

# 國際電子契約準備草案의 적용범위에 관한 비교 연구

## A Study on the Scope of Application of Preliminary Draft Convention on International Contract Concluded or Evidenced by Data Message

오원석(Won-Suk Oh)\*

### 요 약 (ABSTRACT)

The purpose of this paper is to examine the scope of the application of Preliminary Draft Convention, which will be fixed as international uniform rules soon, in relation to the CISG.

First, this Draft Convention will cover service contracts as well as sales contract of goods, but the license agreement will be excepted because it does not transfer the complete property.

Second, this will cover the commercial contracts(sales or services) concluded by data message fully or partially.

Third, this will be applied in international contract regardless of contracting states or non-contracting states. As it is very difficult to confirm the places of business of contracting parties in on-line contracts, the first criterion to confirm them is the indication by the party in each contract. This presumption may be supplemented, if they are not indicated in the contract, by the location of the equipment and technology supporting an information system used by a legal entity for the conclusion of a contract.

It is essential to establish an international uniform rules as soon as possible in order to activate the international businesses with on-line basis. Thus this author hopes that this paper will contribute to the clear understanding to the scope of application of Preliminary Draft Convention for which the UNCITRAL is under working.

**Key Word** : Draft Convention, Data Message, Scope of Application

목 차	
I. 序論	2. 實質的 基準
II. 準備草案의 構成	3. 地理的 基準
III. 運用範圍의 比較	IV. 結 論
1. 適用要件	참고문헌 및 자료

### I. 序論

---

\* 성균관대학교 경영학부 교수

1966년에 설립된 UNCITRAL은 50여년의 노력으로 1980년 유엔통일매매법(United Nations Convention on contracts for International Sale of Goods ; CISG)을 제정하므로 국제물품매매에 관한 최초의 통일입법이 출범하게 되었다.

그 후 UNCITRAL은 EDI거래에 따른 법적 장애를 극복하고자 1984년 전자상거래작업부(Working Group IV (Electronic Commerce))를 설치하고 1996년 「UNCITRAL 전자상거래 모델법」(UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce ; 본고에서는 모델법으로 칭함)과 2001년에는 「UNCITRAL 전자서명 모델법」(UNCITRAL Model Law on Electronic Signature ; 본고에서는 “서명법”으로 칭함)을 채택하였다.

UNCITRAL 모델법과 서명법은 그 자체가 모델법이기 때문에 법적 구속력을 갖지 못한다.

1980년에 제정된 CISG는 국제거래가 전자적 방법으로 체결될 경우 그 적용에 있어 문제점이 있고, 모델법이나 서명법은 법적 구속력에 문제가 있기 때문에 동 작업부에서는 제 34 차 위원회에서 전자계약에 관한 새로운 국제협약을 제정하기로 결의하고 2001년 제 38 차 위원회에서 예비초안이 마련되었다.<sup>1)</sup> 이것이 바로 「국제전자계약예비초안」(Preliminary Draft Convention on International Contract Concluded or Evidenced by Data Message ; 본고에서는 “예비초안”으로 칭함)이다.

예비초안은 기존의 CISG의 원칙을 침해하지 않으면서 전자적 방식에 의한 계약체결에 관한 것을 규정하고 있다.

예비초안을 작성함에 있어 CISG, 1996년 모델법, 2001년 서명법, 캐나다통일전자거래법(Uniform Electronic Commercial Act ; UECA)과 미국통일전자거래법(Uniform Electronic Transaction Act ; UETA) 및 유럽연합 전자상거래지침(EU E-Commerce Directive) 등의 관련 규정들이 반영되거나 참조되어 작성되었다.

본 논문에서는 논자는, 기존의 Off-line을 전제로 한 CISG와 On-line 계약의 성립에 관한 규정인 예비초안을 비교하고자 한다.

비교의 초점은 적용범위(sphere of application)에 국한하고자 한다. 적용범위에서는 양자는 상당한 차이가 있으며 이를 정확히 인식하는 것이 CISG와 예비초안의 적용상의 차이와 한계를 인식하는 시금석이 되기 때문이다.

이러한 비교법적 고찰은 앞으로 점차 늘어날 것으로 예상되는 On-line 계약시 준거법 선택과, CISG와의 관계를 명확히 이해하는데 도움이 될 뿐만 아니라 앞으로 예비초안이 확정되는 과정에서 보다 적극적으로 자국의 의사를 반영하는데 도움이 된다고 생각한다.

적용범위에 관하여 2001년 예비초안 제 1 조는 “대안A” (Variant A)와 “대안B” (Variant B)가 있는바, 2002년 6월 17일에서 28일 사이에 New York에서 개최된 UNCITRAL 제 35 차 회의의 자료<sup>2)</sup>는 국제계약에 적용을 전제한 “대안B”를 중심으로 논의를 진행하고 있기 때문에 본 논문에서도 “대안B”를 중심으로 CISG와 비교하고자 한다.

원래 본 초안은 11월에 확정될 예정이므로 현재까지의 논의내용은 상당부분 최종안에 그대로 반영될 것으로 생각된다.

1) U.N., A/CN.9/WG.VI/WP.91

2) U.N., A/CN.9/509

## II. 準備草案의 構成

예비초안은 총 15 조로 구성되어 있다. 즉, 협약의 적용범위(제 1 조), 협약의 적용배제(제 2 조)와 한계(제 3 조), 당사자 자치원칙(제 4 조), 정의규정(제 5 조), 해석원칙(제 6 조), 당사자의 위치(제 7 조), 계약체결시점(제 8 조), 청약의 유인(제 9 조), 계약체결에 있어 전자문서의 사용(제 10 조), 전자문서의 발신과 수신 시점 및 장소(제 11 조), 자동화시스템에 의한 거래(제 12 조), 계약체결형식(제 13 조), 당사자가 제공하여야 할 일반적인 정보(제 14 조), 계약조건의 이용가능성(제 15 조) 등이다.

CISG가 총 101조로 구성되어 있는 것에 반하여 예비초안은 계약의 일반조항과 계약 성립에 관하여만 규정하고 있다. 그 이유는 비록 On-line 계약이라고 하더라도 계약의 이행은 Off-line으로 이루어져야 하기 때문에 이행에 관하여 별도의 규정을 둘 필요가 없다고 생각했기 때문이다.<sup>3)</sup>

예비초안은 매매계약에 국한되지 않고 전자적 방식으로 체결되는 모든 계약에 적용된다. 즉, 물품매매계약뿐만 아니라 서비스계약도 예비초안의 적용을 받지만 재산권의 사용을 제한하는 계약, 즉 라이선스계약은 제외된다. 비록 특허나 저작물, 또는 유체물이나 가상물(virtual goods)이라 하더라도 그 사용에 제한이 없다면 예비초안의 적용을 받는다.<sup>4)</sup>

이에 반하여 CISG는 비록 물품매매라 하더라도 물품을 공급하는 당사자 의무의 압도적인 부분이 노동력 또는 기타 서비스의 공급이 수반되는 계약을 그 적용에서 제외하고 있기 때문에 예비초안의 적용범위가 CISG에 비하여 훨씬 포괄적이라고 할 수 있다(CISG 제 3 조 제 2 항 참조).

예비초안은 몇 조항에서 대안A(Variant A)와 대안B(Variant B)를 두고 있다.<sup>5)</sup> 전자는 국제무역법규의 전통적인 적용범위, 즉 “국제성”(international)으로부터 이탈하여 법정지가 계약국내이면 당사자의 거주지가 어느 국가든 상관없이 적용되도록 규정한 조항이다. 반면 후자는 CISG의 적용범위를 반영하여 “국제계약”<sup>6)</sup>에만 적용하도록 규정한 조항이다.

또한 예비초안은 몇몇 조항에 꺾쇠괄호<sup>7)</sup>(square brackets)로 묶고 있다. 이것은 계약국이 국내 및 국제계약에 대하여 二重體制를 유지하기 원할 경우에 사용하기 위함이다.

## III. 運用範圍의 比較

### 1. 適用要件

3) 데이터 메시지는 계약으로부터 생기는 다양한 권리행사, 즉 물품수령 통지, 불이행에 따른 청구권의 통지, 계약종료의 통지와 같이 계약이행과정에도 데이터 메시지가 사용될 수 있으며, 전자자금이체의 경우에는 계약이행에 데이터 메시지가 사용된다. 따라서 그 적용범위를 계약체결 뿐만 아니라 모델법 제 1 조와 같이 상거래와 관련한 모든 전자통신에 사용될 수 있도록 수정해야 할 것으로 보인다.

4) UNCITRAL, A/CN.9/WG. IV/WP. 95

5) “대안A”와 “대안B”를 두고 있는 조항은 제 1 조, 제 5 조 (i)항, (j)항, 제 13 조 제 3 항 등이다.

6) CISG 제 1 조 제 1 항에 “(1) 본 협약은 다음과 같은 경우에 영업소가 상이한 국가에 있는 당사자간의 물품매매계약에 적용된다. (a) 해당국가가 모두 계약국인 경우, 또는 (b) 국제사법의 규칙에 따라 어느 계약국의 법이 적용되는 경우”로 규정하여 CISG의 적용을 국제계약에 한정하고 있다.

7) 꺾쇠괄호를 사용한 조항은 제 1 조 제 3 항 및 제 4 항, 제 2 조 (c)항, 제 5 조 (i)항 및 (j)항, 제 7 조 제 1 항, 제 4 항, 제 10 조 제 1 항, 제 12 조 제 3 항 등이다.

CISG나 예비초안과 같은 국제협약이 계약당사자의 계약에 적용되기 위해서는 2가지 요소 즉, 실질적 요소(substantive factors)와 지리적 요소(geographic factors)를 충족하여야 한다. 전자는 주로 양 당사자의 영업지 소재국이 계약국인지 여부, 계약의 성격, 계약의 형태, 거래대상 등에 관한 문제로 Off-line 거래와 On-line 거래에서 역시 차이가 있으나, 본고에서 논의하고자 하는 “전자계약”(electronic contracting)은 계약체결방식에서 전자적 통신수단을 사용하는데 관한 문제이지 계약의 대상이 전자적 목적물을 전제로 한 것이 아니라는 측면에서 실질적 요소에 관하여는 예비초안이 보다 포괄적이라고 할 수 있다.

후자는 주로 계약당사자의 영업지가 서로 다른 국가에 위치하는지의 여부에 관한 문제로, 이것은 국경개념이 명료한 Off-line 계약과 그렇지 못한 On-line 계약간 상당한 차이가 있다.

실질적 기준에서 예비초안이 CISG와 여러 가지 측면에서 차이가 있지만 가장 특이한 것은 CISG의 계약국 요건, 즉 양당사자의 영업지가 소재하는 국가가 계약국이어야 한다는 요건을 예비초안은 요구하고 있지 않다. 다시 말하면 契約自由의 原則과 當事者自治의 原則에 적용의 재량권을 부여하고 있을 뿐 적용의 확대를 위하여 CISG의 계약국 요건은 삭제했다.

## 2. 實質的 基準

### 1) 電子契約

예비초안은 전자계약에 적용된다. “electronic contracting”(전자계약)이란 UNCITRAL 전자상거래 작업부에서 정의된 용어는 아니다. 그렇지만 동 작업부가 예비초안을 심의하는 과정에서 동 용어가 전자적 통신수단이나 데이터 메시지<sup>8)</sup>를 이용하여 계약을 체결하는 것을 지칭하기 위하여 사용되고 있음이 확실해 졌다. 결국 ‘전자계약’은 당사자간의 의사를 합의하는 방법을 말하며 특수화된 목적물을 가리키는 조합된 용어는 아니다.<sup>9)</sup> 전자계약은 특별한 계약형태가 아니라 계약방법이다.

예비초안 대안A의 제1조 제1항은 「이 협약은 데이터 메시지에 의하여 체결되거나 또는 입증된 국제계약에 적용한다」(This Convention applies to contracts concluded or evidenced by means of data message)고 규정하고 있다. 이 조항에서 “concluded”와 “evidenced”를 동시에 사용하고 있다. 여기에서 “conclude”는 계약전체가 전자문서에 의하여 체결되는 경우이며 “evidenced<sup>10)</sup>”는 전자문서와 함께 일부가 종이문서가 사용된 경우라고 지적되었다. 또한 심의과정에서 포르투갈 대표는 본 협약의 적용범위가 청약과 승낙의 단계까지 확대되어야 한다고 주장하면서 위의 제1항은 “This Convention applies to international contracts where offer or acceptance is executed by means of data message”로 대체되어야 한다고 주장하고 이에 한국, 프랑스, 미국, 스위스, 캐나다 등의 국가들이 지지하였다. 그렇지만 UNCITRAL 사무국은 용어의 불명확성에 대한 지적 및 포르투갈의 제

8) “데이터 메시지”라 함은 전자문서교환(EDI), 전자우편, 텔렉스 또는 팩시밀리 등을 포함한 전자적·광학적 기타 유사한 수단으로 작성, 발신, 수령 또는 저장된 정보를 말한다(전자상거래에 관한 UNCITRAL 모델법, 제 2 조 (a)항).

9) D. L. Kidd and W. Daughtrey, “Adapting Contract Law to Accommodate Electronic Contracts”, Rutgers Computer and Technology Law Journal.

10) “evidenced”란 표현은 미디어 중립의 원칙(the principle of media neutrality)에 따라 구두, FAX, 종이문서계약, e-mail 및 웹통신의 혼합으로 체결되는데 이 가운데 데이터 메시지가 포함된 것을 나타내는 것으로 보아야 한다.

안 등을 감안하여 제1항의 “concluded” 나 “evidenced” 와 같은 단어는 삭제하고 모델법 제1조를 참조하여 “use of data message for commercial activities” 의 문구를 삽입할 것을 제안하였다.<sup>11)</sup>

전자계약은 과거의 종이기반계약(paper-based contracts)과 근본적으로 차이가 없다.

통신수단이 달라짐에 따른 법적 문제가 비록 계약의 실증법적 문제는 아니라고 하더라도 계약의 성립에 관한 전통적인 법리의 약간의 변화는 생길 수 있다. 예비초안은 데이터 메시지의 사용에 따라 발생하는 특수한 문제만 규정할 뿐 청약과 승낙의 중요 요소나 계약당사자의 권리·의무에 관하여는 관계하지 않는다. 이러한 문제는 CISG나 준거법으로 채택되는 특정국가의 국내법으로 해결될 수 있다.

특히 契約의 有效性과 같은 문제는 CISG까지도 외면하고 있기 때문에 국내법에 의존할 수 밖에 없다. 국제상사계약의 一般原理(general principles)로 채택할 수 있는 「國際商社契約에 관한 UNIDROIT Principles」(UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, 1994)는 제3장에 契約의 有效性을 규정하면서도 意思表示의 하자에 대하여만 규정할 뿐 계약당사자의 법적지위에 관한 무능력(lack of capacity), 무권한(lack of authority), 부도덕 또는 불법(immorality or illegality)등과 계약이 유효하기 위한 다른 요건에 관하여는 규정하지 않으므로 여전히 국내법에의 의존가능성을 남기고 있다.

계약의 유효성 문제는 계약이 체결되는 국가의 공법적·민법적·계약법적 제한에 구속을 받는다고 보아야 할 것이다.

## 2) 제외되는 계약형태

UNCITRAL 작업부가 인터넷에 기초한 모든 국제상거래를 보다 확실하고 예측가능하게 하기 위해서는 새로운 입법이 필요함을 인식하였지만 우선 유체물의 국제거래에 관한 전자계약에 초점을 맞추었다. 그렇지만 실제 작업과정에서 유체물에 국한하지 않고 모든 국제거래를 규율하는 조화된 국제규칙을 개발함이 유익하다는 합의 하에 작업에 들어갔다. 이러한 이해에 따라 예비초안은 매매계약에 국한하지 않고 전자적 방법으로 체결되거나 입증되는 모든 계약을 포함하게 될 예정이지만 여기에 消費者契約과 라이선스계약은 제외되게 되었다. 즉, 전자는 거래의 목적에 따른 제외이며, 후자는 계약의 성격에 따른 제외사항이다.

### (1) 소비자계약

예비초안 제2조 (a)항에는 “본 협약은 다음의 계약에는 적용되지 않는다. 즉, (a) 개인, 가정 또는 가계목적으로 체결되는 계약” 으로 규정하고 있다. 이 조항은 CISG 제2조 (a)항의 적용제외기준을 따르고 있다. 그렇지만 CISG의 경우 “매도인이 계약체결이나 계약체결시에 물품이 그러한 용도로 구입된 사실을 알지 못하였고 또한 알았어야 하지도 않았던 경우에는 그러하지 아니하다” 라는 단서가 붙어 있다. 따라서 매수인이 사전에 매매의 목적을 매도인에게 알리지 않은 경우 CISG의 적용은 매도인이 매매목적용 인식할 수 있는나의 여부에 따라 적용여부가 결정된다. CISG에서 소비자 거래를 완전히 배제하지 않고 단서조항을 둔 것은 실제 국제거래에서 소비자거래가 매우 적다는 가정에 근거한다.

11) 鄭完裕, 電子契約에 관한 國際協約草案의 檢討, 한국해법학회지, 제24권, 제1호 (2002. 4) pp. 258-259.

예비초안은 CISG의 이러한 단서조항을 삭제하였다. 그 이유는 인터넷과 같이 열린 통신체제에서는 상대방에 대한 접근이 용이하므로 소비자가 해외의 매도인으로부터 물품을 구매하기가 종이에 근거한 매매환경에서보다 훨씬 쉽고 많은 것으로 생각되기 때문이다.

소비자거래를 국제협약에서 제외할 것은 강행적(mandatory)이고 공공정책에 관한 국내법규에 적용상 우선한다라는 것이지만, “mandatory” 나 “public order” 와 같은 용어가 법제에 따라 그 의미가 달라질 수 있다.<sup>12)</sup>

## (2) 라이선싱 계약

두 번째의 제외는 계약의 성격에 관한 것으로, 특정 물품을 사용하는 제한된 권한을 부여하는 계약, 즉 라이선싱 계약에는 적용되지 않는다.

예비초안이 적용상 제한을 가하는 기준은 물품이 유체물이나 또는 가상물(virtual goods)이나 하는 물품의 물리적 성질에 있지 않고 계약당사자간 체결된 계약의 성격과 당사자의 의도에 달려 있다. 따라서 거래대상이 특허를 받은 제품이나 저작권이 있는 제품이라도 그 사용에 제한이 없다면 신탁약<sup>13)</sup>의 적용을 받는다.

반대로 가상물이나 서비스의 제공자에게 라이선싱 계약을 통하여 제공 후 계속하여 통제권을 행사하도록 하는 계약은 신탁약의 적용범위에 포함되지 않는다. 라이선싱 계약은 다른 상사거래와 구별되어야 한다는 것이 작업부의 최초의 이해를 반영한 것이다.

왜냐하면 예비초안도 계약의 이행에 관하여는 CISG에 의존할 수 밖에 없다. CISG 제 30 조는 매도인 의무의 총괄로 매도인이 매수인에게 물품의 소유권을 이전하도록 규정하고 있기 때문에 소유권의 이전이 아닌 사용권과 같은 제한된 권한이 부여되는 라이선싱 계약은 제외되는 것이 바람직하다.

## (3) 부동산거래 등

예비초안 제 2 조 c항은 “부동산거래와 같은 작업부에 의하여 추가될 수 있는 다른 제외거래” 라고 명기하면서 다른 거래형태도 추가될 수 있음을 암시하고 있다.

또한 예비초안의 부록 II 에는 각국의 전자상거래에 관한 국내법에서 볼 수 있는 제외되는 거래형태가 나타나 있다.

CISG도 소비자거래 이외에 경매, 강제집행, 주식, 유가증권 또는 통화, 선박 또는 항공기, 전기, 물품 및 서비스의 결합된 계약에서 당사자 의무의 압도적인 부분이 서비스의 제공에 관한 경우에는 그 적용을 제한하고 있다(제 2 조 및 제 3 조).

## 3. 地理的 基準

### 1) 문제의 제기

앞에서 지리적 기준을 언급하면서 예비초안은 CISG와 마찬가지로 계약이 “국제성”(international) 일 경우를 전제로 하였음을 언급하였다.

12) J. O. Honnold, Uniform Law for International Sales, kluwa, 1990, p. 97.

13) 본고에서 ‘신탁약’ 이라는 용어는 예비초안이 확정되었을 것을 전제로 한 용어이다.

그렇지만 예비초안은 이러한 “국제성”을 기준으로 한 대인B와, 당사자의 거주지와 관계없이 데이터 메시지로 체결되거나 증명된 계약에 적용한다는 대안A의 2가지 선택조항을 마련해 두고 있다.

2) 국제계약

UNCITRAL에서 제정된 대부분의 국제무역법규가 “international” (국제적)거래에만 적용된다. 그렇지만 유일한 하나의 예외가 모델법으로, 여기서는 국내거래와 국제거래를 구분하지 않고 이를 모델로 법을 제정하는 국가로 하여금 적용범위를 국제거래에 제한할 수 있는 선택권을 부여하고 있다.

계약의 국제적 성격은 다양한 방법으로 정의할 수 있다. 국제 및 국내법에서 채택하는 기준은 각 당사자의 영업지(place of business) 또는 관습적 거주지(habitual residence)<sup>14)</sup>로부터 한 국가 이상과의 의미있는 관계를 갖거나 국제상거래와의 관련성 등 보다 일반적 기준까지 확장되고 있다.<sup>15)</sup>

작업부의 제 38 차 회의에서 당사자의 영업지는 계약당사자가 이를 분명하게 표시하지 않는 한 실제로 증명하기 어렵다는 점을 고려하여 지리적 적용범위에 관하여 계약체결장소와 같은 다른 기준을 사용하여야 한다는 제안이 있었다.

그렇지만 계약체결장소는 국제사법에서 전통적으로 이해되는 바와 같이 전자적 환경에서 이용 가능한 충분한 기준을 제시하지 않는다는데 의견을 같이 했다.

계약성립의 법리도 청약과 승낙이 동시적이나 그렇지 않느냐에 따라, 또한 당사자간의 통신도 면대면이나 격지자간이냐에 따라 가끔 달라진다.

특히 계약당사자가 면대면 계약을 체결하지 않는 한 승낙이 청약자 앞으로 발송되었을 때나 청약자가 승낙통지를 수령했을 때 계약이 성립된다. 계약체결지는 승낙의 발송지나 수령장소가 알려져 있는 경우에는 비교적 쉽게 증명될 수 있다.

그렇지만 전자상거래에서는 메시지가 발송되거나 수신된 장소를 결정하기가 매우 어려울 수 있다. 서로 다른 정보 시스템 사이에서 데이터메시지의 통신규약은 통상 메시지가 한 시스템에 다른 시스템으로 전송된 시점이나, 수신인이 유효하게 수신했거나 판독한 시점을 등록한다. 그러나 통신규약은 통상 통신시스템의 지리적 위치는 표시하지 않는다. 따라서 모델법 제 15 조<sup>16)</sup>에서 데이터 메시지의 발송 및 수신장소를 결정하고 정할 때 ‘영업지’의 개념을 언급한 것은 놀라운 일이 아니다.

결국 계약체결장소를 결정함에 있어 실질적 어려움이 있기 때문에 이러한 기준이 예비초안의 적용범위를 정하는 지리적 기준으로 적절하지 못하다고 생각된다.

작업부 제 38 차 회의에서 제안된 또 다른 개념은 “계약비중”(center of gravity of contract)의 개념이다. 대부분의 국제협약이 이 개념을 “계약과 그 이행에 가장 긴밀한 관계를 갖는 장소”를 의

14) CISG Art. 1 para. (1) ; Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods (1974) Art. 2 subpara. (a) ; United Nations Convention on Independent Guarantees and Stand-by Letters of Credit (1995) Art 1. subpara. (a).

15) UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce. Art. 1, first footnote ; “This law applies to a data message as defined in para. (1) of Art. 2 where the data message relates to international commerce.”

16) Art. 15 (4) ; “Unless otherwise agreed between the originator and the addressee, a data message is deemed to be dispatched at the place where the originator has its place of business, and is deemed to be received at the place where the addressee has its place of business : For the purpose of this paragraph : . . . .”

미하는 것으로 해석되며, 이것은 당사자의 영업지가 복수인 경우 주 영업지를 결정하는 부수적 수단으로 사용된다.<sup>17)</sup>

이러한 이유로 대안B의 제 2 항은 당사자의 영업지에 관하여 언급하고 있다. 이것은 UNCITRAL이나 UNIDROIT와 같은 조직에서 준비된 국제협약 등에서 전통적으로 사용해 온 기준이다.<sup>18)</sup>

한 당사자가 복수의 영업지가 있는 경우 제 7 조 제 2 항은 계약과 그 이행에 가장 가까운 영업지를 지칭하고 있다.

한편 예비초안의 지리적 적용기준과 관련하여 또 다른 문제는 양 당사자의 영업지가 서로 다른 국가에 있는 것으로 충분한 것인지, 그렇지 않으면 양 당사자의 영업지가 위치한 국가가 신탁약을 가입 또는 비준한 국가라야 하는지에 관한 것이다. CISG는 이들 2가지 요건을 모두 요구하지만(제 1 조 (a)항), 다른 UNCITRAL 법안, 즉, “Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods”(제 2 조 (a)항)이나 “Model Law on International Commercial Arbitration”(제 1 조 제 3 항)의 경우는 2가지 요건의 충족을 모두 요구하지 않는다.

예비초안은 가능한 한 널리 적용되도록 하기 위하여 대안B 제 1 조는 적용범위에 양국의 계약국 요건을 두지 않고 있다.

### 3) 당사자의 영업지의 위치와 관계없는 적용

국제전자상거래에서 당사자의 위치를 결정하기 어렵다는 점을 감안하여 예비초안 제 1 조 대안A는 예비초안의 적용범위를 ‘국제계약’에 한정하고 있지 않다. 여기에서는 계약당사자가 서로 다른 국가에 영업지를 갖고 있는지 여부와 관계없이 신탁약은 데이터 메시지로 체결되거나 증명된 어떤 계약에도 적용된다고 규정하고 있다. 이러한 접근방식은 신탁약의 적용여부를 결정할 때 당사자의 영업지의 위치를 입증할 필요성을 면제시키는 이점이 있다.

나아가 여기서는 한 계약국내에서 전자적 방법으로 계약을 체결한 당사자들간 순수한 국내거래에 까지 신탁약을 이용할 수 있다. 이러한 선택권은 계약체결시 데이터 메시지의 사용을 인정하는 입법 체계를 갖고 있지 않는 국가에 있는 당사자에게 매력적일지도 모른다.

결국 제 1 조 대안A는 국내계약과 국제계약의 2중적 입법체계를 원할지도 모른다는 것을 인식하고 제 3 항에 신탁약은 오로지 국제계약에만 적용한다는 것을 선언할 수 있도록 규정하고 있다.

그렇지만 금년 6월에 개최된 UNCITRAL 제 35 차 회의에서 본 예비초안은 국제거래에 한정하는 것이 바람직하다는 논의가 있었다. 그 이유는 지금까지 모든 UNCITRAL 협약이 국제거래를 규정했기 때문에 이들과 적용범위에 있어 일관성을 확보할 수 있고 또한 각국의 국내법과의 충돌도 피할 수 있기 때문이다.

---

17) CISG Art 10 (a) ; Convention on the Limitation Period in the International Sales of Goods (1974) Art. 2 (c) ; United Nations Convention On Independent Guarantees and Stand-by Letter of Credit (1995) Art 4 (2) (a) ; UNIDROIT convention on International Financial Leasing(Ottawa, 1998) Art 3 (2) ; UNIDROIT Convention on International Factoring(Ottawa, 1998) Art. 2 (2) ; 제 7 조 제 2 항의 논의 과정에서 “the closet relationship to the contract and its performance”란 文言에서 영업지에 대한 중첩된 언급의 문제점이 지적되었다. 전자적 환경하에서는 한 당사자의 영업지는 “contract”에 보다 긴밀하게 관계되고, 다른 당사자의 영업지는 “performance”에 더 깊이 관계될 수 있다(A/CN. 9/509).

18) UNIDROIT Convention on International Financial Leasing (Ottawa, 1998) Art3 (1) (a).



4) 당사자의 영업지의 위치에 관한 문제들

전자계약에 관한 예비초안을 준비하는 과정에서 가장 중요한 고려사항은 신탁약을 통하여 전자계약의 법률적 확실성과 예측가능성을 높이는 것이다. 이러한 목적을 달성하기 위해서는 계약체결시 당사자들로 하여금 당사자의 영업지를 표시하도록 하는 규정을 정하자는 제안이 있었다. 왜냐하면 법률적 확실성과 예측가능성과 관계되는 것이 準據法이나 裁判管轄權으로 이들을 결정함에 있어 계약체결지가 중요한 고려사항이 되기 때문이다. 이러한 제안이 예비초안 제 14 조 제 1항 b호<sup>19)</sup>에 반영되고 있다. 이러한 영업지 표시의 법률적 효과는 제 7 조 제 1항에 나타나 있는 바, 당사자의 영업지는 당사자가 표시한대로라는 전제를 규정하고 있다. 단, 당사자가 표시한 곳에 자신의 영업지를 갖고 있지 않거나 그러한 표시가 신탁약의 적용을 촉진하거나 회피하기 위한 것이 분명하지 않는 한 그러한 전제가 적용된다.

제 14 조와 제 7 조가 결합하여 적용될 경우 어떤 계약이 ‘국제계약’ 인지의 여부, 어떤 계약이 신탁약의 적용을 받는지 여부 및 계약의 준거법 선택 등과 같은 문제가 쉽게 결정되므로 계약의 법률적 확실성을 높이는데 기여할 것으로 생각된다.

UNCITRAL 작업부 제 38 차 회의에서 계약당사자에게 자신들의 영업지로 선언할 장소를 자유롭게 선택하도록 하므로 준거법 체계를 자유롭게 결정하도록 할지 여부가 논의되었다.

그렇게 할 경우 특정국가의 법적용을 피하기 위하여 순수한 국내거래를 국제거래로 변경시키는 것이 가능하므로 바람직하지 않다. 즉 당사자가 영업지 표시를 악용하여 신탁약의 적용을 회피하거나, 적용범위 이외의 거래를 적용범주에 포함시킬 수 있기 때문이다.

‘영업지’의 개념에 관하여 예비초안은 작업부의 조심스런 접근방식을 따르고 있다. 즉, 어떤 당사자가 전자계약을 체결할 때와 전통적 방법으로 계약을 체결할 때 영업지가 달라져서는 인된다는 것이다. 따라서 제 5 조 j항의 대안A와 대안B 모두 양 당사자의 법적 실체는 특정장소에 물리적으로 위치하여야 한다는 가정에 기초를 두고 있다.<sup>20)</sup>

그렇지만 만약 계약체결전에 관련 영업지가 당사자에 의하여 분명히 표시되지 않는 경우 문제가 될 수 있다. 만약 신탁약이 CISG와 같은 국제협약상의 ‘영업지’ 개념을 적용한다면 정보시스템을 지원하는 장비나 기술의 위치 또는 그러한 시스템이 접근할 수 있는 장소가 영업지의 판단기준으로 간주되어서는 않된다. 그렇지 않으면 어떤 협약에서의 영업지가 목적에 따라 달라질 수 있다. 나아가 장비나 기술의 위치는 영업지의 판단기준으로 충분하지 않을지도 모른다. 왜냐하면 이러한 것들은 계약의 최종당사자에 대하여 충분히 표시되지 않는다. 예를 들면 매도인을 대신한 계약이 매도인의 웹사이트에 연결된 정보서비스제공자의 컴퓨터로 매수인과 자동적으로 체결될 수 있기 때문이다.<sup>21)</sup>

어떤 법인의 영업활동은 어떤 확정된 주거 또는 정관상의 등록장소와 관계없이 정보시스템의 사용

19) “A party offering goods or services through an information system that is generally accessible to the public shall render the following information available to parties accessing such information system: (b) The geographic location and address at which the party has its place of business . . . .”

20) Art. 5. Variant A (j) : Place of business means any place of operations where a person carries out a non-transitory activity with human means and goods or services ; Art. 5. Variant B (j) : Place of business means the place where a party pursues an economic activity through a stable establishment for an indefinite period.

21) 이것은 “web host” 와 같이 제 3 자가 이용할 수 있는 host address를 통하여 전자우편으로 물품과 서비스의 청약이 가능하다(A/CN. 9/509).

을 통하여 수행될 수 있다. 예를 들면 가상기업(virtual company)에 대하여 영업지 결정에 관한 전통적으로 사용해온 동일한 기준을 적용하는 것은 합리적이 아닐지도 모른다.

예비초안 제 7 조 제 4 항<sup>22)</sup>의 격쇠괄호내의 문언은 이러한 가능성을 인정하고, 영업지의 표시가 없는 법인에 대하여는 정보시스템을 지원하는 장비나 기술의 위치 또는 그러한 시스템을 접근할 수 있는 장소가 그러한 법인의 영업지를 증명하기 위하여 고려될 수 있음을 규정하고 있다.

UNCITRAL 작업부는 이 문제에 관한 예비모임에서 전자적 환경에서 계약당사자가 자신의 영업지를 표시하지 않는 경우 영업지를 추론하기 위하여 고려될 수 있는 요소를 검토했다. 위의 회의에서 전자문서가 발신된 주소를 고려하자는 제안이 있었다. 즉 특정국가와 관련된 도메인명을 갖고 있는 주소의 경우, 예를 들면 kr(Korea), at(Austria), nz(New Zealand) 등의 경우 영업지는 그 국가에 위치하고 있다고 간주하자는 주장이 있었다. 이러한 주장의 근거는 국가에 따라서는 영업지를 포함하여 신청인이 제시하는 정보의 정확성을 확인한 후에 도메인명의 양도가 이루어지기 때문이다.

그렇지만 그러한 제안은 문제점이 있음이 밝혀졌다. 왜냐하면 e-mail 주소나 도메인명은 계약당사자 영업지의 물리적 위치와 기능상 동일한 것으로 간주될 수 없다는 이유였다. 어떤 사업부문에서는 특정기업이 전통적 의미의 영업지가 없는 국가와 연계된 도메인명을 지닌 여러 지역의 웹사이트를 통하여 물품과 서비스를 청약하는 것이 보편적 현상이라는 주장이었다. 나아가 그러한 웹사이트를 통하여 주문된 물품은 도메인명과 연계된 국가가 아닌 국가에 위치하는 특정지역에 물품을 공급하기 위하여 인도될 수도 있다. 이러한 관점에서 볼 때 도메인명의 할당은 엄격히 지리적 관점에서 결정되지 않음을 지적할 수 있다. 이것은 “com”이나 “net” 와 같은 최고 수준의 도메인명과 같이 도메인명이나 e-mail 주소가 어떤 특정국가와 연계를 나타내지 않음이 명백해졌다. 이러한 내용이 예비초안 제 7 조 제 5 항<sup>23)</sup>에 반영되었다.

#### IV. 結論

적용범위와 관련하여 CISG와 마찬가지로 예비초안도 당사자자치의 원칙(principle of party autonomy)이 전제된다. 국제물품매매에 관한 CISG가 적용되기 위해서는 매매의 대상의 物品(goods)이어야 하며, 계약의 형태가 賣買(sale)이어야 하고, 거래당사자의 영업지가 서로 다른 국가에 위치하는 國際契約(international contract)이어야 한다.

그렇지만 예비초안이 적용되기 위해서는 적용요건에 CISG와는 다른 차이가 있다.

첫째, 거래의 대상이 物品이외에 서비스계약까지 포함되므로 그 적용범위가 크게 확대된다. 최근 관심의 대상이 되고 있는 소프트웨어 등 정보통신서비스 게임, 애니메이션, 캐릭터 등 문화컨텐츠서

22) “The location of the equipment and technology supporting an information system used by a legal entity for the conclusion of a contract, or the place from which such information may be accessed by other persons in and of themselves, do not constitute a place of business [unless such legal entity does not have a place of business]” : 이 조항은 한 회사가 계약체결시 전자적 방법을 취하는 경우와 전통적 방법을 취하는 경우 영업지가 달라지는 것을 피하기 위한 조항으로 EU의 “Directive 2000/31/EC of the European Union” 전문 제 19 항을 반영한 것이다.

23) 제 7 조 제 5 항 : “특정인이 특정국가와 연계되는 도메인명이나 e-mail 주소를 사용한다는 그 사실만으로 그의 영업지가 그 국가에 위치한다는 추정을 창조하지 않는다.”

비스, 그리고 컨설팅, 법률, 회계 등 비즈니스서비스거래도 포함된다. 그렇지만 이러한 서비스거래에 지적재산권이 첨부되어 거래의 성격이 소유권의 이전이 아닌 단순한 사용권의 부여 등의 형태가 되면 이는 라이선스 계약이 되어 그 적용이 배제된다. 즉, 이러한 계약은 계약성격이 소유권을 이전하는 매매계약이 아니기 때문이다.

둘째, 예비초안은 데이터 메시지로 체결되거나(concluded) 입증된(evidenced) 계약이어야 한다. “concluded”는 계약전체가 전자문서에 의하여 체결됨을 의미하며, “evidenced” 계약이 일부분이라도 전자문서가 사용되어 체결되었다면 적용가능하다. 사실 많은 계약이 구두, telefaxes, 서면계약, e-mail 및 웹통신 등의 혼합으로 체결되기 때문에 예비초안은 이러한 확정안이 충돌하면 후법우선의 원칙에 따라 예비초안의 확정안이 우선한다고 보아야 한다.

셋째, 예비초안은 국제거래에만 적용되어야 하지만 양국이 모두 계약국일 필요는 없다. 동일한 법규가 국내거래든 국제거래든 관계없이 적용될 경우 많은 장점이 있다. 특히 데이터 베이스를 이용한 거래는 시·공간을 초월하기 때문에 국내·외 거래에 동일한 법규가 적용된다면 거래당사자는 자신들의 거래와 보다 많은 편의가 있을 것이다. 그렇지만 이러한 원칙은 작업부에서 쉽게 합의될 것으로 보이지 않는다. 왜냐하면 각국은 이미 국내거래에 관하여는 국내법을 갖고 있기 때문에 이와 상반된 협약을 비준하거나 승인할 것으로 보이지 않는다. 따라서 예비초안도 국제거래를 전제로 한다. 또한 이를 국제거래에 한정하여야 할 필요성은 UNCITRAL 협약의 적용범위의 일관성 확보를 위해서도 필요하기 때문이다.

CISG의 경우 국제거래의 기준이 거래당사자의 영업지였으나, On-line 거래의 경우 거래 당사자의 위치를 확인하는데 많은 어려움이 있다. 나아가 거래당사자의 위치는 재판관할권, 준거법 등의 선정과도 관계되기 때문에 매우 중요하다.

이러한 당사자의 영업지를 결정하는 기준으로 계약당사자에게 계약체결시 자신의 영업지를 표시하도록 하는 방법이 있다. 또한 각자가 표시하는 영업지가 바로 각자의 영업지라는 추정을 입증하는 문제가 있다.

각자가 표시하는 영업지를 그대로 인정할 경우 한 당사자는 On-line 거래와 Off-line 거래에서 서로 다른 준거법이 적용되는 모순이 생기기 때문에 이를 입증하는 문제도 매우 중요하다.

각자가 표시하는 영업지를 각자의 영업지로 추정하는 것은 반증될 수 있으므로 이는 전자거래에서 법률적 불안정성을 가속시킬 수 있다는 문제점이 있다. 선의의 거래당사자는 자신의 영업지에 관하여 정확하고 정직한 표시를 하겠지만, 만약 허위 또는 부실표시를 한다면 이는 계약성립의 문제가 아닌 형법이나 불법행위법상의 문제가 된다.

다음으로는 각자가 자신의 영업지를 표시하지 않는다면 각자의 영업지를 추론할 수 있는 상황을 결정하는 방법의 선택이다. 예비초안에는 영업지의 표시가 없는 경우 정보시스템을 지원하는 장비나 기술의 위치 또는 그러한 시스템을 접근할 수 있는 장소 등이 고려될 수 있음을 고려하고 있다.

결국 앞으로 전자문서에 의한 국제거래가 더욱 활성화 될 것으로 예상되기 때문에 이에 관한 국제적 통일법이 가능한 속히 확립되어야 하며, 이러한 통일법의 적용범위가 명확해져야 할 필요성이 있기 때문에 이에 본 논문의 기여도가 있다고 생각되며 앞으로 전자문서에 관한 연구가 더욱 더 깊이 이루어져야 한다고 생각된다.

## 참고문헌 및 자료

1. 鄭完溶, “電子契約에 관한 國際契約草案의 檢討”, 한국해법학회지, 한국해법학회, 제 24 권 제 1 호
2. Honnold, J. O., Uniform Law for International Sales, kluwer, 1990.
3. Kidd, D. L. and Daughtrey, W., “Adapting Contract Law to Accommodate Electronic Contracts”, Rutgers Computer and Technology Law Journal, Vol. 26.
4. UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce (1996)
5. United Nations Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods (1974)
6. United Nations Convention on Independent Guarantee and Stand-by Letter of Contract (1995)
7. UNIDROIT Convention on International Financial Leasing (1988)
8. UNIDROIT Convention on International Factoring (1988)
9. UNCITRAL Model Law on Electronic Signature (2001)
10. UNCITRAL Model Law on Electronic Credit Transfer (1992)
11. Uniform Electronic Transaction Act
12. Uniform Computer Information Transaction Act
13. U.N. A/CN. 9/WG. 10/WP. 95
14. U.N. A/CN. 9/509
15. U.N. A/CN. 9/WG. IV/WP. 98/Add. 3
16. U.N. A/CN. 9/WG. IV/WP. 98/Add. 2
17. U.N. A/CN. 9/WG. IV/WP. 98/Add. 1
18. U.N. A/CN. 9/WG. IV/WP. 98