저작물의 침해로 인한 책임을 온라인서비스제공자에게 물을 수 있게 된다. 다만 일시적 저장에 관하여는 복제로 간주하지 않거나 복제의 범주 내에 두더라도 권리 제한을 통하여 저작물이나 컴퓨터 프로그램 이용자에게 면책을 해주어야 한다고 한다.⁷⁴⁾

(가) 저작권침해

온라인서비스제공자의 법적 책임을 인정하기 위해서는 저작권법체계에서 볼 때 그의 법적 지위를 출판업자로 볼 것인가, 배포자로 볼 것인가 아니면 제3의 영역으로 새로운 정립이 필요한 것인가의 문제가 제기된다.⁷⁵⁾ 온라인상에서 타인의 저작물을 저작권자의 동의 없이 업로드하거나 다운로드하는 행위는 저작권 침해행위이다. 따라서 저작권을 침해한 자는 그에 따른 손해배상책임을 부담해야 한다. 그렇다면 이러한 침해의 공간을 이용자에게 제공한 온라인서비스제공자는 어떠한 법적책임을 부담하는가 하는 것이 문제이다. 이에 대하여는 온라인서비스제공자가 저작권 침해물을 제거하거나 침해자를 배제하기 위한 적절한 지위와 능력을 가지고 있고, 또한 경제적 이익을 누리고 있기 때문에 그에 따른 엄격한 책임을 물어야 한다는 견해⁷⁶⁾와 온라인서비스제공자는 온라인상에 게시되는 저작물을 판단할 지위에 있지 않음에도 그러한 책임을 부과하게 되면 온라인서비스가 위축되어 정보통신의 발전을 저해할 우려가 있으므로 그 책임을 완화해 주거나

74) 미국의 디지털저작권법에서도 일시적 저장의 문제에 대해서 책임을 제한하고 있다.

75) 최재원, 온라인서비스사업자의 법적 책임, 월간 마이크로소프트웨어, 1997.5<<http://www.xtel.com/~saro/digital05.html>>. 이에 의하면 온라인서비스의 내용에 있어 삭제권 등의 편집권을 행사할 수 있는 전자게시판, 공개자료실 등과 같은 영역이 있는가 하면 편집권을 전혀 행사할 수 없는 일간신문 등의 영역도 있으므로, 실제 사건에서 문제가 된 서비스 영역이 무엇인가에 의해 배포자인지 출판업자인지의 성격을 질 수 있으므로 온라인서비스제공자는 배포자 및 출판업자로서의 복합적 지위를 가진다고 한다.

76) Stetson University School of Law, Computer Law Seminar, A Short Course On Sysop Liability, <<http://www.cli.org/sysopl/sysopl.html>>. 온라인서비스제공자는 이용자들의 행위로부터 경제적 이익을 얻었고, 이용자들의 불법행위에 대해 조치를 취해야 할 위치에 있는 유일한 당사자이므로 이에 대한 법적 책임을 져야 하는 것이 당연하다고 한다.

면책해야 한다는 견해⁷⁷⁾⁷⁸⁾가 대립되고 있다. 이와 같은 견해는 결국 입법을 통하여 그리고 소송상 판결을 통해 해결되어 가고 있는 실정이다.

독일의 정보통신서비스법 제1조 5절⁷⁹⁾에서는 서비스제공자의 책임에 관한 규정을 하고 있다. 또한 미국에서도 1998년 10월 이른바 디지털저작권법(Digital Millennium Copyright Act) 제2편에서 마찬가지로 온라인 사업자의 책임문제를 다루고 있다. 이를 구체적으로 보면 첫째, 저작물의 송신, 라우팅 및 연결제공 또는 이러한 송신과정에서 발생하는 일시적 저장에 관한 것이다. 이는 온라인 사업자가 직접 송신, 라우팅을 개시하는 것이 아니고, 사업자에 의한 송신이 자료에 대한 선택 없이 자동적인 그리고 기술적인 과정에 의한 것으로, 다른 사람의 요청에 대한 자동적인 응답의 경우를 제외하고는 저작물 이용자를 선택할 수 없으며, 예정 가능한 이용자 이외의 사람에게는 복제물이 전달되지 않고 송신, 라우팅 등에 필요한 시간 이상 복제물을 보존하지 않아야 한다. 그리고 마지막으로 사업자는 저작물의 내용을 변경해서는 안된다고 한다. 둘째, 네트워크의 성능을 높이고 네트워크의 정체를 줄이기 위한 기술의 일환으로 발생하는 일시적 저장에 관한 것이다. 이는 앞의 내용에 하나를 더 추가하고 있다. 이는 온라인 사업자는 침해의 통지가 있으면 해당자료를 신속히 제거하거나 그에 접근을 할 수 없도록 하여야 한다고 한다. 셋째, 이용자의 요청에 따른 서비스 제공자의 정보 저장, 넷째, 인터넷 웹사이트의 링크 등에 대한 것으로

77) 이용률, 서비스제공자의 저작권 침해책임, 계간 저작권, 1998 가을호, 40면. 이에 의하면 10만, 20만명의 이용자의 수 정도에서는 불법한 게재에 대해 통제가 가능할 지도 모르나, 2005년이면 인터넷 호스트, 이용자 ID번호가 우리나라 전체인구수보다 많게 되는 상황에서 온라인서비스제공자가 이를 통제한다는 것은 사실상 불가능한 일이라고 주장한다.

78) 최경수 (주69), 293면. 여기에서도 온라인사업자의 책임에 관하여 첫째, 온라인 사업자는 다루는 정보가 헤아릴 수 없이 많기 때문에 일일이 내용을 검색하고 통제한다는 것이 불가능하다는 것, 둘째, 사업자는 자료에 대하여 평가할 수 있는 위치에 있지 않다는 것, 셋째, 책임을 묻게 되면 이는 유통되는 자료의 양이 줄게 되고 결국 정보의 확대재생산에 합치하지 않는다는 것, 넷째, 저작물 유통의 주체는 콘텐츠 제공자이며, 이 사업자가 바로 직접 책임의 주체라는 것, 다섯째, 정보보호에 관련된 법은 직접 침해자의 추적과 확인을 곤란하게 하고 있는 반면, 저작권 침해를 묻는 것은 이러한 입법태도에 반한다고 한다.

79) 본 보고서 제3장 전자거래에서 위험분배에 관한 각국의 동향에 소개되어 있음.

이 경우는 온라인 사업자가 해당 자료가 침해물인지 알지 못할 경우, 이를 알았을 때에는 해당 자료를 신속히 제거하거나 그에 대한 접근을 할 수 없도록 할 경우, 그리고 제3자의 침해행위로 인하여 금전적 이득을 얻지 않은 경우 책임을 지지 않는다는 내용으로 온라인 사업자의 책임을 면제해 주고 있다.

우리나라의 경우 온라인서비스제공자의 책임과 관련한 법규정은 존재하지 않는다. 다만 이와 유사한 판례로 1988년 전주지방법원의 판결과 1996년 대법원의 판결을 들 수 있다. 1988년 전주지방법원은 노래 공연과 관련한 무도장의 책임 문제에 관하여 다음과 같이 판시하였다. “원고가 관리하는 위 대중음악인들의 저작권을 침해하는 것을 알았거나 알 수 있었음에도 과실로 인하여 알지 못한 채 동 저작권을 계속 침해하였다고 할 것이므로 그로 인하여 위 저작권자들이 입은 손해를 배상할 의무가 있다 할 것이다.” 반면 1996년 대법원은 방송작가의 저작권 직접 침해에 대한 방송사업자의 책임과 관련하여 다음과 같이 판시하였다. “원심은 피고 공사 및 피고 주식회사 케이비에스제작단이 피고 최연지가 원고의 저작권을 침해한 사실을 알고 있었다거나 이를 알 수 있었음에도 위 대본을 감독, 심의할 주의 의무를 위배하였음을 인정한 증거가 없을 뿐 아니라, 피고 공사 및 피고 제작단과 피고 최연지 사이에는 사용자 및 피용자의 관계가 존재하지 아니하여 피고 최연지의 저작권 침해행위에 대하여 피고 공사 및 피고 제작단이 특별한 주의, 감독을 하여야 할 의무가 있다고 할 수 없고, 달리 피고 공사 및 피고 제작단이 원고의 저작권 침해를 방지하여야 할 의무가 있음에도 불구하고, 이를 해태하였다고 인정할 증거가 없다. 기록에 비추어 살펴보면 원심이 위와 같은 사실인정 및 판단은 정당하고, 거기에 상고 이유에서 지적한 바와 같은 사실 오인이나 저작권법상의 고의 과실에 관한 법리 오해가 있다고 할 수 없다”고 하여 원고의 피고 공사 및 피고 제작단에 대한 손해배상청구를 모두 기각하였다.

(나) 명예훼손

온라인서비스제공자가 운영하는 인터넷상에서 이용자가 타인의 명예를 훼손하거나 타인을 비방하는 내용의 전자게시물을 게재하였을 경우, 온라

인서비스제공자에게 이에 대한 책임을 물을 수 있는가에 관한 것이다.

미국에서의 초기 판례를 보면 발행자와 배포자의 구별에 관한 종래의 판례이론에 따라 구체적인 사실관계를 심리하여 온라인서비스제공자를 발행자에 해당한다고 본 판례⁸⁰⁾와 배포자에 해당한다고 한 판례⁸¹⁾로 나뉘어진다. 그런데 이후 선한사마리아인 조항이 포함된 통신품위법(CDA)이 발효한 이후 온라인서비스제공자는 발행자로도 배포자로도 인정되지 않아 명예훼손에 관한 불법행위책임으로부터 면책된다고 하는 판례⁸²⁾가 나왔다.

이에 비하여 영국에서는 1996년 기존의 명예훼손법을 개정하여 인터넷상의 명예훼손에 관하여 온라인서비스제공자의 면책규정⁸³⁾을 도입하였다. 이를 근거로 고등법원에서 온라인서비스제공자의 책임을 긍정하는 판례⁸⁴⁾

80) Stratton Oakmont v. Prodigy, 1995 WL 323710 (뉴욕주 제1심법원 1995.5.24일 선고).

81) Cubby, Inc. v. CompuServe, 776 F. Supp. 135(연방지방법원 뉴욕남부지구 1991.10.29일 선고).

82) Zeran v. American Online, Inc. 129 F. 3d 327(연방 제4항소법원 1997. 11.12 선고).

83) 구체적인 내용을 보면 타인의 명예를 훼손하는 표현의 배포에 종사한 사람이라도 그가 ① 저작자(author), 편집자(editor) 또는 발행자(publisher)가 아니고, ② 정보의 공표와 관련하여 합리적인 주의를 기울였으며, ③ 그가 명예훼손적 진술의 공표를 야기하였거나 그 공표에 기여한 사실을 몰랐고 그렇게 믿을 이유도 없었던 경우에는 면책되는 것을 규정하면서(제1조 제1항 제1호, 제3호), 누구라도 다음의 경우 중 하나에 해당하는 경우에는 당해 내용의 저작자, 편집자 또는 출판자로 간주되지 아니한다고 규정하고 있다(제1조 제3항).

① 당해 내용을 포함하고 있는 인쇄물의 인쇄, 제작, 배포, 판매에만 관여한 경우

② 당해 내용을 포함하고 있는 전자적 매체의 처리, 복제, 배포 및 판매에만 관여한 경우 또는 당해 내용의 검색, 복제, 배포 및 전자적 형태로 이용 가능하게 하는 장비, 시스템 또는 서비스의 제공에만 관여한 경우

③ 접속 제공자 등의 효과적인 통제하에 있지 아니한 자에 의하여 당해 내용이 전송되거나 이용되는 통신시스템에 대한 접속 제공자 및 운영자인 경우.

84) Laurence Godfrey v. Demon Internet Limited(Case No:1998-G-No 30 in the High Court of Justice, Queen's Bench Division, (Handed Down at Leicester Crown Court), before Mr. Justice Morland, 1999. 3.26선고). 이 사건에서 영국법원은 피고 데몬 인터넷이 같은 법 제1조 제3항의 규정에 의하여 제1조 제1호 소정의 발행자 등으로 간주되지는 않지만, 원고로부터 명예훼손 사실에 대한 통지를 받은 바 있는 이상 같은 조항 제2호 및 제3호의 요건을 충족한 것으로 보기는 어렵다고 판시하였다.

가 나타나 미국과는 상이한 입장이다. 같은 의미로 일본에서도 온라인서비스제공자의 책임을 인정한 판례로 니프티서브 사건 판결⁸⁵⁾이 있다.

인터넷상 명예훼손과 관련하여 우리나라에서는 아직까지 온라인서비스제공자의 책임에 관한 특별한 입법이나 판례는 없다. 다만 온라인서비스제공자에게 게시물에 대한 일반적인 상시적인 감시의무를 부과하는 것은 인터넷상의 표현의 자유를 지나치게 제약하는 냉각효과(chilling effect)를 초래할 것이므로 허용될 수 없다는 것이 대개의 의견이다.⁸⁶⁾

(3) 인증기관의 책임

전자거래는 개방적 네트워크를 통하여 서로간의 의사를 주고받기 때문에 타인이 데이터를 살펴보거나 훔치는 일, 또는 변경하거나 말소하는 것등이 가능하다. 또한 당사자가 대면하지 않은 상태에서 거래하기 때문에 거래 상대방이 실재하는지, 실제로 거래하려는 자와 명의인이 동일인인지 등을 확인하기에 어려움이 있다. 따라서 당사자와 거래 내용 등의 신뢰성과 안전성을 제고하기 위하여 우리의 전자거래기본법과 전자서명법에 인증기관에 관한 규정을 두고 있다.

인증기관은 전자서명을 인증함으로써 누가 전자문서에 서명을 하였는지 확인하는 것과 전자문서의 존재, 나아가 전자문서의 내용을 확인하며, 전자서명의 인증으로 전자문서에 대한 당사자의 승인을 확인하는 목적을 가지고 있다.⁸⁷⁾ 또한 전자인증은 단순히 전자서명을 인증하는 데 그치는 것이

85) 동경지판 평성 9년 5월 26일. 본 판결에서도 PC통신(니프티서브)의 운영자로부터 회원의 의견교환 등의 장인 포럼의 운영·관리를 위탁받고 있는 시삽(Sysop)에 대하여 포럼에 올려진 발언의 내용을 상시 감시하고 명예훼손 발언이 없는지를 탐지한 다거나 모든 발언의 문제성을 검토한다고 하는 작위의무까지는 없다고 하더라도 타인의 명예를 훼손하는 발언이 올려진 것을 구체적으로 알았다고 인정되는 경우에는 시삽의 지위와 권한에 비추어 명예가 부당하게 훼손되지 않도록 필요한 조치를 취할 '조리상의 작위의무'가 있다고 판시하였다.

86) 이해완, 사이버스페이스와 표현의 자유, 한국헌법학회 '사이버공간에서의 기본권'토론회 발표논문, 2000.5.27(동아일보 2000.5.28).

87) 김은기, 전자서명법 및 전자거래기본법의 입법취지 및 주요내용, 인권과정의 통권 제272호, 1999.4, 62면.

아니라 비대칭 암호방식을 이용하여 누가 전자문서를 작성하였는지, 그러한 전자문서가 변경되지 않은 것이라는 사실을 확인해 준다. 이러한 인증기관에 대하여 우리의 전자거래기본법 제16조 및 전자서명법 제4조에서는 공인인증기관의 지정에 대하여 규정하고 있다. 그리고 전자서명법 제26조에서는 “공인인증기관은 인증업무 수행과 관련하여 가입자 또는 인증서를 신뢰한 이용자에게 손해를 입힌 때에는 그 손해를 배상하여야 한다. 다만, 그 손해가 불가항력이나 이용자의 고의 또는 과실로 인하여 발생한 경우에는 그 배상책임이 경감 또는 면제된다”고 하여 인증기관의 배상책임을 규정하고 있다.

인증기관에서 부담해야 하는 배상책임으로는 인증기관과 가입자 사이에 발생할 수 있는 손해에 대한 계약책임과, 인증서를 신뢰하고 이를 이용자 사이에 발생할 수 있는 불법행위책임이 있다. 일반적인 전자거래는 당사자간의 계약책임과 관련하여 발생하게 되지만 인증기관의 업무는 제3자를 전제로 하는 것이기 때문에 이러한 제3자가 인증기관을 상대로 계약책임을 물을 수는 없다. 따라서 이러한 제3자에 대하여는 불법행위에 기한 책임을 지게 된다.

가입자와 인증기관사이의 계약책임은 인증행위와 직접적으로 관련되어 가입자에게 손해를 입힌 경우와 허위내용에 기한 인증서의 발행과 같은 잘못된 인증행위로 인한 손해가 있다. 인증행위와 직접적으로 관련한 가입자의 손해에 대하여는 인증기관이 그 책임을 부담함이 타당하나 가입자가 허위의 내용을 알려줌으로써 잘못된 인증이 이루어진 경우라면 인증기관이 책임을 부담하지 않는다. 반면 제3자와 인증기관사이의 불법행위책임은 이러한 가입자의 허위내용에 대한 인증행위를 하였다 하더라도 이로 인한 책임을 인증기관이 부담한다.⁸⁸⁾ 이 외에도 인증행위와 관련하여서 전자서명법에서는 형사상의 책임도 자세히 규정하고 있다.⁸⁹⁾

88) 배대현, 전자서명법과 인증, 인터넷법을 창간호, 법무부, 2000.7, 125-126면.

89) 전자서명생성키(가입자의 비밀키)의 관리·보호에 있어서, 가입자의 신청 없이 가입자의 전자서명생성키를 보관하거나 전자서명생성키의 보관을 신청한 가입자의 승낙 없이 이를 이용하거나 유출하거나, 타인의 전자서명생성키를 도용 또는 누설하거나, 타인 명의로 인증서를 발급 받거나 발급 받을 수 있도록 한 경우에 3년 이하의 징역

(4) 은행의 책임

전자자금이체를 하는 과정에서 사고나 장애로 인하여 송금의뢰인이나 수취인에게 손해가 생긴 경우의 책임분담의 문제이다. 송금은행의 고의, 과실에 의한 경우에는 송금은행이 책임을 지는 것은 당연하나 수취인거래은행, 은행공동의 데이터통신시스템 운영주체, 통신회선제공자, 전자자금이체거래 관계자 이외의 제3자의 고의·과실에 의해 사고가 생긴 경우에는 각 당사자들이 부담해야 하는 책임의 부분이 존재하게 된다.

은행과의 책임문제를 논하기 위해서는 각 주체가 누구인가를 먼저 검토해 볼 필요가 있다. 자금이체거래는 ① 송금의뢰인과 송금은행간의 지급이체 계약 및 송금의뢰, ② 송금은행과 수취인거래은행(수취은행)간의 환거래관계, ③ 수취인과 수취은행간의 지급관계가 있다. 또한 추심이체의 경우 ① 수취인과 추심은행간의 추심이체계약 및 추심의뢰, ② 추심은행과 지급은행간의 환거래관계, ③ 지급은행과 지급인간의 출금위탁관계, ④ 지급인과 수취인간의 원인관계⁹⁰⁾로 구성되어 있다.⁹¹⁾ 이와 같이 전자자금이체나 추심이체의 경우는 여러 관계자들이 참여하는 복잡한 관계로 되어 있다. 이와 같은 법률관계 속에서 지급의무가 이행되지 않은 경우, 그 책임을 누가 부담하는가 하는 문제가 발생한다.

또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다(전자서명법 제31조). 인증업무에 관한 기록의 관리에 있어서 가입자의 인증서를 보관하지 아니하거나, 수집된 가입자의 개인정보를 인증업무 외의 목적으로 이용하거나 유출한 경우 및 직무상 알게 된 타인의 개인정보를 누설하거나 타인에게 제공한 경우에는 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다(전자서명법 제32조). 인증업무준칙을 신고하지 아니하거나 인증업무준칙의 변경에 관한 명령에 따르지 아니한 경우, 정당한 사유 없이 인증서비스를 제공하지 않거나 이용자를 부당하게 차별하는 경우, 인증업무의 휴지·폐지에 따른 법규를 위반하는 경우 등 법규에 정한 일정한 책무를 이행하지 아니한 경우에 5백만원 이하의 과태료에 처한다(전자서명법 제34조).

90) 추심이체의 경우에도 지급이체의 경우처럼 지급인과 수취인간에는 자금이체에 의한 이행의 합의가 있어야 한다.

91) 자세한 내용은, 정진명, 전자자금이체의 법적 문제, 인터넷법률, 2000년 3호, 2000.11, 26면 이하 참조.

1) 자금이체 지시의 불이행

송금인으로부터 수취인까지의 환거래계약 연결고리에서 은행의 책임 있는 의무위반에 의하여 지급인에게 손해가 발생할 수 있다. 이는 송금은행과 수취은행의 책임에 관한 근거가 달라진다.

미국의 전자자금이체법은 (i) 금융기관이 소비자의 계좌에 대해 거래조건에 부합하는 신용공여를 이행하지 않아 이로 인한 자금부족으로 전자자금이체를 하지 못한 경우, (ii) 계좌의 거래조건에 부합하는 지급중지 지시가 있었음에도 불구하고 금융기관이 사전승인이체의 지급을 중단하지 않은 경우, (iii) 금융기관이 계좌의 거래조건에 따라 소비자가 정당하게 지시한 정확한 금액을 적절한 시간 내에 전자자금이체를 하지 않은 경우에 발생한 모든 손실에 대하여 소비자에게 책임을 진다. 다만 ① 소비자의 계좌에 잔고가 부족한 경우, ② 소비자 계좌의 자금에 대해 법적 절차가 진행중이거나 기타 저당권이 설정되어 동 이체가 제한되는 경우, ③ 동 이체가 미리 설정된 신용한도를 초과하는 경우, ④ 전자터미널이 당해 거래를 성립시키기에 충분한 현금을 가지고 있지 못한 경우 등에는 책임이 없다(EFTA 제910조(a)(1)(2))고 규정하고 있다.⁹²⁾

전자자금이체의 불이행에 대하여 먼저, 이체의뢰의 불이행이 송금은행의 잘못으로 인한 경우 송금은행은 송금인에 대한 선관의무위반으로 책임을 지게 된다. 이 경우는 송금인은 자신의 손해를 직접 송금은행에 청구할 수 있기 때문에 복잡한 법률문제는 생기지 않는다.

92) 더 나아가, EFTA 제912조에서는 천재지변 또는 불가항력에 의한 상황, 송금인이 전자자금이체를 개시하려 시도하던 시점 또는 사전승인이체가 실시되었어야 할 시점에서 이미 송금인에게 알려져 있는 기계고장에 대해서도 (i) 금융기관이 송금인의 계좌에 대해 거래조건에 부합하는 신용공여를 이행하지 않아 이로 인한 자금부족으로 전자자금이체를 하지 못한 경우와, (ii) 계좌의 거래조건에 부합하는 지급중지 지시가 있었음에도 불구하고 금융기관이 사전승인이체의 지급을 중단하지 않은 경우에도 책임이 없다고 규정하고 있다. 기계고장 등으로 인하여 자금이체가 이루어지지 아니한 경우에 채무자는 채권자에 대한 채무이행의무가 기계고장이 수리될 때까지 정지되는 것으로 본다 고 한다.

그런데 만일 수취은행의 지체 또는 컴퓨터 고장으로 지급인에게 손해가 발생한 경우의 문제이다. 이 경우 복잡한 법률문제가 발생하게 된다. 즉 송금인이 자신의 손해에 대하여 송금은행을 상대로 의무위반에 따라 배상을 청구할 수 없기 때문이다. 또한 송금인이 수취은행과 계약관계가 없기 때문에 이체의무를 위반한 수취은행에 대하여 직접적인 손해배상을 청구할 수 없다. 이와는 반대로 송금은행은 수취은행에 대하여 손해배상청구권을 가지며, 적극적 채권침해의 책임을 물을 수도 있지만, 송금은행이 손해를 입지 않았기 때문에 청구를 할 수 있다 하더라도 의미가 없다.⁹³⁾ 따라서 이와 같은 경우의 문제를 해결하기 위한 방안으로 송금은행은 간접대리의 상황으로 판단하여 자신의 이름으로 청구하되, 송금인의 계산으로 하는 것이 타당하다.⁹⁴⁾ 또한 송금인은 수취인 거래은행에 대해서 복위임을 수여한 관계로 해석하여 직접 그 책임을 물을 수도 있다는 견해가 있다.⁹⁵⁾ 한편으로 송금인이 송금은행에 한 이체의뢰와 송금은행이 수취은행에 한 이체지시의 연결고리라는 것에 근거하여 수취은행의 유책적인 의무위반을 이유로 지급인이 수취은행에 대하여 직접 손해배상을 청구할 수 있는 방법도 고려될 수 있다.⁹⁶⁾

2) 은행공동의 데이터통신시스템 장애발생으로 인한 책임

은행공동의 데이터통신시스템 운영주체로 인해 사고가 발생한 경우는 가맹은행의 공동책임으로 해석하여 발생한 손해에 대해 가맹은행이 공동 부담하는 것으로 해석하여야 한다고 한다.⁹⁷⁾ 이러한 내용은 대개 가맹은행 상호간 책임분담을 내용으로 하는 규약을 제정해 운영하고 있으며, 송금의뢰

93) 정진명 (주91), 44면. 이에 의하면, 손해가 없는 배상청구권과 청구권 없는 손해는 지급인 또는 지급은행의 인격 속에서 함께 들어 있다고 한다.

94) 이 경우에도 지급은행의 지급인에 대한 책임이 명확히 규정되어 있지 않기 때문에 지급은행의 책임을 계약이나 약관으로 제한하는 것은 한정된 범위에서만 허용하여야 한다.

95) 김영갑·최성준 (주57), 228면.

96) 이때에 손해가 없는 청구권보유자인 송금은행도 원칙적으로 송금인에게 발생한 손해를 스스로 또는 수취은행에 대하여 배상 청구할 수 있다.

97) 松本恒雄 (주24), 165면.

인이 이러한 규정의 내용대로 배상받아야 되는 것은 아니다. 만일 송금의뢰인이 송금은행에게 손해배상의 소를 제기하더라도 가맹은행간 책임분담의 부분은 그대로 존속하게 된다.⁹⁸⁾ 즉 일단 이용자의 피해를 보상해주고 은행과 네트워크 구성자간의 내부문제로 해결하는 것이 신속하고 이용자에게 유리하다.⁹⁹⁾

3) 제3자로 인한 사고

통신회선제공자로 인해 사고가 발생한 경우 송금의뢰인과 송금은행사이 에 그러한 사고가 발생한 경우라면 송금위탁계약 자체가 성립하지 않으므로 송금은행에서 책임을 지지 않으나, 만일 송금은행과 수취인거래은행 사이에서 사고가 있는 경우 통신사업자의 책임을 물어 그에 따라 책임을 지도록 하여야 한다.¹⁰⁰⁾ 또한 전자자금이체 거래관계자이외의 제3자에 의한

98) 松本恒雄 (주24), 165면.

99) 정진세, 컴퓨터법에 있어서의 법적 책임에 관한 연구, 상사법연구 제14집 1호, 1995.8, 413-414면. 미국의 전자자금이체법에서도 이와 같다고 하며, 거래에 당사자가 여럿인 경우에 손해의 원인의 소재를 알기 어려운 불편을 생각하면, 소비자가 접근방법의 사용에 있어서 요구되는 주의를 다한 경우에는, 적어도 입법론으로는 접근방법을 발행한 금융기관이 고객에 대한 관계에서는 일단 거래의 전과정에 대하여 책임을 지는 것이 옳다고 한다. 또한 은행실무자들은 송금은행의 송금인에 대한 위임계약상의 의무는 자금이체지시·환통지의 발송에 한정되어, 그 후에 다른 전자자금이체 거래당사자들에게 사고가 발생하더라도 송금은행은 일체 책임을 부담하지 않는다고 한다. 그러나 송금인으로서의 수취은행 이외에는 어떤 당사자가 전자자금이체거래에 관여하는지 무관심하며, 전자자금이체거래계약의 창구인 송금은행이 수취인의 계좌에 입금하는 데까지 의무를 부담한다고 통상 기대하므로 송금인이 실질적으로 지정한 수취은행의 행위에 의하여 채무불이행이 발생한 경우를 제외하고는 그 이외의 전자자금이체 거래관계자들은 송금은행에게는 독립적 보조자인 경우에도 송금은행의 이행보조자로서 이들의 고의나 과실에 대하여는 송금은행이 책임을 진다고 한다(민법 제391조). 나아가 지시인과 송금은행간의 계약의 법적 성질을 도급계약이라고 생각하여 송금은행은 이행불능으로 되지 않는 한 지시를 실현하는 무과실책임을 부담하는 것으로 생각할 수도 있다고 한다(민법 제664조).

100) 손진화, 새로운 전자지급제도의 법률문제와 입법론, 정보사회에 대비한 일반법 연구(Ⅱ), 정보통신정책연구원, 1998.2, 22면. 이에 의하면 통신사업자가 메시지전송과 관련하여 당사자에게 손해를 발생하게 한 경우에는 소위 '네트워크책임론'에 따라 책임을 분담시키는 방안을 강구하는 것이 필요하다고 한다. 네트워크책임론은 통신사업자의 과실에 대한 면책을 인정할 경우 그 위험은 누가 부담하는가, 또 면책을 인정하지 않는 경우에는 이용자에 대하여 통신사업자가 직접 책임을 부담하는가. 통신사업자를 이용하는 은행, 신용카드업자 등의 서비스제공기관이 부담하는가에 관한 논의이다.

사고가 발생한 경우는 지역정전이나 화재와 같이 예측불가능한 일로 인하여 사고가 발생하면 면책되지만, 그것이 통상 예측 가능한 수준이고 은행이 일반적으로 타당하다고 인정되는 범위에서 예방조치를 강구해 두면 방지할 수 있는 경우에는 불가항력적인 것이 아니므로 은행의 면책은 인정되지 않는다.¹⁰¹⁾ 반면 부정거래의 경우에 상대방은 발신인이 권한 있는 자인가 여부를 확인하는 인증절차를 거치는 것이지만, 패스워드를 훔치거나 해킹 등의 방법에 의하여 발신이 행하여진 경우에는 인증절차만으로 발신인의 진정 여부를 확인할 수 없다. 이와 같은 경우 통신시스템 자체의 안전에 관하여 적절한 안전절차를 취하고 있다면 그 책임을 물을 수 없다고 한다.¹⁰²⁾

만일 무권한자에 의한 자금이체가 행해진 경우, 소비자책임의 문제는 전자자금이체에서 발생가능한 가장 중요한 논점이 되고 있다. 무권한의 자금이체란 고객이 아닌 제3자가 고객으로부터 사실상의 권한조차 부여받지 않은 상태로 이루어지는 자금이전행위를 말하고 있다.¹⁰³⁾ 이에 대하여 고객의 과실이 손실에 기여한 경우 고객의 책임을 인정하여야 한다는 입장과 신용카드사기의 경우 부과되는 고객의 책임한도와 유사하게 일률적으로 일정액의 책임상한선을 설정하여야 한다는 입장이 첨예하게 대립되고 있다.¹⁰⁴⁾

반면 고객의 과실유무와 관계없이 보안성을 침해하여 야기된 무권한의 자금이체의 경우를 생각해 볼 수 있다. 해커가 은행이나 서비스제공자의 관리하에 있는 접속카드번호 내지는 PIN이 포함된 데이터베이스에 침입하여 자금이체행위를 한 경우 또는 고객이 자신의 가정에서 은행으로 자

101) 김영갑·최성준(주57), 228면.

102) 손진화(주100), 22면.

103) 김용재, 인터넷뱅킹의 법적 규제, 정보법학회 제18회 세미나 발표자료, 27면.

104) Dan C. Aardal, Consumer Protection Issues in Home Banking, Electronic Developments: U.C.C. and Selected Regulatory Perspectives, ABA Sec. Bus. L. 25, 1996, 31면. 이에 의하면 두 입장을 정리한 타협점으로 2영업일 내에 금융기관에 고지할 경우 무권한의 자금이체에 대한 고객의 책임은 일정한도액(\$50)과 실제 이루어진 자금이체액 중 낮은 가격으로 제한되고, 고객자신의 과실이 있는 경우에 한하여 무권한이체에 대해 전액 책임을 부담하자고 제시하고 있다.

금거래의 이전을 지시하였으나, 제3자가 동 거래행위의 이익을 중간에서 가로채는 경우를 들 수 있다. 이 경우 미국의 전자자금이체법에서는 은행이 전적으로 책임을 부담한다고 규정하고 있다(EFTA 제1693조). 다만 컴퓨터프로그램, 통신방식, 제3자인 아웃소싱업체 및 홈뱅킹시스템의 부속물 등의 선정이 은행의 주도하에 이루어지므로, 은행이 고객을 상대로 항변하는데는 한계가 있으므로 이에 대한 책임소재를 명확히 하는 것이 필요하다.¹⁰⁵⁾

(4) 소프트웨어 개발업자의 책임

만약 프로그램의 하자가 원인이 되어 사고가 발생한 경우, 소프트웨어 개발업자는 개발의뢰인에 대하여 제조물책임의 법리로 그 손해를 보상해야 할 부분이 생긴다.¹⁰⁶⁾ 소프트웨어의 하자에 관한 개발업자의 법적문제는 컴퓨터를 통해 계약을 체결하거나 이행하는 수단으로 이용하는 전자거래에서의 책임문제 뿐만 아니라 하드웨어나 소프트웨어를 매매하는 경우도 발생하게 된다. 또한 컴퓨터 하드웨어 및 소프트웨어의 취득이나 이용이 매

105) 미국연방금융기관감독협의회(Federal Financial Institutions Examination Council : FFIEC)에서는 아웃소싱계약에 관하여 다음의 17개 중요한 조항이 최소한 반영되어야 한다는 점을 제안하고 있다.

① 대행할 서비스의 범위와 적절한 수준의 서비스 제공의무 및 명확한 책임분배. 그 외에도 적절한 보고체계를 수립하고 대행서비스 처리의 빈번성에 따라 은행에게 제출할 보고서의 종류를 명시하여야 한다. 또한 적시의 서비스공급과 사무처리가 이루어져야 함을 명시하여야 한다. ② 서비스의 개발·전환·처리·업그레이드에 따른 제반비용과 세부물품비용. 더욱이 용량확대와 서비스질 변화에 수반되는 기술조치들이 명시되어야 하고, 불완전이행이나 불이행에 대한 위약금 조항을 규정하여야 한다. ③ 온라인상의 통신이용 가능여부, 전용회선의 보안성문제 및 통신장애 중 대응가능한 정보입력방법 ④ 감사권리 및 책임 ⑤ 백업데이터의 유지의무, 기록보호의무 및 재난 발생시 원상복구책임과 그 요건 ⑥ 정보나 기계설비의 멸실·손괴에 따른 책임과 손해보험가입의무 ⑦ 사적정보 비밀준수의무 ⑧ 계약종료시 정보, 기계설비 및 관련품목에 대한 관리자의 확정과 당사자의 지위 이전에 관한 사항 ⑨ 해지권, 취소권, 손해배상 및 부대비용의 청구에 관한 사항 ⑩ 우선적인 정보처리에 관한 사항 ⑪ 시스템전환, 업그레이드 혹은 서비스중단시의 사전고지의무 ⑫ 서비스제공자의 재정여건에 관한 정기보고의무 ⑬ 교육 ⑭ 일방당사자의 파산 ⑮ 채무양도 가능여부 ⑯ 제공하는 서비스의 중요성 인지 ⑰ 계약당사자간 항응이나 기타 이익의 제공금지.

106) 松本恒雄, 契約責任과 安全配慮義務, LAW SCHOOL, 27호, 1980. 20면(松本恒雄 (주24), 167면 재인용).

매에 의하는 경우도 있지만 상당수는 리스에 의해서 이루어지며¹⁰⁷⁾ 이 점은 특히 소프트웨어와 관련해서 그러하다.¹⁰⁸⁾ 소프트웨어의 개발업자가 이용자에게 직접적으로 손해의 배상을 하지는 않으며 이용자는 단지 제공자에게 그 책임을 물을 수 있을 뿐이다.

(5) 부정사용에 대한 위험부담

부정사용의 경우는 위에서 언급한 시스템책임론의 내용과 다른 문제가 발생한다. 시스템을 운영하는 과정에서의 위험에 대해서는 시스템제공자에게 그 위험에 대한 책임을 부담하는 것이 적절할 수 있으나, 전자거래 당사자 조차도 전혀 알 수 없게 일어난 부정사용이 발생할 수 있을 가능성도 매우 크다. 왜냐하면 대개 전자거래 자체의 성립이 두 당사자가 대면하는 상태에서 이루어지는 것이 아니라 아주 간략한 숫자나 기호 등의 ID번호나 비밀번호에 의해서 성립되거나, 신용카드번호를 입력함으로써 이루어지기 때문에 전자거래당사자로서는 그 당사자의 진위여부를 오직 이러한 숫자나 기호로 밖에는 확인할 도리가 없게 된다. 그렇기 때문에 이러한 경우조차도 무조건 제공자에게 그 위험을 부담시키는 것은 부당하므로 이에 대한 적절한 분배가 필요하다 할 것이다. 앞서 살펴본 바와 같이 미국의 전자자금이체법에서는 부정사용에 의한 손해는 그 부정사용의 발견통지 이전의 영업일로서 2일 이내의 손해에 관하여는 50달러에 한하여 이용자가 부담하도록 되어 있다. 또 발견통지 후 그 영업일이 종료된 후 기간계산서의 교부일로부터 60일 경과 전에 생긴 손해에 관하여는 500달러에 한하여 이용

107) 지원림, 컴퓨터와 관련한 민사법적 문제 : 컴퓨터법 정립을 위한 시론, 성곡논총, 제26집(상), 성곡학술문화재단, 1995, 1481면. 리스는 주로 소프트웨어에서 권리자가 사용료를 받는 대가로 사용을 허락하며 이러한 계약은 지적재산권이라는 분야로 매우 중요한 부분이다. 또한 매매와 리스의 법적 차이는 매우 단순하여 매매의 목적은 소유권을 매수인에게 이전하는 것인 반면, 리스에서는 대여자가 소유권을 보유하며, 사용자가 계약에 기해 할 수 있는 것은 단지 일정한 기간 동안의 상품의 점유이다. 비록 리스에서 사용자가 리스 종료 후 또는 리스 기간 중에 시스템을 구입할 수 있는 옵션을 가진다는 조항을 두는 것이 일반적이지만, 이 점이 결국 매매로 되지 않는다고 하며, 반면 이러한 옵션의 실행은 매매를 창설한다고 한다.

108) 다만 본 보고서에서는 전자거래에서 소프트웨어의 하자로 인해 전송과정에서 기계적 오류가 발생하여 전송망을 통해 이행되는 채무불이행이나 확대손해에 관한 법적인 문제만을 논의하고자 한다.

자가 책임을 지고, 이 이후는 무한정이 된다. 이 경우에는 일본에서도 이용자가 그 부담자가 되는 것이 추세이다.¹⁰⁹⁾

우리 나라의 여신전문금융업법 제16조 1항에서도 “신용카드업자는 회원으로부터 신용카드의 분실, 도난 등의 통지를 받은 때에 그 때로부터 신용카드회원에 대하여 신용카드의 사용으로 인한 책임을 진다”고 규정하여, 실제 부정사용이 있는 후 통지로 인해 회원은 책임을 면할 수 있지만 이미 부정사용된 부분만큼은 회원이 책임을 지도록 하고 있다.

사건으로는 부정사용이 있는 경우, 제공자와 이용자 사이에 다음과 같은 분배를 통하여 해결하는 것이 바람직하다 생각된다. 전술한 예와 같이 부정사용을 발견한 시점을 기준으로 발견통지일 이전의 손해에 대해서는 이용자가, 통지일 이후로 발생한 손해에 대해서는 제공자가 부담하되 이용자의 부담부분을 일정한도로 한정하는 것이 필요하다고 생각된다. 더 나아가 전자거래는 부정사용의 범위가 기존의 형태에 비하여 확대될 수 있는 가능성이 크므로, 보험의 방법을 통하여 해결하는 것도 고려해 볼 수 있을 것이다.¹¹⁰⁾

1) 사고에 대한 보험

공급자의 과실로 인하여 손해가 발생한 경우에 이용자는 계약에 기하여 손해배상청구가 가능하다. 그러나 전자거래의 모든 이용자가 공급자와 계약관계에 있는 것은 아니다. 또한 하드웨어나 소프트웨어의 공급자에게 과

109) 北川善太郎, コンピコ-タシステムと取引法, 三省堂, 1987, 48면. 일본에서의 이용자가 부담하는 전형적인 예로서 「캡틴 단말에 의한 자금이동거래규정시안」 5의 (2)에서는 “이 취급에 의한 拂入 또는 拂入依頼의 접수시에 送信된 會員番號, 秘密番號, 支拂指定 口座番號, 登録番號, 캡틴 端末의 電話番號 및 確認 코드가 당행이 미리 지정한 會員番號, 登録番號, 確認 코드, 신고된 秘密番號, 캡틴 端末의 電話番號 및 支拂指定口座番號와의 일치를 확인하고 취급한 이상은 會員番號, 秘密番號 등에 관하여 不正使用 기타의 事故가 있어도, 그로 인해 생긴 損害에 관하여는 당행은 責任을 지지 않습니다.” 라는 문구로 되어 있다.

110) 同旨, 정중휴, 전자거래의 등장에 따른 계약이론의 변용, 인권과 정의, 1998.12. 92면. 이에 의하면 전자거래에서는 ‘과실책임주의’가 잘 기능하지 않는 사정이 존재한다는 점에서 보험제도의 정비에 의해 손해와 위험을 분산케 함으로써 전자거래 전체의 신뢰성과 안전성을 확보해야 한다고 하고 있다.

실이 있는 경우에 사용자는 공급자와 직접적인 계약관계에 있지 아니하므로 불법행위책임을 물을 수밖에 없게 된다. 또한 천재지변이나 폭동 또는 화재의 경우 소비자측의 손해는 전혀 배상을 받지 못하는 경우가 발생할 수도 있다. 해커 등 불법침입자에 의한 손해도 피해자가 ID번호를 유출하였다는 주장으로 피해자의 과실로 떠넘김으로써 책임을 지지 않을 가능성도 있다. 그러므로 이와 같은 문제를 보완하기 위하여 보험을 가입하는 방법을 생각해 볼 수 있다.¹¹¹⁾ 다만 이 경우 공급자나 하드웨어, 소프트웨어의 공급자가 모든 사용자에 대하여 보험으로 보호하기에는 많은 비용이 들기 때문에, 개별사용자들이 예상손실을 보험에 가입하여 보호받는 것이 바람직하다고 한다.¹¹²⁾

2) 당사자 사이의 교환약정

EDI에서는 당사자 사이의 책임관계를 규율하는 법률이나 국제조약이 확립되지 않아, 이러한 법적 공백을 당사자간의 약정에 의하여 보충하는 것이 일반적이다. 이를 규율하는 방식으로는 유럽식의 교환약정(IA : Interchange Agreements)¹¹³⁾과 미국식의 거래당사자약정(TPA : Trading Partner Agreements)¹¹⁴⁾을 들 수 있다.¹¹⁵⁾

이와 같은 당사자 사이의 교환약정은 첫째, 종이 문서환경에 익숙한 법률관행 아래에서 법적 확실성을 통해 계약이행의 강제를 용이하게 하고, 둘째, EDI를 규율할 충분한 법제도의 완비 이전에 그 공백상태를 보충해 줄 수 있으며, 셋째, 이를 통해 법적 분쟁 가능성을 줄이며, 넷째, 당사자간의 법적 의무분담 및 위험의 분담을 구체적으로 정하고 그 절차의 일부로서 보안제도의 엄격성의 정도를 정할 수 있다는 것 등 그 의의가 있다.

111) 미국 전자자금이체법 제1693조에서도 연방예금보험주식회사가 연방예금보호법 제8조의 규정에 따라 피해자에게 보험금을 지급하도록 하고 있다.

112) 나승성 (주72), 376-377면.

113) 1989.3. 영국의 EDI 협회가 채택한 표준교환거래약정(SIA)이 대표적이다.

114) 1990.2. 미국변호사협회의 특별연구반이 작성한 표준거래당사자 약정을 말한다.

115) Thomsen, Hans B. Interchange Agreements, EDI and The Law, Blenheim Online, 1989, 73-77면. 미국식의 거래당사자 약정이 실질적인 법률관계를 포함하고 있는 이유는 법령 즉 사기방지법 등에서 일정한 계약이 법정에서 인용되기 위해서는 서명된 문서에 의하여야 한다고 규정하고 있기 때문이라고 한다.

다만 불특정다수인을 대상으로 하는 전자거래에서 이와 같은 당사자 약정을 이용하는 것은 어려운 일이겠지만, 약관의 형태로 이와 같은 법적 흠결을 보완하는 방법도 필요하다고 한다.¹¹⁶⁾

2. 계약체결과 이행과정에서의 분배방안

계약의 체결과 이행과정에서 발생하는 위험은 판매업자와 소비자 그리고 이행보조자사이의 계약체결상의 과실위험과 채무불이행위험의 문제이다. 이에 대한 위험의 분배방안을 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 어떠한 제품을 구매하기 위해 쇼핑몰에 접속한 후, 필요한 제품을 확인한 후, 주문하겠다는 의사표시를 했으나, 그와 동시에 컴퓨터시스템 또는 통신망의 오류로 매수인의 의사가 전달되지 않은 경우를 고려해 볼 수 있다. 또한 주문의 의사표시와는 관계없이, 단지 쇼핑몰을 구경하던 중 자신의 정보가 유출됨으로써 이에 대한 손해를 입은 경우¹¹⁷⁾도 생각해 볼 수 있다. 이와 같은 경우는 계약이 성립된 것은 아니지만, 계약의 체결과정 속에 쇼핑몰운영자가 안전의무를 다하지 못함으로 인해서 발생하는 손해이므로, 이에 대하여 계약체결상의 과실책임을 근거로 책임을 물을 수 있다. 다만 소비자 입장에서 이를 입증하는 것이 현실적으로 어렵기 때문에 큰 실효성은 없을 것 같다.¹¹⁸⁾ 그러나 경우에 따라서는 계약상의 과실책임을 근거로 책임을 물어야 하는 경우도 발생할 것으로 생각된다.

둘째, 판매업자와 소비자간의 채무불이행과 관련한 문제로 이와 같은 경우 판매업자가 채무불이행을 하였다면 소비자는 완전물 급부청구권, 계약

116) 나승성 (주72), 377면.

117) 예컨대 스팸메일 등으로부터의 피해를 들 수 있다.

118) 컴퓨터 통신망을 통해 계약을 체결함에 있어, 통신망을 운영하는 자에게 '계약체결상의 과실책임'을 물을 수 있는가에 대하여, 통신망 운영자를 계약보조자로 인정하기 어려울 뿐만 아니라, 만일 인정한다 하더라도 통신망 운영으로 인한 사고는 계약 당사자 모두의 과실로 인정될 수 있으므로, 결국 계약체결상의 과실책임을 물을 수 없다고 한다(오병철 (주29), 387면 이하). 그러나 우리의 전자거래기본법 제14조에서 전자거래당사자에게 컴퓨터 등의 안전성 유지 책임을 부과하고 있으므로 이는 달리 해석될 부분이 있다고 보여진다.

해제권, 손해배상청구권등을 행사할 수 있다. 경우에 따라서는 손해배상만을 청구하게 되는 경우도 생길 것이다. 이와 같이 당사자간의 채무불이행과 관련한 문제는 우리 민법 제390조의 채무불이행책임을 근거로 해결하게 되지만, 문제는 이행보조자의 실수 내지는 오류로 인한 채무불이행시 또는 유책상대방이 누구인지 판별되지 않는 경우에 판매업자가 자신의 고의나 과실 없음을 적극적으로 입증하는 때에 문제될 수 있다. 민법 제390조에서는 “채무자가 채무의 내용에 좇은 이행을 하지 아니한 때에는 채권자는 손해배상을 청구할 수 있다. 그러나 채무자의 고의나 과실 없이 이행할 수 없게 된 때에는 그러하지 아니하다”¹¹⁹⁾고 규정하고 있다. 이 경우는 특히 오프라인이행에서 택배업자와 관련된 사고와 온라인 이행에서 통신망 내지는 다른 중개자와 관련된 사고가 있다. 이를 위한 책임이론의 구성을 살펴보면, (1) 택배업자 등 이행보조자의 실수로 인해 소비자에게 완전한 이행이 이루어지지 않은 경우에 소비자는 판매업자를 상대로 채무불이행책임을 물을 수 있다. (2) 통신망의 오류로 인하여 채무불이행이 된 경우, 컴퓨터 통신망을 이행보조자¹²⁰⁾로 하여 판매업자에게 채무불이행책임을 물을 수 있다. 반면 이행보조자로의 인정이 지나치다는 견해¹²¹⁾도 있으나, 통신망의 오류로 인한 채무불이행이 컴퓨터 통신망 자체를 이행보조자로 인정하든 그렇지 않은 경우든 우리의 전자거래기본법 제14조(컴퓨터 등의 안전성)의 규정을 근거하여도 소비자는 판매업자를 상대로 채무불이행책임을 물을 수 있을 것이다. (3) 그러나 유책상대방을 알 수 없는 사고에 대해서는 문제가 달라진다. 이 경우 소비자 입장에서는 어쨌든 이행을 받지 못하

119) 본 조항에서 채무자의 고의나 과실 없이 이행할 수 없게 된 경우는 이행불능상태를 말하는 것이고, 본 보고서에서의 채무불이행과는 다른 의미로 이해해야 한다.

120) 김용직·지대운 (주57), 84면. 이에 의하면, 자연인인 이행보조자를 자동화시설이 대치한데 불과하므로 이행보조자의 행위에 대한 책임을 부담하는 것과 마찬가지로 책임을 부담하여야 한다고 하며, 자동화시설의 운영자에게 기계장치의 하자로 인한 결과에 대하여 무과실책임이 있다고 한다.

121) 오병철 (주29), 354면이하. 이에 의하면, 컴퓨터시스템의 도입과 이행보조자의 도입은 사실상의 관점에서 파악하든, 법적인 이익상황을 고려하든 비교될 수 없는 것이고, 또한 이행보조자의 책임은 침해결과에 대해 예견가능성과 회피가능성을 요건으로 하고 있으므로, 컴퓨터운영자의 무과실적인 인과책임에 대한 이론적 근거로 이행보조자책임 규정을 유추적용하는 것은 타당하지 않다고 한다.

였으나, 이에 대해 이행을 청구하거나 손해를 청구할 상대방이 없다는 것이다. 이와 같은 경우 입증책임의 전환이라는 방법을 통하여 판매업자에게 적극적으로 자신의 고의나 과실이 없음을 입증토록 함으로써 소비자를 보호하는 것이 필요하다고 보여진다. 더 나아가 전자거래에서 가장 큰 이익을 얻게 되는 판매업자에게 무과실책임을 인정함으로써, 소비자는 채무불이행에 대하여 일차적인 책임을 판매업자에게 묻되, 판매업자는 후에 관련 당사자들의 분담부분만큼 구상하는 것을 생각해 볼 수 있다. 이러한 경우 앞서 살펴본 위험책임을 판매업자에게 인정할 것인가에 대하여, 컴퓨터를 이용함으로써 이에 대한 이익을 보는 상대방에게 위험을 좀더 부담시킴으로써 전자거래에서의 위험의 분배를 공평하게 하는 것이라고 보여진다.

셋째, 판매업자의 이행과정 속에 적극적 채권침해가 일어난 경우, 예컨대 전자데이터에 유해한 것이 첨부되어 있어 구입자의 컴퓨터시스템이 다운되거나 데이터가 파괴된 경우, 데이터의 송신 중에 에러가 발생하여 처음부터 다시 수신함으로써 전화요금 또는 인터넷의 접속요금 등이 초과하여 청구된 경우에, 이용자는 판매업자를 상대로 그 손해를 청구할 수 있다. 소프트웨어에 부착된 바이러스로 인하여 이용자의 다른 데이터가 손상을 입은 경우에 손해배상을 청구하는 것이 가능하며¹²²⁾ 전화요금 내지 인터넷의 접속요금에 대하여도 손해배상을 청구할 수 있다. 다만 정보를 적시에 이용하지 못함으로 인한 기회손실이나 경제적 이득의 상실 또는 바이러스로 인한 확대 손해가 있는 경우에, 이와 같은 위험을 판매업자에게 모두 부담시키는 것은 지나칠 뿐만 아니라, 경우에 따라서는 전자거래 자체를 활성화시키기 어렵다는 점을 감안해 볼 때, 일정한 범위내로 판매업자의 책임을 한정짓는 것이 필요하다고 보여진다. 즉 일정한 범위내라면, 판매업자가 필요한 주의의무를 다했다는 것을 입증하는 경우에 그 책임을 면하게 하는 방법이 타당하다고 보여진다.

122) 이은영 (주16), 112면.

3. 시스템구축과 운영과정에서의 분배방안

시스템구축과 운영과정에서 발생하는 오류는 컴퓨터시스템 자체의 오류와 통신네트워크의 오류를 구분해서 책임을 분배하는 것이 필요하다. 컴퓨터시스템의 오류에 대해서는 당해 컴퓨터시스템을 구축한 당사자에 대하여 채무불이행책임을 물을 수 있을 것이며, 경우에 따라서는 제조물책임도 물을 수 있을 것이다. 만일 컴퓨터시스템을 구축한 자와 컴퓨터시스템 제공자가 다른 경우에는 일차적으로 컴퓨터시스템 제공자가 이에 대한 책임을 부담하며, 후에 컴퓨터시스템 구축자에게 구상토록 하여야 할 것이다. 또한 통신네트워크의 오류로 인한 위험은 컴퓨터시스템 구축자와 통신서비스회사 및 판매업자가 공동으로 위험을 부담해야 할 부분이 있다고 보여진다. 왜냐하면 통신사업자는 안전한 통신망을 제공토록 하는 의무를 부담하며, 컴퓨터시스템 구축자도 마찬가지로 컴퓨터시스템과 통신망이 안전하게 운영되도록 하여야 할 의무를 부담하고, 더 나아가 판매업자도 자신이 구축한 범위내에서 안전의무를 부담하기 때문이다. 이런 경우, 소비자가 다수당사자를 상대로 직접 손해배상을 청구할 수 있으며, 일차적 거래상대방인 판매업자를 상대로 자신의 손해를 청구하도록 하고, 판매업자는 후에 자신의 부담부분을 제외한 나머지에 대하여 컴퓨터시스템 구축자와 통신서비스 제공자에게 구상하도록 하는 방안도 있다. 따라서 다수당사자의 책임부분이 불명확한 경우에는 연대하여 책임을 지도록 하는 것이 타당하다고 보여진다.

시스템구축과 운영과정에서 발생하는 위험 가운데 또 다른 하나는 이중전송이나 데이터의 입력오류와 같은 위험도 존재하고 있다. 이러한 위험은 이를 이용하는 당사자가 감수하고 참여하는 것이라고 할 수도 있으나 시스템자체가 취약하여 이미 데이터가 전송되었으나, 전송되었다는 메시지가 출력되지 않거나, 대화자간 거래가 아닌 컴퓨터의 모니터를 통하여 의사소통을 하게 됨으로써 문장의 해석을 잘못된 경우, 심지어 이용자가 잘못 입력한 경우에 모든 위험을 이용자에게 부담시키는 것은 타당하지 않다고 보여진다. 따라서 특히 이중전송의 경우에는 판매업자나 서비스제공자가 진

정한 의사인지 확인토록 하는 의무를 부과하고, 이러한 확인절차를 거치지 않은 경우 발생하는 손해에 대하여는 판매업자나 서비스제공자가 부담토록 하는 것이 타당하다고 보여진다. 또한 입력오류 또는 해석오류시에는 착오의 법리를 이용하되, 전자거래에서는 단순히 이용자의 착오로 해결하기 보다 이용시스템을 구축하는 자에게 이용자의 착오를 방지할 수 있는 안전장치¹²³⁾를 구축토록 하는 의무를 부과하며, 이러한 안전장치를 제대로 구축하지 않음으로써 착오가 발생한 경우에도 판매업자나 서비스업자가 책임을 부담하도록 하는 것이 바람직하다.

4. 불법행위에 대한 분배방안

전자거래에서 불법행위로 인한 손해는 일차적으로 가해행위를 한 자를 상대로 책임을 물을 수 있다. 그러나 비대면·익명성이라는 전자거래의 특성상 가해상대방이 누구인지 확인할 수 없는 경우에, 불법행위가 벌어진 웹사이트 또는 e-mail 등을 관리하는 자, 즉 온라인서비스제공자에게 불법행위에 대한 책임을 물을 수 있는가와 온라인서비스제공자에게 이에 대한 책임을 물을 수 있다면 그 근거가 무엇인가 하는 점을 생각할 수 있다.

결국, 전자거래에서 불법행위로 인한 위험의 분배방안이 특히 의미를 가지는 것은 온라인서비스제공자에게 공동불법행위책임을 물을 수 있는가에 있다고 할 수 있다.¹²⁴⁾ 온라인서비스제공자가 적극적으로 불법행위에 가담한 경우에는 이에 대한 손해를 청구할 수 있음은 당연하나, 만일 온라인서비스제공자가 구축하여 단순히 제공만 하고 있는 웹사이트상에서 지적재산권침해나 명예훼손의 불법행위가 발생한 경우에는 이에 대한 삭제요구가 가능토록 하되, 손해배상은 제한하는 것이 바람직하다고 생각된다. 또한 온라인서비스제공자가 관리하고 있는 웹사이트상에서 개인정보가 유출되어 이로 인한 피해를 입은 경우에, 이용자는 가해상대방과 온라인서비스제공자를 상대로 공동불법행위책임을 물을 수 있으며, 이 경우에 온라인서비스

123) 예컨대 이용자의 의사가 정확한 것인지 확인하는 메시지를 송출시킴으로써, 이용자가 다시 한번 자신이 한 의사표시가 정확한지를 확인토록 하는 것을 말한다.

124) 자세한 내용은 본 보고서 제4절 참조.

제공자에 대하여는 채무불이행책임과 불법행위책임으로 가해자에 대하여는 불법행위책임으로 손해배상을 청구할 수 있다. 이러한 경우에도 온라인서비스제공자에 대하여 무제한의 손해배상을 인정하는 것은 바람직하지 않으므로 어느 정도까지 그 책임을 제한토록 하는 것이 필요하다. 따라서 온라인서비스제공자가 직접적으로 관여하여 개인정보를 유출한 경우에는 이에 대한 책임을 전적으로 부담토록 하되, 단순히 웹사이트를 제공하는 가운데 가해자가 피해자의 ID번호나 e-mail 주소를 습득함으로써 불법행위가 이루어진 경우에는 손해배상청구를 제한토록 해야 할 것이다. 반면 온라인서비스제공자의 고의가 있는 것이 불분명한 경우에는 입증책임의 전환을 통하여, 피해를 입은 당사자가 온라인서비스제공자의 고의를 입증토록 하는 것보다는, 온라인서비스제공자가 자신의 고의없음을 입증하는 경우에 책임을 면하도록 하는 것이 바람직하다.

제 5 절 위험부담에 관련된 우리의 전자거래기본법과 전자서명법

1. 전자거래기본법

(1) 제정목적과 과정

전자거래기본법은 정보화시대가 도래함에 따라 인터넷과 같은 디지털환경속에서 전자문서에 대한 사용이 급증하는 가운데 이러한 전자문서에 대하여 서면문서와 동일한 수준의 법률적 효력을 부여함으로써 전자거래의 신뢰성을 확보하고, 소비자를 보호하며, 전자거래를 촉진하기 위한 목적(전자거래기본법 제1조)으로 1998년 8월 6일 입법예고를 하여 1998년 11월 16일 국무회의 의결을 거친 후 1998년 11월 26일 국회에 제출되었고, 1999년 1월 5일 국회의결을 거쳐 1999년 2월 8일 법률 제5981호로 공포되었다.

(2) 전자거래기본법 제9조(송·수신시기 및 장소)

우리의 전자거래기본법 제9조에서는 전자거래에서 논란이 될 수 있는 전자문서의 송신 또는 수신 시기와 장소에 대한 해석원칙을 규정하고 있다. 현행 민법 제111조에서 의사표시의 효력발생시기와 관련하여 도달주의를 취하고 있어 전자거래에서도 도달주의 원칙이 당연하다는 전제하에 이에 대한 별도의 규정을 두지 않고 있다.¹²⁵⁾ 송신시기는 작성자의 지배 밖의 컴퓨터 등 정보처리 능력을 가진 장치에 입력된 때로 명확하게 설정되어 있어 송·수신과 관련된 분쟁의 소지를 방지하고 있다. 다만 우리 민법 제531조의 격지자간의 계약규정과 혼동될 가능성이 있으므로 도달주의라는 것을 명문화함으로써 분쟁의 소지를 없애는 것이 필요하다.

또한 수신시기에 관해서는 수신자가 수신할 컴퓨터등을 지정한 경우와 지정하지 않은 경우를 나누어 정하고 있다. 이를 보면 수신자가 전자문서를 수신할 컴퓨터등을 지정한 경우에는 지정한 컴퓨터등에 입력된 때 또는 지정한 컴퓨터가 아닌 컴퓨터등에 입력된 경우에는 이를 출력한 때라고 하고 있다. 그리고 지정하지 아니한 경우에는 수신자가 관리하는 컴퓨터등에 입력된 때를 수신시기라고 하고 있다. 본 조에서 ‘지정한 컴퓨터’라고 할 때는 상대방이 지정한 인터넷상의 주소라고 봄이 타당할 것이다. 또한 입력된 때라고 할 때는 수신자가 이를 이용가능하게 된 때라고 할 것이며, 수신자가 이를 이해할 수 있는지 여부와는 무관하다. 따라서 통신망장애로 데이터 전송시에 데이터가 파괴되거나, 삭제되거나 변형되는 등의 문제가 발생한 경우 전자문서는 도달되지 않은 것으로 되어 이 과정에서 발생하는 위험은 원칙적으로 송신자가 부담하는 것이 된다. 반면, 수신자의 수신장소에 도달한 이후에 발생하는 데이터의 오류문제는 수신자가 부담한다.

동법 제9조 제3항에서는 수신장소에 대하여 규정하고 있다. 동 조항에서는 컴퓨터가 놓여져 있는 곳이 장소라는 개념으로 이해되지 않고 수신자의

125) 이종주, 전자거래기본법 및 전자서명법의 제정경과와 법적 검토, 법조, 1999.9.83면.

영업장소제지를 중심으로 만일 영업장을 가지고 있지 아니한 경우 주된 거주지로 수신장소를 규정하고 있다.

(3) 전자거래기본법 제10조(작성자가 송신한 것으로 보는 경우)

전자거래기본법 제10조에서는 전자문서 송·수신과 관련한 내용을 제9조에 추가하여 구체적으로 규정하고 있다. 이를 보면 전자문서 작성자의 대리인 또는 작성자를 대신하여 자동으로 전자문서를 송·수신하도록 구성된 컴퓨터프로그램 기타 전자적 수단에 의하여 송신된 전자문서는 작성자가 송신한 것으로 본다 하고 있다. 동 조항은 무권한자의 전자문서 송신에 대한 해석기준과 전자문서의 귀속에 대한 내용을 포함하고 있다. 즉 전자거래의 특성상 비대면 거래에서 발생할 수 있는 송신내용을 부인하지 못하게 함으로써 전자거래의 신뢰성을 보호하기 위한 규정이라고 볼 수 있다. 그렇기 때문에 수신자는 수신된 전자문서가 작성자의 것이 아니라는 통지를 받거나 또는 이를 알았거나 알았어야 할 때까지 그 전자문서가 작성자의 것임을 신뢰할 수 있게 된다. 특히 전자대행수단의 인정으로 자동적으로 처리되는 거래에 대하여도 작성자의 책임으로 하고 있다.

따라서 본 조항에 의하여 만일 작성자가 자신의 의사에 반한 전자문서가 송신되었음을 알고 상당한 시간내에 통지하지 않는 경우에는 그에 따른 손해를 수신자에게 물을 수 없다. 또한 컴퓨터프로그램에 의하여 자동적으로 처리되는 거래에 대하여도 작성자가 비록 이러한 사실을 알고 추가적인 행동을 하지 않았다고 하더라도 그에 대한 위험을 작성자가 부담한다.

(4) 전자거래기본법 제12조(수신확인)

동법 제12조에서 규정하고 있는 수신확인규정은 비대면거래에서 발생될 수 있는 수신여부의 다툼이 일어나지 않게 하기 위한 것으로, 수신확인을 조건으로 하는 전자문서에 대하여 수신확인을 받지 못한 경우 그와 같은 전자문서의 송신이 없었던 것으로 간주함으로써 작성자 또는 전자문서의 지위를 명확히 한다. 다만 작성자가 수신확인을 효력발생조건으로 명시하지 않고 수신확인통지를 요구한 경우 상당한 기간내에 작성자가 수신확인

통지를 받지 못하게 되는 때에는 해당 전자문서는 송신된 것으로 하지만, 사후적으로 작성자가 수신확인통지를 받을 때까지 당해 전자문서 송신을 철회할 수 있을 뿐이다.

(5) 전자거래본법 제13조(개인정보보호 등)

전자거래에서는 의사표시나 정보가 전자화된 디지털신호로 인터넷과 같은 개방된 네트워크를 통하여 교환되고 비대면으로 거래되기 때문에, 거래 상대방에 관한 정보를 수집·관리하기가 쉽고 일단 수집된 정보는 다른 목적으로의 이용이 용이하다. 거래과정에서 소비자가 직접 입력한 정보뿐만 아니라 자신의 이름, 나이, 주소 등을 입력하지 않고 단순히 검색만 한 경우에도 사업자는 자신의 사업에 필요한 많은 정보를 파악할 수 있다. 이들 정보는 종이문서와 비교할 수 없을 정도로 간편한 정보처리방법에 의하여 축적·분석·가공될 수 있고, 복제가 용이하며 정보교환 중 개인정보가 탈취·변조 내지는 유용되거나 악용될 가능성이 높다. 게다가 전자거래에서는 당사자외에 쇼핑몰 운영자, 온라인서비스운영자, 인증기관 등 다수의 관련자가 참여하기 때문에 개인정보의 유출위험이 더욱 높아진다. 따라서 동법 제13조에서는 전자거래에 참여하는 당사자등에 대하여 개인정보보호 의무를 부과하고 있다.

(6) 전자거래기본법 제14조(컴퓨터등의 안전성)

컴퓨터 등의 안정성과 관련하여서 볼 때, 컴퓨터 등의 작동은 전적으로 기술적이고 기계의존적인 구조이므로 안전성을 확보하는 것이 무엇보다도 중요하다. 컴퓨터와 관련된 당사자들은 첫째, 운영자와 개별이용자간에 통신서비스 이용계약의 체결이라는 점에서 파악되는 안전성이 있고¹²⁶⁾, 둘째, 통신네트워크 운영자와 이용자 사이에 통신네트워크를 이용하여 거래행위를 하는 것과 관련되는 안전성이 있다. 그리고 셋째로는 통신서비스회사의 통신네트워크를 이용하여 이용자와 이용자간의 거래행위가 이루어지는 경우의 안전성을 들 수 있다.

126) 예를 들면 통신서비스설비의 장애나 서비스이용의 폭주 등으로 서비스 이용을 할 수 없는 경우가 있다.

동법 제14조에서 규정하고 있는 전자거래당사자들이 컴퓨터등의 안전성을 확보하기 위해 보호조치를 하도록 하는 내용은 다소 선언적이다. 왜냐하면 이와 같은 규정은 매우 추상적으로 되어 있기 때문에 어디까지를 안전성 확보를 위한 조치인지 구분하기가 쉽지 않다. 동 조항은 좀더 구체적인 책임한계를 나누는 방향으로 개정되어야 할 것이다.

(7) 전자거래기본법 제15조(사이버몰의 운영자)

동법 제15조의 사이버몰 운영자에 대한 규정은 전자거래기본법에서 볼 수 있는 책임에 관련된 조항이다. 다만 그 내용이 매우 추상적이라 좀더 구체적인 내용으로 개정되어야 할 것으로 보인다. 더 나아가 전자거래에 참여하는 당사자 중 사이버몰 운영자에 대한 의무만을 규정하는데 머무르지 말고, 전자거래당사자 전반에 걸친 의무 내지는 책임부담부분을 설정하는 방향으로 개정되어야 할 것이다.

2. 전자서명법

(1) 제정목적과 과정

전자서명법은 전자문서의 안전과 신뢰성을 확보하고 그 이용을 활성화하기 위하여 전자서명의 법적효력 및 공인인증기관의 관리 등에 관한 사항을 정함으로써 국가사회의 정보화를 촉진하고 국민생활의 편익을 증진하려는 목적(전자서명법 제1조)으로 1998년 7월 28일 입법예고를 하여 1998년 11월 16일 국무회의 의결을 거친 다음 1998년 11월 26일 국회에 제출되었고, 1998년 11월 26일 국회의결을 거쳐 1999년 2월 5일 법률 제5792호로 제정·공포되었다.

(2) 전자서명법 제26조(배상책임)

공인인증기관에 대하여 동법 제26조에서는 배상책임에 관하여 규정하고 있다. 즉 “공인인증기관은 인증업무 수행과 관련하여 가입자 또는 인증서를 신뢰한 이용자에게 손해를 입힌 때에는 그 손해를 배상하여야 한다. 다만 그 손해가 불가항력이나 이용자의 고의 또는 과실로 인하여 발생한 경우에

제 5 장 전자거래에서의 위험분배방안

는 그 배상책임이 경감 또는 면제된다.” 동 조항에 대하여는 앞의 인증기관의 책임에 구체적인 논의가 되어 있으므로 여기에서는 생략하고자 한다.

제6장 결론

지금까지 전자거래 전반에 걸친 위험에 관하여 논의하여 보았다. 최근 전자거래와 관련하여 몇몇 글에서 전자거래당사자의 책임을 논하고 있지만 이에 대한 구체적인 논의가 없어 본 보고서를 통해 어느 정도 책임의 기준을 제시해 보고자 하였다. 인터넷을 통한 전자거래는 매일, 매달, 매년 계속적으로 증가하고 있고, 이에 따른 분쟁도 증가하고 있는 실정이다. 인터넷을 통해서 발생한 초기의 분쟁은 대개 도메인네임과 저작권에 관련된 분쟁이 주를 이루었다. 최근에는 온라인서비스제공자의 책임과 관련하여 명예훼손과 저작권 침해를 이유로 분쟁이 제기되고 있으며, 특히 전자거래당사자의 책임관계가 모호하여 이에 따른 분쟁이 향후 증가할 것으로 전망된다.

일반적으로 위험이라고 할 때는 생활상 이익에 대하여 가해지는 염려가 있는 상태라고 하고 있으나 실제 거래에서는 그와 같이 포괄적인 개념보다는 좀더 구체적인 개념으로 사용하고 있다. 일반 거래에서의 위험이란 당사자사이의 관계에서 발생하는 위험이라고 할 수 있으며, 계약관계에서의 위험이라고 할 때에는 계약의 체결상 위험, 계약의 이행과정상 위험 및 채무불이행위험으로 본다. 특히 민법상의 위험부담이라고 할 때에는 당사자의 책임 없는 사유로 발생한 채무불이행의 위험을 누가 부담할 것인가와 관련되어 있다. 반면 전자거래는 이와 같이 계약상의 채무불이행의 위험뿐만 아니라 전자거래 자체의 특수성으로 인한 위험의 문제가 대두된다. 이를 구체적으로 살펴보면,

첫째, 전자거래는 다수의 당사자가 참여하기 때문에 이들 당사자 중 누구의 귀책사유로 손해가 발생했는지 규명하기 어려운 경우가 있다. 예컨대 어떤 제품의 구입과정에서 구입한 제품이 제대로 구입자에게 전달되지 않은 경우, 전자거래에 참여하는 당사자인 구입의뢰인과 판매업자, 통신업자, 운송업자, 보험업자, 소프트웨어개발업자 등의 당사자 중 누구의 잘못인지를 구별할 수 없게 되면, 구입자는 누구를 상대로 발생한 손해의 책임을

물을 수 있는지 알 수가 없게 된다. 이처럼 구입자는 가해 상대방을 알 수 없는 손해의 위험에 직면하는 경우가 생긴다.

둘째, 전자거래는 컴퓨터와 통신망을 사용하여 모든 거래가 이루어지므로, 컴퓨터 자체의 운영상의 위험, 통신망의 사용위험, 중요한 정보의 유출 위험, 개인의 사생활 침해위험 등이 존재하고 있다. 마찬가지로 전자거래에 참여하는 자는 이와 같은 위험을 각오한 상태에서 참여하고 있는 것이다.

셋째, 발생한 위험의 상대방을 찾았다 하더라도 기술력에서나 정보력에서 가장 취약한 상태에 있는 소비자가 상대방의 고의나 과실을 입증하기는 거의 불가능에 가깝다.

넷째, 당사자는 규명했다 하더라도 익명의 당사자나 무자력자와 같이 손해배상을 청구할 수 없는 경우가 생긴다.

따라서 전자거래가 더욱 활성화되고 국민경제의 발전에 이바지하기 위해서는 무엇보다도 이와 같은 위험의 문제를 해결하는 것이 필요하다고 생각된다. 특히 전자거래와 관련하여 입법되어 있는 전자거래기본법상에 이와 같은 위험의 분담에 관한 내용이 포함되어 있지 않고, 기본법과 해석에 의존하고 있는 실정이므로 법제적인 마련이 필요하다고 생각된다. 최근의 전자거래분쟁조정위원회나 소비자보호원에 제기된 분쟁사례를 보더라도 이와 같은 위험의 문제에 대하여 전자거래의 단순참여자인 소비자가 많은 위험을 부담하게 되므로 전자거래 당사자의 적절한 위험분배를 통하여 이러한 문제를 해결하는 것이 시급하다. 이를 위하여 본 보고서에서는 먼저 위험의 태양을 (1) 계약체결과 이행과정에서 발생하는 위험, (2) 시스템구축과 운영과정에서 발생하는 프로그램과 통신망에 관련된 위험, (3) 당사자의 제3자의 불법행위로 인한 위험으로 나누어 각각의 위험의 문제와 이에 따른 법적 해결 방안을 제시하고자 했다.

먼저 계약체결과 이행과정에서 발생하는 위험에 대하여 계약의 성립과정에서 발생하는 사고에 대하여는 계약체결상의 과실책임을 근거로 유책 당사자에게 책임을 물을 수 있으며, 계약의 이행단계에서의 위험에 대해서는

유체물의 급부이행의 문제와 컴퓨터파일의 형태로 급부가 일어나게 되는 급부이행의 문제로 나누어 각각 채무불이행책임 및 하자담보책임 등을 근거로 유채 당사자에게 손해를 청구할 수 있다. 반면 유채상대방을 알 수 없는 경우에는 일차적 상대방인 판매업자나 서비스제공자에게 전체 손해에 대한 책임을 물을 수 있다.

또한 시스템구축과 운영과정에서 발생하는 프로그램과 통신망에 관련된 위험에 대하여는 청약이나 승낙의 데이터가 소실되거나 전송이 지연되는 경우, 데이터의 오류와 같은 시스템의 취약성으로 인한 사고, 이중전송이나 잘못된입력과 같은 사고를 구체적으로 분류하여 고찰해 보았다. 특히 통신시스템의 취약성으로 인하여 발생한 사고에 대해서 직접적인 원인야기자가 분명한 경우에는 불법행위책임을 물을 수 있되 원인야기자가 분명하지 않은 경우 네트워크책임론이나 시스템책임론 등을 통해 살펴본 바와 같이 위험책임을 근거로 손해배상을 청구할 수 있다.

그리고 마지막으로 당사자외 제3자의 불법행위로 인한 위험에 대하여는 무권한자에 의한 거래상 위험은 이를 유출한 당사자가 책임을 지되, 당사자의 과실이 없는 경우에 제공자측에서 위험을 부담토록 하며, 명예훼손·프라이버시 침해의 위험·지적재산권의 침해위험에 대하여는 온라인서비스 제공자가 불법행위에 적극 가담한 경우에는 불법행위책임을 물을 수 있지만 단순히 중계만 하는 경우 책임을 면하도록 하였다.

이와 같은 검토를 통하여 전자거래에 참여하는 당사자의 책임한계를 법제적으로 다음과 같이 구성해 보았다.

첫째, 판매업자 또는 서비스제공자는 다음과 같은 책임을 부담한다.

- (1) 판매업자 또는 서비스제공자가 이행의 내용에 따른 완전한 이행을 하지 않는 경우에는 그에 따른 책임을 부담한다.
- (2) 통신망의 오류로 수신된 전자문서의 내용이 변경되거나 삭제되어 손해가 발생된 경우 이에 대한 책임을 부담한다.

제6장 결론

- (3) 상품이나 서비스의 제공과정에서 개입한 이행보조자의 고의 또는 과실로 손해가 발생한 경우에는 이에 대한 책임을 부담한다. 다만 이때에는 이행보조자를 상대로 이행에 따른 구상을 할 수 있다.

둘째, 소비자는 다음과 같은 책임을 부담한다.

- (1) 전자거래와 관련하여 무권한자의 거래로 인한 사고가 발생한 경우, 신속하게 신고하도록 하여야 하며, 신고한 이후의 손해에 대하여는 책임을 지지 않는다. 다만, 소비자가 무권한자와의 거래에서 자신의 고의 및 과실 없음을 증명하는 경우에는 책임을 부담하지 않는다.
- (2) 전자거래에서 이중전송이나 오류입력에 대한 사실을 알게된 경우, 즉시 판매업자나 서비스제공자에게 이의 정정을 요구해야 하며, 이러한 요구가 늦어짐으로 인해 발생한 손해를 부담한다.
- (3) 정보이용계약에서 계약이 어떠한 사유로든 해제된 경우, 즉시 당해 정보를 삭제하거나 폐기하여야 한다. 이의 삭제나 폐기를 하지 않음으로 발생한 정보제공자의 손해에 대하여 배상할 책임을 부담한다.

셋째, 통신사업자는 다음과 같은 책임을 부담한다.

- (1) 통신사업자는 통신서비스와 관련하여 이행보조자 등이 고의로 통신망에 장애를 일으키거나 정보의 전달을 지연시키는 경우에는 그에 대한 책임을 부담한다.
- (2) 서비스시설의 장애나 서비스이용의 폭주와 같은 경우에도 일정시간 내에 복구함으로써 정상적으로 통신망의 사용을 가능하도록 해야 하며, 그렇지 못할 경우에 책임을 면하지 못한다.

넷째, 온라인서비스제공자는 다음과 같은 책임을 부담한다.

- (1) 온라인서비스제공자는 이용자에게 서비스제공에 대한 의무를 이행하여야 하며, 특별한 사유 없이 이를 제공하지 않을 경우 이에 대한 책임을 부담한다.

- (2) 온라인서비스제공자가 운영하는 웹사이트에 위법한 내용물이 있었음을 알았거나 알 수 있었을 경우에 이에 대한 삭제권을 가지며, 이의 삭제에 대한 요구를 받았음에도 삭제하지 않음으로 피해를 입혔을 경우에는 이에 대한 책임을 부담한다.
- (3) 온라인서비스제공자가 자신이 운영하는 웹사이트에서 이용자의 거래를 단순히 중계하는 경우에는 당사자사이의 분쟁에 어떠한 책임도 발생하지 않는다.

이외에도 인증기관과 은행 등의 책임에 대한 논의가 있었으나 인증기관은 이미 전자서명법 제26조에서 배상책임에 관하여 규정하고 있고, 은행의 책임에 대하여는 본 보고서에서 살펴본 내용은 단지 개괄적인 내용에 불과할 뿐 구체적인 부분에 대하여는 별도의 심도 깊은 연구가 필요하다. 다만 인증기관의 책임과 관련하여 우리의 전자서명법이 배상책임에 관한 내용만을 규정하고 있을 뿐, 인증기관의 귀책사유에 대해서는 명시하지 않았기 때문에, 무과실책임으로 판단할 것인지 아니면 과실책임으로 판단할 것인지가 법원에 맡겨져 있는 상태이다. 이에 대하여는 아직까지 전자서명 자체가 기술적으로 초보적인 단계에 있고, 전자거래라는 거대한 물결과 함께 새롭게 규정된 법률이기 때문에 향후 상황의 변화를 지켜보는 것이 필요하다고 생각된다. 인증기관의 책임을 무조건적인 무과실책임으로 몰고 가는 것은 지나치게 무리한 판단으로 보여지기 때문에 입증책임을 완화하는 방향으로 모색해 가는 것이 타당하다고 보여진다.

마지막으로 부정사용에 대한 책임을 소비자가 부담토록 하면서 이를 신고한 이후에 판매업자나 서비스제공자에게 이전시키고자 하는 방안에 대하여 제안하고자 하였다. 그러나 전자거래 계속되는 동안 이에 대한 문제는 계속적으로 등장할 것으로 생각되는 바, 부정사용의 경우는 부정사용자를 찾기도 어려운 경우가 많고, 찾았다고 하더라도 손해배상을 청구할 수 없는 무자력자인 경우가 많으므로 전자거래당사자간의 거래에서 있어서 보험이라는 방법을 사용하는 것이 필요하다고 보여진다. 이때 보험을 이용한다 하더라도 사업자의 입장에서 모든 문제에 대한 보험을 부담한다는 것은 무

리가 있으므로 이용자와 사업자간의 적절한 분담을 통하여 이용하는 것이 바람직하다 생각된다.

이상과 같이 보고서를 마무리하면서, 지금까지 논의된 위험분배에 관한 내용에 대하여 소극적으로는 전자거래기본법상에 전자거래참여자의 책임에 관한 조항을 신설하고 논의된 각각의 책임을 규정하는 것이 필요하다고 보여진다. 그러나 전자거래기본법이 전자거래를 규율하고자 하는 목적으로 제정되어 있기는 하지만, 대부분의 조항이 선언적인 내용에 그쳐 실질적인 거래를 규율하기에는 어려움이 있다. 반면 지금까지 논의된 내용은 매우 실체법적인 내용이므로 현행 전자거래기본법상에 삽입하는 경우 그 내용이 본 법의 전체흐름과 맞지 않을 수 있으므로, 현재 일본에서 제안되고 있는 것과 마찬가지로 “전자거래(계약)에관한법”을 별도로 신설하여 규율하는 방안과, 미국에서 이미 제정되어 있는 통일전자거래법과 같이 “전자정보이용 계약에관한법”을 입법함으로써 이러한 내용이 포섭되는 방식으로도 가능하리라 생각된다.

[참고문헌]

1. 국내문헌

- 곽윤직, 신정판 채권각론, 박영사, 1997
- 권오승, 민법의 쟁점, 법원사, 1992
- 김상용, 불법행위법, 법원사, 1997,
- 나승성, 전자상거래법, 청림출판, 2000
- 오병철, 전자거래법, 법원사, 1999
- 윤철홍, 요해채권각론, 법원사, 1995
- 이은영, 채권총론, 박영사, 1992
- 양창수, 민법연구(I), 박영사, 1991
- 양창수, 제390조, 민법주해[IX]-편집대표 곽윤직, 박영사, 1992
- 강성진, OECD, 전자상거래 소비자보호 가이드라인의 내용과 규제, 한국소비자보호원, 1999.8
- 강휘원 · 이호용 · 이규정, 전자인증의 법적 과제, 정보화저널 제5권 제3호, 1998.12
- 김기현, 전자화된 의사표시의 효력발생시기와 하자 있는 도달의 위험부담, 충남대학교 법학연구 제8권 제1호, 1997
- 김민규, 전자거래와 관련한 민사책임법리, 외대논총 제19집, 1999.2
- 김상용, 자동화된 의사표시와 시스템계약, 사법연구 제1집, 1992
- 김성준, 인터넷 법률의 형성과 전망, 인터넷 법률, 법무부, 2000.7
- 김성탁, 전자상거래에 대한 미국통일상법전(U.C.C.)의 해법, 사회과학연구 제17집 제2권, 영남대학교 사회과학연구소, 1998.2
- 김영갑 · 최영준, 정보사회에 대비한 상사법연구, 정보사회에 대비한 일반법연구 (I), 통신개발연구원, 1997
- 김용재, 인터넷뱅킹의 법적 규제, 정보법학회 제18회 세미나 발표자료

[참고문헌]

- 김은기, 전자서명법 및 전자거래기본법의 입법취지 및 주요내용, 인권과정의 통권 제272호, 1999.4
- 김형진, 전자상거래와 통일상법전, 경영법무, 1999.8
- 노태약, 심포지엄 『디지털경제 발전과 법제개정 방향』에 대한 지정토론 요지, 저스티스 제33권 제2호, 2000.6
- 박익환, 저작물의 온라인 전송에 따른 법적 책임 문제, 계간 저작권, 1996 겨울호
- 박창희, 온라인서비스제공자의 민사책임, 전북대학교대학원 박사학위논문, 1999
- 배대현, 전자서명과 인증, 인터넷법률 창간호, 법무부, 2000.7,
- 손경한, 전자상거래 활성화를 위한 관련법제의 개정 방향, 저스티스 제33권 제2호, 2000.6
- 손진화, 새로운 전자지급제도의 법률문제와 입법론, 정보사회에 대비한 일반법 연구(Ⅱ), 정보통신정책연구원, 1998.2
- 안효질, 정보거래와 계약의 해석, 대한법률가대회 지적재산권분야 2000. 10.27. 발표논문
- 오병철, 『정보통신망 이용촉진 등에 관한 법률』의 의의와 문제점, 한남대학교 과학기술법연구소 제4집, 1998.12
- 이은영, 위험의 분담과 이전, 대한변호사협회지, 1987.9
- 이은영, 전자상거래와 소비자법-계약의 이행을 중심으로, 비교사법, 제5권 2호, 1998.12
- 이은영, 전자상거래와 소비자법, 법률신문 제2735호, 1998.10,
- 이영준, 계약체결상의 과실책임의 법적 성질에 관한 연구, 현승종박사화갑기념 논문집, 1979
- 이용록, 서비스제공자의 저작권 침해책임, 계간 저작권, 1998 가을호
- 이종주, 전자거래기본법 및 전자서명법의 제정경위와 법적 검토, 법조, 1999.9
- 이해완, 사이버스페이스와 표현의 자유, 한국헌법학회 ‘사이버공간에서의 기본권’토론회 발표논문, 2000.5.27(동아일보 2000.5.28)
- 정완용, 유엔국제상거래법위원회(UNCITRAL)의 “전자상거래모델법(1996)”에 관한 고찰, 고황법학 제2권, 고황법학교수회, 1997

- 정종휴, 전자거래의 등장에 따른 계약이론의 변용, 인권과 정의, 1998.12
- 정진명, 전자자금이체의 법적 문제, 인터넷법률, 2000년 3호, 2000.11
- 정진세, 컴퓨터법에 있어서의 법적 책임에 관한 연구, 상사법연구 제14집 1호, 1995.8
- 지원림, 자동화된 의사표시, 저스티스, 1998.9
- 최경진, 전자상거래와 법, 현실과 미래, 1998
- 최경수, 온라인 사업자의 책임, 정보법학 제3호, 1999,
- 최선경·최장주, Chargeback과 소비자보호, 한국소비자보호원, 1997.8
- 최재원, 온라인서비스사업자의 법적 책임, 월간 마이크로소프트웨어, 1997.5
<<http://www.xtel.com/~saro/digital05.html>>
- 최준선, 인터넷과 상사법상의 과제, 법제연구 통권 제18호, 2000.6
- 최홍섭, 계약이전단계에서의 책임과 민법 제535조, 배경숙교수화갑기념논문집, 1991
- Steven J. Davidson, Jerry S. Podkopcacz and Laurie J. Dechery, 사이버 스페이스 법 : ISP책임, 인터넷법률 창간호, 2000.7

2. 국외문헌

- Roth, The Passing of risk, American Journal of Comparative Law. Vol. 27, 1979
- Benjamin Wright, The Law of Electronic Commerce, Little Brown and Company, 1991
- XIWT Cross Industry Working Team, Electronic Commerce in the NII, 1995 (http://xiwt.org/documents/EComm_doc/ECommPaper.html)
- Smith, Mann, Roberts, Essentials of Business Law, 3rd, ed., West Publishing Co., 1989
- United Nations Commission on International Trade Law, Draft Legal Guide on Electronic funds Transfers, Report of

[참고문헌]

- the Secretary-General, Chapter on Fraud, Errors, Improper Handling of Transfer Instruction and Related Liability, A/CN.9/250/Add.4, 18 April 1984
- Mark Haftke, Net Liability: Is an Exemption from Liability for On-Line Service Providers Required?, Ent. LR 47, 1996
- Stetson University School of Law, Computer Law Seminar, A Short Course On Sysopl Liability, <<http://www.cli.org/sysopl/sysopl.html>>
- Dan C. Aardal, Consumer Protection Issues in Home Banking, Electronic Developments: U.C.C. and Selected Regulatory Perspectives, ABA Sec. Bus. L. 25, 1996
- Thomsen, Hans B. Interchange Agreements, EDI and The Law, Blenheim Online, 1989
- Victor Bekkers · Bert-Jaap Koops and Sjaak Nouwt, Emerging, Electronic Highways, Kluwer Law International, 1996
- Benjamin Wright · Jane K. Winn, The Law of Electronic Commerce, Saper Law & Business, 2000
- Kent D. Stuckey, Internet and Online Law, Law Journal Press, 1999
- David Kosiur, Electronic Commerce, Microsoft Press, 1997
- Thomas J. Smedinghoff, Online Law, Addison-Wesley, 1996
- The National Conference of Commissioners on Uniform State Laws(http://www.nccusl.org/uniformact_summaries/uniformacts-s-ucca4aft.htm)
- The National Conference of Commissioners on Uniform State Laws(http://www.nccusl.org/uniformact_summaries/uniformacts-s-ucita.htm)
- The National Conference of Commissioners on Uniform State Laws Drafts of Uniform and Model Acts Official Site (http://www.law.upenn.edu/bll/ulc/ulc_frame.htm)

- The National Conference of Commissioners on Uniform State Laws(http://www.nccusl.org/uniformact_factsheets/uniformacts-fs-ueta.htm)
- Hans Giger, Berber Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht VI/2: Obligationenrecht, 2. Aufl., 1980
- Henssler Martin, Risiko als Vertragsgegenstand, Tübingen: Mohr. 1994
- M. Brunner, Zum Risiko von Computerfehlleistungen bei der Abwicklung von Verträgen, Kiel Univ., Dissertation, 1970
- Ivo Geis, Rechtsfragen des elektronischen Geschäftsverkehrs, <<http://www.ivo-geis.de/documents/elektrgeschaeftsverkehr.php3>>
- M. Brunner, Zum Risiko von Computerfehlleistungen bei der Abwicklung von Verträgen, Kiel Univ., Dissertation, 1970
- Mattias Kuhn, Rechtshandlungen mittels EDV und Telekommunikation ; Zurechenbarkeit und Haftung, München, 1991
- H. Köhler, Die Problematik automatisierter Rechtsvorgänge insbesondere von Willenserklärungen in: AcP, 182
- E. Deutsch, Gefahr, Gefährdung, Gefahrerhöhung, Festschrift für Karl Larenz zum 70, 1973
- von Caemmerer, Haftung für besondere Gefahr, Archiv für civilistische Praxis, 1970
- M. Erzbach, Gefährdungshaftung und Gefährhaftung, Archiv Für civilistische Praxis, 1911
- 辻 正美, システムトラブルとリスク負擔, コンピュータシステムと取引法, 三省堂, 1987
- 日置雅晴, ネットワーク 通信利用に伴うトラブル, パドマガ Vol 5, 1996年 掲載 [<http://www.netlaputa.ne.jp/~hioki/ronbun/tisiki5.htm>]

[참고문헌]

内田 貴, 電子商去來と法(1), NBL, No.600, 1996.9

内田 貴, 電子商去來と民法, 債權法改正の課題と方向, 商事法務研究會, NBL no.51, 1998

永田眞三郎, システム契約の成立過程と履行過程, ネットワーク社會と法, ジュリスト増刊, 1988.6

(財)日本情報處理開發協會/産業情報化促進センター, 電子去來に係るの法の問題點の検討, 電子取引調査研究報告書, 1992.3

牧野和夫, 電子商去來法(EC Law)現狀について(1) - 總論および電子去來法(上)-, 國際商事法務, Vol.26, No.7, 1998

北川善太郎, コンピコータシステムと取引法, 三省堂, 1987

松本恒雄, システム契約とシステム責任, コンピコータシステムと取引法-北川善太郎編集, 三省堂, 1987

山本隆司 コンピューター・ネットワークと契約にシステム化, 法律時報, 제62권 2호, 1992.2

消費者-出店者間の賣買に関する運用ガイドライン (1.0版) (http://www.ecom.or.jp/qecom/about_wg/wg14/cr/consumer-report4.html)

電子商取引實證推進協議會 (日ECOM) (<http://www.ecom.or.jp/miiti/960423/all.html>)